



공직선거법상 표현행위 규제법리에 대한 헌법적 검토

김 래 영

단국대학교 법과대학 교수, 변호사

I. 문제의 제기

1. 2010년 봄의 상황

헌법재판소가 출범하여 1989. 9. 8. 88헌가6 사건에서 기탁금과 관련한 구 국회의원선거법 제33조, 제34조에 대하여 헌법불합치결정을 선고한 이후 20여년이 경과하고, 2010. 6. 2. 제5회 전국동시지방선거를 앞두고 있는 현재 일어나고 있는 상황들을 몇 가지 정리하여 보았다.

#1. 선거법 위반, 정치자금법 위반 가능성 등이

있다는 지적에도 불구하고 13일 조전혁 콘서트는 일부 진행되었다(…) 서울시선관위 관계자는 <프레스인>과의 통화에서 “선거에 영향을 미칠 수 있다는 우려가 있다”며 “일단 교육감 등 선거에 영향을 미치지 않도록 행사를 진행해달라는 취지의 안내문을 주 최측에 전달했다”고 말했다. 그러나 행사 자체에는 문제가 없다는 입장이다. 이 관계자는 “(4대강 사업 반대 행사, 무상급식 서명 등과 달리) ‘반전교조 이슈’는 예전부터 선거쟁점이 아니었다”고 말했다.¹⁾

#2. ‘4대강 사업저지를 위한 천주교연대’가 10일 서울 명동성당에서 대규모 시국미사를 열고 ‘4대강

1) <http://www.pressian.com>(검색일 : 2010. 5. 13. 20:16:22)

사업을 반대하는 2차 행동계획'을 선언했다. 명동 성당 본당에서 시국미사가 열린 것은 1987년 6월 민주화항쟁 이후 20여년 만이다. 이날 열린 '4대강 사업중단을 촉구하는 생명평화미사'에는 전국 사제와 신도 등 5,000여명이 참여했다. 이들은 미사가 끝난 뒤 '4대강 사업 중단을 촉구하는 전국 사제, 수도자 5005인 공동선언문'을 발표하고 "정부가 생명의 가치보다는 개발의 가치, 자본의 가치에 기울었다"며 "정부에 생방송 공개토론회를 제안하여, 6.2 지방선거에서 '강의 생명'을 약속하는 후보를 선택할 것"이라고 밝혔다.²⁾

#3. 마산창원진해환경연합 등 시민환경단체들로 구성된 '4대강사업저지·낙동강지킴이' 경남본부가 '4대강사업 반대' 펼침막을 제작해 각 가정에 매다는 운동을 하자 선거관리위원회가 '선거법위반'이라고 밝혔다.³⁾

#4. 대전지역 시민사회단체로 구성된 '2010대전유권자희망연대'는 25일 성명을 통해 대전광역시 선거관리위원회가 투표참여 캠페인까지 문제를 삼고 있다며 비난하고 나섰다. 이들에 따르면, 대전선관위 관계자가 지난 24일 전화로 '2010대전유권자희망연대'가 24일부터 28일까지 거리와 대학가에서 계획하고 있는 투표참여 캠페인을 중단할 것을 통보했다는 것. 이 관계자는 "2010대전유권자희망연대'는 창립기자회견에서 4대강 사업 반대

등 특정정당의 정책을 반대하는 활동을 하겠다는 것을 표방하였기 때문에 투표참여 캠페인도 해서는 안된다"고 그 이유를 설명했다고 이들은 밝혔다.⁴⁾

#5. 시민단체가 양승태 선거관리위원장을 검찰에 고발했다. 선거관리위원회가 선거법을 이중적용하고 있다는 것(...) 선관위는 '4대강'과 '무상급식' 등의 사안을 '선거쟁점'으로 규정, 이에 대해 홍보를 하거나 반대하는 걸 금지하고 있다. 이로 인해 그동안 이와 관련한 사진전, 홍보물 배포, 서명운동을 벌여온 시민단체는 지속적으로 사전 경고, 현장방해, 사후 경고 등을 선관위로부터 받고 있다. 얼마 전에는 선거법 위반으로 고발조치까지 당했다. 문제는 선관위가 정부의 4대강 홍보 등에는 모로쇠로 일관하고 있다는 점이다. 최근 행정안전부가 전국 시도에 '4대강 정책홍보자문단' 구성을 지시했으나, 선관위는 이를 제지하거나 고발하지 않았다.⁵⁾

#6. 2010. 6. 2. 지방선거에서 각 후보자들은 5. 13., 14. 이틀간 등록을 완료하여 예비후보자가 아닌 정식후보자가 되었음에도 불구하고, 등록일로부터 일주일 후인 5. 20.부터 선거운동을 할 수 있다.

#7. 6.2 지방선거를 엿새 앞둔 5. 27. 마지막 여론조사 결과가 발표됐다. 5. 28.부터 6. 2. 투표마감시각까지 여론조사결과를 공표할 수 없다.

2) <http://www.ohmynews.com>(검색일 : 2010. 5. 11. 18:29) : 위 미사에 대하여 위법성을 인정하고 선관위가 고발조치하였다는 기사는 아직 없다.

3) <http://www.ohmynews.com>(검색일 : 2010. 5. 20. 15:11)

4) <http://www.ohmynews.com>(검색일 : 2010. 5. 25. 19:39)

5) <http://www.pressian.com>(검색일 : 2010. 5. 14. 17:49:34)

2. 논의의 전개

‘제1. 2010년 봄의 상황’에서 언급한 장면들은 다른 법리를 설명하는 것보다 현행 공직선거법의 태도 및 문제점을 가장 극명하게 드러내고 있다. 결론부터 말하자면 현행 공직선거법 규정들 다수는 선거의 공정이라는 미명하에 국민들의 정치적 표현의 자유, 특히 선거운동의 자유를 기본권 제한의 헌법적 한계를 벗어나 제한하고 있다.

이 글은 선거에 있어서의 국민의 자유로운 의사표명, 즉 선거운동의 자유 혹은 표현의 자유의 핵심이라고 하는 정치적 의사표현의 자유가⁶⁾ 헌법상 어떤 근거 하에서 보장되어 있는가와 선거운동의 자유를 규제하는 법리와 그 한계에 관하여 살펴보는 것이다. 따라서 개별 선거운동규제조항의 위헌성 여부에 관하여는 논의를 생략하고 전체로서의 선거운동규제입법이 헌법적으로 용인될 수 있는가를 우리 헌법재판소의 결정례, 특히 헌법재판소가 적용한 심사기준을 중심으로 하여 살펴보는 것이다. 논의의 순서는 다음과 같다.

우선 제II.에서 의회민주주의에서의 선거운동의 자유, 즉 선거시기에 있어서의 정치적 표현의 자유의 기능(즉 중요성) 및 선거의 자유와 공정과의 관계를 살펴볼 것이다.

제III.에서는 선거운동의 자유의 근거를 살펴볼 것이다. 본 논문의 제목인 ‘공직선거법상의 표현행위’는 선거운동의 자유이기 때문에, 선거운동의 자유의 인정범위 및 규제입법의 한계를 설명하는데 제II.와

제III.은 반드시 전제가 되는 것이기 때문이다.⁷⁾

제IV.에서는 우리 헌법재판소가 공직선거법상의 표현행위의 규제입법의 위헌성심사에 있어서 사용한 심사기준을 먼저 살펴본 후 이에 대한 비판적 검토를 하고자 한다. 비교법적 검토로는 우리와 거의 유사한 선거법 구조를 갖고 있고, 판례 또한 우리의 경우와 거의 동일한 일본의 경우만을 살펴보기로 한다.

제V.에서는 위 심사기준과 관련하여 특히 ‘입법사실에 대한 입증책임’에 관하여 논하고자 한다.

제VI.에서는 결론과 함께, 우리 헌법재판소와 정반대되는 캐나다 대법원 판결을 소개함으로써 필자의 주장을 뒷받침하고자 한다.

II. 서론적 고찰

1. 선거운동의 자유의 기능

선거과정은 선거기간만을 놓고 볼 때는 후보자의 입후보와 그에 따른 선거운동으로부터 시작하여, 선거인의 의사 혹은 정보의 수집 · 교환 등을 통하여 선거인의 투표로 끝나는 정보과정이라고 말할 수 있다.⁸⁾ 그렇다면 선거운동 혹은 선거운동의 자유는 선거과정에서 어떠한 역할을 하는 것인가.

첫째, 선거의 결과가 민주적 정당성을 부여받기 위하여서는 무엇보다도 먼저 선거과정에 있어서 선거인의 자유로운 선택의 조건이 확보되어야만 한다. 즉 다수결에 의한 지배를 확립하기 위하여는 민주

6) 정치적 표현의 자유가 수정헌법 제1조가 보호하는 핵심영역이라고 하는 점에는 의문의 여지가 없다고 한다. John Nowak & Ronald D. Rotunda, Constitutional Law, West Group, 2000, p. 1263 이하.

7) 다만 논의의 내용이 광범위한 관계로 제II.의 목차는 포괄적 의미의 “서론적 고찰”로 하기로 한다.

8) 柚正夫, “候補者へのアクセス勸”ジュリスト 総合特輯, 有斐閣, 1985, 89면.

주의사회에서 의사결정과정이 공정하고 누구나 수
 공할 수 있는 방법에 의해서 합리적으로 진행되어
 야만 정치공동체 내의 모든 사람의 선호가 정확하
 게 반영되는 것이다.⁹⁾ 여기에 선거운동 혹은 선거
 운동의 자유의 중요성이 인정되는 것이다.¹⁰⁾

둘째, 선거는 민주국가에 있어서 대표자 선출의 중
 요한 수단이고, 국민이 권력기구에 참여하는 중요
 한 수단이다.¹¹⁾ 오늘날과 같은 참여민주주의하에
 서 선거운동의 자유나 입후보의 자유가 가능한 한
 널리 보장되지 않으면 국민에 의한 정치권력의 의
 미는 없는 것이 된다. 왜냐하면 입후보의 자유, 혹은
 이를 포함하는 선거운동의 자유가 넓게 보장될수록
 국민은 후보자에 대한 더욱 많은 정보를 얻게 될 것
 이고 따라서 후보자에 대한 판단도 더욱 정확해지
 고 그에 비례하여 후보자에게 더 많은 영향을 많이
 미칠 수 있기 때문이다.¹²⁾

셋째, 더 나아가 소위 인민주권주의와는 달리 명령
 적 위임이 금지되어 있는 국민주권주의의 단점을
 보완해 주는 역할을 한다.¹³⁾ 즉, 국민주권주의에
 입각한 대의제민주주의는 국민의 간접적 참여에 기

초한 것인데 다원화된 기능적 분화를 특징으로 하
 는 현대 사회에서는 대의제 민주주의만으로는 국민
 의 욕구를 충족시킬 수 없고 좀 더 직접적인 참여 특
 히 선거운동의 자유를 통하여 그 한계를 극복, 보장
 하지 않으면 안 된다.¹⁴⁾ 물론 이러한 논의는 선거
 운동의 자유가 후보자의 전유물이 아닌 일반 국민
 혹은 유권자도 자유로이 선거운동을 할 수 있다는
 것과 참된 민주주의의 실현을 위하여 마땅히 능동
 적, 적극적으로 자신이 지지하는 후보자를 위하여
 선거운동을 하여야만 한다는 것을 전제로 한다.¹⁵⁾

**“오늘날과 같은 참여민주주의 하에서 선거운동의
 자유나 입후보의 자유가 가능한 한 널리 보장되지
 않으면 국민에 의한 정치권력의 의미는 없는 것이 된다”**

넷째, 선거운동의 자유 혹은 정치활동의 자유가 보
 장됨으로 인하여 선거인 사이에 자유로운 토론이나
 비판이 행하여지고 따라서 국민의 정치의식을 고양
 시키는 데 크게 기여하게 될 것이고 따라서 민주주
 의가 한 걸음 더 전진하게 될 것이다.¹⁶⁾

9) 손병권, “미국 대통령선거와 민주주의”, 신아세아 8권 2호, 2001년 여름, 124면.

10) Note: Developments in the Law—Election, 88 Harv L. Rev. 1111, 1975.

11) 헌법재판소도 대의민주주의에서 참여의 가장 중요한 형태가 선거를 통한 참여임은 의문의 여지가 없다고 한다. 헌재 1999.11.25. 99헌바28, 판례집 11-2, 543, 547.

12) 吉田善明, “選舉と政治参加”, JURIST 総合特輯 選舉, 有斐閣, 1985, 19면.

13) 국민주권과 인민주권의 차이에 관하여는 국순옥, 자본주의와 헌법, 까치, 1987; 이종률, “국민주권의 이데올로기성
 에 관한 연구”, 부산대학교 법학박사학위논문, 1990. 참조.

14) 양건, “선거과정에서의 국민참여의 확대”, 사법행정 1991.8.호(통권 368호), 1991, 6면 및 같은 저자, “선거과정에서
 의 국민참여의 확대—선거운동의 자유와 그 한계를 중심으로—”, 공법연구 20집, 1992, 17-18면.

15) 다원화된 현대사회에서는 참여가 민주주의 체제에 정당성을 부여하는 것이라고 한다. Terry Susan Fine,
 Constitutionality, Legitimacy and Political Participation: A Look at First-Time Voters in 2002, 13 J. Law & Pub.
 Pol’y 153, 2001, p. 153.

16) 한편 이옥한 교수는 선거운동의 의미와 기능을 첫째, 정당과 후보자의 측면에서 정치적 목표설정과 그 해결방안의
 제시, 둘째, 유권자 측면에서 국가의사의 자유로운 결정을 보장하기 위한 정보수집, 셋째, 선거에 입후보하지 않은
 개인·집단의 측면에서 유권자의 자유로운 판단을 위한 정보제공이라는 세 가지를 제시하고 있다. “선거운동규제
 의 법리”, 공법연구 28집 4권 1호, 2000, 104-106면.

2. 선거의 자유와 공정

헌법상의 국민주권론을 추상적으로만 보면 전체 국민이 이념적으로 주권의 근원이라는 전제 아래 형식적인 이론으로 만족할 수 있으나, 현실적으로 보면 구체적인 주권의 행사는 투표권의 행사라고 하는 선거를 통하여 이루어지는 것이다. 실질적인 국민주권을 보장하기 위하여 유권자들이 자신들의 권익과 전체 국민의 이익을 위하여 적절하게 주권을 행사할 수 있도록 민주적인 선거제도가 마련되어야 하고, 국민 각자의 선거권 혹은 참정권이 합리적으로 보장된 선거법이 마련되어야만 하는 것이다.

합리적인 선거제도는 의회정치의 이상을 실현하는 유일하고도 최선의 수단이라는 본질을 이탈할 수 없는 한계를 가지지 않을 수 없다. 국민은 오로지 선거에 의하여서만 국정에 참가한다고 볼 수 있다.¹⁷⁾ 따라서 선거는 “국민의 의사가 자유로이 표명되어 그 의사가 의회나 정부의 구성에 정확히 반영되어야 한다”는 국민주권원리의 요청에 부응하여야만 하는 것이고, 이에 비추어 우리나라 선거제도의 문제상황을 분석·도출할 수 있을 것이다.

헌법 제41조 제1항은 선거제도 전반에 걸친 기본적인 헌법상의 원칙으로 보통·평등·직접·비밀선거를 규정하고 있고, 또한 학설이나 판례가 일치하여 비록 헌법상의 명문규정이 없더라도 자유선거의 원칙

은 국민주권주의나 민주주의원리에 의하여 헌법상 당연히 인정되는 선거의 기본원칙으로 받아들이고 있다. 반면 우리 헌법 제116조 제1항은 “선거운동은 각급 선거관리위원회의 관리 하에 법률이 정하는 범위 안에서 하되, 균등한 기회가 보장되어야 한다”라고 규정하고 있다. 또한 헌법 제37조 제2항은 국민의 모든 자유와 권리에 대하여 국가안보·질서유지·공공복리를 위하여 제한할 수 있는 것이기 때문에 자유선거의 원칙으로부터 도출되고, 또한 표현의 자유의 핵심이라고 할 수 있는 정치적 표현의 자유 혹은 선거운동의 자유도 무제한으로 인정되는 것이 아니고, 평등선거의 원칙 및 위 헌법 제116조 제1항으로부터 도출되는 선거에 있어서의 기회균등 내지는 선거의 공정과 조화를 이루어야 하는 것이며, 또한 질서유지나 공공복리를 위하여 어느 정도 제한받게 되는 것이다.

이에 따라 공직선거법 제1조는 “... 선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 공정히 행하여지도록 하고, 선거와 관련한 부정을 방지함으로써 민주정치의 발전에 기여함을 목적으로 한다”라고 규정하여 선거의 자유와 공정이 선거법의 기본이념임을 명시하고 있는 것이다. 여기서 선거운동의 자유를 강조하느냐 선거운동의 기회균등 내지는 공정을 강조하느냐 하는 관점의 차이가 제기될 수 있다. 또한 선거의 자유나 기회균등과 무관하게 선거과정에서 일어날 수 있는 각종 부정·부패를 방지한다는 의

17) 국회나 행정부에 대한 청원을 통하여 혹은 정당에 적극적으로 참여함으로써 국정에 참여할 수는 있으나 이러한 참여는 간접적이고 또한 그 효과도 미미하다고 보아야 할 것이므로 선거가 유일한 국정참여의 길이라고 보아도 무방할 것이다. 김승조 교수도 “대의정치하에서 국민들의 정치참여는 정당의 활동에 적극적으로 참여하는 것을 제외하고는 대부분 선거시 투표에 참가하는 것만으로 한정되는 경우가 많기 때문에 선거는 민주정치에 있어서 가장 중요한 과정이고, 따라서 합리적인 선거제도와 선거제도의 공정한 운영이 대의제도의 성패를 좌우하는 결정적 관건이 된다”고 피력하고 있다. 김승조, “선거와 정당”, 『공법학의 현대적 지평』 계획열 박사 회갑기념논문집, 1995, 303-304면.

미에서 (즉 순수한 의미에서의) 선거의 공정을 위하여 선거운동의 자유도 (비록 극히 제한적이겠지만) 제한되어야 한다는 견해가 있을 수 있다.¹⁸⁾ 나아가 현실적으로도 부정선거와 과열된 선거운동으로 말미암아 발생할지도 모를 사회경제적 손실과 부작용을 방지하고, 특히 금권선거를 방지하여 실질적인 선거운동의 기회균등을 보장하기 위하여는 선거의 공정성이 확보되어야 하며 이를 위하여 선거운동의 자유도 일정 부분 제한되어야 하는 것이다. 과거 선거철만 되면 항상 등장하는 완전한 선거공영제 실시라는 이슈도 이러한 관점에서 제기되는 것이다.¹⁹⁾

그러나 정부 쪽에서는 선거의 자유와 공정이라는 양대 이념이 훼손되고 있는 주된 이유가 규제중심의 선거법에 있는 것이 아니라 국민의 선거문화에 대한 잘못된 인식에 있다고 보고 있는데 이는 큰 문제점 중의 하나라고 할 것이다. 즉 이용훈 대법원장이 중앙선거관리위원회 위원장이었던 시절 한 학회 세미나 기조연설에서 “...우리가 아무리 선거법을 고친다고 해도 선거에 관한 국민적 의식마저 저절로 변하는 것은 아닙니다... 오늘날 우리 선거를 병들게 하는 근본적 요인은 법과 제도의 미비도 한 요인이라고 할 수 있겠습니다만, 그보다는 선거에 관한 지금까지의 국민들의 잘못된 의식과 그것에 대한 타성이라고 생각할 수 있습니다...”라고 하면서 그 예로 단체의 선거운동이 금지되어 있음에도 불구하고 동 조항을 경시 혹은 무시한 시민단체의 낙선운동을 들었다.²⁰⁾ 그러나 당시

시민단체의 낙천·낙선운동이 우리의 정치·선거문화를 한층 발전시켰을 뿐만 아니라, 선거법의 개정까지 가져왔음은 다언을 요하지 않는다.

“선거운동의 자유도 무제한으로 인정되는 것이 아니고, 선거에 있어서의 기회균등 내지는 선거의 공정과 조화를 이루어야 하는 것이며, 또한 질서유지나 공공복리를 위하여 어느 정도 제한을 받게 된다”

III. 선거운동의 자유의 근거

1. 서 언

우리 헌법은 제41조 제3항에서 “... 기타 선거에 관한 사항은 법률로 정한다”라고 규정하고 있고, 제116조 제1항에서는 “선거운동은 각급 선거관리위원회의 관리하에 ‘법률이 정하는’ 범위 안에서 하되, 균등한 기회가 보장되어야 한다”라고 규정하고 있어 명문으로 선거운동의 자유를 인정하고 있는 것은 아니다. 오히려 헌법조항을 문리적으로만 해석하여 볼 때는 선거운동의 자유가 기본권으로 인정된다고 하더라도 법률의 범위를 벗어날 수는 없고 극단적으로 해석할 때에는 법률상의 권리에 그치는 것으로 해석될 수도 있는 것이다.

그러나 위와 같이 해석하는 학설은 없으며, 판례

18) 다만 순수한 의미에서의 선거의 공정, 즉 선거매수와 같은 범죄는 이미 선거운동의 자유의 보호영역에 속하지 않는다고 보는 것이 타당할 것이고, 따라서 선거운동의 자유의 제한의 문제는 아니라고 볼 것이다.

19) 자유롭고도 공정한 선거가 대의민주주의의 핵심요소로 간주되기 때문에 선거의 기본원칙은 한 국가의 정치현실을 평가하는 기준이 되기도 한다. 음선필, “선거의 기본원칙과 비례대표선거제”, 헌법학연구 제7집 제2호, 2001, 192면.

20) 이용훈, “선거문화와 선거법”, 공법연구 28집 4호 1권, 2000, 16면.

또한 선거운동의 자유를 헌법상 최고의 기본권 중의 하나로 인정하고 있다. 표현의 자유, 자유선거의 원칙, 국민주권의 원리, 인간의 존엄성과 가치, 선거권 등에 의하여 선거운동의 자유가 인정된다고 일반적으로 설명되고 있고, 또한 헌법재판소도 선거운동의 자유는 자유선거의 원칙, 정치적 표현의 자유, 국민주권의 원리, 선거권 혹은 참정권 등에 의하여 보장되고 있다고 판시하고 있는 바,²¹⁾ 선거운동의 자유의 근거를 논의하는 실익은 선거운동규제입법의 한계를 설정함에 있음은 후술하는 바와 같다.

2. 헌법상의 근거

1) 자유선거의 원칙

자유선거의 원칙이란 협의로는 ‘선거인이 외부로부터 강제나 부당한 간섭을 받지 않고 선거권을 행사할 수 있는 원칙’을 말하는 바, 이러한 개념에 의하면 자유선거는 강제선거에 대응하는 개념으로서 선거의 비밀이 엄격하게 보장되는 것을 전제로 하

고 있다.²²⁾ 공직선거법에서 선거의 자유방해죄를 처벌하는 것(제238, 239조)은 바로 이러한 의미의 선거의 자유를 보장하기 위한 것이다.²³⁾

그러나 자유선거의 원칙을 위와 같이 좁게 해석하는 견해는 보이지 않고 자유선거의 원칙은 널리 선거의 자유를 의미하고 선거의 자유는 선거의 전과정에서의 자유를 뜻하는 것이므로 투표의 자유, 입후보의 자유만이 아니라 널리 선거에서의 의사표현의 자유, 그 가운데서도 특히 선거운동의 자유를 포함한다고 해석하여야만 한다.²⁴⁾ 헌법재판소도 “자유선거의 원칙은…투표의 자유, 입후보의 자유, 선거운동의 자유를 포함한다”라고 판시하고 있다.²⁵⁾

우리 헌법은 제41조 제1항에서 “국회는 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성한다”라고 규정하여 자유선거의 원칙을 명시하고 있지 않지만,²⁶⁾ 학설은 자유선거의 원칙은 국민주권의 원리(헌법 제1조), 인간의 존엄성과 가치(헌법 제10조), 선거권(헌법 제24조)으로부터 도출될 수 있다고 하거나,²⁷⁾ 민주국가의 선거원리에 내재하는 법원리로서 국민주권의 원리, 의회민주주의의 원리로부터 도출될 수 있다고 한

21) 현재 1995. 4. 20. 92헌바29, 판례집7-1, 506-507.

22) 권영성, 전제서, 207면, 주2)는 이집트 헌법 제62조는 선거의 참여를 국민의 의무로 규정하고 있고, 오스트리아 헌법 제26조는 투표의 의무를 규정하고 기권을 유죄로 규정할 수 있음을 명문화하고 있다고 한다; 엘살바도르 헌법 제73조에서도 선거권의 행사를 국민의 정치적 의무로 규정하고 있고, 벨기에에서는 초범자에게 도덕적 제재를 가하고 누범자에게는 그 의무위반을 공개하도록 하고 있다. 또한 그리스, 오스트레일리아, 아르헨티나, 브라질, 이탈리아, 필리핀 등의 국가에서도 기권시 벌금 또는 공직취임 제한 등의 제재를 가하고 있다고 한다. 중앙선거관리위원회, 각국의 선거제도, 2001, 4면 및 38면 참조.

23) 양건, “선거과정에서의 국민참여의 확대”, 공법연구 제20집, 1992, 19면.

24) 양건, 상계논문, 19면.

25) 현재 1999. 9. 16. 99헌바5, 판례집 11-2, 336 등.

26) 다만 공직선거법은 제1조에서 “선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적인 정파에 의하여 공정히 행하여지도록 하고……”라고 규정하고 있고 제238, 239조에서 선거의 자유방해죄를 처벌하고 있어 법률상으로는 선거의 자유 혹은 자유선거의 원칙이 명문으로 인정된다고 하겠다.

27) 양건, 전제논문, 19면.

다.²⁸⁾ 헌법재판소도 “자유선거의 원칙은 우리 헌법에 명시되지는 않았지만 민주국가의 선거원리에 내재하는 법원리로서 국민주권의 원리, 의회민주주의의 원리, 참정권 규정에서 그 근거를 찾을 수 있고……” 라고 판시하여 자유선거의 원칙을 당연한 법원리로서 인정하고 있다.²⁹⁾

일본의 경우에도 자유선거의 원칙을 인정하는 명문규정이 있지는 아니하나, 정신적 자유권의 보장 규정이나 비밀선거의 원칙이 명문으로 규정되어 있는 취지에서 자유선거의 원칙을 충분히 도출할 수 있다고 하거나,³⁰⁾ 의회민주주의에 관한 제규정과 개인의 존엄성 규정에 의하여 당연히 헌법상 내재하는 것으로 해석하는 견해가 있다.³¹⁾

일본 최고재판소도 입후보의 자유는 자유선거의 한 내용을 이룬다고 판시한 바 있다.³²⁾ 다만 보통·평등·직접·비밀이라고 하는 제원칙은 선거의 자유의 이념을 기초로 하여, 거기서 파생되는 원칙이라고 하여 자유선거의 원칙을 타 원칙에 비하여 우위에 와 있는 것으로 보는 견해³³⁾와 타 원칙과 동례의 것으로 보는 견해³⁴⁾가 있다.

반면 독일의 경우는 기본법 제38조 제1항에서 “독일 연방의회 의원은 보통, 직접, 자유, 평등 및 비밀 선거에 의하여 선출된다”라고 규정하고 있고, 제28

조 제1항은 “지방의 헌법질서는 이 기본법에서 의미하는 공화적·민주적 및 사회적 법치국가의 제원칙에 부합하여야 한다. 지방, 군(Kreis) 및 지방자치단체(Gemeinde)의 주민은 보통, 직접, 자유, 평등 및 비밀선거로 선출된 의회를 가져야 한다”라고 규정하여 자유선거의 원칙이 헌법상의 원리임을 명시하고 있다.

“참여민주주의 하에서 선거운동의 자유는 유권자가 스스로 형성한 의사를 선거과정에서 홍보하여 자신의 신념이나 정책이 정부나 의회에 반영되게 하기 위한 수단으로서의 의미를 갖는다”

우리나라에서는 선거권의 자유로운 행사는 의사형성의 영역에 있어서 비밀선거의 원칙에 의하여 본질적으로 보장되고, 또한 보통선거의 원칙과 마찬가지로 헌법 제11조 제1항의 일반적인 평등원칙의 적용례라고 할 수도 있으며, 보통선거의 원칙이나 직접선거의 원칙을 지나치게 제한하는 것은 또한 자유선거원칙의 침해를 의미하는 것이 되므로,³⁵⁾ 선거법의 기본원칙은 독자적으로 존재하는 것이 아니라 서로 밀접하게 관련을 가지면서 각자의 영역을 가진다고 하여야 할 것이다.³⁶⁾

위에서 살펴본 바와 같이 자유선거의 원칙은 선거

28) 김철수, 헌법학개론, 제15전정신판, 박영사, 2003., 185-6면; 권영성, 전계서, 209면; 정만희, “선거운동의 자유”, 고시연구, 1987. 3, 83면; 동, 현대헌법과 의회주의, 법문사, 1995, 152면.

29) 헌재 88헌가6, 92헌바29 결정 등.

30) 野中俊彦, “選舉に關する憲法上の原則”, 公法研究 第42號, 1980, 80면.

31) 長尾一宏, “選舉に關する憲法上の原則(中)”, Law School, 1979. 10., 71면.

32) 最高裁判決, 昭和 43. 12. 4. 刑集 22-13, 1425.

33) 戸松秀典, “選舉における自由と制限”, JURIST 総合特輯 選舉, 有斐閣, 1985, 27면.

34) 野中俊彦, 전계논문, 80면; 長尾一宏, 전계논문, 69면.

35) 가령 성별·연령·종교·사회적 신분 등에 의하여 유권자의 범위를 제한하는 것은 유권자의 의사형성 그 이전단계에서 이미 선거의 자유를 침해하는 것이 될 것이다.

36) 조재현, “자유선거의 원칙”, 공법연구 제30집 제4호, 2002, 97-98면.

의 전과정에 걸쳐서 자유를 요구하게 되고 따라서 선거기간에서만 한정하여 볼 때는 입후보의 자유로부터 시작하여 유권자의 의사형성의 자유 및 그 의사실현의 자유, 선거운동의 자유와 마지막으로 투표의 자유를 들 수 있다.

선거운동의 자유는 유권자가 스스로 형성한 의사를 실현하기 위한 수단으로서의 의미를 가진다고 할 것이다. 즉 고전적인 대의민주주의의 단점 때문에 또한 이를 보완하기 위하여 등장한 현대의 참여민주주의 하에서는 선거운동의 주체라는 측면은 일반유권자가 가지는 그것이 더욱 크다고 할 것인 바, 소극적으로 후보자측의 선거운동 혹은 선거에 관한 정보를 수동적으로 받기만 하는 유권자가 아닌 자신이 지지하는 후보자·이념·정책을 널리 선거과정에 홍보하여 자신의 신념이나 정책이 정부나 의회에 반영되게 하기 위하여 선거운동의 자유의 중요성이 인정되는 그것이다.

또한 후보자의 측면에서 보면 자신이 당연히 당선되어야 하는 여러 가지 이유를 유권자에게 개진하여 자신에게로 그 지지를 구하기 위하여 후보자나 그 운동원이 유권자에게 지식이나 정보를 제공하게 되는 것이고 선거운동의 자유가 널리 보장될수록 유권자가 접하게 되는 지식이나 정보의 원천이 다양하게 되어 선거인의 의사형성 및 그 실현에 도움을 주게 되는 것이다.³⁷⁾

2) 선거권에 관한 규정

우리 헌법은 제24조에서 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다”라고 규정하고 있는 바, 선거권은 투표에 참여할 수 있는 권리 혹은 선거인단의 구성원으로서의 국민이 각급 공무원을 선임할 수 있는 권리를 말한다고 설명된다.³⁸⁾

선거권의 성질에 관하여 극단적인 공무설 혹은 권한설을 취하지 않는 이상, 즉 권리일원설이나 통설이라고 할 수 있는 권리·의무의 이중의 성질을 갖고 있다고 하는 이원설에 의할 때에는 선거권은 국민의 기본권으로서의 성질을 갖는 것이고 미국에서도 선거권(right to vote)은 ‘다른 모든 권리의 보호막’이라고 하여 헌법이 보장하고 있는 가장 중요한 기본적 인권의 하나라고 인정하고 있다.

이러한 선거권은 단지 투표할 수 있는 권리라는 소극적인 의미만을 가지고 있는 것이 아니라 자유선거의 원칙에 따라 자신이 수집한 다양한 정보에 의하여 자신의 자유로운 의사형성을 하여 그 의사형성에 따른 의사결정을 투표시에 나타내는 것이라고 보아야 하므로 선거권 조항 역시 선거운동의 자유의 중요한 근거가 된다고 하겠다.³⁹⁾

헌법재판소도 선거운동의 자유는 선거권 행사의 전제 내지 선거권의 중요한 내용을 이룬다고 하면서 선거운동의 자유는 표현의 자유, 자유선거의 원칙, 국민주권의 원리 뿐만 아니라 선거권 즉 참정권에서 그 근거를 도출할 수 있다고 한다.⁴⁰⁾

37) 柚正夫, 상계논문, 40면.

38) 권영성, 전제서, 546면.

39) 임종훈, “선거운동의 자유와 헌법 선거법상 규제의 문제점”, 공법연구 제29집 제4호, 2001, 31면.

40) 헌재 1995. 4. 20 92헌바29, 판례집7-1, 506-507.

3) 표현의 자유에 관한 규정

선거운동의 자유는 국내외를 막론하고 학설이나 판례가 일치하여 직접적으로는 표현의 자유에 의하여 보장된다고 한다. 우리 헌법은 제21조 제1항에서 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.”라고 규정하고 있는 바, 표현의 자유 가운데서도 특히 민주정치와 관련하여 핵심적 의미를 지니는 것이 표현의 자유이며, 선거운동이 정치적 의사표현의 한 형태라고 설명하거나,⁴¹⁾ 표현의 자유를 규정하고 있는 미국 연방헌법 수정 제1조가 원래 정치적 표현의 자유 혹은 정치 영역에서의 표현의 자유를 보장하기 위하여 규정된 것이라고 설명하기도 하고,⁴²⁾ 미국 연방대법원은 선거운동으로서 행하여진 언론에 대하여 수정헌법 제1조를 가장 충실하게 적용하는 바,⁴³⁾ 정치적 언론은 수정헌법 제1조가 가장 강력하게 보호하는 것이며 특히 정치적 언론으로서 대표적인 것이라 할 수 있는 선거운동으로서 행하여진 언론은 가장 강력하게 보호받는 것이 미국의 전통이라고 설명하기도 한다.⁴⁴⁾ 또한 선거운동의 자유는 구체적으로는 선거운동을 위한 표현매체의 선택, 표현내용의 결정 및 표현의 상대방 선택의 자유 등이 그 내포로서 보장되어야 하고, 후보자의 입장에서는 유권자들에게 자신을 자유롭게 알릴 수 있어야 하며, 유권자의 입장에서는 후보자의 평가에 필요한 제반 정보에 자

유롭게 접근할 수 있어야 하므로 선거운동의 자유는 표현의 자유를 그 중요한 요소로 한다고 할 것이다.⁴⁵⁾

“선거운동의 자유는 선거운동을 위한 표현매체의 선택, 표현내용의 결정 및 표현의 상대방 선택의 자유 등이 그 내포로서 보장되어야 하므로 선거운동의 자유는 표현의 자유를 그 중요한 요소로 한다”

헌법재판소도 “선거운동의 자유는 널리 선거과정에서 자유로이 의사를 표현할 자유의 일환이므로 표현의 자유의 한 태양이기도 하다. 표현의 자유, 특히 정치적 표현의 자유는 선거과정에서 선거운동을 통하여 국민이 정치적 의견을 자유로이 발표, 교환함으로써 비로소 그 기능을 다하게 된다 할 것이므로, 선거운동의 자유는 헌법이 정한 언론, 출판, 집회, 결사의 자유의 보장규정에 의한 보호를 받는다”고 하고,⁴⁶⁾ “민주정치체제는 사상 또는 의견의 자유로운 형성 및 그 전달을 바탕으로 하는 건전한 여론 없이는 정상적인 기능이 발휘될 수 없으므로 언론·출판의 자유는 민주주의의 기초를 이루는 핵심적인 정신적 자유권이라 할 것이며, 정보를 수집하고 처리할 수 있는 권리를 말하는 알 권리는 언론·출판의 자유의 한 내용으로 마땅히 보장되어야 하는 것이다. 특히 대의제 민주주의의 필수불가결의 전제가 되는 선거와 관련해서 볼 때, 국민대표의 공정한 선출을 위해서는 주권자인 국민이 관련정보에

41) 양건, “선거과정에서의 국민참여의 확대”, 공법연구 20집, 1992, 19-20면.

42) Smolla, Rodney E., *Smolla and Nimmer on Freedom of Speech* vol.2, West Group, 1996. p. 16-2.

43) *Eu v. San Francisco democratic Comm.*, 489 U.S. 314 (1989).

44) 박용상, 표현의 자유, 현암사, 2002., 356-357면.

45) 임종훈, 전개논문, 31면.

46) 헌재 1995. 4. 20. 92헌바29, 판례집7-1, 507.

광범하게 또 쉽게 접근할 수 있어야 하는 것이므로 선거관련정보의 자유로운 전달 및 이에 대한 접근을 의미하는 언론·출판의 자유는 대표선출의 공정성과도 관련되어 있는 중요한 문제인 것이다. 이와 같이 언론·출판의 자유는 민주주의를 유지·발전시키기 위한 토대가 되므로 최대한 보장되어야 하나...”⁴⁷⁾ 라고 하여 선거운동의 자유는 표현의 자유에 의해 직접적으로 보장되는 것임을 명백히 하고 있다.

IV. 선거운동 규제입법의 위헌성 판단에 있어서의 심사기준

1. 서 언

일반적으로 설명되는 표현의 자유의 규제에 관한 합헌성 판단기준으로는 사전억제(prior restraint) 금지의 원칙, 합헌성추정배제의 원칙, 막연하기 때문에 무효(void for vagueness)의 원칙, 명백하고 현존하는 위험(clear and present danger)의 원칙, 필요최소한도의 규제수단(less restrictive alternative)의 원칙 혹은 L·R·A 원칙, 비교형량의 원칙 및 이중기준(double standard)의 원칙이 주로 거론된

다.⁴⁸⁾ 그러한 원칙 가운데에서 선거운동규제법리의 영역에서 특히 주목되어야 할 것은 ‘최소제한수단의 원칙’이다.⁴⁹⁾ 이 원칙에 따르면 표현의 자유에 관한 제한은 필요한 최소한도의 제한에 그치는 수단을 선택하여야 한다. 즉 일정한 제한의 필요성이 인정되는 경우라고 할지라도 표현의 자유에 대해 가장 최소한의 제한에 그치는 수단을 선택하지 않으면 위헌이 된다는 것이다.

그렇다면 우리 헌법재판소는 선거운동의 자유를 규제하는 법률조항에 대하여 어떠한 심사기준을 적용하여 판단하였는가, 그 적용이 정당한 것인가를 이하에서 살펴보기로 할 것이고, 이에 앞서 일본의 경우를 먼저 살펴보기로 하겠다.

2. 일본에서의 선거운동규제입법의 심사기준

일본 최고재판소의 선거운동규제입법의 위헌성 심사기준에 대하여는 일본에서의 대표적인 선거운동규제조항인 호별방문금지, 법정외 문서도화 반포금지, 사전선거운동금지 조항 심사에 관한 판례를 살펴보기로 하겠다.

우선, 최고재판소 초기의 판례를 살펴보면 “선거의 공정 즉, 공공의 복지를 위하여 선거운동의 자유에 대한 합리적 제한은 당연하다”고 하거나,⁵⁰⁾ “선

47) 헌재 1995. 7. 21. 92헌마177, 199(병합), 판례집 7-2, 125.

48) 김철수, 헌법학개론 제15전정신판, 박영사, 2003, 654-661면; 이에 대한 상세한 논의로는 양건, “법률의 위헌심사의 기준——미국 연방대법원 판례를 중심으로——”, 헌법연구, 법문사 1995. 681면 이하 참조; 다만, 필요최소한도의 원칙, 비교형량의 원칙 및 이중기준의 원칙은 독립적으로 적용되는 원칙이 아니고 개별 사안들을 해결하는 데 함께 적용되는 이론들이라고 하겠다. 임종훈, “미국헌법에 있어서 언론의 자유에 대한 접근방법”, 미국헌법연구 제10호, 1999, 7면.

49) 양건, “선거과정에서 국민참여의 확대”, 공법연구 제20집, 1992, 25면.

50) 最高裁判決, 昭和 25. 9. 27. 大法廷. 刑集 4-9. 1799.

거의 공정을 위하여 선거기간을 제한하는 것은 필요하고도 합리적인 제한이다”⁵¹⁾라고 하여 ‘선거의 공정’을 절대적인 규제이익으로 하여 규제되는 기본권에 대해서는 규제목적의 정당성, 목적과 규제수단과의 관련성, 규제수단의 상당성에 관해서는 실질적인 검토를 하지 않고 바로 합헌이라는 결론을 도출해내었다.⁵²⁾ 이후 판례들은 위 판례의 논지를 인용하기만 하였다. 그러다 등장한 것이 “폐해론”이었다. 이는 호별방문을 허용하면 범죄의 온상이 되기 쉽고, 방문을 받는 측의 입장에서는 번거롭기만 하고, 후보자간의 부당한 경쟁을 초래한다는 것이었다.⁵³⁾ 이 논거는 「자유 → 부당무용한 경쟁 → 규제근란에 의한 부정행위의 발생 → 선거의 공정을 해함」이라는 단락적(短絡的)논법에 의하여 선거의 공정을 방해할 수 있는 ‘추상적 염려’를 지적하고 곧 바로 규제전체를 합헌이라고 하는 결론을 도출해 낸 것이다.⁵⁴⁾

이후 하급심에서 명백하고 현존하는 위협의 원칙, 보다 덜 제한적인 수단(L·R·A)원칙 등의 이론에 의하거나, 입법사실의 부존재로부터 위헌의 결론을 이끌어낸 판결들이 등장하자,⁵⁵⁾ 최고재판소도 합헌의 논거를 변경하기 시작하였다. 다수의 판결에 나타나는 구체적인 논거는 약간의 차이는 있지만 그 주된 내용은 다음과 같다. 즉 “호별방문, 문서·도화의 반포, 사전선거운동 등에 대한 금지는 표현행위를 전면적으로 제한하는 것이 아니다. 즉 그 규제입법은 의견표명 그 자체의 제약을 목적으로 하는 것이 아니라

단지 표현행위의 수단, 방법 등의 금지에 따른 간접적, 부수적인 규제에 불과하고, 따라서 규제의 목적이 표현의 수단, 방법에 맞춰져있는 이상 이러한 규제입법의 심사에는 완화된 심사기준이 적용되어야 하고, 위의 제한조치들은 ‘합리적이고 필요한 한도 내에서의 제한’이기 때문에 합헌”이라고 하였다.⁵⁶⁾

“우리 헌법재판소는 선거운동규제조항의 위헌성 여부 판단에 있어서 선거운동 혹은 정치적 표현의 자유가 대의민주주의에서 점하고 있는 위치를 고려하여 엄격한 심사기준에 의하여야 한다고 판시하고 있다”

3. 우리 헌법재판소의 입장

1) 선거운동규제입법에 대하여 헌법재판소가 적용한 심사기준

우리 헌법재판소는 선거운동규제조항의 위헌성 여부 판단에 있어서 여러 원칙을 혼용하고 있으나 선거운동 혹은 정치적 표현의 자유가 대의민주주의에서 점하고 있는 위치를 고려하여 엄격한 심사기준에 의하여야 한다고 판시하고 있다. 즉 헌법재판소는 선거운동주체 제한사건에서 “선거운동은 국민주권 행사의 일환일 뿐 아니라 정치적 표현의 자유의 한 형태로서 민주사회를 구성하고 움직이게 하는 요소이므로 그 제한입법에 있어서도 엄격한 심사기준이 적용된다 할 것이다”라고 판시

51) 最高裁 判決, 昭和 30. 4. 6. 大法院, 刑集 9-4, 819.

52) 松井幸夫, “選舉運動の規制と表現の自由”, 桶口陽一・野中俊彦, 法學教室 増刊, 憲法の基本判例 第2版, 1996, 90면.

53) 最高裁 判決, 昭和 43. 11. 19. 第2小法院, 刑集 22-12, 1319.

54) 松井幸夫, 전개논문, 92면.

55) 松井幸夫, 전개논문, 92면에 일련의 하급심 판결들이 소개되어 있다.

56) 最高裁 判決, 昭和 49. 11. 6. 大法院, 刑集 28-9. 393, 昭和 56. 6. 15. 第2小法院, 刑集 35-4, 205.

하고 있다.⁵⁷⁾

한편 헌법재판소는 위와는 달리 여론조사결과공표 금지조항에 대한 헌법소원사건에서는 “민주정치체제는 사상 또는 의견의 자유로운 형성 및 그 전달을 바탕으로 하는 건전한 여론 없이는 정상적인 기능이 발휘될 수 없으므로 언론·출판의 자유는 민주주의의 기초를 이루는 핵심적인 정신적 자유권이라 할 것이며, 정보를 수집하고 처리할 수 있는 권리를 말하는 알 권리는 언론·출판의 자유의 한 내용으로 마땅히 보장되어야 하는 것이다. 특히 대의제 민주주의의 필수불가결의 전제가 되는 선거와 관련해서 볼 때, 국민대표의 공정한 선출을 위해서는 주권자인 국민이 관련정보에 광범하게 또 쉽게 접근할 수 있어야 하는 것이므로 선거관련정보의 자유로운 전달 및 이에 대한 접근을 의미하는 언론·출판의 자유는 대표선출의 공정성과도 관련되어 있는 중요한 문제인 것이다. 이와 같이 언론·출판의 자유는 민주주의를 유지·발전시키기 위한 토대가 되므로 최대한 보장되어야 하나, 언론·출판의 자유도 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 법률에 의하여 제한할 수 있다. 그러

나 이 경우에도 헌법 제37조 제2항에서 정한 기본권제한입법의 한계인 과잉금지의 원칙은 지켜져야 할 것”이라고 판시하여⁵⁸⁾ 엄격한 심사기준을 적용하지 않고 (엄격한 비례의 원칙과 구별되는) 비례의 원칙을 적용하고 있다.⁵⁹⁾

한편 헌법재판소는 기초의회의원선거에서 정당표방 금지조항에 대한 위헌소원사건에서⁶⁰⁾ 과잉금지의 원칙을 심사기준으로 삼으면서도 “이 법률조항은 기초의회의 구성 및 활동에 정당의 영향이 배제된 지역실정에 맞는 순수한 지방자치를 실현하는 필요불가결한 입법이므로 그 ‘목적의 중요성’은 수긍할 수 있다”고 하여 일응 ‘중간심사기준’ (intermediate scrutiny)⁶¹⁾을 간접적으로라도 채택한 것이 아닌 가하는 분석도 가능하게 하였고,⁶²⁾ 선거과정에서의 평등권 침해여부가 문제된 경우에는 대부분 ‘합리성 심사’ 혹은 ‘자의금지의 원칙’ 심사에 그친 것으로 보인다. 가령 해외거주자에 선거권을 인정하지 않은 조항의 헌법소원사건,⁶³⁾ 기초의회의원의 광역의회의원 입후보시 사퇴하도록 한 조항의 헌법소원사건,⁶⁴⁾ 정당과 무소속 후보자간의 각종 차별에 대한 헌법소원사건에서⁶⁵⁾ 차별이 합리적인지

57) 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4, 6(병합), 판례집 6-2, 30.

58) 헌재 1995. 7. 21. 92헌마177, 199(병합), 판례집 7-2, 125.

59) 헌법재판소는 선거운동규제입법의 심사에 과잉금지의 원칙을 적용한 결정례가 대부분이다.

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

61) ‘중간심사기준’ 혹은 ‘엄격한 합리성의 기준’ (strict rationality test)은 평등보호영역에서 사용되고 있는데, 그 차별은 ‘중요한 정부의 목적’ (important government purpose)을 달성하기 위한 것이고, 또한 그 목적과 ‘실질적으로 관련되어 있지’ (substantially related) 않으면 위헌이라는 것이다. 이는 합리성의 기준보다는 엄하게, 엄격한 심사기준보다는 완화하여 입법목적과 수단과의 관련성을 심사하는 방식으로서 입증책임은 일반적으로 정부에 있다고 할 수 있다. John E. Nowak & Ronald D. Rotunda, Constitutional Law 6th ed., West Group, 2000, pp.640-644.

62) 판례집 11-2, 553; 그러나 헌법재판소는 위 사건에서 본문에서와는 달리 판시사항이나 결정요지에서는 ‘입법목적의 정당성’이라는 표현을 사용하였다. 543-544.

63) 1999. 3. 25. 97헌마99, 판례집 11-1, 218면.

64) 1995. 3. 23. 95헌마53, 판례집 7-1, 463.

65) 헌재 1996. 3. 28. 96헌마9 등(병합), 판례집 8-1, 289.

여부만을 심사하였다.

2) 헌법재판소 결정에 나타난 엄격심사기준과 비례의 원칙

헌법재판소의 위 심사기준들을 비판하기 위하여는 우선 헌법재판소가 선거운동규제입법에 관하여 심사기준으로 적용하여야 한다고 판시하고 있는 엄격심사기준과 과잉금지원칙의 의미 혹은 그 내용에 대하여 살펴볼 필요가 있다고 할 것이다.⁶⁶⁾

원래 ‘엄격한 심사기준’(strict judicial scrutiny)이란 미국 판례법상의 용어로서 1942년의 *Skinner v. Oklahoma* 사건⁶⁷⁾에서 처음으로 사용되었는데, 이 기준은 평등권과 관련하여 기본적 권익(fundamental interests)이나 의심스러운 차별(suspect classification) 법률의 심사에 적용되다가 그 후 기본적 인권(basic rights)에 관한 법률, 예컨대 표현의 자유, 자유로운 종교활동, 거주이전의 자유, 형사절차에 관한 권리 및 실체적 적법절차가 다시 적용된 영역 특히 결혼, 가족 관계, 낙태 및 임신 등에도 적용된 원칙이다.⁶⁸⁾ 엄격

한 심사기준이 적용되는 경우에는 입법목적과 그 목적을 달성하기 위한 입법수단을 정사(精査)하게 되는데 이 엄격한 심사기준을 통과하기 위하여는 입법상의 차별기준이 ‘절박한 주의 이익’(compelling state interest)을 달성하기 위하여 ‘필요한’(necessary) 것이어야 한다. 따라서 정부의 입법목적이 단지 정당한 것만으로는 부족하고 ‘절박할 정도로 중요한’(compelling importance) 것이어야 하며, 사용된 수단은 그 목적과 단지 합리적으로 관련되어 있는 것만으로는 부족하고 그 목적달성에 필요하여야 한다. 이 경우 ‘필요한’이라는 요건은 입법목적 달성을 위하여 덜 제한적인 수단이 없어야 한다는 것을 의미하고 입증에 대하여는 그러한 입법목적과 수단을 정부측이 입증하여야 하는 것이다.⁶⁹⁾

“우리 헌법재판소는 ‘엄격한 심사기준’이 구체적으로 무엇을 어떻게 엄격하게 심사하는가에 대하여는 침묵하고 있고 다만 단순한 과잉금지원칙을 적용하는 것 같은 태도를 보이고 있다”

66) 우리 헌법재판소는 비례의 원칙 혹은 과잉금지의 원칙을 목적의 정당성·방법의 적정성·피해의 최소성·법익의 균형성으로 분류하고 있지만, 독일의 연방헌법재판소와 학계의 다수의견은 목적의 정당성 측면과 수단과 목적과의 상관관계를 구분하여 비례의 원칙에는 수단의 적합성·수단의 필요성(최소침해성)·협의를 비례성(균형성)만을 포함시키고 있다고 한다. 황치연, “헌법재판의 심사척도로서의 과잉금지원칙에 관한 연구”, 연세대학교 박사학위논문, 1995, 62면 이하.

67) 316 U.S. 535.

68) 따라서 엄격한 심사기준은 경제적 자유와 정신적 자유 또는 인권적 자유를 구분하고 이를 제한하는 법률의 심사에 있어서 서로 다른 기준이 적용된다는 이중기준(double standard)의 원칙을 전제로 한다고 할 수 있다. 우리 헌법재판소는 “국회의 입법활동에 있어서 재산권 기타 경제적 활동의 자유규제는 다른 정신적 자유규제에 비하여 보다 넓은 입법재량권을 가진다”고 다수의견에서 방론으로 언급한 바 있고(1990. 9. 3. 헌재 89헌가95, 판례집2, 262면), 또한 한병채 재판관은 헌재 1990. 6. 25. 89헌가98, 101(병합) 사건에서 반대의견으로 “경제적 자유를 규제하는 입법은 인권적 자유를 규제하는 입법과는 다른 이중기준에 의하여 위헌성을 판단해야 한다”고 주장하였고(판례집2, 162면), 1991. 6. 3. 89헌마204 결정에서도 변정수, 김양균 재판관의 반대의견에서 이중기준의 원칙이 피력되어 있었는 바(판례집3, 286면), 후술하는 제대군인가산점 위헌결정(헌재 1999. 12. 23. 98헌바33, 판례집 11-2, 732면)에서의 논지를 이중기준의 원칙으로 볼 수 있지 않을까 한다.

69) 藤井俊夫, 憲法訴訟と違憲審査基準, 成文堂, 1985, 228-239면.

이에 대하여 우리 헌법재판소는 엄격한 심사기준이 구체적으로 무엇인지를 보여주지는 않고 있다. 우리 헌법재판소의 선거규제입법심사에서 엄격한 심사기준이라는 단어가 등장한 최초의 결정례는 위에서 언급한 선거운동주체에 관하여 포괄적으로 금지하고 있던 규정에 관한 결정⁷⁰⁾으로 보인다. 그러나 위 사건에서 헌법재판소는 “선거운동을 제한하는 입법에 있어서는 엄격한 심사기준이 적용되어야 한다”고 전제한 뒤,⁷¹⁾ 엄격한 심사기준이 구체적으로 무엇을 어떻게 엄격하게 심사하는가에 대하여는 침묵하고 있고 다만 “제한의 입법목적, 제한의 내용, 우리나라에서의 선거의 태양, 현실적 필요성 등을 고려할 때 필요하고도 합리적인 제한이며, 선거운동의 자유를 형해화할 정도로 과도하게 제한하는 것으로 볼 수 없다고 할 것이므로 헌법에 위반되지 아니한다”라고 하여 단순한 과잉금지원칙을 적용하는 것 같은 태도를 보이고 있다. 다만 기초지방의회의원의 기탁금 규정이 문제된 헌법소원사건에서⁷²⁾ 김진우 재판관이 방론으로 제시한 의견이 엄격한 심사기준과 비슷한 견해를 보이고 있는 바, 즉 “첫째, 후보자 난립 방지라고 하는 목적에 기탁금이 적합한 수단이라는 점이 검증된 바 없고, 82명이나 중도사퇴한 위통계를 보더라도 입후보에 신중을 기하게 하는 효과를 발휘하지 못하였고,⁷³⁾ 둘째, 선거전후에 일정 기간의 공역을 수행하도록 하는 등 대체수단이 있으므로 최소침해의 원칙을 준수하지 못하였고, 셋째, 선

거비용예납이 목적이라고 하나, 이는 헌법이 선거비용부담에 관한 법률유보를 규정하고는 있으나, 이는 원칙적으로 국가비용부담이며 극히 적은 일부만을 후보자에게 부담시켜야 한다는 취지로 해석하여야 하므로 그 정당성이 의심스럽고, 넷째, 저득표율후보자에 대하여 제재하는 규정을 둔 것은 민주주의의 원리인 소수자 보호와 선거에 있어서의 평등의 원칙에 반한다”⁷⁴⁾라고 한 것이 그것이다.

이후에도 헌법재판소의 결정례에서 엄격한 심사기준이 구체적으로 무엇을 뜻하는 것인지는 나타나 있지 않았다가 소위 제대군인가산점제도 결정⁷⁵⁾에서 “평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이다. 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다. 그런데 가산점제도는 헌법 제25조에 의하여 보장된 공무담임권이라는 기본권의 행사에 중대한 제약을 초래하는 것이다(가산점제도가 민간기업에 실시될 경우 헌법 제15조가 보장하는 직업선택의 자유가 문제될 것이다). 따라서 가산점제도에 대하여는 엄격한 심사척도가 적용되어야 하는데, 엄격한 심사를 한다는 것은 자의금지 원칙에 따른 심사, 즉 합리적 이유의 유무를 심사하는 것에 그치지 아니하고 비례성원칙에 따른 심사,

70) 위 94헌가 4, 6(병합).

71) 판례집 6-2, 30.

72) 1995. 5. 25. 91헌마44, 판례집 7-1, 687.

73) 위 사건에서의 김진우 재판관의 반대의견, 703-705.

74) 위 사건, 판례집 7-1, 713.

75) 현재 1999. 12. 23. 98헌바33, 판례집 11-2, 732.

즉 차별취급의 목적과 수단간에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준으로 한 심사를 행함을 의미한다”라고 판시하여⁷⁶⁾ 엄격한 심사기준은 목적과 수단과의 ‘엄격한 비례관계’의 심사임을 명시적으로 나타내고 있다. 그러나 이러한 엄격심사기준에 따라 엄격한 비례관계를 심사함에 있어서는 목적의 정당성, 수단의 적합성과 합리성, 법익의 균형성을 심사하였을 뿐, 엄격한 비례관계는 어떠한 때 인정되고 어떠한 때 인정되지 않는가에 대한 설명은 없다. 또한 공직선거법을 심판대상으로 한 결정은 아니었지만 지방교육위원 선거에 관한 지방교육자치에관한법률 제60조 등 위헌확인사건⁷⁷⁾에서도 위 제대군인가산점 사건에서의 엄격한 심사기준과 동일하게 실시하면서 “...엄격한 심사기준에 의하더라도 앞서 공무담임권의 침해여부에서 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항이 교육위원선거에 있어 교육경력자와 비경력자를 차별하는 것은 헌법상 보호되는 교육의 자주성·전문성을 보장하기 위한 것으로서 ‘입법목적이 정당’하고, 입법목적 달성을 위한 ‘적절한 방법’으로서 차별취급의 적합성을 갖고 있으며, 차별취급으로 인한 공익과 침해되는 이익간의 ‘비례성’도 있다고 인정되므로 이 사건 법률조항이 헌법상의 평등원칙에 위배된다고 볼 수 없다”라고 판시하여,⁷⁸⁾ ‘엄격한 비례관계’의 심사는 하지 않았으며, 후술하는 바와 같이 기본권제한

입법의 한계를 규정한 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙 혹은 과잉금지의 원칙과 어떻게 다른지 알 수 없다고 하겠다.

“헌법재판소의 결정례를 보면 기본권일반에 대한 제한입법의 심사기준인 비례의 원칙 혹은 과잉금지의 원칙과 선거운동 제한입법의 심사기준인 ‘엄격한 심사기준’이 어떻게 다른지 전혀 알 수 없다”

한편, 헌법재판소는 국토이용관리법상의 토지거래허가제 위헌심판사건⁷⁹⁾에서 “과잉금지의 원칙은⁸⁰⁾ 국가작용의 한계를 명시하는 것인데 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성(보호하려는 공익이 침해되는 사익보다 더 커야 한다는 것으로서 그해야만 수인(受忍)의 기대가능성이 있다는 것)을 의미하는 것으로서 그 어느 하나에라도 저촉되면 위헌이 된다는 헌법상의 원칙이다”라고 하고 있고, 형사소송법 제331조 단서 규정에 대한 위헌심판사건에서도 “국가작용 중 특히 입법작용에 있어서의 과잉입법금지의 원칙이라 함은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서, 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적

76) 위 사건, 판례집 11-2, 749.

77) 헌재 2003. 4. 20. 2002헌마573, 공보79, 335.

78) 헌재 공보79, 342; 다만 평등권 침해여부에 앞서 판단한 공무담임권 침해여부에 관한 판단에서는 수단의 적정성을 검토한 후, ‘이 사건 법률조항보다 덜 제한적인 다른 입법수단을 강구하는 것이 결코 쉬운 일이 아니라는 점을 고려하면’이라고 하여 침해의 최소성의 원칙도 적용하였다. 공보79, 341.

79) 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집1, 357.

80) 헌법재판소판례집과는 달리 헌법재판소판례요지집 547면은 동 사건을 소개하면서 “비례의 원칙 혹은 과잉금지의 원칙은……”라고 하고 있어 비례의 원칙과 과잉금지의 원칙은 동일한 원칙임을 명시적으로 나타내고 있다.

절하여야 하며(방법의 적정성), 입법권자가 선택한 기본권제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소화), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량 할 때 보호되는 공익이 더 커야한다(법익의 균형성)는 법치국가의 원리에서 당연히 파생되는 헌법상의 기본원칙의 하나인 비례의 원칙을 말하는 것⁸¹⁾이라고 하고 있다.⁸²⁾ 또한 헌법재판소는 어떠한 심사기준에 의한다는 특별한 실시 없이 “필요최소한의 제한”⁸³⁾ 혹은 “필요하고도 합리적인 제한”⁸⁴⁾이라고만 하는 경우도 있는 바, 이는 비례의 원칙의 또 다른 표현이라고 해야 할 것이다.⁸⁵⁾

4. 검토 및 소결

위의 결정례에 나타나듯이 헌법재판소가 기본권 일반에 대한 제한입법의 심사기준으로 삼고 있는 비례의 원칙 혹은 과잉금지의 원칙과 선거운동 혹은 정치적 표현의 자유의 제한입법의 심사기준인 “엄격한 심사기준”이 어떻게 다른지 전혀 알 수 없

다. 오히려 헌법재판소의 결정례를 보면 양 원칙은 동일하다고 하는 것이 타당할 것이다.

우리 헌법재판소는 선거운동 규제입법의 위헌심사에 있어서 ‘엄격한 심사기준’에 의하여 판단하여야 한다고 실시하고서는 구체적인 심사에 있어서는 목적의 정당성, 수단의 적절성(그 수단이 반드시 필요한 수단인지는 고려하고 있지 않다!)만을 논하거나, 형식적으로 이익형량을 하고 말았다. 그것도 선거의 공정이라는 공익을 위하여서는 선거운동의 자유는 제한될 수 밖에 없다는 지극히 간단한 논리에 그치고 마는 것이 현실이다. 이는 엄격한 심사기준이라는 단어가 처음 등장한 미국에서는 엄격한 심사기준의 적용을 받게 되는 경우 그 제한입법은 대부분 심사를 통과하지 못하여 위헌으로 선언된 경우⁸⁶⁾와 크게 비교된다고 할 것이다.

위에서 살펴본 바와 같이 엄격한 심사기준에 의하면 우선 제한의 입법목적이 정당한 것으로는 부족하고 ‘절박한 이익’⁸⁷⁾을 위한 것이어야 하는데, 우리 헌법재판소는 단지 입법목적이 정당하면 제한입법이 심사의 제1관문을 통과되는 것으로 하고, 나아가 목적의 정당성과 수단의 적정성만을 심사하여 그 수단이 입법목적 달성에 필요불가결한가의 심사

81) 현재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집4-1, 877-878.

82) 우리 헌법재판소는 1989년 사회보호법 제5조의 위헌심판 사건 이후 비례성의 원칙을 기본권제한의 한계기준으로서 계속적이고 광범위하게 사용하고 있으며, 2001. 10. 15. 현재까지만 하더라도 약 400건 이상의 위헌심사에서 용어표현상의 차이는 있지만 이 원칙을 위헌심사의 기준으로 사용하고 있다고 한다. 김형성, “과잉금지의 원칙과 적용상의 문제점”, 헌법실무연구 3권, 2002, 57-58면.

83) 지방자치단체장의 국회의원선거 입후보금지조항에 대한 헌법소원사건인 1999. 5. 27. 98헌마214, 판례집 11-1, 675, 699.

84) 사전선거운동금지조항에 대한 헌법소원사건, 1995. 11. 30. 94헌마97, 판례집7-2, 677.

85) 김형성, 전제논문, 60-61면.

86) 반면 최소한의 합리성 심사에 그치는 경우에는 거의 예외없이 법률의 합헌성을 인정하게 된다. 한수웅, “헌법재판의 한계 및 심사기준—헌법재판소와 입법자의 관계를 중심으로—”, 헌법논총 제8집, 1997, 227면 참조.

87) 김형남 교수는 ‘절박한 이익’ (compelling interest)을 ‘시민에게 강제될 만한 이익’으로 번역하고 있다. “미국 연방대법원의 사법심사 기준”, 미국헌법연구 제12호, 1999, 240면.

를 하지 않고 다만 필요최소한의 제한인가를 ‘경우에 따라서’ 심사할 뿐이다. 위 99헌바5 사건에서는 그러한 제한이 입법목적에 (단지) ‘기여’ 한다고 하여 입법목적에 기여하기만 하면 그 제한이 적합하다고 인정⁸⁸⁾하였다는 비판을 면할 수 없을 것이다. 더욱이 엄격심사기준은 그것이 탄생한 미국에서는 ‘보다 덜 제한적인 수단의 원칙’과 결합하여 나타나는 것이 보통이어서⁸⁹⁾ 보다 덜 제한적인 수단이 있는 경우에는 그 심사기준을 통과하지 못하는 것임에도 불구하고 헌법재판소는 “보다 덜 제한적인 수단이 없는 것”과는 다르게 “이 사건 법률조항보다 덜 제한적인 다른 입법수단을 강구하는 것이 결코 쉬운 일이 아니라는 점 등을 고려하면”이라 하여 ‘쉽지 않다’는 한층 완화된 기준을 적용하는데 그치고 말았다.⁹⁰⁾

V. 입법적 사실인정에 관한 입증책임

기본권을 제한하는 입법에 있어서 입법자는 일정한 경험적 사실의 인정에 기초하며, 입법을 통한 일정한 효과를 예측하게 된다.⁹¹⁾ 선거운동의 자유, 즉 선거시기에 있어서의 정치적 표현의 자유를 제한하는 법률의 위헌 여부를 심사하는 데 있어서 이

러한 입법적 사실인정이나 효과예측 판단에 관한 입증책임은 누가 부담하는가가 문제된다.

헌법재판소에 의하면 “개인의 핵심적 자유영역(생명권, 신체의 자유, 직업선택의 자유 등)을 침해하는 경우”에는 입법자가 입증책임을 진다고 한다.⁹²⁾

아래에서는 헌법재판소가 선거운동의 자유에 대하여도 입법자에게 입증책임을 물었는지에 관하여 살펴보기로 한다.

“헌법재판소는 선거운동 규제입법에 대해 ‘엄격한 심사기준’을 적용하여야 한다고 실시하고서는 구체적인 심사에서는 목적의 정당성, 수단의 적절성만을 논하거나, 형식적으로 이익형량을 하고 말았다”

“선거운동의 허용 및 금지 범위를 어떻게 정할 것인가는 각 나라가 처한 정치, 사회, 경제적 사정과 국민의식구조의 특성에 따라 달라질 것이다. 그러나, 우리의 현실적 상황을 볼 때 공선법 제103조 제2항, 제105조 제1항, 제107조에 의하여 보호되는 선거의 실질적 자유와 공정의 확보라는 공공의 이익은 국민적 열망을 담고 있는 것으로서 특히 높은 가치를 지니는 것이라고 할 것이므로, 이를 보호하기 위하여 특히 폐해가 심할 것으로 예상되는 일정 범위의 선거운동방법만을 특정하여 금지하였다고

88) 판례집11-2, 339.

89) 우리 헌법재판소는 “보다 덜 제한적인 수단을 선택해야 한다는 과잉금지의 원칙”이라는 문구를 사용하여 양자가 동일한 내용임을 명백히 하고 있다. 헌재 1995. 5. 25. 91헌바67, 판례집7-1, 722, 746.

90) 한수웅 교수는 우리 헌법상의 규범적 표현에서는 정신적 자유가 경제적 자유보다 더욱 보호되어야 하고 따라서 정신적 자유가 침해된 경우에는 입법자의 형성권이 더욱 엄격하게 심사되어야 한다는 일반적 원칙을 읽어낼 수 없고, 오히려 인간의 존엄성을 실현하는 데 있어서 불가결하고 근본적인 자유는 더욱 보호되어야 하고 이에 대한 제한은 더욱 엄격하게 심사해야 한다고 한다. 전제논문, 223면.

91) 양 건, 헌법강의, 법문사, 2009, 253면.

92) 헌재 2002. 10. 31. 99헌바76, 판례집 14-2, 432.

하여 보호되는 공익과 제한되는 선거운동의 자유 및 집회의 자유 등 기본권과의 사이에 현저한 불균형이 있다고는 볼 수 없다.”⁹³⁾

“대통령선거에 관한 여론조사는 그것이 공정하고 정확하게 이루어졌다 하더라도 그 결과가 공표되면 투표자로 하여금 승산이 있는 쪽으로 가담하도록 만드는 이른바 밴드왜곤효과(bandwagon effect)나 이와 반대로 불리한 편을 동정하여 열세에 놓여 있는 쪽으로 기울게 하는 이른바 열세자효과(underdog effect)가 나타나게 됨으로써 선거에 영향을 미쳐 국민의 진의를 왜곡하고 선거의 공정성을 저해할 우려가 있다. 더구나 선거일에 가까워질수록 여론조사결과의 공표가 갖는 부정적 효과는 극대화되고, 특히 불공정하거나 부정확한 여론조사결과가 공표될 때에는 선거의 공정성을 결정적으로 해칠 가능성이 높지만 이를 반박하고 시정할 수 있는 가능성은 점점 희박해진다. 따라서 대통령선거의 중요성에 비추어 선거의 공정을 위하여 선거일을 앞두고 어느 정도의 기간 동안 선거에 관한 여론조사결과의 공표를 금지하는 것 자체는 그 금지기간이 지나치게 길지 않는 한 위헌이라고 할 수 없다.

선거에 관한 여론조사결과의 공표금지기간을 어느 정도로 할 것인가는 그 나라의 입법당시의 시대적 상황과 선거문화 및 국민의식수준 등을 종합적으로 고려하여 입법부가 재량에 의하여 정책적으로 결정할 사항이라 할 것인데, 우리나라에서의 여론조사에 관한 여건이나 기타의 상황 등을 고려할 때, 대통령선거의 공정성을 확보하기 위하여 선거일공고일로

부터 선거일까지의 선거기간 동안 선거에 관한 여론조사의 결과 등의 공표를 금지하는 것은 필요하고도 합리적인 범위 내에서의 제한이라고 할 것이므로, 이 규정이 헌법 제37조 제2항이 정하고 있는 한계인 과잉금지의 원칙에 위배하여 언론·출판의 자유와 알 권리 및 선거권을 침해하였다고 할 수 없다.”⁹⁴⁾

판례의 입장을 살펴보면 우선, 아직 우리나라의 정치현실 및 국민의 의식수준이 선거운동의 자유를 광범위하게 인정할 만큼 성숙되어 있지 못하다는 것이다. 그러나 지난 2000년 총선 당시의 시민단체의 낙천·낙선운동과 선거혁명이라고 불리는 2002년의 대선 및 그 동안 치루어진 선거에서 국민들은 오히려 더욱 성숙된 모습을 보여주었음은 주지의 사실이다.

다음으로 헌법재판소는 선거여론조사결과공표를 무한정 인정할 경우 실증적으로 입증되지 않은(!) 밴드왜곤효과와 열세자효과가 나타난다고 단정한 다음, 우리 국민은 그러한 효과들의 영향을 쉽사리 받는 의식수준에 머물러 있고, 그러한 효과들은 국민의 정치적 의사를 왜곡하게 된다고 하였다.

개인의 핵심적 자유영역을 제한하는 입법의 위헌심사에 있어서 입법사실에 대하여 입법자가 입증책임을 부담한다고 하는 헌법재판소 판례에 의하면, 첫째, 위 밴드왜곤효과와 열세자효과가 실제 선거에서 얼마나 나타나는지 여부, 둘째, 국민들이 그러한 효과에 영향을 받고 실제 선거결과가 국민의 진의를 왜곡하는지 여부에 관하여 입법자가 입증책임을 져야 한다는 것인데도 헌법재판소는 입법자의 판단을 당연한 것으로 전제하였다는 비판을 면할 수 없다.

93) 헌재 2001.12.20, 2000헌바96, 판례집 제13권 2집, 830, 850.

94) 헌재 1999. 1. 28, 98헌바64, 판례집 제11권 1집, 33, 39-40.

헌법재판소가 입법자나 정부에 대하여 위와 같이 선거운동을 제한하는 입법의 입법적 사실의 입증책임 (엄격하게) 묻지 않는 이상, 선거운동의 자유의 제한입법은 모두 합헌으로 판단될 수 밖에 없을 것이다.

실제 지난 21년간 헌법재판소가 선거법에 대하여 위헌선언을 한 것은 대부분 기탁금과 선거구, 선거권 및 피선거권에 관한 것이었고, 선거운동에 관한 것은 거의 없었다. 선거운동에 관한 것도 자세히 살펴보면 통합선거법 제정 전의 대통령선거법상의 선거운동 주체의 포괄적 제한에 관한 것과⁹⁵⁾ 공무원의 지위를 이용한 선거운동기획행위제한에 관한 것⁹⁶⁾ 및 기초의회의원선거에 있어서 정당표방을 금지한 것⁹⁷⁾ 이외에, 선거운동의 방법 제한, 가령 법정 외 문서·도화 반포 금지조항,⁹⁸⁾ 선거여론조사결과공표금지조항, 사전선거운동금지조항⁹⁹⁾ 등 대표적인 선거운동제한입법의 위헌심사에 있어서는 모두 합헌을 선고했을 따름이다.

VI. 결 론

선거운동의 자유는 선거권에서 도출될 수 있다고 보는 견해도 있으나, 선거권을 권리가 아닌 권한과 국민의 의무가 함께 혼재되어 있다고 보는 것이 일반적이므로 선거권 혹은 선거운동의 자유에 대한

제한의 강도가 더 높아질 수 있다는 점에서 취할 바가 못 된다. 오히려 헌법재판소 판례가 인정하고 있듯이 자유선거의 원칙과 정치적 표현의 자유에서 선거운동의 자유가 도출된다고 보는 것이, 선거운동규제입법의 위헌성 심사에 있어서 엄격한 심사기준을 채택할 수 있고, 나아가 선거운동의 자유의 규범력을 고양하는 길이다.

“헌법재판소는 입법자에게 밴드왜곤효과가 실제 선거에서 얼마나 나타나는지, 그 효과는 어떠한지 등 입법사실에 대한 입증책임을 지우지 않고 입법자의 판단을 당연한 것으로 전제하였다는 비판을 면하기 어렵다”

엄격한 심사기준에 의할 때, 우선 제한의 입법목적이 정당한 것으로는 부족하고 ‘절박한 이익’을 위한 것이어야 하는데, 우리 헌법재판소는 단지 입법목적이 정당하면 제한입법이 심사의 제1관문을 통과되는 것으로 하고, 나아가 목적의 정당성과 수단의 적정성만을 심사하여 그 수단이 입법목적 달성에 필요불가결한가의 심사를 하지 않고 다만 필요최소한의 제한인가를 ‘경우에 따라서’ 심사할 뿐이다.

헌법 자체를 ‘절차’ (process)로 파악하고 있는 John H. Ely 교수는 “대표민주제에서 가치선택은 선출된 대표자에 의하여 이루어지지만, 입법권자가 정치적 변화의 경로를 제약하거나 대표자가 소수자를 조직적으로 불리하게 다루는 경우처럼 기능장애상태가

95) 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4.

96) 헌재 2008. 5. 29. 2006헌마1096.

97) 헌재 2003. 1. 30. 2001헌가4.

98) 헌재 2000. 8. 30. 99헌바92.

99) 헌재 2005. 9. 29. 2004헌바52.

발생하면 법원이 개입할 수 있다”고 하여 법원 혹은 사법부의 적극적 역할을 강조하였다.¹⁰⁰⁾ 미연방대법원도 이러한 취지에서 동성애를 처벌하는 텍사스 주법을 위헌이라 선언한 판결에서 “사회가 변하고 사회를 구성하는 사람들의 의견이나 생각이 변하였다면 법관들은 그 변화에 주목할 책임이 있다”고 설시하였는바,¹⁰¹⁾ 선거운동의 자유는 국민의 의사를 민주적 정당성을 지닌 국민의 대표기관인 의회에 그대로 반영될 수 있게 하는 기초가 된다는 점에서 살펴보면, 우리 헌법재판소가 그러한 적극적 역할을 다하고 있는지 의문이다.

헌법재판소는 원리상으로는 선거운동의 자유에 우월한 효력을 인정하면서도 실제의 심판결과에 있어서는 선거의 공정성 등을 이유로 선거법상의 광범위한 제한을 모두 합헌으로 보고 있다.¹⁰²⁾ 이는 선거운동(선거에서의 표현행위) 제한입법의 위헌심사에서 엄격한 심사기준을 말 그대로 엄격하게 적용하고 있지 않는 점, 특히 위 입법의 기초가 된 입법사실 및 효과예측에 관한 입증책임을 입법자나 정부에게 부담시키지 않는다는 점에 기인한다고 하겠다.

반면 캐나다 대법원은 1998. 5. 29. “... 사회과학적으로 캐나다 유권자들이 여론조사자나 그 결과를 공표하는 미디어에 영향을 받는다는 사실은 입증되지 않았다. 오히려 캐나다 유권자들은 경험으로부터

더 터득하고 선거정보의 특정 소스의 가치를 독자적으로 판단할 수 있는 합리적인 시민이라고 가정하여야만 할 것이다. 일부 유권자들이 명백히 그들의 결정에 있어서 여론조사결과를 일정 부분 고려하지는 않지만, 여론을 오도하는 ‘어느 한 특정 여론조사결과’에 현혹되고 있다는 증거는 제시된 바 없다. 유권자들은 선거기간 중 항상 여론조사결과를 알 수 있고, 부정확한 어느 특정 여론조사결과를 곧바로 감지되어 적절히 무시될 것이다. 따라서 이 사건은 정부가 단지 ‘해악가능성’에 의존하기만 하고 증거는 없다는 항변을 할 수 있는 적절한 케이스는 아니다”라고 하면서 선거여론조사결과공표금지기간을 선거일 전 3일로 한 캐나다선거법을 위헌으로 선언하였는 바,¹⁰³⁾ 우리 헌법재판소에 시사하는 바가 매우 크다고 할 것이므로 이 글의 결론으로 대신하고자 한다.

〈참고문헌〉

- 강경근 (2000). 선거법 개정과 헌법재판소 결정 논리의 검토. 『저스티스』, 33권 1호.
 권영성 (2009). 『헌법학원론』.
 김래영 (2003). 『선거운동의 자유와 한계에 관한 연구』. 한양대학교 법학 박사학위 논문.
 김선택 (2001). 민주주의와 선거: 민주적 선거의 과제 및 현실적 여건을 중심으로. 『공법연구』, 29집 4호.

100) John H. Ely. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard Univ. Press, 1980, pp.73-74; 김선택 교수도 선거의 의미는 국정운영에 대한 국민참여의 일환으로 파악하여 국민주권실현을 위한 국민참정권행사의 전체 과정(process)의 맥락에서 이해되어야 한다고 주장한다. “민주주의와 선거-민주적 선거의 과제 및 현실적 여건을 중심으로-”, 공법연구 29집 4호, 2001, 9면.

101) *Lawrence v. Texas*, 123 S. Ct. 2472; 156 L. Ed. 2d 508 (2003. 6. 26).

102) 양 건, 앞의 책, 516면.

103) *Thomson Newspaper Co. v. Canada (Attorney General)*, Fole No.25593; 이 판결은 Bastarache JJ. 판사가 다수의 견을 썼고, 3인의 반대이견이 있다.; 동 판결에 대한 상세한 해설은 김래영, 선거운동의 자유와 한계에 관한 연구, 한양대학교 법학박사학위논문, 2003, 156-160면 참조.

- 김영배 (1982). 『선거운동과 선거법위반사례』.
- 김철수 (2003). 『헌법학개론』, 제15전정신판. 서울: 박영사.
- 김형남 (1999). 미국 연방대법원의 사법심사 기준. 『미국헌법연구』, 제12호.
- 김형성 (2001). 민주적 선거제도. 『헌법학연구』, 제7권 제3호.
- 김형성 (2002). 과잉금지의 원칙과 적용상의 문제점. 『헌법실무연구』, 3권.
- 문광삼 (1985). 『정치적 자유에 관한 연구』. 서울대학교 법학 박사학위 논문.
- 박승재 (1986). 선거공영제에 관한 연구. 『한양대학교 법학논총』.
- 박용상 (2002). 『표현의 자유』. 서울: 현암사.
- 법제처 (1982). 『각국의 선거관계법』.
- 양 건 (1992). 선거과정에서의 국민 참여의 확대. 『공법연구』, 제20집.
- 양 건 (1995). 법률의 위헌심사의 기준: 미국 연방대법원 판례를 중심으로. 『헌법연구』. 서울: 법문사.
- 양 건 (2009). 『헌법강의』. 서울: 법문사.
- 이용훈 (2000). 선거문화와 선거법. 『공법연구』, 제28집 제4호 제1권.
- 임종훈 (2001). 선거운동의 자유와 현행 선거법상 규제의 문제점. 『공법연구』, 제29집 제4호.
- 임종훈 (1999). 미국헌법에 있어서 언론의 자유에 대한 접근방법. 『미국헌법연구』, 제10호.
- 정만희 (1987. 3). 선거운동의 자유. 『고시연구』.
- 정만희 (1995). 『현대헌법과 의회주의』. 서울: 법문사.
- 정병욱 (2006). 『공직선거법』, 제4판. 서울: 박영사.
- 조재현 (2002). 자유선거의 원칙. 『공법연구』, 제30집 제4호.
- 중앙선거관리위원회 (2001). 『각국의 선거제도』.
- 중앙선거관리위원회 (2002). 『공직선거법운용자료』.
- 한수웅 (1997). 협법재판의 한계 및 심사기준: 헌법재판소와 입법자의 관계를 중심으로. 『헌법논총』, 제8집.
- 허 영 (2000). 정당국가적 대의민주주의와 선거. 『공법연구』, 제28집 제2호.
- 허 영 (2003). 『한국헌법론』, 신3판. 서울: 박영사.
- 황정근 (2001). 『선거부정방지법』. 서울: 법영사.
- 황치연 (1995). 『헌법재판의 심사척도로서의 과잉금지원칙에 관한 연구』. 연세대학교 박사학위 논문.
- Erwin, C. (2002). *Constitutional Law—Principles and Policies*, 2nd ed., Aspen Law & Business.
- Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl.,; 계희열 역 (2001). 『통일독일헌법원론』. 서울: 박영사.
- John, E. N. & Ronald D. R. (2000). *Constitutional Law* 6th ed., West Group.
- John, H. E. (1980). *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Harvard Univ. Press.
- Laurence, H. T. (1988). *America Constitutional Law*, 2nd ed., The Foundation Press, Inc.
- Smolla, R. E. (1996). *Smolla and Nimmer on Freedom of Speech* vol.2, West Group.
- 古田佑紀 (1977). 最近における選挙違反の實態と選挙運動の規制に關する公職選挙法の問題點. ジュリスト 640호.
- 藤井俊夫 (1985). 憲法訴訟と違憲審査基準. 成文堂.
- 杣正夫 (1980). 公職選挙法と自由選挙. ジュリスト 715호. 有斐閣.
- 杣正夫 (1985). 候補者へのアクセス權. ジュリスト 總合特輯 選挙. 有斐閣.
- 松井幸夫 (1996). 選挙運動の規制と表現の自由. 桶口陽一・野中俊彦, 法學教室 増刊. 憲法の基本判例 第2版.
- 野中俊彦 (1980). 選挙に關する憲法上の原則. 公法研究 第42號.
- 野村敬造 (1977). 選挙運動の自由の制限. ジュリスト 増刊 憲法の判例 第2版.
- 有斐閣 (1985). 選挙判例要旨集. ジュリスト 總合特輯 選挙. 有斐閣.
- 長尾一宏 (1979, October). 選挙に關する憲法上の原則(中). Law School.
- 川北洋太郎 (1972). 政治的自由の限界. 判例展望. ジュリスト 500호. 特輯.
- 出射義夫 (1966). 公職選挙法における罪刑法定主義. ジュリスト 385호.
- 戸松秀典 (1985). 選挙における自由と制限. ジュリスト 總合特輯 選挙. 有斐閣.