

國會議員選舉法 第33條, 第34條의 違憲審判

(1989. 9. 8. 88헌가6 全員裁判部)

[판례집 1권, 199~273]

【관시사항】

1. 국회의원선거법(國會議員選舉法) 제33조의 위헌여부(違憲與否)
2. 같은 법(法) 제34조의 위헌여부(違憲與否)
3. 헌법불합치결정(憲法不合致決定)과 입법촉구결정(立法促求決定)의 의미(意味)

【결정요지】

1. 국회의원선거법(國會議員選舉法) 제33조의 기탁금(寄託金)은 너무 과다하여 국민주권주의(國民主權主義)와 자유민주주의(自由民主主義)의 기본원칙과 관련하여 헌법(憲法) 제11조의 평등보호원칙(平等保護原則), 제24조 참정권(參政權), 제25조의 공무담임권(公務擔任權)을 침해(侵害)할 뿐만 아니라 정당추천(政黨推薦) 후보자(候補者)와 무소속(無所屬) 후보자(候補者)의 기탁금(寄託金)에 1,000만원과 2,000만원의 차등(差等)을 둔 것은 정당인(政黨人)과 비정당인(非政黨人)을 불합리(不合理)하게 차별(差別)하는 것으로 헌법(憲法) 제41조의 선거원칙(選舉原則)에 반(反)하고 헌법(憲法) 제11조의 평등보호규정(平等保護規定)에 위배(違背)된다.

2. 유효투표(有效投票) 총수(總數)의 3분의 1을 얻지 못한 낙선자(落選者) 등의 기탁금(寄託金)을 국고(國庫)에 귀속(歸屬)시키게 하는 것은 그 기준(基準)이 너무 엄격하여 국가 존립의 기초가 되는 선거제도(選舉制度)의 원리(原理)에 반(反)하며, 선거경비(選舉經費)를 후보자(候補者)에게 부담(負擔)시킬 수 없다는 헌법(憲法) 제116조에도 위반(違反)된다.

3. 위헌심판결정(違憲審判決定)의 주문(主文)에 헌법(憲法)에 합치(合致)하지 아니한다고 선고(宣告)하면서 일정기간(一定期限)까지 그 법률(法律)의 효력(效力)을 지키도록 하는 이유는 국회(國會)의 권위(權威)와 동질성을 유지하기 위하여, 선거법(選舉法)의 개정(改正)은 국회(國會)가 스스로 하도록 하고, 그간에 재선거(再選舉)나 보궐선거(補闕選舉)가 있을 때에는

그 효력을 지속시키는 것이 합당(合當)하기 때문이다.

재판관 변정수의 보충의견(補充意見) 및 반대의견(反對意見)

1. 위헌결정(違憲決定)은 형벌법규(刑罰法規)가 아니면 장래효(將來效) 밖에 없으나 적어도 당해사건에 대하여서만은 소급효(遡及效)를 인정(認定)하여야 한다.

2. 위헌결정(違憲決定)은 선고일(宣告日)로부터 즉시 그 효력(效力)을 발생(發生)하는 것이지 헌법재판소(憲法裁判所)가 임의로 그 효력 발생시기를 정(定)할 수 없다.

재판관 김진우의 반대의견(反對意見)

법률(法律)이 헌법(憲法)에 위반(違反)된다면, 그 법률조항(法律條項)을 실효(實效)시킬 때 국가존립(國家存立)에 위해가 미칠 법(法)의 공백(空白)이나 사회적 혼란이 예상되는 등 위헌결정(違憲決定)의 효력(效力)을 일시(一時) 배제(排除)하여야 할 극히 이례적인 특별한 사유가 있지 아니하는 한, 위헌결정일(違憲決定日)로부터 그 효력(效力)을 상실케하는 것이 타당하다.

제청법원 서울민사지방법원(1988.12.16. 88카56572 위헌제청신청)
제청신청인 정○봉

【참조조문】

헌법(憲法) 제11조, 제24조, 제25조, 제37조, 제41조, 제116조

국회의원선거법(國會議員選舉法) 제33조 (기탁금(寄託金)) ① 지역구후보자등록(地域區候補者登錄)을 신청(申請)하는 자(者)는 등록신청시(登錄申請時)에 2천만(千萬)원을 대통령령(大統領令)이 정하는 바에 따라 관할지역구선거관리위원회(管轄地域區選舉管理委員會)에 기탁(寄託)하여야 한다. 다만, 정당(政黨)의 추천을 받아 지역구후보자등록(地域區候補者登錄)을 신청(申請)하는 자(者)는 1천만(千萬)원을 기탁(寄託)하여야 한다.

② 전국구후보자등록(全國區候補者登錄)을 신청(申請)하는 정당(政黨)은 후보자명부(候補者名簿) 제출시에 후보자(候補者)마다 1천만(千萬)원을 중앙선거관리위원회(中央選舉管理委員會)에 기탁(寄託)하여야 한다.

③ 제1항 및 제2항의 기탁금(寄託金)은 체납처분(滯納處分)이나 강제집행(強制執行)의 대상이 될 수 없다.

국회의원선거법(國會議員選舉法) 제34조 (기탁금(寄託金)의 국고귀속(國庫歸屬) 등) 후보자(候補者)가 사퇴(辭退)하거나 등록(登錄)이 무효(無效)로 되때 또는 후보자(候補者)의 득표수(得票數)가 당해 지역구(地域區)의 유효투표총수(有效投票總數)의 3분(分)의 1을 초과하지 못하는 때 또는 전국구후보자(全國區候補者)의 경우 그 소속정당(所屬政黨)의 전국구후보자(全國區候補者) 중 당선자(當選者)가 없는 때에는 그 후보자(候補者)의 기탁금(寄託金)은 제58조 제1항의 비용(費用)을 공제(控除)한 후 국고(國庫)에 귀속한다. 다만, 지역구후보자(地域區候補者)가 당선(當選)된 때와 후보자(候補者)가 사망(死亡)한 때에는 그러하지 아니하다.

【주 문】

1. 국회의원선거법(1988년 3월 17일 법률 제4003호 전문개정) 제33조 및 제34조는 헌법에 합치되지 아니한다.

2. 위 법률 조항은 1991년 5월말을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다.

【이 유】

제청사건과 심판대상

1. 제청사건

본건은 서울민사지방법원이 동법원 88 가합 46330 부당이득금반환 청구소송사건의 원고가 동재판의 전제가 된 국회의원선거법(이하 국선법이라고 약칭한다.) 제33조, 제34조의 위헌여부심판을 제청신청함에 따라, 1988.12.16. 당 재판소에 위 법률의 조항 등에 대한 위헌여부의 심판을 제청한 것이다.

2. 심판의 대상

가. 위헌법률심판의 대상은 국선법 제33조 “지역구 후보자 등록을 신청하는 자는 등록신청시에 2천만원을 대통령령이 정하는 바에 따라 관할지역구 선거관리위원회에 기탁하여야 한다. 다만 정당의 추천을 받아 지역구후보등록을 신청하는 자는 1천만원을

기탁하여야 한다”는 국회의원 입후보자의 기탁금제도와,

나. 국선법 제34조 “후보자가 사퇴하거나 등록이 무효로 된 때 또는 후보자의 득표수가 당해지역구의 유효투표총수의 3분의 1을 초과하지 못하는 때에는…… 그 후보자의 기탁금은 제58조 제1항의 비용을 공제한 후 국고에 귀속한다. 다만 지역구 후보자가 당선된 때와 후보자가 사망한 때에는 그러하지 아니하다”는 기탁금의 국고귀속에 관한 규정이 헌법에 위반되는지의 여부에 관한 것이다.

제청이유와 관계인의 의견

1. 제청법원의 위헌심판 제청이유

모든 국민은 국적, 거주연한 또는 전과 등의 합리적 제한 사유가 없는 한 헌법 제11조가 규정하는 평등원칙에 따라 평등하게 헌법 제25조가 규정하는 공무담임권을 갖게 되고, 그 권리는 헌법 제37조에 따라 국가안정보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 제한할 수 있다. 그런데 국선법 제33조, 제34조의 기탁금제도나 기탁금의 국고귀속 규정은 합리적인 제한 사유가 아닌 단지 경제적 능력 여하에 따라 공무담임의 기회를 사실상 박탈하는 결과가 되고 본인의 귀책사유가 아닌 선거결과에 의하여 차별대우를 받게하였다. 이는 헌법상 합리적 이유없이 국민의 기본권을 자의로 제한하는 입법으로 헌법 제11조, 헌법 제25조에 위배되는 규정이라고 해석될 여지가 있으므로 위헌여부의 심판을 제청한다.

2. 제청신청인의 의견

가. 국선법 제33조, 제34조는 헌법전문과 헌법 제1조를 비롯한 입헌민주헌법의 정신과 전반적 관련 각 규정에 반하고 헌법 제11조의 국민의 평등권 원리에도 위배된다. 나아가 헌법 제25조의 공무담임권을 침해하고, 헌법 제37조에서 명시한 본질

적 내용을 침해할 수 없다고 규정한 입법권의 한계를 무시한 것이다.

나. 국선법 제33조의 규정은 경제적 능력 유무라는 사회적 신분에 의하여 정치적 영역에 있어서 차별을 규정한 것이어서 헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙에 위배되고 기탁금을 마련할 수 있는 경제적 능력자만이 후보자 등록을 할 수 있게 함으로써 빈부에 따라 사회적 특수계급을 인정하는 것이 되어 헌법 제11조 제2항의 사회적 특수계급의 불인정 원칙에 위배된다. 한편 기탁금 2,000만원(또는 1,000만원)을 마련할 수 있는 국민만이 공무담임권을 가지게 하는 내용으로 국민의 평등한 공무담임권을 보장한 헌법 제25조에 위배된다. 국선법 제33조 제1항의 입법 취지는 후보자의 난립을 방지하기 위한 규정이라고 설명되고 있으나 그 말 자체가 국민의 참정권을 심리적으로 제약을 가하는 것일 뿐 아니라 민주시민 의식을 혼란하게 하고 있다. 더구나 정당의 추천을 받은 자와 무소속 후보자 간에 기탁금의 액을 2,000만원과 1,000만원으로 그 차액을 현격하게 한 것은 아무런 합리적 근거없이 차별대우를 하고 있어 이러한 기탁금의 차등은 정당정치의 “타협”의 산물이 아니라 “야합”에 의한 것이라 아니할 수 없어 이것 또한 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에 위배된다.

다. 국선법 제34조에서 국회의원 선거가 끝난 다음에 그 기탁금 가운데 선거비용을 공제한 잔액을 국가에 귀속시키는 것은 국가가 선거를 참정권행사로 인정하지 않고, 선거를 하나의 국가사업으로 파악한다는 것을 뜻하게 되어 헌법 제1조 제2항의 국민주권을 선언한 헌법정신을 무시하고 국가우위의 사고방식에 철저한 규정이라 아니할 수 없어 그 위헌성을 면할 수 없다. 한편 이는 오히려 타락선거와 선거의 과열현상을 가져와 선거공영관리를 통하여 선거과열을 방지한다는 국가의 선거관리 의무에도 배

치된다. 국선법 제34조 단서규정은 후보자의 당락 여부에 따라 국고귀속을 결정하는 것으로서 합리적인 이유가 없다. 따라서 국선법 제34조 역시 국민들간에 위화감을 조성하는 차별대우를 하고 있어 이것 또한 헌법 제11조, 동 제25조, 동 제37조에 위배된다.

라. 헌법 제116조 제1항의 균등한 기회의 보장은 헌법 제11조 제1항의 정신을 이어받아 선거운동에서 기회균등의 원칙을 천명한 것으로 이는 선거운동뿐 아니라 선거관리와 당선확정까지 포함되는 것이고 동 조 제2항에서 선거경비의 국고부담원칙을 규정하여 법률이 정하는 경우 외에는 정당 또는 후보자에게 선거에 관한 경비는 부담시킬 수 없는데 낙선한 후보자의 기탁금을 국고에 귀속시키는 것은 헌법 제116조에 위반되고 헌법 제25조에 보장한 공무담임권을 심리적으로 제한하여 헌법 정신에 배치된다.

3. 법무부장관의 의견

국선법 제33조와 동 제34조에 규정된 기탁금제도의 취지는 후보자의 난립과 선거의 과열을 방지하고, 헌법 제116조의 규정에 의한 선거공영제 하에서 후보자가 부담할 비용을 사전에 확보하여 후보자의 성실성을 담보함으로써 선거운동의 기회균등을 확보하는데 있다.

이는 일본, 영국, 프랑스, 호주, 뉴질랜드, 캐나다 등 외국에도 그 입법례가 있는 제도로 결국 국회의원선거법상의 기탁금 관계규정이 헌법 제11조의 평등의 원칙이나 헌법 제25조의 공무담임권 규정에 위배되는 것이 아니다.

4. 중앙선거관리위원장의 의견

법무부장관의 의견과 같다.

판단이유

1. 헌법상의 국민주권론과 선거제도의 기본이념

본건의 심판에 있어서 기초가 되는 헌법상 국민주권 및 국민대표제와 선거제도의 기본원리에 관하여 먼저 살펴본다.

가. 국민주권과 국민대표제

우리 헌법의 전문과 본문의 전체에 담겨있는 최고 이념은 국민주권주의와 자유민주주의에 입각한 입헌민주헌법의 본질적 기본원리에 기초하고 있다. 기타 헌법상의 제원칙도 여기에서 연유되는 것이므로 이는 헌법전을 비롯한 모든 법령해석의 기준이 되고, 입법형성권 행사의 한계와 정책결정의 방향을 제시하며, 나아가 모든 국가기관과 국민이 존중하고 지켜가야 하는 최고의 가치규범이다.

(1) (헌법적 약속과 국민적 합의) 헌법 제1조는 “대한민국은 민주공화국이다” “대한민국의 주권은 국민에게 있고 모든 권력은 국민으로부터 나온다” 라고 하여 국민적 합의로 국가권력을 조직하고 그 국민의 기본권을 최대한으로 보장한다(헌법 제10조)는 국민주권론의 원칙을 채택하여 국민에게 선언하고, 헌법전문은 각인의 기회를 균등히 보장하고 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하는 헌법을 국민이 제정하고 그 헌법을 국민투표에 의하여 개정한다고 밝히고 있다.

헌법은 국민적 합의에 의해 제정된 국민생활의 최고 도덕규범이며 정치생활의 가치규범으로서 정치와 사회질서의 지침을 제공하고 있기 때문에 민주사회에서는 헌법의 규범을 준수하고 그 권위를 보존하는 것을 기본으로 한다.

우리 국민은 이러한 헌법적 약속을 알고 있으며 이 상식으로 정치와 사회를 보고 비판하는 높은 의식수준을 가지고 있다는 현실을 직시한다면 사회적 혼란과 가치관의 혼동이 어디에서 비롯되는 것인지 알 수 있다.

우리는 이러한 기초적인 원리와 현실을 망각하고, 헌법규범을

정치적으로만 이용하고 현실에 적용하지 않았기 때문에 헌법의 권위가 제대로 유지되지 못하고 민주주의의 토착과 기본권 보호에 차질을 가져왔고 그것이 정치적 사회적 불안의 요인이 되어왔다.

현재 우리 국민의 의식수준이나 교육수준과 경제적 사회적인 여러 가지 환경을 고려해 볼 때 국민주권론과 국민대표제를 정치적구호용으로만 인식하고 이용해서는 안되는 시점에 왔고 근대생활의 지표가 되는 헌법규범이 지켜지지 않을 때 오는 그 저항과 비판을 무엇으로 어떻게 풀어야 하는가를 생각하고 제도적으로 확립하여야 할 역사적 단계에 왔다. 각자의 정치적 신념에 따라 나름대로 나라를 구하여야 한다는 젊은 계층의 절규가 무엇을 의미하는 것인가, 그 정치적 사회적 불안의 원인을 수렴하고 그 대책을 마련하여야 할 정치세력이 어떻게 구성되고 이루어져 왔는가, 그 근본을 찾아 해결하는데에는 민주적인 방법의 국민적 합의와 협조 없이는 어렵다는 것을 알 것이다.

여기에서 우리는 헌법의 올바른 해석과 헌법상의 국민주권이 실질적으로 행사될 수 있도록 선거법이 합리적으로 개정되어야 할 당위성이 얼마나 중요한 것인가를 알 수 있다.

(2) (헌법해석의 창조적 기능) 헌법상의 국민주권 원리가 형식논리에 급급하여 그 본질이 제대로 해석 적용되지 못하고 공권력의 남용으로부터 국민의 기본권을 보호하는데에 실제로 충분히 그 기능을 다하지 못한 이유를 먼저 살펴 보지 않을 수 없다.

그 본질적인 이유는 국민주권주의가 두가지의 서로 상반되는 내용 즉, 형식적이고 명목적인 정치용 국민주권주의 이론과 실질적이고 능동적인 국민용 국민주권주의 이론이 혼동되어 헌법적 가치규범으로서 도덕성을 확립하지 못한 데에 기인한다. 이 두가지

의 국민주권이론은 권력과 인권, 주권과 자유와의 상관관계를 정확히 인식할 때 비로소 그 진정한 의미를 가지게 된다. 권력, 인권, 주권, 자유의 문제는 고리와 같이 서로 연결된 하나의 문제이지 각각 떨어진 각개의 별개문제가 아니다.

그러므로 권력원리의 분석과 주권이론에 대한 본질적인 통찰과 대책이 없이 인권이나 자유나 평등을 아무리 주장한다 하더라도 그것은 공허한 주장이 되기 일쑤이며, 헌법전상 인권규정이 아무리 풍부히 열거되고 예리한 해석론으로 뒷받침되고 있다 하더라도, 권력이나 주권자체가 실제로 국민의 것이 되지 아니하는 한 인간의 존엄성과 자유의 침해는 근절되기 어렵다는 것은 역사와 이론이 증명하고 있다.

지금까지 우리나라의 헌법체제하에서의 국민주권론은 실질적인 국민주권론이 되지 못하고 형식적인 국민주권론을 합리화하는데 공헌하였으며, 국민대표론은 민의를 실제로 반영하는 현대적 대표론이 되지 못하고 민의와 동떨어진 권력의 자의적, 독단적 행사만을 합리화하는 전근대적 대표론에 머무르고 있는 점이 적지 않았다.

헌법이 국가의 현실적인 정치제도와 국민의 사회적 생활속에서 활용되고 본래의 취지대로 법률적 기능을 다하기 위하여는, 그에 맞는 해석론이 뒷받침되어야 한다는 것은 자명한 일이다.

헌법의 해석은 헌법이 담고 추구하는 이상과 이념에 따른 역사적, 사회적 요구를 올바르게 수용하여 헌법적 방향을 제시하는 헌법의 창조적 기능을 수행하여 국민적 욕구와 의식에 알맞는 실질적 국민주권의 실현을 보장하는 것이어야 한다. 그러므로 헌법의 해석과 헌법의 적용이 우리 헌법이 지향하고 추구하는 방향에 부합하는 것이 아닐 때에는, 헌법적용의 방향제시와 헌법적 지도로써 정치적 불안과 사회적 혼란을 막는 가치관을 설정하여야 한다.

여기에 국민주권과 국민대표론에 관한 헌법해석상의 혼동에 대하여 깊은 성찰과 확실한 방향정립이 필요한 이유가 있다. 헌법상의 국민주권론을 추상적으로 보면 전체국민이 이념적으로 주권의 근원이라는 전체 아래 형식적인 이론으로 만족할 수 있으나, 현실적으로 보면 구체적인 주권의 행사는 투표권 행사인 선거를 통하여 이루어지는 것이다. 실질적 국민주권을 보장하기 위하여 유권자들이 자기들의 권익과 전체 국민의 이익을 위해 적절하게 주권을 행할 수 있도록 민주적인 선거제도가 마련되어야 하고, 국민 각자의 참정권을 합리적이고 합헌적으로 보장하는 선거법을 제정하지 않으면 안된다.

(3) (참정권과 인격주의) 우리 헌법은 민주정치의 실현을 위해 모든 국민이 자유롭고 평등하게 국가 의사의 형성과정에 참여하고, 국가기관의 구성원으로서 공무를 담임하는 권리와 기회를 갖도록 국민의 참정권을 필수적인 것으로 인정하고 있다.

국민이 국정에 참여하는 참정권은 국민주권의 상징적 표현으로서 국민의 가장 중요한 기본적 권리의 하나이며 다른 기본권에 대하여 우월적 지위를 가진다. 따라서 이러한 국민주권이 현실적으로 행사될 때에는 국민 개인이 가지는 불가침의 기본권으로 보장된다. 그 기본권은 대리 행사를 시킬 수 없는 국민 각자의 고유한 주관적인 권리이고, 참정권의 행사와 보장도 개인주의 사상에 기초를 두고 그 개인의 인격을 기본으로 하고 있다.

참정권의 주체는 국민 각자의 개인의 인격과 그 의사결정을 단위로 하고 있으며, 그것은 개인의 주권성과 인간의 존엄성을 최대한 보장하여 자유계약과 자유경쟁으로 국가조직과 사회 변형을 유지한다는 사회철학에서 비롯된 것이다.

주권자인 국민은 선거를 통하여 직접적으로는 국가기관의 구성원을 선출하고 간접적으로는 여하한 정부를 원하느냐에 관한 국

민의 의사를 표시한다. 이러한 정치행위를 참정권이라고 하고, 이를 모아 집합적인 총의로 최종결정을 하는 것을 헌법상 주권의 행사라고 하나 그 본질은 국민 개인이 갖는 기본권이라는 데에서 비롯되기 때문에 본권을 다룸에 있어서도 실질적인 주권행사인 개개인의 참정권을 존중하고 보호한다는 원칙을 망각해서는 안된다.

그러므로 참정권은 국민이 국가의 구성원으로서 국정에 참여한다는 전체주의적 의미보다 사람은 정치적 동물이다라고 하듯 인간의 본능적인 정치적 욕구를 충족할 수 있도록 국민 각자를 단위로 개개인의 기본권으로서 국정을 창조하고 형성하는 개인의 정치적 권리이며 정치적 의사로서 자기의 권익과 행복을 추구하는 가장 중요한 수단으로서 보장받고, 개인의 정치적 주장과 의사를 선거를 통하여 그 주권을 행사하는 데 기초를 둔 것이 민주국가의 생명이며, 민주정치의 장점이기 때문에, 이와 같은 적극적인 의의를 선거제도에 수용하지 않으면 안된다.

나. 선거제도의 기본원칙

우리 헌법 체제와 원리에 비추어 선거제도의 기본 원리가 무엇이며 이를 어떻게 선거법에 규정하는 것이 합헌적인가를 살펴보지 않을 수 없다.

(1) (새로운 정치질서) 민주주의의 기본적 가치라고 할 수 있는 주권재민의 원리(헌법 제1조)가 현실적인 제도로 구체적으로 현출되는 것이 선거제도이고 선거법이다.

민주주의의 존립에 가장 중요한 문제는 선거에 달려 있고 선거와 관련되어 정치적 법률적 문제가 제기되고 부침한다.

우리 정치사에서 항상 문제되었던 통치의 정당성과 정통성으로 정국을 불안케 한 것도 선거제도와 선거과정의 정당성 문제 때문에 제기된 것이다. 공정하고 합리적인 선거를 통해 정치가 사회

의 모든 것을 수렴하고 이끌어 가는 정치풍토가 이루어질 때 모든 국가 권력의 권위와 국법질서의 확립을 이룩하게 되고 통치의 정당성이나 법치주의 원칙이 확립될 수 있다. 나아가 선거를 통하여 사회의 모순과 갈등을 정치적으로 수렴하고, 정치적 불만세력을 해소하는 정치문화를 이루게 되는 것이므로 그 기본원리에 따라 본질을 다루지 않을 수 없다.

오늘날 정치적으로 사회적으로 부각되고 있는 세대간, 계층간의 대립과 갈등을 융화시키고 조화를 이루기 위해서는 젊은세대와 소외계층을 정치권에 수용하는 길을 열어가는 새로운 정치질서와 정치문화를 조성하여야 한다.

국민에게 주권의 보유만을 인정하고 그 행사를 부정하는 형식적인 정치용 국민주권론은 이념적 통일체로서의 추상적 전체국민을 주권자로 보려는 자연법적 이념성을 가지고 있다는 장점이 있기는 하지만, 그 이념만을 명분상 주장하는 것은 허구적 이데올로기 내지 환상으로 이용되는데 그칠 수 있다.

그러므로 가능한한 주권의 보유와 행사를 일치시키는 방향으로 국민주권을 구체적이고 실질적인 것이 되도록 권력과 인권, 주권과 자유의 필연적 상관관계에 대한 종합적인 결론에 부합하는 타당한 헌법해석을 하여야 하는 것이 불가피하다 하겠다.

권력원리, 주권원리를 그 실질성과 구체성이 배제된 단편적인 자연법론에 따른 형식적 추상적 국민주권론의 입장에서만 파악하여 선거법을 다룰 것이 아니라, 유권자에게 사회발전에 부응해 갈 수 있도록 주권의 행사를 실질적으로 할 수 있게 제도와 권리를 보장하여 새로운 정치질서를 형성해 갈 수 있게 하는 것이 우리 헌법상의 국민주권을 실질화하는 것이며, 우리 헌법전문과 본문의 원칙에 부합되는 것이라는 논리 위에서 선거법을 보고 다루어야 한다.

(2) (선거의 자유와 기회균등) 근대 입헌민주주의 국가에서의 선거는 국민이 직접적으로 자기들의 대표자를 선출하는 것이며 간접적으로 자기가 원하는 정부를 구성하기 위한 의사표시를 하는 것이다.

국민 각자가 근대 의회제도의 원리로서의 민주적 참정은 국가구성원으로서의 개인이 정치에 참여하는 것을 의미한다. 즉 근대적 대의제도는 국가의 정치적 단위로 개인만을 인정한다. 따라서 현대 선거제도의 원리는 그 개인의 민주주의적 정치 참여의 실현을 기하는 정치원리로 국민 각자의 인격주의에 바탕을 두고 있다.

현대 선거제도를 지배하는 보통, 평등, 직접, 비밀, 자유선거의 다섯가지 원칙은 국민 각자의 인격의 존엄성을 인정하고 그 개인을 정치적 단위로 모든 사람에게 자유로운 선거와 참여의 기회를 균등하게 헌법이 보장하는 데에 기초를 두고 있다.

이러한 선거제도의 근본원칙은 선거인, 입후보자와 정당은 물론 선거절차와 선거관리에도 적용되며, 선거법을 제정하고 개정하는 입법자의 입법형성권 행사에도 당연히 준수하여야 한다는 원리이다.

특히 보통선거제, 평등선거제가 확립되면서 일반 서민의 정치적 진출이 현저하게 되어 정당정치가 발전하고 국회의 구성세력의 일대 변혁을 가져오게 하는 동시에 일반 다수국민의 정치적 욕구가 폭발하게 되었다. 이를 합리적으로 수용하기 위하여 선거제도를 보다 민주적으로 정비하고 넓혀가면서 한편 정당을 통하여 정치세력을 형성하고 정치적 불만세력을 수용하며 정치적 사회적 불안 요소를 용해하여 민주정치의 질서를 유지하고 정치발전을 이루어 간다.

현대국가에서는 정당정치가 바로 민주정치라고 인정하게 되었으나 그 정당은 국민 각자의 선거의 자유와 기회균등을 보장하는

민주사회의 기반위에서 존립하는 것이므로 당내 민주주의가 확립되고 민의에 따라 정당이 구성되고 공천되는 것을 전제로 하고 있다. 이러한 민주정당이 육성되고 발전하는 것 역시 국민의 주권이 실질적으로 행사 되도록 현실적으로 보장하는데에 있으며 정당정치를 우리 헌법이 보호(헌법 제8조)하는 이유도 여기에 있기 때문에 정당의 보호는 선거제도의 민주화와 함께 국민주권을 실질적으로 현실화하는데 있는 것이지 정치의 정당독점을 의미하는 것은 아니다.

정당만이 의석을 독점할 수 있도록 선거법을 협상하고 선거제도를 만드는 법의 제정이나 개정은 선거의 자유와 입후보자의 기회균등을 부정하는 것으로 민주국가에서는 원칙적으로 있을 수 없다.

(3) (민주정치와 선거제도) 영·미국의 정치사는 헌법과 체제를 바꾸는 혁명의 역사가 아니라 의회를 합리적으로 운영하는 선거법과 의회의 발전사이며, 무력이나 폭력보다 자유로운 선거를, 반정부 투쟁보다 의회의 토론을 통하여 국민의 감정을 순화시켜 현대 민주정치를 발전시켜 옴으로써 현대 민주정치의 효시가 되고 있다.

이와 반대로 정치적 후진국에서는 폭력으로 정치적인 문제를 해결하려고 하고 민주정치와 선거제도가 본질적으로 밀접불가분의 관계에 있음을 충분히 이해하지 못하고 선거는 정치적 세력이 이용하는 부수적인 수단으로 생각되어 왔다. 선거는 민주정치라는 깃발을 내걸고 선전하면서 정당과 후보자들은 선거를 자기 본위로 이용하는 것으로 생각하여 왔고 선거법과 선거관리도 자기들 편의로 할 수 있다고 생각하고 제정 또는 개정하는 경향이 있었다. 선거는 국민을 지배하는 정치의 수단이고 장식하는 제물로 아는 사람이 많았고 국회의원선거법은 정치적 성격이 강하다고 하

여 정치세력 간의 타협의 산물이라 어떻게 제정하든 위헌이 아니라고 보는 지식인이나 정치인도 적지 않았다.

그래서 그러한 헌정사는 집권자가 잘못을 책임지는 정치가 아니라, 모든 정치적 실정을 제도의 잘못으로 호도하여 그 책임을 제도에 전가하면서 제도 변혁만을 제창하고 시도하였다. 그 수단으로 헌법을 고치고 선거법을 만들어 선거를 악용하기 때문에 국민의 주권행사는 왜곡되었고 민의가 국정에 반영되지 않아 민주화 운동이 계속되는 악순환으로 사회불안을 조성하는 근본원인이 되고 있음을 외면할 수 없다.

선거제도를 정치적 세력을 형성하고 유지하는 수단으로만 생각하고 정치적 목적을 위해 선거를 이용만 한다면 민주정치가 국민속에 뿌리를 내리지 못하고, 정치의 불신과 부패로 젊은층과 지식인의 저항은 끊이지를 않을 것이며 시위와 폭력으로 정치적인 문제를 해결하려고 하는 슬픈 사건들이 끝없이 계속될 것이다.

이러한 상황하에서는 민주정치와 선거제도의 관계가 본질적으로 밀접불가분의 관계가 있음을 충분히 이해하지 못하고 자칫하면 선거제도는 정권의 합리화나 정당의 의석수의 확보를 위한 정치적인 편의주의로 이용하는 수단에 불과하다는 잘못된 인식이 국민속에 확산되어 불신과 불안이 만연하게 되며 자유민주주의의 기본질서가 위협받게 된다.

(4) (선거는 국법질서의 기초) 여기에서 합리적인 선거제도가 의회 정치의 이상을 실현하는 유일한 최선의 수단이라는 본질을 이탈할 수 없는 한계를 가지지 않을 수 없다.

선거제도는 민주정치의 대전제로 존재하며, 민주정치는 선거로써 시작되고 선거로써 끝난다는 말과 같이 의회정치의 부침은 오로지 선거제도의 여하에 달려있다고 해도 과언이 아니다. 국민은 오직 선거에 의해서만 국정에 참가하는 것이며 선거를 통하여 여

론정치가 행해지므로 민주정치에 있어서의 선거는 가장 중요한 국가적 행사의 하나이며 국법질서의 기초가 된다.

선거법은 국민이 정부를 구성하고 국정을 심판할 수 있는 것이어야 하며, 그렇지 않은 상태에서의 민주화 주장은 구호나 선동에 불과하게 된다.

선거는 단순히 권력자를 위한 장식이나 정치인들을 위한 도구로써 이용만 되어서는 안되고, 이를 관리하는 선거법이 정치적 성격이 강하다고 하더라도 정치세력 간의 타협에도 원칙이 있어야 하고, 선거법의 제정과 개정에도 국민주권과 국민 대표제의 본질은 침해하거나 제한할 수 없다는 한계가 설정되는 것이다. 국민의 의사에 의하여 정치의 방향이 설정되고 국민의 자유와 권리를 수호하는 의회정치를 확립하는데 기본 원칙을 두어야 한다.

국회의원 선거법에 규정하는 선거제도의 여하는 민주주의의 사활의 문제이고 국민의 정치적 생존권에 관계되는 문제이며 자유민주주의의 기본질서와 법치주의를 구현하는 근본이다.

보통, 평등, 비밀, 직접, 자유선거의 원칙들은 현대의 제 민주국가에서 채택되고 있는 바와같이 국민주권이 광범위하게 실질화되고, 또 국민이 능동적으로 평등하게 그 주권을 행사할 수 있도록 하기 위한 것이다. 이러한 민주적 정신은 모든 국민의 공무담임에 있어서도 자유롭고 평등하게 기회를 주어야 한다는 헌법 제25조에도 그대로 나타나고 있다. 따라서 국회의원에 입후보할 수 있는 자격과 조건을 법률로 정함에 있어서도 위의 헌법규정과 그 정신을 침해하는 것이어서는 안된다는 것은 너무나 당연한 것이다.

그러므로 국선법 제33조, 동 제34조의 기탁금제도에 관하여 위헌 여부를 판단하려면 위에서 본 헌법의 기본원리와 국법질서의 기초인 선거의 본질을 파악하여 이 선거법이 선거제도의 근본원리에 맞게 제정 내지 개정되었는지를 보아야 한다.

2. 기탁금 제도

가. 현행 선거법의 관계규정과 그 제정의 연원

기탁금 제도의 입법적 타당성을 보기 위해서는 먼저 입후보할 자격을 제한하고 있는 선거법상 연관된 관계규정을 살펴보고 동조의 기탁금제도가 설정된 법제상의 연원과 현실적 타당성을 검토하지 않을 수 없다.

(1) (현행 선거법의 관계규정) 입후보 제한에 관한 현행 선거법상의 관계규정을 먼저 살펴본다.

국회의원선거법 제33조 제1항은 지역구 후보등록을 신청하는 자는 등록신청서에 2천만원을 대통령령이 정하는 바에 따라 관할지역구 선거관리위원회에 기탁하여야 한다. 다만 정당의 추천을 받아 지역구 후보등록을 신청하는 자는 1천만원을 기탁하여야 한다. 동조 제2항은 전국구 후보등록을 신청하는 정당은 후보자 명부 제출시에 후보자마다 1천만원을 중앙선거관리위원회에 기탁하여야 한다. 동법 시행령 제27조 제1항에는 법 제33조 제1항 및 제2항의 규정에 의한 기탁금은 후보등록신청서 제출시에 현금 또는 관할선거구 선거관리위원회 소재지 금융기관에서 발행하는 자기앞수표로 기탁하여야 한다라고 하고 있다.

국선법은 입후보할 권리를 제한하는 규정으로 기탁금에 의한 제한 외에도 부적절한 후보자들의 수를 조절하도록 여러가지 방법으로 국회의원 입후보자의 자격규정과 선거운동의 규제조항을 설정하고 있다.

국선법 제9조에 따라 지역구 후보등록을 신청할 수 있는 자는 25세 이상의 국민이어야 하며 동법 제12조에 규정한 피선거권이 없는 자가 아니어야 한다.

동법 제27조 제1항과 제2항에서 후보자는 선거일 공고일로부터 5일이내에 관할선거관리위원회에 등록을 신청하여야 한다. 정

당의 당원인 때에는 그 소속정당의 추천서를, 정당의 당원이 아닐 때에는 그 지역구안에 있는 주민등록이 된 선거권자 500인 이상 700인 이하가 기명날인한 추천장을 등록신청서에 첨부하여야 한다.

동조 제6항에 정당의 당원인 자는 선거일 공고일로부터 후보등록 마감일까지 그 소속정당으로부터 탈당하거나 당적을 변경하거나 제명된 경우에는 당해선거에 있어서 후보자로 등록될 수 없다. 동조 제7항에 후보등록신청서 접수는 공휴일에 불구하고 매일 상오 9시부터 하오 5시까지로 한다. 동조 제9항에 후보자의 등록신청서와 추천서 등의 서식은 중앙선거관리위원회규칙으로 정한다. 동법 제30조에는 선거권자는 지역구후보자 1인만을 추천할 수 있다고 하고 동법 제31조에 등록무효사유를 규정하고 있다.

국선법 제6장의 선거운동에 관한 각 조항을 보면 극히 제한적인 허용사항 외에는 자유로운 선거운동을 할 수 없게 규제 일변도로 되어 있고, 그것에 따른 엄한 벌칙을 두고 있다.

그런데 국선법 제72조를 보면 선거운동 기간중 선거에 영향을 미치게 할 목적으로 단합대회 등 일체의 집회를 개최할 수 없도록 하면서 다만 정당활동은 제외한다고 되어 있다. 그래서 정당은 지구당대회, 당원단합대회, 당원교육, 당원용 선전물, 당기관지 등의 명목으로 선거운동을 할 수 있게 되어 있는데(정당활동의 예로서 인정한 대법원판결 및 중앙선관위 질의응답) 무소속입후보자는 이러한 것을 할 수 없게 되어 있어 사실상 무소속 출마자에게는 선거운동을 할 수 없도록 엄한 제한규정을 두고 있다.

이러한 선거법에 규정한 전반적인 규제사항을 보면서 정당후보와 무소속후보에 대한 기탁금 규정을 살펴보면 그 입법의 타당성과 합헌성을 더욱 명확하게 판단할 수 있다.

이상에서 우리는 기탁금 제도외에도 국민의 공무담임권 즉 피

선거권에 대하여 법률이 정한 조건과 선거운동 등에서의 제한이 여러가지 있음을 찾아볼 수 있다.

입후보할 권리를 여러 조건으로 제한하는 것은 선거를 효과적으로 공정하게 운영하고 입후보의 난립과 과열선거를 방지하고 당선자에게 다수표를 획득하도록 제도적으로 보완함으로써 선거의 신뢰성과 정치적 안정성을 확보하기 위한 것이라고 한다.

그런데 왜 기탁금제도에 대해서 위헌성의 문제가 제기되는 것인가, 기탁금에 관한 국선법 제33조와 제34조의 규정은 기탁금제도 그 자체에 위헌성이 있는 것 보다 그 기탁금의 액수가 너무 고액이어서 재산을 가지지 못한 국민의 후보등록을 현저히 제한하여 결과적으로 국민의 참정권을 침해하는 정도에 이르러 이에 대한 위헌 여부의 문제가 제기된다 할 것이다. 즉 입후보하는데 필요한 모든 자격을 갖추었으나 2천만원(정당추천 후보자는 1,000만원)의 기탁금을 기탁할 재력이 없어 입후보할 수 없게 된다면 그 기탁금의 규정은 모든 국민에게 평등하게 참정권을 보장한 자유선거제도에 반하고 평등보호의 조항에 위배된다고 볼 것이다.

위 법률의 기탁금은 너무 과다하여 기탁금을 마련할 수가 없어서 기탁할 수 없는 일반서민에게는 입후보할 의사가 있고 모든 자격을 갖추었으나 입후보할 수 없는 경우가 생기게 되고 이로 말미암아 재력의 유무에 따라 입후보의 여부가 좌우되고 참정권의 실현이 결정되기 때문에 선거제도의 본질과 민주정치의 기본을 침해하는 결과가 되기 때문이다.

(2) (고액 기탁금제도의 연원) 국선법 제33조의 고액 기탁금제도가 후보자의 난립을 막아야 할 필요성이 있어 제정되었다고 하더라도 국민의 참정권에 대한 헌법적 자유와 평등권의 보장보다 더 시급하고 중요하며 적절한 현실적 필요성이 심각하게 제기되어 그를 두지 않으면 안될 정치적 상황이었던가, 과연 현행 기

탁금제도가 후보자 난립이나 선거의 공영제에 얼마나 기여했으며 지금까지의 선거에서 성공적으로 실효를 거두고 있는가를 살펴볼 필요가 있다.

그러기 위해서는 본조문의 고액 기탁금제도를 두게된 그 연원을 돌아보지 않을 수 없다.

1972.12.27. 공포시행된 제4공화국 헌법은 보통선거제도를 채택하면서 국회의원선거법에서는 고전적인 기탁금제도의 원리를 도입한 것이었다. 1972.10.17. 유신선언과 헌정 중단으로 국회를 해산하고 입법권을 비상국무회의에서 대행하면서 많은 법률과 제도를 개폐하였고, 그때에 전면 개정된 국회의원선거법(1973.3.12.자 법률 제2603호)에서 거액의 기탁금제도(당시 정당추천 200만원, 무소속 300만원, 당시 선거법 제32조)와 각종 선거운동을 대폭 제한하는 규정을 두었다. 누구든지 선거운동 기간중에는 선거에 영향을 미치게 할 목적으로 단합대회 등을 할 수 없다. 다만 정당 활동은 제외한다(당시 국선법 제69조)라고 하여 정당은 당원교육, 당원단합대회, 당기관지 배포 등을 할 수 있고 무소속후보는 할 수 없도록 하는 선거제도를 두게 되었다.

그 결과 의회에 진출하지 못한 정치인과 유신반대를 외치던 젊은 세대들을 중심으로 장외세력이 형성되고 오늘날 재야의 모체가 되는 원외정치 그룹이 생겨나 유신체제에 도전하게 되니 의회가 민의와 정치를 수렴하지 못하고 파행적인 정치현상이 만연하기 시작하였다.

그 와중에 1979년 10.26 사태가 일어나고 1980년 5.17 조치 이후 1980.10.27.에 공포시행한 제5공화국 헌법 부칙 제6조에 의해 국회권한을 국가보위입법회의가 대행하면서 국회의원선거법(1981.1.29.자 법률 제3359호)을 개정하게 되니 위 선거법(당시 선거법 제71조이하 선거운동 제한규정)의 골격에다 오히려 이러한 기탁금제도

(그 기탁금 정당추천 700만원, 무소속 1,500만원, 당시 선거법 제32조)를 더욱 강화하였다. 1987년 6.29선언으로 민주화가 진행되면서 1987.10.29. 공포된 제6공화국 헌법 부칙 제1조에서 그 시행은 1988.2.25.부터 하고 이 헌법을 시행하기 위하여 필요한 대통령 및 국회의원선거법 등 법률의 제정, 개정 등의 준비는 이 헌법시행전에 할 수 있도록 하였다.

이러한 급변하는 정치적 상황에서 동 규정의 기탁금이 어떠한 정치적인 배경과 연유에서 생겼으며 국민의 참정권과 입후보자의 기회균등이 어떻게 제한되는지 입법형성권의 한계를 합헌적으로 검토할 시간적인 여유가 없는 촉박한 사정에 밀려, 중전의 규정을 그대로 답습하면서 기탁금을 더 높여 책정한 현행 선거법이 1988.3.17.(법률 제4003호) 전문 개정 공고시행된 것이다.

현행 국선법 제33조 제1항에서 규정한 기탁금의 액수가, 정당추천 1,000만원, 무소속 2,000만원으로 상향조정되기까지 지나간 선거법의 개정과정을 보면서 현실에 맞지 않는 각종 규제 일변도로 된 선거법을 검토하려면 국민주권의 실질적 보장을 위한 합헌적 선거제도인가 하는 것을 살펴보지 않으면 안된다.

동 규정 설정의 입법취지인 선거공영제나 후보자의 난립을 방지하고 깨끗한 민주선거를 효과적으로 이룩한다는 것은 명분에 불과했음이지난 선거들을 통하여 현실적으로 밝혀지게 된 것이다.

기탁금을 손쉽게 납부할 수 있는 돈있는 사람만 입후보할 수 있게 되니 선거는 돈이 당락을 좌우한다는 풍토가 유행하게 되었고, 국회의원은 돈으로써 당선될 수 있고 당선되겠다는 결과만 초래하게 되어, 금권선거, 타락선거가 선거인 양 바람직하지 못한 선거풍토가 우리 사회에 만연되고 인식되게 되었다. 돈 없는 사람은 출마해도 될 수 없다는 정치사회의 부조리에 대한 시민의 새로운 저항만 조성되어 선거와 민주정치제도에 대하여 불신을 불

러일으키는 결과를 자초하고 제도권 정치를 부정하는 재야정치세력의 도전을 계속받는 정치현실이 민주화가 진행되는 현실에서도 연속되고 있다.

우리는 이러한 역사적 배경과 현실을 직시하고 근본적인 제도상의 문제를 과감히 시정하지 않는 한 이러한 정치풍토는 짧은 계층에 새로운 저항의 불씨를 심고 이러한 정치적 타락과 부조리는 체제의 도전을 유발하고 그들의 저항에 정당성을 갖게 하는 원인이 되고 가진 자와 없는 자의 대립과 감정은 새로운 사회문제로 그 심각성의 도를 가속화시키는 결과를 가져오고 있다는 점도 간과해서는 안된다.

그러므로 민주정치는 모든 국민의 평등하고 자유로운 선거에서 시작되고, 그 선거의 성패에 따라 좌우된다고 하듯 민주적인 선거과정을 통하여 국민의 뜻에 따라 새로운 정치질서를 확립해 갈 수 있는 민주적인 선거법이 마련되어야 한다는 것을 요구하고 있다.

(3) (기탁금액의 현실적 타당성) 본건 국선법 제33조의 기탁금제도 자체의 위헌성을 떠나 현행 기탁금액이 우리의 현 실정에 합당한 금액인가, 모든 국민에게 평등하게 참정권을 보장한 헌법에 위배되지 않는가 하는 점을 우리나라 국민 일반의 소득수준, 임금수준, 저축수준과 비교하여 볼때 지나치게 과다한 금액이어서 그 액수가 평균적인 일반국민의 경제력으로는 손쉽게 조달할 수 없는 액수임이 명백하여 대다수 국민들에게 입후보의 기회를 사실상 봉쇄하고 있음을 알 수 있다.

금년도 정부의 통계자료에 의하면 근로자 평균임금 수준이 월평균 446,370원, 1년 총액 평균임금은 5,356,440원이고, 대학졸업자중 공무원인 경우 행정고시에 합격하여 사무관으로 채용되는 5급 1호봉에 해당하는 것을 기준으로 보더라도 월 526,966원,

연 6,233,600원이고, 대기업의 경우 초임이, 삼성그룹이 월 703,000원(연 8,436,000원), 현대그룹이 월 592,708원(연 7,112,500원), 럭키금성이 월 643,000원(연 7,116,000원), 대우그룹이 월 633,600원(연 7,603,200원)이며, 이들의 임금은 우리나라에서 가장 높은 수준의 임금으로 대부분은 이들 보다 낮다.

여기에서 생계비를 제하지 않고 그 전부를 저축한다 하더라도 기탁금 2,000만원(정당의 경우 1,000만원)을 마련하는 것은 매우 어려운 일이므로 20대 젊은 계층이 국회의원에 입후보한다는 것은 위 기탁금으로 인하여 사실상 불가능한 제한적 효과를 가져옴이 명백하다.

뿐만 아니라 1989.5.말 현재 기준으로 우리나라 국민의 총 저축액 129조 5,209억원을 국민 1인당 평균저축액으로 나누어 보면 국민 1인당 저축액은 3,061,091원이며, 이를 경제활동인구로 나누어 그 평균저축액을 보면 경제활동을 하는 국민 1인당 평균저축액이 6,939,417원이다. 이와같은 일반국민의 저축수준을 가지고 대비해 보아도 국선법 제33조의 기탁금액은 평균적인 국민일반에게는 국회의원 입후보의 기회를 사실상 봉쇄하는 지나치게 과도한 액수임이 명백하다.

대부분의 일반국민이나 젊은 계층의 입후보의 자유와 기회를 제한하는 기탁금제도는, 재력이 있는 소수에게만 주권행사를 가능하게 하는 것이 되어 심히 부당하며 그 위헌성이 명백한 것을 쉽게 알 수 있다. 이는 미국 연방대법원에서 의원 1년 봉급의 2%에 해당하는 1,000불의 기탁금을 요구한 선거법도 다액이라 이를 구할 수 없는 유능한 후보자의 출마기회와 자유를 제한할 수 있다고 하여 위헌판결을 한 것과 대조하면 그 부당성은 더욱 명백하다 할 것이다.

그래서 일반서민 계층이나 2·30대의 젊은 계층의 정상적인 수입

으로는 마련할 수 없는 금액을 선거법에서 입후보자의 기탁금으로 기탁케 한 것은 그들에게 입후보할 헌법상 국민의 기본권과 자유를 박탈하는 결과를 가져오며, 그들의 이해를 대변할 대표자를 의회에 진출시키지 못하여 민주적인 국민적 화합을 이룩할 수가 없어 평온한 민주질서를 기대할 수 없고 그들의 기본권을 보장한 헌법상 여러조항에 위반된다고 아니할 수 없다.

국회가 법률로써 선거를 통제할 수 있는 권한은 인정하나 합리적이고 합헌적 방법에 의하여 그 목적을 달성하도록 하여야 하며 결코 일반 서민층이나 젊은 세대들의 의회진출의 길을 막거나 군소정당이나 재력이 없는 무소속 후보자들에게 정치적인 자유와 입후보할 기회를 불합리하게 제한하는 것까지 용인하는 것은 아니다.

그러므로 국회는 선거제도의 원리와 정신에 맞는 범위내에서 법률로 제한할 수 있는 것이며, 일반국민에게도 헌법상 보장된 피선거권과 참정권을 가질 수 있도록 다른 방법이 제도적으로 보장되지 않는 한 그 다액의 기탁금을 일률적으로 요구하는 것은 위헌을 면할 수 없다. 따라서 헌법 제11조와 헌법 제24조, 제25조에 위배된다고 할 것이다.

나. 보통, 평등 선거제도의 본질

국선법 제33조의 기탁금 제도가 우리 헌법 제41조에서 명시한 보통, 평등 선거제도에 합치하는가, 현대 민주국가에서 공통으로 선언하고 있는 보통선거제도의 원칙이 확립되기 전, 구시대에 유행하던 차등선거제도의 유물이 아닌가 하는 본질적인 면을 가지고 검토하기 위해서는 고전적, 형식적 주권론과 실질적 국민주권론으로 나누어 살펴보지 않을 수 없다.

(1) (형식적 주권론과 차등선거제도) 형식적 주권이론은 선진민주 국가의 민주주의 발달 초기 이래 꾸준히 국가권력의 조직원리로서 크게 영향을 미쳐왔고, 오늘날까지도 기초이론으로 원용

하고 있어 우리나라에 있어서도 이 형식적, 명목상 국민주권론이 학계와 정계 및 일반인의 통념속에 깊이 뿌리내려 있다.

이는 한마디로 민주주의 자체의 이념인 만큼 정치적으로만 이용되는 폐단이 많았고 그 현실적인 문제점이 정확히 파해쳐지지 아니한 채 전체주의 국가에서도 정치적으로 오도되고 강권정치의 수단으로 운용되는 새로운 문제를 낳았다. 이로 인하여 민주주의 자체의 본질에 관련되는 정치적 사회적 여러가지 심각한 문제점을 야기하였기 때문에 그 모순성과 폐단을 개선하기 위한 새로운 인식을 가지게 되었다.

국민이 실질적인 주권자로서 민주정치를 구현하는 실질적인 국민주권론이 현대 민주국가에서 공통적으로 적용되고 있는 이유가 여기에서 연유된다.

형식적 국민주권이론의 가장 중요하고 본질적인 특징은 국민을 개인으로서가 아니라 전체국민이라고 형식적이고 추상적으로 보는 점이다. 이 전체국민이 주권자라고 할 때 국민 각자가 과연 그 권리를 소유하고 행사할 수 있는 지위와 능력을 실제로 가지고 있느냐 하는 것이 가장 기본적인 문제점이 된다.

전체국민이 진정한 주권자가 되기 위하여는 이 전체국민이 국가의 최고 의사의 결정권을 단순히 보유하고 있을 뿐만 아니라 그 결정권을 구체적으로 행사까지하여 실제로 국가의사를 결정하고 집행하는 것이 보장되어야 한다. 그런데 이러한 형식적 국민주권론은 선거라는 절차를 거쳐 선임된 국민대표의 어떤 의사결정이 바로 전체국민의 의사결정인양 법적으로 의제되는 것으로 보기 때문에 대표자의 의사결정이 국민의 뜻에 반하더라도 아무런 법적 항변을 할 수 있는 실질적인 수단이 없다.

이것을 가지고 과연 국민이 나라의 주인으로서 행사하는 진정한 민주주의 구조라고 하기는 매우 어려운 문제가 생긴다. 이러

한 부조리와 모순을 영국의 초기 민주제도에서 주시한 “장자크 루소”는 이와같은 형식적 추상적 국민주권론을 허구적인 것으로 지적하고 실질적 능동적 국민주권론을 제창하여, 이른바 프랑스 대혁명을 성공시키는 가장 큰 계기가 되었지만 대혁명 후의 의회를 지배한 시민대표들이 그들 역시 실질적 국민주권론이 자기들의 기득권에 위협을 줄 것을 두려워하여 이를 외면하고 형식적 국민주권론을 내세워 전체국민이 주권자인 것으로 미화하면서 실제로 국가권력의 구체적 행사는 재산의 소유 정도에 따른 극히 제한적이고 불평등한 선거절차에 의해 선출된 시민의 대표가 전권을 가지고 독점하는 이른바 순수대표제의 구조를 확립하여, 국민을 무능력한 주권자로서의 지위로 전락하게 하였다.

이와같이 형식적 국민주권론은 서구 민주주의의 발달 초기 이래 항상 차등 선거제도로 선거법이라는 매개수단을 통하여 국민의 실질적 참정권을 제한함으로써 이른바 구시대적 고전적 대표제 또는 순수대표제의 형태를 취하고 있었다.

이와같은 재산의 소유정도를 기준으로한 불평등한 차등선거제도에 의한 국민 참정권의 불합리한 제한을 큰 수단으로한 선거제도하에서는 재산이 많은 시민대표 이외에는 의회에 진출할 수 없었고, 일반국민 대다수는 국가의사의 결정이나 행사에 전혀 실질적인 영향력을 행사할 수 없었다.

이러한 서구의 정치사를 돌아보면 기탁금으로 입후보의 자유와 기회를 제한하는 우리의 선거제도는 그 참정권 제한의 정도가 100여년전의 서구에서 유행하던 구시대의 고전적 대표제(순수대표제)하에서 시행하는 차등선거제도의 유물로서 그 궤를 같이 하는 참정권의 제한이 아니냐 하는 의구심을 면하기 어려울 것이다.

(2) (실질적 주권론과 보통선거제도) 본건 심판의 대상이 된 국선법 제33조와 제34조가 과다한 기탁금 제도에 의해 대다수

의 국민의 참정권을 지나치게 제한하여 재력을 조달할 수 있는 사람들 만 국회에 진출하여 국정을 국민으로부터 독립하여 독점할 수 있는 구조를 취하게 하는 것은, 우리나라의 현 선거제도가 아직도 선진국의 현대적 대표제와는 거리가 먼 구시대적 권력독점적 순수대표제의 단계에 머무르고 있다는 것을 입증하는 것으로 보지 않을 수 없다.

여기에 선진민주 국가들에 있어서 이와같은 구시대적 권력독점적 순수대표제가 어떻게 변모되어 민의를 실제 반영하고 국민을 실질적인 주인으로 하는 실질적 국민주권론을 확립하여 이른바 현대적 의미의 국민대표제로 발전하게 되었으며, 우리 헌법상 이러한 정신이 과연 어떻게 규정되고 있는가를 밝혀 봄으로써 이 사건 심판대상이 된 국선법 제 33조, 제34조의 위헌성 여부를 판단할 수 있을 것이다.

실질적 능동적 국민주권론은 국민이 실제에 있어서 현실적으로 국가의 최고 의사를 결정함으로써 실질적으로 주인역할을 해야 된다는 실질적 생활용 국민주권 이론이다.

실질적 국민주권을 실현하기 위한 선거제도와 민주적 참정권은 모든 국민이 평등하게 국민대표를 직접 선출하여 국정을 위임하는 보통선거제도이고, 그 반은 언론의 자유를 통한 여론정치로 민의를 국정에 반영하는 자유선거제도이다. 따라서 현대적 대표제에 있어서는 구시대의 권력독점적 순수대표제와는 달리 민의반영을 최우선 과제로 반(半)정도 만 국민의 대표가 일을 하고 반(半)정도는 국민의 민의가 정치에 반영 된다는 이른바 반(半)대표제 또는 반정도는 국민이 직접 정치에 참여한다는 의미의 반(半)직접제로 확립되고 있는 것이 현대 서구민주국가의 국민대표제의 실상이다.

우리 헌법상 국민의 손에 쥐어준 주인으로서의 유일한 효과적

무기는 바로 대통령과 국회의원(앞으로 지방의원)을 선출하고 누구나 입후보자가 되어 국정에 참여할 수 있는 참정권과 헌법 제72조와 동 제 130조에 의한 국민투표권 뿐이다.

그런데 가장 중요한 실질적 주권행사인 선거와 입후보의 자유마저 무력화시킬 수 있고 대다수의 국민이 쉽게 조달할 수 없는 과도한 기탁 금액을 기준으로 입후보의 기회를 제한함으로써 국회에 진출할 수 있는 길을 봉쇄하고, 차등선거의 유물을 외국의 입법례에도 있다고 하여 보 통선거제 하에서는 있을 수 없는 불평등한 선거법 조항을 만들어 국민의 참정권을 지나치게 제한하고 있다면 헌법에 보장된 실질적인 국민주 권과 국민대표제의 본질을 침해하는 것이라고 아니할 수 없다.

우리 헌법은 제11조와 관련하여 제1조와 제41조에서 차등선거제도를 부정하는 보통선거제를 제1의 원칙으로 채택함으로써 재력, 신분, 직업 등으로 차별대우를 받지 않고 평등한 참정권을 보장하여 주권을 행사하도록 실질적 국민주권주의를 구현하기 위하여 보통, 평등, 직접, 비밀, 자유선거제도 등 선거의 기본원칙을 설정하고 있다.

그러므로 국선법 제33조, 제34조에 의한 기탁금제도로 인하여 입 후보자의 자유와 기회균등을 침해하고 국민의 참정권을 제한하는 것은 이러한 우리 헌법상의 기본원칙에 위배되고 실질적, 현대적 국민주권론에 반하는 것이다.

(3) (국민의 의식수준과 민주주의) 진정한 민주주의를 확립하는 요체는 국민과 정치인, 지식인과 공직자, 서민과 사회지도층이 모두 인간의 존엄성과 자유를 지켜가는 민주적인 시민의식과 민주교육이 되어 있어야 한다는 것이다.

현재 우리 국민의 의식수준은 상당히 높고 정치에 대한 관심이 지 대하기 때문에 실질적인 국민주권의 행사와 국민의 대표제를 정

착하지 않으면 안될 시점에 왔다는 것이다.

1985년 인구 및 주택센서스 확정결과 보고(88년 동아연감 참조)를 보면 우리나라 전체국민의 문맹률은 1.8%에 불과하며, 연간 대학졸업자는 294,482명, 고등학교 졸업자는 685,909명, 중학교 졸업자는 899,492명, 국민학교 졸업자는 799,343명이 되는 것을 보면 성년자는 대부분 중등교육 이상을 받은 것이 된다.

전체인구수 중 20대 인구수에 대비한 20대의 대학졸업자 비율은 21.8%, 고등학교 졸업자는 44.8%, 중학교 졸업자는 22.2%, 국민학교 졸업자 비율은 10.5%, 미취학은 0.6%에 불과한 것을 보면 우리의 학력 수준이나 교육열은 세계 어느 선진국 보다 높은 수준임을 알 수 있다.

여기에다 88년도 경제기획원 인구통계조사 자료에 의한 총인구수와 유권자수를 대비하여 보면 우리나라 총인구수 41,974,640명에 세대별 유권자의 수와 그 비율은 20대가 20.29%인 8,517,987명, 30대 인구비율은 15.89%인 6,463,103명, 40대는 10.93%인 4,588,513명, 50대는 8.02%인 3,368,332명, 60대는 4.49%인 1,888,027명으로 되어 있다. 이것을 위의 교육이수 비율에 대비해 분석하면 우리의 민도가 얼마나 높으며 민주교육을 받은 세대가 우리 사회의 구성에 주된 위치를 점하고 있음을 알 수 있다.

거기에다가 유권자 총수 26,198,205명을 위의 세대별 인구수를 가지고 점하는 비율을 보면 20대가 32.51%, 30대가 24.67%, 40대가 17.51%, 50대가 12.85%, 60대가 7.2%인데, 이는 우리 정치구조에 2·30대 젊은 계층이 차지하는 정치적 비중이 얼마나 큰 것인가를 또한 알 수 있다. 우리 국민의 절대다수가 민주주의에 대한 교육을 받았고 의식수준이 이렇게 높은데 거기에다 선거에 대한 열의도 대단하기 때문에 민주주의를 외면하는 정치행

태로서는 현시국을 풀어갈 수 없다는 것을 쉽게 알 수 있다.

우리 국민이 교육을 받고 알고 있는 것은 자유와 평등 및 평화와 복지를 지향하는 자유민주주의 정치제도이며, 이러한 자유와 평등은 모든 인간의 존엄성과 행복을 추구하는 가치로서의 절대적 진리라고 가슴 속에 품고 추구하고 있다는 것을 무시해서는 안된다.

2·30대의 젊은 계층이 우리나라 유권자수의 과반수가 넘는 58%를 차지하고 있고 거기에는 40대를 합하면 73%가 되는데, 이들 젊은 계층은 강당에서 “모든 국민은 인간으로서의 존엄성과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”는 우리 헌법 제10조에 규정한 헌법정신을 배웠기 때문에 우리 국민은 의식 또는 무의식 중에 민주사회의 생활방식과 민주적인 생활규범을 익히고 그것이 현대인의 상식이라고 인식하고 있다.

모든 잘못된 정치에서 비롯된다고 말하는 일반국민들은, 사람은 누구나 인간의 존엄성을 가진 평등하고 동일하다는 인식을 가지고 정치지도층에게 민주주의를 요구하고 진정한 민주사회를 건설해 주기를 바라는 것이다.

이러한 국민적 요구는 특히 국가와 사회의 각계 지도층이 긍정적으로 수용하여야 하며 그렇지 못한 경우에는 일반국민의 시민의식 또는 헌법의식으로부터 저항과 비판을 받게될 것이다.

더구나 젊은 계층들은 민주주의 교육 내지 절대적 진리로서의 인간의 존엄성에 대한 인식은 국민 모두에게 필요하지만, 그 비중은 효과면에서 공직자와 정치인에게 더욱 필요하다고 인식하고 있다. 민주국가에서 인간의 존엄성에게 표현되는 자연권 내지 절대적 진리에 대한 교육은 선거의 과정에서 유권자들의 자유로운 의사표시와 참여에 의해 실현될 수 있고 선거 후에도 유권자들의 차

기 선거를 전제로 한 감시에 의해 확보될 수 있다고 본다.

우리의 사회구조나 고학력자의 구성비율이나 정치에 대한 관심도나 젊은 계층의 정치적 열망등을 현실적으로 심층분석을 해 볼 때 참정권의 행사를 불합리하게 제한을 하는 선거제도를 가지고 급변하는 사회환경과 국제적 상황변화에 적응해 발전할 수 있겠는가. 헌법상의 의회민주주의 이상과 실현에 역행하는 수단이 용인될 수 있는 구시대와는 사회적, 경제적, 국제적인 여건과 상황이 다르다는 것을 직시하지 않으면 안된다.

위에서 본 바와 같이 우리 헌법이 실질적 국민주권론의 원칙을 우리나라의 최고 기본원리의 하나로 규정하고 있음에도 불구하고, 국민이 실질적인 주권자가 되는 것을 방해하는 선거법의 과다한 기탁금제도는 구시대의 차등선거제도를 활용한 주권행사의 제한적 규정으로 현실을 풀어갈 수 없고 모든 사람은 동등하다는 의식이 투철한 우리 국민 감정에 용인될 수 없는 것이다. 그럼에도 지금까지 이러한 본질문제에 들어가 선거법의 불합리한 제한이나 주권개념에 대한 용어혼란의 부당성을 밝히거나, 실질적 국민주권론의 방향으로서의 헌법해석을 하는 것을 간과해 왔다. 그 이유는 여러가지 있으나 민주화를 열어가는 지금에 와서는 올바른 선거제도를 확립하는 헌법해석으로 국민 감정에 맞는 실질적 국민주권론을 확립하도록 하는 것이 민주사회 건설의 선결요체가 된다고 하지 않을 수 없다.

여기에 이 사건 심판청구 대상인 국선법 제33조, 제34조의 위헌성 문제가 검토되어야 하는 중요한 이유가 있고 우리 헌법이 보장하는 보통, 평등 선거제도의 기본원리를 실천할 수 있도록 선거법에 대하여 새로운 헌법해석과 적용의 방향을 제시하지 않으면 안된다.

다. 정당후보자와 무소속후보자의 차등규정

국선법 제33조 제1항은 지역구 후보자 등록을 신청하는 무소속 후보자에게 2천만원을, 정당추천 후보자에게 1천만원을 기탁하도록 차등을 두고 있다.

정당추천 후보자와 무소속 후보자의 기탁금에 차등을 두는 규정은 무소속 후보자에게 지나친 차별대우를 함으로써 헌법에서 모든 국민과 모든 입후보자에게 보장하는 기회균등의 원칙과 국민의 참정권을 제한하고 나아가 평등보호의 원칙에 반하지 않는가 하는 문제이다.

(1) (입후보의 자유와 기회균등에 위배) 우리 헌법은 보통, 평등, 직접, 비밀, 자유선거의 원칙을 명시하고 있어 모든 선거참가인에게 원칙적으로 평등하게 보호를 하고, 자유로운 입후보를 허용하고 있고, 정치적 자유와 그 기회는 정당의 공천자나 무소속의 입후보자에게 차별없이 균등하게 보장하고 있다.

헌법 제8조에 규정한 정당의 보호규정은 무소속 입후보자의 기회균등을 보장하는 헌법규정을 부정하는 상반된 뜻은 아니다.

오늘과 같은 정당국가적 현대민주주의 사회에서는 정당 없이는 민주정치가 제대로 기능할 수 없을 정도로 정당은 중요한 역할을 하는데 반해 개인은 정치적으로 여러가지 제약이 있어 정치적인 의미있는 활동을 하기에는 어려움이 많다.

아무리 정당국가적인 민주주의라고 하지만 무소속 입후보를 완전히 봉쇄하거나 차별대우를 하는 데에는 민주주의의 원리상 문제가 있다. 그것은 많은 사람으로부터 참정권과 공무담임권을 박탈하는 것이 되므로 민주헌법은 무소속 입후보를 원칙적으로 보장하고 있다. 더욱이 아직까지 민주적인 정당정치제도가 국민속에 뿌리내려 확립되지 못한 상황에서는 더욱 그렇다.

현대 민주정치는 정당정치를 기본으로 하기 때문에 정치를 하고자 하는 자는 정당 설립의 자유가 보장되어 있으니 정당을 설

립하든지 그렇지 못하면 정당에 가입하면 될 것이 아니냐 하는 주장을 가지고 무소속 입후보를 제한하거나 차별대우를 하는 것은 현실적으로 타당하지 못하다.

정당을 설립한다는 것은 쉬운 일이 아니며, 정당후보 공천자에게 1천만원의 기탁금을 납입하게 되어 있는 우리 선거법 하에서는 현행 우리나라의 지역구수 224개의 공천자에게 최소한 기탁금을 지원한다고 할 때 22억여원이 필요하고, 그 지역구의 지구당 결성과 그 지원 및 중앙당 운영을 위해서는 최소한 수십억원이 필요한데, 재력이 넉넉치 못한 정치인, 학자, 언론인, 법조인, 종교인 그리고 일반서민들이 모여서 정당을 만든다는 것은 현실적으로 불가능하다.

그리고 후보자와 그 정당간에 정치적 노선이 일치하느냐도 문제이지만 현실적으로 정당에 가입하여 자기의 뜻대로 정당의 공천을 받을 수 있느냐에 대하여도 여러가지 제약이 따르기 마련이다. 거기에다 현행 선거법은 정당에 가입하였다가 공천을 받지 못하면 무소속 입후보의 기회도 봉쇄하는 국선법 제27조 제6항의 장치를 두고 있다.

더욱이 아직 당내 민주주의가 뿌리 내리지 못하였고 그 지역 유권자의 의사보다는 중앙당에서 공천을 결정하는 것이 우리의 정치상황이라는 여론이 있고 민주적 공천경쟁에서 후보자로 추천받는 것은 사실상 힘겨운 일이기 때문에 정당의 가입은 쉬운 일이 아니다.

정당설립과 정당가입이 자유스럽지 못한 이러한 면에서 볼때 무소속 후보의 출마를 제한하기 위하여 무소속 후보자에게 지나친 차별대우를 하는 것은 헌법이 국민 누구에게나 보장한 입후보의 자유와 기회균등의 원칙에 반한다.

정당의 후보자는 정당에 대한 국가의 배려로인하여 비정당원보

다 정치적으로 우월한 지위에 있고 정당추천 후보자는 선거법의 여러 규정에 의해 제도적으로 무소속 후보자보다 모든 면에서 훨씬 유리한 조건에서 선거에 참여하고 있다. 그럼에도 불구하고 더 나아가 정당공천자보다 무소속 후보자에게 2배의 기탁금을 요구하고 있는 것은 아무런 합리적 이유없이 차별취급을 하는 것으로 입후보의 자유와 입후보자의 기회균등을 보장한 헌법규정에 배치되는 것이 명백하다 할 것이다.

(2) (정당정치와 무소속 후보) 정당정치가 현대 의회민주주의의 제도를 유지시켜 가는데 필요불가결한 제도라고 할 수 있으나 그렇다고 하여 정당만이 참정권을 독점하여야 한다는 것은 아니다.

정당은 국민의 정치적 의사형성을 효율적으로 이룩하여 선거에 참여한다는데 있으며, 결코 정당에 국민의 정치적 의사형성 및 주권 행사를 독점하게 하는 것은 아니다.

선거에 있어서 입후보자의 추천권을 정당에 한정하기 위해 무소속 입후보의 기회를 제한하는 것은 선거제도의 기본원리와 모순되며 보통 선거와 평등선거의 기본원칙 뿐만 아니라 모든 유권자가 원칙적으로 자유로운 선거추천권을 가지는 국민주권의 원리에도 반한다.

국민의 선거권을 정당공천자들에게만 선택할 수 있도록 선거법에 의하여 과도한 기탁금제도 등으로 무소속 출마를 제한하고, 입후보자의 수를 축소시키는 것은 어떤 정당에도 소속하지 않는 유권자를 그들의 정치의사에 관계없이 강제로 정당에 배속시키는 결과가 되어 자유선거의 기본원칙상 용납할 수 없는 일이 생기게 된다.

각 후보자들이 오로지 자기 개인의 인품만을 믿고 선거에 임하거나 또는 정당에 가입할 것이나 하는 것은 각 후보자가 임의로

결정할 문제이며 이는 헌법이 각 후보자에게 자유스럽게 할 수 있도록 보장한 기본권이라는 사실만 보아도 명백하다.

따라서 입후보의 추천권을 정당이 독점하고 정당간의 정치적 타협으로 무소속 후보자의 길을 제한하는 것은 모든 국민에게 무소속입후보를 할 수 있도록 문호를 개방하고 있는 헌법상의 보통, 평등, 자유선거의 원칙에 반할 뿐만 아니라 유권자의 선거권의 행사와 자유를 제한하는 것으로 국민의 참정권을 보장한 헌법 규정에도 위반된다.

선거법은 무소속 입후보자를 정당공천자보다 2배의 기탁금을 부담케하여 정당후보자와 무소속 후보자 간에 차등규정을 둠으로써 모든 선거후보자의 기회균등의 원칙을 침해하였기 때문에 이와같은 헌법위반상태를 입법부는 구제하여야 할 의무가 있다.

헌법과 선거법상의 정당의 여러가지 특혜적 규정은 시대적 요청에 따른 것이라 할지라도 그것은 합헌적 범위내에서 한정되어야 한다.

민주정치는 국민의 참여 속에서 이루어지고 국정의 최종심판은 국민이 내린다는 민주헌법의 기본정신을 무시하고 정당정치 of 육성이나, 무소속 입후보의 길을 제한하고 차별적 대우를 하는 것을 법으로 제도화할 수 없다.

자유와 민의를 바탕으로 정치발전을 이룩해야할 민주정치를 저해하는, 정당의 독점적 특혜로 후보자 간에 지나친 불평등한 차별대우를 하는 것은 국민주권과 민주적인 선거제도의 원리상 있을 수 없다.

(3) (정치적 타협의 한계) 선거법은 정당간의 정치적 타협의 산물이기 때문에 국선법 제33조, 제34조에 정한 액수에 구애됨이 없이 합헌성을 인정해야 한다는 견해도 있으나 이는 현대의 실질적 국민주권주의와 상기 반대표제 내지 반직접제 등 현대적 대

표제를 지향하고 있는 현대 자유민주주의 헌법 체제하에서는 용납될 수 없는 주장이다.

과거 민주주의 초기단계에 있어서 대부분의 국민을 정치에서 배제하고 형식적이고 불평등한 선거로써 재산가들이나 기성정치세력이 의회를 독점하기 위한 체제하에서 구성된 의회가 국민의 의사와는 무관하게 국정을 좌우하려는 방편으로 선거법을 만들 때 쓰는 이론이다.

이는 위에서 본 고전적 대표제도 내지 순수대표적인 사고방식에서 벗어나지 못한 것으로 현대적 민주주의에 터잡고 있는 우리나라의 헌법 원리에서는 받아들이기 어려운 논리라고 하겠다.

정치적 타협이란 어디까지나 국민의 평등한 참정권을 보장하기 위한 국민의사의 정치적 통합화 과정에서 민주적으로 이루어지는 것이어야 하는 것이며, 헌법의 원리와 국민의 기본권을 무시하고 일방적으로 국정에 참여하는 대표자들만의 정파적 또는 부분 집단적인 이해관계에 의한 타협으로 선거법을 임의로 만들 수 있다는 뜻으로까지 확대할 수는 없다.

선거법은 모든 입후보자에게 법 앞에 평등하다는 헌법의 기본원칙에 따라 모든 조건에서 균등한 기회와 자유를 보장하여야 하므로 무소속 입후보자에게 법에서 차등대우를 하는 것은 부당하며 법규상 불비한 점이 있다면 기회균등의 기본원칙을 지켜가기 위하여 보충규정을 두어야 한다. 그런데 분파적 이해관계의 정치적 타협을 국법 질서의 정당성의 근거로 하는 것은 국가권력을 사집단의 이익옹호 수단 내지 사권력화할 위험성이 큰 전근대적 발상이라고 아니할 수 없다.

국가조직과 권력에 대한 이러한 비민주적 사고와 입지는 전반적인 인권보장과 자유민주주의의 확립에 의한 안정적 국가발전을 저해하는 근본원인이 된다는 것을 우리는 경험한 바 있다.

모든 국민에게 원칙적으로 인정하는 선거권의 행사와 입후보의 자유는 자유선거의 기본적인 내용이며 더구나 국민들의 선택 대상이 반드시 기존정당에 한정되도록 선거법이 기성정당간의 협상에 의하여 자기들에게만 유리한 법으로 개정을 하고 유지한다면 새로운 정당, 새로운 세대들의 정치적인 진출과 보다 발전적인 새로운 정치문화를 기대하기 어려울 것이다.

복잡다단한 정치적 사회적인 다양한 문제에 대한 국민적 욕구를 수용하지 못하여 국민적 합의를 이루지 못하면 그것은 정치적 사회적 불안을 조성하는 계기가 되어 헌법에 합당한 선거제도라 할 수 없다. 나아가 결국은 국민 각자의 후보자 선택권을 제한하는 것은 선거제도상 참정권의 불합리한 제한으로 우리 헌법상의 민주주의 이상과 실현에 역행하는 것이다.

그러므로 국회의원선거법은 헌법의 기본규정에 합치하는 원리안에서 개정하여 민주주의 정착의 기초를 마련하여야 한다. 그 길은 국민 누구나 원하는 자는 선거에 참여하여 국민의 심판을 받도록 정당당당하게 깨끗하고 공명한 자유로운 선거를 통하여 그들의 대표를 뽑고 그 대표들이 의논하여 합의함으로써 국민적 동의와 합의를 이룩하는 선거풍토를 만드는 길이다. 그 사회는 평온하고 그 국가는 민주적으로 발전하고 번영하는 민주정치의 실현을 이룩할 수 있을 것이다.

그러므로 무소속 후보자와 정당후보자 간에 2배의 차등으로 기탁금을 내게함으로써 무소속 후보의 출마를 제한하려는 것은 정치적 성격이 강한 선거법이라 할지라도 그 입법형성권의 한계를 위배한 것으로 위헌이라 아니할 수 없다.

(4) (불평등한 입법 금지의 원칙) 현행 국선법 제33조 제1항이 정하고 있는 바와같이 정당후보자는 1천만원인데 무소속 후보자는 2천만원으로 정한 것이 적절한 것인가 하는 금액의 기

준에 대하여 타당성을 판단하기 이전에 정당후보자에게 기탁금의 액수를 1천만원으로 한 것이 가사 적절하다고 판단된다 하더라도 무소속 후보자의 기탁금을 2천만원으로 한 것은 경험법칙상으로 보아 정당후보자와 지나친 차별대우를 하는 규정이라고 아니할 수 없다.

오늘날 정당정치하에서 정당과 개인의 정치적 역할이 매우 다르기 때문에 정당후보자와 무소속 후보자와는 차별되는 것이 마땅하다고 하더라도 무소속은 정당보다 두배나 되는 금액을 기탁해야 할 뿐만 아니라 국선법 제58조 등에 따라 선거에 관한 비용을 공제하고 나면 그 두배가 넘고, 여기에서 정당후보자는 정당으로부터 받은 보조금과 여러가지 지원을 고려하면 선거운동비를 포함한 선거의 비용으로 볼 때 무소속 후보자의 기탁금은 그것보다 몇배가 되는 셈이 된다. 이는 선거법상 무소속 후보자의 기탁금이 지나치게 높게 책정되어 불평등하게 취급하고 있음을 명백하게 알 수 있다.

선거권자를 차별대우하는 것이 정당이라는 특수한 기능 때문에 선거에서 무소속 후보 보다 유리할 수 밖에 없거든가, 기타 특별한 근거에서 정당화될 수 있는 특단의 사유가 있으면 모르되 그렇지 않는 한 선거경쟁에서 모든 입후보자에게 보장해야 할 기회균등을 침해하는 사항이나, 경쟁조건을 현저하게 차등을 두거나, 정당보다 무소속 입후보자의 출마를 억제하고 제한하기 위한 선거법상의 규정은 선거의 공정성과 합법성을 해하는 것으로 평등의 원칙에 명백하게 반한다 아니할 수 없다.

미국등 외국에서는 사회적 경제적 약자에 대하여는 특히 법이 일반인 보다도 더 우월적인 특별보호를 해 주는 것이 법의 평등보호원칙의 진정한 의미라고 하여 수차의 판결에서 이를 확인하고 있다.

그런데 경제력이 부족한 국회의원 입후보자 특히 무소속 입후보자에게 법이 정당후보자와 대등하게 경쟁할 수 있도록 국가가 특별배려를 해 주지는 못할 망정 정당의 공천이 없다는 이유로 정당보다 2배의 기탁금을 내게 함으로써 동등하게 보호하여야 할 입후보자의 선거경쟁에 지나치게 차별대우를 하는 것은 자유민주주의 국가의 가장 기본적인 평등보호의 원칙에 위배되는 것일 뿐만 아니라 주권재민의 근본을 무시하는 것이 된다.

나아가 모든 국민이 모든 선거에 균등하고 자유롭게 참가할 수 있는 기본권에 대한 침해가 입법부가 제정한 국회의원선거법의 규정에 의하여 이루어지고, 법에서 무소속 입후보자에게 불평등하게 취급하는 것은 자유민주주의의 기본질서를 해치는 것이며, 국민의 주권행사인 참정권을 제한하고 공무담임의 기회를 사실상 불평등하게 제한하는 결과를 초래하는 입법으로 민주적인 입법이라 할 수 없다. 따라서 우리 헌법의 기본원리에 위배되는 것이라 아니할 수 없다.

라. 기탁금의 국고귀속제도

국선법 제34조는 후보자가 사퇴하거나 그 후보자의 등록이 무효로 된 때, 또는 후보자의 득표수가 당해 지역구의 유효투표 총 수의 3분의 1을 초과하지 못하는 때에는 그 후보자의 기탁금은 제58조 제1항(선전벽보, 합동연설회 등)의 비용을 공제한 후 국고에 귀속한다. 다만 지역구 후보자가 당선된 때와 사망한 때에는 그러하지 아니하다고 하였고, 국회의원선거법시행령 제28조에서는 법 제34조의 규정에 의하여 기탁금이 국고에 귀속될 때에는 선거일 후 40일 이내에 국고에 납입하고 그 명세를 상급선거관리위원회에 보고하여야 한다. 그에 관한 절차와 보고 등에 관하여 필요한 사항은 중앙선거관리위원회규칙으로 정한다고 하였다.

(1) (기탁금 국고귀속의 정당성) 위의 기탁금 국고귀속에

관한 현행규정은 후보자의 난립방지와 선거공영제의 확립이라는 본래의 목적을 벗어나 그 기탁금이 고액인데다가 그 국고귀속의 기준이 너무 엄격해서 결과적으로 재산을 가지지 못한 자나 젊은 계층의 후보등록을 현저히 제한하고 있을 뿐만 아니라 기탁금 중 선거비용으로 충당되는 비용이 불과 기탁금액의 10%(무소속의 경우)~20%(정당공천자의 경우)에 불과한데 그 나머지 금액은 국고에 귀속되게 되어 낙선하게 되면 입후보를 한 책임에 따른 제재의 수단으로 국고에 귀속시키는 것으로 볼 수 밖에 없다. 이는 선거를 국민의 주권행사라는 차원보다 선거의 질서 유지 차원으로만 보고 입안한 것으로 신성한 기본권의 행사가 보장되어야 할 국민 참정권의 본질을 유린하는 규정으로 보지 아니할 수 없다.

선거의 기능이 단순히 당락을 결정하는 후보자의 선출에만 있는 것이 아니라 일면 자기의 정견과 주장을 유권자에게 미리 밝혀 인식시킴으로써 다음 선거에 대비한 준비행위로 출마하는 기능도 하며, 다른 면에서는 선거운동을 통하여 자기의 정치적 주장과 의견을 개진하고 합법적으로 국정을 비판하고 올바른 시정을 촉구하는 정치광장의 역할을 함으로써 민의를 국정에 반영하기 위한 수단으로서의 기능도 한다. 이러한 욕구를 선거 과정에서 폭발시킴으로써 민주사회의 평화를 유지하는 제도적인 장점도 가지고 있는 것이다.

이렇게 선거는 주권자인 국민에게 국정에 참여하고 정치적 의사를 표현할 기회를 제공하여 주권의 실질적 행사를 보장하는데 있는 것이고 그로 인하여 국가권력의 정당성을 창출하고 국법질서를 평온하게 유지해 가는 정치제도라고 본다면 반드시 낙선한 후보자의 선거참여가 제재받을 대상으로만 판단할 수는 없다.

따라서 현행기탁금의 국고귀속에 관한 규정은 국민주권의 존엄성을 해치는 것으로 민주주의 원리에 반한다 아니할 수 없다.

만일 선거에 대한 참여가 선거권이든 피선거권이든 부당하게 제한을 당하게 된다면 다양한 국민의 의사를 정치적인 조화로 국정에 반영시키고 국민적 합의를 이루어 가는 민주정치의 본질을 말살하게 되고, 정치 현상은 현저히 굴절되어 대립과 반목을 순화시킬 수 없게 된다.

다양한 이해관계로 얽혀 있는 산업사회의 복잡한 문제들을 선거를 통해 민주적인 방법으로 융화시켜 법질서를 유지하고 국가발전을 이룩한다는 민주헌정의 가치규범을 지켜갈 수 없게 된다. 나아가 국민의 주권을 정당하게 행사하여 국민의 힘으로 민주사회를 발전시켜 간다는 민주정치의 원리에 위배되는 결과를 초래하고 말 것이다.

반면 국선법 제34조의 규정은 낙선한 후보자나 이 후보자에게 투표한 국민의 정치적 의사를 무시하는 것이 되어 민주질서의 가치규범을 부정하는 혼동을 가져오고, 선거제도 자체의 성격과 기능을 왜곡하고 아주 제한적으로 이해하는 결과를 가져와 주권행사를 소홀히 하거나 체제의 도전을 자초하는 원인이 된다.

이와같이 기탁금의 국고귀속이 헌법적 정당성과 정치적 명분이 없는 데에서 입안된 것으로 주권행사의 원리(헌법 제1조)에 반하고, 선거의 공익성 때문에 선거에 관한 경비는 원칙적으로 정당 또는 후보자에게 부담시킬 수 없다는 원칙을 선언한 헌법 제116조에도 위반될 소지가 있다.

(2) (외국의 입법례와 그 비교) 법무부장관과 중앙선거관리위원장의 의견은 기탁금제도와 기탁금의 국고귀속제도는 외국에도 그 입법례가 있는 것으로 헌법상 위헌의 규정으로 볼 수 없다고 한다.

그것이 외국의 입법례에 있다하더라도 우리 헌법에 합치하는가 않는가를 먼저 검토하지 않으면 안된다. 뿐만 아니라 외국의 헌

법과 선거제도 등 관련제도의 운용을 참조 비교함에 있어서는, 단편적인 제도 자체나 그 제도내에서도 일부의 입법취지만을 고려하고 그 제도가 전반적인 정치 경제 사회 문화면에서 가지는 위치 및 그 영향이 미치는 결과와 그 제도가 타영역이나 헌법규범에 비추어 가지는 균형적인 내용 등을 종합적으로 고려하지 아니한다면, 외국제도를 참조 비교하여 도입하는 본래의 의의를 살릴 수 없다. 오히려 형식적인 비교 내지 현의적인 비교에 머물게 될때 여러가지 사회적 부작용을 가져올 위험성이 따르며 나아가 그 결과 우리의 입법을 왜곡시키는 결과가 될 수 있다는 점을 유의하지 않으면 안된다.

기탁금 제도에 관하여 제 외국의 실태를 보면, 의회민주주의 국가로서 조사 대상이 된 56개 국가(영, 미, 불, 독, 이, 캐나다, 벨기에, 오스트리아, 일본 등 포함) 가운데 약 50%의 나라에서 특히 보통, 평등, 자유선거제도가 확립된 후에 선거법을 제정한 나라에서는 우리와 같이 고액의 기탁금제도가 없다.

국회의원선거 입후보에 있어 서독, 이태리, 벨기에, 덴마크, 브라질, 헝가리, 이스라엘, 스위스, 스웨덴, 동구권국가 등은 선거 기탁금 제도가 없으며, 기탁금제도가 있는 나라에 있어서도 기탁금의 액수는 대부분이 다만 명목상의 금액(30만원 미만)에 그치고 있다. 프랑스 상원 200프랑(약 2만원), 하원 1,000프랑(약 10만원), 뉴질랜드 28달러, 호주 상원 300달러, 하원 150달러, 오스트리아 325달러, 캐나다 200달러, 인도 상원 34달러, 하원 250달러, 쿠웨이트 152달러, 파키스탄 하원 200달러, 상원 100달러, 영국 375달러로 되어 있다.

이상의 일반적인 각국의 제도와 달리 기탁금 액수가 다소 높은 나라로는 미국이 1,000달러(70만원)의 기탁금을 요구했으나 이 금액이 너무 과하다고 하여 위헌판결이 났으며, 예외로 금권정치가

지배하는 일본만 중의원 입후보에 200만엔의 기탁금을 납부하고 있을 뿐이다.

기탁금이 반환되는 경우에 관하여 본다면, 각국에서는 위와같은 명목상의 소액의 기탁금에 대해서도, 상당히 경미한 득표만 하면 모두 반환하도 있다. 기탁금 반환에 필요한 득표수는 프랑스 하원 투표수의 20분의 1 이상, 상원 투표수의 10분의 1이상(개별후보자) 또는 20분의 1(명부후보자), 이스라엘 유효투표수의 100분의 1이상, 뉴질랜드 당선자 득표수의 4분의 1이상(기탁금은 28달러), 호주 하원 당선자 득표수의 5분의 1이상(기탁금 150달러), 상원 당선자 득표수의 10분의 1이상(기탁금은 152달러), 파키스탄 하원 투표수의 8분의 1이상(기탁금 100달러), 상원 1표이상 득표만 하면 반환(기탁금 200달러)하고 있다.

이상의 예를 보면 그 기탁금제도는 일본을 제외한 다른 나라에서는 구시대와 차등선거제도 하에서 실시하던 것이었음을 쉽게 알 수 있고 그래서 현실에 맞게 그 금액을 조정하지 않고 구시대의 역사적인 유물로 잔존하고 있는 것임을 쉽게 알 수 있다.

그러므로 법무부장관과 중앙선거관리위원장의 의견은, 국회의원선거에 있어서 기탁금제도는 외국에도 그 입법례가 있는 제도이기 때문에 합헌이라고 예를 들고 있으나, 위에서 본 바와 같이 이는 외국의 입법례에 대한 형식적 비교, 고찰일 뿐 실질적인 비교가 되지 못하여 국선법 제33조와 제34조에 의한 국민의 참정권의 지나친 제한을 정당화할 합리적 설명이나 근거가 되지 못한다.

우리의 경우, 그들 나라의 국민소득과 경제적 여건을 고려하지 않더라도 기탁금의 액수가 세계 각국의 일반적인 기준보다 지나치게 월등히 과다한 액수임을 알 수 있고, 기탁금 반환에 필요한 득표수도 유효투표 총수의 3분의 1이상이라 하는 세계초유의 높은 기준을 설정해 놓고 있다.

이것은 단순히 비율만 가지고 대비할 수 없는 것으로, 외국에서는 명목적인 기탁금에 불과한 액수에 대해서도 극히 낮은 득표를 한 경우에도 그 기탁금을 입후보자에게 반환하는데 대하여, 1천만원(정당추천 후보자) 또는 2천만원(무소속 후보자)의 거액의 기탁금에 대해서 유효투표 총수의 3분의 1이상을 얻지 못한 경우, 약 10%(무소속의 경우) 내지 20%(정당의 경우)에 상당하는 선거비용을 공제한 후 90% 내지 80% 이상이 국고에 귀속되도록 한 것은 너무 지나치다는 것을 쉽게 알 수 있다. 전기한 선거 관리상의 질서유지 등의 이유만으로는 너무나 명백히 그 무엇과도 비례가 되지 아니하는 사유로 기탁금을 국고에 귀속시키는 것이 부당하다는 것을 알 수 있고 나아가 그 입법 의도 자체에 의문이 가지 아니할 수 없을 정도로 입법권에 의한 중대한 국민의 재산권과 참정권을 침해하고 있는 것이다.

그 결과 제11대(중선거구제 2인당선) 국회의원 선거에 있어서는 지역구 후보자의 총 기탁금액 52억여원 중 32억여원이 국고에 귀속되었고, 제12대 (중선거구제 2인당선) 국회의원 선거에 있어서는 지역구 후보자의 총 기탁금 33억여원중 12억여원이 국고에 귀속되었으며, 1선거구에서 1인을 선출하는 소선거구제가 실시된 1988.4.에 시행한 제13대 국회의원 선거에 있어서는 입후보자 전체의 기탁금 133억원 중 국고에 귀속된 기탁금은 70억원 이상(지역구 69억원 이상, 전국구 1억 1천만원)이나 되는 기현상을 낳게 되었다.

70억원이라는 국민의 재산이 합리적인 사유없이 국고에 귀속하는 것이 사회정의에 합당한 것인가, 선거라는 국민의 주권행사에 참여하여 당선하지 못한 것이 기탁금을 몰수당할 사유가 되는 것인가, 과연 정당하고 합법적인 이유에 의해 국고에 귀속되었는가 하는 것은 자유민주주의를 표방하는 우리나라 헌법체제하

에서 심각히 검토해 보지 않으면 안될 것이다.

그 기탁금 중 선거비용을 제한 대부분의 돈이 합리적인 이유없이 국고에 귀속된다면, 그것이 선거법 자체가 국민의 주권행사를 정치적으로 이용하는 국가사업으로만 취급하는 것이 되어 국민을 경시하는 비민주적인 입법이 되는 것이 되고 나아가 국민의 국가에 대한 신뢰의 바탕이 무너지고 국민화합의 차원에까지 나쁜 영향을 미칠 수 있는 중대한 잘못이라 하지 않을 수 없다.

(3) (기탁금 국고귀속 기준의 타당성) 이러한 문제는 위에서 검토한 제 논거에 추가하여 국선법 제34조가 정한 기탁금의 국고귀속의 조건인 유효투표 총수의 3분의 1이상이라는 높은 기준이 과연 합리적인 것인가 여부에도 달려 있다.

1988.4.26.의 위 제13대 국회의원 선거에 있어서, 총 224개의 선거구의 1,046명의 입후보자 중에서 당선자 이외에 기탁금반환을 받은 후보자의 수는 불과 71명에 불과하고 낙선자 822명의 91.36%인 751명은 유효투표의 3분의 1이상을 득표하지 못하여 선거비용을 공제한 기탁금 잔액(기탁금의 80%내지 90%이상)을 국고에 귀속당하고 있다. 또 당선자 가운데서도 16%인 36명은 유효투표 총수의 3분의 1을 획득하지 못하였으나 당선되었기 때문에 기탁금을 반환받았다.

결국 국회의원에 출마하는 것 자체도 거액의 기탁금이라는 재산이 없으면 어려운 터에, 입후보한 후에 있어서도 1위로 당선하지 아니하는 경우에는 기탁금을 전혀 반환받을 수 없는 경우가 대부분이 되는 것은 사실상 국민 대표를 선출하는 선거의 본질을 제도가 부정하는 모순을 저지른 것임을 여기에서 볼 수 있다.

이런 상황하에서는 깨끗한 선거풍토의 정착을 이루기 위한 정치적 주장과 의견을 제시하는 입후보자는 나오기 어렵고, 일단 입후보한 후에는 무슨 수를 써서라도 당선해야 되겠다는 타락선거

와 과열선거 경쟁이 일어나지 아니할 수 없다. 어떠한 수단을 써서라도 당선되어야겠다는 재력을 동원할 수 있는 후보자만 경쟁하게 되니 그 결과 불법선거는 피하기 어려운 현실이 되고 말았음을 바로 인식해야 할 것이다.

거기에서 낙선되면 기탁금 반환을 받을 수 없는 상황하에서는 정직한 지성인이나 양심적인 바람직한 인사보다 어떠한 수단으로 치부를 하든 돈이 많은 재산가가 아니면 국회의원에 출마하기 어렵다는 우리나라의 고질적인 선거풍토를 형성하게 되어 여러가지 사회적인 문제까지 야기하고 있다.

그 결과 정직하고 유능한 인재는 의정단상에서 국민을 대변할 기회가 원천적으로 봉쇄되고, 다원사회의 다양한 대표가 의회를 구성하고 모든 이해관계를 수렴하고 합의를 찾아 운영함으로써 안정과 평온속에서 사회발전을 이룩해 가는 것을 장점으로 하는 의회민주주의가 육성될 수 없다. 이는 정치적 안정과 사회적 불만을 융화한다는 의회가 존재하기 어려움은 물론 저소득층의 이익을 정상적으로 대변할 수 없는 국회가 됨으로써, 사회계층간의 대립의 원만한 조정력을 갖추지 못하고 국민의 불만과 불평은 이질적인 방향으로 그 돌파구를 찾지 아니할 수 없게 된다.

그렇게 되면 국민의 대의기관인 국회가 정치적인 국민의 욕구를 적절히 정치적으로 조정하고 수렴하지 못하여 자유민주주의 기본질서를 문란케하는 사회적인 불안요인을 낳게 되는 것이다.

(4) (선거경비의 공영성원칙) 고액의 기탁금 국고귀속은 선거의 공공성으로 인하여 선거에 관한 경비는 입후보자에게 부담시킬 수 없다는 헌법정신에도 반한다.

불합리한 기탁금 제도로 인하여 국민은 작은 크든 선거과정에서 금전적 혜택을 후보자로부터 받기를 기대하는 현상마저 불가피하게 일어나, 선거제도의 본래의 기능은 상실되고 그 역작용은

로 불법타락선거가 판을 치게되어 선거법은 있으나 마나한 지키지 아니하는 법이라는 인식이 국민속에 만연하게 되니, 국법의 위신과 권위마저 상실하게 되는 심각한 사회문제가 생긴다.

그래서 헌법 제116조는 제1항에서 정당이나 무소속 후보자나 구별하지 않고 선거운동과 선거관리는 균등한 기회가 보장되도록 하여야 한다. 제2항에서 선거에 관한 경비는 법률에 정한 경우를 제외하고는 원칙적으로 정당 또는 후보자에게 부담시킬 수 없다고 명시하고 있다.

선거운동기간 중에 산적되는 금전적 수요의 보상을 국가가 부담해야 할 의무가 있는 것은 아니라 할지라도 입법부는 선거에 관한 경비를 현실적으로 필요한 부분은 모든 후보자에게 공평하게 허용하고, 그 외에 가급적 정당 또는 후보자에게 부담시킬 수 없도록 법률로써 정하여야 한다.

선거법상 규제하는 법률은 선거관리에서부터 후보등록이나 득표를 위한 선거운동에 있어서까지 모든 입후보자에게 균등한 기회와 자유를 보장하여야 한다.

그런데 현행 선거법은 선거운동에서부터 기탁금의 액수나 기탁금의 국고귀속의 금액 등에 있어서까지 정당후보자 보다 무소속 입후보자에게 부당한 차별대우와 각종 부담을 지우는 규정을 두었다.

기탁금의 액수가 무소속 후보자는 정당보다 배액인데 국고에 귀속하는 금액도 그에 따라 2배이상인 되어 무소속 입후보자의 기회균등의 요구를 이중으로 가중 제한을 하고 있다.

헌법 제116조 제2항의 정당과 후보자에게 선거에 관한 경비를 부담시킬 수 없다는 규정은 후보자의 등록에서부터 선거운동경비, 개표, 당선 확정시까지 포함되는 당해 선거에 관계되는 그 전부를 말하는 것이고 따라서 후보자의 기탁금도 당연히 포함되어야

하는 것이다.

그것은 선거가 국가의 중요한 통치조직을 구성하는 행사의 하나이며 국민의 참정권 행사의 기본이기 때문에 선거 과정을 통하여 국민에게 부당한 부담이나 의무를 부과시킬 수 없는 것은 민주헌법의 원리상 당연하며, 우리 헌법상 자유민주주의의 기본질서를 실현하는 국가의 본질적 임무이기 때문이다.

그러므로 국선법 제33조, 제34조는 무소속 입후보의 기회균등을 침해하고 정당보다 지나치게 차별대우를 하는 모순을 거듭 가중하는 결과를 가져오는 것으로 국민의 참정권과 공무담임권을 제한하고 입후보자의 기회균등과 국민의 평등권을 이중으로 침해하는 규정이라 헌법 제24조, 동 제25조, 동 제41조, 동 제11조에 반한다고 아니할 수 없고, 나아가 선거에 관한 경비는 원칙적으로 정당이나 입후보자에는 부담시키지 않는다는 헌법 제116조 제2항에도 위배된다.

3. 국회입법권의 한계

가. 입법형성권의 한계

본건은 국회의원선거법상의 기탁금에 관한 규정이 헌법이 보장하는 제원칙과 국민의 참정권, 공무담임권, 평등권 그리고 보통, 평등, 자유선거를 보장한 기본권에 관한 규정에 위배됨으로써 입법형성권의 한계를 넘은 것이 아니냐 하는 것이다.

헌법은 동 제10조에서 국민의 기본권을 최대한으로 보장할 것을 국가의 의무로 하고 있으나, 한편 헌법 제37조에서 국민의 기본권은 국가의 안전보장과 질서유지 및 공공복리를 위하여 부득이한 경우에는 제한할 수 있다고한 양 규정은 국민의 기본권에 대한 그 제한의 내용을 원칙적으로 입법기관인 국회가 정하는 법률에 위임하면서도, 그 제한법률은 헌법상의 제원칙에 위배되지 않는 범위 내에 머물러야 한다는 입법형성권의 한계를 명백히 선언

하고 있다.

(1) (국회의 입법권) 헌법 제40조와 제41조에서 명시한 바같이 입법권은 국민의 보통, 평등, 직접, 비밀선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성된 국회에 속한다.

국회는 선거법을 제정하고 각종 규제를 할 수 있는 광범위한 입법권을 가지고 있다. 그러나 그 입법형성의 제한 방법과 수단이 그보다 더 높은 헌법상의 기본이념과 국민의 본질적인 기본권을 침해 내지 저해하는 것이라면 이러한 기본권 제한은 범규범의 단계적 구조론으로 보아 헌법 체계상 용인될 수 없다.

국회가 입법형성권을 행사함에 있어서 헌법상의 보장된 기본권에 대한 법적 제한을 하는 법률을 제정할 시에는 특정한 법익보호의 필요성만으로는 충분하다 할 수 없고, 다른 법익과 비교하여 어느 쪽이 더 본질적이며 정당하고 합리적인 것인가 그 비례의 원칙에 따라 판단해야 할 또다른 한계를 가지고 있다. 이는 헌법 제37조 제2항 후단의 자유와 권리의 본질적 내용을 침해할 수 없다는 규정이 이를 말하며 또한 국회가 입법을 함에 있어서 적용되어야 할 헌법상의 제 기본원칙도 그 한계의 기준으로 보아야 한다는 것이다.

국회가 제정한 기탁금에 관한 선거법의 규정이 위에서 본 바와 같이 우리 국민의 평균적인 소득수준에 비추어 극히 한정된 사람에게만 그 조달이 용이한 과도한 금액이라면, 이를 조달할 수 없는 대다수의 국민으로 하여금 국회의원 입후보의 자유를 사실상 포기하게 하는 결과를 가져오게 되는 것을 위에서 보았다.

그러므로 국선법 제33조, 동 제34조의 규정으로 인하여 헌법상 보장된 국민의 참정권과 공무담임권을 제한하는 결과가 되면 그 법률의 제정을 함에 있어서는 그 제정의 필요성이 인정된다고 하더라도 헌법상 보장하고 있는 다른 기본권과 충돌할 때에는 그 제

한의 비례성 위반 내지 동 권익의 본질적 내용을 침해하는 것이 아닌가를 검토하여야 한다.

국회의 입법권 행사에 있어서도 법률에 정할 사항이 헌법상 기본권을 제한하는 경우에는 입법형성권의 한계를 이탈하는 것이 아니냐 하는 것이 크게 문제될 수 있고 그리고 이 원칙을 준수하도록 헌법 제37조와 헌법전문 및 본문의 제 규정이 이를 요구하고 있다.

국선법 제33조, 제34조의 규정이, 국민의 투표권 행사에 있어서 선택권을 제한하는 결과가 되어 투표하는 자의 투표권 행사에 영향을 미칠 수 있고 반면 서민계층이나 젊은 세대가 국민의 대표가 될 수 있는 모든 자격을 갖춘 유능한 인재라고 하더라도 기탁금을 구할 수 없다는 이유로 입후보할 기회와 자유를 갖지 못하게 된다면 이는 참정권의 자유를 박탈하는 것으로 중대한 기본권의 침해라 아니할 수 없다.

유권자가 원하는 사람은 재력이 없기 때문에 입후보할 수 없고 그들을 선출할 수 없는 선거제도가 아니할 수 없어 국민의 주권이 실질적으로 행사되는 길을 보장받지 못하는 것이 되며 이는 의회민주제도의 근본을 유린할 수도 있다.

헌법상 자유민주주의의 기본질서를 실현시키기 위한 선거권의 행사에 있어서는 모든 국민에게 주권자로서의 존엄성과 주권행사는 동일한 가치를 부여하는 것을 국가존립의 본질적 기초로 하고 있다. 그러므로 입법부가 법률로써 선거권을 제한하거나 차별하는 것은 원칙적으로 용인할 수 없는 것이다.

헌법 제41조 제1항에 의하여 국회의원은 보통, 평등, 직접, 비밀선거로 선출한다는 선거의 기본원칙은 자유선거의 원리에 기반을 두고, 국민 각자가 가지는 개인의 기본권 중에서 국정에 참여하는 가장 중요한 기본권으로서 특별히 보장한다는 것이다.

이는 헌법 제11조에서 보장한, 모든 국민은 법 앞에 평등하다는 일반적인 평등보호의 원칙이 적용될 뿐만 아니라, 국가 조직과 운영에 참여하는 참정권이라는 특성 때문에 일반적인 평등의 원칙보다는 더 구체적으로 보장받아야 할 가장 중요한 기본권으로서 특별 규정을 설정하여 구별하기 위한 것이다. 그 의미는 형식적으로 가장 가능한 동등한 방식에 의하여 국민 각자가 자기의 자유의사에 따라 선거권을 행사할 수 있지 않으면 참정권이 보장될 수 없다는 것을 뜻한다.

보통, 평등선거의 원칙은 또한 피선거권(공무담임권)과도 관계가 있다. 헌법 제41조에 의하여 선거에 참가할 수 있는 권리가 보장된 모든 선거권자는 오직 부득이한 근거에 기하여 차별 취급이 인정되는 경우를 제외하고는 피선거권자(입후보자)로서도 헌법상의 기본권으로서 기회균등에 관한 권리를 보장받아야 한다.

입후보자의 기회균등에 관한 권리는 정당 상호간에 있어서와 마찬가지로 무소속 후보자에게도 동등한 법의 보호를 받으며 선거절차에 있어서나 선거준비와 정치활동에 있어서도 차별적 대우를 할 수 없다는 것이고, 따라서 이 원칙은 입후보자의 기탁금액수를 규정함에 있어서도 적용되어야 한다.

그러므로 자유민주주의 국가에서의 선거는 국가존립의 기초이며 헌법이 보장한 국민의 가장 중요한 기본권이므로 국회의 입법권으로도 국민의 참정권이나 입후보자의 자유와 기회균등을 제한 내지 침해하는 법률은 원칙적으로 제정할 수 없다.

(2) (적법절차의 원칙) 입법부가 선거에 관계되는 법률을 제정하거나 개정함에 있어서도 선거에 참여하는 입후보의 자유와 선거에서의 경쟁조건을 어느 일방에게 불리하게 규정하거나 차별적 대우를 할 수 없다는 것을 위에서 보아 왔다.

선거에 있어서 입후보자의 기회균등의 기본원칙은 각 정당 및

각 선거 후보자에게 선거운동과 선거절차에 있어서 가능한 한 평등하게 보장하고, 그렇게 함으로써 득표를 위한 경쟁에 있어서 평등한 기회와 자유를 보장할 것을 요구하고 있다.

입법부가 법률을 다룸에 있어서 위에서 본 경쟁조건이나 선거권의 행사와 국정에 참여할 입후보의 자유와 기회를 동등하게 보장해 주어야 한다는 것은 헌법적 사항이다. 이를 위하여 선거 계획을 수립하고, 선거 절차와 선거관리를 하는데 있어서도 이를 준수하여야 할 국가의 중요한 의무의 하나이기 때문에 헌법 제114조 등에서 선거관리를 국가의 공적 과제로 보고 헌법기관이 관장하도록 헌법사항으로 설정하고 있는 것이다.

지금까지 일반적인 관례는 국민의 참정권을 국민 각자의 인격과 의사에 의하여 능동적으로 국정에 참여할 수 있는 기본권이라 할지라도 헌법이 “법률이 정하는 바에 의하여” 인정되는 것이라고 하여 형식적인 문리해석에 의존하여 입법으로 무엇이든 제한할 수 있다는 견해를 가지고 헌법을 해석하고 입법을 하여 왔다는 지적이 없지 않았다.

그러나 참정권은 국민의 주권 행사로서 국가권력을 탄생시키고 존속하는 정당성을 부여하는 기본적인 가치규범으로 헌법이 이를 보장 선언한 이상 그 본질을 침해하는 법률을 제정하여서는 안되는데도 불구하고 이러한 원칙에 주목하지 못하였던 관계로 법률로 제정하는 것은 무엇이든 할 수 있고 합헌적이라고 확대 해석할 위험이 잔존하여 왔다.

입헌민주국가에 있어서는 입법부도 헌법에 의해서 창설되고 입법 형성권도 가능한 것이므로 선거법을 비롯한 모든 법률은 참정권을 보장하고 정당하게 수행할 수 있도록 제정하는 것을 원칙으로 하여야 한다. 그 법률이 정치적 타협에 의하여 국민의 정치적 참여를 부당하게 제한하거나 불합리한 선거법을 제정하는 것은 적

법절차의 원칙에 반하고, 헌법이 위임한 권한에 벗어나는 것으로 입법 형성권의 한계를 이탈하는 위헌적인 법률이라 하지 않을 수 없다.

선거법은 국민의 주권행사를 확보하는 법이며 국민 각자의 참정권을 보장하는 수단으로 제정된 법률이므로 국민 각자의 정치적 자유를 박탈하거나 정치적 참가의 자유와 후보자 선택의 자유 그리고 입후보자의 기회균등을 입법으로 불평등하게 제한하거나 박탈할 수 없다.

근대 민주정치는 국민 각자의 정치적 의사와 의견의 존재를 기초로 하여 선고와 투표가 이루어지고 그에 따른 총체적 의사로서 정부를 구성하도록 선거를 통하여 국민은 주권을 행사하고 있기 때문에 오늘날 선거와 입후보의 자유 그리고 정치적 표현의 자유는 모든 자유의 모체이며 민주사회를 구성하고 움직이는 불가결의 조건이다.

자유민주 국가에서 모든 헌법이 국민의 주권과 참정권을 보장하고 복수정당과 복수후보자가 출현하도록 자유선거제도를 채택하고 선거법으로 이를 효과적으로 수행할 수 있도록 현실적 제도를 확립하여 민주정치를 가능케 하는 기초를 두고있는 데에 다른 어떤 정치체제보다 구조적으로 우월적 지위를 가지는 것이고 모든 선진국이 자유민주주의를 유지하는 이유도 여기에 있는 것이다.

이러한 자유 민주주의의 구조적 원리로 볼 때 각종 선거과정에 있어서 정치적 표현의 자유나 입후보자의 선택의 자유 그리고 입후보자의 자유와 기회균등을 제한하거나 박탈하는 선거법상의 규정까지 당연한 것이라고 하여 임의로 제정하는 것은 헌법에 위배되는 것으로 적법절차의 원칙에 반하는 입법형성이라 아니할 수 없다.

(3) (보호법익의 비례) 국선법 제33조, 제34조가 위에서 본바와 같은 선거제도의 본질상 국민의 주권행사를 제한하는 것이라는 점을 보아 왔지만 그 제한이 헌법이 정한 한계를 넘은 입법권의 행사이나 아니냐 하는 점을 상호 충돌하는 보호법익을 비교교량하여 비례의 원칙에 반하느냐 않느냐하는 측면에서도 볼 수 있다. 그 판단은 기탁금의 금액이 국민주권을 실질화하는데 인간의 존엄성과 기본권을 최대한으로 보장하려는 헌법 정신과 기본원리에 합치하느냐의 여부와도 관계가 있다.

헌법은 모든 국민에게 법률이 정하는 바에 의하여 입후보할 권리와 선거권을 보장하고 있다.

그런데 국선법 제33조와 제34조는 후보자가 부담할 선거비용의 사전확보, 선거 과열방지, 후보자의 난립을 방지함으로써 질서있는 공명선거를 실시하는데 그 목적이 있다는 것이다. 그러나 그러한 입법취지상의 보호법익이 중요하고 필요하다고 하더라도 이 제도가 경제적 약자를 차별하고, 유능한 사람들의 정계 진출을 막고, 더 나아가 공무담임권에 있어서 기회균등을 침해하기도 한다는 것을 위에서 보았다. 그래서 입후보하는데 필요한 모든 다른 자격을 갖추었으나 2,000만원(또는 1,000만원)의 기탁금을 납부할 능력이 없는 자는 입후보할 수 없도록 제한하고 있는 것은 사실이며, 이로 인하여 유능한 인재나, 2·30대의 젊은 계층이 정계에 진출하지 못하는 것도 현실이다. 이는 헌법에서 모든 국민에게 보장한 입후보할 권리와 자유를 제한하고 그로 인하여 경제적 능력유무에 따라 차별대우를 하는 결과가 된다.

여기에서 우리는 과열선거의 예방과 후보자 난립의 억제 필요성이라는 법익과 경제적 약자의 기회균등을 보장하는 기본권 보호라는 양법익이 충돌하는 것을 보게 된다. 더구나 기탁금이 과다하여 납부할 수 없는 자에게는 재력에 따라 입후보가 좌우되어

평등권보호와 보통, 평등선거제도의 원칙에도 위반된다.

그러면 선거 절차상의 필요성과 실질적 국민주권을 실현하기 위한 기본권 보장이라는 두 보호법의중 어느 것이 더 중요하고, 본질적인 것인가 그 보호법의를 비교 교량해 보아야 하고 여기에서 국선법 제33조, 제34조는 헌법상 모든 국민에게 보장하고 있는 참정권과 평등권을 침해함으로써 비례보호의 원칙에 반하는 것을 알 수 있다.

이 문제는 절대적 기준이 있을 수 없는 기탁금 액수를 조절해서 조화를 찾는 노력이 필요한 것이며 그에 앞서 헌법의 기본원리와 국민의 기본권 보장의 본질을 가지고 다루어 판단하여야 할 문제라는 점에서 보아야 하는 것도 명백하다.

기탁금에 관한 규정때문에 국가적으로 필요하고 유능한 사람이 국정참여에 제외된다는 것은, 선거의 관리상 상당한 이유가 있다고 해석 되더라도, 자의적인 방법으로 입법을 할 수 없는 본질적 사항이며, 재력에 따라 입후보자를 선택하게 하는 법률규정으로 입법권의 한계를 이탈한 것이다.

그러므로 본건의 국회의원선거법상의 기탁금에 관한 규정은 헌법이 보장하는 국민 주권주의의 제 원칙과 국민의 참정권, 공무담임권을 비롯한 국민의 기본권 보장 규정에 합치하지 않고 그 헌법의 원리와 비례보호의 원칙에 위반되는 것으로써 헌법상의 기본권을 침해한 위헌적인 입법이라 아니할 수 없다.

(4) (자의금지의 원칙) 민주주의 사회건설과 민주헌정을 발전시키는 정치문화를 창달하기 위해서는 가난하지만 유능한 인재나 젊은 세대가 의회에 진출하여 정치적인 식견과 경륜을 쌓아 가도록 정치지도자를 양성하는 정치풍토가 조성되지 않으면 의회 민주제도가 정착되지 않는 것을 서구의 정치사에서 우리는 익히 알 수 있다.

국가는 유능한 인재를 양성하여야 하듯이 민주화가 이룩되기 위해서는 유능한 정치가가 배출될 수 있도록 정치경륜과 식견을 쌓을 수 있는 풍토가 이룩되어야 한다. 때문에 유능한 인재나 2·30대의 젊은 세대의 정계 진출의 길을 열어 주어 성숙한 의회민주주의를 이땅에 이룩하기 위한 새로운 정치질서가 형성되도록 하여야 하며 이를 막는 것은 민주정치의 건전한 발전을 막는 결과가 된다.

어느 사회든 이상과 정열이 넘치는 2·30대 젊은 계층이 사회변화와 정치의사 결정에 원동력 역할을 하고 그들의 정의와 새로운 욕구가 역사발전의 추진력이 되어 왔다는 역사적 교훈을 잊어서는 안된다. 이들의 의회진출을 봉쇄하고 부정하는 것은 새로운 발전과 변화를 차단하고 미래와 희망을 가로막아 국가적 불행을 가져 오게된다. 그러므로 재력이 없는 20대 젊은 세대들에게도 그들의 이상을 실현하고 정열을 불태울 수 있도록 문호를 개방하여 선거라는 합법적인 정치 광장에서 참신한 젊은 세대의 저항과 절규를 폭발시키게 함으로써 타락선거를 정화하고 성숙한 민주정치의 토양을 가꾸어야 한다.

형식적 국민주권론 하에서는 명의상으로는 전체국민이 주권자인 것으로 미화하면서 정치적으로 이용하고, 실제 국가권력의 구체적 행사는 일부 계층과 집단이 독점하기 위하여 재산의 소유정도나 기성세대에게 유리한 극히 제한적인 불평등한 선거제도의 절차에 의해 선출된 국민의 대표가 정권을 가질 수 있었고 새로운 정치질서나 유능한 젊은 정치가의 출연과 성장을 방해해 왔고, 다수의 국민은 무능력한 명목상의 주권자로 전락하게 되어 민주정치 문화는 경제발전에 뒤따르지 못하고 오히려 구시대로 후퇴하는 결과를 자초하였다는 국민적 비판을 면할 수 없을 것이다.

선거법의 제정이 헌법의 기본원칙을 깊이 이해하고자 하는 노력

없이 이루어짐으로써 선거법 제33조, 제34조는 구시대의 불합리한 선거 제도의 원리를 탈피하지 못하였다.

선거법상 이러한 선거제도로 인하여 많은 인재가 의회에 진출할 수 없어 일반 국민 대다수는 국가의사의 결정이나 행사에 적절한 영향력을 행사할 폭이 좁혀졌고 국민 개인의 인권과 존엄성이 침해되어도 구제될 길이 없다는 비판이 없지 않았다. 여기에 현대 민주국가들이 민의를 실제로 반영하고 국민을 실질적인 주인으로 하여 주권을 행사하도록 하는 현대적 국민대표제로 발전하기 위해서 보통선거제도를 채택하기에 이르렀다는 헌정사의 배경과 그 발전과정을 입법과정에서 도외시해서는 안된다.

국회의원선거법의 규정으로 유권자들의 후보자 선택의 폭이 제한되고, 양심적인 지식인과 젊은 세대들의 정계진출의 길을 봉쇄하는 것은 자의금지의 원칙에 반하는 입법을 한 결과이며, 우리 헌법의 기본원리로 하고 있는 국민주권론과 자유민주주의의 기본질서에 위배되고 본질적으로 국민의 참정권을 제한하고 박탈하는 기본권의 침해 규정으로 보지 않을 수 없다.

모든 국민에게 평등하게 주권을 행사하도록 참정권과 공무담임권을 보장하고, 빈부에 따라 차별대우를 할 수 없다는 평등보호를 규정한 헌법의 본질적인 국민주권을 침해하고 젊은 계층들의 본능적인 정치적 욕구와 활동을 억제하고 정치적 자유를 박탈하여 인간의 존엄성과 기본권을 부정함으로써 국가적 이익과 사회적 안정을 고려하지 못한 입법이라 하지 않을 수 없다.

그러므로 위 기탁금 제도는 국민주권에 대한 헌법해석과 그 적용을 오도하여 재력의 유무에 따라 정치적인 차별대우를 하는 규정을 두게 되었고 헌법상 평등보호의 규정을 침해하는 자의금지의 원칙에 반하는 입법이 되고 이로써 세대간의 반목, 빈부간의 감정, 계층간의 대립을 조장하는 결과를 가져와 헌법적 기본가치를

혼동케함으로써 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해하는 입법권의 한계를 위반한 위헌적 규정이라 아니할 수 없다.

나. 변형판결을 하는 이유

국선법 제33조의 고액기탁금 제도와 동법 제34조의 높은 기준의 기탁금 국고귀속제도는 위에서 본바와 같이 그 위헌성이 인정되므로, 헌법재판소법 제47조 제2항에 따라 위헌결정이 있는 날로부터 그 효력을 상실한다고 하여야 할 것이나, 다음과 같은 이유로 이 법조항을 개정할, 늦어도 1991년 5월말까지 계속 적용될 수 있게 불합치 판결을 하는 것이 타당하다고 판단되어 주문과 같은 변형판결을 하는 것이다.

(1) 첫째, 국회의 권위를 존중하고 국민대표기관으로서의 본질적 기능을 보장하기 위해서이다.

법률의 개폐는 원칙적으로 국회의 입법형성권에 의해 이루어지는 것이 헌법상의 권력분립 원칙에 합치된다. 따라서 국회 스스로가 보통, 평등 선거제도와 참정권의 본질에 반하는 선거법을 헌법정신과 사회현실을 종합하여 합리적으로 개정하여, 국민의 기본권을 수호하는 국민의 진정한 대변자로서의 기능을 수행할 수 있게 국회의 권위와 지위가 보장되어야 한다. 이것이 의회민주주의 국가에 있어서 법적 정의와 법의 합목적성을 확보하는 가장 합리적이고 객관적인 방법일 뿐만 아니라, 법치주의 국가에 있어서 요구되는 법적 안정성을 보장하는 길이라고 판단된다.

국회의원선거법은 위에 실시한 바와 같이, 국민주권과 국민의 참정권, 자유민주주의 기본질서, 인간의 존엄성과 가치 및 기본권 보장에 직결되고, 우리나라 민주주의의 정착과 발전에 기여할 정치관계 기본법이라는 성질과 특색을 가지고 있다.

국선법 제33조 제1항은 동조 제2항, 제3항과, 동 제34조는 동 제35조와 불가분의 관계가 있고 직접 또는 간접으로 선거법의

다른 조항과 연관이 되어 있으므로 차제에 불합리한 관계 규정들과 함께 정리되어야 할 선거관계 법률이다. 때문에 그 제정과 개정은, 다른 일반법률 보다도 더욱, 국회가 스스로 위헌성을 제거하고 국민주권 행사의 실질적 보장과 보다 민주적인 선거가 되도록 관계조문을 체계적으로 조정하는 것이 동법의 기본성격과 국회의 본질적 기능에 맞다고 본다.

그러므로 의회 민주정치의 기본 구도에 크게 영향을 미칠 국회의 원선거법은 국회 스스로가 민의의 소재와 정치적, 경제적, 사회적 현실여건을 충분히 고려하여, 국민주권의 행사를 실질적으로 헌법정신에 맞게 현실화시키는 방향으로 개선하여 나아가는 것이 가장 합리적이라고 보고 주문과 같이 결정하는 것이다.

(2) 둘째는, 국회의 동질성을 보장하고 선출조건에 있어서 평등성을 확보하기 위해서이다.

1988년 4월 26일의 총선거에 의한 제13대 국회는 이 국선법 제33조와 제34조의 기탁금제도에에서 선출된 의원들로 구성되어 있다.

만약 이 사건 위헌심판 대상이 된 기탁금제도에 대해 당재판소에서 단순 위헌 결정을 선고하면 그 결정이 있는 날로부터 그 효력이 상실되기 때문에, 이후에 재선거나 보궐선거 등에 의해 새로이 당선되어 동원하는 의원은 기왕에 당선되어 국회의원의 직에 있는 다른 의원들과는 달리, 위 기탁금의 제한을 받지 아니하고 선출되게 되어, 제13대 국회의 구성원간에 동질성이 문제가 되고, 그 선출 조건에 있어 다른 의원들 간에 차별이 생기게 된다.

이는 총선거에서 선출된 제13대 국회의 구성원인 국회의원들 간의 동질성과 그 선출조건 내지 지위에 있어서의 평등성을 확보하기 위하여는, 재선거나 보궐선거의 가능성이 사실상 없어지는 시점까지 위 국선법 조항의 효력이 적용될 수 있도록 하여야 할 것이다.

현행 선거법상 재선거나 보궐선거의 가능성이 없어지는 시점을 살펴보면 국선법 제144조는 “재선거…… 보궐선거는 그 선거 또는 투표에 의하여 당선되는 의원의 잔여 임기가 1년 미만인 경우에는 실시하지 아니할 수 있다”고 규정하고 있고, 동법 제138조 제2항은 “재선거는 그 사유가 확정된 날로부터 90일 이내에 실시하여야 한다” 동법 제99조 제2항에서 “보궐선거는 국회의장의 결원통지를 받은 후 90일 이내에 실시한다”고 규정되어 있으므로, 제13대 국회의 임기만료일인 1992년 5월 29일로부터 사실상 재선거, 보궐선거 등의 가능성이 없어지는 1년 전이 되는 시기는 1991년 5월 말일이 된다.

그러므로 위 법률조항은 1991년 5월말까지 위 개정이 이루어질 경우, 그 개정시로부터 재선거나 보궐선거의 가능성이 없기 때문이며, 그 외의 특단의 사정은 개정시 경과규정을 두어 해결될 수 있을 것이다.

(3) 다음은, 차기 총선거부터는 실질적 주권론에 부합하는 합리적인 선거제도와 평등한 참정권의 보장이 확보되는 새로운 국회의원 선거법에 의하여 선출된 국회를 구성하는 것이 합당하다는 것이다.

고액 기탁금제도에 의해 불합리하게 국민의 참정권을 제한하여 보통, 평등, 자유선거 원칙을 위반함으로써, 국민주권을 형식화시키는 불평등하고 불합리한 선거제도는 시정되어야 한다. 이를 위하여, 늦어도 1991년 5월말까지는 위 국선법의 기탁금 조항이 개정되어야만 하고 차기 국회의원 총선거에 있어서는 새로운 국선법에 따라 민주적 선거를 실시하기 위한 시간적 여유가 필요하기 때문이다.

현실적으로는 재선거나 보궐선거의 가능성이 희박하므로 위 국선법 조항의 효력상실 시점을 이 사건 결정 선고시로 하는 단순위

헌 결정을 하더라도 실제적으로 별차이가 없지 않느냐는 이론도 있을 수 있으나, 결과발생의 개연성이 존재하는 한 그 법률효력은 지속되어야 하며 국회의 권위와 동질성 확보와 법익의 균형적 보장 등 큰 국가적 이익을 아울러 달성할 수 있다는 점에서 더 큰 실익을 가지고 있다.

(4) 위헌심판 결정의 주문에 헌법에 합치하지 아니한다고 선고하면서 일정기한까지 그 법률의 효력을 지속시키는 법적이유는 다음과 같다.

헌법재판소법 제45조 본문의 “헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률조항의 위헌여부만을 결정한다”라는 뜻은 헌법재판소는 법률의 위헌여부만을 심사하는 것이지 결코 위헌제청된 전제사건에 관하여 사실적, 법률적 판단을 내려 그 당부를 심판하는 것은 아니라는 것으로 해석하여야 한다. 전제사건에 관한 재판은 법원의 고유권한에 속하기 때문이다.

그리고 현대의 복잡다양한 사회현상, 헌법상황에 비추어 볼 때 헌법재판은 심사대상 법률의 위헌 또는 합헌이라는 양자택일 판단만을 능사로 할 수 없다. 양자택일 판단만이 가능하다고 본다면 다양한 정치·경제·사회현상을 규율하는 법률에 대한 합헌성을 확보하기 위한 헌법재판소의 유연 신축성있는 적절한 판단을 가로막아 오히려 법적공백, 법적혼란 등 법적안정성을 해치고, 입법자의 건전한 형성자유를 제약하는 등 하여, 나아가 국가사회의 질서와 국민의 기본권마저 침해할 사태를 초래할 수도 있다. 이리하여 헌법재판소가 행하는 위헌여부 판단이란 위헌 아니면 합헌이라는 양자택일에만 그치는 것이 아니라 그 성질상 사안에 따라 위 양자의 사이에 개재하는 중간영역으로서의 여러가지 변형재판이 필수적으로 요청된다. 그 예로는 법률의 한정적 적용을 뜻하는 한정무효, 위헌법률의 효력을 당분간 지속시킬 수 있는 헌법

불합치, 조건부 위헌, 위헌성의 소지있는 법률에 대한 경고 혹은 개정 촉구 등을 들 수 있고, 이러한 변형재판은 일찌기 헌법재판제도를 도입하여 정비한 서독 등 국가에서 헌법재판소가 그 지혜로운 운영에서 얻어낸 판례의 축적에 의한 것이다. 헌법재판소법 제45조의 취지가 위와 같다면 동법 제47조 제2항 본문의 “위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다”라는 규정취지도 이에 상응하여 변형해석하는 것이 논리의 필연귀결이다. 즉 제45조에 근거하여 한 변형재판에 대응하여 위헌법률의 실효여부 또는 그 시기도 헌법재판소가 재량으로 정할 수 있는 것으로 보아야 하며 이렇게 함으로써 비로소 헌법재판의 본질에 적합한 통일적, 조화적인 해석을 얻을 수 있는 것이다.

단순위헌의 결정을 하여 그 결정이 있는 날로부터 법률의 효력을 즉시 상실하게 하는 하나의 극에서부터 단순합헌의 결정을 하여 법률의 효력을 그대로 유지시키는 또 하나의 극 사이에서, 문제된 법률의 효력 상실의 시기를 결정한 날로부터 곧바로가 아니라 새 법률이 개정될 때까지 일정기간 뒤로 미루는 방안을 택하는 형태의 결정주문을 우리는 “헌법에 합치되지 아니한다”로 표현하기로 한 것이다. 재판 주문을 어떻게 내느냐의 주문의 방식문제는 민사소송에서 그러하듯 헌법재판에 대하여서도 아무런 명문의 규정이 없으며, 따라서 재판의 본질상 주문을 어떻게 표시할 것인지는 재판관의 재량에 일임된 사항이라 할 것이다.

후술의 반대의견에 서독의 경우 연방헌법재판소법 제78조, 제31조 제2항이 있음으로써 앞서 말한 바와 같은 변형재판이 가능한 것같이 말하고 있는 바, 서독 연방헌법재판소법 제31조, 제78조 제79조 등은 1970년도의 수정을 거쳐 현재에 이르는 것으로서 현행법 자체의 해석이 객관적으로 명백하다 할 수 없을 뿐만

아니라 서독의 법률개정으로 인한 설정법에 근거하여 여러가지 형태의 변형재판이 나온 것이 아니라 법개정 이전부터 서독 헌법재판소가 설정 법에는 그 뚜렷한 문언을 찾을 수 없는 불합치주문 등 변형재판을 해왔 기 때문에 입법자가 이에 뒤따라 판례에 어느 정도나마 부합키 위한 노력으로서 법률개정을 시도하여 왔던 것에 지나지 않는다.

주문 제1,2항의 변형재판은 헌법재판소법 제47조 제1항에 정한 위헌결정의 일종이며 타 국가기관에 대한 기속력이 있음은 당연한 것이다.

4. 결론

이상과 같은 제 이유로 이 사건 심판청구 대상인 국선법 제33조의 고액 기탁금 제도와 국선법 제34조의 높은 득표율을 요건으로 기탁금을 국고에 귀속시키는 제도는 재력의 유무에 의하여 참정권이 좌우되고, 유능하고 필요한 인물이 의회에 진출하는 길을 막는 것이 되므로 모든 선거참가인에게 보장되는 선거의 자유 및 보통선거 제도의 기본 원칙에 위반된다.

우리 헌법이 명시한 국민주권주의와 민주주의 기본원리는 국민각자가 주권을 실질적으로 행사할 수 있도록 보장하는 것이므로, 국회의 원선거법은 국민의 주권행사를 합리적으로 보장하는 법이어야 한다. 그렇지 않고 국민의 주권행사를 제한하거나 규제하는 법으로 제정되는 것은 우리 헌법의 기본원리에 반한다.

선거는 모든 국민에게 선거에 참여할 기회를 균등하게 보장하는 정치제도인데 현행 기탁금이 너무 과다하여 양심적인 서민 계층이나 2·30대 젊은 세대의 입후보를 제한하고, 재력있는 사람만이 입후보하고 당선되게 하고 있어, 헌법상 모든 국민에게 입후보의 자유와 기회균등을 보장한 참정권을 침해한 것이다.

헌법 제8조에 의해 인정되고 있는 국민의 정치적 의사형성에

정당의 기능과 활동을 국가가 보호하는 것은, 무소속 입후보자의 기회 균등을 보장하는 헌법규정에 우선되는 것은 아니다. 따라서 정당추천 후보자와 무소속 후보자의 기탁금을 1,000만원과 2,000만원으로 차등을 둔 것은 정당인과 비정당인을 지나치게 차별대우 하는 것으로 보통, 평 등선거원칙에 반하고 헌법 제11조의 평등보호규정에 위배된다.

유효투표 총수의 3분의 1이라는 높은 수준의 득표를 얻지 못한 낙 선자의 기탁금을 국가에 귀속시키게 하는 것은 국가 존립의 기초가 되는 선거제도의 원리에 반하며, 헌법 제116조의 선거경비를 후보자에게 부담시킬 수 없다는 규정에도 반한다.

선거법은 정치성이 강하다고 하여 기성 정치세력간의 협상으로 이루어지는 법이라고 할지라도 헌법의 기본이념과 원칙에 반하고, 국민이 바라는 새로운 정치질서와 정치문화의 창달을 가로막는 입법은 입법형 성권의 한계를 위배한 위헌적인 법률이다.

그러므로 차기 총선거부터는 이와같이 불합리하게 국민의 참정권을 제한하여 국민주권을 형식화시키는 불평등하고 전근대적인 선거제도는 마땅히 현실에 맞게 합헌적인 선거법으로 개정하여야 한다.

그래서 위 국회의원선거법 제33조의 기탁금과 제34조의 기탁금 국고귀속에 관한 규정은 헌법의 기본이념인 국민주권주의와 자유민주주의 기본원칙과 관련하여 헌법 제24조의 참정권, 동 제25조의 공무담임권, 동 제41조의 보통, 평등, 직접, 비밀선거의 원칙 및 동 제11조의 평등보호 규정에 반하고 헌법 제116조, 동 제37조에도 위반되므로 헌법에 합치되지 아니한다.

그러나 국회가 위 법률조항을 늦어도 1991년 5월말을 시한으로 이를 개정할 때까지 재선거나 보궐선거가 실시 될때에는 계속 그 효력은 지속한다고 판단하는 것이 합당하다고 하여 재판관 변정수의 주문 1에 대한 보충의견과 주문 2에 대한 반대의견,

재판관 김진우의 주문 2에 대한 반대의견이 있는 외에는 관여재판관의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 변정수의 의견

다수의견에 대한 보충의견(위헌법률심판의 전제성에 관하여)

(1) 위헌법률심판은 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된때에 한하여 당해사건을 담당하는 법원의 제청 또는 당해사건 당사자의 헌법소원청구(위헌제청신청을 법원이 기각하였을 때)에 의하여 하는 것이므로 법원의 제청이나 당사자의 소원청구가 적법한 것이 되기 위해서는 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 되어야 하고 그와같은 전제성의 유무는 헌법재판소가 직권으로 조사할 사항이다.

이 사건은 서울 민사지방법원이, 같은 법원 88가합46330 부당이득금 반환청구사건(당해사건)의 원고 정인봉의 위헌법률심판제청 신청을 받아들여 제청한 것으로서, 원고 정인봉의 그가 제13대 국회의원선거에서 지역구후보자등록을 하면서 국회의원선거법 제33조에 의하여 관할 지역구 선거관리위원회에 기탁한 금 1천만원이 그후 같은 법 제34조에 의하여 법정의 선거비용을 공제하고 국고귀속 처리되자 기탁 및 국고귀속에 관한 국회의원선거법의 위 각 규정이 위헌법률임을 이유로 대한민국을 상대로 부당이득금 반환청구소송을 제기하고 법원에 위헌제청신청을 하였고 법원이 이것을 받아들여 이 사건 위헌제청을 한 것으로 보이는 바, 원고 정인봉의 부당이득금 반환청구가 인용되기 위하여서는 국회의원선거법의 위 각 규정이 위헌일 뿐더러 그 위헌결정의 효력이 기탁금이 국고귀속될 시점까지 소급되어야만 하는 것이다. 그런데 헌법재판소법 제47조 제2항은 “위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다. 다만, 형벌에 관한 법률은 소급하여 그 효력을 상실한다” 라고 규정하여

위헌결정의 효력에 관하여 형벌법규를 제외하고는 소급효가 아닌 장래 효만을 인정하고 있어서 위 규정에 따른다면 제청된 위 각 법률의 규정이 위헌으로 결정되더라도 당해사건의 원고가 기탁금을 납부할 당시에나 그것이 국고귀속될 당시에는 유효한 법률로서 법률상 원인의 근거를 제공하게 되므로 기탁금의 국고귀속이 법률상 원인없는 부당이득이 될 수 없고 따라서 제청된 위 각 법률규정의 위헌여부가 과연 당해사건의 재판의 전제가 될 수 있는 것인지의 문제가 생기는 것이다. 그리고 이러한 문제는 국회의원선거법상의 기탁금반환 문제에서만 생기는 문제가 아니고 위헌법률에 의하여 불이익한 처분을 받아(조세부과 등) 그 집행이 종료되어 버린 경우에 있어서 근거법률이 위헌임을 이유로하는 원상회복을 위한 위헌법률심판의 전제성 유무에 관하여 공통으로 생기는 문제인 것이다. 그러므로 이 사건에서 위헌법률 심판의 전제성에 관하여 당연히 설명이 있어야 함에도 불구하고 다수의견이 그점에 관하여 아무런 언급이 없이 제청된 법률의 위헌여부에 대하여 판단하고 있으므로 나는 그 점에 관하여 다수의견에 대한 보충의견으로 나의 견해를 밝히고자 한다.

(2) 헌법재판소법 제47조 제2항의 문리해석만으로는 위헌법률심판이 제청된 법률에 대하여 위헌결정이 내려지더라도 형벌법규를 제외하고는 장래효 밖에 없으므로 그 법률에 의하여 부과된 의무를 이미 이행하였거나 집행이 종료된 경우 부당이득반환등 원상회복은 불가능하다는 것이 된다. 그러나 이 원칙만을 고수한다면 당해사건이 형사사건 이외의 사건인 경우 법원이나 당사자가 위헌제청이나 소원청구를 할 필요가 없게 되어 구체적 규범통제 제도는 그 실효성이 크게 감소될 것이므로 적어도 당해사건에 대하여서만은 형벌법규가 아니더라도 위헌결정의 소급효를 인정하여야 할 것이다. 이와같이 당해사건에 대하여 위헌으로 결

정된 법률의 적용을 배제할 수 있는 길을 열어 줌으로써 당해 사건에 대한 재판의 전제성을 확보하여 주는 것이, 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판하도록 한 헌법 제107조 제1항의 정신이나, 위헌심사를 구하는 헌법소원이 인용된 경우에 당해 헌법소원과 관련된 소송사건(당해 사건)이 이미 확정된 때에는 당사자는 재심을 청구할 수 있도록 규정한 헌법재판소법 제75조 제7항의 입법취지에 부합된다고 할 것이다.

그러므로 다수의견이 국회의원선거법 제33조, 제34조의 위헌여부가 당해사건 재판의 전제가 된다는 전제 아래 위헌여부의 본안에 대하여 심판한 것은 정당한 일이다.

주문 제2항에 대한 반대의견

(1) 국회의원선거법 제33조와 제34조의 규정이 헌법에 위반된다는 다수의견에는 찬성한다.

그런데 다수의견은 결정이유에서 위 두개의 법률조항이 헌법의 여러규정에 명백히 위반된다고 설명하면서도 주문에서는 이제까지의 헌법재판소 위헌결정 주문형식인 무슨 무슨 법률이 “헌법에 위반된다” 또는 “위헌이다”라는 표현을 아니하고 주문 제1항에 “국회의원선거법(1988.3.17. 법률 제4003호 전문개정) 제33조 및 제34조는 헌법에 합치되지 아니한다”라고 하고, 제2항에서 “위 법률조항은 1991.5월말을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다”라고 하여 이른바 변형적인 결정을 하였던 바, 나는 이러한 변형결정에 반대한다.

(2) “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다”라는 헌법 제107조 제1항의 규정과 “헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률조항의 위헌여부만을 결정한다”라는 헌법재판소법

제45조 제1항 본문의 규정에 비추어 볼 때 헌법재판소는 제청된 법률이 위헌인지, 합헌인지를 분명히 결정해야할 의무가 있고, 위헌이라고 결정하면 그에 대한 효력은 “위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다. 다만 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다”라는 헌법재판소법 제47조 제2항에 정해진 대로 발생하는 것이지 헌법재판소가 그 효력을 변경하거나 그 효력발생을 유보시킬 수 없다고 생각한다. 그리고 위헌결정의 표현방법에는 법률에 정해진 형식이 따로 없으므로 반드시 “위헌이다” 또는 “헌법에 위반된다”라는 표현이 아니더라도 결정문언의 내용이 위헌이라는 취지로 해석될 수 있으면 되고 표현방법이 어떠한간에 위헌결정이라는 취지로 해석되면 그 효력은 헌법재판소법 제47조에 의하여 발생하는 것이다. 그런데 다수의견은 이제까지 써오던 “헌법에 위반된다”라는 위헌결정의 표현방법과는 달리 “헌법에 합치되지 아니한다”라는 표현을 쓰고 이 표현은 “헌법에 위반된다”라는 표현과는 달리 주문 제2항과 관련하여 위헌결정의 장래효를 규정한 헌법재판소법 제47조 제2항의 적용을 배제하고 위헌결정의 효력발생을 일시적으로 유보시키는 개념으로 그러한 표현을 하는 것이라고 하나 “헌법에 합치되지 아니한다”는 말이나 “헌법에 위반된다”라는 말이나, 위헌이라는 뜻에 아무런 차이가 없으므로 주문 제1항은 국회의원선거법 제33조 및 제34조가 헌법에 위반된다는 위헌결정의 주문에 다름이 없고 그렇다면 아무리 주문 제2항에서 위헌결정의 효력발생을 유보시켰다고 하더라도 그에 상관없이 법 제47조 제2항에 의하여 국회의원선거법 제33조 및 제34조는 주문 제1항의 위헌결정을 한 날에 효력을 상실하였다고 보아야 할 것이다.

그렇지 아니하고 만약 주문 제1항이 국회의원선거법 제33조 및

제34조가 헌법에 위반된다는 위헌결정이 아니라고 한다면 그것에 의하여 위 국회의원선거법 조항의 효력을 상실시키는 효력이 발생할 여지가 없으므로 주문 제2항에서 효력상실을 일정한까지 유보시킬 여지도 없고, 또 우리 헌법재판소법은 서독 연방헌법재판소법 제31조 제1항이 “연방헌법재판소의 모든 결정은 연방과 주의 헌법기관 및 모든 법원과 행정청을 구속한다” 라고 규정하고 있는 것과는 달리 법률의 위헌결정만이 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 구속하도록 되어 있으므로(헌법재판소법 제47조 제1항) 입법권자에게 일정한 시한까지 법률 개정을 촉구하는 취지의 주문 제2항은 법적인 구속력이 없는 것이 분명한데도 불구하고 법제가 우리와 다른 서독등의 헌법재판소의 재판을 본떠서 굳이 이러한 결정을 해야하는 것인지 이해할 수 없다.

(3) 주문과 같은 결정형식은 위헌결정의 효력에 대하여 원칙적 소급효를 인정하고 있는 서독 등의 국가에서 위헌결정으로 인하여 초래될 법의 공백과 사회적 혼란을 방지하기 위하여 법률이 위헌인 경우에도 결정주문에서 위헌 무효 선언을 보류한 채 불합치 선언만을 하고 입법권자에게 입법을 촉구하는 형식으로 사용되고 있는데(서독 연방헌법재판소법은 제78조에 “연방헌법재판소가 연방법이 기본법과, 또는 주법이 기본법 또는 그 밖의 연방법과 합치하지 아니한다는 확신에 이르게 되면 연방헌법재판소는 그 법의 무효를 선언한다. 그 법률의 다른 규정들이 동일한 이유로 기본법 또는 그 밖의 연방법과 합치하지 아니하는 경우에는 연방헌법재판소는 마찬가지로 그 규정의 무효를 선언할 수 있다” 라는 규정 및 제31조 제2항에 “헌법소원의 경우에도 연방헌법재판소가 어떠한 법률을 기본법에 합치하거나 또 합치하지 않는 것으로 또는 무효로 선언한 경우에도 그 결정은 법률적 효력이 있다” 라는 규정 등을 두어 연방헌법재판소는 법률이 헌법에 위반되는 경우에는 소급무효선언 뿐만 아니라 소급효가 없는 불합치 선언도 할 수 있는 근거를 두고 있다), 우리 법제는 앞서 본 바와 같이 위헌결정의 표현방법에 관하여 형식

이 따로 정해져 있지도 아니하여 표현형식이 어떠하던 간에 위헌결정의 취지로 해석되면 헌법재판소법 제47조에 정해진 효력이 당연히 발생하고 위헌결정의 효력에 원칙적 장래효를 인정하고 있으며, 위헌결정이 아닌 그 밖의 결정에는 기속력을 인정하지 아니하고 있으므로 주문과 같은 이른바 변형결정의 형식은 채택하여서는 아니된다고 생각한다. 나는 다수의견이 “헌법에 합치되지 아니한다”라는 말을 “헌법에 위반된다”라는 말과 다른 개념으로 사용하고자 하는데 대하여서는 반대하지만 “헌법에 합치되지 아니한다”는 말은 “헌법에 위반된다”는 말과 아무런 차이가 없고 결국 위헌결정의 주문에 다름없다고 보아 주문 제1항에는 찬성하는 것이다.

(4) 다수의견은 주문과 같은 변형결정을 하는 주된 이유로서, 1988.4.26.의 총선거에 의한 제13대 국회는 국회의원선거법 제33조 및 제34조의 기탁금제도하에서 선출된 의원들로 구성되어 있는데 만약 위 법률조항에 대하여 위헌결정이 선고되면 그 결정이 있는 날로부터 그 효력이 상실되기 때문에 앞으로 있을지 모르는 재선거나 보궐선거 등에 의하여 새로이 당선된 의원은 기왕에 당선된 다른 의원들과는 달리 기탁금제도의 제한을 받지 아니하고 선출되게 되어 제13대 국회의 구성원 간에 동질성이 문제가 될 것이므로 제13대 국회의 구성원인 국회의원들 간의 동질성과 그 선출조건 내지 지위에 있어서의 평등성 확보를 위하여 제13대 국회의 재선거나 보궐선거의 가능성이 사실상 없어지는 시점(1991년 5월말)까지는 위 법률조항의 효력을 지속시킬 필요가 있기 때문이라고 한다.

그러나 위 법률조항이 위헌이라면 위헌결정으로 그 효력을 상실시켜 앞으로 있을지도 모르는 재선거나 보궐선거나마 합헌적 선거가 될 수 있게끔 해야하는 것이지 기왕에 선출된 제13대 국회

의원들이 위헌적인 기탁금 제도하에서 당선되었으니 재선거나 보궐선거에서 선출될 국회의원도 합헌적 제도하에서 선출되어서는 아니되고 똑같이 위헌적인 제도하에서 선출되어야만 한다는 다수의견의 논리는 더 이상 설명을 붙일 것 없이 정당하지 않다.

이상과 같은 이유로 주문 제2항에 반대하는 것이다.

6. 재판관 김진우의 주문 제2항에 대한 반대의견

재판관 김진우는 재판관 변정수의 주문 제2항에 대한 반대의견과 결론을 같이 하는 바, 그 이유는 다음과 같다.

(1) 국회의원선거법 제33조 및 제34조가 다수의견이 실시한 바와 같은 위헌성이 있어서 주문 제1항으로 이 법률조항들이 헌법에 합치하지 아니한다고 결정한 점에는 찬성한다. 다만 주문 제2항에 대하여는 의견을 달리한다. 주문 제2항에 관한 다수의견이 헌법재판의 창조적 기능은 존중되어야 하고 국회의원 입후보 기탁금제도 자체에는 위헌성이 없다는 점과 입법권자의 권위 존중과 제13대 국회의원 사이의 동질성 보장등의 점을 중시한 결과임은 충분히 이해되기는 한다. 그러나 그렇다고 하여도 그 실시의 정도와 내용의 위헌성이 있다면 단순한 위헌결정으로서의 주문 제1항의 결정만하고 주문 제2항의 결정은 하지 아니함이 헌법재판소법 제47조 제2항에 비추어 보다 타당하다. 뿐만 아니라 이 사건의 경우 주문 제2항과 같은 결정은 꼭 필요한 것도 아니라고 생각한다.

(2) 우리 헌법재판소법은 외국의 제도와 상이하다. 이 사건의 경우와 같이 법원의 위헌심판제청이 있는 경우 헌법재판소는 반드시 그 위헌여부만을 결정하게 하였고 위헌결정만에 기속력을 부여하였다(제45조, 제47조 제1항). 그리고 이 위헌여부의 결정에서 위헌성 확인과 위헌성 제거를 위한 입법촉구의 부수적 결정을 배제하는 것은 아니라고 해석된다. 그러나 그 위헌결정의 효

력은 이 사건의 경우와 같이 형벌법규에 대한 것이 아닌 경우는 소급효를 인정하지 아니한다. 또 장래 헌법재판소가 임의로 선택하는 시기로부터 법률 또는 법률조항의 효력을 상실하게 하는 결정을 할 수 있는 법적근거를 규정함이 없이 위헌 결정일로부터 위헌으로 결정된 법률 또는 법률조항의 효력을 상실한다고 규정하였다(제47조 제2항). 그러므로 국회의원선거법의 위 조항들에 다수의견이 실시한 정도의 질적 양적 위헌성이 있다면 위헌결정일로부터 그 법률조항을 실효시킬때 국가존립에 위해가 미칠 우려가 있는 정도의 법의 공백이나 사회적 혼란이 예상되는 등 헌법재판소법 제47조 제2항에 명문으로 정한 위헌결정의 효력을 일시 배제하여야 할 극히 이례적인 특별한 사유가 있는 경우가 아닌 이상 결정일로부터 위 법률조항들의 효력을 상실케함이 위 헌법재판소법 제47조 제2항 등이 요청하는 바라고 할 것이다.

그런데 이 사건의 경우 다음(3)에서 보는 바 다수의견이 주문 제2항의 결정을 필요로 하는 사유로서 주장하는 사유들은 이러한 특별한 사정에 해당한다고 보기에는 부족하고 달리 입법권자의 법개정을 기다릴 것 없이 결정일로부터 즉시 위 법률조항의 효력을 상실케 하여도 국가존립에 위험을 미칠 법의 공백이나 사회적혼란이 생길 사정이나 이에 준할 위에서 실시한 바와 같은 특별한 사정이 있는것도 아니다. 그러므로 입법권자의 법개정을 기다릴 것 없이 헌법재판소법 제47조 제2항에 정한대로 이 결정일로부터 위 법률 조항들의 효력을 상실케 하는 것이 우리의 현재의 헌법재판 제도하에서 보다 타당하다고 생각한다.

(3) 다수의견은 제13대 국회의원의 지위보장과 국회의 권위보장 그리고 이 결정전에 당선된 제13대 국회의원과 그후에 당선된 국회의원 사이의 동질성 보장 및 평등성 확보를 위하여 주문 제2항의 결정이 필요하다 한다.

그러나 제2항의 결정없이 단순히 위헌선언만을 하여도 위헌결정은 이 결정전의 선거의 효력에까지 소급하는 것이 아니고 결정일로부터 효력이 생하는 것이므로 이 결정전에 당선된 국회의원의 지위나 국회의 권위에 영향이 있다고 할 수 없다. 또 지난 제13대 국회의원 총선거때 국회의원선거법 제33조와 제34조 때문에 국회의원 선거에 입후보하지 못한 실례가 있다고 나타난 것도 아니고 이 결정의 효력을 즉시 발생하게 함으로써 입후보 등록시의 기탁금제도에 차이가 있다는 점만으로 이 결정전에 당선된 제13대 국회의원과 이 결정후에 있을 재선거 또는 보궐선거에서 선출될 소수의 국회의원과의 사이에 동질성이나 평등성이 금이 간다고 할 수도 없다. 그러므로 다수의견이 설시하는 사유만으로 주문 제2항의 결정이 꼭 필요한 것도 아니라고 생각된다.

국회의 권위 존중의 면에서도 단순히 위헌선언을 하고 그후 법개정문제는 입법권자가 위헌성이 없는 범위내에서 그 고유의 권한을 행사케 함이 가하다고 생각된다.

우리의 오랜 전통적인 언어관습과 언어감각에 비추어 위헌정도를 나타냄이 없이 “위 법률조항이 헌법에 합치되지 아니한다” 라고 하는 표현은 헌법재판소법 제47조 제2항에 의하여 그 법률조항의 효력을 결정일로부터 상실시키는 효력이 생하는 위헌결정으로 이해된다. 이렇게 이해되는 표현을 제1항으로 하고서, 제2항으로 위 법률조항의 효력을 장래 일정시기까지 지속시키는 결정을 첨가하는 것은 언어관습과 언어감각이 꼭 같다고 할 수 없는 외국의 헌법재판소의 결정주문 예와 그 역사를 모르고 우리의 언어관습과 언어감각에만 젖은 일반 국민으로는 논리적으로 오해하기 쉽고 쉽사리 이해하기 어려우므로 국민에 대한 봉사태도로서도 재고할 점이 있다고 생각된다.

(4) 물론 헌법재판소는 현대사회의 다양한 많은 사건들을

처리하여야 하고 그러자면 이에 상응한 적정한 신속성 있는 처리를 하여야 할 것이고 이를 위하여는 위헌결정의 효력을 헌법재판소가 정하는 장래의 시점에서부터 생하게 함이 타당한 사건도 많을 것인데 그러한 사건처리에 있어서 그렇게 못한다면 헌법재판소가 맡은 바 역할을 다하지 못하는 어려움이 있을 것으로 생각되므로 이 점에 관한 헌법재판소법의 개정이 요망된다.

그러나 한편 다시 생각하면 법률이 위헌결정 즉시 그 효력을 생하게 한 취지는 위헌결정 즉시 위헌인 법률 또는 법률조항의 효력을 상실하게 하는 것이 일반적으로 국민의 기본권 보호에 더 유익하다고 본 까닭이라고 생각된다. 그리고 이 사건의 경우도 위헌제청 신청인이나 이 결정후에 있을 선거에 있어서도 이 결정 즉시 위 법률 조항들의 효력을 상실하게 함이 보다 국민의 기본권보호에 유익하다고 생각된다.

(5) 그러므로 법률이 헌법재판소가 위헌결정의 효력을 장래 일정 시기부터 발생하게 할 수 있는 명문 규정을 두어 법 개정을 할때까지는, 이 사건의 경우와 같이 법률조항이 헌법에 전혀 합치하지 아니하는 경우에는 위에서 본 바와 같은 특히 특별한 사정이 있는 예외적인 사정이 있는 경우가 아닌한 가급적 원칙에 돌아가서 주문 제2항과 같은 결정을 첨가함이 없이 단순히 위헌결정만을 하고, 법률이나 법률조항이 위헌성이 있되 그 정도가 그 법률 또는 그 법률조항을 즉시 실효시켜야 할 정도는 아니고 상당기간내에 입법권자가 그 법률 또는 그 법률조항을 개정할때까지 그 효력을 지속시킬 필요가 있다고 인정되는 때는, 주문에는 그 위헌성의 정도에 따라 양적, 질적으로 헌법에 합치되지 않는 정도를 나타내어 헌법에 합치하지 않는지를 선언하여 위헌성을 확인하는 결정을 하고 여기에 위헌성 있는 법률 또는 법률조항의 효력지속기간을 정하지 아니한 채 단순히 상당기간내에 위헌성 제

거를 위한 입법의 촉구 내지 권고 결정을 첨가하던지, 주문에는 아직 헌법에 합치한다는 지의 결정만을 하고, 그 이유에서 위헌성의 정도를 실시하고 입법권자에 있어 일정기간 또는 상당한 시일내에 그 법률을 개정함이 요망되는 점을 아울러 실시하여 법개정입법을 촉구 내지 권고 하고 그 입법은 위헌성이 없는 범위내에서의 입법권자의 고유의 권한 행사에 맡기는 것이, 그 목적도 이루면서 우리 헌법재판소법 제47조 제 2항의 규정과 입법권자의 권위 존중과 국민에 대한 봉사적 태도와 기본 권보호에도 보다 합치된다고 생각된다.

이상과 같은 이유로 주문 제2항에 관하여 다수의견에 반대한다.

1989. 9. 8.

재판장 재판관 조규광
재판관 이성렬
재판관 변정수
재판관 김진우
재판관 한병채
재판관 이시윤
재판관 최광률
재판관 김양균
재판관 김문희