

공직선거및선거부정방지법 제146조 제2항 위헌확인,
공직선거및선거부정방지법 제56조 등 위헌확인,
공직선거및선거부정방지법 제189조 위헌확인

(2001. 7. 19. 2000헌마91·112·134(병합) 전원재판부)

【판시사항】

1. 국회의원 후보자등록시 2천만원의 기탁금을 납부토록 한 공직선거및선거부정방지법(이하 “공선법”) 제56조 제1항 제2호의 위헌여부(적극)
2. 위 기탁금의 반환 및 국고귀속의 기준을 정한 공선법 제57조 제1항, 제2항의 위헌여부(적극)
3. 비례대표국회의원의석의 배분방식 및 1인1표제의 위헌여부(적극)
4. 심판대상에 부수되는 관련조항에 대하여도 위헌선언을 한 사례

【결정요지】

1. 기탁금의 액수는 불성실한 입후보를 차단하는데 필요한 최소한으로 정하여야지, 진지한 자세로 입후보하려는 국민의 피선거권을 제한하는 정도여서는 아니될 것인바, 공선법 제56조 제1항 제2호는 국회의원 후보자등록을 신청하는 후보자로 하여금 2천만원을 기탁금으로 납부하도록 하고 있는데, 이 금액은 평균적인 일반국민의 경제력으로는 피선거권 행사를 위하여 손쉽게 조달할 수 있는 금액이라고 할 수 없으며, 이와 같이 과도한 기탁금은 기탁금을 마련할 자력이 없으면 아무리 훌륭한 자질을 지니고 있다 할지라도 국회의원 입후보를 사실상 봉쇄당하게 하며, 그로 말미암아 서민층과 젊은 세대를 대표할 자가 국민의 대표기관인 국회에 진출하지 못하게 하는 반면, 재력이 풍부하여 그 정도의 돈을 쉽게 조달·활용할 수 있는 사람들에게는 아무런 입후보 난립방지의 효과를 갖지 못하여 결국 후보자

의 난립 방지라는 목적을 공평하고 적절히 달성하지도 못하면서, 진실된 입후보의 의사를 가진 많은 국민들로 하여금 입후보 등록을 포기하지 않을 수 없게 하고 있으므로 이들의 평등권과 피선거권, 이들을 뽑으려는 유권자들의 선택의 자유를 침해하는 것이다.

2. 선거는 그 과정을 통하여 국민의 다양한 정치적 의사가 표출되는 장으로서 낙선한 후보자라고 하여 결과적으로 ‘난립후보’라고 보아 제재를 가하여서는 아니되므로 기탁금 반환의 기준으로 득표율을 사용하고자 한다면 그 기준득표율은 유효투표총수의 미미한 수준에 머물러야 할 것인바, 공선법 제57조 제1항, 제2항은 지역구국회의원선거에 있어 후보자의 득표수가 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수 이상이거나 유효투표총수의 100분의 20이상인 때에 해당하지 않으면 기탁금을 반환하지 아니하고 국고에 귀속시키도록 하고 있는데, 이러한 기준은 과도하게 높아 진지한 입후보희망자의 입후보를 가로막고 있으며, 또한 일단 입후보한 자로서 진지하게 당선을 위한 노력을 다한 입후보자에게 선거결과에 따라 부당한 제재를 가하는 것이 되고, 특히 2, 3개의 거대정당이 존재하는 경우 군소정당이나 신생정당 후보자로서는 위 기준을 충족하기가 힘들게 될 것이므로 결국 이들의 정치참여 기회를 제약하는 효과를 낳게 된다 할 것이므로 위 조항은 국민의 피선거권을 침해하는 것이다.

3. 가. 공선법은 이른바 1인 1표제를 채택하여(제146조 제2항) 유권자에게 별도의 정당투표를 인정하지 않고 있으며, 지역구선거에서 표출된 유권자의 의사를 그대로 정당에 대한 지지의사로 의제하여 비례대표의석을 배분토록 하고 있는바(제189조 제1항), 이러한 비례대표제 방식에 의하면, 유권자가 지역구후보자나 그가 속한 정당 중 어느 일방만을 지지할 경우 지역구후보자 개인을 기준으로 투표하든, 정당을 기준으로 투표하든 어느 경우에도 자신의 진정한 의사는 반영시킬 수 없으며, 후보자든 정당이든 절반의 선택권을 박탈당할 수 밖에 없을 뿐만 아니라, 신생정당에 대한 국민의 지지도를 제대로 반영할 수 없어 기존의 세력정당에 대한 국민의 실제 지지도를 초과하여 그 세력정당에 의석을 배분하여 주게 되는바, 이는 선거에 있어 국민의 의사를 제대로 반영하고, 국민의 자유로운 선택권을 보장할 것 등을 요구하는 민주주의원리에 부합하지 않는다.

나. 비례대표제를 채택하는 경우 직접선거의 원칙은 의원의 선출 뿐만 아니라 정당의 비례적인 의석확보도 선거권자의 투표에 의하여 직접 결정될 것을 요구하는바, 비례대표의원의 선거는 지역구위원의 선거와는 별도의 선거이므로 이에 관한 유권자의 별도의 의사표시, 즉 정당명부에 대한 별도의 투표가 있어야 함에도 현행제도는 정당명부에 대한 투표가 따로 없으므로 결국 비례대표의원의 선출에 있어서는 정당의 명부작성행위가 최종적·결정적인 의의를 지니게 되고, 선거권자들의 투표행위로써 비례대표의원의 선출을 직접·결정적으로 좌우할 수 없으므로 직접선거의 원칙에 위배된다.

다. 현행 1인1표제하에서의 비례대표의석배분방식에서, 지역구후보자에 대한 투표는 지역구위원의 선출에 기여함과 아울러 그가 속한 정당의 비례대표의원의 선출에도 기여하는 2중의 가치를 지니게 되는데 반하여, 무소속 후보자에 대한 투표는 그 무소속후보자의 선출에만 기여할 뿐 비례대표의원의 선출에는 전혀 기여하지 못하므로 투표가치의 불평등이 발생하는바, 자신이 지지하는 정당이 자신의 지역구에 후보자를 추천하지 않아 어쩔 수 없이 무소속후보자에게 투표하는 유권자들로서는 자신의 의사에 반하여 투표가치의 불평등을 강요당하게 되는바, 이는 합리적 이유없이 무소속 후보자에게 투표하는 유권자를 차별하는 것이라 할 것이므로 평등선거의 원칙에 위배된다.

라. 공선법 제189조 제1항은 위와 같은 이유로 헌법에 위반되며, 공선법 제146조 제2항 중 “1인1표로 한다”부분은 국회의원선거에 있어 지역구국회의원선거와 병행하여 정당명부식 비례대표제를 실시하면서도 별도의 정당투표를 허용하지 않는 범위에서 헌법에 위반된다 할 것인바, 그로 인하여 유권자인 국민들의 비례대표국회의원에 대한 선거권, 무소속후보자에 대하여 투표하는 유권자들의 평등권 등의 기본권이 침해된다.

4. 비례대표국회의원선거의 근간이 되는 공선법 제189조 제1항이 위헌이라면 그에 부수되는 동조 제2항 내지 제7항은 독자적인 규범적 존재로서의 의미를 잃게 되는바, 그렇다면 이 조항들이 비록 심판대상이 아니지만 함께 위헌선언을 함으로써 법적 명확성을 기하는 것이 상당하므로 그에 대하여도 아울러 위헌선언을 한다.

재판관 권 성의 보충의견

3. 1인 1표제 하에서는 유권자가 지지하는 후보자와 지지하는 정당이 다를 경우 유권자는 후보자와 정당 중 어느 한 쪽에 대한 지지를 포기하지 않을 수 없게 되는데 이것은 지지하는 후보자나 정당을 위하여, 지지하지 않는 정당측이나 후보자측에게, 투표하지 않을 수 없도록 강제하는 것이고 경우에 따라서는 후보자와 정당 중 하나를 선택하기 어려워 투표 자체를 포기하고 말게 강제하는 것을 의미하므로 결국 유권자의 의사형성의 자유 내지 결심의 자유를 부당하게 축소하고 그 결과로 투표의 자유를 침해하는 것이 되므로 자유선거의 원칙에도 어긋난다.

【심판대상조문】

공직선거및선거부정방지법 제56조(기탁금) ① 후보자등록을 신청하는 자는 등록신청시에 후보자 1인마다 다음 각 호의 기탁금을 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 따라 관할선거구선거관리위원회에 납부하여야 한다.

1. 생략
2. 국회의원선거는 2천만원
- 3.~6. 생략

②~③ 생략

공직선거및선거부정방지법 제57조(기탁금의 반환 등) ① 정당 또는 후보자가 다음 각 호에 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 선거일 후 30일 이내에 기탁자에게 반환한다.

1. 대통령선거, 지역구국회의원선거, 지방의회의원선거 및 지방자치단체의 장 선거 후보자의 득표수가 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수 이상이거나 유효투표총수의 100분의 20 이상인 때

2.~3. 생략

② 비례대표국회의원후보자명부 또는 비례대표시·도의원후보자명부에 올라 있는 후보자중 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 나머지 금액은 국가 또는 당해 지방자치단체에 귀속한다. 이 경우 제56조 제3항의 규정에 의하여 기탁금에서 부담하여야 할 비용이 기탁금을 넘는 때에는 당해 선

거구선거관리위원회의 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 국제세납처분의 예에 따라 이를 징수하여 국가 또는 당해 지방자치단체에 납입하여야 한다.

③~⑤ 생략

공직선거및선거부정방지법 제189조(비례대표국회의원의의석의 배분과 당선인의 결정·공고·통지) ① 비례대표국회의원선거에 있어서는 중앙선거관리위원회가 지역구국회의원총선거에서 5석 이상의 의석을 차지하였거나 유효투표총수[제188조(지역구국회의원당선인의 결정·공고·통지) 제4항 후단의 규정에 의하여 당선인이 없는 국회의원지역구의 유효투표수를 포함한다]의 100분의 5 이상을 득표한 각 정당(비례대표국회의원후보자명부를 제출하지 아니한 정당을 제외한다. 이하 이 조에서 “의석할당정당”이라 한다)에 대하여 지역구국회의원총선거에서 얻은 득표비율에 따라 비례대표국회의원의의석을 배분한다. 다만, 지역구국회의원총선거에서 유효투표총수의 100분의 3 이상 100분의 5 미만을 득표한 각 정당에 대하여는 비례대표국회의원의의석 1석씩을 배분한다.

② 제1항의 득표비율은 각 의석할당정당의 득표수(제188조 제4항 후단의 규정에 의하여 당선인이 없는 국회의원지역구의 득표수를 포함한다. 이하 이 항 및 제4항에서 같다)를 모든 의석할당정당이 지역구국회의원총선거에서 얻은 득표수의 합계로 나누고 소수점 이하 제5위를 반올림하여 산출한다.

③ 비례대표국회의원의의석은 제2항의 규정에 의하여 산출된 각 정당의 득표비율에 비례대표국회의원의의석정수에서 제1항 단서의 규정에 의하여 배분된 의석수를 뺀 수를 곱하여 산출된 수의 정수의 의석을 각 정당에 배분한 다음에 잔여의석이 있는 때에는 그 단수가 큰 순위에 따라 각 정당에 1석씩 배분한다.

④ 제3항의 경우에 같은 단수가 있는 때에는 그 득표수가 많은 정당에 배분하고, 그 득표수가 같은 때에는 당해 정당사이의 추첨에 의한다.

⑤ 정당에 배분된 비례대표국회의원의의석수가 그 정당이 추천한 비례대표국회의원후보자수를 넘는 때에는 그 넘는 의석은 공석으로 한다.

⑥ 중앙선거관리위원회는 제출된 정당별 비례대표국회의원후보자명부에 기재된 순위에 따라 정당에 배분된 비례대표국회의원의의석의 당선인을 결정한다.

⑦ 중앙선거관리위원회는 제195조(재선거) 제1호 및 제2호 전단(제188조 제4항 후단의 경우를 제외한다)·제196조(선거의 연기) 또는 제198조(천재·지변등으로 인한 재투표)의 사유로 인하여 국회의원지역구의 선거가 모두 종결되지 아니한 경우에는 선거가 종결되지 아니한 당해 국회의원지역구의 선거인수를 전국선거인수(제188조 제2항 및 같은 조 제3항의 규정에 의하여 투표를 실시하지 아니한 국회의원지역구의 선거인수를 제외한다)로 나눈 수에 비례대표국회의원의의석정수를 곱하여 얻은 수의 정수를 비례대표국회의원의의석정수에서 뺀 다음에 제1항 내지 제6항의 규정에 따라 비례대표국회의원의의석을 배분하고 당선인을 결정한다. 다만, 제1항의 규정에 의하여 비례대표국회의원의의석배분이 배제된 정당

중 종결되지 아니한 국회의원지역구의 선거결과에 따라 배분대상정당이 추가될 것이 예상되는 때에는 추가가 예상되는 정당마다 비례대표국회의원정수의 100분의 5에 해당하는 정수를 별도로 빼야 한다.

⑧~⑨ 생략

공직선거및선거부정방지법 제146조(선거방법) ① 생략

② 투표는 직접 또는 우편으로 하되, 1인 1표로 한다.

③ 생략

【참조조문】

헌법 제41조 제1항, 제3항

공직선거및선거부정방지법 제47조(정당의 후보자추천) ① 생략

② 정당이 제1항의 규정에 의하여 후보자를 추천함에 있어서는 정당법 제31조(공직선거후보자의 추천)의 규정에 따라 민주적인 절차에 의하여야 한다.

정당법 제31조(공직선거후보자의 추천) ① 정당의 공직선거후보자의 추천은 민주적이어야 한다.

② 정당의 공직선거후보자 추천에는 후보자를 추천할 공직선거의 선거구를 관할하는 해당 당부 대의기관의 의사가 반영되도록 하여야 하며, 그 구체적 절차는 당헌으로 정한다.

③ 정당의 당원으로서 당헌에서 정한 바에 따라 당비를 납부하거나 무급으로 각급 당부에서 자원봉사를 한 자에 한하여 당해정당의 공직선거후보자 또는 당직자의 선거권이 있다.

④ 정당은 비례대표전국선거국회의원선거후보자와 비례대표선거구시·도의회의원선거후보자중 100분의 30이상을 여성으로 추천하여야 한다.

【참조판례】

1. 헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199

3. 헌재 1995. 12. 27. 95헌마224등, 판례집 7-2, 760, 771

4. 헌재 1989. 11. 20. 89헌가102, 판례집 1, 329

헌재 1991. 11. 25. 91헌가6, 판례집 3, 569

헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808

【당 사 자】

청 구 인 1. 장○표 외 3인(2000헌마91)

청구인들 대리인 중원종합법무법인

담당변호사 임 호

2. 민주노동당창당준비위원회

대표자 권영길 외 2인(2000헌마112)

청구인들 대리인

1. 법무법인 창조

담당변호사 이기욱 외 5인

2. 법무법인 시민종합법률사무소

담당변호사 고영구 외 6인

3. 법무법인 안산종합법률사무소

담당변호사 박세경 외 4인

3. 이○자 외 28인(2000헌마134)

청구인들 대리인 변호사 유선호 외 4인

【주 문】

1. 공직선거및선거부정방지법 제56조 제1항 제2호, 제57조 제1항 제1호 중 지역구국회의원선거에 관한 부분, 동조 제2항 중 지역구국회의원후보자의 득표수가 동조 제1항 제1호의 득표수에 미달되는 때에는 기탁금을 국가에 귀속하도록 한 부분, 제189조 제1항 내지 제7항은 헌법에 위반된다.

2. 위 같은 법 제146조 제2항 중 “1인 1표로 한다” 부분은 국회의원선거에 있어 지역구국회의원선거와 병행하여 정당명부식 비례대표제를 실시하면서도 별도의 정당투표를 허용하지 않는 범위에서 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2000헌마91 사건

청구인들은 가칭 ‘청렴정치 국민연합’을 결성하여 신생정당 창당을 준비중인 33인의 발기인들 중의 일부로서, 공직선거의 투표에 관하여 1인 1표제를 규정하고 있는 공직선거및선거부정방지법(이하 “공선법”이라 한다) 제146조 제2항이 청구인들의 헌법상 보장된 선거권, 공무담임권, 평등권을 침해하는 위헌규정이라고 하면서 2000. 2. 10. 이 헌법소원을 청구하였다.

(2) 2000헌마112 사건

청구인 신○식은 2000. 4. 13. 실시될 제16대 국회의원 선거에서 선거권을 행사할 유권자로서, 청구인 이○현은 같은 유권자이자 서울 노원구에서 국회의원 후보가 되고자 준비중인 자로서, 청구인 민주노동당창당준비위원회는

민주노동당을 창당하여 위 선거에 소속당원을 후보자로 추천하고자 하는 단체로서, 공선법 제56조, 제57조, 제189조로 인하여 자신들의 평등권, 피선거권이 침해된다는 등의 이유로 2000. 2. 16. 이 헌법소원을 청구하였다.

(3) 2000헌마134 사건

청구인 이○자외 25인은 2000. 4. 13. 실시될 제16대 국회의원 선거에서 선거권을 행사할 유권자들이고, 청구인 유재건, 조순형은 새천년민주당 소속의 국회의원으로서 위 선거에서 위 정당의 지역구후보로 공천이 확정된 자들이며, 청구인 김한길은 위 같은 정당의 당원으로서 위 정당의 전국구비례대표후보자로 출마예정인 자인 바, 공선법 제189조가 자신들의 선거권, 피선거권 등을 침해한다면서 2000. 2. 22. 이 헌법소원을 청구하였다.

나. 심판의 대상

공선법 제56조, 제57조, 제189조 중 뒤에서 보는 바와 같이 청구인들이 실제로 그 위헌성을 다투는 것은 공선법 제56조 제1항 제2호, 제57조 제1항 제1호 중 지역구국회의원선거에 관한 부분, 동조 제2항 중 지역구국회의원후보자의 득표수가 동조 제1항 제1호의 득표수에 미달되는 때에는 기탁금을 국가에 귀속하도록 한 부분, 그리고 제189조 중 제1항에 국한된다. 공선법 제146조 제2항의 경우 “1인 1표로 한다”는 부분 중 국회의원선거에 관한 부분만이 실질적 청구대상이다. 그렇다면 이 사건 심판의 대상은 위와 같이 특정된 공선법 조항들이 청구인들의 헌법상 보장된 기본권을 침해하는지의 여부이며, 심판대상조항들 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

공선법 제56조(기탁금) ① 후보자등록을 신청하는 자는 등록신청시에 후보자 1인마다 다음 각 호의 기탁금을 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 따라 관할선거구선거관리위원회에 납부하여야 한다.

2. 국회의원선거는 2천만원

제57조(기탁금의 반환 등) ① 정당 또는 후보자가 다음 각 호에 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 선거일 후 30일 이내에 기탁자에게 반환한다.

1. 대통령선거, 지역구국회의원선거, 지방의회의원선거 및 지방자치단체의 장 선거 후보자의 득표수가 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수 이상이거나 유효투표총수의 100분의 20 이상인 때

② 비례대표국회의원후보자명부 또는 비례대표시·도의원후보자명부에 올라 있는 후보자중 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 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.

제146조(선거방법) ② 투표는 직접 또는 우편으로 하되, 1인 1표로 한다.

제189조(비례대표국회의원의의석의 배분과 당선인의 결정·공고·통지)
① 비례대표국회의원선거에 있어서는 중앙선거관리위원회가 지역구국회의원총선거에서 5석 이상의 의석을 차지하였거나 유효투표총수[제188조(지역구국회의원당선인의 결정·공고·통지) 제4항 후단의 규정에 의하여 당선인이 없는 국회의원지역구의 유효투표수를 포함한다]의 100분의 5 이상을 득표한 각 정당(비례대표국회의원후보자명부를 제출하지 아니한 정당을 제외한다. 이하 이 조에서 “의석할당정당”이라 한다)에 대하여 지역구국회의원총선거에서 얻은 득표비율에 따라 비례대표국회의원의의석을 배분한다. 다만, 지역구국회의원총선거에서 유효투표총수의 100분의 3 이상 100분의 5 미만을 득표한 각 정당에 대하여는 비례대표국회의원의의석 1석씩을 배분한다.

② 제1항의 득표비율은 각 의석할당정당의 득표수(제188조 제4항 후단의 규정에 의하여 당선인이 없는 국회의원지역구의 득표수를 포함한다. 이하 이 항 및 제4항에서 같다)를 모든 의석할당정당이 지역구국회의원총선거에서 얻은 득표수의 합계로 나누고 소수점 이하 제5위를 반올림하여 산출한다.

③ 비례대표국회의원의의석은 제2항의 규정에 의하여 산출된 각 정당의 득표비율에 비례대표국회의원의의석정수에서 제1항 단서의 규정에 의하여 배분된 의석수를 뺀 수를 곱하여 산출된 수의 정수의 의석을 각 정당에 배분한 다음에 잔여의석이 있는 때에는 그 단수가 큰 순위에 따라 각 정당에 1석씩 배분한다.

④ 제3항의 경우에 같은 단수가 있는 때에는 그 득표수가 많은 정당에 배분하고, 그 득표수가 같은 때에는 당해 정당사이의 추첨에 의한다.

⑤ 정당에 배분된 비례대표국회의원의석수가 그 정당이 추천한 비례대표국회의원후보자수를 넘는 때에는 그 넘는 의석은 공석으로 한다.

⑥ 중앙선거관리위원회는 제출된 정당별 비례대표국회의원후보자명부에 기재된 순위에 따라 정당에 배분된 비례대표국회의원의석의 당선인을 결정한다.

⑦ 중앙선거관리위원회는 제195조(재선거) 제1호 및 제2호 전단(제188조 제4항 후단의 경우를 제외한다)·제196조(선거의 연기) 또는 제198조(천재·지변등으로 인한 재투표)의 사유로 인하여 국회의원지역구의 선거가 모두 종결되지 아니한 경우에는 선거가 종결되지 아니한 당해 국회의원지역구의 선거인수를 전국선거인수(제188조 제2항 및 같은 조 제3항의 규정에 의하여 투표를 실시하지 아니한 국회의원지역구의 선거인수를 제외한다)로 나눈 수에 비례대표국회의원의석정수를 곱하여 얻은 수의 정수를 비례대표국회의원의석정수에서 뺀 다음에 제1항 내지 제6항의 규정에 따라 비례대표국회의원의석을 배분하고 당선인을 결정한다. 다만, 제1항의 규정에 의하여 비례대표국회의원의석배분이 배제된 정당 중 종결되지 아니한 국회의원지역구의 선거결과에 따라 배분대상정당이 추가될 것이 예상되는 때에는 추가가 예상되는 정당마다 비례대표국회의원정수의 100분의 5에 해당하는 정수를 별도로 빼야 한다.

2. 청구이유

가. 2000헌마91 사건

(1) 비례대표제는 각 정당이 득표한 유효투표수의 비율에 따라 전국구 국회의원 수를 할당하여야 하는 것임에도 불구하고, 현행 1인 1표제 하에서는 일반 국민들은 오직 지역구후보만을 선택할 수 있을 뿐, 어느 누가 전국구 후보인지에 대하여 아무런 인식을 하지 못한 채 특정 정당에서 일괄적으로 정한 후보를 선택하게 되는데, 이는 진정한 국민들의 의사를 반영하지 못하고 일반 유권자들의 의사를 왜곡하는 것이어서 청구인들을 비롯한 일반 국민들의 공직선거후보자 선택의 자유(선거권)를 본질적으로 침해하는 것이다.

(2) 청구인들은 현재 불신받고 있는 의회정치를 극복하고, 다원화사회에 다양한 사회계층의 의사를 국정에 반영하고자 결성한 가칭 ‘청렴정치국민연합’의 발기인들인데, 1인 1표제 조항은 국민의 의사를 왜곡하여 신생정당이 의석

을 얻을 수 있는 길을 원초적으로 봉쇄하고 있으며, 이로 말미암아 청구인들의 공무담임권과 평등권이 본질적으로 침해되고 있다.

나. 2000헌마112 사건

(1) 2000. 2. 16. 개정된 공선법 제56조 제1항 제2호는 국회의원선거에 있어서 기존의 1,000만원이라는 과도한 기탁금액을 폐지하기는커녕 오히려 이를 2,000만원으로 인상하고 있는바, 이러한 과도한 기탁금액은 당선 가능성이 있는 서민적이고 진보적인 인사들의 후보등록을 불가능하게 하거나 현저히 어렵게 하는 것으로써 선거에 참여하려는 자를 경제적 능력에 따라 차별하여 “돈이 없는 자”로 하여금 국정에 참여할 기회를 근본적으로 박탈하고 있다.

공선법 제57조 제1항 제1호는 지역구국회의원선거에 있어서 후보자의 득표수가 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수 미만이거나 유효투표총수의 100분의 20 미만인 때에는 그 후보자에 대하여 기탁금을 반환하지 아니하고 국가에 귀속시키도록 하고 있는바, 이 또한 기탁금반환에 필요한 기준을 지나치게 높게 책정하여 선거와 국정에 참여할 기회를 가로막는 것이다.

(2) 공선법 제189조 제1항에 의하면 비례대표국회의원선거에 있어 선거인이 직접 특정정당에 대한 투표를 할 수 없고 지역구 후보에 대한 투표결과를 곧바로 그 후보의 소속정당에 대한 지지로 의제하고 있고, 당선인은 정당별 비례대표국회의원후보자명부에 기재된 순위에 따라 결정하도록 하고 있는바, 이는 선거인의 진정한 투표의사와 관련 없을 뿐만 아니라, 정당으로 하여금 사실상 중간선거인의 역할을 하게 하는 결과를 초래하고 있으므로 헌법에 보장된 직접선거원칙에 정면으로 위배된다.

(3) 위 공선법 조항은 지역구국회의원선거에서 5석 이상의 의석을 차지하였거나 유효투표총수의 100분의 5 이상을 득표한 각 정당에 대하여만 비례대표국회의원의석을 배분하고, 다만 유효투표총수의 득표비율이 100분의 3 이상 100분의 5 미만인 각 정당에 대하여는 1석씩을 배분하는 소위 ‘봉쇄규정’을 두고 있는데, 이는 지나치게 과도한 것이어서 평등선거의 원칙에 위반된다.

다. 2000헌마134 사건

(1) 공선법 제189조 제1항은 비례대표국회의원의 경우 비례대표국회의원이 속한 정당에 대한 직접투표를 하지 아니하고 지역구후보에 대한 투표를 비례대표후보들의 득표로 의제하고 있는바, 이는 헌법이 보장하고 있는 직접선거의 원칙에 위반된다.

(2) 위 공선법 조항은 지역구 국회의원 총선거에서 얻은 득표비율에 따라 비례대표국회의원 의석을 배분하도록 규정되어 있는바, 이로 인해 지역구 후보나 비례대표 후보의 선택에 있어서 지지후보가 서로 다른 경우 유권자는 어느 한쪽의 후보자 선택권을 박탈당하게 되어 헌법 제24조의 선거권, 헌법 제41조 제1항의 국회구성권을 침해받게 된다.

(3) 또한 전국구비례대표후보자의 입장에서 볼 때, 유권자가 그를 지지하더라도 유권자가 속한 선거구의 그 정당소속 지역구후보를 지지하지 않아 그 지역구후보자에게 투표하지 않을 경우 전국구비례대표국회의원으로 선출될 수 있는 기회를 박탈당하게 되어 피선거권(공무담임권)이 침해되고, 지역구후보자의 경우에도 유권자들이 그 후보자는 지지하나 그들이 소속한 정당을 지지하지 않아 결국 다른 후보에게 투표를 하는 경우가 있을 것인데 이 경우 그 후보자들이 지역구국회의원으로 당선 될 수 있는 기회를 박탈당하게 되어 역시 피선거권을 침해 받게 된다.

3. 판 단

가. 기탁금조항의 위헌여부

(1) 기탁금의 헌법적 한계

국민이 국회의원선거에 입후보할 자유는 헌법이 피선거권(공무담임권)으로 보장하는 기본권으로서 민주주의의 실현을 위한 가장 중요한 자유와 권리이지, 규제 받고 관리 받아야 할 행위가 아니다. 피선거권에 대한 제한은 당해 공직의 수행에 필요한 기본적인 능력 또는 자격의 요구나 선거의 공정성이라는 목적을 위하여 필요한 경우에 한하여만 행하여 질 수 있다. 공선법에서 국회의원 입후보에 연령제한을 하고 있는 것(제16조 제2항), 피선거권의 결격사유를 규정하고 있는 것(제19조)이나 공무원 등의 입후보를 제한하는 것(제53조)은 모두 이러한 제한법리에 의한 것이다.

그런데 현행 공선법상 국회의원입후보 기탁금의 목적은 후보자 난립의 저지를 통하여 선거관리의 효율성을 꾀하는 한편, 불법행위에 대한 제재금의 사전확보에 있는바, 이러한 목적은 선거관리의 차원에서 나오는 것으로서 순수히 행정적인 공익임에 반하여 이로 인하여 제한되는 국민의 권익은 피선거권이라는 대단히 중요한 기본권임에 비추어, 기탁금제도 자체가 합헌일지라도 그 액수는 그야말로 불성실한 입후보를 차단하는데 필요한 최소한에 그치고 진지한 자세로 입후보하려는 국민의 피선거권을 제한하는 정도여서는 아니된다.

적정 후보자의 수는 몇 명이며, 후보자가 몇 명 이상일 때 ‘후보자 난립’이라고 할 수 있는지에 관하여 분명한 기준을 제시하기 어렵고, 기탁금제도에 후보자난립 방지의 효과가 얼마나 있는지에 관하여 확실한 대답을 하기 어려운 만큼 기탁금제도의 운용, 기탁금액의 설정은 신중을 기하여야 한다. 그러므로 가능하면 피선거권의 행사를 위축시키지 않을 정도의 상징적인 금액에 머무르는 것이 상당하다.

(2) 기탁금액의 위헌성

(가) 우리재판소는 일찍이 국회의원 지역구후보자등록신청에 2천만원(정당추천의 경우 1천만원)을 기탁하도록 하였던 구 국회의원선거법 제33조에 대하여 헌법불합치결정을 선고한 바 있는데(헌재 1989. 9. 8. 88헌가 6, 판례집 1, 199), 그 결정의 요지는 2천만원 내지 1천만원의 기탁금액은 서민계층이나 20대, 30대 젊은 세대의 입후보를 제한하고 재력있는 사람만이 입후보할 수 있도록 함으로써 민주주의의 기본원리에 반하여 국민의 참정권을 침해한다는 것이다.

(나) 공선법 제56조 제1항 제2호에 의하여 국회의원 후보자등록을 신청하는 후보자 1인마다 관할선거구 선거관리위원회에 납부하여야 하는 2천만원이라는 금액은 평균적인 일반국민의 경제력으로는 피선거권 행사를 위하여 손쉽게 조달할 수 있는 금액이라고 할 수 없다는 점에서 위 헌법불합치결정의 당시에 지금이나 큰 차이가 없다. 이 금액은 우리나라의 대다수 국민들에게 국회의원 입후보를 포기케 하는 작용을 하는 큰 금액이다. 저소득층이나 20대, 30대 초반의 젊은 층에게는 그 자체로 큰 돈이며, 어느 정도 경제적 안정을 누리는 중산층의 입장에서조차 국회의원 입후보의 대가로서 2천만원이라는 금액이 아무런 부담이 없다고 하기는 쉽지 않을 것이다(우리나라의 2000년도 전산업실질임금은 월 1,422,000원이고, 소비자물가지수는 1995년을 100으로 하였을 때 1989년은 68.2, 2000년은 121.5이다).

이와 같이 대다수 국민들에게 상당한 부담이 되는 만만찮은 금액을 마련할 자력이 없는 사람은 법률상의 다른 자격요건을 갖추고, 아무리 훌륭한 자질을 지니고 있다 할지라도 국회의원 입후보에의 진출을 사실상 봉쇄 당하게 된다.

이러한 문제는 비단 입후보 지망자 개인의 차원에 그치는 것이 아니라 계층과 세대의 차원에까지 확대된다. 과도한 기탁금은 재력이 없는 서민층과 젊은 세대에서 입후보자가 나오는 것을 곤란케 하고, 이는 이들 서민층과 젊은 세대를 대표할 자가 국민의 대표기관인 국회에 진출하지 못함을 의미한다. 이

들은 우리 사회의 소수자에 불과한 것이 아니라 우리 사회의 근간을 이루는 주요 계층이다. 그럼에도 이들이 정치적으로 거의 대표되지 못한다면 이는 대의제의 원리에 반하고, 다원성을 핵심요소로 하는 민주주의정신에도 본질적으로 반하는 것이 된다.

(다) 2천만원이라는 일률적 기탁금은 재력이 풍부하여 그 정도의 돈을 쉽게 조달·활용할 수 있는 사람들에게는 입후보 난립방지의 효과를 전혀 갖지 못한다. 또한 기탁금 2천만원을 돌려 받지 못하더라도 입후보 자체로 그 이상의 효과를 얻을 것을 노리는 사람들에게도 마찬가지이다. 이 문제는 아무리 기탁금을 고액으로 하여도 상대적인 정도의 차이만 있을 뿐 마찬가지로 발생한다. 결국 기탁금의 설정은 그 기탁금에 부담을 느끼는 사람들에게나 입후보 억제 효과의 효과를 가질 뿐, 아무런 부담을 느끼지 않는 사람들의 입후보 난립방지에는 아무런 도움도 되지 않는다. 그러면서 재력이 없는 진정한 입후보 지망자의 기회를 박탈할 뿐이다. 경제력에 따른 부당한 차별을 피하여 합리적으로 기탁금을 설정하려면 입후보자의 재력에 비례하여 기탁금액을 설정하든지, 입후보하려는 공직의 보수, 일정 비율을 기탁하게 하는 방법이 있을 것인데, 어느 경우이든 그 기준이 지나치게 높아서는 아니될 것이다.

(라) 공선법은 무소속후보자로서 하여금 국회의원선거에 입후보함에 있어 300인 이상 500인 이하의 선거권자의 추천을 받도록 하고 있다(제48조 제2항 제2호). 이러한 선거권자의 후보자추천제도는 불성실한 입후보를 저지할 수 있는 보다 합리적이고 유효적절한 수단이라 할 것인바, 이 제도로도 상당한 정도로 무분별한 입후보를 막는 효과가 있을 터에, 이중으로 고액의 기탁금을 요구하는 것은 지나친 규제이다.

(마) 설사 기탁금 2천만원이 대다수의 입후보지원자들에게 과중한 부담이 아니라고 하더라도, 그리하여 입후보지원자로서 2천만원의 기탁금을 마련하지 못하여 입후보를 포기하지 않을 수 없는 사람들이 비록 소수에 그친다 할지라도 그러한 소수자들의 기회를 박탈하는 것인 한 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 기본권보장 정신에 어긋나기 때문이다.

(바) 결론적으로 2천만원의 기탁금을 후보자등록의 요건으로 일률적·절대적으로 요구하는 것은 후보자난립방지라는 목적을 공평하고 적절히 달성하지

도 못하면서, 진실된 입후보의 의사를 가진 많은 국민들, 특히 서민층과 젊은 세대들로 하여금 오로지 고액의 기탁금으로 인한 경제적 부담으로 말미암아 입후보 등록을 포기하지 않을 수 없게 하고 있으므로 이들의 평등권과 피선거권, 이들을 뽑으려는 유권자들의 선택의 자유를 침해하는 것이라고 하지 않을 수 없다.

나. 기탁금 반환조항의 위헌 여부

(1) 공선법 제57조 제1항, 제2항에 의하면 지역구국회의원선거에 있어 후보자가 당선되거나 사망하지 않은 한 그 후보자의 득표수가 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수 이상이거나 유효투표총수의 100분의 20 이상인 때에 해당하지 않으면 기탁금을 반환하지 아니하고 국고에 귀속시킨다(이하 공선법 제57조 제1항, 제2항 중 이러한 내용의 규정부분을 “반환조항”이라 한다).

기탁금 국고귀속제도는 기탁금제도 자체와 불가분의 관계에 있다. 후보 난립 방지를 위하여 기탁금 자체의 필요성을 인정하는 한 일정한 요건하에 기탁금을 국고에 귀속시키는 것은 기탁금제도의 실효성을 보장하기 위하여 필요하다 할 수 있다. 그러나 기탁금 국고귀속의 기준 설정 또한 기탁금의 액수와 마찬가지로 피선거권이라는 중요한 기본권의 행사를 위축시키지 않도록 필요한 최소한에 그쳐야 한다는 헌법적 한계를 갖는다.

기탁금액이 상대적으로 높더라도 그 반환의 조건을 갖추기가 매우 용이하다면 결국 일정기간 금전을 예치해 놓는 것에 불과하여 입후보라는 피선거권의 행사에 별다른 제약으로 작용하지 않을 것이나, 반환조건을 충족시키기 어렵다면 결국 기탁금을 포기할 것을 각오하지 않는 한 피선거권 행사의 위축이라는 효과를 가져오게 된다. 그러므로 기탁금 반환의 기준 또한 진지한 입후보자에게 부담으로 작용할 정도로 높아서는 아니된다.

(2) 선거는 당락을 결정하여 당선자를 가리기 위한 제도만은 아니다. 선거는 이를 통하여 국민의 다양한 정치적 의사가 표출되는 장이고, 입후보자는 국민의 정치적 의사형성 및 이의 전달에 기여한다. 이러한 선거과정을 통하여 정치적 욕구를 배출함으로써 민주사회의 평화가 유지되기도 한다.

그렇다고 할 때 낙선한 후보자라고 하여 결과적으로 ‘난립후보’라고 보아 제재를 가하는 것은 민주주의의 본질에 위배된다. 비록 오늘은 소수의 견에 그쳐 낙선하였더라도 그가 진실하게 선거과정에 참여하였다면 그 소수의견도 존중하는 것이 민주주의의 전제인 다원주의 및 소수자보호의 정신에 충실한 것이다. 이런 점에서 볼 때, 기탁금 반환의 기준으로 득표율을 사용하고자 한

다면 그 기준득표율은 유효투표총수의 미미한 비율 수준에 머물러야 함을 알 수 있다.

(3) 위와 같은 기탁금반환의 헌법적 기준에 비추어 볼 때, 반환조항에 의한 기탁금반환의 기준은 과도하게 높아 진지한 입후보희망자의 입후보를 가로막고 있으며, 또한 일단 입후보한 자로서 진지하게 당선을 위한 노력을 다한 입후보자에게 선거결과에 따라 부당한 제재를 가하는 것이라 하지 않을 수 없다.

유효투표총수의 100분의 20에 미달하였더라도 성실히 선거과정을 치르고 그림으로써 소수후보자로서 나름대로 민주주의에 기여한 후보자가 얼마든지 있을 수 있는데, 이들을 모두 ‘난립후보’라고 하여 기탁금 몰수라는 제재를 가하는 것은 부당한 것이다. 특히 2, 3개의 거대정당이 존재하는 경우 군소정당이나 신생정당 후보자의 경우 100분의 20이라는 기준을 초과하기가 힘들게 될 것이므로 결국 이들 군소정당이나 신생정당의 정치참여 기회를 제약하는 효과를 낳게 된다.

[실제 사례를 통하여 구체적으로 살펴보면, 제16대 국회의원 선거 서울시 강북구 을 선거구의 경우 유효투표총수는 약 63,862표이고 이를 후보자 수(7명)로 나눈 표수는 9,123표이고, 유효투표총수의 100분의 20에 해당하는 표수는 12,772표이므로 9,123표 이상 득표하지 못한 후보자의 경우 기탁금을 반환받지 못하게 된다. 그런데 2개당 후보자만 그 이상을 득표하였을 뿐, 8,381표를 득표하여 약 13.26%의 득표율을 보인 모당 후보자는 기탁금을 반환 받지 못하게 되었다(중앙선거관리위원회에서 발간한 「제16대국회의원선거총람」 참조). 그런데 이와 같은 정도의 득표율을 얻은 후보자에게까지 기탁금 몰수라는 제재를 가하는 것이나, 7명의 후보자 중 양대 정당 후보자 두 명을 제외한 나머지 후보자들이 모두 결과적으로 ‘난립후보자’가 된다는 것은 어느 모로 보나 합리적이라 할 수 없다]

(4) 결론적으로 반환조항은 민주주의원리에 반하여 국민의 피선거권을 지나치게 침해하고 있다고 할 것이다.

다. 비례대표국회의원 의석배분방식 및 1인 1표제의 위헌여부

(1) 문제의 소재

(가) 공선법은 국회의원선거에 관하여 비례대표제를 도입하고 있다. 비례대표제의 선거구는 전국구이며(제20조), 정당명부식 그 중에서도 이른바 고정명부식(명부상의 후보자와 그 순위가 처음부터 정당에 의하여 고정적으로 결

정되어 있는 방식) 비례대표제를 택하고 있고, 지역구 다수대표제와 비례대표제를 병행하고 있다. 그러나 이른바 1인 1표제를 채택하여(제146조 제2항) 지역구선거에서 투표를 시행하며 별도의 정당투표는 하지 않고, 정당이 지역구선거에서 얻은 득표비율에 따라 비례대표국회의원의 의석을 배분하도록 하고 있다(제189조 제1항).

공선법 제146조 제2항은 제189조 제1항과 밀접한 연관관계에 있으며, 이 두 조항이 서로 결합함에 따라 유권자들은 지역구국회의원 후보자에 대하여 1표의 투표를 행사할 수 있을 뿐 별도의 정당투표를 할 수 없게 되고, 그와 같이 지역구선거에서 표출된 유권자의 의사를 그대로 정당에 대한 지지의사로 의제하여 비례대표의석을 배분하게 되는바, 이러한 효과를 불러일으키는 위 두 조항이 과연 민주주의원리, 직접선거의 원칙 및 평등선거의 원칙에 위반되는 것이 아닌지, 그리하여 유권자들의 선거와 관련된 기본권을 침해하는 것이 아닌지가 문제된다.

(나) 비례대표선거제란 정당이나 후보자에 대한 선거권자의 지지에 비례하여 의석을 배분하는 선거제도를 말한다. 비례대표제는 거대정당에게 일방적으로 유리하고, 다양해진 국민의 목소리를 제대로 대표하지 못하며 사표를 양산하는 다수대표제의 문제점에 대한 보완책으로 고안·시행되는 것이다.

비례대표제는 그것이 적절히 운용될 경우 사회세력에 상응한 대표를 형성하고, 정당정치를 활성화하며, 정당간의 경쟁을 촉진하여 정치적 독점을 배제하는 장점을 가질 수 있다.

(다) 헌법 제41조 제3항은 “국회의원의 선거구와 비례대표제 기타 선거에 관한 사항은 법률로 정한다”고 규정하고 있으므로 비례대표제를 실시할 경우 구체적으로 어떤 형태로 구현할지는 입법자의 형성에 맡겨져 있다고 할 것이다. 그러나 비례대표제는 국회를 구성하는 방식에 관한 문제이므로 통치구조의 헌법원리인 민주주의원리에 저촉되지 않아야 함은 물론이고, “국회는 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성한다”고 규정하고 있는 헌법 제41조 제1항을 준수하여야 한다.

(2) 민주주의원리의 위반여부

선거는 주권자인 국민이 그 주권을 행사하는 통로이므로 선거제도는 첫째, 국민의 의사를 제대로 반영하고, 둘째, 국민의 자유로운 선택을 보장하여야 하고, 셋째, 정당의 공직선거 후보자의 결정과정이 민주적이어야 하며, 그렇지 않으면 민주주의원리 나아가 국민주권의 원리에 부합한다고 볼 수 없다.

1인 1표제 하에서의 공선법 제189조 제1항에 의한 비례대표의석배분방식은 다음과 같은 점에서 위 민주주의원리의 요청에 반한다.

(가) 국회의원선거에 있어 다수대표제만을 택하고 비례대표제를 택하지 않을 경우 지역구의 개별후보자에 대한 국민의 지지만을 정확하게 반영하여도 민주주의원리에 반하는 것은 아닐 것이다. 그러나 정당명부식 비례대표제를 병행하는 한 정당에 대한 국민의 지지의사를 충실히 반영할 것까지 요구되며, 그 결과 정당에 대한 의석배분도 국민의 지지 및 선호와 일치되어야 한다. 그런데 현행의 1인 1표제를 전제로 한 공선법 제189조 제1항에 의한 비례대표의석배분방식은 오히려 정당에 대한 국민의 지지의사를 적극적으로 왜곡한다.

유권자가 지역구후보자나 그가 속한 정당 중 어느 일방만을 지지할 경우 지역구후보자 개인을 기준으로 투표하든, 정당을 기준으로 투표하든 어느 경우에도 자신의 진정한 의사는 반영시킬 수 없을 뿐만 아니라 도리어 적극적으로 왜곡되어 표출될 수 밖에 없다. 먼저, 지역구후보자를 기준으로 투표하였을 경우 지지하지도 않는 정당을 지지한 것으로 되어 자신의 표가 그 정당의 의석배분에 활용된다. 이는 국민의 지지의사와 정반대되는 방향으로 비례대표의석을 배분하는 것이다. 다음으로, 정당을 기준으로 투표하였을 경우 지지하지도 않는 지역구후보자를 당선시키는데 자신의 투표가 기여하게 되므로 이번에는 후보자에 대한 지지를 왜곡하게 된다.

나아가 이러한 의석배분방식은 신생정당에 대한 국민의 지지도를 제대로 반영할 수 없고, 기존의 세력정당에 대한 국민의 실제 지지도를 초과하여 그 세력정당에 의석을 배분하여 준다. 일반적으로 후보자의 인지도·조직·자원의 면에서 신생정당 후보자는 기성정당의 후보자보다 불리하고, 그리하여 신생정당을 지지하는 유권자라도 신생정당 후보자에 대한 자신의 투표가 사표가 되는 것을 달갑지 않게 여겨 기성정당의 후보자에게 투표하게 될 개연성이 높고, 이러한 투표들이 고스란히 기성정당에 대한 지지로 계산되는 것이다. 이 경우 만약 별도의 정당투표가 있었다면 그 유권자가 기성정당을 지지하지 않고 신생정당을 지지함이 분명히 표출·계산될 수 있다. 이리하여 현행제도는 정당의 득과점체제를 고착시키고 신생정당의 국회진출을 어렵게 하는 것이다.

(나) 현행제도는 별도의 정당투표를 인정하지 않고 1인 1표의 행사에 따른 지역구후보자에 대한 득표를 정당에 대한 지지로 계산하기 때문에, 유권자로

서는 1회의 투표를 통하여 후보자에 대한 개인적 선호와 정당에 대한 지지 또는 반대의 의사표시를 한꺼번에 나타낼 수 밖에 없다. 그러나 지역구 후보자에 대한 지지와 정당에 대한 지지가 다를 경우 유권자는 개별 후보자를 선택할 것인지, 정당을 선택할 것인지, 혹은 어떻게 하면 이 둘을 조화시켜 자신의 1표의 정치적 효용을 극대화할 것인지 매우 곤혹스러운 지경에 처하게 된다. 또한 자신의 지역구에 자신이 지지하는 정당소속 후보자가 출마하지 않은 경우에 그 유권자에게는 그 정당에 대한 자신의 지지를 나타낼 방법이 원초적으로 결여되어 있다. 결국 유권자로서는 후보자들, 정당이든 절반의 선택권을 박탈당할 수 밖에 없다. 이러한 난처함은 오늘날 우리 사회에 만연한 정치불신의 풍조와 맞물려 유권자로 하여금 아예 투표권의 행사 자체를 포기하게끔 하는 부작용을 초래하기도 한다.

(다) 헌법 제8조 제2항은, 정당은 그 목적·조직과 활동이 민주적이어야 한다고 규정함으로써 민주주의원리를 정당제도에서도 관철하려 하고 있다. 정당은 선거에 있어 후보자를 추천·지지하는 것이 주요 목적이자 활동의 하나인바, 그렇다면 비례대표국회의원선거에 있어서는 비례대표후보자의 선정과 그 순위의 확정도 민주적 절차에 따라 이루어져야 한다. 헌법이 요구하는 정당민주주의의 요청을 충족시키려면, 비례대표후보자의 선정과 순위확정이 당원총회나 대의원대회 등을 통하여 민주적 절차를 거쳐 이루어져야 한다.

그런데 현행 공선법은 그러한 제도적·절차적 규율을 충분히 하고 있지 않다. 공선법 제47조 제2항은 정당이 선거에 있어 후보자를 추천함에 있어서는 정당법 제31조에 따라 민주적인 절차에 의하여야 한다고 천명하고 있으나, 정당법 제31조는 “정당의 공직선거후보자는 후보자를 추천할 공직선거의 선거구를 관할하는 해당 당부 대의기관의 의사가 반영되도록 하여야 하며, 그 구체적 절차는 당헌으로 정한다”고 규정하고 있을 뿐이다. 이와 같이 ‘대의기관의 의사를 반영’할 구체적 절차를 당헌에 일임해서는 민주적 절차에 의한 비례대표후보자의 결정이라는 헌법적 요청이 충족되리라고 기대하기 어려운 점이 있다. 비례대표후보자가 민주적 절차에 따라 결정되지 않고 당지도부의 영향력에 따라 일방적으로 결정된다면 그러한 비례대표국회의원의 민주적 정당성은 대단히 취약할 수 밖에 없다.

(3) 직접선거의 원칙 위반여부

(가) 직접선거의 원칙은 선거결과가 선거권자의 투표에 의하여 직접 결정될 것을 요구하는 원칙이다. 국회의원선거와 관련하여 보면, 국회의원의 선출

이나 정당의 의석획득이 중간선거인이나 정당 등에 의하여 이루어지지 않고 선거권자의 의사에 따라 직접 이루어져야 함을 의미한다.

역사적으로 직접선거의 원칙은 중간선거인의 부정을 의미하였고, 다수 대표제하에서는 이러한 의미만으로도 충분하다고 할 수 있다. 그러나 비례대표제하에서 선거결과와 결정에는 정당의 의석배분이 필수적인 요소를 이룬다. 그러므로 비례대표제를 채택하는 한 직접선거의 원칙은 의원의 선출 뿐만 아니라 정당의 비례적인 의석확보도 선거권자의 투표에 의하여 직접 결정될 것을 요구하는 것이다.

(나) 현행 공선법과 관련하여서는 먼저, 비례대표 후보자를 유권자들이 직접 선택할 수 있는 이른바 자유명부식이나 가변명부식과 달리 고정명부식에서는 후보자와 그 순위가 전적으로 정당에 의하여 결정되므로 직접선거의 원칙에 위반되는 것이 아닌지가 문제될 수 있다. 그러나 비례대표후보자명단과 그 순위, 의석배분방식은 선거시에 이미 확정되어 있고, 투표 후 후보자명부의 순위를 변경하는 것과 같은 사후개입은 허용되지 않는다. 그러므로 비록 후보자 각자에 대한 것은 아니지만 선거권자가 중국적인 결정권을 가지고 있으며, 선거결과가 선거행위로 표출된 선거권자의 의사표시에만 달려 있다고 할 수 있다. 따라서 고정명부식을 채택한 것 자체가 직접선거원칙에 위반된다고는 할 수 없다.

(다) 그러나 1인 1표제 하에서의 비례대표후보자명부에 대한 별도의 투표 없이 지역구후보자에 대한 투표를 정당에 대한 투표로 의제하여 비례대표의석을 배분하는 것은 직접선거의 원칙에 반한다고 하지 않을 수 없다.

비례대표의원의 선거는 지역구원의 선거와는 별도의 선거이므로 이에 관한 유권자의 별도의 의사표시, 즉 정당명부에 대한 별도의 투표가 있어야 한다. 확정된 정당명부를 보고 유권자들이 그 선호에 따라 투표할 수 있는 한 ‘선거권자의 투표로 최종적으로 결정한다’는 직접선거의 최소한의 요구는 충족된다.

그러나 현행제도는 정당명부에 대한 투표가 따로 없으므로 유권자들에게 비례대표의원에 대한 직접적인 결정권이 전혀 없는 것이나 마찬가지이다. 지역구후보자에 대한 투표를 통하여 간접적으로 또—지역구후보자에 대한 지지와 정당에 대한 지지가 일치할 경우에 한하여—우연적으로만 비례대표의원의 선출에 간여할 수 있을 뿐이다. 정당명부에 대한 직접적인 투표가 인정되지 않기 때문에 비례대표의원의 선출에 있어서는 유권자의 투표행위가 아니

라 정당의 명부작성행위가 최종적·결정적인 의의를 지니게 된다.

여기서 지역구후보자에 대한 투표에 정당투표의 성격이 포함되어 있다고 볼 것인지, 포함되어 있다면 그 의미를 어느 정도까지 평가할 것인지가 문제된다. 그러나 지역구선거는 본질적으로 ‘인물선거’이지, ‘정당선거’는 아니라고 할 것이다. 지역구선거는 입후보자의 자질, 지역적 관심사항, 지역적 연고, 후보자의 지역구관리 등에 보다 많은 관심이 쏠리게 마련이지만, 정당선거는 국가적 사안, 사회적·경제적 이슈, 정당의 이념·정책 등을 기준으로 한 선거인 것이다. 오늘날 지역구선거에 후보자가 속한 정당에 대한 지지라는 2중적 의미가 포함되어 있음을 전적으로 부인할 수는 없다 하더라도 이는 어디까지나 부차적이고 보충적인 의미에 그친다. 특히 우리나라와 같이 정당간에 이념·정책·정체성의 면에서 별다른 차별성이 없고, 뚜렷이 지지하는 정당이 없다는 유권자들이 많은 상황에서는 지역구후보자에 대한 투표에 정당투표적 성격을 부여하는 데에는 한계가 있을 수 밖에 없다(지난 제16대 총선을 앞두고 투표의 기준에 관한 여론조사를 실시한 결과, 응답자의 35.8%가 인물, 24.3%가 공약내용, 17.3%가 경력, 11.2%가 지역연고, 8.4%가 정당을 기준으로 삼고 있다는 어느 신문보도는 이러한 점을 잘 보여주고 있다고 하겠다).

(라) 결론적으로 현행 비례대표의석배분방식은 선거권자들의 투표행위로써 정당의 의석배분, 즉 비례대표국회의원의 선출을 직접, 결정적으로 좌우할 수 없으므로 직접선거의 원칙에 위배된다고 할 것이다.

(4) 평등선거의 원칙 위반여부

(가) 헌법 제41조 제1항에서 천명하고 있는 평등선거의 원칙은 평등의 원칙이 선거제도에 적용된 것으로서 투표의 수적인 평등을 의미할 뿐만 아니라 투표의 성과가치의 평등, 즉 1표의 투표가치가 대표자선정이라는 선거의 결과에 대하여 기여한 정도에 있어서도 평등하여야 함을 의미한다(헌재 1995. 12. 27. 95헌마224등, 판례집 7-2, 760, 771).

(나) 현행 비례대표의석배분방식에서, 어떤 선거권자의 지역구후보자에 대한 투표는 지역구원의 선출에 기여함과 아울러 그가 속한 정당의 비례대표의원의 선출에도 기여하는 2중의 가치를 지니게 되는데 반하여, 어떤 선거권자가 무소속 지역구후보자를 지지하여 그에 대하여 투표하는 경우 그 투표는 그 무소속후보자의 선출에만 기여할 뿐 비례대표의원의 선출에는 전혀 기여하지 못하므로 투표가치의 불평등이 발생한다. 이것이 선거권자의 자발적 선택의 결과라면 - 예컨대 선거권자중에는 1인 2표제 하에서도 무소속후보자에

계만 투표하고 정당투표를 포기할 사람이 있을 것이다— 그러한 투표가치의 불평등은 감수되어야 할 것이다. 그러나 자신이 지지하는 정당이 자신의 지역구에 후보자를 추천하지 않아 어쩔 수 없이 무소속후보자에게 투표하는 유권자들로서는 자신의 의사에 반하여 투표가치의 불평등을 강요당하게 된다(이들은 1인 2표제 하에서라면 별도의 정당투표를 통하여 투표가치의 평등을 누릴 수 있게 된다).

이런 점에서 현행 방식은 합리적 이유 없이 정당소속 후보자에게 투표하는 유권자와 무소속 후보자에게 투표하는 유권자를 차별하는 것이라 할 것이므로 평등선거의 원칙에 위배된다.

(다) 공선법 제189조 제1항은 지역구국회의원선거에서 5석 이상의 의석을 차지하였거나 유효투표총수의 100분의 5 이상을 득표한 정당에 한하여 지역구선거에서 얻은 득표비율에 따라 비례대표의석을 배분하고, 지역구선거에서 유효투표총수의 100분의 3 이상 100분의 5 미만을 득표한 정당에 대하여는 비례대표의석 1석을 배분하도록 하고 있다. 이와 같이 득표율이나 직선의석수 등을 기준으로 비례대표의석배분에 일정한 제한을 가하는 조항을 저지조항(沮止條項)이라 한다. 일반적으로 저지조항에 관하여는 비례대표의석배분에서 정당을 차별하고, 저지선을 넘지 못한 정당에 대한 투표의 성과가치를 차별하게 되므로 평등선거의 원칙에 대한 위반여부가 문제된다.

저지조항의 인정여부, 그 정당성여부는 각 나라의 전체 헌정상황에 비추어 의석배분에서의 정당간 차별이 불가피한가에 따라 판단되어야 하는바, 현행 저지조항에서 설정하고 있는 기준이 지나치게 과도한 것인지의 판단은 별론으로 하더라도, 현행 저지조항은 지역구의원선거의 유효투표총수를 기준으로 한다는 점에서 현행 의석배분방식이 지닌 문제점을 공유하고 있다.

일정한 저지선을 두고 이를 하회하는 정당에게 의회참여의 기회를 제한하겠다는 제도는 본질적으로 정당에 대한 국민의 지지도를 정확하게 반영할 것을 전제로 한다. 그런데 현행 1인 1표제 하에서의 비례대표제 의석배분방식은 위에서 본 바와 같이 국민의 정당에 대한 지지도를 정확하게 반영하지 못하며 오히려 적극적으로 이를 왜곡하고 있다. 지역구후보자에 대한 지지는 정당에 대한 지지로 의제할 수 없는데도 이를 의제하는 것이기 때문이다. 지역구선거의 유효투표총수의 100분의 5 이상을 득표한 정당이 그 만큼의 국민의 지지를 받는 정당이라는 등식은 도저히 성립하지 않는다. 그리하여 실제로는 5% 이상의 지지를 받는 정당이 비례대표의석을 배분받지 못하는 수도 있고,

그 역의 현상도 얼마든지 가능한 것이다. 이와 같이 국민의 정당지지의 정도를 계산함에 있어 불합리한 잣대를 사용하는 한 현행의 저지조항은 그 저지선을 어느 선에서 설정하건간에 평등원칙에 위반될 수 밖에 없다.

(5) 기타 문제

1인 1표제 하에서 지역구선거의 결과를 비례대표의석의 배분에 활용하는 현행 방식을 택하지 않으면 아니되는 긴요한 공익적 요청이 있다가나, 별도의 정당투표를 인정함으로써 야기될 문제나 폐해가 중대하다면 예외적으로 현행 방식이 정당화될 수도 있을 것이다.

그러나 그러한 예외를 인정할 만한 중대한 사유는 발견되지 않는다. 위에서 본 바와 같이 비례대표제가 수행하여야 할 헌법적 기능(사회세력에 상응한 대표의 형성, 정당정치의 활성화, 정치적 독점배제)의 측면에서나 우리의 현실에서 요구되는 비례대표제의 바람직한 모습의 측면에서나 현행 방식은 별다른 장점이 없고 문제점만을 지니고 있을 뿐이다.

별도로 정당투표를 실시할 경우 선거관리의 업무나 비용이 어느 정도 증가되겠지만, 그것이 국민의 참정권 보장을 유예할 만한 사유는 되지 못한다.

유권자가 1인 2표제의 의미를 제대로 이해하기 어렵다는 우려도 있을 수 있다. 그러나 가변명부식이나 자유명부식을 실시하고 있는 나라들도 많은 터에 이보다 훨씬 간명한 고정명부식 1인 2표제를 오늘날 우리 국민들의 교육수준에 비추어 감당할 수 없다고는 볼 수 없다.

입법례를 보더라도 다수대표제와 비례대표제를 병행하는 나라에서는 대부분(예컨대 독일, 일본, 뉴질랜드, 이탈리아, 러시아 등) 별도의 정당투표에 의한 득표율에 기초하여 비례대표의석을 배분하고 있다.

한편, 1인 2표제 비례대표제라고 하여도 그 구체적 시행방식에는 여러 가지가 있다. 우리의 현실에 맞추어 선거구의 구조나 규모, 입후보방식, 투표방식, 의석배분방식 등을 조정하여 사소한 문제점은 얼마든지 해결할 수 있을 것이다.

(6) 소 결

(가) 공선법 제189조 제1항은 민주주의원리, 직접선거의 원칙, 평등선거의 원칙에 위배된다. 한편, 공선법 제146조 제2항 중 “1인 1표로 한다” 부분은 비례대표제를 실시하지 않고 단순히 지역구 다수대표제 선거방식만을 채택한다면 그 자체 아무런 위헌성이 없으나, 그것과 병행하여 비례대표제를 실시할 경우에는 공선법 제189조 제1항과 결합하여 위에서 본 바와 같은 여러 위헌

적 효과를 불러 일으킨다. 따라서 공선법 제146조 제2항 중 “1인 1표로 한다”부분은 국회의원선거에 있어 지역구국회의원선거와 병행하여 정당 명부식 비례대표제를 실시하면서도 별도의 정당투표를 허용하지 않는 범위에서 헌법에 위반된다.

(나) 위 조항들의 위헌성으로 인하여, 첫째, 유권자인 국민들의 선거권이 침해된다. 비례대표제를 실시하지 않으면 모르되 비례대표제를 실시하는 이상 국민들에게는 비례대표국회의원에 대한 선출권이 보장되어야 한다. 그런데 현행 비례대표의원선출방식은 비례대표의원에 대한 국민들의 직접적이고 자유로운 선출권을 그 최소한마저 보장하고 있지 않으므로 비례대표국회의원에 관한 한 국민의 선거권을 박탈하고 있다 할 것이다. 그리고 그 결과 간접적으로는 입후보자의 피선거권도 침해되게 된다.

둘째, 무소속후보자에 대하여 투표하는 유권자들의 평등권이 침해된다.

셋째, 불합리한 저지선을 넘지 못하였다 하여 비례대표의석배분에서 제외되는 정당 및 이들에게 투표한 유권자들의 평등권이 침해된다.

(7) 부수적 위헌선언

헌법심판의 대상이 된 법률조항 중 일정한 법률조항이 위헌선언되는 경우 같은 법률의 그렇지 아니한 다른 법률조항들은 효력을 그대로 유지하는 것이 원칙이나, 합헌으로 남아 있는 어떤 법률조항이 위헌선언되는 법률조항과 밀접한 관계에 있어 그 조항만으로는 법적으로 독립된 의미를 가지지 못하는 경우에는 예외적으로 그 법률조항에 대하여 위헌선언을 할 수 있다(헌재 1989. 11. 20. 89헌가102, 판례집 1, 329, 342; 헌재 1991. 11. 25. 91헌가6, 판례집 3, 569, 581; 헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 829).

공선법 제189조 제1항은 요컨대, 저지조항의 기준을 넘는 의석할당정당이 지역구국회의원선거에서 얻은 “득표비율”에 따라 비례대표국회의원의석을 배분한다는 것으로서, 비례대표국회의원선거제도의 근간을 이루는 핵심적 요소이다. 동조 제2항은 그 “득표비율”을 어떻게 산출할 것인지에 관하여, 동조 제3항, 제4항은 그렇게 산출된 “득표비율”을 기초로 하여 의석을 각 정당에 어떻게 배분할 것인지에 관하여 상세한 방법을 보충한 규정에 불과하며, 동조 제5항, 제6항은 그와 같이 결정된 의석배분을 전제로 당선을 결정하거나 공식처리한다는 규정이고, 동조 제7항은 일정한 사유가 있어 국회의원지역구의 선거가 모두 종결되지 아니한 경우에도 역시 위 제1항 내지 제6항의 규정에 따라 비례대표국회의원의 의석을 배분하고 당선인을 결정할 수 있도록 하기

위한 조항이다. 따라서 비례대표국회의원선거의 근간이 되는 공선법 제189조 제1항이 위헌이라면 그에 부수되는 동조 제2항 내지 제7항은 독자적인 규범적 존재로서의 의미를 잃게 된다. 그렇다면 이 조항들이 비록 심판대상이 아니지만 함께 위헌선언을 함으로써 법적 명확성을 기하는 것이 상당하므로 그에 대하여도 아울러 위헌선언을 하는 것이다.

4. 결 론

공선법 제56조 제1항 제2호, 제57조 제1항 제1호 중 지역구국회의원선거에 관한 부분, 동조 제2항 중 지역구국회의원후보자의 득표수가 동조 제1항 제1호의 득표수에 미달되는 때에는 기탁금을 국가에 귀속하도록 한 부분, 제189조 제1항 내지 제7항은 헌법에 위반되고, 공선법 제146조 제2항 중 “1인 1표로 한다”부분은 국회의원선거에 있어 다수대표제와 병행하여 정당명부식 비례대표제를 실시하면서도 별도의 정당투표를 허용하지 않는 한도에서 헌법에 위반된다. 이 결정은 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이며, 재판관 권성의 아래 5.와 같은 보충의견이 있다.

5. 재판관 권성의 보충의견

비례대표국회의원 의석배분방식 및 1인 1표제가 다음과 같이 자유선거 원칙에도 반한다고 생각하므로 이 점을 보충하여 지적하고자 한다.

헌법재판소는 일찍이 자유선거의 원칙에 관하여, 「자유선거의 원칙은 비록 우리 헌법에 명시되지는 않았지만 민주국가의 선거제도에 내재하는 법원리인 것으로서 국민주권의 원리, 의회민주주의의 원리 및 참정권에 관한 규정에서 그 근거를 찾을 수 있다. 이러한 자유선거의 원칙은 선거의 전 과정에 요구되는 선거권자의 의사형성의 자유와 의사실현의 자유를 말하고, 구체적으로는 투표의 자유, 입후보의 자유 나아가 선거운동의 자유를 뜻한다.」(헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 28; 헌재 1995. 4. 20. 92헌바29, 판례집 7-1, 499, 506)라고 천명한 바 있다. 요컨대 자유선거라는 것은 선거인의 결정의 자유를 침해할 수 있는 직접적 또는 간접적 강제나 압력이 존재하지 않는 선거를 말하고(K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrecht der BRD, 14판, 단락번호 146.), 자유선거의 원칙은 결정의 자유 또는 결심의 자유를 심하게 제한하는 모든 형태의 처분이나 법률로부터 선거인을 보호하는 원칙인 것이다(BVerfGE 40, 11, 41; 66, 369, 380). 이러한 자유선거의 원칙에 비추어 볼 때에 1인 1표제 하에서는 유권자가 지지하는 후보자와 지지하는 정당이 다를 경우 유권자는 후보자와 정당 중 어느 한 쪽에 대한 지지를 포기하지 않을 수

없게 되는데 이것은 지지하는 후보자나 정당을 위하여, 지지하지 않는 정당측이나 후보자측에게, 투표하지 않을 수 없도록 강제하는 것이고 경우에 따라서는 후보자와 정당 중 하나를 선택하기 어려워 투표 자체를 포기하고 말게 강제하는 것을 의미하므로 결국 유권자의 의사형성의 자유 내지 결심의 자유를 부당하게 축소하고 그 결과로 투표의 자유를 침해하는 것이 된다. 앞에서 이미 1인 1표제가 유권자의 지지의사를 왜곡한다는 점을 지적하였거니와 지지의사의 왜곡이라는 것은 결국 지지 또는 포기의 강제에 의한 결과일 뿐이므로 1인 1표제는 자유선거의 원칙에도 어긋나는 것이다.

한편 자유선거의 원칙은 강제선거의 금지를 의미하기도 하는데 강제선거라는 것은 기권을 금지하여 선거권의 행사가 의무가 되도록 하는 제도인바, 1인 1표제를 규정하는 이 사건 법률조항에 의하면 지역구 국회의원에 대한 선거에 기권하지 않는 한 비례대표제 국회의원에 대한 선거에서 기권할 수 없게 되어 비례대표제 국회의원선거권의 행사가 강제된다는 점에서 이 역시 전형적인 강제선거는 아니라 할지라도 적어도 자유선거의 원칙에는 반하는 것이라고 아니할 수 없다.

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