

정책개발연구용역보고서

선거운동의 자유와 선거의 공정성

2011. 11. 29.

헌법재판소

머 리 말

선거운동의 자유와 선거의 공정성에 관한 이 연구는 한국공법학회가 헌법재판소로부터 연구용역을 받아 연구책임자 송석윤, 공동연구원 황성기, 김도협, 김주영 등 4인이 공동으로 작성한 것이다.

연구자 4인은 다음과 같이 연구내용을 분담하였다. 연구책임자 송석윤은 제1장 서론, 제5장 비교법적 고찰 중 영국과 일본, 제7장 결론을, 공동연구원 황성기는 제5장 비교법적 고찰 중 미국, 제6장 인터넷과 선거운동을, 공동연구원 김도협은 제2장 선거제도 일반론의 일부, 제3장 선거운동의 자유의 보장과 제한, 제5장 비교법적 고찰 중 독일, 공동연구원 김주영은 제2장 선거제도 일반론의 일부와 제4장 선거운동 관련 헌법재판소 결정례 유형화 및 분석을 담당하였다.

연구의 진행과정에서 연구자들은 모두 세 차례에 걸쳐 토론을 가졌다. 제1차 토론에서는 연구의 기본방향과 내용을 설정하고 내용을 분담하여 연구계획서를 작성하였다. 제2차 토론에서는 각자의 초고를 기초로 서술할 내용을 정리하고 서로의 관점을 조율하였다. 다만 연구분담부분에 대한 연구와 서술범위는 연구참여자 각자의 의견을 원칙적으로 반영하는 기초 위에서 연구보고서가 작성되었다. 제3차 토론에서는 중간보고서를 제출함에 있어 추후 보완할 내용을 검토하였다.

이 연구는 여러 분들의 도움이 있었기에 가능했다. 우선 연구관련 부수적인 업무를 수행해 준 한국공법학회의 임원진들께 감사を 표한다. 또한 자료의 수집과 원고정리의 과정에서 서울대학교 법과대학 석사과정에 재학 중인 박서화 조교가 수고하였다. 박 조교의 노고에 고마움을 표한다. 또한 연구를 지원하고 연구와 관련된 업무를 조정해 준 헌법재판소의 관계자들도 감사드린다.

이 공동연구가 급격히 변화하는 현실 속에서 선거운동의 자유와 선거의 공정성에 대한 새로운 시각을 헌법과 헌법재판을 연구하는 분들에게 제시할 수 있기를 바란다.

2011. 11. 21.

공동연구책임자 송석윤

목 차

제 1 장 서론: 연구의 목적 및 내용	1
제 1 절 연구의 목적과 필요성	1
제 2 절 연구의 내용	2
제 3 절 연구의 방법	4
제 2 장 선거제도 일반론	6
제 1 절 서설	6
제 2 절 선거제도 일반론	6
제 3 절 현행법상의 선거제도의 고찰	29
제 4 절 소결	61
제 3 장 선거운동의 자유의 보장과 제한	66
제 1 절 서설: 선거운동의 의의와 성질	66
제 2 절 선거운동의 자유와 공정성	74
제 3 절 현행 정치관계법상의 선거운동 규제 분석	82
제 4 절 소결	139
제 4 장 선거운동 관련 헌법재판소 결정례 유형화 및 분석	147
제 1 절 서설: 선거의 의의 및 기본원칙	147
제 2 절 선거운동의 의의와 규제원리	150
제 3 절 선거운동의 주체	158
제 4 절 선거운동의 방법	173

제 5 절	선거운동의 기간	208
제 6 절	정치자금과 선거운동	213
제 7 절	차별조항	218
제 5 장	비교법적 고찰	231
제 1 절	미국	231
제 2 절	독일	255
제 3 절	영국	267
제 4 절	일본	284
제 6 장	인터넷과 선거운동	302
제 1 절	문제의 제기	302
제 2 절	인터넷, 선거운동 그리고 정치적 표현의 자유	304
제 3 절	공직선거법상 인터넷과 선거운동 규제 관련 조항들의 헌법적 문제점	322
제 4 절	소결	357
제 7 장	결론	358
판례색인		365
참고문헌		373
연구자 약력		387

세 부 목 차

제 1 장 서론: 연구의 목적 및 내용	1
제 1 절 연구의 목적과 필요성	1
제 2 절 연구의 내용	2
제 3 절 연구의 방법	4
제 2 장 선거제도 일반론	6
제 1 절 서설	6
제 2 절 선거제도 일반론	6
I. 선거의 의의	6
II. 선거의 법적성격	9
III. 선거제도의 기능	9
1. 정치학계의 견해	10
2. 헌법학계의 견해	14
VI. 선거제도의 발전: 보통선거제도의 확립을 전후한 발전양상	15
V. 선거제도의 基本構造	17
1. 선거권과 피선거권	17
2. 선거의 관리주체	19
3. 선거운영의 원칙: 선거의 공영	19
VI. 선거제도의 기본원칙	22
1. 보통선거의 원칙	22

2. 평등선거의 원칙	22
3. 직접선거의 원칙	23
4. 비밀선거의 원칙	23
5. 자유선거의 원칙	24
VII. 선거제도의 유형	24
1. 투표제	24
2. 대표제도	25
3. 선거구제	27
제 3 절 현행법상의 선거제도의 고찰	29
I. 헌법상의 선거제도	30
II. 법률상의 선거제도: 정치관계법상의 선거제도	30
1. 정치관계법제의 구성과 연혁	30
2. 현행법상의 선거제도 개관	36
III. 현행 선거제도상의 일부 문제점들에 관한 고찰	42
1. ‘저지규정’의 문제	42
2. 의원정수의 문제	47
3. 비례대표 선출방식의 문제점	52
4. 정당공천제	55
5. 여성할당제	57
제 4 절 소결	61
제 3 장 선거운동의 자유의 보장과 제한	66
제 1 절 서설: 선거운동의 의의와 성질	66
I. 선거운동의 의의	68

II. 선거운동의 성질	71
III. 선거운동의 기능	72
제 2 절 선거운동의 자유와 공정성	74
I. 선거운동의 자유의 보장	74
II. 선거운동의 규제: 선거의 공정성	75
1. 배경	75
2. 목표: 선거운동의 기회균등	78
3. 근거	79
4. 방법: 선거운동의 제한	81
제 3 절 현행 정치관계법상의 선거운동 규제 분석	82
I. 선거운동 규제입법의 연원	82
II. 선거운동 자유의 근거와 그 제한 기준	84
III. 공직선거법상의 선거운동의 규제 분석	85
1. 선거운동의 주체 관련	85
2. 선거운동의 방법 관련	91
3. 선거일과 선거기간 관련	104
4. 기탁금	112
5. 당내경선	115
6. 예비후보자	118
7. 선거운동의 기구	120
8. 여론조사와 출구조사	121
9. 공직선거법 위반과 벌칙	124
IV. 정치자금법상 선거운동의 규제 분석	132
1. 국고보조금	132
2. 후원금	135

3. 기탁금	137
제 4 절 소결	139

**제 4 장 선거운동 관련 헌법재판소 결정례 유형화 및
분석** 147

제 1 절 서설: 선거의 의의 및 기본원칙	147
I. 선거의 의의	147
II. 선거의 기본원칙	149
제 2 절 선거운동의 의의와 규제원리	150
I. 선거운동의 의의	150
II. 선거운동과 표현의 자유	151
III. 선거운동의 규제원리	152
1. 선거운동의 규제의 기본원칙: 선거의 자유 보장	156
2. 선거운동의 제한원리: 선거의 공정성	157
제 3 절 선거운동의 주체	158
I. 선거운동 주체에 대한 기본원칙	158
II. 선거운동주체의 양적 규제	160
III. 국가 및 지방자치단체	161
IV. 공무원 등의 선거운동	162
V. 단체의 선거운동	168
VI. 선거운동과 정당제도	172
제 4 절 선거운동의 방법	173
I. 선거운동의 제한 개관	173

1. 낙선운동	177
2. 선거관련 집회 등	178
3. 여론조사의 공표문제	180
II. 비례대표후보자의 선거운동 제한	181
III. 선거사무소 등의 설치 제한	184
IV. 후보자 관련 정보의 표시	185
1. 정당의 표시	185
2. 학력의 기재	188
V. 인쇄매체	189
1. 인쇄매체 일반	189
2. 서신에 의한 선거운동방법의 금지	191
3. 명함배포	193
VI. 방송 관련 사건	194
1. 대담·토론회의 초청자격 제한	194
2. 청각장애인의 배려문제	198
VII. 선거운동 방법으로서의 “비방”	199
VIII. 유세도구 관련 문제	200
1. 확성장치와 자동차의 사용제한문제	200
2. 확성장치 사용 등에 따른 소음제한기준의 문제	200
IX. 새로운 매체를 사용한 선거운동	201
1. 인터넷 홈페이지를 이용한 선거운동	201
2. 이용자제작콘텐츠(User Created Contents; UCC)를 통한 선거운동	204
3. 휴대전화 문자메시지를 통한 선거운동	206
4. 인터넷 실명제의 문제	207

제 5 절	선거운동의 기간	208
I.	사전선거운동의 제한 근거	208
II.	선거운동의 기간제한의 정당성	208
제 6 절	정치자금과 선거운동	213
I.	선거공영제의 의미	213
II.	대의제 민주주의와 정치자금 규제의 필요성	214
III.	정치자금 모집에 있어서의 국회의원(입후보자) 및 정당우대의 정당화 근거	214
IV.	선거자금과 선거운동	215
제 7 절	차별조항	218
I.	선거법 처벌의 정당성	218
II.	명확성의 원칙	218
1.	“선거운동과 관련하여”	219
2.	선거준비행위와 선거운동의 구분	220
3.	“특정인을 ... 당선되게 하거나 당선되지 못하게 할 목적으로”	221
4.	“이 법에 정하지 아니한 방법”	222
5.	“각종 인쇄물” / “기타 유사한 것”	223
6.	“연고가 있는” / “후보자가 되고자 하는 자” / “기부행위”	224
7.	“지지·반대의 글”	226
III.	허위사실 유포에 대한 처벌의 정당성	227
IV.	연대책임을 긍정한 사례	228
1.	배우자	228
2.	회계책임자	228

제 5 장 비교법적 고찰 231

제 1 절 미국 231

I. 선거운동 관련 규제입법 231

1. 선거운동 관련 규제입법의 연혁 및 현황 231

2. 선거운동 관련 규제의 내용 233

II. 선거운동 규제와 관련된 주요 판례 동향 240

1. Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1 (1976) 240

2. McConnell v. Federal Election Commission, 540 U.S. 93 (2003) 243

3. Citizens United v. Federal Election Commission, 130 S. Ct. 876 (2010) 248

III. 미국에서의 선거운동 규제가 갖는 함의 252

제 2 절 독일 255

I. 역사적 개괄 255

II. 독일 선거관련 법제의 특성 257

III. 선거일과 선거기간 258

1. 선거일 258

2. 선거기간 259

IV. 선거와 후보자 259

1. 정당공천제 259

2. 여성후보할당제 260

V. 선거운동 262

1. 신문·방송광고 262

2. 인터넷 263

VI. 정치자금	263
VII. 요약 및 평가	266
제 3 절 영국	267
I. 역사적 개괄	267
1. 선거권의 확대와 부정선거의 문제	267
2. 1883년 부패 및 위법행위방지법의 제정	267
II. 정당민주주의의 정착과 정치자금개혁의 필요성 ..	268
1. 21세기로의 전환기에서의 헌정개혁	268
2. 정당 및 정치자금제도의 개혁의 필요성	269
3. 널 위원회의 보고서	270
III. 제3자의 선거운동과 유럽인권법원의 <i>Bowman v.</i> <i>The United Kingdom</i> 결정	272
1. 사실관계	273
2. 관련 국내법: 1983년 법의 제75조	274
3. 쟁점	275
4. 평가	280
IV. 제3자의 선거운동에 대한 제한	281
1. 개별선거구에서의 지출의 대폭 상향 조정	281
2. 전국적 차원에서의 제한 도입	281
V. 요약 및 평가	283
제 4 절 일본	284
I. 역사적 개괄: 보통선거법에서 공직선거법으로	285
1. 1925년 보통선거법의 도입 과정	285
2. 1925년 보통선거법의 내용	287
3. 군국주의의 대두와 1934년 보통선거법의 개정 ..	288

4. 패전과 공직선거법의 형성	289
II. 선거권의 성격과 선거운동의 자유	290
1. 권한설 (공무설)	290
2. 2중설	291
3. 기본권설	291
4. 기타	292
5. 선거권과 표현의 자유	292
6. 평가	292
III. 최고재판소의 관례	293
1. 호별방문 금지	293
2. 사전선거운동 금지	294
3. 문서 및 도화의 배포 제한	295
4. 선거운동 규제조항의 심사기준	295
IV. 학설의 동향	296
1. 호별방문 금지	297
2. 사전선거운동 금지	297
3. 문서 및 도화의 배포 제한	298
V. 인터넷을 통한 선거운동의 규제	298
VI. 평가	300

제 6 장 인터넷과 선거운동 302

제 1 절 문제의 제기 302

제 2 절 인터넷, 선거운동 그리고 정치적 표현의 자유
..... 304

I. 인터넷의 특성과 표현의 자유와의 관계	305
II. 정치적 표현의 자유와 선거운동의 자유	307
1. 선거과정에서의 정치적 표현행위는 모두 선거운동인가?	308
2. 선거운동에 대한 규제의 기준과 수준의 정도는 무엇에 의해 결정되어야 하는가?	311
III. 인터넷과 선거운동	314
제 3 절 공직선거법상 인터넷과 선거운동 규제 관련 조항들의 헌법적 문제점	322
I. 공직선거법상 인터넷과 선거운동 규제 관련 조항들의 내용	322
1. 인터넷선거보도심의위원회 및 정정보도제도에 관한 제8조의5 및 제8조의6	322
2. 인터넷 홈페이지를 이용하는 선거운동에 대해서 선거운동기간의 제한을 적용하지 않는 제59조 제3호	323
3. 정보통신망이용 선거운동의 허용 및 규제에 관한 제82조의4	324
4. 인터넷언론사 게시판·대화방 등의 실명확인제에 관한 제82조의6	325
5. 소위 UCC이용 선거운동방법의 처벌에 관한 제93조 제1항	327
II. 공직선거법상 인터넷과 선거운동 규제 관련조항들의 헌법적 문제점	327
1. 인터넷선거보도심의위원회제도 및 정정보도제도에	

관한 제8조의5 및 제8조의6	327
2. 인터넷 홈페이지를 이용하는 선거운동에 대해서 선거운동기간의 제한을 적용하지 않는 제59조 제3호	337
3. 정보통신망이용 선거운동의 허용 및 규제에 관한 제82조의4	341
4. 인터넷언론사 게시판·대화방 등의 실명확인제에 관한 제82조의6	344
5. 소위 UCC이용 선거운동방법의 처벌에 관한 제93조 제1항	352
제 4 절 소결	357
제 7 장 결론	358
판례색인	365
참고문헌	373
연구자 약력	387

제 1 장 서론: 연구의 목적 및 내용

제 1 절 연구의 목적과 필요성

선거운동의 자유의 헌법적 근거로 표현의 자유, 자유선거의 원칙, 국민주권의 원리, 참정권 혹은 선거권 등을 드는 것이 일반적이다. 또한 헌법 제116조는 선거운동에서 균등한 기회가 보장되어야 함을 언급하고 있다. 나아가 헌법 제114조는 선거관리위원회의 임무로서 선거와 국민투표의 공정한 관리를 들고 있다.

선거운동의 자유, 선거운동의 공정한 기회보장, 선거의 공정한 관리라는 헌법적 원리는 공직선거법에 의해 구체화되고 있다. 동법 제1조는 “이 법은 「대한민국헌법」과 「지방자치법」에 의한 선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 공정히 행하여지도록 하고, 선거와 관련한 부정을 방지함으로써 민주정치의 발전에 기여함을 목적으로 한다”고 규정하고 있으며, 나아가 “누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다”는 선거운동의 자유를 천명하고 있다. 하지만 공직선거법을 비롯한 정치관계법의 개별조항들은 선거운동의 주체, 시기, 방법 등과 관련하여 후보자와 유권자의 선거운동의 자유를 제한하는 수많은 조항과 처벌조항을 두고 있다. 선거운동을 제한하는 법률조항은 그 시행과정에서 문제점이 드러나 부분적으로 개정되기도 하였지만 크게 보아 우리나라의 선거제도는 선거운동과 관련해서 규제중심의 구조를 유지하고 있다고 볼 수 있다.

하지만 선거와 관련한 국민의 정치적 표현의 요구가 커지고 있으며 특히 활발한 의사소통을 가능하게 하는 매체가 급격히 진화하면서 선거운동의 자유를 제한하는 우리나라의 법제도가 오늘날의 현실에 적합한 것인지에 대한 문제제기가 활발히 이루어지고 있다. 선거의 장(場)은 매우 중요한 ‘정치적 공론장’이라 할 수 있는데 과연 현재의 공직선거법이 채택하고 있는 입법정책적 수단들이 이러한 정치적 공론장의 적절한 기능을 위해 합리적인 것인가

에 대한 의문이 그 배경에 있다고 보인다. 공직선거법이나 정치자금법 등에 관한 헌법재판소의 결정에서 견해가 갈리는 경우가 늘어나고 있는 현상도 이와 무관하지 않다고 보인다.

선거운동의 자유가 갖는 헌법적 의미, 선거운동의 자유에 대한 제한의 헌법적 한계 등을 고찰하기 위해서는 정치적 표현의 자유와 선거운동의 자유와의 관계 속에서 현대민주주의에서 선거가 지니는 의미를 천착해야 한다. 우리사회에서 입헌민주주의가 정착하면서 국민의 정치의식이 성숙해지고 있으며 또한 정보화의 도래와 함께 새로운 매체들을 통한 다양한 의사소통의 가능성이 열리고 있는 상황에서 선거운동의 자유의 보장 및 제한과 관련하여 우리가 지니고 있는 제도가 적절한 것인지에 대해서 전반적으로 검토할 필요가 있다.

따라서 이 연구는 현대민주주의에서 선거가 지니는 정치학적, 헌법적 의미를 기초로 하여 현행법상의 선거제도를 전반적으로 분석하고 선거운동의 자유의 제한과 관련된 개별적 법제도를 구체적으로 파악한 후 선거운동 관련 헌법재판소 결정례를 유형화하고 분석함으로써 문제의 소지가 있는 부분을 도출하는 것을 일차적인 목표로 하고 있다. 나아가 이 연구는 이러한 문제의식을 바탕으로 우리에게 시사점을 줄 수 있는 외국의 법제도를 심층적으로 살핌으로써 문제의 해결방안을 모색하고, 선거운동과 관련된 우리나라 선거법제의 문제를 해결하기 위해 인터넷을 비롯한 새로운 매체를 적극적으로 활용하는 방안이 제기되고 있으므로 이에 대한 심층적인 연구를 수행하는 것을 목표로 한다. 마지막으로 헌법재판소가 기존 정치관계법의 문제점에 접근하는 방식 또는 전략을 헌법재판과 정치의 관련 속에서 모색할 예정 이다.

제 2 절 연구의 내용

이러한 목적 하에 이 연구는 우선 선거제도의 일반론과 현행법상의 선거제도를 일별함으로써 일반적으로 선거는 대표자의 선발을 통해 국가기관(대의기관)을 구성하는 기능, 국민의 대표자가 행

사하는 국가권력에 대하여 민주적 정당성을 부여하는 기능, 국민의 참정권을 실현하는 기능, 국가기관을 정치적으로 통제하는 기능 등 다양한 정치적 기능을 수행하므로, 선거과정을 통하여 국민이 정치적 의사를 충분히 표현하고 국민의 정치참여를 최대한 실현하기 위해서는, 선거과정에서의 참여행위가 원칙적으로 자유롭게 행하여질 수 있도록 최대한 보장되어야 한다는 헌법적 당위를 도출하게 될 것이다.(제2장)

이러한 관점에서 현대민주주의의 현실 속에서 선거운동의 자유가 지니는 헌법적 의의와 성격을 규명하고 선거운동의 자유를 보장하고 규제하는 원리와 방식과 관련된 정치관계법제 전반의 연혁과 그 내용을 전반적으로 개괄하고 분석하면서 헌법적 관점에서 문제의 소지가 있는 부분을 도출할 것이다.(제3장) 선거운동의 자유와 선거의 공정성은 정치관계법 전반의 내용 속에서 보다 객관적으로 파악될 수 있기 때문이다.

그 다음에는 선거운동의 자유 및 그 제한과 관련된 헌법재판소 결정례를 선거의 의의 및 기본원칙, 선거운동의 의의와 규제원리, 선거운동의 주체, 선거운동의 방법, 선거운동의 기간, 정치자금과 선거운동, 차별조항 등으로 유형화하고 분석한 후 쟁점을 도출하는 작업이 이루어질 것이다.(제4장)

이러한 문제의식을 바탕으로 우리에게 시사점을 줄 수 있는 미국, 독일, 영국, 일본 등 외국의 법제도를 살핌으로써 문제의 해결 방안을 모색할 것이다.(제5장) 입헌민주주의의 전통이 오래된 서구의 국가들에서 정치적 의사표현 자체를 통제하는 경우는 극히 드물지만, 정치자금과 선거비용에 대한 제한의 문제 역시 정치적 표현의 자유 내지 선거운동의 자유와 밀접하게 연결되어 있으므로 이들 문제를 포함하여 관찰하고 분석한다면 우리나라의 현실을 파악하고 개선방안을 마련하는데 있어 적지 않은 도움이 될 것이기 때문이다.

현재의 『공직선거법』이 과연 시대의 흐름에, 보다 구체적으로 월드와이드웹(World Wide Web)이나 소셜 네트워크 서비스(Social Network Service: SNS)로 대표되는 매체환경의 변화에 ‘적절하게’

부합하고 있느냐의 문제제기가 최근 빈번하게 이루어지고 있다. 이러한 문제의식은 단순히 현재의 『공직선거법』상의 ‘규제의 틀’ 내에 새로운 매체나 커뮤니케이션수단을 포섭시켜서 기존의 규제 방식을 그대로 적용시키고 있느냐의 차원이 아니라, 오히려 새로운 매체나 커뮤니케이션수단들의 특성을 간과하여 이들 매체나 수단이 국민의 정치적 표현의 자유를 극대화하는 메커니즘으로 작동할 수 있도록 ‘배려’하고 있는가의 차원, 특히 선거운동과 관련된 우리나라 선거법제의 문제를 해결하기 위해 인터넷을 비롯한 새로운 매체를 적극적으로 활용하는 방안이 제기되고 있다. 최근 『공직선거법』에 대한 헌법재판소의 판례경향에서는 인터넷의 매체 특성을 고려한 의견들이 지속적으로 제시되고 있는 것은 인터넷과 선거운동의 관계에 대한 검토가 진지하게 이루어지고 있다는 것을 의미한다. 따라서 인터넷 이용 선거운동 관련 규정들의 내용과 문제점, 그리고 운영실태에 대해 분석함으로써 인터넷과 선거운동의 관계를 규명하고, 인터넷을 이용한 선거운동 규제의 적정성 내지 헌법적합성을 검토할 것이다.(제6장)

마지막으로는 앞에서의 논의에서 제기된 논점을 정리하고 헌법재판소가 기존 정치관계법의 문제점에 접근하는 방식 또는 전략을 정치관계법에 대한 입법적 재량과 헌법재판과의 관련 속에서 모색하려 한다.(제7장)

제 3 절 연구의 방법

이 연구는 선거운동의 자유와 선거의 공정성에 대한 기존의 학설과 판례를 분석하고 외국의 제도를 감안하여 개선방안을 제시하는 취지로 진행되었다. 이러한 연구의 기본취지에 부합하기 위해서는 다음과 같은 접근방식을 활용하였다.

첫째는, 선거, 선거운동, 선거운동의 자유 등의 의미에 대한 기존의 연구성과들을 분석하고 논의하는 헌법이론과 헌법해석에 대한 작업이 문헌분석적 방법을 통해 이루어졌다.

둘째는, 현대민주주의에서 선거가 지니는 성격과 기능을 파악하

기 위해 사회과학, 특히 정치학에서의 논의를 함께 감안하는 학제간 연구의 방법이 부분적으로 활용되었다.

셋째는, 우리나라의 헌법재판소와 외국의 최고법원들이 선거운동의 자유에 대해 내린 결정들을 분석하는 판례분석의 방식에 적지 않게 의존하였다.

넷째는, 선거운동의 자유와 그 제한과 관련된 세계 주요국가의 제도와 그 운영현황을 살피는 비교법적 방법을 사용하였다.

이러한 연구의 방법들은 본 연구의 개별적인 부분의 특성에 맞게 활용되었다.

제 2 장 선거제도 일반론

제 1 절 서설

국민의 정치적 자유권은 그들의 대표기관을 구성하는 선거행위에 의해서 직접적으로 실현된다. 자유롭고 진정한 의미의 선거가 행하여질 때에 민주주의의 병폐는 치유될 수 있기 때문에 공정한 선거제도 및 그 실현은 민주주의의 최후의 보루이며 그 시험대인 것이다. 곧 선거의 공정성, 자유선거의 구현은 민주정치과정의 효율적인 컨트롤로서 정치적 자유권의 척도가 된다고 볼 수 있을 것이다.¹⁾

선거운동의 자유와 선거의 공정성에 관한 본격적인 논의에 앞서 선거제도와 관련한 일반적인 논의를 살펴보는 것이 좋을 것이다. 헌법재판소의 견해는 이후에 장을 바꾸어 살펴보기로 하고 여기에서는 학계의 견해를 중심으로 먼저 선거제도 일반에 관한 사항을 살펴보고, 이어 선거운동의 자유와 선거의 공정성에 관한 내용을 차례로 살펴보기로 하겠다.

제 2 절 선거제도 일반론

I. 선거의 의의

가장 일반적인 의미에서 선거(election, die Wahl, élection)라는 것은 다수인의 단체(일정한 조직) 또는 집단에 있어서 그 구성원 중의 유자격자가 단체의 대표자 또는 간부를 투표로 선출하는 행위를 말하며 오늘날 그것은 임명, 추천의 행위와 구별된다.²⁾ 본래

1) 문광삼, “정치적 자유권에 관한 연구”, 서울대학교 법학박사학위논문, 1985, 216면.

2) 오늘날의 생각과 달리, 아테네 민주정에서만 특이하게 추천을 정치적으로 사용했던 것은 아니었다. 그 정도와 형태는 달랐지만 대의정부가 생기기 이전에도 세습 군주가 아니라 시민이 권력을 행사한 대부분의 정치제도에서는 추천이

選舉라는 한자어의 뜻은 권신이 인재를 등용하는 것을 말했고, (보다 구체적으로는) 많은 사람 가운데서 선발된다는 뜻이었다. 따라서 그것은 선거인이 다수라는 것을 의미하지 않고 오히려 선거인 1명 또는 수명에 의해 이루어졌던 것이다. 그러나 오늘날의 선거의 뜻은 선거인 다수인이 다수인 가운데서 선출하는 것을 의미하고 있다.

따라서 넓은 개념으로서의 선거는 비단 정치단체뿐만 아니라, 회사·교회·노동단체·문화단체 같은 데서 이루어지는 선임행위도 포함된다. 그렇지만 좁은 개념으로서의 선거는 국가기관의 선임행위에 국한된다. 선거가 오늘날 민주정치에 있어서 중대한 의미를 가지고 있는 것은 민의에 기초를 두는 정치의 존재양식을 결정하는 방법으로서 절대 필요한 수단이며 국가기관을 구성하는 정치기구이기 때문이라고 일반적으로 이해되고 있다.³⁾

이러한 선거는, 특히 대의민주제하에서는, 국민이 정책결정에 참가하는 가장 기본적인 행위이며 또한 주권행사의 구체적인 방법이라 할 수 있다.⁴⁾ 즉, 현대사회에 있어서 국민을 정치적으로 통합

사용되었다. 추첨은 로마 시민의 의회에서(제한적이기는 했지만) 일정한 역할을 담당했다. 중세와 르네상스 시기의 이탈리아 공화국들에서는 추첨을 통해 행정관을 선발하곤 했다. 새로운 대의정부들(미합중국이 혁명 초기부터 또는 프랑스가 1792년부터 그렇게 했던 것처럼)은 스스로 공화국이라 불렀음에도 불구하고, 추첨을 사용하지 않음으로써 공화주의적 전통에서 벗어나게 되었다. Manin, Bernard, *Principles of representative government*, 광준혁 역, 선거는 민주적인가 - 현대 대의민주주의의 원칙에 대한 비판적 고찰, 후마니타스, 2004, 65면 이하.

- 3) 이평구, 선거란 무엇인가 - 선거전략과 선거운동의 효율적 방법론, 중앙출판, 1986, 21면. 한편 국민의 소리라는 점에서 여론도 선거와 비슷한 기능을 하지만, 선거는 헌법상 정부를 구속하지만 여론은 그렇지 않다는 점에서 구별된다고 한다. 즉 선거는 헌법상 구속력이 인정되는 선택의 표시로 합법적 권위를 부여한다는 것이다. 같은 책, 22면.
- 4) 한편 B.마넝은 오늘날의 일반적인 논의와는 다소 다른 관점에서 선거의 비민주적 속성에 대한 논의를 전개하고 있다. 특히 선거가 표출하는 귀족주의적 성격이 주요한 논점으로 제기되는데 마넝에 따르면, “만약 선거의 귀족주의적 속성에 관한 고래의 확실과 미국에서의 논쟁을 통해 공식화된 직관이 사실이라면, 참정권의 확장과 의원 자격 요건의 폐지에도 불구하고 다음과 같은 두 현상은 지속될 것이다. 즉, 오직 선거에 기초한 정부에서는, 공직을 가질 동등한 기회를 모든 시민이 가질 수 없다. 그리고 대표의 지위는 보다 우월하다고 여

하는 주요한 방식이 바로 ‘선거’인 것이다. 국민의 잡다한 이해는 선거에 의해서 표명되며 선거를 통해서 선택된 대표자의 토의와 다수결로써 사회의 통합이 이루어질 수 있는 것이기에, 선거는 사회속의 대립을 의회 속의 당파의 대립으로 바꾸어 놓는 중요한 기회라고 볼 수 있다. 대의제민주정치하에서는 ‘총탄 대신에 투표로써(not bullet, but ballot)’라는 말이 정치적 문제의 해결에 있어서의 기본원칙으로 되어 있으므로, 일반국민은 원칙적으로 ‘선거’라는 절차를 통해서 국정에 참여할 수 있게 된다.⁵⁾

한편 헌법학계에서는 선거를 “국민적 합의에 바탕한 대의제민주정치를 구현하기 위하여 주권자인 국민이 그들을 대표할 국가기관을 선임하는 행위,”⁶⁾ 혹은 “선거인이 다수의 후보자 중에서 일정한 선거절차에 따라 특정인을 대표자로 결정하는 행위”⁷⁾로 규정하면서, 이러한 선거의 의미는 정치체제 내지는 통치질서에 따라 선거의 의미는 달라질 수 있음을 지적하고 있다.⁸⁾

겨지는 사람이나 보다 높은 사회계급의 구성원으로 국한될 것이다. 대의 정부는 어떤 측면에서는 보다 대중적이고 민주적일 수 있다. 하지만 비록 모든 시민이 투표권을 가졌다 할지라도, 선출된 사람이 그들을 선출한 사람과 유사하지 않다는 의미에서 귀족정적인 차원을 지닌다고 할 수 있다. 더 나아가 설령 공직에 입후보하는 데 아무런 법적 제약이 없다고 해도, 모든 사람에게 정치권력을 행사할 공평한 기회가 있는 것은 아니다. 이제 우리는 선거가 실제로 불평등하고 귀족정적인 특성을 가지고 있는지에 대한 문제로 돌아가야만 할 것”임을 강조하고 있다. Manin, Bernard, *Principles of representative government*, 광준혁 역, 선거는 민주적인가 - 현대 대의민주주의의 원칙에 대한 비판적 고찰, 후마니타스, 2004, 171면 이하.

- 5) 이극찬, 정치학, 제6전정판, 법문사, 1999(2000print), 417-418면. 이 교수는 선거와 관련하여 “의회는 말하자면 전화장치이며 선거는 通話와도 같은 것이다. 통화가 되는 것을 전제로 하여 비로소 의회정치는 의미가 있는 것이며, 일반국민은 통화를 통해서 비로소 정치에 관한 자기의 의사를 반영할 수가 있다. 국민의 정치참여의 중앙통로(mainstreet)는 선거이다.”라는 비유를 제시하고 있기도 하다.
- 6) 권영성, 헌법학원론, 2010년판, 법문사, 2010, 201면. 권 교수는 이러한 논의에 있어서 “선거에서 선거인이 누구를 대표자로 선택할 것인가에 대한 의사표시를 투표로 정의하고 있다.
- 7) 허영, 한국헌법론, 전정7판, 박영사, 2011, 764면.
- 8) 허영, 한국헌법론, 전정7판, 박영사, 2011, 765면. 허 교수에 따르면 자유민주주의체제하에서의 선거는 통치권의 기초 내지 정당화 근거 및 국민의 민주적인

오늘날의 현대민주국가는 대의제를 기반으로 하고 있는 까닭에 선거제도와 그 운용은 대의제민주주의의 성패를 가름하는 관건이 된다. 즉 선거는 대의제도를 구성하는 개념요소이자 이를 실현하는 수단으로서, 선거를 통해 국민은 대표자를 선출하고, 대표자는 임기 동안 자기책임하에 국가의사결정을 하는 등 국가운영에 필요한 활동을 하고 차기 선거에서 자신의 행위에 대하여 심판을 받는다.⁹⁾ 그렇지만 현대정당제민주국가에서는 선거의 의미가 변질되어 선거가 인물선정이라는 성격 외에 여러 가능한 정부 중에서 그 하나를 선택한다고 하는 정부선택적 국민표결의 성격도 아울러 지니고 있음도 지적되고 있다.¹⁰⁾

II. 선거의 법적성격

선거는 법적으로 유권자의 집단인 선거인단이 국회의원이거나 대통령 등 국민을 대표할 국가기관을 선임하는 집합적 합성행위라는 성질을 가진 것이다. 즉 선거는 일종의 합동행위적 다수의사의 표명이기 때문에 선거는 각 선거인의 개별적 투표행위 그 자체를 지칭하는 것이 아닐뿐더러 하향식선임행위인 공무원임명행위와도 성질이 상이하다. 또한 선거는 단순히 지명행위라는 점에서 특정의 공무수행기능을 위임하는 위임행위와도 구별된다.¹¹⁾

III. 선거제도의 기능

선거의 기능은 매우 다양하지만 정치체제에 따라 그 기능이 상이할 뿐 아니라, 같은 자유민주주의정치체제에서도 선거가 언제나 동일한 기능을 나타내는 것은 아니라 할 수 있다.¹²⁾ 그런 까닭에

정치참여의 본질적인 수단으로 기능하지만, 사회주의체제에서는 통치권행사의 수단으로, 권위주의체제에서는 현존 정치구도의 정당성 과시수단으로 기능한다고 한다. 같은 책, 765-766면.

9) 정중섭, 헌법학원론, 제4판, 박영사, 2009, 871-872면.

10) 권영성, 헌법학원론, 2010년판, 법문사, 2010, 201면.

11) 권영성, 헌법학원론, 2010년판, 법문사, 2010, 201면.

선거의 기능은 학자에 따라 다양하게 규정되고 있다.

1. 정치학계의 견해

정치학계에서는 선거제도의 기능에 대해 비교적 상세하게 논의하고 있다. 정치학계에서 정리하고 있는 선거의 중요한 정치적 기능은 다음과 같다.¹²⁾

우선 대표의 선출이 선거의 가장 중요한 기능이라는 데 이론이 없다. 대표의 문제는 민주정치 이론의 핵심이라 할 수 있는데, 역사적으로 대표선정의 방법은 여러 가지가 있었지만 그 중 민주정치의 원리에 가장 부합하는 대표의 선출은 선거를 통하여 뽑는 방법이다.

두 번째, 선거의 또 다른 기능은 여러 개의 정당, 후보자, 정부, 정책 등의 대안을 놓고 유권자들로 하여금 하나를 선택하게 하는 기회를 제공하는 것으로서, 민주정치 과정에서 유권자는 둘 또는 그 이상의 정당들 가운데서 하나를 선택하게 되는데 이들 정당은 그 시점에서 문제되는 쟁점에 대해서 서로 다른 입장을 취하는 경우가 많기 때문에, 선거는 사회를 분할시키는 쟁점을 해결하는 데 도움을 주게 된다. 결국 국민의 동의에 의해서 국정 of 책임자가 교체된다는 의미는 정견과 정책을 달리하는 공직 후보자들간의 자유로운 경쟁과 유권자의 자유로운 선택을 전제하게 되므로, 전체주의 사회에서와 같이 선거가 정기적으로 실시된다고 하더라도 후보자들이 서로 다른 의견과 가치를 대표하는 선택의 대안을 제시하는 것이 아니라면 그런 선거는 무의미한 것이라 할 수 있다.

세 번째로 선거는 민주적 정치체계에서 정부를 구성하는 통로의 구실을 한다. 특히 국정 of 최고 책임자인 대통령을 국민들이 직접 선거하는 대통령제 정부형태 하에서는 이러한 정부구성 절차로서

12) 이와 관련한 보다 자세한 논의는 허영, 한국헌법론, 전정7판, 박영사, 2011, 767면 이하를 참조.

13) 이하의 논의는 기본적으로 김광수, 선거와 선거제도, 박영사, 1997, 20-26면의 논의를 바탕으로 하고 있다.

선거의 의미가 분명하게 드러난다. 그렇지만 전세계적으로 볼 때 의회제 정부형태를 채택하고 있는 국가들이 대통령제 정부형태를 채택한 국가들보다 더 많기 때문에 유권자들이 직접 투표하여 정부를 구성한다는 것은 비교적 드문 경우에 해당한다. 의회제 정부형태의 유권자들은 한 사람의 대표자 또는 정당에게 투표를 할 뿐이고 선거 후 대표기구로서 의회 내의 정치적 세력관계에 의해서 정부가 구성되는 경우가 더 많으며, 경우에 따라서는 정부구성을 위하여 필요한 의회의 다수의석을 확보하기 위해서는 정당간의 연합이 필요한 경우가 발생한다. 그렇지만 이러한 경우에도 선거는 한 사람의 후보자 또는 정당에 권한을 위임하는 의미를 갖기 때문에 정부구성과 무관할 수가 없기에, 선거는 권력을 맡길 인물선택을 통하여 정책에 영향을 미칠 수 있게 된다. 따라서 선거는 간접적으로라도 정부의 정책에 영향을 미치는 효과를 갖게 된다.

네 번째로 선거는 정부에 정통성을 부여해 준다. 선거를 통하여 대중의 여론을 수용하고 또 정치적 책임관계가 분명해질 때 정부는 ‘적격자가 정당한 방법’으로 통치한다는 정통성을 얻게 된다. 선거는 권한을 위임하는 합법적인 절차로서 정부에 정통성을 부여하며, 정부는 정통성을 인정받게 될 때보다 효과적인 통치를 수행할 수 있게 된다.

다섯 번째로 선거운동기간 동안에 그 시점에서의 중요 정치적 현안들에 대한 활발한 논의가 이루어지기 때문에 선거는 부수적으로 정치교육의 기능을 담당하게 된다. 후보자들의 선거토론에 관심을 갖는 유권자들은 정치체계, 국제문제, 국내의 사회 경제문제 그 밖의 정치계의 여러 가지 현안문제들에 관하여 많은 것을 배우게 된다는 것이다.

마지막으로 선거는 정당의 구조 및 성격에 변화를 준다. 선거에 계속 실패한 정당은 그들의 정책대안에 대한 변화를 요구하는 메시지로 받아들인다는 것이다. 예컨대 1989년 봄 영국 노동당은 여러 해에 걸친 격론을 거쳐서 비핵무장정책을 수정하는 결단을 내리게 되었다. 정책변경의 가장 중요한 논거는 융통성 없는 비핵정책을 수정하지 않는 한 앞으로의 선거에서도 계속 보수당에게 밀

릴 수밖에 없다는 것이 노동당의 현실인식이었다. 정당은 선거에 승리하여 정권을 획득하는 것을 최대의 목표로 하는 정치집단이다. 따라서 정당은 선거에 이기기 위해서라면 어떠한 희생도 감수해야 한다. 선거는 선거승리에 필요한 메시지를 정당에 제공하고 정당은 그것을 주저 없이 받아들인다.

그렇지만 이상과 같은 선거의 기능들은 서로 연관되어 있으며 역사적으로 서로 뒤섞여 나타났음에 주의할 필요가 있다. 즉 현실적으로 신임의 전달, 대표의 형성, 정치적 통제 등이 동시에 각기 정도를 달리하여 발생한다는 것이다. 각 정치체계의 고유한 선거 기능을 산출시키는 주요 변수들은 정치체계가 안고 있는 저마다의 사회적·제도적 그리고 정치적 조건들이라 할 수 있다. 예를 들어 사회적으로 이질성이 높은 정치체계에서 선거는 서로 다른 사회·문화집단들에게 각기 정치적 대표성을 부여하는 동시에 다수형성을 통해서 사회적 분화를 정치적 중재를 통해서 통합하는 기능을 담당하는 반면, 동질성이 높은 정치체계에서 선거는 분명히 정당을 발전시키고 정당간의 경쟁을 촉진시키는 기능을 한다. 그러나 동질성이 높은 정치체계에서의 선거는 오로지 다수형성에 몰두할 뿐이지만, 이질성이 높은 정치체계는 다당제도가 보통이고, 여러 정당들은 상대적인 득표율의 경쟁에 몰두하게 된다. 이처럼 선거의 기능은 사회, 정치체계 및 정당제도에 따라서 달라질 수 있다는 것이다.¹⁴⁾

그런데 여기에서 보통선거제의 정착이 선거의 기능에 미처 예상하지 못했던 변화를 가져왔음을 주목할 필요가 있겠다. 보통선거제도의 채택은 어떤 측면에서는 선거제도의 완성을 의미하지만,¹⁵⁾

14) 이처럼 선거의 기능이 같지 않게 하는 사회구조적 요인들로는, 계급구성, 인종, 종교, 이익집단 등에 의해서 조성되는 사회적 갈등관계를 우선 지적할 수 있다. 또 의원내각제와 대통령제, 중앙집권제와 연방제 같은 정부형태에 따라 서로 선거의 기능이 달라질 수 있다. 마지막으로 선거의 기능은 정당의 수와 규모, 그리고 정당의 이데올로기적 차이와도 관련된다. 김광수, 선거와 선거제도, 박영사, 1997, 24면.

15) 예를 들어 이극찬 교수는 사회에 있어서의 이해의 대립이 의회 속에 충실히 반영되기 위한 조건으로 모든 사람들에게 선거권이 부여될 필요가 있다고 적고 있다. 이극찬, 정치학, 제6전정판, 법문사, 1999(2000print), 418면.

다른 한편으로 보통선거제는 대의기구로서 의회를 변질시키고 더불어 선거의 기능 또한 달라지게 만들었다는 것이다. 이와 관련한 구체적인 내용을 김광수 교수는 다음과 같이 정리하고 있다.

역사적으로 보통선거제의 확립은 노동자 계급의 성장에 따른 격렬한 계급투쟁의 전개와 밀접하게 관련되어 있다. 이러한 노동자 계급의 정치투쟁에 의한 보통선거제의 실시와 노동자 계급의 선거권 획득은 종래 유산 시민계급으로 구성된 선거인단의 동질성을 크게 훼손하였고, 노동자 계급의 의회진출은 대의기구로서의 의회를 정당정치의 장으로 변질시키는 전기가 되었다. 종래의 대의정치는 개별적인 소수의견이 의회에서 토의의 과정을 통하여 단순한 수학적 다수의 의미를 초월한 질적인 다수의사가 형성한다고 하는 다수결의 원리에 의해서 운영되었다. 그러나 정당정치는 의회의 토의과정을 무력화시키고 다수결의 원리를 허깨비처럼 만들어 버렸다. 의회 다수당은 그들의 정책안을 다수의 힘으로 거의 무수정 통과시키는 것이 상례가 되었기 때문이다. 그 때부터 의회는 통법부라는 오명이 부쳐지기도 했다.

결국 정부의 구성과 정책의 결정은 사실상 정당의 손에 맡겨지고 그에 대한 시비는 의회를 떠나고 선거의 장으로 옮겨져서 선거인에게 직접 책임을 묻는 방식으로 바뀌었다. 선거인의 책임이 막중해진 것이다. 그러나 선거인이 이같이 막중한 책임을 다할 수 있는 것인지에 대해서는 회의적이다. 시민사회에서 이행한 대중사회의 거대한 규모와 복잡성이 대중으로 하여금 선거를 통하여 집권 다수당에 대하여 정치적 책임을 따지고 자신들의 계급적 이익을 구현하는 일이 말하는 것처럼 쉽지 않기 때문이다.

거대하고 복잡한 대중사회는 개인의 사회에 대한 의존성을 증대시키면서도 개인에 의한 통일적 이해와 통제를 거부하는 괴물 같은 존재로 다가와 있기 때문이다. 개인은 정치적 무관심과 무력감의 늪에 빠져들지 않을 수 없고, 복잡하

게 뒤엎킨 이해관계의 망(network of interests)에 포위되어 근시안적으로 그때그때의 단편적인 이익을 산발적으로 추구하는 것이 고작이다. 이런 상황에서 대중의 선거참여는 정당의 조직적이고 현란한 선거운동에 끌려 그냥 던져버리는 식으로 투표하던가, 자율적인 판단능력을 상실하여 기권율이 높아진다. 보통선거라고 하는 선거제도의 완성이 오히려 선거의 실질적인 기능을 상실시키고 선거제도를 껌데기만 남게 하는 역설을 어떻게 극복해야 하는 것인가? 미헬스(Michels)는 그의 시대에 벌써 이를 내다보고 선거란 자기들이 결정하였다는 환상을 갖게 함으로써 심리적 착취의 기회로 변질하였다고 했다.

요컨대 선거는 대표를 선출하는 기본적인 기능 외에도 대표자를 교체함으로써 정부의 쇄신을 기할 수 있고, 정치권력의 담당자를 국민이 선거를 통하여 교체시킴으로써 민의에 의한 정치를 가능하게 하며, 민의에 반하는 정부의 지배를 저지함으로써 혁명을 예방하는 기능을 한다. 그러나 선거는 반드시 이처럼 긍정적인 측면만이 있는 것이 아니다. 국민의 무관심, 금력, 폭력, 관권의 개입으로 선거의 공정성이 상실되는 경우에 지배자의 지배를 정당화시키는 도구로 활용되는 위험성을 내포하고 있다. 쿠데타로 집권한 군사정부가 국민투표 형식으로 정당성을 위장하였던 사례가 가깝게 우리 주변에서도 있었던 일이다. 그 밖에도 경쟁성과 선택의 자유 원칙에도 불구하고 지금까지의 모든 선거가 기득권층에게 일방적으로 유리한 것이었다는 근본적인 의문이 제기되기도 하기 때문이다.

2. 헌법학계의 견해

선거의 기능에 관한 헌법학계의 대표적인 논의들을 살펴보면, 권영성 교수는 선거의 기능을 “정치적인 측면에서 ① 국가기관(대의기관)을 구성하는 기능, ② 국가권력에 대하여 민주적 정당성을

부여하는 기능, ③ 국민의 참정권을 현실화하는 기능, ④ 통치기관에 신탁을 부여하는 기능, ⑤ 국가기관을 정치적으로 통제하는 기능 등 다양한 정치적 기능을 수행한다. 뿐만 아니라 선거인이 주권자 의식을 자각하고 그 선거권을 행사한다면, 대표자를 교체하지 할 수 있어 집행부와 입법부의 쇄신을 기할 수 있음은 물론이고 또한 민의에 의한 정치를 가능하게 하며, 폭력혁명이나 쿠데타 등 헌정중단을 예방할 수도 있다. 이것은 평화적인 민주질서형성과 민의에 바탕한 정부구성을 기대할 수 있다는 의미이다. 이와는 달리 선거가 타락·부정·불공정한 것이 되면, 선거는 단지 금권정치나 폭력적 지배를 정당화시켜 주는 번거로운 의식을 전락하고 말 것이다”라고 정리하고 있으며,¹⁶⁾ 정중섭 교수는 “일반적으로 선거는 국민대표자를 선발하여 통치기관을 구성하는 기능(代表者의 選拔)과 국가의사결정을 하는 국민대표자에게 정당성을 부여하는 기능(民主的 正當性의 賦與)을 수행한다. 그리고 선거과정을 통하여 국민은 정치적 의사를 표현하고 국가의 공적인 일에 참여하는 기회를 가지게 된다(國民의 政治參與 實現)”고 정리한 바 있으며,¹⁷⁾ 김문현 교수는 민주국가에 있어서 선거는 기본적으로 유권자가 그 대표기관을 선임하는 행위로서 국민에 의한 대표기관의 선임, 대표기관에 대한 국민적 신임과 정당성의 부여, 기능가능한 정부와 의회의 구성, 국민에 의한 정부에 대한 통제의 기능을 수행한다고 하고, 다만 이러한 기능은 선거가 국민의 의사를 제대로 반영할 수 있는 경우에 가능하다고 한다.¹⁸⁾

IV. 선거제도의 발전: 보통선거제도의 확립을 전후한 발전양상

대의기구를 통해서 사회에 있어서의 이해의 대립이 의회 속에

16) 권영성, 헌법학원론, 2010년판, 범문사, 2010, 201-202면.

17) 정중섭, 헌법학원론, 제4판, 박영사, 2009, 872면을 참조.

18) 김문현, “현대민주국가에 있어서의 선거의 의미와 과제”, 공법연구 제28집 4호 1권, 2000, 70면.

충실히 반영되어지기 위해서는 모든 사람들에게 선거권이 부여될 필요가 있다. 이런 의미에서 선거권의 확대는 선거제도와 근대 민주정치의 발전을 위한 필수 과정이었다고 할 수 있다.¹⁹⁾ 유럽 여러 나라에 관해서 말하면 대체로 19세기 후반으로부터 20세기 초에 걸쳐서 선거제도는 활발하게 개혁되었는데, 그것은 대체로 다음과 같은 방식에 따라서 개혁되어 갔다고 할 수 있다.²⁰⁾

- ① 재산·납세액·수입·성별 등에 의한 제한선거로부터 모든 성년남녀에게 선거권이 부여되는 보통선거어로.
- ② 불평등선거(이를테면 등급별 투표라든가, 복수투표 등)로부터 평등선거어로.
- ③ 간접선거로부터 직접선거어로.
- ④ 공개선거(이를테면 기명 또는 구두투표)로부터 비밀선거어로.

한편 이러한 19세기 후반에서 20세기 초에 걸친 유럽 국가들에 있어서 선거권의 확대는 선거제도의 기본원리를 인격대표주의로 파악하는 인식의 전환으로부터 출발하였다고 할 수 있는데, 그것은 중세의 단체대표, 직능대표의 원리와는 크게 다르다는 점을 인식해야 한다.

선거제도의 기본원리로서 개인적 인격주의는 선거에 대하여 두 가지 인식의 차이를 가져왔는데, 그 하나는 선거란 일종의 공무에 속하기 때문에 그 공무를 수행하는 데 필요한 능력을 갖춘 유자격자에 한해서 선거참여의 권리가 부여되어야 한다는 것이요, 다른 하나는 선거는 국민의 대표기관을 구성하기 위한 하나의 절차이기 때문에 응당 모든 국민에게 선거참여를 위한 선거권이 주어져야 한다는 것이다. 전자의 주장을 따른다면 선거권을 제한할 필요가

19) 김광수, 선거와 선거제도, 박영사, 1997, 11면.

20) 이극찬, 정치학, 제6전정판, 법문사, 1999(2000print), 418면. 선거제도의 발전에 관한 보다 자세한 논의는 김광수, 선거와 선거제도, 박영사, 1997, 13-19면 참조.

있고 후자를 따를 경우에는 선거권은 가급적 널리 개방하는 것이 옳다.

실제 각국의 선거제도는 이들 두 가지 입장이 대립하는 과정을 통해서 성장 발전하였다고 할 수 있다. 어느 나라를 막론하고 선거를 처음 실시한 초기에는 선거를 하나의 공무로 인식하는 입장이 우세하였기에, 처음에는 유산 시민층에게만 선거권을 부여하는 제한 차등선거가 보통이었다. 그러나 시민의식의 성장과 민주주의 사상의 보급이 확산됨에 따라 선거를 하나의 시민적 권리로 인식하는 후자의 인식이 우세한 쪽으로 바뀌고 보통 평등선거제도가 광범하게 수용되게 되었다.

결국 현대 선거제도에서 개인적 인격주의의 원리는 보통, 평등, 직접, 비밀, 자유선거라고 하는 선거의 5원칙으로 구체화되었다. 아울러 거의 모든 민주국가의 헌법은 이들 5원칙을 명문으로 규정하고 있는데, 유럽 민주주의 국가들은 대체로 19세기 후반부터 20세기 초반 사이에 활발한 선거제도의 개혁을 이루고, 자유선거의 5개 원칙을 수용하였다.²¹⁾

V. 선거제도의 基本構造

1. 선거권과 피선거권

선거의 기본구조는 누가 선거에 참여하는가, 즉 누구에게 선거권과 피선거권이 인정되는가에 따라 결정된다.²²⁾ 이러한 선거권과

21) 김광수, 선거와 선거제도, 박영사, 1997, 11-12면. 그렇지만 이극찬 교수는 이러한 논의에 덧붙여, “이와 같은 민주적 선거권의 확립에 의해서 전체 국민을 정확히 대표할 수 있는 의원이 선출되는 것이라고 보장할 수는 없다. 왜냐하면 모든 선거민이 자기의 의사에 따라서 투표를 했다고 하더라도 선거구(소선거구·대선거구), 투표방법(단기제·연기제), 당선자 결정방법 등을 어떻게 하는가에 따라서 선거결과가 달라질 수도 있으며, 따라서 의회의 당파별 구성도 상당한 변동을 보이게 되기 때문이다. 이 사실은 선거법의 기술적 조작에 따라서는 어떤 특정한 정치적 효과를 실현시킬 수 있다는 것을 의미한다. 일반적으로 선거법이 정치법으로 보여지는 것도 이 때문”임을 지적하고 있다. 이극찬, 정치학, 제6전정판, 법문사, 1999(2000print), 418면.

피선거권은 선거제도의 유형, 선거의 기본원칙 등은 물론이고 선거의 의의 및 기능과도 밀접하게 관련되어 있다.²³⁾

가. 선거권

선거권이란 선거에 참가할 수 있는 권리를 말한다. 국가의 중요 공직담당자를 선거에 의해 결정하는 선거제도가 도입된 이후에도 선거권의 범위를 어떻게 인정할 것인가는 오랫동안 논란의 대상이 되었고, 원칙적으로 모든 국민에게 선거권을 인정하는 보통선거의 원칙이 인정된 것은 20세기에 들어와서이다.

나. 피선거권

피선거권은 선거에 의해 대통령, 국회의원, 지방자치단체의 장 또는 지방의회의원 등의 공직에 선출될 수 있는 자격과 권리를 말한다. 피선거권도 선거권과 마찬가지로 성별·종교·재산·사회적 신분 등에 의한 차별없이 모든 국민에게 평등하게 인정되어야 한다. 그러나 피선거권은 국민의 대표자로서 공무를 수행할 수 있는 능력과 결부되어 있으므로 선거권보다 엄격한 요건을 요구하는 것이 일반적이다.

다. 선거인과 대의기관의 관계

민주국가에 있어서 선거인은 선거권의 행사를 통해 대표자(피선거권자)를 선임한다. 이 경우 선거인과 대표자 사이에 법적 유대관계를 인정할 것인가에 관해서는 부정설과 긍정설이 갈리고 있다. 생각건대 선거에 있어서 투표권의 행사는 대표자에게 국민의 의사를 존중하고 국민의 의사를 국정에 반영할 정치적·도목적 의무를 부과한다는 의미를 가지기 때문에, 선거인과 대표자를 전혀 무관

22) 계희열, 헌법학(상), 박영사, 2005, 303-304면.

23) 이하의 논의는 계희열, 헌법학(상), 박영사, 2005, 304-305면의 내용을 참조.

제한 것으로 보는 견해는 정당하다고 할 수 없다. 다만 대의민주주의의에 있어서 선거인과 대표자의 관계는 선거인의 의사를 존중해야 할 정치적 책임을 지우는 ‘정치적’ 대표관계에 지나지 않는 것이다. 헌법은 제7조 제1항에 ‘공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며…’라고 하고, 제46조 제2항에서 ‘국회의원은 국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 행한다’라고 규정함으로써 무기속위임의 원칙을 강조하고 있다.²⁴⁾

2. 선거의 관리주체

선거의 관리는 선거의 실시를 위한 준비, 실시, 개표, 확정 등의 선거의 전과정에 대한 관리를 의미하는 동시에 선거운동의 관리를 포함하는 개념이다.²⁵⁾ 대의민주주의와 지방자치의 성공에는 선거의 성공이 필수적이니만큼 국민의 대표자를 선출하거나 지방자치단체의 장·지방의회의원을 선출함에 있어서 선거의 공정과 평온을 확보하기 위해 선거의 관리가 필수적으로 요구된다고 할 것인데, 헌법은 이러한 요구에 대응하기 위하여 헌법상 독립기관인 선거관리위원회의 설치와 선거관리에 관한 규정을 두고 있다.

3. 선거운영의 원칙: 선거의 공영

합리적인 선거비용의 조달과 지출은 합리적인 선거운동의 필수적 전제라 할 수 있을 정도로, 민주적 선거에 있어서 선거비용의 문제는 중대한 실질적 의의를 갖는다. 이에 따라 미국, 일본, 독일 등의 선진 국가에 있어서도, 선거비용을 합리적으로 조절하기 위한 각종 법률을 제정·운용하고 있으며, 우리나라도 “선거에 관한 경비는 법률이 정하는 경우를 제외하고는 정당 또는 후보자에게 부담시킬 수는 없다”는 헌법 제116조 제2항의 규정과 공직선거법

24) 권영성, 헌법학원론, 2010년판, 법문사, 2010, 202면.

25) 정종섭, 헌법학원론, 제4판, 박영사, 2009, 1305면. 선거운동에 관한 논의는 절을 바꾸어 논의하기로 한다.

그리고 정치자금에 관한 법률 등에 의하여 이 문제를 처리하고 있다.²⁶⁾

가. 제도적 의의²⁷⁾

선거는 국가의 존속과 국민의 전체 이익을 위하여 국가의 공적 업무를 수행할 국민의 대표자를 선출하는 행위이므로 이에 소요되는 비용은 국가가 부담하는 것이 타당하다. 즉 선거비용을 국민 모두의 공평부담(세금)으로 하는 것이다. 이와 같이 선거의 관리·운영에 필요한 비용을 당사자에게 부담시키지 않고, 국가가 부담하는 것을 選舉의 公營이라고 한다.

국가가 선거공영제도를 실시하는 경우에는 그 비용이 국민의 공평부담으로 돌아가므로 반드시 선거에 필요한 경비에 국한하여야 한다는 점을 유의할 필요가 있다. 선거에 참여하는 당사자(개인 또는 정당)의 사적인 이익으로 돌아가는 부분에 대해서 국가가 경비를 지출하는 것은 선거공영의 원리에 부합하지 않는다. 한편 지방자치의 수준과 형태에 따라 지방자치단체의 장이나 지방의회 의원을 선출하는 지방자치선거의 비용은 해당 지방자치단체가 부담하게 할 수 있다. 특히 지방자치의 독자성이 강해지고 지방자치의 재정적 독립성이 강조되는 경우에는 각 지방자치단체는 각자의 선거비용을 부담하여야 하며, 이를 다른 지방자치단체에 나누어 부담하게 하는 것은 지방자치단체의 재산권의 침해가 될 수 있다.

나. 내용

헌법은 ‘선거에 관한 경비는 법률이 정하는 경우를 제외하고는 정당 또는 후보자에게 부담시킬 수 없다’라고 정하여(헌법 제116조 제2항) 선거공영제도를 정하고 있다. 선거비용에 관하여 입법을 하

26) 계획열, 헌법학(상), 박영사, 2005, 330면.

27) 이하의 내용은 기본적으로 정종섭, 헌법학원론, 제4판, 박영사, 2009, 1319-1322면에 바탕을 두고 있다.

는 경우에는 경비가 지출되는 사항이 선거에 필요한 것인가 하는 적합성의 문제와 해당 사항에 대한 경비가 국가와 당사자 중 어느 쪽이 부담하는 것이 타당하며, 일방이 부담해야 하는가 아니면 공동으로 나누어 부담해야 하는가, 국가와 당사자가 공동으로 부담하는 경우에는 그 배분을 어떻게 정하는 것이 적합한가 하는 경비 부담의 주체 문제에 대하여 정확히 고려하여야 한다.

선거비용의 국가부담은 국민에게 과도한 부담을 지우므로 이를 악용하는 행위를 방지하는 조치가 필요하다. 특히 선거에서 무제한적으로 입후보를 인정하고 이에 소요되는 비용을 국민이 모두 부담하는 것은 선거공영의 목적과 부합하기 어렵다. 이러한 폐해를 방지하기 위해 낙선자에 대해 기탁금 국고귀속제도와 같은 장치를 마련하고 있다. 그러나 국고에 귀속시키는 기탁금의 액수가 입후보의 기회를 현저하게 제한할 정도로 과도한 경우에는 이 역시 고액의 기탁금을 납부할 수 있는 사람만 선거에 입후보할 수 있는 금권정치를 야기하고, 국민의 공무담임권인 피선거권과 선거공영의 법리를 침해할 수 있다.

국가가 선거공영제도를 운영하는 이상 당사자가 선거에 필요한 비용을 제한 없이 사용하는 것은 통제된다. 이를 방지하는 경우에는 자금을 많이 가진 자가 선거에서 승리할 것이고, 이러한 것은 국민대표자의 선출이라는 이념에 합당하지 않다. 대의민주주의의 원리상 국민의 대표자를 선거하는 것은 국민이 선출(election)하는 의미와 함께 국민대표자의 직에 적합한 자를 정확히 선발(selection)하는 의미를 가지므로 선거에 있어 선거비용의 제한 없는 사용은 형식적으로는 선출행위가 있다고 하더라도 적합한 대표자를 선발하는 과정이 금력으로 왜곡되는 것을 방지하는 것이기 때문이다. 이는 민주정치가 金權政治로 타락하는 것을 의미한다.

반면 국가가 선거를 공영으로 관리하고 운영한다고 하더라도, 선거에 필요하지 않은 사항에 대하여 국고를 지출해서는 안 된다. 선거공영이 선거에 입후보하는 모든 사람의 모든 비용을 부담하는 것은 아니기 때문이다. 선거공영이라는 이유로 國庫를 낭비하는 것은 국민 또는 지방자치단체의 주민이 부담할 이유가 없는 재정

적 부담을 국민이나 주민에게 강제로 부과하는 결과가 되어 국민의 재산권을 침해하는 것이 된다. 그러나 선거비용을 절약한다는 이유로 선거에 필요한 행위를 금지하거나 이에 필요한 경비를 당사자에게 부담시켜서는 안 된다.

VI. 선거제도의 기본원칙

현행 헌법 제41조와 제67조는 선거의 기본원칙으로 보통·평등·직접·비밀선거 원칙을 규정하고 있다. 학계에서는 여기에 자유선거의 원칙을 더하여 다섯가지 원칙을 선거의 기본원칙으로 제시하고 있다.²⁸⁾

1. 보통선거의 원칙

普通選舉는 制限選舉에 대응하는 원칙으로, 모든 국민이 일정 연령에 도달하면 사회적 신분·재산·인종·성별·교육 등에 관계없이 선거권을 갖는다는 원칙을 말한다. 오늘날 이 원칙은 기본권 보장의 면에서는 선거권의 평등보호로 보장되고 있다.²⁹⁾

2. 평등선거의 원칙

平等選舉는 差等選舉 또는 不平等選舉에 대응하는 원칙으로, 모든 유권자가 각기 똑같은 수의 표를 행사하고, 투표가치에 있어서도 평등해야 한다는 원칙을 말한다. 즉, 1인 1票(one person, one vote)와 1票 1價(one vote, one value)를 내용으로 한다. 다수대표방식의 지역선거에서도 모든 유권자가 같은 수의 표를 가져야 하고, 비례대표방식의 정당투표에서도 같은 수의 표를 가져야 한다.³⁰⁾

28) 예를 들어, 계희열, 헌법학(상), 박영사, 2005, 309면.

29) 정중섭, 헌법학원론, 제4판, 박영사, 2009, 873면.

30) 정중섭, 헌법학원론, 제4판, 박영사, 2009, 875면.

3. 직접선거의 원칙

直接選舉는 間接選舉에 대응하는 원칙으로, 선거인이 대표자를 직접 선출하여야 한다는 원칙을 말한다. 선거인단을 먼저 선출하고 그 선거인단이 대표자를 선출하는 경우는 간접선거에 해당한다. 국민주권원리상 국민의 대표자의 권한에 민주적 정당성을 부여하는 방법은 오직 직접 부여하는 것만 허용되므로 간접선거는 국민주권원리에 어긋난다.³¹⁾

직접선거원칙은 비례대표방식의 명부방식과도 관련이 있다. 비례대표방식이 직접선거에 위배되지 않기 위해서는 가변명부방식이나 개방명부방식을 선택하는 것이 바람직하다고 한다.³²⁾

4. 비밀선거의 원칙

秘密選舉는 公開選舉에 대응하는 원칙으로 선거인의 투표내용을 어느 누구에게도 공개하지 않아야 한다는 원칙을 말한다. 무기명 투표와 선거내용에 관한 진술거부권 및 비공개 등이 그 내용이다. 이는 선거의 공정함과 선거권 행사의 비밀을 보장하기 위한 것이다. 선거권은 선거제도에 수반되는 권리이므로 선거제도의 기능을 왜곡하면서 개인의 권리를 보장하는 것이 아니다. 따라서 비밀선거 원칙을 선거권의 보장이라는 측면에서만 이해할 수는 없다.³³⁾

공직선거법은 투표의 비밀은 보장되어야 한다는 것을 명시하여 비밀선거원칙을 명문화하고 있다(동법 제167조 제1항). 이에 따르면 선거인은 자신이 기표한 투표지를 공개할 수 없으며, 공개된

31) 정종섭, 헌법학원론, 제4판, 박영사, 2009, 881면.

32) 정종섭, 헌법학원론, 제4판, 박영사, 2009, 882면. 헌법재판소는 공정명부방식 그 자체가 직접선거원칙에 반하는 것은 아니라고 판시하였으나(헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91등, 판례집 13-2, 77), 정종섭 교수는 “정당의 이름을 내걸고 실제로는 정당의 지도부가 명부를 결정하는 고정명부방식은 직접선거원칙을 침해할 소지가 없지 않다. 비례대표방식의 민주성을 높이는 방법으로는 선거인이 명부의 순서와 내용을 결정할 수 있는 가변명부방식이나 개방명부방식이 합당하다”고 평가하고 있다.

33) 정종섭, 헌법학원론, 제4판, 박영사, 2009, 882면.

투표지는 무효로 한다(동조 제3항). 선거인은 투표한 후보자의 성명이나 정당명을 어떠한 경우에도 누구에게도 진술할 의무가 없으며, 누구든지 선거일의 투표 마감시각까지 이를 질문하거나 그 진술을 요구할 수 없다(동조 제2항).

5. 자유선거의 원칙

自由選舉는 強制選舉에 대응하는 원칙으로 선거의 전과정에 있어서 선거권자의 의사형성의 자유와 이를 실현할 자유가 선거과정에서 존중되어야 한다는 것을 의미한다. 비록 우리 헌법이 자유선거의 원칙을 명시적으로 정하고 있지는 않으나, 민주국가의 선거제도에 내재하는 법원리로서 국민주권의 원리, 의회민주주의의 원리 및 참정권에 관한 규정에서 그 근거를 찾을 수 있음이 널리 인정되고 있다. 이후에 좀 더 살펴보겠지만, 헌법재판소도 현행 헌법의 해석상 자유선거원칙이 인정된다고 판시하였다.³⁴⁾

VIII. 선거제도의 유형

선거제도의 유형은 투표의 방식(투표제), 대표의 방식(대표제), 선거가 이루어지는 지역단위(선거구제)의 측면에서 각각 살펴볼 수 있다.³⁵⁾

1. 투표제

投票制는 선거 과정에서 선거인이 투표하는 방식을 의미하는데, 후보자를 뽑는 수와 그에 대응한 투표권의 수를 기준으로 단기투표의 방식과 연기투표의 방식으로 구분된다. 單記投票란 후보자 1명에게 투표를 하는 것으로 일반적으로 소선거구제와 관련을 갖는

34) 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15 등.

35) 이하의 논의는 기본적으로 정중섭, 헌법학원론, 제4판, 박영사, 2009, 883-888면의 내용에 바탕을 두고 요약한 것이다.

다. 중·대선거구제와 연관이 있는 連記投票는 후보자의 수와 투표권의 수의 상관관계를 기준으로 完全連記投票의 방식과 制限連記投票의 방식으로 나뉜다. 완전연기투표의 방식은 선출하고자 하는 의원수만큼 투표권을 행사하는 방식이고 制限連記投票의 방식은 후보자 1명 이상을 투표하기는 하지만 의원정수보다는 적은 수를 뽑는 방식이다. 특히 중·대선거구의 방식을 채택할 때에 연기투표의 방식은 중요하게 되는데, 완전연기투표인지 제한연기투표인지 여부에 따라 선거의 결과가 달라질 수 있기 때문이다.³⁶⁾

한편 이러한 복수의 투표권을 어떻게 행사하느냐에 따라 累積連記投票의 방식과 遞減連記投票의 방식으로 구분될 수 있는데, 누적연기투표의 방식은 투표권자가 가진 투표수를 어느 특정 후보자에게 증첩하여 투표할 수 있는 방식이다. 체감연기투표의 방식은 투표자가 연기한 순서에 따라 그 가치를 점점 체감하여 득표수를 계산하는 방식이다.

2. 대표제도

선거에 있어 代表制度(Wahlsystem)는 의원정수의 당선·확정을 결정하는 방식을 말한다. 이에는 일반적으로 다수대표방식과 비례대표방식이 있다.

多數代表(Mehrheitswahlsystem)의 방식은 지역을 기준으로 선거구를 획정하여 해당 선거구에서 대표자를 선출하는 방식으로 정치권에서 다수 세력의 형성을 용이하게 하고 양대 정당제도를 구축하는데 용이한 점이 있다.³⁷⁾ 그렇지만 낙선된 후보자에게 던져진 선거인의 표는 국민대표기관의 구성에서 완전히 도외시되기 때문에 少數의 保護라는 민주주의 이념과 상치되는 부분이 없지 않

36) 정종섭 교수는 중·대선거구의 방식으로 선거구방식을 변경할 경우 제한연기투표보다는 완전연기투표가 민의를 반영하는데 보다 적합하다고 본다.

37) 그 밖에도 선거인의 대표자선택이 비교적 용이하고 여·야간의 유사한 정책선택을 통한 정치상황의 안정성을 확보할 수 있다는 점 등이 소선거구제의 장점으로 꼽힌다. 계획원, 헌법학(상), 박영사, 2005, 316면 주 229) 참조.

다.

이러한 다수대표의 방식에는 당선자를 결정하는 방법에 따라 相對多數代表의 방식과 絕對多數代表의 방식이 있다. 우선 상대다수대표의 방식(plurality system)은 후보자 가운데 득표수에서 1위를 한 자를 당선인으로 결정하는 방식이다. 이런 방식에서는 유효투표의 과반수도 획득하지 못한 자임에도 단지 1위 득표자라는 이유만으로 당선되어 민주주의원리와 합치하지 않는 약점이 있고, 정당의 득표수와 확보한 의석수 사이에 비율상의 不整合現象이 발생하여 표에서는 승리한 정당이 의석 확보에서는 패배하는 불합리한 결과를 초래할 수 있기 때문에 대의민주주의와는 원리적으로 조화되기 어려운 점이 있다. 반면 절대다수대표의 방식(majority system)은 유효투표의 과반수를 획득한 자를 당선인으로 결정하는 방식으로 상대적으로 민주주의원리에 보다 부합하는 측면이 있다. 이 방식에 의한 1차 투표에서 과반수를 획득한 자가 나오지 않는 경우에 이를 해결하는 방법으로는 2차 투표에서 결선투표를 실시하여 당선자를 결정하는 決選投票(second ballot, runoff)의 방식(예: 프랑스의 대통령 선거, 하원의원 선거)과 1차 투표에서 처음부터 후보자의 수와 동일한 수의 투표권을 후보자에 대한 선호의 순에 따라 행사하고 1순위에서 당선자가 나오지 않으면 과반수의 득표자가 결정될 때까지 순차적으로 차 순위로 이양·합산하여 당선자를 결정하는 選好投票(=代案投票 alternative vote)의 방식(예: 아일랜드의 대통령 선거, 오스트리아의 하원의원 선거)이 있다.

比例代表(proportional representation system, Verhältniswahlsystem)의 방식은 기본적으로 정당을 매개로 하여 정당이 작성한 후보자의 명부에 대하여 투표를 하는 것을 말하는데 비례대표의 방식은 다수대표의 방식에서 발생하는 사표 및 득표율과 정당 의석수의 불일치를 해소하고, 지역선거에 따르는 후보자에 대한 유권자의 특수이익의 지배력을 약화시킬 수 있으며, 지역선거에 따르는 지역구 관리비용을 줄이고, 전문가의 의회충원을 가능하게 하여 전문가 정치를 할 수 있게 한다. 이러한 비례대표의 방식에는 명부의 형태에 따라 정당이 당선 순위를 정한 후보자의 명

부를 작성·등록하고 투표자는 정당의 명부에 투표하는 固定名簿式 (=拘束名簿式 closed list), 정당이 후보자의 명부를 작성하되 투표자가 후보자의 순위에 구애받음이 없이 순위를 변경하여 투표하는 可變名簿式(弛緩名簿式 flexible list), 유권자들이 각 정당이 작성한 후보자의 명부에 구애됨이 없이 정당의 경계를 넘어 후보자를 선택하여 결정하는 自由名簿式(free list)이 있다. 자유명부식의 경우에는 정당이 작성한 명부는 후보자에게 정보를 제공하는 참고자료의 역할만 하게 된다. 현행 국회의원 선거에서의 비례대표의원을 선출하는 방식은 고정명부식이다.

그렇지만 이런 비례대표의 방식에 따르면 다수 정당의 난립과 군소정당의 출현에 따른 정국의 불안이 초래될 가능성이 높고, 의원에 대한 정당의 지배력이 강화되며, 정당규율에 따라 국민대표성이 약화될 우려가 있다. 또 고정명부식의 경우에는 직접선거원칙과 저촉될 위험이 크고, 선거에서 정당간부의 횡포와 부패가 발생할 가능성이 있다. 특히 비례대표의 방식은 국회에서 다수파의 형성을 어렵게 하고, 여건에 따라 심한 경우에는 각 세력들의 합종과 연횡이 다반사가 되어 다수파가 형성된 경우에도 정국이 잠정적이고 유동적인 상태에 있게 될 가능성이 크다. 이런 상태에서는 국민에 대한 국회의원의 책임을 심하게 약화시키기 때문에 비례대표의 방식은 책임정치의 실현이라는 대의민주주의의 기능과 조화되기 어렵게 된다.³⁸⁾

3. 선거구제

38) 정중섭 교수는 “민주주의에서는 面對面(face-to-face)의 의사소통이 필수적이라는 점과 비례대표의 방식에 대하여 「일반화된 무책임 제도」(regime d'irresponsabilite generalisee)라는 지적이 있음을 고려하면 지역구 선거제도를 없애고 전면적으로 비례대표제도를 채택하는 것은 민주주의의 요청에서 문제가 많다고 할 것이다.”라고 지적하고 있다. 아울러 “비례대표방식이 정당을 매개로 하는 선거방식이지만, 정당이 작성한 명부에 의하여 당선된 의원은 정당의 대표가 아니라 국민의 대표이다. 따라서 비례대표의원에게 정당기속을 법적으로 강제할 수 없고, 교차투표도 인정된다.”고 한다. 정중섭, 헌법학원론, 제4판, 박영사, 2009, 886면.

選舉區制란 선거인단을 지역단위로 분할하는 방식으로 소선거구의 방식, 중선거구의 방식, 대선거구의 방식이 있다.

小選舉區의 방식은 1선거구에서 1인의 대표자를 뽑는 방식이다. 이는 1인만 선출하기 때문에 후보자를 결정하기 수월하다. 그러나 소선거구의 방식은 사표의 발생을 막을 수 없고, 선거구의 인구를 균등하게 획정하는 것도 어렵다. 현행 공직선거법 제21조 제2항은 「하나의 국회의원지역구선거구에서 선출할 국회의원의 정수는 1인으로 한다」고 규정하여 소선거구의 방식을 채택하고 있다.

中選舉區의 방식은 선거구를 평등원칙에 합치되도록 조정하면서 선거구의 유권자수에 비례하여 대체로 2인에서 5인을 선출하는 방식을 말한다. 이는 주로 3인 또는 4인을 선출하는 것이 주가 되고, 선거구를 균등하게 획정함에 있어 불가피하게 불균형이 발생하는 경우에 예외적으로 2인 또는 5인을 선출하는 선거구를 두는 방식이다. 이러한 중선거구의 방식은 선거구획정으로 인한 인구불평등의 문제를 수월하게 해결할 수 있고, 새로운 정당의 국회 진입을 수월하게 하며, 현격하게 사표를 줄일 수 있다. 1선거구 1인 선출 방식에서 발생할 수 있는 특정 정당의 독식을 방지할 수 있고, 공동체의 이해관계가 이질적이고 갈등지수가 높은 경우에 갈등을 약화시키고, 이해관계를 조정하는데 적합하지만, 중선거구의 방식에서 1선거구에서 2인을 선출하는 것이 주가 되는 경우에는 기존 정치권의 패권세력인 거대한 양대정당이 서로 국회의원 자리를 나누어 가지는 폐단이 발생할 우려도 있다.

大選舉區의 방식은 대체로 1선거구에서 6인 이상의 당선자를 선출하는 방식을 말하는데, 대선거구의 방식은 상당히 많은 후보자가 생겨나게 되어 유권자가 후보자를 충분히 알기 어려운 상황이 초래될 수 있어 국민의 투표권 행사를 실질적으로 왜곡시킬 우려가 있다. 아울러 대선거구의 방식에서는 정당의 복수 공천을 허용할 수밖에 없는데, 이런 경우에는 후보자간의 싸움이 아니라 동일 선거구에서 정당간에 의석을 얼마나 많이 확보하느냐 하는 정당간의 싸움이 되어 지역구 선거의 성질이 변질될 우려도 있다.

제 3 절 현행법상의 선거제도의 고찰

국민주권의 가장 이상적인 구현형태라면 당연히 직접민주제일 것이다. 그러나 오늘날의 지역적·인구적 한계와 다원화된 현실은 결과적으로 직접민주제에 대한 아쉬움을 간접민주제인 대의제를 통하여 해소할 수밖에 없다 하겠다. 그리고 이와 같은 대의제의 실현방법으로서 가장 보편적인 것이 바로 선거로서, 이를 좀 더 원론적으로 정의하자면 다수인이 자신들을 대표할 소수의 대리인을 선출하는 과정 내지는 절차라고 할 수 있을 것이다.

오늘날 이와 같은 선거의 대표적인 예를 들자면 대통령, 국회의원 및 지방의원 등을 선출하는 공직선거를 들 수 있으며, 이 같은 공직선거는 오늘날 국민주권의 실현에 있어서 궁극적으로 국민의 대표자에게 위임되는 통치권력에 대한 정당성을 부여하는 거의 유일한 수단이라 할 것으로서, 여기에는 무엇보다도 자유롭고 공정한 선거가 필수적 전제가 되는 것이다. 그러나 이러한 자유롭고 공정한 선거의 기초가 되는 소위, 선거제도 자체는 정치적인 이해타산의 산물로서 그에 대한 변화와 개혁은 유권자 집단의 일방적이고 고된 노력만으로는 그 실효성을 담보하기 어렵다 할 것으로서, 기존의 정치체제와 제도(선거제도)를 유지함으로써 자신들이 구축해온 정치적 기득권을 지속하려고 하는 정치집단과의 타협과 설득이 전제되어야 할 것이다. 따라서 이와 같은 선거제도의 변화와 개혁을 위한 유권자집단과 기존의 정치집단간의 타협과 설득을 유도하고 받침하기 위한 학문적 연구노력이 필요하다 할 것인 바, 바로 이와 같은 이유에서 자유로운 선거운동과 그에 바탕한 선거의 공정성 확보를 위한 현실적인 측면에서의 공직선거법·정당법·정치자금법 등으로 대표되어질 수 있는 정치관계법에 대한 주요 문제점을 살펴봄으로써, 보다 자유롭고 공정한 선거를 위한 법제도적 측면에서의 개선방안을 찾아보고자 한다.

그리고 이를 위해 본 고찰은 크게 두 가지로 대별하여 다루고자 한다. 즉 첫째로는 정치관계법상의 주요한 선거제도에 관해 분석해 보고자 한다. 이는 선거운동의 자유와 그 공정성은 궁극적으로

선거제도에서 연원할 수밖에 없기 때문이다. 그리고 이를 통해 우리의 정치관계법이 그 동안 정치적·시대적 상황에 어떻게 변화하고 적응해 왔는지 살펴볼 것이다.

I. 헌법상의 선거제도

헌법 제1조 제2항은 국민주권원리를 채택하고 그 바탕 위에 제24조와 제25조에서 각각 선거권과 피선거권을 규정하고 있다. 이를 보장하고 구체화하는 선거의 기본원칙에 대하여는 이미 언급한 바와 같이 헌법 제41조 제1항과 제67조 제1항에서 보통선거원칙, 평등선거원칙, 직접선거원칙, 비밀선거원칙을 정하고 있다. 아울러 선거의 관리와 관련하여 제7장을 두어 선거관리위원회의 설치 및 선거관리에 관련한 규정을 두고 있다.

II. 법률상의 선거제도: 정치관계법상의 선거제도

1. 정치관계법제의 구성과 연혁

가. 공직선거법

지역의 광대화와 인구의 증대라는 물리적·현실적인 한계는 통치구조의 대표적인 구성원리라고 할 수 있는 국민주권의 실현을 위한 가장 이상적인 구현형태로서의 직접민주제를 대의제를 통한 간접민주제로 대체하는 결과를 가져왔다. 그리고 이와 같은 대의제의 실현방법으로서 가장 보편적인 것이 바로 선거로서, 이를 좀더 원론적으로 정의하자면 다수인이 자신들을 대표할 소수의 대리인을 선출하는 과정 내지는 절차라고 할 수 있을 것이다.

오늘날 이와 같은 선거의 대표적인 예를 들자면 대통령, 국회의원 및 지방의원 등을 선출하는 공직선거를 들 수 있으며, 이와 같은 공직선거는 오늘날 국민주권의 실현에 있어서 궁극적으로 국민의 대표자에게 위임되는 통치권력에 대한 정당성(正當性)을 부여

하는 거의 유일한 수단이라고 할 수 있을 것이다. 따라서 이와 같은 사실을 전제하면서 이하에서는 국회의원선거 및 그에 연맥한 선거제도가 어떻게 규정되고 실현되어 왔는지, 그리고 어떠한 변천과 특성을 가지고 있는지에 대해 간략히 살펴보기로 한다.

즉, 1945년 해방이후 미군정청은 ‘조선과도입법의원의창설령(1946.8.24 미군정법령 제118호)’을 통해 1946년 10월에 총의원 90명 중 미군정청에 의해 임명된 45명을 제외한 45명의 조선과도입법의원을 간접선거로 선출하여 김규식을 의장으로 12월 12일 개원함으로써 제헌국회구성을 위한 구체적인 법률 등을 제정하게 되었다.³⁹⁾ 그리고 이와 함께 1948년 2월 6일에 유엔총회에서 가능한 지역내의 선거실시에 관한 권한을 유엔한국위원단에 부여하는 결의의 채택과 이에 근거한 유엔한국위원단의 ‘선거 가능지역인 남한에서의 총선거 실시’에 관한 선언문의 발표를 통해 실시된 제헌국회 구성을 위한 총선은 제헌국회의원선거법(1948. 3.17 미군정법령제175호)에 따라 동년 5월 10일 치안문제 등의 이유로 제주도를 제외한 남한 전역에서 실시되었다.⁴⁰⁾

그리고 이후 1950년 4월 12일, 제헌의회선거를 전제하여 군정법령으로 한시적으로 제정되었던 기존의 제헌국회의원선거법이 폐지되었으며, 이와 함께 제헌국회에서 국회의원선거법이 제정되었으며, 이법에 근거하여 1950년 5월 30일 제2대 국회의원선거가 실시되었다. 그리고 이 국회의원선거법은 1958년 1월 25일 법률 제470호에 근거하여 폐지되고 이어 새로운 의원선거법인 ‘민의원의원선거법’으로의 법제명이 변경되었다. 그러나 이 같은 법제명의 변경과 1958년 1월 25일 법률 제469호로 제정된 참의원의원선거법의 제정에도 불구하고 제4대 국회의원선거(민의원의원선거) 역시 기존과 마찬가지로 단원제(單院制)로서 민의원만으로 구성되었다(헌

39) 대한민국국회, 국회개원 50년, 1998, 18면; 국회사무처, 대한민국의정사, 사진문화, 1995, 28면; <http://www.teen.go.kr/>(2011.8.11.).

40) 김기용, “선거제도와 해설개요”, 지방행정 제7권 제3호, 1958, 133-134면; 김철수, “한국헌법 60주년과 헌법개정문제”, 공법연구 제37집 제2호, 2009, 2면; 제주도는 이후 1년 뒤인 1949년 5월 10일에 실시되어 2명의 의원을 선출하였다.

법 [1952.7.7] 제31조-제33조).⁴¹⁾ 이후 이승만 정부는 1960년 이른바, 3·15 부정선거를 계기로 하여 일어난 4·19 의거에 의해 동년 4월 26일 종식을 고하게 되며, 이를 계기로 동년 6월 15일 한국 최초의 의원내각제가 출범하게 된다.⁴²⁾ 그리고 이와 같은 정치적 배경 속에서 기존의 민의원의원선거법(1958.3.11 법률 제475호)과 참의원의원선거법(1958.3.11 법률 제476호)이 1960년 6월 23일 법률 제551호에 근거하여 폐지되고, 이어 새로이 민의원선거와 참의원선거를 통합적으로 규정한 국회의원선거법이 제정되었으며, 이에 따라 1960년 7월 29일에 제5대 국회의원선거가 전격 실시되었다. 그리고 이에 이어 기존의 국회의원선거법은 1994년의 법률 제4739호로 새로이 ‘공직선거 및 선거부정방지법’의 제정으로 폐지되었다. 즉 새로운 ‘공직선거 및 선거부정방지법’은 과거 개별적으로 존재하던 법률 대신에 이른바, 통합선거법으로서 대통령선거·국회의원선거·지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거를 하나의 법률로 규정하게 된 것으로서, 선거법에 있어서의 새로운 변화를 가져왔다고 볼 수 있다. 그리고 다시 2005년 8월 4일 개정에 의해 기존의 ‘공직선거 및 선거부정방지법’은 ‘공직선거법’으로 법제명변경을 하게 되며, 이 법을 근거로 2008년 4월 9일에 제18대 국회의원선거가 실시되었다.

나. 정치자금법

정치자금이란 정당이나 정치인의 정치적 활동을 위하여 제공되는 금전으로서 이 같은 정치자금은 오늘날 선거를 포함한 제반 정치활동에 있어서 필수적인 요건이라고 할 수 있다. 따라서 이러한 정치자금의 확보여부에 대한 능력은 곧 당해 정치세력의 정치적

41) 당시 참의원의원선거법의 제정은 우리나라 선거법제의 획기적인 사실로서 많은 기대를 모았다(김기용, “선거제도와 해설개요”, 지방행정 제7권 제3호, 1958, 136면 참조).

42) 보다 구체적인 내용은 김철수, “한국헌법 60주년과 헌법개정문제”, 공법연구 제37집 제2호, 2009, 5면; 성낙인, “헌정 60년과 정치제도의 변용”, 공법연구 제37집 제2호, 2009, 20면.

영향력과 직결된다 할 것으로 이에 대한 적절한 법·제도적인 감시와 통제가 이루어지지 않는다면 결과적으로 정치자금의 수수와 관련한 부패가 만연할 수밖에 없을 것이며, 이는 곧 대의민주주의의 실현에도 심대한 악영향을 끼칠 수밖에 없을 것이다.

바로 이와 같은 전제에서 여타 대다수의 국가와 마찬가지로 우리 역시 정치자금의 적정한 제공을 보장하고 그 수입과 지출내역을 공개하여 투명성을 확보하며 정치자금과 관련한 부정을 방지함으로써 민주정치와 건전한 발전에 기여함을 목적으로 한 정치자금법을 제정한 것이다. 이하에서 이 같은 우리의 정치자금법의 제·개정의 주요 연혁을 살펴보면 다음과 같다. 즉 그동안 정치자금에 관해서는 미군정법령인 ‘정당에 관한 규칙’이 처음 적용되었으며, 이후 제2공화국에서는 ‘신문 등 및 정당 등의 등록에 관한 법률’에서 정당의 회계보고제도를 규정하여 오다가 본격적으로는 1965년에서야 ‘정치자금에 관한 법률’을 제정함으로써 우리의 독자적인 정치자금법 시대를 가져왔다 할 것으로, 본법은 정치자금 수수의 양성화와 그로 인한 정당과 정치자금에 대한 국민의 신뢰도를 제고하는 등의 목적으로 제정되었으며, 당시에는 정치자금으로 기탁금제도만을 둔 것이 특징이다. 이후 1969년과 1973년의 두 차례 개정은 기본적으로 정치자금의 배분비율의 재조정과 국회에 의석을 가진 정당과 정당소속이 없는 국회의원으로 구성된 국회 내의 교섭단체에게도 정치자금을 지급하기 위한 필요 등에서 개정이 이루어졌다. 그리고 이는 1980년의 개정을 통해 국가의 정당에 대한 비용보조와 관련하여 그 보조금의 지급대상과 배분비율을 새로 정하였으며, 이후 1989년의 개정에서는 무엇보다도 중앙당과 지구당의 운영활성화와 정치자금모금에 국민참여의 확대 등을 위한 국고보조금제도와 후원회제도를 개선하였다. 그리고 이후 1991년에 이은 1992년의 개정에서는 익명기부의 허용과 선거 시 정당에 지급되는 국고보조금의 상향조정 등을 주된 특징으로 들 수 있다.

그리고 이후 1995년의 개정을 통해 정당의 정치자금 모금에 있어서의 원활화와 음성적인 정치자금 수수근절을 위해 중앙당후원회의 인원제한을 폐지하고, 후원회의 금품모집방법에 우편에 의한

모금을 추가하는 등의 개정을 하였으며, 이후 1997년의 개정에서는 정치자금의 여·야간 형평성문제와 음성적인 정치자금 문제를 해결하기 위해 지정기탁금제의 폐지와 음성적인 정치자금수수에 대한 처벌규정을 삽입하면서 동시에 후원회의 연간 기부한도를 상향하고 정당으로 하여금 국고보조금 중 20퍼센트 이상을 정책개발비로 사용하도록 의무화하는 등 정책정당화 내지 정치선진화를 초점으로 하는 개정이 이루어졌다. 그리고 2000년과 2002년에는 대통령선거와 국회의원선거에 있어서의 국고보조금 증액을 통한 선거공영제의 확대와 정치자금 모금방법의 다양화 및 공직선거에 있어서 정당의 여성후보자 추천에 대한 국가보조금제도의 도입을 주요 골자로 하는 개정이 이루어졌다. 그리고 2004년에는 후원회제도의 개선과 정치자금의 조달과 수입·지출과정의 투명성 제고 및 정당에 대한 보조금 배분의 합리화 등을 중심으로 한 개정이 이루어졌으며, 그리고 2006년 이후에는 기존의 공직선거에 있어서의 여성추천보조금제도를 지역구자치구·시·군의회의원선거로의 확대와 국고보조금계상단가에 있어서 소비자물가변동을 감안하여 산정하도록 하는 등 부분적인 개정이 이루어졌다.

다. 정당법

오늘날에 있어서의 정당은 대의민주주의의 구현을 위한 필수불가분의 존재라고 할 수 있다. 이 같은 정당은 국민의 정치적 의사형성과정에의 참여를 통해 국가의사형성의 매개자 내지는 교량적 역할을 함으로써⁴³⁾, 형태가 뚜렷하지 않은 미완(未完)의 대중적 의사를 제반의 수렴과정을 통해 명확한 의사집단으로 구축함으로써 이를 통한 상향식의 국가의사를 형성하게 되는 것이다.⁴⁴⁾ 그리고 이와 같은 정당의 매개자 내지 교량적 기능은 선거라고 하는 수단을 통해 보다 더 건실하고도 분명한 대의민주주의 실현의 촉매가

43) 강경근, “국민주권과 정당정치”, 헌법학연구 제3집, 1997, 91면; 이관희, 한국민주헌법론Ⅱ, 박영사, 2004, 99면.

44) 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 1997, 235면.

되는 것이다. 아울러 정당은 정권획득의 목표를 위해 그 어떤 정치적 집단보다도 유능한 인재의 발굴과 등용 및 교육에 많은 부분할애를 할 수밖에 없다 할 것이며⁴⁵⁾, 이와 같은 활동을 통하여 정당은 결과적으로 선거에서의 승리를 위한 유능한 인재의 확보와 함께 차기 정권의 획득을 담보로 한 국민으로부터의 지지 또한 받을 수 있게 되는 것이다. 따라서 이와 같이 중요한 정당의 역할을 가리켜 흔히 정당국가화 경향이라고 일컬으며, 정당의 이러한 기능은 결과적으로 국민주권의 원리를 실현하는 중요한 제도적 장치가 되는 것이다.

이상과 같은 사실을 전제하면서 우리 정당법의 제·개정에 관한 연혁적 특성을 살펴보면 다음과 같다. 즉 우리의 정당법 제정 역시 해방 이후 미군정시대와 관련이 있다 할 것으로, 최초의 정당에 관한 규정은 1946년 미군정법령 제55호로서 이 ‘정당에 관한 규칙’을 통해 정당등록제와 정당관리규정, 당원과 비밀정당의 금지 등 총 6개의 조항으로 정당법제의 기초를 갖추게 되었다. 그러나 이는 미군정 당시 3인 이상의 정치집단을 통제하기 위한 포고령적 성격으로서 본래 의미의 정당법제와는 상이한 의도로 제정된 것이었다.⁴⁶⁾ 따라서 우리의 경우 진정한 의미에서의 정당법제는 1962년 제3공화국헌법과 연맥하여 최초의 단일 정당법이 제정되면서부터라고 할 수 있다. 즉 동법은 정당이 국민의 정치적 의사형성에 참여하는데 필요한 사항을 정하려는 것을 주목적으로 중앙당과 지구당의 구성과 발기인(發起人) 및 법정당원에 관한 규정과 공직선거후보자의 추천·정당의 해산·등록 및 그 말소 등 정당에 관한 기본적인 사항을 정하였다. 그리고 이후 1969년 개정을 통해 군소정당의 난립방지와 양당제도의 확립 등을 위한 정당의 성립요건과 절차를 보완하는 데에 중점을 둔 개정으로서 지구당의 법정당원수의 조정과 정당창당에 있어서의 공개집회 및 서면결의나 위임장에 의한 위임결의의 금지 등을 주요 골자로 하였다. 그리고 이후 1972년의 개정에 이어 1973년에는 정당이 금융기관 또는 금융단체

45) 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 1997, 242면.

46) 박상철, 선거운동과 정치관계법, (주)도서출판 한줄기, 1995, 15면.

로부터도 기부·찬조·기타 재산상의 출연을 받을 수 있도록 개정하였으며, 이어 1980년에는 정당의 창당이나 그 존속요건인 창당발기인수와 법정지구당원수 및 법정지구당수 등을 감축·완화하여 정당의 창당과 존속을 용이하게 하기 위한 명목으로 개정하였는 바, 정당의 창당준비에 필요한 발기인수를 기존의 30인에서 20인으로 완화하고 창당발기인이나 당원이 될 수 있는 자격의 규제범위를 완화하였다. 그리고 이후의 1989년과 1993년 개정을 통해 민주적인 정당의 설립 및 활동 보장과 정당 설립요건의 완화와 간소화 등을 통해 정당정치의 활성화를 지향하였다. 그리고 이후 1997년에는 두 차례의 개정을 통해 경찰청장과 검찰총장으로 하여금 재직 중 정치적 영향으로부터 독립하여 직무를 공정하게 수행할 수 있도록 하기 위해 퇴직일부터 2년 이내에는 정당의 발기인이나 당원이 될 수 없도록 하는 내용을 주요 골자로 개정이 이루어졌으나, 이에 관해 “합리성이 결여된 차별취급규정”⁴⁷⁾ 이라고 하는 헌법재판소의 위헌결정으로 2002년 개정 시 삭제되었다. 그리고 이어서 2002년과 2004년에는 정당의 공직후보자공천과 관련하여 여성후보자의 공천비율과 그에 관한 보조금 지급규정, 공직후보자를 추천하기 위한 당내 경선제도의 도입 및 법정지구당제도의 폐지 등 새로운 시대적 변화에 따른 정당의 역할 등에 관한 개정이 이루어 졌다. 그리고 이후 2005년에는 정당의 정책공개와 홍보 및 토론회의 활성화를 유도하고 정당의 자율성 확보방안의 하나로써 지역단위의 당원협의회를 둘 수 있도록 하는 등 보다 현실에 부합하도록 개정·보완하였다.

2. 현행법상의 선거제도 개관

가. 선거권과 피선거권

(1) 선거권

47) 헌재 1997. 7. 16. 97헌마26, 판례집 9-2, 72.

公職選舉法은 19세 이상의 국민에게 대통령 및 국회의원의 선거권을 인정하고(동법 제15조 제1항),⁴⁸⁾ 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거권에 관해서는 19세 이상의 국민으로서 선거인명부작성기준일 현재 당해 지방자치단체의 관할구역 안에 주민등록이 되어 있는 자와 출입국관리법의 규정에 따른 영주의 체류자격 취득일 후 3년이 경과한 19세 이상의 외국인으로서 선거인명부작성기준일 현재 당해 지방자치단체의 외국인등록대장에 등재된 자에게 선거권을 부여하고 있다(동조 제2항).

한편 公職選舉法은 선거일 현재 다음 중 하나에 해당하면 선거권을 갖지 못한다고 정하고 있다(동법 제18조 제1항). i) 금치산선고를 받은 자, ii) 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니하거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자, iii) 선거법,⁴⁹⁾ 정치자금법 제45조(정치자금부정수수죄) 및 제49조(선거비용관련 위반 행위에 관한 벌칙)에 규정된 죄를 범한 자 또는 대통령·국회의원·지방의회의원·지방자치단체의 장으로서 그 재임중의 직무와 관련하여 형법(특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제2조에 의하여 가중처벌되는 경우를 포함) 제129조(수뢰, 사전수뢰) 내지 제132조(알선수뢰)·특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제3조(알선수재)에 규정된 죄를 범한 자로서, 100만원 이상의 벌금형의 선고를 받고 그 형이 확정된 후 5년 또는 형의 집행유예의 선고를 받고 그 형이 확정된 후 10년을 경과하지 아니하거나 징역형의 선고를 받고 그 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 또는 그 형의 집행이 종료되거나 면제된 후 10년을 경과하지 아니한 자(형이 실효된 자도 포함), iv) 법원의 판결 또는 다른 법률에 의하여 선거권이 정지 또는 상실된 자 등이다.

(2) 피선거권

48) 선거권자의 연령은 선거일 현재로 산정한다(공직선거법 제17조).

49) 「선거법」이라 함은 공직선거법상 벌칙에 규정된 죄와 국민투표법 위반의 죄를 범한 자를 말한다(동법 제18조 제2항).

공직선거법에 의하면 선거일 현재 5년 이상 국내에 거주하고 있는 40세 이상의 국민은 대통령의 피선거권이 있고(동법 제16조 제1항), 25세 이상의 국민은 국회의원의 피선거권이 있다(동조 제2항).⁵⁰⁾ 선거일 현재 계속하여 60일 이상 당해지방자치단체의 관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 주민으로서 25세 이상의 국민은 그 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 피선거권이 있다(동조 제3항).⁵¹⁾

반면 선거일 현재 i) 제18조(선거권이 없는 자) 제1항 제1호·제3호 또는 제4호에 해당하는 자, ii) 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 형이 실효되지 아니한 자, iii) 법원의 판결 또는 다른 법률에 의하여 피선거권이 정지되거나 상실된 자는 피선거권이 없다(동법 제19조).

한편 공직선거법 제53조 제1항은 공무원 등의 입후보 제한에 관해 규정하고 있는데, 우선 다음 중 어느 하나에 해당하는 자로서 후보자가 되고자 하는 자는 선거일 전 60일까지 그 직을 그만두어야 한다. 다만, 대통령선거와 국회의원선거에 있어서 국회의원이 그 직을 가지고 입후보하는 경우와 지방의회의원선거와 지방자치단체의 장의 선거에 있어서 당해 지방자치단체의 의회의원이나 장이 그 직을 가지고 입후보하는 경우에는 그러하지 아니하다.⁵²⁾ i) 국가공무원법 제2조(공무원의 구분)에 규정된 국가공무원과 지방공무원법 제2조(공무원의 구분)에 규정된 지방공무원. 다만, 정당법 제22조(발기인 및 당원의 자격) 제1항 제1호 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원(정무직공무원을 제외한다)은 그러하지 아니하다. ii) 각급선거관리위원회위원 또는 교육위원회의 교육위원, iii) 다른 법령의 규정에 의하여 공무원의 신분을

50) 다른 선거에서와는 달리 국회의원 피선거권자에게 거주요건은 요구되지 않는다.

51) 피선거권자의 연령 역시 선거일 현재로 산정한다(공직선거법 제17조).

52) 단 비례대표국회의원이 지역구국회의원 보궐선거등에 입후보하는 경우 및 비례대표지방의회의원이 해당 지방자치단체의 지역구지방의회의원 보궐선거등에 입후보하는 경우에는 후보자등록신청 전까지 그 직을 그만두어야 한다(공직선거법 제53조 제3항).

가진 자, iv) 정부투자기관 관리기본법 제2조에 규정된 정부투자기관(한국은행을 포함한다)의 상근 임원, v) 농업협동조합법·수산업협동조합법·산림조합법·염전초생산협동조합법에 의하여 설립된 조합의 상근 임원과 이들 조합의 중앙회장, vi) 지방공기업법 제2조(적용범위)에 규정된 지방공사와 지방공단의 상근 임원, vii) 정당법 제22조 제1항 제2호의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 없는 사립학교교원, viii) 대통령령으로 정하는 언론인, ix) 특별법에 의하여 설립된 국민운동단체로서 국가 또는 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받는 단체(바르게살기운동협의회·새마을운동협의회·한국자유총연맹을 말하며, 시·도조직 및 구·시·군조직을 포함한다)의 대표자.⁵³⁾ 이러한 경우, 그 소속기관의 장 또는 소속위원회에 사직원이 접수된 때에 그 직을 그만 둔 것으로 본다(동조 제4항). 한편, 지방자치단체의 장은 선거구역이 당해 지방자치단체의 관할 구역과 같거나 겹치는 지역구국회의원선거에 입후보하고자 하는 때에는 당해 선거의 선거일전 120일까지 그 직을 그만두어야 하나, 다만, 그 지방자치단체의 장이 임기가 만료된 후에 그 임기만료일로부터 90일 후에 실시되는 지역구국회의원선거에 입후보하려는 경우에는 그러하지 아니하다(동조 제5항).

나. 선거관리

선거관리를 하는 선거관리위원회에는 중앙선거관리위원회와 각급선거관리위원회가 있다(헌법 제114조). 각급 선거관리위원회의 조직·직무범위 기타 필요한 사항은 법률로 정한다(헌법 제114조제7항). 이러한 법률로 선거관리위원회법이 제정되어 있다. 아울러 기본적인 선거제도는 공영제로 운영됨은 이미 설명한 바와 같다.

53) 반면 ① 비례대표국회의원선거나 비례대표지방의회의원선거에 입후보하는 경우, ② 보궐선거등에 입후보하는 경우, ③ 국회의원이 지방자치단체의 장의 선거에 입후보하는 경우, ④ 지방의회의원이 다른 지방자치단체의 의회의원이나 장의 선거에 입후보하는 경우에는 후보자등록신청 전까지 그 직을 그만두어야 한다(공직선거법 제53조 제2항).

다. 선거쟁송

선거운동과정에서, 혹은 투·개표과정에서 선거법에 위반하는 행동이 발생한 경우에는 당사자가 공직선거법에 정한 절차에 따라 쟁송을 제기할 수 있다. 이러한 선거에 관한 쟁송은 그 파급효과가 매우 클 수 있기 때문에 일반적인 쟁송절차와는 조금 다르게 규정되어 있다.⁵⁴⁾

(1) 소청

지방선거에 있어서의 선거에 대한 쟁송방법으로 訴請이 있는데, 이는 사법적인 소송과 달리 선거관리위원회에서 관장한다. 이러한 선거에 대한 소청의 방법은 지방선거에서만 인정되고 대통령선거나 국회의원선거에는 인정되지 않는다. 선거에 대한 소청에는 그 성질에 따라 선거(자체)의 효력을 다투는 選舉訴請(공직선거법 제 219조 제1항)과 (선거의 유효성은 인정된 상태에서) 당선의 효력을 다투는 當選訴請(동조 제2항)이 있다. 이러한 소청의 구체적인 사항들을 정리해보면 다음과 같다.

54) 계희열, 헌법학(상), 박영사, 2005, 332면 이하.

[표 1] 선거소청과 당선소청의 비교⁵⁵⁾

구분 항목	선거소청	당선소청
소청인	선거인, (후보자추천)정당, 후보자	(후보자추천)정당, 후보자
피소청인	당해 선관위원장	당선인(등록무효 또는 당선무효), 당해 선관위원장 (당선인 결정, 공고, 통지)
관 할	선관위(시·도 또는 중앙)	좌동
기 간	선거일 혹은 당선인 결정일로부터 14일 이내	좌동

(2) 선거소송제도

선거에 대하여 다투는 소송으로도, 소청의 경우와 마찬가지로, 선거의 효력을 다투는 選舉訴訟(공직선거법 제222조)과 당선의 효력을 다투는 當選訴訟(동법 제223조)이 있다. 이러한 선거소송은 대통령선거, 국회의원선거, 지방의회의원 및 지방자치단체장의 선거에 모두 인정되지만, 대통령선거·국회의원선거의 경우와 지방의회의원 및 지방자치단체장의 선거의 경우에 있어서 선거소송의 제기방법은 각기 다르다. 선거소송과 당선소송에 있어서의 세부적인 사항들을 표로 정리하면 다음과 같다.

55) 정종섭, 헌법학원론, 제4판, 박영사, 2009, 891면.

[표 2] 선거소송과 당선소송⁵⁶⁾

구분 항목	선거소송	당선소송
원 고	선거인, (후보자 추천)정당, 후보자(다만 지방선거의 경우 소청인)	(후보자추천)정당, 후보자
피 고	<ul style="list-style-type: none"> • 당해 선관위원장 • 피고로 될 선관위원장이 궐위될 때: 선관위원 전원 	<p>1. 등록무효나 당선무효인 경우: 당선인 → 그러나 당선인이 사퇴·사망 등인 경우에는</p> <ul style="list-style-type: none"> ① 대통령: 법무부장관 ② 기타: 관할 고검장 <p>2. 당선인 결정, 공고, 통지의 경우</p> <ul style="list-style-type: none"> ① 대통령: 중앙선거관위원회 위원장 또는 국회의장 ② 기타: 당해 선관위원장
관 할	<ul style="list-style-type: none"> • 대통령, 국회의원, 비례대표 시·도의원, 시·도지사 → 대법원(단심제) • 지역구 시·도의원, 자치구·시·군의원 및 자치구·시·군의 장 → 고등법원(2심제) 	
제 소 기 간	<ul style="list-style-type: none"> • 대통령, 국회의원선거 → 30일 이내 • 지방선거 → 10일 이내 	

Ⅲ. 현행 선거제도상의 일부 문제점들에 관한 고찰

1. ‘저지규정’의 문제

가. 제도의 의의

56) 정종섭, 헌법학원론, 제4판, 박영사, 2009, 891면.

오늘날 대의민주주의 실현을 위한 대표제중 특히 다수대표제는 결과적으로 소수자에 대한 대표성의 약화를 초래하게 되며, 이에 대한 하나의 보완책이 일반적으로 비례대표제라고 할 수 있다. 즉 비례대표제는 흔히 유권자와 그에 근거한 대표자 간의 대표비례성을 가능한 한 축소나 왜곡의 최소화를 통해 현실화시킴으로서 궁극적으로 소수자의 권익을 보호하는 선거제도라고 할 수 있다. 그러나 이와 같이 비례성의 증대를 통한 신생·소수정당의 의회진입을 용이하게 하는 등의 장점에도 불구하고 그로 인한 부정적인 측면으로서의 소수정당의 의회 내 난립가능성의 증대에 따른 대의정치의 혼란 역시 간과할 수 없다 할 것이다.

바로 이와 같은 이유에서 의회에 진입하여 정당으로서의 최소한의 제 역할을 할 수 없다고 판단되는 이른바 소수정당의 의회진입 자체를 저지하기 위해 도입된 것이 이른바, 저지규정(Sperrklausel)으로서, 이를 통하여 결과적으로는 의회 내의 소수정당의 난립을 사전에 방지함으로써 보다 더 안정적인 의회운명을 도모할 수 있는 것이다. 그러나 이와 같은 저지규정은 경우에 따라서는 평등선거의 원칙과 조화되지 못할 수도 있으며, 나아가 정당의 기회균등권과 투표가치의 평등을 침해하게 되는 위험성마저 내포하고 있음은 특히 주지하여야 할 것이다.⁵⁷⁾ 따라서 저지규정은 군소정당 내지는 파편정당(破片政黨)의 난립을 방지하기 위한 필요최소한의 범위 내에서 그 기준을 정하여야 한다.

나. 연혁적 평가

우리 선거사에서 저지규정이 처음으로 등장한 것은 제6대국회의 원선거(1963.11.26) 때이다. 즉 제6대국회는 전국구의석의 배분에 있어서 지역구선거에서 3석이상의 의석을 차지하지 못하였거나 그 유효투표총수의 100분의 5이상을 득표하지 못한 정당을 제외한 정당에 대해 전국구의석을 배분함을 규정하였다(국회의원선거법

57) BVerfGE 14, 121 (137).

[1963.8.6] 제125조 제1항). 그러나 제1당의 득표비율이 100분의 50미만일 때에는 제1당에 전국구의석의 2분의 1을 배분하고 잔여의석을 제2당 이하의 정당에 득표비율로 배분함을 규정함으로써(국회의원선거법 [1963.8.6] 제125조 제3항), 사실상 제1당의 가능성이 높은 집권세력에게 유리하도록 저지조항을 이용하고 있음을 알 수 있다.⁵⁸⁾

이와 같이 모처럼 도입된 저지규정제는 제1당에 대한 특혜적인 의석배분으로 인해 본질과 의미가 퇴색될 수밖에 없었으며, 이후 제8대국회(1971.5.25)의 구성에서는 기존의 ‘3석-5%’(지역구선거에서 3석이상-유효투표총수의 5%이상)를 ‘5석-5%’로 강화하였다(국회의원선거법 [1970.12.22] 제125조). 그리고 이 같은 의석배분과 관련한 저지규정제의 오용은 제11대국회(1981.3.25)의 구성에서 더욱 극명하게 나타나는데, 즉 지역구선거에서 5석이상의 의석을 얻지 못한 정당을 제외함과 동시에, 전국구의원정수에 3분의 2를 곱하여 얻은 수의 정수의 의석을 지역구선거에서 의석수가 제1위인 정당에 우선 배분하도록 하여 결과적으로 신군부 집권세력의 정치적 기반강화를 가져왔다고 볼 수 있다(국회의원선거법 [1981.1.29] 제130조).

이후 제13대국회의원선거(1988.4.26) 역시 ‘...지역구총선거에서 제1위로 의석을 차지한 정당의 지역구의석수가 지역구의석총수의 100분의 50미만일 때에는 제1당에 전국구의석총수의 2분의 1을 배분하고 잔여의석은 제2당 이하의 정당에 그 지역구의석비율로 배분한다(국회의원선거법 [1988.3.17] 제133조).’라고 규정함으로써, 실질적인 득표수가 아닌 지역구의석수에 근거한 전국구의석의 배분방식에다 제1당에 대한 우선적인 특혜를 주게 되어 선거에 있어서의 민주적 정당성에 대한 훼손을 가중시켰다. 그러나 제14대국회의원선거(1992.3.24)에서는 전국구의석의 배분과 관련하여, 기존과는 달리 ‘원칙적 5석-예외적 3%’라고 하는 새로운 저지규정(沮止規定)을 두고 있는 바(국회의원선거법 [1991.12.31] 제133조), 즉

58) 김제경, “국회의원선거제도의 문제점과 개선방향”, 사회과학논집 제15집, 1998, 4면.

지역구총선에서 5석 이상의 의석을 차지한 정당에게 전국구의석의 배분에 참여할 권한을 주되, 여기에 부가하여 예외적으로 지역구 총선에서 의석을 얻지 못하였거나 5석 미만을 차지한 정당 중 득표수가 유효투표총수의 3%이상을 획득한 경우에 한하여 1석씩을 우선적으로 배분하였다. 그리고 이후 제15대국회의원선거(1996.4.11)에서는 전국구의석의 배분과 관련하여, 기존 제14대 총선에서의 ‘원칙적 5석-예외적 3%(국회의원선거법 [1991.12.31] 제133조)와는 달리 ‘원칙적 5석-5%, 예외적 3%이상-5%미만(공직선거 및 선거부정방지법 [1996.2.6] 제189조)’을 규정하였다. 즉, 지역구 국회의원총선거에서 5석 이상의 의석을 차지하였거나 유효투표총수의 100분의 5이상을 득표한 각 정당에 대하여 지역구 국회의원총선거에서 얻은 득표비율에 따라 전국구 국회의원의석을 배분하되 다만, 지역구 국회의원총선거에서 유효투표총수의 100분의 3이상 100분의 5미만을 득표한 각 정당에 대하여는 전국구 국회의원의석 1석씩을 배분하고 있다. 이와 같은 제14대와 제15대국회구성상에 있어서의 의석배분방식은 비록 진정한 의미에서의 비례대표제(比例代表制)와는 거리가 있으나, 유효투표총수의 산입(算入)을 추가함으로써 전국구의석 배분에 있어서의 민주적 정당성의 제고(提高)와 함께 당시의 팽배한 지역할거주의 등을 고려해 볼 경우에는 어느 정도의 유의미한 진전이라고 평가할 수 있을 것이다.

그리고 제17대국회(2004.4.15)의 구성에서는 기존의 ‘원칙적 5석-5%, 예외적 3%이상-5%미만(공직선거 및 선거부정방지법 [2000.2.16] 제189조)’을 ‘5석-3%(공직선거 및 선거부정방지법 [2004.03.12] 제189조)’로 다시 개정함과 동시에 그 구체적인 배분방법 역시 기존의 지역구 국회의원총선거에서 얻은 비율에 따라 비례대표 국회의원의석을 배분하던 것과는 달리 원칙적으로 투표방식에 있어서 비례대표 선출을 위한 정당명부에 대한 투표를 추가함으로써 결과적으로 비례대표국회의원선거에서 얻은 득표비율에 따라 비례대표국회의원 의석을 일종의 "Hare/Niemeyer식 계산방법"⁵⁹⁾으로 배분하게 되어 진정한 의미에서의 비례대표제(比例代表制)의 실현에 한 발 더 다가섰다고 볼 수 있다.

다. 검토: 저지규정의 하향 조정의 필요

현실적으로 선거에 있어서 지역적 정서가 강하게 작용하는 우리의 선거풍토를 고려해 볼 경우에 현재와 같은 3%-5석 형의 저지규정은 지나치게 신생소수정당의 원내진입(院內進入)을 차단할 여지가 클 뿐만 아니라, 나아가 사표증대(死票增大)와 비례성의 약화를 초래할 여지가 있다 할 것인 바, 이는 다수대표제에 기인한 사표와 불비례성 등의 문제점에 대한 보완적 측면에서의 비례대표제의 적용과 그에 수반된 문제점의 방안으로서의 저지규정의 역할 고리에 있어서의 악순환을 가져올 수 있다 할 것으로서 2%-5석 또는 3%-3석형 등으로 하향하는 것이 바람직하다고 볼 수 있다. 이는 여전히 선거에서의 지역할거구도가 심각한 우리의 경우에는 현대사회의 다양성을 고려하여 의회운영에 있어서 군소정당의 난립을 최소화하는 범위 내에서 현재보다는 좀 더 완화된 저지규정을 통한 신진소수정치세력의 원내진입을 보장하여야 할 필요성 역시 크기 때문이다.⁶⁰⁾

이와 관련한 외국의 예로서, 독일은 군소정당의 난립을 최소화하기 위해 1953년에 도입되고 1957년에 강화된 소위 '5%-저지조항'을 규정하게 되었다. 그 결과 1949년의 독일총선에는 무려 36개의 정당들이 등장했지만, 1990년에 선출된 연방의회에는 4개의 정당만이 연방의회에 진출했으며, 2009년 제17대 연방의회선거에서

59) 이는 영국의 Thomas Hare와 독일의 수학자 Niemeyer에 의해서 창안된 계산 방법으로서, 각각의 정당 득표수를 전체의석수와 곱한 숫자를 다시 전체유효투표수로 나누어서 각 정당의 몫을 구한 후, 그 몫의 자연수에 해당하는 만큼 각 정당에게 의석을 배분하게 되며, 이 경우 만약에 남는 의석이 발생할 때에는 기존에 계산한 몫의 소수점 이하 숫자의 크기 순서에 따라 나머지의 의석을 배분하는 방법이다. 일반적으로 Hare/Niemeyer 방식은 d'Hondt식 등에 비해 상대적으로 의석배분에 있어서의 비례성을 증가시킬 뿐만 아니라(vgl. Zippelius, Reinhold, *Allgemeine Staatslehre*, 12. Aufl., 1994, S. 196; Berg, Wilfried, *Staatsrecht*, 3. Aufl., 2001, Rn. 194), 군소정당에 대해서도 상대적으로 유리한 측면이 있다(vgl. Nohlen, Dieter, *Wahlrecht und Parteiensystem*, 2004, S. 111).

60) 김도협, “국회의원선거제도의 개선방안에 관한 연구”, 세계헌법연구 제15권 제2호, 2009, 75면.

는 전체 27개의 정당이 선거에 참여해 6개의 정당만이 연방의회에 진출하는 등 결과적으로 군소정당의 난립을 억제함과 동시에 다수 세력의 형성을 촉진시킬 수 있었다.⁶¹⁾ 현재 독일연방선거법은 전국을 단위로 전체유효투표의 5% 이상을 얻었거나 또는 지역구에서 적어도 3명 이상의 당선자를 낸 정당만을 비례대표의 의석배분에 참여할 수 있게 하고 있으며, 다만 독일연방선거법상 원칙적으로 소수민족정당에게는 5%저지조항의 적용을 제외하고 있다(§ 6 Abs. 6 BWG.). 그러나 이와 관련하여 기본법 제38조에 근거한 평등선거의 원칙과 기본법 제21조에 근거한 정당설립의 자유를 침해할 가능성이 클 뿐만 아니라, 궁극적으로는 비례대표제의 본질마저도 훼손할 수 있다는 등의 논란이 많았던 것 또한 사실인 바, 위와 같은 논란에 대해 독일연방헌법재판소는 “저지규정은 유권자가 투표한 제2투표(Zweitstimmen)의 다양한 평가를 가져오게 한다. 즉 저지규정은 연방의원선거에서 특정 정당이 5% 이상을 넘어서지 못했다면, 이미 연방헌법재판소가 여러 번 판단한 바와 같이[BVerfGE 1, 208(247 ff.); 4, 31(40); 4, 375(380)] 평등원칙에도 불구하고 이에 모순되지 않는다고 보아야 한다.”⁶²⁾는 입장을 밝혔다.

2. 의원정수의 문제

가. 연혁적 평가

우리의 역대 국회의원선거에 있어서의 의석수는 거의 선거 때마다

61) Vgl. Maurer, Hartmut, *Staatsrecht I*, 3. Aufl., 2003, S. 407.; Zimmer, Karl-Otto, “Nochmals - Zur verfassungsnaeheren Gestaltung der 5%-Klausel”, in: DÖV, 1985, S. 101 (102).; Morlok, Martin, in: Dreier, H., GGK, Bd. 2, 1998, Art. 38 Rn. 104.; Schreiber, Wolfgang, *Kommentar zum BWG*, § 6 Rn. 17 ff.; http://www.bundeswahlleiter.de/de/bundestagswahlen/BTW_BUND_09/E2_BTW_2009_Ergebnisse_IVU_ueberarbeitet.pdf (2011.8.9.).

62) BVerfGE 5, 77(83); 기타 관련 판례로는 BVerfGE 34, 81(100 ff.); BVerfGE 6, 84 (92).

다 변화하였다고 볼 수 있으며, 이 같은 의석수의 변화는 인구의 증가와 다양화·전문화된 사회여건 등의 원인 이외에도 다분히 정치세력간의 이해타산에 따른 부정적인 원인 역시 배제하기 어렵다 할 것으로서, 이하에서 제헌의회 이래 과거 우리의 국회의원정수의 변화추이를 구체적으로 살펴보면 다음과 같다. 즉 임기 2년에 전체의석 200명으로 출발한 제헌의회 이래 제2대국회(1950.5.30)에서는 210명으로 의석을 일부 증가하였다. 그러나 이후 제3대국회(민의원: 1954.5.20)는 전체 의석을 203명으로 축소하게 되는데 이는 선거법의 개정에 따른 것이 아니라 6·25 전쟁과 그에 따른 휴전협정의 결과 개성시·개풍군·장서군·연백군 갑을구·웅진 갑을구라는 7개의 선거구가 휴전선 이북으로 넘어가게 되었기 때문이었다.⁶³⁾

그리고 이후 제4대국회(민의원: 1958.5.2)에서 다시 233명으로 의석수의 증대를 가져왔으며, 이어 제5대국회(1960.7.29)는 민의원 233명과 참의원 58명으로 구성되었으며, 이는 기존의 대통령제에서 의원내각제로의 정체변경(政體變更)이후에 실시된 선거로서 특히 헌법의 양원제규정에 충실하여 일반적 의미의 하원에 해당하는 민의원과 상원에 해당하는 참의원으로 구성되었다(헌법 [1960.6.15] 제31조 제2항). 그리고 이후 제6대(1963.11.26)와 제7대국회(1967.6.8)는 기존에 비해 의석수를 대폭 축소한 선거로서 지역구 131석과 전국구 44석으로 총 175명을 선출하였다. 이는 특히 5·16 군사쿠데타(혁명) 주도세력에 의해 제2공화국의원내각제가 ‘9개월’⁶⁴⁾이라는 단명(短命)으로 막을 내리고 1962년 12월 26일 개헌을 거치면서 대통령직선제를 채택한 이후의 선거로서 의석수의 대폭적인 축소는 다분히 당시의 집권세력의 정치적 의도에서 이루어진 것으로 볼 수 있을 것이다. 그러나 이 같은 의석수의 대폭적인 축

63) 최민수, “우리나라 국회의원선거제도의 변천에 관한 고찰”, 입법조사월보, 1987.3., 52면.

64) 이는 당시의 장면 국무총리의 지명이 민의원의 동의를 얻은 1960년 8월 19일부터 1961년 5월 16일 군사혁명이전까지를 기준으로 한 것이다. 따라서 1960년 6월 15일 국회본회의를 통과한 것을 기준으로 볼 경우에는 11개월을 존속기간으로 볼 수 있을 것이다.

소는 이후 다시 증가하게 되는데, 즉 제8대국회(1971.5.25)는 지역구 153석과 전국구 51석으로 총 204명을, 그리고 제9대국회(1973.2.27)는 지역구 146석과 임기 3년의 유신정우회(維新政友會) 73석 등 전체 219명을, 그리고 제10대국회(1978.12.12)는 지역구 154석과 유신정우회의석 77석으로 총 231명으로 증가하게 된다. 이 같은 의석수의 증대는 당시 인구의 증대와 그에 수반된 대의정치의 합리화의 필요성 등 긍정적인 이유 이외에도 헌정사상 유례가 없는 유신정우회 의석을 확보하기 위한 정치적인 이유가 한몫을 하였다고 볼 수 있다. 그러나 이와 같이 구성되었던 제10대 국회는 1979년 10월 26일의 박정희대통령 사망과 그 이후의 신군부 세력의 등장과 함께 이듬해인 1980년 10월 전두환 정부에 의한 제8차 개헌(改憲)에 근거하여 임기를 채우지 못한 채 조기 해산되었으며, 이후 국회의 임무는 대통령에 의해 임명된 국가보위입법회의에 의해 행사되었다.

그리고 이후 제11대국회의원선거(1981.3.25)는 과거 유신체제하에서의 ‘통일주체국민회의의 해체(헌법 [1980.10.27] 부칙 제4조)’와 그에 따른 ‘유정회의원선거’의 폐지에 연맥하여 지역구 184석과 전국구 92석으로 총 276명을 선출하였다. 이후 제13대국회(1988.4.26)는 지역구 224석과 전국구 75석으로 총 299명을 선출하였으며, 이어 제14대국회(1992.3.24) 역시 지역구 237석과 전국구 62석으로 총 299명을 선출하여 기존의 제13대국회와 전체 의석수는 변하지 않은 대신 지역구의석이 기존의 224석에서 13석이 늘어나면서 상대적으로 전국구의석이 줄어들게 되었다.

그리고 제15대국회(1996.4.11) 역시 지역구 253석과 전국구 46석으로 무엇보다도 지역구의석을 기존에 비해 다시 16석 증가함으로써 상대적으로 전국구의석의 대폭적인 축소를 가져왔다. 이는 문민정부의 등장과 통합선거법의 도입 등 많은 외형적인 정치변화에도 불구하고 여전히 지역 연고(緣故)에 기생하는 후진적인 정치풍토를 잘 보여준다 할 것이다. 그리고 제16대국회(2000.4.13)는 다시 지역구 227석과 비례대표 46석으로 전체 의석수를 과거에 비해 26석이나 대폭적으로 축소한 총 273명을 선출하였으나, 다시 제17대

국회(2004.4.15)는 지역구 243석과 비례대표 56석으로 16대국회에 비해 26석을 늘림으로써 전체의석을 299석으로 회복하였다. 그리고 최근의 제18대국회(2008.4.9)는 지역구 245석과 전국구 54석으로 총 299명을 선출하였다. 그러나 제18대 국회의원선거는 지난 2005년 8월 4일 개정에 의해 기존의 ‘공직선거 및 선거부정방지법’을 ‘공직선거법’으로 법제명변경을 하는 등 몇 차례의 주요한 선거법개정을 거쳐 실시된 선거로서, 전체 의석수는 기존과 마찬가지로 299석을 유지하였지만 내용적인 측면에서 볼 경우에 비례대표의석을 기존에 비해 2석을 줄임으로서 비합리적인 지역할거주의가 여전히 상존하고 있는 우리의 정치풍토를 별론으로 하더라도, 1인 2표의 혼합형 다수대표제로의 선거제도 개혁의 주요 목표가 정당 정치의 제도화와 함께 비례성의 확대와 지역정당화의 극복에 있었다는 점을 고려해 볼 경우에는⁶⁵⁾, 비록 그간 비례대표제와 관련한 다소의 문제에도 불구하고 적잖은 아쉬움을 준다 하겠다.

나. 검토: 의원정수의 증대 필요

국회의원정수의 증감은 기본적으로 주권자인 국민의 의사에 따라 결정되어야 할 것이나, 우리의 경우 과거의 빈번한 의원정수의 변경이 정치계의 당리당략(黨利黨略)적인 이해타산(利害打算)에서 완전히 자유로울 수 있을지는 그 동안의 적잖은 정치적 파란을 전제해 볼 경우에 의문스럽다 할 것이다. 이는 그 동안 국회(의원)가 보여준 부정적 행태, 즉 몇몇 소수의 인물을 중심으로 지역적인 갈등에 편승한 이합집산 및 국회운영과 정당운영 등에서의 비민주적인 행태 등으로 인해 과거에 비해 상당한 민주화가 이루어진 오늘날에 있어서조차 국회의원정수의 증대 필요성 주장에 대해 국민들은 의원수의 증대는 곧 정치적 혼란의 증대라는 우려를 가질 뿐만 아니라, 나아가 이와 같은 국회에 대한 국민의 정치적 불신과 불만족은 의원수의 증대에 관한 정치적 필요성과 효용성 이전에

65) 김형철, “혼합식선거제도로의 변화와 정치적 효과”, 시민사회와 NGO 제5권 제1호, 2007, 206면 이하.

국가재정의 낭비로 보는 측면 역시 있는 것이 사실이다. 그러나 제헌국회 당시에 비해 현저하게 늘어난 인구와 다양화·전문화된 사회여건 및 대의기관이자 입법기관으로서의 국회에 대한 기대치의 향상 등을 고려해 볼 경우에는 현 시점에서의 국회의원정수의 증대는 필요하다고 보여진다. 다만, 이와 같은 국회의원정수의 증대를 위해서는 정치계에 대한 국민적 불신의 해소 노력과 함께 경제적 효율성의 문제를 넘어 민주적 정당성의 확대라는 측면에서의 국민에 대한 진솔한 설득이 전제되어야 할 것이다.

그리고 이와 같은 의원정수의 증대는 곧 대의제도의 성공적인 실현에 있어서 중요한 전제조건 중의 하나로서 주권자의 의사를 대의하는 대의기관 구성원의 수와 그 구성방법으로 구분하여 살펴볼 수 있을 것이다. 왜냐하면 진정한 국민주권과 대의원리를 실현하기 위해서는 무엇보다도 양적인 측면에서의 적정한 대의원(대의기관 구성원)의 수와 함께 질적인 측면, 즉 어떠한 방법으로 대의기관을 구성할 것인가 역시 성공적인 국민주권의 실현에 있어서 중요한 관건이 되기 때문이다.

이와 관련하여 현재 지역구상대다수대표제와 정당명부식비례대표제의 병립식선거제도를 통하여 전체 의원 299명을 선출하는 우리의 경우에는 양적인 측면에서 뿐만 아니라, 무엇보다도 오늘날 우리사회의 다양성과 전문성 및 그에 근거한 구성원의 제반 욕구의 증대 등을 고려할 경우에는 질적인 변화로서의 대의원의 구성방법, 특히 지역구에 비해 상대적으로 전문적인 인재의 의회진출 등을 용이하게 할 수 있는 비례대표의 비율 역시 높일 필요성이 크다고 보여진다. 즉, 현재 전체 총의석 299명 중 불과 54명만이 비례대표선거에 의해 선출되는 현행의 선거제도에 대한 보다 근본적인 고민이 필요하다고 볼 수 있다. 이는 전체의원 598명중 절반인 299명은 전국의 299개의 지역선거구에서, 그리고 나머지 동수인 299명은 정당이 개별 주별로 작성한 비례대표후보자 명부에 의해 선출되는 독일의 경우와 비교해 보더라도⁶⁶⁾, 현재의 우리와 같

66) § 1, 4, 5, 6 BWG.; 이 같은 의원정수의 증감과 관련하여 독일의 경우 역시 점차적으로 늘리는 경향을 보이고 있다. 즉 1949년과 1953년 총선에서는 400

은 245명의 지역구 대비 54명의 비례대표는 상당한 문제의 여지를 안고 있다고 할 수 있다.

따라서 위와 같은 사실을 전제하면서 우선 현행 공직선거법상 비례대표선출과 관련한 이른바, ‘공석규정’에 대한 개정이 필요하다고 보여진다. 즉 공직선거법은 배분된 비례대표국회의원의석수가 그 정당이 추천한 비례대표국회의원후보자수를 넘는 때에는 그 넘는 의석은 공석으로 하도록 규정하고 있는 바(공직선거법 제189조 제5항), 이는 결과적으로 비례대표의석의 감소와 그에 따른 전체의석의 감소의 또 하나의 원인이 된다 할 것으로 이 경우에는 당해 정당으로 하여금 추가적인 비례대표국회의원후보자의 추천을 통해 의석을 보장하는 것이 바람직하다고 본다. 그리고 다음으로 는 무엇보다도 독일과 같이 절반씩의 지역구와 비례대표의석을 분배하든가 또는 일례로서, 총의석 300명 중 “지역구의원 200명에 비례대표의원 100명”⁶⁷⁾ 정도로 배분한 이후 점진적으로 지역구의석과 비례대표의석을 확대하는 방안 등 궁극적으로 현재보다는 상당한 의원정수의 증대가 시대적으로 요구되어진다고 볼 수 있다.

3. 비례대표 선출방식의 문제점

정당국가화 경향이 점증하고 있는 오늘날에 있어서의 대의원리의 실현과 그 정당성을 담보하는 표석(表石)의 하나로 정당이 선거에서 차지하는 의석과 실질적으로 획득한 득표간의 일치성을 들

명을, 1956년과 1961년 및 1985년에는 494명을, 그리고 통독이후인 1990년 이후에는 대폭 늘어난 656명과 2002년 이후 현재까지는 598명으로 하고 있다 (vgl. Nohlen, Dieter, op.cit., S. 305; Berg, Wilfried, *Staatsrecht*, 3. Aufl., 2001, Rn. 192 ff.; Zippelius, Reinhold, *Allgemeine Staatslehre*, 12. Aufl., S. 194 ff.).

67) 유사한 예로서, 지난 2003년 11월 국회는 정치개혁특별위원회 산하에 정당, 학계, 시민사회단체 등의 인사 11인으로 구성되는 자문기구로서 ‘범국민정치개혁협의회’를 설치했다. 그리고 이 기구는 같은 해 12월 8일에 전체의원 299명 중 199명의 지역구와 비례대표의원 100명의 방안을 개혁안으로 발표하였다(박찬욱, “제17대 총선에서 2표병립제와 유권자의 분할투표:선거제도의 미시적 효과분석”, 한국정치연구 제13집 제2호, 2004, 44면).

수 있을 것이다. 따라서 불비례성(不比例性), 특히 소선거구다수대표제와 관련한 비례성의 저하 내지는 불비례성의 증대는 현실적으로 합리적인 비례대표제의 운용으로 보완할 수밖에 없을 것이다.

우리의 경우 과거 각 정당별 전국구의석의 배분이 단순히 다수대표제선거의 결과 획득한 각 정당의 지역구의석수에 비례하도록 함으로써, 결과적으로 투표의 산술적 계산가치의 평등뿐 아니라 그 성과가치의 평등을 아울러 요구하는 평등선거의 원칙을 이념으로 하는 실질적 비례대표제와는 거리가 있었다. 따라서 전국구의석의 배분과 관련한 그간의 논란은 결국 헌법재판소의 공직선거법 제189조 제1항 등에 대한 “위헌결정”⁶⁸⁾과 그에 근거한 지난 2004년 3월 12일의 공직선거법 개정을 통하여 소선거구다수대표제와 정당명부식비례대표제를 단순결합한 이른바, 2표병립제를 도입하였다.⁶⁹⁾

그러나 이와 같은 개정에도 불구하고 현실적으로 현행 공직선거법상의 2표병립제는 부분적인 문제의 여지를 가지고 있다 할 것인바, 즉 “연동식”⁷⁰⁾에 비해 상대적으로 다수세력 내지 대정당에 유리할 뿐만 아니라, 궁극적으로 비례대표의 효과 역시 연동식에 비해 적다고 볼 수 있기 때문이다. 이는 특히 선거에 있어서의 지역할거구도의 상존(常存)과 이를 이용한 대정당의 비민주적인 선거풍토 등을 고려할 경우에 현재와 같은 2표병립제의 운용은 결과적으로 비례대표제의 도입취지에도 맞지 않는다 하겠다. 따라서 이와 같이 볼 경우에는 독일과 같은 연동식 비례대표제를 고려해 볼 수 있을 것이다. 그러나 독일식의 연동식 비례대표제를 도입할

68) 헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91등, 판례집 13-2, 77.

69) 2표병립제란 지역구다수대표선거제와 비례대표선거제가 상호 연계되어있지 않으며, 따라서 의석배분 역시 양자가 상호 독립적으로 이미 확정된 의석을 배분하는 것이다. 이는 현재 우리와 일본, 이탈리아 및 러시아 등이 채택하고 있는 제도이다.

70) 2표연동식이란 각 정당의 전체의석수는 비례대표선거의 결과에 의해 일차적으로 결정되어지며, 이를 근거로 하여 각 정당은 할당받은 전체의석수로부터 지역구다수대표선거에서 얻은 의석수를 계산하게 된다. 그리고 여기에서 남은 의석수를 비례대표의석으로 확정하는 것으로서 대표적으로 독일과 뉴질랜드 등이 이를 채택하고 있다.

경우에는 다음과 같은 몇 가지 고려해야 할 부분이 있다. 즉 첫째로는 초과의석(Überhangmandate)의 문제로서⁷¹⁾, 이를 해결하기 위해서는 비례대표를 전국적 차원과 개별주 차원의 2단계방식으로 하는 독일과 달리 현행 우리 공직선거법(제20조)이 채택하고 있는 것과 같은 1단계식 전국단위로 하면 초과의석의 발생을 사전에 차단할 수 있을 것이다.⁷²⁾ 이는 독일식을 채택한 뉴질랜드가 전국적 차원에서의 의석배분을 통하여 초과의석의 문제를 사실상 해결한 점 등은 주지할 실례가 될 수 있다.⁷³⁾ 또한 1단계식 전국단위가 아닌 권역별 의석배분시에는 지역할거주의의 영향에 따른 투표가능성 역시 배제하기 어렵다 할 것이다.

다음 둘째로는, 오늘날의 정당국가화내지 정당정치의 강화 경향에 의해 유권자들은 투표 시에 누가 자신의 지역구에 입후보하였는가 보다는 자신이 어느 정당을 지지하는지 그리고 그 정당의 후보로 누가 입후보하였는지를 고려하여 지역구선거에서 제1투표를 하는 경향이 점차 늘어나고 있다는 것이다. 물론, 오늘날의 정당국가화 경향은 현대 정치시스템적으로 볼 경우에는 어쩌면 당연한 것으로서 그 자체가 나쁘다는 것은 결코 아니다. 다만, 이와 같은 경향이 1인 2표제에서의 제1투표의 본질이 인물을 중심으로 한 유능한 대표의 선출이라는 점을 고려할 경우에 제2투표의 영향이 제1투표의 본질을 훼손할 가능성을 배제하기 어렵다는 것이다. 그러나 이것은 1인 2표제의 도입에 따른 필연적인 한계로서 궁극적으

71) 1994년의 제13대와 1998년의 제14대 및 2002년의 제15대 연방의회총선에서 각각 16석과 13석 및 5석의 초과의석이 발생하였으며, 이어 지난 제16대 총선에서는 16석, 그리고 최근 2009년의 제17대 총선에서 역시 기민당(CDU)과 기사당(CSU)이 각기 21석과 3석의 초과의석을 획득하였다. 이에 대한 원인과 상한 설명은, vgl. Maurer, Hartmut, op.cit., S. 409 ff.; Berg, Wilfried, op.cit., Rn. 195.; http://de.wikipedia.org/wiki/%C3%9Cberhangmandat#Auswirkungen_der_C3.9Cberhangmandate_bei_den_bisherigen_Bundestagswahlen(2011.7.9.) 참조.

72) 같은 견해로는 김영태, “독일연방의회 선거체계의 제도적 효과”, 국제정치논총 제41집 제3호, 성균관대학교, 2001, 293면.

73) 같은 견해로는 김욱, “독일연방의회 선거제도가 한국의 선거제도 개혁에 주는 시사점”, 세계지역연구논총 24집 3호, 한국세계지역학회, 2006, 62, 67면.

로 유권자의 판단을 존중하여야 할 것이다.

4. 정당공천제

오늘날 정당국가화 경향과 맞물려 공직선거에 있어서 개별 정당에 의한 후보자의 추천은 당선 가능성에 중요한 영향을 미치며, 이는 결과적으로 유권자의 대표자 선택에 대한 실질적 영향력의 감소를 초래하고 있다. 바로 이 같은 관점에서 공직선거입후보자의 추천과정에서의 유권자의 참여는 더욱 의미 있고 필요하다 할 것으로 이를 위한 기본적인 전제가 정당공천 과정에서의 민주성의 확보라고 할 수 있다. 따라서 현행 공직선거법 역시 정당에 의한 공직후보자의 추천과 그 추천에 있어서의 원칙으로서 민주적인 절차에 따를 것을 개괄적으로 규정하고 있으며(공직선거법 제47조), 이를 받침하기 위해 개별 정당 역시 추천방식을 당헌·당규에 구체적으로 규정하고 있는 것이다. 즉 이의 예로서 한나라당의 경우 당헌 제6장 이하에서 공직 후보자의 추천에 관해 상세히 규정하고 있는 바, 이에 따를 경우 공정하고 투명한 공직후보자 추천을 위하여 중앙당과 시·도당에 국민공천배심원단을 두되, 중앙당 및 시·도당 국민공천배심원단은 사회 각 분야 전문가 및 대표성을 띠는 인사 30인 이상으로 각각 구성하도록 규정하고 있다(당헌 제96조). 그리고 여기서 지역구후보자는 중앙당 공천심사위원회의 심사와 최고위원회의의 의결로 확정되며 대표최고위원이 추천하도록 하고 있으며(당헌 제97조), 또한 비례대표 국회의원 후보자는 역시 중앙당 공천심사위원회에서 지역 및 직역별로 공모를 실시한 후, 후보자와 그 순위를 정하여 국민공천배심원단의 심사와 최고위원회의의 의결을 거쳐 대표최고위원이 추천하도록 규정하고 있다(당헌 제98조). 따라서 이를 통해 볼 경우 지역구국회의원이든 비례대표 의원이든 기본적으로는 중앙당 공천심사위원회의 심사와 최고위원회의의 의결을 거쳐 대표최고위원이 추천하도록 규정하고 있는 것이다. 이 같은 추천절차는 ‘자치구·시·군의 장’ 후보자의 추천의 경우 역시 형식적으로 ‘시·도당 공천심사위원회의 심사와 시·도당 운영

위원회의 의결'을 거치도록 규정하고 있으나, 예외적인 경우에는 중앙당 공천심사위원회의 심사를 거치도록 하고 있을 뿐만 아니라, 최고위원회의의 의결로 확정하도록 규정함으로써 결과적으로는 국민공천배심원단 등의 상향적·개방적 제도를 보완적으로 채택하고 있음에도 불구하고 사실상 중앙당 중심의 하향식 공천방식이 그대로 유지되고 있다고 볼 수 있다(당헌 제100조).

이는 민주당 등 여타의 정당 역시 크게 다르지 않다 할 것으로서 이 같은 우리 정당들의 공천방식은 문제의 여지가 많다 할 것으로서 개선의 필요가 크다고 보아야 한다. 즉 이와 관련한 일례로서, 지난 2008년 18대 총선의 경우를 보면 당시 여·야 주요정당들 역시 공직후보선출에 있어서 원칙적으로 '중앙집권적 결정'을 채택하였는 바, 당헌·당규에는 국민참여경선과 전략공천제한 비율 등의 규정이 있었지만 중앙당 공천심사위원회가 전권을 갖고 공천을 주도했다. 따라서 이에 대해 학살공천·밀실공천·계파 나눠먹기식 공천·졸속공천 등의 비판을 받은 것이 사실이며, 이에 대해 21세기 국가발전연구원(NDI)이 지난 2008년 총선 후 실시한 여론조사에 따르면 국민들의 71.9%가 정당들이 선거에서 공천을 잘못하고 있다고 응답한 반면, 잘하고 있다는 응답은 11.6%에 불과하였으며, 이 같은 사실은 현행 정당공천제에 대한 문제점의 단면을 잘 보여주는 것이라 할 수 있다.⁷⁴⁾

이와 관련하여 독일의 경우를 보면, 정당의 공직선거후보자 추천에 관하여 정당법과 연방선거법에 의해 법제화되어 있는 바, 즉 독일 연방의회의원선거에 있어서의 후보자 선출과 관련하여 우선 지역선거구후보자의 경우에는 연방의회의원의 임기가 시작된 후 32개월이 지난 이후에 결정하게 되며, 이와 같은 지역구후보자 결정과 관련한 대표회의 역시 연방의회의원의 임기가 시작된 이후 빨라도 29개월이 지난 이후에 구성하게 되는데, 이 경우 지역구당원총회(Mitgliederversammlung) 또는 당원총회에 의해 선출된 특별·일반대표자회의(Vertreterversammlung)에서 1명의 지역구 후

74) 김형준, “한국 정당공천제도 개혁의 방향과 과제: 민주주의 관점과 방법론적 쟁점을 중심으로”, 해밀을 찾는 소망 정책토론회, 2011.4.12., 9면.

보자를 비밀투표를 통해 결정하게 된다. 따라서 중앙당 차원에서의 추천이나 선출은 배제된다(§18, 21 BWG.; §17 PartG.). 그리고 비례대표의 추천과 관련하여서도 각주별 정당후보자 명부 역시 원칙적으로 개별정당에 의해 작성·제출되어지며, 이 경우 연방선거법 제21조 등 지역구후보자선정 규정이 원용된다고 볼 수 있으며, 다만 연방선거법 제18조 제2항에 해당하는 신생 내지 소수정당의 경우에는 추가적으로 최근 연방의회선거를 기준으로 한 당해 주선거권자 총수의 1000분의 1 이상, 선거권자 최고 2000명 이내의 서명을 첨부하도록 하고 있다(§27 BWG.). 그리고 이와 함께 연방선거법은 이 같은 후보자 선정과정에 있어서 정당들이 연방선거법과 동법시행령의 요건들을 정당하게 준수하였는가를 선거구선거위원회의 선거구후보자추천 승인의 기준으로 규정함과 동시에 정당내부에서의 후보자선정과정의 합법성과 관련하여 회의장소와 시간·소집의 형식·출석당원수와 투표결과의 기록 등을 선거구후보자추천서와 함께 제출하도록 하는 등 정당의 공직후보자 공천에 있어서의 민주성과 정당성의 확보를 위한 입법적인 장치를 두고 있다(§21 Abs. 6, 26 Abs. 1, 28 Abs. 1 BWG.).

따라서 우리 역시 기본적으로는 정당의 후보자추천권을 보장하되, 단순히 개별정당의 당헌·당규에만 맡기기 보다는 입법적인 보완을 통하여 가능한 한 중앙당 차원의 하향식 추천이나 선출을 배제하도록 하면서 동시에 상향식 국민공천제를 보다 적극적으로 확대하도록 고려해 보아야 할 것이며, 또한 비례대표후보자의 추천시 신생 내지 소수정당 등의 경우에는 정당의 추천 이외에 추가적으로 선거권자의 동참을 통한 확인을 거치도록 함으로서 민주적 정당성의 제고에 노력해야 할 것이다.

5. 여성할당제

공직선거법과 정치자금법은 선거에 있어서 여성후보자의 추천을 장려하기 위하여 일정한 규정을 두고 있다. 즉 공직선거법은 정당이 비례대표국회의원선거 및 비례대표지방의회의원선거에 후보자

를 추천하는 때에는 그 후보자 중 100분의 50 이상을 여성으로 추천하되, 그 후보자명부순위의 매 홀수에는 여성을 추천하도록 규정함으로써(제47조 제3항), 여성후보자의 확대와 함께 기호 1번과 3번 등을 여성에게 할애함으로써 결과적으로 여성정치인의 의회진출을 장려하고 있다. 그러나 동법은 정당이 비례대표지방의회의원선거에 있어서의 여성후보자 추천 시에 그 비율과 순위를 위반할 경우에는 이를 무효로 하도록 규정하고 있는 바(제52조 제1항 제2호), 문제는 이 같은 등록무효에 관한 규정이 비례대표지방의회의원선거에 국한하고 비례대표국회의원선거에는 적용을 하고 있지 않는 것으로서 이는 여성의 의회진출기회를 장려하고자 하는 본법의 취지를 고려할 경우에는 상대적으로 지방의회에 비해 그 영향력이 훨씬 크다고 할 수 있는 국회의원후보자에 대한 배제는 합리적이지 않다고 볼 수 있다.

그리고 이와 연맥한 문제는 임기만료에 따른 지역구국회의원선거 및 지역구지방의회의원선거에 있어서의 정당의 후보자 추천에 있어서도 비슷하다 할 것으로 이 경우 역시 동법은 각각 전국지역구총수의 100분의 30 이상을 여성으로 추천하도록 규정하고 있으나(제47조 제4항), 이는 어디까지나 ‘추천하도록 노력하여야 한다’로서 강제성이 배제된 규정으로 문제의 여지가 있다. 따라서 비록 정치자금법에서 임기만료에 의한 지역구국회의원선거, 지역구시·도의회의원선거 및 지역구자치구·시·군의회의원선거에서 여성후보자를 추천하는 정당에 대해 일정금액의 ‘여성추천보조금’을 지급하도록 규정하고 있음에도 불구하고 그 실효성에는 한계가 있을 것으로 보인다(정치자금법 제26조 제1항).

이상에서 살펴본 바와 같이 공직선거법과 정치자금법 등 법·제도적 장치를 통한 여성정치인의 의회진출 가능성의 제고와 그에 따른 궁극적인 여성지위의 향상은 그 필요성과 가치에 있어서 재론(再論)의 여지가 없다. 다만, 과거와는 달리 오늘날에 있어서 여성들의 활발한 사회진출과 그에 따른 여권의 신장과 지위의 향상은 우리사회의 다양성과 전문성의 증대와 맞물려 궁극적으로 대의기관의 구성과 그 방법에까지 새로운 변화를 필요로 하고 있다고

보여진다. 즉, 일례로서 오늘날 지역구에 비해 상대적으로 전문적인 인재의 의회진출을 용이하게 할 수 있는 비례대표제의 비율(의석수)을 높여야 할 필요성이 커지고 있으며, 이와 같은 측면에서 볼 경우에 특히 정당의 비례대표국회의원선거의 후보자 추천에 있어서 현재와 같은 ‘100분의 50 이상의 여성 추천’과 ‘후보자명부상의 홀수 순위의 여성 추천’ 규정은 오히려 정당에게 단순히 수치에 편승한 여성정책에의 면죄부(免罪符)를 부여할 여지와 동시에 다양성과 전문성을 겸비한 유능한 인재의 발굴이라는 비례대표제의 취지에도 부합하기 어려운 측면이 있다.

이상의 사실을 전제할 경우 현재와 같은 방식의 여성후보자에 대한 특별한 배려와 보호는 재고의 여지가 있다고 본다. 왜냐하면 여성관련 정책 등은 본질적으로 그 원인 자체가 오랜 시간 당해 사회 속에서 관습 등의 다양한 형태로 누적되어온 결과이기 때문에 이와 같은 속성을 도외시한 채 단순히 몇 개의 정치관련법의 제·개정 등으로 빠른 시일 내에 그리고 효과적으로 이를 개선하거나 해결하려는 것은 그 자체로서 일정한 한계점과 함께 자칫 상실한 바와 같은 부정적인 측면을 유발할 가능성을 배제하기 어렵기 때문이다.

따라서 이 같은 여성후보자에 대한 할당제도는 정치관련법 등을 통한 강제적인 방법보다는 일차적으로 개별 정당간의 자율적인 노력과 제도개선을 통해 점진적으로 달성하는 것이 부작용을 최소화할 수 있을 것으로 보여지는 바, 이에 대한 일례로서 독일의 경우 우리와 비슷한 여성할당제를 두고 있으나 기본적으로 개별 정당들의 충분한 논의와 그에 수반한 자율적인 규제에 의해 이루어지고 있는 것이 특징이라고 할 수 있다. 즉 비례대표명부의 작성과 관련하여 1980년대 후반부터 독일의 개별 정당들은 여성후보자의 의회진출 기회를 증대하기 위한 논의를 본격적으로 전개하여 당규등에 여성할당제를 채택하기 시작하였는 바, 사민당의 경우 여성할당제와 관련한 논의는 1986년 뉘른베르크 전당대회에서 기본정책으로 채택되어 초안 마련 작업에 들어간 이후 1988년 8월 30일 뮌스터 전당대회에서 남성과 여성이 최소한 당직과 의원직의 40%

를 차지하도록 당규를 개정하는 결실을 얻었으며⁷⁵⁾, 그 결과 사민당의 경우 제16대 연방의회의 여성의원 비율이 36.2%였으며, 이어 제17대 총선에서는 38.4%로 증대하는 등 지속적인 증가를 보였다.⁷⁶⁾ 그리고 1986년 여성규약을 채택하여 당내에 여성의 평등을 확보하기 위하여 당의 간부와 후보자에 50% 여성할당제를 실시한 녹색당을 비롯한 좌파연합의 경우에는 연방하원 여성의원의 비율이 각각 54.4%와 52.6% 등으로 50%가 넘는다. 반면에 여성할당제에 비교적 소극적·보수적이었던 기민당/기사당은 이후 1996년에 새로운 여성할당제, 즉 선거명부에서 최소한 33%를 여성에 할당하도록 하였으나 지난 제17대 총선에서는 여성의원의 비율이 20.1% 불과하였을 뿐만 아니라, 특히 기사당의 경우에는 13.3%로 정당별 최하위의 수치를 기록하였다.⁷⁷⁾ 그러나 이상과 같은 개별 정당간의 차이에도 불구하고 독일의 여성할당제는 비교적 성공적으로 보인다. 즉 제17대 총선에서 여성의원은 지역구 65명을 포함하여 총 204명이 진출하여 연방의회 여성의원의 비율은 32.8%로서 이는 총선 이전의 32.1%와 2002년 총선의 32.5%에 비해 약간 증가했다고 볼 수 있으나, 1980년대 말에서 1990년대 말까지 약 10년 동안에 평균 10%에서 30%대로 여성의원이 증가한 사실을 고려할 경우에 이 같은 여성할당제의 영향은 상당히 크다고 볼 수 있다.⁷⁸⁾

75) http://www.fes.or.kr/index_kor/kpub/mono/spd/SPD-text8.html(2011.8.15).

76) 사민당의 경우 과거 핀스터 전당대회에서 마련된 여성할당제는 2013년에 만기되어 폐기 된다. 따라서 이에 대해 여성계의 한편에서는 이러한 만료시한을 제거하라고 요구하고, 다른 한편에서는 그때까지 할당제를 통해 지원된 여성의 정치진출이 더 이상 할당제 없이도 활발할 수 있도록 여성들 스스로가 더욱 노력하자고 요구 한다(황선희, “독일여성들의 정치참여와 할당제”, 여성연구, 2004년 1호(통권 제66호), 61면). 그리고 이외에도 이미 여성할당제가 자리 잡은 독일이지만 여전히 이에 관해 연방의회와 정당들은 활발히 논의하고 있다 (http://www.bundestag.de/bundestag/aktuell/33629063_kw10_frauentag.jsp (2011.8.17.)).

77) <http://ko.wikipedia.org/wiki/%EB>(2011.8.15.).

78) http://www.bundestag.de/bundestag/abgeordnete17/mdb_zahlen/frauen_maenner.html; http://www.bundeswahlleiter.de/de/bundestagswahlen/BTW_BUND_09/E2_BTW_2009_Ergebnisse_IVU_ueberarbeitet.pdf (2011.8.9.).

제 4 절 소결

선거운동의 자유와 그 공정성은 궁극적으로 선거제도에서 연원할 수밖에 없기 때문에 지금까지 선거제도의 의의와 성격, 기능, 역사적 전개 및 기본원칙을 비롯한 일반적인 논의와 함께 공직선거법·정당법·정치자금법 등 현행 정치관계법상의 주요 선거제도에 관해 분석해 보았으며, 이를 통해 우리의 정치관계법이 그 동안 정치적·시대적 상황에 어떻게 변화하고 적응해 왔는지 살펴보았다.

오늘날의 현대민주국가는 대의제를 기반으로 하고 있는 까닭에, 국민적 합의에 바탕한 대의제민주정치를 구현하기 위하여 주권자인 국민이 그들을 대표할 국가기관을 선임하는 행위인 선거는 대의제민주주의의 성패를 가름하는 관건이 된다고 할 수 있다. 대표자를 선출하여 국가기관을 구성하고 또 그에 대해 정통성을 부여하는 한편, 국가적 정책의 운용방향을 결정하며 국가적인 통합과 함께 국민의 정치적 소양을 발전시킬 수 있는 계기를 마련해 주는 선거제도는 근대 민주정치의 발전과 궤도를 같이하여 오늘날 보통·평등·직접·비밀·자유선거의 원칙을 확립하여 헌법적 원칙으로까지 자리매김하게 된 바 있다. 그렇지만 그 구체적인 구현양상은 각 국가의 특성에 따라 어느 정도의 차이를 가지게 마련인 까닭에 우리의 현행법제를 중심으로 선거제도를 살펴보았다.

이러한 고찰의 결과, **현행 우리 정치관계법상의 선거제도의 경우**, 비록 제헌 이래 조령모개(朝令暮改)식 정치적 파란과 혼돈 속에서도 점진적인 제·개정 노력을 통해 정당성을 제고하는 순기능(順機能)을 강화하여 왔다고 볼 수 있으나, 아직도 많은 부분에서 학문적 연구를 기반으로 한 보다 적극적인 개선의 노력이 필요하다고 보여지는 바, 이하에서 본 고찰을 통해 확인할 수 있는 주요한 부분을 요약하면 다음과 같다.

첫째로 저지규정과 관련하여, 제6대국회의원선거에서 처음 등장한 것으로 그 당시 ‘3석-5%’(지역구선거에서 3석이상-유효투표총수의 5%이상)를 도입하였다. 그러나 이후 제8대, 제14대, 제15대

및 제17대 국회의원선거를 거치면서 ‘5석-5%’⇨ ‘원칙적 5석-예외적 3%’⇨ ‘원칙적 5석-5%, 예외적 3%이상-5%미만’⇨ ‘5석-3%’으로 매우 빈번하게 바뀌었다. 그러나 이와 같은 잦은 변화는 어떤 합리적인 근거에 기반한 것으로 보기에 적잖은 무리가 있다 할 것으로서, 결과적으로 당대의 단순한 정치공학적인 이해타산에 의해 바뀌었다고 볼 수밖에 없다. 따라서 이와 같은 전체에서 볼 경우에 현재와 같은 ‘3%-5석’형의 지지규정 역시 합리적인 근거를 찾기는 어렵다 할 것으로, 이는 특히 선거에 있어서 지역적 정서가 강하게 작용하는 우리의 선거풍토를 고려해 볼 경우에는 지나치게 신생소수정당의 원내진입(院內進入)을 차단할 여지가 클 뿐만 아니라, 나아가 사표증대(死票增大)와 비례성의 약화를 초래할 여지 역시 있다 할 것인 바, 이는 다수대표제에 기인한 사표와 불비례성 등의 문제점에 대한 보완적 측면에서의 비례대표제의 적용과 그에 수반된 문제점의 대안으로서의 지지규정의 역할 고리에 있어서의 악순환을 가져올 수 있다 할 것으로서 ‘2%-5석’ 또는 ‘3%-3석’형 등으로 하향하는 것이 바람직하다고 볼 수 있다.

그리고 둘째로 의원정수와 관련하여, 우리의 경우 임기 2년에 전체의석 200명으로 출발한 제헌국회 이래 대통령제와 의원내각제 간의 정체변경(政體變更)과 유신정우회(維新政友會)의 도입 등 다양한 정치환경의 변화와 연동된 의원정수의 증감은 그 동안의 적잖은 정치적 파란을 전제해 볼 경우에 주권자인 국민의 의사에 따라 결정되었다고 보기는 힘들다 할 것이나, 분명한 것은 제헌국회 당시에 비해 현저하게 늘어난 인구와 다양화·전문화된 사회여건 및 대의기관이자 입법기관으로서의 국회에 대한 기대치의 향상 등을 고려해 볼 경우에는 현 시점에서의 국회의원정수의 증대는 불가피하다고 볼 수 있다. 그러나 이와 같은 국회의원정수의 증대를 위해서는 정치계에 대한 국민적 불신의 해소노력과 함께 증대에 따른 경제적 비효율성의 문제를 넘어 민주적 정당성의 확대라는 측면에서의 국민에 대한 진솔한 설득이 전제되어야 할 것이다. 왜냐하면 상당한 민주화가 이루어진 오늘날에 있어서조차 국회의원정수의 증대 필요성 주장에 대해 많은 국민들은 의원수의 증대는

곧 정치적 혼란의 증대라는 우려와 함께 국가재정의 낭비로 보는 측면 역시 있는 것이 사실이기 때문이다. 그리고 이와 관련하여 현재 지역구상대다수대표제와 정당명부식비례대표제의 병립선거제도를 통하여 전체 의원 299명을 선출하는 우리의 경우에는 양적인 측면에서 뿐만 아니라, 질적인 변화로서의 국회의 구성방법, 특히 지역구에 비해 상대적으로 전문적인 인재의 의회진출 등을 용이하게 할 수 있는 비례대표의 비율 역시 높일 필요성이 크다고 보여진다. 즉, 현재 전체 총의석 299명 중 불과 54명만이 비례대표 선거에 의해 선출되는 현행의 선거제도에 대한 보다 근본적인 고민이 필요하다고 볼 수 있다.

셋째로 비례대표제와 관련하여, 우리의 경우 과거 각 정당별 전국구의석의 배분이 단순히 다수대표제선거의 결과 획득한 각 정당의 지역구의석수에 비례하도록 함으로써, 결과적으로 투표의 산술적 계산가치의 평등뿐 아니라 그 성과가치의 평등을 아울러 요구하는 평등선거의 원칙을 이념으로 하는 실질적 비례대표제와는 거리가 있었다. 따라서 전국구의석의 배분과 관련한 그간의 논란은 결국 헌법재판소의 공직선거법 제189조 제1항 등에 대한 ‘위헌 결정’과 그에 근거한 지난 2004년 3월 12일의 공직선거법 개정을 통하여 소선거구다수대표제와 정당명부식비례대표제를 단순결합한 이른바, 2표병립제를 도입하였다. 그러나 이와 같은 개정에도 불구하고 현실적으로 현행 공직선거법상의 2표병립제는 연동식에 비해 상대적으로 다수세력 내지 대정당에 유리할 뿐만 아니라, 궁극적으로 비례대표의 효과 역시 연동식에 비해 적다 할 것으로서, 우리의 경우 본문에서 고찰한 바와 같은 몇 가지의 전제하에서 독일과 같은 연동식 비례대표제의 도입을 고려해 보아야 할 것이다.

넷째로 정당공천제와 관련하여, 즉 공직선거입후보자의 추천과정에서의 유권자의 참여는 유의미하고 필요하다 할 것으로 이를 위한 기본적인 전제가 정당공천 과정에서의 민주성의 확보라고 할 수 있다. 따라서 우리 역시 기본적으로는 정당의 후보자추천권을 보장하되, 단순히 개별정당의 당헌·당규에만 맡기기 보다는 입법적

인 보완을 통하여 가능한 한 중앙당 차원의 하향식 추천이나 선출을 배제하도록 하면서 동시에 상향식 국민공천제를 보다 적극적으로 확대하도록 고려해 보아야 할 것이다. 그리고 또한 비례대표후보자의 추천 시 신생 내지 소수정당 등의 경우에는 정당의 추천 이외에 추가적으로 선거권자의 동참을 통한 확인을 거치도록 함으로서 민주적 정당성의 제고에 노력해야 할 것이다.

다섯째로 여성할당제와 관련하여, 즉 현행 공직선거법과 정치자금법 등 법·제도적 장치를 통한 여성정치인의 의회진출 가능성의 제고와 그에 따른 궁극적인 여성지위의 향상은 그 필요성과 가치에 있어서 재론(再論)의 여지가 없다. 다만, 과거와는 달리 오늘날에 있어서 여성들의 활발한 사회진출과 그에 따른 여권의 신장과 지위의 향상은 우리사회의 다양성과 전문성의 증대와 맞물려 궁극적으로 대의기관의 구성과 그 방법에까지 새로운 변화를 필요로 하고 있다고 보여진다. 즉, 일례로서 오늘날 지역구에 비해 상대적으로 전문적인 인재의 의회진출을 용이하게 할 수 있는 비례대표제의 비율(의석수)을 높여야 할 필요성이 커지고 있으며, 이와 같은 측면에서 볼 경우에 특히 정당의 비례대표국회의원선거의 후보자 추천에 있어서 현재와 같은 ‘100분의 50 이상의 여성 추천’과 ‘후보자명부상의 홀수순위의 여성 추천’ 규정은 오히려 정당에게 단순히 수치에 편승한 여성정책에의 면죄부(免罪符)를 부여할 여지와 동시에 다양성과 전문성을 겸비한 유능한 인재의 발굴이라는 비례대표제의 취지에도 부합하기 어려운 측면이 있다. 따라서 현재와 같은 방식의 여성후보자에 대한 특별한 배려와 보호는 재고의 여지가 있다고 보여진다. 이는 특히 여성관련 문제점들이 본질적으로 그 원인 자체가 오랜 시간 당해 사회 속에서 관습 등의 다양한 형태로 누적되어온 결과이기 때문에 이와 같은 속성을 도외시한 채 단순히 몇 개의 정치관련법의 제·개정 등으로 빠른 시일 내에 그리고 효과적으로 이를 개선하거나 해결하려는 것은 그 자체로서 일정한 한계점과 함께 자칫 상실한 바와 같은 부정적인 측면을 유발할 가능성을 배제하기 어렵기 때문에 궁극적으로는 정치

관련법 등을 통한 강제적인 방법보다는 기본적으로 개별 정당간의 자율적인 노력과 제도개선을 통해 점진적으로 달성하는 것이 부작용을 최소화할 수 있을 것으로 보여진다.

제 3 장 선거운동의 자유의 보장과 제한

제 1 절 서설: 선거운동의 의의와 성질

이미 살펴본 바와 같이 일반적으로 선거는 대표자의 선발을 통해 국가기관(대의기관)을 구성하는 기능, 국민의 대표자가 행사하는 국가권력에 대하여 민주적 정당성을 부여하는 기능, 국민의 참정권을 실현하는 기능, 국가기관을 정치적으로 통제하는 기능 등 다양한 정치적 기능을 수행하므로, 선거과정을 통하여 국민이 정치적 의사를 충분히 표현하고 국민의 정치참여를 최대한 실현하기 위해서는, 선거과정에서의 참여행위가 원칙적으로 자유롭게 행하여질 수 있도록 최대한 보장되어야 한다.

즉, 근대민주정치의 기본원칙은 국민의 의사에 따라 국정이 운영되며 국정의 방향이 국민의 선택에 맡겨지는 것이기에, 국민의 선택의 자유가 보장되는 것에 민주정치의 특징이 있는 것이라 할 수 있다. 민주정치는 모든 권력의 원천을 국민의 의사(popular will)에 두고 있으며, 이 국민의 의사를 측정할 수 있는 것이 곧 선거라고 할 것이다. 다시 말해서 민주정치하에서는 전체국민의 정치적 의사(politische Wille des Gesamtvolkes)가 주기적으로 반복되는 선거를 통해 표현되며, 이것에 의해서 의회가 구성된다. 이처럼 민주정치는 대체로 그 기초를 선거에 두고 있으므로 민주국가에로의 출발은 선거에 의해 결정된다고 해도 과언이 아닐 것이다. 한편 독재정치와 비교해 볼 때 민주정치란 국가의사를 결정하기 위한 대표를 구성함에 있어서 가능한 한 다수의 국민의 의사를 그 과정에 참여시키려는 통치구조임을 알 수 있다. 따라서 민주정치란 국민에 의한 정치이며 보다 구체적으로는 국민의 대다수가 선거를 통해서 정치에 참여하는 제도를 말한다. 결국 선거제도는 의회정치의 대전제로서 존재하며 의회정치의 운영은 의회의원의 선거로 시작하여 선거와 같이 끝난다고 할 수 있을 정도로 밀접·불가분의 관계를 갖는 것이다. 그러므로 의회민주주의하에서는 특

히 선거에 있어서 국민의 여론의 표현이 적절히 이루어질 수 있어야 하며, 따라서 선거인의 투표를 얻거나 얻게 할 정치적 견해·정책의 설명, 후보자의 인품의 선전, 이를 근거로 한 투표의 권유나 설득 등의 보장이 전제되어야 한다.⁷⁹⁾

이러한 선거의 의미를 고려하면, 선거야말로 정치적 표현의 자유가 최대한 보장되어야 할 영역이라 할 것인 바, 현행 『공직선거법』도 제58조 제2항 제1문에서 “누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다”고 규정함으로써, 원칙적으로 선거운동의 자유를 인정하고 있음을 확인할 수 있다. 한편 선거과정에서의 참여행위는 선거과정에서의 정치적 표현행위로 나타나고, 선거과정에서의 정치적 표현행위는 곧 선거운동으로 구현되는데, 현행 공직선거법은 선거과정에서의 정치적 표현행위를 사실상 모두 선거운동으로 ‘포섭’시킴으로써, 즉 “선거과정에서의 정치적 표현행위는 모두 선거운동이다”라는 것을 기본전제로 하여, 선거운동에 대한 규제가 곧 선거과정에서의 정치적 표현행위에 대한 규제로 작동하도록 하고 있는 특징을 보유하고 있기도 하다. 이러한 현재의 『공직선거법』의 특징은 ‘선거에 직접적으로 참여하는 후보자나 정당에 대한 규제’만 갖고 있는 것이 아니라, ‘후보자나 정당을 비판하는 일반국민에 대한 규제’까지 포함하는 ‘포괄적 규제’방식을 채택하고 있음을 기억할 필요가 있다.

선거운동은 선행적 개념이 아니라, 대의제도의 구성요소인 선거제도에 의해 규정되는 개념이기에 선거운동의 자유는 대의제도를 채택할 때 인정되는 것이지만, 다른 한편 정치적 표현의 자유는 대의제도의 채택 여부 이전에 인정되는 기본권이기 때문에, 선거운동의 자유와 정치적 표현의 자유와의 관계, 헌법 제116조 제1항이 규정하고 있는 선거운동의 제한에 대한 입법형성권 및 선거의 공정성에 비추어 보았을 때, 선거운동에 대한 규제가 정치적 표현의 자유에 대한 규제로 변질되어서는 안 된다는 것을 쉽게 이해할 수 있을 것이다. 즉 선거운동과 정치활동은 구분되어야 한다.

79) 문광삼, “정치적 자유권에 관한 연구”, 서울대학교 법학박사학위논문, 1985, 226-227면.

결국 선거운동의 개념을 어떻게 정의 내리고, 선거운동의 범위의 외연을 어떻게 확정하느냐의 문제는 현재의 『공직선거법』이 과연 ‘합리적’이냐의 문제를 해결하는데 있어서 출발점이 될 수밖에 없으며, 현행 『공직선거법』은 선거운동을 ‘보장의 대상’으로 설정하고 있는 것이 아니라 ‘규제의 대상’으로 설정하고 있다는 점에서, 그리고 규제의 대상으로서의 선거운동 개념의 광범위성으로 인하여 그 출발점부터 근본적인 문제점을 안고 있다는 평가가 가능할 수 있다.

I. 선거운동의 의의

일반적으로 선거운동은 유권자들이 투표장에 나가서 자신에게 투표하도록 설득하는 후보자 또는 그의 지지자들의 활동을 총칭한다. 물론 유권자의 마음은 선거운동을 통해서 새롭게 그림이 그려지는 백지상태에 있는 것이 아니다. 유권자들은 사회화 과정을 통해서 나름대로의 정치적 의견과 주변의 정치적 사건을 보는 시각을 갖고 있다. 따라서 선거운동의 요체는 유권자의 정치적 성향이 자신을 지지하는 쪽으로 움직이도록 조심스럽게 유도하는 것이다.⁸⁰⁾

유권자는 훌륭한 대표를 선출하기 위하여 후보자의 사람 됨됨이와 그의 정책에 대하여 굴절 없는 정보를 요구한다. 그러나 선거운동은 자신에 대한 긍정적인 이미지를 확산시키려고 하는 후보자 중심으로 전개된다. 이러한 선거운동에 불가결의 요소는 지지를 호소하는 후보자의 메시지를 유권자에게 전달해 주는 사람과 거기에 수반하는 경비 즉, 자금이다. 둘 중에 어느 한 쪽만 부족해도 충실한 선거운동을 기대하기 어렵다. 선거운동이란 인력과 자금을 동원한 여러 가지 수단을 통하여 전달되는 대중적 설득작업이다. 후

80) 김광수, 선거와 선거제도, 박영사, 1997, 277면. 과거에는 당선을 위한 활동은 주로 의미 예를 들어 “선거운동이란 특정한 선거에 있어서 특정한 후보자의 당선을 직접목적으로 투표를 얻거나 얻게 하기 위하여 필요하고 또 유리한 모든 행위를 말하는 것”으로 선거운동을 규정하기도 하였다. 김영배, 선거운동과 선거법위반사례, 육법사, 1982, 22면.

보자와 그의 보조원들은 충분한 자원을 확보하여 득표로 연결될 수 있도록 자원을 활용하는 과정이 선거운동이다. 그러나 자원은 무진장으로 있는 것이 아니기 때문에 효과적으로 자원을 확보하고 최대의 득표효과를 얻을 수 있도록 하는 최선의 방법이 강구되어야 한다.⁸¹⁾

법학적인 관점에서 선거운동의 의미를 살펴보자면,⁸²⁾ 현행 公職 選舉法 제58조는 제1항에서 “이 법에서 ‘선거운동’이라 함은 당선되거나, 되게 하거나, 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다.”고 정하고 있다⁸³⁾ 이러한 선거운동의 개념적 특징을 구체적으로 살펴보면 다음과 같이 정리해 볼 수 있다.

우선 어떤 행위가 선거운동이라고 하기 위해서는 그 행위의 대상이 되는 선거가 특정될 것을 요구한다. 선거기일이 공고되면 선거가 특정되는 것은 물론이지만, 선거기일의 공고가 없더라도 사회통념상 그것이 어떤 선거를 위한 것인가가 일반적으로 특정될 수 있는 경우에는 선거가 특정된 것이라고 할 수 있을 것이다. 예컨대 국회의원의 임기만료가 임박했거나, 국회해산이 있거나 임박한 경우는 특정성을 인정할 수 있을 것이다.

두 번째로 어느 행위가 선거운동이라고 하기 위해서는 특정후보자를 위한 행위이어야 한다. 여기서 “특정의 후보자”라고 하는 것은 입후보한 자에 한정하는 것은 아니고, 장래 입후보할 자를 포함한다고 보아야 할 것이다. “특정”이란 1인에 한정될 필요는 없고, 수인을 위한 경우에도 특정성이 인정될 수 있다.

81) 김광수, 선거와 선거제도, 박영사, 1997, 277-278면.

82) 문광삼 교수는 선거운동에 대한 개념정의가 요구되는 근거는 법이 선거운동인 행위를 포착하여 이에 대해 형벌을 과하기 때문이라고 언급하고 있다. 즉 형벌의 대상이 되는 행위에 대해서는 죄형법정주의의 원칙에 따라 그 행위의 내용이 명확하지 않으면 안된다는 것, 결국 범죄구성요건의 명확화라는 요청에 연관되어 있는 것으로 보아야 할 것이다. 문광삼, “정치적 자유권에 관한 연구”, 서울대학교 법학박사학위논문, 1985, 220면.

83) 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 행위는 선거운동으로 보지 아니한다. 1. 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시, 2. 입후보와 선거운동을 위한 준비행위, 3. 정당의 후보자추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시, 4. 통상적인 정당활동(공직선거법 제58조 제1항 단서)

세 번째로 어떤 행위가 선거운동이라고 하기 위해서는 특정후보자의 당선 또는 낙선을 목적으로 하는 것이어야 한다. 당선을 위한 유리한 행위라 하더라도 일당을 받고 하는 선전벽보의 貼付, 선거운동물자를 운반하는 등 단순한 역무에 종사하는 행위, 요금을 받고 후보자나 선거운동원을 승차시켜 운전하는 행위 등은 바로 당선을 위한 행동이라고 볼 수 없으므로 선거운동에 해당되지 않는다.

네 번째로 선거운동은 특정후보자의 당선·낙선을 목적으로 하여 주선·권유·유도 기타 방법으로 득표 또는 감표운동을 하는 것이다. 간접적인 방법은 이것을 통일적, 일의적으로 정할 수는 없고 개개의 구체적인 경우 시기·장소·방법·대상 등을 고려하여 케이스바이 케이스로 해석할 수밖에 없을 것이다.⁸⁴⁾

이와 같은 선거운동은 선거운동 자체가 지니고 있는 기본적인 합리성과 민주적인 성격에 대한 믿음을 재확인시켜주며, 선출될 지도자의 결정에 대한 대중의 결의를 강화시켜주는 것이다. 이러한 선거운동과 투표행위 내지 민주주의와는 다음과 같은 관련성이 인정된다.

첫째로 현대의 선거운동이란 정치에만 독특한 것이 아니고, 사업·학계·자선단체 기타 다른 분야의 캠페인과 비슷한 특성 즉 의사전달 수단의 발달과 그 효과에 기초를 두고 있다. 둘째로, 투표자의 태도에 미치는 선거운동의 단기 효과는 민주적 정치과정에 대해 흥미가 없고 또 관계가 거의 없는 사람들에게 있어서 가장 크다. 셋째로, 투표자의 태도를 변화시키는 일보다 뚜렷하지 못하나 역시 중요한 선거운동의 또 다른 단기적 기능을 주목할 필요가 있다. 말하자면 선거운동을 함으로써 투표자들은 정치적 편견에 사로잡힌 나머지 그 입후보자를 선호하기도 하며, 반대로 그 입후보자를 선호하다 보니 그 입후보자에 대한 정치적 편견에 빠질 수도 있는 것이다. 이런 관점에서 볼 때 선거운동은 유권자의 선호도를 결정짓는 역할을 한다고도 볼 수 있다. 넷째로 선거운동이

84) 문광삼, “정치적 자유권에 관한 연구”, 서울대학교 법학박사학위논문, 1985, 220-221면.

투표자의 태도변화를 유발시키느냐 못시키느냐의 문제를 떠나서 선거운동은 민주제도의 안정에 기여할 수 있는 중요한 요소이다. 다섯째로 선거운동의 전문가들은 투표행위에 미치는 선거운동의 즉각적인 효과는 물론 선거운동의 장기적인 효과까지 인식하고, 이러한 단기, 장기 반등들에 맞는 세련된 기술들을 발달시켜 왔다. 여섯째로 현대 선거운동 기술의 발전이 우리 민주제도의 미래에 심각한 문제점을 가져왔다. 이들 문제점들은 지도자 선출에 있어서 많은 비용이 들고, 부정선거의 가능성이 있고, 의미 있는 선택이 불가능해지며, 지도력이 감퇴하고 기술사회에 있어서 과거에 있었던 선거양식의 퇴조 등이 그것이다.

오컨대 선거운동의 문제점에도 불구하고 이것은 민주주의의 중요한 요소이며, 선거운동의 투표에 대한 단기효과는 지대하다. 즉 일반인의 투표결심은 유권자의 의사형성의 유형에 따라 차이가 있기는 하나, 매스미디어에 의한 홍보로 보통은 선거공고 전후하여 형성된다. 그러나 보다 중요한 것은 선거운동에 의해 표의 향배가 결정되는 부동표이다. 왜냐하면 이것이 당락에 결정적인 역할을 하기 때문이다. 그러므로 선거운동은 민주주의정치과정에서 절대적인 변수로 작용한다. 선거운동의 효력은 투표결심시기에 따라 달라지게 된다.⁸⁵⁾

II. 선거운동의 성질

선거운동은 본질적으로 선거제도를 전제로 하는 것이므로 선거운동도 헌법이 채택하고 있는 대의민주주의와 선거제도의 목적에 부합하는 범위 내에서만 인정된다. 선거제도의 목적과 기능을 부정하거나 왜곡하는 선거운동은 어떤 경우에도 인정되지 않는다. 후보자의 선거운동행위가 헌법상 인정된다고 하더라도 이것은 어디까지나 대의민주주의의 기능과 선거제도의 본질적 역할과 기능(선거의 공정, 적합한 국민대표선택, 입후보자간의 실질적 평등

85) 문광삼, “정치적 자유권에 관한 연구”, 서울대학교 법학박사학위논문, 1985, 222-223면.

등), 그리고 선거권자의 선거권 행사(선거인의 공정한 판단, 선거권 행사의 평온과 자유 등)를 침해하지 않는 한도 내에서 인정된다. 선거운동은 대의제도에 기초한 선거의 기능과 피선거권과 선거권이 보장되는 범위에서 인정되는 자유와 권리일 뿐, 선거를 떠나 그 이전에 존재하는 정치적 의사표현의 자유로 인정되는 것은 아니다. 선거운동의 자유는 대의제도를 채택할 때 인정되는 것이지만, 정치적 표현의 자유는 대의제도의 채택여부 이전에 인정되는 기본권이다.

입후보한 자가 유권자에게 자기를 알릴 자유는 대의민주주의의 본질, 유권자의 선거권 행사에서의 알 권리, 입후보한 자의 표현의 자유를 근거로 인정되며, 헌법상 보장되는 기본권이라고 할 수 있다. 후보자가 유권자에게 자기를 당선시켜 달라고 하는 행위는 정치적 자유 또는 정치적 표현의 자유로 인정된다고 할 것이고, 憲法 제21조 제1항과 憲法 제116조가 그 근거가 된다.⁸⁶⁾

Ⅲ. 선거운동의 기능⁸⁷⁾

정치학계의 논의에 의하면, 유권자의 투표행태에 대한 체계적인 연구는 선거운동이 투표에 미치는 영향은 매우 제한적인 것으로 평가한다. 이에 의하면 투표결정에 지속적으로 작용하는 요소는 투표자의 정당에 대한 선호이며 투표자의 대부분이 선거운동 이전에 벌써 누구에게 투표할 것인가를 정해 놓고 있었다는 것이다. 이러한 결과에서 보듯, 선거운동의 효과에 대한 정치인과 정치학자들의 평가가 일치하지 않는다. 그럼에도 불구하고 선거운동에 대해서는 간과하기 어려운 중요성이 있음을 부인하기는 쉽지 않다. 무엇보다도 선거운동 기간 동안에도 확실하게 투표의사를 결정하지 못한 부동 유권자층이 전체 유권자의 대략 3분의 1 정도로 추산되며, 후보자는 이들 부동층에 대하여 관심을 갖지 않을 수 없다. 후보자의 경쟁이 백중세로 치열한 선거에서 이들을 상대로

86) 정중섭, 헌법학원론, 제4판, 박영사, 2009, 1306면.

87) 김광수, 선거와 선거제도, 박영사, 1997, 278-279면.

하는 선거운동은 격렬해진다. 후보자들은 그들의 정당지지자를 확보하는 것이 매우 중요하기 때문이다. 그러나 그런 지지자들이 투표일에 집에 머물러 있어 버린다면 아무 소용없는 일이다. 그들을 투표장으로 끌어내어 투표에 임하도록 독려하는 것은 선거운동의 중요한 과제가 된다.

선거운동은 후보자의 지지세력을 동원하는 방법으로서 매우 중요하다. 민주주의의 뿌리가 깊은 거의 모든 나라에서 선거와 선거운동은 민주정치와 활력소로 작용한다. 민주주의는 정기적이고 공개적으로 제도화된 선거절차를 통해서 지도자를 선출하게 된다. 결국 선거에서 승리하기 위해서 후보자는 지지자들과 부동층 유권자들을 규합하기 위한 묘안을 총동원하여 선거운동을 전개한다. 이러한 선거운동의 부수적 정치적 기능을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 대중의사의 상징적인 조작기능을 들 수 있다. 민주적 선거는 지도자를 뽑는 수단인 동시에 정치체제의 통제에 참여하는 시민의식을 고취시키고, 선거운동 과정에서 정치적 쟁점, 정당 및 지도자에 대한 공개적인 논쟁은 개개인의 요구를 정책으로 전환시키는 전기를 마련한다.

둘째, 지도력을 발휘할 수 있는 환경을 제공한다. 지도자란 반드시 남보다 뛰어난 지력과 힘, 능력 때문에 지도자가 되는 것은 아니며, 지도자와 추종자의 관계가 형성되는 데는 특정 상황적 요인이 작용한다. 지도자에 대한 지지는 그 추종자가 받는 이익의 대가와 관계된다. 선거운동은 후보자가 자기는 봉사하고 결정하고 지도할 능력이 있다는 인상을 유권자에게 전달하려는 특정 상황을 구성한다. 그런 인상을 특정 정책에 연결시켜야만 하는 것은 아니다. 오히려 후보자는 모호한 상황하에서도 능력을 발휘할 수 있다는 인상을 심어주는 것이 더 중요하다. 그런 방법으로 추종자들의 소망이나 두려움, 열망이나 좌절 등을 대변함으로써 그들이 정부에 영향을 미칠 수 있다는 사실을 재확인시키는 것이다.

아울러 선거운동은 유권자의 이상적인 선택에 필요한 정보를 제공한다는 사실 또한 간과할 수 없다. 선거는 지도자와 추종자 사이의 친밀한 의사소통을 촉진시킨다. 그 과정에서 어떤 문제들은

유권자들을 통해서 표면화되기도 한다. 이에 따라서 정책입안자들이 의제에 어떤 쟁점을 포함 또는 제외하고 구체화시킬 것인가를 결정하는 것 또한 선거운동의 중요한 기능 중의 하나라 할 수 있다.

제 2 절 선거운동의 자유와 공정성

I. 선거운동의 자유의 보장

선거운동은 정치적 언론 또는 표현활동의 하나로서 헌법 제20조에 보장되고 있는 언론 또는 표현의 자유에 연결되는 것이며, 투표와 선거운동의 자유는 민주주의체제의 근본으로서 보장되는 것이다. 주권자로서의 국민의 정치적 활동의 자유 - 즉, 국민이 국가의 기본적인 정책결정에 직접·간접으로 참여하는 기회를 가지며, 또 이를 위해 적극적 활동을 행할 자유 - 는 민주주의국가에 있어서 정치적 지배를 정당하게 하는 근거이다. 민주주의는 국민주권의 원리를 기초로 하여 국민 모두가 정치과정에 참여하고 그 대표의 선출을 통해서 자기의 의사가 국정에 반영되는 과정이 확보되기를 요구한다. 사회에 있어서 그러한 과정이 확보되기 위해서는 언론의 자유가 불가결의 요소라 할 것이다. 즉 민주제의 기본적인 전제조건으로서 우리는 국민의 정치적인 의사가 국가의 정책결정에 반영될 수 있는 정상적인 통로가 확보될 것, 그리고 이를 위해서 국민의 정상적인 정치활동 및 선거운동이 정치적 표현활동으로서 보다 철저히 보호될 것 등을 결코 간과할 수 없는 것이다. 따라서 정치적 언론 또는 표현의 자유에 대한 침해·제약의 배제가 보다 강하게 요구되는 것은 그것이 직접적으로 연결되기 때문이다. 민주주의와의 관련성에 주목할 때 언론의 자유는 민주주의의 유지를 위한 불가결한 수단으로서 보다 우월한 지위를 갖는다고 할 수 있다. 이러한 맥락에서 투표와 선거운동의 자유를 포함하는 정치적 자유권의 우월적 지위가 문제되는 것이다.⁸⁸⁾

더욱이 자유로운 선거의 보장은 동시에 자유로운 선거운동의 보

장을 전제로 한다. 또한 국민이 선거에 참여하는 정당들 및 후보자들에 대한 폭넓은 정보를 얻기 위해서도 자유로운 선거운동의 보장은 필요하다. 그러나 또한 선거는 무엇보다 공정하게 치러져야만 그 정당성을 확보할 수 있다. 따라서 선거관련법규들은 한편으로는 선거운동의 자유를 최대한 보장하면서, 다른 한편으로는 선거의 공정성을 확보해야 하는 미묘한 긴장관계에 놓여 있다.⁸⁹⁾ 우리 공직선거법은 ‘누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다. 그러나 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 금지 또는 제한되는 경우에는 그러하지 아니하다’라고 규정하여(공직선거법 제58조 제2항) 원칙적으로 선거운동의 자유를 규정하고 그에 대한 제한의 가능성을 열어놓고 있다.⁹⁰⁾

II. 선거운동의 규제: 선거의 공정성

1. 배경

선거운동의 자유는 전술한 바와 같이 정치적 표현의 자유의 한 내포로서 헌법상 강한 보호를 받는다는 점에 대해서는 대체로 견해가 일치되고 있다. 한편 의회제민주주의는 자유롭고 공정하게 표명된 국민의 의사를 기초로 하는 대표기관의 정당한 구성을 그 전제조건으로 한다. 선거는 주권자로서의 국민이 그 정치적 의사를 표명하는 가장 중요한 기회이기 때문에 유권자의 판단에 호소

88) 문광삼, “정치적 자유권에 관한 연구”, 서울대학교 법학박사학위논문, 1985, 227-228면.

89) 계희열, 헌법학(상), 박영사, 2005, 324면.

90) 한편 허영 교수는 “우리 헌법은 각종 선거에서 행해지는 선거운동을 자유방임하지 않고 각급선거관리위원회의 관리하에 두어 선거운동의 기회균등을 보장함으로써 민주적인 선거가 되도록 배려하고 있는데(제116조 제1항), 이것을 선거운동관리의 원칙이라고 말한다. 따라서 **우리 헌법은 선거운동자유의 원칙을 배척하고 있다.** 선거운동자유의 원칙이 채택되는 경우 선거운동의 기회균등이 지켜질 수 없어 평등선거의 원칙이 침해될 위험성이 있다고 판단했기 때문”이라 적고 있으나, 학계의 일반적인 견해로 보기는 어렵다. 허영, 한국헌법론, 전정7판, 박영사, 2011, 1022-1023면.

하는 선거운동도 그 자유가 최대한으로 보장되어야 한다. 이와 같이 선거는 의회제 민주주의에 있어서 불가결의 전제임에도 불구하고 선거는 또한 권력에의 합법적 접근방법을 의미하기 때문에 금력이나 폭력 등 부정이 개입할 가능성도 그만큼 크다. 따라서 선거운동의 자유라는 요청과는 상용될 수 없는 것처럼 보이는 엄격한 법적 규제가 선거운동에 가해지는 것도 선거의 공정성 확보와 공평성 확보라는 현실적 필요성에 의한 것이라고 할 것이다.⁹¹⁾

결국 의회제 민주주의가 그 진가를 발휘할 수 있느냐, 아니면 단순한 명목만의 것으로 되어버리느냐의 문제는 무엇보다도 먼저 선거가 공정하게 실시되느냐의 여부에 달려 있다. 실로 공정한 선거는 그 나라의 정치를 민주적으로 운영해 나가기 위한 불가결의 수단이다. 그런데 공정한 선거란 요컨대啓發된 유권자의 의사가 자유로운 분위기 속에서 그 당선자를 결정하는 투표에 올바르게 반영되는 선거일 것이다. 그렇다면 공정한 선거의 요건은 과연 무엇일까? 공정한 선거의 요건의 하나는 ‘유권자의 민주적 각성’이다. 온갖 부당한 유혹을 물리치고 진정한 자기표를 던질 수 있는 민주적 각성이 필요하다. 공정한 선거의 요건의 또 하나는 ‘합리적인 선거제도의 확립’이다. 유권자들이 아무리 자주적인 판단력을 가지고 자유로이 투표를 했다 할지라도, 만일 선거제도가 합리성을 결한다고 하면 유권자의 의사가 올바르게 선거에 반영될 수 없을 것이다. 그러므로 공정한 선거의 대전제로서 각 정당에 대한 국민의 지지율이 곧 그대로 득표율로 되며, 더 나아가서는 의석률로 되어야 한다는 것이 요청된다.⁹²⁾

한편 TV를 비롯한 새로운 매체의 선거과정의 활용과 정당의 인물에 대한 우위로 요약될 수 있는 선거과정의 변모는 한편으로는 최근 수십 년 내려오는 매스미디어, 선전기술, 여론조사 등의

91) 그러나 다른 한편으로는 선거의 공정성 확보라는 명목하에 선거운동을 지나치게 규제하거나 금지함으로써 선거운동의 자유가 가지는 본래적 의미를 상실케 하는 경우도 없지 않다. 문광삼, “정치적 자유권에 관한 연구”, 서울대학교 법학박사학위논문, 1985, 228면.

92) 이극찬, 정치학, 제6전정판, 법문사, 1999(2000print), 419-420면.

발달을 배경으로 하고 있지만, 다른 한편으로는 대중민주주의(mass democracy)의 발전과 도시화(urbanization)의 진행에 대한 대응에서 보여지게 된 것이다. 즉 한편으로는 대중민주주의의 발전으로 말미암아 유권자수가 엄청나게 늘어나게 되었는데, 그 결과 유권자와 의원들과의 사이의 개인적인 친밀한 접촉은 매우 곤란하게 되었다. 또 다른 한편에 있어서 도시화의 진행과 그리고 이것에 따르는 인구의 급속한 유동화는 종래의 혈연과 지역관계 등에 기인하는 조직표의 기반의 배양과 유지를 - 도시의 선거구에 있어서는- 거의 불가능하게 만들고 있다. 위에서 언급한 이른바 이미지 선거라는 것은 바로 이와 같은 오늘날의 도시의 유동적인 선거민에 대응해서 발전된 것이다.

그런데 위에서 기술한 바와 같은 선거과정의 변모는 ① 선거 커뮤니케이션 미디어(communication media)를 다원화시켰으며, ② 재래의 선거구의 정치를 지배해 온 전통적인 지방정치의 보스(boss)의 퇴장을 촉진시켰다는 점에서는 확실히 선거과정의 근대화·민주화에 기여했다고 볼 수 있다. 그러나 이미지 선거의 발전은 동시에 민주선거의 본래의 의미에 위배되는 다음과 같은 현상을 초래케 하고 있다.

① 선거에 있어서의 감각적 및 정서적 선택의 촉진화 현상이다. 원래 선거의 기능은 서로 경합하는 여러 가지 쟁점과 정책을 이성적인 토의를 거친 후에 합리적으로 선택하는 것이다. 그런데 위에서 기술한 바와 같은 선거의 이미지 선거의 발전은 그와 같은 선거 본래의 기능에 위배되기 쉽다.

② 선거 커뮤니케이션이 일방통행화되고, 선거민들이 선거관리인들의 조작(manipulation)의 대상으로 화하기 쉬운 현상이다. 만일 선거민들이 매스컴이나, 기타의 정보전달수단에 의해서 조작되어 무비판적으로 한 표를 던지는 것이 주권(자)로서의 자격의 전부인 것처럼 생각하게 된다면 어떻게 될까? 그렇게 되면 국민은 정치를 진지하게 생각하려 하지 않을 것이며, 정치적 무관심의 증대나 기권율의 증대에서

보여지는 정치불신을 조장하게 될 것은 분명하다.

③ 선거운동비의 거액화의 현상이다.

이와 같은 현상들은 민주선거에 어두운 그림자를 던져주는 것이다. 따라서 이러한 현상을 합리적으로 시정할 수 있는 방안이 새로운 시각에서 강구되어야 할 것이다. 그리고 특히 관건에 의한 선거부정을 과연 어떻게 막을 것인가 하는 것은 아직 민주주의가 뿌리깊이 토착화되지 못한 나라에 있어서의 주요한 문제점으로 되고 있다. 선거가 오직 집권당의 정권연장만을 위한 형식적인 행사에 불과한 것으로 되어 있는 곳에서는 민주주의는 ‘惡政’을 위장(camouflage)시키기 위한 헛된 구호로 이용될 위험이 있는 것이다.⁹³⁾

이러한 상황하에서는, 선거운동에 대해서 그 자유를 확보하는 것과 함께 공정성을 확보하는 것이 절실히 요구된다 하겠다. 선거의 실체를 보게 되면, 선거의 공정성이 침해될 가능성이 많아 어떠한 규제를 가하지 않을 수 없는 것처럼 보인다. 그러나 많은 경우 선거의 공정성을 확보하기 위해 법에 규정된 수단이 그 목적달성을 위해 필요하고 적절인가 하는 점에 있어서 많은 의문이 있다. 그것은 근본적으로 선거운동의 자유의 확보라는 또 하나의 요청이 실현되지 않은 것이 기인한다고 할 수 있다.

2. 목표: 선거운동의 기회균등

선거운동에서의 기회균등은 선거에서 선거운동을 인정하는 경우에는 필연적으로 보장되어야 하는 법리이다. 선거운동의 방법에서는 여러 제한이 따른다고 하더라도 선거운동의 기회에서의 균등은 철저히 보장되어야 한다. 선거운동에서의 기회균등이 올바르게 보장되지 못하면 선거가 왜곡되고 대의제도도 올바르게 작동하지 못한다. 선거운동의 기회균등을 보장함에 있어서는 선거의 공정성이

93) 이극찬, 정치학, 제6전정판, 법문사, 1999(2000print), 428-430면.

확보되어야 한다.

이와 같이 선거운동에서의 기회균등은 대의민주주의에서 중요한 의미를 가지기 때문에 헌법은 선거운동의 기회균등을 보장하기 위하여 “선거운동은 각급 선거관리위원회의 관리하에 법률이 정하는 범위 안에서 하되, 균등한 기회가 보장되어야 한다”(헌법 제116조 제1항)라고 정하여 명시적인 규정을 두고 있다. 이에 대한 자세한 것은 공직선거법에서 정하고 있다.⁹⁴⁾

3. 근거

선거운동에 대한 여러 가지 규제의 근본적인 근거로는 선거의 공정성 확보와 선거의 공평성 확보라는 두 가지 요청이 거론된다.

그렇지만 공정성 확보라는 말에는 여러 가지 다의적인 관념이 포함되어 있는 바, 일반적으로 선거법상 선거운동에 대하여 선거범죄로서 규제의 대상이 되는 경우는 두 가지로 구분된다. 하나는 매수 및 이해유도죄 등과 같이 반사회성을 가지는 것으로, 형사법적 선거범죄라든가 실질범이라고 하며 경찰규제의 대상이 되는 것을 가리킨다. 다른 하나는 사전운동·호별방문·문서·도화의 배포·연설회 등을 금지·제한하는 경우에 있어서와 같이 이것들은 특별히 반사회성을 가지는 것이 아니고, 선거의 적정한 집행을 확보하는 견지에서 가해지는 규제이고 그 위반은 행정법적 성격을 가지는 것이다. 이 양자의 규제를 통해서 선거의 공정성을 확보하려고 하는 것이 법의 취지이다. 그러나 형사적 선거범죄와 행정적 선거범죄와의 사이에 공정성의 의미에서 본질적으로 차이가 있는데 양자

94) 정종섭, 헌법학원론, 제4판, 박영사, 2009, 1307면. 그러나 선거운동에서의 기회균등을 보장하는 것이 모든 경우에 절대적으로 평등하게 기회를 보장하는 것을 의미하는 것은 아니다. 선거와 관련된 여러 제도나 사회의 여건에 따라 합리적으로 차별하는 것이 정당한 경우에는 기회균등에서 차별을 둘 수 있다. 정당제도를 두고 있는 나라의 선거에서 무소속후보자와 정당소속후보자간에 합리적이고 상대적으로 차별을 두는 것은 인정된다. 다만, 정당추천후보자에게 별도로 정당연설회를 할 수 있도록 하는 것은 무소속후보자와 비교하여 월등하게 유리한 위치에서 선거운동을 하게 한 불평등한 규정으로 위헌이다.

를 동일선상에 놓고 규제를 획일화하는 데는 많은 무리가 있다고 생각한다. 즉 전자에 있어서는 선거 이외의 경우에 있어서는 그러한 행위를 한다면 형사책임을 물을 수 있고 특히 선거의 공정성과 관련하여 책임을 묻는 것인데 반해, 후자의 경우에는 오로지 선거의 공정성과 관련하여서만 문제가 되는 것이기 때문이다.

특히 공정성의 문제에 관한 한 형사적 선거범죄의 경우 별 문제가 없으나 행정적 선거범죄의 경우 문제가 있다. 즉 사전선거운동 금지규정은 선거의 공정성을 도모하기 위한 것이며, 또 표현의 자유에 대한 합리적 제한이라거나, 또한 선거의 공정성 확보는 부당·무용한 경쟁·규제곤란한 불법행위의 발생, 경제력의 차이에 따른 불공평 등의 폐해를 방지하기 위하여 있는 것이라는 맥락에서 정당화될 여지가 없지는 않지만, 다른 한편으로는 이러한 것들은 주로 입후보자 내지 피선거인의 행위에 대한 폐해의 우려이며, 따라서 시각을 달리하면, 공정한 경쟁을 가능케 함으로써 그러한 자들 - 입후보자 내지 피선거인-을 보호하기 위한 것이라도 할 수 있다. 그렇지만 이러한 규제 속에는 선거에 관련된 정보의 수령자의 이익에 대한 고려는 전혀 없다는 점을 문제로 들 수 있다. 즉 투표 및 선거운동의 자유를 제한할 때에는 제한의 근거를 정당화하는 이유를 엄격하게 심사하는 것이 요구됨에도 불구하고 비교적 간단히 규제를 합법적인 것이라고 보는 입장들이 득세해 온 것이다.

선거운동의 규제에 작용하는 또 하나의 기본적 근거는 선거의 공평성의 확보라는 것이다. 그것은 선거과정에 참가하는 주체가 평등하게 선거운동을 전개하는 것을 요구하는 것이다. 현행 공직선거법상의 제규정, 예컨대 선거운동의 기간의 제한, 선전벽보의 제한 등은 이러한 목적을 위해 둔 것이라 볼 수 있다. 그러나 이러한 규정들은 선거운동자 가운데 후보자를 위한 것이며, 따라서 선거에 관한 정보를 받는 국민일반의 이권에 대해서는 거의 고려하지 않은 채 선거운동의 조건을 획일화하려는 것이다. 이러한 규제가 앞에서 보았던 선거운동의 헌법상의 의의라는 맥락에서 볼 때 대체로 용인될 수 없는 것이라 할 수 있다. 왜냐하면 정보의

수령자 측의 알 권리가 손상될 뿐만 아니라 후보자의 표현의 자유도 침해되기 때문이다.⁹⁵⁾

결국 선거운동의 규제에 있어서는 선거운동의 자유의 보장과 선거의 공정성 및 공평성의 확보를 위해서 개별사안에 따른 엄밀한 검토가 수반되어야 할 것임을 유념해야 할 것이다.

4. 방법: 선거운동의 제한

공직선거법은 「누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다. 그러나 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 금지 또는 제한되는 경우에는 그러하지 아니하다」라고 정하고 있다(공직선거법 제58조 제2항). 이 법은 각종의 선거에서 있게 되는 선거운동의 보장과 제한에 관하여 개별적이고 구체적으로 정하고 있다.

이러한 선거운동의 제한은 대의원리에 따른 법리적인 귀결이고, 이는 선거운동의 관리의 한 내용이다. 대의제도의 기능을 정상적으로 유지하고, 국민으로 하여금 대표자를 올바르게 선출할 수 있게 하기 위해서는 선거에서의 平穩과 公正이 요구되는데, 선거제도의 본래의 기능과 선거권 행사의 平穩 및 公正이라는 가치보다 후보자의 당선을 위한 활동의 자유가 우선할 수는 없다. 입후보한 자의 활동도 대의민주주의의 기능을 올바르게 유지하게 하고, 선거가 대의민주주의에서 요구하는 본래의 기능을 할 수 있게 하는데 있다. 선거를 시민사회에 전적으로 맡길 수 없고 국가로 하여금 책임을 지고 운영하게 하는 이유도 이런 선거제도의 기능에 바탕을 두고 있다. 따라서 헌법 또는 법률로 국가가 선거를 관리하고, 선거운동에서도 합법적인 것으로 보장하는 선거운동과 위법한 행위로 制裁하는 선거운동을 구별한다.⁹⁶⁾

95) 문광삼, “정치적 자유권에 관한 연구”, 서울대학교 법학박사학위논문, 1985, 229-231면. 문 교수는 “이상 검토한 바와 같이 선거의 공정성 확보와 공평성 확보라는 두 가지 요청도 결코 선거운동규제의 합리적 근거가 될 수 없음을 살펴보았다. 결국 국회의원선거법은 현실적으로 그것의 개폐를 할 권한을 위임받은 현역의원의 이익을, 공정성과 공평성의 이름 뒤에, 위한 법제라 할 수 밖에 없을 것이다.”라는 결론을 내리고 있다.

그러나 선거운동행위의 제한이 과도하여 피선거권의 행사나 선거의 기능을 제약해서는 안 되므로 선거운동행위의 제한에도 한계가 있다. 선거운동행위의 제한에 있어서는 선거가 작동하는 나라의 역사적·공간적·문화적·사회적·정치적 여건과 국민의 수준과 구성 등 해당 국가의 사정에 따라 개별적으로 판단하여야 할 여지가 다른 기본권과 비교하여 상당히 광범하다고 할 것이지만, 이러한 제한이 대의민주주의와 선거의 기능을 왜곡하거나 심하게 제약하는 것이어서는 안 된다. 선거운동행위의 제한에서도 다른 기본권의 제한의 경우와 같이 憲法 제37조 제2항이 제한의 근거인 동시에 제한의 한계를 설정하는 규범으로 작용한다. 여기에도 법치주의에서 요구되는 과잉금지원칙이 적용된다.⁹⁷⁾

제 3 절 현행 정치관계법상의 선거운동 규제 분석

I. 선거운동 규제입법의 연원

공직선거는 오늘날 국민주권의 실현에 있어서 궁극적으로 국민의 대표자에게 위임되는 통치권력에 대한 정당성을 부여하는 거의 유일한 수단이라 할 것으로서, 여기에는 무엇보다도 자유롭고 공정한 선거가 필수적 전제가 되는 것이다. 그러나 이와 같은 자유롭고 공정한 선거를 위해서는 법제도적인 받침이 필요하며, 이러한 과정에서 시대적·정치적 상황 내지는 입법자를 포함한 통치집

96) 정종섭, 헌법학원론, 제4판, 박영사, 2009, 1308면.

97) 이와 관련하여 헌법 제116조 제2항의 “선거운동은 ……법률이 정하는 범위 안에서 하되 ……”의 의미가 문제가 되는데, 이 규정이 선거운동의 보장은 법률수준에서 보장되는 성질의 것이라는 점을 정한 것인가 아니면 헌법에서 보장되고 법률로 제한할 수 있는 성질의 것이라는 점을 정한 것인가 하는 점이 다. 정종섭 교수는 “선거운동의 자유는 대의민주주의와 분리하여 인정할 수 없는 자유이기는 하지만 헌법에서 보장하는 내용이므로 헌법 제116조 제2항에서 정하고 있는 것은 선거운동의 자유를 헌법 제37조 제2항을 근거로 법률로 제한할 수 있음을 헌법에서 대의제도와 선거제도의 기능에 합당하게 확인하는 규정이라고 보는 것이 타당하다”고 한다. 정종섭, 헌법학원론, 제4판, 박영사, 2009, 1309면.

단의 의도에 의해 공정하고 자유로운 선거를 위한다는 명분하에 오히려 이를 침해하는 과도한 규제입법이 존재할 수 있으며, 이 경우 진정한 의미에서의 국민주권의 실현을 위한 기초로서의 선거는 그 의미가 반감될 수밖에 없을 것이다.

바로 이와 같은 사실을 전제하면서, 현행 우리 정치관계법상 선거와 선거운동에 관한 규제입법의 연원을 살펴보면 다음과 같다. 즉 1945년 해방이후 미군정청은 ‘조선과도입법의원의창설령(1946. 8. 24 미군정법령 제118호)’을 통해 1946년 10월에 총의원 90명 중 미군정청에 의해 임명된 45명을 제외한 45명의 조선과도입법의원을 간접선거(間接選舉)로 선출하여 김규식을 의장으로 12월 12일 개원함으로써 제헌국회구성을 위한 구체적인 법률 등을 제정하게 되었으며⁹⁸⁾, 이에 따라 제정된 것이 바로 제헌국회의원선거법(1948. 3. 17 미군정법령 제175호)이며, 이후 동법의 폐지와 그에 이은 1948년의 국회의원선거법은 모두 기본적으로 자유로운 선거운동을 보장한 것으로서 특단의 선거운동관련 규제조항을 두고 있지는 않았다. 그러나 1950년 4월 12일 제정된 국회의원선거법은 공무원의 선거운동 제한(제36조)과 국민학교, 중등학교의 생도 또는 20세미만의 소년등에 대한 특수관계를 이용하여 선거운동을 할 수 없다(제42조) 등의 규정을 두면서, 동시에 동법시행령을 통해 선거운동을 위한 벽보, 간판, 현수막 등과 관련하여 구체적인 규제(제39조, 제41조) 등을 두기 시작하였다. 그러나 선거운동에 관한 규제가 보다 본격적으로 시작된 것은 1958년 1월 25일 제정된 민의원선거법으로서, 동법은 선거사무장이거나 선거운동원이 아닌 자의 선거운동 금지와 공무원에 대한 제한(제45조), 학생·미성년자의 선거운동금지(제50조), 소형인쇄물과 선전문구에 대한 구체적 규정(제54조, 제55조), 규정외 문서·도화 등의 금지(제57조), 합동연설회와 개인연설회의 회수 제한(제60조, 제65조), 연설금지장소의 구체화(제67조), 확성기와 자동차 등의 사용제한(제68조), 호별방문금지(제76조), 사전 선거운동의 제한(제87조) 및 기타 방송과

98) 대한민국국회, 국회개원 50년, 1998, 18면; 국회사무처, 대한민국의정사, 사진 문화, 1995, 28면; <http://www.teen.go.kr/>(2009.02.20.).

신문·잡지 등의 제한 등비교적 구체적이고도 방대한 선거운동 제한규정을 두게 되었다.

이와 같은 우리의 선거운동 제한 규정은 선거운동에 대한 각종의 규제조항, 즉 사전선거운동금지과 선거운동원의 수와 자격의 제한 및 호별방문 금지 등을 규정한 1925년 5월 5일 공포된 일본 보통선거법의 핵심적인 규제조항이 1934년에 개정된 형태로 전면적으로 도입된 것으로서, 이는 당시 제1공화국 이승만 정부의 결핍된 정당성에 기인한 것으로서 궁극적으로는 야당과 국민의 입을 막기 위한 수단 of 하나로 불가피하게 채택되어진 것으로 볼 수 있다 할 것으로서 이후 우리의 선거운동 관련 규제조항의 연원이 되었다고 할 수 있다.⁹⁹⁾

II. 선거운동 자유의 근거와 그 제한 기준

선거운동과 관련하여 우리 헌법은 제116조에서 “선거운동은 각급 선거관리위원회의 관리하에 법률이 정하는 범위 안에서 하되, 균등한 기회가 보장되어야 하며, 선거에 관한 경비는 법률이 정하는 경우를 제외하고는 정당 또는 후보자에게 부담시킬 수 없다.”라고 규정하고 있는 바, 이 규정은 단순히 선거의 자유를 넘어서 보다 궁극적으로는 선거의 자유를 국가가 보다 실질적으로 보장하기 위해 선거를 관리하는 이른바, 선거공영제를 천명하는 조항으로 보아야 하는 것이다. 즉 선거공영제란 단순한 선거운동의 자유만이 주장되고 이것이 체계적으로 관리되지 못할 경우에는 진정한 의미에서의 선거운동의 자유를 유월하여 자유방임으로 흐르게 되어 결과적으로 선거운동의 자유라는 미명하에 다양한 선거폐단이 발생하게 될 수 있기 때문이다. 따라서 국가는 이를 방지하기 위해 선거운동에 대한 적절한 규제와 함께 선거운동에 소요되는 비용을 부담함으로써 공직후보자 간의 보다 공정한 선거운동의 기회

99) 김현태, “선거운동의 자유와 공정에 관한 연구”, 경기대정치전문대학원 박사학위논문, 2006, 59면; 송석윤, “선거운동 규제입법의 연원”, 서울대학교 법학 제46권 제4호, 2005, 44면 이하.

를 부여함으로써, 궁극적으로 공명선거를 구축할 수 있게 되는 것이다.

그러나 이상과 같은 전제에 연맥한 국가의 선거운동에 관한 간여와 규제는 본질적으로 헌법 제37조 제2항에 따라서 필요최소한에 그쳐야 함은 물론이며, 아울러 이 같은 국가의 선거운동의 자유에 관한 제한 내지 규제는 반드시 선거의 공정성 확보에 충실하여야 하며, 여기서의 공정성이란 일반적으로 국민의 선거의 자유와 선거에 있어서의 기회의 균등이 담보되는 것을 의미한다. 따라서 국가는 이를 위해 합리적이며 비례성에 부합하는 적절한 규제를 도모하여야 하는 바, 이를 위해 우리 공직선거법 역시 제58조 제2항에서 “누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다. 그러나 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 금지 또는 제한되는 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하여 자유로운 선거운동의 보장과 동시에 이에 관한 금지 또는 제한을 병기하고 있는 것이다.

Ⅲ. 공직선거법상 선거운동의 규제 분석

위에서 살펴본 바와 같이 선거운동의 자유와 정치적 표현의 자유와의 관계, 헌법 제116조 제1항이 규정하고 있는 선거운동의 제한에 대한 입법형성권 및 선거의 공정성에 비추어 보았을 때, 선거운동에 대한 규제가 정치적 표현의 자유에 대한 규제로 변질되는 것은 국민주권의 원리라든지 선거의 헌법적 의미에 반할 수 있음을 유념해야 한다. 즉 후보자나 정당의 선거운동과 일반국민의 정치활동(정치적 표현행위)은 구분되어야 한다는 것이다(‘후보자와 일반국민의 차별화명제’).

1. 선거운동의 주체 관련

가. 관련입법 연혁

공직후보자 선거와 관련한 그 주체에 대해 초기 국회의원선거법

등에서는 특단의 규제적 입법을 찾을 수 없으나, 이후 1952년 7월 18일 법률 제247호로 제정된 대통령·부통령선거법에서 국가·지방자치단체의 공무원과 각급 선거위원회의 위원과 직원에 대한 선거운동을 제한하면서(제24조), 아울러 후보자를 위한 선거운동을 할 수 있는 자로 선거사무장 또는 선거운동자로 한정하는 등(제26조) 사실상의 선거운동에 대한 주체를 입법적으로 규제하기 시작하였다. 그리고 이 같은 경향은 1958년 1월 25일 민의원의원선거법에서 후보자 또는 본법에 의한 선거사무장이나 선거운동원이 아닌 자는 선거운동을 할 수 없으며, 동시에 공무원과 선거위원회위원은 선거사무장이나 선거운동원이 될 수 없도록 규정하면서 지속되었으며(제45조), 이것이 현재의 공직선거법으로 연맥되면서 동법 제60조는 선거운동의 주체에 관해 미성년자와 공무원 및 기타 단체 등으로 점차 구체적·포괄적으로 규정하기에 이르렀다. 이러한 현행 공직선거법의 입장은 선거운동을 할 수 없는 자를 규정하는, 공직선거법 제60조에 의해 명시되지 않은 모든 사람이 선거운동을 할 수 있도록 범위를 확대한 것으로 평가할 수 있다.¹⁰⁰⁾

100) 계획열, 헌법학(상), 박영사, 2005, 327면. 공직선거법 제60조 ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 선거운동을 할 수 없다. 다만, 제1호에 해당하는 사람이 예비후보자·후보자의 배우자인 경우와 제4호부터 제8호까지의 규정에 해당하는 사람이 예비후보자·후보자의 배우자이거나 후보자의 직계존비속인 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 대한민국 국민이 아닌 자
2. 미성년자(19세 미만의 자를 말한다. 이하 같다)
3. 제18조(선거권이 없는 자)제1항의 규정에 의하여 선거권이 없는 자
4. 「국가공무원법」 제2조(공무원의 구분)에 규정된 국가공무원과 「지방공무원법」 제2조(공무원의 구분)에 규정된 지방공무원. 다만, 「정당법」 제22조(발기인 및 당원의 자격)제1항제1호 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원(국회의원과 지방의회의원외의 정무직 공무원을 제외한다)은 그러하지 아니하다.
5. 제53조(공무원 등의 입후보)제1항제2호 내지 제8호에 해당하는 자(제4호 내지 제6호의 경우에는 그 상근직원을 포함한다)
6. 향토예비군 소대장급 이상의 간부
7. 통·리·반의 장 및 읍·면·동주민자치센터(그 명칭에 관계없이 읍·면·동사무소 기능전환의 일환으로 조례에 의하여 설치된 각종 문화·복지·편익 시설을 총칭한다. 이하 같다)에 설치된 주민자치위원회(주민자치센터의 운영을 위하여 조례에 의하여 읍·면·동사무소의 관할구역별로 두는 위

나. 현행규정의 분석

(1) 공직선거법상 선거운동을 할 수 없는 자

현행 공직선거법은 제60조에서 선거운동을 할 수 없는 자를 매우 포괄적으로 규정하고 있는 바, 이를 보면 즉 첫째로 대한민국 국민이 아닌 자는 예비후보자 또는 후보자의 배우자인 경우를 제외하고는 선거운동을 할 수 없으며, 미성년자 역시 선거운동을 할 수 없다. 둘째로 선거일 현재 금치산선고를 받은 자, 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니하거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자, 선거법, 정치자금법 제45조 및 제49조에 규정된 죄를 범한 자 또는 대통령·국회의원·지방의회의원·지방자치단체의 장으로서 그 재임중의 직무와 관련하여 형법 제129조 내지 제132조·특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조에 규정된 죄를 범한 자로서, 100만원이상의 벌금형의 선고를 받고 그 형이 확정된 후 5년 또는 형의 집행유예의 선고를 받고 그 형이 확정된 후 10년을 경과하지 아니하거나 징역형의 선고를 받고 그 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 또는 그 형의 집행이 종료되거나 면제된 후 10년을 경과하지 아니한 자, 법원의 판결 또는 다른 법률에 의하여 선거권이 정지 또는 상실된 자 등으로 선거권이 없는 자는 선거운동을 할 수 없다. 셋째로 국가공무원법

원회를 말한다. 이하 같다)위원

8. 특별법에 의하여 설립된 국민운동단체로서 국가 또는 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받는 단체(바르게살기운동협의회·새마을운동협의회·한국자유총연맹을 말한다)의 상근 임·직원 및 이들 단체 등(시·도조직 및 구·시·군조직을 포함한다)의 대표자

② 각급선거관리위원회위원·향토예비군 소대장급 이상의 간부·주민자치위원회위원 또는 통·리·반의 장이 선거사무장, 선거연락소장, 선거사무원, 제62조제4항에 따른 활동보조인, 회계책임자, 연설회, 대담·토론자 또는 투표참관인이나 부재자투표참관인이 되고자 하는 때에는 선거일 전 90일(선거일 전 90일 후에 실시사유가 확정된 보궐선거등에서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때부터 5일 이내)까지 그 직을 그만두어야 하며, 선거일 후 6월 이내(주민자치위원회위원은 선거일까지)에는 중정의 직에 복직될 수 없다. 이 경우 그만둔 것으로 보는 시기에 관하여는 제53조제4항을 준용한다.

제2조에 규정된 국가공무원과 지방공무원법 제2조에 규정된 지방공무원, 각급선거관리위원회위원 또는 교육위원회의 교육위원, 다른 법령의 규정에 의하여 공무원의 신분을 가진 자, 대통령령으로 정하는 언론인, 농업협동조합법·수산업협동조합법·산림조합법·염원초생산협동조합법에 의하여 설립된 조합의 상근 임원과 이들 조합의 중앙회장, 지방공기업법 제2조에 규정된 지방공사와 지방공단의 상근 임원, 정당법 제22조 제1항 제2호의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 없는 사립학교교원, 특별법에 의하여 설립된 국민운동단체로서 국가 또는 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받는 단체(바르게살기운동협의회·새마을운동협의회·한국자유총연맹을 말하며, 시·도조직 및 구·시·군조직을 포함한다)의 대표자, 향토예비군 소대장급 이상의 간부, 통·리·반의 장 및 읍·면·동주민자치센터에 설치된 주민자치위원회위원, 특별법에 의하여 설립된 국민운동단체로서 국가 또는 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받는 단체(바르게살기운동협의회·새마을운동협의회·한국자유총연맹을 말한다)의 상근 임·직원 및 이들 단체 등(시·도조직 및 구·시·군조직을 포함한다)의 대표자 등은 예비후보자 또는 후보자의 배우자이거나 후보자의 직계존·비속인 경우를 제외하고는 선거운동을 할 수 없다.

(2) 선거권과 선거운동의 연계

동법 제60조 제1항 제3호는 선거권이 없는 자는 동시에 선거운동을 할 수 없도록 규정하고 있다. 이는 누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있음을 규정한 동법 제58조 제2항의 규정을 굳이 전제하지 않더라도 문체의 여지가 있다 할 것으로, 무엇보다도 선거권과 선거운동의 자유가 선거라는 측면에서의 연관성을 가진다는 것에는 이론(異論)이 없으나, 그렇다 하여 동일성 내지는 상호불가분성을 가진다고는 볼 수 없다 할 것이기 때문에 이를 직접적으로 연계시켜 선거운동을 금지하는 것은 명백히 선거운동의 자유를 침해한다고 보아야 한다.

(3) 미성년자와 선거권이 없는 자

동조 제1항 제2호와 3호에 의한 미성년자와 선거권이 없는 자의 경우를 보면 우선, 미성년자의 경우 동조 제1호의 대한민국 국민이 아닌 자의 경우에는 그가 예비후보자 또는 후보자의 배우자일 때에는 선거운동의 자유를 인정하고 있는 점과 동조 제1항 제4호 이하 8호의 경우 역시 그가 예비후보자 또는 후보자의 배우자이거나 후보자의 직계존·비속인 때에는 선거운동을 할 수 있다는 사실을 고려할 경우 형평성에 문제가 있다. 즉 본법만을 두고 볼 경우에 만 19세 미만의 외국인으로서 그가 예비후보자 또는 후보자의 배우자일 경우에는 그의 선거운동을 제한할 명백한 법적기준이 없으며, 더욱이 당해 외국인의 국가가 선거권을 만 17세나 만 18세를 기준으로 할 경우에는 더더욱 제한할 명분이 없게 되며, 이 같이 볼 경우에는 현행 공직선거법상의 미성년자에 대한 선거운동의 제한은 그 자체로 내·외국인 간의 차별로서 문제가 될 수 있을 것이다. 또한 동조 제1항 제4호 이하 제8호의 경우 그가 예비후보자 또는 후보자의 배우자이거나 후보자의 직계존·비속인 때에는 선거운동을 할 수 있도록 하고 있는 것과 비교해 볼 경우에도 오늘날 청소년의 성숙도나 교육수준 및 정치의식 등을 종합해 볼 경우에 후보자의 직계비속의 경우에는 일정한 조건하에서 선거운동을 할 수 있도록 하는 것이 형평성과 타당성에도 부합된다고 할 것이다. 그리고 무엇보다도 공무원임용시험령 제16조가 응시연령규정으로 8급 이하의 경우에는 만 18세부터 허용하고 있으며, 또한 주민등록법 역시 제24조 제1항에서 발급연령을 만 17세로 규정하고 있으며, 병역법 또한 제8조에서 제1국민역 편입연령을 만 18세로 규정하고 있는 점 등 만 17세와 만 18세의 미성년자에게 사실상 공무담임권과 병역의 의무 등을 인정·부과하고 있는 점을 고려할 경우에는 선거권 내지 선거운동의 권한을 부여하는 것이 타당하다.

다음으로 선거권이 없는 자의 경우를 보면, 이 역시 미성년자의 경우와 마찬가지로 대한민국의 국민이 아닌 자와 공무원 등을 규

정하고 있는 동조 제1항 제4호 이하 제8호의 경우와 비교해 볼 경우에 문제의 여지가 있다 할 것으로 그가 예비후보자 또는 후보자의 배우자이거나 후보자의 직계존·비속인 때에는 일정한 조건하에 선거운동을 할 수 있도록 하는 것이 오히려 선거의 공정성에도 부합한다고 할 것이다. 또한 금치산선고를 받은 자에게 선거권을 부여하지 않고 그에 연맥하여 선거운동의 자유를 제한하는 것 역시 문제가 있다고 보여진다. 즉 그가 금치산자라 하여 반드시 합법적인 선거운동을 하지 못한다든가 하지 못하게 하여야 할 그 어떤 합리적인 이유가 없기 때문이다. 그리고 ‘대통령·국회의원·지방의회의원·지방자치단체의 장으로서 그 재임중의 직무와 관련하여.....집행유예의 선고를 받고 그 형이 확정된 후 10년을 경과하지 아니하거나 징역형의 선고를 받고 그 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 또는 그 형의 집행이 종료되거나 면제된 후 10년을 경과하지 아니한 자’의 경우에는 특히 ‘10년 경과’ 등은 그 자체로 지나친 제한 규정으로 볼 수 있다 할 것으로 기간의 단축 등의 개정이 필요하다고 보여진다.

(4) 공무원 등

동법 제1항 제4호 내지 8호는 ‘국가공무원과 지방공무원, 농업협동조합법·수산업협동조합법·산림조합법·엽연초생산협동조합법....국민운동단체로서 국가 또는 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받는 단체....향토예비군 소대장급 이상의 간부...주민자치위원회위원’ 등의 경우에는 예비후보자 또는 후보자의 배우자이거나 후보자의 직계존·비속의 경우를 제외하고는 선거운동을 제한하고 있다. 이 같은 본조의 규정은 공무원 등이 선거와 관련하여 자신의 지위나 직무로 인해 일반 국민들에게 어떤 영향력을 미치게 되는 것을 방지함으로써 선거의 공정성을 지키는 것이라면 현재와 같이 포괄적으로 규정할 것이 아니라 보다 더 개별적·명시적으로 규정하여야 할 것이다. 더욱이 본조의 ‘농업협동조합법·수산업협동조합법·산림조합법’ 상의 상근직원이나 임원 및 사실상 수임군부대 장의 임의

적 판단에 의해 한시적으로 임명되는 향토예비군부대의 중대장 또는 소대장에게 까지 선거운동의 자유를 제한하는 것은 더더욱 설득력이 없다 할 것으로 이에 대한 개정이 필요하다고 보여진다.

2. 선거운동의 방법 관련

선거운동에 대한 공직선거법의 대부분의 규정은 선거운동방법에 대한 각종 제한을 담고 있다. 그만큼 선거운동의 방법이 선거의 공정성과 직결된다고 할 수 있겠다. 현행 공직선거법은 선거벽보의 제한(동법 제64조), 선거공보(동법 제65조), 선거공약서(제66조), 현수막(동법 제67조), 어깨띠 등의 소품(동법 제68조), 신문·방송광고(제69~70조, 제94~98조), 후보자 등의 방송연설 등(동법 제71~74조, 제98조), 연설·대담·토론(동법 제79~82조의 3), 정보통신망을 이용한 선거운동(동법 제82조의 4~ 제82조의 6), 교통편의의 제공(동법 제83조), 무소속후보자의 정당표방금지(동법 제84조), 지위를 이용한 선거운동의 금지(동법 제85조), 공무원 등의 선거에 영향을 미치는 행위금지(동법 제86조), 단체의 선거운동금지(동법 제87조), 타후보자를 위한 선거운동금지(동법 제88조), 유시기관설치금지(동법 제89조), 시설물 등의 설치금지(동법 제90조), 확장장치와 자동차 등의 사용제한(동법 제91조), 영화 등을 이용한 선거운동금지(동법 제92조), 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지(동법 제93조), 허위논평·보도의 금지(동법 제96조), 각종 집회 등의 제한(동법 제103조), 호별방문제한(동법 제106조), 서명·날인운동의 금지(동법 제107조), 여론조사의 결과공표금지(동법 제108조),¹⁰¹⁾ 후보자 비방금지(동법 제110조), 의정활동보고의 제한(동법 제111조), 기부행위의 제한(동법 제112~117조), 선거일 후 답례금지(동법 제118조) 등을 규정하고 있다.

가. 인터넷·정보통신매체 등

101) 이와 관련한 자세한 논의는 정종섭, 헌법학원론, 제4판, 박영사, 2009, 1317-1319면.

(1) 관련 입법연혁

오늘날 현대문명으로서의 인터넷의 발달은 결과적으로 지난 60여 년간의 우리 헌정사에서 일찍이 찾아볼 수 없었던 새로운 형태의 선거문화를 낳았다. 즉 인터넷이 사회의 전분야로 확산되면서 오늘날에는 선거에서의 인터넷의 영향력을 더 이상 간과할 수 없게 되었는데, 이에 2004년 4월 15일 실시된 제17대 국회의원선거는 ‘공직선거 및 선거부정방지법’의 개정을 통해 선거에서의 인터넷의 영향을 보다 더 합리적이고 현실성 있게 수렴·제도화한 가운데 치러졌다.¹⁰²⁾ 그리고 이와 같은 새로운 선거관련 인터넷 환경의 제도화는 기존의 ‘인터넷선거보도심의위원회와 사이버선거부정감시단(제8조의5, 제10조의3)’의 구성, ‘정보통신망을 이용한 선거운동(제82조의 4)’, ‘인터넷언론사 게시판·대화방 등의 실명확인(제82조의 6)’ 이외에 제18대 국회의원선거를 통해 추가적으로 ‘인터넷 광고(제82조의 7)’ 부분을 신설함으로써 선거에서의 인터넷의 영향력에 대한 합리성의 제고와 동시에 선거법의 현실적응성을 높였다.

(2) 현행규정의 분석

(가) 인터넷 사전선거운동

선거에 있어서 후보자등록마감일의 다음날부터 선거일 전일까지를 일반적으로 ‘선거운동기간’이라고 하여, 공직선거법은 이 같은 기간에 따른 선거운동에 있어서 일정한 제한을 두고 있다. 그러나 동법은 제59조에서 후보자 또는 후보자가 되고자 하는 자가 자신이 개설한 인터넷 홈페이지를 이용하여 선거운동을 하는 경우에는 예외적으로 허용하고 있다. 다만, 이 같은 허용의 경우를 제외하고 입후보예정자나 정당의 인터넷 홈페이지든 포털사이트나 일반단체

102) 선거운동과 인터넷에 대한 보다 구체적인 내용은 정재황, “인터넷과 참여민주주의”, 성균관법학 제16권 제1호, 2004, 433면 이하 참조.

의 홈페이지든 불문하고 누구든지 선거운동기간 전에 이들 홈페이지에 선거에 관한 단순한 의견개진이나 의사표시를 넘어 선거운동에 이르는 UCC물이나 글을 게시할 수 없으며, 이를 위반할 경우 사전선거운동이 된다. 또한 입후보예정자나 후보자의 경우에도 자신이 개설한 홈페이지를 이용하여 선거운동을 하는 것은 허용되지만, 이들이 홈페이지 회원 등에게 자신을 선전하는 내용의 전자우편을 보낼 경우에도 역시 사전선거운동에 해당되어 처벌 받게 된다.¹⁰³⁾ 그러나 이 경우 단순한 의견개진이나 의사표시와 이를 넘어선 선거운동에 해당하는 지지 등에 대한 구분이 모호할 수 있다는 것이 문제라 할 것이다.

(나) 정보통신망을 이용한 선거운동

공직선거법은 제82조의4에서 정보통신망을 이용한 선거운동을 규정하고 있는 바, 즉 선거운동을 할 수 있는 자는 선거운동기간 중에 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조 제1항 제1호에 따른 정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 선거운동을 위한 내용의 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법, 전화를 이용하여 송·수화자 간 직접 통화하는 방식으로 선거운동을 하는 방법, 문자(문자 외의 음성·화상·동영상 등은 제외한다)메시지를 이용하여 선거운동정보를 전송하는 방법으로 선거운동을 할 수 있도록 허용하고 있다. 다만, 동법은 문자메시지를 이용한 선거운동정보 전송과 관련하여 그 횟수로 예비후보자로서 행한 횟수를 포함하여 5회를 넘을 수 없도록 하고 있는 바, 이는 오늘날의 정보통신 매체의 다양성과 그 이용의 폭발적 증대 등을 고려할 경우에 지나친 제약으로 볼 수 있으며, 따라서 보다 현실성 있게 확대할 필요가 있다.

(다) 실명확인조치 대상

103) 임종훈, “인터넷선거운동과 공직선거법”, 홍익법학 제8권 제2호, 2007, 8-9면.

공직선거법은 제82조의6 제1항에서 인터넷언론사의 선거운동과 관련한 ‘실명확인조치의 대상’으로, 선거운동기간 중 당해 인터넷 홈페이지의 게시판·대화방 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 문자·음성·화상 또는 동영상 등의 정보를 게시할 수 있도록 하는 경우에는 실명인증방법으로 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치를 하도록 규정하고 있다. 이는 기존의 2005년 공직선거법으로의 개정 이전의 ‘공직선거 및 선거부정방지법’에서 인터넷언론사의 선거운동과 관련하여 실명확인조치의 대상으로 ‘선거에 관한 의견’이라는 비교적 모호하고 폭넓은 규정을 두었던 것을 2005년의 개정으로 ‘지지·반대의 글’에 한정하였으나, 이를 다시 2010년 공직선거법 개정을 통해 ‘지지·반대의 문자·음성·화상 또는 동영상’으로 대폭 확대한 것으로서, 인터넷의 영향력과 그에 따른 선거의 공정성 확보의 필요성 증대라는 이유에도 불구하고 지나치게 실명확인조치의 대상을 넓힌 것으로서 문제의 여지가 있다.

(라) 인터넷언론사를 통한 선거운동

공직선거법은 제82조의7에서 대통령선거의 정당추천후보자와 비례대표국회의원선거 및 비례대표지방의회의원선거에 있어서는 후보자를 추천한 정당의 경우 인터넷언론사의 인터넷홈페이지를 통한 선거운동을 위한 광고를 횡수 등에 대한 특단의 제한 없이 허용함으로써 선거운동에 있어서의 효율성을 증대하고 있다.

(3) 새로운 논의로서의 인터넷 선거운동의 상시화

오늘날 인터넷 등 정보통신의 발달에 따른 사이버상의 정보는 그 전파속도가 매우 빠르고 광범위하기 때문에 선거에 있어서의 선거운동의 자유와 공정성에 대해 부정적이든 긍정적이든 그 영향력은 일찍이 예상할 수 없었을 정도로 다양하고도 클 수밖에 없다 할 것인 바, 이에 대응하여 공직선거법은 제10조의3에서 인터넷을 이용한 선거부정을 감시하기 위하여 중앙선거관리위원회와 시·도

선거관리위원회에 정당의 당원이 아닌 중립적이고 공정한 자로 구성된 사이버선거부정감시단을 설치·운영하도록 규정하고 있다. 그러나 이와 같은 입법적 노력에도 불구하고 오늘날 급속하게 변화하는 인터넷 등 정보통신의 발달은 입법취지에 부합하는 결과를 기대하기 어렵게 하고 있다. 즉 예로서, 상실한 바와 같이 인터넷을 통해 전파되는 다양하고도 다량의 글이나 UCC물 등의 정보들은 공직선법상 허용되는 단순한 의견개진이나 의사표시인지 아니면 이를 넘어선 불법적 선거운동인지를 구별할 명확한 기준을 찾기가 어렵다는 것이다. 이는 무엇보다도 다량으로 유통되는 정보의 양에 대비한 소수의 사이버선거부정감시단의 물리적 한계 외에도 사이버상의 대화와 의사소통이 이미 일상적인 대화의 수단으로까지 변화해 버린 현실을 감안할 경우에는(특히 대화자간의 주관적인 의도의 파악이 전제될 경우에는) 더욱 판단에 한계가 있을 수 있을 것이다.

따라서 이와 같은 현실을 고려하여 오늘날 오히려 인터넷 등 사이버상의 선거운동에 대한 상시적 허용을 검토해 보자는 견해가 있다.¹⁰⁴⁾ 즉 인터넷 등 사이버공간의 경우에는 고비용이 들지 않는 데다 사이버공간의 공개성이라는 특성에 따른 여론의 자율적 통제가 가능하기 때문에 선거운동에 대한 완전한 자율화에 대한 반대논거로서의 우리의 정치문화와 국민의식 이외에 선거에 있어서의 공정성 등은 큰 문제가 되지 않는다는 입장이다. 그러나 인터넷 등의 사이버공간은 급속한 변화와 다양성을 본질적으로 배태하고 있는 공간으로서 이에 대한 통제가능성이 회의적일 뿐만 아니라, 무엇보다도 우리의 현 부정적 선거행태를 투영해 볼 경우에는 선거운동의 상시화는 그로 인한 선거운동의 자유라는 득보다는 자칫 선거관련 정보에 대한 왜곡과 혼란의 범란으로 인한 선거의 공정성 침해라는 실이 더 클 수 있다 할 것으로 보다 신중한 논의와 국민적 합의가 필요하다고 보여진다.

104) 임종훈, “인터넷선거운동과 공직선거법”, 홍익법학 제8권 제2호, 2007, 16면.

나. 신문·방송광고 등

(1) 관련 입법연혁

오늘날 신문과 방송 등 언론의 영향력은 일반 여타의 분야에서와 마찬가지로 공직선거에 있어서도 매우 커졌다고 할 수 있다. 따라서 정당을 포함한 공직선거입후보자들은 가능한 한 언론을 활용한 선거운동에 관심을 가질 수밖에 없으며, 이에 공직선거법은 선거에 있어서의 언론을 통한 광고 등에 관해 구체적으로 규정함으로써 보다 더 공정한 선거를 유도하고 있다.

이와 같은 신문과 방송 등 언론매체를 이용한 선거운동에 관한 규정은 우리의 경우 지난 1958년 1월 25일의 민의원의원선거법에서 그 기원을 찾을 수 있다 할 것으로, 즉 동법 제70조는 후보자의 성명, 경력 등의 방송에서의 공평성을 규정하고 있으며, 이어 동법 제72조는 신문이나 잡지 등의 불법이용의 제한으로서 “누구든지 어떤 후보자를 당선 또는 낙선시킬 목적으로 신문.....경영 또는 편집을 담당하는 자에게 금품, 향응 기타 이익을 제공하거나 제공할 약속 또는 신임을 하고 어떤 후보자를 지적하여 선거에 관한 보도 기타 평론을 게재하게 할 수 없도록” 규정함과 동시에 이하 제73조와 제74조에서는 허위보도의 금지와 신문광고의 횡수제한 등을 규정하였다. 그리고 이 같은 규정은 이후 점차 확대·구체화되어 현행 공직선거법에까지 이르고 있다 할 것으로서 동법은 제93조 이하에서 방송·신문 등에 의한 광고의 금지, 신문·잡지 등의 통상방법외의 배부금지, 허위논평·보도의 금지, 방송·신문의 불법이용을 위한 행위 등의 제한 및 구내방송 등에 의한 선거운동금지 등 다양하고도 많은 제한 규정을 두고 있다.

(2) 현행규정의 분석

상설한 바와 같이 현행 공직선거법은 광범위하고 다양한 언론관련 제한 규정을 두고 있는 바, 이하에서는 이 중 몇 가지를 중심

으로 살펴보면, 즉 동법은 대통령선거와 비례대표국회의원선거 및 시·도지사선거에 있어서 소속정당의 정강·정책이나 후보자의 정견, 정치자금모금 기타 홍보에 필요한 사항 등을 일간신문과 방송을 통해 게재 내지 방송할 수 있도록 규정하면서, 그 광고게재 횟수로 대통령선거와 비례대표국회의원선거 및 시·도지사선거에서 각각 총 70회와 20회 및 5회 이내, 그리고 텔레비전 및 라디오를 통한 방송광고의 경우에는 각각 30회와 15회 및 5회의 제한을 두고 있다(제69조, 제70조). 그러나 이와 같은 규제적 규정은 오늘날 언론의 영향력을 고려할 경우 그 자체로는 타당하나 다소 문제의 여지가 있다 할 것으로, 각 선거의 종류에 따른 70회에서 5회까지의 광고횟수의 한도는 그 폭이 지나치게 넓은 뿐만 아니라, 무엇보다도 오늘날 지방자치시대를 전제할 경우에 ‘인구 300만을 넘는 시·도에 있어서는 300만을 넘는 매 100만까지 마다 1회를 더한다.’라는 규정에도 불구하고 시·도지사선거가 왜 비례대표국회의원선거에 비해 1/4내지 1/3로 축소되고 있는지에 대해 쉽게 수긍하기 어려운 부분이 있다. 더욱이 방송이나 신문의 광범위한 전과력을 고려할 경우에는 더더욱 ‘100만까지 마다 1회’ 등의 규정은 사실상의 의미가 없다 할 것이다. 따라서 적어도 시·도지사선거에서의 방송·신문광고 횟수 역시 최소한 비례대표국회의원선거의 횟수한도 내지 그 이상으로 보장하여야 할 것으로 보여지며, 아울러 이에 대한 일정부분의 무료이용권의 보장과 함께 점차적으로 자율성을 확대함으로써 결과적으로 선거의 공정성과 기회균등의 확보에도 기여할 수 있을 것으로 보여진다.

또한 공직선거법은 제96조에서 이 같은 신문과 방송·통신·잡지 기타의 간행물을 경영·관리하는 자 또는 편집·취재·집필·보도하는 자가 선거에 있어서 특정 후보자를 당선되게 하거나 되지 못하게 할 목적으로 선거에 관하여 허위사실을 보도하거나 사실을 왜곡하여 보도 또는 논평을 할 수 없도록 규정함과 동시에 동법 제97조를 통해 누구든지 선거운동을 위하여 방송·신문·통신·잡지 기타의 간행물을 경영·관리하는 자 또는 편집·취재·집필·보도하는 자에게 금품·향응 기타의 이익을 제공하거나 제공할 의사의 표시 또는 그

제공을 약속할 수 없도록 규정하고 있다. 따라서 이와 같은 규정을 통해 동법은 방송과 신문 등의 허위사실 유포와 왜곡적 논평을 금지함과 동시에 이들 매체를 불법적으로 활용하는 것을 금지함으로써, 궁극적으로는 신문·방송 등 언론매체를 통한 선거운동에 있어서 선거의 공정성 확보에 대한 근거를 마련하고 있다.

(3) 외국의 입법례

신문·방송광고 등 언론과 선거운동에 대한 독일의 경우를 보면, 신문광고나 선전벽보 등 인쇄물의 이용에 따른 선거운동에 관해 연방선거법 제32조에서 ‘투표시간동안에는 투표소가 설치된 건물 내와 건물의 입구에서 직접적으로 언어·음향·문서·도화 등을 통하여 선거인에게 영향을 미치는 모든 행위와 모든 형태의 서면 모집은 금지된다’라는 규정을 제외하고는 그 밖의 선거법상의 특별한 제한규정을 두고 있지 않다. 따라서 언론매체들은 비교적 자유롭게 선거와 관련한 광고와 보도를 할 수 있다고 볼 수 있다. 물론, 이 경우 독일 역시 기본적으로는 라디오와 텔레비전 등의 공영방송에 관해서는 모든 정당들에게 일정한 무료이용권을 보장하고 있고 이를 위한 공영방송의 중립성 역시 엄격히 보장하고 있는 것이 사실이다. 즉 정당의 선거관련 광고방송에 대해 연방헌법재판소는 “정당의 기회균등의 원칙은 좁은 의미의 선거권의 영역에서 뿐만 아니라, 공권력의 조치를 통하여 영향 받아지는 한 선거준비를 위한 필수적인 선거광고에 대해서도 유효하다.”¹⁰⁵⁾라고 하여 선거에 있어서의 광고방송을 정당의 기회균등권의 차원에서 판단하고 있으며, 또한 방송국의 선거광고 거부와 관련하여 연방헌법재판소는 “방송국은 제출된 선거운동(방송용 원고)이 단지 헌법적대적 표현을 담고 있다는 이유만으로 선거방송의 송출을 거부할 권한이 없다.”¹⁰⁶⁾라고 판시하고 있으며, 또한 “방송국은 공적인

105) BVerfGE 47, 198(225); 이외에도 연방헌법재판소는 국가기관이 홍보 등을 통해 특정 정당의 이익이나 불이익을 조래할 경우 역시 정당의 기회균등의 권리를 침해하는 것으로 판단하고 있다(BVerfGE 44, 125 f.).

책임을 진다. 방송국이 정당에 대해 선거광고 방송시간을 배정할 때에는 법적으로 허용된 형태로 하며,..... 일반적 형법에 대한 위반 때문에 선거광고를 거절하기 위해서는 그 위반이 명백하고 가법치 않을 경우에 한해 권한을 가진다.”¹⁰⁷⁾라고 하여 원칙적으로 선거에 있어서의 정당의 광고방송에 대한 권한을 충분히 보장하고 있다.

다. 현수막·전광판·어깨띠 등

(1) 관련 입법연혁

공직선거에 있어서의 벽보·간판 등의 선전시설의 설치는 1950년 4월 12일 국회의원선거법 제40조에 규정된 이래 1958년 2월 25일 제정된 민의원의원선거법 제56조에서 보다 구체화되었다. 그리고 이후 현수막은 1998년 4월 30일 ‘공직선거 및 선거부정방지법’ 개정 시 폐지되었으나, 이후 2002년에 동법의 개정으로 다시 도입되었다. 그러나 1998년 폐지 이전에는 기초지방의원선거를 포함한 모든 선거에서의 현수막설치를 허용하였으나, 개정 동법은 국회의원선거와 지방의원선거의 보궐선거에 한정하여 읍·면·동에 1매씩의 현수막 설치를 허용하였다. 그리고 이후 2005년의 공직선거법의 개정 이후 현재에 이르기까지 비례대표선거를 제외한 모든 선거에 현수막을 설치할 수 있도록 허용하게 되었으며, 그리고 또한 어깨띠는 1995년 12월 30일 공직선거 및 선거부정방지법의 개정에서 구체적으로 도입된 이래 현재의 공직선법에까지 이르고 있다.

(2) 현행규정의 분석

(가) 현수막·전광판 등

현수막의 경우 공직선거법은 제67조에 규정하고 있으며, 이에

106) BVerfGE 47, 198(227).

107) BVerfGE 69, 257(268 f.).

근거하여 현수막의 설치와 관련하여 ‘공직선거관리규칙(제32조 제4항)’은 애드벌룬·네온사인·형광 그 밖에 전광으로 표시하는 방법을 금지하고 있는 바, 여기서 네온사인·형광 등의 방법에 의한 현수막의 금지는 교통안전에 위해를 줄 염려 때문인 것으로 일면 타당하다고 보여진다. 그러나 선거이후 대량으로 방출되는 전국의 현수막 처리에 따른 환경문제와 자원낭비 등의 문제는 무엇보다도 재활용 등에 대한 사회적 공감대와 시스템이 부족한 우리의 입장에서 심각한 문제가 아닐 수 없다 할 것으로, 가능하다면 공공적 차원에서 읍·면·동의 일정지역마다 고정적인 네온사인이나 형광 등을 이용한 선거관련 광고시설을 설치할 필요가 있다고 보여진다. 그리고 이 경우 하나의 광고시설에 개별 후보자의 요청에 따른 홍보내용을 번갈아 내 보낼 수 있도록 한다면 그 효율성이 배가 될 것으로 보여진다. 이는 특히 낮의 경우에는 네온사인이나 형광 등을 이용한 선거관련 광고시설이 교통방해를 유발할 가능성이 낮은 데다 일몰 이후 야간의 경우에도 현수막의 설치를 ‘도로를 가로지르는’ 방법으로 할 수 없도록 본 규칙 동조에서 정하고 있기 때문에 기존의 일반 광고시설물에 비해 한시적인 공직선거관련 광고시설이 교통방해 등의 심각한 문제를 일으킨다고는 볼 수 없기 때문이다.

(나) 어깨띠 등

공직선거법은 후보자 등이 사용하는 ‘어깨띠 등’과 관련하여 제 68조에서 ‘후보자와 그 배우자(배우자 대신 후보자가 그의 직계존비속 중에서 신고한 1인을 포함한다), 선거사무장, 선거연락소장, 선거사무원, 후보자와 함께 다니는 활동보조인 및 회계책임자는 선거운동기간 중 후보자의 사진·성명·기호 및 소속 정당명, 그 밖의 홍보에 필요한 사항을 게재한 어깨띠나 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 규격 또는 금액 범위의 윗옷(상의)·표찰(標札)·수기(手旗)·마스코트, 그 밖의 소품을 붙이거나 입거나 지니고 선거운동을 할 수 있다.’라고 비교적 상세히 규정하고 있다. 그러나 이와

같은 규정은 문제의 여지가 있다 할 것으로, 즉 ‘어깨띠’의 경우 공직선거관리규칙은 제33조에서 ‘어깨띠 길이 240센티미터 너비 20센티미터 이내’라고 규정하고 있다. 이는 비록 어깨띠이기는 하나 몸에 걸치는 것인 만큼 사람의 성격과 체형 등에 따라서는 불편함을 줄 여지가 있다 할 것으로 굳이 길이와 너비를 제한할 이유가 없다고 보여진다. 그리고 다음으로는 윗옷 등 소품과 관련하여 역시 동법과 동 규칙조항은 윗옷의 경우 ‘선거사무원 수당의 기준금액 이내로서, 선거사무원·활동보조인은 3만원 이내의 수당과 「공무원여비규정」 별표 2의 제2호에 해당하는 실비’로, 그리고 마스크트, 표찰·수기 그 밖의 소품은 ‘옷에 붙이거나 사람이 입거나 한 손으로 지닐 수 있는 정도의 크기’로 한정하고 있다. 이와 같은 규정은 지나치게 제한하는 것으로서 윗옷의 가격이 얼마이든, 내지 마스크트 등 소품의 크기가 어느 정도의 크기이든지 등은 굳이 제한하거나 한정할 이유가 없다고 본다. 왜냐하면 설령 윗옷 등 소품의 가격이 매우 고가라 하더라도 그것에 대한 판단은 결과적으로 선거권자의 몫이며, 또한 기타 소품의 크기를 제한하지 않는다 하더라도 선거운동에 방해가 되거나 선거권자가 불편함을 느낄 정도의 소품으로 선거운동을 할 후보자는 없기 때문이다. 따라서 이와 같은 세세하고도 비합리적인 규정은 자칫 ‘제한을 위한 제한 내지 규정을 위한 규정’이라는 오해와 비판의 여지가 있을 뿐만 아니라, 이와 같은 규정들의 누적은 결과적으로 선거운동의 자유 그 자체에 대한 침해가 될 수밖에 없는 것이다. 따라서 보다 더 현실적이고 합리적인 개정이 필요하다고 보여진다.

라. 선거공보와 선거공약서

공직선거법은 제65조에서 선거공보와 관련하여 책자형 선거공보는 대통령선거에 있어서는 16면 이내로, 국회의원선거 및 지방자치단체의 장선거에 있어서는 12면 이내로, 지방의회의원선거에 있어서는 8면 이내로 작성하고, 전단형 선거공보는 1매로 작성하도록 규정하고 있다. 또한 동법은 제66조에서 대통령선거 및 지방자

치단체의 장선거의 후보자는 선거운동을 위하여 선거공약 및 그 추진계획을 게재한 인쇄물, 즉 선거공약서 1종을 작성할 수 있도록 규정하면서 이 역시 대통령선거에 있어서는 32면 이내로, 시·도지사선거에 있어서는 16면 이내로, 자치구·시·군의 장선거에 있어서는 12면 이내로 작성하도록 하고 있다.

이와 같은 공직선거법상의 규정은 유권자의 입장에서 본다면 문제의 여지가 있다할 것이다. 즉 일반적으로 후보자에 대해 보다 정확한 판단을 위해 기본적 내지 보충적인 측면에서의 선거공보의 발송은 필요하고 유의미하다고 할 수 있으나, 동법의 규정과 같이 대통령과 국회의원 및 지방의원간 내지 대통령과 시·도지사 및 자치구·시·군의 장선거에 있어서의 지면상의 차이를 2배 이상에 달할 정도로 둘 합리적인 이유는 없다고 보여진다. 더욱이 대통령 후보자의 경우 그 선거의 중요성과는 달리 당해 대통령후보자의 경우 특별하고 이례적인 경우가 아닌 한 국회의원선거와 지방자치단체의 장 등과 의회의원선거의 후보자에 비해 자신의 인물됨이나 정치적 소신과 신념 등에 대해 유권자들이 더 많은 정보를 가지고 있다고 볼 수 있기 때문에 굳이 여타 선거의 후보자에 비해 더 많은 지면을 할애할 이유가 없다 할 것으로, 이는 특히 오늘날 인터넷을 통한 선거공약의 게시 등이 가능한데다 선거비용의 절감과 선거관련 유해환경 등의 문제점을 고려하더라도 통일적으로 대폭 축소하는 것이 타당하다고 보여진다.

마. 사진·문서·도화 등

공직선거법은 제93조에서 ‘그 누구든지 선거일전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법의 규정에 의하지 아니하고는 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 그 밖에 이와 유사한 것을 배부·첩부·살포·상영 또는 게시할 수 없으며, 또한 누구든지 선거일전 90일부터 선거일까지는 정당

또는 후보자의 명의를 나타내는 저술·연예·연극·영화·사진 그 밖의 물품을 이 법에 규정되지 아니한 방법으로 광고할 수 없으며, 후보자는 방송·신문·잡지 기타의 광고에 출연하지 못한다.’라고 규정하고 있다.

동법의 이 같은 규정의 목적은 일반적인 선거운동규제 조항과 마찬가지로 선거의 과열이나 선거비용의 과용 및 그로 인한 후보자 간의 균등한 선거운동의 침해에 따른 선거의 공정성 훼손을 방지하는데 있을 것이다. 그러나 동법의 이 같은 규정은 후보자에 관한 유권자의 알 권리뿐만 아니라, 무엇보다도 후보자의 선거운동의 자유를 사실상 포괄적으로 제한하는 규정으로서, 본법 제1조에서 천명하고 있는 선거의 자유를 굳이 언급하지 않더라도 지나치고 과잉적인 제한으로서 이는 정당과 후보자의 선거운동의 다양성과 창의성 또한 제한하는 것으로서 선거비용의 과다와 인쇄물의 오·남용 등 부분적인 폐해는 ‘선거비용의 총액제한’이나 ‘실명제’ 및 ‘선거관리위원회 사전제출제’ 등의 방법으로 해결하면서 최대한 허용하는 개정이 필요하다는 논지의 입장이 있다.¹⁰⁸⁾

상설한 바와 같은 견해는 일면 타당성이 있다할 것이다. 그러나 동법 본조는 단지 제한만을 규정하고 있지는 않다. 즉 본조 제1항은 ‘선거운동기간 중 후보자, 후보자의 배우자와 직계존·비속, 후보자와 함께 다니는 선거사무장·선거사무원 및 후보자 또는 그의 배우자가 그와 함께 다니는 사람 중에서 지정한 각 1명이 후보자의 성명·사진·전화번호·학력·경력, 그 밖에 홍보에 필요한 사항을 게재한 길이 9센티미터 너비 5센티미터 이내의 명함을 직접 주는 행위’에 대해서는 이를 허용하고 있는 바, 그 내용을 면밀히 살펴보면 우선 당해 ‘명함’에 기재되는 사항이 ‘후보자의 성명·사진·전화번호·학력·경력, 그 밖에 홍보에 필요한 사항’으로서 이 같은 명함에 포함되는 내용은 일반적으로 유권자가 후보자에 관해 알고 싶은 정보의 상당부분을 담고 있을 뿐만 아니라, 기타 선거공보와 공약서 및 인터넷 등의 다양한 활용매체들을 고려할 경우 본조가

108) 같은 견해로 김현태, “선거운동의 자유와 공정에 관한 연구”, 경기대정치전문대학원 박사학위논문, 2006, 105면 이하.

유권자의 알권리와 후보자의 선거운동의 자유 내지 자신을 알릴 권리를 전반적·포괄적으로 제한하는 결과를 가져온다고 단정할 수 없다 할 것이다. 또한 ‘선거비용의 과다와 인쇄물의 오·남용 등 부분적인 폐해는 ‘선거비용의 총액제한’이나 ‘실명제’ 및 ‘선거관리위원회 사전제출제’ 등의 방법으로 보완할 수 있다는 주장 역시 일면 설득력이 있으나, 후보자와 ‘광고·인사장·벽보·사진·문서·도화 및 인쇄물’의 제작자간의 비용은 충분히 악의적 담합이 가능할 뿐만 아니라, ‘실명제’나 ‘선거관리위원회에의 사전제출제’ 역시 당해 후보자의 경우에는 유의미하다고 볼 수 있으나, 이를 상대후보를 공격할 목적으로 활용될 경우에는 사실상 심각한 폐해가 유발될 수 있을 것이다.

다음으로 본조 제2항의 ‘정당 또는 후보자의 명의를 나타내는 저술·연예·연극·영화·사진... 방송·신문·잡지 기타의 광고에 출연하지 못한다.’라는 부분 역시 동항 단서에서 ‘선거기간이 아닌 때의 통상적인 방법의 광고’를 허용하고 있기 때문에 지나치게 선거운동의 자유를 제한 한다고 볼 수 없다. 즉 본조 제2항의 저술·연예·연극·영화·사진... 방송·신문·잡지 등과 관련한 광고는 모든 후보자에게 쉽게 활용되어질 수 있다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 이를 전적으로 허용할 경우에는 그야말로 선거비용의 과용과 후보자간의 균등한 선거운동의 기회를 침해할 여지가 있다할 것이다. 이는 특히 상실한 바와 같이 오늘날 인터넷 등의 여타의 선거운동 매체의 활용가능성과 함께 예비후보자에 대한 선거운동의 보장 등을 고려할 경우에 굳이 상술한 저술·연극·영화·방송 등을 통한 선거운동까지 보장한다는 것은 향후 선거문화와 국민의식의 변화 등에 따른 부분적인 허용의 종류와 범위에 대한 논의의 필요성은 별론으로 하더라도, 현재 우리의 선거와 정치풍토상 시기상조로 보여진다.

3. 선거일과 선거기간 관련

선거운동이 실시되는 기간은 법률과 관행에 따라서 결정된다.

미국처럼 대통령제 정부형태를 취하고 있는 다수 국가들은 다음 선거의 시기를 헌법으로 규정하는 것이 상례이다. 그러나 영국과 같은 의원내각하에서는 수상이 의회를 해산한 경우에는 남은 임기에 관계없이 곧 바로 총선거를 실시해야 한다. 의회제 정부형태는 의회의 내각 불신임과 내각의 의회해산에 의하여 총선거가 실시된다.

모든 민주국가에 있어서 선거운동은 시기적으로 공식적인 선거운동기관과 비공식기간으로 구분하는 것이 보통이다. 투표일 전 몇 주일이 법적으로 인정된 공식 선거운동기간이다. 이 기간 동안에 정당은 지지표를 끌어 모으고, 부동표를 설득하며, 일부의 반대당 지지자들을 끌어들이기 위해서 최대한의 노력을 경주한다. 대중매체가 선거운동을 집중적으로 보도하고, 후보자와 정당 지도자에게 TV와 라디오 방송시간이 배정되는 때가 이 기간 동안이다.

그러나 선거운동은 합법적인 공식기간에만 이루어지는 것이 아니고, 그 이전에 특별히 법이 기간을 인정해 주지 않은 동안에도 선거운동이 전개된다. 비공식 기간의 선거운동은 훨씬 조용하고 내밀하게 전개되지만 선거결과에 미치는 영향은 공식 선거운동 기간 동안의 선거운동 못지않게 중요하다.

선거운동을 법률로 정한 나라의 경우에도 정당과 후보자들의 선거운동은 총선거에서 다음 총선거까지 계속된다.¹⁰⁹⁾

가. 관련입법 연혁

‘선거일’과 관련한 우리의 입법연혁을 보면, 즉 우리의 경우 그동안 선거일에 관한 법정화가 이루어지지 않다가 1996년 4월 11일 실시된 제15대국회의원선거에서 처음으로 선거일의 법정화가 이루어졌다. 즉 당시 ‘공직선거 및 선거부정방지법’은 선거일에 대해 ‘국회의원선거는 그 임기만료일전 50일 이후 첫 번째 목요일(공직선거 및 선거부정방지법 [1996.2.6] 제34조 제1항 2호)’이라고 명시

109) 김광수, 선거와 선거제도, 박영사, 1997, 285-290면.

적으로 규정하였다. 그리고 이를 통해 특정 선거와 그 선거일자와 관련한 그 간의 간헐적으로 제기되었던 불필요한 논쟁의 여지를 없앴다. 그리고 이후 제17대 국회의원선거에서는 선거법의 개정을 통해 기존의 ‘임기만료일전 50일 이후 첫 번째 목요일’에서 ‘...수요일’로 변경하였으며(공직선거 및 선거부정방지법 [2004.03.12] 제34조), 이것이 최근 18대 선거를 거쳐 현재까지 이어지고 있다.

다음으로, 후보자등록 마감일의 다음날부터 선거일까지를 말하는 ‘선거기간’에 관한 규정은 지난 1958년 민의원의원선거법에 처음으로 도입된 이래 현재에 이르기까지 존치되어온 것으로서, 지난 2004년 공직선거 및 선거부정방지법의 개정을 통해 국회의원선거와 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거의 경우에는 기존 17일에서 14일로 줄어들게 되었으며, 따라서 현행 공직선거법은 제33조에서 대통령선거의 경우에는 23일을, 그리고 국회의원선거와 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거의 경우에는 14일을 선거기간으로 규정하고 있다.

나. 현행규정의 분석

(1) 선거일

선거일이란 주권자로서의 국민 중 일정한 조건(연령 등)에 이른 유권자가 자신의 주권을 투표라는 형식으로 구체화하는 날이라는 측면에서 볼 경우에 매우 큰 의미를 가진다. 그리고 이 같은 선거일에 대해 그 일정을 사전에 확정해 둘 경우에는 무엇보다도 선거에 임하는 입후보자나 유권자 모두에게 선거와 관련한 구체적인 정치일정에 대한 예측가능성을 증대시킬 수 있는 것이다. 이를 가리켜 일반적으로 선거일 법정주의라고 한다. 물론, 우리 공직선거법은 사전에 선거일을 예측하기 곤란한 경우, 즉 대통령의 궐위 내지 재선거, 국회의원 및 지방의회의원 등의 재·보궐선거 및 지방의회의원의 증원선거, 지방자치단체의 설치·폐지·분할 또는 합병에 의한 지방자치단체의 장 선거, 연기된 선거와 천재지변에 의한 재

선거 등의 경우에는 이른바, 공고주의에 의해 선거일을 결정하도록 하고 있다. 그러나 이 같은 공고주의에 의한 경우에도 이상의 지역구국회의원·지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 보궐선거·재선거, 지방의회의원의 증원선거의 경우에는 역시 ‘수요일’로 명시하고 있으며, 그 외의 경우 역시 주중의 수요일로 결정할 개연성이 높다 할 것이다. 따라서 이하에서는 법정주의와 공고주의에 따른 구별 없이 ‘수요일’ 선거일을 전제로 그 문제점을 검토해 보기로 한다.

즉 현행 공직선거법은 제34조 제1항 제2호에서 국회의원선거일에 대해 기존과 같이 ‘그 임기만료일전 50일 이후 첫 번째 수요일’로 규정하면서, 동시에 동법 제34조 제2항은 선거일이 국민생활과 밀접한 관련이 있는 민속절 또는 공휴일인 때와 선거일 전일이나 그 다음날이 공휴일인 때에는 그 다음 주의 수요일로 정하고 있다. 따라서 공직선거법은 선거일을 일요일이나 여타 법정공휴일이 아닌 주중의 평일로 규정함과 동시에 선거일을 전후한 공휴일 역시 배제하고 있다. 이와 같은 규정의 배경에는 크게 두 가지의 이유가 있을 것으로 보이는 바, 즉 첫째로는 선거일을 일요일이나 여타 법정공휴일로 지정할 경우 종교행사나 휴식 등과 같은 일반 유권자들의 기타 향유권을 침해할 가능성을 우려하였을 것이다. 그리고 둘째로는 선거일을 전후한 공휴일의 경우 그 다음 주로 지정한 것은 선거일이 결과적으로 연휴화(連休化)됨으로 인한 투표율의 하락을 역시 우려한 것으로 볼 수 있다. 그러나 경우에 따라서는 국회의원선거 뿐만 아니라, 대통령선거나 지방의회의원선거 및 지방자치단체장선거 등을 모두 주중의 평일로 규정함으로써 선거일을 평일에 덤으로 주어진 공휴일쯤으로 여겨 오히려 또 다른 측면에서의 투표율하락의 원인이 될 가능성 역시 배제하기 어렵다 하겠다. 따라서 오늘날 우리 유권자들의 성숙한 시민의식과 주권 의식을 굳이 전제하지 않더라도, 선거가 대의민주주의의 실현을 위한 국민의 귀중한 책무(責務)의 하나인 점을 감안할 경우에 주중의 평일을 선거일로 지정함에 따른 실(失)이 득(得)보다 크다 하겠다. 이는 특히 영국과 미국을 제외한 프랑스, 일본, 스위스, 스페

인, 스웨덴, 브라질 등 대다수 국가가 일요일을 선거일로 규정하고 있을 뿐만 아니라¹¹⁰⁾, 특히 독일의 경우에는 연방대통령이 선거일을 일요일 또는 법정공휴일로 정하도록 규정하고 있는 점(§ 16 BWG.) 등을 고려해 볼 경우에는 우리의 경우 기왕의 공휴일인 일요일을 선거일로 법정화하는 것이 타당할 것으로 보인다.

(2) 선거기간

선거에 있어서 후보자등록마감일의 다음날부터 선거일 전일까지를 일컫는 ‘선거운동기간’과 달리 ‘선거기간’이라 함은 후보자등록마감일의 다음날부터 선거일까지를 말하며, 현행 공직선거법은 제 33조에서 대통령선거의 경우에는 23일을, 그리고 국회의원선거와 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거의 경우에는 14일을 선거기간으로 규정하고 있다. 여기서 특히 국회의원선거와 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거의 경우에는 기존 17일에서 2004년 공직선거 및 선거부정방지법 개정으로 14일로 줄었다. 그러나 동법 제 33조 제1항 제2호에 관한 평등권침해 등 위헌확인소송에서 헌법재판소는 “선거기간이 14일로 단축되어 선거운동 기간이 종전에 비하여 3일 단축되었으나, 선거일 전 120일부터 예비후보자로 등록할 수 있는 예비후보자 및 후보자등록기간 중의 후보자에 대한 공직선거법 제60조의3에 의한 선거운동의 허용, 후보자 및 후보자가 되려는 자의 인터넷을 통한 선거운동의 허용 등 선거운동 기간의 제한을 받지 않는 선거운동 방법이 다양화된 점을 고려한다면, 위기간이 유권자인 선거구민으로서 각 후보자의 인물·정견·신념 등을 파악하기에 부족한 기간이라고 단정할 수 없다. 그렇다면 이 사건 심판대상인 공직선거법 제33조 제1항 제2호에서 정하는 선거운동 기간은 제한의 입법목적·제한의 내용·우리나라에서의 선거의 태양·현실적 필요성 등을 고려할 때 필요하고도 합리적인 제한이며, 선거운동의 자유를 형해화할 정도로 과도하게 제한하는 것으

110) 중앙선거관리위원회, 외국의 선거제도 비교분석집 I, 2005, 150면.

로 볼 수 없다 할 것이므로 헌법에 위반되지 않는다.”¹¹¹⁾라고 결정하였다.

그러나 이와 같은 헌법재판소의 결정은 일정 부분 문제의 여지가 있다 할 것으로서, 헌법재판소가 당해 결정에서 언급하고 있는 것과 같은 ‘선거환경의 변화’ 등은 국회의원선거와 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거의 경우에만 적용되는 것이 아니라 대통령 선거에도 당연히 적용된다고 보여지며, 이와 같이 볼 경우에는 현재와 같은 23일간의 대통령선거기간은 분명 합리적이라고 볼 수 없다. 왜냐하면 우선 형평성과 관련한 문제로서 비록 대통령이라는 국가기관이 국회의원 등의 국가기관과는 그 차지하는 비중에 있어서 현격한 차이가 있다 하더라도 대통령후보자의 경우 특별하고 이례적인 경우가 아닌 한 국회의원선거와 지방자치단체의 의회의원선거의 후보자에 비해 자신의 인물됨이나 정치적 소신과 신념 등에 대해 유권자들이 더 많은 정보를 가지고 있다는 점을 고려한다면 국회의원 등의 선거에 비해 일주일 이상의 기간을 더 부여한다는 것은 합리적이라고 볼 수 없기 때문이다.

그리고 다음으로는 여타의 선거에 비해 상대적으로 장기(長期)인 대통령선거기간은 선거와 연관된 지역할거주의의 폐해를 심화시키는 결과를 가져올 수 있다 할 것으로¹¹²⁾, 이 같은 대통령선거가 지역할거주의에 미치는 악영향은 그 동안 수차례의 대통령선거의 경험을 통해 이미 확인된 사실로서, 대통령선거를 전후하여 그

111) 헌재 2005. 2. 3. 2004헌마216, 판례집 17-1, 184.

112) 건국 이래 한국의 정치는 이른바, 정책대결 보다는 인물중심의 보스정치 내지는 가신정치의 경향을 나타내고 있으며, 여기에는 무엇보다도 지역할거(폐권)주의가 중요한 요인으로 자리하고 있다고 볼 수 있다. 더욱이 이와 같은 지역할거주의는 단순히 정치적 문제에 국한되는 것이 아니라, 궁극적으로는 우리 사회의 건전한 정체성의 파괴와 이질화를 강화시킴으로써 결과적으로는 대의민주주의의 근간마저 위협할 수 있다는 사실을 과소평가해서는 안 될 것이다. 즉 이의 일례로서 과거 1990년 1월 22일 전격적으로 민주정의당 주도의 통일민주당·민주공화당과의 3당합당과 이후의 한국의 대표적인 기업인 현대의 정주영 회장에 의한 통일국민당의 창당과 대통령출마 등의 심각한 정치왜곡 역시 그 내면을 들여다보면 본질적으로 지역할거주의가 내재되어 있었다고 볼 수 있을 것이다.

어느 때 보다도 심각한 국론분열의 초래와 동시에 반복적 선거를 통해 구축된 지역감정의 심화는 결과적으로 지역에 기반하여 형성·교체된 새로운 권력집단에 의한 집단적 정치보복 내지는 한풀이 정치의 악순환 고리 역시 만들어 왔던 것이다.¹¹³⁾ 따라서 이와 같은 사실을 전제할 경우에는 현재와 같은 23일간의 대통령선거기간은 긍정적인 측면보다는 부정적인 측면을 더 많이 드러낸다 할 것으로서 국회의원 등의 선거기간과 같은 14일로 변경하는 것이 오히려 타당하다고 보여진다.¹¹⁴⁾

(3) 선거운동 기간

상설한 바와 같이 선거에 있어서 후보자등록마감일의 다음날부터 선거일 전일까지를 일반적으로 ‘선거운동기간’이라고 한다. 따라서 이와 같이 볼 경우에 공직선거법상 대통령선거의 경우에는 22일을, 그리고 국회의원선거와 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거의 경우에는 13일을 선거운동기간으로 볼 수 있다(제33조, 제59조).

이와 같은 규정의 취지는 한편으로는 선거운동을 보장하면서, 다른 한편으로는 지나친 선거운동을 통한 공정성의 침해를 방지하고자 하는 것이다. 그러나 지나치게 짧은 선거운동기간은 자유로운 선거운동의 보장이라는 기본적 요청을 충족시키기 어려울 뿐 아니라, 불법적인 사전선거운동이 음성적으로 행해지도록 조장하는 것이 되기도 한다.¹¹⁵⁾ 이러한 문제의식하에 2004년 3월 개정된 공직선거법은 제60조의2에서 예비후보자 등록제도를 신설하여 대통령선거의 경우에는 선거일 전 240일, 지역구국회의원선거 및 시·도지사선거의 경우 당해 선거일 전 120일, 지역구시·도의회의원선

113) 김도협, 독일·한국 의원내각제론, 진원사, 2010, 331면.

114) 선거기간과 관련하여 독일이나 미국, 영국 등의 선진국의 예를 들어 아예 선거기간을 폐지하자는 주장이 있으나 현재 우리의 지나친 선거열풍과 지역할거주의 등 다양한 문제의 여지를 안고 있는 선거풍토를 고려할 경우 동의하기 어렵다.

115) 자세한 내용은 계획열, 헌법학(상), 박영사, 2005, 325-326면 참조.

거와 자치구·시의 지역구의회의원 및 장의 선거는 당해 선거기간 개시일 전 90일 그리고 군의 지역구의회의원 및 장의 선거는 당해 선거기간개시일 전 60일부터 예비후보자 등록을 가능하게 하고 있다. 예비후보자로 등록하면 동법 제60조의3에 규정된 방법으로 선거운동을 할 수 있도록 하고 예비후보자공약집도 발간·배부할 수 있도록 규정하고 있다(동법 제60조의4).

한편 이 같은 선거운동 기간을 위반할 경우에 현행 공직선거법은 제254조에서 ‘선거당일의 선거운동죄’와 ‘사전선거운동죄’로 구별하여 전자의 경우, 즉 선거일에 투표마감시각전까지 선거운동을 한 경우에는 3년 이하의 징역 또는 600만원 이하의 벌금을, 그리고 후자인 선거운동기간 전에 이 법에 규정된 방법을 제외하고 선전시설물·용구 또는 각종 인쇄물, 방송·신문·뉴스통신·잡지, 그 밖의 간행물, 정견발표회·좌담회·토론회·향우회·동창회·반상회, 그 밖의 집회, 정보통신, 선거운동기구나 사조직의 설치, 호별방문과 그 밖의 방법으로 선거운동을 한 경우에는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

이와 같은 동법상의 처벌규정은 매우 중한 벌칙으로서, 이는 특히 동법 제264조에 근거하여 ‘징역 또는 100만원 이상의 벌금형’을 선고 받을 경우에 그 당선이 무효로 된다는 점을 감안할 경우에는 더욱 그러하다. 그러나 이 같은 선거운동기간과 관련하여 그 기간의 장단(長短)은 별론으로 하고, 선거운동기간을 위반한 사전선거운동에 대한 벌칙 규정인 동법 제264조의 ‘위반요건’이 지나치게 모호하고 광범위하다는 것이 문제라 할 것이다. 일례로서, “.....그 밖의 간행물, 정견발표회·좌담회·토론회·향우회·동창회·반상회.....그 밖의 방법으로 선거운동을 한 자” 등으로서 간행물의 범위나 종류, 토론회의 규모나 그 참석구성원의 관계여하 등의 광범성은 물론, 이와 연맥한 ‘선거운동’의 판단기준의 모호성 등은 그 위반에 따른 벌칙의 엄격성과 비례해 볼 경우에는 문제의 여지가 크다고 할 수 있다. 더욱이 선거가 끝나면 으레 수십 내지 수백 건의 선거관련 고소·고발이 난무하는 우리의 작금의 현실을 돌아볼 경우에는 무엇보다도 동법 제264조에 대한 개정이 필요하다고 보여진

다.

4. 기탁금

가. 관련입법 연혁

우리의 경우 기탁금제도가 처음으로 도입된 것은 1958년 1월 25일 민의원의원선거법으로서, 동법 제38조는 ‘후보자등록을 신청하고자 하는 자는 후보자 1인당 50만원을 대통령령으로 정하는 바에 의하여 선거구선거위원회에 기탁하여야 한다.’라고 규정하였다. 그리고 이와 같은 기탁금이 본격적으로 상향조정된 것은 1972년 12월 30일 새롭게 제정된 국회의원선거법으로서 동법은 제32조에서 일반 후보자는 300만원을, 그리고 정당추천후보자는 200만원을 기탁하도록 규정하였다. 그리고 대통령선거의 경우에는 국회의원선거와 달리 1963년 2월 1일 대통령선거법의 제정에 이어 1980년 12월 31일에 개정된 대통령선거법에 이르기까지 대통령입후보자에게 기탁금을 요구하는 규정을 두지 않았다. 그러나 이후 1987년의 제9차 헌법개정에 의해 대통령선거가 이전의 간선제에서 직선제로 바뀌었으며, 이에 따라 동년 11월에 대통령선거법의 개정으로 기탁금제가 도입되었는 바, 당시 제13대 대통령선거의 경우 최초로 정당추천 후보자의 경우에는 5000만원을, 그리고 무소속 후보자의 경우에는 1억원의 기탁금을 규정하였으며, 이후 제14대 대통령선거를 앞둔 1992년의 개정 대통령선거법은 기존의 정당추천 후보자와 무소속 후보자간의 이원화된 기탁금제도와는 달리 ‘후보자마다 3억원을 기탁하여야 한다’라고 규정하였다. 그러나 이 규정은 다시 제15대 대통령선거를 앞둔 1997년 통합선거법인 ‘공직선거 및 선거부정방지법’을 통해 대통령선거의 입후보자 기탁금을 증액하여 5억원으로 개정하여 현재에까지 이르고 있다.

나. 현행규정의 분석

정치관계법상 기탁금은 크게 두 가지, 즉 공직선거법상의 기탁금과 정치자금법상의 기탁금으로 대별해 볼 수 있다. 이 중 공직선거법상의 기탁금은 선거에 출마하는 후보자의 난립과 과열을 방지하고 아울러 그에 따른 후보자의 진정성을 강화하는 데에 주된 목적을 둔 것으로 후보자는 관할선거구선거관리위원회에 일정금액의 기탁금(寄託金)을 납부하도록 규정하고 있다. 이 같은 선거와 관련한 기탁금제도는 프랑스나 독일과 같이 인정하지 않은 국가도 있지만 반대로 영국이나 가까운 일본 등 적잖은 국가에서는 금액에 차이는 있으나 이를 인정하고 있다. 따라서 기탁금제도는 선거에 대한 국민의 가치관이나 선거풍토 등의 조건에 의해 다양하게 해석되고 평가되어질 수 있을 뿐만 아니라, 무엇보다도 선거의 자유라는 측면에서 볼 경우에는 그 자체로서 또 하나의 금전적 제재라고 볼 수 있기 때문에 그 금액의 적정성여부와 반환의 기준 등에 따라 헌법상의 평등권이나 공무담임권을 침해할 여지를 배제하기 어렵다.

그리고 이와 관련하여 현행 공직선거법은 제56조 제1항에서 선거후보자에 관한 개별적·구체적인 기탁금액을 규정하고 있는 바, 이 중 대통령과 국회의원입후보자의 경우 각각 '5억원'과 '1500만원'의 기탁금을 납부할 것을 규정하고 있으며, 이 같은 기탁금액은 이를 인정하고 있는 외국의 경우와 비교해 볼 경우에도 다소 높게 설정되었다고 볼 수 있다.¹¹⁶⁾ 따라서 기탁금제도가 그 동안 우리의 선거사에서 많은 긍정적인 기여를 해온 것을 부인할 수는 없을 것이나, 과거에 비해 상당히 진전된 민주화와 시민·정치의식의 향상 등을 고려한다면 전혀 엉뚱한 후보자의 등장이나 지나친 후보자의 난립 등의 우려는 기우로 볼 수 있다 할 것으로서, 기탁금제도 전반에 대한 진지한 논의와 합의를 통해 기탁금액의 하향조정과 그 반환요건 등에 대한 합리성을 제고하여야 할 것이다.

이상을 전제하면서 이하에서는 기탁금액과 그 반환에 있어서 무엇보다도 문제의 여지가 크다고 할 수 있는 대통령선거를 실례로

116) 중앙선거관리위원회, 외국의 선거제도 비교분석집 I, 2005, 253면.

검토해보면 다음과 같다. 즉 연혁에서 상설한 바와 같이 우리의 경우 그 동안 기탁금 규정을 두지 않다가 1987년의 제9차 헌법개정에 의해 대통령선거가 직선제로 바뀌면서 기탁금제가 도입되었고, 당시 정당추천 후보자의 경우에는 5000만원을, 그리고 무소속 후보자의 경우에는 1억원의 기탁금을 규정하였으며, 후보자가 사퇴하거나 등록이 무효로 된 때 또는 후보자의 득표수가 유효투표총수의 100분의 5를 초과하지 못한 때에는 그 정당 또는 후보자의 기탁금은 국고(國庫)에 귀속되도록 하였다(대통령선거법 [1987.11.7] 제26조 제1항, 제6항). 그리고 이후 제14대 대통령선거를 앞둔 1992년의 개정으로 기탁금액을 일률적으로 '3억원'으로 증액조정하면서 무소속이나 정당추천 여부에 관계없이 동일한 금액을 납부하도록 함과 동시에 후보자의 득표수가 유효투표총수의 100분의 7 이상이면 기탁금을 반환하고, 100분의 5를 초과하였으나 100분의 7 미만인 때에는 국고에서 부담하는 후보자 및 연설원의 연설비용을 공제한 뒤 반환하고, 후보자가 사퇴하거나 등록 무효인 때 또는 득표수가 유효투표총수의 100분의 5를 초과하지 못한 때에는 동 연설비용을 공제한 뒤 국고에 귀속되도록 하였다(대통령선거법 [(1992.11.11)] 제26조 제1항, 제7항). 그리고 이어서 1997년 통합선거법인 '공직선거 및 선거부정방지법'을 통해 대통령선거의 입후보자 기탁금을 다시 '5억원'으로 증액하면서 기탁금의 반환은 후보자의 득표수가 유효투표총수의 100분의 10 이상일 경우로 한정하였다(공직선거및선거부정방지법 [1997.11.14] 제56조, 제57조). 그리고 이 같은 기탁금액 5억원은 현재까지 유지되어오고 있으나 다만, 기탁금의 반환의 경우에는 후보자가 당선되거나 사망한 경우와 유효투표총수의 100분의 15 이상을 득표한 경우에는 기탁금 전액을 반환하고, 후보자가 유효투표총수의 100분의 10 이상 100분의 15 미만을 득표한 경우에는 기탁금의 100분의 50에 해당하는 금액을 반환하도록 규정하고 있다(공직선거법 제56조, 제57조). 그리고 이와 같은 기탁금제도와 관련하여 헌법재판소는 "1995.5.25. 선고 92헌마269등 결정에서 대통령선거에서 3억원의 기탁금을 규정한 구 대통령선거법 제26조 제1항을 합헌으로 결정

하였으나, 당시 선거법은 기탁금으로 선거인명부 및 부재자신고인명부의 사본작성비용, 그리고 TV와 라디오를 통한 각 1회의 후보자 및 연설원의 연설비용을 국가가 부담하면서 7%이상 득표하지 못한 경우 기탁금에서 공제하도록 하였지만, 현행 공직선거법은 선거인명부 작성비용을 기탁금으로 부담하게 하는 제도를 폐지하였고 선거방송비용도 선거방송토론위원회가 주관하는 대담·토론회 및 정책토론회 외에는 전적으로 후보자 개인부담으로 하였다. 따라서 현행 선거법 하에서 대통령선거의 기탁금 액수가 종전과 같이 3억원이 되어야 할 필요성은 오히려 약해졌는데도 기탁금이 5억으로 증가되어 있고, 또 기탁금이 반환되는 유효투표총수의 득표율은 더 높아졌다. 결국, 이 사건 조항은 개인에게 현저하게 과다한 부담을 초래하며, 이는 고액 재산의 다과에 의하여 공무담임권 행사기회를 비합리적으로 차별하므로, 청구인의 공무담임권을 침해한다.”라고 결정하면서 “대통령선거 후보자등록 요건으로 5억원의 기탁금 납부를 규정한 공직선거법 제56조 제1항 제1호(1997. 11. 14. 법률 제5412호로 개정된 것)는 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항은 2009년 12월 31일을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용한다.”¹¹⁷⁾라고 결정을 내린바 있다. 따라서 이 같은 헌법재판소의 결정은 매우 타당하다 할 것으로, 기탁금액과 그 반환요건에 대한 보다 합리적인 조정을 통한 개정이 필요하다고 보여진다.

5. 당내경선

가. 관련입법 연혁

우리헌법은 제8조에서 정당관련 규정을 두고 있으며, 여기서 정당의 목적과 조직 및 활동이 민주적이어야 할 것과 국민의 정치적 의사형성에 참여하는데 필요한 조직을 갖출 것을 요구하고 있다.

117) 헌재 2008. 11. 27. 2007헌마1024, 판례집 20-2하, 477.

이는 정당의 내부질서와 그 운영이 헌법의 기본원리로서의 민주주의 원리에 합치되어야 한다는 것을 의미하며, 아울러 정당의 의사형성이 다수결원칙에 따라 일반당원으로 하여금 평등하고 자유로운 정당의사형성에의 상향적 참여기회를 보장함으로써 궁극적으로 정당구성원으로서의 당원이 단순한 추종자가 아닌 주체로서의 지위를 가지는 근거규정이 되는 것이다. 그리고 이를 보다 함축적으로 표현하자면 정당의 내부질서는 민주적 제원칙에 합치되어야 하며, 따라서 정당 내에서 자유로운 정치적 의사형성을 불가능하게 하거나 침해하는 것은 허용되지 않는다는 것이다.¹¹⁸⁾ 그리고 바로 이와 같은 이유에서 정당은 당내기구의 구성과 그 운영, 정당의 의사결정 및 공직선거입후보자의 추천 등을 민주적 제원칙의 준수를 통한 민주적 내부질서의 구축 속에서 행하여야 하며, 바로 이와 같은 원칙에서 오늘날 정당들은 공직후보자에 대한 당내경선을 발전적으로 도입·변화시켜 왔다. 즉 일반적으로 당내경선에는 정당의 당원만이 참여하는 경우와 당원이 아닌 자도 참여가 가능한 경선으로 구별할 수 있으며, 우리의 경우 2000년대 이후 정당의 민주화가 강조되고 진행되면서 이전의 정당 내 주요 추천기구를 중심으로 한 정당 공직후보자 추천방식이 일반당원 내지 비정당원의 경선참여를 통한 공직후보자 추천방식으로 변하기 시작하였다. 즉 이 같은 정당원과 비정당원이 모두 참여하는 소위, ‘국민참여경선제’는 사실상 2002년의 대통령선거를 계기로 실제적으로 시행되었으며, 당시의 공직선거 및 선거부정방지법상 비정당원의 당내선거참여가 허용되지 않은 관계로 급조된 편법적 당원(일일당원)의 신분으로 참여하게 되었다. 바로 이와 같은 과정 속에서 지난 2004년에 정당법의 개정을 통해 공식적으로 국민참여경선제도가 도입되었으며, 이후 이 규정은 2005년에 공직선거법으로 이관되어 규정되었다. 따라서 이 같은 입법연혁에 연맥하여 현행 공직선거법은 제57조의 2, 제57조의 3 이하에서 공직선거후보자를 추천하기 위한 경선제를 규정함과 동시에 당원과 당원이 아닌 자에게 투

118) Vgl. Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1999, Rn. 175.

표권을 부여하여 실시하도록 하는 이른바, ‘국민참여경선제도’를 도입·규정하고 있다.

나. 현행규정의 분석

공직선거법이 당내경선에 대해 규정한 이유는 정당 내 후보자 경선이 공직선거의 예비단계로서의 효력을 가진다고 볼 수 있기 때문에 이에 대한 공정한 경쟁을 보장함과 동시에 무엇보다도 당원과 당원이 아닌 일반인의 공동참여로 행해지는 오늘날의 국민참여경선제도의 경우 결과적으로 그 파급효과가 일반선거구민에게까지 이르기 때문에 이에 대한 일정한 규제가 필요하기 때문이다. 따라서 이상의 사실을 전제하면서 이하에서는 정당의 공직후보자 추천과 관련한 국민참여경선제도의 주요한 문제점 중 경선기간을 중심으로 살펴보기로 한다. 즉 공직선거법은 정당에 대해 당해 공직선거후보자를 추천하기 위한 경선제를 규정함과 동시에 당원과 당원이 아닌 자에게 투표권을 부여하여 실시하도록 하는 이른바, ‘국민참여경선제도’를 도입·규정하고 있다. 그리고 이와 관련하여 ‘당내경선 위탁사무 관리규칙’은 정당이 관할선거구위원회에 경선사무의 관리를 위탁하는 때에는 본선거의 후보자등록신청개시일 전 30일까지 경선을 실시하되, 본선거별 경선기간으로 대통령선거의 경우는 30일, 특별시장·광역시장·도지사·특별자치도지사 선거와 비례대표국회의원선거는 15일을 그리고 지역구국회의원선거, 특별시·광역시·도·특별자치도 의회의원선거, 자치구·시·군의회의원 및 장의 선거는 10일로 규정하고 있다(당내경선 위탁사무 관리규칙 제4조).

따라서 이상의 경우를 전제하면서 대통령선거의 경우를 예로서 살펴보면, 즉 대통령선거의 후보자등록이 선거일전 24일이고 당내 경선이 후보자등록신청개시일 전 30일까지 실시하되, 그 경선기간이 30일이기 때문에 결과적으로 대통령후보자추천을 위한 정당의 당내경선은 대통령선거일을 기준으로 본다면 이미 84일 전부터 시작된다고 할 수 있다. 이는 무엇보다도 신진 정치후보자에게는 절

대적으로 불리한 것으로 후보자간의 선거운동에 있어서의 기회균등에 반하는 문제점이 있다. 이는 특히 기성 정치인의 경우 정당 활동과 정치활동을 통해 사실상 간접적으로 지속적인 선거운동을 한다는 사실과 함께 예비후보자등록과 동시에 일정부분의 선거운동을 공식적으로 한다는 점 등을 고려한다면 대통령선거의 경우에는 실제로 예비후보자 등록인 ‘선거일전 240일(제60조의 2)’을 포함하여 선거일전 84일부터 경선운동에 사실상 들어감으로써 무소속 내지 신진 정치후보자에 비해 매우 유리한 위치에 서게 되는 것이다. 따라서 이와 같은 문제점을 해결하기 위해서는 부정적인 측면보다는 긍정적인 측면이 더 크다고 할 수 있는 오늘날의 당내경선제를 기본적으로는 유지하되, 현재의 당내경선 실시기한을 ‘후보자등록신청개시일 전 30일’에서 ‘후보자등록신청개시일’로 하는 것이 후보자간의 기회불균등의 문제를 그나마 최소화할 수 있는 방안이라고 본다.

6. 예비후보자

가. 관련입법 연혁

예비후보자인 공식적인 선거일 전의 일정한 시기부터 관할 선거구선거관리위원회에 예비후보자로 등록한 자로서 이들은 후보자와 동일한 수준의 신분보장을 받지 않지만 선거기간 전이라도 일정부분의 선거운동을 할 수 있는 자를 말한다. 우리 공직선거법이 이 같은 예비후보자제도를 규정한 것은 기성 정치인의 경우 정당 활동과 정치활동을 통해 사실상 간접적으로 지속적인 선거운동을 할 수 있는 반면에 새로이 공직선거에 출마를 희망하는 신진정치인의 경우에는 그 같은 기회가 거의 없기 때문에 이로 인해 발생하는 실질적 의미에서의 선거운동에서의 기회불균등을 보다 합리적으로 해소하기 위해 지난 2004년 ‘공직선거 및 선거부정방지법’에 비례대표선거를 제외한 모든 선거에 예비후보자제도를 도입하였으며¹¹⁹⁾, 이에 따라 현행 공직선거법은 제60조의2~4에서 예비후

보자의 등록과 선거운동 및 예비후보자공약집 등에 관해 구체적으로 규정하고 있다.

나. 현행규정의 분석

공직선거에 있어서 입후보자의 선거운동에 관한 기회균등과 그에 따른 형평성의 보장은 당해 선거결과에 대한 후보자간의 승복뿐만 아니라, 선거권자와 관련한 대의원리에 있어서의 정당성의 문제와 직결되는 것으로서, 이에 대한 합리적인 법·제도의 구축은 매우 중요하다고 볼 수 있다. 따라서 우리 공직선거법 역시 이와 관련한 규정 중 하나로 이른바, ‘예비후보자’제도를 두고 있는 바, 이상을 전제하면서 현행 예비후보자제도의 몇 가지 문제점과 그 방안을 살펴보면, 즉 동법은 대통령선거의 경우에는 선거일 전 240일, 지역구국회의원선거 및 시·도지사선거의 경우 당해 선거일 전 120일, 지역구시·도의회의원선거와 자치구·시의 지역구의회의원 및 장의 선거는 당해 선거기간개시일 전 90일 그리고 군의 지역구의회의원 및 장의 선거는 당해 선거기간개시일 전 60일부터 관할 선거구선거관리위원회에 예비후보자로 등록하도록 규정하고 있는 바, 이와 같은 선거별 등록기간은 국회의원이거나 자치단체장 뿐만 아니라, 특히 대통령선거의 경우 예비후보자에 대한 선거권자의 인지도가 비교적 높다는 점과 우리나라 특유의 선거와 관련한 지역할거주의가 선거혼탁의 또 다른 문제로 되고 있는 상황 등을 고려한다면 지나치게 길다 할 것으로 상당부분 축소할 필요가 있다고 본다.

그리고 다음으로 예비후보자 기간의 차이와 관련한 문제로서,

119) 이와 관련하여 헌법재판소는 ‘공직선거및선거부정방지법 제59조 제1호 등 위헌소원(헌재 2005. 9. 29. 2004헌바52, 판례집 17-2, 160)’에서 “예비후보자제도는 현역 국회의원의 경우 직무활동으로 인정되는 의정활동보고를 통하여 사실상 선거운동기간 전에도 선거운동의 효과를 누리는 기회가 주어지고 있어 정치신인과의 선거운동기회가 불균등하다는 문제점이 끊임없이 제기되자 선거운동기회의 형평성 차원에서 정치신인에게도 자신을 알릴 수 있는 기회를 어느 정도 보장하고자 도입된 것으로서...” 라고 밝히고 있다.

이 같은 선거의 종류에 따른 차이는 일정부분 타당성이 있다고 할 수 있으나, 이 역시 예비후보자제도의 도입취지를 생각한다면 현재와 같은 최고 5개월(대통령 선거일 전 240일과 군의 지역구의회의원 및 장의 선거기간개시일 전 60일) 이상의 기간차이를 두는 것은 합리적인 근거를 찾기가 어렵다 할 것으로 이 역시 합리적인 조정이 필요하다고 보여진다. 더욱이 이 기간과 관련하여 ‘선거일 전’과 ‘선거기간개시일 전’으로 구분하여 규정하고 있는 것 또한 입법논리적 측면에서 이해하기 어렵다고 보여진다. 또한 본 예비후보자제도의 주된 목적이 기성정치인과 새롭게 진입하려는 정치신인간의 선거운동에서의 기회균등임을 고려할 경우에는 이 같은 예비후보자의 등록과 그 기간에 있어서 기성정치인에 비해 상대적으로 불리한 위치에 있는 정치신인들에게 더 많은 기간을 할애하는 방안이 필요하다고 보여진다.

7. 선거운동의 기구

가. 현행규정의 분석

공직선거법은 제61조에서 선거운동기구의 설치와 관련하여 ‘정당 또는 후보자는 선거운동 기타 선거에 관한 사무를 처리하기 위하여 대통령선거의 경우에는 정당 또는 후보자가 설치하되, 선거사무소 1개소와 시·도 및 구·시·군마다 선거연락소 1개소를, 그리고 지역구국회의원선거의 경우 역시 후보자가 설치하되 당해 국회의원지역구안에 선거사무소 1개소를 다만, 하나의 국회의원지역구가 2 이상의 구·시·군으로 된 경우에는 선거사무소를 두지 아니하는 구·시·군마다 선거연락소 1개소를 두게 하는 등 기타 비례대표 국회의원선거 및 비례대표지방의회의원선거 및 지역구지방의회의원선거와 시·도지사선거 등에도 이와 같이 기본적으로 1개의 선거사무소와 추가적으로 선거연락소 1개’를 필요시 보완적으로 둘 수 있도록 규정하고 있다.

또한 동법은 제62조에서 ‘선거사무소와 선거연락소를 설치한 자

는 선거운동을 할 수 있는 자중에서 선거사무소에 선거사무장 1인을, 선거연락소에 선거연락소장 1인을 두되, 이 경우 선거사무장 또는 선거연락소장은 선거에 관한 사무를 처리하기 위하여 선거운동을 할 수 있는 자중에서 수당과 실비를 지급받는 선거사무원을 대통령선거의 경우에는 선거사무소에 시·도수의 6배수 이내와 시·도선거연락소에 당해 시·도안의 구·시·군 수 이내 및 구·시·군선거연락소에 당해 구·시·군안의 읍·면·동수 이내를, 그리고 지역구국회의원선거 및 자치구·시·군의 장선거의 경우에는 선거사무소와 선거연락소를 두는 구·시·군 안의 읍·면·동수의 3배수에 5를 더한 수 이내' 등으로 매우 구체적이고 세세하게 규정하고 있다.

그러나 이와 같은 공직선거법상의 규정은 다소 문제의 여지가 있다 할 것으로, 즉 선거사무소와 선거연락소 및 선거사무원에 대한 본법의 구체적이고 세세한 규정의 1차적 목적은 이에 관한 명확한 규정을 두지 않을 경우에는 과도한 선거사무소 등의 설치와 선거사무원의 고용 등으로 인해 선거비용의 증대와 함께 이들의 확장을 통한 선거세력확보 등의 과열 경쟁의 촉발 및 그에 수반되는 결과로서의 후보자간의 기회균등의 상실과 선거의 공정성 훼손의 가능성을 들 수 있을 것이다. 그러나 선거사무소의 위치나 숫자는 선거지역의 특성과 당해 후보자의 개별 선거전략 등에 의해 다양한 차이가 있을 수 있다 할 것으로서, 이에 관해 유연성을 주는 것이 오히려 선거의 자유와 공정성에 부합하다고 볼 수 있으며, 선거비용의 증대나 과열경쟁의 우려 등은 궁극적으로 당해 선거비용에 대한 상한선을 통해 해결할 수 있을 것으로 보여진다. 또한 선거사무원의 숫자제한 역시 상설한 바와 같이 선거지역의 특성이나 후보자의 선거전략 등 개별적 차이를 고려할 경우에 굳이 현재와 같이 세세한 규정을 두어 통제하기보다는 선거사무원 1인에 대한 비용의 상한을 통제 제한할 수 있을 것으로 보인다.¹²⁰⁾

8. 여론조사와 출구조사

120) 같은 견해로 김현태, “선거운동의 자유와 공정에 관한 연구”, 경기대정치전문대학원 박사학위논문, 2006, 100면 이하.

가. 관련입법 연혁

여론조사란 공직후보자선거와 관련한 후보자 등에 대한 지지율 등에 관한 조사이며, 출구조사 내지 투표소출구조사란 일반적으로 투표당일 투표권을 행사하고 출구를 나오는 유권자에게 누구에게 투표하였는지를 조사하는 것을 의미한다. 이들 두 가지 모두 궁극적으로는 공정한 선거운동과 비밀투표의 원칙 등을 고려할 경우에 그 중요성이 크다 할 것으로, 우리의 경우 지난 1958년 민의원의원선거법에서 인기투표를 금지하는 규정으로(제78조) 도입된 이래 지난 1991년 국회의원선거법 개정을 통해 ‘여론조사결과 공표금지’ 규정으로 부분적인 개정과 이후의 추가적인 개정을 거쳐 현재에까지 이르고 있다.

나. 현행규정의 분석

(1) 여론조사

현행 공직선거법은 제108조에서 ‘누구든지 선거일 전 6일부터 선거일의 투표마감시각까지 선거에 관하여 정당에 대한 지지도나 당선인을 예상하게 하는 여론조사의 경위와 그 결과를 공표하거나 인용하여 보도할 수 없도록’ 하고 있으며, 또한 동법은 ‘누구든지 야간(오후 10시부터 다음 날 오전 7시까지를 말한다)에는 전화를 이용하여 선거에 관한 여론조사를 실시할 수 없도록’ 규정하고 있다. 이와 같은 공직선거법상의 결과공표기간의 금지규정에 대해 오늘날 인터넷과 스마트폰 등을 통한 다양하고 신속한 정보전달매체를 고려할 경우에는 이 같은 금지기간은 사실상 실효성이 없다고 볼 수도 있겠으나, 금지기간을 폐지할 경우에는 여론조사의 결과가 궁극적으로는 투표의 결과에 영향을 미칠 수밖에 없을 것이며, 이 경우 특히 의도적 내지 악의적 정보에 노출될 경우에는 공정한 선거운동과 공정한 투표를 방해하는 결과를 초래할 수도 있을 것이다. 따라서 이 같은 여론조사결과에 대한 공표금지기간은

어떠한 형태로든 존치하는 것이 공정한 선거운동과 투표에 부합한다고 볼 수 있다. 다만, 현행 공직선거법상의 ‘선거일전 6일’의 기간은 사회적 합의를 통해 축소하는 것이 합리적이라고 보여진다. 그리고 이와 관련하여 오늘날 여론조사가 정당 간 내지 정당 내 후보자의 경선과 단일화 등 다양한 목적으로 활용되고 있는데다 여론조사에 대한 논란이 지속적으로 제기되고 있는 현실적 상황을 고려할 경우에는 비록 여론조사와 관련한 동조 제3항과 제4항에 걸친 구체적 규정에도 불구하고 보다 적극적으로 여론조사의 방법과 기관에 대한 입법적 보완이 필요하다고 보여진다. 아울러 공직선거법은 여론조사에 있어서 특정의 야간 시간대에는 여론조사를 실시할 수 없도록 규정하고 있는 바, 사실상 이 시간대에 여론조사를 한다는 것 자체가 일반인의 상식에 배치될 뿐만 아니라, 효과적인 여론조사를 위해서도 당연히 피해야 하는 시간대이니만큼 굳이 입법적 규제를 둘 이유가 없다할 것으로 이 규정은 오히려 삭제하는 것이 바람직하다고 보여진다.

(2) 출구조사

공직선거법은 제167조에서 ‘선거인은 투표한 후보자의 성명이나 정당명을 누구에게도 또한 어떠한 경우에도 진술할 의무가 없으며, 누구든지 선거일의 투표마감시각까지 이를 질문하거나 그 진술을 요구할 수 없다. 다만, 텔레비전방송국·라디오방송국·「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제2조 제1호 가목 및 나목에 따른 일간신문사가 선거의 결과를 예상하기 위하여 선거일에 투표소로부터 100미터 밖에서 투표의 비밀이 침해되지 않는 방법으로 질문하는 경우에는 그러하지 아니하며 이 경우 투표마감 시각까지 그 경위와 결과를 공표할 수 없다.’라고 하여 투표에 따른 출구조사에 관해 규정하고 있다. 그리고 이와 관련하여 동법은 제241조에서 ‘제167조(제218조의17제7항에서 준용하는 경우를 포함한다)를 위반하여 투표의 비밀을 침해하거나 선거일의 투표마감시각 종료 이전에 선거인에 대하여 그 투표하고자 하는 정당이나 후보자 또는 투표

한 정당이나 후보자의 표시를 요구한 자와 투표결과를 예상하기 위하여 투표소로부터 100미터 이내에서 질문하거나 투표마감시각 전에 그 경위와 결과를 공표한 자는 3년 이하의 징역 또는 600만원 이하의 벌금에 처한다.’라고 하는 벌칙 규정을 함께 두고 있다. 이 같은 출구조사와 그 벌칙 규정은 오늘날 인터넷 등 정보전달매체의 발전 등을 고려할 경우 필요하고 타당한 규정이라고 볼 수 있다. 즉 이에 대한 적절한 규제가 없다면 그야말로 투표당일 실시간으로 투표결과가 공표됨으로 인해 선거의 공정성에 큰 훼손을 초래할 수 있을 것이기 때문이다. 다만, ‘100m’의 출구조사 거리는 대략 50m 내지 그 이하로 축소하여도 무방할 것으로 추후 합리적인 개정이 필요하다고 볼 수 있을 것이다.

9. 공직선거법 위반과 벌칙

가. 처벌규정의 목적과 배경

우리 공직선거법은 제1조에서 ‘이 법은 「대한민국헌법」과 「지방자치법」에 의한 선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 공정히 행하여지도록 하고, 선거와 관련한 부정을 방지함으로써 민주정치의 발전에 기여함을 목적’으로 함을 밝히고 있다. 그리고 이와 같은 목적을 구현하기 위해 공직선거법은 그동안 수차례의 개정을 거치면서 당대의 정치·사회의 변화를 반영하고 순응하는 데에 노력해 온 것이 사실이며, 이 같은 노력에는 본법의 목적이 훼손되지 않도록 하기 위해 필요한 제한과 규제 및 그에 수반된 처벌규정 역시 포함되었다. 그리고 바로 이와 같은 규제와 처벌규정들은 급속히 변화해가는 정치·사회의 끝자락을 따라가면서 선거의 공정성과 민주정치의 발전을 수호한다는 미명하에 점차적으로 그 범위와 구체성을 확대하게 되었으며, 그 결과 오늘날 현행 공직선거법은 과도한 규제지향성을 가지게 되었다. 따라서 이하에서는 본법상 몇 가지의 주요한 처벌규정을 선별하여 살펴봄으로서 우리의 공직선거법은 어떠한 처벌규정을 두고 있는

지, 그리고 그 규정에는 단지 처벌을 위한 처벌규정은 없는지 및 이에 수반된 개선할 부분은 없는 지 등을 살펴보기로 한다.

나. 주요 처벌규정

(1) 투표의 비밀침해죄

출구조사 내지 투표소출구조사란 일반적으로 투표당일 투표권을 행사하고 출구를 나오는 유권자에게 누구에게 투표하였는지를 조사하는 것을 의미한다. 이와 관련하여 공직선거법은 제167조에서 ‘선거인은 투표한 후보자의 성명이나 정당명을 누구에게도 또한 어떠한 경우에도 진술할 의무가 없으며,..... 투표소로부터 100미터 밖에서 투표의 비밀이 침해되지 않는 방법으로 질문하는 경우에는 그러하지 아니하며 이 경우 투표마감 시각까지 그 경위와 결과를 공표할 수 없다.’라고 하여 투표에 따른 출구조사에 관해 규정하고 있으며, 이를 위반할 경우에는 동법은 제241조에서 ‘3년 이하의 징역 또는 600만원 이하의 벌금에 처한다.’라고 규정하고 있다. 이 같은 벌칙 규정은 그 자체의 문제라기보다는 현실성을 반영하여 기존의 100m의 출구조사 거리를 대략 50m 내지 그 이하로 축소하여도 무방할 것으로 추후 합리적인 개정이 필요하다고 보여진다.

(2) 투표·개표의 간섭 및 방해죄

공직선거법은 제242조에서 ‘투표를 방해하기 위하여 이 법에서 규정한 투표에 필요한 신분증명서를 맡기게 하거나 이를 인수한 사람 ... 개표소에서 정당한 사유 없이 투표나 개표에 간섭한 사람 또는 투표소에서 특정 정당이나 후보자에게 투표를 권유하거나 투표를 공개하는 등 투표 또는 개표에 영향을 미치는 행위를 한 사람, 정당한 사유 없이 거소투표자의 투표를 간섭하거나 방해한 사람...’ 등의 경우에는 3년 이하의 징역에 처하도록 규정하고 있다.

본 규정은 선거와 관련한 투표와 개표의 중요성을 잘 반영하고 있는 규정이라 할 것이다. 다만, ‘투표나 개표에 간섭’한 행위에서 ‘간섭’의 범위가 모호할 뿐만 아니라, ‘투표소에서 특정 정당이나 후보자에게 투표를 권유하거나 투표를 공개하는 등 투표 또는 개표에 영향을 미치는 행위’라는 부분 역시 본조에서 규정하고 있는 ‘영향’을 미칠 정도의 공간이 규정 그대로의 ‘투표소 건물내’에 한정하는 것인지 아니면 건물입구도 포함되는지, 그리고 그 영향을 미치는 행위의 주체 간 친밀도와 정도에 따른 주관적 범죄의도를 과연 객관적으로 판단할 수 있을지 등에 대한 문제의 여지가 있다 할 것이다. 이는 특히 처벌의 엄격성에도 불구하고 현실적으로 투표장 등에서 빈번하게 발생할 수 있는 사안이기 때문에 규정에 대한 명확성 등의 보완이 필요하다고 보여진다.

(3) 매수 및 이해유도죄

공직선거법은 제230조에서 236조에 선거와 관련한 매수 및 이해유도죄에 관해 매우 구체적으로 규정하고 있는 바, 우선 동법 제230조에서는 일반적 매수 및 이해유도죄로서, 제1항 제1호에서 ‘투표를 하게 하거나 하지 아니하게 하거나 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적으로 선거인 또는 다른 정당이나 후보자....선거사무장·선거연락소장·선거사무원·회계책임자·연설회 또는 참관인에게 금전·물품·차마·향응 그 밖에 재산상의 이익이나 공사의 직을 제공하거나 그 제공의 의사를 표시하거나 그 제공을 약속한 자’를, 그리고 제2호와 제3호에서는 선거인 등이 가지는 특수한 이해관계를 이용한 이해유도죄로서 ‘선거운동에 이용할 목적으로 학교, 그 밖에 공공기관·사회단체·종교단체·노동단체·청년단체·여성단체·노인단체.....금전·물품 등 재산상의 이익을 제공하거나 그 제공의 의사를 표시하거나 그 제공을 약속한 자’ 및 ‘.....야유회·동창회·친목회·향우회·계모임... 기타 재산상의 이익을 제공하거나 그 제공의 의사를 표시하거나 그 제공을 약속한 자’를, 그리고 제4호에서는 공직선거법에 규정된 이외의 금품 등의 지급에 관해 규정하고 있

으며, 이상과 같은 죄에 해당할 경우에는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

다음으로 본조 제2항의 경우에는 정당이나 후보자 또는 선거사무장 등 선거와 직접적으로 관련 있는 자들에 대한 본조 제1항 위반에 대한 가중처벌로서 7년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금을 규정하고 있다. 그리고 제3항은 본조 제1항과 제2항과 관련한 범죄에 있어서 이를 개입·주재 등을 행한 자에 대한 가중처벌로서 7년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다. 또한 본조 제5항은 ‘선거관리위원회의 위원·직원 또는 선거사무에 관계있는 공무원이나 경찰공무원이 제1항 각호의 1 또는 제2항에 규정된 행위를 하거나 하게 한’ 경우로서 이 역시 7년 이하의 징역에 처하도록 규정하고 있다. 또한 본조는 제7항과 제8항에서 당내경선과 관련하여 공직선거법 제57조의 5에 규정된 당원 등의 매수 금지규정을 위반한 자 내지 이를 지시·권유·요구하거나 알선한 자의 경우에 각각 3년 이하의 징역 또는 600만원 이하의 벌금 내지 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

다음으로 공직선거법은 제232조에서 후보자에 대한 매수 및 이해유도죄로서 ‘후보자가 되지 아니하게 하거나 후보자가 된 것을 사퇴하게 할 목적으로 후보자가 되고자 하는 자나 후보자에게 제230조(매수 및 이해유도죄)제1항제1호에 규정된 행위를 한 자 또는 그 이익이나 직의 제공을 받거나 제공의 의사표시를 승낙한 자’와 ‘후보자가 되고자 하는 것을 중지하거나 후보자를 사퇴한데 대한 대가를 목적으로그 이익이나 직의 제공을 받거나 제공의 의사표시를 승낙한 자’에게 7년 이하의 징역 또는 500만원 이상 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있으며, 이와 관련하여 지시·권유·요구하거나 알선한 자 역시 10년 이하의 징역 또는 500만원 이상 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다. 그리고 공직선거법은 제233조에서 당선인에 대한 매수 및 이해유도죄로서 ‘당선을 사퇴하게 할 목적으로 당선인에 대하여 금전·물품·차마·향응 기타 재산상의 이익 또는 공사의 직을 제공하거나 그 제

공의 의사를 표시하거나 그 제공을 약속한 자 및 이에 관해 지시·권유·요구하거나 알선한 자'의 경우 1년 이상 10년 이하의 징역에 처하도록 규정하고 있다.

이외에도 공직선거법은 동법 제235조에서 신문·방송 등의 불법 이용을 위한 매수죄를 규정하고 있는 등 선거관련 매수와 이해유도 등의 죄에 관해서는 비교적 구체적이고도 엄격한 벌칙을 규정하고 있다. 다만, 특히 당내경선의 경우 그 경선의 결과 후보자로 정해질 경우 그는 곧바로 향후 공직선거에서 유권자의 판단을 받아야 하는 신분이 된다는 점에서 이 같은 후보자 매수는 결과적으로 주권자로서의 유권자의 선거권 자체를 침해하는 중대한 범죄임과 동시에 오늘날 국민참여경선제의 성공적 안착을 위해서라도 현재보다 좀 더 엄격한 벌칙규정이 고려될 필요가 있다고 보여진다.

(4) 벽보·선전시설 등에 대한 방해죄

공직선거법은 제240조 제1항에서 '정당한 사유없이 이 법에 의한 벽보·현수막 기타 선전시설의 작성·게시·첩부 또는 설치를 방해하거나 이를 훼손·철거한 자는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처한다.'라고 규정하고 있다. 이와 관련하여서는 오늘날 인터넷 등 정보통신 매체의 발달에 따른 선거운동의 다변화 등 현실적인 상황을 전제할 경우에 동법의 보호대상인 벽보·현수막 기타 선전시설이 지나치게 과잉적으로 보급된다고 보여지며, 아울러 벽보의 경우에는 가능한 한 성인의 눈높이 이상에 맞추어 설치함으로써 어린이 등에 의한 훼손을 예방하여야 할 것이다. 또한 선거관련 여타의 선전벽보를 건물 등에 부착할 경우에는 필요에 따라서는 해당 건물에 대한 이해관계인의 의사를 사전에 고려하는 등의 입법적 보완이 필요하다고 보여진다.

(5) 허위사실공표죄

공직선거법상 허위사실의 공표죄에 있어서의 허위사실이라 함은 일반적으로 진실에 부합되지 않는 사항으로서, 선거인이 공직후보자에 대해 잘못된 판단을 내릴 수 있을 정도로 구체적인 것으로서 단순한 가치판단 등에 대한 의견표현의 수준을 넘어선 것이어야 한다. 공직선거법은 제250조에서 이 같은 허위사실공표에 관한 죄를 크게 세 가지로 구분하여 규정하고 있는 바, 즉 첫째로는 당선 을 목적으로 하는 허위사실의 공표로서 본조 제1항은 ‘당선되거나 되게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 후보자에게 유리하도록 후보자, 그의 배우자 또는 직계 존·비속이나... 허위의 사실을 공표하거나 공표하게 한 자와 허위의 사실을 게재한 선전문서를 배포할 목적으로 소지한 자는 5년이하의 징역 또는 3천만원이하의 벌금에 처’하도록 규정하고 있다. 둘째로는 낙선되게 할 목적의 허위사실공표로서 본조 제2항은 ‘당선 되지 못하게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 후보자에게 불리하도록 후보자, 그의 배우자... 허위의 사실을 공표하거나 공표하게 한 자와 허위의 사실을 게재한 선전문서를 배포할 목적으로 소지한 자는 7년 이하의 징역 또는 500만원 이상 3천만원 이하의 벌금에 처’하도록 규정하고 있다. 다음 셋째로는 경선관련 허위사실공표로서 ‘당내경선과 관련하여 제1항에 규정된 행위를 한 자는 3년 이하의 징역 또는 6백만원 이하의 벌금에, 제2항에 규정된 행위를 한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처’하도록 규정하고 있다.

이 같은 공직선거법상의 규정은 일면 타당하다고 볼 수 있으나, 허위사실의 공표대상을 후보자의 ‘배우자나 존·비속’을 넘어 그의 ‘형제자매’로 까지 광범위한 것은 굳이 오늘날의 핵가족현상을 별론으로 하더라도 지나치다 할 것으로 이에 대한 적용범주를 제한할 필요가 있다고 보여진다. 또한 특정후보자를 당선시킬 목적에서든 그를 낙선시킬 목적에서든 허위의 사실을 공표함으로써 선거인의 판단을 그르치게 함으로서 궁극적으로 왜곡된 선거결과를 발생하게 한다면 선거의 공정성의 침해는 물론, 유권자의 선거권과 후보자의 공무담임권을 훼손하게 되는 것은 동일하다고 할 수 있

다. 따라서 범죄목적의 차이에도 불구하고 그 결과로서 침해되는 권리는 사실상 동질성을 갖는다는 것을 고려한다면 본조의 규정은 개정의 여지가 있다고 보여진다.

(6) 선거운동 기간 위반죄

선거에 있어서 후보자등록마감일의 다음날부터 선거일 전일까지를 일반적으로 ‘선거운동기간’이라고 하는 바, 이 같은 선거운동기간을 위반할 경우 이를 가리켜 사전선거운동금지의 위반이라고 한다. 따라서 이 같은 선거운동 기간을 위반할 경우에 현행 공직선거법은 제254조에서 ‘선거당일의 선거운동죄’와 ‘사전선거운동죄’로 구별하여 전자의 경우, 즉 선거일에 투표마감시각 전까지 선거운동을 한 경우에는 3년 이하의 징역 또는 600만원 이하의 벌금을, 그리고 후자인 선거운동기간 전에 이 법에 규정된 방법을 제외하고 선전시설물·용구 또는 각종 인쇄물, 방송·신문·뉴스통신·잡지, 그 밖의 간행물, 정견발표회·좌담회·토론회·향우회·동창회·반상회, 그 밖의 집회, 정보통신, 선거운동기구나 사조직의 설치, 호별방문과 그 밖의 방법으로 선거운동을 한 경우에는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다. 이와 같은 동법상의 처벌규정은 매우 중한 벌칙임에도 불구하고 상설한 바와 같이 ‘위반요건’이 지나치게 모호하고 광범위하다는 것이 문제라 할 것이다.

다. 선거법 위반의 연대책임¹²¹⁾

선거에 입후보한 후보자가 선거법에서 정하고 있는 선거운동 등에 관한 규정을 위반한 경우에 후보자의 당선을 무효화하고 향후 일정기간 동안 선거권과 피선거권의 행사를 금지하는 등의 책임을 부과하여 선거법을 준수하게 하는 것이 있다. 이러한 시스템은 후

121) 정종섭, 헌법학원론, 제4판, 박영사, 2009, 1322-1323면.

보자가 일정한 법적 책임을 져야 하는데, 후보자를 대신하여 행동하는 자(예: 친족, 비서, 선거책임자, 선거운동원, 지역주재자, 출납책임자 등)로 하여금 이러한 행위를 하게 그 법적 책임을 회피하고자 하는 것을 방지하기 위한 것이다.

이러한 연좌책임제도의 구조는 후보자였던 자 이외에 일정한 대상자가 선거범죄를 범하여 일정한 법적 조치를 받은 경우에 당선된 자의 당선을 무효로 하는 등의 제재효과를 발생시키게 되는 것이다. 이러한 것은 선거의 메커니즘상 연좌대상자의 행위는 실질적으로 후보자의 행위와 동일하기 때문에 후보자에 대하여 법적 책임이 발생하는 것이어서 자기행위에 따른 자기책임과는 무관한 타인의 행위로 자기가 책임을 지는 헌법 제13조 제3항의 연좌제와는 무관하다.¹²²⁾

공직선거법은 이에 대하여도 규정하고 있는데, 동법 제122조(선거비용제한액의 공고)의 규정에 의하여 공고된 선거비용제한액의 200분의 1 이상을 초과지출한 이유로 선거사무장, 선거사무소의 회계책임자가 징역형 또는 300만원 이상의 벌금형의 선고를 받은 때에는 후보자의 당선은 무효가 된다. 다만 다른 사람의 유도 또는 도발에 의하여 당해 후보자의 당선을 무효로 되게 하기 위하여 지출한 때에는 그러하지 아니하다(동조 제263조 제1항). 그리고 정치자금법 제49조(선거비용관련 위반행위에 관한 벌칙) 제1항 또는 제2항 제6호의 죄를 범함으로써 인하여 선거사무소의 회계책임자가 징역형 또는 300만원 이상의 벌금형의 선고를 받은 때에는 그 후보자(대통령후보자, 비례대표국회의원후보자, 비례대표지방의회의원후보자 제외)의 당선은 무효가 된다. 또 선거사무장·선거사무소의 회계책임자(선거사무소의 회계책임자로 선임·신고되지 아니한 자로서 후보자와 통모하여 당해 후보자의 선거비용으로 지출한 금액이 선거비용제한액의 3분의 1 이상에 해당되는 자를 포함) 또는 후보자 또는 후보자가 되고자 하는 자의 직계존·비속 및 배우자가

122) 정종섭, 헌법학원론, 제4판, 박영사, 2009, 1322면. 헌법재판소도 이러한 연좌 책임은 헌법 제13조 제3항에서 정하고 있는 연좌제금지와는 무관하다고 판시하였다. 헌재 2005. 12. 22. 2005헌마19, 판례집 17-2, 785.

당해 선거에 있어서 제230조(매수 및 이해유도죄) 내지 제234조(당선무효유도죄), 제257조(기부행위의 금지제한 등 위반죄) 제1항 중 기부행위를 한 죄 또는 정치자금법 제45조(정치자금부정수수죄) 제1항의 정치자금부정수수죄를 범함으로 인하여 징역형 또는 300만원 이상의 벌금형의 선고를 받은 때(선거사무장, 선거사무소의 회계책임자에 대하여는 선임·선고되기 전의 행위로 인한 경우 포함)에는 그 후보자(대통령후보자, 비례대표국회의원후보자, 비례대표지방의회의원후보자 제외)의 당선은 무효가 된다. 다른 사람의 유도 또는 도발에 의하여 당해 후보자의 당선을 무효로 되게 하기 위하여 죄를 범한 때에는 그러하지 아니한다(동법 제265조).

IV. 정치자금법상 선거운동의 규제 분석

1. 국고보조금

가. 현행규정의 분석

정치자금법상 정당에 대한 국고보조금에는 크게 경상보조금과 선거보조금 및 공직후보자여성추천보조금으로 구별해 볼 수 있다. 이 중 정당의 기본적인 운영을 위한 용도에 충당하도록 지급하는 경상보조금에 관해 정치자금법은 제25조 제1항에서 ‘최근 실시한 임기만료에 의한 국회의원선거의 선거권자 총수에 보조금 계상단가를 곱한 금액을 매년 예산에 계상하여야 하며, 이 경우 임기만료에 의한 국회의원선거의 실시로 선거권자 총수에 변경이 있는 때에는 당해 선거가 종료된 이후에 지급되는 보조금은 변경된 선거권자 총수를 기준으로 계상할 것’을 규정하고 있다. 그리고 동조 제2항은 ‘대통령선거, 임기만료에 의한 국회의원선거 및 동시지방선거가 있는 연도에 지급’하는 선거보조금에 관해 규정하고 있다. 그리고 이 같은 보조금의 지급시기로는 동법과 정치자금사무관리규칙에 따라 경상보조금의 경우에는 매년 분기별로 균등분할하여 지급하고 선거보조금의 경우에는 당해 선거의 후보자등록마감일

후 2일 이내에 중앙선거관리위원회를 통해 개별 정당에 지급하도록 규정하고 있다.

그리고 이 같은 경상보조금과 국고보조금의 배분에 관해 정치자금법은 제27조에서 상세히 규정하고 있는 바, 특히 교섭단체 지원과 그 배분기준에 관해 살펴보면, 즉 동법은 동일 정당의 소속의원으로 교섭단체를 구성한 정당에 대하여 우선 그 100분의 50을 정당별로 균등하게 분할하여 배분·지급하도록 규정하면서, 이 같은 배분기준에는 이르지 못하였으나 5석 이상(5석 이상 20석 미만)의 의석을 가진 정당에 대하여는 100분의 5씩을 지급하도록 하면서, 동시에 의석이 없거나 5석 미만의 의석을 가진 정당의 경우에는 최근 국회의원선거에 참여하여 득표수 비율이 100분의 2 이상인 경우 등의 ‘별도의 요건’을 충족하는 경우에 한하여 보조금의 100분의 2씩을 배분·지급하도록 하고 있다.

그러나 이러한 배분지급의 기준은 일면 타당하다고 볼 수 있으나, 형평성이나 합리성에는 의문이 있다 할 것으로, 즉 현행 정치자금법상의 규정은 나머지 보조금분에 대한 별도의 배분규정에도 불구하고 무엇보다도 대정당·교섭단체 중심으로서 결과적으로 소수정당에 비해 기존의 대정당에게 지나치게 유리하다 할 것인 바, 이는 본법의 제정 목적인 ‘정치자금의 적정한 제공을 보장하고...민주정치의 건전한 발전에 기여함’에도 부합하기 어려우며, 아울러 국고보조금의 취지가 ‘정당의 보호와 그 육성’이라는 사실을 고려할 경우에도 문제의 여지가 있다. 왜냐하면 동법 규정상 최초 ‘100분의 50’에 대한 배분참여권자는 기본적으로 교섭단체를 구성할 능력이 있는 정당으로서 특히 본조는 ‘동일 정당의 소속의원으로 교섭단체를 구성한 정당’이라는 부가적인 조건을 뒀으로써 결과적으로 군소정당의 연합에 의한 교섭단체를 그 대상에서 원칙적으로 배제하고 있기 때문이다. 따라서 본조의 최초 국고보조금 배분대상을 20인 이상의 소속의원을 가지지 못한 군소정당들이 연합하여 교섭단체를 구성하였을 경우에도 참여할 수 있도록 개정함으로써 궁극적으로 군소정당 역시 국고보조금의 최초지원 대상에 포함될 수 있도록 하는 것이 합당할 것이며, 이를 통하여 궁극적으로는

군소정당과 대정당간의 선거운동에서의 자금력의 다과에 따른 불평등을 최소화 할 수 있을 것이다. 또한 동법은 '5석 이상 20석 미만의 의석을 가진 정당'과 '의석이 없거나 5석 미만의 의석을 가진 정당'에 대해서도 전자의 경우에는 특단의 조건 없이 100분의 5석을 지급하면서 후자의 경우에는 제한적인 요건을 충족할 경우에만 100분의 2석을 지급하도록 규정하고 있는 것은 군소정당에 대한 이중삼중의 차별을 두는 것으로서 문제의 여지가 있다고 보여진다. 이는 5석의 의석을 가진 정당과 4석의 의석을 가진 정당의 경우를 비교해 보더라도 쉽게 이해할 수 있다 할 것으로, 무엇보다도 교섭단체를 구성하지 못한 군소정당의 경우에는 배분대상 기준으로서의 요건충족을 동일하게 적용하면서 아울러 그 배분금액 역시 요건상의 득표비율 등에 따라 동등하게 지급하도록 하는 것이 타당할 것으로 보인다.

다음으로 동법은 제26조에서 여성의 참정권을 확대하기 위해 임기만료에 의한 지역구국회의원선거, 지역구시·도의회의원선거 및 지역구자치구·시·군의회의원선거에서 여성후보자를 추천하는 정당에 대해 '여성추천보조금'을 규정하고 있으며, 아울러 동법 제26조의2에서는 상설한 선거에 있어서 장애인후보자를 추천한 정당에 대해 '장애인추천보조금'을 규정하고 있다. 이와 같이 여성과 장애인 등 비교적 구체적이고도 다양한 국고보조금제도를 두고 있는 것은 여성할당제 등의 문제점은 별론으로 하고서, 국고보조금의 다양한 운용이라는 측면에서 볼 경우에는 긍정적이라 할 것으로 비교적 최근(2010년)에 도입된 장애인추천보조금제도 등의 안착이 기대된다 하겠다.

아울러, 현행 우리의 국고보조금제도는 선거권자 총수와 의석수 및 득표율을 보조금의 계상과 배분기준의 중심으로 하고 있는 바, 이는 정당에 대한 국고보조금이 국가로부터의 정당의 독립과 자유와도 관련되는 것으로서 자칫 정당의 국가예속성과 함께 결과적으로 자유롭고 공정한 선거에도 부정적인 영향을 미칠 수 있음을 고려할 경우에, 독일과 같이 일상적인 정당의 당비수입과 기부금수입도 고려되도록 할 필요가 있을 것이며¹²³⁾, 아울러 국고지원의

상대적 내지 절대적 상한제 역시 필요하다고 보여진다(§18 PartG).¹²⁴⁾

2. 후원금

가. 현행규정의 분석

일반적으로 후원회라 함은 후원회지정권자에 대한 정치자금의 기부를 위해 설립되어 운영되는 단체로 지정권자의 지정에 의해 관할 선거관리위원회에 등록하여야 공식적으로 후원금을 모금하여 기부할 수 있을 뿐만 아니라, 선거기간 중에는 후원회의 명이나 그 대표자의 명의로 선거운동을 할 수 있다. 이와 관련하여 정치자금법은 제6조에서 후원회지정권자로 ‘국회의원, 대통령선거의 후보자 및 예비후보자, 정당의 대통령선거후보자 선출을 위한 당내 경선후보자, 지역선거구국회의원선거의 후보자 및 예비후보자, 중앙당의 대표자 선출을 위한 당내경선후보자 및 지방자치단체의 장선거의 후보자’로 규정하고 있다.

또한 정치자금법은 제11조 이하에서 후원인과 후원회의 기부·모금에 관해 규정하고 있는 바, 즉 정치자금법은 제11조에서 후원인이 후원회에 기부할 수 있는 후원금은 연간 2천만원을 초과할 수 없도록 하고 있으며, 아울러 후원인이 하나의 후원회에 연간기부할 수 있는 한도액으로는 대통령후보자등·대통령선거경선후보자

123) 이와 관련하여 연방헌법재판소 역시 ‘정당의 국가로부터의 자유라는 원칙은 국가에 대한 정당의 독립성뿐만 아니라, 정당이 정치와 사회적 영역에서 뿌리 내리고 있는 집단으로서의 자신의 특성을 지켜야하는 것이 요구되며(BVerfGE 20, 56 [101]), 정당은 정치적·경제적 및 조직적으로도 국민의 지지와 후원에 의해 존재해야 한다(BVerfGE 73, 40 [86]) ...정당이 당원과 우호적인 국민으로부터 그 활동에 대한 경제적 지원을 얻기 위해 노력할 필요가 국가의 경제적 지원에 의해 없어지게 될 경우에는 국가로부터의 정당의 자유원칙이 침해되게 되는 것이다(BVerfGE 73, 40 [88])’라고 판시하고 있다.

124) 이 같은 국고지원과 관련한 대표적인 판례로는 1966년 7월 19일 판결(BVerfGE 20, 56 [96 ff.])과 1992년 4월 9일 판결(BVerfGE 85, 264 [285 ff.])을 들 수 있다.

의 후원회의 경우 각각 1천만원, 그 외의 후원회에는 각각 500만원으로 하고 있으며, 또한 후원인은 1회 10만원 이하, 연간 120만원 이하의 후원금은 이를 익명으로 기부할 수 있도록 하고 있다. 그리고 동법은 제12조와 제13조에서 후원회가 연간 모금할 수 있는 한도액으로는 대통령후보자 등 후원회·대통령선거경선후보자후원회는 각각 선거비용제한액의 100분의 5에 해당하는 금액, 그리고 국회의원·국회의원후보자 등 및 당대표경선후보자의 후원회는 각각 1억 5천만원 등으로 규정하고 있으며, 특히 공직선거가 있는 연도에는 연간 모금·기부한도액의 2배를 모금·기부할 수 있도록 하고 있다.

이 같은 우리의 후원금 관련규정은 문제의 여지를 가지고 있다 할 것으로, 무엇보다도 후원인이 후원회에 기부할 수 있는 연간 2천만원의 한도는 지나치게 높을 뿐만 아니라¹²⁵⁾, 더욱이 ‘연간 120만원 이하의 후원금’에 대한 익명성의 보장 및 공직선거가 있는 연도의 모금·기부한도액의 증액 등은 자칫 정·경유착 내지 정치적 부패의 원인이 될 수 있다. 따라서 정치자금의 적정한 제공을 보장하고 정치자금과 관련한 부정을 방지함으로써 민주정치의 건전한 발전과 함께 공직선거 시에 후보자 간의 보다 공정한 선거운동을 담보하기 위해서도 후원금의 총액한도와 익명기부금의 총액을 현재보다는 상당한 수준으로 축소할 필요가 있을 것이며, 아울러 평년을 기준으로 한 현재의 후원금제도 이외에 공직선거 연도의 모금·기부한도액의 ‘2배’ 역시 폐지할 필요가 있다고 보여진다.

다음으로, 후원회의 모금·기부한도를 규정하고 있는 동법 제12조는 후원회가 신용카드·예금계좌·전화 또는 인터넷전자결제시스템 등에 의한 모금으로 연간 모금한도액을 초과한 경우에 일차적으로 모금·기부한도의 예외를 인정하고 있는 바, 이는 동조항이 기부한도의 초과 시 그 이후의 모금중단과 다음 연도에 이월하여 기부할

125) 외국의 예로서 미국의 경우에는 연간 1천달러 수준이며(김왕식, “현행선거제도 및 정치자금제도의 문제점과 개혁방향”, 민주시민교육논총, 제5권 제1호, 2000, 68면), 독일의 경우에는 구체적인 제한은 두고 있지 않으나 정당에 기부하는 후원금 중 연간 총 3300유로까지 세금공제 혜택을 줌으로서 간접적인 상한선을 두고 있다고 볼 수 있다(§ 34 EStG(Einkommensteuergesetz)).

수 있도록 규정하고 있다 하더라도 궁극적으로 후원금의 모금과 기부한도를 규정한 본조의 의미를 퇴색하게 할 뿐만 아니라, 동법 제12조 제1항에 근거하여 초과되어 이월한 금액은 다음 연도의 연간모금한도액에도 포함되지 않기 때문에 더욱 문제의 여지가 있다고 보여진다. 따라서 원칙적으로 한도초과된 후원금에 대한 예외를 인정하지 않는 전제에서 당해연도 내의 모금증지는 물론 초과 금액에 대해서는 국고에 귀속하도록 하는 것이 타당할 것이다. 이는 익명기부한도액을 초과하거나 타인의 명의 또는 가명으로 후원금을 기부받은 경우 그 초과분 또는 타인의 명의나 가명으로 기부받은 금액은 국고에 귀속시키도록 규정하고 있는 동법 제11조 제4항과도 부합된다 할 것으로, 무엇보다도 어떠한 형식의 모금이라 하더라도 오늘날의 금융시스템의 수준을 고려할 경우에 후원회와 후원회지정권자는 이를 통제·관리할 수 있다고 보여지기 때문이다.

3. 기탁금

가. 현행규정의 분석

정치자금법상의 기탁금제도를 살펴보면, 즉 정치자금법 제1조는 정치자금의 적정한 제공을 보장하고 그 수입과 지출내역을 공개하여 투명성을 확보하며 정치자금과 관련한 부정을 방지함으로써 민주정치의 건전한 발전에 기여함을 목적으로 제정되었음을 밝히고 있다. 그리고 본법은 제3조에서 이 같은 목적과 연맥하여 정치자금에 대해 ‘당비·후원금·기탁금·보조금과 정당의 당헌·당규 등에서 정한 부대수입 그 밖에 정치활동을 위하여 정당, 공직선거에 의하여 당선된 자, 공직선거의 후보자 또는 후보자가 되고자 하는 자, 후원회·정당의 간부 또는 유급사무직원 그 밖에 정치활동을 하는 자에게 제공되는 금전이나 유가증권 그 밖의 물건과 그 자의 정치활동에 소요되는 비용’으로 정의하면서, 개별적인 정치자금에 대해 구체적으로 별도의 정의를 내리고 있다. 따라서 이에 따를

경우 본법상의 기탁금제도는 선거에 입후보하려는 자가 부담하는 공직선거법상의 경우와는 달리 개인이 각급 선거관리위원회에 기탁하고 이를 중앙선거관리위원회가 개별 정당에 배분·지급하는 요건과 절차를 의미한다는 점에서 용어의 동질에도 불구하고 본질적으로 다르다고 볼 수 있다.

이 같은 정치자금법상의 기탁금 역시 몇 가지의 문제의 여지를 가지고 있다 할 것인 바, 첫째로는 기탁금의 배분·지급대상이 정당임을 전제할 경우에 적어도 기탁하고자 하는 자의 정치적인 신념이 고려되어야 할 필요성이 있음에도 불구하고 정당에 대한 국민의 선호도에 따라 기탁금에 대한 정당간의 차등 등의 이유로 정당 지정에 따른 기탁을 허용하고 있지 않다. 이는 국민으로부터 지지도가 높은 정당에게 오히려 상대적인 불평등을 유발할 뿐만 아니라, 정당이 국민으로부터 더 많은 지지를 확보하여 정권을 획득하는 것이 궁극적인 목적이라고 하는 기본적인 원리에도 배치된다 할 것으로서 결과적으로 기탁금의 모금에도 전반적인 소극성을 초래할 가능성 역시 배제하기 어렵다. 따라서 본법의 경우 정당별 지정기탁금제도의 개정을 통해 기탁자의 의사존중은 물론 진정한 의미의 정당민주주의의 실현과 기탁문화의 활성화 및 유권자의 의지에 기반한 선거자금의 활용을 담보함으로써, 궁극적으로 공정한 선거의 밑거름이 된다고 볼 수 있을 것이다. 다음 둘째로, 본법은 제22조에서 기탁금을 기탁하고자 하는 개인은 각급 선거관리위원회에 기탁하되, 1인이 기탁할 수 있는 기탁금은 1회 1만원 또는 그에 상당하는 가액 이상, 연간 1억원 또는 전년도 소득의 100분의 5 중 다액 이하로 규정하고 있으며, 또한 타인의 명이나 가명 또는 그 성명 등 인적 사항을 밝히지 아니하고 기탁금을 기탁할 수 없도록 규정하고 있다. 그러나 이와 같은 기탁요건을 위반하였을 경우에는 원칙적으로 국고에 귀속하도록 규정하고 있는 바(동법 제24조 제1항), 이는 불법후원금의 경우 이를 안 날부터 30일 이내에 후원인에게 반환하도록 규정하고 있는 본법 제18조와 비교해 볼 경우에 비록, 후원금과 기탁금의 개별적인 특성의 차이에도 불구하고 문제의 여지가 있다 하겠다. 특히 후원금의 경우 동법

제14조 제1항에 의할 경우 그 모금방법이 ‘우편·통신(전화, 인터넷 전자결제시스템 등을 말한다)에 의한 모금, 중앙선거관리위원회가 제작한 정치자금영수증과의 교환에 의한 모금 또는 신용카드·예금 계좌 등에 의한 모금’ 등인데 반해 오히려 기탁금의 경우에는 동법 제22조 제1항에 따라 기탁자 개인이 직접 각급 선거관리위원회에 기탁금기탁서의 제출을 통해 기탁하는 것을 고려한다면 후원회에 비해 기탁이 이루어질 당시의 관리·통제의 기대가능성이 크다 할 것으로서, 더더욱 위법적 내지 본법의 기탁요건을 갖추지 못한 기탁금의 경우에는 후원금의 경우와 같이 개별적 반환이 우선적으로 이루어져야 할 것이다.

제 4 절 소 결

지금까지 선거운동의 자유의 의의를 살펴보고, 선거운동의 자유와 공정성에 관한 기본적인 내용들을 점검한 후, 아울러 정치관계법상의 선거운동 규제에 관한 분석으로서, 우리의 정치관련법제에 필요이상의 또는 비합리적인 선거규제 조항은 없는지, 그리고 있다면 이를 어떻게 해결할 것인지에 대해 공직선거법상의 선거운동 규제와 정치자금법상 선거운동의 규제로 대별하여 분석해 보았다.

민주정치에서 선거가 차지하는 위치를 고려해 볼 때, 선거과정을 통해 국민의 정치적 의사 표현과 정치참여를 최대한 실현하기 위해서 선거과정에서의 참여행위는 원칙적으로 자유로워야 할 것이지만, 다른 한편 선거가 권력에의 합법적 접근방법으로 자리매김할 수 있는 만큼 금권이나 폭력 등의 부정이 개입할 여지가 적지 않은 탓에 선거에 대한 일정 정도의 규제는 선거의 공정성·공평성을 확보하기 위해 어쩔 수 없는 부분이라 할 수 있을 것이다. 그렇지만 선거운동행위의 제한이 과도하여 피선거권의 행사나 선거의 기능을 제약해서는 안 되므로, 선거운동행위의 제한에 있어서는 선거가 작동하는 나라의 역사적·공간적·문화적·사회적·정치적 여건과 국민의 수준과 구성 등 해당 국가의 사정에 따라 개별적으

로 판단하여야 하며, 아울러 이러한 제한이 대의민주주의와 선거의 기능을 왜곡하거나 심하게 제약하는 것이어서는 안 됨을 유념해야 할 것이다.

현행 공직선거법상의 선거운동 규제와 정치자금법상 선거운동의 규제에 관해 요약하면 아래와 같다. 우선 공직선거법상 선거운동 규제에 있어서 첫째로 선거운동의 주체와 관련하여, 즉 현행 공직선거법은 제60조에서 선거운동을 할 수 없는 자로 대한민국의 국민이 아닌 자, 미성년자와 금치산선고를 받은 자 및 기타 공무원 등 매우 포괄적이고 광범위하게 규정하고 있다. 그러나 이 같은 선거운동의 주체에 관한 광범위한 제한규정은 문제의 여지가 있다 할 것으로, 우선 공직선거법은 선거권이 없는 자는 동시에 선거운동을 할 수 없도록 하는 선거권과 선거운동을 연계하고 있어 선거운동의 자유를 침해한다고 보아야 한다. 그리고 미성년자의 경우 역시 공무원시험과 병역의무 및 주민등록발급 등 공무담임권과 기본의무의 이행 주체성 등을 고려해 볼 경우에 만 19세 이하를 기준으로 하는 선거권과 선거운동의 제한은 문제가 있다 할 것으로 그가 예비후보자 또는 후보자의 배우자이거나 후보자의 직계존·비속인 때에는 일정한 조건하에 선거운동을 할 수 있도록 하는 것이 오히려 선거의 공정성에도 부합한다고 할 것이다. 또한 공무원 등에 대한 선거운동의 제한 역시 선거와 관련하여 국민들에게 어떤 영향력을 미치게 되거나 선거의 공정성을 침해할 정도가 아닌 한 이를 개별·분리함으로써 허용의 범위를 넓히는 것이 필요하다고 보여진다.

둘째로 선거운동의 방법과 관련하여, 오늘날 인터넷 등 정보통신을 활용한 선거에서의 인터넷의 영향력을 더 이상 간과할 수 없게 되었던 바, 정보통신망을 이용한 선거운동에 관해 동법 규정 중 문자메시지를 이용한 선거운동정보 전송과 관련하여 그 횟수로 예비후보자로서 행한 횟수를 포함하여 5회를 넘을 수 없도록 하고 있는 것은 현실적이지 않다 할 것으로서 좀 더 확대할 필요가 있으며, 또한 인터넷언론사의 선거운동과 관련한 '실명확인조치의 대상' 역시 지나치게 넓은 것으로서 문제의 여지가 있다. 다만, 인터

넷홈페이지를 통한 사전선거운동의 허용은 유의미한 진전이라 할 것이며, 이와 연맥하여 오늘날 인터넷 선거운동의 상시화에 대한 논의 역시 있는 것이 사실인 바, 이에 대해서는 보다 신중할 필요가 있다고 보여진다.

다음으로 선거에 있어서 신문·방송광고 등의 규제완화의 필요로서, 현행 공직선거법은 대통령선거와 비례대표국회의원선거 및 시·도지사선거에 있어서 소속정당의 정강·정책이나 후보자의 정견, 정치자금모금기타 홍보에 필요한 사항 등을 일간신문과 방송을 통해 게재 내지 방송할 수 있도록 규정하면서, 그 광고게재 횟수로 대통령선거와 비례대표국회의원선거 및 시·도지사선거에서 각각 총 70회와 20회 및 5회 이내, 그리고 텔레비전 및 라디오를 통한 방송광고의 경우에는 각각 30회와 15회 및 5회의 제한을 두고 있는 바, 이 같이 각 선거의 종류에 따른 70회에서 5회까지의 광고횟수의 한도는 그 폭이 지나치게 넓다할 것으로 이에 관한 재조정이 필요하다고 보여지며, 아울러 신문·방송 등 언론매체를 통한 선거운동에 있어서 선거의 공정성과 기회균등의 확보 측면에서 일정부문의 무료이용권의 보장과 함께 점차적으로 자율성을 확대할 필요가 있다.

또한 선거에 있어서의 현수막·어깨띠·전광판 등의 규제완화 필요로서, 이 같은 현수막의 설치와 관련하여 ‘공직선거관리규칙’은 애드벌룬·네온사인·형광 그 밖에 전광으로 표시하는 방법을 금지하고 있는 바, 선거 이후 대량으로 방출되는 전국의 현수막 처리에 따른 환경문제와 자원낭비 등의 문제를 고려하여 가능하다면 고정적인 네온사인이나 형광 등을 이용한 선거관련 광고시설을 설치할 필요가 있다고 보여지며, 다음으로 어깨띠 등의 선거운동 용품에 대한 지나친 세세한 규제는 자칫 ‘제한을 위한 제한 내지 규정을 위한 규정’이라는 오해와 비판의 여지가 있을 뿐만 아니라, 이와 같은 규정들의 누적은 결과적으로 선거운동의 자유 그 자체에 대한 침해가 될 수밖에 없는 것이다. 따라서 보다 더 현실적이고 합리적인 개정이 필요하다고 보여진다.

그리고 선거공보와 선거공약서 지면의 합리적 조정 필요로서,

공직선거법상 책자형 선거공보는 대통령선거에 있어서는 16면 이내로, 국회의원선거 및 지방자치단체의 장선거에 있어서는 12면 이내로, 지방의회의원선거에 있어서는 8면 이내로 작성하고, 전단형 선거공보는 1매로 작성하도록 규정하고 있으며, 선거공약서의 경우 역시 대통령선거에 있어서는 32면 이내로, 시·도지사선거에 있어서는 16면 이내로, 자치구·시·군의 장선거에 있어서는 12면 이내로 작성하도록 하고 있다. 그러나 대통령과 국회의원 및 지방의원 간 내지 대통령과 시·도지사 및 자치구·시·군의 장선거에 있어서는 지면상의 차이를 2배 이상에 달할 정도로 둘 합리적인 이유는 없으며, 이는 특히 오늘날 인터넷을 통한 선거공약의 게시 등이 가능한데다 선거비용의 절감과 선거관련 유해환경 등의 문제점을 고려하더라도 통일적으로 대폭 축소하는 것이 타당하다고 보여진다. 아울러 이상과 같은 다양한 선거운동의 방법과 함께 사진·문서·도화 등을 활용한 선거운동의 자유 역시 대폭적인 허용을 하자는 입장과 그에 반대하는 입장이 있으나, 이에 관해서는 현실적으로 과거에 비해 인터넷 등 보다 다양한 선거운동 방법이 새롭게 등장하는 것 등을 고려하여 보다 신중한 논의가 필요하다고 보여진다.

셋째로 선거일·선거기간과 관련하여, 선거일의 경우 그 동안 법정화가 이루어 지지 않다가 1996년 4월 11일 실시된 제15대국회의원선거에서 처음으로 법정화가 이루어졌다. 다만, 우리 유권자들의 성숙한 시민의식과 주권의식을 굳이 전제하지 않더라도 선거가 대의민주주의의 실현을 위한 국민의 귀중한 책무(責務)의 하나인 점을 감안할 경우에 본문에서 살펴본 바와 같이 주중의 평일을 선거일로 지정함에 따른 실(失)이 득(得)보다 크다 할 것이다. 따라서 독일을 포함한 프랑스, 일본, 스위스, 스페인, 스웨덴, 브라질 등 대다수 국가가 일요일을 선거일로 규정하고 있음을 고려하여 우리의 경우 기왕의 공휴일인 일요일을 선거일로 법정화하는 것이 타당할 것으로 보인다. 다음으로 선거기간의 경우 현행 공직선거법은 대통령선거의 경우에는 23일을, 그리고 국회의원선거와 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거의 경우에는 14일을 선거기간으로

로 규정하고 있다. 그러나 여타 선거에 비해 대통령선거의 경우에는 상대적으로 후보자의 인물됨이나 정치적 소신과 신념 등에 대해 유권자들이 더 많은 정보를 가지고 있다는 점 등을 고려한다면 국회의원 등의 선거에 비해 일주일 이상의 기간을 더 부여한다는 것은 합리적이라고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 더욱이 지역할거구도가 상존하는 우리의 선거구도에서의 장기간의 선거기간은 결과적으로 부정적 측면의 노출을 증대시킬 개연성이 크다 할 것으로서 국회의원 등의 선거기간과 같은 14일로 변경하는 것이 타당하다고 보여진다.

넷째로 기탁금제도와 관련하여, 본제도가 그 동안 우리의 선거사에서 많은 긍정적인 기여를 해온 것을 부인할 수는 없을 것이나, 과거에 비해 상당히 진전된 민주화와 시민·정치의식의 향상 등을 고려한다면 전혀 엉뚱한 후보자의 등장이나 지나친 후보자의 난립 등의 우려는 기우로 볼 수 있다 할 것으로서, 기탁금제도 전반에 대한 진지한 논의와 합의를 통해 기탁금액의 하향조정과 그 반환요건 등에 대한 합리성을 제고하여야 할 것이다.

다섯째로 당내경선과 관련하여, 즉 우리의 경우 공직선거와 관련한 정당의 당내경선제도가 지난 2004년에 도입된 이래 ‘국민참여경선제’의 수용 등 많은 긍정적인 변화와 역할을 해온 것이 사실이다. 그러나 대통령선거의 경우를 예로 들면 대통령선거의 후보자등록이 선거일전 24일이고 당내경선이 후보자등록신청개시일전 30일까지 실시하되, 그 경선기간이 30일이기 때문에 결과적으로 대통령후보자추천을 위한 정당의 당내경선은 대통령선거일을 기준으로 본다면 이미 84일 전부터 시작된다고 할 수 있다. 이는 무엇보다도 신진 정치후보자에게는 절대적으로 불리한 것으로 후보자간의 선거운동에 있어서의 기회균등에 반하는 문제점이 있다. 따라서 이와 같은 문제점을 해결하기 위해서는 현재의 당내경선 실시기한을 ‘후보자등록신청개시일 전 30일’에서 ‘후보자등록신청개시일’로 하는 것이 후보자간의 기회불균등의 문제를 그나마 최소화 할 수 있는 방안이라고 본다.

여섯째 선거운동 기구와 관련하여, 선거사무소와 선거연락소

등에 대한 공직선거법상의 규정은 다소 문제의 여지가 있다 할 것으로, 선거사무소 등의 위치나 숫자는 선거지역의 특성과 당해 후보자의 개별 선거전략 등에 의해 다양한 차이가 있을 수 있다 할 것으로서, 이에 관해 유연성을 주는 것이 오히려 선거의 자유와 공정성에 부합하다고 볼 수 있으며, 선거비용의 증대나 과열경쟁의 우려 등은 궁극적으로 당해 선거비용에 대한 상한선을 통해 해결할 수 있을 것으로 보여진다.

일곱째로 여론조사·출구조사와 관련하여, 공직선거법상의 결과공표기간의 금지규정에 대해 오늘날 인터넷과 스마트폰 등을 통한 다양하고 신속한 정보전달매체를 고려할 경우 현재의 6일을 좀 더 축소하는 방향으로 개정하여 존치하는 것이 공정한 선거운동과 투표에 부합한다고 볼 수 있으며, 출구조사와 그에 대응한 벌칙 규정 역시 선거의 공정성 확보 차원에서 여전히 필요하다고 볼 수 있으나, 다만, ‘100m’의 출구조사 거리는 대략 50m 내지 그 이하로 축소하여도 무방할 것으로 추후 합리적인 개정이 필요하다고 하겠다.

여덟째로 공직선거법상 처벌규정과 관련하여, 즉 동법은 선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 공정히 행하여지도록 하고, 선거와 관련한 부정을 방지함으로써 민주정치 발전에 기여하기 위한 목적으로 그 동안 수차례의 개정을 거치면서 당대의 정치·사회의 변화를 반영하고 순응하는 데에 노력해 온 것이 사실이며, 이 같은 과정에서 규제와 처벌규정들은 점차적으로 그 범위와 구체성을 확대하게 되었다. 따라서 이를 전제하면서 투표의 비밀침해죄, 투표·개표의 간섭 및 방해죄, 매수 및 이해유도죄, 벽보·선전시설 등에 대한 방해죄, 허위사실공표죄, 선거운동 기간 위반죄 등을 살펴보았다.

다음으로 정치자금법상 선거운동의 규제에 있어서 첫째로 국고보조금제도와 관련하여, 현행 정치자금법은 동일 정당의 소속 의원으로 교섭단체를 구성한 정당에 대하여 그 100분의 50을 정당별로 균등하게 분할하여 배분·지급하도록 규정하고 있는 바, 이는

나머지 보조금분에 대한 별도의 배분규정에도 불구하고 결과적으로 소수정당에 비해 기존의 대정당에게 지나치게 유리하다 할 것으로 국고보조금 배분대상을 20인 이상의 소속의원을 가지지 못한 군소정당들이 연합하여 교섭단체를 구성하였을 경우에도 참여할 수 있도록 개정함으로써 궁극적으로 군소정당 역시 국고보조금의 최초지원 대상에 포함될 수 있도록 하는 것이 합당할 것이다. 또한 동법은 ‘5석 이상 20석 미만의 의석을 가진 정당’과 ‘의석이 없거나 5석 미만의 의석을 가진 정당’에 대해서도 국고보조금액과 그 요건에 차별을 두고 있는 바, 이 역시 배분대상 기준으로서의 요건충족을 동일하게 적용하면서 아울러 그 배분금액 역시 요건상의 득표비율 등에 따라 동등하게 지급하도록 하는 것이 타당할 것으로 보인다. 또한 국고보조금에 대한 계상과 배분기준이 기본적으로 선거권자 총수와 의석수 및 득표율을 중심으로 하고 있는 바, 이는 독일과 같이 일상적인 정당의 당비수입과 기부금수입도 고려되도록 함으로써 궁극적으로 정당의 독립과 자율성을 장려할 필요가 있을 것이다.

둘째로 후원금제도와 관련하여, 현행 정치자금법상의 연간 2천만원의 한도의 후원금은 지나치게 높을 뿐만 아니라, 더욱이 ‘연간 120만원 이하의 후원금’에 대한 익명성의 보장 및 공직선거가 있는 연도의 모금·기부한도액의 증액 등은 자칫 정경유착 내지 정치적 부패의 원인이 될 수 있다 할 것으로, 후원금의 총액한도와 익명기부금의 총액을 현재보다는 상당한 수준으로 축소할 필요가 있을 것이며, 아울러 평년을 기준으로 한 현재의 후원금제도 이외에 공직선거 연도의 모금·기부한도액의 ‘2배’ 역시 폐지할 필요가 있다고 보여진다. 또한 동법은 연간 모금한도액을 초과한 경우에 일차적으로 모금·기부한도의 예외를 인정하고 있는 바, 원칙적으로 한도초과된 후원금에 대한 예외를 인정하지 않는 전제에서 당해연도 내의 모금중지는 물론 초과금액에 대해서는 국고에 귀속하도록 하는 것이 타당할 것이다.

셋째로 기탁금제도와 관련하여, 기탁금의 배분·지급대상이 정당임을 전제할 경우에 적어도 기탁하고자 하는 자의 정치적인 신

념이 고려되어야 할 필요성이 있음에도 불구하고 정당에 대한 국민의 선호도에 따라 기탁금에 대한 정당간의 차등 등의 이유로 정당지정에 따른 기탁을 허용하고 있지 않다. 그러나 정당별 지정기탁금제로의 개정을 통해 기탁자의 의사존중은 물론 진정한 의미의 정당민주주의의 실현과 기탁문화의 활성화 및 유권자의 의지에 기반한 선거자금의 활용을 통한 공정한 선거의 토양을 형성하는 것이 바람직하다고 보여지며, 또한 위법적 내지 본법의 기탁요건을 갖추지 못한 기탁금의 경우에는 후원금의 경우와 같이 개별적 반환이 우선적으로 이루어지도록 하여야 할 것이다.

제 4 장 선거운동 관련 헌법재판소 결정례 유형화 및 분석

헌법재판소가 본격적인 활동을 펼치기 전에는 대법원에 의해서 선거에 관련한 판단이 다수 이루어진 바 있으나, 1989년 9월 8일 선고된 (구)국회의원선거법 제33조, 제34조의 위헌심판¹²⁶⁾을 필두로 다수의 선거관련 결정이 헌법재판소에 의해 이루어짐에 따라서¹²⁷⁾ 선거제도와 관련한 논의의 중심에는 헌법재판소가 위치하게 되었다고 해도 과언이 아닐 것이다. 이에 본장에서는 특히 선거운동과 관련한 헌법재판소의 결정례들을 중심으로 헌법재판소의 입장을 유형화하고 분석해 보기로 한다.

제 1 절 서설: 선거의 의의 및 기본원칙

I. 선거의 의의

선거의 의의와 관련하여 헌법재판소는 선거에 관한 최초의 결정례에서 “근대 입헌민주주의 국가에서의 선거는 국민이 직접적으로 자기들의 대표자를 선출하는 것이며 간접적으로 자기가 원하는 정부를 구성하기 위한 의사표시를 하는 것”¹²⁸⁾으로 규정하고, “선거는 단순히 권력자를 위한 장식이나 정치인들을 위한 도구로써 이용만 되어서는 안되고, 이를 관리하는 선거법이 정치적 성격이 강하다고 하더라도 정치세력 간의 타협에도 원칙이 있어야 하고, 선

126) 헌재 1989. 9. 8. 88헌가6. 판례집 1, 199 참조. (구)국회의원선거법 제33조는 기탁금 규정, 제34조는 기탁금의 국고귀속에 관한 규정이었고 이 결정에 의해 이 조항들은 헌법불합치 판정을 받았다. 이 결정은 선거제도와 관련하여 긍정적으로 평가받을 수 있는 최초의 헌재 판례로 꼽히기도 한다. 정만희, “선거제도에 관한 헌법재판소 판례의 평가”, 공법학연구 제7권 제1호, 2006, 150면.

127) 법원도서관이 발행하는 LX DVD 2011 프로그램에 실려 있는 선거관련 헌법재판소 결정례의 숫자는 2011년 11월 자료기준 392개에 달한다(검색대상을 “헌법재판소”로 한정하고, 검색어 “선거”로 검색한 결과).

128) 헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 211.

거법의 제정과 개정에도 국민주권과 국민 대표제의 본질은 침해하거나 제한할 수 없다는 한계가 설정되는 것이다. 국민의 의사에 의하여 정치의 방향이 설정되고 국민의 자유와 권리를 수호하는 의회정치를 확립하는데 기본 원칙을 두어야 한다. 국회의원 선거법에 규정하는 선거제도의 여하는 민주주의의 사활의 문제이고 국민의 정치적 생존권에 관계되는 문제이며 자유민주주의의 기본질서와 법치주의를 구현하는 근본이다.”고 실시한 바 있다.¹²⁹⁾

최근의 “지방의회의원과 지방자치단체장을 선출하는 지방선거는 지방자치단체의 기관을 구성하고 그 기관의 각종 행위에 정당성을 부여하는 행위라 할 것”이라는 판단¹³⁰⁾ 역시 선거의 보다 구체적인 의미에 대한 헌법재판소의 입장을 확인할 수 있는 부분이라 할 수 있을 것이다.¹³¹⁾

129) 헌재 1989. 9. 8. 88헌기6, 판례집 1, 199, 214.

130) 헌재 2008. 6. 26. 2005헌라7, 판례집 20-1하, 340, 357-358.

131) 헌재 2008. 6. 26. 2005헌라7, 판례집 20-1하, 340, 340-341 참조. 동 결정에서 다수의견은 “지방선거사무는 지방자치단체의 자치사무에 해당하지만, 지방선거는 주민의 대의기관을 구성하는 민주적 방법인 동시에 대표기관으로 하여금 민주적 정당성을 확보케 함으로써 대의민주주의를 실현하기 위한 불가결한 수단이라 할 것인 바, 선거와 투표에 대한 관리가 공정하게 이루어지도록 하기 위해서는 선거와 투표관리 등의 집행업무 담당기관을 일반행정기관과는 별도의 독립기관으로 구성하여 지방선거를 관리하도록 할 필요가 있고, 이에 이 사건 지방선거사무도 국가기관인 구·시·군 선거관리위원회가 담당하고 있다. 한편, 구 지방자치법이나 지방재정법에 비추어 보면, 지방자치단체의 사무를 다룬 기관이 맡아 하고 있는 경우에도 그 비용은 원칙적으로 당해 지방자치단체가 부담하여야 할 것이므로 이 사건의 경우와 같이 지방선거의 선거사무를 구·시·군 선거관리위원회가 담당하는 경우에도 그 비용은 지방자치단체가 부담하여야 하고, 이에 피청구인 대한민국국회가 지방선거의 선거비용을 지방자치단체가 부담하도록 공직선거법을 개정한 것은 지방자치단체의 자치권한을 침해한 것이라고 볼 수 없다.”고 판단한 바 있다. 이 다수결정에 대해서는 2인의 반대대의견은 “우리 헌법은 선거관리를 위한 특별한 헌법기관인 선거관리위원회를 설치하고, 그 구성과 직무범위를 헌법과 법률을 통해 규율함으로써, 지방선거관리사무에 대하여 선거관리위원회가 전권을 행사할 뿐 지방자치단체는 물론 다른 국가기관이 개입할 여지를 완전히 배제하고 있다. 이와 같이 지방선거관리사무에 대하여 헌법기관이자 국가기관인 선거관리위원회가 전적인 권한과 책임을 가짐으로써 지방자치단체는 해당 단체장 및 지방의회의원을 선출하는데 있어서 아무런 결정 및 관여를 할 수 없는 점에 비추어 볼 때, 지방선거관리사무를 지방자치단체의 자치사무에 포함시킬 수는 없다. 지방선거관리

헌법재판소는 민주정치, 특히 대의민주주의 원칙하의 오늘날의 민주정치의 맥락에서 선거의 의의 등에 관하여 다음과 같이 판시한 바 있다.¹³²⁾

민주정치는 주권자인 국민이 되도록 정치과정에 참여하는 기회가 폭 넓게 보장될 것을 요구한다. 이는 국민주권의 원리로부터 나오는 당연한 요청이다. 특히 대의민주주의를 원칙으로 하는 오늘날의 민주정치 아래에서의 선거는 국민의 참여가 필수적이고, 주권자인 국민이 자신의 정치적 의사를 자유로이 결정하고 표명하여 선거에 참여함으로써 민주사회를 구성하고 움직이게 하는 것이다. 따라서 국민의 주권행사 내지 참정권 행사의 의미를 지니는 선거과정에서의 참여행위는 원칙적으로 자유롭게 행하여질 수 있도록 최대한 보장하여야 한다.

II. 선거의 기본원칙

헌법재판소는 선거에 관한 최초의 결정에서부터 “보통, 평등, 비밀, 직접, 자유선거의 원칙들은 현대의 제 민주국가에서 채택되고 있는 바와 같이 국민주권이 광범위하게 실질화되고, 또 국민이 능동적으로 평등하게 그 주권을 행사할 수 있도록 하기 위한 것이다. 이러한 민주적 정신은 모든 국민의 공무담임에 있어서도 자유롭고 평등하게 기회를 주어야 한다는 헌법 제25조에도 그대로 나타나고 있다.”¹³³⁾고 판시하면서 선거의 기본원칙으로 헌법상 명문으로 규정되어 있는¹³⁴⁾ 보통·평등·직접·비밀선거 외에 자유선거의

사무는 국가의 권한과 책임하에 이루어지는 국가사무라고 할 것인바, 피청구인 국회가 공직선거법 규정을 개정하여 지방선거관리비용을 해당 지방자치단체에게 부담시킨 것은 지방자치단체의 지방재정권을 침해한 것으로서 무효”라는 의견을 개진하고 있다.

132) 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 28.

133) 헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 214.

134) 헌법 제41조 제1항, 제67조 제1항.

원칙을 함께 제시한 바 있다. 이러한 입장은 이후에도 변함없이 유지되고 있다.¹³⁵⁾

제 2 절 선거운동의 의의와 규제원리

I. 선거운동의 의의

헌법재판소는 선거운동의 의의와 관련하여 “선거운동이라 함은 특정 후보자의 당선 내지 이를 위한 득표에 필요한 모든 행위 또는 특정 후보자의 낙선에 필요한 모든 행위 중 당선 또는 낙선을 위한 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적, 계획적 행위를 말하는 것으로 풀이할 수 있다. 즉, 단순한 의견개진 등과 구별되는 가별적 행위로서의 선거운동의 표지로 당선 내지 득표(반대후보자의 낙선)에의 목적성, 그 목적성의 객관적 인식가능성, 능동성 및 계획성이 요구된다 할 것”¹³⁶⁾이라 실시하면서 “선거운동을 위와 같이 풀이한다면 법률적용자의 자의를 허용할 소지를 제거할 수 있고, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이면 누구나 그러한 표지를 갖춘 선거운동과 단순한 의견개진을 구분할 수 있을 것”이므로 이른바 공정한 고지의 기능도 다할 수 있고, 법률의 명확성 원칙에도 위배되지 않는 것으로 보고 있다.

아울러 “선거운동인지의 여부를 판단함에 있어서 중요한 기준은 행위의 ‘목적성’이며, 그 외의 ‘능동성’이나 ‘계획성’ 등은 선거운동의 목적성을 객관적으로 확인하고 파악하는 데 기여하는 부차적인 요소이다. 행위자의 ‘목적의지’는 매우 주관적인 요소로서 그 자체로서 확인되기 어렵기 때문에, 행위의 ‘능동성’이나 ‘계획성’의 요소라는 상대적으로 ‘객관화될 수 있는 주관적 요소’를 통하여 행위

135) 예를 들어, 헌재 2001. 8. 30. 99헌바92, 판례집 13-2, 174, 193; 헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710, 판례집 16-1, 422, 436 등 참조.

136) 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 33-34; 헌재 2001. 8. 30. 2000헌마121등, 판례집 13-2, 263, 274면; 헌재 2008. 10. 30. 2005헌바32, 판례집 20-2상, 750, 763 등.

자의 의도를 어느 정도 객관적으로 파악할 수 있는 것”¹³⁷⁾임을 실시하고 있다.

II. 선거운동과 표현의 자유

헌법재판소는 선거운동이 표현의 자유의 주요한 보호영역 가운데 하나임을 분명하게 긍정하고 있음을 여러 곳에서 확인할 수 있다. 이와 관련한 대표적인 결정을 직접 확인해 보면 다음과 같다.

대의제민주정치는 주권자인 국민이 정치과정에 참여하는 기회가 가능한 한 폭넓게 보장될 것을 요구한다. 따라서 국민의 주권행사 내지 참정권행사의 의미를 지니는 공직선거과정에서의 참여행위와 특히 선거운동은 자유롭게 행하여질 수 있도록 최대한 보장하여야 한다.¹³⁸⁾ 그리고 국민의 주권 행사에 있어서 표현의 자유는 핵심이 되는 기본권이므로 선거운동에 있어서 표현의 자유는 최대한 보장되어야 한다. 즉 후보자의 입장에서는 선거권자에게 자신을 자유롭게 알릴 수 있어야 하고, 선거권자의 입장에서는 후보자에 관한 정보에 자유롭게 접근할 수 있어야 할 것이다.

이러한 헌법상의 주권행사와 국민 각자의 기본권 보장은 일차적으로 선거법을 제정 또는 개정하는 입법과정에서 이루어져야 하며 선거법에서 입후보자의 선거운동을 제한하거나 규제하는데 후보자 간에 차등을 두거나 기회균등을 보장하지 아니하는 것은 헌법의 기본원리에 반하는 입법권행사라고 아니할 수 없다. 특히 정당과 같은 일정한 정치집단이 집권의 수단으로 다수의석 확보를 용이하게 할 목적으로 헌법을 무시하고 당리당략의 차원에서 정당추천후보자에게만 당선을 용이하게 하는 법규정을 설정하고 선거운동에 있어서 당략에 영향을 줄 수 있는 불평등한 내용의 규정을 두는

137) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 641.

138) 헌재 1995 .5. 25. 93헌마23, 판례집 5-2, 221 참조.

것은 곧 선거라는 미명하에 국민의 주권행사를 왜곡하는 것에 다를 바가 아니다. 우리 헌법이 정당의 설립과 활동의 자유를 보장하고 있는 것은 선거제도의 민주화와 국민주권을 실질적으로 현실화하고 정치적으로 자유민주주의 구현에 기여하는데 그 목적이 있는 것이지 정치의 독점이나 무소속 후보자의 진출을 봉쇄하는 정당의 특권을 설정할 수 있는 것을 의미하는 것이 아니기 때문에 정당만이 의석을 독점할 수 있도록 선거운동에 있어서 입후보자의 기회균등을 부정하는 선거법을 협상하고 비민주적인 선거제도를 만드는 것은 헌법상의 기본골격인 자유민주국가의 기본원리에 합당하지 않고 법치주의의 구현이나 공명선거의 시행을 염원하는 민의(民意)의 참뜻을 잘못 이해하고 있는 데에서 비롯되는 것이라 아니할 수 없다. 정당간의 선거협상에 있어서 정치적 타협이란 어디까지나 국민의 참정권을 자유롭고 평등하게 보장하기 위한 것이어야 하는 것이며, 헌법의 기본질서와 국민의 기본권을 무시하고 다수의석을 점한 정당들이 선거법을 자의적으로 만들 수 있다는 것으로까지 확대 해석할 수 없는 것이다. 이러한 주권재민의 사상에서 확립되어야 한다는 우리 헌법상의 선거제도에서 볼 때 무소속후보자와 정당추천후보자를 선거운동에 있어서 지나치게 불평등하게 취급하거나 불합리하게 차별하는 법률규정을 두는 것은 국가존립의 기초가 되는 주권행사인 참정권의 본질적 내용을 침해하는 것이라 아니할 수 없으므로 헌법 제37조 제2항 후단에 위반되고, 법률이 정하는 범위안에서 선거운동의 균등한 기회가 보장되어야 한다는 헌법 제116조 제1항에 위반되는 것이다.¹³⁹⁾

Ⅲ. 선거운동의 규제원리

139) 헌재 1992. 3. 13. 92헌마37등, 판례집 4, 137, 144-145.

헌법재판소는 헌법에 명시되지는 않았지만 선거제도의 법원리 가운데 하나로 인정되는 자유선거의 원칙의 근거와 구체적인 구현 원리를 제시하면서 자유선거의 원칙으로부터 선거운동의 자유가 도출될 수 있음을 밝히고 있다. 아울러 표현의 자유의 일환으로서의 선거운동의 자유에 대한 헌법적 보호의 근거 - 언론·출판·집회·결사의 자유 보장 및 선거권·참정권-를 제시하는 한편, 이러한 선거운동의 자유에 대한 제한원리로서 선거의 공정성을 제시하면서 선거운동의 자유가 일반적인 기본권제한의 요건과 한계에 따라 제한될 수 있음을 인정하고 있다. 그렇지만 특히 헌법 제116조 제1항과의 관계에 있어서 선거운동의 규제에 대한 입법자의 입법형성권의 범위에 관해서는 오히려 그 제한에 있어서의 엄격한 심사기준의 적용원칙을 제시한 바 있다. 이러한 내용을 직접 살펴보면 다음과 같다.¹⁴⁰⁾

자유선거의 원칙은 비록 우리 헌법에 명시되지는 않았지만 민주국가의 선거제도에 내재하는 법원리인 것으로서 국민주권의 원리, 의회민주주의의 원리 및 참정권에 관한 규정에서 그 근거를 찾을 수 있다. 이러한 자유선거의 원칙은 선거의 전 과정에 요구되는 선거권자의 의사형성의 자유와 의사실현의 자유를 말하고, 구체적으로는 투표의 자유, 입후보의 자유, 나아가 선거운동의 자유를 뜻한다.

선거운동의 자유는 널리 선거과정에서 자유로이 의사를 표현할 자유의 일환이므로 표현의 자유의 한 태양이기도 하다. 표현의 자유, 특히 정치적 표현의 자유는 선거과정에서의 선거운동을 통하여 국민이 정치적 의견을 자유로이 발표·교환함으로써 비로소 그 기능을 다하게 된다 할 것이므로 선거운동의 자유는 헌법에 정한 언론·출판·집회·결사의 자유 보장규정에 의한 보호를 받는다. 또한 우리 헌법은 참정권의 내용으로서 모든 국민에게 법률이 정하는 바에 따라

140) 헌재 1994. 7. 29, 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 28-30.

선거권을 부여하고 있는데, 선거권이 제대로 행사되기 위하여는 후보자에 대한 정보의 자유 교환이 필연적으로 요청된다 할 것이므로, 선거운동의 자유는 선거권 행사의 전제 내지 선거권의 중요한 내용을 이룬다고 할 수 있다. 그러므로 선거운동의 제한은 선거권, 곧 참정권의 제한으로도 귀결된다.

민주적 의회정치의 기초인 선거는 본래 자유로워야 하는 것이지만 그것은 동시에 공정하게 행하여지지 아니하면 아니된다. 금권, 관권, 폭력 등에 의한 타락선거를 방지하고, 무제한적이고 과열된 선거운동으로 말미암아 발생할 사회경제적 손실과 부작용을 방지하고, 실질적인 선거운동의 기회균등을 보장하기 위하여는 선거의 공정성이 확보되어야 한다. 선거의 공정성 확보를 위하여는 어느 정도 선거운동에 대한 규제가 행하여지지 않을 수 없고, 이는 곧 선거운동의 자유를 제한하는 셈이 되므로 기본권제한의 요건과 한계에 따라야 한다. 그러므로 우리 헌법상 선거운동의 자유도 다른 기본권과 마찬가지로 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안·전보장·질서유지·공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로 제한할 수 있되, 다만 선거운동의 자유에 대한 본질적 내용은 침해할 수 없다.

한편 헌법 제116조 제1항은“선거운동은 각급 선거관리위원회에 의하여 법률이 정하는 범위 안에서 하되, 균등한 기회가 보장되어야 한다”라는 별도의 규정을 두고 있다. 그러나 이 규정의 의미를 선거운동의 허용범위를 아무런 제약 없이 입법자의 재량에 맡기는 것으로 해석하여서는 아니된다. 오히려 위에서 본 바와 같이 선거운동은 국민주권 행사의 일환일 뿐 아니라 정치적 표현의 자유의 한 형태로서 민주사회를 구성하고 움직이게 하는 요소이므로 그 제한입법에 있어서도 엄격한 심사기준이 적용된다 할 것이다.

민주정치는 선거를 바탕으로 유지·발전되는 것이고, 선거는 국민의 자유로운 의사결정과 후보자들의 공정한 경쟁을

통하여 훌륭한 대표자를 선출하는 것을 그 이상으로 한다. 따라서 입법자는 선거에 관한 입법을 함에 있어서 위와 같은 선거의 이상이 실현될 수 있도록 선거의 공정성을 크게 해치지 아니하는 한 국민의 선거운동의 자유를 최대한 보장하여야 하고, 그 시대에 있어서의 국민총체의 정치·사회발전 단계, 민주시민의식의 성숙도, 종래에 있어왔던 선거풍토 기타 제반상황을 종합하여 자유·공정의 두 이념이 슬기롭게 조화되도록 정하여야 한다.

이러한 헌법재판소의 선거운동에 관한 기본적인 입장을 좀 더 자세히 살펴보면 선거운동의 자유를 원칙으로 하고, 그 제한원리로서 선거의 공정을 들고 있다고 할 수 있을 것이다.¹⁴¹⁾ 특히 헌법재판소는 “선거에 있어 자유와 공정은 반드시 상충관계에 있는 것만이 아니라 서로 보완하는 기능도 함께 가지고 있기 때문에 더욱 그러하다. 국민 일반의 선거에 관한 자유로운 의견교환과 토론의 기회가 폭 넓게 보장될 때 오히려 금권 및 관권의 개입여지가 상대적으로 적어져 공명선거가 이룩될 수 있는 것이다. 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 있는 것”임을 분명하게 실시하면서 선거운동의 자유와 공정성간의 구체적인 관계를 밝힌 바 있다.¹⁴²⁾

141) 1994년 3월의 『공직선거 및 선거부정방지법』 제정 이전에는 구 대통령선거법 제35조(“선거운동은 이 법에 규정된 이외의 방법으로서는 이를 할 수 없다.”) 및 구 국회의원선거법 제40조(“선거운동은 이 법에 규정된 방법 이외의 방법으로서는 이를 할 수 없다.”)의 규정에 의해서 선거운동은 제한적으로 허용되는 것이 원칙이었다. 이러한 시기의 헌법재판소 결정례로는 “우리 선거법은 제40조에서 선거운동을 포괄적으로 제한한 후 예외적으로 몇가지 적시하는 선거운동만을 허용하고 있는데 그 예외의 범위마저 그 지역 입후보자에게 균등한 기회와 자유를 보장하지 않는다면 공정한 선거가 이룩될 수 없고 부정한 방법이 동원되는 선거가 될 우려가 있”다는 것이 있었다. 헌재 1992. 3. 13. 92헌마37 등, 판례집 4, 137, 145-146.

142) 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 38.

1. 선거운동의 규제의 기본원칙: 선거의 자유 보장

위에서 언급한 바와 같이 헌법재판소는 선거운동의 자유를 널리 선거과정에서 자유로이 의사를 표현할 자유의 일환이므로 보아 표현의 자유의 한 태양으로 인정한다. 표현의 자유, 특히 정치적 표현의 자유는 선거과정에서의 선거운동을 통하여 국민이 정치적 의견을 자유로이 발표·교환함으로써 비로소 그 기능을 다하게 된다 할 것이므로 선거운동의 자유는 헌법에 정한 언론·출판·집회·결사의 자유 보장규정에 의한 보호를 받게 된다는 것이다. 또한 헌법재판소는 우리 헌법은 참정권의 내용으로서 모든 국민에게 법률이 정하는 바에 따라 선거권을 부여하고 있는데, 선거권이 제대로 행사되기 위하여는 후보자에 대한 정보의 자유 교환이 필연적으로 요청된다 할 것이므로, 선거운동의 자유는 선거권 행사의 전제 내지 선거권의 중요한 내용을 이룬다고 할 수 있으므로 선거운동의 제한은 선거권, 곧 참정권의 제한으로도 귀결된다는 입장을 가지고 있으며 이러한 입장은 이후에도 지속적으로 확인된다.¹⁴³⁾ 즉 헌법재판소는 표현의 자유와 참정권의 보장의 맥락에서의 선거의 자유를 보장을 선거운동의 규제의 기본원칙으로 제시하고 있다고 할 수 있을 것이다.

이러한 헌법재판소의 입장은 “대의제민주정치는 주권자인 국민이 정치과정에 참여하는 기회가 가능한 한 폭넓게 보장될 것을 요구한다. 따라서 국민의 주권행사 내지 참정권행사의 의미를 지니는 공식선거과정에서의 참여행위와 특히 **선거운동은 자유롭게 행하여질 수 있도록 최대한 보장**하여야 한다. 그리고 국민의 주권 행사에 있어서 표현의 자유는 핵심이 되는 기본권이므로 선거운동에 있어서 표현의 자유는 최대한 보장되어야 한다. 즉 후보자의 입장에서는 선거권자에게 자신을 자유롭게 알릴 수 있어야 하고, 선거권자의 입장에서는 후보자에 관한 정보에 자유롭게 접근할 수

143) 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 28-29; 헌재 1995. 4. 20. 92헌 바29등, 판례집 7-1, 499, 507; 헌재 2004. 4. 29. 2002헌마467, 판례집 16-1, 541, 550.

있어야 할 것”¹⁴⁴⁾ 등의 결정을 통해 지속적으로 확인해 볼 수 있으며, 최근의 “선거권의 제한은 불가피하게 요청되는 개별적·구체적 사유가 존재함이 명백할 경우에만 정당화될 수 있고, 막연하고 추상적인 위험이나 국가의 노력에 의해 극복될 수 있는 기술상의 어려움이나 장애 등을 사유로 그 제한이 정당화될 수 없다.”¹⁴⁵⁾이라는 결정은 그 요건에 대한 더욱 강화된 심사를 요구하려는 경향을 확인할 수 있다.

2. 선거운동의 제한원리: 선거의 공정성

그렇지만 헌법재판소는 “주권자인 국민이 선거과정에 폭 넓게 참여하고 올바르게 선거권을 행사하기 위하여는 기본적으로 선거운동은 자유로워야 한다. 여기서 자유롭다는 것은 누구나, 어떤 방법으로든, 언제든지 그의 뜻에 따라 선거운동을 할 수 있음을 뜻한다. 그러나 선거는 국민의 자유로운 의사결정과 후보자들의 공정한 경쟁을 통하여 훌륭한 대표자를 뽑는 것을 그 이상으로 하는 것이므로 자유로워야 할 뿐만 아니라 또한 공정하여야 한다.”¹⁴⁶⁾고 하여 선거의 자유의 원칙을 기본으로 하면서도 선거의 공정성에 기한 선거운동의 제한가능성을 열어두고 있다. 즉 “선거는 자유로워야 하지만 동시에 공정하게 행하여지지 않으면 안되며 선거의 공정성을 확보하기 위하여는 어느 정도 선거운동에 대한 규제가 행하여지지 않을 수 없다.”¹⁴⁷⁾는 것이다.

144) 헌재 1995. 5. 25. 93헌마23, 판례집 5-2, 221; 헌재 1996. 3. 28. 96헌마9, 판례집 8-1, 289, 305.

145) 헌재 2007. 6. 28. 2004헌마644, 판례집 19-1, 859, 860. 재외국민선거금지를 위헌으로 선언한 이 결정에 따라서 기존의 헌재 1996. 6. 26. 96헌마200, 판례집 8-1, 500; 헌재 1999. 1. 28. 97헌마253등, 판례집 11-1, 54; 헌재 1999. 3. 25. 97헌마99, 판례집 11-1, 218이 변경되었다.

146) 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 34-35면; 헌재 2001. 8. 30. 2000헌마121등, 판례집 13-2, 263 273-274면.

147) 헌재 1995. 5. 25. 93헌마23, 판례집 5-2, 221; 헌재 1996. 3. 28. 96헌마9, 판례집 8-1, 289, 305; 헌재 2004. 4. 29. 2002헌마467, 판례집 16-1, 541, 548면 등.

이에 따라서 선거운동의 자유가 일반적인 기본권제한의 요건과 한계에 따라 제한될 수 있음을 인정하고 있다. 그렇지만 특히 헌법 제116조 제1항과의 관계에 있어서 선거운동의 규제에 대한 입법자의 입법형성권의 범위에 관해서는 오히려 그 제한에 있어서의 엄격한 심사기준의 적용원칙을 제시한 바 있음은 앞에서 살펴본 바와 같다.

제 3 절 선거운동의 주체

I. 선거운동 주체에 대한 제한의 기본원칙

헌법재판소는 선거운동을 할 수 있는 자의 범위와 관련하여, “정당·후보자·선거사무장·선거연락소장·선거운동원 또는 연설원이 아닌 자는 선거운동을 할 수 없다.”고 규정한 (구)대통령선거법 제36조 제1항 본문의 위헌여부를 검토하면서 다음과 같이 판시한 바 있다.

선거의 공정성을 확보하기 위하여 선거운동을 할 수 있는 주체를 제한할 수 있다 하더라도 그 제한은 최소한이어야 하고, 선거권을 가진 일반국민이 선거운동을 자유롭게 할 수 있도록 하여야 함은 국민주권의 원칙상 당연한 요청이다. 그럼에도 위 법률조항은 원칙적으로 전 국민에 대하여 선거운동을 금지한 다음 후보자의 가족, 정당이나 후보자에 의하여 선임되어 선거관리위원회에 신고된 극소수의 선거관계인들만이 선거운동을 할 수 있게 하고 있다.

법은 선거운동의 기간을 제한하고 있고(제34조), 법정 선거운동방법 외의 일체의 선거운동을 금지하고 있으면서(제35조) 개개의 선거운동방법에 대하여도 상세히 규제하고 있다(제43조 내지 제78조). 또한 제7장에서는 선거비용을 제한하고 있으며, 제141조 내지 제144조에서 금권의 개입을 봉쇄하는 규정을, 제147조 내지 제150조, 제154조 내지 제156

조에서 권력 기타 물리적인 불법행동을 저지하는 규정을, 제159조 내지 제161조의2에서 허위사실유포 등을 처벌하는 규정을 각 두고 있다. 이러한 규정들만으로도 그 법집행을 충실히 한다면 공정선거를 이루는 데 부족함이 없다 할 것인데도 이에 더하여 일반국민의 선거운동을 포괄적으로 금지한 것은 필요한 최소한도에 그쳐야 한다는 기본권제한의 원칙에 위배된 것이라 아니할 수 없다.

선거의 공정성도 중요한 공익임에는 틀림없지만 주권자인 국민의 정치적 표현의 자유 또한 민주주의에서는 높은 가치를 지닌 기본권이다. 선거운동에 대한 지나친 규제는 기득권자의 기득권을 옹호하는 반면, 지명도가 낮은 신참 후보자의 진출을 억제하는 부작용을 낳기 쉽고, 규제와 처벌에 치우친 선거법은 모든 유권자와 후보자를 잠재적인 범법자로 만들어 선거 후 법적 처리의 차별성을 통해 정치적으로 악용될 위험성을 지닌다. 후보자와 유권자의 접촉이 차단되면 유권자는 후보자의 면면을 잘 모르는 상태에서 투표에 임하여 국민의 진정한 대표자를 선출하는 데 지장을 주며, 무관심한 가운데 투표가 치러지게 되어 투표율이 낮게 되는 요인이 된다. 이러한 사정들을 아울러 고려하여 볼 때 선거의 공정성이라는 공익이 선거운동의 형태로 나타나는 참정권, 정치적 표현의 자유 등 국민의 기본권을 전면적으로 희생하여도 좋을 만큼 우월하다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 그러한 희생의 대가가 치러진다 하여 바로 선거의 공정성이 확보된다는 보장도 없다.

그러므로 법 제36조 제1항 본문 및 그 별칙조항인 제162조 제1항 제1호 중 제36조 제1항 본문 부분은 입법형성권의 한계를 넘어 국민의 선거운동의 자유를 지나치게 제한함으로써 국민의 참정권과 정치적 표현의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것이므로, 헌법 제21조 제1항, 제24조의 각 규정에 위배되고, 나아가 헌법상의 국민주권주의 원칙과 자유선거의 원칙에도 각 위반되는 요소가 많은 규정이라 아니할 수

없다.148)

그렇지만 헌법재판소는 “대한민국 국민이 아닌 자라든가 미성년자와 같이 선거권이 없거나 일반국민들과는 달리 선거운동을 허용함으로써 선거의 공정성을 해칠 우려가 있는 일정 범위의 사람 즉, 공익을 대표하는 사람, 직무의 성질상 정치적 중립성이 요청되는 사람 등에게는 선거운동이 허용되어서는 아니 된다 할 것”이라 선언하면서, “**선거권이 없는 사람과 선거의 공정성을 해할 우려가 있는 일정 범위의 사람들에 대하여 선거운동을 금지하는 것은 합헌이라 할 것이고, 선거의 공정성을 해칠 우려가 없는 선거권을 가진 일반국민까지 선거운동을 금지하여 이들의 선거운동의 기회를 박탈하는 것은 헌법에 위반된다**”¹⁴⁹⁾는 판단을 내리고 있는데, 이는 헌법재판소의 선거운동 주체의 제한에 관한 가장 기본적인 입장으로 볼 수 있을 것이다.

II. 선거운동주체의 양적 규제

한편 헌법재판소는 선거사무원의 수를 제한한 공직선거법 제62조 제2항 제4호 및 제7호가 중증장애인인 지역구시·도의원선거 후보자 또는 지역자치구·시·군의원선거 후보자(이하 ‘이 사건 중증장애인 후보자’라 한다.)의 기본권을 침해할 가능성이 있는지 여부에 대하여 “중증장애인 후보자는 일상생활에서와 같이 선거운동에 있

148) 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 37-40. 그렇지만 헌법재판소는 “법 제36조 제1항 본문은 부분적으로 합헌적인 요소도 간직하고 있음을 간과할 수 없다.”면서, “선거권이 없거나 어떠한 사람에게 선거운동을 허용할 때 그 자체로서 선거운동의 공정성을 해칠 우려가 있다고 한다면 그러한 사람들에 대한 선거운동의 금지부분은 타당한 것이고, 그 해당 부분까지 위헌이라 할 수 없다.”고 판단하고, “법 제36조 제1항 본문 전체에 대하여 단순위헌결정을 하게 되면 이러한 일부 합헌적 부분까지 싸잡아 실효되게 되는 결과에 이르게 되어 위에서 지적한 선거권이 없는 사람과 정치활동이 금지된 공무원 등 일정 범위의 공익관련자들마저 선거운동을 할 수 있게 되어 오히려 선거의 공정성을 해칠 우려”에 기하여 헌법불합치 판단을 내린 바 있다.

149) 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 41.

어서도 활동보조인의 도움이 필수적이고, 이러한 활동보조인은 거동이 불편한 중증장애인 후보자의 손발이 되어 비장애인 후보자라면 직접 할 수 있는 행위, 즉 중증장애인 후보자의 물리적인 활동의 보조에 그 역할이 국한된다 할 것이므로, 활동보조인과 선거사무원은 그 역할과 기능이 본질적으로 달라서 공직선거법 제62조 제2항 제4호 및 제7호 상의 선거사무원에 활동보조인이 포함될 수 없음이 명백하고, 따라서 위 법률조항이 중증장애인 후보자의 경우에도 비장애인 후보자들과 동일하게 선거사무원의 수를 제한한다고 하여 이 사건 중증장애인 후보자인 청구인들의 평등권 등 기본권을 침해할 가능성이 없다.”고 판시한 바 있다.¹⁵⁰⁾ 이러한 입장은 선거운동주체의 숫자를 판단함에 있어서 실질적인 측면에 주안점을 두어, 선거운동에 참가하는 중증장애인 후보자의 활동보조인을 일반적인 선거사무원의 범주에서 제외하고 있는 것이라 할 수 있다. 소수자 및 사회적 약자의 보호라는 관점에 지극히 당연한 판단이라 할 수 있을 것이다.

Ⅲ. 국가 및 지방자치단체

헌법재판소는 국가 및 지방자치단체의 선거운동과 관련하여, “정치적 의사형성에 참여하는 국민의 권리는 선거권과 피선거권의 행사에만 제한되는 것이 아니라, 정치적 의사형성 및 여론형성의 끊임없는 과정에 참여하여 영향을 행사하는데 있으므로, 국가의 홍보활동은 국민의 여론형성을 위하여 필수적인 민주적 공개원칙의 중요한 요소이다. 따라서 국가기관의 홍보활동은 헌법적으로 허용될 뿐이 아니라 민주주의를 실현하기 위하여 요청되는 국가활동이다. 민주주의는 헌법에 의하여 형성된 국가질서에 대한 국민의 동의를 필요로 한다. 이러한 국민의 기본적 동의를 살아있도록 유지하는 것이 바로 국가홍보활동의 주된 과제이다. 국가가 그의 기관활동과 관련하여 국민에게 정책이나 중장기적 계획, 장래에

150) 헌재 2009. 2. 26. 2006헌마626, 판례집 21-1상, 211, 211.

해결해야 할 중요한 공동체의 문제 등을 설명하는 것이 홍보활동의 본질”이라면서도 “선거와 관련하여 국가 및 지방자치단체의 모든 기관은 그의 공적 기능을 이용하여 특정정당이나 특정인을 지지하거나 반대해서는 아니되며, 특히 선거운동을 통하여 유권자의 결정에 영향을 미쳐서는 아니된다. 지방자치단체의 기관이 편파적으로 특정정당이나 특정후보에게 유리하게 또는 불리하게 선거운동에 영향력을 행사한다면, 이는 선거에서의 국가의 중립의무와 기회균등의 원칙에 위반되기 때문이다. 따라서 국가기관이 공직선거에 있어서 편파적으로 영향력을 행사하는 것은 홍보활동의 형태로도 허용되지 않는다.”고 판시한 바 있다.¹⁵¹⁾

IV. 공무원 등의 선거운동

헌법재판소는 공무원의 선거운동을 금지하는 이유에 대해서 “공선법이 공무원의 선거운동을 금지하고 있는 이유는, 그들이 그 직을 그대로 유지한 채 선거운동을 할 수 있는 경우 자신들의 지위와 권한을 특정 개인을 위한 선거운동에 남용할 소지가 많게 되고, 자신의 선거운동에 유리한 방향으로 편파적으로 직무를 집행하거나 관련 법규를 적용할 가능성도 있는 등 그로 인한 부작용과 폐해가 선거결과에 지대한 영향을 미치게 될 것이기 때문인바, 선거의 형평성과 공정성을 보장하기 위하여 공무원들로 하여금 선거운동에 관여하지 못하도록 하는 것은 입법자의 불가피한 조치라고 할 것이므로, 이 사건 조항 1은 선거운동의 자유 등을 침해하거나 헌법에 위반되지 않는다.”고 판시한 바 있다.¹⁵²⁾

헌법재판소는 이러한 선거에서의 공무원의 정치적 중립의무의 실정법적 근거로서 “국민 전체에 대한 봉사자’로서의 공무원의 지위를 규정하는 헌법 제7조 제1항, 자유선거원칙을 규정하는 헌법 제41조 제1항 및 제67조 제1항 및 정당의 기회균등을 보장하는 헌법 제116조 제1항으로부터 나오는 헌법적 요청이다. 공선법 제9조

151) 헌재 1999. 5. 27. 98헌마214, 판례집 11-1, 675, 676-677.

152) 헌재 2008. 4. 24. 2004헌바47, 판례집 20-1상, 468, 468-469.

는 이러한 헌법적 요청을 구체화하고 실현하는 범규정”을 제시하면서 아울러 그 범위를 판정함에 있어서 “공선법 제9조의 ‘공무원’이란, 위 헌법적 요청을 실현하기 위하여 선거에서의 중립의무가 부과되어야 하는 모든 공무원 즉, 구체적으로 ‘자유선거원칙’과 ‘선거에서의 정당의 기회균등’을 위협할 수 있는 모든 공무원을 의미한다. 그런데 사실상 모든 공무원이 그 직무의 행사를 통하여 선거에 부당한 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있으므로, 여기서의 공무원이란 원칙적으로 국가와 지방자치단체의 모든 공무원 즉, 좁은 의미의 직업공무원은 물론이고, 적극적인 정치활동을 통하여 국가에 봉사하는 정치적 공무원을 포함한다. 다만, 국회의원과 지방의회의원은 정당의 대표자이자 선거운동의 주체로서의 지위로 말미암아 선거에서의 정치적 중립성이 요구될 수 없으므로, 공선법 제9조의 ‘공무원’에 해당하지 않는다. 따라서 선거에 있어서의 정치적 중립성은 행정부와 사법부의 모든 공직자에게 해당하는 공무원의 기본적 의무이다. 더욱이, 대통령은 행정부의 수반으로서 공정한 선거가 실시될 수 있도록 총괄·감독해야 할 의무가 있으므로, 당연히 선거에서의 중립의무를 지는 공직자에 해당하는 것이고, 이로써 공선법 제9조의 ‘공무원’에 포함된다.”고 보고 있다.¹⁵³⁾

이어서 같은 결정을 통해 “공선법 제9조는 ‘공무원은 선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위를 하여서는 아니 된다.’고 하여, 선거에서의 공무원의 중립의무를 실현하기 위하여 금지되어야 할 행위를 규정하고 있다. 구체적으로, 공선법 제9조는 ‘선거결과에 영향을 미치는 행위’를 위반행위로 규정하면서, 이에 대한 대표적인 예시로서 ‘선거에 대한 부당한 영향력의 행사’를 언급하고 있다. 따라서 대통령이 선거에서의 중립의무를 위반했는지의 여부는 무엇보다도 ‘선거에 대한 부당한 영향력의 행사’의 여부에 있다고 하겠고, 공직자가 공직상 부여되는 정치적 비중과 영향력을 국민 또는 주민 모두에 대하여 봉사하고 책

153) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 611-612.

임을 지는 그의 과제와 부합하지 않는 방법으로 사용하여 선거에 영향을 미친다면, 이는 선거에서 공무원에게 허용되는 정치적 활동의 한계를 넘은 것으로 선거에 부당한 영향력을 행사하는 것으로 보아야 한다. 따라서 공무원이 공직자의 지위에서 행동하면서 공직이 부여하는 영향력을 이용하였다면, 선거에 대한 부당한 영향력의 행사를 인정할 수 있는 것이고, 이로써 선거에서의 중립의무에 위반한 것”이라 판시한 바 있다.¹⁵⁴⁾

한편 공무원에 대하여 “선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위”를 금지하고 이를 위반하는 경우 형사처벌하는 공직선거및선거부정방지법 제86조 제1항 제2호와 제255조 제1항 제10호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)가 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되는지와 이 사건 법률조항이 비례의 원칙에 위배하여 청구인의 정치적 표현의 자유를 제한하고 있는지 그리고 이 사건 법률조항이 평등의 원칙에 위배되는지에 대하여, 각각 “이 사건 법률조항은 공무원이 선거운동의 효율적 수행을 위한 일체의 계획 수립에 참여하는 행위 또는 그 계획을 직접 실시하거나 실시 관하여 지시·지도하는 행위를 함으로써 선거에 영향을 미치는 것을 금지하며, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이면 그 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지를 충분히 알 수 있으므로 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.”고 하고 이어 “이 사건 법률조항은 소위 관권선거나 공적 지위에 있는 자의 선거 개입의 여지를 철저히 불식시킴으로써 선거의 공정성을 확보하기 위하여 공무원에 대하여 선거에 영향을 미치는 행위까지 금지하고 있는바 그 입법목적의 정당성과 수단의 적정성이 인정되며, 선거의 공정성과 형평성을 확보하고 업무전념성을 보장하기 위하여 선거운동이 금지되는 공무원에 대하여 선거운동의 기획에 참여하는 행위 등을 금지하는 것은 당연한 귀결이라고 볼 수 있다. 선거운동 참여시 특히 폐해가 심할 것으로 명백히 예상되는 공무원에 대하여 선거운동의

154) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 638-639.

기획에 참여하는 행위 등을 금지함으로써 정치적 표현의 자유 중 일부인 선거운동의 자유를 제한하였다고 하여 그로 인해 보호되는 공익과 제한되는 기본권 사이에 현저한 불균형이 있다고는 볼 수 없다.”면서 “국회의원과 지방의회의원은 선거에서의 정치적 중립의 무가 요구되지 않으므로 선거운동이 금지되는 주체에서도 제외되나, 지방자치단체 장은 선거에서의 정치적 중립성이 엄격히 요구됨에 따라 선거운동이 금지된다. 이 사건 법률조항에서 국회의원과 지방의회의원을 선거에 영향을 미치는 행위가 금지되는 주체에서 제외하면서 지방자치단체 장을 제외하지 않은 것은 선거에서 정치적 중립의무가 요구되는 정도에 따른 것이므로 합리적인 근거 없는 차별로서 평등원칙에 위배된다고 볼 수 없다.”고 판시한 바 있다.¹⁵⁵⁾

아울러 선거범죄를 범하여 형사처벌을 받은 공무원에 대하여 일정한 신분상 불이익을 가하는 규정 자체의 정당성에 관하여는 “선거의 공정성을 확보함과 동시에 공직사회에 대한 국민의 신뢰를 제고하기 위한 법적 조치로서, 그 경우에 구체적으로 어떠한 선거범죄로 어떤 종류의 형벌을 얼마만큼 선고받은 자에 대하여 어느 정도의 신분상 불이익을 가할 것인가는 그 나라의 역사와 정치문화, 선거풍토와 선거문화의 수준 등을 고려하여 입법자가 결정할 문제”라고 판시한 바 있다.¹⁵⁶⁾

공무원의 선거운동 금지는 공무원 자신이 직접 출마한 경우뿐만 아니라 공무원의 배우자가 출마한 경우에도 마찬가지로 적용이 된다고 할 수 있는데, 즉 공직선거법 제60조 제1항 제4호 중 ‘예비후보자의 배우자인 공무원에 대하여 선거운동을 금지하는 부분’(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 선거운동의 자유를 과도하게 침해하는 것인지 여부에 대하여 헌법재판소가 “이 사건 법률조항의 입법목적은 공무원직에 있는 자가 장기간 선거운동을 수행하는 것을 금지함으로써 공직의 정치적 중립성에 관한 일반인의 신뢰 및 선

155) 헌재 2005. 6. 30. 2004헌바33, 판례집 17-1, 927, 927-928.

156) 헌재 2005. 10. 27. 2004헌바41, 판례집 17-2, 292, 292; 헌재 2008 4. 24. 2006헌바43, 판례집 20-1상, 522도 같은 의견이다.

거의 공정성을 보호하기 위함이다. 공직선거법은 예비후보자가 배우자 대신 그의 직계존·비속 중에서 선거운동을 수행할 자를 신고할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 배우자가 공무원인 예비후보자는 그의 배우자를 대신하여 직계 존·비속 중에서 공무원이 아닌 자 1인을 신고하여 선거운동을 하도록 할 수 있다. 이와 같이 법은 예비후보자의 배우자가 공무원인 경우 배우자인 공무원의 선거운동을 금지하면서도 예비후보자가 다른 직계가족을 선거운동을 할 사람으로서 지정하여 신고한 경우에는 해당 다른 직계가족이 배우자에게 허용된 선거 등을 할 수 있도록 함으로써 그 기본권 제한의 정도를 최소화하고 있다. 따라서 청구인의 선거운동의 자유를 침해한 것이라 할 수 없다”고 판시함으로써 공무원인 배우자의 선거운동금지의 정당성을 확인한 바 있다.¹⁵⁷⁾

한편 헌법재판소는 초·중등학교의 교육공무원의 정당가입 및 선거운동을 금지하고 있는 정당법 제6조 단서 제1호 및 공직선거및선거부정방지법(이하 ‘공선법’이라 한다) 제60조 제1항 제4호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)에 의해 대학교원의 정당가입 및 선거운동의 자유를 허용하면서도 초·중등학교의 교원에 대하여는 이를 금지함으로써 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부에 대해서는 “이 사건 법률조항이 청구인들과 같은 초·중등학교 교원의 정당가입 및 선거운동의 자유를 금지함으로써 정치적 기본권을 제한하는 측면이 있는 것은 사실이나, 공무원의 정치적 중립성 등을 규정한 헌법 제7조 제1항·제2항, 교육의 정치적 중립성을 규정한 헌법 제31조 제4항의 규정취지에 비추어 보면, 감수성과 모방성 그리고 수용성이 왕성한 초·중등학교 학생들에게 교원이 미치는 영향은 매우 크고, 교원의 활동은 근무시간 내외를 불문하고 학생들의 인격 및 기본생활습관 형성 등에 중요한 영향을 끼치는 잠재적 교육과정의 일부분인 점을 고려하고, 교원의 정치활동은 교육수혜자인 학생의 입장에서는 수업권의 침해로 받아들여질 수 있다는 점에서 현 시점에서는 국민의 교육기본권을 더욱 보장함으로써

157) 헌재 2009. 3. 26. 2006헌마526, 판례집 21-1상, 622, 622-623.

언을 수 있는 공익을 우선시해야 할 것이라는 점 등을 종합적으로 감안할 때, 초·중등학교 교육공무원의 정당가입 및 선거운동의 자유를 제한하는 것은 헌법적으로 정당화될 수 있다.”고 판시하였다.¹⁵⁸⁾

그 밖에도 국민건강보험공단의 직원에 대한 선거운동 금지가 정당한 차별에 해당하는가에 대해서는 “국민건강보험공단은 전국적 규모의 방대한 조직을 가지고 있고, 건강보험 가입자 등 약 4,700만명(그 중 선거권자는 약 3,700만명)을 그 대상으로 관리하는 등 공익적 업무를 담당하고 있으므로 그 구성원들이 각종 선거에서 특정 후보자를 위한 선거활동을 할 수 있도록 허용할 경우 국민 전체가 아닌 특정 집단의 이익만을 도모하는 방향으로 업무를 수행하거나 관련 업무의 집행에 대하여 부당한 영향력을 가할 우려가 있고, 공단의 전반적인 업무를 보건복지부 장관이 관장하도록 규정하고 있는 점에 비추어 행정부의 영향력 아래 있는 공단의 직원이 선거운동에 직접 참여하는 방법으로 정치활동을 하는 것은 자칫 행정부가 간접적으로 선거에 관여하는 결과를 초래하여 공단의 정치적 중립성을 훼손하게 되며, 건강보험 가입자와 그 피부양자에 대한 구체적 정보를 지득하고 있어 만일 이들에게 직접 선거운동에 참가하도록 허용할 경우 위와 같은 막대한 정보를 유출하

158) 헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710, 판례집 16-1, 422, 423. 한편 동 결정에서 초·중등교원과 대학 교원간의 차별적 취급에 대한 평등권 침해여부 심사에서는 “현행 교육법령은, 초·중등학교의 교원 즉 교사는 법령이 정하는 바에 따라 학생을 교육하는 자이고(교육기본법 제9조, 초·중등교육법 제20조 제3항), 반면에 대학의 교원은 학생을 교육·지도하고 학문을 연구하되 학문연구만을 전담할 수 있다(고등교육법 제15조 제2항)고 하여 양자의 직무를 달리 규정하고 있다. 뿐만 아니라, 초·중등학교의 교육은 일반적으로 승인된 기초적인 지식의 전달에 중점이 있는데 비하여, 대학의 교육은 학문의 연구·활동과 교수기능을 유기적으로 결합하여 학문의 발전과 피교육자인 대학생들에 대한 교육의 질을 높일 필요성이 있기 때문에 대학교원의 자격기준도 이와 같은 기능을 수행할 수 있는 능력을 갖출 것이 요구된다. 그렇다면 초·중등학교 교원에 대해서는 정당가입과 선거운동의 자유를 금지하면서 대학교원에게는 이를 허용한다 하더라도, 이는 양자간 직무의 본질이나 내용 그리고 근무태양이 다른 점을 고려할 때 합리적인 차별이라고 할 것이므로 청구인이 주장하듯 헌법상의 평등권을 침해한 것이라고 할 수 없다.”고 판시하였다. 같은 곳, 423-424면.

여 전국적 규모의 방대한 조직과 함께 선거에 이용할 가능성이 크다 할 것이므로 이 사건 법률조항이 정한, 그 직원들에 의한 선거운동의 금지에 대하여 목적의 정당성이 인정된다.”면서 “국민건강보험공단의 직원에 대하여 정치적 활동을 전면적으로 금지하는 것이 아니라 정치적 활동중에서 당선 또는 낙선을 위한 직접적인 활동(즉, 선거운동)만을 부분적으로 금지하고 있는 것이므로, 선거운동이외의 선거에 관한 의견개진, 입후보와 선거운동을 위한 준비행위, 공천과 관련된 활동, 통상적인 정당활동은 허용되고 있으므로 이러한 틀 안에서 국민건강보험공단의 직원에 대하여 선거운동의 금지를 규정한 것이 선거의 공정성 확보라는 입법목적을 위해 필요한 상당성의 범위를 넘었다고 보기 어려우며 일정 범위 내에서는 자유롭게 자신의 정치적인 의사를 표현할 자유를 누리고 있다고 할 것이므로 선거운동의 자유의 본질적인 내용을 침해하였다고 보기도 어렵다.”고 판단하는 한편, “공직선거법이 과거 우리나라 선거 역사를 얼룩지게 한 관권 등에 의한 불법·타락선거로부터 선거의 공정성을 지키기 위하여 제정된 경위에 비추어 볼 때 선거운동의 주체·방법·태양·기간을 어떻게 규율할 것인지는 선거전문가들의 집단이라고 할 수 있는 입법부의 재량에 맡겨야 하고, 그것이 명백히 재량권의 한계를 벗어난 자의적인 입법이 아닌 한 국회의 입법형성 자유를 존중하여야 한다.”면서 “국민건강보험공단 직원의 업무가 일반 보험회사의 직원이 담당하는 보험업무와 내용상 크게 다르지 않다 하더라도 그 신분상의 특수성과 조직의 규모, 개인정보 지득의 정도, 선거개입시 예상되는 부작용 등이 사보험업체 직원이나 다른 공단의 직원의 경우와 현저히 차이가 나는 이상 위와 같은 선거운동의 금지는 정당한 차별목적을 위한 합리적인 수단을 강구한 것으로서 합헌”이라 판시한 바 있다.¹⁵⁹⁾

V. 단체의 선거운동

159) 헌재 2004. 4. 29. 2002헌마467, 판례집 16-1, 541, 541-543.

헌법재판소는 정당 이외의 단체의 선거운동을 금지하는 현행 법규의 정당성을 긍정하고 있다고 할 수 있다. 즉 “공직선거에 있어서 후보자를 추천하거나 이를 지지 또는 반대하는 등 선거활동(選舉活動)을 함에 있어서 ‘정당’과 ‘정당이 아닌 기타의 단체’에 대하여 그 보호와 규제를 달리한다 하더라도 이는 일응 헌법에 근거를 둔 합리적인 차별이라 보아야 할 것이고, 따라서 정당이 아닌 단체에게 정당만큼의 선거운동이나 정치활동을 허용하지 아니하였다 하여 곧 그것이 그러한 단체의 평등권이나 정치적 의사표현의 자유를 제한한 것이라고는 말할 수 없는 점, 공직선거및선거부정방지법 제87조는 단체에 대하여 특정 정당이나 후보자에 대한 명시적인 지지나 반대 등의 행위만 금지하고 있을 뿐 단체의 정치적 의사표현의 자유를 더 제한한 것은 아니고 위 법 제81조와 제82조에서 단체가 후보자들에 대한 객관적 평가에 접할 기회를 보장함으로써 그 자신의 정치적, 정책적인 의견개진 등에 있어서 참고로 할 정보수집의 기회를 주고 있는 점, 위 법은 유권자인 개인(국민)과 정당에 대하여도 그 선거운동의 주체·방법·기간 및 비용의 측면에서 여러가지 까다로운 규제를 하고 있는데, 개인(국민)과는 달리 선거권과 피선거권이 없으며 정당과는 달리 헌법상 그 지위와 활동에 관하여 특별한 보호나 보장을 받지 못하는 일반 단체에게 공직선거에 있어서 특정 정당이나 후보자에 대한 지지·반대 등의 선거운동을 허용한다면, 이는 개인(국민)과 정당의 선거운동에 관한 규제와의 사이에 균형이 맞지 않는 점, 오늘날 우리 나라의 기존 정당들이 국민의 정치·경제·사회·문화적 욕구를 제대로 충족시켜 주지 못한다 하더라도, 그것이 곧 정당 아닌 각종 시민단체나 사회단체에게 정당과 같은 정도의 정치활동이나 선거운동을 허용할 합리적인 이유는 될 수 없는 점 등을 모두 종합하여 보면, 단체의 선거운동 금지를 규정한 위 법 제87조가 청구인들의 평등권이나 정치적 의사표현의 자유의 본질적인 내용을 침해하였거나 이를 과도하게 제한한 것이라고 보기 어렵다.”고 판시한 바 있다.¹⁶⁰⁾

160) 헌재 1995. 5. 25. 95헌마105, 판례집 7-1, 826, 826-827. 이 사건에 대한 평석으로는 정재황, “단체의 선거운동금지규정에 대한 합헌결정” 법률신문 2435호,

이러한 입장은 노동조합의 선거운동 금지에 대해서도 관철되고 있다고 할 수 있다. 즉, “우리 헌법은 모든 국민에게 결사의 자유(제21조)를 보장하면서 결사의 한 형태인 노동조합에 관하여는 일반 단체와는 다른 특별한 보호와 규제를 하고 있다(제33조). 노동조합은 ‘근로자들이 자주적으로 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모할 목적으로’ 하는 단체이고, 또 그러한 목적수행에 필요한 조직을 갖추고 있는 반면에, 헌법 제21조에서 규정하고 있는 단체는 그 설립목적이 노동조합과는 다르고 그 조직이 헌법에 규정된 것도 아니며, 그러한 조직을 형성할 의무가 있는 것도 아니다. 따라서 공직선거에 특정 정당이나 후보자를 지지·반대하거나 지지·반대할 것을 권유하는 선거운동을 함에 있어서 ‘각종 단체’를 ‘노동조합’에 비교하여 차별 취급을 한다고 하더라도, 이는 헌법에 근거를 둔 합리적인 차별로 보아야 하므로, 노동조합이 아닌 단체에 대하여 선거운동을 허용하지 아니한 것은 헌법상의 선거운동의 균등보장규정 및 평등원칙에 위반된다고 할 수 없다.”는 것이다.¹⁶¹⁾

그 밖에도 선거운동으로서 2인을 초과하여 거리를 행진하는 행위 및 연달아 소리지르는 행위를 금지하는 공직선거및선거부정방지법 제105조 제1항(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정되고, 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다) 제1호와 제3호(이하 ‘이 사건 행진 및 연호조항’이라 한다)이 선거운동의 자유를 침해하는지 여부 및 선거운동으로서 2인을 초과하여 다수의 선거구민에게 인사하는 행위를 금지하는 이 사건 법률조항 제2호(이하 ‘이 사건 인사조항’이라 한다)가 선

1995. 9., 14-15면 참조.

161) 현재 1999. 11. 25. 98헌마141, 판례집 11-2, 614, 614. 이에 대하여 “오늘날 다원적 민주주의에서는 모든 사회적 세력들이 대립과 경쟁, 조화와 타협을 통하여 공익을 추출·형성하는 민주적 정치의사형성과정이 매우 중요하다. 따라서 모든 사회단체에 선거운동을 금지하면서 노동조합에게만 예외적으로 이를 허용하는 것은 평등원칙에 위반됨은 물론, 노동조합이 일반 결사 및 단체와는 다른 법적 지위를 가지고 있다는 점만으로는 노동조합을 다른 단체와 다르게 취급할 정당한 사유가 있다고 볼 수 없다.”는 2인의 반대의견이 있었다.

거운동의 자유를 침해하는지 여부에 대해서 헌법재판소는 “후보자들 간의 치열한 경쟁이 전개되는 선거의 현실에서 행진과 연호행위를 무제한으로 허용할 경우 선거운동의 부당한 경쟁을 초래하여 후보자들 간의 경제력의 차이에 따른 불균형이 두드러지게 될 뿐만 아니라 무분별한 흑색선전으로 인하여 선거의 평온과 공정성이 심각한 위협을 받게 될 것이고, 법이 정한 여타의 금지규정을 회피하는 수단으로까지 이용되는 등 폐해가 발생할 우려가 큰 자명하므로 이에 대한 적절한 제한은 참된 의미의 선거의 자유와 공정을 보장하기 위한 제도적 장치로서의 의미를 가지므로 이 사건 행진 및 연호조항은 헌법에 위반되지 않는다.”고 보고, 또 “이 사건 인사조항은 다수에 의하여 발생하는 시민의 통행권과 평온한 사생활에 대한 침해를 방지함으로써 질서를 유지하고, 무분별한 경쟁으로 인한 후보자들 간의 선거의 자유와 공정의 보장을 도모하여 선거관계자를 포함한 선거구민 내지는 국민 전체의 공동이익을 위하는 것으로서 그 입법목적의 정당성이 인정된다. 인사행위에 참여하는 선거운동원의 수를 무제한으로 허용할 경우 주민이나 행인들의 통행을 방해하고 소음으로 말미암아 생활의 평온을 해치며 선거운동이 과열될 수 있으므로, 인사행위자를 일정하게 제한하면 이러한 폐해를 막을 수 있고, 제한없는 다수에 의한 인사행위가 가능해지면 당해 운동원들이 인사 이후 이동하거나 인사말을 연이어 함으로써 행진이나 연호행위를 하는 것과 같은 효과를 얻을 수 있어 금지규정을 회피하는 수단으로 사용될 수 있으므로, 인사행위에 대한 참여자의 수를 제한하면 이러한 금지된 행위로 변질되는 폐해 역시 방지할 수 있다. 이와 같이 인사행위에 대한 인원수의 제한을 완화하는 경우 탈법행위를 방지하기가 어려워지고 입법목적의 달성에 차질이 있을 수 있다면, 이 사건 인사조항에 의하여 생길 기본권의 제한이 반드시 필요한 범위를 넘어 선거운동의 자유를 제한하고 있다고 볼 수 없다.”고 판시한 바 있다.¹⁶²⁾

162) 헌재 2006. 7. 27. 2004헌마215, 판례집 18-2, 200, 200-201면. 이러한 다수의 견에 대해서는 “우선 선거운동 방해행위를 규제하면서 후보자가 함께 있는 경우와 그렇지 않은 경우를 구분하여 다수인의 범위를 다르게 규정하는 부분은

VI. 선거운동과 정당제도

헌법재판소는 대의제민주주의에 바탕을 둔 우리 헌법의 통치구조에서 선거제도는 국민의 주권행사 내지 참정권행사의 과정으로서 국가권력의 창출과 국가 내에서 행사되는 모든 권력의 최후적 정당성을 국민의 정치적인 합의에 근거하게 하는 통치기구의 조직원리이므로, 이에 따라서 선거제도에 있어서 모든 국민이 평등하게 참여할 수 있는 기회를 보장하는 것은 필수 불가결한 요소로 보는 한편, 특히 우리 헌법이 평등선거의 원칙(제41조 제1항, 제67조 제1항)을 규정하는 동시에, 평등선거 원칙의 핵심적 내용은 선거운동의 기회균등 보장(제116조 제1항)을 별도로 명문화하고 있음을 분명히 하면서도, 정당에 대한 특별한 취급을 어느 정도 용인하는 입장을 취하고 있다.

즉, “우리 헌법은 정당제민주주의를 바탕으로 하여 정당설립의 자유를 규정함으로써(제8조 제1항) 정당활동의 자유를 포함한 정당의 자유를 광범위하게 보장하고 있으며, 이에 따라 정당법은 ‘정당은 헌법과 법률에 의하여 활동의 자유를 가진다’(제30조)고 규정함으로써 이를 구체화하고 있다. 그러므로 헌법상 선거운동의 기

수단의 적절성과 합리성을 인정하기 어렵다. 다음에 후보자와 선거운동원이 선거운동을 하기 위하여 행진·인사·연호하는 행위를 금지시키는 이유를 알 수 없다. 그러한 행위가 선거의 공정성을 해친다고 보기 어렵다. 그러한 행위가 선거비용을 증대시킨다고 하더라도 선거운동비용의 총액을 제한하면 충분할 것이므로, 선거운동비용을 규제하기 위하여 선거운동행위를 구체적으로 열거하여 금지시킬 필요가 있다고 보기 어렵다. 그러한 행위로 인하여 주민들의 일상생활에 다소간 불편이 초래된다고 하더라도 그러한 불편은 선거의 중요성에 비추어 국민들이 감수하여야 한다. 따라서 입법목적의 정당성을 인정하기 어렵다. 더 나아가 선거는 국민주권의 행사방법이므로 국민들이 선거의 주체로서 주권을 올바르게 행사하기 위하여 스스로 선거운동하는 자유도 국민주권의 내용에 포함된다고 보아 적극적으로 보장하여야 한다. 후보자나 선거운동원이 아닌 국민들의 선거운동을 허용하면 선거가 과열되기 쉽다고 하지만, 오히려 선거의 중요성을 고양시키기 위하여 주권행사의 기회와 분위기를 고조시킬 필요가 있다. 이 사건 법률조항이 모든 국민을 수범자(受範者)로 하여 선거운동의 자유를 제한하고 있는 부분도 재검토되어야 한다.”는 1인의 반대의견이 있었다.

회균등 원칙은 무소속후보자를 포함한 모든 후보자에게 균등한 선거운동의 기회를 부여하고 불합리한 차별을 받지 않도록 보장하는 것이라고 할 것이나, 위에서 본 정당제도와 관련하여 정당의 본질적 기능과 기본적 활동을 보장하기 위한 합리적이고 상대적인 차별은 허용된다 할 것”이라 판시한 바 있다.¹⁶³⁾

좀 더 구체적인 맥락에서의 결정으로는 “헌법상의 정당제도의 취지를 고려할 때 비록 선거운동기간 전이라도 정당이 소속당원의 훈련연수 등의 형태로 당원교육을 실시하고 당원을 모집하거나 입당원서를 배부하는 것은 정당의 본연의 활동영역에 속한다고 볼 것이므로, 정당소속 후보자에게는 선거기간중이 아닌 동안에도 위와 같은 활동에 의하여 자신을 알릴 기회를 가지는 반면에 무소속 후보자는 선거법(選舉法) 제254조 제2항 제4호로 인하여 선거운동기간이 아닌 한 선거를 위하여 조직을 활용할 수 있는 기회가 배제된다 하여도, 이러한 사정이 무소속 후보자를 정당소속 후보자와 차별하는 것이라고는 할 수 없다.”¹⁶⁴⁾고 하여 정당 본연의 활동영역에 속하는 부분으로 인해 누리게 되는 상대적으로 선거지형상의 유리함은 무소속 후보자들이 감내해야 하는 부분이라 보고 있는 것을 확인해 볼 수 있다.

제 4 절 선거운동의 방법

I. 선거운동의 제한 개관

헌법재판소는 1994년 과거 포괄적, 원칙적인 금지 하에 제한적으로만 허용되던 선거운동의 양상을 원칙적으로 자유로운 선거운동을 가능하게 만드는 데 결정적으로 기여하였다고 할 수 있다. 즉 당시의 (구)대통령선거법에 대하여 헌법재판소는,

163) 헌재 1996. 3. 28. 96헌마9, 판례집 8-1, 289, 304-305; 헌재 1996. 8. 29. 96헌마99, 판례집 8-2, 199, 206-207.

164) 헌재 1995. 11. 30. 94헌마97, 판례집 7-2, 677, 678.

“국민의 자유의사에 의하여 대통령을 공정히 선거함으로써 민주정치의 발전에 기여함을 목적으로”(제1조) 제정된 것으로, 제6장 선거운동의 장에서 선거운동의 기간, 방법, 주체에 관한 제한들을 규정하고 있다.

법은 제33조에서 제6장 전체에 사용되는 개념으로서 금지 및 벌칙조항의 전제가 되는“선거운동”의 개념을“당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위”라고 한 다음, 이 사건 심판의 대상인 제34조에서는 선거운동의 기간을 제한하고 있으며, 제35조에서는“선거운동은 이 법에 규정된 이외의 방법으로는 이를 할 수 없다”고 하여 선거운동방법에 관한 포괄적 제한규정을 두고, 이 사건 심판의 대상인 제36조 제1항 본문에서는 정당·후보자·선거사무장·선거연락소장·선거운동원 연설원(이하 이들을 포괄하여“선거관계자”라 한다)이 아닌 자의 선거운동을 원칙적으로 금지하고 있다. 같은 조 제2항, 제3항, 제4항은 선거관계자(이들만이 선거운동을 할 수 있다)가 될 수 없거나 되는 데 제한을 받는 사람들을 규정하고 있으며, 제37조 내지 제41조에서는 선거사무소 등의 설치, 선거사무장 등 선거관계자의 선거관리위원회에 대한 신고, 신분보장 등에 관하여 규정하고 있고, 제43조 내지 제78조에서는 개별 선거운동방법에 관하여 규제하고 있다. 그 중 제49조, 제52조, 제53조, 제55조 내지 제78조(제63조 제2항 제외)에서는 금지된 선거운동방법을 규정하고 있으므로, 결국 제43조 내지 제48조(제45조 제외), 제50조 내지 제51조, 제63조 제2항에 규정된 선거운동방법만이 가능한 것으로 되고, 이 중에서 정당·후보자·선거관계자가 아니고서도 할 수 있는 선거운동방법은 제50조에 규정된 연설회장에서 선전물의 착용·휴대 및 제63조 제2항에 규정된 일정한 장소에서의 지지호소 정도뿐이다. 한편 법 제162조와 제163조에는 위 각 법률조항에 정한 제한 및 금지의 위반행위에 대한 벌칙을 규정하고 있다.

이상의 선거운동 규제체계를 요약하면 선거운동의 주체,

방법, 기간에 관하여 포괄적, 원칙적으로 금지한 다음 특별히 법이 허용한 사람들만이 법정의 기간 내에 법정의 방법으로만 선거운동을 할 수 있게 한 것이다.¹⁶⁵⁾

라는 판단을 내린 바 있으며, 이러한 판단에 기반하여

선거는 원칙적으로 자유롭게 치러져야 하는 것이지만, 선거의 공정성의 확보라든가 선거질서의 유지를 위하여 선거운동에 일정한 규제를 가하지 않을 수 없다. 그러나, 선거의 공정성 확보와 질서의 유지를 위한 규제는 일반국민의 선거운동을 포괄적, 전면적으로 금지하는 것이 되어서는 아니된다. 선거에 있어 자유와 공정은 반드시 상충관계에 있는 것만이 아니라 서로 보완하는 기능도 함께 가지고 있기 때문에 더욱 그러하다. 국민 일반의 선거에 관한 자유로운 의견교환과 토론의 기회가 폭 넓게 보장될 때 오히려 금권 및 관권의 개입여지가 상대적으로 적어져 공명선거가 이룩될 수 있는 것이다. 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 있는 것이다.

위 법률조항은 선거의 공정성 확보라는 목적에 비추어 보더라도 필요한 정도를 넘어 국민의 정치적 표현의 자유를 지나치게 제한하고 있다. 선거의 공정성을 확보하기 위하여 선거운동을 할 수 있는 주체를 제한할 수 있다 하더라도 그 제한은 최소한이어야 하고, 선거권을 가진 일반국민이 선거운동을 자유롭게 할 수 있도록 하여야 함은 국민주권의 원칙상 당연한 요청이다. 그럼에도 위 법률조항은 원칙적으로 전 국민에 대하여 선거운동을 금지한 다음 후보자의 가족,

165) 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 30-32.

정당이나 후보자에 의하여 선임되어 선거관리위원회에 신고된 극소수의 선거관계인들만이 선거운동을 할 수 있게 하고 있다.

법은 선거운동의 기간을 제한하고 있고(제34조), 법정 선거운동방법 외의 일체의 선거운동을 금지하고 있으면서(제35조) 개개의 선거운동방법에 대하여도 상세히 규제하고 있다(제43조 내지 제78조). 또한 제7장에서는 선거비용을 제한하고 있으며, 제141조 내지 제144조에서 금권의 개입을 봉쇄하는 규정을, 제147조 내지 제150조, 제154조 내지 제156조에서 권력 기타 물리적인 불법행동을 저지하는 규정을, 제159조 내지 제161조의2에서 허위사실유포 등을 처벌하는 규정을 각 두고 있다. 이러한 규정들만으로도 그 법집행을 충실히 한다면 공정선거를 이루는 데 부족함이 없다 할 것인데도 이에 더하여 일반국민의 선거운동을 포괄적으로 금지한 것은 필요한 최소한도에 그쳐야 한다는 기본권제한의 원칙에 위배된 것이라 아니할 수 없다.

선거의 공정성도 중요한 공익임에는 틀림없지만 주권자인 국민의 정치적 표현의 자유 또한 민주주의에서는 높은 가치를 지닌 기본권이다. 선거운동에 대한 지나친 규제는 기득권자의 기득권을 옹호하는 반면, 지명도가 낮은 신참 후보자의 진출을 억제하는 부작용을 낳기 쉽고, 규제와 처벌에 치우친 선거법은 모든 유권자와 후보자를 잠재적인 범법자로 만들어 선거 후 법적 처리의 차별성을 통해 정치적으로 악용될 위험성을 지닌다. 후보자와 유권자의 접촉이 차단되면 유권자는 후보자의 면면을 잘 모르는 상태에서 투표에 임하여 국민의 진정한 대표자를 선출하는 데 지장을 주며, 무관심한 가운데 투표가 치러지게 되어 투표율이 낮게 되는 요인이 된다. 이러한 사정들을 아울러 고려하여 볼 때 선거의 공정성이라는 공익이 선거운동의 형태로 나타나는 참정권, 정치적 표현의 자유 등 국민의 기본권을 전면적으로 희생하여도 좋을 만큼 우월하다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 그

러한 희생의 대가가 치러진다 하여 바로 선거의 공정성이 확보된다는 보장도 없다.

그러므로 법 제36조 제1항 본문 및 그 벌칙조항인 제162조 제1항 제1호 중 제36조 제1항 본문 부분은 입법형성권의 한계를 넘어 국민의 선거운동의 자유를 지나치게 제한함으로써 국민의 참정권과 정치적 표현의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것이므로, 헌법 제21조 제1항, 제24조의 각 규정에 위배되고, 나아가 헌법상의 국민주권주의 원칙과 자유선거의 원칙에도 각 위반되는 요소가 많은 규정이라 아니할 수 없다.¹⁶⁶⁾

라고 판단한 바 있다.¹⁶⁷⁾

1. 낙선운동

소위 낙선운동 즉 특정후보자의 당선을 목적으로 함이 없이 부적격후보자가 당선되지 못하게 하기 위한 행위를 선거운동으로 정의하고 이를 규제하는 것이 국민의 정치적 표현의 자유에 대한 침해가 되는지 여부에 관하여 헌법재판소는 “선거운동은 당선을 목적으로 하는 것(이하 당선운동이라 한다)과 낙선을 목적으로 하는 것(이하 낙선운동이라 한다)으로 나누어 볼 수 있고, 낙선운동은 다시 이를 나누어 당선을 목적으로 하여 운동하는 후보자측이, 경쟁 후보자의 낙선을 위하여 수행하는 낙선운동(이하 후보자편의 낙선운동이라 한다)과 당선에 목적 없이 오로지 특정 후보자의 낙선만을 목적으로 하여 후보자편 이외의 제3자가 벌이는 낙선운동(이하 제3자편의 낙선운동이라 한다)으로 분류할 수 있으나 우선

166) 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 38-40.

167) 그렇지만 동 결정이 내리기 직전인 1994년 3월, (구)대통령선거법 등은 공직선거및선거부정방지법의 제정으로 인해 폐지되게 된 바, 전면적인 위헌선언에까지 이르지지는 않았고, 신법 상의 금지범위 이외의 처벌범위에 대해서만 한정적으로 위헌을 선언한 바 있다.

첫째로 제3자편의 낙선운동이 실제로 선택하는 운동의 방법이나 형식은 후보자편의 낙선운동이 취하는 운동의 방법, 형식과 다를 것이 없고 둘째로 제3자편의 낙선운동의 효과는 경쟁하는 다른 후보자의 당선에 크건 작건 영향을 미치게 되고 경우에 따라서는 제3자편의 낙선운동이 그 명분 때문에 후보자편의 낙선운동보다도 훨씬 더 큰 영향을 미칠 수도 있다. 이러한 점들을 생각할 때에, 제3자편의 낙선운동은 후보자측이 자기의 당선을 위하여 경쟁 후보자에 대하여 벌이는 낙선운동과 조금도 다를 것이 없다. 객관적으로 구별해내기 어려운 당선의 목적 유무라는 주관적 사유로 양자의 규제를 달리 한다면 공직선거및선거부정방지법의 적용에 큰 어려움을 초래하여 이 법의 목적을 사실상 달성하기 어렵게 할 것이다. 또한 당선의 목적유무라는 것은 객관적으로 명백하게 판정하기 어려운 기준인데 이에 따라 차별적 규제를 한다면, 일부 후보자들이 제3자편의 낙선운동을 상대 후보자를 비방하는 데 암묵적으로 악용할 우려가 있다. 나아가 이러한 불분명한 기준의 도입은 단속기관의 자의가 개입할 여지를 열어주어 선거의 공정성을 해할 우려도 있다. 따라서 특정후보자를 당선시킬 목적의 유무에 관계없이, 당선되지 못하게 하기 위한 행위 일체를 선거운동으로 규정하여 이를 규제하는 것은 불가피한 조치로서 그 목적의 정당성과 방법의 적정성이 인정된다.”고 판시하여¹⁶⁸⁾ 낙선운동 역시 선거운동의 범주에 포함됨을 분명히 하였다.

2. 선거관련 집회 등

헌법재판소는 정당 또는 동일정당의 추천을 받은 후보자들에게만 2 이상의 선거구 등에 걸쳐 공동연설회를 개최할 수 있도록 한 것이 위헌인지 여부에 대해서 각각 “정당 또는 동일정당의 추천을 받은 후보자들에게만 2 이상의 선거구 등에 걸쳐 공동연설회를 개최할 수 있도록 함으로써 연설회개최방식에 관하여 약간의 차등을

168) 헌재 2001. 8. 30. 2000헌마121등, 판례집 13-2, 263, 263-264.

두었다 하더라도, 이는 단독연설회의 중복개최로 인한 비용과 노력의 이중지출을 막고자 하는 것인 데다가 단독연설회와 공동연설회를 선택적인 것으로 함으로써 연설회개최의 기회와 시간에 관하여 정당추천 후보자에게 실질적으로 별다른 특혜나 이익을 부여하는 것도 아니므로 선거운동의 기회균등원칙에 위배되거나 평등권을 침해한다고 할 수 없다.”고 판시한 바 있다.¹⁶⁹⁾

그렇지만 헌법재판소는 1992년 (구)국회의원선거법상의 연설회 규정에 대하여 정당추천후보자에게 무소속후보자보다 더 많은 연설회를 가질 수 있도록 하고 연설회의 개최시기 등에 있어서 우월적 지위를 준 것은 선거운동기회를 균등하게 부여한 것이 되지 아니하고 결국 무소속후보자를 과도하게 차별하는 것으로서 헌법 제 116조에서 보장하는 선거운동의 기회균등원칙에 반한다고 결정하였다.¹⁷⁰⁾

한편 공선법 제103조 제2항, 제105조 제1항, 제107조에 대해서는 “선거기간 중 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 단합대회 등의 집회와 선거운동을 위한 거리행진 및 선거운동을 위한 서명날인을 하는 것을 금지한 규정인바, 선거운동의 부당한 경쟁, 후보자들 간의 경제력 차이에 따른 불균형이라는 폐해를 막고, 선거의 평온과 공정성을 해하는 결과의 발생을 방지하고자 선거에 영향을 미칠 집회, 거리행진, 서명날인을 금지하는 한편, 후보자측을 위한 합동연설회등, 일정 단체에 의한 후보자등 초청 대담·토론회 등을 허용하는 등 집회, 거리행진, 서명날인을 금지함으로써 초래될 선거운동의 자유 및 집회의 자유에 대한 법익침해를 최소화하기 위한 배려를 하고 있으며, 선거운동의 내용 그 자체가 아니라 선거운동방법 중 특히 폐해의 우려가 크다고 인정되는 집회, 거리행진, 서명날인 등 특정한 선거운동방법에만 국한되는 부분적인 제한에 불과하므로, 이로써 선거운동의 자유나 집회 및 시위의 자유를 침해한다고 할 수 없다.”고 판시한 바 있다.¹⁷¹⁾

169) 헌재 1997. 10. 30. 96헌마94, 판례집 9-2, 523, 523.

170) 헌재 1992. 3. 13. 92헌마37등, 판례집 4, 137 참조.

171) 헌재 2001. 12. 20. 2000헌바96등, 판례집 13-2, 830, 832. 이 판결에 대한 평

이러한 결정을 미루어 본다면 헌법재판소는 선거운동방법의 하나로서의 집회 등에 대해서는 상대적으로 폐해 - 과도한 비용의 소요를 포함하는-의 우려를 염두에 두고 있다는 느낌을 지울 수 없다.

3. 여론조사의 공표문제

헌법재판소는 선거기간중 여론조사결과의 공표를 금지하는 공직선거및선거부정방지법 제108조 제1항에 대해서 “대통령선거에 관한 여론조사는 그것이 공정하고 정확하게 이루어졌다 하여도 그 결과가 공표되게 되면 선거에 영향을 미쳐 국민의 진의를 왜곡하고 선거의 공정성을 저해할 우려가 있으며, 더구나 선거일에 가까워질수록 여론조사결과의 공표가 갖는 부정적 효과는 극대화되고 특히 불공정하거나 부정확한 여론조사결과가 공표될 때에는 선거의 공정성을 결정적으로 해칠 가능성이 높지만 이를 반박하고 시정할 수 있는 가능성은 점점 희박해진다고 할 것이므로, 대통령선거의 중요성에 비추어 선거의 공정을 위하여 선거일을 앞두고 어느 정도의 기간동안 선거에 관한 여론조사결과의 공표를 금지하는 것 자체는 그 금지기간이 지나치게 길지 않는 한 위헌이라고 할 수 없다. 선거에 관한 여론조사결과의 공표금지기간을 어느 정도로 할 것인가는 그 나라의 입법당시의 시대적 상황과 선거문화 및 국민의식수준 등을 종합적으로 고려하여 입법부가 재량에 의하여 정책적으로 결정할 사항이라 할 것인데, 우리나라에서의 여론조사에 관한 여건이나 기타의 상황 등을 고려할 때, 대통령선거의 공정성을 확보하기 위하여 선거일공고일로부터 선거일까지의 선거기간 중에는 선거에 관한 여론조사의 결과 등의 공표를 금지하는 것은 필요하고도 합리적인 범위 내에서의 제한이라고 할 것이므로, 이 사건 법률규정이 헌법 제37조 제2항이 정하고 있는 한계인 과잉금지의 원칙에 위배하여 언론·출판의 자유와 알 권리 및 선거권

석은 허영, “국회의원선거법 제55조의 3과 제56조에 대한 조건부 위헌결정”, 헌법재판자료 제5집, 1992. 3. 참조.

을 침해하였다고 할 수 없다.”고 판시한 바 있고,¹⁷²⁾ 이러한 견해는 이후의 결정에서도 유지되고 있다.¹⁷³⁾

II. 비례대표후보자의 선거운동 제한

헌법재판소는 비례대표후보자의 선거운동을 제한하는 문제에 관하여,

구 공직선거법 제33조 제1항 제2호와 제59조 본문·단서 제1호 등에 의하면 국회의원 선거에 있어 예비후보자등록을 한 지역구국회의원예비후보자는 선거일 전 120일부터 선거운동을 할 수 있으나, 비례대표국회의원후보자는 예비후보자등록제도가 없어 선거기간 전에 선거운동을 하는 것이 불가능하다. 그런데 정당법과 구 공직선거법 및 현행 공직선거법에 의하면 정당은 일정한 요건을 갖춰 정당으로 등록하는 순간, 선거기간 여부를 불문하고 통상적인 정당활동을 통해 정당의 정강이나 정책을 유권자에게 알릴 수 있으므로 비례대표국회의원선거에 있어 예비후보자등록제도를 반드시 인정하여야 하는 것은 아니다. 그리고 선거운동의 기간을 어느 정도로 할 것인지 여부는 입법정책에 맡겨져 있다고

172) 헌재 1995. 7. 21. 92헌마177, 판례집 7-2, 112, 113-114.

173) 헌재 1999. 1. 28. 98헌바64, 판례집 11-1, 33, 33 참조. 이에 대하여는 “여론조사결과의 공표를 금지하는 공직선거및선거부정방지법 제108조는 국내의 신문·방송 등 언론매체만을 대상으로 규제할 뿐, 외국의 언론매체와 인터넷 등에는 대응하지 못하는 약점을 안고 있어서 실질적인 효력면에서 의문이 있고, 민주주의는 자유로운 의견교환을 필요·불가결한 조건으로 하고 있는 점, 선거는 대의민주제의 근간(根幹)이고 여론조사결과의 공표는 선거권자들의 의견을 알 수 있는 유일한 수단이라는 점 등을 고려하면, 여론조사결과의 공표를 금지하는 것은 국민의 알권리·표현의 자유의 핵심부분을 제한하여 여론형성을 제대로 못하게 하는 결과로 된다. 따라서 여론조사결과의 공표금지라는 알권리·표현의 자유를 제한하는 법률조항은 그 입법목적의 정당성은 수긍이 된다고 할 지라도 그 목적을 달성하기 위한 수단으로서의 적절성·합리성을 갖춘 것으로 보기 어렵다.”라는 1인의 반대의견이 있었다. 헌재 1998. 5. 28. 97헌마362, 판례집 10-1, 712도 이와 유사하다.

할 것인바, 제33조 제1항 제2호에서 정하고 있는 선거기간은 유권자인 선거구민이 각 후보자의 인물, 정견, 신념 등을 파악하기에 부족한 기간이라고 단정할 수 없으며, 우리나라에서의 선거 태양, 현실적 필요성 등을 고려할 때 필요하고도 합리적인 제한에 해당한다. 따라서 위 규정들이 정당이나 비례대표국회의원후보자의 선거운동의 자유를 침해하는 것이라고 볼 수 없다.

구 공직선거법 제79조 제1항은 비례대표국회의원후보자가 선거운동기간 중에 소속정당의 정강·정책이나 후보자의 정견 기타 필요한 사항을 홍보하기 위하여 공개장소에서 연설·대담을 하는 것을 금지하고 있고, 제101조는 누구든지 선거기간 중에는 법이 정하고 있는 경우 이외에 다수를 모이게 하여 선거에 영향을 미치는 연설회나 대담·토론회를 개최하는 것을 금지하고 있다. 그런데 구 공직선거법상의 비례대표국회의원선거제도는 유권자가 지역구국회의원후보자에게 투표하는 것과는 별도로 정당이 제시한 비례대표들의 명부를 보고 정당에 투표하여 그 득표율에 따라 비례대표국회의원 의석을 배분하는 정당명부식비례대표제이므로 정당의 정강, 정책 등을 전국적으로 알리는 것이 필요한 비례대표국회의원선거에 있어서는 전국적으로 정당 홍보에 효과가 있는 선거운동방법이 허용될 필요가 있다. 이에 구 공직선거법은 제69조나 제70조를 두어 선거운동기간 중 소속정당의 정강·정책이나 후보자의 정견 등을 전국적인 영향력을 발휘하는 매체인 신문광고나 방송광고 등을 통해 유권자에게 알릴 수 있도록 하고 있는바, 비례대표국회의원후보자에게 공개장소에서의 연설이나 대담을 금지하고 있더라도 이것이 선거운동의 자유를 침해하는 것이라고 볼 수 없다. (중략)

구 공직선거법과 현행 공직선거법은 선거기간 전에는 정당의 통상적인 활동을 통해, 선거기간 중에는 통상적인 정당활동과 정당의 비례대표국회의원선거에 허용되는 선거운

동방법을 통해 그 정강이나 정책을 유권자에게 알릴 수 있도록 제도적 장치를 마련하고 있으므로 지역구국회의원후보자에게 허용하는 일정한 선거운동방법을 정당에게 허용하지 않는다 하여 이것이 정당활동의 자유를 침해하는 것이라고 볼 수는 없다.

또한 지역구국회의원후보자에게 허용되는 선거운동방법을 비례대표국회의원후보자에게 허용하지 않는다 하더라도 비례대표국회의원선거의 경우에는 신문이나 방송과 같은 전국적인 매체를 통하여 보다 효과적으로 유권자 전체에 선거운동의 효과를 가지는 선거운동방법을 허용하고 있으므로 이것이 비례대표국회의원후보자를 자의적으로 차별하는 것이라고 볼 수 없고, 선거비용과 관련해서도 구 공직선거법은 최소비용으로 신문광고나 방송광고를 할 수 있도록 하고 있으며, 비례대표후보자명부에 올라 있는 후보자 중 당선인이 1인이라도 있는 경우에는 그 정당이 지출한 선거비용에 대해서는 일정한 범위 안에서 지출한 선거비용의 전액을 보전받을 수 있도록 하고 있으므로 이러한 점을 고려할 때 이 사건 심판대상규정들이 경제력의 차이에 따라 정당이나 후보자를 차별하는 것이라고 볼 수 없다.¹⁷⁴⁾

174) 헌재 2006. 7. 27. 2004헌마217, 판례집 18-2, 212, 213-215. 이에 대해서는 “한편, 구 공직선거법 제93조 제1항과 제101조는 법정의 문서·도화 등에 의한 선거운동이나 법정의 연설회에 의한 선거운동을 금지하고 있다. 그러나 문서나 연설은 후보자를 가장 정확하게 알리고 가장 정확하게 파악할 수 있는 선거운동방법이며, 정치적 표현의 자유로서 보장되어야 한다. 그럼에도 불구하고 문서·연설에 의한 선거운동을 제한하는 위 규정들에 대해서는 그 입법목적의 정당성을 인정하기 어렵다. 그리고 구 공직선거법 제93조 제1항과 제101조는 법정의 문서·연설에 의한 선거운동을 후보자와 그 선거운동원 뿐만 아니라 모든 국민들에 대하여도 일반적으로 금지하고 있다. 그런데 선거는 국민주권의 행사방법이므로 국민들이 선거의 주체로서 스스로 선거 운동하는 자유는 국민주권과 선거권의 내용에 포함된다고 보아 적극적으로 보장하여야 한다. 따라서 구 공직선거법 제93조 제1항과 제101조는 국민주권주의에 위배되고, 선거권의 올바른 행사를 제약하며, 정치적 표현의 자유를 부당하게 제한하는 것이라고 선언하여야 한다.”는 1인의 반대 의견이 있었다.

와 같이 판시하여, 상대적으로 지역구 후보자에 비해 선거운동에 있어서 많은 제약을 정당한 것으로 평가하고 있는데, 이는 정당명부식비례대표제를 취하는 비례대표선출방식상 정당자체의 활동만으로 충분한 효과를 얻을 수 있다고 기대하고 있기 때문인 것으로 생각된다.

Ⅲ. 선거사무소 등의 설치 제한

헌법재판소는 정당 또는 후보자가 선거운동 기타 선거에 관한 사무를 처리하기 위하여 설치할 수 있는 선거사무소와 선거연락소 외에는 유사기관의 설치를 금지하는 것에 관하여, “이는 법정 선거운동기구 이외의 선거운동기구의 난립으로 야기될 과열경쟁과 낭비를 방지하고 후보자간에 선거운동의 균등한 기회를 보장함으로써 선거의 공정성을 확보하기 위한 규정이고, 단서에서 정당의 중앙당 등 사무소에 각 1개의 선거대책기구는 설치할 수 있도록 예외를 허용하고 있는 것은 정당제민주주의에서 정당의 활동을 보호하기 위한 규정으로서, 위 규정의 입법목적은 정당성이 인정된다 할 것”이며 “위 조항으로 말미암아 무소속후보자에게는 선거운동기구의 설치가 허용되지 않으므로 정당후보자에 비하여 선거운동의 자유가 상대적으로 제한된다고 볼 수도 있으나, 선거운동이 아닌 입후보와 선거운동을 위한 준비행위는 선거운동기간 개시 전이라고 누구에게나 허용되므로(법 제58조 제1항 단서), 선거운동의 준비에 있어서는 불평등이 없다 할 것이고, 또 정당후보자라도 위에서 허용된 선거대책기구를 이용하여 실질적인 선거운동을 할 경우에는 유사기관을 설치한 것이 되어 차별받게 된다. 다만 그로 인하여 어느 정도의 차별이 생긴다 하더라도 이는 정당의 활동을 특별히 보호함으로써 생기는 결과라 할 것이므로 위와 같은 차별은 합리적인 근거가 있다 할 것이다. 따라서 위 조항이 헌법상 평등선거의 원칙이나 선거운동의 기회균등의 원칙에 반하거나 평등권을 침해한다고 할 수 없다. 또한 이 조항이 무소속후보자의 선거운동의 준비행위를 금지하거나 법정 선거운동을 제한하는 것이

아니며, 또 무소속후보자의 당선기회를 봉쇄하는 것도 아니어서 공무담임권과는 직접 관련이 없다 할 것이므로 공무담임권을 침해하는 것이라고 볼 수 없다.”고 판시한 바 있다.¹⁷⁵⁾

IV. 후보자 관련 정보의 표시

1. 정당의 표시

헌법재판소는 기초의회의원선거의 후보자만 정당표방을 금지할 것인가의 문제와 관련하여, 1999년에는 “헌법상의 정당보호 및 지방자치제의 제도적 보장, 우리의 정치문화와 지방자치에 대한 국민의식 등 제반사정을 헤아려 입법자가 결정해야 될 입법재량의 영역에 속하는 것”으로 보아, “우리의 정치현실 및 정당운영의 비민주성, 지연·혈연·학연이 좌우하는 선거풍토와 그 위에 지방자치를 실시한 경험이 일천(日淺)하다는 점을 감안할 때, 기초의회의원선거에 정당추천후보자의 참여를 허용한다면, 정당은 그 후보자의 당락뿐만 아니라 선출된 의원의 의정활동 전반에 걸쳐 직·간접으로 영향을 미치게 되고, 이것은 지역의 특성에 따라 자율적으로 운영되어야 할 기초의회의 결정이 정당의 의사에 따라 그 결론이 바뀌게 됨을 뜻한다. 그 결과 기초의회가 정당의 의사에 따라 움직인다면, 기초의회는 본래의 목적과 기능을 상실하여 형해화(形骸化)한 모습으로 남게 된다. 따라서 이 사건 법률조항의 입법목적은 기초의회의 구성 및 활동에 정당의 영향을 배제함으로써 지역실정에 맞는 순수한 지방자치를 실현하기 위한 필요불가결한 것으로 그 목적이 정당하다고 할 것”으로 보았었다.¹⁷⁶⁾

그렇지만, 2003년 기초의회의원선거 후보자로 하여금 특정 정당으로부터의 지지 또는 추천 받음을 표방할 수 없도록 한 공직선거

175) 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마193, 판례집 13-2, 526, 538-539; 헌재 1996. 3. 28. 96헌마9등, 판례집 8-1, 289, 307-309; 헌재 2006. 5. 25. 2005헌바15, 공보 116, 803, 809-811.

176) 헌재 1999. 11. 25. 99헌바28, 판례집 11-2, 543, 543-544.

및선거부정방지법 제84조 중 “자치구·시·군의원선거의 후보자” 부분이 정치적 표현의 자유를 침해하는지 여부에 대하여 “선거에 당하여 정당이나 아니면 인물이냐에 대한 선택은 궁극적으로 주권자인 국민의 몫이고, 입법자가 후견인적 시각에서 입법을 통하여 그러한 국민의 선택을 대신하거나 간섭하는 것은 민주주의 이념에 비추어 바람직하지 않기 때문에, 기초의회의원선거에서 정당의 영향을 배제하고 인물 본위의 투표가 이루어지도록 하겠다는 구체적 입법의도는 그 정당성이 의심스럽다. 그리고, 후보자가 정당의 지지·추천을 받았는지 여부를 유권자들이 알았다고 하여 이것이 곧 지방분권 및 지방의 자율성 저해를 가져올 것이라고 보기에 그 인과관계가 지나치게 막연하므로, 법 제84조의 규율내용이 과연 지방분권 및 지방의 자율성 확보라는 목적의 달성에 실효성이 있는지도 매우 의심스럽다. 나아가, 법 제84조가 지방자치 본래의 취지 구현이라는 입법목적의 달성에 기여하는 효과가 매우 불확실하거나 미미한 반면에, 이 조항으로 인해 기본권이 제한되는 정도는 현저하다. 즉, 후보자로서는 심지어 정당의 지지·추천 여부를 물어오는 유권자들에 대해서도 침묵하지 않으면 안 되는 바, 이는 정당을 통해 정계에 입문하려는 기초의회의원 후보자에게 지나치게 가혹하다. 또한, 지방의회의원 선거의 선거기간이 14일로 규정되어 있고 사전선거운동이 금지되는 등 선거의 공정성을 담보하는 각종의 규제들이 마련되어 있어서 실제로 유권자들이 기초의회의원 후보자와 접촉할 수 있는 기회는 그리 많지 않은 데다가 이른바 4대 지방선거가 동시에 실시되고 있는 탓으로 유권자들이 후보자들 개인의 자질과 능력을 일일이 분석·평가하기란 매우 힘든 실정이므로 현실적으로 후보자에 대한 정당의 지지·추천 여부는 유권자들이 선거권을 행사함에 있어서 중요한 참고사항이 될 수밖에 없는 데도 불구하고, 무리하게 후보자의 정당표방을 금지하는 경우에는 유권자들은 누가 누구이고 어느 후보가 어떠한 정치적 성향을 가졌는지도 모르는 상태에서 투표를 하거나 아니면 선거에 무관심하게 되어 아예 투표 자체를 포기할 수도 있다. 이러한 점들을 종합할 때, 정당표방을 금지함으로써 얻는 공익적 성과와 그로부터

초래되는 부정적인 효과 사이에 합리적인 비례관계를 인정하기 어려워, 법익의 균형성을 현저히 잃고 있다고 판단된다. 이에 덧붙여, 법 제84조 단서에서는 후보자의 당원경력의 표시를 허용하고 있는데, 이러한 당원경력 표시는 사실상 정당표방의 일환으로 행해지는 것이 통상적이어서 법 제84조 본문과 단서는 서로 중첩되는 규율영역을 가지게 되는바, 이로 말미암아 법 제84조는 기초의회의원 후보자로 하여금 선거운동 과정에서 소속 정당에 관한 정보를 어느 만큼 표방해도 좋은지 예측하기 힘들게 하고 국가형벌권의 자의적 행사의 빌미마저 제공하고 있으므로 명확성원칙에 위배되는 측면이 있다. 그렇다면, 법 제84조는 불확실한 입법 목적을 실현하기 위하여 그다지 실효성도 없고 불분명한 방법으로 과잉금지원칙에 위배하여 후보자의 정치적 표현의 자유를 과도하게 침해하고 있다고 할 것이다.”¹⁷⁷⁾라고 판시하여 기존의 입장을 변경

177) 헌재 2003. 1. 30. 2001헌가4, 판례집 15-1, 7, 7-9. 아울러 동 결정에서는 “법 제84조의 의미와 목적이 정당의 영향을 배제하고 인물 본위의 선거가 이루어지도록 하여 지방분권 및 지방의 자율성을 확립시키겠다는 것이라면, 이는 기초의회의원선거뿐만 아니라 광역의회의원선거, 광역자치단체장선거 및 기초자치단체장선거에서도 함께 통용될 수 있다. 그러나, 기초의회의원선거를 그 외의 지방선거와 다르게 취급을 할 만한 본질적인 차이점이 있는가를 볼 때 그러한 차별성을 발견할 수 없다. 그렇다면, 위 조항은 아무런 합리적 이유 없이 유독 기초의회의원 후보자만을 다른 지방선거의 후보자에 비해 불리하게 차별하고 있으므로 평등원칙에 위배된다.”는 판단도 함께 하고 있다. 그렇지만 여기에 대해서는 “중앙정부와 지방자치단체간에 권력을 수직적으로 분배하는 문제는 서로 조화가 이루어져야 하고, 이 조화를 도모하는 과정에서 입법 또는 중앙정부에 의한 지방자치의 본질의 훼손은 어떠한 경우라도 허용되어서는 안 된다. 특히 지역적 한계를 극복하지 못하고 있는 우리나라의 정치현실 및 정당운영의 비민주성, 지연·혈연·학연이 좌우하는 선거풍토와 그 위에 지방자치를 실시한 경험이 일천(日淺)하다는 것을 감안하지 않고 그 밖의 공직선거와 마찬가지로 기초의회의원선거에도 정당추천후보자의 참여를 허용한다면, 정당은 그 후보자의 당락뿐만 아니라 선출된 의원의 의정활동 전반에 걸쳐 직·간접으로 영향을 미치게 되어, 지역의 특성에 따라 자율적으로 운영되어야 할 기초의회를 형해화할 수 있다. 생각건대, 이 법률조항은 기초의회의 구성 및 활동에 정당의 영향이 배제된 지역실정에 맞는 순수한 지방자치를 실현하는 필요불가결한 조항이다. 이 조항으로 말미암아 후보자는 직접 선거권자에게 자신이 추구하는 정치적 이념이나 정당과 관련된 정보를 줄 수 없고 선거권자로서는 이러한 정보를 알 기회가 제한된다고 할지라도 간접적이거나 자신의 정치적 이념 및 정당과 관련된 정보는 정당의 당원경력 표시를 통하여 알리도

하고, 이어 같은 해 있었던 결정에서도 같은 논지를 전개한 바 있다.¹⁷⁸⁾

2. 학력의 기재

헌법재판소는 선거운동의 선전벽보에 비정규학력의 게재를 금지하는 공직선거및선거부정방지법 제64조 제1항의 위헌성 여부와 관련하여 “선전벽보에 비정규학력을 게재할 경우 유권자들이 후보자의 학력을 과대평가하여 공정한 판단을 흐릴 수 있으므로 이를 방지함으로써 선거의 공정성을 확보함을 입법목적으로 하고 있는바, 그 입법목적의 정당성이 인정되고, 위 법률조항이 위와 같은 입법목적에 기여할 수 있음은 물론, 비정규학력의 게재는 그러한 게재 자체가 일반인인 유권자들에게 후보자의 실적과 능력 등을 실제 이상으로 강하게 인상지우는 효과를 가지고 있다는 점, 우리 법제가 학교교육과 기타의 교육을 다르게 규율하고 있는 점, 학교명칭의 사용을 법적으로 제한하는 법률조항(고등교육법 제18조 및 초·중등교육법 제60조)이 있는 점 등을 종합하면 위 법률조항이 피해의 최소성 요건을 갖추고 있고, 선거과정의 공정성을 확보하기 위한 공익과 제한되는 사익 사이에 법익의 균형성도 인정되므로 위 법률조항은 과잉금지원칙에 위반되지 아니한다.”고 판시한 이래,¹⁷⁹⁾ 지금까지 같은 입장을 유지하고 있다.¹⁸⁰⁾

록 배려하고 있으며(법 제84조 단서), 후보자의 정당표방금지로 인한 지방자치의 제도적 보장이라는 이익은 후보자의 공무담임권 및 선거운동 자유의 침해로 입게 되는 손해보다 이익이 더 크므로, 이 법률조항은 과잉입법금지의 원칙에 위반되지 아니한다. 그 밖의 공직선거와 비교할 때에 기초회의의원선거의 후보자에 한정하여 정당표방금지라는 정치적 생활영역에 있어서의 차별취급을 한 이 조항은 헌법이 추구하는 지방자치의 제도적 보장을 위한 입법목적에 필요불가결한 것으로서, 그 목적달성을 위한 수단 또한 필요·최소한의 부득이한 경우로 인정되므로 평등원칙 위반도 없다.”라는 3인의 반대의견이 있었다.

178) 헌재 2003. 5. 15. 2003헌가9, 판례집 15-1, 503, 503-505 참조. 동 결정에서도 2001헌가4의 결정에서와 같이 3인의 반대의견 역시 그대로 유지된 바 있다.

179) 헌재 1999. 9. 16. 99헌바5, 판례집 11-2, 326, 326.

180) 헌재 2000. 11. 30. 99헌바95, 판례집 12-2, 298; 헌재 2009. 11. 26. 2008헌마 114, 판례집 21-2하, 630 참조. 아울러 “입법자로서는 유권자들이 필요로 하는

한편 학력의 표시와 관련하여서는 “국내의 정규학력의 경우에는 학교명과 학위명 등에 관한 정보와 관련 법령의 내용을 통해 수학기간을 쉽게 파악할 수 있는 반면, 외국의 교육과정에 대해서는 학교명이나 학위명만으로 그 수학기간을 알기 어려울 뿐 아니라 각 나라의 관련 법령을 통해 그것을 확인한다는 것도 쉽지 않으므로, 국내의 정규학력에 대해서는 수학기간의 기재를 요구하지 않으면서 정규학력에 준하는 외국의 교육과정을 이수한 경력에 대해서만 수학기간을 기재하도록 요구하는 것이 불합리한 차별이라고 볼 수 없으며, 국내 정규교육과정이라 하더라도 중퇴의 경우에는 수학기간을 기재하지 않으면 학력의 차이를 비교할 수 없으므로 외국의 정규교육과정을 모두 마친 자를 국내 정규교육과정의 중퇴자와 마찬가지로 수학기간의 기재를 요구하는 것도 불합리한 차별이라고 할 수 없다.”고 판시한 바 있기도 하다.¹⁸¹⁾

V. 인쇄매체

1. 인쇄매체 일반

헌법재판소는 법정의 방법 이외의 방법으로 인쇄물, 광고 등을 제작, 배부하는 방식의 선거운동을 금지하는 구 지방의회의원선거법 제57조, 제67조 제1항의 위헌여부를 판단함에 있어서 “(동 조항

‘후보자가 받은 교육’에 관한 정보제공의 기회를 제한하기에 앞서 학력주의의 병폐를 극복하기 위한 노력을 하여야 하고, 또한 비정규교육도 후보자의 세계관, 신념, 자질 등에 영향을 미치는 요소로서 후보자에 대한 평가에 고려될 수 있는 것이므로 그 실질을 보다 구체적이고 명료하게 표시할 수 있는 여지가 있는지 살펴 유권자의 알권리와 후보자의 선거운동의 자유를 충분히 보장하도록 숙고하여야 한다.”는 권고사항을 추가하였다. 이에 대해서는 “공직후보자들의 정규학력뿐만 아니라 비정규학력도 공직후보자가 가지는 관심과 노력과 능력을 나타내는 징표라고 할 수 있으므로 이에 관한 사항을 공직후보자들이 정확하게 알리고 선거권자가 제대로 알 수 있게 할 필요가 있다. 이 사건 법률조항은 선거운동의 자유를 제한할 필요가 없거나 필요한 한도를 넘어서 선거운동의 자유를 제한함으로써 헌법 제37조 제2항에 위반된다.”는 1인의 반대의견이 있었다.

181) 헌재 2010. 3. 25, 2009헌바121, 판례집 22-1상, 479, 479-480.

의 금지) 헌법상 청구인들을 포함한 국민들에게 보장된 기본권인 선거운동의 자유 내지는 의사표현의 자유와 참정권(혹은 그 내용으로서의 선거권)을 제한하는 규정이나, 이는 선거에서 부당한 과열경쟁으로 인한 사회경제적 손실을 막고 후보자 사이의 실질적인 기회균등을 보장함과 동시에 탈법적인 선거운동으로 인하여 선거의 공정과 평온이 침해되는 것을 방지하고자 하는 목적에서 특히 중대한 피해를 초래할 우려가 크다고 인정되는 특정의 선거운동방법과 내용만을 제한하는 것이므로 그 목적의 정당성과 수단의 상당성, 침해의 최소성, 법익의 균형성을 갖추어 과잉금지의 원칙에 반하지 아니한다. 그리고 위 규정들에 의하여 제한되는 것은 의사표현의 자유 그 자체가 아니라 표현의 특정한 수단·방법에 불과하고 그와 같은 방법 이외의 방법은 자유롭게 선택될 수 있는 여지를 남겨두고 있으므로, 이로써 선거운동의 자유가 전혀 무의미해지거나 형해화된다고 단정할 수 없어 위 기본권의 본질적 내용을 침해하는 것이라 할 수 없다.”고 판시한 바 있다.¹⁸²⁾

이후 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등을 금지하고 있는 공직선거및선거부정방지법(이하 “공선법”이라 한다) 제93조 제1항(1997. 11. 14. 법률 제5412호로 개정된 것 및 1998. 4. 30. 법률 제5537호로 개정된 것)이 헌법에 위반되는지 여부에 대하여 “공선법 제93조 제1항 또한 각 후보자의 선거에서의 조건을 공평, 평등하게 하기 위하여 그 행위주체에 제한을 둬서 없이, 사실상 선거운동의 성격을 가진 문서, 도화, 인쇄물 등이 무제한적으로 배부되어 선거운동에 부당한 경쟁을 초래함으로써 선거의 공정을 해치는 것을 막고, 아울러 공선법 제64조 내지 제66조가 문서의 경우 선전벽보, 선거공보, 소형인쇄물 등에 의한 선거운동만을 허용하면서 이에 대하여도 일정한 제한을 가하는 등 엄격한 규제를 하고 있는 의미가 상실되는 것을 방지하기 위하여, 선거일을 앞둔 일정한 기간 동안 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 탈법방법에 의한 문서, 도화 등의 배부, 게시 등의 행위를 하는 것을 금지하고 있는

182) 헌재 1995. 4. 20. 92헌바29등, 판례집 7-1, 499, 499.

바, 이는 선거의 공정한 집행 및 비용이 적게 드는 선거운동의 보장, 이를 통한 기회균등의 보장이라는 공익을 도모하기 위한 것이라고 할 수 있다.”면서 그 입법목적의 정당성을 인정한 이래,¹⁸³⁾ 줄곧 같은 입장을 유지하고 있다.¹⁸⁴⁾

한편 예비후보자홍보물의 수량을 제한하는 공직선거법(2008. 2. 29. 법률 제8879호로 개정된 것) 제60조의3 제1항 제4호 중 ‘세대수의 100분의 10 이내에 해당하는 수’ 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 예비후보자의 선거운동 자유를 과도하게 제한함으로써 선거운동의 자유를 침해하는지 여부에 대해서는 “제18대 국회의원 선거의 세대수의 규모, 예비후보자의 수, 예상되는 예비후보자홍보물 작성·발송 비용을 고려하여 볼 때, 만일 국회의원 지역구 내에 있는 모든 세대에 대하여 모든 예비후보자들이 선거일 전 120일부터 예비후보자홍보물을 작성·발송한다면, 비록 1회에 그치기는 하지만 선거의 조기과열 및 사회·경제적 손실을 초래할 수 있고, 예비후보자들 간의 경제력 차이에 따라 자신을 알릴 수 있는 기회를 불균등하게 할 수 있으므로, 그 수량을 그 세대수의 100분의 10 이내로 제한하는 것은 이 사건 법률조항의 입법목적을 달성하기 위한 적절한 수단이라고 할 것”이라 판시한 바 있다.¹⁸⁵⁾

2. 서신에 의한 선거운동방법의 금지

헌법재판소는 선거기간중 서신에 의한 선거운동방법을 전면 금지한 공선법(1997. 11. 14. 법률 제5412호로 개정된 것) 제109조 제1항 본문 “서신” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 선거운동의 자유를 과잉으로 제한하여 위헌인지 여부에 대하여 “서신에 의한 선거운동은 후보자의 경제력의 차이에 따라 선거운동 규모의

183) 헌재 2001. 8. 30. 99헌바92, 판례집 13-2, 174, 195.

184) 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마193, 판례집 13-2, 526; 헌재 2001. 12. 20. 2000헌바96등, 판례집 13-2, 830; 헌재 2002. 5. 30. 2001헌마58, 판례집 14-1, 499; 헌재 2007. 1. 17. 2004헌마82, 판례집 19-1, 1 등.

185) 헌재 2009. 7. 30. 2008헌마180, 판례집 21-2상, 363, 383.

차이가 현저하게 날 수 있는 점, 허무인 명이나 차명으로 서신이 작성·발송되어도 이를 단속하거나 제어할 방법이 없는 점, 현실적으로 자필서신 여부를 확인하기 어려운 점, 후보자에 대한 선거비용의 규제만으로는 그 폐해를 효과적으로 방지할 수 없는 점 등을 고려할 때, 서신에 의한 선거운동 자체를 전면적으로 금지한 이 사건 법률조항이 적절성이나 상당성의 범위를 벗어났다고 보기는 어렵다”면서 “이 사건 법률조항에 의하여 제한되는 것은 선거운동 또는 의사표현의 내용 자체가 아니라 선거운동 내지 의사표현에 있어서의 특정한 수단과 방법에 한정되어 있다. 즉 모든 선거운동 방법의 전반에 대한 전면적인 제한이 아니라 특히 폐해의 우려가 크다고 인정되는 서신에 의한 선거운동방법을 제한하고 그 이외의 방법은 자유롭게 선택할 수 있는 여지를 남겨 두고 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 선거의 공정성과 기회균등을 위한 필요·최소한의 범위 내에서 선거운동의 자유를 제한하였다고 할 것이므로 침해의 최소성을 갖추었다 할 것이다. 이 사건 법률조항에 의하여 보호되는 선거의 실질적 자유와 공정의 확보라는 공공의 이익은 서신에 의한 선거운동의 금지라는 기본권의 제한에 비추어 결코 적다고 할 수 없으므로, 법익의 균형성을 갖추었다고 할 것이다. 그렇다면 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반되지 아니할 뿐만 아니라 이로써 선거운동의 자유 등의 기본권이 전혀 무의미해지거나 형해화된다고 단정할 수 없어 기본권의 본질적 내용을 침해한다고 볼 수도 없다.”고 판시한 바 있다.¹⁸⁶⁾

186) 헌재 2007. 8. 30. 2004헌바49, 판례집 19-2, 258, 258-259. 여기에 대해서는 “문서는 후보자를 가장 정확하게 알리고 가장 정확하게 파악할 수 있게 하는 선거운동방법이고, 정치적 표현의 자유로서 보장되어야 하는 것이다. 공선법은 문서에 의한 선거운동으로서 선전벽보(제64조), 선거공보(제65조), 소형인쇄물(제66조)을 허용하고 있지만, 어느 것이나 규격과 내용과 횟수가 제한되어 있어서 그 밖의 문서에 의한 선거운동을 허용할 필요가 없을 정도로 충분한 것이라고 보기 어렵다. 특히 서신은 상대방에 맞추어 내용과 시기를 선택할 수 있고 서로 주고 받으면서 정보의 적절성과 정확성을 높일 수 있는 것이다. 그리고 서신에 의한 선거운동은 그 효과에 비하여 비용이 저렴하다고 할 수 있고, 그 횟수와 방법과 분량을 제한 없이 허용하더라도 선거의 공정을 해칠 위험성이 크다고 보기 어렵다. 반드시 자필서신으로 제한할 필요도 없고, 컴퓨터,

3. 명함배포

헌법재판소는 2002년 3월 7일 법률 제6663호로 개정된 공선법 제93조 제1항의 ‘다만, 선거기간중 후보자의 성명·사진·주소·전화번호·학력·경력·현직을 게재한 길이 9센티미터 너비 5센티미터 이내의 명함을 후보자가 직접 주는 경우에는 그러하지 아니하다.’는 내용의 단서조항이 신설된 취지는 선거과열을 방지하고 공정한 선거를 위해 선거운동의 실질적인 기회균등을 위한 것으로 보면서, “위 단서조항은 모든 후보자에 대하여 동일하게 같은 조건하에 명함배포를 허용하고, 후보자 아닌 모든 자에게는 명함배포를 허용하지 아니하므로써 후보자와 후보자 아닌 자 간에 차이를 두는 것으로서 이는 앞서 본 입법취지 등을 고려할 때 합리적인 차별이라고 할 수 있으며, 또한 명함 배포를 선거기간중에 한하여 후보자 등록을 마친 후보자 모두에게 허용하고 있어, 선거후보자로 등록하기 전에는 후보자가 되고자 하는 자를 포함하여 ‘누구든지’ 선거에 영향을 미치게 하기 위한 명함 배포가 허용되지 아니하므로 청구인으로서 이 사건 법률조항에 의하여 그 누구와 대비하여 보아도 부당한 차별대우를 받지 아니한다. …… 또한 예비후보자의 명함배포 역시 앞서 본 바와 같이 개정된 공선법이 예비후보자제도 신설 및 이들에 대해 명함 배포를 일정한 요건하에 허용함에 따른 것이므로, 이 사건 법률조항으로 인한 차별의 문제가 아니다.

복사기, 인쇄기 등을 이용한 서신도 제한할 필요가 있는지 의문이다. 단지 서신의 내용에 허위사실이 포함되지 않도록 규제할 필요가 있을 뿐이다. 서신에 의한 선거운동을 무제한 허용하면 사회경제적 손실이 생기고 경제력의 차이에 따른 선거운동기회의 불균형이 생겨 선거의 공정을 해칠 수 있다고 하지만, 서신에 의한 선거운동이 그 필요성과 효율성을 무시해도 좋을 만큼 사회경제적 손실을 초래하는 것인지 의문이고, 공선법은 선거운동비용의 총액을 규제하고 있으므로 그 총액의 한도에서 어떠한 선거운동방법을 선택할 것인지는 후보자에게 맡겨도 무방할 것이다. 선거운동비용을 규제하기 위하여 서신에 의한 선거운동을 제한할 필요가 있다고 보기는 어렵다. 따라서 서신에 의한 선거운동을 제한하는 이 사건 법률조항은 입법목적의 정당성을 인정하기 어려우므로, 합리적인 이유도 없이 후보자의 선거운동의 자유를 제한하는 것으로서 헌법에 위반된다고 선언하여야 한다.”는 2인의 반대의견이 있었다.

그러므로 위 조항이 평등권이나 선거운동의 기회균등의 원칙에 반한다거나 청구인 주장의 기본권을 침해하는 등 헌법에 위반된다고 볼 수 없으며, 위 헌법재판소의 각 결정 이후 이 사건 법률조항의 단서가 개정되었음에도 종전 결정과 달리 판단할 필요성이 인정되지 아니한다.”고 판시한 바 있다.¹⁸⁷⁾

VI. 방송 관련 사건

1. 대담·토론회의 초청자격 제한

선거방송 대담·토론회의 참가기준으로 여론조사 평균지지율 100분의 5를 요구하고 있는 공직선거법 제82조의2 제4항(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제1호 다목 및 제3호 다목(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 선거운동의 자유 및 공무담임권을 침해하는 지 여부 및 이 사건 법률조항이 여론조사 평균지지율 100분의 5 미만 후보자의 평등권 내지 선거운동의 기회균등을 침해하는지 여부에 대해서,

이 사건 법률조항의 입법목적은, 선거운동수단인 선거방송토론회의 참가 자격을 후보자의 지지율에 따라 제한함으로써 유권자들의 관심이 큰 후보자들의 정책토론을 통해 정책검증의 기회를 마련하는 등 선거방송토론회를 효율적으로 운영하기 위한 것으로서 목적의 정당성이 인정된다.

또한, 이 사건 법률조항은 여론조사를 통해 상당한 지지율을 획득하여 유권자들이 상대적으로 더 큰 관심을 갖고 있는 후보자들을 선정하여 방송토론회 참가 기회를 제공하는 것이기 때문에 위와 같은 방송토론회 참여 제한방법은 그 입법목적 달성을 위하여 적절한 것이라 할 수 있다.

한편, 만일 입후보한 모든 후보자를 방송토론회에 초청한

187) 헌재 2006. 5. 25. 2005헌바15, 공보 116, 803, 808-809.

다면 방송의 현실상 후보자들의 발언시간이 상대적으로 단축되므로 위와 같은 입법 목적이 달성되기 어려운 점, 초청 대상에 포함되지 않는 후보자를 대상으로 한 대담 토론회를 개최할 수 있도록 규정하여 지지율이 상대적으로 낮아 방송 토론회에 초청되지 못한 후보자들도 별개의 방송토론회를 통해 선거운동을 할 수 있는 기회를 제공하고 있는 점(제82조의2 제5항) 및 지역구국회의원선거의 경우 구·시·군선거방송토론위원회는 선거운동기간 중 후보자를 초청하여 1회 이상의 대담·토론회 또는 합동방송연설회를 개최하여야 하는 점(제82조의2 제3항) 등에 비추어 볼 때, 침해를 최소화하기 위한 장치도 마련되어 있는 것으로 보인다.

나아가 일정한 지지율을 기초로 방송토론회 초청대상 후보자의 수를 제한하여 방송토론회를 효율적으로 운영함으로써 유권자들에게 각 후보자들의 정책에 대한 효율적인 비교 분석의 기회를 제공하려는 법익은 유권자들의 선거권의 적절한 행사의 전제가 되는 것으로 중대한 공익이다. 반면 이러한 제한에 의해 침해되는 사익, 즉 청구인들이 상대적으로 지지율이 높은 후보자들과 함께 방송토론을 하는 방법으로 선거운동을 할 수 있는 이익은 앞에서 본 바와 같이 상대적으로 경미하다 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항에 의해 보호되는 공익이 침해되는 사익보다 크다 할 것이어서 법익의 균형성도 인정된다. 그렇다면, 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙을 위배하여 청구인들의 선거운동의 자유 및 공무담임권을 침해하였다고 볼 수 없다.

방송토론회의 초청자격을 제한하지 않아 토론자가 너무 많을 경우 시간상 제약 등으로 실질적인 토론과 공방이 이루어지지 않고 후보자에 대한 정책검증이 어려운 점, 대다수의 국민이나 선거구민들이 여론조사에서 높은 지지율을 얻은 후보자에 대하여 관심을 가지고 있다고 보아야 하는 점, 선거방송토론위원회는 위 토론회에 초청받지 못한 후보자들을 대상으로 다른 대담·토론회를 개최할 수 있는 점 등

에 비추어 보면, 이 사건 법률조항에 의한 위와 같은 차별에는 이를 정당화할 수 있는 합리적인 이유가 있다고 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항이 청구인들의 평등권이나 선거운동의 기회균등을 침해하는 것으로 보기 어렵다.

고 판시한 바 있다.¹⁸⁸⁾

아울러, 지역구국회의원선거에서 구·시·군선거방송토론위원회가 개최하는 대담·토론회의 초청자격을 제한하고 있는 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제82조의2 제4항 제3호 중 ‘지역구국회의원선거’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 공무담임권을 제한하는 것인지 여부에 대해서도,

방송매체를 이용한 대담·토론회에 참여할 수 있는 후보자를 아무런 제한 없이 할 경우 실질적인 대담이나 토론이 이루어질 수 없어 정견발표회 수준으로 전락할 수 있고, 후보자들 간의 자질과 정치적인 능력의 비교가 불가능해질 개연성이 있고, 전파자원 역시 한정되어 있는바, 이 사건 법률조항이 주된 대담·토론회에 참여할 수 있는 후보자를 일정한 범위로 제한하는 것은 위와 같은 입법자의 합리적 판단에 기인한 것이라고 할 수 있다.

또한, 그 제한기준은 주요 정당의 추천 여부나 후보자의 당선가능성 및 후보자에 대한 국민적 관심도 등을 살펴 일정 수준 이상의 자로 한정하고, 이에 따라 후보자들의 정책에 대한 대담·토론이 효과적이고 실증적인 기능을 발휘하도록 하여야 할 것인바, 이 사건 법률조항이 국회에 5인 이상의 소속의원을 가진 정당 또는 직전 선거에서 3% 이상을 득표한 정당이 추천한 후보자, 최근 4년 이내 선거에서 10% 이상을 득표하였거나 여론조사결과 5% 이상의 지지율을 보여주는 후보자로 그 초청대상을 한정하고 있는 것을 두고

188) 헌재 2009. 3. 26. 2007헌마1327, 판례집 21-1상, 708, 708-710.

특별히 자의적인 기준이라거나 지나치게 엄격한 기준이라고 보기 어렵다 할 것이다. 아울러 비초청대상후보자의 경우 이들을 대상으로 한 대담·토론회가 개최될 수 있도록 규정하여 방송토론회를 통해 선거운동을 할 수 있는 기회를 제공하고 있는 점 등을 고려한다면, 이 사건 법률조항은 대담·토론회의 기능의 활성화를 위하여 적당한 수의 후보자만을 초청하여야 한다는 요청과 선거운동에서의 기회균등보장이라는 서로 대립하는 이익을 적절히 비교 형량한 합리적인 것으로서 이와 같은 취급을 두고 자의적인 차별로서 평등권을 침해하였다고 하기는 어렵다.

고 판시한 바 있다.¹⁸⁹⁾

이러한 결정들은 기본적으로 방송전파의 제한적 특성에 대한 고려속에서 보다 효율적이고 의미있는 선거운동으로서의 대담·토론

189) 헌재 2011. 5. 26. 2010헌마451, 공보 176, 849, 849. 이러한 다수의견에 대해서는 “선거방송토론위원회는 각급 선거관리위원회에 설치되어 선거방송에 관한 선거관리업무를 담당하는 국가기관이므로 선거관리위원회와 마찬가지로 헌법 제116조 제1항에 의하여 선거운동의 균등한 기회를 보장할 헌법적 의무를 부담한다. 방송에 의한 선거운동은 후보자의 입장에서는 가장 효율적인 선거운동 수단이고, 선거권자의 입장에서는 한꺼번에 후보자들의 정책 등을 파악하고 비교하는 중요한 기능을 하며, 다른 연설회는 공직선거법에 의하여 금지되므로 선거방송토론위원회가 주관하는 방송 대담·토론회는 선거운동방법 중 절대적인 비중을 차지하고 있다. 그럼에도 불구하고 이 사건 법률조항은 초청대상후보자를 한정하고 있는바, 이는 선거운동의 기회균등을 강조한 헌법 제116조 제1항의 취지와 정면으로 배치되는 것이다. 비초청대상후보자를 대상으로 따로 대담·토론회를 개최할 수 있다고 규정하지만, 이것 역시 이 사건 법률조항에 의한 차별행위를 유지하는 또 다른 차별행위에 불과하므로 이 규정으로 이 사건 법률조항의 위헌성이 해소된다고 보기 어렵다. 나아가 선거방송토론위원회가 방송에 의한 선거운동에 일부 후보자를 참여시키지 아니하는 것은 선거권자에게 대담·토론회에 초청된 후보자와 초청받지 못한 후보자를 차별하여 인식시키는 기능을 하여 선거결과에 치명적인 차이를 가져올 수 있게 하고, 비초청후보자가 위와 같은 차별효과를 극복할 방법도 찾기 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항은 초청대상에 해당되지 아니하는 후보자에게 선거운동의 기회를 균등하게 주지 아니한 것으로서 헌법 제116조 제1항에 위반된다고 할 것”이라는 2인의 반대이견이 있었다. 이와 유사한 과거의 결정례로는 헌재 2009. 3. 26. 2007헌마1327, 판례집 21-1상, 708, 708-711 참조.

에 대한 배려를 위한 측면에서 어느 정도 정당화될 수 있는 여지가 있을 것이다.

2. 청각장애인의 배려문제

헌법재판소는 선거운동기간 중의 방송광고, 방송시설주관 후보자연설의 방송, 선거방송토론위원회 주관 대담·토론회의 방송에 있어서 청각장애 선거인을 위한 자막 또는 수화통역의 방영을 의무사항으로 규정하지 아니한 공직선거법 제70조 제6항, 제72조 제2항(각 2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것, 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’), 제82조의2 제12항(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것)이 청각장애 선거인인 청구인들의 참정권 등 헌법상 기본권을 침해하는 것인지의 여부에 대하여 “심판대상조항은 기본적으로 청각장애선거인들을 위한 차원에서 마련된 것인 점, 청각장애 선거인들은 심판대상조항이 정한 수화방송 등에 의해서만 선거에 관한 정보를 취득하는 것이 아니라 홍보유인물 등 문서·도화에 의한 선거운동이나 정보통신망을 이용한 선거운동방식 등에 의해서도 선거에 관한 정보를 얻을 수 있는 점, 심판대상조항에도 불구하고 심판대상조항의 수범자들은 장애인복지법 등 관련조항에서 정하고 있는 청각장애선거인들을 위한 각종 행위의무와 차별금지 의무를 부담하고 있는 점, 심판대상조항이 수화방송 등을 의무사항으로 규정하지 아니한 취지는 수화방송 등이 원칙적으로 실시되어야 함을 부정하는 의미가 아니라 방송사업자 등의 시설장비나 기술수준 등에서 비롯되는 불가피한 사유로 말미암아 수화방송 등을 적시에 실시할 수 없는 경우도 있을 수 있다는 사정을 고려하였기 때문이라고 보이는 점, 현 단계에서 수화방송 등을 어떠한 예외도 없이 반드시 실시하여야만 하는 의무사항으로 규정할 경우 후보자의 선거운동의 자유와 방송사업자의 보도·편성의 자유를 제한하는 문제가 있을 수 있다는 점 등을 종합하면, 비록 심판대상조항이 수화방송 등을 할 수 없는 예외사유를 보다 제한적으로 구체화하여 규정하는 것이 바람직하다고 볼 수는 있겠지만, 이 사

건에서 심판대상조항이 입법자의 입법형성의 범위를 벗어난 것으로서 청구인들의 참정권, 평등권 등 헌법상 기본권을 침해하는 정도의 것이라고 볼 수 없다.”고 판시하였다.¹⁹⁰⁾

VIII. 선거운동 방법으로서의 “비방”

헌법재판소는 선거운동과정 가운데에서의 비방에 대한 처벌을 규정한 공직선거법 제251조 부분은 “후보자의 명예를 보호하고 나아가 선거인들로 하여금 후보자에 대하여 올바른 판단을 하게 함으로써 선거의 공정을 보장하기 위한 것이므로 입법목적이 정당하고, 후보자를 비방하는 행위를 처벌하는 것은 위와 같은 입법 목적을 달성하기 위한 적절한 수단이 된다. 공직선거법 제251조 부분은 그 단서에서 ‘진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.’는 위법성 조각사유를 규정해 두고 있는 점, 그 비방에 사적 이익이 개입되어 있다 할지라도 그것이 동시에 공공의 이익에도 관련된 것이라면 처벌대상에서 제외될 수 있는 점, 오히려 선거 운동의 공정성을 확보하기 위해서는 비방행위를 제한하는 것이 필요한 점 등을 감안해 본다면, 침해의 최소성 원칙에 위배된다고 볼 수 없으며, 위 조항으로 인한 기본권 제한의 정도가 선거의 공정이라는 공익에 비해 결코 중하다고 볼 수 없어 법익의 균형성의 원칙에도 반하지 않는다. 따라서 공직선거법 제251

190) 헌재 2009. 5. 28. 2006헌마285, 판례집 21-1하, 726, 726-727. 이에 대하여 “입법자는 청각장애인들이 선거권의 실질적인 행사가능성을 보장받도록 선거방송의 수용과정에서 적어도 비장애인과 차별을 하여서는 아니 된다는 ‘차별방지의무’를 지고 있다고 할 것인데, 심판대상조항은 선거방송에서 청각장애인을 위한 수화 및 자막방송을 할 수도 있고 안할 수도 있는 단순한 제량사항으로 규율하고 있는 것은 위와 같은 헌법적 명령을 위배하고 있는 것이다. 나아가 심판대상조항에 의하여 수화 및 자막 등의 방영이 실시되지 않을 경우 차별취급이 존재하게 되고 이는 청각장애선거인의 참정권에 중대한 제한을 초래하게 되는 것인데, 이와 같은 차별의 효과와 이러한 차별을 방지하기 위해 제한되는 관련법익의 정도 및 부수되는 문제를 고려할 때, 심판대상조항은 차별 정도에 관한 적절한 균형관계를 일탈하여 그 정당성을 발견하기 어렵기 때문에 평등원칙에 위배되므로, 심판대상조항은 위헌이라고 판단된다.”는 1인의 반대의견이 있었다.

조 부분은 선거운동의 자유를 침해하지 아니한다.”고 판시한 바 있다.¹⁹¹⁾

VIII. 유세도구 관련 문제

1. 확성장치와 자동차의 사용제한문제

헌법재판소는 확성장치 및 자동차의 사용을 제한하는 공선법 제 91조 제1항, 제3항은 “선거운동을 함에 있어 확성장치와 자동차의 무제한적 사용은 심각한 소음 공해와 도로교통의 무질서 등 공공의 안녕과 질서에 직접적인 위해를 가져오고 또한 선거비용의 과다 지출을 가져오므로 후보자등 한정된 범위에 한하여서만 일부 허용하고 그 외의 사용은 이를 제한하고 있는 규정인 바, 위와 같은 목적을 달성하기 위하여 확성장치와 자동차의 사용을 제한하는 것 외에 달리 효과적인 수단을 상정할 수 없고, 그 제한이 국민생활의 안녕과 질서에 위해가 될 우려가 크다고 인정되는 확성장치 및 자동차등에 의한 선거운동방법에만 국한되는 부분적인 제한에 불과하며, 후보자등 일정 범위에 한하여서는 사용을 일부 허용하고 있으므로, 이러한 제한이 표현의 자유등을 침해하는 것이라 할 수 없다.”고 판시하여¹⁹²⁾ 선거운동 역시, 국민생활의 안녕과 질서에 위해가 되는 우려에 대응하여 일정부분 제한될 수 있음을 분명히 하고 있다.

2. 확성장치 사용 등에 따른 소음제한기준의 문제

한편, 공직선거법에서 확성장치 사용 등에 따른 소음제한기준을 두고 있지 않은 입법부작위의 법적 성격 및 공직선거에서 발생하는 소음으로 인한 환경권 침해의 심사기준과 공직선거법 제79조 제3항 및 제216조 제1항이 심사기준에 비추어 헌법에 위반되는지

191) 헌재 2010. 11. 25. 2010헌바53, 판례집 22-2하, 425, 425-426.

192) 헌재 2001. 12. 20. 2000헌바96등, 판례집 13-2, 830, 831.

여부를 묻는 사건에서 헌법재판소는 “공직선거법이 확성장치에 의해 발생하는 선거운동 소음을 규제하는 입법을 전혀 하지 않았다고 할 수 없고, 다만 소음제한 입법이 확성장치의 출력수 등 소음 제한에 관한 기준을 설정하지 않는 등 불완전·불충분한 것인지가 문제될 따름이다. 따라서 확성장치에 의해 유발되는 선거운동 소음규제 입법에 관한 이 사건 심판청구는 부진정입법부작위를 다투는 것에 해당한다.”면서 “일정한 경우 국가는 사인인 제3자에 의한 국민의 환경권 침해에 대해서도 적극적으로 기본권 보호조치를 취할 의무를 지나, 헌법재판소가 이를 심사할 때에는 국가가 국민의 기본권적 법익 보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가 하는 이른바 “과소보호금지원칙”의 위반 여부를 기준으로 삼아야 한다. 이 사건의 경우 청구인의 기본권적 법익이 침해되고 있음이 명백히 드러나지 않고, 공직선거법의 규정을 보더라도 확성장치로 인한 소음을 예방하는 규정이 불충분하다고 단정할 수도 없으며, 기본권보호의무의 인정 여부를 선거운동의 자유와의 비교형량하에서 판단할 때, 확성장치 소음규제기준을 정하지 않았다는 것만으로 청구인의 정온한 환경에서 생활할 권리를 보호하기 위한 입법자의 의무를 과소하게 이행하였다고 평가할 수는 없다.”고 판시하였다.¹⁹³⁾

IX. 새로운 매체를 사용한 선거운동

1. 인터넷 홈페이지를 이용한 선거운동

헌법재판소는 선거운동기간 전의 선거운동을 원칙적으로 금지하면서, 후보자와 후보자가 되고자 하는 자가 자신이 개설한 인터넷

193) 헌재 2008. 7. 31. 2006헌마711, 판례집 20-2상, 345, 345. 이에 대해서는 “이 사건 법률조항은 관련 법익을 형량하여 기본권 보호의무를 이행하는 데 있어서 환경권을 과소하게 보호하고 있고, 이는 청구인이 누려야 할 정온한 환경에서 생활할 권리의 침해를 가져왔다고 하지 않을 수 없으므로, 입법자가 공직선거서 유발되는 선거소음에 대한 입법을 개선할 수 있도록 이 사건 법률조항에 대하여 헌법불합치 결정을 선고하여야 한다.”는 4인의 반대의견이 있었다.

홈페이지를 이용한 선거운동을 할 경우에는 그 예외를 인정하는 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제59조 제3호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)가 일반 유권자의 선거운동의 자유를 침해하는지 여부에 대하여

이 사건 법률조항은 헌법 제116조 제1항의 선거운동 기회 균등 보장의 원칙에 입각하여 선거운동의 부당한 경쟁 및 후보자들 간의 경제력 차이에 따른 불균형이라는 폐해를 막고, 선거의 평온과 공정을 해하는 결과의 발생을 방지함으로써 선거의 자유와 공정성의 보장을 도모하기 위해 선거운동 기간을 원칙적으로 제한하면서도, 한편으로는 후보자간의 선거운동기회 불균등 문제를 시정하고, 인터넷 활용이 확대됨에 따른 새로운 선거풍토 조성을 위하여 그 예외를 허용하는 것이므로, 입법목적의 정당성이 인정되며, 이러한 입법 목적을 달성하면서도 그와 동시에 발생할 수 있는 선거의 불공정성이라는 부작용을 최소화하기 위하여, 후보자 등에 게만 한정하여 특정 유형의 사전선거운동을 예외적으로 허용하는 것은 선거의 자유와 공정을 조화하기 위한 적절한 수단이다.

모든 국민에게 선거운동기간 전에 인터넷 홈페이지를 이용한 선거운동을 허용하게 되면 과열되고 불공정한 선거가 자행될 우려가 크고, 이것이 후보자의 당선여부에 큰 영향을 미칠 수 있는바, 이러한 부작용을 막으면서 현실적인 선거관리의 한계를 고려한다면 일반 유권자에 대하여 선거운동기간 전에는 다른 선거운동과 마찬가지로 이를 금지하는 외에 선거운동의 자유와 선거의 공정을 조화하기 위한 달리 효과적인 수단을 상정하기 어렵다고 할 것이다.

온라인 공간의 빠른 전파 가능성 및 익명성에 비추어 볼 때, 허위사실 공표의 처벌이나 후보자 등의 반론 허용 등 단순한 사후적 규제만으로 혼탁선거 및 선거의 불공정성 문제가 해소되기는 어렵고, 선거 관리에 막대한 비용과 시간

을 필요로 하여 사실상 선거관리를 불가능하게 한다는 측면에서 보면, 최소침해성 원칙에 반한다고 볼 수 없고, 선거의 공정과 평온에 비추어 일반 유권자가 선거운동기간 전에 한정하여 선거운동을 할 수 없다는 제한의 정도가 수인이 불가능할 정도로 큰 것은 아니므로, 법익의 균형성 원칙에도 반하지 아니하므로, 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위배되어 일반 유권자의 선거운동의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

이 사건 법률조항은 원칙적으로 금지되어 있는 선거운동기간 전의 선거운동을 예외적으로 후보자 등이 자신이 개설한 인터넷 홈페이지를 통해 하는 경우에 이를 허용함으로써 선거운동기간에 대한 제한을 완화하는 규정인바, 선거운동기간 전에 선거운동을 할 수 있는 자를 누구로 할 것인지, 어느 범위까지 선거운동을 허용할 것인지 등에 대해서는 입법부의 재량에 맡겨야 하고, 그것이 명백히 재량권의 한계를 벗어난 자의적인 입법이 아닌 한 입법형성의 자유를 존중하여야 할 것이다.

그런데 유권자는 후보자와는 달리 전적으로 타인(후보자)에 대한 정보 및 의견 등을 게시하는 경우라 할 것이므로, 후보자 본인이 자기 자신의 정보를 게시하는 경우에 비하여 정보의 신뢰성 담보가 어렵고, 허위정보에 의해 선의의 유권자의 의사결정을 왜곡할 가능성이 적지 않다. 또한 온라인의 빠른 전파가능성 때문에 게시글의 원작성자를 알 수 없는 경우가 많아 사후적인 선거관리 및 규제가 어려우므로, 유권자에 비하여 신원확인이 용이하여 선거관리가 상대적으로 쉽고, 허위정보에 대한 시정조치나 형사제재가 즉각적으로 이루어질 수 있는 후보자의 경우와 차이가 있다. 따라서 후보자 등과 유권자에게 인터넷을 이용한 사전선거운동 허용여부를 달리 취급할 합리성이 인정되므로, 이 사건 법률조항은 평등원칙 및 선거운동 기회균등 원칙에 반하지 않는다.

고 판시하였다.¹⁹⁴⁾ 이는 기본적으로 선거운동의 현실적인 관리가능성에 근거하여 선거의 공정과 평온을 확보하기 위해 선거운동의 자유에 대한 침해를 긍정하는 결정으로 평가할 수 있을 것이다.

2. 이용자제작콘텐츠(User Created Contents; UCC)를 통한 선거운동

헌법재판소는 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 일정한 내용의 문서 기타 이와 유사한 것을 배부하는 등의 행위를 금지하는 공직선거법 제93조 제1항에 따라 ‘UCC(이용자제작콘텐츠)’의 배포를 금지하는 것이 과잉금지원칙에 위배하여 선거운동의 자유를 침해하는지 여부에 대하여 “이 사건 법률조항은 선거운동의 부당한 경쟁 및 후보자들 간의 경제력 차이에 따른 불균형이라는 폐해를 막고, 선거의 평온과 공정을 해하는 결과의 발생을 방지함으로써 선거의 자유와 공정의 보장을 도모하는 것으로서 정당한 목적달성을 위한 적절한 수단에 해당한다. 한편 후보자에 대한 인신공격적 비난, 허위사실 적시를 통한 비방 등은 후보자의 당선 여부에 치명적 영향을 주고, 온라인 공간의 익명성, 개방성은 선거권 없는 19세 미만 국민, 외국인의 선

194) 헌재 2010. 6. 24. 2008헌바169, 판례집 22-1하, 497, 497-499. 이에 대하여는 “인터넷 선거운동은 종래의 전통적인 선거운동방법에 비해 선거의 불공정을 야기할 위험이 거의 없고 오히려 적극 권장할 필요가 있는 선거운동방법이므로, 다른 선거운동방법에 비해 그 제한의 한계를 준수했는지 여부를 더욱 엄격히 심사해야 한다. 그런데 이 사건 법률조항은 입법목적 자체의 정당성이 인정되더라도, 그 입법 목적을 달성하기 위하여 중전의 다른 선거운동방법보다 경제력 차이에 따른 선거 불공정의 폐단이 적은 인터넷 선거운동을 다른 선거운동과 마찬가지로 금지하므로 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이라고 보기 어렵고, 공직선거법은 선거폐해 방지를 위한 제반조치로서 공직선거법 제82조의4 제2항, 제3항 및 제82조의5 제1항, 제4항 등을 이미 마련해 놓고 있어 피해최소성 원칙에도 위반될 뿐만 아니라, 표현의 장이라 할 수 있는 인터넷 공간에서 정치적 표현의 자유를 제약함에 따른 불이익이 적지 아니하여 법익 균형성에도 반한다. 따라서 인터넷을 이용한 선거운동까지 사전선거운동의 금지 범위에 포함시켜 이를 전면적으로 금지하는 것은 과잉금지원칙에 위배하여 선거운동의 자유를 침해하므로 헌법에 위반된다.”는 2인의 반대의견이 있었다.

거운동이나 후보자 사칭 등의 허위표시에 유권자들을 그대로 노출시켜 선거의 공정성을 치명적으로 해할 수 있는바, 단순한 사후적 규제만으로 이러한 문제가 해소되기 어렵고, 달리 이 사건 법률조항에 비하여 덜 제약적이면서 같은 효과를 지닌 수단이 명백하다고 볼 수 없으며, 예비후보자나 후보자의 경우(공직선거법 제59조) 및 선거운동 기간 중의 경우(공직선거법 제82조의4 제1항)에는 상당한 범위에서 이미 ‘UCC(이용자제작콘텐츠)’의 배포가 허용되어 있는바, 이 사건 법률조항에 의한 제한은 입법목적 달성을 위한 최소한의 것이다. 또한, 이 사건 법률조항에 의하여 달성되는 선거의 공정과 평온이라는 공익은 민주국가에서 매우 크고 중요하다고 할 수 있는 반면, 그로 인한 기본권 제한은 수인이 불가능할 정도로 큰 것은 아니라고 할 것이어서 법익균형성도 인정된다. 따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위배하여 선거운동의 자유를 침해하지 않는다.”고 판단하였다.¹⁹⁵⁾

195) 헌재 2009. 7. 30. 2007헌마718, 판례집 21-2상, 311, 311-312. 이러한 다수의 견에 대해서 “우리 헌법 제116조 제1항은 “선거운동은 각급 선거관리위원회의 관리하에 법률이 정하는 범위 안에서 하되, 균등한 기회가 보장되어야 한다.”고 규정하여 선거운동의 제한에 관하여 입법자의 구체적인 형성에 맡기고 있다. 선거운동의 제한이 기본권보장의 헌법이념과 헌법상의 제반원칙에 합치되어야 함은 명백하나, 입법자가 종래의 선거풍토나 그 밖의 제반여건을 종합적으로 고려하여 선거의 평온과 공정의 확보를 위해서 제한이 필요하다고 본 선거운동에 관하여는, 그것이 명백하게 불합리하거나 불공정하지 않는 한 입법자의 판단이 존중되어야 할 것이다.”라는 1인의 보충의견과 “이 사건 법률조항의 입법목적의 정당성은 인정되나, ‘UCC(이용자제작콘텐츠)’의 배포의 경우 후보자의 경제력에 따른 불균형 문제가 심각하지 않고, 후보자간 공정성을 해치거나 선거의 평온을 깨뜨린다고 보기 어려우므로 이를 금지하는 것이 목적달성을 위한 적절한 수단이라 할 수 없으며, 목적 달성을 위한 다른 덜 제약적인 수단들도 존재한다는 점에서 최소침해성원칙에도 위배된다. 나아가 ‘UCC(이용자제작콘텐츠)’의 배포의 무조건 금지로 인하여 얻어지는 선거의 공정성은 명백하거나 구체적이지 못한 반면, 후보자가 선거운동의 자유를 제한받음으로써 생기는 불이익은 적지 아니하므로, 공익과 사익 간의 균형성도 인정되지 않으므로 결국 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위배하여 선거운동의 자유를 침해한다.”는 4인의 반대의견, 그리고 “문서·도화 등을 이용한 선거운동은 정치적 표현의 자유로서 보장되어야 하고, 이를 금지하는 것은 선거운동의 자유를 정당한 사유도 없이 제한하는 것으로 헌법에 위반되며, ‘UCC(이용자제작콘텐츠)’의 배포를 이용한 선거운동 역시 마찬가지이다.”라는 1인의 반대의견이

3. 휴대전화 문자메시지를 통한 선거운동

헌법재판소는 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 일정한 내용의 문서 기타 이와 유사한 것의 배부하는 등의 행위를 금지하는 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제 7681호로 개정된 것) 제93조 제1항에 따라 휴대전화 문자메시지 전송을 금지하는 것이 과잉금지원칙에 위배하여 선거운동의 자유를 침해하는지 여부에 대하여 “이 사건 조항에 따라 휴대전화 문자메시지 전송을 금지하는 것은 선거운동의 부당한 경쟁 및 후보자들 간의 경제력 차이에 따른 불균형이라는 피해를 막고, 선거의 평온과 공정을 해하는 결과의 발생을 방지함으로써 선거의 자유와 공정의 보장을 도모하는 것으로서 정당한 목적달성을 위한 적절한 수단에 해당한다. 한편, 문자메시지에 의한 선거운동이 무제한적으로 허용된다면 선거의 공정이나 평온을 심히 저해하는 결과를 초래할 것이므로 이에 관한 제한은 불가피한데, 공직선거법은 제82조의5에서 전화를 이용한 선거운동을 일정기간 허용하여 기본권 제한을 최소화하고 있고, 달리 이 사건 조항에 비하여 덜 제약적이면서 같은 효과를 지닌 수단이 명백하다고 볼 수 없으므로 이 사건 조항은 최소침해성원칙에도 반하지 않는다. 또한, 이 사건 조항에 의하여 달성되는 선거의 공정과 평온이라는 공익은 민주국가에서 매우 크고 중요하다고 할 수 있는 반면, 그로 인한 기본권 제한은 수인이 불가능할 정도로 큰 것은 아니라고 할 것이어서 법익균형성도 인정된다. 따라서 이 사건 조항은 과잉금지원칙에 위배하여 선거운동의 자유를 침해하지 않는다.”고 판시하였다.¹⁹⁶⁾

있었다.

196) 헌재 2009. 5. 28. 2007헌바24, 판례집 21-1하, 599, 599-600. 이에 대하여 “이 사건 조항의 입법목적의 정당성은 인정되나, 휴대전화 문자메시지 전송의 경우 후보자의 경제력에 따른 불균형 문제가 심각하지 않고, 후보자 간 공정성을 해치거나 선거의 평온을 깨뜨린다고 보기 어려우므로 이를 금지하는 것이 목적달성을 위한 적절한 수단이라 할 수 없으며, 목적 달성을 위한 다른 덜 제약적인 수단들도 존재한다는 점에서 최소침해성원칙에도 위배된다. 나아가 휴대전화 문자메시지 전송의 무조건 금지로 인하여 얻어지는 선거의 공정성은 명백하거나 구체적이지 못한 반면, 후보자가 선거운동의 자유를 제한받음으로써 생

4. 인터넷 실명제의 문제

헌법재판소는 인터넷언론사에 대하여 선거운동기간 중 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 글을 게시할 수 있도록 하는 경우 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치를 할 의무, 위와 같은 글이 “실명인증”의 표시가 없이 게시된 경우 이를 삭제할 의무를 부과한 구 공직선거법(2008. 2. 29. 법률 제8879호로 개정되고, 2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되기 전의 것) 제82조의6 제1항, 제6항, 제7항(이하 이 사건 ‘법률조항’이라 한다)이 명확성의 원칙에 위배되는지 여부에 대하여 “인터넷이용자로서는 스스로의 판단에 따라 실명확인 절차를 거치거나 거치지 아니하고 자신의 글을 게시할 수 있으므로 이 사건 법률조항이 사전검열금지의 원칙에 위배된다고도 할 수 없다. 이 사건 법률조항은 소수에 의한 여론 왜곡으로 선거의 평온과 공정성이 위협받아 발생하는 사회경제적 손실과 부작용을 방지하고 선거의 공정성을 확보하기 위한 것이므로 목적의 정당성이 인정되고 그 수단의 적합성 또한 인정되며, 인터넷의 특성상 흑색선전이나 허위 사실이 빠르게 유포되어 정보의 왜곡이 쉬운 점, 짧은 선거운동기간 중 이를 치유하기 불가능한 점, 인터넷이용자의 실명이 표출되지 않고 다만 ‘실명확인’ 표시만이 나타나는 점을 고려하면, 피해를 최소화하기 위한 요건도 갖추었다. 인터넷언론사의 공개된 게시판·대화방에서 스스로의 의사에 의하여 정당·후보자에 대한 지지·반대의 글을 게시하는 행위가 양심의 자유나 사생활 비밀의 자유에 의하여 보호되는 영역이라고 할 수 없다. 실명인증자료의 보

기는 불이익은 적지 아니하므로, 공익과 사익 간의 균형성도 인정되지 않으므로 결국 이 사건 조항은 과잉금지원칙에 위배하여 선거운동의 자유를 침해한다.”는 4인의 반대의견과 “문서·도화 등을 이용한 선거운동은 후보자를 가장 정확하게 알리고 가장 정확하게 파악할 수 있는 선거운동방법이며 비용도 저렴하고 선거의 공정성을 해칠 위험도 적기 때문에, 정치적 표현의 자유로서 보장되어야 하고, 이를 금지하는 것은 선거운동의 자유를 정당한 사유도 없이 제한하는 것으로 헌법에 위반되며, 휴대전화의 문자메시지를 이용한 선거운동 역시 마찬가지이다.”라는 1인의 반대의견이 있었다.

관 및 제출의무는 개인의 인적정보를 수집할 목적으로 규정된 조항이 아니므로 개인정보를 대상으로 한 개인정보자기결정권에 대한 제한은 아니라고 할 것”이라 판시하였다.¹⁹⁷⁾

제 5 절 선거운동의 기간

I. 사전선거운동의 제한 근거

헌법재판소는 “입법자가 사전선거운동을 제한하는 규제방식을 채택한 것은 지방교육자치가 가진 전문성과 특수성을 감안한 것으로서 선거의 지나친 과열과 혼탁, 나아가 정치권의 과도한 개입을 차단하기 위한 목적을 가진 것이라 판단되고, 그와 같은 입법목적은 정당하며, 사전선거운동의 금지라는 방법은 그와 같은 입법 목적을 달성하는 데 적합한 수단이다. 한편 선거운동기간을 제한해야 할 필요성은 지방교육자치를 책임지는 기관인 교육감 선거가 문제되고 있는 이 사건의 경우에도 본질적으로 동일하게 요청된다 할 것이고, 특히 통상의 공직선거와는 달리 교육자치에 있어서는 교육의 자주성·전문성이 고려되어야 하고, 이를 위해 선거의 공정성의 확보가 특히 중요하다는 점을 감안하면 이 사건 심판대상 조항과 같은 사전선거운동의 규제조항을 두고 이를 기본권 제한에 필요한 정도를 넘어서 청구인의 기본권을 과도하게 제한하는 규정이라 보기는 어렵다.”¹⁹⁸⁾고 판시하여 교육감 선거에 있어서 사전선거운동의 제한근거로 선거의 과열과 혼탁, 나아가 정치권의 과도한 개입을 차단하는 것을 들고 있다. 이는 다른 선거의 사전선거운동 제한에 대해서도 큰 수정 없이 적용이 가능한 근거들이라 할 수 있을 것이다.

II. 선거운동의 기간제한의 정당성

197) 헌재 2010. 2. 25. 2008헌마324등, 판례집 22-1상, 347, 347-348.

198) 헌재 2006. 2. 23. 2003헌바84, 판례집 18-1상, 110, 111; 헌재 2010. 2. 25. 2008헌바10, 판례집 22-1상, 175, 176.

헌법재판소는 다수의 판결을 통해 선거운동의 기간을 제한하는 것의 정당성을 긍정해 왔다. 예를 들어 1994년 결정에서

법 제34조는 “당해 후보자의 등록이 끝난 때로부터 선거일 전일까지에 한하여” 선거운동을 허용하고, 그 외 시기의 선거운동을 금지하고 있다. 기간의 제한 없이 선거운동을 무한정 허용할 경우에는 후보자간의 오랜 기간 동안의 지나친 경쟁으로 선거관리의 곤란으로 이어져 부정행위의 발생을 막기 어렵게 된다. 또한 후보자간의 무리한 경쟁의 장기화는 경비와 노력이 지나치게 들어 사회경제적으로 많은 손실을 가져올 뿐만 아니라 후보자간의 경제력 차이에 따른 불공평이 생기게 되고 아울러 막대한 선거비용을 마련할 수 없는 젊고 유능한 신참 후보자의 입후보의 기회를 빼앗는 결과를 가져올 수 있다.

선거운동의 기간제한은 각 나라의 정치적 수준과 선거행태, 국민들의 선거의식과도 함수관계에 있다. 미국·독일과 같은 나라에서는 선거운동의 기간에 대한 제한이 없는 반면, 프랑스·일본에서는 우리와 같이 선거운동기간을 제한하고 있다. 그런데 우리나라는 반세기 가까이 수많은 선거를 치러 왔으면서도 아직껏 우리가 바라는 이상적인 선거풍토를 이룩하지 못하고 금권, 관권 및 폭력에 의한 부정, 과열 선거가 항상 문제되어 왔다. 이러한 상황 아래 위와 같은 폐해를 방지하고 공정한 선거를 실현하기 위하여 선거운동의 기간에 일정한 제한을 두는 것만으로 위헌으로 단정할 수는 없다. 다만, 선거운동기간이 헌법적합성과 관련하여 문제가 되는 것은 선거운동기간을 어느 정도 허용할 것인지, 선거운동의 시기와 종기를 어떻게 정할 것인가 등이 문제이다.¹⁹⁹⁾

199) 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 35. 동 판결에서 헌법재판소는 “법상 선거운동의 시기와 종기가 위와 같이 정해짐에 따라 선거운동이 가능한 기간은 앞서 본 바와 같이 28일 내지 23일이 된다. 28일 내지 23일이라는 선

라 판시하여, 선거기간 제한의 근거로 선거관리의 곤란에 기한 부정행위 발생 우려, 과도한 경비 및 노력의 소요에 기인한 사회적 제적 손실 및 후보자 간의 불공평 및 선거비용 마련이 곤란한 신참 후보자의 입후보 기회 상실의 세 가지를 들면서 선거기간제한의 정당성을 긍정한 바 있다.²⁰⁰⁾ 같은 결정에서 헌법재판소는 선거운동기간의 구체적인 범위와 관련하여서도

선거운동의 시기를 당해 후보자의 등록이 끝난 때로부터 정한 것은 후보자나 국민들의 입장에서 본격적인 선거분위기에 젖어드는 것은 경험칙상 선거일의 공고시부터라고 할 수 있으므로 타당성이 있다고 할 것이다. 후보자는 선거일 공고 이전에도 입후보를 위한 준비행위와 선거운동을 위한 준비행위를 할 필요가 있지만, 이러한 일은 선거운동이 아닌 것으로 규정하여(제33조 제2항), 얼마든지 사전 준비작업을 할 수 있기 때문에 더욱 그러하다.

선거운동의 종기에 관하여는 이를 선거일 전일로 정해 놓았으므로 선거일 전일의 경쟁후보자측에 의한 최후의 비난에 대하여 적절하게 대응하지 못하게 된다는 문제점이 생길 수도 있다. 그러나 경쟁후보자의 비난에 대한 반박기회의 상실문제는 선거일 당일까지 선거운동을 할 수 있도록 하더

거운동기간은 우리 나라의 영토넓이와 유권자의 수, 특히 오늘날 신문, 방송 등 대중정보매체가 광범위하게 보급되어 있고, 선거운동에 있어서도 그와 같은 대중정보매체의 활용이 중요성을 더해 가고 있는 점, 전국이 1일 교통권에 들어간 현재의 교통수단 등에 미루어 볼 때 유권자인 국민으로서 각 후보자의 인물, 정견, 신념 등을 파악하기에 결코 부족한 기간이라 할 수 없다. 그렇다면 법 제34조에서 정하는 선거운동의 기간제한은 제한의 입법목적, 제한의 내용, 우리 나라에서의 선거의 태양, 현실적 필요성 등을 고려할 때 필요하고도 합리적인 제한이며, 선거운동의 자유를 형해화할 정도로 과도하게 제한하는 것으로 볼 수 없다 할 것이므로 헌법에 위반되지 아니”한다고 판시한 바 있다. 같은 곳, 37면.

200) 이러한 입장은 이후의 판결에서도 거의 그대로 유지됨은 확인할 수 있다. 예를 들어 현재 1995. 11. 30. 94헌마97, 관례집 7-2, 677; 현재 2001. 12. 20. 2000헌바96등, 관례집 13-2, 830, 832; 현재 2005. 2. 3. 2004헌마216, 관례집 17-1, 184; 현재 2005. 9. 29. 2004헌바52, 관례집 17-2, 160, 160-161도 같다.

라도 시간적인 한계 때문에 여전히 발생할 수 있는 것이고, 오히려 선거일 당일의 끊임없는 비난과 반박으로 인하여 발생할 혼란으로부터 유권자를 보호할 필요가 있으므로 선거일 전일까지로 선거운동기간을 제한한 것을 나무랄 수 없다.

법상 선거운동의 시기와 종기가 위와 같이 정해짐에 따라 선거운동이 가능한 기간은 앞서 본 바와 같이 28일 내지 23일이 된다. 28일 내지 23일이라는 선거운동기간은 우리나라의 영토넓이와 유권자의 수, 특히 오늘날 신문, 방송 등 대중정보매체가 광범위하게 보급되어 있고, 선거운동에 있어서도 그와 같은 대중정보매체의 활용이 중요성을 더해 가고 있는 점, 전국이 1일 교통권에 들어간 현재의 교통수단 등에 미루어 볼 때 유권자인 국민으로서 각 후보자의 인물, 정견, 신념 등을 파악하기에 결코 부족한 기간이라 할 수 없다.²⁰¹⁾

라 판시하여, 선거기간 결정의 주요한 요인들을 제시한 바 있다.²⁰²⁾

한편 2004년 3월부터 신설된 예비후보자제도에 관해서는 “예비후보자제도는 현역 국회의원의 경우 직무활동으로 인정되는 의정활동보고를 통하여 사실상 선거운동기간 전에도 선거운동의 효과를 누리는 기회가 주어지고 있어 정치 신인과의 선거운동기회가 불균등하다는 문제점이 끊임없이 제기되자 선거운동기회의 형평성 차원에서 정치 신인에게도 자신을 알릴 수 있는 기회를 어느 정도 보장하고자 도입된 것”으로 보면서,²⁰³⁾ 이러한 예비후보자 제도가

201) 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 35-37.

202) 현재의 『공직선거법』상 대통령선거의 선거기간은 23일, 국회의원선거와 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거는 14일이다. 동법 제33조 제1항 제1·2호.

203) 헌재 2005. 9. 29. 2004헌바52, 판례집 17-2, 160, 161-162. 이에 따라서 예비후보자로 등록한 자는 선거운동기간 전에도 선거사무소 설치, 명함교부, 전자우편 발송 등의 방법으로 선거운동을 할 수 있게 된 것으로서 헌법재판소는

선거기간 단축의 주요한 논거가 될 수 있다고 보고 있다.

즉 “선거운동의 기간을 제한하는 것 자체가 청구인의 정치적 기본권을 과도하게 제한하는 것이 아니라고 할 때, 선거운동의 기간을 어느 정도로 할 것인지 여부는 입법정책에 맡겨져 있다고 볼 수 있고, 그 구체적인 기간이 선거운동의 자유를 형해화할 정도로 과도하게 제한하는 것으로 볼 수 없다면 이 역시 위헌이라고 볼 수 없다. 이 사건 공직선거법 규정상 선거기간이 14일로 단축되어 선거운동 기간이 종전에 비하여 3일 단축되었으나, 선거일 전 120일부터 예비후보자로 등록할 수 있는 예비후보자 및 후보자등록기간 중의 후보자에 대한 공직선거법 제60조의3에 의한 선거운동의 허용, 후보자 및 후보자가 되려는 자의 인터넷을 통한 선거운동의 허용 등 선거운동 기간의 제한을 받지 않는 선거운동 방법이 다양화된 점을 고려한다면, 위 기간이 유권자인 선거구민으로서 각 후보자의 인물, 정견, 신념 등을 파악하기에 부족한 기간이라고 단정할 수 없다. 그렇다면 이 사건 심판대상인 공직선거법 제33조 제1항 제2호에서 정하는 선거운동 기간은 제한의 입법목적, 제한의 내용, 우리나라에서의 선거의 태양, 현실적 필요성 등을 고려할 때 필요하고도 합리적인 제한이며, 선거운동의 자유를 형해화할 정도로 과도하게 제한하는 것으로 볼 수 없다 할 것이므로 헌법에 위반되지 않는다.”면서 “현행 공직선거법 제60조의2는 예비후보자 등록 제도를 신설하여, 예비후보자가 되고자 하는 자는 선거일 전

“이러한 사정을 고려할 때 예비후보자제도의 입법 목적을 달성하기 위해 선거운동기간 전에 예비후보자를 위하여 선거운동을 할 수 있는 주체에 예비후보자 본인 외에 반드시 예비후보자의 배우자를 포함시켜야 한다거나 선거운동에 있어서 이들을 똑같이 취급해야 한다는 헌법적 요청이 존재한다고 보기 어렵다. 또한 이 사건 법률조항은 선거운동기간에 대한 제한을 완화하는 규정으로 선거운동기간 전에 선거운동을 할 수 있는 자를 누구로 할 것인지, 어느 범위까지 선거운동을 허용할 것인지 등에 대해서는 입법부의 재량에 맡겨야 하고 그것이 명백히 재량권의 한계를 벗어난 자의적인 입법이 아닌 한 입법형성의 자유를 존중하여야 할 것인데 위에서 살펴본 점들에 비추어 이 사건 법률조항이 입법자의 입법재량의 한계를 일탈하였다고 보여지지 아니한다. 그렇다면 이 사건 법률조항에 의해 예비후보자와 그 배우자간에 선거운동의 자유에 있어 차별이 생긴다고 하더라도 이는 불합리한 것이 아니므로 평등원칙에 위반되지 아니한다.”고 판시한 바 있다.

120일부터 관할선거구선거관리위원회에 피선거권에 관한 증명서류를 첨부하여 예비후보자등록을 서면으로 신청하도록 하고, 예비후보자로 등록한 자는 후원회를 지정할 수 있도록 하여 후원회를 통한 정치자금의 조달에 있어서의 제한을 완화하였는바(정치자금법 제5조 제1항 제4호), 정치자금법의 입법목적은 고려할 때 후원회를 통한 정치자금조달이 허용되는 대상자를 선정함에 있어 특징이 객관적으로 명확하지 아니한 단순한 입후보예정자를 제외한 것은 위와 같은 입법목적의 실현하기 위한 불가피한 선택이고, 예비후보자로 등록 가능한 시점을 선거일 전 120일로 정한 것 역시 예비후보자로 등록되면 관할선거구선거관리위원회의 규제를 받으며 일부 선거운동이 허용되고 후보자 등록무효 규정의 준용을 받는 등 후보자에 준하는 지위가 부여되는 점을 생각할 때(공직선거법 제60조의2, 제60조의3), 그것이 우리 재판소가 관여하여야 할 정도로 입법재량을 현저히 불합리하게 또는 자의적으로 행사한 것이라고 단정할 수도 없으므로, 이 사건 정치자금법 규정은 평등의 원칙에 위배되지 않는다.”고 판시한 바 있다.²⁰⁴⁾

제 6 절 정치자금과 선거운동

I. 선거공영제의 의미

헌법재판소는 “선거공영제는 선거 자체가 국가의 공적 업무를 수행할 국민의 대표자를 선출하는 행위이므로 이에 소요되는 비용은 원칙적으로 국가가 부담하는 것이 바람직하다는 점과 선거경비를 개인에게 모두 부담시키는 것은 경제적으로 넉넉하지 못한 자의 입후보를 어렵거나 불가능하게 하여 국민의 공무담임권을 부당하게 제한하는 결과를 초래할 수 있다는 점을 고려하여, 선거의 관리·운영에 필요한 비용을 후보자 개인에게 부담시키지 않고 국민 모두의 공평부담으로 하고자 하는 원칙이다. 한편 선거공영제

204) 헌재 2005. 2. 3. 2004헌마216, 판례집 17-1, 184, 184-185.

의 내용은 우리의 선거문화와 풍토, 정치문화 및 국가의 재정상황과 국민의 법감정 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 정책적으로 결정할 사항으로서 넓은 입법형성권이 인정되는 영역이라고 할 것”²⁰⁵⁾이라 하여 선거공영제의 의의 및 인정영역을 제시한 바 있다.

II. 대의제 민주주의와 정치자금 규제의 필요성

헌법재판소는 대의제 민주주의에서의 정치자금 규제의 필요성에 관하여 “정치자금의 조달을 정당 또는 정치인에게 맡겨 두고 아무런 규제를 하지 않는다면 정치권력과 금력의 결합이 만연해 지고, 필연적으로 기부자의 정치적 영향력이 증대될 것이다. 금력을 가진 소수 기득권자에게 유리한 정치적 결정이 이루어진다면 민주주의의 기초라 할 수 있는 1인 1표의 기회균등원리가 심각하게 훼손될 수 있다. 그러므로 정치자금에 대한 규제는 대의제 민주주의의 필연적 귀결이다.”라고 판시한 바 있다.²⁰⁶⁾

III. 정치자금 모집에 있어서의 국회의원(입후보자) 및 정당우대의 정당화 근거

헌법재판소는 정치자금 모집에 있어서의 국회의원(입후보자) 및 정당우대를 우대하는 조항들의 합헌성에 대한 판단에서 “국회의원 및 국회의원선거에 입후보하는 자와 지방자치단체장 또는 지방자치단체장 선거에 입후보하는 자를 비교하여 보면, 국회의원은 전 국민을 대표하는 대의기관으로서 본질적으로 전문정치인이며 그 직무수행에 있어서 선거자금 외에도 상당한 정치자금의 소요가 예상되

205) 헌재 2010. 5. 27. 2008헌마491, 판례집 22-1하, 300, 310-311; 헌재 2011. 4. 28. 2010헌바232, 공보 175, 724, 729. 동 결정에서는 “이 영역에서 광범한 입법형성권이 인정된다고 하더라도 그 기준과 내용이 입법형성권의 범위를 넘어선 자의적인 것이라고 평가된다면, 선거공영제에 위반한 것이라고 볼 수 있다”고 하여 선거공영제의 입법형성권의 한계를 언급하고 있다.

206) 헌재 2004. 6. 24. 2004헌바16, 판례집 16-1, 759, 759.

나 지방자치단체장은 본질적으로 집행기관으로서 그 지위와 성격 및 기능에서 국회의원과 본질적으로 차이가 있고, 그 직무수행상 필요한 자금도 개인의 선거비용 이외에는 모두 국가 또는 지방자치단체의 예산으로 책정되어 있을 뿐만 아니라 집행기관으로서의 엄결성을 확보하기 위하여 정치자금의 조달방법에서도 지방자치단체장 또는 지방자치단체장 선거에 입후보하는 자는 개인후원회를 둘 수 없도록 한 것이므로 이러한 차별은 합리적 근거있는 차별이라고 할 것이다. 한편, 지방자치단체장 선거에 입후보하는 자 사이에서는 개인후원회를 둘 수 없다는 점에서는 실질적으로 아무런 차별이 없고, 또한 정당 추천을 받는 지방자치단체장 입후보자의 경우는 정당을 통한 합법적인 정치자금 조달을 보장하고 있으므로 정치자금의 조달이 전혀 불가능한 것이 아니므로 과잉금지원칙에 위배되어 공무담임권을 침해한다고 볼 수 없다. 다만, 정당추천 입후보자와 무소속 입후보자와의 사이에는 정당을 통한 정치자금의 조달에 있어 차별이 있는 것이 사실이나, 이는 우리 헌법(제8조)이 정당제 민주주의에 바탕을 두고 정당설립의 자유와 복수정당제를 보장하며 정당운영에 필요한 자금을 보조할 수 있도록 하는 등 헌법에서 정당을 일반결사에 비하여 특별히 두텁게 보호하고 있기 때문에 헌법적으로 정당성을 인정할 수 있다. 따라서 정당후원회 이외에 개인후원회를 둘 수 있는 자를 국회의원 또는 국회의원입후보등록을 한 자로 한정하고 있는 법 제3조 제8호는 헌법 제11조 제1항 및 제25조에 위반되지 아니한다.”고 판시한 바 있다.²⁰⁷⁾

IV. 선거자금과 선거운동

헌법재판소는 대통령선거경선후보자가 당내경선 과정에서 탈퇴함으로써 후원회를 둘 수 있는 자격을 상실한 때에는 후원회로부터 후원받은 후원금 전액을 국고에 귀속하도록 하고 있는 구 정치자금법 제21조 제3항 제2호의 ‘대통령선거경선후보자’에 관한 부분

207) 헌재 2001. 10. 25. 2000헌바5, 판례집 13-2, 469, 470.

(이하 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다)이 청구인의 평등권을 침해하는 것인지 여부 및 이 사건 법률조항이 선거운동의 자유 및 공직선거에 입후보하지 아니할 자유(공직선거과정에서 이탈할 자유) 등 선거의 자유를 침해하는 것인지 여부에 대해서, 각각 “대통령 선거경선후보자가 후보자가 될 의사를 갖고 당내경선 후보자로 등록을 하고 선거운동을 한 경우라고 한다면, 비록 경선에 참여하지 아니하고 포기하였다고 하여도 대의민주주의의 실현에 중요한 의미를 가지는 정치과정이라는 점을 부인할 수 없다. 따라서 경선을 포기한 대통령선거경선후보자에 대하여도 정치자금의 적정한 제공이라는 입법목적을 실현할 필요가 있는 것이며, 이들에 대하여 후원회로부터 지원받은 후원금 총액을 회수함으로써 경선에 참여한 대통령선거경선후보자와 차별하는 이 사건 법률조항의 차별은 합리적인 이유가 있는 차별이라고 하기 어렵다. 대통령선거경선후보자로서는 여론의 동향, 정치지형의 변화, 경제 여건의 변화 등 다양한 상황변화를 이유로 하여 후보자가 되는 것을 포기할 수 있는 것이며, 그와 같은 불가피한 상황변화에도 반드시 경선에 참여할 것을 요구하거나, 애초에 반드시 경선에 참여할 사람의 경우에만 대통령선거경선후보자가 되어야 한다고 요구하기는 어렵다.” 및 “선거운동에는 선거비용이 필수적으로 수반되는 것이므로, 선거운동비용의 사용을 제한하는 것은 선거운동을 제한하는 결과로 된다. 이 사건 법률조항은 대통령선거경선후보자가 적법하게 조직된 후원회로부터 기부받은 후원금을 적법하게 사용한 경우에, 당내경선에 참여하지 않았다는 사유로 이미 적법하게 사용한 선거운동비용까지 포함하여 후원금의 총액을 국고에 귀속하게 하는 것이므로 선거운동의 자유를 제한하고 있는 것이다. 대통령선거경선후보자가 적법하게 후원회를 지정하고 후원금을 기부받아 선거운동의 비용으로 사용하였음에도 사후에 경선에 참여하지 않았다고 하여 후원금 총액의 국고귀속을 요구하는 것은 선거운동의 자유에 대한 중대한 제한이라고 할 것이다. 대통령선거경선후보자는 입후보에 대비하여 선거운동을 하다가 당선가능성이 적다고 판단하거나, 정치적·경제적 사유, 건강 등 일신상의 상황변화를 이유로 하여 대

통령선거경선후보자로서의 지위를 사퇴할 자유를 가진다. 그런데 대통령선거경선후보자로서 선거과정에 참여한 이들은 이 사건 법률조항으로 인하여 대통령선거경선후보자로서의 자격을 중도에서 포기할 자유에 중대한 제약을 받게 된다. 대통령선거경선후보자의 정치적 의사결정에 이와 같은 제약을 가하는 것은 법상의 대통령선거경선후보자 제도 및 후원회 제도의 목적과도 조화되기 어려운 제약으로서, 자유로운 민주정치의 건전한 발전을 방해하는 것이라고 할 것이다. 이 사건 법률조항은 정당한 사유도 없이 후원금을 선거운동비용으로 사용하는 것을 제한하는 것이고, 그로 인하여 선거운동의 자유 및 선거과정에서 탈퇴할 자유 등 국민의 참정권을 침해하는 것”이라 결정한 바 있다.²⁰⁸⁾

한편 국회의원 또는 국회의원입후보등록자만이 정치자금을 받을 대상으로 지정되어 있는 부분에 대해서는 “정치자금의 수수를 양성화하고 그 금액과 사용용도를 투명히 하고자 하는 정치자금에 관한 법률의 입법목적은 그 간의 우리나라의 선거자금 실태를 고려할 때 입법형성권의 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없으며, 그 입법 목적을 충실히 실현하기 위해서는 무엇보다도 정치자금을 받을 대상자가 객관적으로 정치자금을 제공받을 위치에 있을 것을 요한다. 그런데 정당이나 국회의원 그리고 국회의원입후보등록자는 이미 객관적으로 그러한 위치에 있는 반면 단순한 국회의원입후보예상

208) 헌재 2009. 12. 29. 2007헌마1412, 판례집 21-2하, 846, 846-847. 이러한 다수의견에 대해서는 “이 사건 법률조항에 의하여 헌법상 보장된 청구인의 기본권이 침해받았다고 주장하기 위하여는, 위 법률조항이 해당 기본권을 현재 직접적으로 침해하여야 하는바, 대통령선거경선후보자가 진정으로 당선을 위하여 경선에 참여하였다면 경선참여기간 동안 경선포기시의 국고귀속을 우려하여 후원금의 사용을 꺼려할 이유가 없으므로, 위 법률조항이 대통령선거경선후보자의 선거비용 사용을 직접 위축시킬 가능성은 상정하기 어렵다. 설사 대통령선거경선후보자가 위 법률조항을 염두에 두고 선거비용의 사용을 주저하였다 하더라도 이는 간접적, 사실적 또는 경제적 고려에서 기인한 것에 불과하므로, 결국 위 법률조항이 대통령선거경선후보자의 선거운동의 자유를 침해할 가능성이나 위협성은 전혀 없다고 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항이 청구인의 선거운동의 자유를 침해한다고 볼 수 없다. 다만, 위 법률조항은 헌법상 비례의 원칙에 반하여 청구인이 경선에서 사퇴할 자유, 즉 소극적 입후보의 자유를 침해하므로 헌법에 위반되는 것이다.”는 2인의 별개의견이 있었다.

자는 어느 시점을 기준으로 그러한 위치를 인정할 것인지가 객관적으로 불분명하므로, 위 법률 제3조 제8호가 후보등록을 한 입후보자만을 그 대상으로 하고 후보등록을 하지 않은 입후보예상자까지 그 대상에 포함하고 있지 않더라도 이는 그러한 입법목적의 달성을 위한 적절한 수단에 해당하는 것이며, 따라서 합리적 이유가 있는 차별이다.”라고 판시한 바 있다.²⁰⁹⁾

제 7 절 차별조항

I. 선거법 차별의 정당성

헌법재판소에 의하면 “국민주권의 원리와 의회민주주의에 바탕을 둔 우리 헌법상의 선거제도는 모든 권력의 정당성을 뒷받침하고 담보하는 민주주의 실현을 위한 불가결한 수단이므로 국민의 선거과정에서의 참여행위는 최대한 보장하여야 하는 한편, 선거의 공정성을 해친 바 있는 선거법에 대하여는 주권자인 국민의 정치적 의사형성과 표현의 과정인 참정권의 행사를 공명하게 담보하기 위하여 일정한 제재를 가함으로써 부정선거의 소지를 차단할 필요가 있다.”고 하며²¹⁰⁾ 따라서 “일정한 정도 이상의 선거범죄를 저지른 당선자에게 강력한 제재를 가함으로써 선거범죄를 억제하고 공정한 선거문화를 확립하고자 하는 이 사건 법률조항은 그 입법목적의 정당성이 인정된다. 그리고 선거범죄로 일정한 정도 이상의 형을 선고받은 당선자에 대하여 이미 반환·보전받은 기탁금과 선거비용을 다시 반환하도록 하는 경제적 제재를 가하는 것은 선거범죄를 억제하려는 입법목적의 달성을 위한 적절한 수단이 될 수 있다.”고 한다.²¹¹⁾

II. 명확성의 원칙

209) 헌재 1995. 11. 30. 94헌마97, 판례집 7-2, 677, 678.

210) 헌재 2008. 1. 17. 2004헌마41, 판례집 20-1상, 98, 103-104.

211) 헌재 2011. 4. 28. 2010헌바232, 공보 175, 724, 728-728.

1. “선거운동과 관련하여”

헌법재판소는 선거운동과 관련된 이익제공행위에 대하여 처벌하는 것이 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위반되는지 여부와 관련하여 “선거운동과 관련하여”란 의미는 ‘선거운동에 즈음하여, 선거운동에 관한 사항을 동기로 하여’라는 의미”로서, “반드시 선거운동의 대가일 필요는 없고, 선거운동 관련 정보제공의 대가, 선거사무관계자 스카우트 비용 등과 같이 선거운동과 관련된 것이면 무엇이든 이에 포함된다고 볼 수 있”다면, 선거운동에 해당되는 여부를 완벽하게 공선법에서 규정하는 것이 불가능한 것처럼 선거운동과 관련된 행위가 무엇인지를 공선법에서 완벽하게 규정한다는 것은 불가능한데, 헌법재판소는 이미 선거운동의 개념에 대하여 명확성의 원칙에 위배되지 않는다고 판시하였고, 또한 이 사건 법률조항들은 공선법에 의하여 선거사무관계자들에게 수당과 실비를 제공하는 경우는 적용대상에서 제외하고 있는데, 공선법 및 공직선거관리규칙에서 선거사무관계자 및 수당과 실비에 대해서도 명확하게 규정하고 있어, 어떠한 경우에 이 사건 법률조항들이 적용되지 아니하는가를 일반인들이 알 수 있어, 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배된다고 할 수 없다고 판단한 바 있다.²¹²⁾

아울러, 같은 판결에서 공선법에서 규정하고 있는 경우를 제외하고는 누구든지 기간에 제한 없이 선거운동과 관련하여 금품 기타 이익의 제공 또는 그 제공의 의사표시를 하거나 그 제공을 약속할 수 없게 되어 있고, 이를 위반하는 경우에는 처벌하도록 하고 있는바, 결국 공선법에 의하여 선거사무소장·선거연락소장·선거사무원 및 회계책임자에게 수당과 실비를 지급하는 것 외에 선거운동과 관련하여 이익이 제공되는 경우 등을 처벌하고 있는데, 선거운동과 관련하여 이익제공행위를 허용하면, 과거 우리 선거사에서 금권선거가 자행되었던 것에 비추어 금권선거를 방지하기 힘들며, 선거운동원 등에게 이익이 제공되면, 선거운동원들도 이익을

212) 헌재 2002. 4. 25. 2001헌바26, 판례집 14-1, 301, 301-302.

목적으로 선거운동을 하게 되고, 따라서, 과열선거운동이 행하여지고 중국적으로는 공명선거를 행하기 어렵게 될 것이기에, 이 사건 법률조항들에 의한 제한은 선거운동의 자유와 공정을 보장하기 위한 제도적 장치로서의 의미를 가질 뿐 아니라, 폐해 방지를 위하여 선거운동 관련 이익제공을 금지하는 것으로 ‘선거운동과 관련하여’라는 전제하에 그 제한이 이루어지며, 그 제한은 선거운동방법의 전반에 대한 전면적인 제한이 아니라, 선거운동과 관련하여 금품 등 재산상 이익을 제공하는 경우에만 국한되는 부분적인 제한에 불과하므로, 이로써 선거운동의 자유가 전혀 무의미해지거나 형해화된다고 단정할 수 없으므로, 이 사건 조항은 과잉금지의 원칙이나 본질적 내용의 침해금지원칙에 위반하여 선거운동 내지 표현의 자유를 과도하게 제한하고 있다고 할 수 없다고 판시하였다.²¹³⁾

2. 선거준비행위와 선거운동의 구분

헌법재판소는 “공직선거법이 ‘선거준비행위’를 ‘선거운동’과 구별하고 있는 반면, 농협법은 선거기획행위를 선거운동의 개념에 포함시켜 처벌하고 있어서, 두 법률 사이에 ‘선거운동’의 개념 내지 범위가 일치하지 않는다. 그러나 이 사건 법률조항의 문언상, 선거기획행위가 ‘선거운동’의 개념에 포함되는지 여부에 관계없이, 조합의 임·직원이 조합장 선거에서 선거기획행위를 하는 것이 금지되고 만일 이를 위반하였을 경우 형사처벌된다는 점이 명백하므로, 수범자가 처벌받는 행위를 예측할 수 없거나 수사 및 재판기관에 의하여 자의적으로 해석·적용될 우려가 있다고 볼 수 없다. 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다.”고 보았다.²¹⁴⁾

213) 헌재 2002. 4. 25. 2001헌바26, 판례집 14-1, 301, 302-303. 이러한 입장은 헌재 2011. 4. 28. 2010헌바473, 공보 175, 735, 735에서도 유지된다.

214) 헌재 2011. 4. 28. 2010헌바339, 공보 175, 732, 733.

3. “특정인을 ... 당선되게 하거나 당선되지 못하게 할 목적으로”

헌법재판소는 특정인을 임원으로 당선되게 하거나 당선되지 못하게 할 목적으로 선거인이나 후보자에게 금품·향응 등을 제공하는 것을 금지하고, 그 위반행위를 형사처벌하는 새마을금고법(2007. 5. 25. 법률 제8485호로 전부 개정된 것) 제22조 제2항, 제85조 제4항 중 제22조 제2항 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’)이 죄형법정주의의 명확성원칙에 반하는지에 대해서

이 사건 법률조항 중 “특정인을 임원으로 당선되게 하거나 당선되지 못하게 할 목적으로” 부분의 ‘특정인’에 행위주체인 후보자 자신이 포함되는지 여부, 나아가 후보자가 자신의 당선을 목적으로 금품 등을 제공한 것이 이 사건 법률조항에 해당하는지 여부가 불분명한 것인지에 관하여 보면, 이 사건 법률조항의 입법취지는 새마을금고의 임원 선거과정에서 금권이 개입하여 공정한 선거가 이루어지지 아니하는 폐해를 척결하기 위한 것에 있고, 만약 ‘특정인’에 후보자 자신은 포함되지 않는다고 하게 되면 후보자가 ‘자기’를 당선되게 할 목적으로 금품 등을 제공하는 것을 법이 허용하는 결과가 되나, 후보자가 ‘자기’를 당선되게 할 목적으로 금품 등을 제공하는 것은 선거의 공정을 해하는 대표적인 행위가 될 터인데, 이를 처벌하지 않는다면 이 사건 법률조항의 입법취지가 몰각될 것이다. 따라서 이 사건 법률조항은 ‘누구든지’ 자기를 포함한 ‘특정인’을 임원으로 당선되게 하거나 당선되지 못하게 할 목적으로 선거인이나 후보자에게 금품·향응 등 제공행위를 하는 것을 모두 금지함이 법문언상 명백하므로 죄형법정주의의 명확성원칙에 반하지 않는다.²¹⁵⁾

215) 헌재 2010. 7. 29. 2008헌바119, 판례집 22-2상, 304, 304.

고 판시한 바 있다.

4. “이 법에 정하지 아니한 방법”

헌법재판소는 음성적 정치자금 수수를 지칭하여 “이 법에 정하지 아니한 방법”이라고 표현한 정치자금에관한법률(1997. 11. 4. 법률 제5413호로 신설되고, 2004. 3. 12. 법률 제7191호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘정치자금법’이라 한다) 제30조 제1항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 명확성원칙에 반하는지 여부에 대하여 “이 법에 정하지 아니한 방법”이 정치자금법에서 구체적으로 정하고 있는 방법 이외의 모든 방법이라는 의미로 충분히 이해될 수 있으므로, 거기에는 불확정개념의 사용으로부터 오는 문언적 불명료성의 문제는 없다. 또, 정치자금을 수수하고자 한다면 정치자금법에 정해진 방법대로 하지 아니하면 처벌된다는 점은 이 사건 법률조항에 의해 명백하다. 그리고 정치자금법의 각 개별조항에 의하면 정치자금을 수수하는 방법이 상세히 규정되어 있어서 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인이라면 정치자금법이 허용하는 정치자금의 수수방법은 능히 인식할 수 있다. 나아가 우리 사회에 있어서 정치자금을 주거나 받는 등 이 사건 법률조항과 연관을 맺게 되는 사람은 위에서 말한 ‘건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인’보다는 정치자금의 수수방법에 대해 더 잘 알 수 있는 지위에 있다고 할 것이므로, “이 법이 정하지 아니한 방법” 부분이 불명료하다고 할 수 없다. 특히 개별적 구성요건을 위반한 집단과 포괄적 금지규정을 위반한 집단이 하나의 집단 안에 포섭될 수 있는 것은 아니다. 즉, 개별적 구성요건 위반과 포괄적 금지규정 위반은 그 불법의 실질이 전혀 다르다. 그러므로 ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’ 처우하여야 한다는 헌법상 평등원칙에 있어서, ‘같은 것을 다르게’ 처우하는 문제는 없다. 또, 정치자금법에 정해진 개별적 금지 또는 제한의 위반보다는 아예 정치자금법의 규율영역 바깥에서 음성적인 정치자금을 수수함으로써 정치자금법의 목적과 원칙을 무시하는 행위의 불법이 더 큰 경우도 얼마든지

있을 수 있고, 이 사건 법률조항은 단지 범정형의 상한만을 더 중하게 규정해 두었을 뿐이므로, 특별한 경우에 있어서 포괄적 금지 규정위반의 불법이 매우 가볍다면, 법관에 의해 불법의 정도에 적합한 형이 정해질 수 있는 것이므로, 구체적인 사건에 있어서는 청구인이 지적하는 바와 같은 양형의 불균형 문제는 생기지 아니하므로 평등원칙에 위반되지 아니한다.”고 판시한 바 있다.²¹⁶⁾

5. “각종 인쇄물” / “기타 유사한 것”

헌법재판소는 선거운동기간 전 ‘각종 인쇄물’을 사용하여 선거운동을 하는 경우를 형사처벌하도록 규정한 구 ‘지방교육자치에 관한 법률’(2000. 1. 28. 법률 제6216호로 개정되고, 2006. 12. 20. 법률 제8069호로 전부 개정되기 전의 것) 제158조 제2항 제1호 중 ‘각종 인쇄물을 사용하여 선거운동을 한 자’ 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되는지 여부에 대하여 “인쇄물은 대개의 경우 이를 작성하거나 교부하는 사람의 의사가 반영되어 있다는 점에서 의사표시를 본질적 요소로 하지 않는 단순한 시설물이나 용구의 경우와 달리 보아야 할 필요성이 있고, 시설물이나 용구와 달리 배포·교부·소지가 가능하므로 이에 따른 각인·반복학습 효과, 전과가능성 및 정보전달력 또한 크다 할 수 있다. 나아가 인쇄물은 당초의 제작 목적보다는 교부되는 상황이나 상대방의 특성에 따라 얼마든지 본래의 목적과 다른 목적으로 이용될 수 있고, 특히 명함의 경우 자신을 상대방에게 알리고자 하는 의도를 그 본질적 요소로 하는바, 이는 입후보자가 자신을 투표권자에게 알리고 홍보하는 것을 본질로 하는 선거운동과 동일한 목적을 가지므로, 양자의 관련성이 더욱 크다 할 것이다. 이러한 점들을 종합적으로 고려하여 볼 때, 선전용으로 제작된 것이 아닌 인쇄물이라 하더라도 그것이 선거운동의 수단으로 이용될 경우 선거운동에 미치는 영향력이 선전용 시설물이나

216) 헌재 2004. 6. 24. 2004헌바16, 판례집 16-1, 759, 759-760.

용구의 경우와 비교하여 결코 작다고 볼 수 없을 것이므로, 이 사건 법률조항 소정의 “각종 인쇄물”이란 명칭 및 용도 여부를 불문하고 선거운동에 이용된 모든 종류의 인쇄된 유형물을 의미한다고 해석함이 상당하므로, 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 아니한다.”고 판시하였다.²¹⁷⁾

그리고 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 일정한 내용의 문서 기타 이와 유사한 것을 배부하는 등의 행위를 금지하는 공직선거법 제93조 제1항 본문중 ‘기타 유사한 것’부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 명확성원칙에 위배되는지 여부에 대하여도 “이 사건 법률조항은 매체의 형식에 중점을 두고 있는 것이 아니라 사람의 관념이나 의사를 시각이나 청각 또는 시청각에 호소하는 방법으로 다른 사람에게 전달하는 것에 중점을 두고 있는 것이고, 일반조항으로서의 ‘기타 이와 유사한 것’은 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 정당 또는 후보자를 지지, 추천하거나 반대하는 내용을 포함할 수 있는 가독성 내지가 청성을 가진 공직선거법 제93조 제1항에 열거된 매체와 유사한 매체, 관념이나 의사전달의 기능을 가진 매체나 수단을 의미하는 것으로 볼 수 있으므로, 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 반하지 아니한다.”고 판시한 바 있다.²¹⁸⁾

6. “연고가 있는” / “후보자가 되고자 하는 자” / “기부행위”

헌법재판소는 공직선거법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것, 이하 같다) 제113조 제1항 중 ‘후보자가 되려고 하는 자’에 대

217) 헌재 2010. 2. 25. 2008헌바10, 판례집 22-1상, 175, 175-176.

218) 헌재 2009. 7. 30. 2007헌마718, 판례집 21-2상, 311, 311. 이에 대해서는 “공직선거법 제93조 제1항의 구성요건 행위가 시간적·내용적으로 한정되어 있다는 이유만으로 ‘기타 이와 유사한 것’에 ‘관념이나 의사전달의 기능을 가진 모든 매체나 수단’이 포함된다고 해석할 수는 없으며, 위 조항의 구체적인 예시만으로는 표현의 형식, 방법, 파급력 등이 다양한 많은 매체 중에서 어느 것이 일반조항인 ‘기타 이와 유사한 것’에 포함될지를 추론하기도 쉽지 않다. 이 사건 법률조항은 구체적 예시에 의하여 그 범위와 한계가 명백하게 드러나지 않으나, 헌법상 명확성의 원칙에 위배된다.”라는 4인의 반대이견이 있었다.

하여 기부행위를 금지시키는 부분 및 제257조 제1항 제1호의 ‘제113조 제1항’ 중 ‘후보자가 되려고 하는 자’ 부분(이하 ‘이 사건 금지조항’, ‘이 사건 처벌조항’이라 한다)이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되는지 여부에 대해서

선거구민이 아니라 선거 구민과 일정한 연관이 있는 자에 대한 기부행위라도 선거구민의 의사결정에 영향을 미치는 경우에는 이를 방지할 필요가 있는데, 이러한 연관성을 입법자는 ‘연고가 있는’이라고 표현하고 있다. ‘연고가 있다’는 표현이 추상적이기는 하나, 기부행위를 제한하는 입법의 취지와 다른 조항과의 연관성, 입법 기술상의 한계 등을 고려할 때 건전한 일반 상식을 가진 자에 의하여 의미가 파악되기 어렵다고 보기 힘들며, 법관의 보충적인 해석을 통하여 그 적용 단계에서 다의적으로 해석될 소지도 적으므로 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배되지 않는다.

‘후보자가 되고자 하는 자’는 순전히 당사자의 주관에 의해서만 판단하는 것이 아니라 후보자 의사를 인정할 수 있는 객관적 징표 등을 고려하여 그 해당 여부를 판단하고 있으며, 문제되는 당해 선거를 기준으로 하여 기부 당시 후보자가 되려는 의사를 인정할 수 있는지를 판단하면 될 것이므로, 위 부분 역시 명확성원칙에 위배된다고 단정하기 어렵다.

‘기부행위’의 개념에 관하여 공직선거법 제112조 제1항은 “금전·물품 기타 재산상 이익의 제공, 이익제공의 의사표시 또는 그 제공을 약속하는 행위”로 정의하고 있는데, 그 자체로도 의미가 명확히 해석될 수 있을 뿐만 아니라, 예외적으로 허용되는 기부행위로 제2항에 예시된 내용과 대비하여 보면, 충분히 금지되는 기부행위가 어떤 것인지 파악할 수 있다고 할 것이므로, 명확성원칙에 위배되지 않는다.

라고 판시한 바 있다.²¹⁹⁾

7. “지지·반대의 글”

헌법재판소는 인터넷언론사에 대하여 선거운동기간 중 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 글을 게시할 수 있도록 하는 경우 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치를 할 의무, 위와 같은 글이 “실명인증”의 표시가 없이 게시된 경우 이를 삭제할 의무를 부과한 구 공직선거법(2008. 2. 29. 법률 제8879호로 개정되고, 2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되기 전의 것) 제82조의6 제1항, 제6항, 제7항(이하 이 사건 ‘법률조

219) 현재 2010. 9. 30. 2009헌바201, 공보 168, 1684, 1684-1685. 여기에 대해서는 “가. (1) 연고(緣故)라는 표현은 구체적인 내용이나 범위를 쉽게 판단하기 어려운 추상적 표현이므로 형사처벌의 구성요건으로서 사용되기에 부적절하며, 선거구민과 어떻게 관련된 사람들이 이에 해당하는지 예측하기 어려우므로 법집행자의 자의적인 해석·적용의 가능성을 내포하고 있다. ‘선거구민과 연고가 있는 자’에 대한 대법원의 해석에 의하더라도 어느 범위의 혈연적 관계인지, 어떤 인간적 관계인지, 의사 결정에 간접적으로 어떠한 영향을 미칠 수 있는 가능성은 어느 정도의 것을 말하는지 등 구체적인 내용을 예견하기는 어려워 법관의 보충적 해석으로 불명확성이 해소되었다고 볼 수도 없다. (2) ‘후보자가 되고자 하는 자’ 부분 역시, 당해 선거에서 후보자가 되고자 하는 자로 한정하는 것인지가 모호하며, 기부행위시부터 시기적으로 가장 근접한 선거의 후보자를 의미한다고 하더라도 그 선거가 국회의원선거, 지방의회선거, 지방자치단체의 장 선거 중 가장 근접한 선거 하나만을 말하는지, 아니면 각 선거별로 가장 근접한 선거를 말하는지가 명확하지 않다. 더구나 당해 선거의 후보자로 한정하지 않는다면, 차차기(次次期) 선거를 포함한 장래의 각종 선거가 이에 포함됨으로써, 공직선거법이 규제하는 기부행위를 한 자는 영원히 선거 후보자가 될 수 없다는 모순에 도달하게 된다. 따라서, 아무런 제한 없이 단순히 ‘후보자가 되고자 하는 자’라고 규정한 것은 금지 또는 처벌하고자 하는 행위의 시기적·종류적 범위를 예측하기 어렵게 하고 법집행기관의 자의적 해석·집행 가능성이 있으므로 헌법상 명확성의 원칙에 위배된다. 나. 기부행위가 금지되는 자를 ‘후보자가 되고자 하는 자’까지 포함하여 폭넓게 규정하면서도 기부행위와 당해 선거와의 관련성 여부를 묻지 않고 그 기부행위의 제한기간조차 두지 않은 것은, 일반 국민으로 하여금 선거와 전혀 근접하지 않은 시기에 입후보 여부가 전혀 정하여지지 않은 상태에서도 기부행위를 할 권리를 박탈하는 것이 되고, 나아가 자신의 출신지 등 연고지에 기부행위를 한 자는 그 지역에서의 장래의 모든 선거에 출마할 수 없게 하는 가능성까지 발생하게 한다. 따라서 이 사건 금지조항 및 처벌조항은 개인의 행복추구권에 대한 제한에 있어서 침해의 최소성을 충족시키지 못하고, 법익 균형성 요건도 충족시키지 못하므로, 과잉금지원칙에 반한다.”는 4인의 반대의견이 있었다.

항’이라 한다)이 명확성의 원칙에 위배되는지 여부에 대하여 “관계 법령의 규정 내용이 구체적으로 인터넷언론사의 범위에 관하여 규정하고 있고 독립된 헌법기관인 중앙선거관리위원회가 설치·운영하는 인터넷선거보도심의위원회가 이를 결정·게시하는 이상, 해당 인터넷언론사가 자신이 실명확인 확인 조치의무를 지는지 여부에 관하여 확신이 없는 상태에 빠지는 경우를 상정할 수 없고, ‘지지·반대의 글’은 건전한 상식과 통상적인 범감정을 가진 사람이면 자신의 글이 이에 해당하는지를 충분히 알 수 있다고 할 것이므로 명확성의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.”고 판단하였다.²²⁰⁾

Ⅲ. 허위사실 유포에 대한 처벌의 정당성

헌법재판소는 당선되지 못하게 할 목적으로 후보자 등에 관하여 허위의 사실을 공표한 자를 7년 이하의 징역 또는 500만 원 이상 3,000만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정한 공직선거법 제250조 제2항 중 “방송으로 허위의 사실을 공표한 자”에 대한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 형벌상 비례의 원칙에 위반되는지 여부에 대하여 “이 사건 법률조항은 흑색선전과 혼탁선거를 방지하고 선거의 자유와 공정을 확보하기 위한 것으로서, 이러한 입법 목적과 허위사실 유포행위로 인해 상대 후보자가 입게 될 정신적인 고통, 범죄 동기에 대한 높은 비난가능성, 향후 허위사실을 유포하는 행위를 근절하기 위한 형사정책적 고려 등을 종합해 볼 때, 이 사건 법률조항은 비례의 원칙에 위반되지 않는다.”고 보았다.²²¹⁾

220) 헌재 2010. 2. 25. 2008헌마324등, 판례집 22-1상, 347, 347.

221) 헌재 2009. 9. 24. 2008헌바168, 판례집 21-2상, 617, 617-617. 또 이 법률조항이 평등원칙에 위반되는지 여부에 대해서도 “이 사건 법률조항은 일부 공직선거법 규정들과 달리 벌금형의 하한을 규정하고 있으나, 허위사실 유포행위의 동기와 죄질, 높은 비난가능성 등에 비추어 볼 때 이 사건 법률조항의 법정형이 특별히 형벌체계상 현저히 균형을 잃은 것이라거나 다른 범죄자와의 관계에 있어서 평등의 원리에 위반되는 것이라 할 수 없다.”고 판시한 바 있다.

IV. 연대책임을 긍정한 사례

1. 배우자

헌법재판소는 배우자의 중대 선거범죄를 이유로 후보자의 당선
을 무효로 하는 공직선거및선거부정방지법 제265조 본문 중 ‘배우
자’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법 제13조
제3항에서 금지하는 연좌제에 해당하는지 여부에 대해서 “‘모든
국민은 자기의 행위가 아닌 친족의 행위로 인하여 불이익한 처우
를 받지 아니한다.’고 규정하고 있는 헌법 제13조 제3항은 ‘친족의
행위와 본인 간에 실질적으로 의미 있는 아무런 관련성을 인정할
수 없음에도 불구하고 오로지 친족이라는 사유 그 자체만으로’ 불
이익한 처우를 가하는 경우에만 적용된다. 배우자는 후보자와 일
상을 공유하는 자로서 선거에서는 후보자의 분신과도 같은 역할을
하게 되는바, 이 사건 법률조항은 배우자가 죄를 저질렀다는 이유
만으로 후보자에게 불이익을 주는 것이 아니라, 후보자와 불가분
의 선거운동공동체를 형성하여 활동하게 마련인 배우자의 실질적
지위와 역할을 근거로 후보자에게 연대책임을 부여한 것이므로 헌
법 제13조 제3항에서 금지하고 있는 연좌제에 해당하지 아니한
다.”고 판시한 바 있다.²²²⁾

2. 회계책임자

헌법재판소는 회계책임자가 300만 원 이상의 벌금을 선고받은
경우 후보자의 당선을 무효로 하고 있는 구 공직선거법(2005. 8. 4.
법률 제7681호로 개정되고, 2010. 1. 25. 법률 9974호로 개정되기
이전의 것) 제265조 본문 중 “회계책임자” 부분(이하 ‘이 사건 법
률조항’이라 한다)이 헌법 제13조 제3항에 위반되는지 여부에 대해
서도

222) 헌재 2005. 12. 22. 2005헌마19, 판례집 17-2, 785, 785-787.

① 헌법 제13조 제3항은 ‘친족의 행위와 본인간에 실질적으로 의미있는 아무런 관련성을 인정할 수 없음에도 불구하고 오로지 친족이라는 사유 그 자체만으로’ 불이익한 처우를 가하는 경우에만 적용되기 때문에 원칙적으로 회계책임자가 친족이 아닌 이상, 이 사건 법률조항은 적어도 헌법 제13조 제3항의 규범적 실질내용에 위배될 수는 없다.

② 이 사건 법률조항은 후보자에게 회계책임자의 형사책임을 연대하여 지게 하는 것이 아니라, 선거의 공정성을 해치는 객관적 사실(회계책임자의 불법행위)에 따른 선거결과를 교정하는 것에 불과하고, 또한 후보자는 공직선거법을 준수하면서 공정한 경쟁이 되도록 할 의무가 있는 자로서 후보자 자신뿐만 아니라 최소한 회계책임자 등에 대하여는 선거범죄를 범하지 않도록 지휘·감독할 책임을 지는 것이므로, 이 사건 법률조항은 후보자 ‘자신의 행위’에 대하여 책임을 지우고 있는 것에 불과하기 때문에, 헌법상 자기책임의 원칙에 위반되지 아니한다.

③ 이 사건 법률조항에 의한 후보자 책임의 법적 구조의 특징, 회계책임자에게 재판절차라는 완비된 절차적 보장이 주어진다든 점, 별도 절차의 채부에 따른 장·단점이 나뉜다는 점 등을 종합하면 후보자에 대하여 변명·방어의 기회를 따로 부여하는 절차를 마련하지 않았다는 점만으로 적법절차원칙에 어긋나고 재판청구권을 침해한 것이라고 볼 수 없다.

④ 회계책임자와 후보자는 선거에 임하여 분리하기 어려운 운명공동체라고 보아 회계책임자의 행위를 곧 후보자의 행위로 의제함으로써 선거부정 방지를 도모하고자 한 입법적 결단이 현저히 잘못되었거나 부당하다고 보기 어려운 이상, 감독상의 주의의무 이행이라는 면책사유를 인정하지 않고 후보자에게 법정 연대책임을 지우는 제도를 형성한 것이 반드시 필요 이상의 지나친 규제를 가하여 가혹한 연대책임을 부과함으로써 후보자의 공무담임권을 침해한다고 볼 수

없다.

라는 구체적인 판단을 제시한 바 있다.²²³⁾

223) 헌재 2010. 3. 25, 2009헌마170, 판례집 22-1상, 535, 535-536. 이러한 다수의 견에 대해서 “이 사건 법률조항은 단순히 금전배상을 명하는 민사상 제재와는 전혀 다른 영역인 후보자의 공무담임권을 박탈하는 공직선거법상의 제재에 대해서까지 법정 무과실책임으로 규정하고 있고, 회계책임자인 피고인의 주관적 양형조건도 반영된 그 양형에 의해 제3자인 후보자의 공무담임권 박탈을 예외 없이 연계시키고 있다. 회계책임자에 대한 형사재판은 제3자인 회계책임자의 범죄행위에 대한 재판일 뿐 후보자 자신의 국회의원직 상실 여부를 결정하는 재판이 아닐 뿐만 아니라, 더욱이 회계책임자가 후보자를 배신하여 이 사건 법률조항 소정의 선거범죄를 저지른 경우와 같이 후보자와 회계책임자의 이해가 일치하지 아니하게 된 경우에는 후보자에게 사실상으로도 변명·방어의 기회가 보장될 수 없다. 후보자가 자신의 관리·감독책임 없음을 입증하여 면책될 가능성조차 부여하지 아니한 채 회계책임자의 불법행위를 근거로 후보자의 공무담임권을 확정적으로 박탈하는 이 사건 법률조항은 헌법상 자기책임의 원리에 위배하여 후보자의 공무담임권을 침해하는 것이어서 헌법에 위반된다.”는 4인의 반대의견이 있었다.

제 5 장 비교법적 고찰

제 1 절 미국

I. 선거운동 관련 규제입법

선거운동(election campaign)이란 동일한 공직을 대상으로 경쟁하는 후보자들 중에서 특정 후보자를 선택하도록 유권자들을 설득하기 위한 조직된 노력(organized effort)을 말하고, 효과적인 선거운동이 되기 위해서는 유권자의 성향이나 이해관계에 대한 정보의 획득 및 분석, 유권자들의 성향이나 이해관계에 호소할 수 있는 전략 및 전술의 개발, 유권자에 대한 후보자의 메시지의 전달, 그리고 유권자들의 투표 유도 등을 위한 충분한 자원들이 필요하게 된다.²²⁴⁾

이러한 선거운동은 특히 미국에서는 표현의 자유의 문제와 직결되어 있는 것으로 인식된다. 따라서 선거운동의 규제는 표현의 자유에 대한 제한문제를 의미하고, 표현의 자유가 최대한 보장되고 있는 미국에서의 선거운동의 규제는 광범위한 규제시스템을 채택하고 있는 우리나라와는 달리 선거비용의 통제에만 그치고 있는 것이 그 특징이다. 이하에서는 미국에서의 선거운동 관련 규제입법의 연혁 및 현황을 살펴보되, 특히 선거비용의 통제에 초점을 맞추어서 살펴보기로 한다.

1. 선거운동 관련 규제입법의 연혁 및 현황

각 주의 공직선거에 대한 규율은 각 주의 개별 법률에 의해 이루어진다. 하지만 연방 공직선거에 대한 규율은 전국적인 입법에 의해서 이루어져야 하는데, 바로 1971년에 입법화된 「연방선거운

224) Janda, Kenneth, Berry, Jeffrey M., & Goldman, Jerry (ed.), *The Challenge of Democracy*, 11th ed., WADSWORTH, 2011, 280면.

동법(Federal Election Campaign Act: FECA)이 연방 차원에서 이전의 단발적인 개별 입법들을 넘어서서 본격적으로 통일된 선거 운동 규율을 목적으로 탄생된 법률이라고 할 수 있을 것이다.

연방선거운동법은 1974년에 개정되었는데, 이때 연방선거위원회(Federal Election Commission: FEC)가 창설되게 된다.²²⁵⁾ 연방선거위원회는 상원의 동의하에 대통령에 의해 임명되는 6명의 위원으로 구성되어 있는 독립기관이다. 오직 3명의 위원까지만 동일 정당 소속일 수 있고, 임기는 6년이며, 임기가 시작하는 시점이 동일하지 않기 때문에 어떠한 대통령도 모든 위원들을 임명할 수 없다.

연방선거위원회의 주된 임무는 전국적인 선거운동에서의 선거자금 모금 제한에 대한 집행, 선거비용의 지출에 대한 완벽한 공개의 요구, 대통령 선거운동에서의 공적 자금(public financing)의 집행 등이다.

1974년에 개정된 연방선거운동법은 주로 선거자금에 대한 기부의 제한에 초점이 맞추어져 있었다. 예컨대 연방의회 및 대통령선거를 포함하는 연방 공직선거에서의 선거운동에 대한 개인 및 단체의 기부금에 대해서 제한을 가하였는바, 특히 연방 공직선거 후보자에 대해서는 1인당 1,000불 이상을 기부할 수 없게 제한하였다. 1974년에 개정된 연방선거운동법의 규율체제는 사소한 개정을 거치면서 거의 30년 동안 적용되어 왔다.

한편 선거비용이 증가함에 따라, 선거자금통제를 강화하는 입법이 추진되게 되는데, 2002년에 연방선거운동법을 개정하는 소위 「초당파선거운동개혁법(Bipartisan Campaign Reform Act: BCRA)」이 통과되고, 2004년 선거부터 적용되었다.

2002년의 초당파선거운동개혁법에 따른 연방선거운동법의 개정 이후로 현재로서는 별다른 개정이 없이 연방 차원에서는 기존의 연방선거운동법이 계속 적용되고 있는 것으로 파악된다.

225) <http://www.fec.gov>.

2. 선거운동 관련 규제의 내용

가. 선거운동비용

선거자금의 모금과 지출 등 선거운동비용에 대한 규제는 주 공직선거의 경우에는 각 주별로 규율하고 있어서 그 내용이 다양할 수 있다.²²⁶⁾ 하지만 연방 공직선거에서의 선거자금의 규제는 전국적인 입법인 연방선거운동법에 의해 규율되고 있다.

연방선거운동법 이전의 선거자금 규제입법들은 여러 가지 맹점들이 있었고, 집행에 있어서도 문제점이 많았다.²²⁷⁾ 이에 따라 1971년 입법화된 연방선거운동법은 미디어에 소요되는 비용을 제한하고, 선거자금의 수입과 지출의 완벽한 보고에 관한 새롭고도 엄격한 물들을 부과하였다. 이러한 새로운 입법의 필요성은 매우 컸다고 평가된다. 예컨대 연방선거운동법이 제정되기 이전인 1968년에 연방의회 상하원 후보자들은 자신의 선거운동에 850만불을 사용하였다고 보고하였는데, 연방선거운동법이 시행된 1972년에 동일한 수의 후보자들이 8,890만불을 사용하였다고 시인하였다고 한다.²²⁸⁾

1974년에 개정된 연방선거운동법에 의해 창설된 연방선거위원회 의 주된 임무는 전국적인 선거운동에서의 선거자금 모금 제한에

226) 주 차원에서의 선거자금에 대한 규제입법과 관련하여 최근 주목을 받고 있는 것이 청렴선거법(the Clean Election Act)이다. 청렴선거법은 선거자금의 완전공영제를 내용으로 하고 있으며, 1996년 메인 주를 시작으로 애리조나, 매사추세츠, 버몬트, 노스캐롤라이나, 코네티컷 등의 주에서 채택·운용하고 있는 정치자금제도를 말한다. 이에 관해 자세한 소개는 김준석, “미국 청렴선거법(Clean Election Act)의 제도적 분석 - 메인, 애리조나의 사례를 중심으로”, 현대정치연구 제3권 제1호, 서강대학교 현대정치연구소, 2010. 4., 185-220면 참조.

227) 연방선거운동법 이전의 선거자금 규제입법들에 관한 소개로는 어수영, “미국 선거와 선거자금 - 선거자금법개혁”, 미국학 제4집, 서울대학교 미국학연구소, 1981, 31-45면; 구병삭, “미국에 있어서의 선거운동자금규제”, 법학논집 제23호, 고려대학교 법학연구원, 1985, 4-8면 참조.

228) Janda, Kenneth, Berry, Jeffrey M., & Goldman, Jerry (ed.), *The Challenge of Democracy*, 11th ed., WADSWORTH, 2011, 302면.

대한 집행, 선거비용의 지출에 대한 완벽한 공개의 요구, 대통령 선거운동에서의 공적 자금의 집행 등이다. 이러한 측면에서 보더라도 미국의 선거운동규제의 초점은 주로 선거자금 내지 선거비용의 통제에 맞추어져 있다고 할 수 있다.

한편 1974년에 개정된 연방선거운동법은 비정당그룹인 정치활동위원회(political action committee)²²⁹⁾가 선거운동에 기부할 수 있는 총액을 제한하였고, 연방의회 및 대통령선거를 포함하는 연방 공직선거에서의 선거운동에 대한 개인 및 단체의 기부금에 대해서 제한을 가하였다. 선거자금에 대한 기부는 직접적 기부와 간접적 기부²³⁰⁾로 구분되는데, 연방 공직선거 후보자에 대해서는 1인당

229) 선거운동기금을 조성해 정계에 진출하려는 후보자들에게 그 기금을 나누어 주는 것을 목적으로 하는 미국 정치조직체를 말한다. 기업·노동조합·동업자조합 등이 구성하며, 개인에게 자발적으로 선거운동기금을 기부하도록 부탁하고 이렇게 해서 모은 기금을 선거로 뽑히는 정부 관직 후보자나 상·하원의 후보자들에게 제공하는 일을 한다. 1971년의 연방선거운동법에서 특정한 기업이나 조합 또는 개인이 어떤 후보에게 줄 수 있는 기부액의 한도를 엄격히 정한 뒤부터 이 위원회의 활동이 두드러지게 되었다. 정치활동위원회는 더 많은 수의 사람들이 소액 기부금을 내도록 함으로써 선거법의 제약을 피하고, 동시에 후보자들에게 상당한 액수의 기금을 제공할 수 있게 되었다. 브리태니커 백과사전. <http://100.daum.net/encyclopedia/view.do?docid=b19j1477a>. 연방선거운동법은 정치활동위원회라는 용어보다는 ‘정치위원회(political committee)’라는 용어를 사용하면서, 다음과 같이 정의내리고 있다(2 U.S.C. §431(4)). (A) any committee, club, association, or other group of persons which receives contributions aggregating in excess of \$1,000 during a calendar year or which makes expenditures aggregating in excess of \$1,000 during a calendar year; or (B) any separate segregated fund established under the provisions of section 441b(b) of this title; or (C) any local committee of a political party which receives contributions aggregating in excess of \$5,000 during a calendar year, or makes payments exempted from the definition of contribution or expenditure as defined in paragraphs (8) and (9) of this section aggregating in excess of \$5,000 during a calendar year, or makes contributions aggregating in excess of \$1,000 during a calendar year or makes expenditures aggregating in excess of \$1,000 during a calendar year.

230) 직접적 기부(hard money)는 후보자에 대해서 자금을 직접적으로 기부하는 것을 말하고, 간접적 기부(soft money)는 시설이나 설비의 구입, 선거운동본부의 리모델링, 선거사무소에서의 직원채용 등 기본적인 운영경비를 위해 정당위원회(party committee)에 대해서 자금을 기부하는 것을 말한다.

1,000불 이상을 기부할 수 없게 제한하는 반면에, 정당위원회에 대한 간접적 기부는 상당한 정도 허용하였다.

1974년 연방선거운동법 개정 이후 점차적으로 선거비용이 증가하는데, 특히 1996년 미국 대통령선거에서 사용된 선거자금은 이전의 선거와 비교해 볼 때, 엄청나게 증가했다. 이러한 선거비용의 증가는 정책광고의 등장과 밀접한 관련성을 갖는데, 왜냐하면 정책광고에 엄청난 자금이 사용됨으로써 전체적인 선거비용 규모가 늘어났던 것이다. 1996년 미국 대통령선거를 계기로 하여, 다시 선거비용 통제를 강화하는 입법이 또다시 추진되게 된다.²³¹⁾ 결국 2002년에 공화당 상원의원 John McCain과 민주당 상원의원 Russel Feingold가 공동으로 제안한 것으로서 연방선거운동법을 개정하는 초당파선거운동개혁법이 통과되고, 2002년 11월 6일부터 효력을 발휘하였으며, 특히 동법상의 새로운 법적 규제장치들은 2003년 1월 1일부터 효력을 발휘하여, 실제로는 2004년 선거부터 적용되었다.

우선 초당파선거운동개혁법은 공직선거 후보자에 대한 개인의 기부금 상한액을 1인당 1,000불에서 2,000불로 늘리고 향후 물가지수를 반영하도록 하였지만, 정치활동위원회의 기부금 상한액 5,000불은 늘리지 않았고 물가지수도 반영하지 않았다. 물가지수가 반영된 것으로서 개인에 의해 이루어지는 기부금에 대한 제한액수는 현재, 2년의 주기 동안의 각종 선거(예비선거, 본선거, 결선선거는 각각 별개의 선거로 간주됨)에서 개별 후보자에 대한 기부는 2,400불, 주 단위의 정당 또는 정치위원회에 대한 기부는 연간 10,000불, 전국적인 정당위원회에 대한 기부는 연간 30,400불이다.

초당파선거운동개혁법은 간접적 기부와 관련하여 다음과 같은 두 가지 문제를 다루기 위하여 입법화된 것이 특징이다.

첫째, 선거자금에 있어서의 간접적 기부의 증가 문제이다. 동법

231) 1996년 미국 대통령선거에서의 선거자금의 문제와 그 이후의 입법논의에 대한 소개로는 최장수, “1996년 미국 대통령선거와 선거자금 - 주요 쟁점과 법 개정 논의를 중심으로”, 국제지역연구 제1권 제3호, 한국외국어대학교 외국학종합연구센터, 1997. 10, 99-109면 참조.

은 전국정당위원회(national party committee)로 하여금 연방규제의 적용대상이 되지 않는 어떠한 선거자금의 모금과 지출도 금지하는 것을 통해서 이 문제를 해결하고자 하였다.

둘째, 정책홍보광고(issue advocacy ads)²³²의 확대 문제이다. 이러한 정책홍보광고의 주된 자금원이 바로 간접적 기부이다. 예비선거 이전의 30일 기간 동안 혹은 본선거 이전의 60일 기간 동안 연방 공직선거 후보자의 이름이 거론되는 방송광고를 ‘선거운동 커뮤니케이션활동(electioneering communications)’으로 정의내리면서, 그러한 광고에 대한 비용을 기업에 의해서 지불되는 것을 금지하거나 혹은 기업 내지 노동조합의 일반재정(general treasury)을 이용하는 비영리단체에 의해 지불되는 것을 금지함으로써(2 U.S.C. § 441b), 이러한 문제를 해결하고자 하였다.

한편 1974년 연방선거운동법 개정 이후 초당파선거운동개혁법에 이르기까지, 미국에서의 선거운동비용 내지 선거자금에 대한 통제는 ‘정치자금의 민주화’라는 기초상의 큰 변화는 보이지 않고 있는 것으로 분석된다.²³³

232) 정책홍보광고는 선거운동에서 사용되는 광고유형 중의 하나이다. 선거운동광고에서는 “vote for”, “elect”, “support”, or “oppose” 등의 용어나 단어들 사용될 수 없기 때문에, 선거운동광고는 광고주체인 정치인의 업적이나 능력 혹은 상대편 정치인의 과오나 무능력을 보여주기 위해 당시의 주요 이슈나 사건들을 광고소재로 활용한다. 따라서 정책홍보광고는 후보자에 대한 직접적인 지지를 표현하거나 담고 있지 않다. 이러한 광고는 기업, 노동조합, 기부자 및 정치활동위원회에 대해서 연방선거운동법의 규제를 받지 않고 후보자를 지지하기 위한 비용을 합법적으로 지출할 수 있는 수단을 부여한다. 예컨대 현직 대통령이었던 George W. Bush 후보자와 민주당 후보자이었던 John Kerry가 경쟁하였던 2004년 미국 대통령선거에서, 공화당을 지지하는 한 정치활동위원회는 테러리스트와 오사마 빈 라덴 및 알카에다의 위협에 대한 TV광고를 하였는데, 광고 마지막에 다음과 같은 질문이 포함되어 있었다. “Would you trust Kerry against these killers?” “George Bush did not start this War, but he will end it”. 이러한 광고는 금지되어 있는 용어나 단어들 사용하지 않기 때문에, 연방선거운동법상 합법적인 것이다. http://en.wikipedia.org/wiki/Issue_advocacy_ads 참조.

233) 엄기홍, “제한적 정치자금 기부금 제한법, 무제한적 선거비용, 그리고 전략적 후보자 - 미국 하원선거에서의 정치자금 기부금 분석”, 미국학논집 제39집 제3호, 한국아메리카학회, 2007. 12, 118면.

나. 예비선거(primary election)와 본 선거에서의 선거운동

미국에서는 거의 모든 주에서 예비선거가 보편화되어 있다. 예비선거란 공직선거 후보자 추천을 위한 일종의 당내경선으로서, 모든 주 의회 및 연방 의회선거 후보자 추천을 위해 보편화되어 있다.²³⁴⁾

일반적으로 예비선거에는 4가지 유형이 존재한다.²³⁵⁾ 첫째, 폐쇄형 예비선거(closed primary)는 특정 정당의 예비 후보자에 대한 투표를 하기 위해서 유권자가 자신의 정당 가입 여부(affiliation)를 사전에 등록해야 하는 예비선거를 말한다. 둘째, 개방형 예비선거(open primary)는 정당 등록 또는 가입에 상관없이 모든 유권자가 특정 정당의 당내 경선에 참여할 수 있는 예비선거를 말한다. 셋째, 변형된 폐쇄형 예비선거(modified closed primary)는 각 개별 주들의 정당들로 하여금 정당에 가입되어 있지 않은 유권자가 예비선거에 참여할 수 있게 할 것인지 여부를 결정할 수 있게 하는 예비선거를 말한다. 넷째, 변형된 개방형 예비선거(modified open primary)는 이미 정당에 등록되어 있지 않은 유권자들도 특정 정당의 예비선거에 참여할 수 있게 하는 예비선거를 말한다. 마지막으로 전통적인 유형에는 해당되지는 않지만, 최근 주목을 받고 있는 예비선거제도로 정당독립형 연기명 예비선거(nonpartisan blanket primary)가 있다. 이 예비선거제도는 루이지애나주를 비롯하여 최근 워싱턴주 및 캘리포니아주²³⁶⁾에서 채택되고 있는데,

234) 미국의 예비선거제도에 관한 소개로는 도희근, “미국의 예비선거제도”, 고시계 제47권 제5호, 통권543호, 고시계사, 2002. 5., 58-67면; 도희근, “국민참여경선제와 미국 예비선거제의 비교”, 국제정치연구 제5집 제1호, 동아시아국제정치학회, 2002, 96-106면; 정만희, “미국의 예비선거제도에 관한 연방대법원판례”, 동아법학 제31호, 동아대학교 법학연구소, 2002. 10., 41-65면 참조.

235) http://en.wikipedia.org/wiki/Primary_election (“primary election”); http://en.wikipedia.org/wiki/Nonpartisan_blanket_primary (“nonpartisan blanket primary”).

236) 캘리포니아주의 경우에는 원래 변형된 폐쇄형 예비선거제도를 채택하고 있었는데, 소위 ‘DTS 유권자’(Decline to State voter)들의 미대표 문제 때문에, 최근 정당독립형 연기명 예비선거제도로 변경되었다. 여기서 DTS 유권자란

'Top-two primary' 혹은 'Louisiana primary'라고 불리기도 하는 것으로서, 모든 공직선거 후보자로 하여금 소속 정당과 상관없이 동일한 하나의 예비선거에 출마하도록 하는 예비선거이다. 이 예비선거에서는 가장 많은 표를 획득한 두 명의 상위 후보자가 다른 라운드인 본 선거에 진출하게 된다. 여기서는 예비선거 이전에 후보자를 추천하는 별도의 정당 내부 절차가 존재하지 않기 때문에, 동일 정당 소속의 두 명의 후보자가 본 선거에 진출할 가능성도 있다.

위와 같은 예비선거제도의 존재는 정당의 공직선거 후보자들의 추천을 정당지도자가 아닌 유권자의 손에 의해 결정되게 함으로써, 미국 정당정치에서 권력의 탈중앙화의 핵심요소로 기능하는 것이다.

이상과 같은 의미를 가지는 예비선거에서의 선거운동에 대해서는 본선거에서의 선거운동과 차별적으로 규제를 가하고 있는 것으로 보이지는 않는다. 왜냐하면 이러한 예비선거도 선거운동규제의 대상, 보다 구체적으로 연방선거운동법에서의 규율대상이 되는 '선거(election)'의 개념²³⁷⁾에 포함되기 때문이다. 다만 위에서도 살펴

특정 정당에 대한 선호도를 갖지 않은 유권자로서, 선거인명부(voter registration form) 등록시 'Decline to State'에 체크를 함으로써, DTS 유권자가 된다. 캘리포니아주의 예비선거제도 개혁에 관해서 자세한 것은 Talar Aslanian 외 5인, "Recapturing Voter Intent - The Nonpartisan Primary in California", *Capstone Seminar Report*, Pepperdine School of Public Policy, April 2003 [<http://publicpolicy.pepperdine.edu/master-public-policy/content/capstones/primary.pdf>].

237) 연방선거운동법상 선거(election)의 개념은 다음과 같이 4가지를 포함하는 것으로 정의된다(2 U.S.C. §431(1)). (A) 일반선거, 특별선거, 예비선거 또는 결선선거; (B) 후보자를 지명할 권한이 있는 정당의 전당대회 또는 코커스; (C) 후보자지명을 위한 정당의 전국전당대회에 참여할 대의원 선출을 위한 예비선거; (D) 연방대통령직에 선출되는 개인들의 지명에 대한 선호를 표명하기 위해 개최되는 예비선거.

원문의 내용은 다음과 같다. (A) a general, special, primary, or runoff election; (B) a convention or caucus of a political party which has authority to nominate a candidate; (C) a primary election held for the selection of delegates to a national nominating convention of a political party; and (D) a primary election held for the expression of a preference for the nomination

보았듯이, 연방 공직선거 후보자의 이름이 거론되는 방송광고에 대한 비용지출과 관련된 규제에 있어서, 본선거의 경우에는 본선거 이전의 60일 기간 동안을 규제하지만 예비선거의 경우에는 예비선거 이전의 30일 기간 동안을 규제하는 것을 통해서 차별화하고 있을 뿐이다.

다. 기타

미국 연방선거운동법에는 선거운동을 직접적으로 정의하는 규정이 없다. 다만 선거운동과 유사한 개념이지만 선거운동보다 넓은 개념으로, 연방선거활동(federal election activity)이라는 개념을 사용하고 있고 이에 관한 개념정의를 하고 있다(2 U.S.C. §431(20)). 연방선거활동에는 ① 정기적으로 예정된 연방선거 실시일의 120일 전부터 연방선거일까지의 유권자등록활동(voter registration activity)²³⁸⁾, ② 유권자 파악 및 투표 권장 또는 공직후보 선출과 관련된 통상적인 캠페인활동²³⁹⁾²⁴⁰⁾, ③ 신원이 명백히 밝혀진 연방 공직후보자에 대하여 언급하거나 혹은 지지·반대하는 공공 커뮤니케이션(public communication)²⁴¹⁾, ④ 정당의 주, 카운티 또는 지

of individuals for election to the office of President.

238) 원문은 다음과 같다. 2 U.S.C. §431(20)(A)(i) voter registration activity during the period that begins on the date that is 120 days before the date a regularly scheduled Federal election is held and ends on the date of the election.

239) 원문은 다음과 같다. 2 U.S.C. §431(20)(A)(ii) voter identification, get-out-the-vote activity, or generic campaign activity conducted in connection with an election in which a candidate for Federal office appears on the ballot (regardless of whether a candidate for State or local office also appears on the ballot).

240) 여기서 통상적인 캠페인활동(Generic campaign activity)이란 공직선거 후보자를 지지하지 않으면서도, 정당을 지지하는 활동(a campaign activity that promotes a political party and does not promote a candidate or non-Federal candidate)을 말한다(2 U.S.C. §431(20)).

241) 원문은 다음과 같다. 2 U.S.C. §431(20)(A)(iii) a public communication that refers to a clearly identified candidate for Federal office (regardless of whether a candidate for State or local office is also mentioned or identified)

역위원회에 의하여 고용된 자가 월간 보수를 받는 시간의 25% 이상을 연방선거와 관련하여 제공하는 활동²⁴²)이 포함된다.

또한 연방선거운동법에는 선거운동의 방법에 대한 제한도 전혀 없다. 더 나아가서 선거운동기간, 선거운동주체에 관해서도 우리나라에서 볼 수 있는 것과 같은 광범위한 제한이 존재하지 않는 것으로 분석된다.

II. 선거운동 규제와 관련된 주요 판례 동향

위에서 살펴본 바와 같이 미국에서의 선거운동 규제는 선거운동 비용에 대한 통제를 중심으로 이루어지지, 우리나라와 같이 선거운동기간, 선거운동주체, 선거운동방법에 대한 통제를 하지 않는다. 따라서 이하에서는 선거운동비용 내지 선거자금의 통제와 관련된 주요 판례를 소개하기로 한다.

미국에서의 선거운동비용 내지 선거자금의 통제는 표현의 자유의 문제로 인식하고 있는 것이 그 특징 중의 하나라고 할 수 있다. 미국의 경우 위에서 살펴보았듯이, 선거운동비용 내지 선거자금의 증가로 인하여 지속적으로 이를 통제하기 위한 입법적 시도를 해 왔는데, 이 문제가 표현의 자유의 제한문제로 인식되어 있는 관계로 이와 관련하여 중요한 연방대법원의 판결도 존재한다. 이하에서는 선거비용통제와 관련된 주요 연방대법원의 판결의 요지를 살펴봄으로써, 미국에서의 선거운동비용 내지 선거자금의 통제가 갖는 헌법적 함의를 분석해 보기로 한다.

1. *Buckely v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976)

and that promotes or supports a candidate for that office, or attacks or opposes a candidate for that office (regardless of whether the communication expressly advocates a vote for or against a candidate).

242) 원문은 다음과 같다. 2 U.S.C. §431(20)(A)(iv) services provided during any month by an employee of a State, district, or local committee of a political party who spends more than 25 percent of that individual's compensated time during that month on activities in connection with a Federal election.

선거운동비용의 통제와 관련하여, 1974년에 개정된 연방선거운동법은 연방 공직선거 후보자에 대한 직접적인 기부를 1인당 1,000불로 제한하였는바, 이러한 제한이 표현의 자유를 침해한다는 이유로 연방대법원에서 다투어진 사례가 존재한다. 바로 1976년에 선고된 *Buckely v. Valeo* 판결이다.

가. 사실관계 및 심판대상

Buckely v. Valeo 판결에서의 심판대상은 다음과 같다.

첫째, 제608(b)(1)조는 공직선거 후보자에 대한 직접적인 기부를 1인당 1,000불로 제한하였다.

둘째, 제608(b)(2)조는 정치활동위원회(political action committee)가 공직선거 후보자에 대해서 직접적인 기부를 할 수 있는 금액을 5,000불로 제한하였다.

셋째, 제608(b)(3)조는 한 개인이 기부할 수 있는 선거기부금을 연간 총 25,000불로 제한하였다.

넷째, 제608(e)(1)조는 한 개인이 ‘명백하게 신원이 확인된 후보자와 관련된(relative to a clearly identified candidate)’ 지출을 연간 1,000불 이상 못하도록 제한하였다.

다섯째, 제608(a)조는 개인적이고도 가족의 자금원을 자신의 선거운동에 후보자가 사용하는 것을 제한하였다.

여섯째, 제608(c)조는 연방공직선거운동에서 후보자가 지출할 수 있는 비용의 전체 총액을 제한하였다.

1974년에 개정된 연방선거운동법은 위에서 언급된 조항들 이외에도 정치활동위원회로 하여금 기부 및 지출의 세부 내역을 보관하도록 하였는데, 예컨대 10불 이상을 기부하는 기부자의 이름과 주소를, 100불 이상을 기부하는 경우에는 기부자의 직업 및 직장 주소를 보관하도록 하였다. 그리고 100불을 초과하는 모든 기부처(source of contribution)와 100불을 초과하는 모든 지출의 수령인 및 목적을 공개하는 분기별 보고서를 연방선거위원회에 제출하도록 하였다. 또한 정치활동위원회나 후보자에 대한 기부 이외에

100불을 초과하는 기부나 지출을 하는 모든 개인이나 단체는 연방 선거위원회에 신고를 하도록 하였다.

연방 상원의원인 Buckley의원 등은 이상에서 언급된 규정들이 연방헌법 수정 제1조 및 수정 제5조 등을 침해한다고 주장하면서, 1975년 1월 2일 연방 제1심 법원에 소송을 제기하였다. 연방 제1심 법원은 원고의 주장을 받아들이지 않았고, 항소심을 거쳐, 연방 대법원의 심리를 받게 되었다.

나. 판결요지

먼저 연방대법원은 다음과 같은 이유로 기부제한규정들 (contribution provisions)에 대해서는 합헌이라고 하였지만, 지출제한규정들(expenditure provisions)에 대해서는 연방헌법 수정 제1조를 위반하여 위헌이라고 판시하였다.

첫째, 기부제한규정들 및 공개규정들은 거대한 선거자자금기부에 대한 후보자의 의존에서 비롯되는 부적절한 영향력의 현실 내지 등장에 대응하기 위한 적절한 입법적 무기이고, 그에 따른 기부총액제한은 정치적 논쟁과 토론에 관여할 수 있는 개별 시민 및 후보자의 권리를 직접적으로 침해하지 않으면서도 선거과정의 순결성(the integrity of the electoral process)을 보존하고자 하는 기본적인 정부의 이익에 기여한다.

둘째, 자신의 자금에서 지출되는 개별 후보자의 선거비용지출에 대한 제한 및 전체 선거비용지출의 총액제한은, 정치적 표현에 관여할 수 있는 후보자, 시민 및 단체들의 능력에 대한 실질적이고도 직접적인 제한에 해당하기 때문에, 연방헌법 수정 제1조를 침해한다.

다음으로 연방대법원은 공개 및 기록보관규정들(disclosure and recordkeeping provisions)은 유권자들에게 중요한 정보를 제공하고 법집행을 위한 기록들을 제공함으로써 선거부정을 억제하는 목적(informational and enforcement goals)에 기여하는 만큼 합헌이라고 판시하였다.

다. 의의

Buckely v. Valeo 판결은 선거비용통제와 관련하여 매우 중요한 의미를 가지는 연방대법원의 선례이다. 특히 연방대법원은 선거운동에 대한 기부금 통제를 허용하면서도, 선거운동을 위해 자금을 지출하는 것, 즉 선거비용의 지출은 헌법적으로 보호받는 자유로운 언론의 한 형태(a form of constitutionally protected free speech)라는 점을 인정하였다는 점에 주목을 요한다. 이러한 관점에서 연방대법원은 공직선거 후보자가 자신의 선거운동을 위하여 제한 없이 선거비용을 지출할 수 있다고 판시하였다. 하지만 개인들이 특정 후보자를 위한 홍보에 당해 후보자나 정당과는 별도로 거액의 돈을 지출할 수 있게 한 점이 이 판결의 가장 큰 문제점으로 지적된다.²⁴³⁾

2. McConnell v. Federal Election Commission, 540 U.S. 93 (2003)

1974년에 개정된 연방선거운동법상의 선거자금 기부에 대한 통제 이후에도 선거비용이 증가함에 따라, 선거자금통제를 강화하는 입법이 추진되게 되는데, 2002년에 통과된 초당파선거운동개혁법이 바로 그것이다. 2002년의 초당파선거운동개혁법상의 선거자금 기부에 대한 통제에 대해서도 연방대법원에서 그 위헌성이 다투어졌다. 바로 2003년에 선고된 McConnell v. Federal Election Commission 판결이다.

가. 사실관계 및 심판대상

이 사건은 공화당 상원의원인 Mitch McConnell 등이 제기한 사건으로서, 특히 McConnell 상원의원은 2002년 초당파선거운동개혁

243) 임지봉, “미국헌법상의 정치적 표현의 자유와 선거운동의 규제”, 미국헌법연구 제21권 제2호, 미국헌법학회, 2010. 8., 93면.

법의 입법 당시 줄기차게 이 법안에 대해서 반대를 했던 사람이다. 2002년 John McCain 상원의원과 Russell Feingold 상원의원은 선거자금이 모금되는 방식과 선거자금이 선거운동에 지출되는 방식을 개혁하기 위해 초당파선거운동개혁법의 입법을 주도하게 된다. 이 법의 핵심내용들은 다음과 같다.

첫째, 기업, 노동조합 또는 부유한 개인이 직접적으로 정당에 대해서 행하는 무제한적인 간접적 기부(soft money)를 금지하고, 선출된 현직 공무원에 의해서 행해지는 간접적 기부 권유(Solicitation)의 금지이다.

둘째, 노동조합, 기업 및 비영리단체가 선거일 전 60일까지 관여할 수 있는 광고에 대한 제한이다.

셋째, 정책홍보광고(issue ads) 혹은 공동지출(coordinated expenditures)이라는 형식으로 후보자를 대신하여 정당이 광고에 대해서 자신의 자금을 사용하는 것을 제한하는 것이다.

Mitch McConnell 등은 초당파선거운동개혁법이 연방헌법 수정제1조를 침해한다고 주장하면서, 이 사건에 대한 소를 제기한 것이다. 콜럼비아특별구 연방순회법원은 2003년 6월 초당파선거운동개혁법이 합헌이라는 결정을 내렸고, 곧바로 연방대법원에 상고되었다.

나. 판결요지

2003년 12월 10일 연방대법원은 5 대 4의 다수의견으로 초당파선거운동개혁법의 핵심조항들에 대해서 합헌결정을 내리게 된다. 합헌결정된 주요 조항들은 다음과 같다.

첫째, ‘선거운동 커뮤니케이션활동(electioneering communications)’ 조항으로서, 예비선거 이전의 30일 기간 동안 혹은 본선거 이전의 60일 기간 동안 연방 공직선거 후보자의 이름이 거론되는 방송광고에 대한 비용을 기업에 의해서 지불되는 것을 금지하거나 혹은 기업 내지 노동조합의 일반재정을 이용하는 비영리단체에 의해 지불되는 것을 금지하거나 공개를 요구하는 조항이다.

둘째, ‘간접적 기부’ 금지로서, 연방차원의 전국정당, 후보자, 현직 공직자 등이 기부제한이 적용되지 않는 어떠한 자금의 모금 또는 지출하는 것을 금지하고, 또한 주차원의 정당이 간접적 기부를 연방선거와 관련하여 사용하는 것을 금지하는 조항이다.

연방대법원의 다수의견의 요지를 간단하게 살펴보면 다음과 같다.

초당파선거운동개혁법은 선거운동에 대한 ‘거대자금(big money)’의 기부가 갖는 해로운 영향력을 정치로부터 제거하기 위해 고안된 입법이라는 점을 분명히 하였다. 초당파선거운동개혁법을 제정하면서, 의회는 연방대법원의 Buckley v. Valeo 판결 이후 수년간 이루어진 중요한 발전 내지 변화를 고려하고자 하였는데, 첫째가 ‘간접적 기부’의 증가된 중요성, 두 번째가 정책홍보광고의 보편화, 세 번째가 1996년 연방선거와 관련하여 선거운동관행에 대한 연방상원의 조사결과이다.

먼저 첫 번째 변화와 관련하여, 초당파선거운동개혁법 이전의 연방선거운동법상의 공개요건(disclosure requirements)과 자금원 및 총액제한(source and amount limitations)은 소위 연방 공직선거에 영향을 미칠 목적으로 행해지는 소위 ‘직접적 기부(hard money)’에만 적용되었다. 그런데 정당과 후보자들이 당시 연방선거운동법하에서는 규제받지 않고 있던 ‘간접적 기부(soft money)’를 통해서 연방선거운동법상의 제한규정들을 회피할 수 있었다. 그리고 이러한 간접적 기부를 통해 형성된 자금은 주 혹은 지방선거에 영향을 미치기 위한 활동들을 위해 사용되거나, 투표권장운동(get-out-the-vote: GOTV)과 온전한 정당홍보와의 결합과 같이 여러 목적이 결합된 활동들을 위해 사용되거나, 심지어 연방공직선거 후보자의 이름이 구체적으로 거론되더라도 명시적으로 당해 후보자의 당선 내지 낙선을 목적으로 하지 않는 한도 내에서 입법홍보광고(legislative advocacy advertisements)를 위해 사용되기도 하였다.

두 번째 변화와 관련하여, 정당과 후보자들이 연방선거운동법상의 광고규제가 적용될 수 있는 문구, 예컨대 “Vote Against Jane

Doe(Jane Doe에게 투표하지 마세요)”와 같은 ‘주문(magic word)’을 포함하지 않으면서도 선거결과에 구체적으로 영향을 미치기 위해 고안된 ‘정책홍보광고’를 사용함으로써, 연방선거운동법을 회피하였다.

위와 같은 선거운동관행에 있어서의 변화들은 1996년 연방선거에 대한 조사를 정리한 1998년 상원위원회보고서에 구체적으로 정리되어 있는데, 이 보고서는 간접적 기부제도의 허점으로 인해 선거운동자금시스템(campaign finance system)이 붕괴하게 되었다는 결론을 내리면서, 간접적 기부의 금지 및 비정당단체(nonparty groups)에 의한 허위의 정책홍보에 대한 제한 등을 포함하는 잠정적인 개혁안을 논의하였다.

이에 따라 연방의회는 상원위원회의 제안사항들의 많은 부분들을 초당파선거운동개혁법에 담아냈다. 제1장(Title I)은 정당, 현직 공직자 및 후보자에 의한 간접적 기부금의 사용을 제한하고 있다. 제2장(Title II)는 주로 연방선거의 결과에 영향을 미치거나 미치려는 목적의 홍보활동(communications)을 위해 기업 내지 노동조합이 일반재정자금(general treasury funds)을 사용하는 것을 금지하고 있다. 제3장(Titles III), 제4장(Titles IV) 및 제5장(Titles V)은 기타사항들을 담고 있다.

이상과 같은 사실인정을 전제로, 연방대법원의 다수의견은 다음과 같은 논리를 전개하였다.

심판대상이 되는 규제들은 유권자들을 등록시키거나 투표소에의 참여, 선거참여 독려를 위해 사용되는 간접적 기부를 주로 다루는 것이지, 보다 더 명시적인 정치적 가치의 표출이자 그리고 따라서 보다 강력한 보호의 대상인 선거자금의 지출과 관련된 것이 아니기 때문에, 자유로운 언론에 대한 제한은 미미하다는 점이다. 따라서 이러한 제한은 간접적 기부로부터 초래될 수 있는 것으로서 “거대한 자금의 기부에 의해 유발되는 현실적인 부패(actual corruption) 및 부패의 출현(appearance of corruption)”을 방지하는 것에 대한 정부의 정당한 이익(government’s legitimate interest)에 의해 정당화된다고 판시하였다.

초당파선거운동개혁법이 너무 포괄적일 뿐만 아니라 기업 또는 노동조합에 의해서 비용이 지불되는 광고와 같이 부패와 상관없는 행위까지도 불필요하게 규제한다는 주장에 대해서, 그러한 집단이 법을 회피하는 것을 막기 위해서라도 그러한 규제는 필요하다고 판단하였다. 다수의견을 집필한 O'Connor 대법관과 Stevens 대법관은 “돈은 물과 마찬가지로 항상 배수구를 찾기 마련이다(money, like water, will always find an outlet)”는 표현을 사용하면서, 기부제한규정을 회피할 목적으로 고안된 장치들을 막기 위해 취한 정부의 조치들은 정당화된다고 판시하였다.

또한 다수의견은 연방의회가 연방헌법 제1조 제4항²⁴⁴)에 따라 선거를 규율할 수 있는 권한을 유일하였다는 주장을 인정하지 않았다. 이와 관련하여 다수의견은 초당파선거운동개혁법은 연방후보자가 관련되어 있는 주단위의 선거에만 적용될 뿐이고, 따라서 각 주들이 주차원 및 지방차원의 선거를 규율할 목적으로 별도의 선거법을 제정하는 것을 막지 않는다고 판시하였다.

다. 의의

이 판결에서 연방대법원은 이 사건에서 문제가 되었던 초당파선거운동개혁법 대부분에 대해서 합헌결정을 내리게 된다. 하지만 아래에서 살펴보다시피, 2010년의 *Citizens United v. Federal Election Commission* 판결에서 일부분이 번복되게 된다. 그런데 2010년의 *Citizens United v. Federal Election Commission* 판결 이전인 2007년 7월 5일 *Federal Election Commission v. Wisconsin Right to Life, Inc.* 판결²⁴⁵)에서 이미 연방대법원은 순수한 정책토론과 관련된 단체는 초당파선거운동개혁법상의 ‘선거

244) 특히 제1문은 “상원 의원과 하원 의원을 선거할 시기, 장소 및 방법은 각 주에서 그 주 의회가 정한다. 그러나 연방 의회는 언제든지 법률에 의하여 그러한 규정을 제정 또는 개정할 수 있다”고 규정하고 있다.

245) *Federal Election Commission v. Wisconsin Right to Life, Inc.*, 551 U.S. 449 (2007).

운동 커뮤니케이션활동(electioneering communications)’ 조항들이 적용되지 않는 예외에 해당한다고 판시하게 된다. 하지만 이 판결이 만든 예외로 인하여 초당파선거운동개혁법상의 ‘선거운동 커뮤니케이션활동’ 조항들이 무력화되었다는 비판이 존재한다.

3. Citizens United v. Federal Election Commission, 130 S. Ct. 876 (2010)

가. 사실관계 및 심판대상

2002년 초당파선거운동개혁법 중 선거운동 커뮤니케이션활동 조항(2 U.S.C. § 441b)은 예비선거 이전의 30일 기간 동안 혹은 본선거 이전의 60일 기간 동안 연방 공직선거 후보자의 이름이 거론되는 방송광고를 ‘선거운동 커뮤니케이션활동(electioneering communications)’으로 정의내리면서, 그러한 광고를 하기 위해서 기업 내지 노동조합이 자신의 일반재정(general treasury) 자금을 사용하는 것을 금지하고 있었다. 2004년 대통령선거기간에 보수적인 비영리단체인 Citizens United는 연방선거위원회에 민원을 제기한 적이 있는데, 그 내용은 Michael Moore 감독의 영화로서 2001년 9/11 테러리스트의 공격에 대한 부시행정부의 대응을 비판하는 내용의 영화인 ‘Fahrenheit 9/11’의 광고가 정치광고에 해당하고, 따라서 본선거 이전의 60일 기간 동안 또는 정당대회 이전의 30일 기간 동안 방송되어서는 안 된다는 것이었다. 2004년 8월 연방선거위원회는 이 영화에 대한 광고가 법을 위반하였다는 어떠한 증거도 없다고 하면서 이러한 민원을 기각하였다.

이러한 흐름의 연장선상에서 Citizens United는 2008년 대통령선거기간에도 TV광고를 하려고 하였는데, 그 중의 하나가 정치다큐멘터리인 ‘Hillary: The Movie’로서 이 영화는 당시 상원의원이었던 Hillary Clinton에 대해 비판적인 내용을 담고 있었으며, 이 단체는 이 영화를 DirecTV를 통해서 방영하고자 하였다. 2008년 1월 콜럼비아특별구 연방순회법원은 이 광고들이 2002년 초당파선

거운동개혁법상 예비선거 이전의 30일 동안 선거운동 커뮤니케이션 활동을 제한하는 규정들을 위반한 것이라고 판결하였다. 관련 정치활동위원회는 이 영화는 사실에 기초한 것이고 비당파적인 것이라고 주장하였지만, 하급심법원은 이 영화가 대통령직에 대한 클린턴의 후보적합성을 비판하기 위한 것에 다름 아니라고 판단하였다. 그리고 2008년 8월에 이 사건은 연방대법원의 심판대상이 되게 된다.

나. 판결요지

Kennedy 대법관이 집필한 다수의견은 선거운동 커뮤니케이션 활동 조항인 2 U.S.C. § 441(b)가 규정하고 있는 금지, 즉 기업 및 노동조합에 의한 모든 독립적인 지출에 대한 금지는 무효이고, 따라서 'Hillary: The Movie'와 같은 영화에 비용을 지출하는 것에 대해서는 적용될 수 없다고 판시하였다. 예컨대 다수의견을 제시하면서 Kennedy 대법관은 "연방헌법 수정 제1조가 힘이 있다고 한다면, 그러한 힘은 바로 시민, 혹은 시민들의 단체가 정치적 언론에 관여한다는 이유만으로 연방의회가 그들에 대해서 벌금을 부과하거나 징역형을 부과하는 것을 금지하는 것이다."라는 언급을 하였다. 또한 Kennedy 대법관은 미디어와 여타의 기업을 구분할 수 있는 방법이 전혀 없기 때문에, 선거운동 커뮤니케이션 활동 조항과 같은 제한은 연방의회로 하여금 신문, 도서, TV 및 블로그를 통한 정치적 언론을 억압할 수 있게 할 것이라고 지적하였다. 그러면서 다수의견은 선거에서 후보자를 지지하거나 반대하기 위하여 기업이 일반재정자금(treasury money)을 사용하는 것을 금지하였던 미시건주의 선거자금규제법(the Michigan Campaign Finance Act)이 연방헌법 수정 제1조 및 수정 제14조를 위반하지 않았다고 판시한 *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*²⁴⁶⁾를 파기하

246) *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*, 494 U.S. 652 (1990). 이 판결에서 연방대법원은 "정치영역에서의 다양한 유형의 부패: 기업의 정치적 이념과 관련이 거의 없거나 전혀 없이 기업의 지원으로 축적되는 거대한 자본의

면서 판례변경을 하였다. 그리고 다수의견은 ‘선거운동 커뮤니케이션 활동’을 포함하는 독립적인 기업의 비용지출을 제한하는 초당과 선거운동개혁법의 합헌성을 인정하였던 *McConnell v. Federal Election Commission*의 일부분에 대해서도 파기 및 판례변경을 하였다.

한편 Stevens 대법관이 Ginsburg 대법관, Breyer 대법관, Sotomayor 대법관이 참여한 4인의 반대의견을 대신하여 반대의견을 제시하였다. 반대의견은 다수의견은 선거기관들의 순결성(integrity of elected institutions)을 해치게 될 것이라는 우려를 표명하였다. 또한 반대의견은 초당과선거운동개혁법 제203조, 즉 선거운동 커뮤니케이션활동 조항 자체가 문면상(facially) 위헌이라는 다수의견의 판결은 원고에 의해 주장되지 않은 쟁점에 대한 판결이기 때문에, 결국 다수의견은 “법을 바꾸기 위한 기회를 스스로 갖기 위해 사건을 변경하였다”는 취지의 비판을 하였다. Stevens 대법관은 다음과 같이 언급하면서 반대의견을 마무리하였다.

“사실 다수의견은 결과적으로 미국의 건국부터 기업이 자기통치(self government)를 해치는 것을 금지할 필요성을 인식해 왔고 또한 Theodore Roosevelt의 통치 이후부터 기업의 선거운동이 갖는 특수한 부패잠재성과 싸워 온 미국인들의 상식을 거부하는 것이다. 이러한 상식을 거부해야 하는 이상한 시대가 도래해 버렸다. 미국식 민주주의가 비록 완전한 것은 아니지만, 다수의견 이외의 어떠한 사람도 미국식 민주주의의 결함 중의 하나가 정치에서의 기업자금의 부족이라고 생각해 본 적은 없다.”

다. 의의

Citizens United v. Federal Election Commission 판결은 기업

총체가 갖는 부식적이고도 왜곡적인 효과(corrosive and distorting effects)”와 전투를 하는데 있어서의 주(州)의 필요불가결한 이익(a state’s compelling interest)을 인정하였다.

및 노동조합이 선거운동과정에서 독립적인 정치방송에 대해 비용을 지출하는 것이 연방헌법 수정 제1조의 의해 보호된다고 판시한 사건이라는 점에서 매우 주목을 요하는 사건이다. 이 판결은 원래 비영리단체인 Citizens United가 Hillary Clinton에 대해서 비판적인 영화를 방송할 수 있는지 여부에 대한 쟁점에서 비롯된 판결인데, 5 대 4의 결정이라는 점에서 매우 첨예하게 대립된 판결이라는 것을 알 수 있다.

연방대법원은 하급심판결을 파기하면서, 영리단체 및 비영리단체를 포함한 모든 기업이나 단체, 노동조합의 방송을 통한 선거운동 커뮤니케이션활동을 금지하였던 초당파선거운동개혁법상의 조항들에 대해서 위헌결정을 내리게 된다. 또한 이 판결을 통하여 연방대법원은 자신의 선례인 1990년의 *Austin v. Michigan Chamber of Commerce* 판결을 파기함과 동시에 2003년의 *McConnell v. Federal Election Commission* 판결의 일부분에 대해서도 판례변경을 하게 된다. 위에서도 약간 언급하였듯이, 초당파선거운동개혁법은 이미 *McConnell* 판결에 대한 판례변경 없이도 2007년의 *Federal Election Commission v. Wisconsin Right to Life, Inc.* 판결을 통해서 약화되어 있었다.

한편 이 판결에서 연방대법원은 광고스폰서의 공개의무조항 (requirements for disclaimer and disclosure by sponsors of advertisements)에 대해서는 합헌결정을 내렸다. 그리고 이 판결에서 연방대법원은 기업이나 단체 혹은 노동조합이 후보자의 선거운동이나 정당에 대해서 직접적인 기부를 하는 것을 금지하는 것에 대해서는 다루지 않았고, 따라서 연방 공직선거에서 이러한 행위는 여전히 불법으로 남아 있다.

Citizens United v. Federal Election Commission 판결에 대해서 미국에서는 현재 찬반 논쟁이 벌어지고 있는 것으로 보인다. 예컨대 이 판결에 대해서는 양 극단의 평가, 즉 민주주의에 대한 공격이라는 평가와 언론의 자유를 위한 승리라는 평가가 공존한다.²⁴⁷⁾

247) Bingham, Francis, "Show Me the Money - Public Access and Accountability after Citizens United", 52 *Boston College Law Review* 1027,

보다 구체적으로 이 판결을 표현의 자유의 보호 내지 보장이라는 관점에서 지지하는 견해²⁴⁸⁾가 있는 반면에, 사법자체라는 관점에서 이 판결을 비판하는 견해²⁴⁹⁾도 존재한다.

III. 미국에서의 선거운동 규제가 갖는 함의

미국에서의 선거운동의 행태 변화 및 선거운동 규제의 특징들을 분석하면 다음과 같이 정리될 수 있을 것이다.

첫째, 미국 현실정치에서의 선거운동은 기존보다는 자신의 소속 정당에 대한 의존도가 낮아졌다고 할 수 있다. 즉 정당중심의 선거운동에서 후보자중심의 선거운동으로 진화하고 있다고 볼 수 있다.²⁵⁰⁾ 예컨대 유권자들의 성향이나 이해관계에 대한 정보의 획득 및 분석에 있어서 자신의 소속 정당에게 문의하는 것이 아니라 직접 여론조사를 활용하는 경우가 많아졌다. 선거운동 전략 및 전술을 기획함에 있어서도, 소속 정당 지도부의 조언보다는 TV상에서 유권자들의 이목을 끌 수 있는 선명한 효과음을 고안하기 위해 정치컨설턴트를 고용한다. 후보자의 메시지를 유권자들에게 전달하는 방법에 있어서도, 골수정당지지자들로 구성되어 있는 조직에 의존하기 보다는 미디어를 활용한 선거운동을 선호하고 있다. 물

1027-1029(2011).

248) 예컨대 Herdman, Carol, "Citizens United - Strengthening the First Amendment in American Elections", 39 *Capital University Law Review* 723(2011) 참조.

249) 예컨대 Briffault, Richard, "On Dejudicializing American Campaign Finance Law", 27 *Georgia State University Law Review* 887(2011) 참조.

250) Janda, Kenneth, Berry, Jeffrey M., & Goldman, Jerry (ed.), *The Challenge of Democracy*, 11th ed., WADSWORTH, 2011, 281면. 선거에서 정당의 역할이 줄어든 이유들로는 전당대회를 통한 후보자지명방식이 일반유권자가 후보자를 직접 선출하게 되는 예비경선방식으로 바뀌었다는 점, 일반유권자들의 정당에의 충성도가 약화되고 있다는 점, 선거자금법의 개정으로 돈없는 후보자들도 출마할 수 있게 되었다는 점, 정치자금과 연계된 정치활동위원회 등의 압력 단체의 영향력이 커졌다는 점, 기술의 발달로 인하여 선거운동의 양상이 많이 바뀌었다는 점 등이 거론된다. 김창현, "미국의 선거와 정치광고", 광고연구 제 16호, 한국방송광고공사, 1992. 9, 307-311면 참조.

론 선거운동에 있어서 정당의 역할이 완전히 사라진 것은 아니다. 다만 정당조직은 주로 자신의 후보자들에게 각종 서비스나 자금을 지원하는 것을 통해서 후보자 중심의 선거운동을 지원할 뿐이다.

둘째, 선거운동방법에 대한 통제보다는 선거자금이나 비용 통제에 초점을 맞추고 있다는 점이다.²⁵¹⁾ 선거운동의 자유를 원칙적으로 보장하되, 선거의 공정성, 즉 선거운동 기회의 균형성, 선거운동의 투명성, 선거운동의 저비용성을 확보하기 위한 방법으로 선거운동자금이나 비용통제를 채택하고 있다. 심지어 인터넷이 점점 주요한 선거운동수단으로 활용되고 있음에도 불구하고²⁵²⁾, 이에 대한 일반적이고도 포괄적인 규제를 채택하지 않고 있다는 점은 주목을 할 만하다.²⁵³⁾ 이러한 점에서 선거운동자금이나 비용통제 뿐만 아니라, 구체적인 선거운동의 방법까지도 광범위하게 통제하고 있는 우리나라와 대비된다고 할 것이다.²⁵⁴⁾ 미국에서 이렇게

251) 미국에서는 후보자가 자신의 개인재산을 지출하는 경우에는 선거자금이나 비용통제가 적용되지 않지만, 연방정부로부터 보조금을 받을 수 없는 반면에, 후보자가 정치자금을 모금하는 경우에는 선거자금이나 비용통제가 적용되는 반면에, 연방정부로부터 보조금을 받을 수 있다. 결국 미국에서의 선거자금이나 비용통제는 이원화방식을 채택하고 있는 것으로 분석된다. 특히 선거자금이나 비용과 보조금의 관계에 대해서는 여러 가지 이론적 논쟁이 벌어지고 있는 것으로 보인다. 이에 관한 소개로는 김정곤, “미국의 선거 보조금 지급제도에 관한 분석”, 한국정당학회보 제8권 제1호, 한국정당학회, 2009. 2., 37-64면 참조.

252) 미국 선거운동에서 인터넷의 활용에 관한 소개로는 김용철, “한국과 미국 정당들의 인터넷 선거운동과 경쟁양상”, 한국정당학회보 제3권 제1호, 한국정당학회, 2004. 2., 63-94면; 황지연, “2006년 미국 중간선거 기간 동안의 인터넷 이용 현황”, 정보통신정책 제19권 제4호, 정보통신산업진흥원, 2007. 3., 52-59면; 이원태, “동영상 UCC와 대통령선거 - 미국과 한국의 인터넷 캠페인 사례와 쟁점”, 사이버커뮤니케이션학회 통권 제22호, 사이버커뮤니케이션학회, 2007. 6., 179-208면; 김경미, “웹 2.0 시대의 정치참여 - 미국 대통령 선거와 소셜 네트워크 사이트”, 한국사회학회 사회학대회 논문집, 한국사회학회, 2009. 12., 393-405면 참조.

253) 선거운동에 있어서 인터넷의 ‘활성화’를 목표로 규제논의가 이루어지고 정책 변화가 이루어지고 있다는 점에서 우리나라와는 분명한 차이가 있다고 할 것이다. 미국에서 이루어지고 있는 선거와 인터넷 규제의 문제에 관한 소개로는 장우영, “선거와 인터넷 규제 - 미국 정책과의 비교”, 한국정당학회보 제9권 제2호, 한국정당학회, 2010. 8., 229-234면 참조.

254) 따라서 우리나라의 공직선거법에 대해서는 ‘선거운동규제법’ 또는 ‘선거형법’

선거자금이나 비용 통제 이외에는 선거운동을 규제하지 않는 이유는, 선거운동도 정치적 의사표현의 하나이고, 따라서 선거운동의 자유는 표현의 자유 중에서 가장 고도로 보호되고 보장되는 정치적 표현의 자유에 해당한다는 점을 전제하기 때문으로 이해된다. 이러한 측면에서 본다면, 우리나라의 헌법재판소도 선거운동의 자유를 인정하고, 이러한 선거운동의 자유의 헌법적 근거 중의 하나로 정치적 표현의 자유를 인정하면서도, 공직선거법상의 각종 선거운동 규제제도의 위헌성과 관련하여서는 오히려 합헌판결을 주로 내려왔다는 점은 아이러니하다고 할 수 있다.

셋째, 예비선거제도의 존재가 선거운동 규제에 영향을 미칠 수 있다는 점이다. 예컨대 예비선거를 통해서 이미 유권자들에게 잠재적 후보자들의 정보가 대부분 알려져 있다는 점에 주목하는 경우에는, 본 선거에서의 선거운동 규제 자체가 무의미할 수 있다는 주장이 가능할 것이다. 반대로 완전개방형 예비선거제도를 도입하는 경우에는 본 선거에서의 선거운동과 차이가 없으므로, 본 선거에서의 선거운동 규제를 예비선거에서도 동일하게 적용해야 한다는 주장도 가능할 것이다. 물론 미국의 경우에는 선거운동비용 내지 선거자금의 통제에 주로 초점을 맞추고 있는 결과, 이러한 선거운동비용 내지 선거자금의 통제는 예비선거에도 적용될 수 있을 것이다. 결국 예비선거제도를 어떻게 제도적으로 도입하고 운영하느냐의 문제가 선거운동 규제제도의 설계에 있어서 어느 정도 영향을 미칠 수밖에 없다는 점을 알 수 있다.

넷째, 선거운동의 규제를 표현의 자유의 문제로 인식하고 있다는 점이다. 물론 우리나라의 경우에도 마찬가지이지만, 표현의 자유가 최대한 보장되고 있는 미국의 경우에는 선거운동의 규제는 곧 표현의 자유에 대한 제한을 의미하므로, 선거운동의 규제가 제한적으로 이루어질 수밖에 없을 것이다. 특히 미국의 경우에는 선

이라고 평가될 정도로 규제중심의 사고방식에 기초하고 있다는 비판이 행해지기도 한다. 송석윤, “선거운동 규제입법의 연원 - 1925년 일본 보통선거법의 성립과 한국 분단체제에의 유입”, 서울대학교 법학 제46권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2005. 12., 49면.

거운동비용 내지 선거자금의 통제도 표현의 자유에 대한 제한문제로 인식하고 있다는 점은 매우 주목을 요한다. 특히 비용지출 내지 자금지출을 이슈의 다양성과 연계시키고 있는 점은 인상적이다. 결국 이것은 선거운동비용 내지 선거자금의 모금, 운영, 지출의 투명성만 확보된다고 한다면, 선거운동비용 내지 선거자금은 이슈의 다양성을 확보하는데 기여하는 긍정적인 측면이 있다는 것을 의미한다.²⁵⁵⁾ 다만 위에서도 간단하게 살펴보았듯이, 선거운동비용 내지 선거자금에 대한 통제가 민주주의적 다양성을 위축시킬 것인지 아니면 자본력을 바탕으로 하는 이익단체나 이익집단들에 의한 민주주의의 왜곡을 억제할 수 있는 수단이 될지에 대해서는 미국 내에서도 여러 가지 논쟁이 존재한다는 점은 눈여겨보아야 할 점이라고 판단된다.

제 2 절 독일

I. 역사적 개괄

독일은 과거 수 세기에 걸친 체계적인 로마법계수와 그에 기인된 게르만법의 정비 및 독일 특유의 근대법제정에 관한 의지 등이 총체적으로 작용하여 결과적으로 다양한 측면에서의 법제발전을 가져왔다고 볼 수 있는 바, 이와 연맥하여 독일의 선거제도, 특히 의회구성과 관련한 근대 이후의 변천을 개괄하면 다음과 같다. 즉 독일헌정사에서 매우 중요한 의미를 가진다고 할 수 있는 1849년 3월 제정된 프랑크푸르트헌법은 입법기관으로서 제국의회(Reichstag)를 두었는 바, 제국의회는 연방원(Staatenhaus)과 국민원(Volkshaus)으로 구성되는 양원제(Zweikammersystem)였다. 그리고 여기서의 연방원의 구성원 절반은 해당 독일제방(獨逸諸邦)

255) 미국에서도 선거자금이나 선거비용통제의 효과에 대해서는 논란이 분분하고 있다. 이에 관한 소개로는 김정곤, “선거비용 제한이 선거경쟁에 미치는 효과 - 미국의 사례를 중심으로”, 한국정당학회보 제8권 제2호, 한국정당학회, 2009. 8., 143-171면 참조.

의 정부에 의해 그리고 절반은 해당 독일제방의 의회에 의해 임명되었으며(Art. 88 FRV.), 구성원은 6년의 임기로 선출되었으며 3년마다 그 절반씩 새로이 선출되었다(Art. 92 FRV.). 그리고 국민원의 구성원은 처음에는 4년 만에, 그리고 이후로는 매 3년마다 선출되었다(Art. 94 FRV.).

그리고 다음으로 프로이센국왕의 긴급명령에 근거하여 1850년 1월 31일 개정·공포된 프로이센헌법의 경우, 의회는 제1원인 귀족원(Herrenhaus)과 제2원이라고 할 수 있는 중의원(Abgeordnetenhaus)으로 구별되는 양원제를 두었으며, 귀족원은 왕족·세습의원·종신의원으로 구성되어지며(Art. 65 PreußV.), 그 임기는 6년이다(Art. 67 PreußV.). 또한 중의원은 정원이 433인, 임기 5년으로서 선거권은 만 25세 이상(Art. 70, 73 PreußV.), 피선거권은 만 30세 이상으로 공개·차등·간접선거제를 채택하였으며(Art. 71-74 PreußV.), 특기할 것으로는 "3급제선거법(Das preußische Dreiklassenwahlrecht)"을 들 수 있는 바(Art. 71 PreußV.), 즉 이는 프로이센국민이 지불하는 직접세에 대한 기여도에 따른 차등적 선거제도로써 크게 세금부담액에 따라 3개의 계층으로 구분하였으며 각 계층은 전체의 3분의 1의 의원선출권을 가졌다. 따라서 결과적으로 이들 3개의 계층 간의 투표가치에는 커다란 차이가 있는 이른바 전형적인 불평등 선거였다. 즉 이의 예를 들어보면, 1850년의 선거권자의 수를 볼 경우에 제 1계층이 153,000명으로 전체 선거권자의 4.7%였으며, 제 2계층은 409,000 명으로 전체 선거권자의 12.6% 그리고 제 3계층은 2,691,000명으로 역시 전체 선거권자의 82.7%였다. 따라서 이와 같이 볼 경우에는 제1계층인 유권자 4.7%와 제3계층의 유권자 82.7%가 동일하게 전체의원의 1/3씩을 선출하게 되는 불평등을 초래하게 되었던 것이다.²⁵⁶⁾

다음으로 1867년에 제상 비스마르크에 의해 주도된 프로이센 중심의 북독일연합헌법의 제정과, 그에 이은 1871년의 비스마르크헌법상의 의회는 연방참의원(Bundesrat)과 제국의회(Reichstag)로 나

256) Vgl. Frotscher, Werner & Pieroth, Bodo, *Verfassungsgeschichte*, 3. Aufl., 2002, S. 191 f.

누어 볼 수 있으며, 이중에서 연방참의원은 22개의 입헌군주영방과 Hamburg, Bremen, Lübeck이라고 하는 3개의 도시공화국으로 이루어진 총 25개 지방(支邦)의 대표자로 구성되었으며, 여기서의 각 지방의 의결권은 차등적이었다(Art. 6 RVerf.). 그리고 임기 5년의 제국의회(Reichstag)는 남성·보통·직접·비밀선거의 소선거구제를 통하여 구성되었으며, 특히 주지할 것으로서, 이 당시 모든 남성에 대한 선거권의 부여는 당시로서는 세계적으로 발전된 선거제도로 볼 수 있다.²⁵⁷⁾

그리고 1919년 8월 11일 제정된 바이마르공화국헌법상 의회는 제국의회(Reichstag)와 제국참의원(Reichsrat)으로서 이 중 제국의회(Reichstag)는 만 20세 이상의 모든 성인남녀의 보통·평등·비밀·직접선거와 새롭게 도입된 비례선거제도에 의해 임기 4년으로 선출되었으며(Art. 22, 23 WRV.), 여기서 주지할 것은 모든 남성에 대한 선거권의 부여를 규정하였던 비스마르크헌법에서 한발 더 나아가 독일 헌정사상 최초로 여성에게도 선거권을 인정하였다는 점과 비례대표제원칙의 확립을 들 수 있을 것이다. 특히 이중에서 비례대표제의 도입은 프로이센제국이래 급격한 산업화에 따른 인구변동으로 나타난 선거구간의 인구편차의 불평등의 문제점을 해결하는데 매우 긍정적인 기여를 하였으나, 다른 한편으로는 소수정당의 난립이라는 부작용 역시 결과하게 되었는데, 이는 향후 독일의 선거법 개정과 관련하여 중요한 영향을 끼치게 되었다.

II. 독일 선거관련 법제의 특성

근대이후 점진적으로 발전해온 독일의 선거법제는 바이마르공화국에 들어서면서 보다 획기적인 진전을 보게 되는데, 그 예가 바로 상설한 바와 같은 ‘만 20세 이상의 모든 성인남녀의 보통·평등·비밀·직접선거제’와 ‘비례선거제도’의 도입을 들 수 있을 것이다. 그러나 이와 같은 독일의 선거관련 법제의 변천은 히틀러의

257) Vgl. Menger, Christian-Friedrich, *Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, 8. Aufl., 1993, S. 151.

제3제국과 그 종말 및 그에 이은 독일연방공화국의 성립을 경험하면서, 이전의 독일 특유의 자신감과 신뢰를 신중성과 반성의 토대 위에 올려놓게 되는 계기가 되었으며²⁵⁸⁾, 아울러 이 같은 경향은 현행 독일의 선거관련 내지 정치관계법제에도 많은 영향을 끼쳤다고 할 수 있다. 즉 독일의 경우에는 여타의 국가들과는 차별적으로 연방선거법 등 선거관련법제를 통한 구체적인 선거운동에 관한 규정보다는 독일 특유의 정당정치적 관행의 소산이라고 할 수 있는 정당 간의 협의를 통한 협정으로 사실상 법률을 대신하는 자율성을 우선하게 된 것이다. 따라서 독일의 선거운동 관련 제반 사항은 기본적으로 구체적인 법률의 규정에 의한 강제성보다는 정당 간의 협정 등에 의한 자율성의 보장을 두드러진 특징으로 한다 할 것으로, 이는 오늘날 독일의 합리적 선거제도의 구축과 그에 따른 안정과 발전의 토대가 되었고 볼 수 있다.

III. 선거일과 선거기간

1. 선거일

선거일이란 주권자로서의 국민 중 일정한 조건(연령 등)에 이른 유권자가 자신의 주권을 투표라는 형식으로 구체화하는 날이라는 측면에서 볼 경우에 매우 큰 의미를 가진다. 그리고 이 같은 선거일에 대해 그 일정을 사전에 확정해 둘 경우에는 무엇보다도 선거에 임하는 입후보자나 유권자 모두에게 선거와 관련한 구체적인 정치일정에 대한 예측가능성을 증대시킬 수 있는 것이다. 이를 가리켜 일반적으로 선거일 법정주의라고 한다. 이 같은 선거일과 관련하여 독일의 경우에는 연방선거법에서 연방대통령이 선거일을 일요일 또는 법정공휴일로 정하도록 규정하고 있다(§16 BWG).

258) Vgl. Nohlen, Dieter, *Wahlrecht und Parteiensystem*, 2004, S. 303 f.; Stern, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 1, 2. Aufl., 1984, S. 953; Mußgnug, Reinhard, "Zustandekommen des Grundgesetzes und Entstehen der Bundesrepublik Deutschland", in: HStR, Bd. 1, 3. Aufl., 2003, § 8 Rn. 62.

2. 선거기간

선거기간과 관련하여 독일의 경우 최소한의 개시일만 규정하면서 정당간의 협의를 중시하는 입장이다. 즉 연방선거법은 연방의회의원선거에 있어서의 후보자 선출과 관련하여 우선 지역선거구 후보자의 경우에는 연방의회의원의 임기가 시작된 후 32개월이 지난 이후에 결정하도록 하고 있으며, 또한 지역구후보자 결정과 관련한 대표회의 역시 연방의회의원의 임기가 시작된 이후 빨라도 29개월이 지난 이후에 구성하도록 하고 있다(§21 Abs. 3 BWG). 또한 연방선거법은 “...늦어도 선거일전 90일까지 연방선거위원장에게 선거참가를 통보하고...후보자를 추천할 수 있다. 후보자추천서의 제출은 늦어도 선거일전 66일 18시까지” 라고 규정하고 있는바, 이 같은 규정을 통해 볼 경우에 독일의 경우 특정하게 선거기간의 개시일을 정하고 있지 않고 대개 3개월 전에 선거사무소의 개설 등 본격적인 선거운동에 들어간다고 볼 수 있다(§18, 19 BWG).

IV. 선거와 후보자

1. 정당공천제

독일은 정당의 공직선거후보자 추천에 관하여 정당법과 연방선거법에 의해 법제화되어 있다. 즉 독일 연방의회의원선거에 있어서의 후보자 선출과 관련하여 우선 지역선거구후보자의 경우에는 연방의회의원의 임기가 시작된 후 32개월이 지난 이후에 결정하게 되며, 이와 같은 지역구후보자 결정과 관련한 대표회의 역시 연방의회의원의 임기가 시작된 이후 빨라도 29개월이 지난 이후에 구성하게 되는데, 이 경우 지역구 당원총회(Mitgliederversammlung) 또는 당원총회에 의해 선출된 특별·일반대표자회의(Vertreterversammlung)에서 1명의 지역구 후보자를 비밀투표를 통해 결정하게 된다. 따라서 중앙당차원에서의 추천이나 선출은 배제된다

(§18, 21 BWG; §17 PartG). 그리고 비례대표의 추천과 관련하여서도 각 주별 정당 후보자명부 역시 원칙적으로 개별정당에 의해 작성·제출되어지며, 이 경우 연방선거법 제21조 등 지역구후보자 선정규정이 원용된다고 볼 수 있으며, 다만 연방선거법 제18조 제2항에 해당하는 신생 내지 소수정당의 경우에는 추가적으로 최근 연방의회선거를 기준으로 한 당해 주 선거권자 총수의 1000분의 1 이상, 선거권자 최고 2000명 이내의 서명을 첨부하도록 하고 있다 (§27 BWG). 그리고 이와 함께 연방선거법은 이 같은 후보자 선정 과정에 있어서 정당들이 연방선거법과 동법시행령의 요건들을 정당하게 준수하였는가를 선거구선거위원회의 선거구후보자추천 승인의 기준으로 규정함과 동시에 정당내부에서의 후보자선정과정의 합법성과 관련하여 회의장소와 시간·소집의 형식·출석당원수와 투표결과의 기록 등을 선거구후보자추천서와 함께 제출하도록 하는 등 정당의 공직후보자 공천에 있어서의 민주성과 정당성의 확보를 위한 입법적인 장치를 두고 있다 (§21 Abs. 6, 26 Abs. 1, 28 Abs. 1 BWG).

2. 여성후보할당제

선거에 있어서의 여성후보자에 대한 할당제도는 정치관련법 등을 통한 강제적인 방법보다는 일차적으로 개별 정당 간의 자율적인 노력과 제도개선을 통해 점진적으로 달성하는 것이 부작용을 최소화할 수 있을 것으로 보여지는 바, 이에 대한 일례로서 독일의 경우 기본적으로 개별 정당들의 충분한 논의와 그에 수반한 자율적인 규제에 의해 이루어지고 있는 것이 특징이라고 할 수 있다. 즉 비례대표명부의 작성과 관련하여 1980년대 후반부터 독일의 개별 정당들은 여성후보자의 의회진출 기회를 증대하기 위한 논의를 본격적으로 전개하여 당규 등에 여성할당제를 채택하기 시작하였는 바, 사민당의 경우 여성할당제와 관련한 논의는 1986년 뉘른베르크 전당대회에서 기본정책으로 채택되어 초안 마련 작업에 들어간 이후 1988년 8월 30일 뮌스터 전당대회에서 남성과 여

성이 최소한 당직과 의원직의 40%를 차지하도록 당규를 개정하는 결실을 얻었다.²⁵⁹⁾ 그리고 그 결과 사민당의 경우 제16대 연방회의의 여성의원 비율이 36.2%였으며, 이어 제17대 총선에서는 38.4%로 증대하는 등 지속적인 증가를 보였다.²⁶⁰⁾ 그리고 1986년 여성규약을 채택하여 당내에 여성의 평등을 확보하기 위하여 당의 간부와 후보자에 50%여성할당제를 실시한 녹색당을 비롯한 좌파연합의 경우에는 연방하원 여성의원들의 비율이 각각 54.4%와 52.6% 등으로 50%가 넘는다.

반면에 여성할당제에 비교적 소극적·보수적이었던 기민당/기사당은 이후 1996년에 새로운 여성할당제, 즉 선거명부에서 최소한 33%를 여성에 할당하도록 하였으나 지난 제17대 총선에서는 여성의원들의 비율이 20.1% 불과하였을 뿐만 아니라, 특히 기사당의 경우에는 13.3%로 정당별 최하위의 수치를 기록하였다.²⁶¹⁾ 그러나 이상과 같은 개별 정당간의 차이에도 불구하고 독일의 여성할당제는 비교적 성공적으로 보인다. 즉 제17대 총선에서 여성의원들은 지역구 65명을 포함하여 총 204명이 진출하여 연방의회 여성의원들의 비율은 32.8%로서 이는 총선 이전의 32.1%와 2002년 총선의 32.5%에 비해 약간 증가했다고 볼 수 있으나, 1980년대 말에서 1990년대 말까지 약10년 동안에 평균 10%에서 30%대로 여성의원들이 증가한 사실을 고려할 경우에 이 같은 여성할당제의 영향은 상당히 크다고 볼 수 있다.²⁶²⁾

259) http://www.fes.or.kr/index_kor/kpub/mono/spd/SPD-text8.html(2011.8.15.).

260) 사민당의 경우 과거 윈스터 전당대회에서 마련된 여성할당제는 2013년에 만기되어 폐기 된다. 따라서 이에 대해 여성계의 한편에서는 이러한 만료시한을 제거하라고 요구하고, 다른 한편에서는 그때까지 할당제를 통해 지원된 여성의 정치진출이 더 이상 할당제 없이도 활발할 수 있도록 여성들 스스로가 더욱 노력하자고 요구한다.(황선혜, “독일여성들의 정치참여와 할당제”, 여성연구, 2004년 1호(통권 제66호), 61면). 그리고 이외에도 이미 여성할당제가 자리 잡은 독일이지만 여전히 이에 관해 연방의회와 정당들은 활발히 논의하고 있다 (http://www.bundestag.de/bundestag/aktuell/33629063_kw10_frauentag.jsp (2011.8.17.)).

261) <http://ko.wikipedia.org/wiki/%EB>(2011.8.15.).

V. 선거운동

1. 신문·방송광고

선거운동과 관련하여 신문과 방송 등 언론매체를 중심으로 살펴보면, 즉 오늘날 신문과 방송 등 언론의 영향력은 일반 여타의 분야에서와 마찬가지로 공직선거에 있어서도 매우 커졌다고 할 수 있다. 따라서 정당을 포함한 공직선거 입후보자들은 가능한 한 언론을 활용한 선거운동에 관심을 가질 수밖에 없다. 그리고 이와 관련하여 독일은 신문광고나 선전벽보 등 인쇄물의 이용에 따른 선거운동에 관해 연방선거법에서 “투표시간동안에는 투표소가 설치된 건물 내와 건물의 입구에서 직접적으로 언어, 음향, 문서, 도화 등을 통하여 선거인에게 영향을 미치는 모든 행위와 모든 형태의 서면모집은 금지된다(§32 BWG)”라는 규정을 제외하고는 그 밖의 선거법상의 특별한 제한규정을 두고 있지 않다. 따라서 언론매체들은 비교적 자유롭게 선거와 관련한 광고와 보도를 할 수 있다고 볼 수 있다. 물론, 이 경우 독일 역시 기본적으로는 라디오와 텔레비전 등의 공영방송에 관해서는 모든 정당들에게 일정한 무료 이용권을 보장하고 있고 이를 위한 공영방송의 중립성 역시 엄격히 보장하고 있는 것이 사실이다.

즉 정당의 선거관련 광고방송에 대해 연방헌법재판소는 “정당의 기회균등의 원칙은 좁은 의미의 선거권의 영역에서 뿐만 아니라, 공권력의 조치를 통하여 영향 받아지는 한 선거준비를 위한 필수적인 선거광고에 대해서도 유효하다.”²⁶²⁾라고 하여 선거에 있어서의 광고방송을 정당의 기회균등권의 차원에서 판단하고 있으며, 또한 방송국의 선거광고 거부와 관련하여 연방헌법재판소는 “방송

262) http://www.bundestag.de/bundestag/abgeordnete17/mdb_zahlen/frauen_maenner.html; http://www.bundeswahlleiter.de/de/bundestagswahlen/BTW_BUND_09/E2_BTW_2009_Ergebnisse_IVU_ueberarbeitet.pdf(2011.8.9.).

263) BVerfGE 47, 198(225); 이외에도 연방헌법재판소는 국가기관이 홍보 등을 통해 특정 정당의 이익이나 불이익을 초래할 경우 역시 정당의 기회균등의 권리를 침해하는 것으로 판단하고 있다(BVerfGE 44, 125 f.).

국은 제출된 선거운동(방송용 원고)이 단지 헌법적대적 표현을 담고 있다는 이유만으로 선거방송의 송출을 거부할 권한이 없다.”²⁶⁴⁾라고 판시하고 있으며, 또한 “방송국은 공적인 책임을 진다. 방송국이 정당에 대해 선거광고 방송시간을 배정할 때에는 법적으로 허용된 형태로 하며,..... 일반적 형법에 대한 위반 때문에 선거광고를 거절하기 위해서는 그 위반이 명백하고 가볍지 않을 경우에 한해 권한을 가진다.”²⁶⁵⁾라고 하여 원칙적으로 선거에 있어서의 정당의 광고방송에 대한 권한을 충분히 보장하고 있다.

2. 인터넷

오늘날 현대문명으로서의 인터넷이 사회의 전분야로 확산되면서 선거에서의 인터넷의 영향력은 이전에 볼 수 없었던 새로운 형태의 선거문화를 낳았다. 이는 특히 오늘날 유권자들의 저조한 선거참여와 기존의 TV나 라디오·신문 등을 통한 선거운동에 있어서의 한계를 극복하는 새로운 방안으로 대두되고 있는 바, 이에 독일 역시 유권자의 무관심과 그에 따른 투표율의 하락으로 많은 고민을 하고 있는 상황에서 개별 정당들은 홈페이지 등을 통해 유권자의 관심과 그로 인한 참여민주주의의 재도약의 중요한 수단으로 인터넷을 적극적으로 활용하고 있다.²⁶⁶⁾

VI. 정치자금

독일기본법은 정당의 정치자금과 관련하여 개별적·구체적 규정은 두고 있지 않으나 기본적 원칙으로서 제21조에 “정당은 자금의 출처 및 사용과 그 재산에 관하여 공적으로 보고하여야 한다.”라고 규정함으로써 이른바, ‘정치자금공개 원칙’을 천명하고 있으며, 이에 근거하여 독일정당법은 관련 세부규정들을 두고 있다. 즉

264) BVerfGE 47, 198(227).

265) BVerfGE 69, 257(268 f.).

266) <http://www.internetnight.cdu.de/>; <http://www.spd.de/aktuelles/>(2011.8.11.).

독일의 경우 정당들의 주요 수입원은 당비·정부지원금·기부금으로서 그 밖의 기탁금과 같은 제도는 별도로 두고 있지 않다. 따라서 정당의 규모가 큰 사민당이나 기민당 등은 당원들이 납부한 당비가 당수익의 50% 이상을 차지하는 반면에 녹색당과 좌파연합과 같은 군소정당들은 당 자금의 거의 60% 이상을 정부지원에 의지하는 실정이다.²⁶⁷⁾ 따라서 당비나 기부금의 확보에 있어서 대정당과 군소정당간의 차이가 확연할 수밖에 없기 때문에 정부의 입장에서는 정부지원 내지 공적금부에 대해 정당법에 구체적 규정을 둬으로써, 정당 간에 최대한의 합리성과 객관성 및 형평성을 확보하여 평시와 선거 시의 공정성의 제고에 기여하고 있다.

즉, 독일정당법은 공적인 권한을 가진 자가 정당에게 그 시설을 사용하게 하거나 기타 공적금부를 지급할 경우에는 모든 정당이 동등한 대우를 받도록 하여야 하며, 지급의 범위는 정당의 비중에 따라서 정당의 목적을 달성하기 위한 필요최소한도에서 차등을 둘 수 있되, 이 경우 정당의 비중은 특히 최근에 실시된 연방하원선거의 결과에 따라 정하도록 하고 있으며, 또한 연방하원에서 원내교섭단체구성능력을 가진 정당에의 금부공여의 규모는 그 밖의 정당에 공여할 금부의 최소한 2분의 1은 되도록 규정하고 있다(\$5 Abs. 1 PartG). 그리고 이 같은 원칙하에 독일정당법은 정부지원에 있어서의 구체적 배분기준으로서 소수민족정당을 제외하고 유럽의회의원선거(0.5% 이상), 연방하원의원선거(0.5% 이상), 주의회의원선거에서 정당이 획득한 득표수(1% 이상)를 획득하여야 하며, 또한 당비수입금 및 기부금수입금 등도 기준으로 하고 있다. 따라서 이상과 같은 전제하에서 개별정당은 후보자명부에서 획득한 유효투표 1표에 대해 기본적으로 0.70유로의 국고보조를 받되, 다만 선거에서 4백만 표까지는 유효투표당 0.85유로를 받는다. 또한 정당이 당비나 기부금으로 모금한 1유로당 0.38유로를 자연인 1인당 기준 3,300유로의 범위 내에서 지원하며, 하나의 정당에 대한 국고보조금은 당해 정당이 스스로 조달한 연간수입총액을 초과할 수

267) Ziemek, Manfred, “독일의 선거와 선거자금”, 지방행정, 1992, 114면.

없으며, 모든 정당에 대한 국고보조금 연간 총액 역시 133,000,000 유로를 넘지 못하도록 하고 있다(§ 18 PartG). 또한, 기부금과 관련하여 독일의 경우 구체적인 제한선은 두고 있지 않으나 정당법에서 자선행위 내지 종교적 목적에 봉사하는 재산은 기부금으로 할 수 없도록 규정하고 있으며, 또한 경제적·정치적 이익을 기대하면서 또는 그 대가로 주어진 기부금의 금지와 개별적인 경우 5만 유로를 넘는 기부금은 하원의장에게 고지되어야 하고 연방하원인 쇠물로 공표하도록 함으로서 간접적인 제한선을 두고 있다(§25 Abs. 2, 3 PartG).

이상과 같은 독일의 정치자금과 관련한 정당법의 개정배경에는 과거 연방헌법재판소의 판결이 중요한 영향을 끼쳤다 할 것으로서 이를 간략히 살펴보면, 즉 연방헌법재판소는 1966년 7월 19일 판결(BverfGE 20, 56 [96 ff.])에서 “정당의 일반적 활동에 대한 국가적 재정수단으로 부터의 지원은 기본법 제20조 제2항과 제21조 제1항에 합치되지 않으나, 정당에게 어떤 적당한 선거운동의 필요한 비용은 보상되어질 수 있다.”라고 결정하였으나, 이후 연방헌법재판소는 1992년 4월 9일 판결(BverfGE 85, 264 [285 ff.])에서 “정당의 일반적인 정치적 활동은 선거기간이외의 기간에 이루어지지만 이는 선거기간 중에도 행해지는 것이다. 물론 선거는 일반적 정치활동이외 선거프로그램의 작성과 후보자의 선출 및 선거운동과 같은 특수성을 요하지만,.....” 등의 이유를 들어 “기본법에 따라 정당의 일반적 활동에 대한 부분적 국고보조는 헌법에 반하지 않는다”라고 판시하면서, “정당에 대한 국고보조총액은 정당자신이 조달한 수입총액을 초과해서는 안 될 뿐만 아니라(상대적 상한),... 국고보조의 범위는 정당의 기능을 유지하기에 필요하고 정당이 자력으로 조성할 수 없는 금액으로 제한하여야 한다....이 같은 국고보조금으로부터 생성되는 연간 평균금액은 연방과 주가 전체로 정당에게 보조할 수 있는 국고보조금의 총액을 형성한다(절대적 상한).”라고 판시하고 있다. 그리고 국고보조금의 배분 역시 기본적으로 ‘선거에서의 정당의 득표수와 당비수입금 및 기부금수입금’ 등이 기준이 됨을 확인하였다.

VII. 요약 및 평가

이상에서 근대 이후 독일 선거법제의 연혁과 함께 독일의 정치관계법 중 연방선거법과 정당법을 중심으로 한 선거와 그 관련법제에 관해 살펴보았다. 즉 독일의 선거관련법제 역시 여타의 국가와 마찬가지로 적잖은 시행착오를 경험한 산물임에는 틀림없다. 그러나 독일의 경우에는 이 같은 경험적 산물이 과거 바이마르공화국에 이은 히틀러의 제3제국으로부터 근원된 것으로서, 결과적으로 다른 국가들에 비해 상대적으로 신중성과 합리성이 제고된 선거관련법제의 기초가 되었다고 할 수 있다. 다만, 독일의 경우에는 서두에서 상설한 바와 같이 여타의 국가들과는 차별적으로 연방선거법 등 선거관련법제에서 특단의 구체적인 선거운동에 관한 규정을 두고 있지는 않으며, 이와 같은 연유에는 독일 특유의 정당정치적 관행의 소산이라고 할 수 있는 정당 간의 협의를 통한 협정이 사실상 법률을 대신한다고 볼 수 있기 때문이다. 따라서 독일의 선거운동 관련 제반 사항은 기본적으로 구체적인 법률의 규정에 의한 강제정보다는 정당 간의 협정 등에 의한 자율성의 보장을 두드러진 특징으로 볼 수 있을 것이다.

따라서 이상의 사실을 전제하면서, 개별적·구체적인 선거운동에서의 기회균등 차원에서 독일연방선거법과 정당법에서 개괄적인 원칙으로 규정하고 있는 몇 가지 특성을 요약하면 다음과 같다. 즉 선거에 있어서 정당의 자율에 따른 여성후보자 배려와 후보자 정당공천에 있어서의 중앙당의 영향력 최소화를 통한 상향식·합리성 제고, 정치자금에 있어서의 투명성과 합리성 제고, 선거기간의 유연성, 신문·방송광고 등 언론매체를 통한 선거운동에 있어서의 자율성과 공정성의 제고 및 인터넷 선거운동의 활성화 등을 들 수 있을 것이다. 아울러 이 같은 선거운동과 관련법제에 대한 진전에도 불구하고 독일 역시 여전히 시대적·정치적 상황 등에 따라 지속적으로 변화와 개선을 추구하고 있다 할 것인 바, 우리의 경우 비교적 구체적이고 규제적인 선거와 선거운동관련 법제에 대한 일정부분의 유연화와 자율화의 강화를 통해 급속히 변화하는

선거관련 환경에 대한 적응력을 제고하여야 할 것이다.

제 3 절 영국

I. 역사적 개괄

1. 선거권의 확대와 부정선거의 문제

영국에서는 1688년의 명예혁명을 겪으면서 의회가 중심이 되는 헌정질서가 정착되기 시작한다. 이후 19세기에 이르러 1832년과 1867년의 선거법개혁이 성공하면서 정당을 중심으로 하는 의회민주주의가 정착되었다. 이후 제1차 세계대전 이후에는 남성의 보통선거권과 여성의 참정권이 인정되는 등 선거권이 지속적으로 확대되어 1928년부터는 남녀 보통선거권이 정착됨으로써 보수당과 노동당이 주도하는 오늘날의 대중민주주의에 이르게 된다.

하지만 선거권이 확대되는 과정에서 다양한 유형의 부정선거가 자행되자 이를 규제하기 위한 본격적인 노력이 1854년 부패행위방지법(Corrupt Practices Prevention Act)이 제정되면서 시작되었다.²⁶⁸⁾ 이 법으로 인한 부정선거의 방지효과는 제한적이었지만 선거범죄에 대한 명백한 규정을 마련하는 과정의 시작이었다. 이후 1868년 의원선거법(Parliamentary Election Act)을 제정하여 선거분쟁의 관할을 하원으로부터 고등법원으로 이전하고 1872년의 투표법(Ballot Act)을 통해 비밀투표를 도입하는 등 부정선거를 방지하려는 노력이 지속적으로 이루어졌다.

2. 1883년 부패 및 위법행위방지법의 제정

하지만 이러한 노력에도 불구하고 1880년의 총선거에서 부정선

268) Buttler, David. E., *The Electoral System In Britain Since 1918*, 2ed. Oxford University Press, 1963, 4면 이하; 박영도, 영국의 선거부패 및 위법행위방지법제(중보), 한국법제연구원, 1993. 10., 5 이하 참조.

거가 대규모로 이루어지자 1883년 부패 및 위법행위방지법 (Corrupt and Illegal Practices Prevention Act)이 제정되었다. 이 법은 매수, 향응, 부당억압, 대리투표 등 다양한 유형의 부패행위에 대한 처벌을 강화했으며 선거인의 운송비용 지출의 금지와 같은 새로운 유형의 위법행위를 추가했다.²⁶⁹⁾ 이 법은 무엇보다도 후보자가 선거운동을 위해 사용할 수 있는 비용을 제한하기 시작했다는 점에서 보다 큰 의미가 있다. 선거비용의 제한을 요구하게 된 배경은 선거권이 확대되는 상황에서 부유한 후보에게 유리한 제도를 개선하려는 의지의 표현이었다. 공명선거를 이루는데 이 법의 제정이 가져온 효과를 과대평가하는 것은 주의해야 하지만 적지 않은 기여를 한 것 역시 부정할 수 없다. 이 법의 제정으로 부정선거가 완전히 종식된 것은 아니지만 매수나 대리투표와 같은 선거부정행위가 현저히 감소된 것이 사실이기 때문이다. 하지만 동시에 이 법의 제정은 선거문화, 정당조직 및 후보자와 선거구의 관계 등 정치문화 전반에 적지 않은 변화를 가져오는 계기가 되었다. 즉, 부패 및 위법행위방지법의 제정이 정치생활 전반의 무게중심이 개별 정치인으로부터 정당조직으로 전환되는 과정을 촉진하였다.²⁷⁰⁾ 부패 및 위법행위방지법 내용은 이후 국민대표법 (Representaion of the Peoples Act)에 흡수되어 시행되고 있다.

II. 정당민주주의의 정착과 정치자금개혁의 필요성

1. 21세기로의 전환기에서의 헌정개혁

영국에서는 1997년 노동당정부가 들어서면서 광범위한 헌정개혁

269) 이 법의 주요한 내용에 대해서는 Seager, John Renwick, *The Corrupt Practices Act. 1883*, London, P. S. KING & SON, PARLIAMENTARY AGENCY, 1883, 3면 이하; 박영도, 영국의 선거부패 및 위법행위방지법제(증보), 한국법제연구원, 1993. 10., 7면 이하 참조.

270) Rix, Kathryn, "The Elimination of Corrupt Practices in British Elections? Reassessing the Impact of the 1883 Corrupt Practices Act", *English Historical Review*, Vol. CXXIII No. 500, 2008. 2., 65-97면, 96면 이하.

이 이루어졌다. 그 중 대표적인 것이 1998년 인권법(Human Rights Act)의 제정이었다.²⁷¹⁾ 이는 유럽인권협약이 단지 국제법적으로 국가 차원의 준수 의무를 것을 넘어 그 국내법적 효력을 인정함으로써 이 협약에 위반되는 입법과 국가작용에 대한 사법심사를 인정하고 있다. 사법부에 의한 의회입법의 유럽인권협약 불합치 선언이 의회를 직접 기속하는 것에는 미치지 못하는 한계가 있지만 전통적으로 의회주권에 기초해왔던 영국의 헌정질서를 감안할 때에는 혁명적 변화라고 할 수 있다. 이외에도 귀족원의 개혁, 지방분권의 가속화, 유럽연합의 사법적 통합으로 인한 의회주권의 제한, 지방분권의 가속화, 지방선거 및 유럽의회선거에서의 비례대표제의 도입 등 광범위한 헌정제도의 개혁이 이루어졌다.²⁷²⁾

2. 정당 및 정치자금제도의 개혁의 필요성

이러한 헌정개혁의 분위기 속에서 앞에서 개괄적으로 살핀 바처럼 19세기 말에 형성된 선거관련 법제의 기본틀을 개선할 필요성이 대두되었다. 1997년 집권한 노동당정부는 이전의 보수당정부에서 구성되었던 ‘공직윤리확립 위원회’(Committee on Standards in Public Life)의 위원장으로 닐 경(Lord Neill)을 선임하여(따라서 이하에서는 ‘닐 위원회’라고 함) 정치자금 및 정당관련 법제에 대한 개선안을 마련하도록 하였다.

1883년의 부패 및 위법행위방지법과 국민대표법에 기초하는 선거제도는 기본적으로 아직 선거운동이 후보자 개인에 의해 이루어지고 있던 당시의 상황을 반영한 것이었다. 선거운동의 규제는 귀족이나 부유한 계층에 속하는 사람들이 공직선거에서 금권을 활용하는 것을 방지하는데 초점이 맞춰졌다. 1883년을 기준으로 전체 선거비용의 2%만이 정당에 의해 사용되었다는 점에 비추어 볼 때

271) 자세한 내용은 임종훈, “영국에서의 의회입법에 대한 사법적 통제”, 세계헌법연구 제16권 제3호, 2010, 833-854면 참조

272) 김종철, “전환기 영국 헌법과 민주주의”, 공법연구 제28집 제3호, 2000, 199-219면, 208면 이하.

이러한 방향은 적절하였다고 볼 수 있다. 하지만 이후 귀족의 영향력이 약화되고 노동당의 약진과 함께 노동계급이 정치에 참여함으로써 정당정치가 강화되고 이는 정치비용의 지출이 개별선거구보다는 전국적인 규모로 이루어지는 결과를 낳았다. 1997년의 통계에 따르면 보수당과 노동당이 지출한 선거비용의 90%가 전국정당의 차원에서 지출되었다.²⁷³⁾

선거가 전국적인 정당 차원의 경쟁으로 실시되는 현실에도 불구하고 지역구의석을 향한 개별 후보자 간의 경쟁을 기초로 하는 19세기적 선거관련법제도는 적지 않은 문제점을 야기하였다. 우선 선거비용과 관련하여 그 대부분이 전국적인 차원에서 정당에 의해 지출됨에도 불구하고 개별선거구의 후보들에 대한 제한은 엄격히 시행됨에 반하여 정당차원의 제한은 전무하였다.²⁷⁴⁾ 또한 정당이나 후보자가 아닌 이른바 제3자(정치적 압력집단, 이익집단, 노동조합, 기업 및 개인 등)가 개별선거구의 후보자를 직접 지지하기 위해 사용하는 비용이 아닌 한 규제되지 않았다. 국민대표법의 규정에 따르면 개별선거구의 특정후보자를 직접적으로 지지하기 위해 지출하는 비용은 규제할 수 있었지만 총선거에서 기업체가 전국규모의 신문에 전면광고를 게재하여 집권당의 경제정책을 비판하고 정권교체를 호소하는 것을 통제할 수 없었다.²⁷⁵⁾ 또한 기존의 국민대표법에 따르면 후보자나 정당에 대한 기부의 액수에 대한 제한이 없으며 공개의무 역시 없었다.

3. 널 위원회의 보고서

273) Ringhand, Lori A., "Concepts of Equality in British Election Financing Reform Proposals", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 22, No. 2, 2002, 253-273면, 255면.

274) 1997년의 선거에서 개별후보가 지출할 수 있는 금액은 4,965파운드에 유권자 1인당 4.2페니(농촌지역 5.6페니)로 제한되어 있었지만 각 정당의 중앙당이 사용한 선거비용은 노동당 2,570만 파운드, 보수당 2,830만 파운드, 자유민주당 230만 파운드에 이르렀다.

275) *R v. Tronoh Mines Ltd* [1952] 1 All ER 697 참조.

닐 위원회는 1998년에 다음과 같은 내용으로 요약될 수 있는 보고서를 제출하였다.²⁷⁶⁾

- 전국 규모 정당의 경우 기탁자 1인당 연간 5천 파운드 이상, 지역 정당의 경우 연간 1천 파운드 이상에 대해서는 기탁자 이름, 기탁액수, 기탁일시 등 그 내용을 완전 공개토록 의무화한다.
- 무기명 신탁증서 기탁을 금지한다.
- 기탁자는 영국 시민권을 가지고 있는 개인, 법인, 조합, 노조, 단체 등으로 제한하며, 외국인 또는 외국 회사의 기탁은 금지한다.
- 50파운드 이상은 익명 기탁을 금지한다.
- 정당별 총선 비용 총액을 2천만 파운드로 제한한다.
- 정당의 연간회계 및 총선 비용에 관한 자료를 구비토록 하고 회계감사를 의무화한다.
- 정당 재정에 대한 국고 지원을 금지한다. 단 연간 2백만 파운드 이내의 정책개발기금을 신설하여 정치적으로 중립적인 기관이 관리토록 하여 여야 정당들에게 지원토록 하여, 이전의 쇼트 자금의 부족 부분을 보완토록 한다.
- 소액 기탁을 촉진시키기 위하여 500파운드까지의 기탁금에 대하여 조세를 감면토록 한다.
- 기탁자에 대한 작위수여 제안이 있을 경우 심사할 수 있다.

276) 구체적인 내용은 Fifth Report of the Committee on Standards in Public Life: The Funding of Political Parties in the United Kingdom (The Stationery Office. London, 1998) Vol. 1: Report (이하 닐 위원회 보고서, 제1권)

(http://www.public-standards.org.uk/Library/OurWork/5thInquiry_FullReport.pdf); Fifth Report of the Committee on Standards in Public Life: The Funding of Political Parties in the United Kingdom (The Stationery Office. London, 1998) Vol. 2: Evidence (이하 닐 위원회 보고서, 제2권)

(<http://www.archive.official-documents.co.uk/document/cm40/4057/volume-2/volume-2.pdf>) 참조. 이하의 내용은 문성현, “영국의 정치부패 방지제도”, 한국 부패학회보 제9권 제1호, 2004, 65-81면, 69면 이하에서 요약한 것임.

- 의회에서 상하 양원 원내 야당들이 원내 의정활동을 더욱 충실히 수행할 수 있도록 하기 위하여 쇼트 자금 지원액 증액 여부를 심사토록 한다.
- 정당이 아닌 개인이나 단체의 총선 기간 중의 정치 활동 비용은 2만 5천 파운드 이내로 제한한다.
- TV와 라디오에 대한 정당의 자유로운 접근은 지금까지 계속 허용하며, TV와 라디오의 정치광고는 지금까지 계속 금지한다.
- 주식회사의 기탁은 주주총회 동의를 거쳐야 한다.
- 집행권과 수사권을 갖는 독립기관으로서 선거위원회를 신설한다. 선거위원회는 선거법원에 기소할 수 있는 권한이 부여되며, 정당에 대한 자금조달에 관한 법률에 위반되는 업무를 담당하고, 정당등록 업무를 인수받으며, 퇴직공무원 네트워크와 연결하여 광범위한 선거감시 활동을 수행토록 한다. 단 형사기소 건은 공공기소국장이 담당한다.

이러한 내용은 2000년에 제정된 정당, 선거 및 국민투표법 (Political Parties, Elections and Referendums Act)에 약간의 수정을 거쳐 반영되었다. 정당에 대한 익명기탁의 한계는 200파운드로 상향조정되었고, (정당별 선거경비 상한액은 2001년 총선에서 1,500만 파운드로 조정되어 실시되었으며) 기탁금의 조세감면제도는 시행되지 않았다.

Ⅲ. 제3자의 선거운동과 유럽인권법원의 *Bowman v. The United Kingdom* 결정

이미 19세기말부터 의회민주주의가 정당을 중심으로 시행되었음에도 불구하고 100여년이 지난 후에야 이러한 현실을 인정하고 규율하려는 본격적인 개혁이 시도되었다. 이는 그동안 정당정치와 정당재정을 법적인 규제 밖에 둬으로써 실질적으로는 정당의 정치독점을 방관하는 결과를 가져왔다. 이러한 기본구조를 돌아보는

계기가 된 것이 영국의 선거 지출 제한, 특히 제3자의 선거 지출 제한에 대하여 1998년 2월 유럽인권법원이 판단을 내린 *Bowman v. The United Kingdom*²⁷⁷⁾ 사건이다. 이 결정이 내리는 중요성을 감안하여 자세히 소개할 필요가 있다.

1. 사실관계

영국인 여성인 Phyllis Bowman은 낙태와 배아 실험에 반대하는 ‘태아보호협회(the Society for the Protection of the Unborn Child, 약칭 SPUC)’라는 단체의 대표로, 1992년 총선 직전에 낙태와 배아 실험에 관한 각 후보자의 견해를 설명하는 전단 약 150만장을 영국 전역의 여러 선거구에 배포하였다. 이로 인해 Bowman은 1983년 국민대표법(the Representation of the People Act 1983, 이하 1893년 법) 제75항²⁷⁸⁾ 위반으로 기소되었으나, 소환장

277) *Bowman v. United Kingdom*, no. 141/1996/762/959, 19 February 1998, ECHR 1998-I 참조.

278) The Representation of the People Act, 1983, section 75

(1) No expenses shall, with a view to promoting or procuring the election of a candidate at an election, be incurred by any person other than the candidate, his election agent and persons authorised in writing by the election agent on account

(a) of holding public meetings or organising any public display; or

(b) of issuing advertisements, circulars or publications; or

(c) of otherwise presenting to the electors the candidate or his views or the extent or nature of his backing or disparaging another candidate, but paragraph (c) of this subsection shall not

(i) restrict the publication of any matter relating to the election in a newspaper or other periodical or in a broadcast made by the British Broadcasting Corporation or the Independent Broadcasting Authority; or

(ii) apply to any expenses not exceeding in the aggregate the sum of 50p which may be incurred by an individual and are not incurred in pursuance of a plan suggested by or concerted with others, or to expenses incurred by any person in travelling or in living away from home or similar personal expenses.

(중략)

(5) If a person-

(summons) 발부 기한의 도과를 이유로 하여 석방(acquittal)되었다.

이에 Bowman은 유럽인권위원회(이하 위원회)에 청구하였고, 위원회는 청구인에 대한 기소가 의사표현의 자유를 보장하는 1950년 유럽인권협약 제10조²⁷⁹⁾를 위반한다고 결정하였다. 이후 위원회의 요청 및 영국 정부의 청구에 의해 사건은 유럽인권법원(이하 법원)으로 이관되었고, 법원은 소의 허용가능성(admissibility)와 협약 제10조 위반 여부 등에 대해 상세하게 검토하였다.

아래에서는 먼저 문제가 된 제한의 내용과 관련하여 1983년 법 제75조의 내용을 살펴보고, 다음으로는 판결이 다루고 있는 주요 쟁점들과 그에 대한 논의를 살펴보려고 한다.

2. 관련 국내법: 1983년 법의 제75조

1983년 법 제75조는 후보자 등이 아닌 제3자의 선거 지출을 규율하는 규정이다. 주로 지출 금액의 상한만 제한하는 후보자의 경

(a) incurs, or aids, abets, counsels or procures any other person to incur, any expenses in contravention of this section, or

(b) knowingly makes the declaration required by subsection (2) falsely, he shall be guilty of a corrupt practice (이하 생략)

279) Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950, art. 10

1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and im-partiality of the judiciary.

우²⁸⁰⁾와는 달리, 제3자의 선거 지출에 대하여는 보다 더 엄격한 제한이 부과된다. 동법 제75조의 구조 및 내용은 다소 복잡한데, 특정 지출이 금지 대상인 지출에 해당하기 위한 요건들을 정리하면 다음과 같다.

- 1) 주체: 제3자 (후보자, 선거원, 기타 승인을 받은 사람을 제외한 자)
- 2) 목적: 특정 선거에서 특정 후보자의 당선을 촉진 또는 확보하기 위한 것
 - (a) 단순히 특정 후보의 당선을 막으려는 의도도 이에 포함됨²⁸¹⁾
 - (b) 전국 신문에 특정 정당의 특정 정책을 비난하는 것은 일반적으로 특정 정당의 이익을 지지하는 것, 즉, 일반적인 견해 표명으로서 이에 포함되지 않음²⁸²⁾
- 3) 용도
 - (a) 공공 집회의 주최 또는 공공 시위의 조직
 - (b) 광고, 간행물 등의 발간
 - (c) 선거인에 대한 후보자 또는 그 정견 등의 제시
- 4) 금액: 5 파운드 스텔링 이상 (앞에서 본 용도 (c)의 경우에 한함)
- 5) 기간: 선거 기간 (선거일 전 4-6주)

3. 쟁점

280) The Representation of the People Act, 1983, section 76

(1) No sum shall be paid and no expense shall be incurred by a candidate at an election or his election agent, whether before, during or after an election, on account of or in respect of the conduct or management of the election, in excess of the maximum amount specified in this section, and a candidate or election agent knowingly acting in contravention of this subsection shall be guilty of an illegal practice. (이하 생략)

281) *Director of Public Prosecutions v. Luff* [1976] 3 WLR 32 참조.

282) *R v. Tronoh Mines Ltd* [1952] 1 All ER 697 참조.

가. 소의 허용가능성(admissibility): “피해자(victim)”

협약 제25조 제1항²⁸³⁾은 개인이 위원회에 청원할 수 있는 요건으로 그가 협약 상의 권리에 대한 당사국의 침해로 인한 “피해자(victim)”임을 주장하고 있을 것을 요구하고 있다. 여기서 피해자의 의미가 문제되는데, 법원은 *Norris v. Ireland* 판결²⁸⁴⁾을 통해 비록 기소되거나 수사를 받지 않았더라도 법률에 의해 “직접적으로 영향을 받는(directly affected)” 자는 곧 피해자라고 보았다.

본 사건에서 영국 정부는 이미 석방되었으므로 청구인이 피해자가 아니라고 주장하였으나, 청구인은 기소에 따른 불안, 스트레스 등 심적 고통과 물질적 손해를 들어 자신이 피해자라고 주장하였다.

이에 대해 법원은, 청구인은, 기술적인 이유에 의하여 석방되었을 뿐이고 다시 기소되거나 나아가 유죄 판결을 받고 처벌될 위험이 여전히 존재하므로, 문제의 법률에 의해 직접적으로 영향을 받았고, 따라서 협약 제25조 상의 피해자임에 틀림없다고 결론을 내렸다.

나. 협약 제10조의 위반 여부

협약 제10조 제2항은 표현의 자유에 대한 제한이 허용될 수 있

283) Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950, art. 25

1. The Commission may receive petitions addressed to the Secretary-General of the Council of Europe from any person, non-governmental organization or group of individuals claiming to be **the victim** of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in this Convention, provided that the High Contracting Party against which the complaint has been lodged has declared that it recognizes the competence of the Commission to receive such petitions. Those of the High Contracting Parties who have made such a declaration undertake not to hinder in any way the effective exercise of this right.

284) *Norris v. Ireland*, 10581/8326, 26 October 1988, Series A no. 142 참조.

는 요건을 규정하고 있다. “제한(restriction)”은 1) “법에 의해 규정(prescribed by law)”되고 2) 정당한 목적(legitimate aims)을 추구하며 3) “민주 사회에서 필요한(necessary in a democratic society)” 것인 경우 허용된다.

(1) “제한(restriction)”의 존재

먼저 제한 그 자체가 존재하는지 여부가 문제되었다. 영국 정부는 1983년 법의 제75조가 일정한 목적을 위해 제3자가 지출할 수 있는 권리만 제한할 뿐, 보다 일반적인 표현의 자유를 제한하는 것이 아니라고 한데 반해, 위원회와 청구인은 당국이 Bowman의 행동이 명백하게 실정법에 의해 금지된다고 간주한 사실로부터 표현의 자유에 대한 제한이 발생하였다고 보았다.

이에 대해 법원은 비록 제75조가 직접적으로 표현의 자유를 제약하는 것은 아니라고 하더라도, 동조의 금지가 표현의 자유에 대한 제한을 구성한다는 사실에는 의문의 여지가 없다고 판단하였다.

(2) “법률에 의해 규정된(prescribed by law)” 제한

이 점에 대해서는 당사자들이 다투지 않았으므로, 법원은 추가적인 논증 없이 제한이 법률에 의해 규정된 것이라고 결론을 내렸다.

(3) 정당한 목적(legitimate aim)이 있는 제한

이와 관련하여 확립된 이론은, 제한이 정당한 목적을 가지려면, 그것이 적어도 협약 제10조 제2항에 열거된 목적 중 하나를 추구해야 한다고 설명하고 있다.²⁸⁵⁾

285) Joplin, Joanna R., “Pushing the Limits of Democracy - U.K. Campaign Expenditure Restrictions Held to Violate the Right to Free Expression under Article 10 of the European Convention for the Protection of Human

영국 정부는 그 중에서도 타인의 권리 보호를 법 제75조의 목적으로 들면서 동조가 세 가지 경로를 통해 해당 목적에 기여한다고 밝혔다. 즉, 동조는 1) 제3자의 부당한 개입을 배제함으로써 후보자 간 경쟁의 공정성을 촉진하고, 2) 이익단체의 영향으로부터 후보자의 독립을 유지하고, 3) 정치적 논쟁이 일반적인 관심사로부터 특정한 단일 이슈로 왜곡되는 것을 방지하는 것을 그 목적으로 한다는 것이다.

그러나 청구인은 이러한 영국 정부의 주장에 대하여 제75조가 정당한 목적을 추구하기는커녕 오히려 표현의 자유를 축소시키는 방향으로 작용한다고 반박하였다. 그 근거로는 태아보호협회와 같은 단일 이슈 단체가 선거 절차를 방해할 정도로 유권자를 호도하는 것은 불가능한 일이며, 게다가 정당의 지원 유무에 따라 후보자들은 이미 불평등에 노출되어 있으므로 문제된 제한이 특별히 평등을 확보한다고 볼 수도 없다는 점을 들고 있다.

이에 대해 법원은 동조의 목적이 후보자 간 평등을 확보하고 후보자나 선거인단 등 타인의 권리가 보호하는 것이라는 점을 들어 청구인의 주장을 배척하였다. 이와 함께 청구인의 주장은 오히려 다음에 살펴볼 제한의 필요성 여부와 보다 관련이 깊다고 보았다.

(4) “민주 사회에서 필요한(necessary in a democratic society)” 제한

법원의 선례²⁸⁶⁾에 따르면, “민주 사회에서 필요”하다는 것은 곧 긴박한 사회적 필요성(pressing social need)이 존재한다는 것이며, 이에 대한 일차적인 판단은 당사국의 재량(margin of appreciation)에 맡겨져 있다고 한다. 그럼에도 불구하고 법원은 유럽 차원의 감시(European Supervision)를 위해서 최종적인 판단을 포기하

Rights and Fundamental Freedoms in *Bowman v. United Kingdom*”, 7 *Tul. J. Int'l & Comp. L.* 459, 1999, 3면.

286) *Handyside v. the United Kingdom*, 5493/72, 7 December 1976, Series A no. 24 참조

지 않고 있는데, 그 판단의 내용은 1)제한이 목적에 비례하는지(proportionate), 그리고 2)당사국이 든 정당화 사유가 타당하고 충분한지(relevant and sufficient)에 대한 것이라고 하였다.

본 사건에서 영국 정부는 제한이 부분적(partial)이어서 정당한 목적을 달성하는데 필요한 정도를 넘어서지 않으며, 청구인에게 다른 소통 수단(other means of communication)이 있었다고 주장하였다.

이에 대해 청구인은 1) 중요한 도덕적 문제에 대한 정확한 정보의 배포를 억제할 긴박한 사회적 필요성이 없고, 2) 전단의 배포가 반드시 특정인에게 불리하게만 작용하는 것은 아니며, 3) 언론과 정당은 규제하지 않으면서 개인만 규제하는 것은 타당하지 않다고 하면서, 제한이 비례성을 결여하였다고 주장하였다.

이 쟁점과 관련하여, 법원은 우선 각 당사국이 표현의 자유에 대한 권리와 자유선거에 대한 권리 사이의 어딘가에서 적절한 균형점을 찾는 데 있어서 재량을 가지고 있음을 인정하였다. 그런 다음 법원은 제한이 정당한 목적에 비례하는지 검토하였는데, 제한은 청구인의 행동에 대하여 “전적인 장애물(total barrier)”로 기능함으로써 비례성을 상실한 것이라고 결론을 내렸다. 그 이유로는 첫째, 금액이나 기간에 대한 제한이 중대하고, 둘째, 영국 정부가 대안으로 거론한 언론 게재나 직접 출마가 현실성 있는 방안이라고 보기 어려우며, 셋째, 이러한 제한으로 인해 정당이나 언론에 비해 특별히 개인이 불리하게 취급된다는 사실을 들었다.

이러한 법원의 논증 과정을 통해, 비록 명시적으로 표현되지는 않았으나, 1)제한의 정도, 2)대안의 존재 여부, 3)비교 사례와의 형평성 등이 비례성 판단을 위한 구체적인 표지들로서 제시되었다고 볼 수 있을 것이다.

다. 협약 제50조의 해석: 정당한 보상(just satisfaction)

그 밖에 협약 제50조의 “정당한 보상”을 어떻게 해석할지가 문제되었는데, 관여 법관 전원의 일치로 법원은 다음과 같은 결론에

도달했다.

첫째, 비금전적 손해에 대한 보상은 위반 사실을 확인하는 것만으로도 충분하다.

둘째, 국내 절차(‘domestic proceedings’)로 인한 비용과 지출은, 그것이 국내 절차에서 전액 또는 부분적으로 보상되지 않은 경우에 한하여, 해당 부분이 “실제로(actually)” 그리고 “필수적으로(necessarily)” 빚어지고, “(정당한) 몫과 관련하여 합리적(reasonable as to quantum)”이라면 정당한 보상의 범위 내에 포함될 수 있다.

셋째, 유럽인권법원의 절차(‘Strasbourg Proceedings’)로 인한 비용과 지출은 “공평한 기준에 근거하여(on an equitable basis)” 보상된다.

4. 평가

본 판결은 기존 판례의 태도에서 크게 벗어나지 않는 것이라고 평가할 수 있다. 협약 제10조와 관련하여 특별히 새로운 법리나 해석 방법을 전개했다고 보기는 어렵기 때문이다.

그럼에도 불구하고 본 판결은 영국 정치권에 상당한 논쟁거리를 던졌다는 점에서 그 의의를 찾을 수 있다. 결론적으로 판결은 보수와 진보 양측 모두에게 절반의 승리를 가져다주었다.²⁸⁷⁾ Bowman 판결은 한편으로는 기본적으로 선거비용의 지출에 대한 법적 제한을 반대하는 보수 진영의 전통적 주장을 승인하였다. 이로써 선거비용의 제한에 찬성하는 진보 진영의 전통적 입장이 다소 훼손되기는 하였으나, 동시에 표현의 자유에 대한 주의를 다시 환기할 수 있는 계기를 제공하였다. 표현의 자유는 전통적으로 진

287) Joplin, Joanna R., “Pushing the Limits of Democracy - U.K. Campaign Expenditure Restrictions Held to Violate the Right to Free Expression under Article 10 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in *Bowman v. United Kingdom*”, 7 *Tul. J. Int'l & Comp. L.* 459, 1999, 474면 이하.

보세력이 추구하는 가치에 속하기 때문이다.

IV. 제3자의 선거운동에 대한 제한

1. 개별선거구에서 지출의 대폭 상향 조정

유럽인권법원의 Bowman 결정 이후 닐 위원회는 그 내용을 자세히 검토한 후 유럽 인권법원이 개별선거구에서 제3자가 지출하는 비용의 상한을 5파운드로 제한하는 것은 실질적으로 전면적인 금지와 다르지 않아서 표현의 자유를 지나치게 제한하는 것으로 본다고 판단하였다.²⁸⁸⁾ 닐 위원회는 정부가 고려하던 1백 파운드로의 인상 역시 선거구에서 전단을 인쇄, 배포하거나 지역신문에 광고를 게재하기에는 부족하므로 국민대표법 제75조의 지역구 지출 상한을 500 파운드로 상향 조정할 것을 제안하였다. 그 과정에서 닐 위원회는 Bowman 여사에 대한 기소의 근거가 된 조항이 “특정 선거구에서 특정 후보자’의 선거 전망을 증진하거나 저해하도록 의도된 활동에만 한정”되는 것이라고 보았다. 이 때, “단지 사실 정보만 유권자에게 전달하거나 특정 후보에 대한 언급 없이 전국 단위의 선거운동을 지원하고자 한 전단은 이 조항에 해당되지 않는다.”

2. 전국적 차원에서의 제한 도입

닐 위원회는 나아가 제3자의 전국 단위 지출에 대한 제한이 허용되는지 여부에 대해 검토했다. 닐 위원회는 우선 유럽인권협약 제10조가 미국 수정헌법 제1조와는 문언상 차이가 있으므로 정당이 아니면서도 선거운동에 영향력을 행사하는 개인이나 조직이 지출하는 비용을 제한하는 것은 허용되며 이것이 Bowman 결정의 취지에도 어긋나지 않는다고 보았다.²⁸⁹⁾

288) 닐 위원회 보고서 제1권, 126면 이하.

289) 닐 위원회 보고서 제1권, 130면 이하.

닐 위원회는 이어서 1940년대 및 1950년대에 기업과 경영자단체가 노동당이 선호하는 국유화 정책에 대항하는 선거운동을 전개하였으며, 1997년 선거 기간 중에는 영국 최대의 노조인 UNISON이 최저임금제를 옹호하는 광고에 백만 파운드 이상을 지출했다는 사실을 적시하고 있다.²⁹⁰⁾ 이를 근거로 닐 위원회는 정당이 아닌 개인이나 조직이 25,000 파운드 이상의 선거비용을 지출하려면 선거관리위원회에 신고해야 한다고 제안하였다.

나아가 닐 위원회는 UNISON 운동뿐만 아니라 1950년대 기업에 의한 광고들 중 정당 또는 후보자에 대한 직접적인 언급을 피하면서도 실질적으로 특정 정당을 지지하거나 반대하는 내용을 지녔음을 지적하고 있다. 따라서 제3자에 의한 선거비용의 제한은 명백한 의도를 지닌 것 뿐 아니라 정당을 특정하지 않더라도 어떤 정당을 지원하거나 폄하하는 효과를 가져 오는 경우도 포함해야 한다고 권고하고 있다.²⁹¹⁾

닐 위원회의 권고는 정당, 선거 및 국민투표법에 반영되었다. 동법 제85조는 “규제되는 지출”을 제한하고 있는데, 이는 “선거자료”에 관하여 발생한 비용으로 정의되는 바, 동조 제3항은 “선거자료”를 다음과 같이 정의한다.

“선거자료”는 이하를 의도한 것으로 합리적으로 간주될 수 있는 자료를 말한다.

(a) 어느 유관 선거에서 이하의 선거상의 성공을 촉진 또는 주선하거나

(i) 하나 또는 다수의 특정한 등록 정당, 또는

(ii) 특정한 정책을 지지하거나(또는 지지하지 않거나) 또는 그러한 정당들의 특정한 범주에 속하는 하나 또는 다수의 등록 정당, 또는

(iii) 특정한 견해를 보유하거나(또는 보유하지 않

290) 닐 위원회 보고서 제1권, 131면 이하.

291) 닐 위원회 보고서 제1권, 132면 이하.

거나) 특정한 정책을 지지하거나(또는 지지하지 않거나) 또는 그렇지 않으면 그러한 후보자들의 특정 범주에 속하는 후보자

(b) 그렇지 않으면, 장래의 유권 선거(그것이 임박하였든 아니든)와 관련된 유권자들 사이에서, 이하의 지위를 향상시키는 것

(i) 그러한 어떤 정당 또는 정당들, 또는

(ii) 그러한 어떤 후보자들;

또한 이러한 모든 자료는, 비록 그것이 다른 목적도 아울러 달성하려고 의도된 것으로 합리적으로 간주될 수 있다 할지라도, 선거자료이다.

이와 같은 정의의 범위는, “어떠한 자료가 선거자료인지를 결정하기 위하여 그것이 특정 정당 또는 후보자의 이름을 명시적으로 언급하지 않고 있다는 사실은 중요하지 않다”고 규정하는 제85조 제4항에 의해 더 확장된다. 제85조에 의하면 표면상으로는 무제한적인 것처럼 보이는 이 정의의 시간적 범위는, 제10양허표(Schedule 10) 제3조에 의해 좁혀진다. 동조는 의회 총선거에 있어서 “관련(relevant)” 기간은 선거일 전 365일이라고 규정한다. “선거자료”에 대한 정의는, 특정 후보자 또는 정당 관련 정책에 대한 표현을 포함하여 선거 전 일 년 내에 어떤 후보자 또는 정당을 직접적 또는 간접적으로 홍보하거나 반대하는 모든 자료를 규제망에 몰아넣으려고 의도한 것처럼 보인다. 이에 대해서는 법의 모호성과 광범위성을 근거로 하는 비판이 제기될 수 있다.²⁹²⁾

V. 요약 및 평가

요약하자면 영국에서는 19세기말에 금권선거를 배격하고 선거의

292) 이에 관해서는 Feasby, Colin, “Issue Advocacy and Third Parties in the United Kingdom and Canada”, *McGill Law Journal*, Vol. 48, 2003, 11-54면, 38면 이하 참조.

공정성을 지향하는 지역구 중심의 엄격한 선거관리제도가 형성되었다. 하지만 이후 선거운동의 중심이 정당에 의한 전국적인 차원으로 변화했음에도 불구하고 상당기간동안 이에 상응하는 제도의 개혁이 이루어지지 않았다. 이는 실질적으로는 정당의 정치독점을 가져와서 정당이나 후보자가 아닌 일반 유권자의 표현의 자유를 등한시함으로써 유럽인권법원의 Bowman 결정이 나오는 배경이 되기도 하였다. 하지만 영국에서 일반유권자들의 선거운동의 자유는 표현 자체가 제약된 것은 아니었고 정치적 의사표현을 위한 비용에 대한 제한이었음을 주목할 필요가 있다. 또한 이러한 비용의 제한 역시 정당이나 후보자에 비해 과도한 부분은 개선되었다.

미국의 선거운동관련 제도가 표현의 자유에 치중하고 있다면 영국은 상대적으로 평등을 강조하면서 양자의 조화를 추구하고 있다고 볼 수 있다. 이를 위해서는 정당간의 무기대등의 원칙이 강조되는데 이는 주요정당간 뿐 아니라 주요정당과 군소정당간의 관계에도 해당된다. 또한 유권자가 행사하는 정치적 영향력의 평등 역시 강조되고 있다. 하지만 유권자가 제대로 된 선택을 하려면 사상의 자유시장에로의 평등한 접근이 중요한데 이를 위해서는 연설자와 청취자간의 관계를 적절히 감안할 것이 요구된다. 숙지한 자치의 원칙(the principle of informed self-governance)이 실현되려면 단지 연설자들간의 평등이 아니라 청취자인 유권자 역시 적절한 정치적 의사표현의 자유를 행사할 수 있어야 한다.²⁹³⁾

선거운동의 자유와 평등과 관련된 영국에서의 제도개혁의 예는 이러한 요구를 조화시키는 데에 커다란 시사점을 주고 있다.

제 4 절 일본

선거운동의 제한과 관련된 일본의 법제도는 정치적 표현행위 그 자체를 직접적으로 제한하고 있어서 우리나라의 제도에 커다란 영

293) Ringhand, Lori A., "Concepts of Equality in British Election Financing Reform Proposals", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 22, No. 2, 2002, 267면 이하.

향을 미치고 있다. 따라서 일본의 제도를 관찰하는 것은 중요한 의미가 있다. 이하에서는 일본선거법의 역사를 간단히 살핀 후 선거권의 성격과 선거운동의 자유에 대한 논의를 소개하고 선거운동의 규제에 대한 최고재판소의 판례 및 이에 대한 학설을 살펴본다. 마지막으로 인터넷을 통한 선거운동의 규제와 관련된 최근의 논의를 소개할 것이다.

I. 역사적 개괄: 보통선거법에서 공직선거법으로²⁹⁴⁾

1. 1925년 보통선거법의 도입 과정

19세기말에서 20세기초까지 일본에서는 성인 남성 중 일정액 이상의 세금을 납부하는 사람에게만 선거권을 인정하여 참정권이 극히 제한되어 있었다. 1889년 제정된 명치헌법은 절대주의적 천황권력의 일정부분을 양보하여 국민의 참정권을 인정하였다. 하지만 국민의 대표기관인 중의원의 권한이 매우 제한되어 있었을 뿐 아니라 중의원의원을 선출하는 선거권이 일부의 지주계층과 부르주아계층에 국한되어 있었다. 통계에 따르면 1889년에는 전체 인구 중 유권자의 수가 1.1%에 불과하였다. 이는 1900년의 선거법 개정 이후에 증가하였지만 1902년에는 2.2%였고, 1917년에도 2.6% 정도에 머물렀다.

일본에서 보통선거운동이 시작된 것은 산업화에 따라 노동쟁의가 발생하는 등 사회문제가 본격적으로 나타나던 청일전쟁 이후의 상황에서 이에 대한 해결책을 찾던 지식인그룹들로부터였다. 1897년 보통선거기성동맹회(普通選舉期成同盟會)의 결성은 납세자격을 완화하여 선거권을 확대하자는 요구를 넘어 보통선거권을 요구하는 운동의 시작이었다.

294) 이 장은 기본적으로 송석윤, “선거운동의 규제입법의 연원 - 1925년 일본 보통선거법의 성립과 한국 분단체제에의 유입”, 서울대학교 법학 제46권 제4호, 2005, 28-53면 중 30-44면의 내용을 요약한 것으로 새로운 내용을 추가한 경우에만 각주 표시를 하였음.

제1차 세계대전 이후 전세계적으로 민주적 권리가 확산되는 분위기 속에서 정우회(政友會)의 총재인 하라 다카시(原敬)를 수상으로 하는 정당내각이 들어서자 보통선거권을 요구하는 노동조합, 학자, 학생단체 등 대중의 목소리는 점차 커졌다. 하지만 하라 수상이 1921년 11월 암살당하는 사건이 일어난 후 관료내각이 부활하였다. 반동적인 관료내각에 반발하여 기존에 대립하던 정우회와 헌정회가 힘을 합치고 이에 혁신구락부가 합세한 이른바 호헌3파는 정당내각을 요구하는 운동을 일으켰다. 보통선거제의 도입에 반대하던 정우회와 찬성하던 헌정회의 협력은 커다란 방해물이 제거되었음을 의미했다. 1924년 5월의 선거에서는 헌정회가 제1당이 되는 등 호헌3파에 속한 정파들이 대승을 거두었다. 이것은 일본에서 1932년 군부파시즘이 대두할 때까지 유지된 정당정치 의 시작을 의미하였고 같은 맥락에서 보통선거제도의 도입이 본격적으로 구체화되었다.

정치영역에서의 움직임과는 별도로 일본에서 국내치안행정을 담당하던 내무성의 관료들 중에도 보통선거권의 도입을 추구하는 움직임이 있었다. 이들은 제1차 세계대전 이후 독일, 오스트리아, 러시아 등 유럽의 국가에서 군주제가 소멸하고 노동운동세력과 사회주의세력이 득세하는 것을 보면서 이를 천황제국가체제의 근본적인 위기로 인식하고 이를 극복할 수 있는 국가재편을 위한 제도적 방안을 모색하였다. 그들은 보통선거권을 도입하여 노동자와 농민의 에너지를 국가통합의 길로 이끌면서 의회와 정당을 중심으로 개량주의적 개혁을 하는 것이 최선이라고 판단하였다. 한편 사법성의 관료들은 내무성관료들과는 다른 입장을 취했다. 이들은 내무관료의 유희책을 비판하면서 외래의 위협한 사상으로 국민들이 이완되는 것을 막기 위해서는 기존의 법을 엄격히 적용하고 또한 필요하다면 보다 강력한 입법을 해야 한다는 입장을 취하였다. 이러한 입장은 1925년 치안유지법의 제정으로 연결되었다. 하지만 보통선거제의 도입과 관련해서는 사법성의 관료들 역시 그 필요성을 인정했는데 이들은 정당으로 인해 분열된 국민들을 국가를 중심으로 동원할 수 있는 거국일치의 국가체제를 만들기 위한 수단

으로 보통선거권을 검토했다.

이러한 배경 속에서 치안유지법이 1925년 2월 19일 의회에 상정되어 중의원을 통과하고 3월 19일에 귀족원을 통과한 후 1925년 3월 29일 보통선거법이 양원을 통과하고 5월 5일에 공포되었다. 25세 이상의 남성 보통선거권이 도입됨으로써 보통선거법 제정 이전인 1924년에 3백30만(전체인구의 6%)이던 유권자가 보통선거가 최초로 시행된 1928년에는 1천2백40만(전체인구의 21%)으로 약 3.5배정도 증가하였다.

2. 1925년 보통선거법의 내용

1925년 일본의 보통선거법은 남성보통선거권을 도입하면서 국민의 선거권을 대폭 확대함과 동시에 기존의 선거법에는 존재하지 않던 선거운동에 대한 각종 규제장치를 도입하였다. 그 내용은 입후보등록제와 이와 연결된 사전선거운동 금지, 기탁금제(보증금 공탁제), 선거운동원의 수와 자격의 제한, 선거비용제한, 호별방문금지, 선거운동책임자가 선거범죄를 범한 경우 당선을 무효로 하는 연좌제규정 등이었다.

1925년 보통선거법에는 사전선거운동을 금지하는 명문의 조항이 없었다. 보통선거법이 제정된 후 일본정부는 선거운동을 개시하는 시점은 존재하지 않고 선거운동인지의 여부는 개별문제에 대하여 결정할 수밖에 없다는 입장이었다. 하지만 1927년 가을의 지방선거를 앞두고 입후보예정자들이 후보등록 이전에 선거운동을 개시하자 선거단속 업무가 번잡해진다는 이유로 내무성과 사법성 및 대심원(大審院)이 협의하여 방침을 변경하였다. 이에 따르면 입후보하려는 자와 그 밖의 이른바 제3자를 포함하여 누구도 선거운동을 할 수 없고 단지 입후보에 필요한 준비행위만이 허용된다는 것이었다.

일본의 대표적인 헌법학자인 미노베 다쓰키치(美濃部達吉)는 1929년에 출판된 저서에서 보통선거법에서의 선거운동 규제조항을 매우 비판적으로 보았다. 그는 매우 복잡한 단속규정의 문제로, 첫

째 범망의 뒤에 숨어서 이루어지는 선거운동이 성행하게 되어 범의 권위가 떨어지고 국민이 법을 경시하는 생각을 지니게 될 우려가 있고, 둘째 이를 지키는지를 단속하려면 많은 경비가 소요되어 국고의 낭비가 있으며 이에 따라 경찰의 단속이 필요한 다른 부분을 소홀히 할 우려가 있고, 셋째 가장 문제되는 사항으로 야당에 대한 단속은 엄격하게 하고 여당에게는 관대함으로써 관권선거의 유희를 일으키며, 넷째 후보자나 선거운동원이 서로 상대방을 모함하는 수단으로 악용될 수 있다는 점을 지적하였다.

3. 군국주의의 대두와 1934년 보통선거법의 개정

보통선거법의 도입 이후 깨끗한 선거를 지향했던 규제중심의 선거법규는 오히려 극단적인 관권선거의 모습을 보였고 이는 정당정치에 대한 불신의 원인이 되었다. 1929년부터 경제공황이 몰려오고 파시즘이 대두하면서 정당정치의 위기는 심화되었다. 이러한 상황에서 선거숙정운동(選舉肅正運動)이라는 움직임이 일어났다. 정당정치의 위기 속에서 관료세력은 지방행정조직 단위로 선거숙정위원회를 조직하여 정당의 기반을 무너뜨리고 관료적 지배를 강화하려 하였다. 정당정치를 지방자치제도로부터 분리시키려는 노력은 행정관료들이 추구한 기본적인 방향이었다.²⁹⁵⁾ 이처럼 지방자치단체를 탈정당화하려는 노력은 국회의원선거에서 선거구의 숙원사업에 대한 공약을 이해관계유도행위로 보아 규제하는 것으로 연결되었다.²⁹⁶⁾ 1930년대를 거치면서 정당과 지방자치단체를 분리하려는 관료들의 기본정책은 어느 정도 실현되었는데 이는 일본 정당정치의 구조적 취약성의 중요한 원인이 되었다.

선거숙정운동은 비상시국 하에서의 이상적인 선거의 추진, 선거비용의 축소, 선거범죄의 근절 등을 명목으로 추진되었지만 이는 반정당적이고 반의회주의적인 본질을 지니고 있었다. 선거숙정위

295) 김중식, “1920년대 내무관료의 정당정치관 - 다자와 요시하루(田澤義鋪)를 중심으로”, 일본역사연구 제30집, 2009. 12., 65-88면, 79면 이하.

296) 중앙선거관리위원회, 일본선거관계실례판례집 (II), 2002, 628면 이하.

원회는 선거 때 뿐 아니라 일상적으로 활동하면서 정당정치의 부정적인 측면을 국민에게 각인시켰다. 이러한 분위기 속에서 1934년 보통선거법의 전면개정이 이루어졌다. 이 개정에서는 선거운동에 대한 기존의 제한을 더욱 강화하였을 뿐 아니라 선거법에서 제95조의2를 신설하여 사전선거운동의 금지를 명문화하였다. 또한 제98조의2에서는 선거운동에서 이 조항이 허용하는 방식을 제외한 문서도화의 배포를 금지하여 포괄적 금지와 한정적 해제의 규율방식을 추가하였다.

4. 패전과 공직선거법의 형성

제2차 세계대전이 끝나고 미군점령 하에서 일본의 선거법은 적지 않은 변화를 겪었다. 패전 후 관헌국가적 규제중심의 선거법에 대한 문제가 제기되었고 이에 따라 내각은 1945년 11월 13일 남녀의 구별 없이 보통선거권을 부여하고 선거권과 피선거권을 20세와 25세로 하향 조정할 뿐 아니라 선거운동에 대한 인적·시간적 제한, 선거운동의 방법에 대한 각종 제한 및 이에 대한 처벌조항 등을 거의 전면적으로 철폐하는 개정법률안을 결의하였다. 이 개정법률안에서 선거운동을 제한하는 내용으로 남은 것은 호별방문금지 및 선거사무관련 공무원의 선거운동 제한 정도였다. 후자의 경우는 당연한 제한이므로 이는 호별방문금지를 제외한 전면적인 자유화였다.

하지만 내각의 전향적인 개정안은 1945년 12월 17일에 공포될 때까지 중의원의 심의에서 중요한 변화를 겪었다. 한편으로는 내각의 법안대로 남녀보통선거권의 도입과 선거권 및 피선거권의 연령인하가 이루어졌다. 또한 선거운동의 자유와 관련하여 우선 선거사무장 및 선거위원 등 법정선거운동원 제도가 폐지되고 선거관리 관련자 등 일부의 선거운동만을 제한하도록 하여 이른바 제3자 선거운동의 자유가 인정되었다. 선거운동의 방법과 관련하여 개개인에 대한 연속적인 면접의 금지와 전화를 통한 선거운동의 금지도 폐지되었다.

하지만 정부의 원안에서 폐지하기로 했던 사전선거운동의 금지를 존치하기로 함으로써 규제중심 선거법제의 기본틀이 유지되었다. 이는 사전선거운동의 금지는 선거운동의 관리를 담당하는 정부 측의 이해보다 현역의원의 기득권보호와 보다 많은 연관성이 있음을 보여주는 대목이다. 또한 선거사무소에 대한 제한, 호별방문의 금지, 문서도화에 의한 선거운동의 제한 등 개별적 제한조항도 그 틀을 유지하였다. 선거운동의 자유를 중심으로 볼 때 이는 시간적 측면과 인적 측면에서의 정치적 기본권에 대한 포괄적 제한 중 후자의 제한은 해제되었지만 전자의 경우에는 그대로 남았음을 의미한다.

일본의 중의원선거법은 1950년에 다른 선거법들과 함께 공직선거법으로 통합되었다. 하지만 선거운동에 관한 폭넓은 규제는 유지되어 오늘에 이르고 있다.

II. 선거권의 성격과 선거운동의 자유

일본의 헌법학에서는 선거운동의 자유의 제한 문제를 선거권의 법적 성격과 연결하는 논의가 적지 않다.²⁹⁷⁾

1. 권한설 (공무설)

일본에서는 메이지헌법 하에서 특히 다이쇼(大正)시대에 남성 보통선거권을 도입하면서 선거권의 법적 성격에 대한 논의가 본격적으로 이루어졌다. 여기에는 19세기 유럽, 특히 독일의 국가법인체설과 관련된 학설이 적지 않은 영향을 미쳤다. 그 대표적인 예로 미노베(美濃部達吉)의 견해를 들 수 있는데 그는 국민이 선거인단이라고 하는 국가기관을 구성하여 국가의 공무를 행하는 지위

297) 이하의 내용에 대해서는 吉田善明, 議會·選舉·天皇制の憲法論, 日本評論社, 1990, 98면 이하; 佐藤幸治, 憲法, 第3版, 青林書院, 1995, 108면 이하; 中村睦男, 憲法30講, 新版, 青林書院, 1999, 66면 이하; 辻村みよ子, 『權利』としての選舉權 - 選舉權の本質と日本の選舉問題, 勁草書房, 1989, 5면 이하 등 참조.

또는 자격을 의미하는 것으로 이해하였다. 헌법이 천황주권을 선언한 당시의 상황에서 선거권을 공무 내지 권한을 넘어 권리로 이해하는 견해는 존재하지 않았다.

하지만 오늘날 이러한 견해를 유지하는 학설은 더 이상 존재하지 않는다.

2. 2중설

2중설은, 선거권은 한편으로는 국정에 대한 자신의 견해를 표명하는 기회를 부여받는 동시에 다른 한편으로는 선거인단이라는 기관을 구성하여 공무원의 선거라는 공무에 참가하는 것인데 전자의 의미로는 참정의 권리를, 후자의 의미로는 권리와 의무의 이중적 성질을 지닌다는 견해로 요약될 수 있다.

이는 일본학계의 다수설 또는 통설이다. 하지만 2중설의 관점을 취하면서도 권리로서의 성격을 강조하여 선거의 공무성과 선거권의 권리성을 구별하는 경향이 증가하고 있다. 2중설을 일본헌법학계의 다수설 또는 통설이라고 하는 것은 선거권을 기본적으로 기본권으로 보면서도 공무적 성격을 부정하지 않는 다양한 견해들을 포함하기 때문이다. 예를 들어 선거권을 자연권이 아닌 시민권으로 보는 견해를 2중설로 이해할 것인지 아니면 자연권으로 볼 것인지는 관점에 따른 문제이다.

3. 기본권설

1947년 일본국헌법이 시행되었음에도 상당기간 메이지헌법 하에서의 이론이 지속되다가 1950년대 말부터 선거권을 권리로 보는 관점이 제시되었다. 이는 선거권을 기본적으로 선거인이 국가의사를 형성하는데 참여하는 권리라고 보는 관점이다. 즉, 선거권은 공무적 성격을 부정할 수 없지만 입헌주의에서 헌법에 의해 헌법에 의해 보장되는 개인적 공권이며 국민의 소극적 자유권을 보장하는 권리라는 것이다.

이후 선거운동의 자유와 관련하여 선거권의 성격에 대한 논의가 활발히 진행되었는데 선거권을 자연권으로 보는 관점이외에도 인민주권설에 기초하여 선거권을 이해하는 견해가 주장되기도 한다.

4. 기타

그밖에 정치적 이익설, 청구권설 등이 주장되기도 하지만 소수의 입장에 그치고 있다.

5. 선거권과 표현의 자유

하지만 선거운동의 자유를 선거권의 성격과 연결하여 이해하는 태도에 대한 근본적인 문제제기가 있다. 선거운동의 자유가 선거권과 무관하지는 않겠지만 이는 기본적으로 표현의 자유, 특히 정치적 표현의 자유에 의해 보장되는 문제이기 때문이다.²⁹⁸⁾

6. 평가

일본의 선거제도, 특히 선거운동에 대한 규제의 현실이 실제로 메이지헌법 하에서의 규제와 크게 다르지 않을 정도로 매우 엄격한데 이는 선거권의 공무적 성격을 인정하는 서구제국에서와는 달리 치안유지적 성격이 강하기 때문이라는 견해가 있다. 호별방문 금지나 문서 및 도화의 배포제한 등이 이러한 치안유지적 측면으로부터의 규제의 전형적인 예로 지적되고 있다. 이러한 치안유지적 측면의 규제에 대해서는 정치적 표현의 자유의 관점에서 그 위헌문제가 제기된다는 것이다.²⁹⁹⁾

전반적으로 제2차 세계대전 이후에 논의의 중심이 2중설을 경유

298) 예를 들어 芦部信喜, 憲法學 III, 人權各論 (1), 增補版, 有斐閣, 2000, 459면 이하에서는 선거운동의 자유를 외면적 정신활동의 자유인 언론·출판의 자유의 제한 문제로 서술하고 있다.

299) 吉田善明, 議會·選舉·天皇制の憲法論, 日本評論社, 1990, 106면 이하.

하여 기본권설로 넘어가고 있는 추세라고 평가할 수 있다. 권리설과 2중설을 구별하는 것도 현실적으로 쉽지 않다. 이를 구별하는 기준으로 권리설은 권리의 내재적 한계만을 인정하고 입법부의 재량을 부정한다는 주장이 제기되기도 한다.³⁰⁰⁾ 선거운동제한의 치안유지적 측면을 극복하려는 학계의 논의는 행정관료와 사법부, 특히 최고재판소의 완고한 저항에 부딪히고 있어 선거운동의 자유와 관련된 일본의 현황은 여전히 19세기 입헌군주제헌법학에서 비롯되는 국가법인체설의 잔재가 강하게 남아있다고 볼 수 있다.

III. 최고재판소의 판례

일본 공직선거법은 우리나라의 선거법처럼 선거운동에 대한 다양한 유형의 규제조항을 두고 있다. 그중 사전운동의 금지, 선거기간 중 문서 활동의 제한, 선거에서의 보도 및 평론의 규제, 호별방문의 금지, 연좌제, 기업의 정치헌금 등에 대한 법규정의 위헌성이 법원에서 다루어졌다. 여기서는 호별방문 금지, 사전선거운동의 금지, 문서 및 도화의 배포 제한을 중심으로 최고재판소의 판례를 소개하려 한다.

1. 호별방문 금지

일본선거법에서 호별방문금지는 1925년 보통선거법이 제정되면서 도입되어 현재까지 유지되고 있다. 이에 대해서는 1950년 일본 최고재판소가 선거의 공정, 즉 공공복지를 위해서는 선거운동에 대한 합리적 제한은 당연하므로 헌법에 위반되지 않는다고 결정한다³⁰¹⁾ 이후 기본적인 변화가 없다. 그 주된 논거는 (1) 호별방문은 매수, 이익유도 등의 온상이 되기 쉬워 선거의 공정을 해할 위험이 있고, (2) 선거인의 생활의 평온을 저해하며, (3) 후보자측도 부득이 다액을 지출하게 되고, (4) 투표가 정실에 지배되기 쉬운 등

300) 中村睦男, 憲法30講, 新版, 青林書院, 1999, 70면.

301) 最高裁 1950. 9. 27. 刑集 4-9, 1799.

의 폐해가 동반된다는 이른바 폐해론이었다.

하지만 호별방문금지 조항이 헌법에 위반된다고 보는 주장이 학계에서 폭넓게 대두될 뿐 아니라 하급심에서의 위헌판결이 이어지자 기존의 논거를 보완하는 입장이 개진되었다. 그 대표적인 논거가 호별방문의 금지는 의사표현 자체가 아니라 의사표현의 한 수단을 금지하는 것이므로 호별방문에 따르는 폐해를 감안할 때 정당한 목적과 합리적인 연관성을 가지고 있고 금지에 의해 얻어지는 이익이 손실에 비해 크다는 것이었다.³⁰²⁾

이러한 논거도 부족하다고 판단한 최고재판소의 이토(伊藤) 재판관은 보충의견을 제시하기도 하였다.³⁰³⁾ 이토 재판관은 선거운동은 모든 언론이 필요최소한으로 제약되는 속에서 자유롭게 경쟁하는 것이 아니고 후보자가 선거의 공정을 확보하기 위해 정해진 룰을 따라 선거운동을 해야 하는 것도 고려되어야 한다고 주장한다. 법이 정한 합리적인 룰을 후보자가 지켜야 공정한 선거가 이루어지는데 그 룰을 어 떠한 것으로 하는가에 대해서는 입법정책에 광범위하게 위임되는 것이므로 필요최소한의 제약만이 허용된다는 엄격한 기준은 적용되지 않는다는 것이다. 그는 일본헌법 제47조가 국회의원선거에 관한 사항은 법률에서 정하도록 하고 있는데 이는 선거운동의 룰에 대해서 국회의 입법재량의 여지가 넓다는 취지를 포함하고 있다고 주장한다.

2. 사전선거운동 금지

일본 최고재판소는 사전운동을 금지하는 공직선거법 제129조가 헌법에 위반되지 않는다고 하면서 다음과 같이 판시한 바 있다.³⁰⁴⁾

“공직선거에서 상시 선거운동을 허용할 때에는 부당, 무용한 경

302) 最高裁 1981. 6. 15. 刑集 35-4, 205.

303) 最高裁 1981. 7. 21. 刑集 35-5, 568.

304) 最高裁 1969. 4. 23. 刑集 234-4, 235.

쟁을 야기하여 규제의 곤란에 의한 부정행위의 발생 등에 의해 선거의 공정을 해할 염려가 있을 뿐 아니라 많은 경비나 노력이 들어 경제력의 차이에 의한 불공평이 발생하는 결과가 되고, 나아가 선거의 부패도 초래할 우려가 있다. 이러한 폐해를 방지하고 선거의 공정을 확보하기 위해서는 선거운동의 기간이 장기에 이르지 않는 상당기간으로 한정하고 또 그 시기를 정하여 각 후보자가 가능한 한 동일한 조건하에서 선거운동에 종사하게 할 필요가 있다. ... 선거가 공정하게 행하여지는 것을 공공의 복지를 유지하기 위한 것이기 때문에 선거운동을 할 수 있는 기간을 규제하여 사전운동을 금지하는 것은 헌법이 보장하는 표현의 자유에 대하여 허용되는 필요하고 합리적인 제한이다.”

3. 문서 및 도화의 배포 제한

일본 최고재판소는 1955년에 처음으로 문서 및 도화의 배포 제한에 대한 판결을 내린 바 있다.³⁰⁵⁾ 여기서 최고재판소는 일본헌법 제21조가 언론의 자유를 절대 무제한으로 보장하고 있는 것이 아니고 공공의 복지를 위해 필요한 경우에는 합리적인 제한이 가능하다고 전제하였다. 이어서 최고재판소는 공직선거에서 문서와 도화의 배포를 무제한으로 인정한다면 선거운동에서 부당한 경쟁을 야기하고 이로 인해 오히려 선거의 자유와 공정을 해하며 공명한 선거를 유지하기 어려운 결과를 초래할 염려가 있으므로 이러한 폐해를 방지하기 위하여 일정한 규제를 하는 공직선거법의 규정은 공공의 복리를 위해 헌법상 허용되는 필요하고도 합리적인 규제라고 해석할 수 있다고 판시하였다. 이후의 판례들도 이러한 입장을 따르고 있다.

4. 선거운동 규제조항의 심사기준

305) 最高裁 1955. 4. 6. 刑集 9-4, 819.

앞에서 사전선거운동의 금지나 문서 및 도화의 배포에 대한 일본 최고재판소의 판결에서 살핀 것처럼 선거운동의 제한에 대한 최고재판소의 초기 관례들은 선거의 공정, 즉 공공복지를 위한 합리적 제한이라는 논거를 제시한 데에 그쳤다. 하지만 이후 하급심 판결에서 명백하고 현존하는 위험의 원칙, 보다 덜 제한적인 수단 등의 심사기준을 적용하는 경향이 나타나자 최고재판소의 합헌논거도 변하였다.

그 중 대표적인 논거는 다음과 같이 제시되었다 : “호별방문, 문서 및 도화의 배포, 사전선거운동 등에 대한 금지는 표현행위를 전면적으로 제한하는 것이 아니라, 즉, 규제입법이 의견표명 그 자체의 제약을 목적으로 하는 것이 아니라 단지 표현행위의 수단, 방법 등의 금지에 따른 간접적, 부수적인 규제에 불과하고, 따라서 규제의 목적이 표현의 수단과 방법에 맞춰져 있는 이상 이러한 규제입법의 심사에는 완화된 심사기준이 적용되어야 하고, 위의 제한조치들은 ‘합리적이고 필요한 한도 내에서의 제한’이기 때문에 합헌이다.”³⁰⁶⁾ 이러한 부수적 규제론은 미국 연방대법원이 브라이언판결³⁰⁷⁾에서 채택한 내용을 일본 최고재판소가 공무원의 정치활동 제한에 대한 판결에서 처음으로 도입했는데 이를 선거운동의 규제와 관련해서도 적용한 것이다. 이는 법률이 표현의 자유의 제한을 직접 목적으로 하지 않고 표현의 자유가 부수적, 간접적으로 제한될 뿐이라면 엄격한 심사기준이 아니라 완화된 심사기준이 적용되는데 이는 (1) 입법목적의 정당성, (2) 입법목적과 금지되는 행위의 연관성, (3) 금지함으로써 얻는 이익과 이로써 잃는 이익과의 균형이라는 세 가지 점을 검토하여 규제가 합리적으로 필요한 합헌이라는 합리적 연관성의 기준을 의미한다.

IV. 학설의 동향

학설은 위의 관례에 대해 전반적으로 비판적인 경향을 보이고

306) 最高裁 1981. 6. 15. 刑集 35-4, 205.

307) *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968)

있다.³⁰⁸⁾

1. 호별방문 금지

호별방문 금지와 관련해서는 1960년대 이후의 새로운 학설과 하급심의 위헌판결 이후 위헌론이 증가하여 현재는 지배적인 학설을 형성하고 있다. 위헌론의 주된 논거로는 호별방문이 후보자의 입장에서 유권자에 대해 자신의 정견을 직접 전달하고 유권자의 의견을 접할 수 있는 대체수단을 쉽게 발견하기 어려운 표현활동이고, 유권자인 국민의 입장에서는 생활의 장에서 대화를 통해 정치와 일상적으로 접촉하여 자신의 견해를 알릴 수 있는 소중한 기회를 제공하는 표현활동이라는 점이 강조되고 있다. 또한 판례가 지적하는 폐해론이 호별방문 자체를 전면적으로 금지하는 충분한 논거를 지니지도 않고 국민의 정치의식이나 헌법을 둘러싼 정치, 경제 및 사회적 상황이 변화했으며 금지규정의 합헌성을 정당화할 입법사실의 존재를 증명하기도 어렵다는 주장이 설득력 있게 제시되고 있다.

또한 심사기준과 관련하여 앞에서 언급한 합리적 연관성의 기준을 공무원의 표현의 자유에 적용한 것도 문제이지만 이를 일반국민의 표현의 자유에 그대로 적용하는 판례의 태도에 대한 의문이 제기되고 있다. 호별방문 금지의 위헌성을 주장하는 입장에서는 필요최소한도의 기준이나 보다 덜 제한적인 수단과 같은 엄격한 심사기준을 적용해야 한다고 보고 있다. 이처럼 엄격한 심사기준을 적용하더라도 호별방문금지의 전면적 폐지만이 대안이 되는 것은 아니다. 일본에서는 방문인원, 시간, 장소 등을 합리적으로 한정하는 대안이 입법론적으로 제시되어 논의되고 있다.

2. 사전선거운동 금지

308) 芦部信喜, 憲法學 III, 人權各論 (1), 增補版, 有斐閣, 2000, 459면 이하; 吉田善明, 議會·選舉·天皇制の憲法論, 日本評論社, 1990; 佐藤幸治, 憲法, 第3版, 青林書院, 1995, 120면 이하.

사전선거운동의 금지에 대해서는 법정선거운동기간이 매우 짧은 현실을 고려할 때 오히려 지나친 경쟁과 후보간의 불평등 및 부정선거의 원인이 된다는 지적이 있다. 또한 대규모의 현대사회에서 선거운동기간을 제한하는 것은 현역의원처럼 기존에 지명도가 있는 후보에게 유리하게 작용한다는 주장도 있다.³⁰⁹⁾

3. 문서 및 도화의 배포 제한

1960년까지는 후보자들에게 공평하게 선거운동의 기회를 보장하기 위해 문서배포를 제한하는 것이 불가피하다는 학설이 일반적이었다. 재력이 있는 후보가 금권을 활용하여 무한도로 선거운동을 한다면 식견있는 후보가 당선되지 못할 수 있으므로 균등한 조건에서 선거운동을 하도록 해야 할 필요가 있다는 것이었다.

하지만 이후에는 문서의 배포를 구체적으로 제한하지 않고 영국의 예에 따라서 선거관련 문서를 법정선거비용 내에서 지출하도록 하자는 대안이 제시되고 있다. 이에 대해서 뼈라의 공해, 악의적인 문서의 배포 등과 같은 부작용을 우려하는 견해도 있지만 보다 덜 제한적인 수단과 같은 기준을 적용하면 된다는 것이다. 하지만 동시에 서구의 국가들과는 달리 정당민주주의의 발달이 미약하여 선거운동이 정당이 아니라 후보 개인을 중심으로 이루어지고 있는 일본 특유의 현실을 감안해야 한다는 지적이 있다.

V. 인터넷을 통한 선거운동의 규제

선거의 공정성을 이유로 선거운동에 대한 엄격한 규제를 가하고 있는 일본에서는 인터넷을 통한 선거운동에 대해서는 규제를 완화하자는 논의가 이루어지고 있다. 하지만 일본에서는 홈페이지를 개설하거나 전자메일을 발신하는 등의 행위는 공직선거법상의 문서에 해당한다고 하여 이를 엄격하게 해석하고 운용하고 있다. 민

309) 芦部信喜, 憲法學 III, 人權各論 (1), 增補版, 有斐閣, 2000, 474면 이하.

주당이 1998년, 2001년, 2004년 등 세 번에 걸쳐 민주당이 인터넷 선거운동을 인정하는 의원제출법안을 제시한 바 있지만 모두 심의되지 못한 채 폐기되었다.³¹⁰⁾

이후 2006년 5월 현재 인터넷 선거운동을 가능하게 하는 공직선거법 개정안을 민주당과 자민당에서 각각 준비하였다.³¹¹⁾ 민주당에서 승인한 당내 최종보고서의 주요 내용은 다음과 같았다 : (1) 홈페이지, 전자메일, 블로그 등에 관계없이 원칙적으로 인정, (2) 정당, 후보자 및 제3자의 인터넷 선거운동 인정, (3) 부정행위 방지를 위해 홈페이지 개설자와 전자메일 송신자에 대한 실명표시의무화, (4) 타인을 가장한 홈페이지 개설에 대한 벌칙적용. 한편 자민당에서는 다음의 내용으로 요약되는 최종보고서가 당내 선거제도조사회에 제출되었다 : (1) 인터넷 홈페이지로만 한정되는 선거운동의 인정, (2) 후보자에 대한 비방 및 중상 방지를 위해 홈페이지의 기록에 허위표시죄 적용, (3) 선거관리위원회 홈페이지에 후보자 홈페이지 주소의 게재, (4) 전자메일의 금지

하지만 이러한 시도에도 불구하고 공직선거법의 개정은 이루어지지 않고 있으며 인터넷에 의한 선거운동은 강력히 규제되고 있다. 1996년 중의원선거를 앞두고 신당사키가케가 보낸 질문서에 대해 당시의 자치성(현재는 총무성으로 통합)이 회답한 법해석이 지금까지 유지되고 있다.³¹²⁾ 당시 신당사키가케는 (1) 공직선거법상의 인터넷 홈페이지 규제의 합헌성, (2) 인터넷 홈페이지가 문서, 도화의 반포 및 게시에 해당하는 구성요건, (3) 인터넷 홈페이지를 활용하는 정당 등에 대한 정치활동규제, (4) 선거기간 중 인터넷 홈페이지 활용이 위반되는 범위 등을 요지로 하는 질의를 하였다. 이에 대해 자치성은 (1)은 최고재판소의 판결(공직선거법 제

310) 山崎幹根 (야마자키 미키네), “현대 일본의 지방선거제도의 개요와 현황에 관하여”, 유럽헌법연구 제7호, 2010. 6., 83-101면, 96면.

311) 마이니치신문 2006년 5월 11일, 2006년 5월 31일 자. 여기서는 한영학·천명재, “일본의 선거보도 규제에 대한 일고찰”, 정치커뮤니케이션 연구 4호, 2006. 6., 89-123면, 105면에서 재인용.

312) 한영학·천명재, “일본의 선거보도 규제에 대한 일고찰”, 정치커뮤니케이션 연구 4호, 2006. 6., 106면.

142조의 합헌성은 1964년 11월 18일 판결 등, 동법 제143조의 합헌성은 1955년 4월 6일 판결 등)에 의해 확인되며, (2)에 대해서는 컴퓨터의 디스플레이에 게시된 문자등도 공직선거법의 문서, 도화에 해당되어 인터넷 홈페이지 개설을 통한 불특정 다수여로의 배포와 게시를 규제대상으로 하였으며, (3)은 인터넷 홈페이지의 경우에도 선거운동에 이르는 정치활동이 공직선거법상의 선거운동으로 규제되며, (4)는 구체적인 사안의 시기와 상태에 따라 판단해야 할 것이라고 답변하였다.

VI. 평가

일본 특유의 천황주권설에 입각한 입헌군주제의 관헌국가적 헌정질서 하에서 형성된 선거운동의 과도한 규제가 입헌민주주의 헌법 하에서도 여전히 존치되고 있다는 점을 지적하지 않을 수 없다. 선거운동에 대한 과도한 규제는 군국주의의 지배시에 더욱 강화되었는데 강력한 행정부에 비해 의회 및 정당을 중심으로 한 정치체계의 발전이 미약한 일본 헌정질서의 취약성은 오늘날까지 영향을 미치고 있다.

일본의 규제중심의 선거법제가 영국의 1883년 부패 및 위법행위 방지법에 기초하고 있다고 주장되기도 하지만 그 배경은 같지 않다. 영국에서는 개별 후보자의 선거운동에 대한 제한이 정당 중심의 선거운동으로 전환되는 계기가 되었지만 일본에서는 가부장적 관료주의가 제2차 세계대전 이후에도 여전히 남아서 행정관료 집단이 선거운동에 대한 규제완화에 강력히 저항하였다.³¹³⁾

현대입헌민주주의에서 불가결한 정당민주주의가 제대로 정착되지 못한 것은 오늘날 일본정치가 겪고 있는 민주적 리더십의 취약성의 주요한 원인이 되고 있다고 판단된다. 우리나라에서 역동적이고 안정적으로 기능하는 입헌민주주의를 정착시키기 위해서는 정치생활에 대한 일본식의 관헌국가적 통제로부터 탈피하는 것이

313) 김정기, “일본공직선거법과 대비해 본 우리나라 선거법의 문제점”, 저널리즘 비평 제7호, 1992, 8-14면. 12면.

시급하다고 보인다.

마지막으로 우리나라처럼 강력한 규제조항을 지니고 있는 공직선거법이 일본에서 실질적으로 시행되는 모습을 살필 필요가 있다는 점을 지적하고 싶다. 예를 들어 호별방문이 엄격하게 금지되고 있음에도 불구하고 현실적으로는 다양한 형태로 이루어지고 있으며 경찰이나 선거관리 당국이 적극적으로 단속하지 않고 적발되는 경우라도 대부분 경고를 발하는 것에 그친다는 것이다.³¹⁴⁾ 일본의 재·보궐선거에 대한 한 연구에 따르면 2000년 10월에서 2005년 4월까지 총23개의 중의원과 참의원 선거구에서 보궐선거가 실시되었다.³¹⁵⁾ 의원사망에 의한 것이 10회, 의원사직에 의한 것이 12회, 장기간 기업체로부터 뇌물을 받은 혐의로 재판결과 의원직을 상실한 경우가 1회였다. 의원사직으로 인한 보궐선거 중에서는 부정부패 및 비리에 대한 책임을 지고 의원직을 사직한 경우가 8회, 다른 선거에 출마하기 위해 사직한 경우가 4회였다. 비리로 인한 사직이 9인인데 그중 공직선거법 위반으로 인한 사직한 예가 있다고 하더라도 중의원과 참의원 선거구 선출의원의 정수가 각각 300명과 146명인 것을 감안하면 그리 많은 수는 아니다. 또한 선거법 위반 등 위법사실이 명확해지면 재판의 진행상황과 무관하게 국회의원을 사직하는 것이 관행으로 되어 있는데³¹⁶⁾ 그 배경은 공직선거법이 시행되는 구체적인 방식과 연관이 있을 것이다. 일본의 공직선거법은 우리나라 제도와 매우 유사하다는 점에서 실제로 적용되는 모습에도 관심을 기울일 필요가 있다.

314) 김정기, “일본공직선거법과 대비해 본 우리나라 선거법의 문제점”, 저널리듬 비평 제7호, 1992, 13면.

315) 김영필, “일본의 재·보궐선거와 한국에서의 시사점”, 한국정당학회보 제4권 제2호, 2005, 123-147면, 131면 이하.

316) 김영필, “일본의 재·보궐선거와 한국에서의 시사점”, 한국정당학회보 제4권 제2호, 2005, 141면 이하.

제 6 장 인터넷과 선거운동

제 1 절 문제의 제기

2010년 6월 지방선거 이후부터 국회나 정치권에서는 소위 SNS(social network service)서비스 중의 하나로 2009년부터 각광을 받고 있는 ‘트위터(twitter)’나 ‘네이버 미투데이’, ‘다음 요즘’ 등의 마이크로블로그³¹⁷⁾에 대한 관심을 지속적으로 가져왔다. 그 이유는 정치인들의 입장에서 보면 선거운동의 효율성이나 효과성의 측면에서 기존의 UCC만큼 혹은 그 이상으로 마이크로블로그가 모바일의 상징으로 부각된 ‘스마트폰’과 결합하여 매우 강력한 수단일 수 있다는 점을 인식하기 시작했기 때문이다. 하지만 지금까지 중앙선거관리위원회는 이러한 마이크로블로그를 이용한 선거운동은 현행 공직선거법 제93조 제1항에서 금지하고 있는 ‘그밖에 이와 유사한 것’에 의한 선거운동으로 간주하겠다는 입장을 계속 유지하고 있다.

인터넷과 선거운동의 문제를 다루기 위해서는, 우선 다음과 같은 두 가지 문제의식에서 출발할 필요가 있다.

첫째, 현재의 공직선거법상의 선거운동 규제장치들이 과연 ‘합리적’이냐의 문제의식이다. 선거의 場은 매우 중요한 ‘정치적 공론장’이라 할 수 있다. 그런데 과연 현재의 공직선거법이 채택하고 있는 입법정책적 수단들이 이러한 정치적 공론장의 ‘합리화’를 위해 적절한가에 대해서는 그동안 여러 방면에서 지속적으로 그 의문이 제기되어 왔다. 선거의 헌법적 의미를 고려하면, 선거야말로 정치적 표현의 자유가 최대한 보장되어야 할 영역이다. 하지만 현재의 공직선거법의 특징은 ‘선거에 직접적으로 참여하는 후보자나 정당에 대한 규제’만 갖고 있는 것이 아니라, ‘후보자나 정당을 비판하는 일반국민에 대한 규제’까지 포함하는 ‘포괄적 규제’방식을 채택

317) 블로그와 메신저기능이 결합된 것으로서, 긴 블로그 대신 짧고 즉각적인 메시지를 포스팅하는 SNS이다.

하고 있다. 물론 ‘선거의 공정성’은 유권자의 합리적 선택을 위한 매우 중요한 공익임은 부인할 수 없다. 하지만 선거의 공정성이라는 공익은 그 자체 스스로가 자기목적적이어서는 안 된다. 선거의 공정성은 유권자의 자유롭고도 합리적 선택, 그 이전에 표상정치 의 담당자 혹은 국민의 대표자(후보자, 정당 포함)에 대한 합리적 비판을 위한 ‘수단적’인 개념이다. 하지만 현재의 공직선거법은 그리고 지금까지의 공직선거법에 대한 헌법재판소의 판례의 경향을 보면, 선거의 공정성은 하나의 ‘도그마’로 확고하게 자리 잡고 있는 느낌이다.³¹⁸⁾

318) 특히 선거운동 규제와 관련된 공직선거법상의 장치들에 대해서는 주로 합헌 결정을 해 온 경향이 있는 것으로 보인다. 예컨대 법정의 방법 이외의 방법으로 인쇄물, 광고 등을 제작, 배부하는 방식의 선거운동을 금지하였던 구 지방의회의원선거법상의 선거운동방법의 제한규정에 대한 합헌결정(헌재 1995. 4. 20. 92헌바29등, 판례집 7-1, 499, 구 지방의회의원선거법 제181조 제2호 등 위헌소원), 이와 유사한 취지의 내용을 규정하였던 구 공직선거및선거부정방지법 및 현행 공직선거법상의 탈법방법에 의한 문서 등의 배부 등 금지조항 및 처벌조항들에 대한 수 건의 합헌결정들(헌재 1995. 4. 20. 92헌바29등, 판례집 7-1, 499; 헌재 2001. 8. 30. 99헌바92등, 판례집 13-2, 174, 공직선거및선거부정방지법 제93조 제1항 위헌소원 등; 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마193, 판례집 13-2, 526, 공직선거및선거부정방지법 제58조 제1항 등 위헌확인; 헌재 2001. 12. 20. 2000헌바96등, 판례집 13-2, 830, 공직선거및선거부정방지법 제90조 등 위헌소원; 헌재 2002. 5. 30. 2001헌바58, 판례집 14-1, 499, 공직선거및선거부정방지법 제255조 제2항 제5호 등 위헌소원; 헌재 2006. 5. 25. 2005헌바15, 공보 116, 803, 공직선거및선거부정방지법 부칙 제17조 등 위헌소원; 헌재 2007. 1. 17. 2004헌바82, 판례집 19-1, 1, 공직선거및선거부정방지법 제255조 제2항 제5호 등 위헌소원; 헌재 2009. 7. 30. 2007헌마718, 판례집 21-2상, 311, 공직선거법 제93조 제1항 위헌확인), 선거운동의 선전벽보에 비정규학력의 게재를 금지하는 공직선거및선거부정방지법규정에 대한 합헌결정(헌재 1999. 9. 16. 99헌바5, 판례집 11-2, 326, 공직선거및선거부정방지법 제64조 제1항 등 위헌소원), 선거기간중 서신에 의한 선거운동방법을 전면 금지한 구 공직선거및선거부정방지법상의 규정에 대한 합헌결정(헌재 2007. 8. 30. 2004헌바49, 판례집 19-2, 258, 공직선거 및 선거부정방지법 제109조 제1항 단서 위헌소원) 등을 들 수 있다. 물론 위헌결정이 전혀 없었던 것은 아니다. 예컨대 일정범위 내의 사람에게 대해서만 선거운동을 허용한 구 대통령선거법 제36조 제1항 본문에 대한 한정위헌결정(헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 구 대통령선거법 제36조 제1항 위헌제정, 구 대통령선거법 제34조 등 위헌제정), 공무원이 그 지위를 이용하였는지 여부에 관계없이 선거운동의 기획행위를 일체 금지하는 것이 정치적 의사표현의 자유를 과도하게 제한한 것으로 보아 공직선거법

둘째, 현재의 공직선거법이 과연 시대의 흐름에, 보다 구체적으로 매체환경의 변화에 ‘적절하게’ 부합하고 있는가의 문제의식이다. 이 문제의식은 단순히 현재의 공직선거법상의 ‘규제의 틀’ 내에 새로운 매체나 커뮤니케이션수단을 포섭시켜서 기존의 규제방식을 그대로 적용시키고 있는가의 차원이 아니다. 오히려 새로운 매체나 커뮤니케이션수단들의 특성을 간파하여 이들 매체나 수단들이 국민의 정치적 표현의 자유를 극대화하는 메커니즘으로 작동할 수 있도록 ‘배려’하고 있는가의 차원에서이다. 따라서 이 문제의식은 위에서 제기한 문제의식과 연동될 수밖에 없다. 한편 여기서 제기하는 문제의식은 정치적 공론장으로서의 선거에 대한 규제에 있어서 ‘무조건’ 혹은 ‘오직’ 국가만이 그 역할을 해야 하는가의 문제의식을 내포하고 있다. 입헌주의적 시민헌법국가에서의 국가의 역할은, 특히 우월적 지위를 갖는 정치적 표현의 영역에서의 국가의 역할은 제한적이어야 한다. 이러한 관념은 사회국가적 헌법국가에서도 여전히 유의미하다. 국민의 참여공간으로서의 선거의 의미, 표현의 자유의 이념, 국가와 사회의 이분론 등을 전제로 할 때, 사회영역에서의 자정메커니즘이 정치적 공론장에서 제대로 작동하지 않을 때만 국가가 개입하는 것이 타당하다. 그러면 정치적 공론장의 영역에서 사회의 자정메커니즘이 제대로 작동하는가 여부는 무엇에 의해 결정되는가의 문제가 등장한다. 물론 여러 가지 판단요소와 판단기제가 있겠지만, 인터넷과 선거운동의 관계에 있어서는 ‘매체의 특성과 기능’을 고려할 필요가 있다. 즉 그 특성과 기능상 사회의 자정메커니즘이 제대로 작동할 수 있는 매체나 커뮤니케이션수단이라면 국가의 개입은 자제되어야 한다는 것을 의미하는 것이다.

제 2 절 인터넷, 선거운동 그리고 정치적 표현의 자유

제86조 제1항 제2호에 대해서 내려진 헌정위헌결정(헌재 2008. 5. 29. 2006헌마 1096, 관례집 20-1하, 270, 공직선거법 제86조 제1항 제2호 등 위헌확인)을 들 수 있다.

I. 인터넷의 특성과 표현의 자유와의 관계

인터넷이란 무엇인가? 인터넷에 대한 개념정의는 매우 다양하고, 아직 그에 대한 불변의 확고한 개념정의는 없는 것으로 보인다. 다만 기술적·중립적인 관점에서 보면, 인터넷이란 ‘네트워크들의 네트워크(a network of networks)’라는 점은 분명하다.³¹⁹⁾ 그리고 헌법적 관점에서 보면 ‘의사표현의 매개체’임은 분명하다.³²⁰⁾ 의사표현의 매개체 혹은 매체로서의 인터넷의 특성은 개방성, 상호작용성, 탈중앙통제성, 이용비용의 저렴성을 포함하는 의미에서의 접근의 용이성, 정보의 다양성 등에 있으며, 특성 그 자체가 ‘본질’이다. 인터넷의 철학적 기반은 ‘참여와 개방 그리고 공유’에 있다. 여기서 ‘참여와 개방 그리고 공유’는 UCC로 대표되는 웹 2.0의 철학적 기반으로 소개되어 왔으나, 사실 인터넷 자체가 태생적으로 이러한 철학적 기반에서 출발한 것이다.

한편 위에서 인터넷에 대한 개념정의는 매우 다양하고, 아직 그에 대한 불변의 확고한 개념정의는 없다고 한 이유는, 바로 인터넷을 기반으로 하는 매우 다양한 서비스들이 가능하다는 것을 전제하였기 때문이다. 인터넷은 ‘개방된 네트워크’이기 때문에, 인터넷을 기반으로 하는 서비스는 무궁무진하게 개발될 수 있다. 다만 이들 서비스들의 공통점은 인터넷의 특성이자 본질인 개방성, 상호작용성, 탈중앙통제성, 접근의 용이성, 다양성 등을 기반으로 한다는 것이다. 최근 몇 년 동안 주목을 받고 있는 마이크로블로그

319) “인터넷은 물리적이거나 유형의 실체가 아니다. 그보다는 수많은 컴퓨터 네트워크들의 집단을 서로 연결한 거대한 네트워크라 할 수 있다. 그러므로 그것은 네트워크들의 네트워크(a network of networks)이다.”(*ACLU v. Reno*, 929 F.Supp. 824, 1996).

320) 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 전기통신사업법 제53조 등 위헌확인; “정보통신망의 발달로 선거기간 중 인터넷언론사의 선거와 관련한 게시판·대화방 등도 정치적 의사를 형성·전파하는 매체로서 역할을 담당하고 있으므로, 의사의 표현·전파의 형식의 하나로 인정되고 따라서 언론·출판의 자유에 의하여 보호된다고 할 것이다”(헌재 2010. 2. 25. 2008헌마324등, 판례집 22-1상, 347, 공직선거법 제82조의 6 제1항 등 위헌확인, 공직선거법 제82조의 6 제1항 등 위헌소원).

등의 SNS서비스는 웹을 기반으로 하는 기존의 서비스(홈페이지, 게시판, 블로그, 카페 등)보다 이용자 혹은 의사표현주체들 간의 연동성과 관계성, 상호작용성을 더 강화시키는 서비스일 뿐이다. 즉 어떻게 보면 SNS서비스는 새로운 것이 아니다. 인터넷 시작과 동시에 소셜 네트워킹이 시작되었다고 볼 수 있는 것이다. 결국 SNS는 인터넷 발전에 따라 네트워크가 진화된 형태일 뿐일 수도 있다.

그러면 위와 같은 인터넷의 특성은 표현의 자유와 관련하여 어떠한 의미를 가지는가? 인터넷이 의사표현의 매개체가 분명하다고 하면, 표현의 자유에 의한 보호를 받는 것은 그 법리상 당연하다. 다만 여기서 인터넷의 매체적·구조적 특성이 표현의 자유와 어떠한 구체적 관련성을 갖는지가 규명되어야 한다. 바로 여기서 매개고리가 되는 것이 표현의 자유가 추구하는 이념들 중의 하나인 ‘사상의 자유시장’이다. 즉 “커뮤니케이션의 경로에 대해서 비교적 쉽게 접근할 수 있는 곳에서 진정한 사상의 자유시장이 존재한다”³²¹⁾고 한다면, 의사표현주체의 접근과 이용이 용이한 커뮤니케이션 경로 내지 매체일수록 사상의 자유시장에 가장 근접하고 있다고 평가할 수 있을 것이다. 따라서 국가의 개입이 없더라도 커뮤니케이션과 정보의 다양성이 확보될 수 있는 매체의 경우에는, 국가개입이나 국가규제의 정당성은 인정될 수 없을 것이다. 바로 이러한 관점에서 출발하는 것이 바로 ‘매체특성론적 접근방법 (medium-specific analysis)’이다. 즉 “매체의 구조적 특성은 당해 매체에 대한 규제의 기준과 정도의 수준을 결정한다”는 접근방법이다.³²²⁾

따라서 매체특성론적 접근방법이 나름대로 유의미하고 여전히 타당하다고 한다면, 인터넷의 특성이자 본질인 개방성, 상호작용

321) *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241(1974).

322) 이러한 접근방법에 따라 인터넷에 대한 내용규제의 기준과 정도의 수준을 제시한 것으로는 황성기, “언론매체규제에 관한 헌법학적 연구 - 방송·통신의 융합에 따른 언론매체 규제제도의 개선방안”, 서울대학교 법학박사학위논문, 1999. 8. 참조.

성, 탈중앙통제성, 접근의 용이성, 정보의 다양성은 인터넷 대한 규제의 기준과 정도의 수준을 결정하는데 중요한 고려요소가 되어야 하며, 보다 구체적으로 기존의 매스미디어에 대한 규제보다는 ‘완화된 기준과 덜 엄격한 정도의 수준’으로 규제시스템이 적용되어야 한다는 것을 의미한다. 우리 헌법재판소도 이러한 이론을 이미 수용한 적이 있다.³²³⁾ 그렇다면 개방성, 상호작용성, 탈중앙통제성, 접근의 용이성, 다양성 등이 더욱 더 강화된 매체나 커뮤니케이션수단들이 등장한다면? 바로 여기에서 마이크로블로그 등과 같은 SNS서비스 등의 새롭고도 변화하는 매체기술과 환경이 등장하게 되었을 때 현행 공직선거법이 딜레마에 빠질 수밖에 없는 상황이 발생하게 되는 것이다.

II. 정치적 표현의 자유와 선거운동의 자유

선거는 대표자의 선발을 통해 국가기관(대의기관)을 구성하는 기능, 국민의 대표자가 행사하는 국가권력에 대하여 민주적 정당성을 부여하는 기능, 국민의 참정권을 실현하는 기능, 국가기관을 정치적으로 통제하는 기능 등 다양한 정치적 기능을 가진다.³²⁴⁾ 이러한 측면에서 선거과정을 통하여 국민이 정치적 의사를 충분히 표현하고 국민의 정치참여를 최대한 실현하기 위해서는, 선거과정

323) 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 전기통신사업법 제53조 등 위헌확인: “인터넷은 공중파방송과 달리 “가장 참여적인 시장”, “표현촉진적인 매체”이다. 공중파방송은 전파자원의 희소성, 방송의 침투성, 정보수용자측의 통제능력의 결여와 같은 특성을 가지고 있어서 그 공적 책임과 공익성이 강조되어, 인쇄매체에서는 볼 수 없는 강한 규제조치가 정당화되기도 한다. 그러나 인터넷은 위와 같은 방송의 특성이 없으며, 오히려 진입장벽이 낮고, 표현의 쌍방향성이 보장되며, 그 이용에 적극적이고 계획적인 행동이 필요하다는 특성을 지닌다. 오늘날 가장 거대하고, 주요한 표현매체의 하나로 자리를 굳힌 인터넷상의 표현에 대하여 질서위주의 사고만으로 규제하려고 할 경우 표현의 자유의 발전에 큰 장애를 초래할 수 있다. 표현매체에 관한 기술의 발달은 표현의 자유의 장을 넓히고 질적 변화를 야기하고 있으므로 계속 변화하는 이 분야에서 규제의 수단 또한 헌법의 틀 내에서 다채롭고 새롭게 강구되어야 할 것이다.”

324) 권영성, 헌법학원론, 2010년판, 법문사, 2010, 201면.

에서의 참여행위가 원칙적으로 자유롭게 행하여질 수 있도록 최대한 보장되어야 한다.³²⁵⁾ 선거과정에서의 참여행위는 선거과정에서의 정치적 표현행위로 나타나고, 선거과정에서의 정치적 표현행위는 곧 선거운동으로 구현되기도 한다. 이러한 맥락에서 현행 공직선거법도 제58조 제2항 제1문에서 “누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다”고 규정함으로써, 원칙적으로 선거운동의 자유를 인정하고 있다.³²⁶⁾

그런데 여기서 한 번 짚고 넘어가야 할 의문은 “선거과정에서의 정치적 표현행위는 모두 선거운동인가?”와 “선거운동에 대한 규제의 기준과 수준의 정도는 무엇에 의해 결정되어야 하는가?”이다.

1. 선거과정에서의 정치적 표현행위는 모두 선거운동인가?

먼저 첫 번째 의문과 관련하여 현행 공직선거법은 선거과정에서의 정치적 표현행위를 사실상 모두 선거운동으로 ‘포섭’시킴으로써, 즉 “선거과정에서의 정치적 표현행위는 모두 선거운동이다”라는 것을 기본전제로 하여, 선거운동에 대한 규제가 곧 선거과정에서의 정치적 표현행위에 대한 규제로 작동하도록 하고 있는 특징

325) “민주정치는 주권자인 국민이 되도록 정치과정에 참여하는 기회가 폭 넓게 보장될 것을 요구한다. 이는 국민주권의 원리로부터 나오는 당연한 요청이다. 특히 대의민주주의를 원칙으로 하는 오늘날의 민주정치 아래에서의 선거는 국민의 참여가 필수적이고, 주권자인 국민이 자신의 정치적 의사를 자유로이 결정하고 표명하여 선거에 참여함으로써 민주사회를 구성하고 움직이게 하는 것이다. 따라서 국민의 주권행사 내지 참정권 행사의 의미를 지니는 선거과정에서의 참여행위는 원칙적으로 자유롭게 행하여질 수 있도록 최대한 보장하여야 한다.”(헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15; 헌재 1995. 4. 20. 92헌바29등, 판례집 7-1, 499; 헌재 1999. 9. 16. 99헌바5, 판례집 11-2, 326).

326) “선거운동의 자유는 널리 선거과정에서 자유로이 의사를 표현할 자유의 일환이므로 표현의 자유의 한 태양이기도 하다. 표현의 자유, 특히 정치적 표현의 자유는 선거과정에서의 선거운동을 통하여 국민이 정치적 의견을 자유로이 발표·교환함으로써 비로소 그 기능을 다하게 된다 할 것이므로 선거운동의 자유는 헌법에 정한 언론·출판·집회·결사의 자유 보장규정에 의한 보호를 받는다.”(헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15; 헌재 1995. 4. 20. 92헌바29등, 판례집 7-1, 499; 헌재 1999. 9. 16. 99헌바5, 판례집 11-2, 326).

을 가진 것으로 보인다.

물론 현행 공직선거법은 ‘선거운동’을 “당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위”로 정의를 내리면서도, “선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시, 입후보와 선거운동을 위한 준비행위, 정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시, 통상적인 정당활동”은 선거운동으로 보지 않음으로써 그 외연의 범위가 무한정 확대되는 것은 차단하려고 시도하고 있다. 그리고 헌법재판소는 공직선거법에 의한 규제대상으로서의 선거운동의 표지로 ① 당선 내지 득표(반대후보자의 낙선)에의 목적성, ② 그 목적성의 객관적 인식가능성, ③ 능동성 및 계획성을 제시한 적이 있다.³²⁷⁾ 여기서 어떤 행위가 선거운동인가의 여부는 그 행위의 태양·시기·방법·내용·대상 등을 종합적으로 고려하여 그 행위가 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 위한 목적의식에서 한 행위인가 또는 특정후보자의 득표를 위하여 직접 또는 간접적으로 필요하고 유리한 행위인가 하는 실질적 판단에 의할 수밖에 없을 것이다.³²⁸⁾ 하지만 선거운동에 대한 공직선거법의 개념정의, 선거운동의 범위에 관한 헌법재판소 및 중앙선거관리위원회의 유권해석이 선거운동의 외연이 무한정 확대되는 것을 막으려는 시도뿐만에도 불구하고, 공직선거법상의 선거운동 개념이 갖는 다음과 같은 문제점들 때문에, 결국 “선거과정에서의 정치적 표현행위는 모두 선거운동이다”라는 기본전제가 성립될 수밖에 없다는 점이 지적될 필요가 있다.

첫째, 현재의 개념정의 및 해석기준은 선거운동과 선거운동이 아닌 것, 특히 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시와의 구

327) “선거운동이라 함은 특정 후보자의 당선 내지 이를 위한 득표에 필요한 모든 행위 또는 특정 후보자의 낙선에 필요한 모든 행위 중 당선 또는 낙선을 위한 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적, 계획적 행위를 말하는 것으로 풀이할 수 있다. 즉, 단순한 의견개진 등과 구별되는 가별적 행위로서의 선거운동의 표지로 당선 내지 득표(반대후보자의 낙선)에의 목적성, 그 목적성의 객관적 인식가능성, 능동성 및 계획성이 요구된다 할 것이다.”(헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 관례집 6-2, 15).

328) 정병욱, 공직선거법, 제4판, 박영사, 2006, 120면.

별을 가능하게 하는 잣대로서 실질적으로 기능하기 어렵다는 점이다.

둘째, 현재의 공직선거법상의 ‘선거운동’의 개념이 갖는 그 내용상의 애매성이나 범위상의 광범성은 여타의 선거운동에 대한 규제장치(대표적으로 사전선거운동금지)와 맞물려서 결과적으로 선거과정에서의 일반국민의 정치적 표현의 자유를 제한하는 수단으로서 작용할 수도 있다는 점이다.

그러면 여기서 우리는 다시 “선거과정에서의 정치적 표현행위는 모두 선거운동인가?”라는 문제를 던질 수밖에 없다. 이와 관련하여 우리가 주목해야 할 것은 선거운동은 선험적 개념이 아니라, 대의제도의 구성요소인 선거제도에 의해 규정되는 개념이라는 점이다. 즉 선거운동의 자유는 대의제도를 채택할 때 인정되는 것이지만, 정치적 표현의 자유는 대의제도의 채택 여부 이전에 인정되는 기본권이라는 점이다.³²⁹⁾ 이것은 선거운동의 자유와 정치적 표현의 자유와의 관계, 헌법 제116조 제1항이 규정하고 있는 선거운동의 제한에 대한 입법형성권 및 선거의 공정성에 비추어 보았을 때, 선거운동에 대한 규제가 정치적 표현의 자유에 대한 규제로 변질되어서는 안 된다는 것을 의미한다. 즉 “선거운동과 정치활동은 구분되어야 한다”는 것을 의미한다. 이러한 맥락에서 결국 선거운동의 개념을 어떻게 정의내리고, 선거운동의 범위의 외연을 어떻게 확정하느냐의 문제는 현재의 공직선거법이 과연 ‘합리적’이냐의 문제를 해결하는데 있어서 출발점이 될 수밖에 없고, 현행 공직선거법은 그 출발점부터 근본적인 문제점을 안고 있다는 평가가 가능하게 된다.

그러면 현행 공직선거법이 채택하고 있는 선거운동 개념정의의 문제점을 극복하기 위한 대안이 가능한가의 문제를 해결할 필요가 있다. 그러한 대안을 제시하기 위한 기본적인 방향으로서 우선 후보자나 정당의 선거운동과 일반국민의 정치활동(정치적 표현행위)을 구분할 필요가 있다. 물론 현행 헌법은 선거운동 그 자체에 대

329) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2011, 1332면.

한 개념정의를 내리지 않고, 입법자에게 맡기고 있다. 하지만 헌법 재판소도 판시하였다시피, 선거운동의 개념정의 및 범위설정, 선거운동의 규제장치들의 모델링에 있어서 전적으로 입법자의 재량이 인정될 수는 없다.³³⁰⁾ 선거운동의 개념정의 및 범위설정, 선거운동의 규제장치들의 모델링에 있어서 입법자의 재량권을 제한하는 요소는 바로 일반국민의 정치적 표현의 자유라고 할 것이다. 물론 이것이 후보자나 정당의 선거운동에 대한 무제한적인 규제를 허용하는 것으로 이해되어서는 곤란하다. 후보자나 정당의 선거운동에 대한 규제도 선거운동의 자유라는 맥락에서 분명히 헌법적 한계가 존재한다. 다만 여기서 현행 공직선거법의 근본적인 문제점을 해결하기 위한 제1차적인 방안으로 우선 주장하는 것은 후보자나 정당의 선거운동과 일반국민의 정치활동을 구분하고 차별화하자는 이야기이다. 후보자나 정당의 선거운동과 일반국민의 정치활동의 차별화를 전제로 하여 선거운동에 대한 법적 개념정의를 재구성할 필요가 있다는 것이다. 현행 공직선거법상 선거운동 개념의 문제점과 여기서 제안하는 후보자나 정당의 선거운동과 일반국민의 정치활동의 차별화를 전제로 하는 선거운동 개념의 재구성은, 특히 아래에서와 같이 인터넷과 선거운동이 접목되는 경우 선거의 공정성과 정치적 표현의 자유의 보장을 조화시키기 위한 매우 유의미한 접근방법이라고 생각한다.

2. 선거운동에 대한 규제의 기준과 수준의 정도는 무엇에 의해 결정되어야 하는가?

330) “헌법 제116조 제1항은 “선거운동은 각급 선거관리위원회의 관리하에 법률이 정하는 범위 안에서 하되, 균등한 기회가 보장되어야 한다”라는 별도의 규정을 두고 있다. 그러나 이 규정의 의미를 선거운동의 허용범위를 아무런 제약 없이 입법자의 재량에 맡기는 것으로 해석하여서는 아니된다. 오히려 위에서 본 바와 같이 선거운동은 국민주권 행사의 일환일 뿐 아니라 정치적 표현의 자유의 한 형태로서 민주사회를 구성하고 움직이게 하는 요소이므로 그 제한입법에 있어서도 엄격한 심사기준이 적용된다 할 것이다.”(헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15; 헌재 1995. 4. 20. 92헌바29등, 판례집 7-1, 499; 헌재 1999. 9. 16. 99헌바5, 판례집 11-2, 326).

선거운동이 선협적 개념이 아니라, 대의제도의 구성요소인 선거제도에 의해 규정되는 개념이라고 한다면, 선거운동은 선거제도의 목적과 기능, 본질을 왜곡시키지 않아야 하는 것은 논리필연적이다. 따라서 선거제도의 목적과 기능, 본질을 왜곡시키는 선거운동에 대해서는 국가에 의한 규제가 요청되고 필연적이다. 그리고 이러한 맥락에서 선거운동을 제한할 수 있는 헌법적 근거로 작동하는 것이 바로 헌법 제116조 제1항에서 파생되는 선거의 공정성이라고 할 것이다. 그리고 여기서 선거의 공정성은 곧 선거운동에 있어서 ‘기회의 불균형성’, ‘불투명성’, ‘고비용성’을 제거하는 것을 의미한다고 볼 수 있다. 이러한 기회의 불균형성, 불투명성, 고비용성을 제거하기 위한 입법정책적 수단은 다양한 측면에서 강구될 수 있다. 예컨대 정당추천후보자와 무소속후보자간의 비합리적인 차별의 철폐 및 균등한 기회부여³³¹⁾, 후보자나 정당 등에 의해 모집 혹은 지출되는 선거비용의 총액통제나 선거비용회계의 투명성강화, 구체적인 선거운동기간, 선거운동주체, 선거운동방법, 선거운동매체 등의 제한 등이 강구될 수 있을 것이다.

하지만 여기서 다루는 인터넷과 선거운동의 문제는 선거운동매체의 제한 문제와 관련되어 있다. 선거운동매체의 제한과 관련하여, 현행 공직선거법은 선거운동을 위해 활용할 수 있는 매체로서 선거벽보(제64조), 선거공보(제65조), 선거공약서(제66조), 현수막(제67조), 어깨띠 등 소품(제68조), 신문광고(제69조), 방송광고 및 방송연설(제70조 및 제71조), 공개장소에서의 연설·대담(제79조), 대담·토론회(제81조 내지 제82조의 3), 정보통신망(제82조의 4), 인터넷광고(제82조의 7) 등을 제한적으로 허용하면서도, 시설물설치 등의 금지(제90조), 확장장치와 자동차 등의 사용제한(제91조), 영화 등을 이용한 선거운동금지(제92조), 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지(제93조), 신문·잡지 등의 통상방법외의 배부금지(제95조), 구내방송 등에 의한 선거운동금지(제99조), 녹음

331) 여기에서는 정당추천후보자와 무소속후보자 모두에 대해서 일정한 방법을 이용한 선거운동을 못하게 하는 네거티브방식과 일정한 방법을 이용한 선거운동을 동일하게 할 수 있도록 허용하는 포지티브방식이 존재할 것이다.

기 등의 사용금지(제100조), 서신·전보 등에 의한 선거운동의 금지(제109조) 등 광범위한 금지행위를 열거하고 있다.

그런데 여기서 “선거운동에 대한 규제의 기준과 수준의 정도는 무엇에 의해 결정되어야 하는가?”라는 문제는 선거운동을 위해 활용하는 매체의 특성과 관련하여 다음과 같은 문제로 변형이 가능하다고 볼 수 있다. 즉 “선거운동을 위해 활용되는 매체에 대한 규제의 기준과 수준의 정도는 무엇에 의해 결정되어야 하는가?”이다. 이 문제에 대한 답은 일응 ‘매체의 특성’에서 찾을 수 있다. 그렇다면 선거운동규제의 목적은 선거의 공정성이고, 선거의 공정성은 곧 선거운동에 있어서 ‘기회의 불균형성’, ‘불투명성’, ‘고비용성’의 제거를 의미하며, 선거운동을 위해 활용되는 매체에 대한 규제의 기준과 수준의 정도는 매체의 특성에 의해서 결정된다는 논리가 성립된다. 이것은 결국 당해 매체의 특성과 본질 그 자체가 ‘기회의 균형성, 투명성, 저비용성의 제고’라는 선거운동규제의 목적에 부합한다고 한다면, 당해 매체를 활용한 선거운동의 규제는 여타의 매체보다 ‘완화된 기준과 덜 엄격한 정도의 수준’으로 이루어져야 한다는 것을 의미한다. 만약 이러한 명제가 타당하다면, 결국 인터넷은 본질상 개방성, 상호작용성, 탈중앙통제성, 용이성, 정보의 다양성 등을 그 특성으로 갖고 있으므로, 인터넷을 활용한 선거운동의 규제는 여타의 매체를 활용한 선거운동의 규제보다는 ‘완화된 기준과 덜 엄격한 정도의 수준’으로 이루어져야 한다는 것을 의미한다.

지금까지 논의를 통해 인터넷과 선거운동의 문제를 다룸에 있어서 적용되어야 할 명제 두 가지를 다음과 같이 추출할 수 있다.

첫째, “후보자나 정당의 선거운동과 일반국민의 정치활동(정치적 표현행위)은 구분되어야 한다.” 이것을 이하에서는 ‘후보자와 일반국민의 차별화명제’라고 부르고자 한다.

둘째, “당해 매체의 특성과 본질 그 자체가 ‘기회의 균형성, 투명성, 저비용성의 제고’라는 선거운동규제의 목적에 부합한다면, 당해 매체를 활용한 선거운동의 규제는 여타의 매체보다 ‘완화된

기준과 덜 엄격한 정도의 수준'으로 이루어져야 한다.” 이것을 이하에서는 ‘매체특성론적 차별화명제’라고 부르고자 한다.

이하에서는 위 두 가지 명제에 따라, 인터넷과 선거운동규제의 문제를 다루고자 한다. 우선 아래에서는 특히 UCC 및 트위터와 관련된 공직선거법상의 규제의 문제점을 예시로 제시한 다음, 보다 구체적인 현행 공직선거법상의 인터넷 관련 규제조항들의 문제점을 분석하고자 한다.

Ⅲ. 인터넷과 선거운동

위에서 현행 공직선거법상 선거운동개념의 문제점들을 지적한 바 있다. 이러한 문제점들이 극명하게 드러나는 대표적인 경우가 바로 정보통신망을 이용한 선거운동에 관한 규정(제82조의4 제1항)과 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지규정(제93조 제1항)이다. 이 두 규정은 UCC 및 트위터 등 인터넷을 이용한 일반국민들의 정치활동을 규제하는 대표적인 장치이기 때문이다.

현행 공직선거법은 원칙적으로 사전선거운동을 금지하고 있다. 즉 선거운동은 원칙적으로 후보자등록마감일의 다음날부터 선거일 전일까지만 할 수 있으며(제59조 본문), 따라서 선거운동기간 이전에 행해지는 선거운동은 사전선거운동이 되어 공직선거법에 의해 처벌받게 된다.³³²⁾ 하지만 예외적으로 후보자, 후보자가 되고자 하는 자가 자신이 개설한 인터넷 홈페이지를 이용하여 선거운동을 하는 경우는 선거운동기간 이전이라도 가능하다(제59조 제3호). 그런데 공직선거법 제82조의4 제1항에 의하면, 정보통신망을 이용한

332) 공직선거법 제254조 제2항은 “선거운동기간 전에 이 법에 규정된 방법을 제외하고 선전시설물·용구 또는 각종 인쇄물, 방송·신문·뉴스통신·잡지, 그 밖의 간행물, 정견발표회·좌담회·토론회·향우회·동창회·반상회, 그 밖의 집회, 정보통신, 선거운동기구나 사조직의 설치, 호별방문, 그 밖의 방법으로 선거운동을 한 자는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처한다”고 규정하고 있다.

선거운동은 ‘선거운동기간 중’에 국한해서 허용된다. 따라서 인터넷을 이용한 일반국민의 정치적 의사표현행위 내지 정치활동이 공직선거법 제82조의4 제1항에 의해 허용되느냐 아니면 금지되느냐를 판단하는 제1차적인 기준은 공직선거법상의 ‘선거운동’에 해당하느냐이다.

그리고 공직선거법 제93조 제1항은 누구든지 선거일전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 공직선거법의 규정에 의하지 아니하고는 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 그 밖에 이와 유사한 것을 배부·첩부·살포·상영 또는 게시할 수 없도록 하고 있다. 공직선거법 제93조 제1항 자체는 선거운동이라는 개념을 사용하는 대신, ‘선거에 영향을 미치게 하기 위한’이라는 주관적 구성요건과 ‘정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용’ 또는 ‘정당의 명칭 또는 후보자의 성명’이라는 객관적 구성요건을 개념표지로 사용하고 있다. 그리고 마지막으로 ‘이와 유사한 것’이라고 하여, 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 이외의 방법도 포섭될 수 있는 여지를 열어 놓고 있다. 따라서 공직선거법 제93조 제1항의 적용대상이 되느냐를 판단하는 기준, 특히 인터넷을 이용한 일반국민의 정치적 의사표현행위 내지 정치활동이 공직선거법 제93조 제1항이 금지하는 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지에 해당하느냐를 판단하는 기준은, ‘선거에 영향을 미치게 하기 위한’이라는 주관적 구성요건, ‘정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용’ 또는 ‘정당의 명칭 또는 후보자의 성명’, ‘이와 유사한 것’이라는 객관적 구성요건에 해당하느냐이다.

그런데 중앙선거관리위원회는 다음 예시에서 볼 수 있듯이 2007년도에 ‘선거 UCC’와 관련하여, 선거운동의 개념적 표지를 특정 정당이나 후보자의 당선 내지는 낙선에 유리하거나 불리하게 하기 위한 혹은 선거에 영향을 미치기 위한 행위로 보면서도, 비록 그 내용이 단순한 의견개진이나 의사표시라고 하더라도 ‘계속

성'이 인정되면, 선거운동으로 간주한 적이 있다.³³³⁾

인터넷상의 토론방·자유게시판 등에 게시하는 '선거 UCC' 내용이 선거에 관하여 선거인이 가지는 관심의 일단을 표현하는 행위(예 : 인품이나 경력으로 볼 때 ○○가 되었으면 좋겠어, □□은 떨어져야 돼 등)는 선거에 관한 단순한 의견개진과 의사표시로서 선거운동에 해당되지 않지만, 그 내용이 특정 정당이나 후보자의 당선 내지는 낙선에 유리하거나 불리하게 하기 위한 의도를 포함하는 경우(예 : ○○가 당선되도록 도와주자, □□가 떨어지도록 힘을 모으자 등)는 선거운동에 해당될 수 있습니다. 또한 선거에 관한 단순한 의견개진이나 의사표시라 할지라도 이를 반복하여 다수의 인터넷 사이트에 계속 게시하거나 퍼나르기로 유포시키는 행위는 선거에 영향을 미치기 위한 의도로서 선거운동에 해당되어 규제를 받게 됩니다.(밀줄은 연구자 강조)

또한 중앙선거관리위원회는 2010년 2월초 트위터를 통해 선거 관련 '할 수 있는 행위'와 '할 수 없는 행위'를 규정해 발표하였는데³³⁴⁾, 이 중에서 중앙선거관리위원회가 규정한 트위터에서 할 수 없는 사례 중 일부만 추려보면 다음과 같다.

- 선거운동기간(5월 20일 - 6월 1일) 전에 할 수 없는 행위
- 예비후보자 외에 누구든지 정당 또는 입후보예정자 등에 대한 지지·반대 등 선거운동 내용 게시 행위
 - 예비후보자가 보낸 '선거운동정보'를 받은 예비후보자의 팔로어가 자신의 또다른 팔로어에게 예비후보자의 '선거운동정보'를 돌려보기(RT: Retweet)하는 행위

위 사례들을 전제로 할 때, 문제가 될 수 있는 것은 다음 것들

333) 중앙선거관리위원회, '선거 UCC' 운용기준 안내, 2007, 2면.

334) <http://twitter.com/nec3939>.

이다. 이러한 문제들은 위에서 제기한 선거운동 개념의 문제점 두 가지와 연동되기도 하고, 공직선거법 제82조의4와 제93조 제1항 간의 체계부정합성의 문제점과도 연동되기도 한다.

첫째, 선거 UCC 관련 기준에서 제시되고 있는 예들 예컨대, “인품이나 경력으로 볼 때 ○○가 되었으면 좋겠어, □□은 떨어져야 돼 등”과 “○○가 당선되도록 도와주자, □□가 떨어지도록 힘을 모으자 등”이 실질적으로 구별될 수 있는가의 문제이다. 물론 예시되고 있는 문장 자체로만으로는 어느 정도 구분이 가능할 수 있다. 하지만 인터넷에 게시되는 글이라는 것은 여러 가지 맥락과 배경을 갖고 있고, 그 문장의 장단은 천차만별이다. 즉 글의 ‘내용’ 상으로는 선거운동과 선거에 관한 단순한 의견개진이나 의사표시의 구분이 거의 불가능한 경우가 다반사라는 것이다. 이러한 문제점은 UCC뿐만 아니라, 트위터의 경우에도 마찬가지로 발생한다. 왜냐하면 이것은 표현이 전달되는 ‘매체의 문제’가 아니라 표현의 ‘내용의 문제’이기 때문이다.

둘째, UCC나 트위터를 공직선거법 제93조 제1항의 ‘이와 유사한 것’에 포함시키는 경우, 공직선거법 제82조의4 제1항과 제93조 제1항 간의 체계부정합성의 문제가 발생할 수 있다는 점이다. 즉 “인품이나 경력으로 볼 때 ○○가 되었으면 좋겠어, □□은 떨어져야 돼 등”이 ‘선거운동’에 해당하지 않고 선거에 관한 단순한 의견개진과 의사표시에 해당한다고 하더라도, 그 내용상 ‘선거에 영향을 미치게 하기 위한 정당 또는 후보자의 지지·추천 또는 반대’에 해당될 가능성이 높으며, 그 자체가 이미 문장 속에 ‘정당의 명칭 또는 후보자의 성명’을 포함할 수밖에 없으므로, ‘정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 것’에 해당되게 된다. 결국 공직선거법 제82조의4 제1항이 규정하고 있는 ‘선거운동’에 해당하지 않는다고 하더라도, UCC나 트위터를 ‘이와 유사한 것’에 포함시키는 한, 사실상 공직선거법 제93조 제1항이 적용되게 된다. 여기서 공직선거법 제82조의4 제1항과 제93조 제1항 간의 관계와 관련하여 다음과 같은 두 가지 해석가능성과 문제점이 발생한다.

① ‘정보통신망을 이용한 선거운동’과 ‘선거에 영향을 미치게 하

기 위하여 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용을 포함하거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 UCC나 트위터 문자를 배포하는 행위'가 동일한 개념이고, 공직선거법 제82조의 4 제1항이 제93조 제1항의 특별법적 규정으로 해석하는 경우이다. 이 경우에는 비록 제93조 제1항이 '선거일전 180일이 되는 시점 이전'에는 '선거에 영향을 미치게 하기 위하여 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용을 포함하거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 UCC나 트위터 문자를 배포하는 행위'를 허용한다고 하더라도, 공직선거법 제82조의 4 제1항이 우선적으로 적용되기 때문에, 선거운동기간 이전에는 '그 기간에 상관없이' UCC나 트위터를 이용한 일반국민의 정치적 의사표현행위 내지 정치활동이 사실상 전면금지되는 효과를 유발한다는 점이다. 위에서 본 선거 관련 UCC와 트위터에 관하여 중앙선거관리위원회가 제시한 기준은 바로 이러한 해석을 전제로 하는 것으로 보인다.

② '정보통신망을 이용한 선거운동'과 '선거에 영향을 미치게 하기 위하여 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용을 포함하거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 UCC나 트위터 문자를 배포하는 행위'가 다른 개념이고, 공직선거법 제82조의4 제1항과 제93조 제1항은 별개의 규정으로 해석하는 경우이다. 이 경우에는 두 규정의 '중첩적인' 적용으로 인하여, 공직선거법 제82조의4에 의해 허용되는 선거운동기간 중이라 하더라도 일반국민의 정치적 의사표현행위 내지 정치활동은 사실상 금지될 가능성이 높다는 점이다. 왜냐하면 공직선거법 제93조 제1항의 적용기간은 '선거일전 180일부터 선거일까지'로 설정되어 있기 때문이다.

셋째, 헌법재판소나 중앙선거관리위원회가 상정하고 있는 선거운동 개념의 표지인 의견개진 또는 의사표시의 '능동성', '계획성', '계속성'은 인터넷, 특히 웹의 고유한 속성이라는 점이다. 특히 최근에 논란이 되고 있는 마이크로블로그 등의 SNS서비스는 이용자 혹은 의사표현주체들 간의 연동성과 관계성, 상호작용성을 웹을

기반으로 하는 기존의 서비스(홈페이지, 게시판, 블로그, 카페 등)보다 더 강화시키는 서비스이다. 개별 트위터 계정에 등록되어 있는 팔로어들은 수명에서 수십명 사이, 혹은 수백명에서 수천명까지 매우 다양할 수 있다. 예컨대 甲의 트위터 계정에는 수십명이 팔로어로 등록되어 있고, 乙의 트위터 계정에는 수백명이 등록되어 있으며, 丙의 계정에는 수천명이 등록되어 있다고 하자. 그런데 甲, 乙, 丙 각각이 위에서 중앙선거관리위원회가 제시한 기준에 따라 현재 서울시장 후보로 거론중인 정치인들에 대한 평가를 “인품이나 경력으로 볼 때 ○○가 되었으면 좋겠어, □□은 떨어져야 돼 등”의 내용으로 트위팅했다고 하자. 甲, 乙, 丙의 트위팅은 선거운동에 해당하는가? 트위팅 자체가 능동적이고 계획적인 행위이기 때문에 선거운동에 해당될 가능성이 있다. 설령 선거운동에 해당하지 않는다고 하더라도 ‘선거에 영향을 미치게 하기 위한 정당 또는 후보자의 지지·추천 또는 반대’에 해당될 가능성이 높으며, 그 자체가 이미 문장 속에 ‘정당의 명칭 또는 후보자의 성명’을 포함하므로 ‘정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 것’에 해당되어 금지된다. 그렇다면 甲, 乙, 丙이 트위팅한 문자들을 다시 팔로어들이 ‘인용’의 형태로 자신의 팔로어들에게 리트윗했을 경우는? 위의 기준에 따르면 ‘계속적으로 유포한 행위’이므로, ‘분명히’ 선거운동에 해당한다. 이것은 무엇을 의미하는가? 개방성, 상호작용성, 탈중앙통제성, 용이성, 정보의 다양성이라는 인터넷의 특성 및 본질을 감안할 때, 인터넷상에서 특정 콘텐츠(그것이 UCC건 트위팅 단문 문자이건 차이가 없다)가 과연 능동적·계획적·계속적으로 게시·배포되었는지를 판단하는 것이 쉽지 않다는 것을 의미하고, 결과적으로 일반국민이 게시·배포하는 ‘모든’ 선거관련 인터넷 콘텐츠를 금지할 수밖에 없는 결론에 이르게 된다는 것을 의미한다.

과연 위와 같은 UCC와 트위터에 대한 공직선거법 제82조의4 제1항 및 제93조 제1항의 해석과 적용이 선거의 의미, 선거운동의 자유, 정치적 표현의 자유라는 맥락에서 합리적이라고 볼 수 있는

가? 생각건대 현행 공직선거법의 선거운동 규제체제에 대해서 다음과 같은 잠정적인 평가가 가능하다고 본다.

첫째, 현행 공직선거법상의 ‘선거운동’ 개념은 공직선거법 제82조의4 제1항 및 공직선거법 제93조 제1항과 연동되어, 인터넷의 철학적 기반인 ‘참여와 개방 그리고 공유’에 전혀 부합하지 못한다는 점이다. 즉 현행 공직선거법의 선거운동 규제체제는 인터넷의 특성과 본질을 제대로 이해하지 못하고 있다는 것을 의미한다.

둘째, 일반국민의 UCC 및 트위터 등의 이용현황에 비추어 볼 때, 그에 대한 규제가 실제로 거의 불가능하기 때문에, ‘규제의 실효성’의 측면에서도 문제될 수밖에 없다는 점이다.³³⁵⁾

셋째, 오프라인시대에 금권선거나 관권선거를 막고 후보자간 공평한 기회제공을 위해 설계되고 적용되었던 선거운동 규제체제가 ‘가장 참여적인 시장’이자 ‘표현촉진적인 매체’인 인터넷의 특성을 반영하지 않은 채 그대로 온라인에도 동일하게 적용됨으로써, 결과적으로 인터넷을 통한 일반국민의 정치적 표현의 자유를 너무 과도하게 제한하거나 정치적 담론의 형성을 위축시키고 있다는 점이다.³³⁶⁾ 따라서 현행 공직선거법의 선거운동 규제체제는 ‘규제의 정당성’의 측면에서도 적절치 못하다는 평가가 가능하다.

그러면 여기서 위와 같은 문제점들을 극복할 수 있는 방안이 무엇인가에 대한 고민이 필요하다. 가장 우선적으로 생각할 수 있는 방안은 공직선거법 제82조의4 제1항이 규정하고 있는 선거운동의 개념범위를 가능한 좁게 해석하는 방안일 것이다. 그리고 공직선거법 제93조 제1항에서의 ‘이와 유사한 것’에는 인터넷상의 커뮤니케이션수단들이 해당되지 않는다고 해석하는 방안일 것이다. 하지

335) 특히 글로벌 인터넷서비스를 언제 어디서나 거리낌없이 사용할 수 있게 된 세상에서, 이미 글로벌화된 서비스에 계정을 차단하거나 게시물을 삭제하기란 물리적으로 불가능하다는 지적도 이루어진다. 전자신문 미래기술연구센터, 인터넷 서비스와 선거법 적용의 딜레마 - 트위터 등 소셜 미디어 규제에 대한 전문가 조사와 해외 사례를 중심으로, 2010. 3., 12면.

336) 같은 취지의 비판으로는 신상민, “패러디와 네티즌의 정치참여”, 언론과 법 제3권 제1호, 한국언론법학회, 2004. 6., 114면 참조.

만 이 방안이 근본적인 처방이 될 수 없다고 본다.

사실 지금까지 살펴본 인터넷이라는 매체의 특성과 본질, 정치적 표현의 자유의 헌법적 의미, 정치적 표현으로서의 선거운동개념이 갖는 맥락에서 볼 때, 인터넷이라는 매체영역에서는 선거운동의 규제가 완화되어야 할 영역임에도 불구하고, 현재의 공직선거법상의 선거운동 규제체제는 여전히 기존의 패러다임을 벗어나지 못하고 있다는 점에 근본적인 문제점이 존재한다. 이러한 맥락에서 입법론적 해결은 필수적이라고 생각한다.

이러한 입법론적 해결로서 그동안 인터넷에서는 과감하게 선거운동을 자유화하자는 주장³³⁷⁾이라든지 인터넷 선거운동을 상시적으로 허용할 필요가 있다는 주장³³⁸⁾ 등이 전개되어 왔다. 더 나아가서 이러한 방안 이외에도, 선거운동 개념을 ‘주체’의 요소를 삽입하는 방식 등으로 재구성하는 것이 필요하다고 보며, 공직선거법 제93조 제1항을 폐지하거나 적어도 ‘이와 유사한 것’의 개념범위에 UCC나 트위터 등의 인터넷 커뮤니케이션수단은 포함되지 않는 방식으로 개정이 필요하다고 본다.

또한 입법론적 해결 이외에도 이 문제는 사법심사의 척도 내지 기준과 관련하여서도 중요하게 고려될 필요가 있다. 생각건대 공직선거법상의 인터넷 관련 규제조항의 헌법적합성 심사에 있어서 인터넷의 특성은 과잉금지의 원칙 위반 여부를 판단하는데 있어서 중요한 고려요소가 되어야 한다고 생각한다. 즉 매체적 특성 그 자체로 인해 인터넷에 대해서는 선거의 공정성이 추구하는 ‘선거운동에 있어서의 기회의 불균형성, 불투명성, 고비용성의 제거’가

337) 온라인에서의 선거운동의 자유화를 주장하는 논거로는 첫째, 인터넷 선거운동은 오프라인에서의 선거운동과 다르게 고비용구조가 아니라는 점, 둘째, 인터넷 선거운동은 은밀하게 이루어질 수 없고 공개적으로 이루어지기 때문에, 시장의 자율적 기능에 의하여 통제가 가능하거나 객관적 감시기구에 의한 통제가 가능하다는 점, 셋째, 인터넷 선거운동에 대한 타율적 규제는 기준설정이나 적시성 면에서 문제가 많다는 점 등이 제시된다. 임종훈, “인터넷 선거운동과 공직선거법 - 인터넷 선거운동의 상시 자유화에 대한 고찰을 중심으로”, 홍익법학 제8권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2007. 8., 15-16면.

338) 임성규, “공직선거법과 선거 UCC”, 국회도서관보 제44권 제3호(통권 제334호), 국회도서관, 2007, 44면.

적용될 여지가 원천적으로 없거나 기존의 매체에 비하여 약하다고 한다면, 기존의 선거운동 규제장치가 인터넷에 적용되는 경우에는 선거의 공정성이라는 공익적 목적은 희박해지는 반면, 선거운동의 규제로 인한 선거운동의 자유나 정치적 표현의 자유의 제한은 과도할 수 있기 때문이다.

이하에서는 지금까지 전개한 논리와 관점에 따라서, 보다 구체적으로 공직선거법상 인터넷과 선거운동 규제 관련 조항들의 헌법적 문제점을 분석하고자 한다.

제 3 절 공직선거법상 인터넷과 선거운동 규제 관련 조항들의 헌법적 문제점

현행 공직선거법상 인터넷과 관련되어 있는 조항들은 여러 가지 존재한다.³³⁹⁾ 이하에서는 이들 중 인터넷과 선거운동의 규제와 직접적으로 관련되어 있고, 위에서 전개했던 논리 내지 위에서 추출하였던 명제의 관점에서 헌법적으로 문제점을 갖고 있다고 판단되는 몇 가지 조항들을 중심으로 논의를 전개하고자 한다. 이를 위해 이들 조항들의 내용을 정리한 다음, 그 헌법적 문제점을 분석해 보고자 한다.

I. 공직선거법상 인터넷과 선거운동 규제 관련 조항들의 내용

1. 인터넷선거정보도심위원회 및 정정보도제도에 관한 제8조의5 및 제8조의6

339) 본문에서 그 문제점을 분석하고 있는 조항들 이외에도, 예컨대 사이버선거부정감시단에 관한 규정인 제10조의3, 인터넷광고에 관한 규정인 제82조의7, 인터넷을 통한 의정활동보고도 인정하고 있는 제111조, 국외선거운동 방법에 관한 특례로서 인터넷 홈페이지를 이용한 선거운동과 인터넷광고를 허용하고 있는 제218조의14 등이 있다.

우선 인터넷과 관련되어 있는 공직선거법상의 각종 규제장치 중 주목을 요하는 것이 공직선거법 제8조의5 및 제8조의6이 규정하고 있는 인터넷선거보도심의위원회 및 정정보도제도를 들 수 있다. 그 내용을 간단히 살펴보면 다음과 같다.

중앙선거관리위원회는 인터넷언론사의 인터넷홈페이지에 게재된 선거보도(사설·논평·사진·방송·동영상 기타 선거에 관한 내용을 포함)의 공정성을 유지하기 위하여 상설기구인 인터넷선거보도심의위원회를 설치·운영하여야 한다(제8조의5 제1항). 인터넷선거보도심의위원회는 직권으로 혹은 정당 또는 후보자의 이의신청에 따라 인터넷언론사의 인터넷홈페이지에 게재된 선거보도의 공정 여부를 조사하여야 하며, 조사결과 선거보도의 내용이 공정하지 아니하다고 인정되는 때에는 당해 인터넷언론사에 대하여 해당 선거보도의 내용에 관한 정정보도문의 게재 등 필요한 조치를 명하여야 한다(제8조의6 제1항 내지 제3항). 또한 왜곡된 선거보도로 인하여 피해를 받은 정당 또는 후보자와 인터넷언론사 간의 반론보도 협의가 이루어지지 않은 경우에는, 인터넷선거보도심의위원회가 당해 정당 또는 후보자의 반론보도청구에 따라 반론보도청구의 인용 여부를 결정할 수 있다. 그리고 인터넷선거보도심의위원회가 인용결정을 하여 인터넷언론사에게 통지한 때에는, 당해 언론사는 지체없이 이를 이행하여야 한다(제8조의6 제4항 내지 제6항). 인터넷언론사가 인터넷선거보도심의위원회의 정정보도문게재조치명령 또는 반론보도의 인용결정에 해당하는 통보를 받고 지체없이 이행하지 아니한 경우에는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처해질 수 있다(제256조 제2항 제3호 라목).

2. 인터넷 홈페이지를 이용하는 선거운동에 대해서 선거운동기간의 제한을 적용하지 않는 제59조 제3호

공직선거법 제59조는 선거운동기간 전의 선거운동을 원칙적으로 금지하는 소위 ‘사전선거운동금지조항’이다. 그런데 제59조는 예외를 규정하고 있는데, 제3호가 “후보자, 후보자가 되고자 하는 자가

자신이 개설한 인터넷 홈페이지를 이용하여 선거운동을 하는 경우”를 사전선거운동금지의 예외로 규정하고 있다. 따라서 ‘후보자, 후보자가 되고자 하는 자’가 ‘자신이 개설한 인터넷 홈페이지’를 이용하여 선거운동을 하는 경우에는 사전선거운동금지의 적용대상이 되지 않지만, 반면에 일반 유권자 내지 일반국민이 인터넷을 이용하여 선거운동을 하는 경우에는 여전히 사전선거운동금지의 적용대상이 된다. 사전선거운동금지조항에 위반하여, 선거운동기간 전에 이 법에 규정된 방법을 제외한 방법으로 선거운동을 한 자는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처해질 수 있다(제254조 제2항).

3. 정보통신망이용 선거운동의 허용 및 규제에 관한 제82조의4

정보통신망을 이용한 선거운동을 허용함과 동시에 일정한 정보에 대한 규제를 규정하고 있는 제82조의4도 주목을 요하는 조항이다.

제82조의4 제1항은 선거운동을 할 수 있는 자³⁴⁰⁾는 선거운동기간 중에 정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 선거운동을 위한 내용의 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법, 전화를 이용하여 송·수화자 간 직접 통화하는 방식으로 선거운동을 하는 방법, 문자(문자 외의 음성·화상·동영상 등은 제외한다)메시지를 이용하여 선거운동정보를 전송하는 방법(이 경우 컴퓨터 및 컴퓨터 이용기술을 활용한 자동 정보통신의 방법으로 전송할 수 있는 사람은 후보자에 한정하며, 그 횟수는 예비후보자로서 행한 횟수를 포함하여 5회를 넘을 수 없다)으로 선거운동을 할 수 있도록 하고 있다. 하지만 정보통신망을 이용하여 후보자(후보자가 되고자 하는 자 포함), 그의 배우자 또는 직계

340) 공직선거법은 누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있도록 하여 원칙적으로 선거운동의 자유를 보장하고 있으면서도(제58조 제2항), 예외적으로 미성년자(19세 미만의 자), 선거권이 없는 자, 국가공무원이나 지방공무원 등은 선거운동을 할 수 없도록 하고 있다(제60조 제1항).

존·비속이나 형제자매에 관한 허위사실의 유포나 공연히 사실을 적시하여 비방하는 것이 금지된다(동조 제2항 본문). 물론 이 경우에 진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 않음으로써, 위법성 조각사유를 규정하고 있다(동조 제2항 단서).

한편 각급선거관리위원회(읍·면·동선거관리위원회를 제외)는 공직선거법에 위반되는 정보가 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 게시되거나, 정보통신망을 통하여 전송되는 사실을 발견한 때에는 당해 정보가 게시된 인터넷 홈페이지를 관리·운영하는 자에게 해당 정보의 삭제를 요청하거나, 전송되는 정보를 취급하는 인터넷 홈페이지의 관리·운영자 또는 정보통신서비스제공자에게 그 취급의 거부·정지·제한을 요청할 수 있다(동조 제3항). 각급선거관리위원회의 정보삭제요청 또는 취급거부·정지·제한요청을 받은 인터넷 홈페이지 관리·운영자 또는 정보통신서비스제공자는 지체없이 이에 따라야 하며(동조 제4항), 이러한 요청을 이행하지 아니하는 경우에는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처해질 수 있다(제256조 제2항 제1호 마목). 그리고 취급거부·정지·제한요청을 받은 인터넷 홈페이지 관리·운영자 또는 정보통신서비스제공자는 그 요청을 받은 날부터, 해당 정보를 게시하거나 전송한 자는 당해 정보가 삭제되거나 그 취급이 거부·정지 또는 제한된 날부터 3일 이내에 그 요청을 한 선거관리위원회에 이의신청을 할 수 있다(동조 제5항).

4. 인터넷언론사 게시판·대화방 등의 실명확인제에 관한 제82조의6

공직선거법 제82조의6 제1항은 인터넷언론사로 하여금 선거운동기간 중 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 문자·음성·화상 또는 동영상 등의 정보(이하 '정보 등'이라 한다)를 게시할 수 있도록 하는 경우에는 행정자치부장관 또는 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 제2조 제4호에 따른 신용정보업자가 제공하는 실명인증방법으로 실명을 확

인반도록 하는 기술적 조치를 하도록 인터넷언론사에 대해 의무를 부과하고 있다. 다만, 인터넷언론사가 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의5에 따른 본인확인조치를 한 경우에는 그 실명을 확인반도록 하는 기술적 조치를 한 것으로 보고 있다(동항 단서). 그리고 동조 제2항은 정당·후보자가 자신의 명의로 개설·운영하는 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 정보 등을 게시할 수 있도록 하는 경우에 대해서도 적용하되, 이 경우에는 임의적 형태로 규정하고 있다(동조 제2항). 행정안전부장관 및 신용정보업자는 제1항 및 제2항의 규정에 따라 제공한 실명인증자료를 실명인증을 받은 자 및 인터넷홈페이지별로 관리하여야 하며, 중앙선거관리위원회가 그 실명인증자료의 제출을 요구하는 경우에는 지체없이 이에 따라야 한다(동조 제3항). 인터넷언론사는 실명인증을 받은 자가 정보 등을 게시한 경우 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 ‘실명인증’ 표시가 나타나도록 하는 기술적 조치를 하여야 하고(동조 제4항), 인터넷언론사는 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에서 정보 등을 게시하고자 하는 자에게 주민등록번호를 기재할 것을 요구하여서는 아니된다(동조 제5항). 인터넷언론사는 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 ‘실명인증’의 표시가 없는 정당이나 후보자에 대한 지지·반대의 정보 등이 게시된 경우에는 지체없이 이를 삭제하여야 하고(동조 제6항), 인터넷언론사는 정당·후보자 및 각급선거관리위원회가 제6항의 규정에 따른 정보 등을 삭제하도록 요구한 경우에는 지체없이 이에 따라야 한다(동조 제7항).

한편 제82조의6 제1항의 규정을 위반하여 기술적 조치를 하지 아니한 자에 대해서는 1천만원 이하의 과태료가 부과되고(제261조 제1항 제1호), 제82조의6 제6항의 규정을 위반하여 실명인증의 표시가 없는 문자·음성·화상 또는 동영상 등의 정보를 삭제하지 아니한 자에 대해서는 300만원 이하의 과태료를 부과된다(제261조 제3항 제3호).

5. 소위 UCC이용 선거운동방법의 처벌에 관한 제93조 제1항

공직선거법 제93조는 ‘탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지’라는 제하에서 특히 제1항은 누구든지 선거일전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법의 규정에 의하지 아니하고는 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 그 밖에 이와 유사한 것을 배부·첩부·살포·상영 또는 게시할 수 없도록 하고 있다. 그리고 제93조 제1항의 규정에 위반하여 문서·도화 등을 배부·첩부·살포·게시·상영하거나 하게 한 자에 대해서는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(제255조 제2항 제5호).

II. 공직선거법상 인터넷과 선거운동 규제 관련조항들의 헌법적 문제점

1. 인터넷선거보도심의위원회제도 및 정정보도제도에 관한 제8조의5 및 제8조의6

인터넷선거보도심의위원회제도 및 정정보도제도는 공직선거법 제8조의2가 규정하고 있는 선거방송심의위원회제도와 공직선거법 제8조의3이 규정하고 있는 선거기사심의위원회제도와 함께 언론의 선거방송, 선거기사, 선거보도의 공정성을 확보하기 위한 장치로 제도화되어 있는 것이고, 기본적으로 정정보도 및 반론보도제도를 적용하고 있다는 점에서 공통점을 가지고 있다. 그런데 이 중에서 인터넷선거보도심의위원회제도 및 정정보도제도는 다음과 같은 관점에서 몇 가지 문제점을 갖고 있는 것으로 판단된다.³⁴¹⁾

첫째, 인터넷선거보도심의위원회제도 및 정정보도제도의 적용대

341) 황성기, “인터넷이용자 제작 콘텐츠(UCC)와 관련한 법적 문제점”, 방송문화연구 통권 제19권 1호, KBS 한국방송, 2007. 6., 118-121면 참조.

상이 되는 ‘인터넷언론’의 개념범위가 너무 포괄적이고 광범위할 수 있다는 점이다.³⁴²⁾ 공직선거법 제8조의5 제1항은 인터넷언론사를 “「신문 등의 진흥에 관한 법률」(이하 ‘신문법’이라 함) 제2조 제4호의 규정에 따른 인터넷신문사업자 그 밖에 정치·경제·사회·문화·시사 등에 관한 보도·논평·여론 및 정보 등을 전파할 목적으로 취재·편집·집필한 기사를 인터넷을 통하여 보도·제공하거나 매개하는 인터넷 홈페이지를 경영·관리하는 자와 이와 유사한 언론의 기능을 행하는 인터넷 홈페이지를 경영·관리하는 자”로 정의하고 있다.³⁴³⁾ 이러한 개념정의에 비추어 볼 때, 공직선거법상의 ‘인터넷언론’개념은 “신문법상의 인터넷신문, 정치·경제·사회·문화·시사 등에 관한 보도·논평·여론 및 정보 등을 전파할 목적으로 취재·편집·집필한 기사를 인터넷을 통하여 보도·제공하거나 매개하는 인터넷 홈페이지, 이와 유사한 언론의 기능을 행하는 인터넷 홈페이지”로 정의내릴 수 있다.³⁴⁴⁾

342) 인터넷언론사 관련 규정의 불명확성과 광범성의 문제점에 관해서는 김종철, “공직선거법상 인터넷언론규제에 대한 비판적 고찰”, 언론과 법 제8권 제2호, 한국언론법학회, 2009. 12., 15-20면 참조.

343) 공직선거법상의 인터넷언론의 개념정의가 특히 신문법상의 인터넷신문 보다 넓게 이루어진 것과 관련하여, 공직선거법에서의 인터넷언론의 정의목적이 사이버공간의 선거보도가 특정 정당이나 후보자를 음해하거나 유·불리하게 작용하여 불공정선거가 되는 것을 방지하기 위해 대상이 되어야 하는 인터넷사이트를 결정하는 것이기 때문에 일반적 개념의 인터넷언론 혹은 매체 관련법 속의 인터넷언론의 개념과 동일할 필요는 없다는 견해도 있다. 안명규, “인터넷 선거보도 심의의 현실과 법제에 관한 고찰”, 언론과 법 제8권 제2호, 한국언론법학회, 2009. 12., 61면.

344) 중앙선거관리위원회의 「주요 심의대상 인터넷언론사의 관리 등에 관한 규정」 제2조는 인터넷언론사의 범위와 관련하여 “1. 「신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률」 제2조 제3호의 신문사업자와 같은 조 제4호의 인터넷신문사업자, 「잡지 등 정기간행물의 진흥에 관한 법률」 제2조 제1호 가목의 잡지와 「방송법」 제2조 제1호의 방송을 경영·관리하는 자, 「뉴스통신진흥에 관한 법률」 제2조 제3호의 뉴스통신사업자 등이 직접 운영하거나 별도 법인으로 운영하는 인터넷홈페이지, 2. 자체적으로 기사·논평·칼럼 등을 생산하여 신문·방송·웹진 등의 형태로 보도하는 인터넷홈페이지, 3. 인터넷포털사이트(뉴스공급원으로부터 뉴스나 기사를 제공받아 편집·가공하거나 매개하여 제공하는 경우를 포함한다), 4. 그 밖에 위 각 호의 어느 하나에 해당하지 아니하는 경우로서 심의위원회가 인터넷언론사로 결정한 인터넷홈페이지”로 규정하고 있

이러한 인터넷언론의 개념정의 중 ‘신문법상의 인터넷신문’은 그 의미를 분명히 알 수 있다.³⁴⁵⁾ 문제는 ‘정치·경제·사회·문화·시사 등에 관한 보도·논평·여론 및 정보 등을 전파할 목적으로 취재·편집·집필한 기사를 인터넷을 통하여 보도·제공하거나 매개하는 인터넷 홈페이지’라는 개념이다. 이 개념은 기존 신문사업자, 방송사업자, 잡지사업자, 뉴스통신사업자 등이 운영하는 인터넷홈페이지³⁴⁶⁾, 신문법상의 인터넷신문의 요건을 충족시키지 않지만 인터넷신문과 동일한 기능을 수행하는 인터넷홈페이지³⁴⁷⁾와 인터넷뉴스서비스³⁴⁸⁾를 의미하는 것으로 해석될 수 있다.

고, 제4조 내지 제7조에서는 인터넷언론사를 결정할 때에는 작성기준일 전 3개월 동안 최소 1회 이상의 새로운 보도기사를 게재하고 있는 지 등을 확인하여 매 분기 첫 달의 10일 이내에 결정하여 이를 인터넷선거보도심의위원회 홈페이지에 공개하도록 하고 있다.

- 345) 신문법상 인터넷신문은 “컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치와 통신망을 이용하여 정치·경제·사회·문화 등에 관한 보도·논평 및 여론·정보 등을 전파하기 위하여 간행하는 전자간행물로서 독자적 기사 생산과 지속적인 발행 등 대통령령으로 정하는 기준을 충족하는 것”으로 정의되고 있다(신문법 제2조 제2호). 그리고 신문법시행령 제2조 제1항은 ‘독자적 기사 생산과 지속적인 발행 등 대통령령으로 정하는 기준’으로, 독자적인 기사 생산을 위한 요건으로서 ‘취재 인력 2명 이상을 포함하여 취재 및 편집 인력 3명 이상을 상시적으로 고용할 것’과 ‘주간 게재 기사 건수의 100분의 30 이상을 자체적으로 생산한 기사로 게재할 것’ 두 가지를 모두 충족할 것을 요구하고 있으며, 지속적인 발행요건으로서 주간 단위로 새로운 기사를 게재할 것을 요구하고 있다. 그리고 동법시행령 제2조 제2항은 소위 종속형 인터넷신문도 신문법상의 인터넷신문에 해당될 수 있도록 규정하고 있다.
- 346) 중앙선거관리위원회의 ‘주요 심의대상 인터넷언론사의 관리 등에 관한 규정」 제2조는 제1호가 규정하고 있는 ‘「신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률」 제2조 제3호의 신문사업자와 같은 조 제4호의 인터넷신문사업자, 「잡지 등 정기간행물의 진흥에 관한 법률」 제2조 제1호 가목의 잡지와 「방송법」 제2조 제1호의 방송을 경영·관리하는 자, 「뉴스통신진흥에 관한 법률」 제2조 제3호의 뉴스통신사업자 등이 직접 운영하거나 별도 법인으로 운영하는 인터넷 홈페이지’가 대표적인 것이다.
- 347) 중앙선거관리위원회의 ‘주요 심의대상 인터넷언론사의 관리 등에 관한 규정」 제2조 제2호가 규정하고 있는 ‘자체적으로 기사·논평·칼럼 등을 생산하여 신문·방송·웹진 등의 형태로 보도하는 인터넷홈페이지’가 대표적인 것이다.
- 348) 신문법 제2조 제5호는 ‘인터넷뉴스서비스’를 “신문, 인터넷신문, 「뉴스통신진흥에 관한 법률」에 따른 뉴스통신, 「방송법」에 따른 방송 및 「잡지 등 정기간행물의 진흥에 관한 법률」에 따른 잡지 등의 기사를 인터넷을 통하여 계

하지만 공직선거법 제8조의5 제1항이 규정하고 있는 인터넷언론사의 개념정의 자체만 갖고 판단한다면, 어떤 특정한 주제에 대한 여론형성이나 정보제공을 목적으로 운영되는 홈페이지나 사이트들도 포함될 가능성이 있다. 예컨대 중앙선거관리위원회의 「주요 심의대상 인터넷언론사의 관리 등에 관한 규정」 제2조 제2호가 규정하고 있는 ‘자체적으로 기사·논평·칼럼 등을 생산하여 신문·방송·웹진 등의 형태로 보도하는 인터넷홈페이지’의 경우, 기존의 매스미디어를 통한 여론형성과 정보제공을 점차적으로 대체하고 있는 오늘날의 ‘1인미디어 시대’에 있어서 어떤 특정한 주제에 대한 여론형성이나 정보제공을 목적으로 개인이 운영하는 홈페이지나 블로그와 과연 쉽게 구분할 수 있는지는 의문이다. 특히 ‘자체적으로 기사·논평·칼럼 등을 생산하여 신문·방송·웹진 등의 형태로 보도하는 인터넷홈페이지’는 신문법상의 인터넷신문의 요건을 충족하지 않는 것으로서 아주 소규모의 형태 내지는 1인이 운영하는 형태의 것이라는 점을 염두에 둔다면, 더욱 그러하다.

그리고 ‘기사를 매개하는 인터넷 홈페이지’라는 부분 때문에, 인터넷언론의 개념범위가 무한히 확장될 여지가 존재하는데, 특히 이 문제는 다음 두 가지 맥락에서 제기될 수 있다.

① 인터넷뉴스서비스를 제공하지 않고 단순히 기사에 대한 검색기능만 제공하는 인터넷포털사이트나 검색엔진³⁴⁹⁾도 포함될 가능

속적으로 제공하거나 매개하는 전자간행물”로 정의내리면서, 신문법 제2조 제2호의 인터넷신문 및 「인터넷 멀티미디어 방송사업법」 제2조 제1호에 따른 인터넷 멀티미디어 방송, 그 밖에 대통령령으로 정하는 것을 제외시키고 있다.

349) 예컨대 구글(Google)이 대표적인 것이다. 그런데 중앙선거관리위원회의 「주요 심의대상 인터넷언론사의 관리 등에 관한 규정」 제2조 제3호는 ‘인터넷포털사이트(뉴스공급원으로부터 뉴스나 기사를 제공받아 편집·가공하거나 매개하여 제공하는 경우를 포함한다)’를 규정하고 있는데, 규정방식에 비추어 보면, 인터넷뉴스서비스를 제공하는 인터넷포털사이트만을 의미하는 것이 아니라, 인터넷뉴스서비스를 제공하지 않는 인터넷포털사이트와 인터넷뉴스서비스를 제공하지 않고 단순히 기사에 대한 검색기능만 제공하는 검색엔진도 포함될 가능성이 있는 것으로 보인다. 하지만 인터넷선거보도심의위원회의 홈페이지에서 예시하고 있는 인터넷언론사의 현황을 찾아보면, 구글은 포함되어있지 않다. 이것이 인터넷뉴스서비스를 제공하지 않고 단순히 기사에 대한 검색기능만 제공하는 검색엔진은 인터넷언론사의 범위에 포함시키지 않는다는 의미인

성이 높다는 점이다. 만약 인터넷뉴스서비스를 제공하지 않고 단순히 기사에 대한 검색기능만 제공하는 인터넷포털사이트와 검색엔진도 인터넷언론에 포함된다고 해석한다면, 인터넷검색의 기본원리나 메커니즘에 대한 물이해를 드러내는 것이다. 왜냐하면 검색기능이라는 것은 ‘정보의 위치정보’를 알려주는데 불과하므로, 이것을 전통적인 의미에서의 언론의 보도기능으로 이해하는 것은 타당하지 못하기 때문이다.

② 심지어 개인 홈페이지나 개인 블로그, 카페도 인터넷언론에 해당될 수 있는 여지가 존재한다. 예컨대 인터넷이용자가 기존 언론기관이 보도한 선거관련기사나 동영상을 자신의 홈페이지나 블로그, 카페 등에 소위 ‘뽐질’을 통해 게시하거나 링크를 걸어 놓았을 경우에도, ‘기사의 매개’에 해당될 수 있기 때문이다.

마지막으로 ‘이와 유사한 언론의 기능을 행하는 인터넷 홈페이지’도 마찬가지로의 문제점을 갖고 있다. 「언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률」(이하 ‘언론중재법’이라 함) 제2조 제1호가 ‘언론’을 ‘방송, 신문, 잡지 등 정기간행물, 뉴스통신 및 인터넷신문’으로 정의내리고 있는 점에 비추어 볼 때, 어느 정도 그 의미를 파악할 수 있으나, ‘이와 유사한 언론의 기능’이라는 개념 때문에, 그 범위가 확장될 수 있는 여지는 존재한다.³⁵⁰⁾

물론 인터넷선거보도심의위원회가 인터넷 홈페이지의 게시내용·운영 및 이용양태 등을 고려하여 인터넷언론사로 인정하지 아니하는 인터넷 홈페이지는 공직선거법 제8조의5 제1항의 규정에 의한 인터넷언론사로 보지 아니할 여지는 있고³⁵¹⁾, 실제로 인터넷선

지, 아니면 구글이 외국계열회사이기 때문에 포함시키지 않는다는 의미인지는 분명하지 않다.

350) 중앙선거관리위원회의 「주요 심의대상 인터넷언론사의 관리 등에 관한 규정」 제2조 제4호도 ‘그 밖에 위 각 호의 어느 하나에 해당하지 아니하는 경우로서 심의위원회가 인터넷언론사로 결정한 인터넷홈페이지’가 인터넷언론사의 범위에 포함될 수 있도록 함으로써, 이러한 가능성의 여지를 열어 놓고 있다.

351) 「인터넷선거보도심의위원회의 구성 및 운영에 관한 규칙」 제2조는 인터넷언론사의 범위와 관련하여, 정당 또는 후보자(후보자가 되고자 하는 자 포함)가 설치·운영하는 인터넷 홈페이지, 선거운동을 하는 기관·단체가 설치·운영하는 인터넷 홈페이지, 기타 심의위원회가 인터넷 홈페이지의 게시내용·운영 및

거보도심의위원회가 인터넷언론사의 범위에 관한 결정을 통해서 무한정 그 범위가 확장되는 것을 막을 수 있지만, 여전히 공직선거법 제8조의5 제1항 자체가 규정하고 있는 인터넷언론의 개념은 법문상으로는 적용범위의 포괄성과 광범성의 문제를 여전히 안고 있다.

위와 같은 문제점들은 결국 기존의 매스미디어를 중심으로 형성되어 왔던 ‘언론’의 개념을 인터넷의 특성이자 본질인 개방성, 상호작용성, 탈중앙통제성, 접근의 용이성, 정보의 다양성 등에 대한 고려 없이 인터넷에 그대로 적용하는 데에서 비롯된다고 할 수 있다.³⁵²⁾ 인터넷상에서는 모든 인터넷이용자들이 일정한 기술과 디바이스를 이용하여 출판(publish)할 수도 있고, 방송(broadcast)을 할 수도 있다. 이러한 매체적 특성을 갖고 있는 인터넷에 대해서 인터넷선거보도심의위원회가 선거보도의 공정성을 이유로 정정보도 및 반론보도제도를 강제적으로 적용하는 것이 과연 적절한가의 의문은 본질적인 차원에서 제기될 수 있는 것이다. 더 나아가서 인터넷언론의 개념범위가 적절하게 통제되지 않고 무한정 확대되는 경우에는, 공직선거법 제8조의6이 규정하고 있는 정정보도제도나 반론보도제도가 현실적으로 집행이나 적용이 가능한가의 문제뿐만 아니라, 선거의 공정성확보 또는 신속한 피해구제라는 취지보다는 오히려 인터넷상의 정치적 표현의 자유를 위축시킬 수 있는 위험성을 갖고 있다고 할 것이다.

결론적으로 현행 공직선거법 제8조의5 제1항이 규정하고 있는 인터넷언론의 개념정의 및 그 범위와 관련하여서는, 인터넷선거보도심의위원회제도 및 정정보도제도의 취지에 비추어 볼 때, 입법

이용양태 등을 고려하여 인터넷언론사로 인정하지 아니하는 인터넷 홈페이지를 공직선거법 제8조의5 제1항의 규정에 의한 인터넷언론사로 보지 아니한다고 규정하고 있다.

352) “인터넷이 간편하고 저렴한 방법으로 話者(speaker)가 잠재적인 수백만의 대규모 청중들에게 다가갈 수 있게 해 주기 때문에, 이와 같은 인터넷 내용의 다양성이 가능하다. 인터넷 통신에 수반되는 설치와 운영 비용이 텔레비전, 라디오, 신문, 그리고 잡지와 같은 다른 형태의 대중커뮤니케이션에 수반되는 비용보다 상당히 저렴하다.”(*ACLU v. Reno*, 929 F.Supp. 824, 1996).

론적으로 기존 신문사업자, 방송사업자, 잡지사업자, 뉴스통신사업자 등이 운영하는 인터넷홈페이지와 신문법상의 인터넷신문에 국한하는 것이 적절한 것으로 보인다. 인터넷포털사이트가 제공하는 인터넷뉴스서비스의 경우에는 정정보도제도나 반론보도제도를 적용하는 것이 서비스의 성격상 현실적으로 적절하지 못할 뿐만 아니라, 아래에서 설명하는 바와 같이 심의대상의 중복이라는 문제 때문에 인터넷언론 개념범위에 포함시키는 것이 의미가 없는 것으로 보인다.

둘째, 선거방송심의위원회 및 선거기사심의위원회와의 업무중복의 문제가 발생할 여지가 있다는 점이다. 예컨대 기존 신문사업자, 방송사업자, 잡지사업자, 뉴스통신사업자 등이 운영하는 인터넷홈페이지에서 제공하는 기사들 대부분은 오프라인 신문, 잡지, 방송을 통해서 이미 제공된 것들이다. 물론 오프라인 신문, 잡지, 방송을 통해서 제공되지 않은 것들을 인터넷홈페이지만을 통해서 제공할 여지는 있다. 이러한 측면에서는 업무중복의 문제는 발생하지 않을 것이다. 하지만 인터넷포털사이트의 인터넷뉴스서비스를 인터넷언론의 범주에 포함시키는 한 ‘심의대상의 중복’이라는 문제는 분명하게 발생할 수 있다. 왜냐하면 인터넷포털사이트의 인터넷뉴스서비스가 제공하거나 매개하는 뉴스는 기본적으로 방송, 신문, 잡지, 인터넷신문 등에서 제작하는 기사이고, 인터넷뉴스서비스는 기사에 대한 내용수정을 하지 않은 채 그대로 제공하거나 매개하기 때문이다.³⁵³⁾ 그리고 기존 신문사업자, 방송사업자, 잡지사업자, 뉴스통신사업자 등이 운영하는 인터넷홈페이지, 신문법상의 인터넷신문, 자체적으로 기사·논평·칼럼 등을 생산하여 신문·방송·웹진 등의 형태로 보도하는 인터넷홈페이지는 이미 인터넷언론사의 범위에 포함되어, 인터넷선거보도심의위원회의 심의대상이

353) 특히 네이버(naver)의 뉴스캐스트서비스는 뉴스박스화면의 편집권을 전적으로 뉴스제공사업자에게 부여하고 있다는 점에서, 포털이 내용이나 제목을 편집하거나 수정하는 것은 원칙적으로 불가능하다. 뿐만 아니라 뉴스캐스트서비스가 아닌 다른 방식으로 뉴스서비스를 제공하는 다음(Daum) 등의 포털의 경우에도 뉴스제공사업자와의 계약 때문에 내용이나 제목을 편집하거나 수정하는 것은 불가능하다.

되기 때문이다.

위와 같은 문제점들 중에서 업무중복의 문제는 제도운영의 효율성이라는 관점에서 해결될 수도 있다.³⁵⁴⁾ 예컨대 선거방송심의위원회 및 선거기사심의위원회에서 심의를 받는 방송, 신문, 잡지 등의 기사가 신문사업자, 방송사업자, 잡지사업자, 뉴스통신사업자 등이 운영하는 인터넷홈페이지에서 제공되는 경우에는 인터넷선거보도심의위원회가 심의하지 않는 방식으로 해결할 수도 있다. 그리고 심의대상의 중복 문제도 인터넷포털사이트의 인터넷뉴스서비스가 제공하거나 매개하는 뉴스가 기본적으로 방송, 신문, 잡지, 인터넷신문 등에서 제작하는 기사라고 한다면, 인터넷포털사이트의 인터넷뉴스서비스도 인터넷선거보도심의위원회가 심의하지 않는 방식으로 해결할 수도 있다.³⁵⁵⁾ 이러한 측면에서 보면, 사실상 인터넷포털사이트의 인터넷뉴스서비스를 인터넷언론의 개념범위에 포함시킬 실익이 없게 된다. 이러한 맥락에서도 현행 공직선거법상 인터넷언론의 개념범위의 포괄성 내지 광범위성 문제는 제기될 수 있는 것이다.

셋째, 방송이나 신문법상의 정기간행물(신문, 잡지 등)을 각각 심의하는 선거방송심의위원회와 선거기사심의위원회는 일정한 기간 동안에만 설치·운영되는 임시기구로 설정하고 있는 반면에, 인터넷선거보도심의위원회는 상설기구로 설치·운영되고 있는 점은 형평성이나 평등원칙이라는 관점에서도 문제점으로 지적될 수 있을 것이다. 인터넷선거보도심의위원회제도 및 정정보도제도가 적용되는 대상인 ‘인터넷언론’의 범위를 좁게 해석하여 인터넷신문과 같이 전통적인 ‘언론’과 동일한 기능을 수행하는 인터넷매체만 인

354) 종이신문이건 인터넷언론의 보도이건 선거보도라는 점을 강조할 경우 심사의 중복으로부터의 비경제성, 결론이 상이할 경우 심의기관에 대한 불신감 등의 비판이 제기될 가능성을 전제로, 법질서의 통일성을 위해서 각 심의기관 간의 유기적인 연결을 통해 중복심의의 경우 중앙선거관리위원회로 통합하는 방안이 제기되기도 한다. 강미은, “인터넷매체 선거보도심의의 법제도적 기준과 적용에 관한 연구”, 정보법학 제12권 제1호, 한국정보법학회, 2008. 7., 276면.

355) 하지만 인터넷선거보도심의위원회 홈페이지에서 공개하고 있는 인터넷언론사의 범위에는 우리나라 4대 포털인 다음, 네이버, 네이트, 야후코리아가 모두 포함되어 있다.

터넷언론의 범위에 포함된다고 한다면, 방송이나 신문, 잡지 등의 경우와 차별적으로 규율할 아무런 이유가 없게 된다. 그리고 내용적으로 볼 때도, ‘선거방송’, ‘선거기사’, ‘선거보도’가 어떠한 차이점이 있는지도 불분명하다. 이러한 상설적인 국가기관에 의하여 선거와 관련된 일정한 기간에 상관없이 인터넷언론에 대해서 항시적으로 모니터링을 해서 강제적인 정정보도제도나 반론보도제도를 적용하는 것은 인터넷언론사의 언론의 자유라는 관점에서도 분명히 문제가 있다. 더욱이 인터넷언론의 범위가 개인 홈페이지나 개인 블로그, 카페 등까지 포섭할 정도로 확대된다고 한다면, 인터넷을 이용한 정치적 표현 전반에 대하여 국가기관에 의한 항시적인 감시체계가 구축될 수 있다는 점에서 문제는 더욱 심각해질 수 있다.

결론적으로 인터넷언론의 범위를 좁게 설정한다면, 입법론적으로 인터넷선거보도심의위원회도 선거방송심의위원회나 선거기사심의위원회와 마찬가지로, 선거와 관련된 일정한 기간 동안에만 설치·운영하는 것이 적절하다.

넷째, 공직선거법 제8조의6이 규정하고 있는 정정보도제도나 반론보도제도는 형사벌에 의해 그 강제력이 담보된다는 점도 문제점으로 지적할 수 있다. 즉 인터넷언론사가 인터넷선거보도심의위원회의 정정보도문게재조치명령 또는 반론보도의 인용결정에 해당하는 통보를 받고 지체없이 이행하지 아니한 경우에는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처해질 수 있는데(제256조 제2항 제3호 라목)³⁵⁶⁾, 이것이 과연 적절한가의 문제이다. 일상적인 언론보도에 대해서 적용되는 언론중재법상의 정정보도제도나 반론보도제도는 형사벌에 의해서 강제적으로 적용되는 것이 아니다.

356) 이 문제는 선거방송이나 선거기사의 경우에도 동일하게 발생한다. 왜냐하면 공직선거법 제256조 제2항 제3호는 제8조의 2(선거방송심의위원회)제5항 및 제6항 [제8조의 3(선거기사심의위원회)제6항에서 준용하는 경우를 포함한다]의 규정에 의한 제재조치 등, 제8조의 3 제3항의 규정에 의한 사과문 또는 정정보도문의 게재, 제8조의 4(선거보도에 대한 반론보도청구) 제3항의 규정에 의한 반론보도의 결정에 해당하는 통보를 받고 지체없이 이를 이행하지 아니한 자에 대해서도 동일한 형사벌을 부과하고 있기 때문이다.

물론 언론중재법상의 정정보도제도나 반론보도제도가 언론보도로 인한 피해자의 인격권 침해에 대한 구제를 기본취지로 설정하고 있다는 점에서, 선거의 공정성이라고 하는 국가적 법익의 보호를 목적으로 하는 공직선거법상의 정정보도제도나 반론보도제도와 그 목적의 차이점은 분명히 존재할 수 있다. 하지만 특히 공직선거법 제8조의6 제1항 내지 제3항이 규정하고 있는 정정보도문게제조치명령제도의 경우 그 핵심적인 실체적 구성요건이라 할 수 있는 인터넷언론사의 인터넷홈페이지에 게재된 ‘선거보도의 내용이 공정하지 아니하다고 인정되는 경우’라든지 ‘인터넷언론사의 선거보도가 불공정하다고 인정되는 경우’를 법원이 아닌 인터넷선거보도심의위원회가 판단하는 것이 적절하냐의 문제³⁵⁷⁾와 선거보도의 불공정성이 과연 형사벌에 의해 금지될 만큼 범죄로서의 비난가능성이 있느냐의 문제³⁵⁸⁾가 등장하게 된다.

공직선거법 제8조의 6 제4항 내지 제6항이 규정하고 있는 반론보도제도의 경우에도 마찬가지이다. 이 제도는 선거의 공정성 확보 이외에도 인터넷언론사의 왜곡된 선거보도로 인하여 피해를 받은 정당 또는 후보자의 인격권을 보호한다는 취지도 갖고 있는 제도라는 점을 염두에 둔다면, 동일한 반론보도제도이지만 언론중재법에서는 형사벌에 의해 강제적으로 적용하지 않으며, 또한 공직선거법 자체가 허위사실공포죄(제250조), 후보자비방죄(제251조)

357) 이러한 맥락에서 인터넷선거보도심의위원회가 직권이든 이의신청에 의한 것이든 중재절차없이 인터넷언론 선거보도의 공정성 여부를 조사하여 형사벌에 의해 그 강제력이 담보되는 정정보도문게제조치명령 등의 준사법적 판단을 하면서도, 그에 대한 이의신청이나 법원예외의 소송제기절차를 마련하지 않고 오히려 그 불이행에 대해 형사벌을 부과하는 것은 적법절차의 원리에 반할 수 있다는 지적은 타당하다고 할 것이다. 강경근, “인터넷언론의 선거보도와 법적·제도적 쟁점”, 언론과 법 제3권 제1호, 한국언론법학회, 2004. 6., 30면.

358) 물론 형사벌은 인터넷선거보도심의위원회의 정정보도문게제조치명령 또는 반론보도의 인용결정에 해당하는 통보를 받고 지체없이 이행하지 아니한 경우에 부과되는 것이지, 선거보도가 불공정하다는 이유만으로 곧바로 부과되는 것은 아니다. 하지만 선거보도가 불공정하다는 이유로 정정보도문게제조치명령이 내려지고, 지체없이 이행하지 아니한 경우에 형사벌이 부과되는 구조는 사실상 선거보도가 불공정하다는 이유로 형사벌이 부과되는 구조와 거의 유사하다고 할 것이다.

등의 규제장치가 별도로 존재한다는 점에서, 입법체계적으로도 문제가 될 뿐만 아니라 과잉금지의 원칙에 반할 정도로 인터넷언론사의 언론의 자유를 침해할 가능성이 높다고 본다.

2. 인터넷 홈페이지를 이용하는 선거운동에 대해서 선거운동기간의 제한을 적용하지 않는 제59조 제3호

공직선거법 제59조는 선거운동기간 전의 선거운동을 원칙적으로 금지하는 소위 ‘사전선거운동금지조항’이다. 그런데 제59조는 예외를 규정하고 있는데, 제3호가 “후보자, 후보자가 되고자 하는 자가 자신이 개설한 인터넷 홈페이지를 이용하여 선거운동을 하는 경우”를 사전선거운동금지의 예외로 규정하고 있다. 사전선거운동금지조항에 위반하여, 선거운동기간 전에 이 법에 규정된 방법을 제외한 방법으로 선거운동을 한 자는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처해질 수 있다(제254조 제2항). 따라서 공직선거법 제59조 제3호만 놓고 보았을 때는 사전선거운동금지의 예외를 규정함으로써, 공직선거법이 선거운동의 자유를 확대하고 있는 것으로 이해될 수 있다. 하지만 문리해석상 공직선거법 제59조 제3호는 후보자, 후보자가 되고자 하는 자에 대해서만 사전선거운동금지의 예외를 적용할 뿐이지, 일반 유권자 내지 일반국민에 대해서는 여전히 사전선거운동금지가 적용된다. 그런데 우리 헌법재판소는 공직선거법 제59조 제3호가 일반 유권자의 선거운동의 자유를 침해하는지 여부, 후보자나 후보자가 되고자 하는 자와 일반 유권자를 합리적 이유 없이 차별하여 평등원칙 및 선거운동 기회균등원칙에 위배되는지 여부와 관련하여 합헌결정을 내린 바 있다.³⁵⁹⁾

공직선거법 제59조 제3호의 문제점을 분석하기 위해서는 그 입법목적부터 살펴보아야 할 것이다. 먼저 헌법재판소는 위의 합헌결정에서 공직선거법 제59조 제3호의 입법목적으로 “선거운동기간 전에 현역의원들의 의정활동보고가 가능함에 따라 발생하는 후보

359) 헌재 2010. 6. 24. 2008헌바169, 판례집 22-1하, 497, 공직선거법 제59조 제3호 위헌소원.

자간의 선거운동기회 불균등 문제를 시정하기 위하여 정치 신인에게도 선거운동기간 전 자신을 알릴 수 있는 기회를 보장함과 동시에, 선거에 있어 인터넷 활용이 확대됨에 따른 새로운 선거풍토 조성을 위하여 마련된 것”으로 보고 있다.

그런데 위와 같은 입법목적에 비추어 볼 때, 공직선거법 제59조 제3호는 다음과 같은 점들에서 헌법적으로 정당한가의 문제제기가 가능하다고 본다.

첫째, ‘후보자과 일반국민의 차별화명제’에 부합하는가의 문제이다. 선거운동기간을 제한하여 사전선거운동을 금지하는 것이 선거운동의 자유를 침해하는지에 대하여 헌법재판소는 이미 여러 번 합헌결정을 내린 바 있다.³⁶⁰⁾ 그리고 “후보자간의 선거운동기회 불균등 문제를 시정하기 위하여 정치 신인에게도 선거운동기간 전 자신을 알릴 수 있는 기회를 보장함과 동시에, 선거에 있어 인터넷 활용이 확대됨에 따른 새로운 선거풍토 조성”이라고 하는 입법목적 자체도 정당할 수 있다. 하지만 그 방향성에 있어서 일반 유권자나 일반국민의 정치적 표현의 자유나 선거운동을 대폭 확대하거나 보장하는 방향이 아니라, 일반 유권자나 일반국민의 정치적 표현의 자유나 선거운동은 여전히 강력하게 규제하면서, 후보자간의 기회균등에만 초점을 맞추고 있다는 점에서 문제가 제기될 수 있다.

‘선거의 공정성’이라는 공익은 그 자체 스스로가 자기목적적이어서는 안 된다. 선거의 공정성은 유권자의 자유롭고도 합리적 선택, 국민의 대표자(후보자, 정당 포함)에 대한 합리적 비판을 위한 ‘수단적’인 개념이다. 하지만 지금까지의 공직선거법에 대한 헌법재판소의 판례의 경향을 보면, 선거의 공정성은 하나의 ‘깨트릴 수 없는 도그마’로 확고하게 자리 잡고 있어서, 유권자인 일반 국민의 정치적 표현의 자유와 선거운동의 자유가 오히려 ‘희생’되고 있다

360) 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 구 대통령선거법 제36조 제1항 위헌제청, 구 대통령선거법 제34조 등 위헌제청; 헌재 2008. 10. 30. 2005헌바 32, 판례집 20-2상, 750, 구 공직선거 및 선거부정방지법 제255조 제2항 제5호 위헌소원 등.

는 느낌이 강하다. 공직선거법 제59조 제3호에 대한 헌법재판소의 합헌결정도 바로 이러한 평가의 연장선상에 있다고 할 수 있다. 선거란 ‘국민의, 국민에 의한, 국민을 위한 축제’이다. 이러한 축제 마당에 참여하는 국민은 마음껏 ‘떠들어야’ 되지 않는가? 이러한 관점에서 보면, 후보자간의 기회균등에만 초점을 맞추고 있는 공직선거법 제59조 제3호는 후보자 간의 관계에서는 평등원칙 위반이 아닐지 몰라도, 후보자와 일반 유권자 내지 국민 간의 관계에서는 평등원칙 위반이라고 할 것이고, 더 나아가서 일반 유권자 내지 일반국민의 선거운동의 자유 내지 정치적 표현의 자유를 침해하는 것이라고 할 것이다.

둘째, ‘매체특성론적 차별화명제’에 부합하는가의 문제이다. 즉 사전선거운동 금지의 합헌논리가 과연 인터넷이라는 매체에 대해서도 여전히 적용될 수 있는지에 관해서는 논의의 여지가 있다. 사전선거운동을 금지하는 것 자체의 목적은 선거의 공정성 확보에 있다고 할 수 있다.³⁶¹⁾ 그런데 선거의 공정성은 곧 선거운동에 있어서 ‘기회의 불균형성’, ‘불투명성’, ‘고비용성’의 제거를 의미하며, 당해 매체의 특성과 본질 그 자체가 ‘기회의 균형성, 투명성, 저비용성의 제고’라는 사전선거운동 금지의 목적에 부합한다고 한다면, 당해 매체를 활용한 선거운동에 있어서는 사전선거운동 금지를 적용할 필요가 없는 것이다. 오히려 적용하는 것이 선거운동의 자유 내지 정치적 표현의 자유를 과도하게 제한하는 것이다. 결국 인터넷은 본질상 개방성, 상호작용성, 탈중앙통제성, 용이성, 정보의 다양성 등을 그 특성으로 갖고 있으므로, 선거의 공정성이 추구하는 목적 내지 이념에 부합하게 되고, 따라서 인터넷에 대해서는 사전선거운동 금지의 법리를 적용하는 것은 타당하거나 정당하지 않게 된다. 이러한 관점에서 본다면, 공직선거법 제59조 제3호에 대한 헌법재판소의 합헌결정에서 위헌의견이 선거운동이 행해지는 매체

361) 사전선거운동을 금지하는 등 한국의 선거운동규제법제가 관련국가적 규제중심의 일본 선거법모델에서 비롯된 것이라는 설득력 있는 연구가 존재한다. 예컨대 송석윤, “선거운동 규제입법의 연원 - 1925년 일본 보통선거법의 성립과 한국 분단체제에의 유입”, 서울대학교 법학 제46권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2005. 12., 28-53면 참조.

의 특수성 및 심사기준에 관한 논리전개³⁶²⁾를 전제로 하여 위헌의견을 제시하였다는 것은 매체특성론적 차별화명제에 부합하는 것으로서, 설득력이 있다고 할 것이다.

결론적으로 입법론적으로는 공직선거법 제59조 제3호는 후보자간의 기회균등에만 초점을 맞출 것이 아니라, 일반 유권자 내지 일반국민에 대해서도 선거운동기간 이전이라 할지라도 인터넷을 활용한 정치적 의사표현이나 선거운동을 허용하는 방식으로 개정될 필요가 있다.

362) 위헌의견은 인터넷 선거운동의 특수성 및 심사기준을 다음과 같이 제시하였다. “선거운동방법에는 여러 가지 다양한 형태가 있을 수 있는바, 위에서 본 바와 같이 선거운동 자유의 최대한 보장 원칙에 비추어 볼 때, 선거운동을 제한함에 있어서는 각 구체적 선거운동방법의 특수성과 차이점을 고려하여 필요 최소한의 범위에서 제한하여야 할 것이고, 만약 각 선거운동방법의 특수성과 차이점을 고려하지 아니한 채 모든 선거운동을 일률적으로 제한하는 것은 헌법정신에 어긋나는 것이라고 볼 것이다. 그런데, 인터넷을 이용한 선거운동은 종래의 전통적인 선거운동방법들과는 다른 특수성을 가지고 있다. 즉, 인터넷은 오늘날 그 사용이 널리 일반화, 대중화되었을 뿐만 아니라 인터넷을 이용한 의견 및 정보의 교환은 다른 기존의 매체에 비하여 매우 저렴한 비용만으로도 가능하므로, 과거 다른 선거운동방법에서 나타날 수 있었던 금권선거의 위험, 재력 여하에 따른 선거운동기회의 불균형 염려, 기타 선거의 불공정성을 야기할 위험성이 거의 없다는 특성이 있다. 나아가, 기존의 인쇄매체를 이용한 선거운동이나 TV 토론 등의 방법은 유권자들과 의견교환이 어려운 후보자들의 일방적인 의견개진인 데 반하여, 인터넷을 이용한 선거운동은 후보자와 유권자 상호간의 쌍방향 의견교환을 가능하게 할 뿐만 아니라, 후보자의 입장에서 기존 언론매체의 중개를 거치거나 제3자의 간섭이나 통제를 받지 않고 후보자가 전달하고자 하는 메시지를 직접 유권자에게 전달할 수 있고, 유권자의 입장에서 그 자신의 선택에 따라 다양한 정보를 제공받거나 검색할 수 있어 후보자들을 쉽게 비교선택할 수 있게 되고, 유권자 상호간에도 선거와 후보자들에 관한 정보를 교환하여 토론할 수 있는 장점도 있다. 이러한 점들에 비추어 보면, 인터넷 선거운동은 건전하고 효율적인 저비용 선거운동문화의 확립을 위한 하나의 방안이 될 수 있는 것으로서, 제한, 금지의 대상으로 삼을 것이 아니라 오히려 적극 권장할 필요가 있다고 할 것이다. 따라서, 인터넷 선거운동에 대하여는 종전의 선거운동에 대한 제한기준을 그대로 적용하여서는 아니되고, 표현 촉진적 매체로서 기능하는 인터넷의 특수성에 비추어 표현의 자유의 규제에 관한 판단기준에 따라 가장 최소한의 제한에 그치는 수단을 선택하였는지 여부를 보다 엄격히 심사하여야 할 것이다”(헌재 2010. 6. 24. 2008헌바 169, 판례집 22-1하, 497의 2인의 위헌의견).

3. 정보통신망이용 선거운동의 허용 및 규제에 관한 제82조의4

정보통신망을 이용한 선거운동을 규정하고 있는 제82조의4 중 특히 제3항에서 제6항까지는 인터넷에 공직선거법 위반 정보가 유통되는 것을 막기 위하여 각급선거관리위원회가 인터넷 홈페이지 관리자 등에게 해당 정보의 삭제를 요청하거나 그 취급을 거부·정지·제한하도록 요청할 수 있도록 하고 있다. 따라서 법해석상 ‘공직선거법 위반 UCC나 트위터 문자’도 여기서 말하는 ‘공직선거법 위반 정보’에 해당될 수 있다. 그런데 각급선거관리위원회에 의한 공직선거법 위반 정보에 대한 삭제요청 또는 취급거부·정지·제한요청제도는 다음과 같은 점들에서 헌법적으로 정당한 것인가의 문제제기가 가능하다고 본다.

첫째, 그 대상이 공직선거법을 위반한 ‘불법’정보라고 하더라도, 정보의 불법성 여부에 대한 중극적인 판단권이 사법부에 있다는 점을 염두에 둘 때, 과연 사법부의 판단 이전에 선거관리위원회가 일정한 정보에 대해서 불법성을 이유로 삭제요청 혹은 당해 정보의 취급거부·정지·제한요청과 같은 규제조치를 부과하고, 그 불응시 형사벌을 부과하는 것이 헌법적으로 정당한가라는 의문이다.³⁶³⁾ 이와 관련하여서는 ‘사법작용과 행정작용의 구분’이라고 하는 매우 본질적인 문제가 존재한다. 즉 일정한 정보에 대해서 불법성을 이유로 삭제요청 혹은 당해 정보의 취급거부·정지·제한요청을 하는 것이 행정작용에 해당하는가 아니면 사법작용에 해당하는가의 문제이다. 만약 행정작용에 해당한다고 한다면, 일단 선거관리위원회가 정보의 공직선거법 위반 여부에 대한 판단을 전제로 삭제요청 혹은 당해 정보의 취급거부·정지·제한요청을 하는 것 자체는 헌법적으로 정당화될 여지가 있을 것이다. 반면에 사법작용

363) 이 제도는 연혁적으로 볼 때, 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」(이하 ‘정보통신망법’이라 함) 제44조의 7이 규정하고 있는 불법정보에 대한 방송통신위원회의 취급거부·정지·제한명령제도에서 원용해 온 것이다. 따라서 이러한 헌법적 정당성의 문제제기는 정보통신망법 제44조의 7이 규정하고 있는 불법정보에 대한 방송통신위원회의 취급거부·정지·제한명령제도에 대해서도 동일하게 적용된다.

에 해당한다고 한다면, 현행 헌법상 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속하기 때문에(헌법 제101조 제1항), 법원이 아닌 선거관리위원회가 정보의 공직선거법 위반 여부에 대한 판단을 전제로 삭제요청 혹은 당해 정보의 취급거부·정지·제한요청을 하는 것 자체가 헌법에 반할 것이다. 만약에 재판이 대표적인 사법작용의 형태이고, 재판을 “법적 권리 및 의무에 관한 분쟁에 있어서 권위적 해결의 제공(the provision of authoritative settlements of disputes about legal rights and duties)”으로 이해한다면³⁶⁴), 정보의 공직선거법 위반 여부에 대한 판단을 전제로 이루어지는 삭제요청 혹은 당해 정보의 취급거부·정지·제한요청은 사법작용에 해당할 가능성이 높다. 따라서 원칙적으로 이러한 것은 사법부에 의해 이루어져야 한다고 생각한다.

둘째, 경찰행정법리상 사법부의 의해 불법성 여부가 판단되기 이전에 금지대상행위나 위법행위에 대하여 사법부가 아닌 행정기관이나 기타 국가기관이 일정한 규제조치를 부과할 수 있다고 하더라도, 그 대상이 표현의 자유에 의해 보호를 받는 표현물이나 정보일 경우에도 적용하는 것이 과연 적절한가의 문제이다. 예컨대 영업시간을 위반하였다는 이유로 영업정지명령을 내렸을 경우(영업시간위반에 대해서는 별도의 형사적 제재가 가해진다고 가정하자)와 표현물이나 정보에 대해서 행정기관이 규제조치를 부과하는 경우를 동일하게 파악하여야 하는지의 문제이다. 표현의 자유가 여타의 기본권과 비교해 볼 때, 우월적 지위를 지니는 것이 일반적인 헌법이론이자 법리라는 점, 표현물이나 정보라는 것은 그 내용판단에 있어서 이념적·가치적 요소가 개입될 수 있다는 점, 공직선거법 위반 여부에 대한 판단에 있어서 선거관리위원회의 자의적인 판단의 가능성이 존재할 수 있다는 점 등에 비추어 볼 때, 표현물이나 정보에 대해서 사법부가 아닌 기타 국가기관이 직접적

364) Russel, Peter H., “Toward a General Theory of Judicial Independence”, in Russel, Peter H. & O’Brien, David M., *Judicial Independence in the Age of Democracy - Critical Perspectives from around the World*, University Press of Virginia, 2001, 9면.

인 내용규제조치를 부과하는 것은 부적절하다고 생각한다.

셋째, 검열의 금지라는 관점에서도 공직선거법 위반 정보에 대한 삭제요청 또는 취급거부·정지·제한요청제도는 그 문제점이 지적될 수 있다.³⁶⁵⁾ 선거관리위원회에 의해 이루어지는 공직선거법 위반 여부에 대한 판단은 사후심의의 형태를 띠고 있어서 우리 헌법이 절대적으로 금지하는 ‘사전검열’에는 해당되지 않겠지만, 지속적이고도 상시적인 모니터링을 통해서 공직선거법 위반 정보에 대한 삭제요청 또는 취급거부·정지·제한요청이 형사벌을 담보로 하여 이루어지고, 실제로 인터넷 홈페이지의 관리·운영자 및 정보통신서비스제공자에 의해 삭제 등이 이루어지는 경우에는 사전검열과 다름없는 효과를 유발할 수 있기 때문이다.³⁶⁶⁾

넷째, 설령 정보의 공직선거법 위반 여부에 대한 판단을 전제로 이루어지는 삭제요청 혹은 당해 정보의 취급거부·정지·제한요청이 ‘준사법적 기능’으로서 선거관리위원회가 담당하는 것이 헌법적으로 문제되지 않는다고 하더라도, 또한 이러한 것이 신속성 및 파급성이라고 하는 온라인매체의 특수성을 감안하여 필요하다고 하더라도, 공직선거법 제82조의4 제3항은 그 대상을 ‘이 법의 규정에 위반되는 정보’라고 하여 그 대상범위를 매우 포괄적으로 설정하고 있다는 점에서 문제는 여전히 남는다. 특히 그 대상이 선거와 관련된 정보라는 점, 현행 공직선거법상의 선거운동개념이 갖고 있는 그 내용상의 애매성이나 범위상의 광범성의 문제점, 공직선

365) 헌법재판소는 공직선거법 위반 정보에 대한 삭제요청 또는 취급거부·정지·제한요청제도와 거의 동일한 구조를 갖고 있던 불온통신 규제제도에 관한 사건에서 “형식적으로는 표현의 자유에 대한 사후제한이지만, 이용자-전기통신사업자 및 전기통신사업자-정보통신부장관의 역학관계에 비추어 볼 때 전기통신사업자는 정보통신부장관의 취급거부 등 명령이 없더라도 미리 사용약관 등에 의하여 이용자의 통신내용을 규제하고 이에 따라 이용자는 스스로 조심할 수밖에 없는, 실질적으로는 상시적인, 자체 감열체계로 기능하기 쉽다”고 판시한 적이 있다(헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616).

366) 이러한 맥락에서 미국에서는 행정기관의 사후심제도 사전제한(prior restraint)에 포함시켜 위헌이라는 법리가 형성된 것으로 이해된다. 자세한 것은 박경신, “사전검열 법리와 정보통신윤리위원회의 활동 - 법과학적 방법으로”, 인권과 정의 통권 제312호, 대한변호사협회, 2002. 8., 71-93면 참조.

거법 제82조의4와 공직선거법 제93조 제1항간의 체계부정합성의 문제점 등을 감안하면, 공직선거법 위반 정보에 대한 삭제요청 또는 취급거부·정지·제한요청제도는 UCC나 트위터를 이용한 일반 국민의 정치적 의사표현행위 내지 정치활동을 과도하게 제한할 위험성을 갖고 있는 것이다.³⁶⁷⁾

결론적으로 공직선거법 위반 정보에 대한 선거관리위원회의 삭제요청 또는 취급거부·정지·제한요청제도는 위와 같이 사법부가 아닌 국가기관에 의한 직접적인 표현물 내용규제조치의 헌법적 정당성이라고 하는 근본적인 문제를 갖고 있을 뿐만 아니라, 설령 헌법적으로 정당화된다고 하더라도 가능한 일반국민의 정치적 의사표현이나 정치활동을 제약하지 않는 방향으로 개정되어야 할 것으로 보인다.

4. 인터넷언론사 게시판·대화방 등의 실명확인제에 관한 제82조의6

공직선거법상의 인터넷언론사 게시판·대화방 등의 실명확인제와 관련하여서는 헌법재판소는 최근에 구 공직선거법상의 실명확인제에 대해서 합헌결정을 내렸다.³⁶⁸⁾ 이하에서는 헌법재판소의

367) 각급선거관리위원회에 의한 취급거부·정지·제한요청제도에 대해서 개념의 불명확성과 포섭범위의 광범위성으로 인해 정치적 표현의 자유가 위축될 위험성이 존재하므로 신중하고 구체적인 요건화가 필요하다는 지적도 바로 이와 같은 맥락에서 제기되는 것으로 이해된다. 조소영, “인터넷 선거운동(E-Campaigning)에 대한 헌법적 고찰”, 헌법학연구 제11권 제2호, 한국헌법학회, 2005. 6., 433면.

368) 헌재 2010. 2. 25. 2008헌마324등, 판례집 22-1상, 347, 공직선거법 제82조의 6 제1항 등 위헌확인, 공직선거법 제82조의 6 제1항 등 위헌소원. 이 사건에서의 심판대상조항은 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되고, 2008. 2. 29. 법률 제 8879호로 개정되기 전의 구 공직선거법 제82조의 6이었다. 그런데 2005. 8. 4. 개정 이전의 구 공직선거법 제82조의 6이 규정하고 있던 실명확인제, 즉 2004년 3월 12일 개정된 공직선거법상에서 최초로 도입되었던 실명확인제에 대해서 헌법재판소는, 실제로 시행되지도 못한 채 개정되고 2005. 8. 4.부터 개정법이 시행되었으므로, 청구인들이 실명확인조항으로 인하여 기본권을 현실적으로 침해당하였다고 보기 어렵고, 청구인들에게 실명확인조항의 위헌확인을 청구할

합헌결정을 전제로 하여 실명확인제의 문제점을 분석하기로 한다.³⁶⁹⁾

먼저 공직선거법상의 실명확인제의 문제점을 분석하기 위해서는 실명확인제의 목적이 무엇인가에서부터 출발해야 할 것이다. 이와 관련하여 구 공직선거법상의 실명확인제에 대한 합헌결정의 다수의견은 “선거기간 중 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에서 후보자에 대한 인신공격과 흑색선전이 난무하는 경우가 많고, 부당한 선거운동이나 소수에 의한 여론 왜곡으로 선거의 평온과 공정이 위협받을 가능성이 있기 때문에, 이로 인한 사회경제적 손실과 부작용을 방지하고 선거의 공정성을 확보하기 위한 것”을 실명확인제의 입법목적으로 이해하면서, “정당·후보자에 대한 지지·반대의 글을 게시할 수 있도록 하는 경우에는 실명확인을 거치도록 함으로써 후보자에 대한 인신공격이나 각종 흑색선전이 줄어들 수 있고, 이로 인하여 선거의 공정성의 확보 효과를 거둘 수 있음이 예상되므로 수단의 적합성도 인정되고 그 제한의 실효성이 의심된다는 이유만으로는 이를 부정할 수는 없다고 할 것”이라고 판시하면서 수단의 적합성도 인정하고 있다. 결국 다수의견에 따르면, 실명확인제의 입법목적은 실명확인을 통해 후보자에 대한 인신공격과 흑색선전, 부당한 선거운동이나 소수에 의한 여론왜곡을 막는 데 있다는 것이고, 그 효과성을 인정하고 있는 셈이다. 여기서 다음과 같은 두 가지 의문이 제기될 수 있다.

첫째, 실명이 확인되지 않은 상태, 즉 소위 ‘익명성’과 ‘후보자에 대한 인신공격과 흑색선전, 부당한 선거운동이나 소수에 의한 여론 왜곡’이 어떠한 논리적 상관성을 가지는가이다. 이 문제제기는 익명성과 해악적인 의사표현간의 논리적 상관성에 관한 것이다. 기본적으로 “익명성은 도덕적으로 중립적이다(anonymous com-

주관적 권리보호의 이익이 있다고 볼 수 없다는 이유로 각하결정을 내린 적이 있다. 헌재 2007. 12. 27. 2004헌마218등, 공보 135, 93, 공직선거 및 선거부정방지법 제82조의6 위헌확인 등.

369) 공직선거법상의 실명확인제의 위헌성에 관하여 자세한 것은 황성기, “인터넷 실명제에 관한 헌법학적 연구”, 法學論叢 제25집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2008. 3., 14-26면 참조.

munication online is morally neutral)”는 원칙을 감안한다면³⁷⁰⁾, 익명성과 해악적인 의사표현간의 논리적 상관성은 분명하지 않다.³⁷¹⁾ 실제로 공직선거법상의 실명확인제라든지 정보통신망법상의 본인확인제의 소위 ‘악플억제효과 혹은 역기능억제효과’에 대해서는 현재 논란이 분분하다. 만약 익명성과 해악적인 의사표현간의 논리적 상관성이 존재한다면, 익명성과 유익한 의사표현간의 논리적 상관성도 존재하는 것이다. 따라서 이 원칙에 입각하면, 익명성에 대한 도덕적 가치판단을 전제로 해서 모든 인터넷상의 일탈행위 내지 역기능의 원인이 익명성에 있고, 그 익명성을 제거하면 이러한 역기능이 해소될 것이라는 관점은 전혀 과학적이지 못

370) ‘미국과학발전협회(American Association for the Advancement of Science)’가 1997년 11월 회의에서 향후 인터넷에 대한 규제시스템이나 규제정책들을 설계함에 있어서 온라인에서의 익명커뮤니케이션(anonymous communication online)을 보장하기 위해 제시한 4가지 원칙들 중의 하나이다. “익명성은 도덕적으로 중립적이다”라는 원칙은 익명성을 이용하여 야기될 수 있는 양면성, 즉 순기능적 측면과 역기능적 측면을 구분하는 것이 중요하고, 역기능적 측면이 순기능적 측면을 불필요하게 제한하는 근거로 활용되어서는 안 된다는 것을 강조하는 의미를 갖고 있다. 한편 이들 4가지 원칙들에 관한 설명으로는 Kling, Rob, Lee, Ya-ching, Teich, Al & Frankel, Mark S., “Anonymous Communication Policies for the Internet - Results and Recommendations of the AAAS Conference”, in Baird, Robert M., Ramsower, Reagan & Rosenbaum, Stuart E. (ed.), *Cyberethics - Social & Moral Issues in the Computer Age*, Prometheus Books, 2000, 99-101면 참조.

371) 이 점은 구 공직선거법상의 실명확인제에 대한 합헌결정에서의 반대의견도 분명하게 인식하고 있다. “선거운동기간 중에 인터넷 게시판 등에서 이루어지는 실명확인제가 흑색선전을 막기 위한 실효성 있는 수단이라고 볼 수 있을지도 의문이다. 선거후보자에 대한 흑색선전은 단순한 후보자 비판의 문제가 아니라, 치밀한 사전계획에 입각하여 조직적으로 이루어지는 것이 일반적이므로 인터넷 실명제를 실시한다고 하여도 방지되기 어려운 활동이다. 즉, 해악적인 의사표현은 사회적 상황의 여러 조건들이 변수로 작용하여 나타나는 것이지, 익명표현을 허용함에 따라 필연적으로 발생하는 문제라 볼 수 없다. 정당한 익명표현과 해악적 익명표현을 구분하기 위해 해악의 범위를 정할 수 있는 명확한 사회적 합의도 도출하기 어려운 상황에서, 책임 있는 의견이 개진되거나 위법한 표현행위가 감소될 것이라는 추상적인 가능성만으로 해악적 익명표현 뿐만 아니라 유익한 익명표현까지 사전적이고 포괄적으로 규제하는 것은 정치적 의사표현을 위축시켜 선거의 공정이라는 입법목적 달성에 오히려 장애가 된다고 할 것이다”(헌재 2010. 2. 25. 2008헌마324등, 판례집 22-1상, 347의 반대의견).

할 뿐만 아니라 논리의 비약이라고 할 것이다.

둘째, 실명을 확인하는 것이 익명성을 제거하는 것인가이다. 이 문제제기는 실명확인과 익명성 제거간의 논리적 상관성에 관한 것이다. 실명을 확인하기 위한 가장 일반적인 방법은 본인의 '실명과 주민등록번호와의 일치 여부'일 것이다.³⁷²⁾ 그런데 실명과 주민등록번호와의 일치 여부는 주로 초기 전자상거래에 있어서 거래의 투명성과 안전성을 확보하기 위해 필요한 거래당사자의 신원확인용 혹은 본인확인용으로 사용하였던 방법이었다.³⁷³⁾ 따라서 본인인지 여부가 확인되었다고 해서 익명성이 완전히 제거된다고 보기는 힘들다. 즉 인터넷이용자의 실명이 게시판이나 대화방 등에 표출되지 않는 이상은 익명성이 완전히 제거된다고 보기는 힘들다. 이 말은 곧 실명확인이나 본인확인방법은 '후보자에 대한 인신공격과 흑색선전, 부당한 선거운동이나 소수에 의한 여론 왜곡의 방지' 혹은 '의사표현의 내용에 대한 통제'를 위한 '적절하고도 적합한' 방법이 아니라는 것을 의미한다. 이러한 관점에서 보면, 실명확인이나 본인확인방법은 '사후의 추적가능성'을 담보하기 위한 것이고, 이러한 법집행기관의 추적가능성을 수단으로 의사표현에 대한 위축효과를 얻고자 한다는 것인데, 이렇게 국민을 잠재적 범죄자로 취급하는 것이 선거과정을 통하여 국민이 정치적 의사를 충

372) 물론 타인의 주민등록번호를 도용해서 실명확인을 받는 경우에는 실명확인제 자체가 전혀 무의미해진다.

373) 이러한 측면에서 공직선거법상의 실명확인제와 정보통신망법상의 본인확인제는 그 구조나 원리가 동일하다. 이에 따라 공직선거법 제82조의6 제1항 단서는 인터넷언론사가 정보통신망법 제44조의5에 따른 본인확인조치를 한 경우에는 그 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치를 한 것으로 보고 있다. 그런데 정보통신망법상의 본인확인제는 동법 제44조의5 제1항 제2호 및 동법시행령 제30조 제1항에 의거하여, '전년도 말 기준 직전 3개월간의 일일평균 이용자가 10만명 이상인 정보통신서비스제공자'에 대해서 적용되므로, 공직선거법상의 실명확인제가 적용되는 대상은 쉽게 이야기하면 일일평균 이용자가 10만명 이하인 중소기업의 인터넷언론사가 될 것이다. 그런데 행정안전부와 관리하는 주민등록번호 DB가 개방되지 않는 경우 인터넷언론사는 신용정보업자가 관리하는 DB를 활용할 수밖에 없는데, 이 경우에는 비용이 발생하기 때문에, 중소기업의 인터넷언론사의 입장에서는 비용부담의 문제가 현실적으로 발생할 수 있다.

분히 표현하고 국민의 정치참여를 최대한 실현해야 한다는 원칙에 부합하는지는 의문이다.

위에서는 익명성과 해악적인 의사표현간의 논리적 상관성, 실명 확인과 익명성 제거간의 논리적 상관성에 관한 문제제기를 하였다. 이러한 문제점 이외에 실명확인제는 구체적인 실명확인의 방법과 관련된 문제점을 지적할 필요가 있다.

실명을 확인하기 위한 가장 일반적인 방법은 본인의 ‘실명과 주민등록번호와의 일치 여부’이다. 그런데 재미있는 것은 공직선거법 제82조의6 제5항은 “인터넷언론사는 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에서 정보 등을 게시하고자 하는 자에게 주민등록번호를 기재할 것을 요구하여서는 아니된다”고 규정하고 있다는 점이다. 바로 여기서 의문이 하나 생긴다. “인터넷언론사는 어떠한 방법으로 실명확인을 할 수 있는가?”

사실 공직선거법 제82조의6 제1항이 규정하고 있는 ‘행정안전부장관 또는 신용정보업자가 제공하는 실명인증방법’은 바로 ‘실명과 주민등록번호와의 일치 여부’를 통한 방법을 의미한다. 일반적으로 실명확인 메커니즘은 ① 인터넷이용자가 인터넷언론사의 게시판에 글을 게시하고자 하는 경우 실명과 주민등록번호의 입력을 요구하는 창이 뜨고, ② 인터넷이용자가 자신의 실명과 주민등록번호를 입력하면, ③ 자동적으로 행정안전부와 관리하는 주민등록번호 DB나 신용정보업자가 관리하는 DB에 전송되어 그 일치 여부를 확인한 뒤, 다시 인터넷언론사에 전송되면, ④ 인터넷이용자가 글을 게시할 수 있거나 못하게 하는 방식으로 이루어진다. 이러한 실명확인 메커니즘을 염두에 둔다면, 공직선거법 제82조의6 제1항과 제5항은 상호모순 내지 충돌되는 내용을 담고 있다.

물론 주민등록번호를 활용하지 않는 실명확인방법을 상정할 수 있다. 그러한 것으로는 다음 두 가지 정도일 것이다.

첫째, 실명과 매칭시킬 수 있는 정보를 주민등록번호가 아닌 기타 개인정보, 예컨대 주소, 전화번호 등을 활용하는 방법이다. 실제로 일부 인터넷포털사이트에서는 회원가입시 주민등록번호를 요구하지 않고 있다. 문제는 실제로 이러한 방법이 ‘행정안전부장관

또는 신용정보업자가 제공하는 실명인증방법'에 포함되어 제공되고 있느냐이다. 그렇지 않다면 인터넷언론사의 입장에서는 공직선거법 제82조의6 제5항으로 인해 실명인증방법이 아예 불가능하다고 판단하여 실명확인을 위한 기술적 조치의무를 준수하지 않거나, 아니면 공직선거법 제82조의6 제5항을 아예 무시하여 주민등록번호의 기재요구 금지규정을 준수하지 않거나, 아니면 아예 게시판 등을 개설하지 않거나의 방법 중에서 하나를 선택할 수밖에 없게 되는 것이다. 물론 인터넷언론사가 회원모집 시 자체적으로 수집한 주소, 전화번호 등을 활용하는 방법을 상정할 수 있지만, 이러한 방법을 과연 현재 모든 인터넷언론사가 일반적으로 채택하고 있는지는 의문이며, 또한 이러한 방법 자체는 공직선거법 제82조의6 제1항이 규정하고 있는 '행정안전부장관 또는 신용정보업자가 제공하는 실명인증방법' 자체를 무의미하게 만들어 버린다.

둘째, 공인인증서라든지 아이핀(i-pin)³⁷⁴을 활용하는 방법이다. 먼저 아이핀의 현재 보급률은 전체 인터넷이용인구비율 대비 1%도 안 되는 수준인데, 행정안전부와 주요 인터넷포털사이트에서만 활용하고 있는 형편이다. 공인인증서의 경우에는 인터넷뱅킹의 일반화로 이전보다는 많이 보급되었지만, 여전히 모든 국민을 커버할 수는 없다. 결국 이 문제는 헌법상 평등원칙, 즉 공인인증서나 아이핀이 없는 사람들을 차별한다는 점에서 평등원칙의 위반의 위험성이 항시 존재한다.

위와 같이 실명확인방법과 관련된 문제점들은 공직선거법상의 실명확인제 그 자체의 내부적 모순의 문제점, 입법체계상의 문제점, 현실적인 실현가능성 및 실효성의 문제점 등을 극명하게 보여주는 사례라고 할 것이다.

374) 아이핀(Internet Personal Identification Number, i-PIN)은 정부가 아닌 민간 기업에서, 그 중에서도 특히 인터넷의 웹사이트에서 개인의 주민등록번호를 수집하고 이용하는 일이 많아짐에 따라 주민등록번호의 대규모 유출, 주민등록번호의 도용 및 각종 범죄에의 악용 등의 부작용이 나타나자 이를 해결하기 위해 정보통신부(2008년 폐지)와 한국정보보호진흥원(2009년 한국인터넷진흥원으로 통합)이 개발한 사이버 신원확인 번호체계이다. 일종의 인터넷 가상 주민등록번호라고 볼 수 있다.

마지막으로 인터넷언론사의 범위가 포괄적이고 광범위할 수 있다는 문제점과 맞물리는 경우에는, 실명확인제가 갖는 전반적인 위축효과는 더욱더 커질 수 있다는 점을 또한 지적할 수 있겠다.³⁷⁵⁾

결론적으로 공직선거법상의 실명확인제는 실명이 확인된 사람만 선거운동기간 중 정당·후보자에 대한 지지·반대의사를 표명할 수 있게 제한함으로써, 사실상의 위축효과로 인해 일반국민의 정치적 표현을 상당한 정도로 위축시킬 위험성을 갖고 있다.³⁷⁶⁾ 즉 일반국민의 정치적 표현행위와 정치활동은 정치적 표현의 자유라는 관점에서 최대한 보장되어야 할 것인데, 공직선거법상의 실명확인제는 일반국민의 정치적 표현행위와 정치활동을 ‘장려’하기보다는 오히려 ‘억제’하는 방향으로 입안된 정책이라는 점에서, 그 위헌 여부는 별도로 차치하더라도 ‘후보자와 일반국민의 차별화명제’에 전혀 부합하지 않는 것이다.

375) 이 점은 구 공직선거법상의 실명확인제에 대한 합헌결정에서의 반대의견도 분명하게 지적하고 있다. “이 사건 법률조항의 규제대상인 ‘인터넷 언론사’의 범위가 모호하고 광범위하다는 문제점 역시 지적될 수 있다. ‘인터넷 언론사’란 “신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률” 제2조 제7호의 규정에 따른 인터넷 신문사업자 그 밖에 정치·경제·사회·문화·시사 등에 관한 보도·논평·여론 및 정보 등을 전파할 목적으로 취재·편집·집필한 기사를 인터넷을 통하여 보도·제공하거나 매개하는 인터넷홈페이지를 경영·관리하는 자와 이와 유사한 언론의 기능을 행하는 인터넷홈페이지를 경영·관리하는 자”를 말한다(공선법 제8조의5 제1항). 그런데 누구나 관심사항을 인터넷에 올리고 전파할 수 있는 현대사회의 특수성을 고려한다면, 사실상 모든 웹사이트들이 인터넷 언론사에 해당될 수 있을 뿐만 아니라, 기사를 취재, 편집하는 경우뿐만 아니라 단순히 ‘매개’하는 경우까지 이에 해당된다고 보아 그 범위를 한정하기 곤란하며, ‘이와 유사한 언론 기능’이라는 부분 역시 모호하므로 규제대상이 무한정 확대될 우려가 있다”(헌재 2010. 2. 25. 2008헌마324등, 판례집 22-1상, 347의 반대의견).

376) 조소영 교수는 익명에 의한 정치적 표현행위의 헌법적 가치를 고려할 때, 공직선거법의 실명확인제가 표현 내용에 대한 규제로서 작동한다는 점, 익명적 표현행위자의 개인적 측면에서 불이익을 강요한다는 점에서 헌법적 문제점을 갖고 있는 것으로 분석하고 있다. 조소영, “인터넷 선거운동 법제화의 현실검토와 헌법적 범주에서의 새로운 법제화를 위한 연구 - 인터넷 실명제 검토를 중심으로”, 공법학연구 제9권 제4호, 한국비교공법학회, 2008. 11., 247-253면 참조.

더 나아가서 공직선거법상의 실명확인제는 ‘매체특성론적 차별 화명제’에도 부합하지 않는다. 왜냐하면 일반국민이 선거과정을 통하여 국민이 정치적 의사를 충분히 표현하고 국민의 정치참여를 최대한 실현할 수 있는 대표적인 매체가 바로 인터넷게시판이다. 인터넷게시판에는 ‘데스크’가 없기 때문에 자유롭게 의사표현을 할 수 있어서 의사표현기회의 균형성이 확보될 수 있고, 모든 인터넷 이용자들이 볼 수 있기 때문에 투명성이 확보되며, 게시판에 글을 올리는 데에는 비용이 거의 들지 않기 때문에 저비용성이 제고된다. 그렇다면 인터넷게시판에서 일반국민들이 정당·후보자에 대한 지지·반대의 글을 자유롭게 게시하는데 장애가 되는 ‘허들’을 법적으로 강제해서는 안 된다. 즉 정치적 공론장으로서의 진입 자체를 어렵게 하거나 불편하게 해서는 안 되는 것이다. 하지만 공직선거법상의 실명확인제는 바로 이러한 허들을 법적으로 그리고 제재조치를 담보로 해서 국가가 강제한다는 점에서 인터넷에 대한 규제는 여타의 매체보다 ‘완화된 기준과 덜 엄격한 정도의 수준’으로 이루어져야 한다는 명제에 부합하지 않는 것이다.

마지막으로 실명확인제의 채택 여부는 각 개별 인터넷언론사들에게 맡겨야 할 문제라고 생각한다. 다시 말하면 실명확인제의 채택 여부는 국가가 강제할 것이 아니라, 각 개별 인터넷언론사들이 자신의 경영전략 내지 경영정책 중의 하나로 활용할 수 있게 하는 것이 타당하다.³⁷⁷⁾ 예컨대 A인터넷언론사는 게시판서비스를 제공함에 있어서 철저하게 실명제를 채택할 수도 있고, B인터넷언론사는 게시판서비스를 제공함에 있어서 비실명제를 채택할 수도 있다. 이 경우 어느 인터넷언론사를 이용할지는 인터넷이용자의 선

377) 이것이 바로 위에서 언급한 온라인에서의 익명커뮤니케이션(anonymous communication online)을 보장하기 위해 제시한 4가지 원칙들 중의 하나인 ‘커뮤니티의 자율성의 원칙’이다. 즉 “온라인커뮤니티에 대해서 익명커뮤니케이션의 이용에 관한 자신만의 고유한 정책이나 조건을 설정할 수 있게 허용되어야 한다”는 원칙이다(online communities should be allowed to set their own policies regarding the use of anonymous communication). 이것은 결국 개인이 실명으로 의사표현을 하든 익명으로 의사표현을 하든, 또한 게시판 등의 온라인커뮤니티를 운영하는 자가 실명제방식으로 그것을 운영하든 익명제방식으로 운영하든, 각 개별 주체에게 선택권을 보장해야 한다는 원칙을 의미한다.

택에 맡기는 것이다. 자신의 개인정보를 제공하는 위험이나 불편함을 무릅쓰고도 보다 ‘순화된’ 것이라고 생각되는³⁷⁸⁾ 선거관련정보를 얻고 싶은 이용자는 A인터넷언론사의 게시판서비스를 이용하면 될 것이고, 자신의 개인정보를 제공하거나 신원을 확인받고 싶지 않은 이용자는 상대적으로 좀 ‘터프한’ 선거관련정보들이 게시되는 B인터넷언론사의 게시판서비스를 이용하면 될 것이다. 다만 후자의 경우에도 후보자의 명예를 훼손하거나 비방하는 정보나 허위사실을 유포하는 정보에 대해서는 공직선거법상의 규제장치들이 여전히 적용될 수 있고, 또한 자체적으로 개발해서 적용하는 자정메커니즘을 통해 보다 순화된 방식으로 자신의 게시판이 운용되도록 B인터넷언론사가 노력을 할 것이다. 이렇게 사회영역에서의 자율에 맡겨야 하는 이유는, 바로 인터넷의 특성이자 본질인 개방성, 상호작용성, 탈중앙통제성, 접근의 용이성, 다양성 등이 선거관련정보의 다양성과 여과기능을 소셜(social)하게 형성할 수 있게 해줌으로써 정치적 공론장에서의 자정메커니즘이 작동할 수 있는 환경이나 구조를 마련해 주기 때문이고, 또한 정치적 공론장에서의 자정메커니즘이 제대로 작동하지 않을 때만 국가가 법적으로 개입하는 것이 타당하기 때문이다.

5. 소위 UCC이용 선거운동방법의 처벌에 관한 제93조 제1항

현행 공직선거법 제93조 제1항과 이와 거의 유사한 취지의 내용을 담고 있던 조항들에 대해서 우리 헌법재판소는 줄곧 합헌결정을 선고해 왔다.³⁷⁹⁾ 그런데 2009년도에 인터넷상의 UCC에 대해서

378) 물론 이 경우 ‘객관적’으로 순화된 것인지 아니면 ‘주관적’으로 순화된 것인지에 대한 평가는 여기서 보류하겠다. 그리고 완전실명제를 채택하고 있는 인터넷언론사의 게시판이나 댓글들이 악플의 전형인 경우도 많다.

379) 헌재 1995. 4. 20. 92헌바29등, 판례집 7-1, 499; 헌재 2001. 8. 30. 99헌바92등, 판례집 13-2, 174; 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마193, 판례집 13-2, 526; 헌재 2001. 12. 20. 2000헌바96등, 판례집 13-2, 830; 헌재 2002. 5. 30. 2001헌바58, 판례집 14-1, 499; 헌재 2006. 5. 25. 2005헌바15, 공보 116, 803; 헌재 2007. 1. 17. 2004헌바82, 판례집 19-1, 1.

도 공직선거법 제93조 제1항의 ‘이와 유사한 것’에 해당하다고 판단하여 처벌하는 것의 위헌 여부와 관련하여서도 합헌결정이 내려졌다.³⁸⁰⁾ 그리고 위에서 살펴본 바와 같이 트위터와 같은 마이크로블로그도 공직선거법 제93조 제1항의 ‘이와 유사한 것’에 해당한다는 것이 중앙선거관리위원회의 유권해석이다.

공직선거법 제93조 제1항의 문제점을 분석하기 위해서는 그 입법목적부터 살펴보아야 할 것이다. 먼저 헌법재판소는 위의 합헌결정에서 공직선거법 제93조 제1항의 입법목적으로 “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 방지”하는 데 있는 것으로 보고 있다.

그런데 위와 같은 입법목적에 비추어 볼 때, 공직선거법 제93조 제1항의 ‘이와 유사한 것’에 UCC와 트위터를 포함시켜 규제하는 것은 다음과 같은 점들에서 문제점이 발생할 수 있다.

첫째, 공직선거법 제82조의4 제1항이 규정하고 있는 정보통신망을 이용한 선거운동 허용규정으로 인하여, UCC와 트위터 등 인터넷을 활용하는 경우에 한해서는 사실상 공직선거법 제93조 제1항이 무의미한 조항이 될 수 있다는 점이다. 특히 이러한 문제점은 현재의 선거운동개념을 전제로 하는 경우에 발생한다. 즉 ‘정보통신망을 통한 선거운동행위’와 ‘선거에 영향을 미치게 하기 위하여 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용을 포함하거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 UCC나 트위터 문자를 배포하는 행위’가 어떠한 차이가 있는가 하는 점이다. 사실상 차이가 없다고 해석한다면, 비록 공직선거법 제93조 제1항이 ‘선거일전 180일부터 선거일까지’로 금지기간을 설정하고 있지만, 공직선거법 제82조의4 제1항과의 조화적인 해석을 고려하면, 공직

380) 헌재 2009. 7. 30. 2007헌마718, 판례집 21-2상, 311, 공직선거법 제93조 제1항 위헌확인. 이 결정 직전에는 휴대전화 문자메시지 전송을 공직선거법 제93조 제1항에 따라 금지하는 것에 대해서는 합헌결정이 내려진 적이 있다. 헌재 2009. 5. 28. 2007헌바24, 판례집 21-1하, 599, 공직선거법 제93조 제1항 위헌소원.

선거법 제93조 제1항이 적용되는 기간은 ‘선거일전 180일부터 선거운동기간 개시 전일까지’가 된다.³⁸¹⁾ 바로 여기서 문제가 발생한다. 즉 ‘정보통신망을 통한 선거운동행위’와 ‘선거에 영향을 미치게 하기 위하여 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용을 포함하거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 UCC나 트위터 문자를 배포하는 행위’가 어떠한 차이가 없다고 한다면, UCC나 트위터 등 인터넷을 활용한 정치적 의사표현에 한해서는 공직선거법 제93조 제1항 자체가 무의미한 조항이 되어 버린다는 것이다. 왜냐하면 공직선거법 제82조의4 제1항만으로도 충분히 규율할 수 있기 때문이다. 더 나아가서 앞에서도 지적한 바 있지만, 오히려 공직선거법 제82조의4 제1항으로 인하여 선거운동기간 이전에는 ‘그 기간에 상관없이’ UCC나 트위터를 이용한 일반국민의 정치적 의사표현행위 내지 정치활동이 전면금지될 수도 있다.³⁸²⁾

둘째, 설령 공직선거법 제93조 제1항이 나름대로 유의미하고 필요한 조항이라고 하더라도, 공직선거법 제93조 제1항의 ‘이와 유사한 것’에 UCC와 트위터를 포함시켜 규제하는 것이 타당하나의 문

381) 2009년도의 2007헌마718결정에서 제시되었던 합헌의견도 바로 이 점을 인정하고 있다. “공직선거법 제82조의4 제1항은 선거운동을 할 수 있는 자가 선거운동기간 중에 정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 선거운동을 위한 내용의 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 것을 허용하는바, ‘UCC(이용자제작콘텐츠)’의 배포는 이미 상당한 범위에서 허용되어 있다. 결국 이 사건 법률조항에 의한 ‘UCC(이용자제작콘텐츠)’의 배포 금지는 후보자나 후보자가 되고자 하는 자, 예비후보자에 해당하지 아니하는 일반 유권자 등이 선거운동기간 이전에 ‘UCC(이용자제작콘텐츠)’를 배포하는 것과 같은 일정범위 내에서 적용되는 바”(헌재 2009. 7. 30. 2007헌마718, 판례집 21-2상, 311의 합헌의견).

382) 본문의 의견과 약간 다른 맥락이지만, 문제가 있는 선거 UCC를 개별적으로 선별하여 이러한 선거 UCC에 공직선거법 제82조의 4 제2항 및 제3항, 제82조의 5 제1항과 제4항 등 이미 정보통신망을 이용한 정보의 전송 등으로 인하여 발생할 폐해를 방지하기 위한 법적 조치와 공직선거법 제8조의 5 및 제8조의 6의 인터넷선거보도심의위원회제도 및 정정보도제도도 적용하여 UCC의 배포로 인한 폐해를 최소화시킬 수 있다는 점에서, 공직선거법 제93조 제1항에서 선거 관련 UCC의 배포를 일률적으로 금지하는 것은 최소침해의 원칙에 반한다는 견해도 존재한다. 이회훈, “공직선거법 제93조 제1항의 헌법제판소 2009. 7. 30. 2007헌마718 결정에 대한 평석 - UCC의 배포금지에 대한 비판을 중심으로”, 언론과 법 제8권 제2호, 한국언론법학회, 2009. 12., 393면.

제점이 제기된다. 이와 관련하여 주목을 요하는 것이 공직선거법 제93조 제1항의 입법목적인 ‘선거운동 기회균등 보장의 원칙에 입각하여 선거운동의 부당한 경쟁 및 후보자들 간의 경제력 차이에 따른 불균형 방지’이다. 이러한 입법목적은 다음 두 가지 차원에서 공직선거법 제93조 제1항의 규제방식과 조화될 수 없다.

① 공직선거법 제93조 제1항은 주체를 ‘누구든지’로 설정함으로써, 후보자나 정당뿐만 아니라 일반국민도 수범자로 상정하고 있다. 그런데 헌법재판소가 확정한 입법목적의 달성을 위해서 가장 ‘적확한’ 규제방식은 후보자나 정당에 의하여 이루어지는 탈법방법에 의한 선거운동만을 그 대상으로 해야 한다. 하지만 공직선거법 제93조 제1항은 모든 일반국민을 수범자로 설정함으로써, 그 입법목적에 비하여 규제대상범위가 과도하게 확장되어 있는 것이다.³⁸³⁾ 이것은 초두에서 제시한 명제 중의 하나인 ‘후보자와 일반국민의 차별화명제’에도 부합하지 않는다고 할 것이다.

② 공직선거법 제93조 제1항의 입법목적이 타당하다면, 후보자들 간의 경제력 차이에 따른 불균형이 발생하지 않는 매체를 활용하는 경우에는 규제를 하는 것이 아니라 오히려 허용되고 장려되어야 하는 것이, 선거운동의 자유나 정치적 표현의 자유라는 관점에 부합한다. 따라서 여기서도 ‘매체특성론적 차별화명제’는 여전히 유의미하다. 즉 UCC나 트위터는 누구나 접근할 수 있고 손쉽게 활용할 수 있는 매체이다. 따라서 UCC나 트위터를 이용한 선거운동이나 정치적 의사표현에 있어서는 후보자들 간의 경제력 차이에 따른 불균형이 발생하지 않는다. 그렇다면 UCC나 트위터를 이용한 선거운동이나 정치적 의사표현을 ‘이와 유사한 것’에 포함시키는 것은 입법목적에 비하여 과도한 제한이라고 할 수밖에 없는 것이다.³⁸⁴⁾

383) 유권자의 선거운동의 자유에 대한 실질적 보장이라는 맥락에서 UCC이용 선거운동방법의 차별에 관한 2009년 합헌결정에 대한 비판으로는 고민수, “유권자의 선거운동의 자유에 대한 제한과 문제점 - 「공직선거법」 제93조 제1항 위헌확인사건(2007헌마718)에 대한 헌법적 고찰”, 언론과 법 제8권 제2호, 한국언론법학회, 2009. 12., 29-48면 참조.

384) 2009년도의 2007헌마718결정에서 제시되었던 4인의 위헌의견도 바로 이 부

결론적으로 공직선거법 제93조 제1항 자체가 선거운동의 자유와 정치적 표현의 자유에 대한 과도한 제한으로서 위헌성이 높다고 생각한다.³⁸⁵⁾ 설령 보수적으로 생각한다고 하더라도, 최소한 UCC나 트위터를 이용한 선거운동이나 정치적 의사표현을 ‘이와 유사한 것’에 포함시키는 것은 과잉금지의 원칙에 반하고, 입법론적으로는 UCC나 트위터 등 인터넷을 활용한 정치적 의사표현은 전면적으로 허용되어야 한다고 생각한다.³⁸⁶⁾

분을 지적하고 있다. “이용자제작콘텐츠(UCC)는 인터넷 홈페이지 등에 게시되거나 정보통신망을 통하여 배포됨으로써 한 번에 후보자에 대한 정보를 유권자에게 알릴 수 있고, 유권자 입장에서도 확인과 보관 및 그에 대한 의견교환이 용이하다는 점에서 편리한 선거운동 방법일 뿐 아니라 그 비용도 비교적 저렴하여 후보자의 경제력에 따른 불균형문제가 심각하지 않다. 또한, 현재와 같이 우리나라 유권자의 대부분이 인터넷을 사용하고 있으므로 이를 선거운동 방법으로 허용한다 하여 후보자 간의 공정성을 해치지 않을 뿐 아니라, 이용자제작콘텐츠(UCC)의 성격상 선거의 평온을 깨뜨린다고 볼 수도 없다. 공직선거법이 사전선거운동 금지조항에도 불구하고 후보자는 물론 후보자가 되고자 하는 자는 선거운동기간 전이라도 자신이 개설한 인터넷 홈페이지를 이용하여 언제든지 선거운동을 할 수 있도록 하고(제59조 제3호), 예비후보자의 경우 전자우편을 이용하여 각종 정보를 전송할 수 있도록 규정하고 있는 것도(제60조의3) 이와 같이 인터넷을 이용할 경우 경비가 절약되고 정보수용자의 선택 내지 수신자의 수신행위를 매개로 정보가 전달된다는 점에서 선거의 불공정성을 초래할 위험성이 다른 매체보다 적기 때문이라는 맥락에서 이해할 수 있다”(헌재 2009. 7. 30. 2007헌마718, 판례집 21-2상, 311의 4인의 위헌의견).

385) 이러한 측면에서 2009년도의 2007헌마718결정에서 제시되었던 조대현 재판관의 위헌의견이 설득력이 있다고 본다. “나는 이미 2004헌마217, 2004헌바82 사건 등에서 공직선거법 제93조 제1항 본문이 헌법에 위반된다는 의견을 표시하였다. 문서·도화 등을 이용한 선거운동은 후보자를 가장 정확하게 알리고 가장 정확하게 파악할 수 있는 선거운동방법이며 비용도 저렴하고 선거의 공정성을 해칠 위험도 적기 때문에, 정치적 표현의 자유로서 보장되어야 하고, 이를 금지하는 것은 선거운동의 자유를 정당한 사유도 없이 제한하는 것이다. UCC는 문자·언어·사진·동영상·음악·미술 등을 이용한 복합적 의사표현 방법이지만, 그것을 이용한 선거운동도 문자·도화 등을 이용한 선거운동과 마찬가지로 금지할 이유가 없다고 생각한다. 따라서 UCC를 이용한 선거운동도 제93조 제1항 본문의 “기타 이와 유사한 것”에 해당된다고 보아 UCC를 이용한 선거운동을 금지하는 것은 헌법 제37조 제2항에 정해진 기본권 제한사유도 없이 선거운동의 자유를 제한하는 것이어서 헌법에 위반된다고 할 것이다”(헌재 2009. 7. 30. 2007헌마718, 판례집 21-2상, 311의 조대현 재판관의 위헌의견).

386) 공직선거법 제93조 제1항 자체가 필요하다면, 최소한 UCC나 트위터를 이용한 선거운동이나 정치적 의사표현을 ‘이와 유사한 것’에 포함시키지 않는 해석

제 4 절 소결

선거영역은 매우 중요한 ‘정치적 공론장’이다. 정치적 공론장의 기본적인 철학적·이념적 기초는 ‘사상의 자유시장’을 그 이념으로 하는 정치적 표현의 자유라고 할 수 있다. 물론 정치적 공론장의 실패와 정치적 표현의 자유의 극대화를 어떻게 조화시킬 것인가는 쉬운 문제는 아니다. 하지만 이전보다는 성숙된 현재의 한국사회의 정치문화, 정치참여에 대한 국민의 욕구 증대, 이러한 욕구증대를 충족시킬 수 있는 매체의 등장 등에 비추어 볼 때, 이제 공식 선거법은 패러다임적 전환이 필요하다고 본다.

이러한 패러다임적 전환으로서, 선거에 직접적으로 참여하는 후보자나 정당에 대한 규제 및 후보자나 정당을 비판하는 일반국민에 대한 규제까지 포함하는 ‘포괄적 규제’에서 선거에 직접적으로 참여하는 후보자나 정당에 대해서만 규제하는 ‘제한적 규제’로 축소될 필요가 있고, ‘정부나 국가에 의한 직접적 규제’에서 ‘사회적·구성원상호간 규제’로 전환될 필요가 있다. 즉 정치적 공론장에 대한 규제는 일반국민들을 대상으로 하는 국가나 정부의 직접적인 규제방식보다는 정치적 공론장이나 사상의 자유시장에 참여하는 참여자들 상호간에 의한 규제방식으로 전환되어야 한다. 이것이야말로 정치적 공론장의 취지를 몰각시키지 않으면서도 정치적 표현의 자유를 극대화함과 동시에 정치적 공론장의 실패를 보완할 수 있는 보다 효율적이고 정당한 방법이라고 생각한다. 또한 이것은 공식선거법을 비롯한 각종 인터넷 규제정책이나 법제도가 ‘인터넷의 역기능을 줄이는 직접적인 규제’에서 ‘인터넷의 순기능을 강화하여 역기능을 줄여나가는 간접적인 규제’로 탈바꿈되어야 한다는 것을 의미한다.

론이나 ‘이와 유사한 것’을 삭제하는 입법론을 고려할 수도 있을 것이다.

제 7 장 결론

이 연구는 지금까지 선거제도의 일반론과 현행법상의 선거제도를 일별하고 선거운동의 자유가 지니는 헌법적 의의와 성격을 규명하고 선거운동의 자유를 보장하고 규제하는 원리와 방식과 관련된 정치관계법제 전반의 연혁과 그 내용을 전반적으로 개괄하고 분석하였다. 또한 이 연구에서는 선거운동의 자유와 선거의 공정성에 대한 헌법해석론 및 현행 정치관계법상의 선거제도에 대한 분석을 기초로 헌법재판소의 관련 결정례를 유형화하고 분석하였다. 이어서 연구는 선거운동의 자유 및 선거의 공정성 문제에 대한 미국, 독일, 영국, 일본에서의 법제도를 살펴면서 우리나라의 현실에 대한 시사점을 도출하였고, 마지막으로 선거운동의 자유와 관련하여 최근에 논의되고 있는 인터넷매체에서의 선거운동의 자유에 대해 논의하였다. 여기서는 지금까지의 논의를 정리하려 한다.

헌법재판소가 결정례에서 되풀이하여 지적하고 있는 바처럼 선거운동의 자유에 대한 제한의 적절성을 판단함에 있어서는 “국가 전체의 정치, 사회적 발전단계와 국민의식의 성숙도, 종래의 선거 풍토나 그 밖의 경제적, 문화적 제반여건을 종합하여 합리적으로 판단하여야 할 것”이다.³⁸⁷⁾ 하지만 그렇다고 하여 객관적으로 증명되지 않은 우리사회의 개별성 또는 특수성을 이유로 선거운동의 자유의 제한이 무제한적으로 이루어질 수는 없으며 또한 여기에도 보편적인 기본권제한 법리의 적용이 배제되는 것은 아니다.

우선 선거의 공정성이라는 도그마가 지니는 의미에 대해 재고할 여지가 있다. 즉 선거의 공정성이 선거운동의 자유와 대척점에 서서 이를 제한하는 원리인지, 아니면 선거의 공정성이 선거운동의 자유와 선거운동의 균등한 기회라는 두 가지의 가치를 최적으로 조정할 것을 의미하는지의 문제이다.

387) 헌재 1997. 11. 27. 96헌바60, 판례집 9-2, 629, 642.

헌법재판소는 선거운동의 자유가 국민주권의 원리, 의회민주주의의 원리, 참정권 등에 기초하는 자유선거의 원칙 및 (정치적) 표현의 자유에 의해 보호받는다고 보고 있다. 또한 헌법 제116조는 선거운동의 균등한 기회를 규정하고 있다. 나아가 헌법은 선거와 국민투표의 공정한 관리를 임무로 하는 선거관리위원회를 두고 있다. 그렇다면 조화의 대상이 선거운동의 자유와 선거의 공정인지 아니면 선거운동의 자유와 기회균등의 적절한 조화를 통해 선거의 공정성을 추구할 것인지가 문제된다.

이는 현대민주주의에서 선거가 지니는 헌법적 기능을 어떻게 이해할 것인가와 무관하지 않다고 보인다. 입헌군주제에서처럼 선거권을 단지 군주의 은혜로 신민에게 부여된 것으로 이해한다면 선거는 단지 대표자를 선별하는 것이며 선거운동의 자유는 선거권의 부여에 부수하여 폭넓은 제한이 가능하다는 논리가 성립될 수 있을 것이다. 하지만 보통, 평등 선거권을 도입한 국민주권하의 대표제민주주의에서 선거는 단지 대표자를 선출하는 데에 머무르지 않으며 선거를 다양한 국민의 의사를 수렴하여 이를 국정에 반영할 수 있도록 하는 중요한 과정으로 이해하고 있다. 현대헌법이론은 선거과정이 지니는 국민의 여론수렴기능을 최대한 보장하는 것은 국민대표의 자유위임원리와 양립하며 상호 모순되지 않는다고 이해하고 있다.

선거운동의 자유에 대한 지나친 제한은 실질적으로 선거운동 기회의 불균등으로 이어질 수 있다. 현역의원과 원외후보자 사이의 불균등이나 정당추천후보와 무소속후보사이의 불균등에 대한 문제가 제기되고 있음은 이와 무관하지 않다. 또한 후보자가 아닌 일반 유권자의 선거운동의 자유가 지나치게 제한되는 문제 역시 논란이 되고 있다. 국민주권에 기초하는 민주주의에서 대표체가 국민의 의사를 반영해야 할 의무를 지니므로 현대 입헌민주주의의 정치과정에서 언론의 자유는 단지 국가의 간섭으로부터 보호되어야 하는 기본권으로서의 의미를 넘어 국가공동체가 조직되고 기능하는 데에 적극적으로 작용하는 기능을 지닌다. 특히 선거운동의 자유는 국민의 의사가 가장 집약적으로 표출되고 수렴되는 선거과

정에서의 언론의 자유이므로 특히 강하게 보장되어야 한다. 우리 사회가 민주화되면서 선거에서 공약이 차지하는 비중이 커지고 있는데 반하여 이에 대한 검증이 불충분하여 당선 이후 선거공약의 이행과정에서 적지 않은 문제를 야기하고 있는 현실이다. 이는 선거과정에서 충분한 소통이 이루어질 수 없는 현실과 무관하지 않다.

이러한 구체적 문제점들과 현대 입헌민주주의에서 선거운동의 자유가 지니는 헌법적 중요성을 감안할 때 최근 헌법재판소가 판례를 통해서 제시하고 있는 ‘선거의 평온성’이라는 개념이 과연 적절한 것인지, 그리고 그것이 의미하는 바가 무엇인지에 대한 검토가 필요해질 것이다. 헌법에 직접적인 근거를 두고 있지 않는 ‘선거의 평온성’이라는 기준은 치안유지적 관점에 기초한다는 지적을 받을 여지가 있으므로 재고할 필요가 있다고 보인다. 선거운동 규제장치의 입법목적인 ‘선거의 공정성’을 어떻게 이해하는 것이 우리사회의 공익에 도움이 되는지에 대해 근본적으로 성찰하면서 ‘선거의 공정성’이 무엇을 의미하고 무엇을 추구하는 것인지에 대해 명확히 규명할 필요가 있다고 보인다.

이러한 문제의식에 기초하여 이 연구에서는 주요국가의 관련 법제를 살펴보았다.

미국에서의 선거운동 규제와 관련해서는 우선 선거운동의 행태가 정당중심의 선거운동에서 후보자중심의 선거운동으로 변화하고 있으며 정당조직은 주로 자신의 후보자들에게 각종 서비스나 자금을 지원하는 것을 통해서 후보자 중심의 선거운동을 지원하는 경향을 보이고 있다. 또한 선거운동의 자유를 원칙적으로 보장하되, 선거의 공정성, 즉 선거운동 기회의 균형성, 선거운동의 투명성, 선거운동의 저비용성을 확보하기 위한 방법으로 선거운동자금이나 비용통제를 채택하여 구체적인 선거운동의 방법까지도 광범위하게 통제하고 있는 우리나라와 대비된다. 미국에서는 예비선거제도가 폭넓게 도입되어 있는데 선거운동비용 내지 선거자금의 통제에 주로 초점을 맞추고 있으므로 이는 예비선거에도 적용될 수 있을 것

이다. 표현의 자유가 최대한 보장되고 있는 미국의 경우에는 선거 운동의 규제는 곧 표현의 자유에 대한 제한을 의미하므로 선거 운동의 규제가 제한적으로 이루어질 수밖에 없는데, 특히 미국의 경우에는 선거운동비용 내지 선거자금의 통제도 표현의 자유에 대한 제한문제로 인식하고 있다는 점은 주목을 요한다.

독일에서의 선거운동은 당내민주주의를 통한 후보자의 경선을 비롯하여 정당을 중심으로 이루어지고 있다. 연방선거법 등 선거 관련법제에서 구체적인 선거운동에 관한 규정을 두고 있지는 않으며, 독일 특유의 정당정치적 관행의 소산이라고 할 수 있는 정당간의 협의를 통한 협정이 사실상 법률을 대신하고 있다. 선거기간과 관련해서도 연방선거법은 최소한의 개시일만 규정하고 정당간의 협의를 중시하는 입장이다. 선거운동 유권자의 매수나 흑색선전과 같은 부정선거에 대해서는 일반형법에 의해 규제된다. 따라서 독일에서의 선거운동에 대한 규제 역시 정치자금에 대한 규제를 통해서 이루어지는데 특히 정당재정이나 언론매체를 통한 선거운동에서 선거운동의 자유와 선거운동의 기회균등이 조화를 이루도록 노력하고 있다. 독일 연방헌법재판소는 이를 위해 매우 적극적인 입장을 취하고 있음을 주목할 필요가 있다.

영국에서는 19세기말에 금권선거를 배격하고 선거의 공정성을 지향하는 지역구 중심의 엄격한 선거관리체도가 형성되었다. 하지만 이후 선거운동의 중심이 정당에 의한 전국적인 차원으로 변화했음에도 불구하고 상당기간동안 이에 상응하는 제도의 개혁이 이루어지지 않았다. 이는 실질적으로는 정당의 정치독점을 가져와서 정당이나 후보자가 아닌 일반 유권자의 표현의 자유를 등한시함으로써 유럽인권법원의 Bowman 결정이 나오는 배경이 되기도 하였다. 하지만 영국에서 일반유권자들의 선거운동의 자유는 표현 자체가 제약된 것은 아니었고 정치적 의사표현을 위한 비용에 대한 제한이었음을 주목할 필요가 있다. 미국의 선거운동관련 제도가 표현의 자유에 치중하고 있다면 영국은 상대적으로 평등을 강조하면서 양자의 조화를 추구하고 있다고 볼 수 있다. 이를 위해서는 정당간의 무기대등의 원칙이 강조되는데 이는 주요정당간 뿐 아니

라 주요정당과 군소정당간의 관계에도 해당된다. 또한 유권자가 행사하는 정치적 영향력의 평등 역시 강조되고 있다.

일본에서는 특유의 천황주권설에 입각한 입헌군주제의 관헌국가적 헌정질서 하에서 형성된 선거운동의 과도한 규제가 현행 입헌민주주의 헌법 하에서도 여전히 존치되고 있다. 선거운동에 대한 과도한 규제는 군국주의의 지배하에서 더욱 강화되었는데 강력한 행정부에 비해 의회 및 정당을 중심으로 한 정치체계의 발전이 미약한 일본 헌정질서의 취약성은 오늘날까지 영향을 미치고 있다. 일본의 규제중심의 선거법제가 영국의 1883년 부패 및 위법행위 방지법에 기초하고 있다고 주장되기도 하지만 그 배경은 같지 않다. 영국에서는 개별 후보자의 선거운동에 대한 제한이 정당 중심의 선거운동으로 전환되는 계기가 되었지만 일본에서는 가부장적 관료주의가 제2차 세계대전 이후에도 여전히 남아서 행정관료 집단이 선거운동에 대한 규제완화에 강력히 저항하였다. 현대입헌민주주의에서 불가결한 정당민주주의가 제대로 정착되지 못한 것은 오늘날 일본정치가 겪고 있는 민주적 리더십의 취약성의 주요한 원인이 되고 있다고 판단된다. 우리나라에서 역동적이고 안정적으로 기능하는 입헌민주주의를 정착시키기 위해서는 정치생활에 대한 일본식의 관헌국가적 통제가 적절한 모델인지 근본적인 고찰이 필요하다.

선거운동 규제와 관련된 주요국가의 예를 살펴볼 때 구체적인 선거운동의 규제방식을 유지할 것인가 아니면 선거운동비용 내지 선거자금의 통제방식으로 전환할 것인가에 대해 숙고할 필요가 있다.

이 연구에서는 ‘인터넷과 선거운동’이라는 별도의 장을 할애하여 새로운 매체를 통한 선거운동과 관련되어 등장하고 있는 문제들을 분석하였다. 이는 선거라는 장은 매우 중요한 ‘정치적 공론장’인데 과연 현재의 공식선거법이 채택하고 있는 입법정책적 수단들이 이러한 정치적 공론장의 ‘합리화’를 위해 적절한가에 대한 근본적인 의문에 현재의 공식선거법이 과연 시대의 흐름에, 보다 구체적으

로 매체환경의 변화에 ‘적절하게’ 부합하고 있느냐의 문제의식이 더하여졌기 때문이다.

이러한 문제의식 하에서 인터넷과 선거운동의 문제를 다룸에 있어 이 연구는 두 가지의 기본명제를 추출하였다. 첫째는 “후보자나 정당의 선거운동과 일반국민의 정치활동(정치적 표현행위)은 구분되어야 한다”는 ‘후보자와 일반국민의 차별화명제’이며, 둘째는 “당해 매체의 특성과 본질 그 자체가 ‘기회의 균형성, 투명성, 저비용성의 제고’라는 선거운동규제의 목적에 부합한다면, 당해 매체를 활용한 선거운동의 규제는 여타의 매체보다 ‘완화된 기준과 덜 엄격한 정도의 수준’으로 이루어져야 한다”는 ‘매체특성론적 차별화명제’이다.

이러한 두 가지 명제에 따라 인터넷과 선거운동규제의 문제를 특히 UCC 및 트위터와 관련된 공직선거법상의 규제의 문제점을 예시로 제시한 다음, 보다 구체적인 현행 공직선거법상의 인터넷 관련 규제조항들의 문제점을 분석하였다. 요약하자면 인터넷과 선거운동의 관계에서 인터넷이라는 매체의 특성과 기능을 고려할 때 그 특성과 기능상 사회의 자정메커니즘이 제대로 작동할 수 있는 매체나 커뮤니케이션수단이라면 국가의 후견주의적 개입은 자제되어야 한다는 결론이 도출되었다.

선거운동의 자유와 선거운동의 균등한 기회 사이를 조정하는 데에는 비용의 문제가 작용한다. 선거운동에 지나치게 많은 비용이 든다면 선거운동의 균등한 기회가 보장되기 어렵고 이는 실질적으로 선거의 공정성과 관련된 문제를 야기할 것이기 때문이다. 또한 현행 선거법상 선거운동의 자유의 제한이 매우 포괄적이어서 선거법상의 문제점들을 전반적으로 개선하는 것이 헌법재판소의 사법적극주의를 통해 이루어질 성격의 문제인가에 대한 고민이 있을 수 있다. 헌법재판소는 선거운동의 자유의 제한에 대해서 표현의 자유에 대한 엄격한 심사기준을 적용하면서도, 동시에 입법재량의 여지를 넓게 인정하고 있는 것도 이와 무관하지 않다고 보인다.

한편으로 선거의 공정성을 근거로 선거운동의 자유에 대한 제한

이 지나치다는 문제가 제기되고 있는 정도를 고려할 때 헌법재판소가 소수의견을 통해 문제를 지적하는 것에 그치고 입법부에 의한 문제의 개선을 기다리고만 있다면 헌법, 특히 기본권보장의 최후의 보루로서의 헌법재판소의 역할을 충실히 수행한다고 보기 어렵다는 지적이 있을 수 있다. 이는 특히 선거운동의 자유를 비롯한 정치관계법의 조항들이 입법자인 국회의원 스스로의 이해관계와 무관하기 않기 때문이다. 행정부나 입법부와는 달리 정치권력을 지니지 않으면서 정치권력을 통제하는 헌법재판제도도 장기적으로 주권자인 국민의 지지를 얻을 때에 그 권한을 제대로 수행할 수 있다. 또한 정치관계법은 입법자 자신의 이해관계와 관련된 사항을 스스로 정하는 측면이 있으므로 헌법재판소가 주권자인 국민의 입장에서 적극적으로 문제점을 개선하는 방향으로 보다 전향적으로 행동할 필요가 있는 범영역이기도 하다.

다른 한편으로는 그 정치적 성격에도 불구하고 본질적으로 사법기관의 성격을 지니는 헌법재판소의 지위와 관련된 사법정책적 고려를 배경을 고려할 때 헌법재판소가 우선 선거운동의 자유와 관련한 다양한 규제 내용 중에서 선거의 공정성과 관련하여 부작용이 가장 적게 예상됨에도 불구하고 강행됨으로써 여론의 저항이 발생하는 부분에 대해 적극적으로 입장을 정하여 관철하는 방향을 생각할 수 있다. 이러한 관점에서 생각한다면 유권자나 후보자가 감당해야 할 비용이 적게 드는 인터넷매체를 통한 정치적 의사표현을 제한하는 것에 대해 보다 엄격한 헌법적 잣대를 들이대는 방안이 제시될 수 있을 것이다. 즉, 헌법재판소가 인터넷매체를 통한 선거운동의 자유와 선거의 기회균등에 대해 조심스럽지만 분명한 입장을 제시하고 입법부의 보다 근본적인 처방을 기다리는 방식의 접근방식을 우선적으로 고려할 수도 있다.

선거운동의 자유 및 선거의 공정성과 관련하여 입헌민주주의에서 여론형성의 과정이 지니는 중요성을 고려할 때 규제위주의 선거법제가 지니는 문제점을 정확히 파악하고 헌법재판소에게 부여된 역할을 인식한다면 다양한 접근방식이 열려있을 것이다.

판례색인

제 2 장

[헌법재판소 결정]

헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15
헌재 1997. 7. 16. 97헌마26, 판례집 9-2, 72
헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91등, 판례집 13-2, 77

[독일]

BVerfGE 1, 208
BVerfGE 4, 31
BVerfGE 4, 375
BVerfGE 5, 77
BVerfGE 6, 84
BVerfGE 14, 121
BVerfGE 34, 81

제 3 장

[헌법재판소 결정]

헌재 2005. 2. 3. 2004헌마216, 판례집 17-1, 184
헌재 2005. 9. 29. 2004헌마52, 판례집 17-2, 160
헌재 2005. 12. 22. 2005헌마19, 판례집 17-2, 785
헌재 2008. 11. 27. 2007헌마1024, 판례집 20-2하, 477

[독일]

BVerfGE 20, 56
BVerfGE 44, 125
BVerfGE 47, 198
BVerfGE 69, 257
BVerfGE 73, 40
BverfGE 85, 264

제 4 장

[헌법재판소 결정]

헌재 1989. 9. 8. 88헌가6. 판례집 1, 199
헌재 1992. 3. 13. 92헌마37등, 판례집 4, 137
헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15
헌재 1995. 4. 20. 92헌바29, 판례집 7-1, 499
헌재 1995. 5. 25. 93헌마23, 판례집 5-2, 221
헌재 1995. 5. 25. 95헌마105, 판례집 7-1, 826
헌재 1995. 7. 21. 92헌마177, 판례집 7-2, 112
헌재 1995. 11. 30. 94헌마97, 판례집 7-2, 677
헌재 1996. 3. 28. 96헌마9, 판례집 8-1, 289
헌재 1996. 6. 26. 96헌마200, 판례집 8-1, 550
헌재 1996. 8. 29. 96헌마99, 판례집 8-2, 199
헌재 1997. 10. 30. 96헌마94, 판례집 9-2, 523
헌재 1998. 5. 28. 97헌마362, 판례집 10-1, 712
헌재 1999. 1. 28. 98헌바64, 판례집 11-1, 33
헌재 1999. 1. 28. 97헌마253등, 판례집 11-1, 54
헌재 1999. 3. 25. 97헌마99, 판례집 11-1, 218
헌재 1999. 5. 27. 98헌마214, 판례집 11-1, 675
헌재 1999. 9. 16. 99헌바5, 판례집 11-2, 326
헌재 1999. 11. 25. 99헌바28, 판례집 11-2, 543
헌재 1999. 11. 25. 98헌마141, 판례집 11-2, 614

헌재 2000. 11. 30. 99헌바95, 판례집 12-2, 298
헌재 2001. 8. 30. 99헌바92, 판례집 13-2, 174
헌재 2001. 8. 30. 2000헌마121등, 판례집 13-2, 263
헌재 2001. 10. 25. 2000헌바5, 판례집 13-2, 469
헌재 2001. 10. 25. 2000헌마193, 판례집 13-2, 526
헌재 2001. 12. 20. 2000헌바96등, 판례집 13-2, 830
헌재 2002. 4. 25. 2001헌바26, 판례집 14-1, 301
헌재 2002. 5. 30. 2001헌바58, 판례집 14-1, 499
헌재 2003. 1. 30. 2001헌가4, 판례집 15-1, 7
헌재 2003. 5. 15. 2003헌가9, 판례집 15-1, 503
헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710, 판례집 16-1, 422
헌재 2004. 4. 29. 2002헌마467, 판례집 16-1, 541
헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609
헌재 2004. 6. 24. 2004헌바16, 판례집 16-1, 759
헌재 2005. 2. 3. 2004헌마216, 판례집 17-1, 184
헌재 2005. 6. 30. 2004헌바33, 판례집 17-1, 927
헌재 2005. 9. 29. 2004헌바52, 판례집 17-2, 160
헌재 2005. 10. 27. 2004헌바41, 판례집 17-2, 292
헌재 2005. 12. 22. 2005헌마19, 판례집 17-2, 785
헌재 2006. 2. 23. 2003헌바84, 판례집 18-1상, 110
헌재 2006. 5. 25. 2005헌바15, 공보 116, 803
헌재 2006. 7. 27. 2004헌마215, 판례집 18-2, 200
헌재 2006. 7. 27. 2004헌마217, 판례집 18-2, 212
헌재 2007. 1. 17. 2004헌바82, 판례집 19-1, 1
헌재 2007. 6. 28. 2004헌마644, 판례집 19-1, 859
헌재 2007. 8. 30. 2004헌바49, 판례집 19-2, 258
헌재 2008. 1. 17. 2004헌마41, 판례집 20-1상, 98
헌재 2008. 4. 24. 2004헌바47, 판례집 20-1상, 468
헌재 2008. 4. 24. 2006헌바43, 판례집 20-1상, 522
헌재 2008. 6. 26. 2005헌라7, 판례집 20-1하, 340
헌재 2008. 7. 31. 2006헌마711, 판례집 20-2상, 345

현재 2008. 10. 30. 2005헌바32, 판례집 20-2상, 750
 현재 2009. 2. 26. 2006헌마626, 판례집 21-1상, 211
 현재 2009. 3. 26. 2006헌마526, 판례집 21-1상, 622
 현재 2009. 3. 26. 2007헌마1327, 판례집 21-1상, 708
 현재 2009. 5. 28. 2007헌바24, 판례집 21-1하, 599
 현재 2009. 5. 28. 2006헌마285, 판례집 21-1하, 726
 현재 2009. 7. 30. 2007헌마718, 판례집 21-2상, 311
 현재 2009. 7. 30. 2008헌마180, 판례집 21-2상, 363
 현재 2009. 9. 24. 2008헌바168, 판례집 21-2상, 617
 현재 2009. 11. 26. 2008헌마114, 판례집 21-2하, 630
 현재 2009. 12. 29. 2007헌마1412, 판례집 21-2하, 846
 현재 2010. 2. 25. 2008헌바10, 판례집 22-1상, 175
 현재 2010. 2. 25. 2008헌마324등, 판례집 22-1상, 347
 현재 2010. 3. 25. 2009헌바121, 판례집 22-1상, 479
 현재 2010. 3. 25. 2009헌마170, 판례집 22-1상, 535
 현재 2010. 5. 27. 2008헌마491, 판례집 22-1하, 300
 현재 2010. 6. 24. 2008헌바169, 판례집 22-1하, 497
 현재 2010. 7. 29. 2008헌바119, 판례집 22-2상, 304
 현재 2010. 9. 30. 2009헌바201, 공보 168, 1684
 현재 2010. 11. 25. 2010헌바53, 판례집 22-2하, 425
 현재 2011. 4. 28. 2010헌바232, 공보 175, 724
 현재 2011. 4. 28. 2010헌바339, 공보 175, 732
 현재 2011. 4. 28. 2010헌바473, 공보 175, 735
 현재 2011. 5. 26. 2010헌마451, 공보 176, 849

제 5 장

제 1 절 (미국)

[미국]

Buckely v. Valeo, 424 U.S. 1 (1976)
Austin v. Michigan Chamber of Commerce, 494 U.S. 652 (1990)
McConnell v. Federal Election Commission, 540 U.S. 93 (2003)
Federal Election Commission v. Wisconsin Right to Life, Inc.,
551 U.S. 449 (2007)
Citizens United v. Federal Election Commission, 558 U.S.
08-205, 130 S. Ct. 876 (2010)

제 2 절 (독일)

[독일]

BVerfGE 20, 56
BVerfGE 47, 198
BVerfGE 44, 125
BVerfGE 69, 257
BVerfGE 85, 264

제 3 절 (영국)

[영국]

R v. Tronoh Mines Ltd [1952] 1 All ER 697
Director of Public Prosecutions v. Luft [1976] 3 WLR 32

[유럽인권법원]

Bowman v. United Kingdom, 141/1996/762/959, 19 February
1998, ECHR 1998-I (<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=bowman&sessionid=82113677&skin=hudoc-en>)

Norris v. Ireland, 10581/8326, 26 October 1988, Series A no. 142

Handyside v. the United Kingdom, 5493/72, 7 December 1976, Series A no. 24

제 4 절 (일본)

[일본]

最高裁 1950. 9. 27. 刑集 4-9, 1799

最高裁 1955. 4. 6. 刑集 9-4, 819

最高裁 1969. 4. 23. 刑集 234-4, 235

最高裁 1981. 6. 15. 刑集 35-4, 205

最高裁 1981. 7. 21. 刑集 35-5, 568

[미국]

United States v. O'Brien, 391 U.S. 367 (1968)

제 6 장

[헌법재판소 결정]

헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15

헌재 1995. 4. 20. 92헌바29등, 판례집 7-1, 499

헌재 1999. 9. 16. 99헌바5, 판례집 11-2, 326

헌재 2001. 8. 30. 99헌바92등, 판례집 13-2, 174

헌재 2001. 10. 25. 2000헌마193, 판례집 13-2, 526

헌재 2001. 12. 20. 2000헌바96등, 판례집 13-2, 830

헌재 2002. 5. 30. 2001헌바58, 판례집 14-1, 499

헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616

헌재 2006. 5. 25. 2005헌바15, 공보 116, 803
헌재 2007. 1. 17. 2004헌바82, 판례집 19-1, 1
헌재 2007. 8. 30. 2004헌바49, 판례집 19-2, 258
헌재 2007. 12. 27. 2004헌마218등, 공보 135, 93
헌재 2008. 5. 29. 2006헌마1096, 판례집 20-1하, 270
헌재 2008. 10. 30. 2005헌바32, 판례집 20-2상, 750
헌재 2009. 5. 28. 2007헌바24, 판례집 21-1하, 599
헌재 2009. 7. 30. 2007헌마718, 판례집 21-2상, 311
헌재 2010. 2. 25. 2008헌마324등, 판례집 22-1상, 347
헌재 2010. 6. 24. 2008헌바169, 판례집 22-1하, 497

[미국]

ACLU v. Reno, 929 F.Supp. 824 (E.D. Pa. 1996)

Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo, 418 U.S. 241 (1974)

제 7 장

[헌법재판소 결정]

헌재 1997. 11. 27. 96헌바60, 판례집 9-2, 629

참 고 문 헌

제 2 장

[단행본]

- 계희열, 헌법학(상), 박영사, 2005
국회사무처, 대한민국의정사, 사진문화, 1995
권영성, 헌법학원론, 2010년판, 법문사, 2010
김광수, 선거와 선거제도, 박영사, 1997
대한민국국회, 국회개원 50년, 1998,
박상철, 선거운동과 정치관계법, (주)도서출판 한줄기, 1995,
이관희, 한국민주헌법론Ⅱ, 박영사, 2004
이극찬, 정치학, 제6권정판, 법문사, 1999(2000print)
이평구, 선거란 무엇인가 - 선거전략과 선거운동의 효율적 방법론,
중앙출판, 1986
정중섭, 헌법학원론, 제4판, 박영사, 2009
허 영, 한국헌법론, 진정7판, 박영사, 2011
허 영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 1997
Manin, Bernard, *Principles of representative government*, 광준
혁 역, 선거는 민주적인가 - 현대 대의민주주의의 원칙에
대한 비판적 고찰, 후마니타스, 2004

[학술논문]

- 강경근, “국민주권과 정당정치”, 헌법학연구 제3집, 1997
김기용, “선거제도와 해설개요”, 지방행정 제7권 제3호, 1958
김도협, “국회의원선거제도의 개선방안에 관한 연구”, 세계헌법연
구 제15권 제2호, 2009
김문현, “현대민주국가에 있어서의 선거의 의미와 과제”, 공법연구

- 제28집 4호 1권, 2000
- 김영태, “독일연방의회 선거체계의 제도적 효과”, 국제정치논총 제41집 제3호, 성균관대학교, 2001
- 김 옥, “독일연방의회 선거체도가 한국의 선거제도 개혁에 주는 시사점”, 세계지역연구논총 24집 3호, 한국세계지역학회, 2006
- 김제경, “국회의원선거제도의 문제점과 개선방향”, 사회과학논집 제15집, 1998
- 김철수, “한국헌법 60주년과 헌법개정문제”, 공법연구 제37집 제2호, 2009
- 김형준, “한국 정당공천제도 개혁의 방향과 과제 - 민주주의 관점과 방법론적 쟁점을 중심으로”, 해밀을 찾는 소망 정책토론회, 2011. 4. 12.
- 김형철, “혼합식선거제도로의 변화와 정치적 효과”, 시민사회와 NGO 제5권 제1호, 2007
- 문광삼, “정치적 자유권에 관한 연구”, 서울대학교 법학박사학위논문, 1985
- 박찬욱, “제17대 총선에서 2표병립제와 유권자의 분할투표 - 선거제도의 미시적 효과분석”, 한국정치연구 제13집 제2호, 2004
- 성낙인, “헌정 60년과 정치제도의 변용”, 공법연구 제37집 제2호, 2009
- 최민수, “우리나라 국회의원선거제도의 변천에 관한 고찰”, 입법조사월보, 1987. 3.
- 황선혜, “독일여성들의 정치참여와 할당제”, 여성연구, 2004년 1호 (통권 제66호)

[외국문헌]

- Berg, Wilfried, Staatsrecht, 3. Aufl., 2001
- Maurer, Hartmut, *Staatsrecht I*, 3. Aufl., 2003

Morlok, Martin, in: Dreier, H., GGK, Bd. 2, 1998
Nohlen, Dieter, *Wahlrecht und Parteiensystem*, 2004
Schreiber, Wolfgang, *Kommentar zum BWG*
Zimmer, Karl-Otto, “Nochmals – Zur verfassungsnaeheren
Gestaltung der 5%-Klausel”, in: DÖV, 1985
Zippelius, Reinhold, *Allgemeine Staatslehre*, 12. Aufl., 1994

[웹 페이지]

<http://www.teen.go.kr/> (2011. 8. 11.)

http://www.bundeswahlleiter.de/de/bundestagswahlen/BTW_BUN_D_09/E2_BTW_2009_Ergebnisse_IVU_ueberarbeitet.pdf
(2011. 8. 9.)

http://de.wikipedia.org/wiki/%C3%9Cberhangmandat#Auswirkungen_der_.C3.9Cberhangmandate_bei_den_bisherigen_Bundestagswahlen (2011. 7. 9.)

http://www.fes.or.kr/index_kor/kpub/mono/spd/SPD-text8.html
(2011. 8. 15.)

http://www.bundestag.de/bundestag/aktuell/33629063_kw10_frauentag.jsp (2011. 8. 17.)

<http://ko.wikipedia.org/wiki/%EB> (2011. 8. 15.)

http://www.bundestag.de/bundestag/abgeordnete17/mdb_zahlen/frauen_maenner.html (2011. 8. 9.)

제 3 장

[단행본]

국회사무처, 대한민국의정사, 사진문화, 1995
계희열, 헌법학(상), 박영사, 2005
김광수, 선거와 선거제도, 박영사, 1997

김도협, 독일·한국 의원내각제론, 진원사, 2010
김영배, 선거운동과 선거법위반사례, 육법사, 1982
대한민국국회, 국회개원 50년, 1998
이극찬, 정치학, 제6전정판, 법문사, 1999(2000print)
정중섭, 헌법학원론, 제4판, 박영사, 2009
중앙선거관리위원회, 외국의 선거제도 비교분석집 I, 2005
허영, 한국헌법론, 전정7판, 박영사, 2011

[학술논문]

김왕식, "현행선거제도 및 정치자금제도의 문제점과 개혁방향", 민주시민교육논총, 제5권 제1호, 2000
김현태, "선거운동의 자유와 공정에 관한 연구", 경기대정치전문대학원 박사학위논문, 2006
문광삼, "정치적 자유권에 관한 연구", 서울대학교 법학박사학위논문, 1985
송석윤, "선거운동 규제입법의 연원", 서울대학교 법학 제46권 제4호, 2005
임종훈, "인터넷선거운동과 공직선거법", 홍익법학 제8권 제2호, 2007
정재황, "인터넷과 참여민주주의", 성균관법학 제16권 제1호, 2004

[외국문헌]

Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1999

[웹페이지]

<http://www.teen.go.kr/> (2009. 2. 20.)

제 4 장

[학술논문]

- 정만희, “선거제도에 관한 헌법재판소 판례의 평가”, 공법학연구 제7권 제1호, 2006
- 정재황, “단체의 선거운동금지규정에 대한 합헌결정”, 법률신문 2435호, 1995. 9.
- 허영, “국회의원선거법 제55조의 3과 제56조에 대한 조건부 위헌결정”, 헌법재판자료 제5집, 1992. 3.

제 5 장

제 1 절 미국

[학술논문]

- 구병삭, “미국에 있어서의 선거운동자금규제”, 법학논집 제23호, 고려대학교 법학연구원, 1985
- 김경미, “미국 대통령 선거와 소셜 네트워크 사이트”, 정보와 사회 제15호, 한국정보사회학회, 2009. 6.
- _____, “웹 2.0 시대의 정치참여 - 미국 대통령 선거와 소셜 네트워크 사이트”, 한국사회학회 사회학대회 논문집, 한국사회학회, 2009. 12.
- 김용철, “한국과 미국 정당들의 인터넷 선거운동과 경쟁양상”, 한국정당학회보 제3권 제1호, 한국정당학회, 2004. 2.
- 김정곤, “미국의 선거 보조금 지급제도에 관한 분석”, 한국정당학회보 제8권 제1호, 한국정당학회, 2009. 2.
- _____, “선거비용 제한이 선거경쟁에 미치는 효과 - 미국의 사례를 중심으로”, 한국정당학회보 제8권 제2호, 한국정당학회, 2009. 8.

- 김준석, “미국 청렴선거법(Clean Election Act)의 제도적 분석 - 메인, 애리조나의 사례를 중심으로”, 현대정치연구 제3권 제1호, 서강대학교 현대정치연구소, 2010. 4.
- 김창현, “미국의 선거와 정치광고”, 광고연구 제16호, 한국방송광고공사, 1992. 9.
- 도회근, “미국의 예비선거제도”, 고시계 제47권 제5호, 통권543호, 고시계사, 2002. 5.
- _____, “국민참여경선제와 미국 예비선거제의 비교”, 국제정치연구 제5집 제1호, 동아시아국제정치학회, 2002
- 송석윤, “선거운동 규제입법의 연원 - 1925년 일본 보통선거법의 성립과 한국 분단체제에의 유입”, 서울대학교 법학 제46권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2005. 12.
- 어수영, “미국선거와 선거자금 - 선거자금법개혁”, 미국학 제4집, 서울대학교 미국학연구소, 1981
- 엄기홍, “제한적 정치자금 기부금 제한법, 무제한적 선거비용, 그리고 전략적 후보자 - 미국 하원선거에서의 정치자금 기부금 분석”, 미국학논집 제39집 제3호, 한국아메리카학회, 2007. 12.
- 이원태, “동영상 UCC와 대통령선거 - 미국과 한국의 인터넷 캠페인 사례와 쟁점”, 사이버커뮤니케이션학보 통권 제22호, 사이버커뮤니케이션학회, 2007. 6.
- 임지봉, “미국헌법상의 정치적 표현의 자유와 선거운동의 규제”, 미국헌법연구 제21권 제2호, 미국헌법학회, 2010. 8.
- 장우영, “선거와 인터넷 규제 - 미국 정책과의 비교”, 한국정당학회보 제9권 제2호, 한국정당학회, 2010. 8.
- 정만희, “미국의 예비선거제도에 관한 연방대법원판례”, 동아법학 제31호, 동아대학교 법학연구소, 2002. 10.
- 최창수, “1996년 미국 대통령선거와 선거자금 - 주요 쟁점과 법 개정 논의를 중심으로”, 국제지역연구 제1권 제3호, 한국외국어대학교 외국학종합연구센터, 1997. 10.
- 황지연, “2006년 미국 중간선거 기간 동안의 인터넷 이용 현황”,

정보통신정책 제19권 제4호, 정보통신산업진흥원, 2007. 3.

[외국문헌]

Aslanian, Talar 외 5인, “Recapturing Voter Intent - The Nonpartisan Primary in California”, Capstone Seminar Report, Pepperdine School of Public Policy, April 2003 (<http://publicpolicy.pepperdine.edu/master-public-policy/content/capstones/primary.pdf>)

Bingham, Francis, “Show Me the Money - Public Access and Accountability after Citizens United”, 52 *Boston College Law Review* 1027 (2011)

Briffault, Richard, “On Dejudicializing American Campaign Finance Law”, 27 *Georgia State University Law Review* 887 (2011)

Herdman, Carol, “Citizens United - Strengthening the First Amendment in American Elections”, 39 *Capital University Law Review* 723 (2011)

Janda, Kenneth, Berry, Jeffrey M., & Goldman, Jerry (ed.), *The Challenge of Democracy*, 11th ed., WADSWORTH, 2011

[웹 페이지]

<http://www.fec.gov>

<http://100.daum.net/encyclopedia/view.do?docid=b19j1477a>

http://en.wikipedia.org/wiki/Issue_advocacy_ads

http://en.wikipedia.org/wiki/Primary_election

http://en.wikipedia.org/wiki/Nonpartisan_blanket_primary

제 2 절 독일

[학술논문]

황선혜, “독일여성들의 정치참여와 할당제”, 여성연구, 2004년 1호
(통권 제66호)

Ziemek, Manfred, “독일의 선거와 선거자금”, 지방행정, 1992

[외국문헌]

Frotscher, Werner & Pieroth, Bodo, *Verfassungsgeschichte*, 3.
Aufl. 2002

Menger, Christian-Friedrich, *Deutsche Verfassungsgeschichte
der Neuzeit*, 8. Aufl., 1993

Mußnug, Reinhard, “Zustandekommen des Grundgesetzes und
Entstehen der BRD”, in: HStR, Bd. 1, 3. Aufl. 2003

Nohlen, Dieter, *Wahlrecht und Parteiensystem*, 2004

Stern, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*,
Bd. 5, 2000

Willoweit, Dietmar, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 2001

[웹 페이지]

http://www.fes.or.kr/index_kor/kpub/mono/spd/SPD-text8.html
(2011. 8. 15.)

[http://www.bundestag.de/bundestag/aktuell/33629063_kw10_fraue
ntag.jsp](http://www.bundestag.de/bundestag/aktuell/33629063_kw10_fraue
ntag.jsp) (2011. 8. 17.)

<http://ko.wikipedia.org/wiki/%EB> (2011. 8. 15.)

[http://www.bundestag.de/bundestag/abgeordnete17/mdb_zahlen/fr
auen_maenner.html](http://www.bundestag.de/bundestag/abgeordnete17/mdb_zahlen/fr
auen_maenner.html) (2011. 7. 8.)

[http://www.bundeswahlleiter.de/de/bundestagswahlen/BTW_BUN
D_09/E2_BTW_2009_Ergebnisse_IVU_ueberarbeitet.pdf](http://www.bundeswahlleiter.de/de/bundestagswahlen/BTW_BUN
D_09/E2_BTW_2009_Ergebnisse_IVU_ueberarbeitet.pdf)
(2011. 8. 9.)

<http://www.internetnight.cdu.de/> (2011. 8. 11.)

<http://www.spd.de/aktuelles/> (2011.8.11.).

제 3 절 영국

[단행본]

박영도, 영국의 선거부패 및 위법행위방지법제(증보), 한국법제연구원, 1993. 10.

선거관리위원회, 영국국민대표법, 1988

[학술논문]

김종철, “영국 지방선거에서의 공정선거 확보방안”, 유럽헌법연구 제7호. 2010. 6.

_____, “전환기 영국 헌법과 민주주의”, 공법연구 제28집 제3호, 2000

문성현, “영국의 정치부패 방지제도”, 한국부패학회보 제9권 제1호, 2004

임중훈, “영국에서의 의회입법에 대한 사법적 통제”, 세계헌법연구 제16권 제3호, 2010

[외국문헌]

Buttler, David. E., *The Electoral System In Britain Since 1918*, 2nd ed., Oxford University Press, 1963

Feasby, Colin, “Issue Advocacy and Third Parties in the United Kingdom and Canada”, *McGill Law Journal*, Vol. 48, 2003

Joplin, Joanna R., “Pushing the Limits of Democracy - U.K. Campaign Expenditure Restrictions Held to Violate the

- Right to Free Expression under Article 10 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in *Bowman v. United Kingdom*”, 7 *Tul. J. Int'l & Comp. L.* 459, 1999
- Ringhand, Lori A., “Concepts of Equality in British Election Financing Reform Proposals”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 22, No. 2, 2002
- Rix, Kathryn, “The Elimination of Corrupt Practices in British Elections’? Reassessing the Impact of the 1883 Corrupt Practices Act”, *English Historical Review*, Vol. CXXIII No. 500, 2008. 2.
- Seager, John Renwick, *The Corrupt Practices Act. 1883*, London, P. S. KING & SON, PAELIAMENTAERY AGENCY, 1883 (<http://www.archive.org/details/corruptpracact00grea>)
- Fifth Report of the Committee on Standards in Public Life: The Funding of Political Parties in the United Kingdom (The Stationery Office. London, 1998) Vol. 1: Report (http://www.public-standards.org.uk/Library/OurWork/5thInquiry_FullReport.pdf)
- Fifth Report of the Committee on Standards in Public Life: The Funding of Political Parties in the United Kingdom (The Stationery Office. London, 1998) Vol. 2: Evidence (<http://www.archive.official-documents.co.uk/document/cm40/4057/volume-2/volume-2.pdf>)

제 4 절 일본

[단행본]

중앙선거관리위원회, 각국의 선거제도 비교연구, 2009

중앙선거관리위원회, 일본선거관계실례판례집 (II), 2002.

[학술논문]

김영필, “일본의 재·보궐선거와 한국에서의 시사점”, 한국정당학회
보 제4권 제2호, 2005

김정기, “일본공직선거법과 대비해 본 우리나라 선거법의 문제점”,
저널리즘비평 제7호, 1992

김중식, “1920년대 내무관료의 정당정치관 - 다자와 요시하루(田
澤義輔)를 중심으로”, 일본역사연구 제30집, 2009. 12.

송석윤, “선거운동의 규제입법의 연원 - 1925년 일본 보통선거법
의 성립과 한국 분단체제에의 유입”, 서울대학교 법학 제
46권 제4호, 2005

한영학·천명재, “일본의 선거제도 규제에 대한 일고찰”, 정치커뮤
니케이션 연구 4호, 2006. 6.

山崎幹根 (야마자키 미키네), “현대 일본의 지방선거제도의 개요와
현황에 관하여”, 유럽헌법연구 제7호, 2010. 6.

[외국문헌]

佐藤幸治, 憲法, 第3版, 青林書院, 1995

中村睦男, 憲法30講, 新版, 青林書院, 1999

吉田善明, 議會·選舉·天皇制の憲法論, 日本評論社, 1990

芦部信喜, 憲法學 III, 人權各論 (1), 增補版, 有斐閣, 2000

高橋和之/長谷部恭男/石川健治, 憲法判例百選 II, 有斐閣, 2007

辻村みよ子, 『權利』としての選舉權 - 選舉權の本質と日本の選舉
問題, 勁草書房, 1989

제 6 장

[단행본]

- 권영성, 헌법학원론, 2010년판, 법문사, 2010
- 전자신문 미래기술연구센터, 인터넷 서비스와 선거법 적용의 딜레마 - 트위터 등 소셜 미디어 규제에 대한 전문가 조사와 해외 사례를 중심으로, 2010. 3.
- 정병욱, 공직선거법, 제4판, 박영사, 2006
- 정중섭, 헌법학원론, 박영사, 2011
- 중앙선거관리위원회, '선거 UCC' 운용기준 안내, 2007

[학술논문]

- 강경근, “인터넷언론의 선거보도와 법적·제도적 쟁점”, 언론과 법 제3권 제1호, 한국언론법학회, 2004. 6.
- 강미은, “인터넷매체 선거보도심의의 법제도적 기준과 적용에 관한 연구”, 정보법학 제12권 제1호, 한국정보법학회, 2008. 7.
- 고민수, “유권자의 선거운동의 자유에 대한 제한과 문제점 - 공직선거법 제93조 제1항 위헌확인사건(2007헌마718)에 대한 헌법적 고찰”, 언론과 법 제8권 제2호, 한국언론법학회, 2009. 12.
- 김종철, “공직선거법상 인터넷언론규제에 대한 비판적 고찰”, 언론과 법 제8권 제2호, 한국언론법학회, 2009. 12.
- 박경신, “사전검열 법리와 정보통신윤리위원회의 활동 - 법과학적 방법으로”, 인권과 정의 통권 제312호, 대한변호사협회, 2002. 8.
- 송석윤, “선거운동 규제입법의 연원 - 1925년 일본 보통선거법의 성립과 한국 분단체제에의 유입”, 서울대학교 법학 제46권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2005. 12.
- 신상민, “패러디와 네티즌의 정치참여”, 언론과 법 제3권 제1호, 한국언론법학회, 2004. 6.

- 안명규, “인터넷선거보도 심의의 현실과 법제에 관한 고찰”, 언론과 법 제8권 제2호, 한국언론법학회, 2009. 12.
- 이희훈, “공직선거법 제93조 제1항의 헌법재판소 2009. 7. 30, 2007헌마718 결정에 대한 평석 - UCC의 배포금지에 대한 비판을 중심으로”, 언론과 법 제8권 제2호, 한국언론법학회, 2009. 12.
- 임성규, “공직선거법과 선거 UCC”, 국회도서관보 제44권 제3호(통권 제334호), 국회도서관, 2007
- 임중훈, “인터넷 선거운동과 공직선거법 - 인터넷 선거운동의 상시 자유화에 대한 고찰을 중심으로”, 홍익법학 제8권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2007. 8.
- 조소영, “인터넷 선거운동(E-Campaigning)에 대한 헌법적 고찰”, 헌법학연구 제11권 제2호, 한국헌법학회, 2005. 6.
- _____, “인터넷 선거운동 법제화의 현실검토와 헌법적 범주에서의 새로운 법제화를 위한 연구 - 인터넷 실명제 검토를 중심으로”, 공법학연구 제9권 제4호, 한국비교공법학회, 2008. 11.
- 황성기, “언론매체규제에 관한 헌법학적 연구 - 방송·통신의 융합에 따른 언론매체 규제제도의 개선방안”, 서울대학교 법학박사학위논문, 1999. 8.
- _____, “인터넷이용자 제작 콘텐츠(UCC)와 관련한 법적 문제점”, 방송문화연구 통권 제19권 1호, KBS 한국방송, 2007. 6.
- _____, “인터넷 실명제에 관한 헌법학적 연구”, 法學論叢 제25집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2008. 3.

[외국문헌]

- Kling, Rob, Lee, Ya-ching, Teich, Al & Frankel, Mark S., “Anonymous Communication Policies for the Internet - Results and Recommendations of the AAAS Conference”, in Baird, Robert M., Ramsower, Reagan &

Rosenbaum, Stuart E. (ed.), *Cyberethics - Social & Moral Issues in the Computer Age*, Prometheus Books, 2000

Russel, Peter H., "Toward a General Theory of Judicial Independence", in Russel, Peter H. & O'Brien, David M., *Judicial Independence in the Age of Democracy - Critical Perspectives from around the World*, University Press of Virginia, 2001

[웹 페이지]

<http://twitter.com/nec3939>

연구자 약력

[송석윤]

서울대학교 법과대학 졸업(1985)
연세대학교 대학원 법학과 석사(1987)
독일 빌레펠트대학 법학박사(1995)
대전대학교 법경대학 법학과 전임강사
성신여자대학교 법과대학 전임강사. 조교수
이화여자대학교 법과대학 조교수, 부교수
서울대학교 법과대학 조교수, 부교수
(현) 서울대학교 법과대학 교수

[황성기]

서울대학교 법과대학 졸업(1992)
서울대학교 대학원 법학과 석사(1994)
서울대학교 대학원 법학과 박사(1999)
헌법재판소 헌법연구관
한림대학교 사회과학대학 법학부 조교수
한림대학교 사회과학대학 법학부 부교수
동국대학교 법과대학 법학과 부교수
(현) 한양대학교 법과대학 법학과 부교수

[김도협]

아주대학교 법학과 졸업(1993)
홍익대학교 대학원 법학과 석사(1995)
Philipps-Univ. Marburg 법학과 박사(2004)
한국공법학회 이사/ 한국언론법학회 재무이사 등
(현) 대진대학교 법학과 조교수

[김주영]

서울대학교 법과대학 졸업(1996)

서울대학교 대학원 법학과 석사(1996)
서울대학교 대학원 법학과 박사(2007)
서울대학교 법과대학 BK21사업단 박사후연구원
서울대학교 법과대학 BK21사업단 계약조교수
한국비교공법학회 총무간사
(현) 명지대학교 법과대학 조교수
(현) 한국공법학회 출판간사 등