

일러두기

- 이 판례집은 1994. 3. 16 공직선거법(제정당시 법률명 : 공직선거및선거부정방지법) 제정이후부터 2009. 11. 30 까지 공직선거법에 대한 헌법재판소의 판례를 조문순서에 따라 수록한 것입니다.
- 하나의 헌법심판 사건에서 여러 조문에 대한 판단이 이루어진 경우 그 판례는 주된 판단이 이루어진 조문에 실었으며, 동일 조문에 대한 판례가 다수인 경우에는 심판일자의 역순으로 정리하여 최근의 유효한 판례를 우선하여 게재하였습니다.
- 다만, 현행 조문에 대한 헌법심판이더라도 법리적 판단 없이 각하된 사건은 수록대상에서 제외하였으나, 공직선거및선거부정방지법으로 통합되기 전의 개별 선거법에 대한 헌법심판이더라도 현행법과 관련이 있는 판례는 해당 조문에 함께 수록하였습니다.
- 목차와 본문에서 판례의 제목은 찾아보기 쉽도록 편집자가 임의로 부여하였고, 헌법심판 결과 청구내용이 대체적으로 인용된 사건은 <적극>으로, 부분적으로 인용된 사건은 <일부 적극>으로, 청구가 전부 기각된 사건은 <소극>으로, 각하된 사건은 <각하>로 목차에 표시하였습니다.

목 차

제1장 총 칙

1. 선거법 준수요청이 공권력의 행사에 해당 하는지 여부 및 공직
선거법 제9조의 헌법소원 대상 여부(적극 / 2008. 1. 17. 2007헌마700) 3
2. 선거법 위반행위에 대한 중지촉구가 공권력의 행사에 해당 하는지 여부
(소극 / 2003. 2. 27. 2002헌마106) 78
3. 선관위에 제출한 진정의 종결처분이 공권력의 행사에 해당
하는지 여부(각하 / 2006. 12. 19. 2006헌마1335) 96
4. 공직선거법 제9조·제60조 등 위반행위와 관련한 대통령 탄핵심판
(소극 / 2004. 5. 14. 2004헌나1) 98

제2장 선거권과 피선거권

1. 선거권연령을 20세로 규정한 공직선거법 제15조제1항의 보통·평등
선거의 원칙 위반 여부(소극 / 2003. 11. 27. 2002헌마787·2003헌마
516 병합) 159
2. 선거권연령을 20세로 정한 공직선거법 제15조제1항·제2항의 보통·평등
선거의 원칙 위반 여부(소극 / 2002. 4. 25. 2001헌마851·2002헌마102병합) 164
3. 선거권연령을 20세로 정한 공직선거법 제15조제1항의 보통·평등선거의
원칙 위반 여부(소극 / 2001. 6. 28. 2000헌마111) 167
4. 선거권연령을 20세로 정한 공직선거법 제15조의 선거권 또는 평등권
침해 여부(소극 / 1997. 6. 26. 96헌마89) 176
5. 피선거권의 상한 연령을 미규정한 공직선거법 제16조에 대한 공직
퇴직자의 헌법소원 적법 여부(각하 / 2002. 1. 29. 2002헌마29) 186

6. 국회의원 피선거권 연령을 25세 이상으로 규정한 공직선거법 제16조 제2항의 공무담임권 침해 여부(소극 / 2005. 4. 28. 2004헌마219)	188
7. 지방자치단체장의 피선거권 요건으로 90일 이상 주민등록을 요구하는 공직선거법 제16조제3항의 거주·이전의 자유 침해 여부(소극 / 1996. 6. 26. 96헌마200)	199
8. 지방자치단체장의 피선거권 요건으로 주민등록과 외국파견자에 대한 예외를 두고 있는 공직선거법 제16조제3항의 공무담임권 등 침해 여부 (소극 / 2004. 12. 16. 2004헌마376)	210
9. 금고이상의 형의 선고를 받은 자에 대하여 선거권을 제한하는 공직 선거법 제18조제1항제2호의 보통선거의 원칙 등 침해 여부(소극 / 2009. 10. 29. 2007헌마1462)	229
10. 수형자 등의 선거권을 제한하는 공직선거법 제18조제1항의 과잉 금지의 원칙 위반 여부(소극 / 2004. 3. 25. 2002헌마411)	254
11. 100만원 이상의 벌금형으로 공직퇴임의 기준이 되는 공직선거법 제18조 및 제19조의 공무담임권 등 침해 여부(소극 / 2008. 1. 17. 2006 헌마1075)	276
12. 선거법으로 100만원 이상의 벌금형 확정시 5년간 피선거권을 제한하는 공직선거법 제19조제1호의 공무담임권 등 침해 여부(소극 / 2008. 1. 17. 2004헌마41)	291
13. 선거법과 다른 죄의 경합범을 선거법으로 의제하는 구 공직선거법 제18조제3항의 과잉금지의 원칙 위반 여부(소극 / 1997. 12. 24. 97헌마16)	304
14. 기소된 법률조항이 아닌 공직선거법 제18조·제19조에 대한 헌법소원의 적법 여부(각하 / 2001. 6. 28. 2001헌바16)	313

제3장 선거구역과 의원정수

1. 선거구간 인구편차 상하 50%를 초과하는 공직선거법 별표 1 국회의원 지역선거구구역표의 평등권 등 침해 여부(적극 / 2001. 10. 25. 2000 헌마92·240 병합)	321
2. 인접하지 아니한 지역을 국회의원지역선거구로 획정한 공직선거법 별표 1의 평등선거의 원칙 위반 여부(소극 / 1998. 11. 26. 96헌마54)	340
3. 인접한 구·시·군의 일부를 분할하여 1개의 국회의원지역선거구로 획정한 공직선거법 별표 1의 평등선거의 원칙 위반 여부(소극 / 1998. 11. 26. 96헌마74·83·111 병합)	349
4. 인접하지 아니한 지역을 국회의원지역구로 획정한 공직선거법 별표 1의 평등선거의 원칙 위반 여부(적극 / 1995. 12. 27. 95헌마224·239·285·373 병합) ...	361
5. 선거구간 인구편차 상하 60%를 초과하여 시·도의원지역선거구를 획정한 공직선거법 제26조제1항 및 별표 2의 선거권 등 침해 여부(적극 / 2007. 3. 29. 2005헌마985·1037, 2006헌마11 병합)	385
6. 시·도의원지역구 획정에 관한 공직선거법 제26조제3항 및 개정전 시·도 의원지역선거구구역표에 대한 헌법소원의 적법 여부(각하 / 2006. 1. 26. 2005헌마474)	417
7. 지역구기초의원선거에서 중선거구제를 규정한 공직선거법 제23조제1항 등의 공무담임권 등 침해 여부(소극 / 2007. 11. 29. 2005헌마977)	421
8. 선거구획정위원회 위원 위촉불이행 행위 등에 대한 헌법소원의 적법 여부(각하 / 2004. 2. 26. 2003헌마285)	431
9. 국회의원지역선거구 미획정에 따른 입법부작위 헌법소원의 적법 여부(각하 / 2000. 3. 30. 99헌마594)	441
10. 기초의원선거구획정위원회 선거구획정안에 대한 헌법소원의 적법 여부 (각하 / 2005. 11. 15. 2005헌마1036)	448

제4장 선거기간과 선거일

1. 국회의원선거의 선거기간을 14일로 정하고 있는 공직선거법 제33조제1항 제2호의 정치적 기본권 침해 여부(소극 / 2005. 2. 3. 2004헌마216) 453
2. 평일의 재·보선 실시와 저조한 투표율에도 당선인을 결정하는 공직선거법 제35조·제188조 등의 평등선거의 원칙 등 위반 여부(소극 / 2003. 11. 27. 2003헌마259·250 병합) 465

제5장 선거인명부

1. 재외선거를 실시하지 아니하는 공직선거법 제15조제2항·제38조제1항 등의 보통선거의 원칙 등 위반 여부(적극 / 2007. 6. 28. 2004헌마644·2005헌마360 병합) 479
2. 재외선거를 실시하지 아니하는 공직선거법 제37조제1항의 선거권 침해 여부 (소극 / 1999. 1. 28. 97헌마253·270 병합) 511
3. 재외국민에게 부재자투표를 인정하지 아니하는 공직선거법 제38조제1항 및 제148조 등의 선거권 등 침해 여부(소극 / 1999. 3. 25. 97헌마99) 519
4. 해상에 장기 기거하는 선원들을 부재자투표 대상자로 규정하지 아니한 공직선거법 제38조·제158조의 선거권 침해 여부(적극 / 2007. 6. 28. 2005헌마772) 530

제6장 후보자

1. 정당의 후보자 추천과 관련한 금품 제공행위를 금지한 공직선거법 제47조의2제1항의 명확성의 원칙 등 위배 여부(소극 / 2009. 10. 29. 2008헌바146·158·163 병합) 545
2. 무소속후보자에게 선거권자의 추천 요구, 정당의 당원교육을 허용한 공직선거법 제48조·제143조 등이 불합리한 차별인지 여부(소극 / 1996. 8. 29. 96헌마99) 560

3. 무소속후보자 추천장에 무인을 허용하지 아니하는 공직선거법 제49조 제3항의 공무담임권 침해 여부(소극 / 2009. 9. 24. 2008헌마265)	568
4. 후보자등록신청시 전과기록 제출을 규정한 공직선거법 제49조제10항 등의 사생활의 비밀 등 침해 여부(소극 / 2008. 4. 24. 2006헌마402 · 2006헌마531 병합)	575
5. 정당의 후보자 추천 취소·변경을 금지한 공직선거법 제50조제1항에 대한 헌법소원의 적법 여부(각하 / 2007. 10. 9. 2007헌마1032)	588
6. 공무원의 입후보시 선거일전 60일까지 사직하도록 규정한 공직선거법 제53조제1항제1호의 공무담임권 및 평등권 침해 여부(소극 / 2008. 10. 30. 2006헌마547)	590
7. 지방자치단체장에게 국회의원선거 입후보시 선거일전 120일까지 사직하도록 한 공직선거법 제53조제3항의 평등권 등 침해 여부(소극 / 2006. 7. 27. 2003헌마758, 2005헌마72 병합)	600
8. 지방자치단체장에게 국회의원선거 입후보시 선거일전 180일까지 사직하도록 한 구 공직선거법 제53조제3항의 평등의 원칙 위배 여부(적극 / 2003. 9. 25. 2003헌마106)	610
9. 지방자치단체장에게 다른 선거 출마를 금지하고 홍보물 발행을 제한하는 구 공직선거법 제53조제3항·제86조제3항 등의 피선거권 등 침해 여부 (일부적극 / 1999. 5. 27. 98헌마214)	630
10. 정부투자기관 직원이 공직선거 출마시 선거일전 90일까지 사직하도록 한 구 공직선거법 제53조제1항제4호의 공무담임권 등 침해 여부(적극 / 1995. 6. 12. 95헌마172)	665
11. 공무원의 입후보시 선거일전 90일까지 사직하도록 한 구 공직선거법 제53조제1항의 평등원칙 위배 여부(소극 / 1995. 3. 23. 95헌마53)	671

12. 공무원이 입후보시 선거일전 90일까지 사직하도록 한 구 공직선거법 제53조제1항제1호의 공무담임권 등 침해 여부(소극 / 1998. 4. 30. 97헌마100)	679
13. 대통령선거의 기탁금을 5억원으로 규정한 공직선거법 제56조제1항제1호의 공무담임권 침해 여부(적극 / 2008. 11. 27. 2007헌마1024)	690
14. 대통령선거의 기탁금을 3억원으로 정하였던 구 대통령선거법 제26조제1항의 공무담임권 등 침해 여부(소극 / 1995. 5. 25. 92헌마269·299·305 병합)	713
15. 국회의원선거의 기탁금 1,500만원과 그 반환기준을 정한 공직선거법 제56조·제57조의 공무담임권 등 침해 여부(소극 / 2003. 8. 21. 2001헌마687·691 병합)	736
16. 국회의원선거에서 반환하지 아니하는 기탁금을 국고에 귀속하도록 한 공직선거법 제57조제2항의 평등원칙 등 위배 여부(소극 / 1997. 5. 29. 96헌마143)	752
17. 지방선거에서 선거별 기탁금액과 반환요건을 규정한 구 공직선거법 제56조·제57조의 공무담임권 등 침해 여부(소극 / 2004. 3. 25. 2002헌마383·396 병합)	758
18. 시·도지사선거의 기탁금을 5,000만원으로 규정한 공직선거법 제56조제1항제4호의 공무담임권 등 침해 여부(소극 / 1996. 8. 29. 95헌마108)	767
19. 기초의원선거의 기탁금을 200만원으로 정하였던 구 지방의회의원선거법 제36조제1항의 공무담임권 등 침해 여부(소극 / 1995. 5. 25. 91헌마44)	787
20. 시·도의원선거의 기탁금을 700만원으로 정하였던 구 지방의회의원선거법 제36조제1항의 공무담임권 등 침해 여부(적극 / 1991. 3. 11. 91헌마21)	808

제6장의2 정당의 후보자 추천을 위한 당내경선

1. 경선불복을 규정한 공직선거법 제57조의2제2항에 대한 선거권자의 헌법 소원의 적법 여부(각하 / 2007. 9. 18. 2007헌마989) 831
2. 대통령선거의 후보자 선출을 위한 당내경선시 여론조사 결과를 반영한 것에 대한 헌법소원의 적법 여부(각하 / 2007. 10. 30. 2007헌마1128) 834

제7장 선거 운동

1. 공직선거법 제58조제1항 단서, 제89조제1항, 제93조제1항, 제111조 제1항 등의 공무담임권 및 표현의 자유 등 침해 여부(소극 / 2001. 10. 25. 2000헌마193) 839
2. 공직선거법 제58조제1항·제59조·제111조제1항 등의 표현의 자유 및 명확성의 원칙 등 위반 여부(소극 / 2001. 8. 30. 2000헌마121) 857
3. 선거운동기간을 정한 공직선거법 제59조 및 의정보고회에서 다과 제공을 허용한 구 공직선거법 제112조제2항제3호의 과잉금지의 원칙 등 위반 여부(소극 / 1995. 11. 30. 94헌마97) 879
4. 선거운동기간을 제한하고 예비후보자 배우자의 선거운동을 부인하는 공직선거법 제59조제1호의 평등원칙 등 위반 여부(소극 / 2005. 9. 29. 2004헌마52) 893
5. 공무원과 공무원단체의 선거운동을 금지하는 공직선거법 제60조제1항 제4호 및 제87조제1항제8호 등의 과잉금지의 원칙 위배 여부(소극 / 2008. 4. 24. 2004헌마47) 907
6. 초·중등학교 교육공무원의 선거운동을 금지하는 공직선거법 제60조 제1항 제4호의 정치적 자유권 등 침해 여부(소극 / 2004. 3. 25. 2001 헌마710) 933

7. 국민건강보험공단 직원의 선거운동을 금지하던 구 공직선거법 제60조 제1항제9호의 과잉금지의 원칙 위배 여부(소극 / 2004. 4. 29. 2002헌마467)	952
8. 지방공사 상근직원의 선거운동을 금지하는 공직선거법 제60조제1항 제5호에 대한 제3자의 헌법소원 적법 여부(각하 / 1997. 9. 25. 96헌마133)	971
9. 예비후보자의 배우자인 공무원의 선거운동을 금지한 공직선거법 제60조 제1항제4호의 평등권 등 침해 여부(소극 / 2009. 3. 26. 2006헌마526)	978
10. 예비후보자 홍보물의 수량을 세대수의 10/100 이내로 제한하는 공직 선거법 제60조의3제1항제4호의 평등권 등 침해 여부(소극 / 2009. 7. 30. 2008헌마180)	991
11. 정당선거사무소 설치를 규정한 공직선거법 제61조제3항 등에 대한 후보자등록을 포기한 자의 헌법소원 적법 여부(각하 / 2006. 6. 13. 2006헌마599)	1005
12. 중증장애인 후보자에게 활동보조인을 별도로 인정하지 아니하는 공직 선거법 제62조제2항 및 제93조 등의 평등권 침해 여부(소극 / 2009. 2. 26. 2006헌마626)	1008
13. 비정규학력의 게재를 금지한 공직선거법 제64조제1항 및 제250조 제1항의 과잉금지원칙 등 위반 여부(소극 / 2009. 11. 26. 2008헌마114)	1026
14. 비정규학력의 게재를 금지한 공직선거법 제250조제1항의 과잉금지의 원칙 등 위반 여부(소극 / 2000. 11. 30. 99헌바95)	1039
15. 비정규학력의 게재를 금지한 공직선거법 제64조제1항의 과잉금지의 원칙 등 위반 여부(소극 / 1999. 9. 16. 99헌바5)	1052

제 1 장 총 칙

(제1조 ~ 제14조)

1

선거법 준수요청이 공권력의 행사에 해당 하는지 여부 및 공직선거법 제9조의 헌법소원 대상 여부

- 대통령의 선거중립의무 준수요청 등 조치 취소, 2008. 1. 17. 2007헌마700 ■

【판시사항】

1. 적법요건에 대한 판단

- 가. 중앙선거관리위원회 위원장(피청구인)이 청구인에게 한 2007. 6. 7.자의 ‘대통령의 선거중립의무 준수요청 조치’와 2007. 6. 18.자의 ‘대통령의 선거중립의무 준수 재촉구 조치’(이하 위 각 조치를 ‘이 사건 조치’라 한다)의 법적 근거
- 나. 이 사건 조치가 기본권침해 가능성 있는 공권력의 행사인지 여부(적극)
- 다. 이 사건과 2002헌마106 사건과의 차별성
- 라. 청구인(대통령)의 기본권 주체성 여부(적극)

2. 본안에 대한 판단

- 가. 공직선거법 제9조 제1항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 해석과 성격
- 나. 이 사건 법률조항이 명확성의 원칙에 위배되는지 여부(소극)
- 다. 대통령의 정치인으로서의 지위와 선거중립의무의 관계
- 라. 이 사건 법률조항이 청구인의 정치적 표현의 자유를 침해하는지 여부(소극)
- 마. 이 사건 법률조항이 평등의 원칙에 위배되는지 여부(소극)
- 바. 이 사건 조치가 명확성의 원칙에 위배되는지 여부(소극)
- 사. 이 사건 조치가 적법절차원칙에 위배되는지 여부(소극)
- 아. 이 사건 조치가 피청구인의 이 사건 법률조항에 대한 잘못된 해석에 기인하는 것인지 여부(소극)

【결정 요지】

1. 적법요건에 대한 판단

가. 헌법 제115조와 공직선거법 제5조, 공직선거법 제272조의2 제5항의 내용을 살펴볼 때 이들 규정은 이 사건 조치의 근거조항이라고 할 수 없으며, 이 사건 조치는 선거관리위원회법 제14조의2에 근거한 것이라고 볼 수밖에 없고, 청구인의 과거 발언이 공직선거법을 위반하였다고 확인한 후 재발방지를 촉구하는 내용이 주를 이루고 있으므로 위 조항에 열거된 행위유형 중 ‘경고’에 해당한다고 봄이 상당하다.

나. 선거관리위원회법 제14조의2의 ‘경고’는 선거법 위반행위에 대한 제재적 조치의 하나로서 법률에 규정된 것이므로 피경고자는 이러한 경고를 준수하여야 할 의무가 있고, 피경고자가 경고를 불이행하는 경우 선거관리위원회 위원·직원에 의하여 관할 수사기관에 수사의뢰 또는 고발될 수 있으므로(위 조항 후문), 위 ‘경고’가 청구인의 법적 지위에 영향을 주지 않는다고는 할 수 없다.

중앙선거관리위원회 위원장이 중앙선거관리위원회 전체회의의 심의를 거쳐 대통령의 위법사실을 확인한 후 그 재발방지를 촉구하는 내용의 이 사건 조치를 청구인인 대통령에 대하여 직접 발령한 것이 단순한 권고적·비권력적 행위라든가 대통령인 청구인의 법적 지위에 불리한 효과를 주지 않았다고 보기는 어렵다(탄핵소추사유는 근본적으로 청구인의 행위가 이 사건 법률조항에 위반되었다는 점이 되지만, 이 사건 조치에 의하여 청구인의 위법사실이 유권적으로 확인됨으로써 탄핵발의의 계기가 부여된다).

청구인이 이 사건 조치를 따르지 않음으로써 형사적으로 처벌될 가능성은 없다고 하더라도, 이 사건 조치가 그 자체로 청구인에게 그러한 위축효과를 줄 수 있음은 명백하다고 볼 것이고, 나아가 이 사건 조치에 대하여 법원에서 소송으로 구제받기는 어렵다는 점에서 헌법기관인 피청구인이 청구인의 위 발언내용이 위법이라고 판단한 이 사건 조치는 최종적·유권적인 판단으로서 기본권 제한의 효과를 발생시킬 가능성이 높다고 할 것이다.

다. 2002헌마106 사건에서의 서울특별시 선거관리위원회 위원장의 중지촉구는 장래에 개최될 예정인 대담·토론회에 관하여 서울특별시 선거관리위원회가 사전에 공직선거법 위반에 해당될 것이라는 법적 평가를 한 후 그러한 의견을 오마이뉴스에 표명하면서 만일 그 위반행위를 하는 경우 위 선거관리위원회가 취할 수 있는 조치를 통고한 것인 데 반하여, 이 사건 조치는 청구인의 과거의 행위가 위법임을 유권적으로 확인하고 이를 청구인에게 통지하면서 그 재발방지를 촉구한 것이다. 결국 선례상의 중지촉구는 권고적·비권력적 행위인 공명선거 협조요청에 불과하여 피통고

자에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시키지 않는 것이지만, 이 사건 조치는 위법 행위에 대한 유권적인 판단 및 그에 대한 경고를 함으로써 청구인의 기본권을 실질적으로 제한하고 있으므로, 위 선례의 판시가 이 사건에 적용된다고 볼 수 없다.

- 라. 심판대상조항이나 공권력 작용이 넓은 의미의 국가 조직영역 내에서 공적 과제를 수행하는 주체의 권한 내지 직무영역을 제약하는 성격이 강한 경우에는 그 기본권 주체성이 부정될 것이지만, 그것이 일반 국민으로서 국가에 대하여 가지는 헌법상의 기본권을 제약하는 성격이 강한 경우에는 기본권 주체성을 인정할 수 있다.

개인의 지위를 겸하는 국가기관이 기본권의 주체로서 헌법소원의 청구적격을 가지는지 여부는, 심판대상조항이 규율하는 기본권의 성격, 국가기관으로서의 직무와 제한되는 기본권 간의 밀접성과 관련성, 직무상 행위와 사적인 행위 간의 구별가능성 등을 종합적으로 고려하여 결정되어야 할 것이다.

그러므로 대통령도 국민의 한사람으로서 제한적으로나마 기본권의 주체가 될 수 있는바, 대통령은 소속 정당을 위하여 정당활동을 할 수 있는 사인으로서의 지위와 국민 모두에 대한 봉사자로서 공익실현의 의무가 있는 헌법기관으로서의 지위를 동시에 갖는데 최소한 전자의 지위와 관련하여는 기본권 주체성을 갖는다고 할 수 있다.

2. 본안에 대한 판단

- 가. 국가공무원법 조항은 정무직 공무원들의 일반적 정치활동을 허용하는 데 반하여, 이 사건 법률조항은 그들로 하여금 정치활동 중 ‘선거에 영향을 미치는 행위’만을 금지하고 있으므로, 위 법률조항은 선거영역에서의 특별법으로서 일반법인 국가공무원법 조항에 우선하여 적용된다고 할 것이다.

그리고 이 사건 법률조항의 행위는 공직자가 공직상 부여되는 정치적 비중과 영향력을 국민 모두에 대하여 봉사하고 책임을 지는 그의 과제와 부합하지 않는 방법으로 사용하여 선거에서의 득표에 영향을 미치는 행위를 말한다고 할 것이다.

이 사건 법률조항이 규율하는 ‘행위’를 위와 같이 구체화할 수 있을 뿐 아니라, 일반 공무원이 이 사건 법률조항을 위반한 경우에는 직무상의 의무(다른 법령에서 공무원의 신분으로 인하여 부과된 의무 포함) 위반이나 직무태만으로 징계사유가 되고(국가공무원법 제78조 제1항 제2호), 대통령의 경우 탄핵사유가 될 수 있으므로(2004헌나1 참조) 위 법률조항의 위반에 대한 제재가 전혀 없다고 볼 수도 없다. 따라서 이 사건 법률조항이 구체적 법률효과를 발생시키지 않는 단순한 선언적·주의

적 규정이라고 볼 수 없다.

나. 이 사건 법률조항은 주체나 행위에 대한 제한적인 해석이 가능하여 그 범위를 한정할 수 있고, 나아가 위 법률조항의 입법목적과 입법경위, 수범자의 범위 및 선거과정의 특징 등을 고려할 때, 그 수범자가 통상의 범국민과 합리적 상식에 기하여 그 구체적 의미를 충분히 예측하고 해석할 수 있으므로 명확성의 원칙에 반하지 않는다.

다. 정당민주주의하에서 대통령후보자는 정당의 당원으로서 정당의 공천을 받아 선거운동을 거쳐 대통령으로 선출되고, 대통령으로 선출된 이후에도 정당의 당원으로 남아 정치활동을 할 수 있고, 이러한 점에서 대통령은 ‘정치적 헌법기관’ 혹은 ‘정치인’의 지위를 갖고 특정 정파의 정책이나 이익과 밀접하게 관련될 가능성이 존재하게 된다.

오늘날의 대의민주주의하에서 선거는 국민이 통치기관을 결정·구성하는 방법이고 선출된 대표자에게 민주적 정당성을 부여함으로써 국민주권주의 원리를 실현하는 핵심적인 역할을 하고 있으므로 선거에서의 공정성 요청은 매우 중요하고 필연적인바, 공명선거의 책무는 우선적으로 국정의 책임자인 대통령에게 있다. 또한 선거에 관한 사무는 행정부와는 독립된 헌법기관인 선거관리위원회가 주관하게 되어 있지만(헌법 제114조 제1항), 선거를 구체적으로 실행하는 데 있어서 행정부 공무원의 지원과 협조 없이는 현실적으로 불가능하므로 행정부 수반인 대통령의 선거중립이 매우 긴요하다. 나아가 공무원들이 직업공무원제에 의하여 신분을 보장받고 있다 하여도, 최종적인 인사권과 지휘감독권을 갖고 있는 대통령의 정치적 성향을 의식하지 않을 수 없으므로 대통령의 선거개입은 선거의 공정을 해할 우려가 무척 높다.

결국 선거활동에 관하여 대통령의 정치활동의 자유와 선거중립의무가 충돌하는 경우에는 후자가 강조되고 우선되어야 한다.

라. 이 사건 법률조항은 공무원에게 정치적 중립의무를 부과하여 선거의 공정성이 이루어지도록 함으로써 궁극적으로 선거를 통한 국민주권원리가 구현될 수 있도록 하는 정당한 입법목적에 있다고 할 것이고, 또한 이 사건 법률조항은 그 입법목적에 적정한 수단이라고 할 것이다.

이 사건 법률조항은 대통령의 정치적 표현의 자유를 상시적으로 모든 영역에서 규제하는 것이 아니라, 선거가 임박한 시기에 부당한 영향력을 행사하는 방법으로 선거결과에 영향을 미치는 표현행위만을 규제하는 것이고, 또한 이 사건 법률조항은 대통령의 직무집행과 관련된 공적인 행위만을 규제하는 것이고 대통령의 순수한 개인적인 영역까지 규제하는 것은 아니며, 나아가 이 사건 법률조항의 위반에 대한 제재조항이 없어 위 조항을 위반한다고 하여도 형사처벌을 받을 위험성이 없으므로

피해의 최소성을 갖추었다고 할 것이다.

민주주의 국가에서 공무원 특히 대통령의 선거중립으로 인하여 얻게 될 ‘선거의 공정성’은 매우 크고 중요한 반면, 대통령이 감수하여야 할 ‘표현의 자유 제한’은 상당히 한정적이므로, 위 법률조항은 법익의 균형성도 갖추었다 할 것이고, 결국 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 정치적 표현의 자유를 침해하는 것으로 볼 수 없다.

- 마. 대통령은 국정의 책임자이자 행정부의 수반이므로 공명선거에 대한 공극적 책무를 지고 있고, 공무원들은 최종적인 인사권과 지휘감독권을 갖고 있는 대통령의 정치적 성향을 의식하지 않을 수 없으므로 대통령의 선거개입은 선거의 공정을 해칠 우려가 높다. 이에 반하여 국회의원이나 지방의회의원은 공무원의 선거관리에 영향을 미칠 가능성이 높지 않고, 국회의원은 국회의 구성원임과 동시에 정당소속원으로서 선거에 직접 참여하는 당사자가 될 수도 있고, 복수정당제나 자유선거의 원칙을 실현하기 위하여 정책홍보 등 광범위한 선거운동의 주체가 될 필요도 있으므로 선거에서의 중립성을 요구하는 것이 적절하지 않다.

결국 국회의원과 지방의회의원이 대통령과 달리 이 사건 법률조항의 적용을 받지 않는 것은 합리적인 차별이라고 할 것이므로, 위 법률조항은 평등의 원칙에 반하지 아니한다.

- 바. 이 사건 조치의 내용을 살펴보면 발언의 당사자인 청구인으로서 각 조치에서 언급하는 ‘선거법 위반행위’가 무엇인지 알 수 있을 만큼 특정되었으므로 명확하다고 할 것이다.

- 사. 각급 선거관리위원회의 의결을 거쳐 행하는 사항에 대하여는 원칙적으로 행정절차에 관한 규정이 적용되지 않는바(행정절차법 제3조 제2항 제4호), 이는 권력분립의 원리와 선거관리위원회 의결절차의 합리성을 고려한 것으로 보인다. 또한 선거운동의 특성상 선거법 위반행위인지 여부와 그에 대한 조치는 가능하면 신속하게 결정되어야 할 뿐 아니라, 선거관리위원회법 제14조의2의 조치가 위반행위자에 대하여 종국적 법률효과를 발생시키는 것도 아니므로, 위반행위자에게 의견진술의 기회를 보장하는 것이 반드시 필요하거나 적절하다고 보기는 어렵다.

이와 같이 선거관리의 특성, 이 사건 조치가 규율하는 행위의 성격, 위 조치의 제재 효과 및 기본권침해의 정도 등을 종합하여 볼 때, 청구인에게 위 조치 전에 의견진술의 기회를 부여하지 않은 것이 적법절차원칙에 어긋나서 청구인의 기본권을 침해한다고 볼 수 없다.

- 아. 청구인은 대통령 선거가 다가오고 야당의 당내 경선이 이루어지고 있는 시기에 국

민들이 관심을 갖는 공공의 모임들에서 주로 야당의 유력 후보자들을 비난하고 그들의 정책을 지속적·반복적으로 비판하였으며 한겨레신문과의 대담에서는 자신의 출신당 후보자를 지지하겠다는 적극적인 취지의 발언을 하였다.

청구인의 이러한 발언은 공직상 부여되는 정치적 비중과 영향력을 국민 모두에 대하여 봉사하는 그의 지위와 부합하지 않는 방법으로 사용함으로써 선거의 공정성에 상당한 영향을 줄 가능성이 있거나, 선거에 대한 부당한 영향력을 행사하여 선거의 득표에 영향을 미치는 행위라고 할 것이므로, 위 각 발언들이 이 사건 법률조항에 위반되었다고 본 피청구인의 이 사건 조치가 위 법률조항을 잘못 해석·적용한 결과라고 할 수 없다.

적법요건에 대한 반대의견

1. 재판관 김종대의 각하의견

이 사건 조치가 행해진 경위, 절차, 공문의 형식 및 내용 등을 종합하면, 비록 피청구인 명의로 이 사건 조치가 통보되었다고 하더라도 이는 피청구인이 중앙선거관리위원회의 대표자 자격에서 동 위원회의 결정을 전달한 것으로 이 사건 조치의 궁극적인 주체는 중앙선거관리위원회로 보아야 한다.

그런데 선거관리위원회법 제14조의2의 행위주체는 위 규정의 문언에 따라 각급 선거관리위원회의 ‘위원’이나 ‘직원’으로 한정해서 보는 것이 타당하고 이를 예시규정으로 보아 ‘선거관리위원회’로까지 확대 해석해서는 안된다.

그리고 피청구인이 청구인에 대해 선거관리위원회법 제14조의2 소정의 조치를 발하는 경우에는 중지·경고·시정명령의 각종 조치와 그 위반에 대한 고발 등 같은 조항이 정해 둔 소정의 유형에 따른 조치만 할 수 있다고 해야 할 것인데, 이 사건 조치는 선거관리위원회법 제14조의2 소정의 조치 유형에 해당하지 않음이 분명하므로 동 조항이 이 사건 조치의 근거조항이 될 수는 없다.

결국 이 사건 조치는 중앙선거관리위원회가 청구인에게 그 자체로 일정한 의무를 부담하게 하거나 그 밖의 법률상의 효과를 발생시키기 위한 행위가 아니라 부적절한 발언을 자제하여 공정한 선거관리를 위하여 협조해 달라는 취지의 요청을 함으로써 장래 이를 시정토록 하는 일종의 임의적 협력을 기대하고 행한 조치에 해당하므로 청구인의 기본권을 침해할 가능성이 있는 공권력의 행사라고 볼 수 없다.

2. 재판관 이동흡의 각하의견

가. 중앙선거관리위원회의 선거법준수 촉구조치의 공권력 행사성 판단

이 사건 조치는 중앙선거관리위원회의 공명선거 협조요청으로서, 이 사건 법률조항은 공직선거법 제9조를 위반하지 말라는 취지일 뿐 그로 인하여 기존에 없던 의무나 부담이 특별히 생기거나 청구인에게 독자적인 법적 효과를 미치는 것은 아니므로 공권력 행사성이 없다. 탄핵이나 고발, 수사의뢰 등도 형식적으로 이 사건 조치의 위반 여부에 따라 결정되는 것이 아니라 조치에서 지키라고 요구한 선거법 조항의 위반 여부에 따라 결정된다.

청구인이 대통령이라거나 피청구인이 중앙선거관리위원장인 점 등으로 인하여 이 사건 조치가 청구인에게 미치는 심리적인 위축감이나 정치적인 파급력이 크다고 하더라도 이는 조치의 사실적, 정치적 효과이지 법적 효과라고 할 수는 없다.

헌법재판소는 2002헌마106 사건(이른바 ‘오마이뉴스’ 사건)에서, 선관위의 ‘선거법 위반행위에 대한 중지촉구’에 대하여 공권력 행사성을 부정하였는바, 이 사건 조치나 위 선례상의 조치 모두 청구인의 특정한 행위가 선거법에 위반된다는 법적 평가를 선언하면서 장래 그와 같은 행위를 하지 말 것을 촉구하는 법령준수 촉구조치로서, 그 구조와 의미가 동일한 성격의 조치이다.

나. 헌법소원 청구인적격에 대한 판단

이 사건 조치는 대통령으로서의 청구인의 발언에 대한 것이고, 앞으로 국가의 최고지도자로서 국정을 수행함에 있어 선거법 위반시비가 일어나지 않도록 요청하는 내용으로 되어 있는바, 자연인 노무현의 사적 영역에서의 기본권 행사를 문제삼은 것이기보다는 대통령 노무현의 공적 영역에서의 직무수행을 문제삼은 것이고 따라서 이 사건 청구인은 국가기관인 대통령으로서 헌법소원을 제기할 청구인적격이 없다.

청구인의 참평포럼 강연이나 원광대 강연 역시 대통령의 공식일정 중에 포함되어 있으며, 청구인이 한 발언들이 언론에 보도되어 결국 모든 국민들에게 공개되고 현직 대통령의 발언으로 이해될 것이라는 점은 이미 예정되어 있다. 청구인의 발언은 그것이 대통령의 지위에서 공적으로 행한 것인 이상 대통령의 직무집행과 밀접히 관련되고, 대통령의 정치적·정책적 목표 관철의 수단을 동시에 지니므로, 최소한 국가에 대한 개인의 기본권(정치적 표현의 자유)을 행사하는 차원은 아니다.

대통령이 그에 대한 직무제약의 성격을 지니는 모든 국가작용에 대하여 그것이 동시에 개인의 기본권을 제약한다고 주장하면서 헌법소원을 제기하는 것을 허용한다면, 이는 결국

국가기관인 대통령이 개인의 이름을 빌려 헌법소원제도를 부당하게 이용하는 결과가 되고 헌법소원제도의 본래 취지를 왜곡하는 것이 된다. 원래 헌법소원제도가 국가공권력에 의한 국민의 권리구제수단으로서 ‘공권력에 대한 헌법적 통제’를 본질로 한다는 측면에서 보면 이러한 위험성은 헌법소원의 적법단계에서 충분히 고려되어야 한다.

본안판단에 대한 반대의견

1. 재판관 조대현의 인용의견

국가공무원법 제3조 제3항, 제65조 제2항은 대통령을 포함한 정무직 공무원에게 ‘특정 정당 또는 특정인의 지지나 반대를 하기 위한 행위’를 허용하면서, 그러한 행위가 허용되는 시기를 제한하지 않고 있다. ‘특정 정당 또는 특정인의 지지나 반대를 하기 위한 행위’는 특정의 선거와 관련하여 하는 경우에도 허용된다.

따라서 대통령을 포함한 정무직 공무원에게 허용되는 국가공무원법 제65조 제2항의 정치활동은 단순히 정치적 중립의무를 면제하는 수준이 아니라 적극적으로 선거결과에 영향을 미치는 선거운동까지 허용하는 수준의 것이므로 대통령은 공직선거법 제9조 제1항이 규정하는 ‘정치적 중립을 지켜야 하는 공무원’이라고 볼 수 없다.

대통령은 선거관리업무를 책임자도 아니고 중앙선거관리위원회의 선거관리업무에 간섭하거나 영향을 줄 수도 없으므로, 선거관리의 공정을 위하여 대통령에게 공직선거법 제9조 제1항을 준수하도록 요구할 필요가 없고, 대통령이 선거결과에 부당한 영향을 미칠 수 있는 행위는 공직선거법 제60조 제1항, 제85조 제1항, 제86조 제1항이 구체적으로 열거하여 금지시키고 있으므로, 원론적이고 추상적인 내용의 공직선거법 제9조 제1항을 국가공무원법 제65조 제2항의 특별규정이라고 해석하여 대통령에게 적용시킬 필요가 없다.

결국 이 사건 조치는 정당한 법적 근거도 없이 청구인의 개인적 표현행위가 위법하다고 유권적으로 판단하고 그러한 위법행위의 재발방지를 촉구함으로써 청구인 개인의 정치적 표현의 자유를 침해한 것으로서 헌법 제21조 제1항, 제37조 제2항에 위반되므로 취소되어야 하며, 헌법재판소법 제75조 제5항을 적용하여 “이 사건 법률조항의 ‘공무원’에 대통령도 포함된다고 해석하는 것은 헌법에 위반된다.”고 선언하여야 한다.

2. 재판관 송두환의 인용의견

이 사건 법률조항은 공직선거법 내에서의 체계상 위치, 그 내용 자체의 추상성, 제재규정의 부존재 등에 비추어, 공무원의 선거에 관한 중립 원칙을 일반적, 추상적으로 선언하는

규정으로 보아야 하므로 직접 구체적인 제재의 근거가 될 수는 없다.

그리고 표현의 ‘내용’ 내지 ‘주제’에 관한 규제는 원칙적으로 중대한 공익의 실현을 위하여 불가피한 경우에 한하여 엄격한 요건하에서 허용되어야 하는데, 이 사건 법률조항은 표현의 ‘내용’ 내지 ‘주제’에 관한 규제에 해당한다.

또한 대통령제를 채택하고 있는 우리나라에서 대통령은 국민의 선거라는 정치과정을 통하여 직접 통치권의 정당성을 부여받고, 단순한 정책집행 기능을 넘어 정치적 지도자로서의 기능과 역할을 수행하므로 국회의원과 같이 태생적으로 정치적 존재이며, 따라서 대통령이 선거를 포함한 국정 전반에 관련하여 정치적 입장과 견해를 표명하는 것은 당연하고 또 필요한 것이라 하여야 한다.

한편, 국가공무원법 제65조 제2항, 제3조 제3항은 공무원에 대하여 ‘선거에 관하여 특정정당 또는 특정인의 지나친 반대를 하기 위한 행위’를 금지하면서 대통령 등 이른바 정치적 공무원은 위 규제의 범위에서 제외하고 있는 바, 이 사건 법률조항을 해석함에 있어서는 이와 같은 국가공무원법 조항의 취지와 내용에 조화되도록 해석하여야 한다.

다른 한편 이 사건 법률조항만으로는 어떠한 행위가 어느 한도까지 금지되는 것인지 예측하기 힘들고, 따라서 법집행기관의 자의적 해석운용의 위험성까지 제공하고 있으므로, 이 사건 법률조항은 위헌의 의심이 매우 짙다고 하지 않을 수 없다. 결국, 피청구인이 청구인의 개인적, 정치적 의견표명에 대하여 위법판단 및 경고조치를 한 것은 이 사건 법률조항의 법적 성격과 적용대상 범위를 오해한 가운데 이 사건 법률조항을 잘못 해석, 적용한 것으로서 정당한 법적 근거 없이 청구인 개인의 정치적 표현의 자유를 침해한 것이므로 취소되어야 하고, 헌법재판소법 제75조 제5항에 의하여 “이 사건 법률조항의 ‘공무원’에 대통령이 포함된다고 해석하는 한 헌법에 위반된다.”고 선언하여야 한다.

【참조조문】

공직선거법(1994. 3. 16. 법률 제4739호 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’으로 제정되었다가 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 범명 개정된 것 포함) 제9조(공무원의 중립의무 등) ① 공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자(기관·단체를 포함한다)는 선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위를 하여서는 아니된다.

② 생략

국가공무원법 제3조(적용범위) ①~② 생략

③ 제65조 및 제66조의 규정은 제1항의 규정에 불구하고 대통령령으로 정하는 공무원에

12 ••• 제1장 총 칙

대하여는 적용하지 아니한다.

국가공무원법 제65조(정치운동의 금지) ① 공무원은 정당 기타 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입할 수 없다.

② 공무원은 선거에 있어서 특정정당 또는 특정인의 지지나 반대를 하기 위하여 다음의 행위를 하여서는 아니된다.

1. 투표를 하거나 하지 아니하도록 권유운동을 하는 것
2. 서명운동을 기도·주재하거나 권유하는 것
3. 문서 또는 도서를 공공시설 등에 게시하거나 게시하게 하는 것
4. 기부금을 모집 또는 모집하게 하거나 공공자금을 이용 또는 이용하게 하는 것
5. 타인으로 하여금 정당 기타 정치단체에 가입하게 하거나 또는 가입하지 아니 하도록 권유운동을 하는 것

③ 공무원은 다른 공무원에게 제1항과 제2항에 위배되는 행위를 하도록 요구하거나 또는 정치적행위의 보상 또는 보복으로서 이익 또는 불이익을 약속하여서는 아니된다.

④ 제3항 외의 정치적행위의 금지에 관한 한계는 국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령으로 정한다.

선거관리위원회법 제14조의2(선거법위반행위에 대한 중지·경고 등) 각급선거관리위원회의 위원·직원은 직무수행중에 선거법위반행위를 발견한 때에는 중지·경고 또는 시정명령을 하여야 하며, 그 위반행위가 선거의 공정을 현저하게 해치는 것으로 인정되거나 중지·경고 또는 시정명령을 불이행하는 때에는 관할수사기관에 수사의뢰 또는 고발할 수 있다.

정당법 제22조(발기인 및 당원의 자격) ① 국회의원 선거권이 있는 자는 공무원 그 밖에 그 신분을 이유로 정당가입이나 정치활동을 금지하는 다른 법령의 규정에 불구하고 누구든지 정당의 발기인 및 당원이 될 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 그러하지 아니하다.

1. 「국가공무원법」 제2조(공무원의 구분) 또는 「지방공무원법」 제2조(공무원의 구분)에 규정된 공무원. 다만, 대통령, 국무총리, 국무위원, 국회의원, 지방의회의원, 선거에 의하여 취임하는 지방자치단체의 장, 국회의원의 보좌관·비서관·비서, 국회 교섭단체의 정책연구위원과 「고등교육법」 제14조(교직원의 구분)제1항·제2항의 규정에 의한 총장·학장·교수·부교수·조교수·전임강사인 교원을 제외한다.
2. 총장·학장·교수·부교수·조교수·전임강사를 제외한 사립학교의 교원

3. 법령의 규정에 의하여 공무원의 신분을 가진 자

② 생략

【참조판례】

1. 헌재 1994. 12. 29. 93헌마120, 판례집 6-2, 477, 480
헌재 2003. 3. 27. 2002헌마106, 판례집 15-1, 223-24
헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 638
헌재 2006. 7. 27. 2003헌마758등, 판례집 18-2, 190-199
2. 헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 876-877
헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 726
헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 628, 634
헌재 2003. 2. 27. 2002헌마106, 판례집 15-1, 223, 237-238
헌재 2003. 7. 28. 2001헌가25, 판례집 15-2상, 1, 18
헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1, 판례집 15-2하, 17, 32
헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 633-639
헌재 2005. 12. 22. 2004헌바45, 판례집 17-2, 712, 721
헌재 2007. 7. 26. 2006헌가9, 공보 130, 819, 822

【당 사 자】

청 구 인 노무현

대리인 법무법인 시민

담당변호사 고영구 외 7인

피청구인 중앙선거관리위원회 위원장대리인 김범진 외 1인

복대리인 변호사 유주상 외 2인

【주 문】

청구인의 심판청구를 기각한다.

이 유

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인과 피청구인의 지위

청구인은 대한민국 국민이고, 2003. 2. 25.부터 대한민국의 대통령으로 재직 중이다. 피청구인은 헌법 제114조에 근거하여 선거와 국민투표의 공정한 관리 및 정당에 관한 사무를 처리하기 위하여 설치된 헌법기관인 중앙선거관리위원회의 위원장이다.

(2) 피청구인의 2007. 6. 7.자 ‘대통령의 선거중립의무 준수 요청’ 조치의 경위

(가) 청구인은 2007. 6. 2. 토요일 15:00경 서울 양재동 교육문화회관에서 열린 참여정부평가포럼 주최 모임(이하 ‘참평포럼 모임’이라고 한다)에 참석하여 ‘21세기 한국, 어디로 가야 하나’라는 주제로 강연을 하면서, ‘해외신문에서 한국의 지도자가 무슨 독재자의 딸이니 하는 얘기가 나오면 곤란하다’, ‘창조적 전략 없는 대운하, 열차페리공약, 대운하 건설비는 단기간에 회수되지 않는 투자이다. 열차페리는 2000년 해수부장관 시절에 타당성 없다는 결론을 이미 내린 사업입니다’, ‘한나라당 정권을 잡으면 어떤 일이 생길까, 이게 좀 끔찍해요. 무책임한 정당이다. 이 사람들이 정권을 잡으면 지역주의가 강화될 것입니다’ 등과 같은 내용의 발언을 하였다.

이에 한나라당은 2007. 6. 5. 청구인의 위 참평포럼 모임에서의 강연내용이 공직선거법 제9조 제1항 등에 위반된다는 이유로 청구인을 중앙선거관리위원회에 고발하였다.

(나) 중앙선거관리위원회는 2007. 6. 7. 전체회의를 개최하여 위 참평포럼 모임의 강연내용을 검토한 후 피청구인 명의로 청구인에게 “대통령선거가 가까워져 오고 있는 시기에 국정의 최고책임자이자 국민 전체에 대한 봉사자인 대통령께서 다수인이 참석하고 일부 인터넷방송을 통하여 중계된 집회에서 차기 대통령선거에 있어 특정 정당의 집권의 부당성을 지적하고, 후보자가 되고자 하는 자를 폄하하는 취지의 발언을 한 것은 단순한 의견개진의 범위를 벗어나 선거에 영향을 미치는 것으로서 공직선거법 제9조가 정한 공무원의 선거중립의무를 위반하였다고 결정하였습니다.”고 하면서, “앞으로는 이러한 사례가 반복되어 선거법 위반 논란이 일어나지 않도록 유의하여 주시기 바라며, 다가오는 대통령선

거가 선거법이 엄정하게 지켜지는 가운데 국민들의 자발적인 참여 속에서 자유롭고 공정하게 치러질 수 있도록 하여 주시기 바랍니다.”라는 내용의 ‘대통령의 선거중립의무 준수 요청’ 조치(이하 ‘1차 조치’라고 한다)를 취한 후 이를 청구인에게 통고하면서 언론사를 통하여 공표하였다.

(3) 피청구인의 2007. 6. 18.자 ‘대통령의 선거중립의무 준수 재촉구’ 조치의 경위

(가) 청구인은 2007. 6. 8. 금요일 오전 익산시 소재 원광대학교에서 명예정치학 박사학위를 수여받는 자리에서 ‘정치·복지·언론후진국에서 벗어나 성숙한 민주주의로’라는 주제로 70분 가량 특강을 하면서 “이명박 씨가 내놓은 감세론이요, 6조 8천억 원의 세수 결손을 가져오게 돼 있거든요. 6조 8천억 원이면 우리가 교육혁신을 할 수 있고요, 복지 수준을 한참 끌어올릴 수도 있습니다. 이 감세론, 절대로 속지 마십시오. 대운하, 민자로 한다는데 그거 진짜 누가 민자로 들어오겠어요. 그런 의견을 말하는 것은 정치적 평가 아닙니까. 참여정부 안 그래도 실패했다고 하는데, 내가 이 얘기 아닙니까. 여보시오, 그러지 마시오. 당신보다 내가 나아. 나만큼만 하시오. 그 얘기입니다.”라는 등의 발언을 하였다.

그리고 2007. 6. 10. 일요일 오전 세종문화회관에서 열린 제20주년 6·10민주항쟁 기념식에 참석하여 기념사를 함에 있어, “지난날의 기득권 세력들은 수구언론과 결탁하여 끊임 없이 개혁을 반대하고, 진보를 가로막고 있습니다. 심지어는 국민으로부터 정통성을 부여 받은 민주정부를 친북 좌파정권으로 매도하고, 무능보다는 부패가 낫다는 망언까지 서슴지 않음으로써 지난날의 안보독재와 부패세력의 본색을 공공연히 드러내고 있습니다. 나아가서는 민주세력 무능론까지 들고 나와 민주적 가치와 정책이 아니라 지난날 개발독재의 후광을 빌어서 정권을 잡으려 하고 있습니다.”라는 등의 발언을 하였다.

또한 2007. 6. 13. 수요일 오전 청와대접견실에서 한겨레신문사의 요청에 응하여 6월항쟁 20주년 기념 특별대담을 하면서, “참평포럼이 나를 따를 것이라고 생각한다면 내가 어디로 가느냐가 중요한 것 아닌가. 나는 열린우리당에서 선택된 후보를 지지한다. 불변이다. 열린우리당이 선택한 후보를 지지하고, 그 후보가 또 어디 누구하고 통합해 가지고 단일화하면 그 단일화 된 후보를 지지하는 것이 내가 갈 길이다.”라는 등의 발언을 하였다.

(나) 이에 한나라당은 2007. 6. 중순경 청구인의 원광대학교 특강과 6·10민주항쟁 기념사 중 위 발언내용이 공직선거법 제9조 제1항 등에 위반된다는 이유로 청구인을 중앙선거관리위원회에 고발하였다.

중앙선거관리위원회는 2007. 6. 18. 전체회의를 열어 청구인의 6. 8. 원광대학교 특강, 6·10민주항쟁 기념사, 6. 13. 한겨레신문과의 대담 내용을 모두 검토한 후 피청구인 명의의 청구인에게 “이번 대통령선거와 관련하여 후보자가 되고자 하는 자를 폄하하고, 특정 정

치세력 또는 정당이 집권하는 것에 대하여 부정적인 취지의 발언을 하였으며, 특정 정당을 지지하는 발언과 함께 선거전략 등에 대해서 언급한 것은 공무원의 선거중립의무를 규정한 공직선거법 제9조를 위반한 것이라고 결정하였습니다.”고 하면서 “대통령께서는 앞으로 연설이나 기자회견 등을 통하여 정치적 의견을 표명하실 때에는 국정의 최고책임자로서 선거를 공정하게 관리하여야 할 지위에 있음을 유념하시어 선거결과에 영향을 미칠 수 있는 발언은 더욱 자제하여 주시기 바랍니다. 아무쪼록 대통령께서 국정을 수행함에 있어서 이번 제17대 대통령선거가 법이 준수되는 가운데 공명정대하게 치러져 우리나라의 민주주의와 국가가 크게 발전하는 계기가 될 수 있도록 하여 주시기 바랍니다.”라는 내용의 ‘대통령의 선거중립의무 준수 재촉구’ 조치(이하 ‘2차 조치’라고 한다)를 취한 후 이를 청구인에게 통고하면서 언론사를 통하여 공표하였다.

(4) 청구인의 헌법소원심판 청구

청구인은 2007. 6. 21. 피청구인의 위 1차 및 2차 조치(이하 ‘1차 및 2차 조치’를 통틀어 일컬을 때는 ‘이 사건 조치’라고 한다)가 청구인이 개인으로서 가지는 정치적 표현의 자유를 침해하였다고 주장하면서 헌법재판소법 제68조 제1항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 제기하였다.

나. 심판의 대상과 관련 법규정

(1) 심판의 대상

청구인은 ‘이 사건 조치’의 위헌 여부를 심판대상으로 삼으면서, ‘대통령은 근본적으로 광범위한 정치적 활동의 자유를 갖는 최고의 정무직 공무원이므로 선거과정에 있어서도 일정 범위의 정치적 표현의 자유를 행사할 수 있어야 함에도 이를 부정하고 있는 공직선거법 제9조 제1항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)은 위헌이고 따라서 그 위헌인 규정에 근거한 이 사건 조치도 위헌이며, 만일 위 조항이 합헌이라고 해도 중앙선거관리위원회가 위 조항의 위헌적인 해석을 하거나 잘못 적용하여 이 사건 조치를 내린 것이므로 위헌이다’라는 취지로 주장하고 있다. 즉 청구인의 주장은, 첫째, 이 사건 법률조항이 위헌이므로 그에 근거한 이 사건 조치는 당연히 위헌이고, 둘째, 이 사건 법률조항이 합헌이라 하여도 이 사건 조치 자체로도 위헌이라는 것이다.

따라서 이 사건 심판대상은 ‘이 사건 조치’이지만, 이 사건 법률조항도 이 사건 조치가 부당한 공권력의 행사로서 청구인의 기본권을 침해하는지 여부를 판단하는데 전제가 되므로 그 위헌 여부를 함께 판단하기로 한다. 다만 이 사건 법률조항에 대한 심사는 이 사건 조치에 대한 심판청구가 적법함을 전제로 하는 것이므로 적법요건 판단에서는 이 사건 조치에 대한 심판청구의 적법요건만을 심사하고, 본안 판단에 있어서는 이 사건 법률조항

의 위헌 여부를 먼저 살펴본 후 이 사건 조치의 기본권 침해 여부를 심사하기로 한다.

(2) 이 사건 법률조항과 관련 법규정

이 사건 법률조항의 내용은 다음과 같고 그 밖의 관련 법규정은 별지 1 기재와 같다.

【공직선거법(1994. 3. 16. 법률 제4739호 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’으로 제정되었다가 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 법령개정된 것 포함)】

제9조(공무원의 중립의무 등) ① 공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자(기관·단체를 포함한다)는 선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위를 하여서는 아니된다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견 요지

별지 2 기재와 같다.

3. 적법요건에 대한 판단

이 사건 조치에 대한 심판청구의 적법요건에 대하여 본다.

가. 기본권침해 가능성있는 공권력의 행사인지 여부

(1) 헌법재판소법 제68조 제1항은 ‘공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권을 침해받은 자’가 헌법소원을 제기할 수 있다고 규정하고 있는바, 여기에서 ‘공권력’이란 입법권·행정권·사법권을 행사하는 모든 국가기관·공공단체 등의 고권적 작용을 말하고(헌재 2001. 3. 21. 99헌마139등, 판례집 13-1, 676, 692), 그 행사 또는 불행사로 국민의 권리와 의무에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시켜 청구인의 법률관계 내지 법적 지위를 불리하게 변화시키는 것이어야 한다(헌재 1993. 11. 25. 92헌마293, 판례집 5-2, 510, 516; 헌재 1998. 2. 27. 97헌가10등, 판례집 10-1, 15, 28; 헌재 2003. 11. 27. 2003헌마694등, 판례집 15-2하, 350, 355-357).

(2) 이 사건 조치의 근거와 성질

앞에서 본 바와 같이 이 사건 조치는 청구인의 특정한 발언이 이 사건 법률조항에 위반하였음을 확인하고 장래에 이를 자제해 달라는 내용을 담고 있다. 피청구인은 이 사건 조치의 발령 당시 그 조치의 근거를 명확하게 밝히지 아니하였으나, 이 사건 헌법소원심판 청구 직후에 제출한 답변서나 석명준비명령에 대한 답변에서는 선거관리위원회법 제14조

의2를 근거로 들었다가, 그 후 제출한 2007. 10. 23.자 준비서면이나 변론에서는 법적 근거로서 헌법 제115조, 공직선거법 제5조, 제272조의2 제5항, 선거관리위원회법 제14조의2라고 하면서도, 이 사건 조치는 피청구인이 국가기관으로서의 대통령에 대하여 행한 단순한 ‘협조요구’에 불과하다고 한다.

살피건대, 헌법 제115조와 공직선거법 제5조는 선거관리위원회가 관계 행정기관에게 선거인명부의 작성 등 선거사무와 국민투표 사무에 관하여 필요한 지시 또는 협조요청 등을 할 수 있게 한 일반조항이므로 선거법위반행위에 대한 조치의 근거조항으로 보기는 어렵고, 공직선거법 제272조의2 제5항은 선거법 위반행위가 발생하거나 예상되는 경우에 선거관리위원회 위원과 직원이 현장에서 행위의 중단 또는 예방에 필요한 조치를 할 수 있다는 내용으로서 이 사건 조치에서와 같이 위법행위의 사후적 확인과 재발방지 요청의 근거조항이라고 할 수 없다. 결국 이 사건 조치는 선거관리위원회법 제14조의2에 근거한 것이라고 볼 수밖에 없고, 청구인의 과거 발언이 공직선거법을 위반하였다고 확인한 후 재발방지를 촉구하는 내용이 주를 이루고 있으므로 위 조항에 열거된 행위유형 중 ‘경고’에 해당한다고 봄이 상당하다(선거관리위원회법 제14조의2가 처분의 주체로서 선거관리위원회의 위원 및 직원만을 열거하고 있는 데 반해, 이 사건 조치는 중앙선거관리위원회 전원회의를 거쳐 발령되었으므로 위 법률조항이 이 사건 조치의 근거가 될 수 없다는 반론이 있을 수 있으나, 비록 중앙선거관리위원회 위원들의 회의를 거쳤다고 하더라도 이 사건 조치의 명목이 ‘중앙선거관리위원회’가 아닌 ‘중앙선거관리위원회 위원장’으로 되어 있는 이상 중앙선거관리위원회 위원장이 위원 중 1인의 지위에서 위 조치를 하였다고 볼 것이다).

설사 피청구인이 아무런 법적 근거 없이 이 사건 조치를 하였다고 하여도, 공권력의 주체인 피청구인이 뒤에서 보는 바와 같이 청구인의 기본권을 제한하는 처분을 한 것이므로 이는 기본권침해 가능성이 있는 공권력의 행사라고 할 것이다.

(3) 이 사건 조치로 인한 기본권침해 가능성

(가) 피청구인은, 이 사건 조치의 내용은 대통령의 발언이 이 사건 법률조항의 선거중립의무에 위반하였음을 확인함과 동시에 앞으로 선거법 위반 논란이 없도록 협조해 달라는 법령준수 요청인바, 이는 단순한 권고적·비권력적 행위로서 그 행사로 청구인의 법률관계 내지 법적 지위를 불리하게 변화시키는 것이 아니라고 주장한다.

살피건대, 선거관리위원회법 제14조의2의 ‘경고’는 선거법 위반행위에 대한 제재적 조치의 하나로서 법률에 규정된 것이므로 피경고자는 이러한 경고를 준수하여야 할 의무가 있다. 또한 비록 피경고자가 이 사건 법률조항을 위반하더라도 이에 대한 공직선거법상 처벌규정이 없어 종국적으로 형사처벌을 받을 가능성이 없지만, 피경고자가 경고를 불이행하는 경우 선거관리위원회 위원·직원에 의하여 관할수사기관에 수사뢰 또는 고발되어 피의

자 또는 피고발인의 지위에 서게 되므로(위 조항 후문), 위 ‘경고’가 청구인의 법적 지위에 영향을 주지 않는다고는 할 수 없다.

나아가 선거관리위원회는 공정한 선거관리 등을 위하여 설립되어 국회, 정부, 법원, 헌법재판소와 병립하는 독립된 합의제 헌법기관이고(헌법 제114조 제1항), 그 독립성과 공정성을 보장하기 위하여 위원의 임기를 보장하고 있으며(같은 조 제3항), 특히 중앙선거관리위원회의 위원은 대통령, 국회 및 대법원장이 균등하게 구성하도록 하고 있다(같은 조 제2항). 한편 대통령은 헌법을 수호할 책무를 지므로(헌법 제66조 제2항) 다른 헌법기관의 결정을 존중하고 법에 따라 적법하게 권한을 수행할 의무를 지고 있을 뿐 아니라, 만일 대통령이 그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때에는 탄핵의 대상이 될 수도 있다(헌법 제65조 제1항, 헌법재판소법 제48조 : 실제로 대통령의 특정 발언이 이 사건 법률조항에 위반하였다는 중앙선거관리위원회의 판단에 따라 탄핵사유로 인정되기도 하였다. 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609-669). 그렇다면 중앙선거관리위원회 위원장이 중앙선거관리위원회 전체회의의 심의를 거쳐 대통령의 위법사실을 확인한 후 그 재발방지를 촉구하는 내용의 이 사건 조치를 청구인인 대통령에 대하여 직접 발령한 것이 단순한 권고적·비권력적 행위라든가 대통령인 청구인의 법적 지위에 불리한 효과를 주지 않았다고 보기는 어렵다(탄핵소추사유는 근본적으로 청구인의 행위가 이 사건 법률조항에 위반되었다는 점이 되지만, 이 사건 조치에 의하여 청구인의 위법사실이 유권적으로 확인됨으로써 탄핵발의의 계기가 부여된다).

(나) 공무원은 국민 전체에 대한 봉사자로서 원칙적으로 정치활동이 금지된다(국가공무원법 제65조). 그런데 대통령은 행정부의 수반이지만(헌법 제66조 제4항), 일반적인 공무원과는 달리 정치활동이 허용되고(국가공무원법 제3조 제3항, ‘국가공무원법 제3조 제3항의 공무원의 범위에 관한 규정’ 제2조 제1호) 정당원이 될 수도 있으므로(정당법 제22조 제1항 제1호 단서), 자신의 정치적 의사를 표현할 수 있는 자유, 즉 정치적 표현의 자유를 가진다.

한편 우리 헌법은 모든 국민에게 표현의 자유를 보장하고 있는바(헌법 제21조), 그 중요성을 고려할 때 형사처벌 등 법적 제재가 수반되지 않더라도 만일 해당 공권력의 행사가 표현의 자유를 위축시켜 상대방으로 하여금 스스로 표현행위를 자제하게 만드는 결과, 이른바 위축효과(chilling effect)를 초래한다면 그 공권력 작용은 그 정도에 따라 표현의 자유를 제한하는 것이라고 볼 수도 있다.

따라서 청구인이 이 사건 조치를 따르지 않음으로써 형사적으로 처벌될 가능성은 없다고 하더라도, 앞에서 본 여러 사정에 비추어 볼 때 이 사건 조치가 그 자체로 청구인에게 그러한 위축효과를 줄 수 있음은 명백하다고 볼 것이다. 나아가 뒤에서 보는 바와 같이 이 사건 조치에 대하여 법원에서 소송으로 구제받기는 어렵다는 점에서 헌법기관인 피청구

인이 청구인의 위 발언내용이 위법이라고 판단한 이 사건 조치는 최종적·유권적인 판단으로서 기본권 제한의 효과를 발생시킬 가능성이 높다고 할 것이다.

(4) 2002헌마106 사건과의 차별성

위 사건의 개요는 다음과 같다. 인터넷 언론매체인 오마이뉴스는 2002년 대통령 선거와 관련하여 당시 민주당 대선 예비주자 7명에 대한 ‘열린 인터뷰’를 기획하였다. 이에 서울특별시 선거관리위원회 위원장은 2002. 2. 1. 이러한 대담·토론회를 개최하는 행위 등은 공직선거법 제254조에 위반된다는 이유로 그 중지를 촉구하면서, 만일 위 행사를 개최할 경우 행사진행을 제지하겠다는 내용의 공문을 발송하였다. 그럼에도 불구하고 오마이뉴스가 2002. 2. 5. 대담·토론회를 감행하려 하자, 서울특별시 선거관리위원회는 선거관리위원 등 50여명을 파견하여 오마이뉴스의 사무실을 에워싸고 토론예정자들의 사무실출입을 저지하였다. 이에 오마이뉴스는 ① 서울특별시 선거관리위원회 위원장의 2002. 2. 1.자 ‘선거법위반행위에 대한 중지촉구’와 ② 2002. 2. 5.자 ‘열린인터뷰를 저지한 행위’ 양자(兩者)를 심판대상으로 하여 헌법소원을 제기하였다.

위 심판대상 ①에 대한 헌법재판소의 판시는 다음과 같다(심판대상 ②는 이 사건과 무관하므로 실시하지 않는다). “피청구인(서울특별시 선거관리위원회 위원장)의 위 공문은 그 형식에 있어서 ‘안내’ 또는 ‘협조요청’이라는 표현을 사용하고 있으며, 또한 그 내용에 있어서도 청구인이 계획하는 행위가 공직선거법에 위반된다는, 현재의 법적 상황에 대한 행정청의 의견을 단지 표명하면서, 청구인이 공직선거법에 위반되는 행위를 하는 경우 피청구인이 취할 수 있는 조치를 통고하고 있을 뿐이다. 비록 피청구인의 ‘중지촉구’ 공문에 ‘청구인이 법률에 위반하는 경우 피청구인이 청구인에게 불리한 조치를 취할 것’을 통고하는 내용을 담고 있다 하더라도, 피청구인의 ‘중지촉구’ 서한은 행정청의 단순한 의견진술로서, 이로 인하여 그 법적 성격이 달라지는 것은 아니다. 따라서 피청구인의 2002. 2. 1.자 ‘중지촉구’ 공문은 국민에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시키지 않는 단순한 권고적·비권력적 행위로서, 헌법소원의 심판대상이 될 수 있는 ‘공권력의 행사’에 해당하지 않으므로, ‘선거법위반행위에 대한 중지촉구’에 대한 이 사건 심판청구는 부적법하다.”(헌재 2003. 3. 27. 2002헌마106, 판례집 15-1, 223-240)

위 선례를 이 사건과 비교하여 보면, 선례상의 중지촉구는 장래에 개최될 예정인 대담·토론회에 관하여 서울특별시 선거관리위원회가 사전에 공직선거법 위반에 해당될 것이라는 법적 평가를 한 후 그러한 의견을 오마이뉴스에 표명하면서 만일 그 위반행위를 하는 경우 위 선거관리위원회가 취할 수 있는 조치를 통고한 것인 데 반하여, 이 사건 조치는 청구인의 과거의 행위가 위법임을 유권적으로 확인하고 이를 청구인에게 통지하면서 그 재발방지를 촉구한 것이다. 결국 선례상의 중지촉구는 권고적·비권력적 행위인 공명선거협조요청에 불과하여 피통고자에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시키지 않는 것이지만,

이 사건 조치는 위법행위에 대한 유권적인 판단 및 그에 대한 경고를 함으로써 청구인의 기본권을 실질적으로 제한하고 있으므로, 위 선례의 판시가 이 사건에 적용된다고 볼 수 없다.

나. 기본권 주체성에 대한 판단

(1) 청구인은 국가기관으로서의 대통령이 아닌 국민 또는 자연인으로서 정치적 표현의 자유를 침해받았다고 주장하고 있으므로, 개인의 지위를 겸하는 국가기관이 기본권의 주체로서 헌법소원을 제기할 자격이 있는지를 살핀다.

원칙적으로 국가나 국가기관 또는 국가조직의 일부나 공법인은 공권력 행사의 주체이자 기본권의 ‘수범자’로서 기본권의 ‘소지자’인 국민의 기본권을 보호 내지 실현해야 할 책임과 의무를 지니고 있을 뿐이므로, 헌법소원을 제기할 수 있는 청구인적격이 없다(헌재 1994. 12. 29. 93헌마120, 판례집 6-2, 477, 480; 헌재 2001. 1. 18. 2000헌마149, 판례집 13-1, 178, 185). 그러나 국가기관의 직무를 담당하는 자연인이 제기한 헌법소원이 언제나 부적법하다고 볼 수는 없다. 만일 심판대상 조항이나 공권력 작용이 넓은 의미의 국가 조직영역 내에서 공적 과제를 수행하는 주체의 권한 내지 직무영역을 제약하는 성격이 강한 경우에는 그 기본권 주체성이 부정될 것이지만, 그것이 일반 국민으로서 국가에 대하여 가지는 헌법상의 기본권을 제약하는 성격이 강한 경우에는 기본권 주체성을 인정할 수 있다(헌재 1995. 3. 23. 95헌마53, 판례집 7-1, 463; 헌재 1998. 4. 30. 97헌마100, 판례집 10-1, 480; 헌재 2006. 7. 27. 2003헌마758등, 판례집 18-2, 190; 헌재 1999. 5. 27. 98헌마214, 판례집 11-1, 675 참조). 결국 개인의 지위를 겸하는 국가기관이 기본권의 주체로서 헌법소원의 청구적격을 가지는지 여부는, 심판대상조항이 규율하는 기본권의 성격, 국가기관으로서의 직무와 제한되는 기본권 간의 밀접성과 관련성, 직무상 행위와 사적인 행위 간의 구별가능성 등을 종합적으로 고려하여 결정되어야 할 것이다.

그러므로 대통령도 국민의 한사람으로서 제한적으로나마 기본권의 주체가 될 수 있는바, 대통령은 소속 정당을 위하여 정당활동을 할 수 있는 사인으로서의 지위와 국민 모두에 대한 봉사자로서 공익실현의 의무가 있는 헌법기관으로서의 지위를 동시에 갖는데 최소한 전자의 지위와 관련하여는 기본권 주체성을 갖는다고 할 수 있다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 638 참조).

(2) 이러한 기준을 전제로 하여 살펴보면, 이 사건 조치는 청구인의 참평포럼 모임에서의 강연, 원광대 명예박사학위 수여식에서의 특강, 6·10민주항쟁 기념식에서의 기념사 및 한겨레신문과의 대담 내용 중에서 일부 정당 및 정치인들에 대한 청구인 개인의 정치적인 의견이나 비판, 야당 정치인이 주장하는 정책에 대한 비판 등을 그 대상으로 하고 있

다. 그런데 참평포럼 모임 및 원광대 박사학위 수여식은 사적인 성격이 강한 행사이어서 그곳에서의 발언이 엄밀한 의미에서 대통령의 직무와 관련하여 행해진 것으로 단정하기 어려울 뿐만 아니라, 이 사건 조치의 대상이 된 발언내용 중 상당 부분이 청구인 개인의 정치적 발언들로서 그 전부가 대통령의 권한이나 직무영역과 밀접하게 관련된 것이라고 보기도 어렵다. 또한 피청구인이 이 사건 조치가 사인이 아닌 대통령에 대한 조치임을 명시적으로 표시하였다 하더라도 기본권 주체성을 판단하기 위하여는 조치의 형식이 아닌 실질을 살펴보아야 하므로 이 사건 조치의 대상이 된 청구인의 행위는 순전히 공적인 직무영역에서 보다는 어느 정도 공·사가 혼재된 영역에서 나온 것이라 할 것이다. 결국 표현의 자유가 헌법상 강하게 보장되고 있는 기본권인 점을 고려할 때, 대통령인 청구인도 제한된 범위 내에서는 표현의 자유를 누릴 수 있는 기본권 주체성이 있다고 할 것이다.

(3) 청구인은 이 사건 조치로 인하여 대통령으로서의 정치적 표현의 자유가 아닌 개인으로서의 정치적 표현의 자유가 침해되었다고 주장하고 있는바, 앞에서 본 바와 같이 이 사건 조치로 청구인 개인으로서의 표현의 자유가 제한되었을 가능성이 있으므로, 이 사건 헌법소원에 있어서 청구인의 기본권 주체성 내지 청구인적격이 인정된다고 할 것이다.

다. 기타 적법요건

(1) 앞에서 본 바와 같이, 이 사건 조치는 개인으로서의 기본권침해를 주장하는 청구인과 법적으로 관련되어 있으므로 자기관련성이 인정된다.

(2) 헌법소원은 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 심판청구를 하여야 하고(헌법재판소법 제68조 제1항 단서), 다만 청구인이 그의 불이익으로 돌릴 수 없는 정당한 이유 있는 착오로 전심절차를 밟지 않은 경우, 전심절차로 권리가 구제될 가능성이 거의 없거나 권리구제절차가 허용되는지 여부가 객관적으로 불확실하여 전심절차 이행의 기대가능성이 없을 때에는 보충성의 예외로서 바로 헌법소원을 제기할 수 있다(헌재 1995. 12. 28. 91헌마80, 판례집 7-2, 851, 865 등). 그런데 이 사건 법률조항과 같이 금지의무만이 있을 뿐 그 위반에 대한 처벌조항이 없는 경우, 이를 위반하였다는 내용의 이 사건 조치가 법원에서 항고소송의 대상으로 인정받은 바 없을 뿐 아니라 이에 해당하는지 여부도 불투명하다. 결국 청구인에게 항고소송에 의한 권리구제절차를 거치도록 요구하거나 기대할 수 없으므로 보충성의 예외를 인정하여 헌법소원을 허용함이 상당하다.

(3) 고도의 정치적 결단에 의하여 행해지는 국가작용에 대하여 헌법소원이 제기되었을 경우 대통령과 국회의 판단이 극히 존중되어야 한다면 그 심판청구가 부적법한 경우도 있으나(헌재 2004. 4. 29. 2003헌마814, 판례집 16-1, 601), 그것이 국민의 기본권침해와 관련

되는 경우에는 심판대상이 된다(헌재 1996. 2. 29. 93헌마186, 판례집 8-1, 111). 그런데 이 사건 조치는 피청구인이 청구인의 행위가 이 사건 법률조항에 위반되는지 여부를 판단한 것이어서 이를 통치행위와 유사한 고도의 정치적 행위라거나 권력분립의 원칙상 그 판단을 극히 존중해야 할 사안으로 보기 어렵다. 따라서 이 사건 조치가 정치적 문제로서 헌법재판소가 사법적 판단을 자제해야 하는 경우에 해당한다고 할 수 없다.

라. 소결

따라서 이 사건 조치에 대한 심판청구는 적법요건을 갖추었다. 다만, 재판관 김종대는 이 사건 조치가 공권력행사성이 없다는 이유로, 재판관 이동흡은 이 사건 조치의 공권력행사성이 인정되지 않을 뿐만 아니라, 청구인적격도 인정되지 않는다는 이유로 이 사건 조치에 대한 심판청구가 부적법하여 각하되어야 한다는 취지의 각 반대의견을 아래 7. 8.과 같이 표시하였다.

4. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

가. 총설

(1) 이 사건 법률조항의 입법 연혁과 취지

1994년 이전에는 대통령, 국회의원, 지방의회의원, 지방자치단체장 등에 관한 선거법이 별개로 제정되어 시행되어 왔으나, 1994년 제14대 국회에서 여·야 합의에 따라 이전의 각종 선거법을 통합한 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’(1994. 3. 16. 법률 제4739호)이 제정되었고, 같은 법은 선거운동의 규제방법에 있어서 과거의 ‘포괄적 제한·금지’ 방식에서 ‘개별적 제한·금지’ 방식으로 전환하여 금지·제한되지 아니한 선거운동은 모두 허용되도록 함으로써 선거운동의 자유를 확대하였다. 또한 우리 선거사에서 문제되었던 행정기관의 선거개입이나 선거에서의 부정·부패를 근절시켜 공정한 선거를 이루기 위하여 공무원의 정치적 중립의무를 부과하는 내용의 이 사건 법률조항을 새로 신설하였다.

(2) 제한되는 기본권

이 사건 법률조항은 선거와 관련하여 대통령이 부당한 영향력의 행사 등으로 선거결과에 영향을 미치는 행위를 하지 못하게 하는 내용인바, 그것이 대통령인 청구인의 정치적 표현의 자유를 제한하는지 여부와 대통령을 선거에서 정치적 중립의무가 부과되지 아니한 정무직 공무원과 차별함으로써 청구인의 평등권을 침해하는지 여부가 문제된다.

한편 정당활동의 자유에 관하여는, 선거과정에서도 통상적인 정당활동이 제한되지 아니하

고(공직선거법 제58조 제1항 제4호) 그 범위 외의 정당활동은 정치적 표현의 자유에 포섭될 것이므로 이를 별도로 판단할 필요성이 없다. 또한 선거운동의 자유는 널리 선거과정에서 자유로이 의사를 표현할 자유의 일환으로서 헌법 제21조의 표현의 자유에 의하여 보호받으므로(헌재 1995. 4. 20. 92헌바29, 판례집 7-1, 499; 헌재 2007. 1. 17. 2004헌바82, 공보 제124호, 123 등 참조) 이를 따로이 판단하지 않는다.

나. 이 사건 법률조항의 해석과 성격

(1) 이 사건 법률조항의 해석

(가) 어떤 법률조항에 대하여 법원의 확립된 해석이 있으면 특별한 사정이 없는 한 이를 존중하여 그 조항의 위헌 여부를 판단할 것이나, 이 사건 법률조항에 대하여는 법원에서의 해석사례가 없다. 따라서 이 사건 법률조항의 위헌 판단을 위하여는 헌법재판소가 필요한 범위 내에서 법률해석을 한 후 이를 전제로 위헌 여부를 판단할 수밖에 없다.

(나) 이 사건 법률조항 중 수범자인 행위주체 부분을 살펴보면, 주체는 ‘공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자’로 규정되어 있으므로, 이 때 ‘공무원’은 자유선거원칙과 선거에서의 정당의 기회균등을 수호하여야 하는 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 공무원(예컨대, 대통령, 국무총리, 국무위원, 도지사, 시장, 군수, 구청장 등 지방자치단체의 장)을 포함하며, 특히 직무의 기능이나 영향력을 이용하여 선거에서 국민의 자유로운 의사형성 과정에 영향을 미치고 정당간의 경쟁관계를 왜곡할 가능성은 정부나 지방자치단체의 집행기관에 있어서 더욱 크다고 판단되므로, 대통령, 지방자치단체의 장 등에게는 다른 공무원보다도 선거에서의 정치적 중립성이 특히 요구된다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 636). 다만 공무원 중에서 국회의원과 지방의회의원은 정치활동의 자유가 보장되고(국가공무원법 제3조 제3항, 제65조, ‘국가공무원법 제3조 제3항의 공무원의 범위에 관한 규정’ 제2조 제4호) 선거에서의 중립의무 없이 선거운동이 가능하므로(공직선거법 제60조 제1항 제4호, 정당법 제22조 제1항 제1호 단서) 국회의원과 지방의회의원은 위 공무원의 범위에 포함되지 않는다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 636 참조).

이와 같이 선거에서의 중립을 요구하는 내용의 이 사건 법률조항의 행위주체에 대통령이 포함된다고 볼 때, 대통령의 정치활동을 허용하고 있는 국가공무원법 조항(국가공무원법 제3조 제3항, 제65조, ‘국가공무원법 제3조 제3항의 공무원범위에 관한 규정’ 제2조)과 상호 저촉되는 듯한 문제가 발생한다. 그러나 국가공무원법은 공무원의 인사행정에 관한 근

본기준을 설정한 법으로서(제1조) 원칙적으로 공무원의 정치활동을 금지하되(제65조), 다만 대통령 등 정무직 공무원의 특성을 고려하여 예외적으로 정치활동을 허용하고 있는데 반하여, 공직선거법은 선거의 공정을 위하여 제정된 법으로서 이 사건 법률조항에서 ‘정치적 중립을 지켜야 하는 공무원’들로 하여금 ‘선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위’를 금지하는 이외에도 정무직 공무원의 선거와 관련된 정치활동을 상당 부분 제한하고 있다(공직선거법 제137조 내지 제145조). 결국 위 국가공무원법 조항은 정무직 공무원들의 일반적 정치활동을 허용하는 데 반하여, 이 사건 법률조항은 그들로 하여금 정치활동 중 ‘선거에 영향을 미치는 행위’만을 금지하고 있으므로, 위 법률조항은 선거영역에서의 특별법으로서 일반법인 국가공무원법 조항에 우선하여 적용된다고 할 것이다.

(다) 이 사건 법률조항의 행위 부분은, ‘선거결과에 영향을 미치는 행위’인바, 이에 대한 대표적인 예시로서 ‘선거에 대한 부당한 영향력의 행사’를 규정하고 있다. 이는 공직자가 공직상 부여되는 정치적 비중과 영향력을 국민 모두에 대하여 봉사하고 책임을 지는 그의 과제와 부합하지 않는 방법으로 사용하여 선거에서의 득표에 영향을 미치는 행위라고 할 것이다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 639 참조).

(2) 이 사건 법률조항이 선언적·주의적 규정인지 여부

청구인은, 이 사건 법률조항이 그 내용의 추상성·포괄성·지침성으로 말미암아 구체적이고 특정한 행위의무를 포함하고 있지 않은 점, 공직선거법 제1장 총칙의 장에 위치해 있을 뿐 아니라 그 주변조항인 제5조, 제6조, 제7조, 제8조, 제10조도 추상적·지침적 강령조항의 성격을 띠고 있는 점 및 그 위반행위에 대해 형벌이나 과태료와 같은 공직선거법상의 제재가 없는 점 등에 비추어 볼 때, 위 법률조항은 선거에 있어서 공무원의 행위에 관한 선언적 주의조항에 불과하다는 취지로 주장한다.

그러나 이 사건 법률조항이 규율하는 ‘행위’를 앞에서 본 바와 같이 구체화할 수 있을 뿐 아니라, 일반 공무원이 이 사건 법률조항을 위반한 경우에는 직무상의 의무(다른 법령에서 공무원의 신분으로 인하여 부과된 의무 포함) 위반이나 직무태만으로 징계사유가 되고(국가공무원법 제78조 제1항 제2호), 대통령의 경우 탄핵사유가 될 수 있으므로(2004헌나1 참조) 위 법률조항의 위반에 대한 제재가 전혀 없다고 볼 수도 없다. 따라서 이 사건 법률조항이 구체적 법률효과를 발생시키지 않는 단순한 선언적·주의적 규정이라고 볼 수 없다.

다. 명확성의 원칙 위반 여부

(1) 명확성의 원칙은 기본권을 제한하는 법규범의 내용은 명확하여야 한다는 헌법상의 원

칙인바, 만일 법규범의 의미내용이 불확실하다면 법적안정성과 예측가능성을 확보할 수 없고 법집행 당국의 자의적인 법해석과 집행을 가능하게 할 것이기 때문이다. 다만 법규범의 문언은 어느 정도 일반적·규범적 개념을 사용하지 않을 수 없기 때문에 기본적으로 최대한이 아닌 최소한의 명확성을 요구하는 것으로서, 법문언이 법관의 보충적인 가치 판단을 통해서 그 의미내용을 확인할 수 있고, 그러한 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 없다면 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없다(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 341-342; 헌재 2005. 12. 22. 2004헌바45, 판례집 17-2, 712 참조).

나아가 법규범이 표현의 자유를 규제하는 경우에는 명확성의 요구가 보다 강화된다. 즉 무엇이 금지되는 표현인지 불명확한 경우에 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권 주체는 대체로 규제에 대한 우려 때문에 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높으므로 표현의 자유를 규제하는 법률은 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 요구된다(헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 628). 청구인은 이 사건 법률조항으로 인하여 개인으로서의 정치적 표현의 자유를 침해받았다고 주장하고 있으므로, 위 법률조항이 명확성의 원칙에 위반되는지 여부는 엄격한 심사기준에 의하여야 할 것이되, 다만 형벌 등 제재규정이 없는 점과 수범자의 범위가 공무원으로 제한되어 있다는 점을 고려하여 그 심사기준을 다소 완화하기로 한다.

(2) 이 사건 법률조항은, “공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자(기관·단체를 포함한다)는 선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위를 하여서는 아니 된다”라고 규정하고 있다. 먼저 위 법률조항의 입법목적과 공직선거법에 규정된 다른 조항들과의 관계를 고려하면, 위 법률조항의 행위주체인 ‘공무원’에 좁은 의미의 직업공무원은 물론, 대통령과 같이 적극적인 정치활동을 통하여 국가에 봉사하는 정치적 공무원이 포함되는 반면, 선거에서의 중립의무를 요구할 수 없는 국회의원과 지방의회의원이 제외되는 것으로 보는 데 어려움이 없다. 나아가 ‘선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위’ 부분은 그 의미에 있어서 다소 광범위한 해석의 여지가 없는 것은 아니나, 그 입법취지를 고려한 법률의 합리적 해석에 의하면 ‘공직자가 공직상 부여되는 정치적 비중과 영향력을 국민 모두에 대하여 봉사하고 책임을 지는 그의 과제와 부합하지 않는 방법으로 사용하여 선거에서의 득표에 영향을 미치는 행위’라고 볼 수 있다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 639 참조; 헌법재판소는 2001. 8. 30. 99헌바92사건에서 위 문언보다 더 포괄적인 공직선거법 제93조 제1항 중 ‘선거에 영향을 미치게 하기 위하여’ 부분이 명확성의 원칙에 반하지 않는다고 결정한 바 있다). 더구나 이 사건 법률조항의 수범자는 법을 숙지하고 집행하여야 하는 공무원 등으로 한정되어 있고, 특히 대통령의 경우에는 행정부의 수반으로서 그리고 산하 공무원조직의 도움과 자문을 통해 이러한 내용의 파악이나 예측에 더욱 유리한 지위에 있으므로 일반 국

민이 수범자인 경우와는 달리 그 명확성의 요구가 완화될 수 있다(헌재 2007. 7. 26. 2006헌가9, 공보 제130호, 819, 822 참조).

결국 이 사건 법률조항은 앞에서 본 바와 같이 주체나 행위에 대한 제한적인 해석이 가능하여 그 범위를 한정할 수 있고, 나아가 위 법률조항의 입법목적과 입법경위, 수범자의 범위 및 선거과정의 특징 등을 고려할 때, 그 수범자가 통상의 범감정과 합리적 상식에 기하여 그 구체적 의미를 충분히 예측하고 해석할 수 있으므로 이 사건 법률조항은 명확성의 원칙에 반하지 않는다.

라. 표현의 자유 침해 여부

(1) 총설

(가) 정치적 표현의 자유의 보장

표현의 자유는 개인이 언론 활동을 통하여 자기의 인격을 형성하는 개인적 가치인 자기 실현의 수단임과 동시에 정치적 의사결정에 참여하는 사회적 가치인 자기통치를 실현하는 수단이다(헌재 1999. 6. 24. 97헌마265, 판례집 11-1, 768, 775-775 참조). 그러므로 선거에 있어서도 그 공정성을 해치지 않는 한도 내에서 원칙적으로 정치적 표현의 자유가 한껏 보장되어야 하고, 선거의 공정성을 위해 불가피하게 이러한 자유를 제한하는 경우에 있어서도 헌법 제37조 제2항에서 도출되는 과잉금지원칙이 준수되어야 한다(헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 29; 헌재 2003. 1. 30. 2001헌가4, 판례집 15-1, 7, 17 참조).

(나) 공무원으로서의 대통령

대통령은 행정부의 수반이고(헌법 제66조 제4항) 국가공무원법의 적용을 받는 공무원이다(국가공무원법 제2조 제3항 제1호 가목). 이러한 공무원은 선거에서 정치적 중립의무를 지고 있는바, 이는 공무원의 지위를 규정하는 헌법 제7조 제1항, 자유선거원칙을 규정하는 헌법 제47조 제1항 및 제67조 제1항, 정당의 기회균등을 보장하는 헌법 제116조 제1항에서 나오는 헌법적 요청이다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 634-635).

(다) 정치인으로서의 대통령

현대 민주주의는 종래의 순수한 대의제 민주주의에서 정당국가적 민주주의로 변화하였는바, 정당은 국민과 국가의 중개자로서 정치적 도관(導管)의 기능을 수행하여 주체적·능동적으로 국민의 다원적 정치의사를 유도·통합함으로써 국가정책의 결정에 직접 영향을 미칠 수 있는 규모의 정치적 의사를 형성하고 있다. 보다 구체적으로는 정당은 각종 선거에서의 입후보자 추천과 선거활동, 의회에서의 입법활동, 정부의 정치적 중요결정에의 영

향력 행사, 대중운동의 지도 등의 과정에 실질적으로 주도권을 행사함으로써(헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1, 판례집 15-2하, 17, 32) 정치과정은 물론 선거과정에서도 실질적인 주체로서의 역할을 담당하고 있으므로, 우리 헌법도 정당설립의 자유와 복수정당제를 보장하고 있는 것이다(헌법 제8조 제1·2항). 이러한 정당민주주의 하에서 대통령후보자는 정당의 당원으로서 정당의 공천을 받아 선거운동을 거쳐 대통령으로 선출되고, 대통령으로 선출된 이후에도 정당의 당원으로 남아 정치활동을 할 수 있다(국가공무원법 제3조 제3항, 제65조, ‘국가공무원법 제3조 제3항의 공무원의 범위에 관한 규정’ 제2조 제1호, 정당법 제22조 제1항 제1호 단서). 이러한 점에서 대통령은 ‘정치적 헌법기관’ 혹은 ‘정치인’의 지위를 갖고 특정 정파의 정책이나 이익과 밀접하게 관련될 가능성이 존재하게 된다.

(라) 대통령의 선거중립의무

이와 같이 정당원으로서 정치활동이 가능한 대통령이 다른 한편으로는 공무원으로서 선거중립의무를 지게 됨으로써 대통령의 정치활동의 자유와 선거중립의무가 상호 충돌되는 상황이 발생할 수 있다.

오늘날의 대의민주주의 하에서 선거는 국민이 통치기관을 결정·구성하는 방법이고 선출된 대표자에게 민주적 정당성을 부여함으로써 국민주권주의 원리를 실현하는 핵심적인 역할을 하고 있으므로 선거에서의 공정성 요청은 매우 중요하고 필연적인바, 공명선거의 책무는 우선적으로 국정의 책임자인 대통령에게 있다. 왜냐하면 대통령은 기본적으로 소속 정당의 정책을 집행하는 기관에 그치는 것이 아니라 행정권을 총괄하는 행정부의 수반으로서 공익실현의 의무가 있는 헌법기관이고, 지난 선거에서 자신을 지지한 국민 일부나 정치적 세력의 대통령이 아니라 국가로서 조직된 공동체 및 국민 모두의 대통령이며, 대통령은 자신을 지지하는 국민의 범위를 초월하여 국민 전체에 대하여 봉사함으로써 사회공동체를 통합시켜야 할 책무를 지고 있기 때문이다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 637). 또한 선거에 관한 사무는 행정부와는 독립된 헌법기관인 선거관리위원회가 주관하게 되어 있지만(헌법 제114조 제1항), 선거를 구체적으로 실행하는 데 있어서 행정부 공무원의 지원과 협조없이 현실적으로 불가능하므로 행정부 수반인 대통령의 선거중립이 매우 중요하다. 나아가 공무원들이 직업공무원제에 의하여 신분을 보장받고 있다 하여도, 최종적인 인사권과 지휘감독권을 갖고 있는 대통령의 정치적 성향을 의식하지 않을 수 없으므로 대통령의 선거개입은 선거의 공정을 해할 우려가 무척 높다.

결국 선거활동에 관하여 대통령의 정치활동의 자유와 선거중립의무가 충돌하는 경우에는 후자가 강조되고 우선되어야 한다.

(2) 과잉금지원칙 위반 여부

(가) 목적의 정당성

선거의 공정성은 물론 헌법상 자유선거의 원칙과 정당의 기회균등원칙을 지키기 위하여 공무원의 정치적 중립은 반드시 필요하다. 자유선거원칙이란, 유권자의 투표행위가 국가나 사회로부터의 강제나 부당한 압력의 행사 없이 이루어져야 한다는 것뿐만 아니라, 유권자가 자유롭게 공개적인 의사형성과정을 통하여 자신의 판단과 결정을 내릴 수 있어야 한다는 것을 의미한다. 그러므로 국가기관에 대해서는, 특정 정당이나 후보자와 일체감을 가지고 선거에서 그들을 지지하거나 반대하는 것을 금지하는 ‘공무원의 중립의무’를 요구하게 된다.

또한 선거에 있어서 공무원의 중립의무는 정당의 기회균등의 관점에서도 헌법적으로 요청된다. 정당의 기회균등의 원칙은 정당설립의 자유와 복수정당제를 보장하는 헌법 제8조 제1항 및 평등원칙을 규정한 헌법 제11조의 연관관계에서 도출되는 헌법적 원칙이며, 특히 헌법 제116조 제1항은 ‘선거운동은 … 균등한 기회가 보장되어야 한다.’고 규정하여 선거운동과 관련하여 ‘정당의 기회균등의 원칙’을 구체화하고 있다. 정당의 기회균등의 원칙은 국가기관에 대하여 선거에서의 정당 간의 경쟁에서 중립적으로 행동할 것을 요청하므로, 국가기관이 특정 정당이나 후보자에게 유리하게 또는 불리하게 선거운동에 영향을 미치는 행위를 금지한다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 635).

공직선거법은 헌법과 지방자치법에 의한 선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 공정히 행하여지도록 하고, 선거와 관련한 부정을 방지함으로써 민주정치의 발전에 기여함을 목적으로 하고 있는바(공직선거법 제1조), 그 중 이 사건 법률조항은 공무원에게 정치적 중립의무를 부과하여 선거의 공정이 이루어지도록 함으로써 궁극적으로 선거를 통한 국민주권원리가 구현될 수 있도록 하는 목적을 가지고 있다. 그러므로 이 사건 법률조항은 선거의 공정이라는 공공복리를 위한 정당한 입법목적에 있다고 할 것이다.

(나) 수단의 적정성

대통령은 정당에 가입할 수 있고 정치활동이 허용되는 정무직 공무원이므로 대통령의 정치적 주장을 통해 국민의 알권리를 충족시키고 민주적 의사형성을 가능하게 하는 것이 실질적으로 선거의 공정성을 제고할 수 있는바, 대통령의 선거활동을 막는 이 사건 법률조항은 오히려 ‘선거의 공정성 확보’라는 입법목적에 부합하지 않는다는 반론이 있을 수 있다.

그러나 선거의 공정성을 보장하는 이유는 자유선거의 원칙, 즉 유권자가 국가기관 기타 외부 세력으로부터 어떠한 영향을 받음이 없이 자유롭게 공개된 과정을 거쳐 그의 의사를 결정할 수 있어야 한다는 원칙을 지키기 위한 것이다. 그런데 국가기관을 구성하는 공무원은 실질적·현실적으로 선거과정이나 결과에 영향을 미칠 수 있는 지위에 있고, 특히

행정부의 수반인 대통령의 선거 개입은 앞에서 본 바와 같이 자유선거의 원칙을 해칠 우려가 농후하므로, 이 사건 법률조항은 ‘선거의 공정성 확보’라는 입법목적에 적정한 수단이라고 할 것이다.

(다) 피해의 최소화

1) 이 사건 법률조항의 필요성

공직선거법은 공무원의 선거운동을 규제하기 위하여 제85조(지위를 이용한 선거운동금지)와 제86조(공무원 등의 선거에 영향을 미치는 행위금지)에서 금지되는 공무원의 행위를 나열하고 이에 대한 벌칙규정(제255조)을 두고 있을 뿐 아니라, 일반적 벌칙규정에서 일정한 유형의 선거관련 행위들을 처벌하면서 공무원의 경우에는 가중처벌하는 규정들을 두고 있다(제232조, 제237조, 제238조 내지 제243조, 제247조 내지 제249조). 그러므로 이러한 금지규정 및 벌칙규정과 별도로 이 사건 법률조항을 규정한 것이 피해의 최소화 원칙에 반하는 것이 아닌가하는 의문이 있다.

그러나 우리 입법부가 관권에 의한 부정선거를 규제하고자 수차 선거법을 개정하였음에도 불구하고 공무원의 선거개입행위가 근절되지 않자, 공무원의 선거중립의무를 포괄적이고 일반적으로 금지하는 규정이 필요하다는 판단 아래, 1994년 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’(1994. 3. 16. 법률 제4739호)을 제정하면서 이 사건 법률조항을 신설한 것인바, 이러한 입법취지에 비추어 볼 때, 공직선거법이 제85조, 제86조, 제255조 및 위 공무원가중처벌 규정과 별도로 위 법률조항을 규정한 것이 피해최소성의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

2) 제한의 범위

이 사건 법률조항은 대통령의 정치적 표현의 자유를 상시적으로 모든 영역에서 규제하는 것이 아니라, 선거가 임박한 시기에 부당한 영향력을 행사하는 방법으로 선거결과에 영향을 미치는 표현행위만을 규제하는 것이다. 따라서 대통령은 소속 정당원으로서 정치적 의견을 표시할 수 있지만, 국가의 원수 및 행정부 수반으로서의 지위에서 직무를 수행하는 때에는 원칙적으로 정당정치적 의견표명을 삼가야 하며, 나아가 대통령이 국가기관의 신분에서 선거관련 발언을 하는 경우에는 선거에서의 정치적 중립의무의 구속을 받는다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 638). 또한 이 사건 법률조항은 대통령의 직무집행과 관련된 공적인 행위만을 규제하는 것이고 대통령의 순수한 개인적인 영역까지 규제하는 것은 아니다. 다만 대통령의 절대적인 지명도 및 그 지위와 업무의 성질로 말미암아 그의 ‘사인으로서의 기본권행사’와 ‘직무범위 내에서의 활동’의 구분이 불명확하므로(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 633, 638), 순수한 개인적 영역은 매우 협소해질 가능성이 높다.

청구인은, 대통령에 대하여는 ‘선거관리’에서의 중립을 요구하면 족한바, 이 사건 법률조항이 대통령으로 하여금 야당의 비판에 대하여 직접 해명하지 못하게 하므로 불합리하다고 주장한다. 그러나 ‘공정한 선거관리’는 물론 ‘선거중립의무’도 ‘공정한 선거’를 위하여 모두 필요한 것이고, 정부·여당의 정책에 대한 야당의 비판에 대하여는 정부나 소속 정당에 의한 다양한 반박수단이 있을 것이므로 청구인의 위 주장은 받아들이기 어렵다.

3) 제재의 완화

나아가 이 사건 법률조항의 위반에 대한 제재조항이 없어 위 조항을 위반한다고 하여도 형사처벌을 받을 위험성이 없다. 특히 대통령에 대하여는 징계 등 신분상의 불이익도 없이, 다만 탄핵소추의 사유만이 될 수 있을 뿐이다.

4) 피해최소성 충족

결국 이 사건 법률조항으로 인하여 제한되는 대통령의 표현의 자유는 시기·방법·영역에 의하여 일부분에 한정될 뿐 아니라, 이를 위반하였을 때의 제재도 과중하지 않으므로 이 사건 법률조항은 피해최소성을 갖추었다고 할 것이다.

(라) 법익의 균형성

이 사건 법률조항으로 이루고자 하는 공익은 ‘선거의 공정성’이고, 이로 인하여 공무원이 입을 불이익은 ‘정치적 표현의 자유의 제한’이다. 그런데 앞에서 본 바와 같이 민주주의 국가에서 공무원 특히 대통령의 선거중립으로 인하여 얻게 될 ‘선거의 공정성’은 매우 크고 중요한 반면, 대통령이 감수하여야 할 ‘표현의 자유 제한’은 상당히 한정적이므로, 위 법률조항은 법익의 균형성도 갖추었다 할 것이다.

(마) 소결

결국 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 정치적 표현의 자유를 침해하는 것으로 볼 수 없다.

마. 평등의 원칙 위반 여부

(1) 국회의원 및 지방의회의원도 대통령과 마찬가지로 정당의 추천을 받아 국민의 직접선거에 의해 선출되는 선출직 공무원인데, 관계 법령의 해석상 이 사건 법률조항의 적용을 받지 않음으로써, 대통령과의 사이에 차별이 발생한다.

(2) 헌법 제11조 제1항이 규정하고 있는 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 법의 적용이나 입법에 있어서 불합리한 조건에 의

한 차별을 하여서는 안된다는 것을 뜻하고, 따라서 합리적 근거 없이 차별하는 경우에 한하여 평등의 원칙에 위반된다(헌재 1994. 2. 24. 92헌바43, 판례집 6-1, 72, 76; 헌재 1998. 9. 30. 98헌가7등, 판례집 10-2, 505; 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 727 참조). 한편 평등위반 여부를 심사함에 있어서는 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우나 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한이 있는 경우에는 엄격한 심사척도가 적용되고 그 외에는 완화된 심사척도가 적용된다(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787 등 참조)

앞에서 본 바와 같이 이 사건 법률조항은 ‘선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거 결과에 영향을 미치는 행위’를 제한하는 것으로서, 헌법에서 특별히 평등을 요구하는 부분이 아니다. 또한 일정한 시기에 부당한 방법에 의한 선거활동을 제한하는 것으로서 형벌 등 제재수단이 있는 것도 아니므로 기본권에 대한 중대한 침해가 된다고 보기도 어렵다. 따라서 평등권심사에 있어서의 완화된 심사기준인 자의(恣意)금지 원칙에 따라 판단하기로 한다.

(3) 대통령은 국정의 책임자이자 행정부의 수반이므로 공명선거에 대한 공극적 책무를 지고 있다. 또한 선거를 구체적으로 실행하는 데 있어서 행정부 공무원의 지원과 협조 없이는 현실적으로 불가능한바, 공무원들은 최종적인 인사권과 지휘감독권을 갖고 있는 대통령의 정치적 성향을 의식하지 않을 수 없으므로 대통령의 선거개입은 선거의 공정을 해칠 우려가 높다. 이에 반하여 국회의원이거나 지방의회의원은 입법부의 구성원으로서 그 지휘·감독을 받는 공무원 조직이 없어 공무원의 선거관리에 영향을 미칠 가능성이 높지 않다. 나아가 국회의원은 국회의 구성원임과 동시에 정당소속원으로서 선거에 직접 참여하는 당사자가 될 수도 있고, 복수정당제나 자유선거의 원칙을 실현하기 위하여 정책홍보 등 광범위한 선거운동의 주체가 될 필요도 있으므로 선거에서의 중립성을 요구하는 것이 적절하지 않다.

(4) 결국 국회의원과 지방의회의원이 대통령과 달리 이 사건 법률조항의 적용을 받지 않는 것은 합리적인 차별이라고 할 것이므로, 위 법률조항은 평등의 원칙에 반하지 아니한다.

바. 결어

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 않는다. 따라서 이 사건 법률조항이 위헌이므로 그에 근거하는 이 사건 조치가 청구인의 기본권을 침해하였다는 청구인의 주장은 이유 없다.

5. 이 사건 조치의 위헌 여부

가. 명확성의 원칙 위반 여부

(1) 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권을 침해받은 자는 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원을 제기할 수 있다. 청구인은, 이 사건 조치는 청구인의 발언 중 구체적으로 어느 부분이 이 사건 법률조항을 위반하였는지 적시하지 않아 불명확한 형태를 취하고 있으므로 명확성 원칙에 반하여 부당하다고 주장하므로, 청구인의 주장을 그 내용이 명확하지 않은 이 사건 조치로 인하여 청구인의 정치적 표현의 자유가 침해되었다는 주장으로 선회하기로 한다.

(2) 그러므로 살피건대, 이 사건 1차 조치에는 대통령이 2007. 6. 2. 참평포럼 모임에서 차기 대통령 선거에 있어 특정 정당의 집권의 부당성을 지적하고 후보자가 되고자 하는 자를 폄하하는 취지로 한 발언, 2차 조치에는 대통령이 6. 8. 원광대학교 강연, 6. 10. 민주항쟁기념사, 6. 13. 한겨레신문과의 대담에서 이번 대통령선거와 관련하여 후보자가 되고자 하는 자를 폄하하고 특정 정치세력 또는 정당이 집권하는 것에 대하여 부정적인 취지의 발언을 하였으며 특정 정당을 지지하는 발언과 함께 선거전략 등에 대하여 언급한 것이 위반행위라고 지적하였는바, 이러한 정도의 내용이면 발언의 당사자인 청구인으로서 각 조치에서 언급하는 ‘선거법 위반행위’가 무엇인지 알 수 있을 만큼 특정되었다고 할 것이다.

(3) 결국 이 사건 조치는 그 내용이 명확하다고 할 것이므로 청구인의 위 주장은 더 나아가 살필 필요없이 이유 없다.

나. 적법절차원칙 위반 여부

(1) 우리 헌법 제12조 제1항은 “... 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”라고 하여 적법절차원칙을 천명하고 있는데, 이 원칙은 형사소송절차에 국한되지 않고 모든 국가작용 전반에 대하여 적용된다(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 876-877; 헌재 1998. 5. 28. 96헌바4, 판례집 10-1, 610, 618; 헌재 2007. 4. 26. 2006헌바10, 공보 제127호, 503). 이러한 적법절차원칙에서 도출할 수 있는 중요한 절차적 요청 중의 하나로, 당사자에게 적절한 고지를 행할 것 및 당사자에게 의견 및 자료 제출의 기회를 부여할 것 등이 있으나(헌재 1994. 7. 29. 93헌가3등, 판례집 6-2, 1, 11; 헌재 1996. 1. 15. 95헌가5, 판례집 8-1, 1, 16-17; 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 634 참조), 이 원칙이 구체적으로 어떠한 절차를 어느 정도로 요구하는지 일률적으로 말하기 어렵고, 규율되는 사항의 성질, 관련 당사자의 사익(私益),

절차의 이행으로 제고될 가치, 국가작용의 효율성, 절차에 소요되는 비용, 불복의 기회 등 다양한 요소들을 형량하여 개별적으로 판단할 수밖에 없다(헌재 2003. 7. 28. 2001헌가25, 판례집 15-2, 1, 17-18; 헌재 2006. 5. 25. 2004헌바12, 판례집 18-1하, 58; 헌재 2005. 12. 22. 2005헌마19, 판례집 17-2, 785).

(2) 먼저 각급 선거관리위원회의 의결을 거쳐 행하는 사항에 대하여는 원칙적으로 행정절차에 관한 규정이 적용되지 않는바(행정절차법 제3조 제2항 제4호), 이는 권력분립의 원리와 선거관리위원회 의결절차의 합리성을 고려한 것으로 보인다. 또한 선거운동의 특성상 선거법 위반행위인지 여부와 그에 대한 조치는 가능하면 신속하게 결정되어야 할 뿐만 아니라, 선거관리위원회법 제14조의2의 조치가 위반행위자에 대하여 종국적 법률효과를 발생시키는 것도 아니므로, 위반행위자에게 의견진술의 기회를 보장하는 것이 반드시 필요하거나 적절하다고 보기는 어렵다.

(3) 이와 같이 선거관리의 특성, 이 사건 조치가 규율하는 행위의 성격, 위 조치의 제재효과 및 기본권침해의 정도 등을 종합하여 볼 때, 청구인에게 위 조치 전에 의견진술의 기회를 부여하지 않은 것이 적법절차원칙에 어긋나서 청구인의 기본권을 침해한다고 볼 수 없다.

다. 법령 해석의 잘못 여부

(1) 일반적으로는 행정청이 한 법률의 잘못된 해석·적용은 원칙적으로 헌법재판소의 심사대상이 될 수 없으나 법적용기관이 법률에 미치는 헌법 내지 기본권규정의 영향을 간과하거나 또는 오인하여 피처분자에게 불리하게 판단함으로써 헌법의 정신을 고려하지 않은 법적용을 통하여 그의 기본권을 침해한다면, 바로 이러한 경우에 법률의 해석·적용은 헌법재판소의 심사대상이 된다(헌재 2003. 2. 27. 2002헌마106, 판례집 15-1, 223, 236-237 참조).

(2) 먼저 청구인은, 이 사건 법률조항의 ‘공무원’에 대통령이 포함되지 않음에도 이 사건 조치는 대통령이 이에 해당한다고 해석하여 위 법률조항을 적용하였다고 주장하나, 앞에서 본 바와 같이 대통령은 이 사건 법률조항의 ‘공무원’에 해당되므로, 청구인의 주장은 받아들여지지 않는다.

(3) 다음으로 청구인은, 그 발언이 이 사건 법률조항의 ‘선거에 관한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위’에 해당하지 않음에도 중앙선거관리위원회 위원장이 이를 잘못 해석·적용하여 이 사건 조치를 한 것이라고 주장한다. 우선 청구인인 대통령의 발언이 이 사건 법률조항을 위반했는지의 여부는 발언의 구체적 내용, 그 시기, 빈도수, 발언 당시의 상황 등에 비추어 ‘대통령이 발언을 통하여 공직상 부여되는 정치적

비중과 영향력을 국민 모두에 대하여 봉사하는 그의 지위와 부합하지 않는 방법으로 사용함으로써 선거득표에 상당한 영향을 줄 가능성이 있는지'를 기준으로 살펴봐야 할 것이다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 639 참조).

(가) 발언의 주요 내용

청구인의 이 사건과 관련된 구체적인 발언 내용은 별지 3 기재와 같다.

(나) 발언의 시기

청구인의 이 사건 발언 중 참평포럼 모임의 발언은 2007. 6. 2.(토요일), 원광대학교에서의 발언은 6. 8.(금요일), 6·10민주항쟁 기념식에서의 발언은 6. 10.(일요일), 한겨레신문과의 대담은 6. 13.(수요일)에 행해졌고, 매우 근접한 시기에 연속적으로 이루어진 사실을 알 수 있다. 이 시기는 대통령선거일(2007. 12. 19.)로부터 6개월 이전이므로 정당별로 특정 후보자가 정하여지거나 그들이 본격적으로 선거운동을 하는 때는 아니지만, 야당인 한나라당에서는 이미 경선후보자 등록이 이루어져서 대선후보자로 나설 유력 후보자군이 밝혀진 상태이고, 이들은 후보자가 되기 위해 사실상 당내 선거운동을 시작하였으며 각 경선후보자가 내세우는 주요한 정책들도 이미 어느 정도 제시된 상태였다. 다만 여당은 그 내부 사정으로 경선후보자 선출에 대한 일정도 확정되지 않은 시기였다.

한편 공직선거법에 의하면, 대통령 선거일 전 240일부터 예비후보자 등록신청을 할 수 있고(제60조의2 제1항 제1호), 그 때부터 예비후보자의 선거운동이 일부 허용되며(제60조의3), 정당은 선거일 전 240일부터 정당선거사무소의 설치가 가능하다(제61조의2 제1항 제1호). 더구나 대통령선거의 중대성 때문에 정당이나 후보자들은 법정 선거운동기간 훨씬 이전부터 사실상 선거운동의 준비를 하고, 언론에서도 이에 관련된 보도를 비중있게 다루고 있는 실정이다. 따라서 청구인의 발언이 이루어진 시기는 선거와의 근접성을 인정하기에 충분한 시기라고 할 것이다.

(다) 모임의 규모와 성격

1) 참평포럼은 주로 참여정부에 참여했거나 동조하는 사람들이 참여정부의 국정성과를 객관적으로 평가하기 위한 목적에서 2007. 4.경 설립한 전국적 민간 조직인바, 청구인은 2007. 6. 2. 서울 양재동 소재 교육문화회관 대강당에 회원과 시민 수백명이 모인 가운데서 위 모임의 강사 자격으로 참석하여 발언하였고 당시 오마이뉴스가 인터넷을 통해 생중계하였다. 한편 원광대학교는 2007. 4.경 청구인에게 명예박사학위를 수여하겠다고 제안하였고 청구인은 지방대학의 존재를 부각시키려는 목적에서 학위를 수여받겠다고 승락하였는바, 청구인은 2007. 6. 8. 원광대학교 대강당에서 명예 정치학 박사학위를 수여받으면서 학교관계자와 교수 등이 참석한 가운데 특강을 하였다. 또한 청구인은 2007. 6. 10. 정부의 공식적인 행사인 6·10민주항쟁 기념식에서 국가 주요인사, 공무원 및 시민 약

3,000명이 참석한 가운데 기념식사를 하였고, 당시 한국방송공사(KBS)가 중계방송하였다. 나아가 한겨레신문과의 대담은 2007. 6. 13. 청와대 접견실에서 청와대와 한겨레신문의 관계자가 참석한 가운데 기자의 질문에 대답하는 형식으로 이루어졌다.

2) 6·10민주항쟁 기념식은 국가의 공식행사이고, 한겨레신문과의 대담도 대통령의 업무 시간 중에 대통령의 지위에서 보도를 전제로 이루어졌으므로, 위 두 경우는 대통령의 직무수행 범위 내의 또는 직무수행과 관련된 모임 또는 만남이라고 할 것이다.

3) 참평포럼 모임이나 원광대학교 학위수여식은 국가의 공식적 행사가 아닐 뿐 아니라, 청구인도 대통령으로서가 아닌 사인의 지위에서 위 모임에 참석한 것으로 보인다. 그러나 대통령이라는 절대적 지명도와 신분의 중대성 때문에 두 모임 모두에 다수의 청중들이 참석하였고, 참평포럼 모임은 인터넷언론에 의하여 중계되었으며, 원광대학교 학위수여식의 발언 일부도 후에 언론에 의하여 보도되었다. 또한 청구인은 위 모임의 참석을 통하여 그가 추구하는 국정 목적, 즉 참여정부의 업적 평가 및 지방분권화를 우회적으로나마 달성하려고 하였으므로 위 모임들이 청구인의 대통령으로서의 직무와 전혀 관련이 없다고 볼 수 없다. 결국 위 두 모임은 청구인의 직무부분과 사적 부분이 경합하는 영역으로 볼 수 있다.

(라) 발언에 대한 평가

앞에서 본 바와 같이, 청구인은 대통령 선거가 다가오고 야당의 당내경선이 이루어지고 있는 시기에 국민들이 관심을 갖는 공공의 모임들에서 주로 야당의 유력 후보자들을 비난하고 그들의 정책을 지속적·반복적으로 비판하였으며 한겨레신문과의 대담에서는 자신의 출신당 후보자를 지지하겠다는 적극적인 취지의 발언을 하였다.

청구인의 이러한 발언은 공직상 부여되는 정치적 비중과 영향력을 국민 모두에 대하여 봉사하는 그의 지위와 부합하지 않는 방법으로 사용함으로써 선거의 공정성에 상당한 영향을 줄 가능성이 있다고 할 것이다.

(마) 소결

결국 청구인의 위 발언들은 선거에 대한 부당한 영향력을 행사하여 선거의 득표에 영향을 미치는 행위라고 할 것이므로, 위 각 발언들이 이 사건 법률조항에 위반되었다고 본 피청구인의 이 사건 조치가 위 법률조항을 잘못 해석·적용한 결과라고 할 수 없다. 그러므로 이를 전제로 기본권이 침해되었다는 청구인의 주장은 나아가 살필 필요없이 이유 없다.

라. 결어

따라서 이 사건 조치가 부당한 공권력의 행사로서 청구인의 기본권을 침해하였다고 볼 수 없다.

6. 결론

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법에 위배되지 아니하고, 나아가 이 사건 조치가 청구인의 기본권을 침해하였다고도 볼 수 없으므로, 청구인의 이 사건 심판청구는 이유 없어 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 아래 7. 8.과 같은 재판관 김종대, 재판관 이동흡의 각 반대의견(각하의견)과 아래 9. 10.과 같은 재판관 조대현, 재판관 송두환의 각 반대의견(인용의견)이 있는 외에는 나머지 관여 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

7. 재판관 김종대의 반대의견(각하의견)

나는 피청구인의 이 사건 조치가 기본권침해 가능성이 있는 공권력 행사에 해당하지 않는다고 본다.

가. 공권력 행사의 개념

헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원을 청구하기 위해서는 ‘공권력의 행사 또는 불행사로 인한 기본권 침해의 가능성’이 있어야 한다. 따라서 헌법소원의 심판대상인 ‘공권력의 행사’는 국민의 권리와 의무에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시켜야 하고 청구인의 법적인 지위를 그에게 불리하게 변화시키기에 적합해야 한다(헌재 1994. 8. 31. 92헌마174, 판례집 6-2, 249, 264 참조). 공권력 행사가 법률효과를 발생시키지 않는다면 청구인에게 아무런 법적 부담을 주지 아니하므로, 청구인은 기본권침해를 주장할 수 없는 것이다. 그러므로 국가기관간의 내부적 행위나 행정청의 지침, 의견진술 등은 법적 구속력이나 외부효과가 결여되어 있기 때문에 공권력 행사에 해당하지 않는다.

이 사건 조치의 경우 과연 헌법소원의 대상이 되는 공권력 행사에 해당한다고 볼 수 있는지 여부에 관하여 살펴보기로 한다.

나. 이 사건 조치의 주체

이 사건 조치는 2차에 걸쳐 이루어졌고 그 상세한 내용은 다수의견에서 판시한 바와 같으나 그 조치의 대강은 ‘대통령의 선거중립의무 준수요청’이라는 제목으로 청구인이 참여

정부평가포럼 등에서 행한 일정한 발언이 공직선거법 제9조 제1항에 위반된다는 점을 확인하면서 청구인에 대하여 그러한 행위의 재발방지를 촉구하는 내용으로 되어 있다. 이 사건 조치를 내리기 전에 중앙선거관리위원회는 전체회의를 개최하여 청구인 발언의 공직선거법 위반 여부를 심도 있게 논의하였고 그 결과를 중앙선거관리위원회 위원장이 피청구인 명의로 청구인에게 통보하였다. 위와 같이 이 사건 조치가 행해진 경위, 절차, 공문의 형식 및 내용 등을 종합하면, 비록 피청구인 명의로 이 사건 조치가 통보되었다고 하더라도 이는 피청구인이 중앙선거관리위원회의 대표자 자격에서 동 위원회의 결정을 전달한 것으로 이 사건 조치의 궁극적인 주체는 중앙선거관리위원회로 보아야 한다. 이는 피청구인 스스로 이 사건 조치를 중앙선거관리위원회가 결정했고 중앙선거관리위원회의 조치라고 명언하고 있는 점에 비추어 보아도 명백하다.

다. 이 사건 조치의 법률적 근거

(1) 국민의 기본권은 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 이를 제한할 수 있으나 그 제한은 원칙적으로 법률로써만 가능하다. 따라서 국민의 기본권을 제한하기 위해서는 법률에 의하거나 법률의 근거가 있어야 하므로 이 사건 조치의 법률적 근거가 무엇인지 밝힐 필요가 있다.

피청구인은 이 사건 조치의 주된 근거로 선거관리위원회법 제14조의2를 들고 있는 한편, 부수적으로 위 조항이 아니라도 헌법과 선거관리위원회법 등에 의하여 공정한 선거관리 책임을 담당하고 있는 선거관리위원회의 고유권한으로써 이 같은 조치는 가능하다고 주장하고 있다.

(2) 먼저 선거관리위원회법 제14조의2가 이 사건 조치의 근거가 될 수 있는지 여부에 관하여 살펴본다. 동 조항이 이 사건 조치의 근거가 될 수 있기 위해서는, 중앙선거관리위원회가 위 조항에서 열거한 조치들의 행위주체가 될 수 있어야 하고, 조치의 내용 또한 위 조항이 예정하는 유형에 속해야 한다. 그런데 동 조항은 그 행위주체를 명문으로 각급 선거관리위원회의 ‘위원’이나 ‘직원’으로 한정하고 있고, 그 조치 내용은 중지·경고·시정 명령에서부터 수사의뢰·고발에 이르기까지 단계별로 이를 유형화시켜서 규정해 놓고 있다.

먼저 국회가 선거관리위원회법 제14조의2에서 행위의 주체를 ‘위원’ 또는 ‘직원’으로 한정하여 입법하고 있는 것은 위원 또는 직원과 각급 선거관리위원회의 지위와 역할이 다르다는 것을 알고 있었기 때문이지, 위원회나 직원 또는 위원의 구분을 모른 채 이를 무시하고 입법했다고는 볼 수 없다. 이 점은 국회가 공직선거법 제10조 제3항을 만들 때는 위원 또는 직원 대신에 위원회를 그 행위주체로 명언하고 있는 점을 보아서도 분명하다 할

것이다. 따라서 선거관리위원회법 제14조의2의 행위주체는 위 규정의 문언에 따라 각급 선거관리위원회의 ‘위원’이나 ‘직원’으로 한정해서 보는 것이 타당하고 이를 예시규정으로 보아 ‘선거관리위원회’로까지 확대 해석해서는 안된다.

다음으로 피청구인이 청구인에 대해 선거관리위원회법 제14조의2 소정의 조치를 발하는 경우에는 중지·경고·시정명령의 각종 조치와 그 위반에 대한 고발 등 같은 조항이 정해 둔 소정의 유형에 따른 조치만 할 수 있다고 해야 할 것이다. 왜냐하면 동 조항에 의한 선거관리위원회의 조치는 상대방의 기본권을 제한하는 조치이기 때문에 엄격한 법적 근거에 따라서 이루어져야 하기 때문이다.

피청구인이 제출한 석명준비답변자료에 의하면, 선거관리위원회의 업무 관행상으로도 동 위원회가 선거관리위원회법 제14조의2 소정의 조치를 발하는 경우에는 ‘경고’, ‘중지명령’, ‘이행명령’ 등 위 제14조의2 소정의 조치 명칭을 그대로 사용하고 있고, 그 내용에서도 ‘경고’, ‘즉시삭제’, ‘즉시중지’, ‘자진철회’ 등 그 명칭에 부합하는 표현이 들어가며, 위반시에도 ‘고발’, ‘형사처벌’ 등 같은 조항이 정해 놓은 구체적 조치를 취하겠다는 표현을 명시하고 있음을 알 수 있다(그에 반하여 위 법 소정의 조치 이외에 경미한 주의성 조치는 이와는 분명하게 차별화하여 공문의 제목도 이 사건과 유사하게 ‘선거중립의무 준수요청’, ‘선거법 준수촉구’, ‘선거법 준수 협조요청’, ‘공명선거 협조요청’ 등으로 하고 있고 그 내용에서도 자진하여 선거법을 준수하여 달라는 취지의 비권력적 표현을 쓰며 위반시엔 선거관리위원회가 취할 구체적인 조치인 ‘고발’, ‘형사처벌’ 등의 표현이 들어간 경우가 없다).

따라서 이 사건 조치는 선거관리위원회법 제14조의2 소정의 조치 유형에 해당하지 않음이 분명하므로 이 점으로 보아서도 동 조항이 이 사건 조치의 근거조항이 될 수는 없다고 생각한다.

(3) 다음으로 중앙선거관리위원회가 구체적인 법 규정상의 근거 없이도 그 고유권한으로 이 사건 처분을 행할 수 있는지 여부를 살펴본다.

우리 헌법은 선거와 국민투표의 공정한 관리가 민주정치의 가장 중요한 요소임을 고려하여 다른 나라와는 달리 선거관리위원회를 헌법기관으로 설치하도록 규정하고 있다. 이는 민주주의 발전을 위해서는 공정한 선거관리가 무엇보다도 중요하다는 점을 역사적으로 경험한 우리 국민의 헌법적 결단의 소산이라 할 수 있다.

이러한 헌법 취지를 반영하여 선거관리위원회법과 공직선거법에서는 선거관리위원회가 공정한 선거관리를 위해 취할 수 있는 각종 조치의 근거규정들을 두고 있지만, 설사 그러한 구체적 법률의 근거가 없다 하더라도, 공정한 선거관리라는 민주정치의 핵심가치를 실현하기 위한 헌법적 지위에 의거하여, 중앙선거관리위원회는 공정선거를 위한 예방차원에서 선거법위반이 우려되는 기관이나 개인에 대해 선거중립에 대한 견해를 표명한 뒤 선

거법을 준수하여 줄 것을 협조 요청하는 등의 조치를 할 수 있다고 보아야 한다.

(4) 결국 이 사건 조치는 선거관리위원회법 제14조의2에 의거하여 이루어진 조치가 아니고, 헌법, 공직선거법, 선거관리위원회법 등의 여러 규정에 의하여 공정한 선거관리를 위해 부여된 중앙선거관리위원회의 지위와 그 포괄적 권한에 근거하여 행해진 것으로 보는 것이 타당하다.

라. 이 사건 조치의 법적 성격

(1) 위에서 살펴본 바와 같은 이 사건 조치의 주체와 형식, 내용, 법적 근거 등에 비추어 볼 때 이 사건 조치는 중앙선거관리위원회가 청구인의 일정한 행위들이 공직선거법에 위반된다고 보고 청구인에 대해 선거중립의무의 준수를 요청하거나 또는 그 준수를 재촉하는 것에 불과하여 행정청의 단순한 의견표명 또는 협조요청의 성격을 지니는 것으로 보아야 할 것이다.

더구나 이 사건 조치는 ‘공직선거법 제9조 제1항’을 내세워 이를 잘 지켜 달라는 취지로 서, 그 실체적 근거로 삼은 동 조항은 그 위반에 대해 어떤 법적 제재를 가하는 규정인 아닌 만큼 피청구인이 이 조항을 이견 조치의 실체적 근거로 한 점에 비추어 보더라도 이견 조치가 청구인의 기본권침해와는 무관함을 알 수 있다.

(2) 그렇기 때문에, 이 사건 조치에 대해서는 그에 위반한다고 하더라도, 선거관리위원회법 제14조의2에 규정된 것처럼, 위반에 대한 조치의 강도를 점점 높여 형사고발로까지 나아갈 수 없거니와 법상의 다른 제재를 가할 수도 없다. 중앙선거관리위원회가 청구인의 중복적 위반에 대하여 고발로 나아가지 않고 향후 구체적으로 취할 조치조차 명시하지 않은 채 단지 선거법을 위반하지 말고 공명선거 구현에 협조하여 달라는 취지로 재촉함에 그칠 수밖에 없었던 것도 이와 같은 이유 때문이다.

또한 이 사건 조치의 법적 성격이 이와 같으므로 피청구인은 이견 조치를 함에 있어 사전에 청구인의 변소를 들을 필요가 없으며, 이견 조치를 한 서면에 그 조치를 한 법률적 근거를 명시하지 않아도 되는 것이다.

그리하여 비록 이 사건 조치로 청구인의 기본권이 사실상 위축되었을 가능성을 배제할 수는 없겠지만 이는 법률상의 효과라기보다는 사실상의 효과 내지 정치적 효과에 지나지 않는 것이다.

마. 결론

결국, 이 사건 조치는 중앙선거관리위원회가 청구인에게 그 자체로 일정한 의무를 부담하게 하거나 그 밖의 법률상의 효과를 발생시키기 위한 행위가 아니라 부적절한 발언을 자제하여 공정한 선거관리를 위하여 협조해 달라는 취지의 요청을 함으로써 장래 이를 시정토록 하는 일종의 임의적 협력을 기대하고 행한 조치에 해당하므로 청구인의 기본권을 침해할 가능성이 있는 공권력의 행사라고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 헌법소원 청구는 각하되어야 한다.

8. 재판관 이동흡의 반대의견(각하의견)

나는 이 사건 조치의 공권력 행사성이 인정되지 않을 뿐만 아니라 이 사건 청구인의 헌법소원 청구인적격도 인정되지 않는다고 생각하므로 다수의견에 반대하여 다음과 같이 의견을 밝힌다.

가. 이 사건 조치의 공권력 행사성 판단

(1) 일반론

헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원에서 그 심판대상인 ‘공권력의 행사’는 국민의 권리와 의무에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시켜야 하고 청구인의 법적 지위를 그에게 불리하게 변화시키기에 적합해야 한다(헌재 1994. 8. 31. 92헌마174, 판례집 6-2, 249, 264 등 참조). 따라서 행정청의 협조요청이나 의견진술, 권고적·비권력적 행위, 법령 해석과 관련한 통보나 고지, 유도적 기준에 관한 통지, 기본권을 새로이 침해한다고 볼 수 없는 확인적 의미를 가지는 공고, 법률적 문제에 대한 회신, 국가기관 상호간의 행위 등은 국민에 대한 법적 효과가 결여되어 있기 때문에 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라고 볼 수 없다(헌재 1999. 11. 30. 99헌마625, 공보 40, 940, 941; 헌재 2001. 3. 21. 2000헌마37, 판례집 13-1, 752, 757-758; 헌재 2003. 2. 27. 2002헌마106, 판례집 15-1, 223, 236 등 참조).

(2) 이 사건 조치의 본질과 법적 성격

(가) 우선 특정한 국가작용의 공권력 행사성 여부를 파악하는데 있어서는 그러한 국가작용의 형식과 내용 및 관련 법령의 구체적인 내용을 먼저 따져보아야 한다(헌재 2001. 9. 27. 2000헌마159, 판례집 13-2, 353, 359 참조). 그런데 이 사건 조치는 그 제목 및 내용에 ‘요청’, ‘촉구’, ‘유의’, ‘유감’, ‘유념’, ‘자제’ 등의 비권력적, 의견진술적인 표현을 주로 쓰고 있으며, 그 전체적인 취지 역시 현재의 법적 상황에 대한 중앙선거관리위원회(이하 8.항에서는 ‘중앙선관위’라 하고, 그 밖에 ‘선거관리위원회’는 ‘선관위’로, ‘선거관리위원장’은 ‘선관위원장’으로 각 약칭한다) 차원의 법적 가치판단을 고지하면서 장래 선거법 위반시비가

일어나지 않도록 협조하여 달라는 취지로 일관하고 있다.

각급 선관위가 현재 처리하는 실무관행을 살펴보면, 각급 선관위는 선거관리위원회법(이하 8.항에서는 ‘선관위법’이라 한다) 제14조의2 소정의 ‘경고’와 구별되면서 그보다 경미한 ‘공명선거 협조요청’을 발하고 있다(중앙선관위 내부자료인 ‘선거·정치자금범죄 조사사무 편람’ 및 피청구인의 석명준비답변 [별첨 5], [별첨 6], [별첨 7] 자료 참조). 이러한 조치들은 모두 선관위법 제14조의2 소정의 ‘경고’, ‘시정명령’, ‘중지명령’과는 달리 조치 제목에서 ‘경고’나 ‘중지명령’, ‘시정명령’ 등의 범문상의 용어를 쓰지 않고 이 사건 조치와 마찬가지로 ‘준수요청’, ‘준수촉구’, ‘협조요청’ 등의 용어를 쓰면서 그 내용에서도 위반시 선관위가 취할 강제적이고 제재적인 조치를 언급하지 않으면서 주로 법령을 준수해 달라는 내용을 담고 있다. 이 사건 조치는 위와 같은 실무관행에 비추어 보면 선관위의 전형적인 공명선거 협조요청의 하나이며 피청구인 역시 그와 같이 밝히고 있다.

한편 각급 선관위는 헌법 제114조(선거관리위원회), 선관위법 제1조(목적), 제3조(위원회의 직무), 제114조(선거제도) 등에 따라 선거의 공정한 관리업무와 선거제도업무를 수행할 지위와 의무가 있고, 그에 따라 특별한 법령상의 근거가 없더라도 선거관리에 있어서 선관위 차원의 의사결정을 표명하면서 개인이나 국가기관에 대하여 선거법을 준수할 것을 요청할 수 있는 다양한 협조요청을 발할 수 있는바, 이 사건 조치 역시 그와 같은 선관위 차원의 공명선거 협조요청 내지 법령준수 촉구조치의 하나이다. 이와 관련하여 다수의견은 이 사건 조치가 선관위 위원이 선관위법 제14조의2에 근거하여 한 것이고, 위 조항에 열거된 행위 중 ‘경고’에 해당한다고 보고 있으나, 이는 타당하지 않다. 이 사건 조치 당시 근거 법조항이 명시된 바도 없거니와 이후 피청구인은 이 사건 조치가 선관위법 제14조의2 소정의 경고는 아니라고 하고 있다. 선관위법 제14조의2 소정의 경고는 그 주체가 선관위 위원이나 직원이 되어야 하나, 이 사건 조치의 형식과 절차, 내용 등에 비추어 보면, 이 사건 조치의 주체는 어디까지나 중앙선관위이고 중앙선관위원장은 그 대표자로서 청구인에게 이를 통지한 것에 불과하다(그 밖에 이 사건 조치의 주체와 법적 근거에 관한 상세한 내용은 재판관 김종대의 반대의견 중 해당 부분 기재를 원용한다.).

이와 같이 조치의 형식과 내용, 관련 법령의 규정, 피청구인의 실무관행 등에 비추어 보면, 이 사건 조치는 중앙선관위의 공명선거 협조요청 내지 법령준수 촉구조치의 한 형태라고 할 수 있다.

(나) 이 사건 조치는 선거법 조항이나 특정한 법적 상황에 대한 해석을 하고 있으나 청구인에게 법적 효과가 생기는 것은 아니다. 당사자가 처한 현재의 사실관계나 법률관계를 적극적으로 변경시키거나 당사자에게 특별한 부담이나 의무를 부여하는 내용이 아니어서 구체적, 직접적으로 법적 불이익을 내포한다고 할 수 없으며, 현재 선거법 위반상태가 지속되거나 즉각적으로 이루어지고 있는 상황에서 그와 같은 상태의 즉각적인 시정이나 중

지를 요구하는 권력적 사실행위의 속성을 갖는 것도 아니어서 사실상 현상의 적극적인 변화나 법적 지위의 불안을 동반한다고 할 수도 없다. 법률효과를 규정한 법령도 없거니와 그 밖에 조치의 공권력 행사성을 인정할 만한 어떠한 징표도 없다.

그런데 이 사건 조치를 불이행하는 경우 청구인이 탄핵소추를 받을 수 있으므로 공권력 행사성을 인정할 수 있다는 주장이 있을 수 있다. 그런데 탄핵사유는 헌법 제65조에서 규정하듯이 ‘직무집행에 있어서의 헌법 또는 법률 위반’이며 ‘그 위반이 중대한 경우’라야 한다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 654-658). 청구인이 이 사건 조치 이후 이를 위반한다면 탄핵소추나 탄핵심판시 고려되어야 할 요소는 ‘조치 자체의 형식적인 위반 여부’가 아니라 ‘공직선거법(이하 8.항에서는 ‘공선법’이라 한다) 제9조 제1항의 위반 여부’가 될 수밖에 없다. 청구인이 주장하듯이 만약 이 사건 조치가 위헌, 위법적인 조치라면 이를 위반하는 것이 탄핵소추사유가 될 수도 없다. 헌재 2004헌나1 사건(대통령 탄핵 사건)에서, 선관위 조치의 위반 여부가 쟁점이 아니라 공선법 제9조 제1항 위반 여부가 쟁점이었던 것도 그와 같은 이유이다. 이와 관련하여 다수의견은 이 사건 조치에 의하여 청구인의 위법사실이 유권적으로 확인됨으로써 탄핵발의의 계기가 부여될 수 있으므로 청구인의 법적 지위에 불리한 효과를 줄 수 있다고 하나, 다수의견이 거론하는 ‘유권적’이라는 의미는 이 사건 조치가 가지는 사실상 효과나 정치적 무게에 기반한 것이지 법적 근거가 있는 것이 아니다. 일반국민들이 행정청의 법률해석에 대하여 ‘유권적’인 해석이라고 말한다 하더라도 그것이 법적인 의미에서의 표현일 수는 없다. 또한 이 사건 조치의 유무에 따라 탄핵발의의 현실적인 가능성이 반드시 영향을 받는다고 할 수도 없다. 탄핵발의의 계기는 너무나 다양하고 비정형적이며 경우에 따라 정치적인 속성을 가질 수밖에 없는 것인데, 그러한 탄핵발의의 계기를 근거로 특정한 조치의 공권력성을 인정할 수는 없다.

(다) 다수의견은 이 사건 조치가 선관위법 제14조의2 소정의 경고임을 전제로 하여 청구인이 이를 준수하여야 하고 만일 이를 불이행하는 경우 관할수사기관에 수사의뢰 또는 고발될 수 있으므로, 공권력 행사성이 있다고 한다. 그런데 우선 이 사건 조치는 위에서 본 바와 같이 선관위법 제14조의2에 근거하여 선관위 위원이나 직원이 내린 조치가 아니라 선관위가 자신의 고유권한에 기하여 특별한 법령상의 근거 없이 내린 법령준수 협조 요청 내지 비권력적인 의견진술의 일종이다. 따라서 이 사건 조치가 선관위법 제14조의2 소정의 경고임을 전제로 이 사건 조치의 공권력 행사성을 인정할 수는 없다. 더구나 선관위법 제14조의2 후문에서 “중지·경고 또는 시정명령을 불이행하는 때에는 관할수사기관에 수사의뢰 또는 고발할 수 있다.”는 의미는 다수의견에서 보는 바와 같이 수사의뢰 및 고발의 요건으로서의 경고를 규정한 것이라고 볼 수도 없다. 경고위반에 대한 처벌조항이 없는 이상 경고위반을 이유로 한 수사의뢰나 고발은 법적으로 상정할 수 없는 개념이다. 결국 위 문언상의 ‘경고 불이행’이라는 의미는 ‘경고에서 거론된 선거법 위반행위를 한 경

우'라는 의미로 읽어야 한다. 행위자가 수사의뢰나 고발 또는 처벌을 받는 것은 선관위법 제14조의2 소정 경고와 그 위반이 있기 때문이 아니라 그러한 경고의 근거인 특정한 선거법 조항과 그 위반행위가 있기 때문이다. 수사기관이나 재판기관으로서는 독자적으로 선거법 위반행위와 관련한 사실인정 및 법률적용을 하여야 하고 선관위의 조치에 구속되지 않는다. 피청구인 역시 경고 위반이 있다는 이유로 수사의뢰나 고발하는 것이 아니라 행위가 선거법에 위반되는지를 실제로 검토하여 행위 자체의 선거법위반 여부에 따라 수사의뢰나 고발을 할 수밖에 없다. 물론 실제로 피청구인이 수사의뢰나 고발을 하더라도 그 사유는 '경고 위반'이 아니라 '특정한 선거법 조항의 위반'이 될 수밖에 없고, 실무상으로도 그렇게 하고 있다. 따라서 청구인이 수사의뢰 및 고발이 될 수 있다는 점을 근거로 하여 이 사건 조치의 공권력 행사성을 인정할 수는 없다.

(라) 한편 이 사건 조치 공문의 수신기관 및 참조기관의 '대통령' 및 '대통령비서실장'이라는 명칭, '요청', '요청의 재촉구'라는 조치 제목, '대통령의 발언이 공선법상의 선거중립의무에 위반되었다는 사실을 알림과 동시에 앞으로 대통령으로서 선거법 위반논란이 없도록 유의하여 달라'는 서면의 내용, 그 밖에 조치의 경위와 취지 등을 종합적으로 보면, 이 사건 조치는 본질적으로 일반 국민이 아닌 대통령이라는 국가기관에 대한 것이다. 그런데 국가기관이나 행정기관에 대한 행위는 원칙적으로 국민 개인의 기본권에 미치는 영향과 직접적인 관련이 없으므로 원칙적으로 공권력 행사성이 없다고 할 수 있다(헌재 1993. 11. 25. 92헌마293, 판례집 5-2, 510, 517-518; 헌재 1994. 4. 28. 91헌마55, 판례집 6-1, 409, 413; 헌재 1994. 8. 31. 92헌마174, 판례집 6-2, 249, 265 등 참조).

그러므로 다수의견이 보는 바와 같이 이 사건 조치의 상대방이 법령준수의무를 부담하는 대통령이라거나 그로 인하여 청구인이 입게 되는 위축효과가 크다고 하는 것은 모두 이 사건 조치의 사실적, 정치적 효과 측면에서 고려되는 것이지 법적 효과 측면에서 고려될 수 있는 사정은 아니다. 모든 국가기관은 법률질서를 존중할 의무가 있는 것이고 대통령 역시 마찬가지이다. 공권력 행사성에서 논의되는 법적 효과는 개인의 사적 영역에서의 일정한 제약을 전제로 하는 개념으로서, 상대방이 대통령이라는 국가기관임으로 인하여 발생하는 정치적인 파급력이나 영향력까지 고려할 수는 없다. 이와 같이 이 사건 조치의 상대방이 국가기관인 대통령이라는 점은 오히려 조치의 공권력성을 그만큼 약하게 하는 작용을 한다.

(마) 다수의견은 이 사건 조치는 헌법기관인 중앙선관위원장이 대통령의 위법행위라고 판단한 것으로서 법원에서 소송으로 구제받기 어렵다는 점에서 최종적, 유권적 판단이고 기본권 제한효과를 발생한다고 보고 있으나, 타당하지 아니하다. 우선 선관위가 선거와 국민투표의 공정한 관리 및 정당에 관한 사무를 처리하는 헌법기관이고(헌법 제114조 제1항), 그 독립성과 공정성을 보장하기 위하여 위원의 임기를 보장하고 있으며(제3항), 중앙선관위의 위원은 대통령, 국회 및 대법원장이 균등하게 구성하도록 하고 있으나(제2항),

선거법 위반행위에 대한 처벌적, 제재적 결정을 주로 내리는 사법기관이나 준사법기관은 아니다. 선관위가 그 권한이 광범위하고 선거·국민투표 관리 및 정당사무에 관한 매우 중요한 기능을 수행하는 독립된 헌법기관이라 하더라도 그것을 이유로 하여 선관위가 내린 조치나 결정에 대하여 ‘유권적’이라는 표현을 쓸 수는 없다. 한편 법적 효과가 규정되어 있지 아니하여 법원에서 소송으로 구제받기 어려운 여러 행정작용들이 단지 사실상의 구속력이나 심리적인 위축감이 강하다고 하여 최종적 판단이라 할 수는 없다. 현행 헌법 재판제도와 공법질서는 당사자에게 미치는 법적 효과와 사실적·간접적·정치적 효과를 명백하게 구분하고 있다.

(바) 이 사건에서 청구인이 주장하는 불이익 즉 이 사건 조치에서 요청받은 바와 같은 대통령으로서 선거중립의무에 위배되는 정치적 발언을 하지 말아야 한다는 불이익은 이 사건 조치에 따라 비로소 생긴 것이 아니라 공선법 제9조 제1항에 따라 직접적으로 생긴 것이다. 이 사건 조치는 단지 공선법 제9조 제1항의 해석을 하면서 그 조항을 준수하라고 하고 있을 뿐이다. 따라서 이 사건에서 만약 본안판단을 한다면 그 실질적인 내용은 이 사건 조치에 대한 위헌성 판단이 아니라 공선법 제9조 제1항에 대한 위헌성 판단이 될 수밖에 없고, 이는 이 사건 조치 자체의 법적 효과가 결여되어 있다는 점을 방증하는 것이다.

이러한 점은 다수의견이 본안판단에서 실시하고 있는 내용을 보면 더욱 명확해 진다. 다수의견은 공선법 제9조 제1항의 위헌 여부 판단 다음에 이 사건 조치의 위헌 여부 판단을 하면서, 명확성의 원칙 위반 여부, 적법절차 위반 여부, 선관위원이 법령의 해석을 제대로 했는지 여부 등을 살피고 있다.

우선 헌법상 명확성의 원칙은 법규범에 대하여 적용되는 것일 뿐, 행정청의 구체적인 조치에 대하여도 적용되는 것인지는 의문이다. 법치국가원리의 한 표현인 명확성의 원칙은 기본적으로 모든 기본권제한입법에 대하여 요구되는바, 규범의 의미내용으로부터 무엇이 금지되는 행위이고 무엇이 허용되는 행위인지를 수범자가 알 수 없다면 법적 안정성과 예측가능성을 확보할 수 없게 될 것이고, 또한 법집행 당국에 의한 자의적 집행을 가능하게 할 것이기 때문이다(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 341). 그런데 행정청의 조치도 명확하여야 한다는 논리는 규범통제와 관련한 헌법상의 명확성의 원칙 문제가 아니라 그와 같은 행정처분이 무효인지 여부나 취소할 수 있는지 여부 등에 관한 법률적 판단이나 행정쟁송의 영역에서 논의되는 문제일 따름이다.

다음으로, 이 사건 조치시 청구인에게 의견진술의 기회를 부여하지 않았다는 적법절차 부분 역시 다수의견이 보듯이 청구인의 불이익이 구체적으로 현실화되었다고 보기 어려운 이 사건 조치 단계에서 헌법적으로 어떠한 독자적인 의미를 지닌다고 보기 어렵고 아래에서 보는 바와 같이 이 사건 조치와 관련한 법률의 해석 및 적용에 관한 위법성 여부의

문제라고 할 수 있다.

다수의견이 이 사건 조치의 위헌 여부에서 주로 판단하고 있는 내용은 선관위가 공선법 제9조의 해석을 잘못하였는지 여부에 대한 것이므로, 이 부분에 대하여 살펴본다.

행정청이 법률을 단순히 잘못 해석·적용함으로써 결과적으로 국민의 기본권을 침해하였다고 하여, 행정청의 그러한 행위가 모두 헌법소원의 대상이 되는 것은 아니다. 만일 그러한 경우도 헌법소원의 대상이 된다면, 오늘날 다수의 법률이 국민의 기본권을 제한하는 법률이고, 침익적(侵益的) 법률을 청구인에게 불리하게 잘못 해석·적용하는 것은 필연적으로 청구인 기본권의 침해를 결과로 가져온다는 점에서, 결국 헌법재판소는 법률의 거의 모든 해석과 적용에 대하여 그 타당성을 심사해야 할 것이다. 그러나 사실관계의 확정과 평가, 법률을 해석하고 개별사건에 구체적으로 적용하는 것은 법원의 고유한 과제로서, 헌법재판소에 의한 심사의 대상이 아니다. 행정청은 법률, 특히 사법상의 일반조항, 불확정 법개념이나 행정청의 재량행사규정 등을 해석을 통하여 구체화하는 과정에서 기본권을 비롯한 헌법의 기본결정을 내용적 지침으로서 고려해야 하는데, 법 적용기관이 법률에 미치는 헌법의 영향을 간과하거나 또는 오인하여 소송당사자에게 불리하게 판단함으로써 헌법의 정신을 고려하지 않은 법 적용을 통하여 그의 기본권을 침해한다면, 바로 이러한 경우에 법률의 해석·적용은 헌법재판소의 심사대상이 되는 것이다. 그러나 행정청이 법률을 잘못 해석·적용하였는지의 여부가 헌법에 의해서가 아니라 적용된 법률에 근거하여 판단된다면, 즉 헌법이 아니라 법률이 행정청에 의한 해석·적용의 타당성을 심사하는 규범이 된다면, 이 경우 법률의 해석·적용에 대한 판단은 법원의 관할에 속하는 것일 뿐 헌법재판소의 심사대상이 될 수 없다(헌재 2003. 2. 27. 2002헌마106, 판례집 15-1, 223, 237-238 참조).

그런데 이 사건 조치와 관련한 청구인의 주장 및 그에 대한 다수의견의 본안판단은, 청구인 발언의 주요 내용, 발언의 시기, 발언한 모임의 규모와 성격 등을 구체적으로 살펴본 후, 위와 같은 발언들이 과연 공선법 제9조 제1항에 위배되는지 여부에 관한 내용으로 일관하고 있다. 피청구인이 법률을 잘못 해석·적용하였는지의 여부가 헌법규범이 아닌 적용된 법률에 근거하여 판단된다는 점에서, 행위의 위헌성을 문제삼는 것이 아니라, 행위의 위법성의 문제를 따지고 있을 뿐이다(헌재 2003. 2. 27. 2002헌마106, 판례집 15-1, 223, 238 참조). 선거법위반행위에 대한 중지촉구 등 위헌확인 사건에 대한 2002헌마106 결정에서, ‘사전선거운동’의 개념과 범위를 정하는 문제, ‘정기간행물의 등록 등에 관한 법률’상의 ‘정기간행물’의 개념과 범위를 정하는 문제, 법률에 의하여 부여받은 서울시선관위원장 ‘권한’의 범위와 한계를 정하는 문제는 모두 법률의 해석과 적용에 관한 문제로서 헌법재판소의 심사대상으로 삼기에 부적당하다고 본 것도 그와 같은 이유이다(판례집 15-1, 223, 238 참조).

그렇다면 다수의견이 본안판단에서 다루고 있는 내용 중 헌법적으로 의미 있는 부분은 공선법 제9조 제1항의 위헌성 여부라고 할 수 있는바, 이 사건 조치가 심판의 대상인 사건에서 실질적인 판단의 대상은 공선법 제9조 제1항이 되는 결과가 된다. 이와 같이 심판의 대상과 실질적인 판단의 대상이 다르게 되는 것은 특정한 조치가 위헌이라고 판단되고 그러한 위헌성이 근거 법조항에서 직접적으로 기인하여 헌법재판소법 제75조 제5항에 따라 부수적 규범통제가 이루어지는 경우 이외에는 원칙적으로 상정하기 어렵다고 할 수 있다. 일반적으로 특정한 조치가 법률조항의 해석을 넘어 그 자체적으로 독자적인 법적 효과를 가질 수 없거나 헌법상 의미 있는 기본권 관련성을 가질 수 없는 경우 그러한 조치를 심판대상으로 삼아 본안판단을 하는 경우 일반적으로 나타나는 현상이라고 할 수 있다. 헌법재판소가 법령에 대한 해석이나 의견진술에 대하여 심판대상성을 부정하는 것도 결국 위와 같은 결과를 피하고자 하는데 있다고도 할 수 있다(헌법재판소 판례에서 법적 효과가 명백하게 있는 수사기관의 불기소처분이 심판대상이 된 경우 이외에는 구체적 처분이 심판대상인 사건에서 그 근거 법조항의 합헌성 논증이 본격적으로 이루어진 사례도 찾아보기 어렵다.). 그러므로 이 사건 조치가 합헌이라고 하면서도 실질적인 판단의 대상이 공선법 제9조 제1항이 되는 다수의견의 문제점은 결국 법령준수 촉구조치로서 독자적인 법적 효과를 가질 수 없는 이 사건 조치를 심판대상으로 삼아 본안판단을 한 것에서 연유한다고 할 것이다.

(사) 따라서 이 사건 조치는 청구인에게 직접적인 법률효과를 발생시키거나 법률관계 내지 법적 지위를 그에게 불리하게 변화시키는 조치가 아니어서 공권력 행사성이 없다.

(3) 현재 2002헌마106 결정(이른바 ‘오마이뉴스’ 사건)의 선례로서의 의미

(가) 헌법재판소는 2003. 2. 27. 선고 2002헌마106 결정(이른바 ‘오마이뉴스’ 사건)에서, 인터넷미디어 업체가 개최하려고 한 대선후보자 간 대담토론회가 선거운동기간위반죄에 해당한다고 하면서 서울시선관위원장이 내린 ‘선거법 위반행위에 대한 중지촉구’ 조치에 대하여 공권력 행사성을 부정한 바 있다(판례집 15-1, 223, 235-236). 그런데 이 사건 조치와 위 판례에서 문제되었던 ‘선거법 위반행위에 대한 중지촉구’(이하 ‘판례상 조치’라고 한다)는 공권력 행사성 판단에서 달리 취급되어야 할 이유가 없다.

(나) 우선 이 사건 조치나 판례상 조치 모두 그 형식이나 내용, 전체적인 취지, 기존의 선관위 실무관행 등에 비추어 보면 공명선거 협조요청 내지 법령준수 요청의 한 형태이다. 오히려 판례상 조치는 처벌조항이 있는 선거운동기간위반죄에 대한 것이어서 그 위반시 행위자가 실제로 처벌받을 가능성이 있어 주관적, 심리적 위축감이 더 크다고 할 여지도 있다.

(다) 다수의견은 이 사건 조치가 위법행위에 대한 유권적인 판단 및 그에 대한 경고를 함

으로써 청구인의 기본권을 실질적으로 제한하고 있으므로 위 선례의 판시가 이 사건에 적용될 수 없다고 보고 있으나, 타당하지 않다.

판례상 조치 역시 그 공문에서 ‘열린 인터뷰 행사가 공선법 제254조에 저촉됨’을 선언하면서 특정한 행위에 대한 선관위 차원의 위법성 판단을 명백히 하고 있으며(다수의견이 유권적 판단이라는 부분임), ‘향후 그러한 행사를 개최할 경우 선거법 위반행위로 엄중 대처할 것’임을 알리는 내용(다수의견이 경고라고 하는 부분임)을 그대로 담고 있다.

이와 관련하여 다수의견은 이 사건 조치는 과거 위반행위에 대한 판단을 하고 있으므로 선관위법 제14조의2 소정의 경고이고, 판례상 조치는 장래 위반행위에 대한 것이므로 단순한 공명선거 협조요청이라고 하나, 타당하지 않다. 우선 선관위법 제14조의2 소정의 경고는 과거 위반행위에 대한 처벌적·제재적 효과를 목적으로 하는 사법기관이나 준사법기관의 결정이 아니다. 선관위법 제14조의2는 다양하게 발생할 수 있는 선거법 위반행위에 대하여 선관위 위원이나 직원으로 하여금 그때그때 탄력적으로 대응하도록 함으로써 선관위의 선거감시·단속업무와 선거제도업무의 효율성을 도모하기 위한 규정인바, 애초부터 과거행위에 대한 회고적인 처벌만으로는 위와 같은 목적을 달성할 수 없는 것으로 보고 마련된 조항이다. 따라서 어떠한 조치가 선관위법 제14조의2 소정의 경고인지 여부를 판단함에 있어 그것이 과거행위에 대한 법적 평가를 포함하고 있는 것인지에 따라 나눌 수는 없는 것이다.

이러한 점에서 보면 어떤 행위자가 선거법 위반행위를 하고 향후 그러한 행위를 다시 할 우려가 있어 그와 같은 행위의 재발방지를 촉구하는 조치를 취하는 경우와 어떤 행위자가 선거법 위반행위를 할 것이라고 명백하게 공표한 경우에 그와 같은 행위는 선거법에 위반되는 행위이니 그러한 행위를 하지 말 것을 촉구하는 조치를 취하는 경우를 비교해 보면, 전자가 과거행위에 대한 위법판단을 포함하고 있다고 하여 후자보다 당사자에게 미치는 법적 불이익이 더 크다거나 공권력성이 더 강하다고 할 수는 없다. 청구인의 행위가 선거법에 위반된다고 한 선관위의 판단은 결국 그와 같은 행위를 다시 하지 못하도록 촉구하기 위한 근거로 필요했던 것이다. 위와 같은 사정들은 기본적으로 조치에 이르게 된 경위나 연유의 문제일 뿐 당사자에게 미치는 법적 효과에서 고려될 것은 아니다. 만약 이 사건 조치의 공권력성을 인정한다면 그것은 과거 행위에 대한 회고적 처벌을 이유로 한 것이 아니라 청구인이 향후 위법 판단을 받은 것과 같은 행위를 다시 할 수 없다는 불이익을 근거로 한 것이다. 그런데 판례상 조치 역시 그와 같은 불이익을 당연히 내포하고 있다. 판례상 조치와 이 사건 조치는 청구인의 특정한 행위에 대한 위법성 판단과 장래 그와 같은 행위를 하지 말 것을 촉구하는 내용으로 되어 있는 법령준수 협조요청으로서 그 구조와 의미가 동일하다.

(라) 이상에서 본 바와 같이 공권력 행사성 측면에서, 판례상 조치와 이 사건 조치를 달

리 볼 여지는 없다. 따라서 2002헌마106 결정(이른바 ‘오마이뉴스’ 사건)은 이 사건에 적용할 수 있는 선례로서의 가치가 있으며, 이를 변경할 만한 사정변경이 있다고 할 수도 없다.

(마) 소결

조치 자체의 본질과 법적 성격에 비추어 이 사건 조치는 중앙선관위의 비권력적인 법령 준수 협조요청 내지 법률해석과 관련한 의견진술에 불과하다. 더구나 같은 성격의 선관위 조치에 대하여 이미 헌법재판소가 2002헌마106 결정에서 공권력 행사성을 부정한 바도 있다. 어느 모로 보나 이 사건 조치의 공권력 행사성은 부정되어야 한다.

나. 헌법소원 청구인적격에 대한 판단

(1) 기본권 보장에 관한 각 헌법규정의 해석상 국가나 국가기관 또는 국가조직의 일부나 공법인은 원칙적으로 기본권의 ‘수범자’이지 기본권의 주체로서 그 ‘소지자’가 아니며, 오히려 국민의 기본권을 보호 내지 실현해야 할 책임과 의무를 지니고 있는 지위에 있을 뿐이다. 따라서 이러한 지위에 있는 국가기관은 기본권의 주체가 될 수 없고 헌법소원을 제기할 수 있는 청구인적격이 없다(헌재 1994. 12. 29. 93헌마120, 판례집 6-2, 477, 480 등). 이와 같이 국가기관의 헌법소원 청구인적격을 부정하는 논거는 그 국가기관이 여러 명의 자연인으로 구성되어 있는 일반적인 국가기관이거나 1인의 자연인으로 구성되어 있는 독임제 관청(1인 국가기관)이거나 특별히 달리 적용되어야 할 이유는 없다.

(2) 그런데 국가기관의 지위를 겸하는 개인이 자연인 개인의 이름으로 헌법소원을 제기한 경우 그러한 청구인을 국가기관으로서의 청구인으로 볼 것인지 아니면 자연인 개인으로서의 청구인으로 볼 것인지가 문제된다. 이 사건에서도 청구인은 대통령이라는 국가기관과 자연인 노무현을 분리하여 일반 국민으로서의 기본권 침해를 이유로 자연인 노무현의 이름으로 헌법소원을 제기하였다.

이러한 경우 청구인이 심판청구서에 기재한 형식적인 청구인 명칭이나 청구인의 주장내용에만 좌우되어 판단할 수 없는 것임은 분명하다. 결국 심판대상인 이 사건 조치가 사적 영역에서 일반 개인이 국가에 대하여 가지는 헌법상의 기본권을 제약하는 성격이 강한 것인지 아니면 공적 영역에서 공권력 주체가 행사하는 권한 또는 직무영역을 제약하는 성격이 강한 것인지에 따라 전자의 경우에는 그 심판청구인을 일반 국민으로 보아 청구인적격을 인정할 수 있을 것이고, 후자의 경우에는 그 심판청구인을 국가기관으로 보아 청구인적격을 부정할 수밖에 없다.

따라서 심판대상의 객관적인 규율대상과 규율내용을 먼저 확정함으로써 그와 관련한 심

판청구인의 성격을 규명할 필요가 있다. 일반적으로 헌법소원 심판대상이 법령조항일 경우에는 당해 규정의 의미와 내용을 확정하는 것으로 족하지만, 이 사건 심판대상은 국가기관의 구체적인 조치라는 특성이 있으므로, 이 사건 조치의 목적·의도, 경위, 형식 및 내용, 효과 등을 종합적으로 파악하여 조치 상대방인 심판청구인의 법적 성격과 규율내용을 객관적으로 확정하여야 한다.

(3) 이 사건 조치는 청구인의 참평포럼 강연, 원광대 명예박사학위 수여식의 특강, 6. 10. 항쟁 기념식에서의 기념사, 한겨레신문과의 인터뷰 과정에서 불거져 나온 일련의 정치적 발언과 관련한 것이다. 그와 같은 발언이 ‘대통령으로서의 선거중립의무에 위배되므로 향후 그러한 행위의 재발을 방지하고 특히 국정외 최고책임자로서 선거를 공정하게 관리하여야 할 지위에 있음을 상기시키면서 대통령으로서 국정을 수행함에 있어 또다시 선거법 위반시비가 발생하지 않도록 요청’하는 내용으로 되어 있는바, 자연인 노무현의 사적 영역에서의 기본권 행사에 관련된 것이라기보다는 대통령 노무현의 공적 영역에서의 직무수행에 보다 관련된 것임을 알 수 있다.

(4) 물론 어떤 국가작용이 대통령의 사적 영역에서의 기본권을 제약하는 성격이 보다 강한 경우 그와 관련한 자연인 대통령의 헌법소원적격을 인정하는 데 별다른 문제는 없다. 그런데 여기에서 일반적인 국가기관이 아닌 대통령이라는 국가기관의 헌법상 지위, 대통령의 권한 및 특권, 의무와 책무, 대통령이라는 지위가 주는 상징성에 주목할 필요가 있다. 대통령은 공권력의 최정점으로서 국가의 원수, 행정권의 최고수반, 주권의 행사기관, 국가수호자로서의 지위를 가지며, 행정, 입법, 사법 등의 국정 전반에 대하여 광범위하고 포괄적인 권한을 가지고 있다. 헌법이 대통령에게 공·사 영역을 가리지 않고 재직 중 형사상 특권을 부여하고 있는 것도 위와 같은 대통령 직무영역의 포괄성과 연관되어 있다. 이러한 의미에서 대통령의 발언은 극히 개인적·신변적인 영역을 벗어나면 그 자체가 국정의 전반적인 수행으로서 국가적·정책적 목표 관철을 위한 수단의 성격이 강하며, 그리하여 대통령으로서의 권한행사 및 직무집행과 밀접하게 연관되어 있다고 볼 수 있다. 그러므로 헌법재판소는 대통령의 직무상 행위에 관하여 “법령에 근거한 행위뿐만 아니라 ‘대통령의 지위에서 국정수행과 관련하여 행하는 모든 행위’를 포괄하는 개념으로서, 예컨대 각종 단체·산업현장 등 방문행위, 준공식·공식만찬 등 각종 행사에 참석하는 행위, 대통령이 국민의 이해를 구하고 국가정책을 효율적으로 수행하기 위하여 방송에 출연하여 정부의 정책을 설명하는 행위, 기자회견에 응하는 행위 등을 모두 포함한다.”고 판시한 바 있다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 633).

이와 같이 대통령이라는 헌법기관의 특성상 신변적인 사적 영역을 제외하고는 대통령으로서의 공적 영역과 개인의 사적 영역이 명확히 구분될 수 없다. 대통령의 일상은 헌법기관으로서의 대통령이라는 지위와 그에 따르는 광범위한 권한과 특권을 전제로 하고 있다. 물론 그에 상응한 무거운 책임과 의무도 따른다. 이러한 점에서 평소에는 대통령 노무현

이었다가 어느 한 순간을 떼어내어 그 순간은 바로 자연인 노무현이라고 하는 것은 원칙적으로 상정할 수 없는 논리이다. 청구인이 주장하듯이 참평포럼 강연이나 원광대 강연의 대상이 특정단체의 회원들이나 행사참여자에 국한되었다고 하더라도 자연인 노무현의 사적 영역에서의 발언일 수는 없다. 위와 같은 행사는 모두 대통령의 공식일정 중에 포함되어 있으며, 청구인이 한 발언들이 언론에 보도되어 결국 모든 국민들에게 공개되고 현직 대통령의 발언으로 이해될 것이라는 점은 이미 예정되어 있는 것이다. 또한 청구인의 발언은 일부 정당이나 정치인들에 대한 정치적인 의견이나 비판, 야당 정치인이 주장하는 정책에 대한 비판 등을 포함하고 있는바, 그것이 청구인 개인의 사적인 발언이라거나 대통령으로서의 직무영역과 무관하다고 할 수는 없다. 그러한 발언들은 모두 대통령이라는 지위에서 행한 것이며, 대통령의 공적인 직무집행과 밀접히 관련되어 있을 뿐만 아니라 경우에 따라 대통령 직무영역에서의 정치적·정책적 목표 관철의 수단을 동시에 지니기도 한다.

이러한 점을 종합하면 이 사건 6. 10. 항쟁 기념사, 언론기관 인터뷰는 물론 참평포럼 강연이나 원광대 강연 역시 대통령의 공적인 직무집행과 밀접히 연관되어 있으며 적어도 국가에 대한 개인의 기본권 - 정치적 표현의 자유 - 을 행사하는 차원은 아니었다고 할 수 있다.

이와 관련하여 다수의견은 청구인의 행위는 어느 정도 공·사가 혼재된 영역에서 나온 것이어서 사적 영역에서는 여전히 청구인이 헌법소원적격을 가지고 있다고 보고 있다. 그러나 국가기관에 대한 조치도 그 국가기관의 지위에 있는 개인이나 구성원에 대하여 어떤 방식으로라도 영향을 미칠 수밖에 없는데 이러한 모든 경우에 있어 공·사가 혼재된 영역이라 하여 국가기관의 지위에 있는 개인에게 헌법소원 청구인적격을 부여할 수는 없는 것이다. 만약 이를 허용한다면 실질적으로 국가기관이 개인의 이름을 빌려 헌법소원제도를 부당하게 이용하고 그 취지를 왜곡할 수 있는 가능성이 언제든지 있을 수 있다. 다수의견에서 거론하는 공·사가 혼재된 영역이라 하더라도 결국 앞에서 본 바와 같이 심판대상 조치가 공적 영역에서 공권력 주체가 행사하는 권한 또는 직무영역을 제약하는 성격이 보다 강한 것이라면 심판청구인의 청구인적격을 부정할 수밖에 없는 것이다. 이 사건은 바로 그와 같은 경우에 해당한다.

(5) 현실적으로 공·사 영역의 구분이 힘든 대통령 지위의 특성에 비추어 본다면 대통령이 그에 대한 직무제약의 성격을 지니는 모든 국가작용에 대하여 그것이 동시에 개인의 기본권을 제약한다고 하여 헌법소원을 제기한다면 이로써 발생할 수 있는 현실적인 부작용을 무시할 수도 없다. 청구인이 국가 공권력의 최정점에 있는 대통령이라는 지위에 있는 이상 단순히 개인의 기본권침해와 그 회복 여부의 문제만은 아닌 것이다. 개념의 유희나 논리의 조작으로부터 일어날 수 있는 현실적인 부작용도 헌법소원의 적법요건 판단에서 고려되어야 하며, 이는 원래 헌법소원제도가 국가공권력에 의한 국민의 권리구제수단

으로서 ‘공권력에 대한 헌법적 통제’를 본질로 한다는 측면에서 보면 당연한 논리적 귀결이다.

더구나 이 사건 조치는 위에서 본 바와 같이 일반 국민에 대한 전형적인 공권력의 행사가 아니라 국가조직 내의 권력분립에 기한 견제와 균형의 틀 속에서 행해진 정치적 의미가 매우 깊은 행위라고 할 수 있다. 조치 자체적으로 직접적인 법적 효과를 수반하는 것이 아닌 법령준수 협조요청이라는 것도 앞에서 본 바와 같다. 한편 청구인으로서 이 사건 조치의 근거가 된 공선법 제9조가 문제 있다면 대통령으로서 가지는 정당한 법적 권한이나 정치적 역량을 동원하여 법률의 개정을 시도할 수도 있다. 만약 그것이 현실적으로 불가능하다면 그것은 말 그대로 정치의 영역이다. 이러한 모든 측면을 고려하면 이 사건 청구인에게 헌법소원적격을 인정할 당위성은 없어 보인다.

(6) 소결

따라서 이 사건 청구인은 국가기관인 대통령으로서 헌법소원을 제기할 청구인적격이 없다.

다. 결론

이 사건 조치는 헌법소원 대상으로서의 공권력 행사성이 없을 뿐만 아니라 이 사건 청구인은 국가기관인 대통령이므로 헌법소원 청구인적격이 없다. 어느 모로 보나 이 사건 헌법소원은 부적법하다고 보이므로, 다수의견에 반대하는 각하의견을 밝히는 바이다.

9. 재판관 조대현의 반대의견

가. 이 사건 조치는 공권력의 행사에 해당된다.

이 사건 조치는 독립된 헌법기관으로서 선거관리업무를 담당하는 중앙선거관리위원회 위원장인 피청구인이 선거관리위원회법 제14조의2에 따라 청구인의 일정한 발언 내용이 공직선거법 제9조 제1항에 위반된다고 유권적으로 판단하고, 이를 청구인에게 통지하면서 위법행위의 재발방지를 촉구한 것으로서, 헌법재판소법 제68조 제1항에 규정된 공권력의 행사에 해당한다. 이 점은 다수의견이 실시하는 바와 같다. 다만, 청구인의 일정한 발언 내용이 법률에 위반된다는 유권적인 판단만으로도 공권력의 행사에 해당된다고 할 것이고, 더 나아가 위법행위의 재발방지를 촉구한 조치 역시 공권력의 행사에 해당된다고 할 것이다.

나. 이 사건 조치는 청구인의 개인적 표현의 자유를 침해한다.

청구인은 대통령의 지위에서든 개인의 지위에서든, 피청구인이 헌법과 법률에 따라 청구인의 일정한 발언이 법률에 위반된다는 유권적 판단과 위법행위의 재발방지를 촉구하는 조치를 존중하고 준수하여야 한다. 그 결과 청구인은 피청구인이 위법하다고 판단한 일정한 내용의 발언을 하지 못하게 되는 제한을 받는다. 피청구인의 이 사건 조치에 의하여 금지되는 발언의 내용이 개인의 표현의 자유에 관한 것이라면, 그러한 조치는 청구인의 개인적 표현의 자유를 제한하는 것이다.

대통령은 국가통치권을 행사하는 국가기관으로서 국민의 기본권을 보장하여야 할 의무자이기도 하지만, 개인의 지위에서는 국민의 한 사람으로서 기본권의 주체로 된다. 대통령의 직위에 있는 사람도 인간으로서의 존엄과 가치를 가지고 개인적인 행복을 추구할 권리와 개인적인 활동의 자유를 가지며, 국민의 한 사람으로서 선거권을 행사할 수 있고 언론의 자유를 가진다.

대통령은 대통령의 지위에서도 정치적 활동을 하지만 개인의 지위에서도 정치적 활동을 할 수 있다. 국가의 미래를 구상하고 정부의 정책을 수립하여 추진하고 홍보하는 것은 전자에 해당하고, 정당에 가입하여 정치적 활동을 하는 것은 후자에 속한다. 대통령의 지위에서 정치적 활동을 할 경우에는, 헌법 제7조 제1항에 따라 ‘국민 전체에 대한 봉사자’로서 ‘국민에 대하여 책임을’ 져야 하고, 그러한 활동이 제한되더라도 개인의 기본권이 침해된다고 볼 수 없다. 그러나 개인의 지위에서 정치적 활동을 하는 경우에는 개인의 기본권으로서 보장되어야 하므로, 그러한 활동이 공권력의 행사로 인하여 침해될 경우에는 개인의 기본권 침해를 구제받기 위하여 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판을 청구할 수 있다.

이 사건 발언은 정치적 표현이라고 할 수 있는데, 그 발언 내용 중 정부의 정책과 성과를 설명한 부분은 대통령의 지위에서 한 것이라고 보아야 하겠지만, 이 사건 조치가 문제삼은 부분(한나라당과 그 후보자를 비판한 부분)은 정치적 반대자의 입장에서 개인의 정치적 견해를 표현한 것으로서 헌법 제21조 제1항에 의하여 보장되는 개인의 언론의 자유로서 보호되어야 할 대상이라고 봄이 상당하다. 청구인의 발언이 대통령의 지위에서 한 내용과 개인의 지위에서 한 내용이 섞여 있다고 하더라도 개인적인 표현행위에 대해서는 개인의 기본권으로서 보호되어야 하는 것이다.

따라서 피청구인이 청구인의 개인적인 정치적 견해 표현에 대하여 공직선거법 제9조에 위반된다고 판단하고 그러한 위법행위의 재발방지를 촉구한 것은 청구인 개인의 정치적 표현의 자유를 침해하는 것이라고 보아야 한다.

다. 대통령은 공직선거법 제9조 제1항의 수범자(受範者)가 아니다.

(1) 피청구인의 이 사건 조치는 대통령도 공직선거법 제9조 제1항(이 사건 법률조항)을 준수할 의무가 있음을 전제로 한다.

(2) 공직선거법 제9조 제1항은 “공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자(기관·단체를 포함한다)는 선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위를 하여서는 아니 된다”고 규정하고 있다.

이 사건 법률조항을 지켜야 하는 자는 ‘공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자’이고, 여기의 ‘공무원’은 ‘정치적 중립을 지켜야 하는 자’의 예시라고 보아야 한다. 따라서 모든 공무원이 수범자로 되는 것이 아니라 ‘정치적 중립을 지켜야 하는 공무원’만 수범자로 된다고 보아야 한다. 그리고 ‘정치적 중립을 지켜야 하는 공무원’의 범위는 공무원의 신분과 지위를 규율하는 헌법과 법률에 비추어 전체적인 규범체계에 맞도록 해석하여야 한다. 선거에 대한 부당한 영향력을 행사할 수 있거나 선거결과에 영향을 미치는 행위를 할 수 있는 공무원은 모두 ‘정치적 중립을 지켜야 하는 공무원’에 해당된다고 해석하여서는 안 된다. 그것은 이 사건 법률조항에 위반될 가능성이 있는 공무원은 모두 이 사건 법률조항을 지켜야 하는 공무원에 해당된다고 해석하는 것에 불과하다.

(3) 헌법 제7조 제2항은 “공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다”고 규정하고 있는데, 이는 정권이 교체되어도 공무원의 신분은 보장되어야 한다는 취지를 규정한 것이고, 모든 공무원에게 정치적 중립의무를 부과하는 취지가 아니다. 국민의 보통선거로 취임하는 공무원에게 정치적 중립이나 선거운동의 중립을 요구하는 입법례는 거의 없다.

그리고 국가공무원법 제65조는 공무원의 정치활동을 금지하면서, 제3조 제3항에서 “제65조의 규정은 대통령령으로 정하는 공무원에게 적용되지 아니한다”고 규정하고, 그 대통령령은 국가공무원법 제65조가 적용되지 않는 공무원으로서 대통령·국무총리·국무위원·국회의원·행정부 차관 등을 규정하고 있다.

국가공무원법 제3조 제3항, 제65조 제2항은 대통령을 포함한 정무직 공무원에게 ‘특정 정당 또는 특정인의 지지나 반대를 하기 위한 행위’를 허용하면서, 그러한 행위가 허용되는 시기를 제한하지 않고 있다. ‘특정 정당 또는 특정인의 지지나 반대를 하기 위한 행위’는 특정의 선거와 관련하여 하는 경우에도 허용된다.

따라서 대통령을 포함한 정무직 공무원에게 허용되는 국가공무원법 제65조 제2항의 정치활동은 단순히 정치적 중립의무를 면제하는 수준이 아니라 적극적으로 선거결과에 영향을 미치는 선거운동까지 허용하는 수준의 것이다.

따라서 대통령은 공직선거법 제9조 제1항이 규정하는 ‘정치적 중립을 지켜야 하는 공무원’이라고 볼 수 없다.

(4) 공직선거법 제9조 제1항을 국가공무원법 제65조 제2항의 특별규정이라고 해석할 필요도 없다.

(가) 우선 대통령은 선거관리업무의 책임자도 아니고 중앙선거관리위원회의 선거관리업무에 간섭하거나 영향을 줄 수도 없으므로, 선거관리의 공정을 위하여 대통령에게 공직선거법 제9조 제1항을 준수하도록 요구할 필요가 없다. 지방공무원이나 교육공무원이 선거관리업무를 지원한다고 하더라도, 대통령의 정치적 활동이 그들의 선거관리업무에 불공정한 영향을 미친다고 보기 어렵다.

(나) 대통령은 정당활동이 허용되고 국가공무원법 제65조 제2항의 정치적 활동도 허용되므로, 대통령의 그러한 활동이 정당의 기회균등 원칙에 위반된다거나 유권자의 자유로운 의사결정을 저해한다고 볼 수 없다.

(다) 그리고 대통령도 공직선거법 제60조 제1항, 제85조 제1항, 제86조 제1항에 의하여 구체적인 선거에 관하여, 일정한 선거운동과 지위를 이용한 선거운동 및 선거에 영향을 미치는 특정행위가 금지된다. 공직선거법 제60조 제1항과 제86조 제1항은 대통령도 그 수범자에 포함됨을 명확히 규정하고 있다. 공직선거법 제85조 제1항은 수범자를 단순히 공무원이라고 규정하고 있지만, 공무원의 지위를 이용한 선거운동은 정무직 공무원이라 하여도 허용될 수 없는 것이므로, 대통령도 수범자에 포함된다고 보아야 한다.

이처럼 대통령이 선거결과에 부당한 영향을 미칠 수 있는 행위는 공직선거법 제60조 제1항, 제85조 제1항, 제86조 제1항이 구체적으로 열거하여 금지시키고 있으므로, 원론적이고 추상적인 내용의 공직선거법 제9조 제1항을 국가공무원법 제65조 제2항의 특별규정이라고 해석하여 대통령에게 적용시킬 필요가 없다.

(라) 그리고 정무직 공무원 중에서 국회의원과 지방의회의원은 이 사건 법률조항의 공무원에 해당되지 않고 다른 정무직 공무원은 이 사건 법률조항의 공무원에 해당된다고 구분하여 해석할 근거도 없고 그렇게 해석해야 할 당위성이나 합리성도 찾기 어렵다. 국회의원·지방의회의원과 달리, 대통령은 그 지휘·감독을 받는 공무원들이 많아서 그러한 지위나 영향력을 이용할 경우에는 선거의 공정성에 미치는 영향력이 크다고 할 수 있지만, 이러한 점은 공직선거법 제85조 제1항에 의하여 규제되기 때문에, 이 사건 법률조항의 수범자에 대통령을 포함시켜야 한다는 논거로 삼을 필요가 없다. 오히려 국가공무원법 제65조 제2항은 정치적 활동을 허용하는 범위에 관하여 대통령과 국회의원·지방의회의원을 구분하지 아니한다.

(5) 따라서 정무직 공무원에게 정치적 활동을 허용하는 국가공무원법 제65조 제2항과 이 사건 법률조항 및 공직선거법 제60조 제1항, 제85조 제1항, 제86조 제1항의 취지를 종합하여 규범조화적으로 해석하면, 대통령과 같은 정무직 공무원은 이 사건 법률조항의 수범자에 포함되지 않다고 해석함이 상당하다고 할 것이다.

대통령과 같은 정무직 공무원도 이 사건 법률조항을 준수하여야 한다고 해석하면 그들의 개인적인 정치활동의 자유를 부당하게 침해하게 된다.

라. 결론

따라서 중앙선거관리위원회 위원장인 피청구인이 대통령도 공직선거법 제9조 제1항의 수범자에 해당된다고 판단하여 청구인에 대하여 이 사건 조치를 한 것은 공직선거법 제9조 제1항을 잘못 해석·적용한 것이다. 피청구인의 이 사건 조치는 공직선거법 제9조 제1항에 의하여 정당화될 수 없고, 달리 이를 정당화할 법적 근거가 없다.

결국 이 사건 조치는 정당한 법적 근거도 없이 청구인의 개인적 표현행위가 위법하다고 유권적으로 판단하고 그러한 위법행위의 재발방지를 촉구함으로써 청구인 개인의 정치적 표현의 자유를 침해한 것으로서 헌법 제21조 제1항, 제37조 제2항에 위반되므로 취소되어야 한다.

그리고 이 사건 조치가 청구인의 기본권을 침해하게 된 원인은 중앙선거관리위원회 위원장인 피청구인이 사건 법률조항의 ‘공무원’에 대통령도 포함된다고 잘못 해석하여 적용하였기 때문이고, 그러한 해석은 대통령을 포함한 정무직 공무원의 개인적 정치활동의 자유를 부당하게 침해하는 것이므로, 헌법재판소법 제75조 제5항을 적용하여 “이 사건 법률조항의 ‘공무원’에 대통령도 포함된다고 해석하는 것은 헌법에 위반된다.”고 선언하여야 한다.

10. 재판관 송두환의 반대의견

나는 다수의견의 논지 중 이 사건 법률조항의 의미와 법적 성격, 적용대상의 범위 및 이 사건 조치의 기본권 침해 여부 등에 대하여는 견해를 달리하므로 이를 밝혀두고자 한다.

이 사건은 직접적으로는 청구인의 이 사건 각 발언들에 대한 피청구인의 이 사건 조치의 위헌 여부에 대한 것이다. 그런데, 이 사건의 법리적 쟁점은 특정한 대통령이 특정 시점에 한 특정의 발언에 대하여 그 표현의 품격 여하, 발언내용의 당부나 그에 대한 찬동 여부를 논하는 것이 아니고, 그와는 별개의 것이며, 오히려 현행 헌법 및 법률이 정하고 있는 대통령제 내지 선거제도가 지속되는 한 언제든지 다시 제기될 수 있는, 대한민국 대통

령의 개인적, 정치적 의사표현 자유의 허용 여부 및 그 범위와 한계에 관한 헌법적 논점에 관한 것이다.

따라서, 이 부분에 관하여 다음과 같은 의견을 밝혀두지 않을 수 없다.

가. 공직선거법 제9조 제1항의 법적 성격(선언적 규정)

(1) 이 사건 법률조항은 공직선거법 내에서의 체계상 위치, 그 내용 자체의 추상성, 제재 규정의 부존재 등에 비추어, 공무원의 선거에 관한 중립 원칙을 일반적, 추상적으로 선언하는 규정으로 보아야 하고, 따라서 다른 개별적, 구체적인 금지규정 및 행위규범의 모태가 되는 총론적 규정일 뿐, 직접 구체적인 제재의 근거가 될 수는 없다고 본다.

이는, 이 사건 법률조항이 공직선거법 ‘제1장 총칙’의 장에 위치해 있고, 구체적인 금지 또는 행위규범으로서의 공직선거법의 각칙, 즉 제7장에서 제60조(선거운동금지), 제85조(지위를 이용한 선거운동금지), 제86조(선거에 영향을 미치는 행위금지) 등 개별적 규제조항들을 따로 두고 있는 점, 이 사건 법률조항의 문언을 보더라도 “... 선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위를 하여서는 아니된다.”라고 추상적, 포괄적으로 규정하고 있는 점, 위에서 본 각칙 제7장의 개별 조항과는 달리, 이 사건 법률조항 위반시의 형사처벌에 관한 조항을 규정하지 않고 있는 점, 이와 같은 점들은 공직선거법의 다른 일반적, 추상적, 선언적 규정인 제6조 제3항(‘선거권자는 성실하게 선거에 참여하여 선거권을 행사하여야 한다’), 제7조(정당·후보자 등은 ‘이 법을 준수하고 공정하게 경쟁하여야 한다’), 제8조(언론기관은 보도, 논평, 대담·토론의 방송·보도 등을 하는 경우 ‘공정하게 하여야 한다’) 등 조항과 그 법리적 구조가 전적으로 동일한 점 등을 종합하면 분명하다 할 것이다.

(2) 결국 이 사건 법률조항은 공무원의 선거에 관한 중립의 원칙을 일반적, 추상적으로 선언하는 규정으로서, 공직선거법 각칙의 제60조, 제85조, 제86조 등 개별적, 구체적인 금지, 규제조항들에 의하여 비로소 구체화되는 것이고, 따라서 이 사건 법률조항 자체가 독자적으로 구체적 제재조치의 근거로 될 수는 없다 할 것이다.

(3) 그런데, 피청구인은 이와 같이 추상적, 선언적인 성격의 이 사건 법률조항을 직접 실체적 근거로 삼아 ‘기본권 침해 가능성 있는 공권력의 행사’에 해당하는(이 점은 다수의견과 견해를 같이 하므로 상론하지 아니한다) 이 사건 제재조치를 하였는바, 이는 이 사건 법률조항의 법적 성격을 잘못 이해한 것이라 할 것이고, 결국 법률상 근거 없이 청구인의 헌법상 보장된 정치적 의사표현의 자유를 침해한 것에 해당하므로, 이 사건 조치는 취소되어야 할 것이다.

나. 공직선거법 제9조 제1항의 적용대상(대통령이 수범자에 포함되는지)

가사 이 사건 법률조항을 단순히 일반·추상적인 선언적 규정으로 보지 아니하고 구체적 행위규범이라고 보는 경우에도, 이 사건 법률조항의 적용대상에는 대통령이 포함되지 않는다고 보아야 한다.

(1) ‘공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자’의 의미

이 사건 법률조항은 “공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자(기관·단체를 포함한다)는 선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위를 하여서는 아니 된다.”고 규정하고 있다.

따라서 이 사건 법률조항의 수범자(受範者)는 ‘공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자’인데, 이 부분의 핵심적 개념은 ‘정치적 중립을 지켜야 하는 자’이고 그 앞에 기술된 ‘공무원’은 위 ‘정치적 중립을 지켜야 하는 자’의 예시라고 보아야 한다. 즉, 모든 공무원이 수범자로 되는 것이 아니라 ‘정치적 중립을 지켜야 하는 공무원’만 수범자로 된다고 보아야 한다.

그렇다면 과연 대통령이 ‘정치적 중립을 지켜야 하는 공무원에 해당하는지 여부’가 문제인바, 이 점을 판단함에 있어서는 우리 헌법이 정하고 있는 정치적 표현 자유의 의의 및 규제한계, 대통령의 헌법상 지위, 정당제도와 관계, 공무원제도에 관한 헌법 규정에 더 잡아 국가공무원제도의 기본적 체제를 정하고 있는 국가공무원법의 규정 등을 폭넓게 고찰한 다음, 규범조화적으로 판단하여야 할 것이다.

(가) 헌법상 정치적 표현 자유의 의의 및 규제한계

우리 헌법이 제1조 제2항, 제24조에서 주권자인 국민에게 부여한 선거권이 제대로 행사되기 위해서는 선거에 관한 정보의 자유교환 및 자유로운 의사표현의 보장이 필연적으로 요청되며, 이는 한 개인의 기본권을 보장하기 위하여는 물론, 주권자인 국민이 그 권한을 온전하게 행사할 수 있게 하기 위한 중요한 전제가 된다(헌재 1996. 3. 28. 96헌마9등, 판례집 8-1, 289, 305 참조).

그런데, 민주적 의회정치의 기초인 선거는 자유로워야 할 뿐 아니라 동시에 공정하게 행하여지지 않으면 안되고, 선거의 공정성 확보를 위해서는 어느 정도 정치활동 내지 선거운동에 대한 규제가 행하여지지 않을 수 없으므로, 정치적 표현의 자유에 대한 일정한 제한은 불가피하다.

그러나, 그 경우에도 헌법 제37조 제2항 소정의 과잉금지원칙이라는 한계는 준수되어야 하며(헌재 1999. 5. 27. 98헌마214, 판례집 11-1, 675, 713 등 참조), 그 중에서도 표현의

‘방법’만을 규제하는 것은 합리적인 공익상 이유로 폭넓은 제한이 가능한 반면, 표현의 ‘내용’ 내지 ‘주제’에 관한 규제는 원칙적으로 중대한 공익의 실현을 위하여 불가피한 경우에 한하여 엄격한 요건 하에서 허용되어야 한다(헌재 1995. 4. 20. 92헌바29, 판례집 7-1, 499, 513-514; 헌재 2002. 12. 18. 2000헌마764, 판례집 14-2, 856, 869 참조),

그런데, 이 사건 법률조항은 표현의 ‘내용’ 내지 ‘주제’에 관한 규제에 해당한다.

(나) 정치적 공무원으로서의 대통령의 헌법상 지위와 정치적 표현의 자유

위에서 본 정치적 표현 자유의 보장과 한계에 관한 일반론은 이 사건에서와 같이 대통령의 지위에 있는 개인에 대한 경우에도 기본적으로 동일하다고 할 것이다. 왜냐하면, 다수의견도 지적하는 바와 같이, 대통령은 ‘국가에 대하여 자신의 기본권을 주장할 수 있는 국민이자 기본권의 주체로서 소속정당을 위하여 정당활동을 할 수 있는 사인으로서의 지위’와 ‘국민 모두에 대한 봉사자로서 공익실현의 의무가 있는 헌법기관으로서의 지위’를 겸유하고 있다고 볼 것이기 때문이다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 638 참조).

그런데, 이 사건은 청구인이 대통령의 지위에 있다는 점이 논란의 근본적 배경으로 되어 있으므로 대통령의 헌법상 지위가 어떠한지 검토하여야 할 것인바, 헌법상 대통령의 국가원수로서의 지위, 집행부 수반으로서의 지위 등 여러 중첩적 지위 중에서도, 이 사건과 관련하여서는 특히 정치적 지도자로서의 대통령에 대한 이해가 필요하다.

1) 대통령제를 채택하고 있는 우리나라에서 대통령은 국민의 선거라는 정치과정을 통하여 직접 통치권의 정당성을 부여받으며, 단순한 정책집행 기능을 넘어 정치적 지도자로서의 기능과 역할을 수행한다. 대통령의 이러한 정치적 역할은 일반적으로 정당을 매개로 수행되며, 대통령은 정당조직과 정당활동, 그리고 정당을 매개로 한 원내활동을 통하여 국민의 정치적 의사를 수렴하고 실현시켜 나간다.

정당법상 대통령의 정당가입이 허용되고(정당법 제22조 제1항), 공직선거법상 대통령선거에 있어 정당추천이 인정되며(공직선거법 제47조 제1항, 제49조 제2항), 국가공무원법상 대통령의 일정한 정치활동이 허용되는 점(국가공무원법 제65조 제2항 제1호, 제3조 제3항) 등은 우리 헌법이 대통령의 정치적 지도자로서의 지위를 인정하고 있음을 반영한 것이다.

2) 우리 헌법의 대의제 민주주의와 정당제도 하에서 선거과정을 통하여 선출되는 대통령은 국회의원과 같이 태생적으로 정치적 존재이며, 따라서 대통령이 선거를 포함한 국정 전반에 관련하여 정치적 입장과 견해를 표명하는 것은 당연하고 또 필요한 것이라 하여야 한다.

3) 이러한 대통령의 정치적 지도자로서의 지위와 성격이 대통령의 당적 보유 여부에 따라 달라지는 것인지 의문을 가질 수 있으나, 대통령이 어느 시점 현재 당적을 보유하고 있지 않더라도 언제든지 정당 가입 및 활동이 허용되고, 어느 경우에도 의회 내 특정 정파와의 정치적 유대를 통하여 정책을 수행하게 될 것이라는 점에 비추어보면, 특정 시점의 당적 보유 여부에 따라 달라질 문제는 아니다.

한편, 우리 헌법상 대통령 단임제(헌법 제70조)를 이유로 차기 대선에 직접 참여하지 못하는 대통령이 선거에 영향을 미치는 표현을 하는 것은 금지되어야 한다는 주장이 있으나, 이에 동의하기 어렵다.

대통령선거든 국회의원선거든 여당 내지 집권세력에게는 그동안의 국정운영에 대한 심판이, 야당에게는 국정비판 내지 대안개발능력에 대한 심판이 이루어져서 집권세력에 대한 계속 신임 여부 또는 야당의 집권 여부가 선거를 통해 결정될 것이고, 따라서 대통령은 비록 차기 대선에 직접 출마할 수 없는 경우에도 ‘소속 정당이나 정파에 대한 심판을 통하여’ 그간의 정책에 대한 심판을 받게 되는 것이므로 그 과정에서 필요한 정치적 견해를 밝힐 수 있어야 할 것이며, 연임 가능 여부에 따라 결론이 달라질 문제는 아니다

(다) 국가공무원법 관련규정 등과의 체계적, 조화적 해석

1) 국가공무원법 제65조 제1항, 제2항, 제3조 제3항, ‘국가공무원법 제3조 제3항의 공무원의 범위에 관한 규정’ 제2조를 살펴보면 ‘공무원은 정당 기타 정치단체의 결성에 관여하거나 가입할 수 없다’(제65조 제1항)고, ‘선거에 있어 특정정당 또는 특정인의 지지나 반대를 하기 위하여 … 행위를 하여서는 아니된다’(제2항)고 규정하면서, 대통령 등 이른바 정치적 공무원에 대하여는 위 제한, 규제의 범위에서 제외하고 있다. 즉, 대통령 등에 대해서는 선거와 관련된 위와 같은 행위들을 허용하고 있다.

2) 위 국가공무원법 제65조 제2항은 공무원의 ‘선거에 있어서’의 의사표현 기타 행위에 관하여 실질적인 규제를 하고 있고, 그 규제내용 중의 행위요건은 공직선거법 조항들(공직선거법 제9조 제1항, 제60조 제1항, 제85조, 제86조 등)과 조금씩 차이를 보이고 있다. 이러한 점에 비추어, 위 조항은 비록 국가공무원법에 위치하고 있지만 실질적 내용상으로는 선거법이라고 보아야 하며, 위 공직선거법 조항들과 함께 공무원에 관한 선거관련 정치활동 규제체계의 중요한 일부를 이루고 있다고 보아야 한다.

따라서, 이 사건 법률조항을 해석함에 있어서는 위 국가공무원법 조항의 취지와 내용에 조화되도록 해석을 하지 않으면 안된다 할 것이다.

3) 이 점과 관련하여, 이 사건 법률조항을 일반법인 국가공무원법 규정에 대한 특별규정이라고 보아, 위 국가공무원법 조항의 적용을 배제하여야 한다는 주장이 있으나, 이에

동의하기 어렵다. 그와 같이 보는 것은 각 법률규정의 문언상 근거도 없을 뿐만 아니라, 국가공무원법이 공직선거법과는 별개로 선거와 관련하여 나름대로 상세하게 규정하고 있는 취지를 몰각하는 것이다.

4) 나아가, 이 사건 법률조항과 함께 ① 공직선거법 제85조 제1항[공무원의 지위를 이용한 선거운동 금지, 모든 공무원에 해당, 5년 이하의 징역(제255조 제3항)], ② 같은 법 제60조 제1항[공무원의 선거운동 금지, 대통령 해당, 국회의원 불해당, 3년 이하의 징역 또는 600만원 이하의 벌금(제255조 제1항)] 및 ③ 국가공무원법 제65조 제2항 제1호[선거에 있어서 특정 정당 등 지지·반대활동 금지, 대통령·국회의원 불해당, 1년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금(제84조)] 등을 비교, 대조하여 보면, 위 조항들은 각 위반행위의 성질, 그에 대한 처벌의 정도 등에 맞추어 수범자(의무의 주체)의 범위를 상호 연계하여 확정하고 있음을 알 수 있다.

따라서 만약 이 사건 법률조항의 적용대상에 대통령 등 정치적 공무원이 포함된다고 해석하는 경우에는, 보다 더 불법성이 중한 국가공무원법 제65조 제2항 각호의 의무는 부담하지 않으면서, 보다 느슨하고 포괄적인 이 사건 법률조항의 금지의무는 부담하게 되어, 심한 체계부조화를 야기하는 결과가 될 수 있다.

이는 대통령 등 정치적 공무원은 이 사건 법률조항의 수범자가 아니라고 보아야 한다는 점을 뒷받침해 주는 것이다.

(라) 소결

위에서 본 바와 같은 헌법상 정치적 표현 자유의 의의 및 규제한계, 대통령의 정치적 지도자로서의 헌법상 지위, 국가공무원법의 관련규정 내용 등을 모두 종합하여 합리적으로 해석하면, 이 사건 법률조항의 적용대상에 대통령 등 정치적 공무원은 해당되지 아니한다고 보아야 한다.

(2) 정치적 표현의 자유와 선거의 공정성

대통령 등 정치적 공무원의 정치적 표현 자유와 관련하여, 만약 대통령 등에게 표현자유를 넓게 허용하는 경우에는 선거의 공정성을 해하게 되고, 나아가 과거의 관권, 부정선거가 재발될 것이므로, 이 사건 법률조항에 대통령 등이 포함되지 않는다고 보아서는 아니 된다는 주장이 있을 수 있다.

(가) 선거의 공정성은 정치적 표현의 자유 보장과는 또다른 중요한 가치임에 틀림없고, 일반적으로 선거의 공정성이 선거의 자유 내지 정치적 표현의 제한을 통해서 도모될 수 있는 측면도 분명히 있을 것이다. 그러나 그 반면에, 표현 자유의 제한에 의하여 진정한 의미의 선거의 공정성이 저해될 가능성이 있다는 것도 간과되어서는 아니될 것이다.

선거제도 및 선거과정이 어떻게 조직되고 진행되는가에 따라서, 대의제 민주주의는 국민 주권을 실질적으로 보장하는 수단이 될 수도 있고, 그 반대로 명목적으로 보장하면서 실질적으로는 형해화하는 수단이 될 수도 있다.

(나) ‘선거의 공정성 확보’라는 목표를 위하여 선거법을 규제중심으로 운영하고자 하는 입장도 있을 수 있으나, 그렇게 되면 유권자로 하여금 정당과 후보자간의 정책이나 능력에 대한 자유로운 판단을 어렵게 할 수도 있다.

유권자의 자유롭고 공정한 선거의사의 형성은 선거에 참여하는 정당과 후보자뿐만 아니라 주요 정치적 지도자들의 의견을 자유롭게 접할 수 있는 경우에만 가능하게 될 것이다.

(다) 이러한 관점에서 볼 때, 대통령 등 정치적 공무원들도 반드시 이 사건 법률조항의 적용대상에 포함시켜야 ‘선거의 공정성’을 달성할 수 있다는 주장에는 근본적인 의문이 있다.

예컨대, 선거에서 대통령을 지지하는 정파를 제외하고는 모두 국정심판론을 내세울 것인데, 선거에 영향을 미친다는 이유로 대통령이 그의 정책과 활동에 대하여 적극적인 반론 기타 의견표명을 할 수 없다면, 과연 그로써 실질적인 선거의 공정성이 도모될 수 있을 것인지 의문이다.

(라) 대통령의 정치적 혹은 정파적인 ‘발언’이 국민의 판단을 오도하여 선거의 공정성을 저해할 수 있다는 인식 내지 우려는 과거 권위주의적 대통령제 하의 시대적 경험에 근거하고 있는 것인바, 비록 오늘날 정당민주주의 및 선거문화가 완전히 정착되었다고는 볼 수 없다 하더라도, 권력의 일거수일투족이 언론과 여론의 상시적 감시대상이 되고 민주적 시민의식이 상당한 정도 성숙되었다고 평가되는 오늘날에는 더 이상 대통령의 정치적 표현 자유의 제한을 정당화할 사유로 삼기는 어렵다고 본다.

(마) 한편, 위와 같은 우려는 비교적 엄격한 구성요건 하에 선거운동 등을 금지하고 있는 공직선거법의 개별적 규정들, 예컨대 공직선거법 제60조(선거운동금지), 제85조(지위를 이용한 선거운동금지), 제86조(선거에 영향을 미치는 행위금지) 등의 적용을 통하여 거의 해소할 수 있을 것으로 보인다.

(3) 소결

이상의 여러 점들을 종합하면, 이 사건 법률조항의 적용대상에는 대통령이 포함되지 아니한다고 해석하여야 할 것이고, 만약 이 사건 법률조항의 ‘공무원’에 대통령도 포함되는 것으로 해석한다면 헌법에 위반된다고 할 것이며, 따라서 이와 달리 대통령도 이 사건 법률조항의 수범자(의무의 주체)에 해당한다는 전제 하에 피청구인이 한 이 사건 조치는 다른 점에 관하여 나아가 살펴볼 필요 없이 위헌적 법해석에 근거하여 청구인의 헌법상 정치

적 표현의 자유를 침해한 것이라 할 것이므로, 취소되어야 할 것이다.

다. 추가적 문제점(명확성의 문제)

위에서 이 사건 법률조항은 일반·추상적인 선언적 규정이므로 직접 구체적인 제재의 근거가 될 수는 없다는 점, 나아가 가사 그렇지 않다고 보더라도 이 사건 법률조항의 적용 대상에는 대통령 등 정치적 공무원이 포함되지 아니하며, 그렇게 해석하지 아니하면 이 사건 법률조항이 위헌이라고 볼 것이라는 점을 살펴보았으나, 실은 그 밖에도 이 사건 법률조항의 의무규범 내용에 대하여 다음과 같이 헌법적합 여부에 관한 강한 의문이 있다.

(1) 표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서는 명확성의 원칙이 특별히 중요한 의미를 지닌다. 현대 민주사회에서 표현의 자유가 국민주권주의 이념의 실현에 불가결한 존재인바, 무엇이 금지되는 표현인지가 불명확한 경우, 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권주체는 대체로 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높다(위축효과). 그렇기 때문에 표현의 자유를 규제하는 법률은 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구된다(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 342; 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 628; 헌재 2003. 1. 30. 2001헌가4, 판례집 15-1, 7, 19 참조).

(2) 이 사건 법률조항은 ‘선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위’를 금지하고 있다. 위 문언을 살펴보면, 그 중심이 되는 개념은 ‘선거결과에 영향을 미치는 행위’이고 ‘선거에 대한 부당한 영향력의 행사’는 ‘선거결과에 영향을 미치는 행위’의 예시라고 보아야 할 것이다.

그런데, 단순히 ‘선거결과에 영향을 미치는 행위’라고만 하여서는 실제로 어떠한 행위가 금지되는 행위인지를 알거나 예측하기 어렵다. 위 문언만에 의하면 금지되는 행위의 해당 여부에 대하여 사람에 따라 다양한 해석과 주장이 가능하고, 생각하기에 따라서는 사실상 모든 정치적 의사표현, 나아가 거의 모든 정치적 행위가 여기에 해당한다고도 볼 수 있다. 예컨대 현실정치에서 문제된 바 있는 행정수도이전 추진, 대통령의 탈당 또는 입당, 야당에 대한 연정의 제안, 남북정상회담 개최 등이 과연 이에 해당하는 것인지 어떤지를 상정하더라도 의견이 분분할 수 있다.

실로 이 사건 법률조항이 위와 같은 모든 행위를 금지하기 위해 마련된 것이 아니라면, 결국 이 사건 법률조항만으로는 무엇이 어느 한도까지 금지되는 것인지 예측하기 힘들고, 따라서 법집행기관의 자의적 해석운용의 위험성까지 제공하고 있으므로, 위헌의 의심이 매우 짙다고 하지 않을 수 없다.

(3) 이와 같은 불명확성의 문제점을 법률해석에 의한 보충을 통하여 해결해보고자 하는 시도는 물론 가능하다. 그러한 맥락에서 다수의견은 ‘선거결과에 영향을 미치는 행위’의 의미를 ‘공직자가 공직상 부여되는 정치적 비중과 영향력을 국민 모두에 대하여 봉사하고 책임을 지는 그의 과제와 부합하지 않는 방법으로 사용하여 선거에서의 득표에 영향을 미치는 행위’(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1 결정 참조)라고 이해함으로써 명확성의 문제를 해결할 수 있다고 보는 듯하다. 그러나, 위와 같은 해석에 의하더라도 그 의미는 여전히 애매모호하다 하지 않을 수 없고, 보다 근본적으로 이러한 해석이 헌법상 허용되는 합헌적 법률해석의 범위 내에 있는 것인지도 의문이다.

(4) 한편, 다수의견이 소개하고 있는 바와 같이 헌법재판소가 이 사건 법률조항과 유사한 표현이 들어있는 공직선거법 제93조 제1항에 대한 헌법소원사건에서 동 조항 중 ‘선거에 영향을 미치게 하기 위하여’라는 부분이 명확성의 원칙에 반하지 않는다고 판시한 바 있다(헌재 2001. 8. 30. 99헌바92, 판례집 13-2, 174, 202 참조). 그러나 동 조항의 ‘선거에 영향을 미치게 하기 위하여’라는 부분은 행위의 목적에 관한 주관적 구성요건에 해당하고, 이 사건 법률조항의 ‘선거결과에 영향을 미치는’이라는 부분은 행위 자체에 관한 객관적 요건에 해당하는 것으로서 양자는 그 성격을 달리하며, 특히 공직선거법 제93조 제1항의 경우에는 규제대상이 되는 행위가 동 조항에 구체적으로 열거되어 있다는 점을 고려하면, 위 선행가 이 사건에 그대로 적용되어야 할 것이라고는 볼 수 없다.

(5) 이 사건 법률조항은 이와 같이 그 행위요건의 규정에 있어서 불명확성의 문제점을 내포하고 있고, 그 결과 선거관리위원회조차 청구인의 이 사건 발언과 유사한 성격의 발언들에 대한 법 위반 여부 판단의 기준을 설정하기 어렵게 하고 있는 것으로 보이며, 더구나 바로 이 사건에서와 같이 그 적용대상에 대통령 등이 포함되는지 여부가 반드시 명확하지 아니한 점까지 가중되어 대통령의 정치적 의사표현이나 활동의 법 위반 여부를 둘러싼 끊임없는 정치적 논쟁이 일어나도록 빌미를 제공함으로써, 향후에도 정치적 불안정, 그리하여 정치과정의 사법의존성을 심화시키는 요인이 될 소지가 있는 것으로 보인다.

(6) 이와 같이 이 사건 법률조항이 내포하고 있는 불명확성의 문제점을 고려하여 보더라도, 이 사건 법률조항은 일반·추상적인 선언적 규정으로 이해하여야 하고, 가사 구체적인 행위규범으로 보는 경우, 이 사건 법률조항의 적용대상에는 대통령 등 정치적 공무원이 포함되지 않는다는 점을 분명히 할 필요가 있다 할 것이다.

라. 결론

결국, 피청구인이 청구인의 개인적, 정치적 의견표명에 대하여 위법판단 및 경고조치를 한 것은 이 사건 법률조항의 법적 성격과 적용대상 범위를 오해한 가운데 이 사건 법률

조항을 잘못 해석, 적용한 것이다.

따라서, 이 사건 조치는 정당한 법적 근거 없이 청구인 개인의 정치적 표현의 자유를 침해한 것으로서 헌법 제21조 제1항, 제37조 제2항에 위반되므로 취소되어야 한다.

나아가, 피청구인이 이 사건 조치로써 청구인의 기본권을 침해하게 된 것은 이 사건 법률조항의 ‘공무원’에 대통령이 포함된다고 잘못 해석한 것에 기인하는 것이므로, 헌법재판소법 제75조 제5항에 의하여 “이 사건 법률조항의 ‘공무원’에 대통령이 포함된다고 해석하는 한 헌법에 위반된다.”고 선언하여야 한다.

2008. 1. 17.

재판장 재판관 이강국

재판관 이공현

재판관 조대현

재판관 김희옥

재판관 김종대

재판관 민형기

재판관 이동흡

재판관 목영준

주심 재판관 송두환

[별지 1] 관련 법규정

【공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것)】

제60조 (선거운동을 할 수 없는 자) ①다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 선거운동을 할 수 없다. 다만, 제4호 내지 제8호에 해당하는 자가 후보자의 배우자인 경우에는 그러하지 아니하다.

4. 「국가공무원법」 제2조(공무원의 구분)에 규정된 국가공무원과 「지방공무원법」 제2조(공

무원의 구분)에 규정된 지방공무원. 다만, 「정당법」 제22조(발기인 및 당원의 자격)제1항 제1호 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원(국회의원과 지방의회의원 외의 정무직공무원을 제외한다)은 그러하지 아니하다.

제85조 (지위를 이용한 선거운동금지) ①공무원은 그 지위를 이용하여 선거운동을 할 수 없다. 이 경우 공무원이 그 소속직원이나 제53조(공무원 등의 입후보) 제1항 제4호 내지 제6호에 규정된 기관 등의 임·직원 또는 「공직자윤리법」 제17조(퇴직공직자의 유관사기업체 등에의 취업제한)의 규정에 의한 유관사기업체 및 협회의 임·직원을 대상으로 한 선거운동은 그 지위를 이용하여 하는 선거운동으로 본다.

【정당법(2005. 8. 4. 법률 제7683호로 개정된 것)】

제22조 (발기인 및 당원의 자격) ①국회의원 선거권이 있는 자는 공무원 그 밖에 그 신분을 이유로 정당가입이나 정치활동을 금지하는 다른 법령의 규정에 불구하고 누구든지 정당의 발기인 및 당원이 될 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 그러하지 아니하다.

1. 「국가공무원법」 제2조(공무원의 구분) 또는 「지방공무원법」 제2조(공무원의 구분)에 규정된 공무원. 다만, 대통령, 국무총리, 국무위원, 국회의원, 지방의회의원, 선거에 의하여 취임하는 지방자치단체의 장, 국회의원의 보좌관·비서관·비서, 국회 교섭단체의 정책연구위원과 「고등교육법」 제14조(교직원의 구분) 제1항·제2항의 규정에 의한 총장·학장·교수·부교수·조교수·전임강사인 교원을 제외한다.

【선거관리위원회법(1992. 11. 11. 법률 제4496호로 개정된 것)】

제14조의2 (선거법위반행위에 대한 중지·경고 등) 각급선거관리위원회의 위원·직원은 직무수행 중에 선거법위반행위를 발견한 때에는 중지·경고 또는 시정명령을 하여야 하며, 그 위반행위가 선거의 공정을 현저하게 해치는 것으로 인정되거나 중지·경고 또는 시정명령을 불이행하는 때에는 관할수사기관에 수사의뢰 또는 고발할 수 있다.

【국가공무원법(2002. 1. 19. 법률 제6622호로 개정된 것)】

제3조 (적용범위) ③ 제65조 및 제66조의 규정은 제1항의 규정에 불구하고 대통령령으로 정하는 공무원에 대하여는 적용하지 아니한다.

제65조 (정치운동의 금지) ① 공무원은 정당 기타 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입할 수 없다.

②공무원은 선거에 있어서 특정정당 또는 특정인의 지지나 반대를 하기 위하여 다음의 행위를 하여서는 아니된다.

1. 투표를 하거나 하지 아니하도록 권유운동을 하는 것
2. 서명운동을 기도·주재하거나 권유하는 것
3. 문서 또는 도서를 공공시설 등에 게시하거나 게시하게 하는 것
4. 기부금을 모집 또는 모집하게 하거나 공공자금을 이용 또는 이용하게 하는 것
5. 타인으로 하여금 정당 기타 정치단체에 가입하게 하거나 또는 가입하지 아니 하도록 권유운동을 하는 것

③공무원은 다른 공무원에게 제1항과 제2항에 위배되는 행위를 하도록 요구하거나 또는 정치적 행위의 보상 또는 보복으로서 이익 또는 불이익을 약속하여서는 아니된다.

④제3항외의 정치적 행위의 금지에 관한 한계는 국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령으로 정한다.

【국가공무원법 제3조 제3항의 공무원의 범위에 관한 규정(2002. 7. 10. 대통령령 제17663호로 개정된 것)】

제2조 (범위) 국가공무원법 제3조 제3항의 규정에 의한 공무원의 범위를 다음과 같이 정한다.

1. 대통령
2. 국무총리 3. 국무위원 4. 국회의원 5. 처의 장 6. 각원·부·처의 차관. 7. 삭제 <1991.12.26>, 8. 정무차관 9. 제1호 내지 제3호·제5호 및 제6호에 규정된 공무원의 비서실장 및 비서관과 전직대통령의 비서관. 10. 국회의장·국회부의장 및 국회의원의 비서실장·보좌관·비서관 및 비서와 교섭단체의 정책연구위원

[별지 2] 청구인의 주장 및 관계기관의 의견 요지

가. 청구인의 주장요지

(1) 적법요건 부분

(가) 청구인은 대한민국의 대통령으로서 국가원수이자 헌법수호기관 및 최고행정기관의 지위에 있으나, 다른 한편으로는 대한민국의 국민으로서의 지위에 있으므로 그 범위에서는 기본권의 주체가 될 수 있다. 이 사건에서 청구인은 대통령의 지위가 아닌 자연인의 지위에서 정치적 표현의 자유를 침해받은 것이므로 기본권 주체성이 있다.

(나) 이 사건 조치는 선거관리위원회법 제14조의2에 근거한 것이고 그 내용은 청구인의 정치적 표현행위에 대하여 이 사건 법률조항 위반으로 결정하고, 청구인의 장래 표현행위의 자제를 요청 내지 재촉구하는 것으로서 위 선거관리위원회법 제14조의2에 열거된 조치 중 ‘경고’에 해당하며 청구인의 정치적 표현행위를 직접적으로 제한하는 효과를 초래한다. 나아가 이 사건 조치는 탄핵소추의 직접적인 계기도 될 수 있으므로, 헌법소원의 대상인 공권력의 행사에 해당한다.

(2) 본안 부분

(가) 헌법상 기본권인 정치적 표현의 자유를 침해하는 조치를 취하려면 우선 그 위반행위를 구체적으로 특정하여야 한다. 그런데 이 사건 조치는 청구인의 정치적 표현의 자유를 침해함에도 불구하고 청구인의 발언 중 구체적으로 어느 부분이 이 사건 법률조항을 위반하였는지 적시하지 않아 너무나 불명확한 형태를 취하고 있으므로 부당하며 그 이유만으로도 마땅히 취소되어야 한다.

(나) 한편 선거관리위원회의 경고에 대한 불복방법 흠결로 최종 법적확인의 효력이 인정되고 이를 근거로 탄핵이 제기될 수 있는 등 사실상 사법권에 유사한 기능이 있음에도 피청구인이 이 사건 조치를 취하면서 청구인에게 의견진술의 기회마저 부여하지 않은 것은 절차적으로 부당하다.

(다) 공무원의 선거중립의무는 정치적 중립의무를 선거과정에 적용한 것이다. 그런데 대통령을 비롯한 정무직 공무원들은 국가공무원법에 의하여 정치활동의 자유가 인정되므로 이 사건 법률조항 소정의 정치적 중립을 지켜야 하는 공무원에 해당하지 아니하고, 설사 위 법조항 소정의 공무원에 해당한다고 하더라도 국가원수이자 국정의 최고책임자로서의 대통령의 지위를 고려할 때 다른 정무직 공무원이나 정치적 중립을 지켜야 하는 공무원과 같은 정도의 중립을 요구하는 것은 헌법정신에 부합하지 아니한다. 위 조항은 과거 권위주의 시대의 영도적·제왕적 대통령제 하에서 과도한 대통령의 권한을 방지하기 위하여 도입된 것으로 대통령이 더 이상 우월적, 초법적 권한을 행사하는 것도 아니고 오히려 상시적인 정치공세의 대상이 되고 있는 지금의 정치현실에서 대통령을 위 조항의 공무원에 해당하는 것으로 해석하는 것은 맞지 아니한다.

대통령은 자신의 정치적 의사와 가치를 전 사회구성원에게 표명하고, 다른 견해에 대한 비판을 포함한 정치적 논쟁·대화·타협 과정을 거쳐 통합·조정을 추구하므로 대통령의 특정 정당이나 후보자에 대한 발언 모두를 선거중립의무 위반에 해당한다고 판단하는 것은 대통령의 정치적 표현 및 활동의 자유를 지나치게 위축시키는 면이 있어 타당하지 않고 또한 대통령이나 수상의 정치적 활동을 충분히 보장하고 있는 세계 각국의 입법례를 고려하더라도 타당하지 않다.

(라) 이 사건 법률조항에 대한 벌칙 조항이 없는 점에 비추어 보면 이 조항은 공무원의 정치적 중립에 관한 총칙적 규정으로서 개별금지조항의 해석에 관한 기준으로서의 역할만을 하므로 위 조항 하나만으로 위법성을 독립적으로 평가하는 것은 위 입법취지에 반한다.

그리고 이 사건 법률조항 위반 여부는 대통령이 지위나 권한을 남용하여 ‘부당하게’ 선거에 영향을 미치는 행위를 하였느냐 여부로 한정하여 판단하여야 하는데, 이 기준에 따를 때 이 사건 조치의 발단이 된 청구인의 발언들은 대통령 선거를 약 6개월 이상 남겨두고 각 당의 대통령 후보자도 정해지지 않은 시점에 이루어 졌고, 그 주된 내용 역시 국정 전반에 대한 설명과 평가 내지 무차별적인 정치공세나 후진적 정치행태에 대한 정당한 반론 및 정치적 견해 표명으로 이루어진 점을 고려할 때 이 사건 법률조항의 금지행위에 해당하지 아니한다.

(마) 만약 이 사건 법률조항의 공무원에 대통령이 해당하는 것으로 해석한다면, 위 조항은 정치활동과 정당활동이 인정되는 대통령의 정치적 표현의 자유를 본질적으로 침해하고, 금지행위가 포괄적, 추상적으로 규정되어 있어 선거관리위원회의 자의적인 판단에 맡기는 결과가 되어 기본권제한에 관한 명확성의 원칙과 필요최소성의 원칙에 위배되며, 합리적인 이유 없이 국회의원, 지방의회의원과 정치적 표현의 자유를 차별적으로 제한하는 것이 되어 평등원칙에도 위배된다.

(바) 그리고 청구인의 참평포럼 강연과 원광대학교 강연은 사적 지위에서 행한 것이며 그 대상도 특정단체의 회원이나 행사참여자에 국한되어 있었음에도 불구하고 피청구인은 위 발언들을 대통령의 지위에서 행한 것으로 전제하고 이 사건 조치를 하였는바, 이는 그 전제가 잘못되었으므로 그 자체로 부당한 것이다.

그리고 참평포럼 강연은 참여정부에 대한 부당한 왜곡과 공격에 반론을 제기하고 정부정책을 설명하고, 원광대 강연은 민주주의 일반, 우리 정치의 현실 및 발전방향에 대한 의견을 피력하고, 6·10민주항쟁 기념사는 6·10민주항쟁의 의미와 한계, 개선되어야 할 정치체도에 관하여 것이고, 한겨레신문 대담은 전반적인 정치상황과 정치현안에 대한 입장을 설명한 것일뿐 선거개입의 의도나 부당한 영향력을 행사할 여지는 전혀 없었다.

나. 피청구인(중앙선거관리위원회 위원장)의 의견요지

(1) 적법요건 부분

(가) 행정부 수반이며 국가원수로서의 지위를 가지는 대통령은 정점의 국가기관이며 국민의 기본권을 보호 내지 실현해야 할 책임과 의무를 지고 있으므로 청구인적격이 없고, 대통령은 사적영역과 공적영역을 구분할 수 없는 살아 있는 헌법기관이며, 국가권력의 상징인 대통령이 권리구제형 헌법소원을 이용한다는 것은 제도적 취지에 맞지 않는다.

한편 대통령의 지위와 분리되는 자연인으로서의 신분을 전제한다고 하더라도 이 사건에서 문제된 청구인의 행위는 순수한 사적 사안이라고 볼 수 없어 기본권 주체성을 인정할 요건에 해당하지 않고 따라서 헌법소원 적격도 인정할 수 없다.

(나) 이 사건 서면(조치)의 상대방은 대통령 개인이 아니고 국가기관으로서의 대통령이다. 그리고 이 사건 조치의 법적근거는 헌법 제115조, 공직선거법 제5조, 제272조의2, 선거관리위원회법 제14조의2이며, 그 내용은 선거사무에 관한 국가기관 상호간의 기관협조를 구하는 것으로서 권력분립에 기초한 견제와 균형의 기능을 위한 권한행사이지 대통령이나 대통령인 자연인의 기본권을 제한하는 조치가 아니므로, 이 사건 조치는 기본권 침해요건이 결여되어 있다.

(다) 이 사건 조치로써 기본권에 대한 어떠한 제한이 가하여졌다고 하더라도 그 제한을 받는 자는 대통령이지 자연인 노무현이 아니다. 따라서 자연인 노무현의 지위에서 제기한 이 사건 심판청구는 기본권침해의 자기관련성이 결여되어 있다.

(라) 이 사건 조치는 행정소송법상 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하므로 이 사건 심판청구는 보충성 요건을 결여하여 부적법하다.

(마) 피청구인의 이 사건 조치는 권력분립에 기한 견제와 균형의 틀 속에서 행해진 것으로서 정치적 의미가 깊은 것이며 이러한 정치적 문제에 대하여는 정치적으로 해결함이 바람직하여 사법적 판단을 자제함이 상당하다.

(2) 본안 부분

(가) 표현의 자유에 대한 위축효과에 근거한 명확성의 원리는 입법에 한정되어 적용되고 처분에는 적용되지 아니한다. 그리고 이 사건 조치에 이른 경위나 원인행위를 구체적으로 명시할 것을 요구하는 법률규정도 없다. 가사 위와 같은 의무가 인정된다고 하더라도 위반행위의 내용을 요약하여 기재할 수 있으며 이 사건 조치의 공문을 보면 청구인의 선거법 위반행위가 구체적으로 특정되고 그 개략적인 내용이 표시되어 있으므로 불명확한 것이 아니다.

(나) 한편 선거관리위원회법 제14조의2에는 당사자에게 의견진술의 기회를 주어야 한다는 명문의 규정이 없고 이 사건 조치가 불리한 부담을 지우는 행정작용도 아니고 공직선거법 위반행위에 대한 조치는 신속성이 요구되며 그리고 선거관리위원회의 의결을 거쳐서 결정된 것이므로 적법절차에 위반되었다고 할 수 없다.

(다) 국가공무원법 관련조항은 포괄적인 정치활동 금지의 대상에서 정무직 공무원을 배제시키는 일반적인 규정이고, 공직선거법 관련조항은 최소한 선거와 관련하여서는 정무직 공무원을 포함한 모든 공무원이 정치적 중립을 지켜야 한다는 취지의 규정이어서 선거영역에 관한 한 특별법인 공직선거법이 일반법인 국가공무원법에 우선하여 적용되어야 한다. 따라서 국가공무원법을 근거로 이 사건 법률조항의 공무원에 대통령이 포함되지 않는다는 주장을 할 수는 없다.

(라) 청구인의 발언은 대통령 선거가 사회적 관심사로 떠오른 이후 특정인이 정당의 후보자로 구체적으로 거론되고 예비후보자 등록까지 마쳐진 상태에서 이루어진 것이고, 그 발언 내용 역시 특정 정당의 후보자가 되고자 하는 자를 폄하하고 특정 정치세력 내지 정당이 집권하는 것에 대하여 부정적으로 평가하며 특정 정당을 지지함과 동시에 선거전략 등에 대하여 언급하는 것으로 되어 있다. 따라서 청구인의 발언은 대통령에게 부여되는 정치적 비중과 영향력을 특정 정당이나 후보자에게 유리 또는 불리하게 사용한 것으로서 선거결과에 영향을 미치는 행위이고 결국 이 사건 법률조항의 위반행위에 해당한다.

(마) 이 사건 법률조항이 위헌이라는 주장에 대하여

선거의 공정은 무엇과도 바꿀 수 없는 민주주의의 존립기반이므로, 정치적 공무원이라는 이유로 선거에 개입하는 것은 허용될 수 없다. 더구나 대통령은 모든 행정기관을 총괄하여 그 영향력이 누구와도 비할 수 없기 때문에 선거에서의 엄정한 중립의무가 요구된다. 따라서 이 사건 법률조항이 대통령의 정치적 표현의 자유를 본질적으로 침해한다고 할 수 없다.

이 사건 법률조항이 규정하는 ‘선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위’ 중 ‘부당한’이라는 불확정 개념은 통상적인 해석방법으로 충분히 그 의미 내용을 확인할 수 있는 개념이다. 형법에서도 ‘부당한’이라는 개념을 구성요건으로 규정하고 있으므로(제349조 부당이득죄) ‘부당한’이라는 개념이 명확성 원칙에 위배된다고 할 수 없으며, 그 밖의 다른 부분 역시 마찬가지이다.

공무원은 어떠한 경우라도 선거결과에 영향을 미치는 행위를 하여서는 아니되며 이는 우리 역사가 요청하는 헌법적 요구이기도 하다. 공무원에 대하여 선거결과에 영향을 미치는 행위를 하여서는 아니된다고 규정한 것은 과잉된 제한이 아니다.

대통령은 국가원수이자 모든 행정기관 및 공무원을 총괄하는 행정부 수반으로서 누구보다도 엄정한 정치적 중립이 요구되고, 공무원 조직을 지휘하는 관계에 있지 아니한 국회의원 및 지방의회의원과는 성질을 달리하므로 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위배된다고 할 수 없다.

(바) 청구인의 발언은 순전히 사적 지위에서 한 것이 아니며 대통령이라는 공적 신분과 무관하다고 할 수 없고, 공무원이 사적 신분이라는 이유로 선거결과에 영향을 미치는 행위를 하는 것을 허용한다면 공직선거법의 취지에 배치되는 결과가 생기게 된다.

[별지 3] 청구인의 발언 내용

피청구인이 문제삼은 청구인의 발언과 이와 관련된 발언 부분은 다음과 같다.

가. 참여정부평가포럼에서의 강연

○ 해외 다니면서, 외교하면서 제가 받은 느낌인데요, 한국이 국제무대에 끌리지 않는 당당한 일원으로 등장한 때는 국민의 정부때 부터다, 저는 그렇게 생각합니다. 지도자의 정통성이 국가위신에 미치는 영향이 굉장히 크다는 것을 많이 실감하고 다닙니다. 혹시, 한국의 지도자가 다시 무슨 독재자의 딸이니 뭐니 이렇게... 아니요, 잠시만요, 이거 오해입니다. 제가 그렇게 말한다는 것이 아니고 해외신문에서 그렇게 나면 곤란하다, 이런 얘기입니다.

○ 요즘 그 당 후보들의 공약을 보아도 창조적인 전략이 별로 보이지 않습니다. 한 마디로 부실하다는 생각이 듭니다. 막연하게 경제를 살리겠다, 경제 대통령이 되겠다, 이렇게 말하는 것은 전략이 없는 공허한 공약입니다. 공약이라 할 것도 없고 그냥 미사여구지요. 대운하니 열차페리니 하는 사업들을 두고 옥신각신하고 있는데 두 사업의 사업비를 다 보태 봐도 참여정부 균형발전 투자의 5분의 1도 안되는 사업입니다. 균형발전 투자는 정부청사 건설비와 일부 기반시설 외에는 다 회수되는 것이기 때문에 재정부담은 11조 정도에 그칩니다. 대운하 건설비는 단기간에 회수되지 않는 투자입니다. 민자유치를 한다고 하나, 참여할 기업이 있을 리 없으니 하나마나한 싸움을 하고 있는 것이라고 할 것입니다. 이말 듣고 열받아서 재정으로 투자를 하면 그야말로 그때는 정말 큰일납니다.

열차 페리는 제가 2000년 해수부장관 시절에 타당성 없다는 결론을 이미 내린 사업입니다. 한다고 해도 참여정부의 물류허브 전략에 비하면 너무 작은 사업입니다.

본시 제가 이 말을 그거를 참여정부 물류허브 전략에 비하면 손가락 한마디도 안 되는 사업이다, 이렇게 썼다가 너무 좀 야박하다 싶어서 너무 작은 사업이라고 고쳤습니다. 그

래서 제가 경과를 설명한 것이고 결론은 손가락 한마디가 아니고 너무 작은 사업이다라고 표현했기 때문에 혹시 또 손가락 한마디다 이렇게 보도 하지 않기를 바랍니다.

제가 무슨 코메디언입니까? 왜 자꾸 웃으세요.

과학도시를 한다는데 그것은 참여정부가 법까지 다 만들어놨습니다. 추가할 것이 있으면 도시 하나 지정만 하면 되는데 그걸 또 들고 나와서 혼듭니까? 이 정도 사업을 국가적 전략사업으로 내놓은 것이라면 좀 초라하다는 생각이 듭니다. 지금은 경제정책의 기본원칙과 방향에 관한 전략적 공약이 나와야 할 시기이지 한 두건 개별사업 꺼내놓고 옥신각신할 때가, 왈가왈부할 때가 아니지요. 그렇지 않습니까? 경제는 경제정책만으로 되는게 아닙니다. 종합적인 국가발전전략이 중요한 것입니다. 이 시기 한국이 추구할 가치와 역사적 과제가 무엇인지를 제시하는 전략적인 공약, 공약다운 공약이 나오기를 기대하겠습니다. 한나라당에 기대하는 것이 아니고, 열린우리당에서 내놓기를 기대하는 것이지요. 기대할 데에 기대해야 되지 않겠습니까?

○ 한나라당의 민주주의에 대한 비전이 무엇인지 제가 잘 알 수가 없습니다. 민주주의의 미래에 대해서는 아무런 말도 하지 않기 때문입니다. 국가보안법, 사학법 등의 개정과 공수처의 설치, 과거사 정리 등을 반대하는 거 보면 어쨌든 민주주의에 대해서는 거부감이 있는 사람들 같이 보입니다.

참여정부더러 무능하다, 무능하다 얘기를 자꾸 하고 있습니다만 그 말이 나오기 이전에 그 사람들이 했던 얘기를 가만 생각해 보십시오. 민주세력 무능론 했습니다. 지금 참여정부 무능론이라는 것은 민주세력을 싸잡아서 비하하기 위한 전술이지요. 책략입니다. 그러면서 무능보다는 부패가 낫다, 이런 말을 합니다. 그래서 제가 생각해 보니까 이런 망발이 어디 있느냐, 그런 생각을 하는 사람은 부패하고 무능한 정부를 만들 것이다, 이렇게 생각합니다.

어떻든 한나라당은 우리 민주주의가 너무 많이 왔다고 생각하고 있는 것 같습니다. 이견 확실합니다. 정치를 개혁하겠다는 공약도 없습니다. 정말 우리 정치에 개혁할 일이 없습니까? 참여정부가 다 해결해 버려서 너무 많이 와 버려서 돌아가자는 얘기입니까. 그렇습니다. 공천 현금 예방을 위한 정책은 한나라당이 내놓아야지요. 자기들이 저질렀으니까.

이 사람들이 정권을 잡으면 지역주의가 강화될 것입니다. 공천 현금은 지역주의의 결과 아닙니까, 그렇지요? 지역주의가 공천을 이권화해 냈기 때문 아닙니까? 그래서 지역주의가 강화되고 부패정치, 낡은 정치가 되살아날 것입니다. 부패 정치, 낡은 정치를 하는 정부는 볼 것 없이 무능한 정부가 될 수밖에 없는 것입니다. 여러분들 맞잖아요.

일부 언론과 한 통속이 되어 있습니다. 어제 한나라당 원내대표는 노 정권이 언론과 싸움을 벌여서 친노세력을 결집하고 있다, 이렇게 논평했습니다. 이것은 며칠전에 조선일보 1

면 머릿기사 제목 그대로입니다. 저의 논평은 ‘참 가관이다.’

반대로 한나라당이 한마디 하면 그대로 신문 제목이 되는 경우는 부지기수입니다. 물론 일부 언론의 일입니다. 후보들이 화끈하게 언론의 역성을 들고 나왔습니다. 참으로 시대에 역행하는 공약을 이처럼 화끈하게 할 수 있을까, 참으로 용기 있는 사람들입니다. 아까 제가 뭐라 그랬지요? 모르면 용기가 있다고 했던가? 예· 아, 무식한 사람은 용감하다, 무식한 사람은 용감하다.

정말 한나라당이 집권하면 우리 언론에는 어떤 일이 일어날까 눈을 감으면 항상 눈에 선한데, 저는 이것은 눈을 감지 않아도 눈에 선합니다.

기자실이 살아나고, 돈 봉투가 살아나고, 청탁이 살아나고, 띄워주기, 덮어주기, 권언유착이 되살아나고, 가관이 되살아나고, 공직 사회는 다시 언론의 밥이 되고, 공무원의 접대 업무도 되살아나고, 자전거일보, 비데일보가 되살아날 것입니다. 그렇게 되면 언론 자유가 신장되고 국민의 알 권리가 보장되는 것입니다. 권언유착이 부활하면 민주주의는 후퇴합니다. 그러면 피해자는 국민이 됩니다.

한나라당이 개헌을 반대했습니다. 말을 뒤집은 것이지요. 논의조차 거부하다가 마지못해 개헌을 하겠다고 약속했는데 후보들은 아무말도 하지 않고 있습니다. 당론으로 약속한 것을 깰아뭇개겠다는 심산인 것 같습니다. 그래도 언론들은 모른 척 할 것입니다. 지난번에 언론도 개헌문제를 덮어 버리는데 공모했으니까 새삼 들고 나오기가 민망스럽겠지요. 지켜볼 일입니다. 두 눈 부릅뜨고 지켜볼 일입니다.

지금이라도 개헌을 해 놓고 대통령이 되면 대통령다운 대통령직을 수행할 수 있을 것인데, 우선 대통령 되는데 급급해서 대통령이 되고 난 이후의 일은 생각할 겨를이 없는 모양입니다. 적어도 노무현 대통령은 후보때 그렇게 하지 않았습니다. 아무런 역사의식도 비전도 전략도 보이지 않습니다. 집권 가능성이 가장 높다는 당과 후보가 이 모양이니 그 사람들이 집권하면 나라일도 걱정이고, 힘없는 사람들의 일은 더욱 걱정입니다.

나. 원광대학교 특강

○ 한국 정치의 진보적 민주주의는 정말 중요합니다. 우리나라의 복지지출은 미국, 일본의 절반, 유럽의 3분의 1, 복지 후진국입니다.

우리나라는 정치 후진국, 언론 후진국, 복지 후진국, 세 가지 측면에서의 후진국, 이것만 벗어나면 우리나라 바로 선진국 갑니다.

작은 정부가 아니라 책임을 다하는 정부, 책임을 다하자면 절대로 세금 깎으면 안 됩니다. 감세론 얘기하는 사람들요, 그러면서 무슨 보육예산 더 주고 또 어디 뭐 하고 무슨 복지 한다고 하는데, 뭐요, 도깨비 방망이로 돈을 만듭니까? 흥부 박씨가 어디서 날아 온

답니까? 세금, 이명박 씨가 내놓은 감세론이요, 6조 8천억 원의 세수 결손을 가져오게 돼 있거든요? 6조 8천억 원이면 우리가 교육혁신을 할 수도 있고요, 복지 수준을 한참 끌어 올릴 수도 있습니다. 이런 것을 우리가, 감세론, 절대로 속지 마십시오.

○ 대통령의 정치 중립론, 어떻게 대통령이 정치 중립을 합니까? 대통령은 가치를 가지고 전략을 가지고 정당과 함께 치열한 선거를 통해서 정권을 잡고 그 다음 정권을 지키는 데까지, 비록 내가 안 나오더라도 의무를 가지고 있는 사람 아닙니까? 참여정부 이후의 정부가 여전히 민주정부가 되도록 지켜야 될 의무가 있는 사람 아닙니까? 그 사람에게 정치 중립 하라, 또 공무원법에서는 정치 활동은 괜찮다, 해놔거든요. 대통령의 정치활동은 예외로 한다, 이렇게 되어 있습니다. 공무원법에는. 그래 놓고 선거에는 중립하라. 정치에는 중립 안 해도 되고 선거에는 중립하는 방법이 있습니까? 차라리 선거운동은 하지 마라, 그거야 어느 정도 이해가 가지요. 어디까지가 선거운동이고 어디까지가 선거 중립이고 어디까지가 정치 중립입니까? 모호한 구성 요건은 위헌이지요. 그렇지 않습니까?

○ 오늘 제가 이명박씨 감세론, 누구누구 감세론, 그리 되면 우리나라 복지 정책은 완전히 골병듭니다라고 말했는데, 이것도 선거 운동입니까? 자, 선거 중립을 안 지킨 겁니까? 만일에 ‘이렇게 말하는 사람이 정권 절대로 잡으면 안 됩니다’ 이렇게 말하면 선거 운동이고, ‘이런 사람이 정권을 잡으면 나라가 잘 되겠지요?’ 이러면 선거 운동이 아닌가요?

그냥 ‘이 정책은 옳지 않습니다’, 말을 못해요? 증세냐 감세냐, 아니 복지냐 감세냐 이걸 놓고 지난 2년 동안 치열하게 공방을 벌여 왔는데 거기에 대해서 ‘대통령은 지금부터 입 닫아라’, 그런 법이 어디 있습니까?

그래서 사실에 맞지 않는 이런 것도 앞으로는 바꾸어 고쳐 나가야 됩니다. 언론이든 누구든 대통령 때려 패는데는 너무 제한이 없는데, 나는 방어를 못하라는거 아니에요? 이거는 공격 방어의 문제가 아니고, 앞에 이미 결론은 다 냈지만 그 점에 관해서도 너무 이것은 불공평한 것이지요, 불공정한 것입니다. 누구나 자기를 방어하고, 방어의 최선은 공격 아닙니까? 공격하는 사람, 그 사람의 도덕적 신뢰성, 논리적 신뢰성, 정책적 역량의 신뢰성을 공격해 줘야 되는 거 아닙니까? 당연한 거 아닙니까?

대운하, 민자로 한다는데 그거 진짜 누가 민자 들어오겠어요? 그런 의견을 말하는 것을, 정치적 평가 아닙니까? 참여정부 안 그래도 실패했다 하는데, 내가 이 얘기 아닙니까? ‘여보시오, 그러지 마시오. 당신보다 내가 나아. 나만큼만 하시오.’ 그 얘기입니다.

세계에 유례가 없는 위선적인 제도이거든요. 이건 어떻게든 앞으로 저희도 노력해 보겠습니다만, 정부가 무슨 선거법을 함부로 어떻게 할 수도 없고요, 참 난감해요. 어떻든 여러 가지 방도로 한번 찾아보겠습니다.

다. 6·10민주항쟁 20주년 기념사

○ 97년 경제 위기 때문에 많은 지체가 있었습니다. 아직도 그 당시의 지표를 회복하지 못한 항목이 많이 있습니다. 97년 경제 위기는 관치경제, 관치금융, 법치가 아닌 권력의 자의적 통치라는 독재시대의 낡은 체제를 신속히 개혁하고 정비하지 못했기 때문에 생긴 것입니다. 완전한 정권교체로 완전한 민주정부가 들어서서 신속하고 철저한 개혁으로 극복한 것입니다.

그럼에도 97년 이후의 우리 경제를, 지체를 빌미로 민주세력의 무능을 말하는 사람들이 있습니다. 참으로 양심없는 사람들의 염치없는 중상모략이 아닐 수 없습니다.

○ 국민 여러분, 그러나 6월항쟁은 아직 절반의 승리를 넘어서지 못하고 있습니다. 6월항쟁의 정신을 아직 활짝 꽃피우고 결실을 맺지 못했기 때문에, 지난 20년 동안 우리는 정권교체를 이루고, 특권과 유착, 권위주의와 부정부패를 청산하고, 투명하고 공정한 사회를 만들어가고 있습니다. 뒤늦기는 하지만, 친일 잔재의 청산과 과거사 정리도 착실히 해나가고 있습니다.

제도의 측면에 있어서는 독재체제의 청산과 민주주의 개혁에 상당한 성과를 거두고 있다고 말할 수 있을 것입니다.

그러나 아직 반민주 악법의 개혁은 미완의 상태에 머물러 있습니다. 지난날의 기득권 세력들은 수구언론과 결탁하여 끊임없이 개혁을 반대하고, 진보를 가로막고 있습니다. 심지어는 국민으로부터 정통성을 부여받은 민주정부를 친북 좌파정권으로 매도하고, 무능보다는 부패가 낫다는 망언까지 서슴지 않음으로써 지난날의 안보독재와 부패세력의 본색을 공공연히 드러내고 있습니다. 나아가서는 민주세력 무능론까지 들고 나와 민주적 가치와 정책이 아니라 지난날 개발독재의 후광을 빌어서 정권을 잡겠다고 하고 있습니다.

지난날 독재권력의 앞잡이가 되어 국민의 눈과 귀를 가리고 민주시민을 폭도로 매도해 왔던 수구언론들은 그들 스스로 권력으로 등장하여 민주세력을 흔들고 수구의 가치를 수호하는 데 앞장서고 있습니다. 저는 그들 중에 누구도 국민 앞에 지난날의 과오를 반성했다는 말을 듣지 못했습니다.

군사독재의 잔재들은 아직도 건재하여 역사를 되돌리려 하고 있고, 민주세력은 패배주의의 늪에 빠져 우왕좌왕하고 있습니다.

이런 사정으로 아직 우리 누구도 6월항쟁을 혁명이라고 이름 붙일 엄두를 내지 못하고 있습니다.

라. 한겨레신문과의 대답

○ - 기자 : 그런 상황에서 최근에 참여정부평가포럼이 출범을 하면서, 애초 설립취지는 참여정부의 업적을 평가하겠다는 것이 설립취지였는데, 최근의 활동상황을 보면 조직확충이라든가 또 한나라당 공격을 강화하면서 대통령을 지지하는 세력을 결집하는 전진기지로서 이번 대선에서 중요한 역할을 하려고 하는 게 아니냐, 그리고 그것이 또 이후의 수순까지도 염두에 둔 게 아니냐 하는 그러한 의혹이 더욱 증폭된 것 같은데요. 참여정부평가포럼에 대한 말씀을 좀 해 주시지요.

- 대통령 : 참여정부평가포럼은 노무현을 지키는 조직입니다. 그뿐입니다. 말하자면 참여정부가 끝까지 일할 수 있도록 지켜주는 조직으로 그렇게 이해하십시오. 그리고 참평포럼이 나를 따를 것이라고 생각한다면 내가 어디로 가느냐가 중요한 것 아니겠습니까? 나는 열린우리당에서 선택된 후보를 지지합니다. 불변입니다. 열린우리당이 선택한 후보를 지지하고, 그 후보가 또 어디 누구하고 통합해 가지고 단일화하면 그 단일화된 후보를 지지하는 것이 내가 갈 길입니다. 그게 원칙입니다. 그래서 참평포럼은 그 원칙을 지키는데 기여할지는 몰라도 그 이외에 딴 짓 하지 않을 것입니다. 열린우리당 후보, 누구를 해코지 하지도 않을 것이고, 내 짐작에는 열린우리당의 어느 후보, 대통령이 지명해서 그쪽으로 힘을 모아주고 그런 일은 안 할 것입니다. 나는 그렇게 무식한 사람 아닙니다. 대통령이 지명한다고 다음 후보가 결정되는 것이 아니라는 사실은 내가 너무나 잘 알고 있기 때문에 나는 그런 어리석은 짓 절대 안합니다. 열린우리당의 후보들이 나오면 각자의 정치활동과 토론과정을 거치면서 자연스럽게 국민들의 지지가 쏠립니다. 쏠리면 열린우리당이 거기에 지지를 모아줄 것이고 그 다음에 대통령이 여기에 따라 갈 겁니다. 그것이 원칙적인 방법일 뿐더러 아까 내가 세상 돌아가는 이치를 얘기했지요, 정치 돌아가는 이치입니다. 그것을 거역하는 어떤 사람도 현직 대통령이든 전직 대통령이든 성공하지 못한다 이말이에요. 내가 그 정도는 압니다. 그것을 모를 만큼 그렇게 무식하지는 않습니다.

2

선거법 위반행위에 대한 중지촉구가 공권력의 행사에 해당 하는지 여부

■ 선거법위반행위에 대한 중지촉구 등 위헌확인, 2003. 2. 27. 2002헌마106 ■

【판시사항】

1. 서울특별시 선거관리위원회 위원장(피청구인)의 ‘선거법위반행위에 대한 중지촉구’가 ‘공권력의 행사’에 해당하는지의 여부(소극)
2. 행정청에 의한 잘못된 법률해석·적용이 어떠한 경우에 헌법재판소의 심사대상이 되는 지여부
3. 인터넷신문인 ‘오마이뉴스’가 개최하고자 한 대선 예비주자 초청 대담·토론회를 저지한 피청구인의 행위(‘열린 인터뷰 방해행위’)에 대한 심판청구가 헌법재판소의 관할에 속하는지의 여부
4. 위 대담·토론회 저지행위에 대한 심판청구와 관련하여 권리보호이익이 존재하는지의 여부(소극)
5. 헌법재판소는 행정청행위의 근거가 되는 법률조항의 위헌성을 확인함으로써 그를 적용한 행정청행위의 위헌성을 확인할 수 있는지 여부(적극)
6. 위 대담·토론회의 저지행위의 근거가 되는 법률조항의 위헌성을 심사해야 하는지의 여부(소극)

【결정요지】

1. 피청구인이 2002. 2. 1. 발송한 ‘선거법위반행위에 대한 중지촉구’ 공문은 그 형식에 있어서 ‘안내’ 또는 ‘협조요청’이라는 표현을 사용하고 있으며, 또한 그 내용에 있어서도 청구인이 계획하는 행위가 공선법에 위반된다는, 현재의 법적 상황에 대한 행정청의 의견을 단지 표명하면서, 청구인이 공선법에 위반되는 행위를 하는 경우 피청구인이 취할 수 있는 조치를 통고하고 있을 뿐이다. 따라서 피청구인의 2002. 2. 1.자 ‘중지촉구’ 공문은 국민에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시키지 않는 단순한 권고적, 비권력적 행위로서, 헌법소원의 심판대상이 될 수 있는 ‘공권력의 행사’에 해당하지 않으므

로, ‘선거법위반행위에 대한 중지촉구’에 대한 이 사건 심판청구는 부적법하다.

2. 사실관계의 확정과 평가, 법률을 해석하고 개별사건에 구체적으로 적용하는 것은 법원의 고유한 과제로서, 헌법재판소에 의한 심사의 대상이 아니다. 한편, 행정청은 법률, 특히 사법상의 일반조항, 불확정 법개념이나 행정청의 재량행사규정 등을 해석을 통하여 구체화하는 과정에서 기본권을 비롯한 헌법의 기본결정을 내용적 지침으로서 고려해야 하는데, 법 적용기관이 법률에 미치는 헌법의 영향을 간과하거나 또는 오인하여 소송당사자에게 불리하게 판단함으로써 헌법의 정신을 고려하지 않은 법 적용을 통하여 그의 기본권을 침해한다면, 바로 이러한 경우에 법률의 해석·적용은 헌법재판소의 심사대상이 되는 것이다. 그러나 행정청이 법률을 잘못 해석·적용하였는지의 여부가 헌법에 의해서가 아니라 적용된 법률에 근거하여 판단된다면, 즉 헌법이 아니라 법률이 행정청에 의한 해석·적용의 타당성을 심사하는 규범이 된다면, 이 경우 법률의 해석·적용에 대한 판단은 법원의 관할에 속하는 것이다.

3. 청구인이 이 사건 심판청구를 통하여 다투고자 하는 것은, ‘행정청이 적용법률의 해석에 있어서 법규정에 미치는 기본권의 효력을 간과하거나 오해함으로써 법규정을 위헌적으로 해석·적용하였는가’ 하는 행정청 행위 자체의 위헌성에 관한 판단이 아니라, ‘청구인이 개최하려는 열린 인터뷰가 사전선거운동에 해당하는가’, ‘인터넷 신문인 청구인이 정간법 제2조 제9호 및 동법시행령 제1조의2 제2호에 의하여 정간법상의 언론기관에 해당하는가’, 이로써 ‘청구인이 후보자를 초청하여 대담·토론회를 개최할 수 있는 공선법 제82조의 언론기관에 해당하는가’, 나아가 ‘피청구인이 물리적 수단을 이용하여 청구인의 열린 인터뷰를 무산시킨 것이 법률이 정한 피청구인의 권한을 남용한 것인가’에 관한 판단이다.

그러나 이러한 판단은 헌법상 보장된 기본권인 정치적 표현의 자유나 언론의 자유에 비추어 선거운동을 제한하는 법률규정을 해석하는 문제라기 보다는 공선법상의 선거운동을 규율하는 여러 조항들을 체계적으로 고려하여 ‘사전선거운동’의 개념과 범위를 정하는 문제라고 할 수 있고, 마찬가지로 정간법상의 ‘정기간행물’의 개념과 범위를 정하는 문제, 법률에 의하여 부여받은 피청구인 ‘권한’의 범위와 한계를 정하는 문제, 즉 단순히 법률의 해석과 적용의 문제인 것이다. 그런데 이러한 판단은 헌법재판소의 관할이 아니라 일차적으로 법원의 관할에 속하는 것이다.

4. 청구인은 2002. 2. 20.부터 2002. 3. 5.까지 7차례 대선예비후보를 초청하여 열린 인터뷰를 개최하였으므로, 헌법소원심판청구를 통하여 달성하고자 하는 주관적 목적을 이미 달성하였고, 그 결과 청구인의 주관적 권리구제를 위해서는 본안에 관하여 심판의 이익이 없다. 또한, 피청구인이 법률을 잘못 해석·적용하였는지의 여부가 헌법규범이 아닌 적용된 법률에 근거하여 판단된다는 점에서, 이 사건 심판청구는 헌법질서의 수호

· 유지를 위하여 긴요한 사항이어서 위헌여부의 해명이 헌법적으로 중요한 의미를 지니고 있는 경우라고 볼 수 없으므로, 권리보호이익이 없어 부적법하다. 설사 유사한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있다 하더라도, 공권력행사의 위헌성이 아니라 단지 위법성이 문제되는 경우에는 공권력행사의 위헌여부를 확인할 실익이 없고, 이에 따라 심판청구의 이익이 부인된다고 할 것이다.

5. 헌법재판소법 제75조 제5항은 ‘위 법 제68조 제1항에 의한 헌법소원을 인용하는 경우 헌법재판소는 공권력의 행사가 위헌인 법률조항에 기인한 것이라고 인정될 때에는 인용결정에서 당해 법률조항이 위헌임을 선고할 수 있다’고 하여, 소위 ‘부수적 규범통제’를 규정하고 있다. 따라서 행정청 행위의 위헌성이 위헌적인 법률에 기인한다고 판단된다면, 헌법재판소는 행정청 행위의 근거가 되는 법률조항의 위헌성을 확인함으로써 그를 적용한 행정청 행위의 위헌성을 확인할 수 있는 것이다.
6. 공선법 제82조 제1항 단서규정에 의하여 2002. 12.에 실시된 대통령선거에서 법률상 언론기관의 후보자초청 대담·토론회는 선거일 전 120일(2002. 8. 21.)부터 허용된다는 점을 고려할 때, 피청구인의 행위시(2002. 2. 5.)에는 청구인뿐만 아니라 다른 모든 언론기관에게도 대선후보의 인터뷰를 하는 것은 법률상 허용되지 않으므로, 이 사건의 경우 공선법 제82조가 2002. 2. 5.의 피청구인 행위의 근거법률로서 적용될 여지가 없는 것이다. 따라서 이 사건 공권력행사의 근거가 된 법률조항은 사전선거운동을 금지하는 공선법 제59조 및 제254조이고, 위 규정의 위헌여부에 관하여는 헌법재판소가 1994. 7. 29. 93헌가4등 결정 및 2001. 8. 30. 2000헌마121등 결정에서 합헌으로 판단한 바 있어 이미 헌법적으로 해명이 되었으므로, ‘피청구인 행위의 위헌성이 그 행위의 근거가 된 법률의 위헌성에 기인하는지’에 관한 판단을 할 필요도 없다.

【참조조문】

헌법재판소법 제68조 제1항

헌법재판소법 제75조(인용결정) ①~④ 생략

⑤ 제2항의 경우에 헌법재판소는 공권력의 행사 또는 불행사가 위헌인 법률 또는 법률의 조항에 기인한 것이라고 인정될 때에는 인용결정에서 당해 법률 또는 법률의 조항이 위헌임을 선고할 수 있다.

⑥~⑧ 생략

공직선거및선거부정방지법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정된 것) 제59조(선거운동기간) 선거운동은 당해 후보자의 등록이 끝난 때부터 선거일전일까지에 한하여 이를 할 수 있다.

공직선거및선거부정방지법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정된 것) 제81조(단체의 후보자 등 초청 대담·토론회) ① 다음 각호의 1에 해당하지 아니하는 단체는 후보자(비례대표국회의원선거와 비례대표시·도의원선거를 제외한다. 이하 이 조에서 같다)와 대담자 또는 토론자(대통령선거 및 시·도지사선거의 경우에 한하며, 정당 또는 후보자가 선거운동을 할 수 있는 자중에서 선거사무소 또는 선거연락소마다 지명한 1인을 말한다. 이하 이 조에서 같다) 1인 또는 수인을 초청하여 소속정당의 정강·정책이나 후보자의 정견 기타사항을 알아보기 위한 대담·토론회를 이 법이 정하는 바에 따라 옥내에서 개최할 수 있다.

1. 국가·지방자치단체 또는 제53조(공무원등의 입후보) 제1항 제4호 내지 제6호에 규정된 정부투자기관등

2. 향민회·종친회·동창회·산악회등 동호인회, 계모임등 개인간의 사적 모임

3. 제10조(사회단체등의 공명선거추진활동) 제1항 각호의 1에 규정된 단체

② 제1항에서 “대담”이라 함은 1인의 후보자 또는 대담자가 소속정당의 정강·정책이나 후보자의 정견 기타사항에 관하여 사회자 또는 질문자의 질문에 대하여 답변하는 것을 말하고, “토론”이라 함은 2인이상의 후보자 또는 토론자가 사회자의 주관하에 소속정당의 정강·정책이나 후보자의 정견 기타사항에 관한 주제에 대하여 사회자를 통하여 질문·답변하는 것을 말한다.

③ 제1항의 규정에 의하여 대담·토론회를 개최하고자 하는 단체는 중앙선거관리위원회 규칙이 정하는 바에 따라 주최단체명·대표자성명·사무소 소재지·회원수·설립근거등 단체에 관한 사항과 초청할 후보자 또는 대담·토론자의 성명, 대담 또는 토론의 주제, 사회자의 성명, 진행방법, 개최일시와 장소 및 참석예정자수등을 개최일전 2일까지 관할 선거구선거관리위원회 또는 그 개최장소의 소재지를 관할하는 구·시·군선거관리위원회에 서면으로 신고하여야 한다. 이 경우 초청할 후보자 또는 대담·토론자의 참석승낙서를 첨부하여야 한다.

④ 제1항의 규정에 의한 대담·토론회를 개최하는 때에는 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 따라 제1항에 의한 대담·토론회임을 표시하는 표식을 게시 또는 첨부하여야 한다.

⑤ 제1항의 대담·토론은 모든 후보자에게 공평하게 실시하여야 하되, 후보자가 초청을 수락하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하며, 대담·토론회를 개최하는 단체는 대담·토론이 공정하게 진행되도록 하여야 한다.

⑥ 정당, 후보자, 대담·토론자, 선거사무장, 선거연락소장, 선거사무원, 회계책임자 또는 제114조(정당 및 후보자의 가족등의 기부행위제한) 제2항의 후보자 또는 그 가족과 관계

있는 회사등은 제1항의 규정에 의한 대담·토론회와 관련하여 대담·토론회를 주최하는 단체 또는 사회자에게 금품·향응 기타의 이익을 제공하거나 제공할 의사의 표시 또는 그 제공의 약속을 할 수 없다.

⑦ 제1항의 대담·토론회를 개최하는 단체는 그 비용을 후보자에게 부담시킬 수 없다.

⑧ 제71조(후보자등의 방송연설) 제12항의 규정은 후보자등 초청 대담·토론회에 이를 준용한다.

⑨ 대담·토론회의 개최신고서와 표식의 서식 기타 필요한 사항은 중앙선거관리위원회규칙으로 정한다.

공직선거및선거부정방지법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정된 것) 제82조(언론기관의 후보자등 초청 대담·토론회) ① 텔레비전 및 라디오 방송시설[제70조(방송광고) 제1항의 규정에 의한 방송시설을 말한다. 이하 이 조에서 같다]·정기간행물의등록등에관한법률에 의한 일반일간신문사등 언론기관(이하 이 조에서 “언론기관”이라 한다)은 선거운동기간중 후보자 또는 대담·토론자(후보자가 선거운동을 할 수 있는 자중에서 지정하는 자를 말한다)에 대하여 후보자의 승낙을 받아 1인 또는 수인을 초청하여 소속정당의 정강·정책이나 후보자의 정견 기타사항을 알아보기 위한 대담·토론회를 개최하고 이를 보도할 수 있다. 다만, 제59조(선거운동기간)의 규정에 불구하고 대통령선거에 있어서는 선거일전 120일부터, 국회의원선거 또는 시·도지사선거에 있어서는 선거일전 60일부터 선거기간개시일전일까지 후보자가 되고자 하는 자를 초청하여 대담·토론회를 개최하고 이를 보도할 수 있다. 이 경우 방송시설이 대담·토론회를 개최하고 이를 방송하고자 하는 때에는 내용을 편집하지 않은 상태에서 방송하여야 하며, 대담·토론회의 방송일시와 진행방법등을 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 따라 관할선거구선거관리위원회에 통보하여야 한다.

② 제1항의 대담·토론회는 언론기관이 방송시간·신문의 지면등을 고려하여 자율적으로 개최한다.

③ 제1항의 대담·토론의 진행은 공정하여야 하며, 이에 관하여 필요한 사항은 중앙선거관리위원회규칙으로 정한다.

④ 제71조(후보자등의 방송연설) 제12항, 제72조(방송시설주관 후보자 연설의 방송) 제2항 및 제81조(단체의 후보자등 초청 대담·토론회) 제2항·제6항·제7항의 규정은 언론기관의 후보자등 초청 대담·토론회에 이를 준용한다.

공직선거및선거부정방지법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정된 것) 제254조(선거운동기간 위반죄) ① 생략

② 선거운동기간전에 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 한 자는 이 법에 다른 규정이 있는 경우를 제외하고는 2년이하의 징역 또는 400만원이하의 벌금에 처한다.

1.~2. 생략

3. 정견발표회·좌담회·토론회·향우회·동창회 또는 반상회 기타의 집회를 개최하여 선거운동을 하거나 하게 한 자

4~ 5. 생략

③ 생략

정기간행물의등록등에관한법률(2002. 1. 26. 법률 제6627호로 개정된 것) 제2조(용어의 정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “정기간행물”이라 함은 동일한 제호로 연 2회이상 계속적으로 발행하는 신문·통신·잡지 기타 간행물을 말한다.
2. “일반일간신문”이라 함은 정치·경제·사회·문화·시사등에 관한 보도·논평 및 여론등을 전파하기 위하여 매일 발행하는 간행물을 말한다.
3. “특수일간신문”이라 함은 산업·과학·종교·교육 또는 체육등 특정분야(정치를 제외한다)에 국한된 사항의 보도·논평 및 여론등을 전파하기 위하여 매일 발행하는 간행물을 말한다.
4. “외국어일간신문”이라 함은 외국어로 발행하는 일반일간신문 또는 특수일간신문을 말한다.
5. “일반주간신문”이라 함은 정치·경제·사회·문화·시사등에 관한 보도·논평 및 여론등을 전파하기 위하여 매주 1회 발행하는 간행물(주 2회 또는 월 2회이상 발행하는 것을 포함한다)을 말한다.
6. “특수주간신문”이라 함은 산업·과학·종교·교육 또는 체육등 특정분야(정치를 제외한다)에 국한된 사항의 보도·논평 및 여론등을 전파하기 위하여 매주 1회 발행하는 간행물(주 2회 또는 월 2회이상 발행하는 것을 포함한다)을 말한다.
7. “통신”이라 함은 전파법에 의하여 무선국의 허가를 받아 외국의 통신사와 통신계약을 체결하고 국내외의 정치·경제·사회·문화·시사등에 관한 보도·논평 및 여론등을 전파함을 목적으로 행하는 송수신 또는 발행하는 간행물을 말한다.
8. “잡지”라 함은 정치·경제·사회·문화·시사·산업·과학·종교·교육·체육등 전분

야 또는 특정분야에 관한 보도·논평·여론 및 정보등을 전파하기 위하여 동일한 제호로 월 1회이하 정기적으로 발행하는 제책된 간행물을 말한다.

9. “기타간행물”이라 함은 제2호 내지 제8호외의 간행물로서 대통령령이 정하는 간행물을 말한다.

10. “발행인”이라 함은 정기간행물을 발행하는 대표자를 말한다.

11. “편집인”이라 함은 발행인이 선임한 자로서 정기간행물의 편집에 관하여 책임을 지는 자를 말한다.

12. “인쇄인”이라 함은 발행인이 선임한 자 또는 발행인과 인쇄계약을 체결한 자로서 그 정기간행물의 인쇄에 관하여 책임을 지는 자를 말한다.

13. “지사” 또는 “지국”이라 함은 기사취재등을 목적으로 정기간행물의 발행소 소재지외의 지역에 설치된 사무소를 말한다.

정기간행물의등록등에관한법률시행령(1999. 6. 30. 대통령령 제16440호로 개정된 것) 제1조의2(기타간행물) 정기간행물의등록등에관한법률(이하 “법”이라 한다) 제2조 제9호에서 “대통령령이 정하는 간행물”이라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 것을 말한다.

1. 보도·논평 또는 여론형성의 목적없이 일상생활 또는 특정사항에 대한 안내·고지등 정보전달의 목적으로 발행되는 간행물
2. 컴퓨터등의 전자장치에 의하여 문자등의 정보를 보거나 듣거나 읽을 수 있도록 제작된 전자적 기록매체로서 동일한 제호로 계속 제작되는 간행물
3. 월 1회이하 발행되는 간행물중 제책되지 아니한 간행물

선거관리위원회법(2002. 1. 19. 법률 제6622호로 개정된 것) 제14조의2(선거법위반행위에 대한 중지·경고등) 각급선거관리위원회의 위원·직원은 직무수행중에 선거법위반행위를 발견한 때에는 중지·경고 또는 시정명령을 하여야 하며, 그 위반행위가 선거의 공정을 현저하게 해치는 것으로 인정되거나 중지·경고 또는 시정명령을 불이행하는 때에는 관할수사기관에 수사의뢰 또는 고발할 수 있다.

【참조판례】

1. 헌재 1994. 8. 31. 92헌마174, 판례집 6-2, 249
5. 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15

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

【당 사 자】

청 구 인 주식회사 오마이뉴스 대표이사 오연호

대리인 법무법인 정세 담당변호사 류홍섭 외 5인

피청구인 서울특별시 선거관리위원회 위원장

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 시민기자 회원이 참여하여 만드는 우리나라 최초의 인터넷신문으로서 국내의 신문방송 등 모든 언론매체를 통틀어 영향력 8위를 기록한 바 있는 인터넷 미디어인데, 2002년 대통령선거에 출마의사를 밝힌 민주당 대선 예비주자 7명에 대하여 2002. 2. 5.부터 2002. 2. 26.까지 “열린 인터뷰”를 기획하였다. 이에 대하여 피청구인은 2002. 2. 1. 청구인에게 ‘대통령선거 입후보예정자를 초청하여 인터뷰라는 명목으로 대담·토론회를 개최하는 행위 및 이를 생중계하거나 동영상물 등에 게시하여 불특정다수의 선거구민이 열람할 수 있도록 하는 행위는 공직선거및선거부정방지법 제254조(선거운동기간위반죄)에 위반된다’는 이유로 “열린 인터뷰”의 중지를 촉구하면서 위 행사를 개최할 경우 행사진행을 제지한다는 내용의 공문을 발송하였다. 그러나 청구인이 2002. 2. 5. “열린 인터뷰”를 감행하려 하자, 피청구인은 선거관리위원 50여명을 파견하여 청구인의 사무실을 에워싸고 토론예정자인 노무현 고문 및 다수의 시민기자들이 사무실에 출입하는 것을 저지하였다.

이에 청구인은 피청구인의 2002. 2. 1.자 ‘선거법위반행위에 대한 중지촉구’ 및 2002. 2. 5. ‘열린 인터뷰를 무산시킨 행위’는 청구인의 언론의 자유와 평등권 등을 침해한다는 주장으로 피청구인 행위의 위헌확인을 구하고자 2002. 2. 7. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 한편, 청구인은 2002. 2. 14. 주간지인 ‘오마이뉴스’를 발행하여 같은 달 19. 정기간행물로서 등록하였고, 이에 따라 공직선거및선거부정방지법 제82조의 규정에 의한 ‘언론기관’으로 인정되어 2002. 2. 20.부터 2002. 3. 5.까지 7차례 대선예비후보를 초청하여 열린 인터뷰를 개최하였다.

나. 심판의 대상

(1) 이 사건 심판의 대상은, 피청구인의 2002. 2. 1. ‘선거법위반행위에 대한 중지촉구’ 및 2002. 2. 5. ‘열린 인터뷰를 저지한 행위’가 청구인의 기본권을 침해하는지의 여부이다.

(2) 위 심판대상행위와 관련되는 법률조항들의 규정내용은 다음과 같다.

공직선거및선거부정방지법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정된 것. 이하 “공선법”이라 한다)

제59조(선거운동기간) 선거운동은 당해 후보자의 등록이 끝난 때부터 선거일 전일까지에 한하여 이를 할 수 있다.

제82조(언론기관의 후보자 등 초청 대담·토론회) ① 텔레비전 및 라디오 방송시설[제70조(방송광고) 제1항의 규정에 의한 방송시설을 말한다. 이하 이 조에서 같다]·정기간행물의등록등에관한법률에 의한 일반일간신문사 등 언론기관(이하 이 조에서 “언론기관”이라 한다)은 선거운동기간 중 후보자 또는 대담·토론자(후보자가 선거운동을 할 수 있는 자 중에서 지정하는 자를 말한다)에 대하여 후보자의 승낙을 받아 1인 또는 수인을 초청하여 소속정당의 정강·정책이나 후보자의 정견 기타사항을 알아보기 위한 대담·토론회를 개최하고 이를 보도할 수 있다. 다만, 제59조(선거운동기간)의 규정에 불구하고 대통령선거에 있어서는 선거일 전 120일부터, 국회의원선거 또는 시·도지사선거에 있어서는 선거일 전 60일부터 선거기간개시일 전일까지 후보자가 되고자 하는 자를 초청하여 대담·토론회를 개최하고 이를 보도할 수 있다. 이 경우 방송시설이 대담·토론회를 개최하고 이를 방송하고자 하는 때에는 내용을 편집하지 않은 상태에서 방송하여야 하며, 대담·토론회의 방송일시와 진행방법 등을 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 따라 관할선거구선거관리위원회에 통보하여야 한다.

② 내지 ④ 생략

제254조(선거운동기간위반죄) ① 생략

② 선거운동기간 전에 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 한 자는 이 법에 다른 규정이 있는 경우를 제외하고는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 및 2. 생략

3. 정견발표회·좌담회·토론회·향우회·동창회 또는 반상회 기타의 집회를 개최하여 선거운동을 하거나 하게 한 자

4. 및 5. 생략

정기간행물의등록등에관한법률(2002. 1. 26. 법률 제6627호로 개정된 것. 이하 “정간법”이라 한다)

제2조(용어의 정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “정기간행물”이라 함은 동일한 제호로 년 2회 이상 계속적으로 발행하는 신문·통신·잡지 기타 간행물을 말한다.

2. 내지 8. 생략

9. “기타 간행물”이라 함은 제2호 내지 제8호 외의 간행물로서 대통령령이 정하는 간행물을 말한다.

정기간행물의등록등에관한법률시행령(1999. 6. 30. 대통령령 제16440호로 개정된 것) 제1조의2(기타 간행물) 정기간행물의등록등에관한법률(이하 “법”이라 한다) 제2조 제9호에서 “대통령령이 정하는 간행물”이라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 것을 말한다.

1. 생략

2. 컴퓨터 등의 전자장치에 의하여 문자 등의 정보를 보거나 듣거나 읽을 수 있도록 제작된 전자적 기록매체로서 동일한 제호로 계속 제작되는 간행물

선거관리위원회법(2002. 1. 19. 법률 제6622호로 개정된 것) 제14조의2(선거법위반행위에 대한 중지·경고 등) 각급선거관리위원회의 위원·직원은 직무수행중에 선거법위반행위를 발견한 때에는 중지·경고 또는 시정명령을 하여야 하며, 그 위반행위가 선거의 공정을 현저하게 해치는 것으로 인정되거나 중지·경고 또는 시정명령을 불이행하는 때에는 관할수사기관에 수사의뢰 또는 고발할 수 있다.

2. 청구인의 주장과 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장 요지

(1) 피청구인의 ‘선거법위반행위에 대한 중지촉구’는 그 내용과 형식이 ‘협조요청’ 또는 ‘안

내'로 되어 있어 이를 직접 소송물로 하여 법원에 권리구제절차를 밟는 것이 불가능하며, '열린 인터뷰를 저지한 행위'는 헌법소원심판청구의 대상이 되는 권력적 사실행위에 해당한다.

(2) 청구인에 대한 침해행위는 이미 종료되어 일응 주관적 권리보호이익은 소멸하였다 할 것이나, 청구인뿐만 아니라 다른 사이버매체에서도 '열린 인터뷰'와 유사한 대담·토론회가 앞으로도 계속 이어질 것을 충분히 예상할 수 있어 침해행위가 장래에도 반복될 위험이 있으며, 당해 분쟁의 해결은 헌법적으로 해명되어야 할 중대한 의미가 있으므로, 심판청구의 이익이 인정된다.

(3) 피청구인이 이 사건 공권력행사의 법적 근거로 공선법 제254조(선거운동기간위반죄)를 들고 있으나, 위 법규정에 의하더라도 청구인이 개최하려는 '열린 인터뷰'가 '사전선거운동'에 해당하는지 명확하지 않으며, 피청구인의 공권력행사는 사실상으로는 '청구인은 정간법에 의한 언론기관이 아니므로 대선예비후보를 상대로 하는 대담·토론회를 개최할 수 없다'는 견해에 기인하는 것이다.

(4) 정간법 제2조 제9호 및 동법 시행령 제1조의2 제2호에 의하여 청구인은 정간법상 언론에 해당함이 명백하다. 정간법상 등록이 되어 있는지의 여부에 따라 헌법상의 기본권인 언론자유 보장여부가 결정될 수는 없다. 따라서 피청구인이 청구인에 대하여 단지 등록을 하지 않았다는 이유로 정간법상의 언론기관이 아니라고 하여, 공선법 제82조의 규정에 따른 '후보자 등 초청대담·토론회'를 개최할 수 없다고 자의적으로 해석함으로써, 이 사건 공권력의 행사에 이른 것은, 언론의 자유의 본질적 내용을 침해하는 위헌적인 행위이다.

(5) 피청구인은 자의적인 법해석에 기초하여 다른 신문·방송들이 대선예비후보를 초청하여 대담·토론회를 개최하는 것은 언론자유 본질적 내용을 이룬다는 이유로 허용하면서, 청구인과 같은 인터넷신문에 대하여는 언론기관이 아니라는 이유로 공선법 제254조의 사전선거운동위반죄를 적용하여 불허하는 것은 합리적인 이유없이 청구인을 차별하는 것으로 평등권에 위반된다.

(6) 이 사건 공권력의 행사는 청구인의 취재 및 보도를 방해하는 것으로 청구인의 직업수행의 자유를 제한하는 것이다. 공선법의 어디에도 선관위위원들이 이른바 물리적인 수단을 사용하여 토론회 자체를 무산시켜도 된다는 권한을 부여받은 바가 없는데도, 피청구인이 자신의 권한을 남용하여 이 사건 공권력의 행사에 이른 것은 직업수행의 자유에 대한 과도한 제한으로서 과잉금지원칙에 위반되어 위헌이다.

나. 문화관광부장관의 의견

(1) 청구인이 헌법소원을 제기할 당시에는 정기간행물을 발행하지 않고 인터넷에서만 뉴스를 제작·게재하였으나, 그 이후 주간지인 ‘오마이뉴스’를 발행하여 2002. 2. 14. 정간법상의 정기간행물로서 등록하였고, 이에 따라 청구인은 대선 예비후보와의 인터뷰를 2002. 2. 20. 실시한 바 있다. 따라서 이 사건의 경우 청구인의 정기간행물등록으로 인하여 대선 예비후보와의 인터뷰가 가능해지는 등 청구인이 주장하는 기본권의 침해가 종료됨으로써 심판청구의 권리보호이익이 없다고 할 것이다.

(2) 인터넷매체는 정간법상의 정기간행물 등록대상이 아니다. 그러므로 그 동안 인터넷에서만 보도기능을 하는 인터넷매체의 경우 등록절차를 거칠 필요 없이 자유롭게 활동하였다. 정간법시행령 제1조의2 제2호에서 규정하는 정기간행물은 씨디 롬(CD-ROM), 브이티알 테이프(VTR Tape) 등을 의미하는 것으로 인터넷에서 보도·논평하는 것은 이에 포함되지 않는다.

다. 서울특별시 선거관리위원회 위원장의 의견

(1) 청구인이 사실상 언론기능을 수행하고 있다고 하더라도 정간법상 간행물로 등록되어 있지 않으므로, 청구인은 후보자 등을 초청하여 대담·토론회를 개최할 수 있는 공선법 제82조의 “언론기관”에 해당하지 않는다. 따라서 청구인이 후보자 등 초청 대담·토론회를 개최할 수 없도록 한 피청구인의 행위가 직업수행의 자유를 침해한다는 주장은 이유 없다.

(2) 청구인이 개최하려는 ‘열린 인터뷰’는 언론기관의 취재·보도활동이 아닌 ‘단체의 후보자 등 초청 대담·토론회’에 해당하며, 공선법 제81조의 규정에 의하면 단체의 후보자 등 초청 대담·토론회는 선거기간 중에만 가능하므로, 누구든지 위와 같은 행사를 선거기간 전에 개최하는 것은 사전선거운동에 해당하는 것이다.

(3) 선거관리위원회는 선거관리위원회법 제14조의2(선거법위반행위에 대한 중지·경고 등)에 의하여 선거법위반행위 현장에서 단속활동을 하면서 위반행위중지요청에 당사자가 불응하는 경우에는 필요한 범위 내에서 현장제지 조치를 취하여 선거질서를 유지하여 왔는데, 이는 선거범죄에 대한 사후적 조치만으로는 공정한 선거관리가 어렵기 때문에 공명선거의 보장이라는 공공의 복리를 위한 불가피한 행위에 해당하는 것으로 과잉금지원칙에 위반되는 것이라고 할 수 없다.

(4) 청구인과 같이 정간법상 언론기관이 아닌 언론매체는 그 설립이나 활동이 규제를 받지 아니하며 공정보도의무가 부여되지 아니하고, 보도·논평의 내용에 대해서도 심의나 피해구제절차를 두고 있지 않으며, 공선법에서도 언론기관에 적용되는 여러 가지 제한규

정의 적용을 받지 않는다. 따라서 정간법상의 언론기관과 언론기관이 아닌 자를 공선법상 달리 취급한다 하더라도 이는 합리적인 차별에 기인하는 것이다.

3. 판 단

가. 청구인의 ‘후보자 등 초청 대담·토론회’와 관련된 법률조항

공선법에 의하면 선거운동은 후보자의 등록이 끝난 때부터 선거일 전일까지인 선거운동기간 중에만 할 수 있으며(제59조), 선거운동기간 전에 좌담회, 토론회 등을 개최하여 선거운동을 한 자는 처벌을 받도록 규정하고 있다(제254조 제2항 제3호). 다만 텔레비전 및 라디오방송, 정간법에 의한 언론기관은 선거운동기간 중은 물론이고, 대통령선거에 있어서는 선거일 전 120일부터 후보자를 초청하여 대담·토론회를 개최하고 이를 보도할 수 있다(공선법 제82조). 그러나 공선법 제82조의 언론기관에 해당하지 않는 단체는 선거운동기간 중에만 후보자를 초청하여 대담·토론회를 개최할 수 있다(공선법 제81조 제1항).

한편, 공선법 제82조의 규정은 대통령선거에 있어서는 선거일 전 120일부터 ‘언론기관의 후보자 등 초청 대담·토론회’를 허용하고 있으나, 중앙선거관리위원회는 대통령선거와 관련한 언론기관의 취재·보도활동은 언론의 자유의 본질적 내용이라는 이유로 선거일 전 120일 전에도 ‘언론기관의 후보자 등 초청 대담·토론회’가 허용되는 것으로 위 규정을 해석하여 이와 같은 내용의 결정을 각 언론사에 통지함으로써, 위 법 제82조의 ‘언론기관’에 해당하는 신문과 방송에 대해서는 이 사건 헌법소원이 제기될 당시에도 ‘후보자 등 초청 대담·토론회’를 허용하였다(2002. 1. 21. 중앙선거관리위원회의 관련보도자료 참조).

나. 피청구인의 ‘선거법위반행위에 대한 중지촉구’가 ‘공권력의 행사’에 해당하는지의 여부

청구인은 이 사건 심판청구를 통하여 피청구인의 2가지 행위, 즉 ‘선거법위반행위에 대한 중지촉구’ 및 ‘열린 인터뷰 방해행위’의 위헌확인을 구하고 있다. 피청구인의 ‘열린 인터뷰 방해행위’가 권력적 사실행위로서 공권력의 행사에 해당함이 분명하나, 피청구인의 2002. 2. 1.자 “중지촉구” 공문이 헌법재판소법 제68조 제1항의 ‘공권력의 행사’에 해당하는지에 관하여는 의문의 여지가 있다.

(1) 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판을 청구하기 위해서는 ‘공권력의 행사 또는 불행사로 인한 기본권침해의 가능성’이 있어야 한다. 따라서 헌법소원의 심판대상인 “공권력의 행사”는 국민의 권리와 의무에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시켜야 하고 청구인의 법적 지위를 그에게 불리하게 변화시키기에 적합해야 한다(헌재 1994. 8.

31. 92헌마174, 판례집 6-2, 249, 264 참조). 공권력의 행사가 법률효과를 발생시키지 않는다면 청구인에게 아무런 부담을 가할 수 없으며, 이에 따라 청구인은 기본권의 침해를 주장할 수 없는 것이다. 그러므로 국가기관간의 내부적 행위나 행정청의 지침, 의견진술, 행정규칙 등은 법적 구속력이나 외부효과가 결여되어 있기 때문에, 공권력의 행사에 해당하지 않는다.

(2) 피청구인이 2002. 2. 1. 발송한 ‘선거법위반행위에 대한 중지촉구’ 공문은 첫째, ‘열린 인터뷰’를 개최하는 행위가 공선법 제254조에 위반된다는 것을 안내하면서, 둘째, 위 행사를 개최할 경우 선거법위반행위로 엄중 대처할 것을 알리면서 청구인의 협조를 구하는 내용을 담고 있다.

피청구인의 위 공문은 그 형식에 있어서 ‘안내’ 또는 ‘협조요청’이라는 표현을 사용하고 있으며, 또한 그 내용에 있어서도 청구인이 계획하는 행위가 공선법에 위반된다는, 현재의 법적 상황에 대한 행정청의 의견을 단지 표명하면서, 청구인이 공선법에 위반되는 행위를 하는 경우 피청구인이 취할 수 있는 조치를 통고하고 있을 뿐이다. 비록 피청구인의 ‘중지촉구’ 공문에 ‘청구인이 법률에 위반하는 경우 피청구인이 청구인에게 불리한 조치를 취할 것’을 통고하는 내용을 담고 있다 하더라도, 피청구인의 ‘중지촉구’ 서한은 행정청의 단순한 의견진술로서, 이로 인하여 그 법적 성격이 달라지는 것은 아니다.

따라서 피청구인의 2002. 2. 1.자 ‘중지촉구’ 공문은 국민에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시키지 않는 단순한 권고적, 비권력적 행위로서, 헌법소원의 심판대상이 될 수 있는 ‘공권력의 행사’에 해당하지 않으므로, ‘선거법위반행위에 대한 중지촉구’에 대한 이 사건 심판청구는 부적법하다.

다. ‘열린 인터뷰 방해행위’에 대한 심판청구와 관련하여 권리보호이익이 존재하는지의 여부

기록에 의하면 청구인이 이 사건 심판청구를 한 후 사후적으로 열린 인터뷰를 개최하였으므로, 심판대상인 ‘열린 인터뷰 방해행위’의 위헌여부를 가릴 실익이 있는지의 문제가 제기된다.

(1) 헌법소원제도는 국민의 기본권침해를 구제해 주는 제도이므로 그 제도의 목적상 권리보호의 이익이 있는 경우에만 이를 제기할 수 있으며, 헌법소원이 비록 적법하게 제기되었더라도 권리보호이익은 헌법재판소의 결정 당시에도 존재해야 한다. 그러므로 헌법소원 심판청구 당시 권리보호의 이익이 인정되더라도, 심판계속 중에 사실관계 또는 법률관계의 변동으로 말미암아 청구인이 주장하는 기본권의 침해가 종료된 경우에는, 원칙적으로 권리보호이익이 없으므로 헌법소원을 부적법한 것으로 보아 각하하게 된다.

이 사건 심판청구를 통하여 청구인이 구하고자 하는 바는 피청구인의 행위에 대한 위헌

결정을 통하여 청구인이 의도하는 ‘열린 인터뷰’를 개최하고자 하는 것인데, 청구인은 이 사건 헌법소원심판을 청구할 당시에는 인터넷 상에서만 뉴스를 제작·게재하였으나, 그 이후 격주간으로 출판되는 주간지인 ‘오마이뉴스’를 발행하여 2002. 2. 14. 정간법상의 정기간행물로서 등록절차를 마침으로써, 청구인은 2002. 2. 20.부터 2002. 3. 5.까지 7차례 대선예비후보를 초청하여 열린 인터뷰를 개최하였으므로, 헌법소원심판청구를 통하여 달성하고자 하는 주관적 목적을 이미 달성하였다.

그러므로 이 경우는 기본권의 침해 받은 자가 그 구제를 받기 위하여 헌법소원심판을 청구한 뒤 사실관계의 변화로 말미암아 기본권의 침해행위가 배제되어 청구인이 더 이상 기본권을 침해받고 있지 아니한 때에 해당하므로, 적어도 청구인의 주관적 권리구제를 위해서는 본안에 관하여 심판의 이익이 없다고 보아야 할 것이다.

(2) 한편, 헌법소원제도는 개인의 권리구제절차일 뿐만 아니라 객관적인 헌법질서의 보장기능도 가지므로 헌법소원 심판청구가 청구인의 주관적 권리구제에 도움이 되지는 아니한다 하더라도, 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 그 심판대상에 대한 위헌여부의 해명이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 중요한 의미를 가지고 있는 경우에는, 심판청구의 이익을 인정하여 이미 종료한 침해행위가 위헌이었음을 확인할 수 있다(헌재 1992. 1. 28. 92헌마11 결정 등 ; 헌재 1991. 7. 8. 89헌마181, 판례집 3, 356, 367 ; 1997. 11. 27. 94헌마60, 판례집 9-2, 675, 688 참조).

(가) 행정청이 법률을 단순히 잘못 해석·적용함으로써 결과적으로 국민의 기본권을 침해하였다고 하여, 행정청의 그러한 행위가 모두 헌법소원의 대상이 되는 것은 아니다. 만일 그러한 경우도 헌법소원의 대상이 된다면, 오늘날 다수의 법률이 국민의 기본권을 제한하는 법률이고, 침익적(侵益的) 법률을 청구인에게 불리하게 잘못 해석·적용하는 것은 필연적으로 청구인 기본권의 침해를 결과로 가져온다는 점에서, 결국 헌법재판소는 법률의 거의 모든 해석과 적용에 대하여 그 타당성을 심사해야 할 것이다. 그러나 사실관계의 확정과 평가, 법률을 해석하고 개별사건에 구체적으로 적용하는 것은 법원의 고유한 과제로서, 헌법재판소에 의한 심사의 대상이 아니다.

행정청은 법률, 특히 사법상의 일반조항, 불확정 법개념이나 행정청의 재량행사규정 등을 해석을 통하여 구체화하는 과정에서 기본권을 비롯한 헌법의 기본결정을 내용적 지침으로서 고려해야 하는데, 법 적용기관이 법률에 미치는 헌법의 영향을 간과하거나 또는 오인하여 소송당사자에게 불리하게 판단함으로써 헌법의 정신을 고려하지 않은 법적용을 통하여 그의 기본권을 침해한다면, 바로 이러한 경우에 법률의 해석·적용은 헌법재판소의 심사대상이 되는 것이다. 그러나 행정청이 법률을 잘못 해석·적용하였는지의 여부가 헌법에 의해서가 아니라 적용된 법률에 근거하여 판단된다면, 즉 헌법이 아니라 법률이 행정청에 의한 해석·적용의 타당성을 심사하는 규범이 된다면, 이 경우 법률의 해석·적용

에 대한 판단은 법원의 관할에 속하는 것이다.

(나) 청구인의 청구취지와 청구이유를 종합하여 보건대, 청구인이 이 사건 심판청구를 통하여 다투고자 하는 것은, ‘행정청이 적용법률의 해석에 있어서 법규정에 미치는 기본권의 효력을 간과하거나 오해함으로써 법규정을 위헌적으로 해석·적용하였는가’ 하는 행정청 행위 자체의 위헌성에 관한 판단이 아니라, ‘청구인이 개최하려는 열린 인터뷰가 사전선거운동에 해당하는가’, ‘인터넷 신문인 청구인이 정간법 제2조 제9호 및 동법시행령 제1조의2 제2호에 의하여 정간법상의 언론기관에 해당하는가’, 이로써 ‘청구인이 후보자를 초청하여 대담·토론회를 개최할 수 있는 공선법 제82조의 언론기관에 해당하는가’, 나아가 ‘피청구인이 물리적 수단을 이용하여 청구인의 열린 인터뷰를 무산시킨 것이 법률이 정한 피청구인의 권한을 남용한 것인가’에 관한 판단이라고 할 수 있다.

그러나 이러한 판단은 헌법상 보장된 기본권인 정치적 표현의 자유나 언론의 자유에 비추어 선거운동을 제한하는 법률규정을 해석하는 문제라기 보다는 공선법상의 선거운동을 규율하는 여러 조항들을 체계적으로 고려하여 ‘사전선거운동’의 개념과 범위를 정하는 문제라고 할 수 있고, 마찬가지로 정간법상의 ‘정기간행물’의 개념과 범위를 정하는 문제, 법률에 의하여 부여받은 피청구인 ‘권한’의 범위와 한계를 정하는 문제, 즉 단순히 법률의 해석과 적용의 문제인 것이다. 그런데 이러한 판단은 헌법재판소의 관할이 아니라 일차적으로 법원의 과제에 속하는 것이다. 다시 말하자면, 피청구인이 법률을 잘못 해석·적용하였는지의 여부가 헌법규범이 아닌 적용된 법률에 근거하여 판단된다는 점에서, 청구인은 이 사건 헌법소원 심판청구를 통하여 피청구인 행위의 위헌성을 문제삼는 것이 아니라, 단지 피청구인 행위가 법률이 정한 바에 부합하는가 하는 위법성을 문제삼고 있는 것이다.

(3) 이러한 점에서 볼 때, 이 사건 심판청구는 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 위헌여부의 해명이 헌법적으로 중요한 의미를 지니고 있는 경우라고 볼 수 없으므로, 권리보호이익이 없어 부적법하다. 설사 유사한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있다 하더라도, 공권력행사의 위헌성이 아니라 단지 위법성이 문제되는 경우에는 공권력행사의 위헌여부를 확인할 실익이 없고, 이에 따라 심판청구의 이익이 부인된다고 할 것이다.

라. ‘열린 인터뷰 방해행위’의 근거가 되는 법률조항의 위헌성을 심사해야 하는지(‘부수적 규범통제’의 필요성)의 여부

(1) 헌법재판소법 제75조 제5항은 ‘위 법 제68조 제1항에 의한 헌법소원을 인용하는 경우 헌법재판소는 공권력의 행사가 위헌인 법률조항에 기인한 것이라고 인정될 때에는 인용

결정에서 당해 법률조항이 위헌임을 선고할 수 있다'고 하여, 소위 '부수적 규범통제'를 규정하고 있다. 따라서 행정청 행위의 위헌성이 위헌적인 법률에 기인한다고 판단된다면, 헌법재판소는 행정청 행위의 근거가 되는 법률조항의 위헌성을 확인함으로써 그를 적용한 행정청 행위의 위헌성을 확인할 수 있는 것이다.

그러므로 청구인이 주장하는 피청구인 행위의 위헌성은 피청구인 행위의 근거가 된 법률의 위헌성에 기인할 수도 있기 때문에, 피청구인 행위의 법적 근거가 되는 법률조항의 위헌성을 심사해야 하는지가 문제된다.

(2) 청구인은 '피청구인의 행위가 비록 외형적으로는 공선법 제59조 및 제254조에 근거하지만, 실질적으로는 선거운동기간 전에도 언론기관에게 후보자의 초청 대담·토론회를 허용하는 공선법 제82조를 청구인에게 불리하게 잘못 적용함으로써 청구인을 다른 언론기관과의 관계에서 자의적으로 차별한 것에 기인한다'고 주장한다. 만일 피청구인 행위의 근거가 되는 규정이 공선법 제82조라면, 위 규정이 오늘의 변화한 언론환경을 고려하지 아니하고 기존의 언론매체인 텔레비전·라디오방송, 일간신문사 등에게만 선거운동기간 전에 후보자의 초청 대담·토론회를 허용하면서 인터넷 신문을 배제하고 있다는 점에서 이 사건 헌법소원을 통하여 해명되어야 하는 헌법적으로 중요한 문제가 존재한다고 볼 수 있고, 이에 따라 위 규정의 위헌성에 대하여 판단해야 할 필요성이 있다고 할 수 있다.

그러나 공선법 제82조 제1항 단서규정에 의하여 2002. 12.에 실시된 대통령선거에서 법률상 언론기관의 후보자초청 대담·토론회는 선거일 전 120일(2002. 8. 21.)부터 허용된다는 점을 고려할 때, 피청구인의 행위시(2002. 2. 5.)에는 청구인뿐만 아니라 다른 모든 언론기관에게도 대선후보의 인터뷰를 하는 것은 법률상 허용되지 않으므로, 이 사건의 경우 공선법 제82조가 2002. 2. 5.의 피청구인 행위의 근거법률로서 적용될 여지가 없는 것이다. 물론, 중앙선거관리위원회는 공선법 제82조의 단서규정의 해석을 통하여 선거일 전 120일 이전에도 언론기관에 대하여 후보자초청 대담·토론회를 허용한다는 내용의 공문을 각 방송사에 통보하였다고 하나, 위 단서규정은 언론기관의 후보자 등 초청 대담·토론회가 허용되는 기간을 명확하게 일의적으로 확정하는 규정으로서 달리 해석의 여지나 재량행사의 여지가 없는 규정이다.

(3) 따라서 이 사건 공권력행사의 근거가 된 법률조항은 사전선거운동을 금지하는 공선법 제59조 및 제254조이고, 위 규정의 위헌여부에 관하여는 헌법재판소가 1994. 7. 29. 93헌가 4등 결정 및 2001. 8. 30. 2000헌마121등 결정에서 합헌으로 판단한 바 있어 이미 헌법적으로 해명이 되었으므로, '피청구인 행위의 위헌성이 그 행위의 근거가 된 법률의 위헌성에 기인하는지'에 관한 판단을 할 필요도 없다고 할 것이다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구 중 피청구인의 2002. 2. 1. ‘선거법위반행위에 대한 중지촉구’에 대한 심판청구는 공권력의 행사에 해당하지 않으므로 부적법하고, 2002. 2. 5. ‘열린 인터뷰를 저지한 행위’에 대한 심판청구는 권리보호이익이 없어 부적법하므로, 이에 이 사건 심판청구를 각하하기로 하여 관여한 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 김영일 권 성 김효종 김경일 송인준 주선회(주심)

3

선관위에 제출한 진정의 종결처분이 공권력의 행사에 해당 하는지 여부

■ 진정사건 혐의없음처분 취소, 2006. 12. 19. 2006헌마1335) ■

청 구 인 이 ○ 옥

- 피청구인 1. 원주시선거관리위원회 위원장 고 영 구
2. 원주시선거관리위원회 사무국장 원 양 호

주 문

이 사건 심판청구를 각하한다.

이 유

1. 사건의 개요

이 사건 기록 및 헌법재판소 2006헌마1276 불기소처분취소 헌법소원심판사건 기록에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

청구인은 2006. 5. 31. 지방선거에서 원주시장으로 당선된 김○열 등 원주시청 공무원 12인에 대하여 사기, 공직선거및선거부정방지법위반, 직무유기 등의 혐의사실로 원주시선거관리위원회에 진정하였으나, 위 위원회로부터 혐의없음의 회신을 받자, 2006. 11. 27. 위 위원회의 회신으로 말미암아 헌법상 기본권이 침해되었다고 주장하며 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다.

2. 판 단

진정은 그 자체가 법률의 규정에 따른 법률상의 권리행사로 인정되는 것이 아니고 진정을 기초로 하여 수사소추기관의 적의 처리를 요망하는 의사표시에 지나지 아니한 것이므로, 진정에 따라 이루어진 진정사건의 종결처리는 구속력이 없는 진정사건에 대한 수사기

관의 내부적 사건처리방식에 지나지 않는바, 진정인은 그 처리결과에 대하여 불만이 있으면 따로 고소나 고발을 할 수 있고 진정사건의 종결은 진정인의 권리행사에 아무런 영향을 미치는 것이 아니라는 점에서 진정종결처분은 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력의 행사라고 할 수 없다(헌재 1990. 12. 26. 89헌마277, 판례집 2, 474 등 참조). 이 사건 헌법소원심판청구는 헌법소원의 대상이 되지 못하는 진정종결처분에 대한 것으로 부적법하다 할 것이다.

3. 결 론

그렇다면 청구인의 이 사건 심판청구는 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없는 경우에 해당하므로 헌법재판소법 제72조 제3항 제4호에 의하여 이를 각하하기로 하여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

2006. 12. 19.

재판장 재판관 주 선 회

재판관 조 대 현

재판관 민 형 기

4

공직선거법 제9조·제60조 등 위반행위와 관련한 대통령 탄핵심판

■ 대통령(노무현) 탄핵, 2004. 5. 14. 2004헌나1 ■

【판시사항】

1. 탄핵심판절차에서의 헌법재판소에 의한 판단의 대상
2. 국회의 탄핵소추절차에 적법절차원칙을 직접 적용할 수 있는지 여부(소극)
3. 헌법 제65조의 탄핵심판절차의 본질
4. 헌법 제65조의 탄핵사유의 의미
5. 선거에서의 공무원의 정치적 중립의무의 헌법적 근거
6. 대통령이 공직선거및선거부정방지법(이하 '공선법'이라 한다) 제9조의 '공무원'에 해당 하는지 여부(적극)
7. 기자회견에서 특정정당을 지지한 대통령의 발언이 공무원의 정치적 중립의무에 위반되 는지 여부(적극)
8. 기자회견에서 특정정당을 지지한 대통령의 발언이 공무원의 선거운동금지를 규정하는 공선법 제60조에 위반되는지 여부(소극)
9. 헌법을 준수하고 수호해야 할 대통령의 의무
10. 중앙선거관리위원회의 선거법위반 결정에 대한 대통령의 행위가 헌법에 위반되는지 여부(적극)
11. 재신임 국민투표를 제안한 행위가 헌법에 위반되는지 여부(적극)
12. 대통령 측근의 권력형 부정부패와 관련하여 대통령의 법위반이 인정되는지 여부 (소극)
13. 불성실한 직책수행과 경솔한 국정운영으로 인한 정국의 혼란 및 경제파탄이 탄핵심판 절차의 판단대상이 되는지 여부(소극)

14. 헌법재판소법 제53조 제1항의 '탄핵심판청구가 이유 있는 때'란 중대한 법위반의 경우에 한정되는지 여부(적극)
15. '법위반의 중대성'에 관한 판단 기준
16. 대통령의 구체적인 법위반행위에 있어서 헌법질서에 역행하고자 하는 적극적인 의사를 인정할 수 없는 이 사건의 경우 파면결정을 할 것인지 여부(소극)
17. 탄핵심판절차에서 소수의견을 밝힐 수 있는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 헌법재판소는 사법기관으로서 원칙적으로 탄핵소추기관인 국회의 탄핵소추의결서에 기재된 소추사유에 의하여 구속을 받는다. 따라서 헌법재판소는 탄핵소추의결서에 기재되지 아니한 소추사유를 판단의 대상으로 삼을 수 없다. 그러나 탄핵소추의결서에서 그 위반을 주장하는 '법규정의 판단'에 관하여 헌법재판소는 원칙적으로 구속을 받지 않으므로, 청구인이 그 위반을 주장한 법규정 외에 다른 관련 법규정에 근거하여 탄핵의 원인이 된 사실관계를 판단할 수 있다. 또한, 헌법재판소는 소추사유의 판단에 있어서 국회의 탄핵소추의결서에서 분류된 소추사유의 체계에 의하여 구속을 받지 않으므로, 소추사유를 어떠한 연관관계에서 법적으로 고려할 것인가의 문제는 전적으로 헌법재판소의 판단에 달려있다.
2. 적법절차원칙이란, 국가공권력이 국민에 대하여 불이익한 결정을 하기에 앞서 국민은 자신의 견해를 진술할 기회를 가짐으로써 절차의 진행과 그 결과에 영향을 미칠 수 있어야 한다는 법원리를 말한다. 그런데 이 사건의 경우, 국회의 탄핵소추절차는 국회와 대통령이라는 헌법기관 사이의 문제이고, 국회의 탄핵소추의결에 의하여 사인으로서의 대통령의 기본권이 침해되는 것이 아니라, 국가기관으로서의 대통령의 권한행사가 정지되는 것이다. 따라서 국가기관이 국민과의 관계에서 공권력을 행사함에 있어서 준수해야 할 법원칙으로서 형성된 적법절차의 원칙을 국가기관에 대하여 헌법을 수호하고자 하는 탄핵소추절차에는 직접 적용할 수 없다고 할 것이고, 그 외 달리 탄핵소추절차와 관련하여 피소추인에게 의견진술의 기회를 부여할 것을 요청하는 명문의 규정도 없으므로, 국회의 탄핵소추절차가 적법절차원칙에 위배되었다는 주장은 이유 없다.
3. 헌법 제65조는 행정부와 사법부의 고위공직자에 의한 헌법위반이나 법률위반에 대하여 탄핵소추의 가능성을 규정함으로써, 그들에 의한 헌법위반을 경고하고 사전에 방지하는 기능을 하며, 국민에 의하여 국가권력을 위임받은 국가기관이 그 권한을 남용하여

헌법이나 법률에 위반하는 경우에는 다시 그 권한을 박탈하는 기능을 한다.

즉, 공직자가 직무수행에 있어서 헌법에 위반한 경우 그에 대한 법적 책임을 추궁함으로써, 헌법의 규범력을 확보하고자 하는 것이 바로 탄핵심판절차의 목적과 기능인 것이다.

4. 헌법 제65조에 규정된 탄핵사유를 구체적으로 살펴보면, '직무집행에 있어서'의 '직무'란, 법제상 소관 직무에 속하는 고유 업무 및 통념상 이와 관련된 업무를 말한다. 따라서 직무상의 행위란, 법령·조례 또는 행정관행·관례에 의하여 그 지위의 성질상 필요로 하거나 수반되는 모든 행위나 활동을 의미한다. 헌법은 탄핵사유를 "헌법이나 법률에 위배한 때"로 규정하고 있는데, '헌법'에는 명문의 헌법규정뿐만 아니라 헌법재판소의 결정에 의하여 형성되어 확립된 불문헌법도 포함된다. '법률'이란 단지 형식적 의미의 법률 및 그와 등등한 효력을 가지는 국제조약, 일반적으로 승인된 국제법규 등을 의미한다.
5. 선거에서의 공무원의 정치적 중립의무는 '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 제9조는 이러한 헌법적 요청을 구체화하고 실현하는 법규정이다.
6. 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.

7. 대통령이 특정 정당을 일방적으로 지지하는 발언을 함으로써 국민의 의사형성과정에 영향을 미친다면, 정당과 후보자들에 대한 정당한 평가를 기초로 하는 국민의 자유로

운 의사형성과정에 개입하여 이를 왜곡시키는 것이며, 동시에 지난 수 년간 국민의 신뢰를 얻기 위하여 꾸준히 지속해 온 정당과 후보자의 정치적 활동의 의미를 반감시킴으로써 의회민주주의를 크게 훼손시키는 것이다. 그런데 이 부분 대통령의 발언은 그 직무집행에 있어서 반복하여 특정 정당에 대한 자신의 지지를 적극적으로 표명하고, 나아가 국민들에게 직접 그 정당에 대한 지지를 호소하는 내용이라 할 수 있다.

따라서 선거에 임박한 시기이기 때문에 공무원의 정치적 중립성이 어느 때보다도 요청되는 때에, 공정한 선거관리의 공극적 책임을 지는 대통령이 기자회견에서 전 국민을 상대로, 대통령직의 정치적 비중과 영향력을 이용하여 특정 정당을 지지하는 발언을 한 것은, 대통령의 지위를 이용하여 선거에 대한 부당한 영향력을 행사하고 이로써 선거의 결과에 영향을 미치는 행위를 한 것이므로, 선거에서의 중립의무를 위반하였다.

8. 공선법 제58조 제1항은 '당선'의 기준을 사용하여 '선거운동'의 개념을 정의함으로써, '후보자를 특정할 수 있는지의 여부'를 선거운동의 요건으로 삼고 있다. 그러나 이 사건의 발언이 이루어진 시기인 2004. 2. 18.과 2004. 2. 24.에는 아직 정당의 후보자가 결정되지 아니하였으므로, 후보자의 특정이 이루어지지 않은 상태에서 특정 정당에 대한 지지발언을 한 것은 선거운동에 해당한다고 볼 수 없다.

뿐만 아니라, 여기서 문제되는 대통령의 발언들은 기자회견에서 기자의 질문에 대한 답변의 형식으로 수동적이고 비계획적으로 행해진 점을 감안한다면, 대통령의 발언에 선거운동을 향한 능동적 요소와 계획적 요소를 인정할 수 없고, 이에 따라 선거운동의 성격을 인정할 정도로 상당한 목적의사가 있다고 볼 수 없다. 그렇다면 피청구인의 발언이 특정 후보자나 특정 가능한 후보자들을 당선 또는 낙선시킬 의도로 능동적·계획적으로 선거운동을 한 것으로는 보기 어렵다.

9. 헌법 제66조 제2항 및 제69조에 규정된 대통령의 '헌법을 준수하고 수호해야 할 의무'는 헌법상 법치국가원리가 대통령의 직무집행과 관련하여 구체화된 헌법적 표현이다. '헌법을 준수하고 수호해야 할 의무'가 이미 법치국가원리에서 파생되는 지극히 당연한 것임에도, 헌법은 국가의 원수이자 행정부의 수반이라는 대통령의 막중한 지위를 감안하여 제66조 제2항 및 제69조에서 이를 다시 한번 강조하고 있다. 이러한 헌법의 정신에 의한다면, 대통령은 국민 모두에 대한 '법치와 준법의 상징적 존재'인 것이다.
10. 대통령이 현행법을 '관권선거시대의 유물'로 폄하하고 법률의 합헌성과 정당성에 대하여 대통령의 지위에서 공개적으로 의문을 제기하는 것은 헌법과 법률을 준수해야 할 의무와 부합하지 않는다. 물론, 대통령도 정치인으로서 현행 법률의 개선방향에 관한 입장과 소신을 피력할 수는 있으나, 어떠한 상황에서, 어떠한 연관관계에서 법률의 개정에 관하여 논의하는가 하는 것은 매우 중요하며, 이 사건의 경우와 같이, 대통령

이 선거법위반행위로 말미암아 중앙선거관리위원회로부터 경고를 받는 상황에서 그에 대한 반응으로서 현행 선거법을 폄하하는 발언을 하는 것은 법률을 존중하는 태도라고 볼 수 없는 것이다.

모든 공직자의 모범이 되어야 하는 대통령의 이러한 언행은 법률을 존중하고 준수해야 하는 다른 공직자의 의식에 중대한 영향을 미치고, 나아가 국민 전반의 준법정신을 저해하는 효과를 가져오는 등 법치국가의 실현에 있어서 매우 부정적인 영향을 미칠 수 있다. 결론적으로, 대통령이 국민 앞에서 현행법의 정당성과 규범력을 문제삼는 행위는 법치국가의 정신에 반하는 것이자, 헌법을 수호해야 할 의무를 위반한 것이다.

11. 국민투표는 직접민주주의를 실현하기 위한 수단으로서 '사안에 대한 결정' 즉, 특정한 국가정책이나 법안을 그 대상으로 한다. 따라서 국민투표의 본질상 '대표자에 대한 신임'은 국민투표의 대상이 될 수 없으며, 우리 헌법에서 대표자의 선출과 그에 대한 신임은 단지 선거의 형태로써 이루어져야 한다.

대통령이 자신에 대한 재신임을 국민투표의 형태로 묻고자 하는 것은 헌법 제72조에 의하여 부여받은 국민투표부의를 권한으로 행사하는 경우에 해당하는 것으로, 국민투표제도를 자신의 정치적 입지를 강화하기 위한 정치적 도구로 남용해서는 안 된다는 헌법적 의무를 위반한 것이다. 물론, 대통령이 위헌적인 재신임 국민투표를 단지 제안만 하였을 뿐 강행하지는 않았으나, 헌법상 허용되지 않는 재신임 국민투표를 국민들에게 제안한 것은 그 자체로서 헌법 제72조에 반하는 것으로 헌법을 실현하고 수호해야 할 대통령의 의무를 위반한 것이다.

12. 헌법 제65조 제1항은 '대통령...이 그 직무집행에 있어서'라고 하여, 탄핵사유의 요건을 '직무' 집행으로 한정하고 있으므로, 위 규정의 해석상 대통령의 직위를 보유하고 있는 상태에서 범한 법위반행위만이 소추사유가 될 수 있다. 썬앤문 및 대선캠프 관련 불법정치자금 수수 등에 관한 소추사유들은 피청구인이 2003. 2. 25. 대통령으로 취임하기 전에 일어난 사실에 바탕을 두고 있는 것이어서 대통령으로서의 직무집행과 무관함이 명백하므로, 탄핵사유에 해당하지 않는다. 피청구인이 대통령으로 취임한 후에 일어난 사실에 바탕을 두고 있는 측근비리에 관하여 보건대, 이 사건 변론절차에서 현출된 모든 증거에 의하더라도 피청구인이 위 최도술 등의 불법자금 수수 등의 행위를 지시·방조하였다거나 기타 불법적으로 관여하였다는 사실이 인정되지 않으므로 이를 전제로 한 이 부분 소추사유는 이유없다.
13. 헌법 제69조는 대통령의 취임선서의무를 규정하면서, 대통령으로서 '직책을 성실히 수행할 의무'를 언급하고 있다. 비록 대통령의 '성실한 직책수행의무'는 헌법적 의무에 해당하나, '헌법을 수호해야 할 의무'와는 달리, 규범적으로 그 이행이 관철될 수 있는

성격의 의무가 아니므로, 원칙적으로 사법적 판단의 대상이 될 수 없다고 할 것이다.

헌법 제65조 제1항은 탄핵사유를 '헌법이나 법률에 위배한 때'로 제한하고 있고, 헌법 재판소의 탄핵심판절차는 법적인 관점에서 단지 탄핵사유의 존부만을 판단하는 것이므로, 이 사건에서 청구인이 주장하는 바와 같은 정치적 무능력이나 정책결정상의 잘못 등 직책수행의 성실성여부는 그 자체로서 소추사유가 될 수 없어, 탄핵심판절차의 판단대상이 되지 아니한다.

14. 헌법재판소법은 제53조 제1항에서 "탄핵심판청구가 이유 있는 때에는 헌법재판소는 피청구인을 당해 공직에서 파면하는 결정을 선고한다."고 규정하고 있는데, 위 규정은 헌법 제65조 제1항의 탄핵사유가 인정되는 모든 경우에 자동적으로 파면결정을 하도록 규정하고 있는 것으로 문리적으로 해석할 수 있으나, 직무행위로 인한 모든 사소한 범위반을 이유로 파면을 해야 한다면, 이는 피청구인의 책임에 상응하는 헌법적 징벌의 요청 즉, 법익형량의 원칙에 위반된다. 따라서 헌법재판소법 제53조 제1항의 '탄핵심판청구가 이유 있는 때'란, 모든 범위반의 경우가 아니라, 단지 공직자의 파면을 정당화할 정도로 '중대한' 범위반의 경우를 말한다.
15. '범위반이 중대한지' 또는 '파면이 정당화되는지'의 여부는 그 자체로서 인식될 수 없는 것이므로, '범위반이 어느 정도로 헌법질서에 부정적 영향이나 해악을 미치는지의 관점'과 '피청구인을 파면하는 경우 초래되는 효과'를 서로 형량하여 탄핵심판청구가 이유 있는지의 여부 즉, 파면여부를 결정해야 한다.

한편, 대통령에 대한 파면결정은, 국민이 선거를 통하여 대통령에게 부여한 '민주적 정당성'을 임기 중 다시 박탈하는 효과를 가지며, 직무수행의 단절로 인한 국가적 손실과 국정 공백은 물론이고, 국론의 분열현상 즉, 대통령을 지지하는 국민과 그렇지 않은 국민간의 분열과 반목으로 인한 정치적 혼란을 가져올 수 있다. 따라서 대통령에 대한 파면효과가 이와 같이 중대하다면, 파면결정을 정당화하는 사유도 이에 상응하는 중대성을 가져야 한다.

'대통령을 파면할 정도로 중대한 범위반이 어떠한 것인지'에 관하여 일반적으로 규정하는 것은 매우 어려운 일이나, 대통령의 직을 유지하는 것이 더 이상 헌법수호의 관점에서 용납될 수 없거나 대통령이 국민의 신임을 배신하여 국정을 담당할 자격을 상실한 경우에 한하여, 대통령에 대한 파면결정은 정당화되는 것이다.

16. 이 사건에서 인정되는 대통령의 범위반이 헌법질서에 미치는 효과를 종합하여 본다면, 대통령의 구체적인 범위반행위에 있어서 헌법질서에 역행하고자 하는 적극적인 의사를 인정할 수 없으므로, 자유민주적 기본질서에 대한 위협으로 평가될 수 없다.

따라서 파면결정을 통하여 헌법을 수호하고 손상된 헌법질서를 다시 회복하는 것이 요청될 정도로, 대통령의 범위반행위가 헌법수호의 관점에서 중대한 의미를 가진다고 볼 수 없고, 또한 대통령에게 부여한 국민의 신임을 임기 중 다시 박탈해야 할 정도로 국민의 신임을 저버린 경우에 해당한다고도 볼 수 없으므로, 대통령에 대한 파면결정을 정당화하는 사유가 존재하지 않는다.

17. 헌법재판소법 제34조 제1항에 의하면 헌법재판소 평의는 공개하지 아니하도록 되어 있다. 그러므로 개별 재판관의 의견을 결정문에 표시하기 위해서는 이와 같은 평의의 비밀에 대해 예외를 인정하는 특별규정이 있어야만 가능한데, 탄핵심판에 관해서는 평의의 비밀에 대한 예외를 인정하는 법률규정이 없다. 따라서 이 탄핵심판사건에 관해서도 재판관 개개인의 개별적 의견 및 그 의견의 수 등을 결정문에 표시할 수는 없다.

그러나 위의 견해에 대하여, '동법 제36조 제3항은 탄핵심판에 있어 의견을 표시할지 여부를 관여한 재판관의 재량판단에 맡기는 의미로 해석해야 할 것이므로 반대의견도 표시할 수 있다'는 견해가 있었다.

【참조조문】

헌법 제7조 제1항, 제10조, 제41조 제1항, 제46조 제2항, 제52조, 제53조 제2항, 제63조, 제65조, 제66조, 제67조 제1항, 제69조, 제72조, 제78조, 제116조 제1항

헌법재판소법 제23조 제2항, 제34조 제1항, 제36조 제3항, 제53조 제1항

국회법 제10조(의장의 직무) 의장은 국회를 대표하고 의사를 정리하며, 질서를 유지하고 사무를 감독한다.

국회법 제72조(개회) 본회의는 오후 2시(토요일은 오전 10시)에 개회한다. 다만 의장은 각 교섭단체대표의원과 협의하여 그 개회시를 변경할 수 있다.

국회법 제93조(안전심의) 본회의는 안전을 심의함에 있어서 그 안전을 심사한 위원장의 심사보고를 듣고 질의·토론을 거쳐 표결한다. 다만, 위원회의 심사를 거치지 아니한 안전에 대하여는 제안자가 그 취지를 설명하여야 하고, 위원회의 심사를 거친 안전에 대하여는 의결로 질의와 토론 또는 그중의 하나를 생략할 수 있다.

국회법 제110조(표결의 선포) ① 표결할 때에는 의장이 표결할 안전의 제목을 의장석에서 선포하여야 한다.

② 의장이 표결을 선포한 때에는 누구든지 그 안건에 관하여 발언할 수 없다.

국회법 제114조의2(자유투표) 의원은 국민의 대표자로서 소속정당의 의사에 기속되지 아니하고 양심에 따라 투표한다.

국회법 제130조(탄핵소추의 발의) ① 탄핵소추의 발의가 있는 때에는 의장은 발의된 후 처음 개의하는 본회의에 보고하고, 본회의는 의결로 법제사법위원회에 회부하여 조사하게 할 수 있다.

② 본회의가 제1항에 의하여 법제사법위원회에 회부하기로 의결하지 아니한 때에는 본회의에 보고된 때로부터 24시간 이후 72시간 이내에 탄핵소추의 여부를 무기명투표로 표결한다. 이 기간 내에 표결하지 아니한 때에는 그 탄핵소추안은 폐기된 것으로 본다.

③ 탄핵소추의 발의에는 피소추자의 성명·직위와 탄핵소추의 사유·증거 기타 조사상 참고가 될만한 자료를 제시하여야 한다.

공직선거및선거부정방지법 제9조(공무원의 중립의무 등) ① 공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자(기관·단체를 포함한다)는 선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위를 하여서는 아니된다.

② 검사(군검찰관을 포함한다) 또는 경찰공무원(검찰수사관 및 군사법경찰관리를 포함한다)은 이 법의 규정에 위반한 행위가 있다고 인정되는 때에는 신속·공정하게 단속·수사를 하여야 한다.

공직선거및선거부정방지법 제58조(정의 등) ① 이 법에서 "선거운동"이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 행위는 선거운동으로 보지 아니한다.

1. 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시
2. 입후보와 선거운동을 위한 준비행위
3. 정당의 후보자 추천에 관한 단순 지지·반대의 의견개진 및 의사표시
4. 통상적인 정당활동

② 생략

공직선거및선거부정방지법 제60조(선거운동을 할 수 없는 자) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 선거운동을 할 수 없다. 다만, 제4호 내지 제9호에 해당하는 자가 후보자의 배우자인 경우에는 그러하지 아니하다.

1.~3. 생략

4. 국가공무원법 제2조(공무원의 구분)에 규정된 국가공무원과 지방공무원법 제2조(공무원의 구분)에 규정된 지방공무원. 다만, 정당법 제6조(발기인 및 당원의 자격) 제1호 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원(국회의원과 지방의회의원외의 정무직공무원을 제외한다)은 그러하지 아니하다.

5.~9. 생략

공직선거및선거부정방지법 제85조(지위를 이용한 선거운동금지) ① 공무원은 그 지위를 이용하여 선거운동을 할 수 없다. 이 경우 공무원이 그 소속직원이나 제53조(공무원 등의 입후보) 제1항 제4호 내지 제6호에 규정된 기관 등의 임·직원 또는 공직자윤리법 제17조(퇴직공직자의 유관사기업체 등에의 취업제한)의 규정에 의한 유관사기업체 및 협회의 임·직원을 대상으로 한 선거운동은 그 지위를 이용하여 하는 선거운동으로 본다.

②, ③ 생략

공직선거및선거부정방지법 제86조(공무원 등의 선거에 영향을 미치는 행위금지) ① 공무원(국회의원과 그 보좌관·비서관·비서 및 지방의회의원을 제외한다), 제53조(공무원 등의 입후보) 제1항 제4호 및 제6호에 규정된 기관 등의 상근 임·직원, 통·리·반의 장, 주민자치위원회위원과 향토예비군소대장급 이상의 간부, 특별법에 의하여 설립된 국민운동단체로서 국가나 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받는 단체(바르게살기운동협의회·새마을운동협의회·한국자유총연맹을 말한다)와 제2의건국범국민추진위원회의 상근 임·직원 및 이들 단체 등(시·도조직 및 구·시·군조직을 포함한다)의 대표자 또는 국민건강보험법에 의하여 설립된 국민건강보험공단의 상근 임·직원은 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.

1. 소속직원 또는 선거구민에게 교육 기타 명목여하를 불문하고 특정 정당이나 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 항에서 같다)의 업적을 홍보하는 행위
2. 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위
3. 정당 또는 후보자에 대한 선거권자의 지지도를 조사하거나 이를 발표하는 행위
4. 선거기간중 소속직원 또는 선거구민에게 명목여하를 불문하고 법령이 정하는 외의 금품 기타 이익을 주거나 이를 약속하는 행위. 다만, 관혼상제 기타 의례적이거나 직무상의 행위로서 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 행위를 제외한다.
5. 선거기간중 국가 또는 지방자치단체의 예산으로 시행하는 사업중 즉시 공사를 진행하

지 아니할 사업의 기공식을 거행하는 행위

6. 선거기간중 정상적 업무외의 출장을 하는 행위

7. 선거기간중 휴가기간에 그 업무와 관련된 기관이나 시설을 방문하는 행위

②~④ 생략

공직선거및선거부정방지법 제237조(선거의 자유방해죄) ① 선거에 관하여 다음 각호의 1에 해당하는 자는 10년 이하의 징역 또는 500만 원 이상 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1.~2. 생략

3.업무·고용 기타의 관계로 인하여 자기의 보호·지휘·감독하에 있는 자에게 특정 정당이나 후보자를 지지·추천하거나 반대하도록 강요한 자

②~④ 생략

공직선거및선거부정방지법 제255조(부정선거운동죄) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 600만 원 이하의 벌금에 처한다.

1.제60조(선거운동을 할 수 없는 자) 제1항의 규정에 위반하여 선거운동을 하거나 하게 한 자 또는 같은조 제2항이나 제205조(선거운동기구의 설치 및 선거사무관계자의 선임에 관한 특례) 제4항의 규정에 위반하여 선거사무장 등으로 되거나 되게 한 자

2.제61조(선거운동기구의 설치) 제1항의 규정에 위반하여 선거운동기구를 설치하거나 이를 설치하여 선거운동을 한 자

3.제62조(선거사무관계자의 선임) 제1항 또는 제2항의 규정에 위반하여 선거사무장·선거연락소장이나 선거사무원을 선임한 자

4.제75조(합동연설회) 제8항의 규정에 위반하여 정당·후보자 등에 의한 연설회를 개최한 자

5.제77조(정당·후보자 등에 의한 연설회) 제1항·제2항·제4항(개최시간에 한한다)·제6항 또는 제8항의 규정에 위반하여 정당·후보자 등에 의한 연설회를 개최한 자

6.제80조(연설통지장소)의 규정에 위반하여 선거운동을 위한 연설회를 개최하거나 연설퇴담을 한 자

7.제81조(단체의 후보자 등 초청 대담·토론회) 제1항의 규정에 위반하여 후보자 등 초청 대담·토론회를 개최한 자

8.제81조 제7항[제82조(언론기관의 후보자 등 초청 대담·토론회) 제4항 및 제82조의2(공영 방송주관 텔레비전 대담·토론회) 제8항에서 준용하는 경우를 포함한다]의 규정에 위반하여 대담·토론회를 개최한 자

9.제85조(지위를 이용한 선거운동금지) 제2항 또는 제3항의 규정에 위반한 행위를 하거나 하게 한 자

10.제86조(공무원 등의 선거에 영향을 미치는 행위금지) 제1항 제1호 내지 제4호·제2항 및 제3항의 규정에 위반한 행위를 하거나 하게 한 자 또는 같은 조 제4항의 규정에 위반한 행위를 한 자

11.제87조(단체의 선거운동금지)의 규정에 위반하여 특정 정당이나 후보자를 지지·반대하거나 지지·반대할 것을 권유하는 행위를 하거나 하게 한 자

12.제88조(타후보자를 위한 선거운동금지) 본문의 규정에 위반하여 다른 정당이나 후보자를 위한 선거운동을 한 자

13.제89조(유사기관의 설치금지) 제1항 본문의 규정에 위반하여 유사기관을 설립·설치하거나 기존의 기관·단체·조직 또는 시설을 이용한 자

14.제89조의2(사조직 등을 이용한 선거운동의 금지) 제1항의 규정에 위반하여 사조직 기타 단체를 설립·설치한 자, 같은조 제2항의 규정에 위반하여 금품·향응 기타의 이익을 제공하거나 이를 요구하거나 받은 자 또는 당해 단체나 조직 또는 그 대표의 명의로 선거운동을 하거나 하게 한 자

15.제92조(영화 등을 이용한 선거운동금지)의 규정에 위반하여 저술·연예·연극·영화나 사진을 배부·공연·상연·상영 또는 게시하거나 하게 한 자

16.제105조(행렬 등의 금지) 제1항의 규정에 위반하여 무리를 지어 거리를 행진하거나 연달아 소리지르는 행위를 하거나 하게 한 자, 같은조 제2항의 규정에 위반하여 모양과 색상이 동일한 모자나 옷을 착용하거나 기타 표지물을 휴대하여 선거운동을 하거나 하게 한 자

17.제106조(호별방문의 제한) 제1항 또는 제3항의 규정에 위반하여 호별로 방문하거나 하게 한 자

18.제107조(서명·날인운동의 금지)의 규정에 위반하여 서명이나 날인을 받거나 받게 한 자

19.제109조(서신·전보 등에 의한 선거운동의 금지) 제1항 본문 또는 제2항의 규정에 위반하여 서신·전보·모사전송·전화 기타 전기통신의 방법을 이용하여 선거운동을 하거나 하게 한 자

한 자나 같은 조 제3항의 규정에 위반하여 협박하거나 하게 한 자

②, ③ 생략

정당법 제6조(발기인 및 당원의 자격) 국회의원선거권이 있는 자는 공무원 기타 그 신분을 이유로 정당가입 기타 정치활동을 금지하는 다른 법령의 규정에도 불구하고 누구든지 정당의 발기인 및 당원이 될 수 있다. 그러나 다음 각호의 1에 해당하는 자는 그러하지 아니하다.

1. 국가공무원법 제2조 및 지방공무원법 제2조에 규정된 공무원. 다만, 대통령, 국무총리, 국무위원, 국회의원, 지방의회의원, 선거에 의하여 취임하는 지방자치단체의 장, 국회의원의 보좌관·비서관·비서 및 국회 교섭단체의 정책연구위원과 고등교육법 제14조(교직원의 구분) 제1항 및 제2항의 규정에 의한 총장·학장·교수·부교수·조교수·전임강사인 교원을 제외한다.

2.~3. 생략

4.~5. 삭제

【참조판례】

8. 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 33

헌재 2001. 8. 30. 2000헌마121등, 판례집 13-2, 263, 274

11. 헌재 2003. 11. 27. 2003헌마694등, 판례집 15-2하, 350

15. 헌재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49, 64

【당 사 자】

청 구 인 국회

소추위원 국회 법제사법위원회 위원장

대리인 변호사강재섭 외 66인

피청구인 대통령 노무현

대리인 변호사유현석 외 9인

【주문】

이 사건 심판청구를 기각한다.

【이유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 탄핵소추의 의결 및 탄핵심판의 청구

국회는 2004. 3. 12. 제246회 국회(임시회) 제2차 본회의에서 유용태·홍사덕 의원 외 157인이 발의한 '대통령(노무현)탄핵소추안'을 상정하여 재적의원 271인 중 193인의 찬성으로 가결하였다. 소추위원인 국회 법제사법위원회 위원장 김기춘은 헌법재판소법 제49조 제2항에 따라 소추의결서의 정본을 같은 날 헌법재판소에 제출하여 피청구인에 대한 탄핵심판을 청구하였다.

피청구인에 대한 국회의 탄핵소추의결서 전문(全文)은 별지 3.과 같다.

(2) 탄핵소추사유의 요지

(가) 국법질서 문란

1) 특정 정당을 지지한 행위 등

가) 피청구인은 ① 2004. 2. 18. 경인지역 6개 언론사와의 합동기자회견에서, "개헌저지선까지 무너지면 그 뒤에 어떤 일이 생길지는 나도 정말 말씀드릴 수가 없다."고 발언하고, ② 같은 달 24. 방송기자클럽 초청 기자회견에서, "앞으로 4년 제대로 하게 해줄 것인지 못 견뎌서 내려오게 할 것인지 국민이 분명하게 해줄 것", "국민들이 총선에서 열린우리당을 압도적으로 지지해 줄 것을 기대한다.", "대통령이 뭘 잘 해서 우리당이 표를 얻을 수만 있다면 합법적인 모든 것을 다하고 싶다."고 발언하여, 공직선거및선거부정방지법(이하 '공선법'이라 함) 제9조 제1항, 제60조 제1항, 제85조 제1항, 제86조 제1항, 제255조 제1항을 위반하였다.

나) 피청구인은 ① 2003. 12. 19. 이른바 노사모가 주최한 '리멤버 1219' 행사에 참석하여

"시민혁명은 계속되고 있다. 다시 한 번 나서달라."고 발언하고, ② 2004. 2. 5. 강원지역 언론인 간담회에서 "'국참 0415' 같은 사람들의 정치참여를 법적으로나 정치적으로 허용하고 장려해 주어야 한다."고 발언하여, 공선법 제9조 제1항, 제59조, 제87조 및 헌법 제69조를 위반하였다.

다) 2004. 2. 27.자 중앙일보 보도에 의하면 '17대 총선 열린우리당 전략기획'이라는 문건에는 총선후보 영입을 위해 '당, 정부, 청와대가 함께 참여하는 컨트롤 타워 구성'이 필요하다고 되어 있고, '先당·中청·後정'이라는 총선 위주의 국정운영 순위를 매겨놓고 있는바, 이는 청와대의 조직적인 선거개입을 확인하는 것으로서 피청구인이 이와 같이 특정 정당의 총선 전략을 지휘한 것은 공선법 제9조 제1항, 제86조 제1항 제2호를 위반한 것이다.

라) 피청구인은 ① 2004. 1. 14. 연두기자회견에서, "개혁을 지지한 사람과 개혁이 불안해 지지하지 않은 사람들이 있어서 갈라졌고, 대선 때 날 지지한 사람들이 열린우리당을 하고 있어 함께 하고 싶다."고 발언하고, ② 2003. 12. 24. 측근들과의 회동에서 "민주당을 찍으면 한나라당을 돕는다."고 발언하여, 공선법 제9조 제1항, 헌법 제8조 제3항, 제11조 제1항을 위반하였다.

마) 피청구인은 국민을 협박하여 특정 정당 지지를 유도하고 총선민심에 영향을 미치는 언행을 반복함으로써 공선법 제237조 제1항 제3호, 헌법 제10조, 제19조, 제24조를 위반하였다.

2) 헌법기관을 경시한 행위 등

가) 피청구인은 2003. 4. 25. 국회인사청문회의 고영구 국가정보원장 후보자에 대한 부적격 판정을 묵살함으로써 헌법 제66조 제2항, 제69조, 제78조, 국가정보원법 제7조 제1항을 위반하였다.

나) 피청구인은 2003. 5. 8. 대국민 인터넷 서신을 통하여 현직 국회의원들을 '뽑아버려야 할 잡초'라는 취지로 표현함으로써 헌법 제66조 제2항, 제69조, 국가공무원법 제63조, 형법 제311조를 위반하였다.

다) 피청구인은 2003. 9. 3. 김두관 행정자치부장관 해임건의안 의결을 수용하는 것을 해태하여 거부하는 듯한 자세를 취함으로써 헌법 제63조 제1항, 제66조 제2항, 제69조를 위반하였다.

라) 피청구인은 ① 2004. 3. 4. 청와대 홍보수석을 통하여 선거중립의무의 준수를 요청하는 중앙선거관리위원회의 결정에 대해 유감을 표명하고, ② 같은 날 현행 선거관련법

에 대해 '관권선거시대의 유물'이라고 폄하하고, ③ 같은 달 8. 자신의 공선법 제9조 위반행위를 '경미한 것', '미약하고 모호한 것'이라고 평가절하 함으로써, 헌법 제40조, 제66조 제2항, 제69조를 위반하였다.

마) 피청구인은 2004. 3. 8. 국회의 탄핵 추진에 대하여 '부당한 횡포'라고 발언하여 헌법 제65조 제1항, 제66조 제2항, 제69조를 위반하였다.

바) 피청구인은 2003. 10. 10. 기자회견에서 최도술의 SK비자금 수수 의혹과 관련하여 "수사가 끝나면 무엇이든 간에 이 문제를 포함해 그 동안 축적된 국민 불신에 대해서 국민에게 재신임을 묻겠다."고 발언하고, 같은 달 13. 국회에서 행한 시정연설에서 "국민투표는 법리상 논쟁이 없는 것은 아니지만 정치적 합의가 이뤄지면 현행법으로도 가능할 것", "정책과 결부시키는 방법이 논의되고 있지만 그렇게 안 하는 것이 좋겠고 어떤 조건도 붙이지 않겠다.", "재신임을 받을 경우 연내에 내각과 청와대를 개편하고 국정쇄신을 단행할 계획"이라고 발언하여, 헌법 제66조 제2항, 제69조, 제72조를 위반하였다.

(나) 권력형 부정부패

1) 쉐넨문 관련 불법정치자금 수수 등

가) 피청구인은 2002. 6. 안희정으로 하여금 쉐넨문(대표 문병욱)에 대한 감세청탁을 국세청에 하도록 하여 쉐넨문의 세금 171억 원이 23억 원으로 감액되었는데, 이는 형법 제129조 제2항, 특정범죄가중처벌등에관한법률 제3조를 위반한 것이다.

나) 피청구인은 2002. 11. 9. 서울 리츠칼튼호텔 일식당에서 이광재의 주선으로 문병욱과의 조찬자리에 참석하였고, 피청구인이 조찬을 마치고 나간 직후 이광재는 문병욱으로부터 1억 원을 수수하였는데, 이는 정치자금에관한법률(이하 '자금법'이라 함) 제30조, 형법 제32조 위반에 해당한다.

다) 피청구인은 2002. 7. 7. 김해관광호텔에서 문병욱으로부터 돈뭉치 2개(1억 원 정도로 추정)를 받아 수행비서 여택수에게 건네줌으로써 형법 제129조, 국가공무원법 제61조, 자금법 제30조를 위반하였다.

2) 대선캠프 관련 불법정치자금 수수

노무현 대선캠프의 정대철 공동선거대책위원장은 9억 원, 이상수 총무위원장은 7억 원, 이재정 유세본부장은 10억 원의 불법정치자금을 각각 수수, 이를 노무현 대선캠프에 전달하였는데, 피청구인은 여기에 관여하였으므로 자금법 제30조 위반에 해당한다.

3) 측근비리 연루

가) 최도술과 관련된 비리

최도술은 ① 2002. 5. 장수천과 관련한 피청구인의 채무변제를 위해 새천년민주당 부산지역 선거대책위원회 계좌에 남아있던 지방선거 잔금 중 2억 5천만 원을 횡령하여 장수천 대표 선봉술에게 전달하였고, ② 2002. 12.부터 2003. 2. 6. 사이에 장수천 채무변제를 위해 불법자금 5억 원을 모아 선봉술에게 전달하였으며, ③ 2002. 3.부터 같은 해 4. 사이에 피청구인의 대통령후보 경선자금을 마련하기 위해 차명계좌를 통해 1억 원의 불법자금을 수수하였고, ④ 대통령선거 이후 넥센타이어 등에서 2억 9,650만 원의 불법자금을 수수하였으며, ⑤ 청와대 총무비서관으로 재직하는 동안 삼성 등으로부터 4천7백만 원을 수수하였고, ⑥ 대통령선거 직후 SK로부터 11억 원 가량의 양도성예금증서를 받았는데, 이러한 최도술의 행위는 피청구인의 지시나 묵인이 없으면 불가능하므로, 피청구인의 이러한 행위는 국가공무원법 제61조 제1항, 자금법 제30조, 범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률 제3조, 형법 제129조, 제356조, 제31조, 제32조 위반에 해당한다.

나) 안희정과 관련된 비리

① 2002. 8. 29.부터 2003. 2. 사이에 강금원은 이기명 소유의 땅을 위장 매매하는 방식으로 19억 원의 불법자금을 제공하였고, ② 안희정은 2002. 9.부터 같은 해 12.까지 7억 9천만 원의 불법자금을 모아 선봉술 등에게 전달하였으며, ③ 안희정은 대통령후보 경선 당시 5천만 원, 대통령선거 당시 삼성으로부터 30억 원, 2003. 3.부터 같은 해 8. 사이에 10억 원의 불법자금을 수수하였는데, 피청구인은 이를 지시, 방조하였으므로 특정범죄가중처벌등에관한법률 제2조, 국가공무원법 제61조 제1항, 자금법 제30조, 형법 제31조, 제32조를 위반한 것이다.

다) 여택수와 관련된 비리

여택수는 청와대 행정관으로 재직 시 롯데로부터 3억 원의 불법자금을 수수하여 그 가운데 2억 원을 열린우리당에 창당자금으로 제공하였는데, 피청구인은 여기에 관여하였으므로 국가공무원법 제61조 제1항, 자금법 제30조, 형법 제129조, 제31조, 제32조를 위반한 것이다.

라) 양길승과 관련된 비리

청와대 부속실장이던 양길승은 2003. 6. 조세포탈 등의 혐의로 수사를 받고 있던 이원호로부터 향응을 제공받고 수사무마 청탁 등을 하였다는 혐의로 구속되었다.

4) 정계은퇴 공언

피청구인은 2003. 12. 14. 청와대 정당대표 회동에서 피청구인 측의 불법정치자금 규모가 한나라당의 10분의 1을 넘으면 정계를 은퇴할 것이라고 공언하였고, 2004. 3. 8. 현재 검찰 수사 결과 7분의 1 수준에 이르고 있는데도 은퇴공약을 무시함으로써 헌법 제69조, 국가공무원법 제63조, 자금법 제30조를 위반하였다.

(다) 국정파탄

피청구인은 국가원수이자 국정의 최고책임자로서 국민을 통합시키고 국가발전과 경제성장에 모든 역량을 결집시킴으로써 국민의 행복추구권 보장과 복리증진을 위하여 성실히 노력하여야 할 헌법상의 책무를 저버린 채, 성장과 분배간의 정책목표에 일관성이 없고, 노사간의 권리의무관계에 대하여는 뚜렷한 정책방향 없이 흔들려 산업현장의 불확실성을 가중시켰으며, 정책당국자간의 혼선과 이념적 갈등을 야기하여 경제 불안을 가중시켜왔고, 대통령으로서의 모든 권한과 노력을 특정 정당의 총선 승리를 위하여 쏟아 붓는 등 불성실하게 직무를 수행하여 왔으며, "대통령 못 해 먹겠다."는 발언을 하거나 재신임국민투표를 제안하고, 정계은퇴를 공언하는 등으로 무책임하고 경솔한 국정운영을 함으로써 국민을 분열시키고 경제를 파탄에 이르게 하여 헌법 제10조, 제69조를 위반하였다.

나. 심판의 대상

(1) 이 사건 심판의 대상은 대통령이 직무집행에 있어서 헌법이나 법률에 위반했는지의 여부 및 대통령에 대한 파면결정을 선고할 것인지의 여부이다.

(2) 헌법재판소는 사법기관으로서 원칙적으로 탄핵소추기관인 국회의 탄핵소추의결서에 기재된 소추사유에 의하여 구속을 받는다. 따라서 헌법재판소는 탄핵소추의결서에 기재되지 아니한 소추사유를 판단의 대상으로 삼을 수 없다.

그러나 탄핵소추의결서에서 그 위반을 주장하는 '법규정의 판단'에 관하여 헌법재판소는 원칙적으로 구속을 받지 않으므로, 청구인이 그 위반을 주장한 법규정 외에 다른 관련 법규정에 근거하여 탄핵의 원인이 된 사실관계를 판단할 수 있다. 또한, 헌법재판소는 소추사유의 판단에 있어서 국회의 탄핵소추의결서에서 분류된 소추사유의 체계에 의하여 구속을 받지 않으므로, 소추사유를 어떠한 연관관계에서 법적으로 고려할 것인가의 문제는 전적으로 헌법재판소의 판단에 달려있다.

2. 소추위원의 주장 및 피청구인의 답변 요지

가. 소추위원의 주장요지

(1) 탄핵사유에는 공무원이 직무집행에 있어서 헌법이나 법률조항에 위배된 행위뿐만 아니라 직무집행과 관련된 부도덕이나 정치적 무능력·정책결정상의 과오도 해당된다. 공무원의 직무집행에 있어서 헌법이나 법률에 위배한 '모든' 행위가 탄핵대상이며 '중대한' 위반행위만이 탄핵대상이 되는 것은 아니다. 가사 탄핵제도의 남용을 방지하기 위하여 '중대한 위반행위'로 제한하는 것이 필요하다고 하더라도, 대통령이 헌법상의 의무를 위반하거나 불성실하게 대통령으로서의 직책을 수행하는 것은 다른 위반행위와 달리 헌법이나 법률에 중대하게 위배된 경우임이 명백하다. 한편 대통령의 취임 전 행위도 탄핵대상이 된다.

(2) 대통령의 직무집행에 있어서의 헌법 또는 법률위반행위가 과연까지 가야 할 중대한 것인지 여부를 판단할 권한은 국민이 직접 선출한 국회에 부여되어 있고, 헌법재판소의 심판범위는 탄핵소추절차의 합헌성·적법성 여부와 탄핵소추된 구체적 위반행위 사실의 존재여부에 한정된다.

(3) 피청구인은 대통령 취임전은 물론 취임 이후에도, 대통령으로서의 자질과 자유민주적 기본질서의 수호의지를 의심케 하고 국론분열을 조장하는 발언 등을 계속 반복적으로 하였다. 또한 수사에 개입하거나 압력을 가함으로써 검찰의 정치적 중립성 및 독립성을 저해하였다. 피청구인은 특정 정당을 위한 불법선거운동을 계속해 왔고 이로 인해 2004. 3. 3. 헌법기관인 중앙선거관리위원회로부터 헌정사상 처음으로 현직 대통령으로서 공선법을 위반했다는 판정과 경고조치를 받았음에도 불구하고 오히려 그 경고를 무시하고 앞으로도 계속해서 선거법에 관계없이 특정정당을 공개 지원하겠다고 하여 법치주의를 정면으로 부정하는 반헌법적인 태도를 보이고 있다.

또한 피청구인은 당선을 전후하여 측근들이 행한 수많은 불법자금수수 및 횡령사건에 직·간접적으로 관여함으로써 정치자금에관한법률 제30조(불법정치자금 수수행위 처벌), 형법 제123조(직권남용죄), 제129조(수뢰죄) 등 각종 법률을 위반하였고 일부 측근비리와 관련하여서는 헌법상 불가능한 국민투표에 의한 재신임문제를 주장하였으며, 불법대선자금과 관련하여서는 일정규모가 넘으면 정계를 은퇴하겠다고 공언하였으면서도 이를 이행하지 않음으로써 헌법 제69조(헌법준수의무) 등 헌법과 법률을 위반하였다.

나아가 한 나라의 대통령으로서 무엇보다도 국민통합과 경제발전 및 국민복리의 증진에 힘써야 함에도 이러한 헌법적 책무를 저버린 채 우리 사회내 여러 계층간의 반목과 질서를 조장하는 발언을 하여 국론을 분열시켰으며, '성장과 분배'간 정책목표의 불확실성·정

책당국자간 혼선 등으로 경제 불안을 가중시키고, 경기침체 및 대규모 청년실업 등을 초래하여 국민경제와 민생을 도탄에 빠지게 하고 국민에게 IMF 외환위기 때보다 더 극심한 고통과 불행을 안겨줌으로써 헌법 제10조(국민의 행복추구권 보장 의무), 제69조(국민복리증진을 위하여 성실히 직책을 수행할 의무)를 위반하였다.

국회는 더 이상 이를 방치할 수 없어 부득이하게 헌법을 수호하고 국민의 행복과 나라의 장래를 위해, 헌법과 법률을 위반한 대통령의 실정에 대하여 현행 헌법상 직접적으로 책임을 추궁하고 견제를 할 수 있는 유일한 수단인 탄핵소추를 의결한 것이다.

나. 피청구인의 답변 요지

(1) 적법요건에 관하여

이 사건에서 국회가 탄핵소추의 사유와 증거가 미비한 상태에서 탄핵소추를 졸속으로 의결하여 대통령의 권한을 정지시키고, 헌법재판소에서 탄핵소추의 사유와 증거를 조사하려고 기도하는 것은 탄핵소추권의 남용이다.

한나라당과 새천년민주당은 탄핵소추안의 의결에 참여하지 않는 소속 국회의원들을 출당시키겠다고 협박하였고, 의결에 참가한 국회의원들은 개표소에 커튼이 드리워지지 않은 상태에서 투표를 하였으며, 일부는 투표함에 넣기 전 기표내역을 소속 정당 총무에게 보여주어 공개투표를 하였다. 또한 국회의장은 대리투표를 하였다.

국회의장은 교섭단체인 열린우리당의 대표의원과 협의절차를 거치지 않고 일방적으로 본회의 개의시각을 오후 2시에서 오전 10시로 변경하였다.

국회의장은 열린우리당 소속 국회의원들이 투표에 응할 것인지 여부에 관하여 신중히 상황판단을 함이 없이 한나라당, 민주당 및 자민련 소속 국회의원들의 투표가 종료되자 서둘러 일방적으로 투표종료를 선언하여 열린우리당 소속 국회의원들의 표결권을 침해하였다.

국회의장은 탄핵소추안 심의과정에서 제안자의 취지 설명 없이 유인물을 배포하고 질의와 토론절차를 생략한 채 표결을 강행함으로써 국회법 제93조를 위반하여 국회의원들의 질의 및 토론권을 침해하였다.

이 사건 탄핵소추의결서에서는 피청구인에 대한 탄핵소추사유가 크게 3가지로 구성되어 있는데, 국회가 3가지의 탄핵소추사유 각각에 대하여 개별적인 질의·토론과 표결절차를 거치지 않고 하나의 안건으로 보아 한 차례의 표결로 탄핵소추안을 가결시킨 것은 국회의원의 심의·표결권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다.

피청구인은 국회의 탄핵소추절차에서 아무런 고지나 의견제출 기회를 받지 못함으로써 적법절차를 위반하였다.

(2) 본안에 관하여

대통령에 대한 탄핵소추와 심판권의 행사는 권력분립의 원칙에 따른 견제와 균형의 테두리를 벗어나지 않도록 대단히 신중하게 이루어져야 한다. 헌법 제65조 제1항의 '그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때'는 너무 모호하여 어떤 종류의 위법행위를 어떻게 범해야 탄핵할 수 있다는 것인지 분명하지 않다. 헌법의 기본질서와 가치, 그리고 권력기관들을 둘러싼 제도적·현실적 역학관계를 고려할 때, 대통령 탄핵사유는 '헌법적 가치와 기본질서를 침해하였다고 볼 수 있을 정도의 중대하고도 명백한 헌법과 법률 위배'로 한정하는 것이 옳다.

이 사건 탄핵소추는 실질적으로 민주적 정당성을 상실한 국회가 임기만료를 목전에 두고 국민이 위임한 권한의 범위를 넘어 당리당락과 감정만을 앞세워 한 것이며, 탄핵을 할 정도의 실체적 사유가 없는데도 불구하고 신중한 조사와 숙고, 민주적 토론, 국민에 대한 설득과정 등을 거치지 않고 졸속으로 처리되었다.

탄핵소추의 첫째 사유인 '선거법 위반'의 경우, 대통령은 정당가입이 허용되는 정치적 공무원으로서 공선법 제9조의 적용대상이 아니며, 그렇지 않더라도 그 발언내용들은 공선법에 위반된다고 보기 어렵다.

둘째 소추사유인 '측근비리'는 상당수가 취임전의 일이며 대통령은 이를 교사하거나 방조하는 등 가담한 일이 없고 그러한 사실이 밝혀진 바도 없어 탄핵요건에 해당되지 않는다.

셋째 소추사유인 이른바 '국정과탄' 부분은 사실과 다를 뿐 아니라, 사실이라 하더라도 대통령의 정치적 무능력이나 정책결정상 잘못은 탄핵사유가 되지 않는다.

3. 탄핵소추의 적법여부에 관한 판단

가. 국회의 의사절차 자율권

국회는 국민의 대표기관이자 입법기관으로서 의사(議事)와 내부규율 등 국회운영에 관하여 폭넓은 자율권을 가지므로 국회의 의사절차나 입법절차에 헌법이나 법률의 규정을 명백히 위반한 흠이 있는 경우가 아닌 한, 그 자율권은 권력분립의 원칙이나 국회의 위상과 기능에 비추어 존중되어야 하며, 따라서 그 자율권의 범위 내에 속하는 사항에 관한 국회의 판단에 대하여 다른 국가기관이 개입하여 그 정당성을 가리는 것은 바람직하지 않고,

헌법재판소도 그 예외는 아니다(헌재 1998. 7. 14. 98헌라3, 판례집 10-2, 74, 83).

또한, 국회의장은 국회법 제10조에 의거 원칙적으로 의사진행에 관한 전반적이고 포괄적인 권한과 책임이 부여되어 있으므로, 본회의의 의사절차에 다툼이 있거나 정상적인 의사진행이 불가능한 경우에 의사진행과 의사결정에 대한 방법을 선택하는 문제는 국회의장이 자율적으로 결정하여야 할 사항으로서, 이러한 국회의장의 의사진행권은 넓게 보아 국회의 자율권의 일종으로서 그 재량의 한계를 현저하게 벗어난 것이 아닌 한 존중되어야 하므로 헌법재판소도 이에 관여할 수 없는 것이 원칙이다(헌재 2000. 2. 24. 99헌라1, 판례집 12-1, 115, 128).

나. 국회에서의 충분한 조사 및 심사가 결여되었다는 주장에 관하여

피청구인은 국회가 대통령에 대한 탄핵소추를 하려면 소추의 사유와 그 증거를 충분히 조사하여 헌법재판소가 즉시 탄핵심판의 당부를 판단할 수 있을 정도로 소추사유와 증거를 명백하게 밝혀야 한다고 주장한다. 물론, 국회가 탄핵소추를 하기 전에 소추사유에 관하여 충분한 조사를 하는 것이 바람직하나, 국회법 제130조 제1항에 의하면 "탄핵소추의 발의가 있는 때에는 …본회의는 의결로 법제사법위원회에 회부하여 조사하게 할 수 있다."고 하여, 조사의 여부를 국회의 재량으로 규정하고 있으므로, 이 사건에서 국회가 별도의 조사를 하지 않았다 하더라도 헌법이나 법률을 위반하였다고 할 수 없다.

다. 투표의 강제, 투표내역의 공개, 국회의장의 대리투표가 이루어졌다는 주장에 관하여

(1) 한나라당과 민주당이 "탄핵소추안의 의결에 참여하지 않는 소속 국회의원들을 출당시키겠다."고 공언하였다 하더라도, 그것이 오늘날의 정당민주주의 하에서 허용되는 국회의원의 정당기속의 범위를 넘어 국회의원의 양심에 따른 표결권행사(헌법 제46조 제2항, 국회법 제114조의2)를 실질적으로 방해할 정도의 압력 또는 협박이었다고 볼 수 없다.

(2) 개표소의 가림막이 내려지지 않은 채 투표를 하였든지, 일부 국회의원들이 기표내역을 소속 정당의 총무에게 보여 주었다든지 한 것이 사실이라 하더라도 그로 인하여 국회 표결의 효력에 어떤 영향을 미치는지는 의사절차에 관한 자율권을 가진 국회의 판단을 존중할 사항이라 할 것인데, 국회의장이 투표의 유효성을 인정하여 탄핵소추안의 가결을 선포하였고, 달리 이에 관하여 헌법이나 법률을 명백히 위반한 흠이 있다고 볼 뚜렷한 근거나 자료가 없으므로 헌법재판소로서는 그러한 사유만으로 이 사건 탄핵소추안에 대한 투표 및 가결의 효력을 부인할 수 없다.

(3) 국회의장의 대리투표 주장에 관하여 보건대, 대리투표라 함은 '본인이 기표를 하지 않고 제3자로 하여금 대신하여 투표용지에 기표하도록 하는 것'을 말하는 것이나, 국회의장이 국회의 관례에 따라 의장석에서 투표용지에 직접 기표를 하고 기표내용을 다른 사람들이 알지 못하도록 투표용지를 접은 후 의사직원에게 전달하여 그로 하여금 투표함에 넣게 한 사실이 인정될 뿐이므로, 대리투표에 해당하지 않는다.

라. 본회의 개의시각이 무단 변경되었다는 주장에 관하여

국회법은 개의시각과 관련하여 제72조에서 "본회의는 오후 2시(토요일은 오전 10시)에 개의한다. 다만 의장은 각 교섭단체 대표의원과 협의하여 그 개의를 변경할 수 있다."고 하여 개의시각을 변경하는 경우에는 각 교섭단체 대표의원과 협의하도록 규정하고 있다.

여기서 '협의'는 의견을 교환하고 수렴하는 절차라는 그 성질상 다양한 방식으로 이루어질 수 있으며, 그에 대한 판단과 결정은 종국적으로 국회의장에게 맡겨져 있다고 할 것인바, 이 사건의 경우 2004. 3. 12.이 지나면 시한의 경과로 탄핵소추안이 폐기됨에도 불구하고 열린우리당 소속 국회의원들의 계속된 본회의장 점거로 인하여 국회법에 따른 정상적인 의사진행을 기대하기 어려웠던 점, 2004. 3. 12. 11시 22분경 개의된 본회의에 열린우리당 소속 국회의원들을 비롯하여 대다수의 국회의원들이 회의장에 출석하고 있었던 점 등을 고려해 보면, 설사 열린우리당의 대표의원과 국회의장이 직접 협의하지 않았다 하더라도 그 점만으로 국회법 제72조에 명백히 위반된 흠이 있다거나, 열린우리당 소속 국회의원들의 심의·표결권이 침해되었다고 보기 어렵다.

마. 투표의 일방적 종료가 선언되었다는 주장에 관하여

피청구인은 열린우리당 소속 국회의원들이 투표에 응할 것인지 여부를 무시한 채 국회의장이 일방적으로 투표종료를 선언하였다고 주장하나, 2004. 3. 12. 국회 본회의 회의록에 의하면 당시 의장이 2, 3 차례에 걸쳐 투표를 하지 아니한 국회의원들에게 투표를 할 것을 촉구하면서, 투표를 더 이상 안 하면 투표를 종료할 것이라고 선언한 사실이 인정된다. 그렇다면 의장이 일방적으로 투표를 종료하여 열린우리당 소속 의원들의 투표권 행사를 방해한 것이라 볼 수 없다.

바. 질의 및 토론절차가 생략되었다는 주장에 관하여

피청구인은 국회의장이 이 사건 탄핵소추안 심의과정에서 국회법 제93조에 위반하여 제안자의 취지 설명 없이 유인물을 배포하고 질의와 토론절차를 생략한 채 표결을 강행함으로써 국회의원들의 질의·토론권을 침해하였다고 주장한다.

국회법 제93조는 '위원회의 심의를 거치지 아니한 안건에 대해서는 제안자가 그 취지를 설명하도록' 규정하고 있으나, 위 국회 회의록에 의하면 이 사건 탄핵소추안 심의과정에서는 제안자의 취지 설명을 '서면'으로 대체한 사실이 인정되는데, 이러한 방식이 잘못되었다고 볼만한 법적 근거가 없다.

다음으로 질의 및 토론절차를 생략한 것에 관하여 본다. 국회법 제93조는 '본회의는 안건을 심의함에 있어서 질의·토론을 거쳐 표결할 것'을 규정하고 있으므로 탄핵소추의 중대성에 비추어 국회 내의 충분한 질의와 토론을 거치는 것이 바람직하다. 그러나 법제사법위원회에 회부되지 않은 탄핵소추안에 대하여 "본회의에 보고된 때로부터 24시간 이후 72시간 이내에 탄핵소추의 여부를 무기명투표로 표결한다."고 규정하고 있는 국회법 제130조 제2항을 탄핵소추에 관한 특별규정인 것으로 보아, '탄핵소추의 경우에는 질의와 토론 없이 표결할 것을 규정한 것'으로 해석할 여지가 있기 때문에, 국회의 자율권과 법해석을 존중한다면, 이러한 법해석이 자의적이거나 잘못되었다고 볼 수 없다.

사. 탄핵소추사유별로 의결하지 않았다는 주장에 관하여

탄핵소추의결은 개별 사유별로 이루어지는 것이 국회의원들의 표결권을 제대로 보장하기 위해서 바람직하나, 우리 국회법상 이에 대한 명문 규정이 없으며, 다만 제110조는 국회의장에게 표결할 안건의 제목을 선포하도록 규정하고 있을 뿐이다. 이 조항에 따르면 탄핵소추안의 안건의 제목을 어떻게 잡는가에 따라 표결범위가 달라질 수 있으므로, 여러 소추사유들을 하나의 안건으로 표결할 것인지 여부는 기본적으로 표결할 안건의 제목설정권을 가진 국회의장에게 달려있다고 판단된다. 그렇다면 이 부분 피청구인의 주장은 이유가 없다고 할 것이다.

아. 적법절차원칙에 위배되었다는 주장에 관하여

피청구인은 이 사건 탄핵소추를 함에 있어서 피청구인에게 혐의사실을 정식으로 고지하지도 않았고 의견 제출의 기회도 부여하지 않았으므로 적법절차원칙에 위반되었다고 주장한다.

여기서 피청구인이 주장하는 적법절차원칙이란, 국가공권력이 국민에 대하여 불이익한 결정을 하기에 앞서 국민은 자신의 견해를 진술할 기회를 가짐으로써 절차의 진행과 그 결과에 영향을 미칠 수 있어야 한다는 법원리를 말한다. 국민은 국가공권력의 단순한 대상이 아니라 절차의 주체로서, 자신의 권리와 관계되는 결정에 앞서서 자신의 견해를 진술할 수 있어야만 객관적이고 공정한 절차가 보장될 수 있고 당사자간의 절차적 지위의 대등성이 실현될 수 있다는 것이다.

그런데 이 사건의 경우, 국회의 탄핵소추절차는 국회와 대통령이라는 헌법기관 사이의 문제이고, 국회의 탄핵소추의결에 의하여 사인으로서의 대통령의 기본권이 침해되는 것이 아니라, 국가기관으로서의 대통령의 권한행사가 정지되는 것이다. 따라서 국가기관이 국민과의 관계에서 공권력을 행사함에 있어서 준수해야 할 법원칙으로서 형성된 적법절차의 원칙을 국가기관에 대하여 헌법을 수호하고자 하는 탄핵소추절차에는 직접 적용할 수 없다고 할 것이고, 그 외 달리 탄핵소추절차와 관련하여 피소추인에게 의견진술의 기회를 부여할 것을 요청하는 명문의 규정도 없으므로, 국회의 탄핵소추절차가 적법절차원칙에 위배되었다는 주장은 이유 없다.

4. 헌법 제65조의 탄핵심판절차의 본질 및 탄핵사유

가. 탄핵심판절차는 행정부와 사법부의 고위공직자에 의한 헌법침해로부터 헌법을 수호하고 유지하기 위한 제도이다.

헌법 제65조는 행정부와 사법부의 고위공직자에 의한 헌법위반이나 법률위반에 대하여 탄핵소추의 가능성을 규정함으로써, 그들에 의한 헌법위반을 경고하고 사전에 방지하는 기능을 하며, 국민에 의하여 국가권력을 위임받은 국가기관이 그 권한을 남용하여 헌법이나 법률에 위반하는 경우에는 다시 그 권한을 박탈하는 기능을 한다. 즉, 공직자가 직무수행에 있어서 헌법에 위반한 경우 그에 대한 법적 책임을 추궁함으로써, 헌법의 규범력을 확보하고자 하는 것이 바로 탄핵심판절차의 목적과 기능인 것이다.

헌법 제65조는 대통령도 탄핵대상 공무원에 포함시킴으로써, 비록 국민에 의하여 선출되어 직접적으로 민주적 정당성을 부여받은 대통령이라 하더라도 헌법질서의 수호를 위해서는 파면될 수 있으며, 파면결정으로 인하여 발생하는 상당한 정치적 혼란조차도 국가공동체가 자유민주적 기본질서를 수호하기 위하여 불가피하게 치러야 하는 민주주의 비용으로 간주하는 결연한 자세를 보이고 있다. 대통령에 대한 탄핵제도는 누구든지 법 아래에 있고, 아무리 강한 국가권력의 소유자라도 법 위에 있지 않다는 법의 지배 내지 법치국가원리를 구현하고자 하는 것이다.

우리 헌법은 헌법수호절차로서의 탄핵심판절차의 기능을 이행하도록 하기 위하여, 제65조에서 탄핵소추의 사유를 '헌법이나 법률에 대한 위배'로 명시하고 헌법재판소가 탄핵심판을 관장하게 함으로써 탄핵절차를 정치적 심판절차가 아니라 규범적 심판절차로 규정하였고, 이에 따라 탄핵제도의 목적이 '정치적 이유가 아니라 범위반을 이유로 하는' 대통령의 과면임을 밝히고 있다.

나. 헌법은 제65조 제1항에서 "대통령...이 그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률에 위배한 때에는 국회는 탄핵의 소추를 의결할 수 있다."고 하여 탄핵사유를 규정하고 있다.

(1) 모든 국가기관은 헌법의 구속을 받으며, 특히 입법자는 입법작용에 있어서 헌법을 준수해야 하고, 행정부와 사법부는 각 헌법상 부여받은 국가권력을 행사함에 있어서 헌법과 법률의 구속을 받는다. 헌법 제65조는 행정부와 사법부의 국가기관이 헌법과 법률의 구속을 받는다는 것을 다시 한 번 강조하면서, 바로 이러한 이유에서 탄핵사유를 헌법위반에 제한하지 아니하고 헌법과 법률에 대한 위반으로 규정하고 있다. 행정부·사법부가 입법자에 의하여 제정된 법률을 준수하는가의 문제는 헌법상의 권력분립원칙을 비롯하여 법치국가원칙을 준수하는지의 문제와 직결되기 때문에, 행정부와 사법부에 의한 법률의 준수는 곧 헌법질서에 대한 준수를 의미하는 것이다.

(2) 여기서 헌법 제65조에 규정된 탄핵사유를 구체적으로 살펴보면, '직무집행에 있어서'의 '직무'란, 법제상 소관 직무에 속하는 고유 업무 및 통념상 이와 관련된 업무를 말한다. 따라서 직무상의 행위란, 법령·조례 또는 행정관행·관례에 의하여 그 지위의 성질상 필요로 하거나 수반되는 모든 행위나 활동을 의미한다. 이에 따라 대통령의 직무상 행위는 법령에 근거한 행위뿐만 아니라, '대통령의 지위에서 국정수행과 관련하여 행하는 모든 행위'를 포괄하는 개념으로서, 예컨대 각종 단체·산업현장 등 방문행위, 준공식·공식만찬 등 각종 행사에 참석하는 행위, 대통령이 국민의 이해를 구하고 국가정책을 효율적으로 수행하기 위하여 방송에 출연하여 정부의 정책을 설명하는 행위, 기자회견에 응하는 행위 등을 모두 포함한다.

헌법은 탄핵사유를 "헌법이나 법률에 위배한 때"로 규정하고 있는데, '헌법'에는 명문의 헌법규정뿐만 아니라 헌법재판소의 결정에 의하여 형성되어 확립된 불문헌법도 포함된다. '법률'이란 단지 형식적 의미의 법률 및 그와 등등한 효력을 가지는 국제조약, 일반적으로 승인된 국제법규 등을 의미한다.

5. 피청구인이 직무집행에 있어서 헌법이나 법률에 위반했는지의 여부

헌법재판소법 제53조 제1항은 "탄핵심판청구가 이유 있는 때에는 헌법재판소는 피청구인을 당해 공직에서 파면하는 결정을 선고한다."고 규정하고 있으므로, 대통령에 대한 파면 결정을 선고할 것인가를 판단하기 위해서는 우선, 헌법이 규정하는 탄핵사유가 존재하는지, 즉, '대통령이 그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률에 위배했는지'를 살펴보아야 한다. 아래에서는 국회 탄핵소추의결서에 기재된 소추사유를 유형별로 나누어 헌법이나 법률의 위반 여부를 살펴보기로 한다.

가. 기자회견에서 특정정당을 지지한 행위(2004. 2. 18. 경인지역 6개 언론사와의 기자회견, 2004. 2. 24. 한국방송기자클럽 초청 기자회견에서의 발언)

대통령이 2004. 2. 18. 청와대에서 가진 경인지역 6개 언론사와의 기자회견에서 "...개헌저지선까지 무너지면 그 뒤에 어떤 일이 생길지는 저도 정말 말씀드릴 수가 없다."고 발언하였고, 2004. 2. 24. 전국에 중계된 한국방송기자클럽 초청 대통령 기자회견에서, '정동영 의장은 100석 정도를 목표로 제시했는데 기대와 달리 소수당으로 남게 된다면 어떻게 정국을 운영할 것인지' 등 총선전망을 묻는 기자의 질문에 대하여, "국민들이 압도적으로 지지를 해 주실 것으로 기대한다.", "대통령이 뭘 잘 해서 열린우리당에 표를 줄 수 있는 길이 있으면, 정말 합법적인 모든 것을 다하고 싶다.", "대통령을 노무현 뽑았으면 나머지 4년 일 제대로 하게 해 줄 거냐 아니면 흔들어서 못 견뎌서 내려오게 할 거냐라는 선택을 우리 국민들이 분명히 해 주실 것이다."는 등의 발언을 한 사실이 인정된다.

한편, 소추의결서에 기재되지 아니한 새로운 사실을 탄핵심판절차에서 소추위원이 임의로 추가하는 것은 허용되지 아니한다. 2004. 3. 11. 대통령의 '총선과 재신임의 연계발언' 부분은 국회 탄핵소추의결서에 적시되지 않은 사실로서 국회의 탄핵의결 이후 소추위원의 견서에 추가된 소추사유이므로, 판단의 대상으로 삼지 않기로 한다.

(1) 선거에서의 공무원의 정치적 중립의무

선거에서의 공무원의 정치적 중립의무는 공무원의 지위를 규정하는 헌법 제7조 제1항, 자유선거원칙을 규정하는 헌법 제41조 제1항 및 제67조 제1항 및 정당의 기회균등을 보장하는 헌법 제116조 제1항으로부터 나오는 헌법적 요청이다.

(가) 헌법 제7조 제1항은 "공무원은 국민 전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다."고 하여, 공무원은 특정 정당이나 집단의 이익이 아니라 국민 전체의 복리를 위하여 직무를 행한다는 것을 규정하고 있다. 국민 전체에 대한 봉사자로서의 국가기관의 지위와 책임은 선거의 영역에서는 '선거에서의 국가기관의 중립의무'를 통하여 구체화된다. 국가

기관은 모든 국민에 대하여 봉사해야 하며, 이에 따라 정당이나 정치적 세력간의 경쟁에서 중립적으로 행동해야 한다. 그러므로 국가기관이 자신을 특정 정당이나 후보자와 동일시하고 공직에 부여된 영향력과 권위를 사용하여 선거운동에서 특정 정당이나 후보자의 편에 섰으로써 정치적 세력간의 자유경쟁관계에 영향력을 행사해서는 안 된다는 것은 곧 헌법 제7조 제1항의 요청인 것이다.

(나)헌법 제41조 제1항 및 제67조 제1항은 각 국회의원선거 및 대통령선거와 관련하여 선거의 원칙을 규정하면서 자유선거원칙을 명시적으로 언급하고 있지 않으나, 선거가 국민의 정치적 의사를 제대로 반영하기 위해서는, 유권자가 자유롭고 개방적인 의사형성과정에서 외부로부터의 부당한 영향력의 행사 없이 자신의 판단을 형성하고 결정을 내릴 수 있어야 한다. 따라서 자유선거원칙은 선출된 국가기관에 민주적 정당성을 부여하기 위한 기본적 전제조건으로서 선거의 기본원칙에 포함되는 것이다.

자유선거원칙이란, 유권자의 투표행위가 국가나 사회로부터의 강제나 부당한 압력의 행사 없이 이루어져야 한다는 것뿐만 아니라, 유권자가 자유롭고 공개적인 의사형성과정에서 자신의 판단과 결정을 내릴 수 있어야 한다는 것을 의미한다. 이러한 자유선거원칙은 국가기관에 대해서는, 특정 정당이나 후보자와 일체감을 가지고 선거에서 국가기관의 지위에서 그들을 지지하거나 반대하는 것을 금지하는 '공무원의 중립의무'를 의미한다.

(다)선거에 있어서 공무원의 중립의무는 정당의 기회균등의 관점에서든 헌법적으로 요청된다. 정당의 기회균등의 원칙은 정당설립의 자유와 복수정당제를 보장하는 헌법 제8조 제1항 및 평등원칙을 규정한 헌법 제11조의 연관관계에서 도출되는 헌법적 원칙이며, 특히 헌법 제116조 제1항은 "선거운동은...균등한 기회가 보장되어야 한다."고 규정하여 선거운동과 관련하여 '정당의 기회균등의 원칙'을 구체화하고 있다. 정당의 기회균등의 원칙은 국가기관에 대하여 선거에서의 정당간의 경쟁에서 중립적으로 행동할 것을 요청하므로, 국가기관이 특정 정당이나 후보자에게 유리하게 또는 불리하게 선거운동에 영향을 미치는 행위를 금지한다.

(2)공선법 제9조(공무원의 중립의무 등)의 위반 여부

공선법은 제9조에서 "공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자는 선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위를 하여서는 아니 된다."고 하여 '선거에서의 공무원의 중립의무'를 규정하고 있다.

(가)대통령이 공선법 제9조의 '공무원'에 해당하는지의 문제

공선법 제9조의 '공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자'에 대통령과 같은 정무직 공무원도 포함되는지의 문제가 제기된다.

1) 공선법 제9조는 헌법 제7조 제1항(국민 전체에 대한 봉사자로서의 공무원의 지위), 헌법 제41조, 제67조(자유선거원칙) 및 헌법 제116조(정당의 기회균등의 원칙)로부터 도출되는 헌법적 요청인 '선거에서의 공무원의 중립의무'를 구체화하고 실현하는 법규정이다. 따라서 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 공무원(예컨대, 대통령, 국무총리, 국무위원, 도지사, 시장, 군수, 구청장 등 지방자치단체의 장)을 포함한다.

특히 직무의 기능이나 영향력을 이용하여 선거에서 국민의 자유로운 의사형성과정에 영향을 미치고 정당간의 경쟁관계를 왜곡할 가능성은 정부나 지방자치단체의 집행기관에 있어서 더욱 크다고 판단되므로, 대통령, 지방자치단체의 장 등에게는 다른 공무원보다도 선거에서의 정치적 중립성이 특히 요구된다.

2) 공선법 제9조에서 공무원에 대하여 선거에서의 중립의무를 요구한 것은 헌법상 자유선거원칙의 요청, 정당의 기회균등의 원칙 및 헌법 제7조 제1항에 헌법적 근거를 둔 '선거에서의 공무원의 중립의무'를 선거법의 영역에서 공무원에 대하여 단지 구체화한 조항으로서, 선거에서의 정치적 중립의무가 요구될 수 없는 국회의원과 지방의회의원을 제외하는 것으로 해석하는 한, 헌법적으로 아무런 하자가 없다.

정당의 대표자이자 선거운동의 주체로서의 지위로 말미암아, 선거에서의 정치적 중립성이 요구될 수 없는 국회의원과 지방의회의원은 공선법 제9조의 '공무원'에 해당하지 않는다. 국가기관에게 선거에서의 중립의무가 부과되는 것은, 정당이 선거에서 공정하게 경쟁할 수 있는 '자유경쟁의 장'을 마련하기 위한 것이다. 국가의 중립의무에 의하여 보장된 '정당간의 자유경쟁'에서 국회의원은 정당의 대표자로서 선거운동의 주역으로 활동하게 되는 것이다. 즉, 국가기관은 선거를 실시하고 공명선거를 보장해야 할 기관으로서 선거에 영향을 미쳐서는 안 되는 반면, 정당은 선거에 영향을 미치는 것을 그 과제로 하고 있는 것이다.

3) 공선법 제9조의 '공무원'의 의미를 공선법상의 다른 규정 또는 다른 법률과의 연관관계에서 체계적으로 살펴보더라도, 공선법에서의 '공무원'의 개념은 국회의원 및 지방의회의원을 제외한 모든 정무직 공무원을 포함하는 것으로 해석된다. 예컨대, 공무원을 원칙적으로 선거운동을 할 수 없는 자로 규정하는 공선법 제60조 제1항 제4호, 공무원의 선거에 영향을 미치는 행위를 금지하는 공선법 제86조 제1항 등의 규정들에서 모두 정무직

공무원을 포함하는 포괄적인 개념으로 사용하고 있다. 뿐만 아니라, 국가공무원법(제2조 등), 정당법(제6조 등) 등 다른 법률들에서도 '공무원'이란 용어를 모두 정무직 공무원을 포함하는 포괄적인 의미로 사용하고 있음을 확인할 수 있다.

4) 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.

(나) '정치적 헌법기관'으로서의 대통령과 '선거에서의 정치적 중립의무'

대통령이 '정치적 헌법기관이라는 점'과 '선거에 있어서 정치적 중립성을 유지해야 한다'는 점'은 서로 별개의 문제로서 구분되어야 한다.

대통령은 통상 정당의 당원으로서 정당의 추천과 지지를 받아 선거운동을 하고 대통령으로 선출된다. 그러므로 대통령은 선출된 후에도 일반적으로 정당의 당원으로 남게 되고, 특정 정당과의 관계를 그대로 유지하게 된다. 현행 법률도 정당의 당원이 될 수 없는 일반 직업공무원과는 달리, 대통령에게는 당원의 자격을 유지할 수 있도록 규정하여(정당법 제6조 제1호) 정당활동을 허용하고 있다.

그러나 대통령은 여당의 정책을 집행하는 기관이 아니라, 행정권을 총괄하는 행정부의 수반으로서 공익실현의 의무가 있는 헌법기관이다. 대통령은 지난 선거에서 자신을 지지한 국민 일부나 정치적 세력의 대통령이 아니라, 국가로서 조직된 공동체의 대통령이고 국민 모두의 대통령이다. 대통령은 자신을 지지하는 국민의 범위를 초월하여 국민 전체에 대하여 봉사함으로써 사회공동체를 통합시켜야 할 책무를 지고 있는 것이다. 국민 전체에 대한 봉사자로서의 대통령의 지위는 선거와 관련하여 공정한 선거관리의 총책임자로서의 지위로 구체화되고, 이에 따라 공선법은 대통령의 선거운동을 허용하고 있지 않다(공선법 제60조 제1항 제4호).

따라서 대통령이 정당의 추천과 지원을 통하여 선거에 의하여 선출되는 정무직 공무원이라는 사실, 대통령에게 정치활동과 정당활동이 허용되어 있다는 사실도 선거에서의 대통령의 정당정치적 중립의무를 부인하는 논거가 될 수 없는 것이다.

(다) 선거에서의 대통령의 '정치적 중립의무'와 '정치적 의견표명의 자유'

모든 공직자는 선거에서의 정치적 중립의무를 부과 받고 있으며, 다른 한편으로는 동시에 국가에 대하여 자신의 기본권을 주장할 수 있는 국민이자 기본권의 주체이다. 마찬가지로, 대통령의 경우에도 소속정당을 위하여 정당활동을 할 수 있는 사인으로서의 지위와

국민 모두에 대한 봉사자로서 공익실현의 의무가 있는 헌법기관으로서의 대통령의 지위는 개념적으로 구분되어야 한다.

대통령이 선거에 있어서 정치적 중립성을 유지해야 한다는 요청은 대통령의 정치활동의 금지나 정당정치적 무관심을 요구하는 것이 아니다. 정당활동이 금지되어 있는 다른 공무원과는 달리, 대통령은 정당의 당원이나 간부로서, 정당 내부의 의사결정과정에 관여하고 통상적인 정당 활동을 할 수 있으며, 뿐만 아니라 전당대회에 참석하여 정치적 의견표명을 할 수 있고 자신이 소속된 정당에 대한 지지를 표명할 수 있다. 다만, 대통령이 정치인으로서 표현의 자유를 행사하는 경우에도, 대통령직의 중요성과 자신의 언행의 정치적 파장에 비추어 그에 상응하는 절제와 자제를 하여야 하며, 국민의 시각에서 볼 때, 직무 외에 정치적으로 활동하는 대통령이 더 이상 자신의 직무를 공정하게 수행할 수 없으리라는 인상을 주어서는 안 된다. 더욱이, 대통령의 절대적인 지명도로 말미암아 그의 '사인으로서의 기본권행사'와 '직무범위 내에서의 활동'의 구분이 불명확하므로, 대통령이 사인으로서의 표현의 자유를 행사하고 정당활동을 하는 경우에도 그에게 부과된 대통령직의 원활한 수행과 기능유지 즉, 국민 전체에 대한 봉사자라는 헌법 제7조 제1항의 요청에 부합될 수 있도록 해야 한다.

따라서, 대통령은 국가의 원수 및 행정부 수반으로서의 지위에서 직무를 수행하는 때에는 원칙적으로 정당정치적 의견표명을 삼가야 하며, 나아가, 대통령이 정당인이나 정치인으로서가 아니라 국가기관인 대통령의 신분에서 선거관련 발언을 하는 경우에는 선거에서의 정치적 중립의무의 구속을 받는다.

(라) 공선법 제9조의 위반행위

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 책임을 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 것이다.

(마)대통령의 발언이 공무원의 정치적 중립의무에 위반되는지의 여부

대통령의 발언이 공선법 제9조를 위반했는지의 여부는 발언의 구체적 내용, 그 시기, 빈도수, 구체적 상황 등을 종합적으로 고려할 때, '대통령이 발언을 통하여 공직상 부여되는 정치적 비중과 영향력을 국민 모두에 대하여 봉사하는 그의 지위와 부합하지 않는 방법으로 사용함으로써 선거에 영향을 미쳤는지'의 판단에 달려있다.

1)여기서 문제되는 기자회견에서의 대통령의 발언은 공직자의 신분으로서 직무수행의 범위 내에서 또는 직무수행과 관련하여 이루어진 것으로 보아야 한다. 위 기자회견들은 대통령이 사인이나 정치인으로서가 아니라 대통령의 신분으로서 가진 것이며, 대통령은 이 과정에서 대통령의 지위가 부여하는 정치적 비중과 영향력을 이용하여 특정 정당을 지지하는 발언을 한 것이다. 따라서 위 기자회견에서의 대통령의 발언은 헌법 제65조 제1항의 의미에서의 '그 직무집행에 있어서' 한 행위에 해당한다.

2) 국회의원선거의 경우, 4년이란 임기 중에 드러난 국회의원, 정당, 교섭단체의 전반적인 의정활동이 다음 선거에서 유권자의 판단자료로서의 중요한 의미를 가지게 된다. 특히 공선법에 규정된 본격적인 선거운동기간 중에는, 정당, 교섭단체, 후보자들은 합법적인 모든 수단을 동원하여 자신의 정책과 정치적 구상 등을 유권자에게 제시하고 경쟁정당이나 경쟁후보자의 정책을 비판하는 방법 등으로 유권자의 신임과 표를 얻기 위한 치열한 경쟁을 벌이게 된다.

그런데 대통령이 특정 정당을 일방적으로 지지하는 발언을 함으로써 국민의 의사형성과정에 영향을 미친다면, 정당과 후보자들에 대한 정당한 평가를 기초로 하는 국민의 자유로운 의사형성과정에 개입하여 이를 왜곡시키는 것이며, 동시에 지난 수 년간 국민의 신뢰를 얻기 위하여 꾸준히 지속해 온 정당과 후보자의 정치적 활동의 의미를 반감시킴으로써 의회민주주의를 크게 훼손시키는 것이다. 민주주의국가에서 선거운동은, 정권을 획득하려는 다수의 정당과 후보자가 그 간의 정치적 활동과 업적을 강조하고 자신이 추구하는 정책의 타당성을 설득함으로써 유권자의 표를 구하는 자유롭고 공개적인 경쟁인데, 정책과 정치적 활동에 대한 평가를 통하여 유권자의 표를 얻으려는 정당간의 자유경쟁관계는 대통령의 특정 정당을 지지하는 편파적 개입에 의하여 크게 왜곡되는 것이다.

그런데 이 부분 대통령의 발언은 그 직무집행에 있어서 반복하여 특정 정당에 대한 자신의 지지를 적극적으로 표명하고, 나아가 국민들에게 직접 그 정당에 대한 지지를 호소하는 내용이라 할 수 있다. 따라서 대통령이 위와 같은 발언을 통하여 특정 정당과 일체감

을 가지고 자신의 직위에 부여되는 정치적 비중과 영향력을 특정 정당에게 유리하게 사용한 것은, 국가기관으로서의 지위를 이용하여 국민 모두에 대한 봉사자로서의 그의 과제와 부합하지 않는 방법으로 선거에 영향력을 행사한 것이고, 이로써 선거에서의 중립의무를 위반하였다.

3)선거에 대한 영향력 행사가 인정될 수 있는지의 판단은 또한 특정 정당을 지지하는 발언이 행해진 시기에 따라 다르다. 선거와 시간적으로 밀접한 관계가 없는 시기에 위와 같은 내용의 발언이 행해진 경우에는 선거의 결과에 영향을 미칠 가능성이 거의 없거나 적다고 볼 수 있다. 그러나 선거일이 가까워 올수록 특정 정당을 지지하는 대통령의 발언이 선거의 결과에 영향을 미칠 가능성이 더욱 많으므로, 이러한 시기에는 선거에 영향을 미칠 수 있고 편파적으로 작용할 수 있는 모든 행동을 최대한으로 자제해야 한다는 국가기관의 의무가 있다.

언제부터 국가기관의 편파적 행위가 선거에 특히 영향을 미칠 수 있는가 하는 시점을 명확하게 확정할 수는 없으나, 문제된 대통령의 발언이 행해진 시기는 각 2004. 2. 18., 2. 24.로서 2004. 4. 15.의 국회의원선거를 약 2달 남겨놓은 시점으로서, 이 때부터는 이미 사실상 선거운동의 준비작업이 시작되었다고 볼 수 있고 국가기관의 행위가 선거에 영향을 미칠 개연성이 높다는 의미에서 선거의 인접성을 인정할 수 있으므로, 적어도 이 기간에는 국가기관의 정치적 중립성이 더욱 요청된다고 하겠다.

4)그렇다면 선거에 임박한 시기이기 때문에 공무원의 정치적 중립성이 어느 때보다도 요청되는 때에, 공정한 선거관리의 궁극적 책임을 지는 대통령이 기자회견에서 전 국민을 상대로, 대통령직의 정치적 비중과 영향력을 이용하여 특정 정당을 지지하는 발언을 한 것은, 대통령의 지위를 이용하여 선거에 대한 부당한 영향력을 행사하고 이로써 선거의 결과에 영향을 미치는 행위를 한 것이므로, 선거에서의 중립의무를 위반하였다.

(3) 공선법 제60조(공무원의 선거운동금지) 위반여부

(가) 선거운동의 개념

공선법은 제58조 제1항에서 '선거운동'의 개념을 '선거운동이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위'로 정의하고 있다. 공선법은 같은 항 단서에서 '선거운동으로 보지 아니하는 행위'를 열거하고 있는데, 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시, 입후보와 선거운동을 위한 준비행위, 정당의 후보자 추천에 관한 단순 지지·반대의 의견개진 및 의사표시, 통상적인 정당활동이 이에 해당한다.

헌법재판소의 판례에 의하면, 공선법 제58조 제1항의 '선거운동'이란, 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 말한다(헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 33; 2001. 8. 30. 2000헌마 121등, 판례집 13-2, 263, 274).

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 행위자의 의도를 어느 정도 객관적으로 파악할 수 있는 것이다.

(나)대통령의 발언이 선거운동에 해당하는지의 여부

1)공선법 제58조 제1항은 '당선'의 기준을 사용하여 '선거운동'의 개념을 정의함으로써, '후보자를 특정할 수 있는지의 여부'를 선거운동의 요건으로 삼고 있다. 따라서 선거운동의 개념은 '특정한' 또는 '적어도 '특정될 수 있는' 후보자의 당선이나 낙선을 위한 행위여야 한다는 것을 전제로 하고 있다. 물론, 특정 정당의 득표를 목적으로 하는 행위도 필연적으로 그 정당의 추천을 받은 지역구 후보자의 당선을 목표로 하는 행위를 의미한다는 점에서, 특정 정당을 지지하는 발언도 선거운동의 개념을 충족시킬 수 있으나, 이 경우에도 특정 정당에 대한 지지발언을 통하여 당선시키고자 하는 정당 후보자가 특정될 수 있어야 한다.

그러나 이 사건의 발언이 이루어진 시기인 2004. 2. 18.과 2004. 2. 24.에는 아직 정당의 후보자가 결정되지 아니하였으므로, 후보자의 특정이 이루어지지 않은 상태에서 특정 정당에 대한 지지발언을 한 것은 선거운동에 해당한다고 볼 수 없다.

2)또한, 선거운동에 해당하기 위해서는 특정 후보자의 당선이나 낙선을 목적으로 한다는 행위의 '목적성'이 인정되어야 하는데, 이 사건 발언에 대해서는 그러한 목적의사가 인정될 수 없다.

가) 선거가 국민의 정치적 의사를 제대로 반영하기 위해서는 유권자는 자유롭고 개방적인 의사형성과정에서 자신의 결정을 내릴 수 있어야 한다. 그런데 유권자는 누가 자신이 지지하는 정책방향을 표방하고 실현하고자 하는가를 알아야 하고, 선택할 수 있는 여러 가지의 정책 방향과 입후보자에 관한 정확한 정보를 얻어야만, 비로소 진정한 의미에서 자유롭게 유권자로서의 결정을 내릴 수 있다. 따라서 국민의 알 권리 차원에서, 선거가 다가옴에 따라 기자회견 등을 통하여 유권자 결정의 판단기초가 되는 정보, 즉 정당과 후보자에 관한 정보의 제공이 요구된다.

그러므로 기자회견에서의 선거관련 발언을 모두 엄격하게 선거운동으로 규정하는 것은

정치인의 표현의 자유를 지나치게 제한하게 되는 효과가 있다. 특히, 단기의 선거운동기간 중에만 선거운동을 허용하면서 그에 대해서도 선거운동의 주체 및 방법 등에 따른 다양한 규제를 가하고 있는 현행 공선법에서, '선거운동'의 개념을 너무 포괄적으로 파악하는 것은 국민의 정치적 활동의 자유가 그만큼 더욱 위축된다는 것을 의미한다.

그렇다면 기자회견 등에서의 발언이 그 자체로서 선거운동에 해당하거나 또는 반대로 선거운동에 해당하지 않는 것이 아니라, 구체적 행위의 태양, 즉 발언의 시기, 내용, 장소, 상황 등을 종합적으로 고려하여 무엇보다도 '기자회견 등의 기회를 이용하여 선거운동을 하고자 하는 상당한 정도의 목적의지가 인정될 수 있는지'의 여부를 개별적으로 판단해야 한다. 여기서 발언의 능동성 및 계획성은 '목적의지'를 인식하는 중요한 기준으로 작용한다.

나)이 사건의 경우, 발언의 시기가 비록 임박한 2004. 4. 15.의 국회의원선거와 시간적인 밀접한 연관성을 가지고 있으나, 발언의 내용과 발언이 행해진 구체적 상황에 있어서, 여기서 문제되는 대통령의 발언들은 기자회견에서 기자의 질문에 대한 답변의 형식으로 수동적이고 비계획적으로 행해진 점을 감안한다면, 대통령의 발언에 선거운동을 향한 능동적 요소와 계획적 요소를 인정할 수 없고, 이에 따라 선거운동의 성격을 인정할 정도로 상당한 목적의지가 있다고 볼 수 없다.

3)그렇다면 피청구인의 발언이 비록 열린우리당에 대한 지지를 국민에게 호소한 것에는 해당할지라도, 특정 후보자나 특정 가능한 후보자들을 당선 또는 낙선시킬 의도로 능동적·계획적으로 선거운동을 한 것으로는 보기 어렵다. 따라서 이 부분 피청구인의 행위는 공선법 제60조 제1항 또는 그 벌칙조항인 제255조 제1항에 위반된다고 할 수 없다.

(4)공선법 제85조 제1항, 제86조 제1항 위반 여부

공선법 제85조 제1항은 공무원이 그 지위를 이용하여 선거운동을 할 수 없도록 하고 있으며, 공무원이 그 소속직원이나 특정기관·업체 등의 임·직원을 대상으로 한 선거운동은 그 지위를 이용한 선거운동으로 보고 있다.

그러나 위에서 본바와 같이 피청구인의 위 발언들은 선거운동에 해당하지 않으므로 더 나아가 살필 것 없이 공선법 제85조 제1항에 위반되지 않는다.

공선법 제86조 제1항은 공무원의 여러 가지 선거관련 행위를 금지하고 있는바, 먼저, 그 제1호는 소속직원 또는 선거구민에게 특정 정당이나 후보자의 업적을 홍보하는 행위를 금지하고 있는데, 피청구인의 발언들에 열린우리당의 업적을 홍보하는 내용은 없으므로 여기에 해당하지 않는다. 다음으로 제2호 내지 제7호는 구성요건 그 자체로서 피청구인의 발언들과 무관함이 분명하다. 따라서 공선법 제86조 제1항 위반도 인정되지 않는다.

나. 그 밖의 총선과 관련하여 발언한 행위

(1) 2003. 12. 19. 리멤버1219 행사에서의 발언

대통령이 2003. 12. 19. 노사모 등 개혁네띠즌연대가 주최한 '리멤버 1219' 행사에 참석하여 "여러분의 혁명은 아직 끝나지 않았다. 시민혁명은 지금도 계속되고 있다.", "존경하는 우리 노사모 회원 여러분, 그리고 시민 여러분, 다시 한 번 나서달라."고 발언한 사실이 인정된다.

위 발언은, 대통령이 대선 당시 자신을 지지하였던 노사모 등의 단체가 당선 1주년을 축하하기 위하여 피청구인을 초청하여 축하행사를 하던 자리에서 행한 발언으로서, 문제된 발언의 내용을 연설 전체의 맥락에서 살펴보면 행사의 참석자에게 선거개혁('돈 안 드는 공명선거')이나 정치개혁에 동참해 줄 것을 호소하는 발언이거나 단지 '포괄적으로 자신에 대한 지지를 요청'하는 발언으로, 선거와 관련하여 특정 정당에 대한 지지를 호소하거나 시민단체의 불법적 선거운동을 권유하는 발언으로 보기 어렵다. 따라서 대통령의 위 발언은 허용되는 정치적 의견표명의 범주를 벗어나지 않는 것으로서 선거에서의 정치적 중립의무에 위반되거나 사전선거운동에 해당된다고 할 수 없다. 또한, 그 외 다른 범위반에 해당한다고도 볼 수 없다.

다만, 대통령의 특정 시민단체에 대한 편파적 행동은 대통령을 지지하는 국민의 집단과 그를 지지하지 않는 국민의 집단으로 나라가 양분되는 현상을 초래함으로써, 모든 국민의 대통령으로서 국가공동체를 통합시켜야 할 책무와도 부합하지 않으며, 나아가 정부 전반에 대한 국민의 불신으로 이어질 수 있다.

(2) 2003. 12. 24. 전직 비서관과의 청와대 오찬에서의 발언

대통령이 2003. 12. 24. 국회의원선거에 입후보하기 위하여 퇴임한 전직 비서관등 9명과의 청와대 오찬에서 "내년 총선은 한나라당을 하나의 세력으로 하고 대통령과 열린우리당을 한 축으로 하는 구도로 가게 될 것이다.", "내년 총선에서 민주당을 찍는 것은 한나라당을 도와주는 것으로 인식될 것"이라는 등의 발언을 한 사실이 인정된다.

대통령 부부가 9명의 전직 청와대 비서관·행정관들과 가진 청와대 오찬의 경우, 우선 모임의 성격이 대통령의 지위에서 가진 모임이라기보다는 사적인 모임의 성격이 짙고, 위 발언의 내용에 있어서도 대통령이 공식상 부여되는 정치적 영향력을 이용하여 선거에 부당한 영향을 미치고자 하는 의도가 있는 것으로 보기 어렵다. 대통령의 위 발언은 발언의 상대방, 그 경위와 동기 등을 종합하여 볼 때 정치적 의견표명의 자유를 행사한 것으로서 헌법상 표현의 자유에 의하여 정당화되는 행위이며, 정치적 공무원에게 허용되는 정치적

활동의 한계를 넘지 않은 것이다.

(3) 2004. 1. 14. 연두기자회견에서의 발언

2004. 1. 14. 연두기자회견에서 대통령이 "개혁을 지지한 사람과 개혁이 불안해 지지하지 않은 사람들이 있어서 갈라졌고, 대선 때 날 지지한 사람들이 열린우리당을 하고 있어 함께 하고 싶다."고 발언한 사실이 인정된다.

위 발언은 '대통령의 열린우리당 입당시기'를 묻는 기자의 질문에 대한 답변으로서, 법적으로 정당가입이 허용된 대통령이 자신이 지지하는 정당을 밝히고 그 정당에의 가입여부 및 그 시기에 관하여 자신의 입장을 밝힌 것에 지나지 않는다. 따라서 대통령이 위 발언을 통하여 선거와 관련하여 특정 정당을 지지하고 이로써 선거에 영향을 미치고자 한 것이 아니므로, 선거에서의 공무원의 중립의무를 위반하였거나 선거운동을 한 것으로 볼 수 없다.

(4) 2004. 2. 5. 강원지역 언론인 간담회에서의 발언

대통령이 2004. 2. 5. 강원지역 언론인 간담회에서 "국참 0415 같은 사람들의 정치참여를 법적으로나 정치적으로 허용하고 장려해 주어야 한다."고 발언한 사실이 인정된다.

위 발언은 "당선운동을 표명하고 나선 국민참여 0415의 경우 불법 선거 개입의 논란 여지가 있는데 이에 대하여 어떻게 생각하는가."라는 질문에 대한 발언으로서, '선거문화를 한 단계 발전시키기 위해서는 시민들의 자발적인 참여와 활동이 장려되어야 하고, 이를 위해서는 국민의 정치참여가 법적으로 되도록 넓게 허용되어야 하며, 적어도 법에 저촉되지 않는 범위 내에서 법적 해석을 관대하게 해야 한다'는 취지로 이해된다. 따라서 위의 발언은 단지 국민의 정치참여 현상에 관한 자신의 견해를 밝힌 것에 지나지 않으므로, 선거에서의 중립의무나 선거운동금지에 위반한 것으로 볼 수 없다.

(5) 2004. 2. 27.자 중앙일보에 보도된 "17대 총선 열린우리당 전략 기획"

2004. 2. 27.자 중앙일보에 "17대 총선 열린우리당 전략 기획"이라는 대외비 문건에 관하여 보도되었고, 이로써 청와대의 조직적 선거개입의 의혹이 제기되었으나, 이 사건의 변론과정에서 드러난 모든 증거에 의하더라도 피청구인이 열린우리당의 선거전략을 지휘하거나 그에 관여한 사실이 인정되지 않으므로, 이 부분 소추사유는 이유 없다.

(6) 국민을 협박하여 자유선거를 방해한 행위

이 부분 소추사유는 구체적 사실을 특정하지도 않은 채, '국민을 협박하여 특정 정당의 지지를 유도하고 총선 민심에 영향을 미치는 언행을 반복함으로써' 국민의 자유선거를 방

해하였다고 주장하는 것인바, 피청구인의 선거관련 발언들이 일반 공직사회에 파급효를 미쳐 공직자들의 선거중립적 태도에 실질적으로 부정적 영향을 미쳤거나, 피청구인이 주장으로 있는 행정부 조직이 특정 정당을 위하여 선거에 개입하였다거나, 선거관리위원회의 공정한 선거관리 기능에 장애를 초래하였다고 볼 자료가 없고, 이로써 국민들의 선거에 관한 자유로운 의사형성을 저해·왜곡하였다거나 자유로운 투표권의 행사를 방해하였다고 볼 여지가 없다.

따라서 피청구인의 선거관련 발언들이 자유선거를 방해하였거나 선거방해죄에 관한 규정인 공선법 제237조 제1항 제3호에 위반된다고 할 수 없다.

다. 헌법을 준수하고 수호해야 할 의무(헌법 제66조 제2항 및 제69조)와 관련하여 문제되는 행위

(1) 헌법을 준수하고 수호해야 할 대통령의 의무

헌법은 제66조 제2항에서 대통령에게 '국가의 독립·영토의 보전·국가의 계속성과 헌법을 수호할 책무'를 부과하고, 같은 조 제3항에서 '조국의 평화적 통일을 위한 성실한 의무'를 지우면서, 제69조에서 이에 상응하는 내용의 취임선서를 하도록 규정하고 있다. 헌법 제69조는 단순히 대통령의 취임선서의무만을 규정한 것이 아니라, 헌법 제66조 제2항 및 제3항에 규정된 대통령의 헌법적 책무를 구체화하고 강조하는 실체적 내용을 지닌 규정이다.

헌법 제66조 제2항 및 제69조에 규정된 대통령의 '헌법을 준수하고 수호해야 할 의무'는 헌법상 법치국가원리가 대통령의 직무집행과 관련하여 구체화된 헌법적 표현이다. 헌법의 기본원칙인 법치국가원리의 본질적 요소는 한 마디로 표현하자면, 국가의 모든 작용은 '헌법'과 국민의 대표로써 구성된 의회의 '법률'에 의하여 한다는 것과 국가의 모든 권력 행사는 행정에 대해서는 행정재판, 입법에 대해서는 헌법재판의 형태로써 사법적 통제의 대상이 된다는 것이다. 이에 따라, 입법자는 헌법의 구속을 받고, 법을 집행하고 적용하는 행정부와 법원은 헌법과 법률의 구속을 받는다. 따라서 행정부의 수반인 대통령은 헌법과 법률을 존중하고 준수할 헌법적 의무를 지고 있다.

'헌법을 준수하고 수호해야 할 의무'가 이미 법치국가원리에서 파생되는 지극히 당연한 것임에도, 헌법은 국가의 원수이자 행정부의 수반이라는 대통령의 막중한 지위를 감안하여 제66조 제2항 및 제69조에서 이를 다시 한번 강조하고 있다. 이러한 헌법의 정신에 의한다면, 대통령은 국민 모두에 대한 '법치와 준법의 상징적 존재'인 것이다. 이에 따라 대통령은 헌법을 수호하고 실현하기 위한 모든 노력을 기울여야 할 뿐만 아니라, 법을 준수하여 현행법에 반하는 행위를 해서는 안 되며, 나아가 입법자의 객관적 의사를 실현하기

위한 모든 행위를 해야 한다. 행정부의 법존중 의무와 법집행 의무는 행정부가 위헌적인 것으로 간주하는 법률에 대해서도 마찬가지로 적용된다. 위헌적인 법률을 법질서로부터 제거하는 권한은 헌법상 단지 헌법재판소에 부여되어 있으므로, 설사 행정부가 특정 법률에 대하여 위헌의 의심이 있다 하더라도, 헌법재판소에 의하여 법률의 위헌성이 확인될 때까지는 법을 존중하고 집행하기 위한 모든 노력을 기울여야 한다.

(2) 중앙선거관리위원회의 선거법위반 결정에 대한 대통령의 행위

(가) 2004. 3. 4. 노무현 대통령은 이병완 청와대 홍보수석을 통하여 자신의 선거개입을 경고하는 중앙선거관리위원회의 결정에 대하여, "이 번 선관위의 결정은 납득하기 어렵다는 점을 분명히 밝혀두고자 한다.", "이제 우리도 선진민주사회에 걸맞게 제도와 관행이 바뀌어야 한다.", "과거 대통령이 권력기관을 ...동원하던 시절의 선거관련법은 이제 합리적으로 개혁되어야 한다.", "선거법의 해석과 결정도 이러한 달라진 권력문화와 새로운 시대흐름에 맞게 맞춰져야 한다."고 청와대의 입장을 밝힌 사실이 인정된다. 중앙선거관리위원회 결정에 대한 2004. 3. 4.자 청와대의 입장이 비록 청와대 내부적으로는 수석보좌관회의에서 집약된 의견이라고는 하나, 외부로 표명되는 모든 청와대의 입장은 원칙적으로 대통령의 행위로 귀속되어야 하고, 특히 이 사건의 경우 청와대비서실은 회의의 결과를 대통령에게 보고하고 승인을 얻어 보좌관 브리핑을 한 사실이 인정되므로, 청와대 홍보수석의 위 발언은 곧 대통령 자신의 행위로 간주되어야 한다. 청와대 홍보수석이 발표한 위 발언 내용의 취지는, 중앙선거관리위원회의 결정에 대하여 유감을 표명하면서, 현행 선거법을 '관권선거시대의 유물'로 폄하한 것이라 할 수 있다.

(나) 대통령이 현행법을 '관권선거시대의 유물'로 폄하하고 법률의 합헌성과 정당성에 대하여 대통령의 지위에서 공개적으로 의문을 제기하는 것은 헌법과 법률을 준수해야 할 의무와 부합하지 않는다. 대통령이 국회에서 의결된 법률안에 대하여 위헌의 의심이나 개선의 여지가 있다면, 법률안을 국회로 환부하여 재의를 요구해야 하며(헌법 제53조 제2항), 대통령이 현행 법률의 합헌성에 대하여 의문을 가진다면, 정부로 하여금 당해 법률의 위헌성여부를 검토케 하고 그 결과에 따라 합헌적인 내용의 법률개정안을 제출하도록 하거나 또는 국회의 지지를 얻어 합헌적으로 법률을 개정하는 방법(헌법 제52조) 등을 통하여 헌법을 실현해야 할 의무를 이행해야지, 국민 앞에서 법률의 유효성 자체를 문제 삼는 것은 헌법을 수호해야 할 의무를 위반하는 행위이다. 물론, 대통령도 정치인으로서 현행 법률의 개선방향에 관한 입장과 소신을 피력할 수는 있으나, 어떠한 상황에서, 어떠한 연관관계에서 법률의 개정에 관하여 논의하는가 하는 것은 매우 중요하며, 이 사건의 경우와 같이, 대통령이 선거법위반행위로 말미암아 중앙선거관리위원회로부터 경고를 받는 상황에서 그에 대한 반응으로서 외국의 입법례를 들어가며 현행 선거법을 폄하하는 발언을 하는 것은 법률을 존중하는 태도라고 볼 수 없는 것이다.

모든 공직자의 모범이 되어야 하는 대통령의 이러한 언행은 법률을 존중하고 준수해야 하는 다른 공직자의 의식에 중대한 영향을 미치고, 나아가 국민 전반의 준법정신을 저해하는 효과를 가져오는 등 법치국가의 실현에 있어서 매우 부정적인 영향을 미칠 수 있다. 즉, 법치국가에 대한 대통령의 불투명한 태도 또는 유보적 입장이 국가 전반 및 헌법질서에 미치는 영향은 지대하다 아니할 수 없다. 대통령 스스로가 법을 존중하고 준수하지 않는다면, 다른 공직자는 물론, 국민 누구에게도 법의 준수를 요구할 수 없는 것이다.

(다)결론적으로, 대통령이 국민 앞에서 헌행법의 정당성과 규범력을 문제 삼는 행위는 법치국가의 정신에 반하는 것이자, 헌법을 수호해야 할 의무를 위반한 것이다.

(3) 2003. 10. 13. 재신임 국민투표를 제안한 행위

국회의 소추의결서는 세 번째 소추사유인 '불성실한 직무수행과 경솔한 국정운영'과 관련하여 '위헌적인 재신임 국민투표의 제안'을 구체적으로 언급하고 있고, 청구인이 탄핵심판을 청구한 후 제출한 의견서를 통하여 이를 구체화하였으므로, 판단의 대상으로 삼기로 한다.

(가) 대통령이 2003. 10. 13. 국회에서 행한 '2004년도 예산안 시정연설'에서 "저는 지난주에 국민의 재신임을 받겠다는 선언을 했다...제가 결정할 수 있는 일은 아니지만, 국민투표가 옳다고 생각한다. 법리상 논쟁이 없는 것은 아니지만 정치적 합의가 이루어지면 헌행법으로도 '국가안보에 관한 사항'을 좀더 폭넓게 해석함으로써 가능할 것으로 생각한다."라고 발언하여, 같은 해 12월 중 재신임 국민투표를 실시할 것을 제안하였고, 이로 인하여 재신임 국민투표의 헌법적 허용여부에 관한 논란이 야기되었다. 결국, 신임 국민투표의 위헌성에 관한 다툼은 헌법소원의 제기로 인하여 헌법재판소의 판단을 받게 되었으나, 헌법재판소가 현재 2003. 11. 27. 2003헌마694등 결정에서 5인의 다수의견으로 '심판의 대상이 된 대통령의 행위가 법적인 효력이 있는 행위가 아니라 단순한 정치적 계획의 표명에 불과하기 때문에 공권력의 행사에 해당하지 않는다.'는 이유로 심판청구를 부적법한 것으로서 각하하였다.

(나)헌법 제72조는 "대통령은 필요하다고 인정할 때에는 외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책을 국민투표에 붙일 수 있다."고 규정하여 대통령에게 국민투표 부의권을 부여하고 있다. 헌법 제72조는 대통령에게 국민투표의 실시 여부, 시기, 구체적 부의사항, 설문내용 등을 결정할 수 있는 임의적인 국민투표발의권을 독점적으로 부여함으로써, 대통령이 단순히 특정 정책에 대한 국민의 의사를 확인하는 것을 넘어서 자신의 정책에 대한 추가적인 정당성을 확보하거나 정치적 입지를 강화하는 등, 국민투표를 정치적 무기화하고 정치적으로 남용할 수 있는 위험성을 안고 있다. 이러한 점을 고려할 때, 대통령의

부의권을 부여하는 헌법 제72조는 가능하면 대통령에 의한 국민투표의 정치적 남용을 방지할 수 있도록 엄격하고 축소적으로 해석되어야 한다.

(다) 이러한 관점에서 볼 때, 헌법 제72조의 국민투표의 대상인 '중요정책'에는 대통령에 대한 '국민의 신임'이 포함되지 않는다.

선거는 '인물에 대한 결정' 즉, 대의제를 가능하게 하기 위한 전제조건으로서 국민의 대표자에 관한 결정이며, 이에 대하여 국민투표는 직접민주주의를 실현하기 위한 수단으로서 '사안에 대한 결정' 즉, 특정한 국가정책이나 법안을 그 대상으로 한다. 따라서 국민투표의 본질상 '대표자에 대한 신임'은 국민투표의 대상이 될 수 없으며, 우리 헌법에서 대표자의 선출과 그에 대한 신임은 단지 선거의 형태로써 이루어져야 한다. 대통령이 이미 지난 선거를 통하여 획득한 자신에 대한 신임을 국민투표의 형식으로 재확인하고자 하는 것은, 헌법 제72조의 국민투표제를 헌법이 허용하지 않는 방법으로 위헌적으로 사용하는 것이다.

대통령은 헌법상 국민에게 자신에 대한 신임을 국민투표의 형식으로 물을 수 없을 뿐만 아니라, 특정 정책을 국민투표에 붙이면서 이에 자신의 신임을 결부시키는 대통령의 행위도 위헌적인 행위로서 헌법적으로 허용되지 않는다. 물론, 대통령이 특정 정책을 국민투표에 붙인 결과 그 정책의 실시가 국민의 동의를 얻지 못한 경우, 이를 자신에 대한 불신임으로 간주하여 스스로 물러나는 것은 어쩔 수 없는 일이나, 정책을 국민투표에 붙이면서 "이를 신임투표로 간주하고자 한다."는 선언은 국민의 결정행위에 부당한 압력을 가하고 국민투표를 통하여 간접적으로 자신에 대한 신임을 묻는 행위로서, 대통령의 헌법상 권한을 넘어서는 것이다. 헌법은 대통령에게 국민투표를 통하여 직접적이든 간접적이든 자신의 신임여부를 확인할 수 있는 권한을 부여하지 않는다.

(라)뿐만 아니라, 헌법은 명시적으로 규정된 국민투표 외에 다른 형태의 재신임 국민투표를 허용하지 않는다. 이는 주권자인 국민이 원하거나 또는 국민의 이름으로 실시하더라도 마찬가지이다. 국민은 선거와 국민투표를 통하여 국가권력을 직접 행사하게 되며, 국민투표는 국민에 의한 국가권력의 행사방법의 하나로서 명시적인 헌법적 근거를 필요로 한다. 따라서 국민투표의 가능성은 국민주권주의나 민주주의원칙과 같은 일반적인 헌법원칙에 근거하여 인정될 수 없으며, 헌법에 명문으로 규정되지 않는 한 허용되지 않는다.

(마)결론적으로, 대통령이 자신에 대한 재신임을 국민투표의 형태로 묻고자 하는 것은 헌법 제72조에 의하여 부여받은 국민투표부의권을 위헌적으로 행사하는 경우에 해당하는 것으로, 국민투표제도를 자신의 정치적 입지를 강화하기 위한 정치적 도구로 남용해서는 안 된다는 헌법적 의무를 위반한 것이다. 물론, 대통령이 위헌적인 재신임 국민투표를 단지 제안만 하였을 뿐 강행하지는 않았으나, 헌법상 허용되지 않는 재신임 국민투표를 국

민들에게 제안한 것은 그 자체로서 헌법 제72조에 반하는 것으로 헌법을 실현하고 수호해야 할 대통령의 의무를 위반한 것이다.

(4) 국회의 견해를 수용하지 않은 행위

대통령이 2003. 4. 25. 국회 인사청문회가 고영구 국가정보원장에 대하여 부적격 판정을 하였음에도 이를 수용하지 아니한 사실, 2003. 9. 3. 국회가 행정자치부장관 해임결의안을 의결하였음에도 이를 즉시 수용하지 아니한 사실이 인정된다.

(가) 대통령은 그의 지휘·감독을 받는 행정부 구성원을 임명하고 해임할 권한(헌법 제78조)을 가지고 있으므로, 국가정보원장의 임명행위는 헌법상 대통령의 고유권한으로서 법적으로 국회 인사청문회의 견해를 수용해야 할 의무를 지지는 않는다. 따라서 대통령은 국회 인사청문회의 판정을 수용하지 않음으로써 국회의 권한을 침해하거나 헌법상 권력분립원칙에 위배되는 등 헌법에 위반한 바가 없다.

(나)국회는 국무총리나 국무위원의 해임을 건의할 수 있으나(헌법 제63조), 국회의 해임건의는 대통령을 기속하는 해임결의권이 아니라, 아무런 법적 구속력이 없는 단순한 해임건의에 불과하다. 우리 헌법 내에서 '해임건의권'의 의미는, 임기 중 아무런 정치적 책임을 물을 수 없는 대통령 대신에 그를 보좌하는 국무총리·국무위원에 대하여 정치적 책임을 추궁함으로써 대통령을 간접적이거나 견제하고자 하는 것에 지나지 않는다. 헌법 제63조의 해임건의권을 법적 구속력 있는 해임결의권으로 해석하는 것은 법문과 부합할 수 없을 뿐만 아니라, 대통령에게 국회해산권을 부여하고 있지 않는 현행 헌법상의 권력분립질서와도 조화될 수 없다.

(다)결국, 대통령이 국회인사청문회의 결정이나 국회의 해임건의를 수용할 것인지의 문제는 대의기관인 국회의 결정을 정치적으로 존중할 것인지의 문제이지 법적인 문제가 아니다. 따라서 대통령의 이러한 행위는 헌법이 규정하는 권력분립구조 내에서의 대통령의 정당한 권한행사에 해당하거나 또는 헌법규범에 부합하는 것으로서 헌법이나 법률에 위반되지 아니한다.

(5) 국회에 대한 비하 발언 등

(가) 대통령이 2003. 5. 8.의 대(對)국민 인터넷 서신에서 "농부는 김매기 때가 되면 밭에서 잡초를 뽑아냅니다...사리사욕과 잘못된 집단이기주의에 빠지는 일부 정치인...개혁하라는 국민 대다수의 뜻은 무시하고 개혁의 발목을 잡고 나라의 앞날을 막으려 하는 일부 정치인..."이라는 표현을 한 사실(소추위원측이 주장하는 바와 같이 현직 국회의원들을 '뽑아버려야 할 잡초'로 표현한 것이 아니다), 2004. 3. 8. 국회의 탄핵 추진을 '부당한 횡포'로 표현한 사실이 인정된다.

위 발언들은 정치적 헌법기관으로서 대통령에게 허용되는 정치적 견해의 표명으로서, 정치적 비난의 대상이 될 수는 있을지언정 헌법이나 법률에 위반한 것은 아니다.

(나) 2004. 3. 1. '3·1절 85주년 기념사'에서 용산 미국기지의 이전과 관련하여 "간섭, 침략, 의존의 상징이 어엿한 독립국가로서의 대한민국 국민의 품안에 돌아올 것"이라고 한 발언은 탄핵소추의결서에 포함되어 있지 않으므로, 국회의 탄핵의결 이후 사후적으로 추가된 것으로 보아, 판단의 대상으로 삼지 아니한다.

라. 대통령 측근의 권력형 부정부패

(1) 직무집행 관련성의 시간적 범위

헌법 제65조 제1항은 '대통령...이 그 직무집행에 있어서'라고 하여, 탄핵사유의 요건을 '직무' 집행으로 한정하고 있으므로, 위 규정의 해석상 대통령의 직위를 보유하고 있는 상태에서 범한 범위반행위만이 소추사유가 될 수 있다고 보아야 한다. 따라서 당선 후 취임 시까지의 기간에 이루어진 대통령의 행위도 소추사유가 될 수 없다. 비록 이 시기 동안 대통령직인수에 관한 법률에 따라 법적 신분이 '대통령당선자'로 인정되어 대통령직의 인수에 필요한 준비작업을 할 수 있는 권한을 가지게 되나, 이러한 대통령당선자의 지위와 권한은 대통령의 직무와는 근본적인 차이가 있고, 이 시기 동안의 불법정치자금 수수 등의 위법행위는 형사소추의 대상이 되므로, 헌법상 탄핵사유에 대한 해석을 달리할 근거가 없다.

(2) 썬앤문 및 대선캠프 관련 불법정치자금 수수 등

이 부분 소추사유들은 피청구인이 2003. 2. 25. 대통령으로 취임하기 전에 일어난 사실에 바탕을 두고 있는 것이어서 대통령으로서의 직무집행과 무관함이 명백하므로 나아가 피청구인이 그러한 불법자금 수수 등에 관여한 사실이 있는지 여부를 살필 것 없이 탄핵사유에 해당하지 않는다.

(3) 측근비리

이 부분 소추사유 중 피청구인이 대통령으로 취임한 후에 일어난 사실에 바탕을 두고 있는 것은, 최도술이 청와대 총무비서관으로 재직하는 동안 삼성 등으로부터 4천 7백만 원을 수수하였다는 부분, 안희정이 2003. 3.부터 같은 해 8.까지 10억 원의 불법자금을 수수하였다는 부분, 여택수 및 양길승에 관한 부분이다.

그러나 이 사건 변론절차에서 현출된 모든 증거에 의하더라도 피청구인이 위 최도술 등의 불법자금 수수 등의 행위를 지시·방조하였다거나 기타 불법적으로 관여하였다는 사실

이 인정되지 않으므로 이를 전제로 한 이 부분 소추사유는 이유 없다.

그 밖의 나머지 소추사유들은 피청구인이 대통령으로 취임하기 전에 일어난 사실에 바탕을 두고 있는 것이어서 대통령으로서의 직무집행과 무관함이 명백하므로 나아가 피청구인이 그러한 불법자금 수수 등에 관여한 사실이 있는지 여부를 살필 것 없이 탄핵사유에 해당하지 않는다.

(4) 정계은퇴의 공언

피청구인이 2003. 12. 14. 청와대 정당대표 회동에서 피청구인측의 불법정치자금 규모가 한나라당의 10분의 1을 넘으면 정계를 은퇴할 것이라고 발언한 사실이 인정된다.

그러나 이는 정치상황에 대하여 정치적 신의를 걸고 한 발언으로서 법적인 의무나 책임을 발생시키는 것이라고 보기 어렵고, 그러한 발언을 지킬 것인지의 여부는 정치인으로서 정치적·도의적으로 판단하고 책임질 문제일 뿐이므로 직무집행에 있어서의 헌법 또는 법률위반 행위에 해당할 여지는 없다.

(5) 검찰수사와 관련된 발언

피청구인이 2003. 12. 30. 청와대 송년오찬모임에서 "내가 검찰을 죽이려 했다면 두 번 갈아 마실 수 있었겠지만 그러지 않았다."는 발언을 하는 등 검찰수사를 간섭·방해하였다는 소추사유는 소추의결서에 포함되어 있지 않으므로, 사후적으로 추가된 것으로 보아, 이를 판단의 대상으로 삼지 아니한다.

마. 불성실한 직책수행과 경솔한 국정운영으로 인한 정국의 혼란 및 경제파탄

(1) 이 부분 소추사유는, 취임 후 지금까지 피청구인은 국민경제와 국정을 파탄시켜 국민들에게 극심한 고통과 불행을 안겨주었으며 그 원인은 대통령의 거듭된 말실수, 이라크 파병선언 후 이라크 반전입장 표명, 위험적인 재신임 국민투표 제안, 정계은퇴 공언 등 진지성과 일관성을 찾을 수 없는 불성실한 직무수행과 경솔한 국정운영, 모든 노력을 총선에 쏟아 붓는 불법 사전선거운동 등의 부당행위에 있다는 것이다. 따라서 피청구인은 국민의 행복추구권과 국가에 의한 기본권 보장의무를 규정한 헌법 제10조와 헌법 제69조에 명시된 '대통령으로서의 직책의 성실한 수행의무'를 위반하였다는 것이다.

이 사건에서 '경제파탄'과 관련된 각종 통계지표가 제시되고 있는바, 최근 1년간 가계부채가 증가하고 청년실업률이 높아지고 정부부채가 증가한 것이 사실이라 하더라도, 그러한 경제악화의 책임을 전적으로 피청구인에게 전가하는 것은 무리라고 할 것이다. 또한

달리 이 사건에서 우리나라 경제가 회복 불가능한 상태로 빠졌다거나 국정이 파탄된 것이라고 단정할 만한 증거가 없다.

(2) 헌법 제69조는 대통령의 취임선서의무를 규정하면서, 대통령으로서 '직책을 성실히 수행할 의무'를 언급하고 있다. 헌법 제69조는 단순히 대통령의 취임선서의 의무만을 규정한 것이 아니라, 선서의 내용을 명시적으로 밝힘으로써 동시에 헌법 제66조 제2항 및 제3항에 의하여 대통령의 직무에 부과되는 헌법적 의무를 다시 한번 강조하고 그 내용을 구체화하는 규정이라는 점은 앞서 언급한 바와 같다.

비록 대통령의 '성실한 직책수행의무'는 헌법적 의무에 해당하나, '헌법을 수호해야 할 의무'와는 달리, 규범적으로 그 이행이 관철될 수 있는 성격의 의무가 아니므로, 원칙적으로 사법적 판단의 대상이 될 수 없다고 할 것이다. 대통령이 임기 중 성실하게 의무를 이행했는지의 여부는 주기적으로 돌아오는 다음 선거에서 국민의 심판의 대상이 될 수 있을 것이다. 그러나 대통령 단임제를 채택한 현행 헌법 하에서는 대통령은 법적으로 뿐만 아니라 정치적으로도 국민에 대하여 직접적으로는 책임을 질 방법이 없고, 다만 대통령의 성실한 직책수행의 여부가 간접적으로 그가 소속된 여당에 대하여 정치적인 반사적 이익 또는 불이익을 가져다 줄 수 있을 뿐이다.

헌법 제65조 제1항은 탄핵사유를 '헌법이나 법률에 위배한 때'로 제한하고 있고, 헌법재판소의 탄핵심판절차는 법적인 관점에서 단지 탄핵사유의 존부만을 판단하는 것이므로, 이 사건에서 청구인이 주장하는 바와 같은 정치적 무능력이나 정책결정상의 잘못 등 직책수행의 성실성여부는 그 자체로서 소추사유가 될 수 없어, 탄핵심판절차의 판단대상이 되지 아니한다.

바. 소결론

(1) 대통령의 2004. 2. 18. 경인지역 6개 언론사와의 기자회견에서의 발언, 2004. 2. 24. 한국방송기자클럽 초청 대통령 기자회견에서의 발언은 공선법 제9조의 공무원의 중립의무에 위반하였다.

(2) 2004. 3. 4. 중앙선거관리위원회의 선거법 위반결정에 대한 대통령의 행위는 법치국가이념에 위반되어 대통령의 헌법수호의무에 위반하였고, 2003. 10. 13. 대통령의 재신임 국민투표 제안행위는 헌법 제72조에 반하는 것으로 헌법수호의무에 위반하였다.

6. 피청구인을 파면할 것인지의 여부

가. 헌법재판소법 제53조 제1항의 해석

헌법은 제65조 제4항에서 "탄핵결정은 공직으로부터 파면함에 그친다."고 규정하고, 헌법재판소법은 제53조 제1항에서 "탄핵심판청구가 이유 있는 때에는 헌법재판소는 피청구인을 당해 공직에서 파면하는 결정을 선고한다."고 규정하고 있는데, 여기서 '탄핵심판청구가 이유 있는 때'를 어떻게 해석할 것인지의 문제가 발생한다.

헌법재판소법 제53조 제1항은 헌법 제65조 제1항의 탄핵사유가 인정되는 모든 경우에 자동적으로 파면결정을 하도록 규정하고 있는 것으로 문리적으로 해석할 수 있으나, 이러한 해석에 의하면 피청구인의 범위반행위가 확인되는 경우 범위반의 경중을 가리지 아니하고 헌법재판소가 파면결정을 해야 하는바, 직무행위로 인한 모든 사소한 범위반을 이유로 파면을 해야 한다면, 이는 피청구인의 책임에 상응하는 헌법적 징벌의 요청 즉, 법익형량의 원칙에 위반된다. 따라서 헌법재판소법 제53조 제1항의 '탄핵심판청구가 이유 있는 때'란, 모든 범위반의 경우가 아니라, 단지 공직자의 파면을 정당화할 정도로 '중대한' 범위반의 경우를 말한다.

나. '범위반의 중대성'에 관한 판단 기준

(1) '범위반이 중대한지' 또는 '파면이 정당화되는지'의 여부는 그 자체로서 인식될 수 없는 것이므로, 결국 파면결정을 할 것인지의 여부는 공직자의 '범위반 행위의 중대성'과 '파면결정으로 인한 효과' 사이의 법익형량을 통하여 결정된다고 할 것이다. 그런데 탄핵심판절차가 헌법의 수호와 유지를 그 본질로 하고 있다는 점에서, '범위반의 중대성'이란 '헌법질서의 수호의 관점에서의 중대성'을 의미하는 것이다. 따라서 한편으로는 '범위반이 어느 정도로 헌법질서에 부정적 영향이나 해악을 미치는지의 관점'과 다른 한편으로는 '피청구인을 파면하는 경우 초래되는 효과'를 서로 형량하여 탄핵심판청구가 이유 있는지의 여부 즉, 파면여부를 결정해야 한다.

(2) 그런데 대통령은 국가의 원수이자 행정부의 수반이라는 막중한 지위에 있고(헌법 제66조), 국민의 선거에 의하여 선출되어 직접적인 민주적 정당성을 부여받은 대의기관이라는 점에서(헌법 제67조) 다른 탄핵대상 공무원과는 그 정치적 기능과 비중에 있어서 본질적인 차이가 있으며, 이러한 차이는 '파면의 효과'에 있어서도 근본적인 차이로 나타난다.

대통령에 대한 파면결정은, 국민이 선거를 통하여 대통령에게 부여한 '민주적 정당성'을 임기 중 다시 박탈하는 효과를 가지며, 직무수행의 단절로 인한 국가적 손실과 국정 공백은 물론이고, 국론의 분열현상 즉, 대통령을 지지하는 국민과 그렇지 않은 국민간의 분열

과 반목으로 인한 정치적 혼란을 가져올 수 있다. 따라서 대통령의 경우, 국민의 선거에 의하여 부여받은 '직접적 민주적 정당성' 및 '직무수행의 계속성에 관한 공익'의 관점이 파면결정을 함에 있어서 중요한 요소로서 고려되어야 하며, 대통령에 대한 파면효과가 이와 같이 중대하다면, 파면결정을 정당화하는 사유도 이에 상응하는 중대성을 가져야 한다.

그 결과, 대통령을 제외한 다른 공직자의 경우에는 파면결정으로 인한 효과가 일반적으로 적기 때문에 상대적으로 경미한 범위반행위에 의해서도 파면이 정당화될 가능성이 큰 반면, 대통령의 경우에는 파면결정의 효과가 지대하기 때문에 파면결정을 하기 위해서는 이를 압도할 수 있는 중대한 범위반이 존재해야 한다.

(3) '대통령을 파면할 정도로 중대한 범위반이 어떠한 것인지'에 관하여 일반적으로 규정하는 것은 매우 어려운 일이나, 한편으로는 탄핵심판절차가 공직자의 권력남용으로부터 헌법을 수호하기 위한 제도라는 관점과 다른 한편으로는 파면결정이 대통령에게 부여된 국민의 신임을 박탈한다는 관점이 함께 중요한 기준으로 제시될 것이다. 즉, 탄핵심판절차가 궁극적으로 헌법의 수호에 기여하는 절차라는 관점에서 본다면, 파면결정을 통하여 헌법을 수호하고 손상된 헌법질서를 다시 회복하는 것이 요청될 정도로 대통령의 범위반행위가 헌법수호의 관점에서 중대한 의미를 가지는 경우에 비로소 파면결정이 정당화되며, 대통령이 국민으로부터 선거를 통하여 직접 민주적 정당성을 부여받은 대의기관이라는 관점에서 본다면, 대통령에게 부여한 국민의 신임을 임기 중 다시 박탈해야 할 정도로 대통령이 범위반행위를 통하여 국민의 신임을 저버린 경우에 한하여 대통령에 대한 탄핵사유가 존재하는 것으로 판단된다.

구체적으로, 탄핵심판절차를 통하여 궁극적으로 보장하고자 하는 헌법질서, 즉 '자유민주적 기본질서'의 본질적 내용은 법치국가원리의 기본요소인 '기본적 인권의 존중, 권력분립, 사법권의 독립'과 민주주의원리의 기본요소인 '의회제도, 복수정당제도, 선거제도' 등으로 구성되어 있다는 점에서(헌재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49, 64), 대통령의 파면을 요청할 정도로 '헌법수호의 관점에서 중대한 범위반'이란, 자유민주적 기본질서를 위협하는 행위로서 법치국가원리와 민주국가원리를 구성하는 기본원칙에 대한 적극적인 위반행위를 뜻하는 것이고, '국민의 신임을 배반한 행위'란 '헌법수호의 관점에서 중대한 범위반'에 해당하지 않는 그 외의 행위유형까지도 모두 포괄하는 것으로서, 자유민주적 기본질서를 위협하는 행위 외에도, 예컨대, 뇌물수수, 부정부패, 국가의 이익을 명백히 해하는 행위가 그의 전형적인 예라 할 것이다.

따라서 예컨대, 대통령이 헌법상 부여받은 권한과 지위를 남용하여 뇌물수수, 공금의 횡령 등 부정부패행위를 하는 경우, 공익실현의 의무가 있는 대통령으로서 명백하게 국익을 해하는 활동을 하는 경우, 대통령이 권한을 남용하여 국회 등 다른 헌법기관의 권한을 침

해하는 경우, 국가조직을 이용하여 국민을 탄압하는 등 국민의 기본권을 침해하는 경우, 선거의 영역에서 국가조직을 이용하여 부정선거운동을 하거나 선거의 조작을 꾀하는 경우에는, 대통령이 자유민주적 기본질서를 수호하고 국정을 성실하게 수행하리라는 믿음이 상실되었기 때문에 더 이상 그에게 국정을 맡길 수 없을 정도에 이르렀다고 보아야 한다.

결국, 대통령의 직을 유지하는 것이 더 이상 헌법수호의 관점에서 용납될 수 없거나 대통령이 국민의 신임을 배신하여 국정을 담당할 자격을 상실한 경우에 한하여, 대통령에 대한 파면결정은 정당화되는 것이다.

다. 이 사건의 경우 파면결정을 할 것인지의 여부

(1) 이 사건에서 인정되는 대통령의 범위반 사실의 개요

위에서 확인한 바와 같이, 이 사건에서 문제되는 대통령의 범위반 사실은 크게 기자회견에서 특정 정당을 지지하는 발언을 함으로써 선거에서의 '공무원의 중립의무'에 위반한 사실과, 중앙선거관리위원회의 선거법 위반결정에 대하여 유감을 표명하고 현행 선거법을 폄하하는 발언을 하고 재신임 국민투표를 제안함으로써 법치국가이념 및 헌법 제72조에 반하여 대통령의 헌법수호의무를 위반한 사실로 나누어 볼 수 있다.

(2) 범위반의 중대성에 관한 판단

(가) 대통령은 특정 정당을 지지하는 발언을 함으로써 '선거에서의 중립의무'를 위반하였고, 이로써 국가기관이 국민의 자유로운 의사형성과정에 영향을 미치고 정당간의 경쟁관계를 왜곡해서는 안 된다는 헌법적 요청에 위반하였다.

그러나 이와 같은 위반행위가 국가조직을 이용하여 관권개입을 시도하는 등 적극적·능동적·계획적으로 이루어진 것이 아니라, 기자회견의 자리에서 기자들의 질문에 응하여 자신의 정치적 소신이나 정책구상을 밝히는 과정에서 답변의 형식으로 소극적·수동적·부수적으로 이루어진 점, 정치활동과 정당활동을 할 수 있는 대통령에게 헌법적으로 허용되는 '정치적 의견표명'과 허용되지 않는 '선거에서의 중립의무 위반행위' 사이의 경계가 불분명하며, 종래 '어떠한 경우에 선거에서 대통령에게 허용되는 정치적 활동의 한계를 넘는 것인지'에 관한 명확한 법적 해명이 이루어지지 않은 점 등을 감안한다면, 자유민주적 기본질서를 구성하는 '의회제'나 '선거제도'에 대한 적극적인 위반행위에 해당한다고 할 수 없으며, 이에 따라 공선법 위반행위가 헌법질서에 미치는 부정적 영향은 크다고 볼 수 없다.

(나) 준법의지를 의심케 하는 대통령의 언행은 사소한 것이라도 국민의 법의식과 준법정신에 막대한 영향을 미친다는 점에서, 대통령이 현행 선거법을 경시하는 발언을 한 것은

법률을 존중하고 집행하기 위한 모든 노력을 다해야 하는 대통령으로서의 가벼운 위반행위라 할 수 없다.

그러나 대통령이 현행 선거법을 '관권선거시대의 유물'로 폄하하는 취지의 발언을 한 것은 현행법에 대한 적극적인 위반행위에 해당하는 것이 아니라, 중앙선거관리위원회의 결정에 대하여 소극적·수동적으로 반응하는 과정에서 발생한 범위반행위이다. 물론, 이러한 발언이 결과적으로 현행법에 대한 경시의 표현이라는 점에서 헌법을 수호해야 할 의무에 위반했다는 비난을 면할 길이 없으나, 위의 발언이 행해진 구체적인 상황을 전반적으로 고려하여 볼 때, 자유민주적 기본질서에 역행하고자 하는 적극적인 의사를 가지고 있다가 법치국가원리를 근본적으로 문제 삼는 중대한 위반행위라 할 수 없다.

(다) 대통령이 헌법의 대통령제와 대의제의 정신에 부합하게 국정을 운영하는 것이 아니라, 여소야대의 정국에서 재신임 국민투표를 제안함으로써 직접 국민에게 호소하는 방법을 통하여 직접민주주의로 도피하려고 하는 행위는 헌법 제72조에 반할 뿐만 아니라 법치국가이념에도 반하는 것이다.

그러나 이 경우에도 대통령이 단지 위헌적인 재신임 국민투표의 제안만을 하였을 뿐, 이를 강행하려는 시도를 하지 않았고, 한편으로는 헌법 제72조의 '국가안위에 관한 중요정책'에 재신임의 문제가 포함되는지 등 그 해석과 관련하여 학계에서도 논란이 있다는 점을 감안한다면, 민주주의원리를 구성하는 헌법상 기본원칙에 대한 적극적인 위반행위라 할 수 없고, 이에 따라 헌법질서에 미치는 부정적인 영향이 중대하다고 볼 수 없다.

(3) 소결론

(가) 결국, 대통령의 범위반이 헌법질서에 미치는 효과를 종합하여 본다면, 대통령의 구체적인 범위반행위에 있어서 헌법질서에 역행하고자 하는 적극적인 의사를 인정할 수 없으므로, 자유민주적 기본질서에 대한 위협으로 평가될 수 없다.

따라서 파면결정을 통하여 헌법을 수호하고 손상된 헌법질서를 다시 회복하는 것이 요청될 정도로, 대통령의 범위반행위가 헌법수호의 관점에서 중대한 의미를 가진다고 볼 수 없고, 또한 대통령에게 부여한 국민의 신임을 임기 중 다시 박탈해야 할 정도로 국민의 신임을 저버린 경우에 해당한다고도 볼 수 없으므로, 대통령에 대한 파면결정을 정당화하는 사유가 존재하지 않는다.

(나) 대통령의 권한과 정치적 권위는 헌법에 의하여 부여받은 것이며, 헌법을 경시하는 대통령은 스스로 자신의 권한과 권위를 부정하고 파괴하는 것이다. 특히, 짧은 민주정치의 역사 속에서 국민의 헌법의식이 이제야 비로소 싹트기 시작하였고 헌법을 존중하는 자세가 아직 국민 일반의 의식에 확고히 자리를 잡지 못한 오늘의 상황에서, 헌법을 수호

하고자 하는 대통령의 확고한 태도가 얼마나 중요한지 하는 것은 아무리 강조해도 지나치지 않는다. 대통령은 '법치와 준법의 상징적 존재'로서 자신 스스로가 헌법과 법률을 존중하고 준수해야 함은 물론이고, 다른 국가기관이나 일반 국민의 위헌적 또는 위법적 행위에 대하여 단호하게 나섬으로써 법치국가를 실현하고 궁극적으로 자유민주적 기본질서를 수호하기 위하여 최선의 노력을 기울여야 한다.

7. 결 론

가. 이 심판청구는 헌법재판소법 제23조 제2항에서 요구하는 탄핵결정에 필요한 재판관수의 찬성을 얻지 못하였으므로 이를 기각하기로 하여, 헌법재판소법 제34조 제1항, 제36조 제3항에 따라 주문과 같이 결정한다.

나. 헌법재판소법 제34조 제1항에 의하면 헌법재판소 심판의 변론과 결정의 선고는 공개하여야 하지만, 평의는 공개하지 아니하도록 되어 있다. 이 때 헌법재판소 재판관들의 평의를 공개하지 않는다는 의미는 평의의 경과뿐만 아니라 재판관 개개인의 개별적 의견 및 그 의견의 수 등을 공개하지 않는다는 뜻이다. 그러므로 개별 재판관의 의견을 결정문에 표시하기 위해서는 이와 같은 평의의 비밀에 대해 예외를 인정하는 특별규정이 있어야만 가능하다. 그런데 법률의 위헌심판, 권한쟁의심판, 헌법소원심판에 대해서는 평의의 비밀에 관한 예외를 인정하는 특별규정이 헌법재판소법 제36조 제3항에 있으나, 탄핵심판에 관해서는 평의의 비밀에 대한 예외를 인정하는 법률규정이 없다. 따라서 이 탄핵심판 사건에 관해서도 재판관 개개인의 개별적 의견 및 그 의견의 수 등을 결정문에 표시할 수는 없다고 할 것이다.

그러나 위의 견해에 대하여, 헌법재판소법 제34조 제1항의 취지는 최종결론에 이르기까지 그 외형적인 진행과정과 교환된 의견 내용에 관하여는 공개하지 아니한다는 평의과정의 비공개를 규정한 것이지, 평의의 결과 확정된 각 관여재판관의 최종적 의견마저 공개하여서는 아니 된다는 취지라고 할 수는 없으며, 동법 제36조 제3항은 탄핵심판과 정당해산심판에 있어 일률적으로 의견표시를 강제할 경우 의견표시를 하는 것이 부적절함에도 의견표시를 하여야만 하는 문제점이 있을 수 있기 때문에 이를 방지하고자 하는 고려에 그 바탕을 둔 법규정으로서, 탄핵심판에 있어 의견을 표시할지 여부는 관여한 재판관의 재량판단에 맡기는 의미로 보아 해석해야 할 것이므로 다수의견과 다른 의견도 표시할 수 있다는 견해가 있었다.

재판관 윤영철(재판장) 김영일 권성 김효중 김경일 송인준 주선회(주심) 전효숙 이상경

[별지 1] 소추위원의 대리인 명단 : 생략

[별지 2] 피청구인 대리인 명단 : 생략

[별지 3] 국회의 탄핵소추의결서 전문(全文)

대통령(노무현) 탄핵소추의결서

【주 문】

제246회 국회(임시회) 제2차 본회의(2004. 3. 12)에서 헌법 제65조 제2항의 규정에 의한 찬성을 얻어 대통령(노무현)의 탄핵을 소추한다.

【피소추자】

성명 : 노무현(盧武鉉)

직위 : 대통령

【탄핵소추사유】

노무현 대통령은 헌법과 법률을 수호해야 할 국가원수로서의 본분을 망각하고 특정정당을 위한 불법선거운동을 계속해 왔고 이로 인해 2004년 3월 3일 헌법기관인 중앙선거관리위원회로부터 헌정사상 처음으로 현직 대통령이 공직선거및선거부정방지법을 위반했다는 판정과 경고조치를 받았고 그럼에도 불구하고 자숙하기는커녕 오히려 이 경고를 무시하고 앞으로도 계속해서 선거법에 관계없이 특정정당을 공개지원 하겠다고 하여 민주헌정의 근간인 법치주의를 정면으로 부정하는 초헌법적이고 초법적인 독재자적 태도를 보이고 있습니다. 국회는 이러한 법치주의 부정사태를 방지할 수 없습니다. 또한 노무현 대통령은 본인과 측근들의 극심한 권력형 부정부패로 인해 국정을 정상적으로 수행할 수 없는 국가적 위기상황을 초래하였고 노무현 대통령의 불성실한 직책수행과 경솔한 국정운영으로 인한 정치불안 때문에 국정이 파탄지경에 이르러 국민을 극도의 불행에 빠뜨리고 있습니다. 이로써 노무현 대통령은 더 이상 나라를 운영할 자격과 능력이 없음이 극명해졌으므로 헌법을 수호하고 국민의 행복과 나라의 장래를 위해 탄핵소추안을 발의하게 된 것이며, 그 구체적인 세 가지 사유는 다음과 같습니다.

첫째, 노무현 대통령은 줄곧 헌법과 법률을 위반하여 국법질서를 문란케 하고 있습니다.

(가) 2004년 3월 3일 중앙선거관리위원회에서 최근 노무현 대통령의 발언에 대해 공직선

거짓선거부정방지법 위반으로 결정하였듯이, 노무현 대통령은 2004년 2월 18일 청와대에서 열린 경인지역 6개 언론사와 가진 합동회견에서 "개헌저지선까지 무너지면 그 뒤에 어떤 일이 생길지는 나도 정말 말씀드릴 수가 없다"고 발언함으로써 국민을 겁박하여 특정 정당 지지를 유도하였고, 2004년 2월 24일 전국에 생중계된 방송기자클럽 초청 대통령 기자회견에서 노무현 대통령은 "앞으로 4년 제대로 하게 해 줄 것인지 못 견뎌서 내려오게 할 것인지 국민이 분명하게 해줄 것"이라며, "국민들이 총선에서 열린우리당을 압도적으로 지지해 줄 것을 기대한다", 또 "대통령이 뭘 잘 해서 우리당이 표를 얻을 수만 있다면 합법적인 모든 것을 다하고 싶다"고 발언하였는 바, 이것은 공직선거및선거부정방지법 제9조 제1항(공무원의 정치적 중립의무)을 위반한 것임과 동시에 동법 제60조 제1항(선거운동을 할 수 없는 자) 및 제85조(지위를 이용한 선거운동금지)와 동법 제86조(공무원 등의 선거에 영향을 미치는 행위금지)를 위반하여 동법 제255조 제1항 제1호(부정선거운동죄)로 처벌받아야 하는 불법적 사전선거운동에 해당합니다.

(나) 2003년 12월 19일 노무현 대통령은 노사모가 주최한 '리멤버 1219' 행사에 참석하여 "시민혁명은 계속되고 있다, 다시 한번 나서달라"고 선동하여 불법선거운동을 독려하였고, 또한 2004년 2월 5일 강원지역 언론인 간담회에서는 "국참 0415같은 사람들의 정치참여를 법적으로나 정치적으로 허용하고 장려해주어야 된다"고 발언하여 헌법준수 서약을 하고 국법을 수호할 책임이 있는 대통령이 법불복종 운동을 조장한 국가문란 행위를 하였으며, 또한 선거운동원이 아닌 제3자에 의한 어떤 형태의 당선·낙선운동이든 불법선거운동임을 확인한 2001년 8월 30일 헌법재판소의 결정대로 공직선거및선거부정방지법 제87조(단체의 선거운동금지)에 위배되는 부정선거운동을 고무한 것으로서 동법 제9조 제1항(공무원의 정치적 중립의무) 및 제59조(선거운동기간)를 동시에 위반한 것입니다.

(다) 2004년 2월 27일자 중앙일보에 보도된 열린우리당의 총선전략문건에 언급된 '당·정·청 합동지휘부 구성', '합동지휘부의 영입대상자에 대한 강온설득전략 구사' 표현 등에서 청와대의 조직적 선거개입이 확인되었는바, 이는 명백한 불법관권선거이며 청와대의 장(長)인 노무현 대통령은 이를 지휘한 책임이 있어 공직선거및선거부정방지법 제9조 제1항(공무원의 정치적 중립의무) 및 제86조 제1항 제2호(공무원 등의 선거에 영향을 미치는 행위금지 중 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위의 금지)를 위반하였습니다.

(라) 2004년 1월 14일 연두기자회견에서는 "개혁을 지지한 사람과 개혁이 불안해 지지하지 않은 사람들이 있어서 갈라졌고, 대선때 날 지지한 사람들이 열린우리당을 하고 있어 함께 하고 싶다"고 발언, 민주당을 반개혁 정당으로 규정하였으며 또한 2003년 12월 24일 측근들과의 회동에서 교묘히 사석을 이용하여 "민주당을 찍으면 한나라당을 돕는다"는 발언을 언론에 유포하여 중앙선거관리위원회로부터 2003년 12월 30일 선거의 자유와 공정성을 해칠 우려가 있다는 이유로 '공명선거 협조요청'의 공식제재조치를 받는 등 국가를

대표하는 대통령으로서 특정정당을 배격하고 말살하는 언행을 반복하여 헌법 제8조 제3항(국가의 정당보호 의무)을 위반하였습니다.

(마) 노무현 대통령은 국민을 협박하여 특정정당 지지를 유도하고 총선민심에 영향을 미치는 언행을 반복함으로써 국민의 자유선거를 방해하는 행위를 하고 있는 바, 이것은 공직선거및선거부정방지법 제237조 제1항 제3호(선거의 자유 방해죄)에 해당하는 위법행위이며 헌법 제24조(국민기본권으로서의 선거권)·제19조(양심의 자유) 및 제10조(기본권을 보장할 국가의 의무)를 위반한 행위입니다.

(바) 노무현 대통령은 위와 같이 행정부의 수반으로서 입법부 구성을 위한 국회의원 총선거에 무단개입함으로써 헌법의 삼권분립 정신을 파괴하였습니다. 또 2004년 3월 4일 노대통령은 이병완 청와대홍보수석을 통해 선거개입을 경고하는 중앙선거관리위원회의 결정에 "납득할 수 없다"고 반발하며 유감을 표명하고 앞으로도 계속 특정정당을 공개지원하겠다고 말하는 등 다른 헌법기관의 적법한 결정을 정면으로 묵살하는 헌법파괴적 행위를 하였습니다. 다른 헌법기관에 대한 노대통령의 이러한 경시대도는 2003년 4월 25일 국회 인사청문회의 전원일치로 이루어진 고영구 국가정보원장 부적격 판정에 대한 묵살, 현직 국회의원들을 "뺨아버려야 할 잡초"로 매도한 노대통령의 2003년 5월 8일 대(對)국민 인터넷서신, 2003년 9월 3일 김두관 행정자치부장관 해임결의안 의결 수용에 대한 해태(懈怠) 등까지 거슬러 올라가고 최근 2004년 3월 8일에는 노대통령이 국회의 적법한 탄핵추진 자체를 "부당한 횡포"로 폄하한 것 등 헤아릴 수 없이 많은 사례에서 확인되고 있습니다. 나아가 2004년 3월 4일 노대통령은 이병완 청와대홍보수석의 입을 통해 대한민국 대통령으로서 다른 나라 법률은 지켜세우고 대한민국 선거법은 "관권선거시대의 유물"로 폄하함으로써 자국의 헌정질서와 국법을 수호하고 지키려는 의지가 전혀 없음을 드러냈고 국헌과 국법 자체를 부인하였습니다. 또한 2004년 3월 8일 노대통령은 중앙선거관리위원회가 공직선거및선거부정방지법의 핵심조항인 제9조 공무원의 중립의무 조항을 어긴 것으로 판시한 위법행위를 "경미한 것", "미약하고 모호한 것"으로 절하(切下)하였습니다. 중앙선거관리위원회, 국회 등 다른 헌법기관에 대한 부정과 경시, 헌법과 법률에 대한 무시 등 노대통령의 일련의 초법적 행위는 대한민국 헌정체제의 기본정신인 법치주의 자체를 유린하는 것입니다. 이와 같이 대한민국 헌법기관의 권위와 민주헌법의 근간인 법치주의와 삼권분립 원칙을 부정하는 노대통령의 일련의 초헌법적 행동은 법 위에 군림하는 독재자의 행보요 민주주의와 민주헌정의 존립자체를 뒤흔드는 위험천만한 헌법파괴 행동으로서 헌법 제66조 제2항(헌법수호 의무)과 헌법 제69조(헌법준수 의무)를 동시에 위반하고 있는 것입니다.

둘째, 노무현 대통령은 자신과 측근들, 그리고 참모들의 권력형 부정부패로 인해 국정을 정상적으로 수행할 수 있는 최소한의 도덕적·법적 정당성을 상실하였습니다. 노대통령과 측근·참모들은 새천년민주당 대통령후보선출 경선에서 이기자마자 기다렸다는 듯이 그리

고 특히 제16대 대통령선거에서 이긴 후에는 노골적으로 불법자금을 모금하고 수수하였으며 일부의 돈은 개인적으로 유용한 자들입니다. 이들은 이와 같은 범죄행각에서 분명해지듯이 국가권력을 행사할 수 있는 최소한의 도덕의식과 준법정신도 결여하고 있습니다.

(가) 노무현 대통령은 2004년 2월 11일부터 13일까지 열린 법제사법위원회 청문회의 증인들의 증언에서 드러났듯이 대통령후보 시절 쉐앤문 기업의 감세청탁을 받아 국세청에 직접 감세압력을 가해 쉐앤문의 세금 171억 원을 23억 원으로 감세해 주게 만든 범죄를 저질렀습니다.

(나) 노무현 대통령의 대선캠프를 책임졌던 정대철 공동선거대책위원장은 총 9억 원의 불법정치자금을 수수하여 일부를 대선자금으로 사용하고 일부는 개인적으로 유용하였으며, 이상수 총무위원장은 총 7억 원 이상의 불법정치자금을 수수하였고, 이재정 유세본부장은 총 10억 원의 불법정치자금을 수수하고 이를 노무현대선캠프에 전달하여 모두 구속되었습니다.

(다) 최도술, 안희정, 이광재, 양길승, 여택수 등 노대통령 측근들은 줄줄이 불법정치자금을 수수하고 각종 뇌물과 향응을 받은 것으로 확인되었으며, 노무현 대통령은 이들의 비리행위에 직·간접적으로 관여한 공범관계에 있음이 검찰수사 과정에서 확인되었습니다.

① 지금까지 총 19억 원의 불법정치자금을 수수한 것으로 밝혀진 최도술은 노무현 대통령의 고교동창출신 최측근으로서 2002년 5월 장수천과 관련된 노무현 대통령의 부채를 청산하기 위해 새천년민주당 부산지역 선거대책위원회 계좌에 남아 있던 지방선거 잔금 중 2억 5천만 원을 횡령하여 선봉술 장수천 대표에게 전달하였습니다. 이 횡령행위는 검찰수사에서 노무현 대통령의 교사에 의한 것으로 확인되었습니다. 또한 최도술은 남은 장수천 채무변제를 위해 불법자금을 모아 2002년 12월부터 2003년 2월 6일 사이에 총 5억 원을 선봉술에게 전달하였고, 이 결과를 대통령취임 직전 노무현 대통령에게 보고하였으며 이에 노대통령은 "알았다"고 대답하였다고 법정에서 진술하였습니다. 최도술은 민주당 대통령후보선출 경선이 있던 2002년 3월부터 4월 사이에 노무현 대통령의 경선자금을 마련하기 위해 차명계좌를 통해 총 1억 원의 불법정치자금을 수수한 것으로 특별검사의 수사결과 확인되었습니다.

노무현 대통령과 공범관계에 있던 최도술은 대통령 취임후 청와대총무비서관으로 재직하는 동안 삼성 등으로부터 4천 7백만 원을 수수하였으며, 청와대 공식계좌를 통해 불법자금을 세탁하는 과립치한 범죄행위를 한 것으로 확인되었습니다. 검찰이 이러한 최도술 비리의 꼬리를 잡자 노무현 대통령은 2003년 10월 7일부터 9일까지 3일간의 인도네시아 공식방문 중에 "눈앞이 캄캄했다"고 말할 정도로 충격을 받았으며, 자신과 연루된 이 범죄를 감추기 위해 위헌적인 재신임국민투표를 기도하여 나라를 뒤흔들고 국민을 협박하였고, 헌법재판소가 이 재신임 국민투표를 사실상 위헌으로 선언했음에도 불구하고 그 후에

도 틈만 나면 거둬 재신임 카드로 국민을 위협하고 있습니다. 이것은 노무현 대통령이 최도술과 관련된 권력형부정부패의 규모가 드러난 것보다 훨씬 크고 자신이 이 부패와 깊이 연루되어 있음을 스스로 고백한 것입니다. 이처럼 노무현 대통령은 최도술에게 공당의 선거자금 횡령을 교사하였고 노대통령 자신의 채무변제를 위해 불법정치자금을 모금한 사실을 인지하였으며, 이런 공범관계에 있는 최도술을 청와대총무비서관으로 임명, 재직케 하여 불법정치자금 수수와 청와대의 공식계좌를 통한 불법자금 세탁을 방조한 것입니다.

② 노무현 대통령의 '동업자'이자 분신같은 최측근으로서 지금까지 총 79억원의 불법정치자금을 수수한 것으로 밝혀진 안희정은 노무현 대통령의 장수친 채무를 갚기 위해 강금원 창신그룹회장과 함께 이기명의 용인땅을 위장매매하는 계획을 수립하였고 이 계획에 따라 강금원은 2002년 8월 29일부터 2003년 2월까지 이기명에게 총 19억 원을 제공하였습니다. 그 뒤 강금원은 계약을 파기하였으나 제공된 금액을 이기명에게 돌려받지 않는 방식으로 노무현 대통령의 개인채무를 청산케 하였습니다. 노무현 대통령은 안희정과 강금원으로부터 이런 불법 위장매매 거래 계획을 사전에 보고받은 것으로 확인되었습니다. 또한 노무현 대통령은 2002년 7월 장수친과 관련하여 담보로 제공했다가 강제경매로 진영상가를 잃게 된 선봉술과 오철주가 손해보전을 요구하자 안희정과 최도술에게 "손해보전을 해주라"고 지시하였고 이에 따라 안희정은 2002년 9월부터 동년 12월까지 총 7억 9천만 원의 불법정치자금을 모금해 선봉술 등에게 전달한 것으로 확인되었습니다. 안희정은 2002년 민주당 대통령후보선출 경선 당시에도 총 5천만 원의 불법정치자금을 수수하여 노무현 대통령의 경선자금으로 사용하였음이 검찰수사 결과 확인되었습니다. 또 검찰은 안희정이 대선 당시 삼성으로부터 총 30억 원의 불법대선자금을 수수한 것으로 확인하였습니다. 또한 안희정은 노무현 대통령 취임 이후인 2003년 3월에서 8월 사이 강금원 조카명의의 차명계좌로 6억 원을 입금받았으며 2003년 3월과 8월 부산지역 기업체 2곳으로부터 총 4억 원을 수수한 것으로 확인되었습니다. 안희정은 수수한 불법자금 중 2억 원으로 아파트를 사는 등 개인적으로 유용하기도 하였습니다. 말하자면 노무현 대통령은 후보시절과 당선자 시절에는 안희정과의 공범관계에서 범죄를 교사하였고, 대통령직무 개시 이후에는 국민 앞에 안희정을 '동업자'로 소개하면서 안희정의 불법자금 모금을 방조한 것입니다.

③ 지금까지 총 1억여 원의 불법정치자금을 수수한 것으로 밝혀진 이광재는 노무현 대통령의 분신같은 최측근으로서 2002년 11월 9일 서울 리츠칼튼 호텔에서 노무현 대통령이 문병욱 썬앤문화장과 동석한 조찬을 마치고 방을 나간 직후 문병욱으로부터 1억 원의 불법정치자금을 수수하였습니다.

④ 양길승 청와대부속실장은 2003년 6월 조세포탈, 공갈 및 살인교사 혐의로 수사를 받고 있던 이원호 키스관광나이트 사장으로부터 향응을 제공받고 수사무마 청탁 등의 혐의로 구속되었습니다.

⑤ 지금까지 총 3억 3천만 원의 불법정치자금을 수수한 것으로 밝혀진 여택수는 노무현 대통령의 분신같은 수행비서로서 2002년 12월 7일 노무현 대통령과 함께 있는 자리에서 문병욱으로부터 3천만 원의 불법정치자금을 수수하였습니다. 또한 노무현 대통령은 이런 공범관계에 있는 여택수를 취임 이후 청와대행정관으로 재직케 함으로써 롯데로부터 3억 원의 불법자금을 수수토록 방조하였습니다.

⑥ 더욱 충격적인 것은 노무현 대통령의 방조로 여택수 행정관이 이 3억 원의 검은 자금 중 2억 원을 열린우리당에 창당자금으로 제공했다는 것입니다. 여택수는 노무현 대통령의 직접적인 지휘감독 하에 있는 분신같은 존재이기 때문에 임의로 창당자금을 제공했다고는 볼 수 없습니다. 노무현 대통령은 이 불법창당자금 제공과정에서 간접정범 노릇을 한 것입니다. 이 2억 원은 노대통령이 공범으로 간여하여 조성한 불법창당자금중의 '빙산의 일각'에 불과한 것으로 추정됩니다.

(라)노무현 대통령은 2003년 12월 14일 청와대 정당대표 회동에서 자신의 불법자금 규모가 한나라당의 10분의 1을 넘으면 정계를 은퇴할 것이라고 공언한 바 있습니다. 그런데 노대통령측의 불법정치자금 수수규모는 113억 원에 달해 이회창 후보측의 불법자금 823억 원의 10분의 1을 이미 초과하여 7분의 1에 이르고 있습니다. 이것은 수사가 한나라당이 5대 대기업으로부터 받은 불법대선자금에만 치중된 상황에서 나온 결과입니다. 최근 안희정이 롯데 6억 원, 삼성 30억 원 등 불법대선자금을 수수한 사실이 드러난 것을 기점으로 앞으로 5대 대기업에 대한 수사가 공정하게 진행될 경우 노무현 대통령측의 불법대선자금 규모는 더욱 늘어날 것입니다. 따라서 노무현 대통령은 정치적으로 더 많은 상처를 입기 전에 자신의 정계은퇴 공약에 따라 대통령직에서 해야하는 것이 마땅할 것입니다. 노대통령은 이미 불법대선자금이 7분의 1에 육박함으로써 국가원수로서의 국민적 신뢰를 완전히 상실할 위험에 처했습니다. 그러나 노대통령은 이런 사태에 대한 책임감을 느끼기는 커녕 부패연루 사실을 감추려는 데에만 급급하여 경솔하게도 대통령으로서의 막중한 직무조차 헌신짝처럼 내던지겠다는 재신임 협박과 정계은퇴 호언을 반복해 왔고 지금은 이상한 불법자금 액수조작으로 수치놀음을 하고 있습니다. 그러나 이제 불법대선자금의 규모가 노대통령이 스스로 제시한 '10분지 1'선 이상인 것으로 드러나기 시작했기 때문에 해야하는 길밖에 남지 않았습니다. 대통령의 국민적 신뢰 상실은 대통령으로서 직무를 집행할 최소한의 권위와 지도력이 와해되었다는 것을 뜻합니다. 국민은 대통령의 고백을 마냥 기다릴 수만은 없습니다. 국회도 이 상황을 더 이상 방치할 수 없습니다. 국회는 많은 토론과 번민 그리고 고뇌 끝에 먼저 대통령의 사과를 촉구하고 헌법과 법률을 존중하겠다는 노대통령의 대국민 선언과 다짐을 기다렸습니다. 그러나 대통령은 중앙선관위가 판시한 선거법 위반을 "경미한 것", "미약하고 모호한 것"으로 치부하며 국회의 탄핵논의에 굴복하지 않겠다는 반(反)법치주의적 발언을 계속하면서 끝내 사과와 재발방지 약속을 거부하고 있습니다. 이에 국회는 노대통령이 이처럼 민주헌정의 근간인 법치주의를

부정하고 또 자신의 정계은퇴 공약조차 무시하면서 해야하지 않고 버티기 때문에 절박한 심정으로 법적 절차에 따라 탄핵을 소추하지 않을 수 없는 상황에 직면했습니다.

(마)나아가 노무현 대통령은 자신이 연루된 비리사건을 호도하기 위해서 재신임 국민투표를 한다니 재신임의 다른 방법을 찾겠다느니 하면서 검찰과 국민을 협박하고 '10분지 1선을 넘으면 정계은퇴'니 '티코수준', '수백만 원, 수천만 원'이니 하면서 수사의 가이드라인을 제시해 왔습니다. 노 대통령은 이렇듯 대통령후보경선자금, 대선자금, 당선축하금, 열린우리당 창당자금 등 4대 불법자금에 대한 수사를 직간접으로 간섭, 방해해온 것입니다. 5대 대기업이 제공한 불법대선자금 수사결과 이회창후보 대선캠프 732억 원 대(對) 노무현후보 대선캠프 36억 원 수수 또는 불법대선자금 전체에 대한 중간수사 결과 823억 원 대 113억 원이라는 액수에서 드러나듯이 4대 불법자금에 대한 수사는 지극히 편파적으로 진행되어 왔고 또한 미진하기 짝이 없으며 '빙산의 일각'을 드러낸 창당자금의 경우는 여택수의 개인비리로 얼버무리고 경선자금의 경우는 겨우 초보단계에 있습니다. 또한 야당 의원들의 비리는 경미한 사유로도 구속조치하는데 반해서 대통령과 가까운 참모들인 열린우리당의 김원기 대통령정치특보, 신계륜 전 대통령당선자 비서실장, 이호웅 전 노무현후보 대선캠프 조직본부장 등은 무혐의 처리하거나 불구속 입건을 하는 등 면피용수사로 일관하고 있습니다. 이것은 모두 노무현 대통령의 수사방해 때문인 것입니다. 검찰수사에 대한 노 대통령의 간섭과 방해는 결코 정치적으로 용납할 수 없는 수준에 달했습니다.

(바)노무현 대통령은 측근비리 및 비리수사 방해와 관련된 도덕적·정치적 책임을 피할 수 없을 뿐만 아니라 특히 2003년 2월 25일 직무집행 개시 이후에 측근과의 공범관계에서 측근을 통해 저지른 범죄행위에 대해서는 법적 책임을 면할 수 없고 따라서 "직무집행에서" 법률을 위반한 것이 되는 것입니다. 노무현 대통령은 2003년 2월 25일 대통령으로서의 직무집행 개시 이후에도 안희정, 최도술, 여택수, 양길승 등의 비리범죄를 방조함으로써 형법 제30조·제31조·제32조·제33조에 걸쳐 명시된 공범과 동범 제34조의 간접정범으로서 이 공범들의 비리범죄에 직간접적으로 관여해 왔기 때문입니다. 2003년 12월 29일 검찰도 노무현 대통령과 측근들의 공범관계를 인지하고 확인했음을 공개적으로 밝혔습니다. 다만 검찰은 "나름의 결론을 갖고 있으나 대통령의 헌법상 형사소추를 받지 않는 특권, 직무수행의 계속성, 헌법정신 등에 비취 그 내용을 공개하는 것은 적절하지 않다"고 밝히면서 불가피하게 노무현 대통령에 대한 직접수사와 기소를 유보했습니다. 노무현 대통령은 자신이 공범으로 연루된 부패사건이 드러날 때마다 검찰에게 수사의 방향과 방침을 제시하면서 직간접적으로 수사에 영향을 미쳤고 자신의 연루 사실을 덮기 위해 재신임 카드로 국민을 위협하며 경제난 속에서 나라를 뒤흔들어 왔습니다. 측근비리의 공범인 노 대통령이 수사를 방해하고 있는 상황에서 검찰이 이른바 '살아있는 권력'의 권력형 부패사건을 파헤칠 수 없다는 것은 불문가지일 것입니다. 이 때문에 이제 국회가 나서서 헌법과 법률이 정한 절차에 따라 노무현 대통령을 소추할 수밖에 없습니다.

셋째, 우리경제가 세계적인 경기호황 속에서도 이례적으로 미국보다 훨씬 낮은 성장률에 머물러 있는 점에서 드러나듯이 노무현 대통령은 국민경제와 국정을 파탄시켜 민생을 도탄에 빠뜨림으로써 국민에게 IMF위기 때보다 더 극심한 고통과 불행을 안겨 주고 있습니다.

(가) 경제학자들은 노무현 집권 1년을 '국정실패, 잃어버린 1년'으로 규정하였고 지난 대선에서 노무현 대통령을 찍었던 국민들조차 노무현 대통령에게 등을 돌려 집권 1년만에 레임덕에 빠지는 기가 막힌 사태를 맞고 있습니다.

(나) 이러한 국정파탄의 근본원인은 "대통령 못해먹겠다"는 경솔한 발언을 위시한 노무현 대통령의 거듭된 말실수와 번복, 이라크파병 선언후 이라크전쟁에 대한 반전입장 표명, 위헌적인 재신임국민투표 제안 및 정계은퇴 공언 등 하등의 진지성과 일관성을 찾아 볼 수 없는 불성실한 직무수행과 경솔한 국정운영, 대통령으로서의 직무는 등한히 한 채 모든 노력을 총선에만 쏟아 붓는 이른바 '올인전략적' 불법 사전선거운동 등 국정의 최고책임자인 노무현 대통령 자신의 부당행위에 있음을 부인할 수 없습니다.

(다)따라서 노무현 대통령은 지금 국민의 '행복추구권'과 '국가에 의한 기본권보장의 의무'를 규정한 헌법 제10조를 위배하고 헌법 제69조에 명시된 '대통령으로서의 직책의 성실한 수행' 의무를 방기한 것입니다.

지금 우리나라는 대통령이 초헌법적·초법적 태도로 법치주의를 부정하며 헌법기관인 중앙선거관리위원회의 경고와 국회의 고유한 권한을 묵살하는 헌정파괴의 위기에 처해 있습니다. 헌법 제65조에 의해 탄핵소추의 신성한 권한을 위임받은 국회는 노대통령의 자의적 권력행사로부터 헌법과 법치주의를 지켜내야 할 책무를 지고 있습니다. 국회가 이 책무를 외면한다면 직무유기를 범하는 것이 될 것입니다. 이에 유용태·홍사덕 의원 외 157명의 국회의원들은 헌법과 국법질서를 수호하려는 초당적 의지를 모아 대통령의 위법·위헌행위를 차단하고 침해된 법치주의를 회복하여 대한민국의 미래와 국민의 행복을 보장하며 특히 제17대 총선을 정상적으로 치르려는 최후의 방도로서 국민의 뜻을 받들어 대통령 노무현에 대한 탄핵소추를 발의한다.

제 2 장 선거권과 피선거권

(제15조 ~ 제19조)

1

선거권연령을 20세로 규정한 공직선거법 제15조제1항의 보통·평등 선거의 원칙 위반 여부

- 공직선거및선거부정방지법 제15조 위헌확인, 2003. 11. 27. 2002헌마787·2003헌마516 병합 ■

【판시사항】

공직선거에 관한 선거권연령을 20세로 규정한 공직선거및선거부정방지법 제15조 제1항이 헌법에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

헌법재판소는 1997. 6. 26. 96헌마89 사건에서 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것) 제15조 제1항이 헌법 제11조 제1항의 평등권이나 제24조의 선거권을 침해하지 아니한다는 내용의 합헌결정을 한 바 있고, 2001. 6. 28. 2000헌마111 사건에서 역시 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 위조항이 헌법 제11조 제1항의 평등권이나 제41조 제1항의 보통·평등선거의 원칙에 반하지 아니한다는 내용의 합헌결정을 한 바 있는데, 그 요지는 선거권과 공무담임권의 연령을 어떻게 규정할 것인가는 입법자가 입법목적 달성을 위한 선택의 문제이고 입법자가 선택한 수단이 현저하게 불합리하고 불공정한 것이 아닌 한 재량에 속하는 것인바, 선거권연령을 공무담임권의 연령인 18세와 달리 20세로 규정한 것은 청구인들이 주장하는 사정을 감안하더라도 입법부에 주어진 합리적인 재량의 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없다는 것이다.

이 사건에 있어서 위와 같은 합헌결정의 이유는 여전히 타당하다 할 것이고, 위 결정 선고 이후 이를 달리 판단하여야 할 특별한 사정변경이 있다고 할 수도 없으므로, 위와 같은 합헌 결정의 취지에 비추어 위 조항이 헌법 제11조 제1항의 평등권과 제24조의 선거권을 침해한다거나 제41조 제1항의 보통선거의 원칙에 반한다고 볼 수 없다.

【심판대상조문】

공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것) 제15조 제1항

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제24조, 제41조 제1항

공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것) 제17조

【참조판례】

헌재 1997. 6. 26. 96헌마89, 판례집 9-1, 674

헌재 2001. 6. 28. 2000헌마111, 판례집 13-1, 1418

헌재 2002. 4. 25. 2001헌마851, 2002헌마102(병합), (판례집 불게재)

【당 사 자】

청 구 인 1. 김동헌 외 2인(2002헌마787)

국선대리인 변호사 김광석

2. 이경훈(2003헌마516)

대리인 변호사 김정진

【주 문】

청구인들의 심판청구를 모두 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2002헌마787 사건

청구인 김동헌은 1983. 6. 8.생, 같은 오현석은 1984. 2. 15.생, 같은 우두석은 1983. 10. 26. 생으로 모두 대학교에 재학 중인바, 제16대 대통령 선거일인 2002. 12. 19. 기준 20세 미만

이라는 이유로 공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것, 이하 “공선법”이라 한다) 제15조에 의하여 위 대통령 선거에서 선거권을 행사하지 못하게 될 것으로 예상되자, 선거권연령을 20세 이상으로 제한한 위 조항이 헌법 제11조의 평등권과 제24조의 참정권을 침해하고 제41조의 보통선거의 원칙에 반하여 위헌이라고 주장하면서 2002. 12. 17. 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

(2) 2003헌마516 사건

청구인 이경훈은 1985. 1. 1.생인바, 제17대 국회의원 선거예정일인 2004. 4. 15. 현재 20세 미만이라는 이유로 공선법 제15조 제1항에 의하여 위 국회의원 선거에서 선거권을 행사하지 못하게 될 것으로 예상되자, 선거권행사 연령을 20세 이상으로 제한한 위 규정은 헌법 제11조의 평등권 및 제24조의 선거권을 침해한다고 주장하면서 2003. 8. 4. 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

청구인들은 공선법 제15조 전체에 대하여 위헌 확인을 구하나, 청구인들의 주장은 위 조항 중 선거권연령에 관한 규정인 제1항에 국한되므로 이 사건 심판의 대상을, 공선법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것) 제15조 제1항(이하 ‘이 사건 조항’이라고 한다)의 위헌 여부로 제한하기로 하고, 이 사건 조항 및 관련 조항의 내용은 다음과 같다.

제15조(선거권) ① 20세 이상의 국민은 대통령 및 국회의원의 선거권이 있다.

제17조(연령산정기준) 선거권자와 피선거권자의 연령은 선거일 현재로 산정한다.

2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

민법상 성년연령인 행위능력의 기준연령은 20세이나, 사인간의 법적 권리의무가 따르는 법률행위를 함에 있어 그 의미와 법적 효과를 판단할 수 있는 정신적 능력을 제한하는 사법상 행위능력의 기준연령과 특정한 공무담임후보자의 자질과 그 공약에 대한 선택도를 대외적으로 표시할 수 있는 능력인 공법상의 선거권연령은 본질적으로 다르므로, 민주주의의 원리를 실현함에 있어 국민참여의 한계를 의미하는 선거권연령을 민법상 성년연령과 일치시킬 필요는 없고, 구체적으로 18~19세 국민을 성인과 같이 보는 법률로서 남자는 18세부터 제1국민역에 편입된다고 규정한 병역법 제8조 제1항, 18세 이상의 근로자에게 탄력적, 선택적 근로시간제를 적용할 수 있도록 규정한 근로기준법 제50조·제51조,

18세 이상이면 8급 및 9급 공무원채용시험에 응시할 수 있도록 규정한 공무원임용및시험시행규칙 제3조 등이 있다.

특히, 원칙적으로 모든 국민에게 선거권을 인정하여야 한다는 보통선거의 원칙하에서, 선거권연령의 제한은 국민의 정치의식수준, 교육수준, 민주화 정도, 비교법적 관점 등을 참작하여 필요최소한에 그쳐야 하는데, 현재 교육수준의 향상 및 언론·통신매체의 현격한 발달과 더불어 국가와 사회의 민주화가 진행됨에 따라 국민의 정치의식수준도 향상되었으므로 전통적인 성년연령은 선거권연령의 기준이 될 수 없고, 외국의 입법례 또한 대부분 고등학교 졸업연령인 18세를 기준으로 선거권을 부여하고 있음에 비추어, 이 사건 조항은 과도하게 18세 내지 19세 국민의 선거권을 제한함으로써 헌법상 청구인들의 평등권 및 선거권을 침해하고, 보통선거의 원칙에 위반된다.

나. 관계기관의 의견

관계기관인 국회의장, 중앙선거관리위원회 위원장, 법무부장관은 각 심판회부통지서 및 청구서부분을 송달받고도 현재까지 의견을 제시하지 않고 있다.

3. 판 단

가. 헌법재판소는 1997. 6. 26. 96헌마89 사건에서 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 이 사건 조항이 헌법 제11조 제1항의 평등권이나 제24조의 선거권을 침해하지 아니한다는 내용의 합헌결정(판례집 9-1, 683)을 한 바 있고, 2001. 6. 28. 2000헌마111 사건에서 역시 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 이 사건 조항이 헌법 제11조 제1항의 평등권이나 제41조 제1항의 보통·평등선거의 원칙에 반하지 아니한다는 내용의 합헌결정(판례집 13-1, 1430)을 한 바 있는데, 그 요지는 선거권과 공무담임권의 연령을 어떻게 규정할 것인가는 입법자가 입법목적 달성을 위한 선택의 문제이고 입법자가 선택한 수단이 현저하게 불합리하고 불공정한 것이 아닌 한 재량에 속하는 것인바, 선거권연령을 공무담임권의 연령인 18세와 달리 20세로 규정한 것은 청구인들이 주장하는 사정을 감안하더라도 입법부에 주어진 합리적인 재량의 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없다는 것이다.

나. 그 후 헌법재판소는 2002. 4. 25. 2001헌마851, 2002헌마102(병합) 사건에서, 위와 같은 합헌결정의 이유는 여전히 타당하다 할 것이고, 위 결정선고 이후 이를 달리 판단하여야 할 특별한 사정변경이 있다고 할 수도 없다는 이유로 이 사건 조항의 위헌확인을 구하는 헌법소원을 모두 기각하였다.

다. 이 사건에 있어서 위와 같은 합헌결정의 이유는 여전히 타당하다 할 것이고, 위 결정 선고 이후 이를 달리 판단하여야 할 특별한 사정변경이 있다고 할 수도 없다.

따라서, 위와 같은 합헌 결정의 취지에 비추어 이 사건 조항이 헌법 제11조 제1항의 평등권과 제24조의 선거권을 침해한다거나 제41조 제1항의 보통선거의 원칙에 반한다고 볼 수 없다.

4. 결 론

그렇다면, 청구인들의 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 모두 기각하기로 하여, 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 하경철 김영일 권 성 김효종(주심) 김경일 송인준 주선회 전효숙

2

선거권연령을 20세로 정한 공직선거법 제15조제1항·제2항의 보통·평등 선거의 원칙 위반 여부

- 공직선거및선거부정방지법 제15조 제1항 등 위헌확인(동조 제2항), 2002. 4. 25. 2001헌마851·2002헌마102 병합] ■

【주 문】

청구인들의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2001헌마851 사건

청구인 이정아는 1983. 8. 13.생, 정황기는 1982. 10. 29.생으로서, 2002. 6. 13.에 있을 예정인 제3회 전국동시지방선거 선거인명부작성기준일인 2002. 5. 22.부터 25. 기준으로, 그리고 2002. 12. 19.에 있을 예정인 제16대 대통령 선거일 기준으로 20세 미만이라는 이유로 공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것, 이하 “공선법”이라 한다) 제15조 제1항, 제2항에 의하여 위 각 선거에서 선거권을 행사하지 못하게 될 것으로 예상되자, 고등학교 졸업연령인 18~19세의 국민들에게 선거권을 인정하지 않고 선거권행사 연령을 20세 이상으로 제한한 위 규정은 헌법 제11조 제1항의 평등권을 침해하고 제41조 제1항의 보통·평등선거의 원칙에 반한다고 주장하면서 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

(2) 2002헌마102 사건

청구인 송지혜는 1984. 3. 1.생, 임민형은 1984. 10. 8.생, 김순원은 1983. 2. 6.생, 김현희는 1982. 12. 29.생, 김동주는 1983. 2. 10.생으로서 2002. 12. 19.에 있을 예정인 제16대 대통령 선거일 기준으로 20세 미만이라는 이유로 공선법 제15조 제1항에 의하여 위 선거에서 선거권을 행사하지 못하게 될 것으로 예상되자, 위 2001헌마851 사건에서와 같은 위헌확인

을 구하는 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 공선법 제15조 제1항, 제2항(이하 "이 사건 법률조항"이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이고, 그 내용 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

비록 민법상 행위능력의 기준연령이 만 20세이기는 하나, 선거권연령은 민주주의의 원리를 실현함에 있어 국민참여의 한계를 의미하므로 민법상 행위능력의 기준연령과 일치할 필요가 없는바, 18~19세 국민을 성인과 같이 보고 있는 법률로는, 남자는 18세부터 제1국민역에 편입된다고 규정한 병역법 제8조 제1항, 18세 이상의 근로자에게 탄력적, 선택적 근로시간제를 적용할 수 있도록 규정한 근로기준법 제50조·제51조, 18세 이상이면 8급 및 9급 공무원채용시험에 응시할 수 있도록 규정한 공무원임용및시험시행규칙 제3조 등이 있다.

특히, 원칙적으로 모든 국민에게 선거권을 인정하여야 한다는 보통선거의 원칙하에서, 선거권연령의 제한은 국민의 정치의식수준, 교육수준, 민주화 정도, 언론의 자유보장 정도, 비교법적 관점 등을 참작하여 필요최소한에 그쳐야 하는데, 현재 교육수준의 현격한 향상과 더불어 국가와 사회의 민주화가 진행됨에 따라 국민의 정치의식수준도 향상됨으로써 전통적인 성인연령기준은 선거권연령의 기준이 될 수 없을 뿐 아니라, 외국의 입법례 또한 대부분 고등학교 졸업연령인 18세를 기준으로 선거권을 부여하고 있고, 최근 법무부는 민법상의 성년기준을 현행 만 20세에서 만 19세로 낮추는 민법개정시안을 마련하였음에 비추어, 이 사건 법률조항은 헌법상의 평등권을 침해하고 보통·평등선거의 원칙에 반한다.

나. 중앙선거관리위원회위원장의 의견

헌법재판소가 2001. 6. 28. 선고한 2000헌마111 결정과 의견이 같다.

3. 판단

헌법재판소는 1997. 6. 26. 96헌마89 사건에서 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 이 사건 법률조항이 헌법 제11조 제1항의 평등권이나 제24조의 선거권을 침해하지 아니한다는 내용의 합헌결정(판례집 91, 1430)을 한 바 있는데, 그 요지는 선거권과 공무담임권의 연령을 어떻게 규정할 것인가는 입법자가 입법목적 달성을 위한 선택의 문제이고 입법자가 선택한 수단이 현저하게 불합리하고 불공정한 것이 아닌 한 재량에 속하는 것인바, 선거권 연령을 공무담임권의 연령인 18세와 달리 20세로 규정한 것은 청구인들이 주장하는 사정을 감안하더라도 입법부에 주어진 합리적인 재량의 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없다는 것이다.

둘이켜 이 사건에 있어서, 96헌마89 사건에서 표명된 위와 같은 합헌결정의 이유는 여전히 타당하다 할 것이고, 위 결정선고 이후 이를 달리 판단하여야 할 특별한 사정변경이 있다고 할 수도 없다.

그러므로 위 결정 취지에 비추어, 이 사건 법률조항이 헌법 제11조 제1항의 평등권을 침해한다거나 제41조 제1항의 보통·평등선거의 원칙에 반한다고는 볼 수 없고, 달리 헌법에 위반된다고 볼만한 자료 또한 없다.

4. 결론

그렇다면 청구인들의 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여, 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

2002. 4. 25.

재판장 재판관 윤영철, 한대현, 하경철, 김영일, 권성, 김효중, 송인준,
주선회

주심재판관 김경일

3

선거권연령을 20세로 정한 공직선거법 제15조제1항의 보통·평등선거의 원칙 위반 여부

- 공직선거및선거부정방지법 제15조 제1항 위헌확인, 2001. 6. 28. 2000헌마111) ■

【판시사항】

1. 제16대 국회의원 선거일인 2000. 4. 13. 기준으로 20세 미만인 청구인들이, 선거권 연령을 20세 이상으로 제한하고 있는 공직선거및선거부정방지법(이하 "공선법"이라 한다) 제15조 제1항(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것)에 의하여 선거권을 행사하지 못하게 되자 위 법 조항이 평등의 원칙 등에 위반된다고 주장하면서 청구한 헌법소원심판에 있어서, 이미 위 선거가 종료되었다는 이유로 기본권의 침해도 종료되었다고 보아 권리보호의 이익이 없다고 할 수 있는지 여부(소극)
2. 선거권 연령을 20세 이상으로 제한하고 있는 공선법 제15조 제1항이 평등권이나 보통·평등선거의 원칙에 반하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 청구인들이 2000. 4. 13. 실시예정인 국회의원 선거에서 선거권을 행사할 목적으로 공선법 제15조 제1항이 위헌이라고 주장하면서 청구한 본건 심판에 있어서, 위 선거는 이미 종료되었을 뿐 아니라 심판 계속 중 청구인들은 모두 20세가 됨으로써 위 법 조항에 의한 주관적인 기본권의 침해상태도 종료되었다고 볼 수 있으나, 헌법소원제도는 청구인 자신의 주관적인 기본권 구제를 위한 것일 뿐만 아니라 객관적인 헌법질서의 수호·유지를 위한 제도이므로, 가사 본건 심판청구에 의한 결정이 청구인들의 주관적 권리구제에는 도움이 되지 아니한다 하더라도, 본건 심판청구는 선거권 연령을 20세 이상의 국민으로 정한 것이 18~19세의 국민들에 대한 평등권과 선거권을 침해하는지 여부를 가리는 헌법적으로 해명할 필요가 있는 중요한 사안이고, 앞으로도 그러한 침해행위가 계속 반복될 위험이 있는 것이므로, 예외적으로 권리보호의 이익을 인정함이 상당하다.
2. 보통선거제도는 일정한 연령에 이르지 못한 국민에 대하여 선거권을 제한하는 것을 당

연한 전제로 삼고 있고, 헌법은 제24조에서 모든 국민은 '법률이 정하는바'에 의하여 선거권을 가진다고 규정함으로써 선거권 연령의 구분을 입법자에게 위임하고 있으므로, 보통선거에서 선거권 연령을 몇 세로 정할 것인가의 문제는 입법자가 그 나라의 역사, 전통과 문화, 국민의 의식수준, 교육적 요소, 미성년자의 신체적·정신적 자율성, 정치적 사회적 영향 등 여러 가지 사항을 종합하여 결정하는 것으로서, 이는 입법자가 입법목적 달성을 위한 선택의 문제이고 입법자가 선택한 수단이 현저하게 불합리하고 불공정한 것이 아닌 한 재량에 속하는 것인바, 공선법 제15조 제1항이 선거권 연령을 20세 이상으로 제한하고 있는 것은, 입법자가 미성년자의 정신적 신체적 자율성의 불충분 외에도 교육적인 측면에서 예견되는 부작용과 일상생활 여건상 독자적으로 정치적인 판단을 할 수 있는 능력에 대한 의문 등 여러 가지 사정을 고려하여 규정한 것이어서 이를 입법부에게 주어진 합리적인 재량의 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없으므로, 위 법 조항은 18~19세 미성년자들에게 보장된 헌법 제11조 제1항의 평등권이나 제41조 제1항의 보통·평등선거의 원칙에 위반하는 것이 아니다.

【심판대상조문】

공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것) 제15조(선거권)①20세 이상의 국민은 대통령 및 국회의원의 선거권이 있다.

② 생략

【참조조문】

공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것) 제17조(연령산정기준) 선거권자와 피선거권자의 연령은 선거일 현재로 산정한다.

【참조판례】

1. 헌재 1992. 1. 28. 선고 91헌마111, 판례집 4, 51, 55-56

헌재 1995. 7. 21. 선고 92헌마177등, 판례집 7-2, 112, 120

헌재 1995. 11. 30. 선고 94헌마97, 판례집 7-2, 677, 688

헌재 1997. 3. 27. 93헌마251, 판례집 9-1, 366, 370

헌재 1997. 6. 26. 96헌마89, 판례집 9-1, 674, 678-679

헌재 1997. 11. 27. 94헌마60, 판례집 9-2, 675, 688

헌재 1997. 6. 26. 96헌마89, 판례집 9-1, 674

【당 사 자】

청 구 인 현○훈 외 1인

대리인 법무법인 창조 외 2

【주문】

청구인들의 심판청구를 기각한다.

【이유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인 현○훈은 1980. 10. 11.생, 같은 오○연은 1981. 2. 26.생으로서, 제16대 국회의원 선거일인 2000. 4. 13. 기준으로 20세 미만이라는 이유로 공직선거및선거부정방지법(이하 "공선법"이라 한다) 제15조 제1항(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것)에 의하여 위 국회의원 선거에서 선거권을 행사하지 못하게 될 것으로 예상되자, 고등학교 졸업연령인 18~19세의 국민들에게 선거권을 인정하지 않고 선거권행사 연령을 20세 이상으로 제한한 위 규정은 헌법 제11조 제1항의 평등권을 침해하고 제41조 제1항의 보통·평등선거의 원칙에 반하는 위헌의 조항이라고 주장하면서 2000. 2. 16. 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 공선법 제15조 제1항(이하 "이 사건 법률조항"이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이고, 그 내용과 관련 규정은 다음과 같다.

제15조(선거권)①20세 이상의 국민은 대통령 및 국회의원의 선거권이 있다.

② 생략

제17조(연령산정기준)선거권자와 피선거권자의 연령은 선거일 현재로 산정한다.

2. 청구인의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

비록 민법상 행위능력의 기준연령이 만 20세이기는 하나, 선거권연령은 민주주의의 원리를 실현함에 있어 국민참여의 한계를 의미하므로 민법상 행위능력의 기준연령과 일치할 필요가 없는데, 18~19세 국민을 성인과 같이 보고 있는 법률로서는, 남자는 18세부터 제1국민역에 편입된다고 규정한 병역법 제8조 제1항, 18세 이상의 근로자에게 탄력적, 선택적 근로시간제를 적용할 수 있도록 규정한 근로기준법 제50조, 제51조 등이 있다.

특히, 원칙적으로 모든 국민에게 선거권을 인정하여야 한다는 보통선거의 원칙하에서, 선거권연령의 제한은 국민의 정치의식수준, 교육수준, 민주화 정도, 비교법적 관점 등을 참작하여 필요최소한에 그쳐야 하는데, 현재 교육수준의 현격한 향상과 더불어 국가와 사회의 민주화가 진행됨에 따라 국민의 정치의식수준도 향상됨으로써 전통적인 성인연령기준은 선거권연령의 기준이 될 수 없을 뿐 아니라, 외국의 입법례 또한 대부분 고등학교 졸업연령인 18세를 기준으로 선거권을 부여하고 있음에 비추어, 이 사건 법률조항은 헌법상의 평등권을 침해하고 보통·평등선거의 원칙에 반한다.

나. 법무부장관의 의견

(1)청구인들은 2000. 4. 13. 실시예정이던 국회의원선거에서 선거권을 행사하기 위하여 이 사건 헌법소원심판청구를 하였으나, 위 선거는 이미 종료되었으므로 기본권의 침해가 있었다 하더라도 그 침해가 종료된 이상 권리보호의 이익이 없게 되어 이 사건 심판청구는 부적법하다.

(2)나아가, 국회의원 선거권연령을 20세로 규정한 것은 정신적, 신체적 자율성, 교육적 측면에서 예견되는 부작용 및 정치적 판단능력 등을 고려하여 입법자가 입법목적 달성을 위하여 그 재량에 속하는 입법형성권을 행사한 것이므로, 그 선택이 현저하게 불합리하거나 불공정한 것이 아닌 이상 이러한 형성권의 행사는 존중되어야 할 것인데, 법률관계의 안정과 객관성의 측면에서 위 선거권연령의 기준에 관한 이 사건 법률조항은 입법형성권의 재량범위 내에 속하여 헌법에 위반되지 아니한다.

3. 판단

가. 적법요건의 판단

(1) 자기관련성, 현재성, 직접성

청구인들은 본건 헌법소원심판청구 당시 18, 19세로서 이 사건 법률조항의 선거권 연령 제한과 법적으로 관련되어 있고, 본건 심판청구 후 2개월 내에 국회의원 선거가 실시될 예정이었으므로 기본권침해가 틀림없을 것으로 예측되어 그 현재성도 인정된다 할 것이며, 별도의 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 이 사건 법률조항에 의하여 청구인들의 평등권 등 기본권이 직접 침해받을 경우이므로 그 직접성도 인정할 수 있다.

(2) 청구기간

헌법재판소법 제69조 제1항 소정의 청구기간에 관하여 살피건대, 법령 자체에 의하여 기본권이 침해되었다고 주장하는 이른바 법령소원에 있어서의 청구기간은, 그 법령의 시행과 동시에 기본권침해를 당한 경우에는 그 법령이 시행된 사실을 안 날로부터 60일 이내, 그 법령이 시행된 날로부터 180일 이내로, 법령이 시행된 후에 비로소 그 법령에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내, 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내로 각 해석된다 함이 헌법재판소의 확립된 판례이다(헌재 1991. 1. 8. 90헌마210, 판례집 3, 1, 2-3; 헌재 1993. 7. 29. 92헌마6, 판례집 5-2, 167, 172~173; 헌재 1999. 10. 7. 99헌마537; 헌재 1999. 12. 22. 99헌마715; 헌재 2000. 4. 27. 99헌마360; 헌재 2000. 10. 10. 2000헌마613 참조).

그런데, 이 사건 법률조항이 시행된 것은 1994. 3. 16.부터이나, 당시 학생이던 청구인들이 이 사건 법률조항의 내용을 알고 있었다 하더라도 선거권 행사의 의사가 있었다고는 볼 수 없고, 고등학교 졸업 후 18세 또는 19세가 된 이후에야 비로소 선거에 참여할 권리를 자각하게 되면서 이 사건 법률조항에 의하여 2000. 4. 13. 실시예정인 국회의원 선거에 참여할 수 없음을 알고, 2000. 2. 16. 이 사건 헌법소원심판청구에 이른 것으로 보아야 할 것 인바, 다만, 이 사건 법률조항의 시행 후 어느 시점에 청구인들의 기본권이 구체적으로 침해받거나 그 침해가 확실히 예상되었다고 볼 수 있는지, 즉 청구인들이 그러한 점을 언제 알게 되었는지에 관하여는 기록상 이를 인정할 명백한 자료가 없지만, 이러한 경우 권리구제 및 헌법질서의 유지라는 헌법소원의 기능에 비추어 가능한 한 청구인들에게 유리한 해석을 함이 타당하다는 측면에서, 청구인들은 제16대 국회의원 선거일이 임박해지자 이 사건 법률조항의 적용으로 인하여 18~19세가 된 청구인들로서는 선거권을 행사할 수 없게 됨을 알게 되면서 바로 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다고 봄이 상당하고, 따라서, 본건 심판청구는 이 사건 법률조항의 시행 후 그 법령에 해당하는 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에 제기된 것으로 보아야 할 것이다.

(3) 권리보호의 이익

헌법소원은 심판청구 당시에 기본권의 침해가 있었다 할지라도 결정 당시 이미 그 침해 상태가 종료되었다면 심판청구는 권리보호의 이익이 없음이 원칙인바(헌재 1997. 3. 27. 93헌마251, 판례집 9-1, 366, 370; 헌재 1997. 6. 26. 96헌마89, 판례집 9-1, 674, 678-679 참조), 청구인들은 2000. 4. 13. 실시예정인 국회의원 선거에서 선거권을 행사할 목적으로 2000. 2. 16. 본건 심판청구를 하였으나 위 선거는 이미 종료되었고, 또한 심판 계속 중 청구인들은 모두 20세가 됨으로써 이 사건 법률조항에 의한 주관적인 기본권의 침해상태도 종료되었다고 볼 수 있다.

그러나, 헌법소원제도는 청구인 자신의 주관적인 기본권 구제를 위한 것일 뿐만 아니라, 객관적인 헌법질서의 수호·유지를 위한 제도이므로, 가사 본건 심판청구에 의한 결정이 청구인들의 주관적 권리구제에는 도움이 되지 아니한다 하더라도 헌법질서의 수호·유지를 위하여 그에 대한 헌법적 해명이 긴요하거나 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있는 등의 경우에는 예외적으로 심판청구의 이익을 인정하여 이미 종료된 침해행위가 위헌이었음을 확인할 필요가 있다는 것이 종래 헌법재판소의 판례이다(헌재 1992. 1. 28. 선고 91헌마111, 판례집 4, 51, 55-56; 헌재 1995. 7. 21. 선고 92헌마177등, 판례집 7-2, 112, 120; 헌재 1995. 11. 30. 선고 94헌마97, 판례집 7-2, 677, 688; 헌재 1997. 6. 26. 96헌마89, 판례집 9-1, 674, 679; 헌재 1997. 11. 27. 94헌마60, 판례집 9-2, 675, 688 참조).

따라서, 본건 심판청구는 선거권연령을 20세 이상의 국민으로 정한 것이 18~19세의 국민들에 대한 평등권과 선거권을 침해하는지 여부를 가리는 헌법적으로 해명할 필요가 있는 중요한 사안이고, 앞으로도 계속 반복될 성질이 있는 것이므로, 권리보호의 이익을 인정함이 상당하다.

나. 본안 판단

당재판소는 1997. 6. 26. 96헌마89 사건에서, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 이 사건 법률조항이 헌법 제11조 제1항의 평등권이나 제24조의 선거권을 침해하지 아니한다는 내용의 합헌결정을 한 바 있는데(판례집 9-1, 674), 그 요지는 다음과 같다.

"우리 헌법은 제24조에서 "모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다"고 규정하고 제41조 제1항(제67조 제1항)은 "보통·평등·직접·비밀선거"를 선거의 기본원칙으로 규정하고 있다. 여기서 말하는 보통선거라 함은 개인의 납세액이나 소유하는 재산을 선거권의 요건으로 하는 제한선거에 대응하는 것으로 이러한 요건뿐만 아니라 그밖에 사회적 신분·인종·성별·종교·교육 등을 요건으로 하지 않고 일정한 연령에 달한 모든 국민

에게 선거권을 인정하는 제도를 말한다. 보통선거제도를 채용하고 있는 모든 국가들은 연령에 의한 선거권의 제한을 인정하고 있다. 이와 같이 연령에 의하여 선거권을 제한할 수 밖에 없는 것은 국정 참여수단으로서의 선거권행사는 일정한 수준의 정치적인 판단능력이 전제되어야 하기 때문이다.

이 사건의 쟁점은 선거권연령을 20세 이상으로 정한 이 사건 법률조항이 18~19세 국민들의 평등권과 선거권을 침해하는지 여부이다.

우리 헌법이 선거의 기본원칙 중 하나로 채택하고 있는 보통선거제도는 일정한 연령에 이르지 못한 국민에 대하여 선거권을 제한하는 것을 당연한 전제로 삼고 있다. 그런데 헌법은 제24조에서 모든 국민은 '법률이 정하는바'에 의하여 선거권을 가진다고만 규정함으로써 선거권연령의 구분을 입법자에게 위임하고 있다. 이와 같이 선거권연령의 구분이 입법자의 몫이라 하여도, 선거권연령에 이르지 못한 국민들의 선거권이 제한되고 그들과 선거권연령 이상의 국민들 사이에 차별취급이 발생하므로, 이에 관한 입법은 국민의 기본권을 보장하여야 한다는 헌법의 기본이념과 연령에 의한 선거권제한을 인정하는 보통선거제도의 취지에 따라 합리적인 이유와 근거에 터잡아 합목적적으로 이루어져야 할 것이며, 그렇지 아니한 자의적 입법은 헌법상 허용될 수 없는 것이다.

보통선거에서 선거권연령을 몇 세로 정할 것인가의 문제는 입법자가 그 나라의 역사, 전통과 문화, 국민의 의식수준, 교육적 요소, 미성년자의 신체적·정신적 자율성, 정치적 사회적 영향 등 여러 가지 사항을 종합하여 결정하는 것이므로, 외국의 입법례 또한 15세에서 21세까지 다양하게 나뉘어져 있음을 알 수 있다.

우리나라의 선거권연령의 연혁을 보면 제헌헌법부터 제2차 개헌시까지의 대통령부통령선거법과 국회의원선거법에 21세 이상으로 규정하였으나, 제3차 개헌(1960. 6. 15. 개정) 당시부터 제4공화국 헌법(유신헌법)과 제5공화국 헌법까지는 헌법에 20세의 규정을 두었다. 제6공화국 헌법(1987. 10. 29. 개정)인 현행헌법은 법률에 위임하였고, 공선법이 제정되기 전까지는 개별 선거법에서 20세 이상으로 제한하였다. 현행헌법은 개정당시 선거권연령을 헌법에 규정할 것인지의 여부에 의견일치를 보지 못하여 법률에 위임하게 된 것이다.

공선법 제정당시 선거권 연령에 관하여 여당인 민주자유당은 20세 이상, 야당인 민주당은 18세 이상으로 주장하여 논의하다가 1994. 2. 경 민법상의 성년연령인 20세로 합의하였다.

한편, 37개국 헌법의 선거권연령 규정형식을 보면, 23개국은 헌법에 규정하고 10개국은 법률에 위임하였으며 4개국은 아무런 규정을 두지 않고 있다.

민법은 행위의 결과를 인식함에 충분한 정신능력을 갖춘 시기를 만 20세로 보고 있다(제4조). 인간의 능력은 점진적으로 발달하고 개인차이가 있는데도 불구하고 입법자가 위의 법률규정과 공선법에서 20세를 기준으로 획일적인 구분을 한 것은 실질에 부합하지 않는

경우가 있겠지만, 법률관계의 안정과 객관성을 위한 부득이한 조치이므로 헌법상 수긍할 수밖에 없는 것이다.

대학진학과 취업을 앞둔 고등학교에 재학중인 학생 일부를 정치에 참여케 하는 선거권 부여는 교육상 바람직하지 않는 것으로 보인다(교육법 제96조, 제102조의 2, 제107조). 또한 18~19세의 미성년자들은 부모나 보호자에게 의존하므로 이러한 미성년자의 정치적 의사표현은 독자적인 판단에 의한 바람직한 결과가 나타나지 않을 수도 있다. 입법자가 공선법에서 민법상의 성년인 20세 이상으로 선거권연령을 합의한 것은 위에서 본 미성년자의 정신적 신체적 자율성의 불충분 외에도 교육적인 측면에서 예견되는 부작용과 일상 생활 여건상 독자적으로 정치적인 판단을 할 수 있는 능력에 대한 의문 등을 고려한 것이다.

제2차 세계대전이 끝난 뒤에 세계경제의 급속한 발전으로 지역과 지역, 국가와 국가간의 경제적 정치적인 간격이 좁아지고 인쇄와 방송매체들로 인한 전반적인 문화수준의 향상과 상대적으로 국민들의 교육열이 높아져서 1970년대 전후에 각국의 선거권연령이 하향조정 되었다는 청구인들의 주장은 부정하지 아니한다. 그리고 선거권연령을 18~19세의 국민들에게까지 확대하여야 하는 이유로서 들고 있는 근로기준법, 병역법, 민법상의 약혼(혼인)연령, 공무원임용및시험시행규칙, 도로교통법 등의 규정은 개개 법률의 입법목적에 따른 것이고, 특히 공무원임용및시험시행규칙 소정의 공무원임권의 연령 18세는 고등학교 졸업연령을 고려한 것으로 보인다.

선거권과 공무원임권의 연령을 어떻게 규정할 것인가는 입법자가 입법목적 달성을 위한 선택의 문제이고 입법자가 선택한 수단이 현저하게 불합리하고 불공정한 것이 아닌 한 재량에 속하는 것이다. 위에서 실시한 이유를 되돌아보고 다시 생각건대, 선거권 연령을 공무원임권의 연령인 18세와 달리 20세로 규정한 것은 청구인들이 주장하는 사정을 감안 하더라도 입법부에 주어진 합리적인 재량의 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없다.

따라서, 이 사건 법률조항이 18~19세 미성년자들에게 보장된 헌법 제11조 제1항의 평등권과 제24조의 선거권을 침해한 위헌조항이라는 청구인들의 이 심판청구는 이유가 없다."

돌이켜 이 사건에 있어서, 96헌마89 사건에서 표명된 위와 같은 합헌결정의 이유는 여전히 타당하다 할 것이고, 위 결정선고 이후 이를 달리 판단하여야 할 특별한 사정변경이 있다고 할 수도 없다.

그러므로, 위 결정 취지에 비추어, 이 사건 법률조항이 헌법 제11조 제1항의 평등권을 침해한다거나 제41조 제1항의 보통·평등선거의 원칙에 반한다고는 볼 수 없고, 달리 헌법에 위반된다고 볼만한 자료 또한 없다.

5. 결론

그렇다면, 청구인들의 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여, 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철(주심) 김영일 권 성 김효종 김경일 송인준 주선회

4

선거권연령을 20세로 정한 공직선거법 제15조의 선거권 또는 평등권 침해 여부

- 공직선거및선거부정방지법 제15조 위헌확인, 1997. 6. 26. 96헌마89 ■

【판시 사항】

선거권연령을 20세로 규정한 공직선거및선거부정방지법 제15조가 선거권이나 평등권을 침해하는 것인지 여부

【결정 요지】

1. 헌법은 제24조에서 모든 국민은 '법률이 정하는 바'에 의하여 선거권을 가진다고만 규정함으로써 선거권연령의 구분을 입법자에게 위임하고 있다. 이와 같이 선거권연령의 구분이 입법자의 몫이라 하여도, 선거권연령에 이르지 못한 국민들의 선거권이 제한되고 그들과 선거권연령 이상의 국민들 사이에 차별취급이 발생하므로, 이에 관한 입법은 국민의 기본권을 보장하여야 한다는 헌법의 기본이념과 연령에 의한 선거권제한을 인정하는 보통선거제도의 취지에 따라 합리적인 이유와 근거에 터잡아 합목적적으로 이루어져야 할 것이며, 그렇지 아니한 자의적 입법은 헌법상 허용될 수 없는 것이다.
2. 입법자가 공직선거및선거부정방지법에서 민법상의 성년인 20세 이상으로 선거권연령을 합의한 것은 미성년자의 정신적·신체적 자율성의 불충분 외에도 교육적 측면에서 예견되는 부작용과 일상생활 여건상 독자적으로 정치적인 판단을 할 수 있는 능력에 대한 의문 등을 고려한 것이다.

선거권과 공무담임권의 연령을 어떻게 규정할 것인가는 입법자가 입법목적 달성을 위한 선택의 문제이고 입법자가 선택한 수단이 현저하게 불합리하고 불공정한 것이 아닌 한 재량에 속하는 것인바, 선거권연령을 공무담임권의 연령인 18세와 달리 20세로 규정한 것은 입법부에 주어진 합리적인 재량의 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없다.

재판관 이영모의 보충의견

헌법 제11조 제1항이 예시하고 있는 '성별·종교 또는 사회적 신분'은 민주제의 기본요소에 해당되고 동 사유에 의한 차별취급은 통상 허용할 수 없는 것으로 인정되어 합리적인 근거가 없는 차별로 추정되기 때문에 합헌이라고 주장하는 측이 합리적 차별취급이라는 점을 입증하여야 한다. 그러나 그 밖의 사유에 의한 차별취급에 관하여는 대의민주기관의 입법행위는 합헌으로 추정되고, 차별취급 또한 합리성의 추정을 받게 되는 것이다. 이 사건에서의 쟁점인 선거권 '연령'은 헌법 제11조 제1항 후단에서 예시하고 있는 사유 중 '사회적 신분'으로 볼 수도 없으므로 18~19세 국민들에 대한 선거권연령 제한이 위헌이라고 주장하는 청구인들이 합리성이 결여된 차별취급이라는 점을 논증할 책임이 있다.

재판관 김문희, 재판관 황도연, 재판관 이재화, 재판관 조승형의 의견

오늘날의 변화한 현실과 세계 각국의 추세에 비추어 우리도 선거연령을 현재의 20세에서 보다 하향조정하는 것이 바람직하지 않은가 생각된다. 다만, 입법자가 정치의 민주화가 본격적으로 시작된 90년대에 들어와서야 비로소 선거연령에 관한 문제를 인식할 수 있었고, 따라서 아직 이에 관한 충분한 경험과 인식을 축적하지 못한 처지에서 변화한 현실에 적응할 충분한 시간적인 여유도 갖지 못하였으므로 선거연령을 20세로 규정하는 이 사건 법률조항은 아직은 헌법에 위반되는 것으로는 판단되지 아니한다. 그러나 입법자는 1960. 6. 15. 제3차 헌법개정 이래 우리 사회가 겪은 전반적 변화를 고려하여 민주주의원리와 보통선거원칙에 보다 부합되고 또한 장래에 있어서 그에 대한 위반을 배제할 수 있는 합리적 해결책을 찾도록 노력해야 한다.

【당 사 자】

청 구 인 이 ○ 주 외 14인

대리인 변호사 한 정 화

【심판대상조문】

공직선거및선거부정방지법 제15조

【참조 조문】

헌법 제11조 제1항, 제24조

【주 문】

이 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 청구인들은 1996. 2.경 고등학교를 졸업하고 같은 해 3. 경 대학에 입학하였는데 같은 해 4. 11. 실시 예정인 국회의원 선거에서 선거권을 행사하려 하였다. 그런데 1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정 공포된 공직선거및선거부정방지법(이하, '공선법'이라 한다) 제15조는 20세이상의 국민만 선거권을 행사할 수 있도록 규정하고 있어 당시 20세미만인 청구인들(생년월일 1976. 5. 22.부터 1977. 5. 24.까지)은 선거권을 행사하지 못하게 되었다.

이에 청구인들은 선거권을 행사할 수 있는 연령을 20세이상으로 제한한 위 규정은 헌법 제11조 제1항의 평등권과 제24조의 선거권을 침해한 위헌조항이라고 주장하면서 1996. 3. 12. 이 헌법소원심판청구를 하였다.

나. 심판 대상은, 공선법 제15조(이하, '이 사건 법률조항'이라 한다)의 위헌여부로서, 그 내용은 다음과 같다.

제15조(선거권) ① 20세이상의 국민은 대통령 및 국회의원의 선거권이 있다.

② 20세이상의 국민으로서 제37조(명부작성) 제1항의 선거일명부작성기준일 현재 당해 지방자치단체의 관할구역안에 주민등록이 되어 있는 자는 그 구역에서 선거하는 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거권이 있다.

2. 당사자의 주장

가. 청구인들은 선거권을 18~19세의 국민들에게까지 확대하여야 하는 이유로서 다음과 같이 주장한다.

(1) 이 사건 법률조항은 민법상의 성인연령인 20세로 선거권연령을 규정하였으나, 18~19

세 국민을 성인과 같이 보고 있는 법률로서

① 근로기준법 제51조에 여자와 18세 미만자는 위험한 사업에 사용하지 못한다는 규정, ② 병역법 제8조 제1항은 남자는 18세부터 제1국민역에 편입된다는 규정, ③ 민법 제801조(제807조)는 남자 만18세, 여자 만16세에 달한 자는 동의를 얻어 약혼(혼인)할 수 있다는 규정, ④ 고용직공무원규정 제3조 제2항은 고용직 공무원은 14세이상, 공무원임용및시험시행규칙 제3조는 18세이상은 8급 및 9급 공무원이나 기능직 7등급이상 8등급이하 공무원이 되는 규정, ⑤ 도로교통법 제70조 제1항 제1호는 운전면허의 결격자를 18세미만으로 제한하는 규정 등이 있고 이 규정들과 선거권연령은 서로 맞지 않는다.

(2) 더욱이 중등교육수준의 향상, 교과과정의 저학년화의 급속한 진행은 전통적인 성인연령기준이 유명무실화 되었고 현재 18세 이상의 정치에 대한 지식과 의식수준은 과거 20세 수준과 같기 때문에 선거권을 행사 하는데 지장이 없다.

(3) 1970년대를 전후하여 대부분의 국가들이 선거권연령을 18세로 하향조정한 외국의 입법사례를 감안하여 180만명의 18~19세 국민들에게 선거권을 부여 할 수 없는 합리적인 이유를 밝히지 않는 한 선거권연령은 입법자의 재량사항이 아니므로 평등권과 선거권등 기본권을 침해하는 것이 된다.

나. 법무부장관을 비롯한 이해관계가 있는 국가기관(국회, 중앙선거관리위원회, 내부부장관)은 의견을 제시하지 않았다.

3. 판 단

가. 재판관 김용준, 재판관 정경식, 재판관 고중석, 재판관 신창언, 재판관 이영모의 의견

(1) 헌법소원은 심판청구 당시에 기본권의 침해가 있었다 할지라도 결정당시 이미 그 침해 상태가 종료 되었다면 심판청구는 권리보호의 이익이 없음이 원칙이다. 청구인들은 1996. 4. 11. 실시 예정인 국회의원선거에 선거권을 행사할 목적으로 1996. 3. 12. 평등권과 선거권의 기본권 침해를 이유로 이 헌법소원 심판청구를 하였으나 국회의원선거는 이미 끝났고 이 심판 계속중 청구인들은 모두 20세가 됨으로써 이 사건 법률조항에 의한 주관적인 기본권의 침해상태는 종료되었다. 그러나 이 사건은 선거권연령을 20세 이상의 국민으로 정한 것이 18~19세의 국민들에 대한 평등권과 선거권을 침해하는지 여부를 가리는 헌법적으로 해명할 필요가 있는 중요한 사안으로 우리 재판소로서는 국회의원선거일 이전에 결론을 내리기가 어려운 문제였고 앞으로도 계속 반복될 성질이 있는 것이므로 헌법판단의 적격을 갖춘 것으로 인정하여 본안판단을 하기로 한다(헌법재판소 1992. 1. 28.

선고, 91헌마111결정 ; 판례집 4권 51, 56면).

(2) (가) 우리 헌법은 제24조에서 '모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다'고 규정하고 제41조 제1항(제67조 제1항)은 '보통 평등 직접 비밀선거'를 선거의 기본 원칙으로 규정하고 있다. 여기서 말하는 보통선거라함은 개인의 납세액이나 소유하는 재산을 선거권의 요건으로 하는 제한선거에 대응하는 것으로 이러한 요건 뿐만아니라 그밖에 사회적신분 인종 성별 종교 교육등을 요건으로 하지 않고 일정한 연령에 달한 모든 국민에게 선거권을 인정하는 제도를 말한다. 보통선거제도를 채용하고 있는 모든 국가들은 연령에 의한 선거권의 제한을 인정하고 있다. 이와같이 연령에 의하여 선거권을 제한할 수밖에 없는 것은 국정 참여수단으로서의 선거권행사는 일정한 수준의 정치적인 판단능력이 전제되어야 하기 때문이다.

(나) 이 사건의 쟁점은 선거권연령을 20세 이상으로 정한 이 사건 법률조항이 18~19세 국민들의 평등권과 선거권을 침해하는지 여부이다.

우리 헌법이 선거의 기본원칙 중 하나로 채택하고 있는 보통선거제도는 일정한 연령에 이르지 못한 국민에 대하여 선거권을 제한하는 것을 당연한 전제로 삼고 있다. 그런데 헌법은 제24조에서 모든 국민은 '법률이 정하는바'에 의하여 선거권을 가진다고만 규정함으로써 선거권연령의 구분을 입법자에게 위임하고 있다. 이와 같이 선거권연령의 구분이 입법자의 몫이라 하여도, 선거권연령에 이르지 못한 국민들의 선거권이 제한되고 그들과 선거권연령 이상의 국민들 사이에 차별취급이 발생하므로, 이에 관한 입법은 국민의 기본권을 보장하여야 한다는 헌법의 기본이념과 연령에 의한 선거권제한을 인정하는 보통선거제도의 취지에 따라 합리적인 이유와 근거에 터잡아 합목적적으로 이루어져야 할 것이며, 그렇지 아니한 자의적 입법은 헌법상 허용될 수 없는 것이다.

선거권연령은 선거권행사에 요구되는 정치적 판단능력의 수준을 설정하고 일정 연령집단의 정치적 판단능력의 보편적 수준을 파악하는 일이 기본적으로 요구된다. 그런데 대의민주제에서 선거권행사에 요구되는 최소한의 정치적 판단능력의 수준과, 또 일정 연령집단의 정치적 판단능력의 보편적 수준을 측정할 객관적 기준과 방법이 없다. 그리고 이러한 사항의 판단에 관하여 우리 재판소가 입법자보다 고도의 전문적 식견을 가지고 있는 것도 아니다.

(3) (가) 각국 의회의원선거 발전연대기(중앙선거관리위원회 1995)와 중앙선거관리위원회의 자료에 의한 각국의 국회의원 선거연령에 관한 외국의 입법례를 보면, 15세이상 1개국, 16세이상 3개국, 17세이상 2개국, 18세이상 77개국, 19세이상 1개국, 20세이상 6개국, 21세 이상은 13개국으로 되어 있다.

보통선거에서 선거권연령을 몇세로 정할 것인가의 문제는 입법자가 그 나라의 역사, 전통

과 문화, 국민의 의식수준, 교육적요소, 미성년자의 신체적·정신적 자율성, 정치적 사회적 영향 등 여러 가지 사항을 종합하여 결정하는 것이므로 입법례 또한 15세에서 21세까지 다양하게 나뉘어져 있음을 알 수 있다.

(나) 우리나라의 선거권연령의 연혁을 보면 제헌헌법부터 제2차 개헌시까지의 대통령부통령선거법과 국회의원선거법에 21세 이상으로 규정하였으나, 제3차 개헌(1960. 6. 15. 개정) 당시부터 제4공화국 헌법(유신헌법)과 제5공화국 헌법까지는 헌법에 20세의 규정을 두었다. 제6공화국 헌법(1987. 10. 29. 개정)인 현행헌법은 법률에 위임하였고, 공선법이 제정되기 전까지는 개별 선거법에서 20세이상으로 제한하였다. 현행헌법은 개정당시 선거권연령을 헌법에 규정할 것인지의 여부에 의견일치를 보지 못하여 법률에 위임하게 된 것이다.

공선법 제정당시 선거권 연령에 관하여 여당인 민주자유당은 20세이상, 야당인 민주당은 18세이상으로 주장하여 논의 하다가 1994. 2. 경 민법상의 성년연령인 20세로 합의하였다.

1997. 5. 중앙선거관리위원회가 보낸 자료에 의하여 37개국 헌법의 선거권연령 규정형식을 보면, 23개국은 헌법에 규정하고 10개국은 법률에 위임하였으며 4개국은 아무런 규정을 두지 않고 있다.

(다) 민법은 행위의 결과를 인식함에 충분한 정신능력을 갖춘시기를 만20세로 보고 있다(제4조). 20세 미만의 미성년자는 미성숙성 즉 정신적·신체적 자율성이 충분하지 못하므로 성년자와 달리 취급한 것이다. 미성년자는 법률에서 흡연과 음주를 하는 행위, 흥행장·유흥업소·사행행위장·유기장 등에 출입하는 행위를 금지하여 보호하고 있는 것도 미성숙을 전제로 한 것이다(미성년자보호법 제2조 제1항). 인간의 능력은 점진적으로 발달하고 개인차이가 있는데도 불구하고 입법자가 위의 법률규정과 공선법에서 20세를 기준으로 획일적인 구분을 한 것은 실질에 부합하지 않는 경우가 있겠지만, 법률관계의 안정과 객관성을 위한 부득이한 조치이므로 헌법상 수긍할 수밖에 없는 것이다.

1996년말 현재 18세 727,818명, 19세 786,418명 도합 1,514,236명중 고등학교 재학생은 187,364명 대학재학생은 644,659명 도합 832,023명이고, 고등학교는 모두 3년생이므로 대학진학과 취업을 앞둔 고등학교에 재학중인 학생 일부를 정치에 참여케 하는 선거권 부여는 교육상 바람직 하지 않는 것으로 보인다(교육법 제96조 제102조의2 제107조). 또한 18~19세의 미성년자들은 부모나 보호자에게 의존하므로 이러한 미성년자의 정치적 의사표현은 독자적인 판단에 의한 바람직한 결과가 나타나지 않을 수도 있다. 입법자가 공선법에서 민법상의 성년인 20세 이상으로 선거권연령을 합의한 것은 위에서 본 미성년자의 정신적 신체적 자율성의 불충분 외에도 교육적인 측면에서 예견되는 부작용과 일상생활 여건상 독자적으로 정치적인 판단을 할 수 있는 능력에 대한 의문등을 고려한 것이다.

(라) 제2차 세계대전이 끝난뒤에 세계경제의 급속한 발전으로 지역과 지역, 국가와 국가

간의 경제적 정치적인 간격이 좁아지고 인쇄와 방송매체들로 인한 전반적인 문화수준의 향상과 상대적으로 국민들의 교육열이 높아져서 1970년대 전후에 각국의 선거권연령이 하향조정 되었다는 청구인들의 주장은 부정하지 아니한다. 그리고 선거권 연령을 18~19세의 국민들에게까지 확대하여야 하는 이유로서 들고 있는 근로기준법, 병역법, 민법상의 약혼(혼인)연령, 공무원임용및시험시행규칙, 도로교통법 등의 규정은 개개 법률의 입법목적에 따른 것이고, 특히 공무원임용및시험시행규칙 소정의 공무담임권의 연령 18세는 고등학교 졸업연령을 고려한 것으로 보인다.

선거권과 공무담임권의 연령을 어떻게 규정 할 것인가는 입법자가 입법목적 달성을 위한 선택의 문제이고 입법자가 선택한 수단이 현저하게 불합리하고 불공정한 것이 아닌 한 재량에 속하는 것이다. 위에서 실시한 이유를 되돌아보고 다시 생각건대, 선거권 연령을 공무담임권의 연령인 18세와 달리 20세로 규정한 것은 청구인들이 주장하는 사정을 감안하더라도 입법부에 주어진 합리적인 재량의 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없다.

(4) 이 사건 법률조항이 18~19세 미성년자들에게 보장된 헌법 제11조 제1항의 평등권과 제24조의 선거권을 침해한 위헌조항이라는 청구인들의 이 심판청구는 이유가 없는 것이다.

나. 재판관 이영모의 보충의견

공선법이 선거권연령을 20세미만인 18~19세로 정하지 않고 20세이상으로 규정한 것은 입법목적과 수단과의 합리적 관련성이 있으므로 입법자의 재량범위에 속하는 것이라는 5인 재판관의 의견 실시에 이론은 없다. 그러나 선거권연령 구분은 국민들의 정치에 대한 지식과 의식수준만을 기준으로 판단하여야 하고 입법재량의 여지가 없다는 청구인들의 주장에 대한 실시로는 미흡하므로 이 점을 보충하고자 한다.

헌법 제11조 제1항이 보장하는 법앞에 평등은 가장 중요한 기본적인권으로서 절대적·기계적 평등이 아닌 상대적·합리적 차별취급을 수긍하는 개념임은 두말할 필요가 없다. 평등권이 재판에서 문제가 되는 경우에 헌법 제11조 제1항 후단이 일정사유로 예시하고 있는 '성별·종교·또는 사회적신분'은 중요한 의미를 갖는다. 왜냐하면 여기에 열거된 사유는 민주주의의 기본요소에 해당되고 동 사유에 의한 차별취급은 통상 허용할 수 없는 것으로 인정되어 합리적인 근거가 없는 차별로 추정되기 때문에 합헌이라고 주장하는 측이 합리적 차별 취급이라는 점을 입증 하여야 한다. 그러나 일정사유로 예시되지 아니한 그밖의 사유에 의한 차별취급에 관하여는 대의민주기관의 입법행위는 합헌으로 추정되고, 차별취급 또한 합리성의 추정을 받게 되는 것이다. 이 사건에서의 쟁점인 선거권 '연령'은 예시사유 중 '사회적신분'으로 볼 수도 없으므로 18~19세 국민들에 대한 선거권연령 제한이 위헌이라고 주장하는 청구인들이 합리성이 결여된 차별취급이라는 점을 논증할 책임이 있

는 것이다.

이와같이 논증책임을 부담하고 있는 청구인들이 현재 18~19세 국민들의 정치에 대한 의식수준은 과거(1960년대에서 1980년대) 20세 국민들의 수준과 같다고 주장만 하고 아무런 입증을 하지 않고 있는 이 사건에서는, 우리 재판소로서는 이 점을 판단할 수 있는 전문 지식이 없을 뿐더러 원용 할 수 있는 사회과학적인 자료도 갖고 있지 않다. 청구인들은 뚜렷한 근거도 없이 현재의 시점에서 과거의 시대상황과 제반여건을 고려하지 않고 수평적으로 비교 주장하는 것에 불과하므로 이유가 없는 것이다.

다. 재판관 김문희, 재판관 황도연, 재판관 이재화, 재판관 조승형의 의견

(1) 선거는 오늘날의 대의민주주의에서 국민이 주권을 행사할 수 있는 가장 중요한 방법이고, 이로써 선출된 국가기관과 그의 결정에 민주적 정당성을 부여한다. 민주주의는 참정권의 주체와 국가권력의 지배를 받는 국민이 되도록 일치할 것을 요구하고, 국민의 참정권에 대한 이러한 민주주의적 요청의 결과가 바로 보통선거의 원칙이다. 따라서 보통선거원칙은 원칙적으로 모든 국민에게 선거권을 인정하며, 특정한 국민을 정치적·경제적 또는 사회적인 이유로 선거권의 행사로부터 배제하는 것을 금지한다. 보통선거원칙은 평등선거원칙과 함께 선거에 있어서의 평등원칙이 구체화된 표현이나, 우리 헌법 제11조의 일반적인 평등원칙이 단지 자의적인 차별을 금지하는 상대적인 평등이라면, 보통선거 및 평등선거의 원칙은 모든 국민에게 가능한한 형식적으로 동등하게 선거권을 부여하기를 요구하므로, 형식적이고 엄격한 평등이라는 뜻에서 헌법 제11조의 평등원칙과 차이가 있다.

물론 선거참여에 있어서의 평등은 선거권에 대한 모든 제한을 금지하는 것은 아니다. 그러나 보통선거원칙에 대한 예외는 원칙적으로 부득이한 경우에 한하여 제한적으로 허용되어야 하며, 제한한다 하더라도 불가피한 최소한의 정도이어야 한다. 즉 보통선거원칙의 예외는 이를 정당화할 수 있는 이유가 있는 경우에만 헌법적으로 허용될 수 있다.

(2) 선거권의 제한을 정당화하는 부득이한 이유로는 무엇보다도, 일정 연령에 도달해야만 선거를 할 수 있다는 선거연령의 제한을 들 수 있다. 그러나 이 또한 선거연령이 자의적으로 또는 임의로 확정될 수 있다는 것을 의미하는 것은 아니다. 국민이 독자적으로 선거권을 행사할 만한 정신적 수준에 도달했다면 입법자는 선거권을 부여해야 한다.

선거연령의 확정에서 결정적인 기준은 독자적으로 선거권을 행사할 수 있는 정치적 판단능력이다. 일반적인 정치적 판단능력을 몇 세부터 인정할 수 있겠는가의 문제는 입법자가 국민의 정치적 의식수준 및 전반적인 교육수준, 국가와 사회의 민주화의 정도, 언론의 자유의 보장 정도, 비교법적인 관점에서 세계 각국의 추세 등을 고려하여 결정해야 할 사항이다. 이 과정에서 입법자는, 되도록 전체 국민의 정치적 참여를 요청하는 민주주의

원칙과 선거의 본질과 기능에 내재하는, 유권자의 최소한의 정치적 판단능력에 대한 요구를 서로 비교형량하여 합리적으로 결정해야 한다.

(3) 1960. 6. 15. 제3차 헌법개정에 의하여 선거연령이 20세로 규정된 이래 지금까지 선거연령을 그대로 두고 있는데, 우리는 그 사이 정치·사회·경제 등 모든 분야에서 발생한 엄청난 변화를 확인할 수 있다.

오늘날 의무교육의 실시 및 확대, 중등교육의 보편화, 높은 교육열 등으로 말미암아 국민의 전체적인 교육수준이 대폭 향상되었다. 이러한 교육의 확대와 교육수준의 향상은 정치적으로 독자적인 판단을 할 수 있는 국민계층을 확대하고, 최소한의 정치적 판단능력을 갖추는 연령을 인하하는 결과를 가져왔다.

뿐만 아니라 국가경제가 성장하고 국민소득이 높아짐에 따라 국민의 전반적인 의식수준이 향상되고, 언론매체의 발달과 언론의 자유가 보장됨에 따라 국민의 정치적 의식수준이 크게 고양되었다. 언론의 자유는 국민이 정치적 의사를 형성하고 참정권을 올바르게 행사하기 위한 전제조건으로서 여론형성의 기반과 선거권행사의 실질적 판단근거를 제공하므로, 민주화로 인한 표현 및 언론의 자유의 보장은 정치의 투명성을 확보하고 유권자의 정치적 판단을 용이하게 하는데 큰 기여를 한다. 이러한 정치환경의 변화는 적어도 중등교육을 받은 국민이라면 누구나 정치적 문제에 있어서 스스로 자신의 견해를 가질 수 있게 되고, 독자적인 판단능력을 가질 수 있게 한다.

대한민국 수립이래 지속적으로 향상해 온 국민의 교육수준, 국가와 사회의 민주화, 그 사이의 엄청난 국가경제의 발전 및 국민의 경제·문화수준의 향상, 현실적으로 보장되는 언론의 자유와 언론매체의 발달 등을 종합적으로 고려한다면, 이미 18~19세 연령층의 국민은 스스로 정치적 판단을 할 최소한의 능력이 있다고 보여진다.

(4) 물론 입법목적이나 보호법익은 다르다 하더라도 연령기준을 정하는 다른 법률을 보더라도, 병역법 제8조 제1항은 18세부터 병역의무를 부과하고, 국가공무원법 제36조는 8급 및 9급 공무원의 채용시험에 응시할 수 있는 연령을 18세 이상으로 규정하고 있으며, 근로기준법 제51조는 18세 이상의 자를 도덕상 또는 보건상 유해, 위험한 사업에 사용할 수 있도록 함으로써, 18세 이상의 국민을 국가와 사회의 형성에 적극적으로 참여시키고 있다. 한편 민법 제4조는 만 20세로 성년이 된다고 규정하여 원칙적으로 20세 이상의 사람에게 민법상의 행위능력을 부여하고 있다. 민법상의 행위능력이 자신의 책임있는 행위로 법적 효과를 발생케 하는 능력인데 비하여, 국민은 선거를 통하여 공적인 의사표시를 하고 선거결과는 다수에 의하여 압도당한 소수를 포함한 전 국민과 국가에 대하여 법적 구속력을 가지므로 어떠한 의미에서는 국가의 장래에 관한 법적효과를 발생케 하는 정치적인 행위능력이라고도 볼 수 있다. 그러나 민법상의 행위능력은 행위능력이 없는 자의 보호, 거래의 안전, 계약의 안정성 등을 그 주된 목적으로 하는 반면, 선거연령은 민주주

의의 원리를 실현함에 있어서 국민참여의 한계를 의미하므로 선거연령과 민법상의 행위 능력자가 일치할 필요는 없다.

(5) 오늘날 세계 각국이 규정하는 선거연령을 살펴보아도 70개국 이상이 18세를 기준으로 하여 선거권을 부여하고 있으며, 더욱이 이 들 70여개국 중에는 선진법치국가뿐이 아니라 국민의 교육·경제·문화수준에 있어서 우리보다 못한 많은 국가가 포함되어 있다는 것은, 우리의 입법자가 과연 국민이라면 원칙적으로 모두 선거권을 갖는다는 민주주의의 원리에 가장 부합하는 형태로 선거연령을 확정하였는가하는 문제를 다시 한번 생각해 보는 계기를 제공한다. 따라서 오늘날의 변화한 현실과 세계 각국의 추세에 비추어 우리도 선거연령을 현재의 20세에서 보다 하향조정하는 것이 바람직하지 않은가 생각된다.

(6) 다만, 우리는 입법자가 정치의 민주화가 본격적으로 시작된 90년대에 들어와서야 비로소 선거연령에 관한 문제를 인식할 수 있었고, 따라서 아직 이에 관하여 충분한 경험과 인식을 축적하지 못한 처지에 변화한 현실에 적응할 충분한 시간적인 여유도 갖지 못하였으므로 선거연령을 20세로 규정하는 이 사건 법률조항을 아직은 헌법에 위반되는 것으로는 판단되지 아니한다. 그러나 입법자는 1960. 6. 15. 제3차 헌법개정 이래 우리 사회가 겪은 전반적인 변화를 고려하여 민주주의원리와 보통선거원칙에 보다 부합되고 또한 장래에 있어서 그에 대한 위반을 배제할 수 있는 합리적인 해결책을 찾도록 노력해야 한다는 것이 우리의 의견이다.

4. 결 론

이에 관여한 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 황도연 이재화 조승형 정경식 고중석 신창언 이영모(주심)

5

피선거권의 상한 연령을 미규정한 공직선거법 제16조에 대한 공직 퇴직자의 헌법소원 적법 여부

- 공직선거및선거부정방지법 제16조 제1항 등 위헌확인(헌법재판소법 제7조, 법원조직법 제45조, 국가공무원법 제74조), 2002. 1. 29. 2002헌마29 ■

【주 문】

청구인의 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요

청구인은 서울특별시의 7급공무원으로 근무할 당시 국가공무원법 제74조 제1항 제1호의 규정에 따라 정년인 57세가 되면 직장을 그만두어야 한다는 압박감 때문에 미리 퇴직하여 자영업을 하다가 실패한 자인바, 첫째 공직선거및선거부정방지법 제16조 제1항 및 제2항에서 대통령과 국회의원의 피선거권을 규정하면서 하한연령만을 규정하고 상한연령을 규정하지 않은 것, 둘째 삼권분립제도하에서 대법원장(법원조직법 제45조 제4항)과 헌법재판소장(헌법재판소법 제7조 제2항)의 정년은 70세로 정해 놓은 반면에 대통령·국무총리·국회의장의 정년은 정하지 않은 것, 셋째 국가공무원법 제74조 제1항에서 장관의 정년을 정하지 않은 점 및 각 계급별 정년을 60세, 57세 등으로 차별하여 규정한 것, 넷째 교육공무원법 제47조 제1항은 교육공무원의 정년을 62세로 정한 반면에 국가공무원법 제74조 제1항에서는 공무원의 정년을 60세와 57세로 정하여 차별하는 것 등이 헌법정신에 위반되거나 청구인의 평등권을 침해하여 위헌이라고 주장하며 2002. 1. 14. 이 헌법소원 심판청구를 하였다.

2. 판 단

헌법재판소법 제68조 제1항 본문은 "공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 … 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다"고 규정하고 있

는바, 이는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 자신의 기본권을 현재 직접적으로 침해당한 자만이 헌법소원심판을 청구할 수 있다는 뜻이고, 따라서 법령으로 인한 기본권침해를 이유로 헌법소원을 청구하려면 당해법령 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우여야 한다. 즉, 어떤 법령조항이 헌법소원을 청구하고자 하는 자의 법적 지위에 아무런 영향을 미치지 아니하는 경우라면 애당초 기본권침해의 가능성이나 위험성이 없으므로 그 법령조항을 대상으로 헌법소원을 청구하는 것은 허용되지 아니한다 할 것이다(헌재 1999. 5. 27. 97헌마368, 판례집 111, 667, 671).

그러므로 살피건대, 우선 심판청구의 대상 중 첫째 공직선거및선거부정방지법에 피선거권의 상한연령을 규정하지 않았다는 부분과 둘째 대통령·국무총리·국회의장의 정년을 규정한 법이 없다고 하는 부분을 보면, 이들은 청구인의 기본권과 하등 직접적인 관계가 없는 것이어서 이들 규정으로 인해 청구인의 기본권이 침해받을 이유가 없는 것이므로 이 부분 심판청구는 주장자체로 부적법함을 면치 못한다고 할 것이다.

나아가 심판청구의 대상 중 셋째와 넷째 부분을 보더라도, 청구인은 이미 오래 전에 공무원직을 스스로 그만둔 자이므로 그 이유가 비록 국가공무원법(제74조 제1항)상 자신의 정년이 57세이기 때문에 미리 다른 일을 하기 위한 것이었다고 하더라도 그 점만으로는 동조항으로 말미암아 기본권침해를 받은 것이라고 할 수 없고, 뿐만아니라 헌법재판소가 국가공무원법 제74조 제1항에 대하여 위헌결정을 선고한다 하더라도 청구인은 1937. 3. 11. 생으로 현재 64세이므로 이제와서 공무원으로 복직이 된다고 하는 등 청구인의 법적 지위에 아무런 영향을 미치지 아니하는 경우이어서 이 부분 심판청구 역시 부적법하다고 할 것이다.

3. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구는 청구인의 기본권침해에 대한 관련성이 없는 법령조항을 그 대상으로 한 것으로서 부적법하므로, 헌법재판소법 제72조 제3항 제4호에 따라 이를 각하하기로 하여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

2002. 1. 29.

재판장 재판관 김효종 재판관 하경철 재판관 주선회

6

국회의원 피선거권 연령을 25세 이상으로 규정한 공직선거법 제16조 제2항의 공무담임권 침해 여부

■ 공직선거및선거부정방지법 제16조제2항 위헌확인, 2005. 4. 28. 2004헌마219 ■

【판시사항】

1. 국회의원의 피선거권 행사연령을 “25세 이상”으로 정한 것의 위헌 여부에 관한 헌법적 해명이 중대한 의미를 가진다고 보아, 예외적으로 권리보호이익을 인정할 사례
2. 공무담임권의 내용을 구체화하는 입법형성권의 범위와 한계
3. 국회의원의 피선거권 행사연령을 25세 이상의 국민으로 정한 공직선거및선거부정방지법 제16조 제2항이 헌법에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 국회의원의 피선거권 행사연령을 “25세 이상”으로 정한 것의 위헌 여부에 관해서는 아직 그 헌법적 해명이 이루어진 바 없어 향후 국회의원선거에 입후보하고자 하는 25세 이하의 국민들도 동일한 헌법적 의문을 제기할 가능성이 크다. 따라서 이에 관한 판단은 기본권침해의 위험을 사전에 제거하는 등 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항으로서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지닌다고 할 것이므로 권리보호이익의 예외사유에 해당할 사례
2. 공무담임권은 원하는 경우에 언제나 공직을 담당할 수 있는 현실적인 권리가 아니라 공무담임의 기회를 보장하는 성격을 갖는 것으로서 선거에 당선되거나 또는 공직채용 시험에 합격하는 등 일정한 공무담임에 필요한 요건을 충족하는 때에만 그 권리가 구체화되고 현실화되기 때문에 입법자는 이러한 공무담임의 전제조건으로서 각종 공직선거의 내용과 절차, 선거권·피선거권 등 공직선거에 참여할 수 있는 권리 또는 자격을 구체적으로 정하는 권한과 책임을 진다. 따라서 국회의원으로 당선될 권리로서 피선거권을 누구에게, 어떤 조건으로 부여할 것인지는 입법자가 그의 입법형성권의 범위 내에서 스스로 정할 사항이지만, 이 때에도 헌법이 피선거권을 비롯한 공무담임권을 기본권으로 보장하는 취지와 대의민주주의 통치질서에서 선거가 가지는 의미와 기능이

충분히 고려되어야 한다는 헌법적인 한계가 있다.

3. 피선거권의 행사연령을 지나치게 높게 설정하는 경우에는 국회의원으로 지위와 권한에 상응하는 직무를 수행하기에 충분한 지적·정치적 능력과 자질을 갖춘 국민이라 할 지라도 선거에 참여하여 국회의원으로 당선될 수 없다는 점에서 국민의 공무담임권과 평등권 등이 침해될 수 있으므로 피선거권을 행사할 수 있는 연령의 설정은 이로써 달성하려는 공익과 그로 인한 기본권에 대한 제한 사이에 서로 균형과 조화를 이루도록 적정하게 정해져야 한다는 헌법적 한계가 있지만, 입법자가 정한 구체적인 연령기준이 입법형성권의 범위와 한계 내의 것으로 그 기준이 현저히 높다거나 불합리하지 않다면, 이를 두고 헌법에 위반된다고 쉽사리 단정할 것은 아니다.

국가의 기관구성권과 정책결정권을 분리하고 정책결정권을 대의기관에게 자유위임하는 대의민주주의 통치질서에서 국가기능의 확대 및 복잡화에 따른 대의기관의 전문성 확보, 국회의원의 지위변화 및 권한의 확대에 따른 고양된 대의활동능력 및 정치적 인식 능력에 대한 요구, 이러한 능력과 자질을 갖추기 위하여 요구되는 정규 또는 비정규적인 교육과정과 직접 또는 간접적인 경험을 쌓는 데 소요되는 최소한의 기간, 국가정책 결정권자의 성실한 납세 및 병역 의무의 이행을 요구하는 국민의 기대와 요청 그리고 선거권의 행사연령에 비하여 피선거권의 행사연령을 일반적으로 높게 정하는 주요국가의 입법례 등을 고려할 때, 국회의원의 피선거권 행사연령을 25세 이상으로 정한 공직선거및선거부정방지법 제16조 제2항은 입법자의 입법형성권의 범위와 한계 내의 것으로, 청구인들의 공무담임권 등 기본권의 본질적 내용을 침해할 정도로 과도한 것이라 볼 수 없다.

【심판대상조문】

공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것) 제16조(피선거권) ① 생략

② 25세 이상의 국민은 국회의원의 피선거권이 있다.

③, ④ 생략

【참조조문】

헌법 제25조, 제41조 제1항, 제67조 제1항

국민투표법 제7조(투표권) 20세 이상의 국민은 투표권이 있다.

근로기준법 제62조(최저연령과 취직인허증) ① 15세 미만인 자(「초·중등교육법」에 의한 중학교에 재학 중인 18세 미만인 자를 포함한다)는 근로자로 사용하지 못한다. 다만, 대통령령이 정하는 기준에 따라 노동부장관이 발급한 취직인허증을 소지한 자는 그러하지 아니하다.

②제1항의 취직인허증은 본인의 신청에 의하여 의무교육에 지장이 없는 한 직종을 지정하여서만 발행할 수 있다.

병역법 제8조(제1국민역에의 편입) ① 대한민국 국민인 남자는 18세부터 제1국민역에 편입된다.

② 삭제

병역법 제11조(징병검사) ① 병역의무자는 19세가 되는 해에 병역을 감당할 수 있는지의 여부를 판정받기 위하여 지방병무청장이 지정하는 일시 및 장소에서 징병검사를 받아야 한다. 다만, 군소요와 병역자원의 수급 등을 고려하여 19세가 되는 사람의 일부를 20세가 되는 해에 징병검사를 받게 할 수 있다.

②징병검사를 받아야 할 사람이 이를 받지 아니하거나 징병검사가 연기(연기)된 사람으로서 그 연기사유가 소멸되는 사람은 그 해 또는 그 다음해에 징병검사를 받아야 한다.

③징병검사는 신체검사 외에 필요한 경우에는 인성검사(인성검사) 등을 실시할 수 있다.

④제3항의 규정에 의한 신체검사는 외과·내과 등 신체의 모든 부위(부위)를 검사하여야 하며, 필요한 경우에는 임상병리검사(임상병리검사)·방사선촬영(방사선촬영) 등을 할 수 있다.

⑤징병검사를 받지 아니한 사람이 제20조 제1항의 규정에 의하여 병무청장이 실시하는 현역병지원 신체검사(이하 “현역병지원 신체검사”라 한다)를 받은 경우에는 제1항의 규정에 의한 징병검사를 받은 것으로 본다. 다만, 18세인 사람의 경우에는 제12조 제1항의 규정에 의한 신체등위의 판정결과가 5급 또는 6급인 경우에 한한다.

【참조판례】

1. 헌재 1996. 8. 29. 95헌마108, 판례집 8-2, 167, 175-176
2. 헌재 2003. 8. 21. 2001헌마687등, 판례집 15-2상, 214, 223
3. 헌재 1995. 5. 25. 92헌마269등, 판례집 7-1, 768, 779-780

【당 사 자】

청 구 인 조○준 외 4인

대리인 변호사 김정진

법무법인 명인

담당변호사 민경도 외 5인

【주 문】

청구인들의 심판청구를 기각한다.

【이 유】**1. 사건의 개요와 심판의 대상****가. 사건의 개요**

청구인들은 1979. 5. 26.에서 1983. 4. 1.까지 사이에 각 출생한 사람들로써 2004. 4. 15. 실시될 제17대 국회의원선거에 후보자로 입후보할 예정이다. 그런데 공직선거및선거부정방지법 제16조 제2항이 국회의원의 피선거권을 선거일 현재 25세 이상인 국민에게만 부여하고 있어 위 선거일 현재 25세에 달하지 못하는 청구인들로서는 위 선거에 후보자로 입후보할 수 없게 되었다.

이에 청구인들은 위 선거일 전인 같은 해 3. 18. 25세 이상인 국민에게만 국회의원의 피선거권을 부여한 위 법률조항이 자신들의 평등권과 공무담임권 등을 침해하여 헌법에 위반된다고 주장하면서 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

그러므로 이 사건 심판의 대상은 공직선거및선거부정방지법(이하 ‘공선법’이라 한다) 제16조 제2항(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것, 이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이고, 그 규정 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

공선법 제16조(피선거권) ① 선거일 현재 5년 이상 국내에 거주하고 있는 40세 이상의 국민은 대통령의 피선거권이 있다. 이 경우 공무로 외국에 파견된 기간과 국내에 주소를 두

고 일정기간 외국에 체류한 기간은 국내거주기간으로 본다.

② 25세 이상의 국민은 국회의원의 피선거권이 있다.

③ 선거일 현재 계속하여 60일 이상(공무로 외국에 파견되어 선거일전 60일후에 귀국한 자는 선거인명부작성기준일부터 계속하여 선거일까지) 당해 지방자치단체의 관할구역안에 주민등록이 되어 있는 주민으로서 25세 이상의 국민은 그 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 피선거권이 있다. (이하 생략)

④ 생략

제17조(연령산정기준) 선거권자와 피선거권자의 연령은 선거일 현재로 산정한다.

제19조(피선거권이 없는 자) 선거일 현재 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 피선거권이 없다.

1. 제18조(선거권이 없는 자) 제1항 제1호·제3호 또는 제4호에 해당하는 자

2. 금고 이상의 형의 선고로 받고 그 형이 실효되지 아니한 자

3. 법원의 판결 또는 다른 법률에 의하여 피선거권이 정지되거나 상실된 자

2. 청구인들의 주장과 중앙선거관리위원회위원장의 의견 요지

가. 청구인들의 주장 요지

(1) 국회의원의 피선거권을 제한하는 근거는 국회의원이 되고자 하는 자의 자질을 일정한 수준 이상으로 보장하려는 데 있다. 그러나 연령을 기준으로 하여 25세에 달하지 못하는 국민들이 일률적으로 모두 국회의원이 될 자질이 없다고 할 수 없고, 대학교 3학년 또는 4학년 정도의 대학생들의 경우 정치적인 활동을 할 수 있는 능력과 자질을 충분히 가지고 있으므로 이 사건 법률조항은 25세에 달하지 않은 국민인 청구인들의 평등권을 침해한다.

(2) 국회의원의 피선거권에 대한 연령제한은 국민의 정치적 의식수준과 전반적인 교육수준, 국가와 사회의 민주화 정도 및 언론자유 보장수준 그리고 세계 각국의 입법추세 등을 고려하여 결정되어야 한다. 그러나 25세 이상의 국민에게만 국회의원의 피선거권을 부여하는 이 사건 법률조항은 피선거권의 제한연령을 과도하게 높게 설정함으로써 청구인들의 참정권을 제한하고 있을 뿐 아니라 궁극적으로 민주주의의 발전과 국민주권주의의 실현을 방해한다.

(3) 병역법, 국가공무원법, 근로기준법이 병역의무의 부담연령, 공무원시험의 응시연령(8급, 9급 공무원), 근로연령을 통상 18세 이상으로 정하고 있는 것에 비추어 볼 때 25세 이상인 국민으로 국회의원의 피선거권을 제한한 것은 법제도의 일관성과 정합성에 반한다.

(4)비교법적으로 대부분의 국가가 피선거권의 제한연령을 18세, 22세, 23세 등으로 정하고 있는데, 이에 비추어 보아도 25세 이상으로 피선거권을 제한한 것은 지나치게 높은 것이다.

나. 중앙선거관리위원회위원장의 의견 요지

선거관리기관인 중앙선거관리위원회위원장은 이 사건과 관련하여 특별한 의견이 없음을 우리재판소에 통지하여왔다.

3. 적법요건에 관한 판단

가. 현재성요건과 청구기간

청구인들이 주장하는 기본권침해는 이 사건 법률조항으로 인하여 후보자등록이 거부되거나 또는 후보자등록 무효사유가 존재함이 확인되는 시점에 비로소 현실화되었지만, 그 침해가 이 사건 심판청구 당시 이미 확실히 예측된다고 할 것이므로 기본권침해의 현재관련성이 인정된다(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68등, 판례집 4, 659, 669; 1996. 8. 29. 95헌마108, 판례집 8-2, 167, 175등 각 참조).

그리고 이와 같이 장래 확실히 기본권침해가 예측되어 현재성을 인정하는 이상 청구기간의 도과 여부는 문제되지 아니한다. 청구기간의 준수 여부에 대한 심사는 ‘이미’ 기본권침해가 발생한 경우에 비로소 문제가 되는데, 이 사건의 경우 아직 기본권침해가 없지만 ‘장래’ 확실히 기본권침해가 예상되어 미리 앞당겨 그 법적 관련성을 인정하기 때문이다.

나. 권리보호이익

이 사건이 우리 재판소에 계속되어 있던 중에 제17대 국회의원선거가 실시되어 이미 종료되었는바, 비록 이 사건 법률조항에 대하여 위헌결정이 선고된다고 하더라도 청구인들에 대한 주관적 권리구제는 이미 불가능하여 그 권리보호이익이 없다.

그러나 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 관해서는 아직 그 해명이 이루어진 바 없어 향후 국회의원선거에 입후보하고자 하는 같은 입장의 국민들도 동일한 헌법적 의문을 제기

할 가능성이 크다. 따라서 이에 관한 판단은 기본권침해의 위험을 사전에 제거하는 등 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항으로서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지닌다고 할 것이므로 권리보호이익의 예외사유에 해당한다(헌재 1996. 8. 29. 95헌마108, 판례집 8-2, 167, 175-176 등 참조).

다. 소 결

이 사건 심판청구는 그 적법요건에 흠결이 없으므로 본안판단을 하기로 한다.

4. 본안에 관한 판단

가. 공무담임권의 내용을 구체화하는 입법형성권의 범위와 그 한계

헌법 제25조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다.”라고 규정하여 국회의원을 비롯한 각종 선거직공무원과 기타 국가기관의 공직에 취임하여 이를 수행할 권리를 기본권으로 보장하고 있다. 그러나 공무담임권은 원하는 경우에 언제나 공직을 담당할 수 있는 현실적인 권리가 아니라 공무담임의 기회를 보장하는 성격을 갖는 것으로서 선거에 당선되거나 또는 공직채용시험에 합격하는 등 일정한 공무담임에 필요한 요건을 충족하는 때에만 그 권리가 구체화되고 현실화되기 때문에 입법자는 이러한 공무담임의 전제조건으로서 각종 공직선거의 내용과 절차, 선거권·피선거권 등 공직선거에 참여할 수 있는 권리 또는 자격을 구체적으로 정하는 권한과 책임을 진다(헌재 2003. 8. 21. 2001헌마687등, 판례집 15-2상, 214, 223 등 참조).

따라서 국회의원선거에 입후보하여 국회의원으로 당선될 권리로서 피선거권을 누구에게, 어떤 조건으로 부여할 것인지는 입법자가 그의 입법형성권의 범위 내에서 스스로 정할 사항이지만, 이 때에도 헌법이 피선거권을 비롯한 공무담임권을 기본권으로 보장하는 취지와 대의민주주의 통치질서에서 선거가 가지는 의미와 기능이 충분히 고려되어야 한다는 헌법적인 한계가 있다.

나. 25세 이상의 국민으로 국회의원의 피선거권 행사연령을 정한 이 사건 법률조항의 위헌 여부

헌법 제25조에 근거하여 국회의원선거에 입후보하여 국회의원으로 당선될 수 있는 권리로서 피선거권의 내용과 그 행사절차를 정하는 것이 입법자의 입법형성권에 맡겨져 있음은 위에서 본 바와 같다. 따라서 국회의원선거에 입후보하여 당선되기 위한 권리로서 피

선거권을 누구에게, 어떠한 자격을 갖추었을 때 부여할 것인지의 문제, 즉 피선거권을 부여하기 위한 연령기준을 정하는 문제는 국회의원의 헌법상 지위와 권한, 국민의 정치의식과 교육수준, 우리나라 특유의 정치문화와 선거풍토 및 국민경제적 여건과 국민의 법감정 그리고 이와 관련한 세계 주요국가의 입법례 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 정책적으로 결정할 사항이라고 할 것이다.

그런데 피선거권의 행사연령을 지나치게 높게 설정하는 경우에는 국회의원으로서 지위와 권한에 상응하는 직무를 수행하기에 충분한 지적·정치적 능력과 자질을 갖춘 국민이라 할지라도 선거에 참여하여 국회의원으로 당선될 수 없다는 점에서 국민의 공무담임권과 평등권 등이 침해될 수 있으므로 피선거권을 행사할 수 있는 연령의 설정은 이로써 달성하려는 공익과 그로 인한 기본권에 대한 제한 사이에 서로 균형과 조화를 이루도록 적정하게 정해져야 한다는 헌법적 한계가 있다고 할 것이지만, 입법자가 정한 구체적인 연령기준이 입법형성권의 범위와 한계 내의 것으로 그 기준이 현저히 높다거나 불합리하지 않다면, 이를 두고 헌법에 위반된다고 쉽사리 단정할 것은 아니다(헌재 1995. 5. 25. 92헌마269등, 판례집 7-1, 768, 779-780; 2003. 8. 21. 2001헌마687등, 판례집 15-2상, 214, 223-224 각 참조).

(1) 대의기관으로서 국회의원의 지위 및 권한과 보통선거원칙

현대국가의 헌법은 그 정도에 차이가 있을 뿐, 국가기관구성권과 국가정책결정권의 분리를 전제로 하는 대의민주주의에 그 기초를 두고 있다. 대의민주주의는 치자와 피치자가 다르다는 것을 전제로 치자에게는 ‘정책결정권’을 부여함으로써 책임정치를 구현하고, 피치자에게는 ‘기관구성권’을 부여함으로써 치자의 정책결정권 행사에 정당성을 부여하는 한편 이를 통제하는 통치질서의 구성원리이다. 따라서 대의민주주의는 치자와 피치자를 매개하는 합리적인 선거제도를 마련함에 그 기능적인 출발점이 있다고 할 것인데, 이 경우에도 국민 각자의 존엄성을 보장하고 개인을 정치적 단위로 하여 모든 국민에게 국정에 참여할 기회를 보장하려는 보통선거의 원칙이 준수되어야 한다(헌법 제41조 제1항, 제67조 제1항).

그런데 대의기관이 자신을 대표자로 뽑아준 유권자들의 의사와 이익만을 가감 없이 충실히 대표하여야 하고 또 그것만으로 대의제도의 실현이 가능하였던 대의제도 초기의 명령적 위임관계에서는 대의기관으로 당선될 권리 또는 자격으로서 피선거권에 대한 논의 그 자체가 큰 의미가 있을 수 없었다.

그러나 자유위임관계에 기초하여 국민의 잠재적 의사로서 부분이익을 넘어 전체이익을 대의하여야 하고, 현대의 산업사회가 요구하는 복잡하고 전문적인 정책사항에 관한 결정 권한을 담당하는 현대 대의민주주의 통치구조 아래에서 대의기관의 피선거권을 구체적으로 정함에 있어서는 독자적인 신념과 양식에 기초한 스스로의 판단에 따라 국가의 전체

의사를 발견하고, 이를 정책결정과정에 충실히 반영할 수 있는 정치적 대의능력과 전문적인 정책결정능력의 구비 여부가 대의기관으로 선출될 수 있는 자격으로 요구된다고 할 것이다.

더욱이 대의기관으로서 국회의원은 국민에 의하여 직접 선출된 선거직공무원으로서 국민의 의사를 국가의 의사결정에 반영하고 국정을 감시하며 통제하여야 할 국민의 대표자로서의 지위를 가짐과 동시에 국회의 구성원으로서 국가의사의 결정과정에 적극적으로 참여할 책임을 부담하는 헌법기관으로서의 지위를 아울러 가지므로 국회의원으로 선출될 자격을 설정함에 있어서는 위에서 본 통상적인 대의기관으로서의 자격과 능력을 넘는 국회의원의 권한과 책임에 상응하는 강화된 정치적 인식능력과 대의적 활동능력에 대한 요구가 필연적으로 요청된다고 할 것이다.

이에 대하여 민주주의의 본질을 오로지 치자와 피치자의 동일성만으로 이해한 나머지 선거권이 인정되는 국민에게는 마땅히 같은 조건으로 피선거권도 인정되어야 한다는 견해가 있으나, 이미 지적한 바와 같이 피선거권은 국가 전체의 공영과 이익을 위하여 행사되어야 하는 것으로 국회의원이라는 공직이 가지는 직무의 특성을 고려하여 이를 능히 감당할 수 있다고 판단되는 객관적인 기준에 따라 피선거권의 내용도 독자적으로 정해져야 하므로 위와 같은 견해를 그대로 받아들이기는 어렵다.

(2) 대의능력과 전문적인 지식을 갖추기 위한 최소한 연령기준

위에서 본 바와 같이 대의기관으로서 국회의원은 국민의 전체이익을 대의하여야 하고, 국가정책사항의 복잡화·전문화에 따라 그에 상응하는 문제해결능력과 전문지식을 갖추어야 요구된다. 따라서 국회의원의 피선거권 행사연령을 정함에 있어서는 이러한 국회의원의 지위와 직무에 상응하는 대의능력과 전문적인 지식을 갖추고 있는지 여부가 중요한 기준이 된다.

그런데 이와 관련하여 과연 무엇을 기준으로 하여 이러한 능력을 갖추고 있는지 여부를 판단할 것인지가 문제되는데, 개인마다 제각기 발전의 단계와 속도를 달리하는 인간의 지적·정치적 능력의 발전과정을 감안할 때, 모든 사람에게 타당할 수 있는 실질적이고 획일적인 판단기준을 제시하기는 매우 어렵다. 그러나 인간의 모든 능력이 학교교육을 중심으로 하는 정규 또는 비정규의 교육과정을 통하여, 또는 이를 대체하는 단계적이고 체계적인 직·간접의 경험과정을 통하여 점진적으로 향상되고 진보하는 것이라고 본다면, 적어도 교육기본법이 정하는 정규의 학교교육으로서 유아교육에서 고등교육에까지 이르는 모든 교육과정을 수료하거나 또는 이러한 정규교육과정을 대체하는 직·간접적인 경험을 충분히 쌓을 수 있는 일정한 연령에 도달하는 때에는 이러한 능력을 갖추고 있다고 판단할 수 있을 것이다.

(3) 국회의원이란 공직에 대한 국민의 기대로서 납세의무 및 병역의무의 이행

공선법 제49조는 국회의원선거에 입후보하기 위한 요건으로 공직자윤리법에 의한 등록대상재산에 관한 신고서, 공직자등의병역사항신고및공개에관한법률에 의한 병역사항에 관한 신고서, 각종 세금의 납부 및 체납에 관한 증명서, 초·중등교육법 및 고등교육법에서 인정하는 정규학력에 관한 최종학력증명서 등의 서류를 제출하도록 요구하고 있고, 이를 제출하지 않는 경우에는 그 입후보신청서를 수리하지 않도록 규정하고 있다. 이러한 자료제출요구는 국회의원직을 담당함에 있어서 적어도 소득을 창출하는 경제활동에 종사하여 성실히 납세의무를 이행하였을 것과 국가형성을 위한 기초적인 의무로서 병역의무를 성실히 수행하였을 것을 유권자로서 국민이 그 최소한의 자격요건으로 기대하고 요청하는 것이라고 볼 것이다.

따라서 국회의원의 피선거권 행사연령을 설정함에 있어서도 평균적인 국민이 독자적인 경제생활의 주체로서 경제활동을 영위할 수 있고, 남자의 경우 자신의 신체적 능력에 부합하는 병역의무를 성실히 수행할 수 있는 연령과 기간이 고려되어야 한다.

(4) 국회의원의 피선거권 행사연령에 관한 주요국가의 입법례

국회의원의 피선거권 행사연령에 관한 입법례는 미국이나 영국과 같이 연방제 또는 입헌군주제 국가임을 이유로 상원의 구성방법을 특별히 달리 정하고 있는 경우를 제외하면, 통상 18세에서 30세 사이에서 이를 정하고 있다. 구체적으로 예를 들어 살펴보면, 독일, 스페인, 캐나다 등은 피선거권의 행사연령을 선거권의 그것과 같이 18세 이상으로 정하고 있고, 영국(21세), 프랑스(23세), 미국(25세), 일본(25세), 이탈리아(25세), 알제리(28세), 터키(30세) 등은 피선거권의 행사연령을 선거권보다도 높게 정하고 있는데 영국의 경우에는 3살 높게, 프랑스, 미국의 경우에는 5살 또는 7살 높게 피선거권의 행사연령을 정하고 있다.

이러한 차이는 각국의 정치문화, 국회의원의 헌법상 지위와 권한, 국민의 정치의식 및 선거풍토, 교육제도 및 각종 사회제도의 차이에서 기인하겠지만, 일반적으로 선거권보다는 피선거권의 행사연령을 3세에서 7세 정도 높게 정하는 것이 주류적인 입법례로 보인다.

(5) 국가 또는 사회의 형성과 관련한 다른 연령설정규정과의 관계

국민투표법 제7조는 20세 이상의 국민에게 헌법개정안 등에 대한 국민투표권을 인정하고, 국가공무원법 제36조에 근거한 공무원임용시험령 제16조 별표4는 8급 및 9급공무원 또는 기능직 7, 8급 채용시험에 응시할 수 있는 연령의 하한을 18세로 정하고 있다. 그리고 근로기준법 제62조는 15세 미만인 자는 근로자로 사용하지 못한다고 하여 최저근로연령을 15세로 정하고, 병역법은 제1국민역에의 편입시기를 18세(제8조 제1항)로, 징병검사를 19세가 되는 해(제11조)로 각 정하고 있다.

그러나 국가나 사회를 형성할 권리와 책임을 부여하는 연령의 설정은 위 각 법률조항들의 입법취지와 각각의 영역에서 고려하여야 할 제반사정, 그리고 대립되는 관련이익들을 서로 교량하여 입법자가 각 영역마다 그에 상응하는 기준을 정하여야 하는 것으로 이러한 연령설정규정 전부에 보편적으로 타당한 일률적인 기준을 찾기란 애당초 불가능하다고 보아야 할 것이다.

따라서 이러한 연령제한규정들과 비교하여 이 사건 법률조항이 정하는 25세의 기준이 너무 높다는 주장은 이러한 영역에 따른 차이를 무시한 것으로 수긍하기 어렵다.

(6) 소 결

그렇다면 국가의 기관구성권과 정책결정권을 분리하고 정책결정권을 대의기관에게 자유 위임하는 대의민주주의 통치질서에서 국가기능의 확대 및 복잡화에 따른 대의기관의 전문성 확보, 국회의원의 지위변화 및 권한의 확대에 인한 고양된 대의활동능력 및 정치적인식능력에 대한 요구, 이러한 능력과 자질을 갖추기 위하여 요구되는 정규 또는 비정규적인 교육과정과 직접 또는 간접적인 경험을 쌓는 데 소요되는 최소한의 기간, 국가정책결정권자의 성실한 납세 및 병역 의무의 이행을 요구하는 국민의 기대와 요청 그리고 선거권의 행사연령에 비하여 피선거권의 행사연령을 일반적으로 높게 정하는 주요국가의 입법례 등을 고려할 때, 국회의원의 피선거권 행사연령을 25세 이상으로 정한 이 사건 법률조항은 입법자의 입법형성권의 범위와 한계 내의 것으로 청구인들의 공무담임권 등 기본권의 본질적 내용을 침해할 정도로 과도한 것이라 볼 수 없다.

5. 결 론

청구인들의 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 권성 김효중 김경일 송인준 주선회 전효숙(주심) 이상경 이공현

7

지방자치단체장의 피선거권 요건으로 90일 이상 주민등록을 요구하는 공직선거법 제16조제3항의 거주·이전의 자유 침해 여부

■ 공직선거및선거부정방지법 제16조 제3항 위헌확인, 1996. 6. 26. 96헌마200 ■

【판시 사항】

지방자치단체장의 피선거권 자격요건으로서 90일 이상 관할구역 내에 주민등록이 되어 있을 것을 요구하는 공직선거(公職選舉)및선거부정방지법(選舉不正防止法) 제16조 제3항의 위헌 여부

【결정 요지】

- 가. 지방자치제도는 일정한 지역을 단위로 일정한 지역의 주민이 그 지방에 관한 여러 사무를 그들 자신의 책임하에 자신들이 선출한 기관을 통하여 직접 처리하게 함으로써 지방자치행정의 민주성과 능률성을 제고하고 지방의 균형있는 발전과 아울러 국가의 민주적 발전을 도모하는 제도이므로, 피선거권의 자격요건을 정함에 있어서 위와 같은 지방자치제도가 가지는 특성을 감안하여야 하고, 이를 어떻게 규정할 것인가의 문제는 입법재량의 영역에 속하는 것이다.
- 나. 공직선거(公職選舉)및선거부정방지법(選舉不正防止法) 제16조 제3항은 헌법(憲法)이 보장한 주민자치를 원리로 하는 지방자치제도에 있어서 지연적 관계를 고려하여 당해 지역사정을 잘 알거나 지역과 사회적·지리적 이해관계가 있어 당해 지역행정에 대한 관심과 애향심이 많은 사람에게 피선거권을 부여함으로써 지방자치행정의 민주성과 능률성을 도모함과 아울러 우리 나라 지방자치제도의 정착을 위한 규정으로서, 그 내용이 공무담임권을 필요 이상으로 과잉제한하여 과잉금지의 원칙에 위배된다거나 공무담임권의 본질적인 내용을 침해하여 위헌적인 규정이라고는 볼 수 없다.
- 다. 직업에 관한 규정이나 공직취임의 자격에 관한 제한규정이 그 직업 또는 공직을 선택하거나 행사하려는 자의 거주·이전의 자유를 간접적으로 어렵게 하거나 불가능하게 하거나 원하지 않는 지역으로 이주할 것을 강요하게 될 수 있다 하더라도, 그와 같은 조치가 특정한 직업 내지 공직의 선택 또는 행사에 있어서의 필요와 관련되어 있는

것인 한, 그러한 조치에 의하여 직업의 자유 내지 공무담임권이 제한될 수는 있어도 거주·이전의 자유가 제한되었다고 볼 수는 없다. 그러므로 선거일 현재 계속하여 90일 이상 당해 지방자치단체의 관할구역 안에 주민등록이 되어 있을 것을 입후보의 요건으로 하는 이 사건 법률조항으로 인하여 청구인이 그 체류지와 거주지의 자유로운 결정과 선택에 사실상 제약을 받는다고 하더라도 청구인의 공무담임권에 대한 위와 같은 제한이 있는 것은 별론으로 하고 거주·이전의 자유가 침해되었다고 할 수는 없다.

- 라. 국회의원의 경우 거주요건을 요구하지 아니하는 이유는 국회의원이 비록 지역구에서 선출되기는 하지만 국가의 입법기관의 구성원으로서 국민대표적 성격을 가지고 있는 데에 기인하는 것이므로, 당해 관할구역 내에 거주하지 아니하는 입후보자를 국회의 원선거의 입후보자나 관할구역 안에 거주하는 다른 입후보자들에 비하여 합리적인 이유없이 차별하는 것이라고 볼 수 없다.

지방자치단체장은 자치단체의 집행기관으로서 당해 지방자치단체를 대표하고 그 사무를 통할하는 지위에 있으므로, 그 궐위는 지방행정에 지대한 영향을 미치게 되는데 비하여, 주민의 대표기관인 지방의회의 경우는 그 구성원 중 1인의 궐원이 생겨도 지방의회의 활동에는 별로 영향을 받지 아니하며, 지방의회의원선거의 경우 잔여임기가 1년 미만이거나 지방의회 의원정수의 4분의 1 이상이 궐원되지 아니한 경우에는 보궐선거를 실시하지 아니할 수도 있는 점 등을 감안하면 지방자치단체장의 보궐선거와 지방의회의원의 보궐선거를 달리 취급하는 것은 합리적인 이유가 있는 것이다.

【당 사 자】

청 구 인 정 ○ 익

대리인 변호사 이석연

【심판대상조문】

공직선거(公職選舉)및선거부정방지법(選舉不正防止法) 제16조 제3항

【참조 조문】

가. 헌법(憲法) 제117조 제1항

나. 헌법(憲法) 제25조, 제37조 제2항

다. 헌법(憲法) 제14조, 제15조

라. 헌법(憲法) 제11조 제1항, 제41조 제1항

【참조 판례】

가. 1991.3.11. 선고, 91헌마21 결정

나. 1991.3.11. 선고, 90헌마28 결정

1995.5.25. 선고, 91헌마67 결정

1995.12.28. 선고, 95헌마196 결정

1996.3.28. 선고, 96헌마9·77·84·90(병합) 결정

【주 문】

청구인의 청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건개요

청구인은 전라북도 전주시가 고향인 자로서 현재 위 주소지에 거주하고 있는 자인바, 1996.5.30. 전주시장이 사퇴함에 따라 사퇴일로부터 60일 이내에 보궐선거가 실시되게 되자 위 전주시장 보궐선거에 출마하려고 하였으나, 선거일 현재 계속하여 90일 이상 당해 지방자치단체의 관할구역 안에 주민등록이 되어 있는 주민에게만 지방자치단체의 장의 피선거권이 있다는 공직선거및선거부정방지법 제16조 제3항 때문에 출마할 수 없게 되었다. 이에 청구인은 위 법률조항이 청구인의 헌법상 보장된 기본권을 침해하였다는 이유로 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 심판의 대상

청구인은 주위적 청구로서 ‘공직선거및선거부정방지법 제16조 제3항은 헌법에 위반된다’는 심판을 구하고, 예비적 청구로서 ‘공직선거및선거부정방지법 제16조 제3항을 보궐선거

의 경우에 적용하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다'는 심판을 청구하였다. 그러나 법률조문에 대한 위헌확인심판을 하는 경우는 동법률조문의 한정위헌에 그칠 것인지의 여부까지 심판하게 되는 것이므로 법률조항에 대한 위헌확인심판을 청구한 경우에는 그 법률조항에 대한 한정위헌확인심판청구를 따로 예비적 청구로 할 필요가 없는 것이다. 그러므로 청구인의 예비적 청구는 주의를 환기하는 의미로 이해하고 독립적 청구로 보지 아니한다.

따라서 이 사건 심판의 대상은 공직선거및선거부정방지법(이하 공직선거법이라 한다) 제16조 제3항(1994.3.16. 법률 제4739호로 제정된 것, 이하 이 사건 법률조항이라 한다)이고 그 내용은 다음과 같다.

제16조(피선거권) ③ 선거일 현재 계속하여 90일 이상 당해 지방자치단체의 관할구역 안에 주민등록이 되어 있는 주민으로서 25세 이상의 국민은 그 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 피선거권이 있다. 이 경우 90일의 기간은 그 지방자치단체의 설치·폐지·분할·합병 또는 구역변경[제28조(임기중 지방의회의 의원정수의 조정 등)의 규정에 의한 경우를 포함한다]에 의하여 중단되지 아니한다.

3. 청구인의 주장 및 관련기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 보궐선거는 국회의원, 지방의회의원 및 지방자치단체의 장에 궐원 또는 궐위가 생긴 때에 실시하는 선거이고(공직선거법 제200조 제1항) 당해 선거의 실시사유가 확정된 때부터 60일 이내에 실시하도록 규정하고 있는바, 그 사유는 사망, 사퇴, 자격상실 등으로 그 사유의 발생시기를 예측할 수 없으므로 선거실시사유가 확정된 직후 곧바로 당해 지역으로 주민등록을 이전하더라도 이 사건 법률조항이 규정하는 90일간의 거주요건에 저촉되어 당해 관할구역 밖의 국민들은 보궐선거에의 출마가 원천적으로 불가능하도록 되어 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 헌법 제25조의 공무담임권의 본질적 내용을 침해하고 있다.

(2) 이 사건 법률조항은 유독 지방자치단체의 장 선거에서의 피선거권에 대하여만 당해 지방자치단체의 관할구역 안에서의 90일 이상의 거주요건을 요구하고 있다는 점에서 국회의원선거 입후보자나 당해 관할구역 안에서 입후보하는 주민에 비하여 청구인과 같이 고향을 떠난 인사로서 지방자치단체장의 보궐선거에 출마하려는 자를 합리적인 이유 없이 차별함으로써 헌법 제11조 제1항의 평등권을 침해하고 있다.

특히 공직선거법이 보궐선거에 입후보하려는 공무원의 경우 공직사퇴시기를 선거일 전 90일에서 후보자등록신청 전까지로 완화한 것이나(제53조), 지방의회의원의 보궐선거는

선거의 실시사유가 확정된 때부터 180일 이내에 실시하도록 하여 이 사건 법률조항과 달리 규정하고 있는 것도(제35조 제2항) 지방자치단체의 장의 보궐선거에 입후보하려는 자에 대한 불이익한 차별이다.

(3) 뿐만 아니라 이 사건 법률조항으로 인하여 언제 있을지도 모르는 보궐선거에 대비하여 항상 당해 관할구역에 주민등록을 하고 거주지를 마련하고 있어야 한다는 점에서 이 사건 법률조항은 헌법 제14조의 거주·이전의 자유에도 위배되는 것이다.

(4) 지방자치단체의 장 선거에 출마하려는 자에 대하여 일정기간 이상 지방자치단체의 관할구역에 주민등록이 되어 있을 것을 요구하는 것은 지역중심의 지방자치단체에 의하여 주민의 복리에 관한 사무가 자율적으로 처리되는 주민접촉행정이 이루어짐으로써 “풀뿌리 민주주의”를 가능하게 하려는 데에 그 목적이 있다고 할 것이다. 그러나 교통, 통신이 고도로 발달한 현대의 정보화 사회에서 주민등록법에 의한 주민등록이 형식적으로 되어 있다고 하여 주민접촉도가 높다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 1995년에 실시된 지방자치단체장 선거에서는 위 부칙 제7조 제3항에 의하여 이 사건 법률조항의 예외를 인정하여 그 설득력을 잃고 있다.

이 사건 법률조항이 그 목적에 있어서 정당하다 하더라도 관할구역 밖의 국민들에 대하여는 사실상 피선거권을 박탈하고 있다는 점에서 기본권 제한입법의 한계인 과잉금지의 원칙에도 위배된다.

나. 중앙선거관리위원회의 의견

지방선거에 있어서 당해 지방자치단체의 소속 주민에게만 선거권 및 피선거권을 부여하는 것은 지방자치제도의 기본 원리로서 당연한 것이다. 특히 피선거권을 부여함에 있어서 거주제한요건을 더 엄격히 요구하고 있는 주요한 이유중에는 선거구민으로 하여금 평소 일상 생활속에서 지방자치단체의 공직후보자에 대하여 알 수 있는 기회를 주어 책임자를 선택할 수 있도록 보장하여 주고 또한 당선된 공직자와 그 선거구민과는 같은 지방자치단체의 소속주민이라는 일체감으로 인한 원활한 의사소통으로 긴밀한 관계를 유지함으로써 그 지방자치단체의 사무를 충분히 이해하고 업무를 수행하도록 하기 위한 것 등을 들 수 있다.

이러한 목적을 실현할 수 있도록 지방선거에 있어서 일정기간 당해 지방자치단체에 거주한 주민에게만 피선거권을 부여하는 것은 세계 대다수의 국가에서도 일반적으로 받아들이고 있는 제도이다. 다만 거주제한기간은 그 나라의 역사적 전통, 문화, 정치상황 등에 따라 제한기간을 달리 정하고 있을 뿐이다.

따라서 지방선거의 보궐선거 등에 있어서 피선거권의 적극적 요건으로서 거주기간을 어느 정도 제한할 것인가는 정치·문화·사회·역사적 상황에 따라 합리적인 범위 내에서 입법 정책적으로 결정될 사항이며, 반드시 보궐선거의 실시사유가 발생된 후부터 제한되어야 하는 것은 아니다. 그러므로 이 사건 법률조항이 지방선거에 있어서 피선거권의 요건으로 임기만료에 의한 선거와 보궐선거 등의 구분없이 “선거일 현재 90일 이상 당해 지방자치단체의 관할구역안에 주민등록되어 있는 주민”일 것을 요건으로 하고 있는 것만으로는 제25조의 공무담임권, 제11조의 평등권, 제14조의 거주·이전의 자유를 침해하여 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

4. 판 단

가. 지방자치제도란 일정한 지역을 단위로 일정한 지역의 주민이 그 지방주민의 복리에 관한 사무·재산관리에 관한 사무·기타 법령이 정하는 사무(헌법 제117조 제1항)를 그들 자신의 책임 하에서 자신들이 선출한 기관을 통하여 직접 처리하게 함으로써 지방자치행정의 민주성과 능률성을 제고하고 지방의 균형 있는 발전과 아울러 국가의 민주적 발전을 도모하는 제도이다(헌법재판소 1991.3.11. 선고, 91헌마21 결정 참조).

지방자치의 이념은 민주주의와 밀접한 관련이 있다. 지방자치는 국민자치를 지방적 범위 내에서 실현하는 것이므로 지방 시정(施政)에 직접적인 관심과 이해관계가 있는 지방주민으로 하여금 스스로 다스리게 한다면 자연히 민주주의가 육성·발전될 수 있다는 소위 “풀뿌리민주주의”를 그 이념적 배경으로 하고 있는 것이다.

나. 공무담임권의 침해 여부

(1) 헌법 제25조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다”고 규정하여 모든 국민에게 선거직공무원을 비롯한 모든 국가기관 및 지방자치단체의 공직에 취임할 수 있는 권리를 내용으로 하는 공무담임권을 보장하고 있다. 그러므로 공무담임권은 여러 가지 선거에 입후보하여 당선될 수 있는 피선거권과 모든 공직에 임명될 수 있는 공직취임권을 포괄하고 있다. 그러나 이 기본권도 다른 기본권들과 마찬가지로 그 본질적 내용을 침해하지 아니하는 한 국가의 안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 법률에 의하여 제한할 수 있다(헌법 제37조 제2항).

(2) 앞에서 본 바와 같이 지방자치제도란 일정한 지역을 단위로 일정한 지역의 주민이 그 지방에 관한 여러 사무를 그들 자신의 책임 하에 자신들이 선출한 기관을 통하여 직접 처리하게 함으로써 지방자치행정의 민주성과 능률성을 제고하고 지방의 균형 있는 발전

과 아울러 국가의 민주적 발전을 도모하는 제도이므로, 피선거권자의 자격요건을 정함에 있어서 일반 국회의원선거나 대통령선거에서의 피선거권자의 자격과는 달리 위와 같은 지방자치제도가 가지는 특성을 감안하여야 한다. 따라서 지방의회의원이나 지방자치단체장의 피선거권을 어떻게 규정할 것인가 하는 문제는, 그 입법내용이 과잉금지의 원칙에 반하거나 헌법이 보장하는 공무담임권의 본질적인 내용을 침해하지 아니하는 한 기본적으로 입법형성권을 가지고 있는 입법권자가 제반사정을 고려하여 결정하여야 할 입법재량의 영역에 속하는 것이라고 할 것이다.

(3) 헌법 제37조 제2항에 그 근거를 두는 과잉금지의 원칙은 기본권제한입법이 헌법적으로 정당한 목적을 추구하고(목적의 정당성), 그 입법목적의 달성을 위하여 입법자가 선택한 수단이 적합하고(수단의 적합성), 기본권제한이 필요최소한도에 머물러야 하고(최소침해성), 입법을 통하여 실현되는 공익과 그에 의하여 제한되는 기본권 상호간에 균형이 이루어져야 할 것(법익의 균형성)을 요구하며, 이 중 어느 한 요건에라도 위반하는 입법은 헌법에 위반된다는 것이 헌법재판소의 확립된 판례이다(1995.7.21. 선고, 94헌마125 등 참조). 이 사건 법률조항이 과잉금지의 원칙에 위배되는지를 본다.

(가) 먼저 이 사건 법률조항이 헌법적으로 정당화되는 목적을 추구하고 있는지를 본다.

이 사건 법률조항은 위와 같이 헌법이 보장한 주민자치를 원리로 하는 지방자치제도에 있어서 지연적 관계를 고려하여 당해 지역사정을 잘 알거나 지역과 사회적·지리적 이해관계가 있어 당해 지역행정에 대한 관심과 애향심이 많은 사람에게 피선거권을 부여함으로써 지방자치행정의 민주성과 능률성을 도모함과 아울러 우리 나라 지방자치제도의 정착을 위한 규정으로서, 헌법 제37조 제2항이 기본권의 제한사유들 중의 하나로 열거하고 있는 공공복리의 실현을 위한 것이므로 그 입법목적의 정당성은 인정된다고 할 것이다.

(나) 이어서 이 사건 법률조항이 수단의 적합성요건을 충족하고 있는지를 본다.

지방자치단체의 선거에 입후보하려는 자가 해당선거구역에 거주함으로써 그 지역의 문제와 사정을 자연스럽게 피부적으로 파악할 수 있게 되며, 주민접촉도가 높아져 우리 국민의 정서상 해당 지역주민과의 일체감을 형성하는 것이 용이해 진다. 그러므로 이 사건 법률조항이 해당 선거구역에 선거일 현재 최소한 90일간 주민등록이 되어 있을 것을 피선거권의 요건으로 정한 것은 위와 같은 입법목적의 달성을 위하여 명백히 적합한 수단을 선택하였다고 볼 수 있다고 할 것이다.

그러므로 이 사건 법률조항은 기본권제한에 있어서 지켜져야 할 수단의 적합성요건을 충족하고 있다고 할 것이다.

(다) 다음으로 이 사건 법률조항이 기본권을 필요이상으로 제한하여 최소침해의 원칙에 위반하고 있는 지를 본다.

청구인이 주장하는 바와 같이, 교통과 통신이 발달한 현대 사회에서 반드시 당해 지방자치단체의 관할구역 안의 주민이 아니더라도 당해 지방자치단체에 관한 정보를 얻지 못하는 것은 아니다. 그러나 90일이란 거주요건은 다른 구역에서 이주하여 온 사람에게 당해 지방자치단체의 제반 사정을 이해하고 주민과 연대감 내지 일체감을 형성할 수 있는 최소한의 기간으로서 그것이 공무담임권을 필요 이상으로 제한하고 있다고 볼 수는 없다. 더구나 지방자치단체장이나 지방의회의원의 임기만료에 의한 선거일은 법률에 규정되어 있으므로(공직선거법 제34조 제1항 제3호 참조) 차기 선거에서 입후보하려는 자는 차기선거일 90일 이전에 미리 자신의 주소를 당해 지방자치단체의 관할구역 안으로 이전하면 되고 그것이 그다지 어려운 일도 아니다.

나아가 청구인은 이 사건 법률조항을 보궐선거에 적용하는 한 헌법에 위반된다고 주장하나, 보궐선거는 지방자치단체의 장이 사망·사퇴·자격상실 등으로 궐위되는 경우에 행정의 공백을 조속히 메우기 위하여 그 사유가 발생한 날부터 60일 이내에 실시하는 것이고(공직선거법 제35조 제2항, 제200조 제1항), 보궐선거에 의하여 당선되는 단체장의 잔여임기가 1년 미만인 경우에는 보궐선거를 실시하지 아니하는 등(제201조 제1항) 예외적인 경우에 한하여 조속히 실시되는 것이므로, 이러한 경우에 거주요건을 갖추지 못하여 입후보할 수 없게 되었다고 하더라도 일반 단체장선거에서 입후보가 가능한 이상 공무담임권을 필요 이상으로 제한하고 있다고 볼 수 없다.

뿐만 아니라 이 사건 법률조항이 규정하는 주민등록은 행정기관이 주민의 거주관계를 파악하고 상시로 인구동태를 명확히 하여 행정사무의 적정하고 간소한 처리를 위하여 30일 이상 거주할 목적으로(주민등록법 제1조 참조) 그 관할구역 안에 주소 또는 거소를 가지는 자의 성명, 성별, 생년월일, 주소 등의 사항을 등록하는 것이므로(주민등록법 제6조 제1항, 제10조 제1항 참조), 생활의 근거가 되는 민법상의 주소의 개념과도 엄격하게 일치할 필요는 없는 것이고, 일반 선거 후에 보궐선거가 실시될 것까지 예상하여 단체장의 임기 동안(정확하게는 임기 1년 전까지) 당해 지방자치단체장선거에 입후보하려는 사람이라면 법률이 그에게 계속하여 당해 관할구역 안에 주민등록을 가지고 있을 것을 요구하는 것도 그다지 무리한 사항을 요구하는 것은 아니라고 할 것이다.

그러므로 이 사건 법률조항은 공무담임권을 제한함에 있어서 최소침해의 요건을 충족시키고 있다고 할 것이다.

(라) 이 사건 법률조항에 의하여 제한되는 법익과 그에 의하여 실현되는 공익 사이에 상호 균형이 이루어지고 있는지를 본다.

이 사건 법률조항에 의하여 실현하려는 법익은 주민자치를 기본원리로 하는 지방자치에 있어서 지방자치단체의 장이나 그 의회의원이 그 지역의 문제나 사정을 파악하고 지역주

민의 정서에 부응하면서 애향심 및 그 지역주민과의 일체감에 바탕을 두고 자치사무를 처리하는 것을 가능하게 함으로써 지방자치의 능률성과 민주성을 제고한다는 중대한 공공복리적 요청인 것이다. 이에 반면 이 사건 법률조항이 해당 지방자치단체 관할구역에 선거일 현재 90일 이상 주민등록되어 있을 것을 지방자치단체의 선거에 입후보할 수 있는 자격으로 요구함으로써 피선거권을 포함하는 공무담임권이 제한되고 있지만, 그 제한의 정도는 위 공익에 비교하여 경미하다고 할 것이다.

그렇다면 이 사건 법률조항은 법익간의 균형요건도 충족하고 있다고 할 것이다.

(마) 따라서 이 사건 법률조항은 그 내용이 공무담임권을 필요 이상으로 과잉제한하여 과잉금지의 원칙에 위배된다거나 공무담임권의 본질적인 내용을 침해하여 위헌적인 규정이라고는 볼 수 없다.

다. 거주·이전의 자유의 침해 여부

(1) 헌법 제14조는 “모든 국민은 거주·이전의 자유를 가진다.”고 규정하여 거주·이전의 자유를 보장하고 있다. 이 거주·이전의 자유는 공권력의 간섭을 받지 아니하고 일시적으로 머물 체류지와 생활의 근거지는 거주지를 자유롭게 정하고 체류지와 거주지를 변경할 목적으로 자유롭게 이동할 수 있는 자유를 내용으로 한다. 그러나 거주·이전의 자유가 국민에게 그가 선택할 직업 내지 그가 취임할 공직을 그가 선택하는 임의의 장소에서 자유롭게 행사할 수 있는 권리까지 보장하는 것은 아니다. 물론 직업에 관한 규정이나 공직취임의 자격에 관한 제한규정이 그 직업 또는 공직을 선택하거나 행사하려는 자의 거주·이전을 간접적으로 어렵게 하거나 불가능하게 하거나 원하지 않는 지역으로 이주할 것을 강요하게 될 수는 있다. 그러나 그와 같은 조치가 특정한 직업 내지 공직의 선택 또는 행사에 있어서의 필요와 관련되어 있는 것인 한, 그러한 조치에 의하여 헌법 제15조의 직업의 자유 내지 헌법 제25조의 공무담임권이 제한될 수는 있어도 헌법 제14조의 거주·이전의 자유가 제한되었다고 볼 수 없다. 그러므로 선거일 현재 계속하여 90일 이상 당해 지방자치단체 관할구역 안에 주민등록이 되어 있을 것을 입후보의 요건으로 하는 이 사건 법률조항으로 인하여 청구인이 그 체류지와 거주지의 자유로운 결정과 선택에 사실상 제약을 받는다고 하더라도 청구인의 공무담임권에 대한 위와 같은 제한이 있는 것은 별론으로 하고 거주·이전의 자유가 침해되었다고 할 수는 없을 것이다.

(2) 설사 청구인의 주장대로 이 사건 법률조항이 청구인의 거주·이전의 자유를 제한한다고 하더라도 그러한 제한은 위 나.에서 이미 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항이 추구하는 헌법적으로 정당한 목적의 달성을 위하여 필요한 최소한의 범위에 머무르고 있으므로 이 사건 법률조항이 청구인의 헌법상 보장된 기본권인 거주·이전의 자유를 침해하여

위헌이 되는 것은 아니라고 할 것이다.

라. 평등원칙의 위배 여부

청구인은, 이 사건 법률조항이 유독 지방자치단체의 장 선거에서의 피선거권에 대하여만 당해 지방자치단체의 관할구역 안에서의 90일 이상의 거주요건을 요구하여 청구인과 같이 거주요건을 갖추지 못한 입후보희망자들을 국회의원선거 입후보자나 당해 관할구역 안에서 입후보하는 주민에 비하여 합리적인 이유 없이 차별함으로써 헌법 제11조 제1항의 평등권을 침해하고 있다고 주장한다.

그러나 헌법상의 평등원칙은 절대적인 평등이 아니라 “같은 것은 같게, 다른 것은 다르게” 취급하는 상대적 평등을 의미하는바, 이 사건 거주요건은 주민자치라는 지방자치의 본질에서 요청되는 것이고 지방자치행정의 민주성과 능률성, 그리고 지방의 균형적 발전을 도모하기 위한 것이다. 그러므로 이 사건 법률조항에 의한 차별은 합리적인 기준에 의한 차별이라고 보아야 한다.

특히 국회의원선거의 경우 거주요건을 요구하지 아니하는 이유는 국회의원이 비록 지역구에서 선출되기는 하지만 국가의 입법기관의 구성원으로서 국민대표적 성격을 가지고 있는 데에 기인하는 것이므로, 청구인과 같은 입후보자를 국회의원선거의 입후보자나 관할구역 안에 거주하는 다른 입후보자들에 비하여 합리적인 이유 없이 차별하는 것이라고 볼 수 없다.

청구인은, 지방의회의원의 보궐선거는 선거의 실시사유가 확정된 때부터 180일 이내에 실시하도록 하여(제35조 제2항) 이 사건 법률조항과 달리 규정하고 있는 것도 지방자치단체의 장의 보궐선거에 입후보하려는 자에 대한 불이익한 차별이라고 주장하나, 지방자치단체장은 자치단체의 집행기관으로서 당해 지방자치단체를 대표하고 그 사무를 통할하는 지위에 있으므로(지방자치법 제92조) 그 권위는 지방행정에 지대한 영향을 미치게 되는데 비하여, 주민의 대표기관인 지방의회는 그 구성원 중 1인의 권원이 생겨도 지방의회의 활동에는 별로 영향을 받지 아니하며, 지방의회의원선거의 경우 잔여임기가 1년 미만이거나 지방의회 의원정수의 4분의 1 이상이 궐원되지 아니한 경우에는 보궐선거를 실시하지 아니할 수도 있는 점(제201조 제1항) 등을 감안하면 지방자치단체장의 보궐선거와 지방의회의원의 보궐선거를 달리 취급하는 것은 합리적인 이유가 있는 것이다.

결국 이 사건 법률조항은 합리적인 이유 없이 청구인을 차별하여 헌법상의 평등의 원칙에 위배되는 위헌적인 규정이라고 볼 수 없다.

5. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 청구인의 이 사건 청구는 이 유없어 기각하기로 한다.

이 결정은 관여 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

재판관 김용준(재판장) 김진우(주심) 김문희 황도연 이재화 조승형 정경식 고종석 신창언

8

지방자치단체장의 피선거권 요건으로 주민등록과 외국파견자에 대한 예외를 두고 있는 공직선거법 제16조제3항의 공무담임권 등 침해 여부

■ 공직선거및선거부정방지법 제16조 제3항 위헌확인, 2004. 12. 16. 2004헌마376 ■

【판시사항】

1. 지방자치단체 장의 피선거권 자격요건으로서 60일 이상 당해 지방자치단체의 관할구역 내에 주민등록이 되어 있을 것을 요구하는 공직선거및선거부정방지법 제16조 제3항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 공무담임권을 침해하는지 여부(소극)
2. 이 사건 법률조항에서 공무로 외국에 파견되어 선거일 전 60일 후에 귀국한 자에 대하여 예외규정을 두고 있는 것이 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 이 사건 법률조항은 헌법이 보장한 주민자치를 원리로 하는 지방자치제도에 있어서 지역적 관계를 고려하여 당해 지역사정을 잘 알거나 지역과 사회적·지리적 이해관계가 있어 당해 지역행정에 대한 관심과 애향심이 많은 사람에게 피선거권을 부여함으로써 지방자치행정의 민주성과 능률성을 도모함과 아울러 우리나라 지방자치제도의 정착을 위한 규정으로서 과잉금지원칙에 위배하여 청구인의 공무담임권을 제한하고 있다고 볼 수 없다.
2. 이 사건 법률조항에서 공무로 외국에 파견되어 선거일 전 60일 후에 귀국한 자에 대하여 예외규정을 두고 있는 것은 이들이 공무수행으로 인하여 불이익을 입지 않도록 하면서 이 사건 법률조항의 입법목적 달성을 위한 최소한의 거주요건을 규정한 것이라 할 수 있으므로 합리적 근거 있는 차별이라고 보아야 한다.

재판관 윤영철, 재판관 이상경의 반대의견

1. 이 사건 법률조항이 중앙정부에 대한 독자정보다는 대외적 활동에 터잡은 정치적 식견과 행정적 경험이 보다 중요한 의미를 갖는 광역 지방자치단체의 장 선거에 입후보하

려는 자에게 보궐선거의 경우에도 60일간의 주민등록 기간을 요구하여 입후보 자체를 불가능하게 하는 것은 우리 헌법이 기본권을 제한하는 입법에 요구하고 있는 과잉금지 원칙에 위배하여 청구인의 공무담임권을 침해하고 있다.

2. 입법자로서는 법률에 의하여 해외 체류가 강제되는 경우에 한정하여 특례를 인정하든지, 해외 체류 기타의 사유로 입후보희망자의 귀책사유 없이 이 사건 법률조항이 요구하는 주민등록 기간의 충족이 불가능한 모든 경우에 특례를 인정함으로써 입후보 희망자의 직업 이상의 의미가 없는 공무 수행과 사적 업무의 수행 사이에 존재하는 불평등한 취급을 제거하는 입법적 조치를 하였어야 함에도 양자를 합리적 근거 없이 차별하고 있는 이 사건 법률조항은 평등권을 침해하였다.

【심판대상조문】

공직선거및선거부정방지법(1998. 4. 30. 법률 제5537호로 개정된 것) 제16조(피선거권) ①, ② 생략

③선거일 현재 계속하여 60일 이상(공무로 외국에 파견되어 선거일전 60일 후에 귀국한 자는 선거인명부작성기준일부터 계속하여 선거일까지) 당해 지방자치단체의 관할구역 안에 주민등록이 되어 있는 주민으로서 25세 이상의 국민은 그 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 피선거권이 있다. 이 경우 60일의 기간은 그 지방자치단체의 설치·폐지·분할·합병 또는 구역변경[제28조(임기중 지방의회의 의원정수의 조정 등)의 규정에 의한 경우를 포함한다]에 의하여 중단되지 아니한다.

④ 생략

【참조조문】

헌법 제25조, 제37조 제2항, 제117조 제1항

헌법재판소법 제68조 제1항

공직선거및선거부정방지법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것) 제35조(보궐선거 등의 선거일) ① 생략

②보궐선거·재선거·증원선거와 지방자치단체의 설치·폐지·분할 또는 합병에 의한 지방자치단체의 장 선거는 다음 각 호에 의한다.

1. 지역구국회의원·지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 보궐선거·재선거·지방의회의

원의 증원선거는 전년도 10월 1일부터 3월 31일까지의 사이에 그 선거의 실시사유가 확정된 때에는 4월중 마지막 토요일에 실시하고, 4월 1일부터 9월 30일까지의 사이에 그 선거의 실시사유가 확정된 때에는 10월중 마지막 토요일에 실시한다. 이 경우 선거일 또는 선거일전일이 국민생활과 밀접한 관련이 있는 민속절 또는 공휴일인 때에는 그 다음주의 토요일로 한다.

2. 지방자치단체의 설치·폐지·분할 또는 합병에 의한 지방자치단체의 장 선거는 그 선거의 실시사유가 확정된 때부터 60일 이내에 실시하되, 선거일은 관할선거구선거관리위원회 위원장이 당해 지방자치단체의 장(직무대행자를 포함한다)과 협의하여 선거일전 20일까지 공고하여야 한다.

③~⑤ 생략

공직선거및선거부정방지법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것) 제203조(동시선거의 범위와 선거일) ①, ② 생략

③ 제35조 제2항 제1호의 규정에 의한 보궐선거 등 가운데 다음 각 호의 보궐선거 등은 임기만료에 의한 선거의 선거일에 동시 실시한다. 다만, 그 보궐선거 등의 선거일이 국회의원 또는 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 임기만료에 의한 선거의 선거기간개시일 전 40일부터 선거일 후 50일까지의 사이에 있는 때에는 당해 임기만료에 의한 선거의 선거일부터 50일 후 첫번째 토요일에 그 보궐선거 등(이하 이 조에서 “연기된 보궐선거 등”이라 한다)을 실시하되, 그 연기된 보궐선거 등의 선거일전 30일까지 선거의 실시사유가 확정된 보궐선거 등도 동시에 실시한다.

1. 임기만료에 의한 선거의 선거기간개시일전 40일 내에 선거일이 있는 보궐선거 등.
2. 임기만료에 의한 선거의 선거일전 30일까지 그 실시사유가 확정된 보궐선거 등. 이 경우 당해 임기만료에 의한 선거의 선거일전 30일 후에 그 선거의 실시사유가 확정된 보궐선거 등은 그 다음의 보궐선거 등의 선거일에 실시한다.

④ 생략

【참조판례】

1. 헌재 1999. 11. 25. 99헌바28, 판례집 11-2, 543, 550-551

헌재 1996. 6. 26. 96헌마200, 판례집 8-1, 550-565

【당 사 자】

청 구 인 박○주

대리인 법무법인 빛고을종합법률사무소

담당변호사 정규련 외 1인

【주 문】

이 사건 심판청구를 기각한다.

【이 유】**1. 사건의 개요와 심판의 대상****가. 사건의 개요**

청구인은 15대 국회의원의 입후보를 앞두고 보궐선거가 예정된 전라남도 화순군으로 주민등록을 옮기고 생활하다가 2004. 6. 15. 실시된 17대 국회의원선거를 앞두고 광주 ○○구에서 출마하기 위해 2004. 2. 24. 주민등록지를 전라남도 화순군에서 위 주소지로 옮겼다.

2004. 4. 30. 전라남도지사의 갑작스런 사망으로 2004. 6. 5. 예정된 보궐선거에 전라남도지사의 선거도 포함됨에 따라 청구인은 위 보궐선거에 출마하려고 하였으나, 선거일 현재 계속하여 60일 이상 당해 지방자치단체의 관할구역 안에 주민등록이 되어 있는 주민에게만 지방자치단체의 장의 피선거권이 있다는 공직선거및선거부정방지법(이하 ‘공선법’이라 한다) 제16조 제3항 때문에 출마할 수 없게 되었다. 이에 청구인은 위 법률조항이 청구인의 헌법상 보장된 기본권을 침해하였다는 이유로 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 공직선거및선거부정방지법(1998. 4. 30. 법률 제5537호로 개정된 것) 제16조 제3항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌 여부이며, 위 법률조항 및 관련 법률조항의 내용은 다음과 같다.

공직선거및선거부정방지법(1998. 4. 30. 법률 제5537호로 개정된 것) 제16조(피선거권) ③ 선거일 현재 계속하여 60일 이상(공무로 외국에 파견되어 선거일전 60일 후에 귀국한 자

는 선거인명부작성기준일부터 계속하여 선거일까지) 당해 지방자치단체의 관할구역안에 주민등록이 되어 있는 주민으로서 25세 이상의 국민은 그 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 피선거권이 있다. 이 경우 60일의 기간은 그 지방자치단체의 설치·폐지·분할·합병 또는 구역변경[제28조(임기중 지방의회의 의원정수의 조정 등)의 규정에 의한 경우를 포함한다]에 의하여 중단되지 아니한다.

공직선거및선거부정방지법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것) 제35조(보궐선거 등의 선거일) ② 보궐선거·재선거·증원선거와 지방자치단체의 설치·폐지·분할 또는 합병에 의한 지방자치단체의 장 선거는 다음 각 호에 의한다.

1. 지역구국회의원·지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 보궐선거·재선거, 지방의회의원의 증원선거는 전년도 10월 1일부터 3월 31일까지의 사이에 그 선거의 실시사유가 확정된 때에는 4월중 마지막 토요일에 실시하고, 4월 1일부터 9월 30일까지의 사이에 그 선거의 실시사유가 확정된 때에는 10월중 마지막 토요일에 실시한다. 이 경우 선거일 또는 선거일전일이 국민생활과 밀접한 관련이 있는 민속절 또는 공휴일인 때에는 그 다음주의 토요일로 한다.

2. 생략

공직선거및선거부정방지법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것) 제203조(동시선거의 범위와 선거일) ③ 제35조 제2항 제1호의 규정에 의한 보궐선거 등 가운데 다음 각 호의 보궐선거 등은 임기만료에 의한 선거의 선거일에 동시실시한다. 다만, 그 보궐선거 등의 선거일이 국회의원 또는 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 임기만료에 의한 선거의 선거기간개시일전 40일부터 선거일후 50일까지의 사이에 있는 때에는 당해 임기만료에 의한 선거의 선거일부터 50일 후 첫번째 토요일에 그 보궐선거 등(이하 이 조에서 “연기된 보궐선거 등”이라 한다)을 실시하되, 그 연기된 보궐선거 등의 선거일전 30일까지 선거의 실시사유가 확정된 보궐선거 등도 동시에 실시한다.

1. 임기만료에 의한 선거의 선거기간개시일 전 40일 내에 선거일이 있는 보궐선거 등
2. 임기만료에 의한 선거의 선거일 전 30일까지 그 실시사유가 확정된 보궐선거 등. 이 경우 당해 임기만료에 의한 선거의 선거일 전 30일 후에 그 선거의 실시사유가 확정된 보궐선거 등은 그 다음의 보궐선거 등의 선거일에 실시한다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견 요지

가. 청구인의 주장

이 사건 법률조항은 피선거권과 관련하여 실거주를 요건으로 하지 않고 단순히 주민등록이 되어 있는 것만을 요건으로 하고 있어 당해지역 사정을 잘 알거나 그 지역과 사회적·지리적 이해관계가 있어 당해 행정구역에 관심과 애향심이 많은 사람에게 피선거권을 부여하려는 이 사건 법률조항의 입법취지는 사실상 무너지고 있다. 뿐만 아니라, 이 사건의 경우와 같이 선거일로부터 60일 이내에 전혀 예측할 수 없는 보궐선거가 발생하는 경우에는 평소 당해 지역에 관심과 애향심을 가지고 있으면서도 보궐선거를 예측하지 못하여 위 60일까지 주민등록지를 옮기지 못한 청구인과 같은 자들이 입후보를 할 수 없게 됨으로써 보궐선거사유가 선거일로부터 60일 이전에 발생하였을 경우에 비하여 지방자치단체 장의 경륜이나 능력이 하향화할 수밖에 없다. 또한 공무로 외국에 파견되었다가 귀국한 자들에 대한 예외 규정은 이들에게 국내에 머물면서 예측하지 못한 보궐선거의 발생에 대비하지 못한 사람들에 비해 엄청난 특권을 주는 것으로서 청구인의 평등권, 공무담임권 등을 침해하여 위헌이다.

나. 중앙선거관리위원장의 의견

이 사건과 관련하여 특별한 의견이 없음을 우리 재판소에 통보하여 왔다.

3. 적법요건에 관한 판단

가. 자기관련성과 직접성

청구인은 2004. 6. 5.에 실시된 보궐선거에서 전라남도지사에게 입후보하려고 하였으나 이 사건 헌법소원심판청구 접수일인 2004. 5. 5. 현재 광주 ○○구에 주민등록을 두고 있어 이 사건 법률조항으로 인하여 위 보궐선거에 입후보하는 것이 불가능하였다. 따라서 청구인은 별도의 집행행위를 매개할 것도 없이 이 사건 법률조항에 의해 직접 전라남도지사 보궐선거에서의 피선거권이 박탈되고 있으므로 기본권침해의 자기관련성과 직접성 요건을 갖추고 있다.

나. 현재관련성/청구기간

이 사건 법률조항은 청구인이 공직선거에 후보자로 등록하는 것을 막고 있으므로 후보자등록개시일에 비로소 구체적, 현실적으로 기본권의 침해가 발생한다고 할 것인데, 공선법 제49조 제1항에 의하면 지방자치단체의 장선거에 있어서는 선거일전 15일부터 2일간 후보자등록을 신청하도록 하고 있으므로 전라남도지사의 보궐선거에 입후보하려는 청구인

이 기본권을 구체적으로 침해받게 되는 것은 후보자등록신청개시일인 2004. 5. 21.부터라고 할 것이다.

구체적인 기본권의 침해가 있기 전인 2004. 5. 5.에 청구한 이 사건 헌법소원의 경우를 가리켜 후보등록일 이전에 청구한 것이므로 현재성이 없다고 한다면 기본권구제의 실효성을 기대하기 어려우므로 후보자등록신청개시일 보다 약 이주 전에 청구한 이 사건 심판청구는 현재성의 요건을 갖춘 것으로 보아야 한다.

그리고 구체적인 기본권의 침해가 있기 전에 청구한 이 사건 헌법소원심판청구는 현재성요건이 문제될지언정 청구기간의 준수 여부는 문제가 될 수 없다고 할 것이다.

다. 권리보호이익

이 사건 헌법소원심판이 청구된 뒤에 청구인이 입후보하려고 하였던 전라남도지사 보궐선거(2004. 6. 5.)는 이미 종료하였으므로 이 사건 법률조항에 대한 위헌결정이 선고되더라도 청구인의 주관적 권리구제는 불가능하게 되었다. 그러나 헌법소원은 주관적 권리구제뿐 아니라 객관적인 헌법질서보장의 기능도 겸하고 있으므로 심판계속 중 발생한 사정변경으로 인하여 주관적인 권리보호이익이 소멸된 경우에도 그러한 기본권침해행위가 반복될 위험이 있거나 당해분쟁의 해결이 헌법질서의 유지·수호를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 때에는 예외적으로 심판청구의 이익을 인정할 수 있다는 것이 우리 재판소의 확립된 판례이다(헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 55-57 등 참조).

그런데 지방자치단체 장의 피선거권 자격요건으로 당해 지방자치단체의 관할구역 내에 60일 이상 주민등록이 되어 있을 것을 요구하는 이 사건 법률조항이 청구인의 기본권을 침해하는 것이라면 앞으로 지방자치단체의 장선거에 입후보하고자 하나 위 요건을 충족하지 못하는 사람들도 이 사건 법률조항에 의하여 반복하여 기본권을 침해당할 것이 확실히 예상되므로 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 대하여는 헌법적 해명의 필요성이 존재한다.

라. 소결론

이 사건 심판청구는 적법하므로 본안에 관한 판단으로 나아가기로 한다.

4. 본안에 관한 판단

가. 이 사건 법률조항의 입법취지

지방자치제도는 일정한 지역을 단위로 그 지역의 주민이 그 지방주민의 복지에 관한 사무·재산관리에 관한 사무·기타 법령이 정하는 사무(헌법 제117조 제1항)를 그들의 책임 하에 자신들이 선출한 기관을 통하여 직접 처리하게 함으로써 지방자치행정의 민주성과 능률성을 제고하고 지방의 균형있는 발전과 아울러 국가의 민주적 발전을 도모하는 데 있다. 지방자치는 국민자치를 지방적 범위 내에서 실현하는 것이므로 지방시정(施政)에 직접적인 관심과 이해관계가 있는 지방주민으로 하여금 스스로 다스리게 한다면 자연히 민주주의가 육성·발전될 수 있다는 소위 “풀뿌리 민주주의”를 그 이념적 배경으로 하고 있다(헌재 1999. 11. 25. 99헌바28, 판례집 11-2, 543, 550-551).

이 사건 법률조항은 위와 같이 헌법이 보장한 주민자치를 원리로 하는 지방자치제도에 있어서 자연적 관계를 고려하여 당해 지역사정을 잘 알거나 지역과 사회적·지리적 이해관계가 있어 지역행정에 관심이 많은 사람에게 피선거권을 부여함으로써 지방자치행정의 민주성과 능률성을 도모하고 지방자치제도의 정착을 위한 규정이라고 할 수 있다.

나. 공무담임권의 침해 여부

(1) 헌법 제25조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다”고 규정하여 국민에게 공무담임권을 보장하고 있다. 피선거권은 선거에 의하여 국가기관 또는 지방자치단체의 구성원으로 선출될 수 있는 자격을 의미하므로 공무담임권에 포함된다.

공무담임권은 다른 기본권과 마찬가지로 그 본질적 내용을 침해하지 아니하는 한 국가의 안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 법률에 의하여 제한될 수 있다(헌법 제37조 제2항).

(2) 이 사건 법률조항은 지방자치단체 장의 피선거권 자격요건으로 선거일 현재 계속하여 60일 이상(공무로 외국에 파견되어 선거일 전 60일 후에 귀국한 자는 선거인명부작성기준일부터 계속하여 선거일까지) 당해 지방자치단체의 관할구역 안에 주민등록이 되어 있을 것을 요구하고 있다. 그리고 지방자치단체 장의 보궐선거는 전년도 10월 1일부터 3월 31일까지의 사이에 그 선거의 실시사유가 확정된 때에는 4월중 마지막 토요일에 실시하고, 4월 1일부터 9월 30일까지의 사이에 그 선거의 실시사유가 확정된 때에는 10월중 마지막 토요일에 실시하도록 규정하고 있다(공선법 제35조 제2항 제1호). 위 규정들로 인하여 지방자치단체 장의 보궐선거 실시사유가 보궐선거일인 4월중 마지막 토요일로부터 60일 이내이면서 3월 31일까지 사이에 확정되거나, 10월중 마지막 토요일로부터 60일 이내이면서 9월 30일까지 사이에 확정된 때에는 당해 지방자치단체의 관할구역 밖의 사람으로서는

이 사건 법률조항이 요구하는 선거일 현재 계속하여 60일 이상 주민등록이 되어 있어야 한다는 요건을 충족하는 것이 애시당초 불가능하다.

나아가 이 사건의 경우 전라남도지사의 갑작스런 사망으로 전라남도지사의 보궐선거 실시 사유가 2004. 4. 30. 확정되었는데, 공선법 제203조 제3항 단서에서 “보궐선거등의 선거일이 국회의원 또는 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 임기만료에 의한 선거의 선거기간개시일전 40일부터 선거일 후 50일까지의 사이에 있는 때에는 당해 임기만료에 의한 선거의 선거일부터 50일후 첫번째 토요일에 그 보궐선거등을 실시”하도록 함에 따라 그 보궐선거는 2004. 6. 5. 실시되었다. 따라서 보궐선거 실시사유의 확정일로부터 보궐선거일까지의 기간이 60일이 채 되지 않으므로 청구인과 같이 당해 지방자치단체의 관할구역 내에 주민등록이 되어 있지 않은 사람은 보궐선거 실시사유가 확정된 후 곧바로 주민등록을 이전하더라도 이 사건 법률조항이 요구하는 60일 이상 주민등록요건을 충족할 수 없어 보궐선거에 입후보하는 것이 불가능하게 되었다. 그러므로 이 사건 법률조항은 지방자치단체 장의 피선거권, 나아가 공무원임권을 제한하는 결과를 가져온다.

한편 청구인은 이 사건 법률조항이 헌법 제14조에 의해 보장되는 거주·이전의 자유를 침해한다고 주장하나, 이 사건 법률규정과 같은 공직취임의 자격에 관한 제한규정이 그 공직을 선택하거나 행사하려는 자의 거주·이전을 간접적으로 어렵게 하거나 원하지 않는 지역으로 이주할 것을 강요하게 되어 청구인이 그 거주지의 자유로운 결정과 선택에 사실상 제약을 받는다고 하더라도, 그와 같은 조치가 특정한 공직의 선택 또는 행사에 있어서의 필요와 관련되어 있는 것인 한 그러한 조치에 의하여 공무원임권이 제한될 수는 있어도 거주·이전의 자유가 제한되었다고 볼 수는 없다(헌재 1996. 6. 26. 96헌마200, 판례집 8-1, 550-565, 562-563 참조).

따라서 이하에서는 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위배하여 청구인의 공무원임권을 침해하는지 여부를 살펴보기로 한다.

(가) 먼저 이 사건 법률조항의 입법목적이 정당한지를 본다.

이 사건 법률조항은 앞에서 살펴본 바와 같이 헌법이 보장한 주민자치를 원리로 하는 지방자치제도에 있어서 지연적 관계를 고려하여 당해 지역사정을 잘 알거나 지역과 사회적·지리적 이해관계가 있어 당해 지역행정에 대한 관심과 애향심이 많은 사람에게 피선거권을 부여함으로써 지방자치행정의 민주성과 능률성을 도모함과 아울러 우리나라 지방자치제도의 정착을 위한 규정으로서 그 입법목적의 정당성은 인정된다.

(나) 이 사건 법률조항이 수단의 적합성 및 침해의 최소성 요건을 충족하고 있는지를 본다.

지방자치제도는 일정한 지역을 단위로 그 지역의 주민이 그 지방에 관한 여러 가지 사무를 그들의 책임 하에 자신들이 선출한 기관을 통하여 직접 처리하게 하는 제도로서 지방

시정(施政)에 직접적인 관심과 이해관계가 있는 지방주민으로 하여금 스스로 다스리게 한다면 자연히 민주주의가 육성·발전될 수 있다는 소위 “풀뿌리 민주주의”를 그 이념적 배경으로 하고 있다.

이처럼 지방자치는 그 주민 중에서 대표를 뽑아 스스로 지역의 공통사무를 처리하도록 하는 이른바 주민자치이기 때문에 지방자치단체의 장에 입후보하려면 해당 지방자치단체의 관할구역 내에서 일정기간 이상 거주하는 것은 필수적이라고 할 수 있다. 즉 지방자치단체 장의 선거에 입후보하려는 자가 일정기간 해당 선거구역에 거주함으로써 그 지역의 문제와 사정을 자연스럽게 피부로 파악할 수 있게 되며, 주민접촉도가 높아져 해당 지역 주민과의 일체감을 형성하는 것이 용이해지므로 지방자치단체 장의 피선거권 자격요건으로 일정기간 동안 주민등록이 되어 있을 것을 요구하는 것은 위 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이다.

지방자치단체 장의 피선거권 자격요건으로 거주기간 요건을 둘 경우 그 기간을 어느 정도로 정할 것인지는 입법자의 입법형성권에 속하는 문제이다. 지방자치단체 장의 선거에 있어서 그 지역을 잘 알고 지역민의 고충을 피부로 느끼고 직접 문제를 해결할 수 있는 인재를 선출하기 위해서는 후보자가 주민과 접촉하고 그 지역을 알 수 있도록 하는 충분한 기간이 필요하다. 정보통신이 발달한 현대 사회에서 반드시 당해 지방자치단체의 관할구역 주민이 아니더라도 당해 지방자치단체에 관한 정보를 얻지 못하는 것은 아니겠지만, 주민자치를 기본원리로 하는 지방자치에 있어서 지방자치단체의 장이 애郷심을 가지고 그 지역주민과 일체감을 이루어 이른바 주민접촉도를 높여 가장 기본적인 단위의 민주주의를 구현한다는 점에서 볼 때 60일간의 거주요건은 다른 구역에서 이주하여 온 사람에게 당해 지방자치단체의 제반 사정을 이해하고 주민과 연대감 내지 일체감을 형성할 수 있는 최소한의 기간이라 할 수 있다.

따라서 이 사건 법률조항은 수단의 적합성 및 피해의 최소성 요건을 갖추고 있다고 보여진다.

(다)이 사건 법률조항이 법익의 균형성 요건을 갖추고 있는지를 본다.

이 사건 법률조항은 지방자치단체 장의 피선거권 자격요건으로 해당 지방자치단체의 관할구역 내에 선거일 현재 60일 이상 주민등록이 되어 있을 것을 요구함으로써 그 요건을 갖추지 못한 사람에 대하여 피선거권을 포함하는 공무담임권을 제한하고 있다. 그러나 지방자치단체 장의 임기만료에 의한 선거일은 법률에 규정되어 있으므로(공선법 제34조 제1항 제3호) 차기 선거에 입후보하려는 자는 차기선거일 60일 이전에 미리 자신의 주소를 당해 지방자치단체의 관할구역 안으로 이전하면 되고 그것이 그다지 어려운 일이 아니라고 할 것이며, 지방자치단체의 장의 사망·사퇴·자격상실 등으로 갑작스레 보궐선거가 실시됨으로 인하여 이 사건에서의 청구인과 같이 거주요건을 갖추지 못하여 입후보할 수

없게 되었다고 하더라도 일반 단체장선거에서 입후보가 가능한 이상 그로 인한 공무담임권의 제한은 그다지 크지 않다고 할 것이다.

반면 이 사건 법률조항에 의하여 실현하려는 공익은 주민자치를 기본원리로 하는 지방자치에 있어서 지방자치단체의 장이 그 지역의 문제나 사정을 파악하고 지역주민의 정서에 부응하면서 애항심 및 그 지역주민과의 일체감에 바탕을 두고 자치사무를 처리하는 것을 가능하게 함으로써 지방자치의 능률성과 민주성을 제고한다는 중대한 공공복리적 요청이다.

따라서 이 사건 법률조항에 의하여 달성하고자 하는 공익이 제한되는 사익보다 크므로 법익의 균형성도 인정된다.

(라)따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위배하여 청구인의 공무담임권을 제한하고 있다고 볼 수 없다.

다. 평등권 침해 여부

(1)청구인은 이 사건 법률조항에서 공무로 외국에 파견되었다가 귀국한 자들에 대하여 예외 규정을 두고 있는 것은 이들에게 국내에 머물면서 예측하지 못한 보궐선거의 발생에 대비하지 못한 사람들에 비해 엄청난 특권을 주는 것으로서 청구인의 평등권을 침해한다고 주장한다.

이 사건 법률조항은 지방자치단체 장의 피선거권 자격요건으로 60일 이상 당해 지방자치단체의 관할구역 안에 주민등록이 되어 있을 것을 요구하면서, 그에 대한 예외규정으로 공무로 외국에 파견되어 선거일 전 60일 후에 귀국한 자는 선거인명부작성기준일부터 계속하여 선거일까지 주민등록이 되어 있으면 족하다고 규정하고 있다.

선거를 실시하는 때에는 그 때마다 구청장·시장·읍장·면장은 지방자치단체의 의회의 원 및 장의 선거에 있어서 선거일전 19일(선거인명부작성기준일) 현재로 그 관할구역안에 주민등록이 되어 있는 선거권자를 투표구별로 조사하여 선거인명부작성기준일부터 5일 이내에 선거인명부를 작성하여야 하므로(공선법 제37조 제1항), 공무로 외국에 파견되어 선거일 전 60일 후에 귀국한 자는 선거인명부작성기준일인 선거일전 19일부터 선거일까지 주민등록이 되어 있으면 된다.

(2)헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적 근거 없는 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적 평등을 뜻하고 따라서 합리적 근거 있는 차별 내지 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니다. 공무로 외국에 파견되어 선거일전 60일 후에 귀국한 사람에 대하여도 이 사건 법률조항이 요구하는 당해 지방자치단체의 관할구역 안에 60일 이상 주민

등록이 되어 있을 것을 요구하게 되면 이들은 일반 단체장선거와 보궐선거 모두에서 지방자치단체 장의 피선거권을 박탈당하게 된다. 그러나 개인의 주관적인 사정이 아니라 국가의 공적사무를 수행함으로써 인하여 위와 같이 지방자치단체 장의 피선거권이 완전히 박탈되도록 하는 것은 오히려 공무수행자에 대한 부당한 차별이라고 하지 않을 수 없다. 이 사건 법률조항에서 지방자치단체 장의 피선거권 자격요건인 60일 이상 주민등록요건의 예외로서 공무로 외국에 파견되어 선거일 전 60일 후에 귀국한 자에 대하여는 선거인명부작성기준일인 선거일전 19일부터 선거일까지 주민등록이 되어 있을 것을 요구하는 것은 이들이 공무수행으로 인하여 불이익을 입지 않도록 하면서 이 사건 법률조항의 입법 목적을 달성하기 위한 최소한의 거주요건을 규정한 것이라 할 수 있으므로 합리적 근거 있는 차별이라고 보아야 한다.

따라서 이 사건 법률조항에 의하여 청구인의 평등권이 침해되었다고 보기는 어렵다.

5. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 청구인의 이 사건 심판청구를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 윤영철, 재판관 이상경의 아래 6.과 같은 반대의견이 있는 외에는 관여재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

6. 재판관 윤영철, 재판관 이상경의 반대의견

가. 우리는 이 사건 법률조항이 합헌이라는 다수의견과 견해를 달리 하므로 아래와 같이 반대의견을 밝힌다.

나. 공무담임권 침해 여부

다수의견은 현재 1996. 6. 26. 96헌마200 결정의 취지에 따라 이 사건 법률조항이 청구인의 공무담임권을 제한하기는 하나, 과잉금지원칙의 요청을 충족시키고 있어 합헌이라고 한다. 그러나 위 결정은 기초 지방자치단체 장 선거(전주시장 보궐선거)가 문제된 사안에서 내려진 판단으로서 광역 지방자치단체 장 선거의 경우에도 그대로 타당하다고 할 수 없고, 아래에서 보는 바와 같은 이유로 이 사건 법률조항 중 광역 지방자치단체 장 선거에 적용되는 부분에 의한 공무담임권의 제한은 과잉금지원칙에 위배된다.

(1) 목적의 정당성

이 사건 법률조항은 다수의견이 지적한 바와 같이 지연적 관계를 고려하여 당해 지역사정을 잘 알거나 지역과 사회적·지리적 이해관계가 있어 지역행정에 관심이 많은 사람에

게 지방자치단체 장의 피선거권을 부여함으로써 지방자치행정의 민주성과 능률성을 도모하고 지방자치제도의 정착을 위한 규정이라고 할 수 있다.

이 사건 법률조항의 입법목적 중 이론의 여지 없는 궁극적 지향점은 지방자치행정의 민주성과 능률성이라고 할 수 있고, 지연적 관계 등을 선거제도에 반영하는 것은 이를 위한 수단이라고 할 수 있는데, 입법자는 이 또한 입법목적의 하나로 삼고 있다고 보인다. 그러나 민주성과 능률성이라는 두 가치 자체가 상호 충돌될 가능성이 있을 뿐만 아니라, 지연적 관계가 위 궁극적 지향점에 어떻게 기여할 수 있는지도 명확히 해명되지 아니하였다. 특히 이 사건에서 문제된 시·도와 같은 광역 지방자치단체 장의 경우 그 업무 영역과 성질에 비추어 자치행정의 민주성은 물론, 능률성에도 반하는 결과를 가져올 수 있다는 점을 간과해서는 아니 된다.

지방자치단체 장의 피선거권을 일정한 지연적 관계를 갖고 있는 사람에게만 부여한다는 것은 지방자치단체 장 선출에 관한 선거권자의 선택의 폭을 좁히는 것이므로, 자치행정의 민주성과 저촉되는 측면이 없지 않다. 지연적 관계를 맺고 있는 인사만이 지방자치행정의 책임자인지는 선거인들이 민주적 절차에 따라 검증하고 판단하면 되는 것이므로 법률이 이와 같은 선택가능성을 사전에 봉쇄하는 것은 국민의 주체적인 지방정치 참여를 제약하는 것이다. 이 사건 법률조항이 정하는 바와 같이 거주요건을 두는 것은 오히려 정치적 식견과 행정적 경험을 두루 갖춘 경륜 있는 인사의 입후보에 대한 장벽으로 작용하여 지방자치행정의 민주성을 오히려 저해하게 된다. 이와 같은 현상은 아래에서 보는 바와 같은 광역 지방자치단체가 관장하는 업무의 성격에 비추어 보면 더욱 두드러지게 된다.

나아가 광역 지방자치단체가 관장하게 될 사무의 내용에는(지방자치법 제10조 제1항 제1호 참조), 행정처리결과가 2개 이상의 시·군 및 자치구에 미치는 광역적 사무(가목), 시·도 단위로 동일한 기준에 따라 처리되어야 할 성질의 사무(나목), 지역적 특성을 살리면서 시·도 단위로 통일성을 유지할 필요가 있는 사무(다목), 국가와 시·군 및 자치구 간의 연락·조정 등의 사무(라목), 시·군 및 자치구가 독자적으로 처리하기에 부적당한 사무(마목), 2개 이상의 시·군 및 자치구가 공동으로 설치하는 것이 적당하다고 인정되는 규모의 시설의 설치 및 관리에 관한 사무(바목) 등이 포함되어 있다. 즉, 광역 지방자치단체가 관장하는 사무는 그 지방주민의 복지에 관한 사무·재산관리의 구체적인 집행 그 자체 보다는 광역적 사무의 수행, 국가 및 각 기초 지방자치단체 사이의 연락·조정 등과 같은, 지방자치행정에 대한 거시적인 기획 및 조정에 그 중점이 놓여 있다고 보인다. 또한 중앙정치 또는 중앙정부에 대한 지방자치행정의 독자성이 보다 강하게 요구되는 기초 지방자치단체 장의 경우와는 달리, 광역 지방자치단체의 장은 중앙정치 또는 중앙정부에 대한 독자성보다는 대외적 활동에 더 많은 정치적 식견과 행정적 경험이 보다 중요한 의미를 가질 수 있다. 그러므로 광역 지방자치단체의 구역 중 특정 지역과 밀접한 관계에 있는 지역적 인사가 광역 지방자치단체의 장을 담당하게 된다면, 오히려 사무처리의

공정성, 국가 및 지방단체 사이의 조정능력에 대하여 회의가 제기될 수 있고, 이는 결국 지방자치행정의 능률성에 반하는 결과를 가져오게 된다.

따라서 이 사건 법률조항이 광역 지방자치단체 장의 피선거권에도 자연적 관계 등이 반드시 반영될 것을 목적으로 하고 있다면, 이는 우리 헌법이 추구하는 지방자치제도의 준치 목적, 즉 지방자치행정의 민주성 및 능률성에 반하는 것으로서, 과연 그 입법목적의 설정이 정당하다는 평가를 받을 수 있을지에 대하여 강한 의문이 든다.

(2) 수단의 적합성

이 사건 법률조항은 위와 같은 입법목적의 실현을 위하여 선거일 현재 계속하여 60일 이상 당해 지방자치단체의 관할구역 안에 주민등록이 되어 있을 것을 요구하고 있다. 그러나, 이와 같은 자격요건의 설정이 위 입법목적의 실현에 기여할 수 있는지는 현대 정보화 사회의 특성과 정책수단의 실효성이라는 관점에서 신중히 검토될 필요가 있다.

우선 현대의 정보화사회에서는 정보통신기술과 전자기술의 급속한 발전에 의해 시간과 거리의 제한을 극복하는 것이 가능하게 되어 정보의 이용이 보편화되고 엄청나게 많은 양의 정보가 수집되어 신속하게 처리되고 전달·공급되게 되었다. 이와 같은 현상은 대중매체의 발달로 인하여 전국 어디에서든 각 지역의 기본적인 정보를 공유하게 되었을 뿐만 아니라, 특히 우리 사회의 정보화 추세, 즉, 전자정보매체의 광범위한 보급으로 인하여 굳이 당해 지방자치단체의 관할구역에 거주하지 않더라도 컴퓨터 등의 정보통신에 힘입어 그 지역에 관한 정보를 구하거나 지역사정을 아는 것이 충분히 가능하게 되었다는 것을 의미한다.

또한 전라남도를 비롯한 일부 광역 지방자치단체의 도청 소재지가 그 도의 관할 구역 내에 있지 않고 도에서 독립된 직할시 관할구역 내에 아직까지 남아 있는 것도 정보통신 및 교통의 발달로 공간적 중요성이 그다지 크지 않게 되었다는 점에 대한 한 징표라고 할 수 있다. 지방자치단체의 장이 입후보함에 있어서는 관할 구역 내에 주민등록이 되어 있어야 하지만 일단 당선이 된 뒤에는 그 관할 구역에서 벗어난 도청 소재지에서 근무하여야 한다는 것은 우리의 지방자치제도 자체가 지방행정의 담당자는 관할구역 내에 거주하여야 한다는 입법목적의 달성하기에는 부적절하게 형성되어 있음을 보여주는 것이다.

따라서 특정 지역에 주민등록을 두는 것은 주관적인 애향심의 한 징표라고 말할 수 있을 지언정, 지역 사정을 잘 파악할 수 있도록 하여 지방자치행정의 능률성에 기여한다고 단언하기는 어렵다고 하겠다. 특히, 보다 거시적인 안목과 조정능력이 요구되는 광역 지방자치단체 장의 자격을 논함에 있어서는 이 사건 법률조항이 부적절한 규율내용을 담고 있음을 명확히 보여준다.

그리고 가사 지방자치는 그 주민 중에서 대표를 뽑아 스스로 지역의 공통사무를 처리하

도록 하는 이른바 주민자치이기 때문에 지방자치단체의 장에 입후보하려면 해당 지방자치단체의 관할구역 내에서 일정기간 이상 거주하는 것이 필요하다는 입장에 선다고 하더라도, 형식적으로 주민등록이 되어 있는 것과 실제 생활의 중심이 된다는 의미에서의 거주와는 필연적인 관련이 없으므로, 이 사건 법률조항이 설정한 주민등록이라는 요건은 입법목적의 달성에 적절한 수단이라고 보기 어렵다. 즉, 주민등록법 제6조 제1항은 30일 이상 거주할 목적으로 그 관할구역 안에 주소 또는 거소를 가진 자를 주민등록의 대상자로 삼고 있어 생활의 중심지가 아닌 거소를 주민등록지로 할 수 있는 길이 열려 있으므로, 주민등록이 항상 실제 생활의 중심지를 반영하고 있는 것은 아니다. 따라서 다른 지역에 생활의 중심지인 주소를 두면서 입후보 예정인 지역에 부차적으로 거소를 두고 형식적으로 주민등록만을 하는 것이 주민등록법상 금지되어 있다고 보기 어렵고, 이와 같은 경우에는 후보자에게 당해 지방자치단체의 관할구역 안에 주민등록이 되어 있을 것을 요구하는 것이 주민과의 연대감 내지 일체감을 형성하거나 지역사정을 파악함에 있어서 별다른 실익이 없는 상징적 의미만을 갖고 있다.

물론 기초 지방자치단체 장의 경우에는 지역주민과의 연대감 등이 중요한 의미를 가질 수 있고 지방자치제도가 중앙정치권의 영향력에서 자유로운 독자성을 유지하도록 하는 것도 필요하다고 할 수 있으므로, 주민등록의 등재를 요구하는 것이 입법적 재량의 범위 내에 속하는 것으로서 어느 정도 용인될 수도 있겠지만, 광역 지방자치단체 장의 경우에는 그 소관 사무의 특성 등을 고려할 때 주민등록의 등재를 요구하는 것은 입법목적 달성을 위하여 별다른 실효성이 없이 국민의 공무담임권을 제약하고 있다고 볼 수밖에 없다. 따라서 광역 지방자치단체 장 선거의 경우 사건 법률조항이 일정 기간 주민등록의 등재를 요구하는 것은 입법목적 달성을 위하여 적절한 수단의 선택이라고 보기 어렵다.

(3) 피해의 최소화

앞서 본 바와 같이 지방자치단체 장 선거의 입후보자에게 일정기간 동안 주민등록이 되어 있을 것을 요구하는 것이 주민등록제도의 실상에 비추어 입법목적의 달성에 별다른 실익이 없는 반면, 같은 이유에서 형식적으로 주민등록을 하는 것이 그다지 어려운 일이 아니어서 공무담임권에 대한 침해가 그다지 심각하지 않다는 주장이 있을 수 있다. 즉, 특정 지방자치단체 장의 선거에 입후보하려는 자는 이 사건 법률조항이 요구하는 바에 맞추어 용이하게 주민등록을 할 수 있는 길이 열려 있고, 그 정도의 불편과 수고 정도는 당해 지방자치단체의 장이라는 임무를 수행하기 위하여 수인하여야 할 범위에 속한다고 볼 수 있으며, 주민등록이 되어 있어야 할 기간의 설정 또한 입법적 형성의 자유의 범위 내에 속한다는 것이다. 이와 같은 점을 고려하면 이 사건 법률조항은 기본권 침해의 중대성이라는 시각에서는 크게 문제되지 않을 수 있음은 사실이다.

그러나 이 사건 법률조항으로 인하여 원천적으로 지방자치단체 장 선거에 입후보할 기회

자체가 상실되는 경우가 있다면 문제를 달리 보아야 한다.

다수의견도 지적하는 바와 같이 이 사건 법률조항에 의하면, 지방자치단체 장의 보궐선거 실시사유가 보궐선거일인 4월중 마지막 토요일로부터 60일 이내이면서 3월 31일까지 사이에 확정되거나, 10월중 마지막 토요일로부터 60일 이내이면서 9월 30일까지 사이에 확정된 때에는 당해 지방자치단체의 관할구역 내에 주민등록이 되어 있지 않은 사람은 이 사건 법률조항이 요구하는 선거일 현재 계속하여 60일 이상 주민등록이 되어 있어야 한다는 요건을 충족하는 것이 불가능하다. 이 사건 청구인의 경우에도 전라남도지사의 보궐선거실시사유 확정일인 2004. 4. 30.부터 보궐선거일인 2004. 6. 5.까지 사이의 기간이 채 60일이 되지 아니하므로, 보궐선거실시사유가 확정된 후 곧바로 주민등록을 이전하더라도 이 사건 법률조항이 요구하는 60일 이상 주민등록요건을 충족할 수 없어 입후보가 불가능하게 된다. 따라서 입법자로서는 일반적으로는 60일이라는 주민등록기간을 설정하더라도 보궐선거의 경우에는 일정한 예외를 인정함으로써 위와 같이 입후보가 원천적으로 불가능하게 되는 경우를 방지할 수 있는 조치를 고려하였어야 한다. 이 사건 법률조항이 공무로 외국에 파견되어 선거일 전 60일 후에 귀국한 자에 대하여는 선거인명부 작성 기준일부터 계속하여 선거일까지 주민등록이 되어 있으면 족하다는 특례를 인정한 것은 그 좋은 예라고 할 수 있다. 물론 기초 지방자치단체의 장과 같이 지역민과의 유대 및 지역현황의 파악이 그 임무수행에 중요한 역할을 할 수 있고 중앙정치권에 대한 독자성 유지가 중요한 의미를 갖는 경우에는 형식적인 주민등록뿐만 아니라 그 지역에 실제 거주할 것이 요청된다고도 볼 수 있으므로, 이보다 경감된 요건인 주민등록을 흠결한 경우에 입후보를 막는 것이 피해의 최소성에 위배된다고 보기 어렵지만, 광역 지방자치단체의 장의 경우에는 실제 거주 자체가 별다른 의미를 갖고 있다고 보기 어려우므로 주민등록기간을 충족시키지 못하여 선거에 입후보할 수 없다는 것은 침해의 최소성 원칙에 반한다.

이와 같이 보궐선거 등의 경우에 거주요건을 갖추지 못하여 입후보할 수 없게 되는 국민의 기본권 침해에 관하여 다수의견은, 일반 단체장선거에서 입후보가 가능하므로 그로 인한 공무담임권의 제한은 그다지 크지 않다고 보고 있으나, 다음 선거에서 입후보가 가능하다는 이유로 이번 선거에서의 공무담임권 침해가 정당화될 수 있다는 논리전개는 선뜻 납득하기 어렵다. 당해 선거에 있어서는 입후보희망자가 자신의 귀책사유 없이 지방자치단체 장 선거에 입후보가 전적으로 좌절되는 것이어서 기본권 침해의 정도가 크지 않다고 할 수 없다. 더구나 이 사건 법률조항에 의하여 앞으로도 같은 공무담임권의 침해가 반복될 것이 예상됨에도 불구하고 그 침해 정도가 크지 않아 합헌이라고 보는 다수의견에는 동의할 수 없다.

(4) 법익의 균형성

앞서 본 바와 같이 이 사건 법률조항으로 인하여 실현하고자 하는 공익이 무엇인가 하는

점 자체가 논란의 대상이 될 수 있지만, 그 입법취지가 공익실현에 있다는 점을 인정한다고 하더라도, 그 실상은 지역주민 정서에의 부응, 애향심 및 그 지역주민과의 일체감과 같은 매우 주관적인 성격을 지닌 가치가 거론되고 있다. 따라서 이 사건 법률조항에 의하여 실현하고자 하는 공익이라는 것은 그 중요성이 크다고 하기 어렵고, 특히 광역 지방자치단체 장 선거의 경우에는 공익성 자체가 크게 퇴색된다고 할 수 있다.

반면, 이로 인하여 국민이 받게 되는 기본권 제한의 정도는 예정된 통상의 선거일에 맞추어 주민등록을 하면 요건을 충족하게 되는 경우와 같이 공무담임권 침해의 정도가 그다지 심하지 않은 경우로부터 앞서 보궐선거의 경우에서 보는 바와 같이 아무런 귀책사유 없이 입후보 자체가 불가능해 짐으로서 공무담임권 침해의 정도가 심각한 경우와 같이 다양한 형태로 나타날 수 있다. 그 중 전자의 경우에는 어느 정도 기본권 침해와 공익의 실현이 균형을 이루고 있어 입법적 형성 자유의 범위 내에 속한다고 할 수 있겠지만, 후자의 경우에는 실현하고자 하는 공익과 이로 인하여 침해되는 기본권 사이의 불균형이 심각하여 입법자의 입법형성에 그대로 내맡겨 둘 수 없는 위헌성을 지니게 된다고 봄이 상당하다.

따라서 보궐선거의 경우와 같이 입후보희망자가 자신의 귀책사유 없이 이 사건 법률조항에 의한 주민등록기간을 충족시키지 못하여 지방자치단체 장 선거에 입후보 할 수 없게 되는 경우에는, 이 사건 법률조항에 의하여 달성하고자 하는 공익이 제한되는 사익보다 크다고 할 수 없으므로, 이 사건 법률조항은 법익의 균형성을 갖추지 못하였다.

(5) 소결론

그렇다면 이 사건 법률조항이 광역 지방자치단체의 장 선거에 입후보하려는 자에게 보궐선거의 경우에도 60일간의 주민등록 기간을 요구하여 입후보 자체를 불가능하게 하는 것은 우리 헌법이 기본권을 제한하는 입법에 요구하고 있는 과잉금지원칙에 위배하여 청구인의 공무담임권을 침해하고 있다.

다. 평등권 침해 여부

이 사건 법률조항은 지방자치단체 장의 피선거권 자격요건으로 60일 이상 당해 지방자치단체의 관할구역 안에 주민등록이 되어 있을 것을 요구하면서, 그에 대한 예외규정으로 공무로 외국에 파견되어 선거일 전 60일 후에 귀국한 자는 선거인명부작성기준일부터 계속하여 선거일까지 주민등록이 되어 있으면 족하다고 규정하고 있다.

다수의견은 개인의 주관적인 사정이 아니라 국가의 공적 사무를 수행함으로써 인하여 지방자치단체 장의 피선거권이 완전히 박탈되도록 하는 것은 오히려 공무수행자에 대한 부당

한 차별에 해당하므로, 위와 같은 특례를 인정한 것은 이들이 공무수행으로 인하여 불이익을 입지 않도록 하면서 이 사건 법률조항의 입법목적을 달성하기 위한 최소한의 거주요건을 규정한 것이라 할 수 있으므로 합리적 근거 있는 차별이라고 한다.

그러나 외국 파견의 기초가 된 공무의 수행이 법률에 의하여 의무 지워진 것이어서 그 공무를 담당하는 국민이 이 사건 법률조항이 정한 주민등록 요건을 충족시키기 위하여 그 공무를 포기하고 귀국할 수 없는 경우를 제외한다면, 공무의 수행과 지방자치단체의 장 선거에의 입후보 사이에는 사적 업무 수행의 경우와 구별되는 특별한 관계를 찾아보기 어렵다. 따라서 공무의 능률적인 수행이 보다 공공복리에 기여할 수 있음을 근거로 그 수행과정에 대하여 우월적 지위를 부여하는 경우와는 구별할 필요가 있다. 지방자치단체 장 선거에의 입후보를 희망하는 자의 직업 이상의 의미를 찾아보기 어려운, 위와 같은 공무상 외국 파견의 경우에 공무의 수행이 일반적으로 사적 업무의 수행보다 더 중요하다고 말할 수 없음에도 불구하고 이를 여하한 명목으로든 우대한다면 이는 국가우월주의적 사고의 반영이라는 비난을 면하기 어려울 것이다. 그럼에도 불구하고 양자를 차별하여 규정하고 있는 이 사건 법률조항은 공무를 수행하기 위하여 외국에 파견된 자와 사적 업무의 수행을 위하여 외국에 파견된 자를 합리적인 근거 없이 차별하고 있는 것이다.

따라서 입법자로서는 법률에 의하여 해외 체류가 강제되는 경우에 한정하여 특례를 인정하든지, 해외 체류 기타의 사유로 입후보희망자의 귀책사유 없이 이 사건 법률조항이 요구하는 주민등록 기간의 충족이 불가능한 모든 경우에 특례를 인정함으로써 공무 수행과 사적 업무의 수행 사이에 존재하는 불평등한 취급을 제거하는 입법적 조치를 하였어야 함에도 양자를 합리적 근거 없이 차별하고 있는 이 사건 법률조항은 평등권을 침해하였다.

라. 결 론

이상의 이유로 이 사건 법률조항은 청구인의 공무담임권과 평등권을 침해하여 헌법에 위반된다고 판단된다.

다만, 이 사건 법률조항 중 평등권을 침해한 특례 규정 부분(괄호 부분)에 대하여 단순 위헌의 선고를 한다면 평등권을 침해하는 차별적 상황은 제거될 것이지만 청구인의 기본권을 침해하는 상황의 개선에는 아무런 도움이 되지 않고, 오히려 그 특례규정의 효력 상실로 인하여 불합리한 기본권 제한에 대한 예외로서 인정되던 보호조치마저 제거됨으로써 위헌성이 더욱 심화되는 측면이 있다. 그리고 광역 지방자치단체 장의 선거에 입후보하려는 자에게 보궐선거의 경우에도 60일간의 주민등록 기간을 요구하여 입후보 자체를 불가능하게 하는 부분에 관해서도, 이 사건 법률조항의 적용범위를 한정하고 적정한 주민등록기간을 설정함으로써 위헌성을 제거할 수 있음에도 “계속하여 60일 이상(공무로 외국

에 파견되어 선거일 전 60일 후에 귀국한 자는 선거인명부작성기준일부터 계속하여 선거일까지)” 부분에 대하여 단순 위헌을 선고한다면, 선거인에 대하여 선거인명부작성기준일 현재 주민등록이 되어 있을 것을 요구하는 공직선거및선거부정방지법 제15조 제2항과 체계상 모순되어 역시 위헌성이 심화되는 측면이 있다.

따라서 이 사건 법률조항에 대하여는 헌법불합치 결정을 함으로써 이에 내재된 위와 같은 위헌성을 개선입법을 통하여 제거되도록 함이 상당하다고 판단된다.

재판관 윤영철(재판장) 김영일 권성 김효종 김경일 송인준 주선회 전효숙(주심) 이상경

9

금고이상의 형의 선고를 받은 자에 대하여 선거권을 제한하는 공직선거법 제18조제1항제2호의 보통선거의 원칙 등 침해 여부

■ 공직선거법 제18조제1항 제2호 위헌확인, 2009. 10. 29. 2007헌마1462 ■

사 건 2007헌마1462 공직선거법 제18조 제1항 제2호 위헌확인

청 구 인 송○욱

국선대리인 변호사 우양태

주 문

청구인의 심판청구를 기각한다.

이 유

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 1979. 4. 12.생으로서 2006. 4. 3.경 병무청장으로부터 “2006. 5. 9. 306보충대에 입영하라.”는 현역입영통지서를 수령하였으나, 평화주의 신념에 따라 집총을 할 수 없다는 ‘양심적 병역거부’를 이유로 소집기일로부터 3일이 경과하도록 입영하지 아니함으로써 병역법 제88조 제1항 제1호 위반으로 기소되어, 2006. 11. 23. 서울서부지방법원으로부터 징역 1년 6월을 선고받고 같은 날 상소를 포기하여 위 형이 확정되었다.

(2) 청구인은 위 형을 복역하던 중 2007. 12. 19. 실시된 제17대 대통령선거에서 투표하고자 하였으나 공직선거법 제18조 제1항 제2호에 의해 투표를 할 수 없자, 2007. 12. 27. 위 법률조항에 대하여 헌법 제10조의 행복추구권, 헌법 제11조의 평등권, 헌법 제24조의 선거권 침해를 이유로 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판대상

이 사건 심판대상은 공직선거법 제18조 제1항 중 제2호 전단(“선거일 현재 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니……한 자”) 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다.)이 청구인의 기본권을 침해하여 위헌인지 여부이다.

이 사건 법률조항 및 관련 규정의 내용은 아래와 같다.

공직선거법

제18조(선거권이 없는 자) ① 선거일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 선거권이 없다.

1. 금지선고령을 받은 자

2. 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니하거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자

3. 선거법, 정치자금법 제45조(정치자금부정수수죄) 및 제49조(선거비용관련 위반행위에 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 포함한다.) 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 포함한다.)

4. 법원의 판결 또는 다른 법률에 의하여 선거권이 정지 또는 상실된 자

② 제1항 제3호에서 “선거법”이라 함은 제16장 벌칙에 규정된 죄와 국민투표법 위반의 죄를 범한 자를 말한다.

③ 제1항 제3호에 규정된 죄와 다른 죄의 경합범에 대하여는 형법 제38조(경합범과 처벌례)의 규정에 불구하고 이를 분리 심리하여 따로 선고하여야 한다.

형법

제43조(형의 선고와 자격상실, 자격정지) ① 사형, 무기징역 또는 무기금고의 판결을 받은 자는 다음에 기재한 자격을 상실한다.

1. 공무원이 되는 자격
2. 공법상의 선거권과 피선거권
3. 법률로 요건을 정한 공법상의 업무에 관한 자격
4. 법인의 이사, 감사 또는 지배인 기타 법인의 업무에 관한 감사역이나 재산관리인이 되는 자격

② 유기징역 또는 유기금고의 판결을 받은 자는 그 형의 집행이 종료하거나 면제될 때까지 전항 제1호 내지 제3호에 기재된 자격이 정지된다.

제44조(자격정지) ① 전조에 기재한 자격의 전부 또는 일부에 대한 정지는 1년 이상 15년 이하로 한다.

② 유기징역 또는 유기금고에 자격정지를 병과한 때에는 징역 또는 금고의 집행을 종료하거나 면제된 날로부터 정지기간을 기산한다.

2. 청구인의 주장 및 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장 요지

선거권은 국민주권과 민주주의의 실현수단인 중요한 기본권으로서 보통선거의 원칙에 따라 선거권자의 능력, 재산, 사회적 지위 등의 실질적인 요소를 배제하고 성년자이면 누구에게나 당연히 보장되어야 하므로, 이를 제한하는 법률의 합헌성을 심사하는 경우에는 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 따라 엄격히 하여야 한다.

‘금고 이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니한 자’{이하 ‘수형자(受刑者)’라 한다}에게 자유형에 의한 제재 외에 선거권제한을 제재 수단으로 삼는 것은 이중적 제재로서 정당하지 못하다. 또한 이 사건 법률조항은 선거의 공정성을 도모하기 위한 것으로서도 적합하지 아니하다. 즉, 수형자들이 선거관련 정보를 충분히 접할 수 없거나 교도소·구치소 등(이하 ‘교정시설’이라 한다)의 관리자에 의하여 선거의사가 왜곡될 수 있는 우려는 국가가 선거의 공정을 위하여 수형자에게 선거관련 정보를 충분히 제공하고, 교정시설 관련자의 선거개입을 방지하기 위해 노력하여야 할 사항일 뿐 수형자의 선거권을 제한할 사유로 삼을 수 없다. 또한 수형자의 반사회적 성향이라는 실체가 분명하지도 아니한 것을 이유로 선거권을 제한하는 것도 정당하지 못하다. 따라서 이 사건 법률조항은 입법목적의 정당성이 없거나, 수형자에 대한 선거권 제한이 ‘범죄자에 대한 제재나 선거의 공정성’ 추구라는 목적 실현을 위한 적합한 수단이라고 할 수 없다.

이 사건 법률조항은 위 입법목적은 수궁한다 하더라도 금고 이상의 형의 선고와 관련하여 구체적인 죄질이나 형기의 장·단, 선거와의 관련성을 전혀 고려하지 않고 모든 수형자에게 일률적으로 선거권을 제한하고 가석방된 자의 선거권까지 제한하고 있으므로 기본권침해의 최소성에 위반되며, 이와 같이 선거권을 과도하게 제한하여 법익의 균형성에도 위반된다.

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙, 보통선거의 원칙에 위반하여 수형자들의 선거권과 평등권을 침해한다 할 것이다.

나. 법무부장관의 의견 요지

(1) 청구기간 도과

이 사건 법률조항에 의한 선거권 등 기본권의 침해가 있었다면 이는 청구인에 대한 징역형의 확정과 동시에 발생하였다 할 것이므로 이 사건 법률조항으로 인한 기본권 침해사유의 발생은 이 사건 징역형이 확정된 날인 2006. 11. 23.인데, 이 사건 심판청구는 그때로부터 1년이 경과한 2007. 12. 27. 이루어졌으므로 청구기간이 이미 도과하여 부적법하다.

(2) 과잉금지원칙 위반 여부

이 사건 법률조항은 공동체 구성원으로서 반드시 지켜야 할 기본적 의무를 저버린 자에게 공동체 운용과 조직의 구성에 직·간접적으로 참여토록 하는 것을 제한하는 한편, 반사회적 행위를 한 자에 대한 사회적 제재의 의미를 갖고, 일정한 시설에 격리·수용된 수형자에게 선거권의 공정한 행사를 위해 필요한 선거관련 정보의 충분한 제공이 현실적으로 어려운 점, 교정시설 관리자가 특정 후보자에 대한 지지를 강요하거나 선거관련 정보를 통제하는 등에 의하여 수형자의 선거관련 의사형성이 왜곡될 우려가 있는 점, 반사회적 성향을 갖는 수형자의 정치적 의사 자체가 왜곡될 것일 수 있는데 근소한 표 차로 선거의 당락이 결정되는 경우 수형자들이 결정권을 행사할 수도 있는 문제점 등을 고려하여 수형자의 선거권을 제한함으로써 선거의 공정을 도모하기 위한 것으로 목적의 정당성이 있다.

이 사건 법률조항은 어느 정도 중대한 범죄를 범하여 사회로부터 격리되어 형벌의 집행을 받는 기간에 한정하여 선거권을 제한하고, 그 불이익은 금고보다 가벼운 형벌인 자격상실이나 자격정지의 한 효과에 불과하며, 법원의 결정에 의해 최종적으로 선거권제한이 확정되도록 함으로써 남용의 위험도 최소화한 점 등에 비추어 볼 때, 침해의 최소성 원칙에 반하지 아니한다.

수형자에 대한 선거권 제한은 수형자 자신의 범죄행위로 인한 것이므로 수형자에 대한 선거권제한으로 달성하려는 공익(범죄 예방과 범죄자 처벌, 사회질서를 심각하게 해친 자들로부터 발언권을 박탈함으로써 시민으로서의 책임과 법질서 존중을 강화하여 정치공동체의 유대와 질서를 유지함, 선거의 공정성)이 선거권을 행사하지 못함으로써 입게 되는 수형자 개인의 기본권침해의 불이익보다 월등히 크다고 할 것이어서 그 법익간의 균형성도 갖추었다.

이 사건 법률조항으로 인한 수형자의 선거권 제한은 범죄행위에 대한 책임부과, 형벌집행의 실효성 및 선거의 공정성 확보를 위한 합리적 제한으로 과잉금지의 원칙에 위반되지 아니한다.

3. 판단

가. 재판관 김희옥, 재판관 김종대, 재판관 민형기, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 위헌의견

(1) 적법요건에 대한 판단

(가) 청구기간

헌법재판소법 제69조 제1항에 의하면, 법령에 대한 헌법소원의 청구기간은 그 법령의 시행과 동시에 기본권의 침해를 받게 되는 경우에는 그 법령이 시행된 사실을 안 날로부터 90일 이내에, 법령이 시행된 날로부터 1년 이내에 헌법소원심판을 청구하여야 하고, 법령이 시행된 뒤에 비로소 그 법령에 해당되는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 되는 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 90일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 1년 이내에 헌법소원심판을 청구하여야 한다.

이 사건 법률조항은 ‘금고 이상의 형을 선고받고 선거일 현재 그 집행이 종료되지 아니한 자’에 해당할 때 당해 선거에서의 선거권을 제한하는 규정이므로, 이 사건 법률조항으로 인한 선거권 등 기본권의 침해는 그 시행 후 청구인이 이에 해당되는 사유가 발생하였을 때 비로소 이루어지는 경우라 할 것이고, 구체적인 사유발생일은 선거일이라 할 것이다.

청구인은 2007. 12. 19. 실시된 제17대 대통령선거에서 선거일 현재 이 사건 징역형의 집행이 종료되지 아니하여 이 사건 법률조항으로 인한 선거권제한 사유에 해당하게 되었으므로, 이때 선거권 등 기본권침해 사유가 발생하였고 청구인이 이를 알게 된 것도 그 무렵이라 할 것인데, 그 때로부터 역수상 90일 이내인 2007. 12. 27. 이 사건 헌법소원을 청구하였으므로 청구기간을 준수하였다.

(나) 권리보호이익과 헌법적 해명

헌법소원은 국민의 기본권침해를 구제하는 제도이므로 헌법소원심판청구가 적법하려면 심판청구 당시는 물론 결정 당시에도 권리보호이익이 있어야 함이 원칙이다. 그런데 청구인이 참여하고자 하였던 대통령선거는 이 사건 심판청구 이전인 2007. 12. 19. 이미 종료하였고, 비록 이 사건 심판청구 당시 제18대 국회의원선거가 청구인이 수형중인 2008. 4. 9. 실시 예정이었으나 현재는 위 선거도 이미 종료하였을 뿐만 아니라 청구인이 2008. 5. 22.경 형기만으로 출소하였다. 따라서 이 사건 심판청구가 인용되더라도 청구인의 주관적 권리구제는 불가능하게 되었으므로, 권리보호의 이익이 없다고 볼 수 있다.

그러나 헌법재판은 객관적 헌법질서의 보장 기능도 겸하고 있으므로 심판 계속중 발생한 사정변경으로 인하여 주관적인 권리보호이익이 소멸된 경우라도 그러한 기본권침해 행위가 장차 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 유지·수호를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 때에는 예외적으로 심판청구의 이익을 인정할 수 있다(헌재 1995. 5. 25. 91헌마44, 판례집 7-1, 687, 693-694).

이 사건 법률조항의 위헌 여부에 관하여는 헌법재판소가 2004. 3. 25. 2002헌마411 결정에서 이미 해명한 바 있으나, 후술하는 바와 같이 위 결정 이후 그 판단의 기초가 된 ‘수형자의 교정시설 내에서의 지위에 관한 법적 규율’에 변화가 생겼을 뿐만 아니라 이에 따라 수형자에 대한 선거권 제한의 위헌성에 관한 의문이 지속적으로 제기되고 있다. 따라서 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 대한 판단은 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항으로서 헌법적으로 재차 이를 해명할 필요성이 있다 할 것이므로, 예외적으로 이 사건 심판청구의 이익을 인정함이 상당하다.

(다) 소결론

위에서 살펴본 내용 이외에 다른 적법요건의 흠결도 존재하지 않으므로 이 사건 심판청구는 적법하다.

(2) 본안에 대한 판단

(가) 선거권의 법적 의의와 수형자에 대한 선거권 제한의 한계

1) 우리 헌법재판소는 헌재 2007. 6. 28. 2004헌마644등 결정에서 ‘선거권의 법적 의의와 선거권 제한의 한계’에 관하여 판시하였는바(판례집 19-1, 859, 873-875), 그 요지는 다음과 같고, 이러한 판시 취지는 이 사건에서도 그대로 유지한다.

『헌법 제1조가 천명하고 있는 국민주권의 원리는 국민의 합의로 국가권력을 조직한다는 것이다. 이를 위해서는 주권자인 국민이 정치과정에 참여하는 기회가 되도록 폭넓게 보장될 것이 요구된다. 대의민주주의를 원칙으로 하는 오늘날의 민주정치 아래에서 국민의 참여는 기본적으로 선거를 통하여 이루어진다. 따라서 선거는 주권자인 국민이 그 주권을 행사하는 통로인 것이다.

그러한 국민주권의 원리와 선거를 통한 국민의 참여를 위하여 헌법 제24조는 모든 국민에게 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 보장하고 있고, 헌법 제11조는 정치적 생활영역에서의 평등권을 규정하고 있으며, 또한 헌법 제41조 제1항 및 제67조 제1항은 국회의 원선거와 대통령선거에 있어서 보통·평등·직접·비밀선거의 원칙을 보장하고 있다. 헌법이 선거권과 선거원칙을 이같이 명문으로 보장하고 있는 것은 국민주권주의와 대의민주주의 하에서는 국민의 선거권 행사를 통해서만 국가와 국가권력의 구성과 창설이 비로소 가능해지고 국가와 국가권력의 민주적 정당성이 마련되기 때문이다.

이러한 국민의 선거권 행사는 국민주권의 현실적 행사수단으로서 한편으로는 국민의 의사를 국정에 반영할 수 있는 중요한 통로로서 기능하며, 다른 한편으로는 주기적 선거를 통하여 국가권력을 통제하는 수단으로서의 기능도 수행한다. 선거권 등 국민의 참정권이 국민주권의 원칙을 실현하기 위한 가장 기본적이고 필수적인 권리로서 다른 기본권에 대하여 우월한 지위를 갖는 것으로 평가되는 것도 바로 그러한 이유 때문이다.

헌법 제24조는 모든 국민은 ‘법률이 정하는 바에 의하여’ 선거권을 가진다고 규정함으로써 법률유보의 형식을 취하고 있지만, 이것은 선거권을 실현하고 보장하기 위한 것이지 제한하기 위한 것이 아니므로, 선거권의 내용과 절차를 법률로 규정하는 경우에도 국민주권을 선언하고 있는 헌법 제1조, 평등권에 관한 헌법 제11조, 국회의원선거와 대통령선거에 있어서 보통·평등·직접·비밀선거를 보장하는 헌법 제41조 및 제67조의 취지에 부합하도록 하여야 한다. 그리고 민주주의 국가에서 국민주권과 대의제 민주주의의 실현수단으로서 선거권이 갖는 이 같은 중요성으로 인해 한편으로 입법자는 선거권을 최대한 보장하는 방향으로 입법을 하여야 하며, 또 다른 한편에서 선거권을 제한하는 법률의 합헌성을 심사하는 경우에는 그 심사의 강도도 엄격하여야 하는 것이다.

따라서 선거권을 제한하는 입법은 헌법 제24조에 의해서 곧바로 정당화될 수는 없고, 헌법 제37조 제2항의 규정에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요하고 불가피한 예외적인 경우에만 그 제한이 정당화될 수 있으며, 그 경우에도 선거권의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

더욱이 보통선거의 원칙은 선거권자의 능력, 재산, 사회적 지위 등의 실질적인 요소를 배제하고 성년자이면 누구라도 당연히 선거권을 갖는 것을 요구하므로 보통선거의 원칙에

반하는 선거권 제한의 입법을 하기 위해서는 헌법 제37조 제2항의 규정에 따른 한계가 한층 엄격히 지켜져야 한다.』

2) 한편 형법은 형벌의 일종으로 자격상실·자격정지를 규정하고 있고(제41조 제4호, 제5호, 제43조, 제44조), ‘사형, 무기징역 또는 무기금고의 판결을 받은 자’와 ‘유기징역 또는 유기금고의 판결을 받고 그 형의 집행이 종료하기 이전의 자’, 즉 ‘금고 이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니한 자’에 대한 ‘공법상의 선거권’의 상실 또는 정지가 그 내용의 일부를 구성하고 있다(제43조 제1항 제2호 전단). 이에 헌법재판소는 종전 2004. 3. 25. 2002헌마411 결정에서 이 사건 법률조항에 의한 ‘수형자에 대한 선거권 제한’은 형의 선고로 인한 자격상실·자격정지를 규정한 형법 제43조의 당연한 내용이기도 하고, 입법자가 이미 선거권 제한을 형벌(자격상실 또는 자격정지)의 한 내용으로서 고려하고 있었던 점에 주목하여, 수형자에 대한 선거권 제한을 ‘어떤 범죄를 어떻게 처벌할 것인가’ 하는 문제로 접근한 결과, 이점에 관하여 입법자의 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 것으로 보았다(헌재 2004. 3. 25. 2002헌마411, 판례집 16-1, 468, 478-479 참조).

물론 위 선례의 판시와 같이 ‘어떤 범죄를 어떻게 처벌할 것인가’ 하는 문제는 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황, 국민일반의 가치관 내지 법감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야인 것은 맞다(헌재 1995. 4. 20. 91헌바11, 판례집 7-1, 478, 487).

그러나 앞서 본 바와 같이 민주국가에서 국민주권과 대의제 민주주의를 실현하는 핵심적인 수단으로서 선거권이 갖는 중요성에 비추어 볼 때, 형벌의 내용이 선거권 제한이라고 한다면, 그 자체 및 적용범위의 정당성에 관하여도 보통선거의 원칙에 입각한 선거권 보장과 그 제한의 관점에서 헌법 제37조 제2항의 규정에 따라 엄격한 비례심사를 함이 타당하다.

따라서 이 사건 법률조항으로 인한 수형자의 선거권 제한이 청구인 등 수형자의 기본권을 침해하는지 여부는 엄격한 비례심사를 하여야 하고, 그 결과 이 사건 법률조항이 청구인의 기본권을 과도하게 침해하여 위헌성을 면치 못한다면, 이와 같은 범위 내에서 동일한 내용을 규정한 형법 제43조 중 공법상의 선거권에 관한 자격의 상실 또는 정지를 규정한 부분 역시 위헌성을 면치 못한다고 보아야 한다.

(나) 이 사건 법률조항의 목적의 정당성 및 수단의 적합성

1) 헌법재판소는 종전 2004. 3. 25. 2002헌마411 결정에서 이 사건 법률조항의 ‘목적의 정당성’에 관하여 여러 가지 논거들을 제시하였다. 그러나 위 결정 이후 수형자의 교정시설

내에서의 처우에 관한 법적 규율에 변화가 있었고, 위 결정에서 제시하고 있는 몇 가지 논거들에 수긍할 수 없는 점이 있기 때문에 먼저 이를 재검토한다.

첫째, “구 행형법 하에서 수형자는 타인과의 접견, 서신 왕래, 전화통화, 신문 또는 도서의 구매 및 열람, 라디오 청취 및 텔레비전 시청이 제한된 상황에서 선거와 관련된 정보자료를 충분히 제공받지 못하여 적정한 투표가 가능한지 의문스럽다.”는 논거에 관하여 본다.

국가는 선거에 있어서 국민이 후보자와 그의 정견, 정당의 정책과 공약 등에 관한 정보를 충분히 습득하도록 이를 공정하게 제공하여야 할 책무가 있다. 수형자가 교정시설에 구금되어 있음으로 말미암아 선거에 관한 정보획득에 취약할 수 있다 하더라도 이것은 수형자의 선거권을 제한할 근거가 되어서는 안 되며, 오히려 국가가 수형자에게 합리적인 선거권 행사를 위하여 선거에 관한 정보를 충실하게 제공하여야 할 의무를 진다고 봐야 한다.

한편 종전 현재 2002헌마411 결정 이후 2008. 12. 22. 시행된 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’에 의하면, 수형자는 자비로 신문·잡지 또는 도서의 구독을 신청할 수 있고, 교정시설의 소장은 구독신청 대상 신문 등이 ‘출판문화산업 진흥법’에 따른 유해간행물이 아닌 한 구독을 허가하여야 하며(제47조), 수형자는 라디오 청취와 텔레비전 시청을 할 수 있고, 이에 대한 소장의 제한은 수형자의 교화 등에 해를 끼칠 우려가 있거나 교정시설의 안전과 질서유지를 위하여 필요한 때에 할 수 있도록 규정하고 있다(제48조). 따라서 수형자는 종전 구 행형법 아래에서의 처우에 비하여 선거 관련 정보획득의 주요 매체라 할 수 있는 신문이나 텔레비전 등에서의 접근이 더욱 자유롭게 되어 선거권 행사에 필요한 정보획득의 기회는 충분히 제공되어 있다 할 것이다.

또한 신문 등의 구독이나 라디오 청취 및 텔레비전의 시청을 통한 정보획득의 기회에 있어서 수형자와 미결수용자(형사피의자 또는 형사피고인으로서 체포되거나 구속영장의 집행을 받은 자)의 처우는 동일함에도 불구하고, 미결수용자와는 달리 수형자에 대하여 선거권을 제한하면서 선거에 관련한 충분한 정보를 획득하기 어려움을 이유로 드는 것은 옳지 않다.

그렇다면 수형자의 선거권 제한의 정당한 사유로서 ‘교정시설에 구금된 수형자가 선거 관련 정보를 충분히 제공받지 못하여 선거권을 적정히 행사하지 못할 우려가 있음’을 드는 것은 타당하지 않다.

둘째, “수형자의 선거권 행사는 부재자투표에 의하여야 할 것인데, 교정시설 내에서 부재자투표를 인정하면 교정시설 관리자의 영향력에 의하여 수형자의 정치적 의사형성이 왜곡될 수밖에 없어 선거의 공정성을 해칠 우려가 있다.”는 논거에 관하여 본다.

선거의 공정성을 관리·확보하는 것은 일차적으로 국가의 과제이므로 선거의 공정성에 대한 우려를 이유로 수형자의 선거권을 부정한다는 것은 본말이 전도된 논리이다. 국가는

교정시설 관리자가 수형자의 정치적 의사형성에 부당하게 영향력을 행사하는 것을 막기 위한 사전 예방조치를 취하고, 이를 위반한 교정시설 관리자를 징계하거나 처벌하는 등 선거의 공정성을 확보하기 위한 노력을 하여야 할 것이지, 이러한 노력을 뒤로 한 채 그러한 선거부정행위의 피해자라 할 수 있는 수형자에게 그 책임을 전가하여 수형자의 선거권을 부정할 수는 없는 것이다.

그리고 수형자가 부재자 투표를 할 경우 교정시설 관리자가 외부정보를 통제하거나 특정 정당이나 후보자에게 유리한 정보만을 전달하는 등의 방법으로 수형자의 정치적 의사형성을 왜곡할 수 있다는 것이 오늘날 민주화가 상당히 진척된 우리 사회에서 단순한 우려를 넘어 현실적으로 자행되는지도 명백하지 않다.

따라서 교정시설 관리자의 영향력 등에 의한 선거부정의 가능성을 이유로 수형자에 대한 선거권 제한의 정당성을 거론하는 것도 타당하지 않다.

셋째, “수형자가 부재자투표를 기화로 부재자투표 봉투에 개인적 서신을 넣어 발송함으로써 외부에 있는 공범자 등에게 연락을 취할 수 있어 실효적인 형벌집행에 부정적인 영향을 미칠 수 있다.”는 논거에 관하여 보건대, 이것은 교정시설 내 부재자투표 관리를 철저히 함으로써 예방하여야 할 문제일 뿐만 아니라, 부재자투표의 봉투는 일반 서신의 봉투와 명백히 구별되고 그 수신지는 선거관리사무소일 터이므로 수형자가 부재자투표 봉투를 이용하여 공범자와 연락을 취할 기술적 가능성이 어느 정도인지도 명백하지 아니하다. 위와 같은 막연하고 추상적 위험만으로 수형자의 선거권을 제한할 수 있다는 논거는 쉽게 수긍할 수 없다.

마지막으로, “수형자는 반사회적 성향을 가지고 있는 경우가 허다하고 처벌을 받는 것에 대한 강한 불만을 품고 있어 그의 정치적 의사가 정당하게 형성되지 않을 개연성이 있는데, 지극히 예외적인 경우이기는 하나 근소한 표 차이로 당락이 결정되는 경우에 수형자들이 결정권(casting vote)을 행사할 수도 있는 것은 납득하기 어렵다.”는 논거에 관하여 본다.

보통선거의 원칙은 선거권자의 능력, 재산, 사회적 지위 등의 실질적인 요소를 배제하고 일정 연령에 도달한 국민이면 누구라도 당연히 선거권을 가진다는 원칙으로, 일정 연령에 도달한 국민인 이상 누구든지 선거의 결과에 영향을 미칠 수 있고, 또 영향을 미칠 수 있어야 한다는 것은 보통선거원칙의 이념적 전제인 동시에 필연적 귀결이다. 따라서 선거의 결과에 영향을 미칠 수 있으므로 선거권을 행사할 수 없도록 해야 한다는 주장은 보통선거원칙에 어긋나는 부적절한 주장이라 할 것이다(헌재 2007. 6. 28. 2004헌마644등, 판례집 19-1, 859, 876 참조).

2) 다음, 위 1)항에서 언급된 점을 제외한 이 사건 법률조항의 목적의 정당성 및 수단의

적합성에 관하여 본다.

선거권 행사는 앞서 본 바와 같이 국민주권과 대의제 민주주의를 실현하는 통로로서 국가권력의 조직과 운영에 직·간접적으로 참여하는 중요한 행위라 할 것이다. 국민은 국가 및 사회의 구성원으로서 공동체의 유지와 다른 구성원들의 생명, 신체 등 권익을 존중하기 위하여 특히 국가가 범죄로 규정하여 금지하고 있는 행위를 하지 말아야 할 의무를 부담하고 있다. 그런데 수형자는 범죄를 저지른 대가로 사형, 무기징역, 무기금고, 유기징역 또는 유기금고를 선고 받고 각 형의 집행이 종료되지 아니한 자들로서 국가 및 사회, 그리고 공동체의 다른 구성원에 대하여 현실적으로 작지 아니한 위해를 가하여 사회질서를 파괴하고 공동체의 안전에 해를 끼친 사람들이다.

이 사건 법률조항은 공동체구성원으로서 반드시 지켜야 할 이러한 기본적 의무를 저버린 행위자에게까지 그 공동체의 운용을 주도하는 통치조직의 구성에 직·간접으로 참여토록 하는 것은 바람직하지 않다는 기본적 인식과 이러한 반사회적 행위에 대한 사회적 제재의 의미를 갖고 있다(헌재 2004. 3. 25. 2002헌마411, 판례집 16-1, 468, 479). 더욱이 우리 형법은 공법상의 선거권 등을 제한하는 자격상실 및 자격정지를 형벌의 일종으로 규정하고(제41조), 사형, 무기징역, 무기금고, 유기징역, 유기금고의 판결을 받은 자는 선고받은 형벌 외에 그 부수적 효과로서 선고받은 형벌의 집행이 종료하거나 면제될 때까지 선거권 등의 자격이 상실 또는 정지된다고 규정함으로써, 이 사건 법률조항과 같은 취지를 담고 있다. 따라서 이 사건 법률조항에 의한 선거권의 박탈은 범죄자에 대해 가해지는 형사적 제재의 연장으로서 범죄에 대한 응보적 기능을 갖는다 할 것이다. 이것은 입법자가 중대한 범죄에 대하여 적정한 형벌 또는 제재로서 추구할 수 있는 유효한 목적이 될 수 있다.

나아가 이 사건 법률조항이 수형자에 대하여 그가 선고받은 생명형이나 자유형과는 별도로 선거권을 박탈하는 것은 수형자 자신을 포함하여 일반국민으로 하여금 시민으로서의 책임성을 함양하고 법치주의에 대한 존중의식을 제고하는 데도 기여할 수 있다.

이 사건 법률조항이 담고 있는 이러한 목적은 정당하고, 수형자의 선거권 제한은 이를 달성하기 위한 효과적이고 적절한 방법의 하나라 할 것이므로, 이 사건 법률조항은 입법목적의 정당성과 수단의 적합성원칙을 위반한 것이라 할 수 없다.

(다) 침해의 최소성

1) 선거는 경쟁과 다수결에 의하여 국가기관을 구성하는 제도이다. 선거를 통하여 나타나 는 다수자의 의사는 소수자에게도 구속력을 갖게 되는데, 그 구속력의 정당성은 소수자에 속한 개개인이 다수자에 속한 개개인과 동등하게 선거에 참여할 기회가 보장되었다는 것, 즉 보통선거의 원칙이 지켜졌다는 데에 있다. 그러므로 보통선거의 원칙은 다수결의 한계 원리로서 기능하는 동시에 다수결원리에 정당성을 부여하는 기능을 하는 것이다. 우리 헌

법이 제41조와 제67조를 통하여 국회의원선거와 대통령선거에서 특별히 보통선거의 원칙을 천명하고 있는 것도 바로 그런 이유 때문이다. 따라서 보통선거원칙 및 그 원칙에 기초한 선거권을 법률로써 제한하는 것은 필요 최소한의 정도에 그쳐야만 한다.

한편 수형자가 범죄의 대가로 선고받은 사형, 무기징역, 무기금고, 유기징역 또는 유기금고 등의 형벌은 그 본질이 ‘생명의 박탈’ 또는 ‘교정시설에의 수용’이고, 수형자가 그 밖에 일반 시민으로서 향유하는 자유와 권리 중 어떤 부분이 제한될 수 있는가는 위 각 형벌의 내용으로부터 바로 도출되는 것은 아니다. 따라서 수형자는 원칙적으로 선고받은 형벌에 따라 제한되는 기본권 외의 다른 기본권을 여전히 향유할 지위를 갖는다. 선거권 제한은 수형자가 선고받은 생명형이나 자유형의 본질에서 당연히 도출되는 것이 아니므로, 수형자의 선거권 제한 역시 보통선거의 원칙에 기초하여 필요 최소한의 정도에 그쳐야 한다.

2) 그런데 이 사건 법률조항은 금고 이상의 형을 선고받고 그 집행이 종료되지 아니한 자에 대하여 전면적·확일적으로 선거권을 제한하고 있다. 이 사건 법률조항은 선거권의 제한 대상에 사형확정자, 무기징역·무기금고·1개월부터 25년까지 다양한 형기의 유기징역 또는 유기금고를 선고받고 그 집행을 위하여 교정시설에 구금된 자를 포괄하고 있을 뿐만 아니라, 특히 가석방 요건을 충족하여 가석방된 자까지 포함하고 있다. 따라서 이 사건 법률조항의 적용대상은 상대적으로 경미한 범죄를 저지른 자에서부터 매우 심각한 중범죄를 저지른 자에 이르기까지 아주 다양하고, 과실범과 고의범 등의 범죄의 종류를 불문하며, 범죄가 침해한 법익이 국가적 법익인지, 사회적 법익인지, 개인적 법익인지 그 내용 또한 불문하고 있다.

3) 그러나 과실범으로서 금고형을 선고받은 자는 비록 자신의 과실로 인한 법익침해의 결과가 중하여 구금되는 상황에 이르렀다 하더라도 행위불법의 측면에서는 고의범에 비하여 현저히 그 불법성의 정도가 경미하다. 예컨대, 과실로 교통사고를 일으켜 교통사고처리특례법 위반죄로 금고형을 복역중인 자 등 과실범은 범죄를 인식하거나 의도하지 아니한 자이므로 국가 공동체의 법질서를 해친다는 인식이나 의도가 없는 자이다. 따라서 이러한 과실범에게까지 국민주권의 실현 수단인 선거권을 제한하는 것은 쉽사리 수긍하기 어렵다.

가석방자는 징역 또는 금고의 집행중 있는 자가 그 행상(行狀)이 양호하여 개전의 정이 현저한 때 무기에 있어서는 10년, 유기에 있어서는 형기의 3분의 1을 경과한 후 가석방심사위원회로부터 나이, 범죄의 동기, 죄명, 형기, 교정성적, 가석방 후의 생활환경이나 재범의 위험성 등 제반사정에 관한 충분한 심사를 받고 형기 만료에 앞서 사회에 복귀한 자이다. 따라서 비록 가석방자가 선거일 현재 형의 집행이 종료되지 않았다 하더라도, 가석방자는 앞서 본 여러 정상이 고려되어 주된 형벌인 ‘교정시설에의 수용’을 면한 자이므로, 주된 형벌에 부수적으로 따른 선거권 제한의 제재를 그대로 유지하는 것은 타당하지 않

다 할 것이다.

나아가 이 사건 법률조항이 민주주의 등 헌법질서를 부정하는 반국가적 성격의 범죄와 무관한 경미한 범죄로 단기 자유형을 받은 자에게까지 폭넓게 선거권을 제한하는 것은 세계관의 다원주의를 전제로 다양한 사상이나 전력을 갖는 사람들이 자유롭게 선거에 참여하여 공동체의 질서를 형성하고자 하는 자유민주주의 국가의 선거제도에 부합하지 아니한 측면이 있다.

이러한 사정을 종합해 볼 때, 입법자는 선거권의 중요성을 고려하여 그 제한을 엄격히 하여야 함에도, 범죄자의 선거권을 제한함에 있어 ‘개개 범죄의 종류나 내용, 불법성의 정도 등이 선거권 제한과 어떤 직접적인 연관성을 갖는지’에 관하여 세심히 살피지 아니한 채 이 사건 법률조항으로써 단지 ‘금고 이상의 형을 선고받은 자로서 그 형의 집행을 마치지 아니한 자’라는 기준을 설정하여 쉽사리 그리고 일률적으로 수형자의 선거권을 제한하였다고 볼 수 있다.

그렇다면 이 사건 법률조항은 기본권 침해의 최소성의 원칙에 위반하였다 할 것이다.

(라) 법익의 균형성

선거권은 그 기본권 주체가 정치적 의사를 실현할 수 있는 수단으로서 국민 개개인의 권리라 할 것이다. 나아가 보통선거의 원칙에 따른 선거권의 최대한의 보장은 우리 헌법의 기본질서인 ‘국민주권에 바탕을 둔 대의제 민주주의’를 실현하기 위한 핵심적 요소로서 선거를 통하여 구성된 국가권력의 민주적 정당성을 최대한 확보하고자 하는 공익적 가치를 갖고 있다. 따라서 선거권의 자의적인 제한은 기본권 주체의 사익뿐만 아니라 위 공익을 함께 침해하는 것이다.

그런데 이 사건 법률조항으로 인한 수형자의 선거권 제한은 앞서 본 바와 같이 지나치게 광범위할 뿐만 아니라 범죄의 성격과 선거권 제한과의 직접적 연관성도 찾기 어려운 부분도 포함하고 있으므로, 이로써 달성하고자 하는 ‘중대한 범죄자에 대한 제재나 일반 시민들의 법치주의에 대한 존중의식 제고’ 등의 공익보다 이로 인하여 침해되는 ‘수형자 개인의 사익 또는 민주적 선거제도의 공익적 가치’가 더 크다 할 것이다.

따라서 이 사건 법률조항은 기본권 제한에 있어 서로 대립하는 법익간의 균형성을 상실하였다 할 것이다.

(마) 소결론

이 사건 법률조항은 헌법 제37조 제2항에 위반하여 수형자의 선거권을 침해하고 헌법 제41조 제1항 및 제67조 제1항이 규정한 보통선거원칙에도 위반되어 수형자의 평등권을 침해한다 할 것이다.

(3) 결론

그렇다면 청구인의 이 사건 심판청구는 이유 있으므로 이를 인용하여 이 사건 법률조항이 헌법에 위반된다고 선언하여야 한다.

나. 재판관 이공현, 재판관 조대현, 재판관 이동흡의 기각의견

(1) 수형자에 대한 선거권 제한의 의미와 입법례

(가) 국민주권주의와 대의민주주의 하에서는 국민의 선거권 행사를 통해서 국가와 국가권력의 구성과 창설이 비로소 가능해지고 국가와 국가권력의 민주적 정당성이 마련되기 때문에 그 실현수단으로서의 선거권은 중요한 의미를 가지고 있다고 할 것이다.

그러나 선거권은 헌법 이전에 존재하는 생래적·천부적인 ‘자연권’이 아니라 특정 공동체 내의 헌법에 의하여 창설되거나 인정된 ‘실정권’으로서, 어떠한 경우에도 제한이 불가능한 절대적인 권리라고는 할 수 없다.

따라서 선거권 역시 다른 기본권과 마찬가지로 헌법 제37조 제2항의 규정에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 그 본질적인 내용을 침해하지 아니하는 범위 내에서 법률로써 제한할 수 있다고 할 것이고, 역사적으로도 일정한 연령에 이르지 못한 자 및 사회질서를 파괴하고 공동체의 질서에 해를 끼친 중한 범죄자 등에 대하여 선거권의 제한이 있어 왔다.

이 사건 법률조항은 공동체 구성원으로서 반드시 지켜야 할 기본적 의무를 저버린 중한 범죄자에게 공동체 조직과 운영에 직·간접적으로 참여토록 하는 것을 제한하는 한편, 반사회적 행위를 한 자에 대한 사회적 제재의 의미를 갖고 있다. 범죄자에 대한 선거권 제한은 고대 그리스와 로마시대의 소위 ‘시민으로서의 지위 박탈(civil death)’의 일종으로서 그 역사적 뿌리가 깊고, 지금은 아래에서 보는 바와 같이 각 나라에서 자국의 전통과 실정에 맞게 변모되어 일정한 범위 내에서 제한적으로 운용되고 있다.

(나) 외국의 입법례

미국의 경우 2006년 기준으로 48개 주와 콜롬비아특구에서는 중죄(felony)를 저지른 범죄자가 교도소 등에 구금되어 있는 동안 선거권을 박탈하도록 규정하고 있다. 그 중 13개 주는 구금기간 중에만 선거권을 박탈하고, 5개 주는 구금기간과 가석방 기간 선거권을 박탈하며, 18개 주는 구금기간, 가석방 기간은 물론 집행유예 기간도 포함하여 선거권을 박탈하고, 13개 주에서는 형의 집행이 종료된 이후, 예컨대 보호관찰 중인 경우에도 선거권을 박탈하고 있는데, 특히 그 중 6개 주에서는 중범죄자의 선거권을 영구히 박탈하고 있

기도 하다. 미국 연방대법원은 제14차 수정헌법 제2항을 근거로 각 주에서 수형자의 선거권을 박탈하는 것은 인종차별의 의도가 없다면 정당하다는 취지로 판시한 바 있다.

일본은 이 사건 법률조항과 마찬가지로 ‘금고 이상의 형을 선고받고 그 집행이 종료되지 아니한 자’의 선거권을 제한하고 있고(공직선거법 제11조), 프랑스는 범죄행위의 은닉죄 및 범죄에 의하여 유죄판결을 받은 자는 판결 확정시로부터 5년간 선거인명부에 등재될 수 없다고 규정하여 이들의 선거권을 제한하고 있으며, 독일은 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 법원이 수형자에게 일정기간 선거권 제한을 할 수 있도록 함으로써 일부 수형자에 대하여 선거권을 제한하고 있다.

이 밖에도 대의민주주의가 발달한 다수의 선진 각국 역시 그 요건과 범위, 방법에서는 서로 차이가 있지만, 중한 범죄자에 대하여 여러 형태로 선거권을 제한하고 있는바, 결국, 중한 범죄자에 대한 선거권의 제한 여부 및 그 범위와 방법 등은 각국의 역사적 경험, 형사법체계, 국민의 범죄에 대한 법감정 등 구체적 실정에 따라 결정될 성질의 것이라고 볼 수 있다.

(2) 수형자에 대한 선거권 제한의 법적 성격

우리 형법은 자격상실 또는 자격정지를 형벌의 일종으로 규정하고(형법 제41조), 상실 또는 정지되는 자격으로 공무원이 되는 자격, 공법상의 선거권과 피선거권 등을 규정하고 있다(형법 제43조). 어떤 범죄의 법정형에 자격정지(1년 이상 15년 이하)가 포함된 경우 법원은 그 기간을 특정하여 자격정지를 선고할 수 있으나(형법 제44조 제1항), 법원이 자격정지를 따로 선고하지 않더라도, 사형, 무기징역 또는 무기금고를 선고한 경우에는 해당 피고인은 바로 위 자격이 상실되고(형법 제43조 제1항), 유기징역 또는 유기금고를 선고한 경우에는 해당 피고인은 그 형의 집행이 종료하거나 면제될 때까지 위 자격의 일부가 정지된다(형법 제43조 제2항). 따라서 금고 이상의 형을 선고받은 자로서 그 집행이 종료되거나 면제되지 아니한 자에 대한 공법상의 선거권 등에 관한 자격상실이나 자격정지는 그 자에 대한 형벌의 성격을 가지고 있다고 할 것이다.

이러한 형법 규정에 상응하여 공직선거법은 이 사건 법률조항에서 선거일 현재 ‘금고 이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니한 자’에 대하여 선거권을 인정하지 아니하고 있는바, 우리 형사법이 취한 위와 같은 형벌체계에 비추어 보면, 이 사건 법률조항에 따른 선거권 제한은 반사회적 행위를 한 중범죄자에 대한 형사적 제재의 성격을 가지고 있다고 할 것이다.

그런데 어떤 범죄를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제, 즉 법정형의 종류와 범위의 선택은 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시

대적 상황, 국민일반의 가치관 내지 법감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 따라서 어느 범죄에 대한 법정형이 그 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 현저히 형벌체계상의 균형을 잃고 있다거나 그 범죄에 대한 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈하였다는 등 헌법상의 평등의 원칙 및 비례의 원칙 등에 명백히 위배되는 경우가 아닌 한, 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정하여서는 안 될 것인바(헌재 1995. 4. 20. 91헌바11, 판례집 7-1, 478, 487; 헌재 2004. 3. 25. 2002헌마411, 판례집 16-1, 468, 479), 형사적 제재의 성격을 가지고 있는 이 사건 법률조항에 대한 위헌심사를 함에 있어서도 이러한 점을 고려하여야 할 것이다.

이와 관련하여 우리 헌법재판소는 이 사건 법률조항과 동일한 내용의 ‘공직선거 및 선거부정방지법’(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것) 제18조 제1항 제2호 전단에 대하여 위헌심사를 하면서, 위 조항에 따른 선거권의 제한을 형사적 제재로 파악한 후, 위 조항이 입법자의 재량의 범위를 벗어나 현저하게 불합리하고 불공정한 것이라고 볼 수 없고, 과잉금지원칙에 위배되지 아니하므로 헌법에 위반되지 아니한다고 이미 판시한 바 있다(헌재 2004. 3. 25. 2002헌마411, 판례집 16-1, 468).

(3) 이 사건의 쟁점

이 사건의 쟁점은 중한 범죄자에 대한 형사적 제재의 성격을 가지고 있는 이 사건 법률조항에서 ‘금고 이상의 선고형’이라는 기준으로 그 형의 집행이 종료되지 아니한 수형자에 대하여 형집행기간 동안 선거권을 제한하는 것이 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 선거권을 침해하고, 정치적 생활영역에서 금고 이상의 형을 선고받은 수형자와 다른 일반국민을 차별함으로써 청구인의 평등권을 침해하는지의 여부이다.

다만, 금고 이상의 형을 선고받은 수형자에 대한 선거권의 침해 여부와 그에 따른 수형자와 다른 일반국민 사이의 차별로 인한 평등권 침해 문제는 상호 밀접히 관련되어 있으므로 먼저 선거권 침해 여부를 살펴 본 후 이를 기초로 하여 평등권의 침해 여부를 판단하기로 한다.

한편, 청구인은 그 밖에 이 사건 법률조항으로 인하여 행복추구권이 침해되었다는 주장도 하고 있으나, 헌법 제10조 전문의 행복추구권은 다른 개별적 기본권이 적용되지 않는 경우에 한하여 보충적으로 적용되는 기본권이므로, 선거권 및 평등권의 침해 여부를 판단하는 이 사건에 있어서는 행복추구권 침해 여부를 별도로 판단하지 않기로 한다(헌재 2008. 6. 26. 2007헌마917, 판례집 20-1하, 447, 451-452 등 참조).

(4) 선거권 침해 여부

(가) 입법목적의 정당성 및 수단의 적절성

무릇 선거권의 행사는 국가공동체의 운명을 규정하고 공동체의 나아갈 방향을 결정짓는 중요한 행위라고 할 수 있다. 그리고 국민은 국가공동체의 구성원으로서 공동체의 유지와 다른 구성원들의 생명, 신체 등 권익을 존중하고 보장하기 위하여 납세, 병역, 준법 기타 필요한 사회적 책무를 부담하고 있다. 그런데 중한 범죄를 저지른 수형자는 국가 및 사회나 다른 공동체 구성원에 대하여 중대한 위해를 가함으로써 사회질서를 파괴하고 공동체의 안전에 해를 끼친 사람들이다.

이 사건 법률조항은 공동체 구성원으로서 반드시 지켜야 할 이러한 기본적 의무를 저버린 중한 범죄자에 대하여 선거권의 제한이라는 형사적 제재를 가하고, 그를 통하여 범죄를 예방하며, 일반 국민으로 하여금 공동체 구성원으로서 책임성과 준법의식을 기르고 갖추도록 하는 데 그 입법목적이 있다 할 것이다.

이것은 우리 헌법질서 아래에서 입법자가 취할 수 있는 정당한 목적 범위 내에 있고, 이 사건 법률조항이 규정한 금고 이상의 형의 선고를 받은 수형자에 대한 선거권 제한은 이러한 목적을 이루기 위한 적합한 수단이라 할 것이다.

(나) 피해의 최소성 및 법익의 균형성

1) 이 사건 법률조항은 모든 범죄자나 모든 수형자에 대하여 일률적으로 선거권을 제한하고 있는 것이 아니라 ‘금고 이상의 실형’을 선고받은 자에 대하여 ‘그 형의 집행이 종료될 때까지’, 즉, 선고형량에 비례하는 기간 동안 선거권을 제한하고 있다. 따라서 경미한 범죄로 30일 미만의 구류형을 받은 수형자 및 벌금 또는 과료를 완납하지 아니하여 노역장 유치명령을 받은 수형자에 대하여는 선거권이 제한되지 아니하는바, 결국, 교도소 등 구금시설에 구금되어 있다는 이유로 수형자의 선거권이 제한되는 것이 아니라, 중한 범죄를 범하였다는 수형자 본인의 형사책임 때문에 형사적 제재로서 선거권이 제한되는 것이다. 그러므로 이 사건 법률조항의 위헌성을 판단하기 위하여는 ‘금고 이상의 실형의 선고’라는 선거권 제한의 요건과 그에 따른 선거권 제한의 기간이 입법목적 달성을 위하여 필요한 범위를 넘어선 과도한 것인지, 이 사건 법률조항에 의해 달성하려는 공익과 수형자 개인의 불이익 사이에 법익균형성이 갖추어 졌는지를 살펴보아야 할 것이다.

2) 우리 법체계 내에서의 ‘금고 이상 선고형’의 중대성

우리 형법은 형의 종류로 사형, 징역, 금고, 자격상실, 자격정지, 벌금, 구류, 과료, 몰수를 규정하고 있으므로(형법 제41조), 선거권 및 피선거권 등의 제한을 내용으로 하는 자격상실형 및 자격정지형 역시 금고형과 같이 형의 한 종류라고 할 것이다. 그리고 형의 경중

은 위 순서에 의하고 있으며, 그 중 자유형은 징역, 금고, 구류인데, 징역 또는 금고는 무기 또는 유기로 하고, 유기는 1월 이상 15년 이하로 하며, 구류는 1일 이상 30일 미만으로 하고, 유기금고의 장기가 유기징역의 장기를 초과하는 때에는 금고를 중한 것으로 한다고 규정하고 있다(형법 제42조, 제46조, 제50조 제1항, 제2항). 따라서 금고형은 적어도 1월 이상 범죄자를 교도소에 구금함으로써 신체의 자유 등 기본권에 중대한 제한을 가하는 형으로서 선거권 및 피선거권 등의 제한을 내용으로 하는 자격상실형 또는 자격정지형보다 중하다 할 것이다.

그리고 우리 헌법은 사법부의 독립을 보장하고자 “법관은 탄핵 또는 ‘금고 이상의 형’의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니한다(헌법 제106조 제1항).”는 조항을 두고 있는바, 이러한 법관의 신분보장 조항에서도 ‘금고 이상의 형’을 선고받을 경우에는 법관의 신분을 박탈할 수 있도록 함으로써 법관의 공무담임권에 중대한 제한을 가하고 있다. 특히, 위 헌법 규정은 법관이 저지른 범죄가 직무관련범죄인지 과실범죄인지를 구분하지 아니하고 적용되도록 하고 있는바, 이는 형사소송절차를 거쳐 ‘금고 이상의 형’이 선고되었다면, 죄명이나 범죄의 성격, 직무관련범죄인지, 과실범인지 여부를 불문하고 사회적 비난가능성이 중대하다는 점을 고려한 것이라 할 것이다.

또한, 국가공무원법에서는 ‘금고 이상의 실형’을 선고받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년이 지나지 아니하거나 ‘금고 이상의 형’을 선고받고 그 집행유예 기간이 끝난 날부터 2년이 지나지 아니한 경우를 당연퇴직 사유로 하여 공무원 신분을 박탈할 수 있도록 규정하고 있고(국가공무원법 제69조, 제33조 제3호, 제4호), 변호사, 공인회계사, 세무사, 변리사, 법무사, 감정평가사의 경우에도 ‘금고 이상의 형’을 선고받은 자에 대한 일정한 결격사유를 규정한 법률조항들이 있는바(변호사법 제5조 제1호, 공인회계사법 제4조 제2호, 세무사법 제4조 제7호, 변리사법 제4조 제1호, 법무사법 제6조 제3호, 부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률 제24조 제3호), 위 각 법률조항 역시 금고 이상의 형 선고의 중대성을 감안하여 직무관련성이 없는 범죄나 과실범의 경우도 그 적용대상에서 제외하고 있지 아니하다.

한편, 2008년도 형사사건 통계에 의하면, 1년간 처리된 형사공판사건과 약식사건 1,493,680건 중 1심에서 금고 이상의 실형을 선고받은 사건은 44,861건으로, 전체 형사사건의 불과 3% 정도에 해당하는 중한 범죄에 대하여만 금고 이상의 실형이 선고되고 있다(2009년도 사법연감 참조).

3) 위와 같은 우리 형법체계 및 헌법과 여러 법률조항 등에 비추어 보면, ‘금고 이상의 선고형’이라는 기준은 법관 또는 공무원의 신분을 박탈하거나 전문자격의 취득을 제한하는 등의 기본권 제한을 정당화할 만큼 중대한 기준이 된다고 할 것이다. 더구나, 이 사건 법률조항은 집행유예 판결이 아닌 ‘금고 이상의 실형’을 선고받아 형집행 중인 수형자에 대

하여 적용되는 것인바, 이러한 중한 형을 선고받은 수형자에 대하여 형집행기간 동안 선거권을 제한하는 것이 위에서 본 입법목적의 달성에 필요한 정도를 벗어난 과도한 것이라고 보기 어렵다.

또한, 형사재판에서 법관은 범인의 성행, 환경, 범행의 동기와 수단 및 결과, 범행 후의 정황 등의 양형조건을 고려하여 형종, 형량을 선택하게 되고, 범정이 매우 무거운 범죄를 제외한 대부분의 범죄에 대하여는 벌금형도 선택형으로 함께 규정되어 있는 것을 감안할 때, 법관이 범죄 전·후의 모든 정황을 고려하여 벌금형을 선고하거나 금고 이상의 형에 대한 선고유예, 집행유예를 선고하지 아니하고 금고 이상의 실형을 선고하였다면, 그 법률적·사회적 비난가능성이 결코 작지 아니함을 의미한다고 할 것인바, 이러한 사정은 당해 범죄자가 저지른 범죄행위가 과실에 의한 것이라거나 국가적, 사회적 법익이 아닌 개인적 법익을 침해하는 것이라도 마찬가지라 할 것이다.

나아가, 죄명별로 그 개별성과 특수성을 일일이 고려하여 선거권을 제한하는 입법방식은 입법 기술적으로 매우 어려울 뿐만 아니라, 반사회적인 중범죄자들에 대한 형사적 제재라는 입법목적에 비추어 볼 때, 이러한 입법방식이 개별 범죄의 경중을 반영한 선고형의 기준보다 반드시 합리적이라고 단정할 수 없는 점에 비추어 보더라도 ‘금고 이상의 선고형’이라는 엄격한 기준으로 선거권을 제한하고 있는 이 사건 법률조항이 입법재량을 일탈하였다거나 입법목적 달성을 위하여 필요한 범위를 넘어선 과도한 규정이라고 할 수 없다.

4) 선거권 제한 정도의 비례성

이 사건에서 금고형 이상의 형을 선고받은 수형자가 입게 되는 선거권 제한이라는 불이익은 금고형보다 가벼운 형벌인 자격상실이나 자격정지의 한 효과에 불과하다. 그리고 형법 제43조에 따라 금고 이상의 형을 선고받은 중범죄자에 대해 당연히 그 자격을 상실·정지시키는 형이 부가되는 것이 죄질 및 수형자의 형사책임에 비해 지나치게 가혹하여 현저히 형벌체계상의 균형을 잃고 있거나 그 범죄에 대한 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈한 것이라고 단정할 수 없는바, 위 형법 조항의 내용에 상응하여 선거권을 제한하고 있는 이 사건 법률조항 역시 입법자의 재량의 범위를 벗어나 현저하게 불합리하고 불공정한 것이라고 볼 수 없다.

게다가, 이 사건 법률조항에 따른 선거권 제한의 기간은 모든 수형자에게 일률적인 것이 아니라 ‘수형자가 선고받은 금고 이상 형의 집행이 종료될 때까지’여서 형집행 면제 등의 특별한 사유가 없는 한 각 수형자가 선고받은 형량, 즉, 형사책임의 경중에 비례하여 선거권 제한의 기간이 정하여 지는 점, 이 사건 법률조항으로써 달성하고자 하는 ‘중대한 범죄자에 대한 형사적 제재 및 일반 국민들의 법치주의에 대한 존중의식 제고’ 등의 공익이 수형자 개인의 형집행기간 동안의 선거권 제한이라는 불이익에 비하여 결코 작다고 할 수 없는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 법률조항은 법익균형성을 갖추었다고 할 것이다.

(다) 이 사건 법률조항이 과실범, 개인적 법익을 침해한 범죄자, 단기자유형을 선고받은 자, 가석방처분을 받은 자를 제외하지 아니하여 위헌인지 여부

재판관 5인의 위헌의견은 이 사건 법률조항이 금고 이상의 실형을 선고받은 자 중 ① 과실범, ② 민주주의 등 헌법질서를 부정하는 반국가적인 성격의 범죄와 무관하고, 선거권의 제한과도 직접적 연관성이 없는 개인적 법익에 대한 범죄를 범한 자, ③ 단기자유형을 선고받은 자, ④ 가석방처분을 받은 자를 그 적용대상에서 제외하고 있지 아니하여 위헌이라고 하고 있으므로 이에 대하여 살펴본다.

1) 이 사건 법률조항이 금고 이상의 실형을 선고받은 과실범을 제외하지 아니하여 위헌인지 여부

형벌에 관한 형사법의 기본원리인 책임원칙은 두 가지 의미를 포함한다. 하나는 형벌의 부과 자체를 정당화하는 것으로, 범죄에 대한 귀책사유, 즉 위법한 행위에 대한 비난가능성을 의미하는 책임이 인정되어야만 형벌을 부과할 수 있다는 것이고(‘책임 없는 형벌 없다’), 다른 하나는 책임의 정도를 초과하는 형벌을 과할 수 없다는 것이다(책임과 형벌 간의 비례의 원칙).

따라서 일정한 범죄에 대해 형벌을 부과하는 것이 정당화되기 위해서는 범죄자의 책임이 인정되어야 하고, 그 범정형은 책임의 정도에 비례하도록 규정되어야 하며, 법관 역시 그러한 범정형의 범위 내에서 책임에 기초하여 그에 상응한 형량을 선고하여야 할 것이다.

이러한 책임원칙은 비단 고의범의 경우뿐만 아니라 과실범의 경우에도 동일하게 적용된다고 할 것이고, 과실범의 귀책사유로서의 책임은 법적인 주의의무를 게을리 한 데 대한 비난가능성을 의미하는바, 법관이 위와 같은 책임원칙에 따라 개별 범죄에 대하여 책임에 비례하는 적정한 형을 선고하였다면, 그러한 선고형의 경중은 각 개별 범죄가 고의범인지 과실범인지와 상관없이 개별 범죄 사이의 책임의 경중, 즉, 비난가능성의 정도를 판단하는 매우 명확하고 합리적인 기준이 된다고 할 것이다. 바꾸어 말해, 책임에 비례하여 선고형의 형량이 결정된다는 전제하에서는, 만약, 과실범이 금고 1년의 실형을 선고받은 경우, 금고 1년의 실형을 선고받은 고의범과 그 비난가능성의 정도는 동일하거나 유사하고, 금고 1년 미만의 형을 선고받은 고의범보다는 그 비난가능성이 더 크다고 봄이 상당하다. 결국, 특정한 과실범이 금고 이상의 실형을 선고받았음에도 과실범이라는 이유만으로 동일한 형을 선고받았거나 더 가벼운 형을 선고받은 고의범보다 그 비난가능성이 작다고 볼 수는 없는 것이다.

그렇다면, 이 사건 법률조항이 고의범과 과실범을 구분하지 아니하고, 금고 이상의 실형이라는 선고형을 기준으로 선거권을 제한한 것은 책임의 경중에 따른 구분으로서 합리적인 것이라 할 것이고, 오히려, 선고형의 경중을 따지지 아니하고 과실범이라는 이유만으로

로 이 사건 법률조항의 적용대상에서 제외시킨다면, 특정 고의범보다도 책임이 더 무거워 중형을 선고받은 과실범까지 제외되는 결과를 초래하게 되어 이는 금고 이상의 형을 선고받은 수형자 사이의 형평성에도 반한다고 할 것이다.

따라서 이 사건 법률조항이 금고 이상의 실형을 선고받은 과실범을 적용대상에서 제외하지 아니하였다고 하여 과잉금지원칙에 위배된 위헌인 법률조항이라고 할 수는 없다.

2) 이 사건 법률조항이 선거권의 제한과는 직접적 연관성이 없는 개인적 법익을 침해한 범죄를 범하여 금고 이상의 형을 받은 수형자를 제외하고 있지 아니하여 위헌인지 여부

먼저, 개인적 법익에 대한 범죄 역시 개별 범죄의 죄질, 불법 정도 등에 따라 사회질서를 크게 해칠 수 있고, 개인적 법익에 대한 모든 범죄가 언제나 국가적, 사회적 법익에 대한 범죄보다 국가공동체에 미치는 해악이 작다고 단정할 수 없다. 그럼에도, 개별 범죄의 경중을 따지지 아니하고 개인적 법익에 대한 범죄만을 일률적으로 이 사건 법률조항의 적용에서 제외시킨다면, 국가적, 사회적 법익에 대한 범죄를 범한 수형자와 개인적 법익에 대한 범죄를 범한 수형자 사이에 불합리한 차별이 발생할 수 있는 문제가 있다.

또한, 형법에는 개인적 법익에 대한 범죄에 대하여도 선거권 제한 등을 내용으로 하는 자격정지형을 선택형이나 병과형으로 부과할 수 있도록 규정한 다수의 조문이 있는바, 선택형으로 규정된 범죄에는 상해죄(형법 제257조 제1항) 등이 있고, 병과형으로 규정된 범죄에는 살인죄(형법 제256조), 체포와 감금죄(형법 제282조), 절도죄 및 강도죄(형법 제345조), 사기죄 및 공갈죄(형법 제353조), 횡령죄 및 배임죄(형법 제358조) 등이 있다.

그런데 위 각 범죄는 민주주의질서, 선거권이나 선거제도와는 직접 연관성이 없음에도 선거권 제한 등을 내용으로 하는 자격정지형을 부과할 수 있도록 규정되어 있는바, 이러한 범죄 내용과 형벌 내용의 불일치는 범죄자에 대한 선거권 제한이 범죄에 대한 일반적인 형벌의 성격을 가지고 있다는 점에 비추어 보면, 특별한 문제가 되지 아니한다. 즉, 신체의 자유를 침해하는 내용의 범죄에 대하여만 신체의 자유를 제한하는 금고형, 징역형을 부과할 수 있다거나 타인의 재산권을 침해하는 내용의 범죄에 대하여만 재산권을 제한하는 벌금형을 부과할 수 있다고는 할 수 없듯이, 민주주의질서, 선거권이나 선거제도와 직접 연관성이 있는 범죄에 대하여만 선거권 제한이라는 자격정지형을 부과할 수 있다고는 할 수 없다.

따라서 형사적 제재의 성격을 가지고 있는 이 사건 법률조항에 따른 선거권 제한 역시 반드시 민주주의 등 헌법질서를 부정하는 반국가적인 성격을 가진 범죄나 선거권 제한과 직접 관련이 있는 범죄에 대하여만 부과되어야 한다고 볼 수는 없으므로, 이 사건 법률조항이 이러한 범죄를 제외한 범죄를 적용범위에서 배제하지 아니하였다고 하여 과잉금지원칙에 위배된 위헌인 법률조항이라고 할 수는 없다.

3) 이 사건 법률조항이 단기자유형을 선고받은 수형자를 제외하고 있지 아니하여 위헌인지 여부

먼저, 단기자유형 중 1일 이상 30일 미만의 구류형을 선고받은 수형자는 이 사건 법률조항의 적용을 받지 아니하므로 선거권이 제한되지 아니한다. 그리고 앞서 살펴 본 바와 같이, ‘금고형 이상의 실형 선고’라는 기준은 우리 법체계 및 형사실무상 매우 엄격한 기준이라 할 것이고, 최소 1개월 이상 교도소 등의 구금시설에 구금되어 신체의 자유 등 중요한 기본권을 제한받는다든가 점에서 그 기간이 비록 단기이더라도 결코 경미한 범죄에 선고되는 가벼운 형이라고 볼 수는 없다.

또한, 형사실무상 법관이 6개월 미만의 금고형이나 징역형을 선고하는 경우는 매우 드물고, 설령, 피고인이 6개월 미만의 금고형이나 징역형을 선고받았다 하더라도 이 사건 법률조항에 의하여 선거권이 제한되는 기간은 선고받은 형기와 동일한 6개월 미만의 단기에 그치게 된다. 따라서 이러한 단기자유형을 선고받은 수형자가 이 사건 공직선거법의 적용대상인, 5년 주기로 실시되는 대통령선거, 4년 주기로 실시되는 국회의원선거 및 지방자치단체장과 그 의원 선거에서 실제로 선거권을 행사할 수 없게 될 가능성은 높지 아니하고, 형 집행기간 중 선거일이 도래하여 선거권 행사가 제한된다고 하더라도 위 세 선거가 일정한 시간적 간격을 두고 실시되는 점에 비추어 보면, 실제 선거권 행사의 제한은 1, 2회 정도를 넘지 아니할 것이다.

이러한 ‘금고 이상의 실형’ 기준의 엄격성 및 실제 선거권 제한의 정도가 크지 아니한 점에 비추어 보면, 이 사건 법률조항이 단기의 금고형이나 징역형을 선고받은 수형자를 적용대상에서 제외하고 있지 아니하였다고 하여 과잉금지원칙에 위배된 위헌인 법률조항이라고 할 수 없다.

4) 이 사건 법률조항이 금고 이상의 실형을 선고받아 형집행 중 가석방처분을 받은 자를 제외하고 있지 아니하여 위헌인지 여부

형법 제72조 제1항 규정에 따른 가석방은 수형자의 개별적인 요청이나 희망에 따라 행하여지는 것이 아니라 행형기관의 교정정책 혹은 형사정책적 판단에 따라 수형자에게 주어지는 시혜적 조치일 뿐이므로, 어떤 수형자가 위 법률조항에 규정된 요건을 갖추었다고 하더라도 그것만으로 행형당국에 대하여 가석방을 요구할 주관적 권리를 취득하거나 행형당국이 그에게 가석방을 하여야 할 법률상의 의무를 부담하게 되는 것이 아니고, 수형자는 위 법률조항에 근거한 행형당국의 가석방이라는 구체적인 행정처분이 있을 때 비로소 형기만료 전 석방이라는 사실상의 이익을 얻게 될 뿐이다(헌재 1995. 3. 23. 93헌마12, 판례집 7-1, 416, 421-422; 헌재 2007. 7. 26. 2006헌마298, 판례집 19-2, 158, 162-163 참조).

또한, 가석방처분을 받았다고 하여 기존의 금고 이상 형 선고의 효력이 상실되거나 그 형

이 면제되는 것도 아니고, 가석방 후 무기형에 있어서는 10년, 유기형에 있어서는 남은 형기가 지나야 형 집행이 종료된다(형법 제73조의2, 제76조 제1항).

한편, 징역형 또는 금고형의 집행 중에 있는 자는 무기형에 있어서는 10년, 유기형에 있어서는 형기의 3분의 1이라는 일정한 수감기간이 경과한 후에야 가석방처분을 받을 수 있는 바(형법 제72조 제1항), 수형자는 금고 이상의 형을 선고받으면서, 자유형의 집행과는 별도로 이 사건 법률조항 및 형법 제43조에 따른 선거권의 제한을 받는 것이지, 일정한 형 집행기간이 경과한 후 가석방처분을 받았다는 사유로 이 사건 법률조항에 의하여 새로이 선거권의 제한을 받는 것은 아니다. 즉, 수형자가 경우에 따라 실효 또는 취소될 수도 있는 가석방처분을 받았다고 하여 형집행이 종료되기 전임에도 곧바로 이 사건 법률조항의 적용을 배제하는 예외조항을 둘 것인지 여부는 기본권 제한의 문제가 아니라 이미 금고 이상의 형 선고시에 그 형의 집행종료시까지 예정되어 있던 선거권 제한이라는 별도의 형사적 제재를 가석방처분을 받았다는 사후적인 사유로 일부 면제할 것인지의 문제라고 할 것인바, 이러한 형사적 제재의 사후적 면제 조항이라는 시혜적 규정을 둘 의무가 입법자에게 있다고 보기 어렵고, 이는 입법정책적으로 결정할 사항이라고 할 것이다.

더구나, 형법 제72조 제2항에 의하면, 벌금 또는 과료의 병과가 있는 때에는 그 금액을 완납하여야 가석방이 될 수 있는데, 이는 가석방 사유가 있다고 하여 병과된 다른 형까지 면제되지 않는다는 취지의 규정이라 할 것인바, 이러한 형법 규정에 비추어 보더라도, 입법자가 가석방처분을 받은 수형자에 대하여 선거권 제한이라고 하는, 자유형의 집행과는 그 성격을 달리하는 별도의 형사적 제재를 면제하는 규정을 두지 아니하였다고 하여 입법재량의 한계를 일탈하였다고 볼 수는 없을 것이다.

따라서 이 사건 법률조항이 가석방처분을 받은 자에 대하여 적용을 배제하는 예외규정을 두지 아니하여 위헌이라고 할 수는 없다.

(라) 소 결

이 사건 법률조항은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위배되지 아니하므로 청구인의 선거권을 침해하지 아니한다.

(5) 평등권 침해 여부

청구인은 금고 이상의 형을 선고받은 수형자로서 이 사건 법률조항으로 인하여 선거권을 제한받음으로써, 다른 일반국민과 정치적인 생활영역에서 차별취급을 받고 있다할 것이므로 평등권 침해 여부에 관하여 살펴본다.

그런데 위와 같은 차별이 발생하는 것은 중한 범죄자에 대한 형사적 제재 및 그를 통하

여 범죄를 예방하고, 준법의식을 제고한다는 입법목적에 따라 이 사건 법률조항이 금고 이상의 형을 선고받은 수형자에게 선거권을 제한하고 있기 때문인바, 앞서 살펴 본 바와 같이, 이 사건 법률조항에 따른 선거권 제한은 과잉금지원칙에 위배되지 아니하므로, 이로 인해 발생한 차별 역시 합리적 사유에 따라 발생한 것으로서 입법재량의 한계를 일탈할 정도로 자의적인 것이라고 하기 어렵다.

따라서 이 사건 법률조항은 청구인의 평등권을 침해하지 아니한다.

(6) 결론

그렇다면 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하여야 할 것이다.

다. 재판관 이강국의 각하의견

형법 제43조 제2항에 의하면 유기징역 또는 유기금고의 판결을 받은 자는 그 형의 집행이 종료하거나 면제될 때까지 공법상의 선거권 등의 자격이 정지된다고 규정하고 있다. 이에 따르면 위 자격정지의 효과는 구체적인 선거의 시기와 상관없이 유기징역 또는 유기금고의 판결이 확정된 때 발생한다 할 것이다. 공직선거법 규정인 이 사건 법률조항은 형법 제43조 제2항의 효과를 반영한 것이므로 이로 인한 선거권 제한 등 기본권침해 사유 역시 형법 제43조 제2항에서와 마찬가지로 판결이 확정된 때 발생한다 할 것이다(헌재 2004. 3. 25. 2002헌마411, 판례집 16-1, 468, 476 참조).

그런데 청구인은 이 사건 징역형을 선고받아 그 형이 확정됨으로써 공법상의 선거권 등의 자격이 정지된 때인 2006. 11. 23.로부터 1년이 경과한 2007. 12. 27. 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다.

따라서 이 사건 심판청구는 헌법재판소법 제69조 제1항 소정의 기본권침해 사유가 있는 날부터 1년 이내에 제기하여야 하는 청구기간을 준수하지 못하여 부적법하므로 각하되어야 한다.

4. 결 론

이 사건 법률조항에 대하여는 재판관 김희옥, 재판관 김종대, 재판관 민형기, 재판관 목영준, 재판관 송두환 등 5인이 위헌의견을, 재판관 이공현, 재판관 조대현, 재판관 이동흡 등 3인이 기각의견을, 재판관 이강국 1인이 각하의견을 표시하여 헌법에 위반된다는 의견이

다수이기는 하나, 이로써 헌법 제113조 제1항, 헌법재판소법 제23조 제2항 단서 제1호의 재판관의 수에 이르지 못하여 위헌결정을 할 수 없으므로, 이에 주문과 같이 결정한다.

2009. 10. 29.

재판장 재판관 이강국

재판관 이공현

재판관 조대현

재판관 김희욱

재판관 김종대

재판관 민형기

재판관 이동흡

재판관 목영준

재판관 송두환

10

수형자 등의 선거권을 제한하는 공직선거법 제18조제1항의 과잉 금지의 원칙 위반 여부

■ 공직선거및선거부정방지법 제18조 위헌확인, 2004. 3. 25. 2002헌마411 ■

【판시사항】

1. 선거일 현재 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니한 자는 선거권이 없다고 규정하고 있는 공직선거및선거부정방지법 제18조 제1항 제2호 전단(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)에 대한 이 사건 청구인(징역형을 선고받아 집행중인 자)의 법적 관련성 및 권리보호이익
2. 선거권의 의미와 입법재량의 한계
3. 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위배하여 수형자인 청구인의 선거권 등 기본권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 청구인에 대한 형집행지휘서에 의하면 청구인은 2001. 12. 18. 서울고등법원에서 강도 상해등죄로 징역 3년 6월을 선고받고 상고하였으나 대법원에서 2002. 2. 26. 상고가 기각되어 위 판결이 확정되었음을 알 수 있다. 따라서 청구인의 경우 이 사건 법률조항에 의하여 선거권을 행사할 수 없게 되었고 실제로 지난 2002. 6. 13. 지방선거에 선거권을 행사하지 못했으므로, 청구인은 이 심판청구에서 자기관련성·현재성·직접성을 갖추었다. 또한, 청구인이 투표하려 하였던 위 6·13 지방선거는 이 사건 헌법소원심판청구 이전에 이미 종료하였기 때문에 이 심판청구가 권리보호이익이 없는 것은 사실이다. 그러나 2004년의 국회의원 총선거에 청구인의 투표참여 문제가 다시 제기될 때 이 사건 법률조항이 여전히 청구인의 기본권인 선거권을 박탈하게 될 것이므로, 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 대하여는 헌법적 해명의 필요성이 존재한다.
2. 원칙적으로 간접민주정치를 채택하고 있는 우리나라에서 공무원을 선거하는 권리는 국민의 참정권 중 가장 중요한 기본적 권리라고 할 것이어서, 참정권의 제한은 국민주권에 바탕을 두고 자유·평등·정의를 실현시키려는 우리 헌법의 민주적 가치질서를 직접

적으로 침해하게 될 위험성이 크기 때문에 언제나 필요한 최소한의 정도에 그쳐야 한다. 다만, 우리 헌법 아래에서 선거권도 법률이 정하는 바에 의하여 보장되는 것이므로 입법형성권을 갖고 있는 입법자가 선거법을 제정하는 경우에 헌법에 명시된 선거제도의 원칙을 존중하는 가운데 구체적으로 어떠한 입법목적의 달성을 위하여 어떠한 방법을 선택할 것인가는 그것이 현저하게 불합리하고 불공정한 것이 아닌 한 입법자의 재량영역에 속한다고 할 것이다.

3. 가. 이 사건 법률조항이, 국가공동체의 구성원으로서 부담하고 있는 납세·병역·준법 기타 필요한 사회적 책무를 이행하지 아니하고 오히려 그 의무에 반하여 공동체의 안전을 파괴하고 다른 구성원들의 생명·신체·재산을 위협한 사람들에 대한 사회적 제재로서 일정한 기간 구금을 명하고 구금시설인 교도소 등의 질서와 수형자의 교화를 위하여 필요한 제한을 가하는 한편, 선거권의 행사를 위하여 필요한 정보의 제공이 현실적으로 어려운 수형자에게 그 기간 동안 공민권의 행사를 정지시키는 것은, 형벌집행의 실효성 확보와 선거의 공정성을 위하여 입법자가 일응 추구할 수 있는 것으로서 입법목적의 정당성이나 방법의 적정성을 충족시킨다고 할 것이다.
- 나. 이 사건 법률조항은 형사처벌을 받은 모든 사람에 대하여 무한정 선거권을 제한하는 것이 아니라 금고 이상의 형의 선고를 받은 자에 대하여 그 집행이 종료되지 아니한 경우에 한하여 선거권을 제한하고 있어, 어느 정도 중대한 범죄를 범하여 사회로부터 격리되어 형벌의 집행을 받는 등 선거권을 제한함이 상당하다고 인정되는 경우만으로 한정되며 내용적으로도 그 불이익은 금고보다 가벼운 형벌인 자격상실이나 자격정지의 한 효과에 불과하다. 또한 수형자가 선거권을 행사하지 못하는 것은 수형자 자신의 범죄행위로 인한 것으로서 자신의 책임으로 인하여 일정한 기본권제한을 받는 것이므로, 수형자의 선거권 제한을 통하여 달성하려는 선거의 공정성 및 형벌집행의 실효성 확보라는 공익이 선거권을 행사하지 못함으로써 입게 되는 수형자 개인의 기본권침해의 불이익보다 크다고 할 것이어서 그 법익간의 균형성도 갖추었다.
- 다. 이와 같이 이 사건 법률조항은 과잉입법금지의 원칙을 위배하였다고 보기 어렵고, 그 밖에 대부분의 나라에서 형의 선고와 관련하여 이 사건 법률조항과 비슷한 유형의 선거권 결격사유를 규정하고 있는 외국의 입법례에 비추어 보더라도 특별히 헌법에 위반된다고 볼 수 없다고 할 것이다.

재판관 김영일의 반대의견

2. 우리 헌법의 제정자는 헌법 제41조 제1항과 제67조 제1항에서 선거제도의 기본원칙으

로서 보통·평등·직접·비밀선거의 원칙을 규정하면서 헌법 제24조의 선거권규정과는 달리 별도의 법률유보문언을 두지 않음으로써 선거제도의 기본원칙의 준수여부가 입법자의 재량사항이 될 수 없다는 점을 명확히 하고 있다. 따라서 선거권의 제한 특히 선거제도의 기본원칙에 어긋나는 선거권제한입법을 하기 위해서는 기본권제한입법에 관한 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 엄격히 준수하여야 할 것이다.

3. 오늘날 수형자와 국가와의 관계는 더 이상 명령과 복종만이 존재하는 일방적인 관계가 아니며, 자유민주적 헌법질서하에서 수형자도 인간으로서의 존엄과 가치를 가지므로 범죄인의 반사회적 행위에 대한 제재를 위하여 수형자의 자유박탈 이외에 별도의 기본권인 선거권을 제한하는 것은 정당한 입법목적이라고 할 수 없다. 또한 이 사건 법률조항의 입법목적은 우리 헌법이 허용하는 한계내의 정당한 목적으로 고쳐 살피는 경우에도, 이 사건 법률조항은 범죄의 종류와 내용을 가리지 않고 모든 금고이상의 형의 선고를 받은 수형자가 선거권을 행사하지 못하도록 규정함으로써 입법 목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 정도를 넘어 청구인들의 기본권을 과도하게 제한하였고, 공직선거제도의 공정성이라는 공익과 수형자의 선거권이라는 기본권을 적절하게 조화시키지 못하고 과도하게 선거권 및 보통선거의 원칙, 그리고 보통선거원칙이 실현하고 있는 평등원칙을 침해하였다고 볼 수밖에 없다.

【심판대상조문】

공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것) 제18조(선거권이 없는 자) ① 선거일 현재 다음 각호의 1에 해당하는 자는 선거권이 없다.

1. 생략

2. 금고이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니하거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자

3.~4. 생략

②, ③ 생략

【참조조문】

헌법 제1조 제2항, 제24조, 제37조 제2항, 제41조 제1항, 제67조 제1항

공직선거및선거부정방지법 제154조(부재자신고인에 대한 투표용지의 발송) ① 부재자신고

인명부에 올라 있는 선거인에게 발송할 투표용지(이하 "부재자투표용지"라 한다)는 구·시·군선거관리위원회에서 정당·후보자·선거사무장 또는 선거연락소장이 지명하는 자의 참관 하에 투표용지의 일련번호를 절취한 후 부재자투표용지를 속봉투에 넣어 회송용 겉봉투에 넣고 다시 발송용 겉봉투에 넣어 봉합한 후 선거일전 10일까지 부재자신고인명부에 올라 있는 선거인에게 발송하되, 제65조(선거공보)의 규정에 의한 선거공보와 제66조(소형인쇄물) 제6항의 규정에 의하여 책자형 소형인쇄물을 함께 동봉하여 발송할 수 있다. 이 경우 지명된 자가 그 시각까지 참석하지 아니한 때에는 참관을 포기한 것으로 본다.

② 제1항의 규정에 불구하고 허위로 신고한 자 및 자신의 의사에 의하여 신고된 것으로 인정되지 아니한 부재자신고인에게는 당해 구·시·군선거관리위원회의 의결로 부재자투표용지를 발송하지 아니할 수 있다. 이 경우 부재자투표발송록에 그 사실을 기재하여야 한다.

③ 구·시·군선거관리위원회는 제2항의 규정에 의하여 부재자투표용지를 발송하지 아니한 부재자신고인과 선거일전 2일까지 부재자투표용지가 반송된 부재자신고인의 명단을 작성하여 선거일전일까지 투표구선거관리위원회에 통지하여야 한다.

④ 부재자투표용지의 발송과 회송은 등기우편으로 하되, 그 우편요금은 국가 또는 당해 지방자치단체가 부담한다.

⑤ 구·시·군선거관리위원회는 투표방법 기타 선거에 관한 안내문을 부재자투표용지와 동봉하여 발송하여야 한다.

형법 제43조(형의 선고와 자격상실, 자격정지) ① 사형, 무기징역 또는 무기금고의 판결을 받은 자는 다음에 기재한 자격을 상실한다.

1. 공무원이 되는 자격
 2. 공법상의 선거권과 피선거권
 3. 법률로 요건을 정한 공법상의 업무에 관한 자격
 4. 법인의 이사, 감사 또는 지배인 기타 법인의 업무에 관한 검사역이나 재산관리인이 되는 자격
- ② 유기징역 또는 유기금고의 판결을 받은 자는 그 형의 집행이 종료하거나 면제될 때까지 전항 제1호 내지 제3호에 기재된 자격이 정지된다.

행형법 제1조(목적) 이 법은 수형자를 격리하여 교정교화하며 건전한 국민사상과 근로정신을 함양하고 기술교육을 실시하여 사회에 복귀하게 하며 아울러 미결수용자의 수용에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

행형법 제1조의3(기본적 인권의 존중 등) 이 법을 집행함에 있어서 수형자 또는 미결수용자의 기본적 인권은 최대한으로 존중되어야 하며, 국적·성별·종교 또는 사회적 신분 등에 의한 수용자의 차별은 금지된다.

행형법 제18조(접견) ① 수용자는 소장의 허가를 받아 다른 사람과 접견할 수 있다.

② 소장은 교화 또는 처우상 특히 부적당한 사유가 없는 한 제1항의 규정에 의한 허가를 하여야 한다.

③ 소장은 수용자의 접견에 교도관을 참여하게 할 수 있다. 다만, 제66조 제1항의 규정에 의한 변호인과의 접견은 예외로 한다.

④ 접견의 횟수·시간·장소 및 접견참여 기타 접견에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

행형법 제18조의2(서신) ① 수용자는 소장의 허가를 받아 다른 사람과 서신을 주고 받을 수 있다.

② 소장은 교화 또는 처우상 특히 부적당한 사유가 없는 한 제1항의 규정에 의한 허가를 하여야 한다.

③ 소장은 수용자의 서신을 검열할 수 있다. 다만, 제66조 제2항 각호외의 부분 본문의 규정에 의한 변호인과의 서신은 예외로 한다.

④ 서신의 검열·발송 및 교부는 신속히 하여야 한다.

⑤ 소장이 교부를 허가하지 아니한 서신은 이를 폐기한다. 다만, 폐기하는 것이 부적당하다고 인정되는 경우에는 석방할 때 본인에게 교부할 수 있다.

⑥ 서신의 검열 및 제한에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

행형법 제18조의3(전화통화) ① 소장은 수용목적의 달성에 지장을 주지 아니하는 범위안에서 필요하다고 인정되는 경우에는 수용자에게 외부와의 전화통화를 허가할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 허가는 통화내용의 청취를 조건으로 할 수 있다.

③ 통화허가의 범위, 통화내용의 청취, 통화요금의 부담 등 수용자의 전화통화에 관하여 필요한 사항은 법무부장관이 정한다.

행형법 제33조(신문·도서의 열람) ① 수용자는 자비부담으로 신문 또는 도서의 구매 및 열람을 신청할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의하여 수용자가 신청한 신문 또는 도서의 내용이 교도소등의 안전과 질서를 해하거나 교화상 특히 부적당하다고 인정되는 등의 사유가 없는 한 당해 소장은 그 구매 및 열람을 허가하여야 한다.

행형법 제33조의2(라디오와 텔레비전의 시청) 소장은 수용자에게 대통령령이 정하는 바에 의하여 라디오 청취와 텔레비전 시청을 하게 할 수 있다.

행형법시행령 제114조(라디오청취 등) ① 소장은 수용자가 사회복귀에 유익한 정보를 접하고, 필요한 지식을 습득할 수 있도록 교도소등의 시설에서 관리·운영하는 방송설비

에 의하는 등의 방법으로 라디오의 청취와 텔레비전의 시청을 하게 할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 라디오의 청취와 텔레비전의 시청은 교도소등의 안전과 교화상 필요한 경우에는 이를 제한할 수 있다.

【참조판례】

2. 헌재 2002. 3. 28. 2000헌마283등, 판례집 14-1, 211, 223

헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 4-2, 15, 28

헌재 1995. 5. 25. 91헌마67, 판례집 7-1, 722, 738

헌재 1997. 6. 26. 96헌마89, 판례집 9-1, 674, 683

헌재 1995. 4. 20. 91헌바11, 판례집 7-1, 478, 487

3. 헌재 1995. 7. 21. 92헌마144, 판례집 7-2, 94, 104-105

헌재 1998. 10. 29. 98헌마4, 판례집 10-2, 637, 645-648

【당 사 자】

청 구 인 김○기

국선대리인 변호사김동철

【주문】

청구인의 심판청구를 기각한다.

【이유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 1961. 2. 3.생으로서 강도상해등죄로 재판을 받고 2002. 2. 26. 징역 3년 6월의 형이 확정되어 현재 영등포교도소에서 형집행중인 자인바, 지난 2002. 6. 13. 실시된 지방선거에 투표하려고 하였으나 금고 이상의 형을 선고받고 형집행 중에 있는 자의 선거권을 부인하고 있는 공직선거및선거부정방지법(이하 "공직선거법"이라 한다) 제18조 제1항 제2호 전단(이하 "이 사건 법률조항"이라 한다) 1) 때문에 투표하지 못했다. 이에 청구인은 2002. 6. 20. 이 사건 법률조항은 헌법 제10조, 제11조, 제37조 제2항에 위반하여 청구인과 같은 형집행자의 참정권(헌법 제24조)을 침해하는 위헌의 법률이라며 이의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상 및 관련규정

(1) 심판의 대상

심판의 대상은 "선거일 현재 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니...한 자"는 선거권이 없다고 규정한 공직선거법 제18조 제1항 제2호 전단부분이고 그 내용은 다음과 같다(밑줄 친 부분).

공직선거법(1994. 3. 16 법률 제4739호로 제정된 것)

제18조(선거권이 없는 자) ① 선거일 현재 다음 각호의 1에 해당하는 자는 선거권이 없다.

1. 금치산선고를 받은 자

2. 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니하거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자 2)

1) 청구인은 심판청구서에서 공직선거법 제18조 전체를 적고 있으나, 청구인에게 해당하는 부분은 동조 제1항 제2호 전단 부분이다.

2) 이 부분은 1948. 3. 17. 법률 제175호로 최초로 제정된 국회의원선거법 제2조 제3호에서 "자유형의 선고를 받고 그 집행중에 있거나 또는 집행을 받지 않기로 확정되지 아니한 자"라고 규정하였다가, 1950. 4. 12. 법률 제121호 폐지·제정법 제4조 제2호에서 "금고 이상의 형의 선고를 받

3. 선거범으로서, 100만 원 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 포함한다)

4. 법원의 판결에 의하여 선거권이 정지 또는 상실된 자

②, ③ (생략)

(2) 관련 규정

(가) 형법

제43조(형의 선고와 자격상실, 자격정지) ① 사형, 무기징역 또는 무기금고의 판결을 받은 자는 다음에 기재한 자격을 상실한다.

1. 공무원이 되는 자격

2. 공법상의 선거권과 피선거권

3. 법률로 요건을 정한 공법상의 업무에 관한 자격

4. 법인의 이사, 감사 또는 지배인 기타 법인의 업무에 관한 검사역이나 재산관리인이 되는 자격

②유기징역 또는 유기금고의 판결을 받은 자는 그 형의 집행이 종료하거나 면제될 때까지 전항 제1호 내지 제3호에 기재된 자격이 정지된다.

제44조(자격정지) ① 전조에 기재한 자격의 전부 또는 일부에 대한 정지는 1년 이상 15년 이하로 한다.

②유기징역 또는 유기금고에 자격정지를 병과한 때에는 징역 또는 금고의 집행을 종료하거나 면제된 날로부터 정지기간을 기산한다.

(나) 공직선거법

제3조(선거인의 정의) 이 법에서 "선거인"이라 함은 선거권이 있는 자로서 선거인명부에

고 집행중에 있거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자"로 규정하였다가, 1960. 6. 23. 법률 제551호 개정법 제12조 제2호에서 "금고 이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니한 자나 그 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자"로 자구표현이 바뀌었다. 한편, 공직선거법 제18조 제1항은 동법제정(1994. 3. 16. 법률 제4739호) 이래 지금까지 그 내용에 변동이 없다.

올라 있는 자를 말한다.

제38조(부재자신고) ① 선거인명부에 올라 있는 국내거주자 중 다음 각 호의 1에 해당하는 자가 선거일에 자신이 투표소에 가서 투표할 수 없는 때에는 선거인명부작성기간 중에 구·시·읍·면의 장에게 서면으로 부재자신고를 할 수 있다. (이하 생략)

제156조(투표의 제한) ① 선거인명부에 올라 있지 아니한 자는 투표할 수 없다. (단서 생략)

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장요지

위 '사건의 개요'의 내용과 같다.

나. 중앙선거관리위원회위원장과 행정자치부장관은 이 사건에 관하여 특별한 의견이 없다는 회신을 보내왔다.

다. 법무부장관의 의견요지

수형자는 일정한 범죄를 저지른 대가로 외부세계와 격리, 차단되어 일정한 구역에 감금되어 있는 자로서 반사회적 성향을 표출함으로써 국가 및 사회 그리고 공동체의 다른 구성원에 대하여 일정한 위해를 가한 사람이다. 이들에 대하여는 형벌집행의 실효성 확보를 위하여, 그리고 수형자에게 선거권을 부여할 때 즉 부재자투표를 시행할 때 나타날 수 있는 문제점 등 선거의 공정성을 해칠 위험 때문에 이 사건 법률조항이 선거권을 제한하고 있는 것이기 때문에 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

3. 적법요건에 대한 판단

가. 법적 관련성

영등포교도소에서 보내온 청구인에 대한 「형집행지휘서」에 의하면 청구인은 2001. 12. 18. 서울고등법원에서 강도상해등죄로 징역 3년 6월을 선고받고 상고하였으나 대법원에서 2002. 2. 26. 상고가 기각되어 위 판결이 확정되었음을 알 수 있다. 따라서 청구인의 경우 이 사건 법률조항에 의하여 선거권을 행사할 수 없게 되었고 실제로 지난 6·13 지방선거에 선거권을 행사하지 못했으므로, 청구인은 이 심판청구에서 자기관련성·현재성·직접성

을 갖추었다.

나. 청구기간

청구인이 위헌확인을 구하는 이 사건 법률조항은 공직선거법의 공포일인 1994. 3. 16.부터 시행되었고(동법 부칙 제1조), 선거일 현재 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니한 자로부터 선거권을 박탈하는 것을 그 내용으로 하는 규정이다. 그런데 청구인에 대한 징역 3년 6월의 형이 확정된 것은 2002. 2. 26.이므로 청구인이 주장하는바 이 사건 법률조항으로 인한 기본권의 침해가 있었다면 이는 청구인에 대한 위 징역형의 확정과 동시에 발생하였다 할 것이다. 한편, 청구인은 지난 2002. 6. 13. 지방선거에 투표하려 했으나 이 사건 법률조항으로 인하여 선거권이 박탈되었다는 것, 즉 기본권침해 사실을 알았다는 것이다. 따라서 기본권침해사유가 발생한 날로부터 기산하여 1년 이내이고 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 90일 이내인 2002. 6. 20.에 제기된 이 사건 헌법소원은 청구기간을 준수하였다(헌법재판소법 제69조 제1항 참조).

다. 권리보호이익과 헌법적 해명

청구인이 투표하려 하였던 지방선거(2002. 6. 13)는 이 사건 헌법소원심판청구(2002. 6. 20) 이전에 이미 종료하였기 때문에 이 심판청구가 권리보호이익이 없는 것은 사실이다. 그러나 2004년의 국회의원 총선거에 청구인의 투표참여 문제가 다시 제기될 때 이 사건 법률조항이 여전히 청구인의 기본권인 선거권을 박탈하게 될 것이므로, 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 대하여는 헌법적 해명의 필요성이 존재한다.

라. 소결

그러므로 이 사건 헌법소원은 적법하다.

4. 본안에 대한 판단

가. 입법례

중앙선거관리위원회가 2001년 발행한 「각국의 선거제도」에 의하면, 형의 선고와 관련하여 선거권 결격사유를 규정한 외국의 입법례는 다음과 같다.

일본의 공직선거법(제11조 제1항)도 우리나라와 비슷하게 금고 이상의 형을 선고받고 그 집행이 종료되지 아니한 자나 금고 이상의 형을 선고받고 그 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자(다만, 형의 집행유예중인 자는 제외), 선거사범으로 형의 선고를 받고 수형기간 중에 있는 자 등은 선거권을 갖지 못한다고 규정하고 있다.

영국의 국민대표법(Representation of the People Act) 제3조는 선거에 관한 부패행위 또는 위법행위로 유죄의 선고를 받은 후 5년이 경과하지 아니한 자, 정신위생관계법령에 따라 정신병 요양시설에 입원중인 자, 그 밖에 유죄판결에 의해 교도소 등에 수감중인 자 등은 선거권을 갖지 못한다고 규정하고 있다.

미국은 선거권의 요건을 충족시킬 수 없는 자 외에 대부분의 주에서 정신이상자 및 정신박약자, 범죄행위로 유죄판결을 선고받고 시민권박탈형을 선고받은 자, 선거에 관한 범죄로 유죄선고를 받은 자 등은 선거권을 갖지 못한다고 규정하고 있다.

프랑스의 선거법(Code Electoral)은 후견하에 있는 성인(제5조), 법률의 규정에 의하여 행정재판소에 의해 선거권 및 피선거권을 정지당한 자는 그 판결에 의하여 정하여진 기간 동안(제6조), 형법상 일정한 범죄행위로 3월 이상의 징역 또는 6월 이상의 집행유예 선고를 받은 자는 그 유죄판결이 확정된 날로부터 5년 동안(제7조) 각 선거인명부에 등재될 수 없다고 규정하고 있다.

독일의 연방선거법(Bundeswahlgesetz) 제13조는 법원의 판결에 의하여 선거권을 상실한 자(제1호), 금치산자 또는 정신적 결함으로 후견하에 있는 자(제2호), 형법의 규정에 의거하여 정신병원에 수용되어 있는 자(제3호) 등은 선거권을 갖지 못한다고 규정하고 있다. 따라서 수형자라고 하여 일반적으로 선거권이 제한되는 것은 아니다.

캐나다선거법(Canada Elections Act) 제14조 제3항은 2년 이상의 징역형을 선고받고 교도소에 수감중인 자, 선거범죄(부패행위 또는 위법행위)로 유죄판결을 받은 자 등은 선거권을 갖지 못한다고 규정하고 있다.

호주는 반역죄로 유죄판결을 받고 사면되지 않은 자, 5년 이상의 금고형 이상의 선고를 받고 복역중인 자 등은 선거권을 갖지 못한다고 규정하고 있다.

나. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 헌법 제24조는 "모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다."고 규정하고 있다. 원칙적으로 간접민주정치를 채택하고 있는 우리나라에서 이처럼 공무원을 선거하는 권리는 국민의 참정권 중 가장 중요한 기본적 권리라고 할 것이다(헌재 2002. 3. 28.

2000헌마283등, 판례집 14-1, 211, 223).

즉, 주권자인 국민이 자신의 정치적 의사를 자유로이 결정하고 표명하여 선거에 참여함으로써 민주사회를 구성하고 움직이게 하는 작동원리로 작용하는 것이다. 따라서 국민의 주권행사의 발현으로서 선거과정에 참여하는 행위는 원칙적으로 자유롭게 행하여질 수 있도록 최대한 보장되어야 한다(헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 4-2, 15, 28).

이처럼 공무담임권·선거권 등 참정권은 선거를 통하여 통치기관을 구성하고 그에 정당성을 부여하는 한편, 국민 스스로 정치형성과정에 참여하여 국민주권 및 대의민주주의를 실현하는 핵심적인 수단이라는 점에서 아주 중요한 기본권 중의 하나라고 할 것이다. 따라서 참정권의 제한은 국민주권에 바탕을 두고 자유·평등·정의를 실현시키려는 우리 헌법의 민주적 가치질서를 직접적으로 침해하게 될 위험성이 크기 때문에 언제나 필요한 최소한의 정도에 그쳐야 한다(헌재 1995. 5. 25. 91헌마67, 판례집 7-1, 722, 738).

다만, 우리 헌법 아래에서 선거권도 법률이 정하는 바에 의하여 보장되는 것이므로 입법형성권을 갖고 있는 입법자가 선거법을 제정하는 경우에 헌법에 명시된 선거제도의 원칙을 존중하는 가운데 구체적으로 어떠한 입법목적의 달성을 위하여 어떠한 방법을 선택할 것인가는 그것이 현저하게 불합리하고 불공정한 것이 아닌 한 입법자의 재량영역에 속한다고 할 것이다(헌재 1997. 6. 26. 96헌마89, 판례집 9-1, 674, 683).

(2) 한편, 이 사건 법률조항은 "선거일 현재 금고 이상의 형의 선고로 받고 그 집행이 종료되지 아니...한 자"는 선거권이 없다고 규정하고 있어 소위 '수형자'에 대하여는 선거권을 제한하고 있는바, 이러한 제한은 형의 선고로 인한 자격상실·자격정지를 규정한 형법 제43조의 당연한 내용이기도 하다. 이 사건 법률조항이 단순히 형법 제43조의 규율내용을 반영한 것에 불과한지, 아니면 형법 제43조와는 다른 입법목적도 가지는지는 분명하지 않으나, 중요한 것은 입법자가 이미 선거권 제한을 형벌의 한 내용으로서 고려하고 있었고, 또한 이러한 사고가 이 사건 법률조항을 입법하는 데에 중요한 사상적 배경이 되었을 것이라는 점이다.

그런데 어떤 범죄를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제, 즉 법정형의 종류와 범위의 선택은 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황, 국민일반의 가치관 내지 법감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 따라서 어느 범죄에 대한 법정형이 그 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 현저히 형벌체계상의 균형을 잃고 있다거나 그 범죄에 대한 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈하였다는 등 헌법상의 평등의 원칙 및 비례의 원칙 등에 명백히 위배되는 경우가 아닌 한, 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정하여서는 안 될 것이다(헌재 1995.

4. 20. 91헌바11, 판례집 7-1, 478, 487).

(3)그러므로 이러한 전제들 하에서 이 사건 법률조항이 입법목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성 및 법익의 균형성 등 과잉입법금지 원칙을 준수하고 있는지를 살펴보기로 한다.

(가) 입법목적의 정당성 및 방법의 적정성

1) 무릇 선거권의 행사는 사회공동체의 운명을 규정하고 공동체의 나아갈 방향을 결정짓는 중요한 행위라고 할 수 있다. 그리고 국민은 국가공동체의 구성원으로서 공동체의 유지와 다른 구성원들의 생명, 신체 등 권익을 존중하고 보장하기 위하여 납세, 병역, 준법 기타 필요한 사회적 책무를 부담하고 있다. 그런데 수형자는 범죄를 저지른 대가로 유죄의 확정판결을 받고 외부세계와 격리, 차단되어 구금된 자들이다. 즉, 이들은 반사회적 성향을 표출함으로써 국가 및 사회, 그리고 공동체의 다른 구성원에 대하여 현실적으로 중대한 위해를 가함으로써 사회질서를 파괴하고 공동체의 안전에 해를 끼친 사람들이다.

이 사건 법률조항은 공동체구성원으로서 반드시 지켜야 할 이러한 기본적 의무를 저버린 행위자에게까지 그 공동체의 운용을 주도하는 통치조직의 구성에 직·간접으로 참여토록 하는 것은 바람직하지 않다는 기본적 인식과 이러한 반사회적 행위에 대한 사회적 제재의 의미를 갖고 있다. 즉, 공동체구성원으로서의 의무를 저버리고 공동체의 유지에 해를 가한 사람들에게는 다른 공동체구성원들과 똑같은 권리를 모두 부여할 수는 없다는 이념에 기초하고 있는 것이다.

2) 한편, 선거권의 행사를 위하여는 그 전제로 충분한 정보가 제공되어야 한다. 즉 후보자가 누구인지, 후보자의 정견은 무엇인지, 정당의 정책과 공약은 무엇인지 등에 대한 충분한 정보가 있어야 선거권을 공정하고 정당하게 행사할 수 있다. 그런데 일정한 시설에 격리 수용되어 있는 수형자들에게 그와 같은 충분한 정보의 제공은 현실적으로 어렵다고 할 것이다.

수형자가 다른 사람과 접견하고자 할 때에는 교도소등의 장(이하 "소장"이라 한다)의 허가를 받아야 하고(행형법 제18조), 다른 사람과 서신을 주고받을 때에도 소장의 허가를 받아야 할 뿐만 아니라 동 서신은 소장이 검열할 수 있고(동법 제18조의2), 3) 외부와의 전화통화의 경우에도 수용목적의 달성에 지장을 주지 아니하는 범위 안에서 소장의 허가

3) 헌법재판소는 "(미결)수용자의 증거인멸이나 도망을 예방하고 교도소내의 질서를 유지하여 구금제도를 실효성 있게 운영하고 일반사회의 불안을 방지하기 위하여 수용자의 서신에 대한 검열은 그 필요성이 인정된다고 할 것이고, 이로 인하여 수용자의 통신의 비밀이 일부 제한되는 것은 질서유지 또는 공공복리라는 정당한 목적을 위하여 불가피한 최소한의 제한으로서 헌법에 위반된다고 할 수 없다."고 판시한 바 있다(헌재 1995. 7. 21. 92헌마144, 판례집 7-2, 94, 104-105).

를 얻어서 할 수 있다(동법 제18조의3). 또한 수형자는 자비부담으로 신문 또는 도서의 구매 및 열람을 신청할 수 있으나 수형자가 신청한 신문 또는 도서의 내용이 교도소 등의 안전과 질서를 해하거나 교화상 특히 부적당하다고 인정되는 등의 사유가 있는 경우에는 소장은 이를 허가하지 않을 수 있으며(동법 제33조), 4) 라디오 청취 및 텔레비전 시청의 경우에도 교도소 등의 안전과 교화상 필요한 경우에는 소장은 이를 제한할 수 있다(동법 제33조의2, 동법시행령 제114조).

이러한 법령상의 제한으로 말미암아 수형자들은 불가피하게 선거와 관련된 충분한 정보 자료를 제공받을 수 없게 마련이어서 이들에게 과연 적정한 투표가 가능할지 의문스러운 점이 있다.

3)나아가 수형자들에게 선거권을 부여하는 경우 실제적인 선거권 행사방식은 부재자투표의 방식, 즉 수형자에게 부재자투표용지를 발송하고 수형자가 기표 후에 이를 밀봉하여 발송하는 방식이 될 수밖에 없다. 그런데 구금시설내의 부재자투표를 인정하게 되면 다음과 같은 부작용을 초래할 수 있다.

즉, 수형자는 교정시설의 관리자에 대하여 열세적 지위에 있을 수밖에 없기 때문에 교정시설의 관리자가 수형자에 대하여 특정 정당이나 후보자에게 투표할 것을 강요하는 경우 수형자로서는 이를 거부하기가 매우 어렵고, 교정시설의 관리자가 외부정보를 통제하여 특정 정당이나 후보자에게 유리한 정보만을 수형자에게 전달하여 주는 경우 수형자의 정치적 의사형성은 왜곡될 수밖에 없게 되어 선거의 공정성을 해칠 우려가 있다. 뿐만 아니라 수형자가 부재자투표 봉투에 개인적 서신을 넣어 발송함으로써 외부에 있는 공범자 등에게 연락을 취할 수 있게 될 것이고, 이는 형벌집행의 실효성 확보에 부정적인 영향을 미칠 수 있다고 할 것이다.

또한, 수형자들은 반사회적 성향을 가지고 있는 경우가 허다하고 처벌을 받는 것에 대한 강한 불만을 품고 있어 수형자의 정치적 의사표현이 정당하게 형성되지 않을 개연성이 있다. 그러므로 지극히 예외적인 경우이기는 하나 근소한 표 차이로 당락이 결정되는 경우에 정당하게 형성된 정치적 의사를 갖고 있지 않는 수형자들이 결정권을 행사할 수도 있다는 납득하기 어려운 현상이 야기될 수도 있다.

4) 헌법재판소는 신문에서 수용자 관련 범죄 기사를 삭제한 처분에 대하여 "교화상 또는 구금목적에 특히 부적당하다고 인정되는 탈주·선동 등에 관한 기사 삭제는, 수용자가 과밀하게 수용되어 있는 현 구치소의 실정과 과소한 교도인력을 볼 때 위와 같은 기사가 (미결)수용자에게 전달되면 구치소내의 질서유지와 보안을 어렵게 할 우려가 있음을 고려한다면 수용질서를 위한 청구인의 알 권리에 대한 최소한의 제한이라고 볼 수 있으며, 이로써 침해되는 청구인의 위 기사들에 대한 정보획득의 권리와 그러한 기사삭제를 통해 얻을 수 있는 구치소의 질서유지와 보안에 대한 공익을 비교할 때 청구인의 알 권리를 과도하게 침해하는 것은 아니다."라고 판시하였다(헌재 1998. 10. 29. 98헌마4, 판례집 10-2, 637, 645-648 참조).

4) 이와 같이 공동체 구성원으로서의 책무를 이행하지 아니하고 오히려 그 의무에 반하여 공동체의 안전을 파괴하고 다른 구성원들의 생명·신체·재산을 위협한 사람들에게 일정한 기간 구금을 명하고 구금시설인 교도소 등의 질서와 수형자의 교화를 위하여 필요한 제한을 가하는 한편, 선거권의 행사를 위하여 필요한 정보의 제공이 현실적으로 어려운 수형자에게 그 기간 동안 공민권의 행사를 정지시키는 것은 형벌집행의 실효성 확보와 선거의 공정성을 위하여 입법자가 일응 추구할 수 있는 것으로서 입법목적의 정당성이나 방법의 적정성을 충족시킨다고 할 것이다.

(나) 피해의 최소성 및 법익의 균형성

또한, 이 사건 법률조항은 형사처벌을 받은 모든 사람에 대하여 무한정 선거권을 제한하는 것이 아니라 금고 이상의 형의 선고를 받은 자에 대하여 그 집행이 종료되지 아니한 경우에 한하여 선거권을 제한하고 있다. 바꾸어 말하면, 어느 정도 중대한 범죄를 범하여 사회로부터 격리되어 형벌의 집행을 받는 등 선거권을 제한함이 상당하다고 인정되는 경우만으로 한정되며, 내용적으로도 그 불이익은 금고보다 가벼운 형벌인 자격상실이나 자격정지의 한 효과에 불과하다. 그리고 형법 제43조에 따라 금고 이상의 형을 받은 중범죄자에 대해 당연히 그 자격을 상실·정지시키는 형을 부가하는 것이 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임에 비해 지나치게 가혹하여 현저히 형벌체계상의 균형을 잃고 있거나 그 범죄에 대한 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈한 것이라고 단정할 수 없는바, 그러한 한에서 이 사건 법률조항에 의한 제한이 입법자의 재량의 범위를 벗어나 현저하게 불합리하고 불공정한 것이라고 볼 수도 없다.

결국 수형자가 선거권을 행사하지 못하는 것은 수형자 자신의 범죄행위로 인한 것으로서 자신의 책임으로 인하여 일정한 기본권제한을 받는 것이므로, 수형자의 선거권 제한을 통하여 달성하려는 선거의 공정성 및 형벌집행의 실효성 확보라는 공익이 선거권을 행사하지 못함으로써 입게 되는 수형자 개인의 기본권침해의 불이익보다 크다고 할 것이어서 그 법익간의 균형성도 갖추었다고 할 것이다.

(다) 이와 같이 이 사건 법률조항은 과잉입법금지의 원칙을 위배하였다고 보기 어렵고, 그 밖에 앞에서 본 바와 같이 독일 이외의 대부분의 나라에서 형의 선고와 관련하여 이 사건 법률조항과 비슷한 유형의 선거권 결격사유를 규정하고 있는 외국의 입법례에 비추어 보더라도 특별히 헌법에 위반된다고 볼 수 없다고 할 것이다.

5. 결론

이상 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항으로 말미암아 청구인의 선거권 등 기본권이 제

한되었다고 하더라도 이를 두고 과잉금지원칙에 어긋난 위헌적인 법률조항이라고는 볼 수 없다고 할 것이므로 청구인의 청구를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 김영일의 아래 6.과 같은 반대의견(위헌의견)이 있는 외에는 나머지 관여재판관 전원의 일치된 의견에 따른 것이다.

6. 재판관 김영일의 반대의견

다수의견은 이 사건 법률조항이 청구인의 선거권 등 기본권을 침해하는 것이라고 볼 수 없다고 판단하여 청구인의 심판청구를 기각하였다. 나는 이 사건 법률조항이 청구인의 선거권, 평등권 등 기본권 및 보통선거의 원칙을 침해하는 것으로 헌법에 위반되는 것이라고 보는 바이므로 그 이유를 다음과 같이 밝힌다.

가. 선거제도의 기본원칙과 입법재량

다수의견은 헌법 제24조가 선거권을 규정하면서 선거권의 행사에 관한 구체적인 사항을 입법사항으로 위임하고 있음을 근거로 특히 선거제도의 기본원칙에 관한 사항의 규율에 대하여도 입법자에게 넓은 입법재량이 인정되는 것을 논의의 기본전제로 삼고 있는 것으로 판단된다. 그러나 이는 우리 헌법의 해석상 인정되기 어려운 전제라고 할 것이다.

(1)우리 헌법은 제1조 제2항에서 "대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다."고 규정함으로써 국민주권의 원리를 천명하고 있다. 민주국가에서 주권자인 국민은 선거를 통하여 직접적으로는 국가기관의 구성원을 선출하고 간접적으로는 여하한 정부를 원하느냐에 관한 의사를 표시한다. 선거는 오늘날의 대의민주주의에서 국민이 주권을 행사할 수 있는 가장 중요한 방법으로서 선거를 통하여 국민은 선출된 국가기관과 그의 국가권력의 행사에 대하여 민주적 정당성을 부여한다. 이와 같이 선거 등의 방법으로 국민이 국정에 참여하는 권리는 국민주권의 상징으로서 국민의 가장 중요한 기본적인 권리의 하나이며 다른 기본권에 대하여 우월적인 지위를 가지는 불가침의 권리이다(헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 208 참조).

(2)우리 헌법 제24조는 "모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다."라고 규정하여 모든 국민에게 선거권을 기본권으로서 인정하고 있으며, 또한 선거제도의 기본원칙으로서 보통·평등·직접·비밀선거의 원칙을 명시하고 있다(헌법 제41조 제1항, 제67조 제1항). 이와 같은 선거제도의 기본원칙을 헌법에서 규정하고 있는 것은 국민 각자의 인격의 존엄성을 인정하고 그 개인을 정치적 단위로 모든 사람에게 자유로운 선거와 참여의 기회를 균등하게 보장하기 위한 것이므로 입법자의 입법형성권행사에도 당연히 준수되어야 한다(헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 211 참조).

(3)이상에서 살펴본 선거 및 선거권이 갖는 의미에 비추어 볼 때, 헌법 제24조에서 정한 선거권의 구체적인 사항에 관한 법률유보의 성격은 기본권형성적인 것으로서 선거권을 실현하고 보장하기 위한 점에 그 중심이 있는 것이지 선거권을 제한하기 위한 것은 아니라고 할 것이다. 따라서 입법자는 그의 입법형성권한에 의하여 선거관계법을 제정하는 경우에 국민의 선거권이 부당하게 제한되지 않도록 하여야 함은 물론 특히 헌법에 명시된 선거제도의 기본원칙을 엄격하게 준수하여야 할 것이다. 우리 헌법의 제정자는 특히 위 선거제도의 기본원칙을 규정하면서 헌법 제24조의 선거권의 규정과는 달리 별도의 법률유보문언을 두지 않음으로써 선거제도의 기본원칙의 준수여부가 입법자의 재량사항이 될 수 없다는 점을 명확히 하고 있다. 따라서 선거권의 제한 특히 선거제도의 기본원칙에 어긋나는 선거권제한입법을 하기 위해서는 기본권제한입법에 관한 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 엄격히 준수하여야 할 것이다.

나. 이 사건 법률조항의 과잉금지원칙위반여부

(1)이 사건 법률조항은 우리 헌법이 보장하는 선거제도의 기본원칙 가운데 보통선거의 원칙을 제한하는 법률조항이다. 보통선거의 원칙이란 선거권자의 능력, 재산, 사회적 지위 등의 실질적인 요소를 배제하고 성년자이면 누구라도 당연히 선거권을 갖는 것을 요구하며, 정치적·경제적 또는 사회적인 이유로 특정한 국민으로 하여금 선거권과 피선거권을 행사할 수 없도록 하여서는 아니 된다고 하는 원칙이다. 보통선거의 원칙에 위배되는 선거권제한입법을 하기 위해서는 앞서 살펴 본 바와 같이 기본권제한입법에 관한 헌법 제37조 제2항의 규정에 따라야 한다(헌재 1999. 1. 28. 97헌마253등, 판례집 11-1, 54, 60 참조)

(2)이 사건 법률조항의 입법목적의 정당성 및 방법의 적정성 여부에 관하여 보기로 한다.

가)다수의견은 이 사건 법률조항이 범죄를 저지른 대가로 유죄의 확정판결을 받고 구금된 자들에 대한 사회적 제재로서의 의미에 그 입법 목적을 갖고 있다고 판단하고 있다. 그러나 다수의견이 제시하는 바와 같은 입법목적은 우리 헌법이 허용하는 정당한 입법목적이라고 보기 어렵다.

오늘날 국가와 수형자와의 관계는 더 이상 명령에 대한 복종만이 존재하는 일방적인 관계가 아니다. 법치국가원리의 예외 없는 관철을 기초로 하는 오늘날의 자유민주적 헌법질서하에서는 수형자도 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 형벌로서의 자유박탈 이외에는 일반국민과 마찬가지로 권리의무를 갖는 법적 주체인 지위가 인정되고 있다. 국가는 수형자가 석방 후에 정상적이며 자유로운 사회생활에 복귀하도록 해주기 위한 목적을 위하여 교도행정을 수행하여야 하며, 따라서 수형자에 대한 기본권제한조치는 그것이 그와 같은 재사회화의 목적에 부응하는 것일 때 정당화 될 수 있다. 5[주5]

행형의 기본적인 사항을 규율하고 있는 행형법에서 그 목적을 수형자의 재사회화에 두고 있으며, 이 법을 집행함에 있어 수형자의 기본권을 최대한 존중하여야 함을 강조하는 것도 같은 이유 때문이라고 할 것이다(행형법 제1조, 제1조의3 참조).

그렇다면 비록 실정법을 위반하여 자유형의 처분을 받고 있는 수형자의 지위에 있는 자라고 할지라도 정상적이며 자유로운 사회생활에 복귀하기 위한 목적에 부응하거나 수반하는 것이 아닌 기본권제한조치는 헌법적으로 허용될 수 없다고 할 것이며, 범죄인의 반사회적 행위에 대한 사회적 제재를 위하여 수형자의 자유박탈 이외에 별도의 기본권인 선거권을 제한하고 있는 이 사건 법률조항은 그 목적이 정당한 것이라고 하기 어렵다.

나)가사 다수의견이 '기본적인 인식'이라고 밝히고 있는 "범죄자가 공동체의 운용을 주도하는 조직의 구성에 직·간접으로 참여하는 것의 방지"를 이 사건 법률조항의 입법목적으로 풀이한다고 하더라도 기본권을 제한하기 위한 입법목적으로는 정당한 것이라고 보기 어렵다.

오늘날 자유민주주의헌법질서하에서의 선거란 경쟁과 다수결에 의한 통치기관의 구성원리이다. 선거에 의하여 통치기관을 구성함으로써 결정되는 국민의 의사는 결국 다수자측, 자신들을 다수자로 인정하게 만드는 데 성공한 집단의 의사에 다름 아니다. 이와 같은 국민의 의사는 다수자의 의견에 반대한 소수집단에게도 구속력을 갖게 되는데, 그 구속력의 정당성을 지탱하는 기초가 바로 보통선거의 원칙이라고 할 것이다. 즉, 보통선거의 원칙은 다수결의 한계원리로서 기능하는 동시에 다수결원리에 정당성과 생명력을 불어넣는 기능을 하는 것이다.

이와 같은 보통선거원칙의 보장이 없다면 우리가 다수결의 원리로써 달성하고자 하는 민주주의는 달성될 수 없다. 다수는 권력획득을 위한 최소한의 권리인 선거권도 보장되지 않는 소수자의 지위로 추락할 가능성에 대한 공포로 인하여 다수의 힘을 더욱 남용하려 할 것이고, 소수는 그 최소한의 권리를 찾는 수단으로서 다수결의 절차를 따르기보다는 폭력에 호소할 것이기 때문이다. 따라서 보통선거의 원칙 및 그 원칙에 기초한 선거권의

5) 1955. UN의 범죄방지 및 범죄인처우에 관한 회의에서 채택된 피구금자처우최저기준규칙(Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners) 제58조에서는 "구금형 및 범죄자를 외부로부터 격리시키는 그 밖의 처분은 범죄자의 자유를 박탈함으로써 자기결정의 권리를 빼앗는 것이며 바로 이 사실이야말로 그들에게 고통을 주는 것이다. 그러므로 교정제도는 정당한 이유에 근거한 분리구금 또는 규율유지를 수반하는 경우를 제외하고는 이와 같은 상태에 있는 고유한 고통을 그 이상으로 증대시켜서는 아니된다."고 규정하고 있으며, 같은 규칙 제58조는 "구금형 또는 이와 유사한 자유박탈처분의 목적 및 이유는 궁극적으로는 사회를 범죄로부터 보호함에 있다. 이 목적은 범죄자가 사회에 복귀한 후 준법적이고 자립적인 생활을 스스로 의욕할 뿐 아니라, 그러한 능력을 가지도록 하게 하기 위하여 그 구금기간을 가능한 한 이용하여야만 비로소 달성될 수 있다."고 규정하고 있다(법무자료 외국교정관계법령집(Ⅱ), 법무부, 33면).

보장은 우리 공동체의 통합과 민주주의의 실현을 위한 최소한의 조건이다. 선진 민주주의 국가들의 선거법발전의 역사는 보통선거원칙의 관철을 위한 투쟁의 역사라고 할 수 있으며 역사가들이 그 투쟁의 역사를 민주주의발전의 역사와 동일시하는 것은 바로 이 때문이라고 할 것이다. 우리 헌법이 규정하고 있는 보통선거의 원칙은 바로 그 투쟁의 기초 위에 서 있는 자유민주주의헌법질서의 핵심적 기본가치인 것이다.

이와 같은 보통선거의 원칙의 의미에 비추어 볼 때, 실정법을 준수하지 아니한 자들에게 신체의 자유의 제한을 통하여 실정법의 구속력을 강제하는 것은 가능하다고 할 것이지만, '범법자의 부도덕하고 반사회적인 가치관'으로부터 공동체를 보호한다는 명분은 자유민주주의헌법 질서 하에서의 선거권을 제한 내지 박탈하는 이유로서 충분한 것이라고 하기 어려울 뿐 아니라, 보통선거원칙의 본질에 대한 침해라고 아니 할 수 없다.

다)다수의견은 현행 법령에 의하면 교정시설에 수용된 수형자에 대하여 수용목적의 달성과 교정시설의 안전과 질서를 해할 우려가 있는 정보를 차단하기 위하여 서신에 대하여 검열을 하고, 신문의 열람·방송의 시청 등이 제한될 수 있다는 점을 수형자의 선거권을 제한하는 논거로 들고 있다.

다수의 수형자를 집단으로 관리하는 시설로서 규율과 질서유지가 필요한 교정당국으로서 수형자의 통신의 자유 등을 제한할 수밖에 없고, 그러한 점에서 수형자들이 갖게 되는 정보에 한계가 있을 수 있다는 점을 긍정하지 못하는 바는 아니다.

그러나 수형자가 그 신분으로 인하여 통신의 자유, 알권리 등의 기본권을 제한당한다고 하여 그와 별개의 기본권인 선거권까지 제한할 수 있다는 사유방식은 기본권을 최대한 보장하여야 하는 국가의 의무에 기초하고 있다고 보기는 어렵다.

우리 헌법이 보장하는 인간의 존엄과 가치 및 기본권은 단순히 헌법에 규정된 권리에 그치는 것이 아니라, 우리 헌법이 지향하는 궁극적인 목적이다. 따라서 헌법에 의하여 만들어진 국가기관들은 헌법에 의하여 부여된 국가권력을 행사하면서 국민의 기본권을 최대한 보장하도록 노력하여야 한다. 만일 선거권을 행사하기에 정보가 부족한 점이 문제되는 경우라면 국가기관으로서 수형자의 통신의 자유, 알권리 등을 제한하는 근거가 되는 공익과 선거권 및 보통선거원칙의 가치를 형량 함으로써 가급적 양자를 조화하여 기본권을 최대한 실현시키는 방법을 선택해야 하는 것이다. 만일 그와 같은 이익형량의 과정을 생략한 채 쉽사리 선거권을 박탈하거나 정지시키는 방법을 선택하였다면 그것은 우리 헌법이 예정하는 기본권보장의 정신에 합치하는 선택이라고 하기 어려울 뿐 아니라, 다수의견이 제시한 입법목적 달성에 정당한 방식이라고 하기도 어렵다.

또한 현행 공직선거및선거부정방지법 제154조의 규정에 의하면 구·시·군 선거관리위원회는 부재자신고인명부에 올라있는 선거인에게 투표용지와 함께 선거공보와 후보자가 작성

한 후보자의 정견, 경력, 기타 홍보에 필요한 사항을 기재한 소형인쇄물 등을 송부할 수 있도록 규정하여 부재자신고 선거인에게 선거권행사에 필요한 정보를 발송할 수 있도록 규정하고 있다. 또한 현행 행형법 제33조 제1항은 "수용자는 자비부담으로 신문 또는 도서의 구매 및 열람을 신청할 수 있다."고 규정하고, 그 제2항은 "... 수용자가 신청한 신문 또는 도서의 내용이 교도소 등의 안전과 질서를 해하거나 교화상 특히 부적당하다고 인정되는 등의 사유가 없는 한 당해 소장은 그 구매 및 열람을 허가하여야 한다."고 규정하고 있다. 또한 같은 법 제33조의2에서는 "소장은 수용자에게 대통령령이 정하는 바에 의하여 라디오의 청취와 텔레비전시청을 하게 할 수 있다."고 규정하고 있다. 이와 같은 현행법의 규정에 따라 수용목적의 달성과 교정시설의 안전과 질서를 해할 우려가 있는 정보 이외의 정보가 수형자들에게 제공된다고 한다면 그 정도의 정보가 선거권을 행사하기에 불충분한 정보라고는 단정하기 어렵다고 할 것이다.

라)다수의견은 수형자의 교정시설관리자에 대한 열세적 지위로 인하여 수형자의 정치적인사형성이 왜곡될 수 있다는 점을 선거권제한의 다른 하나의 근거로 삼고 있다. 그러나 수형자의 열세적 지위가 선거의 공정성에 미치는 영향은 과거 권위주의정권시절하에서는 우려할 만한 것이었는지 알 수 없으나, 공무원들도 개인적으로 다양한 정치세력을 선호하고 투표하는 오늘날의 정치문화하에서 가능한 일인지 의문이며, 그 우려가 있다고 하여도 수형자의 선거권을 박탈 내지 정지시킬 충분한 근거가 될 수 있는 것은 못된다. 선거의 공정성을 책임져야 할 주체는 수형자가 아니라 국가이기 때문이다.

다수의견은 그 밖에 수형자들의 반사회적 성향을 근거로 이들이 현재의 기득권층에 대한 불만을 표출함으로써 이른바 정치신인에게 무조건적인 지지투표를 할 개연성을 그 선거권제한의 근거로 들고 있다. 그러나 그와 같은 개연성의 존재유무는 별론으로 하더라도, 그와 같은 투표성향은 자유민주주의헌법질서하에서 선거가 수행하는 정당한 기능이라고 할 수 있을 뿐, 선거의 공정성을 저해하는 것이라고는 이해하기 어려우며, 자유민주주의적인 선거제도를 유지하는 한, 이와 같은 투표를 방지하여야 할 아무런 공익도 발견하기 어려울 뿐 아니라, 그와 같은 투표경향이 예상된다는 이유로 선거권을 박탈 내지 정지하는 논리가 어떻게 가능한 것인지 의아스러울 뿐이다.

(3)이 사건 법률조항의 침해의 최소성 및 법익균형성원칙 위반여부에 관하여 보기로 한다.

가)이 사건 법률조항은 범죄의 종류나 내용을 불문하고 범죄행위로 금고 이상의 형의 선고 받고 집행이 종료되지 아니한 자는 당연히 선거권의 행사가 정지되도록 규정하고 있다. 그런데 같은 금고 이상의 형의 선고를 받은 경우라고 하여도 범죄의 종류, 죄질, 내용이 지극히 다양하다고 할 것이다.

살피건대, 이 사건 법률조항의 입법목적은 다수의견과 같이 보는 경우에 그 입법목적이 정당한 입법목적이라고 하기 어렵다는 점에 관하여는 앞서 살펴본 바와 같다. 다만, 건전

한 선거기능의 보호라는 공익을 위하여 일정한 수형자에 대하여 선거권을 제한하는 것은 허용된다고 할 것이나, 이는 선거의 공정성을 해하는 일정한 선거관련범죄를 저지른 수형자 및 교정시설 내에서의 선거절차에 즈음하여 그 선거기능을 저해하거나 교정시설의 질서를 문란하게 할 현저한 위험이 있는 자의 경우로 한정하여 규정하였어야 할 것이며, 이 경우에도 역시 그 판단기준은 당해 수형자의 책임 및 불법의 정도가 아니라, 교정시설의 질서유지 및 공정하고 자유로운 선거기능에 미치는 위험성의 정도라고 할 것이다.

그렇다면 입법자로서는 금고 이상의 유죄판결의 확정에 따른 선거권의 정지의 사유로서 금고 이상의 형의 선고로 받은 모든 범죄를 포괄하여 규정할 것이 아니라, 입법목적에 달성함에 반드시 그 선거권의 제한이 필요하다고 판단되는 수형자의 유형 등으로 그 범위를 가급적 한정하여 규정함이 마땅하였으며, 이와 같은 방식으로 규정함이 최소침해성의 원칙에 따른 기본권제한방식이라고 할 것이다.

그런데 이 사건 법률조항은 모든 금고 이상의 형집행 중의 수형자를 구별하지 아니하고 선거권행사가 정지되는 것으로 규정하고 있는바, 이는 최소침해성의 원칙에 어긋나는 기본권제한방식이라고 할 것이다.

나)또한 이 사건 법률조항은 다음과 같은 이유로 공익과 사익이 적절한 균형을 이루고 있다고 할 수 없어 법익균형성원칙에 위반되는 입법이라고 할 것이다.

선거제도의 기본원칙 중의 하나인 보통선거의 원칙에 따른 선거권의 보장은 선거를 통하여 통치기관을 구성하고 그에 정당성을 부여하는 국민주권 및 대의민주주의를 실현하는 핵심적인 수단이라는 점에서 아주 중요한 기본권 중의 하나라고 할 것이다. 또한 이에 대한 자의적인 제한은 국민주권에 바탕을 두고 자유·평등·정의를 실현시키려는 우리 헌법의 민주적 가치질서를 직접적으로 침해하게 될 위험성이 크다는 점에 비추어 선거권의 최대한의 보장 그 자체가 해당 기본권주체의 사익이기에 앞서 중대한 공익이라고 할 것이다.

이에 반하여 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 집행을 종료하지 아니한 모든 수형자의 선거권을 제한하는 이 사건 법률조항으로서 달성하려는 공익은 선거의 공정성 내지는 교정시설의 질서유지라고 풀이할 수 있을 것이나, 입법자가 이 사건 법률조항에 대한 입법을 하면서 그와 같은 공익을 선거권이라는 수형자의 기본권 및 그 기본권보장이 담고 있는 공익 등과 적절하게 조화시킨 것이라고 보기 어렵다.

다. 결국 다수의견이 밝힌 이 사건 법률조항의 입법목적은 선거권 및 보통선거원칙을 제한하기 위한 정당한 입법목적이라고 할 수 없다. 또한 이 사건 법률조항의 입법 목적을 우리 헌법이 허용하는 한계 내의 정당한 목적으로 고쳐 살피는 경우 이 사건 법률조항은 범죄의 종류와 내용을 가리지 않고 모든 금고 이상의 형의 선고를 받은 수형자가

선거권을 행사하지 못하도록 규정함으로써 입법목적 달성을 위하여 필요한 최소한의 정도를 넘어 청구인들의 기본권을 과도하게 제한하였고, 공직선거제도의 공정성이라는 공익과 수형자의 선거권이라는 기본권을 적절하게 조화시키지 못하고 과도하게 선거권 및 보통선거의 원칙, 그리고 보통선거원칙이 실현하고 있는 평등원칙을 침해하였다고 볼 수 밖에 없다.

이상의 이유로 나는 이 사건 법률조항은 위헌으로 선고되어야 한다고 보는 바이다.

재판관 윤영철(재판장) 김영일 권성 김효종 김경일 송인준(주심) 주선회 전효숙

11

100만원 이상의 벌금형으로 공직퇴임의 기준이 되는 공직선거법 제18조 및 제19조의 공무담임권 등 침해 여부

■ 정치자금법 제57조 등 위헌확인, 2008. 1. 17. 2006헌마1075 ■

【판시사항】

국회의원 당선자가 정치자금을 불법수수하여 100만 원 이상 벌금형을 받은 경우 당연퇴직하도록 한 정치자금법 제57조 해당 부분, 국회법 제136조 제2항 중 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’ 제19조 제1호, 제18조 제1항 제3호 준용 부분이 국회의원 당선자의 공무담임권이나 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

심판대상조항은 불법적인 정치자금 수수를 예방하고, 금권·타락선거를 방지하고 선거의 공정성과 공직의 청렴성을 확보하기 위한 것이며, 정치자금을 부정수수한 범죄는 공직선거의 공정성을 침해하는 행위로서 공직의 계속수행에 대한 국민적 신임이 유지되기 어려울 정도로 비난가능성이 크고, 법관이 100만 원 이상의 벌금형을 양정함에 있어서는 형사처벌뿐만 아니라 공직의 계속수행 여부에 대한 합리적 평가를 하게 되며, 기본적으로 선거법이나 정치자금법 위반에 대하여 어떤 신분상 제재를 할 것인지에 대해서는 입법자의 정책적 재량이 존중되는 것이다. 따라서 심판대상조항은 청구인의 공무담임권이나 평등권을 침해하는 것이라 볼 수 없다.

재판관 김희옥, 재판관 김종대의 반대의견

심판대상조항은 국회의원직의 상실 여부를 법률 스스로 정하지 아니하고 단지 100만 원 벌금형이라는 객관적이거나 합리적 근거가 없는 기준만으로 법관의 과도한 재량에 위임하고 있는데, 이는 국회의원직의 상실이라는 중차대한 기본권 제한 및 국민주권과 민주주의의 중요한 제약을 위한 적정한 방법이라고 볼 수 없어 청구인의 공무담임권(참정권)을 침해한다.

【심판대상조문】

정치자금법(2005. 8. 4. 법률 제7682호로 개정된 것) 제57조(정치자금범죄로 인한 공무담임 등의 제한) 제45조(정치자금부정수수죄)에 해당하는 범죄로 인하여 징역형의 선고를 받은 자는 그 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 또는 그 형의 집행이 종료되거나 면제된 후 10년간, 형의 집행유예의 선고를 받은 자는 그 형이 확정된 후 10년간, 100만 원 이상의 벌금형의 선고를 받은 자는 그 형이 확정된 후 5년간 「공직선거법」 제266조(선거범죄로 인한 공무담임 등의 제한) 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 직에 취임하거나 임용될 수 없으며, 이미 취임 또는 임용된 자의 경우에는 그 직에서 퇴직된다.

국회법 제136조(퇴직) ① 생략

② 의원이 법률에 규정된 피선거권이 없게 된 때에는 퇴직된다.

【참조판례】

헌재 1993. 7. 29. 93헌마23, 판례집 5-2, 221

헌재 1997. 3. 27. 96헌바86, 판례집 9-1, 325, 332

헌재 2000. 12. 14. 99헌마112등, 판례집 12-2, 399, 407

헌재 2005. 10. 27. 2004헌바41, 판례집 17-2, 292, 303

【당 사 자】

청 구 인 안○엽

대리인 법무법인 태평양

담당변호사 오세립 외 3인

【주 문】

청구인의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 2004. 4. 15. 실시한 제17대 국회의원 선거에서 ○○시 선거구 열린우리당 후보자로 출마하여 당선되었으나, 구 ‘정치자금에 관한 법률’에서 정하지 아니한 방법으로 최○선으로부터 2004. 3. 29.경 현금 2천만 원을, 같은 해 4. 23.경 미화 2만달러를, 같은 해 10. 4.경 미화 3천달러를 각 기부받았다는 혐의로 기소되어, 2005. 9. 22. 서울중앙지방법원에서 벌금 300만원의 형을 선고받았다(2005고합247). 이에 청구인은 항소하였던바 2006. 7. 1. 서울고등법원에서 일부 공소사실에 대한 무죄 선고와 함께 나머지 공소사실에 대하여 벌금 300만 원의 형을 선고받았고(2005노2170), 대법원에 상고하였으나 2006. 11. 10. 기각되었다(2006도5253).

(2) 구 ‘정치자금에 관한 법률’(2005. 8. 4. 법률 제7682호로 ‘정치자금법’으로 개정되기 전의 것) 제30조(정치자금 부정수수죄) 제1항은 동법에 정하지 않은 방법으로 정치자금을 기부받은 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하였고, 제33조의6은 위 제30조 해당 범죄로 100만 원 이상의 벌금형을 선고받은 자는 그 형이 확정된 후 5년간 해당 공직에 취임하거나 임용될 수 없으며 이미 취임 또는 임용된 자는 그 직에서 퇴직한다고 규정하였다.

한편, 2005. 8. 4. 개정된 정치자금법 제57조는 ‘제45조’(구 ‘정치자금에 관한 법률’ 제30조에 해당)에 해당하는 범죄로 인하여 100만 원 이상의 벌금형을 선고받은 자에 대하여 마찬가지로의 규정을 두고 있다.

또 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 ‘공직선거법’으로 개정되기 전의 것) 제19조 제1호는 선거권이 없는 자는 피선거권이 없다고 규정하였으며, 제18조 제1항 제3호는 ‘정치자금에 관한 법률’ 제30조에 규정된 죄를 범한 자로서 100만 원 이상의 벌금형의 선고를 받고 그 형이 확정된 후 5년을 경과하지 아니한 자는 선거권이 없다고 규정하였다.

한편, 국회법 제136조 제2항은 국회의원이 법률에 규정된 피선거권이 없게 된 때에는 퇴직한다고 규정하고 있다.

위 조항들에 근거하여 청구인은 국회의원직에서 퇴직하게 되었다.

(3) 청구인은 정치자금법 제57조 및 공직선거법 제18조 제1항 제3호 중 ‘정치자금법 제45조(정치자금부정수수죄)’ 부분과 구 ‘정치자금에 관한 법률’ 제33조의6 및 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’ 제18조 제1항 제3호 중 ‘정치자금에 관한 법률 제30조(정치자금 부정수수죄)’ 부분이 청구인의 공무담임권 등을 침해한다며 2006. 9. 20. 이 사건 헌법소원심판을

청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건에서는 심판대상을 직권으로 다시 확정할 필요가 있다.

(1) 정치자금법 제57조는 구 ‘정치자금에 관한 법률’ 제33조의6과 동일한 내용을 규정하고 있는데, 청구인에 대한 100만 원 이상의 벌금형이 확정된 때인 2006. 11. 10.은 구 ‘정치자금에 관한 법률’이 정치자금법으로 개정된 2005. 8. 4. 후이므로, 정치자금법 제57조는 청구인이 국회의원직에서 당연퇴직하게 된 근거조항이 된다. 다만 정치자금법 제57조는 100만 원 이상의 벌금형 등의 선고를 받으면 그 형이 확정된 후 5년간 공직선거법 제266조 제1항 각 호에 해당하는 직에 취임하거나 임용될 수 없으며 이미 취임 또는 임용된 자의 경우에는 그 직에서 퇴직된다고 규정하고 있어 적용대상이 광범위하므로, 이 사건 심판대상은 정치자금법 제57조 중에서도 ‘100만 원 이상 벌금형의 선고를 받은 경우 국회의원직에서 퇴직되도록 한 부분’이라고 한정함이 상당하다. 심판의 대상을 위와 같이 정하므로 정치자금법으로 개정되기 전의 구 ‘정치자금에 관한 법률’ 제33조의6은 이 사건 심판의 대상에서 제외하기로 한다.

(2) 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 ‘공직선거법’으로 개정되기 전의 것) 제18조 제1항 제3호 중 ‘정치자금에 관한 법률 제30조(정치자금부정수수죄)’ 부분은 이미 폐지된 규정이지만, 2005. 8. 4. 개정된 공직선거법 부칙 제5조(선거권 및 피선거권에 관한 경과조치)에 의하면 “이 법 시행 전에 제18조(선거권이 없는 자) 제1항 제3호의 개정규정에 해당하는 죄를 범한 자의 선거권과 피선거권은 종전의 예에 따른다.”고 되어 있으며, 청구인은 공직선거법 시행 전에 해당 범죄를 범하였으므로 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’ 제18조 제1항 제3호의 적용대상이 된다. 그런데 이 조항은 ‘선거권’을 박탈하는 규정이므로, 선거권이 없는 자는 피선거권이 없다고 규정한 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’ 제19조 제1호 및 피선거권이 없게 된 때 국회의원의 퇴직을 규정한 국회법 제136조 제2항이 함께 관련되어 다뤄져야 한다.

한편 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’ 제18조 제1항 제3호 해당 부분이 청구인에게 적용되는 한 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제18조 제1항 제3호 중 ‘정치자금법 제45조(정치자금부정수수죄)’ 부분은 청구인에게 적용되지 않으므로 이 사건 심판의 대상에서 제외함이 상당하다.

(3) 그러므로 이 사건 심판의 대상은 정치자금법(2005. 8. 4. 법률 제7682호로 개정된 것) 제57조 중 ‘100만 원 이상의 벌금형의 선고를 받은 경우 국회의원직에서 퇴직되도록 한 부분’과, 국회법 제136조 제2항 중 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’(2005. 8. 4. 법률 제

7681호로 ‘공직선거법’으로 개정되기 전의 것) 제19조 제1호에 의한 같은 법 제18조 제1항 제3호(‘정치자금에 관한 법률 제30조에 규정된 죄를 범한 자로서 100만 원 이상의 벌금형의 선고를 받고 그 형이 확정된 후 5년을 경과하지 아니한 자’ 부분에 한정함) 부분이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다(이하 위 심판대상 조항들을 ‘이 사건 조항’이라 표기한다). 이 사건 조항 및 관련 조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

정치자금법(2005. 8. 4. 법률 제7682호로 개정된 것) 제57조(정치자금범죄로 인한 공무담임 등의 제한) ; 제45조(정치자금부정수수죄)에 해당하는 범죄로 인하여 징역형의 선고를 받은 자는 그 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 또는 그 형의 집행이 종료되거나 면제된 후 10년간, 형의 집행유예의 선고를 받은 자는 그 형이 확정된 후 10년간, 100만 원 이상의 벌금형의 선고를 받은 자는 그 형이 확정된 후 5년간 「공직선거법」 제266조(선거범죄로 인한 공무담임 등의 제한) 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 직에 취임하거나 임용될 수 없으며, 이미 취임 또는 임용된 자의 경우에는 그 직에서 퇴직된다.

국회법(1991. 5. 31. 법률 제4385호로 개정된 것) 제136조(퇴직) ② 의원이 법률에 규정된 피선거권이 없게 된 때에는 퇴직된다.

구 공직선거 및 선거부정방지법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되기 전의 것) 제19조(피선거권이 없는 자) 선거일 현재 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 피선거권이 없다.

1. 제18조(선거권이 없는 자) 제1항 제1호·제3호 또는 제4호에 해당하는 자

제18조(선거권이 없는 자) ① 선거일 현재 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 선거권이 없다. <개정 2004. 3. 12.>

3. 선거법, 정치자금에 관한 법률 제30조(정치자금 부정수수죄)에 규정된 죄를 범한 자 또는 대통령·국회의원·지방의회의원·지방자치단체의 장으로서 그 재임 중의 직무와 관련하여 형법(‘특정범죄가중처벌 등에 관한 법률’ 제2조에 의하여 가중처벌되는 경우를 포함한다) 제129조(수뢰, 사전수뢰) 내지 제132조(알선수뢰)·‘특정범죄가중처벌 등에 관한 법률’ 제3조(알선수재)에 규정된 죄를 범한 자로서, 100만 원 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 포함한다)

[관련조항]

구 정치자금에 관한 법률(2005. 8. 4. 법률 제7682호로 개정되기 전의 것) 제33조의6 (정치자금범죄로 인한 공무담임권 등의 제한), 제30조(정치자금부정수수죄)에 해당하는 범죄로 인하여 징역형의 선고를 받은 자는 그 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 또는 그 형의 집행이 종료되거나 면제된 후 10년간, 형의 집행유예의 선고를 받은 자는 그 형이 확정된 후 10년간, 100만 원 이상의 벌금형의 선고를 받은 자는 그 형이 확정된 후 5년간 공직선거법 제266조(선거범죄로 인한 공무담임 등의 제한) 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 직에 취임하거나 임용될 수 없으며, 이미 취임 또는 임용된 자의 경우에는 그 직에서 퇴직된다.

구 정치자금에 관한 법률(2005. 8. 4. 법률 제7682호로 개정되기 전의 것) 제30조(정치자금부정수수죄) ① 이 법에 정하지 아니한 방법으로 정치자금을 기부하거나 기부받은 자(정당·후원회·법인 기타 단체에 있어서는 그 구성원으로서 당해 위반행위를 한 자를 말한다. 이하 같다)는 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 정치자금을 기부하거나 기부받은 자의 관계가 민법 제777조의 규정에 의한 친족인 경우에는 그러하지 아니하다.

정치자금법(2005. 8. 4. 법률 제7682호로 개정된 것) 제45조(정치자금부정수수죄) ①이 법에 정하지 아니한 방법으로 정치자금을 기부하거나 기부받은 자(정당·후원회·법인 그 밖에 단체에 있어서는 그 구성원으로서 당해 위반행위를 한 자를 말한다. 이하 같다)는 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 정치자금을 기부하거나 기부받은 자의 관계가 「민법」 제777조(친족의 범위)의 규정에 의한 친족인 경우에는 그러하지 아니하다.

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제18조(선거권이 없는 자) ①선거일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 선거권이 없다.

3. 선거법, 「정치자금법」 제45조(정치자금부정수수죄) 및 제49조(선거비용관련 위반행위에 관한 벌칙)에 규정된 죄를 범한 자 또는 대통령·국회의원·지방의회의원·지방자치단체의 장으로서 그 재임 중의 직무와 관련하여 「형법」(「특정범죄가중처벌 등에 관한 법률」 제2조에 의하여 가중처벌 되는 경우를 포함한다) 제129조(수뢰, 사전수뢰) 내지 제132조(알선수뢰)·「특정범죄가중처벌 등에 관한 법률」 제3조(알선수재)에 규정된 죄를 범한 자로서, 100만 원 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 포함한다)

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장요지

이 사건 조항에 의하면 법원의 판결에 의해 국회의원의 당연퇴직 여부가 결정되는 것이므로, 국회의원 신분을 법원이 결정하는 것이 되어 국회의 자율권이 침해된다.

이 사건 조항은 청구인의 공무원 신분을 과잉금지의 원칙에 위배하여 박탈시키는 것이므로 공무원임권을 침해한다.

국회에서 국회의원에 대한 징계의 종류로는 공개회의에서의 경고, 공개회의에서의 사과, 30일 이내의 출석정지, 제명 등이 있는데, 100만 원 이하의 벌금형이라는 비교적 가벼운 처벌 대상인 정치자금법위반 사안의 경우 그 위법성의 정도에 따라 위와 같은 제재를 가할 자율성을 부과하는 방식으로 정치자금법위반의 부정행위를 충분히 방지할 수 있는데도, 이러한 선택의 여지를 배제한 채 국회의원의 지위를 박탈하는 이 사건 심판대상 규정은 최소침해성의 원칙에 위반된다.

100만 원의 벌금형이라고 하면 비교적 경미한 범위반이라고 할 것이고 침해되는 공익의 정도도 미약하다고 할 것인데, 청구인은 정치자금을 받은 것이 문제되는 것이 아니라 단지 법에 정한 절차를 준수하지 않았다는 것 때문에 300만 원의 벌금형을 받았는데, 국회의원이 단지 정치자금법을 위반하였다고 하여 그 직을 자동적으로 상실하도록 하는 것은 기본권을 지나치게 제한하는 것이다. 또 죄질이 훨씬 무거워 공익침해의 정도가 심한 뇌물죄의 경우와 정치자금법위반을 동등하게 취급하여 다같이 100만 원 이상의 벌금형을 선고받을 경우 의원직을 상실하게 하는 것은 형평성과 법익침해의 균형성을 상실한 것이다.

정치자금법은 공무원의 선출절차와 전혀 무관하고 정치자금을 양성화하고자 하는 데 목적이 있으므로, 벌금형에 처해질 정도로 비교적 경미한 정치자금법위반의 경우 국회의원직을 당연퇴직하도록 하는 것은 정치자금법의 입법목적과 합리적 연관성을 찾을 수 없으며, 당해 국회의원을 선출한 국민들의 의사에 반하는 측면도 있다.

일정한 자격의 결격사유를 규정하고 있는 많은 다른 법률과는 달리 벌금 100만 원 이상의 벌금형으로 국회의원 자격의 결격사유로 삼고 있는 이 사건 조항은 법체제상의 정당성과 균형성을 상실하여 헌법 제10조 인간으로서의 존엄과 가치, 제11조 평등의 원칙에도 반한다.

나. 중앙선거관리위원회 위원장의 의견요지
정치자금법의 제정목적은 정치자금의 적정한 제공을 보장하면서도 그 수입과 지출내역을 공개하여 투명성을 확보하고 정치자금과 관

런한 부정을 방지하는 데 있다. 특히 정치자금법 제57조는 제16대 대통령선거 이후 불법 정치자금을 근절하여야 한다는 강력한 국민적 요구에 따라 추진된 정치개혁의 일환으로 구 ‘정치자금에 관한 법률’을 개정하면서 신설된 조항으로서, 금권선거와 정경유착 등 불법 정치자금에 따른 폐해를 방지하고, 정치자금법의 실효성을 확보하기 위하여 입법자가 내린 결단의 산물이다.

이와 같은 입법배경과 취지에 비추어 볼 때, 정치자금법을 위반하여 처벌받은 자에 대하여 일정기간 공무담임권을 제한하는 것은 입법목적에 달성하기 위한 불가피한 조치이자 합리적인 제한으로서, 과잉금지의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

또한 공직선거법 제266조에서 공직선거법을 위반하거나 선거비용과 관련한 정치자금법을 위반한 경우에 동일한 내용의 공무담임권 제한규정을 두고 있어 이 사건 조항이 특별히 청구인의 기본권을 과도하게 제한하여 헌법에 위반된다고 할 수도 없을 것이며, 깨끗한 정치문화의 정착은 공정한 선거질서의 확립과 더불어 합법적이고 투명한 정치자금의 수입·지출이라는 두 토대 위에서 이루어질 수 있으므로 정치자금법의 실효성 확보와 정치문화의 선진화를 위하여 반드시 필요한 규정이다.

3. 판 단

가. 공무담임권의 침해 여부

(1) 제한되는 기본권 및 심사기준

이 사건 조항은 정치자금법 제45조(구 ‘정치자금에 관한 법률’ 제30조)를 위반하여 100만원 이상의 벌금형을 선고받아 확정되었을 때에는 국회의원직(공직)에서 자동적으로 퇴직되도록 규정한다.

공무담임권은 기본적으로 공무담임에 관하여 자의적이지 않고 평등한 기회를 보장받음을 의미하지만, 그 보호영역에는 공직취임 기회의 자의적인 배제뿐 아니라 공무원 신분의 부당한 박탈까지 포함된다(헌재 1997. 3. 27. 96헌바86, 판례집 9-1, 325, 332; 헌재 2000. 12. 14. 99헌마112등, 판례집 12-2, 399, 407 참조). 이 사건 조항에 의하여 이미 선출된 국회의원직이 박탈되게 되므로 이는 공무담임권의 제한에 속한다.

공무담임권의 제한에 관하여는 공직에 내포된 공익추구적 특수성을 감안하여 공직의 본질에 반하지 아니하고 결과적으로 다른 기본권의 침해를 야기하지 아니하는 한 상대적으로 강한 합헌성이 추정된다 할 것이므로 주로 평등의 원칙이나 목적과 수단의 합리적인 연관성 여부가 심사대상이 될 것이고, 법익형량의 판단에 있어서도 상대적으로 완화된 심사를 하게 된다(헌재 2005. 10. 27. 2004헌바41, 판례집 17-2, 292, 303). 그러나 이 사건의

경우 국민들이 직접 선출한 국회의원의 신분을 법원이 100만 원 이상의 벌금형의 선고에 의하여 박탈할 수 있도록 한 것이고, 이는 국민이 선출한 국회의원의 신분 상실이라는 중대한 법익의 침해에 관련되는 것이므로, 이 사건 조항에 의한 공무담임권의 제한에 대하여는 그에 상응하는 비례의 원칙 심사가 엄격하게 이루어져야 한다.

(2) 입법목적의 정당성 및 수단의 적정성

이 사건 조항은 정치자금을 부정수수한 죄로 100만 원 이상의 벌금형이 확정될 경우 국회의원 당선자의 지위를 박탈함으로써 불법적인 정치자금 수수를 예방하고, 금권·타락선거를 방지하며, 선거의 공정성과 공직의 청렴성을 확보하기 위한 것이다. 이러한 입법목적은 헌법 제37조 제2항의 공공복리를 위한 것으로서 그 정당성이 인정된다.

한편, 이 사건 조항에 따라 100만 원 이상의 벌금형을 받은 경우 공직에서 퇴직하도록 하는 것은 정치자금의 부정수수에 대한 효과적인 제재수단이며, 불법적인 정치자금을 받은 공직자에 의한 부적절한 공직수행을 차단하기 위한 것이므로 입법 목적을 달성하기 위한 수단의 적정성을 갖추고 있다.

(3) 피해의 최소성

(가) 일반적으로 100만 원의 벌금형은 형벌체제상 중한 형이 아니고 그 대상이 되는 범죄행위도 중대한 것이 아니라고 볼 수 있다. 그런 점에서 100만 원 이상의 벌금형이 확정될 경우 의원직을 박탈하는 것은 해당 범죄행위에 대하여 과도한 제재를 가하는 것이 아닌지 의심이 있을 수 있다.

일반 범죄에서 법원이 100만 원의 벌금형을 결정할 때는 공소사실이 지닌 위법성과 비난가능성만을 고려하면 되지만, 이 사건 조항의 경우 100만 원 이상의 벌금형을 선고하는 것은 형사적인 제재를 가하는 동시에 국회의원직의 박탈이라는 정치적 혹은 행정적 제재를 가하는 것이 된다.

그런데, 이 사건 조항에 의한 공직퇴임의 대상이 되는 범죄는 정치자금법 제45조 위반과 선거법 위반 및 뇌물죄에 한정되고 있으며, 이 범죄들은 공직 후보자가 선거의 공정성을 해하면서 공직에 당선되거나 불법적인 정치자금을 받아 공직을 훼손하는 것에 직접 관련되는 것들이다. 따라서 그러한 행위는 100만 원 이상의 벌금형에 처해질 다른 일반의 범죄행위와는 성격상 차이가 있다. 법원은 이러한 범죄에 있어서 공직의 당연퇴직을 고려하여 양형판단을 하게 될 것인바, 법관에게 100만 원의 벌금형을 기준으로 삼아 공직의 당연퇴직 여부까지 고려, 판단하도록 재량을 부여한 것은 입법자가 이 문제에 대하여 합리적인 사법적 판단이 가능하다고 전제하였기 때문이다(헌재 1993. 7. 29. 93헌마23, 판례집 5-2, 221; 헌재 2005. 10. 27. 2004헌바41, 판례집 17-2, 292 참조).

그 경우에 법관이 범죄의 태양과 죄질에 따른 양형판단을 하는 외에 공직의 당연퇴직 여부를 위주로 한 양형판단을 병행하게 되는 것이 형사사법에 있어서 범죄와 형벌 간의 비례성에 기반한 양형체계를 왜곡시킬 개연성이 있다는 비판이 있을 수 있으나, 이 사건 조항이 입법형성권의 재량범위 내에 있다고 보는 이상, 설사 다소간의 양형체계상 왜곡 가능성이 있다고 하더라도 이는 용인되어야 할 범위 내에 있다고 볼 것이다.

(나) 이 사건 조항은 선거법이나 정치자금법을 위반한 당선자에게 강력한 제재수단이 필요하다고 본 입법자의 선택의 결과인바, 일반적으로 선거법이나 정치자금법을 위반한 공직자가 있을 경우 어떤 처벌을 받았을 때 어떤 신분상의 불이익을 가할 것인지에 관하여는 입법자가 정치문화와 선거풍토 등을 고려하여 정책적으로 정할 수 있다고 볼 것이다 (헌재 2005. 10. 27. 2004헌바41, 판례집 17-2, 292, 303).

정치자금법 제45조 위반으로 유죄가 인정되었다면 그 후에 어떤 정도의 형사처벌 수준을 의원직 박탈 여부의 기준으로 삼을 것인지에 대하여는 기본적으로 입법자의 정책적 재량이 존중되어야 한다.

우리나라에서는 이미 1950년대의 구 국회의원선거법에서 국회의원 당선인이 선거범죄로 처벌을 받을 때는 그 당선을 무효로 하였으며(제114조), 그 후의 법제에서 기준이 되는 벌금액에 다소 차이가 있긴 하였으나(1984년 국회의원선거법은 20만 원, 1988년 국회의원선거법은 50만 원 벌금형 기준) 1994년도부터는 이 사건 조항과 유사하거나 같은 형태로 일정 범죄로 인한 국회의원의 당연퇴직을 규정하여 왔다.

지금까지 우리 사회에서 부정한 금권선거와 불법자금의 수수로 인한 폐해가 있어온 것을 볼 때, 또 국회의원이 국민의 대표자로서 입법작용을 담당하는 중요한 기능을 수행하는 것을 감안할 때, 입법자가 100만 원의 벌금형이라는 기준으로 법관에게 국회의원의 당연퇴직 사유를 판단할 수 있도록 한 것은 자의적인 입법형성권의 행사라고 볼 수 없다.

(다) 청구인은 100만 원 이상의 벌금형만으로 국회의원직을 박탈하는 것은 형사처벌의 비례성을 위반한다고 주장하나, 국회의원직 박탈은 형사처벌의 하나로서 이루어진 것이 아니므로 범죄와 형벌 간의 비례성 문제와는 직접 관련이 없고, 다만 제재의 과잉 여부가 문제될 것이다. 그런데 정치자금법 제45조 위반으로 당선된 국회의원이라면 공직자로서의 자질에 심각한 흠결이 있다 할 것이고, 비난가능성이 크며, 공직에 대한 국민의 신임도 받기 어렵고, 공직의 공정한 수행도 기대하기 어려울 것이다. 이러한 점에다가, 법관이 100만 원 이상의 벌금형을 기준으로 공직박탈을 가능케 할 것인지에 대한 합리적 재량판단이 가능하다는 점, 그리고 기본적으로 공직자의 자격요건에 관한 입법영역이 입법자의 형성재량에 속한다는 점을 종합적으로 보면, 이 사건 조항이 과잉제재를 하는 것이라고는 볼 수 없다.

(라) 이러한 제도는 주권자인 국민의 직접 선거에 의하여 당선된 당선자의 민주적 정당성에 반하는 결과가 될 것이라는 비판이 있을 수 있으나, 당선자는 선거법이나 정치자금법을 위반한 불공정한 절차를 통하여 당선된 것이므로 비난가능성이 클 뿐만 아니라, 선거당시에는 그러한 범법사실을 알 수 없었던 상태에서 한 국민들의 선택이 후보자에 대한 전적인 신임을 의미하거나 법원의 유죄판결에 의한 당연퇴직까지 배제하는 취지의 것이라고 보기는 어려우므로, 이 사건 조항이 국민주권주의나 권력분립원칙에 어긋나는 것이라고도 볼 수 없다.

(마) 청구인은 경미한 범위로 사법부가 국회의원을 당연퇴직 시킬 것이 아니라 국회 내부의 자율적 징계절차로서 충분하므로 이 사건 조항이 국회의 자율권을 침해한다고 주장한다.

국회는 국민의 대표기관이자 입법기관으로서 의사(議事)와 내부규율 등 국회운영에 관하여 폭넓은 자율권을 지니며 이는 다른 국가기관에 의하여 존중되어야 하지만(헌재 1998. 7. 14. 98헌라3, 판례집 10-2, 74, 83), 국회의 어떤 사항을 국회의 자율적 사항으로 할 것인지 여부를 결정할 주체는 다른 아닌 국회라고 할 것인데, 이 사건 조항은 국회가 스스로 법관에 의하여 100만 원 이상의 벌금형이 선고, 확정되면 의원직에서 자동적으로 퇴직되도록 입법재량을 행사한 것이며, 그러한 입법과정에서 적법절차가 위배되었다고 볼만한 사정도 없다. 또한 국회의 내부 징계가 이 사건 조항과 마찬가지로 입법목적에 효과적으로 달성하게 될 것인지 여부도 불명확하다. 따라서, 이 사건 조항이 국회의 자율권을 침해한다는 청구인의 주장은 받아들일 수 없다.

(바) 결론적으로, 이 사건 조항은 100만 원 이상이라는 벌금형만으로 국회의원 당선자를 퇴직하게 하고 있으나, 정치자금법 제45조를 위반한 범죄는 공직선거의 공정성을 침해하는 행위로서 공직의 계속 수행에 대한 국민적 신임이 유지되기 어려울 정도로 비난가능성이 크다는 점, 법관이 100만 원 이상의 벌금형을 양정함에 있어서는 형사처벌뿐만 아니라 공직의 계속수행 여부에 대한 합리적 평가를 하게 될 것이라는 점, 그러한 양형재량 제도가 이미 오랫동안 유지되어 온 점, 선거법이나 정치자금법 위반에 대하여 어떤 신분상의 제재를 할 것인지는 기본적으로 입법자의 정책적 재량에 속하는 점, 이 사건에서 달리 될 제약적인 대체적 입법수단이 명백히 존재한다고 볼 수도 없는 점을 종합하면, 이 사건 조항은 청구인의 공무담임권을 '피해의 최소성'에 위배하여 과잉제한하는 것이라고 볼 수 없다.

(4) 법익의 균형성

이 사건 조항으로 인하여 청구인은 당연퇴직에 이르게 되었다 하더라도 이는 선거의 자유와 공정성을 보장하고, 정치자금의 투명성을 확보하여 부정부패를 예방하고, 공직의 청

렴성을 유지하고자 하는 중대한 공익을 위한 것이고, 그러한 범죄로 인하여 100만 원 이상의 형사처벌을 받은 국회의원에게 계속 그 직무를 수행하게 하는 것은 공직과 공정한 선거에 대한 국민의 신뢰를 저해하고 원활한 공무수행에 지장을 줄 수 있으므로, 공익에 비하여 제한되는 사익이 더 중대하다고 볼 수 없다.

따라서 이 사건 조항은 ‘법익의 균형성’에 위배되지 않는다.

(5) 소결론

이 사건 조항은 청구인의 공무담임권을 침해하지 않는다.

나. 평등권 침해 여부

이 사건 조항에서의 100만원 이상의 벌금형은 국회의원직의 퇴직을 수반하게 된다는 점에서 다른 일반 범죄로 인한 벌금형과 효과면에서 차이가 있으므로 평등권을 침해하는 것이 아닌지 의문이 있을 수 있다. 그러나 이와 같은 차이는, 위에서 이 사건 조항의 입법목적과 수단의 적정성, 법익균형성 등을 살펴본 바에 비추어 볼 때, 자의적이거나 불합리한 차별이라고 볼 수 없고, 입법자의 정책적 입법재량의 범위 내에 있다고 볼 것이다. 한편, 일반 공무원의 당연퇴직 사유는 형사처벌로 금고 이상의 형을 받거나 판결로 자격이 상실되거나 정지된 경우인데(국가공무원법 제69조, 제33조 제1항 제3호, 제4호, 제6호) 정치자금법 제45조 위반의 경우는 벌금형만으로 당연퇴직이 가능하다는 점에서 차이가 있으나, 후자의 경우 국회의원 당선자가 부정한 정치자금을 수수함으로써 선거절차의 공정성을 훼손하여 당선되었거나 그러한 불법행위로 말미암아 국회의원직의 계속적인 수행이 부적절하게 되었다는 점에서 차별의 합리적 이유가 있다 할 것이며, 차별의 목적과 수단 사이에 비례성이 없다고 볼 수 없다.

따라서, 이 사건 조항은 청구인의 평등권을 침해하지 않는다.

다. 기타 기본권 침해주장 부분

청구인은 이 사건 조항이 헌법 제10조에 규정된 인간으로서의 존엄과 가치를 침해한다고 주장하나, 이 사건 조항이 공직에 당선된 자의 지위를 박탈하는 것은 범위만 행위에 대한 제재의 결과이고, 그 과정에서 해당 개인에게 일정한 불명예 또는 수치심을 초래하는 경우가 있다 하더라도 이는 범위반행위에 대한 입법자의 합리적 규율과 제재에 따른 결과일 뿐 대상자의 인격을 직접 침해하는 것이라고는 볼 수 없으므로, 청구인의 위 주장은

받아들일 수 없다.

4. 결 론

그렇다면 청구인의 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여, 아래 5. 재판관 김희옥, 재판관 김종대의 반대의견을 제외한 나머지 관여 재판관의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 김희옥, 재판관 김종대의 반대의견

우리는 이 사건 법률조항이 정치자금부정수수죄로 벌금 100만 원 이상을 선고받아 그 형이 확정된 자를 국회의원직에서 퇴직하도록 한 것은, 합리성이 없고 적정하지 못한 방법에 의하여 공무담임권의 한 내용인 참정권을 제한함으로써 기본권제한에 관한 헌법원리에 어긋나 위헌이라고 보므로 다수의견에 반대하여 아래와 같은 의견을 밝힌다.

가. 중대한 기본권 제한과 법원의 과도한 재량

(1) 공무담임권의 보호영역에는 공직취임의 기회와 자의적인 배제 뿐 아니라 공무원 신분의 부당한 박탈도 포함된다(헌재 2002. 8. 29. 2001헌마788, 판례집 14-2, 219, 224).

특히 국회의원은 선거를 통한 대표의 선출과 대표를 통한 국정 참여를 기본원리로 하는 현대 민주주의에 있어 가장 중요하고도 직접적인 국민의 대표기관으로, 그 지위와 신분이 헌법을 통해 보장되는 헌법기관이다. 따라서 국회의원을 그 의사에 반하여 퇴직하도록 하는 것은 공무담임권(참정권)에 대한 중대한 제한인 동시에 국민주권과 민주주의 원리에 대해서도 중요한 제약이 되지 않을 수 없다. 그런데 이 사건 법률조항은 정치자금부정수수죄를 범한 국회의원의 의원직 상실 여부를 법원이 선고하는 벌금액수에 따라 좌우되도록 규정함으로써, 국회의원의 의원직 상실이라는 중차대한 기본권 제한 및 헌법원리의 제약 여부를 결과적으로 법관의 자유로운 재량에 위임하고 있다.

(2) 형사재판은 사실의 인정과 형의 선고를 위해 마련된 절차일 뿐, 국회의원직의 보유 또는 상실의 정당성 여부를 심리하고 판단하기 위한 재판절차가 아니다. 게다가 우리의 형사재판제도에는 구속력 있는 양형 기준이 없어, 양형에 관한 한 법관의 재량이 폭넓게 인정되고 있으며 법정형의 범위 내에서 구체적인 사건에 대한 벌금액을 얼마로 할 것인지는 사실상 거의 전적으로 법관의 자유재량에 맡겨져 있다고 볼 수 있다.

따라서 정치자금부정수수라는 범죄를 심리할 때 과연 피고인을 국회의원직에서 퇴직하도

록 하는 것이 정치자금법의 입법목적 달성을 위해 필요한 정도의 참정권 제한이자 민주주의 원리에 대한 불가피한 제약인지, 아니면 기본권에 대한 과도한 제한인 동시에 민주주의 원리에 대한 부당한 제약인지 여부에 대해서는 어떠한 특별한 심리도 이루어지지 않는다. 국회의원의 의원직 상실 여부는 객관적으로 전혀 확인할 수 없는 기준에 의해 법원이 자유재량으로 결정한 벌금의 액수에 따라 결정되며, 피고인이 국회의원직에서 퇴직될 것인지 여부를 법원이 형을 선고하기 전까지는 전혀 예측할 수 없으므로 근소한 벌금액의 차이로 국회의원직을 상실한 자로서는 법원이 자의적으로 불평등한 법집행을 한 것으로 받아들일 가능성도 크다.

결국 형사재판이 정치재판화 됨으로써 마치 법원이 정치적인 목적에 따라 자의적인 판단을 하는 것처럼 비춰질 우려도 있으며, 그러한 우려를 불식하기 위해 법원이 본래의 양형요소보다도 피고인의 국회의원직 상실 여부를 사실상 우선적으로 고려하다 보면 형사재판의 양형 왜곡이 초래될 수밖에 없게 된다.

(3) 요컨대 이 사건 법률조항이, 국회의원직의 상실 여부를 법률 스스로 정하지 아니하고 법관의 선고 형량에 의존하도록 규정함으로써 결과적으로 국회의원직의 상실 여부를 법관의 과도한 재량에 위임하고 있는 것은, 민주주의와 국민주권을 선언한 헌법 제1조와 사법권을 법원에 부여한 헌법 제101조 제1항에 비추어 볼 때 헌법원리에 반하는 방법에 의한 기본권 제한이라 할 것이다.

나. “100만 원 이상의 벌금”이라는 기준의 자의성

(1) 이 사건 법률조항은 선고형 “벌금 100만 원”을 기준으로 국회의원직의 상실 여부를 결정하고 있으나, 왜 굳이 선고형이 “벌금 100만 원”이면 국회의원직이 상실되어야 하고 그 미만이면 상실되지 않아도 되는지에 대한 아무런 합리적인 이유를 찾을 수 없다. 그것은 정치자금부정수수죄로 벌금 100만 원이 선고될 때의 그 100만 원이란 기준이 나타내는 불법의 크기와 죄질의 정도가 과연 어떠한 것인지에 대해 이를 객관적으로 인식하거나 예측할 수가 없고, 직접 재판을 담당하는 법관이라 할지라도 이를 객관적으로 판단하는 것이 불가능할 만큼 그 기준이 자의적이고 추상적일 수밖에 없기 때문이다.

(2) 결국 이 사건 법률조항은 객관적이거나 합리적인 근거가 전혀 없는 선고형 “100만 원 이상의 벌금”이라는 기준을 들어 국회의원직의 상실 여부가 결정되도록 규정함으로써 기본권 제한에 필요한 방법의 적정성을 결여하였다.

다. 결 론

이 사건 법률조항은 민주주의와 국민주권의 원리에 부합하지 않으면서, 객관적이거나 합리적이지도 않은 자의적인 방법을 통하여 참정권을 제한함으로써 그 방법의 적정성에 있어 입법재량의 한계를 벗어나 부당하게 청구인의 공무담임권(참정권)을 침해하였다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥 김종대 민형기 이동흡 목영준 송두환

12

선거법으로 100만원 이상의 벌금형 확정시 5년간 피선거권을 제한하는 공직선거법 제19조제1호의 공무담임권 침해 여부

■ 공직선거및선거부정방지법 제19조 제1호 등 위헌확인, 2008. 1. 17. 2004헌마41 ■

【판시사항】

1. 선거법으로서 100만 원 이상의 벌금형을 선고 받아 확정되면 5년 동안 피선거권이 제한되는 공직선거법 제19조 제1호 중 해당 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)에 의한 기본권 침해의 발생시기
2. 이 사건 법률조항이 공무담임권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 이 사건 법률조항은 선거법으로서 100만 원 이상의 벌금형을 선고 받아 확정되면 5년 동안 피선거권이 제한된다는 내용의 규정이므로, 위 조항에 의한 기본권의 침해는 벌금형이 확정되었을 때 발생한다 할 것이다.
2. 선거의 공정성을 해친 바 있는 선거법으로부터 부정선거의 소지를 차단하여 공정한 선거가 이루어지도록 하기 위하여는 피선거권을 제한하는 것이 효과적인 방법이 될 수 있는 점, 법원이 선거법에 대한 형량을 결정함에 있어서 양형의 조건뿐만 아니라 피선거권의 제한 여부에 대한 합리적 평가도 하게 되는 점, 피선거권의 제한기간이 공직선거의 참여를 1회 정도 제한하게 되는 점 및 입법자가 이 사건 법률조항에서 피선거권의 제한기준으로 채택한 수단이 지나친 것이어서 입법형성권의 범위를 벗어난 것이라고 단정하기 어려운 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위배하여 공무담임권을 제한하고 있다고 할 수 없다.

재판관 김희옥, 재판관 김종대의 반대의견

5년간의 피선거권 박탈 여부를 형사재판의 양형에 의존하도록 하는 것은 국민주권과 민주주의 실현을 위한 중요한 기본권인 피선거권에 대한 막중한 제한을 객관적으로 확인할

기준이 전혀 없는 법원의 과도한 재량에 좌우되도록 하는 동시에 형사재판을 정치의 장으로 끌어들여 적정한 사법작용의 실현을 방해하게 하고, 또 선거범죄에서 벌금 100만 원에 상응하는 불법의 크기와 죄질의 정도를 객관적으로 판단하는 것은 불가능한 것이므로 “벌금 100만 원”이라는 기준은 5년간 피선거권 박탈에 대한 객관적이고 합리적인 기준이 될 수가 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 민주주의와 국민주권의 원리에 부합하지 않으면서, 객관적이거나 합리적이지도 않은 자의적인 방법을 통하여 피선거권을 제한하고 있어 방법의 적정성에 반하여 공무담임권을 침해하고 있다.

【심판대상조문】

공직선거법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것) 제19조(피선거권이 없는 자) 선거일 현재 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 피선거권이 없다.

1. 제18조(선거권이 없는 자)제1항 제1호·제3호 또는 제4호에 해당하는 자
- 2.~3. 생략

【참조조문】

헌법 제1조, 제11조, 제25조, 제37조 제2항, 제101조 제1항

헌법재판소법 제69조(청구기간) ① 제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다. 다만, 다른 법률에 의한 구제절차를 거친 헌법소원의 심판은 그 최종결정을 통지받은 날로부터 30일 이내에 청구하여야 한다.

② 생략

형법 제51조(양형의 조건) 형을 정함에 있어서는 다음 사항을 참작하여야 한다.

1. 범인의 연령, 성행, 지능과 환경
2. 피해자에 대한 관계
3. 범행의 동기, 수단과 결과
4. 범행후의 정황

【참조판례】

2. 헌재 1993. 7. 29. 93헌마23, 판례집 5-2, 221, 227, 232

헌재 1995. 12. 28. 95헌마196, 판례집 7-2, 893

헌재 1997. 12. 24. 97헌마16, 판례집 9-2, 881, 887-888

헌재 2005. 10. 27. 2004헌바41, 판례집 17-2, 292, 305

【당 사 자】

청 구 인 최○진 외 1인

청구인들의 대리인 변호사 김태윤

【주 문】

청구인 최○진의 심판청구를 각하하고, 청구인 이○기의 심판청구를 기각한다.

【이 유】**1. 사건의 개요와 심판의 대상****가. 사건의 개요**

(1) 청구인 최○진은 2000. 4. 13. 실시된 국회의원선거에 강원 ○○선거구의 후보로 출마하였다가, 선거기간 중 ‘공직선거 및 선거부정방지법’ 제250조 제2항을 위반하였다는 이유로 기소되어 2002. 2. 8. 벌금 300만 원을 선고받고(춘천지방법원 영월지원 2000고합74호), 항소하였으나 기각되고(서울고등법원 2002노602호) 상고하지 아니함으로써 2002. 10. 30. 위 벌금형이 확정되었다.

(2) 청구인 이○기는 2002. 6. 13. 실시된 제3회 전국동시지방선거에 서울 송파구 ○○동 선거구의 구의원 후보로 출마하여 당선되었으나, 선거기간 중 ‘공직선거 및 선거부정방지법’ 제250조 제2항 등을 위반하였다는 이유로 기소되어 2003. 1. 17. 벌금 250만 원을 선고받았다(서울동부지방법원 2002고합330호). 이에 위 청구인은 항소하였으나, 공소사실 중 후보자비방으로 인한 ‘공직선거 및 선거부정방지법’ 위반의 점에 대해서만 무죄가 선고되고 나머지 공소사실에 대해서는 다시 벌금 250만 원이 선고되자(서울고등법원 2003노294

호), 상고하였으나 기각되어(대법원 2003도5063호) 2003. 11. 28. 위 벌금형이 확정되었다.

(3) 청구인들은 선거법으로서 100만 원 이상의 벌금형이 확정되면 5년 동안 피선거권을 제한하는 공직선거법 제19조 제1호가 청구인들의 공무담임권을 침해하고 있다고 주장하면서 2004. 1. 15. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인들은 공직선거법 제19조 제1호 전체의 위헌확인을 구하고 있으나, 청구인들이 다투고자 하는 바는 선거범죄로 100만 원 이상의 벌금형을 선고받아 확정되면 5년 동안 피선거권을 제한하도록 하는 것이 헌법에 위반된다는 것이므로, 이 사건 심판의 대상은 청구인들과 관련 있는 공직선거법(법률명이 ‘공직선거 및 선거부정방지법’에서 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 공직선거법으로 변경되었다) 제19조 제1호 중 제18조 제1항 제3호의 ‘선거법으로서 100만 원 이상의 벌금형의 선고를 받고 그 형이 확정된 후 5년을 경과하지 아니한 자’ 부분(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것, 이하 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다)으로 한정함이 상당하다. 이 사건 법률조항의 내용 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

공직선거법 제19조(피선거권이 없는 자) 선거일 현재 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 피선거권이 없다.

1. 제18조 제1항 제1호·제3호 또는 제4호에 해당하는 자

2., 3. 생략

제18조(선거권이 없는 자) ① 선거일 현재 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 선거권이 없다.

1., 2. 생략

3. 선거법, 정치자금법 제45조(정치자금부정수수죄) 및 제49조(선거비용관련 위반행위에 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 포함한다) 제129조(수뢰, 사전수뢰) 내지 제132조(알선수뢰)·‘특정범죄가중처벌 등에 관한 법률’ 제3조(알선수뢰)에 규정된 죄를 범한 자로서, 100만 원 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 포함한다)

4. 생략

②제1항 제3호에서 “선거법”이라 함은 제16장 벌칙에 규정된 죄와 국민투표법 위반의 죄를 범한 자를 말한다.

③ 생략

[공직선거법 제18조 제1항 제3호는 2004. 3. 12. 법률 제7189호와 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 ‘선거법’ 외에 ‘정치자금 부정수수죄를 범한 자 또는 선출직 공직자로서 그 재임 중의 직무와 관련하여 수뢰죄 등을 범한 자’를 추가하는 내용으로 개정된 것이나, 이 사건 법률조항 부분은 그 내용에 변동이 없다.]

2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장요지

(1) 일반 형사범은 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 형이 실효되지 아니한 경우에 피선거권이 제한되는 데 반하여, 선거법은 가벼운 형벌인 100만 원 이상의 벌금형을 선고받아 확정되면 피선거권이 제한되도록 한 이 사건 법률조항은 청구인들의 공무담임권을 합리적 이유 없이, 평등의 원칙에 위배하여 침해한다.

(2) 벌금형을 선고받은 선거법은 일반 형사범에 비추어 경미한 위반사범이라 할 것임에도 100만 원 이상의 벌금형을 선고받아 확정되면 당선무효를 넘어 5년간이라는 장기간 동안 피선거권이 제한되도록 하는 것은 청구인들의 공무담임권을 과도하게 제한하는 것일 뿐만 아니라, 법원이 선거법의 형량을 정함에 있어서도 100만 원 이상의 벌금형이 선고되면 피선거권이 제한됨에 따라 일반 형사범과 다르게 양형을 할 수밖에 없게 함으로써 법관의 자유로운 양형을 제약하기도 하므로, 결국 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위배하여 청구인들의 공무담임권을 침해한다.

나. 중앙선거관리위원회위원장의 의견요지

(1) 이 사건 법률조항은 일반 형사범과 달리 경미한 선고형량의 선거법에 대하여도 피선거권을 제한함으로써 선거법 경시풍조를 일소하고 선거의 장에서 부정의 소지를 차단하여 선거의 공정성을 확보함과 동시에 본인의 반성을 촉구하기 위함이므로 그 입법목적이 정당하다.

(2) 공무담임권을 제한함에 있어 어떤 종류의 형벌을 받은 자에 대하여 얼마나 제한할 것

인가의 문제는 입법권자가 국민의식의 성숙도, 종래의 선거풍토 등을 종합하여 판단할 입법재량에 속하는 사항인바, 법원이 선거법에 대한 형량을 정함에 있어 선거의 자유와 공정성에 미치는 해악의 경중 외에 선고형으로 인한 공무담임권의 제한 등도 고려할 수 있는 상당한 재량이 있는 점, 공무담임권을 전면적으로 제한하는 것이 아니라 일정기간 제한 후 회복되는 점 및 선거법 자신의 귀책사유로 인하여 제한되는 기본권과 제한으로 인하여 확보되는 선거의 공정이라는 공익과의 사이에 현저한 불균형이 있다고 할 수 없는 점 등을 고려하면 이 사건 법률조항이 청구인들의 공무담임권을 제한함에 있어 자의적이거나 과잉금지원칙에 위배된다고 할 수 없다.

3. 판 단

가. 청구인 최○진의 심판청구에 관하여

법령에 대한 헌법소원은 법령의 시행과 동시에 기본권의 침해를 받게 되는 경우에는 그 법령이 시행된 사실을 안 날로부터 90일 이내에, 법령이 시행된 날로부터 1년 이내에 청구하여야 하고, 법령이 시행된 뒤에 비로소 그 법령에 해당되는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 되는 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 90일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 1년 이내에 청구하여야 한다(헌법재판소법 제69조 제1항 및 헌재 1996. 3. 28. 93헌마198, 판례집 8-1, 241, 250 등 참조).

이 사건 법률조항은 선거법으로서 100만 원 이상의 벌금형을 선고받아 확정되면 5년 동안 피선거권이 제한된다는 내용의 규정이므로, 위 조항에 의한 기본권의 침해는 벌금형이 확정되었을 때 발생한다 할 것이다.

이 사건에서 청구인 최○진은 이 사건 법률조항이 시행된 후인 2002. 10. 30. ‘공직선거 및 선거부정방지법’ 위반죄로 300만 원의 벌금형이 확정되었으므로 이 때에 위 조항에 의한 기본권의 침해를 받게 되었다고 할 것인데, 이 사건 헌법소원심판은 그로부터 1년이 경과한 후인 2004. 1. 15. 청구되었으므로, 위 청구인의 이 사건 헌법소원심판청구는 청구기간을 도과하여 제기된 것으로 부적법하다.

나. 청구인 이○기의 심판청구에 관하여

(1) 공무담임권의 침해 여부

이 사건 법률조항은 선거법으로서 100만 원 이상의 벌금형을 선고받아 확정되면 5년간 피선거권을 정지시킨다는 내용으로 위 청구인의 피선거권, 즉 헌법 제25조가 보장하는 국

민의 기본권인 공무담임권을 제한하고 있다.

공무담임권은 그 본질적 내용을 침해하지 아니하는 한 국가의 안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 제한할 수 있으므로(헌법 제37조 제2항), 이 사건 법률조항이 규정하는 공무담임권에 대한 제한이 헌법적으로 허용되는 한계를 준수한 것인지 여부에 관하여 살펴보기로 한다.

(가) 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성

국민주권의 원리와 의회민주주의에 바탕을 둔 우리 헌법상의 선거제도는 국민의 주권행사 내지 참정권행사를 위한 필수적인 과정으로서, 국가권력의 창출과 국가 내에서 행사되는 모든 권력의 정당성을 뒷받침하고 담보하는 민주주의 실현을 위한 불가결한 수단이다. 따라서 국민의 선거과정에서의 참여행위는 원칙적으로 자유롭게 행하여질 수 있도록 최대한 보장되어야 하며, 공정한 선거에 영향을 미칠 수 있는 금권이나 관권, 폭력 등의 개입을 배제하여 불공정·타락선거를 방지함으로써 선거의 공정성이 확보되도록 하여야 한다. 한편 선거의 공정성을 해친 바 있는 선거법에 대하여는 주권자인 국민의 정치적 의사형성과 표현의 과정인 참정권의 행사를 공명하게 담보하기 위하여 일정기간 피선거권의 행사를 정지시키는 등으로 부정선거의 소지를 차단할 필요가 있다.

따라서 100만 원 이상의 벌금형을 선고받은 선거법에 대하여 5년간 피선거권을 정지시킴으로써 선거의 공정성을 해친 바 있는 선거법에 의한 부정선거를 방지함과 아울러 선거법에 대한 제재를 강화하여 선거법을 경시하는 선거풍토를 일신하고 선거문화를 쇄신하여 선거의 공정성을 확보하고자 하는 이 사건 법률조항은 그 입법목적의 정당성이 인정된다.

그리고 선거법에 대하여 피선거권을 제한하는 것은 선거범죄를 방지하기 위한 효과적인 제재수단이므로 선거범죄를 방지하여 공정한 선거를 보장하려는 입법목적의 달성을 위하여 적절한 수단이 될 수 있다.

(나) 침해의 최소성

1) 국민이 자신의 정치적 의사를 자유로이 결정하고 표명하여 주권행사를 실현하는 선거과정에서 선거부정행위를 저질러 국민의 자유로운 의사를 왜곡한 바 있는 선거범으로부터 부정선거의 소지를 차단하여 공정한 선거가 이루어지도록 하기 위하여는 선거범 스스로 공직선거의 후보자가 되는 길을 제한하는 것이 효과적인 방법이 될 수 있으므로, 선거범으로서 형벌을 받은 자에 대하여 일정기간 피선거권을 정지하는 규정 자체는 국민의 공무담임권을 제한하는 위헌규정이라고 할 수 없다(헌재 1997. 12. 24. 97헌마16, 판례집 9-2, 881, 887-888 참조).

다만 선거법으로서 형벌을 받은 자에 대하여 일정기간 피선거권을 제한하는 법률을 제정함에 있어 구체적으로 어떤 종류의 형벌을 얼마만큼 선고받은 자에 대하여 어느 정도의 기간 동안 피선거권의 행사를 정지시킬 것인가가 문제이나, 이는 그 나라의 역사와 정치문화, 선거풍토와 선거문화의 수준 등 제반사정을 고려하여 입법자가 결정할 문제이다(헌재 1993. 7. 29. 93헌마23, 판례집 5-2, 221, 227; 헌재 1997. 12. 24. 97헌마16, 판례집 9-2, 881, 888).

2) 이 사건 법률조항은 선거의 공정성을 확보하기 위하여 선거법에 대하여 피선거권을 제한함에 있어 선거법이 선고받은 벌금형의 액수(100만 원 이상)를 기준으로 5년 동안 피선거권의 행사를 정지시키고 있는바, 이 사건 법률조항이 피선거권의 제한기준으로 100만 원의 벌금형을 정한 것은 지나치게 엄격한 기준설정이 아닌가 하는 의문을 가질 수 있다. 그러나, 그 동안 우리의 선거사에서 지적되어 오던 선거의 과열과 타락, 불법으로 인한 선거풍토를 일신하고 공정한 선거문화를 정착시키기 위하여는 선거부정 및 부패에 대한 제재를 강화할 필요성이 있다.

그리고 위 100만 원 이상의 벌금형은 법정형이나 처단형이 아닌 선고형으로서, 법원은 선거법에 대한 형사재판에 있어서 형법 제51조 소정의 양형의 조건을 참작하여 형을 정할 때에 피선거권이 제한되는 사정을 고려하여 선고형인 벌금액을 결정할 수 있는 재량이 있으므로, 법원의 사법적 판단 내지 양형재량에 의하여 선거법에 대한 피선거권 제한이 이루어질 수 있도록 한 것은 합리성을 인정할 수 있다(헌재 1993. 7. 29. 93헌마23, 판례집 5-2, 221, 232; 헌재 2005. 10. 27. 2004헌바41, 판례집 17-2, 292, 305 참조).

이에 대하여는 법원이 선거범죄의 형량을 정함에 있어 범죄의 태양과 죄질에 따른 양형판단보다 피선거권의 제한 여부를 위주로 한 양형판단을 하게 되어 범죄와 형벌 간의 비례성에 기반한 양형체계를 왜곡하는 원인이 될 수 있다는 비판이 가능할 것이나, 이 사건 법률조항은 선거에 대한 규율이 광범위하고도 포괄적이어서 선거법위반의 가능성이 많은 우리 선거법 체계하에서 선거법에 대하여 일률적으로 피선거권을 제한하는 대신, 선거범죄에 대한 구체적·개별적인 사정을 반영하여 타당성 있는 제재를 하도록 함으로써 피선거권을 가급적 폭넓게 보장하고자 하는 뜻에서, 입법부로부터 양형재량을 부여받은 법원의 사법적 판단에 의하여 피선거권이 제한되도록 한 것으로 이해된다.

그리고 이 사건 법률조항은 100만 원 이상의 벌금형을 선고받은 선거법에 대하여 5년간 피선거권을 제한하고 있는데, 임기만료에 의한 선거에 있어 대통령선거는 5년마다, 국회의원선거와 지방의회의원 및 지방자치단체의 장 선거는 각 4년마다 행하여지므로 위 조항에 의한 피선거권의 제한은 각 공직선거마다 통상 1회에 그치게 되는데, 선거의 공정성을 확보하기 위한 이 사건 법률조항의 입법취지 및 피선거권의 제한이 선거법 스스로가 선거법을 위반함에 따른 불이익이라는 점을 고려하면 5년간의 제한기간은 지나치게 장기

간이라고 보기 어렵다.

3) 이와 같이 선거의 공정성을 해친 바 있는 선거법으로부터 부정선거의 소지를 차단하여 공정한 선거가 이루어지도록 하기 위하여는 피선거권을 제한하는 것이 효과적인 방법이 될 수 있는 점, 법원이 형량을 결정함에 있어서 양형의 조건뿐만 아니라 피선거권의 제한 여부에 대한 합리적 평가도 하게 되는 점, 제한기간이 공직선거의 참여를 1회 정도 제한하게 되는 점 및 입법자가 이 사건 법률조항에서 피선거권의 제한기준으로 채택한 수단이 지나친 것이어서 입법형성권의 범위를 벗어난 것이라고 단정하기 어려운 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 법률조항은 침해의 최소성원칙에 어긋나지 아니한다.

(다) 법익의 균형성

이 사건 법률조항으로 인하여 선거법의 피선거권이 일정기간 제한되지만 이를 통하여 달성하려는 선거의 공정성 확보라는 공익이 선거법 자신의 귀책사유로 인하여 피선거권을 행사하지 못하게 되는 불이익보다 크다고 할 것이므로 법익의 균형성도 인정된다.

(라) 소결론

따라서 이 사건 법률조항은 청구인 이○기의 공무담임권을 침해하고 있다고 할 수 없다.

(2) 평등의 원칙 위배 여부

청구인 이○기는 일반 형사범이 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 형이 실효되지 아니한 경우에 피선거권이 제한되는 데 반하여, 선거법은 가벼운 형벌인 100만 원 이상의 벌금형을 선고받아 확정되면 피선거권이 제한되도록 규정한 이 사건 법률조항이 평등의 원칙에 위배하여 공무담임권을 침해하는 것이라고 주장한다.

그러나, 국민이 자신의 정치적 의사를 자유로이 결정하고 표명하여 주권을 행사, 실현하는 수단인 선거과정에서 선거의 공정성을 해친 바 있는 선거법에 대하여는 국민의 참정권 행사를 공명하게 담보하기 위하여 피선거권을 엄격하게 제한할 필요성이 있다는 점에 비추어보면, 이 사건 법률조항이 다른 범죄로 유죄판결을 받은 경우에 비하여 선거법을 합리적 사유 없이 차별함으로써 평등원칙에 위배하였다고 할 수 없다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구 중 청구인 최○진의 심판청구는 부적법하므로 각하하고, 청구인 이○기의 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 청구인 이○기의 심판청구에 대한 재판관 김희옥, 재판관 김종대의 반대의견이 있는 외에는 관여 재판관들의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 김희옥, 재판관 김종대의 반대의견

우리는 청구인 이○기의 심판 청구에 관하여, 다수의견과 달리 이 사건 법률조항이 청구인의 공무담임권을 침해하여 헌법에 위반된다고 보므로 아래와 같이 반대의견을 밝힌다.

가. 이 사건 법률조항의 의미와 기본권 제한의 한계

이 사건 법률조항은 선거범죄로 100만 원 이상의 벌금형이 확정된 자의 피선거권을 5년간 박탈함으로써 국민의 의사에 따라 선출되어 국민의 정치적 의사를 반영하는 역할을 맡을 수 있도록 보장하는 내용의 공무담임권, 즉 참정권을 제한하는 것이다. 이것은 피선거권이 박탈된 자의 입장에서선 선출직 공직의 수행을 통한 국정참여의 기회가 배제된다는 점에서, 그를 지지하는 국민의 입장에서선 자신이 원하는 자를 대표로 선출할 수 없다는 점에서, 국민주권과 민주주의 원리에 대한 중대한 제약을 의미한다.

따라서 피선거권을 제한하는 법률이 헌법에 위반되는지 여부를 심사함에 있어서는 엄격한 비례의 원칙에 따라야 한다. 비례의 원칙은 일반적으로 입법목적과 수단 간의 비례 관계를 요구하는 것으로, 주로 침해의 최소성이나 법익의 균형성이 문제되지만 그에 앞서, 기본권 제한의 수단으로 채택된 방법이 그 자체로 헌법원리에 반하지 않으며 객관적이고 합리적인 것이어야 한다는 기본권 제한의 방법의 적정성도 그 요건으로 하고 있다.

이 사건 법률조항의 입법목적은 선거범죄를 방지하여 공정한 선거를 보장하고 진정한 주권자의 의사를 제대로 선거결과에 반영하기 위한 것이므로, 이 사건 법률조항의 입법목적은 정당하다 할 것이고, 그러한 입법목적의 달성을 위해 일정한 선거범죄를 범한 자의 피선거권을 제한하는 것 그 자체는 기본권 제한의 방법으로서 헌법적으로 문제되지 않는 것으로 보인다. 또 국회는 참정권을 제한하는 입법을 함에 있어 독립된 법관에 의해 이루어지는 선거범죄에 대한 판결 결과에 따라 참정권의 제한 여부가 좌우되도록 하는 방법을 취할 수도 있을 것이다.

그러나 국회가 참정권의 제한 여부를 선거범죄에 대한 판결의 결과에 좌우되도록 하는 경우에도 일정한 한계는 있다. 판결이 독립된 법관에 의해 공정하게 이루어질 것이므로 어떠한 기본권 제한도 그 판결의 결과에 맡길 수 있다고 하는 것은 헌법 제37조 제2항이 예정하는 기본권 제한의 방법에 어긋난다. 판결의 결과에 따라 기본권을 제한하기 위해서는 판결이 그 주체나 형식의 공정성에서 뿐 아니라 그 내용 또한 기본권 제한을 함에 있어 객관적이고, 합리성과 타당성 있는 기준이 되어야 하기 때문이다. 그러나 이 사건 법률조항은 선거범죄를 범한 자의 피선거권을 5년간 박탈할 것인지 여부를 법관이 선고하는 “100만 원”이라는 벌금 양형 액수에 좌우되도록 규정하고 있는바, 이와 같은 기본권 제한의 방법은 아래에서 보는 바와 같이 헌법원리에 부합하지 않으며 합리적이고 타당한 기준에 의한 방법으로도 볼 수 없어 기본권 제한의 요건으로서의 방법의 적정성에 위반된다.

나. 이 사건 법률조항의 위헌성

(1) 법원에 대한 과도한 재량의 부여

(가) 이 사건 법률조항은 5년간의 피선거권 박탈 여부를 법원이 선고하는 벌금 액수에 좌우되도록 규정하고 있다(극단적으로 말하자면 기준 벌금액과 1원의 차이로 인해 피선거권의 박탈 여부가 좌우된다).

우리의 형사재판제도에는 구속력 있는 양형 기준이 없다. 양형의 조건에 관해 규정하고 있는 형법 제51조는 무수히 다양한 사건들을 양형의 요소로 고려할 수 있도록 규정하고 있어, 양형에 관한 한 법관에게는 자유로운 재량이 폭넓게 인정되고 있다. 따라서 법정형의 범위 내에서 구체적인 사건에 대한 벌금액을 얼마로 선고할 것인지는 사실상 거의 전적으로 그 사건을 담당하는 법관의 재량에 맡겨져 있다고 볼 수 있다.

(나) 그러나 일정 기간 피선거권의 박탈이라는 중대한 기본권 제한을 결과적으로 법관의 자유로운 재량에 위임하는 것은 우리의 헌법원리에 부합하는 기본권 제한의 방법이라 할 수 없다.

우선 형사재판은 범죄사실의 인정과 법령의 적용 및 형의 선고를 위해 마련된 절차이지, 특정한 사람에 대해 일정한 기간 동안 피선거권을 박탈할 것인지 여부를 판단하는 절차가 아니다. 이 사건 법률조항이 있다 해서, 형사재판을 담당하는 법원이 벌금액을 정해 선고함에 있어 피고인에 대한 피선거권 박탈이 정당한지 여부를 판단해야 할 법적 의무를 지지는 않는다. 따라서 피고인의 피선거권을 일정 기간 박탈하는 것이 선거의 공정성 확보를 위해 불가피한 것인지, 그러한 피선거권 제한이 과도한 제한은 아닌지 등에 대해서 법상 어떠한 특별한 심리를 할 필요가 없고 또 실제로 그 같은 심리가 이루어지지도 않는다.

그 결과 피선거권 박탈의 정당성 여부에 대해 법원이 어느 정도로 진지한 고려를 하였는지, 그러한 판단의 근거는 무엇인지가 판결의 이유에 전혀 나타나지 않으며, 결국 5년간 피선거권의 박탈이라는 중대한 기본권 제한 여부가, 그야말로 법관의 자유로운 재량 아래서, 객관적으로 전혀 확인할 수 없는 기준에 의해 결정되고 만다.그런 만큼 선거범죄로 재판을 받는 피고인으로서, 형의 선고 전까지는 자신의 피선거권이 박탈될 것인지 여부를 전혀 예측할 수 없으며, 특히 근소한 벌금액의 차이로 인해 피선거권을 박탈당한 자로서는 객관적으로 확인할 수 없는 기준에 따라 법원이 자의적으로 불평등한 법집행을 한 것으로 받아들일 가능성도 크다.

그 결과 선거범죄에 관해서는 형사재판이 정치재판화 됨으로써 마치 법원이 정치적인 목적에 따라 자의적인 판단을 하고 있는 것처럼 비취질 우려가 있고, 이런 우려를 불식하기

위해 형사재판 본래의 양형 요소보다도 피고인의 피선거권 박탈 여부를 사실상 우선적으로 고려하다 보면, 선거범죄에 대한 양형 왜곡을 초래할 수밖에 없게 된다.

(다) 요컨대 이 사건 법률조항이, 5년간의 피선거권 박탈 여부를 법관의 자유재량으로 정해지는 벌금형의 선고금액에 의존하도록 규정함으로써 결과적으로 피선거권 박탈 여부를 법원의 과도한 재량에 위임하는 것은, 민주주의와 국민주권을 선언한 헌법 제1조와 사법권을 법원에 부여한 헌법 제101조 제1항에 비추어 볼 때 헌법원리에 반하는 방법에 의한 기본권 제한이라고 하지 않을 수 없다.

(2) 벌금 “100만 원”이라는 기준의 자의성

(가) 이 사건 법률조항은 선고형 “벌금 100만 원”을 기준으로 5년간의 피선거권 박탈 여부를 결정하고 있으나, 왜 굳이 선고형이 벌금 100만 원이면 피선거권이 박탈되어야 하고 그 미만이면 박탈되지 않아도 되는지에 대한 아무런 합리적인 이유를 찾을 수 없다.

그것은 선거법위반으로 벌금 100만 원이 선고될 때의 그 100만 원이란 기준이 나타내는 불법의 크기와 죄질의 정도가 어떠한 것인지, 나아가 그 불법의 크기와 죄질의 정도가 선거의 공정과 주권자의 진정한 의사의 반영에 어느 정도로 위협이 되는지에 대해 그 기준을 객관적으로 인식하거나 예측할 수가 없고, 직접 재판을 담당하는 법관이라 할지라도 이를 객관적으로 판단하는 것이 불가능할 만큼 그 기준이 자의적이고 추상적일 수밖에 없기 때문이다.

(나) 우리 재판소는 일찍이 선거범죄로 50만 원 이상의 벌금형을 선고받은 자에 대해 지방의회의원의 피선거권 또는 지방자치단체의 장 피선거권을 박탈하는 것으로 규정한 구 ‘지방의회의원 선거법’과 구 ‘지방자치단체의 장 선거법’ 조항들에 대해 합헌 결정을 한 바 있는데(헌재 1993. 7. 29. 93헌마23 결정, 판례집 5-2, 221 헌재 1995. 12. 28. 95헌마196 결정 판례집 7-2, 893), 이제 이 사건 법률조항이 정한 “100만 원 이상의 벌금”이라는 기준 역시 다수의견에 따르면 합헌이라는 것인바, 이와 같이 피선거권을 박탈하는 기준이 되는 벌금의 액수에 대해 입법자의 형성의 자유가 폭넓게 인정된다는 것은 특정한 벌금 액수가 피선거권의 박탈 여부에 대한 객관적이고 합리적인 기준이 되기 어렵다는 것을 반증하는 것이다.(다) 결국 이 사건 법률조항이 “100만 원” 이상의 벌금을 기준으로 5년간 피선거권을 박탈하도록 하는 것은 객관적이거나 합리적인 근거가 전혀 없는 기준을 들어 기본권을 제한하고 있는 것이어서 기본권 제한의 방법의 적정성을 인정할 수 없다.

다. 소 결

선거의 공정성을 확보하고 국민의 진정한 의사를 선거에 반영하기 위해 일정 기간 피선

거권 박탈이라는 기본권 제한 여부를 선거범죄의 형사재판 결과에 위임하여 규정할 필요가 있다 하더라도, 일정한 선거범죄들에 대한 유무죄 여부나 그 법정형을 기준으로 피선거권 박탈 여부를 규정하는 것이 타당한 방법이지, 법원의 자유로운 재량하에 있는 벌금에 관한 선고형량에 의해서, 더군다나 그것도 전혀 객관적이거나 납득할 만한 합리적 기준이 될 수 없는 100만 원이라는 기준에 의하여 기본권을 제한하는 것은 입법재량의 한계를 벗어난 부당한 기본권 제한의 방법이라 하지 않을 수 없다.

결국 이 사건 법률조항은 민주주의와 국민주권의 원리에 부합하지 않고, 객관적이거나 합리적이지도 않은 자의적인 방법을 통하여 피선거권을 제한하고 있어 방법의 적정성에 반하여 청구인 이○기의 공무담임권을 침해하였다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥 김종대(주심) 민형기 이동흡 목영준 송두환

13

선거법과 다른 죄의 경합범을 선거법으로 의제하는 구 공직선거법 제18조 제3항의 과잉금지의 원칙 위반 여부

■ 공직선거및선거부정방지법 제18조 제3항 위헌확인, 1997. 12. 24. 97헌마16 ■

【판시사항】

선거법과 다른 죄의 경합범으로 벌금 100만원 이상을 선고받아 확정된 경우 그 전부를 선거법으로 의제함으로써 선거권 및 피선거권이 제한되도록 한 것이 위헌인지 여부

【결정요지】

1. 재판관 김문희, 재판관 이재화, 재판관 이영모, 재판관 한대현의 합헌의견

가. 이 사건 법률조항은 선거법에 대한 제재를 강화하여 선거풍토를 일신하고 공정한 선거문화를 정착시키려는 측면에서 입법목적의 정당성이 인정되고, 법원으로서는 선거권 및 피선거권이 제한되는 사정을 고려하여 선고형인 벌금액을 정하게 되므로 선거범죄와 다른 범죄에 대하여 따로 재판하는 경우와 비교하여 현저히 불합리하게 차별하는 자의적인 입법이라고 단정할 수 없다.

나. 경합범으로 재판하는 경우에도 법원이 직권 또는 신청에 의하여 변론의 분리결정을 하여 따로 형을 정할 수 있는 등 선고형량으로 인하여 선거권과 피선거권이 제한되는 여부에 대한 모순 내지 문제점을 회피하는 수단이 마련되어 있는 이상 수단의 적정성, 법익의 균형성도 갖추고 있으므로 과잉제한금지원칙에 위반되지 아니한다.

2. 재판관 김용준, 재판관 조승형, 재판관 정경식, 재판관 고중석, 재판관 신창언의 위헌의견

가. 선거범죄와 다른 범죄가 경합된 경우 다른 범죄의 법정형이 훨씬 더 무겁거나, 특히 징역형밖에 없거나 그 하한이 벌금 200만원 이상인 때에는 별도로 기소, 처벌되었다면 선거권과 피선거권을 제한받지 않았을 것인데 경합범으로 기소, 처벌되었다는 우연적 사정에 의하여 그 제한여부가 달라지는 결과가 되므로, 이는 선거권 및 피선거

권 제한에 관한 법체계상 현저히 균형을 잃게 되고, 합리적 이유 없이 자의적인 차별 대우를 하는 것으로서 헌법상 평등의 원칙에 위배된다.

나. 선거권과 피선거권은 민주정치에 있어서 주권자인 국민이 국정에 참여하는 필수적인 수단으로서 가장 중요한 기본권에 해당하므로 그 제한은 불가피한 최소한에 그쳐야 하며, 제한여부나 제한기간 등은 선거범죄의 죄질과 가벌성의 정도에 부합되어야 한다. 따라서 입법자로서는 법원이 선거범죄에 대한 부분을 구분 명시하여 선고토록 하거나 선거범죄만을 분리하여 심리 선고토록 하는 등 기본권 침해를 최소화할 방안을 강구하여야 함에도, 이 사건 법률조항은 이러한 조치를 전혀 취하지 아니하여 입법재량이 자의적으로 행사된 경우로서 비례의 원칙 및 과잉금지의 원칙에 위배된다.

【주 문】

이 사건 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 1995. 6. 27. 실시된 경남 함양군의회 의원선거에서 당선되어 위 의회 부의장으로 있던 중, 1996. 4. 19. 창원지방법원 진주지원에서 산림법위반의 죄와 공직선거및선거부정방지법위반의 죄의 경합범으로 벌금 150만원을 선고받고, 이에 불복하여 항소 및 상고를 하였으나 모두 기각됨으로써 같은 해 12. 20. 위 벌금형이 확정되었다.

선거범으로서 100만원 이상의 벌금형의 선고를 받고 그 형이 확정된 후 5년이 경과하지 아니한 자는 피선거권이 없으며, 선거범과 다른 죄의 경합범은 선거범으로 본다고 규정한 공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정되고 1997. 11. 14. 법률 제5412호로 개정되기 전의 것, 이하 "공선법"이라 한다) 제18조 제1항 제3호, 제2항, 제3항, 제19조 제1호와 피선거권이 없게 된 때에는 지방의회의원의 직에서 퇴직된다고 규정한 지방자치법 제70조 제2호에 의하여 청구인은 함양군의회 의원 및 부의장의 직에서 퇴직하였다. 청구인은 공선법 제18조 제3항의 규정으로 인하여 청구인의 평등권, 선거권, 공무담임권이 침해되었다고 주장하면서 1997. 1. 16. 위 법률조항의 위헌확인을 구하는 이 헌법소원을 제기하였다.

나. 심판의 대상

공선법 제18조 제3항(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)의 위헌여부이고, 관련 법률조항은 공선법 제18조 제1항 제3호, 제2항, 제19조 제1호로서 그 내용은 다음과 같다.

(1) 심판대상조항

공선법 제18조(선거권이 없는 자)

③ 제2항의 선거법과 다른 죄의 경합범은 선거법으로 본다.

(2) 1997. 11. 14. 법률 제5412호로 심판대상 이 사건 법률조항은 다음과 같이 개정되었다.

③ 제2항의 선거법과 다른 죄의 경합범에 대하여는 형법 제38조(경합범과 처벌례)의 규정에 불구하고 이를 분리 심리하여 따로 선고하여야 한다.

(3) 관련조항

공선법 제18조(선거권이 없는 자) ① 선거일 현재 다음 각호의 1에 해당하는 자는 선거권이 없다.

1. 2. 생략

3. 선거법으로서, 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 포함한다)

4. 생략

② 제1항 제3호에서 “선거법”이라 함은 제16장 벌칙에 규정된 죄와 국민투표법위반의 죄를 범한 자를 말한다.

공선법 제19조(피선거권이 없는 자)

선거일 현재 다음 각호의 1에 해당하는 자는 피선거권이 없다.

1. 제18조(선거권이 없는 자) 제1항 제1호·제3호 또는 제4호에 해당하는 자

2. 3. 생략

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 청구인은 경합범으로 기소, 처벌받은 죄 중 산림법(제118조 제1항 제4호, 제90조 제1항)위반의 죄의 법정형은 징역 5년 이하 또는 벌금 700만원 이하인데 반하여, 공선법(제254조 제2항 제1호, 제256조 제1항 제1호 마목, 제89조 제2항)위반의 죄의 법정형은 징역 2년 이하 또는 벌금 400만원 이하이므로 법정형이 무거운 산림법위반의 죄에 경합범 가중을 하여 벌금 150만원의 형을 선고받았다. 만일 경합범으로 기소되지 않고 따로 기소되었더라면 공선법위반의 죄에 대하여는 벌금 100만원 미만의 형을 선고받았을 가능성이 크고 청구인의 선거권과 피선거권은 상실되지 않고 의원의 직에서 퇴직하지 아니하였을 것이다. 따라서 이 사건 법률조항은 2개 이상의 범죄에 대하여 따로 기소·처벌되는 경우와 경합범으로 처벌되는 경우와를 비교하면 경합범의 경우에만 선거권과 피선거권 등을 상실시키는 불합리한 결과가 초래되므로 청구인의 평등권과 선거권, 공무담임권을 침해하고 있다.

(2) 이 사건 법률조항은 공선법위반의 죄의 법정형이 무거워 그 죄에 경합범 가중을 한 경우와 다른 죄의 법정형이 더 무거워 그 다른 죄에 경합범 가중을 하는 경우를 구분하지 아니하고 선거법과 다른 죄의 경합범 모두를 선거법으로 의제한 것은 평등권과 선거권, 공무담임권을 침해한 것으로 헌법에 위반된다.

나. 중앙선거관리위원장의 의견

특별한 의견이 없다고 회신하였다.

3. 판 단

가. 재판관 김문희, 재판관 이재화, 재판관 이영모, 재판관 한대현의 합헌의견

(1) 주권자인 국민이 국정에 참여하는 방법은 주로 선거권의 행사와 피선거권인 공무담임권을 통하여 행하여 진다. 선거권은 주권행사의 필수적인 수단으로 대의민주제의 근간을 이루는 것이고 피선거권인 공무담임권은 국정에 직접 참여하여 공무를 담임하는 것이므로 선거권과 피선거권은 국민이 국정에 참여하는 기회를 보장하는 기본적인 권리라고 말할 수 있다.

따라서 선거권 또는 피선거권인 공무담임권을 누구에게 어떠한 조건으로 부여할 것인가

의 문제 즉 선거권 내지 피선거권의 요건이나 이를 제한하는 사항을 규정하는 문제는 대의민주주의의 운영과 관련된 중요한 요소이므로, 헌법은 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권 내지 공무담임권을 가진다고 규정하여 이를 모두 입법부에 위임하고 있다(제24조, 제25조).

(2) 확정판결을 받은 선거법에 대하여 선거권 및 피선거권을 제한하는 규정은 선거의 공정성을 해친 자에게 일정기간 선거권 및 피선거권의 행사를 제한함으로써 선거풍토를 일신함과 동시에 본인의 반성을 촉구하기 위한 법적조치로서, 국민의 기본권인 공무담임권과 평등권을 합리적 이유없이 자의적으로 제한하는 위헌규정이라고 할 수 없고, 또 선거법 중 어떤 종류의 형벌을 얼마만큼 선고받은 자에 대하여 어느 정도의 기간동안 피선거권의 행사를 제한할 것인가의 문제는 입법재량에 속하는 사항으로서, 그것이 합리적 재량의 한계를 벗어난 것이 아닌 한 위헌이라고 말할 수 없는 것이다(헌법재판소 1993. 7. 29. 선고, 93헌마23 결정. 판례집 제5권 2집 221, 227면).

(3) (가) 이 사건 법률조항의 입법배경을 보면, 공선법 시행전의 대통령선거법, 국회의원선거법 등에는 각 선거법위반의 죄와 선거법이 아닌 죄의 경합범을 선거법으로 의제하는 내용의 규정을 두지 아니하였다. 그러나 선거의 과열과 타락, 불법으로 얼룩진 선거풍토를 일신하여 공정한 선거문화를 정착시킬 목적으로 각종 선거법을 하나의 선거법으로 통합한 공선법을 제정할 때에, 선거법의 형량강화, 선거법으로 형을 받은 자의 선거권 및 피선거권의 제한기간을 늘리는 한편 선거법과 다른 죄와의 경합범을 선거법으로 의제하는 규정을 신설하였는데 이것은 선거법에 대한 양형재량권을 갖고 있는 법원측에 선거권과 피선거권의 제한여부를 모두 일임한 것으로 볼 수 있는 것이다.

(나) 경합범이란 판결이 확정되지 아니한 수개의 죄 또는 판결이 확정된 죄와 그 판결확정전에 범한 죄로 나누어 지고(형법 제37조), 이 사건 법률조항의 경합범은 해석상 판결이 확정되지 아니한 수개의 죄만을 가리키는 것이다. 형법은 경합범을 동시에 판결할 때에는 가중주의 내지 가중단일형주의를 취하고 있으므로, 각 죄에 정한 형이 벌금형인 경우에는 가장 중한 죄에 정한 다액에 그 2분의1까지 가중하여 처벌하되, 다액을 합산한 액수를 초과할 수 없도록 규정하고 있다(제38조 제1항 제2호).

먼저 공선법상 벌금형의 법정형의 하한이 "300만원이상" 내지 "500만원이상"의 벌금으로 되어 있는 경우(공선법 제231조 제1항, 제2항, 제232조 제1항, 제2항, 제237조 제1항, 제244조, 제250조 제2항)에는 법률상의 감경사유없이 작량감경을 한다 하더라도 100만원미만의 벌금형을 선고할 수 없으므로 이와 같은 법정형의 하한이 있는 공선법 위반의 죄와 선거법이 아닌 죄를 경합범으로 재판하더라도 공선법 제18조 제1항 제3호의 "100만원이상의 벌금형의 선고를 받고 그 형이 확정된 후 5년이 경과하지 아니한 자"의 규정과 관련하여 불이익을 받는다고 볼 수는 없다.

다음 각 법정형의 하한이 없고 상한만 각 규정되어 있는 그 밖의 공선법위반의 죄와 선거범이 아닌 죄를 경합범으로 재판하는 경우에는, 공선법 제18조 제1항 제3호의 100만원 이상의 벌금형은 법정형이나 처단형이 아닌 선고형을 가리킴으로 형법 제51조 소정의 양형의 조건을 참작하여 형을 정할 때에, 공선법상 입법부로부터 선거범에 대한 폭넓은 양형재량권을 부여받은 법원으로서 선거권 및 피선거권이 제한되는 사정을 고려하여 선고형인 벌금액을 정하게 되는 것이다. 이 사건의 경우 청구인에 대하여 산림법위반의 죄의 벌금형에 공선법위반의 죄의 벌금형을 경합가중하여 벌금 150만원으로 형을 정한 것은 청구인의 선거권과 피선거권을 제한하려는 법원의 판단이 내재된 것으로 보지 않을 수 없다.

끝으로 i) 선거범 아닌 죄의 법정형이 징역형 밖에 없거나 벌금형의 하한이 200만원이상으로 규정되어 있는 경우와 ii) 선거범이 아닌 죄의 선고형량이 벌금 100만원이상인 반면 경합범인 공선법위반의 죄는 벌금 100만원미만으로 처벌할 범죄인 경우에는, 재판을 하는 법원으로서 직권 또는 신청에 의하여 변론의 분리(형사소송법 제300조) 결정을 하여 따로 형을 정할 수 있는 것이다.

(4) 따라서 이 사건 법률조항은 입법목적 달성을 위하여 입법부에게 부여된 선택의 범위 내로 합리적인 이유와 근거가 있다 할 것이고, 공선법위반의 죄와 선거범 아닌 죄에 대하여 따로 재판을 하는 경우와 경합범으로 재판하는 경우와를 비교하여 현저히 불합리하게 차별하는 불공정한 자의적인 입법이라고 단정할 수 없고 입법부에 주어진 합리적인 재량의 한계를 벗어난 것으로 볼 수도 없는 것이다.

그리고 선거범에 대한 제재를 강화하여 선거풍토를 일신하고 공정한 선거문화를 정착시키려는 측면에서 그 입법목적의 정당성이 인정되고, 또한 공선법위반의 죄와 선거범이 아닌 죄를 따로 재판하는 경우와 경합범으로 재판하는 경우에 선고형량으로 인하여 선거권과 피선거권이 제한되는 여부에 대한 모순 내지 문제점을 회피하는 수단이 마련되어 있는 이상 수단의 적정성, 법익의 균형성도 갖추고 있으므로, 이른바 과잉제한금지원칙에도 위반되지 아니한다.

나. 재판관 김용준, 재판관 조승형, 재판관 정경식, 재판관 고중석, 재판관 신창언의 위헌의견

(1) 공선법은 비록 선거범죄를 범한 자라 하더라도 그 선거범죄가 경미하여 100만원 미만의 벌금형을 선고받은 경우에는 선거권 및 피선거권의 제한대상에서 제외하고 있다(제18조 제1항 제3호, 제19조 제1호). 그 이유는 선거권과 피선거권이 민주정치에 있어서 주권자인 국민이 국정에 참여하는 필수적인 수단으로서 가장 중요한 기본권에 해당하므로 가

급적 이를 폭넓게 보장하려는 취지라고 보여진다.

그런데 선거범죄와 다른 범죄가 경합된 경우 선거범죄가 경미하여 그것만으로 처벌되는 때에는 100만원 미만의 벌금형을 선고받을 수 있음에도 불구하고 다른 범죄와 경합범으로 함께 처벌되면 100만원 이상의 벌금형을 선고받게 될 수 있으며, 그 선고형이 확정되면 이 사건 법률조항에 의하여 그 전부를 선거범으로 의제하게 됨으로써 선거권 및 피선거권이 제한된다.

더욱이 경합관계에 있는 다른 범죄의 법정형이 선거범죄의 법정형보다 훨씬 더 무거운 경우이거나, 특히 다른 범죄의 법정형이 징역형밖에 없거나 또는 법정형의 하한이 벌금 200만원 이상인 경우(작량감경을 하더라도 벌금 100만원 이상을 선고할 수밖에 없다)에는 불가피하게 선거권과 피선거권이 제한되는 결과가 될 것이다.

그렇다면 이 때 만일 선거범죄와 다른 범죄에 대하여 별도로 기소, 처벌되었다면 선거권과 피선거권의 제한을 받지 않았을 것임에도 불구하고 경합범으로 기소, 처벌된다는 우연적 사정에 의하여 그 제한 여부가 달라지는 결과가 되므로, 이는 선거권 및 피선거권 제한에 관한 법체계상 현저히 균형을 잃게 되고, 경합범으로 기소, 처벌되지 아니하는 자와 비교해 볼 때 불합리한 차별대우를 하는 결과가 된다 할 것이다.

특히 경합범으로 기소할 것인지, 또는 별도로 기소할 것인지 여부는 전적으로 공소제기권자인 검사의 의사에 달려 있어 경우에 따라서는 자의가 개입할 소지도 전혀 없다고 단정할 수 없다.

따라서 이 사건 법률조항은 선거범죄와 다른 죄의 경합범으로 기소, 처벌되는 자와 별도로 기소, 처벌되는 자 사이에 합리적 이유 없이 자의적인 차별대우를 함으로써 헌법상 평등의 원칙에 위배된다고 할 것이다.

(2) 그리고 선거범죄를 범한 자에 대한 선거권과 피선거권의 제한 목적은 선거의 공정성을 확보하고 본인의 인식과 반성을 촉구하기 위한 것이기는 하지만, 국민의 기본권에 대한 중대한 제한에 해당하므로 그 제한은 이러한 목적달성에 불가피한 최소한에 그쳐야 하며, 선거권과 피선거권의 제한 여부나 제한기간 등은 당해 선거범죄의 죄질과 가벌성의 정도에 부합되어야 한다.

따라서 입법자로서는 선거범죄와 다른 범죄가 경합되어 선거권 및 피선거권의 제한기준을 상회하는 100만원 이상의 벌금형을 선고하게 되는 경우 법원이 선거범죄에 대한 부분을 구분 명시하여 선고토록 하든지, 아니면 선거범죄만을 별도로 분리하여 심리 선고토록 함으로써 기본권 침해를 최소화할 방안을 강구하여야 할 것이다.

그런데 이 사건 법률조항은 이러한 조치를 전혀 취하지 아니한 채, 선고형량 전부를 선거

범에 대한 것으로 무조건 의제함으로써 청구인의 선거권 및 피선거권이 부당하게 제한되는 결과에 이르도록 하고 있다.

이는 결국 입법재량권이 자의적으로 행사된 경우로서 헌법 제37조 제2항에 따른 기본권 제한에 있어서 그 목적 내지 필요성과 기본권 제한의 정도를 비교할 때에 지켜야 할 비례의 원칙 내지 과잉금지의 원칙에 위배되고, 그 결과 청구인의 선거권과 공무담임권을 침해하는 규정이므로 헌법에 위반된다고 할 것이다.

(3) 이에 반하여 합헌의견은 그 논거로서 "공선법위반죄와 선거범이 아닌 죄를 경합범으로 재판하는 경우에는…… 법원으로서 선거권 및 피선거권이 제한되는 사정을 고려하여 선고형인 벌금액을 정하게 되는 것이다. 이 사건의 경우 청구인에 대하여…… 선거권과 피선거권을 제한하려는 법원의 판단이 내재된 것으로 보지 않을 수 없다"고 하면서, "i) 선거범 아닌 죄의 법정형이 징역형밖에 없거나 벌금형의 하한이 200만원이상으로 규정되어 있는 경우와 ii) 선거범이 아닌 죄의 선고형량이 벌금 100만원이상인 반면 경합범인 공선법위반의 죄는 벌금 100만원미만으로 처벌할 범죄인 경우에는, 재판을 하는 법원으로서 직권 또는 신청에 의하여 변론의 분리(형사소송법 제300조) 결정을 하여 따로 형을 정할 수 있는 것이다"라는 주장을 펴고 있다.

그러나 합헌의견도 지적하고 있는 바와 같이 이 사건 법률조항의 입법배경은 "선거의 과열과 타락, 불법으로 얼룩진 선거풍토를 일신하여 공정한 선거문화를 정착시킬 목적으로" 신설된 규정이므로, 법원이 위와 같이 임의적 고려에 의하여 변론의 분리 결정을 할 수 있고 이를 통하여 선거권과 피선거권이 제한되는 여부에 대한 모순 내지 문제점을 회피할 수 있다고 하는 합헌의견은 입법취지에 명백히 반하는 것일 뿐 아니라, 논리적으로도 문제가 있다 할 것이다.

그리고 법원의 변론 분리결정이 가능하다고 하더라도 이는 선거권 및 피선거권의 제한 여부를 전적으로 법원의 의사에 맡기는 결과가 되고, 그에 따라 변론의 분리결정을 받은 자와 그렇지 아니한 자 사이에 또다른 불평등의 문제가 야기될 수 있다고 할 것이다.

(4) 특히, 이 사건 헌법소원이 제기된 후 국회 스스로 이 사건 법률조항의 위와 같은 문제점을 인식하고, 이를 해소하기 위하여 여·야 합의하에 선거범과 다른 죄의 경합범에 대하여는 법원이 분리 심리하여 따로 선고하도록 개정하였는 바, 이는 이 사건 법률조항의 위헌여부를 판단하는데 있어서 중요한 참고가 될 수 있을 것이다.

(5) 결국 이 사건 법률조항은 헌법상의 평등의 원칙과 비례의 원칙에 위배되고 청구인의 선거권과 공무담임권을 침해하여 위헌이라고 할 것이다.

4. 결 론

따라서 이 사건 법률조항은 재판관 김문희, 재판관 이재화, 재판관 이영모, 재판관 한대현 등 4인이 헌법에 위반되지 아니한다는 의견이고, 재판관 김용준, 재판관 조승형, 재판관 정경식, 재판관 고중석, 재판관 신창언 등 5인이 헌법에 위반 된다는 의견으로, 위헌의견이 다수의견이기is 하나, 헌법 제113조 제1항, 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호에 정한 위헌결정 정족수에 이르지 못하므로 이 심판청구를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

1997. 12. 24.

재판장 재판관 김 용 준

재판관 김 문 희

재판관 이 재 화

재판관 조 승 형

재판관 정 경 식

재판관 고 중 석

주 심 재판관 신 창 언

재판관 이 영 모

재판관 한 대 현

14

기소된 법률조항이 아닌 공직선거법 제18조·제19조에 대한 헌법소원의 적법 여부

- 공직선거및선거부정방지법 제19조 등 위헌소원(동법 제18조 제1항 제3호, 국회법 제136조), 2001. 6. 28. 2001헌바16 ■

【판시사항】

당해소송에서 적용되지 않은 법률조항에 대한 심판청구는 재판의 전제성이 없다는 이유로 각하한 사례

【결정요지】

당해 소송사건에 적용될 법률이 아니어서 그 위헌 여부에 따라 당해사건 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라진다고 할 수 없다면 재판의 전제성을 갖추지 못하여 부적법하다. 그런데 이 사건 법률조항은 청구인에 대하여 기소된 법률조항이 아니어서 당해사건의 1심에서 적용되지 아니하였고, 당해사건에서도 적용될 가능성이 전혀 없다. 또한 이 사건 법률조항은 설사 헌법재판소에서 위헌결정을 선고한다 하더라도 당해사건 재판의 결론이나 주문, 또는 그 판결의 실질적 효력에 어떤 법적 효과를 부여하는 것이 아니고, 다만 법원에서 피고인의 국회의원직 상실 여부에 대한 고려를 할 필요없이 형을 선고할 수 있다는 사실상, 또는 가정적인 영향만을 미칠 뿐이다. 따라서 이 사건 법률조항에 대하여는 재판의 전제성이 인정되지 않는다.

【심판대상조문】

공직선거및선거부정방지법(1997. 11. 14. 법률 제5412호로 개정된 것) 제18조, 제19조
국회법(1994. 6. 28. 법률 제4761호로 개정된 것) 제136조

【참조조문】

헌법재판소법 제68조 제2항

【참조판례】

헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853
헌재 1995. 7. 21. 93헌바46, 판례집 7-2, 48
헌재 1996. 10. 31. 93헌바14, 판례집 8-2, 422
헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808
헌재 1997. 11. 27. 96헌바60, 판례집 9-2, 629
헌재 1998. 7. 16. 96헌바33등, 공보 29, 620

【당 사 자】

청 구 인 이○웅

대리인 법무법인 세종

담당변호사 이진웅 외 4인

당해사건 서울고등법원 2000노1982 공직선거및선거부정방지법위반

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 “2000. 1. 25. 실시한 인천 남동구청장 보궐선거에서 후보로 출마한 자인바, 1999. 12. 26.부터 2000. 1. 중순까지 총 16회에 걸쳐 아파트 노인정 등지에서 굴 15상자를

기부하고 청구인의 사진이 게재된 명함형 소형인쇄물 198매를 배부하였다”는 이유로 공직선거및선거부정방지법(이하 “공선법”이라 한다) 제257조 제1항 제1호, 제113조, 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항 위반으로 인천지방법원(2000고합287)에 기소되었고, 동 법원은 2000. 7. 7. 위 공소사실 모두를 유죄로 인정하여 벌금 100만원의 형을 선고하였다. 청구인은 이 판결에 불복하여 서울고등법원에 항소하였고 그 재판이 계속중 공선법 제19조, 제18조, 그리고 국회법 제136조(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)의 위헌 여부가 재판의 전제가 된다면 위헌제청신청을 하였으나, 당해사건 법원은 2001. 3. 12. 재판의 전제성이 없다는 이유로 이 신청을 각하하였다. 이에 청구인은 2001. 3. 20. 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 따라 이 헌법소원을 제기하였다.

나. 심판의 대상

공직선거및선거부정방지법(1997. 11. 14. 법률 제5412호로 개정된 것) 제18조(선거권이 없는 자) ① 선거일 현재 다음 각호의 1에 해당하는 자는 선거권이 없다.

1. 금지산선고를 받은 자
 2. 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니하거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자
 3. 선거범으로서, 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 포함한다)
 4. 법원의 판결에 의하여 선거권이 정지 또는 상실된 자
- ② 제1항 제3호에서 “선거범”이라 함은 제16장 벌칙에 규정된 죄와 국민투표법 위반의 죄를 범한 자를 말한다.
- ③ 제2항의 선거범과 다른 죄의 경합범에 대하여는 형법 제38조(경합범과 처벌례)의 규정에 불구하고 이를 분리 심리하여 따로 선고하여야 한다.

제19조(피선거권이 없는 자) 선거일 현재 다음 각호의 1에 해당하는 자는 피선거권이 없다.

1. 제18조(선거권이 없는 자) 제1항 제1호, 제3호 또는 제4호에 해당하는 자
2. 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 형이 실효되지 아니한 자
3. 법원의 판결 또는 다른 법률에 의하여 피선거권이 정지되거나 상실된 자

국회법(1994. 6. 28. 법률 제4761호로 개정된 것)

제136조(퇴직) ① 의원이 겸할 수 없는 직에 취임하거나 제29조 제2항의 규정에 의하여 임기개시일 이후에 해직된 직의 권한을 행사한 때에는 의원의 직에서 퇴직된다.

② 의원이 법률에 규정된 피선거권이 없게 된 때에는 퇴직된다.

③ 의원에 대하여 제2항의 피선거권이 없게 되는 사유에 해당하는 형을 선고한 법원은 그 판결이 확정된 때에 이를 지체없이 국회에 통지하여야 한다.

2. 청구인 주장 및 법원의 각하결정의 요지

가. 청구인의 주장요지

(1) 재판의 전제성에 대하여

이 사건 법률조항은 당해사건 재판에 직접 적용되는 조항은 아니나 만일 당해사건에서 청구인이 벌금 100만원 이상의 형을 선고받는다면 이 사건 법률조항에 의하여 국회의원의 직에서 퇴직하게 되는바, 이와 같은 경우는 법원의 양형결정에 사실상 영향을 미치게 되므로, 즉 법원이 양형을 결정할 때 국회의원의 유지 여부에 대한 고려를 생각하지 않을 수 없으므로, 이 사건 법률조항은 당해사건 재판에 간접적으로 적용된다고 할 수 있어 재판의 전제성이 있다.

(2) 본안에 대하여

(가) 국회의원이 선거법위반죄로 벌금 100만원 이상의 형을 선고받으면 당연히 국회의원의 직을 퇴직하도록 되어 있는 이 사건 법률조항으로 말미암아 법원은 국회의원이 피고인인 선거법위반 사건의 형량을 정하는 데 있어서 그 양형에 제약을 받게 되므로, 이 사건 법률조항은 법원의 독립에 관한 헌법규정에 위반된다.

(나) 헌법 제64조에 따르면 국회의원의 자격에 관한 심사권한은 국회의 자율권에 속하는 것이므로 이 사건 법률조항은 국회의 자율권을 침해하는 규정이다.

(다) 양형에 관한 점은 상고의 이유가 되지 못하므로 100만원 이상의 벌금형을 선고받는 경우에 대법원의 판단을 받을 기회를 보장하지 않는 이 사건 법률조항은 재판을 받을 권리 및 평등권을 침해하는 규정이다.

(라) 이 사건 법률조항은 법원의 재량에 의한 형량의 결정으로 바로 국회의원의 신분을 상실시킬 수 있게 한 점에서 헌법상 포괄위임금지의 원칙에도 어긋난다.

(마) 일정한 자격의 결격사유를 규정하고 있는 200여개의 다른 법률과는 달리 벌금 100만원 이상의 벌금형으로 국회의원 자격의 결격사유로 삼고 있는 이 사건 법률조항은 법체계상의 정당성과 균형성을 상실하여 헌법 제10조 인간으로서의 존엄과 가치, 제11조 평등의 원칙, 제37조 제2항의 과잉입법금지의 원칙에 각 반하는 규정이다.

나. 법원의 위헌제청신청 각하결정의 요지

청구인이 위헌법률심판제청을 구하는 이 사건 법률조항은 그 위헌 여부에 따라 당해 재판을 담당하는 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우에 해당하지 아니하므로 재판의 전제성이 없어 부적법하다.

3. 판 단

(1) 위헌법률심판의 제청(헌법재판소법 제41조)이나 위헌심사형 헌법소원심판청구(헌법재판소법 제68조 제2항)에는 법률이 헌법에 위반되는 여부가 법원(군사법원 포함)이 담당하는 당해사건의 재판에 전제가 되어야 하는바, 이를 재판의 전제성이라 한다. 그러므로 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원에 있어서도 일반법원에 계속된 구체적 사건에 적용할 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제로 되어 있어야 하고, 이 경우 재판의 전제가 된다고 하려면, 첫째 그 법률이 당해 소송사건에 적용될 법률이어야 하고, 둘째 그 위헌여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우이어야 한다(헌재 1995. 7. 21. 93헌바46, 판례집 7-2, 48, 58).

따라서 당해 소송사건에 적용될 법률이 아니어서 그 위헌 여부에 따라 당해사건 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라진다고 할 수 없다면 재판의 전제성을 갖추지 못하여 부적법하다(헌재 1998. 7. 16. 96헌바33등, 공보 29, 620, 628).

(2) 그런데 이 사건 법률조항은 청구인에 대하여 기소된 법률조항이 아니어서 당해사건의 1심에서 적용되지 아니하였고, 당해사건(항소심)에서도 적용될 가능성이 전혀 없다.

다만 헌법재판소는, 제청 또는 청구된 법률조항이 법원의 당해사건의 재판에 직접 적용되는 않더라도 그 위헌 여부에 따라 당해사건의 재판에 직접 적용되는 법률조항의 위헌 여부가 결정되거나(헌재 1996. 10. 31. 93헌바14, 판례집 8-2, 422, 429 참조), 당해재판의 결과가 좌우되는 경우(헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 818 참조) 등과 같이 양 규범 사이에 내적 관련이 있는 경우에는 간접 적용되는 법률규정에 대하여도 재판의 전제성을 인정할 수 있다는 판례를 낸 사례가 있으나, 이 사건 법률조항은 위에서 본 간접적용되는 법률조항의 유형에도 해당하지 아니한다.

즉, 이 사건 법률조항은 그 위헌 여부에 따라 당해사건에서 직접 적용된 법률조항의 위헌 여부에 영향을 미친다거나 당해사건의 재판의 결과가 좌우되는 경우가 아니라 오히려 반대로, 당해사건의 결론이나 주문(벌금 100만원 이상의 형)이 구성요건이 되어 비로소 법적 효과(국회의원직 퇴직)가 형성되는 관계이다(헌재 1997. 11. 27. 96헌바60, 판례집 9-2, 629, 642 참조). 그러므로 전제성의 첫 번째 요건을 충족하지 못한다.

뿐만 아니라 이 사건은 전제성의 두 번째 요건에도 해당되지 아니한다. 청구인이 들고 있는 헌법재판소의 선례인 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 결정의 경우, 심판의 대상은 형사소송법 제331조 중 단서의 규정이 헌법에 위반되는지 여부로서, 제청법원이 검사로부터 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고의 형에 해당한다는 취지의 의견진술이 있는 관련사건의 피고인들에 대한 판결을 함에 있어서, 위 단서의 규정이 합헌이라고 한다면 피고인들에 대하여 무죄, 면소, 형의 면제, 형의 선고유예, 형의 집행유예, 공소기각 또는 벌금이나 과료를 과하는 판결을 선고하게 되는 경우에도 구속영장의 효력이 상실되는 것이 아니라는 예외규정이 적용되어 구속영장의 효력을 상실시키는 효과가 있는 중국재판으로서의 무죄 등의 판결을 할 수 없으나, 이와는 달리 위 규정이 위헌이라고 한다면 형사소송법 제331조 본문규정의 적용을 받아 구속영장의 효력을 상실시키는 효과가 있는 중국재판으로서 무죄 등의 판결을 할 수 있게 된다. 이와 같이 해당 법률규정의 위헌 여부에 따라 비록 판결주문의 형식적 내용이 달라지는 것은 아니라 하더라도 그 판결의 실질적 효력(피고인의 석방 여부)에 차이가 있게 되는 것이므로, 위 단서규정의 위헌 여부는 제청법원이 관련사건에 대한 재판을 함에 있어서 재판의 전제성이 있다고 본 것이다(판례집 4, 853, 860-861).

그런데, 이 사건 법률조항은 설사 헌법재판소에서 위헌결정을 선고한다 하더라도 당해사건 재판의 결론이나 주문, 또는 그 판결의 실질적 효력에 어떤 법적 효과를 부여하는 것이 아니고, 다만 법원에서 피고인의 국회의원직 상실 여부에 대한 고려를 할 필요없이 형을 선고할 수 있다는 사실상, 또는 가정적인 영향만을 미칠 뿐이다.

(3) 따라서 이 사건 법률조항에 대하여는 재판의 전제성이 인정되지 않는다고 할 것이다.

4. 결 론

그러므로 청구인의 이 사건 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하기로 하여, 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권성 김효종 김정일 송인준 주선회(주심)

제 3 장 선거구역과 의원정수

(제20조 ~ 제32조)

1

선거구간 인구편차 상하 50%를 초과하는 공직선거법 별표 1 국회의원
지역선거구구역표의 평등권 등 침해 여부

- 공직선거및선거부정방지법 [별표1] ‘국회의원지역선거구구역표’ 위헌확인, 2001. 10. 25.
2000헌마92·240 병합 ■

【판시 사항】

1. 선거구획정에 관한 입법재량의 한계
2. 국회의원지역선거구간 인구편차의 허용기준
3. 특정지역의 선거인들에 대한 차별적 선거구획정(소위 게리맨더링)으로 인정되지 아니한 사례
4. 선거구구역표의 일부에 위헌적 요소가 있는 경우 선거구구역표 전체를 위헌이라고 할 수 있는지 여부
5. 헌법불합치결정을 하고 잠정적으로 그 효력을 지속시키는 이유

【결정 요지】

1. 선거구획정에 관하여 국회의 광범한 재량이 인정되지만 그 재량에는 평등선거의 실현이라는 헌법적 요청에 의하여 일정한 한계가 있을 수밖에 없는바, 첫째로, 선거구획정에 있어서 인구비례원칙에 의한 투표가치의 평등은 헌법적 요청으로서 다른 요소에 비하여 기본적이고 일차적인 기준이기 때문에, 합리적 이유없이 투표가치의 평등을 침해하는 선거구획정은 자의적인 것으로서 헌법에 위반된다는 것이고, 둘째로, 특정 지역의 선거인들이 자의적인 선거구획정으로 인하여 정치과정에 참여할 기회를 잃게 되었거나, 그들이 지지하는 후보가 당선될 가능성을 의도적으로 박탈당하고 있음이 입증되어 특정 지역의 선거인들에 대하여 차별하고자 하는 국가권력의 의도와 그 집단에 대한 실질적인 차별효과가 명백히 드러난 경우, 즉 게리맨더링에 해당하는 경우에는, 그 선거구획정은 입법재량의 한계를 벗어난 것으로서 헌법에 위반된다는 것이다.
2. 인구편차의 허용한계에 관한 다양한 견해 중 현시점에서 선택가능한 방안으로 상하

33⅓% 편차(이 경우 상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 2:1)를 기준으로 하는 방안, 또는 상하 50% 편차(이 경우 상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 3:1)를 기준으로 하는 방안이 고려될 수 있는데, 이 중 상하 33⅓% 편차 기준에 의할 때 행정구역 및 국회의원정수를 비롯한 인구비례의 원칙 이외의 요소를 고려함에 있어 적지 않은 난점이 예상되므로, 우리 재판소가 선거구획정에 따른 선거구간의 인구편차의 문제를 다루기 시작한지 겨우 5년여가 지난 현재의 시점에서 너무 이상에 치우친 나머지 현실적인 문제를 전적으로 도외시하기는 어렵다고 할 것이어서, 이번에는 평균인구수 기준 상하 50%의 편차를 기준으로 위헌 여부를 판단하기로 한다. 그러나 앞으로 상당한 기간이 지난 후에는 인구편차가 상하 33⅓% 또는 그 미만의 기준에 따라 위헌 여부를 판단하여야 할 것이다.

"경기 안양시 동안구 선거구"의 경우 전국 선거구의 평균인구수로부터 +57%의 편차를 보이고 있으므로, 그 선거구의 획정은 국회의 재량의 범위를 일탈한 것으로서 청구인의 헌법상 보장된 선거권 및 평등권을 침해하는 것이 분명하다.

3. "인천 서구·강화군 을선거구란"의 제정경위 등에 비추어 보건대, 국회는 제16대 국회의원선거를 앞두고 강화군이 최소인구수 기준에 미달되어 이를 하나의 독립한 선거구로 할 수 없게 되자, 지리적으로 계양구보다 가까운 서구의 일부를 분할하여 강화군에 합쳐 하나의 선거구로 하기로 하면서, 서구 중에서 강화군과 비교적 가까우면서도 서구의 여러 동 중 가장 인구수가 많아 최소인구수의 기준을 충족시키기에 가장 적합하다고 판단되는 검단동을 분할하기로 한 것으로 보이므로, 이를 두고 입법자가 서구 검단동에 대하여 차별의 의도를 가지고 자의적인 선거구획정을 하였다고 볼 수 없다.
4. 이 사건의 경우 청구인의 헌법상 보장된 평등권 및 선거권을 침해하는 것은 이 사건 선거구구역표 중 "경기 안양시 동안구 선거구란"에 관한 부분이지만, 이 사건 선거구구역표의 전부에 관하여 위헌선언을 할 것인지 여부, 즉 선거구구역표를 가분적으로 취급할 수 있는지 여부의 문제가 있는바, 이에 대하여 우리 재판소는 95헌마224등 결정에서 선거구구역표는 전체가 불가분의 일체를 이루는 것으로서 일부 선거구의 선거구획정에 위헌성이 있다면, 선거구구역표의 전부에 관하여 위헌선언을 하는 것이 상당하다는 취지의 판시를 함으로써 불가분설을 취하였는바, 이는 객관적 헌법질서의 보장이라는 측면이나 적극적인 기본권 보장의 측면에서 보더라도 타당한 것으로 보이므로 이러한 입장을 계속 유지하기로 한다.
5. 이미 이 사건 선거구구역표에 기한 국회의원선거가 실시된 상황에서 단순위헌의 결정을 하게 되면, 선거구구역표의 성격상 그 개정입법이 빠른 시일내에 이루어지기 어렵다고 할 것이어서, 추후 재선거 또는 보궐선거가 실시될 경우 국회의원지역선거구 구역표가 존재하지 아니하게 되는 법의 공백이 생기게 될 우려가 큰 점 및 국회의 동질

성 유지나 선거구구역표의 변경으로 인한 혼란을 방지하기 위하여도 재선거, 보궐선거 등이 치러지는 경우에는 이 사건 선거구구역표에 의하여 이를 시행하는 것이 바람직한 점 등에 비추어, 입법자가 2003. 12. 31.을 시한으로 이 사건 선거구구역표를 개정할 때까지 이 사건 선거구구역표의 잠정적 적용을 명하는 헌법불합치결정을 하기로 한다.

재판관 권성의 별개의견

선거구의 획정에 있어서 투표가치의 평등이라는 것은 가장 우선시되어야 할 이념은 아니고, 선거구 획정에 있어서 고려하여야 할 여러 가지 중요한 기준의 하나에 불과하다. 다른 기준의 하나로 생각할 수 있는 의원의 대표성은 의원이 어느 정도의 독자성을 갖는 지역(예컨대 행정구역)의 주민을 대표한다고 할 때 가장 확실하여지고, 의원의 주민대표성을 살리는 것은 의회제도 발전의 역사적 연원, 소수자보호의 원리 및 국가통합의 원리에 비추어 그 합리성과 정당성이 인정되므로, 소선거구제를 택하는 이상 의원의 지역주민 대표성은 투표가치의 평등성과 대등한 이념으로 인정할 필요가 있다.

따라서 투표가치의 산술적 평등에 보다 접근시키기 위하여 어느 행정구역의 일부 주민을 다른 행정구역에 편입하여 하나의 선거구를 만드는 것은 의원의 주민대표성을 약화시키고 이것은 자기 구역에서 분리되어 타구역에 편입당한 주민들의 선거권을 침해하므로 위헌이 된다. 현행 공선법상 부산광역시 북구·강서구 을선거구, 해운대구·기장군 을선거구 및 인천광역시 서구·강화군 을선거구 등 3개의 지역구는 원래의 행정구역에서 분리되어 그 선거구에 편입된 일부 주민들의 선거권을 침해하므로 위헌이고 국회의원 지역선거구 구역표의 불가분성에 의하여 위 구역표 전부가 위헌이 되며, 아울러 헌법재판소는 공선법 제25조 제1항 후단의 규정에 불구하고 예외적으로 행정구역의 일부를 분할하여 위의 3개 지역구를 확정하는 것을 허용하고 있는 공선법 부칙 제3조의 위헌성을 함께 지적하여야 할 것이다.

재판관 한대현, 재판관 하경철의 반대의견

우리 재판소가 1995. 12. 27. 선고한 위 95헌마224등 결정의 취지에 의하면 적어도 어떤 선거구가 전국 선거구의 평균 인구수를 기준으로 상하 60%의 편차를 초과하지 아니하는 한 그 선거구는 헌법에 위반되는 것으로 볼 수 없다고 할 것인데, 2000. 3. 22. 현재 위 "경기 안양시 동안구 선거구"의 인구수는 328,383명으로서 당시 전국 선거구의 평균인구수 208,917를 기준으로 +57%의 편차를 보이고 있으므로, 위 결정에서 제시한 기준에 의할 때 위 선거구가 헌법에 위반된다고 할 수는 없음은 명백하다.

현재로서는 국회 입법권의 존중 차원에서 위 결정의 태도를 바꾸는 것은 바람직하지 않으나, 2004년 실시되는 국회의원총선거에 적용될 선거구구역표에 대하여는 다수의견과 견해를 같이 한다. 따라서 위 선거1구란이 위헌임을 이유로 이 사건 선거구구역표 전체에 대하여 헌법불합치의 결정을 하기보다는 이 사건 심판청구를 기각하면서 2004년에 실시되는 국회의원총선거에 적용될 선거구구역표는 평균인구수 기준 상하 50%의 편차를 넘지 않아야 하고, 이후에는 이러한 기준에 따라 위헌 여부를 판단할 것임을 밝히는 것으로 족하다고 할 것이다.

【주 문】

1. 공직선거및선거부정방지법 제25조 제2항에 의한 [별표1] 「국회의원지역선거구구역표」(2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것)는 헌법에 합치되지 아니한다.
2. 위 선거구구역표는 2003. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2000헌마92 사건

청구인은 공직선거및선거부정방지법 제25조 제2항에 의한 [별표1] 「국회의원지역선거구구역표」상의 "경기 안양시 동안구 선거구"에 주소를 두고, 2000. 4. 13.에 실시될 예정인 제16대 국회의원선거에서 선거권을 행사하려는 자이다.

1999. 12.말 현재 위 선거구의 인구수는 331,458명으로서, 전국선거구의 평균인구수 208,502명(총인구 47,330, 000명÷지역구 227개)과 비교하여 +59%의 편차를 보이고 있고, 위 선거구구역표상의 최소선거구인 "경북 고령군·성주군 선거구"의 인구수 90,656명에 비하여 3.65 : 1의 편차를 보이고 있다.

이에 청구인은 위 선거구구역표에 의한 선거구획정으로 인하여 자신의 투표가치가 "경북 고령군·성주군 선거구"의 선거권자의 그것에 비하여 3.65분의 1밖에 되지 않게 되어 평등선거의 원칙에 반할 뿐만 아니라, 청구인의 헌법상 보장된 평등권 및 선거권이 침해되었다고 주장하면서, 2000. 2. 10. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 2000헌마240 사건

청구인들은 공직선거및선거부정방지법 제25조 제2항에 의한 [별표1] 국회의원지역선거구 구역표상의 "인천 서구·강화군 을선거구"에 각 주소를 두고, 2000. 4. 13.에 실시될 예정인 제16대 국회의원선거에서 선거권을 행사하려는 자들이다.

청구인들은 위 국회의원지역선거구구역표 중 "인천 서구·강화군 을선거구"에 자신들의 거주지인 인천 서구 검단동과 지리적으로 분리되어 있고, 사회·경제적으로 유대감이 거의 없는 인천 강화군이 하나의 선거구로 규정됨으로써 자신들의 헌법상 보장된 선거권, 평등권 등이 침해되었다고 주장하면서, 2000. 4. 7. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 공직선거및선거부정방지법(2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것, 이하 '공선법'이라 한다) 제25조 제2항에 의한 [별표1] 「국회의원지역선거구구역표」(이하 '이 사건 선거구구역표'라 한다) 중 "경기 안양시 동안구 선거구" 및 "인천 서구·강화군 을선거구"의 위헌 여부이고, 이 사건 선거구구역표의 내용은 [별표1]과 같다.

2. 청구인들의 주장

가. 2000헌마92 사건

(1) 선거구 인구의 불평등은 투표의 평가가치의 불평등을 초래하는 것으로서 결국 선거권의 평등을 침해하는 것이므로 우리 헌법 전문 및 제11조 제1항이 보장하는 평등권을 침해하는 것이고, 정치적 영역에서의 평등권의 침해는 종국적으로 우리 헌법이 근본이념으로 하고 있는 민주적 기본질서의 구현을 위한 대의민주주의제도의 훼손으로 귀결된다.

(2) 1999. 12.말 현재 청구인이 거주하는 "경기 안양시 동안구 선거구"의 인구수는 331,458 명으로서, 전국선거구의 평균인구수 208,502명(총인구 47, 330,000명÷지역구 227개)과 비교하여 +59%의 편차를 보이고 있고, 이 사건 선거구구역표상의 최소선거구인 "경북 고령군·성주군 선거구"의 인구수 90,656명에 비하여 3.65 : 1의 편차를 보이고 있다. 따라서, 이 사건 선거구구역표에 의한 선거구획정으로 인하여 청구인이 행사하는 투표의 결과가치는 "경북 고령군·성주군 선거구"의 선거권자의 그것에 비하여 3.65분의 1밖에 되지 않게 되어 청구인의 헌법상 보장된 평등권과 선거권이 침해되었다.

(3) 평등선거의 원리를 구현하기 위하여는 선거에 있어서 투표의 등가성을 완전히 실현시

킬 수는 없다 하더라도, 30여년 전에 이미 확립된 세계적인 통설·판례의 입장에 따라 최 대선거구와 최소선거구간의 인구편차가 적어도 3:1을 넘어서는 아니된다고 할 것인데, 이 사건 선거구구역표에 의하면, 인구편차가 3.88:1에 이르고 있어 지극히 후진적일 뿐만 아니라, 5년 전의 헌법재판소의 결정 취지에도 정면으로 배치되는 것이다. 이처럼 선거에 있어서의 투표가치의 평등, 특히 투표의 결과가치의 평등이라는 헌법적 이념을 완전히 무시하고 있는 이 사건 선거구구역표는 국회의원선거에 있어서의 선거권의 평등을 침해하여 국민의 기본적 인권으로서의 평등권을 침해하는 것이다.

나. 2000헌마240 사건

(1) 선거구의 획정은 사회적·지리적·역사적·경제적·행정적 연관성 및 생활권 등을 고려하여 특단의 불가피한 사정이 없는 한, 인접지역이 1개의 선거구를 구성하도록 함이 상당하며, 인접지역이 아닌 지역을 1개의 선거구로 구성하는 경우에는, 특별한 사정이 없는 한, 입법재량의 범위를 일탈한 자의적인 선거구획정으로써 헌법에 위반된다.

(2) 인천 서구 검단동과 인천 강화군은 모두 1995. 3. 경 경기도에서 인천광역시로 편입된 지역으로서 거리상으로도 약 20km 정도 떨어져 있고, 검단동은 공업을 주로 하고, 강화군은 인삼경작 등 농업을 주로 하는 지역으로서 생활의 기초가 달라 지역적 유대감을 찾아볼 수 없을 뿐만 아니라, 특히 검단동의 경우 인천광역시로 편입된 이후 교통, 환경 등의 문제가 심각하여 그 해결이 시급한 실정이다. 그럼에도 불구하고 서구에서 유독 검단동만이 분리되어 강화군과 하나의 선거구를 이름으로써 청구인들을 비롯한 검단동 주민들의 의사가 의회에 정확하게 전달되기가 어렵게 되었으므로, "인천 서구·강화군 을선거구란"은 청구인들의 행복추구권, 평등권 및 선거권을 침해하는 것이다.

3. 판 단

가. 대의제민주주의와 평등선거의 원칙

우리 헌법 제1조 제2항은 국민주권주의 원리를 명문으로 규정하고 있으나, 오늘날의 대의제민주주의하에서는, 예외적인 경우를 제외하고는, 주권자인 국민이 다른 국가기관에 국가권력을 위탁하여 이를 행사하고 있다.

대의제민주주의의 성공 여부는 국민들의 의사가 얼마나 정확히, 그리고 효과적으로 정치 의사결정에 반영되는지 여부에 달려 있다고 할 것이므로, 선거에 있어 선거구의 획정은 선거결과가 가능한 한 국민의 의사를 바르게 반영할 수 있도록 마련되어야 함은 물론이다. 그릇된 선거구획정으로 말미암아 선거에 있어서 선거권의 평등이 침해된다면, 국민의

의사가 왜곡되는 결과가 되고, 이로 인하여 대의제민주주의의 본질과 정당성이 훼손된다고 할 것이다.

우리 헌법은 제11조 제1항에서 일반적인 '평등의 원칙'을 선언함과 동시에, 제41조 제1항에서 "국회는 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성한다."고 규정함으로써 국회의원의 선거에 있어서 '평등선거의 원칙'을 선언하고 있다.

평등선거의 원칙은 평등의 원칙이 선거제도에 적용된 것으로서 투표의 수적 평등, 즉 1인 1표의 원칙(one person, one vote)과 투표의 성과가치의 평등, 즉 1표의 투표가치가 대표자선정이라는 선거의 결과에 대하여 기여한 정도에 있어서도 평등하여야 한다는 원칙(one vote, one value)을 그 내용으로 할 뿐만 아니라(헌재 1995. 12. 27. 95헌마224등, 판례집 7-2, 760, 771), 일정한 집단의 의사가 정치과정에서 반영될 수 없도록 차별적으로 선거구를 획정하는 이른바 '게리맨더링'에 대한 부정을 의미하기도 한다(헌재 1998. 11. 26. 96헌마54, 판례집 10-2, 742, 747; 헌재 1998. 11. 26. 96헌마74등, 판례집 10-2, 764, 773).

나. 선거구획정에 관한 입법재량과 그 한계

우리 헌법은 제41조 제3항에서 "국회의원의 선거구와 비례대표제 기타 선거에 관한 사항은 법률로 정한다."고 규정하여 선거제도와 선거구의 획정에 관한 구체적 결정을 국회의 재량에 맡기고 있다.

따라서, 국회는 투표가치 평등의 원칙을 고려한 선거구간의 인구의 균형뿐만 아니라, 우리 나라의 행정구역, 지세, 교통사정, 생활권 내지 역사적·전통적 일체감 등 여러 가지 정책적·기술적 요소를 고려하여 선거구를 획정함에 있어서 폭넓은 입법형성의 자유를 가진다고 할 것이다. 공선법 제25조 제1항은 "국회의원지역선거구는 시·도의 관할구역안에서 인구·행정구역·지세·교통 기타 조건을 고려하여 이를 획정하되, ……"라고 함으로써 이러한 취지를 규정하고 있다.

한편, 헌법 제41조 제2항은 "국회의원의 수는 법률로 정하되, 200인 이상으로 한다."고 규정하고 있고, 공선법 제21조에 의하면, 국회의원 정수는 지역구국회의원과 비례대표국회의원을 합하여 273인으로 하고 있으며, 227개 지역구에서 소선거구 상대적 다수대표제의 원칙에 따라 각 1인의 국회의원을, 1개의 전국구에서 46명의 국회의원을 선출하도록 되어 있는바, 이러한 국회의원 총정수, 즉 입법부의 크기도 선거구획정의 고려요소가 된다. 즉 헌법상의 요청인 200인 이상을 넘어야 할 것임은 물론이나, 의원수가 과다하게 되어도 입법부로서 효과적으로 활동하기 곤란할 것이므로, 적절하고도 효과적인 입법부를 구성한다는 취지도 선거구획정에서 고려되어야 할 것이다.

그러나, 선거구획정에 관하여 국회의 광범한 재량이 인정된다고 하여도, 선거구획정이 헌법적 통제로부터 자유로울 수는 없으므로, 그 재량에는 평등선거의 실현이라는 헌법적 요청에 의하여 다음과 같은 일정한 한계가 있을 수밖에 없다.

첫째로, 선거구획정에 있어서 인구비례원칙에 의한 투표가치의 평등은 헌법적 요청으로서 다른 요소에 비하여 기본적인 일차적인 기준이기 때문에, 합리적 이유없이 투표가치의 평등을 침해하는 선거구획정은 자의적인 것으로서 헌법에 위반된다고 하지 아니할 수 없는 것이므로, 이러한 점에서 선거구획정에 관한 국회의 재량에는 스스로 그 한계가 있다고 할 것이다.

우리 재판소는 이 점에 관하여 "국회가 통상 고려할 수 있는 제반사정, 즉 여러가지 비인구적 요소를 모두 참작한다고 하더라도 일반적으로 합리성이 있다고는 도저히 볼 수 없을 정도로 투표가치의 불평등이 생긴 경우에는 헌법에 위반된다."고 판시한 바 있다(헌재 1995. 12. 27. 95헌마224등, 판례집 7-2, 760, 773).

둘째로, 특정 지역의 선거인들이 자의적인 선거구획정으로 인하여 정치과정에 참여할 기회를 잃게 되었거나, 그들이 지지하는 후보가 당선될 가능성을 의도적으로 박탈당하고 있음이 입증되어 특정 지역의 선거인들에 대하여 차별하고자 하는 국가권력의 의도와 그 집단에 대한 실질적인 차별효과가 명백히 드러난 경우, 즉 게리맨더링에 해당하는 경우에는, 그 선거구획정은 입법재량의 한계를 벗어난 것으로서 헌법에 위반된다고 할 것이다(헌재 1998. 11. 26. 96헌마54, 판례집 10-2, 742, 748; 헌재 1998. 11. 26. 96헌마74등, 판례집 10-2, 764, 775).

우리 재판소는 "선거구의 획정은 사회적·지리적·역사적·경제적·행정적 연관성 및 생활권 등을 고려하여 특단의 불가피한 사정이 없는 한, 인접지역이 1개의 선거구를 구성하도록 함이 상당하다."고 하면서, 특단의 불가피한 사정이 없음에도 다른 지역을 사이에 두고 접경지역 없이 완전히 분리되어 있는 지역을 1개의 선거구로 획정한 경우를 재량의 범위를 일탈한 자의적인 선거구획정으로서 헌법에 위반된다고 판시한 바 있다(헌재 1995. 12. 27. 95헌마224등, 판례집 7-2, 760, 788-789).

다. "경기 안양시 동안구 선거구란"의 위헌 여부(투표가치의 평등과 관련하여)

(1)인구편차의 허용범위에 관한 헌법재판소의 판례

우리 재판소는 선거구획정에 따른 선거구간의 인구편차가 처음으로 헌법상의 문제로 제기된 사건(헌재 1995. 12. 27. 95헌마224등)에 대한 결정에서, 당시, 심판의 대상이 된 국회의원지역선거구구역표를 위헌이라고 선언하면서, 선거구획정시 인구편차의 허용범위에 관

하여 다음과 같은 기준을 제시한 바 있다.

즉 재판관 김용준, 김진우, 김문희, 황도연, 신창언 등 5인의 재판관은 우리나라의 제반 여건 아래에서는 적어도 국회의원의 선거에 관한 한, 전국 선거구의 평균 인구수(전국의 인구수를 선거구수로 나눈 수치)에 그 100분의 60을 더하거나 뺀 수를 넘거나 미달하는(즉, 상하 60%의 편차를 초과하는) 선거구가 있을 경우에는, 그러한 선거구의 획정은 국회의 합리적 재량의 범위를 일탈한 것으로서 헌법에 위반된다고 하였고, 재판관 이재화, 조승형, 정경식, 고중석 등 4인의 재판관은 도시 유형의 선거구와 농어촌 유형의 선거구를 따로 나누어 전국 선거구의 평균인구수에서 그 상하 60%의 편차를 초과함과 동시에 같은 유형의 선거구 평균 인구수에서 그 상하 50%의 편차를 초과하는 선거구의 획정은 국회의 입법형성의 재량범위를 일탈하는 것으로서 헌법에 위반된다고 하였다.

한편, 재판관 김문희, 황도연, 신창언 등 3인의 재판관은 위 5인 의견에 대한 보충의견에서 국회는 현재의 국회의원지역선거구간의 인구불균형에 대하여 스스로 이를 시정하기 위한 필요하고도 합리적인 기간 안에 최대선거구의 인구가 최소선거구 인구의 2배를 넘지 아니하는 수준으로 조정함이 마땅하며, 국회가 그 시정을 하기 위한 합리적인 기간이 지난 뒤에는 최대·최소 선거구간의 인구편차를 2:1 미만의 기준에 따라 위헌 여부를 판단하여야 할 것이라고 하였고, 위 5인 의견에 대한 재판관 김진우의 보충의견에서도 앞으로는 투표가치의 비율이 2:1 미만이 되도록 조정되어야 한다는 점을 지적하고 있다.

(2) 이 사건 선거구구역표의 선거구별 인구편차

중앙선거관리위원회가 발행한 제16대 국회의원선거총람은 2000. 4. 13. 실시된 선거에 대하여 2000. 3. 22. 현재를 기준으로 한 선거구별 인구수 등 각종통계를 제시하고 있는바, 이에 의거하여 국회의원지역선거구별 인구비율 및 인구편차를 분석하여 보면, 다음과 같다([별표2] 국회의원지역선거구별 인구비율표, [별표3] 국회의원지역선거구별 인구편차표 참조).

최소선거구인 "경북 고령군·성주군 선거구"의 인구수(엄밀하게는 선거인수를 기준으로 하여야 할 것이나, 선거인수와 인구수는 대체로 비례한다고 볼 수 있으므로, 이하 모두 '인구수'를 기준으로 설명한다)는 90,190명인데 비하여, 청구인이 거주하는 "경기 안양시 동안구 선거구"의 인구수는 328,383명으로서 그 3.64배에 이르고 있고, 최대선거구인 "경기 의정부시 선거구"의 인구수는 350,118명으로서 그 3.88배에 이르고 있다. 최소선거구 인구수의 2배 이상의 인구를 갖는 선거구는 모두 154개에 이르고 있고, 그 중 3배 이상의 인구를 갖는 선거구는 45개에 달한다.

또한 전국 선거구의 평균인구수는 208,917명(전국 인구수 47,424, 300명÷선거구수 227개)

으로서, 청구인이 거주하는 "경기 안양시 동안구 선거구"는 이로부터 +57%의 편차를 보이고 있고, 최소선거구인 "경북 고령군·성주군 선거구"는 -57%, 최대선거구인 "경기 의정부시 선거구"는 +68%의 편차를 보이고 있다.

평균인구수로부터 상하 33 1/3%의 편차(이 경우의 상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 2:1이다)를 벗어나는 선거구가 모두 81개이고, 그 중 상하 50%의 편차(이 경우의 상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 3:1이다)를 벗어나는 선거구만도 30개에 이르고 있다.

특히 상하 60%의 편차(이 경우의 상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 4:1이다)를 벗어나는 선거구도 10개(모두 상한선을 초과한 경우임)에 달하는바, 이는 헌법재판소가 위 95헌마224등 결정 당시 제시한 헌법합치적 기준인 상하 60%의 편차를 정면으로 위반한 것이라고 아니할 수 없다.

(3) 인구편차의 허용기준

(가) 우선 인구편차의 허용기준을 제시함에 있어 최소선거구의 인구수를 기준으로 할 것인가, 아니면, 전국 선거구의 평균인구수를 기준으로 할 것인가의 문제가 있으나, 우리 재판소는 이미 위 95헌마224등 결정에서 독일연방선거법의 규정이나 독일연방헌법재판소의 판시기준 및 당시 중앙선거관리위원회의 의견 등의 예에 따라 전국 선거구의 평균인구수를 기준으로 하여 인구편차의 허용기준을 제시한 바 있으므로, 이에 따라 전국 선거구의 평균인구수를 기준으로 하여 인구편차의 허용기준을 검토하기로 한다.

(나) 다음으로 도시 유형의 선거구와 농어촌 유형의 선거구를 구별하여 서로 다른 기준에 따라 위헌 여부를 판단할 것인가의 문제가 있다.

우리 재판소의 위 결정에서도 일부 재판관이 도시 유형의 선거구와 농어촌 유형의 선거구를 구별하여 보는 견해를 취하고 있으나, 도시 유형과 농어촌 유형을 구분하는 기준이 명확하지 아니할 뿐 아니라, 같은 도시 유형이나 농어촌 유형 사이에서도 다른 고려요소가 서로 같지 아니한 사정 등을 감안한다면, 이러한 유형화는 부적절하거나 불필요한 것이라고 할 수 있으므로, 이하에서는 도시 유형의 선거구와 농어촌 유형의 선거구를 구별하여 보지 아니하기로 한다.

그러나, 이와 별개로 인구편차의 허용기준을 제시함에 있어 인구의 도시집중으로 인하여 도시와 농어촌간의 인구격차가 극심한 우리의 현실을 고려하지 않을 수 없음은 물론이다.

(다) 지역구국회의원의 선거에 있어 인구비례의 원칙을 지키는 문제는 비단 우리 나라에 국한된 문제가 아니라고 할 것인데, 이 문제에 관한 외국의 최근의 판례나 입법추세를 보면, 인구편차의 허용한계가 점점 엄격해지는 경향을 발견할 수 있다.

독일의 경우를 보면, 1996. 11. 15. 개정된 연방선거법(Bundeswahlgesetz) 제3조 제1항 제3호는 선거구획정시 준수하여야 할 원칙의 하나로서 "한 선거구의 인구수는 선거구의 평균인구수로부터 상하 각 100분의 15를 초과하는 편차를 보여서는 아니되며, 편차가 100분의 25를 초과한다면, 새로운 선거구획정이 이루어져야 한다."고 규정함으로써, 원칙적으로 상하 편차 15%를 허용한도로 하되, 상하 편차 25%는 반드시 준수해야 할 최대허용한도로 함으로써 탄력적인 입법을 하고 있다.

이는 개정전 연방선거법 제3조 제1항 제2호에서 "한 선거구의 인구수는 선거구의 평균인구수로부터 상하 각 100분의 25를 초과하는 편차를 보여서는 아니되며, 편차가 100분의 33 1/3을 초과한다면, 새로운 선거구획정이 이루어져야 한다."고 규정하고 있던 것에 비하여 허용한계를 보다 엄격하게 한 것이다.

일본의 경우를 보더라도, 1994. 2. 4. 제정된 중의원의원선거구획정심의회설치법 제3조 제1항은 중의원소선거구선출위원의 선거구 개정안의 작성은 "각 선거구의 인구의 균형을 도모하고, 각 선거구의 인구 중 그 최다의 것을 최소의 것으로 나누어 얻은 수가 2 이상이 되지 아니하도록 하는 것을 기본으로 하고, 행정구획 · 지세 · 교통 등의 사정을 종합적으로 고려하여 합리적으로 행하여야 한다."고 규정함으로써 이러한 추세를 반영하고 있다.

(라) 인구편차의 허용한계를 제시함에 있어 고려되어야 할 우리나라의 특수사정에 관하여, 우리 재판소는 위 95헌마224등 결정에서, 단원제를 채택하고 있는 우리나라의 경우 국회의원이 법리상 국민의 대표이기는 하나, 현실적으로는 어느 정도의 지역대표성도 겸하고 있다는 점 및 인구의 도시집중으로 인한 도시와 농어촌간의 인구편차와 각 분야에 있어서의 개발불균형이 현저한 우리의 현실을 선거구간의 인구비례의 원칙을 완화해야 할 필요의 근거로 드는 한편, 소선거구제와 결합한 다수대표제 하에서는 사표가 많이 발생하기 마련인데, 거기에 덧붙여 선거구간 인구수의 현저한 편차까지도 허용한다면, 이는 곧바로 대의제민주주의의 기본을 흔드는 결과를 초래할 수도 있다는 점 역시 간과해서는 안된다는 점을 지적하고 있는바(헌재 1995. 12. 27. 95헌마224등 결정, 판례집 7-2, 760, 775), 이러한 사정은 지금도 당시와 비교하여 크게 달라진 것이 없다고 할 것이다.

(마) 구체적으로 선거구 획정에 대한 입법재량의 한계, 즉 헌법상 용인되는 각 선거구 사이의 인구편차의 한계를 어디까지 용인할 것인가는 인구비례의 원칙 이외에 고려되어야 할 2차적 요소들을 얼마나 고려하여 선거구 사이의 인구비례에 의한 투표가치 평등의 원칙을 완화할 것이냐의 문제이다.

지금까지 앞에서 살펴본 여러 가지 사정을 종합하여 보건대, 인구편차의 허용한계에 관한 다양한 견해 중 인구편차가 상하 33 1/3%(이 경우 상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 2:1) 미만인 경우에도 그 편차를 정당화할 합리적인 사유의 존재 여부에 따라서 그 위헌

여부를 따지는 견해는 그 기준이 너무 엄격하여 우리나라의 현실에서 이를 채택하는 것은 시기상조인 것으로 보이고, 위 95헌마224등 결정에서 취한 상하 60% 편차(이 경우 상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 4:1)의 기준을 5년 이상이 지난 지금에도 그대로 답습하는 것은 향후 위헌판단의 기준은 더욱 엄격해질 것을 시사한 보충의견에 비추어 보거나, 이 사건 결정에서 제시하는 기준이 2004년에 실시되는 국회의원총선거에 적용될 선거구구역표의 개정지침이 될 것이라는 점을 고려하더라도 곤란할 뿐만 아니라, 인구편차의 허용한계를 점점 엄격하게 보는 세계적 추세에도 역행하는 것이라고 할 것이다.

그렇다면 대체로 현시점에서 선택가능한 방안으로 상하 33 1/3% 편차를 기준으로 하는 방안, 또는 상하 50% 편차(이 경우 상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 3:1)를 기준으로 하는 방안이 고려될 수 있을 것이다.

위 두가지 기준 중 상하 33 1/3% 편차 기준이 선거권 평등의 이상에 보다 접근하는 안임은 말할 필요도 없으나, 위 기준에 의할 때 행정구역 및 국회의원정수를 비롯한 인구비례의 원칙 이외의 요소를 고려함에 있어 적지 않은 난점이 예상된다.

물론, 행정구역의 문제는 비록 공선법 제25조 제1항에서 ".....구·시·군의 일부를 분할하여 다른 국회의원지역구에 속하게 하지 못한다."고 규정하고 있을지라도, 이는 헌법적 요청이 아니므로, 부득이한 경우에는 선거권 평등이라는 헌법적 요청 앞에서는 양보되어야 할 것이고, 행정구역 자체를 일부 수정하는 방법도 고려될 수 있다.

또한 국회의원정수의 문제도, 헌법 제41조 제2항은 200인 이상이라고만 규정하고 있을 뿐이므로, 인구편차의 시정을 위하여는 탄력적으로 고려되어야 할 것이다.

그러나, 현실적으로 행정구역의 일부를 분할하여 다른 선거구에 속하게 하거나 국회의원정수를 늘리는 일은 국민여론에 비추어 결코 쉽지 않은 일이고, 앞에서 본 바와 같이 이 사건 선거구구역표 중 평균인구수로부터 상하 50%의 편차를 벗어나는 선거구는 30개이나, 상하 33 1/3%의 편차를 벗어나는 선거구는 모두 81개에 이르고 있는 상황이므로, 선거구를 재조정함에 있어서 상하 33 1/3% 편차 기준을 채택하는 경우 예기치 않은 어려움에 봉착할 가능성이 매우 크다는 점은 쉽게 예상할 수 있다.

그렇다면, 우리 재판소가 선거구획정에 따른 선거구간의 인구편차의 문제를 다루기 시작한 지 겨우 5년여가 지난 현재의 시점에서 너무 이상에 치우친 나머지 현실적인 문제를 전적으로 도외시하기는 어렵다고 할 것이므로, 이번에는 평균인구수 기준 상하 50%의 편차를 기준으로 위헌 여부를 판단하기로 한다.

그러나 위 95헌마224등 결정에서 재판관 김문희 등 3인의 재판관의 보충의견이 밝히고 있는 바와 같이, 국회가 지역선거구의 획정을 함에 있어 인구 이외에 행정구역, 국회의원정수, 도농간의 인구격차 등 다른 요소를 고려하여 배분할 수 있다 하더라도, 헌법상의

요청인 평등선거의 원칙에 비추어 원칙적으로 지역선거구획정에 따른 선거구간의 인구의 편차는 적어도 최대선거구의 인구가 최소선거구의 인구 2배를 넘지 않도록 조정해야 함이 마땅하다 할 것이고, 앞으로 상당한 기간이 지난 후에는 인구편차가 상하 33 1/3%(이 경우 상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 2 : 1), 또는 그 미만의 기준에 따라 위헌 여부를 판단하여야 할 것이라는 점을 다시 한번 명백히 밝혀두는 바이다.

(4) 위 선거구란의 위헌성

그렇다면, 위 선거구의 경우 전국 선거구의 평균인구수로부터 +57%의 편차를 보이고 있으므로, 그 선거구의 획정은 국회의 재량의 범위를 일탈한 것으로서 청구인의 헌법상 보장된 선거권 및 평등권을 침해하는 것이 분명하다.

라. "인천 서구·강화군 을선거구"의 위헌 여부(계리맨더링과 관련하여)

(1) 위 선거구란의 제정경위

2000. 2. 16. 공직선거및선거부정방지법이 개정되기 전에는 인천광역시의 서구, 계양구 및 강화군 지역의 선거구는 "계양구·강화군 갑선거구", "계양구·강화군 을선거구", "서구 선거구"로 나뉘어 있었고, 이 중 서구는 단일선거구로 하면서, "계양구·강화군 갑선거구"는 계양구 중 계양1동을 제외한 나머지 지역을 선거구역으로 하고, "계양구·강화군 을선거구"는 계양구 계양1동과 강화군 일원을 선거구역으로 하고 있었다.

그런데, 이에 대하여 계양구 중 유독 계양1동만을 분리하여 강화군 선거구에 편입시킨 것은 위헌이라고 하여 위 "계양구·강화군 을선거구"에 대한 헌법소원이 제기되었고, 우리 재판소는 1998. 11. 26. 96헌마54 결정에서, 위 선거구란에 대하여 특별한 사정이 없는 한 입법재량의 범위를 일탈한 것으로서 위헌적 요소를 지닌 선거구획정으로 보아야 한다고 하면서도, 입법 당시 제15대 국회의원선거가 임박한 상태에서의 시간부족, 위 선거구란의 한시적 성격 등 특수한 사정을 고려하여 합헌이라고 판시하였다.

우리 재판소는 위 결정에서 인천 계양구와 강화군은 인천 서구 및 경기도 김포군(현재는 김포시)을 사이에 두고 있으므로, 강화군은 같은 도서지역으로서 지리적·행정적 입지조건이 유사한 인천 옹진군과 통합하여 1개의 선거구를 구성하거나, 지리적으로 계양구보다는 인접한 인천 서구의 일부 동(洞)과 통합하여 1개의 선거구를 구성하는 것이 더 합리적임을 지적한 바 있다.

이에 제16대 국회의원선거를 앞두고 2000. 2. 16. 법률 제6265호로 공직선거및선거부정방

지법을 개정하면서, 헌법재판소의 위와 같은 지적을 고려하여 계양구를 단일선거구로 하는 대신, 강화군을 단일선거구였던 서구와 통합한 다음 서구 중 검단동을 제외한 나머지 지역을 "서구·강화군 갑선거구"로, 서구 검단동과 강화군을 합하여 "서구·강화군 을선거구"로 한 것으로 보인다.

(2) 위 선거구란의 합헌성

이 사건 기록 및 중앙선거관리위원회가 발행한 제16대 국회의원선거총람 등 관련자료에 의하면, 첫째로, 인천 서구 검단동과 인천 강화군은 모두 행정구역상 경기도에 속해 있다가 1995. 3. 1. 인천광역시로 편입되었고, 서구 검단동은 인천 북부 외곽에 위치하고 있는 도농복합지역으로서 마전동, 불로동, 대곡동, 왕길동, 오류동, 당하동, 원당동, 금곡동 등 8개의 법정동으로 이루어져 있으며, 주로 공업을 생계수단으로 하는 지역(농가는 10% 미만임)이고, 강화군은 인천 북서부에 위치하고 있는 도서지역으로서 강화도를 비롯하여 크고 작은 15개의 섬으로 이루어져 있으며, 전체주민의 70% 이상이 농업에 종사하고 있는 지역이고, 둘째로, 서구 검단동과 강화군은 경기도 김포시를 사이에 두고 있고 거리적으로 약 20km 정도 떨어져 있으며, 셋째로, 2000. 3. 22. 현재 강화군의 인구수는 67,621명, 강화군과 인접한 도서지역인 옹진군의 인구수는 13,979명, 인천 서구의 인구수는 339,583명이고, 서구는 모두 14개동으로 구성되어 있는데, 그 중 검단동의 인구수는 51,450명으로서 전체 서구 인구수의 약 15%를 차지하여 서구에서 인구수가 가장 많은 동이며, 넷째로, 검단동은 인천광역시로 편입된 이후 급격한 인구증가세를 보이고 있고, 약 1,900여개의 공장이 몰려 있으며, 수도권 쓰레기매립장이 위치하고 있는 등 교통, 환경 등에서 많은 문제점을 안고 있는 사실 등이 인정된다.

위 선거구란의 제정경위와 위 인정사실에 의하여 살펴건대, 국회는 제16대 국회의원선거를 앞두고 인구편차의 조정을 위하여 선거구의 최소인구수를 90,000명으로 하기로 정하면서 강화군의 인구수는 그에 미달하여 강화군을 하나의 독립한 선거구로 할 수 없게 되자, 같은 도서지역인 옹진군과 합하더라도 위 최소인구수 기준에 미달되게 되므로, 지리적으로 계양구보다 가까운 서구의 일부를 분할하여 강화군에 합쳐 하나의 선거구로 하는 선택을 할 수밖에 없게 된 것이라고 할 수 있다. 한편, 서구 중에서 유독 검단동을 분할하기로 한 것은 검단동이 서구의 북쪽에 위치하여 강화군과 비교적 가까운 위치에 있는 데다가, 서구의 여러 동 중에서 가장 인구수가 많아 위 최소인구수의 기준을 충족시키기에 가장 적합하다고 판단하였기 때문으로 보인다.

그렇다면, 이러한 선거구획정은 위 96헌마54 결정에서 지적한 취지에 어긋나지 아니할 뿐만 아니라, 인구비율에 있어서도 검단동의 인구수가 "서구·강화군 을선거구" 전체 인구수의 약 43%에 달하여 검단동이 강화군에 일방적으로 편입되었다고 보기도 어렵다는 점

등을 고려해 볼 때, 위와 같이 인정되는 사실을 감안하더라도 입법자가 서구 검토동에 대하여 차별의 의도를 가지고 자의적인 선거구획정을 하였다고 볼 수 없다.

따라서, 위 선거구란은 청구인들의 선거권, 평등권을 침해한다거나 기타 사유로 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

마. 선거구구역표의 불가분성과 위헌선언의 범위

앞에서 본 바와 같이 청구인의 헌법상 보장된 평등권 및 선거권을 침해하는 것은 이 사건 선거구구역표 중 "경기 안양시 동안구 선거구"에 관한 부분이지만, 이 사건 선거구구역표의 전부에 관하여 위헌선언을 할 것인지 여부, 즉 선거구구역표를 가분적으로 취급할 수 있는지 여부의 문제가 있다.

우리 재판소는 위 95헌마224등 결정에서 "선거구구역표는 각 선거구가 서로 유기적으로 관련을 가짐으로써 한 부분에서의 변동은 다른 부분에도 연쇄적으로 영향을 미치는 성질을 가지며, 이러한 의미에서 선거구구역표는 전체가 불가분의 일체를 이루는 것으로서 어느 한 부분에 위헌적인 요소가 있다면, 선거구구역표 전체가 위헌의 하자를 띠는 것이라고 보아야 할 뿐만 아니라, 제소된 당해 선거구에 대하여만 인구과다를 이유로 위헌선언을 할 경우에는 헌법소원 제소기간의 적용 때문에 제소된 선거구보다 인구의 불균형이 더 심한 선거구의 선거구획정이 그대로 효력을 유지하게 되는 불공평한 결과를 초래할 수도 있으므로, 일부 선거구의 선거구획정에 위헌성이 있다면, 선거구구역표의 전부에 관하여 위헌선언을 하는 것이 상당하다."는 취지의 판시를 함으로써 불가분설을 취하였는바, 이는 객관적 헌법질서의 보장이라는 측면이나 적극적인 기본권 보장의 측면에서 보더라도 타당한 것으로 보이므로 이러한 입장을 계속 유지하기로 한다.

바. 헌법불합치

원칙적으로 이 사건 선거구구역표 전부에 대하여 위헌결정을 하여야 할 것이나, 이미 이 사건 선거구구역표에 기한 국회의원선거가 실시된 상황에서 단순위헌의 결정을 하게 되면, 정치세력간의 이해관계가 첨예하게 대립하고 수많은 고려요소를 조정하여야 하는 선거구구역표의 성격상 그 개정입법이 빠른 시일내에 이루어지기 어렵다고 할 것이어서, 추후 재선거 또는 보궐선거가 실시될 경우 국회의원지역선거구 구역표가 존재하지 아니하게 되는 법의 공백이 생기게 될 우려가 큰 점 및 국회의 동질성 유지나 선거구구역표의 변경으로 인한 혼란을 방지하기 위하여도 재선거, 보궐선거 등이 치러지는 경우에는 이 사건 선거구구역표에 의하여 이를 시행하는 것이 바람직한 점 등에 비추어, 입법자가

2003. 12. 31.을 시한으로 이 사건 선거구구역표를 개정할 때까지 이 사건 선거구구역표의 잠정적 적용을 명하는 헌법불합치결정을 하기로 한다.

4. 결 론

위와 같은 이유로 이 사건 선거구구역표 중 "경기 안양시 동안구 선거구란"은 선거구간 인구편차에 관한 허용한계를 넘어선 것으로서 자의적인 선거구획정이라 할 것이므로, 그 해당 청구인의 심판청구는 이유 있어 이를 인용하기로 하는바, 위에서 실시한 선거구구역표의 불가분성에 따라, 이 사건 선거구구역표 전체에 대하여 위헌선언을 하여야 할 것이나, 이 사건 선거구구역표를 2003. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용하도록 하는 내용의 헌법불합치결정을 하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 다만, "인천 서구·강화군 을선거구란"에 관한 청구부분은 이유없는 것으로서 기각하여야 할 것이나, 다른 선거구의 위헌성으로 인하여 선거구구역표 전체에 대하여 헌법불합치결정을 하는 이상 위 청구부분도 그러한 범위내에서 받아들여진 것이 되므로 이에 대하여도 굳이 청구 기각의 주문을 내지 아니하기로 한다.

이 결정은 재판관 권성의 아래 5.와 같은 별개의견 및 재판관 한대현, 재판관 하경철의 아래 6.과 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 재판관 전원의 의견일치에 의한 것이다.

5. 재판관 권성의 별개의견

가. 투표가치 평등의 한계

1:1이라고 하는 투표가치의 산술적 평등 이념은 행정구역을 기초로 하는 소선거구제도 하에서는 근본적으로 달성하기 어렵다. 더구나 3:1은 괜찮고 4:1은 안된다고 하는 것은, 별 차이가 없는 것을 문제삼는 셈이어서 지나치게 작위적인 면이 없지 않다.

선거구의 획정에 있어서 투표가치의 평등이라는 것은 가장 우선시되어야 할 이념은 아니다. 선거구 획정에 있어서 고려하여야 할 여러 가지 중요한 기준의 하나에 불과하다.

나. 의원의 지역대표성 또는 주민대표성

다른 기준의 하나로 생각할 수 있는 것이 의원의 대표성 문제이다. 대의제도를 채택하는 이상 그리고 보통선거와 직접선거의 방식을 취하는 이상, 의회의 의원은 어차피 일정한 지역 즉 행정구역을 단위로 하여 그 지역의 국민 즉 주민의 대표를 선출하는 방식을 취

할 수밖에 없다. 그 구역의 광협에 따라 소선거구, 중선거구, 대선거구의 구별은 있지만 전국을 하나의 선거구로 하여 다수의 의원을 뽑는 것은 대표성이 매우 취약하여진다. 현행의 전국구위원을 생각하면 이것은 자명하다.

의원은 국민의 대표이지만 동시에 지역주민의 대표이기도 하다. 의원을 국민의 대표라고 하는 것은 법률상의 지위와 정치적 책임을 규정하는 것이고 그로부터 의원이 지역의 이익만을 위하여 일하여서는 안되고 국민 전체를 위하여 일하여야 한다는 의원행동의 윤리강령이 도출되는 것이지만, 이것이 의원의 선출원리는 아니고 의원의 지역주민 대표성을 부정하는 것도 아니다. 오히려 의원의 대표성은 의원이 어느정도의 독자성을 갖는 지역(예컨대 행정구역)의 주민을 대표한다고 할 때 가장 확실하여진다.

다. 주민대표성의 정당성

의원의 주민대표성을 살리는 것은 다음과 같은 이유로 그 합리성과 정당성이 인정된다. 단순한 정서상의 문제가 아니다.

- ①의회제도 발전의 역사적 연원에 비추어 볼 때 의원은 항상 일정한 지역주민의 대표로 선출되었고 또 그것을 당연한 것으로 여겼다.
- ②소수자보호(小數者保護)의 원리에 비추어 인구가 많은 지역의 대표나 인구가 적은 지역의 대표 모두가 똑같은 한사람의 의원으로서 동등한 지위를 부여받았고 또 받아야 한다.
- ③국가통합의 원리에 비추어 인구가 밀집하고 경제력이 강한 지역의 대표와, 인구가 희소하고 경제력이 약하고 변두리에 위치한 지역의 대표가 똑같은 의원으로서의 지위를 부여받았고 또 받아야 한다.
- ④의원에게 필요한 자존심, 명예감, 사명감은 지역주민의 대표성에 의하여 더욱 강화된다.

그러므로 소선거구제를 택하는 이상 의원의 지역주민 대표성은 투표가치의 평등성과 대등한 이념으로 인정할 필요가 있다.

라. 주민 분리의 위험성

따라서 투표가치의 산술적 평등에 보다 접근시키기 위하여 어느 행정구역의 일부 주민을 다른 행정구역에 편입하여 하나의 선거구를 만드는 것은 의원의 주민대표성을 약화시키고 이것은 자기 구역에서 분리되어 타구역에 편입당한 주민들의 선거권을 침해하므로 위험이 된다. 선거권을 침해당한다고 보는 이유는 다음과 같다.

대의제도는 의회제도의 본질요소이고, 일정한 행정구역을 단위로 하여 선출하는 대표를 대의원으로 삼는 것은 대의제도의 본질요소이다.

그러므로 국회의원의 선거에 있어서 국민은 자기가 거주하는 행정구역의 대표를 선출하여 그로 하여금 국회의원의 지위를 갖도록 하는 권리를 갖는 것이고 이것이 국회의원 선거에 있어서 국민이 갖는 선거권의 본질이다. 따라서 일부 주민이 자기의 행정구역에서 분리된 뒤 다른 행정구역에 편입되어 투표를 하게 되면 자기 지역의 대표를 뽑는 선거권을 상실하게 되는 것이다. 물론 복수의 행정구역을 묶어 하나의 선거구를 만드는 것 또는 인구가 과밀한 행정구역을 복수의 선거구로 나누는 것 등은 모두 어느 정도는 지역 주민의 자기 대표를 뽑을 권리를 제약하게 되지만 공동대표자를 선출한다든지 또는 복수의 대표자를 선출한다든지 하는 관념으로 이것을 파악할 수 있으므로 이것은 대의제도의 본질을 침해하는 것은 아니다.

다수의견은 공선법 제25조 제1항 후단이 국회의원지역구를 확정함에 있어서 "구·시·군의 일부를 분할하여 다른 국회의원지역구에 속하게 하지 못한다."고 규정한 것은 헌법적 요청이 아니라고 실시하고 있지만 나는 위에서 설명한 바와 같이 투표가치의 산술적 평등에 보다 접근시키기 위하여 어느 행정구역의 일부 주민을 다른 행정구역에 편입하여 하나의 선거구를 만드는 것은 의원의 주민대표성을 약화시키고 이것은 자기 구역에서 분리되어 타구역에 편입당한 주민들의 선거권을 침해하므로 위헌이 된다고 생각하므로 이 규정은 헌법의 요청을 반영한 것이고 이 규정에 어긋나는 선거구의 획정은 따라서 위헌이라고 생각한다.

마. 본건의 경우

이 사건들에서 문제가 되는 현행 공선법상의 지역구를 이상에서 제시한 주민대표성의 원칙에 비추어 검토하면 다음 3개가 문제가 된다.

1. 부산광역시 북구·강서구 을선거구 : 북구 금곡동, 화명동, 덕천제2동 및 강서구 일원
2. 해운대구·기장군 을선거구 : 해운대구 좌동, 송정동 및 기장군 일원
3. 인천광역시 서구·강화군 을선거구 : 서구 검단동 및 강화군 일원

이상 3개의 지역구는 원래의 행정구역에서 분리되어 그 선거구에 편입된 일부 주민들의 선거권을 침해하므로 위헌이고 국회의원 지역선거구 구역표의 불가분성에 의하여 위 구역표 전부가 위헌이 된다고 생각한다.

아울러 헌법재판소는 공선법 제25조 제1항 후단의 규정에 불구하고 예외적으로 행정구역

의 일부를 분할하여 위의 3개 지역구를 획정하는 것을 허용하고 있는 공선법 부칙 제3조의 위헌성을 함께 지적하여야 할 것이다.

6. 재판관 한대현, 재판관 하경철의 반대의견

우리는 "인천 서구·강화군 을선거구란"이 헌법에 위반되지 아니한다는 다수의견의 견해에는 찬성하지만, "경기 안양시 동안구 선거구란"이 청구인의 헌법상 보장된 선거권 및 평등권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다는 다수의견에 대하여는 다음과 같은 이유로 반대한다.

우리 재판소는 1995. 12. 27. 선고한 위 95헌마224등 결정에서 당시 심판의 대상이 된 국회의원지역선거구구역표를 위헌이라고 선언한 바 있는데, 선거구획정시 인구편차의 허용범위에 관한 위 결정의 취지에 의하면 적어도 어떤 선거구가 전국 선거구의 평균 인구수를 기준으로 상하 60%의 편차를 초과하지 아니하는 한 그 선거구는 헌법에 위반되는 것으로 볼 수 없다고 할 것이다.

그런데 2000. 3. 22. 현재 위 "경기 안양시 동안구 선거구"의 인구수는 328,383명으로서 당시 전국 선거구의 평균인구수 208,917를 기준으로 +57%의 편차를 보이고 있으므로, 위 결정에서 제시한 기준에 의할 때 위 선거구가 헌법에 위반된다고 할 수는 없음은 명백하다.

그럼에도 불구하고 우리 재판소가 위와 같은 결정을 한 지 겨우 5년여밖에 지나지 아니한 현시점에서 태도를 바꿔 이 사건에서 문제가 된 위 선거구란을 위헌이라고 하는 것은 국회 입법권의 존중 차원에서 볼 때 바람직하지 않다고 생각한다.

그러나 우리는 2004년에 실시되는 국회의원총선거에 적용될 선거구구역표는 평균인구수 기준 상하 50%의 편차를 넘지 않아야 할 것이라는 점에 대하여는 다수의견과 견해를 같이 한다.

결론적으로 우리는 위 선거구란이 위헌임을 이유로 이 사건 선거구구역표 전체에 대하여 헌법불합치의 결정을 하기보다는 이 사건 심판청구를 기각하면서 2004년에 실시되는 국회의원총선거에 적용될 선거구구역표는 평균인구수 기준 상하 50%의 편차를 넘지 않아야 하고, 이후에는 이러한 기준에 따라 위헌 여부를 판단할 것임을 밝히는 것으로 족하다고 보는 것이다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일(주심) 권 성 김효종 김경일 송인준 주선회

2

인접하지 아니한 지역을 국회의원지역선거구로 획정한 공직선거법 별표 1의 평등선거의 원칙 위반 여부

- 공직선거및선거부정방지법 [별표1]의 국회의원지역선거구구역표 위헌확인, 1998. 11. 26. 96헌마54 ■

【판시사항】

1. 선거제도에 관한 입법형성권의 한계
2. 인접하지 아니한 2개의 지역(인천 계양구 계양1동 및 강화군)을 1개의 선거구로 한 선거구 획정이 헌법에 위반되지 아니한다고 본 사례
3. 법률의 충돌이 바로 헌법위반의 문제를 야기하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 특정지역의 선거인들이 자의적인 선거구 획정으로 인하여 정치과정에 참여할 기회를 잃게 되었거나, 그들이 지지하는 후보가 당선될 가능성을 의도적으로 박탈당하고 있음이 입증되어 특정지역의 선거인들에 대하여 차별하고자 하는 국가권력의 의도와 그 집단에 대한 실질적인 차별효과가 명백히 드러난 경우에는 그 선거구획정은 입법적 한계를 벗어난 것으로서 헌법에 위반된다.
2. 인접지역이 아닌 인천 계양구 계양1동과 강화군을 1개의 선거구로 획정한 것은 특별한 사정이 없는 한 위헌적 요소를 지닌 불합리한 선거구 획정이나, 헌법재판소 결정의 판시내용에 따라 최대인구 선거구와 최소인구 선거구의 인구수의 비율이 4:1을 초과하지 아니하는 범위내에서 선거구를 조정하여 획정할 헌법적 의무를 부담하고 있었으며 시간적으로는 헌법재판소의 위헌결정 이후 4개월 이내인 1996. 4. 11. 국회의원선거가 바로 실시되었어야 하는 점, 이 사건 선거구란의 획정은 확정적인 것이 아니라 오로지 위 선거의 관리를 위하여 한시적으로 행해진 점 등의 입법경위를 고려하여보면 위 선거구 획정은 입법적 한계를 일탈한 자의적인 것으로서 헌법에 위반된다고 할 수 없다.
3. 이 사건 선거구란이 구·시·군의 일부를 분할하여 다른 국회의원지역구에 속하게 하

지 못하도록 규정하고 있는 공직선거및선거부정방지법 제25조와의 관계에서 서로 충돌된다고 하더라도 법률해석의 문제가 발생할 뿐 헌법에 위반되는 것은 아니다.

재판관 신창언, 재판관 이영모, 재판관 한대현의 반대의견

다 같이 인천광역시의 관할구역 안에 있다는 것 외에는 연관성이 거의 없는 계양구의 일부를, 그것도 계양구 11개동 중 1개동으로서 계양구 전체 인구수의 4.74%에 불과한 인구수의 계양1동만을 분할하고 이를 강화군에 합쳐 하나의 선거구로 한 것은 헌법상 입법자에게 부여된 재량권의 한계를 벗어나 계양구 주민의 투표가치의 평등을 심각하게 훼손하는 것으로서 위헌이다.

【심판대상조문】

공직선거및선거부정방지법(1996. 2. 6. 법률 제5149호로 개정된 것) [별표1]의 국회의원지역선거구구역표 중 인천 계양구·강화군을선거구란

계 양 구	계양구 계양1동, 강화군일원
강 화 군	
을 선 거 구	

【참조조문】

공직선거및선거부정방지법(1996. 2. 6. 법률 제5149호로 개정된 것) 제25조(국회의원지역구의 획정) ① 국회의원지역선거구(이하 “국회의원지역구”라 한다)는 시·도의 관할구역안에서 인구·행정구역·지세·교통 기타 조건을 고려하여 이를 획정하되, 구(자치구를 포함한다)·시(구가 설치되지 아니한 시를 말한다)·군(이하 “구·시·군”이라 한다)의 일부를 분할하여 다른 국회의원지역구에 속하게 하지 못한다.

② 국회의원지역구의 명칭과 그 구역은 별표 1과 같이 한다.

공직선거및선거부정방지법(1996. 2. 6. 법률 제5149호로 개정된 것) 부칙 제2항(국회의원지역구획정에 관한 경과조치) 1996년 4월 11일에 실시하는 국회의원선거(보궐선거 등을 포함한다)에 있어서는 제25조(국회의원지역구의 획정) 제1항 후단의 규정에 불구하고 인구편차를 줄이기 위하여 부산광역시 해운대구 일부를 분할하여 해운대구기장군을국회의원지역구에, 부산광역시 북구 일부를 분할하여 북구강서구를국회의원지역구에, 인천광역시

계양구 일부를 분할하여 계양구강화군을국회의원지역구에, 전라남도 목포시 일부를 분할하여 목포시신안군을국회의원지역구에 속하게 할 수 있다.

【참조판례】

1. 2. 헌재 1995. 12. 27. 95헌마224등, 판례집 7-2, 760

【당 사 자】

청 구 인 김○룡 외 8인

청구인들 대리인 법무법인 시민종합법률사무소

담당변호사 윤종현 외 4인

【주 문】

청구인들의 이 사건 심판청구를 모두 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인 정○희, 김○자를 제외한 나머지 청구인들은 모두 공직선거및선거부정방지법(1996. 2. 6. 법률 제5149호로 개정된 것) [별표1]의 국회의원지역선거구구역표상의 인천 계양구·강화군갑선거구에 각 주소를 두고, 청구인 정○희, 김○자는 위 국회의원지역선거구구역표상의 인천 계양구·강화군을선거구에 각 주소를 두고 위 각 국회의원선거에서 선거권을 행사하려고 한 자들이고, 청구인 김○룡은 계양구·강화군갑선거구에서 입후보하고자 하는 자이다.

청구인들은 위 국회의원지역선거구구역표 중 인천 계양구·강화군을선거구란(이하 ‘이 사건 선거구란’라 한다)에 자신들의 거주지인 인천 계양구와, 지리적으로 분리된 강화군이 하나의 선거구로 규정됨으로써 투표가치의 실질적 평등이 침해되었고 이로써 자신의 정당한 선거권이 침해되었다고 주장하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 공직선거및선거부정방지법(1996. 2. 6. 법률 제5149호 개정) [별표 1]의 국회의원지역선거구구역표 중 인천 계양구·강화군을선거구란의 위헌여부이다.

2. 청구인의 주장 요지

가. 청구인 김○룡의 주장요지

청구인 김○룡은 자신은 계양구·강화군갑선거구에서 입후보하고자 하는데, 위 선거구 확정으로 말미암아 인천광역시 계양구 중 유독 계양1동만이 약 30km의 거리를 건너뛰어 종전(1996. 2. 6. 개정전)의 강화군 선거구에 해당하는 “계양구·강화군을선거구”에 편입되게 되어, 당선되더라도 계양구 주민 중 유독 계양1동 주민들로부터 국회의원의 정당한 국민대표권을 침해당하게 되며, 국회의원의 지역대표성에 있어서 다른 국회의원에 비하여 불합리한 차별을 당함으로써 개인적인 평등권을 침해당하게 된다.

나. 청구인 김○룡을 제외한 나머지 청구인들의 주장요지

이 사건 선거구란은 기본권 제한의 헌법상의 원칙에 위반하여 이루어진 과잉입법이다. 즉, 선거구 획정은 사회적, 지리적, 역사적, 경제적, 행정적 연관을 고려하여 특단의 불가피한 사정이 없는 한 인접지역이 1개의 선거구를 구성하도록 하여야 함에도 불구하고, 계양1동과 강화군은 인천광역시 서구, 김포군 등을 사이에 두고 지리적으로 완전히 분리되어 있는 지역일 뿐만 아니라, 생활양식에 있어서도 전혀 다르고 상호간에 교류나 공통점이 전혀 없는 지역이다. 따라서 청구인들은 자기 지역의 문제에 대하여 집단적인 의사결정을 할 수 없어 행복추구권 및 평등권을 침해당하게 됨은 물론 헌법이 보장하는 선거권도 침해당하게 된다.

3. 판 단

가. 선거제도에 관한 입법형성권

오늘날의 정치는 의회제도를 통한 대의제민주주의를 그 근간으로 하고 대의정치의 성공여부는 국민들의 의사가 얼마나 정확히 그리고 효과적으로 정치의사결정에 반영되는지 여부에 달려 있다. 따라서 선거제도는 민주주의 및 국민의 정치적 생존권에 직결되는 문제로서 자유민주주의의 기본질서 및 법치주의를 구현하는 근본이 되므로, 선거제도의 주

요 내용을 이루는 선거구와 그 실현을 위한 선거구 획정은 선거 결과가 가능한 한 국민의 의사를 바르게 반영할 수 있도록 마련되어야 한다. 헌법은 국민의 의사가 국정에 공정하게 반영될 수 있도록 제41조 제1항에서 “국회는 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성한다”고 규정함으로써 국회의원의 선거에 있어서 ‘평등선거의 원칙’을 선언하고 있다.

평등선거의 원칙은 헌법 제11조 제1항 평등의 원칙이 선거제도에 적용된 것으로서 투표의 수적(數的) 평등, 즉 1인 1표 원칙(one man, one vote)과 투표의 성과가치(成果價値)의 평등, 즉 1표의 투표가치가 대표자선정이라는 선거의 결과에 대하여 기여한 정도에 있어서도 평등하여야 한다는 원칙(one vote, one value)을 그 내용으로 할 뿐만 아니라(헌재 1995. 12. 27. 95헌마224등 판례집 7-2, 760, 771), 일정한 집단의 의사가 정치과정에서 반영될 수 없도록 차별적으로 선거구를 획정하는 이른바 ‘게리맨더링’에 대한 부정(否定)을 의미하기도 한다.

한편, 각국의 선거제도를 살펴보면, 각국의 선거제도가 시대에 따른 정치적 안정의 요청이나 나라마다의 역사적·사회적·정치적 상황 등이 고려되어 각기 그 나라의 실정에 맞도록 결정되고 있고, 거기에 논리필연적으로 요청되는 일정한 형태가 있는 것이 아님을 알 수 있다. 그리고 그와 같이 결정된 선거제도의 구조와 투표가치는 밀접하게 연관되어 있는 것이어서 선거제도의 구조가 어떠한가에 따라 선거결과에 미치는 투표의 영향력에 어느 정도의 차이가 생기는 것은 불가피한 것이고, 투표가치의 평등이 모든 투표가 선거결과에 미치는 영향력에 있어 숫자적으로 완전히 동일할 것까지 요구하는 것이라고 볼 것은 아니다. 우리 헌법도 제41조 제3항에서 “국회의원의 선거구와 비례대표제 기타 선거에 관한 사항은 법률로 정한다”고 규정하여 선거제도와 선거구의 획정에 관한 구체적 결정을 국회의 재량에 맡기고 있다. 따라서 국회는 선거구를 획정함에 있어서 1인 1표와 투표가치 평등의 원칙을 고려한 선거구간의 인구의 균형뿐만 아니라, 우리 나라의 행정구역, 지세, 교통사정, 생활권 내지 역사적, 전통적 일체감 등 여러 가지 정책적·기술적 요소를 고려하여야 하되 폭넓은 입법형성의 자유를 가진다고 하겠다.

우리 나라의 경우 하나의 국회의원지역선거구에서 선출할 국회의원의 정수는 1인으로 규정되어 있으므로(공직선거및선거부정방지법 제21조 제2항), 개개 선거구에서 많은 사표가 발생하는 것은 당연한 현상이고, 경쟁이 치열한 선거구에서 더 많은 수의 사표가 발생하는 것은 피할 수 없는 현상이다. 또한 행정구역 자체가 인구의 수에 있어서 공평하게 분포되어 있는 것도 아니고, 일정한 행정구역에는 일정한 정당을 선호하는 사람들이 집중되어 거주하는 경우도 있을 수 있다. 그러나 투표수비율과 의원당선자의 비율이 비례하지 아니한다는 이유만으로 사표가 된 투표를 한 선거권자가 법적으로 차별받았다거나, 일정한 선거구에서 특정지역의 선거인들이 지지하는 후보가 당선되지 않았다는 사실만으로 바로 선거구 획정이 차별적인 것이라고 할 수는 없다. 국회가 형성한 선거구획정은 그것

이 자의적이어서 합리성을 결여하고 있음이 명백한 경우가 아닌 한, 헌법에 위반된다고 볼 수는 없기 때문이다.

다만, 예컨대 특정 지역의 선거인들이 자의적인 선거구 획정으로 인하여 정치과정에 참여할 기회를 잃게 되었거나, 그들이 지지하는 후보가 당선될 가능성을 의도적으로 박탈당하고 있음이 입증되어 특정 지역의 선거인들에 대하여 차별하고자 하는 국가권력의 의도와 그 집단에 대한 실질적인 차별효과가 명백히 드러난 경우에는 그 선거구획정은 입법적 한계를 벗어난 것으로서 헌법에 위반된다고 할 것이다. 헌법재판소는 1995. 12. 27. 95헌마 224등 판결에서 “선거구의 획정은 사회적·지리적·역사적·경제적·행정적 연관성 및 생활권 등을 고려하여 특단의 불가피한 사정이 없는 한 인접지역이 1개의 선거구를 구성하도록 함이 상당하다”(판례집 7-2, 760, 788)라고 하고, 인접지역이 아닌 지역을 1개의 선거구로 구성하는 경우는 특별한 사정이 없는 한 입법재량의 범위를 일탈한 자의적인 선거구획정으로서 헌법에 위반된다고 판시한바 있다.

나. 이 사건 선거구란의 합헌성

(1) 기록에 의하면, 이 사건 선거구란은 인천 계양구 계양1○과 강화군 일원을 그 선거구역으로 하고 있는데, 인천 계양구는 도시지역이고 강화군은 농촌지역이며, 인천 계양구와 강화군은 인천 서구 및 경기도 김포군을 사이에 두으로써 상호 접경지역이 전혀 없이 약 30킬로미터의 거리로 완전히 분리되어 있고, 1995. 6. 30. 현재 강화군의 인구수는 70,472명, 인천 계양구의 인구수는 261,536명, 그 중 계양1○의 인구수는 12,401명이며, 강화군과 인접한 도서지역인 옹진군의 인구수는 13,608명, 강화군과 계양구 보다는 인접한 인천 서구의 인구수는 299,496명(1996. 3. 20. 현재)인 사실이 인정된다. 따라서 이 사건 선거구란은 사회적·행정적 연관성이 박약할 뿐만 아니라 그 생활권이 상이하고 지리적으로도 상호 30킬로미터나 떨어져 있으며 인구수의 차이가 6:1에 이르는 인천 계양구 계양1동과 강화군을 하나의 선거구로 확정하는 것은 곧 인천 계양구 계양1○에 거주하는 선거인들로 하여금 지역적 연관성이 전혀 없는 타지역구에 일방적으로 편입되도록 하여 이들의 정치적 의사가 선거에서 반영될 기회를 심각하게 훼손하고 있다는 점을 인정하는데 어려움이 없다. 실제로 강화군은 지리적·행정적 입지조건이 유사한 옹진군과 통합하여 1개의 선거구를 구성하거나, 지리적으로 계양구 보다는 인접한 인천 서구의 일부 동(洞)과 통합하여 1개의 선거구를 구성하는 것이 더 합리적이었다는 점은 쉽게 인정할 수 있다. 따라서 종전 헌법재판소의 위 결정에 따르면, 이 사건 선거구란은 특별한 사정이 없는 한 입법재량의 범위를 일탈한 것으로서 위헌적 요소를 지닌 선거구획정으로 보아야 할 것이다.

(2) 그러나 한편, 기록에 의하면, 이 사건 선거구란의 입법배경은 헌법재판소가 구 공직선거및선거부정방지법(1995. 8. 4. 법률 제4957호로 개정되어 1996. 2. 6. 법률 제5149호로 개

정되기 전의 것) 제25조 제2항에 의한 [별표1] 국회의원지역선거구구역표에 대하여 위헌 결정(헌재 1995. 12. 27. 95헌마224등, 판례집 7-2, 760)을 선고하자 국회의원지역선거구구역표를 인구비례에 따라 합리적으로 조정할 수 밖에 없었던데 있었고, 국회는 헌법재판소의 위 결정의 판시 내용에 따라 최대인구 선거구와 최소인구 선거구의 인구수의 비율이 4:1을 초과하지 아니하는 범위 내에서 선거구를 조정하기 위해서 최대인구 선거구의 인구수를 30만명 이내로, 최소인구 선거구의 인구수를 7만 5천명 이상으로 확정할 헌법적 의무를 부담하고 있었으며, 시간적으로는 헌법재판소의 위 위헌결정 이후 4개월 이내인 1996. 4. 11. 국회의원선거가 바로 실시되어야 하는 점을 고려하여 가능한 한 기존의 선거구를 변경하지 아니하는 방법으로 선거구를 조정할 수 밖에 없었던 입법적 상황에 놓여 있었음이 인정된다. 공직선거및선거부정방지법 부칙 제2조는 “1996. 4. 11.에 실시하는 국회의원선거(보궐선거 등을 포함한다)에 있어서는 제25조(국회의원지역구의 획정) 제1항 후단의 규정에 불구하고 인구편차를 줄이기 위하여 부산광역시해운대구일부를 분할하여 해운대구기장군을국회의원지역구에, 부산광역시북구일부를 분할하여 북구강서구를국회의원지역구에, 인천광역시계양구일부를 분할하여 계양구강화군을국회의원지역구에, 전라남도목포시일부를 분할하여 목포시신안군을국회의원지역구에 속하게 할 수 있다”라고 규정함으로써 이러한 사정을 엿볼 수 있게 하는 한편, 이 사건 선거구란의 획정은 확정적인 것이 아니라 오로지 1996. 4. 11. 실시하게 될 국회의원선거의 관리를 위하여 한시적으로 행해진 것임을 명문으로 밝히고 있다.

위에서 본 사정을 고려해 보면, 이 사건 선거구란은 인구 70,472명의 강화군만으로는 독자적인 선거구를 구성할 수 없음이 명백하나, 기존의 선거구를 크게 변경하지 아니하는 방법으로 선거구를 조정하기 위해서는 강화군을 중심으로 하는 선거구를 독립된 선거구로 남겨두는 것이 바람직하다는 입법적 판단 아래, 인천 계양구 계양1○을 종전 강화군 선거구에 포함시키는 방식으로 선거구를 획정한 것으로 보인다.

(3) 그렇다면, 이 사건 선거구란이 최선의 선거구획정이 아니어서 비록 그 불합리성이 인정된다고 하더라도, 이 사건 선거구란은 위에서 본 입법경위등에 비추어 보면, 인천 계양구 계양1동의 주민에 대한 차별적 의도를 가지고 자의적으로 입법화 한 것으로 볼 수는 없다 할 것이므로 입법적 한계를 일탈한 자의적인 것이어서 헌법에 위반된다고 할 수 없다. 따라서 청구인들의 이 사건 청구는 그 이유가 없다.

다. 공직선거및선거부정방지법 제25조에 위반된다는 주장에 대한 판단

끝으로 청구인들은 이 사건 선거구란이 ‘국회의원 지역선거구는 시·도의 관할 구역 안에서 인구, 행정구역, 지세, 교통 기타조건을 고려하여 이를 확정하되 시·군의 일부를 분할하여 다른 국회의원 지역구에 속하게 하지 못한다’고 규정하고 있는 공직선거및선거부정

방지법 제25조에 위반되어 결과적으로 헌법에 위반된다고 주장한다.

어떤 법률조항의 내용이 다른 법률조항의 내용과 서로 충돌된다 하여 원칙적으로 이들 법률조항이 헌법에 위반된다거나 하는 등, 헌법문제가 발생하는 것은 아니다. 다만, 이들 법률조항들을 어떻게 조화롭게 해석할 것인가의 법률해석 문제가 생길 뿐이다. 따라서, 이 사건 선거구란은 공직선거및선거부정방지법상의 별지로서 법률의 효력을 가지고 있음은 분명하므로, 이 사건 선거구란이 공직선거및선거부정방지법 제25조와의 관계에서 서로 충돌된다고 하더라도 이는 일정한 법률조항의 내용이 다른 법률조항 보다 어느 조항이 우선 적용되느냐의 문제가 생길 뿐이다. 따라서 이 사건 선거구란은 다른 법률조항과 서로 충돌된다는 이유만으로 헌법에 위반되는 것은 아니다.

4. 결 론

이상과 같은 이유로 이 사건 선거구란은 청구인들의 선거권, 평등권을 침해한다거나 기타 사유로 헌법에 위반된다고 할 수 없으므로 청구인의 심판청구를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

이 결정에는 재판관 신창언, 재판관 이영모, 재판관 한대현의 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여재판관들의 의견일치에 따른 것이다.

5. 재판관 신창언, 재판관 이영모, 재판관 한대현의 반대의견

가. 선거구를 획정함에 있어서는 투표가치의 평등이 확보될 수 있게 선거구간 인구의 균형이 잡혀야 할 뿐 아니라, 사회적·지리적·역사적·경제적·행정적 연관성 및 생활권등을 고려하여 특단의 불가피한 사정이 없는 한 인접지역이 하나의 선거구를 구성하도록 하여야 한다. 이것이 선거구획정에 관한 입법자의 재량권의 한계이고(헌재 1995. 12. 27. 95헌마224등, 판례집 7-2, 760), 그러한 까닭에 공직선거및선거부정방지법 제25조 제1항도 국회의원지역선거구는 시·도의 관할구역안에서 인구·행정구역·지세·교통기타 조건을 고려하여 이를 확정하되 구·시·군의 일부를 분할하여 다른 국회의원지역선거구에 속하게 하지 못하도록 규정하고 있는 것이다.

나. 이 사건에서 문제가 된 인천광역시의 계양구·강화군 을선거구는 계양구 계양1동과 강화군 일원을 그 선거구역으로 하고 있는데(계양구·강화군 갑선거구는 선거구명으로는 강화군이 선거구역에 포함된 것처럼 되어 있으나 실제로는 계양구 중 계양10만을 제외한 나머지 구역이 그 선거구역으로 되어 있다), 이 사건 기록에 의하면 인천광역시 중 도시지역인 계양구와 도서지역이자 농어촌지역인 강화군은 바다와 경기도 김

포군, 인천광역시 서구 등을 사이에 두고 상호 접경지역없이 약 30킬로미터의 거리로 완전히 분리되어 있어 생활권이 전혀 다른 사실, 1995. 6. 30. 현재의 인구수는 강화군이 70,472명, 인천광역시 옹진군이 13,608명, 계양구가 261,536명인 사실, 계양구는 모두 11개동으로 구성되어 있는데 그 중 계양1동은 동쪽과 남쪽으로는 계양구의 다른 동들과, 북쪽으로는 경기도 김포군과, 서쪽으로는 인천광역시 서구와 각각 접경하고 있으며 그 인구수는 1995. 6. 30. 현재 12,401명으로서 전체 계양구 인구수의 4.74퍼센트인 사실 등을 각 인정할 수 있다.

다. 그렇다면 입법자 스스로 정한 선거구의 최소인구수인 75,000명에 미달하여 강화군을 하나의 독립한 선거구로 할 수 없다면, 같은 도서지역으로서 지리적으로 인접하고 있는 옹진군과 합쳐 하나의 선거구로 하든지, 그렇지 아니하고 군이 인천광역시 관할구역내의 다른 구의 일부를 분할하고 이를 강화군에 합쳐서라도 하나의 선거구로 하여야 할 불가피한 사정이 있다면 지리적으로 더욱 가까운 서구의 일부를 분할하고 이를 강화군에 합쳐 하나의 선거구로 하면 몰라도 다 같이 인천광역시의 관할구역안에 있다는 것 외에는 연관성이 거의 없는 계양구의 일부를, 그것도 계양구 11개동 중 1개동으로서 계양구전체 인구수의 4.74퍼센트에 불과한 인구수의 계양1동만을 분할하고 이를 강화군에 합쳐 하나의 선거구로 한 것은 헌법상 입법자에게 부여된 재량권의 한계를 벗어나 계양구 주민의 투표가치의 평등을 심각하게 훼손하는 것으로서 위헌이라 보지 않을 수 없다(강화군과 옹진군을 합쳐 하나의 선거구로 하는 경우나 서구의 일부를 분할하고 이를 강화군에 합쳐 하나의 선거구로 하는 경우에도 불합리한 점이 없지 않으나, 계양구에서 계양1동만을 분할하고 이를 강화군에 합쳐 하나의 선거구로 하는 것 보다는 그 정도가 훨씬 낮다).

라. 다수의견은, 이 사건 선거구란이 특별한 사정이 없는 한 입법재량의 범위를 일탈한 것으로서 위헌적 요소를 지닌 선거구획정으로 보아야 할 것이라면서도, 여러 가지 사정을 고려하면 비록 이 사건 선거구란은 불합리하지만 입법재량의 범위를 일탈한 것으로서 위헌이라고는 볼 수 없다고 밝히고 있으나, 우리는 다수의견이 들고있는 그러한 사정들만으로는 이 사건 선거구획정의 위헌성을 부정할 수는 없다고 보므로 다수의견에 반대하는 것이다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형 정경식 고중석 신창언 이영모 한대현(주심)

3

인접한 구·시·군의 일부를 분할하여 1개의 국회의원지역선거구로 획정한 공직선거법 별표 1의 평등선거의 원칙 위반 여부

- 공직선거및선거부정방지법 [별표1]의 「국회의원지역선거구구역표」 위헌확인, 1998. 11. 26.
96헌마74·83·111 병합 ■

【판시 사항】

1. 특정지역의 선거인들에 대한 차별적 선거구획정(소위 게리맨더링)으로 인정되기 위한 요건
2. 차별적 선거구획정으로 인정되지 아니한 사례
3. 법률의 충돌이 바로 헌법위반의 문제를 야기하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 특정지역의 선거인들이 자의적인 선거구획정으로 인하여 정치과정에 참여할 기회를 잃게 되었거나 그들이 지지하는 후보가 당선될 가능성을 의도적으로 박탈당하고 있음이 입증되어 특정지역의 선거인들에 대하여 차별하고자 하는 국가권력의 의도와 그 집단에 대한 실질적인 차별효과가 명백히 드러난 경우에는 그 선거구획정은 입법적 한계를 벗어난 것으로서 헌법에 위반된다.
2. (1) 1996. 4. 11. 시행된 제15대 국회의원 선거시 목포시·신안군에서의 정당별 득표상황을 살펴보면, 목포시신안군을선거구에 포함된 목포시 산정3동이 목포시·신안군의 다른 동이나 면에 비교하여 특별히 다른 정치성향을 가지고 있다고 인정되지 아니한다. 그렇다면, 목포시신안군갑선거구란 및 목포시신안군을선거구란은 도서지역으로 구성되어 있는 신안군이 인구수 감소로 독자적인 선거구가 어렵게 되자, 신안군선거구를 독자적인 선거구로 남겨두기 위한 입법목적으로 목포시에서 인구기준으로 2번째로 큰 동이며 지리적으로 신안군에 인접하여 있는 산정3동을 목포시신안군을선거구란에 포함시킨 것에 불과하고 산정3동에 대하여 차별의 의도를 가지고 게리맨더링한 것으로 볼 수 없다.

(2) 문경시예천군선거구, 평택시갑선거구 및 평택시을선거구의 위헌성에 관한 청구인들의 주장은 이들 선거구가 불합리하게 획정되어 입법적으로 부당하다는 것에 불과할 뿐이고, 일정한 선거구의 특정 선거권자집단에 대하여 차별하는 국가권력의 의도 내지 그러한 집단에 대한 실질적인 차별효과라고 보기 어려우므로, 그러한 사실만으로는 이들 선거구에 속해 있는 다수의 선거권자가 소수의 선거권자로 하여금 정치적으로 의사를 반영하지 못하도록 하는 지속적인 차별을 하는 것으로 인정되기 어렵다.

3. 이 사건 선거구란이 구·시·군의 일부를 분할하여 다른 국회의원지역구에 속하게 하지 못하도록 규정하고 있는 공직선거및선거부정방지법 제25조와의 관계에서 서로 충돌된다고 하더라도 법률해석의 문제가 발생할 뿐 헌법에 위반되는 것은 아니다.

【심판대상조문】

공직선거및선거부정방지법(1995. 8. 4. 법률 제4957호로 개정된 것) [별표1]의 국회의원지역선거구구역표 중 평택시갑선거구란 및 평택시을선거구란

평택시갑선거구	진위면, 서탄면, 중앙동, 서정동, 동부동, 도원동, 지산동, 송북동, 신장1동, 신장2동, 통북동, 세교동
평택시을선거구	팽성읍, 고덕면, 오성면, 청북면, 포승면, 현덕면, 안중면, 신평동, 원평동, 비전1동, 비전2동

공직선거및선거부정방지법(1996. 2. 6. 법률 제5149호로 개정된 것) [별표1]의 국회의원지역선거구구역표 중 목포시신안군갑선거구란 및 목포시신안군을선거구란과 문경시예천군선거구란

목포시신안군갑선거구	목포시 용당1동, 용당2동, 산정1동, 산정2동, 대성1동, 대성2동, 양동, 북교동, 남교동, 호남동, 죽동, 무안동, 동명동, 영해동, 유달동, 만호동, 서산동, 온금동, 죽교1동, 죽교2동, 죽교3동, 달성동, 대반동, 연동, 삼향동, 용해동, 상동
목포시신안군을선거구	목포시 산정3동, 충무동, 신안군일원
문경시예천군선거구	문경시일원, 예천군일원

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제41조 제1항·제3항

공직선거및선거부정방지법 제25조(국회의원지역구의 확정) ① 국회의원지역선거구(이하 “국회의원지역구”라 한다)는 시·도의 관할구역안에서 인구·행정구역·지세·교통 기타 조건을 고려하여 이를 확정하되, 구(자치구를 포함한다)·시(구가 설치되지 아니한 시를 말한다)·군(이하 “구·시·군”이라 한다)의 일부를 분할하여 다른 국회의원지역구에 속하게 하지 못한다.

② 생략

【참조판례】

헌재 1995. 12. 27. 95헌마224등, 판례집 7-2, 760

【당 사 자】

청 구 인 1. 이○열(96헌마74)

청구인은 변호사의 자격이 있음

2. 최○영(96헌마83)

대리인 변호사 이상욱

3. 허○훈 외 6인(96헌마111)

청구인들 대리인 변호사 이영규

【주 문】

청구인들의 심판청구를 모두 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사전의 개요

공직선거및선거부정방지법 [별표1]의 국회의원지역선거구구역표는 1995. 8. 4. 법률 제4957호로 개정되었는데, 그 중 경기도 평택시에 관한 부분은 다음과 같이 개정되었다.

평택시갑선거구	진위면, 서탄면, 중앙동, 서정동, 동부동, 도원동, 지산동, 송북동, 신장1동, 신장2동, 통북동, 세교동
평택시을선거구	팽성읍, 고덕면, 오성면, 청북면, 포승면, 현덕면, 안중면, 신평동, 원평동, 비전1동, 비전2동

다시, 공직선거및선거부정방지법 [별표1]의 국회의원지역선거구구역표는 1996. 2. 6. 법률 제5149호로 개정되었는데, 그 중 목포시 및 신안군과 문경시 및 예천군에 관한 부분은 다음과 같이 개정되었다.

전라남도란의 목포시선거구란과 신안군선거구란을 각각 삭제하고, 여수시선거구란 앞에 목포시신안군갑선거구란과 목포시신안군을선거구란을 각각 다음과 같이 신설하였다.

목포시신안군 갑선거구	목포시 용당1동, 용당2동, 산정1동, 산정2동, 대성1동, 대성2동, 양동, 북교동, 남교동, 호남동, 죽동, 무안동, 동명동, 영해동, 유달동, 만호동, 서산동, 온금동, 죽교1동, 죽교2동, 죽교3동, 달성동, 대반동, 연동, 삼향동, 용해동, 상동
목포시신안군 을선거구	목포시 산정3동, 충무동, 신안군일원

경상북도란의 문경시선거구와 예천군선거구란을 각각 삭제하고, 경산시청도군선거구란 앞에 문경시예천군선거구란을 다음과 같이 신설하였다.

문경시예천군 선거구	문경시일원, 예천군일원

제15대 국회의원선거가 1996. 4. 11. 실시되자, 청구인 이○열은 목포시신안군갑선거구에 무소속으로 입후보할 자로서 개정된 위 목포시신안군갑선거구란 및 목포시신안군을선거구란으로 인하여 헌법이 보장하는 청구인의 선거권 및 피선거권이 침해당하고 있다고 주장하면서 1996. 2. 28. 헌법재판소 96헌마74로 헌법소원심판을 청구하였고, 청구인 최○영은 문경시를 포함한 선거구에서 출마하려고 하는 자로서 위 문경시예천군선거구란의 개정으로 인하여 청구인의 평등권 등을 침해하여 헌법에 위반된다고 주장하면서 1996. 3. 6.

헌법재판소 96헌마83으로 헌법소원심판을 청구하였고, 청구인 허○훈은 자민련후보로 평택시을선거구에서 출마하려는 자, 청구인 맹○주, 최○호, 김○분, 임○자, 김○옥, 김○찬은 평택시에 각 주소를 두고 선거권을 행사하려는 자들로서 위 평택시갑선거구와 평택시을선거구의 개정으로 인하여 청구인들의 평등권 등을 침해하였다고 주장하면서 1996. 3. 25. 헌법재판소 96헌마111로 헌법소원심판을 각 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 공직선거및선거부정방지법(1995. 8. 4. 법률 제4957호 개정) [별표 1]의 국회의원지역선거구구역표 중 평택시갑선거구란 및 평택시을선거구란 그리고 공직선거및선거부정방지법(1996. 2. 6. 법률 제5149호 개정) [별표1]의 국회의원지역선거구구역표 중 목포시신안군갑선거구란 및 목포시신안군을선거구란과 문경시예천군선거구란의 위헌 여부이다.

2. 청구인들의 주장요지와 이해관계인의 의견

가. 청구인 이○열의 주장요지(96헌마74)

우리 헌법은 제41조 제1항에서 국민에게 국회의원을 선출할 수 있는 선거권을 부여하고 있다. 목포시신안군갑선거구 및 목포시신안군을선거구는 도서지역으로 구성되어 있는 신안군이 인구수 감소로 독자적인 선거구가 어렵게 되자 목포시의 선거구 2개동인 충무동과 산정3동을 목포시 선거구에서 떼어 신안군에 붙임으로써 신안군선거구를 독자적인 선거구로 남겨두기 위한 것으로 그 입법의 필요성이 주장되고 있다. 이러한 필요에 의하여 선거구를 재획정한다고 하더라도 입법부는 선거구를 획정함에 있어서 지세와 교통조건을 고려하여 합리적으로 선거구를 획정하여야 할 헌법적 한계를 가지고 있다. 목포시의 대반동, 서산동, 온금동, 죽교동은 지세와 교통상으로 신안군과 유사 내지는 근접성이 있으나 목포시의 산정3동은 지도상으로 보더라도 누구나 쉽게 알 수 있는 것처럼 신안군과 유사 내지는 근접성을 찾아 볼 수 없다. 오히려 목포시 산정30은 아파트단지이므로(일신아파트, 근화아파트, 현대아파트, 현대산업아파트, 한성아파트 등) 주민의 90퍼센트 이상이 30~40대 청·장년층, 중산층 내지는 상류층으로 구성되어 있다. 따라서 위 선거구획정은 목포시의 산정3동에 거주하는 주민들의 의식성향이 특정정당의 후보를 지지하지 아니할 것이라는 예상 아래 특정정당후보를 당선시키기 위한 목적이 숨겨 있다. 그렇다면 이는 편파적으로 선거구를 획정한 것으로서 대표적인 게리맨더링(Gerrymandering)에 해당한다. 결국 목포시신안군갑선거구란 및 목포시신안군을선거구란은 목포시의 충무동과 산정3동에 거주하는 주민들이 자신의 거주지역을 대변하는 지역구 국회의원을 선출할 수 있는

기회를 완전히 박탈하고 있고, 청구인의 선거권 및 피선거권을 침해하는 것으로서 위헌이다.

또한 목포시신안군갑선거구란 및 목포시신안군을선거구란은, 국회의원지역선거구는 시·도의 관할구역안에서 인구·행정구역·지세·교통 기타 조건을 고려하여 이를 확정하되 구·시·군의 일부를 분할하여 다른 국회의원지역구에 속하게 하지 못한다고 규정하고 있는 공직선거및선거부정방지법 제25조에도 위반되는 것으로서 헌법의 정신에 반하는 것이다.

나. 청구인 최○영의 주장요지(96헌마83)

공직선거및선거부정방지법 제25조 제1항에 의하면 국회의원선거구는 인구·행정구역·지세·교통 기타 조건을 고려하여 이를 확정하여야 한다. 그런데 문경시예천군선거구란은 다음과 같이 이러한 조건들을 충분히 고려하지 아니하였다.

첫째, 예천군에 인접한 종전의 선거구 중 문경시선거구의 인구는 98,000명이고, 의성군선거구의 인구는 89,000명으로, 마땅히 예천군일원을 인구가 9,000명이나 적은 의성군선거구에 편입시키고, 인구가 더 많은 문경시선거구는 독립된 선거구로 남겨 두어야 할 것이다.

둘째, 문경은 시이고 예천 및 의성은 모두 군이므로 군끼리 합쳐서 통합선거구를 만들어야 한다.

셋째, 문경시는 이미 종전의 점촌시와 문경군이 통합된 도농복합시로서 다시 선거구가 조정되어야 할 이유가 없고, 폐광 이후 대체산업과 관광산업을 위주로 하는 도시로 탈바꿈하려고 하는 중이다. 이에 비하여 예천군과 의성군은 모두 농업과 유통을 위주로 하는 동질의 농업지역이다.

넷째, 위와 같이 이질적인 문경시와 예천군이 하나의 선거구로 통합되면 지방자치제의 발전에 역행하게 될 것이다.

따라서 문경시예천군선거구란에서는 마땅히 예천군일원과 의성군일원을 선거구역으로 하는 예천군의성군선거구를 설치하고, 문경시선거구를 독립된 선거구로 남겨두었어야 할 것이다. 그런데 문경시예천군선거구란에서 문경시일원과 예천군일원을 하나의 선거구로 설치한 것은 투표의 등가성과 선거권의 평등·대표성의 원리에 위반되고, 종전대로 문경시일원만을 선거구역으로 하는 문경시선거구에 출마하려고 하는 청구인에게 선거운동과 자금 등에서 불리한 여건을 조성함으로써 청구인의 평등권을 침해하는 것이다.

다. 청구인 허○훈 외 6인의 주장요지(96헌마111)

공직선거및선거부정방지법 제25조 제1항에 의하면 국회의원선거구의 획정은 인구·행정구역·지세·교통·기타의 조건을 고려하여야 한다.

도농(都農)복합형태의시설치에따른행정특례등에관한법률(1995. 5. 10. 법률 제4948호, 경기도평택시등5개도농복합)에 의한 행정구역 개편에 따라 구 평택시, 구 송탄시, 평택군의 3개 행정구역은 평택시 단일행정구역으로 결정되었고, 국회의원선거구에 대하여도 종래 송탄시·평택시선거구와 평택군선거구로 나뉘어져 있던 것을 평택시갑·을선거구로 분할·획정하였다.

그런데 행정구역의 변천과정이나 지역간의 인구배분·지역사회 생활권 및 지역의 특정 등을 고려할 때, 고덕면과 청북면을 갑선거구에, 세교동과 통북동을 을선거구에 편입하여야 함에도 평택시갑선거구란 및 평택시을선거구란은 이를 반대로 획정함으로써 청구인들의 헌법상의 평등권이나 선거권 등을 침해하여 헌법에 위반되는 것이다.

라. 중앙선거관리위원회의 의견

특별한 의견이 없다.

3. 판 단

가. 선거제도에 관한 입법형성권

오늘날의 정치는 의회제도를 통한 대의제민주주의를 그 근간으로 하고 대의정치의 성공 여부는 국민의 의사가 얼마나 정확히 그리고 효과적으로 정치의사결정에 반영되는지 여부에 달려 있다. 따라서 선거제도는 민주주의 및 국민의 정치적 생존권에 직결되는 문제로써 자유민주주의의 기본질서 및 법치주의를 구현하는 근본이 되므로, 선거제도의 주요 내용을 이루는 선거구와 그 실현을 위한 선거구획정은 선거결과가 되도록 국민의 의사를 바르게 반영할 수 있도록 마련되어야 한다. 헌법은 국민의 의사가 국정에 공정하게 반영될 수 있도록 제41조 제1항에서 “국회는 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성한다”고 규정함으로써 국회의원의 선거에 있어서 “평등선거의 원칙”을 선언하고 있다.

평등선거의 원칙은 헌법 제11조 제1항 평등의 원칙이 선거제도에 적용된 것으로서 투표의 수적(數的) 평등, 즉 1인 1표 원칙(one man, one vote)과 투표의 성과가치(成果價値)의 평등, 즉 1표의 투표가치가 대표자선정이라는 선거의 결과에 대하여 기여한 정도에 있어서도 평등하여야 한다는 원칙(one vote, one value)을 그 내용으로 할뿐만 아니라(헌재

1995. 12. 27. 95헌마224등, 판례집 7-2, 760, 771), 일정한 집단의 의사가 정치과정에서 반영될 수 없도록 차별적으로 선거구를 획정하는 소위 게리맨더링에 대한 부정(否定)을 의미하기도 한다. 따라서 대의제민주주의에 있어서의 선거제도를 구체화하는 데에 있어서는 무엇보다도 선출된 대표자를 통하여 국민의 정치적 의사가 공정하고도 효과적으로 반영되도록 하는 것이 중요하다고 할 것이다.

한편 각국의 선거제도를 살펴보면 각국의 선거제도가 시대에 따른 정치적 안정의 요청이나 나라마다의 역사적·사회적·정치적 상황 등이 고려되어 각기 그 나라의 실정에 맞도록 결정되고 있고, 거기에 논리필연적으로 요청되는 일정한 형태가 있지 아니함을 볼 수 있다. 이에 우리 헌법도 제41조 제3항에서 “국회의원의 선거구와 비례대표제 기타 선거에 관한 사항은 법률로 정한다”고 규정하여 선거제도와 선거구의 획정에 관한 구체적 결정을 국회의 재량에 맡기고 있다. 국회는 선거구를 획정함에 있어서 1인 1표와 투표가치 평등의 원칙을 고려한 선거구간의 인구의 균형뿐만 아니라, 우리 나라의 행정구역·지세·교통사정·생활권 내지 역사적·전통적 일체감 등 여러 가지 정책적·기술적 요소를 고려하여 입법할 수 있는 입법형성의 자유를 가진다고 할 것이다.

우리나라의 경우 하나의 국회의원지역선거구에서 선출할 국회의원의 정수는 1인으로 규정되어 있으므로(공직선거및선거부정방지법 제21조 제2항), 개개 선거구에서 많은 사표가 발생하는 것은 당연한 현상이고, 경쟁이 치열한 선거구에서 더 많은 수의 사표가 발생하는 것은 피할 수 없는 현상이다. 또한 행정구역 자체가 인구의 수에 있어서 공평한 상태에 있는 것도 아니고 일정한 행정구역에는 일정한 정당을 선호하는 사람들이 집중되어 거주하는 경우도 있을 수 있다. 따라서 투표수비율과 의원당선자의 비율이 비례하지 아니한다는 이유만으로 사표가 된 투표를 한 선거권자가 법적으로 차별받았다거나 일정한 선거구에서 특정지역의 선거인들이 지지하는 후보가 당선되지 않았다는 사실만으로 바로 선거구획정이 차별적인 것이라고 볼 수 없는 것이므로, 국회가 형성한 선거구획정은 그것이 자의적이어서 합리성을 결여하고 있음이 명백한 경우가 아닌 한 헌법에 위반된다고 볼 수 없는 것이다.

그러나 특정지역의 선거인들이 자의적인 선거구획정으로 인하여 정치과정에 참여할 기회를 잃게 되었거나 그들이 지지하는 후보가 당선될 가능성을 의도적으로 박탈당하고 있음이 입증되어 특정지역의 선거인들에 대하여 차별하고자 하는 국가권력의 의도와 그 집단에 대한 실질적인 차별효과가 명백히 드러난 경우에는 그 선거구획정은 입법적 한계를 벗어난 것으로서 헌법에 위반된다고 아니할 수 없다. 헌법재판소는 1995. 12. 27. 95헌마224등 결정에서 “선거구의 획정은 사회적·지리적·역사적·경제적·행정적 연관성 및 생활권 등을 고려하여 특단의 불가피한 사정이 없는 한 인접지역이 1개의 선거구를 구성하도록 함이 상당하다”(판례집 7-2, 760, 788)라고 하고, 인접지역이 아닌 지역을 1개의 선거구로 구성하는 경우는 특별한 사정이 없는 한 입법재량의 범위를 일탈한 자의적인 선

거구획정으로서 헌법에 위반된다고 판시한바 있다.

나. 목포시신안군갑선거구란 및 목포시신안군을선거구란의 합헌성(96헌마74)

목포시신안군갑선거구 및 목포시신안군을선거구는 헌법재판소가 구 공직선거및선거부정방지법(1995. 8. 4. 법률 제4957호로 개정되어 1996. 2. 6. 법률 제5149호로 개정되기 전의 것) 제25조 제2항에 의한 [별표1] 국회의원지역선거구구역표에 대하여 위헌결정(헌재 1995. 12. 27. 95헌마224등, 판례집 7-2, 760)을 한 후, 국회의원지역선거구구역표를 인구비례에 따라 합리적으로 조정하기 위한 목적을 가지고 개정된 것이다.

청구인 이○열은 목포시신안군갑선거구란 및 목포시신안군을선거구란의 위헌성의 근거로서, 첫째로 목포시의 산정3동은 지도상으로 보더라도 누구나 쉽게 알 수 있는 것처럼 신안군과 유사 내지는 근접성을 찾아 볼 수 없고, 둘째로 목포시 산정3○은 아파트단지이므로(일신아파트, 근화아파트, 현대아파트, 현대산업아파트, 한성아파트 등) 주민의 90% 이상이 30~40대 청·장년층, 중산층 내지는 상류층으로 구성되어 있으므로 목포시 산정3○에 거주하는 주민들의 의식성향이 특정정당의 후보를 지지하지 아니할 것이라는 예상 아래 특정정당후보를 당선시키기 위하여 목적이 숨겨져 있다는 것 등을 주장하고 있다.

기록에 의하면, 산정3○의 위치는 목포시 중앙을 기준으로 북서쪽에 위치하고 있고 주거 형태는 대다수가 아파트로 형성되어 있으며 인구는 목포시 전체인구(239,432명)의 11%(27,075명)를 점하는 인구기준으로 목포시에서 2번째로 큰 동이고, 위 산정3○ 주민들이 신안군으로 왕래하고자 하는 경우에는 대부분 목포시 남단에 위치한 만호○ 소재 내항을 이용하고 있으며 위 산정3○에서 만호○ 소재 내항까지의 거리는 약 5km이고 자동차편으로 약 20분 정도가 소요되는 사실이 인정되므로, 청구인이 주장하는 바와 같이 산정3○이 목포시 내항에 가까운 죽교○이나 만호○ 등에 비교하여 신안군과의 유사성 내지 관련성이 떨어지는 점은 인정된다.

그러나 1996. 4. 11. 시행된 제15대 국회의원 선거에서의 목포시·신안군을 정당별 득표상황을 살펴보면, 전체 선거인수 62,988 투표수 42,698 중 신한국당이 5,569표를 득표하였고 새정치국민회의가 34,870표를 득표하였고 자유민주연합이 666표를 득표하였는데, 목포시 산정3동에서는 선거인수 18,789 투표수 12,548 중 신한국당이 1,119표를 득표하였고 새정치국민회의가 11,017표를 득표하였고 자유민주연합이 114표를 득표한 사실이 인정되는바, 목포시 산정3동이 목포시·신안군의 다른 동이나 면에 비교하여 특별히 다른 정치성향을 가지고 있다고 인정되지 아니한다. 따라서 산정3○ 주민들이 목포시에서 소수그룹으로 인정되어 정치과정에서 그들의 의사가 의도적으로 배제될만한 동기를 찾아보기 어렵다. 그렇다면 목포시 산정3○이 아파트지역으로 이루어져 있어서, 이들의 정치적 성향이 목포시

의 다른 지역과는 다르다는 청구인의 주장은 단순한 추측에 불과하다고 할 것이다.

그리고 기록에 의하면, 산정30이 지리적으로 신안군에 인접하여 있고 산정3동에 연한 죽교1동에 소재한 북향에서 신안군 압해면(압해도)과 목포시를 왕복하는 차도선(車渡船)의 이용이 가능하며, 위 산정30의 중앙을 기준으로 죽교1동 소재의 북향까지의 거리는 약 2.7km이고 위 거리를 자동차편으로 이동하는데 걸리는 시간은 약 7분 정도이며, 위 북향에서 신안군 압해면 선착장까지의 거리는 약 1.2km이고 차도선으로 운항하는데 소요되는 시간은 약 10분 정도인 사실이 인정된다.

그렇다면 목포시신안군갑선거구란 및 목포시신안군을선거구란은 도서지역으로 구성되어 있는 신안군이 인구수 감소로 독자적인 선거구가 어렵게 되자, 신안군선거구를 독자적인 선거구로 남겨두기 위한 입법목적으로 목포시에서 인구기준으로 2번째로 큰 동이며 지리적으로 신안군에 인접하여 있는 산정30을 목포시신안군을선거구란에 포함시킨 것에 불과하고 산정30에 대하여 차별의 의도를 가지고 게리맨더링한 것으로 볼 수 없다.

다. 문경시예천군선거구란, 평택시갑선거구란 및 평택시을선거구란의 합헌성(96헌마 83·111)

문경시예천군선거구란은 헌법재판소의 위 위헌결정에 따라 국회의원지역선거구구역표를 인구비례에 따라 합리적으로 조정하기 위한 목적을 가지고 개정된 것이고, 평택시갑선거구 및 평택시을선거구는 도농(都農)복합형태의시설치에따른행정특례등에관한법률(1995. 5. 10. 법률 제4948호, 경기도평택시등5개도농복합)의 제정에 의한 행정구역개편에 따라 구 평택시·구 송탄시·평택군의 3개 행정구역이 평택시 단일행정구역으로 결정된 것을 고려하여 과거 송탄시·평택시의 국회의원선거구와 평택군의 선거구로 분할되었던 지역을 재조정한 것이다.

96헌마83의 청구인 최○영은 문경시예천군선거구의 획정이 인구·행정구역·지세·교통 기타 조건이 고려되지 않았으므로 위헌이라고 주장하고 있는데, 첫째로 예천군에 인접한 종전의 선거구 중 문경시선거구의 인구는 98,000명이고 의성군선거구의 인구는 89,000명으로 마땅히 예천군일원을 인구가 9,000명이나 적은 의성군선거구에 편입시키고 인구가 더 많은 문경시선거구를 독립된 선거구로 남겨 두는 것이 타당함에도 이를 무시하였고, 둘째로 문경은 시이고 예천 및 의성은 모두 군이므로 군끼리 합쳐서 통합선거구를 만들어야 함에도 불구하고 이를 고려하지 아니하였고, 셋째로 문경시는 이미 종전의 점촌시와 문경군이 통합된 도농복합시로서 다시 선거구가 조정되어야 할 이유가 없고 폐광 이후 대체산업과 관광산업을 위주로 하는 도시로 탈바꿈하려고 하는 중인데 반하여 예천군과 의성군은 모두 농업과 유통을 위주로 하는 동질의 농업지역이므로 이를 고려하여 예천군

과 의성군을 하나의 선거구로 함이 타당함에도 이를 고려하지 아니하였고, 넷째로 위와 같이 실질적인 문경시와 예천군이 하나의 선거구로 통합되면 지방자치제의 발전에 역행하게 될 것이라는 등의 사유를 들고 있다.

96헌마111의 청구인 허○훈 외 6인은 평택시갑선거구 및 평택시을선거구의 획정에서 인구·행정구역·지세·교통 기타 조건이 고려되지 않았으므로 위헌이라는 의견을 제시하고 있는데, 평택시 인구는 1995. 12.말 현재 321,381명으로 갑선거구는 143,717명 을선거구는 177,664명으로 결정되어 갑선거구가 을선거구에 비하여 33,947명 적고, 과거 행정구역의 변천과정과 지세를 살펴보면 평택시선거구 분할은 구 송탄시(송탄○) 지역과 구 평택시(평택○)지역을 중심으로 평택군지역을 분할 편입하여 2개의 선거구로 분할하는 것이 타당하나, 구 송탄시를 중심으로 하는 평택시갑선거구에 구 평택시 중추부가 되는 세교○·통복○을 편입한 것은 행정지세와 교통을 무시한 입법이고, 구 송탄시는 평택시 전체의 관점에서 볼 때 도로 및 경제권이 평택도시권에 속하는 부대도시임에도 불구하고 평택시갑선거구에 평택도심을 포함시킨 것은 행정 및 생활권과 사회성을 무시한 입법이고, 구 송탄시는 주한미군의 영향을 받고 있었던 도시로서 평택시 전체의 정서에 동화되지 않는 특성을 가지고 있고, 구 평택시는 평택시 전체의 경제·사회·문화·교육의 중추도시라는 사회적 특성을 고려하지 아니하였고, 그밖에 평택시갑선거구 및 평택시을선거구는 평택지역의 상권·유통·금융·행정·교육 등 사회환경을 고려하지 아니하였고, 국회의원선거구와 도의원선거구 사이에 불일치를 초래하게 되었다는 등의 주장을 하고 있다.

살피건대 청구인들이 문경시예천군선거구, 평택시갑선거구 및 평택시을선거구의 위헌성에 관하여 주장하는 내용을 살펴보면, 청구인들의 주장은 이들 선거구가 불합리하게 획정되어 입법적으로 부당하다는 것에 불과할 뿐이고, 일정한 선거구의 특정 선거권자집단에 대하여 차별하는 국가권력의 의도 내지 그러한 집단에 대한 실질적인 차별효과라고 보기 어렵다. 즉, 청구인들이 주장하는 위와 같은 입법적 불합리성이 그대로 사실로 인정된다 하더라도 그러한 사실만으로는 이들 선거구에 속해 있는 다수의 선거권자가 소수의 선거권자로 하여금 정치적으로 의사를 반영하지 못하도록 하는 지속적인 차별을 하는 것으로 인정되기 어렵다.

그렇다면 문경시예천군선거구란, 평택시갑선거구란 및 평택시을선거구란이 차별적인 게리맨더링에 의한 것으로서 위헌이라는 청구인들의 주장은 이유없다.

라. 위 선거구란 개정이 공직선거및선거부정방지법 제25조에 위반된다는 주장에 대한 판단

청구인들은 위 선거구란 개정이 “국회의원 지역선거구는 시·도의 관할구역 안에서 인

구·행정구역·지세·교통 기타 조건을 고려하여 이를 확정하되 구·시·군의 일부를 분할하여 다른 국회의원지역구에 속하게 하지 못한다”고 규정하고 있는 공직선거및선거부정방지법 제25조에 위반되어 결과적으로 헌법에 위반된다고 주장하고 있다.

일정한 법률조항의 내용이 다른 법률조항의 내용과 충돌될 가능성이 있다고 하여, 이들 법률조항이 위헌으로 인정된다거나 헌법문제가 발생하는 것은 아니다. 다만, 이들 법률조항들을 어떻게 조화롭게 해석할 것인가의 법률해석의 문제만 남아 있을 뿐이다.

목포시신안군갑선거구란 및 목포시신안군을선거구란, 문경시예천군선거구란, 평택시갑선거구란 및 평택시을선거구란은 공직선거및선거부정방지법상의 [별표1]로서 법률의 효력을 가지고 있어 위 선거구란의 개정이 공직선거및선거부정방지법 제25조와의 관계에서 해석상 문제가 제기된다고 할 수 있으나, 이는 일정한 법률조항의 내용이 다른 법률조항의 내용과 충돌되는 경우의 문제에 불과하므로, 이를 이유로 이들 선거구가 위헌이라고 볼 수는 없다.

4. 결 론

이상과 같은 이유로 목포시신안군갑선거구란 및 목포시신안군을선거구란, 문경시예천군선거구란, 평택시갑선거구란 및 평택시을선거구란이 청구인들의 선거권을 침해한다거나 기타 헌법에 위반된다고 볼 수 없으므로 청구인들의 심판청구를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 관여재판관 전원의 의견일치에 따른 것이다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화(주심) 조승형 정경식 고중석 신창언 이영모 한대현

4

인접하지 아니한 지역을 국회의원지역선거구로 획정한 공직선거법 별표 1의 평등선거의 원칙 위반 여부

- 공직선거및선거부정방지법 (별표1)의 「국회의원지역선거구구역표」 위헌확인, 1995. 12. 27. 95헌마224·239·285·373 병합 ■

【관시사항】

1. 평등선거(平等選舉) 원칙(原則)과 투표가치(投票價值)의 평등
2. 국회의원지역선거구간(國會議員地域選舉區間) 인구편차(人口偏差)의 허용한계
3. 인접하지 않은 2개의 행정구역을 하나의 선거구(選舉區)로 한 선거구획정(選舉區劃定)의 위헌성
4. 선거구구역표(選舉區區域表)의 일부에 위헌적 요소가 있는 경우 선거구구역표(選舉區區域表)를 전체를 위헌이라고 할 수 있는지의 여부

【결정요지】

1. 가. 평등선거(平等選舉)의 원칙(原則)은 평등의 원칙이 선거제도에 적용된 것으로서 투표의 수적(數的) 평등, 즉 복수투표제 등을 부인하고 모든 선거인에게 1인 1표(one man, one vote)를 인정함을 의미할 뿐만 아니라, 투표의 성과가치(成果價值)의 평등, 즉 1표의 투표가치가 대표자 선정이라는 선거의 결과에 대하여 기여한 정도에 있어서도 평등하여야 함(one vote, one value)을 의미한다.
- 나. 헌법이 요구하는 투표가치(投票價值)의 평등은 선거제도의 결정에 있어서 유일, 절대적 기준이라고는 할 수 없으며, 국회는 구체적인 선거제도를 정함에 있어서 합리적인 다른 정책적 목표도 고려할 수 있는 것이지만, 적어도 선거구의 획정에 있어서는 인구비례의 원칙을 “가장 중요하고 기본적인 기준”으로 삼아야 한다.
- 다. 국회가 결정한 구체적인 선거제도의 구조 아래에서 발생한 투표가치(投票價值)의 불평등이 헌법이 요구하는 투표가치 평등의 원칙에 반하는지의 여부를 판단할 때, 이러한 불평등이 위에서 본 바와 같은 헌법적 요청에 의한 한계 내의 재량권 행사로서 그 합리성을 시인할 수 있는지의 여부를 검토하여, 국회가 통상 고려할 수 있

는 제반 사정, 즉 여러가지 비인구적(非人口的) 요소를 모두 참작한다고 하더라도 일반적으로 합리성이 있다고는 도저히 볼 수 없을 정도로 투표가치의 불평등이 생긴 경우에는 헌법에 위반된다고 하여야 한다.

2. 가. 재판관 김용준, 김진우, 김문희, 황도연, 신창언의 의견(意見)

현재 우리나라의 제반 여건 아래에서는 적어도 국회의원의 선거에 관한 한, 전국 선거구의 평균 인구수(전국의 인구수를 선거구수로 나눈 수치)에 그 100분의 60을 더하거나 뺀 수를 넘거나 미달하는(즉, 상하 60%의 편차를 초과하는) 선거구가 있을 경우에는, 그러한 선거구(選舉區)의 획정(劃定)은 국회의 합리적 재량의 범위를 일탈한 것으로서 헌법에 위반된다.(위 5인 의견에 대한 재판관 김문희, 황도연, 신창언의 보충의견(補充意見))

국회는 현재의 국회의원지역선거구(國會議員地域選舉區)간의 인구불균형에 대하여 스스로 이를 시정하기 위한 필요하고도 합리적인 기간안에 최대선거구의 인구가 최소선거구 인구의 2배를 넘지 아니하는 수준으로 조정함이 마땅하며, 국가가 그 시정을 하기 위한 합리적인 기간이 지난 뒤에는 최대·최소 선거구간의 인구편차(人口偏差)를 2:1 미만의 기준에 따라 위헌 여부를 판단하여야 할 것이다.(위 5인 의견에 대한 재판관 김진우의 보충의견(補充意見))

최대인구선거구와 최소인구선거구의 투표가치의 비율이 전국적으로 4:1이 넘거나, 도시의 각 선거구 사이 또는 농어촌의 각 선거구 사이에 3:1 이상이 된다면 국회의 원선거에 있어서 평등선거의 원칙에 저촉되는 위헌적인 선거구구역획정이라고 아니할 수 없으며, 앞으로는 위 비율이 모두 2:1 미만이 되도록 조정되어야 한다.

나. 재판관 이재화, 조승형, 정경식, 고중석의 의견(意見)

인구비례의 원칙에 따라 전국 선거구의 인구편차(人口偏差)를 1차적인 기준으로 삼아야 할 것이나, 지역대표성도 도·농간의 극심한 인구편차(人口偏差) 등 특수사정에 맞지 않는 불합리한 결과가 생기므로, 위 기준 이외에 도시 유형의 선거구와 농어촌 유형의 선거구를 따로 나누어 각각의 인구편차(人口偏差)를 다른 하나의 기준으로 삼아야 한다. 즉, 우리의 국회제도 등과 외국 입법례 등에 비추어 보면, 전국적인 선거구간의 인구편차의 허용 한계는 전국 선거구 평균 인구수에서 상하 60% (상, 하한 비율 4:1), 도시유형의 선거구 상호간과 농어촌 유형의 선거구 인구수에서 상하 50% (상, 하한의 비율 3:1)로 봄이 상당하다. 따라서 전국 선거구의 평균인구수에서 그 상하 60%의 편차를 초과함과 동시에 같은 유형의 선거구 평균 인구수에서 그 상하 50%의 편차를 초과하는 선거구의 획정은 국회의 입법형성의 재량범위를 일탈하는 것으로서 헌법에 위반된다.

3. 선거구(選舉區)의 획정(劃定)은 사회적·지리적·역사적·경제적·행정적 연관성 및 생활권 등을 고려하여 특단의 불가피한 사정이 없는 한 인접지역이 1개의 선거구를 구성하도록 함이 상당하며, 이 또한 선거구(選舉區) 획정(劃定)에 관한 국회의 재량권의 한계이다.
4. 가. 선거구구역표(選舉區區域表)는 각 선거구가 서로 유기적으로 관련을 가짐으로써 한 부분에서의 변동은 다른 부분에도 연쇄적으로 영향을 미치는 성질을 가지며, 이러한 의미에서 선거구구역표(選舉區區域表)는 전체가 “불가분의 일체”를 이루는 것으로서 어느 한 부분에 위헌적인 요소가 있다면 선거구구역표 전체가 위헌의 하자를 띠는 것이라고 보아야 할 뿐만 아니라, 제소된 당해 선거구에 대하여만 인구과다를 이유로 위헌선언을 할 경우에는 헌법소원 제소기간의 적용 때문에 제소된 선거구보다 인구의 불균형이 더 심한 선거구의 선거구획정이 그대로 효력을 유지하게 되는 불공평한 결과를 초래할 수도 있으므로, 일부 선거구의 선거구획정에 위헌성이 있다면 선거구구역표의 전부에 관하여 위헌선언을 하는 것이 상당하다.

나. 재판관 조승형의 주문 제1항에 대한 반대의견(反對意見)

일부 선거구에 있어서 발생한 투표가치의 위헌적인 불평등이 선거구 전체를 위헌이라고 할 정도로 다른 선거구들과 밀접 불가분한 관련성이 있다고 보기 어렵고, 평균적 투표가치를 가진 선거구에 관하여는 다른 선거구의 위헌성과는 관계 없이 여전히 헌법의 이념에 합치하고 있는 것이라 인정되므로, 모든 선거구에 관하여 일률적으로 위헌이라고는 할 수 없으며, 대체로 인구가 과다한 선거구의 일부를 분구하는 방법으로 의원정수배분규정을 개정하여 왔던 입법관행에 비추어 보더라도, 의원정수배분규정을 가분적(可分的)이라 봄이 입법자의 의도에 부합하며, 법령의 위헌성은 가능한 한 한정적으로 해석함이 원칙이다.

해운대구·기장군 선거구와 충청북도 보은군·영동군 선거구의 2개 선거구만이 위헌이라면 15개 광역자치구역 중 부산광역시와 충청북도를 제외한 나머지 13개 시도에 있는 각 선거구를 전혀 조정할 필요도 없이, 부산광역시와 충청북도 안에서만 얼마든지 합리적으로 해결할 수 있으므로, 합헌이며 문제가 되지 아니하고 있는 선거구 전부를 불가분적으로 위헌이라고 보는 다수의견은 부당하다. 즉, 해운대구·기장군 선거구와 충북 보은군·영동군 선거구만을 위헌이라고 선고함이 마땅하다.

다. 재판관 김진우의 주문 제2항에 대한 반대의견(反對意見)

일부 청구인들이 거주하는 선거구들이 인구편차의 허용한계를 벗어나지 아니하였다고 하여도 타 선거구의 위헌성으로 인하여 전 선거구구역표(選舉區區域表)가 위헌으로 되었다면 이들의 청구도 그러한 범위에서는 받아들여진 것이 되므로 청구기각을 할 수는 없다.

- 청구인 : 1. 변호사 이석연(95헌마224)
2. 고○범 외 3인(95헌마239)
- 청구인들 대리인 변호사 박인제
3. 김○근 외 4인(95헌마285)
- 청구인들 대리인 변호사 이석연
4. 변호사 한경수(95헌마373)

【심판대상조문】

공직선거(公職選舉)및선거부정방지법(選舉不正防止法) [별표(別表)1]의 「국회의원지역선거구구역표(國會議員地域選舉區區域表)」

【참조조문】

헌법(憲法) 제11조 제1항, 제41조 제1항·제3항 공직선거(公職選舉)및선거부정방지법(選舉不正防止法) 제25조 (국회의원지역구(國會議員地域區)의 획정(劃定))① 국회의원지역선거구(國會議員地域選舉區)(이하 “국회의원지역구(國會議員地域區)”라 한다)는 시(市)·도(道)의 관할구역(管轄區域) 안에서 인구(人口)·행정구역(行政區域)·지세(地勢)·교통(交通) 기타 조건을 고려하여 이를 획정(劃定)하되, 구(區)(자치구(自治區)를 포함한다)·시(市)(구(區)가 설치(設置)되지 아니한 시(市)를 말한다)·군(郡)(이하 “구(區)·시(市)·군(郡)”이라 한다)의 일부를 분할(分割)하여 다른 국회의원지역구(國會議員地域區)에 속하게 하지 못한다.

② 생략

【주 문】

1. 공직선거및선거부정방지법 제25조 제2항에 의한 동법 [별표 1] 「국회의원지역선거구구역표」(1985.8.4. 법률제4957호로 개정된 것)는 헌법에 위반된다.
2. 청구인 이석연, 동 고성범, 동 이해석, 동 한경수의 각 심판청구는 이를 모두 기각한다.

【이 유】

아래와 같은 순서로 이유설시를 한다.

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

나. 심판의 대상

2. 청구인들의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

나. 내무부장관의 의견

다. 중앙선거관리위원회의 의견

3. 판단

가. 국회의원지역선거구의 확정

(1) 선거권의 평등과 국회의 재량권

(2) 이 사건 선거구구역표의 위헌 여부

(가) 외국의 입법례와 판례

(나) 우리나라의 특수사정

(다) 선거구별 인구편차

나. 인구편차의 허용한계에 관한 재판관 5인(김용준, 김진우, 김문희, 황도연, 신창언)의 의견

(1) 공통의견

(2) 재판관 김문희, 동 황도연, 동 신창언의 보충의견

(3) 재판관 김진우의 보충의견

다. 인구편차의 허용한계에 관한 재판관 4인(이재화, 조승형, 정경식, 고중석)의 의견

라. 소위 “게리만더링(Gerrymandering)”의 문제 - “충북 보은군·영동군 선거구” 확정
의 위헌성-

마. 선거구구역표의 불가분성과 위헌선언의 범위

4. 결론

5. 재판관 조승형의 주문 제1항에 관한 반대의견

6. 재판관 김진우의 주문 제2항에 관한 반대의견

[별표 1] 국회의원선거구구역표

[별표 2] 국회의원 선거구별 인구현황(1995.6.30. 현재)

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인 이○연은 공직선거및선거부정방지법 [별표 1]의 「국회의원지역선거구구역표」(1995.8.4. 법률 제4957호로 개정된 것, 이하 “이 사건 선거구구역표”라고 한다)상의 “서울 강남구 을(乙)선거구”에, 청구인 이○환, 김○근, 김○홍, 김○철, 신○생, 김○년은 “부산 해운대구·기장군선거구”에, 청구인 고○범은 “서울 은평구 을(乙)선거구”에, 청구인 이○석은 “부천시 소사구 선거구”에, 청구인 이○모는 “충북 보은군·영동군 선거구”에, 청구인 한○수는 “서울 서대문구 을(乙)선거구”에 각 주소를 두고, 1996.4.11.에 실시될 예정인 제15대 국회의원선거에서 선거권을 행사하려는 자들이다.

(2) 1995.3.1. 현재의 내무부 인구통계자료에 의하면, 이 사건 선거구구역표상의 최소선거구인 “전남 장흥군 선거구”의 인구(61,529명)에 비하여 “서울 강남구 을선거구”의 인구는 그 4.64배, “부산 해운대구·기장군 선거구”의 인구는 그 5.87배, “서울 은평구 을 선거구”의 인구는 그 4.46배, “부천시 소사구 선거구”의 인구는 그 3.37배, “서울 서대문구 을선거구”의 인구는 그 3.16배의 인구편차를 보이고 있는 등 전체 260개 선거구의 약 5분의 1에 이르는 선거구가 위 최소선거구와 3:1 이상의 인구편차를 보이고 있으며, 한편 “충북 보은군·영동군 선거구”는 원래 옥천군과 합하여 3개 군(郡)이 하나의 선거구를 이루고 있었으나 이 사건 선거구구역표에 의하여 보은군과 영동군 사이에 위치한 옥천군이 단독 선거구로 되면서 지리적으로 분리되어 있는 보은군과 영동군이 하나의 선거구로 되었다.

(3) 이에 이 사건 선거구구역표에 의한 선거구획정으로 인하여, 청구인 이○모를 제외한 나머지 청구인들은 자신들의 투표권의 가치가 “전남 장흥군 선거구”의 선거권자들에 비하여 불합리하게 과소평가됨으로써 그들의 평등권 및 선거권이 침해되었다고 주장하고, 청구인 이○모는 자신의 거주지인 충북 보은군과 지리적으로 분리된 영동군이 하나의 선거구로 됨으로써 투표가치의 실질적 평등이 침해되었고 이로써 자신의 정당한 선거권이

침해되었다고 주장하면서, 각 헌법재판소법 제68조 제1항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

그러므로 이 사건 심판의 대상은 이 사건 선거구구역표에 의한 선거구획정으로 인하여 헌법상 보장된 청구인들의 평등권과 선거권이 침해되었는지의 여부인바, 이 사건 선거구 구역표의 내용은 [별표 1]과 같다.

2. 청구인들의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 청구인 이○모를 제외한 그 나머지 청구인들의 주장 헌법 제41조 제1항에 규정된 국회의원 선거에 있어서의 평등선거의 원칙은 단순한 투표의 수적(數的) 평등뿐만 아니라 투표의 성과가치의 평등을 그 핵심적인 내용으로 하고 있다. 따라서 국회의원선거구 중 최소선거구의 인구와 다른 선거구의 인구의 비율이 1:2를 넘게 된다면 투표의 성과가치에 있어서 최소선거구의 선거권자가 다른 선거구의 선거권자에 비하여 1표를 더 행사하는 결과가 되므로, 이러한 선거구 획정은 최소선거구 인구의 2배이상의 인구를 가진 선거구에 속한 선거권자들을 합리적 이유없이 차별대우하는 것으로서 평등선거의 원칙에 위반된다.

그런데 1995.3.1. 현재의 내무부 인구통계자료에 의하면, 이 사건 선거구구역표상의 최소 선거구인 “전남 장흥군 선거구”의 인구는 61,529명임에 비하여, 청구인 이석연이 거주하는 “서울 강남구 을선거구”의 인구는 285,235명(전남 장흥군 선거구 인구의 4.64배), 청구인 이○환, 김○근, 김○홍, 김○철, 신○생, 김○년이 거주하는 “부산 해운대구·기장군 선거구”의 인구는 361,396명(전남 장흥군 선거구 인구의 5.87배), 청구인 고○범이 거주하는 “서울 은평구 을선거구”의 인구는 274,681명(전남 장흥군 선거구 인구의 4.46배), 청구인 이○석이 거주하는 “부천시 소사구 선거구”의 인구는 207,615명(전남 장흥군 선거구 인구의 3.37배), 청구인 한경수가 거주하는 “서울 서대문구 을선거구”의 인구는 194,856명(전남 장흥군 선거구 인구의 3.16배)이나 되어서, 투표의 성과가치라는 측면에서 보면, “전남 장흥군 선거구”의 선거권자에 비하여 청구인 이○연은 4.64분의 1, 청구인 이○환, 김○근, 김○홍, 김○철, 신○생, 김○년은 각 5.87분의 1, 청구인 고○범은 4.46분의 1, 청구인 이○석은 3.37분의 1, 청구인 한○수는 3.16분의 1 밖에 투표권을 행사하지 못하는 결과가 되므로, 위 청구인들은 이 사건 선거구구역표에 의하여 헌법이 보장한 평등권과 선거권을 침해받고 있다.

(2) 청구인 이○모의 주장

선거구의 획정은 사회적·지리적·역사적·경제적·행정적 연관을 고려하여 특단의 불가피한 사정이 없는 한 인접지역이 1개의 선거구를 구성하도록 하여야 함에도 불구하고, 이 사건 선거구구역표는 위와 같은 연관성을 무시한 채 충북 옥천군을 사이에 두고 접경지역이 없이 완전히 분리되어 있는 충북 보은군과 영동군을 “충북 보은군·영동군 선거구”라는 1개의 선거구로 획정함으로써 이 선거구 선거권자들의 투표가치의 실질적 평등을 침해하였다.

따라서 충북 보은군에 거주하는 청구인 이○모는 이 사건 선거구구역표의 “충북 보은군·영동군 선거구” 부분에 의하여 헌법이 보장하는 정당한 선거권을 침해당하고 있다.

나. 내무부장관의 의견

(1) 헌법 제41조 제3항은 국회의원지역선거구의 획정에 관한 사항을 특별한 제한없이 단순히 법률에 위임함으로써 국회에 많은 재량을 주고 있는바, 공직선거및선거부정방지법 제25조 제1항은 “국회의원지역선거구는 시·도의 관할구역 안에서 인구·행정구역·지세·교통 기타 조건을 고려하여 이를 획정하되, 구·시·군의 일부를 분할하여 다른 국회의원지역구에 속하게 하지 못한다.”라고 규정함으로써 인구비례에 의한 선거권의 등가치성(等價性) 뿐만 아니라 지역대표성 등 기타의 여러 조건들을 종합적으로 고려하여 국회의원지역선거구를 획정하도록 하고 있다.

(2) 선거구의 획정에 있어서 최소선거구와 최대선거구의 인구수의 비율은 그 나라의 독특한 사회·정치적 상황에 따라 적절하게 결정되어야 할 것인바, 우리나라의 경우는 급격한 산업화·도시화의 과정에서 도시와 농촌간의 극심한 인구편차와 각 분야에 있어서의 개발불균형을 나타내고 있는데, 투표의 등가성을 고려한다고 하여 국회의원지역선거구를 산술적인 인구비례만을 기준으로 설정한다면 그것은 결과적으로 인구가 적은 농촌지역과 저개발지역을 더욱 소외시키고 그 지역대표성을 박탈하는 결과를 유발하게 되며 나아가 정치적 불안성을 초래할 우려도 있으므로, 이러한 여러가지 사정을 고려하여 정하여진 이 사건 선거구구역표는 헌법에 위반되지 아니한다.

(3) 청구인들은 선거구 사이의 인구편차가 3:1 이상인 경우 왜 위헌인지에 대한 입증을 하지 아니하고 있으므로 청구인들의 주장은 이 점에서도 이유가 없다.

다. 중앙선거관리위원회의 의견

특별한 의견은 없다고 하면서, 다만 동 위원회가 1993.8. 국회에 이 사건 선거구구역표의 제정에 관하여 “국회의원지역구의 획정에 있어서는 하나의 국회의원지역구의 인구수가 국회의원지역구의 평균인구수에 100분의 60을 더하거나 뺀 수를 넘거나 미달하지 아니하도록 하여야 한다.”는 의견을 제출한 바 있다고 회신하였다.

3. 판단

가. 국회의원지역선거구의 획정

(1) 선거권의 평등과 국회의 재량권

(가) 우리 헌법은, 제11조 제1항에서 모든 국민은 법 앞에 평등하다고 규정함으로써 일반적으로 “평등의 원칙”을 선언함과 동시에, 제41조 제1항에서 국회는 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성한다고 규정함으로써 국회의원의 선거에 있어서 “평등선거의 원칙”을 선언하고 있다. 이러한 평등선거의 원칙은 평등의 원칙이 선거제도에 적용된 것으로서 투표의 수적(數的) 평등 즉 복수투표제 등을 부인하고 모든 선거인에게 1인 1표(one man, one vote)를 인정함을 의미할 뿐만 아니라 투표의 성과가치(成果價値)의 평등 즉 1표의 투표가치가 대표자선정이라는 선거의 결과에 대하여 기여한 정도에 있어서도 평등하여야 함(one vote, one value)을 의미한다. 그러나 이러한 투표가치의 평등은 모든 투표가 선거의 결과에 미치는 기여도 내지 영향력에 있어서 숫자적으로 완전히 동일할 것까지를 요구하는 것이라고는 보기 어렵다. 왜냐하면 투표가치는 그 나라의 선거제도의 구조와 밀접하게 관련되어 있고 따라서 그 구조가 어떠한가에 따라 결과적으로 선거의 결과에 미치는 투표의 영향력에 어느 정도의 차이가 생기는 것은 면할 수 없기 때문이다.

(나) 대의제민주주의에 있어서의 선거제도는, 무엇보다도 선출된 대표자를 통하여 국민의 의견이나 이해가 공정하고도 효과적으로 국정에 반영되도록 하는 것이 중요하다고 하겠으나, 다른 한편 정치적 안정의 요청이나 나라마다의 역사적·사회적·정치적 상황 등도 고려하여 각기 그 나라의 실정에 맞도록 결정되어야 하는 것이고, 거기에 논리필연적으로 요청되는 일정한 형태가 있는 것은 아니다. 따라서 선거제도의 중요한 요소인 선거구를 획정함에 있어서도 1인 1표와 투표가치 평등의 원칙을 고려한 선거구간의 인구의 균형뿐만 아니라, 그 나라의 행정구역, 지세, 교통사정, 생활권 내지 역사적, 전통적 일체감 등 여러 가지 정책적·기술적 요소가 고려될 수 있을 것이다.

우리 헌법도 제41조 제1항에서 국회의원선거에 있어서의 평등선거의 원칙을 선언하면서도 그 제3항에서 “국회의원의 선거구와 비례대표제 기타 선거에 관한 사항은 법률로 정

한다” 고만 규정함으로써 구체적인 선거제도와 선거구의 획정에 관한 구체적 결정을 국회의 재량에 맡기고 있으며, 이에 따라 공직선거및선거부정방지법은 국회의원지역선거구의 획정에 관하여 제21조 제2항에서 “하나의 국회의원지역선거구에서 선출할 국회의원의 정수는 1인으로 한다”, 제25조 제1항에서 “국회의원지역선거구는 시·도의 관할구역 안에서 인구·행정구역·지세·교통 기타 조건을 고려하여 이를 획정”한다고 각 규정하고 있다.

(다) 따라서, 헌법이 요구하는 투표가치의 평등은 선거제도의 결정에 있어서 유일, 절대의 기준이라고는 할 수 없으며, 국회는 구체적인 선거제도를 정함에 있어서 합리적인 다른 정책적 목표도 고려할 수 있는 것이지만, 적어도 선거구의 획정에 있어서는 인구비례의 원칙을 가장 중요하고 기본적인 기준으로 삼아야 할 것이고, 여타의 조건들은 그 다음으로 고려되어야 할 것이다. 왜냐하면 선거구의 획정에 있어서 투표가치의 평등이 확보되는 것은, 국민주권의 원리(헌법 제1조)에 따른 대의제 민주주의에 있어서 국가의사형성의 정당성을 밑받침하는 중심적인 요소를 이루는 것임에 반하여, 그 여타의 요소들은 그 성질상 이러한 국가의사의 정당성과는 직접적 관계가 없는 것으로서, 투표가치의 평등은 여타 고려요소와는 다른 본질적인 중요성을 갖고 있기 때문이다. 따라서 선거구획정에 관한 국회의 재량권에는 이러한 헌법적 요청에 의한 한계가 있음을 유의하여야 한다. 그러므로, 국회가 결정한 구체적인 선거제도의 구조 아래에서 발생한 투표가치의 불평등이 발생한 경우에, 그것이 헌법이 요구하는 투표가치 평등의 원칙에 반하는지의 여부를 판단할 때에는, 이러한 불평등이 위에서 본 바와 같은 헌법적 요청에 의한 한계내의 재량 권행사로서 그 합리성을 시인할 수 있는지의 여부를 검토하여, 국회가 통상 고려할 수 있는 제반사정, 즉 여러가지 비인구적 요소(非人口的 要素)를 모두 참작한다고 하더라도 일반적으로 합리성이 있다고는 도저히 볼 수 없을 정도로 투표가치의 불평등이 생긴 경우에는 헌법에 위반된다고 하여야 할 것이다.

(2) 이 사건 선거구구역표의 위헌 여부

(가) 외국의 입법례와 판례

각국의 선거제도는 그 나라의 고유한 역사적·정치적·지리적·문화적 상황 등을 고려하여 결정된다는 점에서는 “개별성과 특수성”이 있게 마련이나, 다른 한편 전국 또는 주(연방국가의 경우)를 여러 개의 선거구로 분할하고 각 선거구마다 인구비례에 상응한 국회의원을 선출하는 경우에는 어느 나라든지 가능한 한 각 선거구의 인구비례의 원칙을 지키려고 하고 있다는 점에서 보면 어느 정도의 “일반성과 공통성”도 없지는 아니하므로, 이 일반성과 공통성의 측면에 있어서는 외국의 입법례나 확립된 판례도 일응의 참고가 될 수 있다. 미국, 일본 및 독일의 경우를 보기로 한다.

미국 연방대법원은, 연방하원의 경우와 주(州) 상·하원의 경우 그 기준을 달리하여, 연방

하원의 의원정수배분에 관하여는 매우 엄격한 기준을 적용하여 실천가능한 한 각 선거구가 동등한 인구로 구성될 수 있도록 성실한 노력을 하여야 하며 실천가능한 최소한의 인구편차를 벗어나 선거구가 확정되었을 때에는 이를 정당화할 수 있는 사유로서 주(州)의 중요하고도 정당한 정책이나 목적을 입증하여야 한다고 하는 매우 엄격한 기준을 적용하고 있으나, 주(州) 상·하원의 의원정부배분에 관하여는 평등의 원칙을 적용하되 선거구 평균인구수로부터 상하 10% 미만의 편차는 일응 합헌인 것으로 보고 있고, 일본 최고재판소는 판결문에 명시한 바는 없으나 여러차례 선고된 판결의 내용을 비교검토하면 중의원의원선거의 경우에는 대략 최대선거구와 최소선거구의 인구비율 3:1 정도를 기준으로 하여 이를 넘는 경우에는 위헌으로 보고 있는 것 같으며(참의원의 경우에는 이보다 더 기준을 완화하여 5.26:1의 인구불균형도 위헌의 정도에는 이르지 아니한다고 판시한 것이 있다), 독일 연방선거법은 선거구획정위원회가 선거구 획정의 개선안을 제시함에 있어서 지켜야 할 원칙의 하나로써 “한 선거구의 인구수가 선거구의 평균인구수로부터 위, 아래로 그 25%를 초과하는 편차를 보여서는 아니된다(훈시규정), 그 편차가 33 1/3%(이 경우 최대선거구와 최소선거구의 인구비율은 2:1이다)를 넘으면 선거구 경계를 새로이 확정하여야 한다(효력규정)”고 규정하고 있으며, 연방헌법재판소도 선거구의 인구편차가 선거구의 평균인구수로부터 위, 아래로 그 33 1/3%를 초과하는 경우에는 위헌이라고 선언하고 있다.

(나) 우리나라의 특수사정

양원제(兩院制)를 채택하여 양원 중 어느 하나를 지역대표성을 가진 의원으로 구성하고 있는 나라들과는 달리, 우리나라는 단원제(單院制)를 채택하고 있어, 국회의원이 법리상 국민의 대표이기는 하나 현실적으로는 어느 정도의 지역대표성도 겸하고 있다는 점, 급격한 산업화·도시화의 과정에서 인구의 도시집중으로 인하여 발생한 도시와 농어촌간의 인구편차와 각 분야에 있어서의 개발불균형이 앞서 본 선진외국의 경우보다 현저한 우리나라의 현실에 있어서 단순히 인구비례만 고려하여 선거구를 확정하는 경우에는 각 분야에 있어서의 도·농간의 격차가 더 심화될 우려가 있다는 점 등을 감안한다면 선거구간의 인구비례의 원칙을 완화해야 할 정책적인 필요가 있다고 볼 수 있는 반면, 현행 선거제도와 같이 소선거구제와 결합한 다수대표제 하에서는 사표가 많이 발생하기 마련인데 거기에 덧붙여 선거구간 인구수의 현저한 편차까지도 허용한다면 이는 곧바로 대의제 민주주의의 기본을 흔드는 결과를 초래할 수도 있다는 점 역시 간과하여서는 안될 것이다.

(다) 선거구별 인구편차

이 사건 선거구구역표는 전국을 260개의 소선거구로 나누고 있는데, 1995.6.30. 현재의 내무부 인구통계자료(1995.6.30. 이후의 집계된 통계자료는 없다고 한다)에 의하면 국회의원 선거구별 인구현황은 [별표 2]와 같다.

이 별표에 의하면 최소선거구인 “전남 장흥군 선거구”의 인구수(엄밀히 말하면 선거인수를 기준으로 하여야 할 것이나, 선거인수와 인구수는 대체로 비례한다고 볼 수 있으므로, 이하 모두 “인구수”를 기준으로 설명한다)는 61,239명인데 비하여, 이 사건 청구인들의 각 주거지인 “부산 해운대구·기장군 선거구”의 인구수는 370,537명으로서 그 6.05배, “서울 강남구 을선거구”의 인구수는 282,300명으로서 그 4.60배, “서울 은평구 을선거구”의 인구수는 273,681명으로서 그 4.45배, “부천시 소사구 선거구”의 인구수는 208,065명으로서 그 3.39배, “서울 서대문구 을선거구”의 인구수는 195,014명으로서 그 3.18배에 이르고, “장흥군 선거구”인구수의 4배가 넘는 인구를 갖는 선거구만도 “부산 해운대구·기장군 선거구”를 비롯하여 40개 가량에 이르고 있다.

한편 전국 선거구의 평균인구수는 175,460명(전국 인구수 45,619,721÷선거구수 260)으로서 이로부터 상하 50%의 편차(상한 263,190명, 하한 87,730명, 이 경우의 상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 3:1이다)를 벗어나는 선거구가 54개(상한선 초과 27개, 하한선 미달 27개)나 되며, 상하 60%의 편차(상한 280,736명, 하한 70,184명, 이 경우의 상한인구수와 하한 인구수의 비율은 4:1이다)를 벗어나는 선거구만도 22개(상한선 초과 13개, 하한선 미달 9개)에 이르고 있으며, 다른 한편 도시유형의 선거구 상호간 및 농어촌유형의 선거구 상호간에도 상당한 인구편차를 보이고 있다.

국회의원 선거구별 인구현황이 위와 같다고 한다면 적어도 이 사건 선거구구역표중 일부(아래에서 실시하는 각 허용한계를 벗어나는 것)는 인구편차의 허용한계에 관한 헌법적 요청을 위반한 것이라 보지 않을 수 없다. 다만, 이러한 인구편차의 허용한계에 관하여는 재판관 김용준, 동 김진우, 동 김문희, 동 황도연, 동 신창언(이하 편의상 “5인의견”이라 한다)과 재판관 이재화, 동 조승형, 동 정경식, 동 고중석(이하 편의상 “4인의견”이라 한다)사이에 의견이 엇갈렸으므로 아래에서 이를 밝히고자 한다.

나. 인구편차의 허용한계에 관한 재판관 5인(김용준, 김진우, 김문희, 황도연, 신창언)의 의견

(1) 공통의견

(가) 선거구획정에 있어서 평등선거의 원칙을 엄격히 적용한다면 적어도 최대선거구의 인구수가 최소선거구의 인구수의 2배 이상인 경우에는 평등의 원칙에 위배되는 것으로서 위헌이라고 보아야 할 것이되, 앞서 본 바와 같이 선거구의 획정에는 비록 제2차적 고려요소라 할지라도 매우 다양하고 복잡한 정책적·기술적 고려요소가 있고 이러한 고려요소의 다양성과 고려정도의 복잡성으로 말미암아, 인구편차에 관한 위헌 여부의 판정기준을 일정한 수치로써 설정하고 그 정당성을 합리적으로 논증한다는 것은 매우 어려운 일

이다.

그러나 우리는 국회의 광범위한 형성의 자유를 제약하기 위해서가 아니고 우리가 앞에서 제시한 추상적인 기준론(합리적 재량론)만으로는 국회가 현실적인 입법형성을 함에 있어서 많은 어려움이 있을 것으로 보고, 헌법재판소의 권한범위 안에서 입법형성에 있어서 준거가 될만한 일응의 헌법합치적 기준을 제시하고자 한다.

(나) 우선 인구편차의 허용기준에 관하여, 최소선거구의 인구수를 기준으로 할 것인가 아니면 전국 선거구의 평균인구수를 기준으로 할 것인가가 문제로 된다. 살피건대 선거구간의 인구불균형의 문제를 엄격한 평등원칙의 측면 즉 차별 여부의 문제로서만 파악하는 한 최소선거구의 인구수와 대비검토가 되어야 할 것이다. 왜냐하면 원래 차별의 문제는 다른 것과의 비교에 있어서의 상대적 문제이지 절대적 기준에서 본 편차의 문제는 아니기 때문이다. 그러나 다른 한편, 모든 선거인으로 하여금 “투표가치에 있어서 중용(中庸)을 취한 평균적인 선거권”을 향유케 하는 것이 헌법이 지향하는 이상(理想)이라고 볼 수도 있고 따라서 각 선거구의 선거인에 관하여 그 투표가치가 이 이상(理想)에서 어느 정도 떨어져 있는가를 검토하여 그 편차가 매우 큰 경우에 투표가치평등의 요구에 반하고 위헌의 하자를 띠게 된다고 생각할 수 있으며, 또 “선거권” 개념의 내포(內包)로서 “평균적인 투표가치”가 포함되어 있고 이러한 선거권이 침해된 경우에 비로소 선거권이 침해되었다고 볼 여지도 있다. 인구편차의 허용수치에 관한 앞서 본 독일연방선거법의 규정이나 독일연방헌법재판소의 판시기준 및 우리 중앙선거관리위원회의 의견 등은 이러한 이론적 기초위에 서 있다고 볼 수 있다. 이리하여, 우리는 전국 선거구의 평균인구수를 기준으로 하여 인구편차의 허용기준을 검토해 보고자 한다.

(다) 이 경우에, 앞서 본 바와 같은 외국의 입법례 및 확립된 판례의 태도와 우리나라의 특수한 사정을 고려하고, 선거관리업무의 주관부서로서 다양한 자료와 장기간의 선거관리 체험을 가진 중앙선거관리위원회가 국회에 제출한 의견, 즉 “국회의원지역구의 획정에 있어서는 하나의 국회의원지역구의 인구수가 국회의원지역구의 평균인구수에 100분의 60을 더하거나 뺀 수를 넘거나 미달하지 아니하도록 하여야 한다”는 내용의 의견, 선거구 획정에 관한 문제를 전문적으로 연구·검토하는 중립적 기구인 선거구획정위원회(공직선거및선거부정방지법 제24조)에서도 최대인구 선거구와 최소인구 선거구의 인구수의 비율을 4:1 정도까지는 허용하자는 의견이 비교적 다수의 의원과 토론자들에 의하여 제시되었던 점과 아래에서 실시하는 이론적 근거 등을 모두 종합하여 고려하면, 현재 우리나라의 제반여건 아래에서는 적어도 국회의원의 선거에 관한 한, 전국선거구의 평균인구수(전국의 인구수를 선거구수로 나눈 수치)에 100분의 60을 더하거나 뺀 수를 넘거나 미달하는(즉, 상하 60%의 편차를 초과하는) 선거구가 있을 경우에는, 그러한 선거구의 획정은 국회의 합리적 재량의 범위를 일탈한 것으로서 헌법에 위반된다고 보아야 할 것이다. 선거구의 획정에 있어서는 인구비례의 원칙이 가장 중요하고 기본적인 기준이며, 평등선거의

원칙을 엄격히 적용하는 경우에는 적어도 최대선거구의 인구수가 최소선거구의 인구수의 2배이상인 때에는 위헌이라고 한다면, 그 여타의 제2차적 고려요소를 아무리 크게 고려한다고 하더라도 그 갑절인 4배를 넘는 경우 즉 최대선거구와 최소선거구의 인구비율이 4:1을 넘는 경우에는 헌법합치적 설명이 불가능할 것이고, 이를 전국 선거구의 평균인구수를 기준으로 하여 그 상하의 편차를 계산하면 그 평균인구수의 상하 60%의 편차가 되므로, 이러한 평균인구수기준 상하 60%의 편차론은 상당한 정도의 합리적 근거가 있다고도 생각한다.

(라) 그렇다면 이 사건의 경우 “부산 해운대구·기장군 선거구”와 “서울 강남구 을 선거구”는 전국 선거구의 평균인구수(175,460명, 1995.6.30. 현재)에서 상하 60%의 편차(상한 280,736명, 하한 70,184명)를 넘어선 것으로서, 위 각 선거구의 획정은 국회의 재량의 한계를 일탈한 것이므로 위헌이라고 보아야 할 것이다.

(2) 재판관 김문희, 재판관 황도연, 재판관 신창언의 위 5인의견에 대한 보충의견

우리는, “투표가치의 평등이 비록 국회의원지역선거구의 획정을 함에 있어 유일하고 절대적인 기준은 아니지만, 국회가 정책적 목적으로 고려할 수 있는 다른 여러가지의 요소들과는 달리 선거인의 수는 가장 중요하고도 기본적인 기준이 된다. 왜냐하면 모든 선거구의 국민에게 투표가치의 평등을 보장하는 것은 헌법의 요청(헌법 제11조, 제41조 참조)이며, 국민주권, 대의제민주주의 등의 본질과 직결되는 문제일 뿐만 아니라 인간의 존엄에 바탕을 둔 정치적 자기실현의 가장 중요한 요소이기 때문이다”라는 요지의 5인의견에 찬성하면서, 다음 두가지 점에서 5인의견을 보충하고자 한다.

(가) 헌법재판소는, 국회가 선거구를 획정함에 있어 비록 정책적 목적에 따라 인구 이외의 다른 여러가지의 요소들을 고려할 수 있다고 하더라도, 투표가치의 불평등이 합리성을 가지는 것이라고 생각할 수 없는 정도에 이르렀을 때에는, 그러한 불평등을 정당화할 특별한 이유가 없는 한, 헌법이 요구하는 투표가치의 평등에 반한다고 판단해야 한다. 선거구획정의 위헌 여부를 판단하는 기준은 투표가치의 불평등을 어느 범위까지 허용할 수 있는지의 문제이고, 이는 결국 각 선거구 사이의 인구의 최대편차에 대한 구체적인 한계수치이다.

국회의원지역선거구를 획정할 때에는 모든 선거구의 인구를 되도록 꼭 같게 하는 것이 바람직한 일이라는 하나, 그렇게 획정한다는 것은 현실적으로 지극히 어려운 성질의 것이기 때문에 모든 선거구의 인구비율을 1대 1로 강요할 수는 없다.

그러나 국회가 지역선거구의 획정을 함에 있어 인구 이외의 다른 요소도 고려하여 배분할 수 있음은 명백하다 할 것이지만, 적어도 투표가치를 한 사람에게 두사람 몫 이상이 되게 해서는 아니된다는 기본적인 평등의 원칙만은 지키도록 해야 할 것이므로, 원칙적으

로 지역선거구 획정에 따른 선거구간의 인구의 편차는 최대선거구의 인구가 최소선거구의 인구 2배를 넘지 않도록 조정해야 함이 마땅하다 할 것이다.

다만, 선거구획정에 따른 선거구간의 인구의 편차가 헌법상의 문제로 구체적으로 논의된 적이 일찍이 없었던 점과 현재의 우리나라의 제반 여건 아래에서는 적어도 국회의원의 선거에 관한 한 전국선거구의 평균 인구에서 상하 60%의 편차 범위 안에 드는 선거구의 경우, 그러한 선거구의 획정은 국회의 합리적 재량범위를 벗어난 것으로 볼 수 없다는 5인의견에, 지금은 굳이 반대하지 아니한다.

그러나 국회는 현재의 국회의원지역선거구간의 인구의 불균형에 대하여 스스로 이를 시정하기 위한 필요하고도 합리적인 기간 안에 선거구간의 인구의 편차를 위해서 지적인 법리상 허용한계치라고 할 수 있는 최대선거구의 인구가 최소선거구 인구의 2배를 넘지 아니하는 수준으로 조정토록 함이 마땅하다 할 것이고, 한편 우리재판소도 국회가 그 시정을 하기 위한 합리적인 기간이 지난 뒤에는 최소·최대 선거구간의 인구편차를 1대 2 미만의 기준에 따라 위헌여부를 판단하여야 할 것이다.

(나) 4인의견은 선거구획정에 있어 인구가 차지하는 비중에 관하여 기본적으로는 5인의견과 같다고 밝히면서도 “전국적인 선거구간의 인구편차의 허용한계는 전국 선거구 평균 인구수에서 상하 60%(이 경우의 상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 4:1이다)로 봄이 상당하다고 할 것이고, 다음 도시유형의 선거구와 농어촌유형의 선거구간의 인구편차의 허용한계는 각각 선거구 평균인구수에서 상하 50%(이 경우의 상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 3:1이다)로 봄이 상당하다. 나아가 전국 선거구 평균인구수에서 상하 60%의 편차를 초과함과 “동시에” 같은 유형의 선거구 평균인구수에서 상하 50%의 편차를 초과하는 선거구가 있을 경우에는 그러한 선거구의 획정은 국회의 재량의 범위를 일탈하여 평등선거의 원칙에 위반되는 선거구획정이라고 보는 것이 상당하다 “는 견해를 밝히고 있다. 그러나 선거구획정에 대한 위헌 여부를 판단하기 위하여 헌법이 우리재판소에 준 잣대는 “투표가치의 평등”이 침해된 것인가 아닌가일 뿐이다. 즉, 우리재판소가 판단할 수 있는 것은 투표가치의 불평등을 어느 범위 안에서 허용할 수 있는가라는 소극적인 기준이고, 다시 구체적으로 말하면 선거구간의 인구의 최대편차에 대한 한계수치를 밝힐 수 있는 것일 뿐, 국회가 그 재량에 따라 정책적 목적으로 고려할 수 있는 인구 이외의 다른 여러 요소들의 비례관계가 적절하게 이루어진 것인지의 여부의 문제는 우리재판소의 심판대상이 될 수 없다.

그럼에도 불구하고, 4인의견은 도시유형의 선거구와 농어촌유형의 선거구를 구별하고, 전국 선거구 평균인구수의 일정편차를 초과함과 “동시에” 같은 유형의 선거구 평균인구수에서 일정편차를 초과하는 경우에만 헌법에 위반된다고 판단함으로써, 도농간의 문화적 차이에 따른 문제는 당연히 국회의 정책적 재량사항임에도 불구하고, 우리재판소가 적극

적으로 이에 대하여 다시 별도의 배려를 하여 위헌 여부의 판단기준으로 삼은 것은, 헌법 재판의 한계를 벗어난 것이라 아니할 수 없다.

한편, “투표가치의 평등”을 4인의견과 같이 풀이하는 경우에는 다음과 같은 모순에 이르게 된다. 즉, 도시유형의 선거구와 농어촌유형의 선거구간의 인구편차가 아무리 크다고 하더라도(이를테면, 도시유형의 선거구의 인구와 농어촌유형의 인구편차가 10:1이 된다고 하더라도) 도시유형의 선거구 상호간, 농어촌유형의 선거구 상호간에만 인구의 편차가 3:1 이내의 비율 이내로 조정된 한 언제나 합헌이라는 결론에 이르게 된다. 이러한 결론은 “국회의원은 나무나 땅의 넓이를 대표하는 것이 아니라 사람을 대표하는 것이다. 정당한 자격을 갖춘 유권자인 한 국민은 그가 도시에 살고 있는 시골에 살고 있는 간에 한 사람의 유권자일 뿐이다”라고 한 위렌 미합중국 전 연방대법원장의 말을 상기하지 않을 수 없다.

요컨대, 도시유형의 선거구와 농어촌유형의 선거구를 준별하여 서로 다른 기준에 따라 위헌 여부를 판단해야 한다는 위 4인의견은 헌법상 그 근거가 없는 것이고, 국민은 그가 어디에 거주하든 거주하고 있는 장소에 따라 투표권의 행사나 그 가치에 있어 차별적인 대우를 받아서는 아니된다는 것이, 우리의 의견임을 밝히면서 이를 5인의견에 덧붙인다.

(3) 재판관 김진우의 보충의견

헌법 제45조에 의하여 국회의원은 국회에서 직무상 행한 발언과 표결에 관하여 국회 외에서 책임을 지지 아니하며, 제46조에 정한 바 국회의원은 국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 행하여야 하므로 국회의원은 그 헌법적 지위에 있어서 전국민의 대표이다. 그리고 헌법은 그 제11조 제1항에서 모든 국민의 법앞에서의 평등을 보장하고, 정치적 영역에 있어서의 차별을 금지하고 있으며, 그 제41조 제1항에서 국회의원선거와 관련하여 평등선거의 원칙을 천명하고 있다. 여기서 평등선거의 원칙은 모든 유권자에게 동일한 수의 투표권이 주어져야 하는 것만이 아니라, 그들이 행사한 표의 결과가치도 동등하게 평가되어야 한다는 것을 의미한다. 따라서 국회의원선거에 있어서 각 선거인의 투표가치는 전국적인 견지에서도 제1차적으로 인구비례를 기준으로 등가이어야 함이 원칙이다. 그러므로 국회의원선거에 있어서 전국에 있어서의 각 선거인의 투표가치의 비율 즉, 그 최다인구선거구와 그 최소인구선거구 사이의 인구비율이 2:1이 된다면 최소인구선거구의 유권자 1인이 최다인구선거구선거인에 비하여 두 사람 몫의 투표를 하는 것이 되어 벌써 투표의 등가원칙에 반한다고 할 것이다. 다만 국회의원이 아직도 사실상 지역대표의 기능을 수행하고 있는 점, 우리 헌법이 의회제도와 관련하여 단원제를 채택하고 있다는 점, 행정구역, 지세, 교통사정, 생활권, 역사성과 전통적 일체감 등 선거구의 지역적 특수성, 특히 도농 사이에는 인구밀도와 개발의 정도의 차이, 각 지역이 국가에 대하여 원하는 시책에 있어 현저한 차이가 있는 점 등을 국회의원선거구획정에 있어 고려하지 않을 수 없다. 그 밖에도 이러한 제2차적인 고려사항을 반영하기 위하여 상당히 오랜 기간동안 전술한 바와 같은 투표의 등가의 원칙에서 벗어나 선거구획정이 이루어져 왔고, 차기국회의원선거

가 시간적으로 압박해 있어 투표의 등가의 원칙을 그대로 관철시키기에는 여러가지 어려움이 따른다는 점을 감안할 때 선거구 사이의 인구편차가 2:1 이상이 되어도 이를 잠정적으로 수인하여야 하는 것이 현실이다. 그러나 이러한 지역적 특수성 등 제2차적 고려사항을 감안하여도 전국에서 최다인구선거구와 최소인구선거구의 위 투표가치의 비율은 제1차적 고려사항은 인구비례를 기준으로 볼 때의 등가의 한계인 2:1의 비율에 그 50%를 가산한 3:1 미만이 되어야 할 것으로 생각한다. 제2차적 고려사항인 위와 같은 도농 간의 차이 등 지역의 특수성 등을 선거구획정에 반영하여야 한다고 하여도, 전국에서 최다인구선거구와 최소인구선거구의 투표가치의 비율이 3:1의 비율을 넘어 위 2:1의 두배나 되는 4:1의 비율에 근접한다면, 이는 제1차적 고려요소보다 제2차적 고려요소가 더 중시된 결과라 보여지고, 각 유권자의 투표가치를 합리적 이유없이 차별하는 것으로서 헌법 제41조에 정한 평등선거의 한계를 수인할 수 없을 정도로 넘는 까닭이다. 그러므로 위 비율이 4:1이 넘는 경우 국회의원선거구획정은 위헌이라는 5인의견에 결론적으로 찬성한다. 그리고 인구밀도, 지역특수성 등에 있어서 유사하므로 위 제2차적 고려사항을 감안할 필요성이 희박하여 위 비율의 격차를 인정할 필요가 적은 유사한 유형의 지역 사이, 즉 도시지역별, 농어촌지역별로는 오늘의 제반현실을 고려하여도 국회의원선거에 있어서 같은 도시사이, 같은 농어촌 사이의 투표가치의 격차가 위 2:1 이상이 되어서는 아니된다. 이 비율이 2:1 이상이 될 때는 투표가치에 있어 합리성이 없는 차별을 발생케 하는 결과가 되기 때문이다. 그러므로 지난날의 거듭된 관행의 비율을 갑자기 이 비율로 시정하는데 어려움이 있는 현실을 고려하여도 동 비율이 등가의 한계인 2:1의 비율에 50%를 가산한 3:1에 이른다면, 이 또한 국회의원선거에 있어서 유권자의 투표가치의 차별에 합리적 이유가 현저히 결여되어 수인할 수 없는 위헌적인 경우에 이른 것이라고 보아야 한다는 점을 보충한다. 그러므로 잠정적으로도 전국적으로는 그 비율이 4:1이 넘거나 도시사이에 또는 농어촌 사이에 인구편차가 3:1 이상이 된다면, 국회의원선거에 있어서 평등선거의 원칙에 저촉되는 위헌적인 선거구구역획정이라고 아니할 수 없다. 그리고 민주적 선거는 국민의 의사를 정확하게 그 대의기관구성에 반영시킬 수 있을 때에 그 본래의 기능을 다할 수 있게 되며, 그러기 위해서는 국회의원선거에 있어서의 투표가치의 평등의 관철이 긴요하다는 점에 비추어 볼 때 앞으로 국회의원선거에 있어서의 투표가치의 격차가 인구밀도 등에서 같은 여건인 같은 도시지역 사이, 같은 농어촌지역 사이에 있어서의 투표가치의 비율이 2:1 미만이 되도록 조정되어야 할 뿐만 아니라, 전국적인 관점에서도 2:1 미만으로 하향 조정되어야 한다고 생각한다.

다. 인구편차의 허용한계에 관한 재판관 4인(이재화, 조승형, 정경식, 고중석)의 의견

(1) 단순한 논리적 법리만으로 선거구획정의 위헌여부를 결정하는 기준을 정한다면, 적어도 최대선거구의 인구수가 최소선거구의 인구수의 2배를 넘을 경우에는 평등의 원칙에 반하는 것으로서 위헌이라고 볼 여지도 있으나, 앞서 본 바와 같이 선거구의 획정에는 인

구외에 행정구역·지세·교통 등 여러가지 조건을 고려하여야 하므로, 그 위헌 여부를 결정하는 기준을 확일적으로 일정한 수치로써 확정하기는 지극히 어려운 문제이지만, 일응 그 기준은 선거구 획정에 있어서 투표가치의 평등으로서 가장 중요한 요소인 인구비례의 원칙과 우리나라의 특수사정으로서 투표가치의 평등 못지 않게 중요한 요소인 단원제 채택으로 인한 국회의원의 지역대표성 및 인구의 도시집중으로 인한 도시와 농어촌간의 극심한 인구편차 등 3개의 요소를 합리적으로 참작하여 결정되어야 할 것이다.

(2) 따라서 먼저 인구비례의 원칙을 참작하여 전국 선거구의 인구편차를 위한 여부를 판단하는 일차적인 기준으로 삼아야 할 것이지만, 이 기준만에 의하여 일률적으로 판단할 경우 국회의원의 지역대표성이나 도·농간의 극심한 인구편차 등 우리나라의 특수사정에 맞지 않는 불합리한 결과(국회의원의 도시편중 등)가 생기므로, 전국 선거구의 인구편차 기준 이외에 도시유형의 선거구와 농어촌유형의 선거구를 따로 나누어 각각의 인구편차를 다른 하나의 기준으로 삼을 필요가 있다.

그런데 우리나라의 국회제도 및 선거제도와 외국의 입법례 및 판례 등에 비추어 보면 우선 전국적인 선거구간의 인구편차의 허용한계는 전국 선거구평균인구수에서 상하 60%(이 경우의 상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 4:1이다)로 봄이 상당하다고 할 것이고, 다음 도시유형의 선거구와 농어촌 유형의 선거구간의 인구편차의 허용한계는 각각 선거구 평균인구수에서 상하 50%(이 경우의 상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 3:1이다)로 봄이 상당하다고 할 것이다.

따라서 전국 선거구 평균인구수에서 상하 60%의 편차를 초과함과 동시에 같은 유형의 선거구 평균인구수에서 상하 50%의 편차를 초과하는 선거구가 있을 경우에는 그러한 선거구의 획정은 국회의 재량의 범위를 일탈하여 평등선거의 원칙에 위반되는 선거구획정이라고 보는 것이 상당하다고 하겠다.

다만 위에서 본 바와 같은 위헌의 기준을 넘지 않는 범위내에서 구체적인 각 선거구 획정문제는 입법부인 국회의 구성에 관한 입법정책사항으로서 입법부의 광범위한 입법재량권에 속하는 것임을 밝혀둔다.

(3) 그렇다면 이 사건의 경우 부산 광역시 해운대구·기장군 선거구의 경우 전국 선거구 평균인구수를 기준으로 할 경우 위 60%를 넘는 111.18%를 초과하고, 같은 광역시 지역의 선거구 평균 인구수를 기준으로 할 경우에는 위 50%를 넘는 77.96%의 편차를 보이고 있어, 위 선거구의 획정은 국회의 재량의 범위를 일탈하였다고 보아야 할 것이다.

라. 소위 “게리만더링(Gerrymandering)”의 문제 - “충북 보은군·영동군 선거구” 획정의 위헌성

선거구의 획정은 사회적·지리적·역사적·경제적·행정적 연관성 및 생활권 등을 고려하여 특단의 불가피한 사정이 없는 한 인접지역이 1개의 선거구를 구성하도록 함이 상당하며, 이 또한 선거구획정에 관한 국회의 재량권의 한계라고 할 것이다.

그런데 이 사건 선거구구역표는 위와 같은 원칙을 무시한 채, 특단의 불가피한 사정이 있다고 볼만한 사유를 찾아볼 수 없는데도, 충북 옥천군을 사이에 두고 접경지역 없이 완전히 분리되어 있는 충북 보은군과 영동군을 “충북 보은군·영동군 선거구”라는 1개의 선거구로 획정하였는바, 이는 재량의 범위를 일탈한 자의적인 선거구획정이라고 하지 아니할 수 없고(1995.6.30. 현재의 인구수를 보아도 보은군은 49,077명, 영동군은 63,623명, 옥천군은 64,958명으로서 이를 모두 합쳐도 177,658명이고, 이는 위에서 본 인구편차의 허용한계내에 있을 뿐만 아니라 같은 충청북도내의 “제천시·단양군 선거구”의 인구수 190,660명에도 못미친다) 이로써 충북 보은군에 거주하는 청구인 이관모의 정당한 선거권을 침해하였다고 할 것이다.

마. 선거구구역표의 불가분성과 위헌선언의 범위

앞서 본 바와 같이, 청구인들의 평등권과 정당한 선거권을 침해하는 것은 이 사건 선거구구역표 중 청구인들의 각 그 해당 선거구에 관한 부분이지만, 그 해당 선거구의 선거구획정에 위헌성이 있다면 다음과 같은 이유로 이 사건 선거구구역표의 전부에 관하여 위헌선언을 하는 것이 상당하다.

(1) 선거구구역표는 의원의 총수(국회의원의 인원수에 관하여, 헌법에는 200인 이상이라는 하한제한규정만 있으나, 공직선거및선거부정방지법에는 지역선거수의 수는 260개이고 국회의원의 수는 299인으로 규정되어 있다)와 관련하여 행정구역의 인구와 경제, 지리적·역사적 배경, 정치적 상황 등 복잡·미묘한 여러가지 사정을 고려하여 결정되는 것이고, 일단 결정된 선거구구역표는 각 선거구가 서로 유기적으로 관련을 가짐으로써 한 부분에서의 변동은 다른 부분에도 연쇄적으로 영향을 미치는 성질을 가지며, 이러한 의미에서 선거구구역표는 전체로서 “불가분(不可分)의 일체”를 이루는 것으로서 어느 한 부분에 위헌적인 요소가 있다면 선거구구역표 전체가 위헌의 하자를 떠는 것이라고 보아야 한다.

(2) 선거구구역표 중 인구가 과다한 선거구 부분만을 위헌이라고 선언할 경우에는, 그 선거구를 분할함으로써 의원정수를 증가시키는 방법으로 선거구간의 인구불균형을 시정할 수밖에 없을 것인바, 그것은 결국 인구가 과소한 선거구를 다른 선거구와 통합하는 방법으로 선거구를 재획정하는 방법을 봉쇄함으로써, 선거구 사이의 인구불균형을 시정하는 구체적인 방법까지 헌법재판소가 결정해 버리는 결과가 되어 입법부의 재량을 침해할 우려가 있다. 국회는 선거구간의 인구불균형을 조정하는 방법으로서 인구과다선거구를 분할할 수도 있고 인구과소선거구를 다른 선거구와 통합할 수도 있고 또 위 양자의 방법을

병용할 수도 있는 것이며, 이는 어디까지나 여러가지 정책적·기술적 요소를 고려할 수 있는 국회의 재량사항으로 보아야 한다.

(3) 제소된 당해 선거구에 대하여서만 인구과다를 이유로 위헌선언을 할 경우 헌법소원 제소기간(헌법재판소법 제69조 참조)의 적용때문에 제소된 선거구보다 인구의 불균형이 더 심한 선거구의 선거구획정이 그대로 효력을 유지하게 되는 불공평한 결과를 초래할 수도 있다. 이러한 현상은 아직도 국민들 사이에 헌법소원제도에 관한 인식이 부족한 현실에 있어서, 이러한 헌법소원이 제기되었다고 신문지상에 보도된 경우 제소된 선거구보다 더 인구불균형이 심한 선거구는 당연히 위헌선언으로 구제되리라 믿고 제소하지 않을 수도 있는, 제도 자체에 대한 인식부족에서 올 수도 있다. 이 점도 선거구획정문제의 “공익성”에 비추어 현실적으로는 간과할 수 없는 문제이다(이점에 관하여 다음 5.항과 같은 재판관 조승형의 반대의견이 있다).

4. 결 론

위와 같은 이유로 이 사건 선거구구역표 중, “부산 해운대구·기장군 선거구”는 위 5인 의견과 4인의견의 그 어느 것에 의하더라도 선거구간 인구편차에 관한 허용한계를 넘어선 것이고 또 “충북 보은군·영동군 선거구”는 소위 “게리만더링(Gerrymandering)”의 전형적인 것으로서 매우 자의적인 선거구획정이라 할 것이므로 각 그 해당 청구인들의 심판청구는 이유 있어 이를 모두 인용하기로 하는 바 위에서 실시한 선거구구역표의 불가분성에 따라 이 사건 선거구구역표 전체에 대하여 위헌선언을 하고, 그 나머지 각 그 해당 선거구의 선거구획정에 관한 청구인 이○연, 동 고○범, 동 이○석, 동 한경수의 각 심판청구는 헌법소원 인용결정 정족수에 미달하거나 또는 이유없는 것이므로 이를 모두 기각하기로 하여, 이에 주문과 같이 결정한다.

이 결정은, 주문 제1항에 관한 재판관 조승형의, 주문 제2항에 관한 재판관 김진우의 각 반대의견이 있는 외에는, 관여재판관 전원의 의견일치에 따른 것이다.

5. 재판관 조승형의 주문 제1항에 관한 반대의견

나는 공직선거및선거부정방지법 제25조 제2항에 의한 [별표 1] 「국회의원지역선거구구역표」(1995.8.4. 법률 제4957호로 개정된 것) 전부가 헌법에 위반된다는 다수의견에 대하여 다음과 같은 이유로 반대한다.

가. 이 사건 청구인들이 속하는 선거구 중

(1) 재판관 김용준, 재판관 김진우, 재판관 김문희, 재판관 황도연, 재판관 신창언이 주장

하는 위헌여부 판단기준에 따르면, 청구인 이○환, 김○근, 김○홍, 김○철, 신○생, 김○년이 거주하고 있는 부산 해운대구·기장군구와 청구인 이○연이 거주하고 있는 서울 강남을구만이 헌법에 위반되며, 재판관 이재화, 재판관 정경식, 재판관 고중석 그리고 내가 주장하는 위헌여부 판단기준 ([다음 (2)항 기준표])에 따르면 청구인 이○환, 김○근, 김○홍, 김○철, 신○생, 김○년이 거주하는 부산 해운대구·기장군구만이 헌법에 위반되고 청구인 한○수가 거주하는 서울 서대문을구, 청구인 이○석이 거주하는 경기 부천시 소사구, 청구인 고○범이 거주하고 있는 서울 은평을구는 그 어느 기준에 의하더라도 헌법에 위반되지 아니한다. 또한 청구인 이○연이 거주하는 서울 강남을구는 비록 재판관 5인이 주장하는 위 기준에 의하여 헌법에 위반되지만 헌법 제113조 제1항이 요구하는 위헌 또는 인용결정의 찬성재판관 6인의 정족수에 미달하므로 헌법에 위반된다는 선고를 할 수 없다.

따라서 위 정족수에 달하여 위헌선고를 할 수 있는 경우는 위 해운대구·기장군구와 계리멘더링 문제의 청구인 이○모가 거주하는 충북 보은군·영동군구 2개 선거구뿐이다.

(2) 재판관 이재화, 조승형, 정경식, 고중석 주장의 위헌여부판단 기준표

(가) 제1기준: 전국평균 175,460

최대(4:1) 280,736

최소(4:1) 70,184

(나) 제2기준 광역지자역 선거구수 농촌선거구 도시선거구인구 광역지자역인구

(인구)

서울	47		10,651,093	10,651,093
부산	21		3,890,113	3,890,113
대구	12	1(115,028)	2,351,146	2,466,174
인천	10	1(70,472)	2,263,086	2,333,558
광주	6		1,272,624	1,272,624
대전	7		1,248,932	1,248,932
경기	30	8(1,188,830)	6,360,291	7,549,121
강원	10	4(398,388)	1,129,107	1,527,495
충북	4	5(518,320)	912,678	1,430,998

충 남	6	8(887,363)	958,952	1,846,315
전 북	9	5(451,569)	1,552,089	2,003,658
전 남	7	12(1,056,863)	1,139,209	2,196,072
경 북	14	7(613,298)	2,150,614	2,763,912
경 남	16	7(726,214)	3,197,218	3,923,432
제 주	2	1(98,816)	417,408	516,224
계	260	59(6,125,161)	201(39,494,560)	45,619,721
평 균		103,816	196,490	
최대(3:1)		155,724	294,735	
최소(3:1)		51,908	98,245	

나. 그러함에도 불구하고 다수의견은 선거구역표 전부가 위헌이라 하면서 우리나라의 학자들에 의하여서도 정립된 바 없는 이른바 선거구역표 불가분설을 내세우고 있다. 그러나 살펴보면,

(1) 어떤 법규의 일부에 하자가 있는 경우에 그 하자와 전체 법규와의 관련정도의 대·소(大·小)를 고찰하여 합리적인 해결이 될 수 있으면 그 법규에 대하여 가능한 한 헌법위반의 범위를 확대하지 않도록 해석함이 위헌심사의 기본적인 태도로서, 일부 선거구에 있어서 발생한 투표가치의 위헌적인 불평등이 선거구 전체를 위헌이라고 할 정도로 다른 선거구들과 밀접불가분한 관련성이 있다고 하는 것은 의문이며, 평균적 투표가치를 가진 선거구에 관하여는 다른 선거구에서 위헌적인 불평등이 발생하였다는 것과는 관계없이 여전히 헌법의 이념에 합치하고 있는 것이라 인정할 수 있으므로, 모든 선거구에 관하여 일률적으로 위헌이라 단정할 수는 없다.

(2) 지금까지 의원정수배분규정의 개정은 대체로 인구가 과다한 선거구의 일부를 분구하는 방법으로 이루어져 왔음에 비추어 의원정수배분규정을 가분적(可分的)이라고 봄이 입법자의 의도에 부합하며 우리나라의 경우에는 공직선거및선거부정방지법 제21조 제1항에 의원정수가 299명으로 규정되어 있으나 이는 지역구 국회의원과 전국구 국회의원을 합한 것이므로 인구가 과다한 선거구를 분구하는 만큼 전국구 국회의원수를 줄이거나, 국회의원정수를 늘리어(헌법 제41조 제2항은 그 정수의 하한선 즉 200인 이상으로만 규정하여 그 정수를 법률에 위임하고 있고, 국회의원 정수가 13대 국회 이래 현재까지 299인으로서

13대 국회의원 총선거 당시의 총인구 41,578,821명에서 1995.6.30. 현재 총인구 45,619,721명으로 10%가 증가하였으므로 인구증가에 따른 국회의원정수를 10%인 30인을 더 늘릴 수 있는 현실이므로 합리적인 방법이라 할 수 있다) 해결할 수 있으므로 현행 선거법과도 배치되지 아니한다.

(3) 법령의 위헌성은 가능한 한 한정적으로 해석함이 헌법과 관련한 법해석의 원칙이라 할 것이다.

(4) 다수의견에 따르면 결국 260개 선거구 중 부산 해운대구·기장군구와 재판관 전원의 일치된 의견으로 위헌이라 판단하고 있는 위 보은군·영동군구 도합 2개 선거구만이 위헌이라면 합헌구역인 나머지 258개 선거구 전부도 위헌이라는 결론인바 그 견해가 얼마나 불합리하고 우직스러운 것인가는 삼척동자라도 쉽게 알 수 있는 일이다.

위와 같이 2개의 선거구만이 위헌이라면, 15개 광역자치구역 중 부산광역시와 충청북도를 제외한 나머지 13개 광역자치구역에 있는 각 선거구를 전혀 조정할 필요도 없이 부산광역시와 충청북도 안에서만 얼마든지 합리적으로 해결할 수 있다. 즉 인구 67,144명에 불과한 부산 중구를 인구 158,282명이며 인접하고 있는 부산 동구와 합치고, 해운대구·기장군구를 2개 선거구로 분할하면, 현재의 부산광역시의 국회의원정수의 증감없이 해결할 수 있는 것이며, 보은군과 옥천군을 합치고 영동군을 독립시키거나 인접구에 통합하는 방법으로 증감없이 또는 1개구를 줄임으로써 해결할 수 있는 것이다. 그러함에도 불구하고 부산광역시와 충청북도만의 하자를 왜 전국에 전가하려드는지를 이해하기 어렵다(나는 근자의 정국흐름과 다수의견의 무리한 태도를 연관지어 보려는 국민이 적지 않을 것임을 감안한다면 헌법재판소 스스로가 안개에 쌓인 지뢰밭 정국에 돌을 던질 필요가 없으며 이와 같은 무리한 태도를 보여서는 아니된다고 수차 지적한 바도 있다).

(5) 다수의견의 무리한 태도는 주문 제1·2항에서 더욱 분명하게 드러나고 있다. 주문 제1항에서 전국선거구가 전부 위헌이라고 한다면 주문 제2항에서 일부 청구인들이 청구한 일부선거구도 위헌이기 때문에 일부 청구인들의 청구를 기각할 아무런 이유가 없는 것이다. 다시 말하면 다수의견도 스스로 주문 제1항이 무리한 결정임을 자인하고 있는 셈이다.

다. 따라서 주문 제1항은 “공직선거및선거부정방지법 제25조 제2항에 의한 [별표1] 「국회의원지역선거구구역표」(1985.8.4. 법률 제4957호로 개정된 것)중 부산광역시 해운대구·기장군 선거구 및 충북 보은군·영동군 선거구에 관한 부분은 헌법에 위반된다”로 함이 마땅하다.

라. 이상과 같은 이유로 다수의견은 부당하므로 반대하는 바이다.

6. 재판관 김진우의 주문 제2항에 관한 반대의견

이 사건에 있어 재판관 9명 중 8명의 다수재판관은 선거구구역표는 각 선거구가 서로 유기적으로 관련을 가지므로 한 부분에서의 변동은 다른 부분에도 연쇄적으로 영향을 미치는 성질을 가지며, 이러한 의미에서 선거구구역표는 전체로서 “불가분의 일체”를 이루는 것으로서 어느 한 부분에 위헌적인 요소가 있다면 선거구구역표 전체가 위헌성을 띠는 것이라 하여 이른바 국회의원선거구구역표에 관한 불가분성을 인정하고 있다. 그러면서도 청구인 고성범 등이 각 거주하는 각 선거구는 인구편차의 허용한계를 벗어난 것이 아니므로 결국 이 사건 선거구구역표상의 선거구 확정으로 인하여 그들의 선거권이나 평등권이 침해되었다고 할 수 없어 그들의 각 심판청구는 기각한다고 한다. 그러나 위 고성범 등 청구인들도 이 사건 법률 [별표1] 「국회의원지역선거구구역표」가 헌법에 위반된다는 확인을 구하는 것이고, 국회의원선거구구역표의 불가분성을 인정하는 한 비록 이 청구인들이 각 거주하는 각 선거구들이 인구편차의 허용한계를 벗어나지 아니하였다고 하여도 이미 타선거구의 위헌성으로 인하여 동 선거구들을 포함한 전 선거구구역표가 위헌으로 되는 것이므로 이들의 청구도 그러한 범위에서는 받아들여진 것이 되는 것이어서 청구기각을 할 수는 없는 것이다. 그리고 이런 경우 청구기각을 한다면 주문 제1항과 충돌되기도 하여 불필요한 오해를 일으킬 수도 있다. 예컨대 청구인 이석연이 거주하는 선거구는 5인의 재판관이 그 선거구도 인구편차의 허용한계를 넘었다고 보지만 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호의 인용결정에 필요한 정족수미달로 인용결정을 못하는 경우에 해당하는 것이어서 이는 결국 위 국회의원지역선거구구역표 중 위 선거구에 관한 부분이 위헌이라고 할 수 없는 것이 되어 주문 제1항과 충돌하는 불합리한 결과가 된다. 그러므로 청구인 고성범 등에 대한 청구도 기각하여서는 아니될 것으로 생각한다. 이상과 같은 이유로 주문 제2항에 관하여 다수의견에 반대한다.

재판장 재판관 김용준

재판관 김진우

재판관 김문희

주 심 재판관 황도연

재판관 이재화

재판관 조승형

재판관 정경식

재판관 고중석

재판관 신창언

5

선거구간 인구편차 상하 60%를 초과하여 시·도의원지역선거구를 획정한 공직선거법 제26조제1항 및 별표 2의 선거권 등 침해 여부

- 공직선거법 제26조 제1항에의한 [별표 2] 위헌확인 등, 2007. 3. 29. 2005헌마985·1037, 2006헌마11 병합 ■

【판시사항】

- 가. 시·도의원 지역선거구 간 인구편차의 허용기준 및 선거구구역표 중 경기도 용인시 제1선거구란, 제3선거구란, 제4선거구란, 전라북도 군산시 제1선거구란 획정의 위헌 여부(적극)
- 나. 선거구구역표의 가분성 여부(소극)와 위헌선언의 범위
- 다. 인구비례가 아니라 행정구역별로 시·도의원 정수를 2인으로 배분하고 있는 공직선거법 제22조 제1항의 위헌 여부(적극)
- 라. 위헌선언의 구체적 범위와 방법
- 마. 헌법불합치결정의 이유

【결정요지】

- 가. (1) 시·도의원 지역선거구의 획정에는 인구 외에 행정구역·지세·교통 등 여러 가지 조건을 고려하여야 하므로, 그 기준은 선거구 획정에 있어서 투표가치의 평등으로서 가장 중요한 요소인 인구비례의 원칙과 우리 나라의 특수사정으로서 시·도의원의 지역대표성 및 인구의 도시집중으로 인한 도시와 농어촌 간의 극심한 인구편차 등 3개의 요소를 합리적으로 참작하여 결정되어야 할 것이며, 현시점에서는 상하 60%의 인구편차(상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 4:1) 기준을 시·도의원 지역선거구 획정에서 헌법상 허용되는 인구편차기준으로 삼는 것이 가장 적절하다고 할 것이다.
- (2) 경기도 용인시 제1선거구, 제3선거구, 제4선거구 및 전라북도 군산시 제1선거구의 경우 헌법상 인구편차 허용기준인 상하 60%의 편차를 넘어서는 것이어서, 이러한 인구편차를 통해서 발생한 투표가치의 불평등은 합리적 사유에 의하여 정당화될 수 없

으므로, 공직선거법 제26조 제1항에 의하여 확정된 [별표 2] 「시·도의회의원지역선거구구역표」(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 중 “경기도 용인시 제1선거구, 용인시 제3선거구, 용인시 제4선거구” 및 “전라북도 군산시 제1선거구”의 확정
은 시·도의회의원 지역선거구 확정에서 헌법상 허용되는 국회의 재량 범위를 일탈
한 것으로서 해당 선거구에 거주하는 청구인들의 헌법상 보장된 선거권과 평등권을
침해하는 것이다.

나. 각 시·도에 해당하는 선거구구역표는 전체가 불가분의 일체를 이루는 것으로서 어느
한 부분에 위헌적인 요소가 있다면 각 시·도에 해당하는 선거구구역표 전체가 위헌
의 하자를 떠는 것이라고 보아야 할 뿐만 아니라, 제소된 당해 선거구에 대하여만 인
구과다를 이유로 위헌선언을 할 경우에는 헌법소원의 제소기간의 적용 때문에 제소된
당해 선거구보다 인구의 불균형이 더 심한 선거구의 선거구확정이 그대로 효력을 유
지하게 되는 불공평한 결과를 초래할 수도 있으므로, 일부 선거구의 선거구확정에 위
헌성이 있다면 각 시·도에 해당하는 선거구구역표 전부에 관하여 위헌선언을 하는
것이 타당하다 할 것이어서, 이 사건 선거구구역표 중 경기도의회의원 지역선거구들
부분과 전라북도의회의원 지역선거구들 부분 전체에 대하여 위헌선언을 하는 것이 상
당하다.

다. 인구편차에 의한 투표가치의 불평등은 이 사건 선거구구역표 중 용인시 제1, 3, 4선거
구 및 군산시 제1선거구 부분의 확정에서 뿐만 아니라 인구비례가 아닌 행정구역별로
시·도의원 정수를 2인으로 배분하고 있는 공직선거법 제22조 제1항에서 시원적(始原
的)으로 생기고 있으므로 공직선거법 제22조 제1항도 결과적으로 청구인들의 헌법상
보장된 선거권과 평등권을 침해한다고 할 것이다.

라. 시·도의원 의원정수 배분 및 선거구구역표 확정의 문제는 자치구·시·군의 인구규
모, 행정구역, 지세, 교통, 도시·농촌 간 인구편차, 지역별 개발 불균형 등 복합적인
요인에 의해 영향을 받을 수 있기 때문에, 우리 재판소가 이에 관하여 일정한 개선입
법의 방향까지 제시하기란 지극히 어려운 것이며, 위와 같은 사정을 종합적으로 고려
하여 여기서는 단지 시·도의원정수를 2인으로 일률적으로 규정한 공직선거법 제22조
제1항 및 이에 기초한 이 사건 선거구구역표 중 해당 부분에 대한 위헌선언을 하는데
그치기로 한다.

마. 이미 위 법률조항과 선거구구역표 부분에 기한 시·도의원선거가 실시된 상황에서 단
순위헌의 결정을 하게 되면, 그 개정입법이 빠른 시일 내에 이루어지기 어렵다고 할
것이어서 추후 재선거 또는 보궐선거가 실시될 경우 법의 공백이 생기게 될 우려가
큰 점, 시·도의회의 동질성 유지나 의원정수와 선거구구역표의 변경으로 인한 혼란
을 방지하기 위하여도 재선거, 보궐선거 등이 치러지는 경우에 위 법률조항과 선거구

구역표에 의하여 이를 시행하는 것이 바람직한 점 등에 비추어, 입법자가 2008. 12. 31.을 시한으로 이를 개정할 때까지 위 법률조항과 선거구구역표의 잠정적 적용을 명하는 헌법불합치결정을 하기로 한다.

재판관 김종대의 별개의견

선거구획정에 있어서 기본 틀이 되는 핵심적인 사항은 어디까지나 인구비례의 원칙이고, 그 이외의 비인구적 요소 즉 행정구역·지세·교통·도시와 농어촌과의 차이점, 기타 여러 가지 정책적 요소 등은 부수적인 고려사항이다.

최대선거구와 최소선거구 간의 인구편차가 2:1 이상 벌어진 경우에는 최소선거구의 선거인에게 최대선거구의 선거인과 비교하여 두 사람 몫 이상의 투표가치를 인정하는 것이 되어 현저한 불평등을 초래하므로 인구편차 2:1은 선거구획정에서 꼭 지켜져야 할 논리적이고 산술적인 평등선거 제한의 한계가 되는 것이다.

재판관 이공현, 재판관 조대현의 반대의견

헌법 제118조 제2항은 지방의회의원의 선거에 관한 사항을 법률로 정하도록 위임하였고, 공직선거법은 기초자치단체의 의원은 인구수를 고려하여 선출하도록 하면서 광역자치단체의 의원은 각 기초자치단체의 인구수를 불문하고 각 기초자치단체마다 2인씩 선출하도록 하고 있는바, 이러한 지방의원 선출기준의 구별은 기초자치단체와 광역자치단체의 중층적(重層的) 구조와 기능의 차이를 반영한 것으로서 나름대로 합리성을 가진 선택방안이라고 볼 수 있으므로 헌법에 위반된다고 보기 어렵다. 따라서 광역자치단체의 의원 선거에 있어서는 각 기초자치단체별로 2인씩 선출하게 되므로, 동일한 기초자치단체 내에서 선거구별 인구비례를 따질 수 있을 뿐이고 서로 다른 기초자치단체의 선거인수를 비교하여 선거의 평등을 따져서는 안된다.

【심판대상조문】

공직선거법 제22조 제1항, 제26조 제1항에 의한 [별표2] 「시·도의회의원지역선거구구역표」(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 중 “경기도 용인시 제1선거구란”, “경기도 용인시 제2선거구란”, “경기도 용인시 제3선거구란”, “경기도 용인시 제4선거구란” 및 “전라북도 군산시 제1선거구란” 부분

【참조조문】

공직선거법 제21조 제1항, 제2항, 제25조 제1항, 제2항, 제26조 제1항, 제2항, 제3항, 제4항

【참조판례】

가. 헌재 1991. 3. 11. 91헌마21, 판례집 3, 91, 99-100

헌재 1995. 12. 27. 95헌마224등, 판례집 7-2, 760, 771-788

헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92등, 판례집 13-2, 502, 509-516

나. 헌재 1995. 12. 27. 95헌마224등, 판례집 7-2, 760, 789-791

헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92등, 판례집 13-2, 502, 518-519

라. 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92등, 판례집 13-2, 502, 510

마. 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92등, 판례집 13-2, 502, 519

【당 사 자】

청 구 인 1. 유○석 외 822인(청구인들 명단은 별지 1과 같음, 2005헌마985)

대리인 변호사 오수환

2. 윤○중(2005헌마1037)

국선대리인 변호사 심재왕

3. 이○수(2006헌마11)

대리인 변호사 조영보

【주 문】

1. 공직선거법 제22조 제1항 및 제26조 제1항에 의한 [별표 2] 「시·도의회의원지역선거구 구역표」(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 중 경기도의회의원 선거구들 부분(2006. 3. 2. 법률 제7850호로 개정된 것 포함)과 전라북도의회의원 선거구들 부분은 헌법에 합치되지 아니한다.

2. 위 제22조 제1항 및 위 선거구구역표 부분은 2008. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2005헌마985 사건

[별지 1] 청구인들 명단 기재 청구인 1. 유○석 내지 청구인 556. 이○복은 공직선거법 제26조 제1항에 의한 [별표 2] 「시·도의회의원지역선거구구역표」(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것, 이하 ‘이 사건 선거구구역표’라 한다) 중 용인시 제1선거구에, 같은 기재 청구인 557. 정○ 내지 청구인 644. 조○란은 이 사건 선거구구역표 중 용인시 제2선거구에, 같은 기재 청구인 645. 박○균 내지 청구인 668. 김○구는 이 사건 선거구구역표 중 용인시 제3선거구에, 같은 기재 청구인 669. 김○광 내지 청구인 823. 김○락은 이 사건 선거구구역표 중 용인시 제4선거구에 각 주소를 두고, 2006. 5. 31.에 실시될 예정이었던 경기도의회의원선거에서 선거권을 행사하려던 자들이다.

2005. 8. 31. 현재, 이 사건 선거구구역표상 용인시 각 선거구의 인구는 199,503명, 126,896명, 170,369명, 195,723명으로서 평균 173,123명이고, 전국 선거구의 평균인구수 75,934명(2005년 말 추정 총인구 48,294,143명÷총선거구 636개)과 비교하여 약 +128%의 편차를 보이고 있으며, 경기도 내 최소선거구인 연천군 선거구의 평균인구수 23,885명에 비하여 약 7:1(제1선거구의 경우 최대 8:1)의 편차를 보이고 있다.

이에 청구인들은 공직선거법 제26조 제1항에 의하여 이 사건 선거구구역표 중 경기도 용인시 제1선거구, 제2선거구, 제3선거구 및 제4선거구를 확정하는 것은 자신들의 투표가치를 지나치게 과소평가하여 평등선거의 원칙에 반할 뿐만 아니라 헌법상 보장된 평등권과 선거권을 침해하였다고 주장하면서 2005. 10. 7. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 2005헌마1037 사건 및 2006헌마11 사건

청구인 윤○중, 이○수는 이 사건 선거구구역표 중 군산시 제1선거구에 주소를 두고, 2006. 5. 31. 실시될 예정이었던 전라북도의회의원선거에서 선거권을 행사하려던 자들이다.

2005. 8. 31. 현재 이 사건 선거구구역표상 군산시 제1선거구의 인구는 123,147명으로 전라

북도 전체 선거구의 평균인구수 55,665명(전라북도 총인구 1,892,590명÷총선거구 34개)보다 2배가 넘고, 무주군, 장수군 선거구의 평균인구수에 비해 약 10배를 초과하는 편차를 보이고 있다.

이에 청구인 윤○중은 공직선거법 제22조 제1항이 인구비례와 상관없이 자치구·시·군마다 지역구 시·도의원을 2명씩 선출하도록 규정한 것과 이 사건 선거구구역표 중 전라북도 군산시 제1선거구를 획정한 것은 자신의 투표가치를 지나치게 과소평가하여 헌법상 보장된 평등권과 선거권을 침해하였다고 주장하면서 2005. 10. 24. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였고, 청구인 이○수는 이 사건 선거구구역표 중 전라북도 군산시 제1선거구를 획정한 것이 자신의 투표가치를 지나치게 과소평가하여 헌법상 보장된 평등권과 행복추구권을 침해하였다고 주장하면서 2006. 1. 3. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

(1) 2005헌마985 사건 및 2006헌마11 사건의 청구인들은 공직선거법(이하 ‘법’이라 한다) 제26조에 의한 이 사건 선거구구역표 중 각 해당 부분의 위헌확인을 구하고 있을 뿐 법 제22조 제1항을 별도의 심판대상으로 삼고 있지는 않다. 그러나 법 제22조 제1항은 시·도의회 의원정수를 정하고 있는 법률조항으로서 시·도의회의원 지역선거구 획정 및 그 결과물인 이 사건 선거구구역표의 전제가 되므로 이들은 체계적으로 밀접하게 연관되어 있다. 따라서 이 사건 선거구구역표 중 해당 부분뿐만 아니라 법 제22조 제1항도 함께 심판대상으로 삼아서 한꺼번에 그 위헌 여부를 판단하는 것이 법질서의 통일성과 소송경제의 측면에서 바람직하므로 이를 이 사건 심판대상에 포함시키기로 한다(헌재 1999. 3. 25. 98헌가11등, 판례집 11-1, 158, 167 참조).

그렇다면 이 사건의 심판대상은 법 제22조 제1항 및 법 제26조 제1항에 의하여 확정된 [별표 2] 「시·도의회의원지역선거구구역표」(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 중 “경기도 용인시 제1선거구란, 용인시 제2선거구란, 용인시 제3선거구란, 용인시 제4선거구란” 및 “전라북도 군산시 제1선거구란”(이하 이를 함께 ‘이 사건 선거구란들’이라 한다)의 위헌 여부이고, 위 법률조항의 내용은 다음과 같으며, 한편 [별표 2] 「시·도의회의원지역선거구구역표」 중 경기도의회의원선거구들 및 전라북도의회의원선거구들 부분의 내용은 [별지 2]와 같다.

공직선거법 제22조(시·도의회의 의원정수) ① 지역구시·도의원정수는 그 관할구역 안의 자치구·시·군(하나의 자치구·시·군이 2 이상의 국회의원지역선거구로 된 경우에는 국회의원지역선거구를 말하며, 행정구역의 변경으로 국회의원지역선거구와 행정구역이 합치되지 아니하게 된 때에는 행정구역을 말한다)마다 2인으로 한다.

[다만 이 사건 선거구란들 중 “경기도 용인시 제1선거구란, 용인시 제2선거구란, 용인시 제3선거구란, 용인시 제4선거구란”은 2006. 3. 2. 법률 제7850호에 의하여 개정된 바 있으나, 그 개정 내용은 단지 2005. 10. 31. 경기 용인시의 행정구역 개편에 따라 각 선거구에 속하는 선거구역을 세분화한 것일 뿐이고(아래 [별표 2] 선거구구역표 부분 참조), 그 외에는 법문상으로도 내용상으로도 아무런 변화가 없었다. 따라서 위 선거구란들 부분은 위 2006. 3. 2. 법률 제7850호에 의하여 개정된 이후의 법률과도 실질적으로 그 내용이 동일하다 할 것이므로, 위에서 밝힌 이 사건 심판대상에는 위 2006. 3. 2. 법률 제7850호로 개정된 것까지 포함되어 있다고 할 것이다(헌재 1998. 6. 25. 95헌바35등, 판례집 10-1, 771, 782-783 참조)].

(2) 관련규정

공직선거법 제26조(지방의회의원선거구의 획정) ①시·도의회의원지역선거구(이하 “시·도의원지역구”라 한다)는 인구·행정구역·지세·교통 기타 조건을 고려하여 자치구·시·군(하나의 자치구·시·군이 2 이상의 국회의원지역구로 된 경우에는 국회의원지역구를 말하며, 행정구역의 변경으로 국회의원지역구와 행정구역이 합치되지 아니하게 된 때에는 행정구역을 말한다)을 분할하여 이를 획정하되, 하나의 시·도의원지역구에서 선출할 지역구시·도의원정수는 1인으로 하며, 그 시·도의원지역구의 명칭과 관할구역은 별표 2와 같이 한다.

② 자치구·시·군의원지역구는 인구·행정구역·지세·교통 그 밖의 조건을 고려하여 획정하되, 하나의 자치구·시·군의원지역구에서 선출할 지역구자치구·시·군의원정수는 2인 이상 4인 이하로 하며, 그 자치구·시·군의원지역구의 명칭·구역 및 의원정수는 시·도조례로 정한다.

③ 제1항 또는 제2항의 규정에 따라 시·도의원지역구 또는 자치구·시·군의원지역구를 획정하는 경우 하나의 읍·면·동의 일부를 분할하여 다른 시·도의원지역구 또는 자치구·시·군의원지역구에 속하게 하지 못한다.

④ 자치구·시·군의원지역구는 하나의 시·도의원지역구 내에서 획정하여야 하며, 하나의 시·도의원지역구에서 지역구자치구·시·군의원을 4인 이상 선출하는 때에는 2개 이상의 지역선거구로 분할할 수 있다.

제21조(국회의 의원정수) ① 국회의 의원정수는 지역구국회의원과 비례대표국회의원을 합하여 299인으로 하되, 각 시·도의 지역구 국회의원 정수는 최소 3인으로 한다.

② 하나의 국회의원지역선거구에서 선출할 국회의원의 정수는 1인으로 한다.

제25조(국회의원지역선거구의 획정) ① 국회의원지역선거구(이하 “국회의원지역구”라 한다)는

시·도의 관할구역 안에서 인구·행정구역·지세·교통 기타 조건을 고려하여 이를 획정 하되, 구(자치구를 포함한다)·시(구가 설치되지 아니한 시를 말한다)·군(이하 “구·시·군”이라 한다)의 일부를 분할하여 다른 국회의원지역구에 속하게 하지 못한다. 다만, 제21조(국회의 의원정수) 제1항 후단의 요건을 갖추기 위하여 부득이한 경우에는 그러하지 아니하다.

② 국회의원지역구의 명칭과 그 구역은 별표 1과 같이 한다.

[별표 1] 국회의원지역선거구구역표(지역구 : 243) 중 용인시 및 군산시 부분

선거구명	선 거 구 역
용인시갑선거구	기흥읍, 포곡면, 모현면, 남사면, 이동면, 원삼면, 백암면, 양지면, 중앙동, 역삼동, 유림동, 동부동
용인시을선거구	구성읍, 풍덕천1동, 풍덕천2동, 죽전1동, 죽전2동, 동천동, 상현동, 성북동
군산시선거구	군산시 일원

[별표 2] 시·도의회의원지역선거구구역표(지역구 : 636) 중 용인시 및 군산시 부분

(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것)

선거구명	선 거 구 역

용인시제1선거구	포곡면, 모현면, 남사면, 이동면, 원삼면, 백암면, 양지면, 중앙동, 역삼동, 유림동, 동부동
용인시제2선거구	기흥읍
용인시제3선거구	구성읍, 죽전1동, 죽전2동
용인시제4선거구	풍덕천1동, 풍덕천2동, 동천동, 상현동, 성 북동
군산시제1선거구	임피면, 서수면, 대야면, 개정면, 성산면, 나포면, 중앙동, 중미동, 홍남동, 조촌동, 경암동, 구암동, 개정동, 수송동, 나운2동

(2006. 3. 2. 법률 제7850호로 개정된 것)

선거구명	선 거 구 역
용인시제1선거구	포곡읍, 모현면, 남사면, 이동면, 원삼면, 백암면, 양지면, 중앙동, 역삼동, 유림동, 동부동

용인시 제2선거구	신갈동, 구갈동, 상갈동, 기흥동, 서농동
용인시 제3선거구	구성동, 마북동, 어정동, 보정동, 죽전1동, 죽전2동
용인시 제4선거구	풍덕천1동, 풍덕천2동, 신봉동, 동천동, 상현1동, 상현2동, 성북동

2. 청구인들의 주장 및 이해관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 2005헌마985 사건

2005. 8. 31. 현재, 이 사건 선거구구역표상 용인시 각 선거구의 인구는 199,503명, 126,896명, 170,369명, 195,723명으로서 평균 173,123명이고, 전국 선거구의 평균인구수 75,934명(2005년 말 추정 총인구 48,294,143명÷총선거구 636개)과 비교하여 약 +128%의 편차를 보이고 있으며, 경기도 내 최소선거구인 연천군 선거구의 평균인구수 23,885명과 대비하여 약 7:1(제1선거구의 경우 최대 8:1)의 편차를 보이고 있다. 이는 헌법재판소가 제시한 헌법합치적 인구편차기준인 선거구 평균인구수의 상하 편차 50% 및 4:1의 편차를 넘어서는 것이다.

따라서 법 제26조 제1항에 의한 이 사건 선거구구역표의 선거구획정은 청구인들의 투표가치를 지나치게 과소평가한 것이어서 선거구획정에서의 국회의 재량권을 일탈한 것으로 평등선거원칙에 반할 뿐만 아니라, 청구인들에게 헌법상 보장된 평등권 및 선거권을 침해하는 것이다.

(2) 2005헌마1037 사건 및 2006헌마11 사건

2005. 8. 31. 현재 이 사건 선거구구역표상 군산시 제1선거구의 인구는 123,147명으로 전라북도 지역 전체 선거구의 평균인구수 55,665명(전라북도 총인구 1,892,590명÷총선거구 34개)보다 2배가 넘고, 무주군, 장수군 선거구의 평균인구수에 비해 약 10배를 초과하는 편

차를 보이고 있다.

따라서 법 제22조 제1항이 인구비례와 상관없이 자치구·시·군마다 지역구 시도의원을 2명씩 선출하도록 규정한 것(2005헌마1037)과 이 사건 선거구구역표상 전라북도 군산시 제1선거구를 획정한 것은 청구인들의 투표가치를 지나치게 과소평가하여 헌법상 보장된 평등권 및 선거권을 침해한 것이다(2005헌마1037, 2006헌마11).

나. 행정자치부장관의 의견

선거구의 획정에 있어서 최소선거구와 최대선거구의 인구수 비율은 그 나라의 독특한 정치·사회적 상황에 따라 적절하게 결정되어야 할 것인바, 우리 나라의 경우 급격한 산업화·도시화의 과정에서 도시와 농촌 간의 극심한 인구편차와 각 분야에 있어서의 개발 불균형을 나타내고 있는데, 투표의 등가성을 고려한다 하여 여러 측면에서 성격이 다른 지방의원지역선거구를 국회의원지역선거구와 동일 잣대로 엄격하게 인구비례만을 기준으로 설정한다면, 이는 결과적으로 인구가 적은 농촌지역과 저개발지역을 더욱 소외시키고 그 지역대표성을 박탈하는 결과를 유발하게 되며 나아가 정치적 불안정을 초래할 우려가 있으므로 국회의원선거구에서보다 완화된 인구편차기준이 필요하다.

제4회 전국동시지방선거가 2006. 5. 31.로 임박해 있는 상황에서 투표등가의 원칙을 그대로 관철시키고자 이 사건 선거구구역표를 위헌이라고 결정한다면, 위 지방선거를 정해진 날짜에 치루는 것이 사실상 불가능하게 되므로, 선거구 사이의 인구편차가 위헌기준을 초과한다 할지라도 국회의원 선거구 개정 시까지 이를 잠정적으로 수용하는 것이 타당하다.

3. 적법요건에 관한 판단

이 사건 심판청구에 있어 아래 부분을 제외한 나머지 적법요건, 즉 법적 관련성, 보충성, 청구기간에는 별다른 문제가 없으므로, 법 제22조 제1항 부분의 직접성, 권리보호이익에 대하여만 판단하기로 한다.

가. 법 제22조 제1항 부분의 직접성

법 제22조 제1항은 시·도의회 의원정수(議員定數)를 규정하고 있을 뿐 주민들이 거주하는 개별적인 지역선거구를 직접 획정하고 있지는 않으므로, 청구인들의 기본권을 직접 침해할 가능성은 없다고 할 것이다. 그러나 법 제22조 제1항은 자치구·시·군의 인구규모를 고려하지 않은 채 행정구역 혹은 국회의원지역선거구를 기준으로 하여 일률적으로 시·도의원 정수를 2인으로 배분하고 있는바, 이 사건 선거구구역표 부분에서 나타나는

인구편차에 의한 투표가치의 불평등의 문제는 이 법률조항에 의해 시원적(始原的)으로 발생된다고 볼 수 있다.

그렇다면 법 제22조 제1항은 비록 기본권침해의 직접성이 결여되어 있다고 하더라도, 그 위헌성 여부가 적법하게 심판대상이 되어 있는 이 사건 선거구구역표 부분에 영향을 미치게 되므로 직권으로 그 위헌성을 심사할 수 있다고 할 것이다.

나. 권리보호이익

헌법소원은 심판청구 당시에 기본권의 침해가 있었다 할지라도 결정 당시 이미 그 침해 상태가 종료되었다면 심판청구는 권리보호의 이익이 없음이 원칙이다(헌재 1997. 3. 27. 93헌마251, 판례집 9-1, 366, 370 ; 헌재 1997. 6. 26. 96헌마89, 판례집 9-1, 674, 678-679).

청구인들은 2006. 5. 31. 실시예정이었던 도의원선거와 관련하여 해당 선거구에서의 헌법상 허용된 인구편차기준을 초과한 투표가치의 불평등을 시정하려는 목적으로 이 사건 심판청구를 하였으나 이미 위 선거가 종료되었으므로, 위 법률조항 및 이 사건 선거구구역표 부분에 의한 주관적인 기본권의 침해상태는 종료되었다고 볼 수 있다.

그러나 헌법소원제도는 청구인들 자신의 주관적인 기본권 구제를 위한 것일 뿐만 아니라, 객관적인 헌법질서의 수호·유지를 위한 제도이므로, 가사 이 사건 심판청구에 의한 결정이 청구인들의 주관적 권리구제에는 도움이 되지 아니한다 하더라도 헌법질서의 수호·유지를 위하여 그에 대한 헌법적 해명이 긴요하거나 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있는 등의 경우에는 예외적으로 심판청구의 이익을 인정하여 이미 종료된 침해행위가 위헌이었음을 확인할 필요가 있다는 것이 우리 재판소의 판례이다(헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 56-57 ; 헌재 1995. 7. 21. 92헌마177등, 판례집 7-2, 112, 120 ; 헌재 1995. 11. 30. 94헌마97, 판례집 7-2, 677, 688-689 ; 헌재 1997. 6. 26. 96헌마89, 판례집 9-1, 674, 679 ; 헌재 1997. 11. 27. 94헌마60, 판례집 9-2, 675, 688 참조).

따라서 이 사건 심판청구는 해당 선거구에서의 헌법상 허용된 인구편차기준을 초과하여 국민들의 평등권과 선거권을 침해하는지 여부를 가리는 헌법적으로 해명할 필요가 있는 중요한 사안일 뿐만 아니라 앞으로도 계속 반복될 수 있는 성질의 것이므로 본안에 나아가 판단하기로 한다.

4. 본안에 관한 판단

가. 쟁점의 정리 및 제한되는 기본권

(1) 법 제22조 제1항은 지역구·시·도의원정수는 그 관할구역 안의 자치구·시·군마다 2인으로 정하고, 하나의 자치구·시·군이 2 이상의 국회의원지역선거구로 된 경우에는 국회의원지역선거구마다 2인으로 정하도록 규정하고 있다. 그리고 법 제22조 제1항에 규정된 자치구·시·군 또는 국회의원지역선거구별 지역 시·도의원 정수를 선출하기 위하여, 법 제26조 제1항은 인구·행정구역·지세·교통 기타 조건을 고려하여, 자치구·시·군 또는 국회의원지역구를 분할하여 1인의 의원을 선출하는 지역선거구를 확정하고 있으며, 그 시·도의원지역구의 명칭과 관할구역은 이 사건 선거구구역표와 같이 정하고 있다.

그런데 이 사건 선거구구역표로 확정된 시·도의회의원 지역선거구들 간에는 뒤에서 보는 바와 같이 상당한 인구수의 편차가 존재하고 있는바, 이와 같은 선거구구역표상 인구 편차는 투표가치의 불평등, 즉 인구가 많은 선거구에 거주하는 선거권자는 상대적으로 인구가 적은 선거구에 거주하는 선거권자에 비하여 지방의회의원선거에서 자신들의 투표가치가 과소평가되는 결과를 초래하고 있으므로, 이러한 투표가치의 불평등이 헌법상 보장된 평등권과 선거권을 침해하는지가 문제된다. 말하자면 법 제26조 제1항에 의해 확정된 이 사건 선거구구역표 중 해당 부분 및 근원적으로는 법 제22조 제1항이 청구인들의 투표가치를 과소평가하여 헌법상 보장된 선거권이나 평등권을 침해하여 위헌인지 여부가 쟁점이 된다.

(2) 2006헌마11 사건의 청구인은 이 사건 선거구구역표에 의한 선거구확정이 심각한 인구 편차를 고려하지 않아 투표가치의 불평등을 초래함으로써 자신의 평등권 외에 행복추구권도 침해한다고 주장한다. 그러나 헌법 제10조의 행복추구권은 다른 개별적 기본권이 적용되지 않는 경우에 한하여 보충적으로 적용되는 기본권이라할 것이므로, 이 사건에서 행복추구권에 앞서 적용되는 선거권이나 평등권의 침해 여부에 대해 판단하는 이상 따로 행복추구권 침해 여부를 판단할 필요는 없다고 할 것이다(헌재 2006. 3. 30. 2005헌마598, 공보 114, 576).

나. 시·도의회의원 지역선거구 확정에서의 헌법적 요청 사항

(1) 지방의회의원선거와 평등선거의 원칙

(가) 우리 헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”고 규정하고, 제24조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다.”고 규정하며, 제41조 제1항은 “국회는 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성한다.”고 규정함으로써 평등선거의 원칙을 선언하고 있다. 이러한 평등선거의 원칙은 평등의 원칙이 선거제도에 적용된 것으로서 투표의

수적(數的) 평등, 즉 1인 1표의 원칙(one person, one vote)과 투표의 성과가치(成果價値)의 평등, 즉 1표의 투표가치가 대표자선정이라는 선거의 결과에 대하여 기여한 정도에 있어서도 평등하여야 한다는 원칙(one vote, one value)을 그 내용으로 할 뿐만 아니라(헌재 1995. 12. 27. 95헌마224등, 판례집 7-2, 760, 771 ; 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92등, 판례집 13-2, 502, 509-510), 일정한 집단의 의사가 정치과정에서 반영될 수 없도록 차별적으로 선거구를 획정하는 이른바 ‘게리맨더링’에 대한 부정을 의미하기도 한다(헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92등, 판례집 13-2, 502, 510).

(나) 이러한 평등선거의 원칙은 헌법 제118조 제2항에서 규정하는 지방의회의원선거에 있어서도 그대로 적용된다고 할 것이며, 특히 지방자치법 제26조의2는 “지방의회의원은 주민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된다.”고 규정함으로써 이를 확인하고 있다.

무릇 지방자치제도는 일정한 지역을 단위로 일정한 지역의 주민이 그 지방주민의 복리에 관한 사무, 재산관리에 관한 사무, 기타 법령이 정하는 사무(헌법 제117조 제1항)를 그들 자신의 책임하에서 자신들이 선출한 기관을 통하여 직접 처리하게 함으로써 지방자치행정의 민주성과 능률성을 제고하고 지방의 균형있는 발전과 아울러 국가의 민주적 발전을 도모하는 제도이다(헌재 1991. 3. 11. 91헌마21, 판례집 3, 91, 99-100). 그런데 지방자치제도의 성공 여부는 주민들의 의사가 제대로 정치의사결정에 반영되는지 여부에 달려 있으므로, 지방의회의원선거에 있어 선거구의 획정은 선거결과가 가능한한 주민의 의사를 바르게 반영할 수 있도록 마련되어야 한다. 따라서 주민의 대표자를 선출하는 절차로서 지방의회의원선거에 있어서 선거권의 평등이 침해된다면 주민의 의사가 왜곡되는 결과가 되고 이로 인하여 지방자치 민주주의의 본질과 정당성이 훼손된다고 할 것이다(헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92등, 판례집 13-2, 502, 509 참조).

(2) 지방의회의원 선거구획정에 관한 입법재량과 그 한계

우리 헌법 제118조 제2항은 “지방의회의 조직·권한·의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다.”고 규정함으로써 지방의회의원 선거제도와 선거구획정에 관한 구체적인 결정을 국회에 맡기고 있다. 즉 국회는 지방의회의원 선거구를 획정함에 있어서 투표가치 평등의 원칙을 고려한 선거구 간의 인구의 균형뿐만 아니라, 우리 나라의 행정구역, 지세, 교통사정, 생활권 내지 역사적, 전통적 일체감 등 여러 가지 정책적·기술적 요소를 고려할 수 있는 폭넓은 입법형성의 자유를 가진다고 할 것이다. 이에 따라 공직선거법은 시·도의회 의원정수에 관하여 제22조 제1항에서 “지역구시·도의원정수는 그 관할구역 안의 자치구·시·군(하나의 자치구·시·군이 2 이상의 국회의원지역선거구로 된 경우에는 국회의원지역선거구를 말하며, 행정구역의 변경으로 국회의원지역선거구와 행정구역이 합치되지 아니하게 된 때에는 행

정구역을 말한다)마다 2인으로 한다.”고 규정하고, 지방의회의원선거구의 획정에 관하여 제26조 제1항에서 “시·도의회의원지역선거구(이하 “시·도의원지역구”라 한다)는 인구·행정구역·지세·교통 기타 조건을 고려하여 자치구·시·군(하나의 자치구·시·군이 2 이상의 국회의원지역구로 된 경우에는 국회의원지역구를 말하며, 행정구역의 변경으로 국회의원지역구와 행정구역이 합치되지 아니하게 된 때에는 행정구역을 말한다)을 분할하여 이를 확정하되, 하나의 시·도의원지역구에서 선출할 지역구시·도의원정수는 1인으로 하며, 그 시·도의원지역구의 명칭과 관할구역은 별표 2와 같이 한다.”고 규정함으로써 이러한 취지를 반영하고 있다.

그러나 지방의회의원 선거구획정에 관하여 국회의 광범한 재량이 인정된다고 하여도, 선거구획정이 헌법적 통제로부터 자유로울 수는 없으므로, 그 재량에는 평등선거의 실현이라는 헌법적 한계가 존재한다. 즉, 선거구획정에 있어서 인구비례원칙에 의한 투표가치의 평등은 헌법적 요청으로서 다른 요소에 비하여 기본적으로 일차적인 기준이기 때문에, 합리적 이유 없이 투표가치의 평등을 침해하는 선거구획정은 자의적인 것으로서 헌법에 위반된다고 할 것이다.

그러므로 국회가 실시한 구체적인 선거구획정에서 투표가치의 불평등이 발생한 경우에, 이러한 불평등이 여러 가지 비인구적 요소를 모두 참작한다고 하더라도 합리적이라고 판단할 수 없을 경우에는 국회의 입법재량을 일탈한 것으로서 헌법에 위반된다고 할 것이다(헌재 1995. 12. 27. 95헌마224등, 판례집 7-2, 760, 773 ; 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92 등, 판례집 13-2, 502, 511).

(3) 시·도의회의원 선거구획정에서의 고려요소

선거권의 평등은 투표가치의 평등을 의미하므로 시·도의회의원 선거구획정에 있어서도 인구비례원칙에 의한 투표가치의 평등은 가장 중요하고도 우선적인, 일차적인 기준으로 고려되어야 한다. 다만 시·도의원이 지방 주민 전체의 대표이기는 하나 지역대표성도 겸하고 있고, 급격한 산업화·도시화의 과정에서 인구의 도시집중으로 인하여 발생한 도시와 농어촌 간의 인구편차와 각 분야에 있어서의 개발불균형이 존재하는 우리나라의 특수성 등을 고려할 때, 시·도의원 지역구 선거구획정에 있어서는 행정구역 등도 인구비례원칙에 못지않게 함께 고려해야 할 필요성도 크다고 할 것이다.

그렇다면 시·도의회의원 선거구획정에 있어서는 인구비례의 원칙 이외에 행정구역, 지세, 교통 등 2차적 요소들을 적절하게 고려하여 선거구들 사이에 인구비례에 의한 투표가치 평등의 원칙을 완화하고, 이를 통해서 합리적인 인구편차기준을 설정하는 것이 과제라고 할 것이다.

다. 이 사건 선거구구역표의 위헌 여부

(1) 국회의원지역선거구 인구편차 기준에 관한 헌법재판소의 판례

(가) 우리 재판소는 선거구획정에 따른 선거구 간의 인구편차가 처음으로 헌법상의 문제로 제기된 사건(헌재 1995. 12. 27. 95헌마224등)에 대한 결정에서 당시 심판의 대상이 된 국회의원지역선거구구역표를 위헌이라고 선언하면서, 선거구획정 시 인구편차의 허용범위에 관하여 다음과 같은 기준을 제시한 바 있다(판례집 7-2, 760, 777-788).

즉 재판관 김용준, 김진우, 김문희, 황도연, 신창언 등 5인의 재판관은, 우리 나라의 제반 여건 아래에서는 적어도 국회의원의 선거에 관한 한, 전국 선거구의 평균인구수(전국의 인구수를 선거구수로 나눈 수치)에 그 100분의 60을 더하거나 뺀 수를 넘거나 미달하는(즉, 상하 60%의 편차를 초과하는) 선거구가 있을 경우에는, 그러한 선거구의 획정은 국회의 합리적 재량의 범위를 일탈한 것으로서 헌법에 위반된다고 하였고, 재판관 이재화, 조승형, 정경식, 고중석 등 4인의 재판관은 도시 유형의 선거구와 농어촌 유형의 선거구를 따로 나누어 전국 선거구의 평균인구수에서 그 상하 60%의 편차를 초과함과 동시에 같은 유형의 선거구 평균인구수에서 그 상하 50%의 편차를 초과하는 선거구의 획정은 국회의 입법형성의 재량범위를 일탈하는 것으로서 헌법에 위반된다고 하였다.

한편, 재판관 김문희, 황도연, 신창언 등 3인의 재판관은 위 5인 의견에 대한 보충의견에서 국회는 현재의 국회의원지역선거구 간의 인구불균형에 대하여 스스로 이를 시정하기 위한 필요하고도 합리적인 기간 안에 최대선거구의 인구가 최소선거구 인구의 2배를 넘지 아니하는 수준으로 조정함이 마땅하며, 국회가 그 시정을 하기 위한 합리적인 기간이 지난 뒤에는 최대·최소 선거구 간의 인구편차를 2:1 미만의 기준에 따라 위헌 여부를 판단하여야 할 것이라고 하였고, 위 5인 의견에 대한 재판관 김진우의 보충의견에서도 앞으로는 투표가치의 비율이 2:1 미만이 되도록 조정되어야 한다는 점을 지적하고 있다.

(나) 그 후 우리 재판소는 선거구획정에 따른 선거구 간의 인구편차가 다시 문제된 사건(헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92등)에 대한 결정에서 당시 심판의 대상이 된 국회의원지역선거구구역표를 헌법에 합치되지 아니한다고 선언하면서, 선거구획정 시 인구편차의 허용범위에 관하여 다음과 같은 기준을 제시한 바 있다(판례집 13-2, 502, 513-516).

즉 재판관 윤영철, 김영일, 권 성, 김효종, 김경일, 송인준, 주선회 등 7인의 재판관은, 인구편차의 허용한계에 관한 다양한 견해 중 현시점에서 선택가능한 방안으로 상하 33 1/3% 편차(이 경우 상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 2:1)를 기준으로 하는 방안, 또는 상하 50% 편차(이 경우 상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 3:1)를 기준으로 하는 방안이 고려될 수 있는데, 이 중 상하 33 1/3% 편차 기준에 의할 때 행정구역 및 국회의원정수를 비롯한 인구비례의 원칙 이외의 요소를 고려함에 있어 적지 않은 난점이 예상

되므로, 우리 재판소가 선거구획정에 따른 선거구 간의 인구편차의 문제를 다루기 시작하지 겨우 5년여가 지난 현재의 시점에서 너무 이상에 치우친 나머지 현실적인 문제를 전적으로 도외시하기는 어렵다고 할 것이어서, 이번에는 평균인구수 기준 상하 50%의 편차를 기준으로 위헌 여부를 판단하기로 하나 앞으로 상당한 기간이 지난 후에는 인구편차가 상하 33 1/3% 또는 그 미만의 기준에 따라 위헌 여부를 판단하여야 할 것이라고 하였다.

한편, 재판관 한대현, 하경철 등 2인의 재판관은 반대의견에서, 우리 재판소가 1995. 12. 27. 선고한 위 95헌마224등 결정의 취지에 의하면 적어도 어떤 선거구가 전국 선거구의 평균인구수를 기준으로 상하 60%의 편차를 초과하지 아니하는 한 그 선거구는 헌법에 위반되는 것으로 볼 수 없다고 할 것인데, 2000. 3. 22. 현재 “경기 안양시 동안구 선거구”의 인구수는 328,383명으로서 당시 전국 선거구의 평균인구수 208,917명을 기준으로 +57%의 편차를 보이고 있으므로, 위 결정에서 제시한 기준에 의할 때 위 선거구가 헌법에 위반된다고 할 수는 없다고 하였다.

(2) 지방의회의원 지역선거구 인구편차에 관한 외국 입법례와 판례

미국 연방대법원은 연방하원의 경우와 주(州)의회의원의 경우에 그 기준을 달리하여 연방하원의 의원정수배분에 관하여는 매우 엄격한 기준을 적용하고 있으나, 주(州)의회의원의 의원정수배분에 관하여는 평등의 원칙을 적용하되 상대적으로 관대하여 선거구 평균인구수로부터 상하 10% 미만의 편차는 일응 합헌인 것으로 보고 있다. 일본 최고재판소는 중의원의원선거의 경우에는 최대선거구와 최소선거구의 인구비율 3:1 정도를 선거권평등 위반 여부를 기준으로 삼고 있으나, 참의원의 경우에는 이보다 더 기준을 완화하여 심지어 5.85:1의 인구불균형도 위헌의 정도에는 이르지 아니한다고 판시하고 있다. 1996. 11. 15. 개정된 독일연방선거법 제3조 제1항 제3호는 선거구획정 시 준수하여야 할 원칙의 하나로서 “한 선거구의 인구수가 선거구의 평균인구수로부터 상하 각 100분의 15를 초과하는 편차를 보여서는 아니되며, 편차가 100분의 25를 초과한다면 새로운 선거구획정이 이루어져야 한다.”고 규정하고 있는데, 이는 원칙적으로 상하 편차 25%를 허용한도로 하되, 상하 편차 33 1/3%는 반드시 준수해야 한다는 종전규정보다 엄격한 것이라 할 수 있으며, 이와 같이 연방선거법이 개정되기 전에 연방헌법재판소는 선거구의 인구편차가 선거구의 평균인구수로부터 위, 아래로 그 33 1/3%를 초과하는 경우에는 위헌이라고 선언하고 있다.

(3) 시·도의회의원 지역선거구 간 인구편차의 허용기준

이상에서 살펴본 외국입법례와 판례 및 여러 가지 요소들을 기본으로 하여, 시·도의회의

원 지역선거구 간에 인정되는 인구편차기준을 살펴보기로 한다.

(가) 우선 인구편차의 허용기준에 관하여, 최소선거구의 인구수를 기준으로 할 것인가 아니면 시·도 선거구의 평균인구수를 기준으로 할 것인가가 문제된다. 우리 재판소는 국회의원지역선거구구역표에 관한 95헌마224등 결정에서 독일연방선거법의 규정이나 독일연방헌법재판소의 판시기준 및 당시 중앙선거관리위원회의 의견 등의 예에 따라 전국 선거구의 평균인구수를 기준으로 하여 인구편차의 허용기준을 제시하였으므로, 여기서도 시·도 선거구의 평균인구수를 기준으로 한다.

(나) 한편 구체적으로 선거구획정에 있어 입법재량의 한계, 즉 헌법상 용인되는 각 선거구 사이의 인구편차의 한계를 어디까지 용인할 것인가는 인구비례의 원칙 이외에 고려되어야 할 2차적 요소들을 얼마나 고려하여 선거구 사이의 인구비례에 의한 투표가치 평등의 원칙을 완화할 것이냐의 문제이다. 지금까지 앞에서 살펴본 여러 가지 사정을 종합하여 보건대, 인구편차의 허용한계에 관한 다양한 견해 중 인구편차가 상하 33 1/3% 편차(이 경우 상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 2:1)를 기준으로 하는 방안, 상하 50% 편차(이 경우 상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 3:1)를 기준으로 하는 방안, 상하 60% 편차(이 경우 상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 4:1)를 기준으로 하는 방안 등이 고려될 수 있다.

우선 상하 33 1/3% 편차를 기준으로 하는 방안은 시·도의원 지역선거구를 획정함에 있어 인구 이외의 다른 요소도 고려하여 배분할 수 있지만 적어도 투표가치를 한 사람에게 두 사람 몫 이상이 되게 해서는 아니 된다는 평등의 원칙이 지켜져야 하는 것으로서, 원칙적으로 지역선거구 획정에 따른 선거구 간의 인구의 편차는 최대선거구의 인구가 최소선거구의 인구 2배를 넘지 않도록 조정해야 한다는 것이다. 그러나 이 방안은 선거권 평등의 이상(理想)에 보다 접근하는 안이지만, 우리 나라의 현실에서 인구비례의 원칙 이외의 요소인 행정구역 내지 지역대표성 등을 제대로 고려할 수 없어서 현실적인 방안이 될 수 없다고 할 것이다.

다음으로 상하 50% 편차를 기준으로 하는 방안은 최다인구선거구와 최소인구선거구의 투표가치의 비율은 제1차적 고려사항인 인구비례를 기준으로 볼 때의 등가의 한계인 2:1의 비율에 그 50%를 가산한 3:1 미만이 되어야 한다는 것으로서, 제2차적 고려요소인 행정구역 및 도농 간의 차이 등 지역의 특수성 등을 선거구획정에 반영하여야 한다고 하여도, 전국에서 최다인구선거구와 최소인구선거구의 투표가치의 비율이 3:1의 비율을 넘어 위 2:1의 두 배나 되는 4:1의 비율에 근접한다면, 이는 제1차적 고려요소보다 제2차적 고려요소가 더 중시된 결과라고 보여지고, 각 유권자의 투표가치를 합리적 이유 없이 차별하는 것이 된다는 것이다. 그러나 이 방안은 시·도의원 선거구획정 시 인구비례의 원칙 이외의 2차적인 요소인 행정구역, 지역대표성 등을 보다 폭넓게 고려할 수 있어서

상당히 진전된 현실적인 방안이라고 할 수 있으나, 우리 나라가 처한 특수한 사정에 비추어 볼 때 행정구역 내지 지역대표성 등의 2차적인 요소들을 충분히 고려하고 있다고 볼 수 없다.

끝으로 상하 60% 편차를 기준으로 하는 방안은 선거구획정에 있어 각 시·도 선거구의 평균인구수에 100분의 60을 더하거나 뺀 수를 넘거나 미달하는(즉, 상하 60%의 편차를 초과하는) 선거구가 있을 경우에는 그러한 선거구의 획정은 국회의 합리적 재량의 범위를 이탈한 것으로서 헌법에 위반된다고 보는 것이다.

단순한 논리적 법리만으로 선거구획정의 위헌 여부를 결정하는 기준을 정한다면, 적어도 최대선거구의 인구수가 최소선거구의 인구수의 2배를 넘을 경우에는 평등의 원칙에 반하는 것으로서 위헌이라고 볼 여지도 있으나, 시·도의원 지역선거구의 획정에는 인구 외에 행정구역·지세·교통 등 여러 가지 조건을 고려하여야 하므로, 그 기준은 선거구 획정에 있어서 투표가치의 평등으로서 가장 중요한 요소인 인구비례의 원칙과 우리 나라의 특수사정으로서 시·도의원의 지역대표성 및 인구의 도시집중으로 인한 도시와 농어촌 간의 극심한 인구편차 등 3개의 요소를 합리적으로 참작하여 결정되어야 할 것이다. 선거구의 획정에 있어서는 인구비례의 원칙이 가장 중요하고 기본적인 기준이며, 평등선거의 원칙을 엄격히 적용하는 경우에는 적어도 최대선거구의 인구수가 최소선거구의 인구수의 2배 이상인 때에는 위헌이라고 한다면, 그 여타의 제2차적 고려요소를 아무리 크게 고려한다고 하더라도 그 갑절인 4배를 넘는 경우 즉 최대선거구와 최소선거구의 인구비율이 4:1을 넘는 경우에는 헌법합치적 설명이 불가능할 것이고, 이를 각 시·도 선거구의 평균인구수를 기준으로 하여 그 상하의 편차를 계산하면 그 평균인구수의 상하 60%의 편차가 되므로, 이를 기준으로 하는 것은 상당한 정도의 합리성을 가지고 있다고 할 것이다. 즉 이 방안은 시·도의원 선거구획정에 있어서는 제1차적인 기준인 인구비례 기준뿐만 아니라 행정구역 내지 지역대표성 및 도시와 농촌의 극심한 인구편차 등의 요소를 조화롭게 고려할 수 있는 방안이라고 할 것이며, 우리 나라의 특수한 사정을 가장 잘 반영할 수 있어서 가장 현실적인 방안이라고 할 수 있다.

또 외국 입법례와 확립된 판례에서 본 바와 같이, 미국 연방대법원은 연방하원의 의원정수배분과는 달리 주의회의원의 의원정수배분에 관하여는 상대적으로 관대한 기준을 적용하고 있고, 일본 최고재판소도 중의원의 경우에는 최대선거구와 최소선거구의 인구비율 3:1을 헌법상 선거권평등 위반 여부 기준으로 삼고 있으나, 참의원의 경우에는 이보다 기준을 완화하여 심지어 5.85:1의 인구불균형도 합헌으로 판시하고 있는 점 등에 비추어 보고, 특히 우리 나라의 각 자치구·시·군이 가지는 역사적·문화적·경제적인 측면에서의 지역대표성을 반영하고 농촌과 도시 사이에 극심한 인구격차가 존재하고 있다는 특수한 사정을 고려할 때, 시·도의원지역선거구 획정에서는 국회의원지역선거구 획정에서 요구되는 기준보다 더 완화된 인구편차 허용기준을 적용하는 것이 타당하다고 할 것이다.

따라서 현시점에서는 상하 60%의 인구편차(이 경우 상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 4:1) 기준을 시·도의원지역선거구 획정에서 헌법상 허용되는 인구편차기준으로 삼는 것이 가장 적절하다고 할 것이다.

(4) 이 사건 선거구란들이 헌법상 허용된 인구편차기준에 위배되는지 여부

(가) 이 사건 선거구구역표의 선거구별 인구편차

2005. 8. 4. 공직선거법이 개정되어 이 사건 선거구구역표가 확정될 당시에 기초로 하였던 2005. 4. 30.자 전국인구를 기준으로 하여 경기도 및 전라북도의회의원 지역 선거구별 인구편차를 분석하여 보면, 다음과 같다[행정자치부가 국회에 참고자료로 제출한 광역의원 선거구별 인구현황(2005. 4. 30. 기준) 참조].

1) 경기도의 경우

경기도 내 최소선거구는 연천군 제1선거구로서 그 인구수(엄밀하게는 선거인수를 기준으로 하여야 할 것이나, 선거인수와 인구수는 대체로 비례한다고 볼 수 있으므로, 이하 모두 ‘인구수’를 기준으로 설명한다)는 19,885명인데 비하여, 청구인들(2005헌마985)이 거주하는 용인시 제1선거구의 인구수는 197,810명으로(최대선거구이기도 함) 최소선거구 대비 10배, 용인시 제2선거구의 인구수는 123,928명으로 최소선거구 대비 6배, 용인시 제3선거구의 인구수는 163,295명으로 최소선거구 대비 8배, 용인시 제4선거구의 인구수는 192,918명으로 최소선거구 대비 10배에 이르고 있다.

또한 경기도 선거구의 평균인구수는 97,279명(경기도 인구수 10,506,160명÷선거구수 108개)으로서, 청구인들이 거주하는 용인시 제1선거구는 이로부터 +103%의, 용인시 제2선거구는 이로부터 +27%의, 용인시 제3선거구는 이로부터 +68%, 용인시 제4선거구는 이로부터 +98%의 편차를 보이고 있다.

한편 경기도 선거구 평균인구수로부터 상하 60% 이상(이 경우 상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 4:1이다)의 편차를 보이는 선거구는 모두 15개(하한 기준으로는 8개)이고, 상하 50% 이상(이 경우 상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 3:1이다) 60% 미만의 편차를 보이는 선거구는 2개(하한 기준으로는 1개)이다.

2) 전라북도의 경우

전라북도 내 최소선거구는 진안군 제2선거구로서 그 인구수는 10,618명인데 비하여, 최대 선거구인 군산시 제2선거구의 인구수는 141,153명으로 최소선거구 대비 13배, 청구인들(2005헌마1037, 2006헌마11)이 거주하는 군산시 제1선거구의 인구수는 123,331명으로 최소

선거구 대비 11배에 이르고 있다.

또한 전라북도 선거구의 평균인구수는 55,816명(전라북도 인구수 1,897,738명÷선거구수 34개)으로서, 청구인들이 거주하는 군산시 제1선거구는 이로부터 +121%의 편차를 보이고 있다.

한편 전라북도 선거구 평균인구수로부터 상하 60% 이상의 편차를 보이는 선거구는 모두 16개(하한 기준으로는 10개)이고, 상하 50% 이상 60% 미만의 편차를 보이는 선거구는 4개(하한 기준으로는 1개)이다.

(나) 이 사건 선거구란들이 헌법상 허용되는 인구편차기준에 합치되는지 여부

앞서 본 바와 같이, 이 사건 선거구구역표 중 용인시 제1선거구의 인구수는 경기도 최소 선거구의 인구수 대비 10배, 선거구 평균인구수로부터 +103%의 편차, 용인시 제3선거구의 인구수는 경기도 최소선거구의 인구수 대비 8배, 선거구 평균인구수로부터 +68%의 편차, 용인시 제4선거구의 인구수는 경기도 최소선거구의 인구수 대비 10배, 선거구 평균인구수로부터 +98%의 편차를 각각 보이고 있고, 군산시 제1선거구의 인구수는 전라북도 최소선거구의 인구수 대비 11배, 선거구 평균인구수로부터 +121%의 편차를 보이고 있는바, 이 사건 선거구구역표 중 용인시 제2선거구를 제외한 이 사건 선거구란들의 인구수는 헌법상 인구편차 허용기준인 상하 60%의 편차를 넘어서는 것이어서, 이러한 인구편차를 통해서 발생한 투표가치의 불평등은 합리적 사유에 의하여 정당화될 수 없다고 할 것이다.

따라서 용인시 제2선거구를 제외한 이 사건 선거구란들의 획정은 시·도의회의원지역선거구 획정에서 헌법상 허용되는 국회의 재량 범위를 일탈한 것으로서 해당 선거구에 거주하는 청구인들의 헌법상 보장된 선거권과 평등권을 침해하는 것이 분명하다.

그러나 용인시 제2선거구의 인구수는 경기도 최소선거구의 인구수와 대비하여 6배에 해당할 뿐 경기도 선거구 평균인구수로부터 +27%의 편차를 보이는데 불과하여 이러한 선거구의 획정이 헌법상 허용되는 국회의 재량 범위를 명백히 일탈한 것이라고 단정하기 어려우므로, 위 선거구에 거주하는 청구인들의 선거권이나 평등권을 침해한다고 보기 어렵다 할 것이다.

(5) 선거구구역표의 가분성 여부와 위헌선언의 범위

청구인들의 헌법상 보장된 평등권 및 선거권을 침해하는 것은 이 사건 선거구구역표 중 “용인시 제1선거구, 제3선거구, 제4선거구 및 군산시 제1선거구란”에 관한 부분이지만, 이 사건 선거구구역표 중 경기도의회의원 지역선거구들 부분과, 전라북도의회의원 지역선거구들 부분 전부에 관하여 위헌선언을 할 것인지 여부, 즉 선거구구역표를 가분적으로 취

급할 수 있는지 여부의 문제가 있다.

그런데 각 시·도 내의 의회의원 지역선거구들은 각 선거구가 서로 유기적으로 관련을 가짐으로써 한 부분에서의 변동은 다른 부분에도 연쇄적으로 영향을 미치는 성질을 가지며, 이러한 의미에서 각 시·도에 해당하는 선거구구역표는 전체가 불가분의 일체를 이루는 것으로서 어느 한 부분에 위헌적인 요소가 있다면 각 시·도에 해당하는 선거구구역표 전체가 위헌의 하자를 떠는 것이라고 보아야 할 뿐만 아니라, 제소된 당해 선거구에 대하여만 인구과다를 이유로 위헌선언을 할 경우에는 헌법소원 제소기간의 적용 때문에 제소된 선거구보다 인구의 불균형이 더 심한 선거구의 선거구획정이 그대로 효력을 유지하게 되는 불공평한 결과를 초래할 수도 있으므로, 일부 선거구의 선거구획정에 위헌성이 있다면 각 시·도에 해당하는 선거구구역표 전부에 관하여 위헌선언을 하는 것이 타당하다고 할 것이다(헌재 1995. 12. 27. 95헌마224등, 판례집 7-2, 760, 789-791 ; 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92등, 판례집 13-2, 502, 518-519 참조).

따라서 이 사건 선거구구역표 중 경기도의회의원 지역선거구들 부분과 전라북도의회의원 지역선거구들 부분 전체에 대하여 위헌선언을 하는 것이 상당하다.

라. 법 제22조 제1항의 위헌 여부

(1) 시·도의회 의원정수의 산정 및 배분에 관한 문제

법 제22조 제1항에 의하면, 지역구 시·도의회 의원정수는 그 관할구역 안의 자치구·시·군마다 2인으로 하고, 하나의 자치구·시·군이 2 이상의 국회의원지역선거구로 된 경우에는 국회의원지역선거구마다 2인으로 하도록 규정하고 있다. 즉 시·도의회 의원정수를 원칙적으로 각 행정구역 또는 각 국회의원지역선거구를 기준으로 2인으로 배분하고 있다.

그런데 전국 자치구·시·군은 관할구역 안의 인구규모에 관계없이, 즉 인구수가 많은 적은 상관없이 일률적으로 2인의 의원정수를 배분받기 때문에 인구편차에 의한 투표가치 불평등의 문제가 발생하게 된다(예컨대, 경기도의 경우 연천군이 전체 인구 48,237명임에도 2인의 도의원이 배정됨에 반하여, 화성시는 전체 인구 283,777명임에도 마찬가지로 2인의 도의원만이 배정되고 있다).

물론 각 자치구·시·군의 인구가 많아 하나의 자치구·시·군이 2 이상의 국회의원지역선거구로 분리된 경우에는 각 국회의원지역선거구마다 2인의 시·도의원이 배분되고 있어서 어느 정도 인구비례 기준을 가미하고 있다고 볼 여지도 없지 않다(예컨대, 경기도 용인시의 경우 전체 인구가 677,951명에 달하고 2개의 국회의원지역선거구로 분리되어 각

2인의 도의원으로 배분되기 때문에 용인시 전체로는 시·도의원 정수가 4인으로 배분되는 셈이다). 그러나 국회의원지역선거구수만을 기준으로 단순비교하면 인구규모별 시·도의원 배분의 편차는 더 심각하게 발생한다[예컨대 경기도 연천군(인구 48,237명)의 경우 인접한 포천시(인구 151,615명)와 함께 국회의원지역선거구 1개를 이루고 있으나, 포천시와 별도로 시·도의원 2인을 배분받고 있기 때문에, 국회의원지역선거구 약 0.5개당 2인, 인구 24,118명당 1인의 도의원이 선출되는 셈이다. 반면 경기도 용인시(인구 677,951명)의 경우 2개의 국회의원지역선거구로 나누어져 있어 시·도의원 4인이 배분되기 때문에, 국회의원지역선거구 1개당 2인, 인구 169,487명당 1인의 도의원만이 선출되는 셈이다].

또한 각 시·도 선거구 평균인구수와 대비해 보더라도 인구편차에 의한 투표가치 불평등의 문제는 마찬가지로 발생하게 된다. 예컨대 경기도 선거구 평균인구수 97,279명과 대비하여 연천군 제1선거구는 -80%, 연천군 제2선거구는 -71%의 편차를 보이는데 반하여, 용인시 제1선거구는 +103%, 용인시 제2선거구는 +27%, 용인시 제3선거구는 +68%, 용인시 제4선거구는 +98%의 편차를 보이고 있다. 특히 용인시의 경우 전체 인구 677,951명을 4개의 지역선거구로 균등하게 배분하더라도 선거구별 평균인구수는 169,487명($677,951 \div 4$)으로 경기도 선거구 평균인구수와 대비하여 +74%의 편차를 보이게 된다. 전라북도 군산시의 경우도 사정은 마찬가지인데, 전라북도 선거구 평균인구수 55,816명과 대비하여 군산시 제1선거구(인구 123,331명)는 +121%의, 군산시제2선거구(인구 141,153명)는 +153%의 편차를 보이고 있으며, 군산시 전체 인구 264,484명을 2개의 지역선거구로 균등하게 배분하더라도 선거구별 평균인구수는 132,242명($264,484 \div 2$)으로 전라북도 선거구 평균인구수와 대비하여 +136%의 편차를 보이게 된다.

결국 법 제22조 제1항이 시·도의회 지역구 의원정수의 산정과 배분에 있어 기본적으로 행정구역을 기준으로 시·도의원 정수를 일률적으로 정하고 있는 관계로, 시·도 내 최소 선거구 혹은 시·도 선거구 평균인구수와 대비한, 인구편차에 의한 투표가치의 불평등 상황은 불가피하게 발생할 수밖에 없다고 할 것이다.

(2) 시·도의회의원지역선거구 획정에 관한 문제

한편, 법 제22조 제1항에 의하여 책정된 자치구·시·군별 혹은 국회의원지역선거구별 지역구 시·도의원 2인을 선출하기 위하여, 법 제26조 제1항은 인구·행정구역·지세·교통 기타 조건을 고려하여 자치구·시·군 또는 국회의원지역구를 두 개로 분할하여 1인의 시·도의원을 선출하는 선거구를 확정하도록 규정하고 있다. 이에 따라 국회는 전국 시·도의원 지역선거구를 [별표 2] 시·도의회의원지역선거구구역표(이 사건 선거구구역표)와 같이 확정, 작성하고 있다.

그런데 지역구 시·도의원 정수가 각 자치구·시·군마다 2인으로 이미 정해져 있는 상황에서, 시·도회의의원지역선거구를 인구·행정구역·지세·교통 기타 조건을 고려하여 확정한다고 하더라도, 이러한 지역선거구 획정은 인구편차에 의한 투표가치의 불평등 상황을 해소하는 데에 일정한 한계가 있을 수밖에 없다. 대체로 인구비례 기준에 의하여 각 자치구·시·군이 두 개의 선거구로 분할, 확정되고 있으므로 동일한 자치구·시·군 내의 선거구 상호 간에는 비교적 인구편차에 의한 투표가치 불평등의 문제가 발생할 소지가 적으나, 특정한 자치구·시·군 내의 분할된 시·도의원 지역선거구와 다른 자치구·시·군 내의 분할된 시·도의원지역선거구 간에는 여전히 인구편차에 의한 투표가치의 불평등 문제점이 발생하게 된다. 즉, 행정구역별로 2인의 시·도의원 정수가 배분된 각 자치구·시·군이 다시 2개의 지역선거구로 분할됨으로써, 시·도의원 정수 산정 및 배분에서 발생한 인구편차상의 문제점(인구편차에 의한 투표가치의 불평등 상황)이 그대로 이전된다고 할 수 있다[예컨대, 경기 연천군(인구 48,237명)의 경우 2개의 지역선거구로 분할되어 제1선거구는 19,885명, 제2선거구는 28,352명으로 각 1인의 도의원이 선출되는데 반하여, 경기 용인시(인구 677,951명)의 경우 4개의 지역선거구로 분할되어 제1선거구는 197,810명, 제2선거구는 123,928명, 제3선거구는 163,295명, 제4선거구는 192,918명으로 각 1인의 도의원이 선출되는 셈이다].

결국 시·도회의의원지역선거구, 특히 이 사건 선거구구역표가 인구편차에 의한 투표가치 불평등의 문제를 야기하게 되는 것은 법 제22조 제1항이 인구비례가 아니라 행정구역(국회의원지역선거구)을 기준으로 지역구시·도의원정수를 정하는 데에 근본적인 원인이 있다고 할 것이다(게다가 관할구역 안의 자치구·시·군이 2 이상의 국회의원지역선거구로 된 경우 국회의원지역선거구마다 2인의 시·도의원을 배분하고 있지만, 자치구·시·군 상호 간에 인구편차가 큼에도 불구하고 국회의원지역선거구구역표가 그 인구편차를 제대로 반영하지 못하고 있는 경우에는 시·도의회 의원정수도 그에 따라 확정됨으로써 인구편차에 의한 투표가치의 불평등 상황은 그대로 재연될 수밖에 없다).

앞서 본 바와 같이, 경기도 용인시 제1선거구의 인구수가 197,810명으로 경기도 선거구 평균인구수 97,279명과 대비하여 +103%의, 경기도 내 최소선거구인 연천군 제1선거구 인구수 19,885명과 대비하여 10배에 달하는 편차가 있게 되는데, 이로 인한 투표가치 불평등의 문제도 결국 법 제22조 제1항이 인구비례가 아니라 행정구역을 기준으로 하여 지역선거구별 시·도의원정수를 정하는 데에 근본적인 원인이 있다고 할 것이며, 이러한 사정은 용인시 제3선거구, 제4선거구 및 군산시 제1선거구에서도 마찬가지라고 할 것이다.

그렇다면, 인구편차에 의한 투표가치의 불평등은 이 사건 선거구구역표 중 용인시 제1, 3, 4선거구 및 군산시 제1선거구 부분의 획정에서 뿐만 아니라 행정구역별로 시·도의원 정수를 2인으로 배분하고 있는 법 제22조 제1항에서 시원적(始原的)으로 생기고 있으며, 따

라서 이 사건 선거구구역표 중 해당 부분뿐만 아니라 법 제22조 제1항도 결과적으로 청구인들의 헌법상 보장된 선거권과 평등권을 침해한다고 할 것이다.

(3) 위헌선언의 구체적 범위와 방법

결국 이 사건 선거구구역표 중 해당 부분이 위헌이라고 하더라도 이에 단초를 제공하는, 즉 시·도의회 의원정수를 일률적으로 배분하고 있는 법 제22조 제1항에 대한 위헌선언 없이 선거구구역표만을 위헌선언하는 방법으로는 인구편차에 의한 투표가치 불평등이라는 위헌적 요소를 제거할 수 없게 된다.

그런데 법 제22조 제1항은 지역구 시·도의원정수를 행정구역 혹은 국회의원지역선거구마다 2인으로 정하고 있을 뿐이고, 다른 한편 헌법상 허용기준을 넘지 않는 인구편차 범위 내에서 선거구구역표를 획정하고 있는 지역선거구도 있는 관계로 그 범위 내에서 합헌적 부분도 함께 내포하고 있다고 볼 수 있다. 따라서 인구편차에 의한 투표가치의 불평등을 해소하기 위해 시·도의원 정수를 정하고 있는 이 법률조항을 어떠한 방향으로 개선하도록 할 것인지에 관해서 여러 가지 방안이 고려될 수 있다.

우선 시·도의회 의원정수를 2인 이상의 일정수로 규정하는 방법을 고려할 수 있으나, 이 경우에도 관할구역 내 최소선거구나 시·도 선거구 평균인구수와의 인구편차는 여전히 피할 수 없게 된다. 즉 시·도의회 의원정수를 자치구·시·군마다 일정수(예컨대 3인)로 정한다고 하더라도 개별 자치구·시·군마다 시·도의원정수가 같은 비율로 증가하기 때문에 시·도 내 최소선거구나 시·도 선거구 평균인구수와 비교할 때 인구편차에 의한 투표가치의 불평등 상황은 여전히 상존하게 된다.

또 자치구·시·군별로 배분되는 시·도의회 의원정수의 상한만(혹은 하한 포함)을 규정하는 방법을 고려할 수 있으나(예컨대 4인 이하, 혹은 2인 내지 6인), 이 경우 일단 인구 규모를 기준으로 자치구·시·군별 시·도의원 정수를 구체적으로 정하는 방법을 별도로 규정해야 하는 문제가 생기게 되며, 그 경우 사실상 아래의 방법과 비슷한 형태가 될 것이다.

다음으로 시·도의회 의원정수를 일정한 수로 규정하되 인구가 일정 범위를 넘는 경우 그 초과 부분에 대해 추가로 시·도의원을 더 배분하는 방법을 고려할 수 있다. 이미 1990. 12. 31. 법률 제4311호로 개정된 지방의회의원선거법 제13조 및 1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 공직선거및선거부정방지법 제22조의 의원정수 산정과 배분 방식이 그 한 예라고 할 수 있는데, 시·도의회의 의원정수는 그 관할구역 안의 자치구·시·군(하나의 자치구·시·군이 2 이상의 국회의원 선거구로 된 경우에는 국회의원 선거구를 말한다)마다 3인으로 하되, 인구 30만을 넘는 자치구·시·군에 있어서는 30만을 초과하는

매 20만까지마다 1인을 더하고 인구가 7만 미만이 되는 자치구·시·군은 2인으로 하는 방법이다.

물론 자치구·시·군의 인구규모에 따라 차등을 두어 추가로 시·도의원을 더 배분하는 방식에 있어서도 시·도의원을 추가로 더 배분하기 위한 인구규모의 한계 및 추가 배분되는 시·도의원 정수를 어떻게 정할 것인지, 하나의 자치구·시·군이 2 이상의 국회의원지역선거구로 되어 있는 경우 이를 기준으로 포함시킬 것인지, 아니면 순수하게 인구규모만을 기준으로 하여 인구비례에 따라 배분할 것인지 등의 복잡한 문제가 남게 된다.

한편, 우리 헌법 제118조 제2항은 “지방의회의 조직·권한·의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다.”라고 규정하여 지방의회의원 선거제도와 선거구 획정 등에 관한 구체적인 결정을 국회에 맡기고 있다. 이에 따라 국회는 지방의회 의원정수 및 지역선거구 등을 정함에 있어서 투표가치 평등의 원칙을 고려한 선거구 간 인구의 균형뿐만 아니라, 우리나라의 행정구역, 지세, 교통사정, 생활권 내지 역사적·전통적 일체감 등 여러 가지 정책적·기술적 요소를 고려할 수 있는 폭넓은 입법형성의 자유를 가진다고 볼 수 있다(헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92등, 판례집 13-2, 502, 510 참조).

그렇다면, 시·도의회 의원정수 배분 및 선거구구역표 획정의 문제는 자치구·시·군의 인구규모, 행정구역, 지세, 교통, 도시·농촌 간 인구편차, 지역별 개발 불균형 등 복합적인 요인에 의해 영향을 받을 수 있기 때문에, 우리 재판소가 이에 관하여 일정한 개선입법의 방향까지 제시하기란 지극히 어려운 것이며, 위와 같은 사정을 종합적으로 고려하여 여기서는 단지 시·도의원정수를 2인으로 일률적으로 규정한 법 제22조 제1항 및 이에 기초한 이 사건 선거구구역표 중 해당 부분에 대한 위헌선언을 하는데 그치기로 한다. 즉 이 사건 선거구구역표뿐만 아니라 법 제22조 제1항에 대해 위헌선언을 하는 경우, 입법자가 그 위헌성을 제거하기 위하여 위 법률조항을 어떠한 방향으로 개선하도록 할 것인지는 어느 정도 국회의 입법재량에 속하기 때문이다.

마. 헌법불합치

원칙적으로 법 제22조 제1항 및 이 사건 선거구구역표 중 경기도의회의원 지역선거구들 부분 및 전라북도 의회의원 지역선거구들 부분에 대하여 위헌결정을 하여야 할 것이나, 이미 위 법률조항과 선거구구역표 부분에 기한 시·도의원선거가 실시된 상황에서 단순 위헌의 결정을 하게 되면, 정치세력 간의 이해관계가 첨예하게 대립하고 수많은 고려요소를 조정하여 의원정수와 선거구구역표를 정해야 하는 특성상 그 개정입법이 빠른 시일 내에 이루어지기 어렵다고 할 것이어서, 추후 재선거 또는 보궐선거가 실시될 경우 시·

도의회 의원정수와 선거구구역표에 관한 규율이 존재하지 않게 되는 법의 공백이 생기게 될 우려가 큰 점, 시·도의회 동질성 유지나 의원정수와 선거구구역표의 변경으로 인한 혼란을 방지하기 위하여도 재선거, 보궐선거 등이 치러지는 경우에 위 법률조항과 선거구구역표에 의하여 이를 시행하는 것이 바람직한 점 등에 비추어, 입법자가 2008. 12. 31.을 시한으로 이를 개정할 때까지 위 법률조항과 선거구구역표의 잠정적 적용을 명하는 헌법불합치결정을 하기로 한다(헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92등, 판례집 13-2, 502, 519 참조).

5. 결 론

위와 같은 이유로 법 제22조 제1항 및 이 사건 선거구구역표 중 경기도 용인시 제1선거구, 제3선거구, 제4선거구, 군산시 제1선거구란 부분은 헌법에 위반된다 할 것이므로, 그 해당 청구인들의 심판청구는 이유 있어 이를 인용하기로 하는바, 위에서 실시한 선거구구역표의 불가분성 등에 따라 이 사건 선거구구역표 중 경기도의회의원 선거구들 및 전라북도회의원 선거구들 부분은 그 전체에 대하여 위헌선언을 하여야 할 것이나, 법 제22조 제1항 및 위 선거구구역표 부분을 2008. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용하도록 하는 내용의 헌법불합치결정을 하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 다만, 이 사건 선거구구역표 중 경기도 용인시 제2선거구란에 관한 청구 부분은 이유 없는 것으로서 기각하여야 할 것이나, 다른 선거구의 위헌성으로 인하여 이 사건 선거구구역표 중 경기도의회의원 선거구들 부분 전체에 대하여 헌법불합치결정을 하는 이상 위 청구부분도 그러한 범위 내에서 받아들여진 것이 되므로 이에 대하여도 굳이 청구기각의 주문을 내지 아니하기로 한다.

이 결정은 재판관 김종대의 아래 6.과 같은 별개의견 및 재판관 이공현, 재판관 조대현의 아래 7.과 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

6. 재판관 김종대의 별개의견

나는 “이 사건 선거구구역표의 인구편차를 통해서 발생한 투표가치의 불평등은 청구인들의 헌법상 보장된 선거권 및 평등권을 침해하므로 원칙적으로 위헌결정을 하여야 할 것이나, 법적 공백을 우려하여 입법자가 2008. 12. 31.을 시한으로 이 사건 선거구구역표를 개정할 때까지 그 잠정적 적용을 명하는 헌법불합치결정을 한다.”는 요지의 다수의견에 찬성한다. 다만 다수의견이 헌법적으로 허용되는 인구편차의 기준을 60%(상한 인구수 대 하한 인구수 비율이 4:1)로 보는데 대하여 나는 그 기준이 33.3%(상한 인구수 대 하한 인구수 비율이 2:1)를 넘어서는 안 된다는 생각에서 다음과 같은 별개의견을 내고자 한다.

가. 선거제도는 통치기구의 구성원리의 하나인 대의제도를 실현하는 도구로서, 선거구획정에 있어서도 당연히 대표자를 뽑는 사람 내지 인구(즉 유권자를 지칭한다)가 가장 중요한 기본적인 고려 사항이 되어야 한다. 전국을단일선거구로 하는 대통령선거나 국민투표의 경우에는 애초부터 선거가치의 평등·불평등 문제는 생기지 않는다. 그러나 국회의원선거나 지방의회의원선거에서는 선거구가 여럿 나뉘짐에 따라 기술상 선거구의 획정이 따르게 마련이고 여러 선거구의 획정이 전제되면 자연 선거구의 인구 불평등의 문제가 나타난다. 이 때 필연적으로 따를 그 불평등 문제를 해결하자면 합리적으로 타당한 범위에서 인구수만에 의한 약간의 불평등을 감내해야 하므로 선거구를 획정함에 있어 인구수만 유일하게 고려할 수는 없을 것이고 행정구역, 지세, 교통, 도시와 농어촌과의 차이점, 기타 여러 가지 정책적 요소도 종합적으로 고려할 수밖에 없는 것이다. 그러나 이는 어디까지나 부수적인 고려 사항이지, 선거구획정에 있어서 기본 틀이 되는 핵심적인 사항은 아니다. 선거구획정에 있어서 본질적 고려 사항이자 기준은 어디까지나 인구비례의 원칙이고, 기타의 비인구적 요소는 그 다음으로 고려되어야 할 것이다. 따라서 선거구획정에 있어서 제1차적으로 인구수를 토대로 한 평등선거의 원칙이 관철되어야 하고 국민·주민 개개인의 투표가치를 합리적 범위를 넘어 제한함으로써 불평등선거를 초래해서는 안 된다 할 것이다.

나. 다수의견에서도 밝힌 바와 같이 평등선거의 원칙은 선거의 기본원칙 중 하나로서 이는 투표의 산술적인 평등뿐 아니라 투표의 성과가치의 평등을 의미한다. 물론 투표의 성과가치의 평등만을 놓고 볼 때 이상적으로는 유권자의 인구편차가 1:1이 되어야 할 것이지만, 현실적·기술적인 어려움, 그리고 인구 이외에 입법자가 고려해야 할 다양한 요소 등을 감안할 때 1:1을 초과하는 인구편차가 투표의 성과가치의 평등을 침해하여 위헌이라고 보기는 어렵다. 따라서 인구편차가 2:1 미만의 경우에는 최소선거구의 선거인의 표가 최대선거구의 표와 비교하여 2배 내지 2표 미만의 가치를 가지므로 실질적으로는 1표의 가치를 가지는 것이 되기 때문에 1인 1표의 원칙 등 평등선거원칙의 한계 내라고 할 것이다. 그러나 최대선거구와 최소선거구 간의 인구편차가 2:1 이상 벌어진 경우에는 최소선거구의 선거인에게 최대선거구의 선거인과 비교하여 두 사람 몫 이상의 투표가치를 인정하는 것이 되어 현저한 불평등을 초래하므로 인구편차 2:1은 선거구획정에서 꼭 지켜져야 할 논리적이고 산술적인 평등선거 제한의 한계가 되는 것이다.

모든 선거구의 국민에게 투표가치의 평등을 보장하는 것은 헌법의 요청이며, 국민주권, 대의민주주의 등의 본질과 직결되는 문제일 뿐만 아니라 인간의 존엄에 바탕을 둔 정치적 자기실현의 중요한 요소이다. 그러므로 투표가치의 평등은 통치구조의 조직과 작용에 관한 기본적인 사항이자 선거인의 선거권과 평등권 등 국민의 기본권에 관한 본질적 사항이므로, 소선거구제나 중선거구제나 하는 구체적인 선거제도와 선거

구획정의 문제보다 상위의 헌법적 가치를 지닌다고 할 것이고 다른 한편 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 한계를 반드시 지켜야만 하므로(헌재 1996. 2. 29. 93헌마186, 판례집 8-1, 111, 116), 결국 국가는 현행 선거제도 하에서 인구 이외의 제2차적 고려요소 때문에 위에서 본 선거구 간 인구편차 허용한계를 지킬 수 없다면, 선거제도의 개혁을 통해서라도 선거인의 선거에 있어서의 평등권을 보장해야 하는 것이지, 기성 선거제도를 유지하자니 어찌할 수가 없다고 하는 것은 본말이 전도되었다는 비판을 면할 수가 없는 것이다.

따라서 국가가 선거구를 확정함에 있어서 ‘1인 1표의 원칙’과 ‘투표의 성과가치의 평등’을 내용으로 하는 헌법상 평등선거의 원칙을 지키려면 인구편차의 허용기준을 반드시 2:1 미만이 되도록 하여야 할 것이고, 인구 이외의 다양한 요소를 고려해야 할 입법자의 입법형성의 자유는 이러한 2:1 미만의 범위 내에서 가능하다고 보아야 한다.

외국의 예를 보더라도 독일의 경우 원칙적으로 상하 편차 15%를 허용한도로 하되, 상하 편차 25%를 반드시 준수해야 할 최대 허용한도로 하여 연방선거법에 규정하고 있고, 프랑스도 동일한 데파르트망(도) 내부에서의 선거구획정은 평균인구의 상하 20% 이내의 편차라고 하는 등 대체로 상하 인구편차 2:1 미만의 한계 내에서 선거구획정을 허용하고 있는바, 우리가 인구편차의 허용한계를 60%로 하는 것은 다른 선진국에 비하여 그 허용한도를 지나치게 넓게 인정하는 것으로 보인다.

- 다. 다수의견에서 밝힌 바와 같이 지방의회의원선거에 있어서도 선거구의 획정은 선거결과가 가능한 한, 주민의 의사를 바르게 반영할 수 있도록 마련되어야 하며, 주민의 대표자를 선출하는 절차로서 지방의회의원선거에 있어서 선거권의 평등이 침해된다면 주민의 의사가 왜곡되는 결과가 되고 이로 인하여 지방자치 민주주의의 본질과 정당성이 훼손된다고 할 것이므로 이러한 평등선거원칙은 모든 공직선거에 있어서 적용되어야 할 헌법적 원칙이다(헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92등, 판례집 13-2, 502, 509 참조). 따라서 헌법이 대통령과 국회의원선거에서만 보통·평등·직접·비밀선거에 의하도록 직접적 명문규정을 두면서 지방선거에서는 직접 규정함이 없이 법률에 위임하고는 있지만 이같은 평등선거의 원칙이 지방선거라 해서 무시되어야 할 이유는 찾아보기 어렵다. 이런 관점에서 지방선거에서의 인구편차를 국회의원선거에서의 편차 기준과 일부 달리 규정할 수는 있겠지만 그 본질적 내용이 침해되어서는 안 될 것이다. 따라서 시·도의회가 법리상 주민의 대표이고 현실적으로는 어느 정도의 지역대표성도 겸하고 있다는 점, 인구비례만 고려하여 선거구를 획정하는 경우에는 도·농 간의 격차가 심해질 우려가 있다는 점 등 현실적·정책적 고려를 감안하더라도, 위 나.항에서 밝힌 바와 같은 평등선거원칙을 관철하기 위한 인구편차의 한계(상하 인구편차 2:1)는 국회의원선거에서 뿐만 아니라 시·도의회선거에도 그대로 적용되어야 할 것이다.

라. 그러므로 이 사건 선거구구역표는 헌법상 허용되는 선거구 인구편차의 한계를 초과하여 위헌이라고 할 것이나, 이 사건 선거구구역표에 기한 시·도의원선거가 이미 2006. 5. 31.에 실시된 상황에서 선거구구역표의 성격상 그 개정입법이 빠른 시일 내에 이루어지기 어렵다고 할 것이어서, 법적 공백으로 인한 혼란을 막기 위하여 헌법불합치결정을 하는 다수의견에 동의하는 바이다.

7. 재판관 이공현, 재판관 조대현의 반대의견

지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고, 지방자치단체의 종류는 법률로 정한다(헌법 제117조). 이에 따라 지방자치법은 지방자치단체를 광역자치단체(특별시·광역시·도)와 기초자치단체(자치구·시·군)의 2종으로 조직하였다(제2조 제1항). 광역자치단체는 정부의 직할(直轄) 하에 두고 기초자치단체는 광역자치단체의 관할구역 안에 둔다(제3조 제2항).

지방자치법 제9조는 지방자치단체에서 처리할 사무를 규정하고, 제10조는 지방자치단체의 종류별 사무배분기준을 규정하고 있다. 광역자치단체는 2개 이상의 기초자치단체에 미치는 광역적(廣域的) 사무, 시·도 단위로 기준을 동일하게 할 필요가 있는 통일적 사무 등만을 제한적으로 처리하고(제10조 제1항 제1호), 나머지는 기초자치단체에서 처리함을 원칙으로 한다(제10조 제1항 제2호).

헌법 제118조는 지방자치단체에 의회를 두고, 지방의회의 조직·권한·의원선거에 관한 사항은 법률로 정하도록 규정하였다. 헌법은 국회의원(제41조 제1항)과 대통령(제67조 제1항)의 선출은 국민의 보통·평등·직접·비밀 선거에 의하여 하도록 명시하면서, 지방의회의원의 선출 방법에 대해서는 법률로 정하도록 위임하였다.

이에 따라 공직선거법은 지방의회의원의 선출기준을 광역자치단체와 기초자치단체로 구분하여 다르게 규정하고 있다. 기초자치단체의원의 경우에는 광역자치단체별로 의원 총정수를 공직선거법 제23조 제1항 별표 3으로 정해 놓고 각 기초자치단체에서 선출할 의원정수는 기초자치단체의 인구와 지역대표성을 고려하여 정하고(제23조 제1항), 그 선거구는 인구·행정구역·교통·지형 등을 고려하여 조례로 정하되 선거구별로 2인 이상 4인 이하 선출한다(제26조 제2항). 광역자치단체의원은 관할구역 안의 기초자치단체마다 2인씩(하나의 기초자치단체가 2 이상의 국회의원 선거구로 된 경우에는 국회의원 선거구마다 2인씩) 선출하되(제22조 제1항), 인구·행정구역·교통·지형 등을 고려하여 시·도의원 1인씩 선출하는 선거구로 나누도록 하고 그 선거구를 공직선거법 제26조 제1항 별표 2로 정해 놓았다(제26조 제1항).

이러한 규정을 종합하면, 기초자치단체위원의 경우에는 광역자치단체별로 정해진 총정수의 범위 내에서 각 기초자치단체의 인구를 고려하여 각 기초자치단체에서 선출할 의원정수를 정하고 각 선거구별 인구에 비례하여 각 선거구에서 선출하는 정원을 달리하도록 하였지만, 광역자치단체위원의 경우에는 각 기초자치단체의 인구가 다름에도 불구하고 각 기초자치단체마다 2인씩(하나의 기초자치단체가 2 이상의 국회의원 선거구로 된 경우에는 국회의원 선거구마다 2인씩) 선출하도록 하면서 각 기초자치단체의 관할구역 내에서 1인씩 선출하는 선거구를 구획할 때에는 인구를 고려하도록 하였다.

이처럼 광역자치단체의 의원을 각 기초자치단체의 인구수를 불문하고 각 기초자치단체마다 2인씩 선출하도록 한 규정은, 각 기초자치단체의 인구수에 현저한 차이가 있어 광역자치단체위원을 선출하는 선거인수에 현저한 차이가 생긴다고 하더라도, 기초자치단체와 광역자치단체의 중층적(重層的) 구조와 기능의 차이를 반영한 것으로서 나름대로 합리성을 가진 선택방안이라고 볼 수 있으므로, 헌법에 위반된다고 보기 어렵다. ① 헌법은 국회의원(제41조 제1항)과 대통령(제67조 제1항)의 선출은 국민의 보통·평등·직접·비밀 선거에 의하여 하도록 명시하면서, 지방의회의원의 선출 방법에 대해서는 법률로 정하도록 위임한 점, ② 지방자치단체는 기초자치단체와 광역자치단체로 조직되고, 지방자치단체의 사무는 원칙적으로 기초자치단체에서 처리하고 광역자치단체는 여러 기초자치단체가 관련되거나 통일적인 처리기준이 필요한 업무만을 처리하는 점 등을 종합하여 보면, 기초자치단체위원은 주민의 대표로서 인구수에 비례하여 선출하면서 광역자치단체위원은 기초자치단체의 대표로서 기초자치단체별로 2인씩 선출하도록 한 것이헌법이 부여한 입법형성권의 범위를 벗어난 것이라고 보기 어렵다.

그렇다면, 기초자치단체의원 선거의 경우에는 광역자치단체 단위로 각 선거구별 선거인수와 선출정원을 비교하여 투표가치의 평등 여부를 따져야 마땅하지만, 광역자치단체의원 선거의 경우에는 각 기초자치단체(하나의 기초자치단체가 2 이상의 국회의원 선거구로 된 경우에는 국회의원 선거구)마다 2인씩 선출하는 기본원칙이 헌법에 위반된다고 보지 않는 이상 기초자치단체를 달리하는 선거구 사이에서 선거인수를 비교하여 선거의 평등 여부를 따질 수 없다. 단지 각 기초자치단체(하나의 기초자치단체가 2 이상의 국회의원 선거구로 된 경우에는 국회의원 선거구) 내에서 구획된 선거구 사이에서만 선거인수의 평등 여부를 따질 수 있을 뿐이다.

그런데 이 사건에서 문제된 용인시(국회의원 선거구가 갑·을로 나누어져 있음)와 군산시의 각 선거구의 인구수는 별표와 같다. 각 기초자치단체(하나의 기초자치단체가 2 이상의 국회의원 선거구로 된 경우에는 국회의원 선거구)별로 대비하여 보면 각 선거구별 인구수에 2:1의 편차도 생기지 아니한다.

따라서 어느 곳이든 선거구별 인구수의 편차가 심하여 헌법상의 평등원칙에 어긋난다고

보기 어렵다.

재판관 이강국(재판장) 주선회(퇴임으로 서명날인 불능) 이공현 조대현 김희옥 김종대
민형기 이동흡(주심) 목영준

6

시·도의원지역구 획정에 관한 공직선거법 제26조제3항 및 개정전 시·도의원지역선거구구역표에 대한 헌법소원의 적법 여부

- 공직선거및선거부정방지법 제22조 제1항 등 위헌확인 (제26조 제1항 별표2), 2006.
1. 26. 2005헌마474 ■

【관시사항】

법률규정에 대한 헌법소원의 심판계속중 당해 법률규정이 개정되어 그 조항으로 인한 기본권침해 여지가 없게 된 경우 권리보호이익이 인정되는지 여부(소극)

【결정요지】

헌법소원심판청구 당시 권리보호이익이 인정되더라도 심판계속중에 사실관계 또는 법률관계의 변동으로 말미암아 청구인이 주장하는 기본권의 침해가 종료된 경우에는 원칙적으로 권리보호이익이 없으므로 헌법소원이 부적법한 것으로 된다.

청구인은 2005. 2. 11. 인천광역시로 전입한 후 장차 실시될 예정인 제4회 인천광역시의회의원선거에서 구 공직선거및선거부정방지법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정되고, 2005. 8. 4. 법률 제7681호 공직선거법으로 개정되기 전의 것) 제26조 제1항 별표 2 시·도의회의원지역선거구구역표가 적용될 것을 전제로 이 사건 헌법소원을 제기하였던 것이나, 위 선거구구역표는 청구인이 헌법소원을 제기한 이후 2005. 8. 4.자 공직선거법(법률 제7681호) 개정시 변경되어 더 이상 유효하지 않게 되었고, 한편, 인천광역시의회의원선거와 관련하여 선거구간 선거인수 편차를 초래하는 지역선거구 획정에 있어서 이 사건 심판대상 법률조항 전체가 서로 불가분적으로 영향을 미치고 있으므로, 개정 전의 선거구구역표가 적용될 것을 전제로 하는 이 사건 헌법소원심판청구는 더 이상 주관적 권리보호이익을 인정할 수 없게 되어 부적법하다.

【심판대상조문】

구 공직선거및선거부정방지법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정되고, 2005. 8. 4. 법률 제

7681호 공직선거법으로 개정되기 전의 것) 제22조 제1항 및 제26조

제1항 [별표 2] 시·도의회의원지역선거구구역표 중 각 인천광역시의회의원 선거구 부분

【참조조문】

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호 공직선거법으로 개정된 것) 제26조 제1항 [별표 2] 시·도의회의원지역선거구구역표

【참조판례】

헌재 1997. 3. 27. 93헌마251, 판례집 9-1, 366, 370

헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92, 판례집 13-2, 502, 517-518

【당 사 자】

청 구 인 전○기

대리인 법무법인 부평종합법률사무소

담당변호사 배영철

【주 문】

청구인의 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 구 공직선거및선거부정방지법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정되고, 2005. 8. 4. 법률 제7681호 공직선거법으로 개정되기 전의 것) 제26조 제1항 별표 2 시·도의회의원지역선거구구역표 중 인천광역시 서구 제1선거구에 2005. 2. 11.부터 주소를 두고, 2006.

5. 31.에 실시될 예정인 제4회 전국동시지방선거 중 인천광역시의회의원선거에서 선거권을 행사하려는 사람이다.

2002. 6. 13. 실시된 제3회 전국동시지방선거 당시 인천 서구 제1선거구의 선거인수는 116,470명으로 인천광역시의회의원 선거구의 평균선거인수 73,060명과 비교하여 +59.4%의 편차를 보였고, 최소선거구인 인천 옹진군 제2선거구는 선거인수 5,339명으로 인천 서구 제1선거구는 옹진군 제2선거구와 비교하여 약 21.81 : 1의 편차를 보였다.

청구인은 구 공직선거및선거부정방지법 제22조 제1항, 제26조 제1항 별표 2에 의한 인천광역시의회의원의 선거구 획정으로 인하여 자신의 투표가치가 “옹진군 제2선거구”의 선거권자의 그것에 비하여 21.81분의 1 밖에 되지 않게 됨으로써 헌법상 보장된 청구인의 평등권 및 선거권을 침해한다고 주장하면서, 2005. 5. 11. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 구 공직선거및선거부정방지법 제22조 제1항 및 제26조 제1항 별표 2 시·도의회의원지역선거구구역표 중 각 인천광역시의회의원 선거구 부분의 위헌 여부이다(청구인은 제22조 제1항 및 제26조 제1항 별표 2 시·도의회의원지역선거구구역표 전체의 위헌확인을 구하고 있으나, 청구인은 인천광역시의회의원의 선거권만을 갖고 있고 그 지역선거구간의 투표가치의 평등에 대하여만 법적 관련성이 있으므로 심판대상도 청구인과 관련이 있는 인천광역시의회의원선거와 관련된 부분으로 한정함이 상당하다). 위 법률조항의 내용은 다음과 같고, 제26조 제1항 별표 2 시·도의회의원지역선거구구역표 중 인천광역시의회의원 선거구 부분의 내용은 별지와 같다(별표 2 선거구구역표 중 인천광역시의회의원 선거구 부분을 제외한 나머지 부분 생략).

제22조(시·도의회의 의원정수) ① 지역구시·도의원정수는 그 관할구역 안의 자치구·시·군(하나의 자치구·시·군이 2 이상의 국회의원지역선거구로 된 경우에는 국회의원지역선거구를 말하며, 행정구역의 변경으로 국회의원지역선거구와 행정구역이 합치되지 아니하게 된 때에는 행정구역을 말한다)마다 2인으로 한다.

제26조(지방의회의원선거구의 획정) ① 시·도의회의원지역선거구(이하 “시·도의원지역구”라 한다)는 인구·행정구역·지세·교통 기타 조건을 고려하여 자치구·시·군(하나의 자치구·시·군이 2 이상의 국회의원지역구로 된 경우에는 국회의원지역구를 말하며, 행정구역의 변경으로 국회의원지역구와 행정구역이 합치되지 아니하게 된 때에는 행정구역을 말한다)을 분할하여 이를 확정하되, 하나의 시·도의원지역구에서 선출할 지역구시·도의원정수는 1인으로 하며, 그 시·도의원지역구의 명칭과 관할구역은 별표 2와 같이 한다.

2. 판 단

헌법소원제도는 국민의 기본권침해를 구제하기 위한 제도이므로 그 제도의 목적에 비추어 권리보호이익이 있는 경우에만 이를 제기할 수 있는바, 권리보호이익은 헌법소원 제기 당시뿐만 아니라 헌법재판소의 결정 당시에도 존재하여야 한다. 그러므로 헌법소원심판청구 당시 권리보호이익이 인정되더라도 심판계속중에 사실관계 또는 법률관계의 변동으로 말미암아 청구인이 주장하는 기본권의 침해가 종료된 경우에는 원칙적으로 권리보호이익이 없으므로 헌법소원이 부적법한 것으로 된다(헌재 1997. 3. 27. 93헌마251, 판례집 9-1, 366, 370).

청구인은 1994. 10. 25.부터 2005. 2.까지 경기도 부천시에 주소를 두고 있다가 2005. 2. 11. 인천광역시로 전입한 후 장차 실시될 예정인 제4회 인천광역시의회의원선거에서 구 공직선거및선거부정방지법 제26조 제1항 별표 2 시·도의회의원지역선거구구역표 중 인천광역시의회의원 선거구 부분이 적용될 것을 전제로 이 사건 헌법소원을 제기하였던 것이나, 위 선거구구역표는 청구인이 헌법소원을 제기한 이후 2005. 8. 4.자 공직선거법(법률 제7681호, 구 공직선거및선거부정방지법이 공직선거법으로 법명이 변경되었음) 개정시 변경되어 더 이상 유효하지 않게 되었고, 한편, 인천광역시의회의원선거와 관련하여 선거구간 선거인수 편차를 초래하는 지역선거구 획정에 있어서 이 사건 심판대상 법률조항 전체가 서로 불가분적으로 영향을 미치고 있으므로, 개정 전의 선거구구역표가 적용될 것을 전제로 하는 이 사건 헌법소원심판청구는 더 이상 주관적 권리보호이익을 인정할 수 없게 되었다.

3. 결 론

그렇다면, 이 사건 심판청구는 권리보호이익을 흠결하여 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 권 성 김효종(주심) 김경일 송인준 주선회 전효숙 이공현 조대현

〔별 지〕 구 공직선거및선거부정방지법 제26조 제1항 별표 2

시·도의회의원지역선거구구역표 중 인천광역시의회의원 선거구 부분

7

지역구기초의원선거에서 중선거구제를 규정한 공직선거법 제23조제1항 등의 공무담임권 등 침해 여부

- 공직선거법 제23조 제1항 등 위헌확인(26조 제2항, 제47조 제1항), 2007. 11. 29. 2005헌마977 ■

【판시사항】

- 가. 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 공직선거법(이하 ‘법’이라 한다) 제23조 제1항 별표 3이 기초의원 총정수를 2,922명으로 정하여 종전보다 574명 감축한 것이 자치구·시·군의회 의원(이하 ‘기초의원’이라 한다) 선거에 출마할 예정인 청구인들의 공무담임권이나 평등권을 침해할 가능성이 있는지 여부(소극)
- 나. 법 제26조 제2항이 하나의 기초의원 지역구에서 선출할 의원정수를 2인 이상 4인 이하로 정하여 종전의 소선거구제에서 중선거구제로 바꾼 것이 청구인들의 공무담임권이나 평등권을 침해할 가능성이 있는지 여부(소극)
- 다. 법 제47조 제1항이 기초의원선거에 정당추천을 허용한 것이 청구인들의 공무담임권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

- 가. 기초의원으로 되고자 하는 자의 공무담임권은 법률로 정해진 기초의원 선거제도의 틀 안에서 불합리한 차별을 받지 않도록 보장하는 것일 뿐이고, 기초의원 총정수를 줄이지 못하도록 요구하는 권능까지 내포하는 것은 아니다. 기초의원 총정수를 3,496명에서 2,922명으로 줄였다고 하여 기초의원으로 되고자 하는 청구인들의 공무담임권을 침해할 수 있는 것이라고 할 수 없고, 모든 후보자에게 동일하게 적용되는 것이므로 차별하는 것이라고 볼 수 없으므로, 이 부분 심판청구는 기본권 침해가능성이 없어 부적법하다.
- 나. 다른 선거에서는 소선거구제를 채택하면서 기초의원 선거에서만 중선거구제를 채택하였다고 하여도, 공무담임권은 소선거구제를 요구할 수 있는 권능을 포함하지 아니하므로, 청구인들의 공무담임권을 침해할 수 있는 것이라 할 수 없다. 중선거구제가 소

선거구제보다 후보자의 노력과 비용을 더 많이 들이게 한다고 하더라도, 이는 선거제도의 기본틀에서 비롯되는 것으로서 모든 후보자들에게 동등하게 적용되는 것이므로 특정 후보자를 불리하게 차별하거나 공무담임권을 제한하는 것이라 볼 수 없다. 그러므로 이 부분 심판청구는 기본권침해 가능성이 없어 부적법하다.

다. 정당이 기초의원 후보자를 추천할 수 있도록 하는 제도의 목적은 유권자들이 선거권을 행사함에 있어 참고할 중요한 사항을 제공하고, 국민의 정치적 의사 형성에 참여하는 정당의 활동을 효과적으로 보장하기 위한 것이다. 정당의 기초의원 후보자 추천 제도는 기초의원 선거제도에 관한 기본틀의 하나로서 특정 후보자를 우대하거나 불리하게 하기 위한 것이 아니다. 따라서 법 제47조 제1항 중 정당이 기초의원 후보자를 추천할 수 있도록 규정한 부분은 청구인들의 공무담임권을 부당하게 침해하는 것이라고 볼 수 없고, 지방자치제도나 지방의회제도의 본질을 훼손하여 헌법에 위반된다고 단정하기는 어렵다.

【심판대상조문】

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7861호로 개정된 것) 제23조 제1항 중 별표3 부분, 제26조 제2항 중 ‘하나의 자치구·시·군의원 지역구에서 선출할 지역구자치구·시·군의원 정수는 2인 이상 4인 이하로 하며’ 부분, 제47조 제1항 본문 중 자치구·시·군의원 선거 후보자의 정당추천에 관한 부분

【참조조문】

헌법 제25조, 제118조

【참조판례】

다. 헌재 1999. 11. 25. 99헌바28, 판례집 11-2, 543

헌재 2003. 1. 30. 2001헌가4, 판례집 15-1, 7

【당 사 자】

청 구 인 김○일 외 2,079인(별지 기재와 같음)

대리인 변호사 김치걸 외 3인

【주 문】

청구인들의 심판청구 중 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제23조 제1항 중 ‘별표 3’ 부분 및 제26조 제2항 중 ‘하나의 자치구·시·군의원 지역구에서 선출할 지역구 자치구·시·군의원 정수는 2인 이상 4인 이하로 하며’ 부분에 대한 청구를 모두 각하하고, 같은 법 제47조 제1항 본문 중 자치구·시·군의원 선거 후보자의 정당추천에 관한 부분에 대한 청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인들은 이 사건 심판청구 당시 자치구·시·군의회 의원(이하 ‘기초의원’이라 한다)으로서 2006. 6. 실시될 기초의원 선거에 입후보할 예정이다. 청구인들은 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 공직선거법(이하 ‘법’이라 한다) 제23조 제1항 별표 3이 기초의원 총정수를 2,922명으로 정하여 종전보다 574명 감축하고, 제26조 제2항이 하나의 기초의원 지역구에서 선출할 의원정수를 2인 이상 4인 이하로 정하여 종전의 소선거구제에서 중선거구제로 바꾸고, 제47조 제1항이 기초의원 선거에 정당추천을 허용한 것은 자신들의 공무담임권, 평등권을 침해하고 지방자치제도의 본질을 훼손하는 것이라고 주장하면서 2005. 10. 6. 헌법재판소법 제68조 제1항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은, ① 법 제23조 제1항 중 별표3 부분, ② 법 제26조 제2항 중 ‘하나의 자치구·시·군의원 지역구에서 선출할 지역구 자치구·시·군의원 정수는 2인 이상 4인 이하로 하며’ 부분, ③ 법 제47조 제1항 본문 중 자치구·시·군의원 선거 후보자의 정당추천에 관한 부분이 각각 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다. 관련조항의 내용은 다음과 같다.

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7861호로 개정된 것) 제23조(자치구·시·군의회의 의원정수) ① 시·도별 자치구·시·군의회 의원의 총정수는 별표 3과 같이 하며, 자치구·시·

군의회 의원정수는 당해 시·도의 총정수 범위 내에서 제24조(선거구획정위원회)의 규정에 따른 당해 시·도의 자치구·시·군의원선거구획정위원회가 자치구·시·군의 인구와 지역대표성을 고려하여 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 기준에 따라 정한다.

[별표 3] 시·도별 자치구·시·군의회 의원

총정수표(2,922명)

시도	총정수	시도	총정수
서울특별시	419	강원도	169
부산광역시	182	충청북도	131
대구광역시	116	충청남도	178
인천광역시	112	전라북도	197
광주광역시	68	전라남도	243
대전광역시	63	경상북도	284
울산광역시	50	경상남도	259
경기도	417	제주도	34

제26조(지방의회의원선거구의 획정) ① 시·도의회 의원 지역선거구(이하 “시·도의원지역구”라 한다)는 인구·행정구역·지세·교통 기타 조건을 고려하여 자치구·시·군(하나의 자치구·시·군이 2 이상의 국회의원 지역구로 된 경우에는 국회의원 지역구를 말하며, 행정구역의 변경으로 국회의원지역구와 행정구역이 합치되지 아니하게 된 때에는 행정구역을 말한다)을 분할하여 이를 획정하되, 하나의 시·도의원 지역구에서 선출할 지역구시·도의원 정수는 1인으로 하며, 그 시·도의원 지역구의 명칭과 관할구역은 별표 2와 같이 한다.<개정 1995. 4. 1.>

② 자치구·시·군의원 지역구는 인구·행정구역·지세·교통 그 밖의 조건을 고려하여 획정하되, 하나의 자치구·시·군의원 지역구에서 선출할 지역구 자치구·시·군의원 정수는 2인 이상 4인 이하로 하며, 그 자치구·시·군의원 지역구의 명칭·구역 및 의원정수는 시·도조례로 정한다.

③ 제1항 또는 제2항의 규정에 따라 시·도의원 지역구 또는 자치구·시·군의원 지역구를 획정하는 경우 하나의 읍·면·동의 일부를 분할하여 다른 시·도의원 지역구 또는 자치구·시·군의원 지역구에 속하게 하지 못한다.

④ 자치구·시·군의원 지역구는 하나의 시·도의원 지역구 내에서 확정하여야 하며, 하나의 시·도의원 지역구에서 지역구 자치구·시·군의원을 4인 이상 선출하는 때에는 2개 이상의 지역선거구로 분할할 수 있다.

제47조(정당의 후보자추천) ① 정당은 선거에 있어 선거구별로 선거할 정수 범위 안에서 그 소속 당원을 후보자(이하 “정당추천후보자”라 한다)로 추천할 수 있다. 다만, 비례대표 자치구·시·군의원의 경우에는 그 정수 범위를 초과하여 추천할 수 있다.

2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 기초의원 정수의 감축 부분

기초의원 정수를 감축한 것은 청구인들의 당선가능성을 종전보다 감소시켜 치열한 경쟁을 벌이게 하므로 청구인들의 공무담임권을 침해한다.

기초의원의 정수를 감축한 이유가 기초의원의 유급화에 따른 재정부담 감소라면, 이는 정수를 감축하는 대신 급여를 더 낮게 책정하면 해결될 수 있으므로, 정수 감축은 적절한 수단이 될 수 없어 과잉금지원칙에 위배된다.

기초의원의 정수를 축소하는 것은 기초의회 기능의 더욱 부실하게 하여 주민의 자치역량 강화에 역행하고 지방자치의 본질에 반한다.

(2) 중선거구제 부분

현행 중선거구제는 주민의 지지도를 충실히 반영하지 못하게 하여 주민의 대표를 선출하는 선거의 기본원칙에 위반된다. 첫째, 중선거구제를 채택하면서 동시에 정당의 추천을 허용하면 주민의 지지도보다 정당의 추천 여부가 기초의원의 선출을 좌우할 가능성이 높다. 둘째, 종전에 소선거구제를 통하여 최소행정단위(읍·면·동)의 대표를 선출할 수 있었던 지역이 대표를 기초의회에 진출시키지 못할 가능성이 있다.

국회의원선거나 광역의원선거 모두 소선거구제임에도 불구하고 유독 기초의원선거에서만 중선거구제를 도입한 것은 기초의회 출마예정자들인 청구인들을 합리적 이유 없이 차별하는 것이다. 기초의회는 다른 선거에 비해서 소선거구제로 해야 할 당위성이 더 크다.

기초의원선거에서 중선거구제를 실시하면 그 지역선거구가 더 넓어져서 후보자들의 노력과 자금이 더 많이 소요되고 당선되기도 훨씬 어려워져 그들의 공무담임권이 침해된다.

(3) 정당추천 부분

기초의원 후보자의 정당추천이 허용되면, 기초의원으로 되기 위하여 정당의 공천을 받거나 무소속 후보로 출마하여 정당추천후보자를 상대로 어려운 경쟁을 하여야 한다. 따라서 청구인들은 정당추천이 허용되지 않는 경우에 비해서 공무담임권을 침해받는다.

기초의원선거에 정당추천제를 도입하면, 기초의원선거가 정당 중심의 선거로 변하게 되어 지역적 관심이 매몰되고, 기초의원이 주민의 의사보다 정당의 의사에 따르기 쉽게되어, 지방자치의 자율성을 침해하고 지방자치제의 본질을 침해하게 된다.

(4) 국회는 위 심판대상조항들을 개정하면서, 기초의원들이나 국민들의 의견을 수렴하는 절차를 거치지 않고 입법예고도 하지 아니하여, 적법절차의 원칙을 위반하고 입법재량의 한계를 일탈하였다.

나. 관계기관의 의견

이 사건에 대하여 중앙선거관리위원회위원장은 의견이 없다고 통보하였고 다른 기관의 의견은 제출되지 않았다.

3. 판 단

가. 기초의원 선거제도에 관한 입법형성권

헌법 제118조는 지방자치단체에 의회를 둔다고 규정하면서 지방의회의 조직·권한·의원선거에 관한 사항은 법률로 정하도록 위임하고 있다. 따라서 국회는 지방자치제도와 지방의회제도의 이념과 기능을 구현할 수 있도록 지방의원 선거제도의 틀을 정하거나 변경할 수 있다.

국회는 기초의원 총정수를 3,496명에서 2,922명으로 줄이거나 기초의원 지역선거구를 소선거구제에서 중선거구로 변경하거나 기초의원선거의 후보자를 정당에서 공천할 수 있도록 입법할 수 있다. 그러한 입법이 지방자치제도나 지방의회제도의 본질이나 기능을 근본적으로 훼손시킨다고 보기 어렵다. 그러한 입법 과정에서 입법 내용을 미리 알리거나 기초의원들과 국민들의 의견을 수렴하는 절차를 거치지 않았다고 하여 적법절차를 위반하였다고 할 수 없다.

나. 법 제23조 제1항 중 별표 3 부분 <기초의원 총정수의 감축>

위 [별표 3]은 기초의원 총정수를 종전 3,496명에서 2,922명으로 줄였다. 이는 기초의원을 유급제로 전환하면서 예산문제 등을 고려하여 이루어진 것으로 보인다.

기초의원으로 되고자 하는 자의 공무담임권은 법률로 정해진 기초의원 선거제도의 틀 안에서 불합리한 차별을 받지 않도록 보장하는 것일 뿐이고, 기초의원 총정수를 줄이지 못하도록 요구하는 권능까지 내포하는 것은 아니다. 기초의원 총정수를 3,496명에서 2,922명으로 줄였다고 하여 기초의원으로 되고자 하는 청구인들의 공무담임권을 침해하는 것이라고 할 수 없다.

기초의원 총정수가 감축되어 기초의원으로 당선될 가능성이 줄어든다고 하더라도, 그것은 감축되기 전과 후를 일반적·추상적으로 비교하는 것에 불과하고, 기초의원 총정수 감축의 효과는 모든 후보자에게 동일하게 적용되는 것이므로, 청구인들이 기초의원으로 될 수 있는 기회를 직접적·구체적으로 제한하거나 불합리하게 차별하는 것이라고 볼 수 없다.

법 제23조 제1항 중 [별표 3] 부분(기초의원 총정수의 감축)은 청구인들의 기본권을 침해할 가능성이 없으므로, 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원의 대상으로 되지 못한다. 이 부분 심판청구는 부적법하다.

다. 법 제26조 제2항 부분 <기초의원 중선거구제>

법 제26조 제2항은 기초의원 지역선거구에서 기초의원 2인 이상 4인 이하를 선출하도록 규정하여 종전의 소선거구제를 중선거구제로 변경하였다.

다른 선거에서는 소선거구제를 채택하면서 기초의원선거에서만 중선거구제를 채택하였다고 하여 자치구·시·군의 지방자치제도나 지방의회제도의 본질을 훼손한다고 볼 수 없고, 기초의원 선거와 다른 선거를 비교하여 차별 여부를 비교할 수도 없는 것이다.

공무담임권은 소선거구제를 요구할 수 있는 권능을 포함하지 아니하므로, 소선거구제를 중선거구제로 변경하는 것이 공무담임권을 침해하는 것이라고 할 수 없다. 중선거구제는 소선거구제보다 후보자의 노력과 비용을 더 많이 들이게 한다고 하더라도, 이는 선거제도의 기본틀에서 비롯되는 것으로서 모든 후보자들에게 동등하게 적용되는 것이므로, 특정 후보자를 불리하게 차별하거나 공무담임권을 제한하는 것이라고 볼 수 없다.

그러므로 법 제26조 제2항 부분(기초의원 중선거구제)은 청구인들의 공무담임권을 침해할 가능성이 없으므로, 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원의 대상으로 되지 못한다. 이 부분 심판청구도 부적법하다.

라. 법 제47조 제1항 본문 중 기초의원 후보자의 정당추천 부분

(1) 기초의원선거의 정당추천에 관한 규정의 연혁

1988. 4. 6. 법률 제4005호로 공포된 지방의회의원선거법은 지방의회 의원선거에서 정당공천제를 규정하지 않았다가, 1990. 12. 31. 법률 제4311호로 개정되어 다른 선거에서는 정당의 후보자추천을 허용하면서 기초의원 선거에서만 정당의 후보자추천을 배제하였다. 1994. 3. 16. 법률 제4739호로 개정된 후에는 기초의원 선거에서도 정당의 후보자추천을 허용하였다가, 1995. 4. 1. 법률 제4947호로 개정되어 기초의원선거에서만 정당의 후보자추천을 배제하였다.

정당의 후보자 추천이 허용되지 않을 때에는 후보자가 특정 정당으로부터 지지 또는 추천 받음을 표시하지 못하도록 규정하고 있었다. 헌법재판소는 1999. 11. 25. 선고 99헌바28 결정에서 기초의원 후보자가 소속 정당의 지지나 추천 받음을 표방하지 못하도록 규정한 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’ 제84조가 헌법에 위반되지 않는다고 결정하였다가, 2003. 1. 30. 선고 2001헌가4 결정으로 종전 결정을 변경하여, ‘정당의 지지 혹은 추천 여부는 유권자들에게 중요한 참고사항이 될 수 있으며, 정당표방을 허용함으로써 얻는 이익이 부정적인 효과보다 크다’는 취지에서 위 조항을 위헌이라고 선언하였다.

그러자 국회는 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’을 ‘공직선거법’으로 전부개정하면서 기초의원 선거에서도 정당이 후보자를 추천할 수 있도록 규정하였다.

(2) 정당의 기초의원 후보자 추천제와 공무담임권의 침해 여부

(가) 법 제47조 제1항 본문은 기초의원선거에서도 다른 선거와 마찬가지로 정당의 후보자추천을 허용하고 있다. 그러나 정당의 추천이 없으면 기초의원 후보자로 될 수 없도록 한 것은 아니다. 정당의 추천이 없더라도 선거권자 50인 이상 100인 이하의 추천을 받아 기초의원 후보자로 될 수 있다(법 제48조 제2항 제5호).

(나) 헌법 제25조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 갖는다.”라고 규정하고 있으므로, 공무담임권의 구체적인 내용은 법률에 의하여 형성된다. 헌법 제25조가 정당의 후보자추천이 없는 공직선거제도까지 공무담임권의 내용으로 보장하는 것은 아니므로, 기초의원 선거에서 정당이 후보자를 추천할 수 있도록 입법하더라도, 정당의 추천을 받지 않고 후보자로 될 수 있는 길을 배제하지 않는 이상, 정당의 기초의원 후보자추천제도가 기초의원으로 될 수 있는 기회를 물리적으로 제한하는 것은 아니므로, 기초의원으로 되고자 하는 청구인들의 공무담임권을 직접적으로 침해하는 것이라고 보기는 어렵다.

그러나 기초의원 선거에서 정당추천제가 시행됨에 따라, 기초의원으로 되고자 하는 자는 정당의 추천을 받아 후보자로 출마하거나, 무소속 후보자로서 정당의 추천 및 지원을 받는 후보자와 힘들게 경쟁하여야 한다. 이는 기초의원으로 되고자 하는 청구인들의 기초의원 취임 기회를 현실적으로 제약하는 효과를 초래한다고 할 수 있다.

(다) 정당이 기초의원 후보자를 추천할 수 있도록 하는 제도의 목적은 유권자들이 선거권을 행사함에 있어 참고할 중요한 사항을 제공하고, 국민의 정치적 의사 형성에 참여하는 정당의 활동을 효과적으로 보장하기 위한 것이다(헌재 2003. 1. 30. 2001헌가4 참조). 이러한 입법목적은 공공복리를 도모하기 위한 것이라고 할 수 있다.

정당의 기초의원 후보자 추천제도를 통하여, 선거권자들은 기초의원 후보자의 소속 정당과 정치적 성향을 알 수 있게 되고, 정당은 정치적 의사 형성 기능을 기초의원 선거에서도 발휘할 수 있게 된다. 따라서 정당의 후보자추천제도는 입법 목적을 달성하기 위한 합리적인 수단이라고 할 수 있다.

정당의 기초의원 후보자 추천제도는 기초의원 선거제도에 관한 기본틀의 하나로서 특정 후보자를 우대하거나 불리하게 하기 위한 것이 아니다. 그로 인하여 정당의 추천을 받지 않는 후보자는 정당의 추천과 지지를 받는 후보자와 힘들게 경쟁하게 된다고 하더라도, 그러한 불이익은 위와 같은 공익을 억제할 정도로 중대한 것이라고 보기는 어렵다. 정당의 기초의원 후보자 추천제도의 공익적 기능이 그로 인하여 침해되는 사익보다 훨씬 크다고 할 것이다.

(라) 결국 법 제47조 제1항 중 정당이 기초의원 후보자를 추천할 수 있도록 규정한 부분은 청구인들의 공무담임권을 부당하게 침해하는 것이라고 볼 수 없다.

(3) 정당의 기초의원 후보자 추천제와 지방자치제도의 본질적 침해 여부

지방자치의 본질은 주민의 복리에 관한 사무를 주민의 의사에 따라 처리하도록 하는 것이고, 기초의원은 주민의 대표로서 기초의회를 통하여 주민자치를 실현한다.

정당이 기초의원 후보자를 추천하게 되면, 정당이 기초의원 선거에 정치적 영향력을 행사하게 되고 소속 기초의원을 통하여 기초의회의 자치활동에도 영향력을 미치게 될 것이다. 그리고 중앙당 중심의 정치적 영향력이 과도하게 되면 자치구·시·군 주민의 복리에 관한 자치사무가 자치구·시·군 지역 주민들의 자치적 의사에 따라 처리되지 못하게 될 위험성이 있다. 게다가 기초의원의 선거구는 자치구·시·군의 관할구역 내에서 정해지는 데(법 제26조), 정당은 수도에 소재하는 중앙당과 특별시·광역시·도에 각각 소재하는 시·도당으로 구성되고(정당법 제3조) 자치구·시·군의 관할구역 내에는 정당이 없으므로, 기초의원 후보자의 추천도 중앙당이나 시·도당에서 하게 될 것이다.

이러한 점들은 자치구·시·군의 주민 대표를 선발하여 주민자치를 실현하고자 하는 기초의원 선거제도와 지방의회제도의 본질에 부합되지 아니한다고 할 수 있다.

그러나 헌법 제8조가 정당의 정치적 의사 형성 기능을 중시하여 정당제도와 정당의 민주적 활동을 보장하고 있는 점, 헌법 제118조 제2항이 지방의회의 조직·권한·의원선거에 관한 사항을 법률로 정하도록 위임한 점, 그에 따라 국회가 기초의원 후보자를 정당이 추천할 수 있도록 입법한 것인 점, 정당이 중앙당과 시·도당으로 구성된다고 하더라도 정당이 기초의원을 추천함에 있어 당해 기초의원을 선출하는 지역구 주민의 의사를 반영하지 못할 것이라고 단정하기 어려운 점 등을 종합하여 보면, 위와 같은 부작용이나 위험성이 우려된다고 하여 기초의원 후보자에 대한 정당추천제도가 지방자치제도나 지방의회제도의 본질을 훼손하여 헌법에 위반된다고 단정하기는 어렵다.

4. 결 론

이 사건 심판청구 중 법 제23조 제1항 중 ‘별표 3’ 부분 및 법 제26조 제2항 중 ‘하나의 자치구·시·군의원 지역구에서 선출할 지역구 자치구·시·군의원 정수는 2인 이상 4인 이하로 하며’ 부분을 각 각하하고, 법 제47조 제1항 본문 중 기초의원 후보자의 정당추천에 관한 부분을 기각한다.

이 결정에는 관여 재판관 전원의 의견이 일치되었다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현(주심) 김희옥 김종대 민형기 이동흡 목영준 송두환

[별 지] 청구인의 표시 : 생략

8

선거구획정위원회 위원 위촉불이행 행위 등에 대한 헌법소원의 적법 여부

- 선거구획정위원회위원위촉불이행 등 위헌확인, 2004. 2. 26. 2003헌마285 ■

【판시사항】

2003. 4. 16.까지 제17대 국회의원 총선거에 관하여 국회의장이 선거구획정위원회 위원을 선임·위촉하지 않은 부작위 및 선거구획정위원회가 선거구획정안을 국회의장에게 제출하지 않은 부작위가 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 공권력의 행사에 해당하는지 여부(소극)

【결정요지】

헌법재판소법 제68조 제1항에 의하면, 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있고, 공권력의 행사에 대하여 헌법소원심판을 청구하기 위하여는 공권력의 주체에 의한 권력의 발동으로서 국민의 권리 의무에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시키는 행위가 있어야 하는바, 헌법소원심판의 대상이 될 수 있는 이러한 공권력성 내지 기본권 관련성은, 헌법소원이 기본권침해에 대한 권리구제수단이라는 본질적 성격에서 도출되는 것이므로 공권력의 불행사에 대하여 헌법소원심판을 청구하기 위하여도 마찬가지로 요구된다. 따라서 헌법소원심판의 대상이 될 수 있는 공권력의 불행사는 국민의 권리 의무에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시키는 공권력의 행사를 하여야 할 헌법상 작위의무를 해태한 것이어야 한다.

그런데, 국회의 기관내부의 행위에 불과하여 국민의 권리 의무에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시키는 행위가 아닌 선거구획정위원회 위원 선임 및 선거구획정위원회의 선거구획정안 제출행위를 하지 않은 부작위는, 국가기관의 내부적 의사결정행위에 불과하여 그 자체로 국민에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시키는 행위가 아니므로 헌법소원의 대상이 되는 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 공권력의 불행사에 해당되지 아니한다.

【참조조문】

헌법 제41조 제3항

헌법재판소법 제68조 제1항

공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것) 제24조(선거구획정위원회) ① 국회의원지역선거구의 공정한 획정을 위하여 국회에 선거구획정위원회를 둔다.

② 선거구획정위원회의 위원은 명예직으로 하되, 일비·여비 기타의 실비를 받을 수 있다.

③ 선거구획정위원회로부터 선거구획정업무에 필요한 자료의 요청을 받은 국가기관 및 지방자치단체는 지체없이 이에 따라야 한다.

④ 선거구획정위원회는 제25조(국회의원지역구의 획정) 제1항에 규정된 기준에 따라 선거구획정안을 마련하고, 그 이유 기타 필요한 사항을 기재한 보고서를 늦어도 당해 국회의원의 임기만료에 의한 총선거의 선거일전 1년까지 국회의장에게 제출하여야 한다.

⑤ 국회가 국회의원지역선거구에 관한 규정을 개정하는 때에는 선거구획정위원회의 선거구획정안을 존중하여야 한다.

⑥ 선거구획정위원회의 구성 및 운영 기타 필요한 사항은 국회규칙으로 정한다.

공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것) 제25조(국회의원지역구의 획정) ① 국회의원지역선거구(이하 “국회의원지역구”라 한다)는 시·도의 관할구역 안에서 인구·행정구역·지세·교통 기타 조건을 고려하여 이를 획정하되, 구(자치구를 포함한다)·시(구가 설치되지 아니한 시를 말한다)·군(이하 “구·시·군”이라 한다)의 일부를 분할하여 다른 국회의원지역구에 속하게 하지 못한다.

② 국회의원지역구의 명칭과 그 구역은 별표 1과 같이 한다.

선거구획정위원회구성및운영등에관한규칙(2003. 11. 7. 국회규칙 제124호로 개정된 것) 제2조(위원회의 직무) ① 위원회는 법 제25조 제1항에 규정된 기준에 따라 국회의원지역선거구(이하 “선거구”라고 한다) 획정안을 마련하고, 그 이유 기타 필요한 사항을 기재한 보고서를 작성하여 당해 국회의원의 임기만료에 의한 총선거의 선거일전 1년까지 국회의장에게 제출한다. 다만 국회의원선거구제의 변경이나 의원정수의 조정등 특별한 사유가 있을 때에는 국회의장이 각 교섭단체대표의원과 협의하여 그 제출기한을 연기할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 보고서를 받은 국회의장은 지체없이 이를 소관 상임위원회 또는 선거구획정에 관한 사항을 심사하는 특별위원회에 회부하여야한다.

선거구획정위원회구성및운영등에관한규칙(2003. 11. 7. 국회규칙 제124호로 개정된 것) 제 3조(위원회의 구성) ① 위원회는 위원장 1인을 포함한 9인의 위원으로 구성한다.

② 위원은 다음의 자로 한다.

1. 국회의장이 각 교섭단체대표의원과 합의하여 선임하는 국회의원 4인
2. 국회의장이 각 교섭단체대표의원과 합의하여 위촉하는 국회의원 외의 자 5인

③ 위원장은 위원 중에서 호선한다.

④ 위원장 및 위원은 비상근으로 한다.

【참조판례】

헌재 2003. 12. 18. 2003헌마225, 결정문 5면

헌재 1999. 6. 24. 98헌마472 등, 판례집 11-1, 854, 860

헌재 1994. 8. 31. 92헌마174, 판례집 6-2, 249, 264-265

헌재 1994. 4. 28. 91헌마55, 판례집 6-1, 409, 412

헌재 1994. 2. 24. 92헌마283, 판례집 6-1, 107, 112

헌재 1992. 6. 26. 89헌마132, 판례집 4, 387, 402

【당 사 자】

청 구 인 강명용 외 4인

대리인 변호사 김정진

【주 문】

이 사건 심판청구를 모두 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 공직선거및선거부정방지법(이하 ‘공선법’이라 한다) 제25조 제2항에 의한 [별표 1] 「국회의원지역선거구구역표」에 대한 헌법불합치결정(헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92등 결정, 이하 ‘종전 결정’이라고 한다)에 따라 위 선거구구역표를 개정하여야 하는바, 공선법 제24조 제4항에 의하여 선거구획정위원회는 …… 선거구획정안을 마련하고, 그 이유 기타 필요한 사항을 기재한 보고서를 늦어도 당해 국회의원의 임기만료에 의한 총선거의 선거일 전 1년까지 국회의장에게 각각 제출하여야 하는데, 선거구획정위원회구성및운영등에관한규칙(이하 ‘규칙’이라 한다) 제3조에 의하여 선거구획정위원회는 국회의장이 각 교섭단체 대표의원과 합의하여 선임·위촉하는 국회의원 4인과 국회의원 외의 자 5인(심판청구 후 2003. 11. 7. 규칙 개정으로 각 1인씩 증원되었다)으로 구성된다.

(2) 제17대 국회의원 총선거는 2004. 4. 15.로 예정되어 있는바, 국회의장은 각 교섭단체 대표의원과 합의하여 선거구획정위원을 선임·위촉하고, 2003. 4. 15.까지 선거구획정위원회가 국회의장에게 선거구획정안을 제출하여야 함에도 불구하고 같은 달 16.까지도 국회의장이 선거구획정위원회 위원을 선임·위촉하지 아니하여 선거구획정안이 국회의장에게 제출되지 아니하였다.

(3) 청구인들은 2003. 4. 16.까지 국회의장과 각 교섭단체대표의원이 선거구획정위원회 위원을 선임·위촉하지 않은 부작위 및 선거구획정위원회가 선거구획정안을 국회의장에게 제출하지 않은 부작위가 2004. 4. 15. 시행 예정인 제17대 국회의원 총선거 출마예정자인 청구인들의 공무담임권 등 기본권을 침해하여 위헌이라고 주장하면서 2003. 4. 17. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(4) 2003. 5. 12. 국회의장은 선거구획정위원회 위원을 선임·위촉하였고, 2003. 11. 7. 규칙 개정에 따라 국회의원과 국회의원 아닌 자를 각 1인씩 증원하여 선임·위촉하였다.

나. 심판의 대상

(1) 이 사건 심판대상(이하 ‘이 사건 부작위’라고 한다)

이 사건 심판대상은, “2003. 4. 16.까지 제17대 국회의원 총선거에 관하여 국회의장이 선거구획정위원회 위원을 선임·위촉하지 않은 부작위(이하 ‘선거구획정위원회 위원 불선임’이라고 한다) 및 선거구획정위원회가 선거구획정안을 국회의장에게 제출하지 않은 부작위(이하 ‘선거구획정안 부제출’이라고 한다)의 위헌 여부”이다.

청구인들은 이 사건 부작위 중 선거구획정위원회 위원 불선임에 관한 의무주체로서 국회의장 외에 각 교섭단체 대표의원을 포함하여 청구하나, 아래 규칙 제3조 제2항 각호에서 규정된 바와 같이 선거구획정위원회 위원에 대한 선임·위촉의 주체는 국회의장이므로 위와 같이 심판대상을 확정한다.

(2) 관련 조문

헌법(1987. 10. 29. 전문개정된 것) 제41조 ③ 국회의원의 선거구와 비례대표제 기타 선거에 관한 사항은 법률로 정한다.

공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것)

제24조(선거구획정위원회) ① 국회의원지역선거구의 공정한 획정을 위하여 국회에 선거구획정위원회를 둔다.

② 선거구획정위원회의 위원은 명예직으로 하되, 일비·여비 기타의 실비를 받을 수 있다.

③ 생략

④ 선거구획정위원회는 제25조(국회의원지역구의 획정) 제1항에 규정된 기준에 따라 선거구획정안을 마련하고, 그 이유 기타 필요한 사항을 기재한 보고서를 늦어도 당해 국회의원의 임기만료에 의한 총선거의 선거일 전 1년까지 국회의장에게 제출하여야 한다.

⑤ 국회가 국회의원지역선거구에 관한 규정을 개정하는 때에는 선거구획정위원회의 선거구획정안을 존중하여야 한다.

⑥ 선거구획정위원회의 구성 및 운영 기타 필요한 사항은 국회규칙으로 정한다.

제25조(국회의원지역구의 획정) ① 국회의원지역선거구(이하 “국회의원지역구”라 한다)는 시·도의 관할구역안에서 인구·행정구역·지세·교통 기타 조건을 고려하여 이를 획정하되, 구(자치구를 포함한다)·시(구가 설치되지 아니한 시를 말한다)·군(이하 “구·시·군”이라 한다)의 일부를 분할하여 다른 국회의원지역구에 속하게 하지 못한다.

② 국회의원지역구의 명칭과 그 구역은 별표 1과 같이 한다.

선거구획정위원회구성및운영등에관한규칙(2003. 11. 7. 국회규칙 제124호로 개정된 것)

제2조(위원회의 직무) ① 위원회는 법 제25조 제1항에 규정된 기준에 따라 국회의원지역선거구(이하 “선거구”라고 한다) 획정안을 마련하고, 그 이유 기타 필요한 사항을 기재한 보고서를 작성하여 당해 국회의원의 임기만료에 의한 총선거의 선거일전 1년까지 국회의

장에게 제출한다. 다만 국회의원선거구제의 변경이나 의원정수의 조정등 특별한 사유가 있을 때에는 국회의장이 각 교섭단체대표의원과 협의하여 그 제출기한을 연기할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 보고서를 받은 국회의장은 지체없이 이를 소관 상임위원회 또는 선거구획정에 관한 사항을 심사하는 특별위원회에 회부하여야한다.

제3조(위원회의 구성) ① 위원회는 위원장 1인을 포함한 9인의 위원으로 구성한다.

② 위원은 다음의 자로 한다.

1. 국회의장이 각 교섭단체대표의원과 합의하여 선임하는 국회의원 4인
2. 국회의장이 각 교섭단체대표의원과 합의하여 위촉하는 국회의원 외의 자 5인
- ③ 위원장은 위원 중에서 호선한다.
- ④ 위원장 및 위원은 비상근으로 한다.

2. 청구인의 주장과 국회의장의 답변 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

청구인 강명용은 2003. 4. 24. 실시예정인 국회의원 보궐선거에 정당법상 정당인 민주노동당의 추천을 받아 고양시 덕양갑 후보로, 청구인 목영대는 의정부시 후보로, 청구인 민동원은 서울 양천을 후보로 출마한 자들이며, 청구인 김종철은 위 정당의 용산지구당 위원장, 청구인 신장식은 위 정당 관악을지구당 위원장인바, 청구인들은 2004. 4. 15.경 실시예정인 제17대 국회의원 총선거에 출마할 예정인데, 국회의원지역선거구(이하 '선거구'라고 한다)가 확정되어야만 여론조사 등의 방법으로 당선가능성을 파악하여 출마여부를 결정하거나, 출마결정시 선거운동에 필요한 자금 등을 미리 마련하고 지역선거권자들의 성향을 파악하는 등으로 선거전략을 미리 수립할 수 있으므로, 이 사건 부작위는 청구인들의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권의 하나인 알 권리와 공무담임권을 침해하여 위헌이다.

나. 국회의장의 답변

(1) 국회의원지역선거구의 명칭과 구역은 공선법 제25조 제2항 별표 1로 규정되어 있기 때문에 그 변경은 원칙적으로 법률개정의 절차에 따라 이루어진다.

청구인들이 주장하는 이 사건 선거구획정절차는 일반적인 법률개정 절차에 더하여 공선법상 관계규정에 따라 선거구획정위원회가 선거구획정안을 마련하고 그 이유 기타 필요

한 사항을 기재한 보고서를 작성하여 국회의장에게 제출하면, 국회의장이 이를 소관 상임위원회 또는 선거구획정에 관한 사항을 심사하는 특별위원회에 회부하여 해당 위원회가 위 선거구획정안을 심사한 후 본회의 의결로 확정된다. 위와 같이 제출된 선거구획정안이 국회를 기속하는 효력을 가지는 것은 아니다.

따라서 선거구획정위원회 위원 선임·위촉행위 및 위 위원회의 선거구획정안 제출행위는 국가기관간의 내부적 행위에 불과하고, 선거구를 확정하는 직접적 효력을 가지는 행위గా 아니므로 이러한 행위를 하지 아니한 이 사건 부작위는 헌법소원심판청구의 대상이 될 수 없다.

(2) 또, 헌법 제41조 제3항은 “국회의원의 선거구와 비례대표제 기타 선거에 관한 사항은 법률로 정한다.”고 규정하여 선거제도와 선거구의 획정에 관한 구체적인 결정을 국회의 입법에 맡기고 있으므로 선거구 구성의 문제는 물론 언제까지 선거구를 확정하여 입법화할지의 문제는 기본적으로 국회의 폭넓은 입법형성의 재량에 속한다.

이러한 선거구획정에 관한 광범위한 입법형성의 재량에 의하여 국회는 규칙에서 국회의 원선거구제의 변경이나 의원정수의 조정 등 특별한 사유가 있을 때에는 국회의장이 각 교섭단체대표의원과 협의하여 선거구획정위원회의 선거구획정안과 관련 보고서의 제출기한을 연기할 수 있다고 규정하고 있다(규칙 제2조 제1항 단서).

따라서 선거구획정위원회가 법에 따라 당해 국회의원의 임기만료에 의한 총선거의 선거일 전 1년까지 위 보고서를 국회의장에게 제출하도록 노력하여야 할 것이나, 반드시 기간을 준수하여야 할 법률상의 의무가 발생한다고는 할 수 없고, 국회가 정치개혁특별위원회를 구성하여 선거구제와 의원정수 등에 관한 사항을 심의하도록 하고 있으므로 이러한 사항이 결정되지 않은 상태에서 선거구획정위원회가 선거구를 확정하는 것도 불가능하다.

(3) 국회는 이미 2003. 5. 12. 선거구획정위원회 위원을 선임·위촉하였다.

다. 중앙선거관리위원회의 의견

특별한 의견이 없다는 기재 외에 다른 의견을 제시하지 않고 있다.

3. 판 단

헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원은 공권력의 행사 또는 불행사로 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 청구할 수 있는 권리구제제도이다. 따라서 행위의 성질상 국민의 권리를 침해할 수 없는 공권력 주체의 행위는 헌법소원심판의 대상이 될 수 없다

(헌재 1994. 4. 28. 91헌마55, 판례집 6-1, 409, 412; 1999. 6. 24. 98헌마472등, 판례집 11-1, 854, 859 등 참조). 즉, 공권력의 행사에 대하여 헌법소원심판을 청구하기 위하여는, 공권력의 주체에 의한 권력의 발동으로서 국민의 권리 의무에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시키는 행위가 있어야 한다는 것은 우리 재판소의 확립된 판례이다(헌재 2003. 12. 18. 2003헌마225, 결정문 5면; 1994. 8. 31. 92헌마174, 판례집 6-2, 249, 264-265; 1994. 2. 24. 92헌마283, 판례집 6-1, 107, 112; 1992. 6. 26. 89헌마132, 판례집 4, 387, 402 등 참조).

헌법소원심판의 대상이 될 수 있는 이러한 공권력성 내지 기본권관련성은, 헌법소원이 기본권침해에 대한 권리구제수단이라는 본질적 성격에서 도출되는 것이므로 공권력의 불행사에 대하여 헌법소원심판을 청구하기 위하여도 마찬가지로 요구된다. 따라서 헌법소원심판의 대상이 될 수 있는 공권력의 불행사는 국민의 권리 의무에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시키는 공권력의 행사를 하여야 할 헌법상 작위의무를 해태한 것이어야 한다.

청구인들은 2004. 4. 15.경 실시예정인 제17대 국회의원 총선거에 출마할 예정인데 이 사건 부작위로 인하여 선거구가 확정되지 않아 청구인들의 알 권리와 공무담임권이 침해되었다는 것인바, 이 사건 부작위가 청구인들이 주장하는 바와 같이 선거구획정에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시키는 공권력의 행사를 하지 아니한 것으로서 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력성을 갖추었는지의 점에 관하여 살펴본다.

가. 선거구획정의 법적 성격 및 절차

선거구획정은 공선법 제25조 제2항에 의한 [별표 1] 「국회의원지역선거구구역표」의 내용이 되어 위 법률에 편입되므로 그 법적 성격은 입법행위이다.

따라서 청구인들이 주장하는 이 사건 선거구획정절차는, 종전 결정으로 인하여 위 선거구구역표를 개정하여야 할 의무가 있으므로 일반적인 법률개정절차에 더하여 공선법상 관계규정에 따라 선거구획정위원회가 선거구획정안을 마련하고 그 이유 기타 필요한 사항을 기재한 보고서를 작성하여 국회의장에게 제출하면, 국회의장이 이를 소관 상임위원회 또는 선거구획정에 관한 사항을 심사하는 특별위원회에 회부하여 해당 위원회가 위 선거구획정안을 심사한 후 법제사법위원회의 체계·자구 심사, 본회의 의결 및 공포의 절차를 거쳐 이루어진다.

나. 선거구획정위원회 위원 선임행위 및 선거구획정안 제출행위의 성격

(1) 선거구획정위원회의 성격

국회의원지역선거구의 획정은 당해 선거에 출마하려고 하는 당사자들의 당락에 직접적 영향을 미칠 수 있는 사안이므로 그 획정에 있어서는 객관적 기준에 의한 공정성을 확보

하기 위하여 1994. 3. 16. 공선법을 제정하면서 국회에 선거구획정위원회를 두도록 한 것이다(공선법 제24조 제1항). 위 공선법에 따라 실시된 제15대 국회의원총선거(1996. 4. 11. 자) 및 제16대 국회의원 총선거(2000. 4. 13.) 전에 매년 선거구획정위원회가 구성되어 선거구획정안 및 관련 보고서를 제출하여 왔다.

공선법 제24조 제1항의 입법위임에 따라 국회규칙은 선거구획정위원회를 국회의장이 각 교섭단체 대표의원과 합의하여 선임하는 국회의원 4인, 같은 방식으로 위촉하는 국회의원의 자 5인으로 구성하고, 그 임기는 위원으로 선임된 날부터 선거구획정안과 관련 보고서를 국회의장에게 제출한 날까지로 하며, 위원회의 회의는 재적위원 3분의 2이상의 찬성으로 의결하도록 규정하고 있다(규칙 제3, 4, 6조).

국회는 선거구획정위원회에서 제출한 선거구획정안을 존중하도록 규정되어 있을 뿐이므로 위 선거구획정안이 국회를 기속하는 것은 아니다(공선법 제24조 제5항). 다만, 국회는 제16대 국회의원 총선거의 지역구획정에 있어 위 선거구획정안을 그대로 수용하여 선거구구역표를 개정한 바 있다.

위와 같은 사정을 종합하면, 선거구획정위원회의 법적 성격은 국회 내부의 비상설회의체 기관이라고 봄이 상당하다.

(2) 선거구획정위원회 위원 선임행위의 성격

앞서 본 바와 같이 선거구획정위원회는 국회내부기관이므로 위 위원회의 위원 선임행위는 국회가 그 자율권에 근거하여 내부적으로 회의체기관을 구성·조직하는 ‘기관내부의 행위’이다.

(3) 선거구획정위원회의 선거구획정안 제출행위의 성격

일반적으로 선거구획정위원회의 선거구획정안 제출이 반드시 공선법개정으로 연결되는 것은 아니나, 이 사건 제17대 국회의원 총선거에 관한 선거구획정에 있어서는 종전 결정으로 인한 입법개선 의무로서 선거구구역표를 포함한 공선법의 개정은 필수적이다.

따라서 앞서 본 선거구획정의 절차상 선거구획정위원회가 국회의장에게 제출한 선거구획정안이 법률로써 확정되기 위하여 국회 소관 위원회의 심사, 법제사법위원회의 체계·자구 심사, 본회의 의결 및 공포 절차를 거쳐야 하므로 그러한 선거구획정안 제출행위는 국회의 ‘기관내부의 행위’에 불과하다. 또한 위 위원회의 선거구획정안이 제출되어 선거구구역표가 개정되지 않는 경우에도 그 제출행위는 국회 내부의 행위에 불과하고, 그것이 국민에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시키지 아니한다.

다. 이 사건 부작위가 헌법소원의 대상이 되는 공권력성이 있는지의 여부

위와 같이 국회의 기관내부의 행위에 불과하여 국민의 권리 의무에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시키는 행위가 아닌 선거구획정위원회 위원 선임 및 선거구획정위원회의 선거구획정안 제출행위를 하지 아니하였다는 이 사건 부작위는 헌법소원의 대상이 되는 헌법재판소법 제68조 소정의 공권력의 불행사에 해당되지 않는다(헌재 2003. 12. 18. 2003헌마225, 결정문 5면; 1999. 6. 24. 98헌마472등, 판례집 11-1, 854, 860; 1994. 8. 31. 92헌마174, 판례집 6-2, 249, 264-265 등 참조).

4. 결 론

그렇다면, 이 사건 심판청구는 그 심판대상인 이 사건 부작위가 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원의 대상이 될 수 있는 공권력의 불행사에 해당하지 아니하여 부적법하므로 이를 모두 각하하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 김영일 권 성 김효종(주심) 김경일 송인준 주선회 전효숙

9

국회의원지역선거구 미획정에 따른 입법부작위 헌법소원의 적법 여부

■ 입법부작위 위헌확인 등, 2000. 3. 30. 99헌마594 ■

【판시 사항】

- 가. 선거구획정시기가 입법형성의 자유에 속하는지 여부(적극)
- 나. 제16대 국회의원선거 관련 사항 및 울산광역시 북구에 대한 선거구를 확정하지 않은 입법부작위가 위헌이라는 이유로 제기된 이 사건 헌법소원심판 계속중 공직선거및선거부정방지법이 개정, 공포되어 권리보호이익이 소멸하였다고 본 사례

【결정요지】

- 가. 우리 헌법은 제41조 제3항에서 “국회의원의 선거구와 비례대표제 기타 선거에 관한 사항은 법률로 정한다”고 규정하여 선거제도와 선거구의 획정에 관한 구체적인 결정을 국회의 입법에 맡기고 있다. 따라서 선거구간의 인구균형 및 행정구역, 지세, 교통사정, 생활권 내지 역사적, 전통적 일체감 등 여러 가지 정책적·기술적 요소를 고려하여 어느 지역을 1개의 선거구로 구성할지의 문제는 물론이고, 언제까지 선거구를 획정하여 입법화할지의 문제도 기본적으로는 폭넓은 입법형성의 자유에 속한다고 할 것이고, 그 입법의 결과가 입법재량의 한계를 현저하게 벗어나지 않는 한 헌법위반이 된다고 볼 수는 없다.
- 나. 청구인은 국가가 1999. 10. 15.까지 제16대 국회의원선거에 관한 사항을 확정하지 않고 제16대 선거제도와 관련하여 울산광역시 북구에 대한 선거구를 확정하지 않은 입법부작위로 인하여 자신의 기본권을 침해받은 것이라고 주장하고 있는바, 국회는 이 사건 헌법소원심판이 청구되어 계속중인 2000. 2. 8. 제16대 선거에 적용될 공직선거및선거부정방지법 개정안을 입법, 의결하여 그 법이 2000. 2. 16. 법률 제6265호로 공포되었고, 같은 법 제25조 제2항 [별표 1] 에서 울산광역시 북구 선거구를 독립된 지역선거구로 확정하고 있어 더 이상 청구인이 주장하는 기본권의 침해가 없게 되었으므로 이 사건의 주관적인 권리보호이익은 소멸하였다.

【참조조문】

헌법 제41조 제3항

공직선거및선거부정방지법(1998. 4. 30. 법률 제5537호로 개정되고, 2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정되기 전의 것) 제24조, 제25조

【참조판례】

나. 헌재 1997. 3. 27. 93헌마251, 판례집 9-1, 366

【당 사 자】

청 구 인 송○호(변호사)

피청구인 대한민국 국회

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 제14, 15대 국회의원선거에서 울산시 중구에 출마한바 있고, 2000. 4. 13. 실시예정인 제16대 국회의원선거에서 1997. 7. 15. 신설된 자치구인 울산광역시 북구에 출마할 예정이다.

청구인은 1999. 10. 16. 국회가 2000. 4. 13. 실시예정인 제16대 국회의원선거(이하 “제16대 선거”라고 한다)에 관한 사항을 새로 확정하지 않은 입법부작위와 울산광역시 북구에 대한 선거구를 확정하지 않은 입법부작위는 위헌이라고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판청구를 제기하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 “국회가 1999. 10. 15.까지 제16대 선거에 관한 사항을 확정하지 않은 입법부작위의 위헌여부와 국회가 1999. 10. 15.까지 제16대 선거의 국회의원지역선거구(이하 “선거구”라고 한다)와 관련하여 울산광역시 북구에 대한 선거구를 확정하지 않은 입법부작위의 위헌여부”이다.

이 사건과 관련된 법률규정의 내용은 다음과 같다.

공직선거및선거부정방지법(1998. 4. 30. 법률 제5537호로 개정되고, 2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정되기 전의 것, 이하 “선거법”이라고 한다) 제24조(선거구획정위원회) ① 국회의원지역선거구의 공정한 획정을 위하여 국회에 선거구획정위원회를 둔다.

②, ③ 생략

④ 선거구획정위원회는 제25조(국회의원지역구의 획정) 제1항에 규정된 기준에 따라 선거구획정안을 마련하고, 그 이유 기타 필요한 사항을 기재한 보고서를 늦어도 당해 국회의원 임기만료에 의한 총선거의 선거일전 1년까지 국회의장에게 제출하여야 한다.

⑤ 국회가 국회의원지역선거구에 관한 규정을 개정하는 때에는 선거구획정위원회의 선거구획정안을 존중하여야 한다.

⑥ 생략

제25조(국회의원지역구의 획정) ① 국회의원지역선거구(이하 “국회의원지역구”라 한다)는 시·도의 관할구역 안에서 인구·행정구역·지세·교통 기타 조건을 고려하여 이를 획정하되, 구(자치구를 포함한다)·시(구가 설치되지 아니한 시를 말한다)·군(이하 “구·시·군”이라 한다)의 일부를 분할하여 다른 국회의원지역구에 속하게 하지 못한다.

② 국회의원지역구의 명칭과 그 구역은 별표 1과 같다.

[별표 1] 국회의원지역선거구구역표 (생략)

2. 청구인의 주장과 국회의장의 의견

가. 청구인의 주장

헌법 제41조에 의하면 국회의원의 선거구와 비례대표제 기타 선거에 관한 사항은 법률로 정하도록 되어 있다. 그런데 선거제도는 정치참여 희망자에게는 출마여부 결정, 출마지역 선정, 적법한 사회활동 등에, 주권자인 국민에게는 출마예상자의 판단, 후보자에 대한 점

검 및 선택 등에 영향을 미친다. 그러므로 선거제도는 선거일로부터 일정 기간 여유를 두고 확정되어야 한다.

그런데 선거법 제24조 제4항에 의하면 선거구획정위원회는 다음 총선거 선거일 1년전까지 국회의장에게 선거구획정안을 제출하도록 규정하고 있고, 같은 조 제5항에서는 국회의원의원지역구에 관한 개정을 하는 때에는 위 선거구획정안을 존중하여야 한다고 규정하고 있다. 또 선거법 제113조에 의하면 후보자나 후보자가 되고자 하는 자와 그 배우자는 기부행위제한기간 중에 일체의 기부행위를 할 수 없다고 규정하고, 같은 법 제112조 제4항은 임기만료에 의한 총선거의 선거일전 180일로부터 선거일까지를 기부행위 제한기간으로 정하고 있으며, 같은 조 제1항은 선거구 안에서의 일정한 금품제공행위 등을 기부행위로 보고 있다. 이러한 규정들에 비추어 볼 때 국회는 제16대 선거일로부터 180일을 앞둔 1999. 10. 15.까지는 제16대 선거를 위한 사항에 대하여 입법할 의무가 있다.

또 선거법 제25조 제1항에 의하면 선거구는 구·시·군의 일부를 분할하여 다른 지역선거구에 속하게 하지 못하도록 되어 있고, 울산광역시 북구는 그 인구가 1998년 현재 104,577명에 이르러 독립된 선거구로 되어야 할 것으로 보이는데도, 국회는 1999. 10. 15.까지 이에 대한 아무런 입법도 하지 않고 있다.

위와 같은 입법부작위는 헌법전문과 국민주권을 규정한 헌법 제1조, 평등권을 규정한 헌법 제11조, 죄형법정주의를 규정한 헌법 제13조, 선거권을 규정한 헌법 제24조, 공무담임권을 규정한 헌법 제25조, 선거운동의 기회균등을 규정한 헌법 제116조를 침해하는 것이다.

나. 국회의장의 의견

선거법은 종래부터 제정되어 있었고 다만 일부 행정구역의 변경에 따라 일부 선거구 재획정을 위한 법률개정이 필요하지만 이를 행하지 않는 것은 부진정입법부작위로서 헌법소원의 대상이 되지 않는다.

선거법 제49조와 제59조에 의하면 제16대 선거에 출마하고자 하는 사람은 선거일전 16일까지만 등록하면 되기 때문에 선거구 재획정을 위한 선거법 개정이 아직 이루어지지 않았다고 하여 현재 청구인의 기본권이 침해되었다고 할 수 없고, 선거입후보를 준비하기 위한 행위는 사전선거운동이나 기부행위에 해당하지 않는 한 광범위하게 허용되고 있으므로 청구인의 공무담임권이 침해되지는 않는다.

한편 선거법 제24조에서 선거구획정위원회가 선거일로부터 1년전까지 선거구획정안을 국회의장에게 제출하도록 한 것은 훈시규정일 뿐만 아니라 국회가 이에 구속되는 것도 아

니며, 국회는 그동안 선거법 개정을 위하여 비상한 노력을 기울여 왔으므로 국회가 용인할 수 없을 정도로 선거법 개정을 방치하여 헌법을 위반한 것은 아니다.

3. 판 단

가. 선거구획정시기에 관한 입법형성권

(1) 오늘날의 정치는 의회제도를 통한 대의제민주주의를 그 근간으로 하고 있다. 각국의 선거제도는 그 나라의 구체적인 정치적 상황이나 역사적·사회적 배경 등을 고려하여 실정에 맞도록 결정되고 있으나 보편적으로는 전국을 여러 개의 지역선거구로 나누고 각 지역선거구에서 그 지역을 대표하는 한명 내지 수명의 국회의원을 선출하는 방식을 포함하고 있음에는 차이가 없다. 이러한 방식은 국민의 의사를 정확하고 효과적으로 반영하여야 하는 대의제의 기본이념에 합치하는 것이다. 따라서 대의제민주주의를 채택한 나라에서는 선거구를 누가, 언제, 어떻게 나눌지(선거구획정)의 문제는 선거를 통한 민주주의의 실현과정에서 가장 먼저 해결해야 할 과제로 떠오른다.

우리 헌법은 제41조 제3항에서 “국회의원의 선거구와 비례대표제 기타 선거에 관한 사항은 법률로 정한다”고 규정하여 선거제도와 선거구의 획정에 관한 구체적인 결정을 국회의 입법에 맡기고 있다. 따라서 선거구간의 인구균형 및 행정구역, 지세, 교통사정, 생활권 내지 역사적, 전통적 일체감 등 여러 가지 정책적·기술적 요소를 고려하여 어느 지역을 1개의 선거구로 구성할지의 문제는 물론이고, 언제까지 선거구를 획정하여 입법화할지의 문제도 기본적으로는 폭넓은 입법형성의 자유에 속한다고 할 것이고, 그 입법의 결과가 입법재량의 한계를 현저하게 벗어나지 않는 한 헌법위반이 된다고 볼 수는 없다.

(2) 우리나라의 선거법에 의하면 선거구획정과 관련하여 공정한 선거구획정을 위하여 선거구획정위원회를 두고 있고(제24조 제1항), 선거구획정위원회에서는 선거구획정안을 마련하여 늦어도 당해 국회의원의 임기만료에 의한 총선거의 선거일전 1년까지 국회의장에게 그 보고서를 제출하도록 하고 있으며(동조 제4항), 국회가 선거구에 관한 규정을 개정하는 때에는 선거구획정위원회의 선거구획정안을 존중하여야 한다고 규정하고 있다(동조 제5항). 이와 같이 우리 선거법에서는 선거구획정위원회가 국회의장에게 선거구획정안을 제출할 시기에 관한 규정은 있으나 국회가 선거구를 획정하여야 할 시기에 관하여는 아무런 규정도 두고 있지 않다.

(3) 한편 외국의 선거구획정에 관한 절차를 살펴보면, 일본의 경우 중의원의원선거구획정심의회설치법(1994. 2. 4. 제정 법률 제3호)에 따라 설치된 선거구획정심의회는 선거구의 개정에 관하여 심의하고 필요하다고 인정하는 때에는 그 개정안을 작성하여 내각총리대신에게 권고한다(제2조). 그런데 그 권고는 국제조사(통계법 제4조 제2항 본문의 규정에

의하여 10년마다 행해지는 국세조사에 한한다)의 결과에 의한 인구가 최초로 관보에 공시된 날로부터 1년 이내에 행하는 것으로 하고(제4조 제1항), 그럼에도 불구하고 각 선거구의 인구의 현저한 불균형 기타 특별한 사정이 있다고 인정할 때에는 제2조의 규정에 의한 권고를 할 수 있도록 하고 있다(제4조 제2항). 다만 1994년 중의원선거에 대비하여 심의회위원이 임명된 후 6월내에 권고를 하도록 하고 있다(부칙 제2조 제2항).

독일의 경우 연방선거법(Bundeswahlgesetz)에서 상설의 선거구획정위원회(Wahlkreiskommission)를 두도록 하고(제3조 제1항), 선거구획정위원회는 인구변동과 행정구역변경 등의 사유에 의하여 선거구변경내용의 보고서를 작성하여 연방하원(Bundestag) 임기개시 후 15개월 이내에 연방내무장관에게 제출하도록 하고 있고, 연방내무장관은 보고서를 즉시 연방하원에 제출하도록 하고 있다(제3조 제2항, 제3항). 위 보고서를 기초로 의회는 연방선거법을 개정하여 선거구를 획정한다.

프랑스의 경우에는 선거법(Code Électorale) 제125조에서 86-825법률로 선거구획정은 정부의 법규(Ordonnance)로 그 계획을 정하도록 하였고, 정부의 법규로 정해진 선거구획정계획은 6인으로 구성된 위원회를 거쳐 국사원(Conseil d'Etat)에 제출되어 심의를 거친 다음 국회에서 확정된다.

영국의 경우 하원 의석재분배법(The House of Commons <Redistribution of Seats> Act)에서 잉글랜드, 웨일즈, 스코틀랜드, 북아일랜드에 각각 상설의 선거구획정위원회를 설치하도록 하고, 각 지역별로 인구증감, 지방자치단체의 구역변경 등의 이유로 의석재분배의 취지 또는 의석재배분이 불필요하다는 취지의 정기보고를 8-12년마다 내무부장관에게 제출한다. 내무부장관은 초안을 작성하여 열람 및 의견접수의 절차를 거친 다음 최종안이 만들어지면 국회에 제출한다. 국회는 동의안에 대한 가·부만을 결정할 수 있고 수정은 할 수 없는데, 지금까지 부결된 선례가 없다고 한다.

미국의 경우 별도의 선거구획정기구를 두지 않고 헌법 제1조 제2항 (3)에서 하원의원의 수는 인구수에 비례하여 배정하도록 되어 있을 뿐이고, 10년마다 실시되는 국세조사에 따라 각 주에 의석이 재배분되고 각 주의회에서 주법으로 선거구를 재획정한다.

(4) 이와 같이 우리나라나 위에서 본 외국의 입법례를 보아도 법률에서 선거구획정의 시기를 못박고 있는 경우는 별로 없고, 선거구획정의 시기에 관한 문제는 광범위한 입법형성자유의 영역에 맡겨놓고 있다. 따라서 국회는 선거구획정을 위한 기초조사나 국민의 의사를 반영하기 위한 시간적 필요성, 정당간의 합의절차 및 제반 국회의 일정 등을 고려하여 선거구획정을 위한 절차를 밟아 나가게 될 것이나, 그 결과 별도의 선거법개정이 없으면 종전의 선거법에 따라 선거가 시행될 수밖에 없는 것이고, 그러한 경우 선거구획정에 위험적인 인구편차가 있는등 특별한 사정이 없는 한 이는 국회의 입법재량의 범위내에 속한다 할 것이다.

나. 이 사건 심판청구의 적법여부

헌법소원제도는 주로 국민의 기본권침해를 구제하기 위한 제도이므로 그 제도의 목적에 비추어 권리보호이익이 있는 경우에만 이를 제기할 수 있다. 헌법소원이 비록 적법하게 제기되었더라도 권리보호이익은 헌법재판소의 결정 당시에도 존재하여야 한다. 그러므로 헌법소원심판청구 당시 권리보호이익이 인정되더라도 심판계속중에 사실관계 또는 법률관계의 변동으로 말미암아 청구인이 주장하는 기본권의 침해가 종료된 경우에는 원칙적으로 권리보호이익이 없으므로 헌법소원이 부적법한 것으로 된다(헌재 1997. 3. 27. 93헌마251, 판례집 9-1, 366, 370).

청구인은 국회가 1999. 10. 15.까지 제16대 선거에 관한 사항을 확정하지 않고 제16대 선거제도와 관련하여 울산광역시 북구에 대한 선거구를 확정하지 않은 입법부작위로 인하여 자신의 기본권을 침해받은 것이라고 주장하고 있다.

그런데 헌법이나 법률에서 선거에 관한 사항과 선거구획정의 확정시한을 규정하지 아니하고 국회의 입법형성의 자유에 맡기고 있다는 점은 이미 실시한 바와 같고, 국회는 이 사건 헌법소원심판이 청구되어 계속중인 2000. 2. 8. 제16대 선거에 적용될 공직선거및선거부정방지법 개정안을 입법, 의결하여 그 법이 2000. 2. 16. 법률 제6265호로 공포되었고, 같은 법 제25조 제2항 [별표 1] 에서 울산광역시 북구 선거구를 독립된 지역선거구로 확정하고 있어 더 이상 청구인이 주장하는 기본권의 침해가 없게 되었으므로 이 사건의 주관적인 권리보호이익은 소멸하였다.

따라서 이 사건 심판청구는 다른 점에 대하여 더 판단할 것도 없이 권리보호의 이익이 없어 부적법하다고 할 것이다.

4. 결 론

이 사건 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 정경식 고중석 신창언 이영모 한대현 하경철(주심) 김영일

10

기초의원선거구획정위원회 선거구획정안에 대한 헌법소원의 적법 여부

■ 서울특별시자치구별 구의원선거구획정결정 위헌확인, 2005. 11. 15. 2005헌마1036 ■

【청 구 인】

민주당 ○○특별시장위원장 심 ○ 권, 임 ○ 순, 이 ○ 섭, 안 ○ 혁, 나 ○ 문

【위 청구인들 대리인 변호사】

임 영 화

【피 청 구 인】

서울특별시자치구의원선거구획정위원회

【주 문】

청구인들의 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요

청구인들은 민주당 ○○특별시장의 당원 겸 서울특별시에 거주하는 유권자들이다.

그런데 서울특별시자치구의원선거구획정위원회는 2005. 10. 18. 제3차위원회를 개최하고 기 의견청취기관(자치구, 자치구의회, 정당)으로부터 제출된 의견을 토대로, ① “관련기관의 의견을 존중하되 인구수 편차 최소화 원칙에 따른다- 최대인구수 편차 2.0 이하” ② “부득이한 사유가 없는 한 선거구 세분화” 라는 자치구내에서의 선거구획정 기준에 따라서 결정한 ‘서울특별시 자치구별 구의원 선거구획정안’(이하 ‘이 사건 선거구 획정안’이라

한다)을 2005. 10. 20. 민주당 ○○특별시당을 비롯한 의견청취기관들에게 통보하였다.

이에 청구인들은 이 사건 선거구 획정안이 청구인들의 헌법 제11조에 의한 평등권, 헌법 제8조에 의한 정당활동의 자유, 헌법 제24조에 의한 선거권을 침해하여 위헌이라고 주장하면서, 2005. 10. 24. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 판단

피청구인이 결정한 이 사건 선거구 획정안이 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 공권력 행사에 해당되어 헌법소원의 대상이 되는지 여부를 살펴본다.

행정기관의 내부적 의사결정에 불과하여 직접 국민의 권리의무에 어떠한 영향을 미치지 않는 경우 헌법소원의 대상이 되는 행정관청의 처분으로 볼 수 없고, 결국 헌법소원심판의 대상이 되지 아니한다(헌재 1994. 4. 28. 91헌마55, 판례집 6-1, 409, 413); 1994. 8. 31. 92헌마174, 판례집 6-2, 249, 265 참조).

그런데 이 사건 선거구 획정안은 공직선거법 제24조 제7항에 의거하여 피청구인이 공직선거법 제26조 제2항에 규정된 기준에 따라 서울특별시 자치구의원선거구의 명칭, 구역 및 의원정수를 정하는 내용을 담고 있는 입법안으로서, 서울특별시의회가 장차 자치구의원선거구에 관한 조례를 개정함에 있어서 기초가 된다.

살피건대 피청구인이 서울특별시 자치구 구의원 선거구를 획정하는 행위는 서울특별시의회가 조례로서 개정하게 될 자치구별 구의원 선거구 획정을 사전에 준비하는 행정기관 내부의 행위이고, 피청구인이 결정한 이 사건 선거구 획정안은 서울특별시의회에 대하여 대내적인 구속력을 갖지 않으며, 개별 국민들에게도 대외적 효력을 갖지 않는 비구속적인 입법안에 불과하다.

그렇다면 피청구인의 이 사건 선거구 획정안은 대내외적으로 구속력이 없는 입법안에 불과하여 헌법재판소법 제68조 제1항에서 정하는 공권력의 행사에 해당하지 아니하므로 헌법소원의 대상이 될 수 없다.

따라서 청구인들의 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

2005. 11. 15.

재판장 재판관 권성 재판관 송인준, 조대현

제 4 장 선거기간과 선거일

(제33조 ~ 제36조)

1

국회의원선거의 선거기간을 14일로 정하고 있는 공직선거법 제33조 제1항 제2호의 정치적 기본권 침해 여부

- 공직선거및선거부정방지법 제33조제1항 제2호 등 위헌확인(제60조의2 제1항, 정치자금에관한법률 제2조 제1항, 제5조 제1항), 2005. 2. 3. 2004헌마216 ■

【판시사항】

1. 국회의원선거의 선거기간을 14일로 정하고 있는 공직선거및선거부정방지법(이하 ‘공직선거법’이라 한다) 제33조 제1항 제2호가 청구인의 정치적 기본권을 침해하거나 평등의 원칙에 위배되는지 여부(소극)
2. 후원회지정권자를 공직선거법 제60조의2 제1항의 규정에 의하여 등록한 예비후보자로 한정하고 있는 정치자금에관한법률(이하 ‘정치자금법’이라 한다) 제5조 제1항 제4호가 평등의 원칙에 위배되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 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.

2. 현행 공직선거법 제60조의2는 예비후보자 등록 제도를 신설하여, 예비후보자가 되고자 하는 자는 선거일 전 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 특정이 객관적으로 명확하지 아니한 단순한 입후보예정자를 제외한 것은 위와 같은 입법 목적을 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.

【심판대상조문】

공직선거및선거부정방지법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것) 제33조(선거기간) ① 선거별 선거기간은 다음 각 호와 같다.

1. 생략
2. 국회의원선거와 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거는 14일
3. 생략

②, ③ 생략

정치자금에관한법률(2004. 3. 12. 법률 7191호로 개정된 것) 제5조(후원회) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자(이하 “후원회지정권자”라 한다)는 각각 하나의 후원회를 지정하여 둘 수 있다.

1.~3. 생략

4.지역선거구(이하 “지역구”라 한다)국회의원선거의 후보자 및 예비후보자[공직선거법 제60조의2(예비후보자등록) 제1항의 규정에 의하여 등록한 예비후보자를 말한다. 이하 “국회의원후보자등”이라 한다]. 다만, 국회의원후보자등이 후원회를 둔 국회의원인 경우는 제

외한다.

5. 생략

②~⑤ 생략

【참조조문】

헌법 제10조, 제12조, 제27조

행형법 제18조(접견) ① 수용자는 소장의 허가를 받아 다른 사람과 접견할 수 있다.

② 소장은 교화 또는 처우상 특히 부적당한 사유가 없는 한 제1항의 규정에 의한 허가를 하여야 한다.

③ 소장은 수용자의 접견에 교도관을 참여하게 할 수 있다. 다만, 제66조 제1항의 규정에 의한 변호인과의 접견은 예외로 한다.

④ 접견의 횟수·시간·장소 및 접견참여 기타 접견에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

행형법 제18조의2(서신) ① 수용자는 소장의 허가를 받아 다른 사람과 서신을 주고 받을 수 있다.

② 소장은 교화 또는 처우상 특히 부적당한 사유가 없는 한 제1항의 규정에 의한 허가를 하여야 한다.

③ 소장은 수용자의 서신을 검열할 수 있다. 다만, 제66조 제2항 각 호 외의 부분 본문의 규정에 의한 변호인과의 서신은 예외로 한다.

④ 서신의 검열·발송 및 교부는 신속히 하여야 한다.

⑤ 소장이 교부를 허가하지 아니한 서신은 이를 폐기한다. 다만, 폐기하는 것이 부적당하다고 인정되는 경우에는 석방할 때 본인에게 교부할 수 있다.

⑥ 서신의 검열 및 제한에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

【참조판례】

1. 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 31-32, 37

헌재 1995. 11. 30. 94헌마97, 판례집 7-2, 677, 690, 691

2. 헌재 2000. 6. 1. 99헌마576, 판례집 12-1, 724, 730

헌재 1997. 5. 29. 96헌마85, 판례집 9-1, 558, 564-565

【당 사 자】

청 구 인 김 ○

대리인 변호사 김정진

【주 문】

청구인의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 ○○당 서울 ○○ 갑 지구당 위원장으로서, 2004. 4. 15. 실시될 제17대 국회의원 총선거에 ○○당 서울 ○○ 갑 지역구 후보로 출마할 예정이다.

청구인은 국회의원 선거기간을 14일로 정하고 있는 공직선거및선거부정방지법 제33조 제1항 제2호 및 국회의원이 아닌 정치인은 예비후보자등록이 가능한 선거일 전 120일이 되어야 비로소 후원회 지정이 가능하도록 한 정치자금에관한법률 제5조 제1항으로 인하여, 현역 국회의원이나 지명도가 높은 정치인이 아닌 정치신인들은 선거운동의 자유, 참정권, 공무담임권을 침해받고 있으며, 위 규정들은 선거운동 기간 및 선거자금을 마련하기 위한 후원회 설치 기간에 있어 국회의원인 후보자와 국회의원이 아닌 후보자를 차별하고 있으므로 평등원칙 및 헌법 제116조 제1항에 규정된 선거운동의 기회 평등에도 위배된다고 주장하면서, 2004. 3. 18. 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 공직선거및선거부정방지법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것, 이하 ‘공직선거법’이라 한다) 제33조 제1항 제2호, 정치자금에관한법률(2004. 3. 12. 법률 제7191호로 개정된 것, 이하 ‘정치자금법’이라 한다) 제5조 제1항 제4호 중 “공직선거법 제60조의2 제1항의 규정에 의하여 등록한 예비후보자” 부분의 위헌 여부이며(청구인은 정치자금법 제5조 제1항에서 후원회 설치가 가능한 기간을 정함에 있어 국회의원인 후보자와 국회의원이 아닌 후보자를 차별하고 있는 점을 문제삼는 것이므로, 제5조 제1항 중 국회의원 후보자 및 예비후보자에 관련된 제4호만을 심판의 대상으로 삼는 것이 타당하며, 이 이외에 정치자금법의 기본원칙을 정하고 있는 정치자금법 제2조 제1항은 심판의 대상에서 제외한다), 그 내용 및 관련조항은 다음과 같다.

공직선거법

제33조(선거기간) ① 선거별 선거기간은 다음 각 호와 같다.

1. 대통령선거는 23일

2. 국회의원선거와 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거는 14일

② 생략

③ “선거기간”이라 함은 후보자등록마감일의 다음날부터 선거일까지를 말한다.

정치자금법

제5조(후원회) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자(이하 “후원회지정권자”라 한다)는 각각 하나의 후원회를 지정하여 둘 수 있다.

1. 정당의 중앙당[정당법 제8조(신고)의 규정에 의한 중앙당창당준비위원회를 포함한다], 정당의 시·도당

2. 국회의원

3. 대통령선거의 당내경선후보자가 되고자 하는 예비후보자[공직선거법 제60조의2(예비후보자등록) 제1항의 규정에 의하여 등록한 예비후보자(이하 “대통령선거경선 예비후보자”라 한다)를 말한다. 이 경우 당해 정당의 당헌·당규 등의 규정에 의한 대통령선거의 후보자선출을 위한 경선일이 대통령선거경선예비후보자 등록 개시일 전에 확정된 때에는 그 때부터 대통령선거경선예비후보자로 한다]

4. 지역선거구(이하 “지역구”라 한다)국회의원선거의 후보자 및 예비후보자[공직선거법 제

60조의2 제1항의 규정에 의하여 등록한 예비후보자를 말한다. 이하 “국회의원 후보자 등”이라 한다]. 다만, 국회의원후보자 등이 후원회를 둔 국회의원인 경우는 제외한다.

5.정당의 중앙당[정당법 제3조(구성)의 규정에 의한 중앙당을 말한다] 대표의 당내 경선후보자(이하 “당대표경선후보자”라 한다)

[관련조항]

공직선거법

제59조(선거운동기간) 선거운동은 후보자등록마감일의 다음날부터 선거일 전일까지에 한하여 이를 할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1.제60조의2(예비후보자등록)의 규정에 의하여 등록한 예비후보자(이하 “예비후보자”라 한다)가 제60조의3(예비후보자의 선거운동)의 규정에 의하여 선거운동을 하는 경우

2.후보자가 후보자등록기간 중 제60조의3 제1호 내지 제3호의 규정에 의한 방법으로 선거운동을 하는 경우

3.후보자, 후보자가 되고자 하는 자가 자신이 개설한 인터넷 홈페이지를 이용하여 선거운동을 하는 경우

정치자금법

제2조(기본원칙) ① 누구든지 이 법에 의하지 아니하고는 정치자금을 기부하거나 받을 수 없다.

②, ③ 생략

제60조의2(예비후보자 등록) ① 예비후보자가 되고자 하는 자(비례대표국회의원선거 및 비례대표시·도의원선거를 제외한다)는 선거일 전 120일(선거일 전 120일 후에 실시사유가 확정된 보궐선거 등에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때)부터 관할선거구선거관리위원회에 피선거권에 관한 증명서류를 첨부하여 예비후보자등록을 서면으로 신청하여야 한다.

부 칙

제1조(시행일) 이 법은 공포한 날부터 시행한다.

제2조(후원회에 관한 경과조치) 이 법 시행 당시 종전의 규정에 의하여 등록된 지구당후원회는 이 법 시행일에 해산하고, 시·도지부의 후원회는 당해 지정권자인 정당의 당부가

정당법(2004. 3. 12. 법률 제7190호로 개정) 부칙 제3조(당지부에 관한 경과조치)의 규정에 의하여 시·도당으로 된 때에는 이 법의 규정에 의하여 등록된 시·도당의 후원회로 본다.

제5조(정당의 중앙당 및 시·도당과 후원회에 관한 경과조치) 이 법에 의한 정당의 중앙당 및 시·도당의 후원회는 이 법 시행 후 2년 후에 이를 폐지하고, 정당의 중앙당 및 시·도당의 후원회와 관련된 규정은 모두 폐지한다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1)공직선거법 제정 이래로 국회의원 선거기간은 17일이었으나, 2004. 3. 12. 개정으로 종전 17일에서 14일로 단축되었다. 14일간의 선거기간 동안 국회의원 후보자가 선거권자에게 후보자에 대한 정보를 자유롭게 전달하는 것은 사실상 불가능하므로, 이러한 규정은 선거운동의 자유를 과도하게 침해하는 것으로서 청구인의 정치적 의사표현의 자유, 선거운동을 하기 위한 목적인 결사의 권리, 참정권, 공무담임권을 침해하며, 단시간에 선거권자에게 자신을 알려야 하는 정치신인들은 선거기간 이전부터 지명도가 높은 후보자 또는 국회의원인 후보자에 비하여 선거권자에게 정보를 제공할 기회에 있어 차별을 받고 있으므로 평등의 원칙에도 어긋난다.

(2)정치자금법 제2조 제1항은 정치자금법에 의하지 아니하고는 누구든지 정치자금을 기부받을 수 없다고 규정하는바, 법 제5조 제1항에 의하면 국회의원은 4년 내내 후원회를 둘 수 있음에 반하여, 국회의원이 아닌 정치인은 후원회를 두지 못하고 선거법 제60조의2 제1항에 의한 예비후보자등록이 가능한 선거일 전 120일이 되어서야 비로소 후원회 지정이 가능하다. 따라서 이는 국회의원인 후보자와 국회의원이 아닌 후보자를 후원회 설치 기간에 있어 합리적 이유 없이 차별하는 것으로서 평등원칙 및 헌법 제116조 제1항에 규정된 선거운동의 기회 평등에도 반하는 것이다.

나. 중앙선거관리위원회의 의견

“특별한 의견이 없다.”

3. 판 단

가. 공직선거법 제33조 제1항 제2호의 위헌 여부

(1) 선거운동기간 제한에 관한 공직선거법 규정 및 연혁

공직선거법에 의하면 선거운동은 당해 후보자 등록 마감일의 다음날부터 선거일 전일까지에 한하여 이를 할 수 있다(제59조). 그런데 후보자등록 마감일의 다음날부터 선거일까지를 선거기간이라고 말하고(제33조 제3항), 공직선거법 제33조 제1항에서 각 대통령 선거, 국회의원 선거, 지방자치단체의 의회의원 및 장 선거의 선거기간을 규정하므로, 공직선거법 제33조 제1항에서 선거기간을 어떻게 정하는가에 따라 선거운동기간이 정해지는 것이다. 따라서 국회의원선거의 선거기간을 정하고 있는 공직선거법 제33조 제1항 제2호는 법 제59조와 결합하여 구체적으로 국회의원선거운동을 할 수 있는 기간을 제한하고 있는 것이다.

2004. 3. 12. 개정으로 공직선거법 제33조 제1항 제2호는 구 공직선거법 제정 당시부터 17일로 정해져 있던 국회의원의 선거기간을 14일로 정하였다. 이에 따라 국회의원의 선거운동기간은 종래 16일에서 13일로 3일이 단축되었다.

그런데 한편 위 개정에서는 선거 운동 기간 규정의 예외를 두어, 예비후보자로 등록한 예비후보자 및 후보자등록기간 중의 후보자가 공직선거법 제60조의3 각 호에 의한 예비후보자 선거운동을 하는 경우 및 후보자, 후보자가 되고자 하는 자가 자신이 개설한 인터넷 홈페이지를 이용하여 선거운동을 하는 경우는 예외적으로 선거운동기간의 제한을 받지 아니하고 할 수 있도록 하였다(제59조 단서 각 호).

따라서 공직선거법의 선거 운동 규제 체제가 선거운동의 주체, 방법, 기간에 관하여 포괄적, 원칙적으로 금지한 다음 특별히 법이 허용하는 사람들만이 법정의 기간 내에 법정의 방법으로만 선거운동을 할 수 있도록 한 점을 고려할 때(헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 31-32), 현행 공직선거법의 선거운동기간은 종전에 비하여 단축되었지만, 선거운동기간의 제한을 받지 않는 선거운동의 방법은 사실상 확대되었다고 볼 수 있다.

(2) 선거운동기간 제한 규정에 대한 현재 결정례

우리 재판소는 “선거운동은 당해 후보자의 등록이 끝난 때부터 선거일전일까지에 한하여 이를 할 수 있다” 라고 규정한 구 대통령선거법 제34조 및 구 공직선거법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정되어 1994. 12. 22. 법률 제4796호로 개정 전의 것) 제59조의 선거운동기간 제한규정에 대하여 각 합헌판단을 한 바 있다(헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15; 1995. 11. 30. 94헌마97, 판례집 7-2, 677).

그 요지는 다음과 같다.

『기간의 제한 없이 선거운동을 무한정 허용할 경우에는 후보자간의 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. …… 선거운동 기간의 제한은 그 입법목적, 제한의 내용, 우리나라에서의 선거의 태양, 현실적 필요성 등을 고려할 때 선거운동의 자유를 과도하게 제한하는 것으로 볼 수 없다.』

한편 위 결정례에서 각 선거 관련 조항의 구체적인 선거운동기간은 구 대통령선거법에 의한 대통령선거운동기간의 경우 최대 28일에서 최소 23일(93헌가4등 사건), 구 공직선거법에 의한 국회의원선거운동기간의 경우 최대 16일(94헌마97 사건)이었다. 구 대통령선거법에 의한 대통령선거운동기간에 대해서는 “28일 내지는 23일이라는 선거운동기간은 우리나라의 영토 넓이와 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”고 판시하였으며(헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 37), 구 공직선거법에 의한 국회의원선거운동기간이 최대 16일인 것이 선거운동의 자유를 형해화할 정도로 과도하게 제한하는 것인지 여부는 별도의 쟁점이 되지 않았으나, 대통령선거운동기간과 다소 차이가 있다고 하여도 심판대상인 선거운동기간 제한규정 자체에 대하여 달리 판단해야 할 필요성이 인정되지는 아니한다고 판시하였다(헌재 1995. 11. 30. 94헌마97, 판례집 7-2, 677, 690-691).

(3) 이 사건 공직선거법 규정의 위헌 여부

이 사건 헌법소원에서도 위 결정에서 판시한 “선거운동기간 제한 규정의 입법목적, 제한의 내용, 우리나라에서의 선거의 태양, 현실적 필요성 등”에 대하여 달리 판단해야 할 사정의 변경이나 필요성이 있다고 인정되지 아니한다.

다만 청구인은 이 사건 심판대상인 공직선거법 규정이 종래의 국회의원 선거기간이 17일이었던 것을 14일로 단축함으로써, 국회의원 후보자가 선거권자에게 후보자에 대한 정보를 자유롭게 전달하는 것을 불가능하게 할 정도로 선거운동기간을 과도하게 제한하는 것이라고 주장한다.

살피건대, 선거 운동의 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 선거 운동 기간이 종전에 비하여 3일 단축되었으나, 앞에서 본 바와 같이 선거일 전 120일부터 예비후보자로 등록한 예비후보자 및 후보자등록기간 중의 후보자에 대한 제60조의3 규정에 의한 선거운동의 허용, 후보자 및 후보자가 되려는 자의 인터넷을 통한 선거 운동의 허용 등 선거운동기간의 제한을 받지 않는 선거 운동 방법이 다양화된 점을 고려한다면, 위 기간이 유권자인 선거구민으로서 각 후보자의 인물, 정견, 신념 등을 파악하기에 부족한 기간이라고 단정할 수 없다.

그렇다면 이 사건에서 심판의 대상인 공직선거법 제33조 제1항 제2호에서 정하는 선거운동기간은 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.

나. 정치자금법 제5조 제1항 제4호의 위헌 여부

(1) 정치자금법의 후원회 규정

정치자금법은 정치자금의 적정한 제공을 보장하고 그 수입과 지출상황을 공개하여 투명성을 확보하며 정치자금과 관련한 부정을 방지함으로써 민주정치의 건전한 발전에 기여함(제1조)을 그 목적으로 하는 것으로서, 종래 정치자금의 수수가 부정과 부패에 연결되고 경제인에 대한 정치인의 보복사태가 없지 아니하였던 우리나라의 정치자금 실태에 대한 반성에서 비롯된 것이다.

위와 같은 목적을 달성하기 위하여 정치자금법은 제2조 제1항에서 누구든지 이 법에 의하지 아니한 정치자금을 기부하거나 받을 수 없다고 규정하여 정치자금 조달에 있어서 법이 정하는 엄격한 절차와 방법에 따를 것을 요구하는 한편, 제5조 이하에서 후원회를 통한 정치자금의 조달방법에 대하여 상세한 규정을 두고 있다.

후원회제도는 모든 사회구성원들로 하여금 자발적인 정치참여의식을 높여 유권자 스스로 정당이나 정치인을 후원하도록 함으로써 정치에 대한 신뢰감을 높이고 나아가 비공식적인 정치자금을 양성화시키는 계기로 작동되도록 하는 데에 그 입법목적이 있다(헌재 2000. 6. 1. 99헌마576, 판례집 12-1, 724, 730).

후원회를 통한 정치자금 조달방법에 있어서 정치자금법 제5조 제1항은 정당의 중앙당과 시·당, 국회의원 또는 지역구 국회의원선거의 후보자 및 예비후보자국회의원입후보등록을 한 자[공선법 제60조의2(예비후보자등록) 제1항의 규정에 의하여 등록한 예비후보자를 말한다]는 각각 하나의 후원회를 지정하여 둘 수 있다고 규정하며 제6조 및 제6조의2, 제6조의3, 제6조의4 등에서 후원회를 통한 정치자금의 모집에 관하여 규정하고 있는바, 위

법률조항들에 의하면 국회의원이나 정당 등은 선거기간 이전에도 자유로이 후원회를 설립하고 그 후원회를 통하여 정치자금을 조달할 수 있으나, 국회의원이 아닌 정치인은 후원회를 두지 못하고 공직선거법 제60조의2 제1항에 의한 예비후보자등록이 가능한 선거일 전 120일이 되어서야 비로소 후원회 지정이 가능하다. 따라서 국회의원이 아닌 후보자가 후원회를 통하여 정치자금을 조달하는 것은 사실상 제한을 받고 있다고 할 것이다.

(2) 국회의원입후보예정자에게 후원회를 둘 수 없도록 한 구 정치자금법 제3조 제8호에 관한 결정례

구 정치자금법(2004. 3. 12. 법률 제7191호로 개정되기 전의 것)에 의하면 국회의원 후보자등록을 하기 전인 국회의원 입후보예정자는 후원회를 둘 수 없었다. 이러한 내용의 구 정치자금법 제3조 제8호에 대하여 우리 재판소는 다음과 같은 취지로 그것이 헌법상 평등원칙에 위배되는 것이라고 할 수 없다고 판시하였다(헌재 1997. 5. 29. 96헌마85, 판례집 9-1, 558, 564-565).

『정치자금은 애당초 정치활동을 위하여 소요되는 경비로만 지출되어야 하고 사적경비로 지출하거나 부정한 용도로 지출하여서는 아니되는 것이며(정치자금법 제2조 제3항) 또 그 운용에 있어서 국민의 의혹을 사는 일이 없도록 공명정대하여야 하고 그 회계는 공개되어야 하는 것이므로(정치자금법 제2조 제2항), 그러한 정치자금의 조달이 허용되는 대상자도 위와 같은 요구들에 합당하도록 객관적으로 명확할 것을 요한다.

그런데 정당이나 국회의원 그리고 국회의원입후보등록자는 이미 정치활동을 위한 경비의 지출이 객관적으로 예상되는 명확한 위치에 있는 자들인 반면, 단순한 국회의원입후보예정자는 어느 시점을 기준으로 그러한 위치를 인정할 것인가 객관적으로 명확하지 아니하다.

따라서 엄격한 절차와 방법에 의한 정치자금의 조달을 통하여 정치자금의 적정한 제공을 보장하고 나아가 민주정치의 건전한 발전에 기여함(제1조)을 그 목적으로 하는 정치자금법으로서는 후원회를 통한 정치자금조달이 허용되는 대상자로서 입후보등록을 한 입후보자만을 그 대상으로 하고 그 특징이 객관적으로 명확하지 아니한 단순한 입후보예정자를 그 대상에서 제외하였다 하더라도, 이는 위와 같은 입법목적 실현하기 위한 불가피한 선택인 것이며 그것이 우리 재판소가 관여하여야 할 정도로 입법재량을 현저히 불합리하게 또는 자의적으로 행한 것이라고 단정할 수도 없다.

그렇다면 정치자금법 제5조 제1항과 제6조 제1항·제3항으로 인하여 무소속 입후보예정자인 청구인이 사실상 차별적인 불이익을 입었다 하더라도 이는 합리적 이유가 있는 차별로서 그것이 헌법상 평등원칙에 위배되는 것이라 할 수 없다(헌재 1996. 8. 29. 96헌마99 참조).』

(3) 정치자금법 제5조 제1항 제4호가 평등원칙 및 헌법 제116조 제1항의 선거운동의 기회 평등의 원칙에 위배되는지 여부

예비후보자등록 제도를 두고 있지 않았던 구 공직선거법 규정에 의하면, 현직 국회의원이 아닌 정치인은 국회의원후보자등록을 한 다음에야 후원회를 지정할 수 있고, 구 공직선거법 제49조 제1항에 의하면 국회의원후보자등록은 선거일 전 16일부터 할 수 있었으므로 현직 국회의원이 아닌 자는 후원회를 통하여 정치자금을 조달하는 것이 사실상 선거기간에 한해서만 가능하였다. 그런데 현행 공직선거법 제60조의2는 예비후보자등록 제도를 신설하여, 예비후보자가 되고자 하는 자는 선거일 전 120일부터 관할선거구선거관리위원회에 피선거권에 관한 증명서류를 첨부하여 예비후보자등록을 서면으로 신청하도록 하고, 예비후보자로 등록한 자는 후원회를 지정할 수 있도록 하여 후원회를 통한 정치자금의 조달에 있어서의 제한을 완화하였다(정치자금법 제5조 제1항 제4호).

청구인은 예비후보자가 선거일 전 120일이 되어서야 예비후보자등록이 가능한 점을 들어 여전히 국회의원인 후보자에 비하여 후원회를 설치할 수 있는 기간에 있어 불합리한 차별이 있다고 주장한다. 그러나 위에서 본 바와 같이 정치자금법의 입법목적은 고려할 때, 후원회를 통한 정치자금조달이 허용되는 대상자를 선정함에 있어 특정이 객관적으로 명확하지 아니한 단순한 입후보예정자를 제외한 것은 위와 같은 입법 목적을 실현하기 위한 불가피한 선택이며, 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 없으며, 달리 종전 결과와 다르게 판단할 사정의 변경이 있다고 보이지 아니하므로, 이 사건 정치자금법 규정은 평등의 원칙에 위배되지 않는다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 심판대상 규정들이 선거운동 기간 및 선거자금을 마련하기 위한 후원회 설치 기간에 있어 국회의원인 후보자와 국회의원이 아닌 후보자를 차별하는 데 합리적인 이유가 있어 평등원칙에 위배되지 아니하므로 이 사건 심판청구는 기각하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 권성 김효중(주심) 김경일 송인준 주선회 전효숙 이상경

2

평일의 재·보선 실시와 저조한 투표율에도 당선인을 결정하는 공직선거법 제35조·제188조 등의 평등선거의 원칙 등 위반 여부

- 공직선거및선거부정방지법 제35조 제2항 제1호 등 위헌확인 (제155조제1항, 제188조제1항), 2003. 11. 27. 2003헌마259·250 병합 ■

【판시사항】

1. 국회의원 재·보궐선거 실시일 이전에 정당추천후보자로 선출된 후보자들이 공직선거및선거부정방지법상의 재·보궐선거 실시일 및 투표시간, 당선인 결정방식 등에 관해 위헌 확인을 구하는 헌법소원을 제기한 후 그 재·보궐선거가 실시되어 종료된 후에도 헌법재판소가 그 위헌여부를 판단하여 헌법적 해명을 할 필요가 있다고 한 사례
2. 국회의원 재·보궐선거일을 휴무일이 아닌 평일인 목요일로 하고, 투표시간도 직장인들의 근무시간 이후가 아닌 오후 6시까지로 정하고 있는 공직선거및선거부정방지법 제35조 제2항, 제155조 제1항 등이 헌법상의 평등원칙이나 평등선거원칙을 위반하고 국민주권주의에 위반되는지 여부(소극)
3. 저조한 투표율에도 불구하고 유효투표의 다수만 얻으면 당선인으로 될 수 있도록 한 현행 공직선거및선거부정방지법 제188조 제1항이 선거의 대표성의 본질을 침해하고 국민주권주의에 위반하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 현행 헌법소원심판절차의 진행에 일반적으로 소요되는 기간(청구인들 및 이해관계인들에 대한 헌법소원심판회부통지, 이해관계인들의 의견서 제출 등을 위한 기간)에 비추어 청구인들이 2003. 4. 3. 이 사건 헌법소원심판 청구를 하고 그로부터 재·보궐선거가 실시되기 이전인 20일 내에 이 청구에 대하여 헌법재판소가 판단을 하는 것은 어려운 일이다. 그런 마당에 재·보궐선거가 이미 실시되었음을 이유로 권리보호의 이익이 없다고 보아 각하하는 것은 사실상 선거제도에 관한 헌법소원 심판청구를 많은 경우에 봉쇄하는 것이 된다. 또한 헌법소원심판제도는 청구인들의 개인적인 권리구제 뿐만 아니라 객관적인 헌법질서 수호를 목적으로 하기도 하는데 선거제도는 헌법질서를 형성하는

중요한 사항일 뿐만 아니라 국회의원 재·보궐선거가 실시될 때마다 이 사건 공선법 조항의 합헌성 여부에 관해 다툼이 발생할 소지가 많다고 할 것이므로 이에 관하여 헌법적 해명을 할 필요가 있다.

2. 공직선거및선거부정방지법(이하 '공선법'이라고만 한다) 제34조나 제35조 제2항 제1호 모두 국회의원 총선거일이나 재·보궐선거일을 모두 목요일로 정하고 있으며, 총선거일을 휴무일로 지정하는 것도 위 공선법 규정 자체에 의한 것이 아니고 정부가 대통령령인 관공서의공휴일에관한규정 제2조 제11호인 '기타 정부에서 수시 지정하는 날'에 의한 것이므로 총선거일과 대비하여 볼 때 재·보궐선거일에 관해 이 사건 심판대상인 공선법 규정 자체에 의한 차별취급은 존재하지 않는다. 또한 투표시간에 관한 공선법 제155조도 총선거일이나 재·보궐선거일에 동일하게 적용되므로 총선거일의 선거권자 및 후보자와 재·보궐선거일의 선거권자 및 후보자간에 아무런 차별취급도 존재하지 않는다. 무엇보다도 국회의원 총선거나 재·보궐선거의 각 선거권자 및 각 입후보자를 서로 비교할 수 있는 집단이라고 하기도 어렵다. 재·보궐선거가 실시되는 지역의 선거권자나 입후보자도 총선거가 실시되는 경우 그 총선거가 실시되는 선거구의 선거권자가 되거나 입후보자로 될 수 있기 때문이다. 또한 공선법은 국회의원 재·보궐선거의 선거권자들이 한 투표와 총선거의 선거권자들이 한 투표에 대해 서로 투표가치에 있어 차별을 하고 있지 않다. 그러므로 위 각 공선법 규정은 헌법에 위반되지 않으며, 오히려 우리 헌법 제41조 제2항이 국회의원의 선거에 관한 사항은 법률로 정한다고 규정하고 있으므로 국회의원 재·보궐선거일을 공휴일로 지정할지 여부, 그 투표시간을 일과후의 시간까지 연장할지 여부는 헌법이 입법자의 입법형성권의 범위에 위임하고 있는 문제라고 할 것이다. 결국 공선법상의 국회의원 재·보궐선거일이나 투표시간에 관한규정은 입법자의 입법형성권 범위내에서 제정된 것으로 선거권자이자 입후보자인 청구인들의 평등권이나 평등선거권, 또는 참정권을 침해하는 것이 아니다.
3. 헌법 제41조 제1항에 의한 선거원칙은 보통·평등·직접·비밀·자유 선거인데 공선법 제188조의 규정처럼 유효투표의 다수를 얻은 자를 당선인으로 결정하도록 하는 것이 헌법에서 선언된 위와 같은 선거원칙에 위반된다고 할 근거는 찾아볼 수 없다. 선거의 대표성 확보는 모든 선거권자들에게 차등 없이 투표참여의 기회를 부여하고, 그 투표에 참여한 선거권자들의 표를 동등한 가치로 평가하여 유효투표 중 다수의 득표를 얻은 자를 당선인으로 결정하는 현행 방식에 의해 충분히 구현된다고 해야 하는 것이다. 그리고 차등 없이 투표참여의 기회를 부여했음에도 불구하고 자발적으로 투표에 참가하지 않은 선거권자들의 의사도 존중해야 할 필요가 있다. 따라서 유효투표의 다수를 얻은 후보자를 당선인으로 결정하게 한 공선법 규정도 선거의 대표성의 본질이나 국민 주권 원리를 침해하는 것이 아니다.

【심판대상조문】

공직선거및선거부정방지법(2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것) 제35조(보궐선거등의 선거일)

① 생략

② 보궐선거·재선거·중원선거와 지방자치단체의 설치·폐지·분할 또는 합병에 의한 지방자치단체의 장선거는 다음 각호에 의한다.

1. 지역구국회의원·지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 보궐선거·재선거·지방의회의원의 중원선거는 전년도 10월 1일부터 3월 31일까지의 사이에 그 선거의 실시사유가 확정된 때에는 4월중 마지막 목요일에 실시하고, 4월 1일부터 9월 30일까지의 사이에 그 선거의 실시사유가 확정된 때에는 10월중 마지막 목요일에 실시한다. 이 경우 선거일에 관하여는 제34조(선거일) 제2항의 규정을 준용한다.

2. 생략

③~⑤ 생략

공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것) 제155조(투표시간) ① 투표소는 선거일 오전 6시에 열고 오후 6시에 닫는다. 다만, 마감할 때에 투표소에서 투표하기 위하여 대기하고 있는 선거인에게는 번호표를 부여하여 투표하게 한 후에 닫아야 한다.

②~⑤ 생략

공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것) 제188조(지역구국회의원당선인의 결정·공고·통지) ① 지역구국회의원선거에 있어서는 선거구선거관리위원회가 당해 국회의원지역구에서 유효투표의 다수를 얻은 자를 당선인으로 결정한다. 다만, 최고 득표자가 2인 이상인 때에는 연장자를 당선인으로 결정한다.

②~⑦ 생략

【참조조문】

헌법 제41조

관공서의공휴일에관한규정(1998. 12. 18. 대통령령 제15939호로 개정된 것) 제2조(공휴일) 관공서의 공휴일은 다음과 같다. 다만, 재외공관의 공휴일은 우리나라의 국경일과 주재국

의 공휴일로 한다.

1.~10. 생략

11. 기타 정부에서 수시 지정하는 날

【참조판례】

1. 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 77

헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680

2. 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 1

헌재 1995. 4. 20. 92헌바29, 판례집 7-1, 499

【당 사 자】

청 구 인1. 유시민 외 1인(2003헌마259)

대리인 변호사임영화

2. 최대옥 외 2인(2003헌마250)

대리인 변호사이민석

【주문】

청구인들의 심판청구를 모두 기각한다.

【이유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2003헌마259

2003. 4. 24. 실시된 국회의원 재·보궐선거와 관련하여 청구인 유시민은 같은 해 3. 30. 개

최된 '개혁국민정당 고양시 덕양 갑지구당 4·24 국회의원 재선거후보자선출대회'에서, 청구인 허인규는 같은 달 12. 개최된 '개혁국민정당 의정부시 지구당 4·24 국회의원 보궐선거후보자선출대회'에서 각 선출된 정당추천후보자이자, 선거권자인 자들인데, 위 청구인들은 공직선거및선거부정방지법(이하 '공선법'이라고만 부른다.) 중 재·보궐선거일을 규정한 제35조 제2항 제1호, 투표시간을 규정한 제155조 제1항, 당선인 결정방식을 규정한 제188조 제1항 등이 청구인들의 헌법상 기본권을 침해하였다고 주장하며 2003. 4. 3. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 2003헌마250

청구인 최대옥, 강항돈은 고양시 덕양구에, 청구인 정창희는 의정부시 의정부동에 거주하고 있는 사람으로서, 2003. 4. 24. 실시될 예정인 경기도 고양시 덕양구 갑선거구와 의정부시 선거구의 국회의원 재·보궐선거에서 선거권을 행사하려 하였으나, 공선법 제155조 제1항이 투표시간을 오전 6시부터 오후 6시까지로 정함으로 인하여 청구인들은 위 투표시간에 직장에 출근하여 일하여야 되기 때문에 투표권을 행사할 수 없으므로 위 법률조항이 청구인들의 평등권 등을 침해한다고 주장하면서 2003. 4. 1. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 공선법 제35조 제2항 제1호(2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것), 제155조 제1항, 제188조 제1항(각 1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것)이다. 해당 조문은 다음과 같다.

제35조(보궐선거등의 선거일) ② 보궐선거·재선거…는 다음 각 호에 의한다.

1. 지역구국회의원…의 보궐선거·재선거…는 전년도 10월 1일부터 3월 31일까지의 사이에 그 선거의 실시사유가 확정된 때에는 4월중 마지막 목요일에 실시하고, 4월 1일부터 9월 30일까지의 사이에 그 선거의 실시사유가 확정된 때에는 10월중 마지막 목요일에 실시한다. 이 경우 선거일에 관하여는 제34조(선거일) 제2항의 규정을 준용한다.

제155조(투표시간) ① 투표소는 선거일 오전 6시에 열고 오후 6시에 닫는다(단서 생략)

제188조(지역구국회의원당선인의 결정·공고·통지) ① 지역구국회의원선거에 있어서는 선거구선거관리위원회가 당해 국회의원지역구에서 유효투표의 다수를 얻은 자를 당선인으로 결정한다(단서 생략).

2. 당사자들의 주장

가. 청구인들의 주장

(1) 2003헌마259

공선법 제35조 제2항 제1호는 국회의원 재·보궐 선거일을 특정 목요일로 한정하여 지정하고 있을 뿐, 그 선거일을 공휴일 또는 휴무일로 할 것인지 여부에 대해서는 아무런 규정을 두지 아니한 탓으로, 정부는 국회의원 재·보궐 선거일을 휴무일로 지정하지 않고 있다. 이는 일반적인 국회의원 총선거일의 경우 휴무일로 지정되어 투표권을 행사하는데 아무런 제약도 받지 않는 선거권자와 재·보궐선거일에 투표하는 선거권자를 차별하는 결과를 초래하여 선거권자의 헌법상 국민주권과 평등선거권 및 평등권을 침해한다. 그리고 그로 인해 해당 후보자의 헌법상 국민주권과 피선거권도 함께 침해하고 있다. 그러므로 위 공선법 제35조 제2항 제1호의 규정은 헌법 제1조의 국민주권과 헌법 제11조의 평등권 및 헌법 제41조의 평등선거권을 침해하는 법률규정이다.

그리고 공선법 제155조 제1항은 투표시간을 오전 6시부터 오후 6시까지로만 한정하고 있어, 일부지역에만 국한하여 실시되는 재·보궐선거에서 선거권자들은 본인이 책임질 수 없는 사유로 위와 같이 법정된 시간 이외의 시간에 투표하지 못하고 있다. 즉, 평일에 실시되는 재·보궐선거에서 선거권자들은 생업활동으로 인해 선거일 당일 투표시간 이내에 해당 투표소에 임할 수 없는 사정에 처하게 된다. 그러므로 위 규정은 휴무일에 실시되는 국회의원총선거와 평일에 실시되는 재·보궐선거에 있어 각 선거권자 상호간 및 각 후보자 상호간을 차별하여, 재·보궐선거일의 선거권자에 대해 헌법상 국민주권(헌법 제1조)과 평등권(헌법 제11조) 및 평등선거권(헌법 제41조)을 침해함과 동시에, 재·보궐선거에 입후보한 후보자에 대해서도 헌법상 국민주권과 피선거권을 함께 침해하고 있다.

또한 공선법 제188조 제1항이 투표율과 관계 없이 무조건 유효투표수의 다수득표자를 당선인으로 결정하게 하고 있는 것은, 일정 비율 이상의 투표율이 나올 때만 유효한 당선인 결정을 할 수 있는 최소투표율제를 도입하지 않음으로써 선거의 대표성의 본질을 침해하는 것이다. 따라서 위 규정은 헌법 제1조의 국민주권원리에 위반되는 법률규정이다.

(2) 2003헌마250

공선법 제155조 제1항에 관하여 위 2003헌마259 사건의 청구인들과 동일한 주장을 하고 있다.

나. 중앙선거관리위원회 위원장의 의견

(1) 2003헌마259

중앙선거관리위원회는 1999. 3.과 2001. 5.의 두 차례에 걸쳐 국회의원 재·보궐선거의 투표율을 제고하고 직장인들이 근무시간 후에도 투표할 수 있도록 투표마감시각을 오후 8시 또는 오후 9시까지로 연장하자는 공선법 개정안을 국회에 제출하였고, 2002. 9.에는 4월과 10월의 마지막 목요일에 실시하는 재·보궐선거를 4월과 10월의 마지막 일요일에 실시하자는 내용으로 공선법 개정의견을 제출한 바 있다.

(2) 2003헌마250

공선법 제6조는 공무원·학생 또는 다른 사람에게 고용된 자가 선거인명부를 열람하거나 투표하기 위하여 필요한 시간은 보장되어야 하며, 이를 휴무 또는 휴업으로 보지 아니한다고 규정하고 있고, 근로기준법 제9조는 근로자가 선거권을 행사하기 위하여 필요한 시간을 청구하는 경우에 사용자는 이를 거부할 수 없으며 동규정의 실효성을 확보하기 위하여 처벌규정까지 두고 있다. 그리고, 투표소는 선거인의 거주지에서 대부분 근거리에 위치하고 있으며, 투표에 많은 시간이 소요되는 것도 아니어서 직장에 출근하면서 투표할 수 있으므로 이 사건 법률조항에 의하여 청구인들의 선거권행사가 직접 침해된다고 볼 수 없다.

3. 적법요건에 대한 판단

2003. 4. 3. 이 사건 헌법소원심판청구가 있는 후 그에 대한 헌법재판소의 심리가 진행되는 중이던 같은 달 24. 문제된 국회의원 재·보궐선거가 종료되어 버렸다. 따라서 청구인들이 제기한 이 사건 헌법소원심판청구는 권리보호의 이익이 없어 부적법하다고 볼 여지도 있다.

그러나 현행 헌법소원심판절차의 진행에 일반적으로 소요되는 기간(청구인들 및 이해관계인들에 대한 헌법소원심판회부통지, 이해관계인들의 의견서 제출 등을 위한 기간)에 비추어 청구인들이 2003. 4. 3. 이 사건 헌법소원심판 청구를 하고 그로부터 재·보궐선거가 실시되기 이전인 20일 내에 이 청구에 대하여 헌법재판소가 판단을 하는 것은 어려운 일이다. 그런 마당에 재·보궐선거가 이미 실시되었음을 이유로 권리보호의 이익이 없다고 보아 각하하는 것은 사실상 선거제도에 관한 헌법소원 심판청구를 많은 경우에 봉쇄하는 것이 된다.

또한 헌법소원심판제도는 청구인들의 개인적인 권리구제 뿐만 아니라 객관적인 헌법질서 수호를 목적으로 하기도 하는데 선거제도는 헌법질서를 형성하는 중요한 사항일 뿐만 아니라 국회의원 재·보궐선거가 실시될 때마다 이 사건 공선법 조항의 합헌성 여부에 관해

다툼이 발생할 소지가 많다고 할 것이므로 이에 관하여 헌법적 해명을 할 필요가 있다고 하겠다. 따라서 이 사건에 관해서는 본안 판단을 하기로 한다.

4. 본안에 관한 판단

가. 평등권 침해 주장에 대한 판단

헌법상 평등의 원칙은 일반적으로 입법자에게 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금지하고 있는 것으로 해석되고, 평등원칙 위반여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 허용되는 입법형성권의 정도에 따라서 달라진다(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787 참조). 그리고 입법자의 자의적 취급 여부에 대한 심사기준은 ① 본질적으로 동일한 것을 다르게 취급하고 있는가 하는 차별취급의 존재 여부와 ② 그러한 차별취급이 자의적인가의 여부에 달려 있다(헌재 1996. 12. 26. 96헌가 18, 판례집 8-2, 680, 701 참조). 즉, 헌법상 규정된 평등원칙에 위반된 차별취급이 존재하기 위해서는 우선 동질적인 비교집단이 존재해야 하고, 그 비교집단에 대한 차별취급이 존재해야 하는 것이다.

그런데 (1) 청구인들 자신이 주장하는 바와 같이 공선법 제34조나 제35조 제2항 제1호 모두 국회의원 총선거일이나 재·보궐선거일을 모두 목요일로 정하고 있다. 그리고 총선거일이 휴무일로 된 것은 위 공선법 규정 자체에 의한 것이 아니고 정부가 대통령령인 관공서의공휴일에관한규정(1998. 12. 18. 대통령령 제15939호로 개정된 것) 제2조 제11호의 '기타 정부에서 수시 지정하는 날'의 규정에 의거하여 이 날을 휴무일로 지정함에 따른 것이다. 그러므로 재·보궐선거일을 총선거일과 달리 휴무일로 지정하지 않고 투표를 실시한다고 해도 그것은 이 공선법 규정 자체의 문제가 아니라고 할 것이다. 즉 총선거일과 대비하여 볼 때 재·보궐선거일에 관해 이 사건 심판대상인 공선법 규정 자체에 의한 차별취급은 존재하지 않는다.

또한 투표시간에 관한 공선법 제155조는 총선거일이나 재·보궐선거일에 동일하게 적용되므로 총선거일의 선거권자 및 후보자와 재·보궐선거일의 선거권자 및 후보자간에 아무런 차별취급도 존재하지 않는다.

(2) 뿐만 아니라 헌법 제41조 제1항에서 규정한 평등선거의 원칙은 평등의 원칙이 선거제도에 적용된 것으로서 선거권자들의 투표가치를 동등하게 평가한다는 의미이다. 그런데 공선법은 국회의원 재·보궐선거의 선거권자들이 하는 투표와 총선거의 선거권자들이 하는 투표에 대해 서로 투표가치에 있어 차별을 하지 않고 있을 뿐만 아니라 이들을 서로 비교할 만한 대상이라고 하기도 어렵다. 그러므로 이 사건 공선법 규정에 의해 투표가치에

대한 차별취급이 존재한다고 할 수도 없다.

(3) 나아가 우리 헌법 제41조는 국회를 국민의 보통·평등·직접·비밀 선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성하도록 하면서(제1항), 국회의원의 선거구와 비례대표제 기타 선거에 관한 사항은 법률로 정한다고 규정하고 있다(제2항). 따라서 비록 선거권자들의 투표편의를 도모하고 투표율을 제고하여 당선자의 대표성을 확보하도록 하는 것이 대의민주정치의 원칙에 비추어 바람직하다고 할지라도, 국회의원 재·보궐선거일을 휴무일이나 공휴일로 지정할지 여부, 그 투표시간을 일과후의 시간까지 연장할지 여부는 헌법이 입법자의 입법형성권의 범위에 위임하고 있는 "기타 선거에 관한 사항"에 해당하는 문제라고 할 것이며 따라서 현행 공선법이 국회의원 재·보궐선거일을 총선거일과 동일하게 평일인 목요일로 지정한 것이라든지 그 투표시간을 총선거와 동일한 시간대로 지정한 것은 그러한 입법자의 입법재량 범위내에 있다고 보인다.

(4) 따라서 이 사건 공선법 각 조항이 국회의원 재·보궐선거에 참여하는 선거권자들과 총선거에 참여하는 선거권자들을 차별하여 평등원칙이나 평등선거원칙에 반한다고 할 수 없으며, 그에 따라 선거권자들의 참정권을 침해한다거나 후보자들의 피선거권을 침해한다거나 국민주권원리에 반한다고 할 수 없으므로 청구인들의 위 주장은 이유 없는 것이다.

나. 선거의 대표성 침해 주장에 대한 판단

(1) 선거는 일정한 절차에 따라 대표자를 선출하는 행위로서 대의기관을 구성하는 민주주의의 실현수단이다. 따라서 선거제도는 대의기관구성과 국가의 정책결정·집행과정에 국민의 의사가 가능한 한 굴절 없이 정확하게 반영될 수 있도록 마련되어야 한다. 그러므로 선거제도가 갖추어야 할 제1차적 요소가 대표형성의 정확성에 있음은 더 말할 나위도 없다.

(2) 그러나 입법자가 당선인 결정을 유효하도록 하기 위해 선거권자의 일정비율 이상이 반드시 투표에 참가해야만 한다는 의미의 최소투표율을 법률로 정할 것인지 여부, 또는 그러한 제도를 도입할 때 어느 정도의 수치로 지정할 것인지에 대한 명확한 헌법적 기준은 없으므로 청구인들의 위와 같은 주장은 헌법적으로 정당하지 않은 주장이라고 하지 않을 수 없다.

즉 우리 헌법 제41조 제1항은 국민의 보통·평등·직접·비밀 선거에 의해 국회를 구성하도록 하고 있다. 이는 제한선거제도를 부정하는 보통선거제를 제1의 원칙으로 채택함으로써 재력, 신분, 직업 등으로 차별대우를 받지 않고 평등한 참정권을 행사할 수 있도록 보장하여 실질적 국민주권주의를 구현하기 위한 것이라고 할 수 있다. 그러므로 헌법상의 선거원칙은 보통·평등·직접·비밀 선거이고 이에 자유 선거의 원칙이 더해진다고 할 수 있다.

그런데 현행 공선법 규정처럼 유효투표의 다수를 얻은 자를 당선인으로 결정하도록 하는 것이 헌법에서 선언된 위와 같은 선거원칙에 위반된다고 할 근거는 찾아볼 수 없다. 재·보궐선거가 실시되는 해당 선거구의 모든 선거권자들에게 성별, 재산, 사회적 신분, 학력 등에 의한 제한 없이 모두 투표참여의 기회를 부여하고(보통선거), 그들의 투표가치에 경중을 두지 않고 선거권자 1인의 투표를 모두 동등한 가치를 가진 1표로 계산하며(평등선거), 선거결과가 중간 선거인이나 정당이 아닌 선거권자에 의해 직접 결정되고 있고(직접선거), 투표의 비밀이 보장되며(비밀선거), 강제투표가 아닌 자유로운 투표를 보장함으로써(자유선거) 헌법상의 선거원칙은 모두 구현되는 것이므로, 이에 더하여 선거의 대표성 확보를 위해 최소투표율제를 채택할 것까지 요구할 수는 없다. 선거의 대표성 확보는 모든 선거권자들에게 차등 없이 투표참여의 기회를 부여하고, 그 투표에 참여한 선거권자들의 표를 동등한 가치로 평가하여 유효투표 중 다수의 득표를 얻은 자를 당선인으로 결정하는 현행 방식에 의해 충분히 구현된다고 해야 하는 것이다.

(3) 그러므로 청구인들이 주장하는 바와 같은 최소투표율제를 의회가 채택하지 않았다는 이유만으로 이를 위헌적인 입법권의 행사라고 할 수는 없다. 이점은 선거권자의 50% 이상이 투표해야 유효한 선거가 될 것인지, 아니면 40% 이상, 또는 20% 이상 등 어느 비율 이상의 선거권자가 투표에 참가해야 유효한 선거가 될 것인지에 대한 기준을 설정한 명확한 헌법규정이나 헌법원칙을 찾을 수 없다는 점에서 보아도 분명하다. 나아가 입법자가 최소투표율을 미리 법정해 둔다고 하더라도 그 투표율에 미치지 못하는 투표율이 나왔을 때 그 투표율에 도달할 때까지 제2차, 제3차 투표 등을 위해 새로이 선거를 실시해야 하는 번거로움과 시간·비용 등의 낭비를 막을 필요도 있다. 그리고 제3차 이상의 투표를 하지 않도록 결선투표제를 도입한다고 하더라도 그 결선투표 자체도 최소투표율에 미달된 투표에 의해 실시된다면 결국 선거의 대표성을 보다 높게 보장하기 위해 최소투표율제를 도입한 취지에 반하게 된다.

(4) 그리고 차등 없이 투표참여의 기회를 부여했음에도 불구하고 자발적으로 투표에 참가하지 않은 선거권자들의 의사도 존중해야 할 필요가 있다. 만약 청구인들이 주장하는 바와 같은 최소투표율제도를 도입하게 되면 투표실시결과 그러한 최소투표율에 미달하는 투표율이 나왔을 때 그러한 최소투표율에 도달할 때까지 투표를 또 다시 실시하지 않을 수 없게 되는데, 그것을 막기 위해 선거권자들로 하여금 투표를 하도록 강제하는 과태료나 벌금 등의 수단을 채택하게 된다면 자발적으로 투표에 참가하지 않은 선거권자들의 의사형성의 자유 내지 결심의 자유를 부당하게 축소하고 그 결과로 투표의 자유를 침해하여 결국 자유선거의 원칙을 위반할 우려도 있게 된다(헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 2; 헌재1995. 4. 20. 92헌바29, 판례집 7-1, 499, 506 참조).

그럼에도 불구하고 저조한 투표율이 지니는 의미를 단지 재·보궐선거일이 평일이거나 투표시간이 근무시간 이후까지 연장되지 않았다는 것만에 기인한다고 여겨 당선인 결정방

식을 선거권자들의 일정 비율 이상이 반드시 투표에 참여해야만 가능하다는 최소투표율 제에 의해야 한다고 하면 결과적으로 선거인의 결정의 자유 내지 결심의 자유를 침해할 수도 있게 되는 것이다. 그러므로 저조한 투표율에 의해 실시된 재·보궐선거에서 유효투표의 다수를 얻은 후보자를 당선인으로 결정하는 것이 선거의 대표성을 훼손한다고 하기는 어렵다.

(5) 결국 이 사건 공선법 제188조가 이른바 최소투표율제를 택하고 있지 않다는 이유만으로 헌법상 요구된 선거의 대표성의 본질을 침해한다거나 그로 인해 국민주권 원리를 침해하고 있다고 하기 어렵다.

5. 결론

따라서 청구인들의 심판청구는 이유 없으므로 이를 모두 기각하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 하경철 김영일 권성(주심) 김효종 김경일 송인준 주선회 전효숙

제 5 장 선 거 인 명 부

(제37조 ~ 제46조)

1

재외선거를 실시하지 아니하는 공직선거법 제15조제2항·제38조제1항 등의 보통선거의 원칙 등 위반 여부

- 공직선거및선거부정방지법 제15조 제2항 등 위헌확인(제16조 제3항, 제37조 제1항), 2007. 6. 28. 2004헌마644·2005헌마360 병합 ■

【판시사항】

- 가. 구법 조항들을 대상으로 한 심판청구였음에도 불구하고 선거의 속성 등을 고려하여 장래의 기본권침해를 다투는 것으로 본 사례
- 나. 선거권의 의의와 선거권 제한의 한계
- 다. 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제37조 제1항의 주민등록을 요건으로 재외국민의 국정선거권을 제한하는 것이 재외국민의 선거권, 평등권을 침해하고 보통선거원칙을 위반하는지 여부(적극)
- 라. 법 제38조 제1항의 국내거주자에게만 부재자신고를 허용하는 것이 국외거주자의 선거권·평등권을 침해하고 보통선거원칙을 위반하는지 여부(적극)
- 마. 법 제15조 제2항 제1호, 제37조 제1항의 주민등록을 요건으로 국내거주 재외국민의 지방선거 선거권을 제한하는 것이 국내거주 재외국민의 평등권과 지방의회의원선거권을 침해하는지 여부(적극)
- 바. 법 제16조제3항의 주민등록을 요건으로 국내거주 재외국민의 지방선거 피선거권을 제한하는 것이 국내거주 재외국민의 공무담임권을 침해하는지 여부(적극)
- 사. 주민등록을 요건으로 재외국민의 국민투표권을 제한하는 국민투표법 제14조 제1항이 청구인들의 국민투표권을 침해하는지 여부(적극)
- 아. 헌법불합치결정을 하되 계속 적용을 명한 사례
- 자. 명시적으로 종전 결정을 변경한 사례

【결정요지】

- 가. 이 사건 심판청구는 2005. 8. 4. 개정되기 전의 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’ 조항들에 대해 제기되었으나, 주기적으로 반복되는 선거의 경우 매번 새로운 후보자들이 입후보하고 매번 새로운 범위의 선거권자들에 의해 투표가 행해질 뿐만 아니라 선거의 효과도 차기 선거에 의한 효과가 발생할 때까지로 한정되므로, 매선거는 새로운 선거에 해당한다는 점, 청구인들의 진정한 취지는 장래 실시될 선거에서 발생할 수 있는 기본권침해를 문제 삼고 있는 것으로 볼 수 있다는 점을 고려하면 이 사건 심판청구는 향후 실시될 각종 선거에서 청구인들이 선거에 참여하지 못함으로써 입게 되는 기본권침해, 즉 장래 그 도래가 확실히 예측되는 기본권침해를 미리 앞당겨 다투는 것으로 볼 수 있다.
- 나. 민주주의 국가에서 국민주권과 대의제 민주주의의 실현수단으로서 선거권이 갖는 중요성으로 인해 한편으로 입법자는 선거권을 최대한 보장하는 방향으로 입법을 하여야 하며, 또 다른 한편에서 선거권을 제한하는 법률의 합헌성을 심사하는 경우에는 그 심사의 강도도 엄격하여야 한다. 선거권을 제한하는 입법은 헌법 제24조에 의해서 곧바로 정당화될 수는 없고, 헌법 제37조 제2항의 규정에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요하고 불가피한 예외적인 경우에만 그 제한이 정당화될 수 있으며, 그 경우에도 선거권의 본질적인 내용을 침해할 수 없다. 더욱이 보통선거의 원칙은 선거권자의 능력, 재산, 사회적 지위 등의 실질적인 요소를 배제하고 성년자이면 누구라도 당연히 선거권을 갖는 것을 요구하므로 보통선거의 원칙에 반하는 선거권 제한의 입법을 하기 위해서는 헌법 제37조 제2항의 규정에 따른 한계가 한층 엄격히 지켜져야 한다.
- 다. 선거권의 제한은 불가피하게 요청되는 개별적·구체적 사유가 존재함이 명백할 경우에만 정당화될 수 있고, 막연하고 추상적인 위협이나 국가의 노력에 의해 극복될 수 있는 기술상의 어려움이나 장애 등을 사유로 그 제한이 정당화될 수 없다. 북한주민이나 조총련계 재일동포가 선거에 영향을 미칠 가능성, 선거의 공정성, 선거기술적 이유 등은 재외국민등록제도나 재외국민 거소신고제도, 해외에서의 선거운동방법에 대한 제한이나 투표자 신분확인제도, 정보기술의 활용 등을 통해 극복할 수 있으며, 나아가 납세나 국방의무와 선거권 간의 필연적 견련관계도 인정되지 않는다는 점 등에 비추어 볼 때, 단지 주민등록이 되어 있는지 여부에 따라 선거인명부에 오를 자격을 결정하여 그에 따라 선거권 행사 여부가 결정되도록 함으로써 엄연히 대한민국의 국민임에도 불구하고 주민등록법상 주민등록을 할 수 없는 재외국민의 선거권 행사를 전면적으로 부정하고 있는 법 제37조 제1항은 어떠한 정당한 목적도 찾기 어려우므로 헌법 제37조 제2항에 위반하여 재외국민의 선거권과 평등권을 침해하고 보통선거원칙에도 위반된다.

- 라. 직업이나 학문 등의 사유로 자진 출국한 자들이 선거권을 행사하려고 하면 반드시 귀국해야 하고 귀국하지 않으면 선거권 행사를 못하도록 하는 것은 헌법이 보장하는 해외체류자의 국외 거주·이전의 자유, 직업의 자유, 공무담임권, 학문의 자유 등의 기본권을 희생하도록 강요한다는 점에서 부적절하며, 가속화되고 있는 국제화시대에 해외로 이주하여 살 가능성이 높아지고 있는 상황에서, 그것이 자발적 계기에 의해 이루어졌다는 이유만으로 국민이면 누구나 향유해야 할 가장 기본적인 권리인 선거권의 행사가 부인되는 것은 타당성을 갖기 어렵다는 점에 비추어 볼 때, 선거인명부에 오를 자격이 있는 국내거주자에 대해서만 부재자신고를 허용함으로써 재외국민과 단기 해외체류자 등 국외거주자 전부의 국정선거권을 부인하고 있는 법 제38조 제1항은 정당한 입법목적은 갖추지 못한 것으로 헌법 제37조 제2항에 위반하여 국외거주자의 선거권과 평등권을 침해하고 보통선거원칙에도 위반된다.
- 마. 국내거주 재외국민은 주민등록을 할 수 없을 뿐이지 ‘국민인 주민’이라는 점에서는 ‘주민등록이 되어 있는 국민인 주민’과 실질적으로 동일하므로 지방선거 선거권 부여에 있어 양자에 대한 차별을 정당화할 어떠한 사유도 존재하지 않으며, 또한 헌법상의 권리인 국내거주 재외국민의 선거권이 법률상의 권리에 불과한 ‘영주의 체류자격 취득일로부터 3년이 경과한 19세 이상의 외국인’의 지방선거 선거권에 못 미치는 부당한 결과가 초래되고 있다는 점에서, 국내거주 재외국민에 대해 그 체류기간을 불문하고 지방선거 선거권을 전면적·확일적으로 박탈하는 법 제15조 제2항 제1호, 제37조 제1항은 국내거주 재외국민의 평등권과 지방의회 의원선거권을 침해한다.
- 바. ‘외국의 영주권을 취득한 재외국민’과 같이 주민등록을 하는 것이 법령의 규정상 아예 불가능한 자들이라도 지방자치단체의 주민으로서 오랜 기간 생활해 오면서 그 지방자치단체의 사무와 얼마든지 밀접한 이해관계를 형성할 수 있고, 주민등록이 아니더라도 그와 같은 거주 사실을 공적으로 확인할 수 있는 방법은 존재한다는 점, 나아가 법 제16조 제2항이 국회의원 선거에 있어서는 주민등록 여부와 관계없이 25세 이상의 국민이라면 누구든지 피선거권을 가지는 것으로 규정함으로써 국내거주 여부를 불문하고 재외국민도 국회의원 선거의 피선거권을 가진다는 사실에 비추어, 주민등록만을 기준으로 함으로써 주민등록이 불가능한 재외국민인 주민의 지방선거 피선거권을 부인하는 법 제16조 제3항은 헌법 제37조 제2항에 위반하여 국내거주 재외국민의 공무담임권을 침해한다.
- 사. 국민투표는 국가의 중요정책이나 헌법개정안에 대해 주권자로서의 국민이 그 승인 여부를 결정하는 절차인데, 주권자인 국민의 지위에 아무런 영향을 미칠 수 없는 주민등록 여부만을 기준으로 하여, 주민등록을 할 수 없는 재외국민의 국민투표권 행사를 전면적으로 배제하고 있는 국민투표법 제14조 제1항은 앞서 본 국정선거권의 제한에

대한 판단에서와 동일한 이유에서 청구인들의 국민투표권을 침해한다.

- 아. 재외국민에 대해 원칙적으로의 참정권을 인정하는 것이 헌법적 요청이라 하더라도, 선거기술적 측면과 선거의 공정성 확보 측면에서 충분히 검토하고 준비할 시간이 필요하고, 또한 법 제37조 제1항 등 이 사건 법률조항들이 즉시 효력을 상실하면 향후 선거를 실시할 수 없는 법적 혼란상태를 초래할 것이므로, 잠정적용 헌법불합치결정을 선고하되, 입법자는 늦어도 2008. 12. 31.까지 개선입법을 하여야 한다.
- 자. 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’ 제16조 제3항이 헌법에 위반되지 않는다고 판시한 헌재 1996. 6. 26. 96헌마200 결정, 위 법 제37조 제1항이 헌법에 위반되지 않는다고 판시한 헌재 1999. 1. 28. 97헌마253·270(병합) 결정, 위 법 제38조 제1항이 헌법에 위반되지 않는다고 판시한 헌재 1999. 3. 25. 97헌마99 결정은 이 결정과 저촉되는 범위 내에서 이를 각 변경한다.

재판관 이공현의 별개의견

국민주권과 민주주의의 원리에 따른 헌법적 요청에 따라 선거권은 최대한 실현되어야 할 것이지만, 선거참여에 있어서의 평등의 요구가 선거권에 대한 모든 제한을 금지하는 것은 아니다. 보통선거원칙에 대한 예외는 이를 정당화할 수 있는 이유가 있는 경우 헌법적으로 허용될 가능성이 있다. 이미 상당기간 대한민국과는 문화적·사회적·경제적으로 상이한 환경의 외국에 생활의 기반을 잡고 그 곳에 영주할 의사와 권리를 가지고 있는 자의 경우에는 그렇지 아니한 재외국민이나 국외거주자들과는 대한민국의 선거나 정치에의 참여에 대하여 가지는 태도의 진지성, 밀접성이 현저히 다른 경우가 많을 수밖에 없어, 추상적이고 이념적인 통일체로서의 국민을 넘어 현실적이고 구체적인 국가구성원으로서의 대의기관을 구성할 권리가 필연적으로 인정된다고 보기 어려운 점이 있으므로, 국외영주권자들에 대한 선거권 제한은 언제나 보통선거의 원칙에 반하여 헌법적으로 허용될 수 없는 것은 아니며, 이는 국민투표권의 경우에도 마찬가지이다.

재판관 조대현의 별개의견

법 제37조 제1항 등 이 사건 법률조항들의 위헌성은 선거권의 행사절차에 관하여 규정하면서 주민등록자만 규정하고 국내거소신고나 재외공관에 재외국민등록을 한 재외국민을 포함시켜 규정하지 아니한 점에 있다. 이 사건 법률조항들이 주민등록자를 규정하고 있는 부분은 정당하고 헌법에 합치되며, 일정한 재외국민을 포함시키지 아니한 부진정 입법부작위가 헌법에 위반될 뿐이다.

이처럼 이 사건 법률조항들이 일정한 내용을 포함하여 규정하지 않았기 때문에 헌법에 위반되는 경우에는 그러한 부진정 입법부작위가 헌법에 위반되거나 헌법에 합치되지 아니한다고 선언하여야 하고, 이 사건 법률조항들 전체에 대하여 위헌이나 헌법불합치를 선언해서는 안 된다. 이 사건 법률조항들이 규정하고 있는 합헌적인 내용까지 헌법에 합치되지 아니한다고 선언할 수도 없고 그 적용을 중지시킬 수도 없기 때문이다.

【심판대상조문】

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제15조 제2항 제1호 중 “당해 지방자치단체의 관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 자” 부분, 제16조 제3항 중 “당해 지방자치단체의 관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 주민” 부분, 제37조 제1항 중 “그 관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 선거권자” 부분, 제38조 제1항 중 “선거인명부에 오를 자격이 있는 국내거주자” 부분

국민투표법(1994. 12. 22. 법률 제4796호로 개정된 것) 제14조 제1항 중 “그 관할 구역 안에 주민등록이 된 투표권자” 부분

【참조조문】

헌법 제1조, 제41조 제1항, 제67조 제1항

지방자치법(2007. 5. 11. 법률 제8423호로 전부 개정된 것) 제12조, 제13조 제2항

주민등록법(2006. 3. 24. 법률 제7900호로 개정된 것) 제6조 제3항

【참조판례】

가. 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 781

헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 398

나. 헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 207

헌재 1999. 5. 27. 98헌마214, 판례집 11-1, 675, 697

헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91등, 판례집 13-2, 77, 93

다. 헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11, 25

헌재 1999. 1. 28. 97헌마253등, 판례집 11-1, 54

라. 헌재 1999. 3. 25. 97헌마99, 판례집 11-1, 218

바. 헌재 1996. 6. 26. 96헌마200, 판례집 8-1, 550

아. 헌재 2005. 6. 30. 2005헌가1, 판례집 17-1, 796, 810

【당 사 자】

청 구 인

1. (2004헌마644)

최○영 외 9인

청구인들의 대리인 명단은 별지와 같다.

2. (2005헌마360)

김○수 외 4인

청구인들의 대리인 변호사 홍준표

복대리인 변호사 황우여 외 2인

【주 문】

1. 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제15조 제2항 제1호 중 “당해 지방자치단체의 관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 자”에 관한 부분, 제16조 제3항 중 “당해 지방자치단체의 관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 주민”에 관한 부분, 제37조 제1항 중 “그 관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 선거권자”에 관한 부분, 제38조 제1항 중 “선거인명부에 오를 자격이 있는 국내거주자”에 관한 부분과 국민투표법(1994. 12. 22. 법률 제4796호로 개정된 것) 제14조 제1항 중 “그 관할 구역 안에 주민등록이 된 투표권자”에 관한 부분은 각 헌법에 합치되지 아니한다.

2. 위 각 법률조항 부분은 2008. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2004헌마644

(가) 청구인들은 모두 대한민국 국적을 보유한 일본 영주권자들로서 현재 일본에 거주(청구인 1 내지 6)하고 있거나 국내에 거주(청구인 7 내지 10)하고 있는 만 19세 이상의 국민들인바, 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되기 전의 것) 제15조 제2항, 제16조 제3항 및 제37조 제1항이 국민의 참정권 행사를 위한 요건으로 주민등록을 요구함으로써 주민등록을 할 수 없는 청구인들로 하여금 대통령·국회의원 선거권, 지방선거 선거권 및 피선거권을 행사할 수 없도록 한 것은 청구인들의 헌법상 기본권을 침해한다고 주장하면서 2004. 8. 14. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(나) 청구인들은 2005. 10. 11. 청구취지의 추가적 변경을 통해 국민투표법 제14조 제1항이 국가의 중요정책 및 헌법개정안에 대한 국민투표권 행사의 요건으로 주민등록을 요구함으로써 주민등록을 할 수 없는 청구인들로 하여금 국민투표권을 행사할 수 없도록 한 것은 청구인들의 기본권을 침해한다고 주장하면서 위 국민투표법 조항에 대한 헌법소원심판청구를 추가하였다.

(2) 2005헌마360

청구인들은 대한민국 국적을 보유한 만19세 이상의 미국 또는 캐나다 영주권자들로서, 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되기 전의 것) 제37조 제1항이 국내에 주민등록이 되어 있는 자만이 선거인명부에 등재되어 선거권을 행사할 수 있도록 함으로써, 국내에 주민등록이 되어 있지 아니하거나 말소된 국외거주자에 대하여는 선거권을 행사할 수 없도록 하고, 동법 제38조 제1항이 선거인명부에 오를 자격이 있는 국내거주자에 대하여만 부재자신고를 할 수 있도록 함으로써 주민등록이 되어 있지 아니한 국외거주자가 부재자로서 투표권을 행사할 수 없도록 한 것은 청구인들의 헌법상 기본권을 침해한다고 주장하면서 2005. 4. 6. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인들은 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되기 전의 것) 조항들에 대하여 이 사건 헌법소원을 제기하였으나, 위 법률은 그 동안에 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 법명이 “공직선거법”으로 바뀌었고 그 내용에도 변화가 있었다. 그런데 개정 전의 제15조 제2항의 경우 개정 후에는 제15조 제2항 제1호로 조문의 위치가 조정

된 것에 불과하고, 제37조 제1항의 경우에도 조문내용에 일부 추가가 있었지만 청구인들과 관련된 부분에서는 아무런 변화가 없으며, 제38조 제1항의 경우에도 부재자투표를 할 수 있는 국내거주자의 범위 제한을 폐지하는 방향으로 개정이 이루어졌지만 국외거주자에 대하여는 부재자투표를 인정하지 않고 있다는 점에서는 개정 전후에 아무런 변화가 없다. 그렇다면 이 사건에서는 심판의 대상을 현행 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것, 이하 이를 ‘법’이라 한다) 해당 조항으로 함이 상당하다.

결국 이 사건 심판의 대상은 법 제15조 제2항 제1호 중 “당해 지방자치단체의 관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 자”에 관한 부분, 법 제16조 제3항 중 “당해 지방자치단체의 관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 주민”에 관한 부분, 법 제37조 제1항 중 “그 관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 선거권자”에 관한 부분, 법 제38조 제1항 중 “선거인명부에 오를 자격이 있는 국내거주자”에 관한 부분 및 국민투표법(1994. 12. 22. 법률 제4796호로 개정된 것) 제14조 제1항 중 “그 관할 구역 안에 주민등록이 된 투표권자”에 관한 부분(이하 ‘이 사건 국민투표법 조항’이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다(이 사건 심판대상 조항들 모두를 이하 ‘이 사건 법률조항들’이라 한다).

이 사건 법률조항들과 관련규정들의 내용은 다음과 같다.

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제15조(선거권) ① 19세 이상의 국민은 대통령 및 국회의원의 선거권이 있다.

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 그 구역에서 선거하는 지방자치단체의 의회 의원 및 장의 선거권이 있다.

1. 19세 이상의 국민으로서 제37조(명부작성) 제1항의 선거인명부작성기준일 현재 당해 지방자치단체의 관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 자

2. 「출입국관리법」 제10조(체류자격)의 규정에 따른 영주의 체류자격 취득일 후 3년이 경과한 19세 이상의 외국인으로서 제37조 제1항의 선거인명부작성기준일 현재 「출입국관리법」 제34조(외국인등록표등의 작성 및 관리)의 규정에 따라 당해 지방자치단체의 외국인등록대장에 등재된 자

제16조(피선거권) ① 선거일 현재 5년 이상 국내에 거주하고 있는 40세 이상의 국민은 대통령의 피선거권이 있다. 이 경우 공무로 외국에 파견된 기간과 국내에 주소를 두고 일정 기간 외국에 체류한 기간은 국내거주기간으로 본다.

② 25세 이상의 국민은 국회의원의 피선거권이 있다.

③ 선거일 현재 계속하여 60일 이상(공무로 외국에 파견되어 선거일 전 60일 후에 귀국한 자는 선거인명부작성기준일부터 계속하여 선거일까지) 당해 지방자치단체의 관할 구역 안

에 주민등록이 되어 있는 주민으로서 25세 이상의 국민은 그 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 피선거권이 있다. 이 경우 60일의 기간은 그 지방자치단체의 설치·폐지·분할·합병 또는 구역변경[제28조(임기중 지방의회의 의원정수의 조정 등)의 규정에 의한 경우를 포함한다]에 의하여 중단되지 아니한다.

④ (생략)

제37조(명부작성) ① 선거를 실시하는 때에는 그때마다 구청장(자치구의 구청장을 포함하며, 도농복합형태의 시에 있어서는 동 지역에 한한다)·시장(구가 설치되지 아니한 시의 시장을 말하며, 도농복합형태의 시에 있어서는 동 지역에 한한다)·읍장·면장(이하 “구·시·읍·면의 장”이라 한다)은 대통령선거에 있어서는 선거일 전 28일, 국회의원선거와 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거에 있어서는 선거일 전 19일(이하 “선거인명부작성기준일”이라 한다) 현재로 그 관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 선거권자[지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거의 경우 제15조(선거권) 제2항 제2호의 규정에 따른 외국인을 포함한다]를 투표구별로 조사하여 선거인명부작성기준일부터 5일 이내(이하 “선거인명부작성기간”이라 한다)에 선거인명부를 작성하여야 한다.

제38조(부재자신고) ① 선거인명부에 오를 자격이 있는 국내거주자[제15조(선거권) 제2항 제2호의 규정에 따른 외국인을 제외한다]로서 선거일에 자신이 투표소에 가서 투표할 수 없는 때에는 선거인명부작성기간 중에 구·시·읍·면의 장에게 서면으로 부재자신고를 할 수 있다. 이 경우 우편에 의한 부재자신고는 등기우편으로 처리하되, 그 우편요금은 국가 또는 당해 지방자치단체가 부담한다.

국민투표법(1994. 12. 22. 법률 제4796호로 개정된 것) 제14조(투표인명부의 작성) ① 국민투표를 실시할 때에는 그때마다 구청장(자치구의 구청장을 포함하며, 도농복합형태의 시에 있어서는 동 지역에 한한다)·시장(구가 설치되지 아니한 시의 시장을 말하며, 도농복합형태의 시에 있어서는 동 지역에 한한다)·읍장·면장(이하 “구·시·읍·면의 장”이라 한다)은 국민투표일공고일 현재로 그 관할 구역 안에 주민등록이 된 투표권자를 투표구별로 조사하여 국민투표일공고일로부터 5일 이내에 투표인명부를 작성하여야 한다.

국민투표법(2007. 5. 17. 법률 제8449호로 개정된 것) 제7조(투표권) 19세 이상의 국민은 투표권이 있다.

지방자치법(2007. 5. 11. 법률 제8423호로 전부 개정된 것) 제12조(주민의 자격) 지방자치단체의 구역 안에 주소를 가진 자는 그 지방자치단체의 주민이 된다.

제13조(주민의 권리) ② 국민인 주민은 법령으로 정하는 바에 따라 그 지방자치단체에서 실시하는 지방의회의원과 지방자치단체의 장의 선거(이하 “지방선거”라 한다)에 참여할 권리를 가진다.

2. 청구인들의 주장과 관계기관의 의견요지

가. 청구인들의 주장요지

(1) 법 제37조 제1항은 관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 선거권자에 한해 선거인명부에 오를 수 있게 하고, 선거인명부에 오른 자에 한해 선거권 행사를 할 수 있도록 하여, 국외에 거주하고 있거나 또는 국내에 거주하고 있더라도 주민등록법 제6조 제3항에 따라 주민등록을 할 수 없는 재외국민은 선거인명부에 오를 수가 없어서 선거권 행사를 하지 못하도록 함으로써 부당하게 그들의 대통령 및 국회의원 선거권을 박탈하고 있다.

(2) 법 제38조 제1항은 선거인명부에 오를 자격이 있는 국내거주자에 한해 부재자신고를 허용함으로써 주민등록 여부를 기준으로 해 국내거주자와 해외거주자를 합리적 이유 없이 차별하고 있다.

(3) 지방자치법 제12조, 제13조 제2항은 지방의회 의원이나 지방자치단체의 장의 선거 참여권을 주민등록 여부에 관계없이 “국민인 주민”에게 부여하고 있음에도 불구하고, 법 제15조 제2항 제1호, 법 제16조 제3항, 법 제37조 제1항은 지방선거 참여권을 주민등록이 되어 있는 자로 한정함으로써 ‘국민인 주민’ 중에서 재외국민등록을 한 주민인 ‘주민등록이 되어 있지 않은 국민’으로부터 부당하게 지방선거 참여권을 박탈하고 있다.

(4) 선거인의 의사능력 등 선거권 및 선거제도의 본질상 요청되는 내재적 사유에 의한 내재적 제한을 제외하고, 보통선거원칙에 위배되는 선거권제한입법을 하기 위해서는 헌법 제37조 제2항에 따라야 하고, 기본권의 본질적 내용을 침해할 수 없다. 법 제37조 제1항과 제38조 제1항은 선거권을 행사할 수 있는 요건으로서 주민등록에 의한 거주요건을 설정하는 것인바, 이와 같은 거주요건은 선거권 배제의 당위성과 같은 본질적인 이유보다는 선거인명부 작성상의 필요 및 선거실시의 편의성 등 주로 기술적 요인에 기인하는 것이므로, 이러한 기술적 요건을 통해 국민의 선거권을 완전히 박탈하는 것은 입법목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성 및 법익의 균형성의 어떤 측면에서도 정당화될 수 없을 뿐만 아니라 선거권의 본질을 침해하는 것이다.

(5) 헌법 제72조와 제130조 제2항의 위임에 따라 제정된 국민투표법 제7조에 의하면 모든 국민은 국내거주 여부나 주민등록 여부에 관계없이 국민투표권을 가지는 것임에도 불구하고 국민투표법 제14조 제1항은 투표권자를 주민등록이 되어 있는 자로 한정함으로써 청구인들의 국민투표권을 침해하고 있다.

(6) 외국영주권자의 경우 거주지역의 공관에 재외국민등록법에 따른 재외국민등록을 할 수 있고, 국내에 거주하는 경우에도 ‘재외동포의 출입국과 법적지위에 관한 법률’에 따라 국내거소신고를 할 수 있는바, 이와 같이 재외국민등록 또는 국내거소신고를 기준으로 선

거권 및 국민투표권 행사절차를 규정하는 등 합리적인 방법이 있음에도 불구하고 그 행사절차에 관하여 아무런 규정도 두지 않은 입법적 불비는 보통선거의 원칙에 위반하여 청구인들의 선거권을 침해하고, 헌법이 부여하고 있는 국민투표권을 침해한 것이다.

나. 외교통상부장관의 의견요지

(1) 중앙선거관리위원회가 2003. 8. 국외부재자에게 투표권을 허용하는 내용의 공직선거법 개정의견을 국회에 제출한 바에 따르면 전국단위선거인 대통령선거와 비례대표 국회의원 선거의 경우 국외에 일시 체류하는 재외공관원, 상사주재원, 유학생 등 국외부재자에 대한 선거권 부여는 바람직한 것으로 판단하고 있고, 그에 따라 향후 국외부재자에 대한 선거권 부여 시 재외공관을 통해 지원할 예정으로 있다.

(2) 그러나 외국의 영주권을 취득한 자 또는 영주할 목적으로 외국에 거주하고 있는 자의 경우 국외이주로 인하여 병역의무, 납세의무 등 국민의 의무가 면제 또는 별도로 관리되고 있는 상황에서 이들에게 참정권을 부여하는 것은 내국인과의 형평성 시비를 초래할 가능성이 있고, 정부의 재외동포정책은 재외동포가 한민족의 정체성을 유지하면서 거주국 사회 내에서의 안정된 생활영위와 존경받는 구성원으로서의 성장을 지원함으로써 재외동포의 역량을 국가발전에 활용한다는 데 기본목표를 두고 있으므로, 영주권자에게까지 선거권을 확대하는 것은 거주지국에서의 정착 촉진을 통한 ‘현지화’보다는 정부의 각종 지원에 대한 기대심리와 모국지향성을 촉발할 가능성이 있으므로 본 사안은 보다 장기적으로 신중히 검토되어야 한다.

다. 중앙선거관리위원회위원장의 의견요지

(1) 법이나 제도는 그 나라의 역사와 경험, 정치·경제·사회·문화·환경, 국민의식수준 등 제반사정에 맞추어 제도화가 이루어지는 것이므로 재외국민이 투표권을 행사하는 데 필요한 법적·제도적 장치가 마련되지 못했다 하더라도 합리적인 이유가 있다면 지나친 기본권제한이라 할 수 없다.

(2) 국토가 분단되어 남북한이 대치하고 있는 상황에서 모든 재외국민에게 선거권을 인정한다면, 북한주민이나 조총련계 재일교포들도 선거권을 행사함으로써 국가의 안위 및 국민의 생존, 자유가 위협받을 수 있고, 재외국민에 대한 체류국의 정책과 충돌함으로써 외교적 마찰이 발생할 수 있다.

(3) 선거관리 기술상 국내에 주민등록이 없는 재외국민의 현황을 정확히 파악할 수 없을 뿐만 아니라, 국적법이 국적이탈 신고주의를 채택하고 있어 재외국민 중 외국국적 취득자

가 국적이탈 신고를 하지 않을 경우 이중국적자로 되고 결과적으로 이중국적자에게 선거권을 부여하는 불합리한 결과가 초래된다.

(4) 국외에서 발생하는 대리투표 등 각종 선거부정행위에 대한 단속이 사실상 곤란해짐으로써 선거의 공정성을 확보하기 어렵다.

(5) 공직선거법 제38조 제1항과 관련하여, 이미 중앙선거관리위원회는 국내에 주민등록이 되어 있는 재외국민의 투표권보장을 위하여 대통령 및 비례대표국회의원 선거에 있어 국외부재자 투표제도의 도입을 위한 정치관계법 개정의견을 두 차례(2003. 8. 27. 및 2005. 3. 10.)에 걸쳐 국회에 제출한 바 있다.

3. 적법요건에 관한 판단

가. 공직선거법 조항들에 대한 청구

(1) 이 사건 심판청구는 2005. 8. 4. 개정되기 전의 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’ 조항들에 대해 제기되었으나, 그 실질적 내용에 있어 아무런 차이가 없는 개정 이후의 공직선거법 조항들을 심판의 대상으로 한 것은 앞에서 본 바와 같다. 그런데 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’ 조항들을 기준으로 할 경우, 제17대 국회의원선거가 2004. 4. 15.에 실시되었고 그로부터 90일이 경과한 후인 2004. 8. 4.과 2005. 4. 6.에 제기된 이 사건 심판청구들에 대해 청구기간의 준수 여부에 의문이 제기될 수 있다.

(2) 그런데 주기적으로 반복되는 선거의 경우 매년 새로운 후보자들이 입후보하고 매년 새로운 범위의 선거권자들에 의해 투표가 행해질 뿐만 아니라, 선거의 효과도 차기 선거에 의한 효과가 발생할 때까지로 한정되므로 매선거는 새로운 선거에 해당한다. 그리고, 청구인들이 이 사건 헌법소원을 제기한 진정한 취지는, 이미 종료한 과거 선거에서의 기본권침해를 문제 삼는 것이라기보다는, 장래 실시될 선거에서 발생할 수 있는 기본권침해를 문제 삼고 있는 것으로 볼 수 있다.

(3) 결국 이 같은 선거의 속성과 청구인들의 주장 취지를 종합적으로 고려하면, 이 사건 심판청구는 향후 실시될 각종 선거에서 청구인들이 선거에 참여하지 못함으로써 입게 되는 기본권침해, 즉 장래 그 도래가 확실히 예측되는 기본권침해를 미리 앞당겨 다투는 것으로 볼 수 있다. 그렇다면 기본권침해의 사유가 이미 발생한 사실을 전제로 한 청구기간 도과의 문제는 발생할 여지가 없다(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770 ; 헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386 등 참조).

나. 이 사건 국민투표법 조항에 대한 청구

국민투표법은 1994. 12. 22. 법률 제4796호로 개정되었는데, 그 후 헌법 제72조에 의한 중요정책에 대한 국민투표나 헌법 제130조에 따른 헌법개정안에 대한 국민투표는 아직 한 번도 실시된 바 없어 국민투표법 제14조에 의한 기본권침해는 아직 발생하지 않았다. 하지만 국민투표는 그 속성상 불측의 시점에 실시되는 것이어서 국민투표가 실시될 때 즈음하여 비로소 헌법소원을 청구할 수 있다고 한다면 기본권구제의 실효성을 기대하기 어렵다. 그렇다면 이 부분 심판청구는 장래 국민투표가 실시될 경우에 틀림없이 발생하게 될 기본권침해를 미리 다투는 것으로 보아야 하므로, 위 공직선거법 조항들의 경우와 마찬가지로 청구기간 도과의 문제는 발생하지 아니한다.

다. 소 결

위에서 살펴본 내용 이외에 다른 적법요건의 흠결도 존재하지 않으므로 이 사건 심판청구는 적법하다.

4. 본안에 관한 판단

가. 대통령·국회의원선거에 대한 선거권의 경우

(1) 선거권의 법적 의의와 선거권 제한의 한계

헌법 제1조는 “대한민국은 민주공화국이다.”, “대한민국의 주권은 국민에게 있고 모든 권력은 국민으로부터 나온다.”라고 규정하여 국민주권의 원리를 천명하고 있다. 그 중요한 의미는 국민의 합의로 국가권력을 조직한다는 것이다(헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 205). 이를 위해서는 주권자인 국민이 정치과정에 참여하는 기회가 되도록 폭넓게 보장될 것이 요구된다. 대의민주주의를 원칙으로 하는 오늘날의 민주정치 아래에서 국민의 참여는 기본적으로 선거를 통하여 이루어진다. 따라서, 선거는 주권자인 국민이 그 주권을 행사하는 통로인 것이다(헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91등, 판례집 13-2, 77, 93).

그러한 국민주권의 원리와 선거를 통한 국민의 참여를 위하여 헌법 제24조는 모든 국민에게 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 보장하고 있고, 헌법 제11조는 정치적 생활영역에서의 평등권을 규정하고 있으며, 또한 헌법 제41조 제1항 및 제67조 제1항은 국회의 원선거와 대통령선거에 있어서 보통·평등·직접·비밀선거의 원칙을 보장하고 있다. 헌법이 선거권과 선거원칙을 이같이 명문으로 보장하고 있는 것은 국민주권주의와 대의민

주주의 하에서는 국민의 선거권 행사를 통해서만 국가와 국가권력의 구성과 창설이 비로소 가능해지고 국가와 국가권력의 민주적 정당성이 마련되기 때문이다(헌재 1999. 5. 27. 98헌마214, 판례집 11-1, 675, 697).

이러한 국민의 선거권 행사는 국민주권의 현실적 행사수단으로서 한편으로는 국민의 의사를 국정에 반영할 수 있는 중요한 통로로서 기능하며, 다른 한편으로는 주기적 선거를 통하여 국가권력을 통제하는 수단으로서의 기능도 수행한다. 국회의원과 대통령에 대한 선거권(이하 이를 편의상 ‘국정선거권’이라 한다)을 비롯한 국민의 참정권이 국민주권의 원칙을 실현하기 위한 가장 기본적이고 필수적인 권리로서 다른 기본권에 대하여 우월한 지위를 갖는 것(헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 207 참조)으로 평가되는 것도 바로 그러한 이유 때문이다.

헌법 제24조는 모든 국민은 ‘법률이 정하는 바에 의하여’ 선거권을 가진다고 규정함으로써 법률유보의 형식을 취하고 있지만, 이것은 국민의 선거권이 ‘법률이 정하는 바에 따라서만 인정될 수 있다’는 포괄적인 입법권의 유보하에 있음을 의미하는 것이 아니다. 국민의 기본권을 법률에 의하여 구체화하라는 뜻이며 선거권을 법률을 통해 구체적으로 실현하라는 의미이다.

이러한 법률유보는 선거권을 실현하고 보장하기 위한 것이지 제한하기 위한 것이 아니므로, 선거권의 내용과 절차를 법률로 규정하는 경우에도 국민주권을 선언하고 있는 헌법 제1조, 평등권에 관한 헌법 제11조, 국회의원선거와 대통령선거에 있어서 보통·평등·직접·비밀선거를 보장하는 헌법 제41조 및 제67조의 취지에 부합하도록 하여야 한다. 그리고 민주주의 국가에서 국민주권과 대의제 민주주의의 실현수단으로서 선거권이 갖는 이 같은 중요성으로 인해 한편으로 입법자는 선거권을 최대한 보장하는 방향으로 입법을 하여야 하며, 또 다른 한편에서 선거권을 제한하는 법률의 합헌성을 심사하는 경우에는 그 심사의 강도도 엄격하여야 하는 것이다.

따라서 선거권을 제한하는 입법은 위 헌법 제24조에 의해서 곧바로 정당화될 수는 없고, 헌법 제37조 제2항의 규정에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요하고 불가피한 예외적인 경우에만 그 제한이 정당화될 수 있으며, 그 경우에도 선거권의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

더욱이 보통선거의 원칙은 선거권자의 능력, 재산, 사회적 지위 등의 실질적인 요소를 배제하고 성년자이면 누구라도 당연히 선거권을 갖는 것을 요구하므로 보통선거의 원칙에 반하는 선거권 제한의 입법을 하기 위해서는 헌법 제37조 제2항의 규정에 따른 한계가 한층 엄격히 지켜져야 한다(헌재 1999. 1. 28. 97헌마253등, 판례집 11-1, 54, 60 참조).

(2) 법 제37조 제1항의 위헌 여부

(가) 법 제37조 제1항의 의미

법 제37조 제1항은 선거인명부 작성책임자로 하여금 선거를 실시할 때마다 선거인명부작성기준일로부터 일정기간 내에 그 관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 선거권자를 조사하여 선거인명부를 작성하도록 의무지우고 있다. 이 규정에 의해 국내에 ‘주민등록이 되어 있지 않은 자’는 법 제15조 제1항이 부여하고 있는 국정선거권을 행사할 수 없게 되므로, 이 규정은 외형상 선거절차에 관한 규율의 형태를 취하고 있지만 실질적으로는 주민등록이 되어 있지 않은 자의 국정선거권행사를 불가능하게 하는 법적 효과를 발휘하고 있다.

이 사건 청구인들 중 외국의 영주권을 취득하고 국내에 거주하고 있지 않은 재외국민은 국내에 주민등록이 되어 있지 않으므로 법 제37조 제1항에 따라 국정선거권을 행사할 수 없게 된다. 한편 청구인들 중 재외국민으로서 국내에 거주하고 있는 자들의 경우에도, 주민등록법 제6조 제3항이 해외이주를 포기한 후가 아니면 주민등록을 할 수 없도록 하고 있으므로 해외이주를 포기하지 않는 한 국외거주 재외국민과 마찬가지로 국정선거권을 행사할 수 없게 된다. 결국 법 제37조 제1항은 해외이주의 포기의사를 밝힘으로써 주민등록이 가능해진 국내거주 재외국민을 제외한 모든 재외국민에 대해 전면적, 획일적으로 국정선거권의 행사를 불가능하게 하고 있는 규정이다.

나아가 법 제37조 제1항은 아직 영주권을 취득하지 않은 상태에 있는 해외이주목적의 해외장기체류자 또는 해외이주목적 없는 해외장기체류자 및 단기해외체류자(예컨대 유학생, 상사주재원, 외교관 등)로서 주민등록이 말소된(주민등록법 제17조의2, 제10조 참조) 자들에 대해서는, 이들이 국내에 체류하는지 여부와는 무관하게, 국정선거권을 박탈하고 있다.

(나) 법 제37조 제1항의 위헌 여부(종전 헌법재판소 결정의 재검토)

법 제37조 제1항에 대해서는 다양한 논거가 합헌의 근거로 제시된 바 있고 헌법재판소는 1999. 1. 28. 선고 97헌마253등 결정에서 그러한 논거들에 기초하여 법 제37조 제1항과 동일한 내용을 규정하고 있던 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’ 제37조 제1항(1994. 12. 22. 법률 제4796호로 개정되고, 2002. 3. 7. 법률 제6663호로 개정되기 전의 것)을 합헌으로 판단한 바 있다. 하지만 위 결정에 대해서는, 그간의 정보기술의 발달, 경제규모의 성장과 국제화로 인한 재외국민의 증가, 공직선거의 자유와 공정에 대한 국민의식의 성장, 그리고 법리적 관점의 변경 필요성 등을 고려할 때 다음과 같이 재검토가 필요하다.

첫째, 북한주민이나 조총련계 재일동포가 선거에 영향을 미칠 위험성이 있다는 것이 재외

국민의 선거권 행사를 부정하는 근거가 되기는 어렵다.

그 이유는 설사 재외국민에게 선거권 행사를 인정할 경우라도, 남북한의 대치상태가 종식되지 않고 있는 우리의 특수한 상황하에서는, 북한주민이나 조총련계 재일동포의 선거권 행사에 대한 제한은 어느 정도 허용될 수 있을 것으로 보기 때문이다. 한편 북한주민이나 조총련계 재일동포가 신분을 위장하여 선거권을 행사할 위험성도 존재한다고 하지만 현행 재외국민등록법에 의한 재외국민등록제도 및 현행 ‘재외동포의 출입국과 법적지위에 관한 법률’에 의한 재외국민 국내거소신고제도를 활용하여 그러한 위험성을 예방하는 것이 선거기술상 불가능한 것은 아니다. 또한 북한주민이나 조총련계 재일동포가 아닌 재외국민의 경우에는 북한주민이나 조총련계 재일동포와는 달리 우리 나라 여권을 소지하고 있으므로 양자의 구분이 가능하다. 따라서 북한주민이나 조총련계 재일동포가 선거에 영향을 미칠지도 모른다는 막연하고 추상적인 위험성만으로 재외국민의 선거권 행사를 전면적으로 부정하는 것을 정당화할 수는 없다.

둘째, 재외국민 모두에게 선거권 행사를 인정한다면, 근소한 표 차이로 당락이 결정되는 경우에는 재외국민이 결정권(casting vote)을 행사하게 될 위험성이 있으므로 재외국민의 선거권 행사를 제한해야 한다는 주장도 있는데, 이는 보통선거의원칙에 반하는 주장이다.

보통선거의 원칙은 선거권자의 능력, 재산, 사회적 지위 등의 실질적인 요소를 배제하고 일정 연령에 도달한 국민이면 누구라도 당연히 선거권을 가진다는 원칙으로, 일정 연령에 도달한 국민인 이상 누구든지 선거의 결과에 영향을 미칠 수 있고, 또 영향을 미칠 수 있어야 한다는 것은 보통선거원칙의 이념적 전제인 동시에 필연적 귀결이다. 따라서 선거의 결과에 영향을 미칠 수 있으므로 선거권을 행사할 수 없도록 해야 한다는 주장은 보통선거원칙에 어긋나는 부적절한 주장이다.

셋째, 외국 영주권자를 포함한 재외국민에게 전면적으로 국정선거권행사를 인정할 경우 선거의 공정성 확보가 어렵다는 점, 예컨대 투표용지의 분실이나 교체가능성, 부정선거운동비용의 지출, 2중투표나 대리투표의 가능성, 선거권자의 의사의 왜곡, 금품매수 현상 등 현지에서의 선거과정이 불공정하게 진행될 가능성을 배제할 수 없다는 우려도 재외국민에게 선거권 행사를 전면적으로 배제하는 정당한 논거가 되기 곤란하다.

선거의 공정성을 확보하는 것은 일차적으로 국가의 과제이므로 이를 선거권자의 책임으로 돌리는 것은 타당치 못하며, 선거의 공정성에 대한 우려가 있다는 이유로 민주국가의 기능적 전제인 선거권 행사를 특정 국민들에 대해 부정할 수는 없다. 외국에서의 선거관리가 국내에서와 비교할 때 더 어려우리라는 것은 짐작할 수 있지만, 그렇다고 선거권 행사를 전면 부정해야 할 만큼 선거의 공정성 확보가 불가능할 정도라고 볼 수는 없다. 예상되는 부정선거가능성은 해외에서 이루어지는 선거운동방법의 적절한 제한, 투표자 본인

의 신분확인방법의 도입, 선거운동비용 지출에 대한 사전 사후의 관리 등 필요한 조치를 통하여 차단하는 방법이 있으며, 법원의 재판 등을 통한 사후적 통제도 가능하다. 또한 과거에 비하여 오늘날 우리 국민들의 선거문화는 선거의 공정성과 투명성에 대하여 타율적 규제가 줄어도 될 만큼 성숙하였다고 볼 것이다.

넷째, 선거기술상의 어려움, 예컨대 선거운동기간 내에 외국에 있는 모든 국민에게 선거의 실시와 후보자를 홍보하고, 선거운동을 하며, 투표용지를 발송하여 기표된 용지를 회수하는 등 각종 실무상 어려움이 있다는 것도 재외국민의 선거권 행사를 전면 배제할만한 정당한 이유가 될 수 없다.

선거운동기간을 어느 정도 늘이는 방안으로 그러한 어려움을 줄일 수 있고, 후보자홍보의 경우 정보통신기술이 세계적인 규모로 발달하고 있는 오늘날의 상황에서 재외국민에게 후보자 개인에 관한 정보를 적절하게 전달하는 것이 현저히 곤란하다고 할 수 없으며, 재외국민의 입장에서 인터넷 등을 통해 후보자의 정보에 대한 접근이 용이해지고 있다. 나아가 오늘날의 선거가 인물투표로서의 성격보다 정당투표로서의 성격을 강하게 가지는 경향을 보이고 있다는 점, 선거운동의 경우 재외국민을 상대로 한 선거운동이 선거운동기간의 전 기간에 걸쳐 국내에서와 같은 정도로 이루어지지 못하더라도 이는 선거권자인 재외국민의 입장에서 감수해야 할 사정이라는 점, 투표용지 발송과 기표용지 회수의 경우에도 현지인쇄 등 대안이 없다 할 수 없고 기표용지 회수 및 개표는 시기적으로 선거 이후 상당한 시간이 지난 후에도 가능한 점 등에 비추어 볼 때, 선거기술상의 어려움 역시 재외국민의 선거권 행사를 전면적으로 박탈하기 위한 합당한 사유라 보기 어렵다.

다섯째, 재외국민의 선거권을 인정할 경우, 우선 우편제도가 발달한 일부 국가에 거주하는 재외국민에 대해서만 선거권 행사를 인정하게 되면 그렇지 못한 국가에 거주하는 재외국민과의 사이에서 또 다른 평등의 문제가 야기될 것으로 볼 수도 있다.

그러나 우편제도를 제대로 못 갖춘 일부 국가에 거주하는 재외국민이 당분간 선거권을 행사할 수 없게 되더라도 이는 애초부터 차별적 목적이 있었던 것이 아닌 사실상의 결과일 뿐이므로 그러한 사유 때문에 재외국민 전부에 대해 선거권 행사를 부정할 수는 없다. 헌법상 평등의 원칙은 국가가 언제 어디에서 어떤 계층을 대상으로 하여 제도의 개선을 시작할 것인지를 선택하는 것을 방해하지 않으며, 국가는 합리적인 기준에 따라 능력이 허용하는 범위 내에서 법적 가치의 상향적 구현을 위한 제도의 단계적 개선을 추진할 수 있으므로(헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11, 25 참조), 가능한 지역에서 먼저 재외국민의 투표를 실시한다고 하여 평등원칙에 대한 침해가 문제될 여지는 없다.

여섯째, 선거권이 국가에 대한 납세, 병역의무와 결부되기 때문에 이와 같은 의무이행을 하지 아니하는 재외국민에게 선거권 행사를 허용하기 곤란하다는 주장도 다시 생각해 봐

야 한다.

헌법 제1조 제2항은 “대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다.”라고 규정할 뿐 주권자인 국민의 지위를 국민의 의무를 전제로 인정하고 있지는 않다. 역사적으로 납세 및 국방의 의무이행을 선거권부여의 조건으로 하고 있었는지의 여부는 별론으로 하고, 현행 헌법의 다른 규정들도 국민의 기본권행사를 납세나 국방의 의무 이행에 대한 반대급부로 예정하고 있지 않다.

특히 이 사건 재외국민들은 ‘이중과세 방지협정’에서 정한 바에 따라 납세의무가 면제되는 것일 뿐이므로 재외국민이 국가에 대한 납세의무를 다하지 않고 있다고 볼 수도 없으며, 병역의무의 경우에도 재외국민에게 병역의무 이행의 길이 열려 있는 점, 이 사건 청구인들 중에는 이미 국내에서 병역의무를 필한 사람도 있는 점, 오늘날 넓은 의미의 국방은 재외국민의 애국심과 협력에 의존하는 바도 적지 않다는 점, 현재 병역의무가 남자에게만 부여되고 있다는 점 등을 감안하면 선거권과 병역의무 간에 필연적 견련관계를 인정하기 어렵다.

끝으로, 재외국민도 엄연히 대한민국의 국민으로서 국가기관의 구성에 참여할 헌법적 권리가 인정되어야 한다는 점에서, 뿐만 아니라 나날이 심화되고 있는 국제화, 지구촌화 시대의 국민통합은 재외국민의 의사 역시 대한국민의 의사의 한 부분으로 편입될 것을 요구하고 있다는 점에서 재외국민의 선거권 행사를 전면적으로 박탈하는 법 제37조 제1항은 헌법적 정당성을 발견하기 어렵다.

(다) 판 단

국민이면 누구나 그가 어디에 거주하든지 간에 주권자로서 평등한 선거권을 향유하여야 하고, 국가는 국민의 이러한 평등한 선거권의 실현을 위해 최대한의 노력을 기울여야 할 의무를 진다는 것은 국민주권과 민주주의의 원리에 따른 헌법적 요청이다. 입법자는 국민의 선거권 행사를 제한함에 있어서 주권자로서의 국민이 갖는 선거권의 의의를 최대한 존중하여야만 하고, 선거권 행사를 제한하는 법률이 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 준수하고 있는지 여부를 심사함에 있어서는 특별히 엄격한 심사가 행해져야 한다.

따라서 선거권의 제한은 그 제한을 불가피하게 요청하는 개별적, 구체적 사유가 존재함이 명백할 경우에만 정당화될 수 있으며, 막연하고 추상적 위험이라든지 국가의 노력에 의해 극복될 수 있는 기술상의 어려움이나 장애 등의 사유로는 그 제한이 정당화될 수 없다.

그런데 법 제37조 제1항은 단지 주민등록이 되어 있는지 여부에 따라 선거인명부에 오를 자격을 결정하여 그에 따라 선거권 행사 여부가 결정되도록 함으로써, 엄연히 대한민국의 국민임에도 불구하고 주민등록법상 주민등록을 할 수 없는 재외국민의 선거권 행사를 전

면적으로 부정하고 있는바, 그와 같은 재외국민의 선거권 행사에 대한 전면적인 부정에 관해서는 위에서 살펴본 바와 같이 어떠한 정당한 목적도 찾기 어렵다.

그러므로 법 제37조 제1항은 헌법 제37조 제2항에 위반하여 재외국민의 선거권과 평등권을 침해하고 헌법 제41조 제1항 및 제67조 제1항이 규정한 보통선거원칙에도 위반된다.

(3) 법 제38조 제1항의 위헌 여부

(가) 법 제37조 제1항과의 관계

법 제38조 제1항은 선거인명부에 오를 자격이 있는 국내거주자에 대해서만 부재자신고를 허용하고 있다.

따라서 법 제37조 제1항이 위헌으로 선언됨으로써 이 사건 청구인들이 선거인명부에 오를 자격을 갖추게 되더라도 법 제38조 제1항으로 인해 이 사건 청구인들 중 국외거주자에 해당하는 경우에는 부재자신고를 할 수 없어 여전히 국정선거권을 행사할 수 없게 된다. 즉 법 제37조 제1항은 주민등록을 할 수 없는 재외국민에 대해 선거인명부에 오를 수 있는 자격 자체를 박탈하고 있는 것임에 비해, 법 제38조 제1항은 선거권 행사를 위한 요건으로서 국내거주 요건을 추가함으로써 실질적으로는 국외거주자의 선거권 행사를 불가능하게 하는 규정이다. 따라서 법 제38조 제1항은 법 제37조 제1항과 결합하여 중첩적으로 국외거주 재외국민의 선거권 행사를 부인하는 규정이다.

한편 재외국민이 아니고 현행법상 주민등록이 되어 있는 국민이더라도, 국외여행자는 물론 재외공관원, 상사주재원, 유학생 등 단기 해외체류자로서 국내에 주민등록이 말소되지 않고 있는 국민은 법 제38조 제1항으로 인해 선거당일까지 국내에 귀국하지 않으면 선거권을 행사할 수 없게 된다.

(나) 법 제38조 제1항의 위헌 여부(종전 헌법재판소 결정의 재검토)

헌법재판소는 1999. 3. 25. 선고 97헌마99 결정에서, 법 제38조 제1항과 동일한 내용을 규정하고 있던 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’ 제38조 제1항(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정되기 전의 것)이 헌법에 위반되지 않는 것으로 판단한바 있으나, 앞에서 본 법 제37조 제1항에 대한 판단과 마찬가지로의 관점에서 위 결정의 내용을 재검토할 필요성이 있다.

첫째, 선거기술상의 이유와 선거의 공정성에 대한 우려는 국외거주 재외국민에게 선거권 행사를 허용할 경우에 동일하게 발생하는 문제로서, 그와 같은 논거들이 타당하지 않음은 앞에서 검토한 바와 같다.

둘째, 선거기간의 연장에 따른 후보자들의 선거비용증가 및 국가적 부담증가를 우려하여

선거권 행사를 제한할 수 있다는 논거 역시 부적절한 측면이 있다.

중앙선거관리위원회가 간행한 ‘국외부재자투표 도입방안 연구’에서는 국외선거운동비용을 선거비용제한액에 포함시키지 않도록 하는 방안을 제시하고 있으며, 국외부재자에 대한 일부 선거운동(방송광고, 방송연설 중계 및 예비후보자 홍보물 우편발송 등)이 허용되는 경우에 선거비용이 발생할 수는 있으나, 이는 국내에서 그 비용이 발생하는 것이어서 선거비용에 대한 관리가 가능하다고 본다. 그리고 일정한 정도 비용부담의 증가가 예상되더라도 우리 나라의 경제력으로 감당할 수 없을 정도라고 볼 수 없으며, 그러한 선거비용의 부담 우려만으로 민주국가에서 가장 근본적이고도 중요한 국민의 선거권 행사를 제한하는 것은 더 이상 타당성을 인정하기 어렵다.

더욱이 우리 선거법 역사를 되돌아보면 1960년대와 1970년대 초에 이미 국회의원 및 대통령 선거에서 해외체류 재외국민의 부재자투표를 허용하였던 경험이 있다. 이러한 경험을 바탕으로 현재 재외국민의 선거권을 인정하고 있는 선진 국가들의 다양한 사례를 참조하면 재외국민의 부재자투표제도를 도입하는 것이 불가능하지는 않다고 판단된다.

셋째, 자발적으로 출국한 자에 대해서는 선거권을 보장해 주지 않는다 해도 부당할 것이 없다는 주장이 있으나 이 또한 타당하지 아니하다.

직업이나 학문 등의 사유로 자진 출국한 자들이 선거권을 행사하려고 하면 반드시 귀국해야 하고 귀국하지 않으면 선거권 행사를 못하도록 하는 것은 헌법이 보장하는 해외체류자의 국외 거주·이전의 자유, 직업의 자유, 공무담임권, 학문의 자유 등의 기본권을 희생하도록 강요한다는 점에서 부적절하다. 나아가 오늘날 점점 가속화되고 있는 국제화시대에 해외로 이주하여 살 가능성이 높아지고 있는 상황에서, 그것이 자발적 계기에 의해 이루어졌다는 이유만으로 국민이면 누구나 향유해야 할 가장 기본적인 권리인 선거권의 행사가 부인되는 것은 타당성을 갖기 어렵다.

넷째, 재외공관원이나 상사주재원, 유학생 등과 같이 국내에 이미 주민등록이 되어 있는 단기해외체류자들에 대해서는, 법 제38조 제1항이 단지 선거권 행사에 대한 편의제공 여부에 관한 규정에 불과하고, 선거권의 제한 여부와는 직접 관련이 없는 조항으로 보는 것도 잘못이다.

많은 여행비용을 들이면서 스스로 귀국하여 투표당일에 투표를 하고 다시 출국할 것을 요구하는 것은 사실상 불가능을 강요하는 것으로서 실질적으로는 그들의 선거권을 부정하는 것과 같은 효과를 지니기 때문이다.

(다) 판 단

이상에서 살핀 바와 같이, 선거인명부에 오를 자격이 있는 국내거주자에 대해서만 부재자 신고를 허용함으로써 재외국민과 단기해외체류자 등 국외거주자 전부에 대해 국정선거권의 행사 가능성을 부인하고 있는 법 제38조 제1항은 정당한 입법목적을 갖추지 못하여 헌법 제37조 제2항에 위반하여 국외거주자의 선거권과 평등권을 침해하고 보통선거원칙에도 위반된다.

나. 지방선거 참여권(선거권 및 피선거권)의 경우

(1) 지방선거 참여권의 제한이 헌법상 기본권에 대한 제한인지 여부

(가) 헌법 제118조는 제1항에서 “지방자치단체에 의회를 둔다.”는 규정을 두고, 제2항에서 “지방의회의 …… 의원선거 …… 에 관한 사항은 법률로 정한다.”라고 함으로써 지방의회의원선거권이 헌법상의 기본권임을 분명히 하고 있다. 하지만 헌법 제118조 제2항은 “…… 지방자치단체의 장의 선임방법 …… 에 관한 사항은 법률로 정한다.”라고만 규정하고 있어 지방자치단체의 장의 선거권에 대한 제한이 헌법상의 기본권에 대한 제한인지 여부가 문제된다.

헌법이 지방자치단체의 장에 대해서는 ‘선임방법’이라고 표현함으로써 지방의원의 ‘선거’와는 구별하고 있으므로 지방자치단체의 장의 선거권을 헌법상 기본권이라 단정하기는 어렵다. 하지만 지방자치단체의 장의 선거권을 법률상의 권리로 본다 할지라도, 비교집단 상호간에 차별이 존재할 경우에 헌법상 기본권인 평등권 심사까지 배제되는 것은 아니므로, 지방선거권에 대한 제한은 지방의원의 경우이든 지방자치단체의 장의 경우이든 모두 헌법상의 기본권에 대한 제한에 해당한다.

(나) 한편 헌법 제25조는 ‘모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다’고 규정하여 국민에게 공무담임권을 보장하고 있고, 선거에 의하여 국가기관 또는 지방자치단체의 의원이나 장으로 선출될 수 있는 자격을 의미하는 피선거권은 공무담임권에 포함되므로, 지방의원 및 지방자치단체의 장의 피선거권에 대한 제한이 헌법상의 기본권에 대한 제한임은 명백하다.

(2) 법 제15조 제2항 제1호, 제16조 제3항, 제37조 제1항이 청구인들의 지방선거 참여권을 침해하는지 여부

지방자치법 제13조 제2항은, “국민인 주민은 법령이 정하는 바에 의하여 그 지방자치단체에서 실시하는 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거(이하 ‘지방선거’라 한다)에 참여할 권리를 가진다.”고 규정함으로써 지방선거에서의 선거권을 ‘국민인 주민’ 모두에게

부여하고 있다.

그런데 법 제15조 제2항 제1호는 지방선거 선거권 부여의 요건으로, 법 제37조 제1항이 규정하고 있는 선거인명부작성기준일 현재 “관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 자”로 규정하고 있고, 법 제16조 제3항은 지방선거 피선거권 부여의 요건으로 “관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 주민”일 것으로 규정하고 있어, ‘주민등록이 되어 있지 않은 국내거주 재외국민’으로부터 지방선거에서의 선거권과 피선거권을 박탈하고 있다. 이와 같이 주민등록이 되어 있지 않은 국내거주 재외국민에 대해 지방선거 참여권을 박탈하는 것이 헌법적으로 정당화될 수 있는지 문제된다.

(가) 선거권 제한에 대한 판단

지방자치법 제13조 제2항에 따라 경우 ‘국민인 주민’에게는 지방선거 선거권이 인정되므로, ‘국민’이라는 요건과 당해 지방자치단체의 ‘주민’이라는 요건이 동시에 충족되면 원칙적으로 선거권이 인정된다.

국외에 거주하는 재외국민의 경우 ‘주민’ 요건이 충족되지 못하므로 선거권이 인정될 수 없음은 물론이나, 국내에 거주하는 재외국민의 경우에는 위 두 요건을 동시에 갖춘 경우가 얼마든지 있을 수 있다. 특히 국내에 주소로 두고 있는 재외국민은 형식적으로 주민등록법에 의한 주민등록을 할 수 없을 뿐이지, ‘국민인 주민’이라는 점에서는 ‘주민등록이 되어 있는 국민인 주민’과 실질적으로 동일하다. 즉 이들은 그가 속한 자치단체 구역 내의 동질적 환경 속에서 동등한 책임을 부담하고 권리를 향유할 자격이 있는 것이다. ‘주민등록이 되어 있는 국민인 주민’과 ‘주민등록을 하지 못하는 재외국민인 주민’은 주민등록이 되어 있는지 여부에 대한 차이만 존재할 뿐, 국민의 신분을 가지고 있는 지방자치단체의 주민이라는 점에서는 양자 사이에 아무런 차이가 없다. 따라서 지방선거 선거권 부여에 있어 양자에 대한 차별을 정당화할 어떠한 사유도 존재하지 않는다.

다른 한편, 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 공직선거법은 제15조 제2항 제2호에서 ‘영주의 체류자격 취득일로부터 3년이 경과한 19세 이상의 외국인’에 대해서도 일정한 요건 하에 지방선거 선거권을 부여하고 있다. 그런데 외국인의 지방선거 선거권은 헌법상의 권리라 할 수는 없고 단지 공직선거법이 인정하고 있는 ‘법률상의 권리’에 불과하다. 따라서 현행법에 의하면 지방의회 선거권에 관한 한, 헌법상의 권리인 국내거주 재외국민의 선거권이 법률상의 권리인 외국인의 선거권에 못 미치는 현상을 초래하고 있는데, 이러한 결과가 부당한 것임은 재론의 여지가 없다.

결국 국내에 영주하는 외국인에 대해서까지 부여하는 지방선거 선거권을 국내거주 재외국민에 대해서는 그 체류기간을 불문하고 전면적, 획일적으로 박탈하는 것은 헌법상 평등

원칙에 어긋날 뿐 아니라 헌법 제37조 제2항이 요구하는 기본권제한의 한계를 넘은 것이라 할 것이다.

따라서 법 제15조 제2항 제1호, 제37조 제1항은 국내거주 재외국민의 평등권과 지방의회의원선거권을 침해한다.

(나) 피선거권 제한에 대한 판단

법 제16조 제3항은 지방선거에서의 피선거권자의 범위를 ‘선거일 현재 계속하여 60일 이상 당해 지방자치단체의 관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 주민으로서 25세 이상의 국민’으로 한정함으로써 주민등록이 불가능한 국내거주 재외국민의 피선거권을 박탈하고 있다.

지방선거에 관한 입법에 있어서는 지방자치제도가 가지는 특성을 고려할 필요가 있고 지방선거 피선거권의 자격요건을 어떻게 규정할 것인지는 지방자치제도의 구체적 내용에 관한 입법형성권을 가지고 있는 입법권자에게 비교적 넓은 입법재량이 인정된다고 볼 수 있다. 그러나 지방선거 피선거권의 자격을 제한하는 것은 곧 헌법상 기본권인 공무담임권을 제한하는 것이므로 그 제한에는 여전히 헌법 제37조 제2항에 의한 한계가 지켜져야 한다.

법 제16조 제3항이 ‘당해 지방자치단체 관할 구역 내에서의 60일 이상 주민등록’을 지방선거 피선거권 자격 요건으로 한 취지는, 일정기간 이상 지방자치단체의 주민으로 생활함으로써 그 지방자치단체의 사무와 어느 정도 밀접한 이해관계를 형성하고 있다고 판단되는 자에 한해 그 지방자치단체의 의원이나 장이 될 수 있도록 한 것으로 보인다. 이에 따라 60일을 주민으로서의 최소한의 거주요건으로 보고 그러한 거주 사실을 공적으로 확인하기 위한 수단으로 주민등록을 요구한 것으로 이해된다.

그런데 ‘외국의 영주권을 취득한 재외국민’과 같이 주민등록을 하는 것이 법령의 규정상 아예 불가능한 자들이라도 지방자치단체의 주민으로서 오랜 기간 생활해 오면서 그 지방자치단체의 사무와 얼마든지 밀접한 이해관계를 형성할 수 있으며, 주민등록이 아니더라도 그와 같은 거주 사실을 공적으로 확인할 수 있는 방법은 존재한다.

그럼에도 법 제16조 제3항은 오로지 일정기간 이상의 ‘주민등록’만을 기준으로 지방선거 피선거권 자격을 결정함으로써, 일정기간 이상 주민으로 생활하면서 당해 지방자치단체의 사무와 밀접한 이해관계를 가지고 있는 재외국민이라도 주민등록이 되지 않는다는 이유로 지방선거 피선거권을 전면적으로 부정하는 것은 이를 정당화할 어떠한 합리적 근거도 찾아보기 어렵다.

나아가 법 제16조 제2항이 국회의원 선거에 있어서는 주민등록 여부와 관계없이 만25세 이상의 국민이라면 누구든지 피선거권을 가지는 것으로 규정함으로써, 국내거주 여부를 불문하고 재외국민도 국회의원 선거의 피선거권을 가진다는 사실을 고려할 때, 지방선거에서의 피선거권에 대해서만 주민등록 여부를 기준으로 하여 주민등록이 되어 있지 않은 자의 피선거권을 부정하는 것은 설득력이 없다.

따라서 지방선거 피선거권의 부여에 있어 주민등록만을 기준으로 함으로써 주민등록이 불가능한 재외국민인 주민의 지방선거 피선거권을 부인하는 법 제16조 제3항은 헌법 제37조 제2항에 위반하여 국내거주 재외국민의 공무담임권을 침해한다.

다. 국민투표권의 경우

(1) 국민투표권의 의의와 유형

국민투표권이란 국가의 특정 사안에 대해 국민투표라는 형식을 통해 국민이 직접 결정권을 행사하는 권리로서, 각종 선거에서의 선거권 및 피선거권과 더불어 국민의 참정권의 한 내용을 이루는 헌법상 기본권이다. 헌법은 외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책을 결정하는 경우(제72조)와 헌법개정안을 확정하는 경우(제130조 제2항)에 국민투표권을 인정하고 있다.

헌법 제72조에 의한 중요정책에 관한 국민투표는 국가안위에 관계되는 사항에 관하여 대통령이 제시한 구체적인 정책에 대한 주권자인 국민의 승인절차라 할 수 있고, 헌법 제130조 제2항에 의한 헌법개정에 관한 국민투표는 대통령 또는 국회가 제안하고 국회의 의결을 거쳐 확정된 헌법개정안에 대하여 주권자인 국민이 최종적으로 그 승인 여부를 결정하는 절차이다.

(2) 이 사건 국민투표법 조항의 위헌 여부

국민투표권을 구체화하는 법률로 국민투표법이 제정되어 있으며 국민투표법 제7조는 일정 연령 이상의 국민에게 원칙적으로 국민투표권을 부여하고 있다. 그런데 이 사건 국민투표법 조항은 투표인명부 작성의무자로 하여금 국민투표일공고일 현재 그 관할 구역 안에 주민등록이 된 투표권자만을 투표인명부에 등재하도록 하고 있어, 청구인들과 같이 주민등록을 할 수 없는 재외국민들은 국민투표권을 전혀 행사할 수 없도록 하고 있다.

국민투표는 위에서 본 바와 같이 국가의 중요정책이나 헌법개정안에 대해 주권자로서의 국민이 그 승인 여부를 결정하는 절차인데, 주권자인 국민의 지위에 아무런 영향을 미칠

수 없는 주민등록 여부만을 기준으로 하여, 주민등록을 할 수 없는 재외국민의 국민투표권 행사를 전면적으로 배제하고 있는 이 사건 국민투표법 조항은 앞서 본 국정선거권의 제한에 대한 판단에서와 동일한 이유에서 청구인들의 국민투표권을 침해한다고 할 것이다.

5. 헌법불합치결정과 잠정적용명령

(1) 이 사건 법률조항들은 대한민국 국민임에도 불구하고 주민등록이 되어 있지 않다는 이유로 대통령 및 국회의원 선거권과 국민투표권을 행사할 수 없도록 하고, 국민인 주민임에도 불구하고 역시 주민등록이 되어 있지 않다는 이유로 지방선거 선거권과 피선거권을 부인함으로써, 주민등록을 할 수 없는 재외국민의 기본권을 침해한다. 그럼에도 불구하고 아래에서 보는 바와 같이 이 사건 법률조항들에 대해서 단순위헌결정을 하는 것은 적절하지 않다고 본다.

(2) 법률이 헌법에 위반되는 경우 헌법의 규범성을 보장하기 위하여 원칙적으로 그 법률에 대하여 위헌결정을 하여야 하는 것이지만, 위헌결정을 통하여 위헌법률조항을 법질서에서 제거하는 것이 법적 공백과 그로 인한 혼란을 초래할 우려가 있는 경우에는 위헌조항의 잠정적 적용을 명하는 헌법불합치결정을 할 수 있다. 위헌적인 법률조항을 잠정적으로 적용하는 위헌적인 상태가, 위헌결정으로 말미암아 발생하는 법적 규율이 없는 합헌적인 상태보다 오히려 헌법적으로 더욱 바람직하다고 판단되면, 헌법재판소는 법적 안정성의 관점에서 용인하기 어려운 법적 공백과 그로 인한 혼란을 방지하기 위하여 입법자가 합헌적인 방향으로 법률을 개선할 때까지 일정기간 위헌적인 법규정을 존속케 하고 또한 잠정적으로 적용하게 할 필요가 있기 때문이다(헌재 2005. 6. 30. 2005헌가1, 판례집 17-1, 796, 810).

만약 이 사건 법률조항들이 위헌으로 선언되어 즉시 효력을 상실하면 다가올 제17대 대통령 선거와 제18대 국회의원 선거 등을 제대로 실시할 수 없게 되는 법적 혼란상태를 초래할 가능성이 명백해 보인다. 또한 재외국민에 대해 원칙적으로 선거권을 부여하는 것이 헌법적 요청이라 하더라도, 선거기술적인 측면과 선거의 공정성 확보 측면에서 해결되어야 할 많은 문제들이 존재한다. 예컨대 해외체류자를 포함하여 국외거주 재외국민에게 국정선거권과 국민투표권을 행사하도록 할 경우 선거관리를 담당할 기구와 투표소의 설치, 재외국민 등에 대한 신분확인절차, 투표의 방식, 선거운동방법, 나아가 기타 공정선거를 위한 구체적 방안 등에 대해 충분히 검토하고 준비할 시간이 필요하다. 그리고 국내거주 재외국민에 대해 지방선거 참여권을 부여하는 경우에, 거주요건을 부과할 것인지, 부과한다면 그 기간을 어느 정도로 할 것인지 등에 대한 검토도 필요하다. 그런데 이와 같은 문제들은 궁극적으로 입법자가 충분한 논의와 사회적 합의를 거쳐 결정해야 할 사항

에 속한다.

(3) 그러므로 이 사건 법률조항들에 대하여 헌법불합치결정을 선고하되, 다만 입법자의 개선입법이 있을 때까지 계속적용을 명하기로 한다. 입법자는 늦어도 2008. 12. 31.까지 개선입법을 하여야 하며, 그때까지 개선입법이 이루어지지 않으면 이 사건 법률조항들은 2009. 1. 1.부터 그 효력을 상실한다.

6. 결 론

따라서 이 사건 법률조항들은 헌법에 합치하지 아니하나 2008. 12. 31.을 시한으로 입법자의 개선입법이 이루어질 때까지 잠정적으로 적용하도록 하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

아울러 이와는 달리 종전에 헌법재판소가 이 결정과 견해를 달리해, 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’ 제16조 제3항(1998. 4. 30. 법률 제5537호로 개정되기 전의 것)이 헌법에 위반되지 않는다고 판시한 헌재 1996. 6. 26. 선고 96헌마200 결정, 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’ 제37조 제1항(1994. 12. 22. 법률 제4796호로 개정되고, 2002. 3. 7. 법률 제6663호로 개정되기 전의 것)이 헌법에 위반되지 않는다고 판시한 헌재 1999. 1. 28. 선고 97헌마253등 결정, 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’ 제38조 제1항(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정되기 전의 것)이 헌법에 위반되지 않는다고 판시한 헌재 1999. 3. 25. 선고 97헌마99 결정은 이 결정과 저촉되는 범위 내에서 이를 각 변경하기로 한다.

이 결정에는 아래 7.과 같은 재판관 이공현의 별개의견과 아래 8.과 같은 재판관 조대현의 별개의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관들의 의견이 일치되었다.

7. 재판관 이공현의 별개의견

가. 나는 법 제37조 제1항 및 제38조 제1항이 국정선거와 관련하여 재외국민 및 국외거주자의 선거권, 평등권을 침해하고 보통선거원칙에 반하여, 국민투표법 제14조 제1항이 재외국민의 국민투표권을 침해하여 각 헌법에 합치하지 아니한다는 결론에 있어서는 다수의견과 의견을 같이 하지만, 위 각 법률조항들이 외국 영주권자인 재외국민·국외 거주자들에 대하여 일반적으로 기본권을 침해하는 것은 아니라고 본다.

나. 국민주권과 민주주의의 원리에 따른 헌법적 요청에 따라 선거권은 최대한 실현되어야 할 것이지만, 선거참여에 있어서의 평등의 요구가 선거권에 대한 모든 제한을 금지하는 것은 아니다. 보통선거원칙에 대한 예외는 이를 정당화할 수 있는 이유가 있는 경

우 헌법적으로 허용될 가능성이 있다(헌재 1997. 6. 26, 96헌마89, 판례집 9-1, 674, 685-686 참조).

이미 상당기간 대한민국과는 문화적·사회적·경제적으로 상이한 환경의 외국에 생활의 기반을 잡고 그곳에 영주할 의사와 권리를 가지고 있는 자의 경우에는 그렇지 아니한 재외국민이나 국외거주자들과는 대한민국의 선거나 정치에의 참여에 대하여 가지는 태도의 진지성, 밀접성이 현저히 다른 경우가 많을 수밖에 없으므로 추상적이고 이념적인 통일체로서의 국민을 넘어 현실적이고 구체적인 국가구성원으로서 대의기관을 구성할 권리가 필연적으로 인정된다고 보기 어려운 점이 있다.

비교법적으로 보아도 영주의사나 국외거주기간 등은 선거권의 인정 여부에 있어 중요하게 고려되는 요소이다. 영국의 경우 국외거주기간이 일정기간 이내인 경우의 재외국민에 대하여 선거권을 인정하고 있고, 캐나다나 호주의 경우 국외거주기간이 일정기간 이내로서 국내로 돌아와 영주할 의사가 있는 때에 선거권을 인정하고 있다.

결국 외국 영주권자 등 일정한 범위의 재외국민에 대하여 선거권을 인정하지 아니하는 경우에 언제나 보통선거의 원칙에 반하여 헌법적으로 허용될 수 없는 것은 아니며, 이는 국민투표권의 경우에도 마찬가지이다.

다. 다만 위 각 법률조항들은 영주의사나 국외거주기간 등에 따른 정치 참여 요구의 진지성, 밀접성 등을 전혀 고려하지 아니하고 모든 재외국민과 국외거주자에 대하여 단지 주민등록이 되어 있는지 여부에 따라 선거인명부, 투표인명부에 오를 자격이 결정되도록 하고, 선거인명부에 오를 자격이 있는 국내거주자에 대해서만 부재자신고를 할 수 있도록 하는바, 남북한 분단 상황, 선거기술상의 이유나 선거의 공정, 선거비용 부담의 문제 등을 검토하더라도 다수의견과 같이 이를 정당화할 사유를 인정하기 어려우므로 헌법에 합치되지 아니한다.

라. 이상과 같은 이유로 나는 다수의견에 대한 별개의견을 개진한다.

8. 재판관 조대현의 별개의견

가. 심판의 대상

청구인들이 심판을 요구하는 것은 이 사건 법률조항들이 재외국민들도 선거권을 행사할 수 있도록 규정하지 아니한 점이 헌법에 위반되는지 여부이므로, 그 부분을 심판대상으로 삼아야 하고, 주문에서도 그 부분의 위헌 여부를 표시하여야 한다.¹⁾

나. 법 제15조 제2항과 제16조 제3항에 관하여 (부진정 입법부작위 한정위헌)

법 제15조 제1항은 “19세 이상의 국민은 대통령 및 국회의원의 선거권이 있다”고 규정하고 있으므로, 대통령선거와 국회의원선거의 선거권에 관하여는 재외국민을 차별하고 있지 않다.²⁾

그러나 법 제15조 제2항은 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거에 관하여, 선거인명부 작성 기준일 현재 당해 지방자치단체의 관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 19세 이상의 국민과 영주체류자격을 가지고 3년 이상 계속 거주중인 19세 이상의 외국인으로서 당해 지방자치단체의 외국인등록대장에 등재된 자에게 선거권을 인정하면서, 19세 이상의 재외국민으로서 당해 지방자치단체의 관할 구역 안에 국내거소신고를 한 사람에게는 선거권을 주지 않고 있다. 주민자치의 원칙상 당해 지방자치단체의 관할 구역 안에 거주하지 않는 국민에게 선거권을 주지 않는 것은 헌법에 위반된다고 볼 수 없다 그러나 19세 이상의 재외국민이 당해 지방자치단체의 관할 구역 안에 국내거소신고를 하고 거주중이라면, 주민자치의 원칙에 비추어 보아도 선거권을 부여함이 마땅하고, 국내거소신고가 되어 있는 이상 선거관리에도 문제가 있다고 볼 수 없다. 따라서 법 제15조 제2항이 당해 지방자치단체의 관할 구역 안에 국내거소신고를 하고 거주중인 19세 이상 재외국민을 지방선거의 선거권자로 규정하지 아니한 것은 그들을 불합리하게 차별하는 것으로서 헌법 제11조 제1항에 위반된다.

법 제16조 제3항이 지방의회의원이나 지방자치단체의 장의 피선거권의 요건으로서 당해 지방자치단체의 관할 구역 안에 60일 이상 거주할 것을 요구하면서 주민등록이 되어 있는 주민만을 규정하고 국내거소신고를 한 재외국민을 포함시켜 규정하지 아니한 점도 마찬가지로 이유로 헌법 제11조 제1항에 위반된다.

다. 법 제37조 제1항에 관하여(부진정 입법부작위 한정위헌)

대통령선거·국회의원선거이든 지방선거이든 불문하고, 선거인명부에 등재되지 아니하면 투표할 수 없고(법 제156조 제1항), 누구든지 같은 선거에 관하여 2 이상의 선거인명부에 오를 수 없다(법 제37조 제3항). 부재자신고를 한 경우에는 선거인명부에 그 취지를 기재

- 1) 이 사건 법률조항들이 주민등록이 되어 있는 국민에게 선거권을 행사할 수 있게 한 점은 심판 대상도 아니고 위헌성도 없으므로, 그 부분을 주문 표시의 대상으로 삼아서는 아니 된다.
- 2) 국내에 거주하지 않는 재외국민에게 비례대표 국회의원 선거 외에 지역구 국회의원 선거에 대해서도 선거권을 인정할 것인지의 문제가 있지만, 이 사건 심판대상이 아니고 정책적으로 결정할 문제이다.

하고 부재자신고인명부를 따로 작성하여야 하고(법 제38조 제4항), 부재자투표만 허용된다(법 제156조 제3항).

선거인명부제도는 선거권이 있는 자를 확인하여 명부를 작성하고 선거권을 1회에 한하여 행사(투표)하도록 관리하기 위한 것으로서, 공정한 선거관리를 위하여 필요하고도 적절한 제도라고 할 수 있다.

그런데 선거인명부에 오르지 않으면 선거권을 행사할 수 없기 때문에, 선거권자 중에서 선거인명부에 오를 수 있는 자격을 제한하는 것은 바로 선거권의 행사를 제한하는 셈이 된다. 따라서 선거권이 있는 사람을 선거인명부에 올리지 않으려면 헌법 제37조 제2항이 요구하는 기본권제한의 요건을 갖추어야 한다.

법 제37조 제1항은 선거인명부 작성 기준일에 관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 선거권자를 투표구별로 조사하여 선거인명부를 작성하도록 규정하고 있다. 따라서 재외국민은 대통령선거와 국회의원선거의 선거권을 가지고 있음에도 불구하고, 국내거소신고를 하거나 재외공관에 재외국민등록을 하더라도, 주민등록이 없다는 이유로, 선거인명부에 오르지 못하여 결국 선거권을 행사하지 못하게 된다. 국내거소신고를 한 재외국민은 위에서 설명한 바와 같이 지방선거의 선거권을 가져야 함에도 불구하고, 법 제15조 제2항이 개정되어 그들에게 지방선거의 선거권이 인정되더라도, 주민등록이 없다는 이유로, 선거인명부에 오르지 못하여 결국 선거권을 행사하지 못하게 된다.

그러나 재외국민의 국내거소신고나 재외공관등록도 선거권자를 확인하고 1인 1회씩 투표하도록 관리할 수 있게 하는 점에서는 국내의 주민등록과 다를 바가 없다.

따라서 법 제37조 제1항이 대통령선거와 국회의원선거³⁾에 관하여 국내거소신고를 하거나 재외공관에 재외국민등록을 한 재외국민을 선거인명부에 올리도록 규정하지 아니한 것과 지방선거에 관하여 당해 지방자치단체의 관할 구역 안에 거주하면서 국내거소신고를 한 재외국민을 선거인명부에 올리도록 규정하지 아니한 것은 합리적인 이유 없이 그들의 선거권 행사를 제한하는 것으로서 헌법에 위반된다고 보아야 한다. 외국에 거주하는 재외국민에게 선거권을 행사하도록 할 경우에 선거관리에 어려움이 있다고 하지만, 선거관리의 곤란을 이유로 국민주권의 행사를 제한할 수는 없는 것이다.

라. 법 제38조 제1항에 관하여(일부위헌)

3) 국내에 거주하지 않는 재외국민에게 비례대표 국회의원 선거권만 인정하고 지역구 국회의원 선거권을 인정하지 않는 경우에도 재외공관의 선거인명부에 등재하여야 한다. 다만 허용되는 선거권만 행사되도록 관리하여야 할 뿐이다.

선거권의 행사는 선거인명부가 작성·비치된 투표소에 출석하여 투표하는 것이 원칙이나, 부재자신고를 한 경우에는 현재 소재지에서 부재자투표의 방법으로 투표할 수 있다. 부재자신고를 한 경우에는 부재자투표의 방법으로만 투표할 수 있다. 부재자신고를 할 수 없으면 부재자투표의 방법을 이용할 수 없다.

법 제38조 제1항은 선거인명부에 오를 자격이 있는 자로서 “국내거주자”만 부재자신고를 할 수 있도록 규정하고 있다. 재외국민으로서 국내거소신고를 한 사람은 선거인명부에 오를 자격을 취득하면⁴⁾ 국내거주자로 인정되어 부재자신고를 할 수 있을 것이다. 그러나 외국에 거주하는 국민은, 국내에 주민등록한 국민이든 재외공관에 재외국민으로 등록한 국민이든 가리지 않고, 또 외국에 일시적으로 체류하는 국민이든 영주의 목적으로 거주하는 국민이든 가리지 않고, 부재자투표제도를 이용할 수 없게 되어 선거방법의 제한을 받게 된다.

외국에 거주하는 국민도 부재자투표를 할 수 있게 하면 선거관리에 어려운 점이 많겠지만, 통신기술이 현저히 발달하여 그 난관을 극복하기 쉬워졌고 선거권의 행사는 국민주권의 행사이기 때문에, 선거관리가 어렵다는 이유로 선거권의 행사방법을 제한하는 것은 헌법상 허용되기 어렵다. 법 제38조 제1항이 국내거주자만 부재자신고를 할 수 있도록 한 부분은 재외국민의 선거권의 행사방법을 국내거주자보다 불리하게 제한하는 것으로서 그 합리성을 인정하기 어렵다. 선거권의 행사방법을 제한하는 입법목적의 정당성도 인정하기 어렵고 법익비례의 균형성도 갖추었다고 할 수 없다.

법 제38조 제1항 중 “국내거주” 부분은 헌법에 위반된다.

마. 국민투표법 제14조 제1항에 관하여(부진정 입법부작위 한정위헌)

국민투표법 제7조는 19세 이상 국민에게 국민투표권을 인정하고 있으므로 재외국민도 국민투표권을 가진다. 그런데 국민투표법 제14조 제1항은 주민등록이 된 투표권자를 투표인명부에 등재하도록 규정하고, 제58조 제1항은 투표인명부에 등재되지 아니한 자는 국민투표를 하지 못한다고 규정하고 있다. 따라서 재외국민은 주민등록이 없어 투표인명부에 오르지 못하고 국민투표권을 행사할 수 없게 된다.

재외국민도 국내거소신고나 재외공관등록을 한 이상 투표권자임을 확인하고 1회에 한하여 투표하도록 하는 선거관리가 가능하므로, 국민투표권의 행사를 제한할 이유가 없다. 따라서 국민투표법 제14조 제1항은 국내거소신고를 하거나 재외공관에 재외국민등록을

4) 국내거소신고를 한 재외국민이 선거인명부에 오를 자격은 법 제37조 제1항의 문제이다.

한 재외국민을 투표인명부에 등재하도록 규정하지 아니한 것은 앞서 다.에서 설명한 바와 마찬가지로 합리적인 이유 없이 국민투표권의 행사를 제한하는 것으로서 헌법에 위반된다.

바. 주문의 표시에 관하여

이 사건 법률조항들의 위헌성은 선거권의 행사절차에 관하여 규정하면서 주민등록자만 규정하고 국내거소신고나 재외공관에 재외국민등록을 한 재외국민을 포함시켜 규정하지 아니한 점에 있다. 이 사건 법률조항들이 주민등록자를 규정하고 있는 부분은 정당하고 헌법에 합치되며, 일정한 재외국민을 포함시키지 아니한 부진정 입법부작위가 헌법에 위반될 뿐이다.⁵⁾

이처럼 이 사건 법률조항들이 일정한 내용을 포함하여 규정하지 않았기 때문에 헌법에 위반되는 경우에는 그러한 부진정 입법부작위가 헌법에 위반되거나 헌법에 합치되지 아니한다고 선언하여야 하고, 이 사건 법률조항들 전체에 대하여 위헌이나 헌법불합치를 선언해서는 안 된다. 이 사건 법률조항들이 규정하고 있는 합헌적인 내용까지 헌법에 합치되지 아니한다고 선언할 수도 없고 그 적용을 중지시킬 수도 없기 때문이다.

부진정 입법부작위가 헌법에 위반되거나 헌법에 합치되지 아니한다고 선언하는 경우에는 추가입법을 촉구할 뿐이고 이미 존재하는 법률조항 내용의 위헌성을 선언하는 것이 아니므로, 기존 법률조항의 적용이 중지되지 아니하고 그 잠정적용에 관하여 결정할 필요도 없다.

합헌적인 부분의 잠정적용 여부에 관하여 결정할 수도 없고 잠정적용기간이 지나더라도 합헌적인 내용을 실효시킬 수 없다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥(해외 출장으로 서명날인 불능) 김종대(주심) 민형기 이동흡 목영준 송두환

5) 다수의견이 이 사건 법률조항들이 “주민등록자로 한정된 것”이 헌법에 합치되지 아니한다고 보는 것이라면, 주문에 그러한 취지를 명시하여 표시하여야 하고 단순히 “주민등록자” 부분이 헌법에 합치되지 아니한다고 표시하여서는 안 될 것이다. 그리고 “주민등록자로 한정된 것”이 헌법에 합치되지 아니한다는 취지가 주민등록자 외에 재외국민을 규정하지 아니한 것이 헌법에 합치되지 아니한다는 취지라면, “주민등록자” 부분은 계속 적용되어야 할 것이고, “한정한 부분”에 대해서만 잠정적용 여부를 결정하는 것은 아무런 의미가 없으므로, 잠정적용 여부에 대해서는 결정할 필요가 없다고 할 것이다.

[별 지] 청구인들의 대리인 명단(2004헌마644)

법무법인 남강 담당변호사 정지석 외 13인

법무법인 덕수 담당변호사 이석태

법무법인 산하 담당변호사 길기관

법무법인 새길법률특허사무소 담당변호사 박종욱

법무법인 자하연 담당변호사 이재균 외 1인

법무법인 창조 담당변호사 김학웅

법무법인 동서남북 담당변호사 장유식

2

재외선거를 실시하지 아니하는 공직선거법 제37조제1항의 선거권 침해 여부

- 공직선거및선거부정방지법 제37조 제1항 위헌확인 등, 1999. 1. 28. 97헌마253·270 병합 ■

【판시 사항】

1. 선거권을 포함한 기본권 제한 입법의 기본원칙
2. 재외국민에 대하여 선거권을 부여하지 아니하는 공직선거및선거부정방지법 제37조 제1항이 기본권 제한의 입법적 한계를 벗어난 것인지 여부(소극)
3. 공직선거및선거부정방지법에서 재외국민에 대하여 선거권을 부여하지 아니하고 있는 것이 진정입법부작위에 해당하는지 여부(소극)

【결정 요지】

1. 선거권자의 국적이나 선거인의 의사능력 등 선거권 및 선거제도의 본질상 요청되는 사유에 의한 내재적 제한을 제외하고 보통선거의 원칙에 위배되는 선거권 제한 입법을 하기 위해서는 기본권 제한 입법에 관한 헌법 제37조 제2항의 규정에 따라야 한다. 헌법 제37조 제2항에 의하면 국민의 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며 그 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다고 규정하여 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙을 천명하고 있다. 따라서 기본권을 제한하는 입법을 함에 있어서는 입법목적의 정당성과 그 목적달성을 위한 방법의 적정성, 피해의 최소화성, 그리고 그 입법에 의해 보호하려는 공공의 필요와 침해되는 기본권 사이의 균형성을 모두 갖추어야 하며 이를 준수하지 않은 법률 내지 법률조항은 기본권 제한의 입법적 한계를 벗어난 것으로 헌법에 위반된다.
2. 선거권에 관하여 거주요건을 둬으로써 재외국민에 대하여 선거권을 인정하지 아니하는 공직선거및선거부정방지법 제37조 제1항은, 국토가 분단된 우리나라의 현실, 선거의 공정성 확보상의 문제점, 선거기술상의 문제점 및 납세의무 등 국민의 의무와 선거권과의 관계 등을 고려하면, 그 입법목적에 있어서 정당할 뿐 아니라 그 입법에 의하여 보

호하려는 공공의 필요와 침해되는 기본권 사이의 균형성을 갖추었고 그 목적달성을 위하여 적절한 방법을 취하고 있다고 할 것이다.

3. 공직선거및선거부정방지법 제37조 제1항은 국민 중 국내에 주민등록이 되어 있는 국민에 대하여 선거권을 인정하고 있을 뿐 국내에 주민등록이 되어 있지 아니한 재외국민에 대하여서는 선거권을 인정할 수 없음을 분명히 하고 있으므로 이른바 부진정입법부작위에 해당한다.

【심판대상조문】

공직선거및선거부정방지법(1994. 12. 22. 법률 제4796호로 개정된 것) 제37조(명부작성) ① 선거를 실시하는 때에는 그 때마다 구청장(자치구의 구청장을 포함하며, 도농복합형태의 시에 있어서는 동지역에 한한다)·시장(구가 설치되지 아니한 시의 시장을 말하며, 도농복합형태의 시에서는 동지역에 한한다)·읍장·면장(이하 "구·시·읍·면의 장"이라 한다)은 대통령선거에 있어서는 선거일 전 28일, 국회의원선거와 지방자치단체의 장선거에 있어서는 선거일 전 22일, 지방의회의원선거에 있어서는 선거일 전 19일(이하 "선거인명부작성기준일"이라 한다) 현재로 그 관할구역안에 주민등록이 되어 있는 선거권자를 투표구별로 조사하여 선거인명부작성기준일부터 5일 이내(이하 "선거인명부작성기간"이라 한다)에 선거인명부를 작성하여야 한다.

②~⑦ 생략

【참조 조문】

헌법 제1조 제2항, 제11조 제1항, 제24조, 제41조 제1항, 제67조 제1항

공직선거및선거부정방지법(1994. 12. 22. 법률 제4796호로 개정된 것) 제3조(선거인의 정의) 이 법에서 "선거인"이라 함은 선거권이 있는 자로서 선거인명부에 올라 있는 자를 말한다.

공직선거및선거부정방지법(1994. 12. 22. 법률 제4796호로 개정된 것) 제156조(투표의 제한) ① 선거인명부에 올라 있지 아니한 자는 투표할 수 없다.(단서 생략)

②~③

주민등록법 제6조(대상자) ① 시장·군수 또는 구청장은 30일 이상 거주할 목적으로 그 관할구역안에 주소 또는居所(이하 "거주지"라 한다)를 가진 자(이하 "주민"이라 한다)를 이

법의 규정에 의하여 등록하여야 한다. 다만, 외국인에 대하여는 예외로 한다.

②~③

【참조 판례】

1. 헌재 1997. 3. 27. 94헌마196등, 판례집 9-1, 375
헌재 1997. 11. 27. 96헌바12, 판례집 9-2, 607
2. 헌재 1996. 10. 31. 94헌마108, 판례집 8-2, 480

【당 사 자】

청 구 인 이진우 외 8인

청구인들 대리인 법무법인 시민종합법률사무소

담당변호사 윤종현 외 2인

【주 문】

이 사건 심판청구 중 공직선거및선거부정방지법(1994. 12. 22. 법률 제4796호로 개정된 것) 제37조 제1항에 대한 심판청구는 이를 기각하고, 나머지 청구부분은 이를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인들은 대한민국 국적을 가진 20세 이상의 자로서 현재 일본에 거주하고 있는 재일 교포인데, 공직선거및선거부정방지법(1994. 12. 22. 법률 제4796호로 개정된 것, 이하 '공직선거법'이라 한다)에 재외국민의 선거권 행사 절차에 관한 규정이 없는 관계로 1997. 12. 18. 실시되는 대통령선거에서 선거권을 행사할 수 없게 되자 공직선거법 제37조 제1항은 위헌이거나 적어도 위 절차규정을 두지 아니한 입법부작위에 의하여 청구인들의 선거권이 침해되었음을 이유로 이 사건 헌법소원을 제기하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 주위적으로 공직선거법 제37조 제1항(이하 '이 사건 법조항'이라 한다)이 청구인들의 선거권 및 평등권을 침해하였는지 여부이고, 예비적으로 국내에 주민등록이 되어 있지 아니한 재외국민에 대하여 국내에서 실시되는 선거에 참여할 수 있는 절차를 규정하지 아니하고 있는 입법부작위가 청구인들의 선거권을 침해하는지 여부이며, 공직선거법 제37조 제1항의 내용과 관련 법률조항은 다음과 같다.

공직선거법 제37조(명부작성) ①선거를 실시하는 때에는 그 때마다 구청장(자치구의 구청장을 포함하며, 도농복합형태의 시에 있어서는 동지역에 한한다)·시장(구가 설치되지 아니한 시의 시장을 말하며, 도농복합형태의 시에 있어서는 동지역에 한한다)·읍장·면장(이하 "구·시·읍·면의 장"이라 한다)은 대통령선거에 있어서는 선거일 전 28일, 국회의원선거와 지방자치단체의 장선거에 있어서는 선거일 전 22일, 지방의회의원선거에 있어서는 선거일 전 19일(이하 "선거인명부작성기준일"이라 한다) 현재로 그 관할구역안에 주민등록이 되어 있는 선거권자를 투표구별로 조사하여 선거인명부작성기준일부터 5일 이내(이하 "선거인명부작성기간"이라 한다)에 선거인명부를 작성하여야 한다.

[관련조문]

공직선거법 제3조(선거인의 정의) 이 법에서 "선거인"이라 함은 선거권이 있는 자로서 선거인명부에 올라 있는 자를 말한다.

공직선거법 제156조(투표의 제한) ① 선거인명부에 올라 있지 아니한 자는 투표할 수 없다.(단서 생략)

주민등록법 제6조(대상자) ①시장·군수 또는 구청장은 30일 이상 거주할 목적으로 그 관할구역안에 주소 또는 거소(이하 "거주지"라 한다)를 가진 자(이하 "주민"이라 한다)를 이 법의 규정에 의하여 등록하여야 한다. 다만, 외국인에 대하여는 예외로 한다.

2. 청구인들의 주장 및 이해관계인의 의견

가. 청구인들의 주장

(1)일본국에 거주하는 대한민국 국민을 비롯한 재외국민은 주민등록의 대상자가 아니어서 주민등록이 될 수 없음에도 불구하고 이 사건 법조항은 주민등록이 되어 있지 아니한 국민들에 대하여는 선거인명부에 등재될 수 없도록 함으로써, 청구인들과 같은 재외국민으

로 하여금 대한민국에서 실시하는 선거에 전혀 참여할 수 없게 하여 그들의 선거권을 본질적으로 침해하는 위헌의 조항이다.

(2)이 사건 법조항은 대한민국에 주민등록이 되어 있는 국민과 그렇지 아니한 재외국민을 합리적인 이유없이 차별하여 재외국민의 선거권을 박탈한 것으로서 평등의 원칙에 위배되는 것이다.

(3)국민주권의 원칙, 재외국민의 보호, 거주이전의 자유 및 선거권 보장 등의 헌법적 이념에 비추어 입법부는 국내에 주민등록을 할 수 없거나 주민등록이 되어 있지 아니한 재외국민에 대하여 선거권을 행사할 수 있는 선거절차법을 제정하여야 할 헌법적 의무가 있다.

나. 법무부장관의 의견

(1)공직선거법은 헌법 제24조의 위임에 따라 구체적인 기본권의 행사를 위한 절차를 규정한 것으로서 국민에게 부여되는 선거권을 구체적으로 형성하는 과정에서 청구인을 포함한 일정한 국민을 선거권자에서 제외한 것이므로 부진정입법부작위에 해당한다.

(2)이 사건 법조항은 선거인명부의 작성을 위하여 국민의 선거권에 제한을 가하게 된 것으로서 그 목적이 정당하고, 주민등록에 의하여 선거인을 확정함으로써 그 방법이 적절하며, 그 이외의 방법에 비하여 국민 대다수가 겪게 될 불편과 비용이 적어 국민의 피해를 최소화할 수 있고, 재외국민에 대하여 선거권을 부여할 경우 발생하는 비용의 증가, 선거구 획정, 해외국민에 대한 고지, 외교적 마찰 등을 고려할 때 법익의 균형성도 갖추고 있어 과잉금지 원칙이나 비례의 원칙에 위배되지 않는다.

(3)재외국민의 보호를 규정하고 있는 헌법 제2조 제2항은 재외국민에게 선거권을 부여할 것인지 여부와 무관한 규정이다.

(4)이 사건 법조항으로 인하여 청구인들의 거주·이전의 자유가 제한당하거나 평등권이 침해되는 것이 아니다.

3. 판 단

가. 주위적 청구부분에 대하여

(1)헌법 제1조 제2항은 "대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다"고 규정하고, 제11조 제1항은 "모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차

별을 받지 아니한다"고 규정하며, 제24조는 "모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다"고 규정하고, 제41조 제1항 및 제67조 제1항은 국회의원선거 및 대통령선거에 있어서 보통·평등·직접·비밀선거를 규정하고 있어, 적어도 국회의원선거와 대통령선거에 있어서 보통선거의 원칙은 선거권에 관한 입법을 함에 있어서 가장 기본적이고 중요한 원칙이라고 할 것이다.

보통선거의 원칙은 선거권자의 능력, 재산, 사회적 지위 등의 실질적인 요소를 배제하고 성년자이면 누구라도 당연히 선거권을 갖는 것을 요구한다. 따라서 선거권자의 국적이나 선거인의 의사능력 등 선거권 및 선거제도의 본질상 요청되는 사유에 의한 내재적 제한을 제외하고 보통선거의 원칙에 위배되는 선거권 제한 입법을 하기 위해서는 기본권 제한입법에 관한 헌법 제37조 제2항의 규정에 따라야 한다. 헌법 제37조 제2항에 의하면 국민의 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며 그 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다고 규정하여 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙을 천명하고 있다. 따라서 기본권을 제한하는 입법을 함에 있어서는 입법 목적의 정당성과 그 목적달성을 위한 방법의 적정성, 피해의 최소성, 그리고 그 입법에 의해 보호하려는 공공의 필요와 침해되는 기본권 사이의 균형성을 모두 갖추어야 하며 이를 준수하지 않은 법률 내지 법률조항은 기본권제한의 입법적 한계를 벗어난 것으로 헌법에 위반된다(헌재 1997. 3. 27. 94헌마196등, 판례집 9-1, 375, 383; 1997. 11. 27. 96헌바12, 판례집 9-2, 607, 624 등 참조).

(2)일반적으로 선거권의 요건으로서 들고 있는 것으로는 국적, 연령, 거주기간 등이 있는바, 그 중 거주기간에 관한 요건이라 함은 국내 또는 선거구내에 일정기간 이상 거주하는 것을 선거권의 자격요건으로 하는 것을 말한다. 이 요건은 고대로부터 현대까지 지속되어 오고 있는데, 선거권에 있어서 거주요건을 두는 이유는 선거인명부 작성상의 필요에 의한 기술적인 이유가 가장 크다고 한다.

그러나 거주요건을 두는 경우 거주요건을 충족시킬 수 없는 국민은 선거권을 전혀 행사할 수 있는 방법이 없어 선거권을 박탈당하게 된다. 우리나라의 경우 외국의 국적을 취득한 사람을 제외하고도 172만명의 영주권자(58만명의 재일교포 포함)와 38만명의 해외교포가 있는데, 이들은 거주요건을 충족하지 못하여 국내에서 선거권을 행사할 수 있는 길이 막혀 있을 뿐 아니라 당해 거주국에서도 선거권을 행사하지 못하고 있다. 따라서 이러한 재외국민들에 대하여 선거권을 행사하지 못하도록 하는 것이 헌법에 합치하는가가 문제된다고 할 것이다.

(3)그러나 선거권에 관하여 거주요건을 두는 것은 다음과 같은 점에서 선거권의 본질 및 선거의 공정성 확보 등의 공공복리를 위하여 필요한 것이라고 판단된다.

첫째, 가장 현실적인 문제로서 국토가 분단되어 있는 우리나라에서 북한 주민이나 조총련계 재일교포에 대하여 선거권을 인정할 수 없기 때문이다. 대법원 판례에 따르면 북한주민이나 조총련계 재일교포도 우리나라 국민이라는 점에는 의문이 없으므로 재외국민 모두에게 선거권을 인정하는 선거제도를 둔다면, 위 북한주민이나 조총련계 재일교포들이 선거권을 행사하는 것을 저지할 수 없을 뿐만 아니라, 근소한 표 차이로 당락이 결정되는 경우에는 이들이 결정권(casting vote)을 행사할 수 있다는 기이한 현상이 발생할 수도 있는 것이다. 따라서 이러한 현실적인 문제로 재외국민에게 선거권을 부여할 수는 없다고 할 것이다(재외국민의 성향을 분석하여 선거권을 제한하는 것도 또다른 위헌의 문제 때문에 어렵다고 할 것이다).

둘째, 선거의 공정성을 확보하기 어렵기 때문이다.

셋째, 선거기술상으로 보아도 불가능하기 때문이다. 즉 공직선거법상 선거운동기간은 대통령 선거가 23일, 국회의원 및 지방자치단체의 장 선거가 17일, 지방의회의원선거가 14일인바, 이러한 선거운동기간의 제한이 헌법에 위배되지 않는 이상 그 기간내에 외국에 있는 모든 국민에게 선거의 실시와 후보자를 홍보하고, 선거운동을 하며, 투표용지를 발송하여 기표된 용지를 회수하는 것이 실무상 불가능하기 때문이다. 선거의 공정성에 관하여 문제가 없다면 영국에서와 같이 대리투표에 의한 투표 또는 컴퓨터에 의한 투표 등에 의하여 선거하는 것도 물론 가능할지 모르나, 지금과 같이 엄격한 선거제도하에서도 선거 부정의 시비가 끊이지 않는 우리나라의 정치현실에서는 이와 같은 선거방법을 받아들일 수가 없다고 할 것이다. 또한 우편제도가 발달한 일부 국가에 대하여서만 가능한 재외국민선거제도를 만든다 하더라도 또다른 평등의 문제가 야기될 수 있기 때문에 역시 받아들일 수는 없다고 할 것이다.

넷째, 선거권이 국가에 대한 납세, 병역, 기타의 의무와 결부되기 때문에 이와 같은 의무이행을 하지 아니하는 재외국민에게 선거권을 인정할 수는 없다고 할 것이다. 재일교포와 같이 타의에 의하여 외국에서 거주하는 사람들은 별론으로 하고, 해외에 이민을 목적으로 거주하고 있는 국민들은 자의에 의하여 국가에 대하여 납세, 병역 등의 의무를 전혀 부담하지 아니하고 있고, 장차 그 국가에 동화되어 생활하게 될 이들에 대하여 선거권을 인정하여야 할 아무런 논거를 찾을 수 없다.

따라서 재외국민에 대하여 선거권을 제한하는 것은 그 입법목적에 있어서 정당할 뿐 아니라 그 입법에 의하여 보호하려는 공공의 필요와 침해되는 기본권 사이의 균형성을 갖추었다고 할 것이며 그 목적달성을 위하여 적절한 방법을 취하고 있다고 할 것이다.

(4)재외국민 모두에게 선거권을 인정함으로써 재외국민들에게 대한민국 국민으로서의 긍지를 심어주고 국가에 대한 애국심을 고취하며 국가의 운명에 보다 관심을 갖고 생활할

수 있도록 하는 것이 이상적이기는 하나, 이들에 대하여 선거권을 제한하는 것이 반드시 헌법에 위배되는가 하는 문제점은 이와 같은 이상의 문제와 서로 다른 문제라고 할 것이다. 재외국민에 대하여 선거권을 인정하지 아니하는 것이 비록 바람직하지 아니하다고 하더라도 앞에서 본 바와 같이 합리적인 이유가 있다고 한다면 이를 두고 지나친 기본권의 제한이라고는 할 수 없다.

(5)따라서 이 사건 법조항은 헌법 제37조 제2항 소정의 기본권 제한의 한계를 일탈하지 아니하여 헌법에 위반된다고는 볼 수 없다.

나. 예비적 청구부분에 대하여

이 사건 법조항은 국민 중 국내에 주민등록이 되어 있는 국민에 대하여 선거권을 인정하고 있을 뿐 국내에 주민등록이 되어 있지 아니한 재외국민에 대하여서는 선거권을 인정할 수 없음을 분명히 하고 있으므로 이른바 부진정입법부작위에 해당하여 이 사건 심판청구는 부적법하다고 할 것이다 [종전의 소수의견에 의하더라도 국민에 대하여 선거권을 부여하는 입법사항에 관하여 선거권을 부여할 국민과 부여할 수 없는 국민을 명백히 하고 있으므로 이는 질적 또는 상대적으로 불완전·불충분하게 입법사항을 규율하는 것이 되어 부진정입법부작위라 할 것이다(헌재 1996. 10. 31. 94헌마108, 판례집 8-2, 480, 499-500 참조)] .

4. 결 론

따라서 이 사건 심판청구 중 법 제37조 제1항은 헌법에 위반되지 아니하고 나머지 청구부분은 부적법하여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형(주심) 정경식 고중석 신창언 이영모 한대현

3

재외국민에게 부재자투표를 인정하지 아니하는 공직선거법 제38조제1항 및 제148조 등의 선거권 등 침해 여부

■ 공직선거및선거부정방지법 제38조 제1항 등 위헌확인, 1999. 3. 25. 97헌마99 ■

【판시 사항】

1. 공직선거및선거부정방지법에서 해외거주자에 대한 부재자투표제도를 인정하지 아니하고 있는 것이 (진정)입법부작위에 해당하는지 여부(소극)
2. 해외거주자들에 대한 부재자투표제도를 인정하지 아니하고 있는 같은 법 제38조 제1항이 평등의 원칙에 위배되는지 여부(소극)
3. 위 같은 조항이 해외거주자들의 선거권을 침해하는 조항인지 여부(소극)

【결정 요지】

1. 공직선거및선거부정방지법 제38조 제1항은 국민 중 국내에 거주하고 있는 국민에 대하여 부재자투표를 할 수 있는 권리를 인정하고 있을 뿐 해외에 거주하고 있는 국민에 대하여서는 부재자투표를 할 수 있는 권리를 인정할 수 없음을 분명히 하고 있으므로 이른바 부진정입법부작위에 해당한다.
2. 현행 공직선거및선거부정방지법상 해외에 거주하는 국민 모두에게 부재자투표를 허용하기 위해서는 선거기간을 연장하여야 하는데, 이는 국가와 후보자들의 선거비용 증가 등 그로 인한 국가적 부담이 가중되는 문제를 초래하게 되고, 국내보다 훨씬 공정선거 감시 체제가 미약할 수 밖에 없는 해외에서는 선거의 공정성을 확보하기가 더욱 어렵다. 또한 해외거주자들은 투표권 행사에 장애가 되는 사유를 스스로 초래하였다는 점에서 국내에 거주하는 사람들과는 근본적인 차이가 있으므로 자발적으로 출국하여 해외에 거주하는 국민들까지 같은 대우를 받아야 하는 것은 아니며, 해외에 거주하는 국민들에 대하여 부재자투표를 실시하는 데에는 훨씬 많은 비용과 시간을 소요하게 된다. 따라서 비록 해외거주자들에 대하여 부재자투표를 인정하지 아니하는 차별을 한다고 할지라도 합리적인 이유가 없는 것은 아니다.

3. 해외거주자들에게 부재자투표에 의한 투표를 할 수 있도록 할 것인지 여부는 이들의 선거권 자체에 관련된 문제라기보다는 선거권을 행사함에 있어서 편의를 제공할 것인지 여부에 관한 문제로서, 어느 정도 범위의 국민까지 부재자투표를 허용할 것인지 여부는 입법재량의 범위에 속하는 문제이지 이로 인하여 국민의 선거권 자체가 제한되는 것은 아니므로, 위 같은 조항에 의하여 해외거주자들의 선거권 자체가 침해되었다고 할 수 없다.

【심판대상조문】

공직선거및선거부정방지법 제38조(부재자신고) ①선거인명부에 올라 있는 국내거주자 중 다음 각 호의 1에 해당하는 자가 선거일에 자신이 투표소에 가서 투표할 수 없는 때에는 선거인명부작성기간중에 구·시·읍·면의 장에게 서면으로 부재자신고를 할 수 있다. 이 경우 우편요금은 무료로 한다.

1. 선거인명부작성기간만료일 이전부터 주민등록지인 구·시·군 밖으로 떠난 자로서 선거일까지 주민등록지로 돌아올 수 없는 자
2. 법령에 의하여 영내 또는 함정에 장기 기거하는 군인이나 경찰공무원
3. 병원·요양소·수용소·교도소(구치소를 포함한다) 또는 선박 등에 장기 기거하는 자
4. 신체에 중대한 장애가 있어 거동할 수 없는 자
5. 선거일에 투표소에 가기 어려운 멀리 떨어진 외딴 섬 중 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 섬에 거주하는 자
6. 각급선거관리위원회의 위원·직원(파견 또는 위촉된 공무원을 포함한다) 기타 선거일에 자신이 투표할 투표소가 아닌 다른 투표소에 근무할 것이 예정된 투표사무원과 투표소 경비가 예정된 경찰공무원

②~⑦ 생략

【참조 조문】

헌법 제1조 제2항, 제11조 제1항, 제24조, 제41조 제1항, 제67조 제1항

공직선거및선거부정방지법 제38조(부재자신고) ①~② 생략

③ 거소에서 투표할 수 있는 자(이하 "거소투표자"라 한다)는 제1항 제2호의 자 중 부재자투표소에 가서 투표할 수 없는 멀리 떨어진 곳이나 함정에 근무하는 자·제1항 제3호의 병원·요양소에 장기 기거하는 자로서 거동할 수 없는 자나 부재자투표소를 설치할 수 없는 지역에 장기기거하는 자로서 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 자와 제1항 제4호에 규정된 신체장애자에 한하되, 제1항 제2호의 자는 소속기관의 장의, 제1항 제3호의 자는 병원 또는 요양소 등의 장의, 제1항 제4호의 자는 통·리 또는 반의 장의 확인을 부재자신고서의 해당 난에 받아 신고하여야 한다.

④ 제1항의 규정에 의한 신고가 있는 때에는 구·시·읍·면의 장은 부재자신고서의 신고사항을 확인한 후 정당한 부재자신고인 때에는 선거인명부에 이를 표시하고 부재자신고인 명부를 따로 작성하되, 부재자신고인이 거소투표자인 때에는 부재자신고인명부에 이를 표시하여야 한다.

⑤~⑦ 생략

공직선거및선거부정방지법 제158조(부재자투표) ①~③ 생략

④ 거소투표자 [제148조(부재자투표소의 설치) 및 제149조(기관·시설안의 부재자 투표소)의 규정에 의한 부재자투표소에서 투표하는 자를 제외한다]는 거소에서 관할 구·시·군선거관리위원회로부터 송부받은 부재자투표용지에 1인의 후보자를 선택하여 부재자투표용지의 해당 난에 기표한 후 속봉투에 넣어 봉합한 다음 그 속봉투를 회송용 겉봉투에 넣어 봉합하고 그 겉봉투에 거소·성명을 기재한 후 본인의 사인을 회송용 겉봉투 봉합부분의 상·중·하 3개소에 날인(무인 또는 서명을 제외한다)하여 등기우편으로 발송하여야 한다.

⑤~⑥ 생략

【참조 판례】

1. 헌재 1996. 10. 31. 94헌마108, 판례집 8-2, 480

헌재 1999. 1. 28. 97헌마253, 공보 32, 207

【당 사 자】

청 구 인 공주식 외 1인

청구인들 대리인 법무법인 시민종합법률사무소

담당변호사 윤종현 외 7인

【주 문】

심판청구 중 공직선거및선거부정방지법 제38조 제1항에 관한 부분은 이를 기각하고 나머지 청구부분은 이를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인 공주식은 1955. 2. 7.생으로 서울 양천구 목동에 거주하면서 한국수출입은행 경협기금부 차장겸 심사역으로 근무하다가 1996. 10. 9. 출국하여 한국수출입은행 프랑스 파리사무소에서 근무하면서 프랑스 파리에서 거주하고 있으며, 청구인 김영정은 1963. 4. 9.생으로 1990년경부터 프랑스 파리에서 공부하고 있는 유학생인데, 공직선거및선거부정방지법에서 국내거주자에 한하여 부재자투표를 허용하고 있어 청구인들과 같이 해외에 거주하는 국민들이 부재자투표를 할 수 없는 관계로 1997. 12. 18. 실시되는 대통령선거에서 선거권을 행사할 수 없게 되자 1997. 3. 19. 공직선거및선거부정방지법(이하 '공직선거법'이라 한다) 제38조 및 제148조 위헌 또는 국회의 입법부작위에 의하여 청구인들의 선거권 등이 침해되었음을 이유로 이 사건 심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 주위적으로 공직선거법 제38조 제1항(이하 '이 사건 조항'이라 한다)과 같은 법 제148조가 청구인들의 선거권 및 평등권을 침해하였는지 여부이고, 예비적으로 국내에 거주하지 아니하는 국민에 대하여 부재자투표절차를 제정하지 아니하고 있는 입법부작위가 청구인들의 선거권을 침해하는지 여부인바, 공직선거법 제38조 제1항 및 제148조와 관련조문의 내용은 다음과 같다.

공직선거법 제38조(부재자신고)①선거인명부에 올라 있는 국내거주자 중 다음 각 호의 1에 해당하는 자가 선거일에 자신이 투표소에 가서 투표할 수 없는 때에는 선거인명부작성기간중에 구·시·읍·면의 장에게 서면으로 부재자신고를 할 수 있다. 이 경우 우편요금은 무료로 한다.

1. 선거인명부작성기간만료일 이전부터 주민등록지인 구·시·군 밖으로 떠난 자로서 선거일까지 주민등록지로 돌아올 수 없는 자
2. 법령에 의하여 영내 또는 함정에 장기거거하는 군인이나 경찰공무원
3. 병원·요양소·수용소·교도소(구치소를 포함한다) 또는 선박 등에 장기거거하는 자
4. 신체에 중대한 장애가 있어 거동할 수 없는 자
5. 선거일에 투표소에 가기 어려운 멀리 떨어진 외딴 섬 중 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 섬에 거주하는 자
6. 각급선거관리위원회의 위원·직원(파견 또는 위촉된 공무원을 포함한다) 기타 선거일에 자신이 투표할 투표소가 아닌 다른 투표소에 근무할 것이 예정된 투표사무원과 투표소 경비가 예정된 경찰공무원

공직선거법 제148조(부재자투표소의 설치) ①관할구·시·군선거관리위원회는 선거일 전 7일(지방의회의원선거에 있어서는 6일)부터 3일간(이하 '부재자투표기간'이라 한다) 부재자신고인명부에 올라 있는 선거인이 투표할 투표소(이하 "부재자 투표소"라 한다)를 당해 사무소 소재지에 설치·운영하되, 2 이상의 구·시·군선거관리위원회가 같은 건물 또는 시설안에 있는 때에는 부재자투표소를 공동으로 설치·운영할 수 있다.

②구·시·군선거관리위원회는 관할구역안의 부재자투표예상자의 수와 분포 [제38조(부재자신고) 제1항 제5호에 해당하는 지역의 분포를 포함한다] 등을 고려하여 필요하다고 인정하는 때에는 부재자투표기간중 부재자투표예상자가 투표를 마칠 수 있는 상당한 기간을 정하여 투표구선거관리위원회에도 부재자투표소를 설치·운영하게 할 수 있다.

③제1항 및 제2항의 규정에 의하여 부재자투표소를 설치하는 때에는 선거일전 10일까지 그 명칭·소재지 및 설치·운영기간을 공고하고, 선거사무장 또는 선거연락소장에게 이를 통지하여야 하며, 관할구역안의 투표구마다 5개소에 공고문을 첨부하여야 한다. 부재자투표소의 설치장소를 변경할 때에도 또한 같다.

④부재자투표소의 투표관리는 당해 구·시·군선거관리위원회 또는 투표구선거관리위원회가 부재자투표소마다 당해 구·시·군선거관리위원회위원 또는 투표선거관리위원회위원 중 3인 이상의 위원(이하 "부재자투표관리위원"이라 한다)을 지정하여 행하게 한다. 이 경우 재적 정당추천위원은 그가 참여를 포기하지 아니하는 한 모두 지정한다.

⑤부재자투표소를 설치한 선거관리위원회는 부재자투표사무를 보조하게 하기 위하여 일반직공무원(기능직공무원을 포함하되,公安직군의 공무원을 제외한다) 또는 교원 중에서 부재자투표사무원을 둔다.

⑥제147조(투표소의 설치) 제3항 내지 제6항의 규정은 제1항 및 제2항의 부재자투표소에 이를 준용한다.

⑦부재자투표소의 설치·공고·통보 및 부재자투표사무원의 위촉 기타 필요한 사항은 중앙선거관리위원회규칙으로 정한다.

[관련조문]

공직선거법 제38조(부재자신고)③거소에서 투표할 수 있는 자(이하 "거소투표자"라 한다)는 제1항 제2호의 자 중 부재자투표소에 가서 투표할 수 없는 멀리 떨어진 곳이나 함정에 근무하는 자·제1항 제3호의 병원·요양소에 장기거거하는 자로서 거동할 수 없는 자나 부재자투표소를 설치할 수 없는 지역에 장기거거하는 자로서 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 자와 제1항 제4호에 규정된 신체장애자에 한하되, 제1항 제2호의 자는 소속기관의 장의, 제1항 제3호의 자는 병원 또는 요양소등의 장의, 제1항 제4호의 자는 통·리 또는 반의 장의 확인을 부재자신고서의 해당 난에 받아 신고하여야 한다.

④제1항의 규정에 의한 신고가 있는 때에는 구·시·읍·면의 장은 부재자신고서의 신고사항을 확인한 후 정당한 부재자신고인 때에는 선거인명부에 이를 표시하고 부재자신고인명부를 따로 작성하되, 부재자신고인이 거소투표자인 때에는 부재자신고인명부에 이를 표시하여야 한다.

공직선거법 제158조(부재자투표)④거소투표자 [제148조(부재자투표소의 설치) 및 제149조(기관·시설안의 부재자 투표소)의 규정에 의한 부재자투표소에서 투표하는 자를 제외한다]는 거소에서 관할구·시·군선거관리위원회로부터 송부받은 부재자투표용지에 1인의 후보자를 선택하여 부재자투표용지의 해당 난에 기표한 후 속봉투에 넣어 봉합한 다음 그 속봉투를 회송용 겉봉투에 넣어 봉합하고 그 겉봉투에 거소·성명을 기재한 후 본인의 사인을 회송용 겉봉투 봉합부분의 상·중·하 3개소에 날인(무인 또는 서명을 제외한다)하여 등기우편으로 발송하여야 한다.

2. 청구인들의 주장 및 이해관계인의 의견

가. 청구인들의 주장

(1)공직선거법 제38조 제1항 및 제148조는 해외거주자가 부재자투표를 할 수 있는 길을 봉쇄하여 선거권을 전면적으로 박탈하는 것으로서 국민의 선거권을 본질적으로 침해하는 조항이다.

(2) 해외거주자에 대하여 합리적인 이유없이 국내거주자와 차별하여 선거권을 박탈하는 것은 헌법 제11조 제1항에서 규정하는 평등의 원칙에 위배되는 것이다.

(3) 해외거주자들이 선거에 참여할 수 있는 절차와 방법에 관하여 아무런 입법을 하지 아니하는 입법부작위는 헌법 제24조에 의하여 부여되는 국민의 선거권을 전면적으로 침해하는 것이다.

나. 중앙선거관리위원회위원장의 의견

선거기간이 14일 내지 23일에 불과한 현행 공직선거법 하에서 전 세계의 해외거주자에 대한 부재자투표를 실시하는 것은 물리적으로 불가능하고, 해외거주자에 대한 부재자투표를 실시함에 있어서 공정성을 보장하는 장치를 확보하는 것도 현실적으로 매우 어렵다는 등의 사정을 고려할 때 해외거주자에 대하여 부재자투표를 인정하지 아니하는 것은 합리적인 제도이다.

3. 판 단

가. 적법성에 관하여

(1) 자기관련성

이 사건 주위적 청구부분 중 공직선거법 제148조에 관한 부분에 대하여 보면, 같은 법조 규정은 부재자투표를 할 수 있는 사람에 관하여 부재자투표를 하는 절차만을 규정한 것이므로 이 규정에 의하여 청구인들의 기본권이 침해되었다고 할 수 없다. 즉 이 규정은 일단 부재자투표권자로 선거인 명부에 등재된 사람들의 투표절차를 규정한 것인데, 청구인들은 공직선거법 제38조 제1항에 의하여 부재자투표권자로 선거인명부에 등재될 수 없는 처지이므로 청구인들에게 공직선거법 제148조가 적용될 여지가 없는 것이다. 따라서 위 심판청구부분은 자기관련성을 갖추지 못하여 부적법하다고 할 것이다.

(2) 예비적 청구에 관한 부분

이 사건 심판청구 중 예비적 청구에 관한 부분에 대하여 보면, 이 사건 조항은 국민 중 국내에 거주하고 있는 국민에 대하여 부재자투표를 할 수 있는 권리를 인정하고 있을 뿐 해외에 거주하고 있는 국민에 대하여서는 부재자투표를 할 수 있는 권리를 인정할 수 없음을 분명히 하고 있으므로 청구인들은 이른바 부진정입법부작위에 의하여 기본권을 침해당하였다고 할 것이다. 따라서 공직선거법에서 청구인들과 같은 해외거주자들에 대하여

부재자투표를 할 수 있는 절차와 방법에 관하여 아무런 입법을 하지 아니하였음을 전제로 한 예비적 청구는 더 나아가 판단할 필요 없이 부적법하다고 할 것이다(종전의 소수의견에 의하더라도 국민에 대하여 부재자투표를 할 수 있는 권리를 부여하는 입법사항에 관하여 이를 부여할 국민과 부여할 수 없는 국민을 명백히 하고 있으므로 이는 질적 또는 상대적으로 불완전·불충분하게 입법사항을 규율하는 것이 되어 부진정입법부작위라 할 것이다(헌재 1996. 10. 31. 94헌마108, 판례집 8-2, 480, 499-500, 참조)).

나. 본안에 관하여

(1) 쟁 점

이 사건의 쟁점은, 선거일 현재 해외에 거주하고 있는 해외거주자에 대하여 부재자투표를 인정하지 아니하고 있는 이 사건 조항이 헌법에 위배되는지 여부이다. 즉 공직선거법 제37조에 의하면 선거일명부작성기준일 현재 주민등록이 되어 있는 선거권자를 선거인명부에 등재하도록 하고 있으므로 청구인들과 같이 해외에 거주하고 있는 유학생이나 해외주재원들은 국내에 주민등록이 되어 있어서 선거인명부에 등재되게 된다. 그런데 이 사건 조항에 의하면 국내거주자에 한하여 부재자신고를 할 수 있으므로 해외에 거주하는 청구인들은 부재자신고를 할 수 없어 선거당일 국내에 귀국하지 아니하는 한 투표를 할 수 없는 것이다. 따라서 해외거주자에게 부재자투표를 인정하지 아니하고 있는 이 사건 조항이 평등의 원칙에 반하여 해외거주자의 선거권을 본질적으로 침해하는 것인지가 이 사건의 쟁점이다.

(2) 따라서 살피면,

(가) 평등권 침해 여부

이 사건 조항이 합리적인 이유 없이 자의적으로 해외에 거주하는 국민을 국내에 거주하는 국민과 차별하여 부재자투표를 할 수 없도록 하는 조항인가를 본다.

1)현재의 선거법체제하에서 해외에 거주하는 국민에 대하여 부재자투표를 실시하기 위하여는 해외에 거주하는 국민에게 우편으로 투표용지 및 선거공보 등을 발송한 후 투표용지를 회수할 시간이 필요한데, 해외에 거주하는 국민에 대하여 우편물을 발송하고 이를 다시 회수하는 데에는 거주 지역에 따라 적어도 9일 내지 23일 정도 소요된다고 한다. 그리고 공직선거법 제33조 제1항은 선거별 선거기간을 대통령선거는 23일, 국회의원선거와 지방자치단체의 장선거는 17일, 지방의회의원선거는 14일로 규정하고 있다. 위와 같은 우편물 회수에 필요한 기간과 투표용지 인쇄기간 및 선거공보와 소형인쇄물 작성제출기간을 고려하면, 현행 공직선거법상의 선거기간하에서는 해외에 거주하는 국민 모두에게 투

표용지와 선거공보 등 선거홍보용 인쇄물을 발송하고 투표용지를 회수하는 것은 물리적으로 불가능하다. 따라서 해외에 거주하는 국민 모두에게 부재자투표를 허용하기 위해서는 선거기간을 연장하여야 하는데, 선거기간을 연장하는 것은 국가와 후보자들의 선거비용 증가등 그로 인한 국가적 부담이 가중되는 문제를 초래하게 된다.

다음으로 선거의 공정성을 확보하기가 극히 어렵다. 우리나라의 선거에 있어서 선거의 부정방지가 가장 중요한 문제이고 선거때마다 국내에서도 가장 큰 쟁점으로 부각되고 있으며, 특히 부재자투표에 관하여는 여러 가지 문제점이 발생하여 공직선거법은 일정한 경우를 제외하고는 거소투표를 인정하지 아니하고 있는 실정인데, 국내보다는 훨씬 공정선거감시 체제가 미약할 수밖에 없는 해외에서는 더욱 선거의 공정성을 확보하기가 어렵다.

또한 청구인들과 같은 해외거주자들은 자의에 의하여 해외에 거주하는 사람들이므로 국내에 거주하고 있는 선거권자들과는 다른 면이 있다. 해외거주자들은 자신의 필요에 의하여 해외에 거주하고 있는 사람들로서 투표권 행사에 장애가 되는 사유를 스스로 초래하였다는 점에서 국내에 거주하는 사람들과는 근본적인 차이가 있는 것이다. 정부는 국가의 균형있는 발전을 위하여 국민으로 하여금 국내의 어느 곳에 거주하든지 차별없는 대우를 하여 주어야 할 의무가 있고 선거권의 행사에 있어서도 마찬가지로 할 것이나, 자발적으로 출국하여 해외에 거주하는 국민들까지 이와 같은 대우를 받아야 하는 것은 아니다. 그리고 국내에 거주하는 일정한 국민들에게 부재자투표를 실시하는 것은 소요되는 비용과 시간에 있어서 큰 어려움이 없으나, 해외에 거주하는 국민들에 대하여 부재자투표를 실시하는 것은 부재자등록에서부터 후보자의 홍보, 투표용지의 발송과 회송 등에 있어서 국내 거주자에 대한 부재자투표의 경우보다 많은 비용과 시간을 소요하게 된다.

따라서 해외거주자들에 대한 부재자투표제도는 국내거주자들에 대한 부재자투표제도와는 이와 같이 다른 점이 많으므로, 비록 해외거주자들에 대하여 국내거주자들과 달리 부재자투표를 인정하지 아니하는 차별을 한다고 할지라도 결코 합리적인 이유가 없는 것은 아니라 할 것이다.

2)국가로서 가능한 한 많은 국민이 투표에 참여할 수 있도록 제도를 개선하는 것은 바람직한 일이고, 부재자투표제도는 이러한 목적을 위해서 사용되는 제도이다. 그런데, 국내거주자로서 공직선거법에 규정되지 아니한 자들 가운데 투표권을 행사하는데 많은 비용이나 시간이 소요되거나 다른 사유에 의하여 선거권 행사에 어려움이 있는 사람들이 얼마든지 있을 수 있다. 이러한 국민들이나 해외거주자들에 대하여 모두 부재자투표를 인정하는 것이 바람직한 것은 물론이고 우리나라를 비롯한 각국의 선거법이 부재자투표제도를 확대하고 있는 것은 사실이다.

그러나 부재자투표제도의 도움이 필요한 모든 사람들을 일거에 구제하는 것은 사실상 불

가능하므로 시대의 변천에 따라 대상 국민을 확대하는 등 점진적인 개선방안을 모색하여야 할 것이며, 이러한 점진적 개선에 대하여 평등의 원칙이 어떤 장애가 될 수는 없는 것이다. 헌법 제11조 제1항이 규정하는 평등의 원칙이 국가가 언제 어디에서 어떤 계층을 대상으로 하여 기본권에 관한 상황이나 제도의 개선을 시작할 것인지를 선택하는 것을 방해하지는 않기 때문이다. 따라서 국가가 부재자투표를 원하는 모든 국내외의 국민을 파악하여 그 전체에 대하여 부재자투표를 인정하도록 제도를 개선하는 것이 불가능하다면, 부재자투표자의 범위를 결정함에 있어서 일부 국민들에 대하여서만 부재자투표를 인정한다고 하여 평등의 원칙에 위배된다고 할 수는 없을 것이다.

(나) 선거권 침해 여부

해외거주자들은 투표 당일 귀국하여 투표권을 행사함에 있어서 아무런 법률상·사실상의 제한이 없다 하겠으나, 귀국에 소요되는 시간과 비용으로 인하여 사실상 귀국하는 것이 어렵다고 할 것이다. 따라서 이러한 국민들에게 부재자투표에 의한 투표를 할 수 있도록 할 것인지 여부는 이들의 선거권 자체에 관련된 문제라기보다는 선거권을 행사함에 있어서 편의를 제공할 것인지 여부에 관한 문제인 것이다. 즉, 선거권을 행사하는데 있어서 소요되는 시간과 비용은 사람들마다 천차만별이어서 다른 국민들보다 많은 시간과 비용이 소요되는 사람들에게는 여러 부류가 있을 수 있는데, 국가가 이러한 국민들 모두에 대하여 부재자투표를 허용하는 등의 방법으로 모든 국민이 투표권을 행사함에 있어서 절대적으로 같은 시간과 비용이 소요되도록 하는 것은 사실상 불가능할 뿐 아니라 자칫 부재자투표자의 수가 많아져 투표현장 자서주의의 원칙과 예외가 뒤바뀌는 결과를 초래할 수 있으므로, 그 중 일정한 범위 내의 국민에 한하여 부재자투표를 허용하는 것은 불가피하다고 할 것이다. 따라서, 어느 정도 범위의 국민까지 부재자투표를 허용할 것인지 여부는 입법재량의 범위에 속하는 문제이지 이로 인하여 국민의 선거권 자체가 제한되는 것은 아니라고 할 것이다.

따라서 해외거주자에 대하여 부재자투표를 허용할 것인지 여부는 선거권 그 자체의 제한에 관한 문제가 아니고 선거권 행사에 편의를 제공할 것인지 여부의 문제이므로 이 사건 조항에 의하여 그들의 선거권 자체가 침해되었다고 할 수 없다(다만 해외거주자 중 해외파견군인과 공무원은 국가의 명령에 의하여 해외에 근무하고 있으며 그들 임의로 귀국하는 것이 사실상 불가능하므로 다른 해외거주자에 비하여 이 사건 기본권의 제한의 정도가 무겁다고 보여지므로 향후 입법자가 이 점을 개선할 필요가 있을 것으로 본다).

(3) 그렇다면 이 사건 조항은 입법자의 입법재량의 한계를 벗어난 입법이라고 할 수 없고 적어도 청구인들의 평등권과 선거권만은 침해된 바가 없다고 보여진다.

4. 결 론

이 사건 심판청구 중 공직선거및선거부정방지법 제148조와 입법부작위부분은 부적법하고 같은 법 제38조 제1항에 관한 부분은 이유가 없으므로 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형(주심) 정경식 고중석 신창언 이영모 한대현

4

해상에 장기 기거하는 선원들을 부재자투표 대상자로 규정하지 아니한 공직선거법 제38조·제158조의 선거권 침해 여부

■ 공직선거및선거부정방지법 제38조 등 위헌확인(제158조), 2007. 6. 28. 2005헌마772 ■

【관시사항】

- 가. 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제38조(부재자신고) 제3항 및 공직선거법 제158조(부재자투표) 제4항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 부재자투표를 할 수 있는 사람과 부재자투표의 방법을 규정하면서, 해상에 장기 기거하는 선원들에 대해서는 부재자투표 대상자로 규정하지 않고 있으며, 이들이 투표할 수 있는 방법을 정하지 않고 있는 것이 그들의 선거권을 침해하는지 여부(적극)
- 나. 헌법불합치결정을 하되, 청구인들 외의 다른 국민의 선거권 행사는 보장하고 있으므로 법적 공백이나 혼란을 예방하기 위하여 입법자가 개정할 때까지 계속 적용을 명한 사례

【결정요지】

- 가. (1) 오늘날에는 발달된 위성설비를 이용하여 원양어업이나 해상운송에 종사하는 선박들의 위치를 쉽게 추적할 수 있고, 탑승한 선원들의 신분제에 대한 확인도 가능하다. 또한 국외의 구역을 항해하는 원양어선이나 외항상선 등은 대부분 인공위성장치를 이용한 모사전송(Facsimile, 팩스) 시스템 등의 전자통신 장비를 갖추고 있으므로, 선장의 엄정한 관리 아래 이러한 현대적인 과학기술 장비를 효율적으로 활용한다면 선원들의 투표권 행사는 얼마든지 가능하다. 선장의 감독 아래 각 선박에 지정된 모사전송 시스템을 이용하여 투표의 내용을 송신한다면 투표의 결과가 왜곡되거나 잘못 전달될 가능성이 적고, 모사전송에 따른 송신비용 외에 추가적으로 비용이 더 들게 되는 것도 아니다. 또한 선장이 가지는 법률상의 중요한 지위와 책임에 비추어, 선원들에 대한 지휘, 감독이 적절하게 이루어진다면 선원들의 투표행위는 공정하게 수행될 수 있고, 나아가 선장의 투표비밀 유지의무 위반 등에 대하여 엄격한 처벌규정 등 효과적인 제재수단을 마련한다면 투표 내용이 공개되는 것을 방지할 수도 있을 것이므로, 모사전송 시스템을 이용한 선상투표 방법이 선거의 공정성을 저해할 것이라고 쉽사리

단정할 수 없다.

(2) 통상 모사전송 시스템의 활용에는 특별한 기술을 요하지 않고, 당사자들이 스스로 이를 이용하여 투표를 한다면 비밀 노출의 위험이 적거나 없을 뿐만 아니라, 설사 투표 절차나 그 전송 과정에서 비밀이 노출될 우려가 있다 하더라도, 이는 국민주권원리나 보통선거원칙에 따라 선원들이 선거권을 행사할 수 있도록 충실히 보장하기 위한 불가피한 측면이라 할 수도 있고, 더욱이 선원들로서는 자신의 투표결과에 대한 비밀이 노출될 위험성을 스스로 용인하고 투표에 임할 수도 있을 것이므로, 선거권 내지 보통선거원칙과 비밀선거원칙을 조화적으로 해석할 때, 이를 두고 헌법에 위반된다 할 수 없다.

(3) 그러므로 이 사건 법률조항이 대한민국 국외의 구역을 향해하는 선박에서 장기 기거하는 선원들이 선거권을 행사할 수 있도록 하는 효과적이고 기술적인 방법이 존재함에도 불구하고, 선거의 공정성이나 선거기술상의 이유만을 들어 선거권 행사를 위한 아무런 법적 장치도 마련하지 않고 있는 것은, 그 입법목적이 국민들의 선거권 행사를 부인할만한 ‘불가피한 예외적인 사유’에 해당하는 것이라 볼 수 없고, 나아가 기술적인 대체수단이 있음에도 불구하고 선거권을 과도하게 제한하고 있어 ‘피해의 최소성’ 원칙에 위배되며, 원양의 해상업무에 종사하는 선원들은 아무런 귀책사유도 없이 헌법상의 선거권을 행사할 수 없게 되는 반면, 이와 관련하여 추구되는 공익은 불분명한 것이어서 ‘법익의 균형성’ 원칙에도 위배된다.

나. 이 사건 법률조항이 국외 구역을 향해하는 선박에 장기 기거하는 선원들에 대하여 어떠한 선거권 행사 방법도 규정하지 않고 있는 것은 청구인들의 기본권을 침해하는 것이지만, 구체적으로 어떤 경우에, 어느 범위의 선원들을 대상으로, 어떻게 선거권을 행사할 수 있도록 할 것인지는 입법자가 입법정책에 따라 결정하여야 할 사항이므로, 이 사건 법률조항에 대하여는 헌법불합치결정을 선고하되, 다만 이 사건 법률조항은 청구인들 외의 다른 국민의 선거권 행사는 보장하고 있으므로 법적 공백이나 혼란을 예방하기 위하여 적용중지를 명하지 않고, 입법자의 개선입법이 있을 때까지 계속하여 적용하도록 명함이 상당하다.

재판관 조대현의 주문표시에 대한 별개의견

어떠한 범위의 선원에게 어떠한 방법과 절차로 투표할 수 있도록 할 것인가에 대한 구체적인 내용에 대하여 입법자는 기존의 부재자투표의 방법·절차와는 다른 방법과 절차를 신설하여야 할 것이므로, 공직선거법 제38조 제3항과 제158조 제4항을 개정할 수도 있고 다른 조항을 신설할 수도 있다. 그러므로 여기서는 “공직선거법 제38조와 제158조가 원양

선박의 선원이 이용할 수 있는 부재자투표의 방법과 절차를 규정하지 아니한 것은 헌법에 합치되지 아니한다.”고 선언하는데 그쳐야 하고, 공직선거법 제38조 제3항과 제158조 제4항이 규정하고 있는 내용들이 헌법에 위반된다고 판단하는 것이 아니므로, 그들 조항에 대하여 헌법불합치를 선언하여서는 아니 된다.

【심판대상조문】

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제38조 제3항, 제158조 제4항

【참조조문】

헌법 제1조, 제24조, 제41조 제1항, 제67조 제1항

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제38조 제1항, 제148조 제1항, 제149조 제1항, 제158조 제1항

【참조판례】

가. 헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 206-207

헌재 2001. 7. 10. 2000헌마91등, 판례집 13-2, 77, 95

나. 헌재 2005. 6. 30. 2005헌가1, 판례집 17-1, 796, 810

【당 사 자】

청 구 인 진○국 외 9인

청구인들 대리인 변호사 장윤석 외 3인

【주 문】

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제38조 제3항 및 제158조 제4항은 헌법에 합치되지 아니한다.

위 법률조항들은 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인들은 주식회사 ○○해운 또는 ○○기업 주식회사에 소속된 원양어선의 선원들이다.

청구인들은 취업의 특성상 한번 출항하면 장기간 공해상의 선박에서 생활하게 되어, 각종 선거에서 선거권을 행사하려면 부재자투표제도를 이용할 수밖에 없는데도, 공직선거법 제38조(부재자신고) 및 제158조(부재자투표)는 이러한 선원들에 대하여 부재자투표에 관한 절차와 방법을 규정하고 있지 아니하여, 그들의 선거권 및 평등권이 침해된다고 주장하며, 2005. 8. 18. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제38조 및 제158조 중 청구인들의 주장과 관련이 되는 부분은 제38조 제3항 및 제158조 제4항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이고, 다른 부분은 부재자투표의 절차나 사무처리에 관한 규정이어서 청구인들의 주장과는 무관하므로, 이 사건 심판의 대상은 이 사건 법률조항이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부라고 할 것이다.

이 사건 법률조항 및 관련 법률조항의 내용은 다음과 같다.

공직선거법 제38조(부재자신고) ① 선거인명부에 오를 자격이 있는 국내거주자[제15조(선거권)제2항 제2호의 규정에 따른 외국인을 제외한다]로서 선거일에 자신이 투표소에 가서 투표할 수 없는 때에는 선거인명부작성기간중에 구·시·읍·면의 장에게 서면으로 부재자신고를 할 수 있다. 이 경우 우편에 의한 부재자신고는 등기우편으로 처리하되, 그 우편요금은 국가 또는 당해 지방자치단체가 부담한다.

② 제1항의 규정에 의하여 부재자신고를 하고자 하는 자는 부재자신고서에 다음 각 호의 사항을 기재하여야 하며, 제3항 제1호 또는 제2호에 해당하는 자는 소속기관이나 시설의 장의, 제3항 제3호에 해당하는 자는 통·리 또는 반의 장의 확인을 받아 신고하여야 한다.

1. 부재자투표사유(거소에서 투표를 하고자 하는 자는 거소투표사유를 말한다)

2. 성명, 성별, 생년월일

3. 주소, 거소

③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 거소에서 투표할 수 있다.

1. 법령에 따라 영내 또는 함정에 장기거거하는 군인이나 경찰공무원 중 부재자투표소에 가서 투표할 수 없을 정도로 멀리 떨어진 영내(영내) 또는 함정에 근무하는 자

2. 병원 또는 요양소에 장기거거하는 자로서 거동할 수 없는 자

3. 신체에 중대한 장애가 있어 거동할 수 없는 자

4. 선거일에 투표소에 가기 어려운 멀리 떨어진 외딴 섬 중 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 섬에 거주하는 자

5. 부재자투표소를 설치할 수 없는 지역에 장기거거하는 자로서 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 자 ④ 제1항의 규정에 의한 신고가 있는 때에는 구·시·읍·면의 장은 부재자신고서의 신고사항을 확인한 후 정당한 부재자신고인 때에는 선거인명부에 이를 표시하고 부재자신고인명부를 따로 작성하되, 부재자신고인이 제3항의 규정에 의하여 거소에서 투표할 수 있는 자(이하 “거소투표자”라 한다)인 경우에는 부재자신고인명부에 이를 표시하여야 한다.

⑤ 구·시·읍·면의 장은 부재자신고인명부를 작성한 때에는 즉시 그 등본(부재자신고인명부작성 전산자료 복사본을 포함한다) 1통을 관할 구·시·군선거관리위원회에 송부하여야 한다.

⑥ 제37조(명부작성) 제6항의 규정은 부재자신고인명부의 작성에 이를 준용한다.

⑦ 부재자신고서·부재자신고인명부의 서식 및 거소투표사유의 확인절차 기타 필요한 사항은 중앙선거관리위원회규칙으로 정한다.

공직선거법 제158조(부재자투표) ① 부재자신고인명부에 올라 있는 선거인은 부재자투표기간 중 부재자투표소에 가서 부재자투표관리위원 또는 투표관리관(이하 이 조에서 “부재자투표관리위원등”이라 한다)과 부재자투표참관인 앞에서 구·시·군선거관리위원회로부터 송부받은 발송용 봉투·부재자투표용지 및 신분증명서(……)를 제시하고 본인임을 확인받은 후 기표소에 들어가 부재자투표용지에 1인의 후보자(비례대표국회의원선거 및 비례대표지방의회의원선거에 있어서는 하나의 정당을 말한다. 이하 이 조에서 같다)를 선택하여 부재자투표용지의 해당 난에 기표한 후 그 자리에서 기표내용이 다른 사람에게 보이지 아니하게 접어 이를 회송용 봉투에 넣어 봉합하고 부재자투표참관인의 앞에서 부

재자투표함에 넣어야 한다. 이 경우 부재자투표소에서 투표하기 전에 미리 기표를 하여 가지고 온 부재자투표용지는 무효로 하며, 본인임을 확인할 수 있는 신분증명서를 제시하지 아니한 부재자신고인에게 투표를 하게 하여서는 아니된다.

② 부재자투표관리위원등은 부재자투표기간 중 매일의 부재자투표마감 후 부재자투표참관인의 참관하에 부재자투표함을 개함하고 부재자투표자수를 계산한 후 관할 우체국장에게 인계하여 등기우편으로 발송하여야 한다.

③ 제157조(투표용지수령 및 기표절차) 제6항 및 제7항의 규정은 부재자투표소에서의 투표에 이를 준용한다.

④ 거소투표자는 거소에서 관할 구·시·군선거관리위원회로부터 송부받은 부재자투표용지에 1인의 후보자를 선택하여 부재자투표용지의 해당 난에 기표한 후 회송용봉투에 넣어 봉합하여 등기우편으로 발송하여야 한다.

⑤ 삭제

⑥ 무효투표지의 처리방법 및 신분증명서의 종류 그 밖에 필요한 사항은 중앙선거관리위원회규칙으로 정한다.

2. 청구인들의 주장

국민의 선거권은 최대한 보장되고, 국가는 국민 모두가 국가의 정치적 의사 결정에 참여할 수 있도록 최대한 노력할 의무를 진다.

그런데 정보통신 기술이 고도로 발달한 현대사회에서 각종 기기를 이용한 새로운 투표방식을 도입하여 선거 절차를 개선하는 것은 기술적으로 얼마든지 가능하고, 또 실제로 외국에서는 선상투표와 같이 참고할 만한 제도가 운영되고 있는데도, 그러한 시도가 비밀선거나 직접선거의 원칙을 침해하여 선거의 공정성을 확보하기 어렵다는 이유로, 원양에서 취업 중인 4만여 명의 선원들에 대하여 적절한 투표 방법을 마련해 주지 아니하여 주권자인 국민으로서 당연히 가지는 선거권을 행사할 수 없게 하는 것은 부당한 처사이다.

선상투표제가 도입되면, 현실적으로 선거관리의 어려움, 과다한 비용부담, 비밀선거 및 직접선거원칙의 침해와 관련된 선거의 공정성 시비, 선상투표제의 공정한 실현을 위한 기술상의 문제 등이 예상되나, 당해 선박의 선장에게 선거관리 책임을 부담시켜 선거원칙을 준수하고 선거의 공정성을 확보하도록 하며, 위반사항이 있을 경우 엄중하게 책임을 묻는다면 그러한 문제점은 충분히 해결될 수 있을 것이다.

공직선거법이 청구인들과 같이 선박 등에 장기 기거하는 선원들에 대하여 부재자신고와

부재자투표 방법을 전혀 규정하지 않음으로써 각종의 선거와 투표에 전혀 참여하지 못하게 하고 있는 것은, 청구인들의 헌법상 권리인 선거권의 본질적 내용을 침해하고, 이들을 아무런 합리적 이유 없이 차별하는 것이다.

3. 판 단

가. 선거권의 헌법적 의의와 제한의 한계

헌법 제1조는 “대한민국은 민주공화국이다.”, “대한민국의 주권은 국민에게 있고 모든 권력은 국민으로부터 나온다.”라고 하여 ‘국민주권의 원리’를 선언하고 있다.

이러한 국민주권을 실현하기 위한 수단으로 헌법은 제24조에서 국민에게 선거권을 보장하고, 제41조 제1항 및 제67조 제1항에서 보통·평등·직접·비밀선거를 아울러 보장하고 있다.

선거권은 국민주권을 현실적으로 행사할 수 있는 수단이자 국민의 의사를 국정에 반영할 수 있는 필수적인 장치일 뿐만 아니라, 국가권력을 구성하고 통제하는 방편이 되고, 국민주권의 원리를 실현하기 위한 헌법상 가장 기본적이고 필수적인 권리로서 다른 기본권에 비하여 상대적으로 우월한 지위를 갖는다(헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 207 참조).

헌법 제24조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다.”고 규정하고 있는데, 이는 선거권의 내용을 포괄적인 입법형성에 맡긴다는 것이 아니라, 그 권리의 행사 절차나 내용이 법률에 의하여 구체화된다는 의미에 있어서의 법률유보를 뜻하는 것이고, 이러한 형성적인 법률유보는 기본적으로 선거권을 실현하고 보장하기 위한 수단이 될 뿐, 결코 이를 제한하기 위한 것이 아니다.

선거권 역시 헌법 제37조 제2항의 규정에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 제한할 수 있지만, 선거권이 지닌 헌법적 중요성을 고려할 때, 적어도 일반인에 대한 이러한 제한은 불가피한 예외적 사유가 존재할 경우에만 정당화될 수 있는 것이다.

나. 이 사건 법률조항에 의한 선거권의 제한

(1) 공직선거법은 부재자투표 방식을, 관할 구·시·군 선거관리위원회가 당해 사무소 소재지에 설치하거나 병원·요양소·수용소·교도소 등의 장이 관할 구·시·군 선거관리위원회의 허가를 받아 설치한 부재자투표소에서 투표하는 방법과(제38조 제1항, 제148조 제1항, 제149조 제1항, 제158조 제1항), 부재자투표소에 가기 어려운 자들이 할 수 있는

거소투표, 즉 통상 거소에서 우편으로 투표하는 방법(제38조 제3항, 제158조 제4항)으로 나누어 규정하고 있다.

(2) 그런데 대한민국 국외의 구역을 향해하는 선박에 장기 기거하게 되는 선원들은 관할 구·시·군 선거관리위원회가 그 사무소 소재지에 설치한 부재자투표소에서 투표할 수 없으므로, 따로 선박에 부재자투표소를 설치하거나 거소투표를 통하여 투표할 수밖에 없는데, 공직선거법 제149조 제1항은 부재자투표소를 설치할 장소에 선박을 포함시키지 않고, 제38조 제3항은 거소투표를 할 수 있는 자를 규정하면서 그 대상에 원양구역을 향해하는 선박에 장기 기거하는 선원도 포함시키지 않아 거소투표조차 할 수 없다.

(3) 다만 공직선거법 제38조 제3항 제5호는 ‘부재자투표소를 설치할 수 없는 지역에 장기 기거하는 자로서 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 자’도 거소투표를 할 수 있다고 규정하고, 그에 따라 중앙선거관리위원회 규칙인 공직선거관리규칙 제11조 제6항은 “중앙선거관리위원회는 법 제38조 제3항 제5호의 규정에 의하여 부재자투표소를 설치할 수 없는 지역에 장기 기거하는 자로서 거소투표를 할 수 있는 자를 선거인명부 작성기준일 전 10일까지 지정·공고하여야 한다.”고 규정하고 있지만, 이 규정은 공직선거법이 예정하고 있는 통상적인 거소투표의 사정이 있는 경우 이외에 구체적인 선거 기간 중 특별히 발생하는 사정에 대처하기 위한 규정으로서, 실제로 지정·공고된 예는 거의 없는 실정이라고 한다.

(4) 한편, 공직선거법 제158조 제4항은 제38조 제3항에 의한 거소투표의 방법으로 ‘관할 구·시·군 선거관리위원회로부터 송부받은 부재자투표 용지에 기표하여 등기우편으로 회송할 것’을 규정하고 있으나, 설사 공직선거법 제38조 제3항이 청구인들에 대하여 거소투표를 허용한다 하더라도 법정된 투표 및 개표 기간을 고려할 때, 국외선박에서 거소투표를 하여 법정 시간 내에 도착할 수 있도록 등기우편으로 송부하는 것은 매우 어렵거나 사실상 불가능한 형편이다.

결국 이 사건 법률조항이 거소투표 대상에 청구인들과 같은 선원들을 포함시키지 않고, 거소투표의 방법으로 등기우편만을 인정하고 있는 것은, 청구인들이 공해상의 선박에서 선거권을 행사할 수 있는 방법을 별도로 마련하지 않고 있는 것이나 다름없고, 이는 헌법상 보장된 선거권을 실제로 행사할 수 있도록 하는 법률규정에 대한 입법과 관련하여, 그 내용을 불완전하게 함으로써 헌법이 부여한 청구인들의 선거권 행사를 제한하고 있는 셈이 된다.

다. 선거권의 침해 여부

(1) 이 사건 법률조항이 대한민국 국외의 구역을 향해하는 선박에 장기 기거하는 선원들

이 선거권을 행사할 방법을 마련하고 있지 않은 것은, 입법자로서 선거관리가 사실상 곤란하고 선거의 공정성을 확보할 수 있는 효과적이고 적절한 방법이 없다고 판단하고, 또 선거관리의 효율성과 선거의 공정성을 담보할 수 없다는 점에서 청구인들과 같은 선원들을 위하여 선거권을 행사할 방법을 마련하는 것을 포기하고 있는 것으로 볼 수 있다.

(2) 그러나 오늘날 선거에 관한 이러한 원칙적인 요구를 효과적으로 담보하면서도 해상의 선원들이 투표를 할 수 있게 하는 방법은 얼마든지 상정할 수 있다.

과거에는 항해하는 선박의 위치나 탑승한 선원의 신분을 확인할 수 있는 기술적 수단이 없거나 부족하였지만, 오늘날에는 발달된 위성설비를 이용하여 원양어업이나 해상운송에 종사하는 선박들의 위치를 쉽게 추적할 수 있고, 탑승한 선원들의 신분에 대한 확인도 가능하게 되었다. 또한 국외의 구역을 항해하는 원양어선이나 외항상선 등 선박은 대부분 인공위성장치를 이용한 모사전송(Facsimile, 팩스) 시스템 등의 전자통신 장비를 갖추고 있으므로, 선장의 엄정한 관리 아래 이러한 현대적인 과학기술 장비를 효율적으로 활용한다면 선원들의 투표권 행사는 얼마든지 가능하게 될 것이다.

선원들이 승선하기 전에 해당 선거관리위원회로부터 선거인명부등록증명서를 교부받아 선장에게 선상투표의 신청을 하고, 선장의 엄정한 관리 아래 모사전송 시스템을 이용하여 투표 내용을 송신하는 방법으로 선상투표를 할 수 있도록 한 외국(일본)의 사례가 있고, 선거기술상 이러한 방법이 유독 우리 나라에서만 문제가 있다거나 특히 선거의 공정성을 저해할 우려가 있다고 보이지도 아니한다.

선장의 감독 아래 각 선박에 지정된 모사전송 시스템을 이용하여 투표의 내용을 송신한다면 투표의 결과가 왜곡되거나 잘못 전달될 가능성이 적고, 모사전송에 따른 송신비용 외에 추가적으로 비용이 더 들게 되는 것도 아니다.

법률상 선장은 선원들에 대한 지휘감독권을 가지고 있을 뿐만 아니라, 선박의 운항관리에 관하여 책임을 지고, 선내 질서유지를 위하여 선원들에 대한 징계권을 가지며 승무원명부 및 항해일지 등을 기록·유지할 책임과 재선(在船)의무가 있다(선원법 제3조 제2호, 제10조, 제20조, 제24조 참조).

이러한 선장의 법률상 중요한 지위와 책임에 비추어, 선원들에 대한 지휘, 감독이 적절하게 이루어진다면 선원들의 이러한 투표행위는 공정하게 수행될 수 있고, 나아가 선장의 투표비밀 유지의무 위반 등에 대하여 엄격한 처벌규정 등 효과적인 제재수단을 마련한다면 투표 내용이 공개되는 것을 방지할 수도 있을 것이므로, 모사전송 시스템을 이용한 선상투표 방법이 선거의 공정성을 저해할 것이라고 쉽사리 단정할 수 없다.

(3) 비밀선거는 선거인이 누구를 선택하였는지 제3자가 알지 못하도록 하는 상태로 투표하는 것을 말하는데, 모사전송 시스템을 이용하여 선상에서 투표를 할 수 있는 방안이 마

런된다면, 전송 과정에서 투표의 내용이 직·간접적으로 노출되어 비밀선거원칙이 침해될 우려가 있다는 지적이 있다.

그러나 통상 모사전송 시스템의 활용에는 특별한 기술을 요하지 않고, 당사자들이 스스로 이를 이용하여 투표를 한다면 비밀 노출의 위험이 적거나 없을 뿐만 아니라, 설사 투표 절차나 전송 과정에서 비밀이 노출될 우려가 있다 하더라도, 이는 국민주권 원리나 보통선거원칙에 따라 선원들이 선거권을 행사할 수 있도록 충실히 보장하기 위한 불가피한 측면이라 할 수도 있으므로, 이를 두고 선불리 헌법에 위반된다 할 수 없다.

더욱이 그러한 방식에 의한 선상투표가 인정된다면, 주권자로서의 자발적인 의사에 기하여 선거권을 행사하려는 선원들로서는 자신의 투표 결과에 대한 비밀이 노출될 위험성을 스스로 용인하고 투표에 임할 수도 있을 것이다.

나아가 헌법의 해석은 헌법의 이상과 이념에 따른 역사적, 사회적 요구를 올바르게 수용하여 헌법적 방향을 제시하는 창조적 기능을 수행하여 국민적인 욕구와 의식에 알맞도록 실질적 국민주권의 실현을 보장하는 것이어야 한다(헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 206 참조).

국민주권의 원리를 실현하고 국민의 근본적인 권리인 선거권의 행사를 보장하려면, 비밀선거의 원칙에 일부 저촉되는 면이 있다 하더라도, 이 사건과 같은 경우 ‘선거권’ 내지 ‘보통선거원칙’과 ‘비밀선거원칙’을 조화적으로 해석하여 이들 관계를 합리적으로 조정할 필요가 있다.

모사전송 시스템이나 기타 전자통신 장비를 이용한 선상투표 결과 그 내용이 일부 노출될 우려가 있다 하더라도, 그러한 부정적인 요소보다는 국외의 구역을 향해하는 선박에 장기 기거하는 대한민국 선원들의 선거권 행사를 보장한다고 하는 긍정적인 측면에 더욱 관심을 기울여야 할 것이다.

이러한 점을 고려할 때, 모사전송 시스템을 이용한 선상투표와 같은 제도는 국외를 향해하는 대한민국 선원들의 선거권을 충실히 보장하기 위한 입법수단으로 충분히 수용될 수 있고, 입법자는 비밀선거원칙을 이유로 이를 거부할 수 없다 할 것이다.

(4) 한편 직접선거의 원칙은 선거 결과가 선거권자의 투표에 의하여 직접 결정될 것을 요구하는 것인데(헌재 2001. 7. 10. 2000헌마91등 판례집 13-2, 77, 95), 이러한 선상투표도 선거권자가 직접 의사결정을 하고 단지 그 송부만이 모사전송 시스템에 의하여 이루어지는 것이므로, 직접선거원칙에 위배되는 것이 아니다.

(5) 이와 같은 이유로, 이 사건 법률조항이 대한민국 국외의 구역을 향해하는 선박에서 장기 기거하는 선원들이 선거권을 행사할 수 있도록 하는 효과적이고 기술적인 방법이

존재함에도 불구하고, 선거의 공정성이나 선거기술상의 이유만을 들어 선거권 행사를 위한 아무런 법적 장치도 마련하지 않고 있는 것은 그들의 선거권을 침해하는 것이고, 그러한 입법목적은 일반 국민들의 선거권 행사를 부인하는 데 필요한 ‘불가피한 예외적인 사유’에 해당한다고 볼 수 없다.

(6) 나아가 이 사건 조항은 모사전송 시스템 등 전자통신 기술을 이용한 선상투표와 같은 기술적인 대체수단이 있음에도 불구하고 선거권을 과도하게 제한하고 있으므로 ‘피해의 최소성’ 원칙에 위배되고, 원양의 해상업무에 종사하는 선원들은 아무런 귀책사유도 없이 헌법상의 선거권을 행사할 수 없게 되는 반면, 이와 관련하여 추구되는 공익은 불분명한 것이어서, ‘법익의 균형성’ 원칙에도 위배된다.

(7) 그러므로 이 사건 조항은 과잉금지의 원칙에 위배하여 청구인들의 선거권을 침해하는 것이다.

라. 헌법불합치와 계속 적용

이 사건 법률조항이 국외 구역을 향해하는 선박에 장기 기거하는 선원들에 대하여 어떠한 선거권 행사 방법도 규정하지 않고 있는 것은 청구인들의 기본권을 침해하는 것이지만, 구체적으로 어떤 경우에, 어느 범위의 선원들을 대상으로, 어떻게 선거권을 행사할 수 있도록 할 것인지는 입법자가 입법정책에 따라 결정하여야 할 사항이다.

그러므로 이 사건 법률조항에 대하여는 헌법불합치 결정을 선고하되, 다만 이 사건 법률조항은 청구인들 외의 다른 국민의 선거권 행사는 보장하고 있으므로 법적 공백이나 혼란을 예방하기 위하여 적용중지를 명하지 않고, 입법자의 개선입법이 있을 때까지 계속하여 적용하도록 명함이 상당하다 할 것이다(헌재 2005. 6. 30. 2005헌가1, 판례집 17-1, 796, 810 참조).

4. 결 론

이 사건 법률조항은 헌법에 합치되지 아니하나, 다만 입법자의 개선입법이 이루어질 때까지 계속 적용하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

이 결정에는 아래 5.와 같은 주문표시에 관한 재판관 조대현의 별개의견이 있는 외에는 관여 재판관들의 의견이 일치되었다.

5. 주문표시에 대한 재판관 조대현의 별개의견

먼 바다를 향해하는 선박에 장기간 거주하는 선원들은 선거인명부가 작성·비치된 투표소에 출석하여 투표할 수 없고, 공직선거법 제38조와 제158조는 그들이 선거권을 행사할 수 있는 부재자투표의 절차와 방법을 규정하지 않고 있다.

이는 다수의견이 밝힌 바와 같이 국민주권의 행사방법인 선거권의 행사를 부당하게 제한하는 것이므로 헌법에 위반된다.

원양선박의 선원들이 선거권을 행사할 수 있도록 하려면 공직선거법 제158조가 규정하고 있는 부재자투표의 방법으로는 부적절하거나 충분하지 않다.

인터넷투표나 팩시밀리투표 등의 방법과 절차를 강구할 필요가 있고, 그러한 방법의 투표절차에서 1회에 한하여 투표하도록 관리하고, 투표의 비밀을 보장하는 방안을 아울러 강구하여야 할 것이다.

어떠한 범위의 선원에게 어떠한 방법과 절차로 투표할 수 있도록 할 것인가에 대한 구체적인 내용은 선거권의 보장과 공정한 선거관리를 고려하여 입법자가 결정할 사항이다.

기존의 부재자투표의 방법·절차와는 다른 방법과 절차를 신설하여야 할 것이므로 공직선거법 제38조 제3항과 제158조 제4항을 개정할 수도 있고 다른 조항을 신설할 수도 있을 것이다.

그러므로 여기서는 “공직선거법 제38조와 제158조가 원양선박의 선원이 이용할 수 있는 부재자투표의 방법과 절차를 규정하지 아니한 것은 헌법에 합치되지 아니한다.”고 선언하는데 그칠 수밖에 없다.

그리고 공직선거법 제38조 제3항과 제158조 제4항이 규정하고 있는 내용들이 헌법에 위반된다고 판단하는 것이 아니므로, 그들 조항에 대하여 헌법불합치를 선언하여서는 아니 된다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥(해외 출장으로 서명날인 불능) 김종대 민형기(주심) 이동흡 목영준 송두환

제 6 장 후 보 자

(제47조 ~ 제57조)

1

정당의 후보자 추천과 관련한 금품 제공행위를 금지한 공직선거법 제47조의2제1항의 명확성의 원칙 등 위배 여부

■ 공직선거법 제47조의2제1항 위헌소원, 2009. 10. 29. 2008헌바146·158·163 병합 ■

사 건 2008헌바146, 158, 163(병합) 공직선거법 제47조의2 제1항 위헌소원, 공직선거법 제47조의2 제1항 등 위헌소원

청 구 인 1. 서○원[2008헌바146]

대리인 법무법인 두우앤이우

담당변호사 이상경

법무법인 수목

담당변호사 송달룡, 이중훈, 진영호

변호사 서상홍, 김진국, 현병희, 이선희, 정기동

2. 김○식[2008헌바158]

대리인 법무법인(유) 태평양

담당변호사 이재식, 김득환, 송진욱

3. 이○원[2008헌바163]

대리인 법무법인 창조

담당변호사 박오순, 이기욱, 황길현, 이덕우, 김동우, 문정환, 김학웅, 김성주, 문건식

당해사건 서울고등법원 2008노2194 공직선거법위반 등[2008헌바146, 158]

서울고등법원 2008노2368 공직선거법위반 등[2008헌바163]

주 문

공직선거법(2008. 2. 29. 법률 제8879호로 개정된 것) 제47조의2 제1항 중 ‘누구든지 정당이 특정인을 후보자로 추천하는 일과 관련하여 금품이나 그 밖의 재산상 이익을 제공하거나 그 제공을 받을 수 없다’고 규정한 부분 및 같은 법 제230조 제6항 중 제47조의2 제1항에 관한 부분은 각 헌법에 위반되지 아니한다.

이 유

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2008헌바146, 158 사건

청구인 서청원은 ‘친박연대’ 정당의 공동대표, 청구인 김노식은 위 정당의 선거총괄본부장으로서, 2008. 4. 9. 실시된 제18대 국회의원선거에서 위 정당의 비례대표 후보자로 출마하여 당선된 사람들인바, 누구든지 정당이 특정인을 후보자로 추천하는 일과 관련하여 금품이나 그 밖의 재산상 이익 등을 제공하거나 제공받아서 아니 됨에도 불구하고, 제18대 국회의원 선거의 비례대표 후보자 추천과 관련하여, 청구인 김노식은 위 정당의 정치자금 수입용 예금계좌를 통해 공천헌금 명목의 금액을 제공하고, 청구인 서청원은 위 정당이 위 금액을 제공받은 것에 관여하여 공직선거법 제230조 제6항, 제47조의2 제1항을 위반하였다는 범죄사실로 각 기소되어, 청구인 서청원은 징역 1년 6월, 청구인 김노식은 징역 1년을 각 선고받았다(서울중앙지방법원 2008고합560).

이에 위 청구인들은 서울고등법원에 항소하여(2008노2194) 재판 계속중, 청구인 서청원은 공직선거법 제47조의2 제1항에 대하여, 청구인 김노식은 공직선거법 제47조의2 제1항 및 제230조 제6항에 대하여 위헌법률심판 제청신청을 하였으나 기각되자(2008초기1016, 2008초기1014), 2008. 11. 26. 및 2008. 12. 12. 각 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

위 사건은 2009. 5. 14. 대법원에서 상고가 기각되어 그 형이 확정되었고(2008도11040), 그에 따라 청구인들의 당선이 무효가 되었다.

(2) 2008헌바163 사건

청구인 이수원은 ‘창조한국당’의 재정국장이자 제18대 국회의원 선거 당시 총선승리본부 관리지원단장을 역임한 사람인바, 누구든지 정당이 특정인을 후보자로 추천하는 일과 관련하여 금품이나 그 밖의 재산상 이익 등을 제공받아서 아니 됨에도 불구하고, 제18대

국회의원 선거의 비례대표 후보자 추천과 관련하여 이한정으로부터 6억 원 상당의 금품(항소심에서는 재산상 이익으로 인정되었음)을 위 정당의 계좌를 통해 제공받음으로써 공직선거법 제47조의2 제1항, 제230조 제6항을 위반하였다는 범죄사실로 수원지방법원에서 징역8월을 선고받고(2008고합226, 441), 서울고등법원에 항소하여(2008노2368) 재판 계속 중 위 법률조항에 대하여 위헌법률심판 제청신청을 하였으나 기각되자(2008초기1011), 2008. 12. 19. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인들은 헌법소원심판청구서에서 공직선거법 제47조의2 제1항 전부를 심판대상으로 기재하고 있으나, 청구인들은 정당의 후보자 추천과 관련하여 금품이나 재산상 이익을 제공하거나 제공받은 혐의로 기소되어 재판을 받은 것이므로, 이 사건 심판대상 중 공직선거법 제47조의2 제1항은 ‘누구든지 정당이 특정인을 후보자로 추천하는 일과 관련하여 금품이나 그 밖의 재산상 이익을 제공하거나 그 제공을 받을 수 없다’고 규정한 부분으로 한정함이 상당하다.

그렇다면 이 사건 심판대상은 공직선거법(2008. 2. 29. 법률 제8879호로 개정된 것, 이하 ‘공선법’이라 한다) 제47조의2 제1항 중 ‘누구든지 정당이 특정인을 후보자로 추천하는 일과 관련하여 금품이나 그 밖의 재산상 이익을 제공하거나 그 제공을 받을 수 없다’고 규정한 부분 및 제230조 제6항 중 제47조의2 제1항에 관한 부분(이하 이들을 합쳐서 “이 사건 법률조항”이라 함)이 헌법에 위반되는지 여부이고, 심판대상 조항 및 관련 규정의 내용은 다음과 같다.

[심판대상 조항]

공직선거법(2008. 2. 29. 법률 제8879호로 개정된 것)

제47조의2(정당의 후보자추천 관련 금품수수금지) ①누구든지 정당이 특정인을 후보자로 추천하는 일과 관련하여 금품이나 그 밖의 재산상의 이익 또는 공사의 직을 제공하거나 그 제공의 의사를 표시하거나 그 제공을 약속하는 행위를 하거나, 그 제공을 받거나 그 제공의 의사표시를 승낙할 수 없다.

제230조(매수 및 이해유도죄)

⑥제47조의2 제1항 또는 제2항을 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

[관련 규정]

공직선거법(2008. 2. 29. 법률 제8879호로 개정된 것)

제47조의2(정당의 후보자추천 관련 금품수수금지)

② 누구든지 제1항에 규정된 행위에 관하여 지시·권유 또는 요구하거나 알선하여서는 아니 된다.

정치자금법(2005. 8. 4. 법률 제7682호로 전부개정된 것)

제32조(특정행위와 관련한 기부의 제한) 누구든지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위와 관련하여 정치자금을 기부하거나 받을 수 없다.

1. 공직선거에 있어서 특정인을 후보자로 추천하는 일

제45조(정치자금부정수수죄) ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

5. 제31조(기부의 제한) 또는 제32조(특정행위와 관련한 기부의 제한)의 규정을 위반하여 정치자금을 기부하거나 받은 자

2. 청구인들의 주장, 위헌심판 제청신청 기각결정 이유 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 청구인 서청원의 주장 요지(2008헌바146 사건)

(가) 이 사건 법률조항의 입법취지는 정치자금법 제32조의 ‘정치자금’에 해당하지 않고 공선법 제113조의 ‘기부행위’로도 처벌할 수 없는 정당의 후보자 추천과 관련된 금품제공행위를 규제하기 위한 것인데, 정당은 범죄능력이 없어 이 사건 법률조항의 규율대상이 될 수 없을 뿐만 아니라, 정당과 정당의 대표자는 정치활동을 하고 있어 정치자금법의 규율을 받을 수 있는 자이므로, 이 사건 법률조항의 입법취지상 그 규율대상에는 오로지 비정치인만이 포함되고, 정당과 정당 대표자는 포함되지 않는다고 해석해야 할 것이다.

그런데 “누구든지”라는 법 문언 자체로는 정당이나 정당 대표자가 포함되는 것으로 해석될 여지를 남겨두고 있어 모호하며, 후보자를 추천하는 일과 “관련하여” 부분 역시 약속하거나 알선하는 경우로 한정해석하지 않는 이상 지나치게 포괄적이고 애매하여 자의적인 법집행을 가능하게 하므로, 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위반된다.

(나) 정당의 자유와 독립은 필연적으로 정당 재정의 자유와 독립을 기반으로 하는바, 정치자금의 제공은 정당 활동에 필요한 재정수요를 충족하게 하고, 국민의 정치적 의사표현의 한 방법이기도 하며, 이념, 조직과 더불어 정당 존립의 3요소에 해당하는 중요한 역할을 한다. 그런데 현실적으로 기탁금과 국고보조금이 의석수에 따라 배정됨에 따라 정치자금 대부분을 소속 당원에 의존할 수밖에 없는 신생정당이나 군소정당은 당원의 당비에 크게 의존할 수밖에 없는바, 이 사건 법률조항은 신생정당이 합법적으로 조달한 정치자금까지 규제하는 것이므로 정당 활동의 자유를 침해한다.

나아가 이 사건 법률조항에 의하면 무상대여가 아닌 유상대여도 재산상 이익에 해당함에 따라 규제범위가 광범위해지는데, 이는 선거비용을 우선 차용한 다음 국고보조금을 지급받아 온 합법적인 관례와 한국의 현실을 무시한 것으로서 정당의 적법한 정치자금 획득수단을 사실상 봉쇄하여 정당 활동의 자유를 과잉침해한다.

(다) 신생정당의 경우 소수의 당원 중 후보자 선택시 당원의 충성도 평가요소 중 정당 재정에 대한 기여도는 기본적인 척도이며, 이에 따라 경제적 여유가 있는 자들의 공직 진출 기회가 늘어나더라도 이에 대한 도의적, 정치적 비판이 있을지언정 형사처벌하는 것은 정당 활동의 자유를 보호하려는 헌법정신에 부합하지 않는바, 신생정당이 공직선거 후보자 추천 과정에서 정당 운영비를 수수하는 것을 전면적으로 금지하는 것은 정당 활동의 자유를 침해하고 헌법 제8조 제1항의 정당 보호 조항에 위반된다.

또한 정당이 선거비용에 사용할 목적으로 등록된 계좌로 적법하게 수수한 돈을 정당 대표자가 직접 수수한 것으로 평가할 수 없는데도 정당 대표자를 이 사건 법률조항에 의해 형사처벌하고, 정당 대표자라는 이유로 정당에게는 부과될 수 없는 자유형을 대신 부과하는 것은 형벌에 관한 책임주의에 반하는 불리한 유추해석으로서, 법치주의 원리, 헌법 제10조, 제13조 제3항의 자기책임원리, 연좌제 금지 원리, 헌법 제12조 제1항 후문 및 제13조 제1항의 죄형법정주의에 위반된다.

(라) 기존의 거대 정당의 특별당비 납부 등은 처벌하지 않으면서 신생정당 및 그 대표자에게 이 사건 법률조항을 적용하여 형사처벌하는 것은 헌법상 정당의 평등보호의무에 위반된 것이고, 정당에 대한 제재는 후보자 추천이나 당선의 무효, 정부의 정치자금 삭감, 수수한 당비 몰수 등으로 충분히 달성할 수 있는데도 정당의 금품수수에 대해 정당 대표자를 징역형으로 처벌하는 것은 최소침해성 원칙에 위반된다.

(마) 이 사건 심판대상 조항과 정치자금법상 정치자금부정수수죄는 보호법익이 동일하고, 정치자금법상 ‘공직선거후보자 추천’ 역시 이 사건 법률조항의 ‘정당의 후보자 추천’과 동일한 개념이므로 일반법과 특별법의 법조경합관계에 있어 공직선거후보자 추천과 관련하여 정치자금이 수수된 경우에는 특별법인 정치자금법만 적용되어야 할 것인바, 대법원이

이를 상상적 경합으로 보아 이 사건 법률조항을 적용한 것은 위법하다.

(2) 청구인 김노식의 주장 요지(2008헌바158 사건)

(가) 이 사건 법률조항은 당초의 입법의도와는 달리 정치자금법상 기부행위 뿐만 아니라 “금품이나 재산상 이익을 받거나 그 제공의 의사를 표시하는 것”이라고 넓게 규정하여 공천과 관련해 정당에게 ‘유상대여’를 하는 경우까지 처벌하도록 하고 있다. 또한 금권선거의 폐해를 막기 위해서는 정치자금법 제32조 제1호를 신설하는 것만으로도 입법목적 달성이 가능함에도 불구하고, 후보자로 추천되는 당원들의 당비납부 및 제3자로부터의 차용행위까지 금지함으로써 국고보조금 외에는 정당의 재정조달 방안을 봉쇄하고 과도하게 금품수수행위를 규제하는 것은 과잉금지원칙에 위반하여 정당 활동의 자유를 침해하는 것이고, 헌법상 정당보호조항에도 위반된다.

(나) 이 사건 법률조항은 자금력이 풍부한 기존 정당뿐만 아니라 자금력이 부족한 신생정당에 대해서까지 적법한 정치자금 수수나 자금의 유상 차용을 금지함으로써 신생정당을 차별하며, ‘후보자 추천’과 관련된 경우에만 유상대여 행위를 처벌함으로써 후보자 추천과 관련되지 않은 정치자금법 위반의 경우와 차별하는바, 이는 헌법상 평등 원칙에 위반된다.

(다) 이 사건 법률조항의 “누구든지”에 정당이 포함되는 것으로 해석하는 것은 헌법에 위반되며, “정당이 특정인을 후보자로 추천하는 일과 관련하여” 부분의 판단에서 금품수수와 후보자 추천과의 관련 정도 및 판단시점이 추상적이고 모호하므로 죄형법정주의의 명확성 원칙에도 위배된다.

(3) 청구인 이수원의 주장 요지(2008헌바163 사건)

이 사건 법률조항은 죄형법정주의에 반할 뿐만 아니라, 후보자추천과 관련된 금전으로 오인받을 위험성 때문에 정당에 기여하고자 하는 선의의 유권자나 피선거권자의 정당활동 및 당비 납부 등을 제한하여 일반적 행동자유권, 행복추구권과 참정권을 침해한다. 또한 이 사건 법률조항의 적용에 있어 특정 정당에 대한 정치적 탄압의 우려가 있는바, 이는 정당 활동의 자유 및 개인의 공무담임권, 피선거권 등을 침해한다.

나. 법원의 위헌법률심판 제청신청 기각이유 요지

(1) 2008헌바146 사건

(가) 공선법 제47조의2 제1항은 선출직 공직자의 선거에 있어서 후보자 추천단계에서부터 금권의 영향력을 원천적으로 봉쇄하여 공명정대한 선거를 이루기 위한 것이므로 입법목

적의 정당성이 인정되고, 선거의 자유와 공정을 보장하기 위한 제도적 장치로서 후보자 추천과 관련하여 금품 등을 제공하거나 제공받는 것을 금지하는 것 외에 폐해 방지를 위한 달리 효과적인 수단을 상정하기 어려우며, 금품수수의 전면적 제한이 아니라 후보자 추천과 관련한 부분적 제한에 불과하므로 수단의 적정성, 최소침해성이 인정된다. 따라서 이 사건 법률조항은 비례의 원칙에 위반하여 헌법상 보장된 정당 활동의 자유의 본질적 내용을 침해한다고 볼 수 없다.

(나) 이 사건 법률조항이 금품수수행위의 주체에 특별히 제한을 두지 않는 이상 정치활동을 하는 자도 그 적용대상이 되며, 당해 위반행위를 실제로 한 자 뿐만 아니라 사회통념상 다른 사람이 재물 또는 재산상 이익을 받은 것을 행위자가 직접 받은 것과 같이 평가할 수 있는 관계에 있는 경우에도 적용된다. 정당에 금품이 제공된 경우 정당 구성원인 정당 대표자는 이 같은 법리에 따라 죄책이 가려지고, 이 사건 법률조항의 “누구든지”에 정당이 포함되는지 여부 및 정당 대표자의 처벌 여부는 사건과의 관련성이 없으므로, 이와 다른 전제 위에 선 명확성 원칙 위배 주장, 자기책임 원칙 위배 주장, 죄형법정주의 위배 주장은 이유 없다.

(2) 2008헌바158 사건

(가) 대의제 민주주의의 근간인 선거제도의 공정한 운영을 위해 공천과 관련한 금품수수행위를 규제하려는 입법취지를 고려할 때, 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반하여 정당활동의 자유를 침해한다고 볼 수 없고, 행위주체의 제한 없이 동일하게 적용되는 결과 신생정당이 자금 조달과정에서 겪는 어려움은 사실적, 반사적인 효과에 불과하므로 평등원칙에 위배된다고도 할 수 없다.

(나) “정당이 특정인을 후보자로 추천하는 일과 관련하여”란 정치자금의 제공이 후보자 추천의 대가 또는 사례에 해당하거나 후보자 추천에 있어서 정치자금의 제공이 어떠한 형태로든 영향을 미칠 수 있는 경우를 의미하고, 사회통념에 비추어 합리적 판단이 가능한 것이므로 죄형법정주의의 명확성 원칙에 반하지 아니한다.

(3) 2008헌바163 사건

이 사건 법률조항은 직접적으로 공무담임권 내지 피선거권을 제한하지 않는 간접적 제한에 불과하므로 공무담임권, 피선거권을 침해하지 아니하며, 행복추구권은 보충적 기본권이므로 별도로 판단하지 아니한다. 나머지 판단은 앞의 결정이유와 동일하다.

다. 서울중앙지방법검찰청 검사의 의견 요지(2008헌바146 사건)

(1) 당해사건의 법원은 이 사건 법률조항의 “누구든지”라는 개념에 정당이 포함되는지 여

부 및 정당의 대표자를 어떤 근거로 처벌할 수 있는지 여부가 당해사건과 직접적 관련이 없다고 보아 판단하지 아니하였으므로, 이 사건 법률조항의 “누구든지”에 정당이나 정당 대표자가 포함되는지 여부는 재판의 전제성이 없다.

(2) 설령 이 사건 법률조항의 규율대상에 정당이 포함되는지에 관하여 살피더라도, 이 사건 법률조항을 신설한 것은 처벌의 흠결을 막기 위함이지 정당이나 정당의 대표자를 규율대상에서 제외하기 위한 것이 아니며, 오히려 정당의 대표자를 다른 정치인과 구별하여 규율대상에서 제외하는 것이 헌법상 평등원칙에 위배된다고 할 것이다.

(3) 이 사건 법률조항은 금품수수의 양당사자를 함께 처벌하려는 데 입법취지가 있으므로 자연인이 아닌 정당만 처벌되어야 한다는 주장은 행위책임의 원칙상 받아들일 수 없고, 청구인의 처벌 문제 또한 위헌 여부의 문제가 아닌 법해석과 적용의 문제에 불과하다. 결과적으로 공선법 제47조의2 제1항의 “누구든지”에는 정당도 포함되나, 정당은 범죄능력이 없으므로 제230조 제6항의 “제47조의2 제1항을 위반한 자”에는 자연인만 포함되며, 정당은 공선법 제260조 소정의 양벌규정에 의해 벌금형 처벌만 가능한 것이다.

(4) 공선법 제47조의2는 “누구든지”라고 규정함으로써 주체에 특별한 제한을 두고 있지 아니하고, 그 의미는 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 사람의 입장에서 충분히 알 수 있으므로 명확성 원칙에 반하지 아니한다.

또한 이 사건 법률조항은 정당 운영 및 정당 공천의 공정성과 투명성 확보를 통한 정당의 자유 보장을 위한 규정이므로 헌법상 정당보호 조항에 위반된다고 볼 수 없고, 법원의 위헌제청신청 기각결정 이유와 같은 이유에서 과잉금지원칙에도 위반되지 아니한다.

라. 수원지방법검찰청 검사의 의견 요지(2008헌바163 사건)

금품을 요구한 자가 직접 금품을 수령하거나 자신의 예금계좌에 입금받은 경우에만 금품 제공 수령자로 처벌할 수 있다고 한다면 공천과 관련하여 모든 형태의 금품 또는 재산상 이익의 수수를 금지하려는 공직선거법과 정치자금법의 입법취지가 무색해지고 제3자에 의한 탈법행위가 횡행하게 될 것이며, 범죄 인정 여부는 ‘대가성’의 문제이므로, 당의 공식 계좌로 실명입금되었다는 사정은 범죄성립에 장애가 없다. 이런 점에서 이 사건 법률조항의 적용에는 문제가 없고, 법원의 위헌제청신청 기각결정의 이유와 동일한 이유에서 헌법에 위반되지 아니한다.

마. 법무부장관, 중앙선거관리위원회 위원장의 의견 요지

이 사건 법률조항은 정치자금에 해당되는지 여부를 불문하고 정당의 후보자 공천과 관련한 금품수수 행위를 처벌하기 위하여 규정된 것으로, 행위주체가 “누구든지”라고 규정된 이상 행위자가 명확하다고 볼 수 있고, “후보자로 추천하는 일과 관련하여”란 후보자 추천의 대가 또는 사례에 해당하거나, 후보자 추천에 있어 금품의 제공 등이 어떠한 형태로든 영향을 미칠 수 있는 경우에 해당함을 의미하므로, 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위반되지 아니한다. 또한 이 사건 법률조항이 정당설립의 자유나 복수정당제 및 과잉금지원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

3. 판 단

가. 이 사건 법률조항의 입법경위 및 입법취지

정당의 공직선거후보자 추천과 관련하여 구 정당법(2005. 8. 4. 법률 제7683호로 전부 개정되기 전의 것) 제31조 제1항은 “정당의 공직선거후보자의 추천은 민주적이어야 한다.”라고 규정하고, 구 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 일부 개정되기 전의 것) 제47조 제2항은 “정당이 제1항의 규정에 의하여 후보자를 추천하는 때에는 정당법 제31조의 규정에 따라 민주적 절차에 의하여야 한다.”고 규정하였지만 그 규정형식 자체가 불완전하고 별도의 제재조항이 없어 비민주적인 공천의 문제점이 항상 지적되어 왔다. 특히 이 사건 법률조항이 신설되기 이전에는 공직선거에 있어서 정당이나 정당의 실력자는 공천과정에서 막대한 공천자금을 수수하는 것이 관행화되어 있었고, 특히 전국구 공천의 경우 현금액수가 상당하기 때문에 매관매직으로 정당을 사당(私黨)화하는 효과를 가져 왔으며, 이에 따른 비민주적인 공천권 행사로 말미암아 국민이 원치 않는 후보자를 선택하지 않을 수 없는 등 폐단이 심각하였다.

이처럼 공직선거에 있어 특정인을 후보자로 추천하는 것과 관련하여 금권이 개입되어 부정 공천이 빈번하게 이루어지는 것을 규제해야 할 필요성이 대두되었고, 이를 위해 1980. 12. 31. 정치자금법 개정을 통하여 후보자 추천과 관련한 ‘정치자금’ 기부를 금지하는 규정을 마련하는 한편, 공직선거법에서는 일정한 ‘기부행위’를 제한하여 왔다. 그러나 이 경우에도 정치자금법상의 ‘정치자금’에 해당하지 않거나, 공직선거법상의 ‘기부행위’에 해당하지 않는 경우에는 처벌되지 않는 법적 공백이 발생하였는바, 이 같은 처벌상의 공백을 메우고 정당의 공직선거 후보자 추천과 관련된 모든 형태의 금품수수행위를 근절시킴으로써 정당공천의 공정성과 정당운영의 투명성을 제고하기 위하여 2008. 2. 29. 법률 제8879호로 일부개정된 공직선거법에서 이 사건 법률조항이 처음 규정되기에 이르렀다.

이러한 입법경위를 고려할 때, 이 사건 법률조항은 소위 ‘공천현금’이 특별당비나 후원금 또는 대여금 등의 위장된 형태로 탈법적으로 수수되는 현실을 고려하여 정당의 후보자

추천과 관련성이 있는 금품이나 재산상 이익 등의 수수행위에 대하여는 그것이 ‘어떠한 명목으로 수수되었는지 간에’ 이를 금지하고, 위반시 형사처벌 함으로써 공천의 투명성을 통한 당내민주주의를 확립하는 데 그 의의가 있다고 할 것이다.

나. 죄형법정주의의 명확성 원칙 위배 여부

청구인들은 공선법 제47조의2 제1항의 “누구든지” 및 “정당이 특정인을 후보자로 추천하는 일과 관련하여” 부분이 불명확하여 헌법 제12조에서 보장하는 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위반된다고 주장하므로, 이에 대하여 살펴본다.

(1) 명확성 원칙의 헌법상 의의

죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은 누구나 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 예견할 수 있고 그에 따라 자신의 행위를 결정지을 수 있도록 구성요건이 명확할 것을 의미하는 것이다.

여기서 구성요건이 명확하여야 한다는 것은 그 법률을 적용하는 단계에서 가치판단을 전혀 배제한 무색투명한 서술적 개념으로 규정되어야 한다는 것을 의미하는 것은 아니고, 입법자의 입법의도가 건전한 일반상식을 가진 자에 의하여 일의적으로 파악될 수 있는 정도의 것을 의미하는 것이라고 할 것이다. 따라서 다소 광범위하고 어느 정도의 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하여 규정하였다고 하더라도, 그 적용단계에서 다의적으로 해석될 우려가 없는 이상 그 점만으로 헌법이 요구하는 명확성의 요구에 배치된다고는 보기 어렵다 할 것이다(헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 383 ;헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 32-33).

(2) 이 사건 법률조항의 의미

공선법 제47조의2 제1항은 “정당의 후보자추천 관련 금품수수 금지”라는 제목 하에 정당이 특정인을 후보자로 추천하는 일과 관련하여 금품이나 그 밖의 재산상 이익의 수수를 금지하면서, 금품 등 수수의 주체에 대하여는 법 문언에서 명시적으로 “누구든지”라고 규정하여 특별한 제한을 두지 않고, 다만 “정당이 특정인을 후보자로 추천하는 일과 관련하여” 금품 등을 수수할 것만을 요건으로 하고 있다. 이 경우 “누구든지”, “정당이 특정인을 후보자로 추천하는 일과 관련하여” 부분에 대하여 다의적인 해석의 가능성이 존재하는지에 따라 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배되는지 여부가 판단될 것이다.

살피건대, 법률이 일정한 행위를 금지하는 금지규정의 수범자를 그 입법취지에 따라 일정한 신분이 있는 사람으로 제한하지 않고 국민 일반에 대하여 해당 행위를 금지하는 경우에 그 수범자를 “누구든지”라고 일반적으로 규정하는 것은 통상적인 입법례라고 할 것이

다. 나아가 금지규정의 수범자에 관한 규정은 해당 규정이 금지하는 행위와 결합되어 파악되어야 할 것인바, 위 조항의 구성요건이 금품수수행위와 공천과의 관련성을 요구하고 있기 때문에 금품수수행위를 한 사람의 신분이나 지위, 금품을 수수한 사람의 관계 등은 공천과의 관련성 정도에 따라 한정적으로 해석될 수 있으므로, 위 규정이 범죄의 주체를 무한정 확대하고 있다고 할 수도 없다. 특히 위 조항의 입법취지가 정당의 후보자 추천과정에서 금권이 개입하여 공정한 추천이 이루어지지 아니하는 부조리를 척결하기 위한 것이라는 점을 감안하면, 후보자 추천에 대한 실질적인 권한을 가지고 있는 정당의 대표자 등이 위 조항의 수범자에서 제외된다고 보기 어렵다.

한편 “정당이 특정인을 후보자로 추천하는 일과 관련하여”란 금품 등의 수수가 후보자 추천의 대가 또는 사례에 해당하거나, 그렇지 않다 하더라도 금품 등의 수수가 후보자 추천에 있어서 어떠한 형태로든 영향을 미칠 수 있는 경우에 해당하는 경우를 의미하며, 이에 해당하는지 여부는 피고인의 사회적 지위, 행위의 동기 및 경위, 행위의 내용과 태양, 행위 당시의 시기적 상황 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단할 수 있으므로, 실행행위의 착수 시기에 관한 기준이 명시되어 있지 않다거나 다소 광범위하게 해석될 여지가 있다는 점만으로 이 사건 법률조항이 불명확하다고 할 수 없다.

그렇다면 공선법 제47조의2 제1항은 법조항의 문언적 의미와 입법취지에 비추어 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 사람이라면 누구라도 어렵지 않게 그 의미를 파악할 수 있는 것이라 할 것이고 애매하거나 모호하다고는 할 수 없으므로, 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위반되지 아니한다.

다. 헌법상 정당의 보호 조항 위반 및 정당활동의 자유 침해 여부

청구인들은 이 사건 법률조항이 정당 본연의 활동인 정치자금의 모금행위까지 금지함에 따라 신생정당의 경우 제대로 보호받지 못하고 정당 활동을 자유롭게 할 수 없게 되며, 이는 헌법상 정당보호 조항을 위반하여 정당 활동의 자유를 침해한 것이라고 주장하므로, 이에 대하여 살펴본다.

(1) 정당의 보호와 정당의 민주성 요청

(가) 우리 헌법은 정당제 민주주의에 바탕을 두고 정당설립의 자유와 복수정당제를 보장하고(헌법 제8조 제1항), 정당의 목적·조직·활동이 민주적인 한 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 이를 보호하며, 정당운영에 필요한 자금을 보조할 수 있도록 하는 등(헌법 제8조 제2항 내지 제4항), 정당을 일반결사에 비하여 특별히 두텁게 보호하고 있다. 헌법의 정당에 대한 위와 같은 보호는 정당이 국민의 이익을 위하여 책임 있는 정치적 주장이나 정책을 추진하고 공직선거의 후보자를 추천 또는 지지함으로써 국민의 정치적 의사

형성에 참여함을 목적으로 하는 국민의 자발적 조직으로서 다른 집단과는 달리 그 자유로운 지도력을 통하여 무정형적(無定型的)이고 무질서한 개개인의 정치적 의사를 집약하여 정리하고 구체적인 진로와 방향을 제시하며 국정을 책임지는 공권력으로까지 매개하는 중요한 공적 기능을 수행하기 때문인 것이며, 그와 같은 정당의 기능에 상응하는 지위와 권한을 보장하고자 하는 헌법정신의 표현이라 할 수 있다(헌재 1991. 3. 11. 91헌마21, 판례집3, 91 참조).

(나) 한편, 헌법 제8조 제2항은 헌법 제8조 제1항에 의하여 정당의 자유가 보장됨을 전제로 하여, 그러한 자유를 누리는 정당의 목적·조직·활동이 민주적이어야 하고, 국민의 정치적 의사형성에 참여하는 데 필요한 조직이어야 한다는 요청을 내용으로 하는 것으로서, 정당에 대하여 정당의 자유의 한계를 부과하는 동시에 입법자에 대하여 그에 필요한 입법을 해야 할 의무를 부과하고 있는 것인바(헌재 2004. 12. 16. 2004헌마456, 판례집 16-2하, 618, 626), 정당은 국민 각자의 선거의 자유와 기회균등을 보장하는 민주사회의 기반 위에서 존립하는 것이므로 당내 민주주의가 확립되고 민의에 따라 정당이 구성되고 공천되는 것을 전제로 해야 한다(헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집1, 199, 211-212).

만약 정당의 운영자금 조달을 정당 또는 정치인에게 맡겨 두고 아무런 규제를 하지 않는다면 정치권력과 금력의 결합이 만연해지고, 필연적으로 기부자의 정치적 영향력이 증대될 것이며, 이처럼 금력을 가진 소수 기득권자에게 유리한 정치적 결정이 이루어진다면 민주주의의 기초가 심각하게 훼손될 수 있으므로, 정당의 금품수수에 대한 일정한 규제는 대의제 민주주의의 필연적 귀결이라고 할 것이다.

(2) 이 사건의 경우에 대한 판단

이 사건 법률조항은 종래의 정치자금법의 공백을 보완하여 금품수수를 규제함으로써 정당 공천의 공정성과 정당 운영의 투명성, 도덕성을 제고하고, 나아가 선출직 공직자 선거에 있어서 후보자 추천 단계에서부터 금권의 영향력을 원천적으로 봉쇄하여 궁극적으로 공명정대한 선거를 보장하기 위하여 마련된 규정으로, 입법목적의 정당성이 인정된다.

나아가 이 사건 법률조항은 정당의 적법한 당비 수수나 차용행위 일체를 금지하는 것이 아니라, 공직선거에 있어서 정당이 후보자를 추천하는 것과 관련되어 이루어지는 금품 등 수수행위만을 금지하고 있으므로 정당의 적법한 자금조달활동을 원천적으로 불가능하게 하는 조항이라고 보기 어렵다. 정당의 경우 후보자 추천과 관련하여 직접 금품 등을 수수하지 않더라도 선거비용이나 정당 운영비의 일정부분이 국고보조되고 있으며, 정치자금법에 의한 자금조달도 불가능한 것이 아니다. 한편, 그 동안 음성적 자금모금과 공천헌금 문제를 규제하기 위하여 정치자금법 등에서 정치자금의 범위와 기부한도를 정하고 회계장부의 기재와 회계보고의무를 정하였지만 실효성이 적었던 점에 비추어보면, 공천과 직접적으로 관련된 금품수수를 금지하고 그 위반시 형사제재를 하는 것 외에 별도의 효과

적인 수단을 상정하기도 어렵다고 할 것이다.

이와 같이 정당의 민주적 운영에 대한 헌법적 요청, 이 사건 법률조항의 입법목적 및 그 제한의 정도를 종합적으로 고려하면, 이 사건 법률조항이 정당의 후보자 추천과 관련된 금품수수 등을 금지하는 것은 대의제 민주주의에서 정당 운영의 투명성과 공명정대한 선거문화 확립을 위하여 필요한 것이라 할 것이므로, 헌법 제8조 제3항 전단의 정당보호 조항에 위반되었다거나, 헌법상 정당활동의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것이라고 볼 수 없다.

라. 기타 주장에 대한 판단

청구인들은 정당이 금품 등을 수수한 경우 그 기관인 정당의 대표자를 처벌하는 것은 자기책임의 원리, 연좌제 금지 등에 위반되고, 정당의 대표자에 대하여 징역형까지 부과하는 것은 과잉금지원칙에 위배되며, 정당에 금전적으로 기여하고자 하는 유권자나 피선거권자의 일반적 행동자유권, 행복추구권과 참정권, 공무담임권 등을 침해하고, 나아가 평등원칙에 위반된다는 주장을 하고 있다. 이 중 사안과 직접적으로 관련되었다고 볼 수 있는 것은 자기책임원칙, 과잉금지원칙 및 평등원칙 위배 주장이므로 이에 한정하여 살펴보기로 한다.

(1) 연좌제 금지 규정 위배 여부

이 사건 법률조항은 친족의 행위로 인한 불이익 처우를 규정한 것이 아니므로, 헌법 제13조 제3항이 규정한 연좌제 금지에 반한다고 볼 수 없음이 문언상 명백하다.

(2) 자기책임의 원리 위배 여부

헌법 제10조가 정하고 있는 행복추구권에서 파생되는 자기결정권 내지 일반적 행동자유권은 이성적이고 책임감 있는 사람의 자기 운명에 대한 결정·선택을 존중하되 그에 대한 책임은 스스로 부담하는 것을 전제로 한다. 자기책임의 원리는 이와 같이 자기결정권의 한계논리로서 책임부담의 근거로 기능하는 동시에, 자기가 결정하지 않은 것이나 결정할 수 없는 것에 대하여는 책임을 지지 않고, 책임부담의 범위도 스스로 결정한 결과 내지 그와 상관관계가 있는 부분에 국한됨을 의미하는 책임의 한정원리로 기능한다(헌재 2004. 6. 24. 2002헌가27, 판례집 16-1, 706, 715).

그런데 구체적인 사건에서 금품 등 수수의 주체를 누구로 볼 것인지를 판단함에 있어서는 어디까지나 당해 위반행위를 실제로 한 자를 의미한다고 할 것이므로, 행위자가 자신이 아닌 다른 사람으로 하여금 후보자 추천과 관련한 금품 등을 취득하게 하는 경우에는 원칙적으로 위 법조항을 위반하였다고 볼 수 없을 것이나, 사회통념에 비추어 위 행위자

가 직접 재물 또는 재산상 이익을 취득한 것과 동일하게 평가할 수 있는 관계가 있는 경우에는 위 법조항에 따른 책임을 부담한다고 볼 것이다. 즉 위반행위를 한 자가 누구인지를 판단함에 있어서는 금품이 수수된 계좌의 명목과 같은 형식적 요소만이 아니라 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 실질적으로 판단하는 것이 책임주의에 부합하는 법률해석이라 할 것인바, 이 사건 의 경우 비록 정당 명의의 계좌를 통해 금품 등이 수수되었다 하더라도, 구체적 사정을 종합적으로 고려할 때 청구인들이 금품 등의 수수에 실질적으로 관여하여 이를 직접 수수한 것과 동일하게 평가할 수 있다고 인정되어 처벌받은 것이라 할 것이고, 정당 대표자나 구성원이라는 이유만으로 정당을 대신하여 형사처벌을 받은 것이라고는 볼 수 없다.

결국 이 사건 법률조항이 자기책임의 원리에 반한다고는 볼 수 없다.

(3) 책임과 형벌 간의 비례원칙 위배 여부

어떤 범죄를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제 즉 법정형의 종류와 범위의 결정은 그 범죄의 죄질과 보호법익의 성격, 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황, 국민일반의 가치관 내지 법감정, 그리고 그 범죄의 실태와 예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 국가의 입법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야라고 할 것이다(헌재 1997. 8. 21. 93헌바60, 판례집 9-2, 200, 207).

앞에서 검토한 바와 같이 정당의 후보자 추천과 관련한 금품 수수를 금지하는 규정이 헌법에 위반되지 않는다면, 정당의 후보자 추천과 관련하여 금품을 수수한 경우 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있는 공선법 제230조 제6항은 그 법정형이 지나치게 높다는 등의 특별한 사정이 인정되지 않는 한 입법자의 입법형성권 범위 내의 제한이라 할 것이므로, 헌법에 위반되지 않는다 할 것이다.

(4) 평등원칙 위배 여부

청구인들은 기존의 거대 정당과 달리 신생정당의 경우에만 이 사건 법률조항을 적용하여 금품수수를 규제하는 것과 유상대여 중에서도 후보자 추천과 관련성이 있는 경우만을 처벌하는 것은 평등원칙에 위배된다고 주장한다.

그러나 이 사건 법률조항은 “누구든지”라고 규정하여 수범자에 특별한 제한을 가하고 있지 아니하므로 기성정당과 신생정당을 차별취급하고 있다고 볼 수 없고, “정당이 특정인을 후보자로 추천하는 일과 관련하여”라는 요건은 금품 등의 수수를 규제하는 데 있어 규제의 범위를 제한하는 요소이지, 청구인이 주장하는 바와 같이 유상대여와 무상대여를 자의적으로 차별하기 위한 기준에 해당한다고는 볼 수 없으므로, 평등원칙에 위배된다고 할 수 없다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

2009. 10. 29.

재판장 재판관 이강국

재판관 이공현

재판관 조대현

재판관 김희옥

재판관 김종대

재판관 민형기

재판관 이동흡

재판관 목영준

재판관 송두환

2

**무소속후보자에게 선거권자의 추천 요구, 정당의 당원교육을 허용한
공직선거법 제48조·제143조 등이 불합리한 차별인지 여부**

■ 공직선거및선거부정방지법 제48조등 위헌확인, 1996. 8. 29. 96헌마99 ■

【판시 사항】

1. 무소속후보자(無所屬候補者)에게 선거권자의 추천을 요건으로 입후보를 허용한 것이 위헌인지 여부
2. 선거기간개시일(選舉期間開始日) 전에 정당의 당원교육을 허용한 것이 위헌인지 여부
3. 선거기간개시일(選舉期間開始日) 전 정당의 당사에 선전물의 설치를 허용한 것이 위헌인지 여부
4. 국회의원입후보예정자에게 후원회(後援會)를 둘 수 없도록 한 것이 위헌인지 여부

【결정 요지】

1. 무소속후보자의 입후보에 선거권자의 추천을 받도록 하고 있는 것은 국민인 선거권자의 추천에 의한 일정한 자격을 갖추게 하여 후보자가 난립하는 현상을 방지하는 한편, 후보자등록 단계에서부터 국민의 의사가 반영되도록 함으로써 국민의 정치적 의사가 효과적으로 국정에 반영되도록 하기 위한 것이고, 이에 반하여 일정한 정강정책을 내세워 공직선거에 있어서 후보자를 추천함으로써 국민의 정치적 의사 형성에 참여함을 목적으로 하는 정치적 조직인 정당이 후보자를 추천하는 행위에는 정치적 의사나 이해를 집약한 정강정책을 후보자를 통하여 제시하는 의미가 포함되어 있는 것이어서 무소속후보자의 경우와 같이 선거권자의 추천을 따로 받을 필요가 없으므로 무소속후보자에게만 선거권자의 추천을 받도록 한 것이 정당후보자와 불합리한 차별을 하는 것이라고 할 수 없다.
2. 정당의 당원교육은 정당이 그 목적을 달성하기 위하여 행하는 정당내부의 기본적·통상적 활동으로서, 선거운동의 공정이라는 선거법의 목적을 달성하기 위하여 정당이 가지는 권능과 자유를 어느 정도로 제한할 것인가 하는 것은 입법자의 광범위한 형성의 재

량에 속하는 사항이라 할 것이므로, 무소속후보자에게는 금지되어 있는 선거운동기간 개시 전의 선거운동을 허용하는 것이 아닌 한 선거기간개시일 전에 정당의 당원교육을 허용한 것이 자의적인 입법이라고 할 수 없다.

3. 정당은 책임있는 정치적 주장이나 정책을 추진하고 공직선거의 후보자를 추천함으로써 국민의 정치적 의사형성에 참여함을 목적으로 하는 정치적 조직체로서 그 고유한 기능과 기본적·통상적 활동은 헌법과 법률에 의해 보장되고 정당이 당사에 선전물을 설치하는 것은 정당의 통상적인 활동이므로, 정당은 선거법 제145조의 규정에 의하여 선거기간 중은 물론 선거기간 전이라도 당사의 외벽면 등에 선전물을 설치할 수 있는 데 반하여 무소속후보자는 선거기간이 개시되어야 비로소 선거사무소 등 선거운동기구에 선전물을 설치할 수 있어 차별이 존재한다 하여도 이를 불합리한 차별이라고 할 수 없다.
4. 정치자금법의 입법목적 달성을 위하여는 정치자금을 받을 대상자가 객관적으로 정치자금을 제공받을 수 있는 위치에 있을 것을 요한다고 할 것인데 정당이나 국회의원 또는 국회의원입후보등록자가 아닌 단순한 국회의원입후보예정자는 어느 시점을 기준으로 그러한 위치를 인정할 것인가가 객관적으로 불분명하므로, 국회의원입후보예정자에게 후보등록 이전에는 후원회를 둘 수 없도록 한 것은 정치자금법의 입법 목적을 달성하기 위한 적절한 수단에 해당되며 따라서 합리적 이유가 있는 차별이다.

【당 사 자】

청 구 인 김 ○ 길(변호사)

【심판대상조문】

공직선거(公職選舉)및선거부정방지법(選舉不正防止法) 제48조 제1항·제2항 제2호, 제143조 제1항, 제145조 제1항

정치자금(政治資金)에관한법률(法律) 제3조 제8호

【참조 판례】

1995.11.30. 선고, 94헌마97 결정

1996.3.28. 선고, 96헌마9·77·84·90(병합) 결정

1996.3.28. 선고, 96헌마18·37·64·66(병합) 결정

【주 문】

청구인의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 1996. 4. 11. 실시된 제15대 국회의원선거에서 청주시상당구선거구에 정당의 추천을 받지 아니하고 입후보한 자이다.

(2) 청구인은 공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정, 1995. 12. 30. 법률 제5127호로 최종개정 : 이하 "선거법"이라 한다) 제48조(선거권자의 후보자추천) 제1항, 제2항, 제143조(당원교육의 제한) 제1항, 제145조(당사제시 선전물등의 제한) 제1항, 정치자금에관한법률(1980. 12. 31. 법률 제3302호로 제정, 1995. 12. 30. 법률 제5128호로 최종개정 : 이하 "정치자금법"이라 한다) 제3조(정의) 제8호등은 정당의 추천을 받아 입후보하거나 후보자가 되고자 하는 자(이하 "정당후보자"라 한다)에게 유리하고 정당의 추천을 받지 아니하고 입후보하거나 후보자가 되고자 하는 자(이하 "무소속후보자"라 한다)에게는 불리하여 헌법상의 평등권 및 공무담임권을 침해한다는 이유로 1996. 3. 18. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 선거법 제48조 제1항, 제2항, 제143조 제1항, 제145조 제1항, 정치자금법 제3조 제8호이며 그 규정 내용은 다음과 같다.

선거법 제48조 【선거권자의 후보자추천】 ① 관할선거구안에 주민등록이 된 선거권자는 각 선거(전국구국회의원선거와 비례대표시 도의원선거를 제외한다)별로 정당의 당원이 아닌 1인을 당해 선거구(국회의원선거와 시 도의원선거에 있어서는 당해 의원의 지역구)의 후보자(이하 "무소속후보자"라 한다)로, 자치구 시 군의회의원선거에 있어서는 1인을 후보자로 추천할 수 있다.

② 자치구 시 군의회의원선거의 후보자 또는 무소속후보자가 되고자 하는 자는 관할선거구선거관리위원회가 후보자등록신청개시일 전 5일(대통령의 임기만료에 의한 선거에 있어서는 후보자등록신청개시일 전 30일, 대통령의 궐위로 인한 선거등에 있어서는 그 사유가

확정된 후 3일)부터 검인하여 교부하는 추천장을 사용하여 다음 각호에 의하여 선거권자의 추천을 받아야 한다.

1. (생략)

2. 지역구국회의원선거 및 자치구 시 군의 장선거

300인이상 500인이하

3.~ 5. (생략)

선거법 제143조 【당원교육의 제한】 ① 정당은 선거기간개시일부터 선거일까지 소속당원의 훈련 연수 기타 명목여하를 불문하고 선거가 실시중인 선거구안이나 선거구민인 당원을 대상으로 당원교육을 실시할 수 없다.

선거법 제145조 【당사게시 선전물등의 제한】 ① 정당은 선거기간중이라도 구호 기타 정당의 홍보에 필요한 사항과 당해 당부명 및 그 대표자성명을 게재한 간판 현판 또는 현수막을 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 따라 당해 당사의 외벽면 또는 옥상에 설치 게시할 수 있다. 이 경우 그 수는 합하여 모두 4개이내로 한다.

정치자금법 제3조 【정의】 이 법에서 사용되는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. ~ 7. (생략)

8. "후원회"라 함은 정당의 중앙당(정당법 제8조의 규정에 의하여 중앙선거관리위원회에 신고된 창당준비위원회를 포함한다. 이하 같다)이나 시 도지부, 지구당 국회의원 또는 국회의원의입후보등록을 한 자(이하 "지구당등"이라 한다)에 대한 정치자금의 기부를 목적으로 설립 운영되는 단체로서 관할선거관리위원회에 등록된 것을 말한다.

2. 당사자의 주장 및 이해관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 선거법 제48조 제1항, 제2항은 무소속후보자에게 정당후보자와 달리 선거권자 300인이상 500인 이하의 추천을 받도록 하고, 제143조 제1항은 정당후보자는 당원에게 연수와 교육을 시킬 수 있으나 무소속후보자는 자신의 지지자들을 상대로 연수나 교육을 시킬 수 없도록 하고, 제145조 제1항은 정당에게만 당사에 선전물을 게시할 수 있도록 하고, 정치자금법 제3조 제8호는 정당후보자는 후보자등록을 하기 전에도 후원회를 둘 수 있으나 무소속후보자는 후보자등록을 한 후에만 후원회를 둘 수 있도록 각 규정하고 있다.

(2) 위 각 조항은 무소속후보자에게 불리한 내용으로서 헌법 제11조에서 규정하는 평등권 및 헌법 제25조에서 규정하는 공무담임권을 침해하는 것이다.

나. 중앙선거관리위원회위원장의 의견

(1) 선거법 제48조 제1항, 제2항

(가) 공직선거에 있어서 후보자추천제도는 후보자의 성실성을 담보하고 후보자의 난립으로 인한 폐해를 방지하기 위한 장치라고 할 수 있으며, 추천방법에 따라 정당추천제도와 선거권자추천제도로 나눌 수 있다.

(나) 현행 선거제도에 있어서 위 조항에 의한 선거권자추천제도는 후보등록요건으로서 일정수의 선거권자로부터 추천을 받도록 하여 후보자로서의 성실성을 담보하기 위한 것으로서 정당추천제도의 보완방법으로 채택되고 있다.

(다) 정당이란 국민의 정치적 의사를 형성하고 정권의 획득 유지를 통하여 그 정책을 실현하는 자주적인 조직단체로서 헌법에 의하여 그 설립과 활동의 자유가 보장됨은 물론, 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받도록 규정하고 있으므로 선거법 제47조의 규정에 의하여 정당에 공직선거의 후보자추천권한을 부여하는 것은 당연하다.

(라) 따라서 후보자추천 방법상의 단순한 비교만으로 정당후보자와 무소속후보자를 차별하고 있다고 할 수 없다.

(2) 선거법 제143조 제1항 및 제145조 제1항

(가) 정당이 책임있는 정치적 주장이나 정책을 추진하기 위하여 그 조직원인 당원에게 정강 정책등에 관하여 교육을 실시하거나 정당의 당사에 선전물을 게시하는 것은 정치적 조직단체로서 그 목적을 달성하기 위한 통상적인 활동이라 할 수 있으며, 정당은 헌법에 의하여 그 설립과 활동의 자유가 보장되고 있으므로 선거가 있는 때라 하더라도 그 본질적인 활동을 침해할 수 없다.

(나) 따라서 정당후보자와 무소속후보자 사이의 사실상의 정치활동 범위의 불균형은 통상적인 정당활동이 허용되므로 인하여 발생하는 반사적인 효과에 불과한 것이므로 정당후보자와 무소속후보자 사이에 선거운동의 차별이 있다고 할 수 없다.

(3) 정치자금법 제3조 제8호

위 조항에 의한 후원회는 같은법 제5조에 의하여 정당의 중앙당이나 시·도지부, 지구당 국회의원 또는 국회의원입후보등록을 한 자가 둘 수 있도록 하고 있어, 국회의원이 아닌

국회의원입후보 예정자는 후보등록 이전에는 정당에 소속되어 있거나 그러하지 아니하거나 간에 후원회를 둘 수 없으므로 정당후보자와 무소속후보자 사이에 차별이 있다고 할 수 없다.

3. 판단

가. 선거제도와 정당제도

대의제민주주의에 바탕을 둔 우리 헌법의 통치구조에서 선거제도는 국민의 주권행사 내지 참정권행사의 과정으로서 국가권력의 창출과 국가 내에서 행사되는 모든 권력의 정당성을 국민의 정치적인 합의에 근거하게 하는 통치기구의 조직원리이다. 따라서 선거에 있어서 모든 국민이 평등하게 참여할 수 있는 기회를 보장하는 것은 필수불가결한 요소이며(헌법재판소 1996. 3. 28. 선고, 96헌마9·77·84·90(병합) 결정 참조), 이에 따라 헌법은 평등선거의 원칙과 선거운동의 균등한 기회의 보장을 규정하고 있다(헌법 제41조 제1항, 제67조 제1항, 제116조 제1항).

한편 우리 헌법은 정당제민주주의를 채택하여 정당설립의 자유와 국가의 보호를 규정함으로써(제8조 제1항, 제3항) 정당활동의 자유를 포함한 정당의 자유를 광범위하게 보장하고 있으며 이에 따라서 정당법도 정당활동의 자유를 보장하고 있다(제30조). 정당은 정치적결사로서 국민의 정치적의사를 적극적으로 형성하고 각계 각층의 이익을 대변하며, 정부를 비판하고 정책적 대안을 제시할 뿐만 아니라, 국민 일반이 정치나 국가작용에 영향력을 행사하는 매개체의 역할을 수행하는등 현대의 대의제민주주의에 없어서는 안될 중요한 공적기능을 수행하고 있다(헌법재판소 1996. 3. 28. 선고, 96헌마 18·37·64·66(병합) 결정 참조).

그러므로 정당이 그 목적을 달성하기 위하여 행하는 고유한 기능과 통상적인 활동은 선거에 있어서도 보장되어야 하며 따라서 그로 인하여 무소속후보자와 정당후보자 간에 차별이 생긴다 하더라도 그것은 불합리한 차별이라고 할 수 없다.

나. 선거법 제48조(선거권자의 후보자추천) 제1항, 제2항

정당후보자는 정당의 추천만 받으면 선거에 입후보할 수 있는데 비하여(제47조) 무소속후보자는 위 조항에 의하여 당해 선거구 선거권자 300인 이상 500인 이하의 추천을 받아야 입후보할 수 있도록 되어 있는 것이 불합리한 차별인지 여부에 관하여 살펴본다.

선거는 국민의 정치적 의사나 이해를 국정에 반영하는 제도이므로 그 방법과 절차가 공

정하고도 효과적이어야 하며 무소속후보자에게 선거권자의 추천을 요구하고 있는 것은 후보자로 하여금 국민인 선거권자의 추천에 의한 일정한 자격을 갖추게하여 후보자가 난립하는 현상을 방지하는 한편 후보자의 등록단계에서부터 국민의 의사가 반영되도록 함으로써 국민의 정치적의사가 효과적으로 국정에 반영되도록 하기 위한 것이다.

이에 반하여 정당은 일정한 정강정책을 내세워 공직선거에 있어서 후보자를 추천함으로써 국민의 정치적 의사 형성에 참여함을 목적으로 하는 정치적조직이고 소속당원만을 후보자로 추천할 수 있으므로(제47조 제1항) 정당이 후보자를 추천하는 행위에는 정치적인 사나 이해를 집약한 정강정책을 후보자를 통하여 제시하는 의미가 포함되어 있다고 할 것이므로 무소속후보자의 경우와 같이 선거권자의 추천을 따로 받을 필요가 없다고 할 것이다.

따라서 무소속후보자에게만 선거권자의 추천을 받도록 한 것은 불합리한 차별이라고 할 수 없다.

다. 선거법 제143조(당원교육의 제한) 제1항

정당은 위 조항에 의하여 선거기간개시일 전에 아무런 제한없이 당원교육이 허용되는 결과 당원교육을 구실로 사실상의 사전선거운동을 하는 것이 가능하게 되는데 반하여 무소속후보자는 지지자들을 상대로 한 교육이라고 하더라도 사전선거운동으로서 금지되므로 이 점이 불합리한 차별인지 여부에 관하여 살펴본다.

정당의 당원교육은 정당이 그 목적을 달성하기 위하여 행하는 정당내부의 기본적 통상적 활동이며 헌법재판소는 위 조항에 관하여 선거운동의 공정이라는 선거법의 목적을 달성하기 위하여 정당이 가지는 권능과 자유를 어느 정도로 제한할 것인가 하는 것은 입법자의 광범위한 형성의 재량에 속하는 사항이라 할 것이고, 무소속후보자에게는 금지되어 있는 선거운동기간개시 전의 선거운동을 허용하는 것이 아닌한 이를 자의적인 입법이라고 할 수 없다는 이유로 위헌이 아니라고 판시하였는 바(헌법재판소 1996. 3. 28. 선고, 96헌마18·37·64·66(병합) 결정 참조), 이를 달리 판단하여야 할 사정변경도 없다 할 것이다.

따라서 위 조항은 불합리한 차별을 규정한 것이라고 할 수 없다.

라. 선거법 제145조(당사게시 선전물등의 제한) 제1항

정당은 위 조항에 의하여 선거기간 중은 물론 선거기간 전이라도 당사의 외벽면 등에 홍보에 필요한 사항들을 게재한 간판등(이하 "선전물"이라 한다)을 설치할 수 있는데 반하

여, 무소속후보자는 선거기간이 개시되어야 비로소 선거사무소등 선거운동기구에 선전물을 설치할 수 있어 차별이 존재한다.

그러나 정당은 책임있는 정치적 주장이나 정책을 추진하고 공직선거의 후보자를 추천함으로써 국민의 정치적 의사형성에 참여함을 목적으로 하는 정치적 조직체로서 그 고유한 기능과 기본적 통상적 활동은 위에서 본 바와 같이 헌법과 법률에 의해 보장되는 바, 정당이 당사에 선전물을 설치하는 것은 정당의 통상적 활동이라고 할 것이므로 불합리한 차별이라고 할 수 없다.

마. 정치자금법 제3조(정의) 제8호

정치자금법은 정치자금의 적정한 제공을 보장하고 그 수입과 지출상황을 공개함으로써 민주정치의 건전한 발전에 기여함을 목적으로 하며(같은법 제1조), 위 조항은 정치자금에 관하여 정당의 중앙당, 시 도지부, 지구당이나 국회의원은 후원회를 둘 수 있음에 반하여 국회의원입후보예정자는 후보등록 이전에는 후원회를 둘 수 없도록 차별을 하고 있다.

이 점에 관하여 헌법재판소는 정치자금법의 위와 같은 입법목적 달성을 위해서, 정치자금을 받을 대상자가 객관적으로 정치자금을 제공받을 수 있는 위치에 있을 것을 요한다고 할 것인데, 단순한 국회의원입후보예정자는 어느 시점을 기준으로 그러한 위치를 인정할 것인지가 객관적으로 불분명하므로, 위 조항이 정치자금법의 입법목적 달성을 위한 적절한 수단에 해당되는 것이며 따라서 합리적 이유가 있는 차별이라는 점을 들어 위헌이 아니라고 판시하였는 바(헌법재판소 1995. 11. 30. 선고, 94헌마97 결정 참조), 이를 달리 판단하여야 할 사정변경도 없다 할 것이다.

4. 결론

따라서 선거법 제48조 제1항·제2항, 제143조 제1항, 제145조 제1항, 정치자금법 제3조 제8호가 청구인의 기본권을 침해한다고 볼 수 없으므로 이 사건 심판청구를 기각하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

1996. 8. 29.

재판관 김용준(재판장) 김진우 김문희 황도연 이재화 조승형 정경식 고중석 신창언(주심)

3

무소속후보자 추천장에 무인을 허용하지 아니하는 공직선거법 제49조 제3항의 공무담임권 침해 여부

■ 공직선거법 제49조제3항 위헌확인, 2009. 9. 24. 2008헌마265 ■

【판시사항】

무소속후보자가 되고자 하는 자는 선거권자가 기명·날인한 추천장을 등록신청서에 첨부하도록 하면서 선거권자의 서명이나 무인은 허용하고 있지 아니한 공직선거법 제49조 제3항 중 “기명·날인(무인을 허용하지 아니한다)” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 공무담임권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

이 사건 법률조항이 추천장에 추천인의 기명·날인(무인은 제외)을 받도록 요구하는 것은 부정한 방법에 의한 추천장 작성을 방지하여 추천의 진정성을 확보하고 궁극적으로 선거의 신뢰성과 공정성을 확보하기 위한 것이므로 그 입법목적의 정당성이 인정되며, 이와 같이 추천의 진정성을 확보하기 위하여 추천인으로 하여금 기명 후 추천인의 도장을 날인하도록 하는 방법을 채택한 것도 입법 목적을 달성하기 위한 적절한 수단이라고 할 수 있다.

서명에 의한 추천을 허용할 경우에는 날인을 요구하는 경우에 비하여 추천인의 진의를 객관적으로 확인하기 어렵고 허위의 서명에 의하여 추천서를 작성하기가 용이하다. 무인의 경우에는 특별한 감정절차 없이는 기명한 사람의 무인인지 여부를 식별하기가 곤란하므로 제3자가 임의로 무인을 하거나 간격을 두고 반복적으로 무인을 하더라도 이를 분별해 내기가 어렵다. 따라서 국회의원 후보자를 추천하는 선거권자의 날인 대신에 서명이나 무인을 허용하는 것이 이 사건 법률조항의 입법 목적을 효과적으로 달성할 수 있는 방법이라고 보기도 어렵다.

한편, 후보자 추천을 받기 위한 호별방문은 허용되고 있는 점, 공직선거법 제48조 제1항이 관할 선거구 안에 주민등록이 된 선거권자만 후보자를 추천할 수 있도록 하고 있기 때문에 주소지를 방문하여 추천을 받는 것이 반드시 비효율적이라고 볼 수도 없는 점, 추

천을 받을 수 있는 기간은 후보등록 개시일 5일 전부터 후보등록 개시일 이후 2일까지 최대 7일이라는 점, 후보자가 되고자 하는 자뿐만 아니라 그 가족, 지지자 등 누구든지 추천을 받기 위해 추천장을 소지하고 호별방문 등을 할 수 있는 점 등에 비추어 보면, 추천인의 날인 대신에 서명이나 무인을 허용하지 아니한 것이 무소속 국회의원 후보자로 되는 것을 현저히 곤란하게 하여 공무담임권을 침해하는 정도라고 보기는 어렵다.

【심판대상조문】

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제49조 제3항 중 “기명·날인(무인을 허용하지 아니한다)” 부분

【참조조문】

헌법 제15조, 제25조

공직선거법 제48조 제1항, 제106조 제1항

【참조판례】

헌재 1996. 8. 29. 96헌마99, 판례집 8-2, 199, 208

헌재 2003. 8. 21. 2001헌마687, 판례집 15-2상, 214, 223

헌재 2008. 3. 27. 2006헌바82, 판례집 20-1상, 355, 370

【당 사 자】

청 구 인 윤○영

국선대리인 변호사 고영준

【주 문】

이 사건 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

이 사건 심판청구 당시 청구인은 2008. 4. 9. 실시 예정인 제18대 국회의원 선거에 무소속으로 출마하기 위하여 선거관리위원회에 예비후보자로 등록한 자로서, 공직선거법 제49조 제3항이 무소속 후보자가 되고자 하는 자는 선거권자가 기명·날인(무인은 불허)한 추천장을 등록신청서에 첨부하도록 하면서 선거권자의 서명 또는 무인을 허용하지 아니하여 청구인의 공무담임권, 직업선택권 및 선거권자의 참정권을 침해하였다고 주장하며 2008. 3. 20. 이 사건 헌법소원을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제49조 제3항 중 “기명·날인(무인을 허용하지 아니한다)” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다. 심판대상조항 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제49조(후보자의 등록 등) ③무소속후보자가 되고자 하는 자는 제48조(선거권자의 후보자추천)의 규정에 의하여 선거권자가 기명·날인(무인을 허용하지 아니한다)한 추천장(단기 또는 연기로 하며 간인을 요하지 아니한다)을 등록신청서에 첨부하여야 한다.

제48조(선거권자의 후보자추천) ① 관할선거구 안에 주민등록이 된 선거권자는 각 선거(전국구국회의원선거를 제외한다)별로 정당의 당원이 아닌 1인을 당해 선거구(국회의원선거에 있어서는 당해 국회의원지역구)의 후보자(이하 “무소속후보자”라 한다)로 추천할 수 있다.

② 무소속후보자가 되고자 하는 자는 관할선거구선거관리위원회가 후보자등록신청개시일 전 5일(대통령의 임기만료에 의한 선거에 있어서는 후보자등록신청개시일 전 30일, 대통령의 궐위로 인한 선거 등에 있어서는 그 사유가 확정된 후 3일)부터 검인하여 교부하는 추천장을 사용하여 다음 각 호에 의하여 선거권자의 추천을 받아야 한다.

2. 지역구국회의원선거 및 자치구·시·군의 장 선거

300인 이상 500인 이하

③ 제2항의 경우 검인되지 아니한 추천장에 의하여 추천을 받거나 추천선거권자수의 상

한수를 넘어 추천을 받아서는 아니된다.

④ 선거권자의 추천장의 서식·교부신청 및 교부 기타 필요한 사항은 중앙선거관리위원회규칙으로 정한다.

2. 청구인의 주장요지

가. 공직선거법 제48조는 지역구 국회의원 선거에 무소속으로 출마하려면 선거권자 300인 이상 500인 이하의 추천을 받도록 규정하고 있다. 그런데 호별방문하여 추천장을 받고자 하는 경우 대상자의 출근 등으로 만남 자체가 어려울 뿐만 아니라 선거법 위반으로 입건될 위험이 있고, 거리나 직장에서 추천을 받고자 하는 경우에는 통상 도장을 휴대하고 다니지 아니하므로 현실적으로 기명·날인을 받는 것이 불가능하여, 결국 법에서 정한 숫자의 추천을 받을 수가 없게 되어 국회의원 후보자 등록을 할 수 없게 되므로 국회의원 후보자로 될 권리가 침해되고 선거권자의 참정권도 봉쇄된다.

나. 주민소환에 관한 법률 제7조에서는 시·도지사에게 대한 주민소환 투표를 청구함에 있어 대통령령이 정하는 수 이상의 서명만 받도록 되어 있으므로, 공직선거법에서 추천인의 서명이나 무인을 허용하지 아니할 이유가 없음에도 불구하고 추천인의 기명·날인만을 요구함으로써 후보자 추천의사를 가지고 있는 선거권자에게 무용한 불편을 끼치고 나아가 인장을 새로 새겨야 하는 경제적 부담을 주어 참정권을 침해함은 물론 후보자로 등록하려는 자의 공무담임권을 침해한다.

3. 판 단

가. 공무담임권의 침해 여부

(1) 헌법 제25조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다.”라고 하여 선거직공무원을 비롯한 모든 국가기관의 공직에 취임할 수 있는 권리를 보장하고 있다. 그러나 이러한 공무담임권은 원하는 경우에 언제나 공직에 취임할 수 있는 현실적 권리를 보장하는 것이 아니라, 공무담임의 기회를 보장하는 권리의 성격을 갖는 것으로서 법이 정하는 선거에 당선되거나 공직채용시험에 합격하는 등 주관적인 전제조건이 충족되는 경우에만 공직에 취임할 권리가 보장되는 것이다. 입법자에게는 공무담임권이 현실적이고 실제적인 권리로서 행사되기 위한 전제조건으로 선거절차나 시험제도를 구체적으로 형성할 권한과 책임이 있다(헌재 2003. 8. 21. 2001헌마687).

지역구 국회의원을 선거로 선출하는 경우에 그 선거의 후보자로 될 수 있는 요건이나 절

차를 어떠한 내용으로 형성할 것인가에 관해서는 우리의 선거문화와 풍토 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 정책적으로 결정할 사항이라 할 것이다.

따라서 지역구 국회의원 선거의 무소속 후보자에게 일정수 이상의 선거권자의 기명·날인을 받은 추천을 요구하면서 날인 대신 서명이나 무인을 허용하지 아니한 것이 입법자에게 허용된 입법형성권의 범위 내이고 그 방법이 현저하게 불합리하지 않다면 헌법에 위반된다고 단정할 수 없다고 할 것이다.

(2) 지역구 국회의원 선거의 무소속 후보자에게 선거권자의 추천을 요구하는 것은 후보자로 하여금 국민인 선거권자의 추천에 의한 일정한 자격을 갖추게 하여 후보자가 난립하는 현상을 방지하는 한편, 후보자의 등록단계에서부터 국민의 의사가 반영되도록 함으로써 국민의 정치적의사가 효과적으로 국정에 반영되도록 하기 위한 것으로서 헌법에 위반되지 아니한다(헌재 1996. 8. 29. 96헌마99).

한편, 이 사건 법률조항이 추천장에 추천인의 기명·날인(무인은 제외)을 받도록 요구하는 것은 부정한 방법에 의한 추천장 작성을 방지하여 추천의 진정성을 확보하여 궁극적으로 선거의 신뢰성과 공정성을 확보하기 위한 것이므로 그 입법목적의 정당성이 인정되고, 이와 같이 추천의 진정성을 확보하기 위하여 추천인으로 하여금 기명 후 추천인의 도장을 날인하도록 하는 방법을 채택한 것도 입법 목적을 달성하기 위하여 적절한 수단이라고 할 수 있다.

(3) 우리나라의 법률생활에서 서명으로 개인의 인적 동일성을 징표하는 관행이 점차 보편화되어 가고 있는 것은 사실이지만, 서명의 관행이 날인의 관행을 완전히 대체하였다고 보기는 어렵고, 서명이 의사의 최종성과 문서의 완결성을 표현하는데 충분한 수단으로 인식되거나 사용되고 있다고 단정하기도 어렵다(헌재 2008. 3. 27. 2006헌바82). 서명이나 무인만으로는 당사자의 최종적인 진의를 확보하고 추천의 투명성을 도모하고자 하는 입법 목적을 달성하기에는 부족하다고 할 것이다. 서명에 의한 추천을 허용할 경우에는 날인을 요구하는 경우에 비하여 추천인의 진의를 객관적으로 확인하기 어렵고 허위의 서명에 의하여 추천서를 작성하기가 용이하다.

다음으로, 무인에 의한 추천의 경우에는 위조가능성이 없다는 점에서 인장에 의한 날인보다 신뢰성이 보장된다고 볼 여지가 있으나, 오히려 제3자가 임의로 무인하더라도 이를 확인하기가 어렵다. 인장에 의한 날인의 경우에는 기명한 자의 인장인지 여부를 육안으로도 식별할 수 있지만, 무인의 경우에는 특별한 감정절차 없이는 기명한 사람의 무인인지 여부를 식별하기가 어렵다. 제3자가 임의로 무인을 하거나 간격을 두고 반복적으로 무인을 하더라도 이를 분별해 내기가 어렵다.

따라서 국회의원 후보자를 추천하는 선거권자의 날인 대신에 서명이나 무인을 허용하는

것이 이 사건 법률조항의 입법목적에 효과적으로 달성할 수 있는 방법이라고 보기도 어렵다.

(4) 청구인은 기명·날인된 추천장을 받기 위하여 호별방문하고자 하는 경우 대상 선거권자의 출근 등으로 만남 자체가 어려울 뿐만 아니라 선거법 위반으로 입건될 위험이 있고, 거리나 직장 등에서 추천을 받고자 하는 경우에는 통상 인장을 휴대하고 다니지 아니하므로 현실적으로 기명·날인 받는 것이 불가능하므로 무인에 의한 추천을 허용하지 않는 것이 위헌이라는 취지로 주장한다.

그러나 공직선거법 제106조 제1항에서 호별방문을 제한하고 있는 것은 선거운동을 위한 경우 등으로 한정되어 있을 뿐 후보자 추천을 받기 위한 호별방문은 허용되고 있는 점, 공직선거법 제48조 제1항이 관할 선거구 안에 주민등록이 된 선거권자만 후보자를 추천할 수 있도록 하고 있기 때문에 주소지를 방문하여 추천을 받는 것이 반드시 비효율적이라고 볼 수도 없는 점, 지역구 국회의원 선거에 무소속으로 입후보하기 위하여 추천을 받아야 하는 선거권자의 수는 최소 300인 이상인데 지역구별 평균 유권자의 수가 약 15만 여명에 달하여 지역구 내 선거권자 500인당 1인의 추천이 필요한 셈인 점, 추천을 받을 수 있는 기간은 후보등록개시일 5일 전부터 후보등록개시일 이후 2일까지(공직선거법 제48조 제2항, 제49조 제1항) 최대 7일이라는 점, 후보자가 되고자 하는 자뿐만 아니라 그 가족, 지지자 등 누구든지 추천을 받기 위해 추천장을 소지하고 호별방문 등을 할 수 있는 점 등에 비추어 보면, 추천인의 날인 대신에 서명이나 무인을 허용하지 아니한 것이 무소속 국회의원 후보자로 되는 것을 현저히 곤란하게 하여 공무담임권을 침해하는 정도라고 보기는 어렵다.

(5) 그렇다면, 이 사건 법률조항이 추천인의 날인 대신에 서명이나 무인을 허용하지 아니하여 선거권자의 추천을 받기 어렵게 하는 측면이 있다고 하더라도, 그것이 현저히 불합리하다거나 청구인의 공무담임권을 정당한 사유 없이 침해하는 것이라고 보기는 어렵다고 할 것이다.

나. 기타 청구인 주장에 대한 판단

청구인은 이 사건 법률조항이 청구인의 직업선택의 자유도 침해한다고 주장하나, 공무원직에 관한 한 공무담임권은 직업의 자유에 우선하여 적용되는 특별법적 규정이어서 후자의 적용을 배제하므로(헌재 1999. 12. 23. 99헌마135) 앞서 이 사건 법률조항이 공무담임권을 침해하는지 여부를 심사한 이상 이와 별도로 직업선택의 자유 침해 여부를 심사할 필요가 없다.

또한, 청구인은 이 사건 법률조항이 추천인의 기명·날인만 요구함으로써 선거권자에게

무용한 불편을 끼치고 인장을 새로 새겨야 하는 경제적 부담을 주어 선거권자의 참정권을 침해한다고 주장하나, 이는 청구인의 기본권과 관련된 문제가 아니므로 따로 판단하지 아니한다.

4. 결 론

이 사건 심판청구는 이유 없으므로 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 기각하기로 결정한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥 김종대 민형기 이동흡(해외출장으로 서명날
인 불능) 목영준 송두환

4

후보자등록신청시 전과기록 제출을 규정한 공직선거법 제49조제10항 등의 사생활의 비밀 등 침해 여부

- 공직선거법 제49조 제10항 등 위헌확인(제49조 제12항), 2008. 4. 24.
2006헌마402·2006헌마531 병합 ■

【판시사항】

1. 공직선거에 후보자로 등록하고자 하는 자가 제출하여야 하는 금고 이상의 형의 범죄경력에 실효된 형을 포함시키고 있는 공직선거법 제49조 제4항 제5호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)가 공무담임권을 침해하는지 여부(소극)
2. 이 사건 법률조항이 사생활의 비밀과 자유를 침해하는지 여부(소극)
3. 이 사건 법률조항이 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 이 사건 법률조항은 후보자선택을 제한하거나 실효된 금고 이상의 형의 범죄경력을 가진 후보자의 당선기회를 봉쇄하는 것이 아니므로 공무담임권과는 직접 관련이 없다.
2. 후보자의 실효된 형까지 포함한 금고 이상의 형의 범죄경력을 공개함으로써 국민의 알 권리를 충족하고 공정하고 정당한 선거권 행사를 보장하고자 하는 이 사건 법률조항의 입법목적은 정당하며, 이러한 입법 목적을 달성하기 위하여는 선거권자가 후보자의 모든 범죄경력을 인지한 후 그 공직적합성을 판단하는 것이 효과적이다. 또한 금고 이상의 범죄경력에 실효된 형을 포함시키는 이유는 선거권자가 공직후보자의 자질과 적격성을 판단할 수 있도록 하기 위한 점, 전과기록은 통상 공개재판에서 이루어진 국가의 사법작용의 결과라는 점, 전과기록의 범위와 공개시기 등이 한정되어 있는 점 등을 종합하면, 이 사건 법률조항은 피해최소성의 원칙에 반한다고 볼 수 없고, 공익적 목적을 위하여 공직선거 후보자의 사생활의 비밀과 자유를 한정적으로 제한하는 것이어서 법익균형성의 원칙도 충족한다. 따라서 이 사건 법률조항은 청구인들의 사생활의 비밀과 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

3. 이 사건 법률조항은 후보자에게 자격제한 등 법적 불이익을 가하고 있는 것이 아니며, ‘형의 실효 등에 관한 법률’ 제7조 제1항에 의하여 형이 실효되었다고 하더라도 그 형의 선고가 있었다는 기왕의 사실 자체까지 소멸하는 것은 아닌 이상, 실효된 금고 이상의 범죄경력에 있는 공직선거 후보자가 그 출마시까지의 전경력을 공개하는데 있어서 금고 이상의 형의 범죄경력이 전혀 없는 후보자와 반드시 동일한 취급을 받아야 된다고 볼 수 없어 불합리한 차별이라고 볼 수 없다. 한편 선거권자의 신임에 의하여 정당성을 부여받는 지방의회의원의 경우 선거권자는 후보자의 도덕성·준법성 등을 판단하기 위한 충분한 정보를 제공받아야 할 필요성이 큰 반면, 직업공무원인 지방공무원은 그 선발에 있어서 공직이 요구하는 전문성·능력·적성 등을 기준으로 하는 능력주의 내지 성적주의가 바탕이 되어야 하므로, 실효된 형을 포함하는 전과기록을 제출·공개하는데 있어서 양자를 달리 취급한다 하더라도 이를 불합리한 차별이라고 보기 어렵다.

【심판대상조문】

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제49조(후보자등록 등) ①~③ 생략

④ 제1항 내지 제3항의 규정에 의하여 후보자등록을 신청하는 자는 다음 각 호의 서류를 제출하여야 하며, 제56조(기탁금) 제1항의 규정에 의한 기탁금을 납부하여야 한다.

1.~4. 생략

5. 금고 이상의 형의 범죄경력(실효된 형을 포함하며 이하 이 조에서 “전과기록”이라 한다)에 관한 증명서류

6. 생략

⑤~⑮ 생략

【참조조문】

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제49조(후보자등록 등) ① 후보자의 등록은 대통령선거에 있어서는 선거일전 24일, 국회의원선거와 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거에 있어서는 선거일전 15일(이하 “후보자등록신청개시일”이라 한다)부터 2일간(이하 “후보자등록기간”이라 한다) 관할선거구선거관리위원회에 서면으로 신청하여야 한다.

②~⑨ 생략

- ⑩ 후보자가 되고자 하는 자 또는 정당은 선거기간개시일전 150일부터 본인 또는 후보자가 되고자 하는 소속 당원의 전과기록을 후보자가 되고자 하는 자의 주소지를 관할하는 경찰관서의 장에게 조회할 수 있으며, 당해 경찰관서의 장은 지체없이 그 전과기록을 회보하여야 한다. 이 경우 회보 받은 전과기록은 후보자등록 시 함께 제출하여야 하며 관할 선거구선거관리위원회는 그 확인이 필요하다고 인정되는 후보자에 대하여는 후보자등록 마감 후 지체없이 당해 선거구를 관할하는 검찰청의 장에게 그 후보자의 전과기록을 조회할 수 있고, 당해 검찰청의 장은 그 전과기록의 진위여부를 지체없이 회보하여야 한다.
- ⑪ 누구든지 선거기간중 관할선거구선거관리위원회가 제10항의 규정에 의하여 회보 받은 전과기록을 열람할 수 있다.

- ⑫ 관할선거구선거관리위원회는 제4항제2호 내지 제6호와 제10항의 규정에 의하여 제출 받거나 회보받은 서류를 선거구민이 알 수 있도록 공개하여야 한다. 다만, 선거일 후에는 이를 공개하여서는 아니된다.

⑬~⑮ 생략

지방공무원법(1981. 4. 20. 법률 제3448호로 개정된 것) 제2조(공무원의 구분) ① 공무원은 이를 경력직공무원과 특수경력직공무원으로 구분한다.

②~④ 생략

지방공무원법(2002. 12. 18. 법률 6786호로 개정된 것) 제2조(공무원의 구분) ①~② 생략

- ③ “특수경력직공무원”이라 함은 경력직공무원외의 공무원을 말하며 그 종류는 다음 각 호와 같다.

1. 정무직공무원

- 가. 선거에 의하여 취임하거나 임명에 있어서 지방자치단체의 의회의 동의를 요하는 공무원
나. 기타 다른 법령 또는 조례가 정무직으로 지정하는 공무원

2. 별정직공무원

- 가. 비서관·비서

- 나. 읍장·면장·시의 동장. 다만, 조례로 일반직공무원으로 정한 경우에는 그러하지 아니하다.

- 다. 기타 다른 법령 또는 조례가 별정직으로 지정하는 공무원

3. 전문직공무원:지방자치단체와 채용계약에 의하여 일정한 기간 연구 또는 기술업무에 종사하는 과학자·기술자 및 특수분야의 전문가

4. 고용직공무원:단순한 노무에 종사하는 공무원

④ 생략

형의 실효 등에 관한 법률(1993. 8. 5. 법률 제4569호로 개정된 것) 제7조(형의 실효) ① 수형인이 자격정지이상의 형을 받음이 없이 형의 집행을 종료하거나 그 집행이 면제된 날부터 다음 각 호의 기간이 경과한 때에는 그 형은 실효된다. 다만, 구류·과료는 형의 집행을 종료하거나 그 집행이 면제된 때에 그 형이 실효된다.

1. 3년을 초과하는 징역·금고는 10년

2. 3년 이하의 징역·금고는 5년

3. 벌금은 2년

② 생략

【참조판례】

2. 헌재 2004. 3. 25. 2002헌마411, 판례집 16-1, 468, 480

헌재 2005. 7. 21. 2003헌마282등, 판례집 17-2, 81, 92

대법원 1996. 6. 28. 선고 96도977 판결

3. 헌재 2004. 11. 25. 2002헌바8, 판례집 16-2하, 282, 290

헌재 2005. 10. 27. 2003헌바50, 판례집 17-2, 238, 250

헌재2006.3.30.2005헌마598, 판례집 18-1상, 439, 450

【당 사 자】

청 구 인 1. 조○기(2006헌마402)

대리인 법무법인 다비다

담당변호사 조동섭 외 1인

2. 이○호(2006헌마531)

3. 유○성 (2006헌마531)

청구인 2. 및 3.의 대리인 법무법인 신촌

담당변호사 이영모

【주 문】

청구인들의 심판청구를 모두 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2006헌마402 사건

이 사건 심판청구 당시 청구인은 2006. 5. 31. 실시 예정인 제4회 전국동시지방선거에서 서울시 광진구 제3선거구 시의원에 입후보하기 위하여 선거관리위원회에 예비후보자로 등록한 자로서, 한나라당 서울시당 공천심사위원회에 공천신청을 하였는데 위 공천심사위원회로부터 전과조회기록의 제출을 요청받자 공직선거법 제49조 제10항에 따라 관할 경찰서에 범죄경력조회를 신청하여 1985. 사문서위조 등으로 집행유예 판결을 받은 전과가 기재된 범죄경력회보서를 회보받아 위 공천심사위원회에 제출하였다. 청구인이 회보받은 전과는 ‘형의 실효 등에 관한 법률’ 제7조 제1항에 따라 이미 형이 실효된 것이었다.

청구인은 공직선거법 제49조 제10항 및 제12항이 형의 실효여부와 관계없이 일률적으로 전과기록을 조회·공개하도록 강제하고 있어 청구인의 평등권, 사생활의 비밀과 자유, 공무담임권을 침해하는 것이라며 2006. 3. 28. 이 사건 헌법소원을 청구하였다.

(2) 2006헌마531 사건

이 사건 심판청구 당시 청구인 이○호는 서울 강서구의회 의원인 자, 청구인 유○성은 서울 강북구의회 의원인 자로서, 2006. 5. 31. 실시 예정인 제4회 전국동시지방선거에서 선거관리위원회에 후보자로 등록하였다.

청구인들은 공직선거법 제49조 제10항에 따라 관할 경찰서에 범죄경력조회를 신청하여 청구인 이○호는 1976. 서울고등법원에서 폭력행위 등으로 징역 1년, 집행유예 2년, 1977.

춘천지방법원에서 특수절도로 징역 8월, 1981. 서울고등법원에서 특정범죄가중처벌등에 관한 법률위반으로 징역 2년 6월의 판결을 받은 전과가 기재된 범죄경력회보서를, 청구인 유○성은 1979. 서울북부지방법원에서 폭력행위등처벌에 관한 법률위반으로 징역 10월, 집행유예 2년의 판결을 받은 전과가 기재된 범죄경력회보서를 각 회보받아 후보자등록 신청시 이를 제출하였다. 청구인들의 전과는 ‘형의 실효 등에 관한 법률’ 제7조 제1항에 따라 이미 형이 실효된 것이었다.

청구인들은 공직선거법 제49조 제4항 제5호 중 “실효된 형을 포함하며” 부분 및 제10항 내지 제12항 중 실효된 형이 포함된 전과기록의 조회·공개·열람 부분이 청구인들의 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권, 프라이버시권, 평등권, 공무담임권, 공정한 선거관리 원칙을 침해하는 것이라며 2006. 5. 23. 이 사건 헌법소원을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인들은 실효된 금고 이상의 형의 범죄경력이 있는 자들로서 이들의 주장취지는 공직선거에 후보자로 등록하고자 하는 자가 제출하여야 할 금고 이상의 형의 범죄경력에 실효된 형을 포함시키고, 실효된 금고 이상의 형의 범죄경력을 조회·열람·공개하는 것이 위헌이라는 것이다.

그런데 법 제49조 제4항 제5호는, “이 조에서 ‘전과기록’이라 함은 실효된 형을 포함하는 금고 이상의 형의 범죄경력”이라고 정의하고 있으므로, 청구인들의 주장취지에 비추어 볼 때 법 제49조 제4항 제5호 중 ‘실효된 형을 포함하며’ 부분만을 심판대상으로 삼으면 족하다(청구인들은 법 제49조 제10항, 제11항, 제12항 중에서도 위 부분만을 다투고 있으므로, 나머지 부분은 따로이 심판대상으로 삼지 아니한다).

따라서 이 사건 심판의 대상은 “공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제49조 제4항 제5호 중 ‘실효된 형을 포함하며’ 부분”(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다. 심판대상 조항 및 관련규정의 내용은 [별지] 기재와 같다.

2. 청구인들의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장요지

(1) 2006헌마402 사건

공직선거법 제49조 제10항 및 제12항은 후보자의 프라이버시에 속하는 전과기록에 대하

여 그 형의 실효 여부와 관계없이 이를 조회한 후 공개하도록 강제하고 있어, 후보자의 적격 여부를 심사함에 있어 ‘형의 실효 등에 관한 법률’에 의하여 실효된 수십 년 전의 전과기록을 가진 후보자와 그렇지 않은 후보자 간에 불합리한 차별을 초래하여 청구인의 평등권을 침해한다.

또한 위 조항들은 선거구민들이 입후보자의 경력을 파악하여 적정한 후보를 선택할 수 있도록 하자는 본래의 취지에 적합한 범위 내에서 전과조회 및 공개의 범위를 제한하여야 함에도 어떠한 제한도 두지 않음으로써 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유 및 헌법 제25조의 공무담임권을 침해한다.

(2) 2006헌마531 사건

지방법회 의원은 지방공무원법 제2조 제3항 제1호 가목의 정무직공무원에 해당하는바, 지방공무원법상의 지방공무원이 되려는 자 중 청구인과 같이 선거에 의하여 취임하려는 자에게만 실효된 형을 포함하는 금고 이상의 형의 범죄경력에 관한 증명서류의 제출 및 이러한 전과기록을 조회·열람·공개하도록 하는 것은 평등원칙에 위반된다.

전과기록은 프라이버시 중에서도 가장 타인에게 알리고 싶지 않은 정보이므로 이 사건 심판대상 조항들에 대하여는 엄격한 심사기준이 적용되어야 한다. 선거에 입후보하였다는 이유로 국가가 실효된 형을 기재한 전과기록을 조회·열람할 수 있고, 이를 공개하도록 하는 이 사건 법률조항들은 공정한 선거의 실현이라는 목적을 달성하기 위한 필요최소한도의 수단이라는 것을 입증하지 않는 한 개인의 프라이버시보다 그 이익이 우월하다고 볼 수 없다.

한편 공정하게 치러야 할 선거에서 실효된 형을 기재한 전과기록의 열람·공개는 낙인효과가 있어 공정성을 결여한 것이므로 공정한 선거관리를 추구하는 헌법 제114조 제1항에 위반되고, 전과자의 정상적인 사회복귀를 보장하는 ‘형의 실효 등에 관한 법률’은 구두선(口頭禪)에 그치는 장식물에 불과하게 된다.

나. 중앙선거관리위원회위원장의 의견

공직선거에 의하여 선출되는 공직자는 국민의 대표자로서 일반 국민보다 더 높은 도덕성 및 준법성 등이 요구된다고 할 것인바, 후보자의 전과기록 공개는 국민이 그 대표자를 선택함에 있어 후보자의 도덕성과 준법성을 판단할 수 있는 하나의 참고자료로서 그 제도의 취지가 있다.

이러한 후보자의 전과기록 공개는 공공의 이익을 도모하고 유권자의 올바른 후보자 선택에 필요한 정보를 제공하기 위한 것이고, 전과기록의 비공개로 얻는 후보자의 사생활 보

호라는 사익보다 전과기록을 공개함으로써 얻는 공익이 더 크다고 할 것이며, 전과기록의 공개범위를 금고 이상의 형의 범죄경력으로 제한하고, 선거일 후에는 이를 공개할 수 없도록 하고 있으므로 과잉금지원칙에 위반된다고 할 수 없다.

3. 판단

가. 이 사건 법률조항의 내용 및 입법취지

공직선거의 후보자가 되고자 하는 자는 선거권자나 정당으로부터 법률이 정하는 바에 따라 추천을 받아야 하고, 법정절차에 따라 후보자등록 신청개시일로부터 2일 이내에 관할 선거구 선거관리위원회에 서면으로 신청하여 등록함으로써 후보자가 된다. 실효된 형을 포함하여 금고 이상의 형을 받은 경우의 범죄경력에 관한 증명서는 피선거권에 관한 증명서류, 등록대상재산에 관한 신고서, 병역사항 신고서, 세금납부 및 채납에 관한 증명서, 최종학력증명서 등과 함께 후보자등록 신청시 필수적으로 제출하여야 하는 서류이다(제49조 제4항 제5호). 한편 관할선거구 선거관리위원회는 위 서류들을 예비후보자등록을 신청하는 때에 제출하게 하고, 후보자등록을 신청하는 때까지 이를 추가하거나 보완하게 할 수 있다(제49조 제5항).

이 사건 법률조항은 후보자에 대한 정보공개를 강화시켜 후보자의 도덕성·청렴성·자질 등에 대한 비교·평가 등 국민의 알권리를 확대하고자 2002. 3. 7. 법률 제6663호로 신설된 것으로, 실효된 형을 포함하여 금고 이상의 형을 받은 경우의 범죄경력에 관한 증명서의 제출을 의무화함으로써 후보자등록신청의 요건을 강화하였다.

나. 공무담임권의 침해 여부

청구인들은 이 사건 법률조항으로 인하여 공무담임권이 침해된다고 주장하나, 이 사건 법률조항은 후보자선택을 제한하거나 실효된 금고 이상의 형의 범죄경력을 가진 후보자의 당선기회를 봉쇄하는 것이 아니므로 공무담임권과는 직접 관련이 없다. 그러므로 이 사건 법률조항이 청구인들의 공무담임권을 침해한다고 볼 수 없다.

다. 사생활의 비밀과 자유의 침해 여부

(1) 사생활의 비밀과 자유의 제한 및 한계

헌법 제17조는 “모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.”고 규정하여 사

생활의 비밀과 자유를 국민의 기본권의 하나로 보장하고 있다. 사생활의 비밀은 국가가 사생활영역을 들여다보는 것에 대한 보호를 제공하는 기본권이며, 사생활의 자유는 국가가 사생활의 자유로운 형성을 방해하거나 금지하는 것에 대한 보호를 의미한다. 구체적으로 사생활의 비밀과 자유가 보호하는 것은 개인의 내밀한 내용의 비밀을 유지할 권리, 개인이 자신의 사생활의 불가침을 보장받을 수 있는 권리, 개인의 양심영역이나 성적 영역과 같은 내밀한 영역에 대한 보호, 인격적인 감정세계의 존중의 권리와 정신적인 내면생활이 침해받지 아니할 권리 등이다. 요컨대 헌법 제17조가 보호하고자 하는 기본권은 사생활영역의 자유로운 형성과 비밀유지라고 할 것이다(헌재 2003. 10. 30. 2002헌마518, 판례집 15-2하, 185, 206; 헌재 2007. 5. 31. 2005헌마1139, 공보 128, 646, 650).

한편 전과기록은 형의 선고 및 재판의 확정이었다는 것에 관한 개인정보로서 그 보관주체는 국가이다. 이러한 전과기록은 내밀한 사적 영역에 근접하는 민감한 개인정보에 해당한다고 할 수 있으므로 그 제한의 허용성은 엄격히 검증되어야 한다(헌재 2005. 7. 21. 2003헌마282등, 판례집 17-2, 81, 92 참조). 즉, 개인정보의 민감성과 그에 대립하는 공익사이의 비례적 형량을 통하여 중대한 공적 이익을 달성하기 위한 불가피한 수단이라고 인정될 때에 한하여 제한이 허용되어야 한다.

따라서 금고 이상의 형의 범죄경력에 실효된 형을 포함시키는 이 사건 법률조항은 개인의 사생활의 비밀과 자유를 제한하는 것으로서, 공공복리 등을 위하여 법률로써 제한하는 경우에도 헌법 제37조 제2항에 따라 기본권제한의 한계원리인 비례의 원칙을 준수하여야 한다.

(2) 입법목적의 정당성

헌법 제24조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다.”고 규정하고 있다. 원칙적으로 간접민주정치를 채택하고 있는 우리나라에서 이처럼 공무원을 선거하는 권리는 국민의 참정권 중 가장 중요한 기본적 권리라고 할 것이므로(헌재 2002. 3. 28. 2000헌마283등, 판례집 14-1, 211, 223), 그러한 선거권의 행사를 위하여는 그 전제로 충분한 정보가 제공되어야 한다. 즉 후보자가 누구인지, 후보자의 정견은 무엇인지, 정당의 정책과 공약은 무엇인지 등에 대한 충분한 정보가 있어야 선거권을 공정하고 정당하게 행사할 수 있다(헌재 2004. 3. 25. 2002헌마411, 판례집 16-1, 468, 480).

나아가 공직선거 후보자의 도덕성, 청렴성 및 자질 등은 선거권자가 후보자의 공직적합성을 판단하는데 가장 중요한 요소 중의 하나이므로 선거권자에게 후보자의 객관적이고 사실적인 범죄관련 이력을 제공하여 줄 필요성도 매우 크다.

따라서 후보자의 실효된 형까지 포함한 금고 이상의 형의 범죄경력을 공개함으로써 국민의 알권리를 충족하고 공정하고 정당한 선거권 행사를 보장하고자 하는 이 사건 법률조항의 입법목적은 정당하다 할 것이다.

(3) 방법의 적절성

선거직 공무원은 선거권자의 신임에 의해 그 정당성을 부여받는 것이므로, 선거권자가 공정하고 정당한 선거권을 행사하기 위하여는 그 전제로 후보자에 대한 충분한 정보가 제공되어야 한다. 이러한 관점에서 공직선거 후보자의 실효된 전과기록은 비록 민감한 개인 정보이기는 하나 그의 사회적 활동에 대한 비판 내지 평가의 한 자료가 되어 그의 공직 후보자로서의 자질과 적격성을 판단하는데 중요한 자료가 될 뿐만 아니라 법원의 최종적 사법적 판단까지 받은 것이므로 공적 이익에 관한 사실이라고 볼 수 있다(대법원 1996. 6. 28. 선고 96도977판결 참조). 따라서 선거가 공정하고 제대로 이루어지기 위해서는 실효된 형까지 포함하는 후보자의 전과기록에 관한 정보를 선거권자에게 제공할 필요가 있고, 그 결과 공직선거 후보자에게는 전과기록의 공개 등에 관하여 일반 사인보다 더 큰 부담이 지워질 수 밖에 없다. 결국 위와 같은 입법목적은 달성하기 위하여는 선거권자가 후보자의 모든 범죄경력에 인지를 한 후 그 공직적합성을 판단하는 것이 효과적이라고 할 것이므로, 이 사건 법률조항과 같이 후보자의 범죄경력에 실효된 형까지 포함시키는 것은 그 방법에 있어서 적절하다고 할 것이다.

(4) 피해의 최소화

‘형의 실효 등에 관한 법률’은 확정된 형을 집행받았음에도 그 사실 자체를 근거로 일정한 법적 불이익(예컨대, 누범가중, 집행유예의 제한, 자격제한 등)을 계속 받게 된다면 수형인의 사회복귀에 적지 않은 지장이 발생하게 되므로, 일정한 기간이 경과하면 전과의 말소 또는 자격제한의 해소를 통하여 전과자의 정상적인 사회복귀를 보장하고자 하는데 그 입법취지가 있다. 그러나 형이 실효되면 형의 선고로 인한 법적 불이익이 장래에 향하여 해소된다는 것을 의미하는 것일 뿐, 처음부터 형의 선고를 받지 않은 것과 동일한 결과로 되는 것은 아니다. 그러므로 실효된 전과를 이유로 피선거권의 제한 등 법적 불이익을 가하고 있는 것이 아니라, 단지 후보자의 과거 모든 경력을 공개함으로써 선거권자로 하여금 올바른 판단을 할 수 있게 하기 위하여 후보자의 전과기록에 실효된 형까지 포함시키는 것은 ‘형의 실효 등에 관한 법률’의 입법취지에 반하는 것은 아니라 할 것이다.

또한 이 사건 법률조항은 모든 범죄경력에 대하여 제출의무를 부과하는 것이 아니라 금고 이상의 형의 범죄경력으로 그 제출의무의 범위를 제한하고 있고(제49조 제4항 제5호), 이러한 전과기록은 선거기간 중에 한하여만 열람·공개할 수 있도록 규정하고 있다(제49조 제11항, 제12항).

이와 같이 금고 이상의 범죄경력에 실효된 형을 포함시키는 이유는 선거권자가 공직후보자의 자질과 적격성을 판단할 수 있도록 하기 위한 점, 전과기록은 통상 공개재판에서 이루어진 국가의 사법작용의 결과라는 점, 전과기록의 범위와 공개시기 등이 한정되어 있는

점 등을 종합하면, 이 사건 법률조항은 그 필요성이 인정되고 달리 그 입법목적을 달성하기 위한 덜 제약적인 입법수단이 있다고 보기 어려우므로 피해최소성의 원칙에 반한다고 볼 수 없다.

(5) 법익의 균형성

금고 이상의 형의 범죄경력에 실효된 형을 포함하고 있는 이 사건 법률조항은 국민의 참정권 중 가장 중요한 선거권의 적정한 행사를 위하여 선거권자에게 후보자에 관한 충분한 정보를 제공함으로써 선거권자의 알권리 및 공정하고 정당한 선거권 행사를 보장한다는 월등한 공익을 실현하기 위한 규정이다. 위와 같은 공익적 목적을 위하여 공직선거 후보자의 사생활의 비밀과 자유를 위와 같이 한정적으로 제한하는 것은 법익 간의 균형성이 침해된 것이라고 볼 수 없다.

(6) 소결

결국 이 사건 법률조항이 과잉금지 원칙에 위배하여 청구인들의 사생활의 비밀과 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

라. 평등권 침해 여부

(1) 헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”라고 규정하고 있는바, 이러한 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적인 근거가 없는 차별을 하여서는 안된다는 상대적 평등을 뜻하므로, 합리적 근거가 있는 차별 또는 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니라 할 것이다(헌재 1998. 9. 30. 98헌가7등, 판례집 10-2, 484, 503; 헌재 1999. 5. 27. 98헌바26, 판례집 11-1, 622, 627).

(2) 금고 이상의 형의 범죄경력이 없는 후보자와의 차별

청구인들은 실효된 금고 이상의 형의 범죄경력이 있는 자들로서 ‘형의 실효 등에 관한 법률’에 의하여 형이 실효되었으므로 금고 이상의 범죄경력이 없는 후보자와 동일하게 취급하여야 함에도 양자를 다르게 취급하여 청구인들의 평등권을 침해한다는 취지로 주장하고 있다.

살피건대, 앞서 본 바와 같이 이 사건 법률조항은 선거권자에게 후보자에 관한 객관적이고 사실적인 정보를 제공함으로써 국민의 알권리 및 공정하고 정당한 선거권 행사를 보장한다는 목적에서, 후보자의 병역사항, 세금납부 및 체납에 관한 증명서, 최종학력증명서 등과 함께 실효된 형을 포함한 전과기록을 공개하도록 하는 것일 뿐, 후보자에게 자격제

한 등 법적 불이익을 가하고 있는 것이 아니다.

이러한 관점에서 볼 때, ‘형의 실효 등에 관한 법률’ 제7조 제1항에 의하여 형이 실효되었다고 하더라도 그 형의 선고가 있었다는 기왕의 사실 자체까지 소멸하는 것은 아닌 이상, 실효된 금고 이상의 범죄경력이 있는 공직선거 후보자가 그 출마시까지의 전경력을 공개하는데 있어서 금고 이상의 형의 범죄경력이 전혀 없는 후보자와 반드시 동일한 취급을 받아야 된다고 볼 수는 없다.

따라서 실효된 금고 이상의 형의 범죄경력이 있는 공직후보자를 금고 이상의 범죄경력이 없는 후보자와 위와 같이 차별하는 것이 불합리하다고 할 수 없다.

(3) 정무직이 아닌 지방공무원과의 차별

청구인 이○호, 유○성은, 정무직공무원에 해당하는 지방의회 의원이 되고자 하는 자에게만 실효된 형을 포함하는 전과기록을 제출하게 하는 것은 청구인들을 정무직이 아닌 지방공무원과 차별하는 것이라고 주장한다.

살피건대, 지방공무원법은 정무직 등의 특별한 공무원이 아닌 한 정권교체 등 외부의 영향을 받지 않게 하기 위하여 정당한 이유와 적법한 절차에 따르지 아니하고는 그 의사에 반하여 해임 등의 불이익처분을 당하지 아니하도록 하는 등 공무원의 신분을 보장하고 있다(헌재 2005. 10. 27. 2003헌바50, 판례집 17-2, 238, 250 참조). 이러한 직업공무원제도는 공무원이 집권세력의 논공행상의 제물이 되는 엽관제도를 지양하고 정권교체에 따른 국가작용의 중단과 혼란을 예방하며 일관성 있는 공무수행의 독자성을 유지하기 위한 것으로 이러한 제도를 운영함에 있어서는 인사의 공정성을 유지하는 장치가 중요하지만 특히 공무원의 정치적 중립과 신분보장은 그 중추적 요소라고 할 수 있다(헌재 2004. 11. 25. 2002헌바8, 판례집 16-2 하, 282, 290 참조). 또한 선거권자의 신임에 의하여 그 정당성을 부여받는 지방의회의원(선거직 공직)과는 달리 비선거직 공직자의 선발에 있어서는 공직이 요구하는 전문성·능력·적성 등을 기준으로 하는 능력주의 내지 성적주의가 그 바탕이 되어야 한다(헌재 2006. 3. 30. 2005헌마598, 판례집 18-1 상, 439, 450 참조).

반면 정무직 지방공무원인 지방의회의원은 직접 주민에 의하여 선출된 주민의 대표자이며 국가의 영토의 일부를 기초로 하는 지방의회의 구성원으로서 주민의 개별적·이질적 그리고 다양한 의사와 이해관계를 통합하고 지방의 의사를 형성하는 역할을 한다. 또한 조례제정, 예산의 심의·확정 기타 법령이 정하는 사항의 의결, 행정사무의 감사·조사 등의 사무를 수행하나(지방자치법 제39조, 제41조 등), 그 활동범위는 해당 지방의 지역사무에 국한된다. 더구나 2003. 7. 18. 지방의회의원이 명예직에서 유급직으로 되었고(제33조), 지방자치법 제35조 제1항 각호에 해당하는 직을 제외한 다른 직업활동을 할 수 있도록 하고 있다.

이와 같이 양자는 그 성격과 기능에 있어서 근본적인 차이가 있기 때문에 선거직 공무원이 되고자 하는 지방의회의원 후보자에 대하여는 지방공무원법상의 결격사유나 당연퇴직 규정이 적용되지 아니하고(제3조 제1항 단서), 공직선거법상의 자격요건이 적용되는 것이다(공직선거법 제19조).

따라서 선거권자의 신임에 의하여 정당성을 부여받는 지방의회의원의 경우 선거권자는 후보자의 도덕성·준법성 등을 판단하기 위한 충분한 정보를 제공받아야 할 필요성이 큰 반면, 직업공무원인 지방공무원은 그 선발에 있어서 공직이 요구하는 전문성·능력·적성 등을 기준으로 하는 능력주의 내지 성적주의가 바탕이 되어야 하므로, 실효된 형을 포함하는 전과기록을 제출·공개하는데 있어서 양자를 달리 취급한다 하더라도 이를 불합리한 차별이라고 보기 어렵다.

(4) 소결

결국 이 사건 법률조항이 지방의회의원 후보자가 제출하고 공개할 금고 이상의 형의 전과기록에 실효된 형을 포함시킴으로써 금고 이상의 범죄경력에 없는 후보자 또는 정무직이 아닌 지방공무원과 차별하고 있는 데에는 그에 상당한 합리적인 이유가 있으므로 청구인들의 평등권을 침해하는 것이라 할 수 없다.

마. 청구인들의 그 밖의 주장에 대한 판단

청구인 이○호, 유○성은 이 사건 법률조항이 인간의 존엄과 가치, 행복추구권 및 공정한 선거관리 원칙(헌법 제114조 제1항)을 침해한다고 주장하나, 앞에서 본 바와 같이 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 대한 침해 여부를 판단하는 이상 행복추구권에 대하여는 보충적으로 판단할 필요가 없고, 따로 인간의 존엄과 가치에 관련된 사안이라고 보기도 어렵다. 한편, 이미 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항이 전과기록에 실효된 형까지 포함시킨 이유는 후보자의 범죄경력에 관한 보다 객관적이고 사실적인 정보를 제공함으로써 국민의 알권리 및 공정하고 정당한 선거권 행사를 보장하고자 함에 있는 것이므로, 그것이 공정한 선거관리를 규정하고 있는 헌법 제114조 제1항에 위반된다고 볼 수도 없다.

4. 결 론

그렇다면 청구인들의 심판청구는 모두 이유 없으므로 기각하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

2008. 4. 24.

5

정당의 후보자 추천 취소·변경을 금지한 공직선거법 제50조제1항에 대한 헌법소원의 적법 여부

■ 공직선거법 제50조 제1항 위헌확인, 2007. 10. 9. 2007헌마1032 ■

【판시사항】

정당으로 하여금 후보자의 추천을 취소 또는 변경할 수 없도록 규정한 공직선거법 제50조 제1항에 대해 단순한 정당원 또는 국민 개인의 지위에 있는 자가 제기한 심판청구의 적법 여부(소극)

【결정요지】

정당으로 하여금 후보자 등록 후에는 등록된 후보자에 대한 추천을 취소 또는 변경할 수 없도록 규정하고 있는 법률조항은 정당원이나 국민 개인이 정당을 지지하고 정당을 통해 의사를 표현할 권리 자체를 제한하지는 않고 있으므로, 단순히 정당원 또는 국민 개인의 지위에서 제기한 심판청구는 자기관련성이 없어 부적법하다.

【심판대상조문】

공직선거법 제50조 제1항

【참조조문】

헌법재판소법 제68조 제1항

【당 사 자】

청 구 인 정○용

【주 문】

청구인의 심판청구를 각하한다.

【이 유】

청구인은, 후보자 등록 후에는 그 후보자를 추천한 정당으로 하여금 후보자에 대한 추천을 취소하거나 변경할 수 없도록 하고 있는 공직선거법 제50조 제1항이 정당의 기본권과 복수정당제를 침해하고 국민이 정당을 지지하고 정당을 통해 의사 표현할 권리를 침해한 다며 공직선거법 제50조 제1항의 위헌확인을 구하는 이 사건 심판을 청구하였다.

살피건대 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원은 공권력의 행사로 인해 자기의 기본권이 현재, 직접 침해당한 자가 제기할 수 있으며, 그 공권력의 행사에 대하여 간접 적, 사실적인 이해관계가 있을 뿐인 제3자는 헌법소원을 제기할 수 없다.

공직선거법 제50조 제1항은 “정당은 후보자 등록 후에는 등록된 후보자에 대한 추천을 취소 또는 변경할 수 없으며, 비례대표국회의원후보자명부(비례대표지방의회의원후보자명부를 포함한다. 이하 이 항에서 같다)에 후보자를 추가하거나 그 순위를 변경할 수 없다. 다만, 후보자 등록기간중 정당추천후보자가 사퇴·사망하거나, 소속정당의 제명이나 중앙당의 시·도당 창당 승인취소 외의 사유로 인하여 등록이 무효로 된 때에는 예외로 하되, 비례대표국회의원후보자명부에 후보자를 추가할 경우에는 그 순위는 이미 등록된 자의 다음으로 한다.”고 규정하고 있는바, 위 법률조항은 후보자 등록 후에 정당으로 하여금 그 후보자에 대한 추천을 취소 또는 변경할 수 없도록 하고 있을 뿐, 정당원이나 국민 개인 이 정당을 지지하고 정당을 통해 의사를 표현할 권리 자체를 제한하지는 않고 있다.

따라서 청구인이 단순히 정당원 또는 국민 개인의 지위에서 제기한 이 사건 심판청구는 자기관련성이 없는 자가 제기한 것으로서 부적법하다.

그렇다면 이 사건 심판 청구는 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없는 경우에 해당하므로 헌법재판소법 제72조 제3항 제4호에 따라 이를 각하하기로 하여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 이공현(재판장) 김종대(주심) 송두환

6

공무원의 입후보시 선거일전 60일까지 사직하도록 규정한 공직선거법 제53조제1항제1호의 공무담임권 및 평등권 침해 여부

- 공직선거법 제53조 제1항 제1호 등 위헌확인(제9조 제1항, 제60조 제1항 제4호, 제86조 제1항 제2호, 지방공무원법 제57조 제2항 제1호), 2008. 10. 30. 2006헌마547 ■

【판시사항】

1. 공무원이 공직선거 후보자가 되고자 하는 경우 선거일 전 60일까지 그 직을 그만두도록 한 공직선거법 제1항 제1호(이하 ‘이 사건 조항’이라 함)가 공무담임권을 침해하는지 여부(소극)
2. 이 사건 조항이 정부투자기관 직원과 비교하여 공무원의 평등권을 침해하는지 여부(소극)
3. 공무원의 선거운동 등을 제한하는 공직선거법 제9조 제1항, 제60조 제1항 제4호, 제86조 제1항 제2호, 지방공무원법 제57조 제2항 제1호에 대한 심판청구 부분을 자기관련성이 없다고 본 사례

【결정요지】

1. 이 사건 조항은 선거의 공정성과 직무전념성을 추구하는 효과가 있으므로 입법목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정된다. 공무원이 그 직을 유지한 채 공직후보자로서 선거에 참가할 수 있다면 부적절하게 지위와 권한을 행사하거나 선거구민들에게 유리한 편파적인 행정이나 법집행을 행할 소지가 있다. 입법자가 선거일 전 60일부터는 공직선거에 입후보하고자 하는 공무원을 현직에서 배제시킨 것이 과도한 공무담임권 제한이라고 볼 수 없다.
2. 이 사건 조항이 공무원과 정부투자기관 직원 사이에 공직후보자 출마시 선거일 전 60일까지 사퇴하도록 하는 것이 평등권 침해를 논할 비교집단을 구성한다고 하더라도, 이 사건 조항이 위와 같은 입법목적에 지닌 것을 볼 때, 양자 간에는 차별취급의 합리적 이유가 있으며, 차별목적과 수단 사이에 비례성을 벗어났다고도 볼 수 없다.
3. 이 사건 조항을 제외한 나머지 심판대상조항은 청구인에게 적용되는 것이 아니었으므로 자기관련성을 인정할 수 없다.

【심판대상조항】

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제53조(공무원 등의 입후보) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자로서 후보자가 되고자 하는 자는 선거일전 60일(비례대표국회의원선거나 비례대표지방의회의원선거 및 보궐선거 등에 있어서와 국회의원이나 지방자치단체의 장의 선거에 입후보하는 경우 및 지방의회의원이 다른 지방자치단체의 의회의원이나 장의 선거에 입후보하는 경우에 있어서는 후보자등록신청 전)까지 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.

1. 「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.

2.~8. 생략

②~③ 생략

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제9조(공무원의 중립의무 등) ① 공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자(기관·단체를 포함한다)는 선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위를 하여서는 아니된다.

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제60조(선거운동을 할 수 없는 자) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 선거운동을 할 수 없다. 다만, 제4호 내지 제8호에 해당하는 자가 후보자의 배우자인 경우에는 그러하지 아니하다.

1.~3. 생략

4. 「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(국회의원과 지방의회의원외의 정무직공무원을 제외한다)은 그러하지 아니하다.

5.~9. 생략

② 생략

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제86조(공무원 등의 선거에 영향을 미치는 행위금지) ① 공무원(국회의원과 그 보좌관·비서관·비서 및 지방의회의원을 제외한다), 제53조(공무원 등의 입후보) 제1항 제4호 및 제6호에 규정된 기관 등의 상근 임·직원, 통·리·반의 장, 주민자치위원회위원과 향토예비군소대장급 이상의 간부, 특별법에 의하여 설립된 국민운동단체로서 국가나 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 대표자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.

1. 생략

2. 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위

3.~7. 생략

②~⑥ 생략

지방공무원법(1963. 11. 1. 법률 제1427호) 제57조(정치운동의 금지) ① 생략

② 공무원은 선거에 있어서 특정정당 또는 특정인의 지지나 반대를 하기 위하여 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.

1. 투표를 하거나 하지 아니하도록 권유하는 것

2.~5. 생략

③ 생략

【참조판례】

1. 헌재 1995. 3. 23. 95헌마53, 판례집 7-1, 463, 473

헌재 2004. 4. 29. 2002헌마467, 판례집 16-1, 541, 554

2. 헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 686, 701

헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 727-728

【당 사 자】

청 구 인 원○회

국선대리인 변호사 정종희

【주 문】

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제53조 제1항 제1호에 대한 심판청구를 기각하고, 나머지 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

청구인은 경기도교육청 지방사무원 기능10급으로 근무 중 2006. 5. 2.부터 2007. 5. 1.까지 휴직하였다가 복직하였다. 청구인은 2006. 5. 31. 실시되는 지방선거에 공무원신분을 유지한 채 의정부시의회의원으로 출마하려고 하였으나, 공직선거법 제53조 제1항 제1호가 공무원의 공직선거 출마시 선거일 전 60일까지 사직하도록 하여 입후보할 수 없고, 입후보를 하더라도 공직선거법 제9조 제1항, 제60조 제1항 제4호, 제86조 제1항 제2호, 지방공무원법 제57조 제2항 제1호에 따라 공무원은 선거에 영향을 미치는 행위 등을 할 수 없어, 위 각 조항들이 청구인의 기본권을 침해한다고 주장하며 2006. 5. 3. 위 각 조항들을 다투는 헌법소원심판을 청구하였다.

이 사건 심판의 대상은 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제53조 제1항 제1호, 제9조 제1항, 제60조 제1항 제4호, 제86조 제1항 제2호, 지방공무원법(1963. 11. 1. 법률 제1427호) 제57조 제2항 제1호가 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다.

[심판대상조항]

공직선거법 제53조(공무원 등의 입후보) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자로서 후보자가 되고자 하는 자는 선거일 전 60일(비례대표국회의원선거나 비례대표지방의회의원선거 및 보궐선거 등에 있어서와 국회의원이나 지방자치단체의 장의 선거에 입후보하는 경우 및 지방의회의원이 다른 지방자치단체의 의회의원이나 장의 선거에 입후보하는 경우에 있어서는 후보자등록신청 전)까지 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 가

지고 입후보하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 「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.

제9조(공무원의 중립의무 등) ① 공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자(기관·단체를 포함한다)는 선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위를 하여서는 아니된다.

제60조(선거운동을 할 수 없는 자) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 선거운동을 할 수 없다. 다만, 제4호 내지 제8호에 해당하는 자가 후보자의 배우자인 경우에는 그러하지 아니하다.

4. 「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(국회의원과 지방의회의원 외의 정무직공무원을 제외한다)은 그러하지 아니하다.

제86조(공무원 등의 선거에 영향을 미치는 행위금지) ① 공무원(국회의원과 그 보좌관·비서관·비서 및 지방의회의원을 제외한다), 제53조(공무원 등의 입후보)제1항 제4호 및 제6호에 규정된 기관 등의 상근 임·직원, 통·리·반의 장, 주민자치위원회위원과 향토예비군소대장급 이상의 간부, 특별법에 의하여 설립된 국민운동단체로서 국가나 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 대표자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.

2. 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위

지방공무원법 제57조(정치운동의 금지) ② 공무원은 선거에 있어서 특정정당 또는 특정인의 지지나 반대를 하기 위하여 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.

1. 투표를 하거나 하지 아니하도록 권유하는 것

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 공직선거법 제53조 제1항 제1호는 거의 모든 공무원에 대하여 입후보를 금지하고 있어 과잉금지의 원칙에 어긋나고 청구인의 공무담임권, 평등권, 직업선택의 자유를 침해하고 있다. 공직선거에 있어서는 실질적으로 그 직을 이용하여 권한을 남용할 여지가 분명한 공무원에 대해서만 그 입후보를 제한하여야 한다.

공직선거법은 공무원이 그 지위를 이용하여 선거운동을 할 수 없게 하며, 이를 위반할 경우 사후적으로 당선무효 등 엄중한 처벌이 가능함에도 불구하고 위 조항은 현실적으로 권한남용이 가능한지 여부조차 불분명한 상태에서 기본권을 제한하고 있다.

한편 기능직, 고용직 공무원의 경우 공무원직을 이용하여 선거에 부당한 영향을 미칠 가능성이 적다. 정부투자기관의 직원의 경우 선거에 부당한 영향을 미칠 가능성이 없으므로 공직후보자가 된다는 이유로 사퇴하지 않는데, 기능직·고용직 공무원의 경우 역시 마찬가지이다. 또 휴직 중인 공무원의 경우 직무에 종사하지 않으므로 공직선거에 출마하더라도 공무원의 직무전념성이나 겸직금지에 위반되지 않는다.

지방선거의 경우 국회의원선거와는 달리 지방자치단체의 행정사무를 담당하는 일이므로 규모면으로나 자질면에서 국가의 중요한 인적 자원인 공무원 계층의 기초의회 입후보를 일방적으로 금지한 것은 공익적 효과가 있다고 보기 어렵다.

(2) 공무원이 신분을 유지한 채 입후보를 하더라도 공직선거법 제9조 제1항, 제60조 제1항 제4호, 제86조 제1항 제2호, 지방공무원법 제57조 제2항 제1호에 따라 공무원은 선거에 영향을 미치는 행위 등을 할 수 없으므로 위 조항들은 청구인의 기본권을 침해하는 것이다.

나. 중앙선거관리위원회 위원장의 의견

공직선거법이 공무원의 공직선거 입후보와 선거운동을 금지하는 것은 공직의 직무전념성을 보장하는 한편, 직무수행과정에서 자신에게 유리하도록 법집행 및 행정집행을 하거나 선거운동에 유리한 정보를 수집·활용함으로써 선거의 결과에 부당한 영향을 미치는 것을 방지하여 선거의 공정성을 확보하기 위한 것이다.

기능직 공무원도 직급과 직무분야에 따라 독자적으로 의사결정을 하거나 다른 공무원의 사무를 보조하여 법집행 또는 행정집행을 하는 과정에서 선거운동에 필요한 정보를 수집하거나 권한을 남용하는 등 그 직을 이용할 가능성을 배제할 수 없다. 그러므로 심판대상 조항은 청구인의 기본권을 침해한다고 볼 수 없다.

3. 판 단

가. 공직선거법 제9조 제1항, 제60조 제1항 제4호, 제86조 제1항 제2호, 지방공무원법 제57조 제2항 제1호 부분

청구인은 지방선거에 입후보를 하더라도 위 조항들에 따라 공무원인 청구인은 선거에 영향을 미치는 행위 등을 할 수 없다면서 위 조항들을 다투고 있다.

그런데 청구인은 위 지방선거에 출마하지 않았으므로 위 조항들의 적용을 받을 상황에 처해있지 않았다. 기록상 청구인이 다른 공직선거 후보자를 위하여 선거운동을 하려고 했다고 볼 사정도 없다. 그렇다면 선거일 전 60일까지 공직을 사퇴하도록 한 공직선거법 제53조 제1항 제1호를 다투는 것은 별론으로 하고, 위 조항들에 대해서는 청구인에게 자기 관련성을 인정할 수 없다. 따라서 위 조항들에 대한 심판청구는 부적법하다.

나. 공직선거법 제53조 제1항 제1호 부분

(1) 제한되는 기본권

공직선거법 제53조 제1항 제1호(이하 ‘이 사건 조항’이라 한다)는 후보자가 되고자 하는 해당 공무원은 선거일 전 60일까지 그 직을 그만두어야 한다고 규정하고 있다. 이는 공직선거의 후보자가 되고자 하는 경우에는 위 날까지 현재의 공무원직을 사퇴하라는 것이 되므로 현직에 대한 공무담임권을 제한하는 것인 동시에 새로운 공직취임의 기회를 제약하는 것이다.

한편 청구인은 평등권 침해와 관련하여, 정부투자기관의 직원에게는 그러한 제한을 두지 않으면서 기능직 공무원에게는 제한을 두는 것이 부당한 차별이고, 휴직 중인 공무원이나 기능직 공무원을 다른 공무원과 구별하지 않고 동일하게 취급하는 것 또한 부당하다고 주장한다.

이 사건에서는 전자의 차별문제는 평등권 침해 여부에서, 후자의 문제는 공무담임권의 제한대상을 포괄적으로 규정한 것에 기인한 문제로 보아 공무담임권 부분에서 각 판단하기로 한다.

(2) 공무담임권 침해 여부

(가) 이 사건 조항은 새로운 공직에 선출직 후보자로 나서려면 선거일 전 60일까지 현직을 사퇴하라는 것인바, 이는 개인의 새로운 공무담임권 행사를 현직의 포기라는 부담을

통하여 하게 하는 것이므로, 개인의 자유에 미치는 영향이 크다. 그렇다면 그러한 제한에 대해서는 과잉금지원칙에 따른 헌법적 정당화가 요청된다.

(나) 이 사건 조항이 공무원이 공직선거의 후보자가 되고자 하는 경우에 일정 시점 전에 그 직을 그만두도록 한 것은 선거의 공정성과 공직의 직무전념성을 보장하기 위한 것으로서(헌재 1995. 3. 23. 95헌마53, 판례집 7-1, 463, 473 참조), 그 입법목적의 정당성이 인정된다.

(다) 공무원에게 선거일 전 60일까지 공직을 사퇴하도록 한 것은 공무원이 지위를 이용하여 선거개입을 할 여지를 원천적으로 차단함으로써 선거의 공정성을 추구하고, 공직에 근무하는 동안 계속적으로 직무에 전념할 수 있도록 하는 효과가 있으므로, 이는 입법 목적을 달성하기 위하여 적합한 수단에 해당한다고 볼 것이다.

(라) 공무원이 공직을 사퇴하지 않고 그 직을 유지한 채로 공직후보자로서 공직선거에 참가할 수 있게 된다면 부적절하게 공직자의 지위와 권한을 행사하거나 직무상의 정보를 활용하거나 다른 공무원을 자신의 선거운동에 동원할 염려도 있고, 자신이 입후보하려는 선거구민들에게 유리한 편파적인 행정이나 법집행을 행할 소지가 있다. 우리나라에서는 과거 각종 선거에서 관권, 금권 등의 개입으로 선거의 공정성을 저해하는 사태가 발생하여 왔으므로, 이를 시정할 입법적 필요성이 있다(헌재 2004. 4. 29. 2002헌마467, 판례집 16-1, 541, 554 참조). 그러므로 선거의 공정성과 형평성을 확보하고 공무원의 직무전념성을 보장하기 위하여 공직후보자가 되려는 공무원은 선거일 전에 미리 사직하게 할 필요성이 인정될 수 있다.

선거의 공정성과 직무충실성을 보장하기 위하여 공직자로 하여금 공직선거 전에 사퇴하게 하는 것이 허용된다면, 그 시점이 언제가 되어야 할 것인지의 문제는 기본적으로는 입법자의 형성의 자유에 속한다(헌재 1995. 3. 23. 95헌마53, 판례집 7-1, 463, 473). 이 사건 조항이 선거일 전 60일까지 공직을 그만두도록 한 것은, 입후보와 선거운동을 위한 준비행위로 인해 공무수행에 지장을 초래할 우려가 있는 기간의 시점을 입법자가 일응 선거일 전 60일로 보고 적어도 이때부터는 공직선거에 입후보하고자 하는 공무원을 현직에서 배제시키는 것이 상당하다고 본 것인바, 이러한 판단이 자의적인 것이라거나 지나치게 과도한 제한이라고 볼 수는 없다(헌재 1995. 3. 23. 95헌마53, 판례집 7-1, 463, 474 참조).

공무원이라도 선거운동기간 전에 입후보와 선거운동을 위한 준비행위는 적법하게 행할 수 있다.

한편 고위직 공무원에 비하여 기능직·고용직 공무원은 선거에서 영향력을 미칠 가능성이 더 적을 것이지만, 기능직·고용직 공무원이라도 업무와 관련된 정보를 이용하여 자신의 당선을 위한 영향력을 행사할 수 있고, 지방선거에서 이들이 해당 지역의 예산이나 정

책에 관련된 업무나 대민관계 업무를 하거나, 지역사회의 이해관계에 관한 정보를 이용하여 선거에 부적절한 영향력을 끼칠 가능성이 있으며, 그 직을 유지하고 공직후보자가 될 경우 직무전념성이 훼손될 소지가 있다. 공무원의 직급과 업무 등을 감안하고 선거에 미칠 영향력을 고려하여 공직후보자의 지위를 겸하게 할지 여부를 차등적으로 정하는 것이 바람직할 것이나, 각 직급과 업무에 따른 입법적 구분이 현재로서 쉽게 설정될 수 있는 것이라 단정할 수 없다.

한편 휴직 중인 공무원이라 하더라도 공무원의 지위와 관련하여 공직선거에 부당한 영향력을 행사할 수 있는 가능성은 마찬가지로 존재한다고 볼 것이므로 이를 예외로 하지 않은 것이 잘못된 것이라고 보기는 어렵다.

결국 이 사건 조항은 그 입법목적을 달성하기 위하여 필요한 것이며, 달리 덜 제약적이면서 동일한 입법목적을 달성하는 대안이 명백히 존재한다고 볼 수 없으므로, 피해의 최소성원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

(마) 이 사건 조항은 종전 우리나라의 선거풍토에서 공직자의 부당한 영향력 행사로 인한 선거의 불공정 현실에 대처하고, 공무원이 국민의 봉사자로서 직무에 전념하지 않고 공직선거에 나가거나 이를 염두에 두고 현직 수행을 게을리할 위험성을 차단하려는 공익적 목적을 추구한다.

한편 이 사건 조항으로 인하여 초래되는 개인의 불이익은 현재의 공무원직을 선택하여 종사하고 있으면서 단지 새롭게 다른 선출직 공직을 갖고자 하는 경우에만 나타나는 것이므로 반드시 중대한 것이라 보기는 어렵다.

그렇다면 이 사건 조항이 추구하는 공익과 초래되는 불이익을 형량해볼 때, 개인의 불이익이 현저하게 그 공익에 비하여 큰 것이라 단정할 수 없다.

(바) 이 사건 조항은 청구인의 공무담임권을 침해하지 않는다.

(3) 평등권 침해 여부

평등의 원칙은 입법자에게 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금하고 있다. 비교의 대상을 이루는 두 개의 사실관계 사이에 서로 상이한 취급을 정당화할 수 있을 정도의 차이가 없음에도 불구하고 두 사실관계를 서로 다르게 취급한다면, 입법자는 이로써 평등권을 침해하게 된다. 그러나 서로 비교될 수 있는 사실관계가 모든 관점에서 완전히 동일한 것이 아니라 단지 일정 요소에 있어서만 동일한 경우에, 비교되는 두 사실관계를 법적으로 동일한 것으로 볼 것인지 아니면 다른 것으로 볼 것인지를 판단하기 위하여서는 어떠한 요소가 결정적인 기준이 되

는가가 문제된다. 두 개의 사실관계가 본질적으로 동일한가의 판단은 일반적으로 당해 법률조항의 의미와 목적에 달려있다(헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 701 ; 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 727-728).

정부투자기관의 직원 역시 공적 기관에서 근무한다는 점에서 공무원과 업무의 공적 성격에 있어서 유사한 측면이 있으나, 이들이 서로 간에 본질적으로 같이 취급되어야 할 비교집단을 형성하는 것인지는 의문이 있다.

공무원이 국민전체에 대하여 봉사자로서 직무전념성을 지니고 있는 반면 정부투자기관의 직원은 해당 기관에 종사하며 그들의 근무관계는 특별히 법률상의 규정이 없는 한 사법적인 차원의 것이다. 공무원과 정부투자기관의 직원은 처음부터 취급상의 차이점이 예정되어 있는 것이고, 이 사건 조항은 공무원에 의한 선거의 불공정성과 직무전념성을 방지하기 위한 것이며 정부투자기관 직원과는 원래 무관한 것이다.

결국 이 사건 조항이 정하는 공무원직의 선거일 전 60일까지 사퇴 문제의 관점에서 볼 때, 양자는 서로 차별취급을 다툼만한 유의미한 비교집단을 구성한다고 보기 어려우며, 따라서 이들 사이에서는 평등권 침해 문제가 발생하지 않는다.

설사 이와 달리 보더라도, 이 사건 조항이 공무원에 의한 선거운동의 불공정성을 방지하고 공직의 직무전념성을 확보하기 위해 필요한 것이라는 점에서 볼 때, 양자 간의 차별은 합리적 이유를 지니고 있다고 볼 것이고, 차별목적과 수단 사이에 비례성을 벗어났다고도 볼 수 없다.

4. 결 론

이 사건 조항에 대한 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하고, 나머지 심판대상조항들에 대한 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희욱 김종대 민형기 이동흡 목영준 송두환

7

지방자치단체장에게 국회의원선거 입후보시 선거일전 120일까지 사직하도록 한 공직선거법 제53조제3항의 평등권 등 침해 여부

- 공직선거및선거부정방지법 제53조 제3항 위헌확인, 2006. 7. 27. 2003헌마758 · 2005헌마72 병합 ■

【판시사항】

1. 지방자치단체의 장(이하 ‘단체장’)이 당해 지방자치단체의 관할구역과 같거나 겹치는 선거구역에서 실시되는 지역구 국회의원선거에 입후보하고자 하는 경우 당해 선거의 ‘선거일 전 120일까지’ 그 직을 사퇴하도록 규정한 공직선거및선거부정방지법(2003. 10. 30. 법률 제6988호로 개정된 것, 이하 ‘공직선거법’이라 한다) 제53조 제3항(이하 ‘이 사건 조항’이라 한다)이 단체장의 평등권을 침해하는지 여부(소극)
2. 이 사건 조항이 단체장의 공무담임권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 이 사건 조항은 일반 공무원이 공직선거에 출마하려는 경우 ‘선거일 전 60일까지’ 사퇴하도록 하는 것과 달리 단체장을 ‘120일 전까지’ 사퇴하도록 하고 있으나, 단체장은 지방자치단체의 행정기능을 총괄하며, 직원의 인사권과 주민의 복리에 관한 각종 사업의 기획·시행, 예산의 집행 등 지방자치단체의 운영에 있어서 막중한 지위와 권한을 가지므로 자신의 관할구역 국회의원선거에 입후보할 것에 대비하여 전시성 사업으로 예산을 낭비하거나 불공정한 선심행정을 행할 개연성이 다른 공무원에 비하여 상대적으로 더 높다. 단체장의 그러한 지위와 권한의 특수성을 감안할 때 이 사건 조항은 합리성을 벗어난 것이라 볼 수 없다. 또한 이 사건 조항이 국회의원과 달리 단체장에게 그러한 공직사퇴시한을 두고 있는 것은 국회의원의 사퇴로 인한 심각한 국정공백을 우려한 것이므로 합리적 이유가 있다. 그러므로 이 사건 조항은 단체장의 평등권을 침해하지 않는다.
2. 이 사건 조항 외에 공직선거법의 다른 규정들만으로 관할지역의 지역구 국회의원선거 출마를 의식한 단체장의 선심행정 내지 부당한 법집행을 모두 예방하거나 선거의 공정성과 직무전념성이라는 이 사건 조항의 입법목적을 충분히 달성할 수 있다고 볼 수 없다.

따라서 이 사건 조항은 동 규정들과 별도로 단체장의 지위와 권한의 남용을 방지하고 입법목적을 달성하기 위하여 필요하며 헌법재판소의 종전 2003헌마106 결정 중 이 부분 견해와 저촉되는 부분은 변경한다. 단체장의 지위와 권한의 특수성 그리고 지역 주민들에 대한 영향력을 고려할 때 이 사건 조항이 단체장의 공무담임권을 과도하게 제한하는 것으로 볼 수 없다.

【심판대상조문】

공직선거및선거부정방지법(2003. 10. 30. 법률 제6988호로 개정된 것) 제53조(공무원 등의 입후보) ①~② 생략

③ 제1항의 규정에 불구하고, 지방자치단체의 장은 선거구역이 당해 지방자치단체의 관할 구역과 같거나 겹치는 지역구국회의원선거에 입후보하고자 하는 때에는 당해 선거의 선거일 전 120일까지 그 직을 그만두어야 한다.

【참조판례】

가., 나. 헌재 1995. 3. 23. 95헌마53, 판례집 7-1, 463, 473-474

헌재 2003. 9. 25. 2003헌마106, 판례집 15-2상, 516, 527

헌재 1999. 5. 27. 98헌마214, 판례집 11-1, 675, 702

【당 사 자】

청 구 인 1. (2003헌마758) 황○현 외 1인

2. (2005헌마72) 권○용 외 2인

청구인들의 대리인 변호사 김태윤

【주 문】

1. 청구인 황○현에 대한 심판절차는 2005. 9. 9. 동 청구인의 사망으로 종료되었다.
2. 나머지 청구인들의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2003헌마758 사건

청구인 황○현은 2002. 6. 13. 실시된 지방선거에서 대구광역시 달서구청장으로 당선되어 재직중 2005. 9. 9. 사망하였다. 청구인 장○영은 2002. 12. 19. 실시된 장수군수 보궐선거에서 당선되어 그 임기를 마친 후, 2006. 5. 31. 실시된 지방선거에서 다시 장수군수로 당선되어 재직중이다.

위 청구인들은 지방자치단체의 장이 당해 지방자치단체의 관할구역과 같거나 겹치는 선거구역에서 실시되는 지역구 국회의원선거에 입후보하고자 하는 경우 당해 선거의 선거일 전 120일까지 그 직을 사퇴하도록 규정한 공직선거및선거부정방지법(2003. 10. 30. 법률 제6988호로 개정된 것) 제53조 제3항이 자신들의 평등권과 공무담임권을 침해한다며 2003. 10. 31. 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 2005헌마72 사건

청구인 권○용은 2002. 6. 13. 실시된 지방선거에서 서울특별시 강남구청장으로 당선되어 재직중 2006. 2. 16. 그 직을 사퇴하였다. 청구인 송○복은 같은 선거에서 김해시장으로 당선되어 재직 중 2006. 2. 26. 그 직을 사퇴하였다. 청구인 강○진은 2004. 10. 30. 실시된 보궐선거에서 거창군수로 당선되어 재직중이다.

위 청구인들 역시 공직선거및선거부정방지법 제53조 제3항이 자신들의 평등권과 공무담임권을 침해한다며 2005. 1. 19. 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 공직선거및선거부정방지법(2003. 10. 30. 법률 제6988호로 개정된 것, 이하 ‘공선법’이라 한다) 제53조 제3항(이하 ‘이 사건 조항’이라 한다)의 위헌 여부이다. 참고로 공직선거및선거부정방지법은 2005. 8. 4. 법률 제7681호로서 ‘공직선거법’으로 법령이 변경되었으나 이 사건 조항은 그대로이다. 관련 조항의 내용은 다음과 같다.

공선법 제53조(공무원 등의 입후보) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자로서 후보자가 되고자 하는 자는 선거일 전 60일(비례대표 국회의원선거나 비례대표 시·도의원선거 및 보궐선거 등에 있어서와 국회의원이나 지방자치단체의 장의 선거에 입후보하는 경우 및 지방의

회의원이 다른 지방자치단체의 의회의원이나 장의 선거에 입후보하는 경우에 있어서는 후보자등록신청 전)까지 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.

1. 국가공무원법 제2조(공무원의 구분)에 규정된 국가공무원과 지방공무원법 제2조(공무원의 구분)에 규정된 지방공무원. 다만, 정당법 제6조(발기인 및 당원의 자격) 제1호 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원(정무직공무원을 제외한다)은 그러하지 아니하다.

③ 제1항의 규정에 불구하고, 지방자치단체의 장은 선거구역이 당해 지방자치단체의 관할 구역과 같거나 겹치는 지역구 국회의원선거에 입후보하고자 하는 때에는 당해 선거의 선거일 전 120일까지 그 직을 그만두어야 한다.

2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

이 사건 조항은 국가공무원과 지방공무원으로서 공직선거후보자가 되고자 하는 자는 선거일 전 60일까지, 국회의원이 지방자치단체의 장의 선거에 입후보하는 경우에는 후보자등록신청 전까지 사퇴하면 되도록 하면서, 지방자치단체의 장의 경우 해당 지역구 국회의원선거에 입후보하고자 하는 때에는 당해 선거의 선거일 전 120일까지 사퇴하도록 함으로써 지방자치단체의 장을 그 사퇴시한에 있어 국회의원 및 일반 공무원과 현저하게 차별하고 있으며 이에 대한 합리적 이유가 없다.

이 사건 조항에 의할 경우 지역구 국회의원 보궐선거가 당해 선거일 전 120일 안에 공고된 경우에는 지방자치단체의 장의 입후보를 원천적으로 봉쇄한다. 지방자치단체 장이 이 사건 조항에 따라 사퇴한 경우에는 해당 자치단체 장의 보궐선거 일정을 감안할 때 최소 약 5개월 25일 동안 해당 지방자치단체의 행정공백이 발생하게 된다. 이 사건 조항이 아니더라도 공선법의 다른 조항들은 지방자치단체 장의 선거운동 개입을 차단하고 있다. 따라서 이 사건 조항은 청구인들의 공무담임권을 침해한다.

나. 중앙선거관리위원회위원장의 의견

이 사건 조항의 입법목적은 지방자치단체 장이 그 임기 중 실시되는 당해 지역구 국회의

원선거에 입후보하여 선심행정·편파행정 등으로 지방자치의 본질을 훼손하고 지방자치 행정을 왜곡하는 일이 없도록 함으로써 직무전념성을 강화하고 공직선거의 공정성을 확보하고자 하는 데 있다. 지방자치단체 장은 그 지위와 권한, 선거인과의 사이의 민주적 신임관계 등을 볼 때 다른 임명직 공무원과는 그 신분적 지위와 기능이 같다고 할 수 없다. 공선법은 선거개시기간 개시일 전 30일부터 선거일까지 일정한 행위를 제한하고 있을 뿐이므로, 선거일 전 120일부터 선거에 유리하게 하기 위한 선심행정 등을 펼치는 경우에는 이를 규제할만한 마땅한 장치가 없다. 따라서 지방자치단체 장의 사직기한을 일반 공무원의 사직기한인 선거일 전 60일보다 더 엄격하게 120일로 한 것은 합리적 이유가 있으므로 자의적 차별이라 할 수 없다.

이 사건 조항은 지방자치단체 장의 입후보기회를 완전히 봉쇄하는 것이 아니고 일정한 기간 미리 사직하게 함으로써 지방자치제도의 훼손을 방지하고 공정한 선거의 침해를 방지하려는 것이므로 청구인들의 피선거권을 과도하게 제한하여 공무담임권을 침해한다고 볼 수 없다.

3. 판 단

가. 적법요건에 관한 판단

청구인들의 변호사가 제출한 제적등본에 의하면 청구인 황○현은 2005. 9. 9. 사망한 사실이 인정된다. 동 청구인의 심판청구는 지방자치단체의 장의 공직사퇴시한에 관한 규정을 다투는 것이므로 이에 대한 심판절차는 수계될 성질의 것이 아니므로 동 심판절차는 동 청구인의 사망으로 종료되었다(헌재 1992. 11. 12. 90헌마33 결정 참조).

청구인 권○용, 송○복은 지방자치단체의 장을 사퇴하였으나, 이들의 심판청구에 대해서는 헌법적 해명의 필요성이 있으므로 권리보호이익을 인정하기로 한다.

나. 본안에 관한 판단

(1) 입법연혁 및 헌법재판소의 종전 결정

구 공선법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정되고, 1998. 4. 30. 법률 제5537호로 개정되기 전의 것) 제53조 제3항은 지방자치단체의 장을 포함하여 공무원이 공직선거에 입후보하는 경우 ‘선거일 전 90일까지’ 그 직을 그만두도록 하였다. 우리 재판소는 이 규정이 지방자치단체의 장의 공무담임권과 평등권을 침해하지 않는다고 판단하였다(헌재 1995. 3. 23. 95헌마53, 판례집 7-1, 463).

그 후 국회는 1998. 4. 30. 법률 제5537호로 동조를 개정하여, 일반 공무원의 사퇴시한을 ‘선거일 전 60일까지’로 단축하는 한편(제1항), 지방자치단체의 장은 “그 임기 중에 그 직을 사퇴하여 대통령선거, 국회의원선거, 지방의회의원선거 및 다른 지방자치단체의 장 선거에 입후보할 수 없다”(제3항)고 규정하였다. 우리 재판소는 동 조 제3항에 관하여, 지방자치단체 장에게 그와 같이 포괄적으로 입후보금지를 규정한 것은 지방자치단체 장의 공무원임권을 침해하며, 일반 공무원과 비교할 때 차별의 합리성이 없어 평등권을 침해한다고 판단하였다(헌재 1999. 5. 27. 98헌마214, 판례집 11-1, 675).

그 후 국회는 2000. 2. 16. 법률 제6265호로 동 조항을 개정하여 “지방자치단체의 장은 선거구역이 당해 지방자치단체의 관할구역과 같거나 겹치는 지역구 국회의원선거에 입후보하고자 하는 때에는 당해 선거의 선거일 전 180일까지 그 직을 그만두어야 한다.”고 규정하였다. 이에 대하여 우리 재판소는 다시 동 조항이 지방자치단체 장의 평등권과 공무원임권을 침해한다고 결정하였다(헌재 2003. 9. 25. 2003헌마106, 판례집 15-2상, 516).

이 위헌결정 후 국회는 2003. 10. 30. 법률 제6988호로 동 조항을 개정하여 ‘선거일 전 180일까지’를 ‘선거일 전 120일까지’로 변경하였는데, 이것이 이 사건 조항이다.

(2) 평등권 침해 여부

(가) 이 사건 조항은 공선법 제53조 제1항에서 열거한 일반 공무원(이하 ‘일반 공무원’이라 한다)이 공직선거에 출마하려는 경우 ‘선거일 전 60일까지’ 그 직을 그만두도록 하는 것과 달리 지방자치단체의 장(이하 ‘단체장’이라 한다)은 ‘선거일 전 120일 전까지’ 그 직을 그만두도록 함으로써 양자를 차별하고 있다. 그러므로 이 사건 조항이 그러한 차별을 정당화할만한 합리적인 이유를 지닌 것인지가 문제된다.

(나) 이 사건 조항의 입법목적은 공무원이 그 직을 보유한 채로 공직선거에 입후보할 경우 자신의 지위와 권한을 자기의 선거운동을 위하여 남용 또는 악용함으로써 선거의 공정성을 저해하는 것을 예방하고 공무원의 직무전념성을 확보하기 위한 것이다(헌재 1995. 3. 23. 95헌마53, 판례집 7-1, 463, 473-474; 헌재 2003. 9. 25. 2003헌마106, 판례집 15-2상, 516, 527).

그러한 입법목적에서 볼 때 일반 공무원과 단체장은 기본적으로 동일하게 취급될 인적 집단을 구성한다(헌재 2003. 9. 25. 2003헌마106, 판례집 15-2상, 516, 527 참조). 다만 양자는 그 지위와 권한, 그리고 해당 지역의 유권자들에 대한 영향력에 있어서 일반 공무원과 차이가 있으므로 공직사퇴시한을 규정하는데 있어서 입법자는 각자의 특수성을 고려하여 서로 간에 어느 정도의 차이를 두는 것은 합리적인 범위 내에서 허용될 수 있다고

볼 것이다. 우리 재판소는 위 2003헌마106 결정에서 일반 공무원이 ‘60일 전까지’ 사퇴하도록 한 것에 비해 지방자치단체 장이 ‘180일 전까지’ 사퇴하도록 한 것은 단체장의 평등권을 침해한다고 판단하였는데, 이는 ‘60일’과 ‘180일’의 차이가 지나친 것으로서 합리적 이유를 결여하였다고 보았기 때문이다. 동 결정이 공직사퇴시한에 있어서 양자 간의 여하한 차별도 불허하는 취지라고 볼 수는 없다.

(다) 이 사건 조항은 단체장에 대하여 공직사퇴시한을 ‘선거일 전 120일 전까지’로 하여 종전 조항보다 ‘60일’을 단축하고 있다. 이로써 일반 공무원과 단체장의 공직사퇴시한의 차이는 종전의 120일간에서 60일간으로 줄었다. 이 정도의 격차는 아래에서 보듯이 단체장의 지위와 권한의 특수성, 이로 인한 단체장의 불이익의 크기, 단체장의 사퇴에 따른 업무공백의 정도 등을 고려할 때 합리성을 결여한 것이라 보기는 어렵다.

통상 단체장이 지방자치단체의 관할구역과 같거나 겹치는 지역구 국회의원선거에 입후보하고자 하는 경우, 일반 공무원보다 그 직위를 이용한 선심·편파행정의 가능성 및 이로 인한 선거의 공정성의 저해 가능성은 더 크다고 볼 것이다. 왜냐하면 단체장은 지방자치단체의 제반 행정기능을 총괄하는 지위에 있고, 소속 직원의 인사권과 주민의 복리에 관한 각종 사업의 기획·시행, 예산의 집행 등 지방자치단체의 운영에 있어서 막중한 지위와 권한을 가지므로, 자신의 관할구역 국회의원선거에 입후보할 것에 대비하여 전시성 사업으로 예산을 낭비하거나 불공정한 선심행정을 행할 개연성은 다른 공무원에 비하여 상대적으로 더 높기 때문이다. 그렇다면 이 사건 조항이 단체장을 일반 공무원보다 ‘60일’ 먼저 사퇴하도록 한 것은 그러한 단체장의 지위와 권한의 특수성을 감안할 때 합리성을 벗어난 것이라 보기 어렵다.

한편 이 사건 조항이 단체장의 사퇴시한을 ‘선거일 전 120일까지’로 종전보다 단축함에 따라 국회의원 보궐선거 내지 재선거 사유가 선거일에 임박하여 발생할 경우 단체장의 피선거권이 원천적으로 봉쇄될 수 있는 기회는 그만큼 감소되었고, 단체장의 공직사퇴로 인한 행정공백기간도 종전의 약 7개월 25일에서 약 5개월 25일 정도로 감소되었다(이 점에 관해서는 위 2003헌마106, 판례집 15-2, 516, 531 참조). 여전히 이 사건 조항에 따라 단체장은 보궐선거에 출마할 기회가 봉쇄될 수 있고 단체장의 사퇴로 인한 행정공백도 불가피하나, 보궐선거에 출마할 수 없는 경우는 ‘선거일 60일 전까지’ 사퇴하도록 한 일반 공무원들에게도 마찬가지이고(공선법 제35조 제1항 제1호 참조. 보궐선거는 그 실시사유 발생일로부터 60일 이내에 실시될 수도 있다.), 단체장의 사퇴로 인한 그 정도의 행정공백은 직무대리제도를 통해 효율적으로 대처될 수 있으므로(헌재 1999. 5. 27. 98헌마214, 판례집 11-1, 675, 702 참조), 이 사건 조항이 단체장에게 지나친 불이익을 주거나 지방행정의 혼란을 초래하는 것이라고 단정할 수 없다. 그렇다면 그와 같은 이유를 들어 이 사건 조항이 합리성을 결여한 것이라고 할 수는 없는 것이다.

공선법은 이 사건 조항 외에도 사전선거운동을 금지하고 단체장의 홍보물을 제한하는 등 선거의 공정성 확보를 위한 조항들을 두고 있으나, 후술하듯이 이러한 조항들과는 별도로 선거의 공정성과 직무전념성을 보장하기 위하여 이 사건 조항이 필요한 것이므로, 위 다른 조항들의 존재만으로 이 사건 조항이 비합리적인 것이라 할 수 없다.

따라서 이 사건 조항이 일반 공무원과 단체장을 차별한 것은 합리적 이유가 있는 것이므로 이 사건 조항은 단체장의 평등권을 침해하지 않는다.

(라) 한편 청구인들은 국회의원은 그 직을 보유하면서 국회의원선거에 입후보할 수 있는데 비해 단체장은 선거일 전 120일까지 사퇴하여야 하는 것은 위헌적인 차별이라고 다투나, 선거일 전에 국회의원직을 그만 두도록 하는 경우 그 날부터 차기의회가 구성될 때까지 국회는 기능을 제대로 수행할 수 없게 되어 심각한 국정공백이 우려되므로 그러한 차별은 합리적 이유를 지닌 것이라고 볼 것이다(헌재 1995. 3. 23. 95헌마53, 판례집 7-1, 463, 475 참조).

(마) 이상의 이유에서 이 사건 조항은 청구인들의 평등권을 침해하지 않는다.

(3) 공무담임권 침해 여부

(가) 이 사건 조항은 단체장이 공직선거에 입후보할 경우 일정 시점부터 단체장직을 사퇴하도록 입후보 요건을 설정함으로써 단체장인 개인의 공무담임권을 제한하고 있다. 이러한 제한은 비례의 원칙을 준수하여야 하며, 따라서 입법목적의 정당성, 방법의 적절성, 침해(피해)의 최소성, 법익의 균형성원칙에 위배되어서는 안 된다(헌재 2003. 9. 25. 2003헌마106, 판례집 15-2상, 516, 532-533).

(나) 위 2003헌마106 결정은, ‘선거일 전 180일까지’ 규정이 입법목적의 정당성과 수단의 적정성은 지니고 있지만, 공선법상 선거의 공정성과 직무전념성을 달성할 수 있는 다른 효과적인 조항들이 있으므로 피해의 최소성에 위배되며, 위 규정으로 인한 공익 실현의 정도는 미미한 반면 기본권 제한의 정도는 중대하므로 법익의 균형성에 도 위배되므로 단체장의 공무담임권을 침해한다고 판단하였다.

(다) 이 사건 조항은 선거의 공정성과 직무전념성을 보장하기 위한 것이므로 입법목적의 정당성을 인정할 수 있고, 해당 지역구 국회의원선거에 입후보하려는 단체장에게 일정 기간 내에 단체장직을 사퇴토록 한 것은 그러한 입법목적의 달성하기 위한 효과적인 방법에 해당하므로 방법의 적절성도 인정된다.

(라) 이 사건 조항이 침해의 최소성원칙에 위배되는지 여부를 살펴본다.

1) 단체장이 그 관할구역과 같거나 겹치는 지역구 국회의원선거에 입후보하는 경우 그 직위를 이용하여 자신의 당선에 유리하도록 다양한 형태로 불공정한 법집행이나 예산집행 등을 할 소지가 많다는 것은 그동안의 우리 나라 선거풍토에서 경험상 인정될 수 있다. 이 사건 조항에 따라 단체장의 국회의원 피선거권이나 단체장 임기 동안 공무를 담임할 권리가 제한받기는 하나, 종전 규정이 ‘선거일 전 180일까지’로 했던 것에 비해 이 사건 조항은 ‘선거일 전 120일까지’로 단축함으로써 사정 변경이 있었는바, 단체장의 막강한 지위와 권한, 그리고 지역 주민들에 대한 영향력을 고려할 때 이 사건 조항이 공무담임권을 과도하게 제한하는 것으로 볼 수 없다.

2) 더구나 우리 재판소는 단체장에 대한 사퇴시한을 ‘선거일 전 90일까지’로 한 구 공선법 조항이 단체장의 공무담임권을 침해하지 않는다고 한 바 있는데(헌재 1995. 3. 23. 95헌마 53, 판례집 7-1, 463), 이 사건 조항은 공직사퇴시한을 ‘선거일 전 120일까지’라고 함으로써 위헌으로 선언된 ‘선거일 전 180일까지’보다 합헌으로 결정된 ‘선거일 전 90일까지’에 더 근접하고 있다. ‘90일’과 ‘120일’의 차이는 단체장의 기본권 제한 정도에 있어 심각한 것이라 보이지 않으므로, 종전 결정의 취지를 감안하면 ‘선거일 전 120일까지’ 사퇴하도록 한 것은 입법목적에 비추어 볼 때 단체장의 기본권을 지나치게 제한하는 것으로 보기 어려운 것이다.

3) 위 2003헌마106 결정은 침해의 최소성과 관련하여, 공선법 제53조 제1항이 공무원에 대하여 ‘선거일 전 60일까지’ 사퇴하도록 규정하고 있고, 또 공선법의 다른 규정들이 사전 선거운동을 금지하고 그 위반 시 형사처벌을 하며(제59조, 제254조 제2항·제3항), 단체장의 홍보물을 제한하고(제86조 제3항 전단), 공무원에 대해 특정 정당이나 후보자의 업적을 홍보하는 행위나 선거운동의 기획에 참여하는 행위 등을 금지하므로(제86조 제1항), 이러한 조항들에 의하여 선거의 공정성과 직무전념성이라는 입법목적이 달성될 수 있다고 보았다(위 제86조 제3항은 현행 공직선거법에서 제86조 제5항으로 변경됨).

따라서 단체장으로 하여금 ‘선거일 전 180일까지’ 사퇴하도록 한 구 공선법 제53조 제3항은 그 “입법목적 달성을 위해 단체장의 기본권을 덜 제한하는 적절한 수단들이 이미 공선법에 존재하고 있음에도 불구하고 불필요하고 과도하게” 공무담임권을 제한하는 것이므로 침해의 최소성원칙에 위반된다는 것이다(판례집 15-2상, 516, 534).

그런데 앞서 본 단체장의 지위와 권한, 지역 주민들에 대한 영향력을 고려할 때, 위 규정들만으로 관할지역의 지역구 국회의원선거 출마를 의식한 단체장의 다양한 직·간접적 선심행정 내지 부당한 법집행을 모두 예방할 수 있다거나 선거의 공정성과 직무전념성이라는 이 사건 조항의 입법목적을 충분히 달성할 수 있다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 조항은 위 규정들과는 별도로 단체장의 지위와 권한의 남용을 방지하고 그 입법목적을 달성하기 위하여 필요하다고 볼 것이다. 그렇다면 2003헌마106 결정의 위 부분 판시는 이

러한 견해와 저촉되는 한도 내에서 이를 변경하기로 한다.

4) 결론적으로 이 사건 조항이 단체장의 기본권을 지나치게 제한하고 있다고 볼 수도 없고, 이 사건 조항 외에 그 입법목적에 충분히 달성하면서 기본권을 덜 제약하는 다른 입법수단이 존재한다고도 볼 수 없으므로, 이 사건 조항은 침해의 최소성원칙에 위배되지 않는다.

(마) 한편 이 사건 조항은 선거의 공정성과 직무전념성 보장이라는 공익을 위하여 필요한 것인 반면 이로 인한 기본권의 제한의 정도는, 2003헌마106 결정에서보다 약화된 것으로서, 중대하다고 볼 수 없다. 따라서 실현될 공익과 기본권 제한의 정도를 비교형량 할 때 그 비례관계가 불성립된다고 볼 수 없으므로 이 사건 조항은 법익의 균형성원칙에 위배되지 않는다.

(바) 이상의 이유에서 이 사건 조항은 비례의 원칙에 위배되지 않고, 따라서 청구인들의 공무담임권을 침해하지 않는다.

4. 결 론

청구인 황○현의 심판청구에 대해서는 동 청구인의 사망으로 심판절차가 종료되었음을 선언하고, 나머지 청구인들의 심판청구는 이유 없으므로 기각하기로 하여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 권성 김효중(주심) 김경일 송인준 주선회 전효숙 이공현 조대현

8

지방자치단체장에게 국회의원선거 입후보시 선거일전 180일까지 사직하도록 한 구 공직선거법 제53조제3항의 평등의 원칙 위배 여부

■ 공직선거및선거부정방지법 제53조 제3항 위헌확인, 2003. 09. 25. 2003헌마106 ■

【판시사항】

1. 지방자치단체의 장으로 하여금 당해 지방자치단체의 관할구역과 같거나 겹치는 선거구역에서 실시되는 지역구 국회의원선거에 입후보하고자 하는 경우 당해 선거의 선거일전 180일까지 그 직을 사퇴하도록 규정하고 있는 공직선거및선거부정방지법(이하 '공선법'이라 한다) 제53조 제3항(이하 '이 사건 조항'이라 한다)이 평등의 원칙에 위배되는지 여부(적극)
2. 위 규정이 청구인들의 공무담임권을 침해하는지 여부(적극)

【결정요지】

1. 이 사건 조항의 입법목적은 선거의 공정성과 공직의 직무전념성 확보에 있는바, 이 사건 조항과 마찬가지로 공선법 제53조 제1항도 자신의 지위와 권한을 선거운동에 남용할 우려가 있는 공무원 등의 일정 집단에 대하여 선거일 전 60일까지 그 직을 그만두도록 함으로써 선거의 공정성을 꾀하고 공무원의 직무전념성도 확보하고자 하고 있으므로, 이러한 입법목적에서 볼 때 공선법 제53조 제1항에서 열거한 공무원 집단과 지방자치단체의 장은 본질적으로 같은 것으로서 같이 취급되어야 할 것이다. 그런데, 이 사건 조항이 없다 하더라도 지방자치단체의 장 역시 일반규정이라 할 수 있는 공선법 제53조 제1항의 적용을 받게 되므로, 지방자치단체장의 직위를 이용한 사전선거운동의 위험성과 직무전념성의 침해가능성은 선거일 전 60일부터는 봉쇄되고 있고, 또한 지방자치단체장이 그 직에 재직하면서 선거와 관련하여 부당한 이익을 누릴 염려가 있으나, 공선법은 사전선거운동을 금지하고 처벌하는 조항, 지방자치단체의 홍보물을 제한하는 조항 등의 다른 규정들을 통해 이미 그러한 위험성도 차단하고 있으며, 반면, 이 사건 조항은 지방자치단체의 장이 지역구 국회의원선거에 입후보하는 것이 원천적으로 불가능한 경우를 확대시키고 있으며, 지방자치단체의 장이 사퇴한 이후 장기간의 행정공백을 발생시키는 등 불합리한 상황을 야기하고 있다. 위와 같은 사정을 종합해 보면,

이 사건 규정을 통해 지방자치단체의 장의 사퇴시한을 다른 공무원에 비하여 훨씬 앞당겨야 할 합리적인 이유를 발견하기 어려우므로, 이 사건 조항은 지방자치단체의 장을 합리적 이유 없이 차별하는 것으로서 평등의 원칙에 위배된다.

2. 이 사건 조항은 선거일 전 60일까지 사퇴하면 되는 다른 공무원과 비교해 볼 때 지방자치단체장의 사퇴시기를 현저하게 앞당김으로써 청구인들의 공무담임권(피선거권)에 대하여 제한을 가하고 있는 규정이므로, 기본권제한에 관한 과잉금지원칙을 준수하여야 한다. 이 사건 조항의 입법목적은 정당하고, 그 수단의 적정성도 긍정되나, 이 사건 조항은 선거의 공정성과 직무전념성이라는 입법목적 달성을 위한 적절한 수단들이 이미 공선법에 존재하고 있음에도 불구하고 불필요하고 과도하게 청구인들의 공무담임권을 제한하는 것이라 할 것이므로 침해의 최소성 원칙에 위반되고, 이 사건 조항에 의해 실현되는 공익과 그로 인해 청구인들이 입는 기본권 침해의 정도를 비교형량할 경우 양자간에 적절한 비례관계가 성립하였다고 할 수 없어 법익의 균형성 원칙에 위배된다.

【심판대상조문】

공직선거및선거부정방지법(2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것) 제53조(공무원등의 입후보) ①, ② 생략

- ③ 제1항의 규정에 불구하고, 지방자치단체의 장은 선거구역이 당해지방자치단체의 관할구역과 같거나 겹치는 지역구국회의원선거에 입후보하고자 하는 때에는 당해선거의 선거일전 180일까지 그 직을 그만두어야 한다.

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제25조

공직선거및선거부정방지법(2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것) 제34조(선거일) ①임기만료에 의한 선거의 선거일은 다음 각호와 같다.

1. 대통령선거는 그 임기만료일전 70일 이후 첫번째 목요일
2. 국회의원선거는 그 임기만료일전 50일 이후 첫번째 목요일
3. 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거는 그 임기만료일전 30일 이후 첫 번째 목요일

② 제1항의 규정에 의한 선거일이 국민생활과 밀접한 관련이 있는 민속절 또는 공휴일인 때와 선거일전일이나 그 다음날이 공휴일인 때에는 그 다음 주의 목요일로 한다.

공직선거및선거부정방지법(2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것) 제35조(보궐선거등의 선거일) ① 대통령의 궐위로 인한 선거 또는 재선거(제3항의 규정에 의한 재선거를 제외한다. 이하 제2항에서 같다)는 그 선거의 실시사유가 확정된 때부터 60일 이내에 실시하되, 선거일은 늦어도 선거일전 29일에 대통령 또는 대통령권한대행자가 공고하여야 한다.

② 보궐선거·재선거·증원선거와 지방자치단체의 설치·폐지·분할 또는 합병에 의한 지방자치단체의 장선거는 다음 각호에 의한다.

1. 지역구국회의원·지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 보궐선거·재선거·지방의회의원의 증원선거는 전년도 10월 1일부터 3월 31일까지의 사이에 그 선거의 실시사유가 확정된 때에는 4월중 마지막 목요일에 실시하고, 4월 1일부터 9월 30일까지의 사이에 그 선거의 실시사유가 확정된 때에는 10월중 마지막 목요일에 실시한다. 이 경우 선거일에 관하여는 제34조(선거일)제2항의 규정을 준용한다.

2. 지방자치단체의 설치·폐지·분할 또는 합병에 의한 지방자치단체의 장선거는 그 선거의 실시사유가 확정된 때부터 60일 이내에 실시하되, 선거일은 관할선거구선거관리위원회 위원장이 당해지방자치단체의 장(직무대행자를 포함한다)과 협의하여 늦어도 선거일전 23일에 공고하여야 한다.

③ 제197조(선거의 일부무효로 인한 재선거)의 규정에 의한 재선거는 확정판결 또는 결정의 통지를 받은 날부터 30일 이내에 실시하되, 관할선거구선거관리위원회가 그 재선거일을 정하여 공고하여야 한다.

④ 이 법에서 "보궐선거등"이라 함은 제1항 내지 제3항 및 제36조(연기된 선거등의 선거일)의 규정에 의한 선거를 말한다.

⑤ 이 법에서 "선거의 실시사유가 확정된 때"라 함은 다음 각호에 해당하는 날을 말한다.

1. 대통령의 궐위로 인한 선거는 그 사유가 발생한 날

2. 지역구국회의원의 보궐선거 또는 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 보궐선거는 관할선거구선거관리위원회가 그 사유의 통지를 받은 날(법원의 판결 또는 결정에 의하여 사유가 확정된 때에는 관할선거구선거관리위원회가 그 판결이나 결정의 통지를 받은 날 (이하 제3호에서 같다))

3. 재선거는 그 사유가 확정된 날

4. 지방의회의원의 증원선거는 새로 정한 선거구에 관한 별표 2 또는 시·도조례의 효력이 발생한 날

5. 지방자치단체의 설치·폐지·분할 또는 합병에 의한 지방자치단체의 장선거는 당해 지방자치단체의 설치·폐지·분할 또는 합병에 관한 법률의 효력이 발생한 날

6. 연기된 선거는 제196조(선거의 연기) 제3항의 규정에 의하여 그 선거의 연기를 공고한 날

7. 재투표는 제36조의 규정에 의하여 그 재투표일을 공고한 날

공직선거및선거부정방지법(2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것) 제53조(공무원등의 입후보) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자로서 후보자가 되고자 하는 자는 선거일전 60일(비례대표국회의원선거나 비례대표시·도의원선거 및 보궐선거등에 있어서와 국회의원이 지방자치단체의 장의 선거에 입후보하는 경우에 있어서는 후보자등록신청전)까지 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.

1. 국가공무원법 제2조(공무원의 구분)에 규정된 국가공무원과 지방공무원법 제2조(공무원의 구분)에 규정된 지방공무원. 다만, 정당법 제6조(발기인 및 당원의 자격)제1호 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원(정무직공무원을 제외한다)은 그러하지 아니하다.

2. 각급선거관리위원회위원 또는 교육위원회의 교육위원

3. 다른 법령의 규정에 의하여 공무원의 신분을 가진 자

4. 정부투자기관관리기본법 제2조(적용범위)에 규정된 정부투자기관(한국은행을 포함한다)의 상근 임원

5. 농업협동조합·수산업협동조합·축산업협동조합·임업협동조합·염연초생산협동조합 또는 인삼협동조합(이들 조합의 중앙회와 연합회를 포함한다)의 상근임원과 이들 조합의 중앙회장이나 연합회장

6. 지방공기업법 제2조(적용범위)에 규정된 지방공사와 지방공단의 상근임원

7. 정당법 제6조 제2호의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 없는 사립학교교원

8. 대통령령으로 정하는 언론인

②, ③ 생략

공직선거및선거부정방지법(2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것) 제59조(선거운동기간) 선거운동은 당해 후보자의 등록이 끝난 때부터 선거일전일까지에 한하여 이를 할 수 있다.

공직선거및선거부정방지법(2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것) 제86조(공무원등의 선거에 영향을 미치는 행위금지) ① 공무원(국회의원과 그 보좌관·비서관·비서 및 지방의회 의원을 제외한다), 제53조(공무원등의 입후보) 제1항 제4호 및 제6호에 규정된 기관등의 상근 임·직원, 동·리·반의 장과 향토예비군소대장급 이상의 간부, 특별법에 의하여 설립된 국민운동단체로서 국가나 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받는 단체(바르게살기운동협의회·새마을운동협의회·한국자유총연맹을 말한다)와 제2의건국범국민추진위원회의 상근 임·직원 및 이들 단체등(시·도조직 및 구·시·군조직을 포함한다)의 대표자 또는 의료보험법에 의하여 설립된 조합 및 의료보험연합회와 국민의료보험법에 의하여 설립된 국민의료보험관리공단의 상근 임·직원은 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다

1. 소속직원 또는 선거구민에게 교육 기타 명목여하를 불문하고 특정 정당이나 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 항에서 같다)의 업적을 홍보하는 행위
2. 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위
3. 정당 또는 후보자에 대한 선거권자의 지지도를 조사하거나 이를 발표하는 행위
4. 선거기간중 소속직원 또는 선거구민에게 명목여하를 불문하고 법령이 정하는 외의 금품 기타 이익을 주거나 이를 약속하는 행위. 다만, 관혼상제 기타 의례적이거나 직무상의 행위로서 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 행위를 제외한다.
5. 선거기간중 국가 또는 지방자치단체의 예산으로 시행하는 사업중 즉시 공사를 진행하지 아니할 사업의 기공식을 거행하는 행위
6. 선거기간중 정상적 업무 외의 출장을 하는 행위
7. 선거기간중 휴가기간에 그 업무와 관련된 기관이나 시설을 방문하는 행위

② 생략

③ 지방자치단체의 장은 다음 각호의 1에 해당하는 경우를 제외하고는 지방자치단체의 사업계획·추진실적 기타 지방자치단체의 활동상황을 알리기 위한 홍보물(홍보지·소식지·간행물·시설물·녹음물·녹화물 기타의 홍보물 및 신문·방송을 이용하여 행하는 경우를 포함한다)을 분기별로 1종 1회를 초과하여 발행·배부 또는 방송하여서는 아니되며 당해 지방

자치단체의 장의 선거의 선거일전 180일(보궐선거등에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때, 이하 제4항에서 같다)부터 선거일까지는 홍보물을 발행·배부 또는 방송할 수 없다.

1. 법령에 의하여 발행·배부 또는 방송하도록 규정된 홍보물을 발행·배부 또는 방송하는 행위
2. 특정사업을 추진하기 위하여 그 사업과 이해관계가 있는 자나 관계주민의 동의를 얻기 위한 행위
3. 집단민원 또는 긴급한 민원이 발생하였을 때 이를 해결하기 위한 행위
4. 기타 위 각호의 1에 준하는 행위로서 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 행위

④ 생략

공직선거및선거부정방지법(2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것) 제203조(동시선거의 범위와 선거일) ① 임기만료일이 같은 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거는 그 임기만료에 의한 선거의 선거일에 동시 실시한다.

② 제35조(보궐선거등의 선거일) 제2항 제2호의 규정에 의한 지방자치단체의 장의 보궐선거등이 다음 각호에 해당되는 때에는 임기만료에 의한 선거의 선거일에 동시 실시한다.

1. 임기만료에 의한 선거의 선거기간중에 그 선거를 실시할 수 있는 기간의 만료일이 있는 보궐선거등
2. 선거를 실시할 수 있는 기간의 만료일이 임기만료에 의한 선거의 선거일후에 해당되나 그 선거의 실시사유가 임기만료에 의한 선거의 선거일 30일전까지 확정된 보궐선거등

③ 제35조 제2항 제1호의 규정에 의한 보궐선거등 가운데 다음 각호의 보궐선거등은 임기만료에 의한 선거의 선거일에 동시 실시한다. 다만, 그 보궐선거등의 선거일이 국회의원 또는 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 임기만료에 의한 선거의 선거기간개시일전 40일부터 선거일후 50일까지의 사이에 있는 때에는 당해임기만료에 의한 선거의 선거일부터 50일후 첫번째 목요일에 그 보궐선거등(이하 이 조에서 "연기된 보궐선거등"이라 한다)을 실시하되, 그 연기된 보궐선거등의 선거일전 30일까지 선거의 실시사유가 확정된 보궐선거등도 동시에 실시한다.

1. 임기만료에 의한 선거의 선거기간개시일전 40일 내에 선거일이 있는 보궐선거등.
2. 임기만료에 의한 선거의 선거일전 30일까지 그 실시사유가 확정된 보궐선거등. 이 경우 당해임기만료에 의한 선거의 선거일전 30일후에 그 선거의 실시사유가 확정된 보궐선거등은 그 다음의 보궐선거등의 선거일에 실시한다.

④ 삭제

공직선거및선거부정방지법 제254조(선거운동기간위반죄) ① 생략

② 선거운동기간전에 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 한 자는 이 법에 다른 규정이 있는 경우를 제외하고는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 벽보·현수막·에드벌룬·표지판·선전탑·광고판 기타 명칭의 여하를 불문하고 선전시설물이나 용구 또는 각종 인쇄물을 사용하여 선거운동을 하거나 하게 한 자

2. 방송·신문·통신 또는 잡지 기타 간행물을 이용하여 선거운동을 하거나 하게 한 자

3. 정견발표회·좌담회·토론회·향우회·동창회 또는 반상회 기타의 집회를 개최하여 선거운동을 하거나 하게 한 자

4. 선거운동을 위한 기구를 설치하거나 사조직을 만들어 선거운동을 하거나 하게 한 자

5. 호별방문하여 선거운동을 하거나 하게 한 자

③제2항에 규정된 방법 외의 방법으로 선거운동기간전에 선거운동을 하거나 하게 한 자는 1년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다.

【참조판례】

1. 헌재 1999. 5. 27. 98헌마214, 판례집 11-1, 675

2. 헌재 1991. 3. 11. 90헌마28, 판례집 3, 63

【당 사 자】

청 구 인황대현 외 1인

대리인 변호사김태운

【주 문】

공직선거및선거부정방지법 제53조 제3항(2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것)은 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인 황대현은 2002. 6. 13. 실시된 제3회 전국동시지방선거에서 대구광역시 달서구청장으로 당선된 자이고, 청구인 장재영은 2002. 12. 19. 실시된 전라북도 장수군수 보궐선거에서 당선된 자이다.

청구인들은, 지방자치단체의 장으로 하여금 당해 지방자치단체의 관할구역과 같거나 겹치는 선거구역에서 실시되는 지역구 국회의원선거에 입후보하고자 하는 경우 당해 선거의 선거일 전 180일까지 그 직을 사퇴하도록 규정하고 있는 공직선거및선거부정방지법 제53조 제3항이 국회의원이 지방자치단체의 장 선거에 입후보하는 경우에 비해 사퇴시한에 현저한 차별을 두는 등으로 헌법상 보장된 청구인들의 평등권과 공무담임권을 침해한다고 주장하면서 2003. 2. 12. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건의 심판대상은 공직선거및선거부정방지법(이하 "공선법"이라 한다) 제53조 제3항(2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것, 이하 "이 사건 조항"이라 한다)의 위헌 여부이며, 그 내용 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

제53조(공무원 등의 입후보) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자로서 후보자가 되고자 하는 자는 선거일 전 60일(비례대표 국회의원선거나 비례대표 시도의원선거 및 보궐선거 등에 있어서와 국회의원이 지방자치단체의 장의 선거에 입후보하는 경우 및 지방의회의원이 다른 지방자치단체의 의회의원이나 장의 선거에 입후보하는 경우에 있어서는 후보자등록 신청 전)까지 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.

1. 국가공무원법 제2조(공무원의 구분)에 규정된 국가공무원과 지방공무원법 제2조(공무원의 구분)에 규정된 지방공무원. 다만, 정당법 제6조(발기인 및 당원의 자격) 제1호 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원(정무직공무원을 제외한다)은 그러하지 아니하다.

2. 이하 생략

② 생략

③제1항의 규정에 불구하고, 지방자치단체의 장은 선거구역이 당해 지방자치단체의 관할 구역과 같거나 겹치는 지역구 국회의원선거에 입후보하고자 하는 때에는 당해 선거의 선거일 전 180일까지 그 직을 그만두어야 한다.

제34조(선거일)①임기만료에 의한 선거의 선거일은 다음 각호와 같다.

- 1.대통령선거는 그 임기만료일 전 70일 이후 첫 번째 목요일
- 2.국회의원선거는 그 임기만료일 전 50일 이후 첫 번째 목요일
- 3.지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거는 그 임기만료일 전 30일 이후 첫 번째 목요일

제35조(보궐선거 등의 선거일) ① 생략

② 보궐선거·재선거·증원(增員)선거와 지방자치단체의 설치·폐지·분할 또는 합병에 의한 지방자치단체의 장 선거는 다음 각호에 의한다.

- 1.지역구 국회의원·지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 보궐선거·재선거, 지방의회의원의 증원선거는 전년도 10월 1일부터 3월 31일까지의 사이에 그 선거의 실시사유가 확정된 때에는 4월중 마지막 목요일에 실시하고, 4월 1일부터 9월 30일까지의 사이에 그 선거의 실시사유가 확정된 때에는 10월중 마지막 목요일에 실시한다. 이하 생략

제203조(동시선거의 범위와 선거일) ①, ② 생략

③제35조 제2항 제1호의 규정에 의한 보궐선거 등 가운데 다음 각호의 보궐선거 등은 임기만료에 의한 선거의 선거일에 동시 실시한다. 다만, 그 보궐선거 등의 선거일이 국회의원 또는 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 임기만료에 의한 선거의 선거기간 개시일 전 40일부터 선거일 후 50일까지의 사이에 있는 때에는 당해 임기만료에 의한 선거의 선거일부터 50일 후 첫 번째 목요일에 그 보궐선거 등(이하 이 조에서 "연기된 보궐선거 등"이라 한다)을 실시하되, 그 연기된 보궐선거 등의 선거일 전 30일까지 선거의 실시사유가 확정된 보궐선거 등도 동시에 실시한다.

- 1.임기만료에 의한 선거의 선거기간 개시일 전 40일 내에 선거일이 있는 보궐선거 등
- 2.임기만료에 의한 선거의 선거일 전 30일까지 그 실시사유가 확정된 보궐선거 등. 이 경우 당해 임기만료에 의한 선거의 선거일 전 30일 후에 그 선거의 실시사유가 확정된 보궐선거 등은 그 다음의 보궐선거 등의 선거일에 실시한다.

2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1)공선법 제53조 제1항은, 국가공무원과 지방공무원으로서 공직선거후보자가 되고자 하는 자는 누구나 선거일 전 60일까지 사퇴하도록 하면서, 국회의원이 지방자치단체의 장의 선거에 입후보하는 경우에는 후보자등록신청 전까지 사퇴하면 되고 나아가 대통령선거와 국회의원선거에 있어서는 그 직을 가지고 입후보할 수 있다고 규정하고 있다.

이 사건 조항은 위 제1항에도 불구하고 지방자치단체의 장의 경우에는 그 선거구역이 당해 지방자치단체의 관할구역과 같거나 겹치는 지역구 국회의원선거에 입후보하고자 하는 때에는 당해 선거의 선거일 전 180일까지 사퇴하도록 함으로써 국회의원과 비교해 지방자치단체의 장을 그 사퇴시한에 있어 현저하게 차별하고 있을 뿐만 아니라, 지역구 국회의원 보궐선거가 당해 선거일 전 180일 안에 공고된 경우 지방자치단체의 장의 입후보를 원천적으로 봉쇄하고 있다.

국회의원이나 지방자치단체의 장의 경우 모두 주민들의 직접선거에 의하여 선출된 공무원이라는 점에서 본질적으로 같은 경우라고 해야 할 것임에도 불구하고 국회의원이 지방자치단체의 장 선거에 입후보하는 경우와 지방자치단체의 장이 지역구 국회의원선거에 입후보하는 경우 그 직의 각 사퇴시한이 '후보등록 전'과 '선거일 전 180일'로 현저하게 차이가 나도록 한 것은, 합리적인 이유 없이 청구인들의 피선거권을 제한하여 자의적 차별을 행함으로써 평등의 원칙에 위배되고 국민의 기본권인 공무담임권을 침해하는 것이다.

특히 지방자치단체의 장이 지역구 국회의원선거를 제외한 나머지 선거, 예컨대 대통령선거, 다른 지방의회의원선거 및 다른 광역자치단체장 선거에 입후보하는 경우에는 공선법 제53조 제1항에 따라 선거일 전 60일까지만 사퇴하면 되는데 이 사건 조항에 따라 유독 지역구 국회의원선거에 입후보할 경우에만 선거일 전 180일까지 사퇴하도록 할만한 합리적 이유를 찾아볼 수 없다.

(2)이 사건 조항의 입법목적이 지방자치단체의 장의 선거출마로 인해 초래되는 행정혼란을 방지하고 지방자치단체의 장의 직무전념성을 보장함으로써 지방행정의 효율성을 확보하는 데 있다 할지라도, 공선법 제53조 제1항 본문이 선거일 전 60일까지 사퇴하도록 하고 있음에 비추어 볼 때 유독 이 사건 조항에 의해서만 행정혼란을 막고 직무전념성을 보장하도록 해야 할 특별한 이유를 발견할 수 없고, 나아가 이 사건 조항의 입법목적이 선거의 공정성확보에 있다 할지라도 이는 공선법상의 다른 조항들이나 특히 공선법 제53조 제1항을 통해 달성할 수 있다 할 것이므로, 이 사건 조항은 청구인들의 피선거권을 과도하게 제한하는 것으로서 위헌이다.

(3)공선법 제35조 제2항 제1호에 따른 경우 지방자치단체의 장의 보궐선거는 전년도 10월 1일부터 3월 31일까지의 사이에 그 선거의 실시사유가 확정된 때에는 4월중 마지막 목요일에 실시하도록 하고 있으나, 공선법 제203조 제3항은 보궐선거의 선거일이 국회의원임기만료에 의한 선거기간 개시일 전 40일부터 선거일 후 50일까지의 사이에 있는 때에는 당해 임기만료에 의한 선거의 선거일부터 50일 후 첫 번째 목요일에 보궐선거를 실시하도록 하고 있다. 따라서 청구인들이 사퇴마감시한인 2003. 10. 18.에 임박하여 사퇴할 경우 2004. 6. 10.에 보궐선거가 실시되며 이로 인해 최소한 7개월 20여 일에 걸친 행정공백이 발생하게 된다.

이와 같은 결과는 공선법 제53조 제1항의 적용을 받음으로써 2004. 2. 15. 무렵에 사퇴한다고 할 경우에 발생하게 될 행정공백기간 약 3개월 20일 정도와 비교할 때 지나치게 장기간의 행정공백상태를 초래한다.

나. 중앙선거관리위원회위원장의 의견

별다른 의견을 제출하지 않았다.

3. 판단

가. 이 사건 조항의 의미

(1)공선법 제53조 제1항 본문에 의할 경우, 국가공무원과 지방공무원(다만, 정당법 제6조 제1호 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는, 정무직 이외의 공무원은 제외)으로서 공직선거의 후보자가 되고자 하는 자는 누구나 선거일 전 60일까지 그 직을 그만두어야 하되, 국회의원이 지방자치단체의 장의 선거에 입후보하는 경우나 지방의회의원이 다른 지방자치단체의 의회의원이나 장의 선거에 입후보하는 경우에는 후보자등록신청 전까지 그 직을 그만두도록 되어 있다. 다만 같은 조항 단서에 의하면, 국회의원으로서 대통령선거와 국회의원선거에 입후보하는 경우, 지방자치단체의 의회의원이나 장이 당해 지방자치단체의 의회의원선거나 장의 선거에 입후보하는 경우에는 그 직을 가진 채 입후보할 수 있다.

그에 비하여 이 사건 조항은 지방자치단체의 장이 당해 지방자치단체의 관할구역과 같거나 겹치는 지역구 국회의원선거에 입후보하고자 하는 때에는 당해 선거의 선거일 전 180일까지 그 직을 그만두도록 규정하고 있다.

(2)이 사건 조항은 1998. 4. 30. 법률 제5537호로 신설되었던 구 공선법 제53조 제3항("지방자치단체의 장은 그 임기 중에 그 직을 사퇴하여 대통령선거, 국회의원선거, 지방의회의원선거 및 다른 지방자치단체의 장 선거에 입후보할 수 없다")이 헌법재판소 1999. 5. 27. 98헌마214 결정에 의해 위헌으로 선언됨에 따라 공선법이 2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정되면서 생겨난 조항이다. 위 구 공선법 제53조 제3항이 지방자치단체의 장으로 하여금 그 임기 중에는 대통령, 국회의원, 지방의회의원 및 다른 지방자치단체의 장 선거에 입후보하는 것을 원천적으로 봉쇄하고 있었던 것에 비하여 이 사건 조항은 지방자치단체의 장이 그 임기 중이라도 위 각 선거에 출마할 수 있도록 허용하고 있으나, 지방자치단체의 장이 선거구역에 있어 당해 지방자치단체의 관할구역과 같거나 겹치는 지역구 국회의원선거에 입후보하고자 하는 경우에 한하여 공직사퇴의 시기를 통상의 경우인 선거일 전 60일까지보다 훨씬 앞당겨 선거일 전 180일까지로 하고 있다.

(3)공선법 제53조 제1항에 대한 특별규정이라 할 수 있는 이 사건 조항이 없다고 한다면, 지방자치단체의 장이 당해 지방자치단체의 관할구역과 같거나 겹치는 지역구 국회의원선거에 입후보하고자 하는 경우 일반규정인 공선법 제53조 제1항의 적용을 받게 되므로 선거일 전 60일까지 그 직을 사퇴하여야 한다.

나. 이 사건 조항의 입법목적

지방자치단체의 장이 그 관할구역과 같거나 겹치는 지역구 국회의원선거에 입후보하는 경우, 그 직위를 이용하여 다른 입후보 희망자가 가지지 못하는 여러 가지 정보를 수집, 활용하거나 부하직원을 선거운동에 이용할 염려가 있고, 자신의 당선에 유리하도록 불공정한 법제정이나 법집행·행정집행을 할 소지도 있는 등 그 지위와 권한을 자기의 선거운동에 남용 또는 악용할 가능성이 있으며, 이것은 곧바로 선거의 공정성을 해치게 된다. 또한 지방자치단체의 장이 그 직을 보유한 채로 공직선거에 입후보할 수 있도록 한다면 이는 공무원의 직무전념의무(국가공무원법 제56조, 지방공무원법 제48조 참조)와도 상충된다. 이러한 점에서 이 사건 조항의 입법목적은 선거의 공정성과 공직의 직무전념성 확보에 있다고 할 수 있다. 다만, 지방자치단체의 장을 비롯한 대부분의 공무원에게 적용되는 일반규정인 공선법 제53조 제1항이 이미 선거일 전 공직사퇴조항을 두고 있음에도 불구하고 이 사건 조항은 지방자치단체의 장이 그 관할구역과 같거나 겹치는 지역구 국회의원선거에 출마하는 특정한 경우에 한정하여 다른 공무원의 경우보다 그 사퇴시한을 훨씬 앞당기고 있는바, 이는 지방자치단체장이 그 관할구역이 속하는 지역구 국회의원에 출마하는 경우가 다른 경우에 비하여 그 직위의 남용 내지 악용의 염려가 특히 클 것이라는 우려에서 그로 인해 얻을 불공정한 이익을 배제하려는 것으로 보인다. 따라서 이 사건 조

항은 위 두 가지 입법목적 중에서 '직무의 전념성'보다는 '선거의 공정성'에 더 큰 비중을 둔 조항이라고 말할 수 있다.

다. 이 사건 조항의 위헌 여부

청구인들은 이 사건 조항에 의해 청구인들의 기본권인 평등권과 공무담임권이 침해되었다고 주장하고 있으므로, 그에 대해서 살펴본다.

(1) 평등권 침해 여부

(가) 우리 헌법은 제11조 제1항 제1문에서 "모든 국민은 법 앞에 평등하다."고 규정함으로써 일반적 평등원칙을 선언하고, 이어 동항 제2문에서는 '정치적 영역'에서의 차별금지를 규정하고 있을 뿐만 아니라 제41조 제1항에서는 "국회는 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성한다."라고 규정함으로써 대의민주주의에 있어 핵심적 역할을 수행하는 국회를 구성함에 있어 기회의 균등과 평등선거의 원칙이 준수될 것을 특별히 요구하고 있다. 평등원칙은 원칙적으로 입법자가 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게 취급하거나 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금지하고 있다. 평등권이 요구하는 평등은 절대적 평등이 아니고 합리적으로 근거 있는 차별을 허용하는 상대적 차별을 의미한다. 따라서 본질적으로 같은 것을 다르게 취급하였다고 하여 그것이 곧 평등권에 위반되는 것은 아니고, 차별대우가 헌법적 정당성을 갖지 못하는 경우, 즉 자의적인 경우에 평등권에 위반된다(헌재 1999. 5. 27. 98헌마214, 판례집 11-1, 675, 708 참조).

(나) 이 사건 조항과 마찬가지로 공선법 제53조 제1항도 자신의 지위와 권한을 선거운동에 남용할 우려가 있는 공무원 등의 일정 집단에 대하여 선거일 전 60일까지 그 직을 그만두도록 함으로써 선거의 공정성을 꾀하고 공무원의 직무전념성도 확보하려는 목적에서 제정되었다. 이러한 이 사건 조항과 공선법 제53조 제1항의 입법목적에서 볼 때 공선법 제53조 제1항에서 열거한 공무원의 인적 집단과 지방자치단체의 장은 본질적으로 같은 것으로서 같이 취급되어야 할 것이다(헌재 1999. 5. 27. 98헌마214, 판례집 11-1, 675, 708).

그런데, 이 사건 조항은 지방자치단체의 장이 당해 지방자치단체의 관할구역과 같거나 겹치는 지역구 국회의원선거에 입후보할 경우 그 직을 위 '선거일 전 60일'보다 훨씬 앞당겨 '선거일 전 180일'까지 사퇴하도록 함으로써, 선거일 전 60일까지 사퇴하여 입후보할 수 있는 다른 공무원에 비하여 피선거권에 있어서 차별대우를 하고 있다.

물론 지방자치단체의 장이 공직을 이용해 사전선거운동을 행할 가능성이 있고 그로 인해

선거의 공정성이 위협받을 수 있음은 부정할 수 없지만, 이러한 염려는 다른 공무원의 경우에도 동일하게 발생하는 것이다.

따라서 지방자치단체장과 그 밖의 다른 공무원 사이에 피선거권의 제한에 있어 본질적인 차이가 존재한다고 보기는 어렵다.

(다)다음으로 이 사건 조항에 의한 차별대우를 정당화할만한 합리적인 이유가 존재하는지에 관하여 본다.

이 사건 조항이 자신의 관할구역과 같거나 겹치는 지역구 국회의원선거에 입후보하려는 지방자치단체의 장에 한하여 일반 공무원의 사퇴시한보다 4개월 정도 앞당겨 사퇴하도록 한 것은, 지방자치단체의 장의 경우 지역구 국회의원선거 출마를 앞두고 그 직위를 이용하여 선심행정·편파행정 등을 행함으로써 선거의 공정성을 저해하고 지방자치의 본질을 훼손·왜곡시킬 가능성이 크다는 점을 염두에 둔 것임은 이미 살펴 본 바와 같다.

그러나 이 사건 조항이 선거의 공정성 확보라는 입법목적 달성을 위하여 공선법 제53조 제1항의 선거일 60일 전 사퇴에서 훨씬 더 나아가 선거일 180일 전 사퇴라는 수단을 택한 점에 있어서 그러한 차별을 들만한 합리적 이유가 있는지에 관하여는 의문을 제기하지 않을 수 없다.

먼저, 이 사건 조항이 없다고 하더라도 지방자치단체의 장 역시 일반규정이라 할 수 있는 공선법 제53조 제1항의 적용을 받게 되는데, 공선법 제53조 제1항은 국가공무원과 지방공무원의 경우 원칙적으로 선거일 전 60일까지 사퇴하도록 함으로써 지방자치단체장의 직위를 이용한 사전선거운동의 위험성 즉, 선거의 공정성을 해칠 위험성과 직무전념성의 침해가능성을 선거일 전 60일부터 봉쇄하고 있다.

또한 위 공선법 제53조 제1항의 적용만을 받음으로 인해, 청구인들과 같은 지방자치단체의 장이 지역구 국회의원선거에 출마하고자 하는 경우 선거일 전 180일부터 선거일 전 60일까지 4개월 동안 더 지방자치단체의 장으로 재직함으로써 그 기간 동안 선거와 관련하여 부당한 이익을 누릴 염려가 있으나, 이미 공선법은 다른 규정들을 통해 그러한 위험성도 차단하고 있다.

첫째, 공선법은 "선거운동은 당해 후보자의 등록이 끝난 때부터 선거일 전일까지에 한하여 이를 할 수 있다"고 규정하고(제59조), 이를 위반하였을 경우 선거운동기간위반죄(제254조 제2, 3항)로 형사처벌함으로써 선거운동기간 전에는 일체의 선거운동을 금지하고 있다.

둘째, 그 직위를 남용하여 사전선거운동을 할 개연성이 큰 지방자치단체의 장의 경우, 공

선법 제86조 제3항 전단은 지방자치단체의 사업계획·추진실적 기타 지방자치단체의 활동 상황을 알리기 위한 홍보물에 대해 원칙적으로 분기별로 1종 1회를 초과하여 발행·배부 또는 방송할 수 없도록 제한하면서, 법령에 의하여 발행·배부 또는 방송하도록 규정된 홍보물을 발행·배부 또는 방송하는 행위나 특정사업을 추진하기 위하여 관계주민의 동의를 얻기 위한 행위, 집단민원이나 긴급한 민원이 발생하였을 때 이를 해결하기 위한 행위 등의 경우에만 예외로 함으로써 선거의 공정성과 직무전념성을 확보하고 있다.

셋째, 공선법은 위와 같이 지방자치단체의 장이 실적찬양성 홍보물을 남발함으로써 사전 선거운동을 행하는 것을 특별히 제한하고 있는 것 외에도 공무원이 선거에 영향을 미치는 일정한 행위를 일반적으로 금지하고 있다. 즉 공선법 제86조 제1항은 공무원에 대해 소속직원 또는 선거구민에게 교육 기타 명목여하를 불문하고 특정 정당이나 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함)의 업적을 홍보하는 행위나 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위 또는 정당 또는 후보자에 대한 선거권자의 지지도를 조사하거나 이를 발표하는 행위를 하는 것을 금지하고 있다.

반면, 이 사건 조항은 다음과 같은 불합리한 상황을 야기하고 있다.

첫째, 이 사건 조항은 지방자치단체의 장이 지역구 국회의원선거에 입후보하는 것이 원칙적으로 불가능한 경우를 확대시키고 있다.

지역구 국회의원의 보궐선거와 재선거는 그 선거의 실시사유가 전년도 10월 1일부터 3월 31일까지의 사이에 확정된 때에는 4월 중 마지막 목요일에 실시하고, 4월 1일부터 9월 30일까지의 사이에 확정된 때에는 10월 중 마지막 목요일에 실시하도록 법정되어 있다(공선법 제35조 제1항 제1호). 따라서 재·보궐선거일인 4월과 10월의 마지막 목요일 이후에(이때부터 재·보궐선거일까지의 기간은 180일에 미치지 못한다) 재·보궐선거의 실시사유가 확정되는 경우, 예컨대 1월 1일이나 6월 1일에 재·보궐선거의 실시사유가 확정되어 그 해 4월 마지막 목요일이나 10월 마지막 목요일에 선거가 실시되는 경우, 지방자치단체의 장은 사퇴시한인 '선거일 전 180일까지'라는 시한을 준수하는 것이 불가능하게 되어 아예 재·보궐선거에 입후보조차 할 수 없는 결과가 나타난다.

위와 같이 이 사건 조항은 지방자치단체장으로 하여금 선거일로부터 180일이라는 긴 기간 전에 미리 사퇴하도록 함으로써 입후보가 봉쇄될 수 있는 즉 피선거권이 박탈될 수 있는 지역구 국회의원 재·보궐선거의 범위를 확대시켜 놓고 있다.

둘째, 지방자치단체의 장이 사퇴한 이후 장기간의 행정공백을 발생시킨다.

지방자치단체의 장이 사퇴함으로써 궐위되는 경우에 실시되는 지방자치단체의 장의 보궐 선거는 전년도 10월 1일부터 3월 31일까지의 사이에 그 선거의 실시사유가 확정된 때에

는 4월 중 마지막 목요일에 실시하고, 4월 1일부터 9월 30일까지의 사이에 그 선거의 실시사유가 확정된 때에는 10월 중 마지막 목요일에 실시한다(공선법 제35조 제2항 제1호). 한편 지방자치단체의 장의 사퇴로 인한 보궐선거의 선거일이 국회의원임기만료에 의한 선거기간¹⁾ 개시일 전 40일부터 선거일 후 50일까지의 사이에 있는 때에는 당해 임기만료에 의한 선거의 선거일부터 50일 후 첫 번째 목요일에 그 보궐선거를 실시하도록 하고 있다(공선법 제203조 제3항 단서). 예컨대 2004. 4. 15.에 실시될 예정인 제17대 국회의원 선거에 위 조항들을 적용할 경우, 청구인들은 사퇴마감시한인 선거일 전 180일(2003. 10. 18.)에 임박하여 사퇴할 것으로 예상되므로, 공선법 제35조 제2항 제1호가 적용되는, 통상의 경우인 2004년 4월의 마지막 목요일(2004. 4. 29.)에 사퇴한 지방자치단체장의 보궐선거가 실시되는 것이 아니라, 공선법 제203조 제3항 단서가 적용되어 그 보궐선거일은 2004. 6. 10.이 되고,²⁾ 그로 인해 지방자치단체의 장이 사퇴한 시점으로부터 최소한 7개월 25여 일에 걸친 행정공백이 발생하게 된다.

이와 같은 결과는 이 사건 조항이 아닌 일반조항인 공선법 제53조 제1항의 적용을 받음으로써 2004. 2. 15. 무렵에 사퇴한다고 할 경우에 발생하게 될 행정공백기간 약 3개월 25일 정도와³⁾ 비교할 때 지나치게 장기간의 행정공백을 초래하는 것으로서 지방자치행정의 혼란과 비효율성을 가증시키는 결과를 초래한다. 그리고 국회의원과 지방자치단체의 장의 임기가 각 4년으로 동일하여 국회의원과 지방자치단체장의 임기가 언제나 똑같은 시간 간격을 두고 진행하게 되며,⁴⁾ 또한 지역구 국회의원선거의 선거일과 지방자치단체의 장의 보궐선거일이 법정되어 있기 때문에 이 사건 조항으로 인해 발생하는 지방행정에 있어 공백기간의 장기화 현상은 지역구 국회의원선거가 있을 때마다 항상 발생하게 된다.

지방자치단체의 장은 당해 지방자치단체를 대표하고, 그 사무를 통할하며(지방자치법 제92조), 나아가 당해 지방자치단체의 사무뿐만 아니라 법령에 의하여 그 지방자치단체의 장에게 위임된 사무를 관리하고 집행한다(동법 제94조). 또한 지방자치단체장은 소속 직원을 지휘·감독하고 법령과 조례·규칙이 정하는 바에 의하여 그 임면·교육훈련·복무·징계

- 1) '선거기간'이란 "후보자등록신청 개시일부터 선거일까지의 기간"을 말하며(공선법 제33조 제3항), 국회의원선거의 선거기간은 17일이다(공선법 제33조 제1항 제2호).
- 2) 제17대 국회의원선거일인 2004. 4. 15.을 기준으로 할 때 그 선거기간 개시일은 2004. 3. 30.이 되므로 위 국회의원 선거기간 개시일전 40일(2004. 2. 19.)부터 선거일 후 50일(2004. 6. 4.)까지 사이에 지방자치단체장의 보궐선거일이 위치하는 경우 공선법 제203조 제3항에 따라 그 보궐선거일은 2004. 6. 10.로 된다.
- 3) 지방자치단체장이 2004. 2. 15.에 임박하여 사퇴하는 경우에도 그 보궐선거일은 공선법 제203조 제3항 단서의 적용을 받아 2004. 6. 10.로 된다.
- 4) 예컨대 제16대 국회의원선거에서 선출된 국회의원의 임기는 2000. 5. 30.에서 2004. 5. 29.까지로 4년이고, 제3회 전국동시지방선거에서 선출된 지방자치단체장의 임기는 2002. 7. 1.부터 2006. 6. 30.까지로 역시 4년이므로 양자의 임기진행의 시간적 격차는 항상 일정하게 유지된다.

등에 관한 사항을 처리하고(동법 제96조), 지방의회와의 관계에 있어서도 지방의회의 의결에 대한 재의요구권과 제소권·예산상 집행 불가능한 의결의 재의요구권·긴급시의 선결처분권 등을 가지고 있다(동법 제98~100조). 이와 같이 지방자치단체의 장은 지방자치단체를 대표할 뿐만 아니라 지방자치단체가 수행해야 할 제반 행정기능을 총괄하는 지위에 있으므로, 지방자치제도를 정착·발전시키기 위해서는 가급적 지방자치단체의 장의 부재기간을 단축시키는 것이 바람직함은 물론이다.

결국, 위와 같은 사정을 종합하여 보면, 지방자치단체의 장의 경우 이 사건 규정에 의하지 아니하더라도 공선법 제53조 제1항에 따라 선거일 전 60일까지 사퇴하도록 강제되고 있으며, 그 이전이라 할지라도 선거운동기간을 위반한 행위를 처벌하는 규정(공선법 제59조, 제254조 제2항, 제3항)이나 실적찬양성 홍보물의 발행 등을 제한하는 규정(공선법 제86조 제3항) 또는 공무원의 선거에 영향을 미치는 행위를 금지하는 규정(공선법 제86조 제1항) 등을 통해 지방자치단체의 장에 의해 사전선거운동이 행해질 가능성이 광범위하게 방지되고 있으므로, 그에 더하여 특별히 이 사건 규정과 같이 지방자치단체의 장의 사퇴시한을 훨씬 앞당겨 규정해야 할 합리적인 이유를 발견하기 어렵다. 지방자치단체의 장이 선거일 전 180일부터 선거일 전 60일까지 그 직위를 이용하여 행할지도 모르는 사전선거운동의 가능성이 이미 공선법상의 다른 규정들에 의해 차단되고 있는 한, 그 기간동안 지방자치단체의 장이 직무수행 과정에서 사실상의 이익을 향유한다 하여도 그 직무집행이 정당한 이상 그러한 이익은 직무수행에 당연히 수반되는 자연스러운 현상일 뿐이지 비난의 대상은 아니라고 보아야 한다.

그렇다면, 이 사건 조항이 지방자치단체의 장에 대해 조기사퇴를 강제하는 것은 다른 공무원과의 관계에서 지방자치단체의 장을 합리적 이유 없이 차별하는 것이라 할 것이다.

(2) 공무담임권 침해 여부

(가) 국민주권의 원리와 선거원칙

우리 헌법은 제1조 제2항에서 "대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다."고 규정함으로써 국민주권의 원리를 천명하고 있다. 민주국가에서의 국민주권의 원리는 무엇보다도 대의기관의 선출을 의미하는 선거와 일정사항에 대한 국민의 직접적 결단을 의미하는 국민투표에 의하여 실현된다. 특히 선거는 오늘날의 대의민주주의에서 주권자인 국민이 주권을 행사할 수 있는 가장 의미 있는 수단이며, 모든 국민이 선거권과 피선거권을 가지며 균등하게 선거에 참여할 기회를 가진다는 것은 민주국가에서 국가권력의 민주적 정당성을 담보하는 불가결의 전제이다.

따라서 공무담임권의 내용을 이루는 피선거권을 제한하는 것은 이를 정당화하는 사유가 존재할 경우에만 허용될 수 있으며, 설령 제한될 수 있다 할지라도 불가피한 최소한의 정도에 그쳐야 한다(헌재 1991. 3. 11. 90헌마28, 판례집 3, 63, 81 참조).

(나)이 사건 조항이 비례의 원칙을 준수하고 있는지 여부

이 사건 조항은, 선거일 전 60일까지 사퇴하면 되는 다른 공무원과 비교해 볼 때 지방자치단체장의 사퇴시기를 현저하게 앞당김으로써 청구인들의 공무담임권(피선거권)에 대하여 제한을 가하고 있는 규정이므로, 이 사건 규정은 법치국가원리로부터 도출되는 기본권 제한에 관한 비례의 원칙(과잉금지원칙)을 준수하여야 한다.

즉, 입법목적이 정당하여야 하고(입법목적의 정당성), 입법자가 선택한 수단이 의도하는 입법목적을 달성하고 촉진하기에 적합해야 하며(방법의 적절성), 입법목적을 달성하기에 똑같이 효율적인 수단 중에서 가장 기본권을 존중하고 적게 침해하는 수단을 사용해야 하고(침해의 최소성), 법률에 의하여 국민에게 야기되는 효과인 기본권침해의 정도와 법률에 의하여 실현되는 공익의 비중을 전반적으로 비교형량하였을 때 양자사이의 적정한 비례관계가 성립해야 한다(법익의 균형성).

먼저, 민주주의에서 선거의 기회균등을 통한 공정성을 확보하는 것은 국가가 입법을 통하여 추구할 수 있는 정당한 공익이자 헌법 제116조 제1항에 규정된 국가의 의무이기도 하며, 또한 지방자치행정의 원활을 도모하기 위한 지방자치단체장의 직무전념성 확보 역시 기본권제한입법이 추구할 수 있는 입법목적에 해당하는 것이므로, 앞서 본 이 사건 조항의 입법목적은 정당하다고 할 수 있다.

또한, 지방자치단체의 장의 사퇴시기를 앞당기면 앞당길수록 선거의 공정을 해칠 위험성이 줄어들 것이라는 입법자의 판단은 경험칙(經驗則)에 비추어 수긍할 수 있는 것이므로, 이 사건 조항이 입법목적 달성을 위해 선택한 수단의 적정성은 일응 긍정된다.

그러나, 이 사건 조항이 침해의 최소성과 법익의 균형성을 갖추었다고 보기는 어렵다.

위에서 이미 본 바와 같이, 이 사건 조항이 없다고 하더라도 공선법 제53조 제1항이 지방자치단체장으로 하여금 선거일 전 60일까지는 사퇴하도록 함으로써 선거의 공정성과 직무전념성을 확보하고 있으며, 지방자치단체의 장으로 재직하면서 사전선거운동을 통해 누릴지도 모를 부당한 이익은 사전선거운동을 금지하고 이에 위반시 형사처벌하는 공선법 제59조, 제254조 제2, 3항에 의해 차단되고 있고, 공선법 제86조 제3항 전단은 지방자치단체의 사업계획·추진실적 기타 지방자치단체의 활동상황을 알리기 위한 홍보물에 대해 원칙적으로 분기별로 1종 1회를 초과하여 발행·배부 또는 방송할 수 없도록 제한하고 있으

며, 또 공선법 제86조 제1항은 공무원에 대해 소속직원 또는 선거구민에게 교육 기타 명목여하를 불문하고 특정 정당이나 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함)의 업적을 홍보하는 행위나 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위 또는 정당 또는 후보자에 대한 선거권자의 지지도를 조사하거나 이를 발표하는 행위를 하는 것을 금지하고 있다.

또한, 이 사건 조항은 지방자치단체의 장이 당해 지방자치단체의 관할구역과 같거나 겹치는 지역구 국회의원선거에 입후보하고자 하는 경우에 한해 공직사퇴의 시기를 선거일 전 180일까지로 앞당겨 선거에 출마하기 위해 갖추어야 할 요건을 다른 사람에 비해 엄격하게 함으로써 청구인들의 피선거권에 제한을 가함과 동시에, 다른 한편 지방자치단체의 장으로서 공직을 유지할 공무담임권도 제한하고 있다. 이와 같이 이 사건 조항은 지방자치단체장인 청구인들의 기본권을 두 방향에서 강하게 제한하는 반면, 그 조항을 통하여 달성하고자 하는 공익의 실현정도는 미미하다. 이미 살펴 본 바와 같이 공선법이 이 사건 조항 이외에도 다른 여러 조항들을 통하여 선거의 공정성과 직무전념성을 달성할 수 있도록 규정하고 있기 때문에, 이 사건 조항이 선거일 전 180일까지 사퇴하도록 하는 수단을 통해 현실적으로 달성할 수 있는 법률적 효과는 그리 크다고 할 수 없다.

결국, 이 사건 조항은 다른 조항들에 의해서도 충분히 달성될 수 있는 선거의 공정성과 직무전념성이라는 입법목적을 넘어서 과도하게 청구인들과 같은 지방자치단체장의 기본권을 제한하고 있다고 할 것이다.

그렇다면, 이 사건 조항은 선거의 공정성과 직무전념성이라는 입법목적 달성을 위해 청구인들의 기본권을 덜 제한하는 적절한 수단들이 이미 공선법에 존재하고 있음에도 불구하고 불필요하고 과도하게 청구인들의 공무담임권을 제한하는 것이라 할 것이므로 침해의 최소성 원칙에 위반되고, 이 사건 조항이 입법목적달성에 기여하는 정도는 미미한 반면, 이 사건 조항으로 인하여 침해되는 청구인들의 기본권은 민주주의에서 최대한 존중되어야 할 피선거권 내지 지방자치단체의 장의 직무수행권을 내용으로 하는 공무담임권으로서 이 사건 조항에 의해 청구인들에게 야기되는 효과인 기본권침해의 정도는 매우 중대하므로, 이 사건 조항에 의해 실현되는 공익과 그로 인해 청구인들이 입는 기본권 침해의 정도를 비교형량할 경우 양자간에 적절한 비례관계가 성립하였다고 할 수 없어 법익의 균형성 원칙에도 위배된다.

4. 결론

그렇다면, 이 사건 조항은 청구인들에 대한 차별을 정당화시킬만한 합리적인 이유가 결여

되어 평등의 원칙에 위배될 뿐만 아니라, 청구인들의 기본권인 공무담임권을 제한함에 있어 준수하여야 할 비례의 원칙(과잉금지원칙)을 지키지 못하여 헌법에 위반된다 할 것이므로, 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관윤영철(재판장) 하경철 김영일 권성 김효종 김경일(주심) 송인준 주선희 전효숙

9

지방자치단체장에게 다른 선거 출마를 금지하고 홍보물 발행을 제한하는 구 공직선거법 제53조제3항·제86조제3항 등의 피선거권 등 침해 여부

- 공직선거및선거부정방지법 제53조 제3항 등 위헌확인(공직선거및선거부정방지법 제86조 제3항), 1999. 5. 27. 98헌마214 ■

【판시 사항】

1. 국민주권의 원리와 보통선거원칙
2. 피선거권의 제한이 '행정의 혼란'에 의하여 정당화되는지 여부
3. 피선거권의 제한이 '선거의 공정성 확보'에 의하여 정당화되는지 여부
4. 피선거권의 제한이 민주주의 실현에 미치는 부정적인 효과
5. 피선거권 제한의 위헌 여부(적극)
6. 홍보물발행의 법적 의미
7. 선거에서의 국가의 중립의무와 홍보물발행
8. 선거가 인접하지 않은 시기의 홍보물발행에 대한 제한의 위헌 여부(소극)
9. 선거가 인접한 시기의 홍보물발행의 제한에 대한 위헌 여부(소극)

【결정 요지】

1. 민주주의는 참정권의 주체와 국가권력의 지배를 받는 국민이 되도록 일치할 것을 요청한다. 국민의 참정권에 대한 이러한 민주주의적 요청의 결과가 바로 보통선거의 원칙이다. 즉, 원칙적으로 모든 국민이 균등하게 선거에 참여할 것을 요청하는 보통·평등선거원칙은 국민의 자기지배를 의미하는 국민주권의 원리에 입각한 민주국가를 실현하기 위한 필수적 요건이다. 원칙적으로 모든 국민이 선거권과 피선거권을 가진다는 것은 바로 국민의 자기지배를 의미하는 민주국가에의 최대한의 접근을 의미하기 때문이다.
2. 지방자치단체의 장이 임기중에 공직선거에 입후보할 수 있는 경우 어느 정도로 지방행

정의 혼란이 우려되는가를 살펴보면, 지방자치단체의 장이 임기중에 사퇴함으로써 발생하는 행정의 혼란은 그 정도에 있어서 심각하다고 할 수 없고, 직무대리나 보궐선거의 방법으로 대처할 수 있다고 판단된다.

3. 공선법은 선거의 공정성을 실현하기 위하여 이미 여러가지 다양한 조치를 취하고 있으며, 특히 공선법 제53조 제1항의 '선거전 공직사퇴조항'을 통하여 충분히 선거의 공정성을 확보하고 있다고 판단되므로, 이를 넘어서 포괄적인 입후보금지규정을 두는 것은, 입법목적 달성을 위하여 필요한 조치를 넘어 청구인들의 피선거권을 과도하게 제한하는 것이다.
4. 반면에, 이 사건 조항으로 인하여 발생하는 피선거권 제한의 효과, 특히 '민주주의의 실현'에 미치는 부정적인 효과는 매우 크다. 원칙적으로 국민 누구나가 입후보할 수 있고 이로써 다수의 후보자와 다수의 정책방향 중에서 자유로이 선택할 수 있는 가능성이 유권자에게 주어진 경우에만 그 선거는 국민의 정치적 의사를 제대로 반영할 수 있고 이로써 민주적 정당성을 확보할 수 있는 것이다. 뿐만 아니라 유권자가 후보자를 자유로이 선택할 수 있는 기회가 크게 제한된 상태에서 실시되는 선거는 사실상 국민의 선거권에 대한 현저한 제한으로서 경우에 따라서는 선거권이 형해화될 수도 있다.
5. 결론적으로, 이 사건 조항에 의한 피선거권의 제한이 민주주의의 실현에 미치는 불리한 효과는 매우 큰 반면에, 이 사건 조항을 통하여 달성하려는 공익적 효과는 상당히 작다고 판단되므로, 피선거권의 제한을 정당화하는 합리적인 이유를 인정할 수 없다고 하겠다. 따라서 이 사건 조항은 보통선거원칙에 위반되어 청구인들의 피선거권을 침해하는 위헌적인 규정이다.
6. 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 뿐 아니라 민주주의를 실현하기 위하여 요청되는 국가활동이다. 민주주의는 헌법에 의하여 형성된 국가질서에 대한 국민의 동의를 필요로 한다. 이러한 국민의 기본적 동의가 살아 있도록 유지하는 것이 바로 국가홍보활동의 주된 과제이다. 국가가 그의 기관활동과 관련하여 국민에게 정책이나 중장기적 계획, 장래에 해결해야 할 중요한 공동체의 문제 등을 설명하는 것이 홍보활동의 본질이다.
7. 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 선

거에서의 국가의 중립의무와 기회균등의 원칙에 위반되기 때문이다. 따라서 국가기관이 공직선거에 있어서 편파적으로 영향력을 행사하는 것은 홍보활동의 형태로도 허용되지 않는다.

8. 지방자치단체의 홍보물이 그 내용에 있어서 지방자치단체의 사업계획·사업추진실적과 같이 주민에게 필요한 객관적인 정보의 제공에 제한되더라도, 정보의 내용이 지방자치단체의 업적과 성공사례에 관한 한, 항상 그의 대표기관이자 집행기관인 지방자치단체의 장에게 유리한 효과를 수반한다고 볼 수 있다. 따라서 이 사건 조항은 지방자치단체가 그의 활동상황을 알릴 필요성을 원칙적으로 인정하면서, 한편으로는 지방자치단체가 '빈번하게' 자신의 업적을 홍보하는 것은 간접적으로 지방자치단체의 장의 홍보로 이어질 수 있기 때문에, 지방자치단체의 홍보물발행을 분기별 1종 1회로 제한한 것이다. 이러한 제한이 지방행정에 관한 지방자치단체의 장의 표현의 자유를 과도하게 제한하는 것이라고 할 수 없다.
9. 선거일이나 선거기간이 가까와 올수록 홍보활동이 선거의 결과에 영향을 미칠 가능성은 더욱 많으므로, 이러한 시기에는 주민에게 과거의 활동상황이나 업적에 관하여 객관적으로 보도해야 할 지방자치단체의 과제보다도, 가능하면 공권력의 영향으로부터 자유로운 가운데 지역주민의 정치의사형성이 이루어지도록 해야 할 지방자치단체의 의무가 우선한다고 보아야 한다. 입법자가 이 사건 조항을 통하여 선거일전 180일부터는 지방자치단체 본연의 직무수행을 위한 홍보물의 발행을 계속 허용하면서 소위 '실적찬양성 홍보물'의 발행을 금지한 것은 지방자치단체의 장의 표현의 자유를 과도하게 제한하는 것으로 볼 수 없다.

재판관 김용준, 재판관 정경식의 반대의견

1. 이 사건 심판대상 법률조항들 중 법 제53조 제3항은 "지방자치단체의 장이 그 임기중에 그 직을 사퇴하여 선거구가 당해 지방자치단체의 관할구역과 같거나 중복되는 지역구 국회의원선거 및 지방의회의원선거에 입후보할 수 없도록 하는 범위" 내에서는 헌법에 위반되지 아니한다.
2. 지방자치단체의 장으로 하여금 그 임기중에 선거구가 당해 지방자치단체의 관할구역과 같거나 중복되는 지역구 국회의원선거 또는 지방의회의원선거에 입후보하는 것을 허용한다면, 당해 지방자치단체의 장이 장기적으로 전체 주민의 복지를 염두에 둔 행정을 하지 아니한 채 임기중에 실시될 선거까지의 단기적인 효과만을 노리는 선심행정이나 해당 선거구민의 이익만을 위한 편파행정에 치중하는 등 지방자치의 본질을 훼손하고 선거의 공정성을 저해할 우려가 많다고 아니할 수 없다.

3. 지방자치단체의 장이 자신의 임기가 만료된 후 당해 지방자치단체의 장으로 재선되기 위하여 노력하는 경우와 그 임기중에 실시되는 국회의원선거나 지방의회의원선거에서 선거구가 당해 지방자치단체의 관할구역과 같거나 중복되는 지역구 국회의원이나 또는 지방의회의원으로 당선되기 위하여 노력하는 경우는, 선심행정이나 편파행정 등으로 지방자치행정을 왜곡할 가능성의 면에 있어서는 현저한 차이가 있는 점에 비추어, 이 점 또한 불합리한 차별이라고 할 수 없다.

【심판대상조문】

공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정되어 1998. 4. 30. 법률 제5537호로 최종 개정된 것) 제53조(공무원 등의 입후보) ①~② 생략

- ③ 제1항의 규정에 불구하고 지방자치단체의 장은 그 임기중에 그 직을 사퇴하여 대통령 선거, 국회의원선거, 지방의회의원선거 및 다른 지방자치단체의 장 선거에 입후보할 수 없다.

공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정되어 1998. 4. 30. 법률 제5537호로 최종 개정된 것) 제86조(공무원 등의 선거에 영향을 미치는 행위금지) ①~② 생략

- ③ 지방자치단체의 장은 다음 각호의 1에 해당하는 경우를 제외하고는 지방자치단체의 사업계획·추진실적 기타 지방자치단체의 활동상황을 알리기 위한 홍보물(홍보지·소식지·간행물·시설물·녹화물 기타 홍보물을 포함한다)을 분기별로 1종 1회를 초과하여 발행·배부하여서는 아니되며 당해 지방자치단체의 장의 선거의 선거일전 180일(보권선거 등에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때. 이하 제4항에서 같다)부터 선거일까지는 홍보물을 발행·배부할 수 없다.

1. 법령에 근거한 지방자치단체 본연의 직무수행을 위한 행위
2. 특정사업을 추진하기 위하여 그 사업과 이해관계가 있는 자나 관계주민의 동의를 얻기 위한 행위
3. 집단민원 또는 긴급한 민원이 발생하였을 때 이를 해결하기 위한 행위
4. 기타 위 각호의 1에 준하는 행위로서 중앙선거관리위원회 규칙이 정하는 행위

- ④ 생략

【참조 조문】

헌법 제1조 제2항, 제24조, 제25조, 제37조 제2항, 제41조 제1항, 제42조, 제67조 제1항, 제70조, 제116조 제1항

공직선거및선거부정방지법 제33조(선거기간) ① 선거별 선거기간은 다음 각호와 같다.

1. 대통령선거는 23일
2. 국회의원선거와 지방자치단체의 장선거는 17일
3. 지방의회의원선거는 14일

② 제1항의 규정에 불구하고 제197조(선거의 일부 무효로 인한 재선거) 제1항의 규정에 의한 재선거의 선거기간 및 제198조(천재·지변 등으로 인한 재투표) 제1항의 규정에 의한 재투표의 기간은 다음 각호와 같다.

1. 대통령선거는 21일
2. 국회의원선거와 지방자치단체의 장선거는 15일
3. 지방의회의원선거는 12일

③ "선거기간"이라 함은 후보자등록신청개시일부터 선거일까지를 말한다.

공직선거및선거부정방지법 제34조(선거일) ① 임기만료에 의한 선거의 선거일은 다음 각호와 같다.

1. 대통령선거는 그 임기만료일 전 70일 이후 첫번째 목요일
2. 국회의원선거는 그 임기만료일 전 50일 이후 첫번째 목요일
3. 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거는 그 임기만료일 전 30일 이후 첫번째 목요일

② 생략

공직선거및선거부정방지법 제35조(보궐선거 등의 선거일) ① 생략

② 지역구국회의원의 보궐선거 또는 재선거는 그 선거의 실시사유가 확정된 때부터 90일 이내에, 지방의회의원의 증원선거와 지방자치단체의 장의 보궐선거·재선거 및 지방자치단체의 설치·폐지·분할 또는 합병에 의한 지방자치단체의 장선거는 그 선거의 실시사유가 확정된 때부터 60일 이내에, 지방의회의원의 보궐선거 또는 재선거는 그 선거의 실시사유가 확정된 때부터 180일

이내에 실시하되, 선거일은 지역구국회의원선거에 있어서는 대통령이 늦어도 선거일 전 23일에, 지방자치단체의 장선거에 있어서는 당해 지방자치단체의 장이 늦어도 선거일 전 23일에, 지방의회의원선거에 있어서는 당해 지방자치단체의 장이 늦어도 선거일 전 20일에 각각 공고하여야 한다.

③~⑤ 생략

공직선거및선거부정방지법 제53조(공무원 등의 입후보) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자로서 후보자가 되고자 하는 자는 선거일 전 60일(전국구국회의원선거와 비례대표시·도의원선거 및 보궐선거 등에 있어서는 후보자등록신청 전)까지 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.

1. 국가공무원법 제21조(공무원의 구분)에 규정된 국가공무원과 지방공무원법 제2조(공무원의 구분)에 규정된 지방공무원. 다만, 정당법 제6조(발기인 및 당원의 자격) 제1호 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원(정무직공무원을 제외한다)은 그러하지 아니하다.
2. 각급선거관리위원회위원 또는 교육위원회의 교육위원
3. 다른 법령의 규정에 의하여 공무원의 신분을 가진 자
4. 정부투자기관관리기본법 제2조(적용범위)에 규정된 정부투자기관(한국은행을 포함한다)의 상근 임원
5. 농업협동조합·수산업협동조합·축산업협동조합·농지개량조합·임업협동조합·엽연초생산협동조합 또는 인삼협동조합(이들 조합의 중앙회와 연합회를 포함한다)의 상근 임·직원과 이들 조합의 중앙회장이나 연합회장
6. 지방공기업법 제2조(적용범위)에 규정된 지방공사와 지방공단원의 상근 임·직원
7. 정당법 제6조 제2호의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 없는 사립학교교원
8. 대통령령으로 정하는 언론인

②~③ 생략

공직선거및선거부정방지법 제86조(공무원 등의 선거에 영향을 미치는 행위금지) ① 생략

② 지방자치단체의 장은 선거기간개시일 전 30일(보궐선거 등에 있어서는 그 선거의 실시

사유가 확정된 때)부터 선거일까지 제1항 각호의 1에 해당하는 행위 외에 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.

1. 지방자치단체의 장의 직명 또는 성명을 밝히거나 그가 하는 것으로 추정할 수 있는 방법으로 소속직원 또는 선거구민에게 명목여하를 불문하고 법령이 정하는 외의 금품 기타 이익을 주거나 이를 약속하는 행위

2. 소속정당의 정강·정책과 주의·주장을 선거구민을 대상으로 홍보·선전하는 행위. 다만, 지방자치단체의 장의 선거에 후보자가 되는 경우 선거운동기간중에는 그러하지 아니하다.

3. 창당대회·합당대회·개편대회 및 후보자선출대회를 제외하고는 정당이 개최하는 시국강연회, 정견·정책발표회, 당원연수·단합대회 등 일체의 정치행사에 참석하거나 선거대책기구, 선거사무소, 선거연락소를 방문하는 행위. 다만, 당해 지방자치단체의 장선거에 후보자가 되는 경우와 당원으로서 소속정당이 당원만을 대상으로 개최하는 정당의 지구당 단위 이상의 공개행사에 의례적으로 방문하는 경우에는 그러하지 아니하다.

4. 다음 각목의 1을 제외하고는 교양강좌, 시·도정 또는 자치구·시·군정활동보고(방송·신문 기타 인쇄물·녹화물이나 시설물을 이용하여 행하는 경우를 포함한다), 사업설명회, 공청회, 직능단체모임, 체육대회, 경로행사, 민원상담 기타 각종행사를 개최·후원하는 행위

가. 법령·조례에 근거한 지방자치단체 본연의 직무수행을 위한 행위

나. 특정일·특정시기에 개최하지 아니하면 그 목적을 달성할 수 없는 행사

다. 천재·지변 기타 재해의 구호·복구를 위한 행위

라. 직업보도교육 또는 유상으로 실시하는 교양강좌를 개최·후원하는 행위

마. 집단민원 또는 긴급한 민원이 발생하였을 때 이를 해결하기 위한 행위

바. 가목 내지 마목에 준하는 행위로서 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 행위

5. 통·리·반장의 회의에 참석하는 행위. 다만, 천재·지변 기타 재해가 있거나 집단민원 또는 긴급한 민원이 발생하였을 때에는 그러하지 아니하다.

③~④ 생략

공직선거및선거부정방지법 제111조(의정활동 등 보고의 제한) 국회의원 또는 지방의회의원 및 지방자치단체의 장은 대통령선거·국회의원선거·지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거의 선거기간개시일부터 선거일까지 직무상의 행위 기타 명목여하를 불문하고 보고회 등 집회나 보고서(인쇄물·시설물·녹화물 등을 포함한다)를 통하여 의정활동, 시·도정 또는 자치구·시·군정활동(선거구활동 기타 업적의 홍보에 필요한 사항을 포함한다)을 선

거주민(행정구역 또는 선거구역의 변경으로 새로 편입된 구역의 선거구민을 포함한다)에게 보고할 수 없다.

공직선거및선거부정방지법 제200조(보궐선거) ① 지역구국회의원·지역구시·도의원과 자치구·시·군의회의원 및 지방자치단체의 장에 궐원 또는 궐위가 생긴 때에는 보궐선거를 실시한다.

② 전국구국회의원 및 비례대표시·도의원에 궐원이 생긴 때에는 선거구선거관리위원회는 궐원통지를 받은 후 10일 이내에 그 궐원된 의원이 그 선거 당시에 소속한 정당의 전국구국회의원후보자명부 및 비례대표시·도의원후보자명부에 기재된 순위에 따라 궐원된 국회의원 및 시·도의원의의석을 승계할 자를 결정하여야 한다. 다만, 제264조(당선인의 선거범죄로 인한 당선무효)의 규정에 의하여 당선이 무효로 되거나 그 정당이 해산된 때에는 그러하지 아니하다.

③ 대통령권한대행자는 대통령이 궐위된 때에는 지체없이 중앙선거관리위원회에 이를 통보하여야 한다.

④ 국회의장은 국회의원에 궐원이 생긴 때에는 대통령 및 중앙선거관리위원회에 이를 통보하여야 한다.

⑤ 지방의회의장은 당해 지방의회의원에 궐원이 생긴 때에는 당해 지방자치단체의 장과 관할선거구선거관리위원회에 이를 통보하여야 하며, 지방자치단체의 장이 궐위된 때에는 궐위된 지방자치단체의 장의 직무를 대행하는 자가 당해 지방의회의장과 관할선거구선거관리위원회에 이를 통보하여야 한다.

공직선거및선거부정방지법 제201조(보궐선거 등에 관한 특례) ①보궐선거 등(대통령선거·전국구국회의원선거 및 비례대표시·도의원선거를 제외한다. 이하 이 항에서 같다)은 실시사유가 확정된 때부터 그 잔여임기가 1년 미만이거나, 지방의회의 의원정수의 4분의 1 이상의 궐원(잔여임기가 1년 이상인 때에 재선거·연기의 선거 또는 재투표사유로 인한 경우를 제외한다)되지 아니한 경우에는 실시하지 아니할 수 있다. 이 경우 지방의회의 의원정수의 4분의 1 이상이 궐원되어 보궐선거 등을 실시하는 때에는 그 궐원된 의원전원에 대하여 실시하여야 한다.

② 제219조(선거소청) 제2항 또는 제223조(당선소송)의 규정에 의하여 당선의 효력에 관한 쟁송이 계속 중인 때에는 보궐선거를 실시하지 아니한다.

③ 지방의회의원의 보궐선거·재선거·연기된 선거 또는 재투표를 실시하는 경우에 지방자치단체의 관할구역의 변경에 따라 그 선거구의 구역이 그 지방의회의원이 속하는 지방자치단체에 상응하는 다른 지방자치단체의 관할구역에 걸치게 된 때에는 당해 지방자치단

체에 속한 구역만을 그 선거구의 구역으로 한다.

④ 보궐선거 등의 사유가 발생하였으나 제1항 본문의 규정에 해당되어 제35조(보궐선거 등의 선거일) 제2항의 보궐선거 등의 선거일 공고권자가 보궐선거 등을 실시하지 아니하고자 하는 때에는 보궐선거 등의 실시사유가 확정된 날부터 10일 이내에 그 뜻을 공고하고, 관할선거구선거관리위원회와 당해 지방의회의장에게 통보하여야 한다. 이 경우에는 제35조 제5항의 규정에 불구하고 선거의 실시사유가 확정되지 아니한 것으로 본다.

⑤ 지방의회의원선거에 있어 제1항 본문 및 제4항의 규정에 의하여 보궐선거 등을 실시하지 아니하기로 하였으나 제1항 후단의 규정에 의하여 보궐선거 등을 실시하게 된 때에는 당해 지방자치단체의 장은 제35조 제2항의 선거일공고기한에 관한 규정에 불구하고 늦어도 선거일 전 40일에 선거일을 공고하여야 하며, 이 경우 제35조 제5항의 "선거의 실시 사유가 확정된 때"는 "선거일공고일"로 본다.

⑥ 보궐선거 등 [대통령선거에 있어 궐위로 인한 선거·제195조(재선거)의 규정에 의한 재선거 및 연기된 선거와 제203조(동시선거의 범위와 선거일) 제2항의 규정에 의하여 임기만료에 의한 선거와 동시에 실시하는 보궐선거 등을 제외한다]에 있어 부재자투표에 관하여는 제158조(부재자투표) 제1항 내지 제3항 및 제5항의 규정에 불구하고 같은 조 제4항의 규정에 의한 거소투표자의 예에 의한다.

공직선거및선거부정방지법 제219조(선거소청) ① 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거에 있어서 선거의 효력에 관하여 이의가 있는 선거인·정당(후보자를 추천한 정당에 한한다. 이하 이 조에서 같다) 또는 후보자는 선거일부터 14일 이내에 당해 선거구선거관리위원회위원장을 피소청인으로 하여 지방의회의원선거 및 자치구·시·군의 장선거에 있어서는 시·도선거관리위원회에, 시·도지사선거에 있어서는 중앙선거관리위원회에 소청할 수 있다.

② 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거에 있어서 당선의 효력에 관하여 이의가 있는 정당 또는 후보자는 당선인결정일부터 14일 이내에 제52조(등록무효) 제1항·제2항 또는 제192조(피선거권 상실로 인한 당선무효 등) 제1항 내지 제3항의 사유에 해당함을 이유로 하는 때에는 당선인을, 제190조(지방의회의원당선인의 결정·공고·통지) 또는 제191조(지방자치단체의 장의 당선인의 결정·공고·통지)의 규정에 의한 결정의 위법을 이유로 하는 때에는 당해 선거구선거관리위원회위원장을 각각 피소청인으로 하여 지방의회의원선거 및 자치구·시·군의 장선거에 있어서는 시·도선거관리위원회에, 시·도지사선거에 있어서는 중앙선거관리위원회에 소청할 수 있다.

③ 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 피소청인으로 될 당해 선거구선거관리위원회위원장이 궐위된 때에는 당해 선거구선거관리위원회위원 전원을 피소청인으로 한다.

④ 제2항의 규정에 의하여 피소청인으로 될 당선인이 사퇴 또는 사망하거나 제192조 제2항의 규정에 의하여 당선의 효력이 상실되거나 같은 조 제3항의 규정에 의하여 당선이 무효로 된 때에는 당해 선거구선거관리위원회위원장을, 당해 선거구선거관리위원회위원장이 궐위된 때에는 당해 선거구선거관리위원회위원 전원을 피소청인으로 한다.

⑤ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 소청은 서면으로 하여야 하되, 다음 각호의 사항을 기재한 후 기명·날인하여야 한다. 이 경우 소청장에는 당사자수에 해당하는 부분을 첨부하여야 한다.

1. 소청인의 성명과 주소
2. 피소청인의 성명과 주소
3. 소청의 취지 및 이유
4. 소청의 대상이 되는 처분의 내용
5. 대리인 또는 선정대표자가 있는 경우에는 그 성명과 주소

⑥ 제5항의 규정에 의한 소청장을 접수한 중앙선거관리위원회 또는 시·도선거관리위원회는 지체없이 소청장 부분을 당사자에게 송달하여야 한다.

⑦ 제6항의 규정에 의하여 소청장 부분을 송달받은 피소청인은 중앙선거관리위원회 또는 시·도선거관리위원회가 지정한 기일까지 답변서를 제출하여야 한다. 이 경우 당사자수에 상응하는 부분을 첨부하여야 하며, 답변서를 접수한 중앙선거관리위원회 또는 시·도선거관리위원회는 그 부분을 당사자에게 송달하여야 한다.

공직선거및선거부정방지법 제222조(선거소송) ① 대통령선거 및 국회의원선거에 있어서 선거의 효력에 관하여 이의가 있는 선거인·정당(후보자를 추천한 정당에 한한다) 또는 후보자는 선거일부터 30일 이내에 당해 선거구선거관리위원회위원장을 피고로 하여 대법원에 소를 제기할 수 있다.

② 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거에 있어서 선거의 효력에 관한 제220조(소청에 대한 결정)의 결정에 불복이 있는 소청인(당선인을 포함한다)은 당해 선거구선거관리위원회위원장을 피고로 하여 그 결정서를 받은 날부터 10일 이내에, 제220조 제1항의 기간내에 결정하지 아니한 때에는 그 기간이 종료된 날부터 10일 이내에 시·도지사선거에 있어서는 대법원에, 지방의회의원선거 및 자치구·시·군의 장선거에 있어서는 그 선거구를 관할하는 고등법원에 소를 제기할 수 있다.

③ 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 피고로 될 위원장이 궐위된 때에는 당해 선거구선거

관리위원회위원 전원을 피고로 한다.

공직선거및선거부정방지법 제224조(선거무효의 판결 등) 소청이나 소장을 접수한 선거관리위원회 또는 대법원이나 고등법원은 선거쟁송에 있어 선거에 관한 규정에 위반된 사실이 있는 때라도 선거의 결과에 영향을 미쳤다고 인정하는 때에 한하여 선거의 전부나 일부의 무효 또는 당선의 무효를 결정하거나 판결한다.

지방자치법 제26조의2(지방의회의원의 선거) 지방의회의원은 주민의 보통·평등·직접·비밀 선거에 의하여 선출한다.

지방자치법 제31조(의원의 임기) ① 지방의회의원의 임기는 4년으로 한다.

② 삭제

지방자치법 제86조(지방자치단체의 장의 선거) ① 지방자치단체의 장은 주민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선거한다.

② 삭제

지방자치법 제87조(지방자치단체의 장의 임기) ① 지방자치단체의 장의 임기는 4년으로 하며, 지방자치단체의 장의 계속 재임은 3기에 한한다.

② 삭제

지방자치법 제101조(부지사·부시장·부군수·부구청장) ①~⑤ 생략

⑥ 지방자치단체의 장이 사고가 있는 때에는 당해 시·도의 부시장과 부지사, 시의 부시장·부군수·부구청장이 그 직무를 대리한다.

지방자치법 제155조(지방자치단체의 사무에 대한 지도 및 지원) ① 중앙행정기관의 장 또는 시·도지사는 지방자치단체의 사무에 관하여 조언 또는 권고하거나 지도할 수 있으며, 이를 위하여 필요한 때에는 지방자치단체에 대하여 자료의 제출을 요구할 수 있다.

② 국가 또는 시·도는 지방자치단체가 당해 지방자치단체의 사무를 처리함에 있어서 필요하다고 인정할 경우 재정지원 또는 기술지원을 할 수 있다.

지방자치법 제158조(지방자치단체의 자치사무에 대한 감사) 내부부장관 또는 시·도지사는 지방자치단체의 자치사무에 관하여 보고를 받거나 서류·장부 또는 회계를 감사할 수 있다. 이 경우 감사는 법령위반사항에 한하여 실시한다.

지방자치법 시행령 제30조(사무인계) ① 법 제97조의 규정에 의한 사무인계는 임기만료로 인한 퇴직의 경우는 새로운 지방자치단체의 장의 임기가 시작되는 날에, 임기 중에 퇴직

하는 경우에는 퇴직하는 날에 그 소관사무의 전부를 새로운 지방자치단체의 장 또는 그 직무를 대리하는 자에게 인계하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의하여 직무를 대리하는 자가 사무를 인계받은 경우에는 새로운 지방자치단체의 장이 사무를 인수할 수 있게 된 때에 지체없이 이를 새로운 지방자치단체의 장에게 인계하여야 한다.

지방자치법 시행령 제39조의2(직무의 대리) 법 제101조 제1항 제1호 및 제2호의 규정에 의하여 부시장 3인을 두는 특별시의 경우에는 행정(1)부시장, 행정(2)부시장, 정무부시장의 순으로 특별시장의 직무를 대리하고, 부시장 또는 부지사 2인을 두는 광역시 및 도의 경우에는 행정부시장·행정부지사, 정무부시장·정무부지사의 순으로 시·도지사의 직무를 대리한다.

【참조 판례】

1. 헌재 1991. 3. 11. 90헌마28, 판례집 3, 63

【당 사 자】

청 구 인 노승환 외 22인

위 청구인들 대리인 변호사 이석연

【주 문】

1. 공직선거및선거부정방지법 제53조 제3항은 헌법에 위반된다.
2. 이 사건 심판청구 중 같은 법 제86조 제3항에 대한 청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 줄거리와 심판의 대상

가. 사건의 줄거리

청구인들은 1998년도 지방자치단체장 선거에서 당선된 서울특별시 마포구청의 서울특별

시의 22개 구청의 구청장들로서 1998. 7. 1.부터 4년간 지방자치단체장의 임기를 시작한 사람들이다. 청구인들은 지방자치단체의 장으로 하여금 임기중 대통령, 국회의원선거 등에의 입후보를 할 수 없도록 규정하고 있는 공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정되어 1998. 4. 30. 법률 제5537호로 최종 개정된 것, 이하 '법'이라 한다) 제53조 제3항 및 지방자치단체의 활동상황을 알리기 위한 홍보물의 발행·배부를 제한하고 있는 법 제86조 제3항이 청구인들의 기본권을 침해하고 있다며, 1998. 6. 26. 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하여 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 법 제53조 제3항 및 제86조 제3항의 위헌여부이며, 그 규정내용은 다음과 같다.

제53조(공무원 등의 입후보)① 및 ② 생략

③제1항의 규정에 불구하고 지방자치단체의 장은 그 임기중에 그 직을 사퇴하여 대통령 선거, 국회의원선거, 지방의회의원선거 및 다른 지방자치단체의 장 선거에 입후보할 수 없다.

제86조(공무원 등의 선거에 영향을 미치는 행위금지)

① 및 ② 생략

③지방자치단체의 장은 다음 각호의 1에 해당하는 경우를 제외하고는 지방자치단체의 사업계획·추진실적 기타 지방자치단체의 활동상황을 알리기 위한 홍보물(홍보지·소식지·간행물·시설물·녹화물 기타 홍보물을 포함한다)을 분기별로 1종 1회를 초과하여 발행·배부하여서는 아니되며 당해 지방자치단체의 장의 선거의 선거일전 180일(보궐선거 등에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때. 이하 제4항에서 같다)부터 선거일까지는 홍보물을 발행·배부할 수 없다.

1.법령에 근거한 지방자치단체 본연의 직무수행을 위한 행위

2.특정사업을 추진하기 위하여 그 사업과 이해관계가 있는 자나 관계주민의 동의를 얻기 위한 행위

3.집단민원 또는 긴급한 민원이 발생하였을 때 이를 해결하기 위한 행위

4.기타 위 각호의 1에 준하는 행위로서 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 행위

④ 생략

2. 청구인들의 주장과 이해관계인의 의견

가. 청구인들의 주장요지

(1) 청구인들은 법에 의하여 그들의 임기중인 오는 2000. 4.에 제16대 국회의원 총선거 등의 실시가 법률에 의해서 확실히 예상된다는 점에서 기본권 침해의 현재성요건을 갖추었다. 만일 총선일자 등의 공고때 비로소 기본권 침해의 현재성이 인정된다고 한다면, 청구인들은 헌법소원을 제기할 실익이 없어 헌법소원제도의 실효성이 상실된다.

(2)법 제53조 제1항 본문은 공무원이 공직선거에 입후보하고자 할 때에는 선거일 60일 전에 사직하도록 규정하고 있으나, 같은 조 제3항은 지방자치단체의 장은 그 임기중에는 어떤 경우에도 대통령, 국회의원, 지방의회의원 또는 다른 지방자치단체의 장 선거 등에 출마할 수 없도록 못박고 있다. 같은 선출직인 국회의원, 지방의회의원 등은 그 임기중에 대통령 선거, 지방자치단체의 장 선거에 자유로이 입후보할 수 있도록 허용하고 있으면서도 위 법률조항이 유독 지방자치단체의 장에게만 임기중 대통령, 국회의원 또는 지방의회의원 선거 등에의 입후보를 금지하는 것은 형평의 원칙에 어긋나는 것일 뿐만 아니라 합리적 근거가 없는 차별로서 헌법 제11조 제1항의 평등권에 위배된다.

비록 법 제53조 제3항의 입법취지가 임기중 지방자치단체장이 대통령, 국회의원 선거 등에 출마하게 되면 출마를 의식한 자치단체장의 행정소홀과 도중 출마로 인한 행정혼란 등을 방지하기 위한다에 있다 하더라도, 이러한 입법목적은 지방자치가 헌법상 입헌민주주의 발전을 위한 불가결한 전제조건임을 고려할 때 지방자치단체장의 피선거권 박탈을 정당화할만한 사유가 되지 못한다. 또한 지방자치단체장으로 하여금 그 임기중에는 예외없이 일률적으로 대통령, 국회의원, 지방의회의원, 다른 지방자치단체의 장 선거에의 출마를 금지하고 있다는 점에서, 법 제53조 제3항의 규정은 그 내용에 있어서 목적의 정당성은 물론 방법의 적절성, 피해의 최소성 및 법익의 균형성 등 헌법 제37조 제2항의 기본권제한입법의 한계로서 요구되는 과잉금지의 원칙을 지키지 아니함으로써 공무담임권의 본질적 내용을 침해하고 있다.

(3)지방자치단체가 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하거나 자치에 관한 법규를 제정하기 위해서는 주민접촉행정이 선행되어야 한다. 따라서 지방자치단체가 사업의 계획이나 추진과정을 주민들에게 알리는 것은 주민의 행정참여를 유도하여 주민접촉행정을 실현하기 위한 지방자치제도의 핵심적 내용인데도 불구하고, 법 제86조 제3항은 지방자치단체의 사업계획이나 추진실적 등 활동상황을 담은 홍보물을 분기별로 단 1회만 허용하고, 그것마저 선거일 180일 전에는 전면 금지하고 있어 지방자치제도의 본질에 반하는 것이다. 또한 위 법률조항은 지방자치단체의 주민에 대한 자치행정의 홍보와 주민의 행정참여를 가로막음으로써 민주행정의 토대인 헌법 제21조 제1항의 표현의 자유 및 주

민의 알권리를 침해하고 있을 뿐만 아니라, 지방자치단체장의 공직수행을 제한 내지 저해함으로써 피선거권과 함께 공직취임 및 공직수행권을 그 내용으로 하는 헌법 제25조의 공무담임권을 침해하는 위헌의 규정이다.

위 법률조항의 입법목적이 비록 자치단체장이 홍보물을 개인홍보에 이용하는 것을 방지하려는데 있다 하더라도, 위 법률조항은 앞서 본 바와 같이 지방자치단체가 발행하는 홍보물의 내용과 횟수를 과도하게 제한함으로써 방법의 적절성이나 법익의 균형성 등 측면에 볼 때 기본권 제한입법의 한계로서 요구되는 과잉금지의 원칙에 위배된다.

같은 선출직 공무원인 국회의원이거나 지방의회의원에게는 그 임기중 그들의 활동상황, 공약실천사항 등을 사진과 함께 실은 홍보물을 의정보고서 등의 제목으로 원칙적으로 허용하고 있으면서 지방자치단체의 장에게는 자치단체의 활동상황을 담은 홍보물의 발간, 배포를 원칙적으로 금하는 것은 역시 지방자치단체장에 대한 합리적 근거없는 차별로서 청구인들의 헌법상 보장된 평등권을 침해하고 있다.

나. 법무부장관의 의견

(1)현재로는 청구인들이 법 제53조 제3항에 의하여 기본권을 침해받은 사실이 없다. 다만, 청구인들은 다음에 있을 대통령선거, 국회의원선거, 지방의회의원선거 및 다른 지방자치단체장선거에 출마를 해야 비로소 위 법률조항의 적용을 받는다고 할 것이므로, 이 사건 심판청구는 현재성이 결여되어 부적법하다.

(2)지방자치의 실현과 발전에 있어서 선거에 의하여 선출되는 지방자치단체장이 가지고 있는 위치와 역할을 고려하여 볼 때, 그의 임기중에 다른 선거를 이유로 물러나는 경우, 특히 보궐선거를 통하여 새로운 지방자치단체장을 선출할 기간마저도 부족할 때(잔여임기 1년 미만)에는 지방자치선거를 통하여 이루고자 하는 지방자치제도의 목적 자체가 흔들릴 소지가 있다. 실제로 지방자치단체장이 다른 선거직에 나갈 경우, 구 법 제53조에 따라 지방자치단체장은 선거 90일 전에 그 지방자치단체장직에서 사퇴하여야 하고, 법 201조에 의하면 잔여임기가 1년 미만일 경우에는 보궐선거도 실시되지 않아 지방자치제도가 그 뿌리에서부터 흔들릴 가능성마저 없지 않다.

지방자치단체장이 다른 선거에 입후보함으로써 지방자치제도에 미치는 영향은 지방자치제도의 확립 초기인 현시점에 비추어 적다고 할 수 없다. 지방자치단체장선거와 다른 선거의 시기적 불합치에 따른 보궐선거의 기회가 사실상 원천적으로 봉쇄되고 있는 우리의 실정과 지방자치단체장의 직무전념의무와 성실의무를 고려하여 볼 때, 법 제53조 제3항에 의한 일부 공무담임권의 제한은 헌법상 보장된 평등권이나 공무담임권의 본질적 내용을 침해한다고 볼 수 없다.

(3)지방자치단체가 자신의 사업계획, 추진실적, 기타 지방자치단체의 활동상황을 알리기 위한 홍보물은 그 실제의 목적과는 관계없이 선거운동의 일환으로 사용될 경우가 있을 수 있다. 따라서 지방자치단체 본래의 목적을 달성하기 위한 것 이외에는 이를 제한할 필요가 있다.

우선, 선거의 공정성과 기회균등성이라는 원칙을 위한 입법이라는 점에서 법 제86조 제3항의 입법목적의 정당성이 인정되고, 그 목적을 달성하기 위하여 다른 출판물 모두를 규제하는 것이 아니라 사업계획, 추진실적을 다른 홍보물의 발행만을 제한하는 것이며, 그것도 분기별로 1회씩 발행을 허용하고, 다만 선거일 180일 전에는 금함으로써 선거에 미치는 영향을 고려하고 있어 방법의 측면에 있어서도 적절하다. 또한 예외규정에는 광범위하게 예외사유를 규정해 놓고 있어, 청구인들이 주장하는 바와 같이 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하거나 법령의 범위 안에서 자치에 관한 법규를 제정하기 위한 주민접촉행정에는 아무런 지장을 주지 않고 있어 피해를 최소화하고 있다. 따라서 위 법률조항은 청구인들의 표현의 자유를 제한하거나 지방자치제도의 본질을 침해하였다고 보기 어렵다.

3. 판 단

가. 심판청구의 적법성 여부

법무부장관은 '청구인들이 현재로는 법 제53조 제3항에 의하여 기본권을 침해받은 사실이 없고, 다만 청구인들이 다음에 있을 대통령선거, 국회의원선거, 지방의회의원선거 및 다른 지방자치단체장선거에 출마를 해야 비로소 위 법률조항의 적용을 받게된다고 할 것이므로, 이 사건 심판청구는 현재성이 결여되어 있다'라는 요지의 주장을 한다. 법 제53조 제3항은 청구인들의 공직선거에의 후보자등록을 막고 있는 규정이므로, 그에 따른 기본권의 침해가 후보자등록개시일에 비로소 구체적, 현실적으로 발생하는 것은 틀림이 없다. 그러나 헌법재판소는 종래의 결정에서 기본권의 침해가 비록 장래에 발생한다 하더라도 그 침해가 틀림없이 발생할 것으로 현재 확실히 예측된다면 기본권구제의 실효성을 위하여 침해의 현재성을 인정하고 있다(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68등, 판례집 4, 659, 669; 1996. 8. 29. 95헌마108, 판례집 8-2, 167, 175 참조).

이 사건의 경우 헌법과 법률에 따라 대통령선거, 국회의원선거, 지방의회의원 및 지방자치단체의 장 선거의 실시가 장래에 확실히 예상되고, 특히 다음 국회의원총선거가 2000년 상반기에 실시되는 것이 이미 확정되어 있으므로, 위 법률조항에 의하여 청구인들의 피선거권이 가까운 장래에 침해되리라는 것 또한 현재 확실히 예측된다.

만일, 청구인들의 기본권이 현실적으로 침해되는 후보자등록개시일 이후에 비로소 헌법소원을 제기해야만 헌법소원의 현재성이 인정된다고 한다면, 현행헌법소원절차의 운영실태와 후보자등록개시일부터 선거일까지의 기간(법 제33조)이 각 선거에 따라 14일~23일이라는 점에 비추어 선거일 전에 헌법재판소의 결정이 선고되기를 기대하기는 어렵다 할 것이므로, 청구인들은 헌법소원제도에 의한 기본권의 구제를 받을 수 없게 된다고 할 것이다. 다시말하면, 이 사건의 경우와 같이 청구인들의 피선거권이 제한된 경우, 헌법재판소의 결정전에 선거가 이미 종결된다면, 그 뒤에 이 사건 법률조항에 대한 위헌결정이 선고된다고 하더라도 청구인들의 권리구제는 불가능하다. 뿐만 아니라, 청구인들이 다음 공직선거에 입후보할 수 있는가 하는 것은 개인의 인생계획의 중요한 부분에 관한 것이므로 당사자는 자신의 진로와 관련된 중요한 결정을 내리기 위하여 되도록 빨리 법적 상태의 위헌성여부를 확인받을 이익이 있다고 할 것이다.

결국 이 사건 법률조항에 의한 기본권의 침해가 구체화·현실화된 시점에서는 적시에 권리구제를 기대하는 것이 거의 불가능하므로 효율적인 권리구제를 위하여 후보자등록 개시일 전에 헌법재판소가 위 법률조항에 대한 위헌여부의 판단을 할 필요가 있다 할 것이다. 따라서 이 사건 심판청구는 기본권침해의 현재성을 충족시킨 것으로 봄이 상당하다.

나. 본안에 관한 판단

(1)법 제53조 제3항(이하 "이 사건 법률조항"이라 한다)의 위헌 여부

법 제53조 제1항에 의하면, 국가공무원과 지방공무원(다만, 정당법 제6조 제1호 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 정무직 이외의 공무원은 제외)으로서 공직선거의 후보자가 되고자 하는 자는 누구나 선거일 전 60일까지 그 직을 그만두어야 하되, 다만 국회의원으로서는 대통령선거와 국회의원선거에 입후보하는 경우, 지방의회의원으로서 당해 지방의회의원선거에 입후보하는 경우나 지방자치단체의 장으로서 당해 지방자치단체의 장 선거에 입후보하는 경우에는 그 직을 가진 채 입후보할 수 있다.

그런데 1998. 4. 30. 법률 제5537호로 새로이 신설된 이 사건 법률조항은 "지방자치단체의 장은 그 임기중에 그 직을 사퇴하여 대통령선거, 국회의원선거, 지방의회의원선거 및 다른 지방자치단체의 장 선거에 입후보할 수 없다."고 규정하여, 지방자치단체의 장은 그 임기중에는 대통령은 물론, 지역이나 전국구를 가리지 아니하고 국회의원, 지방의회의원 및 다른 지방자치단체의 장에 선출될 수 있는 가능성을 원천적으로 봉쇄하고 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 청구인들의 피선거권, 즉 헌법 제25조가 보장하는 국민의 기본권인 공무담임권을 제한하는 규정이다. 공무담임권은 선거직 공무원을 포함한 모든 공직에 취임할 수 있는 권리로서 공직선거에 입후보하여 당선될 수 있는 피선거권을 포괄하고 있다.

그렇다면 이 사건 법률조항이 규정하는 공무담임권에 대한 제한이 헌법적으로 허용되는 한계를 준수한 것인지의 여부와 청구인들이 평등원칙에 반하여 합리적인 근거없이 자의적인 차별을 받고 있는 것인지의 여부가 문제된다고 할 것이므로 이를 살펴 보기로 한다.

(가) 공무담임권제한의 위헌 여부

헌법은 국민의 참정권의 가장 중요한 형태인 선거권(헌법 제24조)과 공무담임권(헌법 제25조)을 보장하면서, 한편으로는 제41조 제1항과 제67조 제1항에서 국회의원과 대통령의 선출에 있어서 보통·평등·직접·비밀선거제를 선거의 기본원칙으로 규정하고 있다. 이로써 국민의 선거권과 피선거권의 실체적 내용은 무엇보다도 선거의 기본원칙에 의하여 구체화되고 있다. 이러한 선거원칙은 대통령과 국회의원의 선거뿐만 아니라 지방자치단체기관의 구성원을 선출하는 선거에 있어서도 적용되는 기본원칙으로서 지방의회와 지방자치단체의 장의 선거에 관하여는 지방자치법 제26조의2 및 제86조에 의하여 구체화되었다.

1) 국민주권의 원리와 보통선거원칙

헌법은 제1조 제2항에서 "대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다."고 규정함으로써 국민주권의 원리를 천명하고 있다. 민주국가에서의 국민주권의 원리는 무엇보다도 대의기관의 선출을 의미하는 선거와 일정사항에 대한 국민의 직접적 결정을 의미하는 국민투표에 의하여 실현된다. 선거는 오늘날의 대의민주주의에서 국민이 주권을 행사할 수 있는 가장 중요한 방법으로서, 선거를 통하여 국민은 선출된 국가기관과 그의 국가권력의 행사에 대하여 민주적 정당성을 부여한다. 민주주의는 참정권의 주체와 국가권력의 지배를 받는 국민이 되도록 일치할 것을 요청한다. 국민의 참정권에 대한 이러한 민주주의적 요청의 결과가 바로 보통선거의 원칙이다. 즉, 원칙적으로 모든 국민이 균등하게 선거에 참여할 것을 요청하는 보통·평등선거원칙은 국민의 자გი 지배를 의미하는 국민주권의 원리에 입각한 민주국가를 실현하기 위한 필수적 요건이다. 원칙적으로 모든 국민이 선거권과 피선거권을 가진다는 것은 바로 국민의 자გი 지배를 의미하는 민주국가에의 최대한의 접근을 의미하기 때문이다.

그러므로 보통선거의 원칙에 따라 원칙적으로 모든 국민에게 선거권과 피선거권이 인정되어야 하며, 특정한 국민을 정치적·경제적 또는 사회적인 이유로 선거권과 피선거권을 행사할 수 없도록 하여서는 아니된다. 물론 보통선거의 원칙은 선거권 및 피선거권에 대한 모든 제한을 금지하는 것은 아니지만, 보통선거원칙에 대한 예외는 원칙적으로 부득이한 경우에 한하여 제한적으로 허용되어야 하며, 제한한다 하더라도 불가피한 최소한의 정도에 그쳐야 한다. 이미 헌법재판소는 다른 여러 결정들에서 참정권의 제한은 국민주권에 바탕을 둔 민주주의원리에 배치되는 것이기 때문에 어디까지나 최소한의 정도에 그쳐야 한다고 하면서, 민주주의는 공무담임권을 통하여 최대다수의 최대정치참여가 보장되어야

하는 것이며 그 제한은 어디까지나 예외적이고 필요부득이한 경우에 국한되어야 한다고 판시한 바 있다(헌재 1991. 3. 11. 90헌마28, 판례집 3, 63, 80-81 참조).

2) 이 사건 법률조항의 위헌 여부

가)이 사건 법률조항에 의한 피선거권의 제한은 보통선거원칙에 대한 제한으로서 그를 정당화하는 합리적인 이유가 있어야 허용될 수 있다. 보통선거의 원칙이 국민주권의 원리를 실현하기 위한 근본조건이라는 점에 비추어 피선거권의 제한을 정당화하는 공익은 그 제한의 효과가 민주주의의 실현과 당사자에게 심대하면 할수록 보다 필연적이고 중대해야 한다. 따라서 피선거권의 제한이 입법자에게 어느 정도로 허용되는가의 문제는 피선거권의 제한을 통하여 실현하고자 하는 공익의 비중과 이 사건 법률조항에 의하여 발생하는 피선거권제한의 효과를 비교형량함으로써 헌법적으로 허용되는 제한의 한계를 밝히는 문제로 돌아간다.

나)이 사건의 경우, 이 사건 법률조항을 통하여 달성하고자 하는 입법목적이자 청구인들의 피선거권에 대한 제한을 정당화하는 공익으로서 고려되는 것은, 무엇보다도 먼저 지방자치단체의 장이 임기중 공직선거에 출마함으로써 초래되는 '행정의 혼란'을 방지하고, 이로써 궁극적으로 지방행정의 효율성을 확보하고자 하는 것이다.

지방자치단체의 장이 종래와 같이 임기중에 공직선거에 입후보할 수 있는 경우 어느 정도로 지방행정의 혼란이 우려되는가를 파악하기 위하여 지방자치단체의 장이 지방의회의 원선거 및 다른 지방자치단체의 장선거에 입후보하는 경우와 대통령, 국회의원선거에 입후보하는 경우를 나누어 살펴보기로 한다.

①우선, 지방자치단체의 장이 지방의회의원선거나 보다 광역의 지방자치단체의 장 선거에 출마하고자 하는 경우를 살펴보면, 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거는 법 제34조 제1항 제3호에 의하여 그 임기만료전 30일 이후 첫 번째 목요일에 실시되고 지방자치단체의 장은 위 선거에 입후보하기 위하여 법 제53조 제1항에 의하여 선거일 전 60일까지 사퇴해야 한다. 따라서 지방자치단체의 장은 자신의 임기만료전 약 3개월 전에 그 직을 비우게 된다. 모든 지방자치단체기관의 임기만료일이 동일하고 모든 지방자치단체의 선거가 동일한 날에 실시되므로, 이 경우 지방자치단체의 장이 잔여임기 3개월을 남겨놓고 선거에 출마하리라는 것을 확실하게 예측할 수 있다. 지방자치단체의 장이 임기 만료 3개월 전에 사퇴함으로써 발생하는 행정의 혼란은 그 정도에 있어서 심각하다고 할 수 없고, 지방자치단체의 부지사, 부시장, 부군수, 부구청장에 의한 직무대리의 방법으로 효율적으로 대처할 수 있다고 판단된다(지방자치법 제101조 제6항, 지방자치법시행령 제30조, 제39조의2). 더욱이 위 선거에 출마하려는 지방자치단체의 장은 지방자치단체의 선거를 3개월 앞둔 시점에서는 선거운동의 준비작업으로 인하여 직무에 전념할 수 없어 지역행정을 소홀히 할 수밖에 없다는 사실을 고려한다면, 이 경우 지방행정의 효율성이란 측면에

서 오히려 직무대리의 방법이 바람직할 수도 있다. 지방자치단체의 장이 공직선거에 출마하게 됨으로써 선거 전에 공직을 사퇴하고 말미암아 생기게 되는 어느 정도의 행정혼란은 이미 법 제53조 제1항이 예정하고 있는 것이고, 선거의 공정성과 선거에서의 기회균등을 보장하기 위하여 감수할 수밖에 없는 것이기도 하다.

따라서 이 경우에 발생하는 행정의 혼란은 그 기간과 정도가 그리 심각한 것이 아니라 할 것임에도, '입후보로 인한 행정의 혼란'을 이유로 하여 지방자치단체의 장을 지방의회 의원선거, 특히 다른 지방자치단체의 장의 선거에 입후보할 수 없도록 한 것은 납득하기 어렵다.

②한편, 지방자치단체의 장이 대통령이나 국회의원의 선거에 입후보하는 경우에는, 지방자치단체의 선거와 대통령, 국회의원의 선거가 시기적으로 일치하지 않고(법 제34조 제1항) 더욱이 대통령, 국회의원, 지방자치단체기관의 임기(헌법 제70조, 제42조, 지방자치법 제31조 및 제87조)도 동일하지 않기 때문에, 지방자치단체의 장이 입후보할 당시의 잔여임기는 매번 선거때마다 다를 수밖에 없다. 즉, 지방자치단체의 장의 임기만료일과 대통령, 국회의원의 선거에 입후보하기 위한 공직사퇴시한과의 상관관계에 따라 지방자치단체의 장의 입후보시 잔여임기가 우연히 몇 개월일 수도 있고 경우에 따라서는 몇 년일 수도 있다.

그런데 지방자치단체의 장이 사망, 사퇴, 자격상실 등으로 궐위되는 경우, 지방자치단체의 장의 잔여임기가 1년 이상인 때에는 보궐선거를 통하여, 잔여임기가 1년 미만인 때에는 직무대행의 방법으로 그의 입후보로 인한 공백을 메울 수 있다(법 제200조 및 제201조).

우선, 지방자치단체의 장의 잔여임기가 1년 이상이기 때문에 보궐선거가 실시되는 경우에는 선거의 실시사유가 확정된 날로부터 60일 이내에 보궐선거를 실시하도록 규정하고 있다(법 제35조 제2항). 선거의 실시사유가 확정된 날이란 바로 지방자치단체의 장이 그의 직에서 사퇴한 날이므로, 이 경우 지방자치단체의 장의 입후보로 인하여 사퇴일부터 보궐선거일까지 최장 2개월간의 행정공백이 발생하게 된다. 하지만, 지방자치단체의 장의 사고시에는 당해 지방자치단체의 부지사, 부시장, 부군수, 부구청장이 그 직무를 대리하도록 규정되어 있으므로(지방자치법 제101조 제6항, 지방자치법시행령 제30조, 제39조의2), 이 경우 단지 2개월 간의 직무대리로 인한 행정의 혼란은 위의 ①의 경우와 마찬가지로 그 정도와 기간에 비추어 그리 심각하다고 할 수 없다. 공직선거에 입후보하기 위하여 임기 중에 사퇴한 지방자치단체의 장과 마찬가지로, 보궐선거를 통하여 주민에 의하여 선출된 새로운 지방자치단체의 장도 주민의 지지와 민주적 정당성을 바탕으로 그를 중심으로 하는 강력한 지역행정을 수행할 수 있기 때문에, 지방자치단체의 장이 임기중에 교체됨으로써 발생하는 행정효율의 저하는 크게 우려되지 않는다.

한편, 지방자치단체의 장의 잔여임기가 1년 미만인 경우에는 일반적으로 보궐선거를 실시

하지 않으므로, 경우에 따라서는 최장 거의 1년 가까이 주민에 의하여 선출된 지방자치단체의 장이 아니라 임명직의 직무대리권자가 지방행정을 담당하는 결과가 생긴다. 이 경우 직무대리권자가 지방행정을 담당하는 기간이 상대적으로 길기 때문에, 우려되는 행정혼란의 정도는 위의 경우들보다 더욱 크다고 할 것이다. 그러나 행정기관의 직무상 공백을 없게 하며 그 책임을 명백히 하기 위한 것이 직무대리규정의 목적이며, 직무대리의 제도는 바로 공직자의 궐위때문에 존재하는 것이다. 입법자가 보궐선거의 실시여부의 기준을 법제201조에서 잔여임기 1년으로 설정한 것은, 잔여임기가 1년 미만인 경우에는 보궐선거를 실시한다 하더라도 새로이 선출된 지방자치단체의 장이 그 기간 동안에는 자신의 정책과 역량을 제대로 발휘할 수 없으므로 굳이 주민의 시간과 지방자치단체의 경비를 들여 선거를 치르는 것이 큰 의미가 없다고 판단한 것이고, 다른 한편으로는 정상적으로 기능하는 행정조직이라면 1년 미만의 기간동안은 직무대리체제를 통해서도 다음선거에 의하여 지방자치단체의 장이 선출될 때까지 지방행정을 정상적으로 수행할 수 있다는 고려에 따른 것이라 할 것이다.

물론, 주민에 의하여 선출된 지방자치단체의 장이 주민의 지지를 기반으로 인물중심의 강력한 행정을 수행한다는 것과 그러한 인물의 임기중 사퇴는 어느 정도 행정의 혼란을 가져온다는 것, 주민의 선거로 선출된 지방자치단체의 장이 지방의회에서 선출된 경우에 비하여 독자적으로 부여받은 민주적 정당성을 근거로 지방의회와의 관계에서 보다 강력한 지위를 부여받고 지방행정을 처리함에 있어서 보다 지역주민의 관심과 민의를 고려하는 경향이 있다는 것은 인정되나, 선출된 지방자치단체의 장이기 때문에 임기중에는 보궐선거를 통하여 선출된 다른 사람에 의하여 대체될 수 없다거나 그 직무가 효율적으로 대행될 수 없다고 단정할 수 없다.

③따라서 아직 뿌리를 내리지 못한 우리의 지방자치제도를 확립하고 지방행정을 이끄는 데 지역주민의 선거로 선출된 지방자치단체의 장이 차지하는 중요한 역할과 위치를 고려한다고 하더라도, 지방자치단체의 장이 임기중에 그만두는 경우 일정기간 행정의 효율이 저하되는 것은 예상될 수 있으나, 행정의 마비 등과 같이 그 이상의 심각한 효과를 가져오는 것은 아니라고 판단된다.

다)다른 한편, 이 사건 법률조항으로 말미암아 생기는 기본권제한의 효과는 매우 심대하다. 즉, 청구인들은 지방자치단체의 장으로 선출된 다음에는 그 임기가 끝나기까지 당해 지방자치단체의 장 선거 외에는 모든 공직선거에 입후보할 수 없게끔 되어 있다. 이로써 청구인들은 당해 지방자치단체의 장의 선거에 재출마하는 것외에는 달리 적극적인 정치활동을 할 길이 없다. 청구인들이 대통령이나 국회의원 등의 선거에 입후보하기 위해서는 일단 현재의 공직에서 임기만료로 퇴직한 뒤에 다음 선거를 기다리는 수밖에 없다. 이는 청구인들이 경우에 따라서는 몇 년씩 정치일선에서 물러나야 하는 것을 의미하고, 그 결과 광역의 정치나 중앙의 정치에 참여하려는 청구인들의 의도를 실현하는 것이 불가능할

수도 있다.

더욱 문제가 되는 것은 이 사건 법률조항이 '민주주의의 실현'에 미치는 부정적인 효과이다. 지방자치단체의 장은 특별시장·광역시장·도지사·시장·군수·구청장의 지위로서 지역의 사무를 통할함으로써 임기동안 행정능력과 정치능력을 기른 공무원이다. 또한 지방자치단체의 장은 지역주민에 의하여 직접 선출됨으로써 지역주민을 위하여 일정 기간 지역의 고유사무를 처리할 수 있는 민주적 정당성과 지지를 받은 자이다. 따라서 지역에서 주민의 직접적인 지지를 받은 자들이 보다 광역의 정치적 활동무대에 진출함으로써 그들의 정치 및 행정경험을 발휘하는 것은 민주국가에 있어서 당연하고 바람직한 추세이자, 대부분의 정치선진국에서 찾아볼 수 있는 현상이다. 그런데 이 사건 법률조항이 의도하는 바와 같이 모든 지방자치단체의 장이 공직선거에 입후보할 수 없다면, 이는 각 지역에서 주민의 직접적인 지지를 받는 유능한 후보자의 일부를 국민이 선출할 수 있는 기회를 박탈하는 것이며 이로써 국민의 정치의사형성의 정상적인 흐름을 왜곡시키는 결과에 이르게 된다. 결국 이 사건 법률조항은 지방자치단체의 장을 대통령과 국회의원선거에 입후보할 수 없도록 함으로써 유력한 경쟁자의 집단을 배제하고 결과적으로 현직 국회의원을 비롯한 이미 선출된 집단의 기득권을 강화하게 하는 효과를 가져온다는 점을 간과할 수 없다.

선거는 공정하고 자유로와야 할 뿐 아니라 원칙적으로 국민 누구나 선거할 수 있고 선출될 수 있어야만 민주적 정당성을 확보할 수 있게 된다. 원칙적으로 성숙한 국민 누구나가 동등한 권리를 가지고 선거에 참여할 수 있고 유권자가 자유롭고 개방된 정치의사형성절차에서 그의 판단을 내릴 수 있는 경우에만 국가권력의 행사에 있어서 선출된 대표자 집단의 결정은 곧 국민 전체의 의사로 볼 수 있게 된다. 즉, 원칙적으로 국민 누구나가 입후보할 수 있고 이로써 다수의 후보자와 다수의 정책방향 중에서 자유로이 선택할 수 있는 가능성이 유권자에게 주어진 경우에만 그 선거는 국민의 정치적 의사를 제대로 반영할 수 있고 이로써 민주적 정당성을 확보할 수 있게 되는 것이다.

그러나 지역주민의 지지를 받는 다수 정치인의 입후보가 금지된 상태에서 치루어지는 선거에서 선출된 대표자는 입후보가 금지된 정치인들과 그들을 지지하는 국민 일부를 대표한다고 볼 수 없으므로, 이러한 선거는 선출된 자에게 민주적 정당성을 부여하기에 부적합하다. 뿐만 아니라 유권자가 후보자를 자유로이 선택할 수 있는 기회가 크게 제한된 상태에서 실시되는 선거는 사실상 국민의 선거권에 대한 현저한 제한으로서 경우에 따라서는 선거권이 형해화될 수도 있다. 국민이 선택할 수 있는 정책의 다양성이나 자유로운 입후보를 제한함으로써 국민에게 단지 명목적으로만 선거권을 부여하는 사회주의 국가나 독재국가에서의 정치현실이 이를 잘 보여주고 있다.

그러므로 중대한 공익에 의하여 예외적으로 정당화되는 경우가 아닌 한, 선거권과 피선거권에 대한 제한은 민주적 정당성을 부여하는 선거의 기능을 크게 저해한다고 볼 수 있다.

결국 이 사건 법률조항은 지방자치제도를 확립한다는 이름으로 지방자치를 통하여 궁극적으로 실현하려는 민주주의의 발전을 거스르는 규정이다.

라)이 사건 법률조항이 지방자치단체의 장에게 지방의회의원선거 및 다른 지방자치단체의 장 선거에의 입후보를 금지하는 한, 입후보로 인한 행정혼란의 정도가 그리 크지 아니하고 이 정도의 행정혼란은 민주주의를 실현하기 위하여 받아드려야 한다는 점에 비추어, 이 사건 법률조항은 '입후보로 인한 행정혼란'이라는 이유로는 정당화될 수 없다. 한편, 이 사건 법률조항이 대통령, 국회의원선거에의 입후보를 금지하는 경우 위의 경우에 비하여 구체적 상황에 따라 보다 심각한 행정혼란이 발생할 가능성이 있기는 하나, 이 또한 보궐선거제도와 직무대리제도에 의하여 대처될 수 있다고 판단되므로, 이 경우에도 이 사건 법률조항은 달성하고자 하는 입법목적에 의하여 정당화될 수 없다고 하겠다.

물론, 지방자치단체의 장이 임기중 그 직을 사퇴하고 공직선거에 출마하는 것은 지방자치제도의 확립과 발전이란 측면에서 바람직하지 않지만, 그러나 지방자치제도를 통하여 궁극적으로 실현하려는 민주주의 및 국민주권의 관점에서 본다면, 이는 정치인의 양식에 달린 문제이고 국민이 선거를 통하여 직접 판단하고 심판할 사항이지, 그들이 선거에 출마하지 못하도록 피선거권을 제한함으로써 해결할 수 있는 문제는 아니라 할 것이다.

마)한편, 이 사건 법률조항의 입법목적이 '선거의 공정성 확보'에 있다고 하더라도 헌법적 판단이 달라지지는 않는다. 법은 선거의 공정성을 실현하기 위하여 이미 여러가지 다양한 조치를 취하고 있다. 특히 법 53조 제1항의 '선거전 공직사퇴조항'을 통하여 충분히 선거의 공정성을 확보하고 있다고 판단된다. 따라서 이를 넘어서 지방자치단체의 장으로 하여금 당해 지방자치단체의 장 선거를 제외하고는 다른 모든 공직선거에 입후보할 수 없도록 포괄적 금지규정을 두는 것은, 입법 목적을 달성하기 위하여 필요한 조치를 넘어 청구인들의 피선거권을 과도하게 제한하는 것이다.

뿐만 아니라, 자신의 지위와 자신의 관할하에 있는 행정조직을 선거운동에서 남용할 가능성은 어떠한 경우보다도 이미 선출된 지방자치단체의 장이 바로 그 지방자치단체의 장 선거에 또 다시 입후보하는 경우에 가장 크다고 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고 이 사건 법률조항이 지방자치단체의 장으로 하여금 대통령, 국회의원, 지방의회의원 및 다른 지방자치단체의 장 선거에 입후보하는 것을 금지하면서 유독 바로 그 지방자치단체의 장 선거에 입후보하는 것만을 허용하는 것은 '선거의 공정성'이란 관점에서 자의적인 차별이라 하겠다.

따라서 이 사건 법률조항은 그 헌법적 정당성을 '선거의 공정성'이란 관점에서 보더라도, 국민의 피선거권에 대한 과도한 제한으로서 최소침해성의 원칙에 위반되고, 선거의 공정성을 제대로 확보하지 못한다는 점에서도 자의적이라고 하겠다.

바) 그렇다면 이 사건 법률조항에 의한 청구인들에 대한 피선거권의 제한은 민주주의의 실현에 미치는 부정적인 효과 및 당사자에게 생길 수 있는 피해는 매우 크고 심대한 반면, 이에 비교하여 이 사건 법률조항을 통하여 달성하려는 공익적 효과(행정혼란의 방지 또는 자치행정의 효율성)는 상당히 작다고 판단된다. 따라서 피선거권의 제한을 정당화하는 합리적인 이유를 인정할 수 없으므로 제한을 통하여 얻는 공익적 성과와 제한이 초래하는 효과가 합리적인 비례관계를 현저하게 이탈하고 있다고 할 것이어서 결국 이 사건 법률조항은 보통선거원칙에 위반되어 청구인들의 피선거권을 침해하는 위헌적인 규정이라 할 것이다.

(나) 평등권의 위반 여부

평등권은 입법자에게 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금지하고 있다. 본질적으로 같은 것을 다르게 취급하였다고 하여 그것이 곧 평등권에 위반되는 것은 아니고, 차별대우가 헌법적 정당성을 갖지 못하는 경우, 즉 자의적인 경우에 평등권에 위반된다.

법 제53조 제1항은 자신의 지위와 권한을 선거운동에 남용할 우려가 있는 공무원 등의 일정 집단에 대하여 선거일 전 60일까지 그 직을 그만두도록 함으로써 선거의 공정성을 꾀하고 공무원의 직무전념성도 확보하고자 제정된 것이다. 이러한 입법목적에서 볼때 법 제53조 제1항에서 열거한 공무원 등의 인적 집단과 지방자치단체의 장은 본질적으로 같은 것으로서 같이 취급되어야 하는데, 이 사건 법률조항은 지방자치단체의 장이 대통령·국회의원선거, 지방의회의원선거 및 다른 지방자치단체의 장의 선거에 입후보할 경우 그 직을 사퇴하여도 입후보할 수 없도록 규정함으로써 선거일 전 60일까지 사퇴함으로써 입후보할 수 있는 다른 공무원 등에 비하여 피선거권에 있어서 차별대우를 하고 있다.

그러므로 이러한 차별을 정당화하는 합리적인 이유로서, 비교대상간에 존재하는 본질적 차이가 있는지, 입법자가 법률을 통하여 달성하려고 하는 입법목적(차별목적)이 정당한지를 나누어 살펴본다.

먼저, 공직자의 궐위로 인한 행정기관의 직무상 공백이 지방자치단체의 장의 경우에도 직무대리제도와 보궐선거제도에 의하여 적절히 대처될 수 있다는 점에서, 법 제53조 제1항에 열거된 공무원 등의 인적 집단과 지방자치단체의 장 사이에는 피선거권의 제한에 있어서 차별을 정당화할만한 본질적인 차이가 존재하지 아니한다.

다음으로 이 사건 법률조항이 차별을 통하여 실현하고자 하는 차별목적인 '행정의 혼란'은 이미 위에서 살펴 본 바와 같이 국민주권의 원리와 민주주의의 실현을 위하여 받아드릴 수밖에 없는 것으로서 다른 공무원과 지방자치단체의 장 사이의 차별을 정당화한다고 볼 수도 없다. 따라서 이 사건 법률조항에 의한 차별대우를 정당화할만한 합리적인 이유

를 찾아 볼 수 없으므로, 이 사건 법률조항은 평등의 원칙에 위반된다.

(2)법 제86조 제3항(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)의 위헌 여부

(가)청구인들의 공무담임권 및 주민들의 알권리 침해 여부

이 사건 법률조항은 공무원 등의 선거에 영향을 미치는 지방자치단체의 활동상황을 알리기 위한 홍보물의 발행·배부를 제한하는 규정이다.

그런데 청구인들은 이 사건 법률조항에 의하여 자신들의 공무담임권 및 주민들의 알권리가 침해되었다고 주장한다.

1)먼저, 이 사건 법률조항이 청구인들의 공무담임권을 침해하였는가를 본다.

공무담임권은 각급 공직선거에 입후보하여 당선될 수 있는 피선거권과 선거직 이외의 모든 공직에 임명될 수 있는 공직취임권을 포괄하는 개념으로서, 국민 누구나가 국정의 담당자가 될 수 있는 길을 열어 놓고 있는 참정권을 뜻한다. 그러나 공무담임권은 피선거권과 공직취임의 균등한 기회만을 보장할 뿐, 일단 당선 또는 임명된 공직에서 그 활동이나 수행의 자유를 보장하는 것은 아니다. 따라서 이 사건 법률조항에 의하여 청구인들의 공무담임권이 침해되었다는 주장은 이유가 없다고 하겠다.

2)다음, 이 사건 법률조항이 주민들의 알권리를 침해하였는가를 본다.

주민의 알권리는 청구인들의 기본권이 아니다. 따라서 주민들의 알권리는 청구인들에게는 자기관련성은 없다 할 것이므로 이 사건 법률조항에 의하여 주민들의 알권리가 침해되었는지의 여부를 가려야 할 소송상의 이익이 없다.

(나) 청구인들의 표현의 자유 침해 여부

1)청구인들은 지방자치단체의 장이라고 하더라도 표현의 자유, 정치활동의 자유나 선거운동의 자유 등 헌법상 보장된 기본권의 주체가 될 수 있다. 이 사건 법률조항의 입법취지는 지방자치단체의 홍보물의 발행횟수를 제한하는 방법으로 지방자치단체의 장이 지방자치단체의 홍보물을 자신의 표현수단으로 남용하는 가능성을 억제하려는 데 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 지방자치단체의 장이 지방자치단체의 홍보물을 통하여 자신의 정치적 견해 및 정책 등을 밝히는 표현의 자유 또는 정치활동의 자유를 제한하는 규정이므로 이 사건 법률조항에 의하여 청구인들의 기본권인 표현의 자유가 침해될 수 있다.

2)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 뿐 아니라 민주주의

를 실현하기 위하여 요청되는 국가활동이다. 민주주의는 헌법에 의하여 형성된 국가질서에 대한 국민의 동의를 필요로 한다. 이러한 국민의 기본적 동의가 살아있도록 유지하는 것이 바로 국가홍보활동의 주된 과제이다.

국가가 그의 기관활동과 관련하여 국민에게 정책이나 중장기적 계획, 장래에 해결해야 할 중요한 공동체의 문제 등을 설명하는 것이 홍보활동의 본질이다. 한편, 국민이 정치의사형성에 책임감있게 참여하기 위해서는 결정해야 할 사안이나 국가에 의하여 내려진 결정·조치에 관하여 각자가 이를 판단하고 동의 또는 거부하기 위하여 충분한 정보를 제공받는 것이 필요하다. 국민이 국가의 구성원으로서 홍보활동을 통하여 얻은 정보를 바탕으로 중요한 정치적 결정에 참여하고 이로써 공동체의 형성에 영향을 미친다는 의식이 자리잡는다면, 이러한 가능성을 제공한 국가를 자신의 국가로 인정하고 그의 결정을 받아들이는 것이 보다 용이할 것이다.

뿐만 아니라, 국가는 경우에 따라서는 일반국민이 쉽게 납득하기 어렵고 국민의 지지를 받지 못하는 조치나 사업을 추진해야 하는 경우도 있다. 이러한 경우 사안의 연관관계를 밝히고 필요한 조치에 대하여 국민의 이해를 구하는 것도 국가의 홍보활동의 과제이다. 또한, 국민 누구에게나 관계되는 법률관계에 관하여 객관적으로 필요한 정보를 제공하는 것도 홍보활동의 역할이다. 일반적으로 쉽게 이해할 수 있는 방법으로 법률의 내용이나 개정의 내용을 소개하는 국가의 홍보활동을 통하여, 국민은 자신의 권리와 의무에 관하여 필요한 법지식을 얻을 수 있다. 그러나 국가의 홍보활동은 유권자의 결정이나 국민의 정치의사형성을 일정한 방향으로 유도해서는 아니되고, 단지 국가의 행정이 어떻게 이루어져야 하고 앞으로 어떠한 방향으로 나아가야 하는가에 관하여 국민이 판단할 수 있는 자료를 제공하는데 그쳐야 한다.

지방자치단체의 홍보물발행은 지방자치단체의 고유사무에 속하는 것으로서, 국가기관의 홍보활동과 마찬가지로 헌법적으로 허용될 뿐이 아니라 헌법상의 민주주의원칙에서 파생하는 지방자치단체의 의무이기도 하다. 지역주민은 지방자치단체의 선거를 통해서만 지역행정에 참여하는 것이 아니라 여론의 형성을 통하여 지방행정에 영향력을 행사할 수 있으므로, 유권자가 여론을 형성하고 선거에서 결정을 내리는데 필요한 판단자료를 제공할 수 있도록, 민주주의원칙은 지방자치단체에게 광범위한 홍보활동을 할 의무를 부과한다.

3)이 사건 법률조항은 지방자치단체의 '사업계획·추진실적 등 활동상황을 알리는 홍보물'을 분기별로 1종 1회에 한하여 발행할 수 있고 당해 지방자치단체의 장의 선거의 선거일 전 180일부터 선거일까지는 '위와 같은 성격'의 홍보물을 발행할 수 없도록 규정하면서, 한편으로는 지방자치단체 본연의 업무수행을 위한 행위, 특정사업을 추진하기 위하여 관계주민의 동의를 얻기 위한 행위, 민원이 발생하였을 때 이를 해결하기 위한 행위 등의

경우에는 홍보물의 발행을 제한하지 않고 있다.

지방자치단체의 장은 지방자치단체의 사업계획·추진실적 등 활동상황을 알리기 위한 홍보물을 통하여 자신이 임기중 실현하려는 정책의 방향 및 지역행정에 관한 자신의 견해를 주민에게 밝히고 그에 대한 이해와 동의를 구할 수 있기 때문에, 지방자치단체의 홍보물의 발행·배부를 제한하는 이 사건 법률조항은 지방자치단체의 장의 표현의 자유나 정치활동의 자유를 제한하는 규정이다. 지방자치단체의 업적·성공사례에 관한 보도는 경우에 따라서는 곧 지방자치단체의 장의 실적이나 활동상황으로 볼 수 있으므로, 지방자치단체의 장이 지방자치단체가 발행하는 홍보물을 통하여 자신을 표현하려는 욕구는 더욱 강하다 할 것이다.

표현의 자유 또한 다른 기본권과 마찬가지로 헌법 제37조 제2항에 의하여 제한될 수 있다. 그러나, 표현의 자유를 제한하는 법규정은 법치국가적 요청인 비례의 원칙을 준수해야 한다. 요컨대, 공익을 실현하기 위한 구체적인 수단은 그 목적이 정당해야 하며, 입법자가 선택한 수단이 의도하는 입법목적에 달성하고 촉진하기에 적합해야 하고(방법의 적절성), 입법목적에 달성하기에 똑같이 효율적인 수단 중에서 가장 기본권을 존중하고 적게 침해하는 수단을 사용해야 하며(침해의 최소성), 법률에 의하여 국민에게 야기되는 효과인 기본권침해의 정도와 법률에 의하여 실현되는 공익의 비중을 전반적으로 비교형량하였을 때 양자사이의 적정한 비례관계가 성립해야 한다(법익의 균형성).

입법자가 이 사건 법률조항을 통하여 지방자치단체의 장의 표현의 자유를 제한함에 있어서 비례의 원칙을 준수하였는지에 관하여 살펴 보기로 한다.

가) 입법목적의 정당성

선거와 관련하여 국가 및 지방자치단체의 모든 기관은 그의 공적 기능을 이용하여 특정 정당이나 특정인을 지지하거나 반대해서는 아니되며, 특히 선거운동을 통하여 유권자의 결정에 영향을 미쳐서는 아니된다. 지방자치단체의 기관이 편파적으로 특정정당이나 특정 후보에게 유리 또는 불리하게 선거운동에 영향력을 행사한다면, 이는 선거에서의 국가의 중립의무와 기회균등의 원칙에 위반되기 때문이다. 선거에서의 균등한 기회의 보장은 국민의 자유롭고 개방적인 정치의사형성절차를 위한 불가결한 요소이다. 따라서 국가기관이 공직선거에 있어서 편파적으로 영향력을 행사하는 것은 홍보활동의 형태로도 허용되지 않는다. 국가기관 및 지방자치단체의 홍보활동의 헌법적 한계는 홍보물을 통하여 특정인이나 특정 정당을 위한 선거운동을 하여서는 아니된다는데 있다고 할 것이다.

이 사건 법률조항의 입법목적은 지방자치단체의 장이 지방자치단체의 홍보물을 자신의 업적과 활동상황을 알리는 개인홍보물로 이용함으로써 자신의 임기중 사실상 선거준비작업이나 선거운동의 일환으로 사용하는 것을 방지하고, 이로써 선거의 공정성을 확보하고

선거에서의 기회균등을 보장하고자 하는 것이다. 이는 국가가 입법을 통하여 추구할 수 있는 정당한 공익이자 헌법 제116조 제1항("선거운동은……, 균등한 기회가 보장되어야 한다.")에 규정된 국가의 의무이기도 하므로 이 사건 법률조항의 입법목적은 그 정당성이 인정된다.

나) 수단의 적정성

지방자치단체의 장의 선거일 전 180일까지는 지방자치단체의 사업계획·추진실적 등을 알리는 홍보물의 발행횟수를 제한하고 180일부터 선거일까지는 그러한 내용의 홍보물 발행을 금지하는 이 사건 법률조항은 지방자치단체의 장이 지방자치단체의 홍보물을 자신의 개인홍보물로 이용할 기회를 제한하거나 봉쇄함으로써 '선거의 공정성'과 '선거에서의 기회균등'이란 입법 목적을 달성하는데 크게 기여한다 할 것이므로 그 수단의 적정성이 인정된다.

다) 침해의 최소성

① 지방자치단체의 홍보활동이 지방자치단체의 장의 선거운동에 이용될 가능성이 있는 경우에는 헌법적으로 허용할 수 없다고 할 것이고, 허용되는 한계를 넘었는가의 여부는 홍보물의 내용과 외관 및 발행횟수 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다. 우선 홍보물이 그 '내용'에 있어서 지방자치단체를 특정인의 지방자치단체로 표현함으로써 지방자치단체와 그의 장을 동일시하고 이로써 지방자치단체의 업적을 지방자치단체의 장의 개인적 업적으로 일치시키고 부각시킨다면, 이는 특정인을 선전하는 것으로서 홍보물의 편파적 성격을 가진 것으로 볼 수 있다. 또한, 홍보물의 '외형'에 있어서 객관적인 정보를 제공해 주는 내용보다도 명백하게 선전적인 외관이 두드러지거나, 정보에 관한 주민의 욕구를 충족시키기보다는 특정인의 능력이나 자질을 특히 부각시키고 강조하는 등 그의 인지도와 인기를 높이기 위해 적합하게끔 한다면 홍보물의 '발행횟수'가 선거가 가까워 옴에 따라 빈번해 진다면, 이것도 헌법적으로 허용되는 한계를 넘었다는 징표로 보아야 한다.

특히, 이 사건 법률조항과 같이 홍보물의 '발행횟수'를 제한하는 규정의 위헌성을 심사함에 있어서는, 선거와 어느 정도 시간적으로 인접하여 홍보물이 발행되는가에 따라 나누어 판단하는 것이 적절하다고 본다.

② 홍보물의 발행이 다음 선거와 시간적으로 밀접한 관계에 있지 않기 때문에 선거의 결과에 영향을 미칠 가능성이 거의 없거나 적은 경우에는 지방자치단체의 객관적인 활동상황을 알리는 홍보물은 헌법적으로 문제될 것이 없다. 그러나 지방자치단체가 홍보물을 통하여 주민에게 자신의 업적과 성공사례를 객관적으로 보도하는 경우에도, 일반적으로 지방자치단체의 장에게 유리한 효과를 가져 온다는 점을 유의해야 한다. 즉, 지방자치단체의 홍보물이 그 내용에 있어서 지방자치단체의 사업계획·사업추진실적과 같이 주민에게

필요한 객관적인 정보의 제공에 제한되더라도, 정보의 내용이 지방자치단체의 업적과 성공사례에 관한 한, 항상 그의 대표기관이자 집행기관인 지방자치단체의 장에게 유리한 효과를 수반한다고 볼 수 있기 때문이다.

따라서 이 사건 법률조항은 지방자치단체가 그의 활동상황을 알릴 필요성을 원칙적으로 인정하면서, 한편으로는 지방자치단체가 '빈번하게' 자신의 업적을 홍보하는 것은 간접적으로 지방자치단체의 장의 홍보로 이어질 수 있고, 더욱이 지방자치단체의 장이 지방자치단체의 홍보물을 적극적으로 개인홍보의 수단으로 사용할 가능성이 있기 때문에, 지방자치단체의 홍보물발행을 분기별 1종 1회로 제한한 것이다. 이러한 제한이 지방행정에 관한 자신의 정치적 견해를 밝히는 지방자치단체의 장의 표현의 자유를 과도하게 제한하는 것이라고 할 수 없다.

③지방자치단체의 활동상황을 알리는 홍보물이 선거와 시간적으로 밀접한 관계가 없는 경우에는 홍보물의 발행이 헌법적으로 허용된 범위 내의 것인 반면에, 선거가 인접한 시기에는 비록 내용이나 외관에 있어서 하자가 없는 홍보물이라도 활동상황, 업적, 성공사례에 관한 보도의 형태(이른바 '실적찬양성 홍보물')로 발행된다면 선거에 영향을 줄 가능성이 높다. 다시 말하자면, 선거일이 가까와 올 수록 홍보활동이 선거의 결과에 영향을 미칠 가능성은 더욱 많으므로, 이러한 시기에는 주민에게 과거의 활동상황이나 업적에 관하여 보도해야 할 지방자치단체의 과제와 권한보다도, 되도록 공권력의 영향으로부터 자유로운 가운데 지역주민의 정치의사형성이 이루어지도록 해야 할 지방자치단체의 의무가 우선한다고 보아야 한다. 선거에 영향을 미칠수 있고 선거에 편파적으로 작용할 수 있는 모든 행동을 자제해야 할 지방자치단체의 의무로부터, 선거에 인접한 시기에는 지방자치단체가 최대한으로 자제해야 한다는 요청과 함께 활동상황·업적·성공사례에 관한 보도의 형태를 갖춘 홍보활동의 금지가 도출된다고 하겠다. 왜냐하면 선거에 인접한 시기에는 그러한 내용의 홍보물은 예외없이 특정인이나 특정정당의 선전수단으로서의 효과를 가지기 때문이다. 그러나 선거가 임박한 시기에도 시급한 사안의 해결을 위하여 요청되는 보도나 정보제공 등 선거에 영향을 미치지 아니하는 선거중립적인 홍보물은 위와 같은 제한을 받지 않는 것은 물론이다.

언제부터 지방자치단체의 활동상황·업적·성공사례에 관한 보도가 허용되지 않는가 하는 시점을 명확하게 확정할 수는 없지만, 선거일 전 6개월부터는 이미 사실상 선거운동의 준비작업이 시작되었다고 볼 수 있고 홍보활동이 선거의 결과에 영향을 미치는 개연성이 높다는 의미에서 선거와의 인접성을 인정할 수 있으므로, 입법자가 이 사건 법률조항을 통하여 선거일 전 180일부터는 지방자치단체 본연의 직무수행을 위한 홍보물의 발행은 계속 허용하면서 이른바 '실적찬양성 홍보물'의 발행을 금지한 것은 지방자치단체의 장의 표현의 자유를 과도하게 제한하는 것으로 볼 수 없다.

④한편, 지방자치단체의 장이 지방자치단체의 홍보물을 개인홍보물이나 선거운동의 수단으로 이용하는 것에 대한 통제수단으로서 청구인들의 기본권을 보다 적게 침해하는 방법으로는 국가의 감독이 고려될 수 있다. 자치사무에 대한 국가의 감독권은 지방자치단체가 고유사무를 처리함에 있어서 법률을 준수하는가 하는 합법성의 심사만 허용되고 사무의 처리를 가장 이상적인 방법으로 행하는가 하는 합목적성의 심사는 허용되지 않는다(지방자치법 제158조 참조). 지방자치단체의 홍보물발행에 대한 국가의 감독가능성을 살펴본다면, 상급감독기관은 지방자치단체사무에 관하여 지방자치단체의 홍보물이 헌법적으로 허용되는 한계를 넘지 않도록 조언 또는 권고하거나 지도를 할 수 있고(지방자치법 제155조), 지방자치단체의 자치사무에 대하여 보고를 받고 법령의 위반여부를 감사할 수 있으므로(지방자치법 제158조) 지방자치단체의 홍보물발행이 법적으로 허용되는 한계를 넘는 경우 이에 대한 시정을 요구할 수 있고, 지방자치단체의 장이 홍보물을 선거운동에 이용함으로써 선거결과에 영향을 미칠 수 있는 가능성이 있는 경우에는 선거인(지역의 유권자) 및 기회균등의 권리를 침해당한 후보자는 사후적으로 선거소청 및 선거소송을 제기할 수 있다(법 제219조, 제222조, 제224조).

그러나 지방자치단체의 홍보물을 통하여 헌법적으로 허용되는 홍보활동의 한계를 넘었는가를 명확하게 판단하는 것이 어려울 뿐이 아니라, 지방자치단체가 발행하는 모든 홍보물의 내용을 일일이 심사하는 것이 사실상 불가능하다. 설사 이에 관한 위헌·위법성의 심사가 가능하고, 법령에 위반된 경우 그 시정을 요구할 수 있다고 하더라도 지방자치단체가 얼마만큼 자발적으로 이에 따를지도 불확실하다는 점에 비추어, 이러한 통제수단만으로 그 효과를 기대하기 어렵다 할 것이다.

따라서 이 사건 법률조항을 통한 홍보물발행의 횟수제한 및 선거가 인접한 시기의 발행금지를 통하여 비로소 입법목적의 효율적인 달성을 기대할 수 있다 할 것이므로 이 사건 법률조항은 입법 목적을 실현하기에 똑같이 효율적인 수단 중에서 가장 기본권을 적게 침해하는 수단을 선택해야 한다는 '최소침해성'의 원칙에도 부합한다 할 것이다.

라) 법익의 균형성

법익의 균형성원칙은 법률을 통하여 달성하려는 목적(공익)과 법률이라는 수단이 초래하는 기본권제한의 정도와의 비교형량을 할 것을 요청한다. 입법을 통하여 달성하려는 공익은 그 중요성에 있어서 기본권침해의 정도와 적정한 비례관계를 유지해야 한다. 기본권에 대한 침해가 심대할수록 침해규정을 정당화하는 공익이 중대해야 하며, 따라서 기본권의 제한은 더욱 엄격히 심사되어야 한다.

국가기관이 공공재정을 투입하는 등의 방법으로 한쪽에 치우쳐 특정 정당이나 특정후보에게 유리하게 또는 불리하게 선거운동에 영향을 행사하는 가운데 실시된 선거는 선거의

공정성과 기회균등을 보장할 수 없고, 이러한 선거는 선출된 자에게 민주적 정당성을 부여할 수 없다. 선거의 공정성을 확보하고 선거에서의 기회균등을 보장하는 것은 선거가 민주적 정당성과 주민대표성을 부여하는 기능을 하기 위한 전제조건이다. 따라서 선거의 공정성과 기회균등을 보장해야 할 공익은 매우 중대하다.

반면에, 지방자치단체의 장은 선거일 전 180일까지는 분기별로 1종 1회씩 발행되는 지방자치단체의 홍보물을 통하여 지방행정에 관한 자신의 정치적 견해 및 사업계획 등을 발표할 수 있고, 지방자치단체가 발행하는 홍보물외에도 모든 표현매체를 통하여 자신의 정치적 견해를 표현할 수 있을 뿐이 아니라 시·군정 활동보고나 각종행사에 참석하여 지역주민에 대하여 자신의 견해를 밝히는 기회가 충분히 보장되어 있으므로(법 제86조 제2항 참조), 지방자치단체의 장의 이 사건 법률조항에 의한 표현의 자유에 대한 제한의 정도는 심대한 것으로 볼 수 없다.

따라서 이 사건 법률조항이 표현의 자유에 대한 제한을 통하여 실현하고자 하는 공익의 비중과 이 사건 법률조항으로 말미암아 발생하는 표현의 자유의 침해의 정도를 비교형량하였을 때, 양자사이에 적정한 비례관계가 성립한다고 보이므로, 법익균형성의 요건 또한 충족되었다 할 것이다.

마)지방자치단체의 홍보물발행은 지방자치단체의 고유사무에 속하기 때문에, 지방자치단체의 홍보물의 발행을 제한하는 이 사건 법률조항은 지방자치단체장의 표현의 자유뿐이 아니라 지방자치단체의 자치권을 제한하는 규정이다. 그러나 이 사건 법률조항은 주민의 복리에 관한 사무나 문화사업 등 지방자치단체 본연의 업무수행을 위하여 필요한 홍보활동에 대하여는 아무런 제한을 가하지 않으면서, 단지 '실적찬양성 홍보물'의 발행을 제한하고 있으므로, 위에서 본 바와 같은 이유로 지방자치단체의 자치권을 선거의 공정성 등 공익목적을 달성하기 위하여 비례의 원칙에 합치하게 제한하는 규정이다

(다) 평등권의 위반 여부

청구인들은 국회의원이나 지방의회의원에게는 그 임기중 그들의 활동상황을 알리는 홍보물을 의정보고서등의 제목으로 허용하면서 지방자치단체의 장에게는 자치단체의 활동상황을 담은 홍보물의 발간·배포를 금하는 것은 평등원칙에 반한다고 주장한다.

이 사건 법률조항과 함께 1998. 4. 30. 개정된 법 제111조는 '국회의원 또는 지방의회의원은 대통령선거·국회의원선거 또는 지방의회의원의 선거의 선거기간중에는 보고회나 보고서 등을 통하여 의정활동을 선거구민에게 보고할 수 없다'고 규정하고 있다. 이에 따라 국회의원과 지방의회의원은 선거기간을 제외하고는 아무런 제한을 받음이 없이 지역의 유권자에게 의정활동보고를 할 수 있는 반면에, 지방자치단체의 장은 지방자치단체의 홍보물의 발행·배부에 있어서 발행횟수 및 발행금지기간에 관하여 보다 강한 제한을 받고

있다.

그런데 국회의원과 지방의회의원의 의정활동보고는 그들이 국민이나 주민의 대표로서 행한 의회에서의 정치적 활동을 자신을 선출한 선거구민에게 직접 보고하는 행위로서(헌재 1996. 3. 28. 96헌마9등, 판례집 8-1, 289, 311 참조) 선거구민에게 '자신'의 활동상황을 알리는 것이 주된 목적이지만, 지방자치단체의 홍보물은 '지방자치단체'의 활동상황 및 사업계획 등을 주민에게 알리는 것으로서 지방자치단체의 장의 활동상황을 알리는 것이 주된 목적은 아니므로, 지방자치단체가 발행하는 홍보물은 특정인의 홍보물로 사용될 가능성을 사전에 차단해야 할 필요성이 더욱 크다 할 것이다. 따라서 선거를 공정하게 치르고 선거운동의 기회균등을 보장하기 위하여 법이 국회의원과 지방의회의원의 의정활동보고와 지방자치단체의 홍보물의 발행을 규율함에 있어서 그 제한을 달리 한 것은 합리적인 이유에 근거한 차별로서 평등원칙에 위배되지 않는다.

물론, 법 제111조가 국회의원과 지방의회의원에게는 의정활동을 허용하면서 지방자치단체의 장에게는 시·도정활동 등을 할 수 없도록 한 것이 평등원칙에 위반되는가의 문제가 제기될 수 있으나, 법 제111조는 이 사건 심판의 대상이 아니므로 이에 대한 판단은 하지 아니한다.

4. 결 론

이러한 이유로 이 사건 심판대상 법률조항 중 법 제53조 제3항은 보통선거원칙에 위반되어 청구인들의 공무담임권(피선거권)을 침해할 뿐이 아니라 평등원칙에도 위반되는 위헌적인 규정이고, 법 제86조 제3항은 청구인들의 표현의 자유를 비례의 원칙에 합치하게 제한하는 조항이자 평등원칙에 부합하는 규정이므로, 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 김용준, 재판관 정경식의 법 제53조 제3항의 일부에 대한 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여재판관 전원의 의견일치에 따른 것이다.

5. 재판관 김용준, 재판관 정경식의 반대의견

우리는, 이 사건 심판대상 법률조항들 중 법 제53조 제3항(이하 "이 사건 법률조항"이라고 한다)은 "지방자치단체의 장이 그 임기중에 그 직을 사퇴하여 선거구가 당해 지방자치단체의 관할구역과 같거나 중복되는 지역구 국회의원선거 및 지방의회의원선거에 입후보할 수 없도록 하는 범위" 내에서는 헌법에 위반되지 아니한다고 생각하므로, 이 사건 법률조항 전부가 헌법에 위반된다고 하는 다수의견에 대하여 다음과 같이 반대의견을 표시한다.

가. 헌법은 지방자치에 관하여 제117조 제1항에서 "지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다."고 규정하고, 제118조 제1항에서 "지방자치단체에 의회를 둔다."고 규정하여 그 큰 원칙만을 선언하고 있을 뿐, 지방자치단체의 종류, 지방의회의 조직·권한·의원 선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정하도록 규정함으로써 입법자의 광범위한 형성권에 위임하고 있다(제117조 제2항, 제118조 제2항). 이러한 헌법의 태도는 지방자치의 역사가 일천한 우리의 현실 등을 고려하여 입법자가 우리나라에서 조기에 지방자치제도를 정착시키고 이를 활성화시킬 수 있도록 우리의 현실에 맞는 지방자치제도를 정하는 것이 가능하도록 한 취지라고 할 것이다.

나. 이 사건 법률조항의 입법목적은, 다수의견이 실시하고 있는 바와 같이 "지방자치단체의 장이 임기중에 공직선거에 출마함으로써 초래되는 행정의 혼란을 방지"하고자 하는 데 있음은 물론, 지방자치의 역사가 일천한 우리나라의 현실을 감안하여 지방자치단체의 장이 그 임기중에 실시되는 국회의원선거 또는 지방의회의원선거에서 선거구가 당해 지방자치단체의 관할구역과 같거나 중복되는 지역구 국회의원선거 또는 지방의회의원선거에 입후보하여 당선될 목적으로 선심행정·편파행정 등으로 지방자치의 본질을 훼손하고 지방자치행정을 왜곡하는 일이 없도록 함으로써 지방자치단체의 장의 직무전념성을 강화하고 공직선거의 공정성을 확보하고자 하는 데에도 있다 할 것이고, 오히려 후자쪽에 더 큰 비중이 있다고 보아야 할 것이다.

주민의 직접선거에 의하여 선출되는 지방자치단체의 장은 당해 지방자치단체를 대표하고, 그 사무를 통할하며(지방자치법 제92조), 이와 같이 지방자치단체의 장이 통할하는 사무에는 당해 지방자치단체의 사무뿐만 아니라 법령에 의하여 그 지방자치단체의 장에게 위임된 사무까지 포함된다(동법 제94조). 나아가 지방자치단체의 장은 소속 직원을 지휘·감독하고 그 임면에 관한 사항을 처리할 권한과 하부 행정기관의 장을 임명하고 지휘·감독할 권한을 가진다(동법 제96조, 제109조, 제110조). 또한 지방자치단체의 장은 조례 또는 규칙이 정하는 바에 의하여 그 권한에 속하는 사무의 일부를 일정한 기관 등에 위임하여 처리하게 할 수 있다(동법 제95조). 그밖에 지방자치단체의 장은 지방의회와의 관계에서 지방의회의 의결에 대한 재의요구권 및 제소권·예산상 집행불가능한 의결의 재의요구권·긴급적인 선결처분권 등을 가지고 있다(동법 제98조, 제99조, 제100조). 이와 같이 지방자치단체의 운영에 있어서 막중한 지위와 권한을 가지는 지방자치단체의 장으로 하여금 그 임기중에 일관되게 직무에 전념하도록 하게 하여야 할 법익은, 개인적인 차원에서 지방자치단체의 장이 가지는 정치적 개성신장의 기본권(피선거권)에 비하여 결코 과소하게 평가할 수 없는 헌법적 이익이라 아니할 수 없다.

그런데 지방자치단체의 장으로 하여금 그 임기중에 선거구가 당해 지방자치단체의 관할구역과 같거나 중복되는 지역구 국회의원선거 또는 지방의회의원선거에 입후보하는 것을 허용한다면, 당해 지방자치단체의 장이 장기적으로 전체 주민의 복지를 염두에 둔 행정을 하지 아니한 채 임기중에 실시될 선거까지의 단기적인 효과만을 노리는 선심행정이나 해당 선거구민의 이익만을 위한 편파행정에 치중하는 등 지방자치의 본질을 훼손하고 선거의 공정성을 저해할 우려가 많다고 아니할 수 없다.

다수의견은, 위와 같은 선거의 공정성은 공직자 등이 선거에 입후보하기 위하여서는 선거일 전 60일까지 그 직을 그만두도록 규정하고 있는 법 제53조 제1항에 의하여 충분히 확보되고 있다고 주장하나, 그 규정만으로는 위와 같은 우려를 해소하기에 부족하다고 아니할 수 없다.

- 다. 이상과 같이 주민의 직접선거에 의하여 선출된 지방자치단체의 장으로 하여금 그 임기중에 지방자치사무의 본질을 훼손함이 없이 직무에 전념하게 하면서 선거의 공정성을 확보하도록 하여야 할 법익을 고려할 때, 선거구가 당해 지방자치단체의 관할구역과 같거나 중복되는 지역구 국회의원선거 및 지방의회의원선거의 경우에 한하여, 지방자치단체의 장을 다른 공무원의 경우와 특별하게 취급하는 것은 합리적 이유가 있으므로, 자의적인 차별이라고 할 수 없다.

다수의견은, 지방자치단체의 장이 그 임기가 만료된 후 당해 지방자치단체의 장 선거에 다시 입후보하는 것은 허용하면서 다른 공직선거에의 입후보를 금지하는 것은 선거의 공정성이란 관점에서도 자의적인 차별이라고 주장하나, 지방자치단체의 장이 자신의 임기가 만료된 후 당해 지방자치단체의 장으로 재선되기 위하여 노력하는 경우와 그 임기중에 실시되는 국회의원선거나 지방의회의원선거에서 선거구가 당해 지방자치단체의 관할구역과 같거나 중복되는 지역구 국회의원이나 또는 지방의회의원으로 당선되기 위하여 노력하는 경우는, 선심행정이나 편파행정 등으로 지방자치행정을 왜곡할 가능성의 면에 있어서는 현저한 차이가 있는 점에 비추어, 이 점 또한 불합리한 차별이라고 할 수 없다.

결국 이 사건 법률조항 중 지방자치단체의 장으로 하여금 그 임기중에 선거구가 당해 지방자치단체의 관할구역과 같거나 중복되는 지역구 국회의원선거나 지방의회의원선거에 입후보하지 못하도록 한 부분은 평등원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

프랑스에서는 국회의원선거의 경우 일정한 지방자치단체의 장으로 하여금 그가 3년 이내에 공무를 수행하였거나 현재 공무를 수행하고 있는 지역의 선거구에서는 입후보할 수 없도록 하고 있는 것(프랑스 선거법 제131조 제1항)과 같이, 유사한 외국의 입법례도 있다.

라. 마지막으로 침해의 최소성의 면에서 보더라도, 지방자치단체의 장으로 하여금 그 임기중에 선거구가 당해 지방자치단체의 관할구역과 같거나 중복되는 지역구 국회의원선거 및 지방의회의원선거에 입후보하지 못하도록 하는 것이 과도한 제한이라고 보기도 어렵다.

우선 이 사건 청구인들이 당해 지방자치단체의 장으로 선출된 선거는 이 사건 법률조항이 신설된 이후인 1998. 6.에 실시되어, 청구인들은 그 선거에 입후보할 당시 이 사건 법률조항의 내용을 이미 알고 있었을 터이므로, 만약 그들이 그 임기중에 실시될 국회의원선거나 지방의회의원선거에 입후보할 뜻이 있었다면 당해 지방자치단체의 장선거에 입후보하지 아니함으로써 그 뜻을 이룰 수 있었다 할 것이고, 다른 한편 그 임기중에 국회의원선거나 지방의회의원선거에 입후보할 뜻이 생겼다면 그 임기가 만료된 다음에 실시되는 선거에 입후보함으로써 그 뜻을 이룰 수 있다 할 것이므로, 지방자치단체의 장으로 하여금 지방자치의 본질을 훼손함이 없이 그 직무에 전념하도록 그 4년의 임기 동안에 한하여 선거구가 당해 지방자치단체의 관할구역과 같거나 중복되는 지역구 국회의원선거 및 지방의회의원선거에 입후보하지 못하도록 하는 것이 과도한 제한이라고 할 수도 없다 할 것이다.

마. 요컨대 이 사건 법률조항은, 지방자치단체의 장으로 하여금 그 임기중에 선거구가 당해 지방자치단체의 관할구역과 같거나 중복되는 지역구 국회의원선거 또는 지방의회의원선거에 입후보할 수 없도록 하는 범위 내에서는, 위와 같은 피선거권의 제한을 통하여 달성하려는 공익이 피선거권의 제한으로 야기되는 당사자의 피해나 부정적 효과보다 크다고 할 수 있으므로, 청구인들의 공무담임권을 침해하여 헌법에 위반된다고 할 수 없다 할 것이고, 또한 국회의원·지방의회의원·기타 다른 공무원들과는 달리 유독 지방자치단체의 장에 대하여서만 일정한 피선거권을 제한하고 있다 하더라도 지방자치단체의 장이 갖는 특수한 지위를 고려한 것으로서 합리적인 이유가 있는 차별이라고 할 것이므로 평등의 원칙에 반하는 것으로 보기도 어렵다 할 것이다.

재판관 김용준(재판장) 김문희(주심) 이재화 조승형 정경식 고중석 신창언 이영모 한대현

10

**정부투자기관 직원이 공직선거 출마시 선거일전 90일까지 사직하도록
한 구 공직선거법 제53조제1항제4호의 공무담임권 등 침해 여부**

- 공직선거및선거부정방지법 제53조 제1항 제4호 중 정부투자기관직원부분 위헌확인, 1995. 6. 12. 95헌마172 ■

【판시 사항】

심판대상 법률규정과 유사한 구법규정(舊法規定)에 대한 위헌결정(違憲決定)의 판시이유에 따라 위헌결정(違憲決定)을 한 예

【결정 요지】

이 사건 심판대상 법률규정인 공직선거(公職選舉)및선거부정방지법(選舉不正防止法) 제53조 제1항 제4호는 정부투자기관(政府投資機關)의 임·직원(任職員)이 지방의회의원선거(地方議會議員選舉)에 입후보하기 위하여는 후보자등록 전에 그 직에서 물러나야 하도록 입후보를 제한한 내용인 점에서 본질적으로 구(舊) 지방의회의원선거법(地方議會議員選舉法) 제35조 제1항 제6호의 규정과 유사하므로 위 구법규정(舊法規定)에 대한 헌법재판소(憲法裁判所) 1995.5.25. 선고, 91헌마67 결정의 판시이유는 이 사건에서도 그대로 타당하고 위 결정선고 이후 이를 달리 판단하여야 할 특별한 사정변경이 있다고 할 수도 없으므로, 위 심판대상 법률규정을 정부투자기관(政府投資機關)의 경영에 관한 결정이나 집행에 상당한 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있다고 볼 수 없는 직원(職員)을 임원(任員)이나 집행간부(執行幹部)들과 마찬가지로 취급하여 지방의회의원선거(地方議會議員選舉)에 적용하는 것은 헌법에 위반된다.

【당 사 자】

청구인 : 어○경

대리인 변호사 박성귀

【심판대상조문】

공직선거(公職選舉)및선거부정방지법(選舉不正防止法)(제정 1994.3.16. 법률 제4739호, 개정 1995.4.1. 법률 제4947호) 제53조 (공무원(公務員) 등의 입후보(立候補))

① 다음 각호(各號)의 1에 해당하는 자(者)로서 후보자(候補者)가 되고자 하는 자(者)는 선거일(選舉日) 전 90일(日)(전국구국회의원선거(全國區國會議員選舉)와 보궐선거(補闕選舉) 등에 있어서는 후보자등록신청(候補者登錄申請) 전)까지 그 직(職)을 그만 두어야 한다. 다만, 대통령선거(大統領選舉)와 국회의원선거(國會議員選舉)에 있어서 국회의원(國會議員)이 그 직(職)을 가지고 입후보(立候補)하는 경우와 지방의회의원(地方議會議員) 및 지방자치단체(地方自治團體)의 장(長)의 선거(選舉)에 있어서 당해 지방의회의원(地方議會議員) 및 지방자치단체(地方自治團體)의 장(長)이 그 직(職)을 가지고 입후보(立候補)하는 경우에는 그러하지 아니한다.

1.~3. 생략

4. 정부투자기관관리기본법(政府投資機關管理基本法)

제2조(적용범위(適用範圍))에 규정(規定)된 정부투자기관(政府投資機關)(한국은행(韓國銀行)을 포함한다)의 상근임·직원(常勤任職員)

5.~8. 생략

② 생략

【참조 조문】

구(舊) 지방의회의원선거법(地方議會議員選舉法)(1994.3.16. 법률 제4739호

공직선거(公職選舉)및선거부정방지법(選舉不正防止法) 부칙제2조에 의하여 폐지) 제35조 (공무원(公務員) 등의 입후보(立候補))

① 다음 각호(各號)의 1에 해당하는 자(者)로서 후보자(候補者)가 되고자 하는 자(者)는 지방의회의원(原)의 임기만료일(任期滿了日) 전(前) 90일(日)까지 그 직(職)에서 해임(解任)되어야 한다. 다만, 임기만료(任期滿了)에 의하지 아니하는 재선거(再選舉)·보궐선거(補闕選舉)·증원선거(增員選舉) 또는 선거(選舉)를 연기(延期)한 경우에 있어서는 후보자(候補者) 등록(登録) 전(前)까지 그 직(職)에서 해임(解任)되어야 한다. 그러나 지방의회의원(地方議會議員)이 당해 지방의회의원선거(地方議會議員選舉)에 후보자(候補者)가 되는 경우에는 그러하지 아니하다.

1.~5. 생략

6. 정부투자기관관리기본법(政府投資機關管理基本法)

제2조에 규정(規定)된 정부투자기관(政府投資機關)(한국은행(韓國銀行)을 포함한다)의 임·직원(任職員)

7.~8. 생략

② 생략

【참조 판례】

1995.5.25. 선고, 91헌마67 결정

【주 문】

공직선거및선거부정방지법(제정 1994.3.16. 법률 제4739호, 개정 1995.4.1. 법률 제4947호) 제53조 제1항 제4호 소정의 “정부투자기관의 상근 임·직원” 중 “직원” 부분에, “정부투자기관관리기본법시행령(제정(1984.3.20. 대통령령 제11395호) 제13조 제1항에서 정하는 집행간부”가 아닌 직원이 지방의회의원선거에 입후보하는 경우를 포함시킨 것은 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 청구인은 정부투자기관관리기본법 제2조에 규정된 정부투자기관인 한국전기통신공사의 4급(통신기술) 직원으로 재직중인 자이다. 청구인은 1995.6.27.에 실시될 예정인 의왕시의회 의원선거에 입후보하고자 하나, 공직선거및선거부정방지법(제정 1994.3.16. 법률 제4739호, 개정 1995.4.1. 법률 제4947호. 이하 “공직선거법”이라 한다) 제53조 제1항 제4호가 청구인과 같은 정부투자기관의 직원이 공직선거에 입후보하려면 선거일 전 90일까지 그 직을 그만 두어야 한다고 규정하고 있으므로, 위 규정에 의하면 청구인은 위 시의회 의원선거에 후보자등록을 할 수 없게 되어 있다. 이에 청구인은 공직선거법 제53조 제1항 제4호 중 “정부투자기관 직원” 부분이 청구인의 공무담임권 등 기본권을 침해한다는 이유로 1995.6.8. 위 규정의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 그러므로 이 사건 심판의 대상은 공직선거법 제53조 제1항 제4호의 “정부투자기관의 상근 임·직원” 중 “직원”이 지방의회의원선거에 입후보하는 것을 포함시키는 것이 위헌인지 여부인바, 위 규정의 내용은 다음과 같다.

제53조[공무원 등의 입후보] ① 다음 각호의 1에 해당하는 자로서 후보자가 되고자 하는 자는 선거일 전 90일(전국구국회의원선거와 비례대표시·도의원선거 및 보궐선거 등에 있어서는 후보자등록신청 전)까지 그 직을 그만두어야 한다. 다만, 대통령선거와 국회의원선거에 있어서 국회의원이 그 직을 가지고 입후보하는 경우와 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거에 있어서 당해 지방의회의원 및 지방자치단체의 장이 그 직을 가지고 입후보하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 내지 3. (생략)

4. 정부투자기관관리기본법 제2조에 규정된 정부투자기관(한국은행을 포함한다)의

5. 내지 8. (생략)

2. 판 단

가. 공직선거법이 제정·시행되기 전의 구 지방의회의원선거법(이하 “구 선거법”이라 한다) 제35조 제1항 제6호는 정부투자기관의 임·직원으로서 후보자가 되고자 하는 자는 지방의회의원의 임기만료일 전 90일까지 그 직에서 해임되어야 한다고 규정하고 있었다. 그런데 헌법재판소는 1995.5.25. 선고, 91헌마67 결정에서 구 선거법 제35조 제1항 제6호의 “정부투자기관의 임·직원” 중 “직원” 부분에 “정부투자기관관리기본법시행령 제13조 제1항에서 정하는 집행간부”(이하 “집행간부”라고만 한다)가 아닌 직원(이하 “직원”이라고만 한다)을 포함시키는 것은 헌법에 위반된다고 판시하였는바, 그 결정이유의 요지는 정부투자기관의 임원이나 집행간부는 정부투자기관의 경영에 관여하거나 실질적으로 영향을 미칠 수 있는 지위에 있어 그 지위와 권한을 선거운동에 남용할 위험이 있으므로 입후보제한의 필요성이 있고 따라서 그들이 지방의회의원선거에서 후보자가 되기 위하여는 지방의회의원의 임기만료일 전 90일까지 그 직에서 해임되어야 한다고 하여도 이를 공무담임권의 과도한 제한이라고 할 수 없으나, 임원이나 집행간부가 아닌 직원은 그 업무의 성격상 사기업체 근로자와 다를바 없으므로 그들이 지방의회의원선거에 입후보하기 위하여 90일 전에 그 직에서 해임되어야 한다는 규정은 선거의 공정성 및 형평성 확보나 직무전념성 보장이라는 위 구 선거법 규정의 입법목적에 고려하더라도 공무담임권의 과도한 제한이고 헌법 제11

조의 평등의 원칙과 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙에도 어긋난다는 것이다.

- 나. 이 사건 심판의 대상인 공직선거법 제53조 제1항 제4호도 정부투자기관의 임·직원이 지방의회의원선거에 입후보하기 위하여는 후보자등록 전에 그 직에서 물러나야 하도록 입후보를 위하여는 후보자등록 전에 그 직에서 물러나야 하도록 입후보를 제한한 내용인 점에서 본질적으로는 구 선거법의 규정과 유사하나, 다만 구 선거법과 달리 공직선거 전반을 대상으로 하고 있고 공직선거에 입후보하기 위하여 그 직에서 물러나야 하는 시기를 임기만료일 전 90일이 아니라 선거일 전 90일까지로 하고 있으며 임·직원 중 비상근자를 제외한 점에 차이가 있다. 그런데 통상 지방의회의원의 임기만료일 전에 선거가 실시되므로 그 직에서 물러나야 할 시기를 선거일 전 90일까지로 앞당긴 것은 기본권 제한의 정도가 더욱 심하다고 할 것이며, 정부투자기관 직원의 상근 여부는 입후보제한을 불가피하게 하는 이유로는 부족하므로, 정부투자기관의 임원이나 집행간부가 아닌 직원이 입후보등록 전의 일정한 시기에 그 직을 그만두지 아니하면 지방의회의원선거에 입후보할 수 없도록 하는 것이 평등의 원칙과 비례의 원칙에 위배하여 공무담임권을 침해하는 것이라는 구 선거법 규정에 대한 위 91헌마67 결정의 판시이유는 공직선거법 제53조 제1항 제4호에 관한 이 사건에서도 그대로 타당하다고 할 것이고, 위 결정선고 이후 이를 달리 판단하여야 할 특별한 사정변경이 있다고 할 수도 없다.

그러므로 공직선거법 제53조 제1항 제4호의 입후보제한규정을 정부투자기관의 경영에 관한 결정이나 집행에 상당한 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있다고 볼 수 없는 직원을 임원이나 집행간부들과 마찬가지로 취급하여 지방의회의원선거에 적용하는 것은 헌법에 위반된다고 할 것이다.

- 다. 그리고 위와 같이 정부투자기관의 직원이 지방의회의원선거에서 후보자가 되기 위하여 90일 전에 그 직에서 물러나야 한다는 구 선거법의 규정에 대하여 위헌결정이 선고되었음에도 불구하고 그와 유사한 내용의 입후보제한규정이 공직선거법 제53조 제1항 제4호에 남아 있으므로, 청구인과 같이 정부투자기관의 직원으로서 1995.6.27.의 지방의회의원선거에 입후보하려는 사람들은 공직선거법의 위 규정에 의하여 입후보등록을 거부당하여 기본권을 침해받을 것이 확실히 예상된다. 그러므로 위 지방의회의원선거의 입후보등록마감일(1995.6.12.) 전에 공직선거법 제53조 제1항 제4호의 위헌내용을 제거함으로써 헌법소원심판에 의한 권리구제의 실효성을 확보하기 위하여 이 사건 헌법소원심판청구에 대하여 이와 같이 결정을 선고하는 것이다.

3. 결 론

따라서 공직선거법 제53조 제1항 제4호의 “정부투자기관의 상근임·직원” 중 “직원” 부분에 집행간부가 아닌 직원이 지방의회의원선거에 입후보하는 것을 포함시킨 것은 헌법에 위반된다고 할 것이므로, 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판장 재판관 김용준

재판관 김진우

재판관 김문희

재판관 황도연

재판관 이재화

재판관 조승형

11

공무원의 입후보시 선거일전 90일까지 사직하도록 한 구 공직선거법 제53조제1항의 평등원칙 위배 여부

■ 공직선거및선거부정방지법 제53조 제1항 위헌확인, 1995. 3. 23. 95헌마53 ■

【판시 사항】

공직선거(公職選舉)및선거부정방지법(選舉不正防止法) 제53조 제1항 본문 및 제1호의 위헌(違憲) 여부

【결정 요지】

공직선거및선거부정방지법(公職選舉選舉不正防止法) 제53조 제1항 본문 및 제1호의 규정이 공무원(公務員)으로서 공직선거의 후보자(候補者)가 되고자 하는 자는 선거일 전 90일까지 그 직(職)을 그만 두도록 한 것은 선거의 공정성(公正性)과 공직의 직무전념성(職務專念性)을 보장함과 아울러 이른바 포말후보(泡沫候補)의 난립을 방지하기 위한 것으로서 그 필요성과 합리성이 인정되며, 그것이 공무담임권(公務擔任權)의 본질적 내용을 침해하였다거나 과잉금지(過剩禁止)의 원칙(原則)에 위배된다고 볼 수 없다. 그리고 같은 법 제53조 제1항 단서에서 국회의원(國會議員)이 대통령선거(大統領選舉)나 국회의원선거(國會議員選舉)에, 지방의회의원(地方議會議員)이나 지방자치단체(地方自治團體)의 장(長)이 당해 지방의회의원의 선거나 당해 지방자치단체의 장의 선거에 각 입후보(立候補)하는 경우에는 예외적으로 그 직(職)을 보유한 채 입후보할 수 있도록 규정(規定)한 것은 다른 직(職)에 있던 사람들에 비하여 이들 경우에는 특히 그 각 선거에 입후보(立候補)할 가능성이 커서 이러한 경우까지 선거일 전 90일까지 그 직을 모두 그만 두도록 한다면 그 직(職)에 대한 업무수행에 특히 큰 지장(支障)이 생길 것이라는 입법자(立法者)의 판단에 따른 것이고, 이러한 입법자의 판단이 우리의 경험칙(經驗則)에 비추어 일반적(一般的), 개연성론(蓋然性論)으로 보아 잘못이라 보기는 어려우므로, 결국 이 사건 법률조항은 입법자가 동질적(同質的)인 대상을 자의적(恣意的)으로 다르게 취급한 것이 아니라 여러 가지 사정을 고려하여 합리적으로 차등(差等)을 둔 것으로서 헌법상의 평등원칙(平等原則)에 위배되지 아니한다.

【주 문】

청구인의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

청구인은 광주(光州)광역시 서구의회(西區議會) 의원으로서 1995.6.27. 실시될 지방의회의 원선거에 즈음하여 시·도의회의원선거에 입후보하고자 하는바, 공직선거및선거부정방지법 제53조 제1항 본문과 그 제1호에 따르면 청구인과 같은 자치구의회의 의원이 시·도의회의원선거에 입후보하고자 할 때에는 선거일 전 90일까지 그 자치구의회의 의원의 직을 그만두어야 하는데, 위 법률조항의 이러한 규정내용은 청구인의 평등권과 공무담임권을 침해하는 것이라고 주장하면서 1995.2.9. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

따라서 이 사건 심판의 대상은 공직선거및선거부정방지법(1994.3.16. 제정, 법률 제4739호, 이하 “법”이라고만 한다) 제53조 제1항 본문 및 그 제1호로서, 그 규정내용은 다음과 같다(청구인은 법 제53조 제1항 전체에 대한 위헌결정을 구하는 듯하나, 동조 제1항 중 제2호 내지 제8호는 청구인에게 해당되지 아니하는 부분이므로 이를 제외한다).

2. 청구인의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

청구인은 1991.3. 기초의회(광주광역시 서구의회)의원으로 당선되어 현재 광주 서구의회의 의원으로서 정무직공무원의 신분을 갖고 있으며, 1995.6.27.에 실시될 차기 지방의회의원 선거에서는 광역의회(시·도의회)의원의 선거에 입후보하고자 한다. 그런데 법 제53조 제1항 본문에 의하면 공무원인 청구인이 광역의회의원의 선거에 입후보하려면 위 선거일의 90일 전인 1995.3.29.까지 현재의 기초의회의원의 직을 그만두어야 한다.

이러한 규정은 법 제53조 제1항 단서에 의해 지방의회의원이 당해 지방의회의원의 선거에 입후보하는 경우에는 그 직을 그만두지 아니하여도 무방한 것에 비하여 유독 기초의회의원이 광역의회의원의 선거에 입후보하는 경우나 그 역의 경우에만 그 직을 그만두게 하는 것으로서, 이는 청구인의 기초의회의원으로서의 공무담임권을 제한하고 또 합리적 이유 없이 청구인을 차별대우하는 것이어서 평등의 원칙에 반하므로 위 법률조항의 위헌확인을 구한다.

나. 내무부장관의 의견

법 제53조 제1항에서 특정한 공직자, 언론인 등이 각종 선거에 입후보하려 하는 경우 선거일 전 90일까지 그 직을 그만두도록 한 것은 선거에 입후보할 공직자 등이 그 지위를 이용하여 선거의 결과에 유리하게 할 수 없도록 하여 공명선거를 확보코자 함이며, 다만 지방의회의 의원이 당해 지방의회의원선거에 입후보할 경우 현직을 보유하고도 입후보할 수 있도록 한 것은 지방의회의 연속성 유지로 지방의회 기능의 원만한 수행을 도모하도록 하기 위한 것이므로, 법 제53조 제1항의 위헌 여부 판단에 있어서는 이러한 입법자의 입법취지가 고려되어야 한다.

다. 법무부장관의 의견

(1) 선거의 공정성을 해하는 가정 현저한 불법적 양태로서는 금권(金權)과 관권(官權)의 개입을 들 수 있는바, 공직선거및선거부정방지법은 공명정대한 선거풍토의 정착을 요구하는 국민의 여망에 따라 입법부에서 여야 함의로 제정·공포된 것으로서, 동법 제53조 제1항은 특히 관권개입의 소지를 불식하려는 입법자의 의지가 반영된 것이다. 즉 소수의 예외를 제외하고는 대부분의 공무원이 그 공무원직을 유지하면서 선거에 입후보하지 못하도록 함으로써 공무원직을 이용하여 선거의 결과에 부당한 영향을 미치려는 기도를 사전에 차단한 것이다.

청구인은 위 법률조항으로 인하여 자기의 공무담임권과 평등권이 침해되었다고 주장하고 있으나, 이 법률조항은 공무원에 대하여 공직에 입후보할 자유와 권리 자체를 제한한 것이 아니라 두 직종 중 어느 하나를 선택하라는 것에 불과하며 그 선택의 자유와 입후보의 자유는 본인의 의사에 따라 결정하도록 보장하고 있으므로 기본권침해의 문제가 생길 수 없다.

(2) 다만, 법 제53조 제1항 단서 후단에서 “지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거에 있어서 당해 지방의회의원 및 지방자치단체의 장이 그 직을 가지고 입후보하는 경우에는 그러하지 아니하다” 라고 규정하여 선거일 전 공무원직 사퇴에 대한 일정한 예외규정을 둔 이유는, 다음 선거에 다시 같은 지방의회의원이나 지방자치단체의 장으로 입후보할 가능성이 높은 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 경우에 이들에게까지 선거일로부터 90일 전까지 그 직을 그만두도록 한다면 지방의회 업무의 연속성이 단절되고 지방자치단체의 행정공백이 초래될 우려가 크다는 점을 감안한 것으로서, 이러한 예외도 지방의회의원 및 지방자치단체의 장이 당해 지방의회의원선거 및 지방자치단체장 선거에 입후보하는 경우에 한정함으로써 같은 조항 본문의 입법취지가 물각되지 않도록 한 것이다. 그러므로 청구인의 이 사건 심판청구는 마땅히 기각되어야 한다.

3. 법 제53조 제1항 제1호의 입법연혁

(1) 먼저, 국회의원선거법상의 입법 변천과정을 살펴보면,

① 법 제53조 제1항 제1호와 같은 공무원의 입후보를 위한 퇴직규정이 최초로 등장한 것은 1950.4.12. 법률 제121호로 제정된 국회의원선거법이다. 동법 제29조는 공무원으로서 의원후보자가 되거나 의원후보자로 추천을 받게 된 때에는 선거공고일로부터 5일 이내에 해임되어야 하고(제1항), 공무원이 그 직무관계구역 내에서 의원후보자가 되려고 할 때 또는 의원후보자로 추천하고자 할 때에는 선거일로부터 90일 전에 그 직이 해임되어야 하되(제2항), 국회의원과 지방의회의원은 위와 같은 제한을 받지 않게 하였다(제3항).

② 1958.1.25. 법률 제470호로 제정된 민의원의원선거법 제37조 제1항은 공무원으로서 후보자가 되려는 자는 당해의원의 임기만료일 180일 전에 그 직이 해임되어야 하되(본문), 민의원의원이 후보자가 되는 경우는 예외로 한다(단서)고 규정하고 있었다.

③ 1960.6.23. 법률 제551호로 제정된 국회의원선거법 제28조 제1항도 위 민의원의원선거법의 규정을 이어받고 있으며, 이러한 제한은 그 후 수차의 개정을 거치면서도 내용상 별다른 변화 없이 맥을 이어 오다가,

④ 1981.1.29. 법률 제3359호로 제정된 국회의원선거법 제31조 제1항 제1호는 국가공무원과 지방공무원으로서 후보자가 되려고 하는 자는 의원의 임기만료일 전 180일까지 그 직이 해임되어야 하되, 정당법 제17조의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원은 그 직을 가지고 후보자가 될 수 있도록 하였다. 이러한 제한은 1988.3.17. 법률 제4003호로 국회의원선거법이 전문개정되면서 ‘임기만료일 전 150일까지’로 변경된 것 외에는 1994년 이 법이 제정될 때까지 그대로 존속되었다.

(2) 다음, 지방의회의원선거법상의 입법 변천과정을 살펴보면,

① 1949.7.4. 법률 제32호로 제정된 지방자치법 제55조 제1항은 선거사무에 관계있는 공무원은 그 관계구역 내에서는 지방의회의원의 피선거권이 없다고 규정하고 있었다.

② 동법은 1956.2.13. 법률 제385호로 개정되면서 제71조의2를 신설, 그 제1항에서 공무원이 후보자가 되려고 할 때에는 당해 지방의회의원과 시·읍·면장의 임기만료 전 50일까지에 그 직이 해임되어야 하되(본문), 지방의회의원이 당해 지방의회의원선거에 있어서 후보자가 되는 경우에는 예외로 한다(단서)로 규정하였다. 이러한 규정은 지방의회와 지방자치단체의 장애 관한 동법의 변화에 상응하여 약간씩 변화하긴 하였으나 전체적으로 큰 변화 없이 존치되어 오다가,

③ 1988.4.6. 법률 제4005호로 제정된 지방의회의원선거법 제28조 제1항은 국회의원 및 다

른 지방의회의원(제1호), 국가공무원과 지방공무원(제2호, 다만 정당법 제17조의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원은 그 직을 가지고 후보자가 될 수 있다)으로서 후보자가 되고자 하는 자는 의원의 임기만료일 전 90일까지 그 직에서 해임되어야 하되, 의원이 당해 지방의회의원선거에 후보자가 되는 경우에는 예외로 하였다. 이러한 규정은 1994년 이 법이 제정될 때까지 큰 변화 없이 그대로 존속하였다.

한편, 1990.12.31. 법률 제4312호로 제정된 지방자치단체의장(長)선거법 제31조 제1항도 국회의원, 다른 지방자치단체의 장 및 지방의회의원(제1호), 정당의 당원이 될 수 있는 공무원이 아닌 국가공무원과 지방공무원(제2호)으로서 후보자가 되고자 하는 자는 지방자치단체의 장의 임기만료일 전 90일까지 그 직에서 해임되어야 하되(본문), 지방자치단체의 장이 당해 지방자치단체의 장의 선거에 후보자가 되는 경우에는 예외로 하는 규정(단서)을 두고 있었다.

4. 판단

법 제53조 제1항 제1호(이하, “이 사건 법률조항”이라 한다)에 의하면, 국가공무원과 지방공무원(다만, 정당법 제6조 제1호 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 정무직 이외의 공무원은 제외)으로서 이 법이 적용되는 공직선거의 후보자가 되고자 하는 자는 누구나 선거일 전 90일까지 그 직을 그만두어야 하되, 다만 국회의원으로서 대통령 선거와 국회의원선거에 입후보하는 경우, 지방의회의원으로서 당해 지방의회의원선거에 입후보하는 경우나 지방자치단체의 장으로서 당해 지방자치단체의 장 선거에 입후보하는 경우는 그 직을 가진 채 입후보할 수 있다.

따라서 위 예외규정에 해당하지 않는 공무원으로서는 자신이 현재 보유하고 있는 공직을 그만두지 않는 한 공직선거에 입후보할 수 없게 되므로 이는 이들의 현재 보유하고 있는 공직에 대한 공무담임권을 제한하는 것이라고 볼 수 있다. 그렇다면 이 사건 법률조항이 정하는 이러한 공무담임권의 제한이 헌법 제37조 제2항에서 규정한 기본권 제한입법의 요건을 갖춘 것인지의 여부가 검토되어야 한다.

한편, 이 사건 법률조항은 제1항 단서 및 제1호 단서에 해당하지 않는 공무원들에게만 이러한 공무담임권을 제한하는 것이므로 제1항 단서 및 제1호 단서에 해당하는 공무원들에 비하여 차별을 두고 있다. 그렇다면 이 사건 법률조항의 이러한 차별이 헌법 제11조에 정한 평등의 원칙에 반하여 합리적 근거 없이 자의적인 차별을 하고 있는 것인지의 여부도 검토되어야 한다. 다만 청구인은 이 사건에서 제1항 단서의 후단부분에 규정된 공무원과의 관계만을 문제삼고 있으므로 주로 이 점을 검토하기로 한다.

가. 공무담임권 제한의 필요성과 그 정도

(1) 이 사건 법률조항이 공무원이 공직선거의 후보자가 되고자 하는 경우에 원칙적으로 그 직을 그만두도록 한 것은 선거의 공정성과 아울러 공직의 직무전념성을 보장하기 위한 것이고 부수적으로는 이른바 포말후보(泡沫候補)의 난립을 방지하기 위한 것이다.

공무원이 그 직을 보유한 채로 공직선거에 입후보할 수 있도록 한다면 그 지위와 권한을 자기의 선거운동에 남용 또는 악용할 소지가 많게 된다. 공무원으로서 공무원이 아닌 입후보 희망자가 가지지 못하는 여러 가지 정보를 수집, 활용할 수 있을 뿐만 아니라 자신의 부하직원 등을 선거운동에 이용할 염려도 있고 또 자신의 당선에 유리하도록 불공정하고 편파적인 법제정이나 법집행·행정집행을 할 소지도 있게 되는 등 그 부작용과 폐해가 클 것임은 쉽사리 짐작할 수 있다. 이러한 부작용과 폐해는 곧바로 선거의 공정을 해치게 된다.

또 공무원이 그 직을 보유한 채로 공직선거에 입후보할 수 있도록 한다면 이는 공무원의 직무전념의무(국가공무원법 제56조, 지방공무원법 제48조 참조)와도 상충된다. 비록 법이 제59조에서 선거운동은 당해 후보자의 등록이 끝난 때부터 이를 할 수 있게 하는 한편 사전선거운동을 처벌하는 벌칙조항을 두고 있지만(법 제254조 제2항, 제3항), 선거운동기간 전이라도 법 제58조에서 정의하고 있는 선거운동에 해당하지 않는 행위, 즉 입후보와 선거운동을 위한 준비행위는 적법하게 행할 수 있으므로 공무원이 그 본래의 직무는 뒷전에 둔 채 이러한 행위나 선거운동에 전념할 개연성이 높고 이는 국민전체에 대한 봉사자로서 성실히 그 직무를 수행해야 할 공무원의 기본적 책무에 어긋나는 것이다.

또 공직을 보유한 채 공직선거에 입후보할 수 있도록 한다면 요행히도 당선되면 다행이고 낙선되면 그대로 종전의 공직을 보유하려 하는 이른바 포말후보의 난립방지를 위하여도 이러한 규정이 필요한 것이다.

(2) 한편, 이와 같은 폐해를 방지하려면 어느 시점까지 공직을 그만두도록 하는 것이 합리적인가 하는 문제는 기본적으로는 입법자의 형성의 자유에 속하는 사항이다. 이 사건 법률조항이 합법적으로 선거운동을 할 수 있는 시점인 후보자등록일까지가 아니라 그보다 상당히 이른 시점인 선거일 전 90일까지 공직을 그만두도록 한 것은, 위에서 본 바와 같이 입후보와 선거운동을 위한 준비행위로 인해 공무수행에 지장을 초래할 우려가 있는 기간의 시점을 일응 선거일 전 90일로 보고 적어도 이 때부터는 공직선거에 입후보하고자 하는 공무원으로부터 그 현재의 공직수행을 배제시키고자 한 것이 입법자의 판단으로 보이는바, 이 판단이 자의적인 것이어서 공무담임권의 본질적 내용을 침해하였다거나 과잉금지 원칙에 위배된다고는 보여지지 아니하므로 입법자의 이러한 판단은 존중되어야 한다. 이 점은 앞서 본 이 사건 법률조항의 입법연혁에 비추어 보아도 그러하다.

(3) 따라서 이 사건 법률조항이 위와 같은 방법으로 공무원의 입후보를 제한하고 있는 것은 위와 같은 폐해를 방지하고 선거의 공정성을 보장하는 한편 공무원의 직무전념성을 제고하고 이른바 포말후보의 난립을 방지하기 위한 것이므로 그 필요성과 합리성이 인정된다.

나. 공무담임권 제한상의 평등성

이 사건 법률조항이 제1항 단서에서 국회의원이 대통령선거나 국회의원선거에 입후보하는 경우, 지방의회의원이나 지방자치단체의 장이 당해 지방의회의원의 선거나 당해 지방자치단체의 장의 선거에 입후보하는 경우에는 예외적으로 그 직을 보유한 채 입후보할 수 있도록 규정한 것이 자의적 차별이 아닌지를 살펴본다.

소수의 이례적인 경우도 상정할 수 없는 것은 아니지만, 일반적인 경향으로 보면 특별한 사정이 없는 한 대다수의 국회의원은 차기에도 국회의원선거에 입후보할 가능성이 크고 지방의회의원은 차기에도 당해 지방의회의원선거에 입후보할 가능성이 크다고 본 것이 입법자의 판단인바, 우리의 경험칙에 비추어 보면 이러한 입법자의 판단이 일반론이나 개연성으로는 잘못된 것이라 보기 어렵다. 이와 같이 대다수의 지방의회 의원들이 차기에도 당해 지방의회의원의 선거에 입후보할 것이라고 일반적으로 예상된다면, 선거일 전 90일까지 그 의원직을 모두 그만두도록 하는 경우에는 그 날부터 차기의회가 구성될 때까지 지방의회는 그 기능을 제대로 수행할 수 없게 된다. 의결정족수는 물론 경우에 따라서는 의사정족수마저 채울 수 없게 되는 사태도 예견할 수 있고, 설사 그러한 극단적인 경우가 아니라 하더라도 상당한 수의 의원의 결원으로 말미암아 적어도 원활한 업무수행에 지장이 생길 것은 분명하다. 그러므로 이 사건 법률조항의 제1항 단서는 제1항 본문에 대한 예외규정을 둔 것이다.

반면, 이에 비하여 이 사건 법률조항의 제1항 단서가 적용되지 않는 사례 즉 기초의회(자치구의회)의원이 광역의회(시·도의회)의원의 선거에 입후보하거나 그 역의 경우 등은, 일반적인 예로 보아 수적으로 상당히 희소하거나 적어도 위에서 본 바와 같은 문제를 야기시킬 만큼 다수는 아닐 것이라고 본 것이 입법자의 판단이고, 이것 또한 우리의 경험칙에 비추어 일반론, 개연성론으로는 잘못이라 보기 어렵다. 그렇다면 이 경우 즉 제1항 본문에 해당하는 경우는 그 단서에 해당하는 경우와는 사정이 다르다고 보아야 할 것이므로 제1항 단서규정과 같은 예외적 혜택을 인정할 필요가 없다고 할 것이다.

결국 이 사건 법률조항은 입법자가 동질적인 대상을 자의적으로 다르게 취급한 것이 아니라 위에서 본 바와 같은 여러 가지 사항을 고려하여 합리적으로 차등을 둔 것이므로 그것이 평등의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

5. 결론

따라서, 이 사건 법률조항은 청구인의 공무담임권을 헌법 제37조 제2항에 위반하여 과도하게 제한한 것도 아니고 헌법 제11조 제1항에 반하여 합리적 이유 없이 자의적으로 차별한 것도 아니므로, 그로 인하여 청구인 주장의 위 기본권 등이 침해되었다고 할 수 없다. 그렇다면 청구인의 이 사건 심판청구는 이유 없음이 명백하므로 이를 기각하기로 하여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판장 재판관 김용준

재판관 김진우

재판관 김문희

주 심 재판관 황도연

재판관 이재화

재판관 조승형

재판관 정경식

재판관 고중석

재판관 신창언

12

공무원이 입후보시 선거일전 90일까지 사직하도록 한 구 공직선거법 제53조제1항제1호의 공무담임권 등 침해 여부

■ 지방자치법 제33조 등 위헌확인, 1998. 4. 30. 97헌마100 ■

【관시사항】

1. 법률조항에 대한 헌법소원심판청구가 청구기간을 경과하여 부적법하다고 본 사례
2. 지방의회의원이 국회의원선거나 지방자치단체의 장 선거에 입후보할 경우 선거일전 90일까지 그 직을 그만두도록 규정하고 있는 공직선거및선거부정방지법 제53조 제1항 제1호가 헌법에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 지방의회의원을 명예직으로 규정하고 있는 지방자치법(1994. 3. 16. 법률 제4741호로 개정된 것) 제32조제1항 본문 전단, 지방의회의원으로 하여금 정무직공무원을 겸직하지 못하도록 규정하고 있는 같은 법 제33조 제1항 제3호, 지방의회의 사무직원을 지방자치단체의 장이 임명토록 규정하고 있는 같은 법 제83조 제2항은 모두 1994. 3. 16. 개정된 이래, 정당 또는 국회의원등에게만 후원회를 허용하고 있는 정치자금에관한법률(1991. 12. 31. 법률 제4463호로 개정된 것) 제5조 제1항은 1991. 12. 31. 개정된 이래 각 현재까지 시행되고 있고, 청구인들은 1995. 7. 8.부터 대구광역시의회의원의 임기를 개시하였으므로, 위 법률조항들로 인하여 평등권 등 청구인들 주장과 같은 기본권침해의 사유가 발생한 것은 청구인들이 지방의회의원으로서 임기를 개시한 1995. 7. 8.이고, 위 법률조항들에 대한 심판청구는 그 날로부터 180일이 지나 청구된 것이므로 청구기간을 경과한 것으로서 부적법하다.
2. 공직선거및선거부정방지법(1995. 4. 1. 법률 제4947호로 개정되고 1997. 11. 14. 법률 제5412호로 개정되기 전의 것) 제53조 제1항 제1호가 공무원으로서 공직선거의 후보자가 되고자 하는 자는 선거일 전 90일까지 그 직을 그만 두도록 한 것은 선거의 공정성과 공직의 직무전념성을 보장함과 아울러 이른바 포말후보(泡沫候補)의 난립을 방지하기 위한 것으로서 그 필요성과 합리성이 인정되며, 그것이 공무담임권의 본질적 내용을

침해하였다거나 과잉금지의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다. 그리고 같은 법 제53조 제1항 단서에서 국회의원이 대통령선거나 국회의원선거에, 지방의회의원이나 지방자치단체의 장이 당해 지방의회의원의 선거나 당해 지방자치단체의 장의 선거에 각 입후보하는 경우에는 예외적으로 그 직을 보유한 채 입후보할 수 있도록 규정한 것은 다른 직에 있던 사람들에 비하여 이들 경우에는 특히 그 각 선거에 입후보할 가능성이 커서 이러한 경우까지 선거일 전 90일까지 그 직을 모두 그만 두도록 한다면 그 직에 대한 업무수행에 특히 큰 지장이 생길 것이라는 입법자의 판단에 따른 것이고, 이러한 입법자의 판단이 우리의 경험칙에 비추어 잘못이라 보기는 어려우므로, 결국 위 법 제53조 제1항 제1호는 입법자가 동질적인 대상을 자의적으로 다르게 취급한 것이 아니라 여러 가지 사정을 고려하여 합리적으로 차등을 둔 것으로서 헌법상의 평등원칙에 위배되지 아니한다.

【심판대상조문】

지방자치법(1994. 3. 16. 법률 제4741호로 개정된 것) 제32조(의원의 의정활동비 등) ① 지방의회 의원은 명예직으로 하되, 다음 각 호의 비용을 지급한다.

1. 의정자료의 수집·연구와 이를 위한 보조활동에 소요되는 비용을 보전하기 위하여 매월 지급하는 의정활동비. 다만, 의정자료의 수집·연구를 위한 보조활동의 비용은 시·도 의회의원에 한한다.

2. 본회의 또는 위원회의 의결이나 의장의 명에 의하여 공무로 여행할 때 지급하는 여비

지방자치법(1994. 3. 16. 법률 제4741호로 개정된 것) 제33조(겸직 등 금지) ① 지방의회의원은 다음 각 호의 1에 해당하는 직을 겸할 수 없다.

1.~2. 생략

3. 국가공무원법 제2조에 규정된 국가공무원과 지방공무원법 제2조에 규정된 지방공무원(정당법 제6조의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원을 제외한다)

4.~7. 생략

② 생략

지방자치법(1994. 3. 16. 법률 제4741호로 개정된 것) 제83조(사무직원의 정원과 임명) ① 생략

② 사무직원은 지방의회의 의장의 추천에 의하여 당해 지방자치단체의 장이 임명한다.

정치자금에 관한 법률(1991. 12. 31. 법률 제4463호로 개정된 것) 제5조(후원회) ① 정당의 중앙당과 시·도지부, 지구당 등은 각각 하나의 후원회를 지정하여 둘 수 있다. 다만, 국회의원 또는 국회의원입후보 등록을 한 자(이하 “국회의원후보자”라 한다)가 후원회를 둔 경우에는 당해 국회의원 또는 국회의원후보자가 대표자로 있는 지구당은 후원회를 둘 수 없다.

②~⑤ 생략

공직선거및선거부정방지법(1995. 4. 1. 법률 제4947호로 개정되고 1997. 11. 14. 법률 제5412호로 개정되기 전의 것) 제53조(공무원 등의 입후보) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자로서 후보자가 되고자 하는 자는 선거일 전 90일(전국구국회의원선거와 비례대표시·도 의원선거 및 보궐선거 등에 있어서는 후보자등록신청전)까지 그 직을 그만두어야 한다. 다만, 대통령선거와 국회의원선거에 있어서 국회의원이 그 직을 가지고 입후보하는 경우와 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거에 있어서 당해 지방의회의원 및 지방자치단체의 장이 그 직을 가지고 입후보하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 국가공무원법은 제2조(공무원의 구분)에 규정된 국가공무원과 지방공무원법 제2조(공무원의 구분)에 규정된 지방공무원. 다만, 정당법 제6조(발기인 및 당원의 자격) 제1호 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원(정무직공무원을 제외한다)은 그러하지 아니하다.

2.~8. 생략

②~③ 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제25조

헌법재판소법 제69조(청구기간) ① 제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 청구하여야 한다. 다만, 다른 법률에 의한 구제절차를 거친 헌법소원의 심판은 그 최종결정을 통지받은 날로부터 30일 이내에 청구하여야 한다.

② 생략

【참조판례】

1. 헌재 1996. 3. 28. 93헌마198, 판례집 8-1, 241

헌재 1996. 11. 28. 95헌마280, 판례집 8-2, 647

2. 헌재 1995. 3. 23. 95헌마53, 판례집 7-1, 463

【당 사 자】

청 구 인 최○영 외 10인

대리인 영남법무법인

담당변호사 금병태

【주 문】

이 사건 심판청구 중 지방자치법(1994. 3. 16. 법률 제4741호로 개정된 것) 제32조 제1항 본문 전단, 제33조 제1항 제3호, 제83조 제2항과 정치자금에관한법률(1991. 12. 31. 법률 제4463호로 개정된 것) 제5조 제1항에 대한 부분은 모두 각하하고, 공직선거및선거부정방지법(1995. 4. 1. 법률 제4947호로 개정된 것) 제53조 제1항 제1호에 대한 부분은 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인들은 대구광역시 시의회의원들로서, 지방의회의원직을 명예직으로 규정하고 있는 지방자치법 제32조, 지방의회의원으로 하여금 정무직공무원을 겸직하지 못하도록 규정하고 있는 동법 제33조, 지방의회의 사무직원을 지방자치단체의 장이 임명토록 규정하고 있는 동법 제83조, 정당 또는 국회의원 등의 후원회에 관한 규정인 정치자금에관한법률 제5조, 공직선거에 입후보하고자 하는 공무원 등으로 하여금 선거일전 90일까지 그 직을 그만두도록 규정하고 있는 공직선거및선거부정방지법 제53조가 헌법상 청구인들에게 보장된 평등권과 공무담임권을 침해한다고 주장하면서 1997. 3. 21. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

위 법률조항들 중 청구이유와 직접 관련이 있는 조항은 지방자치법 제32조 제1항 본문 전단, 제33조 제1항 제3호, 제83조 제2항, 정치자금에관한법률 제5조 제1항, 공직선거및선거부정방지법 제53조 제1항 제1호이고, 나머지 조항들은 청구인들이 주장하는 바의 기본권침해와 직접적인 관계가 없다. 그러므로 이 사건 심판의 대상은 지방자치법(1994. 3. 16. 법률 제4741호로 개정된 것. 이하 “자치법”이라 한다) 제32조 제1항 본문 전단, 제33조 제1항 제3호, 제83조 제2항, 정치자금에관한법률(1991. 12. 31. 법률 제4463호로 개정된 것. 이하 “자금법”이라 한다) 제5조 제1항, 공직선거및선거부정방지법(1995. 4. 1. 법률 제4947호로 개정되고 1997. 11. 14. 법률 제5412호로 개정되기 전의 것. 이하 “공선법”이라 한다) 제53조 제1항 제1호의 위헌여부이며, 그 법률조항들의 내용은 다음과 같다.

자치법 제32조(의원의 의정활동비 등) ① 지방의회의원은 명예직으로 하되, (이하 생략)

자치법 제33조(검직 등 금지) ① 지방의회의원은 다음 각 호의 1에 해당하는 직을 겸할 수 없다.

3. 국가공무원법 제2조에 규정된 국가공무원과 지방공무원법 제2조에 규정된 지방공무원(정당법 제6조의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원을 제외한다)

(나머지 각 호 생략)

자치법 제83조(사무직원의 정원과 임명) ② 사무직원은 지방의회의 의장의 추천에 의하여 당해 지방자치단체의 장이 임명한다.

자금법 제5조(후원회) ① 정당의 중앙당과 시·도지부, 지구당 등은 각각 하나의 후원회를 지정하여 둘 수 있다. 다만, 국회의원 또는 국회의원입후보등록을 한 자(이하 “국회의원후보자”라 한다)가 후원회를 둔 경우에는 당해 국회의원 또는 국회의원후보자가 대표자로 있는 지구당은 후원회를 둘 수 없다.

공선법 제53조(공무원 등의 입후보) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자로서 후보자가 되고자 하는 자는 선거일전 90일(전국구국회의원선거와 비례대표시·도의원선거 및 보궐선거 등에 있어서는 후보자등록신청전)까지 그 직을 그만 두어야 한다. 다만, 대통령선거와 국회의원선거에 있어서 국회의원이 그 직을 가지고 입후보하는 경우와 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거에 있어서 당해 지방의회의원 및 지방자치단체의 장이 그 직을 가지고 입후보하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 국가공무원법 제2조(공무원의 구분)에 규정된 국가공무원과 지방공무원법 제2조(공무원의 구분)에 규정된 지방공무원. 다만, 정당법 제6조(발기인 및 당원의 자격) 제1호 단서의

규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원(정무직 공무원을 제외한다)은 그러하지 아니하다.

(이하 각 호 생략)

2. 청구인의 주장 및 이해관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 자치법 제32조는 국회의원과 달리 지방의회의원에 관하여 명예직으로 규정하고 있다. 그러나 국회의원이거나 지방의회의원이거나 품위를 지키고 명예를 존중해야 한다는 의미에서는 아무런 차이가 없을진대, 유독 지방의회의원에 대해서만 명예직이라고 규정한 것은 단순한 선언적 의미가 아니라 지방의회의원의 활동을 제약하려는 의미를 담고 있다. 오늘날의 복잡다단한 지방행정과 지방자치사무를 고려할 때, 지방자치단체내의 주민복지 사무를 처리하고 재산을 관리하며 자치규정을 제정하는 중요한 임무를 부담하는 지방의회의원을 명예직으로 규정하는 것은 헌법 제117조의 자치권을 본질적으로 제약하는 것이다. 더욱이 자치법 제33조는 겸직제한규정을 두어 광범위하고 엄격하게 지방의회의원의 겸직을 제한하고 있으며, 공직자윤리법은 제3조, 제10조에서 지방의회의원을 재산등록의 무자에 포함시키고 있을 뿐만 아니라 재산공개대상자로까지 규정하여 공직자로서의 윤리를 지키도록 규정하고 있다. 이처럼 지방의회의원에게 엄격한 의무와 책임을 부과하면서도 그에 따르는 직무상의 권한을 제한하는 명예직의 규정을 둔 것은 국회의원과 비교하여 부당한 차별로서 헌법상의 평등권 위반이라 아니할 수 없다.

(2) 자치법 제33조 제1항 제3호는 지방의회의원이 정무직공무원(예컨대 자치법 제101조의 부시장, 부지사)을 겸직하는 것을 금지하고 있다. 이는 국회법 제29조가 국회의원에 대하여 국무위원의 겸직을 허용하고 있는 것과 비교하여 볼 때 부당하게 겸직제한을 함으로써 헌법상의 평등권을 위반하고 있다.

(3) 자치법 제83조는 지방의회에 두는 사무직원의 임명권을 지방자치단체의 장에게 주고 있는바, 이는 지방자치단체장의 업무집행을 감독하고 견제하는 것을 제1차적인 임무로 하는 지방의회에 대하여 그 견제를 포기시키는 것이나 다름이 없는 것으로서 헌법 제117조의 자치권을 본질적으로 제약하는 것이며, 같은 선거직으로 구성된 국회의 권한과도 불균형한 것으로서 평등권 위반이다.

(4) 자금법 제5조는 정당과 국회의원 및 그 입후보자에게만 정치자금 조달을 위한 후원회 설립을 인정하고 기타의 선거직에 대하여는 후원회를 허용하고 있지 아니하는바, 깨끗한 정치를 실현하기 위해 깨끗한 자금의 모금이 필요하고 이에 대한 보장이 필요한 것은 국

회의원이나 지방의회의원이나 마찬가지로 할 것이므로 이를 달리 취급하는 것은 명백한 평등권 위반이다.

(5) 공선법 제53조 제1항 제1호는 지방의회의원이 국회의원선거나 자치단체장에 입후보할 경우 선거일 전 90일까지 사직하여야 할 것을 규정하고 있는바, 이는 국회의원이나 자치단체장이 그 직에 출마할 때 그 직을 그대로 보유할 수 있게 하는 것과 비교하면 부당한 입후보제한으로서 헌법상 보장된 공무담임권과 평등권을 위반하는 것이다.

나. 내무부장관의 의견

(1) 이 사건 심판청구는 다음에서 보는 바와 같이 부적법하므로 각하되어야 한다.

(가) 자치법 제33조는 1988. 4. 6. 법률 제4004호로, 동법 제32조 및 제83조는 1994. 3. 16. 법률 제4741호로, 자금법 제5조는 1991. 12. 31. 법률 제4463호로, 공선법 제53조는 1995. 4. 1. 법률 제4947호로 각각 개정 공포·시행된 것으로 청구인들이 1995. 6. 27. 지방선거에 의해 1995. 7. 8. 지방의회의원의 자격을 갖기 이전에 이미 시행되고 있었으므로, 청구인들이 지방의회의원의 자격을 갖게 되어 위 법률조항들의 적용을 받게 된 1995. 7. 8.을 헌법재판소법 제69조 제1항 소정의 “그 사유가 있는 날”로 보아야 할 것이고, 청구인들은 위 기준일로부터 늦어도 180일 이내에 헌법소원심판을 청구하였어야 할 것인데도 그로부터 180일이 훨씬 지난 1997. 3. 21. 청구한 이 사건 심판청구는 청구기간을 도과하였음이 명백하여 부적법하다.

(나) 이 사건 청구인들은 모두 대구광역시 의회의원들로서, 지방자치법 제26조 내지 제34조의2 등의 규정에 의하면 지방의회의원은 지방자치단체의 의결기관인 지방의회를 구성할 뿐 아니라 공공의 이익을 우선하여 양심에 따라 그 직무를 성실히 수행하여야 하며 청렴의 의무를 지는 등 그 지위와 역할을 볼 때 헌법이 보장하는 기본권의 주체인 국민이라고는 할 수 없으므로, 지방의회의원의 자격으로서 청구한 이 사건 헌법소원 청구는 그 주체성이 결여되어 부적법하다.

(다) 설사 지방의회의원이 헌법소원의 주체가 된다 하더라도 이 사건 심판청구 중 자치법 제83조에 대한 심판청구는 청구인들이 지방의회의 사무직원은 아닌 것이므로 권리침해의 자기관련성이 결여되어 부적법하며, 동법 제32조 및 제33조에 대한 위헌주장 중 자치권침해에 관한 부분은, 자치권은 헌법 제117조 및 제118조에서 지방자치제도를 보장한 데 따른 것으로 기본권이 아니라 일종의 제도적 보장에 해당되고 이러한 제도적 보장의 침해에 대하여는 헌법소원을 제기할 수 없다고 볼 것이므로, 이 부분에 대한 심판청구 역시 부적법하다.

(2) 이 사건 심판청구는 다음에서 보는 바와 같이 이유 없으므로 기각되어야 한다.

(가) 지방의회의원을 명예직으로 규정한 자치법 제32조는 국회가 우리나라의 정치·사회적 상황과 국민여론 등 자치여건을 고려하여 입법재량권을 행사한 것으로서, 명예직 또는 유급직 여부 그 자체로는 지방의회의원의 올바른 역할수행을 좌우한다 할 수 없으며, 국회의원을 유급직으로 하면서 지방의회의원을 명예직으로 한 것은 현행 헌법과 법률에서 정하고 있는 국회와 지방의회의 지위와 기능이 다르므로 그 성격을 달리 할 합리적인 근거가 있다.

(나) 자치법 제33조 제1항 제3호에서 지방의회의원이 국가공무원과 지방공무원을 겸직하지 못하도록 규정한 것은 지방의회의원과 일반공무원의 상이한 역할과 책임, 지방자치의 여건 등을 고려하여 헌법이 인정한 입법재량의 범위 내에서 정한 것으로 보아야 할 것이며, 국회법에서 국회의원이 국무위원을 겸할 수 있도록 허용하고 있다고 하여도 국가 전체적인 문제를 다루는 국회(또는 국회의원)와 일정 지역의 문제를 다루는 지방의회(또는 지방의회의원)의 지위와 역할이 다르기 때문에 국회의원에 비하여 불합리한 차별을 규정한 것이라고 볼 수 없다.

(다) 자치법 제83조는 지방의회에 두는 사무직원을 지방의회의 의장의 추천에 의해 당해 지방자치단체의 장이 임명하도록 하고 있으나, 지방자치단체의 장과 지방의회의 관계는 헌법상의 입법부와 행정부 및 사법부간의 관계에 존재하는 것과 같은 권력분립의 원리에 기초하고 있는 것이 아니므로 국가의 3권분립의 경우와 같이 엄격한 견제와 균형의 원리가 적용된다고 볼 수 없고, 지방자치단체의 장의 지방의회 사무직원 임명은 집행기관의 장으로서가 아니라 지방자치단체의 통할 대표자로서의 지위에서 그 권한을 행사하는 것으로 보아야 할 것이며, 나아가 집행부와 의회 사무기구간에 직원의 순환교류를 통하여 상호협조를 증진하고 의회 기능의 활성화를 도모할 수 있다는 점까지 고려한 것이다.

(라) 자금법 제5조에 규정된 후원회 제도는 유권자의 정치참여 의식의 고취와 정치자금 양성화를 위해 마련된 것으로, 후원회 구성을 어느 선거직까지 허용할 것인지는 국가 입법정책에 의하여 결정될 사항이고, 명예직인 지방의회의원에게 후원회제도를 두는 것은 자기 본연의 직업에 충실하면서 자치행정에 봉사한다는 명예직 본래의 취지에서 볼 때 적합하지 않다.

(마) 공선법 제53조는 지방의회의원이나 국회의원 또는 지방자치단체의 장 모두 같은 직으로 입후보하는 경우에는 현직을 보유하고 입후보 할 수 있으며, 국회의원이 지방자치단체의 장 또는 지방의회의원에 입후보 하거나 지방자치단체의 장이 지방의회의원이나 국회의원에 입후보 하는 등 다른 선거직으로 입후보 하는 경우에는 일정기일 전까지 사직하도록 똑같이 제한하고 있으므로, 청구인들의 평등권 위반 주장은 이유 없다.

3. 판 단

가. 먼저 심판청구의 적법여부에 관하여 본다.

(1) 헌법소원심판의 청구기간

헌법재판소법 제68조 제1항은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있고, 동법 제69조 제1항은 제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 청구하여야 한다고 규정하고 있다. 따라서 법령에 대한 헌법소원은 법령의 시행과 동시에 기본권의 침해를 받은 경우에는 그 법령이 시행된 사실을 안 날로부터 60일 이내에, 그 법령이 시행된 날로부터 180일 이내에 청구하여야 하고, 법령이 시행된 후에 비로소 그 법령에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 청구하여야 한다(헌재 1996. 3. 28. 93헌마198, 판례집 8-1, 241; 1996. 11. 28. 95헌마280, 판례집 8-2, 647).

(2) 자치법 제32조 제1항 본문 전단, 제33조 제1항 제3호 및 제83조 제2항에 대하여

자치법 제32조 제1항 본문 전단, 제33조 제1항 제3호 및 제83조 제2항은 모두 1994. 3. 16. 법률 제4741호로 개정된 이래 현재까지 시행되고 있는 법률조항이고, 이 사건 심판기록에 편철된 행정자치부장관의 사실조회 회신에 의하면 청구인들은 1995. 6. 27. 실시된 지방의회의원선거에서 당선되어 같은 해 7. 8.부터 대구광역시의회 의원의 임기를 개시하였으므로, 그 날로부터 위 법률조항으로 인하여 명예직으로 되는 한편 정무직 공무원을 비롯하여 국가공무원법 제2조에 규정된 국가공무원과 지방공무원법 제2조에 규정된 지방공무원의 직을 겸할 수 없는 겸직금지의 제한을 받게 되었고 또한, 청구인들의 주장에 의하면 지방의회의 사무직원에게 대한 임명권한이 지방자치단체의 장에게 귀속됨에 따라 지방자치단체의 장에 대한 감독과 견제의 기능을 본질적으로 제약당하게 되었다.

그렇다면 청구인들이 지방의회의원으로서 임기를 개시한 1995. 7. 8.에 위 법률조항에 해당하는 사유가 발생하였다고 할 것이고, 이 사건 심판청구는 그 날로부터 180일이 지났음이 역수(曆數)상 명백한 1997. 3. 21.에야 비로소 청구되었으므로 위 법률조항들에 대한 심판청구는 청구기간을 경과한 것으로서 부적법하다.

(3) 자금법 제5조 제1항에 대하여

자금법 제2조는 누구든지 동 법에 의하지 아니하고는 정치자금을 기부받을 수 없도록 규정하고 있으며, 동법 제3조 제8호는 후원회의 정의를 규정하면서 정당(시·도지부, 지구당 포함), 국회의원 또는 국회의원입후보등록을 한 자에 대한 정치자금의 기부를 목적으로

설립·운영되는 단체라고 하여 후원회의 목적이 될 수 있는 대상을 제한하고 있고, 동법 제5조 제1항은 정당의 중앙당과 시·도지부, 지구당 등으로 하여금 각각 하나의 후원회를 지정하여 둘 수 있도록 하면서 다만, 국회의원 또는 국회의원입후보등록을 한 자가 후원회를 둔 경우에는 당해 국회의원 또는 국회의원입후보등록을 한 자가 대표자로 있는 지구당은 후원회를 둘 수 없도록 하고 있다.

이와 같이 자금법 제2조, 제3조 제8호, 제5조 제1항에 의하여 정당, 국회의원 또는 국회의원입후보등록을 한 자 이외에는 누구라도 후원회를 둘 수 없게 되었다.

그런데 자금법 제5조 제1항은 1991. 12. 31. 법률 제4463호로 개정된 이래 현재까지 시행되고 있고, 위 조항에 대한 청구인들의 위헌주장의 취지는 국회의원과는 달리 지방의회의원들은 후원회를 둘 수 없도록 한 것이 불평등하다는 것인바, 그렇다면 늦어도 청구인들이 지방의회의원으로서 임기를 개시한 1995. 7. 8.에는 위 조항으로 인하여 후원회를 둘 수 없다는 제한을 받게 되어 청구인들 주장과 같은 평등권침해의 사유가 발생하였다고 할 것이고, 그 날로부터 180일이 훨씬 지난 뒤에 청구된 것이 분명하므로 위 조항에 대한 심판청구 역시 청구기간이 경과하여 부적법하다.

나. 다음 공선법 제53조 제1항 제1호에 대한 심판청구에 관하여 본다.

우리 재판소는 1995. 3. 23. 선고한 95헌마53사건의 결정에서 이미 이 조항이 합헌임을 선언한바 있고, 그 이유의 요지는 다음과 같다.

「공직선거및선거부정방지법 제53조 제1항 본문 및 제1호의 규정이 공무원으로서 공직선거의 후보자가 되고자 하는 자는 선거일 전 90일까지 그 직(職)을 그만 두도록 한 것은 선거의 공정성과 공직의 직무전념성(職務專念性)을 보장함과 아울러 이른바 포말후보(泡沫候補)의 난립을 방지하기 위한 것으로서 그 필요성과 합리성이 인정되며, 그것이 공무담임권의 본질적 내용을 침해하였다거나 과잉금지의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다. 그리고 같은 법 제53조 제1항 단서에서 국회의원이 대통령선거나 국회의원선거에, 지방의회의원이나 지방자치단체의 장이 당해 지방의회의원의 선거나 당해 지방자치단체의 장의 선거에 각 입후보하는 경우에는 예외적으로 그 직(職)을 보유한 채 입후보할 수 있도록 규정한 것은 다른 직(職)에 있던 사람들에 비하여 이들 경우에는 특히 그 각 선거에 입후보할 가능성이 커서 이러한 경우까지 선거일 전 90일까지 그 직을 모두 그만 두도록 한다면 그 직(職)에 대한 업무수행에 특히 큰 지장이 생길 것이라는 입법자의 판단에 따른 것이고, 이러한 입법자의 판단이 우리의 경험칙에 비추어 일반론, 개연성론(蓋然性論)으로 보아 잘못이라 보기는 어려우므로, 결국 이 사건 법률조항은 입법자가 동질적인 대상을 자의적으로 다르게 취급한 것이 아니라 여러 가지 사정을 고려하여 합리적으로 차등을

둔 것으로서 헌법상의 평등원칙에 위배되지 아니한다.」

공선법 제53조 제1항 본문은 위 결정이후인 1995. 4. 1. 법률 제4947호로 개정되었는데, 그 내용은 제53조 제1항 중 “선거일전 90일(전국구국회의원선거와 보궐선거등에 있어서는 후보자등록신청전까지)”을 “선거일전 90일(전국구국회의원선거와 비례대표시·도의원선거 및 보궐선거 등에 있어서는 후보자등록신청전까지)”로 한다는 것으로서, 이는 비례대표시·도의원제가 도입됨에 따른 손질에 불과하고 그 취지나 내용면에서는 아무런 변경이 없는 것이다.

살피건대, 이제 위 결정을 변경하여야 할 사정변경이 있다고 할 수 없고, 위 결정이유는 이 사건에도 그대로 타당하다 할 것이므로 위 조항은 헌법에 위반되지 아니하고, 따라서 이 부분 심판청구는 이유 없다.

4. 결 론

그러므로 이 사건 심판청구 중 자치법 제32조 제1항 본문 전단, 제33조 제1항 제3호, 제83조 제2항과 자금법 제5조 제1항에 대한 부분은 부적법하므로 모두 각하하고, 공선법 제53조 제1항 제1호에 대한 부분은 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 관여재판관의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형 정경식(주심) 고중석 신창언 이영모 한대현

13

대통령선거의 기탁금을 5억원으로 규정한 공직선거법 제56조제1항제1호의 공무담임권 침해 여부

■ 공직선거법 제56조제1항 제1호 위헌확인, 2008. 11. 27. 2007헌마1024 ■

【판시사항】

1. 대통령선거 후보자등록 요건으로 5억 원의 기탁금 납부를 규정한 공직선거법 제56조 제1항 제1호(이하 ‘이 사건 조항’이라 한다)가 후보예정자의 공무담임권을 침해하는지 여부(적극)
2. 헌법불합치결정을 하고 잠정적용을 명한 사례

【결정요지】

1. 후보자난립 방지를 위하여 기탁금제도를 두더라도 그 금액이 현저하게 과다하거나 불합리하게 책정된 것이라면 허용될 수 없다. 5억 원의 기탁금은 대통령선거 입후보예정자가 조달하기에 매우 높은 액수임이 명백하다. 개정된 정치자금법은 대통령선거의 후보자 및 예비후보자도 후원회 지정권자에 포함시켰으나, 5억 원은 쉽게 모금할 수 있는 액수라고 보기 어렵고, 지지도가 높은 후보자라고 하더라도 그 지지도가 반드시 후원금의 기부액수로 연결될 것이라고 단정할 수 없다. 기탁금은 공직선거법상 유효투표총수의 10~15%의 득표를 받을 경우에 50%가 반환되고, 15% 이상의 득표를 받을 경우에만 전액 반환되므로, 그러한 지지율에 못 미칠 경우 5억 원을 기꺼이 희생할 수 있는 사람이 아니라면 피선거권 행사를 못하게 될 것이다. 헌법재판소는 1995. 5. 25. 선고 92헌마269등 결정에서 대통령선거에서 3억 원의 기탁금을 규정한 구 대통령선거법 제26조 제1항을 합헌으로 결정하였으나, 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 선거인 명부 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 3억 원이 되어야 할 필요성은 오히려 약해졌

는데도 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.

2. 이 사건 조항이 헌법에 위반되는 이유는 기탁금제도 자체에 있는 것이 아니라 기탁금 액수가 지나치게 고액이라는 데에 있으므로, 입법자가 기탁금 액수를 합헌적 범위 내로 조정하는 것과 함께 무소속후보자의 추천요건을 강화하는 방안이 고려될 수 있는바, 이러한 권한은 입법자에게 있으므로 이 사건 조항에 대하여 단순위헌 선언을 하여 조항 자체를 폐지시키는 것 보다는 추후 입법자가 여러 사정을 고려하여 합헌적으로 개정할 수 있도록 헌법불합치 선언을 하여야 한다.

재판관 김종대, 재판관 이동흡의 단순위헌의견

이 사건 조항이 청구인의 기본권을 침해하는 이유는 다수의견과 같으나, 다음 대통령선거는 2012년으로 예정되어 있어 이 사건 조항을 단순위헌으로 선언하더라도 입법자는 충분한 기간 내에 기탁금제도를 후보자가 조달할 수 있는 합헌적인 범위로 정할 수 있으므로, 헌법불합치결정을 할 것이 아니라 단순위헌결정을 하여야 한다.

재판관 조대현의 단순위헌의견

공직선거의 후보자로 등록하려면 기탁금을 납부하여야 하고 일정한 비율 이상의 득표를 하지 못하면 기탁금을 반환하지 아니하는 제도는, 입법목적의 정당성을 인정할 수 없고, 합리적 사유 없이 기탁금을 납부하거나 포기할 경제적 능력 없는 국민의 후보자 등록을 어렵게 하여 차별하는 것이어서, 전부 헌법에 위반된다.

재판관 이공현의 반대의견

대통령선거에서는 후보난립 방지필요성이 절실하며, 현재 대통령 선거에서 각 후보자들이 막대한 금액을 선거비용으로 지출하고 있고, 개정된 정치자금법 제6조가 대통령선거 후보자 및 예비후보자로 하여금 후원회를 지정할 수 있게 하였으므로 2,500명 이상 5,000명 이하의 추천을 받을 수 있는 능력과 자질을 갖춘 무소속후보자라면 우리의 경제현실에 비추어 그와 같은 기탁금액을 마련하는 것이 불가능하거나 현저히 어렵다고 할 수 없으며, 기탁금액은 불성실한 입후보자에 대한 실질적 제재 효과를 거둘 수 있는 금액이어야

한다는 것 등을 고려하면, 기탁금 5억 원이 목적달성에 필요한 금액으로서 과도하다고 볼 수 없다.

【심판대상조항】

공직선거법(1997. 11. 14. 법률 제5412호로 개정된 것) 제56조(기탁금) ① 후보자등록을 신청하는 자는 등록신청시에 후보자 1인마다 다음 각 호의 기탁금을 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 따라 관할선거구선거관리위원회에 납부하여야 한다.

1. 대통령선거는 5억 원

2.~ 5. 생략

②~③ 생략

【참고조항】

헌법 제25조

공직선거법 제47조(정당의 후보자추천) ① 생략

② 정당이 제1항의 규정에 따라 후보자를 추천하는 때에는 민주적인 절차에 따라야 한다.

③~④ 생략

공직선거법 제57조(기탁금의 반환 등) ① 선거구선거관리위원회는 다음 각 호의 구분에 따른 해당 금액중에서 제56조(기탁금)제3항의 규정에 의하여 기탁금에서 부담하는 비용을 뺀 나머지 금액을 선거일후 30일 이내에 기탁자에게 반환한다.

1. 대통령선거, 지역구국회의원선거, 지역구지방의회의원선거 및 지방자치단체의 장선거

가. 후보자가 당선되거나 사망한 경우와 유효투표총수의 100분의 15 이상을 득표한 경우에는 기탁금 전액

나. 후보자가 유효투표총수의 100분의 10 이상 100분의 15 미만을 득표한 경우에는 기탁금의 100분의 50에 해당하는 금액

2. 비례대표국회의원선거 및 비례대표지방의회의원선거

당해 후보자명부에 올라 있는 후보자중 당선인이 있는 때에는 기탁금 전액

② 제1항의 규정에 의하여 반환하지 아니하는 기탁금은 선거일후 30일 이내에 국가 또는 당해 지방자치단체에 귀속한다. 이 경우 제56조 제3항의 규정에 의하여 기탁금에서 부담하여야 할 비용이 해당 기탁자에게 반환하지 아니하는 기탁금을 넘는 때에는 당해 선거구선거관리위원회의 고지에 따라 그 넘는 금액을 당해 기탁자가 그 고지를 받은 날부터 10일 이내에 선거구선거관리위원회에 납부하여야 하며, 그 기간내에 납부하지 아니한 때에는 우선 국가 또는 당해 지방자치단체가 지출한 후 관할세무서장에게 위탁하여 관할세무서장이 국세채납처분의 예에 따라 이를 징수하여 국가 또는 당해 지방자치단체에 납입하여야 한다.

③~④ 삭제

⑤ 기탁금의 반환 및 귀속 기타 필요한 사항은 중앙선거관리위원회규칙으로 정한다.

공직선거법 제82조의2(선거방송토론위원회 주관 대담·토론회) ① 중앙선거방송토론위원회는 대통령선거 및 비례대표국회의원선거에 있어서 선거운동기간중 다음 각 호에서 정하는 바에 따라 대담·토론회를 개최하여야 한다.

1. 대통령선거

후보자 중에서 1인 또는 수인을 초청하여 3회 이상

2. 비례대표국회의원선거

비례대표국회의원후보자중에서 당해 정당의 대표자가 지정하는 1인 또는 수인을 초청하여 2회 이상

② 시·도선거방송토론위원회는 시·도지사선거 및 비례대표시·도의원선거에 있어서 선거운동기간 중 다음 각 호에서 정하는 바에 따라 대담·토론회를 개최하여야 한다.

1. 시·도지사선거

후보자 중에서 1인 또는 수인을 초청하여 1회 이상

2. 비례대표시·도의원선거

비례대표시·도의원후보자 중에서 당해 정당의 대표자가 지정하는 1인 또는 수인을 초청하여 1회 이상

③ 구·시·군선거방송토론위원회는 선거운동기간 중 지역구국회의원선거 및 자치구·시·군의 장선거의 후보자를 초청하여 1회 이상의 대담·토론회 또는 합동방송연설회를 개최하여야 한다. 이 경우 합동방송연설회의 연설시간은 후보자마다 10분이내의 범위에서

균등하게 배정하여야 한다.

④ 각급선거방송토론위원회는 제1항 내지 제3항의 대담·토론회를 개최하는 때에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 후보자를 대상으로 개최한다. 이 경우 각급선거방송토론위원회로부터 초청받은 후보자는 정당한 사유가 없는 한 그 대담·토론회에 참석하여야 한다.

1. 대통령선거

가. 국회에 5인 이상의 소속의원을 가진 정당이 추천한 후보자

나. 직전 대통령선거, 비례대표국회의원선거, 비례대표시·도의원선거 또는 비례대표자치구·시·군의원선거에서 전국 유효투표총수의 100분의 3 이상을 득표한 정당이 추천한 후보자

다. 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 따라 언론기관이 선거기간개시일전 30일부터 선거기간개시일전일까지의 사이에 실시하여 공표한 여론조사결과를 평균한 지지율이 100분의 5 이상인 후보자

2. 비례대표국회의원선거 및 비례대표시·도의원선거

가. 제1호 가목 또는 나목에 해당하는 정당의 대표자가 지정한 후보자

나. 제1호 다목에 의한 여론조사결과를 평균하여 100분의 5 이상의 지지를 얻은 정당의 대표자가 지정한 후보자

3. 지역구국회의원선거 및 지방자치단체의 장선거

가. 제1호 가목 또는 나목에 해당하는 정당이 추천한 후보자

나. 직전 선거에서 당해 선거구(선거구의 구역이 변경되어 변경된 구역이 직전 선거의 구역과 겹치는 경우를 포함한다)에 입후보하여 유효투표총수의 100분의 10 이상을 득표한 후보자

다. 제1호 다목에 의한 여론조사결과를 평균한 지지율이 100분의 5 이상인 후보자

⑤ 각급선거방송토론위원회는 제4항의 초청대상에 포함되지 아니하는 후보자를 대상으로 대담·토론회를 개최할 수 있다. 이 경우 대담·토론회의 시간이나 횟수는 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 따라 제4항의 초청대상 후보자의 대담·토론회와 다르게 정할 수 있다.

⑥ 각급선거방송토론위원회는 제4항 후단의 규정을 위반하여 정당한 사유 없이 대담·토론회에 참석하지 아니한 초청 후보자가 있는 때에는 그 사실을 선거인이 알 수 있도록

당해 후보자의 소속 정당명(무소속후보자는 “무소속”이라 한다)·기호·성명과 불참사실을 제10항 또는 제11항의 중계방송을 시작하는 때에 방송하게 하여야 한다.

⑦ 각급선거방송토론위원회는 제1항 내지 제3항 및 제5항의 대담·토론회(합동방송연설회를 포함하며, 이하 이 조에서 “대담·토론회”라 한다)를 개최하는 때에는 공정하게 하여야 한다.

⑧ 각급선거방송토론위원회위원장 또는 그가 미리 지명한 위원은 대담·토론회에서 후보자가 이 법에 위반되는 내용을 발표하거나 배정된 시간을 초과하여 발언하는 때에는 이를 제지하거나 자막안내하는 등 필요한 조치를 할 수 있다.

⑨ 각급선거방송토론위원회위원장 또는 그가 미리 지명한 위원은 대담·토론회장에서 진행을 방해하거나 질서를 문란하게 하는 자가 있는 때에는 그 중지를 명하고, 그 명령에 불응하는 때에는 대담·토론회장밖으로 퇴장시킬 수 있다.

⑩ 공영방송사는 그의 부담으로 대담·토론회를 텔레비전방송을 통하여 중계방송하여야 하되, 대통령선거에 있어서 중앙선거방송토론위원회가 주관하는 대담·토론회는 오후 8시부터 당일 오후 11시까지의 사이에 중계방송하여야 한다. 다만, 지역구국회의원선거 및 자치구·시·군의 장선거에 있어서 전국을 방송권역으로 하는 등 정당한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

⑪ 구·시·군선거방송토론위원회는 지역구국회의원선거 및 자치구·시·군의 장선거에 있어서 제10항 단서의 규정에 의하여 공영방송사가 중계방송을 할 수 없는 때에는 다른 지상파방송사업자나 종합유선방송사업자의 방송시설을 이용하여 대담·토론회를 텔레비전방송을 통하여 중계방송하게 할 수 있다. 이 경우 그 방송시설이용료는 국가 또는 당해 지방자치단체가 부담한다.

⑫ 각급선거방송토론위원회는 대담·토론회를 개최하는 때에는 청각장애선거인을 위하여 자막방송 또는 수화통역을 할 수 있다.

⑬ 「방송법」 제2조(용어의 정의)의 규정에 의한 방송사업자·중계유선방송사업자 및 인터넷언론사는 그의 부담으로 대담·토론회를 중계방송할 수 있다. 이 경우 편집없이 중계방송하여야 한다.

⑭ 대담·토론회의 진행절차, 개최홍보, 방송시설이용료의 산정·지급 기타 필요한 사항은 중앙선거관리위원회규칙으로 정한다.

공직선거법 제82조의3(선거방송토론위원회 주관 정책토론회) ① 중앙선거방송토론위원회는 정당이 방송을 통하여 정강·정책을 알릴 수 있도록 하기 위하여 임기만료에 의한 선거(대통령의 궐위로 인한 선거 및 재선거를 포함한다)의 선거일전 90일(대통령의 궐위로

인한 선거 및 재선거에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 날의 다음달)부터 후보자 등록신청개시일전일까지 다음 각 호에 해당하는 정당(선거에 참여하지 아니할 것을 공표한 정당을 제외한다)의 대표자 또는 그가 지정하는 자를 초청하여 정책토론회(이하 이 조에서 “정책토론회”라 한다)를 월 1회 이상 개최하여야 한다.

1. 국회에 5인 이상의 소속의원을 가진 정당
2. 직전 대통령선거, 비례대표국회의원선거 또는 비례대표시·도의원선거에서 전국 유효투표총수의 100분의 3 이상을 득표한 정당
- ② 제82조의2(선거방송토론위원회 주관 대담·토론회)제7항 내지 제9항·제10항 본문·제12항 및 제13항의 규정은 정책토론회에 이를 준용한다. 이 경우 “대담·토론회”는 “정책토론회”로, “각급선거방송토론위원회”는 “중앙선거방송토론위원회”로 본다.
- ③ 정책토론회의 운영·진행절차·개최홍보 기타 필요한 사항은 중앙선거관리위원회규칙으로 정한다.

공직선거법 제122조의2(선거비용의 보전 등) ①~② 생략

- ③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 비용은 국가 또는 지방자치단체가 후보자를 위하여 부담한다. 이 경우 제5호의 비용은 국가가 부담한다.

1. ~ 5. 생략

6. 제161조(투표참관)의 규정에 의한 투표참관인 및 제162조(부재자투표참관)의 규정에 의한 부재자투표참관인의 수당과 식비

7. 제181조(개표참관)의 규정에 의한 개표참관인의 수당과 식비

④ 생략

【참조판례】

1. 헌재 1991. 3. 11. 91헌마21, 판례집 3, 91, 101

헌재 1995. 5. 25. 92헌마269등, 판례집 7-1, 768, 779, 780

헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 337

헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91등, 판례집 13-2, 77, 90

헌재 2002. 4. 25. 2001헌마614, 판례집 14-1, 410, 426

헌재 2002. 8. 29. 2001헌마788등, 판례집 14-2, 219, 224

헌재 2005. 5. 26. 2002헌마699등, 판례집 17-1, 734, 743

【당 사 자】

청 구 인 장○표

대리인 변호사 전상화

【주 문】

공직선거법(1997. 11. 14. 법률 제5412호로 개정된 것) 제56조 제1항 제1호는 헌법에 합치되지 아니한다.

위 법률조항은 2009. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

청구인은 2007. 8. 9. 중앙선거관리위원회에 제17대 대통령선거 예비후보자로 등록하고 같은 날 ‘대통령선거 출마 기자회견문’을 발표하였으며, 2007. 12. 19. 실시되는 제17대 대통령선거에 무소속으로 출마하고자 한다고 주장하였다.

청구인은 대통령선거 후보자로 등록할 때 5억 원의 기탁금을 납부하도록 규정한 공직선거법 제56조 제1항 제1호가 평등권과 공무담임권 등을 침해한다며 2007. 9. 12. 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

이 사건 심판의 대상은 공직선거법(1997. 11. 14. 법률 제5412호로 개정된 것) 제56조 제1항 제1호(이하 ‘이 사건 조항’이라 한다)가 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다. 이 사건 조항 및 현행 공직선거법상의 관련조항은 아래와 같다.

공직선거법 제56조(기탁금) ① 후보자등록을 신청하는 자는 등록신청 시에 후보자 1인마다 다음 각 호의 기탁금을 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 따라 관할선거구관리위원회에 납부하여야 한다.

1. 대통령선거는 5억 원

2. 국회의원선거는 1천500만 원
3. 시·도의회의원선거는 300만 원
4. 시·도지사선거는 5천만 원
5. 자치구·시·군의 장 선거는 1천만 원
6. 자치구·시·군의원선거는 200만 원

② 제1항의 기탁금은 체납처분이나 강제집행의 대상이 되지 아니한다.

③ 제261조(과태료의 부과·징수 등)의 규정에 의한 과태료 및 제271조(불법시설물 등에 대한 조치 및 대집행)의 규정에 의한 불법시설물 등에 대한 대집행비용은 제1항의 기탁금에서 부담한다.

제57조(기탁금의 반환 등) ① 선거구선거관리위원회는 다음 각 호의 구분에 따른 해당 금액 중에서 제56조(기탁금) 제3항의 규정에 의하여 기탁금에서 부담하는 비용을 뺀 나머지 금액을 선거일 후 30일 이내에 기탁자에게 반환한다.

1. 대통령선거, 지역구국회의원선거, 지역구지방의회의원선거 및 지방자치단체의 장선거
가. 후보자가 당선되거나 사망한 경우와 유효투표총수의 100분의 15 이상을 득표한 경우에는 기탁금 전액

나. 후보자가 유효투표총수의 100분의 10 이상 100분의 15 미만을 득표한 경우에는 기탁금의 100분의 50에 해당하는 금액

2. 비례대표국회의원선거 및 비례대표지방의회의원선거

당해 후보자명부에 올라 있는 후보자 중 당선인이 있는 때에는 기탁금 전액

② 제1항의 규정에 의하여 반환하지 아니하는 기탁금은 선거일후 30일 이내에 국가 또는 당해 지방자치단체에 귀속한다. (이하 생략)

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

기탁금의 주된 존재 이유가 후보자의 난립을 방지하기 위한 것이라면 이는 공직선거법 제48조 제2항의 후보자추천 요건의 강화와 이를 정당추천 후보자에게까지 확대함으로써 해결할 수 있음에도, 이 사건 조항이 우리나라 국민 대다수가 평생 만져보지 못할 거금인

5억 원을 대통령선거 기탁금으로 요구하는 것은 자격 있는 후보자가 제도권 정치로 진입하는 것을 원천적으로 막는 것으로서, 이는 명백히 재산의 보유 정도에 의한 주권행사의 차별이자(평등권 침해), 정치적 동물인 인간의 욕구를 원천적으로 좌절시키는 것이며(행복추구권 침해), 유권자들의 판단을 받아볼 기회도 없이 선출직 국가공무원인 대통령이 될 자격을 사전에 박탈하는 것이고(직업선택의 자유, 공무담임권 침해), 공직선거법 제57조 기탁금의 국고귀속 규정까지 고려하면 사유재산권을 강탈하는 것이다(재산권 침해).

헌법재판소는 제14대 대선 당시 기탁금 3억 원을 합헌이라고 보았고, 지난 15년간 국민소득, 물가수준 상승 등을 고려하면 현재의 기탁금 5억 원은 과다한 금액이 아니라고 판단할 수도 있겠으나 그 결정(92헌마269)의 문제점은 차치하고라도(재판관 김진우, 조승형의 반대의견 참조), 당시에는 기탁금 반환에 필요한 유효투표총수 대비 득표율이 5%, 7%였으나, 현재는 10%, 15%로 2배 가량 증가하여 기탁금을 돌려받을 확률이 매우 낮아졌고, 당시에는 기탁금에서 대집행비용, 선거인명부 등의 사본작성비용, 국고부담연설비용까지 부담하였으나, 현재는 각종 과태료, 대집행비용만을 공제한다는 점을 보면 기탁금 5억 원은 과거의 3억 원에 비해서 과다하게 책정된 금액이다.

나. 관계기관의 의견

중앙선거관리위원회 위원장은 의견없음을 통보하였고 다른 관계기관의 의견은 제출되지 않았다.

3. 적법요건에 관한 판단

청구인은 중앙선거관리위원회에 제17대 대통령선거 예비후보자로 등록하였으나 동 선거에 출마하지 않았다.

청구인은 후보자로 등록할 경우 요구되는 기탁금 액수가 지나치게 과다하다며 이 사건 조항을 다투는데, 비록 위 대통령선거는 종료되었지만 이 사건 조항이 대통령선거에 출마하려는 사람의 공무담임권을 침해하는지 여부에 대해서 헌법적 해명의 필요성이 인정되므로 권리보호이익을 예외적으로 인정함이 상당하다.

4. 본안에 관한 판단

가. 입법연혁 및 후보자 관련 통계

(1) 1963. 2. 1. 제정된 대통령선거법은 제22조에서 후보자는 정당이 추천하는 경우만 등록할 수 있도록 규정하였고, 후보자 등록 시 납부하는 기탁금제도는 없었다.

1980. 12. 31. 개정된 대통령선거법은 일정한 유권자들의 추천을 받은 개인이 후보자등록을 할 수 있도록 규정하였고 기탁금제도는 없었다.

1987. 10. 27. 제9차 헌법개정에 의하여 대통령선거가 간선제에서 직선제로 바뀌었고 제13대 대통령선거를 앞두고 1987. 11. 7. 대통령선거법 전부 개정 시 기탁금제도가 처음으로 도입되었다. 당시 기탁금은 정당추천 후보자가 5,000만 원, 무소속 후보자가 1억 원이었으며(제26조 제1항), 후보자가 사퇴하거나 등록이 무효로 된 때 또는 후보자의 득표수가 유효투표총수의 100분의 5를 초과하지 못한 때에는 그 정당 또는 후보자의 기탁금은 국고에 귀속되도록 하였다(제26조 제6항).

제14대 대통령선거를 앞두고 1992. 11. 11. 개정된 대통령선거법은 기탁금을 무소속이나 정당추천 여부에 관계없이 모두 3억 원으로 하였다(제26조 제1항). 한편 동법 제26조 제7항은 후보자의 기탁금에서 선거인명부 및 부재자신고인명부의 사본작성비용과 불법시설물 등에 대한 대집행비용을 의무적으로 공제하도록 하였다(제26조 제7항). 그런 뒤 후보자의 득표수가 유효투표총수의 100분의 7 이상이면 기탁금을 반환하고, 100분의 5를 초과하였으나 100분의 7 미만인 때에는 국고에서 부담하는 후보자 및 연설회의 연설회비용을 공제한 뒤 반환하고, 후보자가 사퇴하거나 등록 무효인 때 또는 득표수가 유효투표총수의 100분의 5를 초과하지 못한 때에는 동 연설회비용을 공제한 뒤 국고에 귀속되도록 하였다.

제15대 대통령선거를 앞두고 1997. 11. 14. 개정된 ‘공직선거 및 선거부정방지법’은 기탁금액수를 5억 원으로 하였으며, 기탁금에서 공제되는 비용은 불법행위에 대한 대집행비용에 한정하였다. 기탁금의 반환은 후보자의 득표수가 유효투표총수의 100분의 10 이상일 경우에만 가능하였다.

(2) 역대 대통령선거에서 기탁금과 후보자수는 다음 표와 같다.

대통령선거	기탁금	후보자수
제11대(1980)	없음	1
제12대(1981)	없음	4
제13대(1987)	5천만(정당추천), 1억(무소속)	8
제14대(1992)	3억	8
제15대(1997)	5억	7
제16대(2002)	5억	7
제17대(2007)	5억	12

제13대 대통령선거의 결과를 보면, 후보자 등록을 한 8인 중 3인은 중도에 사퇴하였고, 유효투표총수의 5% 이상 득표자는 4인이었다.

제14대 대통령선거의 결과를 보면, 후보자 8인 중 유효투표총수의 5% 미만 득표자는 3인, 5-7% 득표자 1인, 7%이상 득표자는 3인이었다. 한편 중앙선거관리위원회가 발행한 ‘제14대 대통령선거총람’에 의하면 기탁금에서 공제되는 선거인명부 및 부재자신고인명부의 사본작성비용과 불법시설물 등에 대한 대집행비용은 후보자 1인당 최고 4,500만 원 정도였으나, 국고부담연설비용은 후보자 중 최저가 3억여 원 최고는 6억여 원이었다. 그리하여 반환된 기탁금은 5-7% 득표자의 경우 전혀 없었으며(오히려 일부는 부채를 짐), 7% 이상자의 경우 최고 4,500만 원을 공제한 나머지 액수였다.

제15대 대통령선거의 경우, 후보자 7인 중 유효투표총수의 7% 이상 득표자가 3인이었고 나머지는 모두 5% 미만으로 득표하였다. 그 3인의 경우 부과된 과태료를 제외한 나머지 금액이 반환되었다.

제16대 대통령선거의 경우, 후보자 7인 중 유효투표총수의 7% 이상 득표자가 2인이었고 나머지는 모두 5% 미만 득표자였다. 7% 이상 득표자들의 경우 과태료 2600-2800여만 원을 공제한 나머지 금액이 반환되었다(중앙선거관리위원회의 사실조회 회보서 참조).

제17대 대통령선거의 경우 후보자는 12인이었고 선거기간 중 2인이 사퇴하였는데, 유효투표총수의 15% 이상 득표자는 3인이었으며 이들에게는 과태료(900- 2400여만 원)를 기탁금에서 공제한 나머지 금액이 반환되었고, 나머지 9인은 모두 유효투표총수의 10% 미만 득표자로서 기탁금에서 과태료 내지 대집행비용을 제외한 나머지 금액은 모두 국고에 귀속되었다(제17대 대통령 선거총람, 112-113쪽).

나. 이 사건 조항의 위헌 여부

(1) 제한되는 기본권

청구인은 이 사건 조항이 평등권, 행복추구권, 직업선택의 자유, 공무담임권, 재산권을 침해한다고 주장한다.

이 사건 조항은 후보자등록에 5억 원을 요구함으로써 재산에 따라 공직기회를 차별하고 있으므로, 평등권, 재산권, 공무담임권이 모두 관련된다. 이는 하나의 규제로 인해 여러 기본권이 동시에 제약을 받는 기본권경합에 해당하는데, 그러한 경우 기본권침해를 주장하는 의도 및 기본권을 제한하는 입법자의 객관적 동기 등을 참작하여 사안과 가장 밀접한 관계에 있고 또 침해의 정도가 큰 주된 기본권을 중심으로 해서 그 제한의 한계를 따져

보게 된다(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 337 ; 헌재 2002. 4. 25. 2001헌마 614, 판례집 14-1, 410, 426).

공무담임권의 내용은 일반적으로 국민이 공무담임에 관한 자의적이지 않고 평등한 기회를 보장받음을 의미하는데(헌재 2002. 8. 29. 2001헌마788등, 판례집 14-2, 219, 224 ; 헌재 2005. 5. 26. 2002헌마699등, 판례집 17-1, 734, 743), 이 사건은 공직취임의 기회 자체가 기탁금 납부 여부에 의하여 제한되고 있다는 측면에서 공무담임권이 사안과 가장 밀접한 관계에 있는 기본권이라고 할 것이다. 그러므로 공직취임 기회를 제한하는 기탁금 액수가 과다하여 공무담임권을 침해하는지 여부가 주된 판단대상이 된다.

한편 청구인이 주장한 기본권 중 직업선택의 자유는 공무담임권 판단시 별도로 판단할 필요가 없으며(헌재 1999. 12. 23. 99헌마135, 판례집 11-2, 800, 811), 행복추구권은 다른 기본권의 침해 여부를 논하는 한 독자적으로 판단할 필요가 없다(헌재 2000. 12. 14. 99헌마112등, 판례집 12-2, 399, 408).

(2) 공무담임권의 침해 여부

(가) 대통령선거에서 진지하지 못한 불성실한 후보자들이 난립할 경우 불법선거운동의 감시와 투개표 등 선거관리에 지장이 초래되며, 선거에 관한 국가비용이 증가하게 된다. 또 후보자들에게 불법선거에 대한 과태료나 불법시설물 등에 대한 대집행비용이 발생하는 경우를 대비하여 기탁금을 예납하게 할 필요성도 있다. 한편 지나친 후보자난립으로 인하여 표가 분산되어 당선자의 민주적 정당성이 약화되는 것은 바람직하지 못하다. 후보자난립을 방지하기 위한 기탁금 제도는 그러한 목적에 기인한 것이며 이는 공공복리를 위한 것으로서 입법목적의 정당성이 인정된다(헌재 1991. 3. 11. 91헌마21, 판례집 3, 91, 101 ; 헌재 1995. 5. 25. 92헌마269등, 판례집 7-1, 768, 779).

그런데 기탁금을 납부해야만 대통령선거 후보자가 될 수 있게 하는 것은 필연적으로 후보자의 재력에 따라 공직취임 기회를 차별하는 결과가 되고, 아무리 자격 있는 후보라도 기탁금을 마련할 수 없는 자는 참정권 내지 피선거권을 행사할 기회가 박탈되는 결과가 된다. 비록 대통령이 국가의 원수이자 행정부 수반으로서 특수한 지위를 지니나, 국민주권주의와 대의민주주의를 기반으로 하고 모든 국민에게 참정권과 정치적 표현의 자유 그리고 개인의 기회 균등을 보장하는 우리 헌법의 체제 하에서 피선거권을 가진 국민으로서 다른 국민들의 신임을 얻을만한 능력과 자질을 갖추고 있다고 한다면 대통령직에 도전할 수 있는 균등한 기회가 허용되어야 하며, 재산의 다과에 의하여 그 기회를 박탈하게 되는 것은 특별한 정당화 사유가 없는 한 허용되어서는 안 될 것이다.

대통령선거에 입후보한다는 것은 그 당락을 떠나서 정치적 쟁점을 공론화하고 시민의 참여와 국민토론의 장을 마련한다는 의미도 지니며, 이는 국정의 현안에 대한 진지한 관심

을 제고시키고 능력 있는 정치인을 육성하는 계기가 된다. 그러므로 후보자난립 방지를 위하여 기탁금제도를 두더라도 후보예정자의 참정권과 정치적 의사표현의 자유를 과도하게 제약하지 않는 한도 내에서 입법자의 정책적 재량이 행사되어야 한다.

구체적으로 대통령선거에서 어느 정도의 기탁금이 위와 같은 입법목적과 헌법적 가치를 조화시키는 합당한 범위인지는 원칙적으로 입법자의 판단에 맡겨져야 할 것이나, 그 금액이 현저하게 과다하거나 불합리하게 책정된 것이라면 허용될 수 없다(헌재 1995. 5. 25. 92헌마269등, 판례집 7-1, 768, 780 참조).

(나) 이 사건 조항이 정한 5억 원의 기탁금은 청구인과 같은 대통령선거 입후보예정자가 조달하기에는 매우 높은 액수임이 명백하다. 주요 정당의 경우 정기적으로 지급되는 국고보조금을 받으므로 그러한 정당추천 후보예정자의 경우 5억 원의 기탁금 마련이 가능할 것이나(2007. 8. 14. 지급된 정당에 대한 경상보조금(연 4회 중 1회분)은 한나라당이 22억, 대통합민주신당 15억, 열린우리당이 20억, 민주노동당이 5억, 중도통합민주당이 5억, 국민중심당이 3억여 원이었다. 경상보조금 외에 선거가 있는 해에는 선거보조금도 따로 지급된다. 정치자금법 제25조 제3항), 국고보조금이 지급되지 않는 군소 정당의 추천을 받을 후보예정자이거나 무소속 후보예정자의 경우 특별히 재력가가 아니라면 부채를 지거나 다른 사람들의 기부를 받지 않는 한 5억 원 마련은 사실상 어려울 것이다.

대통령선거 후보자가 부채를 지고 마련하기에는 5억 원은 지나치게 큰 액수이며, 그러한 고액의 부채를 공직후보자가 부담하는 것은 사회적, 정치적으로 바람직하지 않다. 기탁금의 전액 반환을 위해서는 유효투표총수의 15% 이상을 득표하여야 하며 이에 해당되기 쉽지 않다는 점에서 기탁금 마련을 위한 부채는 결국 후보자와 주위 사람들에게 지나친 부담이 될 가능성이 크다.

한편 2008. 2. 29. 개정된 정치자금법은 제6조에서 2의2호를 신설하여 “대통령선거의 후보자 및 예비후보자”도 후원금을 받을 수 있는 후원회의 지정권자로 포함시켰으나, 5억 원은 국민들의 인지도가 어느 정도 있는 예비후보자라 하더라도 쉽게 모금할 수 있는 액수라고 보기 어렵다.

우리나라에서는 일반 국민들이 정치적 후원회에 기부하는 것이 보편화되어 있지 않으며, 기성 정당 출신이나 유명 정치인이 아니라면 그러한 기부를 받을 기회는 더 제약되어 있다. 특히 국민들은 자신의 실명으로 정치적 후원금을 내거나 이것이 공개되는 것을 꺼려하는 경향이 있었으며, 그 대상자가 야당 출신 후보자이거나 무소속 후보자일 때는 더욱 그러하였다. 정치자금법상 익명으로 기부할 수 있는 금액은 1회 10만 원 이하 연간 120만 원 이하이며(정치자금법 제11조 제3항), 후원회의 회계장부에는 기재되나 일반에게 공개되지는 않는 경우는 대통령선거의 후보자 및 예비후보자의 경우 연간 500만 원 이하를 기부한 자의 인적 사항과 금액에 한정된다(동법 제42조 제4항). 따라서 후원자들이 실명

이 공개되는 것을 꺼릴 경우 익명이나 비공개로 전제로 후원회를 통하여 5억 원을 마련할 기회는 제약되어 있으며, 경제상황이 악화된다면 후원금을 통한 정치자금의 조달은 더욱 제약될 것이다.

그러므로 국민들의 지지도가 높은 후보자라고 하더라도 그러한 지지도가 반드시 후원금의 기부액수로 연결될 것이라고 단정할 수 없다. 개인이 5억 원을 가지고 있거나 쉽게 동원할 수 있다는 것과 5억 원을 일반인으로부터 모금할 수 있다는 것은 차원이 다른 문제라고 볼 것이다. 기탁금이 피선거권 행사의 필수적 선결조건이 되고 있다는 점에서 후보자 개인 입장에서 그 금액조달이 가능한지 여부가 기탁금의 과다 여부 판단의 일차적 고려사항이 되어야 하며, 후원회를 통하여 그러한 금액을 조달할 수 있거나 부채를 질 수 있는지 여부는 기탁금 액수의 위헌성 문제를 판단하는데 중요한 고려사항이라고 보기 어렵다.

외국의 경우, 정치자금의 기부가 폭넓게 허용되지만 우리와 같은 고액 기탁금제도가 없으며, 정치자금을 모금할 수 있으므로 고액 기탁금제도가 허용되어야 한다는 논지도 발견할 수 없다.

(다) 고액 기탁금의 문제점은 그 반환조건과도 연관된다. 아무리 고액의 기탁금을 마련한 후보자도 현행 공직선거법에서처럼 유효투표총수의 10-15%의 득표를 받을 경우 50% 반환, 15% 이상의 득표를 받을 경우에만 전액 반환된다면(제57조 제1항), 그러한 지지율에 못 미칠 경우 5억 원을 기꺼이 희생할 수 있는 사람이 아니라면 피선거권 행사를 못하게 될 것이다.

이는 결국 기탁금이 고액이라도 재력이 풍부하여 그 정도의 돈을 쉽게 조달, 활용할 수 있는 사람에게는 입후보 난립방지 효과를 가지지 못하면서, 그 기탁금에 부담을 느끼는 사람들에게만 입후보를 방지하는 효과를 가지게 되는 것이다(헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91등, 판례집 13-2, 77, 90). 더구나 그러한 효과가 단순히 5억 원이라는 고도의 경제적 상태를 기준으로 나타나게 한 것은 공직선거에 후보자로 참여할 기회를 불합리하게 차별하는 것이다.

(라) 헌법재판소는 1995. 5. 25. 선고 92헌마269등 결정에서 대통령선거에 3억 원의 기탁금을 규정한 구 대통령선거법 제26조 제1항을 합헌으로 결정하였다.

그런데 당시의 선거법은 기탁금으로 선거인명부 및 부재자신고인명부의 사본작성비용을 부담하도록 하였으며, TV와 라디오를 통한 각 1회의 후보자 및 연설원의 연설비용을 국가가 부담하도록 하였다(그러나 기탁금에서 이를 공제하고 다만 후보자가 유효투표총수의 7% 이상 득표시 공제하지 않음). 그러므로 무분별한 후보자가 난립할 경우를 대비하여 그러한 선거비용의 담보를 위해 기탁금이 3억 원이 되어야 할 필요성이 있었다. 실제로

당시 국고에서 부담한 연설비용은 후보자 중 최저가 3억여 원이었고 최고는 6억여 원에 이르렀으므로 모두 기탁금 3억 원을 초과하였다(헌재 1995. 5. 25. 92헌마269등, 판례집 7-1, 768, 780).

그런데 현행 공직선거법에서는 선거인 명부 작성비용을 기탁금으로 부담하게 하는 제도가 폐지되었고 선거방송비용도 선거방송토론위원회가 주관하는 대담·토론회 및 정책토론회(공직선거법 제122조의2 제3항 제4호, 제5호) 외에는 전적으로 후보자 개인부담이 된다(득표율 10% 이상시 국가가 사후에 이를 보전함).

선거방송토론위원회가 주관하는 위 대담·토론회는 기본적으로 대상이 ‘국회의원 5인 이상 소속 정당의 후보자, 직전 선거에서 3% 이상 득표한 정당의 후보자, 여론조사 평균 지지율 5% 이상 후보자’(공직선거법 제82조의2)에 한정되고, 위 정책토론회는 ‘국회의원 5인 이상 소속 정당 혹은 직전 선거에서 3% 이상 득표한 정당의 대표자나 지정자’(공직선거법 제82조의3)에 한정되므로, 후보자가 난립한다고 해서 그 비용이 증가할 것이라고 단정할 수 없다.

한편 과태료 내지 불법시설물 등에 대한 대집행비용은 종전 규정과 마찬가지로 기탁금에서 공제하게 되나, 제14대 대통령선거의 경우 그 금액은 후보자별로 최대가 4,500만 원 미만이었었고, 제16대의 경우 최대가 2,800만 원 미만이었으며, 제17대의 경우 최대가 4,775만 원이었던 것을 보면, 과태료 및 대집행비용을 미리 확보하기 위하여 기탁금이 3억 원이나 5억 원과 같은 고액일 필요는 없다고 볼 것이다.

공직선거법은 구 대통령선거법과 같이 투표참관인과 개표참관인의 수당과 식비를 국가나 지방자치단체가 부담하도록 하였으나(제122조의2 제3항 제6호, 제7호), 제16대 대통령선거의 통계를 보면 군소정당 후보자나 무소속 후보자의 경우 참관인 선정은 모든 투표소나 개표소에 이루어진 것이 아니고 현실적으로 비교적 적은 수에 그치고 있으므로(중앙선거관리위원회 간, 제16대 대통령선거총람, 101, 119쪽), 후보자가 난립된다고 해서 국가나 지방자치단체의 부담이 비약적으로 증가할 것이라고 단정하기 어렵다.

공직선거법은 선전벽보의 첩부 및 철거비용, 점자형 선거공보의 작성 비용 등을 국가나 지방자치단체의 부담으로 하고 있으나, 설사 기탁금이 더 낮아져서 후보자가 더 증가한다고 해도 그러한 비용의 증가는 심각한 것이라고 보이지 않는다.

결국 현행 선거법 하에서 대통령선거의 기탁금 액수가 종전과 같이 3억 원이 되어야 할 필요성은 오히려 약해졌는데도, 기탁금이 5억으로 증가되어 있고, 또 기탁금이 반환되는 유효투표수 득표율도 종전은 7% 이상이었으나, 현행 공직선거법은 15% 이상(전부 반환) 혹은 10% 이상 15% 미만(절반만 반환)이어야 하므로 반환조건은 더 엄격해졌다.

그렇다면 이 사건 조항의 기탁금이 왜 5억 원으로 되어야 했는지에 대해서는 합리적 설

명이 존재하지 않는다. 기탁금이 3억 원일 때 후보자가 난립되었으므로 기탁금 액수를 더 상향하여야 한다거나, 그 정도의 상향은 불가인상으로 인한 것이라고 볼 수도 없다.

(마) 기탁금이 고액이 아닐 경우 후보자가 늘어날 가능성은 있지만, 무소속 후보자의 경우 검인된 추천장을 사용하여 5 이상의 시·도에 나누어 총 선거권자 2500명 내지 5000명의 추천을 받아야 하고(공직선거법 제48조 제2항 제1호), 통상 대통령선거에서 소요되는 많은 비용과 노력을 감안하면 기탁금 액수만 가지고 후보자난립 문제를 대처할 필요는 없다고 볼 것이다. 또한 정당정치의 발전과 국민들의 정치문화의 성숙도에 따라 진지하지 못한 후보자의 난립현상은 줄어들 수 있다.

(바) 통상 대통령선거에서 사후에 보고되는 총 선거비용이 정당추천 후보자에 따라서는 3-400여억 원에 이르는 상황을 보면 기탁금 5억 원은 상대적으로 적은 금액이라고 볼 수 있다. 그러나 모든 후보자가 그 정도의 선거비용을 사용할 수 있는 것은 아니며, 일단 후보자 등록단계에서 5억 원을 조달할 수 없으면 후보자가 될 수 없으며, 아무리 훌륭한 자질을 가지고 있거나 사회적으로 지지를 받는 사람들이라도 후보자등록 시 5억 원이 지나친 부담이 되어 입후보를 포기하게 한다면 이들에게는 대통령직에 대한 피선거권의 행사가 봉쇄당하게 된다. 비록 그러한 사람들이 소수에 그치더라도 그러한 소수자들의 기회가 박탈당하는 것은 정당하지 않다. 일부 소수층의 참정권 제한은 문제될 것이 없다고 한다면 다수결의 원리에 의하여 지배되는 정치과정에서 필연적으로 발생하는 ‘소외된 소수자’들의 인권을 헌법보장의 사각지대에 방치하는 결과가 되어 결국 헌법의 기본권 보장정신에 어긋나기 때문이다(헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91등, 판례집 13-2, 77, 90).

대통령제를 둔 외국에서는 대통령선거에 기탁금제도를 두는 나라 자체를 찾아볼 수 없으며(중앙선거관리위원회 발행, 외국의 선거제도 비교분석집, 2005), 유일하게 프랑스에서 기탁금제도를 찾아볼 수 있으나 우리 돈 260만 원 정도에 그치고 있다. 선거제도의 차이점을 감안한다고 하더라도 지구상에 유래가 없는 그런 고액의 기탁금제도를 우리나라에 서만 두어야 하는 합리적 이유를 발견하기 어렵다.

(사) 결론적으로, 이 사건 조항이 설정한 5억 원의 기탁금은 대통령선거에서 후보자난립을 방지하기 위한 입법목적의 달성수단으로서는 개인에게 현저하게 과다한 부담을 초래하며, 이는 고액 재산의 다과에 의하여 공무담임권 행사기회를 비합리적으로 차별하므로, 입법자에게 허용된 재량의 범위를 넘어선 것이다.

(3) 소결론

이 사건 조항은 청구인의 공무담임권을 침해한다.

다. 주문에 관한 의견

(1) 재판관 이강국, 재판관 김희옥, 재판관 민형기, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 헌법불합치의견

이 사건 조항이 헌법에 위반되는 이유는, 기탁금제도 자체에 있는 것이 아니라 기탁금 액수가 지나치게 고액이라는 데에 있다. 그러므로 위 기탁금 액수는 대통령선거에 출마하는 진지하고 성실한 후보자라면 적법한 범위 내에서 충분히 조달할 수 있는 금액으로 조정되어야 한다.

한편 대통령선거에서 지나친 후보자난립을 방지할 필요성이 있음은 앞에서 본 바와 같은바, 우리 공직선거법은 이를 위하여 기탁금제도와 함께, 선거권자의 추천제도를 두고 있다. 즉, 대통령선거의 무소속후보자가 되고자 하는 자는 검인된 추천장을 사용하여 5 이상의 시·도에 나누어 하나의 시·도에 주민등록이 되어 있는 선거권자의 수를 500인 이상으로 한 2500인 이상 5000인 이하 선거권자의 추천을 받도록 하고 있다(법 제48조 제2항 제1호).

그렇다면 후보자난립을 방지하면서도 후보자에게 과도한 금전적 부담을 주지 않기 위하여는, 기탁금 액수를 합헌적 범위 내로 조정하는 것과 함께 무소속후보자의 추천요건을 강화하는 방안이 고려될 수 있는바, 이러한 권한은 입법자에게 있다고 할 것이다.

따라서 이 사건 조항에 대하여 단순위헌 선언을 하여 조항 자체를 폐지시키는 것 보다는 추후 입법자가 여러 사정을 고려하여 합헌적으로 개정할 수 있도록 헌법불합치 선언을 하고, 입법자가 2009. 12. 31.을 시한으로 하여 개정할 때까지 이를 계속 적용하는 것이 상당하다 할 것이다.

(2) 재판관 김종대, 재판관 이동흡의 단순위헌의견

이 사건 조항이 청구인의 기본권을 침해하는 이유는 다수의견과 같으나 주문에 대해서는 다수의견에 동의할 수 없다.

이 사건 조항은 공무담임권을 침해하는 것이므로 특별한 사정이 없으면 단순위헌결정이 선고되어야 한다. 다음 대통령선거는 2012년으로 예정되어 있으므로, 헌법재판소가 이 사건 조항을 단순위헌으로 선언하더라도 입법자는 충분한 기간 내에서 기탁금제도를 후보자가 조달할 수 있는 합헌적인 범위로 정할 수 있다.

헌법재판소는 선거가 종료된 후에 기탁금제도의 위헌성을 확인하는 경우 헌법불합치결정을 한 적이 있으나(국회의원선거 기탁금 사건, 헌재 1989. 9. 8. 88헌가6 결정), 당시는 국회의원의 재선거나 보궐선거를 있을 것을 고려한 것이었고, 그러한 고려사항이 없을 경우

해당 선거가 종료된 후에는 기탁금제도에 대하여 단순위헌결정을 하였다(헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91등 결정). 이 사건에서 재선거나 보궐선거를 고려할 필요성이 없다.

그러므로 이 사건에서 굳이 잠정적용을 명하는 헌법불합치결정을 할 필요가 없이 단순위헌결정을 하여야 한다.

5. 결 론

이 사건 조항이 헌법에 위반되는지 여부에 관하여 재판관들의 의견이 위와 같다면, 이에 대하여는 헌법에 합치되지 아니한다는 선언을 하여야 하므로 이에 주문과 같이 결정한다. 이 결정에는 재판관 조대현의 아래 6.과 같은 위헌의견과 재판관 이공현의 아래 7.과 같은 반대의견이 있다.

6. 재판관 조대현의 위헌의견

공직선거의 후보자로 등록하려면 기탁금을 납부하여야 하고 일정한 비율 이상의 득표를 하지 못하면 기탁금을 반환하지 아니하는 제도는 전부 헌법에 위반된다고 생각한다.

공직선거는 대의제 민주주의를 실현하기 위한 핵심절차이고 공직선거의 후보자로 되는 것은 헌법이 보장하는 공무담임권과 정치적 표현의 자유를 구현하는 수단이다. 공직선거의 후보자 등록요건으로서 기탁금의 납부를 요구하고 선거결과 유효투표의 일정 비율 이상을 득표하지 못할 경우에 기탁금의 전부 또는 일부를 몰수하도록 하는 것은 선거제도의 민주주의 실현 기능을 억제하고 공무담임권과 정치적 표현의 자유를 제한하는 것이며, 기탁금을 납부하거나 포기할 경제적 능력이 없는 국민의 후보자 등록을 어렵게 하는 것이다.

따라서 기탁금제도에 의하여 공직선거의 후보자로 되는 것을 제한하려면, 공무담임권과 정치적 표현의 자유를 제한할 필요성(국가안전보장·질서유지 또는 공공복리)이 있어야 하고, 공직선거의 후보자 등록에 관하여 경제적 능력이 없는 국민을 차별하여야 할 합리적 이유가 있어야 한다.

기탁금제도는 후보자의 난립을 방지하기 위한 것이라고 한다. 그러나 공직선거는 대의제 민주주의를 실현하기 위한 핵심절차이고 그 후보자 등록은 공무담임권과 정치적 표현의 자유를 구현하는 수단인 점에 비추어 보면, 공직선거의 후보자가 가급적 많이 등록하도록 유도함이 마땅하다고 할 것이고, 공직선거의 후보자가 난립할 우려가 있다고 하여 그 후보자 등록을 제한할 필요가 있다고 보기 어렵다.

그리고 헌법 제8조 제1항은 복수정당제를 보장하고 있으므로 정당추천 후보자의 난립을 막기 위하여 기탁금제도를 두는 것은 허용되기 어렵다. 무소속후보자로 되고자 하는 자는 일정한 수 이상의 선거권자의 추천을 받도록 요구하고 있는바, 이처럼 선거권자의 추천을 받은 후보자에 대하여 다시 후보자의 난립을 방지한다는 이유로 기탁금을 요구할 필요가 있다고 보기 어렵다.

기탁금은 선거비용에 충당되는 것이 아니라 과태료나 불법선거에 대한 대집행비용으로 충당되는데, 기탁금제도가 매우 중요한 정치적 자유를 제한하는 점에 비추어 보면, 공직선거법 위반에 대한 제재수단을 위법행위가 있기도 전에 미리 확보하기 위하여 기탁금을 예납하게 하는 것도 합리적이라고 보기 어렵다.

결국 공직선거의 기탁금제도와 그 몰수제도는 헌법 제37조 제2항이 요구하는 기본권 제한사유도 없이 공무담임권과 정치적 표현의 자유를 제한하는 것이고, 합리적 사유도 없이 기탁금을 납부하거나 포기할 경제적 능력이 없는 국민의 후보자 등록을 어렵게 하여 차별하는 것이어서 헌법에 위반된다고 하지 않을 수 없다.

7. 재판관 이공현의 반대의견

나는 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되지 아니한다고 보므로 아래와 같이 견해를 밝힌다.

가. 후보난립 방지필요성의 절실성

오늘날 민주국가에서 선거제도의 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않을 것이다. 선거는 국민이 직접 정치적 의사형성에 참여할 수 있도록 하는 중요한 제도로서 통치권 또는 국정담당자를 결정하는 주권행사의 수단으로 민주적 정당성 부여의 계기이고, 우리 사회의 소수자의 목소리를 들을 수 있는 소중한 기회이며, 나아가 소수가 다수가 될 수 있는 균등한 기회를 제공하는 장이 된다.

위와 같은 이념적 중요성을 가지는 외에 선거에 참여하는 국민들에 대한 관계에서 선거는 스스로의 이해관계나 정치적 지향, 변화의 요구를 정책과 제도에 관철시킬 수 있는 구체적인 기회가 되고, 막대한 선거비용 중 상당부분은 궁극적으로 국민의 세금으로 충당되는 것이라는 점에서 현실적으로도 국민들의 이해와 직접적이고 중요한 연관을 맺고 있다.

그러나 한편으로 선거는 후보자에 대한 정보제공 및 후보자의 공약 또는 비전의 제시 과정에서 개인과 집단의 이익을 위하여 악용될 가능성도 있다. 사업적 목적이나 종교적 목적을 위하여, 또는 병적인 과시욕 등으로 자신의 존재를 세상에 알리고, 허황된 약속이나 자신에 대한 신화적 포장을 통해 대중을 미혹하여 이익을 얻고자 하는 이들에게 선거는

더할 나위없는 수단이 될 우려가 있으며, 후보자에 대한 신분보장(공직선거법 제11조)을 남용하고자 하는 이들 또한 있을 수 있다. 이러한 진지하지 못하고 불성실하며, 경우에 따라 사회에 해악을 끼치는 후보자의 출현은 선거의 순기능을 저해하고, 국민의 정치에 대한 냉소를 심화시켜 선거를 단순한 유희로 전락시킨다.

이 사건 법률조항이 규정하는 기탁금제도는 직접적으로는 위와 같은 무분별한 후보난립을 방지하고, 궁극적으로는 선거의 진지성을 확보하여 선거의 순기능을 극대화하기 위한 것으로 그 입법목적의 정당성이 인정된다.

특히 대통령선거는 국가의 원수이자 행정부의 수반으로서 국가의 독립, 영토의 보전, 국가의 계속성과 헌법을 수호해야 할 책무를 지는 가장 중요한 국가권력담당자인 대통령을 선출하는 것이다. 일정한 나이에 달한 국민 모두를 선거권자로 하고, 우리 사회가 그에 쏟는 에너지가 천문학적이라고 해도 과언이 아닐 정도라는 점을 고려하면 후보난립으로 인한 폐해가 다른 어느 선거에서 보다 크다고 할 것이고, 후보난립을 방지할 필요성은 매우 절실하다.

그러므로 이 사건 법률조항이 규정하는 대통령 선거에서의 기탁금제도는 그 기탁금액이 과다하지 않는 한 헌법상 허용된다고 할 것이다(헌재 1995. 5. 25. 92헌마269등, 판례집 7-1, 768, 779 참조).

나. 기탁금액의 과다 여부

대통령선거에서 기탁금제도 자체의 정당성이 인정된다고 하더라도 기탁금을 납부하지 아니하면 후보등록을 할 수 없게 된다는 점에서 자유로운 입후보에 대한 제한이 되고, 그 금액이 과다하여 당선가능성이 있음에도 이를 납부할 경제적 능력이 없는 자로 하여금 입후보를 할 수 없게 하는 정도라면 참정권, 공무담임권, 평등권 등을 침해하는 것이 될 수 있으므로 기탁금액은 기탁금제도에 의하여 달성하려는 공익목적과 그로 인한 기본권 제한 사이에 균형과 조화를 이루도록 책정되어야 한다. 다만 구체적인 기탁금액은 입법자가 정책적 판단에 따라 재량으로 결정할 사항이라 할 것이므로 그 금액이 입법자에게 허용된 재량의 범위를 넘어 현저하게 과다하거나 불합리하게 책정되어 위 기본권의 본질적 내용을 침해하는 정도에 이르지 않는 한 위헌이라고 할 수 없다 할 것이다(헌재 1995. 5. 25. 92헌마269등, 판례집 7-1, 768, 779-780).

이 사건 법률조항이 정한 기탁금 5억 원이 대통령선거에서 후보난립을 방지하기 위한 목적달성에 필요한 적정한 수준을 넘는 금액인지 여부에 관하여 살펴본다.

헌재 대통령 선거의 경우 선거비용 제한액이 인구수에 950원을 곱한 금액으로(공직선거법

제121조 제1항 제1호) 각 후보자들이 막대한 금액을 선거비용으로 지출하고 있는 현실, 기탁금액은 불성실한 입후보자에 대한 실질적 제재 효과를 거둘 수 있는 금액이어야 한다는 점을 고려하면 위 기탁금 5억 원이 목적달성에 필요한 금액으로서 과도하다고 볼 수 없다.

한편 1995년 우리 재판소는 대통령선거 입후보자에 대한 기탁금 3억 원이 과도하지 아니하다고 판시한 바 있는데, 1995년부터 2007년에 이르는 동안의 소비자물가상승률을 생각할 때 위와 같은 정도의 기탁금인상은 지나친 것으로 보이지 아니한다.

다음으로 위 금액이 당선가능성이 있는 자의 후보등록을 불가능하게 하거나 현저히 어렵게 하는 정도로 과다하여 참정권이나 공무담임권의 본질적 내용을 침해하는 것인지 여부에 관하여 본다. 기탁금은 원칙으로 당선되거나 일정한 수준의 득표만 하면 선거종료 후 반환받는 것이므로 당선가능성이 있는 자에게는 사후반환이 보장된 일시적인 예납금이라 할 수 있다. 정당은 정치적 의사형성에 필요한 조직을 갖추고 있는 것이므로 대통령선거에서 당선가능성이 있다고 보아 후보자를 추천하였다면 그러한 정당에서 5억 원 정도의 기탁금을 마련하는 것이 크게 어렵다고 보이지는 않고, 이 사건 심판청구 이후 개정된 정치자금법(2008. 2. 29. 법률 제8880호로 개정된 것) 제6조에 의하면 대통령선거 후보자 및 예비후보자는 후원회를 지정하여 둘 수 있으므로 공직선거법에 따라 2,500명 이상 5,000명 이하의 추천(공직선거법 제48조)을 받을 수 있는 능력과 자질을 갖춘 무소속후보자라면 우리의 경제현실에 비추어 위와 같은 기탁금액을 마련하는 것이 불가능하거나 현저히 어렵다고 할 수 없다. 따라서 위 기탁금액이 참정권이나 공무담임권의 본질적 내용을 침해하는 정도로 과다한 것이라고 볼 수 없다(헌재 1995. 5. 25, 92헌마269등, 판례집 7-1, 768, 781-782 참조).

또한 선거비용의 과다지출과 선거부정 및 과열 등으로 공명선거에의 요청이 큰 우리의 선거풍토에서 단순히 외국의 예를 기준으로 위 기탁금액이 과다하다고 할 수는 없다. 무소속 후보자에 대한 추천제도가 무분별한 후보난립을 방지하는 유력한 방법이기만 하지만 단순한 추천제도만으로는 정치적 냉소가 심각한 현실 속에서 진지하지 못한 추천의 가능성이 높아 기탁금제도를 전적으로 대체할 수단이라고 보기 어려우므로 입법자가 이러한 여러 가지 사정을 고려하여 추천제도를 두면서 아울러 5억 원을 기탁하도록 정한 것이 현저히 불합리하다고 할 수도 없다(헌재 1995. 5. 25, 92헌마269등, 판례집 7-1, 768, 781-782 참조).

한편 후보난립의 폐해를 막기 위한 기탁금 제도의 취지상 기탁금 반환에 일정한 제한을 둘 수밖에 없는데, 그 제한의 엄격성이 곧 기탁금 액수의 과다함을 추정하도록 하는 것은 아니다. 반환요건의 엄격성으로 인한 문제는 기탁금 액수가 적은 경우에도 동일하게 발생할 수 있음을 상기할 필요가 있다. 반환요건의 엄격성으로 인하여 기탁금액에 대한 부담

이 더 커질 수 있다는 점을 고려하더라도, 공직선거법 제57조에 따르면 최대 6인(유효투표총수의 15% 이상의 득표자)에 대하여 과태료 및 대집행 비용을 공제한 전액의 반환이 가능하다는 점, 그리고 위와 같은 국민적 지지를 통하여 능력과 자질이 검증된 이들에 대하여는 과거 대통령선거법과 달리 선거인명부 및 부재자신고인명부의 사본작성비용을 기탁금에서 공제하지 아니하도록 하여 더욱 실질적인 반환보장을 하고 있다는 점 및 그에 미치지 않더라도 유효투표총수의 10% 이상을 득표한 경우에는 50%의 기탁금을 반환하도록 하면서 과거 대통령선거법 하에서와는 달리 국고연설비용부담을 공제하지 아니하여 명목상의 반환에 그치지 않도록 한 점 등에서 위와 같은 반환요건으로 인하여 이 사건 법률조항이 입법목적 달성의 필요를 넘어 자의적으로 과도한 기탁금을 정한 것이라 보기 어렵다.

따라서 이 사건 법률조항이 규정하는 기탁금 5억 원은 대통령선거에서 기탁금제도의 목적달성에 필요한 금액을 넘지 아니하고 입후보하려는 국민의 공무담임권의 본질적 내용을 침해하는 정도에 이르지도 아니하여 입법재량의 범위를 일탈한 과도한 금액이라고 할 수 없으므로 헌법에 위반되지 아니한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥 김종대 민형기 이동흡 목영준 송두환

14

대통령선거의 기탁금을 3억원으로 정하였던 구 대통령선거법 제26조 제1항의 공무담임권 등 침해 여부

■ 대통령선거법 제26조 제1항 위헌확인, 1995. 5. 25. 92헌마269·299·305 병합 ■

【판시사항】

1. 헌법소원심판청구 후 심판대상 법률규정이 폐지되었으나 심판청구가 적법한 예
2. 기탁금제도(寄託金制度)가 헌법상 허용되는지 여부
3. 대통령선거(大統領選舉)에서의 기탁금(寄託金) 3억(億)원이 과다하여 헌법에 위배되는지 여부
4. 기탁금(寄託金)의 반환에 필요한 득표율과 그 수준의 득표를 하지 못한 후보자(候補者)의 기탁금(寄託金) 잔액(殘額)을 국고(國庫)에 귀속시키도록 한 법률규정의 위헌여부

【결정요지】

1. 청구인들이 입후보한 제14대 대통령선거(大統領選舉)는 1992.12.18.에 실시되어 이미 종료되었고 또 1994.3.16. 공정선거(公正選舉)및선거부정방지법(選舉不正防止法)의 시행으로 구(舊) 대통령선거법(大統領選舉法)도 폐지되었으므로 이 사건 심판대상인 구(舊) 대통령선거법(大統領選舉法) 제26조 제1항 등에 대한 위헌결정(違憲決定)이 선고되더라도 청구인들의 주관적 권리구제는 불가능하게 되었으나, 신법(新法)인 공직선거(公職選舉)및선거부정방지법(選舉不正防止法) 제56조 등에서 이 사건 법률규정과 같은 액수의 기탁금(寄託金)과 득표율에 따른 기탁금(寄託金)의 반환 등을 규정하고 있어 위 법률규정이 청구인들의 기본권을 침해하는 것이라면 그러한 기본권침해가 신법(新法)에 의하여 대통령선거(大統領選舉)에 입후보하고자 하는 사람들에게도 반복될 것임을 예상할 수 있으므로 그 위헌 여부에 관한 헌법적 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에 해당한다.
2. 대통령선거(大統領選舉)는 국가의 원수이자 행정부의 수반으로서 국가의 독립, 영토의 보전, 국가의 계속성과 헌법을 수호할 책무를 지는 가장 중요한 국가권력담당자인 대통령(大統領)을 선출하는 것이므로 무분별한 후보난립을 방지할 필요성이 매우 절실하

며, 헌법 제116조 제2항이 선거(選舉)에 관한 경비는 원칙으로 후보자(候補者)에게 부담시킬 수 없다고 정하고 있으나 위 헌법규정 자체에서도 법률이 정하는 경우에는 선거경비의 일부를 후보자(候補者)에게 부담시킬 수 있도록 하고 있을 뿐 아니라 대통령 선거(大統領選舉)에 소요되는 막대한 비용일체를 국고(國庫)에서 부담하는 것은 국가의 재정형편 등에 비추어 적절하다고 할 수 없고 선거 결과 낙선한 후보자로부터 선거비용을 사후에 징수하는 것은 효율적이지 못하므로, 그 비용 중 일부인 선거인명부(選舉人名簿) 등의 사본작성비용(寫本作成費用)과 국고부담연설비용(國庫負擔演說費用) 등을 기탁금(寄託金)에서 공제하도록 하는 것이 불합리하다고 할 수도 없다. 그러므로 대통령 선거(大統領選舉)에서 후보난립을 방지하고 선거비용 중 일부를 예납하도록 하기 위한 위 기탁금제도(寄託金制度)는 그 기탁금액(寄託金額)이 과다하지 않는 한 헌법상 허용된다.

3. 제14대 대통령 선거(大統領選舉)에서 실제로 기탁금(寄託金)에서 공제하여야 할 국고부담연설비용(國庫負擔演說費用)이 모두 기탁금액(寄託金額)을 훨씬 초과하였고 후보자(候補者)들이 보고한 선거비용지출금액도 기탁금액(寄託金額)과 비교할 수 없을 정도로 막대하며 아울러 기탁금액(寄託金額)은 대통령 선거(大統領選舉)에서 불성실한 입후보에 대하여 실질적인 제재효과를 거둘 수 있는 금액이어야 한다는 점을 고려하면, 기탁금(寄託金) 3억(億)원은 대통령 선거(大統領選舉)에서 기탁금제도(寄託金制度)의 목적달성에 필요한 금액을 넘지 아니하고 입후보하려는 국민의 기본권의 본질적 내용을 침해하는 정도에 이르지도 아니하여 입법재량의 범위를 일탈한 과다한 금액이라고 할 수 없다.
4. 일정한 수준의 득표를 하지 못한 후보자(候補者)의 기탁금(寄託金)을 국고(國庫)에 귀속시키는 것은 기탁금제도(寄託金制度)의 본질적 요소이므로 기탁금제도(寄託金制度) 자체의 정당성이 인정되는 이상 그 기탁금(寄託金)의 국고귀속규정(國庫歸屬規定)도 위헌이라고 할 수 없으며, 또 기탁금(寄託金)에서 공제하는 선거비용 등의 범위나 기탁금(寄託金)의 반환에 필요한 득표율을 정하는 것은 입법재량에 속한다 할 것인데 이 사건 법률규정에서 득표율 7% 및 5%를 기준으로 국고부담연설비용(國庫負擔演說費用)의 공제여부와 기탁금(寄託金) 잔액(殘額)의 반환여부를 정한 것은 입법자가 기탁금제도(寄託金制度)의 목적달성을 위한 필요와 기탁금(寄託金) 반환에 있어서의 기술적 문제 등을 고려한 정책적 판단에 따른 것으로서 현저히 불합리하다거나 그밖에 입법재량의 범위를 벗어난 것이라고 할 수 없다.

재판관 김진우의 반대의견(反對意見)

- 2, 3. 구(舊) 대통령 선거법(大統領選舉法)이 기탁금(寄託金)을 후보등록요건으로 한 것은 후보의 난립방지에만 그 목적이 있다고 할 것인데 이 목적의 달성에 기탁금(寄託金)이

라는 수단은 적합하지도 않고 기본권 제한에 있어서의 최소침해요건도 충족시키지 못하면서 기탁금(寄託金)을 기탁할 수 있는 경제적 여유가 있는 국민과 그렇지 아니한 국민을 단지 경제적인 능력의 차이만으로 다르게 취급하여 경제력이 약한 자들의 입후보의 자유를 제약하고 이들 및 이들에게 투표하려는 유권자들로부터 대의제민주국가(代議制民主國家)에 있어서 가장 중요한 기본권인 참정권(參政權)을 사실상 박탈하는 규정이라 할 수 있다.

4. 법정기준미달의 득표를 한 후보자(候補者)를 제재하는 의미에서 고율의 득표를 한 후보자(候補者)와 차등을 두어 전자의 기탁금(寄託金)만을 국고부담연설비용(國庫負擔演說費用)에 충당하거나 국고에 귀속시키는 것은 헌법적으로 정당하지 않은 목적을 추구하고 합리성도 없는 규정으로 저율의 득표를 한 자의 평등권(平等權)을 침해하며, 그러한 제재로 그 후보자(候補者)가 받는 재산권(財產權)의 제한도 과도하다고 할 수밖에 없어 기본권 제한에 있어서의 과잉금지의 원칙에 반하는 위헌적인 규정이다.

재판관 조승형의 반대의견(反對意見)

2. 기탁금제도(寄託金制度)는 우리 헌정사에서 집권자의 영구집권욕이 발현된 시점에 도입되었거나 부활 또는 강화된 것으로서 “돈이 있는 자”와 “없는 자”를 차별하여 “없는 자”로부터 국정이나 지방행정에 참여할 기회를 박탈하는 것이고, 보통(普通)·평등(平等)·비밀(秘密)·자유선거제도(自由選舉制度)에 반하는 것으로서 헌법이 확립하고 있는 실질적(實質的) 국민주권론(國民主權論)·국민대표자론(國民代表者論) 등의 헌법정신에 정면으로 반하며, 차별됨이 없이 실질적으로 보장되어야 할 참정권(參政權)·평등권(平等權)의 본질적인 내용을 침해하는 제도이다. 그리고 기탁금제도(寄託金制度)는 헌법 제116조 제2항에도 위반되며, 구시대(舊時代)의 잔재청산이라는 측면에서도 이 제도를 위헌이라고 선언함이 이 시대의 상황논리에 부합한다.

【당 사 자】

청 구 인 백 ○ 완 외 2인

대리인 변호사 이 ○ 결 외 1인

【심판대상조문】

구(舊) 대통령선거법(大統領選舉法)(1987.11.7. 법률 제3937호로 전문개정, 1992.11.11. 법률

제4495호로 개정, 1994.3.16. 법률 제4739호 공직선거(公職選舉)및선거부정방지법(選舉不正防止法) 부칙 제2조에 의하여 폐지) 제26조(등록(登錄))

① 후보자(候補者)의 등록(登錄)은 선거일공고일(選舉日公告日)부터 5일(日) 이내에 중앙선거관리위원회(中央選舉管理委員會)에 신청(申請)을 하여야 한다. 이 경우 정당(政黨)이 추천하는 때에는 1인(人)의 후보자(候補者)에 대하여 정당(政黨)의 추천서(推薦書)와 본인(本人)의 승낙서(承諾書)를, 정당(政黨)의 당원(黨員)이 아닌 후보자(候補者)(이하 “무소속후보자(無所屬候補者)”라 한다)는 선거권자(選舉權者) 5천(千)인 이상 7천인(千人)이하가 기명(記名)·날인(捺印)(무인(拇印)을 허용하지 아니한다)한 추천장(推薦狀)(단기(單記) 또는 연기(連記)로 하며 간인(間印)을 요하지 아니한다)을 첨부하고, 후보자(候補者)마다 3억(億)원을 기탁(寄託)하여야 한다.

②~⑥ 생략

⑦ 정당(政黨) 또는 후보자(候補者)의 기탁금(寄託金)은 제25조의 규정에 의한 선거인명부(選舉人名簿) 및 부재자신고인명부(不在者申告人名簿)의 사본작성비용(寫本作成費用)과 제171조의3의 규정에 의한 불법시설물(不法施設物) 등에 대한 대집행비용(代執行費用)을 공제한 후 그 잔액은 다음 각호의 구분에 따라 반환 또는 국고(國庫)에 귀속된다.

1. 후보자(候補者)의 득표수(得票數)가 유효투표총수(有效投票總數)의 100분(分)의 7이상이거나 후보자(候補者)가 당선(當選) 또는 사망(死亡)한 때에는 선거일(選舉日) 후 30일(日) 이내에 기탁자(寄託者)에게 반환한다.

2. 후보자(候補者)의 득표수(得票數)가 유효투표총수(有效投票總數)의 100분(分)의 5를 초과하였으나 100분(分)의 7미만인 때에는 제43조 제8항 단서의 규정에 의하여 국고(國庫)에서 부담하는 후보자(候補者) 및 연설원(演說員)의 연설비용(演說費用)(이하 “국고부담연설비용(國庫負擔演說費用)”이라 한다)을 공제하여 당해 방송사(放送社)에 납부한 후 그 잔액은 선거일(選舉日) 후 30일(日) 이내에 기탁자(寄託者)에게 반환한다.

3. 후보자(候補者)가 사퇴하거나 등록(登錄)이 무효(無效)로 된 때 또는 후보자(候補者)의 득표수(得票數)가 유효투표총수(有效投票總數)의 100분(分)의 5를 초과하지 못한 때에는 국고부담연설비용(國庫負擔演說費用)을 공제하여 당해 방송사(放送社)에 납부한 후 그 잔액은 국고에 귀속된다.

⑧ 제7항의 규정에 의하여 기탁금(寄託金)에서 부담하는 국고부담연설비용(國庫負擔演說費用)이 기탁금잔액(寄託金殘額)을 초과하는 때에는 그 초과하는 금액은 당해 정당(政黨) 또는 후보자(候補者)가 그 고지를 받은 날부터 10일(日) 이내에 중앙선거관리위원회(中央選舉管理委員會)에 납부하여야 하며, 이 기간(期間) 안에 납부하지 아니한 때에는 우선 국고(國庫)에서 지출(支出)한 후 관할세무서장(管轄稅務署長)에게 위탁(委託)하여 관할세무

서장(管轄稅務署長)이 국세채납처분(國稅滯納處分)의 예에 따라 이를 징수(徵收)하여 국고(國庫)에 납입하도록 하여야 한다.

⑨~⑩ 생략

구(舊) 대통령선거법(大統領選舉法)(1987.11.7. 법률 제3937호로 전문개정, 1992.11.11. 법률 제4495호로 개정, 1994.3.16. 법률 제4739호 공직선거(公職選舉)및선거부정방지법(選舉不正防止法) 부칙 제2조에 의하여 폐지) 제43조(방송시설(放送施設)을 이용한 연설(演說))

①~⑦ 생략

⑧ 방송시설(放送施設)을 이용하여 연설(演說)하는 때의 비용은 당해 방송시설(放送施設)을 이용한 정당(政黨) 또는 후보자(候補者)가 부담한다. 다만, 후보자(候補者)와 연설원(演說員)이 텔레비전 및 라디오방송시설(放送施設)을 이용한 연설비용(演說費用) 중 후보자(候補者)가 행한 각 3회(回)의 연설비용(演說費用)과 연설원(演說員)이 행한 각 2회(回)의 연설비용(演說費用)은 국고(國庫)에서 부담한다.

⑨~⑩ 생략

【참조 조문】

헌법(憲法) 제11조 제1항, 제25조, 제116조 제2항

【참조 판례】

1. 1992.1.28. 선고, 91헌마111 결정
 2. 1989.9.8. 선고, 88헌가6 결정
- 1991.3.11. 선고, 91헌마21 결정

【주 문】

청구인들의 이 사건 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 청구인 백기완은 제13대 대통령선거에 입후보한 바 있고 1992.12.18.에 실시될 예정인 제14대 대통령선거에도 무소속으로 입후보하려는 자로서 11.14. 대통령선거법 제26조 제1항 중 기탁금 3억원을 기탁하도록 한 부분에 대한 헌법소원심판을 청구하였고(92헌마269), 청구인 이병호는 대한정의당의 추천을 받아, 청구인 박찬중은 신정당의 추천을 받아 각 제14대 대통령선거에 입후보하였다가 낙선한 자들로서 청구인 이병호는 12.24. 대통령선거법 제26조 제1항 중 기탁금 3억원의 기탁에 관한 부분과 기탁금의 반환 등에 관련된 같은 조 제7항에 대하여, 청구인 박찬중은 12.29. 위 각 규정 및 같은 법 제26조 제8항과 제43조 제8항에 대하여 각 헌법소원심판을 청구하였다(92헌마299 및 92헌마305).

나. 따라서 이 사건 심판의 대상은 대통령선거법(1987.11.7. 법률 제3937호로 전문개정, 1992.11.11. 법률 제4495호로 개정, 1994.3.16. 공직선거및선거부정방지법 부칙 제2조에 의하여 폐지. 이하 “대선법”이라 한다) 제26조 제1항 중 후보자마다 3억원을 기탁하여야 한다는 부분과 제26조 제7항, 제8항 및 제43조 제8항의 위헌여부이며, 위 각 규정의 내용은 다음과 같다.

제26조(등록) ① 후보자의 등록은 선거일공고일로부터 5일 이내에 중앙선거관리위원회에 신청을 하여야 한다. 이 경우 정당이 추천하는 때에는 1인의 후보자에 대하여 정당의 추천서와 본인의 승낙서를, 정당의 당원이 아닌 후보자(이하 “무소속후보자”라 한다)는 선거권자 5천인 이상 7천인 이하가 기명·날인(무인을 허용하지 아니한다)한 추천장(단기 또는 연기로 하며 간인을 요하지 아니한다)을 첨부하고 후보자마다 3억원을 기탁하여야 한다.

⑦ 정당 또는 후보자의 기탁금은 제25조의 규정에 의한 선거인명부 및 부재자신고인명부의 사본작성비용과 제171조의3의 규정에 의한 불법시설물 등에 대한 대집행비용을 공제한 후 그 잔액은 다음 각호의 구분에 따라 반환 또는 국고에 귀속된다.

1. 후보자의 득표수가 유효투표총수의 100분의 7 이상이거나 후보자가 당선 또는 사망한 때에는 선거일 후 30일 이내에 기탁자에게 반환한다.

2. 후보자의 득표수가 유효투표총수의 100분의 5를 초과하였으나 100분의 7 미만인 때에는 제43조 제8항 단서의 규정에 의하여 국고에서 부담하는 후보자 및 연설회의 연설회비용(이하 “국고부담연설회비용”이라 한다)을 공제하여 당해 방송사에 납부한 후 그 잔액은 선거일 수 30일 이내에 기탁자에게 반환한다.

3. 후보자가 사퇴하거나 등록이 무효로 된 때 또는 후보자의 득표수가 유효투표총수의 100분의 5를 초과하지 못한 때에는 국고연설회비용을 공제하여 당해 방송사에 납부한 후 그 잔액은 국고에 귀속된다.

⑧ 제7항의 규정에 의하여 기탁금에서 부담하는 국고연설비용이 기탁금 잔액을 초과하는 때에는 그 초과하는 금액은 당해 정당 또는 후보자가 그 고지를 받은 날부터 10일 이내에 중앙선거관리위원회에 납부하여야 하며, 이 기간 안에 납부하지 아니한 때에는 우선 국고에서 지출한 후 관할세무서장에게 위탁하여 관할세무서장이 국세채납처분의 예에 따라 이를 징수하여 국고에 납입하도록 하여야 한다.

제43조(방송시설을 이용한 연설) ⑧ 방송시설을 이용하여 연설하는 때의 비용은 당해 방송시설을 이용한 정당 또는 후보자가 부담한다. 다만 후보자와 연설원이 텔레비전 및 라디오 방송시설을 이용한 연설비용 중 후보자가 행한 각 3회의 연설비용과 연설원이 행한 각 2회의 연설비용은 국고에서 부담한다.

2. 심판청구이유의 요지

가. 헌법은 정당의 설립요건을 법률로 정하도록 규정하고 있고 대선법은 무소속후보에 대하여 선거권자의 추천을 받도록 하고 있으므로 대통령선거에서 무자격후보의 난립을 방지하는 제도적 장치는 이로써 충분하며, 대선법 제26조 제1항은 지나치게 고액의 기탁금을 기탁하도록 함으로써 도덕적이고 정직한 인사들의 입후보기회를 박탈하여 청구인들의 공무담임권과 대통령 피선거권을 극도로 침해하는 것이고 선거공영제의 취지에도 부합하지 아니하여 헌법에 위반된다.

나. 대선법 제26조 제7항, 제8항 및 제43조 제8항은 기탁금의 반환에 필요한 득표율을 높여 후보자출마를 원천적으로 봉쇄하므로 공무담임권을 침해하는 것이고, 기탁금을 국고에 귀속하도록 하여 사유재산권을 침해하며, 기탁금 상계정도를 득표비율에 의하지 아니하고 7% 미만의 득표자를 동일하게 취급함으로써 평등의 원칙에 위반되는 것이다. 그리고 국고부담연설비용은 선거결과와 관계없이 모든 후보자에게 공평히 적용되어야 하는데, 일정한 득표를 하지 못한 후보자의 기탁금에서만 이를 공제하는 것은 평등권과 공무담임권을 침해하는 것이다.

3. 판단

가. 심판청구의 적법여부

(1) 헌법소원은 국민의 기본권침해를 구제하는 제도이므로 헌법소원심판청구가 적법하기 위하여는 제도의 목적상 심판청구 당시는 물론 결정 당시에도 권리보호이익이 있어야 함이 원칙이다. 그런데 청구인들이 입후보한 제14대 대통령선거는 1992.12.28.에 실시되어

이미 종료되었고 또 1994.3.16. 공직선거및선거부정방지법(이하 “공직선거법”이라 한다)의 시행으로 대선법도 폐지되었으므로, 이 사건 심판대상인 법률규정들(이하 “이 사건 법률규정”이라 한다)에 대한 위헌결정이 선고되더라도 청구인들의 주관적 권리구제는 불가능하게 되었다고 할 수 있다.

그러나 헌법소원은 주관적 권리구제뿐 아니라 객관적인 헌법질서보장의 기능도 겸하고 있으므로 심판 계속중 발생한 사정변경으로 인하여 주관적인 권리보호이익이 소멸된 경우에도 그러한 기본권침해행위가 반복될 위험이 있거나 당해분쟁의 해결이 헌법질서의 유지·수호를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 때에는 예외적으로 심판청구의 이익을 인정할 수 있다는 것이 헌법재판소의 확립된 판례이다(헌법재판소 1992.1.28. 선고, 91헌마111 결정 등 참조). 그런데 대통령선거에서 기탁금 3억원의 기탁과 득표율에 따른 기탁금의 반환 또는 국고귀속 등을 규정한 이 사건 법률규정의 위헌여부에 관하여는 아직 그 해명이 이루어진 바 없고, 대선법을 폐지한 공직선거법도 그 제56조, 제57조 등에서 이 사건 법률규정과 같은 액수의 기탁금과 득표율에 따른 기탁금의 반환 또는 국고귀속 등을 규정하여 기탁금제도의 골격을 그대로 유지하고 있어 만약 이 사건 법률규정이 청구인들의 기본권을 침해하는 것이라면 그러한 기본권침해가 공직선거법에 의하여 대통령선거에 입후보하고자 하는 사람들에게도 반복될 것임을 예상할 수 있으므로, 이 사건 법률규정의 위헌 여부에 관한 판단은 위헌적인 법률규정에 의한 기본권침해의 위험을 사전에 제거하는 등 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이라 할 수 있다.

따라서 비록 청구인들이 입후보한 대통령선거가 이미 종료되었고 이 시간 법률규정도 폐지되었지만, 신법인 공직선거법의 시행으로 동종의 기본권침해의 위험이 상존하고 있어 그 위헌 여부에 관한 헌법적 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에 해당하므로 이 사건 심판청구는 적법하다고 할 것이다.

나. 이 사건 법률규정의 위헌 여부

(1) 대선법상 기탁금제도의 정당성

(가) 1987.10.27.의 제9차 헌법개정에 의하여 대통령선거가 간접선거제에서 직접선거제로 바뀌었는데, 대통령선거에서의 기탁금제도는 위 헌법개정에 따른 같은 해 11.7.의 대선법 전문개정시 처음으로 도입되었고 당시의 기탁금액은 정당추천 후보자가 5,000만원, 무소속 후보자가 1억원이었으나, 청구인들이 입후보한 제14대 대통령선거를 앞두고 1992.11.11. 대선법이 개정될 때 기탁금액이 무소속이나 정당추천 여부에 관계없이 모두 3억원으로 되었고 기탁금의 반환 또는 국고귀속에 관한 규정도 일부 개정되었다.

(나) 대통령선거에 후보자가 난립할 경우 선거가 과열·혼탁해질 수 있고, 불법선거운동의 감시나 투개표 등 선거사무관리가 어려워지며, 표의 분산으로 당선자의 득표수가 적게 됨으로써 민주적 정당성이 약화될 우려가 있을 뿐 아니라 나아가 선거비용의 증가로 국가 경제에 부담이 될 수도 있다. 그러므로 대통령선거에서의 기탁금제도는 선거에 입후보하려는 자로 하여금 미리 일정한 금액을 기탁하게 하고 선거결과 일정수준의 득표를 하지 못할 경우 기탁금을 국고에 귀속시키는 등의 방법으로 금전적 제재를 가함으로써, 무분별한 후보난립을 방지하여 대통령선거를 효율적으로 공정하게 운영하며 아울러 당선자에게 다수표를 획득할 수 있도록 제도적으로 보장함으로써 대통령선거의 신뢰성과 정치적 안정을 확보하기 위한 것이라고 할 수 있다. 그리고 대선법 제26조 제7항은 후보자의 기탁금에서 선거인명부 및 부재자신고인명부의 사본작성비용과 불법시설물 등에 대한 대집행비용을 우선 공제한 후, 득표율이 저조한 후보자에 대하여는 그 기탁금잔액에서 국고부담연설비용까지 공제하고 나머지를 국고에 귀속시키거나 또는 후보자에게 반환하도록 규정하고 있으므로, 기탁금은 그러한 비용에 대한 예납의 성격도 아울러 가지고 있다고 할 수 있다.

(다) 대통령선거는 국가의 원수이자 행정부의 수반으로서 국가의 독립, 영토의 보전, 국가의 계속성과 헌법을 수호할 책무를 지는 가장 중요한 국가권력담당자인 대통령을 선출하는 것이므로 후보난립으로 인한 폐해가 다른 어느 선거에서 보다 큰 점을 고려하면 무분별한 후보난립을 방지할 필요성은 매우 절실하다고 할 수 있으며, 헌법 제116조 제2항이 선거에 관한 경비는 원칙으로 후보자에게 부담시킬 수 없다고 정하고 있으나 위 헌법규정 자체에서도 법률이 정하는 경우에는 선거경비의 일부를 후보자에게 부담시킬 수 있도록 하고 있을 뿐 아니라 대통령선거에 소요되는 막대한 비용일체를 국고에서 부담하는 것은 국가의 재정형편 등에 비추어 적절하다고 할 수 없고 선거 결과 낙선한 후보자로부터 선거비용을 사후에 징수하는 것은 효율적이지 못하므로, 그 비용 중 일부인 위 선거인명부 및 부재자신고인명부의 사본작성비용과 불법시설물 등에 대한 대집행비용 및 국고부담연설비용을 기탁금에서 공제하도록 하는 것이 불합리하다고 할 수도 없다.

그러므로 대통령선거에서 후보난립을 방지하고 선거비용 중 일부를 예납하도록 하기 위한 위 기탁금제도는 그 기탁금액이 과다하지 않는 한 헌법상 허용된다고 할 것이다(헌법재판소 1989.9.8. 선고, 88헌가6 결정; 1991.3.11. 선고, 91헌마21 결정 참조).

(2) 기탁금액의 과다 여부

(가) 대통령선거에서 기탁금제도 자체의 정당성이 인정된다고 하더라도 기탁금을 납부하지 아니하면 후보등록을 할 수 없게 된다는 점에서 자유로운 입후보에 대한 제한이 되며 그 금액이 과다하여 당선가능성이 있음에도 이를 납부할 경제적 능력이 없는 자로 하여금 입후보를 할 수 없게 하는 정도라면 참정권, 공무담임권, 평등권 등을 침해하는 것이

될 수 있으므로, 기탁금액은 기탁금제도에 의하여 달성하려는 공익목적과 그로 인한 기본권 제한 사이에 균형과 조화를 이루도록 책정되어야 한다. 다만 구체적인 기탁금액은 입법자가 정책적 판단에 따라 재량으로 결정할 사항이라 할 것이므로, 그 금액이 입법자에게 허용된 재량의 범위를 넘어 현저하게 과다하거나 불합리하게 책정되어 위 기본권의 본질적 내용을 침해하는 정도에 이르지 않는 한 위헌이라고 할 수 없다 할 것이다.

(나) 먼저 대선법 제26조 제1항의 기탁금 3억원이 대통령선거에서 후보난립을 방지하고 선거비용의 일부를 담보하기 위한 목적달성에 필요한 적정한 수준을 넘는 금액인지 여부에 관하여 살펴본다.

제14대 대통령선거 종료 후 중앙선거관리위원회가 발행한“제14대 대통령선거총람”에 의하면, 기탁금에서 공제되는 선거인명부 및 부재자신고인명부의 사본작성비용과 불법시설물 등에 대한 대집행비용은 후보자 1인당 최고 4,500만원에도 이르지 아니하나 국고부담연설비용은 후보자 중 최저가 3억여원이고 최고는 6억여원으로서 모두 위 기탁금액을 훨씬 초과하였으며, 또 중앙선거관리위원회가 결정공시한 후보자 1인당 선거비용 제한액은 367억여원이었는데 선거 후 후보자들이 보고한 선거비용지출금액은 최고액이 284억여원이고 평균 95억여원에 이르렀음을 알 수 있다.

이와 같이 기탁금에서 공제되어야 할 비용이 3억원을 초과하고, 후보자들이 실제로 선거에서 기탁금액과 비교할 수 없는 막대한 선거비용을 지출하며, 아울러 기탁금액은 대통령선거에서 불성실한 입후보에 대하여 실질적인 제재효과를 거둘 수 있는 금액이어야 한다는 점을 고려하면, 위 기탁금 3억원은 대통령선거에서 기탁금제도의 목적달성에 필요한 금액으로서 과다하다고 볼 수 없다 할 것이다.

(다) 다음으로 위 금액이 당선가능성이 있는 자의 후보등록을 불가능하게 하거나 현저히 어렵게 하는 정도로 과다하여 참정권이나 공무담임권의 본질적 내용을 침해하는 것인지 여부에 관하여 보건대, 기탁금은 원칙으로 당선되거나 일정한 수준의 득표만 하면 선거종료 후 반환받는 것이므로 당선가능성이 있는 자에게는 사후반환이 보장된 일시적인 예납금이라 할 수 있는데, 정당은 정치적 의사형성에 필요한 조직을 갖추고 있는 것이므로 대통령선거에서 당선가능성이 있다고 보아 후보자를 추천하였다면 그러한 정당에서 3억원 정도의 기탁금을 마련하는 것이 크게 어렵다고 보이지는 않으며, 무소속후보자의 경우에도 대선법 제26조 제1항은 후보등록시 선거권자 5천인 이상 7천인 이하의 추천을 요구하고 있으므로 그와 같이 많은 선거권자의 추천을 받을 수 있는 후보자라면 우리의 경제현실에서 위 기탁금액을 마련하는 것이 불가능하거나 현저히 어렵다고 할 수 없을 것이다. 따라서 위 기탁금액이 참정권이나 공무담임권의 본질적 내용을 침해하는 정도로 과다한 것이라고 볼 수 없다.

(라) 또한 선거비용의 과다지출과 선거부정 및 과열 등으로 공명선거에의 요청이 큰 우리

의 선거풍토에서 단순히 외국의 예를 기준으로 위 기탁금액이 과다하다고 할 수는 없으며, 무소속 후보자에 대한 추천제도가 무분별한 후보난립을 방지하는 유력한 방법이기는 하지만 진지하지 못한 추천을 유발하거나 추천을 받기 위한 기간 동안의 사전선거운동의 위험이 있어 기탁금제도를 전적으로 대체할 수단이라고 보기 어려우므로, 입법자가 이러한 여러가지 사정을 고려하여 추천제도를 두면서 아울러 3억원을 기탁하도록 정한 것이 현저히 불합리하다고 할 수도 없다.

(마) 따라서 기탁금 3억원은 대통령선거에서 기탁금제도의 목적달성에 필요한 금액을 넘지 아니하고 입후보하려는 국민의 기본권의 본질적 내용을 침해하는 정도에 이르지도 아니하여 입법재량의 범위를 일탈한 과다한 금액이라고 할 수 없으므로, 대선법 제26조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다.

(3) 기탁금의 공제와 반환에 관한 규정의 위헌여부

(가) 대선법 제26조 제7항, 제8항 및 제43조 제8항은 기탁금에서 공제하는 비용과 나머지의 반환 또는 국고귀속 등에 관한 규정인바, 청구인은 국고부담연설비용을 기탁금에서 공제하는 것과 나머지 기탁금을 득표율에 따라 반환 또는 국고에 귀속하는 것을 헌법에 위반된다고 주장하고 있으므로 이 점에 관하여 살펴본다.

(나) 먼저 국고부담연설비용을 기탁금에서 공제하는 규정에 관하여 보건대, 앞에서 본 바와 같은 현행 헌법 제116조 2항은 법률에 의하여 선거비용을 후보자에게 부담시킬 수 있도록 규정하고 있으며, 방송연설은 선거운동을 합리적으로 할 수 있도록 마련한 제도로서 그 비용이 반드시 국가의 부담으로 되어야 하는 것이라고 할 수 없으므로, 일정한 수준의 득표를 하지 못한 후보자에 대하여 그 비용을 부담하도록 하고 이를 기탁금에서 공제하는 것이 선거공영제 이념에 반한다고 볼 수는 없다.

(다) 다음으로 기탁금의 반환에 필요한 득표율과 그 수준의 득표를 하지 못한 후보자의 기탁금 잔액을 국고에 귀속시키도록 한 법률규정에 관하여 보건대, 일정한 수준의 득표를 하지 못한 후보자의 기탁금을 국고에 귀속시키는 것은 기탁금제도의 본질적 요소이므로 앞에서 본 바와 같이 기탁금제도 자체의 정당성이 인정되는 이상 그 기탁금의 국고귀속 규정도 위헌이라고 할 수 없으며, 또 기탁금에서 공제하는 선거비용 등의 범위나 기탁금의 반환에 필요한 득표율을 정하는 것은 입법재량에 속한다 할 것인데 이 사건 법률규정에서 득표율 7% 및 5%를 기준으로 국고부담연설비용의 공제여부와 기탁금 잔액의 반환여부를 정한 것은 입법자가 기탁금제도의 목적달성을 위한 필요와 기탁금 반환에 있어서의 기술적 문제 등을 고려한 정책적 판단에 따른 것으로서 현저히 불합리하다거나 그 밖에 입법재량의 범위를 벗어난 것으로 보이지 아니하므로 위 규정도 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

4. 결론

따라서 이 사건 법률규정은 헌법에 위반되지 아니하므로 청구인들의 이 사건 심판청구를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 재판관 김진우의 아래 5와 같은 반대의견과 재판관 조승형의 아래 6과 같은 반대의견이 있는 외에 나머지 관여재판관의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 김진우의 반대의견

재판관 김진우는 다음과 같은 이유로 다수의견에 반대한다.

가. 대통령선거에 있어서 후보자 등록요건으로서의 3억원의 기탁금의 위헌성

(1) 헌법은 제24조에서 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다”라고 규정하고 있고 제25조에서 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다”고 규정하여, 대통령선거를 비롯한 각급 선거에 있어서 국민에게 선거권 및 피선거권을 포함한 공무담임권을 보장하고 있다. 이러한 기본권을 법률로 제한함에 있어서도 헌법 제37조 제2항에 규정된 과잉금지 내지 비례의 원칙이 준수되어야 한다. 이 원칙은 기본권을 제한하는 법률의 목적이 정당하여야 하고(목적의 정당성), 그 목적을 달성하기 위하여 채택된 수단이 적합하여야 하며(수단의 적합성), 기본권 제한이 필요 최소한에 그쳐야 하며(필요성·최소침해성), 기본권 제한을 통하여 달성하고자 하는 공익과 제한되는 기본권의 의미 상호간에 적정한 균형이 확보되어야 한다(이익의 균형성; 협의의 비례의 원칙)는 것을 내용으로 하며, 이 요건 중의 어느 하나에라도 저촉되는 경우에는 그 법률은 헌법에 위반된다는 헌법상의 원칙이다(헌법재판소 1989.12.22. 선고, 88한거13 결정 등 참조). 특히 대통령선거에 있어서는 주권자인 국민의 다양한 정치적 의사가 표출되고, 이를 통하여 입후보자들 중 1인이 대통령중심제하의 대통령이라는 국가최고통치기관으로 선출되는 대통령선거는 민주주의의 실현을 위한 가장 중요한 제도 중의 하나라는 점에 비추어 볼 때 그 선거권이나 입후보의 자유 등 피선거권을 제한하기 위해서는 이에 상당하는 중대하고도 불가피한 목적이 있어야 한다.

나아가 헌법은 제11조 제1항에서 “모든 국민은 법앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”라고 규정하여 정치적 생활영역에 있어서의 차별을 금지하는 한편, 제67조 제1항에서 “대통령은 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출한다.”고 규정하여 대통령선거에 있어서의 보통·평등선거의 원칙을, 헌법 제116조 제1항에서 “선거운동은 각급 선거관리위원회의 관리하에 법률이 정하는 범위 안에서 하되, 균등한 기회가 보장되

어야 한다.”고 규정하여 선거운동에 있어서의 기회균등이 보장됨을 명시하고 있다. 이처럼 헌법이 정치적 생활영역에 있어서의 차별금지는 물론, 일반적 평등원칙의 특칙인 선거에 있어서의 평등원칙을 강조하고 있는 것은 무엇보다도 민주주의원리가 정치적 의사결정에 있어서 모든 국민이 원칙적으로 동등하다는 전제로부터 출발하고 있기 때문이다. 그리고 이 보통·평등선거의 원칙이 선거권뿐만이 아니라, 피선거권과 관련하여서도 보장된다는 데 이론의 여지가 없다.

그런데 오늘날 민주주의가 사실상 대의제의 형태를 띠 수밖에 없기 때문에 선거권·공무담임권 등 참정권의 행사는 선거를 통하여 통치기관을 구성하여 그에 정당성을 부여하는 한편 국민 스스로 정치형성과정에 참여함으로써 국민주권 및 대의민주주의를 실현하는 중요한 수단인 것이다. 대통령선거에 있어 선거권과 피선거권과 관련된 차별은 이러한 민주주의 기본전제를 뒤흔드는 것이 되기 때문에 이들 권리와 관련한 국민의 차별을 정당화하기 위해서는 단순히 공익의 실현을 위하여 그 차별이 필요하다는 정도로는 부족하고, 그 차별이 중대한 법익의 실현을 위하여 불가피한 경우에 한하여야 할 것이다. 그러므로 헌법이 제24조에서 선거권, 제25조에서 공무담임권을 보장하면서 그것을 법률유보하에 두고 있다 하더라도, 이들 권리에 관한 입법재량의 폭은 매우 좁다고 할 것이며, 그에 따라 이들 권리에 관하여 국민을 차별하는 법률의 위헌심사에는 엄격한 심사기준이 적용된다고 할 것이다.

(2) 다수의견은 기탁금제도의 목적으로 후보자의 난립방지, 당선자의 민주적 정당성 제고, 선거비용 예납의 필요성을 들고 있다. 그러나 기탁금제도의 목적은 실정법을 떠나서 추상적으로 논의할 수 있는 것이 아니며, 기탁금이 실정법에 의하여 구체적으로 어떻게 사용되고 있는가를 판단함으로써만이 그 구체적 목적을 판단할 수 있다고 할 것이다. 그리고 설사 다수의견이 주장하는 바와 같이 대선법의 기탁금제도가 다양한 기능을 수행한다고 하더라도 이들이 헌법적으로 정당화될 수 있는 목적인지의 여부는 다시 살펴보아야 한다. 이에 이들 각 목적과 관련하여 기탁금제도가 헌법적으로 정당화될 수 있는지를 살펴본다.

(가) 먼저 후보자의 난립방지라는 기탁금제도의 목적에 관하여 본다.

① 선거에서 후보자가 난립하게 되면, 그들 가운데는 불성실한 후보자가 등장할 우려가 있는가 하면 선거가 과열될 위험이 있고 표의 분산으로 당선자의 민주적 정당성이 약화되는 결과가 야기될 수도 있으리라는 것은 예상할 수 있다. 그러나 후보자의 난립방지라는 목적을 달성하기 위하여 다른 방법을 강구하는 것은 별론으로 하고라도 후보자에게 경제적인 부담을 지우는 기탁금제도만을 채택한 것은 적합한 수단을 선택하였다고 볼 수 없다.

정당은 정당법 제2조에 의하여 공직선거의 후보자를 추천함을 그 목적으로 한다. 또한 정치자금에관한법률 제17조 제1항에 의하여 정당에 대한 국고보조금으로 최근 실시한 국회

의원총선거의 선거권자 총수에 800원을 곱한 금액을 매년 예산에 계상하며, 제2항에 의거 대통령선거가 있는 연도에는 800원씩을 “추가하여” 계상하도록 되어 있으므로, 대통령선거가 있는 해에는 유권자 1인당 1,600원씩을 정당에 대한 국고보조금으로 예산에 계상하도록 되어 있다. 그런데 지난 1992.12.18. 실시된 대통령선거 당시를 기준으로 예를 들어 보면 총유권자수는 29,422,658이므로, 결국 정당에 대한 국고보조금은 약 470억 7천 6백만원에 이르고, 이 금액의 돈이 뒤에서 보는 바와 같이 동법 제18조에 정한 방법에 의하여 각 정당에 배분되므로 기존 정당소속후보자는 3억원이라는 기탁금마련이 어렵지 아니하다. 따라서 기존 정당이 난립되어 있는 경우에 기탁금규정을 통하여 정당이 추천하는 입후보자들의 난립을 방지하려는 것은 위 법률들과 체계적 조화를 이루지 못하고, 그 목적의 달성도 기대하기 어렵다고 할 것이다. 결국 기탁금규정은 주로 신설 군소정당의 후보자들이나 무소속후보자들에게만 입후보의 자유를 제약하는 작용을 한다고 할 것이다. 그러나 그들 가운데서도 입후보하려는 자가 자산가인 경우에는 그 입후보를 심리적으로 억제하지 못하고, 궁극적으로는 자력이 없는 자들의 입후보만을 어렵게 하거나 불가능하게 만드는 효과를 갖고 있을 뿐이다(대선법 제26조는 추천인명부 요건을 무소속후보자에게만 요구하고 있는 등 무소속후보자에게 정당추천후보자에 비하여 2중으로 입후보에 있어서의 제약과 불이익을 안겨주고 있다).

그러므로 입법자가 기탁금제도를 후보자의 난립을 방지하고 진지하지 못한 불성실한 자를 선거에서 배제할 목적으로 도입하였다면, 이는 그 목적의 달성에도 부적합한 수단을 채택하였다는 비난을 면할 수 없다고 할 것이다.

② 기탁금제도는 기탁금이 고액일 경우 이를 마련할 수 없는 후보자에게는 입후보의 자유 등 민주주의의 실현의 기초를 이루는 국민의 참정권을 심각히 제약하는 효과가 있으므로 이 권리를 덜 제약하는 수단을 통하여 그 목적을 달성할 수 있다면, 이러한 수단을 우선적으로 내지는 선택적으로 마련할 때 기본권 제한에 있어서 최소침해의 원칙을 충족시킨다고 할 것이다.

대선법은 제26조 제2항에서 무소속후보자는 선거권자 5천인 이상 7천인 이하가 기명·날인한 추천장을 첨부하도록 하고, 제4항에서는 추천인의 시·도분산요건에 관하여 무소속 후보자를 추천하는 선거권자는 적어도 5개 시·도에 분산되어 있어야 하며, 하나의 시·도에 주민등록된 선거권자의 수는 500인 이상일 것을 요구하고 있다. 무소속 입후보자의 경우에는 이러한 추천요건으로 인하여 나름대로 전국적인 조직을 확보하지 못하거나 지명도가 없는 경우에 소정의 추천인을 확보하기가 용이한 것은 아니라 할 것이다. 따라서 추천인명부제도만으로도(필요하다면 추천인수를 늘려서라도) 후보자의 난립방지의 목적을 달성할 수 있다고 할 것이다. 대통령선거에 있어서는 선거구가 전국에 걸쳐 있고 유권자수도 많으므로 추천인수를 늘린다고 하여 다수의견이 주장하는 바와 같은 사전선거운동의 문제도 우려할 만한 것이 못된다. 그런데도 이 사건 대선법 제26조 제1항의 규정은 이에

더하여 3억원의 기탁금을 입후보자의 등록요건으로 요구하고 있다. 그러한 한 기탁금제도는 굳이 필요하지도 않을 뿐만 아니라, 아예 처음부터 기탁금을 납부하지 않으면 입후보 등록을 못하게 하는 것은 유권자들의 심판을 받아보기도 전에 기탁금을 내기 힘든 경제력이 약한 자들을 경제력이 강한 자와 차별하여 선거전으로부터 배제시키는 제도로 그 금액이 지나치게 다액인가를 검토할 필요도 없이 위 기본권제한에 있어서의 피해의 최소성요건을 충족시키지 못하는 동시에 합리적 근거가 없는 자의적인 차별로 평등원칙을 침해할 수도 있는 제도라고 할 것이다.

그리고 대통령중심제하에서 국가의 운명을 좌우하는 국가최고통치기관인 대통령직이라는 공직에 취임할 1인의 대통령을 국민이 선택하게 되는 대통령선거에 기탁금을 낼 자력은 없으나 능력있는 후보자가 처음부터 선택의 대상으로부터 아예 배제될 수 있는 가능성에 비추어 볼 때, 이에 대립하고 있는 기탁금의 목적인 입후보의 난립이나 불성실한 입후보자의 예방이라는 목적이 상호 적정한 관계에 있다고 볼 만큼 중대하다고도 할 수 없다. 따라서 제한되는 기본권의 의미와 이를 통하여 달성하려는 목적간에 존재하여야 할 법익간의 적정한 관계도 확보되어 있지 않아 비례의 원칙에도 반하고 그 목적이나 내용에 있어 정당성이 있다고 할 수 없다.

(나) 다음으로 당선자의 민주적 정당성의 제고라는 기탁금의 목적에 관하여 본다.

다수의견은 기탁금의 목적으로 당선자의 민주적 정당성의 제고, 선거의 신뢰성 및 정치적 안정의 확보를 들고 있다. 그러나 다수의견에 따르더라도 당선자의 민주적 정당성의 약화, 선거의 신뢰성 저하, 정치적 안정성의 감소 등의 위험성은 후보자난립의 결과라는 것이니, 이를 후보자의 난립방지와 구분되는 기탁금의 독자적인 목적이라고 보기는 어렵다. 위에서 본 바와 같이 기탁금제도가 후보자의 난립방지라는 목적달성에 적합하지 못하므로, 기탁금제도는 당선자의 민주적 정당성의 제고 등의 목적달성을 위한 적합한 수단이라고도 할 수 없다. 당선자의 득표율이 상대적으로 낮아 발생할 수 있는 위와 같은 각 위험성은 현행 대통령선거제도가 결선투표제를 채택하지 않은 데 기인하는 것이며, 이 결함을 기탁금과 같은 수단을 통하여 제거할 수 있는 것은 아니라고 할 것이다.

(다) 끝으로 선거비용의 예납이라는 기탁금의 목적에 관하여 본다.

다수의견은 대통령선거에 있어서의 기탁금의 한 목적으로 선거비용의 예납을 들고 있는 바, 대선법의 기탁금제도가 이 같은 목적을 가지고 있는지를 살펴본다.

우리나라 헌법은 제116조 제1항에서 “선거운동은 각급 선거관리위원회의 관리하에 법률이 정하는 범위 안에서 하되, 균등한 기회가 보장되어야 한다.”고 규정하여 선고공영제를 선언하고 있으며, 같은 조 제2항에서는 “선거에 관한 경비는 법률이 정하는 경우를 제외하고는 정당 또는 후보자에게 부담시킬 수 없다.”고 규정하고 있다. 이러한 선거에 관한 헌

법규정들을 종합하여 보면, 후보자들 사이에서 선거운동에 필요한 인적·물적 비용의 부담 능력에 차이가 있고, 따라서 그 경제적 능력의 차이가 선거운동, 궁극적으로는 선거결과에 지대한 영향을 미칠 수 있다는 전제하에 이러한 불공정한 결과를 방지하기 위하여, 그리고 국가나 지방자치단체의 공직선거는 그 공직자를 선정하는 공적 절차이므로 국가 또는 그 지방자치단체가 그 비용을 부담하는 것이 사리에 합당한 까닭에 선거운동의 공영제를 채택함과 동시에 선거비용을 국고 또는 지방자치단체가 부담하는 원칙을 채택하고 있다. 따라서 대통령선거에 있어서도 선거비용은 국가가 부담하고 후보자에게 부담시킬 수 없는 것이 원칙이지만, 국가재정상 불가피한 경우에는 과다하지 않은 범위에서 법률에 의하여 선거비용의 일부를 후보자에게 부담시킬 수 있다고는 할 수 있다.

그러나 대통령이라는 국가원수를 선출하는 선거는 국가의 대사이므로 그 비용은 그 국가가 전담하여야 할 것이고 국가는, 이미 위에서 살펴본 바와 같이 정치자금에관한법률에 의거하여 막대한 국고보조금을 각 정당에 지급할 수 있는 등 오늘날의 막대한 예산규모에 비추어 볼 때, 현실적으로 대통령선거비용을 부담할 만한 재정적 능력도 있다 할 것이므로 그 공용선거비용의 일부라도 후보자나 정당에게 부담시킬 이유가 없다. 대선법도 이러한 관점에서 공영선거비용을 국고에서 부담하면서, 정당이나 후보자에게 그 일부도 부담시키고 있지 않다. 대선법 제26조 제7항에 의거하여 득표율의 낙선자의 기탁금은 물론 당선자의 기탁금에서 공제할 수 있는 비용은 그 후보자가 신청하여 교부받았으므로 그 후보자가 수익자부담의 원칙에 의하여 부담하여야 하는 선거인명부 및 부재자신고인명부의 사본작성비용과 해당 후보자가 개인적으로 책임져야 할 불법시설물 등에 대한 대집행비용뿐이다. 그 밖에는 아래에서 살펴보는 바와 같이 득표율에 따라 차등을 두어 저율의 득표자가 낸 기탁금에서 국고부담연설킨비용을 공제하지만 이는 지방의회의원선거법 제37조의 규정과 같이 모든 후보자에게 다같이 기탁금에서 공제하는 것이 아니어서 선거비용을 예납시킨 것이라고 할 수 없고, 오로지 제재를 위한 것이라고 할 것이다. 그렇다면 결국 대선법상의 기탁금제도는 선거법상 모든 후보자가 부담하여야 할 선거비용을 예납한다는 의미나 목적을 갖고 있지 않다.

(라) 그 결과 대선법이 기탁금을 후보등록요건으로 한 것은 후보의 난립방지에만 그 목적이 있다고 할 것인데, 이 목적의 달성에 기탁금이라는 수단은 적합하지도 않고, 또한 기본권 제한에 있어서의 최소침해요건도 충족시키지 못하면서, 기탁금을 기탁할 수 있는 경제적 여유가 있는 국민과 그렇지 아니한 국민을 단지 경제적인 능력의 차이만으로 다르게 취급하여 경제력이 약한 자들의 입후보의 자유를 제약하고 이들 및 이들에게 투표하려는 유권자들로부터 대의제 민주국가에 있어서 가장 중요한 기본권인 참정권을 사실상 박탈하는 규정이라고 할 수 있다. 따라서 대선법상의 기탁금규정은 헌법적으로 정당화되는 입법제량의 한계를 벗어나 위헌적인 규정이라고 할 것이다.

나. 끝으로 기탁금의 국고귀속규정의 위헌성에 관하여 본다.

(1) 대선법 제26조 제7항 제2호 및 제3호에 의하면 당선자나 득표율이 7% 이상인자는 전혀 여타의 비용을 부담하지 않는 반면에 7% 미만인 후보자들은 다시 그 득표비율에 따라 7% 미만 5% 이상 득표한 경우에는 국고에서 부담하는 후보자 및 연설회의 연설회비용을 공제하여 방송사에 납부한 후 그 잔액을 환급받고, 5% 미만의 득표를 한 후보자의 기탁금은 국고부담연설회비용을 공제하여 방송사에 납부하고 그 잔액은 국고에 귀속시키도록 하고 있다. 게다가 국고부담연설회비용액이 기탁금액을 초과하는 경우에는 이를 추징하도록 되어 있다(제26조 제8항). 그리하여 대선법 제26조 제7항 및 제8항은 저율의 득표자들을 득표율에 따라 단계별로 차별하여 고율의 득표자들에 비하여 엄청난 차별의 불이익을 입혀 제재하는 규정이다. 여기에서 이러한 저율의 득표를 한 후보자들의 평등권이 침해되는지의 여부 및 그의 기탁금액에 대한 재산권이 침해되는지 여부의 문제가 제기된다.

(2) 다수의견은 후보자의 난립방지의 목적을 실효성 있게 달성하기 위하여 득표율이 낮은 자들의 기탁금을 국고에 귀속시키는 사후제재가 필요하다는 것이다.

그러나 입후보자의 난립은 위에서 지적한 바와 같이 기탁금을 통하여 해결될 수 있는 문제가 아니므로, 저율의 득표를 한 후보자들의 기탁금의 국고귀속 등의 제재의 위하를 통해서도 해결될 수 있는 문제도 아니다. 또한 다수의견은 득표율이 낮은 자들을 제재할 수 있는 또 다른 근거로 이러한 후보자들이 불성실하다고 전제하고 있다고 해석되지만, 입후보자의 불성실성 여하를 득표율에 의거하여 정할 수 있다는 전제부터가 타당성을 결여한 것이다. 득표율이 낮은 입후보자도 자신의 당선을 위하여 자신의 정치적 견해나 구상 등을 피력하면서 진력하여 선거운동을 하였으나 그의 주장에 유권자들이 찬동하지 않은 것일 뿐, 득표율이 낮다고 하여 그 후보자들이 일률적으로 성실성이 없다거나 진지성이 없다고 할 수는 없다.

예를 들면 위 유효득표총수의 1% 내지 7% 미만의 득표도 후보자들의 총유효득표수가 1992.12.18.에 실시된 대통령선거에서와 같이 23,775,409표인 경우, 237,754표에서 1,902,032표에 달하는데, 이 정도의 득표가 결코 제재를 받아야 할 만큼 적다고 할 수도 없다. 더구나 입후보자의 제재에 관한 법정 기준득표율은 정당에 대한 국고보조금의 배분기준을 정하고 있는 정치자금에관한법률 제18조에 비추어 볼 때도 지나치게 높다고 밖에 할 수 없다. 동 보조금은 동법 동조 제1항에 의하면 독자적으로 교섭단체를 구성한 정당들에게 100분의 40을 정당별로 균등하게 분할하여 배분·지급하도록 되어 있고, 제2항에서는 동일정당의 소속의원으로 교섭단체를 구성하지 못한 정당으로 국회의석 5석 이상의 의석을 얻은 정당에 대하여는 100분의 5씩을 배분·지급하며, 의석을 얻지 못하였다거나 5석 미만의 의석을 얻은 정당들도 다음과 같은 기준에 해당하는 경우에는 100분의 2씩을 배분·지급한다고 규정하고 있다. 즉 최근에 실시된 국회의원총선거에 참여한 정당의 경우에는 그

국회의원총선거에서 유효득표총수의 100분의 2 이상을 득표한 정당도, 최근에 실시된 국회의원총선거에 참여한 정당 중 제1호에 해당하지 아니하는 정당으로서 의석을 얻은 정당의 경우에는 최근에 전국적으로 실시된 정당의 후보추천이 허용되는 지방의회의원 또는 지방자치단체의 장의 선거에서 유효득표총수의 100분의 0.5 이상 득표한 정당도, 그리고 최근에 실시된 국회의원총선거에 참여하지 아니한 정당의 경우에는 최근에 전국적으로 실시된 정당의 후보추천이 허용되는 지방의회의원 또는 지방자치단체의 장의 선거에서 유효득표총수의 100분의 2 이상 득표한 정당도 모두 국고보조금을 지급받는다. 또한 동조 제3항에서는 제1항 및 제2항의 규정에 의한 배분·지급액을 제외한 잔여분 중 100분의 50은 지급 당시 국회의석을 가진 정당에 그 의석의 비율에 따라 배분·지급하고, 그 잔여분은 최근에 실시된 국회의원총선거에서 득표한 정당의 득표수비율에 따라 배분·지급한다고 규정하고 있다. 정치자금에관한법률이 이처럼 저율의 득표를 한 정당에게도 국고보조금을 지급하도록 규정하고 있는 것은, 정당이 각종 공직선거에서 후보자를 추천 또는 지지하고 국민이 정치적 의사를 형성한 것에 대한 보상의 성격도 갖고 있다 할 것인데, 대통령선거에 있어서의 입후보자 역시 그러한 기능을 수행하고 있음에도 불구하고, 대선법이 심지어는 1%~7% 정도의 득표자에게도 제재를 가하도록 하고 있는 것은 형평에 반하며, 법체계적인 관점에서도 불합리하다고 할 수밖에 없다.

뿐만 아니라 이들을 불성실한 후보자라 하여 금전적 제재를 가한다면, 민주주의원리의 중요한 내용의 하나인 소수의견의 존중 등 소수자보호의 원칙에도 반한다고 할 것이다. 그리고 위 제재규정은, 다수와 소수의 교체가능성을 전제로 하고 또 그 장점으로 하고 있는 민주주의체제하에서 득표율이 낮은 후보자는 비록 당해 선거에서 자신의 정견으로 유권자들의 고율의 지지를 획득하는 데 실패하였다 하더라도, 정치적 상황의 변화에 따라서는 장차의 선거에서 그 정견이나 그 후보자를 지지하는 유권자가 다수가 될 가능성을 배제할 수 없다는 점을 간과한 것이다. 그리고 저율의 득표를 한 후보자들을 지지한 유권자들의 정치적 의사도 존중하여야 하고 그 비율이 낮다고 하여 그 정치적 의사를 일률적으로 박대할 수 없을 것인데도, 기탁금 국고귀속의 제도를 통하여 득표율이 낮은 후보자를 제재하는 것은 궁극적으로는 이들의 정치적 구상과 의사를 일률적으로 박대하고 그 후보를 지지한 유권자들의 투표가치를 사후에 부인 내지 폄하하는 것으로 평등·보통선거원칙을 내용으로 하는 대통령선거제도의 본질에 반할 뿐만 아니라, 나아가 민주주의의 기본원리에도 저촉되는 것이다.

따라서 법정기준미달의 득표를 한 후보자를 제재하는 의미에서 고율의 득표를 한 후보자와 차등을 두어 전자의 기탁금만을 국고부담연설비용에 충당하거나 국고에 귀속시키는 이 사건규정들은 헌법적으로 정당하지 않은 목적을 추구하고 합리성도 없는 규정으로 저율의 득표를 한 자의 평등권을 침해하며, 그러한 제재로 그 후보자가 받는 재산권의 제한도 기탁금이 3억원이라는 세계에 유례가 없는 고액인 점에 비추어 볼 때 과도하다고 할

수밖에 없어 기본권 제한에 있어서의 과잉금지의 원칙에 반하는 위헌적인 규정이라 할 것이다. 또한 7% 이상 득표자와 그렇지 못한 자 사이, 그리고 5%이상 득표자와 그렇지 못한자 사이에 위에서 본 바와 같은 심한 차별대우도 그것이 정당화될 만큼 중대한 법익 실현을 위해 필요한 것도 아니며 또 합리적 근거도 없어 평등원칙에 저촉된다고 할 것이다.

또한 후보 등록 후에 중도사퇴한 후보자나 등록이 무효가 된 자들의 기탁금을 국고에 귀속시키는 것도 그 후보자들을 일률적으로 진지하지 못했다거나 성실성이 없었다고 일률적으로 평가할 수 없을 뿐만 아니라, 상징적 내지 적정한 액수가 아닌 무려 3억원이나 되는 기탁금을 국고에 귀속시키는 것은 달성하고자 하는 목적에 비하여 입후보자에게 미치는 불이익이 지나쳐서 기본권 제한에 있어서의 비례의 원칙도 충족시키지 못한다고 할 것이다.

다. 결론

그러므로 이 사건 심판대상규정인 대선법 제26조 제1항, 제7항, 제8항은 후보자의 난립방지의 목적을 기탁금이라는 부적합한 수단을 통하여 또한 득표율이 낮은 후보자들에 대한 사후적 제재라는 정당하지 못한 목적을 추구하면서, 청구인의 헌법 제25조에 보장된 청구인의 대통령선거에 있어서의 공무담임권(피선거권) 및 제23조에 보장된 재산권을, 그리고 제11조 제1항에 보장된 평등권 및 제87조 제1항에 보장된 대통령선거에 있어서의 보통·평등선거의 원칙에 반하여 위헌으로 생각된다.

6. 재판관 조승형의 반대의견

나는 기탁금제도의 적헌성을 전제로 하여 기탁금의 다과에 따라 이 제도의 위헌성 여부를 가리어 이 사건 기탁금관련 법조항들이 헌법에 위반되지 아니한다는 이유로 이 사건 심판청구를 기각하여야 한다는 다수의견에 대하여, 기탁금제도 자체가 국민주권 등의 헌법정신에 반하고 보통·평등선거의 본질에 반하며 헌법 제37조 제2항에 따른 기본권 제한에 있어서 선거질서유지 목적·필요성과 기본권 제한의 정도를 비교할 때에 지켜야 할 비례의 원칙·과잉금지의 원칙에 반하고 국민의 공무담임권(피선거권)·평등권·투표를 통하여 참정권을 행사하는 주인인 국민의 선거권의 본질적 내용을 침해하는 제도로서, 이 제도가 헌법에 위반된다는 이유로 다음과 같이 반대한다.

가. 먼저 기탁금제도의 연혁에 관하여 살펴본다.

이 제도는 본래 형식적인 국민주권론·국민대표자론이 팽배하였던 서구 민주주의의 발달 초기에 차등선거가 시행되면서 그 방편의 하나로 시행되었던 제도이었으나, 위 형식적인

국민주권론 등에서 민의를 실질적으로 반영하고 국민을 주인으로 대접하는 실질적인 국민주권론 등으로 확립되고 보통·평등·직접·비밀·자유선거제도로 발전하면서 폐지되거나 본래의 역기능을 잃고 그 형해만이 남아 있는 제도에 불과하다. 또한 정치적 후진국에서는 선거가 정치세력이 이용하는 부수적인 수단으로 전락하면서 이 기탁금제도가 집권자에게 유리한 방향의 차등선거의 한 방편으로 이용되어 왔으며, 우리의 헌정사와 각종 선거의 기탁금제도의 각 연혁을 보더라도 우리의 기탁금제도가 위와 같은 정치적 후진국의 틀에서 벗어나지 못하여 왔음을 인정할 수 있다.

우리의 기탁금제도의 연혁을 구체적으로 살펴보면, 이승만 초대대통령이 3·15 부정선거를 시행하기 전에 장기집권방책의 일환으로 헌법을 개정하여 대통령 3선의 길을 트고 국회에 양원제(민의원, 참의원)를 두어 민의원, 참의원선거법(법률 제470호, 제471호)을 제정하였던 1958.1.25. 이 기탁금제도가 처음으로 도입되었다. 그 후 4·19 혁명으로 제2공화국이 출범하면서는 민주화 추진으로 1960.6.23. 위 양원제를 폐지하고 국회의원선거법(법률 제551호)을 신규제정할 때에 이 제도를 폐지하였으며, 5·16 군사쿠데타가 일어난 후 민정이양이 될 무렵인 1963.1.16. 동 선거법을 법률 제1256호로 폐지·신규제정하면서도 위 제도를 채택한 바 없었다. 그런데 박정희 전 대통령은 영구집권을 꾀하면서 이른바 3선개헌을 단행하고 3선대통령이 된 후, 1972.10.17. 대통령특별선언 이른바 유신체제를 선포하였고 이어 1972.12.6. 대통령직선제도의 대통령선거법을 폐지(법률 제2353호 통일주체국민회의법 부칙 제4항)하여 대통령을 통일주체국민회의의 간접선거에 의하여 선출하게 하였으며, 1972.12.27. 제3공화국 헌법을 폐지하여 제4공화국 헌법을 신규제정하였고, 1972.12.30. 국회의원선거법을 폐지·신규제정(법률 제2404호)하여 위 기탁금제도를 다시 부활시킴으로써, 우리의 헌정사는 본격적인 권위주의 시대로 접어들기 시작하였다. 이 후 이른바 12·12 군사쿠데타의 성공으로 집권하였던 전두환 전 대통령은, 1980.10.27. 제5공화국 헌법을 신규제정하였고, 1980.12.31. 통일주체국민회의의 간접선거나 다름이 없는 대통령선거인제도를 도입한 대통령선거법(법률 제3331호)을 신규제정하였으며, 그에 따라 그가 대통령으로 당선됨으로써 권위주의와 그에 대한 국민의 저항은 극에 달하였고, 1987.6.29. 국민의 6·10항쟁에 굴복한 이른바 6·29선언을 하기에 이르렀으며, 1987.11.7. 대통령선거법을 개정하여 대통령직선제도를 부활시키기에 이르렀다. 이 때에 위 기탁금제도가 대통령선거에 있어서도 도입되었으며, 제6공화국 정부가 출범한 후 지방자치선거에 있어서도 1990.12.31. 지방의회의원선거법이 법률 제4311호로, 지방자치단체의장선거법이 법률 제4312호로 제정되면서 위 제도가 도입되었고, 변화와 개혁·세계화를 부르짖는 김영삼 현 대통령의 문민정권 하에서도 40여 년의 기나긴 어두웠던 권위주의 시대를 망각한채 1994.3.16. 이른바 종합선거법인 공직선거및선거부정방지법이 신규제정(법률 제4739호)되면서도 위 제도를 계속 존치하고 있는 실정이다. 위에서 본 연혁을 분석하여 보면, 위 기탁금제도는 집권자의 영구집권욕이 발현된 시점에 도입되었거나 다시 부활 또는 강화되었으며, 제2공화국의 민주화추진시대나 집권자의 영구집권욕이 아직 발현되지 아니한 기간에는 폐지되었던 사실을

알 수 있다.

나. 우리의 현행 헌법은 실질적 국민주권·국민대표론을 확립하고 있으므로 국민주권의 핵심 참정권의 본질적 내용은 어떠한 이유로도 차별됨이 없는 실질적 주권행사의 보장이다.

헌법은 전문에서 “……자유민주적 기본질서를……확고히 하여 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고……”라 선언하고 있으며 제1조 제1항에서 대한민국은 민주공화국이다, 제2항에서 대한민국의 주권은 국민에게 있고 모든 권력은 국민으로부터 나온다고 규정하여 자유민주주의와 국민주권론·국민대표자론을 확인하고 있다. 헌법이 확인하고 있는 국민주권론 등은 서구민주주의의 발달초기에 팽배하였던 형식적 국민주권론 등이 아니라 현대 서구민주주의국가와 정치적 선진국들이 채택하고 있는 실질적 국민주권론 등이며 국민의 참정권 즉 선거권(제24조)과 피선거권(제25조 공무담임권)이 “모든 국민”에게 있고 국민은 누구나 평등하게 직접,누구의 간섭도 받지 아니하고 자유로이, 국민의 대표인 국회의원·대통령·지방의회의원·지방자치단체의 장을 선출할 수 있도록 보통·평등·직접·비밀·자유선거제도를 채택·확립하고 국가 중요정책이나 헌법개정에 국민이 직접 참여할 수 있도록 국민투표제도를 확립(제41조, 제67조, 제118조 제2항, 제72조, 제130조)하고 있다. 따라서 우리 국민은 모두가 실질적인 국가주인으로서 평등하게 위 참정권을 행사할 수 있어야 하고, 각종 선거에 있어서 국민은 누구나 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에서 차별 없이 입후보할 수 있어야 하며, 누구나 그가 선호하는 후보자가 입후보되어 그에게 투표할 수 있는 기회를 보장받는 것이 곧 국민이 갖는 위 참정권의 본질적인 내용이라고 보아야 할 것이다. 만약 그러하지 아니하다면 국민주권은 형식적인 것으로 전락할 수밖에 없고 그 형해만이 있을 뿐이기 때문이다.

그런데 앞서 본 대통령 등 공직선거에 있어서 일정한 금액을 기탁하여야만 해당 공직의 후보자로 등록되는 효력이 있는 기탁금제도가 설치되었다면, 이는 “돈이 있는 자”와 “없는 자”를 차별하여 “있는 자”만이 후보등록을 할 수 있게 하고 “없는 자”로부터는 국정이나 지방행정에 참여할 기회를 박탈하는 것이 되며, 보통·평등·직접·비밀·자유선거제도에 반하는 차등선거제도로써, 헌법이 확립하고 있는 실질적 국민주권론·국민대표자론 등의 헌법정신에 정면으로 반하며 차별됨이 없이 실질적으로 보장되어야 할 위 참정권·평등권의 본질적인 내용을 침해하는 제도라고 아니할 수 없다.

다. 다수의견은 이와 같은 기본권 침해의 점에 관하여 이의를 하지 아니하면서도 선거질서유지 즉 입후보단립방지와 선거과열·혼탁의 방지라는 목적 때문에 필요에 따라 위 기본권을 제한하는 것이며 선거질서유지라는 법익과 위 기본권침해 사이에 비례의 원칙이나 과잉금지원칙에 반하는 바가 없으므로 헌법 제37조 제2항 소정의 적헌의 기본권 제한이라고 주장한, 이는 다음과 같은 점에서 부당하다.

첫째, 선거질서유지란 절차적인 문제에 관한 법익인 반면에 위 기본권의 보호란 실체적인

문제에 관한 법익으로서, 절차적인 법익이 실체적인 법익에 우선할 수 없음은 재언을 요하지 아니한다. 따라서 위 기탁금제도는 위 목적과 기본권 제한의 정도와의 사이에 비례의 원칙이나 과잉금지원칙이 준수되지 아니한 기본권의 제한임이 명백하다.

둘째, 선거질서유지를 위하여는 기탁금제도 이외에도 얼마든지 이에 대처할 만한 방법이 있기 때문에, 위 목적을 위하여 위 기탁금제도가 반드시 필요한 최소한의 유일제도라고는 볼 수 없어 헌법 제37조 제2항 규정 중 “……필요한 경우에 한하여……”라는 기본권 제한의 요건을 구비하지 못한 제한이라 할 것이다. 위 기본권을 제한하지 아니하면서도 위 질서유지 목적을 달성할 수 있는 방법으로서의 다음 몇가지를 상정할 수 있다. 즉, 먼저 선거비용을 예납하게 하면서도 예납하지 못한 후보자의 등록의 효력을 인정하여 주고 선거기간 중이나 선거 후에 이를 강제징수하는 방법이고, 다음 후보자가 일정비율의 최소한의 득표를 하지 못할 때에는 선거질서교란죄로 재산형을 과하거나 일정기간의 강제봉사를 명할 수 있도록 입법을 함으로써 후보난립에 대한 경고와 일반 예방의 실효를 꾀하는 방법이며, 끝으로 후보등록시에 필요로 하는 유권자의 추천인수를 현행보다 훨씬 확대하여 후보난립을 방지하는 방법 등이고, 위 세가지 방법을 모두 채택하는 방법도 상정할 수 있다. 따라서 이 사건 기탁금제도가 위 목적을 위하여 필요하고도 최소한의 유일한 방법이라고는 보여지지 아니한다.

셋째, 가사 기탁금제도가 비례의 원칙·과잉금지의 원칙 등에 반하지 아니한다고 가정하더라도 앞에서 본 바와 같이 국민의 참정권의 본질적 내용을 해하는 것이므로 위 제도는 헌법 제37조 제2항 단서규정에 반한다. 즉, 위 참정권은 실질적 국민주권과 국민대표자론을 확립하고 있는 우리 헌법하에서는 어떠한 경우에도 국민이 직접 평등하게 선거권을 자유로이 행사하고 피선거권을 적어도 차별 없이 보장받는 것이 그 본질적인 내용이므로, 이 사건 기탁금제도하에서 국민 각자가 선호하는 후보예상자를 기탁금을 기탁하지 아니하였다는 이유만으로 선택 투표할 기회를 박탈하고 그 후보예상자가 “없다”는 이유하나 때문에 입후보를 하지 못하게 하는 것은 참정권의 본질적인 내용을 침해하는 기본권의 제한이라고 보지 않을 수 없다. 따라서 다수의견은 어느모로 보나 부당하다.

라. 헌법 제116조 제2항의 선거경비부담 규정은 입후보의 등록효력을 배제하는 기탁금제도를 인정하는 취지가 아니라 배제하는 취지의 규정이므로 이 사건 기탁금제도는 이 점에서 헌법위반이다.

다수의견은 헌법 제116조 제2항 규정에 따라 법률이 정하면 선거에 관한 비용을 후보자에게 부담시킬 수 있으므로 이 사건 기탁금제도는 헌법상의 근거규정에 의하여 인정되는 적헌의 제도라고 주장하나, 이는 후보등록의 효력인정과 무관한 선거비용과 기탁금을 기탁하지 아니하면 후보등록의 효력을 전혀 인정하고 있지 아니하는 기탁금제도를 혼동한 것이다. 뿐만 아니라 헌법 제116조 제2항은 “선거에 관한 경비는 법률이 정하는 경우를 제외하고는 정당 또는 후보자에게 부담시킬 수 없다”고 규정하여 선거공영을 예정하여 선

거경비는 원칙적으로 정당 또는 후보자에게 부담시킬 수 없지만 예외적으로 법률이 정하는 바에 따라 국가가 일률적으로 부담하기 어려운 경우나 부득이한 경우에 일부 선거비용을 후보자 등에게 부담시킬 수 있음을 규정한 것에 불과하고, 국민의 선거권이나 피선거권을 제한하는 이 사건 기탁금제도를 인정하거나 예상하고 규정한 취지가 아님은 명백한 것이다. 따라서 이 헌법규정은 소극적으로 기탁금제도의 도입을 금지하는 규정이라고 봄이 마땅하며, 결코 이 사건 기탁금제도의 헌법상 근거규정이라고는 볼 수 없다.

마. 또한 구시대의 잔재 청산이라는 측면에서도 적극적으로 해석하여 이 제도를 위헌이라고 선언함이 이 시대의 상황논리에도 부합한다.

앞서 우리의 헌정사와 기탁금제도의 연혁에서 본 바와 같이 권위주의 40여 년 간에 걸쳐 장기집권 또는 영구집권의 한 방편으로 독재권력이 악용하여 왔음이 분명한 이 제도를 이른바 문민정권이 출범한 이 시대에 이르러서까지 위헌시비를 무릅써 가면서 이를 존치하여야 할 아무런 타당성을 찾기 어렵다. 국민은 이 시대야말로 구 시대의 잔재를 일소해야 할 것으로 믿고 있으며 이를 간절하게 요망하고 있다. 특히 현정권은 변화와 개혁의 기치를 들고 출범하였으며 지방화를 외치면서 지금까지 미루어 왔던 지방자치단체의 장 선거도 모처럼 실시하려 하고 있을 뿐 아니라, 국민의 참여의식이 그 어느 시대에 있어서 보다도 고양되고 있으며 풀뿌리 민주주의의 실현에 크게 고무되어 선거를 최대의 국민축제로 인식하는 등 국민의식이 크게 변하고 있는바, 위와 같이 급변하는 국민의식과 요망을 결코 외면할 수는 없다 할 것이다. 따라서 불행한 헌정사를 경험하여 왔던 주인인 국민의 편에 서서 국민이 제정한 헌법을 적극적으로 해석함이 마땅하며, 이 사건 심판대상에 대하여도 그 점에서 다를 바가 없다 할 것이다.

바. 그렇다면 이 사건 기탁금제도는 어느모로 보나 우리 헌법재판소의 심판에 의하여 청산되어야 할 구시대의 유물이며 잔재이고 위헌제도임이 명백하므로 이 사건 심판대상 법조항은 청구인의 공무담임권의 본질적 내용을 해함으로써 헌법 제37조 제2항 단서규정에 위반된다는 취지로 위헌선언을 함이 마땅하다고 생각하며, 적헌이라는 이유로 이 사건 헌법소원심판청구를 기각해야 한다는 다수의견을 부당하다.

재판관 김용준(재판장) 김진우 김문희 황도연 이재화 조승형 정경식 고중석 신창언(주심)

15

국회의원선거의 기탁금 1,500만원과 그 반환기준을 정한 공직선거법 제56조·제57조의 공무담임권 등 침해 여부

- 공직선거및선거부정방지법 제56조 제1항 제2호 등 위헌확인(동법 제57조 제1항 제2호 및 동조 제2항), 2003. 8. 21. 2001헌마687·691 병합 ■

【판시사항】

1. 지역구국회의원선거의 입후보요건으로서 기탁금과 그 반환의 기준을 정할 입법형성권의 범위와 그 한계
2. 지역구국회의원선거의 기탁금을 1,500만원으로 정한 것이 청구인들의 공무담임권 등을 침해하는지 여부(소극)
3. 지역구국회의원선거의 기탁금반환기준을 유효투표총수의 100분의 15 이상으로 정한 것이 청구인들의 공무담임권 등을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 지역구국회의원선거의 입후보 요건으로 후보자가 납부하여야 할 기탁금을 어느 정도로 할 것인지, 그리고 그 반환에 필요한 득표수를 어떻게 정할 것인가의 문제, 즉, 기탁금의 액수와 그 반환의 요건을 정하는 문제는 우리의 선거문화와 풍토, 정치문화와 풍토, 국민경제적 여건, 그리고 국민의 법감정 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 정책적으로 결정할 사항이다. 그러나 기탁금을 납부하지 아니하면, 국회의원선거에 출마할 수 없게 된다는 점에서 선거에 자유로이 입후보할 자유가 제한되며, 기탁금이 과다하여 당선가능성이 있음에도 입후보하지 못한다면, 경제적 능력이 부족한 자의 참정권, 공무담임권, 평등권 등이 침해될 수도 있으므로, 기탁금액은 기탁금제도에 의하여 달성하려는 공익목적과 그로 인한 기본권제한 사이에 균형과 조화를 이루도록 적정하게 책정되어야 하는 헌법적 한계가 있다.
2. 선거를 통하여 국가정책을 결정할 정치세력들간의 세력구도를 결정하게 되는 국회의원선거에 있어서는 당선자로 하여금 그 권한에 상응하는 민주적 정당성을 확보하게 하고, 이로써 정국의 안정을 가져오는 것이 무엇보다도 중요하다고 할 것이므로 선거의

신뢰성을 확보하고, 유권자가 주권자로서 진지하게 그 자신을 대표할 국회의원을 선택할 수 있도록 입후보자의 수를 적정한 범위로 제한하는 것이 반드시 필요하다. 그런데 이를 위하여 유권자의 추천을 요구한다거나 절대다수대표제 또는 결선투표제를 도입하는 것을 생각할 수 있는데, 유권자의 추천을 받는 과정에서 사실상 사전선거운동이 행해져 선거가 과열 또는 혼탁하게 될 위험성이 클 뿐 아니라, 진지하지 못한 추천이 남발될 위험이 있고, 결선투표제나 절대다수투표제도 결국 선거의 반복으로 이어져 국민의 경제적 부담을 가중시키게 되므로 쉽게 채택할 것이 못된다.

따라서 대의민주주의에서 선거의 기능과 기탁금제도의 목적 및 성격, 그리고 우리의 정치문화와 선거풍토에 있어서 현실적인 필요성 등을 감안할 때, 입후보요건으로 후보자에게 기탁금의 납부를 요구하는 것은 필요불가결하다.

한편, 기탁금의 변동에 따른 역대 국회의원선거입후보자수의 변동추이를 살펴보면, 1,000만원에서 2,000만원 정도의 비교적 높은 기탁금수준에서 후보자의 수가 4명 내지 5명 정도로 고정되는 경향을 보이고 있어 1,500만원의 기탁금은 기탁금제도의 목적과 취지를 실현하는 데 적절하고도 실효적인 범위 내의 금액으로 보이고, 우리나라의 산업별 상용종업원의 월평균임금에 비추어 볼 때도 1,500만원의 기탁금은 다른 재산이 전혀 없는 통상적인 평균임금을 수령하는 도시근로자가 그 임금을 6개월 정도, 금융·보험업에 종사하는 근로자의 경우에는 3개월 정도 저축하면 마련할 수 있는 정도의 금액에 해당하는 것으로 나타나고 있어 과다한 금액의 설정이라고 단정하기도 어렵다.

3. 기탁금제도가 실효성을 유지하기 위해서는 일정한 반환기준에 미달하는 경우 기탁금을 국고에 귀속시키는 것이 반드시 필요하지만, 진지하게 입후보를 고려하는 자가 입후보를 포기할 정도로 반환기준이 높아서는 안될 헌법적 한계가 있다.

그러므로 보건대, 기탁금제도의 대안으로서 유권자추천제도를 실시할 경우에 후보자나립을 방지할 정도에 이르는 유권자의 추천수, 역대 선거에서의 기탁금반환비율의 추이, 기탁금반환제도와 국고귀속제도의 입법취지 등을 감안하면, 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수 또는 유효투표총수의 100분의 15 이상으로 정한 기탁금반환기준은 입법자의 기술적이고 정책적 판단에 근거한 것으로서 현저히 불합리하거나 자의적인 기준이라고 할 수 없다.

【심판대상조문】

공직선거및선거부정방지법(2001. 10. 8. 법률 제6518호로 개정되고, 2002. 3. 7. 법률 제6663호로 개정되기 전의 것) 제56조(기탁금) ① 후보자등록을 신청하는 자는 등록신청시에 후보자 1인마다 다음 각호의 기탁금을 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 따라

관할선거구선거관리위원회에 납부하여야 한다.

1. 생략

2. 국회의원선거는 1천500만원

3.~6. 생략

②, ③ 생략

공직선거및선거부정방지법(2001. 10. 8. 법률 제6518호로 개정되고, 2002. 3. 7. 법률 제6663호로 개정되기 전의 것) 제57조(기탁금의 반환등) ① 정당 또는 후보자가 다음 각호에 해당하는 때 또는 후보자(비례대표국회의원후보자와 비례대표시·도의원후보자를 제외한다)가 당선되거나 사망한 때에는 기탁금 중에서 제56조(기탁금) 제3항의 규정에 의하여 기탁금에서 부담하는 비용을 뺀 나머지 금액은 선거일후 30일 이내에 기탁자에게 반환한다.

1. 생략

2. 지역구국회의원선거

후보자의 득표수가 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수 이상이거나 유효투표총수의 100분의 15 이상인 때

3. 생략

② 생략

③, ④ 삭제

⑤ 생략

【참조조문】

헌법 제11조, 제25조

【참조판례】

1. 헌재 1995. 5. 25. 92헌마269등, 판례집 7-1, 768

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

【당 사 자】**청 구 인**

1. 김○이 외 2인 (2001헌마687)

대리인 변호사 강○대

2. 민주노동당 외 2인 (2001헌마691)

대리인 법무법인 창조,

법무법인 해마루 종합법률사무소

【주 문】

청구인들의 심판청구 중 청구인 원용수의 심판청구부분을 각하하고, 나머지 청구인들의 심판청구를 모두 기각한다.

【이 유】**1. 사건의 개요와 심판의 대상****가. 사건의 개요**

(1) 2001헌마687사건의 청구인 김숙이, 김향미는 2001. 10. 25. 실시될 예정인 동대문(을) 선거구와 구로(을)선거구의 국회의원재선거에 각 사회당후보로 내정된 자로 후보자등록기간에 관할선거구선거관리위원회에 후보자등록을 할 예정이고, 청구인 원용수는 위 사회당의 대표자로서 위 국회의원재선거에 소속당원들을 입후보시킬 예정이다.

(2) 2001헌마691사건의 청구인인 장화식, 정종권은 위 국회의원재선거에 후보자등록을 할 입후보예정자들이고, 청구인 민주노동당은 위 국회의원재선거에 소속당원들을 입후보시킬 예정인 정당이다.

(3) 청구인들은 지역구국회의원선거의 입후보기탁금과 그 반환기준을 정하고 있는 공직선거및선거부정방지법 제56조 제1항 제2호 등으로 인하여 자신들의 평등권과 공무담임권이 침해되었다고 주장하면서 2001. 10. 5.(2001헌마687사건)과 같은 달 8.(2001헌마691사건) 각 위 법률조항들의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인들은 공직선거및선거부정방지법 제56조 제1항 제2호(이하 ‘기탁금조항’이라 한다), 제57조 제1항 제2호(청구인들은 제57조 제1항 제1호를 심판의 대상으로 적시하고 있으나, 지역구국회의원선거의 기탁금반환기준은 위 제1호가 아니라, 같은 항 제2호에서 정하고 있으므로, 심판의 대상을 ‘제57조 제1항 제2호’로 변경한다. 이하 ‘기탁금반환조항’이라 한다), 같은 조 제2항 중 ‘지역구국회의원후보자의 득표수가 제1항 제1호의 득표수에 미달될 때에는 기탁금을 국가에 귀속하도록 한 부분’(이하 ‘국가귀속조항’이라 한다)의 위헌확인을 각 구하고 있다.

그러나 청구인들이 제출한 청구이유서의 기재에 의하면, 청구인들이 이 사건을 통하여 다 투고자 하는 바는 지역구국회의원선거의 기탁금 1,500만원과 그 반환기준인 ‘후보자의 득표수가 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수 이상이거나 유효투표총수의 100분의 15 이상’이 너무 높아 자신들의 공무담임권 등을 침해한다는 것이고, 따라서, 이 사건 심판의 대상은 기탁금을 1,500만원으로 정한 기탁금조항과 기탁금의 반환기준을 유효투표총수의 100분의 15 이상으로 정한 기탁금반환조항으로 한정함이 상당하다.

그러므로 이 사건 심판의 대상은 공직선거및선거부정방지법(2001. 10. 8. 법률 제6518호로 개정되고, 2002. 3. 7. 법률 제6663호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제56조 제1항 제2호 및 제57조 제1항 제2호가 헌법에 위반되는지의 여부이며, 위 심판대상조항 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

법 제56조(기탁금) ① 후보자등록을 신청하는 자는 등록신청시에 후보자 1인마다 다음 각호의 기탁금을 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 따라 관할선거구선거관리위원회에 납부하여야 한다.

1. 생략

2. 국회의원선거는 1천500만원

3. 내지 6. 생략

②와 ③ 생략

제57조(기탁금의 반환 등) ① 정당 또는 후보자가 다음 각호에 해당하는 때 또는 후보자(비례대표국회의원후보자와 비례대표시·도의원후보자를 제외한다)가 당선되거나 사망한 때에는 기탁금 중에서 제56조(기탁금) 제3항의 규정에 의하여 기탁금에서 부담하는 비용을 뺀 나머지금액은 선거일 후 30일 이내에 기탁자에게 반환한다.

1. 대통령선거, 지방의회의원선거 및 지방자치단체의 장선거

후보자의 득표수가 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수 이상이거나 유효투표총수의 100분의 20 이상인 때

2. 지역구국회의원선거

후보자의 득표수가 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수 이상이거나 유효투표총수의 100분의 15 이상인 때

3. 생략

② 비례대표국회의원후보자명부 또는 비례대표시·도의원후보자명부에 올라 있는 후보자 중 당선인이 없는 때 또는 후보자(비례대표국회의원후보자와 비례대표시·도의원후보자를 제외한다)가 사퇴·등록이 무효로 되거나 그 득표수가 제1항 제1호에 미달되는 때에는 선거일 후 30일 이내에 기탁금 중에서 제56조 제3항의 규정에 의하여 기탁금에서 부담하는 비용을 뺀 나머지금액은 국가 또는 당해 지방자치단체에 귀속한다.(이하 생략)

③ 내지 ⑤ 생략

{참고로, 국가귀속조항의 심판대상여부에 관한 문제와는 별론으로 기탁금조항, 기탁금반환조항, 국가귀속조항으로 이루어진 기탁금제도의 입법체계와 관련하여 다음과 같은 문제점이 있음을 지적해 둔다.

우리재판소는 2001. 7. 19. 2000헌마91 등 결정(판례집 13-2, 77, 참조)으로 ‘지역구국회의원선거의 기탁금을 2,000만원으로, 그 반환과 국가귀속의 기준을 100분의 20 이상으로’ 규정하고 있는 법(2001. 1. 26. 법률 제6388호로 개정된 것) 제56조 제1항 제2호, 제57조 제1항 제1호 중 ‘지역구국회의원선거에 관한 부분’, 같은 조 제2항 중 ‘지역구국회의원후보자의 득표수가 동조 제1항 제1호의 득표수에 미달되는 때에는 국가에 귀속하도록 한 부분’에 대하여 위헌결정을 선고하였다. 그리고 이에 따라 입법자는 이 사건 심판대상조항과 같이 지역구국회의원선거의 기탁금을 2,000만원에서 1,500만원으로, 기탁금반환기준을 100분의 20 이상에서 100분의 15 이상으로 낮추었다(제57조 제1항 제2호를 신설).

그러나 위와 같이 지역구국회의원선거의 기탁금조항과 기탁금반환조항을 개정하면서도 국가귀속조항을 ‘제1항 제2호’로 개정하지 않고 ‘제1항 제1호에 미달되는 때’로 그대로 둬으로써, 입법형식상 지역구국회의원선거의 경우 반환기준에 미달하는 기탁금의 국가귀속에 관한 법적 근거가 없게 되었다(위 제1항 제1호에 따라 100분의 20 이상이라는 득표율기준이 여전히 적용된다고 볼 여지도 없지 않으나, 이러한 해석은 우리재판소가 이미 위헌으로 확인한 100분의 20 이상이라는 득표율기준을 다시 득표율기준으로 삼은 것이어서 위헌결정의 효력과 관련하여 문제가 있다).

이러한 입법체계상의 문제점을 해결하기 위하여 입법자는 2002. 3. 7. 법률 제6663호로 법을 개정하여 지역구국회의원의 기탁금반환기준을 정한 기탁금반환조항을 삭제함과 동시에 다른 공직선거의 반환기준을 정한 같은 항 제1호에 이를 포함시켜 함께 정하고, 그 반환기준도 일률적으로 100분의 15 이상으로 낮추었다.}

2. 청구인들의 주장과 관계기관의 의견요지

가. 청구인들의 주장요지

(1) 기탁금조항은 헌법재판소의 위헌결정에 따라 폐지된 개정 전 기탁금조항의 기탁금 2,000만원을 1,500만원으로 단지 500만원만을 낮추었을 뿐인데, 1,500만원 역시 재력이 없는 서민층과 젊은 세대의 입장에서는 지나치게 과도한 것으로 불성실한 후보를 차단하는데 필요한 최소한의 금액이라고는 볼 수 없고, 피선거권을 위축시키지 않을 정도의 상징적인 금액이라고도 할 수 없다. 그러므로 기탁금조항은 청구인들의 평등권과 피선거권을 침해하고, 나아가 유권자들의 후보자선택권도 침해한다.

(2) 기탁금의 반환기준도 폐지된 개정 전 법의 반환기준인 유효투표총수의 100분의 20 이상을 100분의 15 이상으로 낮추었을 뿐인데, 이러한 기준 역시 피선거권의 행사를 위축시키지 않을 정도의 필요·최소한의 기준이라 볼 수 없고, 유효투표총수의 미미한 비율에 해당하는 수준이라고 할 수도 없다. 따라서, 기탁금반환조항은 민주주의의 전제인 다원주의와 소수자보호의 정신에 위배될 뿐 아니라, 국민의 피선거권을 지나치게 제한하는 것이다.

나. 중앙선거관리위원회위원장의 의견요지

이 사건과 관련하여 특별한 의견이 없음을 우리재판소에 통보하여 왔다.

3. 청구인 원○수의 심판청구부분에 관한 판단

심판대상조항들은 지역구국회의원선거에 입후보등록을 신청하는 자가 납부하여야 할 기탁금과 기탁금의 반환 및 국가귀속에 관하여 규정하고 있으므로, 이로 인하여 기본권의 침해를 받는 자는 지역구국회의원선거에 입후보하고자 하는 입후보자 또는 소속당원을 선거에 입후보시키고자 하는 정당이라고 할 것이다.

그런데 청구인 원용수는 2001. 10. 25. 실시될 예정인 국회의원재선거에 소속당원을 입후보시키려는 정당인 사회당의 대표자에 불과하므로 심판대상조항들에 의하여 자신의 공무

담임권 등 기본권이 침해되었다고 볼 수 없다.

따라서, 청구인 원용수의 심판청구부분은 심판대상조항을 다룰 수 있는 기본권침해의 자기관련성이 결여되어 부적법하다.

4. 본안에 관한 판단

가. 국회의원선거에 있어 기탁금관련조항의 개정경위

(1) 1948. 3. 17. 법률 제175호로 제정된 국회의원선거법은 기탁금조항을 두지 않아 국회의원에 출마하려는 자는 법정의 유권자추천요건만 갖추면, 자유로이 입후보할 수 있었다. 그러나 1954. 11. 29. 단원제국회를 양원제국회로 변경하는 헌법개정 후 국회의원선거법을 폐지하고, 새로이 제정된 민의원의원선거법과 참의원의원선거법은 각 50만환과 유효투표총수의 6분의 1이라는 기탁금 및 기탁금반환기준을 규정하였고, 이어 4·19 이후인 1960. 6. 23. 새로 제정된 국회의원선거법에서도 기탁금액과 반환기준에 차이가 있긴 하지만, 기탁금조항과 기탁금반환조항을 그대로 존치하였다.

(2) 5·16 쿠데타 이후인 1963. 1. 16. 법률 제1256호로 폐지제정된 국회의원선거법은 다시 기탁금관련조항을 삭제하였으나, 유신헌법에 따라 1972. 12. 30. 법률 제2404호로 폐지제정된 국회의원선거법은 다시 정당추천후보자의 경우 200만원, 무소속후보자의 경우 300만원으로 기탁금을, 유효투표총수의 3분의 1로 기탁금반환기준을 다시 설정하였다. 이어 1981. 1. 29. 법률 제3359호로 폐지제정된 국회의원선거법에서는 정당추천의 경우 700만원, 무소속의 경우 1,500만원으로 기탁금을 대폭 인상하였고, 1988. 3. 17. 법률 제4003호로 전문개정된 국회의원선거법에서는 정당추천의 경우 1,000만원, 무소속인 경우 2,000만원으로 다시 기탁금을 인상하였다.

(3) 그러나 1989. 9. 8. 헌법재판소가 88헌가6결정으로 위 기탁금조항 및 기탁금반환조항에 대하여 헌법불합치결정을 함에 따라 1991. 12. 31. 법률 제4462호로 개정된 국회의원선거법은 정당추천후보자와 무소속후보자의 기탁금을 모두 1,000만원으로 동일하게 정하면서 그 반환기준도 같이 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수의 2분의 1로 정하였다.

그 후 국회의원선거법을 폐지하고 새로 제정된 법 제56조 제1항 제2호는 기탁금을 1,000만원으로, 반환기준을 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수의 2분의 1로 각 정하였고, 1998. 4. 30. 법률 제5537호로 개정된 법은 기탁금의 반환기준만 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수 또는 유효투표총수의 100분의 20 이상인 때로 정하였으며, 2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 법은 다시 기탁금을 2,000만원으로 인상하였다.

(4) 이에 헌법재판소가 2001. 7. 19. 2000헌마91 등 결정으로 위 2,000만원의 기탁금과 기

탁금반환조항에 대하여 위헌결정을 선고함에 따라, 2001. 10. 25. 실시될 예정인 서울 동대문(을)선거구 등 지역구국회의원재선거 및 보궐선거를 앞두고 법을 개정하여 기탁금을 1,500만원으로, 기탁금의 반환기준을 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수 또는 유효투표총수의 100분의 15 이상인 때로 각 정하게 된 것이다.

나. 국회의원선거에 있어서 기탁금제도의 목적과 성격

(1) 기탁금조항은 국회의원선거에 입후보하려는 자가 후보자등록을 신청할 때에는 관할선거관리위원회에 기탁금으로 1,500만원을 납부하여야 한다고 규정하고, 기탁금반환조항은 후보자의 득표수가 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수 이상이거나 유효투표총수의 100분의 15 이상인 경우에 기탁금에서 과태료 및 불법시설물 등에 대한 대집행비용을 뺀 나머지를 기탁자에게 다시 반환하도록 규정하고 있다.

한편 이러한 기탁금제도의 목적 및 성격과 관련하여 우리재판소는 “불성실한 입후보자의 난립방지를 통하여 선거의 과열·혼탁을 방지하고, 선거관리비용·업무의 증가를 방지하며, 공영선거비용을 예납하고, 당선자로 하여금 다수표를 획득할 수 있도록 하여 민주적 정당성을 강화시킨다(헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 217; 헌재 1995. 5. 25. 91헌마44, 판례집 7-1, 687, 695-696; 헌재 1995. 5. 25. 92헌마269등, 판례집 7-1, 768, 778 각 참조).”라고 하여 적극적으로 그 목적을 파악한 사례도 있었고, 또한 “후보자난립의 저지를 통하여 선거관리의 효율성을 꾀하는 한편, 불법행위에 대한 제재금을 사전확보하는데 그 목적이 있다(헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91등, 판례집 13-2, 77, 88 참조).”라고 하여 기탁금의 목적을 오로지 선거관리차원의 순수한 행정목적으로 파악한 사례도 있었다.

(2) 기탁금제도는 선거에 출마하려는 자에게 입후보의 요건으로 기탁금을 납부할 것을 요구하고, 선거결과 일정한 득표수에 미달되는 경우에는 이를 반환하지 않고 국고에 귀속시킴으로써 선거에 자유롭게 입후보할 자유를 제한함과 동시에 과태료나 대집행비용을 사전확보하는 법적 효과를 갖는 것으로, 그 목적과 성격은 구체적인 기탁금의 액수와 그 반환의 기준, 정치문화와 선거풍토, 선거를 통하여 선출하려는 공직의 종류와 선거의 유형, 일인당 국민소득 등 경제적 사정과 국민의 법감정 등을 모두 고려하여 개별적·구체적으로 파악하여야 한다.

기탁금에 대한 세계 각국의 입법례를 살펴보면, 10만원 이하의 비교적 낮은 수준에서부터 우리나라나 일본 등과 같이 비교적 고액의 기탁금을 요구하는 국가에 이르기까지 매우 다양하게 나타나고 있는데, 기탁금액이 낮은 경우는 오로지 후보자등록과 선거과정에서 필수적으로 소요되는 행정비용을 사전확보(예납)하는 것에만 그 목적이 있다고 보아야 할 것이고, 비교적 고액인 경우에는 이러한 행정목적에 더하여 선거에 출마하려는 입후보자

의 수를 적정한 범위로 제한함으로써 후보자난립으로 인한 선거관리사무와 비용의 증가를 방지하고, 이로써 유권자의 후보자선택을 용이하게 하며, 선거의 신뢰성 및 후보자의 진지성과 성실성을 담보하는 중대한 공익의 실현에도 그 목적이 있다고 할 것이다.

다. 기탁금조항의 위헌여부에 관한 판단

(1) 헌법 제25조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다.”라고 하여 선거직공무원을 비롯한 모든 국가기관의 공직에 취임할 수 있는 권리를 보장하고 있다. 그러나 이러한 공무담임권은 원하는 경우에 언제나 공직에 취임할 수 있는 현실적 권리를 보장하는 것이 아니라, 공무담임의 기회보장적 성격을 갖는 것이기 때문에 법이 정하는 선거에 당선되거나 공직채용시험에 합격하는 등 주관적인 전제요건이 충족되는 경우에만 공직에 취임할 권리가 보장되는 것이므로, 입법자에게는 공무담임권이 현실적이고 실제적인 권리로서 행사되기 위한 전제조건으로 선거절차나 시험제도를 구체적으로 형성할 권한과 책임이 있는 것이다.

따라서 국회의원을 선출하기 위한 선거에 입후보하기 위한 요건으로서 후보자가 납부하여야 할 기탁금을 어느 정도로 할 것인지, 그리고 그 반환에 필요한 득표수를 어떻게 정할 것인가의 문제 즉, 기탁금의 액수와 그 반환의 요건을 정하는 문제 또한 우리의 선거문화와 풍토, 정치문화와 풍토, 국민경제적 여건, 그리고 국민의 법감정 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 정책적으로 결정할 사항이라 할 것이다.

그러나 기탁금을 납부하지 아니하면, 국회의원선거에 출마할 수 없게 된다는 점에서 선거에 자유로이 입후보할 자유가 제한되며, 기탁금이 과다하여 당선가능성이 있음에도 입후보하지 못한다면, 경제적 능력이 부족한 자의 참정권, 공무담임권, 평등권 등이 침해될 수도 있으므로, 기탁금액은 기탁금제도에 의하여 달성하려는 공익목적과 그로 인한 기본권 제한 사이에 균형과 조화를 이루도록 적정하게 책정되어야 하는 헌법적 한계가 있다고 할 것이고, 입법자가 정한 구체적인 기탁금액이 입법자에게 허용된 입법형성권의 범위와 한계 내에서 설정되어 그 금액이 현저하게 과다하거나 불합리하지 않다면, 이를 두고 헌법에 위반된다고 단정할 수는 없다고 할 것이다(헌재 1995. 5. 25. 92헌마269 등, 판례집 7-1, 768, 779-780 참조).

(2) 선거는 국민이 주권자로서 직접 국가의사를 형성하는 가장 중요한 수단이 된다는 기능도 있지만, 대의기관구성권과 국가의사결정권의 분리(헌법 제41조, 제67조 등), 국가의사결정권의 자유위임(제46조 제1항) 등을 근간으로 하는 우리헌법이 추구하는 대의민주주의의 통치질서에서 선거는 주권자인 국민이 그들의 대의기관을 구성하는 민주적인 방법인 동시에 통치기관으로 하여금 민주적 정당성을 확보하게 함으로써 대의민주주의를 실

현하고 책임정치를 보장하는 수단이라는 데 그 본질적인 기능이 있다.

따라서 대의민주주의를 실현하는 수단으로서 선거제도를 입법자가 구체적으로 형성함에 있어서는 국민의 의사가 대의기관의 구성에 굴절없이 반영되고, 선거를 통하여 구성된 대의기관이 행사하는 권한에 상응하는 크기의 민주적 정당성이 부여될 수 있는 제도적 장치를 마련하는 것이 무엇보다도 중요하다고 할 것이다.

특히 선거를 통하여 국가정책을 결정할 정치세력들간의 세력구도를 결정하게 되는 국회의원선거에 있어서는 그 당선자로 하여금 다수표를 획득하게 함으로써 그 권한에 상응하는 민주적 정당성을 확보하게 하고, 이로써 정국의 안정을 가져오는 것이 무엇보다도 중요하다고 할 것인데, 이를 위해서는 선거의 신뢰성확보와 유권자가 주권자로서 진지하게 그 자신을 대표할 대의기관으로서 국회의원을 선택할 수 있도록 입후보자의 수를 적정한 범위로 제한하는 것이 반드시 필요하다.

(3) 한편 선거에 출마하려는 후보자를 적정한 범위로 제한하는 방법으로는 유권자의 추천을 요구한다거나 유권자의 추천과 기탁금제도를 병행하는 것을 생각할 수 있고, 대의기관으로 하여금 그 권한에 상응하는 민주적 정당성을 확보하게 하는 방법으로는 절대다수대표제 또는 결선투표제를 도입하는 것을 생각할 수 있다. 그리고 이러한 방법들이 입후보자들의 공무담임권 등을 덜 제한하면서 위와 같은 공익목적을 실현할 수 있는 더 적절한 수단이 된다고 볼 여지도 없지 않다.

그러나 우리의 정치문화와 선거풍토에서는 선거의 신뢰성과 공정성을 확보하는 것이 무엇보다도 중요하고 시급한 과제이고, 이를 위해서는 특히 사전선거운동 등 선거운동의 과열을 막는 것이 반드시 필요하다고 할 것인데, 유권자추천제도는 유권자의 추천을 받는 과정에서 사실상 사전선거운동이 행해져 선거가 과열 또는 혼탁하게 될 위험성이 클 뿐만 아니라, 진지하지 못한 추천이 남발될 경우에는 애당초 후보자를 적정한 범위로 제한하는 기능을 전혀 할 수 없게 될 가능성도 적지 않은 것이다.

그리고 선거에 소요되는 경비를 원칙적으로 국가가 부담하는 선거공영제(헌법 제116조 제2항) 하에서 결선투표제나 절대다수투표제를 도입하여 민주적 정당성을 확보하는 것도 결국 선거의 반복으로 이어져 국민의 경제적 부담을 가중시키고, 정국의 불안정으로 이어져 쉽게 채택할 것이 못된다.

그렇다면 대의민주주의에서 선거의 기능과 기탁금제도의 목적 및 성격, 그리고 우리의 정치문화와 선거풍토에 있어서 현실적인 필요성 등을 감안할 때, 선거의 신뢰성과 공정성을 확보하고, 유권자가 후보자선택을 용이하게 하며, 입법권과 국정의 통제 및 감시권한에 상응하는 민주적 정당성을 부여하기 위하여 후보자에게 기탁금의 납부를 요구하는 것은 필요불가결한 입후보요건의 설정이라 할 것이다.

(4) 나아가 기탁금제도 그 자체의 정당성과 필요성을 긍정하는 한, 기탁금의 액수는 후보자의 난립을 방지하고, 선거의 신뢰성과 선거운동의 성실성을 담보할 정도에 이르는 수준의 금액이어야 한다. 물론 적정한 후보자의 수가 몇 명이며, 후보자가 몇 명 이상일 때, 과연 ‘후보자의 난립’이라고 평가할 수 있을 것인지의 여부와 관련하여 분명하고 일의적인 기준을 제시하기 어렵고, 기탁금제도가 후보자의 난립방지에 얼마나 효과가 있을 것인지에 관하여 실증적인 연구결과나 통계가 있는 것은 아니지만, 적어도 우리사회의 근간을 이루는 평균적인 생활인이 그의 소득조건에서 국회의원선거에 출마하는 데 어느 정도 부담을 느껴 입후보할 것인지의 여부를 신중하고 진지하게 고려할 정도의 수준에는 머물러야 하고, 불성실한 후보자에게는 실질적인 제재효과가 미칠 수 있는 정도에 이르러야 하는 것이다.

만일 그렇지 않고 기탁금의 액수가 너무 적어 실제로 후보자들이 기탁금을 납부하는 것에 대하여 아무런 부담도 느끼지 않는다면, 이는 후보자난립방지와 선거의 신뢰성 및 진지성의 확보라는 입법목적의 달성에 아무런 기여도 할 수 없는 형식적인 기탁금의 설정에 불과한 것이다.

먼저 1,500만원의 기탁금이 후보자의 난립방지와 선거의 신뢰성확보라는 입법목적의 달성에 적절하고도 실질적인 효과를 가진 정도의 금액인지에 관하여 본다.

기탁금액의 변동에 따른 국회의원선거입후보자수의 변동추이를 살펴보면, 기탁금이 없었던 2대 국회의원선거의 경우 선거구당 평균 입후보자수가 약 8명이었던 것이 기탁금이 처음 신설되었던 3대 총선에서는 5.9명으로 낮아졌고, 기탁금이 다시 폐지되었던 6대에서 8대 총선에서는 각 6.5명, 5.4명, 3.8명에 이르렀다가 다시 신설된 9대와 10대 총선에서는 2.3명과 1.8명으로 다시 낮아졌다.

그 후 기탁금이 지금과 같이 비교적 고액으로 설정된 12대 총선부터는 각 2.1명, 4.7명 등으로 다시 낮아졌다가 2001년 헌법재판소가 2,000만원의 기탁금에 대하여 위헌결정을 하기 전에 실시된 제16대 총선의 경우 4.6명이었던 것이 지금과 같이 1,500만원으로 법이 개정된 후 처음 실시된 서울 동대문(을)선거구 등의 국회의원재·보궐선거에서는 5명으로 다소 후보자수가 늘어난 것으로 나타나고 있다.

이들 통계자료를 분석하여 보면, 기탁금제도를 두지 않았던 국회의원선거에 있어서는 후보자난립이라고 단정할 수는 없지만, 당시의 선거구당 인구수나 유권자수를 감안할 때, 비교적 많은 수의 후보자가 입후보한 것으로 나타나고 있으나, 비교적 고액의 기탁금액이 계속 유지된 제11대 총선부터는 그 이전과는 달리 선거구당 후보자수가 줄어들어 4명 내지 5명 정도로 후보자수가 고정되는 경향을 보이고 있다.

따라서 이러한 기탁금액의 변동에 따른 후보자수의 변동추이에 의하면, 1,000만원에서

2,000만원 정도의 비교적 높은 기탁금액의 수준에서 후보자의 수가 4명 내지 5명 정도로 고정되는 경향을 보이고 있으므로, 현행 기탁금조항이 정하고 있는 1,500만원의 기탁금은 기탁금제도의 목적과 취지를 실현하는 데 적절하고도 실효적인 범위 내의 금액일 뿐 아니라, 후보자의 성실성을 담보할 수 있을 정도의 실질적인 제재수단이 되는 금액에 해당하는 것으로 판단된다.

다음으로, 1,500만원의 기탁금이 당선가능성이 큰 입후보예정자의 후보등록을 불가능하게 하거나 현저히 어렵게 할 정도로 과다하여 공무담임권의 본질적 내용을 침해하는지의 여부에 관하여 본다.

국민이 국회의원선거에 입후보할 자유는 헌법이 공무담임권으로 보장하는 기본권으로서 민주주의의 실현을 위한 가장 중요한 자유와 권리이지, 규제받고 관리받아야 할 행위는 아니다(헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91 등, 판례집 13-2, 77, 88). 그러나 이러한 공무담임권도 절대적인 기본권은 아니라고 할 것이어서 헌법 제37조 제2항이 정하는 기본권제한입법의 한계 내에서 이를 제한할 수 있는 것이고, 그 결과 당선가능성은 있으나 경제적 능력이 부족하여 국회의원선거에 입후보할 수 없는 자가 비록 생긴다고 하더라도, 이를 두고 기본권제한입법의 한계를 넘었다거나 공무담임권의 본질적 내용을 침해한다고 단정할 수는 없는 것이다.

기탁금이 후보자난립을 방지하고, 후보자의 진지성과 성실성, 그리고 선거의 신뢰성을 담보하기 위해서는 기탁금에 대하여 입후보예정자들이 어느 정도 부담을 느껴 선거에 입후보할 것인지의 여부를 심각하게 고민할 수 있을 정도의 수준에 달할 것이 요구되고, 그렇지 않고 1~2개월 정도의 수입을 저축하거나 여유분의 재산으로도 기탁금을 충분히 납부할 정도로 부담을 느끼지 않는다면, 애당초 기탁금을 설정할 필요조차 없는 것이다.

그러므로 보건대, 우리재판소가 국회의원선거에서 기탁금 1,000만원(정당추천후보자)에 대하여 헌법불합치결정을 선고한 1989. 9. 우리나라의 산업별 상용종업원의 월평균 임금은 540,611원이었고, 임금이 비교적 높은 금융·보험업의 경우에도 737,546원에 불과하였으나, 2,000만원의 기탁금에 대하여 위헌결정을 선고한 2001. 7.에는 평균임금이 1,802,909원, 금융·보험업의 경우 2,830,382원으로 인상되었다. 그리고 2003. 1.의 경우에는 평균임금이 2,511,545원이고, 금융·보험업의 경우에는 4,682,667원에까지 이르게 되었다.

이러한 월평균임금의 추이과정에서 볼 때, 현재 1,500만원의 기탁금은 다른 재산이 전혀 없는 통상적인 평균임금을 수령하는 도시근로자가 그 임금을 6개월 정도 저축하면, 어렵지 않게 모을 수 있는 정도이고, 금융·보험업에 종사하는 근로자의 경우에는 불과 3개월 정도 임금을 저축하면, 마련할 수 있는 정도의 금액에 해당하는 것으로 나타나고 있다.

물론 1,500만원이란 금액을 일률적으로 적용하여 입후보자들에게 미치는 영향을 평가하는

것은 불가능하고, 또한 개별적·구체적인 상황에서는 당선가능성이 충분히 있으면서도 기탁금을 마련할 방법이 없어 입후보를 포기하게 되는 안타까운 상황도 발생할 수 있기는 하지만, 우리의 선거문화와 정치풍토에서 후보자난립의 방지와 선거의 신뢰성을 확보하는 것은 입법자가 추구하여야 할 중대한 공익이라 할 것이고, 이를 위하여 아무리 노력하여도 기탁금을 마련할 수 없거나 기탁금 때문에 입후보를 포기하는 자가 일부 있을 수 있다고 하여도 이를 두고 공무담임권의 본질적 내용을 침해하였다거나 경제력의 차이를 이유로 입후보자들을 합리적 이유도 없이 차별하는 것이라 할 수는 없는 것이다.

실제로도 기탁금이 2,000만원이었던 제16대 국회의원선거에서 한 선거구당 후보자수가 평균 4.3명이었는데 반하여, 1,500만원으로 기탁금이 인화된 2001년 동대문(을)선거구 등 국회의원재·보궐선거에서는 후보자수가 평균 5명으로 늘어난 것으로 나타나고 있는데, 5명 정도의 후보자수를 선거의 신뢰성과 후보자의 진지성 및 성실성을 담보할 수 있는 적절한 수준이라고 단언할 수도 없겠지만, 우리의 정당구조나 정치문화, 선거풍토를 감안하면, 이 정도의 기탁금수준으로 인하여 입후보희망자의 공무담임권 등이 헌법이 용인하기 어려운 정도로 침해된 것도 아니라고 볼 것이다.

(5) 그렇다면 기탁금조항이 정한 1,500만원이라는 기탁금은 입법자가 기탁금을 통하여 추구하려는 공익목적과 국민의 공무담임권 및 참정권의 보호, 그리고 우리의 선거풍토와 경제적 여건 등을 고려하여 그 입법형성권의 범위와 한계 내에서 설정한 것으로 청구인들의 공무담임권 등 기본권의 본질적 내용을 침해할 정도로 과도한 것이라 할 수 없으므로 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

라. 기탁금반환조항의 위헌여부에 관한 판단

(1) 기탁금반환조항은 지역구국회의원선거에 있어 후보자가 당선되거나 사망한 때와 후보자의 득표수가 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수 이상이거나 유효투표총수의 100분의 15 이상인 때에만 기탁금에서 불법행위에 대한 제재금을 뺀 나머지금액을 후보자에게 반환하고, 득표율이 이에 미달되는 경우에는 위 제재금을 뺀 나머지금액을 국가에 귀속시키고 있다.

(2) 기탁금제도가 단지 행정비용(후보자등록에 필요한 행정비용)을 보전하는 성격만 가지고 있고, 또 실제 기탁금액도 그 범위를 벗어나지 않는 한, 선거 후 기탁금반환기준을 아무리 높게 정하거나 심지어 이를 반환하지 않는다고 하더라도 문제가 될 것은 없다. 그러나 행정비용이나 불법행위에 대한 제재금의 사전확보라는 목적 외에 선거결과에 따라 난립후보로 평가된 경우에는 경제적 제재를 가함으로써 후보자의 난립을 방지하는 효과를

가하도록 기탁금액이 비교적 높게 정해지고, 또 그러한 방향으로 기탁금제도가 운용되는 경우에는 후보자가 난립후보자가 아닌 것으로 선거결과 나타난 경우 이를 반드시 반환하여야 하며, 또한 이러한 기탁금제도의 실효성을 유지하기 위하여 일정한 반환기준에 미달하는 경우에는 기탁금을 국가에 귀속시키는 것 또한 반드시 필요하다고 할 것이다.

그러나 기탁금반환의 기준이 너무 높아 이를 충족시키기 어렵다면, 이는 결국 고액의 기탁금과 결합하여 피선거권행사의 위축이라는 효과를 가져오게 되므로 기탁금반환의 기준 또한 입후보예정자가 기탁금을 반환받지 못하게 되는 부담에도 불구하고 선거에 입후보할 것인지의 여부를 진지하게 고려할 정도에 이르러야 하고, 지나치게 그 반환기준이 높아 진지하게 입후보자를 고려하는 예정자가 입후보를 포기할 정도로 높아서는 안될 헌법적 한계를 갖는다.

(3) 그러므로 보건의, 기탁금제도의 대안으로 앞에서 검토한 유권자추천제도를 실시할 경우에 후보자난립을 방지할 정도에 이르는 유권자의 추천수, 역대 선거에서의 기탁금반환 비율의 추이, 기탁금제도의 취지와 기탁금제도의 실효성을 유지하기 위한다는 기탁금반환 제도 및 국가귀속제도의 입법취지 등을 감안하면, 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수 또는 유효투표총수의 100분의 15 이상으로 정한 기탁금반환기준은 입법자의 기술적이고 정책적 판단에 근거한 것으로서 현저히 불합리하거나 자의적인 기준이라고 할 수는 없다.

실제 사례를 보면, 기탁금의 반환기준을 100분의 20 이상에서 100분의 15 이상으로 내린 후 처음으로 실시된 국회의원재·보궐선거에서 동대문(을)선거구의 경우에는 4명의 후보자 중 2명이, 구로(을)선거구의 경우에는 6명의 후보자 중 4명이, 강릉시 선거구의 경우에는 5명의 후보자 중 3명이 각 기탁금을 반환받지 못하게 되는 결과가 되어 후보자의 과반수 이상이 결과적으로 난립후보에 해당되어 그 제재로서 기탁금을 반환받지 못하게 되었다.

물론 기탁금을 반환받지 못하게 된 이러한 후보자들을 모두 난립후보라든가 진지하지 못한 후보자라고 평가할 수는 없지만, 이들 기탁금을 반환받지 못하는 후보자의 수가 낮다는 이유만으로 1,500만원의 기탁금이 입법자의 입법형성권의 범위를 일탈하였다고 단정할 수는 없고, 오히려 기탁금반환기준을 낮추는 경우에는 기탁금의 목적과 취지가 훼손된다는 점에서 입법자의 불가피한 입법적 선택이라 아니할 수 없는 것이다.

5. 결 론

따라서 청구인들의 이 사건 심판청구 중 청구인 원용수의 심판청구부분은 부적법하므로 이를 각하하고, 기탁금조항 및 기탁금반환조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 나머지 청

구인들의 심판청구는 이를 모두 기각하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일(주심) 권성 김효종 김경일 송인준 주선회

16

국회의원선거에서 반환하지 아니하는 기탁금을 국고에 귀속하도록 한
공직선거법 제57조제2항의 평등원칙 등 위배 여부

- 공직선거및선거부정방지법 제57조 제2항 위헌확인, 1997. 5. 29. 96헌마143 ■

【판시 사항】

공직선거및선거부정방지법(이하 "공직선거법"이라 한다) 제57조제2항의 위헌 여부

【결정 요지】

공직선거법 제57조 제2항이 국회의원선거에 있어서 일정수준에 미달된 득표를 한 후보자에 대하여 그 기탁금으로부터 선거비용의 일부를 부담하게 하고 잔액에 대하여도 이를 반환하지 아니하고 국가에 귀속시키도록 규정한 것은 그와 같은 금전적 제재를 통하여 후보자의 무분별한 난립을 방지하고 나아가 당선자에게 되도록 다수표를 몰아주어 민주적 정당성을 부여하는 한편 후보자의 성실성을 담보하기 위한 것이라 할 수 있으므로 그 목적에 있어서 정당하고 합리적 이유가 있는 것이며 달리 그 기탁금의 액수가 지나치게 많다던가 기탁금 반환에 필요한 득표수를 지나치게 높게 책정하였다고 볼만한 사정도 없으므로 이를 들어 사유재산권에 대한 본질적 침해라거나 헌법상 평등원칙에 위배되는 것이라 볼 수 없다.

재판관 조승형의 반대의견

기탁금제도는 국민주권 등의 헌법정신에 반하고 보통·평등선거의 본질에 반하며, 기본권 제한에 있어서 지켜야 할 비례의 원칙·과잉금지의 원칙에 반하여 국민의 공무담임권·평등권·선거권의 본질적 내용을 침해하는 제도이므로 공직선거법 제57조 제2항은 헌법에 위반된다고 보아야 한다.

【당 사 자】

청 구 인 조 구 성

대리인 법무법인 북부합동법률사무소

담당변호사 김 태 환

【참조 조문】

헌법 제11조 제1항, 제23조 제1항

공직선거및선거부정방지법 제57조 제2항

【참조 판례】

가. 1991. 3. 11. 선고, 91헌마21 결정

나. 1995. 5. 25. 선고, 92헌마269·299·305(병합) 결정

1995. 5. 25. 선고, 91헌마44 결정

1996. 8. 29. 선고, 95헌마108 결정

【주 문】

청구인의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 1996. 4. 11. 실시된 제15대 국회의원 선거에서 서울특별시 강북구을선거구에 무소속 후보로 출마하였으나 유효투표총수 80,393표 중 1,344표를 얻고 6명의 후보자 중 5위를 함으로써 낙선하였다. 이에 관할선거관리위원회는 청구인의 득표수가 유효투표총수를 후보자 수로 나눈 수의 2분의 1에 미달한다는 이유로 공직선거및선거부정방지법(이하 '공직선거법'이라 한다) 제57조 제2항(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정되고 1995. 4. 1. 법률 제4947호로 개정된 것, 이하 같다)에 따라 청구인이 위 국회의원선거의 출마를 위하여 기탁한 금 10,000,000원을 반환하지 아니하고 선전벽보 및 선거공보의 작성비용 등에 보

전한 후 나머지 금액을 국가에 귀속시켰다.

이에 청구인은 기탁금의 국가 귀속을 규정한 공직선거법 제57조 제2항이 헌법상 보장된 평등권과 재산권을 침해하는 규정으로서 위헌이라는 이유로 1996. 4. 16. 이 사건 헌법소원 심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

따라서 이 사건 심판의 대상은 공직선거법 제57조 제2항의 위헌여부이며 그 법률조항의 내용은 다음과 같다.

제57조(기탁금의 반환등)

① 생략.

전국구국회의원후보자명부 에 올라 있는 후보자 중 당선인이 없는 때 또는 후보자(전국구국회의원후보자 를 제외한다)가 사퇴·등록이 무효로 되거나 그 득표수가 제1항 제1호 또는 제2호에 미달되는 때에는 선거일 후 30일 이내에 기탁금 중에서 제56조 제3항의 규정에 의하여 기탁금에서 부담하는 비용 및 이 조 제3항의 규정에 의하여 보전하는 비용을 뺀 나머지 금액은 국가 또는 당해 지방자치단체에 귀속한다. (이하 생략)

2. 심판청구이유의 요지

국회의원선거의 후보자가 일정한 수준 이상의 득표를 하지 못하였다 하여 그 기탁금을 반환하지 아니하고 국고에 귀속시키는 것은 사유재산권을 침해하는 것이며 평등의 원칙에도 반하는 것으로서 이를 규정한 공직선거법 제57조 제2항은 위헌이다.

3. 판 단

가. 공직선거법 제57조 제2항과 기본권의 제한

공직선거법 제57조 제2항은 국회의원선거에 입후보한 자가 선거 결과 그 득표수가 유효투표총수를 후보자 수로 나눈 수의 2분의 1에 미달하는 경우에는 그가 관할선거관리위원회에 납부한 기탁금 1천만원을 반환하지 아니하고 우선 위 기탁금으로부터 공직선거법상 위반행위에 대한 과태료 및 불법시설물 등에 대한 대집행비용(공직선거법 제56조 제3항)을 공제하고 선전벽보 및 선거공보의 작성비용(공직선거법 제57조 제3항)을 보전(보전)한

뒤 그 잔액을 국고에 귀속하도록 하는 기탁금제도를 규정하고 있다.

그런데 이러한 기탁금의 국고귀속제도는 일정수준에 미달된 득표를 한 후보자에 대하여 그 의사에 반하여 해당 기탁금으로부터 선거비용의 일부를 부담하게 하고 그 잔액에 대하여도 이를 반환하지 아니하고 국고에 귀속시킨다는 점에서 재산권에 대한 제한의 성격을 갖는 것이고 아울러 득표수를 기준으로 한 후보자 사이의 차별대우인 것은 사실이다.

나. 공직선거법 제57조 제2항의 위헌 여부

그러나 공직선거법 제57조 제2항이 이처럼 국회의원선거에 있어서 일정수준에 미달된 후보자에 대하여 기탁금으로부터 선거비용의 일부를 부담하게 하고 그 잔액에 대하여도 이를 반환하지 아니하고 국가에 귀속시키는 것은 그와 같은 금전적 제재를 통하여 후보자의 무분별한 난립을 방지하고 나아가 당선자에게 되도록 다수표를 몰아주어 민주적 정당성을 부여하는 한편 후보자의 성실성을 담보하기 위한 것이라 할 수 있다(헌법재판소 1991. 3. 11. 선고, 91헌마21 결정 ; 1996. 8. 29. 선고, 95헌마108 결정 각 참조). 국회의원선거에 있어서 후보자가 난립할 경우 선거관리가 복잡하여짐은 물론 선거운동이 과열·혼탁하여지기 쉽고 선거비용이 과다하게 소요되며 유권자의 지지표가 분산되어 당선자의 민주적 정당성이 약화될 뿐 아니라, 주민들로서는 적절한 후보자를 선택하기 어려워 선거 자체에 대한 무관심에 빠질 우려도 없지 아니하며 또 당선될 가능성이 희박함에도 무리하게 입후보를 하여 득표율이 저조한 후보자에 대하여 선거비용의 일부인 선전벽보 및 선거공보의 작성비용을 부담시키는 것은 국민의 조세부담이나 국가재정형편에 비추어 볼 때 부당한 것이라고 볼 수도 없는 것이다.

그러므로 공직선거법 제57조 제2항이 국회의원선거에서 무분별한 후보의 난립을 방지하기 위하여 득표율이 일정한 수준에 미달한 후보자에 대하여 기탁금으로부터 선전벽보 및 선거공보의 작성비용을 보전하고 그 잔액에 대하여 이를 국가에 귀속시키는 제도는 그 목적이 정당하고 합리적 이유가 있는 것이며 달리 그 기탁금의 액수가 지나치게 많았던가 기탁금 반환에 필요한 득표율을 지나치게 높게 규정하였다고 볼 만한 사정도 없으므로 이를 두고 사유재산권에 대한 본질적 침해라거나 헌법상 평등원칙에 위배되는 것이라고 볼 수는 없다.

4. 결 론

그렇다면 공직선거법 제57조 제2항의 위헌확인을 구하는 청구인의 이 사건 심판청구는 이유 없다 할 것이므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 조승형의 반대의견이 있는 외에는 나머지 재판관들의 의견일치에 따른 것이다.

5. 재판관 조승형의 반대의견

나는 기탁금제도 자체가 국민주권 등의 헌법정신에 반하고 보통·평등선거의 본질에 반하며, 헌법 제37조 제2항에 따른 기본권 제한에 있어서 선거질서유지목적·필요성과 기본권 제한의 정도를 비교할 때에 지켜야 할 비례의 원칙·과잉금지의 원칙에 반하고 국민의 공무담임권(피선거권)·평등권·투표를 통하여 참정권을 행사하는 주인인 국민의 선거권의 본질적 내용을 침해하는 제도로서, 헌법에 위반된다고 본다.

그 이유는 1995. 5. 25. 우리재판소가 선고한바 있는 92헌마269·299·305(병합) 대통령선거법제26조 등위헌확인, 91헌마44 지방의회의원선거법 제36조 제1항에대한헌법소원 사건의 다수의견에 대한 반대의견을 밝힐 때에 상세하게 설시한바 있으므로 이를 그대로 인용하고 그 요지만을 설시하기로 한다.

가. 우리의 기탁금제도의 연혁을 살펴보면 이 제도는 집권자의 영구집권욕이 발현되는 시점에 도입되거나 다시 부활 또는 강화되어 왔으며, 제2공화국의 민주화추진 시점이나 집권자의 영구집권욕이 아직 발현되지 아니한 시점에는 폐지되었던 사실을 알 수 있고

나. 우리의 현행 헌법은 실질적 국민주권론 등을 확립하고 있으므로 국민주권의 핵심 참정권의 본질적 내용은 어떠한 이유로도 차별됨이 없는 실질적 주권행사의 보장에 있다. 그러나 이 제도는 "돈이 있는 자"와 "없는 자"를 차별하여 "없는 자"로부터 국정이나 지방행정에 참여할 기회를 박탈하는 것이 되며, 보통·평등·직접·비밀·자유선거제도에 반하는 차등선거제도로써 우리 헌법이 확립하고 있는 실질적 국민주권론 등 헌법정신에 반하고 위 참정권의 본질적 내용을 침해하는 것이다.

다. 다수의견은 입후보난립·선거과열 등의 방지라는 선거질서유지의 목적이나 후보자의 성실성을 담보할 목적 때문에 필요에 따라 위 기본권을 제한할 수 있다는 것이며, 비례원칙이나 과잉금지의 원칙에 반하지 아니하므로 헌법 제37조 제2항 소정의 적헌의 기본권 제한이라고 하며 헌법상 평등원칙에 반하지 아니한다고 주장한다.

그러나 먼저 선거질서유지란 절차적인 문제에 관한 법익인 반면 위 기본권의 보호란 실체적인 문제에 관한 법익으로서, 절차적인 법익이 실체적인 법익에 우선할 수 없음은 당연하다 할 것이다. 다음, 선거질서유지를 위해서는 기탁금제도에 대체할 만한 방법이 얼마든지 있으므로 즉 선거후 강제징수방법, 일정률의 득표를 못한 경우 선거질서교란죄로 재산형 또는 강제봉사명령을 발하는 방법, 유권자추천인수를 늘리는 방법 등 대체방법이

있으므로 이 제도가 필요하고도 최소한의 유일한 방법일 수는 없다. 끝으로 참정권은 실질적 국민주권론 등을 확립하고 있는 우리 헌법하에서는 어떠한 경우에도 국민이 직접·평등하게 선거권을 자유로이 행사하고 차별없이 피선거권을 보장 받는 것을 그 본질적 내용으로 하고 있으므로, 이 제도하에서는 위와 같은 본질적 내용이 형해화 될 수 밖에 없다.

따라서 다수의견이 주장하는 바는 모두 받아 들일 수 없다.

라. 헌법 제116조 제2항의 선거경비부담 규정은 입후보의 등록효력을 배제하는 기탁금제도를 인정하는 취지가 아니라, 오히려 이 제도를 배제하는 규정임이 문언상 명백하다.

마. 구시대의 잔재청산이라는 측면에서도 적극적으로 해석하여 이 제도를 위헌이라고 선언함이 이 시대의 상황논리에 부합한다. 권위주의 40여년간에 걸쳐 장기집권 또는 영구집권의 한 방편으로 악용하여 왔던 구시대의 유물이며 청산되어야 할 잔재이므로, 이른바 문민정권이 출범한 이 시대에 이르러서까지 위헌시비를 무릅쓰가면서 이를 존치할 아무런 타당성을 찾기 어렵다.

또한 국민은 이 시대야말로 구시대의 잔재를 일소해야 할 것으로 믿고 이를 간절하게 요망하고 있으며 국민의 참여의식이 그 어느 때보다도 고양되어 선거를 최대의 국민축제로 인식하는 등 크게 변하고 있는바, 오욕으로 점철된 우리의 헌정사에 비추어 이와 같은 급변하는 국민의식과 요망을 결코 외면할 수는 없다 할 것이다.

그렇다면 이 제도는 어느모로 보나 위헌제도임이 명백하므로 이 사건 심판대상법조항은 청구인의 공무담임권의 본질적 내용을 해함으로써 헌법 제37조 제2항 단서규정에 위반된다는 취지 등으로 위헌선언을 함이 마땅하다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 황도연 이재화 조승형 정경식(주심) 고중석 신창언 이영모

17

지방선거에서 선거별 기탁금액과 반환요건을 규정한 구 공직선거법 제56조·제57조의 공무담임권 등 침해 여부

- 공직선거및선거부정방지법 제56조 제1항 제3호 등 위헌확인(동법 제57조 제1항 제1호, 제2항), 2004. 3. 25. 2002헌마383·396 병합 ■

【판시사항】

1. 시·도지사선거는 5천만 원, 자치구·시·군의 장선거는 1천만 원, 시·도의회의원선거는 300만 원, 자치구·시·군의원선거는 200만 원을 각 후보자가 기탁금을 납부하도록 하는 공직선거및선거부정방지법(이하 ‘공선법’이라 한다) 제56조 제1항 제3호 내지 제6호가 공무담임권이나 평등권을 침해하는지 여부(소극)
2. 후보자의 득표수가 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수 미만이거나 유효투표총수의 100분의 15 미만인 때는 기탁금을 반환받지 못하도록 규정한 공선법 제57조 제1항 제1호 및 제2항이 공무담임권이나 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 가. 시·도지사선거의 5천만 원 기탁금 납부 부분에 대해서는 헌법재판소가 1996. 8. 29. 선고 95헌마108 결정에서 당시의 공선법상 도지사 후보에 대한 기탁금 5천만 원 규정을 합헌으로 결정한바 있다. 그 요지는, 기탁금제도는 금전적 제재를 통하여 후보자의 무분별한 난립을 방지하고 당선자에게 되도록 다수표를 몰아주어 민주적 정당성을 부여하는 한편 후보자의 성실성을 담보하려는 취지에서 생겨난 것이고, 따라서 불성실한 입후보자에 대하여 실질적인 제재효과를 거둘 수 있는 금액이어야 한다는 점을 고려하면, 시·도지사선거의 기탁금은 5천만 원은 입법목적달성에 필요한 액수를 초과한 과도한 금액이 아니라는 것인바, 이 사건에서 달리 판단할 사정변경이 없다.
- 나. 자치구·시·군의 장선거시 1천만 원 기탁금 납부 부분은, 기탁금제도의 취지를 감안할 때, 그리고 통상적인 평균임금을 수령하는 도시근로자가 임금을 3~4개월 정도 저축하면 모을 수 있는 정도라고 볼 때, 그리고 자치구·시·군의 장의 역할과 그에 따른 후보난립방지의 필요성을 고려할 때 청구인들의 공무담임권 등 기본권을 침해할

정도로 과도한 것이라 할 수 없다.

다. 시·도의회의원선거시 300만 원, 자치구·시·군의회의원선거시 200만 원의 기탁금 부분은 통상적인 임금근로자에게 있어서 1~2달의 임금에 해당되는 금액으로서 그 액수가 과중하다고 보이지 않으며, 후보의 난립방지 등 기탁금 제도의 입법목적에 고려할 때, 입법재량의 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없다.

2. 헌법재판소는 국회의원선거의 경우에 있어서 그러한 기탁금 반환조건 규정이 합헌이라고 판시한바 있다(위 2001헌마687 결정). 그 이유의 요지는, 기탁금반환의 기준은 선거에 입후보할 것인지의 여부를 고려하는 예정자가 입후보를 포기할 정도로 높아서는 안 될 헌법적 한계를 갖는바, 기탁금제도의 취지와 실효성을 유지하기 위한 기탁금반환제도 및 국가귀속제도의 입법취지 등을 감안하면, 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수 또는 유효투표총수의 100분의 15 이상으로 정한 기탁금 반환조건은 입법자의 기술적이고 정책적 판단에 근거한 것으로서 현저히 불합리하거나 자의적인 기준이라고 할 수 없다는 것이다. 이러한 판시취지는 이 사건에서 문제된 공직선거의 경우에도 마찬가지로 볼 것이다.

【심판대상조문】

공직선거및선거부정방지법(2002. 3. 7. 법률 제6663호로 개정된 것) 제56조(기탁금) ① 후보자등록을 신청하는 자는 등록신청시에 후보자 1인마다 다음 각호의 기탁금을 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 따라 관할선거구선거관리위원회에 납부하여야 한다.

1.~2. 생략

3. 시·도의회의원선거는 300만 원

4. 시·도지사선거는 5천만 원

5. 자치구·시·군의 장선거는 1천만 원

6. 자치구·시·군의원선거는 200만 원

②, ③ 생략

공직선거및선거부정방지법(2002. 3. 7. 법률 제6663호로 개정된 것) 제57조(기탁금의 반환 등) ① 정당 또는 후보자가 다음 각호에 해당하는 때 또는 후보자(비례대표국회의원후보자와 비례대표시·도의원후보자를 제외한다)가 당선되거나 사망한 때에는 기탁금중에서 제56조(기탁금) 제3항의 규정에 의하여 기탁금에서 부담하는 비용을 뺀 나머지 금액은 선

거일후 30일 이내에 기탁자에게 반환한다.

1. 대통령선거, 지역구국회의원선거, 지역구시·도의원선거, 자치구·시·군의원선거 및 지방자치단체의 장 선거 후보자의 득표수가 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수 이상이거나 유효투표총수의 100분의 15 이상인 때

2. 삭제

3. 생략

② 비례대표국회의원후보자명부 또는 비례대표시·도의원후보자명부에 올라 있는 후보자 중 당선인이 없는 때 또는 후보자(비례대표국회의원후보자와 비례대표시·도의원후보자를 제외한다)가 사퇴·등록이 무효로 되거나 그 득표수가 제1항 제1호에 미달되는 때에는 선거일후 30일 이내에 기탁금 중에서 제56조 제3항의 규정에 의하여 기탁금에서 부담하는 비용을 뺀 나머지 금액은 국가 또는 당해 지방자치단체에 귀속한다. 이 경우 제56조 제3항의 규정에 의하여 기탁금에서 부담하여야 할 비용이 기탁금을 넘는 때에는 당해 선거구선거관리위원회의 고지에 따라 그 넘는 금액을 당해 기탁자가 그 고지를 받은 날부터 10일 이내에 선거구선거관리위원회에 납부하여야 하며, 그 기간 내에 납부하지 아니한 때에는 우선 국가 또는 당해 지방자치단체가 지출한 후 관할세무서장에게 위탁하여 관할세무서장이 국세채납처분의 예에 따라 이를 징수하여 국가 또는 당해 지방자치단체에 납입하여야 한다.

③, ④ 삭제

⑤ 생략

【참조조문】

헌법 제24조

【참조판례】

1. 헌재 1996. 8. 29. 95헌마108, 판례집 8-2, 167

헌재 2003. 8. 21. 2001헌마687, 공보 84, 42, 46

2. 헌재 2003. 8. 21. 2001헌마687, 공보 84, 42, 49

【당 사 자】

청 구 인 김두관 외 3인(2002헌마383)

대리인 변호사 이용철

임삼진(2002헌마396)

대리인 변호사 김한수

【주 문】

청구인들의 심판청구를 기각한다.

【이 유】**1. 사건의 개요 및 심판의 대상****가. 사건의 개요****(1) 2002헌마383**

2002. 6. 13. 실시된 제3회 전국 동시 지방선거에서 청구인들 중 김두관은 경상남도 도지사 후보, 이두원은 충청남도 홍성군 군수 후보, 황경수는 전라북도의원 후보, 심규현은 고양시의원 후보로 각 등록하였다.

청구인들은 기탁금 납부에 관한 공직선거및선거부정방지법 제56조 제1항 제3호 내지 제6호, 기탁금 반환 및 국고귀속에 관한 동법 제57조 제1항 제1호 및 제2항 해당 부분이 헌법상 보장된 청구인들의 공무담임권과 평등권 등을 침해한다고 주장하면서 그 위헌확인을 구하고자 이 사건 헌법소원을 청구하였다.

(2) 2002헌마396

청구인 임삼진은 위 지방선거에서 서울시장후보로 등록하였는데, 시·도지사선거의 기탁금을 5천만 원으로 한 동법 제56조 제1항 제4호와 그 반환기준을 정한 동법 제57조 제1항 제1호 중 지방자치단체의 장선거 후보자에 관한 부분이 헌법상 보장된 청구인의 공무담임권과 평등권 등을 침해한다고 주장하면서 그 위헌확인을 구하고자 이 사건 헌법소원을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 공직선거및선거부정방지법(2002. 3. 7. 법률 제6663호로 개정된 것, 이하 “공선법”이라 한다) 제56조 제1항 제3호 내지 제6호, 제57조 제1항 제1호 중 지역구시·도의원선거, 자치구·시·군의원선거 및 지방자치단체의 장선거 후보자에 관한 부분, 같은 조 제2항 중 위 후보자의 득표수가 제1항 제1호의 득표수에 미달될 때에는 기탁금을 지방자치단체에 귀속하도록 한 부분이 헌법에 위반되는지의 여부이며 관련 규정의 내용은 다음과 같다.

공선법 제56조(기탁금) ① 후보자등록을 신청하는 자는 등록신청시에 후보자 1인마다 다음 각호의 기탁금을 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 따라 관할선거구선거관리위원회에 납부하여야 한다.

1. 대통령선거는 5억 원
2. 국회의원선거는 1천 500만 원
3. 시·도의회의원선거는 300만 원
4. 시·도지사선거는 5천만 원
5. 자치구·시·군의 장선거는 1천만 원
6. 자치구·시·군의원선거는 200만 원

②, ③ 생략

제57조(기탁금의 반환 등) ① 정당 또는 후보자가 다음 각호에 해당하는 때 또는 후보자(비례대표국회의원후보자와 비례대표시·도의원후보자를 제외한다)가 당선되거나 사망한 때에는 기탁금중에서 제56조(기탁금) 제3항의 규정에 의하여 기탁금에서 부담하는 비용을 뺀 나머지 금액은 선거일후 30일 이내에 기탁자에게 반환한다.

1. 대통령선거, 지역구국회의원선거, 지역구시·도의원선거, 자치구·시·군의원선거 및 지방자치단체의 장선거 후보자의 득표수가 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수 이상이거나 유효투표총수의 100분의 15 이상인 때

2. 삭제

3. 비례대표국회의원선거 및 비례대표시·도의원선거

당해 후보자명부에 올라 있는 후보자중 당선인이 있는 때

② 비례대표국회의원후보자명부 또는 비례대표시·도의원후보자명부에 올라 있는 후보

자중 당선인이 없는 때 또는 후보자(비례대표국회의원후보자와 비례대표시·도의원후보자를 제외한다)가 사퇴·등록이 무효로 되거나 그 득표수가 제1항 제1호에 미달되는 때에는 선거일후 30일 이내에 기탁금중에서 제56조 제3항의 규정에 의하여 기탁금에서 부담하는 비용을 뺀 나머지 금액은 국가 또는 당해 지방자치단체에 귀속한다.

2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 후보자 난립방지를 위하여 후보자에게 지나치게 많은 경제적 부담을 지우는 기탁금제도는 그 목적의 달성에 적합한 수단을 선택하였다거나 기본권제한에 있어서 피해를 최소화하지 못하므로 과잉금지원칙에 위배된다. 고액의 기탁금을 지방선거에 입후보하려는 자들에게 요구하는 것은 그 기탁금을 납입할 재력이 없는 자를 재력이 풍부한 자와 차별하여 유권자의 심판도 받아보기 전에 후보자등록조차 못하게 함으로써 합리적 근거가 없는 자의적인 차별에 해당하여 평등원칙에도 위배된다.

(2) 현재 정당에 대한 국고보조금 지급기준이 2%인 것에 비추어 볼 때 기탁금을 반환받기 위하여 그 후보자의 득표수가 유효득표총수를 후보자로 나눈 수 이상이거나 유효득표수의 100분의 15 이상일 것을 요구하는 기탁금반환기준은 과도하게 높아 진지한 입후보희망자의 입후보를 가로막고 있다. 유효득표총수의 100분의 15에 미달하였더라도 성실히 선거과정을 치르고 그럼으로써 소수후보자로서 나름대로 민주주의에 기여한 후보자가 얼마든지 있을 수 있는데, 이들을 모두 난립후보라 하여 기탁금 몰수라는 제재를 가하는 것은 부당하며, 특히 2, 3개의 거대정당이 존재하는 경우 군소정당이나 신생정당 후보자의 경우 100분의 15라는 기준을 초과하기가 힘들게 될 것이므로 결국 이들 군소정당이나 신생정당의 정치참여 기회를 제약하는 효과를 낳게 된다. 따라서 기탁금반환조항은 과잉금지원칙에 위배하여 헌법 제24조의 공무담임권을 제한하고 있다.

나. 중앙선거관리위원회위원장의 의견

특별한 의견이 없다고 통보하였다.

3. 판 단

가. 시·도지사선거의 5천만 원 기탁금 납부 부분

헌법재판소는 1996. 8. 29. 선고한 95헌마108 사건에서 당시의 공선법상 도지사 후보에 대한 기탁금 5천만 원 규정을 합헌으로 결정한바 있다. 그 요지는, 기탁금제도는 금전적 제재를 통하여 후보자의 무분별한 난립을 방지하고 아울러 당선자에게 되도록 다수표를 몰아주어 민주적 정당성을 부여하는 한편 후보자의 성실성을 담보하려는 취지에서 생겨난 것이고 따라서 불성실한 입후보자에 대하여 실질적인 제재효과를 거둘 수 있는 금액이어야 한다는 점을 고려하면, 시·도지사선거에서의 기탁금 5천만 원은 입법목적달성에 필요한 액수를 초과한 과도한 금액이 아니라는 것인바, 이 사건의 경우 위 결정과 달리 판단할 사정변경이 없다.

그렇다면 시·도지사 선거시 5천만 원의 기탁금을 납부하도록 한 공선법 제56조 제1항 제4호는 청구인들의 공무담임권 등 기본권을 침해한다고 볼 수 없다.

나. 자치구·시·군의 장선거시 1천만 원 기탁금 납부 부분

기탁금제도는 선거에 출마하려는 자에게 입후보의 요건으로 기탁금을 납부할 것을 요구하고, 선거결과 일정한 득표수에 미달되는 경우에는 이를 반환하지 않고 국고에 귀속시킴으로써 선거에 자유롭게 입후보할 자유를 제한함과 동시에 과태료나 대집행비용을 사전에 확보하는 법적 효과를 갖는 것으로, 그 목적과 성격은 구체적인 기탁금의 액수와 그 반환의 기준, 정치문화와 선거풍토, 선거를 통하여 선출하려는 공직의 종류와 선거의 유형, 일인당 국민소득 등 경제적 사정과 국민의 법감정 등을 모두 고려하여 개별적·구체적으로 파악하여야 한다(헌재 2003. 8. 21. 2001헌마687, 공보 84, 42, 46).

최근의 월평균임금의 추이과정에서 볼 때, 자치구·시·군의 장에 출마하려는 후보자에게 있어서 1,000만 원의 기탁금은 통상적인 평균임금을 수령하는 도시근로자가 그 임금을 3-4개월 정도 저축하면 모을 수 있는 정도라고 할 것이다(위 2001헌마687 결정, 공보 84, 42, 48 참조). 한편 선거구의 규모 및 이에 따른 비용의 면에 있어서 지방의회선거와의 차이가 크고, 성공적인 지방자치제도의 정착을 위하여는 민선 자치구·시·군의 장의 역할이 중대하며, 이에 따라 후보난립방지의 필요성도 상당하다는 점 등을 고려할 때(헌재 1996. 8. 29. 95헌마108, 판례집 8-2, 167, 180 참조), 그 기탁금을 비록 지방의회선거에 비하여 많이 규정하고 있다고 하더라도 그것만으로 위 기탁금 액수가 합리적인 이유 없이 많은 것이라고는 할 수 없다.

그렇다면 자치구·시·군의 장선거시 1,000만 원의 기탁금은 입법자가 기탁금을 통하여 추구하려는 공익목적과 국민의 공무담임권 및 참정권의 보호, 그리고 우리의 선거풍토와 경제적 여건 등을 고려하여 그 입법형성권의 범위와 한계 내에서 설정한 것으로 청구인들의 공무담임권 등 기본권을 침해할 정도로 과도한 것이라 할 수 없으므로 헌

법에 위반된다고 할 수 없다.

다. 시·도의회의원선거시 300만 원, 자치구·시·군의회의원선거시 200만 원의 기탁금 부분

기탁금제도는 그 기탁금액이 지나치게 많지 않는 한 이를 위헌이라고 할 수 없다. 지방의회선거의 경우 300만 원, 200만 원의 기탁금은 통상적인 임금근로자에게 있어서 1-2달의 임금에 해당되는 금액으로서 그 액수가 과중하다고 보이지 않으며, 후보의 난립방지 등 기탁금 제도의 입법목적에 고려할 때, 이러한 액수의 기탁금은 입법재량의 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없다.

라. 기탁금 반환조건 규정의 위헌 여부

(1) 공선법은 각종 공직선거에 있어서 후보자가 당선되거나 사망한 때와 후보자의 득표수가 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수 이상이거나 유효투표총수의 100분의 15 이상인 때에만 기탁금에서 불법행위에 대한 제재금을 뺀 나머지금액을 후보자에게 반환하고, 득표율이 이에 미달되는 경우에는 위 제재금을 뺀 나머지금액을 국가에 귀속시키고 있다.

(2) 헌법재판소는 국회의원선거의 경우에 있어서 그러한 기탁금 반환조건 규정이 합헌이라고 판시한바 있다(헌재 2003. 8. 21. 2001헌마687, 공보 84, 42, 49). 그 이유의 요지는, 기탁금반환의 기준은 선거에 입후보할 것인지의 여부를 진지하게 고려할 정도에 이르러야 하지만, 지나치게 그 반환기준이 높아 진지하게 입후보를 고려하는 예정자가 입후보를 포기할 정도로 높아서는 안 될 헌법적 한계를 갖는바, 기탁금제도의 취지와 기탁금제도의 실효성을 유지하기 위한다는 기탁금반환제도 및 국가귀속제도의 입법취지 등을 감안하면, 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수 또는 유효투표총수의 100분의 15 이상으로 정한 기탁금반환기준은 입법자의 기술적이고 정책적 판단에 근거한 것으로서 현저히 불합리하거나 자의적인 기준이라고 할 수는 없다는 것이다.

(3) 위 판시는 입법재량을 상당 부분 인정하면서, 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수 또는 유효투표총수의 100분의 15 이상으로 정한 기탁금 반환조건을 합헌이라 인정하고 있는바, 이러한 판시취지는 이 사건에서 문제된 공직선거의 경우에도 마찬가지라고 볼 것이다.

4. 결 론

그렇다면 청구인들의 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 김영일 권 성 김효종 김경일(주심) 송인준 주선회 전효숙 이상경

18

시·도지사선거의 기탁금을 5,000만원으로 규정한 공직선거법 제56조 제1항제4호의 공무담임권 등 침해 여부

■ 공직선거및선거부정방지법 제56조 위헌확인, 1996. 8. 29. 95헌마108 ■

【판시 사항】

- 가. 구체적인 기본권침해(基本權侵害)가 있기 전에 제기한 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)에 관하여 현재성(現在性)의 요건(要件)을 갖춘 것으로 인정한 사례
- 나. 주관적(主觀的) 권리(權利)의 구제가 불가능하게 되었어도 심판청구(審判請求)의 이익(利益)을 인정한 사례
- 다. 시·도지사선거(市道知事選舉)에서 기탁금제도(寄託金制度) 자체의 위헌(違憲) 여부
- 라. 시·도지사선거(市道知事選舉)에서 5천만원의 기탁금(寄託金)이 과다(過多)하여 헌법(憲法)에 위반(違反)되는지 여부

【결정 요지】

- 가. 시·도지사선거(市道知事選舉)에 입후보한 청구인이 기탁금제도(寄託金制度)에 의하여 구체적으로 기본권(基本權)의 침해(侵害)를 받게 되는 후보자등록신청개시일보다 약 두달전에 청구한 이 사건 헌법소원의 경우를 가리켜 현재성(現在性)이 없다고 한다면 현행 헌법소원절차(憲法訴願節次)에 미루어 기본권구제(基本權救濟)의 실효성(實效性)을 기대하기 어려우므로 이 사건 심판청구는 현재성(現在性)의 요건을 갖춘 것으로 보아야 한다.
- 나. 청구인이 헌법소원심판을 청구한 뒤에 청구인이 입후보한 시·도지사선거(市道知事選舉)는 1995.6.27. 실시되어 이미 종료하였으므로, 이 사건 심판대상인 공직선거(公職選舉)및선거부정방지법(選舉不正防止法) 제56조 제1항 제4호에 대한 위헌결정(違憲決定)이 선고되더라도 청구인의 주관적 권리구제는 불가능하게 되었다고 할 수도 있으나, 앞으로 이 사건 법률조항에 의한 기본권침해의 반복이 확실히 예상되므로, 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 관한 판단은 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니는 경우에 해당하여 심판청구의 이익이 인정된다.

다. 시·도지사선거(市道知事選舉)에서 무분별한 후보난립을 방지하기 위한 제재금(制裁金) 예납(豫納)의 의미와 함께, 공직선거(公職選舉) 및 선거부정방지법(選舉不正防止法) 위반 행위에 대한 과태료(過怠料) 및 불법시설물(不法施設物) 등에 대한 대집행비용(代執行費用)과 부분적으로 선전벽보(宣傳壁報) 및 선거공보(選舉公報)의 작성비용에 대한 예납(豫納)의 의미도 아울러 가지고 있는 기탁금제도(寄託金制度)는 그 기탁금액이 지나치게 많지 않는 한 이를 위헌이라고 할 수는 없다.

라. (1) 시·도지사선거(市道知事選舉)의 경우 선거구(選舉區)의 규모(規模) 및 이에 따른 비용(費用)의 면에 있어서 국회의원선거나 다른 지방선거와의 차이가 크고, 성공적인 지방자치제도의 정착을 위하여는 민선 시·도지사의 역할이 매우 중대하며, 이에 따라 후보난립방지의 필요성도 절실하다는 점 등을 고려할 때, 그 기탁금을 다른 선거들에 비하여 많이 규정하고 있다고 하더라도 그것만으로 다른 선거의 기탁금액에 비하여 합리적인 이유 없이 지나치게 많은 것이라고는 할 수 없다.

(2) 1995.6.27. 시행된 시·도지사선거(市道知事選舉)에서 선거후 후보자들이 보고한 선거비용지출금액이 평균 3억여원에 이르렀으며, 기탁금액은 불성실한 입후보자에 대하여 실질적인 제재효과를 거둘 수 있는 금액이어야 한다는 점을 고려하면, 이 사건 법률조항에서 규정하고 있는 기탁금 5천만원은 기탁금제도(寄託金制度)의 목적달성에 필요한 액수를 초과한 과도한 금액이 아니라 할 것이고, 당선가능성이 있는 자의 후보등록을 불가능하게 하거나 현저히 어렵게 함으로써 공무담임권(公務擔任權) 등 기본권의 본질적 내용을 침해하는 것으로 볼 수 없다.

(3) 기탁금의 액수를 정함에 있어서는 선거구(選舉區)의 규모(規模) 외에도 각 선거(選舉)가 갖는 특성(特性) 등도 아울러 참작하여야 하고, 같은 종류의 선거에 있어서 각 선거구의 규모에 따라 기탁금의 액수를 다르게 정하는 것이 반드시 바람직한 것이라 할 수 없을 뿐만 아니라, 입법기술상으로도 유동적인 선거구의 인구수 등을 매선거때마다 반영하는 것도 그리 쉬운 일이 아니므로, 입법자가 각종 선거의 기탁금의 액수를 정함에 있어 평균적인 선거구의 규모 및 선거마다의 특성을 고려하여 각 선거마다 달리 기탁금을 정하되, 같은 종류의 선거에 있어서는 선거구간의 인구수나 경제력 등의 차이를 고려하지 아니하고 기탁금을 일률적으로 균등하게 책정하는 것을 나무랄 수는 없다. 따라서 이 사건 법률조항이 법률상 같은 종류의 지방자치단체인 시·도의 장을 선출하는 시·도지사선거(市道知事選舉)에 있어서 각 시·도간의 인구수나 경제력 등의 차이를 고려하지 아니하고 그 기탁금을 일률적으로 5천만원으로 정하였다고 하여 이를 두고 위헌이라고 할 수는 없다.

재판관 김진우의 반대의견(反對意見)

다.라. (1) 후보자의 난립방지라는 목적을 위하여 후보자에게 지나치게 많은 경제적 부담을 지우는 기탁금제도(寄託金制度)를 선택한 것은 그 목적의 달성에 적합한 수단을 선택한 것으로 볼 수 없을 뿐만 아니라 추천인명부제도에 비하여 피해를 최소화하지 못하는 제도라 할 것이고, 이 사건 법률조항에 의한 공무담임권(公務擔任權)의 심각한 제한과 그로 인하여 달성하고자 하는 공익 사이에 균형이 이루어지고 있다고 보기도 어렵다.

(2) 이 사건 법률조항의 기탁금제도(寄託金制度)는 실질적으로 득표율이 저조한 후보자들을 제재하기 위한 것이고 선거법상 모든 후보자가 부담하여야 할 선거비용을 예납한다는 의미나 목적을 가지고 있다고 보기 어려우므로 헌법 제116조 제2항에서도 그 헌법적 근거를 찾을 수 없으며, 저율의 득표를 한 후보자들을 불성실한 후보자라 하여 금전적 제재를 가하는 것은 민주주의원리(民主主義原理)의 중요한 내용의 하나인 소수의견이 존중 등 소수자보호(少數者保護)의 원칙(原則)에도 반한다.

(3) 이 사건 법률조항은 재력이 풍부한 자와 그렇지 못한 자를 공무담임권의 한 내용인 피선거권부여에 있어서 차별하는 규정으로서, 그러한 차별을 헌법적으로 정당화할 수 있는 합리적 근거로 다수의견이 제시하는 것들은 위에서 지적한 바와 같이 정당하지 아니하므로, 이 사건 법률조항은 합리적 근거가 없는 자의적인 것이어서 평등원칙(平等原則)에도 반한다.

재판관 조승형의 반대의견(反對意見)

다. 기탁금제도(寄託金制度)는 민주주의(民主主義) 등의 헌법정신에 반하고 보통(普通)·평등선거(平等選舉)의 본질에 반하며, 헌법 제37조 제2항에 따른 기본권 제한에 있어서 선거질서유지목적·필요성과 기본권 제한의 정도를 비교할 때에 지켜야 할 비례(比例)의 원칙·과잉금지(過剩禁止)의 원칙에 반하고 국민의 공무담임권(公務擔任權)(피선거권(被選舉權))·평등권(平等權)·투표를 통하여 참정권을 행사하는 주인인 국민의 선거권(選舉權)의 본질적 내용을 침해하는 제도로서 헌법에 위반된다.

【당 사 자】

청 구 인 신 두 완

제주시 이호1동 542의 2

대리인 법무법인 신한종합법률사무소

담당변호사 이충환, 이범래

【심판대상조문】

공직선거(公職選舉)및선거부정방지법(選舉不正防止法) 제56조 제1항 제4호(1994.3.16. 법률 제4739호로 제정)

① 후보자등록을 신청하는 자는 등록신청시에 후보자 1인마다 다음 각호의 기탁금을 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 따라 관할선거구선거관리위원회에 납부하여야 한다.

4. 시·도지사선거는 5천만원

【참조조문】

헌법(憲法) 제11조 제1항, 제25조, 제116조 제2항

【참조 판례】

가. 1991.3.11. 선고, 91헌마21 결정

1995.11.30. 선고, 94헌마97 결정

나. 1994.12.29. 선고, 91헌마57 결정

1995.5.25. 선고, 91헌마44 결정

1995.5.25. 선고, 92헌바269·299·305(병합) 결정

다.라. 1995.5.25. 선고, 91헌마44 결정

1995.5.25. 선고, 92헌바269·299·305(병합) 결정

【주 문】

청구인의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 1994. 3. 16. 공포·시행된 공직선거및선거부정방지법(이하 "공직선거법"이라 한다) 부칙 제7조 제1항에 의하여 1995. 6. 27. 실시될 예정이던 지방선거에서 제주도지사선거에 입후보하고자 하였는데, 공직선거법 제56조 제1항 제4호가 시·도지사선거에 입후보하려는 자는 후보자등록신청시에 기탁금 5천만원을 관할선거구선거관리위원회에 납부하여야 한다고 규정함으로써, 기탁금을 마련할 수 있는 경제적 능력이 있는 자만이 입후보할 수 있도록 하여 청구인의 평등권, 공무담임권 등을 침해하고 있다는 이유로 1995. 4. 14. 위 법률조항의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 공직선거법 제56조 제1항 제4호(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정, 이하 "이 사건 법률조항"이라 한다)가 청구인의 기본권을 침해하였는지 여부이고, 그 규정내용은 다음과 같다.

제56조(기탁금) ① 후보자등록을 신청하는 자는 등록신청시에 후보자 1인마다 다음 각호의 기탁금을 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 따라 관할선거구선거관리위원회에 납부하여야 한다.

1. 2. 3. 생략

4. 시·도지사선거는 5천만원

5. 생략

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 이 사건 법률조항은 시·도지사선거의 경우 후보자등록신청시에 5천만원을 기탁하도록 하고 있는데, 이는 경제적 능력 유무에 의하여 정치적 영역에 있어서 차별을 규정하고 있는 것이고, 나아가 합리적 이유 없이 그 기탁금의 액수가 다른 선거에 출마하려는 후보자들에 비하여도 지나치게 과다하여 기탁금을 마련할 수 있는 경제적 능력이 없는 사람은

후보자 등록을 할 수 없도록 함으로써 공무담임권을 침해할 뿐만 아니라, 각 시·도가 인구수나 경제력에 있어서 상당한 차이가 있음에도 불구하고 일률적으로 같은 금액으로 규정함으로써 청구인의 평등권을 침해하고 있다.

(2) 후보자등록신청시에 기탁금을 미리 기탁하도록 하는 것은 후보자에게 선거에 관한 경비를 부담시키는 결과를 초래하고, 균등한 기회를 보장한다는 헌법에 정한 선거의 원칙을 후보등록단계에서 훼손하고 있는 것이다.

나. 내무부장관의 의견

각종선거에 입후보하는 자에게 일정한 기탁금을 납부하도록 한 취지는 선거운동과정에서 후보자가 선거법을 위반한 경우 부과되는 과태료 및 불법시설물 등에 대한 대집행비용을 담보하고, 후보자의 난립으로 인한 유권자들의 선택의 혼란을 예방하여 공명선거를 보장하기 위한 제도적 장치의 하나이므로 헌법에 위반되지 아니한다.

다. 법무부장관의 의견

(1) 공직선거법은 1994. 3. 16. 공포·시행되었고, 이때 이미 기본권의 침해가 있었으므로 위 법 시행일로부터 180일이 경과한 뒤에 제기한 이 사건 심판청구는 청구기간을 도과한 것이다. 후보자등록일 이후에 비로소 기본권 침해가 있다고 본다면 후보자등록일 이전에는 청구인에 대한 권리침해의 우려는 단순히 장래 잠재적으로 나타날 수도 있는 것에 불과하여 권리침해의 현재성을 구비하지 못한 것이 된다. 따라서 어느모로 보나 이 사건 심판청구는 부적법하다.

(2) 기탁금제도는 선거에 입후보하려는 자로 하여금 미리 일정한 금액을 기탁하게 하고 선거결과 일정수준의 득표를 하지 못할 경우 국고에 귀속시키는 등의 방법으로 금전적인 제재를 가함으로써 무분별한 후보의 난립을 방지하여 선거를 효율적으로 공정하게 운영하며, 아울러 다수표를 획득할 수 있도록 제도적으로 보장함으로써 공직선거의 신뢰성과 정치적 안정을 확보하기 위한 것으로서 그 기탁금액이 과다하지 않는 한 헌법상 허용되는 것이다.

(3) 기탁금은 원칙적으로 당선되거나 일정한 수준의 득표만 하면 선거종료 후 반환받는 것이므로 당선가능성이 있는 자에게는 사후반환이 보장된 일시적 예탁금이라고 할 수 있다. 정당은 정치적 의사형성에 필요한 조직을 갖추고 있으므로 시·도지사선거에서 당선가능성이 있다고 보아 후보자를 추천하였다면 5천만원 정도의 기탁금을 마련하는 것이 그다지 어렵다고 보여지지 아니하고, 무소속 후보자의 경우에도 1천인 이상 2천인 이하의

추천을 요구하고 있으므로 이러한 다수의 선거권자의 추천을 받을 수 있는 후보자라면 우리의 경제현실에 비추어 위와 같은 액수의 기탁금을 마련하는 것이 불가능하거나 현저히 어려워 참정권이나 공무담임권의 본질을 침해하는 정도에 이른다고 할 수 없다.

(4) 15개 시·도지사 선거구의 인구·예산의 규모를 일일이 대비하여 차별적으로 기탁금액을 책정하는 것이 현실적으로 가능하다 하더라도, 그것은 매년 선거 때마다 변동하는 인구·예산의 규모를 반영해야 하는 곤란한 문제가 생기므로 부적절하다.

3. 판 단

가. 심판청구의 적법 여부

(1) 청구인은 1995. 6. 27.에 실시될 예정이던 시·도지사선거에 입후보하려는 사람이므로 자기관련성이 있고, 이 사건 법률조항은 시·도지사 선거에 입후보하려는 사람이 5천만원을 기탁하지 아니할 경우에는 별도의 집행행위의 매개없이 후보자등록신청을 할 수 없도록 규정하고 있으므로 직접성의 요건도 갖추고 있다.

법령에 대한 헌법소원의 청구기간은 법령이 시행된 뒤에 비로소 기본권을 침해받은 경우에는 기본권을 침해받은 때로부터 기산하여야 한다(헌법재판소 1996. 3. 28. 선고, 93헌마198 결정 참조). 이 사건의 경우 후보자등록신청시에 기탁금을 납부하도록 되어 있으므로 후보자등록신청개시일에 비로소 구체적으로 기본권의 침해가 생긴다고 할 것이다. 그런데 공직선거법 제49조 제1항에 의하면 지방자치단체의 장선거에 있어서는 선거일전 16일부터 2일간 후보자등록을 신청하도록 하고 있으므로 시·도지사선거에 입후보하려는 청구인이 기본권을 구체적으로 침해받게 되는 것은 후보자등록신청개시일인 1995. 6. 11.부터라고 할 것이다.

구체적인 기본권의 침해가 있기 전인 1995. 4. 14.에 청구한 이 사건 헌법소원의 경우를 가리켜 후보등록일 이전에 청구한 것이므로 현재성이 없다고 한다면 현행 헌법소원절차에 미루어 기본권구제의 실효성을 기대하기 어렵다. 따라서 후보자등록신청개시일 보다 약 두달 전에 청구한 이 사건 심판청구는 현재성의 요건도 갖춘 것으로 보아야 한다.

(2) 한편 청구인이 헌법소원심판을 청구한 뒤에 청구인이 입후보한 시·도지사선거는 1995. 6. 27. 실시되어 이미 종료하였으므로, 이 사건 법률조항에 대한 위헌결정이 선고되더라도 청구인의 주관적 권리구제는 불가능하게 되었다고 할 수도 있다.

그러나 헌법소원은 주관적 권리구제뿐 아니라 객관적인 헌법질서보장의 기능도 겸하고 있으므로 심판계속중 발생한 사정변경으로 인하여 주관적인 권리보호이익이 소멸된 경우에도 그러한 기본권침해행위가 반복될 위험이 있거나 당해분쟁의 해결이 헌법질서의 유

지·수호를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 때에는 예외적으로 심판청구의 이익을 인정할 수 있다는 것이 우리 재판소의 확립된 관례이다(헌법재판소 1992. 1. 28. 선고, 91헌마111 결정 등 참조). 그런데 시·도지사선거에서 후보자등록신청시에 기탁금 5천만원을 납부하도록 하는 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 관하여는 아직 그 해명이 이루어진 바가 없어 만약 이 사건 법률조항이 청구인의 기본권을 침해하는 것이라면 앞으로 시·도지사선거에 입후보하고자 하는 사람들도 이 사건 법률조항에 의하여 반복하여 기본권을 침해당할 것이 확실히 예상된다. 따라서 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 관한 판단은 위헌적인 법률조항에 의한 기본권침해의 위험을 사전에 제거하는 등 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항으로서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지닌다고 할 수 있으므로 이 사건 심판청구는 적법하다고 할 것이다.

나. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 시·도지사선거에서 기탁금제도 자체의 위헌 여부

(가) 원래 기탁금제도는 선거를 할 때에 후보자로 하여금 일정금액을 기탁하게 하고 후보자가 선거에서 일정수준의 득표를 하지 못할 때에는 기탁금의 전부 또는 일부를 국고에 귀속시키는 등의 방법으로 금전적 제재를 가함으로써, 후보자의 무분별한 난립을 방지하고 아울러 당선자에게 되도록 다수표를 몰아주어 민주적 정당성을 부여하는 한편 후보자의 성실성을 담보하려는 취지에서 생겨난 것이다(헌법재판소 1991. 3. 11. 선고, 91헌마21 결정 참조).

공직선거법 제56조 제3항, 제57조에 의하면 지방자치단체의 장선거의 경우 후보자의 득표수가 유효투표총수의 100분의 10이상인 때(당선되거나 사망한 때 포함)에는 공직선거법상 위반행위에 대한 과태료 및 불법시설물 등에 대한 대집행비용을 기탁금에서 공제한 후 잔액을 후보자에게 반환하도록 하되, 후보자의 득표수가 유효투표총수의 100분의 10미만인 때(후보사퇴·등록무효 포함)에는 위 과태료 및 대집행비용을 기탁금에서 공제하는 외에도 선전벽보 및 선거공보의 작성비용을 기탁금으로 보전(補填)한 뒤에 잔액을 당해 지방자치단체에 귀속하도록 하고 있다.

그러므로 공직선거법에 정한 기탁금제도는 후보난립을 방지하고 후보사퇴·등록무효 등 후보자의 성실성을 담보하기 위한 제재금 예납의 의미와 함께 공직선거법상 위반행위에 대한 과태료 및 불법시설물 등에 대한 대집행비용과 부분적으로 선전벽보 및 선거공보의 작성비용에 대한 예납의 의미도 아울러 가지고 있다고 할 수 있다.

(나) 대통령선거 등 다른 선거에 있어서와 마찬가지로 시·도지사선거에서도 후보자가 난립할 경우 선거관리가 복잡해짐은 물론 선거운동이 과열·혼탁해지기 쉽고 선거비용이 과

다하게 소요되며 유권자의 지지표가 분산되어 당선자의 민주적 정당성이 약화될 뿐 아니라, 나아가 주민들로서는 적절한 후보자를 선택하기 어려워 지방자치 및 선거자체에 대하여 무관심해질 염려도 있으므로 무분별한 후보난립을 방지할 필요성은 크다고 할 수 있다.

공직선거법상 위반행위에 대한 과태료 및 불법시설물 등에 대한 대집행비용은 그 성격상 당락이나 득표율 여하를 불문하고 후보자에게 부담시키는 것이 당연하다. 또한 헌법 제 116조 제2항은 법률이 정하는 경우에는 선거에 관한 경비의 일부를 후보자에게 부담시킬 수 있도록 규정하고 있고, 시·도지사선거에 들어가는 일체의 비용을 지방자치단체가 부담하도록 하는 것은 주민의 조세부담이나 지방재정형편에 비추어 반드시 적절하다고 할 수 없으므로 당선될 가능성이 희박함에도 무리하게 입후보를 한 것으로 보여지는 득표율이 저조한 후보자에 대하여는 선거비용의 일부인 선전벽보 및 선거공보의 작성비용을 부담시키는 것이 부당하다고 할 수 없다.

그러므로 시·도지사선거에서 후보난립을 방지하고, 아울러 위 과태료 및 대집행비용과 선전벽보 및 선거공보의 작성비용 등을 예납하도록 하기 위한 기탁금제도는 그 기탁금액이 지나치게 많지 않는 한 이를 위헌이라고 할 수는 없다.

(2) 기탁금액의 과다 여부

(가) 기탁금제도 자체의 정당성이 비록 인정된다고 하더라도 기탁금을 납부하지 아니하면 후보자등록신청을 할 수 없게 된다는 점에서 자유로운 입후보에 대한 제한임이 명백하므로, 기탁금액은 기탁금제도에 의하여 달성하려는 공익목적과 그로 인한 기본권제한 사이에 균형과 조화를 이루도록 정하여야 한다.

(나) 모든 선거는 각 선거마다 고유의 의미와 목적을 가지고 있고, 선거구의 규모의 차이를 비롯한 여러가지 특별한 사정이 있다. 이에 따라서 기탁금이 담보해야 할 과태료 및 대집행비용 그리고 선전벽보 및 선거공보의 작성비용이 달라짐은 물론이고 각 선거에 있어 후보자의 난립을 방지하기 위하여 요구되는 제재금의 의미에서의 기탁금의 액수도 당연히 달라질 수 밖에 없는 것이다. 그러므로 각 선거마다 기탁금액을 달리 규정하고 있다 하더라도 그 이유만으로 차등의 정도가 현저히 불합리한 것이 아닌 한 위헌이라고 할 수 없다.

한편 공직선거법 제 56조 제1항 각호에 정한 각종선거의 기탁금액을 살펴 보면, 이 사건 법률조항에서 시·도지사선거의 기탁금을 5천만으로 정한 외에 대통령선거는 3억원, 국회의원선거 및 자치구·시·군의 장선거는 1천만원, 시·도의회의원선거는 400만원, 자치구·시·군의회의원선거는 200만원의 기탁금을 규정하여 각 선거마다 기탁금액을 달리 규정하고 있다.

각종선거의 선거구(지역구) 수를 보면 시·도지사선거는 15개, 국회의원선거는 253개, 자치

구·시·군의 장선거는 230개, 시·도의회의원선거는 875개, 자치구·시·군의회의원선거는 3,750개에 달하는 바, 시·도지사선거의 경우 다른 지방선거나 국회의원선거의 경우에 비하여 선거구수가 현저히 적고, 이에 따라 선거구의 규모나 선거구당 선거인수가 매우 방대하므로, 위에서 본 바와 같은 기탁금이 담보해야 할 각종 비용 등이 위 다른 선거들의 경우에 비하여 훨씬 큰 액수에 달할 것이라는 것은 쉽게 예상된다.

실제로도 1995. 6. 27. 시행된 지방선거가 끝난 뒤에 중앙선거관리위원회가 발행한 "제1회 전국동시지방선거총람"에 의하여 1995. 6. 27. 시행된 각 지방선거에서 들어간 선전벽보 및 선거공보 작성비용의 후보자 1인당 평균치를 살펴 보면, 시·도지사선거의 경우 760여 만원에 달하는 데 반하여, 자치구·시·군의 장선거의 경우는 137만여원, 시·도의회의원선거의 경우는 97만여원, 자치구·시·군의회의원선거의 경우는 83만여원에 불과하여, 시·도지사선거의 경우 기탁금이 담보하는 선전벽보 및 선거공보 작성비용이 다른 지방선거에 비하여 적어도 5배 이상에 이르고 있음을 알 수 있다.

따라서 시·도지사선거의 경우 위와 같이 선거구의 규모 및 이에 따른 비용의 면에 있어서 국회의원선거나 다른 지방선거와의 차이가 크고, 성공적인 지방자치제도의 정착을 위하여는 민선 시·도지사의 역할이 매우 중대하며, 이에 따라 후보난립방지의 필요성도 절실하다는 점 등을 고려할 때, 그 기탁금을 비록 다른 선거들에 비하여 많게 규정하고 있다고 하더라도 그것만으로 다른 선거의 기탁금액에 비하여 합리적인 이유 없이 지나치게 많은 것이라고는 할 수 없다.

(다) 위 선거총람에 의하면, 시·도지사선거에 입후보한 후보자의 수는 모두 56명이었고, 그중 기탁금반환요건에 해당하는 후보자수는 41명(당선자 15명 포함)이었으며(이들의 선전벽보 및 선거공보의 작성비용은 평균 720여만원이었다), 기탁금반환요건에 해당하지 아니한 후보자수는 15명(사퇴 1명 포함)이었고 이들의 선전벽보 및 선거공보의 작성비용은 평균 870여만원으로서 이를 기탁금에서 보전하고 난 잔액인 평균 4,120여만원은 당해 지방자치단체에 귀속되었다.

따라서 기탁금이 담보하는 선전벽보 및 선거공보의 작성비용은 앞에서 본 바와 같이 후보자 1인당 평균 760여만원에 불과하였다.

그러나 한편 위 선거총람에 의하면, 각 선거구선거관리위원회가 선거비용제한액을 산정하여 1995. 5. 28.까지 선거별·선거구별로 공고한 후보자 1인당 선거비용제한액은 시·도지사선거의 경우 평균 7억여원(서울특별시가 최대로 14억 2천여만원이었고, 제주도가 최소로 2억 7천여만원)이었는데 선거후 후보자들이 보고한 선거비용지출금액도 평균 3억여원에 이르렀음을 알 수 있다.

위 사실관계와 기탁금제도가 가진 본래의 의의에 미루어 기탁금액은 불성실한 입후보자

에 대하여 실질적인 제재효과를 거둘 수 있는 금액이어야 한다는 점을 고려하면, 시·도지사선거에서의 기탁금 5천만원은 입법목적달성에 필요한 액수를 초과한 과다한 금액이 아니다. 따라서 이 사건 법률조항은 당선가능성이 있는 자의 후보등록을 불가능하게 하거나 현저히 어렵게 할 정도로 그 금액이 과다하여 공무담임권 등 기본권의 본질적 내용을 침해하는 것으로 볼 수 없다.

(라) 한편 위 선거총람에 의하면, 1995. 6. 5. 현재 서울특별시의 인구는 10,659,820명에 달하는데 반하여, 제주도의 경우는 515,629명에 지나지 아니하고, 6·27 지방선거의 시·도지사선거의 경우 1개 선거구당 평균 선거인의 수는 206만여명으로서 서울특별시의 선거인 수는 7,438,025명인데 비하여 제주도는 348,191명에 불과하다.

또한 1996년 동아연감에 의하면, 1993년 지역내총생산(경상)이 서울특별시의 경우 69조 8천여억원에 달하는데 반하여, 제주도의 경우는 2조 5천여억원에 지나지 않고, 1994년 지방자치단체의 세입은 서울특별시의 경우 11조 9천여억원인데 비하여, 제주도는 8천여억원에 불과하다.

그러므로 각 시·도는 법률상 같은 종류의 지방자치단체임에도 불구하고 인구수(선거인수)나 경제력에 있어서 상당한 편차를 나타내고 있고, 실제로 시·도지사선거에 있어서 각 선거구의 인구수(선거인수)의 차이에 따라 기탁금이 담보하는 선전벽보 및 선거공보작성비용 등도 각 시·도마다 상당한 차이가 날 것이라는 점 또한 부인할 수 없다.

그러나 입법자가 기탁금의 액수를 정함에 있어서 인구수(선거인수)로 표현되는 선거구의 규모가 중요한 요소이기는 하나 이것만이 유일한 요소라고 할 수는 없고, 각 선거가 갖는 특성 등도 아울러 참작하여야 하므로, 같은 종류의 선거에 있어서 각 선거구의 규모에 따라 기탁금의 액수를 다르게 정하는 것이 반드시 바람직한 것이라고 할 수 없을 뿐만 아니라, 입법기술상으로도 유동적인 선거구의 인구수 등을 매 선거 때마다 이를 반영하는 것은 그리 쉬운 일이 아니다.

그렇다면 입법자가 각종 선거의 기탁금의 액수를 정함에 있어 평균적인 선거구의 규모 및 선거마다의 특성 등을 고려하여 각 선거마다 달리 기탁금을 정하되, 같은 종류의 선거에 있어서는 선거구간의 인구수나 경제력 등의 차이를 고려하지 아니하고 기탁금을 일률적으로 균등하게 책정하는 것을 나무랄 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항이 법률상 같은 종류의 지방자치단체인 시·도의 장을 선출하는 시·도지사선거에 있어서 그 기탁금을 균등하게 5천만원으로 정하였다고 하여 이를 두고 위헌이라고 할 수는 없다.

다. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항은 시·도지사 선거에 입후보하려는 사람의 기본권의 본질적 내용을 침해하는 정도에 이르지 아니하여 헌법에 위반되지 아니하므로 청구인의 이 사건 심판청구를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 김진우, 재판관 조승형의 반대의견이 있는 외에 나머지 재판관 전원의 의견이 일치되었다.

4. 재판관 김진우의 반대의견

나는 시·도지사선거에 있어서의 후보등록요건으로 5,000만원의 기탁금을 요구하는 이 사건 규정은 폐지된 지방의회의원선거법상의 기탁금제도가 공영선거비용을 예납케 하는 목적이 있었던 것과는 달리 공영선거비용의 예납이라는 목적이 아니고 거의 전적으로 저율 득표자 등을 '제재'하려는 목적을 가지고 있을 뿐만 아니라 그 금액도 지나치게 많아 헌법 제25조에 보장된 공무담임권과 헌법 제11조에 보장된 평등권을 침해하여 위헌이라고 생각하며, 따라서 이 사건 규정이 합헌이라는 다수의견에 반대한다.

가. 기탁금제도와 공무담임권의 제한

(1) 헌법이 그 제117조 이하에서 보장하고 있는 지방자치제도는 지방행정에 주민을 참여 시킴으로써 행정의 능률성과 투명성을 제고시키는 등 행정목적의 달성을 위한 방편에 그치지 아니하고 지방적인 차원에서 행하여지는 정책결정에 그 이해관계의 당사자들인 지방자치단체의 주민들이 주도적으로 참여하는 것을 가능하게 하며 또 그러한 만큼 지방적 차원에서의 정치세력이 형성될 수 있는 기반을 제공하기도 하는 것이다. 지방자치가 지역 주민 모두가 지역사무의 처리에 직접적으로 참여하는 형태가 아닌, 지역주민을 정치적으로 대표하는 자들에 의하여 간접적 형태로 이루어지는 현실에서 지방자치기관에의 주민의 적극적인 참여를 가능하게 하고 또 그럼으로써 자치기구의 민주적 정당성을 확보하기 위해서는 "지방자치단체의 장"이나 의결기관인 지방의회의 "의원"의 선거권과 피선거권이 지역주민에게 실효성 있게 보장되어 있어야 한다.

(2) 헌법은 제24조에서 "모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다."라고 규정하고, 제25조에서 "모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다."고 규정하여 각급선거에 있어서 국민에게 선거권 및 피선거권을 포함한 공무담임권을 보장하고 있다. 헌법 제25조의 공무담임권에는 선거를 통하여 광역지방자치단체의 장인 시·도지사에 당선될 수 있는 권리인 피선거권도 포함되어 있다.

광역지방자치단체장의 피선거권을 어떻게 규정할 것인가의 문제는 그 입법내용이 과잉금지 원칙에 반하거나 공무담임권의 본질적 내용을 침해하지 아니하는 한 원칙적으로 입법형성권을 가지고 있는 입법권자가 제반사정을 고려하여 결정하여야 할 입법재량의 영

역에 속한다. 그러나 지방자치단체의 장 선거에 입후보할 수 있는 피선거권 내지 공무담임권에 대한 제한은 자치기구의 민주적 구성이 지방자치제의 실현에 기본적인 의미를 갖기 때문에 그러한 의미에 상당한 중대한 공익의 실현을 위한 것일 때에만 헌법적으로 정당화될 수 있다는 점에 유의하여야 한다.

(3) 이에 이 사건 법률조항이 과잉금지의 원칙을 준수하고 있는지를 본다.

다수의견은 기탁금제도의 목적으로 후보자의 난립을 방지하고 입후보자의 성실성을 담보하며 공직선거법 위반행위에 대한 과태료, 불법시설물 등에 대한 대집행비용 그리고 선전벽보 및 선거공보의 작성비용을 예납케 하는 데 있다고 본다. 먼저 이들 각 목적과 관련하여 기탁금제도가 헌법적으로 정당화될 수 있는지를 살펴본다.

(가) 먼저 후보자의 난립방지라는 목적에 관하여 본다.

① 선거에서 후보자가 난립하게 되면 그들 가운데는 불성실한 후보자가 등장할 우려가 있는가 하면 선거가 과열될 위험이 있고 표의 분산으로 당선자의 민주적 정당성이 약화되는 결과가 야기될 수도 있다. 그러나 후보자의 난립방지라는 목적을 달성하기 위하여 다른 방법을 강구하는 것은 별론으로 하고 후보자에게 지나치게 많은 경제적 부담을 지우는 기탁금제도를 선택한 것은 그 목적의 달성에 적합한 수단을 선택하였다고 볼 수 없다.

먼저 정당법 제2조에 의하면 정당은 각종 공직선거의 후보자를 추천 또는 지지함을 그 목적의 하나로 한다. 또한 국가가 정당에게 정당운영에 필요한 자금을 보조할 수 있도록 규정한 헌법 제8조 제3항의 규정에 의거하여 정치자금에관한법률 제17조 이하의 규정에 의거하여 정당은 국가로부터 매년 통상적 보조금을 받음은 물론 대통령선거, 국회의원선거 또는 정당의 후보추천이 허용되는 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 임기만료로 인한 선거가 있는 연도에는 각 선거마다 법정액의 추가보조금을 받을 수 있다. 그러므로 정치자금에관한법률이 정하는 정치자금의 배분기준을 충족시키는 정당이 다수 존재하는 경우에는 이들 정당들이 적지 않은 금액을 정당운영비용으로 보조받을 수 있기 때문에 기탁금규정을 통하여 (정당추천)입후보자의 난립방지라는 목적의 달성도 기대하기 어렵다. 뿐만 아니라 결코 소액이라고 볼 수는 없는 5천만원이라는 기탁금을 시·도지사선거의 입후보등록요건으로 규정하고 있는 이 사건 법률조항은 정당에게 지방자치단체장의 선거에 후보자를 추천하고 지지할 것을 요구하고 있는 위 법률들과 체계적 조화를 이루지 못하고 있다. 결국 이 사건규정은 주로 신생 군소정당의 후보자들이나 무소속후보자들에게만 입후보의 자유를 제약하거나 불가능하게 하는 작용을 한다고 할 것이나, 이들이 기탁금을 마련할 충분한 재력을 보유하고 있는 경우에는 그 입후보를 심리적으로 억제하기 힘들다.

② 다수의견은 후보자가 난립하게 되면 유권자의 표가 분산되어 당선자의 민주적 정당성

이 약화될 뿐만 아니라, 나아가 주민들로서는 적절한 후보자를 선택하기도 어려워 지방자치 및 선거자체에 관하여 무관심해 질 염려도 있어서 무분별한 후보난립을 방지할 필요성은 매우 크다고 주장한다. 그러나 당선자의 민주적 정당성을 제고하는 방법으로 결선투표제 등 다른 방법을 선택하는 것은 별론으로 하고, 고액의 기탁금제도를 통하여 아예 기탁금을 낼 자력이 없는 자들을 선거에서 배제하는 것이 헌법적으로 정당화될 수 있는지는 극히 의문스럽다. 무엇보다도 위에서도 지적한 바와 같이 기탁금제도가 다수의견이 주장하는 당선자의 민주적 정당성약화의 근본원인인 후보난립의 방지를 위한 적합한 방법이 아니기 때문이다. 다수의견은 뿐만 아니라 후보난립으로부터 후보자선택의 곤란성을 추론하고 이로부터 다시 지방자치에 주민들이 무관심해질 위험이 있다고 주장하지만 그 주장에는 논리적 비약이 있을 뿐만 아니라 그러한 위험이 존재하는지도 검증되지 아니한 것이다.

③ 설사 이 사건 법률조항이 다수의견이 주장하는 바와 같은 목적의 달성에 적합한 수단을 선택하고 있다고 하더라도 이 사건 법률조항은 피해의 최소성요건이나 법익의 균형성요건을 충족하지 못하여 위헌이라고 본다.

먼저, 후보자의 난립, 불성실한 입후보자의 입후보방지 등의 목적을 위해서는 추천인명부제도만으로도 충분하다고 할 것이다. 즉 현행 공직선거법 제48조 제2항 제4호에 의하면 무소속후보자는 후보자등록시에 당해 시·도·안의 3분의 1 이상의 자치구·시·군에 나누어 하나의 자치구·시·군에 주민등록이 되어 있는 선거권자의 수를 50인 이상으로 한 1천인 이상 2천인 이하의 추천을 요구하고 있다. 어느 정도 지명도와 조직을 확보하고 있지 아니한 경우에는 이러한 요건을 충족시키기가 용이한 일은 아니다. 또 필요하다면 추천인수를 어느 정도 늘려서 입후보를 어렵게 하는 것도 생각해 볼 수 있을 것이다. 광역지방자치단체의 장선거에 있어서는 선거구가 비교적 광범위하고 유권자의 수도 많으므로 추천인수를 늘린다고 하여 다수의견이 주장하는 바와 같은 사전선거운동의 문제도 그다지 우려할 만한 것이 못되기 때문이다. 그러한 한 이 사건 규정에 의한 고액의 기탁금제도는 아예 처음부터 고액의 기탁금을 납부하지 않으면 후보등록을 못하게 함으로써 유권자의 심판을 받아 보기도 전에 그 기탁금을 내기 힘든 경제력이 약한 자들을 선거전으로부터 아예 배제시키는 제도로써 위에서 살펴본 바와 같이 후보난립방지라는 목적달성에 별로 적합하지도 않으면서 피선거권을 강력하게 제한하는 것으로 추천인명부제도에 비하여 피해를 최소화하지 못하는 제도라 할 것이다.

지난 시·도지사선거에 있어서 선거후보자들이 보고한 선거비용 지출금액이 평균 3억여원에 이르렀으므로 기탁금 5천만원이 과다한 액수가 아니라는 다수의견의 주장도 설득력이 없다. 다수의견이 인용하는 통계자료는 이 사건 법률조항에 따른 기탁금요건을 충족하여 후보자로 등록하고 선거운동을 한 자들의 사정만을 반영할 뿐이며 그 기탁금액이 지나치게 많아 선거를 통하여 시·도지사가 되는 기회를 확보하려는 시도를 애초부터 포

기한 이들의 사정을 반영하였다고 할 수 없다. 뿐만 아니라 공직선거법이 추구하는 '돈이 많이 들지 아니하는 선거'의 정신에 맞게 많은 선거비용을 들이지 않고도 당선될 수 있는 가능성도 있음을 도외시하고 있기 때문이다.

그렇다면 이 사건 법률조항은 기본권제한에 있어서의 피해의 최소성요건을 충족하지 못하고 있다고 할 것이다.

또한 공무담임권의 실효적 보장이 지방자치체의 민주성구현에 중대한 의미를 갖는다는 점에 비추어 보더라도 이 사건 법률조항에 의한 공무담임권의 심각한 제한과 그로 인하여 달성하고자 하는 공익 사이에 균형이 이루어지고 있다고 보기도 힘들다.

그러므로 이 사건 법률조항은 헌법 제37조 제2항에 근거를 두고 있는 기본권제한에 있어서의 과잉금지의 원칙에 위반되는 위헌적인 규정이라고 할 것이다.

(나) 다음으로 선거비용 등의 예납을 통한 동 비용의 용이한 징수라는 목적에 관하여 본다.

① 헌법은 제116조 제1항에서 선거공영제를 규정하고, 같은 조 제2항에서는 "선거에 관한 경비는 법률이 정하는 경우를 제외하고는 정당 또는 후보자에게 부담시킬 수 없다."고 하여 선거비용의 국고부담원칙을 규정하고 있다. 이 규정들은 공직선거는 국가나 지방자치단체의 기관을 구성하는 일인 만큼 원칙적으로 국가나 지방자치단체로 하여금 그 공영선거비용을 부담하도록 하는 것이 합당할 뿐만 아니라, 후보자들 사이에 존재하는 선거운동에 필요한 인적 물적 비용의 부담능력의 차이가 선거운동 및 선거결과에 중대한 영향을 미칠 수 있으므로 원칙적으로 국가나 지방자치단체가 선거를 관리하고 또 선거비용을 부담하여 그러한 불공정한 결과를 방지하는 것을 목표로 하고 있다. 다만 헌법은 법률의 규정이 있는 경우에는 전술한 원칙에 대한 예외로 선거비용을 후보자에게 부담시킬 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 입법자가 법률로 선거비용의 일부를 후보자에게 부담시킨다고 하더라도 그것이 실제로 선거에 입후보하려는 이들에게 미치는 효과가 매우 상이하게 나타나므로 원칙적으로 필요최소한의 범위에 그쳐야 하는 것이 헌법규정들의 체계적 해석의 결과라고 본다.

② 다수의견은 이 사건 법률조항에 의하여 추구하는 목적들 중의 하나로 선거비용의 예납을 들고 있는 바, 이 사건 법률조항에 의한 기탁금제도가 이같은 목적을 가지고 있는지를 본다.

구 지방의회의원선거법(1988. 4. 6. 법률 제4005호로 제정, 1990. 12. 31. 법률 제4311호로 전문개정, 1994. 3. 16. 법률 제4739호 공직선거및선거부정방지법의 시행으로 폐지) 제36조의 기탁금제도는 법정의 기탁금으로부터 후보자의 당선여부나 득표율과는 무관하게 공영선거비용을 공제할 수 있도록 되어 있었기 때문에(동법 제37조 참조) 기탁금액이 지나치게 높지 아니한 한 그 헌법적 근거를 헌법 제116조 제2항에서 찾을 수 있었다(이에 관해

서는 헌법재판소 1995. 5. 25. 선고, 91헌마44 결정에 대한 재판관 김진우의 반대의견 참조). 그러나 이 사건 규정에 의한 기탁금은 공직선거법 제261조 규정에 의한 과태료 및 동법 제271조 규정에 의한 불법시설물 등에 대한 대집행비용을 담보하거나(동법 제56조 제3항), 후보자가 사퇴하거나 그 등록이 무효로 된 경우에 그 금액을 국고에 귀속시킴으로써 입후보자의 성실성을 담보하거나(동법 제57조 제2항), 후보자가 제57조 제1항 각호의 기준에 미달하는 득표를 하고 낙선한 경우에는 선전벽보 및 선거공보의 작성비용을 담보하는 데(동법 제57조 제3항) 사용되고 있다. 따라서 이 사건 규정의 기탁금은 후보자 개인의 위법행위에 대하여 부과되는 과태료 및 불법시설물 등에 대한 대집행비용을 제외하고는 당선자나 일정 득표율 이상의 후보자에게는 이를 모두 반환하여야 하기 때문에(동법 제57조 제1항) 실질적으로는 대부분 선거에서 도중 사퇴하거나 그 등록이 무효로 된 이들 또는 득표율이 저조한 후보자들을 제재하기 위하여 부과되고 있다고 보아야 한다. 결국 이 사건 법률조항의 기탁금제도는 선거법상 모든 후보자가 부담하여야 할 선거비용을 예납한다는 의미나 목적을 가지고 있지 않다고 보아야 한다. 그렇다면 이 사건 법률조항은 선거비용의 개인부담가능성을 규정하고 있는 헌법 제116조 제2항에서도 그 헌법적 근거를 찾을 수 없는 것이다.

③ 이렇게 소위 득표율이 저조한 이들을 제재하기 위한 기탁금제도가 다른 관점에서 헌법적으로 정당화되는지도 극히 의문스럽다.

먼저 후보자의 난립은 위에서 지적한 바와 같이 기탁금을 통하여 해결할 수 있는 문제가 아니므로, 저율의 득표를 한 후보자들의 기탁금의 국고귀속 등 제재의 위하를 통해서도 해결될 수 있는 문제가 아님은 이미 위에서 살펴본 바와 같다.

나아가 다수의견은 득표율이 낮은 자들을 제재할 수 있는 또 다른 논거로 그러한 후보자들이 불성실하다고 전제하고 있다고 해석되지만 입후보자의 성실성여하를 득표율에 의하여 판단할 수 있다는 전제부터가 그 타당성을 결여한 것이다. 득표율이 낮은 입후보자도 자신의 당선을 위하여 자신의 진지한 정치적 견해나 구상을 피력하면서 선거운동에 최선을 다했으나, 유권자들이 그들에게 투표하지 않을 가능성은 얼마든지 있기 때문에 득표율이 낮다고 하여 그 후보자들이 일률적으로 성실성이 없다거나 진지성이 없다고 할 수는 없다.

뿐만 아니라 지방자치단체의 장선거에 있어서 후보자가 유효득표총수의 100분의 10미만에 해당하는 유효득표를 하는 경우에는 기탁금은 지방자치단체에 귀속되는 바(동법 제57조 제1항 제1호), 후보자의 득표수가 선거에 있어서의 그의 진지성 내지 성실성을 나타낸다고 하더라도 그 기준이 지나치게 높다. 선거에 있어서 정당의 지역분할구도가 고착화되어 각 정당들이 연고를 두고 있는 각 지역에서 물표를 얻고 있는 현실에 비추어 보면 그러한 평가는 더욱더 설득력이 없다. 이는 국가가 정당운영에 필요한 자금을 정당에 보조

할 수 있도록 한 헌법 제8조 제3항에 근거를 두고 있는 정치자금에관한법률 제18조에 비추어 보더라도 불합리하다. 동법 제18조 제2항에 의하면 국회의석을 얻지 못하였거나 5석 미만의 의석을 얻은 정당들도 다음과 같은 경우에는 국고보조금을 지급받을 수 있다. 즉 최근에 실시된 국회의원총선거에 참여한 정당의 경우에는 그 국회의원총선거에서 유효득표총수의 100분의 2이상 득표한 경우(동조항 제1호 참조), 최근에 실시된 국회의원총선거에 참여한 정당 중 제1호에 해당하지 아니한 정당으로서 의석을 얻은 정당의 경우에는 최근에 전국적으로 실시된 정당의 후보추천이 허용되는 지방의회의원 또는 지방자치단체의 장의 선거에서 유효득표총수의 100분의 0.5 이상 득표한 경우(동조항 제2호), 그리고 최근에 실시된 국회의원총선거에 참여하지 아니한 정당의 경우에는 최근에 전국적으로 실시된 정당의 후보추천이 허용되는 지방의회의원 또는 지방자치단체의 장의 선거에서 유효득표총수의 100분의 2이상 득표한 경우에는(동조항 제3호) 모두 국고보조금을 지급받는다라는 규정을 두고 있다. 정치자금에관한법률이 이처럼 저율의 득표를 한 정당에게도 국고보조금을 지급하도록 규정하고 있는 것이나 대통령선거, 국회의원선거 또는 정당의 추천이 허용되는 지방자치단체의 단체장이나 의회위원의 임기만료로 인한 선거가 있는 해에는 정당에 대한 국고보조금을 일반적 보조금에 추가하여 계상하도록 국가에게 의무를 부과하고 있는 것(동법 제17조 제2항)은 모두 정당이 각종 공직선거에서 후보자를 추천 또는 지지하고 국민의 정치적 의사를 형성한 것에 대한 보상으로서 행하여지고 있다고 할 것이다. 지방자치단체의 장선거에 있어서의 후보자들 역시 정당추천후보자든 무소속후보자든 주민의 정치적 의사를 결집하고 형성하는데 기여하는 등 유사한 기능을 수행하고 있음에도 불구하고 위와 같은 높은 기준에 의하여 소위 저율의 득표자를 제재하는 것은 형평에 반한다. 그러므로 저율득표자를 소위 불성실한 후보자라 하여 제재하기 위한 담보로서 기탁금을 부과하는 것은 법체계적인 관점에서도 불합리하다고 볼 수밖에 없다.

그리고 저율의 득표를 한 후보자들을 불성실한 후보자라 하여 금전적 제재를 가한다면, 민주주의원리의 중요한 내용의 하나인 소수의견의 존중 등 소수자보호의 원칙에도 반한다. 즉 저율득표자 제재를 위한 기탁금제도는 득표율이 낮은 후보자는 비록 당해 선거에서 자신의 정견이나 노력으로 유권자들의 고율의 지지를 이끌어 내는 데 실패하였더라도 상황의 변화에 따라서는 장차의 선거에서 그를 지지하는 유권자가 다수가 될 수 있는 가능성을 배제할 수 없음을 간과하고 있는 것이기 때문에 다수와 소수의 교체가능성을 전제로 하고 또 그 장점으로 하고 있는 민주제의 본질에 반한다.

나. 기탁금제도와 평등의 원칙

(1) 헌법은 물론 국회의원선거(제41조 제1항), 대통령선거(제67조 제1항)에 있어서와는 달리 지방자치단체의 기관구성을 위한 선거와 관련하여서는 선거의 원칙을 명시하고 있지

는 않다. 그러나 "모든 국민은 법앞에 평등하다. 누구든지 성별 종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적 경제적 사회적 문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다."라고 규정하여 정치생활영역에 있어서의 차별을 원칙적으로 금지하고 있는 헌법 제11조 제1항, "선거운동은 각급 선거관리위원회의 관리하에 법률이 규정하는 범위 안에서 하되, 균등한 기회가 보장되어야 한다."고 규정하여 선거운동에 있어서의 기회균등이 보장됨을 명시하고 있는 헌법 제116조 제1항에 비추어 볼 때 역시 지방자치단체구성을 위한 선거에 있어서도 평등선거의 원칙이 적용되어야 한다는 것은 명백하다고 할 것이다. 또한 민주주의적 선거의 핵심원칙인 평등선거의 원칙을 지방자치단체의 기관구성을 위한 선거에 적용해야 하는 것은 지역단체의 구성원인 지역주민들이 상호 동등하다는 그 기본적인 전제에 비추어 볼 때도 자명한 것이다. 그리고 이 평등선거의 원칙은 선거권뿐만 아니라 피선거권과 관련하여서도 보장된다는 데 이론의 여지가 없다.

(2) 오늘날 지방자치가 지역주민들이 선거를 통하여 그 대표에게 시한부 신임을 부여하고 이들이 그 정당성에 바탕을 두고 지역정치를 펼쳐 나가는 형태를 취하기 때문에 지역주민에 의한 선거권 공무담임권 등 참정권의 행사는 민주주의의 뿌리로서의 지방자치를 실현하는 중요한 수단인 것이다. 그러므로 지방자치단체의 기관을 구성하는 선거와 관련된 차별은 지방자치제도의 기본전제를 뒤흔드는 것이기 때문에 이들 권리와 관련한 지역주민의 차별은 그 차별이 중대한 공익의 실현을 위하여 불가피한 경우에 국한되어야 한다.

(3) 이 사건 법률조항이 평등원칙과 관련한 위와 같은 기준을 충족시키고 있는지를 본다.

이 사건 법률조항은 5,000만원이라는 고액의 기탁금을 시 도지사의 선거에 입후보하려는 자들에게 요구함으로써 그 기탁금액을 납입할 재력이 없는 재력이 빈한한 자를 차별하여 후자를 유권자의 심판도 받아보기도 전에 후보등록조차 못하게 함으로써 아예 선거전으로부터 배제하는 효과를 발휘한다. 결국 이 사건 법률조항은 재력이 풍부한 자와 그렇지 못한 자를 공무담임권의 한 내용인 피선거권부여에 있어서 차별하는 규정이라고 할 것이다.

이 사건 법률조항에 의한 차별을 헌법적으로 정당화할 수 있는 합리적 근거로 다수의견이 제시하는 기탁금제도의 목적들이 기탁금을 통하여 달성할 수 없거나 달성하기 곤란한 것이거나 또는 헌법적으로 정당하지 아니한 목적이라는 것은 이미 위의 가.에서 지적한 바 있다. 요컨대 이 사건 법률조항은 입후보하려는 자가 재력이 풍부한 이인 경우에는 그 입후보를 심리적으로 억제하지 못하여 후보자난립의 방지라는 목적을 달성하기가 어렵고, 결국 자력이 없는 이들의 입후보만을 곤란하게 하거나 불가능하게 하여 결국 이 사건 법률조항에 따른 고액의 기탁금제도는 국민을 그 재산정도에 따라 차별하여 그들의 공직에의 접근을 막는 제한선거의 효과를 유발하는 것이다. 사정이 그와 같다면 그와 같은 목적을 달성하기 위하여 지방자치단체의 장의 피선거권과 관련하여 재산보유정도에 따라 주민을 차별하는 효과를 동반하는 이 사건 법률조항은 합리적 근거가 없는 자의적인 것이

어서 평등원칙의 관점에서든 헌법적으로 정당화될 수 없다.

다. 결 론

따라서 이 사건 규정은 지나치게 많은 기탁금을 후보자등록요건으로 요구함으로써 헌법 제24조의 공무담임권을 과잉제한하고 있고, 또 재력이 약한 자들을 자의적으로 차별하여 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에 반하는 위헌적인 규정이라고 생각된다.

이상과 같은 이유로 이 사건 심판청구를 이유없어 기각해야 한다는 다수의견에 반대한다.

5. 재판관 조승형의 반대의견

나는 기탁금제도 자체가 국민주권 등의 헌법정신에 반하고 보통·평등선거의 본질에 반하며, 헌법 제37조 제2항에 따른 기본권 제한에 있어서 선거질서유지목적·필요성과 기본권 제한의 정도를 비교할 때에 지켜야 할 비례의 원칙·과잉금지의 원칙에 반하고 국민의 공무담임권(피선거권)·평등권·투표를 통하여 참정권을 행사하는 주인인 국민의 선거권의 본질적 내용을 침해하는 제도로서, 헌법에 위반된다고 본다.

그 이유는 1995. 5. 25. 우리재판소가 선고한 바 있는 92헌마 269·299·305(병합) 대통령선거법제26조등위헌확인, 91헌마44 지방의회의원선거법제36조제1항에대한헌법소원 사건의 다수의견에 대한 반대의견을 밝힐 때에 상세하게 설시한 바 있으므로 이를 그대로 인용하고 그 요지만을 설시하기로 한다.

가. 우리의 기탁금제도의 연혁을 살펴보면 이 제도는 집권자의 영구집권욕이 발현되는 시점에 도입되거나 다시 부활 또는 강화되어 왔으며, 제2공화국의 민주화추진 시점이나 집권자의 영구집권욕이 아직 발현되지 아니한 시점에는 폐지되었던 사실을 알 수 있고

나. 우리의 현행 헌법은 실질적 국민주권론 등을 확립하고 있으므로 국민주권의 핵심 참정권의 본질적 내용은 어떠한 이유로도 차별됨이 없는 실질적 주권행사의 보장에 있다. 그러나 이 제도는 "돈이 있는 자"와 "없는 자"를 차별하여 "없는 자"로부터 국정이나 지방행정에 참여할 기회를 박탈하는 것이 되며, 보통·평등·직접·비밀·자유선거제도에 반하는 차등선거제도로써 우리 헌법이 확립하고 있는 실질적 국민주권론 등 헌법정신에 반하고 위 참정권의 본질적 내용을 침해하는 것이다.

다. 다수의견은 이와 같은 기본권 침해의 점에 관하여 이의를 하지 아니하면서도, 입후보 난립·선거과열 등의 방지라는 선거질서유지의 목적 때문에 필요에 따라 위 기본권을 제한할 수 있다는 것이며, 비례원칙이나 과잉금지의 원칙에 반하지 아니하므로 헌법 제37조

제2항 소정의 적헌의 기본권 제한이라고 주장한다.

그러나 먼저 선거질서유지란 절차적인 문제에 관한 법익인 반면 위 기본권의 보호란 실체적인 문제에 관한 법익으로서, 절차적인 법익이 실체적인 법익에 우선할 수 없음은 당연하다 할 것이다. 다음, 선거질서유지를 위해서는 기탁금제도에 대체할 만한 방법이 얼마든지 있으므로 즉 선거후 강제징수방법, 일정률의 득표를 못한 경우 선거질서교란죄로 재산형 또는 강제봉사명령을 발하는 방법, 유권자추천인수를 늘리는 방법 등 대체방법이 있으므로 이 제도가 필요하고도 최소한의 유일한 방법일 수는 없다. 끝으로 참정권은 실질적 국민주권론 등을 확립하고 있는 우리 헌법하에서는 어떠한 경우에도 국민이 직접·평등하게 선거권을 자유로이 행사하고 차별없이 피선거권을 보장 받는 것을 그 본질적 내용으로 하고 있으므로, 이 제도하에서는 위와 같은 본질적 내용이 형해화될 수 밖에 없다.

따라서 다수의견이 주장하는 바는 모두 받아들일 수 없다.

라. 헌법 제116조 제2항의 선거경비부담 규정은 입후보의 등록효력을 배제하는 기탁금제도를 인정하는 취지가 아니라, 오히려 이 제도를 배제하는 규정임이 문언상 명백하다.

마. 구시대의 잔재청산이라는 측면에서도 적극적으로 해석하여 이 제도를 위헌이라고 선언함이 이 시대의 상황논리에 부합한다. 권위주의 40여년간에 걸쳐 장기집권 또는 영구집권의 한 방편으로 악용하여 왔던 구시대의 유물이며 청산되어야 할 잔재이므로, 이른바 문민정권이 출범한 이 시대에 이르러서까지 위헌시비를 무릅쓰가면서 이를 존치할 아무런 타당성을 찾기 어렵다. 또한 국민은 이 시대야말로 구시대의 잔재를 일소해야 할 것으로 믿고 이를 간절하게 요망하고 있으며 국민의 참여의식이 그 어느 때보다도 고양되어 선거를 최대의 국민축제로 인식하는 등 크게 변하고 있는 바, 오욕으로 점철된 우리의 헌정사에 비추어 이와 같은 급변하는 국민의식과 요망을 결코 외면할 수는 없다 할 것이다.

그렇다면 이 제도는 어느모로 보나 위헌제도임이 명백하므로 이 사건 심판대상법조항은 청구인의 공무담임권의 본질적 내용을 해함으로써 헌법 제37조 제2항 단서규정에 위반된다는 취지 등으로 위헌선언을 함이 마땅하다.

1996. 8. 29.

재판관 김용준(재판장) 김진우 김문희(주심) 황도연 이재화 조승형 정경식 고중석 신창언

19

기초의원선거의 기탁금을 200만원으로 정하였던 구 지방의회의원선거법 제36조제1항의 공무담임권 등 침해 여부

■ 지방의회의원선거법 제36조 제1항에 대한 헌법소원, 1995. 5. 25. 91헌마44 ■

【판시사항】

1. 주관적인 권리보호이익이 소멸된 경우에도 예외적으로 헌법소원심판청구의 이익을 인정한 사례
2. 구(舊) 지방의회의원선거법(地方議會議員選舉法)상 기탁금(寄託金) 제도가 허용되는지 여부 및 그 기탁금(寄託金) 액수가 과다하여 입법재량(立法裁量)의 범위를 일탈하였는지 여부

【결정요지】

1. 헌법소원은 주관적 권리구제뿐 아니라 객관적인 헌법질서보장의 기능도 겸하고 있으므로 심판 계속중 발생한 사정변경으로 인하여 주관적인 권리보호이익이 소멸된 경우에도 그러한 기본권침해행위가 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 유지·수호를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 때에는 예외적으로 심판청구의 이익을 인정할 수 있다. 그런데 기초의회의원선거(基礎議會議員選舉)에서 후보등록신청시에 기탁금(寄託金) 200만원을 기탁하도록 하는 이 사건 법률조항의 위헌여부에 관하여는 아직 그 해명이 이루어진 바 없고, 비록 이 사건 심판청구 후 청구인들이 입후보하려 한 기초의회의원선거(基礎議會議員選舉)가 이미 종료되었고 이 사건 법률도 폐지되었지만, 신법인 공직선거(公職選舉)및선거부정방지법(選舉不正防止法)의 시행으로 동종의 기본권침해의 위험이 상존하고 있어 위 법률조항의 위헌여부에 관한 헌법적 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에 해당한다.
2. 가. 기초의회의원선거(基礎議會議員選舉)에서 무분별한 후보난립과 그로 인한 선거과열을 방지하여 선거의 효율적이고 공정한 관리를 가능하게 하고 당선자에게 다수표를 획득할 수 있도록 제도적으로 보장하여 선거의 신뢰성과 지방자치제도(地方自治制度)의 정착 및 활성화를 도모하며 아울러 선거에 소요되는 공영비용을 사전에 예납하도록 하는 기탁금(寄託金) 제도의 목적은 정당하다.

나. 종전 실시된 기초의회의원선거(基礎議會議員選舉)에 나타난 통계자료에 의하면 공영비용을 담보하고 불성실한 후보자에 대한 제재목적을 달성하기 위한 금액으로서 200만원의 기탁금액(寄託金額)이 과다하다고 할 수는 없고, 또한 우리 나라의 교육수준, 경제현실에 비추어 위 기탁금액(寄託金額)이 경제력 없는 주민들의 기본권의 본질적 내용을 침해하는 정도로 과다하다고 할 수 없다.

재판관 김진우, 재판관 황도연의 반대의견(反對意見)

1. 재판관 김진우, 재판관 황도연의 공동의견

이 사건 심판대상 법률조항이 포함된 법률 자체가 폐지되어 효력을 상실하였고 더 이상 청구인들에게 적용될 여지도 없게 되었으므로 그 법률조항의 위헌여부를 가릴 실익이 없어졌으며, 청구인들이 입후보하였거나 입후보하고자 한 기초의회의원선거(基礎議會議員選舉)는 이 사건 심판청구 후에 이미 실시되었고 그 후 심판대상인 이 사건 법률조항은 폐지되었으므로 청구인들의 주관적 권리구제를 위하여는 본안에 관하여 심판할 이익이 없다고 보아야 할 뿐 아니라, 또한 이 사건 법률조항에 의한 기본권 침해의 반복위험이 없고 새로 제정된 공직선거(公職選舉)및선거부정방지법(選舉不正防止法)상의 기탁금(寄託金) 규정은 이 사건 법률조항과 비교할 때 기탁금(寄託金)의 귀속, 반환의 요건과 기탁금(寄託金)으로 전보되는 선거비용의 내역에 차이가 있어 제도의 실질내용이 달라졌다고 보아야 할 것이므로 위 폐지규정에 대한 위헌 여부의 해명이 헌법적으로 중요한 의미가 있는 경우라고도 볼 수 없다.

2. 재판관 김진우의 첨가의견

가. 현행 기탁금(寄託金) 제도는 과연 기초의회의원선거(基礎議會議員選舉)에서 후보자들이 난립할 위험이 존재하는지 여부에 대한 면밀한 검증작업 없이 만연히 그러한 위험성이 존재한다고 전제하고 기초의회의원선거(基礎議會議員選舉)에 도입된 것으로서, 당선이 목적이 아니라 그 재력을 이용하여 선거를 개인적인 목적으로 악용하려는 불성실한 입후보자들에게 대하여는 입후보를 심리적으로 억제하는 효과를 발휘할 수 없고 다수의 유자력자(有資力者)들이 입후보하는 경우도 예상할 수 있으므로, 입후보의 난립방지의 목적달성에 그 실효성이 희박하다고 할 것이다.

나. 200만원의 기탁금(寄託金) 제도는 헌법정신에 반하는 다액으로, 일면 입후보할 의사는 있으나 위 기탁금(寄託金)을 마련할 경제적 능력이 없는 자들의 공무담임권(公務擔任權)·평등권을 침해하며 이들을 위한 대체수단을 예비적·보충적으로 예정하고 있지 아니하고,

타면 저소득층의 이익이나 그들이 주로 거주하는 지역의 이익을 성실하게 대변하여 줄 대표들을 뽑고자 하는 유권자들의 선거권(選舉權)까지 부당히 제약하고 그 결과 기초의회(基礎議會)의 지역주민대표성에 왜곡을 초래할 수 있어 민주주의의 원리인 소수자 보호의 정신에 반할 뿐 아니라, 그들에게 투표한 유권자들의 가치를 고율득표자가 획득한 투표의 가치에 비하여 보인 내지 폄하하는 것으로서 선거에 있어서의 평등의 원칙에 반하는 위헌성이 있는 규정이라 할 것이다.

재판관 조승형의 반대의견(反對意見)

2. 기탁금(寄託金) 제도는 국민주권(國民主權) 등의 헌법정신에 반하고 보통·평등선거의 본질에 반하며 헌법 제37조 제2항에 따른 기본권 제한에 있어서 선거질서유지 목적·필요성과 기본권 제한의 정도를 비교할 때에 지켜야 할 비례의 원칙·과잉금지의 원칙에 반하고 국민의 공무담임권(公務擔任權)(피선거권(被選舉權))·평등권·투표를 통하여 참정권을 행사하는 주인인 국민의 선거권(選舉權)의 본질적 내용을 침해하는 제도로서 헌법에 위반된다.

【당 사 자】

청 구 인 유 혜 영 외 1인

청구인들 대리인 변호사 박 용 일 외 1인

【심판대상조문】

구(舊) 지방의회의원선거법(地方議會議員選舉法)(1988.4.6. 법률 제4005호로 제정, 1990.12.31. 법률 제4311호로 전문 개정, 1994.3.16. 법률 제4739호 공직선거(公職選舉)및선거부정방지법(選舉不正防止法)의 시행으로 폐지) 제36조(기탁금(寄託金))

① 후보자(候補者)가 되려고 하는 자(者)는 등록신청시(登錄申請時)에 대통령령(大統領令)이 정하는 바에 따라 시(市)·도의회의원후보자(道議會議員候補者)는 400만(萬)원, 구(區)·시(市)·군의회의원후보자(郡議會議員候補者)는 200만(萬)원의 기탁금(寄託金)을 관할선거구선거관리위원회(管轄選舉區選舉管理委員會)에 기탁(寄託)하여야 한다.

② 생략

【참조 조문】

헌법(憲法) 제11조 제1항, 제24조, 제25조, 제37조 제2항, 제116조 제2항

【참조 판례】

1. 1989.4.17. 선고, 88헌마4 결정
1992.1.28. 선고, 91헌마111 결정
1994.12.29. 선고, 91헌마57 결정
2. 1989.9.8. 선고, 88헌가6 결정
1991.3.11. 선고, 91헌마21 결정

【주 문】

청구인들의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 청구인들은 민중당 은평구 을지구당 당원으로서 1991.3.26.에 실시될 예정이었던 자치구·시·군의회(이하 “기초의회”라 한다) 의원선거에 입후보하고자 하였는데, 당시 시행되던 지방의회의원선거법 제36조 1항이 기초의회의원선거에 입후보하려는 자는 기탁금 200만 원을 관할선거관리위원회에 기탁하여야 한다고 규정하고 있어 청구인 유혜영은 위 기탁금을 마련하지 못하여 입후보하지 못하였고 청구인 곽선석은 어렵게 이를 마련하여 입후보하였다고 하면서, 위 선거 실시 전인 같은 달 13. 위 법률조항에 대한 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 따라서 이 사건 심판의 대상은 지방의회의원선거법(1988.4.6. 법률 제4005호로 제정, 1990.12.31. 법률 제4311호로 전문개정, 1994.3.16. 법률 제4739호 공직선거및선거부정방지법의 시행으로 폐지. 이하 “이 사건 법률”이라 한다) 제36조 제1항 중 기초의회의원 후보자가 되려는 자에게 기탁금 200만원을 기탁하도록 한 부분(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)의 위헌 여부이고, 위 법률조항의 내용은 다음과 같다.

제36조(기탁금) ① 후보자가 되려고 하는 자는 등록신청시에 대통령령이 정하는 바에 따라…… 구·시·군의회의원 후보자는 200만원의 기탁금을 관할선거관리위원회에 기탁하여야 한다.

② 생략

2. 청구인들의 심판청구이유와 관계기관의 의견요지

가. 청구인들의 심판청구이유의 요지

기초의회의원선거는 광역자치단체인 시·도의 의회의원선거보다 훨씬 더 작은 선거구 단위로 이루어지며 그 선거에는 각계각층의 다양한 인사들의 진출이 요구되는데, 이 사건 법률조항에서 정하는 기탁금 200만원은 지역사회의 발전을 위하여 봉사하고자 하나 재력이 취약한 사람들이나 여성운동·소비자운동·환경보존운동 등 공익적 활동을 수행하는 인사들, 노동자와 서민계층 및 젊은 세대들에게 과도한 부담이 되어 그들의 공무담임기회를 실질적으로 부인하는 결과를 초래하므로, 위 법률조항은 헌법상의 평등권, 공무담임권을 침해하는 위헌규정이다.

나. 법무부장관 및 중앙선거관리위원회위원장의 답변 요지

(1) 이 사건 법률은 1990.12.31. 전문개정·공포되었으므로 청구인들은 그 때 위 법률로 인한 기본권침해사실을 알았다고 할 것이어서 그 공포일로부터 60일이 경과한 후에 제기한 이 사건 심판청구는 청구기간을 도과한 것이고, 또 청구인들이 입후보하려던 위 기초의회의원선거가 1991.3.26.에 이미 실시되어 완결됨으로써 이 사건 법률조항에 대한 청구인들의 자기관련성과 권리보호이익이 소멸되었으므로, 위 심판청구는 어느모로 보나 부적법하다.

(2) 기탁금제도는 무절제한 후보난립을 방지하고 후보자의 성실성을 담보하도록 하기 위한 것으로서 그 액수가 과다하지 않는 한 위헌이라고 할 수 없는 것인데, 위 기탁금 200만원은 그 대부분이 공영선거비용에 충당되는 점과 지방자치단체의 재정형편 등에 비추어 필요최소한의 금액이고 우리나라 국민일반의 임금수준이나 저축수준 등에 비추어 입후보 포기를 강제할 만큼의 과다한 금액이라고 할 수 없으므로 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니한다.

3. 판단

가. 심판청구의 적법 여부

(1) 청구인들은 1991.3.8.에 선거일이 공고되어 같은 달 26.에 실시될 예정이었던 기초의회의원선거에 입후보하려는 사람들이고, 이 사건 법률조항에서 정하고 있는 기탁금을 기탁하지 아니할 경우 별도의 집행행위를 매개로 할 것도 없이 후보등록을 할 수 없도록 되어 있으며, 또 선거일공고가 됨으로써 청구인들이 주장하는 기본권침해가 잠재적인 데에 그치지 아니하고 현실화되었으므로, 이 사건 심판청구는 자기관련성·직접성·현재성의 요건을 갖춘 것이다.

그리고 이 사건 법률은 1988.4.6. 제정·공포될 때에도 기탁금 규정을 두고 있었으나 현실적으로 시행되지 아니하다가, 1990.12.31.에 위 법률이 전문개정되고 그 개정법률에 의하여 청구인들이 입후보하려는 위 기초의회의원 선거일공고가 1991.3.8.에 이루어짐으로써 비로소 청구인들 주장의 기본권침해가 확실히 예상되어 헌법판단에 적합하게 되었다고 할 것인데, 이 사건 심판청구는 그 선거일공고가 된 날로부터 60일이 경과하기 전에 제기된 것이므로 청구기간도 준수되었다.

(2) 헌법소원은 국민의 기본권침해를 구제하는 제도이므로 헌법소원심판청구가 적법하려면 심판청구당시는 물론 결정당시에도 권리보호이익이 있어야 함이 원칙이다. 그런데 청구인들이 입후보하고자 한 기초의회의원선거는 1991.3.26.에 실시되어 이미 종료되었고 또 1994.3.16. 법률 제4739호 공직선거및선거부정방지법(이하 “공직선거법”이라 한다)의 시행으로 이 사건 법률도 폐지되었으므로, 이 사건 법률조항에 대한 위헌결정이 선고되더라도 청구인들의 주관적 권리구제는 불가능하게 되었다고 할 수 있다.

그러나 헌법재판소가 여러차례 헌법질서보장의 기능도 겸하고 있으므로 심판계속중 발생한 사정변경으로 인하여 주관적인 권리보호이익이 소멸된 경우에도 그러한 기본권침해행위가 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 유지·수호를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 때에는 예외적으로 심판청구의 이익을 인정할 수 있다(헌법재판소 1992.1.28. 선고, 91헌마111 결정 등 참조). 그런데 기초의회의원선거에서 후보등록신청시에 기탁금 200만원을 기탁하도록 하는 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 관하여는 아직 그 해명이 이루어진 바 없고, 이 사건 법률을 폐지한 공직선거법은 그 제56조 제1항 제5호에서 이 사건 법률조항에서와 동일한 액수의 기탁금을 기탁하도록 규정하고 있어(다만 기탁금의 반환 등 요건에서 일부 차이가 있을 뿐이다) 만약 위 법률조항이 청구인들의 기본권을 침해하는 것이라면 공직선거법에 의하여 선거에 입후보하고자 하는 사람들도 위 신법규정에 의하여 반복하여 기본권을 침해당할 것이 확실히 예상된다. 따라서 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 관한 판단은 위헌적인 법률조항에 의한 기본권침해의 위험을 사전에 제거하는 등 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항으로서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지닌다고 할 수 있다.

그러므로 비록 이 사건 심판청구 후 청구인들이 입후보하려 한 기초의회의원선거가 이미 종료되었고 이 사건 법률도 폐지되었지만, 신법인 공직선거법의 시행으로 동종의 기본권 침해의 위험이 상존하고 있어 위 법률조항의 위헌 여부에 관한 헌법적 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에 해당하므로 이 사건 심판청구는 적법하다고 할 것이다.

나. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 이 사건 법률규정은 기초의회의원선거에 입후보하려는 자는 후보등록신청시에 기탁금 200만원을 기탁하여야 한다는 규정이고, 같은 법 제37조 제1항은 그 후보자가 사퇴하거나 등록이 무효로 된 때 또는 후보자의 득표수가 유효득표총수를 후보자수로 나눈 수의 5분의 1을 초과하지 못하는 때에는 위 기탁금에서 선전벽보의 첩부비용, 선거공보의 발송비용, 합동연설회개최비용, 선거인명부사본(부재자신고인명부사본 포함)작성비용과 투표·개표참관인수당(이하 “공영비용”이라 한다)을 공제한 후 나머지를 당해 지방자치단체에 귀속시키도록 규정하고 있다.

그러므로 위 기탁금제도는 기초의회의원선거에 후보등록을 하였다가 선거 전에 사퇴하거나 등록이 무효로 된 자 또는 선거 결과 법정기준의 득표를 하지 못한 자 등에 대하여 금전적 제재를 가함으로써 입후보의 난립과 그로 인한 선거과열을 방지하여 선거의 효율적이고 공정한 관리를 가능하게 하고 당선자에게 다수표를 획득할 수 있도록 제도적으로 보장하여 선거의 신뢰성과 지방자치제도의 정착 및 활성화를 도모하며, 아울러 선거에 소요되는 공영비용을 후보자로 하여금 예납하게 하는데 그 목적이 있다고 할 수 있다.

(2) 기초의회의원이 비록 명예직이기는 하나 그 선거에 당선될 가능성도 없는 후보자가 난립할 경우 선거관리가 복잡해짐은 물론 선거운동이 과열·혼탁해지기 쉽고 선거비용이 과다하게 소요되며 유권자의 투표가 분산되어 당선자의 민주적 정당성이 약화될 뿐 아니라, 나아가 주민들로서는 적절한 후보자를 선택하기 어려워 지방자치 및 선거자체에 대하여 무관심해질 위험도 있다. 그리고 헌법 제116조 제2항이 선거에 관한 경비는 원칙으로 후보자에게 부담시킬 수 없다고 정하고 있으나 위 헌법규정 자체에서도 법률이 정하는 경우에는 선거경비의 일부를 후보자에게 부담시킬 수 있는 여지를 두고 있을 뿐 아니라, 기초의회의원선거에 소요되는 일체의 비용을 지방자치단체가 부담하도록 하는 것이 주민의 조세부담이나 지방재정형편에 비추어 반드시 적절하다고 할 수 없고 선거 결과 낙선한 후보자로부터 선거비용을 사후에 징수하는 것이 효율적이지 못하므로 그 비용 중 일부인 위 공영비용을 기탁금에서 공제하도록 하는 것이 불합리하다고 할 수도 없다. 그러므로 기초의회의원선거에서 무분별한 후보난립을 방지하고 공영비용을 사전에 예납하도록 하는 위 기탁금제도의 목적은 정당하다고 할 것이다. 그러나 위 기탁금을 납부하지 아

니하면 기초의원선거에 후보등록을 할 수 없게 되므로 이는 자유로운 입후보에 대한 제한이 되며, 그 기탁금액이 과다하여 당선가능성이 있는 인사들의 후보등록을 불가능하게 하거나 현저히 어렵게 하는 정도라면 이는 경제력이 약한 주민들의 기초의원 진출을 봉쇄하여 주민의 참정권과 공무담임권을 유명무실하게 할 수도 있다. 따라서 기초의원선거에서의 기탁금액은 그 기탁금제도에 의하여 달성하려는 공익목적과 그로 인한 주민의 기본권 제한 사이에 균형과 조화를 이루는 선에서 입법자가 그의 광범위한 입법형성권에 의하여 합리적으로 결정하여야 하는 것이며, 그 금액이 입법자에게 허용된 입법재량의 범위를 넘어 현저하게 과다하거나 불합리하게 책정되어 주민의 기본권의 본질적내용을 침해하는 정도에 이르지 않는한 이를 위헌이라고 할 수는 없다고 할 것이다.

(3) 그러면 이 사건 법률규정에 의한 200만원의 기탁금이 과다하여 입법재량의 범위를 일탈한 것인지 여부를 살펴보기로 한다.

(가) 기초의원선거에서의 기탁금제도는 위와 같이 불성실한 후보자에 대하여 금전적 제재를 가함으로써 후보난립을 방지하고 공영비용을 담보하기 위한 것이므로, 기탁금액도 그 목적달성에 필요한 정도에 이르러야 할 것이다.

그런데 중앙선거관리위원회가 제출한 의견서에 첨부된 자료에 의하면 1991.3.26.에 실시된 기초의원선거에서 총후보자 10,519명 중 공영비용을 공제한 기탁금 잔액을 반환받은 후보자는 9,903명(전체의 97.5%), 그 기탁금이 지방자치단체에 귀속된 후보자는 256명(전체의 2.5%, 그 중 사퇴자가 182명이고 등록무효자가 12명이며, 법정기준의 득표를 하지 못한 후보자는 62명이다)이고, 후보자 1인당 공영비용액은 최다액이 1,468,775원, 최소액은 27,860원, 평균액이 596,064원인바, 후보자가 부담하는 위와 같은 정도의 공영비용액이 지나치게 많다고 하기는 어려우므로 그 공영비용을 담보하고 아울러 불성실한 후보자에 대한 제재목적을 달성하기 위한 금액으로서 200만원의 기탁금액이 과다하다고 할 수는 없다.

(나) 다음으로 위 금액이 당선가능성이 있는 인사들의 후보등록을 불가능하게 하거나 현저히 어렵게 하는 정도로 과다한 것이어서 경제력 없는 주민들의 참정권이나 공무담임권의 본질적 내용을 침해하는지 여부에 관하여 본다.

기초의원위원의 입후보연령과 우리나라의 교육수준 등에 비추어 볼 때 기탁금 200만원을 마련하는 것이 누구에게나 용이하다고 단정할 수는 없다. 그러나 이 사건 법률 제28조 제3항은 기초의원선거에 후보자로 등록하려면 당해 선거구의 선거권자 50인 이상 100인 이하(인구 1천인 미만의 선거구에서는 30인 이상 70인 이하)의 추천을 받아야 한다고 규정하고 있고, 이 사건 법률조항에 의한 기탁금은 선거결과 당선되거나 적어도 법정기준 이상의 득표만 하면 선거종료 후 공영비용을 제외한 금액을 반환받을 수 있도록 되어 있다. 따라서 객관적으로 당선가능성이 있다고 믿을만한 후보자라면 후보등록시부터 선거종료 후 반환받을 때까지의 기간 동안 사용할 위 금액을 마련하는 것이 불가능하거나 현저

하게 어렵다고 할 수 없으므로, 우리의 경제현실에서 위 기탁금액이 경제력 없는 주민들의 기본권의 본질적 내용을 침해하는 정도로 과다하다고 할 수는 없을 것이다.

(다) 그리고 불성실한 후보자에 대하여 금전적 제재를 가하는 것이 공명선거를 이룩하는 유일한 수단이라고 단정할 수는 없으므로 다른 적절한 수단이 있다면 그에 의하여 기탁금제도를 보완하거나 대체할 수도 있다고 할 것이나, 기초의회의원의 피선거권을 후보자의 경력이나 지식 등에 의하여 제한할 수는 없는 것이고, 선거권자의 추천제도는 당선가능성이 없는 불성실한 후보자를 사전에 가릴 수 있는 유력한 방법이기기는 하지만 진지하지 못한 추천을 유발하거나 추천을 받기 위한 기간 동안의 사전선거운동의 위험이 있어 기탁금제도를 전적으로 대체할 수단이라고 보기도 어렵다. 그러므로 입법자가 위와 같은 여러가지 사정을 고려하여 기초의회의원선거에서 후보등록시에 기탁금 200만원을 기탁하도록 하는 이 사건 법률규정을 두면서, 같은 법 제28조 제1항, 제3항에 의하여 선거일공고 후 후보등록을 신청할 때까지 50인 이상 100인 이하(또는 30인 이상 70인 이하)의 추천을 받도록 하여 기탁금제도를 보완하고 있는 것이 현저히 불합리하다고 할 수 없다.

뿐만 아니라 아직도 공명선거를 확립하여야 할 필요성이 절실한 우리의 선거풍토에서 기탁금액에 관한 외국의 입법례를 그대로 우리의 기준으로 삼을 수는 없으며, 선거관리업무를 담당하는 중앙선거관리위원회가 공직선거법의 제정 전에 마련한 선거법시안에서도 기초의회의원선거에서의 기탁금액을 200만원으로 하였고 새로 제정된 공직선거법도 같은 금액으로 규정하고 있는 점에 비추어 보더라도, 위 기탁금 200만원이 과다하다고 볼 수는 없다 할 것이다.

(4) 따라서 이 사건 법률조항에 의한 200만원의 기탁금이 입법재량의 범위를 넘어 주민의 기본권의 본질적 내용을 침해하는 정도에 이를 정도로 과다한 것이라고 할 수 없으므로, 위 법률조항은 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

4. 결론

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 청구인들의 이 사건 심판청구를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 위 결정에는 재판관 김진우·황도연의 아래 5와 같은, 재판관 조승형의 아래 6과 같은 각 반대의견이 있는 외에 관여재판관의 의견이 일치되었다.

5. 재판관 김진우, 재판관 황도연의 반대의견

가. 재판관 김진우, 재판관 황도연의 공동의견

우리는, 이 사건 심판청구는 권리보호의 이익이 없으므로 이를 각하하여야 한다고 생각한다. 따라서 본안에 나아가 판단한 다수의견에 대하여 다음과 같이 우리의 반대의견을 밝힌다.

헌법소원은 공권력에 의하여 침해된 기본권을 구제받기 위한 제도이므로 그 성질상 권리보호의 이익이 있어야 하는데(헌법재판소 1989.4.17. 선고, 88헌마4 결정 등 참조), 이 사건 심판청구는 아래와 같은 이유로 권리보호의 이익이 없다.

첫째로, 이 사건 심판청구는 법률에 대한 헌법소원으로서 심판대상 법률조항에 대한 위헌결정을 통하여 그 법률조항의 효력을 상실시키고자 하는 것인데, 심판대상인 이 사건 법률조항이 포함된 법률 자체가 1994.3.16. 공직선거및선거부정방지법(법률 제4739호)의 시행으로 폐지되어 효력을 상실하였고 더 이상 청구인들에게 적용될 여지도 없게 되었으므로 새삼스럽게 그 법률조항의 위헌 여부를 가릴 실익이 없어졌다고 할 것이다.

둘째로, 청구인들이 입후보하였거나(청구인 박선석의 경우) 입후보하고자 한(청구인 유혜영의 경우) 이른바 기초의원선거는 이 사건 심판청구 후인 1991.3.26. 이미 실시되었고 그 후 심판대상인 이 사건 법률조항은 폐지되었으므로 그 법률조항의 위헌 여부에 대한 판단은 청구인들의 주관적 권리구제에 도움을 줄 수 없게 되었다. 왜냐하면 선거가 이미 실시되었고 그 선거의 근거법규인 법률 자체가 폐지되었으므로 그 법률에 의거하여서는 장차 보궐선거 또는 차기선거에 입후보하거나 당선될 가능성도 없어졌기 때문이다(더구나 청구인 박선석의 경우에는 이 사건 법률조항에 따른 기탁금을 기탁하고 선거에 입후보하여 자신의 공무담임권을 행사하였을 뿐만 아니라 기록에 의하면 기탁금을 몰취당하지 아니하고 선거가 끝난 후에 기탁금에서 구 지방의원선거법 제37조 소정의 공영선거비용을 공제한 나머지 전액을 반환받은 사실이 인정된다).

그렇다면 적어도 청구인들의 주관적인 권리구제를 위하여는 본안에 관하여 심판할 이익이 없다고 보아야 할 것이다(당재판소 1994.12.29. 선고, 91헌마57 결정 참조).

끝으로, 헌법소원제도는 객관적인 헌법질서의 수호·유지를 위한 기능도 가지므로 이 헌법소원이 청구인들의 주관적인 권리구제에는 도움이 안되는 경우라도 위 법률조항에 의한 기본권 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 그 법률조항에 대한 위헌 여부의 해명이 헌법적으로 중요한 의미를 지니는 경우에는 예외적으로 심판청구의 이익이 인정될 수도 있으나(헌법재판소 1992.1.28. 선고, 91헌마111 결정 등 참조). 위에서 본 바와 같이 심판대상인 이 사건 법률조항이 폐지되어 더 이상 청구인들에게 적용될 여지가 없게 되었으므로 동 법률조항에 의한 기본권침해의 반복위험이 있다고 할 수 없고 또 아래와 같은 이유로 이 사건 법률조항에 대한 위헌 여부의 해명이 헌법적으로 중요한 의미가 있는 경우라고도 볼 수 없다.

즉, 새로 제정된 공직선거및선거부정방지법에 규정되어 있는 기탁금에 관한 규정을 보면, 폐지된 지방의회의원선거법에 규정되어 있던 기탁금규정과 비교할 때 기탁금의 귀속·반환의 요건과 기탁금으로 전보되는 선거비용의 내역에 차이가 있음을 알 수 있는바(지방의회의원선거법 제36조, 제37조 및 공직선거및선거부정방지법 제56조, 제57조 참조), 이는 단순히 법령의 변경으로 종전 법조문의 순서나 형식만이 변경된 경우와는 달리 제도의 실질내용이 일부 달라졌다고 보아야 할 것이므로 단지 기탁금의 금액이 신·구법에 있어서 같다는 이유만으로 위 폐지규정에 대한 위헌 여부의 해명이 헌법적으로 중요한 의미가 있는 경우라고는 볼 수 없다. 따라서 이 사건 헌법소원은 그 심판의 이익이나 필요도 없어 부적법하다고 할 것이다.

나. 재판관 김진우의 첨가의견

재판관 김진우는 다음과 같이 의견을 첨가한다.

가사 이 사건 심판청구가 그 심판의 이익이 인정된다고 하더라도, 이 사건 법률조항이 합헌이라는 다수의견에 반대한다.

(1) 목적과 관련하여 본 기탁금제도의 위헌성

다수의견은 기탁금제도의 목적으로 후보자의 난립방지와 선거비용 예납을 들고 있다.

(가) 먼저 기탁금제도의 후보자의 난립방지라는 목적에 관하여 본다.

이 사건 법률조항은 입후보의 자유 등 국민의 기본권을 제한하는 규정이므로 그 제한목적이 정당하여야 하고 그 목적이 정당하다고 하더라도 그 목적의 달성에 부적합한 수단을 선택하였거나 기본권 제한에 있어서 최소침해의 원칙에 저촉되는 경우에는 헌법 제37조 제2항에 근거한 과잉금지의 원칙상 위헌인 법률조항이 된다.

1) 이에 기탁금제도가 후보자 난립방지를 위한 적합한 수단인지를 본다.

시·군의회의 의회의원선거에 있어 후보자가 난립하게 되면, 그들 가운데는 불성실한 후보자가 등장할 우려가 있는가 하면 선거가 과열될 위험이 있고 표의 분산으로 당선자의 민주적 정당성이 약화되는 결과가 야기될 수도 있다는 것은 예상할 수 있다. 그러나 기초의회의원은 국회의원에 비하여 직급도 훨씬 낮고 보수를 받지 않으므로 자신의 생업을 그대로 유지하여야 하는 명예직인데다가, 정당은 기초의회의원 후보자를 추천할 수 없도록 하였으므로 전국적 조직을 가지고 정부의 재정적 지원까지 받는 정당이 추천하는 후보자들에 의하여 흔히 행하여진 바와 같은 금권선거 및 과열선거 등의 폐해가 발생할 가능성이 작은 점 등에 비추어 보면 기초의회의원선거에 있어서의 후보자 난립의 방지라는 목

적 자체가 무의미할 수 있다. 또한 우리나라에서 지방자체제도가 실시된 연혁도 극히 짧은 관계로 실제로 기초의회의원선거에서 후보자 난립이나 그로 인한 폐해의 발생가능성이 있는지가 실증적으로 밝혀지지도 않고 있다.

따라서 현행 기탁금제도는 과연 기초의회의원선거에서 후보자들이 난립할 위험이 존재하는지 여부에 대한 면밀한 검증작업 없이 만연히 그러한 위험성이 존재한다고 전제하고 기초의회선거에 도입된 것이다.

기탁금제도는 이 사건 법률조항과 같이 200만원은 물론이고 그 금액이 더 높게 책정되어 있다 하더라도 당선이 목적이 아니라 그 재력을 이용하여 선거를 개인적인 목적으로 악용하려는 불성실한 입후보자들에게 대하여는 입후보를 심리적으로 억제하는 효과를 발휘할 수 없다. 또 다수의 유자격자들이 입후보하는 경우를 충분히 예상할 수 있는데, 이 경우에는 입후보자의 난립방지를 기탁금제도를 통하여 확보할 수 없다는 것도 명백하다.

다수의견이 인용하고 있는 1991.3.26. 실시된 기초의회의원선거에 관한 통계자료의 분석은 다수의견의 주장이 박약한 토대 위에 서있음을 보여준다. 총후보자(10,519명)의 0.59%(62명)만이 법정기준의 득표율 미달로 기탁금을 환급받지 못했다는 사정을 보더라도 기초의회의원선거가 입후보자가 많아 과열되었다는 주장은 근거가 없는 것임을 알 수 있다. 물론 다수의견은 이러한 통계치가 기탁금규정으로 인하여 후보자의 난립이 방지된 결과를 반영한다고 주장할지는 모르나, 다수의견 스스로 한편으로는 200만원의 기탁금이 기초의회의원선거에 우리나라의 임금수준, 경제수준 등에 비추어 볼 때 다수 국민의 입후보를 곤란하게 할 정도의 금액이 아니라고 주장하고 있듯이 이 기탁금규정 때문에 후보자의 난립이 방지되었다고 주장하는 것은 자가당착이라 아니할 수 없다. 입후보자가 중도에 사퇴하면 그 기탁금이 국고에 귀속됨에도 불구하고, 기탁금을 납부한 총입후보자 중 1.73%(182명)나 되는 입후보자가 중도에서 사퇴하였다는 사실은 200만원의 기탁금제도가 입후보에 신중을 기하게 하는 효과를 실제로는 발휘할 수 없음을 반증하여 주고 있는 것이다. 따라서 기초자치단체인 시·군의회의원선거에 있어서의 기탁금제도는 입후보의 난립방지의 목적달성에 그 실효성이 희박하다고 할 것이다.

그러므로 기초자치단체인 시·군의회의원선거에 있어서의 후보자의 난립의 방지라는 목적이 정당하다고 하더라도 입법자가 동 목적의 입법을 함에 있어서, 동 목적달성을 위하여 다른방법을 강구하는 것은 별론으로 하고 기탁금제도를 채택한 것은 그 목적의 달성에 부적합한 수단을 선택하였다고 할 것이다.

2) 나아가 기탁금제도가 최소침해의 원칙을 준수하고 있는지를 본다.

헌법이 기탁금 부과 가능성을 예정하고 있고 또 그로부터 기탁금제도의 정당성을 도출할 수 있다 하더라도, 아래에서 보는 바와 같이 기탁금제도가 이 기탁금을 마련하기 어려

운 후보자에게 민주주의의 실현이 기초를 이루는 입후보의 자유 내지 국민의 선거적 공무담임권을 심각히 제약하는 효과가 있으므로, 이러한 권리를 덜 제약하는 수단을 통하여 기탁금제도의 목적을 달성할 수 있다면, 이러한 수단을 선택적으로 마련할 때 기본권 제한에 있어서 최소침해의 원칙을 충족시킨다고 할 것이다. 기탁금을 낼 자력이 없는 자에 대하여는 기탁금액을 대체할 수 있는 방법, 예컨대 선거 전후에 일정기간의 공역무 수행 등 대체수단을 법률로 정함으로써 기탁금 제도를 통하여 추구하려는 목적을 달성하면서도 공무담임권의 침해나 평등선거원칙과의 충돌을 최소화할 수도 있을 것이다(다만 기초자치단체의 의회의원선거에 있어서는 추천인 수를 늘리는 방법은 넓지 않은 선거구에 있어 사전선거운동의 결과가 될 수도 있어 적절하지 아니하다고 생각된다). 따라서 그러한 방법 등이 전혀 배려되지 않은 채 기탁금만을 입후보자에게 요구하고 있는 이 사건 법률조항은 후보자 난립의 예방이라는 목적의 견지에서 볼 때는 그 목적달성에도 적합하지 않고 국민의 선거의 자유 내지 참정권 등 기본권(아래에서 보는 바와 같이 평등권)만을 제약하는 규정으로서 기본권의 최소침해의 원칙도 충족시키지 못한 위헌성이 있는 규정이라고 할 것이다.

(나) 다음으로 선거비용예납의 목적에 관하여 본다.

1) 먼저 헌법상의 근거에 관하여 살펴본다.

지방의회의원선거법 제37조에 의하면 이 사건 소송의 기탁금으로부터 후보자의 당선여부나 득표율과는 무관하게 공영선거비용을 공제할 수 있게 되어 있다. 그러한 한 기탁금제도는 공영선거비용을 예납케 하는 제도로서의 성격을 띠게 된다. 우리나라 헌법은 제116조 제1항에서 “선거운동은 각급 선거관리위원회의 관리하에 법률이 정하는 범위 안에서 하되, 균등한 기회가 보장되어야 한다.”고 규정하여 선거공영제를 선언하고 있으며, 같은 조 제2항에서는 “선거에 관한 경비는 법률이 정하는 경우를 제외하고는 정당 또는 후보자에게 부담시킬 수 없다.”고 규정함으로써 선거비용은 국가 또는 지방자치단체가 부담한다는 원칙을 채택하고, 예외적으로 공영선거비용의 일부를 후보자에게 부담시킬 수 있는 법률을 제정할 수 있는 근거만을 마련하고 있다. 지방의회의원 선거는 지방자치단체의 기관을 구성하고 그 기관의 각종행위의 정당성을 부여하는 등 공익을 실현하는 수단이므로 지방자치단체가 그 비용을 부담하는 것이 사리에 합당한 까닭이다. 그러므로 장래에는 지방자치단체에서 공영선거비용의 전액을 부담하고 기탁금 명복으로 이를 예납시키지 않는 방향으로 지향하여야 하겠지만 현재 지방자치단체의 재정형편상 부득이 그 일부를 기탁금 명복으로 예납시킨다고 하여도 선거비용은 예외적으로 부득이한 최소한도인 그 일부만을 후보자에게 부담시키는 것이 헌법정신에 합치한다고 할 것이다. 다만 지방자치단체의 재정적 자립도가 넉넉치 못한 현실에 비추어 볼 때 과도하지 않은 범위에서 후보자에게 공영선거비용을 분담케 하는 것은 아직도 그 정당성이 있다고 할 것이며 기본권 제한에 관한 헌법 제37조 제2항 및 헌법 제116조 제2항에서 그 헌법적 근거를 찾아 볼 수 있다.

그렇다면 기초자치단체의 지방의회의원선거에 있어서의 기탁금 제도는 선거법상 후보자가 부담하여야 할 일부 선거비용을 예납한다는 의의를 가지게 되고, 결국 이것만이 기탁금제도의 유일한 헌법적 근거가 있는 실효적인 목적이라고 할 수 있는 것이다.

2) 이에 선거 및 공무담임권 행사에 있어서의 평등의 원칙과의 관계를 본다.

헌법은 제11조 제1항에서 정치적 생활영역에 있어서의 차별을 금지하는 한편, 제41조 제1항에서 국회의원선거에 있어서 보통·평등선거의 원칙을, 제67조 제1항에서 대통령선거에 있어서의 보통·평등선거의 원칙을, 헌법 제116조 제1항에서 선거운동에 있어서 기회균등이 보장됨을 명시하고 있다. 이처럼 헌법은 정치적 생활영역에 있어서의 차별금지는 물론, 일반적 평등원칙의 특적인 선거에 있어서의 평등원칙을 강조하고 있다. 헌법이 지방의회의원선거에 있어서의 선거원칙에 관한 명문의 규정을 두고 있지는 않으나, 이러한 원칙이 동 선거에 있어서도 적용됨은 물론이다.

오늘날 민주주의는 사실상 대의제의 형태를 떨 수밖에 없고, 선거는 국민주권 및 대의민주주의를 실현하는 핵심적인 수단인 것이다. 이러한 의미를 갖는 선거에 있어서 선거권과 선거직 공무담임권과 관련된 차별은 민주주의의 기본전제를 뒤흔드는 것이 되기 때문에 이들 권리와 관련한 국민의 차별이 정당화될 수 있는 것은 그 차별이 중대한 법익의 실현을 위하여 불가피한 경우에 한한다고 할 것이다. 그러므로 헌법이 제24조에서 선거권, 제25조에서 공무담임권을 보장하면서 그것을 법률유보하에 두고 있다 하더라도, 이들 권리의 제한에 관한 입법자의 재량의 폭은 매우 좁다고 할 것이다. 비록 동일한 액수의 공영선거비용을 각 후보자에게 부담시킨다고 하더라도 각 후보자가 실질적으로 지는 경제적 부담은 그들의 재산정도에 따라 다르고 선거비용의 입후보자 부담은 사실상 차등선거 내지 제한선거의 효과를 유발할 수 있기 때문에 이러한 가능성 역시 제한선거의 효과를 유발할 수 있기 때문에 이러한 가능성 역시 선거공여의 원칙에 대한 예외로 머물러야 한다. 즉 입후보자에게 선거비용을 부담시킬 수 있는 입법자의 입법형성권 역시 엄격히 제한되어 있다고 할 것이다.

그러므로 만일 입법자가 지방의회의원선거에 입후보하려는 자에게 후보등록신청시 합리적인 금액 이상의 과도한 액수를 기탁금으로 기탁할 것을 강제하게 되면, 이를 마련할 자력이 없는 계층은 기탁금의 기탁에 대신하는 다른 대안이 법률상 마련되어 있지 아니하는 한, 단지 경제적인 부의 차이로 인하여 경제적으로 여유있는 다른 입후보자와 달리 지방의회에의 진출을 사실상 봉쇄당하거나 그 진출이 현저히 곤란하게 되고 그로 인하여 유권자들도 자신이 선출하고자 하는 자를 선출할 수 없게 될 소지가 많아 결국 입후보하려는 자의 공무담임권 및 이와 관련된 평등권, 이들을 뽑으려는 유권자들의 선거권 등을 침해하게 된다.

3) 나아가 200만원의 기탁금이 과다하여 위헌인지를 본다.

① 이미 위에서 살펴본 바와 같이 선거비용은 후보자에게 최소한도만을 부담시킬 수 있다는 것이 헌법의 기본정신이다. 실제로 아직도 저소득층이 모여 사는 지역에서는 물론이요 지방의회의원의 피선거권을 갖는 젊은 층 중에는 200만원이란 법정의 기탁금을 무리 없이 마련할 수 없는 자들이 적지 않게 존재한다. 국민 대다수가 법정의 기탁금을 마련할 수 있고 위 금액을 마련할 수 없는 국민이 일부 소수에 지나지 않는다고 하여도 재력여하로 공무담임권 등을 불평등하게 침해함은 헌법상 용인될 수 없다. 그러므로 이 사건 법률조항의 기탁금이 위헌이나의 여부를 결정하는 기준은 그 금액이 국민 전체의 입장에서 보아 일반적으로 과다하다고 평가할 수 있느냐 또는 위 금액을 과다하다고 느끼지 아니하는 국민들이 대다수인가의 여부에 있는 것이라기보다는 오히려 기탁금을 마련하지 못할 후보가 있다면 그러한 후보자 개개인의 입장에서 헌법이 그들에게 보장한 중요한 기본권인 입후보의 자유 내지 선거직 공무담임권 등이 불평등하게 또는 과도하게 침해되었느냐 하는 데 있다고 보아야 할 것이다.

② 지방의회의원선거에 있어서의 기탁금제도는 1988년 4월 6일에 비로소 도입된 것으로서 우리의 지방자치의 역사에서도 그 전례를 찾아볼 수 없는 제도이다. 그리고 일찍이 의회민주주의가 발달한 국가는 물론 중진국이나 심지어 후진국에 있어서도 지방의회의원선거에 있어서는 말할 것도 없고 국회의원선거에 있어서도 그 제도자체가 전혀 없거나, 기탁금제도를 두고 있다 하더라도 근소한 명목상의 금액을 규정하고 있는 경우가 대부분이다. 우리보다 경제력이 훨씬 우세하고 기탁금액이 매우 높다는 일본의 경우를 보아도 기초자치단체 중 정·촌 의회의 의원선거에 있어서는 기탁금제도가 아예 없고, 지정시 이외의 시의회의원선거에서는 30만엔의 기탁금을 요구하고 있으나, 그 국민소득 및 그 국내의 물가수준에 비추어 볼 때 우리 돈 200만원보다 상대적으로 훨씬 적다고 할 수 있는 금액이라고 할 것이다. 더욱이나 공영선거비용에 충당되는 금액까지 기탁시키는 나라는 찾아보기 힘들다. 결국 기탁금 제도는 구시대적 제한선거 내지 차등선거제도의 유물에 지나지 않는다.

이러한 각국의 입법례는 선거비용의 예납의 성격을 갖는 기탁금이든, 후보자난립방지의 목적을 갖는 기탁금이든 그것이 국가 내지 지방자치단체의 기관구성행위인 선거에 입후보하는 문턱을 경제적으로 높이는 작용을 하므로 원칙적으로 이를 채택하지 않는 것이, 그리고 그 제도를 채택한다 하더라도 그 금액을 상징적인 액으로 정하는 것이 보통선거의 원칙 및 평등선거의 원칙과의 충돌을 피할 수 있음을 시사하는 것이다.

③ 선거비용을 법률이 정하는 바에 의하여 입후보자에게 부담시킬 수 있는 그 부과액은 아무리 많이 잡아도 후보 1인당 실제 소요된 직전 선거시의 공영선거비용 중 후보자가 부담하도록 법정된 비용에 이러한 금액의 물가상승비율을 감안한 금액을 기준하여 실질

적으로 공영선거의 원칙이 지켜지는 최소한도 내에서 결정되어야 할 것이다. 즉 헌법적으로 용인될 수 있는 기탁금액은 후보자 일인당 소요되는 공영선거비용을 기준으로 하여 지방자치단체가 가능한 한 그 대부분을 떠맡고 남은 일부분에 국한된다고 보아야 한다.

④ 중앙선거관리위원회가 제출한 자료에 의하면, 지난 지방의회의원선거에 있어 선거인명부사본작성비용, 선전벽보비용, 선거공보비용, 합동연설회비용, 투표참관인수당, 개표참관인수당을 포함하는 후보자 1인당 공영선거운동비용은 최다액이 금 1,468,775원, 최소액이 금 27,860원, 평균액은 금 596,064원이라고 한다. 이 통계에서 보는 바와 같이 200만원의 기탁금이 공영선거비용의 일부 예납이라는 견지에서도 과다함을 알 수 있다. 더구나 현행 공직선거및선거부정방지법 제57조에 의하면 당선된 후보자의 기탁금에서도 공제할 수 있는 공영선거비용은 벽보 및 공보작성비용에 한정되고 있는 사실에 비추어 볼 때는 더욱 그러하다. 그러므로 이 사건 법률조항은 원칙적으로 최소한도 내에서만 후보자에게 선거비용을 부담시킬 수 있다는 헌법정신에 반한다.

⑤ 위 통계자료는 또한 공영선거비용이 선거구역의 크기나 선거권자의 수에 따라 상이함을 증명한다. 그러므로 입법자가 이를 무시하고 전국적으로 통일적인 기탁금액을 정하는 것도 타당하지 아니하고, 해당 선거구역의 특성에 맞게 선거관리위원회가 지역의회의 의견을 들어 그 직전의 공영선거비용 중 후보자가 부담하도록 법정된 비용을 기초로 선거공영제라는 헌법상의 선거의 대원칙이 실질적으로 확보될 수 있는 범위 내에서 정할 수 있도록 법적 근거를 마련하는 것이 헌법정신에 충실한 입법의 방향이라 하겠다(다만 중앙선거관리위원회가 제공한 위 공영선거운동비용은 구 지방의원선거법 제37조 소정의 공영비용이므로 앞으로는 이 비용이 기준이 될 수는 없고, 공직선거및선거부정방지법 제57조 소정의 벽보 및 공보작성비용이 기준이 되어야 할 것이다).

⑥ 다수의견은 당선가능성이 있다고 믿을 만한 후보자라면 후보등록 후 반환받을 때까지의 기간 동안 사용할 기탁금액을 마련하는 것이 불가능하거나 현저하게 어렵다고 할 수 없다고 한다. 그러나 보수가 매우 적은 근로자들이나 서민들이 모여 사는 지역에서 기탁금을 낼 자력이 없는 자는 당선가능성이 있다고 믿을 만한 후보자라 하여도 반드시 후보등록시부터 선거종료시까지 기탁금 200만원을 차용의 방법으로라도 마련하는 것이 현저하게 어렵지는 않다고 할 수 없다. 뿐만 아니라, 가사 기탁금을 낼 경제적 능력이 있느냐의 여부가 당선가능성과 전혀 무관한 것은 아니라 하더라도 기탁금의 정당한 목적은 단순히 당선가능성이 작은 후보자들을 배제함에 있는 것이 아닌 한, 확일적으로 기탁금을 낼 자력이 없는 자들의 기본권을 박탈하는 것은 허용될 수 없으며, 입후보의 요건을 당선가능성에 의거하여 정할 수도 없다 할 것이다.

⑦ 그러므로 시·구의회의 의원선거에 있어서 200만원의 기탁금제도는 위와 같이 헌법정신에 반하는 다액으로 일면 입후보할 의사는 있으나 위 기탁금을 마련할 경제적 능력이 없

는 자들의 공무담임권·평등권을 침해하며, 타면 저소득층의 이익이나 그들이 주로 거주하는 지역의 이익을 성실하게 대변하여 줄 대표들을 뽑고자 하는 유권자들의 선거권까지 당히 제약하고 그 결과 기초의회의 지역주민대표성에 왜곡을 초래할 수 있어 민주주의 원리에도 반하는 규정이라고 할 것이다.

(2) 지방의회의원선거법 제37조 제1항에 대한 부연

저소득표자의 제재에 관하여 규정하고 있는 동법 제37조 제1항은 민주주의원리의 한 내용인 소수자보호의 정신에 반할 뿐만 아니라, 그들에게 투표한 유권자들의 가치를 고소득표자가 획득한 투표의 가치에 비하여 부인 내지 폄하하는 것으로서 선거에 있어서의 평등의 원칙에 반하는 위헌성이 있는 규정이라 할 것이다.

(3) 결론

그렇다면, 이 사건 법률 조항은 후보자의 난립방지라는 무의미한 목적을 적합하지도 않은 수단을 통하여 추구하고 있다 할 것이며, 경제력이 약한 후보들을 위한 대체수단을 예비적·보충적으로도 예정하고 있지 않을 뿐만 아니라, 그 액수가 과다하여 그들의 헌법상 보장된 기초자치단체인 시·군의회 의원직에의 입후보의 자유 내지 공무담임권(피선거권)을 과잉하게 그리고 불평등하게 제한하고 있고, 나아가 이들을 선택할 유권자들의 선거권도 불평등하게 침해하고 있다고 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항은 헌법 제24조, 제25조, 제11조 제1항, 제37조 제2항에 반하여 헌법에 합치하지 않는다고 생각된다.

6. 재판관 조승형의 반대의견

나는 기탁금제도의 적헌성을 전제로 하여 기탁금의 다과에 따라 이 제도의 위헌성 여부를 가리어 이 사건 기탁금관련 법률조항들이 헌법에 위반되지 아니한다는 이유로 이 사건 심판청구를 기각하여야 한다는 다수의견에 대하여, 기탁금제도 자체가 국민주권 등의 헌법정신에 반하고 보통·평등선거의 본질에 반하며 헌법 제37조 제2항에 따른 기본권 제한에 있어서 선거질서유지 목적·필요성과 기본권 제한의 정도를 비교할 때에 지켜야 할 비례의 원칙·과잉금지의 원칙에 반하고 국민의 공무담임권(피선거권)·평등권·투표를 통하여 참정권을 행사하는 주인인 국민의 선거권의 본질적 내용을 침해하는 제도로서, 이 제도가 헌법에 위반된다는 이유로 다음과 같이 반대한다.

가. 먼저 기탁금제도의 연혁에 관하여 살펴본다.

이 제도는 본래 형식적인 국민주권론·국민대표자론이 팽배하였던 서구 민주주의의 발달 초기에 차등선거가 시행되면서 그 방편의 하나로 시행되었던 제도이었으나, 위 형식적인 국민주권론 등에서 민의를 실질적으로 반영하고 국민을 실질적인 주인으로 대접하는 실

질적인 국민주권론 등으로 확립되고 보통·평등·직접·비밀·자유선거제도로 발전하면서 폐지되거나 본래의 역기능을 잃고 그 형해만이 남아 있는 제도에 불과하다. 또한 정치적 후진국에서는 선거가 정치세력이 이용하는 부수적인 수단으로 전락하면서 이 기탁금제도가 집권자에게 유리한 방향의 차등선거의 한 방편으로 이용되어 왔으며, 우리의 헌정사와 각종 선거의 기탁금제도의 각 연혁을 보더라도 우리의 기탁금제도가 위와 같은 정치적 후진국의 틀에서 벗어나지 못하여 왔음을 인정할 수 있다.

우리의 기탁금제도의 연혁을 구체적으로 살펴보면, 이승만 초대대통령이 3·15 부정선거를 시행하기 전에 장기집권방책의 일환으로 헌법을 개정하여 대통령 3선의 길을 트고 국회에 양원제(민의원, 참의원)를 두어 민의원, 참의원선거법(법률 제470호, 제471호)을 제정하였던 1958.1.25. 이 기탁금제도가 처음으로 도입되었다. 그 후 4·19 혁명으로 제2공화국이 출범하면서는 민주화 추진으로 1960.6.23. 위 양원제를 폐지하고 국회의원선거법(법률 제551호)을 신규제정할 때에 이 제도를 폐지하였으며, 5·16 군사쿠데타가 일어난 후 민정이 양이 될 무렵인 1963.1.16. 동 선거법을 법률 제1256호로 폐지·신규제정하면서도 위 제도를 채택한 바 없었다. 그런데 박정희 전 대통령은 영구집권을 꾀하면서 이른바 3선개헌을 단행하고 3선대통령이 된 후 이른바 유신체제를 선포하고 1972.12.27. 구헌법을 폐지하여 제4공화국 헌법을 신규제정하고 1972.12.30. 국회의원선거법을 폐지하고 법률 제2404호로 신규제정하여 위 제도를 다시 부활시킴으로써 우리의 헌정사는 본격적인 권위주의시대로 접어들기 시작하였고, 이후 이른바 12·12 군사쿠데타의 성공으로 전두환 전 대통령이 집권하였던 제5공화국의 권위주의 시대를 거쳐 이른바 6·29 선언이 있었고 제6공화국 정부가 출범한 후 지방자치선거에 있어서도 1990.12.31. 이 사건 지방의회의원선거법이 법률 제4311호로, 지방자치단체의장선거법이 법률 제4312호로 제정되면서 위 제도가 도입되었고 변화와 개혁·세계화를 부르짖는 김영삼 현 대통령의 문민정권하에서도 40여년의 기간 긴 어두웠던 권위주의 시대를 망각한 채 1994.3.16. 이른바 종합선거법인 공직선거및선거부정방지법이 신규 제정(법률 제4739호)되면서도 위 제도를 계속 존치하고 있는 실정이다. 위에서 본 연혁을 분석하여 보면, 위 기탁금제도는 집권자의 영구집권욕이 발현된 시점에 도입되었거나 다시 부활 또는 강화되었으며, 제2공화국의 민주화 추진시대나 집권자의 영구집권욕이 아직 발현되지 아니한 기간에는 폐지되었던 사실을 알 수 있다.

나. 우리의 현행 헌법은 실질적 국민주권·국민대표론을 확립하고 있으므로 국민주권의 핵심 참정권의 본질적 내용은 어떠한 이유로도 차별됨이 없는 실질적 주권행사의 보장이다.

헌법은 전문에서 “…… 자유민주적 기본질서를 …… 확고히 하여 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고 ……”라 선언하고 있으며 제1조 제1항에서 대한민국은 민주공화국이다, 제2항에서 대한민국의 주권은 국민에게 있고 모든 권력은 국민으로부터 나온다고 규정하여 자유민주주의와 국민주권론·국민대표자론을 확인하고 있다. 헌법이 확인하고 있는 국민주권론 등은 서구민주주의의 발달초기에 팽배하였던 형식

적 국민주권론 등이 아니라 현대 서구민주주의국가와 정치적 선진국들이 채택하고 있는 실질적 국민주권론 등이며 국민의 참정권 즉 선거권(제24조)과 피선거권(제25조 공무담임권)이 “모든 국민”에게 있고 국민은 누구나 평등하게 직접, 누구의 간섭도 받지 아니하고 자유로이, 국민의 대표인 국회의원·대통령·지방의회의원·지방자치단체의장을 선출할 수 있도록 보통·평등·직접·비밀·자유선거제도를 채택·확립하고 국가 중요정책이나 헌법개정에 국민이 직접 참여할 수 있도록 국민투표제도를 확립(제41조, 제67조, 제118조 제2항, 제72조, 제130조)하고 있다. 따라서 우리 국민은 모두가 실질적인 국가주인으로서 평등하게 위 참정권을 행사할 수 있어야 하고, 각종 선거에 있어서 국민은 누구나 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에서 차별 없이 입후보할 수 있어야 하며, 누구나 그가 선호하는 후보자가 입후보되어 그에게 투표할 수 있는 기회를 보장받는 것이 곧 국민이 갖는 위 참정권의 본질적인 내용이라고 보아야 할 것이다. 만약 그러하지 아니하다면 국민주권은 형식적인 것으로 전락할 수밖에 없고 그 형해만이 있을 뿐이기 때문이다.

그런데 앞서 본 지방의회의원 등 공직선거에 있어서 일정한 금액을 기탁하여야만 해당 공직의 후보자로 등록되는 효력이 있는 기탁금제도가 설치된다면, 이는 “돈이 있는 자”와 “없는 자”를 차별하여 “있는 자”만이 후보등록을 할 수 있게 하고 “없는 자”로부터는 지방행정이나 국정에 참여할 기회를 박탈하는 것이 되며, 보통·평등·직접·비밀·자유선거제도에 반하는 차등선거제도로서, 헌법이 확립하고 있는 실질적 국민주권론·국민대표자론 등의 헌법정신에 정면으로 반하여 차별됨이 없이 실질적으로 보장되어야 할 위 참정권·평등권의 본질적인 내용을 침해하는 제도라고 아니할 수 없다.

다. 다수의견은 이와 같은 기본권침해의 점에 관하여 이의를 하지 아니하면서도 선거질서유지 즉 입후보난립방지와 선거과열·혼탁의 방지라는 목적 때문에 필요에 따라 위 기본권을 제한하는 것이며 선거질서유지라는 법익과 위 기본권침해 사이에 비례의 원칙이나 과잉금지원칙에 반하는 바가 없으므로 헌법 제37조 제2항 소정의 적헌의 기본권 제한이라고 주장하나, 이는 다음과 같은 점에서 부당하다.

첫째, 선거질서유지란 절차적인 문제에 관한 법익인 반면에 위 기본권의 보호란 실체적인 문제에 관한 법익으로서, 절차적인 법익이 실체적인 법익에 우선할 수 없음은 재언을 요하지 아니한다. 따라서 위 기탁금제도는 위 목적과 기본권 제한의 정도와의 사이에 비례의 원칙이나 과잉금지원칙이 준수되지 아니한 기본권의 제한임이 명백하다.

둘째, 선거질서유지를 위하여는 기탁금제도 이외에도 얼마든지 이에 대체할 만한 방법이 있기 때문에, 위 목적을 위하여 위 기탁금제도가 반드시 필요한 최소한의 유일제도라고는 볼 수 없어 헌법 제37조 제2항 규정 중 “……필요한 경우에 한하여……”라는 기본권제한의 요건을 구비하지 못한 제한이라 할 것이다. 위 기본권을 제한하지 아니하면서도 위 질서유지 목적을 달성할 수 있는 방법으로서 다음 몇가지를 상정할 수 있다. 즉, 먼저 선

거비용을 예납하게 하면서도 예납하지 못한 후보자의 등록의 효력을 인정하여 주고 선거 기간 중이나 선거 후에 이를 강제징수하는 방법이고, 다음 후보자가 일정비율의 최소한의 득표를 하지 못할 때에는 선거질서교란죄로 재산형을 과하거나 일정기간의 강제봉사를 명할 수 있도록 입법을 함으로써 후보난립에 대한 경고와 일반 예방의 실효를 꾀하는 방법이며, 끝으로 후보등록시에 필요로 하는 유권자의 추천인수를 현행보다 훨씬 확대하여 후보난립을 방지하는 방법 등이고, 위 세가지 방법을 모두 채택하는 방법도 상정할 수 있다. 따라서 이 사건 기탁금제도가 위 목적을 위하여 필요하고도 최소한의 유일한 방법이라고는 보여지지 아니한다.

셋째, 가사 기탁금제도가 비례의 원칙·과잉금지의 원칙 등에 반하지 아니한다고 가정하더라도 앞에서 본 바와 같이 국민의 참정권의 본질적 내용을 해하는 것이므로 위 제도는 헌법 제37조 제2항 단서규정에 반한다. 즉, 위 참정권은 실질적 국민주권과 국민대표자론을 확립하고 있는 우리 헌법하에서는 어떠한 경우에도 국민이 직접 평등하게 선거권을 자유로이 행사하고 피선거권을 적어도 차별 없이 보장받는 것이 그 본질적인 내용이므로, 이 사건 기탁금제도가 국민 각자가 선호하는 후보예상자를 기탁금을 기탁하지 아니하였다는 이유만으로 선택 투표할 기회를 박탈하고 그 후보예상자가 “없다”는 이유하나 때문에 입후보를 하지 못하게 하는 것은 참정권의 본질적인 내용을 침해하는 기본권의 제한이라고 보지 않을 수 없다. 따라서 다수의견은 어느모로 보나 부당하다.

라. 헌법 제116조 제2항의 선거경비부담 규정은 입후보의 등록효력을 배제하는 기탁금제도를 인정하는 취지가 아니라 배제하는 취지의 규정이므로 이 사건 기탁금제도는 이 점에서 헌법위반이다.

다수의견은 헌법 제116조 제2항 규정에 따라 법률이 정하면 선거에 관한 비용을 후보자에게 부담시킬 수 있으므로 이 사건 기탁금제도는 헌법상의 근거규정에 의하여 인정되는 적헌의 제도라고 주장하나, 이는 후보등록의 효력인정과 무관한 선거비용과 기탁금을 기탁하지 아니하면 후보등록의 효력을 전혀 인정하고 있지 아니하는 기탁금제도를 혼동한 것이다. 뿐만 아니라 헌법 제116조 제2항은 “선거에 관한 경비는 법률이 정하는 경우를 제외하고는 정당 또는 후보자에게 부담시킬 수 없다”고 규정하여 선거공영을 예정하여 선거경비는 원칙적으로 정당 또는 후보자에게 부담시킬 수 없지만 예외적으로 법률이 정하는 바에 따라 국가가 일률적으로 부담하기 어려운 경우나 부득이한 경우에 일부선거비용을 후보자 등에게 부담시킬 수 있음을 규정한 것에 불과하고, 국민의 선거권이나 피선거권을 제한하는 이 사건 기탁금제도를 인정하거나 예상하고 규정한 취지가 아님은 명백한 것이다. 따라서 이 헌법규정은 소극적으로 기탁금제도의 도입을 금지하는 규정이라고 봄이 마땅하며, 결코 이 사건 기탁금제도의 헌법상 근거규정이라고는 볼 수 없다.

마. 또한 구시대의 잔재 청산이라는 측면에서도 적극적으로 해석하여 이 제도를 위헌이라

고 선언함이 이 시대의 상황논리에도 부합한다.

앞서 우리의 헌정사와 기탁금제도의 연혁에서 본 바와 같이 권위주의 40여 년 간에 걸쳐 장기집권 또는 영구집권의 한 방편으로 독재권력이 악용하여 왔음이 분명한 이 제도를 이른바 문민정권이 출범한 이 시대에 이르러서까지 위헌시비를 무릅써 가면서 이를 존치하여야 할 아무런 타당성을 찾기 어렵다. 국민은 이 시대야말로 구시대의 잔재를 일소해야 할 것으로 믿고 있으며 이를 간절하게 요망하고 있다. 특히 현정권은 변화와 개혁의 기치를 들고 출범하였으며 지방화를 외치면서 지금까지 미루어 왔던 지방자치단체의 장 선거도 모처럼 실시하려 하고 있을 뿐 아니라, 국민의 참여의식이 그 어느 시대에 있어서 보다도 고양되고 있으며 풀뿌리 민주주의의 실현에 크게 고무되어 선거를 최대의 국민축제로 인식하는 등 국민의식이 크게 변하고 있는바, 위와 같이 급변하는 국민의식과 요망을 결코 외면할 수는 없다 할 것이다. 따라서 불행한 헌정사를 경험하여 왔던 주인인 국민의 편에 서서 국민이 제정한 헌법을 적극적으로 해석함이 마땅하며, 이 사건 심판대상에 대하여도 그 점에서 다를 바가 없다 할 것이다.

바. 그렇다면 이 사건 기탁금제도는 어느모로 보나 우리 헌법재판소의 심판에 의하여 청산되어야 할 구시대의 유물이며 잔재이고 위헌제도임이 명백하므로 지방의회의원선거법(1988.4.6. 법률 제4005호로 제정되어 1990.12.31. 법률 제4311호로 전문개정된 것) 제36조 제1항은 청구인의 공무담임권의 본질적 내용을 해함으로써 헌법 제37조 제2항 단서규정에 위반된다는 취지로 위헌선언을 함이 마땅하다고 생각하며, 적헌이라는 이유로 이 사건 헌법소원심판청구를 기각해야 한다는 다수의견은 부당하다.

재판관 김용준(재판장) 김진우 김문희 황도연 이재화 조승형 정경식 고중석 신창언

20

시·도의원선거의 기탁금을 700만원으로 정하였던 구 지방의회의원선거법 제36조제1항의 공무담임권 등 침해 여부

■ 지방의회의원선거법 제36조 제1항에 대한 헌법소원, 1991. 3. 11. 91헌마21 ■

【관시 사항】

1. 법률(法律)에 대한 헌법소원(憲法訴願)에 있어서 청구기간(請求其間)과 “사유(事由)가 발생(發生)한 날”의 의미(意味)
2. 법률(法律)에 대한 헌법소원(憲法訴願)에 있어서 자기성(自己性), 현재성(現在性)이 인정(認定)되는 사례(事例)
3. 정당(政黨)의 기본권주체성(基本權主體性)이 인정(認定)되어 청구인(請求人) 적격(適格)을 인정한 사례(事例)
4. 지방의회의원선거법(地方議會議員選舉法) 제36조 제1항의 “시(市)·도의회의원(道議會議員) 후보자(候補者)는 700만(萬)원의 기탁금(寄託金)” 부분(部分)의 위헌여부(違憲與否)
5. 헌법불합치결정(憲法不合致決定)과 입법촉구결정(立法促求決定)의 의미(意味)

【결정 요지】

1. 가. 법률(法律)에 대한 헌법소원심판(憲法訴願審判)의 청구(請求)에 있어서 법률시행후(法律施行後) 그 법률(法律)에 해당되는 사유(事由)가 발생(發生)하여 비로소 기본권(基本權)의 침해(侵害)를 받게 된 경우는 그 사유(事由)가 발생(發生) 하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유(事由)가 발생(發生)한 날로부터 180일 이내에 제기(提起)하여야 한다.

나. 위 “사유(事由)가 발생(發生)한 날”은 당해 법률(法律)이 청구인(請求人)의 기본권(基本權)을 명백(明白)히 구체적(具體的)으로 현실(現實) 침해(侵害)하였거나 그 침해(侵害)가 확실히 예상(豫想)되는 등 실체적(實體的) 제요건(諸要件)이 성숙(成熟)하여 헌법재판(憲法裁判)에 적합(適合)하게 된 때를 말한다.

2. 서울특별시의회의회(特別市議會)에 진출하려는 청구인들은 지방의회의원선거법(地方議會議員選舉法)과 밀접한 이해관계(利害關係)가 인정되므로 자기성(自己性)이 인정되고, 위법(法) 제36조 제1항이 그 법률조항(法律條項) 자체에서 지방의회의원(地方議會議員)(선거(選舉))의 후보요건(候補要件)을 제한하고 있고, 같은 조항(條項) 소정의 기탁금(寄託金)을 기탁(寄託)하지 아니하는 자(者)에 대한 후보등록거부행위(候補登錄拒否行爲)라는 당연히 예상되는 별도의 집행행위(執行行爲)를 매개(媒介)로 할 것도 없으므로 기본권침해(基本權侵害)의 직접성(直接性)이 인정되고, 지방자치법(地方自治法) 부칙(附則) 제2조가 동법(同法)에 의한 최초의 지방의회의원선거(地方議會議員選舉)를 1991.6.30. 이내에 실시(實施)할 것을 규정하고 있고 정부(政府)도 상반기내(上半期內)에 실시(實施)할 것을 공약(公約)하고 있는 점에 비추어 수개월내(數個月內)에 실시(實施)할 것이 명백(明白)하므로 현재성(現在性) 역시 인정된다.
3. 시(市)·도의회의원선거(道議會議員選舉)에서 정당(政黨)이 후보자(候補者)의 추천과 후보자(候補者)를 지원하는 선거운동(選舉運動)을 통하여 소기의 목적(目的)을 추구(追求)하는 경우, 평등권(平等權) 및 평등선거원칙(平等選舉原則)으로부터 나오는 (선거(選舉)에 있어서의) 기회균등(機會均等)의 원칙(原則)은 후보자(候補者)는 물론 정당(政黨)에 대해서도 보장(保障)되는 것이므로 정당(政黨)추천의 후보자(候補者)가 선거(選舉)에서 차등대우(差等待遇)를 받는 것은 정당(政黨)이 선거(選舉)에서 차등대우(差等待遇)를 받는 것과 같은 결과가 된다.
4. 지방의회의원선거법(地方議會議員選舉法) 제36조 제1항의 “시(市)·도의회의원(道議會議員) 후보자(候補者)는 700만(萬)원의 기탁금(寄託金)” 부분(部分)은 너무 과다하여, 자연인(自然人)의 경우는 헌법(憲法) 제11조의 평등권(平等權), 제24조의 선거권(選舉權), 제25조의 공무담임권(公務擔任權) 등을 침해(侵害)하는 것이고, 정당(政黨)의 경우는 선거(選舉)에 있어서 기회균등(機會均等)의 보장(保障)을 받을 수 있는 헌법적(憲法的) 권리(權利)를 침해(侵害)한 것이다.
5. 이 사건(事件)의 주문(主文)에 헌법(憲法)에 합치(合致)하지 아니한다고 선고(宣告)하면서 일정(一定) 기간(其間)까지 그 법률(法律)의 효력(效力)을 지키도록 하는 이유는 기탁금제도(寄託金制度) 자체(自體)는 헌법상(憲法上) 일응 합헌(合憲)이어서 기탁금액(寄託金額) 전부(全部)에 대하여 위헌무효(違憲無效)를 선고(宣告)하기가 어렵고 그 구체적(具體的)인 한도액(限度額)은 국회(國會)가 정(定)하는 것이 바람직한 반면 헌법불합치상태(憲法不合致狀態)는 지방의회의원선거법(地方議會議員選舉法) 시행후(施行後) 최초로 실시되는 시(市)·도의회의원선거(道議會議員選舉) 공고일(公告日)까지는 개정(改正)되어야 하기 때문이다.

재판관 변정수의 반대의견(反對意見)

1. 지방의회의원선거법(地方議會議員選舉法) 제36조 제1항의 “구(區)·시(市)·군의회의원(郡議會議員) 후보자(候補者)는 200만(萬)원의 기탁금(寄託金)” 부분(部分)도 본안판단(本案判斷)하여야 한다.
2. 헌법결정(憲法決定)은 선고일(宣告日)로부터 즉시(即時) 그 효력(效力)을 발생(發生)하는 것이고 헌법재판소(憲法裁判所)가 임의로 그 효력(效力)을 변경(邊境)하거나 효력발생(效力發生)을 유보(留保)시킬 수는 없으므로 “헌법에 합치되지 아니한다.”라는 주문(主文)도 선고일(宣告日)로부터 즉시(即時) 법률(法律)의 효력(效力)을 상실(喪失)시키는 것이다.

【당 사 자】

청 구 인 유 ○ 석 민주당

청구인들 대리인 변호사 박 ○ 일

【참조 조문】

헌법전문(憲法全文), 제1조, 제8조, 제10조, 제11조 제1항, 제24조, 제25조, 제37조 제2항, 제41조 제1항, 제67조 제1항, 제116조 제2항

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제1항

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제69조 (청구기간(請求其間))

① 제68조 제1항의 규정(規定)에 의한 헌법소원(憲法訴願)의 심판(審判)은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일(日) 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일(日) 이내에 청구(請求)하여야 한다. 다만, 다른 법률(法律)에 의한 구제절차(救濟節次)를 거친 헌법소원(憲法訴願)의 심판(審判)은 그 최후결정(最後決定)을 통지받은 날로부터 30일(日) 이내에 청구(請求)하여야 한다.

② 생략

지방의회의원선거법(地方議會議員選舉法) 제36조 (기탁금(寄託金))

① 후보자(候補者)가 되려고 하는 자(者)는 등록신청시(登錄申請時)에 대통령령(大統領令)

이 정하는 바에 따라 시(市).도의회의원후보자(道議會議員候補者)는 700만(萬)원, 구(區)·시(市)·군의회의원후보자(郡議會議員候補者)는 200만(萬)원의 기탁금(寄託金)을 관할선거구 선거관리위원회(管轄選舉區選舉管理委員會)에 기탁(寄託)하여야 한다.

② 생략

지방의회의원선거법(地方議會議員選舉法) 부칙(附則) 제2조 (공무원(公務員) 등의 입후보)

이 법(法) 시행(施行)후 최초로 실시하는 지방의회의원선거(地方議會議員選舉)에 있어서는 제35조 제1항 각호(各號)의 1에 해당하는 자(者)로서 후보자(候補者)가 되고자 하는 자(者)는 선거일(選舉日) 공고일(公告日)로부터 5일(日) 이내에 그 직(職)에서 해임(解任)되어야 한다.

【주 문】

1. 청구인들의 이 사건 헌법소원심판청구 중 지방의회의원선거법(1990.12.31. 법률 제4311호) 제36조 제1항의 “구·시·군의회의원 후보자는 200만원의 기탁금” 부분을 각하한다.
2. 같은 법률 제36조 제1항의 “시·도의회의원 후보자는 700만원의 기탁금” 부분을 헌법에 합치되지 아니한다.
3. 위 제2항의 법률조항부분을 위 법률시행 후 최초로 실시하는 시·도의회의원 선거일 공고일을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인 유윤석은 민중당 서울 성동구 병지구당 위원장으로 1991. 상반기 중 실시 예정인 서울특별시의회의원선거에 후보자가 되고자 준비중인 자, 같은 민중당은 헌법 및 정당법상의 정당으로서 위 선거에 소속당원을 후보자로 추천하고자 하는 자인 바, 지방의회의원 선거의 후보자가 되려고 하는 자는 시·도의회의원 후보자의 경우는 700만원, 구·시·군의회의원 후보자의 경우는 200만원의 기탁금을 관할 선거구 선거관리위원회에 기탁하도록 규정하고 있는 지방의회의원선거법 제36조 제1항이 청구인들의 헌법상 보장된 평등권과 공무담임권을 침해하는 위헌규정이라고 주장하면서 1991.2.4. 헌법소원심판의 청구를 한 것이다.

나. 심판의 대상

따라서 이 사건 심판의 대상은 “후보자가 되려고 하는 자는 등록신청시에 대통령령이 정하는 바에 따라 시·도의회의원 후보자는 700만원, 구·시·군의회의원 후보자는 200만원의 기탁금을 관할선거구 선거관리위원회에 기탁하여야 한다.”고 규정하고 있는 지방의회의원 선거법 제36조 제1항이다.

2. 당사자의 주장 및 이해관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

지방의회의원선거법의 위 규정이 경제적 기초가 넉넉하지 아니한 서민계층 또는 젊은 세대들에게 과도한 부담이 되어 입후보의 포기를 강제하고, 서민대중을 주요 기반으로 하는 민중당의 공직선거의 후보자 추천기회를 실질적으로 부인하는 결과를 초래하게 하는 규정으로서 헌법상의 평등권, 참정권, 공무담임권 등을 침해하는 위헌 규정이다.

나. 법무부장관 의견

(1) 법률에 대한 헌법소원심판은 개별적·구체적 상황에 대응한 조치를 내용으로 하는 조치적 법률인 경우에 예외적으로 인정되는 것으로 이 사건 헌법소원심판의 대상인 지방의회의원선거법 제36조 제1항은 일반적·추상적인 법규정이므로 이에 대한 헌법소원심판청구는 부적법하며, 또한 지방의회의원선거의 선거일정도 확정되지 아니하고 청구인들이 입후보등록을 하지 아니한 상태의 헌법소원심판청구는 청구인들에 대한 권리침해의 현재성이 없을 뿐만 아니라 정당의 경우에는 그 자신 지방의회의원선거의 후보자격이 없고, 다만 구성원인 당원들의 권리침해를 다투고 있는 것으로서 권리침해의 직접성이 결여되어 있으며, 지방의회의원선거법은 1988.5.1.부터 시행되어 그 헌법소원심판의 청구기간도 도과하였다 할 것이므로 이 사건 청구는 부적법하여 각하되어야 한다.

(2) 그렇지 않더라도 지방의회의원선거법의 기탁금 규정은 입후보자의 무절제한 난립으로 공정한 선거의 실시를 위한 선거관리가 불가능하게 되는 사태를 예방하고 후보자의 성실성을 담보하기 위한 불가피한 제한인 것이고 그 액수도 국민의 참정권행사를 봉쇄할 만큼 고액은 아니며, 헌법 제116조에 의한 선거공영제 하에서 공영선거비용은 후보자에게 부담시킬 수 있는 것으로서 지방의회의원선거법 제36조 제1항은 민주적 공영선거제도라는 사회질서의 보장을 위하여 필요한 최소한의 기본권 제한이라고 할 것이므로 청구인들의 청구는 그 이유없이 기각되어야 한다.

다. 내무부장관 및 중앙선거관리위원회위원장 의견

법무부장관 의견 중 (2)항과 대체로 같은 의견임

3. 판단

가. 본안전 판단

(1) 법률에 대한 헌법소원심판

공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법소원심판을 청구할 수 있으며 여기의 공권력에는 입법권도 당연히 포함된다 할 것이므로 입법부의 공권력행사 가운데 가장 주된 형태인 입법권 행사, 즉 법률에 대한 헌법소원심판도 가능함은 헌법재판소법 제68조 제1항의 해석상 당연하다. 다만, 모든 법률이 다 헌법소원심판의 대상이 되는 것은 아니고 청구인 스스로가 당해 법률규정과 법적인 관련성이 있어야 할 뿐 아니라 당해 법률의 규정에 의하여 별도의 구체적 집행행위의 매개없이 직접적으로 헌법상 보장된 기본권을 현재 침해당하고 있는 경우, 즉 자기성·직접성·현재성이 구비된 경우에 한정됨을 원칙으로 한다(헌법재판소 1989.3.17. 선고, 89헌마1 결정 및 1989.7.21. 선고, 89헌마12 결정 참조). 그리고 그러한 법률에 대한 헌법소원심판의 청구기간은 원칙적으로 그 법률의 시행과 동시에 기본권의 침해를 받게 된다고 할 것이므로 그 법률이 시행된 사실을 안 날로부터 60일 이내에, 법률이 시행된 날로부터 180일 이내에 헌법소원심판을 청구하여야 할 것(헌법재판소법 제69조 제1항)이나, 법률이 시행된 뒤에 비로소 그 법률에 해당되는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 자는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 헌법소원심판을 청구하여야 할 것이다. 여기서 “사유가 발생한 날”이라는 것은 당해 법률이 청구인의 기본권을 명백히 구체적으로 현실침해하였거나 그 침해가 확실히 예상되는 등 실제적 제요건이 성숙하여 헌법판단에 적합하게 된 때를 말한다고 할 것인 바(헌법재판소 1990.6.25. 선고, 89헌마220 결정 및 동년 10.8. 선고, 89헌마89 결정 참조), 현행 지방의회의원선거법은 1988.5.1. 제정되어 그 법률 제29조에 이미 현행 기탁금제도와 동일한 내용의 규정을 두었다고는 하나 현실적으로 시행되지 않았고, 여당과 야당의 합의하에 시·도 의회의원선거를 후술과 같이 불원 실시하기로 하고 동 법률이 1990.12.31. 전문 개정·공포 되었으므로 그때를 “사유가 발생한 날”로 봐야할 것이고, 이 사건 헌법소원심판은 1991.2.4. 청구되었으므로 절차상 청구기간을 도과하지 않았음이 역수상 명백하다.

서울특별시의회에 진출하려는 청구인 유윤석이나 민중당은 후술하는 범위내에서 지방의회의원선거법과 밀접한 이해관계가 인정되므로 자기(관련)성은 의문의 여지가 없고 직접

성의 점은 이 사건 지방의회의원선거법 제36조 제1항이 그 법률조항 자체에서 지방의회의원(선거)의 후보요건을 제한하고 있고, 같은 조항 소정의 기탁금을 기탁하지 아니하는 자에 대한 후보등록거부행위라는 당연히 예상되는 별도의 집행행위를 매개로 할 것도 없는 점에서 기본권침해의 직접성을 인정할 수 있고, 지방자치법 부칙 제2조가 동법에 의한 최초의 지방의회의원선거를 1991. 6. 30. 이내에 실시할 것을 규정하고 있고, 정부도 상반 기내에 실시할 것을 공약하고 있는 점에 비추어 수개월내에 실시할 것이 명백하므로 현재성 역시 인정된다고 할 것이다.

(2) 청구인 유윤석의 헌법소원심판청구의 적법여부

이 사건 청구인 유윤석은 위 지방의회의원선거법 제36조 제1항이 규정한 기탁금이 헌법에 위반된다고 헌법소원심판청구를 하고 있으나 동인은 서울특별시의회의원선거에 후보자가 되고자 하는 자이므로 시·도의회의원 후보자의 기탁금(700만원)을 규정한 부분에 대하여서만 자기 관련성이 인정된다고 할 것이고 나머지 부분에 대하여서는 자기 관련성을 인정할 수 없어 그 부분에 대한 헌법소원심판청구는 부적법하다고 할 것이다.

(3) 청구인 민중당(정당)의 헌법소원심판청구의 적법여부

이 사건 청구인 중 민중당의 경우 헌법소원심판의 청구인 자격이 있는지에 관하여 보건대, 현행 지방의회의원선거법은 시·도의회의원선거에 있어서는 제31조에서 정당의 후보자추천을 인정하고, 제41조에서 정당의 선거운동을 인정하고 있으며, 제45조에서는 정당의 선거사무장 등의 선임 및 해임을 규정하는 등 정당의 선거관여를 허용하고 있는데 민중당은 헌법상의 정당이므로 시·도의회의원선거에 있어서 정당은 직접적인 이해관계를 갖고 있다고 할 것이며, 따라서 자기(관련)성이 있다고 할 것이다.

그러나 동법은 구·시·군의회의원선거에 있어서는 위와 같은 규정을 두고 있지 않기 때문에 구·시·군의회의원선거에 있어서는 적어도 후보자의 기탁금문제에 관한 한 정당이 그와 관련된 법률상의 권리나 이해관계가 있음을 인정하기가 어려운 것이다. 따라서 지방의회의원선거법 제36조 제1항의 규정 중 구·시·군의 의회의원후보자에게 요구되는 200만원의 기탁금 부분은 정당인 청구인 민중당이 위 법률조항에 의하여 직접 기본권의 침해를 받고 있다고 보기 어렵기 때문에 그 부분에 대한 헌법소원심판청구는 자기관련성을 인정할 수 없어 역시 부적법하다 할 것이다.

나. 본안 판단

(1) 입헌민주국가의 실현과 지방자치제도의 중요성

지방자치제도라 함은 일정한 지역을 단위로 일정한 지역의 주민이 그 지방주민의 복리에

관한 사무·재산관리에 관한 사무·기타 법령이 정하는 사무(헌법 제117조 제1항)를 그들 자신의 책임하에서 자신들이 선출한 기관을 통하여 직접 처리하게 함으로써 지방자치행정의 민주성과 능률성을 제고하고 지방의 균형있는 발전과 아울러 국가의 민주적 발전을 도모하는 제도이다. 지방자치는 국민자치를 지방적 범위내에서 실현하는 것이므로 지방시정(시정)에 직접적인 관심과 이해관계가 있는 지방주민으로 하여금 스스로 다스리게 한다면 자연히 민주주의가 육성·발전될 수 있다는 소위 “풀뿌리 민주주의”를 그 이념적 배경으로 하고 있는 것이다.

공업화·도시화·국제화의 추세가 가속되어 가고 있는 오늘날 우리나라처럼 국토도 협소하고 언어·풍속·문화·생활양식 등도 지방에 따라 현저한 차이가 없는 단일민족국가에서는 오히려 중앙집권의 강화가 바람직하다는 견해도 없지 않지만 지방자치제도는 현대 입헌민주국가의 통치원리인 권력분립 및 통제·법치주의·기본권보장 등의 제원리를 주민의 직접적인 관심과 참여속에서 구현시킬 수 있어 바로 자율과 책임을 중시하는 자유민주주의 이념에 부합되는 것이므로 국민(주민)의 자치의식과 참여의식만 제고된다면 권력분립원리의 지방차원에서의 실현을 가져다 줄 수 있을 뿐 아니라(지방분권) 지방의 개성 및 특징과 다양성을 국가전체의 발전으로 승화시킬 수 있고, 나아가 헌법상 보장되고 있는 선거권·공무담임권(피선거권) 등 국민의 기본권의 신장에도 크게 기여할 수 있는 제도라고 할 것이다.

이와 같이 지방자치제도는 민주정치 of 요체이며 현대의 다원적 복합사회가 요구하는 정치적 다원주의를 실현시키기 위한 제도적 장치로서 주민의 자발적인 참여·협조로 지역내의 행정관리·주민복지·재산관리·산업진흥·지역개발·문화진흥·지역민방위 등(헌법 제117조 제1항, 지방자치법 제9조 참조) 그 지방의 공동관심사를 자율적으로 처결해 나간다면, 국가의 과제도 그만큼 감축되는 것이고, 주민의 자치역량도 아울러 배양되어 국민주권주의와 자유민주주의의 이념구현에 크게 이바지할 수 있는 것이다.

민주주의의 본질은 국가권력의 형성 및 그 행사에 있어서 그 근거를 국민적 합의에 두는 것이므로 지방자치가 진실로 민주정치의 발전에 기여할 수 있기 위하여서는 우선 무엇보다도 지방의회의 구성이 당해 지역주민 각계각층의 의견이 민주적이고도 합리적으로 수렴된 유루(遺漏)없는 합의에 의하여 이루어질 수 있도록 제도화되어야 하는 것이다.

(2) 우리나라의 기탁금제도

원래 기탁금제도는 선거에 있어서 후보자로 하여금 일정금액을 기탁하게 하고 후보자가 선거에서 일정수준의 득표를 하지 못할 때 기탁금의 전부 또는 일부를 국고귀속시킴으로써 후보자의 무분별한 난립을 방지하고 그러므로 당선자에게 가급적 다수표를 몰아주어 정국의 안정도 기하고 아울러 후보자의 성실성을 담보하려는 취지에서 생겨난 것이며, 세계 여러나라의 기탁금제도는 이러한 의미의 기탁금제도이다(이하 “순수한 의미의 기탁

금제도”라 표시한다). 우리나라에서도 이를 인정하는 헌법상의 명문규정은 없지만 대통령 선거법(제26조 제1항), 국회의원선거법(제33조 제1항), 지방의회의원선거법(제36조 제1항) 등에 그에 관한 규정을 두고 있으며, 그 중 국회의원 후보자에 대한 기탁금에 대하여서는 그 금액이 과다하다는 이유로 헌법불합치결정이 선고된 바 있다(헌법재판소 1989.9.8. 선고, 88헌가6 결정 참조).

기탁금제도 그 자체는 헌법 제25조 및 제37조 제2항의 규정이 그 근거가 될 수 있을 것이므로 그 금액이 과다하지 않는 한 이를 위헌적인 제도라 할 수는 없을 것이다. 그런데 우리나라에서는 후술하는 바와 같이 지방의회의원 선거에 관한 경비중 선전벽보의 작성·첩부·철거비용 등 공영선거운동비용(이하 공영비용으로 표시한다)을 후보자에게 부담시키고 있는데(지방의회 의원선거법 제37조 제1항) 공용비용을 후보자에게 부담시킬 수 있는 근거는 헌법 제116조 제2항의 규정에서 찾는다고 할지라도 동 규정의 취지가(선거에 관한 비용은 원칙적으로 국가나 지방자치단체가 부담하여야 한다는) 선거공영제도의 천명에 있는 만큼 부담금의 범위나 금액은 성질상 당사자부담이 수긍되는 범위내에서 최소한도에 그쳐야 한다고 할 것이므로 지방의회의원선거법 제37조 제1항이 규정하고 있는 공영비용(즉, 선전벽보, 선거공보, 합동연설회, 선거인명부사본, 투·개표참관인수당 등에 관련된 비용) 범위의 적정성과 그 전액을 사전기탁(즉, 예납)하게 하는 것이 합당한지의 여부는 논란의 소지가 있는 것이다. 그러한 논란의 소지는 있으나 우리나라의 기탁금제도에겐 공영비용(에 대한 보증금)예납의 의미와 후보난립을 방지하고 후보사퇴·등록무효 등 후보자의 성실성을 담보하기 위한 제재금예납의 의미가 혼합되어 있다고 할 수 있으며, 중앙선거관리위원회의 의견(행정02100-436, 1991.2.28.)에 의하면 공영비용을 기탁금에서 충당하는 국가는 없으며 이는 우리나라 기탁금제도의 특색이라는 것이다.

(3) 위헌판단의 기준

헌법 제116조 제2항은 “선거에 관한 경비는 법률이 정한 경우를 제외하고는 정당이나 후보자에게 이를 부담시킬 수 없다.”고 규정하고 있다. 이는 뒤집어 말하면 선거에 관한 경비를 법률의 규정에 의하여 후보자 등에게 부담시킬 수도 있다는 뜻이 되며, 지방의회의원선거법 제37조 제1항이 바로 그 법률규정이라 할 수 있는 것이다. 위 제37조 제1항 소정의(후보자 등에게 부담시키는) 공영비용의 범위가 과연 적정하다고 할 수 있는지의 점은 이론이 있을 수도 있겠으나 헌법 제116조 제2항의 선거공영제도의 이념에 비추어 그 범위나 금액이 적을수록 바람직하다고 할 수 있다. 그리고 위에서 말한 순수한 의미의 기탁금이나 공영비용 충당금액으로서의 기탁금은 헌법 제25조 및 제37조 제2항의 요건이 구비되는 범위내에서만 그 합헌성이 인정될 수 있다고 할 것이다. 문제는 고액기탁금에 있다고 할 수 있는데 그 금액이 어느 정도까지가 허용된다고 할 수 있는 것인지, 그리고 과다한 금액이 허용되지 않는다면 그것은 헌법의 어느 규정에 저촉되는 것인지를 검토하는 것이 우리의 과제로 남는 것이다. 한마디로 요약한다면 지방의회의원후보자에게 요구

되는 과도한 액수의 기탁금은 그것이 사후에 반환되는 경우이든 지방자치단체에 귀속되는 경우이든 헌법의 기본원리인 국민주권주의와 자유민주주의를 실현하는 제도적 장치인 선거제도의 공정한 운영을 저해하고 경제력이 약한 계층의 지방의회진출을 실질적으로 봉쇄하여 헌법상 보장되고 있는 기본권인 일반 국민의 선거권과 후보자가 되려는 국민의 공무담임권(피선거권)·평등권 등을 침해할 소지가 있기 때문에 헌법의 기본권보장규정에 합치되지 않는다고 할 수 있을 것이다.

우리 헌법은 그 전문과 제1조에서 헌법의 최고이념 내지 기본원리가 국민주권주의와 자유민주주의임을 천명하고 있으며 이는 헌법조문을 비롯한 모든 법령해석의 근거 내지 기준이 되는 부동의 최고원리이고 모든 국가작용이 이에 기속되므로 법률의 제정 및 정책의 시행도 위 기본원리를 일탈할 수는 없는 것이다.

국민주권주의와 자유민주주의의 현실적인 실현은 모든 국민이 선거에 참여하고 또 선거를 통하여 공무를 담임하는 기회를 보장받는 것이고, 선거에 의하여 선출된 국회의원이 제정한 법률에 의하여 행정과 사법이 기속되는 형태로 행하여 지는 것이다.

국민은 선거제도를 통하여 자연인 개개인으로서의 자신의 정치적 욕구를 충족하고 아울러 인간으로서 존엄과 가치를 증진하고 행복을 추구할 수도 있을 것이다(헌법 제10조), 오늘날 이런 민주국가에서는 대의제에 의한 통치가 불가피한 것으로서 선거야말로 국민의 의사를 체계적으로 결집하고 수렴하고 구체화하는 방법으로 국민의 정치적 의사를 형성하는 가장 합리적인 절차이며, 따라서 국민의 의사가 얼마나 굴절없이 정당하게 반영되었느냐의 여부가 통치권의 정통성과 정당성을 담보하는 핵심이고 생명이라고 할 수 있는 것이다. 그러므로 선거제도를 지배하는 보통·평등·직접·비밀선거의 4가지 원칙(헌법 제41조 제1항, 제67조 제1항)이 실질적으로 얼마나 잘 보장되었느냐가 선거제도의 성패를 가름하는 갈림길이 되는 것이며, 고액기탁금의 기탁제도는 바로 이와 같은 보통선거원칙 및 평등선거원칙과 관련이 있는 것이다.

이상의 제원리 및 원칙은 지방자치와 지방의회선출에 있어서도 그대로 적용되는 것으로서 지방의회의원에 입후보할 수 있는 자격과 조건을 법률로 제한함에 있어서도 위의 헌법규정과 그 정신을 침해하는 것이어서는 안된다는 것은 의문의 여지없이 당연한 것이다. 그러므로 지방의회의원선거법 제36조 제1항의 700만원의 기탁금액에 관하여 그 위헌여부를 판단하려면 위에서 본 국민주권주의와 자유민주주의를 최고이념으로 하고 있는 우리 헌법에서 선거권·공무담임권(피선거권)·평등권 등을 기본권으로서 보장하고 있는 점과 아울러 지방자치제도의 중요성과 선거제도가 갖는 의의와 기능 등을 종합적으로 검토하여 그 금액이 합당하게 책정되었는지의 여부가 판단되어야 하는 것이다.

(4) 지방의회의원후보자에 대한 기탁금제도

(가) 연원

우리나라의 지방자치는 1949.7.4. 법률 제32호로 지방자치법이 제정 공포되면서 법률적 근거가 마련되고, 그 법률에 의하여 1952.4.25. 시·읍·면 의회의원선거가 최초로 실시되고, 이어서 같은 해 5.10. 서울시·강원도·경기도를 제외한 7개도의 의회의원선거가 실시되어 지방의회가 구성되었고, 1956.8.에 제2대 지방의회의원선거가 실시되었으며, 1960.12.에 제3대 지방의회의원선거가 실시되었으나 1961.5.16. 이후 군사포고 제4호에 의해 지방의회가 해산된 이후 구헌법 부칙 제10조의 “이 헌법에 의한 지방의회는 지방자치단체의 재정자립도를 감안하여 순차적으로 구성하되 그 구성시기는 법률로 정한다.”는 규정에 따라 1988.4.6. 지방의회의원선거법이 새로 제정 공포될 때까지 지방자치제도가 법률상 시행되지 않았던 것이다.

그런데 위의 3회에 걸친 지방의회 의원선거에 있어서는 후보자의 기탁금제도가 없었으며 후보자에 대한 기탁금제도가 도입된 것은 1988.4.6. 법률 제4005호로 지방의회의원선거법을 제정하면서 이미 기탁금제도를 도입 시행하던 국회의원선거법의 예에 따라 지방의회의원선거법 제29조에 현행과 같은 기탁금 규정을 삽입하였으며, 1990.12.31. 법률 제4311호로 위 선거법 전문을 개정하면서 동법 제36조에서 위의 기탁금 규정을 그대로 답습한 것이다.

(나) 외국의 입법례 개관

순수한 의미의 기탁금제도는 선진 외국의 입법례에서도 그 예를 흔히 볼 수 있고, 따라서 기탁금제도 자체는 우리나라 특유의 제도라고 할 수 없으나 그 금액은 후에 살펴보는 바와 같이 외국에서는 매우 근소한 명목상의 금액을 규정하고 있을 뿐인 것이다. 기탁금의 다과(多寡)여부를 따지는데 있어서는 그 기탁금액이 국민의 기본권으로 보장받고 있는 선거권이나 공무담임권(피선거권)을 본질적으로 침해하고 있다고 할 수 있는가의 여부의 판단이 선행되어야 할 것이며, 그러기 위하여서는 우리나라의 경제사정 등 제반사정과 함께 외국의 기탁금제도 및 그 금액을 살펴볼 필요가 있는 것이다.

기탁금제도에 관하여 제 외국의 실태를 보면, 우리나라처럼 공영비용에 충당되는 금액까지 기탁시키는 나라는 찾아보기 어려우며 일찍이 의회민주주의가 발달한 국가는 물론 중진국이나 심지어 후진국에 있어서도 지방의회의원선거에 있어서는 말할것도 없고, 국회의원선거에 있어서도(보증금의 의미의 기탁금은 물론) 순수한 의미의 기탁금까지도 그 제도 자체가 전혀 없거나 있다고 하더라도 근소한 금액을 규정하고 있을 뿐인 것이다.

즉, 독일(동독 및 서독), 스위스, 이탈리아, 벨기에, 덴마크, 스웨덴, 핀란드, 모나코, 이스라엘, 아르헨티나, 브라질, 코스타리카, 세네갈, 튀니지, 말라위, 소련 및 동구권국가(루마니아, 불가리아, 헝가리, 폴란드, 유고슬라비아, 체코슬로바키아) 등은 후보기탁금제도가 없으며, 기탁금제도 있는 나라에 있어서도 대부분 필요한 최소한의 금액을 규정하고 있을

뿐이다. 예컨대, 미국은 주에 따라 기탁금제도가 없거나 있더라도 1,000달러(약 70만원)를 초과하지 않고(이하 전부 미화 표시임), 남아프리카 공화국 810, 영국 375, 오스트리아·네덜란드 각 325, 오스트레일리아 300(상원) 내지 150(하원), 프랑스 40(상원) 내지 200(국민의회), 캐나다·자이레·카메룬 각 200, 쿠웨이트 152, 방글라데시 137, 아이보리코스트·피지 각 125, 인도 34(상원) 내지 67(하원), 말타 58, 잠비아 50, 뉴질랜드 28 등이다(이상은 국회도서관(국도조 80112) 발행, “각국의 대통령·국회의원선거제도”, 214정 내지 219정에서 인용).

그리고 우리 보다 경제력이 훨씬 우세한 일본의 경우를 보면 우리나라의(공영자치단체인) 시·도회의의원에 해당하는 도(都)·도(道)·부(府)의회의원선거에는 40만엔(약 210만원)의 기탁금을 납부토록 하고 있고(기초자치단체인), 구·시·군의회에 해당하는 지정도시 및 지정도시 이외의 시의회의원선거에 있어서는 30만엔(약 160만원) 내지 20만엔(약 105만원)의 기탁금을 납부토록 하고 있으며 정(町)·촌(村)의회의원선거의 경우에는 기탁금이 없는 것이다.

(다) 지방의회의원선거법상 기탁금제도 이외의 각종 제한규정 개관

헌법 제25조와 제37조 제2항의 규정을 근거로 해서 입법권자는 국민의 공무담임권(피선거권)에 대하여 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우 법률로서 제한을 가할 수 있음은 물론이며, 지방의회의원선거법에서 후보 및 선거운동 제한에 관련된 관계규정을 추출해 보면 다음과 같다.

제36조 제1항이 기탁금제도를 규정하고 있고 이 기탁금에는 공영비용이 포함되어 있음은 앞에서 살펴본 바와 같다. 고액의 기탁금제도 외에도 후보제한규정으로, 25세 이상의 주민으로서 선거일 현재로 계속하여 90일 이상 그 지방자치단체의 관할구역 안에 주민등록이 되어 있어야 한다던가(제10조), 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 형이 실효되지 아니한 자 등 피선거권이 없는 자가 아니어야 한다던가(제12조, 제11조), 선거일 공고일로부터 5일 이내에 관할선거구 선거관리위원회에 등록을 신청하여야 한다던가(제28조 제1항), 정당의 당원인 때에는 그 소속정당의 추천서를, 정당의 당원이 아닌 때에는 그 선거구 안에 주민등록이 된 선거권자 200인 이상 300인 이하가 기명날인한 추천장을 등록신청서에 첨부하도록 하여야 한다던가(제28조 제2항) 하는 규정을 들 수 있고, 또 선거권자는 후보자 1인만을 추천할 수 있게 하고(제30조), 등록무효사유를 규정하고 있는 것(제32조)도 이와 관련이 되는 것이라고 할 것이다.

이상이 후보 제한에 관한 규정이라고 할 수 있는데 지방의회의원선거법은 선거운동에 대하여서도 여러가지 제한규정을 두어(제6장) 극히 제한적인 허용방법 외에는 함부로 선거운동을 할 수 없게 하고 있다. 즉, 동 선거법이 규정하고 있는 선거운동의 정의(제38조), 선거운동의 기간 및 사전선거운동 금지(제39조), 선거운동의 한계(제40조) 등에 비추어 보면 대동 선거법이 규정하고 있는 합법선거운동방법은 선전벽보(제47조), 선거공보(제49조), 합동연설회(제51조), 소형인쇄물의 배부(제54조), 현수막(제55조) 등에 거의 한정되어

있고, 호별방문금지(제70조)를 비롯해서 가두방송금지(제76조), 음식문제공금지(제78조), 기부행위제한(제79조) 등 외에 수많은 제한규정(제57조 내지 제69조, 제71조 내지 제75조, 제82조, 제83조)을 두고 그에 따른 엄한 벌칙을 규정하고 있다. 결국 동 선거법에 규정된 위와 같은 전반적인 규제사항을 종합 검토하면 후보자의 선거운동방법은 소형인쇄물의 작성, 현수막(제84조 제2항 제3호 전단 참조), 선전벽보, 선거공보, 합동연설회 개최, 선거인명부 사본작성(제37조 제1항 참조) 등이 거의 그 전부라고 할 수 있는데 그 비용을 전부 후보자에게 부담시키고 있는 셈인 것이다(제84조 제2항, 제37조 제1항).

(라) 기탁금액의 현실적 타당성 검토

세계에서 기탁금액이 매우 높은 나라로 알려진 일본 보다는 훨씬 많은 기탁금액이 과연 우리의 현 경제실정에 비추어 볼 때 합당한 금액인가, 모든 국민에게 평등하게 참정권을 보장한 헌법에 위배되는 소지는 없는가 하는 점을 살펴보기 위하여 우리나라 국민의 일반적인 임금수준, 교육수준, 인구분포 등을 일별해 본다. 통계청 발행의 1991. 1.호 “한국통계월보”의 통계자료에 나타난 전산업(全産業, 단 농업·임업·수산업·수렵업 부문 제외) 상용(常傭) 종업원의 월평균 임금을 보면, 1986년에 350,965원, 1987년에 386,536원, 1988년에 446,370원, 1989년에 540,611원이고, 1990년의 통계는 아직 발표되지 않았으나 위의 추세로 보아 60만원 내외일 것으로 보인다. 대학졸업자 중 공무원인 경우 행정고시에 합격하여 사무관(5급 1호봉)으로 채용되는 경우 월 790,500원, 연 9,486,000원이고, 대기업의 경우 대학졸업 사무직 초임이 기본급·수당·상여금 합하여 삼성항공이 월 748,900원(연 8,987,000원), 현대정공이 월 712,500원(연 8,550,000원), 럭키금성상사가 월 697,500원(연 8,370,000원) 대우중공업이 월 673,500원(연 8,082,000원)으로서 봉급에서 생계비 등을 제하고 매월 30% 정도를 저축한다 하더라도 700만원의 기탁금을 마련하는 데는 수년이 소요되는 것을 알 수 있다.

한편, 1985년 인구 및 주택센서스 확정결과보고(90년 동아연감 참조)를 보면 우리나라 전체 국민의 문맹률은 1.8%에 불과하며, 연간 대학 졸업자는 294,482명, 고등학교 졸업자는 685,909명, 중학교 졸업자는 899,492명, 국민학교 졸업자는 799,343명이 되는 것을 보면 우리나라의 교육수준이 매우 높은 것을 알 수 있다. 여기에다 동 연감에 나타난 연령별 인구통계에 의한 총 인구수와 유권자수를 대비하여 보면 우리나라 총 인구수 40,419,420(1990 추계는 42,793,000)명에 대한 세대(世代)별 유권자비율과 그 수효는 20대가 20.57%인 8,315,000명, 30대가 14.09%인 5,696,000명, 40대는 10.58%인 4,277,000명, 50대는 7.33%인 2,963,000명, 60대 이상은 6.82%인 2,757,000명으로 되어 있고, 유권자 총수 24,008,000명에 대한 세대별 비율은 20대가 34.63%, 30대가 23.73%, 40대가 17.82%, 50대가 12.34%, 60대 이상이 11.48%로 되어 있다.

그런데 지방의회의원선거법은 20세에 선거권(제9조), 25세에 피선거권을 부여하고 있으므로

로(제10조, 지방자치법 제22조, 제23조의 규정도 같은 취지)위 규정의 취지를 활성화시키고 유권자의 58%가 넘는 2·30대 연령층의 정치적 비중을 제고하기 위하여서도 과도한 고액의 기탁금은 온당하지 않은 것이다.

앞서 살펴본 바와 같이 헌법 제116조 제2항이 공영비용을 지방의회의원 후보자에게 부담시키는 근거규정이라고 하더라도 그 참뜻은 앞서 살펴본 바와 같이 선거공영제도의 천명에 있는만큼 국가와 지방자치단체의 재정사정 등을 감안하여 만부득이 그 일부를 후보자에게 부담시키는 법률을 제정하더라도 선거제도상 후보자와 직접 관련되는 필수불가분의 선거운동비용에 한정되어야 할 것이고, 그러한 의미에서 지방의회의원선거법 제37조가 규정하고 있는 공영비용의 범위와 금액이 논란의 여지가 있음은 전술한 바와 같다. 그런데 중앙선거관리위원회는 시·도의회의원선거에 있어서 기탁금에서 공영비용으로 공제될 추정액을 서울특별시 도봉구 제1선거구의 경우 3,163,525원으로 산정하고 있다. 중앙선거관리위원회는 선거구별 공제추정액의 최고액·최하액·평균액에 대하여서는 산출의 어려움을 들어 공식적인 회보를 피하고 있으나 지방의 직할시·도의 경우는 위 금액에 훨씬 미급하는 선거구가 있을 것으로 짐작이 된다.

그동안 우리나라가 꾸준히 경제성장을 이룩하여 선진국에 진입하는 단계에 이르렀다고는 하나, 700만원이며 미화 약 10,000달러에 해당하는 큰 금액으로서 미국의 연방대법원에서 1,000달러의 기탁금을 규정한 선거법이 유능한 후보자의 출마기회와 자유를 제한할 수 있다는 이유를 들어 위헌선고를 한 사실과 비교해 보더라도 시·도의회의원선거에 있어서 700만원의 기탁금은 과다하다는 판단을 피하기 어려우며, 이는 결국 경제력에 따른 실질적 차등선거의 결과가 된다고 아니할 수 없는 것이다.

(마) 헌법상 보장되고 있는 국민의 기본권침해

헌법 제10조는 국민의 기본권을 최대한 보장할 것을 국가의 의무로 규정하면서, 한편으로 헌법의 직접적 제한규정과 국가의 안전보장과 질서유지 및 공공복리를 위하여 필요한 경우 법률로서 이를 제한할 수 있는 일반적 법률유보조항을 두어 이를 제한할 수 있게 하되 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없도록 하고 있다.

이 사건 기탁금의 경우도 헌법의 개별적 법률유보조항(제25조)과 일반적 법률유보조항(제37조 제2항)을 근거로 하여 국회가 그 범위를 정할 수 있다고 할 것이나, 다만 기본권의 본질적인 내용의 침해금지와 비례의 원칙 내지 과잉금지의 원칙이 존중되지 않으면 안되는 것이다.

따라서 고액기탁금의 기탁규정이 실질적으로 일부 국민(주민)의 참정권을 유명무실하게 할 소지가 있다고 한다면 그것은 그 후보난립의 방지, 후보자의 성실성 담보 등 합리적인 선거사무의 집행이라는 공적 요구를 위하여 불합리하게 개인의 참정권의 희생을 강요하는 셈이 되어 비례의 원칙에 반하지 않는가 하는 강한 의문을 떨치기 어려운 것이다. 국

회가 헌법상 보장된 기본권에 대한 규제 내지 제한을 규정하는 법률을 제정함에 있어서는 특정한 법익보호의 필요성이 인정된다는 것만으로는 부족하고 그 때문에 희생되는 법익을 고려하여 비례와 균형이 유지되도록 노력하여야 할 의무를 지니고 있는 것이다. 따라서 기탁금의 금액은 필요한 최소한도의 공영비용부담금에 성실성 담보와 과열방지를 위한 약간의 금액이 가산된 범위에 있어서만 헌법상 그 정당성이 인정될 수 있는 극도액(極度額)이라고 할 것이다. 그러한 관점에서 볼 때, 시·도의회의원 후보자에 대한 700만원의 기탁금 규정은 무자력계층의 지방의회진출을 사실상 봉쇄하고 그 때문에 유권자도 자신이 선출하고 싶은 자를 선출할 수 없게 될 소지가 있어 이는 헌법이 기본권으로 보장하고 있는 선거권·공무담임권·평등권 등을 침해하고 있는 것이며, 아울러 국민주권주의 및 자유민주주의라는 헌법의 최고 이념에도 합치되지 않는다고 할 것이다.

위의 법리는 자연인에게 국한되는 것이 아니고, 정당(민중당)에 대하여서도 원용될 수 있는 것이지만 선거와 관련해서 정당이 어떠한 권리를 보장받고 있으며 그 헌법상의 근거가 무엇인지를 살펴본다.

헌법 제8조에 의하여 보장되는 정당제도에 있어서 정당이라함은 국민의 이익을 위하여 책임있는 정치적 주장이나 정책을 추진하고 공직선거의 후보자를 추천 또는 지지함으로써 국민의 정치적 의사형성에 참여함을 목적으로 하는 국민의 자발적 조직을 의미하는 것이다. 정당은 자발적 조직이기는 하지만 다른 집단과는 달리 그 자유로운 지도력을 통하여 무정형적(無定型的)이고 무질서적인 개개인의 정치적 의사를 집약하여 정리하고 구체적인 진로와 방향을 제시하며 국정을 책임지는 공권력으로까지 매개하는 중요한 공적 기능을 수행하기 때문에 헌법도 정당의 기능에 상응하는 지위와 권한을 보장함과 동시에 그 헌법 질서를 존중해 줄 것을 요구하고 있는 것이다.

즉, 우리 헌법상 정당설립의 자유와 복수정당제는 보장되며(제8조 제1항), 정당의 목적·조직·활동이 민주적인 한, 정당은 국가의 보호를 받으며 정당운영에 필요한 자금까지도 보조받을 수 있는 것이다(같은 조 제2항 내지 제4항). 이렇게 헌법이 보장하고 있는 정당(제도)의 본래적 존재의의가 국민의 정치의사의 형성에 참여하는데 있으며(제8조 제2항 후문), 오늘날 대의민주주의에서 이러한 참여의 가장 중요한 형태가 선거를 통한 참여임은 의문의 여지가 없는 것이다. 그런데 시·도의회의원선거에 있어서 정당은 후보자의 추천과 후보자를 지원하는 선거운동을 통하여 소기의 목적을 추구하는데, 이 경우 평등권 및 평등선거의 원칙으로부터 나오는(선거에 있어서의) 기회균등의 원칙은 후보자에 대하여서는 물론 정당에 대하여서도 보장되는 것이며, 따라서 정당추천의 후보자가 선거에서 차등대우를 받는 것은 바로 정당이 선거에서 차등대우를 받는 것과 같은 결과가 되는 것이다.

이와 같이 정당이 선거에 있어서 기회균등의 보장을 받을 수 있는 헌법적 권리는 정당활동의 기회균등의 보장과 헌법상 참정권보장에 내포되어 있다고 할 것이므로 헌법 제8조

제1항 내지 제3항, 제11호 제1항, 제24조, 제25조는 그 직접적인 근거규정이 될 수 있는 것이며, 헌법 전문과 제1조, 제41조 제1항, 제67조 제1항, 제37조 제2항, 제116조 제2항은 간접적인 근거규정이 될 수 있는 것이다.

(5) 헌법불합치 결정을 하는 이유

여기서 이 사건 기탁금에 대하여 단순위헌결정을 하지 않고 헌법불합치 결정을 하는 이유는 국회의원선거법상의 기탁금제도에 대하여 이유는 다르나 그러한 형식의 주문을 선고한 바가 있고(헌법재판소 1989.9.8. 선고, 88헌가6 결정 참조), 또한 위 기탁금제도 자체는 헌법상 일응 합헌으로 인정할 수밖에 없고, 다만 그 금액이 너무 다액이어서 헌법의 최고이념 및 기본권(참정권) 보장규정에 저촉되므로 입법형성권을 갖고 있는 국회가 스스로 적절히 하향조정을 하는 것이 온당하다고 사료되기 때문이다. 700만원의 기탁금이 과다한 것은 분명하지만 기탁금액 전체에 대하여 위헌선고를 하게 되면 헌법 제25조, 제37조 제2항, 제116조 제2항 등에 의하여 일부 합헌적으로 봐야하는 금액도 한데 싸여 실효되게 되는 결과가 초래될 수 있기 때문에 헌법의 모든 조문을 체계적·조화적으로 해석하여야 하는 헌법재판에 있어서는 기탁금액 전부에 대하여 위헌무효를 선언하기가 어려운 것이다. 뿐만 아니라 구체적으로 어떤 한도까지의 금액이 합헌적인가 하는 기준액을 헌법재판소가 확정하여 제시할 수 있는 입장도 아니기 때문에 국민의 대표기관인 국회 스스로 위헌적인 상태를 바로 잡는 것이 바람직하다고 할 것이다. 다만, 위와 같은 헌법불합치 상태는 장기간 방치될 수 없으므로 지방의회의원선거법 시행 후 최초로 실시되는 시·도의회의원선거일 공고일까지는 입법자에 의하여 개정이 되어야 하는 것이다.

헌법불합치선언은 이 사건의 경우에 있어서는 당해 법률규정이 전체적으로는 헌법규정에 저촉되지만 부분적으로는 합헌적인 부분도 혼재하고 있기 때문에 그 효력을 일응 존속시키면서 헌법합치적인 상태로 개정할 것을 촉구하는 변형결정의 일종으로서 전부부정(위헌)결정권은 일부부정(헌법불합치)결정권을 포함한다는 논리에 터잡은 것이다. 위헌이나 합헌이나의 결정 외에 한정합헌 또는 헌법불합치 등 중간영역의 주문(主文)형식은 헌법은 최고법규로 하는 통일적인 법질서의 형성을 위하여서 필요할 뿐 아니라 입법부가 제정한 법률을 위헌이라고 하여 전면폐기하기 보다는 그 효력을 가급적 유지하는 것이 권력분립의 정신에 합치하고 민주주의적 입법기능을 최대한 존중하는 것이라 할 것이며(헌법재판소 1990.6.25. 선고, 90헌가11 결정 참조), 그것은 국민의 대표기관으로서 입법형성권을 가지는 국회의 정직성·성실성·전문성에 대한 예우이고 배려라고 할 것이다. 그리고 헌법재판소법 제75조 제2항의 규정에 따라 주문에 침해된 기본권을 표시하지 않는 이유는, 법률에 대한 헌법소원은 청구인의 침해된 기본권 구제의 면도 있으나 객관적인 헌법질서의 확립이라는 성질이 더 부각되어야 할 것이고, 동 규정의 취지가 같은 조 제3항 내지 제5항과의 관계에서 볼 때 입법권, 즉 법률에 의한 기본권침해의 경우에 부합하는 규정이라고 보여지지 않고, 오히려 같은 조 제6항이 헌법소원을 인용하여 법률의 위헌을 선고할

경우에는 같은 법 제45조, 제47조의 규정을 준용하도록 하고 있어서 구태여 주문에 침해된 기본권을 표시할 필요까지는 없다고 해석되기 때문이며, 이는 당재판소의 판례(1990.10.8. 선고, 89헌마89 결정 참조)이기도 하다.

4. 결론

가. 청구인들의 이 사건 지방의회의원선거법 제36조 제1항에 대한 헌법소원심판청구 중, 구·시·군의회의원 선거 후보자의 기탁금(200만원)에 관한 부분은 청구인들과의 관계에서 자기관련성을 인정할 수 없어 그 부분 청구는 부적법하여 이를 각하하기로 하고,

나. 청구인들의 위 법조항 중 시·도의회의원 선거 후보자의 기탁금(700만원)에 관한 부분은 헌법상 청구인 유윤석에게 보장되고 있는 공무담임권·평등권과 민중당에게 보장되고 있는 선거에 있어서 기회균등권·일반 국민에게 보장되고 있는 선거권을 각 침해함으로써 헌법의 최고이념인 국민주권주의·자유민주주의 원리에도 합치되지 않는 것이다. 즉, 지방의회의원선거법 제36조 소정의 시·도의회의원후보자에 대한 700만원의 기탁금 규정은 헌법 제24조, 제25조, 제11조 제1항, 제8조 제1항의 규정에 저촉되고, 헌법 전문과 제1조의 정신 및 제116조, 동 제37조 제2항, 제41조 제1항, 제67조 제1항의 규정취지에도 반하므로 지방의회의원선거법 시행 후 최초로 실시되는 시·도의회의원선거일 공고일을 시한으로 입법자에 의하여 개정되어야 하며, 그때까지만 효력을 지속하는 것이다.

이 결정은 관여재판관중 재판관 변정수의 다음과 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 재판관의 의견이 일치되었다.

5. 재판관 변정수의 반대의견

가. 심판청구각하 부분에 대하여

(1) 다수의견은 청구인들이 지방의회의원후보자가 되려고 하는 자의 기탁금을 규정하고 있는 지방의회의원선거법 제36조 제1항에 관하여 헌법소원의 심판을 청구하고 있는데 대하여, 청구인 유윤석은 광역자치단체인 서울특별시 의회의원의 후보자가 되고자 하는 자이지 기초자치단체인 구·시·군의회의원의 후보자가 되고자 하는 자가 아니며, 정당은 시·도의회의원선거에 있어서만 소속당원 중에서 후보자를 추천하고 선거운동을 할 수 있는 등 선거에 관여할 수 있고, 구·시·군의회의원선거에 있어서는 후보자 추천권도 없을뿐더러 선거운동도 할 수 없는 등 선거에 전혀 관여할 수 없으므로 청구인 유윤석이나 민중당은 모두 위 기탁금 규정 중 시·도의회의원후보자의 기탁금 700만원에 관한 부분에 한하여 자기관련성이 있고, 구·시·군의회의원후보자의 기탁금 200만원에 관한 부분에 대하여

서는 자기 관련성이 없다는 이유로 청구인들의 심판청구 중 구·시·군의회의원후보자의 기탁금 200만원에 대한 부분을 각하하였다.

(2) 그러나 헌법재판의 일종으로서의 헌법소원의 목적은 민사소송이 사인(私人)간의 분쟁 해결만을 목적으로 하는 것과는 달리 청구인의 기본권구제(주관적 기능)에만 있는 것이 아니라 권력통제를 통한 헌법규범의 수호·유지(객관적 기능)에도 있는 것이므로 심판청구의 이익이나 자기관련성을 판정함에 있어서는 민사소송에 있어서의 소의 이익처럼 당사자 개인의 입장에서 이익유무만을 볼 것이 아니라 헌법적 측면에서의 이익유무도 보아야 하는 것이다.

그러므로 심판청구의 대상물 가운데 청구인들의 입장에서 직접적인 이해관계가 없어 헌법소원의 이익이 없어 보이는 부분이 포함되어 있다고 하더라도 그것이 이해관계 있는 부분과 밀접한 관계가 있는 사항이어서 이해관계 있는 부분과 동시에 심판청구가 되어 있고 그 부분을 동시에 해결하는 것이 헌법적인 중요성을 지니고 있는 경우에는 심판청구의 이익이 있다고 보아 자기관련성을 인정하여 헌법판단을 할 수 있고, 또한 하여야 한다고 본다. 그런데 이 사건의 경우 청구인들 자신의 입장에서는 시·도의회의원후보자의 기탁금 700만원에 관하여만 직접적인 이해관계가 있는 것이기는 하지만 기탁금 700만원에 관한 위헌여부는 시·구·군의회의원후보자에게 요구된 200만원의 기탁금 부분의 위헌여부의 문제와 밀접한 관련이 있고, 따라서 위 두가지 기탁금의 위헌여부를 동시에 해결하는 것이 형평과 상호모순 없는 해결을 할 수 있어 헌법질서의 유지에 합당한 일일 뿐더러 바야흐로 구·시·군의회의원의 선거일이 공고되고 의원후보의 등록기간 중에 있는 시점이어서 시·도의회의원후보자의 기탁금 700만원에 대한 위헌여부 보다는 구·시·군의회의원후보자의 기탁금 200만원에 대한 위헌여부의 판단이 보다 절실히 요청되는 상황임에도 불구하고 헌법소원의 요건으로서의 자기 관련성을 민사소송의 소의 이익과 동일하게 보아 이것을 지나치게 엄격하게 적용하여 자기 관련성이 없다고 보고, 그 부분의 심판청구를 각하하는 것이 과연 헌법재판소의 역할이나 헌법소원의 기능에 비추어 온당한 일인지 의문이다. 다수의견을 헌법재판의 민중소송화를 염려하는 듯하나 자기 관련성을 앞에서 설명한 범위로 한정하여 다소 넓게 해석하더라도 그것이 헌법질서의 유지에 도움이 되었으면 되었지 헌법질서나 헌법재판에 혼란을 야기할 우려는 없다고 본다.

나. 변형결정에 대하여

(1) 지방의회의원선거법 제36조 제1항 중 시·도의회의원후보자가 후보자 등록신청을 할 때에 700만원의 기탁금을 관할 선거관리위원회에 기탁하도록 한 부분이 헌법에 위반된다는 다수의견의 논지에는 찬성한다.

그러나 다수의견은 위 지방의회의원선거법 제36조 제1항 중 시·도의회의원후보자의 700만원 기탁금 부분이 헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙, 제24조의 참정권, 제25조의 공무담당권 등에 반하여 헌법에 위반된다고 이유설시를 하면서도 부문에서는 이제까지 써오던 위헌결정의 주문형식인 “헌법에 위반된다”라는 표현을 아니하고 주문 제2항에 “같은 법률 제36조 제1항 중 ‘시·도의회의원후보자는 700만원의 기탁금’부분은 헌법에 합치하지 아니한다.”라고 하고, 제3항에서 “위 제2항의 법률조항부분을 위 법률시행 후 최초로 실시하는 시·도의회의원선거일 공고일을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다.”라고 하여 이른바 헌법불합치 및 입법촉구의 변형결정을 하였는데 나는 이러한 변형결정에 대하여는 이를 반대한다.

(2) 다수의견을 헌법불합치 선언은 당해 법률규정이 전체적으로는 헌법정신에 저촉되어 위헌이지만 합헌적인 부분도 포함되어 있기 때문에 위헌결정의 즉시효, 또는 소급효를 규정한 헌법재판소법 제47조 제2항의 적용을 배제하고 법률의 효력을 일정시한 존속시킨다는 개념으로 쓰는 변형된 위헌결정의 일종이며 이러한 변형결정은 독일 등 헌법재판이 있는 나라에서 보편적으로 채용되고 있는 것이며, 우리 헌법재판소의 판례로서도 확립된 주문형식이라고 설명한다.

그러나 내가 이미 1989.9.8. 선고한 88헌가6 국회위원선거법 제33조, 제34조의 위헌심판사건의 반대의견에서 자세히 밝힌 것처럼 현행 법제상 헌법재판소는 문제된 법률이 위헌인지 합헌인지를 분명히 결정해야 할 의무가 있고, 위헌이라고 결정하면 그에 대한 효력은 헌법재판소법 제47조 제2항에 정해진 대로 발생하는 것이지(형벌에 관한 법률을 소급효, 기타의 법률은 즉시효) 헌법재판소가 그 효력을 견정하거나 그 효력발생을 유보시킬 수는 없는 것이다. 그리고 위헌결정의 표현방법에는 법률에 정해진 형식이 따로 없으므로 반드시 “헌법에 위반된다.”라는 표현이 아니더라도 결정문언의 내용이 위헌이라는 취지로 해석될 수 있으면 되고 표현방법이 어떠하든간에 위헌결정이라는 취지로 해석되면 그 효력은 헌법재판소법 제47조에 의하여 발생하는 것이다. 따라서 다수의견이 비록 주문 제3항과 관련하여 위헌결정의 즉시효를 규정한 헌법재판소법 제47조에 제2항의 적용을 배제하고 위헌결정의 효력을 일시 유보시키는 개념으로 “헌법에 합치되지 아니한다.”라는 표현을 사용하고 있을지라도 여기서의 “헌법에 합치되지 아니한다.”는 말이나 “헌법에 위반된다.”는 말이나 위헌이라는 뜻에 아무런 차이가 없으므로 주문 제2항은 지방의회의원선거법 제36조 제1항 중 시·도의회의원후보자의 기탁금 700만원에 관한 부분이 헌법에 위반된다는 위헌결정의 주문에 다름이 없고, 그렇다면 아무리 주문 제3항에서 위헌결정의 효력을 유보시켰다고 하더라도 그에 관계 없이 헌법재판소법 제47조 제2항의 규정에 의하여 지방의회의원선거법 제36조 제1항 중 시·도의의원후보자의 기탁금 700만원에 관한 부분은 주문 제2항의 위헌결정을 한 날에 그 효력을 상실하였다고 보아야 할 것이나, 만일 주문 제2항이 헌법에 위반된다는 위헌결정이 아니라고 한다면 그것에 의하여 위 지방의회의원

선거법 조항의 효력을 상실시키는 효력이 발생할 여지가 없으므로 주문 제3항에서 효력 상실을 일정시한까지 유보시킬 여지도 없을뿐더러 더 나아가 독일과는 달리 법률의 위헌 결정만이 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속하도록 되어 있는 헌법재판소법 제 47조 제1항의 규정 취지에 비추어 볼 때 입법권자로 하여금 일정한 시한까지 법률개정을 촉구하는 취지의 주문 제3항은 아무런 법적 기속력도 없는 것이다. 원래 주문과 같은 헌법불합치결정은 위헌결정의 효력에 대하여 원칙적 소급효를 인정하고 있는 독일 등의 국가에서 단순위헌결정으로 인하여 초래될 법의 공백과 사회적 혼란 등을 방지하기 위한 필요성에서 생성·발전되어 온 유래를 보아서도 알 수 있듯이 헌법불합치 및 입법촉구의 변형결정을 하려면 당해 법률이 위헌이기는 하지만 그 효력을 일정기간 지속시키지 않으면 아니될 공익상의 부득이한 필요성이 있어야만 하는 것이다.

그런데 이 사건의 겨우 단순위헌결정을 하여 지방의회의원선거법 제36조 제1항의 위 부분을 당장 실효시키더라도 그로 인하여 법률공백상태로 인한 정치적·사회적 혼란을 야기시키는 것도 아닐 뿐더러, 국회가 다가올 시·도의회의원 선거일 공고일까지 기탁금액을 적절히 하향조정하여 새로운 입법을 하면 되는 것이어서 주문 2.3항과 같은 헌법불합치 및 입법촉구결정을 하여야 할 아무런 공익상의 필요성이 없음에도 불구하고 다수의견이 완강한 반대의견을 무릅쓰고 굳이 우리와는 법제가 다른 외국의 재판을 본떠서 그 효력에도 문제가 많은 주문과 같은 변형결정의 강행을 되풀이 하는 까닭을 나는 이해할 수 없다.

(3) 헌법불합치결정 등 이른바 변형결정은 독일에서 생성·발전된 제도이지만 독일연방 헌법재판소의 지위와 권능은 우리 헌법재판소의 그것과는 크게 달라서 연방 헌법재판소가 변형결정을 할 수 있는 법제도적 뒷받침이 마련되어 있을 뿐더러 연방헌법재판소도 변형결정을 하지 않으면 아니될 공익상의 부득이한 필요성이 있는 경우에 한하여 변형결정을 함으로써 그 운용의 묘를 기하고 있는 점 등에서 우리 헌법재판소가 변형결정을 활용하고 있는 현실과는 그 궤를 달리하고 있다.

헌법불합치결정과 입법촉구 등 변형결정의 부당성에 대하여는 앞서 인용한 헌법재판소 1989.9.8. 선고, 88헌가6 국회의원선거법 제33조, 제34조의 위헌심판사건과 1990.6.25. 선고, 90헌가11 국가보안법 제7조 제5항의 위헌심판사건의 반대의견에서 자세히 언급한 바 있으므로 이곳에서는 더 이상의 설명을 생략한다.

1991. 3. 11.

재판관 조규광(재판장) 이성렬 변정수 김진우 한병채 이시윤 최광률 김양균 김문희

제6장의2 정당의 후보자 추천을 위한 당내경선

(제57조의2 ~ 제57조의6)

1

경선불복을 규정한 공직선거법 제57조의2제2항에 대한 선거권자의 헌법 소원의 적법 여부

■ 공직선거법 제57조의2제2항 위헌확인, 2007. 9. 18. 2007헌마989 ■

【판시사항】

- 가. 정당의 당내경선에 참여하였다가 탈락한 자는 당해 정당의 대통령 후보자로 등록될 수 없도록 하는 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 법제명 변경 및 일부 개정된 것) 제57조의2제2항(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)으로 인하여 선거권자인 청구인에게 구체적 기본권침해 사유가 발생하였는지 여부(소극)
- 나. 심판대상조항이 선거권자인 청구인과 자기관련성을 갖는지 여부(소극)

【결정요지】

- 가. 투표할 대상자가 심판대상조항의 제한으로 입후보를 하지 아니하는 경우 그로 인하여 선거권자인 청구인의 선거권행사에 있어 구체적인 기본권침해 사유가 발생하였다고 볼 수 없다.
- 나. 선거권자인 청구인은 정당후보자 추천을 위한 경선절차에 참여한 자를 적용대상으로 하는 심판대상조항에 대하여 단지 간접적·사실적 이해관계만 가지고 있어 자기관련성이 없다.

【심판대상조문】

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 법제명 변경 및 일부 개정된 것) 제57조의2 제2항

【참조조문】

헌법 제24조

【참조판례】

가. 헌재 2006. 2. 23. 2005헌마403, 판례집 18-1상, 320, 334

나. 헌재 1996. 6. 30. 92헌마61, 판례집 6-1, 680, 684

【당 사 자】

청 구 인 정○용

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요

청구인은 2007. 12. 19. 실시될 제17대 대통령선거에서 선거권을 가지고 있는 유권자이자 ○○당 당원으로서, 정당의 당내경선에 참여하였다가 당해 정당의 후보자로 선출되지 아니한 자는 후보자로 등록될 수 없도록 하는 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 법제명 변경 및 일부 개정된 것) 제57조의2 제2항(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)은 청구인의 헌법상 보장된 선거권 등을 침해한다고 주장하며 2007. 9. 3. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 판 단

가. 청구인은, 심판대상조항이 당내경선에서 탈락한 자의 대통령 입후보자격을 박탈함으로써 국민인 청구인이 올바른 인물을 대통령으로 선출할 선거권(헌법 제1조, 제24조, 제67조) 및 공무담임권(헌법 제25조)을 침해한다고 주장한다.

헌법 제24조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다”고 규정하고 있는바, 여기서 선거권이란 국민이 공무원을 선거하는 권리를 말하고, 여기에는 대통령도 포함된다. 따라서 청구인은 법률이 정하는 바에 따라 대통령을 선거할 권리를 가진다.

그러나 대통령에 대한 선거권을 행사함에 있어 투표할 대상자가 스스로 또는 법률상의 제한으로 입후보를 하지 아니하는 경우 입후보자의 입장에서 공무담임권 제한의 문제가 발생하겠지만, 선거권자로서는 후보자의 선택에 있어서의 간접적이고 사실상의 제한을 받게 될 뿐 그로 인하여 선거권자가 자신의 선거권을 행사함에 있어서 침해 받게 된다고 보기 어렵다(헌재 2006. 2. 23. 2005헌마403, 판례집 18-1상, 320, 334 참조).

그렇다면 심판대상조항으로 인하여 선거권자인 청구인에게 구체적인 기본권침해 사유가 발생하였다고 볼 수 없다.

- 나. 한편 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하면, 헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권을 침해받은 자가 청구하여야 한다. 이 때 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권의 침해를 받은 자”라는 것은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 자기의 기본권이 현재 그리고 직접적으로 침해받은 경우를 의미하므로 원칙적으로 공권력의 행사 또는 불행사의 직접적인 상대방만이 이에 해당한다고 할 것이고, 공권력의 작용에 단순히 간접적, 사실적 또는 경제적인 이해관계가 있을 뿐인 제3자는 이에 해당되지 않는다고 할 것이다(헌재 1996. 6. 30. 92헌마61, 판례집 6-1, 680, 684).

살피건대, 심판대상조항은 정당후보자 추천을 위한 경선절차에 참여한 자를 그 적용 대상으로 하고 있어 청구인은 심판대상조항의 직접적인 수범자가 될 수 없고 단지 간접적, 사실적 이해관계만을 가지고 있을 뿐이므로, 청구인에게 법적 자기관련성이 있다고 볼 수 없다.

- 다. 그렇다면 심판대상조항으로 인하여 청구인에게 구체적인 기본권침해 사유가 발생하지 않았고, 청구인이 자유롭게 대통령을 선택하지 못한다는 이유만으로는 자기관련성을 인정할 수 없다고 할 것이다.

3. 결 론

결국 이 사건 심판청구는 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없는 경우에 해당하므로, 헌법재판소법 제72조 제3항 제4호에 따라 이를 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

재판관 김희옥(재판장) 조대현 목영준(주심)

2

대통령선거의 후보자 선출을 위한 당내경선시 여론조사 결과를 반영한 것에 대한 헌법소원의 적법 여부

■ 한나라당 대통령후보 경선시 여론조사 적용 위헌확인, 2007. 10. 30. 2007헌마1128 ■

【판시사항】

- 가. 정당이 공권력 행사 주체인지 여부(소극)
- 나. 한나라당이 대통령선거 후보경선과정에서 여론조사 결과를 반영한 것이 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당하는지 여부(소극)

【결정요지】

- 가. 정당은 국민의 이익을 위하여 책임 있는 정치적 주장이나 정책을 추진하고 공직선거의 후보자를 추천 또는 지지함으로써 국민의 정치적 의사형성에 참여함을 목적으로 하는 국민의 자발적 조직으로(정당법 제2조), 그 법적 성격은 일반적으로 사적·정치적 결사 내지는 법인격 없는 사단으로 파악되고 있고, 이러한 정당의 법률관계에 대하여는 정당법의 관계 조문 이외에 일반 사법 규정이 적용되므로, 정당은 공권력 행사의 주체가 될 수 없다.
- 나. 정당이 공권력 행사의 주체가 아니고, 정당의 대통령선거 후보선출은 자발적 조직 내부의 의사결정에 지나지 아니하므로, 청구인들 주장과 같이 한나라당이 대통령선거 후보경선과정에서 여론조사 결과를 반영한 것을 일컬어 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다 할 수 없다.

【참조조문】

헌법재판소법 제68조 제1항

정당법 제2조

【참조판례】

가. 헌재 2001. 3. 21. 99헌마139등, 판례집 13-1, 676, 692

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 김○환
2. 정○보
3. 주○태

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】**1. 사건의 개요**

청구인들은 한나라당이 2007. 8. 19. 실시한 대통령선거 후보경선에서 여론조사 결과를 반영한 것이 청구인들의 선거권 및 평등권 등 헌법상 보장된 기본권을 침해하였다고 주장하면서 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 판 단

헌법소원은 ‘공권력의 행사 또는 불행사로 인하여’ 헌법상 보장된 기본권이 침해된 경우 청구할 수 있으므로(헌법재판소법 제68조 제1항), 헌법소원심판의 대상이 되는 행위는 국가기관의 공권력 작용에 해당하여야 하고, 여기에서 ‘공권력’이란 입법·행정·사법권을 행사하는 모든 국가기관 또는 공공단체 등의 고권적 작용을 말한다(헌재2001. 3. 21. 99헌마139등, 판례집 13-1, 676, 692).

그런데 정당은 국민의 이익을 위하여 책임 있는 정치적 주장이나 정책을 추진하고 공직선거의 후보자를 추천 또는 지지함으로써 국민의 정치적 의사형성에 참여함을 목적으로 하는 국민의 자발적 조직으로(정당법 제2조), 그 법적 성격은 일반적으로 사적·정치적 결사 내지는 법인격 없는 사단으로 파악되고 있고, 이러한 정당의 법률관계에 대하여는

정당법의 관계 조문 이외에 일반 사법 규정이 적용된다.

그리고 정당의 대통령선거 후보선출은 자발적 조직 내부의 의사결정에 지나지 아니한다.

그렇다면 정당은 위에서 본 공권력의 주체에 해당하지 아니하고, 따라서 청구인들 주장과 같이 한나라당이 대통령선거 후보경선과정에서 여론조사 결과를 반영한 것을 일컬어 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다 할 수 없다.

3. 결 론

청구인들의 이 사건 헌법소원심판청구는 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없는 경우에 해당하므로 이를 각하하기로 하여, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 이강국(재판장) 민형기(주심) 이동흡

제 7 장 선 거 운 동

(제58조 ~ 제69조)

1

공직선거법 제58조제1항 단서, 제89조제1항, 제93조제1항, 제111조 제1항 등의 공무담임권 및 표현의 자유 등 침해 여부

- 공직선거및선거부정방지법 제58조 제1항 등 위헌확인(동법 제89조 제1항, 제93조 제1항, 제111조 제1항, 제141조, 제143조), 2001. 10. 25. 2000헌마193 ■

【판시사항】

1. 공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정되고 2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것, 이하 "공선법"이라 한다) 제58조 제1항 단서 제4호가 무소속 후보자의 평등권 및 공무담임권을 침해하는지 여부(소극)
2. 공선법 제89조가 무소속 후보자의 평등권 및 표현의 자유를 침해하는지 여부(소극)
3. 공선법 제93조 제1항이 원외후보자에 대하여 선거의 공정성 및 선거운동에 있어서의 기회균등의 원칙에 반하거나 표현의 자유를 침해하는지 여부(소극)
4. 공선법 제111조 제1항, 제141조 제1항, 제143조 제1항이 무소속 후보자 또는 원외후보자의 평등권, 공무담임권, 표현의 자유 등을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 통상적인 정당활동은 정당이 그 목적을 달성하기 위하여 행하는 당원의 모집, 정책의 개발·보급, 당원교육 등 선거시기에 관계없이 정당이 존속하는 한 지속적으로 추진하여야 하는 정당 본연의 활동으로서, 우리 헌법상의 정당제 민주주의 관련 조항과 정당의 중요한 공적 기능에 비추어 볼 때 이는 자유로이 허용되어야 하므로, 공선법 제58조 제1항 단서 제4호가 통상적인 정당활동을 선거운동에서 제외함으로써 무소속 후보자와 정당후보자간에 차별이 생긴다 하더라도 그것을 불합리한 차별로서 평등권을 침해한다고는 볼 수 없고, 또한 위 규정은 무소속 후보자의 선거운동의 준비행위를 금지하거나 법정 선거운동을 제한하는 것이 아니고 무소속 후보자의 당선회를 봉쇄하는 것도 아니므로 공무담임권을 침해한다고도 볼 수 없다.
2. 공선법 제89조 제1항은 선거사무소와 선거연락소 외의 유사기관설치를 금지하여 법정

선거운동기구 외의 선거운동기구의 난립으로 과열경쟁과 낭비를 방지하고 후보자간에 선거운동의 균등한 기회를 보장함으로써 선거의 공정성을 확보하기 위한 규정인데, 같은 항 단서는 정당의 중앙당·지구당 등의 사무소에 각 1개의 선거대책기구 등을 설치할 수 있도록 예외를 허용함으로써 무소속 후보자에게는 정당 후보자에 비하여 선거운동의 자유가 상대적으로 제한된다고 볼 수도 있으나, 이 예외규정은 정당이 전국적인 조직을 가지고 있어 선거에 당해서 전국에 걸쳐 선거운동의 준비 등 선거에 관한 사무를 총괄적으로 처리하기에는 평상적인 운용체제가 적합하지 않기 때문에 정당제 민주주의에서 정당의 활동을 보호하기 위하여 허용된 규정이므로, 그로 인하여 어느 정도의 차별이 생긴다 하더라도 그것은 정당의 활동을 특별히 보호함으로써 생기는 결과로서 그 차별은 합리적인 근거가 있다.

또한, 공선법 제89조 제2항에 의하여 후보자가 선거권자에게 자신을 알릴 수 있는 표현의 자유가 제한될 소지가 있다 하더라도, 위 조항은 정당이나 후보자가 설립·운용하는 기관·단체 등을 이용한 과당경쟁과 낭비를 방지하고 선거운동의 균등한 기회를 보장함으로써 선거의 공정성을 확보하고자 하는 것이므로 그 입법목적이 정당하고, 정당 후보자나 무소속 후보자를 구분하지 아니하고 선거운동의 시기와 방법을 일률적으로 규제하는 것으로서 그 방법 역시 상당하다.

따라서, 위 각 조항이 평등권이나 표현의 자유를 침해하거나 선거운동의 기회균등의 원칙에 반한다고 볼 수 없다.

3. 공선법 제93조 제1항은 헌법 제116조 제1항의 선거운동 기회균등 보장의 원칙에 입각하여 선거의 자유와 공정의 보장을 도모함으로써 선거관계자를 포함한 선거구민 내지는 국민 전체의 공동이익을 달성하기 위하여 선거와 관련하여 일정 행위를 제한하고 있는바, 이러한 제한은 참된 의미의 선거의 자유와 공정을 보장하기 위한 제도적 장치로서의 의미를 가질 뿐만 아니라 폐해 방지를 위하여는 일정 기간 그러한 제한을 가하는 것 외에 달리 효과적인 수단을 상정하기 어렵고, 특히 "선거에 영향을 미치게 하기 위하여"라는 전제하에 선거운동 내지 의사표현에 있어서의 특정한 수단, 방법, 즉 특히 폐해의 우려가 크다고 인정되는 인쇄물, 녹음 등의 배부, 살포 등 특정한 선거운동방법에만 국한되는 부분적인 제한에 불과하므로, 이로써 선거운동의 자유 내지 표현의 자유가 전혀 무의미해지거나 형해화된다고 단정할 수 없고, 따라서 위 조항이 선거운동 내지 표현의 자유를 지나치게 제한하거나 그 본질적 내용을 침해하는 것은 아니다.

또한, 공선법 제93조 제1항은 행위주체에 관하여 아무런 제한도 가하고 있지 아니하여 청구인들로서는 이 규정에 의하여는 그 누구와 대비하여서도 부당한 차별대우를 받지 아니하므로 일반인들과 비교하여 또는 현직 의원들과 비교하여 선거운동에 있어서의 평등권을 침해하는 것이 아니고, 다만, 현직 의원의 경우 제111조 제1항에 의하여 선거

기간 개시일부터 선거일까지의 기간 이외에는 의정활동 보고를 할 수 있어 제93조 제1항의 금지의무를 회피하는 수단으로 이를 이용하여 선거운동을 할 가능성이 있다는 점에서 결과적으로 원외 후보자 또는 후보자가 되고자 하는 자에 대하여는 선거운동의 기회균등을 보장하지 못하게 되는 차별의 문제가 발생하고, 나아가 이로 인하여 원외 후보자 또는 그 후보자가 되고자 하는 자의 국회 또는 지방의회 진출에 제한이 되어 공무담임권을 침해할 소지가 있으나, 이는 제111조 제1항이 선거기간 개시일 전일까지 현직 의원들에게는 의정활동 보고를 허용하면서도 원외 후보자들에게는 이와 유사한 보고 등의 홍보행위를 허용하지 않는 데서 비롯되는 차별의 문제일 뿐이므로, 위 조항이 평등의 원칙에 위배된다거나 공무담임권을 침해하는 규정이라고 볼 수 없다.

4. 국회의원인 예비후보자나 정당원인 예비후보자가 공선법 제111조 제1항, 제141조 제1항, 제143조 제1항에 의하여 의정활동 보고나 통상적인 집회라는 구실로 사실상의 사전선거운동을 하는 것이 가능하게 되어 국회의원이 아닌 예비후보자나 정당소속이 아닌 예비후보자에 비하여 훨씬 더 많은 선거운동의 기회를 갖게 되는 불평등이 생겨날 수 있으나, 위 각 조항의 해석상 선거운동기간 전에 허용되는 것은 어디까지나 국회의원이 국민의 대표로서의 지위에서 행하는 순수한 의정활동 보고와 정당이 그 조직을 정비·유지하고 당원의 교육·연수 등을 위하여 행하는 통상적인 집회일 뿐이고 의정활동 보고나 정당의 내부적 집회라는 명목하에 이루어지는 형태의 선거운동이 아니다.

다만, 국회의원이 그 직무상 행하는 의정활동 보고라고 하더라도 국회의원 개인의 정치적 활동이나 업적에 대한 선전이 포함되는 등 국회의원인 예비후보자와 국회의원이 아닌 예비후보자, 정당원인 예비후보자와 정당원이 아닌 예비후보자 사이에 개별적인 정치활동이나 그 홍보의 기회라는 면에서 현실적인 불균형이 생겨날 가능성이 있는 것은 사실이나, 이는 법이 국회의원과 정당이 가지는 고유한 권능과 자유를 선거의 공정을 해치지 아니하는 범위 내에서 가능한 한 넓게 인정하고 보호하는 결과 생겨나는 사실적이고 반사적인 효과에 불과하다.

따라서, 위 각 조항이 선거운동기간의 개시 이후에만 한정하여 국회의원의 의정활동 보고나 정당의 각종 집회를 금지 또는 제한하고 있다고 하여 그로 인하여 국회의원이 아닌 예비후보자나 정당 소속원이 아닌 예비후보자를 국회의원인 예비후보자나 정당원인 예비후보자에 비하여 불합리하게 차별 대우하는 자의적인 입법으로서 평등권이나 공무담임권 및 표현의 자유를 침해하거나 선거운동의 기회균등을 보장한 헌법 제116조 제1항에 반하는 위헌규정이라고 할 수 없다.

재판관 윤영철, 재판관 하경철, 재판관 김효중, 재판관 김경일의 공선법 제111조 제1항에 대한 반대의견(위헌의견)

위 법 조항에 의하면 국회의원은 선거기간의 개시 전이면 그때 그가 이미 당해 선거의 후보자로서 지명되거나 예정되고 그 사실이 대외적으로 공표된 경우(이하 "예비후보자"라 한다)라도 의정활동 보고의 방법으로서 불특정 다수의 선거구민을 상대로 자신의 국회의원으로서의 활동상황을 홍보하는 각종 보고집회나 홍보물의 배포 등이 가능하다.

그러나, 선거기간 개시일의 전이라 할지라도 선거가 임박한 시기에 있어서 예비후보자가 행하는 이러한 의정활동 보고는, 그 선거에서의 자신의 당선에 직접·간접으로 필요하거나 유리한 홍보행위로서 선거운동(법 제58조 제1항 참조)으로서의 성격을 띠고 있다 할 것이고, 백보를 양보하더라도 의정활동 보고로서의 성격과 선거운동으로서의 성격을 아울러 갖는 정치활동이라고 봄이 상당하며 이 두 성격의 경계는 매우 모호하다.

따라서, 법 제111조 제1항에 의하면, 예비후보자로서의 지위를 겸하는 국회의원은, 국회의원이 아니어서 의정활동 보고를 할 수 없고 또 법(제59조, 제254조)에 의하여 선거기간 개시 전의 사전선거운동이 엄격하게 제한되는 일반의 예비후보자에 비하여 사실상 더 긴 기간 동안 더 많은 선거운동의 기회를 갖게되는 불균형이 생기며, "선거의 공정성을 해할 우려"라는 관점에 있어서 그 명목이 선거기간 개시 전의 의정활동 보고라 하여 선거기간 개시 후의 본래의 선거운동과 실질적으로 다를 것이 없다.

그렇다면, 법 제111조 제1항은 일반의 예비후보자를 국회의원인 예비후보자에 비하여 합리적인 근거 없이 불리하게 차별대우하고 선거운동에 있어서의 기회균등을 박탈한 것으로서, 평등의 원칙을 선언한 헌법 제11조 제1항과 선거운동에 있어서의 기회균등의 보장을 명한 제116조 제1항에 반하는 위헌규정이고, 그로 말미암아 일반의 예비후보자인 청구인들의 평등권과 공무담임권을 침해한 것이다.

【심판대상조문】

공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정되고 2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것) 제58조(정의등)①이 법에서 "선거운동"이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 행위는 선거운동으로 보지 아니한다.

1.~3. 생략

4. 통상적인 정당활동

② 생략

공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정되고 2000. 2. 16. 법률 제

6265호로 개정된 것) 제89조(유사기관의 설치금지)①누구든지 제61조(선거운동기구의 설치) 제1항·제2항의 규정에 의한 선거사무소 또는 선거연락소외에는 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)를 위하여 선거추진위원회·후원회·연구소·상담소 또는 휴게소 기타 명칭의 여하를 불문하고 이와 유사한 기존의 기관·단체·조직 또는 시설을 이용하거나 새로이 설립 또는 설치할 수 없다. 다만, 정당의 중앙당·당지부·지구당 또는 구·시·군당연락소의 사무소에 설치되는 각 1개의 선거대책기구와 정치자금에 관한 법률에 의한 후원회는 그러하지 아니하다.

② 정당이나 후보자가 설립·운영하는 기관·단체·조직 또는 시설은 선거일 전 180일(보궐선거등에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때)부터 선거일까지 당해 선거구민을 대상으로 선거에 영향을 미치는 행위를 하거나, 그 기관·단체 또는 시설의 설립이나 활동내용을 선거구민에게 알리기 위하여 정당 또는 후보자의 명의로 그 명의를 유추할 수 있는 방법으로 벽보·현수막·방송·신문·통신·잡지 또는 인쇄물을 이용하거나 기타의 방법으로 선전할 수 없다. 다만, 정치자금에 관한 법률 제6조의5(집회 또는 우편·통신에 의한 모금) 또는 같은 법 제6조의6(광고에 의한 모금)의 규정에 의한 집회와 광고에 의한 모금을 위한 고지와 광고는 그러하지 아니하다.

공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정되고 2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것) 제93조(탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시등 금지)①누구든지 선거일 전 180일(보궐선거등에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때)부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법의 규정에 의하지 아니하고는 정당(창당준비위원회와 정당의 정강·정책을 포함한다. 이하 이 조에서 같다) 또는 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 기타 이와 유사한 것을 배부·첩부·살포·상영 또는 게시할 수 없다.

②~③ 생략

공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정되고 2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것) 제111조(의정활동 보고)①국회의원 또는 지방의회의원은 보고회 등 집회·보고서(인쇄물, 녹음·녹화물 및 전산자료 복사본을 포함한다)·개인용 컴퓨터 또는 전화(컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화의 경우를 제외한다)를 통하여 의정활동(선거구활동 기타 업적의 홍보에 필요한 사항을 포함한다)을 선거구민(행정구역 또는 선거구역의 변경으로 새로 편입된 구역의 선거구민을 포함한다)에게 보고할 수 있다. 다만, 대통령선거·국회의원선거·지방의회의원선거 및 지방자치단체의 장 선거의 선거기간개시일부터 선거일까지 직무상의 행위 기타 명목여하를 불문하고 의정활동을 보고할 수 없다.

②~③ 생략

공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정되고 2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것) 제141조(당원집회의 제한)①정당은 선거일전 30일부터 선거일까지 소속당원의 단합·수련 기타 명목여하를 불문하고 선거가 실시중인 선거구안이나 선거구민인 당원을 대상으로 당원수련회등(이하 이 조에서 "당원집회"라 한다)을 개최할 수 없다. 다만, 당무에 관한 연락·지시등을 위하여 일시적으로 이루어지는 당원 간의 면접은 당원 집회로 보지 아니하나 그 면접시에 식사·다과 또는 음료의 제공이 부가되는 때에는 금지된 당원집회로 본다.

②~④ 생략

공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정되고 2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것) 제143조(당원교육의 제한) ① 정당은 선거일전 30일부터 선거일까지 소속당원의 훈련·연수 기타 명목여하를 불문하고 선거가 실시중인 선거구안이나 선거구민인 당원을 대상으로 당원교육을 실시할 수 없다.

②~③ 생략

【참조조문】

공직선거및선거부정방지법 제59조(선거운동기간) 선거운동은 당해 후보자의 등록이 끝난 때부터 선거일전일까지에 한하여 이를 할 수 있다.

공직선거및선거부정방지법 제254조(선거운동기간위반죄)①선거일에 투표마감시각전까지 선거운동을 한 자는 3년이하의 징역 또는 600만원이하의 벌금에 처한다.

②선거운동기간전에 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 한 자는 이 법에 다른 규정이 있는 경우를 제외하고는 2년이하의 징역 또는 400만원이하의 벌금에 처한다.

1. 벽보·현수막·애드벌룬·표지판·선전탑·광고판 기타 명칭의 여하를 불문하고 선전시설물이나 용구 또는 각종 인쇄물을 사용하여 선거운동을 하거나 하게 한 자
2. 방송·신문·통신 또는 잡지 기타 간행물을 이용하여 선거운동을 하거나 하게 한 자
3. 정견발표회·좌담회·토론회·향우회·동창회 또는 반상회 기타의 집회를 개최하여 선거운동을 하거나 하게 한 자
4. 선거운동을 위한 기구를 설치하거나 사조직을 만들어 선거운동을 하거나 하게 한 자

5. 호별방문하여 선거운동을 하거나 하게 한 자

③ 제2항에 규정된 방법외의 방법으로 선거운동기간전에 선거운동을 하거나 하게 한 자는 1년이하의 징역 또는 200만원이하의 벌금에 처한다.

공직선거및선거부정방지법 제255조(불정선거운동죄)①다음 각호의 1에 해당하는 자는 3년이하의 징역 또는 600만원이하의 벌금에 처한다.

1.~12. 생략

13. 제89조(유사기관의 설치금지) 제1항 본문의 규정에 위반하여 유사기관을 설립·설치하거나 기존의 기관·단체·조직 또는 시설을 이용한 자

14.~19. 생략

② 다음 각호의 1에 해당하는 자는 2년이하의 징역 또는 400만원이하의 벌금에 처한다.

1.~4. 생략

5. 제93조(탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시등 금지) 제1항의 규정에 위반하여 문서·도화등을 배부·첨부·살포·게시·상영하거나 하게 한 자, 같은 조 제2항의 규정에 위반하여 광고 또는 출연을 하거나 한 자 또는 제3항의 규정에 위반하여 신분증명서·문서 기타 인쇄물을 발급·배부 또는 징구하거나 하게 한 자

6.~8. 생략

③ 생략

공직선거및선거부정방지법 제256조(각종제한규정위반죄) ① 생략

② 다음 각호의 1에 해당하는 자는 2년이하의 징역 또는 400만원이하의 벌금에 처한다.

1. 선거운동과 관련하여 다음 각목의 1에 해당하는 자

가.~파. 생략

하. 제111조(의정활동 보고) 제1항 단서의 규정에 위반하여 선거기간개시일부터 선거일까지 의정활동을 보고한 자

2.~3. 생략

③ 정당이 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 한 때에는 당해 당부에 대하여는 1천만원이하의 벌금에 처하고, 당해 당부의 간부 또는 당원으로서 위반행위를 하거나 한 자는 2년이하의 징역 또는 400만원이하의 벌금에 처한다.

1.~5. 생략

6. 제141조(당원집회의 제한)의 규정(제2항 및 제4항을 제외한다)에 위반하여 당원집회를 개최한 자

7. 생략

8. 제143조(당원교육의 제한)제1항의 규정에 위반하여 당원교육을 실시한 자

9. 생략

④~⑤ 생략

【참조판례】

1. 헌재 1996. 3. 28. 96헌마18등, 판례집 8-1, 323, 339

헌재 1996. 8. 29. 96헌마99, 판례집 8-2, 199, 200

2. 헌재 1996. 3. 28. 96헌마9등, 판례집 8-1, 289

헌재 1999. 1. 28. 98헌마172, 판례집 11-1, 84

3. 헌재 2001. 8. 30. 99헌바92등, 공보 60, 825

4. 헌재 1996. 3. 28. 96헌마9등, 판례집 8-1, 289

헌재 1996. 3. 28. 96헌마18등, 판례집 8-1, 323

헌재 1996. 8. 29. 96헌마99, 판례집 8-2, 199

헌재 1997. 10. 30. 96헌마94, 판례집 9-2, 523

헌재 2001. 8. 30. 99헌바92등, 공보 60, 825

헌재 2001. 8. 30. 2000헌마121등, 공보 60, 874

【당 사 자】

청구인 이철규

대리인 변호사한경수 외 1인

【주 문】

청구인의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요

청구인은 경기도 시흥시 선거구에서 2000. 4. 13. 실시예정인 제16대 국회의원선거에 무소속으로 출마를 준비하던 중 2000. 2.경 경기도시흥시선거관리위원회로부터 사전선거운동 혐의(경력이 들어있는 명함의 배포행위)로 경고를 받았다.

이에 청구인은 공직선거및선거부정방지법 제58조 제1항 단서 제4호, 제89조 제1항, 제93조 제1항, 제111조 제1항, 제141조 제1항, 제143조 제1항의 각 규정이 평등권, 공무담임권 및 표현의 자유 등 청구인의 기본권을 침해하고 있다고 주장하면서 2000. 3. 20. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정되고 2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것, 이하 "공선법"이라 한다) 제58조 제1항 단서 제4호, 제89조, 제93조 제1항, 제111조 제1항, 제141조 제1항, 제143조 제1항인바, 위 각 규정의 내용은 다음과 같다.

제58조(정의등)①이 법에서 "선거운동"이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 행위는 선거운동으로 보지 아니한다.

1.~3. 생략

4. 통상적인 정당활동

② 생략

제89조(유사기관의 설치금지)①누구든지 제61조(선거운동기구의 설치) 제1항·제2항의 규정에 의한 선거사무소 또는 선거연락소외에는 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)를 위하여 선거추진위원회·후원회·연구소·상담소 또는 휴게소 기타 명칭의 여하를 불문하고 이와 유사한 기존의 기관·단체·조직 또는 시설을 이용하거나 새로이 설립 또는 설치할 수 없다. 다만, 정당의 중앙당·당지부·지구당 또는 구·시·군당연락

소의 사무소에 설치되는 각 1개의 선거대책기구와 정치자금에관한법률에 의한 후원회는 그러하지 아니하다.

② 정당이나 후보자가 설립·운영하는 기관·단체·조직 또는 시설은 선거일 전 180일(보궐 선거등에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때)부터 선거일까지 당해 선거구민을 대상으로 선거에 영향을 미치는 행위를 하거나, 그 기관·단체 또는 시설의 설립이나 활동내용을 선거구민에게 알리기 위하여 정당 또는 후보자의 명이나 그 명의를 유추할 수 있는 방법으로 벽보·현수막·방송·신문·통신·잡지 또는 인쇄물을 이용하거나 기타의 방법으로 선전할 수 없다. 다만, 정치자금에관한법률 제6조의5(집회 또는 우편·통신에 의한 모금) 또는 같은 법 제6조의6(광고에 의한 모금)의 규정에 의한 집회와 광고에 의한 모금을 위한 고지와 광고는 그러하지 아니하다.

제93조(탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시등 금지)①누구든지 선거일 전 180일(보궐 선거등에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때)부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법의 규정에 의하지 아니하고는 정당(창당준비위원회와 정당의 정강·정책을 포함한다. 이하 이 조에서 같다) 또는 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 기타 이와 유사한 것을 배부·첨부·살포·상영 또는 게시할 수 없다.

②~③ 생략

제111조(의정활동 보고)①국회의원 또는 지방의회의원은 보고회 등 집회·보고서(인쇄물, 녹음·녹화물 및 전산자료 복사본을 포함한다)·개인용 컴퓨터 또는 전화(컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화의 경우를 제외한다)를 통하여 의정활동(선거구활동 기타 업적의 홍보에 필요한 사항을 포함한다)을 선거구민(행정구역 또는 선거구역의 변경으로 새로 편입된 구역의 선거구민을 포함한다)에게 보고할 수 있다. 다만, 대통령선거·국회의원 선거·지방의회의원선거 및 지방자치단체의 장 선거의 선거기간개시일부터 선거일까지 직무상의 행위 기타 명목여하를 불문하고 의정활동을 보고할 수 없다.

②~③ 생략

제141조(당원집회의 제한)①정당은 선거일전 30일부터 선거일까지 소속당원의 단합·수련 기타 명목여하를 불문하고 선거가 실시중인 선거구안이나 선거구민인 당원을 대상으로 당원수련회등(이하 이 조에서 "당원집회"라 한다)을 개최할 수 없다. 다만, 당무에 관한 연락·지시등을 위하여 일시적으로 이루어지는 당원 간의 면접은 당원집회로 보지 아니하나 그 면접시에 식사·다과 또는 음료의 제공이 부가되는 때에는 금지된 당원집회로 본다.

②~④ 생략

제143조(당원교육의 제한) ① 정당은 선거일전 30일부터 선거일까지 소속당원의 훈련·연수 기타 명목여하를 불문하고 선거가 실시중인 선거구안이나 선거구민인 당원을 대상으로 당원교육을 실시할 수 없다.

② 삭제

③ 생략

3. 청구인의 주장

가. 공선법 제59조의 규정에 의하여 선거운동은 후보자등록이 끝난 때부터 선거일 전일까지에 한하여 이를 할 수 있음에도 불구하고, 공선법 제58조 제1항은 그 선거운동을 "당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위"로 규정하면서 같은 항 단서 제4호에서 "통상의 정당활동"을 선거운동에서 제외하여 사실상 정당 후보자에게만 사전선거운동을 포괄적으로 인정함으로써 선거운동에 있어서의 무소속 후보자의 평등권을 침해함은 물론 공무담임권의 본질적 내용을 침해하였다.

나. 공선법 제89조 제1항은 사전선거운동을 금지하기 위하여 선거사무소·선거연락소외에 연구소·상담소 등 유사기관의 설치를 폭넓게 금지하면서도 같은항 단서에서는 예외적으로 정당에게 선거대책기구와 후원회를 둘 수 있도록 하여 무소속 후보자에게는 선거운동기간 개시전에 선거대책기구를 설치할 수 없도록 하면서도 정당에게는 이를 허용함으로써 무소속 후보자의 평등권 및 선거운동의 기회균등권을 침해하였다.

또한 제2항은 선거일전 180일부터 선거일까지 정당 또는 후보자 명의의 선전을 금지함으로써 무소속 후보자의 표현의 자유의 본질적 내용을 침해하였다.

다. 공선법 제93조 제1항은 선거일전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치는 문서·도서의 배부·게시 등을 너무 광범위하게 금지하고, 예외적으로 일정한 선거운동만을 허용함으로써 선거의 공정성과 선거운동의 기회균등원칙에 어긋나고, 국회의원 후보자의 표현의 자유를 침해하였다.

라. 공선법 제111조 제1항은 현역 국회의원에게는 선거기간 개시일전에도 의정활동보고를 통하여 선거구민에게 선거구활동 기타 업적홍보를 포함한 사실상의 무제한 홍보활동을 통한 실질적인 사전선거운동을 허용한 반면 원외 후보자에게는 선거기간이 개시되기 전에는 사전선거운동을 일반적으로 금지함에 따라 아무런 홍보활동도 할 수 없도록 함으로써 원외 후보자의 평등권, 선거운동의 기회균등권, 공무담임권 및 표현의 자유를 침해하였다.

마. 공선법 제141조 제1항은 당원집회의 제한을, 공선법 제143조 제1항은 당원교육의 제

한을 각각 선거일전 30일부터 선거일까지의 기간에만 한정하여 정당 후보자에게는 그 기간전에는 당원집회 및 당원교육의 명목으로 무제한 선거운동을 할 수 있도록 한 반면 무소속 후보자에게는 이를 허용하지 아니함으로써 무소속 후보자의 평등권 및 선거운동의 기회균등권을 침해하였다.

4. 판단

가. 선거제도와 정당제도

대의제 민주주의에 바탕을 둔 우리 헌법의 통치구조에서 선거제도는 국민의 주권행사 내지 참정권행사의 과정으로서 국가권력의 창출과 국가 내에서 행사되는 모든 권력의 정당성을 국민의 정치적인 합의에 근거하게 하는 통치기구의 조직원리이다. 따라서 선거에 있어서 모든 국민이 평등하게 참여할 수 있는 기회를 보장하는 것은 필수불가결한 요소이며, 이에 따라 헌법은 평등선거의 원칙과 선거운동의 균등한 기회의 보장을 규정하고 있다(제41조 제1항, 제67조 제1항, 제116조 제1항).

한편, 우리 헌법은 정당제 민주주의를 채택하여 정당설립의 자유와 국가의 보호를 규정함으로써(제8조 제1항, 제3항) 정당활동의 자유를 포함한 정당의 자유를 광범위하게 보장하고 있으며, 이에 따라서 정당법도 정당활동의 자유를 보장하고 있다(제30조). 정당은 정치적인 결사로서 국민의 정치적 의사를 적극적으로 형성하고 각계 각층의 이익을 대변하며, 정부를 비판하고 정책적 대안을 제시할 뿐만 아니라, 국민 일반이 정치나 국가작용에 영향력을 행사하는 매개체의 역할을 수행하는 등 현대의 대의제 민주주의에 없어서는 안될 중요한 공적 기능을 수행하고 있다.

그러므로 정당이 그 목적을 달성하기 위하여 행하는 고유한 기능과 통상적인 활동은 선거에 있어서도 보장되어야 하며 따라서 그로 인하여 무소속 후보자와 정당 후보자 간에 차별이 생긴다 하더라도 그것은 불합리한 차별이라고 할 수 없다(헌재 1996. 8. 29. 96헌마99, 판례집 8-2, 199, 206-207).

나. 공선법 제58조 제1항 단서 제4호의 위헌 여부

공선법 제58조 제1항은 선거운동을 "당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위"로 정의하면서 같은항 단서에서 다음 각호의 1에 해당하는 행위는 선거운동으로 보지 아니한다고 규정하고, 선거운동으로 보지 아니하는 행위의 하나로서 제4호에서 "통상적인 정당활동"을 명시하고 있으며, 공선법 제59조는 후보자의 등록이 끝난 때부터 선거일 전 일까지에 한하여 선거운동을 할 수 있도록 규정하고 있다. 즉, 공선법 제59조와 관련하여

볼 때, 공선법 제58조 제1항은 선거운동기간에만 허용되고 그 전에는 금지하는 선거운동을 정의한 규정이고, 같은항 단서는 문리적으로는 위와 같은 선거운동의 정의에 포함될 소지가 있으나 그 행위의 성격상 사전선거운동으로 금지하는 것이 타당하지 아니한 행위를 선거운동의 범위에서 제외하는 규정인바, 같은항 단서 제4호는 선거운동의 범위에서 제외되는 것이 타당한 행위의 하나로서 통상적인 정당활동을 규정한 것이다.

그런데, 통상적인 정당활동은 정당이 그 목적을 달성하기 위하여 행하는 당원의 모집, 정책의 개발·보급, 당원교육 등 선거시기에 관계없이 정당이 존속하는 한 지속적으로 추진하여야 하는 정당 본연의 활동으로서, 위에서 살펴본 우리 헌법상의 정당제 민주주의 관련 조항과 정당의 중요한 공적 기능에 비추어 볼 때 이를 법에서 특히 따로 명시하지 아니하더라도 원칙적으로 자유로이 허용되는 것으로 보아야 한다.

그러므로, 공선법 제58조 제1항 단서 제4호가 통상적인 정당활동을 선거운동에서 제외함으로써 무소속 후보자와 정당후보자간에 차별이 생긴다 하더라도 그것을 불합리한 차별로서 청구인의 평등권을 침해한다고는 볼 수 없고, 또한 위 규정은 무소속 후보자의 선거운동의 준비행위를 금지하거나 법정 선거운동을 제한하는 것이 아니고 무소속 후보자의 당선기회를 봉쇄하는 것도 아니므로 청구인의 공무담임권을 침해한다고도 볼 수 없다(헌재 1996. 3. 28. 96헌마18등, 판례집 8-1, 323, 339; 헌재 1996. 8. 29. 96헌마99, 판례집 8-2, 199, 200).

따라서, 공선법 제58조 제1항 단서 제4호는 헌법에 위반되지 아니한다.

다. 공선법 제89조의 위헌 여부

우리재판소는 1996. 3. 28. 96헌마9등 결정(판례집 8-1, 289), 1999. 1. 28. 98헌마172 결정(판례집 11-1, 84) 등에서 구 공선법(1997. 11. 14. 법률 제5412호로 개정되기 전의 것) 제89조를 헌법에 위반되지 아니한다고 판시한 바 있는데, 그 이유의 요지는 다음과 같다.

「공선법 제89조 제1항은 선거사무소와 선거연락소 외의 유사기관설치를 금지하여 법정 선거운동기구 외의 선거운동기구의 난립으로 야기될 과열경쟁과 낭비를 방지하고 후보자간에 선거운동의 균등한 기회를 보장함으로써 선거의 공정성을 확보하기 위한 규정인데, 같은 항 단서는 정당의 중앙당·지구당 등의 사무소에 각 1개의 선거대책기구를 설치할 수 있도록 예외를 허용함으로써 무소속 후보자에게는 정당 후보자에 비하여 선거운동의 자유가 상대적으로 제한된다고 볼 수도 있으나, 이 예외규정은 정당은 전국적인 조직을 가지고 있어 선거에 당해서 전국에 걸쳐 선거운동의 준비 등 선거에 관한 사무를 총괄적으로 처리하기에는 평상적인 운용체제가 적합하지 않기 때문에 정당제 민주주의에서 정당의 활동을 보호하기 위하여 허용된 규정이므로 그로 인하여 어느 정도의 차별이 생긴다

하더라도 그 것은 정당의 활동을 특별히 보호함으로써 생기는 결과이므로 그 차별은 합리적인 근거가 있다.

또한 공선법 제89조 제2항의 규정으로 말미암아 후보자가 선거권자에게 자신을 알릴 수 있는 표현의 자유가 제한될 소지가 있다고 하더라도, 위 조항은 정당이나 후보자가 설립·운용하는 기관·단체 등을 이용한 과당경쟁과 낭비를 방지하고 선거운동의 균등한 기회를 보장함으로써 선거의 공정성을 확보하고자 하는 것이므로 그 입법목적이 정당하고, 정당 후보자나 무소속 후보자를 구분하지 아니하고 선거운동의 시기와 방법을 일률적으로 규제하는 것으로서 그 방법 역시 상당하다.

그러므로 각 조항이 평등권이나 표현의 자유를 침해하거나 선거운동의 기회균등의 원칙에 반한다고 볼 수 없다.]

이 사건에 있어서도 위 각 결정과 달리 판단할 사정의 변경이나 필요성이 있다고 인정되지 아니하므로 공선법 제89조는 헌법에 위반되지 아니한다.

라. 공선법 제93조 제1항의 위헌 여부

우리재판소는 2001. 8. 30. 99헌바92등 결정(공보 60, 825)에서 공선법 제93조 제1항이 헌법에 위반되지 아니한다고 판시한 바 있는데, 그 이유의 요지는 다음과 같다.

「공선법 제93조 제1항은 헌법 제116조 제1항의 선거운동 기회균등 보장의 원칙에 입각하여 선거운동의 부당한 경쟁 및 후보자들 간의 경제력 차이에 따른 불균형이라는 폐해를 막고, 선거의 평온과 공정을 해하는 결과의 발생을 방지함으로써 선거의 자유와 공정성의 보장을 도모하여 선거관계자를 포함한 선거구민 내지는 국민 전체의 공동이익을 달성하기 위하여 선거와 관련하여 일정 행위를 제한하고 있다.

즉, 공선법이 질서 있고 공평하며 비용이 적게 드는 선거운동을 위하여, 한편으로는 선전벽보, 선거공보, 소형인쇄물, 신문광고 등에 의한 선거운동행위를 상세히 규정하여 이를 허용하면서도, 공선법 제93조 제1항은 이러한 방법에 의하지 않고 실질적으로 선거에 영향을 미치는 행위, 즉 탈법방법에 의한 문서, 도화 등 시각에 호소하는 방법 이외에 녹음, 녹화테이프 등 청각 또는 시청각에 호소하는 방법에 의한 선거운동행위를 제한하고 있다.

위 조항이 과잉금지의 원칙을 위반하고 있는가에 대하여는, 국가 전체의 정치, 사회적 발전단계와 국민의식의 성숙도, 종래의 선거풍토나 그 밖의 경제적, 문화적 제반여건을 종합하여 합리적으로 판단하여야 할 것인바, 건국 이후 반세기 가까이 수많은 선거를 치러 왔으면서도 아직까지도 깨끗하고 공명한 선거풍토를 이룩하지 못하고 있는 우리의 현실적 상황을 고려하여 볼 때, 위 조항에 의하여 보호되는 선거의 실질적 자유와 공정의 확

보라는 공공의 이익은 국민적 열망을 담고 있는 것으로서 특히 높은 가치를 지니는 것이라는 점을 고려하여야 할 것이다.

그런데, 위 조항에 의한 제한은 참된 의미의 선거의 자유와 공정을 보장하기 위한 제도적 장치로서의 의미를 가질 뿐만 아니라 폐해 방지를 위하여는 일정 기간 그러한 제한을 가하는 것 외에 달리 효과적인 수단을 상정하기 어렵고 특히 "선거에 영향을 미치게 하기 위하여"라는 전제하에 그 제한이 이루어지며, 그 제한은 선거운동 또는 의사표현의 내용 그 자체나 모든 선거운동방법의 전반에 대한 전면적인 제한이 아니라 선거운동 내지 의사표현에 있어서의 특정한 수단, 방법, 즉 특히 폐해의 우려가 크다고 인정되는 인쇄물, 녹음 등의 배부, 살포 등 특정한 선거운동방법에만 국한되는 부분적인 제한에 불과하므로, 이로써 선거운동의 자유 내지 표현의 자유가 전혀 무의미해지거나 형해화된다고 단정할 수 없다.

그러므로, 위 조항은 과잉금지의 원칙에 위반하여 선거운동 내지 표현의 자유를 제한하거나 그 본질적 내용을 침해하고 있다고 할 수 없다.

또한 공선법 제93조 제1항은 행위주체에 관하여 아무런 제한도 가하고 있지 아니하여 청구인들로서는 이 규정에 의하여는 그 누구와 대비하여서도 부당한 차별대우를 받지 아니하므로 일반인들과 비교하여 또는 현직 의원들과 비교하여 선거운동에 있어서의 평등권을 침해하는 것이 아니고, 다만, 현직 의원의 경우 제111조 제1항에 의하여 선거기간 개시일부터 선거일까지의 기간 이외에는 의정활동 보고를 할 수 있어 제93조 제1항의 금지의무를 회피하는 수단으로 이를 이용하여 선거운동을 할 가능성이 있다는 점에서 결과적으로 원외 후보자 또는 후보자가 되고자 하는 자에 대하여는 선거운동의 기회균등을 보장하지 못하게 되는 차별의 문제가 발생하고, 나아가 이로 인하여 원외 후보자 또는 그 후보자가 되고자 하는 자의 국회 또는 지방의회 진출에 제한이 되어 공무담임권을 침해할 소지가 있으나, 이는 제111조 제1항이 선거기간 개시일 전일까지 현직 의원들에게는 의정활동 보고를 허용하면서도 원외 후보자들에게는 이와 유사한 보고 등의 홍보행위를 허용하지 않는 데서 비롯되는 차별의 문제일 뿐이다.

따라서 공선법 제93조 제1항이 평등의 원칙에 위배된다거나 공무담임권을 침해하는 규정이라고 볼 수 없다.」

이 사건에 있어서도 위 결정과 달리 판단할 사정의 변경이나 필요성이 있다고 인정되지 아니하므로 공선법 제93조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다.

마. 공선법 제111조 제1항, 제141조 제1항 및 제143조 제1항의 위헌 여부

우리재판소는 1996. 3. 28. 96헌마9등 결정(판례집 8-1, 289) 및 1996. 3. 28. 96헌마18등 결정(판례집 8-1, 323), 1996. 8. 29. 96헌마99 결정(판례집 8-2, 199), 1997. 10. 30. 96헌마94 결정(판례집 9-2, 523), 2001. 8. 30. 99헌바92등 결정(공보 60, 825), 2001. 8. 30. 2000헌마121등 결정(공보 60, 874) 등에서, 구 공선법(2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정되기 전의 것) 제111조 제1항, 제141조 제1항 및 제143조 제1항 및 공선법 제111조 제1항이 헌법에 위반되지 아니한다고 판시한 바 있는데, 그 이유의 요지는 다음과 같다.

「국회의원의 의정활동 보고는 국회의원이 국민의 대표로서 행한 의회에서의 정치적 활동을 자신을 선출한 선거구민에게 직접 보고하는 행위로서 국회의원이 주권자인 국민의 의사를 대변하여 대의정치가 구현되도록 하는 기능을 가지는 것이다. 따라서 이는 국회의원의 정치적 책무이고 고유한 직무활동이므로 특별한 사정이 없는 한 자유롭게 허용됨이 상당하다.

또한 정치적 결사로서의 정당은 국민의 정치적 의사를 적극적으로 형성하고 각계 각층의 이익을 대변하며, 정부를 비판하고 정책적 대안을 제시할 뿐만 아니라, 국민 일반이 정치나 국가작용에 영향력을 행사하는 매개체의 역할을 수행하는 등 현대의 대의제 민주주의에 없어서는 안될 중요한 공적 기능을 수행하고 있으므로 그 설립과 활동의 자유가 보장되고 국가의 보호를 받는다. 따라서 정당의 통상적인 활동은 선거운동으로 보지 아니하고, 정당의 각종 집회는 정당이 그 조직을 유지·정비하고 당원의 교육·연수 등을 통하여 정치적 결사로서의 목적을 달성하기 위하여 행하는 정당내부적 활동으로서 통상적인 정당활동의 전형적 유형에 불과하다.

그런데, 공선법 제111조 제1항, 제141조 제1항, 제143조 제1항이 선거운동기간 개시 전의 의정활동 보고나 정당의 각종 집회에 대하여 아무런 제한 없이 이를 허용하는 결과 국회의원인 예비후보자나 예비후보자를 당원으로 둔 정당이 의정활동 보고나 통상적인 집회라는 구실로 사실상의 사전선거운동을 하는 것이 가능하게 되고 또 그에 대한 단속의 손길도 제대로 미치지 아니하기 때문에 국회의원인 예비후보자나 정당원인 예비후보자가 사전선거운동의 엄격한 제한을 받는 국회의원인 예비후보자나 정당소속이 아닌 예비후보자에 비하여 훨씬 더 많은 선거운동의 기회를 갖게 되는 불평등이 필연적으로 생겨난다는 점이 일응 문제로 지적된다.

그러나, 위 각 조항의 해석상 선거운동기간 전에 허용되는 것은 어디까지나 국회의원인 국민의 대표로서의 지위에서 행하는 순수한 의정활동 보고와 정당이 그 조직을 정비·유지하고 당원의 교육·연수 등을 위하여 행하는 통상적인 집회일 뿐이고 의정활동 보고나 정당의 내부적 집회라는 명목하에 이루어지는 형태의 선거운동이 아니다. 다만, 국회의원인 그 직무상 행하는 의정활동 보고라고 하더라도 그것은 필연적으로 국회의원 개인의 정치적 활동이나 업적에 대한 선전을 포함하게 되어 있고, 정치적 결사인 정당의 모든 활동은 궁극적으로는 각종 선거에서의 승리, 구체적으로는 소속 정당원의 당선을 위한 것이라고

도 볼 수 있으므로, 그 범위 내에서 국회의원이 예비후보자와 국회의원이 아닌 예비후보자, 정당원인 예비후보자와 정당원이 아닌 예비후보자 사이에 개별적인 정치활동이나 그 홍보의 기회라는 면에서 현실적인 불균형이 생겨날 가능성이 있는 것은 사실이나, 이는 법이 국회의원과 정당이 가지는 고유한 권능과 자유를 선거의 공정을 해치지 아니하는 범위 내에서 가능한 한 넓게 인정하고 보호하는 결과 생겨나는 사실적이고 반사적인 효과에 불과한 것이다.

그렇다면, 위 각 조항이 선거운동기간의 개시 이후에만 한정하여 국회의원의 의정활동 보고나 정당의 각종 집회를 금지 또는 제한하고 있다고 하여 그로 인하여 국회의원이 아닌 예비후보자나 정당 소속원이 아닌 예비후보자를 국회의원인 예비후보자나 정당원인 예비후보자에 비하여 불합리하게 차별 대우하는 자의적인 입법으로서 평등권이나 공무담임권 및 표현의 자유를 침해하거나 선거운동의 기회균등을 보장한 헌법 제116조 제1항에 반하는 위헌규정이라고 할 수 없다.」

이 사건에 있어서도 위 결정과 달리 판단할 사정의 변경이나 필요성이 있다고 인정되지 아니하므로 공선법 제111조 제1항, 제141조 제1항 및 제143조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다.

5. 결론

그렇다면, 청구인의 심판청구는 모두 이유없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 윤영철, 재판관 하경철, 재판관 김효중, 재판관 김정일의 아래 6.과 같은 반대의견이 있는 외에는 관여재판관 전원의 의견일치에 의한 것이다.

6. 재판관 윤영철, 재판관 하경철, 재판관 김효중, 재판관 김정일의 공선법 제111조 제1항에 대한 반대의견

우리는 다수의견과 달리 공선법 제111조 제1항은 헌법에 위반된다고 생각하므로 다음과 같이 그 의견을 밝혀둔다.

위 법 조항에 의하면 국회의원의 의정활동보고는 당해 선거의 선거기간 개시일부터 선거일까지 이를 할 수 없도록 금지되어 있으므로 국회의원은 선거기간의 개시 전이면 그때 그가 이미 당해 선거의 후보자로서 지명되거나 예정되고 그 사실이 대외적으로 공표된 경우(이하 "예비후보자"라 한다)라도 의정활동 보고의 방법으로서 불특정 다수의 선거구민을 상대로 자신의 국회의원으로서의 활동상황을 홍보하는 각종 보고집회나 홍보물의 배포 등이 가능하다.

그러나 선거기간 개시일의 전이라 할지라도 선거가 임박한 시기에 있어서 예비후보자가 행하는 이러한 의정활동 보고는, 그 선거에서의 자신의 당선에 직접·간접으로 필요하거나 유리한 홍보행위로서 선거운동(법 제58조 제1항 참조)으로서의 성격을 띠고 있다 할 것이고, 백보를 양보하더라도 의정활동 보고로서의 성격과 선거운동으로서의 성격을 아울러 갖는 정치활동이라고 봄이 상당하며 이 두 성격의 경계는 매우 모호하다.

따라서, 법 제111조 제1항에 의하면, 예비후보자로서의 지위를 겸하는 국회의원의 경우에 있어서는 예비후보자의 입장에서 선거운동기간 전에 사실상의 선거운동을 하면서도 명목상은 국회의원의 지위에서 한 의정활동 보고이었다는 변명이 가능하게 되고, 그 당연한 결과로서 예비후보자의 지위를 겸한 국회의원은, 국회의원이 아니어서 의정활동 보고를 할 수 없고, 또 법(제59조, 제254조)에 의하여 선거기간 개시 전의 사전선거운동이 엄격하게 제한되는 일반의 예비후보자에 비하여, 사실상 더 긴 기간 동안 더 많은 선거운동의 기회를 갖게되는 불균형이 생긴다.

물론, 이러한 불균형은 국회의원에게 부여된 정치적 활동의 자유를 보장하는 반사적 결과라는 측면도 있다. 그러나 이 법은 선거의 공정이라는 공익을 위하여 선거기간중의 의정활동 보고를 금지함으로써 이미 위와 같은 자유를 제한하기로 하고 있고, 국회의원이 예비후보자로서 확정되고 공표된 시점 이후에 행하는 의정활동보고가 사실상 선거운동의 성격을 띠고 있는 것이라면, 적어도 "선거의 공정을 해할 우려"라는 관점에 있어서는 그 명목이 선거기간 개시 전의 의정활동 보고라 하여 선거기간 개시후의 본래의 선거운동과 실질적으로는 아무 것도 다를 것이 없다.

그러므로 법 제111조 제1항이 선거기간 중의 의정활동 보고만을 금지하고 선거기간 개시 전의 의정활동은 아무런 시기의 제한 없이 이를 허용함으로써 생겨나는 위와 같은 선거운동기회의 불균형은 "선거의 공정"이라는 법목적과 우리의 선거현실에 비추어 도저히 합리적 근거가 있다고 보기 어렵다.

그렇다면 결국 법 제111조 제1항은 일반의 예비후보자를 국회의원인 예비후보자에 비하여 합리적인 근거 없이 불리하게 차별대우하고 선거운동에 있어서의 기회균등을 박탈한 것으로서, 평등의 원칙을 선언한 헌법 제11조 제1항과 선거운동에 있어서의 기회균등의 보장을 명한 제116조 제1항에 반하는 위헌규정이고, 그로 말미암아 일반의 예비후보자인 청구인들의 평등권과 공무담임권이 침해된 것이라 아니할 수 없다.

상세한 이유는 2001. 8. 30. 선고 99헌바92 등 사건에서(공보 60, 843-845) 이미 밝혔으므로 이를 그대로 원용한다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현(주심) 하경철 김영일 권성 김효종 김경일 송인준 주선희

2

공직선거법 제58조제1항·제59조·제111조제1항 등의 표현의 자유 및 명확성의 원칙 등 위반 여부

■ 공직선거및선거부정방지법 제58조 등 위헌확인(동법 제59조), 2001. 8. 30. 2000헌마121 ■

【판시사항】

1. 특정후보자의 당선을 목적으로 함이 없이 부적격후보자가 당선되지 못하게 하기 위한 행위를 선거운동으로 정의하고 이를 규제하는 것이 국민의 정치적 표현의 자유에 대한 침해가 되는지 여부(소극)
2. 공직선거및선거부정방지법 제58조 제1항 단서 제1호 및 제3호에서 선거운동으로 보지 아니하는 행위를 규정하면서 "단순한 의견개진 및 의사표시" 또는 "단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시"라고 규정한 것이 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 반하는지 여부(소극)
3. 선거운동기간을 제한하는 것이 헌법에 위반되는지 여부(소극)
4. 현역의원에게 선거개시일전일까지 의정보고활동을 허용하는 것이 평등의 원칙에 위배 되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 가. 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 당선의 목적없이 오로지 특정 후보자의 낙선만을 목적으로 하여 후보자편 이외의 제3자가 벌이는 낙선운동(이하 제3자편의 낙선운동이라 한다)으로 분류할 수 있으나 우선 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.

나. 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.

2. 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. 선거운동을 위와 같이 풀이한다면 법집행자의 자의를 허용할 소지를 제거할 수 있고, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이라면 누구나 그러한 표지를 갖춘 선거운동과 단순한 의견개진을 구분할 수 있을 것이므로 헌법 제12조 제1항이 요구하는 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.
3. 기간의 제한없이 선거운동을 무한정 허용할 경우에는 후보자간의 지나친 경쟁이 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 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.
4. 국회의원에게 선거운동기간 개시 전에 의정활동보고를 허용(許容)하는 것은, 국회의원이 국민의 대표로서의 지위에서 행하는 순수한 의정활동보고일 뿐이고 의정활동보고라는 명목하에 이루어지는 형태의 선거운동이 아니며, 다만 후보자사이의 개별적인 정치활동이나 그 홍보의 기회라는 면에서 현실적인 불균형이 생겨날 가능성이 있으나 이는 국회의원이 가지는 고유한 기능과 자유를 가능한한 넓게 인정하고 보호하는 결과 생겨

나는 사실적이고 반사적인 효과에 불과하므로 평등권 등을 침해한다고 할 수 없다.

재판관 윤영철, 재판관 하경철, 재판관 김효종, 재판관 김경일의 공선법 제111조 제1항에 대한 반대의견(위헌의견)

공직선거및선거부정방지법 제111조 제1항에 의하면, 예비후보자의 지위를 겸한 국회의원은, 국회의원이 아니어서 의정활동 보고를 할 수 없고 선거기간 개시 전의 사전선거운동이 엄격하게 제한되는 일반의 예비후보자에 비하여 사실상 더 긴 기간 동안 더 많은 선거운동의 기회를 갖게되는 불균형이 생기는데, "선거의 공정성을 해할 우려"라는 관점에 있어서 그 명목이 선거기간 개시 전의 의정활동 보고라 하여 선거기간 개시 후의 본래의 선거운동과 실질적으로 다를 것이 없다.

더욱이, 제111조 제1항은 구 공직선거및선거부정방지법(1995. 12. 30. 법률 제5127호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제111조가 선거일 전 30일부터 선거일까지 의정활동 보고를 금지하였던 것을 선거기간 개시일부터 선거일까지만 금지하는 것으로 단축하였는바, 국회의원인 예비후보자의 경우 구 공선법 규정에 의하면 의정활동 보고의 허용기간과 선거운동기간 사이에 일정한 간격(대개의 경우 14일)이 있었음에 반하여, 이 법의 규정에 의하면 이러한 간격이 없이(즉 통상 선거기간 개시일에 후보자 등록신청을 하게 되므로) 선거기간 개시일의 전일까지는 의정활동 보고라는 명목으로, 선거기간 개시일부터는 본래의 선거운동으로 계속하여 실질적인 선거운동을 할 수 있다는 점에서, 후보자등록기간(제49조 제1항)의 첫날 등록한 경우라도 16일의 선거운동기간 동안만 선거운동을 할 수 있는 원외후보자와의 사이에 사실상 선거운동의 출발시점을 달리하게 된다.

따라서, 제111조 제1항에 의하여 생겨나는 위와 같은 선거운동기회의 불균형은 일반의 예비후보자를 국회의원인 예비후보자에 비하여 합리적인 근거 없이 불리하게 차별대우하고 선거운동에 있어서의 기회균등을 박탈한 것이다.

【심판대상조문】

공직선거및선거부정방지법(2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것) 제58조(정의등)

① 이 법에서 "선거운동"이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 행위는 선거운동으로 보지 아니한다.

1. 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시
2. 생략

3. 정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사 표시

4. 생략

② 생략

공직선거및선거부정방지법(2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것) 제59조(선거운동기간) 선거운동은 당해 후보자의 등록이 끝난 때부터 선거일전일까지에 한하여 이를 할 수 있다.

공직선거및선거부정방지법(2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것) 제111조(의정활동보고) ① 국회의원 또는 지방의회의원은 보고회 등 집회·보고서(인쇄물, 녹음·녹화물 및 전산자료 복사본을 포함한다)·개인용 컴퓨터 또는 전화(컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화의 경우를 제외한다)를 통하여 의정활동(선거구활동 기타 업적의 홍보에 필요한 사항을 포함한다)을 선거구민(행정구역 또는 선거구역의 변경으로 새로 편입된 구역의 선거구민을 포함한다)에게 보고할 수 있다. 다만, 대통령선거·국회의원선거·지방의회의원선거 및 지방자치단체의 장 선거의 선거기간개시일부터 선거일까지 직무상의 행위 기타 명목 여하를 불문하고 의정활동을 보고할 수 없다.

②~③ 생략

공직선거및선거부정방지법(2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것) 제254조(선거운동기간 위반죄) ① 생략

② 선거운동기간 전에 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 한 자는 이 법에 다른 규정이 있는 경우를 제외하고는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 벽보·현수막·에드벌룬·표지판·선전탑·광고판 기타 명칭의 여하를 불문하고 선전시설물이나 용구 또는 각종 인쇄물을 사용하여 선거운동을 하거나 하게 한 자

2. 방송·신문·통신 또는 잡지 기타 간행물을 이용하여 선거운동을 하거나 하게 한 자

3. 정견발표회·좌담회·토론회·향우회·동창회 또는 반상회 기타의 집회를 개최하여 선거운동을 하거나 하게 한 자

4. 선거운동을 위한 기구를 설치하거나 사조직을 만들어 선거운동을 하거나 하게 한 자

5. 호별 방문하여 선거운동을 하거나 하게 한 자

③ 제2항에 규정된 방법 외의 방법으로 선거운동기간 전에 선거운동을 하거나 하게 한 자는 1년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다.

【참조판례】

1. 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15
1997. 3. 27. 95헌가17, 판례집 9-1, 219
2. 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15
3. 1995. 11. 30. 94헌마97, 판례집 7-2, 677
4. 1996. 3. 28. 96헌마9 판례집 8-1, 289
1996. 3. 28. 96헌마18 판례집 8-1, 323
1997. 10. 30. 96헌마94 판례집 9-2, 523

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 2000년총선시민연대(2000헌마121사건)
대표자박상중
대리인법무법인 한결(담당변호사 백승헌 외 1인)
법무법인 시민(담당변호사 윤종현 외 1인)
변호사이오영 외 1인
2. 송영길(2000헌마202사건)

【주문】

청구인들의 심판청구를 기각한다.

【이유】

청구인 1은 2000. 4. 13. 실시된 제16대국회의원총선거에서 공천부적격 후보자들이 당선되지 못하도록 시민단체들이 벌이고자 한 낙선운동조차 허용하지 아니한 공직선거및선거부정방지법(이하 "공선법"이라 한다) 제58조, 제59조는 국민의 정치적 의사표현의 자유와 참정권 등을 침해하는 것이라고 주장한다.

청구인 2는 제16대 국회의원총선거의 후보자로 공천받은 변호사인데 현역 국회의원인 후보자에 대하여만 의정보고회와 의정보고서라는 형식을 통하여 선거운동기간전에도 사실상의 선거운동이 가능하도록 허용하는 공선법 제59조, 제111조 제1항, 제254조 제2항, 제3항은 위 청구인의 평등권과 공무담임권을 침해하고 기회균등의 원칙에 반한다고 주장한다.

구체적인 사건의 개요와 심판대상조항, 청구인들의 주장과 관계기관의 의견 등은 별지 1 내지 4와 같다.

심판대상조항의 위헌여부에 대하여 차례로 판단한다.

1. 공선법 제58조 제1항 본문중 "당선되지 못하게 하기 위한 행위" 부분의 위헌여부 (낙선운동의 허용여부)

가. 청구인 1의 주장

공선법 제58조 제1항은 선거운동을 "당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위"라고 정의하여 "당선되지 못하게 하기 위한 행위"도 선거운동으로 규정하고 있다. 그러므로 특정후보를 당선시킬 목적을 가지고 그와 경쟁관계에 있는 다른 후보자가 당선되지 못하게 하는 행위뿐만 아니라 그러한 목적 없이 오직 부적격후보자의 당선을 막고자 하는 낙선운동도 선거운동에 포함되어 동법 제59조 소정의 사전선거운동의 금지를 비롯한 여러가지 규제를 받게 된다.

이점과 관련하여 청구인 1은, 낙선운동은 공직후보자에 대하여 국민이 알아야 할 권리를 충족시키기 위하여 시민단체가 객관적 자료를 제공하고 이로써 유권자의 대표자 선택을 도와주는 공익적 행위이므로 이러한 행위는 선거운동이라기보다는 정치인을 비판하는 국민의 일반적 정치활동에 속하고 이러한 활동의 성질상 본래의 선거운동보다는 부정과 과열의 위험이 적음에도 불구하고 이것을 후보자 등이 당선을 위하여 하는 선거운동과 동일하게 취급하여 여러가지로 규제하는 것은 국민의 정치적 의사표현의 자유와 같은 기본권을 과도하게 제한하여 과잉제한을 금지하는 헌법의 원칙에 위반된다고 주장한다.

나. 쟁점

원래 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 말한다(1994. 7. 29. 93헌가4, 6.

등, 판례집6-2, 15, 33 참조). 따라서 선거운동은, 논의의 편의상, 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 당선의 목적없이 오로지 특정 후보자의 낙선만을 목적으로 하여 후보자편 이외의 제3자가 벌이는 낙선운동(이하 제3자편의 낙선운동이라 한다)으로 분류할 수 있다. 후보자편의 낙선운동은 성질상 당선운동의 한 형태로 보아야 할 것이고 제3자편의 낙선운동은 특정 후보자의 당선을 직접 목적으로 하는 것이 아니라는 점에서 이를 후보자편의 낙선운동과 일응 의미상으로 구별하여 생각해 볼 수 있다.

이러한 분류를 청구인 1의 위와 같은 주장에 적용하여 보면 그 주장은 결국, 같은 선거운동이라도 제3자편의 낙선운동은 후보자편의 낙선운동 내지 당선운동과는 본질적으로 다른 것임에도 불구하고 이를 같은 선거운동으로 보아 똑같이 규제하는 것은 헌법에 어긋난다는 데에 귀착한다. 그러므로 쟁점은 제3자편의 낙선운동이 후보자편의 당선운동과 본질적으로 다른 것인가 또는 본질적으로 동일한 것인가 하는 것이다.

다. 판단

(1) 당선운동과 낙선운동의 불가분리성

① 복수의 후보자 중에서 1인만을 선출하는 선거에 있어서 특정 후보자의 당선은 다른 후보자들의 낙선과 표리를 이루어 양자는 불가분리의 관계에 있다. 특정 후보자가 다른 후보자의 낙선없이 당선된다는 것은 불가능하기 때문이다. 따라서 당선운동은 그 운동의 한 형태로 낙선운동을 항상 포함하고 또한 당선운동은 언제나 낙선운동으로서의 의미를 함께 가지게 된다.

그런데 우선 첫째로 청구인 1과 같은 제3자편의 낙선운동이 실제로 선택하는 운동의 방법이나 형식은, 그것이 단순한 의견개진이나 의사표시의 수준을 넘어서서 의도적이고 조직적이며 계획적인 운동의 수준에 이르는 것인 이상,

후보자편의 낙선운동이 취하는 운동의 방법, 형식과 다를 것이 없다. 또한 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. 제3자편의 낙선운동의 표적이 된 후보자와 경쟁관계에 있는 후보자의 입장에서 볼 때에는 제3자편의 낙선운동은 자기의 선거운동을 대신 하여주는 결과가 된다.

그렇다면 제3자편의 낙선운동과 후보자편의 당선운동(후보자편의 낙선운동을 포함한다)은 운동의 방법이 동일하고 효과가 동일하여 양자는 불가분리의 관계에 있어 이를 구별할 만한 본질적인 차이가 없다.

② 다만, 제3자편의 낙선운동은 그 주관적인 의사에 있어서 특정 후보자의 당선을 위한다는 목적이 없고 단지 부적격 후보자의 당선을 막는다는 공익적 목적을 가지고 있다는 점에서 후보자편의 낙선운동과 일응 구별된다. 그러나 제3자편의 낙선운동이 그 주관적인 목적과는 관계없이 실제의 행동방식과 효과에 있어서는 다른 후보자의 당선을 위하여 하는 선거운동과 다를 것이 없는데 이 점은 이미 위에서 본 바와 같다. 결국 부적격 후보자에 대한 낙선운동은 적격 후보자에 대한 당선운동이 되고 만다. 행위자의 내심의 목적이 다르다고 하는 것이 실제의 결과에 있어서는 그에 상응하는 차이를 가질 수 없는 경우에 해당하는 셈인데 이러한 경우 그 목적의 차이라고 하는 것은 행위의 본질적 요소가 되지 못한다고 보는 것이 합당하다.

③ 따라서 제3자편의 낙선운동과 후보자편의 낙선운동이 본질적으로 다르다는 전제 위에서 있는 청구인 1의 위헌주장은 더 살필 필요없이 이유없다 할 것이다.

(2) 정치적 의사표현의 자유에 대한 보장

제3자편의 낙선운동까지도 선거운동에 포함됨으로 말미암아 이러한 낙선운동의 시기나 방법 등에 관하여 공선법에 의한 여러 가지 제약이 가해지는데 이것은 국민의 기본권인 정치적 의사표현의 자유와 참정권을 과도하게 제한한다고 청구인 1은 주장한다.

이미 위에서 본 바와 같이 이러한 주장은 제3자편의 낙선운동과 후보자편의 낙선운동이 본질적으로 다르다는 전제 위에서 있는 것이어서 그러한 전제가 부정되는 이상 더 나아가 판단할 필요도 없는 것이긴 하지만 한편 위 주장은, 공선법의 규제를 받아야 하는 선거운동의 범위를 제3자편의 낙선운동까지를 포함하도록 지나치게 넓게 확장시킴으로써 국민의 정치적 의사표현의 자유 내지 참정권을 과도하게 제한한다는 주장으로도 볼 수 있으므로 이러한 측면에 관하여 마저 검토한다.

① 헌법 제37조 제2항에 의하면 국민의 기본권을 법률로써 제한하는 것이 가능하다고 하더라도 그 본질적 내용을 침해할 수 없고 또한 과잉금지의 원칙을 어겨서도 아니된다. 과잉금지의 원칙은 국민의 기본권을 제한함에 있어서 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성이 인정되어야 함을 의미하며 그 어느 하나라도 인정되지 아니하면 위헌이 된다는 헌법상의 원칙을 말한다(헌재 1997. 3. 27. 95헌가17, 판례집9-1, 219, 234 참조).

공선법 제58조 제1항 본문은 당선되지 못하게 하기 위한 행위 모두를 선거운동으로 규정

한 결과 공선법상의 여러 제약을 받게 되어 일견 국민의 정치적 표현의 자유 내지 참정권이 제한되고 있는 것으로 볼 수 있다.

② 공선법은 제1조에서 정하고 있는 바와 같이 "선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 공정히 행하여지도록 하고, 선거와 관련된 부정을 방지하는 것"을 목적으로 하고 있고 제58조 제2항에서 "누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다. 그러나 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 금지 또는 제한되는 경우에는 그러하지 아니하다"라고 규정하면서 법 제59조부터 제118조에 걸쳐 선거운동의 주체, 기간, 방법 등에 관한 자세한 규정을 두어 선거의 공정을 추구하고 있다. 그런데 청구인 1이 주장하는 유권자운동으로서의 낙선운동은 특정인의 당선을 목적으로 함이 없이 부적격후보자의 낙선만을 목적으로 하고 있다는 점에서 특정인의 당선을 목적으로 경쟁후보가 당선되지 못하게 하는 선거운동과 의미상으로는 일응 구별되기는 하지만 이 양자가 실제 선거결과에 미치는 영향은 그 차이를 인정할 수 없다. 객관적으로 구별해내기 어려운 당선의 목적 유무라는 주관적 사유로 양자의 규제를 달리 한다면 공선법의 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 공정을 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.

한편 공선법은 청구인 1과 같은 시민단체의 선거운동을 보장하기 위한 여러 규정을 두고 있다. 즉 동법 제87조에서 후보자 등의 초청대담·간담회를 개최할 수 있는 단체가 그 명의 또는 그 대표의 명의로 선거운동을 할 수 있게 하였으므로 시민단체는 선거운동기간 중 도로·시장·점포·다방·대합실 기타 다수인이 왕래하는 공개된 장소에서 선거운동을 할 수 있고(동법 제106조 제2항), 컴퓨터통신의 게시판·자료실 등 정보저장장치에 선거운동을 위한 정보를 게시하여 선거구민이 열람하게 하거나 대화방·토론실에 참여하여 선거운동을 할 수도 있다(동법 제82조의3 제1항). 나아가 선거운동기간전에도 동법 제58조 제1항 단서 제3호에 의하여 정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시를 할 수도 있다. 이와 같이 공선법은 시민단체가 공직선거에 임하여 객관적 자료를 제공하여 공직후보자에 대한 국민의 알 권리를 충족시키고 유권자의 대표자 선택을 도울 수 있는 길을 열어두어 법익침해를 최소화하기 위한 배려를 하고 있다.

이처럼 비록 이 사건 법률조항이 특정 후보자의 당선을 위한다는 목적이 없는 제3자편의

낙선운동도 선거운동으로 규정하여 그에 따른 규제를 하고 있다 할지라도 국민의 정치적 의사표현의 자유에 대한 제한이 최소한에 그치도록 위에서 본 바와 같은 여러 보완조항을 두고 있음에 비추어 볼 때 이 규정으로 인한 표현의 자유에 대한 제한과 선거의 공정이라는 공익 사이에 균형이 유지되고 있다고 할 것이다.

따라서 제3자편의 낙선운동을 선거운동에 포함시키고 있는 이 사건 법률조항은 국민의 정치적 의사표현의 자유나 참정권을 침해한 것이라고 할 수 없다.

(3) 소결

제3자편의 낙선운동과 후보자편의 당선운동을 똑같은 선거운동으로 규정하여 공선법상의 여러가지 규제를 동일하게 가하는 것 자체는, 위 두가지가 본질적으로 동일한 것에 속하므로 위헌의 문제는 야기하지 않는다.

다만, 제3자편의 낙선운동을 포함하는 선거운동 일반에 대한 규제의 일부, 예컨대 사전선거운동의 금지와 같은 것에 대하여 뒤에서 보는 바와 같이 위헌의 문제가 거론될 수 있음은 물론이지만 이것은 별개의 문제이므로 따로 검토한다.

2. 공선법 제58조 제1항 단서 제1, 3호의 위헌여부(명확성의 원칙위반여부)

가. 쟁점

공선법 제58조 제1항은 선거운동을 "당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위"라고 정의하면서 그 단서 제1호에서 "선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시", 제3호에서 "정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시"는 선거운동으로 보지 않는다고 규정하고 있다. 그리고 동법 제59조는 선거운동기간전의 선거운동을 금지하고 이를 위반한 자에 대하여는 동법 제254조 제2항, 제3항에 의하여 형사처벌을 하고 있다. 그런데 위 단서조항 중 "단순한 의견개진 및 의사표시"와 "단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시"의 의미가 모호하여 처벌조항의 구성요건이 명확하지 아니하므로 이 규정들은 헌법상 죄형법정주의 내지는 법치국가원리의 한 표현인 명확성의 원칙에 위배된다고 청구인 1은 주장한다.

나. 판단

명확성의 원칙은 기본적으로 모든 기본권제한 입법에 대하여 요구되는 것으로서, 법률의 의미내용으로부터 무엇이 금지되는 행위이고 무엇이 허용되는 행위인지 국민들이 알 수 없다면 법적 안정성과 예측가능성을 확보할 수 없게 되고, 또한 법 집행당국의 자의적 집

행을 막기 어렵게 된다는 데서 도출되는 헌법상의 원칙이다.

우리 재판소는 1994. 7. 29. 선고 93헌가4, 6(병합)결정에서 구 대통령선거법(1987. 11. 7. 법률 제3937호로 전문개정되고 1992. 11. 11. 법률 제4495호로 개정된 것) 제33조 제2항의 "선거에 관한 단순한 의견의 개진·입후보를 위한 준비행위 및 선거운동을 위한 준비행위와 정당의 통상적인 활동은 선거운동으로 보지 아니한다"라는 규정이 명확성의 원칙에 반하지 않는다고 설시한 바 있는데 그 설시의 요지는 다음과 같다.

「법 제33조 제1항은 선거운동을 "당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위"라고 정의하고, 선거에 관한 단순한 의견의 개진 등은 선거운동이 아니라고 규정하고 있다. 여기에서 "당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위"라는 말과 "단순한 의견개진"이라는 말은 애매하고 불명확한 요소가 있고, 광범위한 해석의 여지가 없지 아니하다. 그러나 이러한 입법의 애매성은 통상적인 해석방법에 의하여 해소될 수 있는 것 인가가 문제이고 해석으로 선거운동과 단순한 의견개진 등 선거운동이 아닌 것과의 구별을 가능하게 하는 잣대를 제공할 수 있다면 위헌이라고 말할 수 없다.

위 법률조항들의 입법목적, 법에 규정된 선거운동 규제조항의 전체적 구조 등을 고려하면 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(반대 후보자의 낙선)에의 목적성, 그 목적성의 객관적 인식가능성, 능동성 및 계획성이 요구된다 할 것이다.

선거운동을 위와 같이 풀이한다면 법집행자의 자의를 허용할 소지를 제거할 수 있고, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이면 누구나 그러한 표지를 갖춘 선거운동과 단순한 의견개진을 구분할 수 있을 것이므로 헌법 제12조 제1항이 요구하는 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.」

위 결정에서 구 대통령선거법 제33조 제2항의 위헌 여부에 관하여 판단한 바는 위 구법 규정과 동일한 내용을 규정한 이 사건 공선법 제58조 제1항 단서 제1호에 관하여도 그대로 타당하고 이를 달리 판단하여야 할 아무런 사정의 변경도 없다.

또한 위 결정의 설시이유는 공선법 제58조 제1항 단서 제3호 소정의 "정당의 후보자추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시"의 이해에 관하여도 그대로 적용할 수 있고 이와 달리하여야 할 다른 사정이 있다고 볼 수 없다.

그렇다면 공선법 제58조 제1항 단서 제1, 3호의 규정은 명확성의 원칙에 위배되지 아니한다.

3. 공선법 제59조의 위헌여부(선거운동기간제한의 위헌여부)

가. 쟁점

공선법 제33조는 선거기간 즉 후보자 등록신청 개시일부터 선거일까지의 기간을 대통령 선거는 23일, 국회의원선거와 지방자치단체의 장 선거는 17일, 지방의회의원선거는 14일로 규정하고 공선법 제59조는 "선거운동은 당해 후보자의 등록이 끝난 때부터 선거일 전일까지에 한하여 이를 할 수 있다"고 규정함으로써 선거운동의 기간을 선거기간보다도 더 단기간으로 규정하고 있다. 청구인들은 이러한 단기간에만 선거운동을 할 수 있게 하는 것은 국민들이 갖는 선거운동의 자유와 정치적 의사표현의 자유를 침해하고 참정권을 침해하며 지명도가 높은 기성정치인에 비하여 신인정치지망생을 불리하게 차별함으로써 평등의 원칙에 위배된다고 주장한다.

나. 판단

우리 재판소는 1994. 7. 29. 선고한 93헌가4·6(병합) 결정에서 선거운동기간을 제한한 구 대통령선거법(1987. 11. 7. 법률 제3937호로 전문개정되고 1992. 11. 11. 법률 제4495호로 개정된 것) 제34조를 합헌이라고 판시한 바 있는데, 그 이유의 요지는 다음과 같다.

「기간의 제한없이 선거운동을 무한정 허용할 경우에는 후보자간의 지나친 경쟁이 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. 우리나라는 반세기 가까이 수많은 선거를 치러 왔으면서도 아직껏 우리가 바라는 이상적인 선거풍토를 이루지 못하고 금권, 관권 및 폭력에 의한 선거, 과열선거가 항상 문제되어 왔다. 이러한 상황아래 위와 같은 폐해를 방지하고 공정한 선거를 실현하기 위하여 선거운동의 기간에 일정한 제한을 두는 것만으로 위헌으로 단정할 수는 없다. 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 수 있다. 그러나 경쟁후보자의 비난에 대한 반박기회의 상실문제는 선거일 당일까지

선거운동을 할 수 있다고 하더라도 시간적인 한계 때문에 여전히 발생할 수 있는 것이고, 오히려 선거일 당일의 끊임없는 비난과 반박으로 인하여 발생할 혼란으로부터 유권자를 보호할 필요가 있으므로 선거일 전일까지로 선거운동기간을 제한하는 것을 나무랄 수 없다. 법 제34조에서 정하는 선거운동의 기간제한은 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 아니하고, 따라서 그 벌칙조항인 제162조 제1항 제1호 중 제34조 부분 역시 헌법에 위반되지 아니한다.」

또한 헌재 1995. 11. 30. 선고 94헌마97 사건(판례집 7-2, 677, 689)에서도 위 판시이유를 원용하여 선거운동기간을 제한한 구 공선법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정되고 1994. 12. 22. 법률 제4796호로 개정되기 전의 것) 제59조가 헌법에 위반되지 않음을 선언하였다.

이 사건에 있어서도 위 결정과 달리 판단할 사정의 변경이나 필요성이 있다고 인정되지 아니하므로 공선법 제59조는 헌법에 위반되지 아니한다.

4. 공선법 제111조 제1항의 위헌여부(의정보고회의 허용여부)

가. 쟁점

공선법 제111조 제1항은 현역의원에게 대하여 선거기간 개시 전날까지 의정활동을 지역구 주민에게 보고할 수 있도록 허용하고 있을 뿐아니라 나아가 그 의정활동의 보고방법에 관하여 아무런 제한을 두고 있지 아니하므로 현역의원은 선거기간 개시전에는 이른바 의정활동보고의 형식으로, 선거운동기간 개시후에는 법정선거운동방법으로 각각 선거운동을 할 수 있어 사실상 기간의 제한없이 선거운동을 할 수 있게 되어 있는데 이는 현역의원 이 아닌 입후보자와의 관계에서 평등의 원칙에 반한다고 청구인 2는 주장한다.

나. 판단

우리 재판소는 1996. 3. 28. 선고 96헌마9등 사건 및 1996. 3. 28. 선고 96헌마18등 사건과 1997. 10. 30. 선고 96헌마94 사건 등에서, 현직 국회의원 등이 선거기간 개시일부터 선거일까지 의정활동 등 보고를 할 수 없도록 규정한 구 공선법 제111조(1995. 12. 30. 법률 제5127호로 개정되고 1997. 1. 13. 법률 제5262호로 개정되기 전의 것)가 평등권, 공무담임권, 표현의 자유를 침해하는 것이 아니고 선거운동 기회균등 보장의 원칙에도 반하는 것이 아니라고 판시한 바 있는데, 위 96헌마9등 사건의 결정요지는 다음과 같다.

「국회의원의 의정활동보고는 국회의원이 국민의 대표로서 행한 의회에서의 정치적 활동을 자신을 선출한 선거구민에게 직접 보고하는 행위로서 국회의원이 주권자인 국민의 의사를 대변하여 대의정치가 구현되도록 하는 기능을 가지는 것이다. 따라서 이는 국회의원의 정치적 책무이고 고유한 직무활동이므로 특별한 사정이 없는 한 자유롭게 허용됨이 상당하다.

그러나 위 조항이 선거운동기간 개시전의 의정활동보고에 대하여 아무런 제한없이 이를 허용하는 결과 국회의원인 예비후보자가 의정활동보고라는 구실로 사실상의 사전선거운동을 하는 것이 가능하게 되고 또 그에 대한 단속의 손길도 제대로 미치지 아니하기 때문에 사전선거운동의 엄격한 제한을 받는 국회의원이 아닌 예비후보자에 비하여 국회의원의 예비후보자가 훨씬 더 많은 선거운동의 기회를 갖게 되는 불평등이 필연적으로 생겨난다는 점이 일응 문제로 지적된다.

그렇지만 위 조항의 해석상 선거운동기간전에 허용되는 것은 어디까지나 국회의원이 국민의 대표로서의 지위에서 행하는 순수한 의정활동보고일 뿐이고 의정활동보고라는 명목 하에 이루어지는 형태의 선거운동이 아니다. 왜냐하면 선거운동기간전에 이루어지는 정치적 집회가 아무리 의정활동보고라는 형식과 명칭을 갖추었다고 하더라도 그 내용이 당해 선거에 있어 당해 국회의원으로 하여금 당선되거나 당선되게 하거나 다른 예비후보자들이 당선되지 못하게 하는 선거운동의 실질을 갖추고 있는 한 그것이 허용될 수 없음은 사전선거운동을 금지하고 그에 대한 형사처벌을 규정하고 있는 법규정의 취지에 비추어 명백하기 때문이다. 그러므로 국회의원이 행하는 사실상의 사전선거운동이 제대로 단속되지 아니함으로써 생겨나는 선거운동기회의 불균형은 집행의 불공정 내지는 불철저로 인한 사실상의 불평등일 뿐 위 조항의 규정으로 인한 법률상의 불평등이라고 볼 수 없다.

다만, 국회의원이 그 직무상 행하는 의정활동보고라고 하더라도 그것은 필연적으로 국회의원 개인의 정치적 활동이나 업적에 대한 선전을 포함하게 되어 있으므로, 그 범위내에서 국회의원인 예비후보자와 국회의원이 아닌 예비후보자 사이에 개별적인 정치활동이나 그 홍보의 기회라는 면에서 현실적인 불균형이 생겨날 가능성이 있는 것은 사실이나 이는 이 법이 국회의원이 가지는 고유한 권능과 자유를 선거의 공정을 해치지 아니하는 범위 내에서 가능한 한 넓게 인정하고 보호하는 결과 생겨나는 사실적이고 반사적인 효과에 불과한 것이다.

과연 그렇다면 위 조항이 선거운동기간의 개시 이후로만 한정하여 국회의원의 의정활동보고를 금지하고 있다고 하여 그로 인하여 국회의원이 아닌 예비후보자를 국회의원인 예비후보자에 비하여 불합리하게 차별 대우하는 자의적인 입법으로서 평등권이나 공무담임권 및 선거구민의 표현의 자유를 침해하고 선거운동의 기회균등을 보장한 헌법 제116조 제1항에 반하는 위헌규정이라고 할 수 없다.」

구 공선법 제111조(1995. 12. 30. 법률 제5127호로 개정되고 1997. 1. 13. 법률 제5262호로 개정되기 전의 것)에 관하여 위 각 사건에서 표명한 합헌결정의 이유는 위 구법 조항과 동일한 내용을 규정하고 있는 이 사건의 공선법 제111조 제1항에 관하여도 그대로 타당하고 이 사건에서 이를 달리 판단하여야 할 특별한 사정변경이 있는 것도 아니므로 공선법 제111조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다.

5. 공선법 제254조 제2, 3항의 위헌여부(선거운동기간위반행위에 대한 처벌규정의 위헌여부)

공선법 제254조 제2항 및 제3항은 선거운동기간 동안에만 선거운동을 할 수 있도록 규정한 동법 제59조를 위반하여 선거운동기간전에 선거운동을 한 자를 처벌하는 벌칙규정으로서 행위태양에 따라 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금(제2항), 혹은 1년 이하의 징역 또는 200만원이하의 벌금(제3항)을 법정형으로 규정하고 있다.

공선법 제59조가 평등권 등을 침해하는 것이 아님은 앞에서 실시한 것과 같은바, 그 이치는 위 제59조의 위반행위를 처벌하는 제254조 제2, 3항에서도 마찬가지이다. 덧붙여, 같은 조항의 법정형은 지나치게 높다고 보여지지 아니하며 같은 조항이 헌법에 의하여 보호되는 다른 기본권을 침해한다고 볼 다른 사정도 없다.

우리 재판소는 1994. 7. 29. 선고한 93헌가4·6(병합) 결정에서 선거운동기간을 제한한 구 대통령선거법(1992. 11. 11. 개정된 법률 제4495호) 제34조를 합헌이라고 판시하면서 아울러 그 벌칙조항인 제162조 제1항 제1호 중 제34조 부분 역시 같은 이유로 헌법에 위반되지 아니한다고 일찌기 판시한 바 있음은 이미 위에서 본 바와 같고 이 사건에서 이와 달리 판단할 무슨 사정변경이 있는 것도 아니다.

그렇다면 공선법 제254조 제2항 및 제3항은 평등권 등을 침해하는 위헌의 규정이라고 볼 수 없다.

6. 결론

그렇다면 청구인들의 심판청구는 이유없어 이를 각 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 공선법 제111조 제1항에 대한 재판관 윤영철, 재판관 하경철, 재판관 김효중, 재판관 김경일의 아래 7.과 같은 반대의견(위헌의견)이 있는 외에는 관여재판관 전원의 의견일치에 의한 것이다.

7. 재판관 윤영철, 재판관 하경철, 재판관 김효종, 재판관 김정일의 공선법 제111조 제1항에 대한 반대의견(위헌의견)

우리는 위 법 조항이 위헌규정이라고 인정하므로 이에 관한 우리의 의견을 밝힌다.

가. 우리 헌법은 제11조 제1항에서 모든 국민은 법 앞에 평등하며 누구든지 사회적 신분에 의하여 정치적 생활의 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다고 규정함으로써 정치적 생활영역에 있어서도 평등의 원칙이 그대로 적용됨을 선언하고, 특히 선거운동에 관하여는 제116조 제1항에서 "선거운동은 각급 선거관리위원회의 관리하에 법률이 정하는 범위 안에서 하되, 균등한 기회가 보장되어야 한다"고 규정함으로써 선거운동에 있어서의 기회균등의 보장을 요구하고 있다.

공선법은 이러한 헌법규정의 취지에 따라 선거의 공정 및 선거운동의 기회균등의 보장을 위하여 선거운동의 주제, 기간, 방법 및 비용 등에 관하여 여러 가지 규제를 하고 있는데, 그 중 선거운동의 기간에 관하여는 제59조에서 "선거운동은 당해 후보자의 등록이 끝난 때부터 선거일 전일까지에 한하여 이를 할 수 있다"고 규정함으로써 이 선거운동기간 전의 이른바 사전선거운동을 금지하고 이를 위반하였을 경우에는 형사처벌을 받도록 하고 있다(법 제254조). 한편 공선법 제58조 제1항 본문은 "이 법에서 '선거운동'이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다"고 규정하고 있으므로 특정 선거에 있어서 특정한 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다)의 당선 또는 낙선을 목적으로 하는 일체의 행위가 모두 선거운동이 되며, 당선 또는 낙선을 목적으로 하여 행하여지는 이상 그것이 직접적이거나 간접적이거나를 묻지 않는다고 풀이된다.

따라서 어떤 특정신분의 사람들에게만 합리적 이유 없이 직접 또는 간접의 사전선거운동을 사실상 가능하게 하는 법률조항이 있다면 이는 앞서 본 헌법규정들에 반하는 위헌규정이라고 볼 수밖에 없다.

나. 공선법 제111조 제1항은 "국회의원……은 보고회 등 집회·보고서(인쇄물·녹음·녹화물 및 전산자료 복사본을 포함한다)·개인용 컴퓨터 또는 전화(컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화의 경우를 제외한다)를 통하여 의정활동(선거구활동 기타 업적의 홍보에 필요한 사항을 포함한다)을 선거구민(행정구역 또는 선거구역의 변경으로 새로 편입된 구역의 선거구민을 포함한다)에게 보고할 수 있다. 다만, ……국회의원선거……의 선거기간 개시일부터 선거일까지 직무상의 행위 기타 명목 여하를 불문하고 의정활동을 보고할 수 없다."고 규정하고 있다. 원래 국회의원의 의정활동보고는 대의민주제도의 기본원리에 기초한 것으로서 국회의원이 자신을 선출해 준 선거구민에 대하여 자신이 국회의원으로 수행한 활동내용을 보고하는 직무상의 행위임에도 불구하고, 위 조항은 그러한 활동이 선거기간 중에 행하여질 경우에는 선거의 공정을 해할 우려가 있다고 보아 이를 금지한 것으

로 이해된다.

그런데, 위 법조항에 의하면 국회의원의 의정활동보고는 당해 선거의 선거기간 개시일부터 선거일까지 이를 할 수 없도록 금지되어 있으므로 국회의원은 선거기간의 개시 전이면 그때 그가 이미 당해 선거의 후보자로서 지명되거나 예정되고 그 사실이 대외적으로 공표된 경우(이하 "예비후보자"라 한다)라도 의정활동 보고의 방법으로서 불특정 다수의 선거구민을 상대로 자신의 국회의원으로서의 활동상황을 홍보하는 각종 보고집회나 홍보물의 배포 등이 가능하다.

다. 그러나 선거기간 개시일의 전이라 할지라도 선거가 임박한 시기에 있어서 예비후보자가 행하는 이러한 의정활동 보고는, 그 선거에서의 자신의 당선에 직접·간접으로 필요하거나 유리한 홍보행위로서 선거운동(법 제58조 제1항 참조)으로서의 성격을 띠고 있다 할 것이고, 백보를 양보하더라도 의정활동 보고로서의 성격과 선거운동으로서의 성격을 아울러 갖는 정치활동이라고 봄이 상당하며 이 두 성격의 경계는 매우 모호하다.

따라서, 공선법 제111조 제1항에 의하면, 예비후보자로서의 지위를 겸하는 국회의원의 경우에 있어서는 예비후보자의 입장에서 선거운동기간 전에 사실상의 선거운동을 하면서도 명목상은 국회의원의 지위에서 한 의정활동 보고이었다는 변명이 가능하게 되고, 그 당연한 결과로서 예비후보자의 지위를 겸한 국회의원은, 국회의원이 아니어서 의정활동 보고를 할 수 없고, 또 법(제59조, 제254조)에 의하여 선거기간 개시 전의 사전선거운동이 엄격하게 제한되는 일반의 예비후보자에 비하여, 사실상 더 긴 기간 동안 더 많은 선거운동의 기회를 갖게되는 불균형이 생긴다.

물론, 이러한 불균형은 국회의원에게 부여된 정치적 활동의 자유를 보장하는 반사적 결과라는 측면도 있다. 그러나 이 법은 선거의 공정이라는 공익을 위하여 선거기간중의 의정활동 보고를 금지함으로써 이미 위와 같은 자유를 제한하기로 하고 있고, 국회의원이 예비후보자로서 확정되고 공표된 시점 이후에 행하는 의정활동보고가 사실상 선거운동의 성격을 띠고 있는 것이라면, 적어도 "선거의 공정을 해할 우려"라는 관점에 있어서는 그 명목이 선거기간 개시 전의 의정활동 보고라 하여 선거기간 개시후의 본래의 선거운동과 실질적으로는 아무 것도 다를 것이 없다.

라. 더욱이 공선법 제111조 제1항은 구 공직선거및선거부정방지법(1995. 12. 30. 법률 제5127호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제111조가 선거일 전 30일부터 선거일까지 의정활동 보고를 금지하였던 것을, 선거기간 개시일부터 선거일까지만 금지한다고 규정함으로써 의정활동 보고의 허용기간을 14일간 연장하고 있다. 얼핏 보면 이는 입법자의 형성의 자유에 속하는 영역으로서 이 정도의 기간의 차이를 두고 헌법재판소가 관여할 문제가 아니라고 볼지도 모른다. 그러나 실질적·기능적 측면에서 보면 구 공직선거및선거부정방지법규정과 이 법의 규정 사이에는 단순한 양적(기간상) 차이가 아니라 "질적 차이"가 있

음에 유의하여야 한다. 왜냐하면 국회의원인 예비후보자의 경우 구 공직선거및선거부정방지법규정에 의하면 의정활동 보고의 허용기간과 선거운동기간 사이에 일정한 간격(대개의 경우 14일)이 있었음에 반하여, 이 사건 법률의 규정에 의하면 이러한 간격이 없이(즉 통상 선거기간 개시일에 후보자 등록신청을 하게 되므로) 선거기간 개시일의 전일까지는 의정활동 보고라는 명목으로, 선거기간 개시일부터는 본래의 선거운동으로 계속하여 실질적인 선거운동을 할 수 있다는 점에서, 후보자등록기간(법 제49조 제1항)의 첫날 등록한 경우라도 16일의 선거운동기간 동안만 선거운동을 할 수 있는 원외후보자와의 사이에, 사실상 선거운동의 출발시점을 달리하게 되기 때문이다.

그러므로 공선법 제111조 제1항이 선거기간 중의 의정활동 보고만을 금지하고 선거기간 개시 전의 의정활동은 아무런 시기의 제한 없이 이를 허용함으로써 생겨나는 위와 같은 선거운동기회의 불균형은 "선거의 공정"이라는 법목적과 우리의 선거현실에 비추어 도저히 합리적 근거가 있다고 보기 어렵다.

마. 그렇다면 결국 공선법 제111조 제1항은 일반의 예비후보자를 국회의원인 예비후보자에 비하여 합리적인 근거 없이 불리하게 차별대우하고 선거운동에 있어서의 기회균등을 박탈한 것으로서, 평등의 원칙을 선언한 헌법 제11조 제1항과 선거운동에 있어서의 기회균등의 보장을 명한 제116조 제1항에 반하는 위헌규정이고, 그로 말미암아 일반의 예비후보자인 청구인들의 평등권과 공무담임권이 침해된 것이라 아니할 수 없다.

다만, 공선법 제111조 제1항은 의정활동 보고의 금지기간 뿐 아니라 일반적 의정활동 보고에 관하여도 규정하고 있으므로 이 조문에 대하여 단순위헌선고를 하는 경우에는 위조항에 의한 통상적 의미에 있어서의 의정활동 보고조차 금지되어 더욱 심한 위헌상태에 이르게 되고, 그렇다고 선거기간 개시전의 어느 일정시점부터 의정활동 보고를 할 수 없도록 제한하는 것은 우리 재판소가 국회의 입법형성권을 침해하는 것이 되므로, 이 경우의 주문형태로서는 헌법불합치의 선언을 함과 동시에 일정 시점까지 위 조항의 개정을 명하는 것이 상당하다고 본다.

재판관 윤영철(재판장) 한대현 하경철 김영일 권성(주심) 김효종 김경일 송인준 주선회

[별지 1]

사건의 개요

1. 2000헌마121 사건

청구인 1은 2000. 4. 13. 실시된 제16대국회의원총선거를 앞두고 전국의 412개의 시민단체가 부패·무능정치인심판과 왜곡된 정치구조개혁, 국민주권찾기시민행동을 목적으로 설립한 단체이다. 위 청구인은 위 제16대국회의원총선거에 관련하여 2000. 1. 24. 및 같은 해 2. 2. 총 109명의 후보자공천부적격자를 발표하면서 공천부적격자가 공천되면 대대적인 낙선운동을 하겠다고 선언하였는데, 공직선거및선거부정방지법 제58조, 제59조에 의하여 선거운동기간이전에는 위 낙선운동을 할 수 없게 되자 이들 규정이 위 청구인의 정치적 의사표현의 자유와 국민의 참정권등을 침해하고 있다고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 2000헌마202 사건

청구인 2는 2000. 2.말 새천년민주당으로부터 같은 해 4. 13. 실시될 예정인 제16대 국회의원총선거에서 인천광역시 계양선거구 국회의원후보자로 공천받은 자인데, 같은 지역구에 출마예정인 현역 국회의원은 1999. 10.부터 의정보고회와 의정보고서를 통하여 자신의 의정활동을 선전하는 홍보활동을 하여 왔음에 비하여 위 청구인은 선거운동개시일 전까지는 자신의 출마사실조차 홍보할 기회를 갖지 못하게 되자 이에 관한 공직선거및선거부정방지법 제59조, 제111조 제1항, 제254조 제2항, 제3항이 평등권과 공무담임권을 침해하고 있고, 헌법 제116조 제1항 소정의 기회균등의 원칙에 반한다고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

[별지 2]

심판대상조항

1. 심판대상

가. 2000헌마121 사건

공직선거및선거부정방지법(2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것) 제58조 제1항 본문중 "당선되지 못하게 하기 위한 행위"부분 및 단서 제1, 3호와 제59조의 위헌여부

나. 2000헌마202 사건

공직선거및선거부정방지법(2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것) 제59조, 제111조 제1항, 제254조 제2항, 제3항의 위헌여부

2. 심판대상조항의 내용

제58조(정의등)①이 법에서 "선거운동"이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 행위는 선거운동으로 보지 아니한다.

1. 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시
2. 생략
- 3.정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사 표시
4. 생략

제59조(선거운동기간)선거운동은 당해 후보자의 등록이 끝난 때부터 선거일전일까지에 한하여 이를 할 수 있다.

제111조(의정활동보고)①국회의원 또는 지방의회의원은 보고회 등 집회·보고서(인쇄물, 녹음·녹화물 및 전산자료 복사본을 포함한다)·개인용 컴퓨터 또는 전화(컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화의 경우를 제외한다)를 통하여 의정활동(선거구활동 기타 업적의 홍보에 필요한 사항을 포함한다)을 선거구민(행정구역 또는 선거구역의 변경으로 새로 편입된 구역의 선거구민을 포함한다)에게 보고할 수 있다. 다만, 대통령선거·국회의원선거·지방의회의원선거 및 지방자치단체의 장선거의 선거기간개시일부터 선거일까지 직무상 행위 기타 명목 여하를 불문하고 의정활동을 보고할 수 없다.

제254조(선거운동기간위반죄)②선거운동기간 전에 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 한 자는 이 법에 다른 규정이 있는 경우를 제외하고는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 벽보·현수막·에드벌룬·표지판·선전탑·광고판 기타 명칭의 여하를 불문하고 선전시설물이나 용구 또는 각종 인쇄물을 사용하여 선거운동을 하거나 하게 한 자
2. 방송·신문·통신 또는 잡지 기타 간행물을 이용하여 선거운동을 하거나 하게 한 자
3. 정견발표회·좌담회·토론회·향우회·동창회 또는 반상회 기타의 집회를 개최하여 선거운동을 하거나 하게 한 자
4. 선거운동을 위한 기구를 설치하거나 사조직을 만들어 선거운동을 하거나 하게 한 자
5. 호별방문하여 선거운동을 하거나 하게 한 자

③ 제2항에 규정된 방법 외의 방법으로 선거운동기간 전에 선거운동을 하거나 하게 한

자는 1년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다.

[별지 3]

청구인들의 주장

1. 2000헌마121 사건

가. 공직선거및선거부정방지법 제58조 제1항 본문의 선거운동 정의에는 "당선되지 못하게 하기 위한 행위"도 포함되어 있어 국민들이 자발적인 의사로 모인 시민사회단체가 특정후보자의 당선을 목적으로 함이 없이 부적격 후보자의 당선을 막기 위하여 하는 유권자운동(낙선운동)도 후보자등이 당선을 위하여 하는 좁은 의미의 선거운동과 마찬가지로 선거운동이 된다. 그 결과 동법 제59조에 의하여 선거운동기간 이전에는 이를 할 수 없게 되었다. 그런데 낙선운동은 시민단체가 공직후보자에 대한 국민의 알권리를 충족시키려는 목적의 실현을 위하여 객관적 자료를 제공하고 유권자의 대표자 선택을 돕기 위한 공익실현을 그 목적으로 하는 행위이므로 후보자 등이 당선을 위하여 하는 선거운동보다는 부정과 과열의 위험이 적으므로 마땅히 이를 구별하여야 하고 이를 제한하려면 국가안전보장, 질서유지, 공공복리에 명백하고 현존하는 위험이 있는 경우에만 필요불가결한 최소한의 제한을 하여야 함에도 후보자등록 개시전까지 후보자 등의 선거운동과 마찬가지로 이를 확실히 금지하는 것은 기본권제한의 한계를 일탈하여 위헌이다.

나. 공직선거및선거부정방지법 제58조 제1항 단서 제1, 3호는 "선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시, 정당의 후보자추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시"는 선거운동으로 보지 아니한다고 규정하고 있으나 위 단서의 각호는 단순한 의견개진과 그렇지 아니한 선거운동을 구별할 수 있는 명확한 개념표지를 제시하지 못하고 있으므로 일반국민으로서는 선거법에 위반되지 않는 발언, 행동의 한계를 알 수 없게 되고 결국 법집행기관의 자의적 해석과 집행에 맡겨지는 결과에 이르게 되어 헌법상 죄형법정주의 및 법치국가원리가 요구하는 명확성의 원칙에 위배된다.

2. 2000헌마202 사건

공직선거및선거부정방지법 제59조, 제254조 등 현행법에 의하면 선거운동은 법이 허용한 기간에만 할 수 있게 되어 있는바, 이러한 선거운동기간의 제한은 의문의 여지없이 정치적 기득권자인 현역의원에게 유리한 반면, 현역의원이 아닌 자에게는 불리하게 작용하는 것이므로 실질적으로 기회균등을 침해할 우려가 있다.

헌법재판소가 1994. 7. 29. 선고 93헌가4, 6(병합)사건에서 대통령선거의 선거운동기간의 제한은 위헌이 아니라고 판시한 바가 있으나 대통령은 단임제이므로 대통령선거에서는 기득권자라는 것이 있을 수 없는 반면, 국회의원선거는 대부분의 지역구선거가 기득권자인 현역의원과 도전자인 입후보자들간의 대항전으로서의 성격을 가지고 있기 때문에 선거운동기간을 과도하게 제한할 경우 이는 기득권자인 현역의원에게 일방적으로 유리하게 작용할 가능성이 명약관화한 것이고, 따라서 국회의원선거에 있어서 선거운동기간을 제한하는 규정의 합헌성은 대통령선거의 그것과 전혀 다른 잣대로 재단하여야 마땅할 것이다.

게다가 동 법 제111조에서는 현역의원에 대하여 선거운동기간 전일까지 의정활동을 지역구 주민에게 보고할 수 있도록 허용하고 있을 뿐아니라 나아가 그 의정활동의 보고방법에 관하여 아무런 제한을 두고 있지 아니하므로 현역의원은 선거운동기간 개시전에는 이른바 의정활동보고의 형식으로, 선거운동기간 개시 이후에는 법정선거운동방법으로 각각 선거운동을 할 수 있어 사실상 기간의 제한없이 선거운동을 할 수 있게 되어 있으므로, 이는 현역의원이 아닌 입후보자와의 관계에서 기회균등의 원리에 반한다.

[별지 4]

관계기관의 의견

1. 2000헌마121 사건에 대하여 중앙선거관리위원회는 특별한 의견이 없다고 회신하였다.
2. 2000헌마202 사건에 대한 법무부장관의 의견

국회의원에게 선거운동기간 개시전에 의정활동보고를 허용하는 것은 국회의원인 국민의 대표로서의 지위에서 행하는 순수한 의정활동보고를 허용하는 것일 뿐이고, 이 때문에 후보자 사이의 개별적 정치활동 또는 홍보의 기회에 있어 현실적으로 불균형이 생겨난다 하더라도 이는 국회의원인 것이 가지는 고유한 기능과 자유를 인정하고 보호하는 결과 초래되는 사실적이고 반사적인 효과에 불과하다. 그러므로 국회의원에게 선거운동기간 개시전에 의정활동보고를 허용한다 하여 평등권 등을 침해한다거나 선거운동의 기회균등을 보장한 헌법 제116조 제1항에 반한다 할 수 없다.

3

선거운동기간을 정한 공직선거법 제59조 및 의정보고회에서 다과 제공을 허용한 구 공직선거법 제112조제2항제3호의 과잉금지의 원칙 등 위반 여부

■ 공직선거및선거부정방지법 제59조 등 위헌확인, 1995. 11. 30. 94헌마97 ■

【판시 사항】

1. 장래에 발생할 기본권(基本權) 침해(侵害)에 대하여 ‘현재성(現在性)’요건을 인정한 사례
2. 선거운동기간을 제한하고 있는 공직선거(公職選舉)및선거부정방지법(選舉不正防止法) 제59조의 위헌 여부
3. 공직선거(公職選舉)및선거부정방지법(選舉不正防止法) 제254조 제2항 제4호의 위헌 여부
4. 공직선거(公職選舉)및선거부정방지법(選舉不正防止法) 제112조 제2항 제3호가 의례적인 기부행위에 대하여 현직 국회의원 등의 입후보자와 그 밖의 입후보자를 합리적 이유없이 차별하는 것인지 여부
5. 정치자금(政治資金)에관한법률(法律) 제3조 제8호가 후원회의 기부대상자를 국회의원입후보등록자에 한정하는 것이 위헌인지 여부

【결정 요지】

1. 이 사건 심판대상조항에 의한 기본권 침해가 형사사건의 상고심에서 원심으로 형이 확정되어야 현실적으로 발생하는 것이더라도 여러 사정에 비추어 법률심인 상고심에서 원심판결이 번복될 가능성이 객관적으로 많지 않은 것으로 보이는 이상 기본권 구제의 실효성을 위하여 침해의 현재성을 인정할 수 있다.
2. 공직선거(公職選舉)및선거부정방지법(選舉不正防止法)(이하 “선거법(選舉法)”이라 한다) 제59조에서 정한 선거운동의 기간제한은 그 입법목적, 제한의 내용, 우리나라에서의 선거의 태양, 현실적 필요성 등을 고려할 때 선거운동의 자유를 과도하게 제한하는 것으로 볼 수 없다.
3. 헌법상의 정당제도의 취지를 고려할 때 비록 선거운동기간 전이라도 정당이 소속당원

의 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.

4. 선거법(選舉法) 제112조 제2항 제3호는 현직 국회의원 등으로 하여금 한정된 사유(직무상)로 ‘의례적’인 범위내에서 ‘다과·떡 또는 음료’만을 제공할 수 있도록 허용하고 있는 것이므로 이러한 입법이 객관적으로 자의적인 것이거나 선거의 공정성을 크게 해치는 것이라고 할 수 없다.
5. 정치자금의 수수를 양성화하고 그 금액과 사용용도를 투명히 하고자 하는 정치자금(政治資金)에관한법률(法律)의 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 국회의원입후보예상자는 어느 시점을 기준으로 그러한 위치를 인정할 것인가가 객관적으로 불분명하므로, 위 법률 제3조 제8호가 후보등록을 한 입후보자만을 그 대상으로 하고 후보등록을 하지 않은 입후보예상자까지 그 대상에 포함하고 있지 않더라도 이는 그러한 입법 목적을 달성하기 위한 적절한 수단에 해당하는 것이며, 따라서 합리적 이유가 있는 차별이다.

【당 사 자】

청 구 인 한 점 수

대리인 변호사 남 두 희

【심판대상조문】

구(舊) 공직선거(公職選舉)및선거부정방지법(選舉不正防止法) (1994.3.16. 법률 제4739호제정, 1994.12.22. 법률 제4796호로 개정되기 전의 것) 제59조(선거운동기간(選舉運動期間))

선거운동(選舉運動)은 당해 후보자(候補者)의 등록(登録)이 끝난 때부터 선거일(選舉日) 전일(前日)까지에 한하여 이를 할 수 있다.

구(舊) 공직선거(公職選舉)및선거부정방지법(選舉不正防止法) (1994.3.16. 법률 제4739호제정, 1994.12.22. 법률 제4796호로 개정되기 전의 것) 제254조(선거운동기간위반죄(選舉運動期間違反罪))

① 생략

② 선거운동기간(選舉運動期間) 전에 각호의 1에 해당하는 행위를 한 자(者)는 이 법(法)에 다른 규정(規定)이 있는 경우를 제외하고는 2년 이하의 징역(懲役) 또는 400만(萬)원 이하의 벌금(罰金)에 처(處)한다.

1.~3. 생략

4. 선거운동(選舉運動)을 위한 기구(機構)를 설치(設置)하거나 사조직(私組織)을 만들어 선거운동(選舉運動)을 하거나 하게 한 자(者)

5. 생략

③ 생략

구(舊) 공직선거(公職選舉)및선거부정방지법(選舉不正防止法) (1994.3.16. 법률 제4739호제정, 1994.12.22. 법률 제4796호로 개정되기 전의 것) 제112조(기부행위(寄附行爲)의 정의(定義) 및 제한기간 등)

① 생략

② 제1항의 규정(規定)에 불구하고 의례적(儀禮的)이거나 직무(職務)상의 행위로서 다음 각호의 1에 해당하는 행위는 기부행위(寄附行爲)로 보지 아니한다.

1.~2. 생략

3. 국회의원(國會議員)·지방의회의원(地方議會議員) 및 지방자치단체(地方自治團體)의 장(長)의 직무(職務)상의 행위로 개최하는 의정활동보고회(議政活動報告會) 등 집회(集會)에서 통상적인 범위 안에서 다과(茶菓)·떡 또는 음료(飲料)(주류(酒類)를 제외한다)를 제공하는 행위, 이 경우 제2호 후단(後段)의 규정(規定)을 준용(準用)한다.

4.~6. 생략

③~④ 생략

정치자금(政治資金)에 관한 법률(法律) 제3조(정의(定義))

이 법(法)에서 사용되는 용어(用語)의 정의(定義)는 다음과 같다.

1.~7. 생략

8. “후원회(後援會)”라 함은 정당(政黨)의 중앙당(中央黨)(정당법(政黨法) 제8조의규정(規定)에 의하여 중앙선거관리위원회(中央選舉管理委員會)에 신고(申告)된 창당준비위원회(創黨準備委員會)를 포함한다. 이하 같다)이나 시(市)·도지부(道支部)·지구당(地區黨)·국회의원(國會議員) 또는 국회의원입후보등록(國會議員立候補登錄)을 한 자(者)(이하 “지구당(地區黨)”등이라 한다)에 대한 정치자금(政治資金)의 기부(寄附)를 목적(目的)으로 설립(設立)·운영되는 단체(團體)로서 관할선거관리위원회(管轄選舉管理委員會)에 등록(登錄)된 것을 말한다.

【참조 조문】

헌법(憲法) 제116조 제1항

【참조 판례】

1. 1991.3.11. 선고, 91헌마21 결정 등
2. 1994.7.29. 선고, 93헌가4·6(병합) 결정

【주 문】

청구인의 심판청구를 모두 기각한다.

【이 유】

1. 사건개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

대구직할시 수성갑구 출신 국회의원인 청구의 박철언이 특정범죄가중처벌에관한법률위반(알선수재)사건으로 징역형을 선고받아 국회의원의 자격이 상실됨에 따라 1994.8.2. 위 지역에서 국회의원 보궐선거가 실시되었는데, 청구인은 이 사건 헌법소원심판청구시(1994.5.경) 위 보궐선거에 무소속으로 입후보하기 위한 준비를 하고 있었다.

청구인은 사전선거운동을 제한하는 공직선거및선거부정방지법 제59조와 그 처벌조항인 제254조 제2항 제4호, 기부행위에 대해 규정한 제112조 제2항 제3호와 후원회에 대해 규정한 정치자금에관한법률 제3조 제8호가 위헌이라는 이유로 1994.5.15. 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 공직선거및선거부정방지법 제59조, 제254조 제2항 제4호, 제112조 제2항 제3호 및 정치자금에관한법률 제3조 제8호가 청구인의 헌법상 보장된 기본권을 침해하는지의 여부이다. 위 각 조문의 내용은 다음과 같다.

공직선거및선거부정방지법(1994.3.16. 법률 제4739호로 제정, 1994.12.22. 법률 제4796호로 개정 전의 것, 이하 “선거법”이라고 한다) 제59조(선거운동기간) 선거운동은 당해 후보자의 등록이 끝난 때부터 선거일 전일까지에 한하여 이를 할 수 있다.

제254조(선거운동기간위반죄) 제2항: 선거운동기간전에 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 한 자는 이 법에 다른 규정이 있는 경우를 제외하고는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 내지 3. 생략

4. 선거운동을 위한 기구를 설치하거나 사조직을 만들어 선거운동을 하거나 하게 한 자

5. 생략

제112조(기부행위의 정의 및 제한기간 등) 제2항: 제1항의 규정에 불구하고 의례적이거나 직무상의 행위로서 다음 각호의 1에 해당하는 행위는 기부행위로 보지 아니한다.

1. 생략

2. ……이 경우 통상적인 범위 안에서 제공하는 다과 또는 음료라 함은 일상적인 예를 갖추는데 필요한 정도로 현장에서 소비될 것으로 제공하는 것을 말하며, 기념품 또는 선물 등을 제외한다.

3. 국회의원·지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 직무상의 행위로서 개최하는 의정활동 보고회 등 집회에서 통상적인 범위 안에서 다과·떡 또는 음료(주류를 제외한다)를 제공하는 행위. 이 경우 제2호 후단의 규정을 준용한다.

4. 내지 6. 생략

정치자금에관한법률(1980.12.31. 법률 제3302호 제정, 1994.3.16. 법률 제4740호 최종개정, 이하 “정치자금법”이라고 한다)

제3조(정의) 이 법에서 사용되는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. 내지 7. 생략

8. “후원회”라 함은 정당의 중앙당(정당법 제8조의 규정에 의하여 중앙선거관리위원회에 신고된 창당준비위원회를 포함한다. 이하 같다)이나 시·도지부, 지구당·국회의원 또는 국회의원입후보등록을 한 자(이하 “지구당 등”이라 한다)에 대한 정치자금의 기부를 목적으로 설립·운영되는 단체로서 관할선거관리위원회에 등록된 것을 말한다.

2. 청구인의 주장 및 이해관계인의 견해

가. 청구인의 주장

(1) 대구직할시 수성갑구 출신 국회의원인 청구의 박철언은 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)사건으로 1993.5.22. 구속되어 서울형사지방법원에서 유죄판결을 선고받고 항소하였으나 1994.3.14. 같은 법원 항소부에서 징역 1년 6월의 형을 선고받아 상고하여 이 사건 심판청구일 현재 대법원에 계속중이고, 위 유죄판결이 확정되는 경우 위 박철언의 국회의원 자격이 상실됨에 따라 90일 이내에 대구직할시 수성갑구의 지역구 국회의원의 보궐선거를 실시해야 한다.

(2) 청구인은 위 보궐선거에서 무소속으로 입후보하기 위하여 준비를 하던 과정에서 이 사건 심판대상 각 법률조항으로 인하여 헌법상 보장된 청구인의 평등권, 언론·출판·집회·결사의 자유, 공무담임권 등 기본권을 침해받고 있는바, 위 각 법률조항은 다음과 같은 이유로 위헌이다.

(가) 선거법 제59조의 규정에 의하여 사전선거운동을 제한하여 선거운동기간을 지나치게 짧게 하는 것은 대의민주주의에 있어서 후보자 및 정치지망생과 유권자와의 단절을 가져오는 한편, 지명도가 높은 기성정치인에 비하여 정치지망생들에 대하여 불리하게 작용함으로써 그들의 정치활동의 자유를 침해하는 것이다.

(나) 선거법 제254조 제2항 제4호는 선거운동기간전에 선거운동을 위한 기구를 설치하거나 사조직을 만들어 선거운동을 하거나 하게 한 자는 처벌한다고 규정하고 있다. 그런데 같은 법 제144조 제1항은 정당은 선거기간중 당원을 모집하거나 입당원서를 배부할 수 없다고 규정함으로써 선거기간중이 아닌 한 정당에 대하여는 당원을 모집하는 등의 통상적인 정치활동을 허용하고 있고, 또 같은 법 제143조 제1항은 정당은 선거기간 개시일전

30일(보궐선거 등에 있어서는 선거일 공고일)부터 선거일까지 소속당원의 훈련·연수 기타 명목여하를 불문하고 선거가 실시될 예정이거나 선거가 실시중인 선거구 안이나 선거구 민인 당원을 대상으로 당원교육을 실시할 수 없다고 규정하여 위 기간을 제외한 기간중에는 당원교육을 실시 할 수 있게 되어 있다. 그러나 무소속으로 국회의원 입후보를 하려고 하는 자가 선거운동기간전에 선거운동을 위한 기구를 설치하거나 사조직을 만들면 사전선거운동으로 인정되어 처벌을 받게 되는바, 이는 평등의 원칙에 위배되고 나아가 국민의 공무담임권을 제한한다.

(다) 선거법 제112조는 기부행위를 할 수 없는 기간을 임기만료에 의한 선거에 있어서는 선거일전 180일부터 선거일까지, 보궐선거 등에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때부터 선거일까지로 규정하고(제3항), 또 기부행위에 관한 정의(제1항)와 기부행위로 보지 않는 행위(제2항)를 규정하면서 국회의원·지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 직무상의 행위로서 개최하는 의정활동보고회 등 집회에서 통상적인 범위 안에서 다과 등을 제공하는 행위는 기부행위로 보지 않는다고 규정하고 있다(제2항 제3호). 그러나 국회의원·지방의회의원 및 지방자치단체의 장이 아닌 사람이 기부행위 제한기간중에 위와 같은 행위를 하면 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하게 된다(선거법 제257조 제1항). 따라서 위 규정도 평등의 원칙에 위배되어 위헌이다.

(라) 정치자금법 제3조 제8호에 의하면 정당의 지구당이나 국회의원은 선거운동기간 이전부터 후원회를 조직하여 정치자금을 기부받을 수 있으나, 선거법 제59조 소정의 선거운동기간 제한 규정으로 인하여 무소속후보자는 국회의원 입후보등록을 한 이후에만 정치자금법 제3조 제8호 소정의 후원회를 설립할 수 있고, 그 선거운동기간도 17일정도밖에 되지 않는 단기간이므로 후원회를 조직하여 정치자금을 기부받는다는 것은 사실상 불가능하다. 따라서 정치자금법 제3조 제8호는 헌법상의 평등의 원칙에 위배된다.

나. 이해관계인의 견해

(1) 내무부장관의 견해

(가) 선거법 제59조, 제254조 제2항 부분

선거의 공정성과 선거운동기회의 균등을 확보하기 위해 법률로써 선거운동기간을 제한하는 것은 합리적인 근거가 있다.

정당이 소속당원을 모집하는 행위는 정당의 존립을 위한 본래적 기능이라 할 것이고, 선거의 공정성을 확보하기 위해 선거운동기구나 사조직을 결성하는 것을 일정기간동안 제한하는 것은 합리적이라고 볼 수 있으므로, 이러한 제한이 헌법상 평등권·공무담임권을

침해한 것으로 볼 수 없다.

(나) 선거법 제112조 제2항 제3호 부분

국회의원이나 지방의회의원 및 지방자치단체의 장이 의정활동 등을 보고하는 것은 직무상의 행위이고 이러한 집회시 사회통념상 인정되는 간단한 다과·음료 등을 참석자에게 제공하는 행위는 입후보자로서의 행위가 아니라 공인의 지위에서 하는 공적 활동으로서의 지극히 의례적인 행위이므로 이 규정이 청구인의 평등권을 침해한다고 볼 수는 없다.

(다) 정치자금법 제3조 부분

국회의원이 후원회를 결성할 수 있도록 한 것은 국민의 의사를 수렴하여 국정에 반영할 수 있도록 그 정치적 기능을 보장한 것이지, 선거운동기회에 있어 특권을 부여한 것은 아니다. 따라서 국회의원이 아닌 국회의원 입후보등록을 한 자를 위한 후원회 결성기간을 선거운동기간 중에 한하도록 한 규정은 선거의 과열과 타락을 방지하고 공정성 확보를 위한 제한이므로 헌법상의 평등권을 침해한 것으로 볼 수 없다.

(2) 법무부장관의 견해

(가) 청구인이 위헌이라 주장하고 있는 각 법률조항은 구체적인 집행행위의 매개없이 바로 청구인의 기본권을 침해하고 있다고 볼 수 없을 뿐 아니라 권리침해의 현재성이 인정되지 아니하므로, 이 사건 헌법소원심판청구는 부적법하다.

(나) 선거법 제59조에 관하여

상시적인 선거운동을 허용할 경우 과열경쟁을 초래하여 노력과 경비가 과다하게 소요되고 후보자의 경제력 차이에 따른 불공정한 결과가 선거 자체의 공정성을 해치게 될 수 있다. 따라서 청구인이 침해되었다고 주장하고 있는 정치활동의 자유는 질서유지·공공복리를 위한 제한이다.

(다) 선거법 제254조 제2항 제4호에 관하여

선거운동기간을 제한하는 규정의 합헌성이 위와 같이 인정되는 바 선거법 제254조 제2항 제4호는 이를 배경으로 한 것이다.

헌법이 정당제도를 보장하고 있는 만큼 정당이 생명력을 가지고 민주정치에 참여하기 위해서는 당원의 모집이나 당원교육은 선거시기와 관계없이 필수불가결한 것이므로, 비록 정당에 대하여 선거운동기간 중에 위와 같은 행위를 허용한다 하더라도 이를 선거운동에 있어 불합리한 차별이라고 볼 수 없다.

(라) 선거법 제112조 제2항 제3호에 관하여

국회의원·지방의회의원 및 지방자치단체의 장은 이미 공직을 수행하고 있는 자로서, 불가불 지역민들과의 접촉을 통하여 공직수행의 경과를 설명함과 아울러 지역민들의 의견을 수렴함으로써 이를 공직수행에 반영하여야 할 책무를 지고 있으므로, 이와 같은 필요에 따른 지역민들과의 접촉과정에서 최소한의 상례로서 허용될 수 있는 범위의 다과·음료의 제공을 허용하는 것이 잘못되었다고 할 수 없다. 따라서 동 조항이 국회의원인 후보자 등과 그렇지 아니한 후보자 간에 불합리한 차별을 규정하고 있다고 볼 수는 없다.

(마) 정치자금법 제3조 제8호에 관하여

정치자금법 제3조 제8호는 헌법상 보장된 정당의 특수성과 국회의원의 직무수행에 있어서는 필요성 등을 고려한 것이고, 또한 정치자금의 기부를 위한 후원회가 결성되기 위해서는 그 대상이 객관적으로 정치자금을 제공받을 수 있는 지위에 있음을 입증할 수 있어야 할 것인바, 정당의 지구당이나 국회의원은 이미 객관적으로 그러한 지위를 취득한 반면 그러하지 아니한 자는 후보자 등록을 하기 이전에는 그 지위의 취득 여부를 확인할 방법이 없으므로, 국회의원 입후보등록을 요건으로 하고 있을 뿐이다. 따라서 위 규정은 합리적 이유없이 무소속 후보자를 차별하는 조항으로 볼 수 없다.

3. 요건에 관한 판단

당재판소는 기본권 침해가 장래에 발생하더라도 현재 그 침해가 예측된다면 기본권구제의 실효성을 위하여 침해의 현재성을 인정한다고 결정한 바 있다[헌법재판소 1991.3.11. 선고, 91헌마21 결정; 1992.10.1. 선고, 92헌마68·76 결정(병합); 1993.7.29. 선고, 91헌마69 결정 각 참조].

국회법 제136조 제2항은 “의원이 법률에 규정된 피선거권이 없게 된 때에는 퇴직된다.”라고 규정하고 있고, 선거법 제19조 제2호에 의하면 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 형이 실효되지 아니한 자는 피선거권이 인정되지 아니한다. 이 사건에서 대구시 수성갑구 출신 국회의원 청구외 박철언은 특정범죄가중처벌등에관한법률(알선수재)사건으로 구속되어 1994.3.14. 서울형사지방법원에서 징역 1년 6월의 형을 선고받았으며 이 사건 심판청구일 현재 대법원에 소송계속중이었다. 청구외 박철언에게 위 형이 확정되는 경우 당연히 국회의원직이 상실되고, 선거법 제35조 제2항에 의하여 그 지역구에서는 위 판결확정일로부터 90일 이내에 보궐선거를 실시해야 한다.

그 형사사건의 상고심에서 원심으로 형이 확정될 것인가는 명확한 것은 아니었다. 그러나 그 사건이 이미 항소심에서 실형이 선고되었으며, 사건의 쟁점이 뇌물을 받았는지 아닌지에 관한 사실인정 문제였던 점 등을 볼 때 법률심인 상고심에서 원심판결이 번복될 가능

성은 객관적으로 많지 않았다고 할 것이다. 따라서 청구인이 상고심 판결이 원심으로 확정될 것을 전제로 보궐선거의 실시를 예측하였던 것이 잘못이라고 할 수 없다. 그렇다면 이 사건에서 청구인의 현재관련성 요건은 준수된 것으로 본다.

한편 이 사건은 선거법상의 관계규정에 대한 위헌심판청구인데 선거법에 따른 국회의원 보궐선거가 이미 종료하여 청구인이 주장하는 바의 선거법에 의한 기본권 침해행위가 이미 종료되었다.

그러나 이 사건은 선거제도상의 원칙과 평등의 원칙에 대해 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있다고 할 수 있을 것이므로 심판청구의 이익을 인정한다(헌법재판소 1992.1.28. 선고, 91헌마111 결정; 1993.3.11. 선고, 92헌마98 결정; 1993.7.29. 선고, 89헌마31 결정 각 참조).

4. 본안에 관한 판단

가. 선거법 제59조의 위헌 여부

선거법 제59조는 “선거운동은 당해 후보자의 등록이 끝난 때부터 선거일전일까지에 한하여 이를 할 수 있다”고 규정함으로써 선거운동의 기간을 제한하였다.

헌법재판소는 1994.7.29. 선고한 93헌가4·6(병합) 결정에서 이 조항과 같은 내용을 정하고 있었던 구 대통령선거법 제34조의 선거운동기간 제한규정을 합헌이라고 판시한 바 있는데, 그 이유의 요지는 다음과 같다.

“기간의 제한없이 선거운동을 무한정 허용할 경우에는 후보자간의 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.……우리나라는 반세기 가까이 수많은 선거를 치러 왔으면서도 아직껏 우리가 바라는 이상적인 선거풍토를 이루지 못하고 금권, 관권 및 폭력에 의한 선거, 과열선거가 항상 문제되어 왔다. 이러한 상황아래 위와 같은 폐해를 방지하고 공정한 선거를 실현하기 위하여 선거운동의 기간에 일정한 제한을 두는 것만으로 위헌으로 단정할 수는 없다.……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 수 있다. 그러나 경쟁후보자의 비난에 대한 반박기회의 상실문제는 선거일 당일까지 선거운동을 할 수 있다고 하더라도 시간적인 한계 때문에 여전히 발생할 수 있는 것이고, 오히려 선거일 당일의 끊임없는 비난과 반박으로 인하여 발생할 혼란으로부터 유권자를 보호할 필요가 있으므로 선거일 전일까지로 선거운동기간을 제한하는 것을 나무랄 수 없다.……법 제34조에서 정하는 선거운동의 기간제한은 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 아니하고, 따라서 그 벌칙조항인 제162조 제1항 제1호 중 제34조 부분 역시 헌법에 위반되지 아니한다.”

선거법상 인정되는 국회의원선거운동의 기간은 위 결정의 심판대상이었던 구 대통령선거법에 의한 대통령선거운동기간과 다소 차이가 있으나(구 대통령선거법상은 최대 28일간, 이 사건 선거법상은 최대 16일간), 선거법 제59조 자체의 내용은 구 대통령선거법과 동일한 것이므로 이제 위 결정에서 판시한 “선거운동기간제한 규정의 입법목적, 제한의 내용, 우리나라에서의 선거의 태양, 현실적 필요성 등”에 달리 판단해야 할 사정의 변경이나 필요성이 있다고 인정되지 아니하므로 선거법 제59조는 헌법에 위반되지 아니한다.

나. 선거법 제254조 제2항 제4호의 위헌 여부

선거법 제59조가 합헌이라면 특별한 사정이 없는 한 그 벌칙조항의 하나인 제254조 제2항 제4호 역시 헌법에 위반되지 아니한다 할 것이다[93헌가4·6(병합) 결정 참조].

청구인은 선거법 제144조 제1항, 제143조 제1항의 규정에 의하여 정당소속 후보자는 선거기간중이 아닌 동안에도 정당의 통상적인 활동에 의하여 자신을 알릴 기회를 가지는 반면에 무소속 후보자는 선거법 제254조 제2항 제4호로 인하여 선거운동기간이 아닌 한 조직을 활용할 수 있는 기회가 배제되므로, 이는 무소속 후보자에게 불리한 차별로서 헌법상 평등권의 침해라는 것이다.

헌법이 보장하고 있는 정당(제도)의 본래적 존재의의가 국민의 정치적 의사의 형성에 참여하는데 있으며(헌법 제8조 제2항 후문), 오늘날 대의민주주의에서 이러한 참여의 가장 중요한 형태가 선거를 통한 참여임은 의문의 여지가 없다(헌법재판소 1991.3.11. 선고, 91헌마21 결정 참조). 한편 오늘날과 같은 대중민주주의국가에 있어서는 정당은 국가로부터

자유롭고 공개적인 의사형성과 공동체의 정치적 구성에 있어서 필수불가결한 기능을 수행하고, 정당이 국민과 국가통치체제 사이에 개입되지 않고서는 오늘날 대중은 정치나 국가작용에 영향력을 행사하기가 어렵다(헌법재판소 1994.4.28. 선고, 92헌마153 결정 참조).

이러한 헌법상의 정당제도의 취지를 고려할 때 비록 선거운동기간 전이더라도, 정당이 소속당원의 훈련연수 등의 형태로 당원교육을 실시하거나(선거법 제143조 제1항), 당원을 모집하거나 입당원서를 배부하는 것은(선거법 제144조 제1항) 정당의 본연의 활동영역에 속한다고 볼 것이므로, 이러한 사정이 무소속후보자를 정당과 차별하는 것이라고는 할 수 없다.

또한 위 조항은 일정한 선거운동의 방법의 제한과 관련된 것일 뿐 공무담임권의 내용에 해당되는 사안은 아니라고 할 것이므로 위 조항이 청구인의 공무담임권을 침해하고 있는 것이라고 볼 수도 없다.

따라서 선거법 제254조 제2항 제4호의 위헌성을 논하는 청구인의 주장은 적절하지 않으며, 달리 이 조항이 위헌이라고 볼 만한 특별한 사정이 존재하지 아니한다.

다. 선거법 제112조 제2항 제3호 위헌 여부

선거법은 기부행위를 규정하면서(선거법 제112조 제1항), 기부행위제한기간(선거법 제112조 제3항 제1·2호: “임기만료에 의한 선거는 선거일전 180일부터 선거일까지, 보궐선거 등에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때부터 선거일까지”) 중의 기부행위를 금지하고 있다. 그러나 의례적이거나 직무상의 행위에 해당하는 일정한 것들은 기부행위에서 제외하고 있는데(선거법 제112조 제2항), 이 중 “국회의원·지방의회의원 및 지방자치단체장의 직무상의 행위로서 개최하는 의정활동보고회 등 집회에서 통상적인 범위 안에서 다과·떡 또는 음료(주류를 제외한다)를 제공하는 행위”가 포함되고 있다(선거법 제112조 제2항 제3호). 따라서 국회의원 등은 어느 때라도 의정활동보고회 등을 통하여 일정한 음식물을 제공하면서 지역주민 등과 접촉할 수 있는 반면, 무소속 입후보자는 그러한 접촉이 금지되고 있는 것이다.

위 조항에 있어 청구인이 주장하는 ‘차별’의 내용이란 결국, ‘통상적인 범위내의 다과·떡 또는 음료의 제공’ 가능성 여부이다. 그런데 여기서 통상적인 범위내의 다과·떡 또는 음료란 ‘일상적인 예를 갖추는데 필요한 정도로 현장에서 소비될 것’을 말하며 이에는 ‘기념품 또는 선물 등’이 제외된다(선거법 제112조 제2항 제2호). 그렇다면 이는 적어도 법문상으로는 매우 간소한 다과·떡 또는 음료에 국한되고 있는 것이다(주류 역시 당연히 제외되고 있다). 나아가 이러한 다과·떡 또는 음료의 제공은 국회의원 등의 ‘직무와 관련된’ 행위(의정활동보고회 등)에 국한되고 있다.

현직 국회의원 등이 지역주민들과 의정활동보고회를 갖는 것이 잘못된 것이라고 할 수는 없다. 문제는 그러한 의정활동보고회가 선거에 임박해서도 가능하고 또한 다과와 음료도 제공될 수 있는 반면, 무소속 입후보자는 그러한 기회가 선거에 임박해서는(청구인의 경우 보궐선거 사유가 확정된 때로부터 선거일까지) 주어지지 않는다는 것이다. 그러나 위에서 본 바와 같이 적어도 법문상으로는 한정된 사유(직무상)로 ‘의례적’인 범위 내에 ‘다과·떡 또는 음료’만이 제공될 수 있다는 것이므로 이러한 입법이 객관적으로 자의적인 것이라거나 선거의 공정성을 크게 해치는 것이라고는 볼 수 없다.

그렇다면 위 조항이 평등의 원칙을 벗어난 것이라고 할 수 없다.

라. 정치자금법 제3조 제8호의 위헌 여부

이 조항은 후원회의 정의(定義)에 관한 규정이다. 그 내용에 따르면 후원회는 정치자금의 기부를 목적으로 하며, 기부의 대상자는 정당, 국회의원, 국회의원입후보등록자에 국한되고 있다.

청구인은 무소속 국회의원입후보자의 경우 위 조항에 의하면 후보자등록을 한 이후에야 후원회를 만들어 정치자금을 기부받을 수 있는데, 선거법이 선거운동기간을 후보자등록 이후부터 선거일 전일까지로 제한하는 한편 국회의원후보자등록을 “선거일전 16일로부터”라고 하고 있어 그 기간이 너무 짧아 사실상 후원회를 통한 정치자금의 기부를 받는 것이 불가능하므로, 이는 정당과 국회의원에 비해 무소속후보자를 차별하는 것이라는 취지의 주장을 하고 있다.

그러나 위 조항은 후원회의 목적과 기부대상자를 정하는, 즉 후원회에 대한 정의규정에 불과하므로, 달리 청구인이 국회의원후보자등록일 규정에 관한 선거법 규정의 위헌심판청구를 한 바 없는 이 사건에 있어서는, 국회의원후보자등록 개시시기의 적정성에 관한-즉 선거법 제49조 제1항에 관한-위헌 여부까지 판단할 수는 없는 것이므로 이 사건에서는 후원회의 정의에 관한 위 조항의 내용 자체에 대해서만 판단할 수밖에 없다.

위 조항 자체만에 대한 청구인의 청구이유는, 청구인의 위 조항관련 심판청구이유 중 위 조항과 직접 연관되지 않는 다른 선거법 규정부분을 제외하면, 후원회의 기부대상자를 국회의원입후보등록자에 한정하고 입후보예정자에까지 확대하지 않는 것이 위헌이라는 취지로 이해된다.

정치자금법은 “정치자금의 적정한 제공을 보장하고 그 수입과 지출상황을 공개함으로써 민주정치의 건전한 발전에 기여함을 목적으로 한다”(제1조)로 되어 있는데, 이 법은 종래 정치자금의 수수가 부정과 부패에 연결되고 경제인에 대한 정치인의 보복이 있는 사례가

있었다는 반성에서 정치자금의 수수를 양성화하고 그 금액과 사용용도를 투명하게 하기 위해 제정된 것이었다. 이러한 입법목적은 그 간의 우리나라의 선거자금 실태를 고려할 때 입법형성권의 범위를 벗어난 것이라고 볼 이유가 없다. 따라서 정치자금의 적정한 제공을 보장하고 수입과 지출을 공개하기 위해서는-즉 정치자금법의 입법 목적을 충실히 실현하기 위해서는-무엇보다도 정치자금을 받을 대상자가 객관적으로 정치자금을 제공받을 수 있는 위치에 있을 것을 요한다고 할 것이다.

그런데 정당이나 국회의원 그리고 국회의원입후보등록자는 이미 객관적으로 그러한 위치에 있는 반면, 단순한 국회의원입후보예정자는 어느 시점을 기준으로 그러한 위치를 인정할 것인지가 객관적으로 불분명하다. 따라서 정치자금법 자체의 입법목적이 잘못된 것이 아닌 한, 위 조항이 후보등록을 한 입후보자만을 그 대상으로 하고 후보등록을 하지 않은 입후보예정자까지를 그 대상에서 포함하고 있지 않더라도, 이는 그러한 입법 목적을 달성하기 위한 적절한 수단에 해당되는 것이며(최선의 수단은 아닐지라도), 따라서 합리적 이유가 있는 차별이라고 할 것이다.

5. 결론

이상과 같은 이유로 이 사건 심판청구는 모두 이유 없으므로 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김진우 김문희 황도연 이재화(주심) 조승형 정경식 고중석 신창언

4

선거운동기간을 제한하고 예비후보자 배우자의 선거운동을 부인하는 공직선거법 제59조제1호의 평등원칙 등 위반 여부

- 공직선거및선거부정방지법 제59조제1호 등 위헌소원(제60조의 3), 2005. 9. 29.
2004헌바52 ■

【판시사항】

1. 공직선거및선거부정방지법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정되고 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘공선법’이라 한다) 제60조의3에 대한 심판청구가 법률조항의 해석을 다투는 것에 해당하여 부적법하다고 한 사례
2. 선거운동의 기간에 일정한 제한을 두는 공선법 제59조 제1호가 선거운동의 자유를 침해하는지 여부(소극)
3. 선거운동기간 전에 예비후보자를 위하여 선거운동을 할 수 있는 주체에 예비후보자의 배우자를 포함시키지 않은 공선법 제59조 제1호가 평등원칙에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 청구인은 공선법 제60조의3은 예비후보자가 유권자에게 자신에 대한 지지호소를 하는 것이 허용됨을 전제로 하여 명함교부행위 등을 허용하고 있는 것인바 만약 같은 조항을 예비후보자가 구두로 자신에 대한 지지호소를 하는 것을 금지하고 있는 것으로 해석한다면 이는 과잉금지의 원칙에 반하여 국민의 참정권을 제한하고 선거자유 원칙에 반하는 것으로서 위헌이라고 주장하는데, 이러한 청구인의 주장은 공선법 제60조의3의 해석을 다투는 것에 해당하므로 이 부분 청구는 부적법하다.
2. 기간의 제한없이 선거운동을 무한정 허용할 경우에는 후보자간의 지나친 경쟁이 선거관리의 곤란으로 이어져 부정행위의 발생을 막기 어렵게 된다. 또한 후보자 간의 무리한 경쟁의 장기화는 경비와 노력이 지나치게 들어 사회경제적으로 많은 손실을 가져올 뿐만 아니라 후보자 간의 경제력 차이에 따른 불공평이 생기게 되고 아울러 막대한 선거비용을 마련할 수 없는 젊고 유능한 신참 후보자의 입후보의 기회를 빼앗는 결과를 가져올 수 있다. 우리 나라는 반세기 가까이 수많은 선거를 치러 왔으면서도 아직껏

우리가 바라는 이상적인 선거풍토를 이루지 못하고 금권, 관권 및 폭력에 의한 선거, 과열선거가 항상 문제되어 왔다. 이러한 상황아래 위와 같은 폐해를 방지하고 공정한 선거를 실현하기 위하여 선거운동의 기간에 일정한 제한을 두는 것만으로 위헌으로 단정할 수는 없다. 공선법 제59조 제1호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)에서 정하는 선거운동의 기간제한은 제한의 입법목적, 제한의 내용, 우리 나라에서의 선거의 태양, 현실적 필요성 등을 고려할 때 필요하고도 합리적인 제한이며, 예비후보자의 배우자인 청구인의 선거운동의 자유를 형해화할 정도로 과도하게 제한하는 것으로 볼 수 없다.

3. 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 것으로서 예비후보자로 등록한 자는 선거운동기간 전에도 선거사무소 설치, 명함교부, 전자우편 발송 등의 방법으로 선거운동을 할 수 있게 되었다. 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 규정이므로 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.

【심판대상조문】

공직선거및선거부정방지법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정되고 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되기 전의 것) 제59조(선거운동기간) 선거운동은 후보자등록마감일의 다음날부터 선거일 전일까지에 한하여 이를 할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 제60조의2(예비후보자등록)의 규정에 의하여 등록한 예비후보자(이하 “예비후보자”라 한다)가 제60조의3(예비후보자의 선거운동)의 규정에 의하여 선거운동을 하는 경우

2.~3. 생략

공직선거및선거부정방지법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정되고 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되기 전의 것) 제60조의3(예비후보자의 선거운동) 예비후보자는 다음 각 호의 1에 의한 방법으로 선거운동을 할 수 있다.

1. 제61조(선거운동기구의 설치)제1항 및 제6항 단서의 규정에 의하여 선거사무소를 설치하거나 그 선거사무소에 간판·현판 또는 현수막을 설치·게시하는 행위
2. 자신의 성명·사진·전화번호·학력[제64조(선전벽보) 제1항의 규정에 의한 정규학력과 이에 준하는 외국의 교육과정을 이수한 학력을 말한다]·경력 기타 홍보에 필요한 사항을 게재한 길이 9센티미터 너비 5센티미터 이내의 명함을 직접 주는 행위. 다만, 지하철역구내 기타 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 다수인이 왕래하거나 집합하는 공개된 장소에서 주는 행위는 그러하지 아니하다.
3. 전자우편(컴퓨터 이용자기리 네트워크를 통하여 문자·음성·화상 또는 동영상 등의 정보를 주고받는 통신시스템을 말한다. 이하 같다)을 이용하여 문자·음성·화상 또는 동영상 기타의 정보를 전송하는 행위
4. 선거구 안에 있는 세대수의 10분의 1 이내에 해당하는 수(그 수는 2만을 초과할 수 없다)의 인쇄물을 작성하여 관할 선거관리위원회로부터 발송대상·매수 등을 확인받은 후 후보자등록기간개시일 전일까지 1회에 한하여 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 따라 우편발송하는 행위

【참조조문】

공직선거및선거부정방지법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정되고 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되기 전의 것) 제60조의2(예비후보자등록) ① 예비후보자가 되고자 하는 자(비례대표국회의원선거 및 비례대표시·도의원선거를 제외한다)는 선거일전 120일(선거일전 120일 후에 실시사유가 확정된 보궐선거 등에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때)부터 관할선거구선거관리위원회에 피선거권에 관한 증명서류를 첨부하여 예비후보자등록을 서면으로 신청하여야 한다.

②~⑥ 생략

공직선거및선거부정방지법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정되고 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되기 전의 것) 제254조(선거운동기간위반죄) ① 생략

② 선거운동기간 전에 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 한 자는 이 법에 다른 규정이 있는 경우를 제외하고는 2년 이하의 징역 또는 400만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 벽보·현수막·애드벌룬·표지판·선전탑·광고판 기타 명칭의 여하를 불문하고 선전 시설물이나 용구 또는 각종 인쇄물을 사용하여 선거운동을 하거나 하게 한 자
2. 방송·신문·통신 또는 잡지 기타 간행물을 이용하여 선거운동을 하거나 하게 한 자
3. 정견발표회·좌담회·토론회·향우회·동창회 또는 반상회 기타의 집회를 개최하여 선거운동을 하거나 하게 한 자
4. 선거운동을 위한 기구를 설치하거나 사조직을 만들어 선거운동을 하거나 하게 한 자
5. 호별방문하여 선거운동을 하거나 하게 한 자

③ 제2항에 규정된 방법외의 방법으로 선거운동기간전에 선거운동을 하거나 하게 한 자는 1년 이하의 징역 또는 200만 원 이하의 벌금에 처한다.

공직선거관리규칙(2004. 3. 12. 선거관리위원회규칙 제209호로 개정된 것) 제26조의2(예비 후보자의 선거운동) ① 법 제60조의3(예비후보자의 선거운동) 제2호 단서에서 “다수인이 왕래하거나 집합하는 장소”라 함은 다음 각 호의 장소를 말한다.

1. 선박·여객자동차·열차·전동차·항공기의 안과 그 터미널구내(지하철역구내를 포함한다)
2. 병원·종교시설·극장의 안

②~⑥ 생략

【참조판례】

2. 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15
헌재 1995. 11. 30. 94헌마97, 판례집 7-2, 677
헌재 2001. 8. 30. 2000헌마121등, 판례집 13-2, 263
헌재 2001. 12. 20. 2000헌바96등, 판례집 13-2, 830
3. 헌재 2004. 4. 29. 2002헌마467, 판례집 16-1, 541, 553

【당 사 자】

청 구 인 이○애

대리인 변호사 김기현 외 1인

당해사건 울산지방법원 2004고합146 공직선거및선거부정방지법위반

【주 문】

1. 공직선거및선거부정방지법(2004. 3. 12 법률 제7189호로 일부 개정되고 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 일부 개정되기 전의 것) 제60조의3에 대한 심판청구를 각하한다.
2. 위 공직선거및선거부정방지법 제59조 제1호는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 2004. 4. 15. 실시된 제17대 국회의원선거의 ‘울산 ○○선거구’ 당선자인 청구의 김○현의 배우자인바, 누구든지 선거운동기간 전에는 선거운동을 할 수 없음에도 불구하고 같은 해 3. 17. 12:00경 울산 남구 달동에 있는 ○○ 식당에 찾아가 당시 위 제17대 국회의원선거에 출마하기 위하여 예비후보자로 등록한 위 김○현의 인지도를 높이고 김○현에 대하여 호감을 가지도록 하여 선거에서 표를 얻을 목적으로 위 식당에서 식사중인 울산 ○○동 새마을부녀회 회원 20여 명을 상대로 “김○현 변호사의 집사람입니다. 반갑습니다. 잘 부탁드립니다.”라는 등으로 말하며 부녀회 회원들과 악수를 하는 등 선거운동기간 전에 선거운동을 하였다는 혐의로 기소되어, 울산지방법원 2004고합146 공직선거및선거부정방지법위반 사건으로 재판계속중 선거운동기간 전에 선거운동을 할 수 있는 주체를 예비후보자로 한정하고 그 배우자를 제외하고 있는 공직선거및선거부정방지법 제59조 제1호, 제60조의3에 대하여 위헌여부심판의 제청신청(2004초기577)을 하였으나, 위 법원이 2004. 7. 15. 위 제청신청을 기각하자 같은 달 28. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 공직선거및선거부정방지법(2004. 3. 12 법률 제7189호로 일부 개정

되고 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 일부 개정되기 전의 것, 이하 ‘공선법’이라 한다) 제59조 제1호, 제60조의3이 헌법에 위반되는지 여부이고 그 규정내용 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

(1) 심판대상조항

공선법 제59조(선거운동기간) 선거운동은 후보자등록마감일의 다음날부터 선거일 전일까지에 한하여 이를 할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 제60조의2(예비후보자등록)의 규정에 의하여 등록한 예비후보자(이하 “예비후보자”라 한다)가 제60조의3(예비후보자의 선거운동)의 규정에 의하여 선거운동을 하는 경우

2. 3. 각 생략

제60조의3(예비후보자의 선거운동) 예비후보자는 다음 각 호의 1에 의한 방법으로 선거운동을 할 수 있다.

1. 제61조(선거운동기구의 설치) 제1항 및 제6항 단서의 규정에 의하여 선거사무소를 설치하거나 그 선거사무소에 간판·현판 또는 현수막을 설치·게시하는 행위

2. 자신의 성명·사진·전화번호·학력[제64조(선전벽보)제1항의 규정에 의한 정규학력과 이에 준하는 외국의 교육과정을 이수한 학력을 말한다]·경력 기타 홍보에 필요한 사항을 게재한 길이 9센티미터 너비 5센티미터 이내의 명함을 직접 주는 행위. 다만, 지하철역 구내 기타 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 다수인이 왕래하거나 집합하는 공개된 장소에서 주는 행위는 그러하지 아니하다.

3. 전자우편(컴퓨터 이용자끼리 네트워크를 통하여 문자·음성·화상 또는 동영상 등의 정보를 주고받는 통신시스템을 말한다. 이하 같다)을 이용하여 문자·음성·화상 또는 동영상 기타의 정보를 전송하는 행위

4. 선거구 안에 있는 세대수의 10분의 1 이내에 해당하는 수(그 수는 2만을 초과할 수 없다)의 인쇄물을 작성하여 관할 선거관리위원회로부터 발송대상·매수 등을 확인받은 후 후보자등록기간개시일 전일까지 1회에 한하여 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 따라 우편발송하는 행위

(2) 관련조항

공선법 제60조의2(예비후보자등록) ① 예비후보자가 되고자 하는 자(비례대표국회의원선거 및 비례대표시·도의원선거를 제외한다)는 선거일전 120일(선거일전 120일 후에 실시사유가 확정된 보궐선거 등에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때)부터 관할선거구

선거관리위원회에 피선거권에 관한 증명서류를 첨부하여 예비후보자등록을 서면으로 신청하여야 한다.

② 내지 ⑥ 각 생략

제254조(선거운동기간위반죄) ① 생략

② 선거운동기간 전에 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 한 자는 이 법에 다른 규정이 있는 경우를 제외하고는 2년 이하의 징역 또는 400만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 벽보·현수막·애드벌룬·표지판·선전탑·광고판 기타 명칭의 여하를 불문하고 선전 시설물이나 용구 또는 각종 인쇄물을 사용하여 선거운동을 하거나 하게 한 자
2. 방송·신문·통신 또는 잡지 기타 간행물을 이용하여 선거운동을 하거나 하게 한 자
3. 정견발표회·좌담회·토론회·향우회·동창회 또는 반상회 기타의 집회를 개최하여 선거운동을 하거나 하게 한 자
4. 선거운동을 위한 기구를 설치하거나 사조직을 만들어 선거운동을 하거나 하게 한 자
5. 호별방문하여 선거운동을 하거나 하게 한 자

③ 제2항에 규정된 방법외의 방법으로 선거운동기간 전에 선거운동을 하거나 하게 한 자는 1년 이하의 징역 또는 200만 원 이하의 벌금에 처한다.

공직선거관리규칙(2004. 3. 12. 선거관리위원회규칙 제209호로 일부 개정된 것) 제26조의2(예비후보자의 선거운동) ① 법 제60조의3(예비후보자의 선거운동) 제2호 단서에서 “다수인이 왕래하거나 집합하는 장소”라 함은 다음 각 호의 장소를 말한다.

1. 선박·여객자동차·열차·전동차·항공기의 안과 그 터미널구내(지하철역구내를 포함한다)
2. 병원·종교시설·극장의 안

이하 생략

2. 청구인의 주장과 법원의 위헌제청기각결정의 이유 및 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장

공선법이 선거운동방법과 기간을 제한하고 있는 것은 과열선거 및 금품선거의 방지에 그 목적이 있는 것이므로 이러한 취지에 위반되지 않는 범위 내에서는 선거운동의 자유를

폭넓게 인정하여야 하는데, 선거운동기간 전에 선거운동을 허용함에 있어 예비후보자 이외에 그의 배우자까지 포함한다고 하더라도 이로 인하여 과열선거, 금품선거가 될 여지나 유급선거운동원의 고용에 따른 폐해가 발생할 여지가 없는 점, 공직선거의 예비후보자로 등록한 배우자를 위하여 선거운동을 할 수 없다는 것은 사회통념에 반한다는 점 등을 고려할 때 선거운동기간 전에 선거운동을 할 수 있는 주체를 예비후보자 본인으로만 한정 한 공선법 제59조 제1호는 정치적 자유권의 가장 기본적 핵심요소 중 하나인 선거운동의 자유를 과도하게 침해하는 것이어서 헌법 제37조 제2항 소정의 요건에 위반될 뿐 아니라 인간의 존엄성과 기본적 인권의 보장을 선언한 헌법 제10조, 모든 국민의 공무담임권을 규정한 헌법 제25조에 위반된다(청구인은 공선법 제60조의3에 대해서도 위와 같은 주장을 하나 동 조항은 예비후보자에게 허용되는 선거운동방법을 규정한 조항이지 선거운동기간 전에 선거운동을 할 수 있는 경우에 관한 규정이 아니므로 위 주장과 관련된 조항이 아니라고 할 것인바 공선법 제60조의3에 대한 위와 같은 주장은 같은 법 제59조 제1호에 대한 주장으로 본다).

공선법 제60조의3은 예비후보자가 유권자에게 자신에 대한 지지호소를 하는 것이 허용됨을 당연한 전제로 하여 명함교부행위, 전자우편을 이용하는 행위 및 인쇄물의 우편발송행위를 모두 허용하고 있는 것이므로 공선법 제60조의3을 예비후보자가 구두로 자신에 대한 지지호소를 하는 것을 금지하고 있는 취지로 해석한다면 이는 과잉금지의 원칙에 반하여 국민의 참정권을 제한하고 선거자유 원칙에 반하여 위헌이다.

나. 울산지방법원의 위헌제청기각결정 이유의 요지

후보자들간의 치열한 경쟁이 전개되는 선거의 현실에서 선거운동의 기간과 주체 등을 일정한 범위 내에서 적절히 제한할 필요가 있고 선거운동의 장기화에 따른 후보자간의 지나친 경쟁, 이로 인한 부정행위의 발생가능성, 사회경제적 손실 등의 폐해발생 가능성이 여전히 우려되고 있다.

이러한 현실에서 이 사건 심판대상조항은 선거운동기간을 예외적으로 확대하여 등록한 예비후보자에 한하여 제한된 범위 내에서 선거운동기간 전에 선거운동을 할 수 있도록 하되 선거운동의 주체를 예비후보자 본인으로 한정하고 그 배우자를 제외하고 있는바, 선거운동기간 전에 선거운동을 할 수 있는 주체의 범위를 어느 정도로 할 것인지 여부는 입법재량의 범위에 속하는 문제인 점, 예비후보자의 배우자까지 선거운동기간 전에 선거운동을 할 수 있도록 허용할 경우 배우자가 있는 후보자가 배우자가 없는 후보자에 비하여 더 많은 선거운동의 기회를 갖게 되어 선거운동의 불균형이 발생할 우려가 큰 점 등을 종합하여 볼 때, 이는 필요하고도 합리적인 제한으로 선거운동의 자유를 형해화할 정도로 과도하게 제한하는 것으로 볼 수 없고 입법자의 입법재량의 한계를 벗어난 입법이

라고 할 수 없다.

다. 이해관계인의 의견

(1) 울산지방검찰청 검사장의 의견

선거운동기간을 무한정 허용할 경우의 폐해를 생각해 볼 때 그 기간의 제한은 필요하고 그 기간을 어느 정도로 할 것인가는 입법목적, 제한의 내용, 우리 나라에서의 선거의 태양, 현실적 필요성 등을 고려하여 입법자가 결정하여야 할 것이며 선거운동기간 전에 일부 예외적으로 선거운동을 허용할 경우 어느 정도 허용할 것인가는 전적으로 입법자의 재량에 속하는 사항이다.

청구인의 주장취지는 선거운동기간 전에 예비후보자에게만 선거운동을 허용하고 예비후보자의 배우자에게 이를 허용하지 아니한 것은 위헌이라는 것인데 공소사실에 나타난 청구인의 행위는 공선법상 예비후보자에게도 허용되지 아니하는 것인바 공선법 제60조의3에서 예비후보자에게 허용하고 있는 선거운동을 그 배우자에게도 허용한다고 하더라도 청구인의 행위는 공선법상 사전선거운동으로 처벌된다.

(2) 중앙선거관리위원회위원장의 의견

예비후보자의 선거운동은 사전선거운동 금지에 대한 예외로서 일정 범위내에서 허용되는 것인데 예비후보자의 배우자에게도 예비후보자와 마찬가지로 사전선거운동을 허용하는 것은 배우자가 없는 예비후보자와의 형평성 유지에 맞지 않고 선거의 조기과열을 부추길 우려가 크다.

후보자가 되고자 하는 자라고 해서 모두 예비후보자가 되는 것이 아니고 예비후보자로 등록되었다고 해서 모두 후보자가 되는 것은 아니므로 누구든지 선거운동을 할 수 없는 시기에 예비후보자에게만 한정하여 일정 범위내에서 선거운동을 허용하고 그 배우자에게는 이를 허용하지 않는다고 해서 이를 부당하거나 과잉금지의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

3. 공선법 제60조의3에 대한 청구의 적법 여부

청구인은 공선법 제60조의3은 예비후보자가 유권자에게 자신에 대한 지지호소를 하는 것이 허용됨을 전제로 하여 명함교부행위, 전자우편을 이용하는 행위 및 인쇄물의 우편발송 행위를 모두 허용하고 있는 것인바, 만약 같은 조항을 예비후보자가 구두로 자신에 대한 지지호소를 하는 것(청구인은 공소사실에 나타난 청구인의 행위를 구두로 예비후보자에

대한 지지호소를 하는 행위로 평가하고 이러한 주장을 하고 있는 것으로 보인다)을 금지하고 있는 것으로 해석한다면 이는 과잉금지의 원칙에 반하여 국민의 참정권을 제한하고 선거자유 원칙에 반하는 것으로서 위헌이라고 주장한다.

그런데 청구인의 위 주장은 공선법 제60조의3을 예비후보자가 구두로 자신에 대한 지지호소를 하는 행위가 허용되지 아니하는 것으로 해석한다면 위헌이라는 것이므로 법률조항의 해석을 다투는 것에 해당한다. 따라서 이 사건 심판청구 중 공선법 제60조의3에 대한 부분은 부적법하다.

4. 공선법 제59조 제1호의 위헌 여부

가. 예비후보자제도의 입법취지

공선법상 예비후보자제도는 선거일 전 120일부터 관할선거구선거관리위원회에 예비후보자등록을 한 자는 일정 범위 내에서 선거운동기간 전에도 선거운동을 할 수 있도록 하는 것이다. 종전에는 누구든지 선거운동기간이 아닌 때에는 선거운동을 할 수 없도록 함으로써 소위 ‘사전선거운동’을 금지하고 있었으나 현역 국회의원의 경우 직무활동으로 인정되는 의정활동보고를 통하여 사실상 선거운동의 효과를 누리는 기회가 주어지고 있어서 정치 신인과의 선거운동기회가 불균등하다는 문제점이 끊임없이 제기되어 왔다. 이에 선거운동기회의 형평성 차원에서 정치 신인에게도 자신을 알릴 수 있는 기회를 어느 정도 보장하고자 예비후보자제도를 도입하게 되었는데 다만 선거운동방법을 무제한으로 허용할 경우에는 선거의 조기과열·혼탁은 물론 후보자간의 경제력 차이에 따른 기회불균등의 심화 등 그 폐해가 매우 크기 때문에 합리적인 범위 내에서 이를 허용하고 있다.

나. 관련되는 기본권 내지 헌법원칙

공선법 제59조 제1호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)에서 예비후보자의 배우자가 예비후보자와 동일하게 선거운동기간 전에 예비후보자를 위하여 선거운동을 할 수 있도록 규정하지 아니한 것이 예비후보자의 배우자인 청구인의 선거운동의 자유를 침해하는지 여부가 문제된다. 또한 원칙적으로 금지되어 있는 선거운동기간 전의 선거운동을 예외적으로 예비후보자에게만 허용하고 예비후보자의 배우자에게는 허용하지 아니하는 차별취급이 평등원칙에 반하는 것인지도 문제된다.

한편 청구인은 이 사건 법률조항에 의해 헌법 제25조의 공무담임권이 침해되었다고 주장하는데 헌법 제25조에서 규정하고 있는 공무담임이란 입법부·집행부·사법부는 물론 지방자치단체 등 국가·공공단체의 구성원으로 선임되거나 비선거직공직에 취임하여 공무

를 담당하는 것을 가리키는 것으로서 이러한 공무담임권에는 각종 선거에 입후보하여 당선될 수 있는 피선거권과 공직에 임명될 수 있는 공직취임권이 포함된다. 그런데 이 사건에서 청구인은 선거에 입후보하거나 공직에 취임하려는 자가 아니고 국회의원선거의 예비후보자인 배우자를 위하여 선거운동을 하려고 하는 자인바 이 사건 법률조항에 의해 청구인의 공무담임권이 제한된다고 할 수 없다.

다. 선거운동의 자유 침해 여부

(1) 이 사건 법률조항에서 예비후보자의 배우자도 예비후보자와 동일하게 선거운동기간 전에 예비후보자를 위하여 선거운동을 할 수 있도록 규정하지 아니함으로써 예비후보자의 배우자는 선거운동의 기간에 제한을 받게 되는데 이러한 선거운동기간의 제한이 예비후보자의 배우자인 청구인의 선거운동의 자유를 침해하는지 살펴본다.

우리 재판소는 1994. 7. 29. 93헌가4등 결정(판례집 6-2, 15)에서 선거운동기간을 제한한 구 대통령선거법(1987. 11. 7. 법률 제3937호로 제정되고, 1992. 11. 11. 법률 제4495호로 일부 개정되어 1994. 3. 16. 법률 제4739호로 폐지된 것) 제34조를 합헌이라고 판시한 바 있는데 그 이유의 요지는 다음과 같다.

「기간의 제한없이 선거운동을 무한정 허용할 경우에는 후보자간의 지나친 경쟁이 선거관리의 곤란으로 이어져 부정행위의 발생을 막기 어렵게 된다. 또한 후보자 간의 무리한 경쟁의 장기화는 경비와 노력이 지나치게 들어 사회경제적으로 많은 손실을 가져올 뿐만 아니라 후보자 간의 경제력 차이에 따른 불공평이 생기게 되고 아울러 막대한 선거비용을 마련할 수 없는 젊고 유능한 신참 후보자의 입후보의 기회를 빼앗는 결과를 가져올 수 있다. 우리 나라는 반세기 가까이 수많은 선거를 치러 왔으면서도 아직껏 우리가 바라는 이상적인 선거풍토를 이루지 못하고 금권, 관권 및 폭력에 의한 선거, 과열선거가 항상 문제되어 왔다. 이러한 상황 아래 위와 같은 폐해를 방지하고 공정한 선거를 실현하기 위하여 선거운동의 기간에 일정한 제한을 두는 것만으로 위헌으로 단정할 수는 없다. 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

수 있다. 그러나 경쟁 후보자의 비난에 대한 반박 기회의 상실문제는 선거일 당일까지 선거운동을 할 수 있다고 하더라도 시간적인 한계 때문에 여전히 발생할 수 있는 것이고, 오히려 선거일 당일의 끊임없는 비난과 반박으로 인하여 발생할 혼란으로부터 유권자를 보호할 필요가 있으므로 선거일 전일까지로 선거운동기간을 제한하는 것을 나무랄 수 없다. 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 아니한다.」

또한 우리 재판소는 헌재 1995. 11. 30. 94헌마97 결정(판례집 7-2, 677), 헌재 2001. 8. 30. 2000헌마121등 결정(판례집 13-2, 263), 헌재 2001. 12. 20. 2000헌바96등 결정(판례집 13-2, 830) 등에서도 위 판시이유를 원용하여 선거운동기간을 제한한 구 공선법 제59조(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정되고 2004. 3. 12 법률 제7189호로 일부 개정되기 전의 것)가 헌법에 위반되지 않는다고 판시한 바 있다.

선거운동기간의 제한에 있어 위 결정들과 이 사건과의 차이는 위 결정들에서는 선거운동기간의 개시일이 “당해 후보자의 등록이 끝난 때부터”인 반면 이 사건에서는 그 개시일이 “후보자등록마감일의 다음날부터”라는 점이다. 그러나 이러한 차이에 의해 선거운동기간이 크게 달라지는 것은 아니므로 이 사건 법률조항에 의해 청구인이 선거운동기간에 제한을 받게 되는 것이 청구인의 선거운동의 자유를 침해하는지 여부를 판단함에 있어서 위 결정들과 달리 판단해야 할 사정의 변경이나 필요성이 있다고 인정되지 아니한다. 따라서 이 사건 법률조항은 청구인의 선거운동의 자유를 침해하지 아니한다.

(2) 한편 이와 같이 예비후보자의 배우자가 선거운동기간 전에 예비후보자를 위하여 선거운동을 할 수 있도록 규정하지 아니한 것이 합헌으로 판단되는 이상 이 사건 법률조항에서 예비후보자의 배우자가 선거운동기간 전에 예비후보자와 동일한 방법으로 선거운동을 할 수 있도록 규정하지 아니한 것이 위헌인지 여부에 대해서는 따로 판단할 필요가 없다.

라. 평등원칙 위반 여부

예비후보자제도는 예비후보자등록을 한 자에게 일정 범위내에서 선거운동기간 전에도 선거운동을 할 수 있도록 하는 것으로서 이러한 예비후보자제도를 도입하게 된 이유는 종전에는 누구든지 선거운동기간이 아닌 때에는 선거운동을 할 수 없었는데 현역 국회의원의 경우 직무활동으로 인정되는 의정활동보고를 통하여 사실상 선거운동기간 전에도 선거운동의 효과를 누리는 기회가 주어지고 있어 정치 신인과의 선거운동기회가 불균등하

다는 문제점이 끊임없이 제기되자 선거운동기회의 형평성 차원에서 정치 신인에게도 자신을 알릴 수 있는 기회를 어느 정도 보장하고자 한 것이다. 이에 따라 선거일 전 120일부터 관할선거구선거관리위원회에 예비후보자로 등록한 자는 선거사무소 설치, 선거사무소에 간판·현판·현수막 설치, 명함의 직접 제공, 전자우편 발송, 선거관리위원회의 규칙에 따른 인쇄물 발송의 방법으로 선거운동을 할 수 있게 되었다(공선법 제59조 제1호, 제60조의2, 제60조의3).

살피건대 위와 같은 예비후보자제도의 입법취지와 예비후보자에게 허용되는 선거운동방법을 고려할 때 정치 신인에게 자신을 알릴 기회를 제공한다는 입법목적의 달성을 위해 선거운동기간 전에 예비후보자의 홍보를 위하여 위와 같은 방법으로 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 위에서 본 바와 같이 합헌으로 판단되는 선거운동기간제한 규정을 완화하여 예비후보자에게 선거운동의 자유를 회복시켜 주는 규정이므로 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(헌재 2004. 4. 29. 2002헌마467, 판례집 16-1, 541, 553) 위에서 살펴본 점들에 비추어 볼 때 이 사건 법률조항이 입법자의 입법재량의 한계를 일탈하였다고 보여지지 아니한다.

그렇다면 이 사건 법률조항에 의해 예비후보자와 그 배우자간에 선거운동의 자유에 있어 차별이 생긴다고 하더라도 그것이 불합리한 차별로서 평등원칙에 반한다고 할 수 없다.

마. 인간의 존엄과 가치 침해 여부

청구인은 이 사건 법률조항이 선거운동의 자유를 과도하게 침해하여 헌법 제10조에 보장된 인간의 존엄과 가치를 침해한다고 주장하나 앞에서 보았듯이 이 사건 법률조항이 예비후보자의 배우자의 선거운동의 자유를 침해하지 아니하고 예비후보자에 비하여 그 배우자를 불합리하게 차별하는 것도 아닌바 이 사건 법률조항에 의해 청구인의 인간으로서의 인격이나 본질적 가치가 훼손될 정도에 이른다고 보이지 아니한다.

5. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구 중 공선법 제60조의3에 대한 부분은 부적법하고 공선법 제59

조 제1호는 헌법에 위반되지 아니하므로 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 권 성 김효종(주심) 김경일 송인준 주선회 이공현 조대현

5

공무원과 공무원단체의 선거운동을 금지하는 공직선거법 제60조제1항 제4호 및 제87조제1항제8호 등의 과잉금지의 원칙 위배 여부

■ 지방공무원법 제57조 제2항 제1호 등 위헌소원, 2008. 4. 24. 2004헌바47 ■

【판시사항】

1. 공무원의 선거운동을 금지하고 위반 시 처벌하는 ‘공직선거 및 선거부정방지법’(이하 ‘공선법’이라 한다) 제60조 제1항 제4호, 제255조 제1항 제1호 중 ‘제60조 제1항 제4호’ 부분(이하 이들을 ‘이 사건 조항 1’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부(소극)
2. 지방공무원이 선거에 있어서 특정정당 또는 특정인의 지지나 반대를 하기 위하여 투표를 하거나 하지 아니하도록 권유하는 것을 금지하고 위반 시 처벌하는 지방공무원법 제57조 제2항 제1호, 제82조 중 ‘제57조 제2항 제1호’ 부분(이하 이들을 ‘이 사건 조항 2’라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부(소극)
3. 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 공무원의 집단행위를 금지한 지방공무원법 제58조 제1항 및 제82조 중 ‘제58조 제1항’ 부분(이하 이들을 ‘이 사건 조항 3’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부(소극)
4. 구성원의 과반수가 선거운동을 할 수 없는 공무원으로 이루어진 단체 명의로 선거운동을 한 경우를 처벌하는 공선법 제255조 제1항 제11호 중 ‘제87조 제1항 제8호’(선거운동을 할 수 없는 공무원이 과반수인 기관·단체에 한정한다) 부분(이하 ‘이 사건 조항 4’라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 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.

2. 공무원의 선거운동 금지와 이를 처벌하는 이 사건 조항 1이 청구인의 기본권을 침해하거나 헌법에 위반되지 않는다면, 이 사건 조항 2는 그 구체적인 형태의 선거운동을 금지하고 처벌하고 있는 것이며, 처벌조항의 내용은 이 사건 조항 1보다 완화되고 있으므로 이 사건 조항 2 역시 위헌이라고 볼 수 없다.
3. 헌법재판소는 2007. 8. 30. 선고 2003헌바51등 사건에서 국가공무원법 제66조 제1항, 제84조 중 ‘제66조 제1항’ 부분에 대하여, 근로3권이 보장되는 공무원의 범위를 사실상 노무에 종사하는 공무원에 한정하고 있는 것은 헌법 제33조 제2항에 근거한 것으로 입법자에게 부여하고 있는 형성적 재량권의 범위를 벗어난 것이라고는 볼 수 없다는 등의 이유로 합헌결정을 한 바 있다. 동일한 내용을 규정한 이 사건 조항 3에 대한 판단에서도 달리 볼만한 사정이 없다.
4. 공무원의 선거운동 자체가 금지되는 것은 헌법에 위배되지 않는다고 본 이상, 이 사건 조항 4가 그러한 공무원이 다수를 차지하는 단체의 선거운동을 금지하는 것은 공무원의 선거운동을 제한하는데 따른 불가피한 후속조치라고 볼 수 있으며, 처벌내용이 행위에 비하여 가혹한 것이거나 입법재량의 범위를 벗어난 과도한 것이라고 볼 수 없다.

재판관 조대현의 헌법불합치 의견

이 사건 조항 3이 지방공무원의 종류와 직급·직무, 근로조건의 내용 등을 고려하지 아니한 채, 사실상 노무에 종사하는 지방공무원인지 여부만을 기준으로 한 것은 헌법 제33조 제2항에 부합되지 아니하므로 개선입법을 촉구하여야 한다.

재판관 송두환의 위헌 의견

헌법 제33조 제1항을 유념하면서 제33조 제2항의 의미를 파악하면 공무원도 노동3권을 향유한다는 전제 하에 입법자에게 구체적 입법을 위임한 것인데, 이 사건 조항 3은 공무원에 대하여 단결권, 단체교섭권, 단체행동권 등 노동3권을 원칙적, 전면적으로 부인하고 있어 과잉금지의 원칙과 본질적 내용 침해금지 원칙에 위반된다.

【심판대상조항】

구 공직선거 및 선거부정방지법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되기 전의 것) 제60조(선거운동을 할 수 없는 자) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 선거운동을 할 수 없다. 다만, 제4호 내지 제9호에 해당하는 자가 후보자의 배우자인 경우에는 그러하지 아니하다.

1.~3. 생략

4. 국가공무원법 제2조(공무원의 구분)에 규정된 국가공무원과 지방공무원법 제2조(공무원의 구분)에 규정된 지방공무원. 다만, 정당법 제6조(발기인 및 당원의 자격)제1호 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원(국회의원과 지방의회의원외의 정무직공무원을 제외한다)은 그러하지 아니하다.

5.~9. 생략

② 생략

구 공직선거 및 선거부정방지법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되기 전의 것) 제255조(부정선거운동죄) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 600만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제60조(선거운동을 할 수 없는 자)제1항의 규정에 위반하여 선거운동을 하거나 하게 한 자 또는 같은조 제2항이나 제205조(선거운동기구의 설치 및 선거사무관계자의 선임에 관한 특례)제4항의 규정에 위반하여 선거사무장 등으로 되거나 되게 한 자

2.~10. 생략

11. 제87조(단체의 선거운동금지)제1항의 규정을 위반하여 선거운동을 하거나 하게 한 자 또는 동조 제2항의 규정을 위반하여 사조직 기타 단체를 설립·설치하거나 하게 한 자

12.~19. 생략

②~④ 생략

지방공무원법(1997. 12. 13. 법률 제5426호로 개정된 것) 제57조(정치운동의 금지) ① 생략

② 공무원은 선거에 있어서 특정정당 또는 특정인의 지지나 반대를 하기 위하여 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.

1. 투표를 하거나 하지 아니하도록 권유하는 것

2.~5. 생략

③ 생략

지방공무원법(1997. 12. 13. 법률 제5426호로 개정된 것) 제58조(집단행위의 금지) ① 공무원은 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단행위를 하여서는 아니된다. 다만, 사실상 노무에 종사하는 공무원은 그러하지 아니하다.

②~④ 생략

지방공무원법(1997. 12. 13. 법률 제5426호로 개정된 것) 제82조(벌칙) 제42조·제43조·제57조 또는 제58조의 규정에 위반한 자는 다른 법률에 특별히 규정된 경우를 제외하고는 1년 이하의 징역 또는 300만 원 이하의 벌금에 처한다.

【참고조문】

헌법 제6조 제1항, 제33조 제2항

공직선거 및 선거부정방지법 제85조(지위를 이용한 선거운동금지) ① 공무원은 그 지위를 이용하여 선거운동을 할 수 없다. 이 경우 공무원이 그 소속직원이나 제53조(공무원 등의 입후보)제1항 제4호 내지 제6호에 규정된 기관 등의 임·직원 또는 공직자윤리법 제17조(퇴직공직자의 유관사기업체 등에의 취업제한)의 규정에 의한 유관사기업체 및 협회의 임·직원을 대상으로 한 선거운동은 그 지위를 이용하여 하는 선거운동으로 본다.

② 누구든지 교육적·종교적 또는 직업적인 기관·단체 등의 조직내에서의 직무상 행위를 이용하여 그 구성원에 대하여 선거운동을 하거나 하게 하거나, 계열화나 하도급 등 거래상 특수한 지위를 이용하여 기업조직·기업체 또는 그 구성원에 대하여 선거운동을 하거나 하게 할 수 없다.

③ 누구든지 교육적인 특수관계에 있는 선거권이 없는 자에 대하여 교육상의 행위를 이용하여 선거운동을 할 수 없다.

공직선거 및 선거부정방지법 제86조(공무원 등의 선거에 영향을 미치는 행위금지) ① 공무원(국회의원과 그 보좌관·비서관·비서 및 지방의회의원을 제외한다), 제53조(공무원 등의 입후보)제1항 제4호 및 제6호에 규정된 기관 등의 상근 임·직원, 통·리·반의 장, 주민자치위원회위원과 향토예비군소대장급 이상의 간부, 특별법에 의하여 설립된 국민운동단체로서 국가나 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 또는 국민건강보험법에 의하여 설립된 국민건강보험공단의 상근 임·직원은 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.

1. 소속직원 또는 선거구민에게 교육 기타 명목여하를 불문하고 특정 정당이나 후보자(후

보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 항에서 같다)의 업적을 홍보하는 행위

2. 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위

3. 정당 또는 후보자에 대한 선거권자의 지지도를 조사하거나 이를 발표하는 행위

4. 선거기간중 소속직원 또는 선거구민에게 명목여하를 불문하고 법령이 정하는 외의 금품 기타 이익을 주거나 이를 약속하는 행위. 다만, 관혼상제 기타 의례적이거나 직무상의 행위로서 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 행위를 제외한다.

5. 선거기간중 국가 또는 지방자치단체의 예산으로 시행하는 사업중 즉시 공사를 진행하지 아니할 사업의 기공식을 거행하는 행위

6. 선거기간중 정상적 업무외의 출장을 하는 행위

7. 선거기간중 휴가기간에 그 업무와 관련된 기관이나 시설을 방문하는 행위

② 지방자치단체의 장은 선거일전 60일(선거일전 60일후에 실시사유가 확정된 보궐선거 등에 있어서는 그 선거 의 실시사유가 확정된 때)부터 선거일까지 다음 각 호의 1에 해당 하는 행위를 하여서는 아니된다.

1. 삭제

2. 정당의 정강·정책과 주의·주장을 선거구민을 대상으로 홍보·선전하는 행위. 다만, 당해 지방자치단체의 장의 선거에 예비후보자 또는 후보자가 되는 경우에는 그러하지 아니하다.

3. 창당대회·합당대회·개편대회 및 후보자선출대회를 제외하고는 정당이 개최하는 시국강연회, 정견·정책발표회, 당원연수·단합대회 등 일체의 정치행사에 참석하거나 선거대책기구, 선거사무소, 선거연락소를 방문하는 행위. 다만, 당해 지방자치단체의 장 선거에 후보자가 되는 경우와 당원으로서 소속정당이 당원만을 대상으로 개최하는 정당의 공개행사에 의례적으로 방문하는 경우에는 그러하지 아니하다.

4. 다음 각목의 1을 제외하고는 교양강좌, 사업설명회, 공청회, 직능단체모임, 체육대회, 경로행사, 민원상담 기타 각종 행사를 개최하거나 후원하는 행위

가. 법령에 의하여 개최하거나 후원하도록 규정된 행사를 개최·후원하는 행위

나. 특정일·특정시기에 개최하지 아니하면 그 목적을 달성할 수 없는 행사

다. 천재·지변 기타 재해의 구호·복구를 위한 행위

라. 직업보도교육 또는 유상으로 실시하는 교양강좌를 개최·후원하는 행위 또는 주민자

치센터가 개최하는 교양강좌를 후원하는 행위. 다만, 종전의 범위를 넘는 새로운 강좌를 개설하거나 수강생을 증원하거나 장소를 이전하여 실시하는 주민자치센터의 교양강좌를 후원하는 행위를 제외한다.

마. 집단민원 또는 긴급한 민원이 발생하였을 때 이를 해결하기 위한 행위

바. 가목 내지 마목에 준하는 행위로서 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 행위

5. 통·리·반장의 회의에 참석하는 행위. 다만, 천재·지변 기타 재해가 있거나 집단민원 또는 긴급한 민원이 발생하였을 때에는 그러하지 아니하다.

③ 지방자치단체의 장은 다음 각 호의 1에 정하는 기간 동안 그의 직명 또는 성명을 밝히거나 그가 하는 것으로 추정할 수 있는 방법으로 소속직원 또는 선거구민에게 명목여하를 불문하고 법령이 정하는 외의 금품 기타 이익을 주거나 이를 약속하는 행위를 하여서는 아니된다.

1. 선거구역이 당해 지방자치단체의 관할구역과 같거나 겹치는 선거의 후보자가 되고자 하는 경우

선거일전 1년(보궐선거 등에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때)부터 선거일까지

2. 제1호외의 선거의 경우

선거일전 60일(선거일전 60일후에 실시사유가 확정된 보궐선거 등에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때)부터 선거일까지

④ 지방자치단체의 장은 다음 각 호의 1에 해당하는 경우를 제외하고는 지방자치단체의 사업계획·추진실적 기타 지방자치단체의 활동상황을 알리기 위한 홍보물(홍보지·소식지·간행물·시설물·녹음물·녹화물 기타의 홍보물 및 신문·방송을 이용하여 행하는 경우를 포함한다)을 분기별로 1종 1회를 초과하여 발행·배부 또는 방송하여서는 아니되며 당해 지방자치단체의 장의 선거의 선거일전 180일(보궐선거 등에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때, 이하 제5항에서 같다)부터 선거일까지는 홍보물을 발행·배부 또는 방송할 수 없다. 1. 법령에 의하여 발행·배부 또는 방송하도록 규정된 홍보물을 발행·배부 또는 방송하는 행위

2. 특정사업을 추진하기 위하여 그 사업과 이해관계가 있는 자나 관계주민의 동의를 얻기 위한 행위

3. 집단민원 또는 긴급한 민원이 발생하였을 때 이를 해결하기 위한 행위

4. 기타 위 각호의 1에 준하는 행위로서 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 행위

⑤ 지방자치단체의 장은 당해 지방자치단체의 장의 선거의 선거일전 180일부터 선거일까지 주민자치센터가 개최하는 교양강좌에 참석할 수 없으며, 근무시간중에 공공기관이 주최하는 행사외의 행사에는 참석할 수 없다.

【참조판례】

1. 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 33-34
헌재 1995. 3. 23. 95헌마53, 판례집 7-1, 463, 473
헌재 1995. 5. 25. 91헌마67, 판례집 7-1, 722, 739
헌재2001.8.30.2000헌마121등, 판례집 13-2, 263, 269
헌재2004.4.29.2002헌마467, 판례집 16-1, 541, 550, 554
헌재 2005. 6. 30. 2004헌바33, 판례집 17-1, 927
헌재 2007. 8. 30. 2003헌바51등, 공보 131, 936
대법원 1999. 4. 9. 선고 98도1432
3. 헌재 2005. 10. 27. 2003헌바50등, 판례집 17-2, 238
헌재 2007. 8. 30. 2003헌바51등, 공보 131, 936

【당 사 자】

청 구 인 김○길

대리인 법무법인 해마루 종합법률사무소

담당변호사 한경수

당해사건 서울중앙지방법원 2004고합501 공직선거 및 선거부정방지법 위반 등

【주 문】

지방공무원법(1997. 12. 13. 법률 제5426호로 개정된 것) 제57조 제2항 제1호, 제58조 제1항, 제82조 중 ‘제57조 제2항 제1호 및 제58조 제1항’ 부분, 구 ‘공직선거 및 선거부정방지

법’(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되기 전의 것) 제60조 제1항 제4호, 제255조 제1항 제1호 중 ‘제60조 제1항 제4호’ 부분, 제255조 제1항 제11호 중 ‘제87조 제1항 제8호’(선거운동을 할 수 없는 공무원이 구성원의 과반수인 기관·단체에 한정한다) 부분은 각 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 1981. 4.경 지방행정 9급으로 임용되어 1988. 4. 1. 사직한 후, 1990. 12. 10. 지방행정 7급으로 임용되어 경남도청 세정과 소속 세무 6급 공무원으로 근무하고 있다. 청구인은 2004. 2. 12.경 제2기 전국공무원노동조합(이하 ‘전공노’라고 한다)의 위원장으로 선출되어 같은 해 3. 1.부터 활동하였다.

(2) 청구인은 다음 범죄사실로 기소되었다(이 사건 관련 부분).

(가) 청구인은 이○기와 공모하여,

2004. 4. 10.경 전공노 사무실에서 전공노 홈페이지 초기화면에 “새로 생긴 한표는 12번 민주노동당에, 4월 15일! 13만 조합원이 세상을 바꿉니다.”라는 문구가 나오는 팝업창을 설치·게시하여 탈법 방법에 의해 인터넷 글을 게시하고, 선거운동을 할 수 없는 공무원 및 단체가 선거운동을 함과 동시에 공무원으로서 선거에 있어서 민주노동당 지지 투표를 하도록 권유하고,

(나) 전공노 대변인 정○해와 공모하여,

2004. 3. 22.경 전공노 사무실에서 전공노 명의로 ‘대통령 탄핵반대 의문사진상규명위원회의 성명을 환영한다—공무원의 정치적 자유는 헌법적 권리, 정부는 탄압말라’는 성명서를 정○해로 하여금 작성하게 한 후, 이를 각 언론사에 배포하게 하는 등 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단행위를 하고,

(다) 안○순 등과 공모하여,

2004. 3. 16. 전공노의 중앙위원회를 개최하여 진보정당과의 연대 협력사업, 공무원의 정치활동 금지 철폐 추진, 이를 위한 ‘정치위원회’ 설치, 정치위원장으로 김○철을 선임키로 하는 의결을 하고, 같은 달 23일 청주 시민회관에서 전공노 소속 대의원 450여명이 참석한 가운데 개최된 대의원대회에서 기념사를 통해 “보수 수구세력에 의해 저질러진 탄핵 정국

을 공무원노조가 중심이 되어 해쳐 나가야 한다. 공무원도 정치세력화가 필요하다. 정치세력화는 공무원의 권리를 보장받을 수 있는 방안이다.”라고 연설하고, 이에 관련된 특별결의문을 채택한 후, 같은 달 24일경 위 특별결의문을 전공노 인터넷 홈페이지에 게시하고, 같은 달 30일 전공노 사무실에서 전공노 집행부 간부들이 참석한 가운데 각 언론사 기자들을 불러 모아 놓고 ‘공무원의 정치활동 보장 촉구 및 민주노동당 지지 선언’ 기자회견을 개최하고 그 시경 기자회견문 등을 전공노 홈페이지에 게시하는 등으로, 선거운동을 할 수 없는 공무원의 신분으로 민주노동당을 지지하는 선거운동을 하고, 구성원의 과반수가 선거운동을 할 수 없는 공무원으로 이루어진 전공노 명의로 선거운동을 하였으며, 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 탈법 방법에 의하여 민주노동당을 지지하는 내용이 포함되어 있는 인터넷 글을 홈페이지에 게시하고, 공무원으로서 선거에 있어서 민주노동당의 지지를 위하여 투표를 하도록 권유함과 동시에 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단행위를 하고,

(라) 안○순 등과 공모하여,

2004. 4. 21. 전공노 사무실에서 각 언론사 기자들을 불러 모아 놓고 ‘4·15 총선승리 공무원노조 지도부 자진출두’라는 기자회견을 개최하면서, “우리는 당당하게 싸웠고, 우리는 승리하였습니다. 공무원 노동자가 헌법에 보장된 정치적 의사표현의 자유를 주장하는 것이 그리 큰 죄가 된단 말입니까? 노동3권 쟁취투쟁, 공안탄압 분쇄를 위한 투쟁이 힘차게 펼쳐질 것입니다.”라는 취지의 기자회견문 및 유사한 내용의 출두투쟁 결의문을 발표한 후, 영등포 경찰서에 자진출석하기에 앞서 전공노 조합원 100여명 등이 참석한 가운데 환송식을 개최하는 등 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단행위를 하였다.

(3) 청구인은 위 범죄사실로 인하여 ‘공직선거 및 선거부정방지법’ 위반 등 혐의로 서울중앙지방법원에서 재판을 받던 중(2004고합501), 청구인에게 적용된 지방공무원법 제57조 제2항 제1호, 제58조 제1항, 제82조 및 ‘공직선거 및 선거부정방지법’ 제60조 제1항 제4호, 제87조 제1항 제8호, 제255조 제1항 제1호 및 제11호의 위헌여부에 대한 심판제청을 신청하였으나 2004. 6. 8. 기각되자(2004초기846), 2004. 7. 6. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 위 법률조항들에 대하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(4) 당해 사건 법원은 2004. 6. 8. 청구인의 위 법률조항들 위반을 인정하여 징역형을 선고하면서 2년간 그 집행을 유예하는 판결을 하였고, 청구인의 항소는 2004. 9. 7. 기각되었으며(서울고등법원 2004노1571), 청구인의 상고는 2006. 6. 27. 기각되었다(대법원 2004도6167).

나. 심판의 대상

청구인은 처벌조항인 지방공무원법(1997. 12. 13. 법률 제5426호로 개정된 것) 제82조, 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되기 전의 것. 이하 ‘공선법’이라 한다) 제255조 제1호 및 제11호 전체를 심판대상으로 삼았으나, 그 중에서 청구인에게 해당되는 지방공무원법 제82조 중 ‘제57조 제2항 제1호 및 제58조 제1항’ 부분, 공선법 제255조 제1항 제1호 중 ‘제60조 제1항 제4호’ 부분, 공선법 제255조 제1항 제11호 중 ‘제87조 제1항 제8호’ 부분에 심판대상을 한정하는 것이 상당하다.

한편 공선법 제87조 제1항 제8호는 “구성원의 과반수가 선거운동을 할 수 없는 자로 이루어진 기관·단체”라고 되어 있어, 동 조항의 수범자는 기관·단체이며 개인이 아니다. 다만 공선법 제255조 제1항 제11호가 “제87조 제1항을 위반하여 선거운동을 하거나 하게 한 자”라고 되어 있으므로 그 한도에서 제87조 제1항 제8호가 청구인에게 관련되고 있다. 그러므로 이 사건에서는 공선법 제87조 제1항 제8호 자체를 심판대상으로 삼을 필요가 없고, 제255조 제1항 제11호 중 ‘제87조 제1항 제8호’ 부분만을 심판대상으로 삼는 것이 상당하다.

나아가 공선법 제87조 제1항 제8호 중 ‘선거운동을 할 수 없는 자’가 무엇인지는 공선법 제60조 제1항이 나열하고 있으나 그 범위가 넓으므로, 이 사건에서는 청구인이 공무원 신분인 점을 고려하여 ‘선거운동을 할 수 없는 자’ 중 ‘공무원’(선거운동을 할 수 없는 공무원을 말한다)에 한정하여 판단하는 것이 필요하다.

따라서 이 사건 심판의 대상은 지방공무원법(1997. 12. 13. 법률 제5426호로 개정된 것) 제57조 제2항 제1호, 제58조 제1항, 제82조 중 ‘제57조 제2항 제1호 및 제58조 제1항’ 부분, 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되기 전의 것. 이하 ‘공선법’이라 한다) 제60조 제1항 제4호, 제255조 제1항 제1호 중 ‘제60조 제1항 제4호’ 부분, 제255조 제1항 제11호 중 ‘제87조 제1항 제8호’(선거운동을 할 수 없는 공무원이 구성원의 과반수인 기관·단체에 한정한다) 부분이 각 헌법에 위반되는지 여부이다. 이 법률조항들 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

지방공무원법(1997. 12. 13. 법률 제5426호로 개정된 것) 제57조(정치운동의 금지) ② 공무원은 선거에 있어서 특정정당 또는 특정인의 지지나 반대를 하기 위하여 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다. 1. 투표를 하거나 하지 아니하도록 권유하는 것

제58조(집단행위의 금지) ① 공무원은 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단행위를 하여서는 아니된다. 다만, 사실상 노무에 종사하는 공무원은 그러하지 아니하다.

제82조(벌칙) ……제57조 또는 제58조의 규정에 위반한 자는 다른 법률에 특별히 규정된 경우를 제외하고는 1년 이하의 징역 또는 300만 원 이하의 벌금에 처한다.

구 공직선거 및 선거부정방지법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되기 전의 것) 제60조(선거운동을 할 수 없는 자) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 선거운동을 할 수 없다. 다만, 제4호 내지 제9호에 해당하는 자가 후보자의 배우자인 경우에는 그러하지 아니하다.

1.대한민국 국민이 아닌 자

2.미성년자

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 제6조(발기인 및 당원의 자격) 제1호 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원(국회의원과 지방의회의원외의 정무직공무원을 제외한다)은 그러하지 아니하다.

5.제53조(공무원 등의 입후보) 제1항 제2호 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·편익시설을 총칭한다. 이하 같다)에 설치된 주민자치위원회(주민자치센터의 운영을 위하여 조례에 의하여 읍·면·동사무소의 관할구역별로 두는 위원회를 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 대표자9.국민건강보험법에 의하여 설립된 국민건강보험공단의 상근 임·직원

제87조(단체의 선거운동금지) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 기관·단체는 그 명의 또는 그 대표의 명의로 선거운동을 할 수 없다.

8.구성원의 과반수가 선거운동을 할 수 없는 자로 이루어진 기관·단체

제255조(부정선거운동죄) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 600만 원 이하의 벌금에 처한다.

1.제60조(선거운동을 할 수 없는 자) 제1항의 규정에 위반하여 선거운동을 하거나 하게 한 자 또는 같은 조 제2항이나 제205조(선거운동기구의 설치 및 선거사무관계자의 선임에 관한 특례) 제4항의 규정에 위반하여 선거사무장 등으로 되거나 되게 한 자

11. 제87조(단체의 선거운동금지) 제1항의 규정을 위반하여 선거운동을 하거나 하게 한 자 또는 동조 제2항의 규정을 위반하여 사조직 기타 단체를 설립·설치하거나 하게 한 자

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장요지

지방공무원법 제58조 제1항, 제82조는 헌법 제33조에서 보장하는 노동 3권 등의 기본권과 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 위반하는 법률조항이다.

지방공무원의 정치운동과 집단행위를 금지한 지방공무원법 제57조·제58조·제82조의 규정은 국제노동기구(ILO)의 제87호 협약(결사의 자유 및 단결권 보장에 관한 협약), 제98호 협약(단결권 및 단체교섭권에 대한 원칙의 적용에 관한 협약), 제151호 협약(공공부문에서의 단결권 보호 및 고용조건의 결정을 위한 절차에 관한 협약) 등 국제법규에 반하므로 헌법 전문 및 제6조 제1항에 위반된다.

지방공무원법 제57조 제2항 제1호, 제82조 및 공선법 제60조 제1항 제4호, 제87조 제1항 제8호, 제255조 제1항 제1호 및 제11호는 헌법 제6조 제1항 및 제37조 제2항에 위반하여 공무원의 정치적 기본권을 지나치게 제한하는 법률조항이다. 공선법 제85조·제86조에서 공무원의 지위를 이용한 선거운동 금지 및 선거에 영향을 미치는 행위금지 등을 개별적으로 규정하고 있는데도, 같은 법 제60조·제87조·제255조에서 공무원의 선거운동을 일반적·포괄적으로 금지하고 이에 위반 시 형사처벌 하도록 규정한 것은 입법목적에 부합하지 않는 과도한 제한이므로 헌법에 위반된다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각결정 요지

(1) 헌법 제33조 제2항이 입법권자에게 어느 범위의 공무원에게까지 노동3권을 부여하느냐에 관한 입법재량권을 부여한 이상, 공무원의 노동3권의 본질적인 내용을 침해하여 그 기본권이 형해화 되기에 이르렀다고 할 수 없다면 쉽사리 당해 법률을 위헌이라고 단정할 수는 없는바, 공무원인 근로자의 특수성, 우리 사회의 경제적 능력 등 제반 사정을 감안하여 볼 때, 지방공무원법 제58조 제1항이 입법권자에게 부여된 형성적 재량권의 범위를 벗어난 것이라고까지 할 수 없다.

(2) 공무원의 정치적 의사표현의 자유 등 정치적 기본권을 일반적으로 제한하지 아니하고, ‘선거에 있어서’ 특정후보자의 당선 내지 득표나 낙선을 위하여 필요하고도 유리한 행위, 즉 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계

획적인 행위인 ‘선거운동’만을 제한하는 공선법 제60조 제1항 제4호 및 같은 법 제87조 제1항 제8호와 ‘선거에 있어서’ 특정정당 또는 특정인의 지지나 반대를 하기 위하여 투표를 하거나 하지 아니하도록 권유하는 행위를 처벌하는 지방공무원법 제57조 제2항 및 각 처벌조항은 헌법적 요청에 따른 것이라 할 것이므로, 이를 들어 공무원의 정치적 기본권의 본질적 부분을 해할 정도에 이르렀다고 판단되지는 아니한다. 결국 위 각 조항도 헌법에 위반되지 아니한다.

다. 서울중앙지방검찰청 검사장의 의견

특정후보자의 당선 내지 득표나 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적 행위인 ‘선거운동’만을 제한하는 공직선거법 제60조 제1항 제4호 및 제87조 제1항 제8호와 ‘선거에 있어서’ 특정정당 또는 특정인의 지지나 반대를 하기 위하여 투표를 하거나 하지 아니하도록 권유하는 행위를 처벌하는 지방공무원법 제57조 제2항은 공무원의 정치적 기본권의 본질적 부분을 해할 정도에 이르렀다고 볼 수 없다.

어느 범위의 공무원에게까지 어느 정도의 노동권을 부여하느냐에 관하여 입법권자에게 재량권을 부여한 것이 헌법 제33조 제2항의 취지이다. 지방공무원법 제58조 제1항에서 말하는 ‘공무 외의 일을 위한 집단행위’는 “공익에 반하는 목적을 위하여 직무전념의무를 해태하는 등의 영향을 가져오는 집단적 행위, 공무원으로서 직무에 관한 기강을 저해하거나 기타 그 본분에 배치되는 등 공무의 본질을 해치는 특정목적에 위한 다수인의 행위”로 해석되고, 포괄적 위임입법의 취지 및 입법자의 재량권을 감안하고, 일반 형법 규정과 비교할 때 그 개념이 지나치게 추상적이어서 명확성의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

라. 중앙선거관리위원회 위원장의 의견

공선법 제60조 제1항 제4호의 입법목적은 공무원의 정치적 중립성을 보장하고 선거의 공정을 기하기 위한 것이므로 그 정당성이 인정되며, 선거에의 개입 시 선거의 공정을 해할 우려가 매우 큰 공무원 신분에 대하여 일괄적으로 선거운동을 금지하는 것은 그 목적달성에 적합한 수단으로서의 상당성 또한 인정된다고 할 것이다. 구체적인 현실에서는 선거운동이 매우 다양하고 복잡하게 행하여지므로 선거운동의 방법 또는 태양을 유형별로 나누어 일일이 법령에 규정할 수도 없다.

선거운동의 주체에 대하여 어느 범위에서 이를 허용하고 금지할 것인가는 각 나라가 처한 정치·사회·경제적 사정, 선거문화의 수준, 민주시민의식의 성숙 정도 등 제반 사정에 따라 달라질 수밖에 없는바(헌재 1999. 11. 25. 98헌마141), 우리나라의 경우에는 관권

개입에 따른 불·탈법 사례가 과거에 비하여 대폭 줄어들었다고는 하지만 언제라도 재연될 소지가 있고 아직까지 완전히 근절되지 않고 있다고 판단된다.

공무원에 대하여 선거운동을 금지한다고 하더라도 공선법 제58조 단서규정에 의하여 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시 등의 행위까지 금지되는 것은 아니므로 기본권의 본질적 내용까지 침해하였다고 할 수도 없다.

또한 선거운동을 할 수 없는 공무원으로 이루어진 단체가 선거운동을 할 수 없는 것은 당연한 귀결이며, 금지 규정 위반 시 처벌 규정을 두는 것은 법집행의 실효성을 담보하기 위한 불가피한 조치라 할 수 있다.

3. 판 단

가. 공선법 제60조 제1항 제4호, 제255조 제1항 제1호 중 ‘제60조 제1항 제4호’ 부분
(이하 이들을 ‘이 사건 조항 1’이라 한다)

(1) 제한되는 기본권

이 사건 조항 1이 공무원인 청구인에 대하여 선거운동을 금지하는 것은 선거의 공정성·형평성과 중립성이라는 공공복리를 위하여 선거운동의 자유와 정치적 표현의 자유 및 선거권을 경합적으로 제한하는 것이라고 볼 수 있다(헌재 2004. 4. 29. 2002헌마467, 판례집 16-1, 541, 550). 이하 선거운동의 자유를 중심으로 위헌 여부를 판단하기로 한다.

(2) 위헌 여부

(가) 선거운동의 자유도 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있는바, 그 경우에도 제한의 방법이 합리적이어야 함은 물론 기본권 제한의 한계 원리인 과잉금지의 원칙에 위배되거나 권리의 본질적 내용을 침해하여서는 아니된다.

(나) 공직선거법 제58조 제1항에 의하면 ‘선거운동’은 “당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위”이다. 판례는 이에 관하여 다음과 같이 판시하고 있다: “선거운동은 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.”(헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 33-34; 헌재 2001. 8. 30. 2000헌마121등, 판례집 13-2, 263,

269; 대법원 1999. 4. 9. 선고 98도1432).

선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시, 입후보와 선거운동을 위한 준비, 정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시, 통상적인 정당활동은 선거운동에서 제외된다(공직선거법 제58조 제1항).

(다) 공선법이 공무원(이 사건 조항 1에 의하여 선거운동이 금지되는 공무원을 의미한다. 이하 같다)의 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, 직무를 통하여 얻은 여러 가지 정보를 선거에 활용할 수 있을 뿐 아니라 자신의 부하직원을 선거운동에 동원할 염려도 있으며, 자신의 선거운동에 유리한 방향으로 편파적으로 직무를 집행하거나 관련 법규를 적용할 가능성도 있는 등 그로 인한 부작용과 폐해가 선거결과에 지대한 영향을 미치게 될 것이기 때문으로서, 선거의 형평성과 공정성을 보장하기 위하여 공무원이나 이에 준하는 공공단체의 구성원들로 하여금 선거운동에 관여하지 못하도록 하는 것은 입법자의 불가피한 조치라고 할 것이다(헌재 1995. 3. 23. 95헌마53, 판례집 7-1, 463, 473; 헌재 1995. 5. 25. 91헌마67, 판례집 7-1, 722, 739; 헌재 2005. 6. 30. 2004헌바33, 판례집 17-1, 927).

(라) 이 사건 조항 1은 공무원에 대하여 선거운동의 기간과 방법, 태양을 불문하고 일체의 선거운동을 금지하고 있는바, 이러한 일률적 금지가 앞서 본 제한목적 달성을 위하여 필요한 최소한의 것이라고 볼 수 있는지가 문제된다.공무원의 선거운동을 제한하는 방법으로 이 사건 조항 1과 같이 일률적으로 금지할 것이 아니라 ‘선거운동의 방법이나 태양’을 제한하는 것을 생각해볼 수 있다. 그러나 선거운동의 개념은 매우 넓으며, 이는 실제에 있어 매우 다양하고 복잡한 형태로 행하여질 것이어서 그 가운데 어느 것을 공무원이라는 신분과 관련하여 금지될 필요가 있는 방법으로 구분, 특정할 것인지는 그 범위를 정하기가 쉽지 않다.

한편 공선법은 제85조에서 공무원이 지위를 이용한 선거운동을 하는 것을 금지하며, 제86조에서 공무원이 선거에 영향을 미치는 개별적 행위들을 금지하는 방식을 규정하고 있기는 하나, 그러한 입법만으로 이 사건 조항 1이 추구하는 선거의 형평성과 공정성을 충분히 확보할 것인지는 불분명하다. 그러므로 이 사건 조항 1이 ‘피해의 최소성’에 위배되었다고 단정할 수 없다.

(마) 선거운동의 주체에 대하여 어느 범위에서 이를 허용하고 금지할 것인가는 각 나라가 처한 정치·사회·경제적 사정, 선거문화의 수준, 민주시민의식의 성숙 정도 등 제반 사정에 따라 달라질 수밖에 없는데, 우리나라의 경우 과거 여러 차례 실시된 각종 선거에서 관권, 금권 등의 개입에 의한 부패 및 탈법과 그에 따른 민의의 왜곡을 반복적으로 경험한 바 있다(헌재 2004. 4. 29. 2002헌마467, 판례집 16-1, 541, 554).

이 사건 조항 1에 의하여 보호되는 공익은 선거의 공정성 확보라는 중요한 것이고, 이로 인하여 공무원의 선거운동을 금지하는 것은 보호되는 공익과 제한되는 기본권 사이에 현저한 불균형이 있다고는 볼 수 없다.

(바) 청구인은 이 사건 조항 1이 국제노동기구(ILO)의 제151호 협약(공공부문에서의 단결권 보호 및 고용조건의 결정을 위한 절차에 관한 협약) 등 국제법규에 반하므로, 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다고 규정한 헌법 제6조 제1항에 위반된다고 주장하나, 아래 선례(2003헌바51등)의 판시에서 보듯이 헌법 제6조 제1항에 위반된다고 볼 수 없다.

(사) 이 사건 조항 1이 공무원의 선거운동에 대하여 3년 이하의 징역 또는 600만 원 이하의 벌금에 처하도록 한 것은 선거의 공정성을 보장하기 위한 중요한 입법목적 달성을 위한 것으로서 이는 입법재량의 한계를 벗어난 과중한 처벌이라고 볼 수 없다. 또 공무원에 대한 징계처분과 별도로 형사처벌을 인정하였다고 하더라도 징계처분과 형사처벌은 그 권력의 기초, 목적, 내용, 대상 등을 달리하므로 그러한 사정만으로 달리 볼 것은 아니다(2007. 8. 30. 2003헌바51등, 공보 131, 936).

(아) 소결론

이 사건 조항 1은 청구인들의 선거운동의 자유 등 기본권을 침해한다고 볼 수 없으며 헌법에 위반되지 아니한다.

나. 지방공무원법 제57조 제2항 제1호, 제82조 중 ‘제57조 제2항 제1호’ 부분(이하 이들을 ‘이 사건 조항 2’라 한다)

(1) 이 사건 조항 2는 ‘공무원은 선거에 있어서 특정정당 또는 특정인의 지지나 반대를 하기 위하여 투표를 하거나 하지 아니하도록 권유하는 것’을 하지 못하며, 그 위반 시 ‘1년 이하의 징역 또는 300만 원 이하의 벌금’에 처하도록 하였다.

(2) 선거운동은 “당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위”를 뜻하며 “정당의 후보자 추천에 관한 단순 지지·반대의 의견개진 및 의사표시”는 이에 해당하지 않는다(공직선거법 제58조 제1항 제3호). 그런데 단순한 지지나 반대의 의사표시를 넘어서 “투표를 하거나 하지 아니하도록 권유”하는 행위는 ‘당선 또는 낙선을 위한 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적, 계획적 행위’에 해당되므로 전형적인 선거운동의 하나라고 볼 수 있다.

(3) 공무원의 선거운동 금지와 이를 처벌하는 이 사건 조항 1은 청구인의 기본권을 침해하거나 헌법에 위반되지 않음은 앞서 본 바와 같고, 이 사건 조항 2는 그 구체적인 형태

의 선거운동을 금지하고 처벌하고 있는 것이다. 또 이 사건 조항 2의 처벌조항의 내용은 이 사건 조항 1보다 완화되고 있다. 그렇다면 이 사건 조항 1이 합헌이라고 본 이유와 같은 취지에서 이 사건 조항 2 역시 위헌이라고 볼 수 없다.

다. 지방공무원법 제58조 제1항 및 제82조 중 ‘제58조 제1항’ 부분(이하 이들을 ‘이 사건 조항 3’이라 한다)

헌법재판소는 1992. 4. 28. 선고한 90헌바27등 사건에서 ‘공무원은 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단적 행위를 하여서는 아니된다. 다만, 사실상 노무에 종사하는 공무원은 예외로 한다.’고 규정되어 있는 국가공무원법 제66조 제1항 및 그 처벌조항인 제84조 중 ‘제66조 제1항’ 부분에 대하여 헌법에 위반되지 아니한다는 결정을 한 바 있고, 그 후 같은 취지에서 같은 내용을 규정한 지방공무원법 제58조 제1항, 제82조 중 ‘제58조 제1항’ 부분을 합헌으로 결정하였으며(헌재 2005. 10. 27. 2003헌바50등, 판례집 17-2, 238), 최근에 2007. 8. 30. 선고 2003헌바51등 사건에서 다시 국가공무원법 제66조 제1항, 제84조 중 ‘제66조 제1항’ 부분에 대하여 합헌결정을 한 바 있다. 2007. 8. 30. 선고 2003헌바51등 결정의 요지는 다음과 같은바, 이 사건 조항 3에 대한 판단에서도 달리 볼만한 사정이 없으므로 이를 그대로 원용하기로 한다.

『가. ‘노동운동’의 개념은 근로자의 근로조건의 향상을 위한 단결권·단체교섭권·단체행동권 등 근로3권을 기초로 하여 이에 직접 관련된 행위를 의미하는 것으로 좁게 해석하여야 하고, ‘공무 이외의 일을 위한 집단행위’의 개념도 모든 집단행위를 의미하는 것이 아니라 공무 이외의 일을 위한 집단행위 중 공익에 반하는 행위로 축소하여 해석하여야 하는데, 법원도 위 개념들을 해석·적용함에 있어서 위와 유사하게 해석하고 있다. 아울러 ‘사실상 노무에 종사하는 공무원’의 개념은 공무원의 주된 직무를 정신활동으로 보고 이에 대비되는 신체활동에 종사하는 공무원으로 명확하게 해석된다.

나. 헌법 제33조 제2항이 직접 ‘법률이 정하는 자’만이 노동3권을 향유할 수 있다고 규정하고 있어서 ‘법률이 정하는 자’ 이외의 공무원은 노동3권의 주체가 되지 못하므로, 노동3권이 인정됨을 전제로 하는 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙은 적용이 없는 것이다. 위 조항이 근로3권이 보장되는 공무원의 범위를 사실상 노무에 종사하는 공무원에 한정하고 있는 것은 헌법 제33조 제2항에 근거한 것으로 입법자에게 부여하고 있는 형성적 재량권의 범위를 벗어난 것이라고는 볼 수 없다.

다. 어떤 법률조항의 내용이 다른 법률조항의 내용과 서로 충돌된다 하여 원칙적으로 이들 법률조항이 헌법에 위반된다는 등 헌법 문제가 발생하는 것은 아니고, 이들 법률조항들을 어떻게 조화롭게 해석할 것인가의 법률해석 문제가 생길 뿐이다.

- 라. 공무원의 공무 이외의 일을 위한 집단행위를 금지하고 있는 것은 공무원의 집단행동이 공무원 집단의 이익을 대변함으로써 국민전체의 이익추구에 장애가 될 소지가 있기 때문에 공무원이라는 특수한 신분에서 나오는 의무의 하나를 규정한 것이고, 위 개념이 ‘공익에 반하는 목적을 위하여 직무전념의무를 해태하는 등의 영향을 가져오는 집단적 행위’라고 명백히 한정하여 해석되므로, 위 법률조항이 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유의 본질적인 내용을 과도하게 침해한다고 볼 수 없다.
- 마. 사실상 노무에 종사하는 공무원에 대하여서만 근로3권을 보장하고 그 이외의 공무원들에 대하여는 근로3권의 행사를 제한함으로써 양자를 달리 취급하는 것은 헌법 제33조 제2항에 그 근거를 두고 있을 뿐 아니라 합리적인 이유가 있다 할 것이므로 헌법상 평등의 원칙에 위반되는 것이 아니다.
- 바. 청구인이 거론한 국제인권규약들은 권리의 본질을 침해하지 아니하는 한 국내의 민주적인 대의절차에 따라 필요한 범위 안에서 근로기본권에 대한 법률에 의한 제한은 용인하고 있으므로 공무원의 근로3권을 제한하는 위 법률조항과 정면으로 배치되는 것은 아니고, 그 밖에 근로기본권에 관한 국제법상의 선언, 협약 및 권고 등은 우리나라가 비준한 바 없거나 권고적 효력만을 가지고 있어 위 법률조항에 대한 위헌성 심사의 척도가 될 수 없다.
- 사. 헌법 제75조는 사실상 노무에 종사하는 공무원의 범위를 대통령령 등에 위임하는 근거가 된다. 또, 법령이 위임받은 사항에 관하여 대강을 정하고 그 중의 특정사항을 범위를 정하여 다시 하위법령에 위임하는 것은 헌법에 위반되지 않는다. 한편, ‘사실상 노무에 종사하는 공무원’은 그 의미가 명확하여 달리 해석될 여지가 없어 하위법령에서 원래의 취지와 다른 규정을 둘 수는 없음이 명백하다.
- 아. 공무원이 법 제66조에 반하는 행위를 할 경우 국민생활의 전반에 영향을 미쳐서 일반의 공익을 침해할 개연성이 크므로 이에 대하여 형벌을 과하도록 한 법 제84조가 입법재량의 한계를 일탈하여 헌법에 위반한다고 볼 수 없다. 한편, 법 제84조의 법정형인 1년 이하의 징역 또는 300만 원 이하의 벌금 역시 입법재량의 한계를 벗어난 과도한 처벌이라고도 할 만한 특별한 사정이 없다.』
- 라. 공선법 제255조 제1항 제11호 중 ‘제87조 제1항 제8호’(선거운동을 할 수 없는 공무원이 과반수인 기관·단체에 한정한다) 부분(이하 ‘이 사건 조항 4’라 한다)
- (1) 이 사건 조항 4는 선거운동을 할 수 없는 공무원이 구성원의 과반수인 기관·단체의 명의 또는 그 대표의 명의로 선거운동을 하거나 하게 한 자를 처벌하고 있다. 이로써 이

사건 조항 4는 공무원이 과반수인 기관·단체(이하 ‘단체’라고만 한다) 혹은 그러한 단체나 단체의 대표로 하여금 선거운동을 하도록 한 자의 선거운동의 자유와 표현의 자유를 제한하고 있다.

(2) 앞서 공무원의 선거운동 자체가 금지되는 것은 헌법에 위배되지 않는다고 본 이상, 그러한 공무원이 다수를 차지하는 단체의 선거운동을 금지하는 것은 공무원의 선거운동을 제한하는데 따른 불가피한 후속조치라고 볼 수 있다. 만일 공무원이 과반수인 단체의 선거운동을 허용한다면, 그 단체는 공무원 다수의 의사에 따라 선거운동을 하게 될 것이므로, 공무원에 의하여 선거의 불공정성이 초래될 수 있어 공무원의 선거운동을 금지하는 입법취지가 훼손될 수 있다. 만일 공무원이 과반수 구성원인 단체의 선거운동을 허용한다면, 공무원의 지위를 이용한 영향력의 행사를 용인하는 결과가 되고, 직무상 취득한 각종 정보를 부당하게 이용하는 것을 방지하게 되며, 관련선거에 의한 선거의 타락현상을 초래할 수 있어 선거의 공정성과 형평성이 저해될 수 있다. 그러므로 이 사건 조항 4는 선거의 공정성을 달성하기 위한 합리적 이유가 있는 것이며, 입법목적을 달성하기 위한 효과적 수단을 갖추고 있다.

(3) 이로 인하여 단체에 소속된 공무원 아닌 회원들의 경우 단체를 통한 선거운동이 제한되는 결과가 되나, 이러한 제한은 공무원이 과반수인 경우 단체의 선거운동이 선거의 공정성을 심각하게 해할 수 있기 때문에 불가피한 것이고, 공무원이 아닌 사인인 구성원들은 개별적으로 혹은 공선법이 선거운동을 금지하지 않은 다른 단체를 설립하여 선거운동을 하는 것이 가능하며, 선거운동이 아닌 ‘선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시’나 ‘정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시’를 할 수 있으므로 선거에 관한 의사표현이 전적으로 제약된 것은 아니다.

이 사건 조항 4는 선거의 공정성이라는 입법목적을 위하여 공무원이 다수인 단체의 선거운동을 전면적으로 금지하고 있는데, 이러한 제도 외에 달리 될 제약적이면서 같은 효과를 가져올만한 다른 입법수단이 명백하게 존재한다고 보기 어렵다.

(4) 한편 이 사건 조항 4가 추구하는 다수 공무원에 의한 선거의 불공정성과 편파성의 방지라는 공익은 중대한 것인 반면, 이로 인하여 제약되는 단체나 단체를 이용하여 선거운동을 한 자의 선거운동의 자유 제한은 개인으로서가 아니라 그러한 단체를 통한 선거운동만 금지되는 것이므로 심각하거나 수인 불가능한 것이라 볼 수 없어 법익 간에 균형성이 훼손된 것이 아니다.

(5) 이 사건 조항 4는 공무원이 과반수인 단체의 선거운동 금지에 위반하여 ‘선거운동을 하거나 하게 한 자’를 3년 이하의 징역 또는 600만 원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있으나, 이러한 형사처벌은 공무원들에 의한 선거운동에 따른 선거의 불공정성을 방지하기 위한 것으로서 필요한 것이며, 처벌내용이 행위에 비하여 가혹한 것이라거나 입법재량의 범

위를 벗어난 과도한 것이라고 볼 수 없다.(6) 따라서 이 사건 조항 4는 선거운동의 자유나 표현의 자유 등 기본권을 침해하는 것이라고 볼 수 없고, 달리 헌법에 위배된다고 볼 만한 사정이 없다.

4. 결 론

이상의 이유에서 이 사건 심판대상 법률조항들은 모두 헌법에 위반되지 아니하므로 이 사건 조항 3에 대한 아래와 같은 재판관 조대현의 헌법불합치 의견 및 재판관 송두환의 위헌의견을 제외한 나머지 관여 재판관의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 조대현의 헌법불합치 의견

지방공무원법 제58조 제1항이 사실상 노무에 종사하는 지방공무원을 제외한 모든 지방공무원에 대하여 노동운동을 위한 집단적 행위를 금지하고, 이에 위반되는 행위를 지방공무원법 제82조에 의하여 형사처벌하는 것은 헌법에 합치되지 아니한다고 생각한다.

헌법 제33조 제1항이 근로자의 노동3권을 규정한 것은 근로자에게 노동3권에 관한 자유를 보장할 뿐만 아니라 근로자의 인간다운 생활을 보장하기 위한 것이다. 근로자의 노동3권은 인간의 존엄과 가치를 보장하기 위하여 필수불가결한 것이므로 국가는 이를 최대한 보장할 의무를 진다. 이는 사기업의 근로자이든, 공기업의 근로자이든, 공무원인 근로자이든, 다를 바 없다.

그런데 근로자의 노동3권은 근로조건을 향상을 위하여 보장되는 것이므로, 근로조건에 내용이나 수준에 따라 노동3권을 보장하여야 하는 정도도 달라질 수 있다. 공무원은 국민 전체에 대한 봉사자로서 국민의 안전과 자유와 행복을 확보하고 증진시키는 직무를 담당하고 국민에게 책임을 지며 그 신분이 법률에 의하여 보장되는 점(헌법 제7조)에서 공무원의 근로조건은 사기업 근로자의 근로조건과 다르다. 또한 공무원의 종류와 직급·직무 내용에 따라 직무의 공공성과 근로조건에 내용이 다르고 근로조건을 향상시킬 필요성의 정도도 다르다. 따라서 공무원의 노동3권은 공무원의 특수한 지위와 직무의 공공성 및 근로조건에 내용에 맞추어 조절될 수 있다. 이러한 법리는 노동3권을 보장하는 근본목적으로부터 우러나오는 내재적 한계라고 할 수 있다.

개개의 헌법 조문은 헌법 전체가 설정한 기본질서에 부합되도록 해석되어야 한다. 헌법 제33조 제2항이 “공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다”고 규정한 것은, 공무원인 근로자도 헌법 제33조 제1항에 의하여 노동3권을 가진다는 것을 전제로, 근로자의 노동3권을 보장한 헌법 제33조 제1항의 취지와

노동3권의 내재적 한계에 관한 법리 및 공무원의 특수한 지위와 책임을 규정한 헌법 제7조의 취지를 조화시키기 위한 것이라고 보아야 한다. 따라서 헌법 제33조 제2항이 공무원의 노동3권에 관하여 무제한의 입법형성권과 재량권을 주었다고 보아서는 안 되고, 헌법 제33조 제1항의 취지와 헌법 제7조의 취지를 조화시켜야 하는 임무와 한계를 부여한 것이라고 보아야 한다. 헌법 제33조 제2항은 “법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다”고 규정하고 있지만, 그 취지는 이미 본 바와 같이 공무원도 헌법 제33조 제1항에 따라 원칙적으로 노동3권을 가지지만 헌법 제7조에서 밝히고 있는 공무원의 특수한 지위와 책임과 조화될 수 있는 한도에서 공무원의 노동3권을 구체적으로 조절할 수 있고 그 구체적인 내용은 법률로 정한다는 취지라고 보아야 한다. “단결권·단체교섭권 및 단체행동권”이라고 규정하고 있지만, 노동3권을 전부 가지는 공무원을 법률로 정한다는 취지가 아니라, 공무원의 종류와 직급·직무내용에 따른 직무의 공공성, 지휘감독을 받는 근로자성의 정도, 근로조건의 내용, 근로조건을 향상시킬 필요성의 정도 등을 종합적으로 고려하여 노동3권의 전부 또는 일부가 허용되는 공무원의 범위를 법률로 정하라는 취지라고 보아야 한다.

지방공무원법 제58조 제1항과 제82조 중 제58조 제1항 부분(이하 ‘문제 법률조항’이라 한다)은 지방공무원의 노동운동을 위한 집단적 행위를 금지하고 그에 위반되는 행위를 형사 처벌하면서, 사실상 노무에 종사하는 지방공무원만 예외로 규정하고 있다. 문제 법률조항은 지방공무원의 단결권·단체교섭권·단체행동권을 전면적으로 금지하는 것이 아니라 노동3권의 내용 중에서 집단적 행위만을 금지하면서, 사실상 노무에 종사하는 지방공무원에게는 노동운동을 위한 집단적 행위도 허용하고 있다.

그렇지만, 문제 법률조항은 지방공무원의 종류와 직급·직무내용에 따른 직무의 공공성, 지휘감독을 받는 근로자성의 정도, 근로조건의 내용, 근로조건을 향상시킬 필요성의 정도, 노동운동을 위한 집단적 행위의 내용, 노동운동을 위한 집단적 행위가 근무시간 중에 이루어졌는지 여부와 지방공무원의 직무전념의무를 저버리거나 공공직무의 수행에 지장을 주는지 여부 등을 고려하지 아니한 채, 오로지 사실상 노무에 종사하는 지방공무원인지 여부만을 기준으로 하여 노동운동을 위한 집단적 행위의 허용 여부를 결정하고 있다. 이는 헌법 제33조 제2항의 취지를 벗어나 노동운동을 위한 집단적 행위를 과도하게 제한하는 것이다. 다만, 대법원은 문제 법률조항의 “집단적 행위”는 “공익에 반하는 목적을 위하여 직무전념의무를 해태하는 집단적 행위”를 의미한다고 좁게 해석하여 문제 법률조항의 위헌성을 줄이려고 노력하고 있다. 그리고 헌법 제33조 제2항의 취지에 따르면이라도 지방공무원 중에는 노동운동을 위한 집단적 행위를 금지함이 마땅한 지방공무원이 있을 것이고, 문제 법률조항은 그러한 지방공무원에 대하여 노동운동을 위한 집단적 행위를 금지하는 부분(헌법에 합치되는 부분)도 포함하고 있다. 또한 2006. 1. 28.부터 ‘공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(법률 제7380호)’이 시행되어 일정한 범위의 공무원에게

단결권과 단체교섭권이 허용됨으로써, 문제 법률조항의 위헌성이 많이 개선되었다고 할 수 있다.

그러나 문제 법률조항의 위헌성이 완전히 제거되었다고 보기는 어렵다. 특히 지방공무원의 종류와 직무내용에 따른 직무의 공공성의 정도, 노동운동을 위한 집단적 행위가 지방공무원의 직무전념의무를 저버리거나 공공직무의 수행에 지장을 주는지 여부 등이 충분히 고려되었다고 보기 어렵다. 공무수행에 지장을 주지 않는 노동운동은, 지방공무원의 집단적 행위라고 하더라도, 일반적·전면적으로 금지시키고 형사처벌하는 대상으로 인정하기 어렵다.

결국 문제 법률조항은 헌법에 합치되는 부분과 헌법에 위반되는 부분을 아울러 내포하고 있는데, 위헌적인 부분만 구분하여 특정하기 어렵다. 위헌적인 부분만 특정하여 위헌선언하여 실효시키기 어렵고, 위헌적인 부분이 있다고 하여 합헌적인 부분까지 포함하여 전부에 대하여 위헌선언을 할 수도 없다. 위헌적인 부분을 구분하여 제거하는 일은 국회의 구체적인 입법작용에 맡길 수밖에 없다. 그러므로 문제 법률조항 전체에 대하여 헌법 제33조 제2항의 취지에 부합되지 아니한다고 선언하고 개선입법을 촉구함이 상당하다.

6. 재판관 송두환의 위헌 의견

다수의견의 논지 중 지방공무원법 제58조 제1항의 위헌 여부에 관한 부분에 대하여는 의견을 달리하므로 이를 밝혀두고자 한다.

가. 다수의견의 이 부분 요지는 ‘헌법은 제33조 제2항에서 노동3권의 향유주체가 되는 공무원의 범위를 법률에 의하여 정하도록 직접 위임함으로써 입법자에게 광범위한 입법형성권을 부여하였고, 따라서 이에 관하여는 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙이 적용될 여지가 없으며, 이 사건 법률조항은 위 형성적 재량권의 범위를 벗어난 것이 아니므로 헌법에 위반되지 아니한다’는 것인바, 이는 헌법 제33조 제2항의 취의를 오해한 것이라고 생각한다.

나. 헌법은 상호 단절된 각 개별 조항들의 단순한 집합체가 아니라, 각 조항들이 전체적으로 유기적인 관계에서 통일적인 가치체계를 이루고 있는 것이다. 따라서, 특정 헌법 조항의 의미를 파악, 해석함에 있어 1차적으로 당해 규정의 문언적 의미에 주목해야 하는 것은 물론이나, 나아가 헌법의 기본정신과 지도원리, 다른 개별 헌법 조항의 내용과 상호관계, 당해 헌법 조항 제정 또는 개정의 연혁적 취지 등 여러 점들을 폭넓게 고려하여 그에 부합하도록 해석하여야 할 것이다.

다. 그러므로 살피건대, 헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며,

행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”고 규정하여 국민에 대한 국가의 기본권 보장 의무를 강조하고, 헌법 제11조 제1항은 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 차별받지 아니한다는 평등권을 규정하고 있으며, 나아가 헌법 제37조 제2항은 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다. 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로 제한할 수 있으며 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”라고 규정하여 기본권 제한의 근거와 한계에 관한 일반원칙을 정하고 있다.

한편, 헌법 제33조 제2항의 연혁적 경과를 살펴보면, 본래 우리의 제헌헌법(1948. 7. 17. 제정)은 제18조 본문에서 “근로자의 단결, 단체교섭과 단체행동의 자유는 법률의 범위 내에서 보장된다”고만 규정하여 근로자의 노동3권을 기본권으로서 보장하고, 현행 헌법 제33조 제2항과 같은 공무원에 관한 특례 규정은 두지 아니하였는데, 제3공화국에 들어선 후 1962. 12. 26. 헌법의 전면 개정 시 헌법 제29조 제2항으로 “공무원인 근로자는 법률로 인정된 자를 제외하고는 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권을 가질 수 없다”고 규정한 이래, 표현 방식을 조금씩 달리한 채 이어져 오고 있는 것으로서, 1987. 10. 29. 현행 헌법으로 전면 개정 시 헌법 제33조 제1항에서 근로자에 대하여 개별적 유보조항 없는 단체행동권을 보장하고, 제2항에서는 공무원의 노동3권을 일부 긍정하는 형태의 문언으로 바뀌어 규정하고, 제3항에서는 단체행동권의 제한 대상을 주요 방위산업체 종사자로 한정하는 등 개정을 한 근본적인 취지는 노동3권을 확대, 보장하고자 하는 데 있었던 것으로 이해되고 있다(헌법재판소 1993. 3. 11. 88헌마5). 나아가, 헌법 제6조 제1항은 “헌법에 의하여 체결, 공포된 조약은 물론 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다”고 규정하여 국제법을 수용하고 존중함을 천명하고 있고, 현재 우리나라는 국회의 동의를 얻어 국제인권규약들의 대부분을 수락한 체약국이자 국제노동기구의 정식회원국이기도 하다. 따라서, 헌법의 개별 조항을 해석함에 있어서는 국제연합의 세계인권선언이나 국제인권규약들, 국제노동기구의 협약과 권고 등 국제법 규범과 조화되도록 해석하여야 할 것이고, 국내법이 이러한 국제적 규범에 위배된다고 하여 막바로 위헌이라고 할 수는 없다 하더라도, 그 국내법의 위헌 여부를 판단함에 있어 중요한 기준으로 삼아야 할 것이다.

또한, 헌법재판소는 1994. 12. 29. 93헌바21 국가배상법 제2조 제1항 단서에 대한 헌법소원 사건의 결정문에서, “국가는 국민의 기본권을 보장할 의무가 있고, 헌법 제29조 제2항은 제1항에 의하여 보장되는 국가배상청구권을 헌법내재적으로 제한하는 규정이므로 그 적용범위에 대하여는 엄격하고도 제한적으로 해석하여야 할 것이다”라고 판시하였는데, 이는 헌법직접적인 기본권제한규정에 대하여도 만연히 문언적 해석에 안주할 것이 아니라, 헌법의 일반원칙과 정신에 비추어 엄격하고 제한적으로 해석, 적용하여야 함을 표명한 것이다.

라. 이상의 여러 점들을 종합하고 헌법 제33조 제1항의 규정을 유념하면서 헌법 제33조 제2항의 의미를 파악해 보면, 헌법 제33조 제2항은 모든 근로자가 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권 등 노동3권을 향유한다는 대원칙을 선언한 헌법 제33조 제1항을 이어받아, 공무원도 근로자의 성질을 가지므로 당연히 노동3권을 향유한다는 대전제 위에 서되, 다만 공무원이 다른 근로자에 비하여 갖는 특성에 비추어 노동3권의 일부가 제한될 수 있으며, 구체적으로 해당 직무의 내용과 성질, 직급 등에 따라서 단결권만이 인정되거나, 또는 단결권 및 단체교섭권만이 인정되거나, 또는 단체행동권까지 포함하는 노동3권이 인정되는 등, 노동3권 보장의 범위 및 정도가 달라질 수 있음을 선언하고, 이와 같이 공무원에 대하여 노동3권이 보장되는 범위와 정도를 입법자로 하여금 보다 상세하게 합리적으로 정하도록 위임한 것으로 해석하여야 한다.

그리고 이와 같이 보는 이상, 그러한 위임에 의한 입법형성권은 무제한의 재량이 아니라, 헌법 제37조 제2항에서 정하는 원칙, 즉 기본권의 최소제한원칙과 본질적 내용 침해금지 원칙에 따라야 하는 한계가 있고, 만약 법률의 내용이 노동3권 중의 일부라도 일반적·전면적으로 박탈하거나 배제하는 것이라면 기본권의 본질적 내용을 침해하는 것으로 보아야 할 것이다.

마. 이와 같은 견지에서 법 제58조 제1항이 헌법에 위배되는지 여부를 살피건대, 법제58조 제1항은 공무원의 노동운동을 ‘공무 이외의 일을 위한 집단적 행위’의 전형으로 거시하면서, 공무원 중 ‘사실상 노무에 종사하는 공무원’에 대하여만 예외적으로 노동3권을 허용하고, 그 밖의 ‘모든 공무원’에 대하여는 노동운동을 일반적, 전면적으로 금지함으로써 노동3권을 배제, 박탈하고 있다.

그 결과 현실적으로, 위 법조항의 하위법령인 공무원 복무규정 제28조에서 ‘사실상 노무에 종사하는 공무원’으로 규정한 ‘정보통신부 및 철도청 소속의 현업기관과 국립의료원의 작업현장에서 노무에 종사하는 기능직공무원 및 고용직공무원’을 제외한 나머지 일반 공무원의 노동3권은 전면적으로 부인되어 오고 있는바, 이는 비교법적으로 보아 미국, 일본, 독일은 공무원의 단결권과 단체교섭권을 인정하고 있고, 영국과 프랑스는 공무원에게 원칙적으로 단체행동권까지 보장하고 있는 등 공무원에 대하여 근로3권을 보장하는 방향으로 나아가고 있는 것이 세계적 추세이며 우리나라처럼 공무원의 단결권조차 극도로 제한하고 있는 나라는 없다는 것과 너무나 거리가 있는 실정이다.

바. 결국, 극히 예외적인 범위의 현업공무원, 즉 사실상 노무에 종사하는 공무원을 제외한 공무원 일반에 대하여 노동3권을 부인, 박탈하고 있는 법 제58조 제1항은 다음과 같은 점에서 위헌이라 할 것이다.

첫째, 법익형량의 원칙에 반한다.

공무원에 대한 노동기본권의 제한은 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여, 또 근로자 전체의 이익증진과 공공복리 등의 필요성을 비교형량하여 양자가 적정한 균형을 이루는 선에서 이루어져야 할 것인데, 위 법률조항은 단지 사실상 노무에 종사하는 공무원인지 여부 외의 다른 요소는 전혀 고려하지 아니한 채 노동기본권을 제한, 박탈하고 있는 점에서 법익형량의 원칙에 위배된다.

둘째, 위 법률조항은 기본권의 제한은 필요불가피한 경우에 최소한의 범위 내에서 예외적으로만 허용된다는 이른바 최소침해의 원칙에 반한다.

공무원의 직무의 공공성은 공무원의 직무 내용과 성질, 직급 등에 따라 매우 다양하고, 그 직무의 정지 시에 발생할 것으로 우려되는 국민생활의 피해 종류나 정도의 차이도 매우 커서, 일률적으로 논할 수 없다.

예컨대, 소방·경찰 업무와 같이 그 직무가 국민의 생명, 신체 및 재산의 보호에 관련된 경우가 있는 반면, 공원관리나 도서관 업무 등 단순한 생활의 편의 제공에 관련된 경우도 있고, 수도·전기의 공급과 같이 그 직무의 정지가 국민의 생활이익을 직접 침해하는 경우가 있는가 하면, 주민등록등본의 발급 업무와 같이 간접적, 우회적으로 침해결과를 가져오는 경우도 있으며, 군사나 기밀·정보 업무와 같이 그 직무에 대체성이 없는 경우가 있는 반면, 병원 업무와 같이 민간 부문으로부터의 대체가 어느 정도 가능한 경우도 있다. 따라서, 공무원 노동기본권의 보장 또는 입법적 제한을 함에 있어서는 이러한 다양성을 고려하여 단계화, 구체화할 필요가 있다 할 것인데, 위 법률조항은 위와 같은 직무 공공성의 다양성을 일체 고려하지 아니한 채 대다수 공무원의 노동기본권 자체를 일률적으로 부인하고 있으므로, 이는 기본권 최소침해의 원칙에 어긋날 뿐만 아니라, 나아가 노동3권의 본질적인 내용을 침해하고 있다고 볼 것이다.

셋째, 위 법률조항은 평등의 원칙에 위반된다.

공무원 중에는 교원의 노동조합설립 및 운영 등에 관한 법률 소정의 교원 등의 직무와 같거나 유사한 정도의 공공성을 지닌 직무를 수행하는 경우도 있을 수 있고, 다른 한편, 위에서 본 바와 같이 공무원 중에서도 그 직무의 내용과 성질에 따라 공공성의 정도가 현저히 다를 수 있는데도, 위 법률조항은 이와 같은 점들을 일체 무시한 채 오직 공무원이라는 이유만으로 노동기본권 자체를 인정하지 아니하여, 결국 ‘같은 것을 다르게’ 또는 ‘다른 것을 같게’ 취급하고 있다고 할 수 있고, 그에 합리적인 이유가 있다고도 볼 수 없으므로, 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에도 위배된다 할 것이다.

사. 이상 본 바와 같이, 공무원에 대하여 단결권, 단체교섭권, 단체행동권 등 노동3권을 원칙적, 전면적으로 부인하고 있는 법 제58조 제1항은 위헌임을 면할 수 없고, 따라서 위 법률조항에 대하여 위헌선언을 함으로써 위헌적 상황을 해소함과 동시에 입법부로 하여

금 위에서 살펴 본 헌법 제33조 제2항의 취의에 부합하는 입법을 하도록 함이 상당하다.

아. 이 사건 외의 정황으로, 2005. 1. 27. 법률 제7380호로 공무원의 노동조합설립 및 운영 등에 관한 법률이 제정되어 원칙적으로 6급 이하 일반직 공무원 및 기능직·고용직 공무원 등에게 단체행동권을 제외한 단결권 및 단체교섭권이 허용되었으나, 이로써 모든 문제가 해소된 것은 아니고, 위 법의 적용대상이 아닌 공무원에 대한 노동기본권의 보장 문제는 여전히 해결되지 않고 있으므로, 이 사건에서의 위헌선언 필요성은 여전히 있다 할 것이다.

자. 한편, 공무원 중에는 그 직무의 내용이나 성질에 따라 노동3권이 부인되어야 할 경우도 있을 것이라는 점에서 법 제58조 제1항에 일부 합헌적 부분이 포함되어 있다고 볼 수 있고, 그러한 점에 비추어 단순위헌 선언을 하는 것이 과연 타당한지 의문을 가져볼 수도 있을 것이나, 위 법률조항은 공무원에 대하여 단결권을 포함한 노동3권을 원칙적, 전면적으로 부인, 금지하고 있다는 점에서 위헌성의 정도가 매우 크고, 그에 비하면 위와 같은 일부 합헌 부분은 미미하다 할 것일 뿐만 아니라, 기본권의 제한, 금지 규정에 대하여 단순위헌 선언을 한다고 하여 그로써 특별한 법적 혼란이나 피해가 야기될 것이라고는 볼 수 없으므로 굳이 다른 변형결정을 하여야 한다고 보이지 아니한다. 이와 같은 이유로, 지방공무원법 제58조 제1항 및 제82조 중 ‘제58조 제1항’ 부분은 헌법에 위반된다고 보아 다수의견에 반대하는 것이다.

재판관 이강국(재판장) 이공현(주심) 조대현 김희옥 김종대 민형기 이동흡 목영준 송두환

6

초·중등학교 교육공무원의 선거운동을 금지하는 공직선거법 제60조제1항 제4호의 정치적 자유권 등 침해 여부

- 정당법 제6조 제1호 등 위헌확인 (공직선거및선거부정방지법 제9조, 제60조 제1항 제4호).
2004. 3. 25. 2001헌마710 ■

【판시사항】

1. 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 대한 이 사건 청구인들(중등학교 교육공무원인 지방선거 선거권자들)의 법적 관련성 및 권리보호이익
2. 헌법상 정치적 자유권의 의의
3. 이 사건 법률조항이 청구인들의 정치적 자유권을 침해하는지 여부(소극)
4. 이 사건 법률조항이 대학교원의 정당가입 및 선거운동의 자유를 허용하면서도 청구인들과 같은 초·중등학교의 교원에 대하여는 이를 금지함으로써 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 이 사건 청구인들(중등학교 교육공무원인 지방선거 선거권자들)은 별도의 집행행위 없이 이 사건 법률조항에 의하여 정당가입 및 선거운동이 금지되었으므로 자기관련성 및 직접성이 있다. 한편, 선거운동은 당해 후보자의 등록이 끝난 때부터 선거일 전일까지에 한하여 이를 할 수 있는바, 현행 헌법소원절차에 미루어 후보자등록신청개시일보다 약 8개월 전에 청구한 이 사건 심판청구는 현재성의 요건도 갖춘 것으로 보아야 한다. 또한, 청구인들이 헌법소원심판을 청구한 후 2002. 6. 13. 지방선거는 이미 실시되어 종료하였으므로 이 사건 법률조항에 대한 위헌결정이 선고되더라도 청구인의 주관적 권리구제는 불가능하게 되었다고 할 수도 있을 것이나, 이 사건 법률조항이 청구인들의 기본권을 침해하는 것이라면 앞으로 있을 각종 선거에서 청구인들과 같은 교육공무원들이 이 사건 법률조항에 의하여 반복하여 기본권을 침해당할 것이 확실히 예상된다. 따라서 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 관한 판단은 헌법질서의 수호·유지를 위하여

긴요한 사항으로서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니므로, 심판청구의 이익을 인정할 수 있다.

2. 오늘날 정치적 기본권은 국민이 정치적 의사를 자유롭게 표현하고, 국가의 정치적 의사형성에 참여하는 정치적 활동을 총칭하는 것으로 넓게 인식되고 있다. 정치적 기본권은 기본권의 주체인 개별 국민의 입장에서 보면 주관적 공권으로서의 성질을 가지지만, 민주정치를 표방한 민주국가에 있어서는 국민의 정치적 의사를 국정에 반영하기 위한 객관적 질서로서의 의미를 아울러 가진다. 그중 정치적 자유권이라 함은 국가권력의 간섭이나 통제를 받지 아니하고 자유롭게 정치적 의사를 형성·발표할 수 있는 자유라고 할 수 있다. 이러한 정치적 자유권에는 정치적 의사를 자유롭게 표현하고, 자발적으로 정당에 가입하고 활동하며, 자유롭게 선거운동을 할 수 있는 것을 주된 내용으로 한다.
3. 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 얻을 수 있는 공익을 우선시해야 할 것이라는 점 등을 종합적으로 감안할 때, 초·중등학교 교육공무원의 정당가입 및 선거운동의 자유를 제한하는 것은 헌법적으로 정당화될 수 있다.
4. 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 갖추는 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.

【심판대상조문】

정당법(2000. 2. 16. 법률 제6269호로 개정된 것) 제6조(발기인 및 당원의 자격) 국회의원 선거권이 있는 자는 공무원 기타 그 신분을 이유로 정당가입 기타 정치활동을 금지하는 다른 법령의 규정에도 불구하고 누구든지 정당의 발기인 및 당원이 될 수 있다. 그러나 다음 각호의 1에 해당하는 자는 그러하지 아니하다.

1. 국가공무원법 제2조 및 지방공무원법 제2조에 규정된 공무원. 다만, 대통령, 국무총리, 국무위원, 국회의원, 지방의회의원, 선거에 의하여 취임하는 지방자치단체의 장, 국회의원 의 보좌관·비서관·비서 및 국회 교섭단체의 정책연구위원과 고등교육법 제14조(교직원의 구분)제1항 및 제2항의 규정에 의한 총장·학장·교수·부교수·조교수·전임강사인 교원을 제외한다.

2.~3. 생략

4.~5. 삭제

공직선거및선거부정방지법(1997. 1. 13. 법률 제5262호로 개정된 것) 제60조(선거운동을 할 수 없는 자) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 선거운동을 할 수 없다. 다만, 제4호 내지 제9호에 해당하는 자가 후보자의 배우자인 경우에는 그러하지 아니하다.

1.~3. 생략

4. 국가공무원법 제2조(공무원의 구분)에 규정된 국가공무원과 지방공무원법 제2조(공무원의 구분)에 규정된 지방공무원. 다만, 정당법 제6조(발기인 및 당원의 자격) 제1호 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원(국회의원과 지방의회의원외의 정무직 공무원을 제외한다)은 그러하지 아니하다.

5.~9. 생략

② 생략

【참조조문】

헌법 제7조, 제11조 제1항, 제24조, 제25조, 제31조 제4항, 제37조 제2항, 제72조, 제130조 공직선거및선거부정방지법 제9조(공무원의 중립의무 등) ① 공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자(기관·단체를 포함한다)는 선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거 결과에 영향을 미치는 행위를 하여서는 아니된다.

② 검사(군검찰관을 포함한다) 또는 경찰공무원(검찰수사관 및 군사법경찰관리를 포함한다)은 이 법의 규정에 위반한 행위가 있다고 인정되는 때에는 신속·공정하게 단속·수사를 하여야 한다.

공직선거및선거부정방지법 제49조(후보자등록) ① 후보자의 등록은 대통령선거에 있어서는 선거일전 22일, 국회의원선거와 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거에 있어서는 선거일전 16일(이하 “후보자등록신청개시일”이라 한다)부터 2일간(이하 “후보자등록기간”이라 한다) 관할선거구선거관리위원회에 서면으로 신청하여야 한다.

②~⑬ 생략

공직선거및선거부정방지법 제58조(정의 등) ① 이 법에서 “선거운동”이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다. 다만, 선거에 관한 단순한 의견의 개진·의사의 표시·입후보와 선거운동을 위한 준비행위 또는 통상적인 정당활동은 선거운동으로 보지 아니한다.

② 누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다. 그러나 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 금지 또는 제한되는 경우에는 그러하지 아니하다.

공직선거및선거부정방지법 제59조(선거운동기간) 선거운동은 당해 후보자의 등록이 끝난 때부터 선거일전일까지에 한하여 이를 할 수 있다.

교육기본법 제9조(학교교육) ① 유아교육·초등교육·중등교육 및 고등교육을 실시하기 위하여 학교를 둔다.

② 학교는 공공성을 가지며, 학생의 교육외에 학술과 문화적 전통을 유지·발전시키고 주민의 평생교육을 위하여 노력하여야 한다.

③ 학교교육은 학생의 창의력계발 및 인성의 함양을 포함한 전인적교육을 중시하여 이루어져야 한다.

④ 학교의 종류와 학교의 설립·경영 등 학교교육에 관한 기본적인 사항은 따로 법률로 정한다.

교육공무원법 제2조(정의) ① 이 법에서 “교육공무원”이라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 자를 말한다.

1. 교육기관에 근무하는 교원 및 조교

2.~3. 생략

②~⑩ 생략

교육공무원법 제53조(국가공무원법과의 관계) ① 국가공무원법 제16조 제2항을 교육공무원(공립대학에 근무하는 교육공무원을 제외한다. 이하 이 조에서 같다)인 교원에 적용함에 있어서 동조 제2항의 “소청심사위원회”는 이를 “교원징계재심위원회”로 본다.

② 국가공무원법 제43조 제1항을 교육공무원에 적용함에 있어서 동조 동항의 “제71조 제1항 제3호·제5호 또는 제71조 제2항의 규정”은 이를 “교육공무원법 제44조 제1항 제2호·제4호 내지 제11호, 제44조 제2항 또는 동조 제3항의 규정”으로 본다.

③ 국가공무원법 제70조 제1항 제3호에서의 직제의 개폐와 동법 제73조의3 제1항에서의 직제의 변경에는 초·중등교육법 제2조 및 고등교육법 제2조의 규정에 의한 각급학교(공립대학을 제외한다)에 있어서의 학교·학과 또는 학부의 폐지를 포함하는 것으로 본다.

④ 국가공무원법 제32조의4를 교육공무원에게 적용함에 있어서 동조 제1항의 “국가의 각 급기관의 장”은 이를 “임용권자 또는 임용제청권자”로 본다.

⑤ 국가공무원법 제6조·제17조·제19조의2·제21조 내지 제24조·제28조의2·제28조의3·제31조 내지 제32조의2·제34조·제36조 내지 제39조·제40조의2·제41조·제42조 제2항 및 제50조의 규정은 교육공무원에게, 동법 제76조의 규정은 교원(공립대학의 교원을 제외한다)에게 각각 이를 적용하지 아니한다.

초·중등교육법 제2조(학교의 종류) 유아교육 및 초·중등교육을 실시하기 위하여 다음 각호의 학교를 둔다.

1. 유치원
2. 초등학교·공민학교
3. 중학교·고등공민학교
4. 고등학교·고등기술학교
5. 특수학교
6. 각종학교

초·중등교육법 제20조(교직원의 임무) ①, ② 생략

③ 교사는 법령이 정하는 바에 따라 학생 또는 원아를 교육한다.

④ 생략

국가공무원법 제65조(정치운동의 금지) ① 공무원은 정당 기타 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입할 수 없다.

② 공무원은 선거에 있어서 특정정당 또는 특정인의 지지나 반대를 하기 위하여 다음의 행위를 하여서는 아니된다.

1. 투표를 하거나 하지 아니하도록 권유운동을 하는 것
2. 서명운동을 기도·주재하거나 권유하는 것
3. 문서 또는 도서를 공공시설등에 게시하거나 게시하게 하는 것
4. 기부금을 모집 또는 모집하게 하거나 공공자금을 이용 또는 이용하게 하는 것
5. 타인으로 하여금 정당 기타 정치단체에 가입하게 하거나 또는 가입하지 아니 하도록 권유운동을 하는 것

③ 공무원은 다른 공무원에게 제1항과 제2항에 위배되는 행위를 하도록 요구하거나 또는 정치적행위의 보상 또는 보복으로서 이익 또는 불이익을 약속하여서는 아니된다.

④ 제3항 외의 정치적행위의 금지에 관한 한계는 국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령으로 정한다.

【참조판례】

1. 헌재 1996. 8. 29. 95헌마108, 판례집 8-2, 167, 175
헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 56-58
2. 헌재 2001. 8. 30. 2000헌마121등, 판례집 13-2, 263, 271, 274
헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1, 공보 86, 968, 974
헌재 2001. 8. 30. 99헌바92, 판례집 13-2, 174, 193
3. 헌재 1995. 5. 25. 91헌마67, 판례집 7-1, 722, 759
헌재 1992. 11. 12. 89헌마88, 판례집 4, 739, 762
헌재 1993. 7. 29. 91헌마69, 판례집 5-2, 145, 152
4. 헌재 1994. 2. 24. 92헌바43, 판례집 6-1, 72, 75

헌재 1993. 7. 29. 91헌마69, 판례집 5-2, 145, 154

헌재 1998. 7. 16. 96헌바33등, 판례집 10-2, 116, 149-150

【당 사 자】

청 구 인 윤우현 외 1인

대리인 법무법인 해마루종합법률사무소

담당변호사 박갑주 외 1인

【주 문】

청구인들의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인 윤우현은 2001. 9. 3. 서울 성산중학교에 임용된 자이고 같은 김용서는 2001. 9. 1. 서울 난우중학교에 임용된 자로서, 청구인들은 주거지인 동작구와 관악구에 각 거주하면서 2002. 6. 13. 실시될 제4회 지방의회의원 및 지방자치단체의 장 선거에서 선거권을 행사하고자 한 유권자들이다. 한편, 청구인 윤우현은 위 선거에서 민주노동당의 당원이 되어 선거운동을 하고자 하였고, 같은 김용서는 민주당의 당원이 되어 선거운동을 하고자 하였으나 정당법 제6조 단서 제1호 및 공직선거및선거부정방지법(이하 “공선법”이라 한다) 제60조 제1항 제4호에 의하여 정당가입 및 선거운동이 금지되어 정치적 표현의 자유, 정당가입 및 정당활동의 자유, 선거운동의 자유, 평등권, 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 침해당했다고 주장하면서 2001. 10. 12. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상 및 관련규정

심판의 대상은 정당법(2000. 2. 16. 법률 제6269호로 개정된 것) 제6조 단서 제1호 및 공선법(1997. 1. 13. 법률 제5262호로 개정된 것) 제60조 제1항 제4호(이하 “이 사건 법률조

항”이라 한다)이고, 그 내용 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

(1) 심판대상

정당법(2000. 2. 16. 법률 제6269호로 개정된 것)

제6조(발기인 및 당원의 자격) 국회의원선거권이 있는 자는 공무원 기타 그 신분을 이유로 정당가입 기타 정치활동을 금지하는 다른 법령의 규정에도 불구하고 누구든지 정당의 발기인 및 당원이 될 수 있다. 그러나 다음 각호의 1에 해당하는 자는 그러하지 아니하다.

1. 국가공무원법 제2조 및 지방공무원법 제2조에 규정된 공무원. 다만, 대통령, 국무총리, 국무위원, 국회의원, 지방의회의원, 선거에 의하여 취임하는 지방자치단체의 장, 국회의원의 보좌관·비서관·비서 및 국회 교섭단체의 정책연구위원과 고등교육법 제14조(교직원의 구분) 제1항 및 제2항의 규정에 의한 총장·학장·교수·부교수·조교수·전임강사인 교원을 제외한다.

2. 내지 3. (생략)

공선법(1997. 1. 13. 법률 제5262호로 개정된 것)

제60조(선거운동을 할 수 없는 자) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 선거운동을 할 수 없다. 다만, 제4호 내지 제9호에 해당하는 자가 후보자의 배우자인 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 내지 3. (생략)

4. 국가공무원법 제2조(공무원의 구분)에 규정된 국가공무원과 지방공무원법 제2조(공무원의 구분)에 규정된 지방공무원. 다만, 정당법 제6조(발기인 및 당원의 자격) 제1호 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원(국회의원과 지방의회의원 외의 정무직공무원을 제외한다)은 그러하지 아니하다.

5. 내지 9. (생략)

(2) 관련규정

국가공무원법 제65조(정치운동의 금지) ① 공무원은 정당 기타 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입할 수 없다.

② 공무원은 선거에 있어서 특정정당 또는 특정인의 지지나 반대를 하기 위하여 다음의 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 투표를 하거나 하지 아니하도록 권유운동을 하는 것
2. 서명운동을 기도·주재하거나 권유하는 것
3. 문서 또는 도서를 공공시설 등에 게시하거나 게시하게 하는 것
4. 기부금을 모집 또는 모집하게 하거나 공공자금을 이용 또는 이용하게 하는 것
5. 타인으로 하여금 정당 기타 정치단체에 가입하게 하거나 또는 가입하지 아니하도록 권유운동을 하는 것

공선법 제9조(공무원의 중립의무 등) ① 공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자(기관·단체를 포함한다)는 선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위를 하여서는 아니 된다.

교육기본법 제6조(교육의 중립성) ① 교육은 교육 본래의 목적에 따라 그 기능을 다하도록 운영되어야 하며, 어떠한 정치적·파당적 또는 개인적 편견의 전파를 위한 방편으로 이용되어서는 아니 된다.

제14조(교원) ③ 교원은 특정 정당 또는 정파를 지지하거나 반대하기 위하여 학생을 지도하거나 선동하여서는 아니 된다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장요지

정당법 제6조 단서 제1호는 교육공무원이 정당의 발기인 또는 당원이 되는 것을 금지하고 있는바, 교육공무원이 수업시간에 자신이 지지하는 특정 정당의 이익을 위한 정치교육이나 선전을 하는 경우 관련법 규정에 따라 징계 등의 제재수단에 의하여 통제하는 것은 별론으로 하고, 단지 교육공무원이라는 이유만으로 시민으로서 가지는 정당가입 및 활동의 권리를 전혀 허용하지 않는 것은 과도한 제한으로서 헌법 제8조 및 제37조 제2항에 어긋난다. 또한 같은 호 단서에서는 고등교육법 제14조 소정의 대학교원 중 전임강사 이상에게는 이를 허용하고 있는 점에 비추어 볼 때, 헌법 제11조의 평등권도 침해하고 있다.

공선법 제9조 제1항 및 제60조 제1항 제4호는 교육공무원이 선거운동을 일체 하지 못하도록 금지하고 이에 위반하는 자를 형사처벌하도록 하고 있는바(공선법 제255조 제1항 참조), 정치적 기본권인 선거운동의 자유는 필요불가결한 최소한의 제한만이 허용되는 것이므로 이들 규정은 금지되는 행위유형이 지나치게 광범위하여 과잉금지의 원칙에 반한다.

나. 교육인적자원부장관의 의견요지

공선법 제9조 제1항 및 제60조 제1항 4호에 의한 국가공무원의 선거운동금지는, 교원을 포함한 국가공무원은 국민에 대한 봉사자이므로 공무원의 정치적 중립성에 대한 국민의 신뢰를 확보하여 국민에 대한 공복으로서의 사명을 충실히 수행하게 하기 위한 정당한 목적을 갖고 있다.

초·중등학교에 근무하는 교원이 정당의 발기인 또는 당원이 되는 것을 금지하는 정당법 제6조 단서 제1호는, 공무원의 신분을 보장하고 민주주의 및 법치주의의 통치이념에 기여하려는 공무원제도의 본질에 비추어 공무원의 정치적 중립성의 확보를 위한 최소한의 전제라고 보아야 한다. 또한 대학생을 가르치는 대학교원에 비하여 아직 판단능력이 미성숙한 초·중등학교 학생을 가르치는 교원들에 대하여 정당가입 및 활동을 제한한 것은 합리적 이유에 의한 차별이므로 평등권침해가 아니다.

3. 적법요건에 대한 판단

가. 청구기간

법령에 대한 헌법소원의 청구기간은 그 법률의 시행과 동시에 기본권의 침해를 받게 되는 경우에는 그 법률이 시행된 사실을 안 날로부터 90일 이내에, 법률이 시행된 날로부터 1년 이내에 헌법소원을 청구하여야 하고, 법률이 시행된 뒤에 비로소 그 법률에 해당되는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 되는 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 90일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 1년 이내에 헌법소원을 청구하여야 한다(헌법재판소법 제69조 제1항. 헌재 1998. 7. 16. 95헌바19등, 판례집 10-2, 89, 101 참조).

청구인 윤우현은 2001. 9. 3.에, 같은 김용서는 2001. 9. 1.에 각 교원이 되었으므로 그 때로부터 이 사건 법률조항(특히 정당법조항)에 의한 기본권의 제한을 받게 되는데, 2001. 10. 12. 접수된 이 사건 심판청구는 청구기간을 준수하였음이 명백하다.

나. 법적관련성(자기관련성·직접성·현재성)

청구인들은 2002. 6. 13.에 실시될 제4회 지방의회의원 및 지방자치단체의 장 선거를 위하여 민주노동당 및 민주당의 당원이 되어 선거운동을 하고자 하였으나 이 사건 법률조항에 의하여 정당가입 및 선거운동이 금지되었으므로 자기관련성이 있고, 별도의 집행행위 없이 이 사건 법률조항에 의하여 이와 같은 제한을 받게 되었으므로 직접성도 있다.

한편, 선거운동은 당해 후보자의 등록이 끝난 때부터 선거일 전일까지에 한하여 이를 할 수 있고(공선법 제59조), 후보자의 등록은 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거에 있어서는 선거일 전 16일부터 2일간 하게 되는바(공선법 제49조 제1항), 당해 후보자의 등록일 이전에 청구한 이 사건에 대하여 현재성이 없다고 한다면 현행 헌법소원절차에 미루어 기본권구제의 실효성을 기대하기 어렵다(헌재 1996. 8. 29. 95헌마108, 판례집 8-2, 167, 175 참조). 따라서 후보자등록신청개시일 보다 약 8개월 전에 청구한 이 사건 심판청구는 (특히 공선법조항) 현재성의 요건도 갖춘 것으로 보아야 한다.

다. 권리보호이익과 헌법적 해명의 필요성

청구인들이 헌법소원심판을 청구한 후 위 지방선거는 2002. 6. 13. 실시되어 이미 종료하였으므로, 이 사건 법률조항에 대한 위헌결정이 선고되더라도 청구인의 주관적 권리구제는 불가능하게 되었다고 할 수도 있다.

그러나 헌법소원은 주관적 권리구제뿐만 아니라 객관적인 헌법질서보장의 기능도 겸하고 있으므로 심판계속중 발생한 사정변경으로 인하여 주관적인 권리보호이익이 소멸된 경우에도 그러한 기본권침해행위가 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 유지·수호를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 때에는 예외적으로 심판청구의 이익을 인정할 수 있다는 것이 헌법재판소의 확립된 판례이다(헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 56-58 등 참조). 그런데 교육공무원의 정당가입 및 선거운동을 금지하는 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 관하여는 아직 그 해명이 이루어진 바가 없고, 만약 이 사건 법률조항이 청구인들의 기본권을 침해하는 것이라면 앞으로 있을 각종 선거에서 청구인들과 같은 교육공무원들이 이 사건 법률조항에 의하여 반복하여 기본권을 침해당할 것이 확실히 예상된다. 따라서 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 관한 판단은 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항으로서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지닌다.

라. 소 결

이상 본 바와 같이 이 사건 심판청구는 법률에 대한 헌법소원으로서의 적법요건을 모두 갖추었다.

4. 본안에 대한 판단

가. 교육공무원의 정치참여 금지법령 및 이 사건 법률조항의 연혁

(1) 1949. 8. 12. 법률 제44호로 제정된 국가공무원법 제4장 중 제37조는 “공무원은 정치운동에 참여하지 못하며 공무 이외의 일을 위한 집단적 행동을 하여서는 아니 된다.”고 규정하였다. 또한 1949. 12. 31. 법률 제86호로 제정된 교육법 제77조는 “교원은 어느 정당을 지지하거나 배격하기 위하여 학생을 지도 혹은 선동할 수 없다.”고 규정하였고, 제79조는 “교원의 자격, 복무, 보수, 연금, 임면 기타에 관한 사항은 교육공무원법으로써 정한다.”고 규정하였다. 그 후 1953. 4. 18. 법률 제285호로 제정된 교육공무원법 제27조(정치운동의 금지)는 “교원은 정치운동에 참여하지 못하며 어느 정당을 지지하거나 배격하기 위하여 학생을 지도 혹은 선동하여서는 아니 된다.”고 규정하였고, 제29조(국가공무원법의 준용)에서는 “국가공무원법 제4장은 교육공무원에 준용한다.”고 규정하였기 때문에 위 국가공무원법 제37조도 교육공무원에게 준용되었다.

한편 헌법차원에서 보면, 1962. 12. 26. 전문개정된 헌법(제3공화국헌법) 제6조에서 “① 공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다. ② 공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”고 하여 처음으로 ‘공무원의 국민전체에 대한 봉사자’ 및 ‘공무원의 정치적 중립성’ 규정을 두었고, 제27조 제3항에서는 “교육의 자주성과 정치적 중립성은 보장되어야 한다.”고 하여 역시 처음으로 ‘교육의 정치적 중립성’ 규정을 두었다.

(2) 1962. 12. 31. 제정된 최초의 「정당법」에서는 발기인의 자격(제6조)과 당원의 자격(제17조)이 따로 규정되었지만 이 두 조항의 실질적인 내용은 동일하였다. 그 내용은 다음과 같다.

제6조(발기인의 자격) 국회의원선거권을 가진 자는 누구든지 발기인이 될 수 있다. 그러나 각령으로 정하는 공무원·국영기업체 및 정부가 주식의 과반수를 소유하는 기업체의 임원과 다른 법률에 의하여 정치활동이 금지된 자는 예외로 한다.

제17조(당원의 자격) 국회의원선거권을 가진 자는 누구든지 당원이 될 수 있다. 그러나 각령으로 정하는 공무원·국영기업체 및 정부가 주식의 과반수를 소유하는 기업체의 임원과 다른 법률에 의하여 정치활동이 금지된 자는 예외로 한다.

또한, 동법시행령(1963. 1. 19. 각령 제1150호로 제정된 것) 제1조와 제3조는 발기인과 당원이 될 수 없는 공무원을 다음과 같이 규정하였다.

제1조(발기인이 될 수 없는 공무원) 정당법(이하 “법”이라 한다) 제6조 단서의 규정에 의하여 발기인이 될 수 없는 공무원의 범위는 다음 각호와 같다.

1. 국회의원을 제외한 국가공무원법 제3조에 규정된 공무원.

2. 지방의회의 의원을 제외한 지방공무원법 제2조에 규정된 공무원.

3. 기타 법령의 규정에 의하여 공무원의 신분을 가진 자.

제3조(당원이 될 수 없는 공무원) 법 제17조 단서의 규정에 의하여 당원이 될 수 없는 공무원은 제1조 각호의 공무원 중 대통령·내각수반 및 각원(閣員)과 국회의원의 비서를 제외한 자를 말한다.

한편 1993. 12. 27. 법률 제4609호 개정법은 정당설립요건 및 정당가입자격·절차 등을 완화 내지 간소화하여 국민의 정치참여 기회를 확대하였으며, 이에 따라 대통령령에 위임되어 있던 발기인 및 당원의 자격제한을 법률에 직접 규정하였으며 언론인의 정당가입을 전면 허용하였다. 또한, 제6조와 제17조로 나누어져 있던 발기인과 당원의 자격에 대한 규정을 제6조에 통합하여 규정하였고, 그 후 현행법과 같이 그 내용이 개정되었다.

(3) 우리나라에서 선거에 관한 최초의 법령은 1948. 3. 17. 조선군정장관이 포고한 미군정 법령 제175호 「국회의원선거법」으로서 그 내용은 총칙, 선거구역과 의원수, 선거인명부, 선거위원회, 의원후보자와 선거운동, 선거방법과 당선인, 국회의원의 임기와 보궐선거, 선거에 관한 쟁송, 벌칙 등 9장 55개의 조문과 부칙의 2개 조문을 포함한 57개 조문으로 구성되었으며, 이는 그동안 우리나라 선거법의 모태가 되어 왔다.

그 후 대통령선거, 국회의원선거, 지방의회의원선거, 지방자치단체장선거에 대한 개별 선거법들이 존재해 왔으나, 1994. 3. 16. 정치개혁의 일환으로 이 모든 선거를 통괄하여 규정한 「공직선거및선거부정방지법」이 법률 제4739호로 제정·공포되었다. 이 법의 제정목적은 헌법과 지방자치법에 의한 선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 공정히 행하여지도록 하고, 선거와 관련한 부정을 방지함으로써 민주정치의 발전에 기여하기 위함이었다(제1조). 이후 지금까지 여러 차례에 걸쳐 개정되어 왔는데, 제9조(공무원의 중립의무 등)와 이 사건의 심판대상 조문인 제60조(선거운동을 할 수 없는 자) 제4호는 제정 후 그 내용에 변동이 없었다.

나. 헌법상의 정치적 기본권

종래 정치적 기본권으로는 헌법 제24조(공무원선거권)와 제25조(공무담임권) 및 그 밖에 제72조·제130조(국민투표권)가 규정하는 이른바 ‘참정권’만을 의미하는 것으로 보았다. 그러나 오늘날 정치적 기본권은 국민이 정치적 의사를 자유롭게 표현하고, 국가의 정치적 의사형성에 참여하는 정치적 활동을 총칭하는 것으로 넓게 인식하고 있다. 정치적 기본권은 기본권의 주체인 개별 국민의 입장에서 보면 주관적 공권으로서의 성질을 가지지만, 민주정치를 표방한 민주국가에 있어서는 국민의 정치적 의사를 국정에 반영하기 위한 객

관적 질서로서의 의미를 아울러 가진다.

이 사건에서 문제가 되고 있는 정치적 자유권이라 함은 국가권력의 간섭이나 통제를 받지 아니하고 자유롭게 정치적 의사를 형성·발표할 수 있는 자유라고 할 수 있다. 이러한 정치적 자유권에는 정치적 의사를 자유롭게 표현하고, 자발적으로 정당에 가입하고 활동하며, 자유롭게 선거운동을 할 수 있는 것을 주된 내용으로 한다.

(1) 정치적 표현의 자유

오늘날 정치적 표현의 자유는 실로 정치적 언론·출판·집회·결사 등 모든 영역에서의 자유를 말하므로, 이 권리는 자유민주적 기본질서의 구성요소로서 다른 기본권에 비하여 우월한 효력을 가진다고 볼 수 있다.

그러나 정치적 표현의 자유도 절대적인 것은 아니기 때문에 헌법 제37조 제2항에 따라 제한될 수 있다. 또한 선거운동 기간 중의 정치적 표현의 자유는 그 자체가 선거운동의 의미를 가지기 때문에 선거의 공정성을 확보하기 위하여 상당한 제약을 가하는 것은 불가피하다(헌재 2001. 8. 30. 2000헌마121등, 판례집 13-2, 263, 271 참조).

(2) 정당가입과 정당활동의 자유

무릇 정당은 국민과 국가의 중개자로서 정치적 도관(導管)의 기능을 수행하여 주체적·능동적으로 국민의 다원적 정치의사를 유도·통합함으로써 국가정책의 결정에 직접 영향을 미칠 수 있는 규모의 정치적 의사를 형성하고 있다(헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1, 공보 86, 968, 974). 이와 같이, 정당은 오늘날 대중민주주의에 있어서 국민의 정치의사형성의 담당자이며 매개자이자 민주주의에 있어서 필수불가결한 요소이기 때문에, 정당의 자유로운 설립과 활동은 민주주의 실현의 전제조건이라고 할 수 있다.

주권자인 모든 국민은 일반 결사의 자유와 마찬가지로 정당을 결성하고 가입하거나 그렇게 하지 아니할 자유를 가지며, 당원으로서의 계속 잔류와 탈당의 자유가 보장된다. 그러나 정당법 제6조 단서 제1호는 정치적 성격을 갖는 공무원을 제외하고는 국가공무원법 제2조와 지방공무원법 제2조에 규정된 공무원과 교원은 정당의 발기인 또는 당원이 될 수 없도록 규정하고, 다만 국·공·사립대학교의 총장으로부터 전임강사에 이르기까지의 교수들은 예외로 하고 있다.

(3) 선거운동의 자유

(가) 선거운동의 개념

무엇을 선거운동으로 보느냐에 관하여 공선법 제58조 제1항은, “이 법에서 ‘선거운동’이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다. 다만, 다음 각호의

1에 해당하는 행위는 선거운동으로 보지 아니한다.

1. 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시
2. 입후보와 선거운동을 위한 준비행위
3. 정당의 후보자 추천에 관한 단순 지지·반대의 의견개진 및 의사표시
4. 통상적인 정당활동”이라고 규정하고 있다.

나아가, 헌법재판소는 이를 구체화하여 “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 것”이라고 풀이하고 있다(헌재 2001. 8. 30. 2000헌마121등, 판례집 13-2, 263, 274).

(나) 선거운동의 자유의 의의

공선법 제58조 제2항은 “누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다. 그러나 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 금지 또는 제한되는 경우에는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있다.

헌법재판소는 선거운동의 자유와 관련하여, “자유선거의 원칙은 비록 우리 헌법에 명문으로 규정되지는 아니하였지만 민주국가의 선거제도에 내재하는 법원리로서, 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.”(헌재 2001. 8. 30. 99헌바92, 판례집 13-2, 174, 193)라고 판시하였다.

다. 공무원 및 교육공무원의 정치활동 제한의 헌법적 정당성

(1) 헌법 제7조 제1항은 “공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다.”고 규정하고 있다. 즉, 공무원은 국민전체의 이익을 위해 봉사해야 하는 입장에 있으며 일부의 국민이나 특정 정파 혹은 정당의 이익을 위해 봉사하는 입장이 아님을 분명히 밝히고 있는 것이다.

한편, 헌법 제7조 제2항은 “공무원의 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된

다.”고 명시하고 있다. 이와 같은 공무원의 정치적 중립성의 요청은 정권교체로 인한 행정의 일관성과 계속성이 상실되지 않도록 하고, 공무원의 정치적 신조에 따라서 행정이 좌우되지 않도록 함으로써 공무집행에서의 혼란의 초래를 예방하고 국민의 신뢰를 확보하기 위함이다.

헌법재판소는 1995. 5. 25. 선고한 91헌마67 결정에서 공무원에 대한 정치적 중립성의 필요성에 관하여, “공무원은 국민전체에 대한 봉사자이므로 중립적 위치에서 공익을 추구하고(국민전체의 봉사자설), 행정에 대한 정치의 개입을 방지함으로써 행정의 전문성과 민주성을 제고하고 정책적 계속성과 안정성을 유지하며(정치와 행정의 분리설), 정권의 변동에도 불구하고 공무원의 신분적 안정을 기하고 엽관제로 인한 부패·비능률 등의 폐해를 방지하며(공무원의 이익보호설), 자본주의의 발달에 따르는 사회경제적 대립의 중재자·조정자로서의 기능을 적극적으로 담당하기 위하여 요구되는 것(공적 중재자설)”이라고 하면서, 공무원의 정치적 중립성 요청은 결국 위 각 근거를 종합적으로 고려하여 “공무원의 직무의 성질상 그 직무집행의 중립성을 유지하기 위하여 필요한 것”이라고 판시한 바 있다(판례집 7-1, 722, 759).

(2) 이와 같은 공무원에 대한 정치적 중립성의 요청은 교육분야에서 종사하는 교육공무원에게까지 제도적으로 보장되고 있다. 즉, 헌법 제31조 제4항은 “교육의 … 정치적 중립성 …은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”고 선언함으로써 헌법적 차원에서 이를 강력히 보장하고 있다.

또한 교육공무원법 제2조 제1항 제1호, 제2항 제1호에 의하면 교육기관, 즉 초·중등교육법 제2조의 규정에 의한 각급학교에 근무하는 교원은 교육“공무원”으로서 동법 제53조 제5항¹⁾에 규정한 일정한 부분 이외에는 국가공무원법의 적용을 받는다. 따라서 교육공무원에게 적용되는 국가공무원법 제65조(정치운동의 금지)에 의하면, 교육공무원은 정당 기타 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입할 수 없고(제1항), 선거에 있어서 특정 정당 또는 특정인의 지지나 반대를 하기 위하여 그 소정의 행위를 할 수 없다(제2항).

교육의 정치적 중립성은 교육이 국가권력이나 정치적 세력으로부터 부당한 간섭을 받지 아니할 뿐만 아니라 그 본연의 기능을 벗어나 정치영역에 개입하지 않아야 한다는 것을 말한다. 교육은 그 본질상 이상적이고 비권력적인 것임에 반하여 정치는 현실적이고 권력적인 것이기 때문에 교육과 정치는 일정한 거리를 유지하는 것이 바람직하기 때문이다.

헌법재판소는 1992. 11. 12. 선고한 89헌마88 결정에서 교육의 정치적 중립성이 보장되어

1) 교육공무원법 제53조(국가공무원법과의 관계) ⑤ 국가공무원법 제6조·제17조·제19조의2·제21조 내지 제24조·제28조의2·제28조의3·제31조 내지 제32조의2·제34조·제36조 내지 제39조·제40조의2·제41조·제42조 제2항 및 제50조의 규정은 교육공무원에게, 동법 제76조의 규정은 교원(공립대학의 교원을 제외한다)에게 각각 이를 적용하지 아니한다.

야 하는 이유에 관하여, “교육의 자주성·전문성·정치적 중립성을 헌법이 보장하고 있는 이유는 교육이 국가의 백년대계의 기초인 만큼 국가의 안정적인 성장·발전을 도모하기 위해서는 교육이 외부세력의 부당한 간섭에 영향 받지 않도록 교육자 내지 교육전문가에 의하여 주도되고 관할되어야 할 필요가 있다는 데서 비롯된 것이라고 할 것이다. 그러기 위해서는 교육에 관한 제반정책의 수립 및 시행이 교육자에 의하여 전담되거나 적어도 그의 적극적인 참여하에 이루어져야 함은 물론 교육방법이나 교육내용이 종교적 종파성과 당파적 편향성에 의하여 부당하게 침해 또는 간섭당하지 않고 가치중립적인 진리교육이 보장되어야 할 것이다.”(판례집 4, 739, 762)라고 밝힌 바 있다.

이어서 헌법재판소는 맥락을 같이하여 1993. 7. 29. 선고한 91헌마69 결정에서, “국·공립 학교 교원이 공무원신분을 가지도록 한 것은 국가가 교육에 있어서 중대한 역할을 수행하게 되는 공교육제하에서 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성의 보장이라는 헌법 제 31조의 명제를 구체화시키기 위한 것”이라고 하면서, 교육공무원의 정당가입을 금지한 정당법 제6조는 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성의 보장을 위하여 인정되는 합리적인 제한이라고 판시한 바 있다(판례집 5-2, 145, 152).

이와 같이 초·중등학교에 근무하는 교원이 정당의 발기인 또는 당원이 되는 것을 금지하고 있는 것은, 공무원의 신분을 보장하고 민주주의 및 법치주의의 통치이념에 기여하려는 공무원제도의 본질에 비추어 공무원의 정치적 중립성 확보를 위한 조치로서 헌법 제 37조 제2항에 따른 최소한의 제한이라고 할 수 있다. 이는 우리나라의 정치적 현실과 역사적 경험에 비추어 행정의 중립성·효율성의 확보뿐만 아니라 특히 교원의 활동이 미성숙한 학생들의 가치판단에 중대한 영향을 주고 있으므로 교육자로서의 특별한 처신이 요구되고, 피교육자인 학생들의 기본권 또는 학부모들의 자녀에 대한 교육권과의 갈등을 예방하기 위해 부득이하고 필요한 조치이기도 하다.

(3) 청구인들은 교원의 정치적 활동을 제한하는 것은 학교 내에서의 교육활동에만 국한하여 적용하여야지 근무시간 내외를 불문하고 일률적으로 정치활동을 금지하는 것은 과잉금지의 원칙에 어긋나게 정치적 표현의 자유라는 국민의 기본권을 제한하는 것이라고 주장한다.

그러나 이 사건 법률조항이 청구인들과 같은 초·중등학교 교원의 정당가입 및 선거운동의 자유를 금지함으로써 정치적 기본권을 제한하는 측면이 있는 것은 사실이나, 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 얻을 수 있는 공익을 우선시해야 할 것이

라는 점 등을 종합적으로 감안할 때, 초·중등학교 교육공무원의 정당가입 및 선거운동의 자유를 제한하는 것은 헌법적으로 정당화될 수 있다고 할 것이다.

라. 기타 평등의 원칙 위배 여부

헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라, 입법과 법의 적용에 있어서 합리적 근거 없는 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적 평등을 뜻하고 따라서 합리적 근거 있는 차별 내지 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니다(헌재 1994. 2. 24. 92헌바43, 판례집 6-1, 72, 75).

이 사건 법률조항은 대학교원의 정당가입 및 선거운동의 자유를 허용하면서도 청구인들과 같은 초·중등학교의 교원에 대하여는 이를 금지함으로써 정치적 중립을 요구하고 있다. 정치활동이 허용되는 대학의 교원은 대학, 산업대학, 교육대학, 전문대학, 방송·통신대학, 기술대학 등 각 학교에서 학생을 직접 교육·지도하고 학문을 연구하거나 또는 학문연구만을 전담하는 사람으로서 교수·부교수·조교수·전임강사 등이다(교육기본법 제9조, 고등교육법 제2조·제14조·제15조).

초·중등학교의 교원 즉 교사는 법령이 정하는 바에 따라 학생을 교육하는 자이고(교육기본법 제9조, 초·중등교육법 제20조 제3항), 반면에 대학의 교원 즉 교수·부교수·조교수와 전임강사는 학생을 교육·지도하고 학문을 연구하되, 학문연구만을 전담할 수 있다(고등교육법 제15조 제2항). 이와 같이 현행 교육법령은 양자의 직무를 달리 규정하고 있다. 물론 대학교수도 학생을 교육하기는 하나 그 주된 직무는 연구기능이므로, 이 점에서 매일 매일을 학생과 함께 호흡하며 수업을 하고 학생을 지도해야 하는 초·중등학교 교원에 비하여 상대적으로 많은 학문연구와 사회활동의 자유가 인정된다(헌재 1993. 7. 29. 91헌마69, 판례집 5-2, 145, 154). 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 갖추는 것이 요구된다(헌재 1998. 7. 16. 96헌바33등, 판례집 10-2, 116, 149-150).

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.

5. 결 론

이상 살펴본 바와 같이 공무원의 정치적 중립성(제7조 제2항)과 특히 교육의 정치적 중립성(제31조 제4항)을 명문으로 규정하고 있는 우리 헌법하에서 청구인들과 같은 초·중등학교의 교원들에게 정당가입과 선거운동의 자유를 허용하는 것이 입법론적으로 바람직하다고 할 수는 있을지라도, 법률로 이들에 대하여 정치적 기본권 중 일부인 정당가입 내지는 선거운동의 자유를 제한한다고 하여 이들 두고 과잉입법금지원칙이나 평등원칙에 위배되어 위헌이라고 단정할 수는 없다고 할 것이다. 그러므로 청구인들의 청구를 기각하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 김영일 권성 김효중 김경일 송인준(주심) 주선회 전효숙 이상경

7

국민건강보험공단 직원의 선거운동을 금지하던 구 공직선거법 제60조 제1항제9호의 과잉금지의 원칙 위배 여부

■ 공직선거및선거부정방지법 제60조 제1항 제9호 위헌확인, 2004. 4. 29. 2002헌마467 ■

【판시사항】

1. 위헌여부의 헌법적 해명을 위하여 구 공직선거및선거부정방지법 제60조 제1항 제9호(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)를 대상으로 한 헌법소원에 대하여 권리보호의 이익을 인정한 사례
2. 국민건강보험공단 상근 직원의 선거운동을 금지하고 있는 이 사건 법률조항이 선거운동의 자유를 침해하여 위헌인지 여부(소극)
3. 공직선거법에 대한 국회의 입법형성의 자유
4. 국민건강보험공단 직원에 대한 선거운동의 금지가 정당한 차별에 해당하는지 여부(적극)
5. 선거운동의 자유와 행복추구권의 관계

【결정요지】

1. 기본권의 한 내용을 이루는 선거운동의 자유와 같은 중요한 권리에 대한 제한이, 이 사건 법률조항이 존속하는 한, 앞으로 실시될 각종 공직선거에서도 반복될 것이므로 이 규정의 위헌 여부의 해명은 헌법적으로 중요한 의미가 있으므로, 청구인이 참여하고자 하였던 각 선거가 끝나 청구인 주장의 기본권 침해상태가 종료되었다 하더라도, 이 사건 법률조항에 대한 헌법소원에 대하여는 권리보호의 이익을 인정하는 것이 합당하다.
2. 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, 공

단의 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 유출하여 전국적 규모의 방대한 조직과 함께 선거에 이용할 가능성이 크다 할 것이므로 이 사건 법률조항이 정한, 그 직원들에 의한 선거운동의 금지에 대하여 목적의 정당성이 인정된다.

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 입법목적에 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.

3. 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.
4. 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 합헌이다.
5. 보호영역으로서의 '선거운동'의 자유가 문제되는 경우 표현의 자유 및 선거권과 일반적인 행동자유권으로서의 행복추구권은 서로 특별관계에 있어 기본권의 내용상 특별성을 갖는 표현의 자유 및 선거권이 우선 적용된다.

재판관 권 성, 재판관 송인준, 재판관 주선회, 재판관 전효숙의 반대의견

국민건강보험공단의 상근 직원은 정당에 가입할 수 있고(정당법 제6조) 그 직을 유지한

채 공직선거의 후보자가 될 수 있으므로 더 이상 정치적 중립성이 요구되지 않는다.

국민건강보험공단의 직원은 비록 공익에 관련된 업무를 담당하고 있다 하더라도 그 지위가 일반 사보험업체 직원의 그것과 사실상 동일하여 선거운동에 참여할 경우 예상되는 부작용과 폐해가 있다고 보기는 어렵고, 선거운동에 부당하게 동원할 우려가 있는 권력적 요소나 영향력이 별로 없다.

국민건강보험공단과 마찬가지로 비영리 특수법인으로서 공익관련업무를 담당하고 있는 국민연금관리공단이나 근로복지공단의 경우에는 그 직원의 선거운동을 금지하지 않으면서 보험공단에 대하여는 그 직원의 선거운동을 금지하는 것도 형평에 어긋나서 불합리하며, 또한 보험공단의 직원이 공직선거의 후보자가 되어 자신을 위한 선거운동을 하는 것이 가능하게 되었음에도 불구하고 이 사건 법률조항에 의하여 다른 후보자를 위한 선거운동은 여전히 금지된다고 하는 것도 명백한 모순이고 형평에 반한다.

국민건강보험공단의 직원은 공직선거법 제85조 제2항 및 제86조 제1항의 규정에 의하여 그 지위를 이용하여 하는 선거운동 및 선거에 영향을 미치는 전형적인 행위를 하지 못하게 되어 있으므로 여기서 더 나아가 그 밖의 선거운동 일체를 포괄적으로 금지하는 규정을 다시 두는 것은 전혀 적절치 않은 방법으로 지나치게 넓게 선거운동의 자유를 제한하는 것이다.

대통령선거, 국회의원선거, 지방자치단체장 및 지방의회의원 선거 등 선거의 규모와 종류를 불문하고 일체의 선거운동을 금지하는 것은 선거운동의 자유라는 기본권의 본질적 내용을 침해하는 것으로 이는 사익에 대한 중대한 제한으로서 이 사건 법률조항이 추구하는 공익에 비하여 제한되는 사익이 너무 크다고 할 것이므로 이 사건 법률조항은 위헌이라고 할 것이다.

【심판대상조문】

공직선거및선거부정방지법(2003. 2. 4. 법률 제6854호로 개정되기 전의 것) 제60조(선거운동을 할 수 없는 자) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 선거운동을 할 수 없다. 다만, 제4호 내지 제9호에 해당하는 자가 후보자의 배우자인 경우에는 그러하지 아니하다.

1.~8. 생략

9. 국민건강보험법에 의하여 설립된 국민건강보험공단의 상근 임·직원

② 생략

【참조조문】

공직선거및선거부정방지법 제53조(공무원등의 입후보) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자로서 후보자가 되고자 하는 자는 선거일전 90일(전국구국회의원선거와 비례대표시·도의원선거 및 보궐선거등에 있어서는 후보자등록신청전)까지 그 직을 그만두어야 한다. 다만, 대통령선거와 국회의원선거에 있어서 국회의원이 그 직을 가지고 입후보하는 경우와 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거에 있어서 당해 지방의회의원 및 지방자치단체의 장이 그 직을 가지고 입후보하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 국가공무원법 제2조(공무원의 구분)에 규정된 국가공무원과 지방공무원법 제2조(공무원의 구분)에 규정된 지방공무원. 다만, 정당법 제6조(발기인 및 당원의 자격)제1호 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원(정무직공무원을 제외한다)은 그러하지 아니하다.
2. 각급선거관리위원회위원 또는 교육위원회의 교육위원
3. 다른 법령의 규정에 의하여 공무원의 신분을 가진 자
4. 정부투자기관관리기본법 제2조(적용범위)에 규정된 정부투자기관(한국은행을 포함한다)의 상근 임원
5. 농업협동조합·수산업협동조합·축산업협동조합·농지개량조합·임업협동조합·엽연초생산협동조합 또는 인삼협동조합(이들 조합의 중앙회와 연합회를 포함한다)의 상근 임·직원과 이들 조합의 중앙회장이나 연합회장
6. 지방공기업법 제2조(적용범위)에 규정된 지방공사와 지방공단의 상근 임·직원
7. 정당법 제6조 제2호의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 없는 사립학교교원
8. 대통령령으로 정하는 언론인

② 생략

공직선거및선거부정방지법 제85조(지위를 이용한 선거운동금지) ① 생략

② 누구든지 교육적·종교적 또는 직업적인 기관·단체등의 조직내에서의 직무상 행위를 이용하여 그 구성원에 대하여 선거운동을 하거나 하게 하거나, 계열화나 하도급등 거래상 특수한 지위를 이용하여 기업조직·기업체 또는 그 구성원에 대하여 선거운동을 하거나 하게 할 수 없다.

③ 생략

공직선거및선거부정방지법 제86조(공무원등의 선거에 영향을 미치는 행위금지) ① 공무원(국회의원과 그 보좌관·비서관·비서 및 지방의회의원을 제외한다), 제53조(공무원등의 입후보) 제1항 제4호 및 제6호에 규정된 기관등의 상근 임·직원, 통·리·반의 장, 주민자치위원회위원과 향토예비군소대장급이상의 간부, 특별법에 의하여 설립된 국민운동단체로서 국가나 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받는 단체(바르게살기운동협의회·새마을운동협의회·한국자유총연맹을 말한다)와 제2의건국범국민추진위원회의 상근 임·직원 및 이들 단체등(시·도조직 및 구·시·군조직을 포함한다)의 대표자 또는 국민건강보험법에 의하여 설립된 국민건강보험공단의 상근 임·직원은 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.

1. 소속직원 또는 선거구민에게 교육 기타 명목여하를 불문하고 특정 정당이나 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 항에서 같다)의 업적을 홍보하는 행위
2. 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위
3. 정당 또는 후보자에 대한 선거권자의 지지도를 조사하거나 이를 발표하는 행위
4. 선거기간중 소속직원 또는 선거구민에게 명목여하를 불문하고 법령이 정하는 외의 금품 기타 이익을 주거나 이를 약속하는 행위. 다만, 관혼상제 기타 의례적이거나 직무상의 행위로서 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 행위를 제외한다.
5. 선거기간중 국가 또는 지방자치단체의 예산으로 시행하는 사업중 즉시 공사를 진행하지 아니할 사업의 기공식을 거행하는 행위
6. 선거기간중 정상적 업무외의 출장을 하는 행위
7. 선거기간중 휴가기간에 그 업무와 관련된 기관이나 시설을 방문하는 행위

②~④ 생략

【참조판례】

1. 헌재 1995. 5. 25. 선고 91헌마67, 판례집 7-1, 722, 767
2. 헌재 1995. 6. 12. 선고 95헌마172, 판례집 7-1, 847, 853

【당 사 자】

청 구 인민현동

대리인 변호사김정진

【주문】

이 사건 심판청구를 기각한다.

【이유】**1. 사건의 개요 및 심판의 대상****가. 사건의 개요**

청구인은 2002. 5. 1.부터 국민건강보험공단 본부 재정관리실 직원으로 근무하는데 같은 해 8. 8. 실시예정이던 국회의원 재·보궐선거 및 같은 해 12. 19. 실시예정이던 대통령선거에서 민주노동당 소속 후보를 위하여 선거운동을 하고자 하였으나 국민건강보험공단의 상근직원의 선거운동을 금지한 공직선거및선거부정방지법 제60조 제1항 제9호의 규정으로 인하여 선거운동을 할 수 없었다고 주장하면서 이 규정은 선거운동의 자유에 관한 청구인의 기본권을 침해하여 헌법 제10조, 제11조, 제21조, 제24조에 위반한다는 이유로 2002. 7. 15. 헌법소원을 제기하였다.

나. 심판의 대상

심판대상조항은 공직선거및선거부정방지법(2003. 2. 4 법률 제6854호로 개정되기 전의 것, 이하 '공직선거법'이라 한다) 제60조 제1항 제9호(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이고 그 내용은 다음과 같다.

공직선거및선거부정방지법 제60조(선거운동을 할 수 없는 자) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 선거운동을 할 수 없다. 다만, 제4호 내지 제9호에 해당하는 자가 후보자의 배우자인 경우에는 그러하지 아니하다.

9.국민건강보험법에 의하여 설립된 국민건강보험공단의 상근 임·직원

2. 청구인의 주장요지 및 이해관계기관의 의견요지

가. 청구인의 주장 요지

이 사건 법률조항은 헌법 제37조 제2항에 위반하여 선거운동의 자유를 과도하게 제한함으로써 청구인의 행복추구권, 정치적 의사표현의 자유 및 선거권을 침해하고 국민연금관리공단이나 근로복지공단의 직원들과 달리 국민건강보험공단의 직원들에 대하여만 합리적 근거 없이 선거운동을 금지함으로써 평등권을 침해하였다.

나. 보건복지부 및 국민건강보험공단의 의견 요지

(1) 국민건강보험공단은 국민건강보험법에 의하여 설립된 공익적 성격이 강한 특수법인으로서 10,454명의 직원이 건강보험과 관련된 공적업무를 담당하고 있다.

(2) 이 공단은 정부산하기관관리기본법 제2조 소정의 정부산하기관으로서 동법의 적용을 받으며 그 직원은 공익사업장에 근무하면서 공무원에 준하는 지위를 갖고 있으므로 그 직원의 선거운동을 허용할 경우 선거에 미치는 영향이 매우 크다.

(3) 건강보험의 적용대상자 약 4,700만명 중 선거권자는 약 3,500만명에 이르고 이 공단은 전국에 6개 지역본부와 227개 지사를 두고 있으며 지역본부는 광역지방자치단체, 지사는 기초지방자치단체의 선거구와 그 관할구역이 거의 일치한다. 특히, 공단이 보유하고 있는 4,700만명의 가입자 등에 대한 개인정보를 선거에 활용할 경우 그 폐해가 심각하다.

(4) 국민건강보험공단이 수행하는 공적 업무의 성질상 그 직원에게는 정치적 중립이 요구되므로 공정한 선거를 위해서는 공직선거법 제60조 제1항에 따라 그 직원의 선거운동이 허용되어서는 아니된다.

3. 판단

가. 본안전 판단

(1) 청구인이 선거운동에 참여하고자 하였던 2002. 8. 8.의 국회의원 재·보궐선거 및 같은 해 12. 19.의 대통령 선거는 이미 끝나버렸으므로 청구인 주장의 기본권침해상태는 이미 종료되었고 가사 청구인이 이 사건 법률조항에 대한 위헌확인을 받는다고 하더라도 그가 선거운동에 참여할 수 있는 자격을 소급적으로 취득하거나 과거로 돌아가서 실제로 선거운동을 할 수 있는 것도 아니다.

(2) 그러나 헌법소원은 개인의 주관적 권리구제뿐만 아니라 객관적인 헌법질서의 보장도 그 본질적 기능의 하나로 하고 있다. 그러므로 침해가 이미 종료되어 이를 취소할 여지가 없어 헌법소원이 주관적 권리구제에 별 도움이 안되는 경우라도 ① 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 ② 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 심판청구의 이익을 인정할 수 있는 것이다(헌재 1993. 3. 11. 92헌마98, 판례집 5-1, 142, 145-146).

(3) 이 사건에서 보면 기본권의 한 내용을 이루는 선거운동의 자유와 같은 중요한 권리에 대한 제한이, 이 사건 법률조항이 존속하는 한, 앞으로 실시될 각종 공직선거에서도 반복될 것이므로 이 규정의 위헌 여부의 해명은 헌법적으로 중요한 의미가 있다. 따라서 이 사건 소원에 대하여는 권리보호의 이익을 인정하는 것이 합당하다.

나. 본안에 관한 판단

(1) 선거운동의 자유와 공직선거법 제60조 제1항의 입법취지

(가)대의민주주의를 원칙으로 하는 오늘날의 민주정치 아래에서의 선거는 국민의 참여가 필수적이고, 주권자인 국민이 자신의 정치적 의사를 자유로이 결정하고 표명하여 선거에 참여함으로써 민주사회를 구성하고 움직이게 하는 것이므로, 국민의 주권행사 내지 참정권 행사의 의미를 지니는 선거과정에서의 참여행위는 원칙적으로 자유롭게 행하여질 수 있도록 최대한 보장하여야 한다. 이처럼 민주적 의회정치의 기초인 선거는 본래 자유로워야 하는 것이지만 그것은 동시에 공정하게 행하여지지 아니하면 아니된다. 금권, 관권, 폭력 등에 의한 타락선거를 추방하고, 무제한적이고 과열된 선거운동으로 말미암아 발생할 사회경제적 손실과 부작용을 방지하며, 실질적인 선거운동의 기회균등을 보장하기 위하여는 선거의 공정성이 확보되어야 하는바, 선거의 공정성 확보를 위하여는 어느 정도 선거운동의 주체, 기간 등에 대한 규제가 행하여지지 않을 수 없다(헌재 1994. 7. 29. 93헌가4·6(병합), 판례집 6-2, 15, 28-30 참조).

공직선거법은 선거운동을 할 수 있는 자를 포괄적으로 제한하는 방식을 취한 구 대통령선거법이나 구 국회의원선거법과 달리 개별적 제한·금지방식으로 전환하여 원칙적으로 누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있도록 선거운동 주체의 폭을 넓히면서 다만 공무원 등 선거운동이 금지되는 사람들을 구체적·제한적으로 열거하고 있다(공직선거법 제58조 제2항, 제60조 제1항).

(나)이와 같이 공직선거법이 공무원 또는 공무원에 준하는 사람들의 선거운동을 금지하고 있는 이유는, 그들이 그 직을 그대로 유지한 채 선거운동을 할 수 있는 경우 자신들의 지

위와 권한을 특정 개인을 위한 선거운동에 남용할 소지가 많게 되고, 직무를 통하여 얻은 여러 가지 정보를 선거에 활용할 수 있을 뿐 아니라 자신의 부하직원을 선거운동에 동원할 염려도 있으며, 자신의 선거운동에 유리한 방향으로 편파적으로 직무를 집행하거나 관련 법규를 적용할 가능성도 있는 등 그로 인한 부작용과 폐해가 선거결과에 지대한 영향을 미치게 될 것이기 때문으로서, 선거의 형평성과 공정성을 보장하기 위하여 공무원이나 이에 준하는 공공단체의 구성원들로 하여금 선거운동에 관여하지 못하도록 하는 것은 입법자의 불가피한 조치라고 할 것이다(헌재 1995. 3. 23. 95헌마53, 판례집 7-1, 463, 473; 1995. 5. 25. 91헌마67, 판례집 7-1, 722, 739 참조).

이러한 측면에서 헌법재판소는, 공익을 대표하는 사람, 직무의 성질상 정치적 중립성이 요청되는 사람 등과 같이 선거운동을 허용함으로써 선거의 공정성을 해칠 우려가 있는 일정 범위의 사람들에 대하여 선거운동을 금지하는 것은 합헌이라고 판단하면서(헌재 1994. 7. 29. 93헌가4·6(병합), 판례집 6-2, 15, 40-42 참조), 공직선거법 제60조 제1항이 선거운동 금지를 통하여 달성하려는 목적과 의도는 자신의 지위와 권한을 선거운동에 남용할 위험이 있는 자를 선거운동원으로서 배제하여 선거의 공정성과 형평성을 확보하고 업무전념성을 보장하고자 하는데 있다고 밝히고 있는 것이다(헌재 1997. 9. 25. 96헌마133, 판례집 9-2, 410, 417 참조).

(2) 국민건강보험공단의 성격 및 그 직원의 법적 지위

국민건강보험공단은 국민의 질병·부상에 대한 예방·진단·치료·재활과 출산·사망 및 건강증진에 대하여 보험급여를 실시함으로써 국민보건을 향상시키고 사회보장을 증진함을 목적으로 하는 국민건강보험법에 의하여 건강보험의 보험자업무를 담당하기 위하여 설립된 특수법인이다(동법 제1조, 제12조). 국민건강보험공단은 건강보험과 관련한 공익적 업무의 수행을 위하여 본부 및 6개 지역본부, 227개 지사라는 전국적 규모의 방대한 조직을 갖고 있고, 건강보험 가입자 및 그 피부양자로 관리 대상이 되는 사람이 2003. 12. 31. 현재 약 4,700만 명으로서 그 중 선거권을 가진 사람만도 약 3,700만 명에 이르고 있는데, 위와 같은 업무의 공익성에 근거하여 보건복지부가 공단조직의 구성, 그 운영 및 감독에 적극 관여하는 등 주도적인 역할을 하고 있다.

국민건강보험공단의 직원은, 보건복지부 장관으로부터 임명되어 주요사항을 심의·의결하는 이사회의 구성원인 이사와는 달리 정관이 정하는 바에 따라 이사장에 의해 임명되고(동법 제25조), 이사회에서 결정된 사항을 구체적으로 집행하는 업무 즉, 공단의 고유업무수행을 위하여 필요한 실무를 담당하고 있다. 또한 국민건강보험공단의 직원은 그 직무 외에 영리를 목적으로 하는 사업에 종사하지 못하고, 당해 임명권자의 허가 없이 다른 직무를 겸할 수 없으며(정관 제18조), 형법 제129조 내지 제132조의 벌칙 적용에 있어 공무원으로 간주되는 등 형사절차상 공무원과 동일한 책임을 부담하고(동법 제26조), 보험료

등의 체납시 국세체납처분의 예에 의하여 강제징수할 수 있는 등(동법 제70조) 공무원에 준하는 공익적 업무의 담당자라는 지위를 갖고 있다.

(3) 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(가) 제한되는 기본권

1) 선거운동의 자유는 널리 선거과정에서 자유로이 의사를 표현할 자유의 일환이므로 표현의 자유의 한 태양이기도 한데, 이러한 정치적 표현의 자유는 선거과정에서의 선거운동을 통하여 국민이 정치적 의견을 자유로이 발표, 교환함으로써 비로소 그 기능을 다하게 된다 할 것이므로 선거운동의 자유는 헌법이 정한 언론·출판·집회·결사의 자유의 보장규정에 의한 보호를 받는다. 또한 우리 헌법은 참정권의 내용으로서 모든 국민에게 법률이 정하는 바에 따라 선거권을 부여하고 있는데, 선거권이 제대로 행사되기 위하여는 후보자에 대한 정보의 자유교환이 필연적으로 요청된다 할 것이므로, 선거운동의 자유는 선거권 행사의 전제 내지 선거권의 중요한 내용을 이룬다고 할 수 있고, 따라서 선거운동의 제한은 선거권의 제한으로도 파악될 수 있을 것이다(헌재 1995. 4. 20. 92헌바29, 판례집 7-1, 499, 507 참조).

2) 이 사건 법률조항은 청구인에 대하여 국민건강보험공단의 직원이라는 이유로 선거운동을 금지하는 규정으로서, 이는 사회적 신분에 따라 정치적 생활영역에 있어 중요한 기본권 중 하나인 선거운동의 자유의 향유 여부에 대하여 차별하는 것이라고 할 수 있는바, 이와 같은 차별취급이 과연 합리적 근거 없는 자의적 차별로서 청구인의 평등권을 침해하는지 여부가 또한 문제된다.

3) 한편 청구인은 이 사건 법률조항에 의한 선거운동의 금지로 인하여 행복추구권이 침해되었다고 주장하고 있는바, 보호영역으로서의 '선거운동'의 자유가 문제되는 경우 표현의 자유 및 선거권과 일반적 행동자유권으로서의 행복추구권은 서로 특별관계에 있어 기본권의 내용상 특별성을 갖는 표현의 자유 및 선거권이 우선 적용된다고 할 것이므로, 이하에서는 행복추구권 침해 여부에 관하여 따로 판단하지 아니한다.

(나) 표현의 자유 및 선거권 침해 여부

선거운동의 자유도 무제한의 자유는 아니고 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있는바, 그 경우에도 제한의 방법이 합리적이어야 함은 물론 기본권 제한의 한계원리인 과잉금지의 원칙에 위배되거나 권리의 본질적 내용을 침해하여서는 아니된다. 이 사건 법률조항이 청구인에 대하여 선거운동을 금지하는 것은 선거의 공정성·형평성과 중립성이라는 공공복리를 위하여 선거운동의 자유, 즉 정치적 표현의 자유와 선거권을 제한하는 것이라고 볼 수 있다.

이 사건 법률조항을 포함한 공직선거법 제60조 제1항은 선거운동의 제한에 관한 이른바 개별적 제한·금지방식을 전제로 예외적으로 일정한 신분 또는 지위를 갖고 있는 사람들에 대하여 일체의 선거운동을 금지하고 있는바, 선거운동이 허용되거나 금지되는 사람의 인적 범위는 입법자가 그 재량의 범위 내에서 규율대상자의 직무의 성질과 내용을 살펴 정치적 중립성과 직무전념성이 어느 정도 요구되는지, 선거에 개입할 경우 선거의 공정성과 형평성을 해칠 우려가 어느 정도인지 등의 제반 사정을 종합적으로 검토하여 정할 사항이므로, 과잉금지의 원칙의 적용에 있어 보다 탄력적인 심사가 요망된다 할 것이다.

1) 목적의 정당성 및 수단의 상당성

국민건강보험공단이 사회보험제도의 취지에 따라 국민건강을 향상시키고 사회보장을 증진한다는 공익목적を 가지고 설립되었음에도 본래의 목적과는 달리 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, 한편으로 법률로써 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 훼손하는 동시에 그 사회보장적 지위에도 어긋난다고 할 것이다. 특히 국민건강보험공단의 직원들은 건강보험 가입자와 그 피부양자에 대한 여러 가지의 개인정보, 즉 세대의 주소지와 성별·연령별 구성, 세대원의 직업 및 재산상태(임금, 부동산 및 자동차의 소유 여부, 사업자등록 여부 등) 등에 대한 구체적 정보를 지득하고 있어 만일 이들에게 직접 선거운동에 참가하도록 허용할 경우 위와 같은 막대한 정보를 유출하여 전국적 규모의 방대한 조직과 함께 선거에 이용할 가능성이 크다 할 것이고, 또한 이와 같은 공익적 업무 담당자에 대하여 선거운동을 허용할 경우에는 선거기간의 전후를 불문하고 후보자들 사이에서 이들을 선거운동원으로 활용하기 위한 경쟁이 치열해질 것이어서, 이에 대한 적절한 제한조치를 강구하는 것은 참된 의미에서의 선거의 실질적 자유와 공정성 및 공익적 업무 담당자들의 정치적 중립성을 보장하기 위한 제도적 장치로서 중요한 의미를 갖는다고 할 것이므로, 그 목적의 정당성이 인정된다.

한편 공직선거법이 선거운동의 자유를 개별적으로 제한함에 있어, 선거에의 개입을 허용할 경우 예상되는 부작용과 폐해를 우려하여 청구인과 같이 일정한 신분 또는 지위를 갖는 사람들에 대하여 일괄적으로 선거운동을 금지하는 것은 공익적 업무 담당자들의 정치적 중립성을 유지하고 궁극적으로 선거의 공정성·형평성을 보장하는 방법의 하나로서 위에서 본 제한목적 달성에 적합한 수단으로서의 상당성이 인정된다고 볼 것이다.

2) 침해의 최소성

이 사건 법률조항은 국민건강보험공단 직원에 대하여 선거운동의 기간과 방법, 태양을 불문하고 일체의 선거운동을 금지하고 있는바, 이러한 일률적 금지가 앞서 본 제한목적 달성을 위하여 필요한 최소한도의 것이라고 볼 수 있는지가 문제된다.

국민건강보험공단 직원의 선거운동을 제한하는 방법으로 우선 '선거운동의 방법이나 태양'을 제한하는 것을 생각해볼 수 있다. 그러나 공직선거법 제58조 제1항에 의하면 선거운동이란 '당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위'로서, 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시, 입후보와 선거운동을 위한 준비, 정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시, 통상적인 정당활동을 제외한 행위라고 추상적으로 정의되어 있을 뿐인바, 이와 같은 선거운동은 실제로 있어 매우 다양하고 복잡한 형태로 행하여질 것이어서 그 가운데 어느 것을 국민건강보험공단의 직원이라는 신분과 관련하여 금지될 필요가 있는 방법으로 구분, 특정할 것인지는 실로 모호한 일이 아닐 수 없고, 따라서 공단 직원에 한하여 금지의 대상이 되는 선거운동의 방법 또는 태양을 일일이 법령에 규정하는 것은 사실상 불가능하거나 극히 비효율적인 태도라고 할 것이다

다른 한편으로는 국민건강보험공단의 직원에 대하여 그 '지위를 이용한 선거운동'만을 금지하는 방법을 상정할 수 있다. 일본의 경우 일부 고위공무원을 제외한 일반공무원이나 일정한 공적 지위에 있는 사람들에 대하여는 그 지위를 이용한 선거운동만을 금지하고 있으나, 우리나라의 공직선거법의 경우에는 동법 제60조 제1항 제4호가 공무원의 선거운동 일체를 금지하면서 다시 제85조 제1항에서 공무원의 지위를 이용한 선거운동을 할 수 없도록 선언하고 있을 뿐이다. 이와 같이 공직선거법은 공무원에 한하여 지위를 이용한 선거운동이 금지됨을 강조하고 있을 뿐, 국민건강보험공단 직원을 비롯하여 선거운동이 금지되는 사람들에 대하여 지위를 이용한 선거운동만을 금지하는 규정을 두고 있지는 아니한바, 이는 만일 그와 같은 제한요건을 부가할 경우 어느 것이 '지위를 이용한' 선거운동이고 어느 것이 그렇지 않은 선거운동인지의 경계 획정이 매우 곤란하여 금지되는 선거운동의 범위가 일의적으로 특정되기 어려울 것이기 때문에 실제 법 적용에 있어 선거관련기관의 유권해석이나 법원의 판단을 구해야 하는 등 번잡한 절차를 필요로 하게 되는 등으로 인하여 금지조항으로서의 실효성 또는 규범력이 약화될 우려가 있음을 고려한 입법조치로서, 곧 일정한 신분과 지위를 가진 사람들에 대하여 일체의 선거운동을 금지함으로써 불법선거의 시비를 사전에 차단하고 선거의 공정성과 중립성을 확보하고자 하는 입법자의 결단이라고 볼 수 있다. 여기서 우리는, 공직선거법이 과거 우리나라 선거 역사를 얼룩지게 한 관권, 금권, 폭력 등에 의한 불법·타락선거로부터 선거의 공정성을 지키기 위하여 제정된 경위에 비추어 볼 때 선거운동의 주체·방법·태양·기간을 어떻게 규율할 것인지는 선거전문가들의 집단이라고 볼 수 있는 입법부의 재량에 맡겨야 하고, 그것이 명백히 재량권의 한계를 벗어난 자의적인 입법이 아닌 한 입법형성의 자유를 존중하여야 한다고 말할 수 있는 것이다.

그밖에 공직선거법 제86조 제1항은 공무원과 마찬가지로 국민건강보험공단의 상근 직원에 대하여 '선거에 영향을 미치는 행위'를 하지 못하도록 금지하면서 금지되는 행위의 유형을 열거하고 있으나, 여기서 금지되는 행위는 이 사건 법률조항이 금지하는 '선거운동'에 이르지 못하는 관련행위에 불과하여 그것만으로는 앞서 본 제한목적 달성을 효과적 수단일 수 있을 것으로 보이지 아니한다. 또 공직선거법 제85조 제2항에 의하면 교육적·종교적 또는 직업적인 기관·단체 등의 조직 내에서의 직무상 행위를 이용하여 구성원에 대하여 행하는 선거운동이 금지되어 있으나, 국민건강보험공단의 직원이 같은 공단 소속의 직원이 아닌 건강보험 가입자나 피부양자에 대하여 하는 선거운동이 위 조항의 적용범위에 포함되지는 않을 터이므로, 위 조항은 이 사건 법률조항을 대체할 만한 규정이라고 볼 수 없다.

결국 이 사건 법률조항은 공익적 업무 담당자인 국민건강보험공단의 직원에 대하여 정치적 활동을 전면적으로 금지하는 것이 아니라 당선 또는 낙선을 위한 직접적인 활동만을 금지하고 있는 것이므로, 선거운동의 범위를 구체적으로 한정하고 이러한 틀 안에서 국민건강보험공단의 직원에 대하여 선거운동의 금지를 규정한 것이 선거의 공정성 확보라는 입법 목적을 위해 필요한 상당성의 범위를 넘었다고 보기 어려우며, 선거운동에 참여함으로써 발생할 중대한 피해를 방지하기 위하여 필요한 최소한의 정도를 넘는다고 보아도 않는다.

3) 법익의 균형성

선거운동의 주체에 대하여 어느 범위에서 이를 허용하고 금지할 것인가는 각 나라가 처한 정치·사회·경제적 사정, 선거문화의 수준, 민주시민의식의 성숙 정도 등 제반 사정에 따라 달라질 수밖에 없다(헌재 1999. 11. 25. 98헌마141 참조). 더구나 우리나라의 경우는 과거 여러 차례 실시된 각종 선거에서 관권, 금권 등의 개입에 의한 부패 및 탈법과 그에 따른 민의의 왜곡을 반복적으로 경험한 바 있으므로 이를 시정하고자 하는 국민적 열망은 다른 나라에 비할 바가 아니라고 할 것이다.

따라서 이 사건 법률조항에 의하여 보호되는 선거의 실질적 자유와 공정의 확보라는 공공의 이익은 위와 같은 국민적 열망을 담고 있는 것으로서 특히 높은 가치를 지니는 것이라고 할 것이므로, 선거운동 참여시 특히 폐해가 심할 것으로 명백히 예상되는 국민건강보험공단의 직원에 대하여 선거운동을 금지함으로써 정치적 표현의 자유 중 일부인 선거운동의 자유를 제한하였다고 하여 보호되는 공익과 제한되는 기본권 사이에 현저한 불균형이 있다고는 볼 수 없어 충돌하는 법익 상호간의 균형성도 구비되어 있다고 볼 것이다.

4) 본질적 내용의 침해 여부

이 사건 법률조항은 선거와 관련한 모든 행위 태양을 금지하는 것이 아니라 정치적 의사

표현 중 정치적 의미가 크고 선거와 직접 관련성이 있는 선거운동만을 금지하고 있다. 즉, 이 사건 법률조항은 선거운동에 직접 개입할 경우 중대한 폐해가 우려된다고 인정되는 국민건강보험공단 직원에 대하여 선거와 관련된 활동의 전면적인 금지가 아니라 부분적인 금지의 범위를 설정한 데 불과한바, 이 사건 법률조항에 의하여 선거운동이 금지된다고 하더라도 선거에 관한 의견개진, 입후보와 선거운동을 위한 준비행위, 공천과 관련된 활동, 그밖에 통상적인 정당활동을 비롯하여 선거운동 이외의 방법으로 특정 후보자를 위한 지원활동의 가능성이 여전히 남겨져 있는 이상 공단 직원으로서는 선거와 관련하여 일정 범위 내에서는 자유롭게 자신의 정치적인 의사를 표현할 자유를 누리고 있다고 할 것이므로, 이로써 선거운동의 자유 내지 이를 위한 정치적 표현의 자유가 전혀 무의미해지거나 선거권 또는 선거의 자유의 실질적 의미가 상실된다고 보기 어렵고, 따라서 이 사건 법률조항이 선거운동의 자유의 본질적 내용을 침해하여 기본권이 침해화된다고 할 수 없다.

(다) 평등권 침해 여부

이 사건 법률조항은 국민건강보험공단 직원에 대하여 그 신분 또는 지위를 이유로 선거운동을 금지하고 있어 선거운동의 자유가 보장되는 사보험업체의 직원 또는 동일한 공직적 특수법인으로서 설립과 운영에 있어 국민건강보험공단과 유사성이 있는 국민연금관리공단이나 근로복지공단의 직원과의 차별취급이 문제된다. 그런데 헌법 제11조 제1항이 보장하는 평등권은 법을 적용하거나 입법을 함에 있어 불합리한 차별을 하여서는 안 된다는 이른바 상대적 평등을 뜻하는 것이므로, 차별취급에 합리적 근거가 있는 경우에는 평등권을 침해하였다고 볼 수 없는 것이다.

이 사건에 있어 국민건강보험공단 직원과 사보험업체의 직원이나 다른 공단, 특히 국민연금관리공단 및 근로복지공단의 직원 사이에 차별취급을 정당화하는 합리적 사유가 있는지 여부에 관하여 본다. 앞서 본 바와 같이 국민건강보험공단의 직원은 그 신분이나 담당하는 업무의 특성상 공무원에 준하여 정치적 중립성이 강하게 요청될 뿐 아니라 선거운동이 허용될 경우 전 국민을 가입자 또는 피부양자로 관리하면서 획득한 막대한 양의 개인정보를 유출하여 이를 전국적 규모의 방대한 조직과 함께 선거에 악용함으로써 선거의 공정성·형평성과 중립성을 크게 해칠 우려가 있기 때문에 일체의 선거운동이 금지되어 있는 것인바, 비록 국민건강보험공단 직원의 업무가 일반 보험회사의 직원이 담당하는 보험업무와 내용상 크게 다르지 않다 하더라도 그 신분상의 특수성과 조직의 규모, 개인정보지득의 정도, 선거개입시 예상되는 부작용 등이 사보험업체 직원이나 다른 공단의 직원의 경우와 현저히 차이가 나는 이상 위와 같은 전면적인 선거운동의 금지는 정당한 차별목적을 위한 합리적인 수단을 강구한 것이라고 보아야 할 것이다.

이는 현행법상 비록 국민건강보험공단 직원도 정부투자기관의 직원과 같이 공직선거에

제한 없이 입후보할 수 있다 하더라도 달리 볼 것이 아니다. 즉, 그와 같은 공직 입후보가 가능하다는 점이 선거운동 금지와 모순되거나 양립불가능하다고 말할 수 없을 뿐더러, 공직 입후보행위가 타인을 위한 선거운동보다 선거의 공정성 등을 해칠 가능성이 훨씬 적다고 단정할 수는 없다 할 것인데, 이는 특히 국민건강보험공단 직원 가운데 실제로 입후보하는 사람은 극히 소수일 것으로 예상되므로 그 폐해, 즉 선거의 공정성에 대한 훼손의 위험이 매우 적을 것일 뿐 아니라 공무담임권의 일환인 공직선거에의 입후보라는 법익은 단순히 선거운동을 할 자유에 비하여 법익의 성질과 크기가 달라 그 둘을 동일 평면상에서 단순비교할 수는 없다는 점에서도 그러하다 할 것이다.

결국 국민건강보험공단 직원에 대하여 일체의 선거운동을 금지하는 것은 앞서 본 입법목적과 현실을 종합적으로 고려하여 나온 입법정책적 결정으로서 거기에 나름대로 합리적 이유가 있다고 할 수 있다. 따라서 비록 현재로서는 국민건강보험공단 직원에 대하여 선거운동이 전면 금지되어 있지만, 앞으로 선거문화가 향상되고 선거의 공정성에 대한 보편적 가치기준이 확립되는 등 상황이 변화되면 그와 같은 금지의 여부 또는 금지범위에 관한 규율내용 역시 상황변화에 맞게 개선될 것으로 기대되므로, 현재의 상태를 객관적으로 정의와 형평에 반한다거나 자의적인 것이어서 청구인의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

4. 결 론

위와 같은 이유로 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 아래의 5. 재판관 권 성, 재판관 송인준, 재판관 주선회, 재판관 전효숙의 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관 전원의 의견일치에 의한 것이다.

5. 재판관 권 성, 재판관 송인준, 재판관 주선회, 재판관 전효숙의 반대의견

이 사건 법률조항은 헌법상 보장된 청구인의 선거운동의 자유를 과도하게 제한함으로써 헌법상의 과잉금지원칙에 어긋나므로 위헌이라고 생각한다. 그 이유는 다음과 같다.

가. 청구인의 선거운동 자유를 제한할 필요성이 인정되지 않는다.

① 정치적 중립성의 관점

국민건강보험공단(이하 보험공단이라고 부른다)의 직원(상근직원을 의미한다. 이하 같다)은 정당에 가입할 수 있고(정당법 제6조) 그 직을 유지한 채 공직선거의 후보자가 될 수 있다[헌재 1995. 6. 12. 95헌마172, 판례집 7-1, 847, 850 및 공직선거법 제53조 제1항 제4호(1995. 12. 30. 법률 제5127호로 개정된 것) 참조]. 그러므로 청구인과 같은 보험공단의

직원에게는 더 이상 정치적 중립성이 요구되지 않는다. 따라서 보험공단직원으로 하여금 정치적 중립성을 지키도록 만들기 위하여 그에게 선거운동을 하지 말라고 한다는 것은 어불성설이다.

② 선거의 공정성의 관점

문제는 보험공단의 직원에게 선거운동을 허용할 경우 선거의 공정성을 침해할 우려가 있는가 하는 점이다.

헌법재판소는 1995. 5. 25. 선고 91헌마67, 구 지방의회의원선거법 제35조 제1항 제6호 등에 대한 헌법소원사건의 결정(판례집 7-1, 722, 745-750)에서 "정부투자기관의 집행간부가 아닌 직원들은 그 업무의 성격상 사기업체 근로자와 다를 바가 없다고 할 것이므로 청구인들에게 공직선거 입후보를 허용하더라도 공무원, 특히 고위공무원이 그 직을 그대로 유지한 채 공직선거에 입후보하는 것을 허용할 때 예상되는 부작용과 폐해가 있다고 보기는 어렵다. 나아가 정부투자기관의 직원이라는 지위를 이용하여 선거운동을 함으로써 선거의 공정을 해할 것이 우려된다면 정부투자기관의 직원에 대하여만 입후보 제한과 검직금지를 규정할 것이 아니라 같은 침해가 우려되는 그 밖의 직업단체 또는 종교단체의 직원에 대하여도 동일한 규정을 둌으로써 입법적인 균형을 맞추어 놓았어야 할 것이다(헌재 1991. 3. 11. 90헌마28 결정 참조)."라고 판시하였다.

이 결정은 보험공단의 직원에게 선거운동을 허용하더라도 선거의 공정을 침해할 우려는 없다는 판단에 기초한 것이다.

실제로도 보험공단의 직원은 비록 공익에 관련된 업무를 담당하고 있다 하더라도 그 지위가 일반 사보험업체 직원의 그것과 사실상 동일하여 선거운동에 부당하게 동원할 우려가 있는 권력적 요소나 영향력이 별로 없다.

혹은 보험공단의 직원이 보험가입자에 대한 다양한 정보에 접근할 수 있고 이것을 선거운동에 이용할 우려가 있다는 점이 문제될지 모른다. 그러나 일반 사보험업체의 직원이 그 보험가입자에 대한 정보를 선거운동에 이용할 우려의 정도 역시 보험공단의 직원의 그것에 비하여 결코 적다고 단정하기 어렵다. 그럼에도 불구하고 일반 사보험업체의 직원의 경우에는 그 선거운동이 전혀 금지되지 않음에 비추어 볼 때 이러한 우려는 근거가 없는 것이거나, 별도로 규제하여야 할 정도의 문제가 되지 못하는 것이다.

더구나 보험가입자의 정보를 이용하여 선거운동을 하는 것은 뒤에 보는 바와 같이 공직선거법 제85조 제2항이 금지하는 바 즉, '지위를 이용한 선거운동'에 해당하므로 이 사건 법률조항이 아니더라도 별도의 조항에 의하여 원래 금지되고 있는 것이다.

그러므로 보험공단의 직원에 대하여 선거운동을 허용하더라도 선거의 공정을 위협하는

일은 없다고 보아야 할 것이다.

③ 선거운동의 형평성의 관점

또한 보험공단과 마찬가지로 비영리 특수법인으로서 공익관련업무를 담당하고 있는 국민연금관리공단이나 근로복지공단의 경우에는 그 직원의 선거운동을 금지하지 않으면서 보험공단에 대하여는 그 직원의 선거운동을 금지하는 것도 형평에 어긋나서 불합리하다.

또한 보험공단의 직원이 공직선거의 후보자가 되어 자신을 위한 선거운동을 하는 것이 가능하게 되었음에도 불구하고 이 사건 법률조항에 의하여 다른 후보자를 위한 선거운동은 여전히 금지된다고 하는 것은 명백한 모순이고 형평에 반한다. 자신이 직접 후보자가 되어 자기의 선거운동을 하는 것과 타인을 위하여 선거운동을 하는 것을 비교할 때 선거의 공정성·형평성에 대한 훼손가능성의 측면에서 후자의 경우가 그 위험성이 훨씬 적다고 보는 것이 상식에 맞는다. 그러므로 보험공단의 직원이 공무원 등의 입후보를 제한하는 공직선거법 제53조 제1항의 적용을 받지 않게 된 이상 타인을 위한 선거운동 역시 이를 제한할 필요가 없다고 할 것이다.

④ 직무수행의 성실성의 관점

보험공단의 인사규정에 의하면 근속기간 1년 이상의 직원에 대하여는 10일 이상의 연차휴가 및 월1일의 월차휴가가 보장되고 있으므로 보험공단 직원이 이러한 휴가를 이용하여 퇴근 이후의 시간을 이용하여 선거운동을 한다면 이로 인하여 그 직무의 성실한 수행이 크게 위협받는 것도 아니다.

⑤ 소 결

결국 보험공단의 직원에 대하여 선거운동을 일률적으로 금지하는 것은 그 금지의 필요성이 인정되지 아니하므로 이 사건 법률조항은 이 점에서 그 목적의 정당성이 인정되지 않는다.

나. 보험공단의 직원에 대하여 선거운동을 일률적으로 금지하는 것은 그 수단의 상당성 및 피해의 최소성이 인정되지 않는다.

공직선거법 제85조 제2항은 "누구든지 교육적·종교적 또는 직업적인 기관·단체 등의 조직 내에서의 직무상 행위를 이용하여 그 구성원에 대하여 선거운동을 하거나 하게 하거나, 계열화나 하도급 등 거래상 특수지위를 이용하여 기업조직·기업체 또는 그 구성원에 대하여 선거운동을 하거나 하게 할 수 없다."라고 규정하면서 동법 제255조 제1항 제9호에서 그 위반자를 처벌하고 있다. 따라서 단체의 구성원은 그 조직상의 지위나 거래상의 특수

지위를 이용하여 영향력을 행사하는 선거운동을 할 수 없게 되어 있다. 그러므로 이 사건 법률조항이 아니더라도 보험공단의 직원이 그 지위를 이용하여 부하직원들을 상대로 선거운동을 하거나 선거운동을 하도록 하는 행위 및 직무상의 지위를 이용하여 가입자 또는 피부양자에게 선거운동을 하는 것은 이미 모두 금지되고 있는 것이다.

또한 공직선거법 제86조 제1항은 보험공단의 상근 임직원—공무원과 마찬가지로—정당이나 후보자의 업적을 소속직원 또는 선거구민에게 홍보하는 행위(제1호), 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위(제2호), 정당 또는 후보자에 대한 선거권자의 지지도를 조사하거나 이를 발표하는 행위(제3호), 선거기간중 소속직원 또는 선거구민에게 금품 기타 이익을 주거나 이를 약속하는 행위(제4호), 선거기간중 정상적 업무 외의 출장을 하는 행위(제6호), 선거기간중 휴가기간에 그 업무와 관련된 기관이나 시설을 방문하는 행위(제7호) 등 선거에 영향을 미치는 전형적인 7개 유형의 행위를 하지 못하도록 금지하고 있다. 따라서 보험공단의 직원은, 이 사건 법률조항에 의하지 않더라도, 직접적인 선거운동은 아니지만 선거에 영향을 미칠 우려가 있는 행위를 이미 할 수 없게 되어 있다. 결국 보험공단의 직원은 공직선거법 제85조 제2항 및 제86조 제1항의 규정에 의하여 그 지위를 이용하여 하는 선거운동 및 선거에 영향을 미치는 전형적인 행위를 하지 못하게 되어 있으므로 여기서 더 나아가 그 밖의 선거운동 일체를 포괄적으로 금지하는 규정을 다시 두는 것은 전혀 적절치 않은 방법으로 지나치게 넓게 선거운동의 자유를 제한하는 것이다. 이는 기본권을 제한할 필요가 있는 경우에도 그 제한은 필요한 최소한의 범위에 그쳐야 한다는 피해최소성의 원칙과 그 수단이 적절하여야 한다는 수단의 상당성 원칙에 모두 어긋난다.

다. 추구하는 공익에 비하여 제한되는 사익이 너무 크다.

청구인은 이 사건 법률조항에 의하여 대통령선거, 국회의원선거, 지방자치단체장 및 지방의회의원 선거에서 그 선거운동에 참여하는 권리가 전면적으로 배제된다.

그런데 기본권의 하나인 정치적 의사표현의 자유는 정치적 의견을 단순히 외부에 표명하는 자유만에 그치는 것이 아니라 더 나아가 자신의 정치적인 목적을 달성하기 위하여 자신과 정치적인 견해를 같이하는 사람이 선거에서 당선될 수 있도록 활동할 수 있는 자유 즉, 선거운동의 자유까지를 포함하는 것이다. 그럼에도 불구하고 선거의 규모와 종류를 불문하고 일체의 선거운동을 금지하는 것은 선거운동의 자유라는 기본권의 본질적 내용을 침해하는 것으로 이는 사익에 대한 중대한 제한에 해당한다.

한편 공적 지위를 가진 자의 편향된 영향력 행사를 배제하여 선거의 공정성을 확보한다는 공익은, 그 공적 지위를 이용한 선거운동 내지 영향력 행사만을 금지하면 대부분 확보

될 수 있다. 그러므로 여기서 더 나아가 공직 지위에 있는 자의 그 밖의 일체의 선거운동을 금지한다고 하여 이로써 추가적으로 확보되는 선거의 공정성이라는 것은 별로 있을 수가 없다. 헌법재판소가 "정부투자기관의 직원들은 그 업무의 성격상 사기업체의 근로자와 다를 것이 없다."라고 판시(헌재 1995. 5. 25. 91헌마67, 판례집 7-1, 722, 745-750)한 데서 드러나듯이 보험공단의 직원처럼 그 지위의 공직 성격이 미약한 경우에는 더욱 그렇다.

그러므로 보험공단의 직원에 대하여 일체의 선거운동을 금지하는 것은 그 금지에 의하여 선거운동의 자유라는 개인의 기본권이 본질적으로 침해됨에 비하여 한편 이러한 금지가 선거의 공정성이라는 공익의 확보에 기여하는 바는 매우 미미하다고 할 것이다.

라. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항은 선거운동의 자유를 과도하게 제한하여 그 본질을 침해하므로 헌법상의 과잉금지의 원칙에 어긋나서 위헌이라고 할 것이다.

선거운동이 불법과 비리에 물들지 않게 하려면—유항산자(有恒産者)라야 유항심(有恒心)이므로—안정된 생업을 가진 사람들이 정상적으로 생업에 종사하면서도 자기와 정치적 견해를 같이 하는 후보자를 공개적으로 지원할 수 있도록 제도를 정비하는 것이 매우 중요하다는 점을 유의하여야 할 것이다.

재판관 윤영철(재판장) 김영일 권성(주심) 김효종 김경일 송인준 주선회 전효숙 이상경

8

지방공사 상근직원의 선거운동을 금지하는 공직선거법 제60조제1항 제5호에 대한 제3자의 헌법소원 적법 여부

■ 공직선거및선거부정방지법 제60조 제1항 제5호 등 위헌확인, 1997. 9. 25. 96헌마133 ■

【판시 사항】

후보자가, 자신이 선거운동원으로 활용하고자 하는 자의 선거운동을 금하고 있는 법률규정의 위헌여부를 다룰 기본권 침해의 자기관련성이 있는지 여부(소극)

【결정 요지】

1. 법률에 의한 기본권침해의 경우에 원칙적으로 법률에 의하여 직접 기본권을 침해당하고 있는 자만이 헌법소원심판청구를 할 수 있다고 할 것이고 제3자는 특단의 사정이 없는 한 기본권침해에 직접 관련되었다고 볼 수 없다.
2. 어떠한 경우에 제3자의 자기관련성을 인정할 수 있는가의 문제는 무엇보다도 법의 목적 및 실질적인 규율대상, 법규정에서의 제한이나 금지가 제3자에게 미치는 효과나 진지성의 정도, 규범의 직접적인 수급자에 의한 헌법소원제기의 기대가능성 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다.
3. 이 사건 법률조항은 법의 목적 및 규율대상에 있어서 제3자인 청구인을 함께 규율하려고 의도하지도 않을 뿐 아니라 제3자에 미치는 효과의 정도에 있어서도 청구인에 미치는 효과의 정도가 미약하므로, 청구인이 입는 이러한 불이익은 청구인의 법적 지위에 대한 직접적 침해가 아니라 청구인이 단순히 일정 생활관계에 필연적으로 관련됨으로써 파생하는 간접적, 사실적 연관성에 불과하다. 따라서 청구인에게는 이 사건규정의 위헌여부를 다룰 기본권침해의 자기관련성이 결여되어 있다고 할 것이다.

재판관 김용준, 재판관 이재화, 재판관 고중석의 반대의견

가. 선거운동기구를 통한 선거운동을 허용하고 있는 이상 후보자가 자신의 선거운동기구의 구성원으로 선임할 선거운동원의 범위를 제한하는 것은 다수의견과 같이 단순히

후보자인 청구인의 간접적, 사실적인 불이익에 불과한 것이 아니라 직접적으로 청구인의 선거운동의 자유를 제한하는 것으로 보아야 한다.

- 나. 선거운동의 궁극적인 목적은 후보자의 당선에 있는 것이므로 후보자가 선임할 수 있는 선거운동원의 범위를 제한하는 것은 다수의견이 주장하는 바와 같이 후보자에 미치는 효과가 결코 미약한 것이라고 볼 수 없을 뿐만 아니라 설사 미약하다고 하더라도 그 제한이 간접적, 사실적 불이익이라고 불과한 것이라고 볼 수도 없다.

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 1996. 4. 11. 실시된 제15대 국회의원선거의 성동구 을선거구에 무소속으로 등록한 후보자인바, 1996. 4. 2. 선거운동의 효율성을 높이기 위하여 기존 선거운동원을 서울특별시 지하철공사직원인 청구의 이○용, 같은 배○조로 교체하여 관할 선거관리위원회에 신고하였다. 그러나 성동을 선거관리위원회 위원장은 공직선거및선거부정방지법 제60조 제1항 제5호에 의해 위 교체선거운동원이 선거운동을 할 수 없는 지방공사의 직원이라는 이유로 이미 발급한 신분증의 반환을 요청하는 한편 선거운동원으로서의 활동을 금지시켰다. 이에 청구인은 1996. 4. 4. 헌법재판소법 제68조 제1항에 따라 위 법 제60조 제1항 제5호에 대한 헌법소원을 제기하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법 제4739호로 제정되어 1995. 12. 30. 법 제5127호로 개정된 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제60조 제1항 제5호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 “제53조(공무원 등의 입후보) 제1항 제6호에 해당하는 자(지방공기업법 제2조에 규정된 지방공사와 지방공단인 상근 임·직원)” 중 ‘직원’을 선거운동을 할 수 없는 자에 포함시킨 것이 위헌인지의 여부이고, 위 규정의 내용은 다음과 같다.

제60조(선거운동을 할 수 없는 자) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 선거운동을 할 수

없다. 다만 국회의원선거에 있어서 제4호 내지 제9호에 해당하는 자가 후보자의 배우자인 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 내지 4. 생략

5. 제53조(공무원등의 입후보) 제1항 제2호 내지 제8호에 해당하는 자

6. 내지 9. 생략

② 생략

제53조(공무원 등의 입후보) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자로서 후보자가 되고자 하는 자는 선거일전 90일(전국구국회의원선거와 비례대표시·도의원선거 및 보궐선거등에 있어서는 후보자등록신청전)까지 그 직을 그만두어야 한다. 다만, 대통령선거와 국회의원선거에 있어서 국회의원이 그 직을 가지고 입후보하는 경우와 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거에 있어서 당해 지방의회의원 및 지방자치단체의 장이 그 직을 가지고 입후보하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 내지 5. 생략

6. 지방공기업법 제2조(적용범위)에 규정된 지방공사와 지방공단의 상근 임·직원

7. 내지 8. 생략

② 생략

2. 청구인의 주장과 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장요지

(1) 국민의 주권행사의 의미를 지니는 선거과정에서의 참여행위는 원칙적으로 자유롭게 행해질 수 있도록 최대한으로 보장해야 한다. 선거운동의 자유는 널리 선거과정에서 자유로이 의사를 표현할 자유의 일환으로서 표현의 자유의 한 태양이기도 하므로, 헌법이 정한 언론, 출판, 집회, 결사의 자유보장 규정에 의한 보호를 받는다. 선거권이 제대로 행사되기 위해서는 후보자에 대한 정보의 자유로운 교환이 필연적이므로, 선거운동의 자유는 선거권, 즉 참정권의 제한으로도 파악되는데, 이에 대한 제한은 언제나 필요한 최소한의 정도에 그쳐야 한다.

(2) 서울특별시지하철공사와 같은 지방공사의 경우 경영에 직접적인 영향을 미칠 수 있는 위치인 임원과는 달리 일반 직원은 업무의 성격상 사기업체의 근로자와 마찬가지로 임원

의 보조업무를 담당하는데 불과하다. 청구인이 신고한 교체운동원인 이재용, 배상조는 그 직책이 단순한 근로자에 불과하여 선거의 공정성에 영향을 미칠 정도의 정치적 중립이 요구되는 직책에 있는 자들이 아님에도 불구하고 이들에게도 국회의원선거의 선거운동을 제한하는 이 사건 법률조항은 일반 사기업체 직원들과 비교하여 부당한 사회적 신분에 의한 차별로서 기본권의 합리적인 제한의 범위를 벗어난 것이다. 따라서 이 사건 법률조항은 공기업직원의 평등권과 참정권 및 선거운동의 자유를 침해하는 위헌적인 법률이며, 결국 청구인의 공무담임권이 침해될 것이 확실히 예상된다.

(3) 이 사건 법률조항은 지방공사의 임·직원의 입후보를 제한하는 법 제53조 제1항 제6호 규정을 전제로 하고 있는 것인데, 헌법재판소는 이미 정부투자기관 등 공기업의 직원에 대하여 공직선거의 입후보를 제한하는 법 제53조 제1항 제4호의 규정이 위헌임을 확인하였고(헌법재판소 1995. 5. 25. 선고, 91헌마67 결정 ; 1995. 6. 12. 선고, 95헌마172 결정), 그 판시이유는 지방공사의 임·직원 중 직원에 대하여 공직선거 후보자 등록을 제한하는 법 제53조 제1항 제6호 규정에도 그대로 타당하므로, 위 법률조항 역시 위헌이다. 또한 선거운동을 제한하는 규정은 그 자격요건에 비추어 입후보를 제한하는 규정보다 완화된 정도의 제한이므로, 공직선거의 입후보가 가능한 지방공사직원에게 대하여 선거운동을 제한하는 이 사건 법률조항은 참정권의 본질적인 내용에 반하는 위헌적 규정이다.

나. 이해관계인의 의견 : 없음

3. 판 단

헌법재판소법 제68조 제1항에 의하면 헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권을 침해받은 자가 청구하여야 한다고 규정하고 있다. 이 때 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권의 침해를 받은 자라 함은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 자기의 기본권이 현재 그리고 직접적으로 침해받은 경우를 의미하므로 원칙적으로 공권력의 행사 또는 불행사의 직접적인 상대방만이 이에 해당한다고 할 것이고, 공권력의 작용에 단순히 간접적, 사실적 또는 경제적인 이해관계에 있을 뿐인 제3자는 이에 해당하지 않는다(헌법재판소 1993. 3. 11. 선고, 91헌마233 결정 ; 1993. 7. 29. 선고, 89헌마123 결정 ; 1994. 6. 30. 선고, 92헌마61 결정).

법률에 의하여 기본권을 침해받은 경우에는 법률에 의하여 직접 기본권을 침해당하고 있는 자만이 헌법소원심판청구를 할 수 있다고 할 것이고 제3자는 특별한 사정이 없는 한 기본권침해에 직접 관련되었다고 볼 수 없다. 청구인은 지방공사의 직원의 선거운동을 제한하는 것을 내용으로 하는 이 사건 법률조항이 공기업 직원들의 표현의 자유와 평등권을 침해함으로써 결국 청구인의 공무담임권을 침해한다고 주장하나, 이 사건 법률조항에

의하여 청구인의 기본권이 직접 침해될 여지는 거의 없다고 보여진다. 왜냐하면 지방공사 임·직원의 선거운동금지를 내용으로 하는 이 사건 법률조항은 지방공사의 임·직원을 수규자로 하는 금지규범으로서 입후보자가 선거운동원으로 활용할 수 있는 인적 범위를 간접적으로 제한함으로써 비록 입후보자의 선거운동을 제한하는 결과에 이르는 것은 하나 입후보자의 선거운동에 미치는 효과는 단순한 반사적 불이익을 넘어서지 않기 때문이다.

어떠한 경우에 제3자의 자기관련성을 인정할 수 있는가의 문제는 입법의 목적, 실질적인 규율대상, 법규정에서의 제한이나 금지가 제3자에게 미치는 효과나 진지성의 정도 및 규범의 직접적인 수규자에 의한 헌법소원제기의 기대가능성 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 하는바, 이 사건 법률조항은 법의 목적 및 규율대상에 있어서나 제3자에 미치는 효과의 정도에 있어서 제3자인 청구인의 자기관련성을 인정할 수 있는 정도의 것에 이른다 할 수 없다.

선거운동금지조항을 통하여 달성하려는 이 사건 법률조항의 목적과 의도는 자신의 지위와 권한을 선거운동에 남용할 위험이 있는 자를 선거운동원으로서 배제하여 선거의 공정성과 형평성을 확보하고 업무전념성을 보장하고자 하는데 있지, 청구인과 같은 입후보자의 선거운동을 제한하고자 하는 것이 아니며, 그 규범의 수규자 외에 제3자인 입후보자를 함께 규율하려고 의도하는 것으로도 볼 수 없다. 또한 이 사건 법률조항은 그 수규자인 지방공사직원에게는 선거운동의 금지를 뜻함으로써 다른 인적 집단(예컨대 사기업체의 근로자)과의 관계에서 기본권의 차별적인 제한의 문제와 과도한 제한의 문제가 발생하나, 후보자의 경우에는 선거운동의 제한 규정이 모든 입후보자에게 동일하게 적용되므로 다른 입후보자에 비하여 특별히 받는 차별이 있다고 할 수 없고, 후보자의 선거권이나 피선거권의 제한을 그 규율대상으로 하고 있지도 않으므로 이 사건 법률조항에 의하여 청구인의 참정권이 침해될 수도 없다. 다만, 이 사건 법률조항이 입후보자에 미치는 영향은 후보자가 원하는 임의의 사람을 선거운동원으로 활용할 수 있는 자유에 대한 경미한 제한이므로 이 사건 법률조항이 규범의 직접적인 수규자인 지방공단직원에게 미치는 효과와 제3자인 후보자에게 미치는 효과를 같은 측면에서 판단할 수 없다.

결국 이 사건 법률조항은 제3자인 청구인을 함께 규율하려고 의도하지도 않을 뿐 아니라 청구인에게 미치는 효과의 정도가 미약하고, 따라서 청구인이 입는 이러한 불이익은 청구인의 법적 지위에 대한 직접적 침해가 아니라 청구인이 단순히 일정 생활관계에 필연적으로 관련됨으로써 파생하는 간접적, 사실적 연관성에 불과하므로 청구인에게는 이 사건 법률조항에 대한 위헌여부를 다룰 기본권침해의 자기관련성이 결여되어 있다고 할 것이다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구는 부적합하다 할 것이므로 이를 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 김용준, 재판관 이재화, 재판관 고중석의 반대의견이 있는 외에 나머지 재판관들의 의견일치에 따른 것이다.

5. 재판관 김용준, 재판관 이재화, 재판관 고중석의 반대의견

우리는 다음과 같은 이유로 다수의견에 찬성할 수 없다.

가. 다수의견은 이 사건 법률조항은 지방공사의 직원의 선거운동을 제한하는 규정으로서 후보자인 청구인이 선거운동원으로 활용할 수 있는 인적범위를 간접적으로 제한함으로써 청구인의 선거운동을 제한하게 되나 이 사건 법률규정이 제3자인 청구인을 직접 규율하려고 의도하지도 않을 뿐만 아니라 청구인에게 미치는 효과가 미약하므로 청구인이 입는 이러한 불이익은 청구인의 법적지위에 대한 직접적 침해가 아니라 간접적, 사실적인 것에 불과하고, 따라서 청구인은 이 사건 법률조항에 대하여 헌법소원심판을 청구할 수 있는 자기관련성이 없다는 것이다.

나. 그러나 공권력의 상대방이 아닌 제3자도 자신의 기본권을 직접 침해 받은 경우에는 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 할 것인데(1993. 7. 29. 선고, 89헌마31 결정 ; 1993. 11. 25. 선고, 92헌마87 결정 ; 1996. 4. 25. 선고, 95헌마331 결정 등 참조) 이 사건 법률조항은 다음에서 보는 바와 같이 후보자인 청구인의 선거운동의 자유를 직접적으로 침해하는 규정이라고 할 것이다.

법 제58조 제2항은 누구든지 선거운동을 자유롭게 할 수 있다고 규정하는 한편 법 제61조 제1항은 후보자는 선거운동 기타 선거에 관한 사무를 처리하기 위하여 선거사무소와 선거연락소를 설치할 수 있도록 규정하고 법 제62조 제1항은 후보자는 선거운동을 할 수 있는 자 중에서 선거사무소, 선거연락소에 선거사무장, 선거연락소장을 두도록 규정하고, 같은 조 제2항은 선거사무장 또는 선거연락소장은 선거운동을 할 수 있는 자 중에서 선거사무원을 둘 수 있도록 규정하여 공직선거에 입후보한 후보자의 선거운동은 그 자신의 활동을 통한 선거운동 뿐 아니라 선거운동기구를 설치하여 그 구성원의 활동을 통하여 선거운동을 하는 것을 허용하고 있다.

이와 같이 선거운동기구를 통한 선거운동을 허용하고 있는 이상 후보자가 자신의 선거운동기구의 구성원으로 선임할 선거운동원의 범위를 제한 하는 것은 다수의견과 같이 단순히 후보자인 청구인의 간접적, 사실적인 불이익에 불과한 것이 아니라 직접적으로 청구인의 선거운동의 자유를 제한하는 것으로 보아야 할 것이다.

그리고 선거운동이란 특정후보를 당선되거나 당선되지 못하게 하기 위한 행위(법 제58조 제1항)로서 그 궁극적 목적은 후보자의 당선에 있는 것이므로 후보자가 선임할 수 있는 선거운동원의 범위를 제한하는 것은 다수의견이 주장하는 바와 같이 후보자에 미치는 효과가 결코 미약한 것이라고 볼 수 없을 뿐만 아니라 설사 미약하다고 하더라도 그 제한이 간접적, 사실적인 불이익에 불과한 것이라고 볼 수도 없다.

다. 따라서 청구인은 이 사건 법률조항에 의하여 직접적으로 선거운동의 자유를 침해받는 후보자로서 헌법소원심판을 청구할 수 있는 적격이 있다고 할 것이므로 이 사건 심판청구를 각하할 것이 아니라 본안에 관하여 판단하여야 할 것으로 생각한다.

재판장 재판관 김용준

주 심 재판관 김문희

재판관 이재화

재판관 조승형

재판관 정경식

재판관 고중석

재판관 신창언

재판관 이영모

재판관 한대현

9

예비후보자의 배우자인 공무원의 선거운동을 금지한 공직선거법 제60조 제1항제4호의 평등권 등 침해 여부

■ 공직선거법 제60조 제1항 단서 위헌확인, 2009. 3. 26. 2006헌마526 ■

【판시사항】

- 가. 공직선거법 제60조 제1항 제4호 중 ‘예비후보자의 배우자인 공무원에 대하여 선거운동을 금지하는 부분’(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 선거운동의 자유를 과도하게 침해하는 것인지 여부(소극)
- 나. 이 사건 법률조항이 공무원인 예비후보자의 배우자를 공무원이 아닌 예비후보자의 배우자와 달리 불리하게 취급하여 평등권을 침해하는 것인지 여부(소극)

【결정요지】

- 가. 이 사건 법률조항의 입법목적은 공무원직에 있는 자가 장기간 선거운동을 수행하는 것을 금지함으로써 공직의 정치적 중립성에 관한 일반인의 신뢰 및 선거의 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.

- 나. 이 사건 법률조항은 공무원인 예비후보자 배우자의 선거운동을 금지하고 있다. 그런데 선거의 형평성과 공정성을 보장하기 위하여 공무원이나 이에 준하는 공공단체의 구성원들로 하여금 선거운동에 관여하지 못하도록 하는 것은 불가피한 조치이다. 공

무원인 예비후보자의 배우자를 공무원이 아닌 배우자와 달리 취급하여 이에 대하여 선거운동을 금지하고 있는 이 사건 법률조항이 공무원인 배우자를 불합리하게 차별함으로써 청구인의 평등권을 침해한다고 할 수 없다.

【심판대상조문】

공직선거법 제60조 제1항 제4호 중 ‘예비후보자의 배우자인 공무원에 대하여 선거운동을 금지하는 부분’

【참조조문】

헌법 제11조, 제21조

공직선거법 제58조, 제59조, 제60조 제1항, 제60조의3

【참조판례】

가. 헌재 1995. 3. 23. 95헌마53, 판례집 7-1, 463, 473

헌재 2001. 8. 30. 99헌바92, 판례집 13-2, 174, 193

헌재 2004. 4. 29. 2002헌마467, 판례집 16-1, 541, 550-553

나. 헌재 1989. 5. 24. 89헌가37등, 판례집 1, 48, 54

헌재 1995. 3. 23. 95헌마53, 판례집 7-1, 463, 473

헌재 1996. 10. 4. 94헌바32, 판례집 8-2, 345, 350

【당 사 자】

청 구 인 위○자

대리인 변호사 김정진

【주 문】

이 사건 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 공립학교 교사(이 사건 심판청구 당시 군산시 ○○중학교에 재직 중)인 공무원이다. 청구인의 배우자 전○남은 2006. 5. 31. 실시된 제4회 동시지방선거의 군산시장 선거에 출마하기 위하여 같은 해 3. 19. 군산시 선거관리 위원회에 군산시장 예비후보자(소속정당 ○○당)로 등록하였다.

(2) 공직선거법은 공무원의 선거운동을 원칙적으로 금지하고 있다(공직선거법 제60조 제1항 제4호). 또한, 공직선거법은 선거운동기간 이외의 선거운동은 원칙적으로 금지하고 있는바(법 제59조), 예비후보자제도를 마련하여 등록한 예비후보자에 대하여 선거운동기간 이전의 선거운동을 허용하고, 예비후보자의 배우자에게도 같은 기간 동안 일정한 범위의 선거운동을 허용하고 있다. 그런데 예비후보자의 배우자가 공무원인 경우, 그 공무원의 선거운동을 허용하는 예외 규정을 마련하고 있지 아니하므로, 예비후보자의 배우자인 공무원은 법 제60조 제1항 제4호의 원칙에 따라 선거운동을 할 수 없도록 되어 있다. (3) 이에 청구인은 공직선거법상 예비후보자의 배우자에게 일정한 범위 안에서 선거운동을 할 수 있도록 하면서, 예비후보자의 배우자가 공무원인 경우에는 선거운동을 할 수 없도록 하고 있는 공직선거법 제60조 제1항 제4호는 선거운동의 자유와 평등권 등 자신의 헌법상 기본권을 침해하는 것이라고 주장하면서 2006. 4. 27. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인 대리인은 이 사건 심판청구서의 청구취지를 통하여 공직선거법(이하 ‘법’이라고 한다) 제60조 제1항 단서의 위헌성을 제기하였다. 청구인 대리인은 그 이후 2008. 6. 27. 접수된 청구취지변경서를 통하여 청구취지를 변경하였고, 그 변경된 심판청구의 취지는 법 제60조 제1항 제4호는 국가공무원 및 지방공무원에 예비후보자의 배우자인 공무원도 포함되는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다는 것이므로 이에 관하여 살펴본다.

법 제60조 제1항 제4호는 공무원의 선거운동을 원칙적으로 금지하면서, 단지 후보자의 배우자인 공무원의 경우에는 선거운동을 할 수 있도록 허용하고 있다(같은 조 제1항 단서). 청구인은 예비후보자의 배우자인 공무원으로서 위 예외에 해당하지 아니하므로 원칙에 따라 선거운동이 금지되는바, 이는 법 제60조 제1항 제4호의 당연한 적용결과이다.

그렇다면, 청구인은 이 사건 청구취지변경서를 통하여 법 제60조 제1항 제4호에 관한 한정위헌청구의 형식으로 그 청구를 구하고 있으나, 그 실질은 법 제60조 제1항 제4호의 규율내용의 일부인 ‘예비후보자의 배우자인 공무원에 대하여 선거운동을 금지하는 부분’ 자체의 위헌성을 다투는 취지라고 할 것이다. 따라서 이 사건 심판의 대상을 법 제60조 제1항 제4호 중 ‘예비후보자의 배우자인 공무원에 대하여 선거운동을 금지하는 부분’(이하 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다)이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부로 한정하여 확정하기로 한다.

이 사건 심판대상조문 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

공직선거법 제60조(선거운동을 할 수 없는 자) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 선거운동을 할 수 없다. 다만, 제4호 내지 제8호에 해당하는 자가 후보자의 배우자인 경우에는 그러하지 아니하다.

1.~3. 각 생략

4. 「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(국회의원과 지방의회의원외의 정무직공무원을 제외한다)은 그러하지 아니하다.

5.~9. 각 생략

[관련조문]

공직선거법 제58조(정의 등) ① 이 법에서 “선거운동”이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 행위는 선거운동으로 보지 아니한다.

1. 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시

2. 입후보와 선거운동을 위한 준비행위

3. 정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시

4. 통상적인 정당활동

② 누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다. 그러나 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 금지 또는 제한되는 경우에는 그러하지 아니하다.

제59조(선거운동기간) 선거운동은 후보자등록마감일의 다음날부터 선거일전일까지에 한하여 이를 할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 제60조의3(예비후보자 등의 선거운동) 제1항 및 제2항의 규정에 따라 예비후보자 등이 선거운동을 하는 경우

2. 삭제

3. 후보자, 후보자가 되고자 하는 자가 자신이 개설한 인터넷 홈페이지를 이용하여 선거운동을 하는 경우

제60조의3(예비후보자 등의 선거운동) ① 예비후보자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법으로 선거운동을 할 수 있다.(각 호 생략)

② 예비후보자가 그와 함께 다니는 자 중에서 지정한 1인과 예비후보자의 배우자(배우자 대신 예비후보자가 그의 직계존·비속 중에서 신고한 1인을 포함한다. 이하 이 항에서 같다)는 예비후보자의 선거운동을 위하여 제1항 제2호의 규정에 따른 명함을 직접 줄 수 있다. 이 경우 예비후보자의 배우자는 예비후보자의 지지를 호소할 수 있다.

③~⑥ 생략

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장요지

(1) 법 제60조 제1항 제4호는 공무원의 선거운동을 금지하고 있다. 같은 조 제1항 단서는 공무원이 후보자의 배우자인 경우에는 예외적으로 선거운동을 할 수 있도록 허용하고 있다. 그런데 위 단서 조항이 예비후보자의 배우자를 포함시키지 않음으로 인하여 공무원이 예비후보자의 배우자인 경우에는 선거운동을 할 수 없게 되어 있다. 법 제60조의3 제2항에 의하면 예비후보자의 공무원이 아닌 배우자는 예비후보자의 선거운동을 위하여 법이 정한 명함을 유권자에게 직접 주면서 지지를 호소할 수 있으나, 예비후보자의 공무원인 배우자는 위와 같이 선거운동이 금지되기 때문에 그러한 행위를 할 경우 3년 이하의 징역 또는 600만 원 이하의 벌금에 처해진다(법 제255조 제1항 제1호, 제60조 제1항 제4호, 제60조의3 제2항).

(2) 이 사건 법률조항은 청구인이 예비후보자인 자신의 배우자를 도움으로써 행복을 추구할 권리를 침해하며, 청구인을 예비후보자의 공무원이 아닌 배우자에 비해 합리적 이유 없이 차별하여 청구인의 평등권을 침해할 뿐만 아니라 청구인이 예비후보자인 자신의 배우자의 명함을 배포하고 지지를 호소하는 것을 금지함으로 인하여 청구인의 언론·출판·집회·결사의 자유를 침해하며, 선거운동의 자유를 침해하여 결과적으로 적정한 선거권을 행사하지 못하도록 한다.

(3) 이 사건 법률조항은 선거운동의 과열방지와 공정선거관리라는 목적의 정당성을 가지고 있으나, 후보자의 공무원인 배우자의 선거운동이 허용되어 있는 이상 예비후보자의 공무원인 배우자의 선거운동을 불허한다는 것은 목적에 적합한 수단이라고 할 수 없다. 설령 수단이 적합하다고 하더라도 예비후보자의 배우자의 선거운동이 명함의 배포와 지지 호소만으로 제한되어 있는 이상, 침해의 최소성은 이미 확보되어 있으므로 더 나아가 예비후보자의 공무원인 배우자의 선거운동을 일체 금지하는 것은 침해의 최소성에 어긋난다. 또한 침해되는 법익은 큰 반면 예비후보자의 공무원인 배우자의 선거운동을 제한한다고 하여 달성되는 이익은 매우 적기 때문에 법익의 균형성 또한 확보되어 있다고 볼 수 없다.

(4) 예비후보자제도에 관한 법 제60조의3 제2항에 따르면 예비후보자가 배우자를 지정하거나 또는 직계존·비속 중에서 1인을 배우자 대신 지정하여 그 사람이 일정한 선거운동을 할 수 있도록 하고 있으나, 배우자 이외에 지정할 사람이 없는 경우에는 이 사건 법률조항으로 인한 침해의 최소성이나 법익의 균형성이 달성되었다고 보기 어렵다.

나. 중앙선거관리위원회위원장의 의견

(1) 법은 제85조(지위를 이용한 선거운동 금지)·제86조(공무원 등의 선거에 영향을 미치는 행위금지) 등에서 공무원의 선거운동을 금지하고 있는바, 이는 공무원직을 이용하여 선거의 결과에 부당한 영향을 미치는 것을 방지하기 위한 것이다.

(2) 이와 같이 공무원의 선거운동을 원칙적으로 금지하고 있음에도 불구하고 법 제60조(선거운동을 할 수 없는 자) 제1항 단서에서는 후보자의 배우자가 공무원인 경우에 예외적으로 선거운동을 할 수 있도록 허용하고 있는데 이는 배우자라는 특수한 지위 외에도 선거운동기간이 단기간에 불과하다는 점이 고려된 것이다.

(3) 이 사건 법률조항은 예비후보자의 배우자가 공무원인 경우에는 선거운동을 허용하지 않고 있다. 예비후보자제도는 현역의원 등과 정치 신인의 선거운동 기회의 불균등 문제를 해소하는데 그 입법목적이 있다. 그런데 예비후보자의 경우 선거운동 기간이 짧게는 선거

기간개시일 전 60일(지역구지방의회의원선거, 자치구·시·군의 장 선거)부터 길게는 선거일 전 240일(대통령선거)에 이르는바, 예비후보자의 배우자인 공무원에게 이러한 장기간 동안 선거운동을 하도록 허용한다면 공무원의 선거운동을 금지하는 법의 근본취지가 훼손될 우려가 있다.

(4) 또한 법 제60조의3 제2항에 의하면 예비후보자의 배우자를 대신하여 직계 존·비속 중에서 1인을 신고하여 명함배부와 지지호소를 할 수 있도록 하고 있고, 선거운동기간 동안에는 후보자의 배우자로서 선거운동을 할 수 있으므로 이 사건 조항이 청구인의 기본권을 과도하게 제한한다거나 최소침해의 원칙에 어긋난다고 할 수 없다.

3. 판 단

가. 전제 논의 : 선거운동기간과 예비후보자제도

(1) 선거운동기간제도

법은 기간의 제한없이 선거운동을 무한정 허용할 경우 후보자 간의 지나친 경쟁과 선거부정의 발생 우려 등으로 인하여 선거운동기간제도를 두어 선거운동은 후보자등록마감일의 다음날부터 선거일전일까지에 한하여 이를 할 수 있도록 하고 있다(법 제59조). 후보자의 배우자는 비록 공무원이라고 하여도 자유롭게 선거운동을 할 수 있으나 후보자와 마찬가지로 선거운동기간 동안이라고 하는 시적 제한을 받게 된다(법 제60조 제1항 단서).

(2) 예비후보자제도의 도입

법상 예비후보자제도는 각 선거별 법에 정한 기간 동안 관할선거구선거관리위원회에 예비후보자등록을 한 자는 선거운동기간 전에도 일정 범위 내에서 선거운동을 할 수 있도록 하는 것이다. 예비후보자제도가 도입된 것은 2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 ‘공직선거 및 선거부정방지법’이다.

종전에는 누구든지 선거운동기간이 아닌 때에는 선거운동을 할 수 없도록 함으로써 소위 ‘사전선거운동’을 예외 없이 금지하고 있었다. 그런데 현역 국회의원의 경우 직무활동으로 인정되는 의정활동보고를 통하여 사실상 선거운동의 효과를 누리는 기회가 주어지고 있어서 정치 신인과의 선거운동기회가 불균등하다는 문제점이 끊임없이 제기되어 왔다. 이에 선거운동기회의 형평성 차원에서 정치 신인에게도 자신을 알릴 수 있는 기회를 어느 정도 보장하고자 예비후보자제도를 도입하게 되었다(헌재 2005. 9. 29. 2004헌바52, 판례집 17-2, 160, 169 참조).

(3) 예비후보자 및 예비후보자 배우자의 선거운동

예비후보자의 선거운동방법을 무제한으로 허용할 경우에는 선거의 조기과열·혼탁은 물론 후보자 간의 경제력 차이에 따른 기회불균등의 심화 등 그 폐해가 클 수 있기 때문에 제한된 범위 내에서 이를 허용하고 있다. 즉, 법은 예비후보자가 할 수 있는 선거운동방법으로서 선거사무소를 설치하는 행위, 일정한 규격의 명함을 직접 주면서 지지를 호소하는 행위, 전자우편을 이용하여 문자, 음성 등의 정보를 전송하는 행위, 선거구 안의 세대수 10분의 1이내에 해당하는 수의 인쇄물을 작성하여 관할 선거관리위원회로부터 확인받은 후 발송하는 행위 등을 허용되는 선거운동방법으로 규정하고 있다(법 제60조의3 제1항).

법은 예비후보자의 배우자에게 제한된 범위에서 예비후보자를 위한 선거운동을 할 수 있도록 하고 있다. 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 법 제60조의3 제2항은 예비후보자의 배우자는 예비후보자의 선거운동을 위하여 일정한 규격에 따른 명함을 직접 줄 수 있고, 이 경우 예비후보자의 지지를 호소할 수 있다고 규정하고 있다.

(4) 예비후보자의 등록 및 등록기간

예비후보자가 되고자 하는 자는 각 선거별로 정한 날로부터 관할 선거구선거관리위원회에 소정서류를 갖추어 예비후보자 등록을 서면으로 신청하여야 하고, 예비후보자 등록신청을 받은 선거관리위원회는 등록 피선거권에 관하여 확인이 필요하다고 인정되는 경우 등이 아닌 한 지체 없이 이를 수리하여야 한다(법 제60조의2 제1항, 제4항).

각 선거별 예비후보자 등록신청일은 대통령 선거는 선거일전 240일, 지역구국회의원선거 및 시·도지사선거는 120일, 지역구지방의회의원선거 및 자치구·시·군의 장선거의 경우에는 선거기간개시일 전 60일이다(동조 제1항 각호).

나. 이 사건 법률조항의 기본권 침해 여부

(1) 제한되는 기본권

이 사건 법률조항은 청구인과 같은 공무원은 선거운동기간 전에 예비후보자인 배우자를 위한 선거운동을 할 수 없도록 금지하고 있으므로 청구인의 선거운동의 자유를 제한하고 있다.

또한 이 사건 법률조항은 예비후보자의 공무원이 아닌 배우자에게는 선거운동기간 전에도 예비후보자를 위한 선거운동을 할 수 있도록 하면서, 예비후보자의 공무원인 배우자에게는 그와 같은 선거운동을 금지하고 있는바, 이와 같은 차별취급이 과연 합리적 근거 없는 자의적 차별로서 청구인의 평등권을 침해하는지 여부가 문제된다.

청구인은 또한 이 사건 법률조항에 의한 선거운동의 금지로 인하여 행복추구권이 침해되었다고 주장하고 있는바, 보호영역으로서의 ‘선거운동’의 자유가 문제되는 경우 표현의 자유 및 선거권과 일반적 행동자유권으로서의 행복추구권은 서로 특별관계에 있어 기본권의 내용상 특별성을 갖는 표현의 자유 및 선거권이 우선 적용된다고 할 것이므로, 이하에서는 행복추구권 침해 여부에 관하여 따로 판단할 필요는 없다(헌재 2004. 4. 29. 2002헌마467, 판례집 16-1, 541, 550 참조).

(2) 선거운동의 자유 침해 여부

(가) 선거운동의 자유 및 그 헌법적 보장

선거운동의 자유는 헌법상의 자유선거의 원칙에 의한 보호를 받는다. 자유선거의 원칙은 비록 우리 헌법에 명문으로 규정되지는 아니하였지만 민주국가의 선거제도에 내재하는 법원리로서, 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(헌재 2001. 8. 30. 99헌바92, 판례집 13-2, 174, 193). 또한 선거운동의 자유는 널리 선거과정에서 자유로이 의사를 표현할 자유의 일환이므로 표현의 자유의 한 태양이기도 한데, 이러한 정치적 표현의 자유는 선거과정에서의 선거운동을 통하여 국민이 정치적 의견을 자유로이 발표, 교환함으로써 비로소 그 기능을 다하게 된다 할 것이므로 선거운동의 자유는 헌법이 정한 언론·출판·집회·결사의 자유의 보장 규정에 의한 보호를 받는다(헌재 1995. 4. 20. 92헌바29, 판례집 7-1, 499, 507; 헌재 2004. 4. 29. 2002헌마467, 판례집 16-1, 541, 550 참조).

(나) 공무원의 선거운동 금지 및 예외

법상 공무원의 선거운동은 금지된다(법 제60조 제1항 제4호). 법이 공무원 또는 공무원에 준하는 사람들의 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, 직무를 통하여 얻은 여러 가지 정보를 선거에 활용할 수 있을 뿐 아니라 자신의 부하직원을 선거운동에 동원할 염려도 있으며, 자신의 선거운동에 유리한 방향으로 편파적으로 직무를 집행하거나 관련 법규를 적용할 가능성도 있는 등 그로 인한 부작용과 폐해가 선거결과에 지대한 영향을 미치게 될 것이기 때문이고, 선거의 형평성과 공정성을 보장하기 위하여 공무원이나 이에 준하는 공공단체의 구성원들로 하여금 선거운동에 관여하지 못하도록 하는 것은 입법자의 불가피한 조치라고 할 것이다(헌재 1995. 3. 23. 95헌마53, 판례집 7-1, 463, 473; 헌재 1995. 5. 25. 91헌마67, 판례집 7-1, 722, 739 참조).

그런데 법은 비록 공무원인 경우에도 후보자의 배우자는 선거운동을 할 수 없는 자에서 제외하고 있다(법 제60조 제1항 단서).

공무원인 후보자의 배우자에 대하여 선거운동을 허용하는 입법은 법 이전의 공직선거및 선거부정방지법 당시에 최초로 이루어졌다. 즉 1995. 12. 30. 법률 5127호로 개정된 공직선거및선거부정방지법은 제60조 제1항 단서에서 국회의원선거의 후보자의 배우자가 공무원인 경우에 선거운동을 허용하는 규정을 두었다. 그 후 1997. 1. 13. 법률 5262호로 개정된 공직선거및선거부정방지법은 국회의원선거의 후보자로 한정하지 않고 모든 선거의 후보자의 배우자는 공무원인 경우에도 선거운동을 할 수 있도록 하였다. 이와 같은 입법은 공직선거및선거부정방지법이 법으로 개정된 이후에도 계속하여 유지되고 있다.

(다) 이 사건 법률조항의 선거운동의 자유 침해 여부

법은 선거운동기간 이외의 선거운동 금지에 대한 예외로서 인정하는 예비후보자제도를 형성하면서 예비후보자의 배우자에게 일정한 범위의 선거운동의 자유를 인정하였다. 그런데 이 사건 법률조항은 공무원인 예비후보자의 배우자에 대하여는 그와 같이 허용된 선거운동의 자유를 금지함으로써 공무원인 예비후보자의 배우자에 대하여 일반인보다 가중된 선거운동의 자유 제한을 규정하고 있다.

이 사건 법률조항의 입법목적은 공무원직에 있는 자가 장기간 선거운동을 수행하는 것을 금지함으로써 공직의 정치적 중립성에 관한 일반인의 신뢰 및 선거의 공정성을 보호하기 위함이다. 예비후보자의 경우 선거운동 기간이 짧게는 선거기간개시일 전 60일(지역구지방의회의원선거, 자치구·시·군의 장 선거)부터 길게는 선거일전 약240일(대통령선거)에 이르는바, 예비후보자의 배우자인 공무원에게 이렇게 장기간 동안 선거운동을 하도록 허용한다면 공무원의 선거운동을 금지하는 법의 근본취지가 훼손될 우려가 있고, 선거의 공정성에 대한 일반인의 신뢰를 해할 우려가 있다.

법상 예비후보자의 배우자에게 허용되는 선거운동은 극히 범위가 좁아 예비후보자의 명함을 유권자에게 직접 주고 그 지지를 호소하는 정도이므로 가사 공무원인 배우자에게 같은 정도의 선거운동을 한다고 하여도 선거결과에 부당한 영향을 미친다거나, 선거의 공정성에 대한 신뢰를 저해할 우려가 있을 것인지 의문이 있을 수 있다. 그러나 공무원인 배우자가 현실적으로 수행하는 선거운동 방법과 그로부터 일반국민이 받는 인상이 언제나 일치한다고 보기 어려우며, 비교적 단순한 방법의 선거운동이라고 하여도 장기간 수행하는 경우에는 선거의 공정성에 대한 신뢰를 저해할 염려가 없다고 단정하기 어렵다.

한편, 예비후보자의 배우자 등에 의한 선거운동은 원칙적으로 금지되어 있는 선거운동기간 전의 선거운동을 예외적으로 허용하는 것이므로, 예비후보자제도에 따른 선거운동을 할 수 있는 자를 누구로 할 것인지, 어느 범위까지 선거운동을 허용할 것인지 등에 관하

여 입법부의 재량에 맡겨야 하고 그것이 명백히 재량권의 한계를 벗어난 입법이 아닌 한 입법형성의 자유를 존중하여야 할 것이다(헌재 2004. 4. 29. 2002헌마467, 판례집 16-1, 541, 553 참조).

법 제60조의3 제2항은 예비후보자가 그와 함께 다니는 자 중에서 지정한 1인과 예비후보자의 배우자는 법에 정한 규격의 명함을 직접 줄 수 있고, 예비후보자의 배우자는 예비후보자의 지지를 호소할 수 있다고 규정하고 있는바, 이 경우 예비후보자는 배우자 대신 그의 직계존·비속 중에서 그와 같은 선거운동을 수행할 자를 신고할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 배우자가 공무원인 예비후보자는 그의 배우자를 대신하여 직계 존·비속 중에서 공무원이 아닌 자 1인을 신고하여 명함배부와 지지호소를 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. 살피건대, 이 사건 법률조항은 공무원인 예비후보자의 배우자의 선거운동의 자유를 금지함으로써 선거운동의 자유를 제한하고 있으나, 앞서 살펴본 바와 같은 기본권 제한을 최소화하기 위한 입법조치를 마련하고 있어 입법형성의 재량권의 한계를 벗어난 입법이라고 보기 어렵다고 할 것이다.

결국 이 사건 법률조항은 일반적인 국민에게 허용되는 선거운동 자유에 과잉금지원칙에 위반한 제한을 가하고 있는 조항이 아니므로 청구인의 선거운동의 자유를 침해하는 것이라고 보기는 어렵다.

(3) 평등권 침해 여부

(가) 평등원칙의 의의 및 차별취급의 존재

헌법 제11조 제1항이 규정하고 있는 평등의 원칙은 ‘본질적으로 같은 것을 같게, 다른 것을 다르게’ 취급해야 한다는 것을 의미한다. 그러나 이는 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 법의 적용이나 입법에 있어서 불합리한 조건에 의한 차별을 하여서는 안 된다는 상대적·실질적 평등을 뜻하며, 합리적 근거 없이 차별하는 경우에 한하여 평등의 원칙에 위반될 뿐이다(헌재 1989. 5. 24. 89헌가37등, 판례집 1, 48, 54 참조).

앞서 선거운동의 자유 침해여부에서 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항은 선거운동기간에 대한 제한을 완화하는 규정이므로 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 입법이 아닌 한 입법형성의 자유를 존중하여야 할 것이다(헌재 1996. 10. 4. 94헌바32, 판례집 8-2, 345, 350 참조).

이 사건 법률조항은 예비후보자의 공무원인 배우자의 선거운동을 금지하고 있다. 따라서 공무원인 예비후보자의 배우자와 공무원이 아닌 예비후보자의 배우자 사이에 이 사건 법률조항으로 인한 차별취급이 존재한다. 과연 이 사건 법률조항의 이와 같은 차별취급이 명백히 재량권의 한계를 벗어나 평등권을 침해하는 것인지 여부에 관하여 살펴보기로 한다.

한편, 앞서 살펴본 바와 같이 법 제60조 제1항 단서는 후보자의 배우자인 공무원에 대하여 선거운동을 허용하고 있으므로 후보자 배우자의 경우에는 해당 배우자가 공무원인지 여부를 불문하고 선거운동을 허용하고 있다. 따라서 이 사건 법률조항에 의하여 선거운동이 금지되는 공무원인 ‘예비후보자의 배우자’와 공무원인 ‘후보자의 배우자’와 사이에 차별취급이 존재한다고 할 것인지 문제된다. 그러나 예비후보자제도는 일반적으로 선거운동기간 내에만 선거운동을 허용하는 선거운동기간제도에 대한 예외로서 형성된 제도이다. 예비후보자의 배우자인 공무원도 일단 예비후보자가 후보자로 되는 경우에는 후보자의 배우자로서 선거운동기간 동안 선거운동의 자유가 허용되는 것으로 양자는 동일한 평면에 놓고 비교할 수 없는 별개의 제도라고 할 것이다. 따라서 예비후보자의 배우자의 선거운동 문제는 후보자의 선거운동 문제와 전혀 별개의 문제로서 차별취급을 논의할 비교집단이 된다고 보기 어렵다.

따라서, 이하에서는 공무원인 예비후보자의 배우자와 공무원이 아닌 예비후보자의 배우자 사이에 이 사건 법률조항으로 인한 차별취급이 평등권을 침해하는 것인지 여부를 중심으로 살펴보기로 한다.

(나) 평등권 침해 여부

이 사건 법률조항은 공무원인 예비후보자 배우자의 선거운동을 금지하고 있다. 그런데 선거의 형평성과 공정성을 보장하기 위하여 공무원이나 이에 준하는 공공단체의 구성원들로 하여금 선거운동에 관여하지 못하도록 하는 것이 입법자의 불가피한 조치라고 할 수 있을지언정 자의적인 조치라고 할 수 없다(헌재 1995. 3. 23. 95헌마53, 판례집 7-1, 463, 473 등 참조).

예비후보자의 배우자에게 허용되는 선거운동 방법은 극히 제한되어 있으며, 명함의 교부와 같은 비교적 단순한 방법의 선거운동이지만 이와 같은 선거운동방법의 경우에도 공무원이 이를 수행하는 경우 선거의 공정성 내지 그에 대한 일반국민의 신뢰를 저해할 염려가 없다고 단정하기 어렵다.

한편, 법 제60조의3 제2항은 예비후보자가 그의 배우자를 대신하여 직계 존·비속 중에서 1인을 신고하여 명함배부와 지지호소를 할 수 있도록 하여 차별의 정도를 최소화하고 있으므로 이 사건 조항이 불합리할 정도의 차별을 발생시킨다고 할 수 없다. 청구인의 경우와 같이 자녀가 미성년자이고 부모가 사망하여 그의 배우자를 대신해 선거운동을 할 사

람이 없는 경우가 있을 수 있으나, 입법자가 이와 같은 예외적인 경우까지 고려하지 않았다고 하여 그것이 명백히 재량권의 한계를 벗어난 입법이라고 보기는 어렵다. 결국, 공무원인 예비후보자의 배우자를 공무원이 아닌 배우자와 달리 취급하여 이에 대하여 선거운동을 금지하고 있는 이 사건 법률조항이 공무원인 배우자를 불합리하게 차별함으로써 청구인의 평등권을 침해한다고 할 수 없다

(다) 소 결

이 사건 법률조항은 공무원인 예비후보자의 배우자를 공무원이 아닌 배우자와 차별취급하고 있으나 그 차별취급에 합리적인 이유가 있으므로 청구인의 평등권을 침해하지 않는다.

4. 결 론

그렇다면, 이 사건 심판청구는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥 김종대 민형기 이동흡 목영준 송두환

10

예비후보자 홍보물의 수량을 세대수의 10/100 이내로 제한하는 공직선거법 제60조의3제1항제4호의 평등권 등 침해 여부

■ 공직선거법 제60조의3 제1항 제4호 위헌확인, 2009. 7. 30. 2008헌마180 ■

【판시사항】

- 가. 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 여부(소극)
- 나. 이 사건 법률조항이 정치신인인 예비후보자와 현역 국회의원인 예비후보자 또는 부모의 이름이 잘 알려진 2세 정치인인 예비후보자를 동일하게 취급하여 정치신인인 예비후보자의 평등권을 침해하는지 여부(소극)
- 다. 이 사건 법률조항이 청구인의 공무담임권을 제한하는지 여부(소극)

【결정요지】

- 가. 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 것이다.

이 사건 홍보물을 대체할 수 있는 저렴한 홍보수단이 수량이나 횟수의 제한 없이 허용되고 있는 점, 예비후보자는 자신의 인지도가 취약하다고 판단되는 지역이나 연령층을 지정하여 예비후보자홍보물을 발송할 수 있는 점, 총 선거비용만을 규제하는 방법만으로는 후보자 등록이 불확실한 예비후보자 간의 경제력 차이에 따른 선거의 불공정을 방지하기 어려운 점, 예비후보자의 상당수가 후보자 등록을 하지 아니한 점

등을 고려하면, 이 사건 법률조항에 의한 제한은 그에 따른 피해를 최소화한 것으로서 필요하고도 합리적인 범위 내에 있다고 할 수 있다.

나. 법 앞에 평등하다는 것은 법적 불평등의 금지를 의미하는 것이지, 현실로 존재하는 경제적·사회적 기타 여러 가지의 사실상 불균등을 시정하여야 한다는 것은 아니므로, 정치신인인 예비후보자와 현역 국회의원인 예비후보자 또는 부모의 이름이 잘 알려진 2세 정치인인 예비후보자 사이에 사실상의 불균등이 있음에도 동일하게 취급하였다고 하여 이를 두고 정치신인인 예비후보자의 평등권을 침해한다고도 할 수 없다.

다. 이 사건 법률조항은 정치신인인 예비후보자에 대하여 허용되는 사전선거운동과 그 제한을 규정한 것일 뿐, 정치신인인 예비후보자에 대한 선거권자의 선택의 폭을 제한하거나 당선기회를 봉쇄하는 것이 아니어서 공무담임권과는 직접 관련이 없다.

재판관 이동흡의 보충의견

선거운동은 헌법이 대의민주주의와 선거제도를 채택함에 따라 선거가 본래의 기능을 수행할 수 있도록 하기 위하여 인정되는 행위이므로, 대의제의 정상적인 작동과 선거제도의 유지·기능발현의 전제가 되는 선거의 평온과 공정이라는 가치보다 선거운동의 자유가 이에 우선한다고 할 수는 없다.

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 있으므로, 입법자가 종래의 선거풍토 등 제반여건을 종합적으로 고려하여 제한이 필요하다고 본 부분에 관하여는 그것이 명백하게 불합리하거나 불공정하지 않는 한 입법자의 판단이 존중되어야 할 것이다.

재판관 조대현의 반대의견

선거는 국민들이 주권을 행사하여 대표자를 선출하고 국가권력의 행사를 위임하는 절차이므로 주권자의 의사가 정확히 반영되도록 실시되어야 하고, 이를 위하여 후보자에 관한 정보를 제대로 알리는 선거운동의 자유는 충분하게 보장되어야 한다.

홍보인쇄물은 예비후보자를 가장 정확하게 파악할 수 있게 하고 홍보효과에 비하여 비용이 저렴한 선거운동방법인 반면, 현수막 설치·명함돌리기는 장소 내지 지면의 제한이 있고 인터넷을 이용한 선거운동도 젊은 연령층을 제외하고는 홍보효과가 있다고 보기 어렵다.

예비후보자제도는 국회의원의 지명도와 의정보고활동의 홍보효과에 맞먹을 수 있도록 정

치신인들에게 후보자 등록 전의 홍보활동을 허용하고자 도입한 것인데, 이 사건 법률조항은 예비후보자의 홍보를 극도로 제한함으로써 이러한 예비후보자제도를 유명무실하게 만들 우려가 있는 것으로서, 정당한 입법목적도 없이 예비후보자의 선거운동의 자유를 과도하게 제한하는 것이므로, 헌법 제37조 제2항에 위반된다고 선언하여야 한다.

【심판대상조문】

공직선거법(2008. 2. 29. 법률 제8879호로 개정된 것) 제60조의3 제1항 제4호 중 ‘세대수의 100분의 10 이내에 해당하는 수’ 부분

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제25조, 제37조 제2항, 제116조 제1항

헌법재판소법 제68조 제1항

【참조판례】

가. 헌재 2005. 9. 29. 2004헌바52, 판례집 17-2, 160, 169

헌재 2006. 7. 27. 2004헌마217, 판례집 18-2, 229

헌재 2009. 3. 26. 2006헌마526, 공보 150, 772

나. 헌재 1989. 5. 24. 89헌가37등, 판례집 1, 48, 54

헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 78

헌재 2009. 2. 26. 2006헌마626, 공보 149, 473, 478-479

헌재 2009. 3. 26. 2006헌마526, 공보 150, 724

다. 헌재 2006. 5. 25. 2005헌바15, 공보 116, 803, 810

헌재 2007. 10. 4. 2006헌마364, 판례집 19-2, 412, 420

【당 사 자】

청 구 인 정○윤

대리인 법무법인 다담

담당변호사 장호진 외 1인

【주 문】

이 사건 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 2008. 1. 21. 제18대 국회의원선거에서 부산광역시 금정구 선거구 한나라당 소속 예비후보자로 등록하였다가, 2008. 3. 17. 한나라당의 후보자추천에서 탈락하고 2008. 3. 20. 예비후보자를 사퇴하였다.

(2) 청구인은 2009. 2. 13. 공직선거법 제60조의3 제1항 제4호가 예비후보자홍보물의 수량을 선거구 내의 세대수 100분의 10 이내로 제한하여 현역 국회의원 등에 비하여 현저히 낮은 청구인의 인지도를 회복하지 못하게 함으로써, 청구인의 선거운동의 자유, 평등권 및 공무담임권을 침해하였다고 주장하며 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인이 예비후보자로 등록한 기간은 2008. 1. 21.부터 2008. 3. 20.까지이므로, 이 사건 심판의 대상은, ① 구 공직선거법(2006. 3. 2. 법률 제7850호로 개정되고, 2008. 2. 29. 법률 제8879호로 개정되기 전의 것) 제60조의3 제1항 제4호 중 ‘세대수의 10분의 1 이내에 해당하는 수(그 수는 2만을 초과할 수 없다)’ 부분 및 ② 공직선거법(2008. 2. 29. 법률 제8879호로 개정된 것) 제60조의3 제1항 제4호 중 ‘세대수의 100분의 10 이내에 해당하는 수’ 부분이 된다.

그런데 위 ① 중 ‘(그 수는 2만을 초과할 수 없다)’ 부분은 2008. 2. 29. 삭제되었고 2008. 4. 9. 종료된 제18대 국회의원선거의 전국 최다세대수 선거구는 강남구 갑 지역구로서

129,627세대에 불과하여 세대수의 10분의 1이 2만 세대를 초과하는 곳은 없었으므로 이에 대한 주관적 권리보호의 이익이나 헌법적 해명의 필요성이 없으며, 위 ①의 ‘10분의 1 부분’과 ②의 ‘100분의 10’ 부분은 동일한 내용이므로, 이 사건 심판의 대상을 ‘② 부분’(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)으로 한정한다.

이 사건 심판대상조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

공직선거법(2008. 2. 29. 법률 제8879호로 개정된 것) 제60조의3(예비후보자 등의 선거운동)

① 예비후보자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법으로 선거운동을 할 수 있다.

4. 선거구 안에 있는 세대수의 100분의 10에 해당하는 수 이내에서 자신의 사진·성명·전화번호·학력·경력, 그 밖에 홍보에 필요한 사항을 게재한 인쇄물(이하 “예비후보자홍보물”이라 한다)을 작성하여 관할 선거관리위원회로부터 발송대상·매수 등을 확인받은 후 후보자등록기간개시일 전일까지 1회에 한하여 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 따라 우편발송하는 행위.

[관련조항]

공직선거법(2008. 2. 29. 법률 제8879호로 개정된 것) 제60조의2(예비후보자등록) ① 예비후보자가 되고자 하는 자(비례대표국회의원선거 및 비례대표지방의회의원선거를 제외한다)는 다음 각 호에서 정하는 날(그 날 후에 실시사유가 확정된 보궐선거 등에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때)부터 관할선거구선거관리위원회에 피선거권에 관한 증명서류를 첨부하여 예비후보자등록을 서면으로 신청하여야 한다.

1. 생략

2. 지역구국회의원선거 및 시·도지사선거

선거일 전 120일

3. 생략

②~⑦ 생략

제60조의3(예비후보자 등의 선거운동) ① 예비후보자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법으로 선거운동을 할 수 있다.

1. 제61조(선거운동기구의 설치) 제1항 및 제6항 단서의 규정에 의하여 선거사무소를 설치하거나 그 선거사무소에 간판·현판 또는 현수막을 설치·게시하는 행위

2. 자신의 성명·사진·전화번호·학력(정규학력과 이에 준하는 외국의 교육과정을 이수한 학력을 말한다. 이하 제4호에서 같다)·경력, 그 밖에 홍보에 필요한 사항을 게재한 길이 9센티미터 너비 5센티미터 이내의 명함을 직접 주면서 지지를 호소하는 행위. 다만, 지하철역 구내 기타 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 다수인이 왕래하거나 집합하는 공개된 장소에서 주면서 지지를 호소하는 행위는 그러하지 아니하다.

3. 전자우편(컴퓨터 이용자끼리 네트워크를 통하여 문자·음성·화상 또는 동영상 등의 정보를 주고받는 통신시스템을 말한다. 이하 같다)을 이용하여 문자·음성·화상 또는 동영상 기타의 정보를 전송하는 행위

4. 생략

② 생략

③ 제1항 제4호에 따라 예비후보자홍보물을 우편발송하고자 하는 예비후보자는 그 발송통수 이내의 범위 안에서 선거권자인 세대주의 성명·주소(이하 이 조에서 “세대주명단”이라 한다)의 교부를 구·시·군의 장에게 신청할 수 있으며, 신청을 받은 구·시·군의 장은 다른 법률의 규정에 불구하고 지체 없이 그 세대주명단을 작성·교부하여야 한다.

④ 제3항의 규정에 따른 세대주명단의 교부신청은 후보자등록기간개시일 전 5일까지 서면으로 신청하여야 하며, 그 작성비용을 함께 납부하여야 한다.

⑤, ⑥ 생략

공직선거관리규칙(2008. 2. 29. 중앙선거관리위원회규칙 제289호로 개정된 것) 제26조의2(예비후보자 등의 선거운동) ①~⑩ 생략

⑪ 법 제60조의3 제3항의 규정에 따라 예비후보자가 선거권자인 세대주의 성명·주소가 기재된 명단(이하 이 조에서 “세대주명단”이라 한다)의 교부를 신청하는 때에는 그 대상을 지역별·연령별·성별 등으로 정하여야 한다. 이 경우 교부신청은 [별지] 제15호의4서식의(가)에 의한다.

⑫ 구·시·군의 장은 예비후보자가 신청한 발송대상의 범위 안에서 행정구역순, 지번순으로 세대주를 선정하여 세대주명단을 작성·교부하여야 한다. 이 경우 그 앞표지는 [별지] 제15호의4 서식의 (나)에 의한다.

⑬, ⑭ 생략

2. 청구인의 주장요지 및 관계기관의 의견요지

가. 청구인의 주장요지

예비후보자제도는 형평성 차원에서 정치신인에게 자신을 알릴 수 있는 기회를 보장하기 위하여 도입된 것인데, 이 사건 법률조항은 ‘선거구 안에 있는 세대수의 100분의 10 이내에 해당하는 수’로 예비후보자홍보물의 수량을 제한하여 선거구 내에 있는 선거권자들에게 예비후보자에 관한 정보를 제대로 제공할 수 없게 할 뿐만 아니라 예비후보자의 이름조차 정확하게 전달할 수 없게 함으로써 청구인의 선거운동의 자유를 침해한다.

또한, 이 사건 법률조항은 기존의 선거나 의정활동 등을 통하여 인지도가 있는 현역의원, 부모의 이름을 세습한 2세 정치인 및 선거구 내에 있는 모든 세대에 선거공보를 발송할 수 있는 후보자를 유리하게 보호하는 반면, 정치신인으로서 예비후보자인 청구인을 불리하게 차별 취급하므로, 평등권, 선거운동의 기회균등 및 공무담임권을 침해한다.

나아가 이 사건 법률조항은 선거구 안에 있는 100분의 10 이내에 해당하는 세대의 선거권자만이 예비후보자홍보물을 받게 함으로써, 나머지 100분의 90을 초과하는 세대의 선거권자가 평등하게 정보를 제공받을 권리를 침해한다.

나. 중앙선거관리위원회 위원장의 의견요지

선거권자가 예비후보자에 대한 정보를 얻을 수 있는 통로는 예비후보자홍보물이 유일한 것이 아니고 명함, 홈페이지, 전자우편 등을 통하여 예비후보자홍보물보다 더 많은 정보를 얻을 수 있다.

또한, 예비후보자로 등록한 자는 현역 국회의원이든 정치신인이든 동일하게 세대수 100분의 10 이내에 해당하는 세대수로 제한되기 때문에 예비후보자 사이에 차별이 있다고 할 수 없고, 예비후보자가 후보자로 등록하면 세대수의 제한 없이 홍보물을 발송할 수 있으므로 예비후보자 시절 홍보물의 수량을 제한받았다고 하여 이 사건 법률조항이 평등선거의 원칙 등을 위반하고 공무담임권을 침해한다고 볼 수 없다.

아울러 예비후보자 홍보물의 작성비용은 선거비용의 보전대상이 아니기 때문에 배부 대상을 모든 세대로 확대할 경우 경제력이 부족한 예비후보자는 모든 세대에 홍보물을 발송할 수 없어 오히려 선거운동기회의 평등이 훼손될 수 있다.

3. 판 단

가. 예비후보자제도

(1) 공직선거법상 국회의원 예비후보자제도는 선거일 전 120일부터 관할선거구 선거관리 위원회에 예비후보자등록을 한 자는 일정 범위 내에서 선거운동기간 전에도 선거운동을 할 수 있도록 하는 것이다. 종전에는 누구든지 선거운동기간이 아닌 때에는 선거운동을 할 수 없도록 하였으나, 현역 국회의원의 경우 직무활동으로 인정되는 의정활동보고를 통하여 사실상 선거운동의 효과를 누리게 되어 선거운동기회에 있어서 현역 국회의원과의 정치신인 간에 불균형이 발생한다는 문제가 끊임없이 제기되어 왔다. 이에 선거운동기회의 형평성 차원에서 정치신인에게도 자신을 알릴 수 있는 기회를 어느 정도 보장하고자 예비후보자제도를 도입하게 되었다(헌재 2005. 9. 29. 2004헌바52, 판례집 17-2, 160, 169; 헌재 2006. 7. 27. 2004헌마217, 판례집 18-2, 229; 헌재 2009. 3. 26. 2006헌마526, 공보 150, 772).

(2) 이에 따라 공직선거법은, 예비후보자에게 이 사건과 같은 홍보물의 우편발송 이외에도, ① 선거구 안에 선거사무소를 설치하고 간판·현판·현수막 1개씩을 규격제한 없이 선거사무소 건물에 설치·게시하며(제60조의3 제1항 제1호), ② 예비후보자의 성명·사진·전화번호·학력·경력 그 밖에 홍보에 필요한 사항을 게재한 명함을 그와 함께 다니는 자 중에서 지정한 1인과 예비후보자의 배우자(배우자 대신 예비후보자가 그의 직계존·비속 중에서 신고한 1인을 포함)가 직접 배부하고, 예비후보자와 그의 배우자는 명함을 배부하면서 예비후보자의 지지를 호소하며(제60조의3 제1항 제1호, 제2항), ③ 전자우편을 이용하여 문자·음성·화상 또는 동영상 기타의 정보를 전송하고(제60조의3 제1항 제3호), ④ 기간의 제한 없이 자신이 개설한 인터넷 홈페이지를 이용하게 하는 등(제59조 제3호), 비록 제한된 범위 내이지만 예비후보자의 선거운동을 허용하고 있다. 다만 예비후보자의 선거비용은 선거비용의 보전대상에서 제외하고 있다(제122조의2 제2항 제1호).

나. 관련되는 기본권 내지 헌법원칙

이 사건의 주된 쟁점은 이 사건 법률조항이 사전선거운동 금지의 예외로서 예비후보자홍보물의 발송을 허용하면서도, 그 수량을 선거구 안에 있는 세대수의 100분의 10에 해당하는 수 이내로 제한함으로써 예비후보자의 선거운동의 자유를 침해하는지, 이로써 정치신인의 낮은 인지도가 회복되지 못하게 하여 현역 국회의원이나 부모의 이름을 세습한 2세 정치인 등과 차별 취급하여 평등권 내지 선거운동의 기회균등을 침해하는지 여부이다.

다. 선거운동의 자유 침해 여부

(1) 이 사건 법률조항은, 예비후보자가 발송할 수 있는 예비후보자홍보물의 수량을 선거구 안에 있는 세대수의 100분의 10 이내로 제한함으로써 예비후보자의 선거운동방법을 무제한으로 허용할 경우에 발생할 수 있는 선거의 조기과열·혼탁으로 인한 사회·경제적 손실을 예방하고, 예비후보자 간의 경제력 차이에 따른 기회불균등의 심화 등 그 폐해를 방지하며(헌재 2009. 3. 26. 2006헌마526, 공보 150, 719, 722 참조), 선거비용을 마련할 수 없는 젊고 유능한 신참 후보자의 입후보의 기회를 실질적으로 보장하여(헌재 2005. 9. 29. 2004헌바52, 판례집 17-2, 160, 170 참조) 선거의 공정성을 기하고자 하는 것으로서, 그 입법목적이 정당하다.

(2) 공직선거법 제25조(국회의원지역구의 획정) 및 그에 따른 [별표 1]은 전국을 245개의 지역구로 나누어 국회의원 지역선거구구역표를 확정하고 있는데, 행정안전부가 제18대 국회의원선거 당시 발표한 ‘선거인명부 작성현황’에 따르면 청구인의 부산광역시 금정구 선거구의 세대수는 92,328세대, 전국 최대세대수 지역구는 서울특별시 강남구 갑선거구로서 세대수는 129,627세대이다. 한편, 중앙선거관리위원회위원장의 사실조회 회신에 따르면 청구인은 발송용봉투 비용으로 13,500,000원, 홍보물인쇄 비용으로 2,300,000원, 합계 15,800,000원의 비용을 들여 9,200부의 예비후보자홍보물을 작성·발송하였다고 신고하였으며, 제18대 국회의원 예비후보자의 총수는 2,593명으로서 지역구 1개당 평균 10.58명임을 알 수 있다.

위와 같은 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 입법목적에 달성하기 위한 적절한 수단이라고 할 것이다.

(3) 나아가 선거의 조기과열을 예방하고 예비후보자 간의 경제력 차이에 따른 기회불균등을 방지하기 위하여 위 법률조항보다 예비후보자의 선거운동자유를 덜 제한하는 합리적 방안이 있다고 보이지도 않는다. 우선 홍보물의 수량을 제한하는 대신 발송시기를 제한하는 방법은, 예비후보자에게 현역 국회의원 등과 대등하게 자신을 알릴 기회를 보장한다는 예비후보자제도의 근본적 입법취지에 맞지 아니할 뿐만 아니라, 시급히 자신의 인지도를 높일 필요성이 있는 예비후보자에게 더욱 불리하게 작용할 수 있다. 또한, 세대수 제한을 폐지하고 그 우편발송에 드는 선거경비를 모든 예비후보자들에게 보전해 주는 방안은 예비후보자의 총수와 예상되는 예비후보자홍보물의 작성·발송 비용에 비추어 볼 때, 국가의 선거비용 과다부담을 초래할 수 있고, 예비후보자의 선거운동비용을 전보의 대상에 제

외하고 있는 공직선거법의 취지에도 반한다.

아울러 우리나라에서는 인터넷 이용이 보편화되어 있어 선거에 관심이 있는 선거권자라면 언제든지 예비후보자의 인터넷 홈페이지에 접속하여 예비후보자에 관한 정보를 취득할 수 있고, 예비후보자 또한, 선거운동기간 전이라도 예비후보자 등록기간 동안 선거권자의 컴퓨터에 자신의 정보가 담긴 문자·음성·화상 심지어 동영상까지 전송할 수 있는 등, 이 사건 홍보물을 대체할 수 있는 저렴한 홍보수단이 수량이나 횟수의 제한 없이 허용되고 있는 점, 예비후보자는 발송 대상을 지역별·연령별·성별 등으로 정하여 세대주 명단의 교부를 신청할 수 있고 이 때 구·시·군의 장은 예비후보자가 신청한 발송대상의 범위 안에서 행정구역순, 지번순으로 세대주를 선정하여 세대주 명단을 작성·교부하여야 하므로(공직선거관리규칙 제26조의2 제11항, 제12항), 예비후보자는 자신의 인지도가 취약하다고 판단되는 지역이나 연령층을 지정하여 예비후보자홍보물을 발송할 수 있는 점, 제18대 국회의원 후보자 1인당 공고된 평균 선거비용제한액은 187,000,000원으로(위 사실조회 회신) 국회의원 후보자 1인당 평균 선거비용제한액 중 예비후보자홍보물 작성·우편발송 비용이 차지하는 비중이 아주 낮다고 할 수 없으므로 총 선거비용만을 규제하는 방법만으로는 후보자 등록이 불확실한 예비후보자 간의 경제력 차이에 따른 선거의 불공정을 방지하기 어려운 점, 제18대 국회의원 총선거에서 지역구 예비후보자의 총수는 2,539명이었으나 지역구 후보자의 총수는 1,119명으로(위 사실조회 회신) 예비후보자의 상당수가 후보자 등록을 하지 아니한 점 등을 고려하면, 이 사건 법률조항에 의한 제한은 그에 따른 피해를 최소화한 것으로서 필요하고도 합리적인 범위 내에 있다고 할 수 있다.

(4) 나아가 우리나라 국회의원 각 선거구의 면적과 인구수의 규모가 그리 크지 아니하고, 1개의 선거구는 교통 및 생활권 등에 있어 긴밀한 집단 단위로 확정되어 있으므로 예비후보자에 관한 정보가 선거구 내에서 쉽게 유통될 수 있는 점, 선거권자들이 인터넷 홈페이지나 인터넷 우편발송물을 통하여 예비후보자에 대하여 필요한 정보를 쉽게 취득할 수 있는 점, 예비후보자의 선거운동기간이 선거일 전 120일로 짧지 않은 기간인 점 등에 비추어 보면, 예비후보자가 이 사건 법률조항으로 선거운동의 자유를 제한받는 불이익이 선거의 조기과열 예방과 공정성 확보라는 공익보다 더 크다고 보기 어렵다.

(5) 결국 이 사건 법률조항이 예비후보자의 선거운동 자유를 과도하게 제한하고 있다고 볼 수 없다.

라. 평등권 및 선거운동기회균등

(1) 이 사건 법률조항은 피선거권 자체를 박탈하는 것이 아니라 선거운동 기회를 제한하는 것이다. 또한, 청구인의 주장도 예비후보자홍보물의 발송수량에 있어서 인지도가 낮은

정치신인인 예비후보자를 인지도가 높은 현역 국회의원 등인 예비후보자와 동등하게 취급함으로써 결과적으로 불평등을 초래하였다는 것으로서, 헌법이 금지하는 차별의 기준 또는 영역이라거나 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 것이 아니므로, 그 평등심사는 완화된 기준에 의한다(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787 ; 헌재 2009. 2. 26. 2006헌마626, 공보 149, 473, 478 참조).

(2) 헌법 제11조 제1항이 규정하고 있는 평등의 원칙은 ‘본질적으로 같은 것을 같게, 다른 것을 다르게’ 취급해야 한다는 것을 의미한다. 그러나 이는 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 법의 적용이나 입법에 있어서 불합리한 조건에 의한 차별을 하여서는 안 된다는 상대적·실질적 평등을 뜻하며, 합리적 근거 없이 차별하는 경우에 한하여 평등의 원칙에 위반될 뿐이다(헌재 1989. 5. 24. 89헌가37등, 판례집 1, 48, 54 참조).

우선 정치신인인 예비후보자나 현역 국회의원 등인 예비후보자나 동일한 예비후보자 집단으로서 이 사건 법률조항 자체로 인하여 평등권 침해의 문제는 발생할 여지가 없다. 나아가 법 앞에 평등하다는 것은 법적 불평등의 금지를 의미하는 것이지, 현실로 존재하는 경제적·사회적 기타 여러 가지의 사실상 불균등을 시정하여야만 하는 것은 아니므로, 정치신인인 예비후보자와 현역 국회의원인 예비후보자 또는 부모의 이름이 잘 알려진 2세 정치인인 예비후보자 사이에 사실상의 불균등이 있음에도 동일하게 취급하였다고 하여 이를 두고 정치신인인 예비후보자의 평등권을 침해하였다고 할 수 없다(헌재 2009. 2. 26. 2006헌마626, 공보 149, 473, 479 참조).

(3) 예비후보자제도는 일반적으로 선거운동기간 내에만 선거운동을 허용하는 선거운동기간제도에 대한 예외로서 형성된 제도이고, 예비후보자도 일단 후보자로 되는 경우에는 다른 후보자와 차별 없이 전세대수 또는 그 이상의 수량으로 책자형, 전단형 선거공보를 작성·발송할 수 있으므로(공직선거법 제65조) 후보자와 예비후보자는 동일한 평면에 놓고 비교할 수 없는 별개의 지위라고 할 것이다. 따라서 예비후보자의 선거운동에 있어서 홍보물의 작성·발송과 후보자의 선거운동에 있어서 선거공보의 작성·발송은 별개의 문제로서 차별취급을 논할 비교집단이 된다고 보기 어렵다(헌재 2009. 3. 26. 2006헌마526, 공보 150, 724 참조).

(4) 청구인은 이 사건 법률조항이 예비후보자홍보물을 받을 수 있는 세대를 선거구 안에 있는 세대수 100분의 10으로 한정함으로써, 나머지 세대 100분의 90에 속한 선거권자를 차별하였다고 주장한다. 그러나 청구인은 이러한 선거권자들 사이에서의 평등 문제와는 자기관련성이 없으므로, 위 주장은 더 나아가 판단할 필요 없이 이유 없다.

(5) 결국 이 사건 법률조항이 청구인의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

마. 공무담임권

청구인은 이 사건 법률조항으로 인하여 청구인의 공무담임권이 침해당하였다고 주장하나, 이 사건 법률조항은 정치신인인 예비후보자에 대하여 허용되는 사전선거운동과 그 제한을 규정한 것일 뿐, 정치신인인 예비후보자에 대한 선거권자의 선택의 폭을 제한하거나 당선기회를 봉쇄하는 것이 아니어서 공무담임권과는 직접 관련이 없다 할 것이므로, 공무담임권을 제한한다고 할 수 없다(헌재 2007. 10. 4. 2006헌마364, 판례집 19-2, 412, 420; 헌재 2006. 5. 25. 2005헌바15, 공보 116, 803, 810).

바. 소결론

따라서 이 사건 법률조항이 헌법에 위반하여 청구인의 선거운동의 자유, 평등권 및 공무담임권을 침해한다고 볼 수 없다.

4. 결 론

그렇다면, 청구인의 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 이동흡의 아래 5.와 같은 보충의견, 재판관 조대현의 아래 6.과 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 이동흡의 보충의견

선거의 후보자·예비후보자를 당선되게 하거나, 되지 못하게 하기 위한 행위로서의 ‘선거운동’의 자유는 선형적으로 존재하는 것이 아니라 본질적으로 선거제도를 전제하는 것이다. 즉 선거운동은 헌법이 대의민주주의와 선거제도를 채택함에 따라 선거가 본래의 기능을 수행할 수 있도록 하기 위하여 인정되는 행위이고, 대의제도에 기초한 선거의 기능과 역할, 선거권자의 자유로운 선거권 행사를 침해하지 않는 한도에서 인정되는 것이다.

특히 대의제가 정상적으로 작동하고, 국민이 합리적인 의사에 의하여 대표자를 올바르게 선출할 수 있도록 하기 위하여 요구되는 선거의 평온과 공정은 선거제도의 유지와 본래적 기능의 발현을 위한 전제조건이므로, 선거의 평온과 공정이라는 가치보다 후보자의 당선이나 낙선을 위한 활동인 ‘선거운동’의 자유가 우선할 수는 없다.

따라서 선거운동에 대하여는 필연적으로 일정한 제한이 요구되고, 이는 선거운동의 관리의 한 내용인바, 우리 헌법 제116조 제1항은 “선거운동은 각급 선거관리위원회의 관리하

에 법률이 정하는 범위 안에서 하되, 균등한 기회가 보장되어야 한다.”고 규정하여 선거운동의 제한에 관하여 입법자의 구체적인 형성에 맡기고 있다.

선거운동의 제한이 과도하여 선거권·피선거권의 행사나 선거의 기능을 지나치게 제약하거나 왜곡하여서는 안 되고, 기본권보장의 헌법이념과 헌법상의 제반원칙에 합치되어야 함은 명백하나, 입법자가 선거의 평온과 공정성의 확보를 위하여 국가 전체의 정치, 사회적 발전단계, 국민의식의 성숙도, 종래의 선거풍토나 그 밖의 경제적, 문화적, 기술적 제반여건을 종합적으로 고려하여 제한이 필요하다고 본 선거운동에 관하여는, 그것이 명백하게 불합리하거나 불공정하지 않는 한 입법자의 판단이 존중되어야 할 것이다.

6. 재판관 조대현의 반대의견

헌법은 국민주권주의와 함께 대표민주주의를 채택하고 있다. 주권자인 국민들이 대표자를 선출하여 국가권력의 행사를 위임한다. 선거는 국민들이 주권을 행사하여 대표자를 선출하고 국가권력의 행사를 위임하는 절차이다. 선거는 주권자의 의사가 정확히 반영되도록 실시되어야 한다. 선거 후보자에 관한 정보가 선거권자에게 충분히 제공됨으로써 선거권자가 선거에 관한 의사를 올바르게 결정하고 제대로 구현할 수 있어야 한다. 이를 위하여 후보자에 관한 정보를 제대로 알리는 선거운동의 자유가 충분하게 보장되어야 한다. 이러한 선거운동의 자유는 정치적 표현의 자유로서 공직선거의 후보자로 등록한 경우는 물론 예비후보자로 등록한 경우에도 보장되어야 한다. 공직선거의 기능이 제대로 구현되려면 예비후보자에 관한 정보도 충분히 알리고 알 수 있도록 보장되어야 하는 것이다.

헌법 제116조 제1항이 선거운동은 각급 선거관리위원회의 관리하에 법률이 정하는 범위 안에서 하도록 규정한 것은 선거의 공정을 도모하기 위하여 선거운동에 대한 법률유보와 관리를 허용한 것일 뿐이고 선거운동의 자유가 기본권임을 부정한 것은 아니다. 따라서 헌법 제116조 제1항에 따라 선거의 공정성을 확보하기 위하여 법률로써 선거운동의 자유를 제한하는 경우에도 헌법 제37조 제2항의 요건을 갖추어야 한다(헌재 1999. 9. 16. 99헌바5).

후보자의 기회균등이나 선거의 공정성을 위하여 선거운동의 자유를 제한하는 경우에도 국민주권의 올바른 행사에 지장을 주지 않는 방법과 한도 안에서 하여야 한다. 선거운동을 지나치게 제한하면 후보자에 관한 정보의 제공이 제한되어 선거권자가 후보자를 제대로 파악하거나 올바르게 선택하기 어렵게 된다. 선거권자가 후보자를 제대로 파악하지 못한 채 선거하게 되거나, 새로운 후보자에 대한 홍보가 제한되어 이미 알려진 후보자에게 유리한 선거로 된다면, 국민주권의 위임을 의미하는 선거의 기능을 온전히 구현시키지 못할 지도 모른다.

공직선거법 제60조의3 제1항 제4호가 예비후보자의 홍보물을 선거구 안에 있는 세대수의

10% 이내에 대해서만 1회에 한하여 허용하고 있는 것은 예비후보자의 선거운동의 자유를 유명무실하게 할 정도로 제한하는 것이어서, 헌법 제37조 제2항에 부합된다고 보기 어렵다.

예비후보자의 사진·성명·학력·경력 기타 홍보에 필요한 사항을 게재한 인쇄물은 예비후보자를 가장 정확하게 알리고 가장 정확하게 파악할 수 있게 하는 선거운동방법이다. 공직선거법은 예비후보자의 선거운동으로서 선거사무소와 현수막 설치·명함돌리기·인터넷 홈페이지·전자우편 등을 허용하고 있지만, 현수막 설치 및 명함돌리기는 장소 내지 지면의 제한이 있고, 인터넷을 이용한 선거운동은 젊은 연령층을 제외하고는 홍보효과가 있다고 보기 어려우므로 홍보인쇄물에 의한 선거운동을 10%만 허용해도 좋을 정도로 충분한 것이라고 보기 어렵다.

그리고 홍보인쇄물에 의한 선거운동은 그 효과에 비하여 비용이 저렴하다고 할 수 있고, 그 횟수와 방법과 분량을 제한 없이 허용하더라도 선거의 공정을 해칠 위험성이 크다고 보기 어렵다.

홍보인쇄물에 의한 선거운동을 무제한 허용하면 선거운동기간이 시작되기도 전에 조기과열되어 사회·경제적 손실이 생기고 경제력의 차이에 따른 선거운동기회의 불균형이 생겨 선거의 공정을 해칠 수 있다고 하지만, 홍보인쇄물에 의한 선거운동이 그 필요성과 효율성을 무시해도 좋을 만큼 사회·경제적 손실을 초래하는 것인지 의문이고, 홍보인쇄물의 작성·발송비용은 그 홍보효과에 비하여 비용이 저렴한 것이므로 경제력의 차이에 따른 선거운동 기회의 불균형을 예방하기 위하여 홍보인쇄물의 수량을 제한할 필요가 있다고 볼 수 없다.

예비후보자제도는 국회의원의 지명도와 의정보고활동의 홍보효과에 맞먹을 수 있도록 정치신인들에게 후보자 등록 전의 홍보활동을 허용하고자 도입한 것인데, 공직선거법 제60조의3 제1항 제4호는 예비후보자의 홍보를 극도로 제한함으로써 정치신인의 선거기간 전 홍보활동을 허용하기 위하여 마련된 예비후보자제도를 유명무실하게 만들 우려가 있다.

따라서 홍보인쇄물의 수량과 횟수를 제한하는 공직선거법 제60조의3 제1항 제4호는 정당한 입법목적도 없이 예비후보자의 선거운동의 자유를 과도하게 제한하는 것으로서 헌법 제37조 제2항에 위반된다고 선언하여야 한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희옥 김종대 민형기 이동흡 목영준 송두환

11

정당선거사무소 설치를 규정한 공직선거법 제61조제3항 등에 대한 후보자 등록을 포기한 자의 헌법소원 적법 여부

- 공직선거법 제60조의3 제2항 등 위헌확인(제61조 제1항·제3항, 제61조의2, 제62조 제1항·제2항·제3항·제4항, 제85조, 제88조, 제89조, 제203조 제1항, 제205조, 제207조 제1항, 제209조, 제213조, 제215조, 제230조 제1항 제1호·제5호, 제255조 제1항 제2호·제13호·제17호), 2006. 6. 13. 2006헌마599 ■

【청 구 인】

이 재 욱 (변호사)

서울 서초구 반포동 32의8 삼호가든맨션3차 B동 302호

송달장소 서울 서초구 서초동 1671의5 서초대림리시온 619호

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요

가. 청구인은 2006. 5. 31. 실시된 서울시의회의원선거에 출마하기 위하여 2006. 3. 22. 관할선거관리위원회인 서초구선거관리위원회에 무소속으로 예비후보자등록을 마쳤다. 그런데 공직선거법 제61조 제1·3항은 정당에 대해 비례대표 시·도의원 또는 비례대표 시·군·구의원의 후보자명부를 제출한 경우 해당 선거구에 선거사무소를 개설하여 운영할 수 있도록 규정하고 있고 같은 법 제61조의2는 정당 자체의 선거운동을 위한 선거사무소를 운영할 수 있도록 규정하고 있다.

나. 청구인은, 이는 사실상 정당에게 지역구후보자를 위한 선거운동을 할 수 있는 사무소를 추가할 수 있도록 하여 정당추천후보자와 무소속후보자를 차별함으로써 평등원칙

에 반하고 무소속으로 입후보하려는 청구인의 공무담임권 등을 침해하여 위헌이라는 등의 이유로 2006. 5. 16. 위 조항들을 비롯하여 같은 법 제60조의3 제2항, 제62조 제1·2·3·4항, 제82조의5 제1항, 제85조, 제88조, 제89조, 제150조 제3·4·5·6·7항, 제203조 제1항, 제205조 제1·2·3·4·5항, 제207조 제1항, 제209조, 제213조 제1·2·3·4항, 제215조 제1·2항, 제230조 제1항 제1·5호, 제255조 제1항 제2·12·13·17호, 제4항(이들 조항을 합하여 이 사건 법률조항이라 한다)의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 판단

가. 헌법재판소법 제68조 제1항은 헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 청구하여야 한다고 규정하고 있는바, 여기에서 기본권을 침해받은 자라 함은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 자기의 기본권이 현재 그리고 직접적으로 침해받은 자로서(헌재 1997. 3. 27. 94헌마277, 판례집 9-1, 404, 409; 헌재 1995. 5. 25. 94헌마100, 판례집 7-1, 806, 808 참고), 공권력 작용에 대하여 자신이 스스로 법적으로 관련되어야 함을 의미한다.

살피건대, 이 사건 법률조항의 입법목적 및 실질적인 규율대상은 단순한 일반국민의 지위에 있는 자가 아닌 예비후보자 또는 후보자로서 선거에 출마한 자가 선거운동을 함에 있어 구체적으로 허용되는 행위와 인적, 물적 수단의 범위 등을 정한 것이다. 그러나 청구인은 무소속 예비후보자로 등록하기는 하였으나, 공직선거법 제49조 제1·3항에 따라 선거일 전 15일부터 2일간 관할 선거구선거관리위원회에 등록 신청을 마쳐야 후보자로 등록됨에도 불구하고 자의로 후보자 등록을 하지 아니하여 선거에 출마하지 않았다. 이와 같이 청구인은 스스로 후보자등록을 포기하였으므로 후보자등록 후 선거에 출마하여 자기관련성을 유지한 선례들과는 달리 본인의 자유의지에 의하여 선거와의 관련성을 직접 차단하였다는 점에서 자기관련성을 인정하기 어렵다.

나아가 2010. 5. 내지 6.경 실시될 것으로 예상되는 제5회 전국동시지방선거에 의한 특정 지역의 지방의회의원선거에 청구인이 설사 출마를 희망하고 있다고 하여도 출마 사실 또는 출마예정자라는 사실을 객관적으로 인정할 수 없을 뿐 아니라 청구인이 장래 선거에 출마하였을 때 권리침해를 받을 가능성이 있다는 것은 권리침해의 잠재적 우려가 있는 것에 지나지 않는다. 따라서 이 사건 법률조항에 의하여 있을 수 있는 기본권침해에 대하여 자기관련성과 현재성을 인정할 수 없다.

나. 그렇다면 이 사건 법률조항으로 인하여 청구인이 주장하는 기본권이 침해되었다고 볼 수 없어 심판청구요건인 자기관련성을 갖추었다고 인정하기 어려우므로 이 사건 심판

청구는 부적법하다.

3. 결론

따라서 청구인의 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

2006. 6. 13.

재 판 장 재 판 관 송 인 준

재 판 관 권 성

재 판 관 조 대 현

12

중증장애인 후보자에게 활동보조인을 별도로 인정하지 아니하는 공직선거법 제62조제2항 및 제93조 등의 평등권 침해 여부

■ 공직선거법 제62조 제2항 등 위헌확인(제93조 제1항), 2009. 2. 26. 2006헌마626 ■

【판시사항】

- 가. 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 여부(소극)
- 나. 명함을 배포할 수 있는 자를 제한한 공직선거법 제93조 제1항 단서가 이 사건 중증장애인 후보자의 기본권을 침해할 가능성이 있는지 여부(소극)
- 다. 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부 등을 금지한 공직선거법 제93조 제1항 본문이 언어장애를 가진 후보자의 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

- 가. 이 사건 중증장애인 후보자는 일상생활에서와 같이 선거운동에 있어서도 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.
- 나. 이 사건 중증장애인인 후보자 또는 후보자의 배우자가 선거운동기간 중 선거인들에게 명함을 직접 일일이 나누어주는 것은 사실상 불가능한 것이므로, 중증장애인인 후보자 또는 그의 배우자가 명함을 배포함에 있어 활동보조인의 보조는 당연히 예상할 수 있고, 이 때 활동보조인이 그들의 수족이 되어 기계적으로 명함을 나누어 주는 행위

는 후보자 또는 배우자가 이를 직접 주는 것과 동일하게 평가될 수 있는 것이며, 따라서 공직선거법 제93조 제1항 단서에 ‘활동 보조인을 포함한다’는 점이 명기되어 있지 않더라도 당연히 중증장애인인 후보자 또는 후보자의 배우자의 경우에는 활동보조인도 포함되어 있다고 보아야 하므로 위 법률조항이 이 사건 중증장애인 후보자인 청구인들의 평등권 등 기본권을 침해할 가능성이 없다.

- 다. 공직선거법 제93조 제1항 본문이 중증장애인 후보자에 대하여만 특정한 선거운동방법을 금지·제한하는 것이 아니라 중증장애인 후보자와 비장애인 후보자를 동등하게 취급하였다는 점이 결과적으로 불평등을 초래하였다는 것이어서, 위 법률조항으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한이 초래되었다고 볼 수 없으므로 이 사건에서의 평등심사는 완화된 기준에 의한다.

법 앞에 평등하다는 것은, 법적 취급의 불평등의 금지를 의미하는 데 그치고, 현실로 사회에 존재하는 경제적, 사회적 기타 여러 가지의 사실상 불균등을 시정하여 그 실질적 평등을 보장하여야만 하는 것은 아니기 때문에, 언어장애자인 후보자와 비장애인 후보자 사이의 실질상의 불균등이 있음에도 동일하게 취급하였다고 하여 곧바로 이 사건 법률조항을 평등의 원칙에 위반되는 것이라고 할 수는 없는 것이다.

공직선거법에 따라 적법하게 할 수 있는 선거운동 방법 가운데 오늘날에는 후보자가 직접 일일이 투표권자를 찾아다니며 얼굴을 알리는 방법보다는 신문·방송·인터넷을 통한 광고, 방송연설 또는 정보통신망을 이용한 선거운동의 영향력이 현저히 커지는 추세이고, 위와 같은 매체를 이용하여 선거운동을 하는 것은 언어장애가 있는 후보자라 하더라도 이로 인한 제약을 크게 받지 아니한 점, 투표권자를 개별적으로 찾아다니며 지지를 호소하는 것 이외에 후보자 본인의 ‘구두(口頭)로써’ 효과적으로 할 수 있는 선거운동영역이 그다지 넓지 않고, 언어장애가 있는 후보자라 할지라도 투표권자를 개별적으로 접촉하여 지지를 호소하는 방법은 자신의 선거사무원이나 선거운동 자원봉사자, 활동보조인 등을 통하여 얼마든지 가능한 점 등에 비추어 보면, 언어장애가 있는 후보자가 공직선거법에 규정된 방법 이외의 인쇄물, 녹음·녹화물 등을 반드시 이용하여야만 언어장애가 없는 후보자와의 동등한 위치를 확보한다고 보기는 어렵고, 설령 위와 같이 인쇄물 등의 선거운동방법을 별도로 허용한다고 하여도 장애인 후보자에게 현저하게 유익하다고 할 수도 없으므로, 공직선거법 제93조 제1항 본문이 장애인과 비장애인 후보자를 구분하지 아니하고 선거운동방법을 제한하였더라도 이를 두고 서로 다른 것을 자의적으로 동일하게 취급함으로써 이 사건 중증장애인 후보자인 청구인들의 평등권 등을 침해하는 것이라 볼 수 없다.

나아가 입법정책상 공직선거법이 법률상 요건을 충족한 시각장애인의 선거권 행사에 대하여 일정 배려를 하고 있는 것과 마찬가지로, 선거운동에서도 정상인 후보자와 언

어장애인 후보자 사이에 존재하는 사실상 불균등을 정상인 후보자 이상의 문서배포를 허용하는 것에 의하여 보충하는 것도 충분히 검토할 가치가 있을 것이나, 언어장애인 후보자에게 인쇄물배포 등 추가적인 선거운동방법을 허용하려면 먼저 언어장애를 가졌다고 주장하는 후보자들의 언어장애의 판정기준 및 판정절차, 허용할 인쇄물 등의 종류 및 수량 등 이를 사전에 구체화하는 입법을 하여야만 할 것인데, 이는 현실적으로나 입법기술상으로 결코 쉽지 않은 문제라 하겠다.

재판관 김희옥, 재판관 김종대, 재판관 민형기, 재판관 송두환의 공직선거법 제93조 제1항 본문에 대한 헌법불합치 의견

가. 후보자의 선거운동방법에 있어서 장애인과 비장애인을 구분하지 아니하고 일률적으로 제한한 공직선거법 제93조 제1항 본문은 선거운동의 자유라는 기본권의 행사에 중대한 제약을 초래하는 것이므로, 이에 대하여는 비례성 원칙에 따를 심사를 하여야 할 것이다.

나. 언어장애를 가지고 있는 후보자는 정확한 의사 전달이 불가능함을 물론, 의사표시 자체는 어느 정도 가능한 경우에도 말하는 태도·방법·발음 등을 포함한 포괄적인 의미의 의사전달 행위에 있어서 유권자들이 가지는 선입견이나 비호감 등도 극복하기 어려운 난관이 되는 등 유권자에게 자신에 대한 지지를 호소하거나 정견·정책을 알리는 데 있어 결정적으로 불리한 위치에 있고, 유권자와 직접적인 대면을 통하여 후보자 자신을 소개하는 전통적인 방식이 아직도 적지 않은 영향력을 가지고 있는 한 언어장애를 가진 후보자는 비장애인 후보자에 비해 매우 불리하다고 할 수밖에 없으므로, 언어장애를 가진 후보자에게 의사전달을 도와줄 보조자로서 선거사무원을 비장애인 후보자 보다 1, 2명 가량 추가로 허용한다거나 공직선거법상 가능한 각종 인쇄물량의 법적 상한을 늘려주는 등 언어를 대체할 수 있는 선거운동 방법을 추가적으로 더 많이 사용할 수 있도록 하여 비장애인 후보자와 어느 정도 대등한 경쟁을 할 수 있도록 조치를 취하여야 함에도 그렇지 아니한 채, 공직선거법 제93조 제1항 본문이 언어장애 후보자와 비장애인 후보자의 선거운동방법을 일률적으로 제한한 것은 능력이 서로 다른 언어장애 후보자와 비장애인 후보자를 동일하게 취급함으로써 차별을 발생시켰고, 이는 선거의 실질적 자유와 공정의 확보라는 입법 목적과 선거운동의 제한이라는 수단 간의 비례성을 벗어난 것으로서 청구인들의 평등권을 침해한 것이다.

다. 위 법률조항에 대하여 단순위헌을 선언하면 언어장애 후보자나 비장애인 후보자에 대하여 종래 제한되었던 각종 선거운동방법이 일시에 가능하게 되어 무질서와 혼란이 야기될 것이므로 이를 방지하기 위하여 위 법률조항에 대하여 헌법불합치를 선언하고 개선입법을 촉구함이 상당하다.

재판관 조대현의 공직선거법 제93조 제1항 본문에 대한 위헌의견

문서·도서는 후보자를 가장 정확하게 알리고 가장 정확하게 파악할 수 있게 하는 선거운동방법이므로 정치적 표현의 자유로서 충분히 보장되어야 한다. 또한 문서·도서에 의한 선거운동은 그 효과에 비하여 비용이 저렴하다고 할 수 있고, 그 회수와 방법과 분량을 제한 없이 허용하더라도 선거의 공정성을 해칠 위험성이 크다고 보기 어려우며, 공직선거법은 선거운동비용의 총액을 규제하고 있으므로 그 총액의 한도에서 어떠한 선거운동방법을 선택할 것인지는 후보자에게 맡겨도 무방하다고 할 것이다. 따라서 문서·도서에 의한 선거운동을 제한하는 공직선거법 제93조 제1항 본문은 입법목적의 정당성을 인정하기 어려워, 합리적 이유도 없이 모든 후보자의 선거운동의 자유를 과도하게 제한하는 것이므로 헌법에 위반된다고 선언하여야 한다.

【심판대상조문】

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제62조 제2항 제4호, 제7호, 제93조 제1항

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제25조, 제34조 제5항

공직선거법 제60조의3 제1항 제2호, 제2항, 제69조, 제70조, 제71조, 제79조 제10항, 제82조의4, 제82조의7, 제151조 제7항

장애인복지법 제4조, 제8조 제1항

장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률 제27조

【참조판례】

다. 헌재1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787

헌재 2001. 8. 30. 99헌바92등, 판례집 13-2, 174, 205-210

헌재 2001. 10. 25. 2000헌마193, 판례집 13-2, 526, 539-541

【당 사 자】

청 구 인 1. 김○효

2. 박○혁

3. 오○석

4. 이○연

청구인들 대리인 변호사 강문대 외 1인

【주 문】

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제62조 제2항 제4호·제7호, 제93조 제1항 단서에 대한 심판청구를 각하하고, 같은 법 제93조 제1항 본문에 대한 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2006. 5. 31. 실시된 제4회 동시지방선거를 위하여, 청구인 김○효는 지체장애 1급 장애인으로서 광주 광산구 나선거구에서 희망사회당 소속 광산구의원 예비후보자로, 청구인 박○혁은 뇌병변장애 1급 장애인으로서 서울특별시 동대문구 제1선거구에서 희망사회당 소속 서울특별시 시의원 예비후보자로, 청구인 오○석은 지체장애 1급 장애인으로서 대구 광역시 수성구 제1선거구에서 희망사회당 소속 대구광역시 시의원 예비후보자로, 청구인 이○연은 지체장애 2급 장애인으로서 충북 청주시 제4선거구에서 희망사회당 소속 청주시 시의원 예비후보자로 등록하였다가, 2006. 5. 16. 및 2006. 5. 17. 양일간 정식 후보자등록을 한 후 적법하게 선거운동을 시작하였다.

(2) 청구인들은, 선거사무원의 수를 정상인인 입후보자들과 동일하게 제한한 공직선거법 제62조 제2항 및 선거운동 시 공직선거법에서 규정한 것 이외의 인쇄물 또는 녹음·녹화 테이프 등을 사용하는 것을 금지하고, 후보자 또는 배우자가 중증장애인인 경우 활동보조인에 관한 규정을 두지 아니한 같은 법 제93조 제1항이 평등권 및 공무담임권 등 헌법상 기본권을 침해하였다고 주장하면서 선거운동기간 중인 2006. 5. 26. 이 사건 헌법소원심판

을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것, 이하 ‘공선법’이라고만 한다) 제62조 제2항 제4호·제7호, 제93조 제1항이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이며(청구인들은 청구취지에서는 공직선거법 제62조 제2항만을, 청구이유에서는 같은 조 제2항 제7호만을 특정하였으나 청구인 박○혁, 오○석은 서울특별시 및 광주광역시의 시의원 선거에 입후보하여 같은 항 제4호가 적용되므로 위 조항도 포함시키는 것이 타당하다.), 이 사건 심판대상조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다

[심판대상조항]

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제62조(선거사무관계자의 선임) ② 선거사무장 또는 선거연락소장은 선거에 관한 사무를 처리하기 위하여 선거운동을 할 수 있는 자 중에서 다음 각 호에 의하여 선거사무원[제135조(선거사무관계자에 대한 수당과 실비보상) 제1항 본문의 규정에 의한 수당과 실비를 지급받는 선거사무원을 말한다. 이하 같다]을 둘 수 있다.

4. 지역구시·도의원선거

선거사무소에 10인 이내

7. 지역구자치구·시·군의원선거

선거사무소에 5인 이내

제93조(탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지) ① 누구든지 선거일 전 180일(보궐선거 등에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때)부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법의 규정에 의하지 아니하고는 정당(창당준비위원회와 정당의 정강·정책을 포함한다. 이하 이 조에서 같다) 또는 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 기타 이와 유사한 것을 배부·첨부·살포·상영 또는 게시할 수 없다. 다만, 선거운동기간 중 후보자가 제60조의3(예비후보자 등의 선거운동) 제1항 제2호의 규정에 따른 명함을 직접 주거나 후보자가 그와 함께 다니는 자 중에서 지정한 1인과 후보자의 배우자(배우자 대신 후보자가 그의 직계존·비속 중에서 신고한 1인을 포함한

다)가 그 명함을 직접 주는 경우에는 그러하지 아니하다.

[관련조항]

공직선거법 제60조의3 (예비후보자 등의 선거운동) ① 예비후보자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법으로 선거운동을 할 수 있다.

2. 자신의 성명·사진·전화번호·학력(정규학력과 이에 준하는 외국의 교육과정을 이수한 학력을 말한다. 이하 제4호에서 같다)·경력, 그 밖에 홍보에 필요한 사항을 게재한 길이 9센티미터 너비 5센티미터 이내의 명함을 직접 주면서 지지를 호소하는 행위. 다만, 지하철역 구내 기타 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 다수인이 왕래하거나 집합하는 공개된 장소에서 주면서 지지를 호소하는 행위는 그러하지 아니하다.

② 예비후보자가 그와 함께 다니는 자 중에서 지정한 1인과 예비후보자의 배우자(배우자 대신 예비후보자가 그의 직계존·비속 중에서 신고한 1인을 포함한다. 이하 이 항에서 같다)는 예비후보자의 선거운동을 위하여 제1항 제2호의 규정에 따른 명함을 직접 줄 수 있다. 이 경우 예비후보자의 배우자는 예비후보자의 지지를 호소할 수 있다.

2. 당사자들의 주장 및 이해관계인의 의견요지

가. 청구인들의 주장요지

(1) 청구인들은 활동보조인이 필요한 중증장애인들로서, 혼자서는 선거운동을 할 수 없는 신체조건을 가지고 있다. 따라서 선거운동 시에도 활동보조인이 필요하나, 공선법 제62조 제2항에서는 선거사무원의 수를 정상인인 입후보자들과 동일하게 제한하고 중증장애인의 활동보조인을 선거사무원으로 보는 결과, 오히려 장애인 후보자는 활동보조인이 필요없는 비장애인 후보자에 비하여 선거사무에 필요한 정식 선거운동원의 수가 활동보조인의 수 만큼 더 적은 상태로 선거운동을 하여야 한다.

(2) 또한 언어장애가 있어 말로써 자신의 정책이나 지지를 호소하는 행위를 효과적으로 할 수 없는 후보자에 대하여는 언어장애를 보완할 인쇄물의 배포와 같은 선거운동이 추가로 허용되어야 함에도 불구하고 공선법 제93조 제1항은 법에 규정한 것 이외의 인쇄물 또는 녹음·녹화테이프 등을 배부 또는 상영, 게시할 수 없고, 입후보자 및 그와 함께 다니는 자 중에서 지정한 1인 또는 그 배우자 본인만 선거운동을 할 수 있게 하였을 뿐 후보자 또는 그 배우자가 중증장애인인 경우 활동보조인의 도움을 받아야 하는데도 이에 관한 규정이 마련되어 있지 않다.

(3) 따라서 청구인들의 선거운동의 자유 및 평등권 등을 침해한 위 각 법률조항은 헌법에 위반된다.

나. 중앙선거관리위원회위원장의 의견

(1) 현행 공선법은 중증장애인 후보자의 선거운동에 관하여 따로 규정하고 있지 않으므로, 청구인들은 이를 중증장애인 후보자를 불합리하게 차별하고, 참정권 및 공무담임권 행사에 어려움을 준다고 주장하나, 이는 법 운용상의 문제이다.

(2) 실제 지난 2006. 5. 31. 실시된 제4회 동시지방선거에서는 후보자가 말하는 기능을 잃거나 그 기능에 현저한 장애가 있는 경우에는 다른 사람의 목소리로 녹음된 녹음물을 통하여 선거운동을 할 수 있도록 하였고, 단순히 휠체어를 밀어주거나 후보자가 언어장애 등으로 말을 못하는 경우 후보자를 대신하여 지지·호소를 하는 경우는 선거사무원에 포함하지 않도록 공선법을 운용하였다.

(3) 다만 법 운용만으로 해결할 수 없는 사안에 대하여는 공선법에 명시적인 규정을 두는 것도 바람직할 것으로 사료된다.

3. 적법요건에 관한 판단

가. 공선법 제62조 제2항 제4호 및 제7호

청구인들은 장애정도가 심하여 자립하기가 매우 곤란한 중증장애인으로서 신체활동이 부자유하여 일상생활에서도 활동보조인이 필요한 상태이다. 이렇게 중증 장애인의 일상생활이나 사회생활 또는 이동 시의 보조 등을 위하여 국가와 지방자치단체는 그 활동에 필요한 활동보조인의 파견 등 활동보조서비스를 지원할 수 있고(장애인복지법 제55조 제1항), 서비스 지원의 기준 및 방법 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하였다(장애인복지법 제55조 제3항).

따라서 중증장애인 후보자는 선거운동에 있어서도 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, 선거운동 시의 활동보조인은 후보자를 위하여 선거사무를 처리하는 선거사무원에 해당한다고 볼 수는 없을 것이다.

또한 중증장애인의 활동보조인이 선거사무원에 해당된다는 것은 청구인들의 자의적인 해

석일 뿐, 청구인들의 활동보조인이 선거사무원으로서 등록되지 않았다는 이유로 문제가 발생한 바가 없고, 소관 선거관리위원회 또는 중앙선거관리위원회에서 중증장애인의 활동보조인이 선거사무원에 포함된다는 취지의 유권해석을 내린 적도 없으며, 청구인들이 위법률조항 위반으로 기소되거나 처벌된 사실도 없어 현실적으로도 위법률조항이 청구인들의 선거운동에 어떠한 제한을 가한 바 없다.

결국 선거사무원과 활동보조인은 그 역할과 기능이 본질적으로 달라서 위법률조항상의 ‘선거사무원’에 활동보조인이 포함될 수 없음이 명백하고, 위법률조항에 의하여 청구인들의 기본권이 침해될 가능성이 없으므로 이 부분 심판청구는 부적법하다.

나. 공선법 제93조 제1항 본문

청구인들이 입후보하였던 2006. 5. 31.의 제4회 동시지방선거는 이미 종료되었으므로, 위법률조항에 대한 위헌확인을 받는다고 하더라도 선거운동 당시 침해된 권리가 회복될 수는 없다.

그러나 객관적인 헌법질서의 보장적 측면에서 볼 때, 공직선거에 있어 중증장애인 입후보자들에 대한 청구인들의 주장과 같은 기본권 침해가 장애의 선거에서도 반복될 것임이 충분히 예상되므로, 위법률조항의 위헌 여부의 해명은 헌법적으로 중요한 의미가 있다. 따라서 이 부분에 관하여는 심판청구의 이익을 인정하는 것이 타당하다.

다. 공선법 제93조 제1항 단서

청구인들은 공선법 제93조 제1항 단서에 후보자 또는 후보자 부인이 중증장애인인 경우에 활동보조인의 보조를 받을 수 있도록 규정하지 아니한 것이 역시 공무담임권 및 평등권을 침해한 것이라고 주장한다.

일상생활에서의 거동조차 불편한 중증장애인인 후보자 또는 후보자의 배우자가 선거운동기간 중 선거인들에게 명함을 직접 일일이 나누어주는 것은 사실상 불가능한 것이므로, 중증장애인인 후보자 또는 그의 배우자가 명함을 배포함에 있어 활동보조인의 보조는 당연히 예상할 수 있고, 이 때 활동보조인이 그들의 수족이 되어 기계적으로 명함을 나누어주는 행위는 후보자 또는 배우자가 이를 직접 주는 것과 동일하게 평가될 수 있는 것이다.

즉, 위법률조항에 ‘활동보조인을 포함한다’는 점이 명기되어 있지 않더라도 당연히 중증장애인인 후보자 또는 그의 배우자의 경우에는 활동보조인도 포함되어 있다고 보아야 하고, 이렇게 해석하는 것이 중증장애인 보호라는 헌법적 이념에 부합하고 장애인복지법에

서 마련한 활동보조인제도의 취지를 살리는 것이다.

따라서 위 법률조항에 의하여 청구인들의 기본권이 침해될 가능성이 없으므로 이 부분 심판청구는 부적법하다.

라. 소결론

그렇다면 공선법 제93조 제1항 본문에 대한 심판청구는 적법하다 할 것이지만, 공선법 제62조 제2항 제4호, 제7호, 제93조 제1항 단서에 대한 심판청구는 기본권 침해가능성이 없어 부적법하다.

4. 본안에 관한 판단

가. 관련 기본권

이 사건의 쟁점은 선거운동의 방법 등을 제한함에 있어서 언어장애를 가진 후보자와 비장애인 후보자를 구분하지 않고 일률적으로 규정하고 있는 공선법 제93조 제1항 본문(이하 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다)이 청구인들의 평등권 및 공무담임권을 침해하는지의 여부이다.

다만 청구인들은 공무담임권침해 부분에서 선거운동방법의 제한 그 자체의 위헌성을 다룬다기보다는, 언어장애를 가진 후보자와 비장애인 후보자를 동일하게 취급함으로써 결과적으로 언어장애인들의 공무담임권을 침해하였다는 취지로 주장하고, 이는 평등권과 밀접히 관련되어 있으므로 평등권 침해부분에서 함께 살펴보기로 한다.

나. 평등권 침해 여부

(1) 심사기준

평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이다. 먼저 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 엄격한 심사척도가 적용될 수 있다. 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다. 다음으로 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가

적용되어야 할 것이다(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787).

헌법 제11조 제1항에서는 “모든 국민은 법 앞에 평등하다.”고 선언하면서, 이어서 “누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”고 하여 차별금지영역을 규정하고 있다. 장애가 있다고 하여 불합리하게 차별받아서는 안 된다는 것은 당연한 원칙이지만, 헌법이 ‘장애인’을 차별금지영역으로 정하였다고 보기는 어렵다. 헌법 제34조 제5항에서 신체장애자들은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다고 선언하고 있지만, 이는 국가가 장애인 등 스스로 생계와 생활을 유지할 수 없는 사회적 약자에 대하여 생존의 최소한의 수준에서 보호하여야 한다는 취지이고, 장애인과 비장애인 간에 동등한 취급을 규정한 것은 아니라고 볼 것이다.

또한, 이 사건 법률조항이 중증장애인 후보자에 대하여만 특정한 선거운동방법을 금지·제한하는 내용이 아니라, 중증장애인 후보자와 비장애인 후보자를 ‘동등하게’ 취급하였다는 점이 결과적으로는 불평등을 초래하였다는 것이므로 이 사건 법률조항으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래한 것으로 볼 수는 없다.

따라서 이 사건에서의 평등심사는 완화된 기준에 의하기로 한다.

(2) 판 단

(가) 헌법재판소는 중증장애인 후보자에 관련된 사건은 아니었지만 이미 두 차례에 걸쳐 이 사건 법률조항이 평등권 및 공무담임권을 침해한 것이 아니어서 헌법에 위반되지 아니한다고 선언한 바 있고(헌재 2001. 8. 30. 99헌바92등, 판례집 13-2, 174, 205-210; 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마193, 판례집 13-2, 526, 539-541), 그 요지는 다음과 같다.

「공선법이 질서 있고 공평하며 비용이 적게 드는 선거운동을 위하여, 한편으로는 선전벽보, 선거공보, 소형인쇄물, 신문광고 등에 의한 선거운동행위를 상세히 규정하여 이를 허용하면서도, 공선법 제93조 제1항은 이러한 방법에 의하지 않고 실질적으로 선거에 영향을 미치는 행위, 즉 탈법방법에 의한 문서, 도화 등 시각에 호소하는 방법 이외에 녹음, 녹화테이프 등 청각 또는 시청각에 호소하는 방법에 의한 선거운동행위를 제한하고 있다.

위 조항이 과잉금지의 원칙을 위반하고 있는가에 대하여는, 국가 전체의 정치, 사회적 발전단계와 국민의식의 성숙도, 종래의 선거풍토나 그 밖의 경제적, 문화적 제반여건을 종합하여 합리적으로 판단하여야 할 것인바, 건국 이후 반세기 가까이 수많은 선거를 치러 왔으면서도 아직까지도 깨끗하고 공명한 선거풍토를 이룩하지 못하고 있는 우리의 현실적 상황을 고려하여 볼 때, 위 조항에 의하여 보호되는 선거의 실질적 자유와 공정성의 확보라는 공공의 이익은 국민적 열망을 담고 있는 것으로서 특히 높은 가치를 지니는 것이라는 점을 고려하여야 할 것이다.

그런데, 위 조항에 의한 제한은 참된 의미의 선거의 자유와 공정을 보장하기 위한 제도적 장치로서의 의미를 가질 뿐만 아니라 폐해 방지를 위하여는 일정 기간 그러한 제한을 가하는 것 외에 달리 효과적인 수단을 상정하기 어렵고 특히 “선거에 영향을 미치게 하기 위하여”라는 전제하에 그 제한이 이루어지며, 그 제한은 선거운동 또는 의사표현의 내용 그 자체나 모든 선거운동방법의 전반에 대한 전면적인 제한이 아니라 선거운동 내지 의사표현에 있어서의 특정한 수단, 방법, 즉 특히 폐해의 우려가 크다고 인정되는 인쇄물, 녹음 등의 배부, 살포 등 특정한 선거운동방법에만 국한되는 부분적인 제한에 불과하므로, 이로써 선거운동의 자유 내지 표현의 자유가 전혀 무의미해지거나 형해화된다고 단정할 수 없다.

그러므로, 위 조항은 과잉금지의 원칙에 위반하여 선거운동 내지 표현의 자유를 제한하거나 그 본질적 내용을 침해하고 있다고 할 수 없다.

또한 공선법 제93조 제1항은 행위주체에 관하여 아무런 제한도 가하고 있지 아니하여 청구인들로서는 이 규정에 의하여는 그 누구와 대비하여서도 부당한 차별대우를 받지 아니하므로 일반인들과 비교하여 또는 현직 의원들과 비교하여 선거운동에 있어서의 평등권을 침해하는 것이 아니고, 다만 현직 의원의 경우 제111조 제1항에 의하여 선거기간 개시일부터 선거일까지의 기간 이외에는 의정활동 보고를 할 수 있어 …… 원외 후보자 또는 그 후보자가 되고자 하는 자의 국회 또는 지방의회 진출에 제한이 되어 공무담임권을 침해할 소지가 있으나, 이는 제111조 제1항에 의하여 비롯되는 차별의 문제일 뿐이다.

따라서 공선법 제93조 제1항이 평등의 원칙에 위배된다거나 공무담임권을 침해하는 규정이라고 볼 수 없다.』

(나) 법 앞에 평등하다는 것은, 법적 취급의 불평등의 금지를 의미하는 데 그치고, 현실로 사회에 존재하는 경제적, 사회적 기타 여러 가지의 사실상 불균등을 시정하여 그 실질적 평등을 보장하여야만 하는 것은 아니기 때문에, 언어장애자인 후보자와 비장애인 후보자 사이의 실질상의 불균등이 있음에도 동일하게 취급하였다고 하여 곧바로 이 사건 법률조항을 평등의 원칙에 위반되는 것이라고 할 수는 없는 것이다.

후보자는 공선법에 따라 선전벽보, 선거공보, 소형인쇄물, 신문광고 등 전통적인 방법뿐 아니라 방송광고, 정보통신망을 이용한 선거운동, 인터넷 광고 등을 이용한 선거운동이 가능하다. 특히 오늘날에는 후보자가 직접 일일이 투표권자를 찾아다니며 얼굴을 알리는 방법보다는 신문·방송·인터넷을 통한 광고(공선법 제69조, 제70조 및 제82조의 7), 방송연설(공선법 제71조, 후보자가 지명하는 연설원도 가능하다) 또는 정보통신망을 이용한 선거운동(공선법 제82조의 4)을 이용한 선거운동의 영향력이 현저히 커지는 추세이고, 위와 같은 매체를 이용하여 선거운동을 하는 것은 언어장애가 있는 후보자라 하더라도 이

로 인한 제약을 크게 받지 않는다. 한편, 공선법 제79조 제10항에서는 공개장소에서의 연설·대담의 경우 녹음기 또는 녹화기를 사용하여 후보자를 홍보하는 내용의 음악, 후보자의 경력·정견·활동상황을 방송 또는 방영할 수 있도록 하고 있다.

결국 투표권자를 개별적으로 찾아다니며 지지를 호소하는 것 이외에 후보자 본인의 ‘구두(口頭)로써’ 효과적으로 할 수 있는 선거운동영역이 그다지 넓지 않고, 언어장애가 있는 후보자라 할지라도 위와 같이 투표권자를 개별적으로 접촉하여 지지를 호소하는 방법은 자신의 선거사무원이나 선거운동 자원봉사자, 활동보조인 등을 통하여 얼마든지 가능하다.

그렇다면 언어장애가 있는 후보자가 공선법에 규정된 방법 이외의 인쇄물, 녹음·녹화물 등을 반드시 이용하여야만 언어장애가 없는 후보자와의 동등한 위치를 확보한다고 보기는 어렵고, 설령 위와 같이 인쇄물 등의 선거운동방법을 별도로 허용한다고 하여도 장애인 후보자에게 현저하게 유익하다고 할 수도 없으므로, 비록 공선법이 선거운동방법을 제한함에 있어 언어장애를 가진 후보자를 비장애인 후보자와 달리 취급하지 않았다고 하더라도 오늘날 인터넷을 통한 선거운동 등 선거운동방법의 다양화, 깨끗하고 공명한 선거풍토를 위한 규제 필요성은 장애인 후보자에게도 해당되는 점 등을 고려할 때 장애인과 비장애인 후보자를 구분하지 아니하고 선거운동방법을 제한한 점을 두고 서로 다른 것들 사이의 동등하게 취급함으로써 평등의 원칙에 위반하였다고 할 수는 없을 것이다.

만일 이 사건 법률조항이 평등권을 침해한 것이어서 언어장애인 후보자에게 이 사건 법률조항이 적용되지 않는다고 한다면, 언어장애인 후보자는 무제한으로 문서를 배포할 수 있게 되어 오히려 정상인과의 균형을 상실하게 될 것이다.

나아가 입법정책상 공선법이 법률상 요건을 충족한 시각장애인의 선거권 행사에 대하여 일정 배려를 하고 있는 것과 마찬가지로(공선법 제151조 제7항; 특수투표용지 또는 투표보조용구 제작, 사용), 선거운동에서도 정상인 후보자와 언어장애인 후보자 사이에 존재하는 사실상 불균등을 정상인 후보자 이상의 문서배포를 허용하는 것에 의하여 보충하는 것도 충분히 검토할 가치가 있을 것이다. 그러나 언어장애인 후보자에게 인쇄물배포 등 추가적인 선거운동방법을 허용하려면 먼저 언어장애를 가졌다고 주장하는 후보자들의 언어장애의 판정기준 및 판정절차, 허용할 인쇄물 등의 종류 및 수량 등 이를 사전에 구체화하는 입법을 하여야만 할 것인데, 이는 현실적으로나 입법기술상으로 결코 쉽지 않은 문제라 하겠다.

다. 소결론

따라서 이 사건 법률조항이 청구인들의 평등권 및 공무담임권을 침해하는 것이라 볼 수

없다.

5. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구 중 공선법 제62조 제2항 제4호·제7호, 제93조 제1항 단서에 대한 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하고, 이 사건 법률조항에 대한 심판청구는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 다만 이 사건 법률조항에 대한 심판청구에 관하여는 아래와 같이 재판관 김희옥, 재판관 김종대, 재판관 민형기, 재판관 송두환 등 4명이 헌법불합치의견, 재판관 조대현이 위헌의견으로, 비록 위헌의견이 다수이긴 하나 헌법재판소법 제23조 제2항 단서 제1호에 정한 헌법소원의 인용결정의 정족수에 이르지 못하여 이를 기각하기로 하는 것이고, 그 외의 부분에 대하여는 재판관 전원의 의견이 일치되었다.

6. 재판관 김희옥, 재판관 김종대, 재판관 민형기, 재판관 송두환의 의견

우리는 이 사건 법률조항이 언어장애를 가진 후보자와 비장애자인 후보자를 가리지 않고 선거운동방법 등에 관하여 일률적으로 제한함으로써 청구인들의 평등권을 침해하여 헌법에 합치되지 아니한다고 생각한다.

가. 이 사건의 쟁점

이 사건 심판청구의 쟁점은 선거운동주체에 대하여 장애 여부를 불문하고 일률적으로 선거운동방법을 제한하는 것이 언어장애를 가진 집단과 그렇지 않은 집단 사이에 차별적 결과를 초래하여 평등의 원칙에 위반되는지에 대한 문제이고 이에 대해서는 선례에서 판단된 바 없다.

나. 심사기준

법정의견에서 밝힌 바와 같이, 평등의 원칙 심사는 차별근거와 규율영역의 특성 등에 따라 그 심사의 강도를 달리하며, 헌법에서 특별히 평등을 요구하는 경우 또는 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한이 초래되는 경우에는 엄격한 심사척도가 적용되어야 한다. 여기서 엄격한 심사척도란 단지 차별의 합리적 이유의 유무만을 확인하는 것이 아니라 비례성원칙에 따른 심사, 즉 차별취급의 목적과 수단 간에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준으로 심사함을 말한다(헌재 1999. 12. 23. 98헌바33, 판례집 11-2, 732, 749 등 참조).

이 사건에서 문제된 공무담임권 등 참정권에 대해서는 우리 재판소가 누차 우리 헌법의 최고 이념인 국민주권주의와 자유민주주의 실현에 있어 참정권의 중요성을 강조해 왔다. 즉, 참정권은 선거를 통하여 통치기관을 구성하고 그에 정당성을 부여하는 한편, 국민 스스로 정치형성과정에 참여하여 국민주권 및 대의민주주의를 실현하는 핵심적인 수단으로 특히, 국정에 참여하는 참정권은 국민주권의 상징적 표현으로 국민의 가장 중요한 기본권 중의 하나이다(헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 205-208; 헌재 1995. 5. 25. 91헌마67, 722, 738 등 참조).

뿐만 아니라 우리 헌법은 제34조 제5항에서 신체장애자에 대하여는 국가의 특별한 보호를 받도록 규정함으로써 신체장애인과 비장애인 사이에 실질적 불평등이 이루어지지 않도록 노력하고 있다. 그럼에도 불구하고 장애인이 우리 사회에서 사회·경제적 소수자이자 약자로 지내왔음은 부정할 수 없고 이러한 불평등과 차별은 그들이 정치적 의사결정 과정에서 소외되고 무시됨으로써 더욱 공고해져 왔다. 즉, 이러한 정치적 의사결정과정에서의 배제는 그들에 대한 교육 및 직업생활에서의 차별, 교통 및 건물 이용을 비롯한 생활환경상의 차별 등을 시정할 수 있는 통로를 차단하였으며, 이러한 기본적인 사회적 인프라의 불평등은 다시 그들이 정상적인 교육과 사회 환경 속에 성장하여 정치적 의사결정에 적극적으로 참여할 수 있는 길을 막는 악순환으로 이어졌다.

따라서 참정권의 중요성과 장애인 보호의 헌법취지를 고려할 때 이 사건 법률조항은 언어장애를 가지고 있어 선거운동에 결정적으로 불리한 위치에 있는 장애인을 일반인과 동일한 조건하에 선거운동을 하도록 강제함으로써 이러한 장애인의 참정권 행사에 중대한 제약을 가하고 있다고 할 것이므로 이에 대해서는 비례 심사가 적용되어야 한다.

다. 판 단

(1) 장애인 보호의 헌법적 의미

우리 헌법은 제헌헌법 이래 꾸준히 사회적, 정치적 소수자를 보호하는 쪽으로 개정되어 왔다. 즉, 제헌헌법은 제19조에서 “노령, 질병 기타 근로능력의 상실로 인하여 생활유지의 능력이 없는 자는 법률의 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다.”고만 규정하였지만 현행 헌법에 와서는 ‘여자의 복지와 권익의 향상’(제34조 제3항), ‘노인과 청소년의 복지향상’(제34조 제4항) 등 전통적으로 사회·경제적 약자로 여겨지던 집단들을 그 보호대상별로 상세히 규정하였다. 특히, 헌법 제34조 제5항에서는 그 전까지 한 번도 구체적인 보호대상으로 기술되지 않았던 ‘신체장애자’를 명시적인 보호대상 집단으로 추가하여 “신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다.”라고 규정함으로써 우리 사회가 발전, 성숙함에 따라 헌법제정권자

의 명시적 의사가 사회적 약자의 보호를 좀 더 강화하는 방향으로 변화되어 왔음을 잘 보여준다.

또한, 이러한 장애인 보호의 헌법취지를 현실적으로 달성키 위하여 여러 법률이 제정되었는데 장애인의 복지와 사회활동 참여증진을 도모하기 위해 1989년 만들어진 장애인복지법(심신장애자복지법에서 전부 개정)은 ‘장애인은 인간으로서 존엄과 가치를 존중받으며, 국가·사회의 구성원으로서 정치·경제·사회·문화, 그 밖의 모든 분야의 활동에 참여할 권리를 가진다’(제4조)고 하면서, ‘누구든지 장애를 이유로 정치·경제·사회·문화 생활의 모든 영역에서 차별을 받지 아니하고, 누구든지 장애를 이유로 정치·경제·사회·문화 생활의 모든 영역에서 장애인을 차별하여서는 아니 된다’(제8조 제1항)고 선언하였다.

나아가 모든 생활영역에서 장애를 이유로 한 차별을 금지하고 장애인의 완전한 사회참여와 평등권 실현을 위해 2007년 제정된 ‘장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률’은 이에 더하여 차별을 제거하기 위한 적극적 의무를 강제하고 있다. 특히, 장애인의 참정권과 관련하여 이 법 제27조는 ‘국가 및 지방자치단체와 공직선거후보자 및 정당은 장애인이 선거권, 피선거권, 청원권 등을 포함한 참정권을 행사함에 있어서 차별하여서는 아니 되고(제1항), 장애인의 참정권을 보장하기 위하여 필요한 시설 및 설비, 참정권 행사에 관한 홍보 및 정보 전달, 장애의 유형 및 정도에 적합한 기표방법 등 선거용 보조기구의 개발 및 보급, 보조원의 배치 등 정당한 편의를 제공하여야 한다(제2항)’고 규정하였다.

(2) 이 사건 법률조항의 위헌성

이와 같은 장애인에 대한 헌법상 특별한 보호의무와 참정권이 가지는 중요성 등을 고려했을 때 이 사건 법률조항은 그 위헌성을 면하기 어렵다.

언어장애를 가지고 있는 후보자는 자신에 대한 지지를 호소하거나 정견·정책을 알리는 데 있어 결정적으로 불리한 위치에 있고 정확한 의사의 전달이 불가능함은 물론, 의사표시 자체는 어느 정도 가능한 경우에도 말하는 태도·방법·발음 등을 포함한 포괄적인 의미의 의사전달행위에 있어서 유권자들이 가지는 선입견이나 비호감 등도 극복하기 어려워 총체적으로 불리한 위치에 설 수밖에 없다.

언어장애를 가진 후보자도 공선법상의 각종 선거공보 등 인쇄물과 방송매체나 인터넷을 통하여 또는 일정한 경우 녹음과 녹화를 이용하여 선거운동을 할 수 있지만, 유권자와 직접적 대면을 통하여 후보자가 자신을 소개하는 전통적인 선거운동방식이 여전히 적지 않은 영향력을 가지고 있는 오늘날의 선거운동실태를 감안할 때, 언어장애를 가진 후보자는 여러모로 보아 정상인인 후보자에 비해 매우 불리하다고 할 수밖에 없는 것이다.

따라서 언어장애를 가진 후보자는 항상 대동하여 의사전달을 도와줄 보조자가 필요하고, 언어를 대체할 수 있는 선거운동방법 등을 추가적으로 사용할 수 있어야 언어장애를 갖

지 않은 후보자와 어느 정도 대등한 경쟁을 할 수 있다 할 것이다. 예를 들면, 언어장애를 가진 후보자를 위하여는 선거사무원을 추가로 허용한다거나, 공직선거법상 가능한 각종 인쇄물량의 법적 상한을 늘려준다거나, 유권자들을 대면 접촉하면서 지지를 호소하는 정도의 간략한 내용이 담긴 인쇄물을 일정량 허용한다거나, 녹음 등 언어를 대체할 수 있는 방법의 선거운동을 선별적으로 추가 허용하는 방법 등, 언어장애 후보자를 위한 다양한 선거운동방법을 생각할 수 있을 것이다.

이와 같이 언어장애를 가진 후보자를 위한 선거운동방법을 별도로 마련해 주지 않은 채 언어장애 후보자와 비장애 후보자의 선거운동방법을 같은 수준에서 일률적으로 제한한 이 사건 법률조항은 의사전달능력이 서로 다른 두 집단을 동일하게 취급함으로써 실질적 차별을 발생시켰고, 이는 선거의 실질적 자유와 공정의 확보라는 입법 목적과 선거운동의 제한이라는 수단 간의 비례성을 벗어난 것으로서 청구인들의 평등권을 침해한 것이라 아니할 수 없다.

그러나 이 사건 법률조항에 대하여 단순위헌을 선언하게 되면 개선입법이 미처 마련되지 못한 상태에서 언어장애 후보자나 비장애 후보자에 대하여 종래 제한되었던 각종 선거운동방법이 일시에 가능하게 되어 무질서와 혼란이 야기됨으로써 종래의 법적 상태보다 더욱 헌법질서에서 멀어지는 법적 상태가 발생하게 될 것이므로, 이를 방지하기 위해서는 이 사건 법률조항에 대하여 헌법에 합치되지 않는다고 선언하고 개선입법을 촉구함이 상당하다고 생각된다.

7. 재판관 조대현의 의견

청구인들은 이 사건 법률조항이 문서·도서에 의한 선거운동방법을 제한하여 장애인 후보자들의 선거운동을 제한한다고 주장하지만, 이 사건 법률조항은 모든 후보자에 대하여 선거운동의 자유를 과도하게 제한하는 것이어서 헌법에 위반된다고 생각한다.

헌법은 국민주권주의와 함께 대표민주주의를 채택하고 있다. 주권자인 국민들이 대표자를 선출하여 국가권력의 행사를 위임한다. 선거는 국민들이 주권을 행사하여 대표자를 선출하고 국가권력의 행사를 위임하는 절차이다. 선거는 주권자의 의사가 정확히 반영되도록 실시되어야 한다. 선거 후보자에 관한 정보가 선거권자에게 충분히 제공되어야 하고, 선거권자가 선거에 관한 의사를 올바르게 결정하고 제대로 구현할 수 있어야 한다. 이를 위하여 후보자에 관한 정보를 제대로 알리는 선거운동의 자유가 충분하게 보장되어야 한다.

후보자의 기회균등이나 선거의 공정성을 위하여 선거운동의 자유를 제한하는 경우에도 국민주권의 올바른 행사에 지장을 주지 않는 방법과 한도 안에서 하여야 한다. 선거운동을 지나치게 제한하면 후보자에 관한 정보의 제공이 제한되어 선거권자가 후보자를 제대로

로 파악하거나 올바르게 선택하기 어렵게 된다. 선거권자가 후보자를 제대로 파악하지 못한 채 선거하게 되거나, 새로운 후보자에 대한 홍보가 제한되어 이미 알려진 후보자에게 유리한 선거로 된다면, 국민주권의 위임을 의미하는 선거의 기능을 온전히 구현시키지 못할 지도 모른다.

이 사건 법률조항은 문서·도서를 이용한 선거운동을 법률에 규정된 방법에 한하여 허용하고 있지만, 왜 이처럼 제한하는지 납득할 수 없다.

문서·도서는 후보자를 가장 정확하게 알리고 가장 정확하게 파악할 수 있게 하는 선거운동방법이므로 정치적 표현의 자유로서 충분히 보장되어야 한다. 공직선거법은 문서·도서에 의한 선거운동으로서 선전벽보·선거공보·소형인쇄물을 허용하고 있지만, 어느 것이나 규격과 내용과 회수가 제한되어 있어서 그 밖의 문서·도서에 의한 선거운동을 허용할 필요가 없을 정도로 충분한 것이라고 보기 어렵다.

그리고 문서·도서에 의한 선거운동은 그 효과에 비하여 비용이 저렴하다고 할 수 있고, 그 회수와 방법과 분량을 제한 없이 허용하더라도 선거의 공정을 해칠 위험성이 크다고 보기 어렵다. 단지 문서·도서의 내용에 허위사실이 포함되지 않도록 규제할 필요가 있을 뿐이다.

문서·도서에 의한 선거운동을 무제한 허용하면 사회경제적 손실이 생기고 경제력의 차이에 따른 선거운동기회의 불균형이 생겨 선거의 공정을 해칠 수 있다고 하지만, 문서·도서에 의한 선거운동이 그 필요성과 효율성을 무시해도 좋을 만큼 사회경제적 손실을 초래하는 것인지 의문이고, 공직선거법은 선거운동비용의 총액을 규제하고 있으므로 그 총액의 한도에서 어떠한 선거운동방법을 선택할 것인지는 후보자에게 맡겨도 무방할 것이다. 선거운동비용을 규제하기 위하여 문서·도서에 의한 선거운동을 제한할 필요가 있다고 보기는 어렵다.

따라서 문서·도서에 의한 선거운동을 제한하는 이 사건 법률조항은 입법목적의 정당성을 인정하기 어려우므로, 합리적인 이유도 없이 후보자의 선거운동의 자유를 과도하게 제한하는 것으로서 헌법에 위반된다고 선언하여야 한다.

재판관 이강국(재판장) 이공현 조대현 김희욱 김종대 민형기 이동흡 목영준 송두환

13

비정규학력의 게재를 금지한 공직선거법 제64조제1항 및 제250조제1항의 과잉금지원칙 등 위반 여부

■ 공직선거법 제64조제1항 등 위헌확인, 2009. 11. 26. 2008헌마114 ■

사 건 2008헌마114 공직선거법 제64조 제1항 등 위헌확인

청 구 인 안○원

국선대리인 변호사 박정현

주 문

이 사건 심판청구를 기각한다.

이 유

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 2008. 4. 9. 실시될 예정이던 제18대 국회의원선거에서 천안시 을지구에 출마하기 위하여 천안시선거관리위원회에 예비후보자로 등록한 자인바, 2002년도 ○○대학교 공과대학에서 ‘IT 벤처산업과정 CEO클래스’를 수료하는 등의 ‘비정규학력’을 예비후보자의 명함 등에 기재할 수 있는지 여부를 선거관리위원회에 질의하였으나 2009. 12. 7. 천안시선거관리위원회위원장으로부터 공직선거법 제250조 제1항, 제64조 제1항의 규정에 위반된다는 취지의 회답을 받았다. 이에 청구인은 2008. 1. 24. 공직선거법 제64조 제1항과 제250조 제1항에서 후보자로 하여금 비정규학력의 게재를 하지 못하도록 하는 것이 청구인의 선거운동의 자유 등을 침해한다고 주장하며 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상과 관련 조항

이 사건 심판의 대상은 공직선거법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것) 제250조 제1항의 “학력을 게재하는 경우 제64조(선전벽보) 제1항의 규정에 의한 방법으로 게재하지 아니한 경우” 중 정규학력과 이에 준하는 외국의 교육과정을 이수한 학력 외에는 게재할 수 없도록 하고 있는 부분 및 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제64조 제1항 중 “학력을 게재하는 경우에는 정규학력과 이에 준하는 외국의 교육과정을 이수한 학력 외에는 게재할 수 없다.” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다.

청구인은 공직선거법 제64조 제1항과 제250조 제1항 전체에 대하여 위헌확인을 구하고 있으나, 청구인이 이 사건 헌법소원심판청구에서 다투고자 하는 것은 후보자의 비정규학력의 게재를 금지하는 부분이므로 심판의 대상을 위와 같이 한정한다.

심판대상 법률조항(밑줄 친 부분) 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

[심판의 대상]

공직선거법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것) 제250조 (허위사실공표죄) ① 당선되거나 되게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)에게 유리하도록 후보자, 그의 배우자 또는 직계존·비속이나 형제자매의 출생지·신분·직업·경력등·재산·인격·행위·소속단체 등에 관하여 허위의 사실[학력을 게재하는 경우 제64조(선전벽보) 제1항의 규정에 의한 방법으로 게재하지 아니한 경우를 포함한다]을 공표하거나 공표하게 한 자와 허위의 사실을 게재한 선전문서를 배포할 목적으로 소지한 자는 5년이하의 징역 또는 3천만원이하의 벌금에 처한다.

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제64조 (선전벽보) ①선거운동에 사용하는 선전벽보에는 후보자의 사진(후보자만의 사진을 말한다)·성명·기호[제150조(투표용지의 정당·후보자의 게재순위등)의 규정에 의하여 투표용지에 인쇄할 정당 또는 후보자의 게재순위를 말한다. 이하 같다]·정당추천후보자의 소속정당명(무소속후보자는 “무소속”이라 표시한다)·경력[학력을 게재하는 경우에는 정규학력과 이에 준하는 외국의 교육과정을 이수한 학력외에는 게재할 수 없다. 이 경우 정규학력을 게재하는 경우에는 졸업 또는 수료당시의 학교명(중퇴한 경우에는 수학기간을 함께 기재하여야 한다)을 기재하고, 정규학력에 준하는 외국의 교육과정을 이수한 학력을 게재하는 때에는 그 교육과정명과 수학기간 및 학위를 취득한 때의 취득학위명을 기재하여야 하며, 정규학력의 최종학력과

외국의 교육과정을 이수한 학력은 제49조(후보자등록 등)제4항제6호의 규정에 의하여 학력증명서를 제출한 학력에 한하여 게재할 수 있다. 이하 같다]·정견 및 소속정당의 정강·정책 기타 홍보에 필요한 사항(지역구국회의원선거에 있어서는 비례대표국회의원후보자명단을, 지역구시·도의원선거에 있어서는 비례대표시·도의원후보자명단을, 지역구자치구·시·군의원선거에 있어서는 비례대표자치구·시·군의원후보자명단을 포함하며, 후보자외의 자의 인물사진을 제외한다)을 게재하여 등에 있어서는 인구 500인에 1매, 읍에 있어서는 인구 250인에 1매, 면에 있어서는 인구 100인에 1매의 비율을 한도로 작성·첨부한다. 다만, 인구밀집상태 및 첨부장소등을 감안하여 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 따라 인구 1천인에 1매의 비율까지 조정할 수 있다.

[관련 조항]

공직선거법 제60조의3 (예비후보자 등의 선거운동) ①예비후보자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법으로 선거운동을 할 수 있다.

2. 자신의 성명·사진·전화번호·학력[정규학력과 이에 준하는 외국의 교육과정을 이수한 학력을 말한다]·경력 기타 홍보에 필요한 사항을 게재한 길이 9센티미터 너비 5센티미터 이내의 명함을 직접 주면서 지지를 호소하는 행위. 다만, 지하철역구내 기타 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 다수인이 왕래하거나 집합하는 공개된 장소에서 주면서 지지를 호소하는 행위는 그러하지 아니하다.

공직선거법 제255조 (부정선거운동죄) ②다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제64조(선전벽보)제1항·제8항, 제65조(선거공보)제1항·제2항의 규정을 위반하여 선전벽보 또는 선거공보를 선거운동을 위하여 작성·사용하거나 하게 한 자

2. 청구이유 및 이해관계기관의 의견

가. 청구이유

이 사건 법률조항은 후보자가 비정규학력을 정규학력처럼 기재하는 것이 아니라 있는 그대로 기재하는 것조차 정규학력이 아니라는 이유로 금지하고, 이를 허위사실공표죄로 처벌하고 있다. 이는 정규학력과 비정규학력을 합리적인 이유 없이 차별 취급하는 것이며, 후보자의 학력에 관하여 선전벽보 등에 게재할 내용을 과도하게 제한하는 것으로서 평등권, 언론출판 및 표현의 자유, 학문과 예술의 자유, 공무담임권, 능력에 따라 균등하게 교

육을 받을 권리를 침해하고, 선거운동에서의 균등한 기회보장에도 위반된다.

선거의 공정성 확보를 위한 것이라도 하더라도, 비정규학력의 기재를 포괄적으로 금지할 것이 아니라 모든 정규 및 비정규 학력의 기재를 허용하되 다만 이를 구분할 수 있도록 하면 된다. 그것이 학력지상주의를 타파하고 학력과 상관없이 국민의 대표가 능력에 따라 선출될 수 있도록 하고, 나아가 유권자의 알권리가 보장될 수 있도록 하는 방법이라 할 것이다.

나. 법무부장관의 의견

(1) 선거와 관련된 기본권도 다른 기본권과 마찬가지로 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 법률로 제한할 수 있다고 할 것이며, 이 경우 그 제한의 합헌성은 선거운동의 자유와 선거의 공정성 관점에서 형량되어야 한다.

(2) 이 사건 법률조항은 비정규학력의 선전벽보 등 기재를 금지하여 유권자들이 후보자의 학력이나 경력에 관하여 오해할 소지를 줄이는 것인바, 유권자의 진정한 알권리를 보장하고 공정한 선거를 실현하기 위한 것으로서 입법목적의 정당성 및 수단의 적절성이 인정된다. 나아가 이 사건 법률조항이 정하는 방법 외에 달리 효과적인 수단이 있다고 보기 어려우므로 침해의 최소성 역시 긍정되고, 선거의 공정성 및 유권자의 알권리 보장의 요청과 제한되는 후보자 개인의 표현의 자유 사이에 법익균형성도 인정된다. 따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니한다.

다. 중앙선거관리위원회 위원장의 의견

(1) 헌법재판소는 비정규학력의 기재를 금지하고 있는 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’(1998. 4. 30. 법률 제5537호로 개정) 제64조 제1항 및 제250조 제1항 부분에 대하여 합헌결정을 선고하였다. 그 후 2004. 3. 12. 위 법이 개정됨에 따라, 후보자는 후보자등록시 정규학력에 관한 최종학력증명서를 제출하여야 하고, 관할 선거구선거관리위원회는 선거구민이 알 수 있도록 이를 공개하도록 되었다. 또한 2005. 8. 4. 위 법이 개정됨에 따라, 선거구내 매세대에 발송하는 후보자의 책자형 선거공보 둘째면에 후보자등록신청서류에 기재된 정규학력의 최종학력을 기재하여 유권자들이 후보자의 정규학력 이수내역을 확인할 수 있도록 되었다. 따라서 비정규학력을 기재하더라도 이를 정규학력으로 오인할 가능성은 크게 낮아졌다.

(2) 비정규학력이라 하여도 이는 등록금 등 금전적인 부담과 함께 수강시간 할애 등 사회

생활의 일부를 희생하며 수강한 노력의 결과이므로 경력의 일부분으로 인정해 줄 필요가 있다. 비정규학력을 사실대로 표시하는 것마저 금지하는 것은 지나친 제한이다. 비정규학력을 정규학력으로 오해되지 않는 방법으로 표시할 수 있도록 하는 것이 유권자의 올바른 선택을 위하여도 바람직하다.

3. 적법요건에 관한 판단

가. 이 사건 법률조항은 예비후보자에 대하여 명함 등에 정규학력과 이에 준하는 외국의 교육과정을 이수한 학력 외에는 기재하지 못하도록 한다.

청구인은 2008. 4. 9. 실시될 예정이던 제18대 국회의원선거에서 천안시 을지구에 출마하기 위하여 2007. 12. 11. 천안시선거관리위원회에 예비후보자로 등록하였으므로 이 사건 심판청구 당시 이 사건 법률조항에 의하여 예비후보자로서의 선거운동을 직접 제한받고 있었다고 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항으로 인한 기본권침해의 자기관련성, 현재성, 직접성이 인정된다.

나. 청구인은 제18대 국회의원선거의 예비후보자로 등록한 후 당내경선에서 후보자로 선출되지 못하였으며, 제18대 국회의원선거는 2008. 4. 9. 이미 끝나버렸으므로 청구인이 주장하는 기본권침해상태는 이미 종료되었다.

그러나 헌법소원은 개인의 주관적 권리구제뿐만 아니라 객관적인 헌법질서의 보장도 그 본질적 기능의 하나로 하고 있다. 그러므로 침해가 이미 종료되어 헌법소원이 주관적 권리구제에 별 도움이 안되는 경우라도 ① 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 ② 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 심판청구의 이익을 인정할 수 있는 것이다(헌재 2004. 4. 29. 2002헌마467, 판례집 16-1, 541, 547-548).

이 사건에서 보면, 비정규학력의 기재 금지로 인한 선거운동의 자유, 평등권과 같은 중요한 권리에 대한 제한은 이 사건 법률조항이 존속하는 한 앞으로 실시될 각종 공직선거에서도 반복될 것이다. 또한 이 사건 법률조항과 유사한 내용의 법률조항에 대해서 헌법재판소가 1999. 9. 16. 선고한 99헌바5 결정과 2000. 11. 30. 선고한 99헌바95 결정에서 합헌 판단을 한 바는 있으나, 위 합헌 결정 후 이 사건 법률조항과 관련 법률조항의 일부 개정이 있었으므로 이 사건 법률조항의 위헌 여부를 해명하는 것은 헌법적으로 중요한 의미가 있다고 볼 수 있다. 따라서 이 사건 헌법소원심판청구에 대하여 심판의 이익을 인정함이 상당하다.

다. 그 밖의 적법요건의 흠결은 보이지 아니하므로 이 사건 헌법소원심판청구는 적법하다.

4. 본안에 관한 판단

가. 이 사건 법률조항의 입법연혁

후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함)가 허위의 사실을 공표하는 행위를 처벌하고 있는 공직선거법(이하 ‘법’이라 한다) 제250조 제1항은 학력을 게재하는 경우에는 법 제64조 제1항에 의한 방법으로 게재하지 아니한 경우 허위사실의 공표에 해당하는 것으로 본다. 그리고 법 제64조 제1항은 선거운동에 사용하는 선전벽보의 게재사항을 규율하면서 학력의 게재와 관련하여 정규학력과 이에 준하는 외국의 교육과정을 이수한 학력 외(이하 ‘비정규학력’이라 한다)에는 게재할 수 없도록 규정하고 있다. 이처럼 이 사건 법률조항은 후보자의 학력 게재에 관한 사항을 규제하고 있는바, 이 사건 법률조항의 입법연혁은 다음과 같다.

(1) 1994. 3. 16. 법률 제4739호로 공직선거및선거부정방지법이 제정될 당시에는 후보자의 학력에 관하여 허위의 사실을 공표한 경우에만 처벌되었으나(같은 법 제250조 제1항), 부실한 비정규학력의 게재가 유권자들의 판단을 흐릴 수 있다는 취지에서 1995. 12. 30. 법률 제5127호로 위 조항을 개정하여 ‘교육법에서 인정하는 정규학력 외의 공개강좌 기타 교육과정을 수학한 이력을 게재하는 때에는 그 교육과정명과 수학기간을 기재하지 아니하는 경우’를 허위사실의 공표로 처벌하였다.

(2) 그 후 비정규학력의 게재 자체가 후보자의 학력을 과대평가케 할 우려가 있다는 취지에서 1997. 1. 13. 법률 제5262호로 제250조 제1항을 개정하여 ‘교육법에서 인정하는 정규학력 외의 학력을 게재하는 경우와 정규학력에 준하는 외국에서 수학한 학력을 게재하는 때에는 그 교육과정명, 수학기간, 학위를 취득한 때의 취득학위명을 기재하지 아니한 경우’에 허위사실의 공표에 해당하는 것으로 그 처벌 범위를 확대하였다. 당시 제64조 제1항에서 선전벽보에는 ‘학력을 게재하는 경우에는 교육법에서 인정하는 정규학력 외에는 게재할 수 없다. 다만, 정규학력에 준하는 외국에서 수학한 학력을 게재하는 때에는 그 교육과정명과 수학기간 및 학위를 취득한 때의 취득학위명을 기재하여야 한다.’고 규정하여 비정규학력의 게재 자체를 금지하고 있었던 점에 비추어 보면 비정규학력을 게재한 경우에는 설령 그 비정규학력의 교육과정명이나 수학기간 등을 자세히 기재하였다 하더라도 제250조 제1항을 위반한 형사책임을 면할 수 없었던 것이 분명하다.

(3) 1998. 4. 30. 법률 제5537호 개정시 교육법이 교육기본법, 초·중등교육법 및 고등교육법 등으로 정리됨에 따라 제250조 제1항과 제64조 제1항의 “교육법”을 “초·중등교육법 및 고등교육법”으로 용어를 정리하는 개정이 이루어졌다.

(4) 2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정시 제250조 제1항과 제64조 제1항을 개정하여 후보자로 하여금 선전벽보 등에 정규학력과 이에 준하는 외국의 교육과정을 이수한 학력 외

에는 게재할 수 없도록 하면서 정규학력을 게재하는 때에도 ‘졸업 또는 수료 당시의 학교명과 수학기간을 기재’하도록 요구하였다.

(5) 2004. 3. 12. 법률 제7189호 개정시에는 그동안 제250조 제1항에서 허위사실의 공표에 해당하는 학력의 게재를 사실상 제64조 제1항에서 금지하고 있는 선전벽보에의 학력 기재 방법과 동일한 내용으로 규정하던 것을 ‘학력을 게재하는 경우 제64조(선전벽보) 제1항의 규정에 의한 방법으로 게재하지 아니한 경우를 포함한다’고 개정하여 제64조 제1항을 원용하는 방법을 택하였다. 그리고 제64조 제1항을 개정하여 ‘정규학력의 최종학력과 외국의 교육과정을 이수한 학력은 제49조(후보자등록 등) 제4항 제6호의 규정에 의하여 학력증명서를 제출한 학력에 한하여 게재할 수 있다.’고 규정하여 선거운동을 위한 홍보물 등에 게재하고자 하는 학력의 학력증명서를 제출하도록 하였다. 아울러 정규학력을 게재하는 경우 졸업 또는 수료 당시의 학교명과 수학기간을 기재하도록 하던 것을 ‘졸업 또는 수료 당시의 학교명’만 기재하도록 하고 다만 중퇴한 경우에 한하여 수학기간을 함께 기재하도록 개정되었다.

(6) 2005. 8. 4. 법률 제7681호 개정시에는 제64조 제1항의 ‘초·중등교육법 및 고등교육법에서 인정하는 정규학력’ 부분을 ‘정규학력’으로 개정하였다.

나. 과잉금지원칙 위반 여부

선거는 민주적 의회정치의 기초이고 선거운동은 정치적 표현의 자유의 한 형태로서 민주사회를 구성하고 움직이게 하는 요소이므로 선거운동의 자유를 제한하는 경우에는 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로 제한하여야 한다(헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 28-29; 헌재 1995. 4. 20. 92헌바29, 판례집 7-1, 499, 506-508 참조).

이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위반하여 후보자의 선거운동의 자유, 표현의 자유를 제한하고 있는지 살펴본다.

(1) 목적의 정당성 및 수단의 적절성

선전벽보 등에 비정규학력을 게재할 경우 유권자들로 하여금 후보자의 학력을 과대평가하고 이로써 선거인의 투표에 관한 공정한 판단을 흐리게 할 수 있다. 이 사건 법률조항은 이를 방지하여 유권자들에게 후보자의 능력과 자질을 올바르게 판단할 수 있는 기회를 제공하고, 이로써 선거의 공정성을 확보하기 위한 것으로서 그 입법목적의 정당성이 인정된다(헌재 2000. 11. 30. 99헌바95, 판례집 12-2, 298, 308). 그리고 비정규학력이 선전벽보 등에 게재되지 아니하는 경우 유권자인 국민들이 후보자의 학력에 관하여 오해할

소지가 들어든다는 점에서 이 사건 법률조항은 위와 같은 입법목적에 기여(헌재 1999. 9. 16. 99헌바5, 판례집 11-2, 326, 339)하는 적합한 수단임을 인정할 수 있다.

(2) 침해의 최소성

비정규학력의 게재와 관련하여, 그 학력이 학위취득의 목적이 아닌 교육과정이라는 점 및 수학기간을 표시하게 하는 등 비정규학력에 관한 정확한 게재를 하게 함으로써 유권자들의 오해를 충분히 제거할 수 있음에도 불구하고 비정규학력의 게재 자체를 원천적으로 금지하는 것은 과다한 기본권 침해로서 피해의 최소성에 위반되는지 여부가 문제된다.

가) 정규학력과 비정규학력

이 사건 법률조항이 규정하는 '정규학력'이라 함은 사전적 의미 그대로 '정식의 규정에 의하여 수학한 이력'을 뜻하므로, 초·중등교육법, 고등교육법(각 부칙에 의하여 구 교육법을 포함한다)의 규정에 의한 학교 즉 유치원, 초등학교(국민학교)·공민학교, 중학교·고등공민학교, 고등학교·고등기술학교, 특수학교, 대학·산업대학·교육대학·전문대학·방송통신대학·기술대학, 대학원, 각종 학교를 졸업·중퇴·수료·수학하거나 재학중인 이력만을 말한다.

한편 위 각 법률에서는 전 단계 학교를 졸업하거나 동등 이상의 학력(학력)이 있어야 그 다음 단계의 학교에 진학할 수 있게 하여 학교의 입학자격요건을 규정하고 있다(초·중등교육법 제43조 제1항·제47조, 고등교육법 제33조 제1항·제2항).

그런데 고등교육법에 의하여, 대학원에는 학위과정 외에 필요에 따라 학위를 수여하지 아니하는 연구과정을 둘 수 있고(고등교육법 제29조 제2항), 이러한 연구과정과 그 운영에 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하고 있으나(고등교육법 제29조 제3항), 정작 고등교육법 시행령에서는 대학원 연구과정에 관하여 필요한 사항에 대하여는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 이로 인해 고등교육법상 대학원 연구과정의 입학자격과 교육과정 및 이수기간 등에 관하여는 각 대학의 학칙으로 정한 바에 따르게 되어 있다(고등교육법 제6조, 같은 법 시행령 제4조).

이를 종합하면, 각 대학의 학칙에서 대학원 연구과정의 입학자격이 학사학위 취득 이상의 자로 제한되어 있는 연구과정을 수학한 이력이라고 한다면 이를 이 사건 법률조항 소정의 정규학력이라고 볼 수 있으나, 입학자격의 제한이 없이 대학을 졸업하거나 동등 이상의 학력을 가지지 아니한 누구라도 그 과정에 들어가 수학할 수 있는 대학원 연구과정은 이를 수학하였다 하여도 정규학력이라고는 볼 수 없다(서울고법 1998. 12. 22. 선고 98노 2589판결 참조).

또한 학교는 학생외의 자를 대상으로 하는 공개강좌를 둘 수 있는데(고등교육법 제26조),

통상 ‘○○대학교 ○○대학원 최고관리자과정’은 고등교육법 제26조 소정의 공개강좌의 하나로 설치된 것으로서 학사학위가 없더라도 시험 또는 전형에 합격한 자는 누구라도 입학할 수 있으므로 비정규학력에 해당한다.

이상에서 살핀 바와 같이, 정규학력으로 인정되는 고등교육법상의 일반대학원, 전문대학원, 특수대학원은 입학자격, 학점취득, 수업연한, 학위논문의 제출 및 심사 등 교육과정이 엄격히 관리·통제되고 있는 반면, 비정규학력에 해당하는 대학원 연구과정이나 공개과정 등은 이러한 관리·통제를 받지 않는 점에서 정규학력은 비정규학력과 구분된다.

나) 침해의 최소성 원칙 위반 여부

비정규학력 기재로 인한 공직선거법 위반사례들의 태양에 비추어 보면, 일반인으로는 ‘OO 대학교 정책대학원 연구과정 수료’, ‘OO 대학교 국제경영대학원 원우회 부회장’ 등과 같이 기재한 경우 정규학력에 해당하는 것인지, 비정규학력에 해당하는 것인지를 구분하기가 쉽지 않다. 나아가 비정규학력의 게재시 학위과정이 아님과 수학기간을 표시하게 하는 경우, 예를 들어 ‘OO 대학교 산업대학원 연구과정(비학위과정, 1년)’, ‘OO 대학교 산업대학원 최고경영자과정(비학위과정, 6개월)’과 같이 표시하게 하더라도 유권자들이 ‘연구과정’과 ‘최고경영자과정’ 등이 정규학력과 어떻게 다른 것인지 그 차이를 쉽게 구분할 수 있을지 의문이다.

더욱이 공직선거및선거부정방지법 제정 당시에는 비정규학력의 게재를 허용하다가 비정규학력의 게재 자체가 후보자의 학력을 과대평가케 할 우려가 있다는 고려에서 입법자가 1997년 법개정으로 이 사건 법률조항에 의하여 비정규학력의 게재를 금지하게 된 점을 고려하면, 비정규학력의 게재가 후보자의 학력을 과대평가케 할 우려가 있다는 입법자의 판단이 지금에 와서는 더 이상 유효하지 않다고 보기 어려우며, 학력은 여전히 한국사회에서 후보자의 능력을 평가하는 주요한 기준이 되고 있는 것이 현실이다.

한편 2004. 3. 12. 공직선거법 개정으로 정규학력의 최종학력과 외국의 교육과정을 이수한 학력에 대하여 관할선거구선거관리위원회가 선거구민이 알 수 있도록 이를 공개하고, 책자형 선거공보에 후보자의 정규학력을 게재하도록 하여 유권자들이 후보자의 정규학력을 쉽게 확인할 수 있으므로 선전벽보 등에 비정규학력을 게재하더라도 이를 정규학력으로 오인할 가능성은 훨씬 줄어들었다는 주장이 있으나, 대부분의 유권자들이 관할선거구선거관리위원회의 홈페이지에 접속한다거나 책자형 선거공보에서 직접 후보자의 정규학력을 확인하여 이를 선전벽보 등에 게재된 비정규학력과 일일이 대조하여 확인할 것을 기대하기는 어렵다. 따라서 쉽게 접할 수 있는 선전벽보 등에 비정규학력의 게재를 허용한다면 유권자들이 후보자의 학력을 과대평가할 가능성은 여전히 존재한다고 할 것이다.

그렇다면 이 사건 법률조항은 비정규학력을 정확히 게재하게 하는 입법수단과는 다른 입

법적 효과를 가질 수 있고, 그러한 효과가 입법목적 달성의 관점에서 달리 평가될 수 있으므로 보다 덜 침해적인 대안이 존재한다고 보기 어려운 점에서 침해의 최소성 요건을 갖추고 있다고 할 것이다(헌재 1999. 9. 16. 99헌마5, 판례집 제11권 2집, 326, 340).

(3) 법익균형성

이 사건 법률조항이 선전벽보 등에 비정규학력의 게재를 금지하는 것은 결국 선거의 공정을 위한 것인바, 이러한 공익에 비하여, 이 사건 법률조항으로 인한 선거운동의 자유 등의 제한은 수인 불가능할 정도로 큰 것은 아니라고 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항으로 인해 보호되는 공익과 제한되는 기본권 사이에 현저한 불균형이 있다고 보기 어렵고, 이 사건 법률조항이 법익균형성원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

다. 선거운동의 기회균등

우리 헌법은 일반적인 평등의 원칙(제11조 제1항)을 규정하는 외에도 선거에 있어서의 평등원칙(제41조 제1항, 제67조 제1항)을 규정하는 동시에 선거운동에서의 기회균등도 보장하고 있다(제116조 제1항).

그러나 선거운동의 기회균등원칙은 절대적이고도 획일적인 평등 내지 기회균등을 요구하는 것이 아니라 합리적 근거 없는 자의적 차별 내지 차등만을 금지하는 것으로 이해하여야 한다(헌재 1997. 10. 30. 96헌마94, 판례집 9-2, 523, 531; 헌재 1998. 8. 27. 97헌마372 등, 판례집 10-2, 461, 475 참조).

청구인은 교과과정이나 교육기간, 강의교수진 등의 관점에서 정규학력과 비정규학력을 차별할만한 사유를 찾을 수 없으므로 이 사건 법률조항은 평등원칙에 위반된다고 주장한다.

그러나 현행 교육법제는 모든 국민이 균등하게 교육을 받을 것을 전제로 하면서도 교육이 민주국가의 발전과 인류공영의 이상을 실현하는데 이바지하는 공공적 중요성을 고려하여, 학교교육을 특별히 규율하여 학력평가 및 능력인증에 관한 제도를 학교교육에 연계하고 있을 뿐만 아니라, 학교교육의 공공성을 중시하여 학교의 종류, 설립, 경영, 교원, 교과과정, 학력평가 및 능력인증 등에서 학교교육제도를 엄격히 관리·통제함으로써 다른 교육과 구분하고 있음이 인정된다. 즉, 정규학력과 비정규학력이 학력의 평가 등에서 동등하지 아니한 것을 전제로 하고 있다. 그렇다면 정규학력과 비정규학력을 구분하여 규율하고 있는 이 사건 법률조항을 합리적인 근거를 가지지 아니한 채 청구인을 차별하고 있는 것으로 인정하기는 어렵다고 할 것이다(헌재 1999. 9. 16. 99헌마5, 판례집 11-2, 326, 340-341).

라. 입법자에 대한 권고

(1) 개인의 실력·능력·노력보다 형식적인 학력을 과도하게 중시하는 '학력주의'의 만연과 그로 인한 심각한 병폐에 대한 문제 제기는 이미 우리 사회 각 분야에서 오래 전부터 존재하여 왔다.

졸업한 학교의 단계, 즉 학교 교육의 연수(年數)에 따라, 또는 동일한 단계의 학교 중에서 어느 학교의 어느 과정을 마쳤는지 여부에 따라, 개인의 실재적 역량이나 능력이 재단될 수 있는 것이 아님은 명백하다. 그럼에도 불구하고 어떤 교육과정을 마쳤는지에 따라 그의 가능성을 평가하는 지금의 세태는 매우 우려스러운 것이다. 더구나 학력이 개인의 능력이나 성취에 온전히 의존하지 않고, 오히려 개인이 가지는 경제력이나 사회적 지위, 가정적 배경에 상당 부분 좌우되는 것이 현실임을 고려한다면 더욱 그러하다.

입법자로서는 개인의 능력이 단지 학력의 잣대로 잘못 평가되고 그로 인하여 선거의 공정성이 위협받을 수 있는 현실적 상황을 무시할 수는 없겠으나, 이를 방지하기 위하여 유권자들이 국민의 대표를 선출함에 있어 필요로 하는 '후보자가 받은 교육'에 관한 충분한 정보를 제공받을 기회를 제한하기에 앞서, 학력주의의 병폐를 극복하기 위한 진지한 사회적 논의와 해결책을 제시해야 할 것으로 판단된다.

(2) 한편 교육의 목표는 개인의 능력의 단순한 평가나 학력기준의 서열화에 있지 않고, 홍익인간의 이념 아래 모든 국민으로 하여금 인격을 도야하고 자주적 생활능력과 민주시민으로서 필요한 자질을 갖추게 함으로써 인간다운 삶을 영위하게 하고 민주국가의 발전과 인류공영의 이상을 실현하는 데에 이바지하게 함에 있으며(교육기본법 제2조), 국가는 평생교육을 진흥해야 할 의무가 있다(헌법 제31조 제5항). 따라서 국가는 비정규교육과정 역시 교육의 이념에 따라 진행될 수 있도록 장려하여야 할 것이다. 그리고 개인이 받은 교육의 실질은 그것이 정규교육에는 해당하지 아니한다고 할지라도, 그가 살아 온 과정이나 그가 가지고 있는 세계관, 신념, 자질에 영향을 미치는 일정한 요소로서 그가 국민의 대표자로서 책임자인지 여부를 평가하는데 일정 부분 고려될 수 있을 것이다.

그러므로 입법자로서는 단순히 '정규교육'과 '비정규교육'을 양분하고, 정규학력의 최종학력과 이수내역에 관한 내용만을 학력으로 기재할 수 있게 하는 데서 나아가 정규교육과 비정규교육의 실질을 보다 구체적이고 명료하게 표시할 수 있는 여지가 있는지 살피고, 비정규교육의 경우에 학력이 아닌 경력사항으로서 별도로 표시하되, 그 실질을 보다 구체적으로 표시할 수 있는 선전벽보 이외의 다른 홍보매체에 표시할 수 있도록 하거나, 허위의 비정규학력 표시에 대한 규제를 강화하는 등의 방안을 통하여 유권자의 알권리와 후보자의 선거운동의 자유를 충분히 보장하도록 숙고하여야 할 것이다.

5. 결론

그렇다면 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 조대현의 아래 6.과 같은 위헌의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관의 일치된 의견에 의한 것이다.

6. 재판관 조대현의 위헌의견

공직선거법은 제64조 제1항에서 공직후보자의 선거운동에 사용하는 선전벽보에 정규학력 외에는 게재할 수 없다고 규정하고 이에 위반하는 경우에는 허위사실의 게재로 보아 제250조 제1항에 의하여 처벌하도록 규정하고 있다. 이는 선거운동의 자유를 과도하게 제한하는 것이어서 헌법에 위반된다고 생각한다.

공직선거는 주권자인 국민들이 주권을 행사하여 대표자를 선출하고 국가권력의 행사를 위임하는 절차이다. 이러한 공직선거의 기능이 제대로 구현되려면, 공직후보자에 관한 정보가 선거권자에게 충분히 제공되어야 하고, 선거권자가 공직후보자에 관한 올바른 정보를 충분히 알고 선거에 관한 의사를 자유롭게 결정할 수 있어야 한다. 이를 위하여 공직후보자에 관한 모든 정보를 제대로 알리는 선거운동의 자유가 충분하게 보장되어야 한다.

공직후보자의 기회균등이나 공직선거의 공정성을 위하여 선거운동의 자유를 제한하는 경우에도 국민주권의 올바른 행사에 지장을 주지 않는 방법과 한도 안에서 하여야 한다. 선거운동을 지나치게 제한하면 공직후보자에 관한 정보의 제공이 제한되어 선거권자가 공직후보자를 제대로 파악하거나 올바르게 선택하기 어렵게 될 것이다.

헌법 제31조는 모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가지고 국가는 평생교육을 진흥하여야 하며 학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도를 마련하도록 규정하고 있다. 그리고 고등교육법에 의하면, 대학에 학생 외의 자를 대상으로 하는 공개강좌를 둘 수 있고(제26조), 대학원에 학위를 수여하지 아니하는 연구과정을 둘 수 있다(제29조 제2항). 이러한 공개강좌나 연구과정을 수료하더라도 학위를 수여받지는 못하지만, 그러한 공개강좌나 연구과정을 수료한 경력은 공직후보자를 선거하는데 필요하고 유익한 정보라고 할 수 있다. 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 있다고 할 것이다.

따라서 이 사건 법률조항이 비정규학력을 기재하지 못하게 하는 것은 합리적이라고 보기 어렵고 오히려 공직후보자에 관한 정보를 일부 제한함으로써 선거권자들이 올바르게 판단하는 것을 제약한다고 할 것이다. 비정규학력을 정규학력인 것처럼 꾸며서 기재하는 것을

금지하기만 해도 비정규학력의 기재로 인하여 선거의 공정성이 침해될 우려는 해소될 수 있을 것이다. 이 사건 법률조항이 비정규학력을 기재하지 못하게 하는 것은 선거의 공정성을 확보하기 위하여 필요하거나 적절한 수단이라고 보기 어렵다.

따라서 이 사건 법률조항은 선거운동의 자유를 제한할 필요가 없거나 필요한 한도를 넘어서 선거운동의 자유를 제한함으로써 헌법 제37조 제2항에 위반된다고 할 것이다.

2009. 11. 26.

재판장 재판관 이강국

재판관 이공현

재판관 조대현

재판관 김희욱

재판관 김종대

재판관 민형기

재판관 이동흡

재판관 목영준

재판관 송두환

14

비정규학력의 게재를 금지한 공직선거법 제250조제1항의 과잉금지의 원칙 등 위반 여부

■ 공직선거및선거부정방지법 제250조 제1항 위헌소원, 2000. 11. 30. 99헌바95 ■

【관시사항】

1. 재판의 전제성이 있다고 본 사례
2. 선거벽보 등에 비정규학력의 게재를 금지한 이 사건 법률조항이 과잉금지의 원칙에 위배되는지 여부(소극)
3. 이 사건 법률조항이 정규학력 소지자와 비정규학력 소지자를 합리적 이유없이 차별대우하는지 여부(소극)
4. 이 사건 법률조항 중 “정규학력외의 학력”부분이 구성요건 명확성의 원칙에 위배되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 청구인의 선거홍보물 중 “○○대학교 사회교육대학원 졸업”이라는 기재부분에서 “사회교육대학원”이라는 부분에 중점을 둘 때에는 “사회교육대학원”의 내포하는 바에는 청구인이 이수한 “사회교육최고관리자과정”도 포함된다는 생각에서 이 사회교육최고관리자과정을 표시하는 뜻으로 “사회교육대학원”이라고 기재한 것이라고 볼 수도 있으므로, 이 사건 법률조항은 당해사건에 적용되는 법률로서 재판의 전제가 되는 규정이다.

재판관 김영일, 재판관 김경일의 반대의견

공직선거및선거부정방지법 제250조 제1항의 규정내용에 의하면, “정규학력 외의 학력”을 게재한 경우는 허위사실의 한 경우에 불과하여 “정규학력 외의 학력”을 게재한 경우를 포함하는 위 법조항 ()안의 규정내용이 없더라도 “허위의 학력”을 게재하였다면 그러한 행위에 위 법조항을 적용하여 처벌하는데 아무런 소장이 있을 수 없다.

이 사건 청구인의 경우, 청구인이 배포한 선거홍보물 학력란에 “○○대학교 사회교육

대학원 졸업”이라 기재한 것은, 청구인이 그의 “정규학력 외의 학력”인 “○○대학교 사회교육대학원 사회교육최고관리자과정”을 기재한 것이라 볼 것이 아니고, 그의 경력이 아닌 “○○대학교 사회교육대학원 졸업”이라는 허위의 정규학력을 기재하여, 이 사실이 허위의 사실을 공표한 것으로 판단되어 재판받게 된 것이라 볼 것이다. 따라서 이 사건 법률조항은 그 위헌여부가 재판의 전제가 된다고 볼 수 없다.

2. 이 사건 법률조항은 선전벽보 등에 비정규학력을 게재할 경우 유권자들로 하여금 후보자의 학력을 과대평가하고 이로써 선거인의 투표에 관한 공정한 판단을 흐리게 할 수 있으므로 이를 방지하여 유권자들에게 후보자의 능력과 자질을 올바르게 판단할 수 있는 기회를 제공하고, 이로써 선거운동의 자유를 해치지 않으면서도 선거의 공정성을 확보하기 위한 것으로서 비정규학력을 정확히 게재하게 하는 입법수단과는 다른 입법적 효과를 가지고 있으며, 후보자의 선거운동의 자유, 표현의 자유, 공무담임권 등이 제한받는 효과가 발생하기는 하나, 이러한 제한효과와 민주절차의 중심이 되는 선거과정의 공정성을 확보한다는 공익과의 사이에 법익의 균형성이 인정되므로, 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반되지 아니한다.
3. 우리 법제는 학교교육을 특별히 규율하여 학력평가 및 능력인증에 관한 제도를 학교교육에 연계하고 있을 뿐만 아니라, 학교교육의 공공성을 중시하여 학교의 종류, 설립, 경영, 교원, 교과과정, 학력평가 및 능력인증 등에서 학교교육제도를 엄격히 관리·통제함으로써 다른 교육과 구분하고 있으므로 정규학력과 비정규학력이 학력의 평가 등에서 동등하지 아니한 것을 전제로 하고 있는 것이고, 따라서 정규학력과 비정규학력을 구분하여 규율하고 있는 이 사건 법률조항은 평등의 원칙에 위배되지 않는다.
4. 후보자 학력 게재에 관한 처벌법규의 입법연혁과 관련규정의 내용을 살펴 보면, 이 사건 법률조항은 비정규학력의 게재 자체를 처벌대상으로 삼고 있다고 봄이 상당하며, 이에 덧붙여 그 교육과정명, 수학기간, 학위를 취득한 때의 취득학위 명을 기재하지 않을 것으로 요구하고 있다고 해석할 여지는 없으며, 이 사건 법률조항의 입법목적은 고려해볼 때 이 사건 법률조항 소정의 ‘정규학력’이란 초·중등교육법, 고등교육법에서 규정하고 있는 학교의 정규 교육과정 내지 학위과정을 이수한 학력을 일컫는 것이 분명하므로, 이 사건 법률조항은 구성요건상의 명확성을 결여하여 죄형법정주의에 위배된다고 볼 수 없다.

【심판대상조문】

공직선거및선거부정방지법(1998. 4. 30. 법률 제5537호로 개정되고, 2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정되기 전의 것) 제250조(허위사실공표죄) ① 당선되거나 되게 할 목적으로

연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)에게 유리하도록 후보자, 그의 배우자 또는 직계존·비속이나 형제자매의 소속·신분·직업·재산·경력 등에 관하여 허위의 사실(초·중등교육법 및 고등교육법에서 인정하는 정규학력 외의 학력을 게재하는 경우와 정규학력에 준하는 외국에서 수학한 학력을 게재하는 때에는 그 교육과정명, 수학기간, 학위를 취득한때의 취득학위명을 기재하지 아니한 경우를 포함한다)을 공표하거나 공표하게 한 자와 허위의 사실을 게재한 선전문서를 배포할 목적으로 소지한 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만원이하의 벌금에 처한다.

② 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제12조 제1항, 제13조 제1항, 제37조 제2항, 제116조 제1항

공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호) 제250조(허위사실공표죄) ① 당선되거나 되게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)에게 유리하도록 후보자의 소속·신분·직업·재산·경력 등에 관하여 허위의 사실을 공표하거나 공표하게 한 자는 3년이하의 징역 또는 200만원이상 1천만원이하의 벌금에 처한다.

② 생략

공직선거및선거부정방지법(1995. 12. 30. 법률 제5127호) 제250조(허위사실공표죄) ① 당선되거나 되게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)에게 유리하도록 후보자의 소속·신분·직업·재산·경력 등에 관하여 허위의 사실(교육법에서 인정하는 정규학력외의 공개강좌 기타 교육과정을 수학한 이력을 게재하는 때에는 그 교육과정명과 수학기간을 기재하지 아니하는 경우를 포함한다)을 공표하거나 공표하게 한 자는 3년이하의 징역 또는 1천만원이하의 벌금에 처한다.

② 생략

공직선거및선거부정방지법(1997. 1. 13. 법률 제5262호) 제64조(선전벽보) ① 선거운동에 사용하는 선전벽보에는 후보자의 사진·성명·기호[제150조(투표용지) 제2항의 규정에 의하여 투표용지에 인쇄할 후보자의 게재순위를 말한다. 이하 같다]·정당추천후보자의 소속정당명(무소속후보자는 “무소속”이라 표시한다)·경력(학력을 게재하는 경우에는 교육법에서 인정하는 정규학력외에는 게재할 수 없다. 다만, 정규학력에 준하는 외국에서 수

학한 학력을 게재하는 때에는 그 교육과정명과 수학기간 및 학위를 취득한 때의 취득학위명을 기재하여야 한다. 이하 같다)·정견 및 소속정당의 정강·정책 기타 홍보에 필요한 사항(지역구국회의원선거에 있어서는 전국구국회의원후보자명단을, 지역구시·도의원선거에 있어서는 비례대표시·도의원후보자명단을 포함한다)을 게재하여 등에 있어서는 인구 500인에 1매, 읍에 있어서는 인구 250인에 1매, 면에 있어서는 인구 100인에 1매의 비율을 한도로 작성·첨부한다. 다만, 등에 있어서는 인구밀집상태 및 첨부장소등을 감안하여 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 따라 인구 1천인에 1매의 비율까지 조정할 수 있다.

②~⑪ 생략

공직선거및선거부정방지법(1997. 1. 13. 법률 제5262호) 제250조(허위사실공표죄) ① 당선되거나 되게할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)에게 유리하도록 후보자, 그의 배우자 또는 직계존·비속이나 형제자매의 소속·신분·직업·재산·경력등에 관하여 허위의 사실(교육법에서 인정하는 정규학력외의 학력을 게재하는 경우와 정규학력에 준하는 외국에서 수학한 학력을 게재하는 때에는 그 교육과정명, 수학기간, 학위를 취득한 때의 취득학위명을 기재하지 아니한 경우를 포함한다)을 공표하거나 공표하게 한 자와 허위의 사실을 게재한 선전문서를 배포할 목적으로 소지한 자는 5년이하의 징역 또는 3천만원이하의 벌금에 처한다.

② 생략

고등교육법 제26조(공개강좌) 학교는 학칙이 정하는 바에 의하여 학생외의 자를 대상으로 하는 공개강좌를 둘 수 있다.

【당 사 자】

청 구 인 유○홍

대리인 변호사 황도연

당해사건 대법원 99도1568 공직선거및선거부정방지법위반

【주 문】

공직선거및선거부정방지법(1998. 4. 30. 법률 제5537호로 개정되고, 2000. 2. 16. 법률 제

6265호로 개정되기 전의 것) 제250조 제1항 중 “(초·중등교육법 및 고등교육법에서 인정하는 정규학력 외의 학력을 게재하는 경우……를 포함한다)” 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 1998. 6. 4. 실시된 제2회 전국동시지방선거에서 서울특별시의회의 의원으로 당선된 자로서, 같은 해 12. 4. 서울지방법원 서부지원(98고합313)에 “학력란에 ○○대학교 사회교육대학원 졸업”이라는 허위내용이 기재된 선거홍보물을 선거구민에게 배포하여 허위사실을 공포한 혐의로 공직선거및선거부정방지법위반으로 기소되어 1999. 1. 15. 벌금 800,000원을 선고받았고, 검사의 항소에 따라 같은 해 4. 6. 서울고등법원(99노345)에서 벌금 1,000,000원을 선고받았다.

청구인은 이에 불복하여 대법원(99도1568)에 상고하는 한편, 그 소송계속 중에 구 공직선거및선거부정방지법 제250조 제1항 중 비정규학력 기재에 관한 부분에 대하여 위헌여부심판의 제청신청(99초375)을 하였으나 대법원은 1999. 9. 17. 상고를 기각하면서 위 제청신청 또한 기각하였다.

이에 청구인은 1999. 10. 26. 위 조항의 위헌확인을 구하여 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 공직선거및선거부정방지법(1998. 4. 30. 법률 제5537호로 개정되고, 2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정되기 전의 것, 이하 “법”이라고 한다) 제250조 제1항 중 “(초·중등교육법 및 고등교육법에서 인정하는 정규학력 외의 학력을 게재하는 경우……를 포함한다)” 부분(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)의 위헌 여부이고, 그 내용은 다음과 같다.

법 제250조(허위사실공표죄) ① 당선되거나 되게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)에게 유리하도록 후보자, 그의 배우자 또는 직계존·비속이나 형제자매의 소속·신분·직업·재산·경력 등에 관하여 허위의 사실(초·중등교육법 및 고등교

육법에서 인정하는 정규학력 외의 학력을 게재하는 경우와 정규학력에 준하는 외국에서 수학한 학력을 게재하는 때에는 그 교육과정명, 수학기간, 학위를 취득한때의 취득학위명을 기재하지 아니한 경우를 포함한다)을 공표하거나 공표하게 한 자와 허위의 사실을 게재한 선전문서를 배포할 목적으로 소지한 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

2. 청구인의 주장과 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장요지

(1) 이 사건 법률조항은 초·중등교육법 및 고등교육법에서 인정하는 정규학력 외의 학력(이하 “비정규학력”이라 한다)은 그 사실 여부를 불문하고 그 게재 또는 표시사실 자체로서 허위사실의 공표에 해당한다고 규정하고 있는바, 이는 교육의 정도나 그 정규성 여하에 따라 선거운동에 있어서 차별대우를 한 것이다.

그런데 경제적 사정으로 대학교육을 받을 기회를 놓친 사람들의 비정규학력의 이수는 일반적인 경향으로서 평생교육의 차원에서도 장려되어야 할 것인바, 이와 같은 비정규학력은 유권자가 후보자의 자질과 능력을 판단함에 있어서도 경우에 따라서는 후보자의 성실성과 자격을 판단함에 있어서 반드시 필요한 것이므로, 이 사건 법률조항은 합리적 이유 없이 정규학력을 가지지 아니한 자를 차별대우한 것으로서 헌법 제11조 제1항 및 제116조 제1항 등에서 규정하는 평등의 원칙에 위배된다.

(2) 선거운동의 자유는 널리 선거과정에서 자유로이 의사를 표현할 자유를 의미하는 것으로서 이를 통하여 국민은 공직선거에 출마한 후보자들에 대한 정확하고 풍부한 정보에 접근할 수 있게 되는 것이므로 이에 대한 제한은 엄격한 심사기준이 적용되어야 할 것이다.

이 사건 법률조항은 선거의 공정성 보장에 그 입법목적이 있다고 하겠으나, 후보자의 비정규학력도 당해 후보자의 자질 및 능력에 관한 정확한 판단 내지 선택을 위해서는 유권자가 반드시 알 필요가 있는 것이고, 그 정확한 게재 또는 표시에 관한 제도적 보장만 확립되어 있으면 비정규학력의 표시로 인하여 유권자가 후보자의 학력을 과대평가하고 그로 말미암아 공정한 판단을 흐리게 할 우려는 능히 불식됨에도 불구하고 이 사건 법률조항은 선거관리사무상의 편의만을 위하여 비정규학력 표시 자체를 금지하고 있으므로 이는 후보자의 선거운동의 자유, 표현의 자유 및 공무담임권과 유권자들의 알권리의 본질적 내용을 침해하였거나 과잉금지의 원칙에 위반되는 것이 명백하다.

(3) 이 사건 법률조항의 해석에 있어서 비정규학력을 게재하는 것만으로 구성요건을 충족하는지, 아니면 비정규학력을 게재함에 있어서 그 교육과정명, 수학기간, 학위를 취득한

때의 취득학위명을 기재하지 않아야만 구성요건을 충족하는 것인지 그 여부가 불명확하고, 비정규학력의 의미 또한 불명확하여 결국 이 사건 법률조항은 구성요건으로서의 명확성을 결여하여 죄형법정주의의 원칙에 위반된다.

나. 법원의 제청신청 기각이유요지

선거에서는 과거로부터 현재에 이르기까지 후보자의 신상에 발생한 일들을 선거인들로 하여금 정확히 알 수 있도록 허위로 인식될 부분을 제거하는 것이 필요하므로 법은 제250조 제1항을 두고 있는데, 학력은 가장 전형적인 경력으로서 후보자인 피선거인의 자질을 검증하기 위한 기초적인 자료라 할 수 있다.

그런데, 정규학력은 과정명과 수학기간을 기재하지 않더라도 학과 및 학교와 졸업년도를 기재하면 관계법령에 의하여 그 내용이 쉽게 인지될 수 있는 반면, 비정규학력은 불확실한 점이 있어 이를 명확히 하기 위하여 이 사건 법률조항을 둔 것으로 보이므로 헌법에 위반되었다고 볼 수 없다.

특히 청구인은 수료사실을 졸업이라고 기재하여 국민이 오해할 수 있게 학력을 게재한 이상 이 사건 법률조항의 위헌 여부와는 상관없이 법 제250조 제1항에 위배되므로, 이 사건 제청신청은 공소사실의 전제와도 관계가 없다.

다. 검찰총장의 의견요지

청구인은 수료사실을 졸업이라고 기재하여 국민들이 오해할 수 있는 학력을 게재한 이상 이 사건 법률조항의 위헌 여부는 재판의 전제성이 없다.

또한 비정규학력의 게재는 그러한 게재 자체가 유권자들에게 실제 이상으로 강하게 인상을 지우는 효과를 가지고 있고, 우리 법제가 학교교육과 기타의 교육을 다르게 규율하고 있는 등의 점을 종합하면 이 사건 법률조항은 과잉금지의 원칙에 위배되지 아니하며, 평등의 원칙에도 반하지 아니한다.

나아가 고등교육법의 관련규정에 의하면 정규학력과 비정규학력의 구분은 명료하므로 이 사건 법률조항이 죄형법정주의에 위배된다고도 볼 수 없다.

3. 판 단

가. 재판의 전제성에 관하여

청구인은 제2회 전국동시지방선거에서 자신의 선거홍보물에 “○○대학교 사회교육대학원 졸업”이라는 허위내용이 게재된 선거홍보물을 주민들에게 배포한 혐의로 공소가 제기되었는데 “○○대학교 사회교육대학원 졸업”이라는 기재부분은, 위 기재 중 “졸업”이라는 부분에 중점을 둘 때에는 청구인이 ○○대학교 사회교육대학원을 졸업하지 않았음에도 불구하고 “졸업”이라고 기재하였으니 이 점에서 허위내용의 게재라고 볼 수도 있고, 다른 한편 위 기재 중 “사회교육대학원”이라는 부분에 중점을 둘 때에는 “사회교육대학원”의 내포하는 바에는 청구인이 이수한 “사회교육최고관리자과정”도 포함된다는 생각에서 이 사회교육최고관리자과정을 표시하는 뜻으로 “사회교육대학원”이라고 기재한 것이라고 볼 수도 있는데 이 경우에는 사회교육최고관리자과정이라는 비정규학력을 기재하여 허위내용을 게재한 것으로 의율될 수도 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 당해사건에 적용되는 법률이므로 재판의 전제가 되는 규정이라고 할 것이다.

나. 본안에 관하여

(1) 우리 헌법재판소는 1999. 9. 16. 99헌바5 사건에서 이 사건 법률조항 등이 헌법에 위반되지 아니한다고 선고하였는데, 그 판시 이유의 요지는 다음과 같다.

(가) 이 사건 법률조항은 선전벽보 등에 비정규학력을 게재할 경우 유권자들로 하여금 후보자의 학력을 과대평가하고 이로써 선거인의 투표에 관한 공정한 판단을 흐리게 할 수 있으므로 이를 방지하여 유권자들에게 후보자의 능력과 자질을 올바르게 판단할 수 있는 기회를 제공하고, 이로써 선거운동의 자유를 해치지 않으면서도 선거의 공정성을 확보하기 위한 것으로서 그 입법목적의 정당성이 인정되고, 또 입법수단으로서의 적정성도 쉽게 수긍할 수 있다.

또한 비정규학력의 게재는 그러한 게재 자체가 일반인인 유권자들에게 후보자의 실적과 능력 등을 실제 이상으로 강하게 인상지우는 효과를 가지고 있다는 점, 우리 헌법 및 관련법규를 살펴 보면 우리 법제가 학교교육과 기타의 교육을 다르게 규율하고 있는 점, 그리고 학교명칭 등의 사용자체가 일정한 선입관을 줄 수 있는 점을 고려하여 학교명칭의 사용을 법적으로 제한하는 법률조항을 두고 있는 점 등을 종합하면, 이 사건 법률조항은 비정규학력을 정확히 게재하게 하는 입법수단과는 다른 입법적 효과를 가질 수 있고 그러한 효과가 입법목적 달성의 관점에서 달리 평가될 수 있다는 점에서 피해의 최소성 요건을 갖추고 있으며, 나아가 이 사건 법률조항으로 인하여 후보자의 선거운동의 자유, 표현의 자유, 공무담임권 등이 제한받는 효과가 발생하기는 하나, 이러한 제한효과와 민주절차의 중심이 되는 선거과정의 공정성을 확보한다는 공익과의 사이에 법익의 균형성이 인정되므로, 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반되지 아니한다.

(나) 선거운동의 기회균등원칙은 일반적 평등원칙과 마찬가지로 절대적이고도 획일적인 평등 내지 기회균등을 요구하는 것이 아니라 합리적 근거 없는 자의적 차별 내지 차등만을 금지하는 것으로 이해하여야 할 것인바, 우리 헌법 및 관련법규의 규정에 의하면, 우리 법제는 모든 국민이 균등하게 교육을 받을 것을 전제로 하면서도 교육이 민주국가의 발전과 인류공영의 이상을 실현하는데 이바지하는 공공적 중요성을 고려하여, 학교교육을 특별히 규율하여 학력평가 및 능력인증에 관한 제도를 학교교육에 연계하고 있을 뿐만 아니라, 학교교육의 공공성을 중시하여 학교의 종류, 설립, 경영, 교원, 교과과정, 학력평가 및 능력인증 등에서 학교교육제도를 엄격히 관리·통제함으로써 다른 교육과 구분하고 있으므로 현행의 법제는 정규학력과 비정규학력이 학력의 평가 등에서 동등하지 아니한 것을 전제로 하고 있는 것이다.

따라서 정규학력과 비정규학력을 구분하여 규율하고 있는 이 사건 법률조항은 평등의 원칙에 위배되지 않는다.

(2) 이러한 과잉금지의 원칙 및 평등의 원칙 위배 여부에 관한 판시 이유는 이를 새로이 달리 판단하여야 할 사정변경이 있다고 인정되지 아니하므로, 이 사건에서도 그대로 유지하기로 하고, 나아가 이 사건 법률조항이 죄형법정주의의 원칙에 위배되는지 여부에 관하여 보기로 한다.

(가) 헌법 제12조 및 제13조에서 규정하고 있는 죄형법정주의의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있게끔 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구하는바(헌재 1998. 3. 26. 97헌마194, 판례집 10-1, 302, 313), 여기서 요구되는 구성요건의 명확성이란 입법권자가 모든 구성요건을 단순한 의미의 서술적인 개념에 의하여 규정하여야 한다는 것은 아니고, 자의를 허용하지 않는 통상의 해석방법에 의하더라도 당해 처벌법규의 보호법익과 그에 의하여 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 누구나 알 수 있도록 규정되어 있어야 한다는 의미로 파악하여야 할 것이다(헌재 1993. 3. 11. 92헌바33, 판례집 5-1, 29, 47).

(나) 먼저 후보자 학력 게재에 관한 처벌법규의 입법연혁을 살펴 보면, 1994. 3. 16. 법률 제4739호로 공직선거및선거부정방지법이 제정될 당시에는 후보자의 학력에 관하여 허위의 사실을 공표한 경우에만 처벌되었으나(같은 법 제250조 제1항), 부실한 비정규학력의 게재가 유권자들의 판단을 흐릴 수 있다는 취지에서 1995. 12. 30. 법률 제5127호로 위 조항을 개정하여 ‘교육법에서 인정하는 정규학력 외의 공개강좌 기타 교육과정을 수학한 이력을 게재하는 때에는 그 교육과정명과 수학기간을 기재하지 아니하는 경우’를 허위 사실의 공표로 간주하도록 하였고, 그 후 비정규학력의 게재 자체가 후보자의 학력을 과대평가케 할 우려가 있다는 취지에서 1997. 1. 13. 법률 제5262호로 위 조항을 개정하여 ‘교육

법에서 인정하는 정규학력 외의 학력을 게재하는 경우와 정규학력에 준하는 외국에서 수학한 학력을 게재하는 때에는 그 교육과정명, 수학기간, 학위를 취득한 때의 취득학위명을 기재하지 아니한 경우'로 그 처벌의 범위를 확대하였다.

당시 선전벽보의 게재사항 등을 규율하던 공직선거및선거부정방지법(1997. 1. 13. 법률 제5262호) 제64조 제1항에서는 '학력을 게재하는 경우에는 교육법에서 인정하는 정규학력 외에는 게재할 수 없다. 다만, 정규학력에 준하는 외국에서 수학한 학력을 게재하는 때에는 그 교육과정명과 수학기간 및 학위를 취득한 때의 취득학위명을 기재하여야 한다.'고 규정하여 비정규학력의 게재 자체를 금지하고 있었던 점에 비추어 보면, 비정규학력을 게재한 경우에는 설령 그 비정규학력의 교육과정명이나 수학기간 등을 자세히 기재하였다 하더라도 제250조 제1항을 위반한 형사책임을 면할 수 없었던 것이 분명하다.

그 후 교육법이 교육기본법, 초·중등교육법 및 고등교육법 등으로 정리됨에 따라 1998. 4. 30. 법률 제5537호 개정을 통하여 이 사건 법률조항과 같이 “교육법”을 “초·중등교육법 및 고등교육법”으로 용어를 정리하는 개정이 이루어졌는바, 이와 같은 입법연혁에 비추어 보면 이 사건 법률조항은 비정규학력의 게재 자체를 처벌대상으로 삼고 있다고 봄이 상당하며, 이에 덧붙여 그 교육과정명, 수학기간, 학위를 취득한 때의 취득학위 명을 기재하지 않을 것으로 요구하고 있다고 해석할 여지는 없다 할 것이다.

(다) 한편 ‘정규학력’의 개념을 정의하고 있는 명문의 규정이 없는 것은 사실이나, 이 사건 법률조항의 입법목적이 유권자로 하여금 후보자의 학력을 과대평가할 소지가 있는 학력의 게재를 금함으로써 유권자들에게 후보자의 자질과 능력을 올바르게 판단할 수 있는 기회를 제공하는 데에 있는 것이므로, 그 게재가 허용되는 ‘초·중등교육법 및 고등교육법에서 인정하는 정규학력’이란 위 각 법에서 학교의 종류, 설립, 경영, 교원, 교과과정, 학력평가 및 능력인증 등에 관하여 엄격히 관리·통제하고 있는 학교교육제도상의 학력으로서 그 게재가 후보자의 자질과 능력에 대한 객관적인 판단의 자료가 될 수 있는 학력을 말한다고 할 것이다.

이와 같이 이해하는 한 이 사건 법률조항 소정의 ‘정규학력’이란 초·중등교육법, 고등교육법에서 규정하고 있는 학교 즉 유치원, 초등학교·공민학교, 중학교·고등공민학교, 고등학교·고등기술학교, 특수학교, 대학·산업대학·교육대학·전문대학·방송통신대학·기술대학, 대학원, 각종 학교 등의 정규 교육과정 내지 학위과정을 이수한 학력을 일컫는 것으로 보아야 할 것이다.

그렇다면 설령 정규학력이란 구성요건이 약간의 불명확성을 지니고 있다 하더라도, 이는 법관의 통상적인 해석작용에 의하여 충분히 보완될 수 있는 것이고, 이 사건 법률조항의 피적용자인 후보자로서도 자신의 학력이 정규학력에 해당하는지 여부를 충분히 알 수 있다고 봄이 상당하다.

청구인의 경우를 보더라도 ‘○○대학교 사회대학원 사회교육최고관리자과정’은 학생외의 자를 대상으로 하는 고등교육법 제26조 소정의 공개강좌의 하나로 설치된 것으로서 학사 학위가 없더라도 대학졸업 정도의 실력을 갖추어 시험 또는 전형에 합격한 자는 누구라도 입학할 수 있고, 수강기간도 3개월 또는 6개월로서 단기간이며, 대학원장이 그 교과과정을 임의로 정하고 있는 과정이므로 이러한 경력이 정규학력이 아님을 쉽게 알 수 있었을 것으로 보여진다.

(라) 따라서, 이 사건 법률조항이 구성요건으로서의 명확성을 결여하여 죄형법정주의에 위반된다고는 볼 수 없다.

4. 결 론

이상과 같은 이유로 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 김영일, 김경일의 아래 5.와 같은 반대의견이 있는 외에는, 관여재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 김영일, 재판관 김경일의 각하의견

다수의견은 이 사건 심판청구가 재판의 전제성이 있음을 전제로 본안판단에 나아가고 있으나, 우리는 다음과 같은 이유에서 이 사건 심판청구는 재판의 전제성을 갖추지 못하여 부적법하므로 각하하여야 한다고 본다.

청구인에 대한 공직선거및선거부정방지법위반 피고사건의 공소사실 기재에 의하면, 검사는 청구인이 “학력란에 ○○대학교 사회교육대학원 졸업”이라는 허위내용이 기재된 선거홍보물을 제출 …… 배포하여 허위사실을 공표한 행위를 같은 법 제250조 제1항에 위반된다 하여 기소하였고, 같은 법 제250조 [허위사실 공표죄] 제1항의 규정내용을 압축하여 보면, “…… 당선되게 할 목적으로…… 벽보, 선전문서 기타의 방법으로 후보자에게 유리하도록 후보자의 ……경력 등에 관하여 허위의 사실(초·중등교육법 및 고등교육법에서 인정하는 정규학력 외의 학력을 게재하는 경우와 정규학력에 준하는 외국에서 수학한 학력을 게재하는 때에는 그 교육과정명, 수학기간, 학위를 취득한 때의 취득학위명을 기재하지 아니한 경우를 포함한다)을 공표하거나 공표하게 한 자……”를 처벌하도록 규정하고 있다.

그런데 이 사건 청구인 대리인의 헌법소원심판청구서 기재 청구취지에 따르면, 이 사건 청구취지는, 공직선거및선거부정방지법 <1998. 4. 30. 법률 제5537호로 개정> 제250조 제1

항 중 “(초·중등교육법 및 고등교육법에서 인정하는 정규학력 외의 학력을 게재하는 경우……를 포함한다)”는 부분은 헌법에 위반된다 라는 결정을 구하는 것이어서, 이 사건 심판대상은 위 ()안의 규정내용이 헌법에 위반되는지의 여부이고, 이를 심판하기 위하여는, 심판청구의 적법요건의 심사로서, 위 ()안의 규정내용이 청구인에 대한 공소사실을 재판함에 적용되는 법률규정이어서, 그 재판의 전제성이 인정되어야 할 것이다.

같은 법 제250조 제1항의 규정내용에 의하면, ()안의 내용 중 “초·중등교육법 및 고등교육법에서 인정하는 정규학력 외의 학력을 게재하는 경우”를 허위의 사실에 포함시킴으로써 정규학력 외의 학력을 게재하는 경우에는 그것이 사실대로 기재한 것이더라도 허위의 사실로 보아 처벌한다는 것이다. 따라서 “정규학력 외의 학력”을 게재한 경우는 허위사실의 한 경우에 불과하여 “정규학력 외의 학력”을 게재한 경우를 포함하는 위 ()안의 규정내용이 없더라도 “허위의 학력”을 게재하였다면 그러한 행위에 위 법조항을 적용하여 처벌하는데 아무런 소장이 있을 수 없다.

이 사건 청구인의 경우, 공소사실 기재에 의하면, 「…… 마포갑선거관리위원회에, “학력란에 ○○대학교 사회교육대학원 졸업”이라는 허위내용이 기재된 선거홍보물을 제출하여, …… 위 마포갑선거관리위원회를 통하여 …… 에게 위 선거홍보물을 배포하여 허위사실을 공표한 것이다.」라고 되어 있어, 청구인이 그의 정규학력은 부여고등학교 졸업에 불과함에도 불구하고 그의 학력란에 “○○대학교 사회교육대학원 졸업”이라는 학력을 기재한 것이므로 검사는 이것이 허위의 사실에 해당한다고 보아 기소하였음에 틀림없다.

검사가 같은 법 제250조 제1항 중 ()안의 정규학력 외의 학력을 게재한 행위로 기소하려면, 우선 청구인이 선거홍보물에 “○○대학교 사회교육대학원 졸업”이라는 정규학력을 기재한 것이 아니라, “○○대학교 사회교육대학원 사회교육최고관리자과정 수료”라는 정규학력 외의 학력을 기재하였어야 하고, 공소사실 기재로서도 「…… 마포갑선거관리위원회에, 학력란에 “○○대학교 사회교육대학원 사회교육최고관리자과정 수료”라는 정규학력 외의 학력이 기재된 선거홍보물을 제출하여, …… 위 마포갑선거관리위원회를 통하여 …… 에게 위 선거홍보물을 배포하여 허위사실을 공표한 것이다.」라고 기재되게 된다. 그러나, 이 사건 청구인의 경우, 이와 같이 기소된 것이 아님은 두말할 나위도 없이 분명하다.

그러므로 이 사건에서 청구인이 배포한 선거홍보물 학력란에 “○○대학교 사회교육대학원 졸업”이라 기재한 것은, 청구인이 그의 “정규학력 외의 학력”인 “○○대학교 사회교육대학원 사회교육최고관리자과정”을 기재한 것이라 볼 것이 아니고, 그의 경력이 아닌 “○○대학교 사회교육대학원 졸업”이라는 허위의 정규학력을 기재하여, 이 사실이 허위의 사실을 공표한 것으로 판단되어 재판받게 된 것이라 볼 것이다.

다수의견은 청구인의 선거홍보물에서 “○○대학교 사회교육대학원 졸업”이라는 기재부분은, 그 기재 중 “졸업”이라는 부분에 중점을 둘 때에는 허위내용의 게재라고 볼 수도 있

으나, 다른 한편 “사회교육대학원”이라는 기재 부분은, 그것이 “사회교육최고관리자과정”도 포함된다는 생각에서, 이 사회교육최고관리자과정을 표시하는 뜻으로 “사회교육대학원”이라고 기재한 것으로 볼 수도 있다는 전제 아래, 이것이 사회교육최고관리자과정이라는 정규학력 외의 학력을 기재하여 허위내용을 게재한 것으로 의욕될 수도 있다고 하여 재판의 전제성을 인정하고 있다.

그러나 이 사건 공소사실 기재를 그와 같이 보아야 할 근거도 필요성도 없다고 본다. 청구인이 기재한 “○○대학교 사회교육대학원 졸업”이라고 하는 것은, 그것 자체가 객관적으로 하나의 정규학력을 표시하는 것이고, 청구인의 실제 경력인 “○○대학교 사회교육대학원 사회교육최고관리자과정 수료”라고 하는 것은 그것 자체가 객관적으로 하나의 정규학력 외의 학력일 뿐이어서, 그것들을 분해·분리하여 “수료”를 “졸업”이라고 한 부분은 허위이나, “사회교육대학원”이라는 부분은 “사회교육최고관리자과정”을 의미할 수도 있다고 분석하는 것은 아무래도 그 이해의 접근방법이 매우 자연스럽지 못하며, 또한 “졸업”이라고 표시함으로써 “○○대학교 사회교육대학원 졸업”이라는 학력 내용이 일체적·객관적으로 허위표시가 되는 것임을 간과한 이해에 불과하다.

나아가 “사회교육대학원”은 정규의 교과과정이고 “사회교육대학원 사회교육최고관리자과정”은 비정규의 교과과정임은 각 그 표시 자체에서 객관적으로 이미 의미지어지는 것이지, 공소사실기재 안에서 그 객관적 의미를 체쳐놓고 “사회교육대학원”을 표시한 자의 내심의 의사를 헤아려, 그것을 “사회교육대학원 사회교육최고관리자과정”을 표시한 뜻으로 받아들일 여지가 있다는 판단은 참으로 수궁하기 어렵다(이 사건에서는 청구인에게 그러한 의사로 표시한 것이라 볼 여지조차 없다).

“○○대학교 사회교육대학원 졸업”이라는 학력기재는 “정규학력”기재일 뿐이지, 어떻게 “정규학력 외의 학력”기재로 볼 수 있는 것인가.

그 공소사실기재 속에서, “○○대학교 사회교육대학원 졸업”이라는 학력기재를, 어떻게 검사가 “정규학력 외의 학력”을 기재한 것으로 기소하였다고 판단할 수도 있다는 것인가.

청구인에 대한 공소사실을 재판함에 있어서는 위 ()안의 규정내용을 적용하여야 할 경우가 아니어서, 그것의 위헌여부가 재판의 전제가 된다고 볼 수는 없다.

따라서 이 사건 헌법소원심판청구는 재판의 전제성을 결여하여 부적법하므로 이를 각하하여야 한다.

재판관 윤영철(재판장) 이영모 한대현 하경철 김영일 권 성(주심) 김효종 김경일 송인준

15

비정규학력의 게재를 금지한 공직선거법 제64조제1항의 과잉금지의 원칙 등 위반 여부

- 공직선거및선거부정방지법 제64조 제1항 등 위헌소원(동법 제250조 제1항), 1999. 9. 16. 99헌바5 ■

【판시 사항】

1. 선거운동의 선전벽보에 비정규학력의 게재를 금지하는 공직선거및선거부정방지법 제64조 제1항이 과잉금지원칙에 위반되어 선거운동의 자유를 침해하는지 여부(소극)
2. 위 법률조항이 평등원칙에 위반되는지 여부(소극)

【결정 요지】

1. 선거운동의 선전벽보에 비정규학력의 게재를 금지하는 공직선거및선거부정방지법 제64조 제1항은 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.
2. 우리 법제는 학교교육을 특별히 규율하여 학력평가 및 능력인증에 관한 제도를 학교교육에 연계하고 있을 뿐만 아니라, 학교교육의 공공성을 중시하여 학교의 종류, 설립, 경영, 교원, 교과과정, 학력평가 및 능력인증 등에서 학교교육제도를 엄격히 관리·통제함으로써 학교교육을 학교교육 이외의 다른 교육과 구분하고 있음이 인정되므로 정규학력과 비정규학력을 구분하여 규율하고 있는 위 법률조항이 청구인을 차별하고 있는 것으로 인정하기는 어렵다.

【심판대상조문】

공직선거및선거부정방지법(1998. 4. 30. 법률 제553호 개정) 제64조(선전벽보) ① 선거운동에 사용하는 선전벽보에는 후보자의 사진·성명·기호 [제150조(투표용지의 후보자의 게재순위 등) 제2항의 규정에 의하여 투표용지에 인쇄할 후보자의 게재순위를 말한다. 이하 같다]·정당추천후보자의 소속정당명(무소속후보자는 "무소속"이라 표시한다)·경력(학력을 게재하는 경우에는 초·중등교육법 및 고등교육법에서 인정하는 정규학력 외에는 게재할 수 없다. 다만, 정규학력에 준하는 외국에서 수학한 학력을 게재하는 때에는 그 교육과정명과 수학기간 및 학위를 취득한 때의 취득학위명을 기재하여야 한다. 이하 같다)·정견 및 소속정당의 정강·정책 기타 홍보에 필요한 사항(지역구국회의원선거에 있어서는 전국구국회의원후보자명단을, 지역구시·도의원선거에 있어서는 비례대표시·도의원후보자명단을 포함한다)을 게재하여 동에 있어서는 인구 500인에 1매, 읍에 있어서는 인구 250인에 1매, 면에 있어서는 인구 100인에 1매의 비율을 한도로 작성·첨부한다. 다만, 동에 있어서는 인구밀집상태 및 첨부장소 등을 감안하여 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 따라 인구 1천인에 1#04매의 비율까지 조정할 수 있다.

②~⑪ 생략

공직선거및선거부정방지법(1998. 4. 30. 법률 제553호 개정) 제250조(허위사실공표죄) ① 당선되거나 되게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)에게 유리하도록 후보자, 그의 배우자 또는 직계존·비속이나 형제자매의 소속·신분·직업·재산·경력 등에 관하여 허위의 사실(초·중등교육법 및 고등교육법에서 인정하는 정규학력 외의 학력을 게재하는 경우와 정규학력에 준하는 외국에서 수학한 학력을 게재하는 때에는 그 교육과정명, 수학기간, 학위를 취득한 때의 취득학위명을 기재하지 아니한 경우를 포함한다)을 공표하거나 공표하게 한 자와 허위의 사실을 게재한 선전문서를 배포할 목적으로 소지한 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

② 생략

【참조 조문】

헌법 제11조 제1항, 제31조, 제37조 제2항, 제41조 제1항, 제67조 제1항, 제114조 제1항, 제116조 제1항

교육기본법 제9조(학교교육) ① 유아교육·초등교육·중등교육 및 고등교육을 실시하기 위하여 학교를 둔다.

② 학교는 공공성을 가지며, 학생의 교육 외에 학술과 문화적 전통을 유지·발전시키고 주민의 평생교육을 위하여 노력하여야 한다.

③ 학교교육은 학생의 창의력계발 및 인성의 함양을 포함한 전인적교육을 중시하여 이루어져야 한다.

④ 학교의 종류와 학교의 설립·경영 등 학교교육에 관한 기본적인 사항은 따로 법률로 정한다.

고등교육법 제2조(학교의 종류) 고등교육을 실시하기 위하여 다음 각호의 학교를 둔다.

1. 대 학

2. 산업대학

3. 교육대학

4. 전문대학

5. 방송대학·통신대학 및 방송통신대학(이하 "방송·통신대학"이라 한다)

6. 기술대학

7. 각종학교

고등교육법 제4조(학교의 설립 등) ① 학교를 설립하고자 하는 자는 시설·설비 등 대통령령이 정하는 설립기준을 갖추어야 한다.

② 국가 외의 자가 학교를 설립하고자 하는 경우에는 교육부장관의 인가를 받아야 한다.

③ 공·사립학교의 설립·경영자는 학교를 폐지하거나 대통령령이 정하는 중요사항을 변경하고자 하는 경우에는 교육부장관의 인가를 받아야 한다.

고등교육법 제18조(학교의 명칭) ① 학교의 명칭은 국립학교의 경우에는 대통령령으로 정하고, 공립학교의 경우에는 당해 지방자치단체의 조례로 정하며, 사립학교의 경우에는 당해 학교법인의 정관으로 정한다.

② 제1항의 규정에 의하여 명칭을 정함에 있어 당해 학교 설립목적의 특성을 나타내기 위하여 대통령령이 정하는 범위안에서 제2조의 규정에 의한 학교의 종류와 다르게 사용할 수 있다.

고등교육법 제21조(교육과정의 운영) ① 학교는 학칙이 정하는 바에 의하여 교육과정을 운영하여야 한다.

② 교과와 이수하는 평점 및 학점제 등에 의할 수 있다.

고등교육법 제23조(학점의 인정) 학교는 국내·외의 다른 학교에서 취득한 학점을 대통령이 정하는 범위안에서 학칙이 정하는 바에 의하여 이를 당해 학교에서 취득한 학점으로 인정할 수 있다.

고등교육법 제59조(각종학교) ① 각종학교라 함은 제2조 제1호 내지 제6호의1의 학교와 유사한 교육기관을 말한다.

② 각종학교는 제2조 제1호 내지 제6호의 학교와 유사한 명칭을 사용할 수 없다.

③ 교육부장관은 국립 각종학교의 설립·운영에 관한 권한을 대통령령이 정하는 바에 의하여 관계 중앙행정기관의 장에게 위탁할 수 있다.

④ 제35조 제1항·제5항·제6항 및 제50조의 규정은 대학 및 전문대학에 준하는 각종학교 중 상급 학위과정의 입학학력이 인정되는 학교로 교육부장관의 지정을 받은 각종학교의 경우에 이를 준용한다.

⑤ 각종학교에 관하여 기타 필요한 사항은 교육부령으로 정한다.

초·중등교육법 제60조(각종학교) ① 각종학교라 함은 제2조 제1호 내지 제5호의1의 학교와 유사한 교육기관을 말한다.

② 각종학교는 제2조 제1호 내지 제5호의 학교와 유사한 명칭을 사용할 수 없다.

③ 각종학교의 수업연한·입학자격 기타 그 운영에 관하여 필요한 사항은 교육부령으로 정한다.

【참조 판례】

1. 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등 판례집 6-2, 15

헌재 1995. 4. 20. 92헌바29, 판례집 7-1, 499

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

헌재 1998. 8. 27. 97헌마372등, 판례집 10-2, 461

헌재 1999. 1. 28. 98헌마172, 공보 32, 216

【당 사 자】

청 구 인 오○민

대리인 법무법인 아람

담당변호사 이성환

당해사건 서울고등법원 98노2480 공직선거및선거부정방지법위반

【주 문】

공직선거및선거부정방지법(1998. 4. 30. 법률 제5537호 개정) 제64조 제1항 중 "학력을 게재하는 경우에는 초·중등교육법 및 고등교육법에서 인정하는 정규학력 외에는 게재할 수 없다. 다만, 정규학력에 준하는 외국에서 수학한 학력을 게재하는 때에는 그 교육과정명, 수학기간 및 학위를 취득한 때의 취득학위명을 기재하여야 한다" 부분 및 제250조 제1항 중 "초·중등교육법 및 고등교육법에서 인정하는 정규학력 외의 학력을 게재하는 경우와 정규학력에 준하는 외국에서 수학한 학력을 게재하는 때에는 그 교육과정명, 수학기간, 학위를 취득한때의 취득학위명을 기재하지 아니한 경우를 포함한다" 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 1996. 3. 1.부터 1997. 2. 26.까지 국민대학교 정치대학원에서 개설하는 리더쉽특별과정을 이수하였고, 1996. 7. 12. 및 13.경 독일 베를린대학에서 개최하는 "독일연방공화국의 정치체제와 통일경험"에 관한 세미나에 참가하였다. 청구인은 위 리더쉽특별과정이수와 세미나참가가 초·중등교육법 및 고등교육법상의 정규학력이 아님에도 불구하고, 1998. 6. 4. 실시된 제2회 전국동시지방선거에 서울 중랑구의회 중화1동 선거구 구의원후보로 출마하면서, 당선될 목적으로 1998. 5. 23. 서울 중랑구 소재 중랑구선거관리위원회와 중화1동사무소에서 경력란에 "독일 베를린대학 정치학 연수", "국민대 정치대학원 원우회 사무총장"이라고 기재하여 제작한 선전벽보와 선거공보를 가져와 위 선거관리위원회에 선전벽보 13매와 선거공보 421매를, 중화1동사무소에 선전벽보 13매와 선거공보 7,759매를 각 제출하여 선전벽보를 부착하게 하고 선거공보를 부재자 및 관내 유권자 각 세대

별로 1매를 우송하게 하였다.

그런데 공직선거및선거부정방지법 제64조 제1항 및 제250조 제1항에 의하면, 선전벽보에 초·중등교육법 및 고등교육법에서 인정하는 정규학력 외의 학력을 게재하는 경우에는 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정되어 있는바, 청구인은 이 규정을 위반하였다는 이유로 1998. 9. 11. 서울지방법원 북부지원에서 벌금 2,000,000원을 선고받았다.

이에 청구인은 서울고등법원에 항소한 뒤 항소심 재판 계속 중 공직선거및선거부정방지법 제64조 제1항 및 제250조 제1항 중 각 주문 기재 부분의 위헌여부가 재판의 전제가 된다고 하여 위헌여부심판의 제청을 신청하였으나 1998. 12. 29. 신청이 기각되자, 1999. 1. 11. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 헌법재판소에 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 공직선거및선거부정방지법(1998. 4. 30. 법률 제5537호 개정, 이하 '공선법'이라 한다) 제64조 제1항의 "학력을 게재하는 경우에는 초·중등교육법 및 고등교육법에서 인정하는 정규학력 외에는 게재할 수 없다. 다만, 정규학력에 준하는 외국에서 수학한 학력을 게재하는 때에는 그 교육과정명과 수학기간 및 학위를 취득한 때의 취득학위명을 기재하여야 한다" 부분 및 제250조 제1항의 "초·중등교육법 및 고등교육법에서 인정하는 정규학력 외의 학력을 게재하는 경우와 정규학력에 준하는 외국에서 수학한 학력을 게재하는 때에는 그 교육과정명, 수학기간, 학위를 취득한 때의 취득학위명을 기재하지 아니한 경우를 포함한다" 부분(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)의 위헌 여부이다. 공선법 제64조 제1항 및 제250조 제1항의 내용은 다음과 같다.

제64조(선전벽보) ① 선거운동에 사용하는 선전벽보에는 후보자의 사진·성명·기호 [제150조(투표용지의 후보자의 게재순위 등)제2항의 규정에 의하여 투표용지에 인쇄할 후보자의 게재순위를 말한다. 이하 같다] ·정당추천후보자의 소속정당명(무소속후보자는 "무소속"이라 표시한다)·경력(학력을 게재하는 경우에는 초·중등교육법 및 고등교육법에서 인정하는 정규학력 외에는 게재할 수 없다. 다만, 정규학력에 준하는 외국에서 수학한 학력을 게재하는 때에는 그 교육과정명과 수학기간 및 학위를 취득한 때의 취득학위명을 기재하여야 한다. 이하 같다)·정견 및 소속정당의 정강·정책 기타 홍보에 필요한 사항(지역구국회의원 선거에 있어서는 전국구국회의원후보자명단을, 지역구시·도의원선거에 있어서는 비례대표시·도의원후보자명단을 포함한다)을 게재하여 동에 있어서는 인구 500인에 1매, 읍에 있어서는 인구 250인에 1매, 면에 있어서는 인구 100인에 1매의 비율을 한도로 작성·첨부한다. 다만, 동에 있어서는 인구밀집상태 및 첨부장소 등을 감안하여 중앙선거관리위원회규

칙이 정하는 바에 따라 인구 1천인에 1매의 비율까지 조정할 수 있다.

제250조(허위사실공표죄) ① 당선되거나 되게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)에게 유리하도록 후보자, 그의 배우자 또는 직계존·비속이나 형제자매의 소속·신분·직업·재산·경력 등에 관하여 허위의 사실(초·중등교육법 및 고등교육법에서 인정하는 정규학력 외의 학력을 게재하는 경우와 정규학력에 준하는 외국에서 수학한 학력을 게재하는 때에는 그 교육과정명, 수학기간, 학위를 취득한때의 취득학위명을 기재하지 아니한 경우를 포함한다)을 공표하거나 공표하게 한 자와 허위의 사실을 게재한 선전문서를 배포할 목적으로 소지한 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

2. 청구인의 주장과 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장요지

청구인이 이수한 국민대학교 리더쉽특별과정은 같은 대학교 정치대학원이 석사학위과정과 더불어 전문정치인을 양성하기 위하여 정식으로 설립한 1년간의 전문교육과정으로서, 그 교과과정은 입법과정, 시민사회와 시민운동, 대의민주주의, 정치와 언론, 지방자치, 권력구조, 복지정책, 정치토론, 리더쉽세미나 등이며, 그 교수진은 국민대학교의 정치외교학과, 행정학과 등의 전임교수 및 정치인, 언론인, 사회운동가 등 외부초청강사들로 구성되어 있다. 따라서 위 특별과정은 정규학위과정과 그 실질에서 다를바 없다. 그러므로 선전벽보에 정규학력 이외의 학력을 게재할 수 없도록 규정하고 있는 이 사건 법률조항은 합리적 근거 없이 위 특별과정이수를 정규학력과 차별하는 것으로서 균등한 교육을 받을 권리를 보장하고, 나아가 사회생활에의 균등한 참여를 보장할 수 있는 헌법상의 평등원칙에 위반된다.

선거운동에서의 표현의 자유는 일반적인 표현의 자유보다 더욱 철저히 보장되어야 하므로 그 제한은 최소한에 그쳐야 한다. 특별과정의 수료에 대하여는 그 수료가 학위취득의 목적이 아닌 교육과정임을 더불어 표시하게 하는 등 정확한 게재를 하도록 하는 방법을 통하여 유권자들의 오해를 충분히 제거할 수 있다. 이 사건 법률조항은 그 기재 자체를 원천적으로 금지하고 있으므로, 이는 과잉금지원칙에 위반되어 선거운동의 자유, 표현의 자유 및 유권자의 알권리를 침해한 것이다.

이 사건 법률조항은 선거운동을 부당하게 제한하여 후보자로 하여금 당선되지 못하게 하는 것이므로 공무담임권을 침해하는 것이다.

나. 법원의 제청신청기각의 이유요지

표현의 자유는 헌법 제37조 제2항에 의하여 제한될 수 있다. 선거는 자유로워야 하지만 동시에 공정하게 행하여지지 않으면 안되며, 선거의 공정성을 확보하기 위해서는 어느 정도 선거운동에 대한 규제가 행하여지지 않을 수 없다. 특히 이 사건에 있어서와 같이 정규학력외의 학력을 학력란에 기재하는 것은 후보자의 실적과 능력 등을 실제 이상으로 유권자에게 강하게 인상지워 선거인의 투표에 관한 공정한 판단에 영향을 미칠 우려가 있다. 따라서 이러한 행위는 선거의 공정성을 확보하기 위하여 규제할 필요가 있다. 공선법 제250조 제1항 괄호부분이 교육법에서 인정하는 정규학력 외의 학력을 게재하는 것을 금하고 있다고 하더라도 그것이 헌법상 보장된 양심의 자유, 언론·출판의 자유 및 알권리의 본질적 내용을 침해하였다거나 자유선거원칙에 반한 것으로 볼 수 없다.

3. 판 단

가. 이 사건 법률조항의 연혁과 의의

이 사건 법률조항은 선거운동에 사용하는 선전벽보에 게재하는 내용 중 학력에 관한 사항을 규율하고 있다. 공선법은 1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정될 당시에는 선전벽보에 학력을 게재하는데 특별한 규율을 두지 않았었다. 그러나 1995. 12. 30. 법률 제5127호로 개정되면서 제64조 제1항에서 "교육법에서 인정하는 정규학력외의 공개강좌 기타 교육과정을 수학한 이력을 게재하는 경우에는 그 교육과정명과 수학기간을 기재하여야 한다"라고 규정하여 교육법이 인정하는 정규학력 이외의 학력(이하 '비정규학력'이라 한다)을 게재하는 경우에는 그 학력이 비정규학력인 것을 알 수 있도록 자세히 게재할 것을 요구하였으며, 1997. 1. 13. 법률 제5262호 개정 시에는 같은 조항을 "학력을 게재하는 경우에는 교육법에서 인정하는 정규학력 외에는 게재할 수 없도록" 변경함으로써 비정규학력을 선전벽보에 게재하는 것 자체를 금지하였다.

그 후 교육법이 교육기본법, 초·중등교육법 및 고등교육법 등으로 정리됨에 따라, 공선법 제64조 제1항 및 제250조 제1항은 1998. 4. 30. 법률 제5537호로 이 사건 법률조항과 같은 내용으로 개정되었다.

이 사건 법률조항은 후보자의 비정규학력을 선전벽보에 게재할 수 없도록 규정함으로써 후보자가 자신의 학력에 관하여 선거벽보를 통하여 유권자에게 알릴 수 있는 기회를 박탈하는 효과를 가지는바, 이는 후보자의 선거운동의 자유, 표현의 자유, 공무담임권 나아가 유권자의 알권리를 침해하는 것은 아닌가라는 법적 문제를 제기하고 있다. 이들 기본권 침해여부는 아래에서 실시하는 바와 같이 결국 후보자의 선거운동의 자유를 어느 범

위에서 제한할 수 있겠는가에 의하여 결정된다고 할 것이므로, 이하에서는 선거운동의 자유의 침해여부를 중심으로 이 사건 법률조항의 위헌 여부를 살펴본다.

나. 선거운동제한입법에 대한 헌법적 규제

민주정치는 주권자인 국민이 되도록 정치과정에 참여하는 기회가 폭 넓게 보장될 것을 요구한다. 따라서 국민의 주권행사 내지 참정권행사의 의미를 지니는 선거과정에서의 참여행위는 원칙적으로 자유롭게 행하여질 수 있도록 최대한 보장하여야 한다. 자유선거의 원칙은 비록 우리 헌법에 명시되지는 아니하였지만 민주국가의 선거제도에 내재하는 법원리인 것으로서 국민주권의 원리, 의회민주주의의 원리 및 참정권에 관한 규정에서 그 근거를 찾을 수 있다. 이러한 자유선거의 원칙은 선거의 전과정에 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 선거권을 부여하고 있는데, 선거권이 제대로 행사되기 위해서는 후보자에 대한 정보의 자유교환이 필연적으로 요청된다 할 것이므로, 선거운동의 자유는 선거권 행사의 전제 내지 선거권의 중요한 내용을 이룬다고 할 수 있다. 그러므로 선거운동의 제한은 선거권, 곧 참정권의 제한으로도 파악될 수 있을 것이다.

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

한편 헌법 제116조 제1항은 "선거운동은 각급 선거관리위원회의 관리하에 법률이 정하는 범위 안에서 하되, 균등한 기회가 보장되어야 한다"라는 별도의 규정을 두고 있는바, 이 규정은 선거운동의 허용범위를 아무런 제약없이 입법자의 재량에 맡기는 것으로 해석하기보다는, 선거운동이 국민주권 행사의 일환일 뿐 아니라 정치적 표현의 자유의 한 형태로서 민주사회를 구성하고 움직이게 하는 요소인 점을 고려하여 그 제한입법에 있어서도 엄격한 심사기준을 적용할 것을 정하고 있는 것으로 해석하여야 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, 사회발전단계, 민주시민의식의 성숙도, 종래에 있어 왔던 선거풍토 기타 제반상황을 종합하여 자유, 공정의 두 이념이 슬기롭게 조화되도록 정하여야 한다(헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등 판례집 6-2, 15, 28이하 ; 1995. 4. 20. 92헌바29, 판례집 7-1, 499, 506이하).

다. 과잉금지의 원칙 위반 여부

공선법의 제정과 개정에 관한 국회회의록 및 공선법 제1조에 의하건대, 이 사건 법률조항은 선전벽보에 비정규학력을 게재할 경우 유권자들로 하여금 후보자의 학력을 과대평가하고 이로써 선거인의 투표에 관한 공정한 판단을 흐리게 할 수 있으므로 이를 방지하여 유권자들에게 후보자의 능력과 자질을 올바르게 판단할 수 있는 기회를 제공하고, 이로써 선거의 공정성을 확보함을 입법목적으로 한다고 볼 수 있다. 이러한 입법목적은, 선거의 공정한 관리의 필요성을 인정하고 있고, 선거운동에서의 균등한 기회를 보장하고 있는 우리 헌법 제114조 제1항 및 제116조 제1항을 고려하건대, 그 헌법적 정당성이 인정된다.

그리고 비정규학력이 선전벽보에 게재되지 아니하는 경우 유권자인 국민들이 후보자의 학력에 관하여 오해할 소지가 줄어든다는 점에서 이 사건 법률조항이 위와 같은 입법목적에 기여할 수 있음은 물론이다.

한편, 이 사건 법률조항에 대하여는 비정규학력을 게재함에 있어서 그 학력이 학위취득의 목적이 아닌 교육과정임을 더불어 표시하게 하는 등 정확한 게재를 하도록 하는 방법을 통하여 유권자들의 오해를 충분히 제거할 수 있음에도 불구하고 비정규학력의 게재 자체를 원천적으로 금지하고 있는 이 사건 법률조항은 과도한 기본권 침해로서 피해의 최소성에 위반되는 것은 아닌가라는 의문이 제기된다.

생각건대, 비정규학력의 게재는 그러한 게재 자체가 일반인인 유권자들에게 후보자의 실적과 능력 등을 실제 이상으로 강하게 인상지우는 효과를 가지고 있다는 점, 우리 헌법 제31조, 교육기본법 제9조, 고등교육법 제2조·제4조·제18조·제21조·제23조·제59조, 초·중등교육법 및 학점인정등에관한법률 등을 살펴보면 알 수 있는 바와 같이, 우리 법제가 학교교육과 기타의 교육을 다르게 규율하고 있는 점, 그리고 학교명칭 등의 사용이 일정한 인상을 줄 수 있는 점을 고려하여 학교명칭의 사용을 법적으로 제한하는 법률조항(고등교육법 제18조 및 초·중등교육법 제60조)을 두고 있는 점 등을 종합하면, 이 사건 법률조항은 비정규학력을 정확히 게재하게 하는 입법수단과는 다른 입법적 효과를 가질 수 있고 그러한 효과가 입법목적 달성의 관점에서 달리 평가될 수 있다는 점에서 피해의 최소성 요건을 갖추고 있다고 할 것이다.

또한, 이 사건 법률조항으로 인하여 후보자의 선거운동의 자유, 표현의 자유, 공무담임권이 제한받는 효과가 발생하기는 하나, 이러한 효과는 민주절차의 중심이 되는 선거과정의 공정성을 확보하기 위한 것으로서 보호하려는 공익과 제한되는 사익 사이에 법익의 균형성이 인정된다고 할 것이다. 결국 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반되지 아니한다.

라. 평등원칙 위반 여부

우리 헌법은 일반적인 평등의 원칙(제11조 제1항)을 규정하는 외에도 선거에 있어서의 평등원칙(제41조 제1항, 제67조 제1항)을 규정하는 동시에 선거운동에서의 기회균등도 보장하고 있다(제116조 제1항). 따라서 각종 공직선거에 있어서 후보자들간에는 선거운동의 기회가 균등히 보장되어야 하고 특정후보자에게 다른 후보자에 비하여 불합리한 차별을 가하여서는 아니 된다.

그러나 헌법 제11조 제1항에서 규정하고 있는 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적인 근거가 없는 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적 평등을 뜻하므로 합리적인 근거가 있는 차별은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니며, 선거운동의 기회균등원칙도 일반적 평등원칙과 마찬가지로 절대적이고도 획일적인 평등 내지 기회균등을 요구하는 것이 아니라 합리적 근거 없는 자의적 차별 내지 차등만을 금지하는 것으로 이해하여야 한다(헌재 1997. 10. 30. 96헌마94, 판례집 9-2, 523, 531 ; 1998. 8. 27. 97헌마372등, 판례집 10-2, 461, 475, 476 ; 1999. 1. 28. 98헌마172, 공보 32, 216, 218 참조).

청구인은 교육기간, 교과과정, 강의교수진 등의 관점에서 보건대 위 리더쉽특별과정은 정규학위과정을 실시하는 동일한 기관에서 동일한 교수진으로 구성된 소정의 전문과정으로 볼 수 있으므로, 정규과정과 특별과정을 차별할만한 사유를 찾을 수 없으므로 이 사건 법

률조항은 평등원칙에 위반된다고 주장한다.

생각건대, 위에서 살펴본 바와 같이 우리 헌법 제31조, 교육기본법 제9조, 고등교육법 제2조·제4조·제18조·제21조·제23조·제59조, 초·중등교육법 및 학점인정등에관한법률 등에 의하면, 우리 법제는 모든 국민이 균등하게 교육을 받을 것을 전제로 하면서도 교육이 민주 국가의 발전과 인류공영의 이상을 실현하는데 이바지하는 공공적 중요성을 고려하여, 학교교육을 특별히 규율하여 학력평가 및 능력인증에 관한 제도를 학교교육에 연계하고 있을 뿐만 아니라, 학교교육의 공공성을 중시하여 학교의 종류, 설립, 경영, 교원, 교과과정, 학력평가 및 능력인증 등에서 학교교육제도를 엄격히 관리·통제함으로써 다른 교육과 구분하고 있음이 인정된다. 즉, 현행의 법제는 정규학력과 비정규학력이 학력의 평가 등에서 동등하지 아니한 것을 전제로 하고 있다고 보아야 한다. 그렇다면 정규학력과 비정규학력을 구분하여 규율하고 있는 이 사건 법률조항을 합리적인 근거를 가지지 아니한 채 청구인을 차별하고 있는 것으로 인정하기는 어렵다고 할 것이다.

4. 결 론

이상과 같은 이유로 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 조승형의 아래 제5항과 같은 주문표시에 관한 별개의견이 있는 외에는, 관여재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견

나는 주문표시를 "심판청구를 기각한다"로 함이 상당하다고 생각한다.

그 이유는 우리재판소가 1995. 10. 26. 선고한 92헌바45 군형법 제75조 제1항 제1호 위헌소원, 93헌바62 구 주택건설촉진법 제52조 제1항 제3호 등 위헌소원, 94헌바7, 8(병합) 구 조세감면규제법 제62조 제3항 위헌소원, 95헌바22 징발재산정리에관한특별조치법 제20조 제1항 위헌소원, 94헌바28 소액사건심판법 제3조 위헌소원의 각 사건 결정시에 주문표시에 관한 별개의견에서 상세하게 설명한 바와 같이, 헌법재판소법 제75조 제7항, 제47조 소정의 기속력이 인정되지 아니하는 합헌결정을 굳이 할 필요가 없으며, 이 사건의 경우는 국민이 위헌이라고 주장하여 심판을 청구하는 것이므로 그 뜻을 받아 들일 수 없는 결론 즉 합헌이라면 굳이 아무런 실효도 없이 국민이 청구한 바도 없는 "합헌"임을 주문에 표시할 필요가 없기 때문이다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화(주심) 조승형 정경식 고종석 신창언 이영모 한대현

선거관련 헌법재판소 판례집 I

2010년 1월 일 印刷

2010년 1월 일 發行

판 권
소 유

발행 : 중앙선거관리위원회 법규해석과

인쇄 : 대한정보인쇄(주)(TEL: 02-2632-0416)

《비매품》