



저작자표시-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.
- 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

단체의 정치자금 기부
금지규정에 대한 헌법적 검토

-헌재 2008헌바89 결정에 대한 비판적 검토를
중심으로-

2017 년 8 월

서울대학교 대학원

법학과 헌법전공

이 기 홍

단체의 정치자금 기부 금지규정에 대한 헌법적 검토




-헌재 2008헌바89 결정에 대한 비판적 검토를
중심으로-

지도교수 송 석 윤

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함
2017 년 4 월

서울대학교 대학원
법학과 헌법전공
이 기 흥

이기흥의 석사 학위논문을 인준함
2017 년 7 월

위원장 이효원 
부위원장 全鍾彬 
위원 宋石允 

국문초록

현행 정치자금법 제31조 제1, 2항은 단체의 정치자금 기부, 단체와 ‘관련된 자금’의 정치자금 기부까지 금지하고, 나아가 위 제45조는 그러한 기부행위를 한 사람을 처벌함으로써 단체의 정치자금 기부를 전면적·포괄적으로 금지하고 있다(단체의 정치자금 기부 금지규정). 헌법재판소는 2010. 12. 28. 선고된 헌재 2008헌바89 결정에서 위 금지규정 전체의 합헌성을 인정하였다.

하지만 단체 역시 정치적 기본권의 주체가 되며, 단체의 정치자금 기부권은 단체의 정치적 자유권의 하나로서 이해된다. 그런데 단체의 정치자금 기부 금지규정은 그 자체로 자유권 중 하나인 단체의 정치자금 기부권을 전면적·포괄적으로 배제하고 있다. 나아가 현행 정치자금법 제45조 제1, 2항은 위 금지규정을 위반할 경우 형사처벌이 가능하도록 규정하고 있기까지 하다. 이처럼 단체의 정치자금 기부권이 현실적으로 제압되는 상황에서 헌재 2008헌바89 결정 다수의견을 일관할 경우 “단체의 정치자금 기부권은 자유권의 하나이다. 그러나 그 자유권을 행사하면 바로 범죄가 된다.”는 역설적인 상황이 생긴다.

이러한 현실적 기본권 제압상황을 고려할 때, 헌재 2008헌바89 결정 다수의견과 같이 단체의 정치자금 기부 금지규정이 단체의 정치자금 기부권을 제한하는 것이 단체의 정치적 표현의 자유에 대한 내용중립적 제한에 불과하다거나 기본권 침해 정도가 적다고 보기는 어렵다. 더구나 위 금지규정이 위 결정에서 상정하는 ① ‘사회구성원 사이의 정치적 기본권 충돌 상황의 해결’, ② ‘부패의 차단’이라는 두 가지 입법목적 달성을 위한 적절한 수단으로서 기능하고 있다고 할 수도 없다. 단체의 정치

자금 기부 금지규정을 비롯한 현행 정치자금법 규정에다가 공직선거법상 선거운동에 관한 제한규정을 보태어 고려하였을 때 단체가 스스로 정당이 되는 외에 정치적 표현행위를 할 수 있는 수단이 무엇이 있는지 쉽게 떠올리기 어렵다는 점, 단체의 정치적 의사가 단체의 자금이나 단체와 관련된 자금을 사용하지 않고는 사실상 표현되기 어렵다는 점까지 고려하면 위 금지규정은 ‘표현 자체에 대한 제한’으로서 단체의 정치적 표현의 자유의 본질적 부분을 침해하는 것일 수 있다.

미국과 일본의 입법례를 보면 단체의 정치자금 기부 금지규정이 아니라도 ‘정치자금의 공개원칙’의 강화를 통하여 단체의 정치자금 기부권을 보장하면서도 정경유착을 방지하고 개인의 정치적 기본권의 침해화를 막는 제도를 얼마든지 설계할 수 있다. 구체적으로는 단체의 정치자금 기부 금지규정을 폐지하여 단체를 정치자금법상 기부주체로 인정하는 방안을 고려할 수 있고, 또는 단체의 정치자금 기부 금지규정을 유지하되 공직선거법상 선거운동에 관한 제한을 대폭 철폐하여 적어도 간접적으로나마 단체의 정치활동 참여권을 보장하는 방안도 고려할 수 있을 것이다. 그러한 전환을 통하여 단체에 대한 현재의 부당한 기본권 제압상황을 타개하는 한편, 개인이 단체를 구성하고 그 단체를 통하여 정치적 의사를 표현할 방법이 거의 막혀 있는 우리 정치현실도 순차적으로 개선될 수 있을 것으로 기대된다.

주요어 : 단체의 정치자금 기부 금지규정, 단체의 정치자금 기부권, 단체의 정치적 표현의 자유, 정치자금법, 정치자금법의 입법목적, 현재 2008헌바89 결정, Buckley v. Valeo(1976)

학 번 : 2009-21359

목 차

제 1 장 서 론	1
제 1 절 문제의 소재	1
I. 개설	1
II. 현재 2008헌바89 결정에 대한 비판적 문제제기	3
제 2 절 논문의 구성	5
제 2 장 단체의 정치자금 기부 금지규정의 연혁과 현황	7
제 1 절 단체의 정치자금 기부 금지규정의 연혁	7
I. 1965년 제정 당시부터 2000년 제11차 개정까지	7
II. 2000년 제11차 개정부터 2004년 제15차 개정까지	9
III. 2004년 제15차 개정 이후 - 단체의 정치자금 기부 전면금지	10
IV. 현행 정치자금법상 단체의 정치자금 기부 금지규정 ...	13
제 2 절 판례와 학설	18
I. 관련 헌법재판소 주요 결정례	18
1. 현재 2008헌바89 결정	18
2. 현재 95헌마154 결정	23
3. 현재 2013헌바168 결정	25
II. 관련 대법원 주요 판례	27
1. 대법원 2013. 10. 31. 선고 2011도8649 판결	27
2. 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 판결	28
III. 단체의 정치자금 기부 금지규정 옹호론의 논거	31
IV. 단체의 정치자금 기부 금지규정 반대론의 논거	35
제 3 절 현재 2008헌바89 결정의 논리구조	39

I. 본질성 침해 심사	39
II. 일반 과잉금지원칙 심사	39
제 3 장 본질성 침해 심사	45
제 1 절 단체의 정치자금 기부권의 정치적 자유권성	45
I. 개설	45
II. 단체의 정치자금 기부권의 정치적 자유권성	45
III. 비교법적 고찰	51
IV. 소결	53
제 2 절 단체의 정치자금 기부권이 단체의 정치적 표현의 자유 중 본질적 부분을 구성하는지 여부	54
I. 개설	54
II. 우리 헌법상 정치적 표현의 자유 보장의 근거	55
III. 단체의 정치자금 기부권이 단체의 정치적 표현의 자유의 본질 적 부분을 구성하는지 여부	58
1. 현실적 기본권 제압상황의 존재	59
2. 현실적 기본권 제압상황과 본질성 침해 심사 사이의 상관관계	68
IV. 소결	69
제 3 절 단체의 정치자금 기부 금지규정이 단체의 정치적 표현의 자유에 대한 ‘내용중립적 제한’으로서 정당화될 수 있는 지 여부	70
I. 개설	70
II. 정치적 표현의 자유 제한에 대하여 적용되어야 할 일반적 심 사기준	71
1. ‘내용중립적 제한’ 및 ‘내용에 대한 제한’에 적용되는 심사 기준	71
2. 단체의 정치자금 기부권 제한에 대하여 적용되어야 할 심사기준	75

III. 단체의 정치자금 기부 금지규정이 단체의 정치적 표현의 자유에 대한 ‘내용중립적 제한’으로서 정당화될 수 있는지 여부	76
1. 정치적 표현의 자유에 대한 제한으로서 ‘내용중립적 제한’에 해당하는지 여부	76
2. 정치적 표현의 자유에 대한 제한으로서 ‘표현 자체에 대한 제한’에 해당할 가능성	77
IV. 소결	77

제 4 장 과잉금지원칙 심사 79

제 1 절 우리 헌법상 정치적 표현의 자유에 대한 과잉금지원칙의 적용문제	79
제 2 절 입법목적 ① ‘사회구성원 사이의 정치적 기본권 충돌 상황의 해결’에 기한 심사	82
I. 개설	84
II. ‘기본권의 충돌’ 이론과 그 일반적 해결 방법	83
III. 단체와 비구성원인 개인 사이의 정치적 기본권 충돌 문제	85
IV. 단체와 구성원인 개인 사이의 정치적 기본권 충돌 문제	92
V. 소결	94
제 3 절 입법목적 ② ‘부패의 차단’에 기한 심사	94
I. 개설	95
II. 수단의 적합성 심사 - 소액다수주의	95
III. 침해의 최소성 및 법익의 우월성 심사	101
IV. 비교법적 고찰	107
1. 미국의 경우	107
2. 일본의 경우	116

V. 소결	126
제 5 장 입법적 대안의 모색	128
I. 개설	128
II. 단체의 정치자금 기부 금지규정 폐지안에 대한 검토 ·	129
III. 단체의 정치자금 기부 금지규정 유지안에 대한 검토 ·	132
IV. 소결	133
제 6 장 결론	135
참고문헌	137
Abstract	144

제 1 장 서 론

제 1 절 문제의 소재

I. 개설

현행 정치자금법¹⁾은 제31조에서 단체의 직접적 정치자금 기부를 금지하는 물론(제1항), 누구든지 단체와 관련된 자금으로 정치자금을 기부할 수 없도록 하고 있다(제2항). 그리고 같은 법 제45조 제1항은 ‘이 법에 정하지 아니한 방법으로 정치자금을 기부하거나 기부받은 자’는 5년 이하의 징역 또는 1,000만 원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있고, 제45조 제2항은 제31조를 위반하여 정치자금을 기부하거나 받은 자는 5년 이하의 징역 또는 1,000만 원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다.

즉 현행 정치자금법 제31조 제1, 2항은 단체의 정치자금 기부, 단체와 ‘관련된 자금’의 정치자금 기부까지 금지하고, 나아가 위 제45조는 그러한 기부행위를 한 사람을 처벌함으로써 단체의 정치자금 기부를 전면적·포괄적으로 금지하고 있다(이하 위 제31조 제1, 2항을 통틀어 ‘단체의 정치자금 기부 금지규정’이라고 하고, 제31조 제2항만을 따로 지칭할 때는 ‘단체 관련 자금 정치자금 기부 금지규정’이라고 한다).

헌법재판소는 2010. 12. 28. 선고된 2008헌바89 결정(이하 ‘헌재 2008헌바89 결정’이라고만 한다)을 통하여 단체 관련 자금 정치자금 기부 금지규정 부분도 합헌이라고 판단함으로써 단체의 정치자금 기부 금지규정 전체

1) 2017.6.30 법률 제14838호로 일부 개정된 것. 이하 같다.

의 합헌성을 인정하였다. 대법원도 2013. 10. 31. 선고된 2011도8649 판결에서 개인이 ‘쫓개기 수법’으로 단체와 ‘관련된 자금’을 기부한 경우에는 단체의 정치자금 기부 금지규정에 위배되고, 따라서 형사처벌도 면할 수 없다는 취지로 판단하였다²⁾. 단체의 정치자금 기부 금지규정은 헌법재판소와 대법원의 위와 같은 지지를 받아 현재까지 일반적이고도 원천적인 금지규정으로 살아남아 있다.

하지만 단체 역시 정치적 기본권의 주체가 되며, 단체의 정치자금 기부권은 단체의 정치적 자유권의 하나로서 이해된다³⁾. 그런데 단체의 정치자금 기부 금지규정은 그 자체로 자유권 중 하나인 단체의 정치자금 기부권을 전면적·포괄적으로 배제하고 있고, 제45조 제1, 2항에서 위 금지규정을 위반할 경우 형사처벌이 가능하도록 규정하고 있다. 그리고 현행 공직선거법⁴⁾은 선거사무장 등이 정치자금법 제45조 제1항 위반죄로 300만원 이상의 벌금형을 받으면 당선무효가 되도록 규정(공직선거법 제265조)하는 한편, 정치자금법 제45조 위반죄로(문언상 동법 제45조 제2항을 포함하는 것으로 해석된다) 100만 원 이상의 벌금형을 받으면 피선거권을 박탈

2) 이른바 ‘청목회 사건’이다.

3) 최희경, ‘미국의 정치자금규제에 관한 헌법적 고찰’, 세계헌법연구 제18권 제2호, 2012, 77쪽 등 참조; 헌법재판소 1999. 11. 25. 선고 95헌마154 결정, 헌법재판소 2010. 12. 28. 선고 2008헌바89 결정 등 참조. 즉 헌법재판소는 단체의 정치자금 기부 금지규정이 합헌이라고 선언한 위 200889헌바89 결정에서도 단체의 정치자금 기부권은 단체의 정치적 자유권에 속한다고 판시하였다. 미국의 연방대법원도 정치자금의 기부는 수정헌법 제1조가 보호하는 표현에 해당한다고 판시하고 있다.

헌법재판소의 일관된 결정례와 학계의 통설에 따라, 본고에서도 단체의 정치자금 기부권이 단체의 정치적 자유권에 속함을 전제로 논의를 진행하여 나가기로 한다.

한편 단체의 정치적 기본권 주체성에 대하여 의문을 가질 수 있다고 여기는 학자도 있다. 기현석, ‘법인·단체의 소액기부 허용 적실성에 대한 고찰-정치자금법상 법인·단체의 정치자금 기부금지조항에 대한 비판적 고찰-’, 법학논집 제40권 제2호, 2016, 179쪽 등 참조.

4) 2016. 1. 6. 법률 제13722호로 개정된 것. 이하 같다.

하도록 규정(공직선거법 제19조 제1호, 제18조 제1항 제3호)하고 있다. 즉 위 금지규정은 그 입법목적은 달성하기 위하여 단체의 정치자금 기부권을 완전히 배제하고 있을 뿐만 아니라, 위 처벌규정 등과 맞물려서 단체의 정치자금 기부권 행사사실이 있으면 이를 바로 범죄행위로 간주하여 처벌한다. 게다가 단체의 정치자금 기부권 행사의 상대방이 되었다는 이유만으로 이미 선거를 통하여 당선된 당선인의 당선사실을 무효로 할 수 있고 향후 피선거권도 박탈시킬 수 있게 하는 근거로 기능하고 있기까지 하다.

이처럼 단체의 정치자금 기부권을 완전히 제압하고 있음이 명백한 단체의 정치자금 기부 금지규정을 헌법적으로 정당화하기 위하여는, 위 금지규정이 단체의 정치자금 기부권의 본질을 침해하고 있는 것이 아닌지 여부부터 심도있게 살펴야 할 것이고, 본질이 침해되지 않는다고 볼 소지가 있다고 하더라도 통상적인 과잉금지원칙 심사보다 더욱 강화된 심사가 필요하다고 여겨진다. 우선 위 금지규정의 입법목적에 강한 정당성이 인정되어야 할 것이고, 위 금지규정이 그러한 입법목적은 달성하는 데 상당히 적합하고도 유효한 수단이어야 할 것이며, 위 금지규정보다 덜 침해적인 다른 수단을 상정하기 힘든 경우로서 위 금지규정 채택이 최소침해에 해당하여야 할 것이다. 그리고 위 금지규정이 달성하려는 법익이 위 금지규정에 의하여 제압되는 단체의 정치자금 기부권보다 ‘우월’한 법익이라는 점(법익의 우월성)까지 추가로 인정되어야 할 것이다.

II. 헌법재판소 결정에 대한 비판적 문제제기

헌재 2008헌바89 결정에서, 헌법재판소는 단체의 정치자금 기부권이 정치적 자유권에 속한다는 점을 인정하고, 단체의 정치자금 기부 금지규정이 자유권인 단체의 정치자금 기부권을 제한한다는 점 역시 인정하면서도,

단체의 정치자금 기부 금지규정의 입법목적은 첫째로 단체의 정치자금 기부를 통한 정치활동이 민주적 의사형성과정을 왜곡하는 것을 방지하는 것이고, 둘째로 단체 구성원의 의사에 반하는 정치자금 기부로 인하여 단체 구성원의 정치적 의사표현의 자유가 침해되는 것을 방지하는 것(입법목적 ① ‘사회구성원 사이의 정치적 기본권 충돌 상황의 해결’)으로서 매우 중요한 반면 위 금지규정으로 인한 기본권 제한은 내용중립적인 제한으로서 본질적인 내용을 침해하지 아니하여 수인 가능한 정도라고 여겨지므로, 위 금지규정이 종래 정치자금의 수수가 부정과 부패에 연결되었던 우리나라의 정치자금 실태에 대한 반성에서 비롯된 것임(입법목적 ② ‘금권정치와 부패의 차단’)을 고려하여 보면 위 금지규정만큼 위 입법목적 달성에 적합하면서도 덜 제약적인 수단이 존재함이 명백하지 않은 이상 위 금지규정이 수단의 적합성이나 침해의 최소성 원칙에 위반된다고 보기 어렵고, 위 입법목적의 중요성에 비추어 법익의 균형성 원칙도 충족된다는 취지로 판단하였다.

위 결정은 헌법재판소가 단체의 정치자금 기부권의 자유권성을 인정하고, 단체의 정치자금 기부 금지규정의 입법 목적을 획정(劃定)한 결정으로서 상당한 의미를 갖고 있기는 하다.

그러나 위 결정에서 헌법재판소는 단체의 정치자금 기부 금지규정이 내용중립적인 제한으로서 단체의 정치자금 기부권의 본질적 내용을 침해하지 않는다는 전제 하에 강화된 심사기준 대신 상대적으로 완화된 심사기준인 일반 과잉금지원칙만을 적용하여 판단한 듯한데, 이는 단체의 정치자금 기부 금지규정으로 인하여 단체의 정치자금 기부권이 전면적·포괄적으로 배제될 뿐 아니라 그 기부권 행사 일체가 범죄행위로 간주되고 있는 현실적 기본권 제약상황을 외면한 채 내려진 판단이라고 볼 수밖에 없어⁵⁾ 수긍하기 어렵다.

또한 단체의 정치자금 기부 금지규정이 과연 입법목적 중 ‘① 사회구성원 사이의 정치적 기본권 충돌 상황의 해결’을 달성하는 데 유효적절한 수단인지도 의문이 아닐 수 없다. 결국 특정 사회구성원의 정치자금 기부권 금지가 그 자체로 다른 사회구성원들의 표현의 자유를 증진시키거나 적어도 평등하게 보장하는 수단이 될 수 있는지의 문제이다.

단체의 정치자금 기부권이 현실적으로 제압되는 상황에서 헌법재판소의 위 결정 내용을 일관할 경우 생기는 역설을 직설적으로 나타내면 다음과 같다: “단체의 정치자금 기부권은 자유권의 하나이다. 그러나 그 자유권을 행사하면 바로 범죄가 된다.”

제 2 절 논문의 구성

위와 같은 문제의식을 기반으로, 이하에서는 정치자금법상 단체의 기부와 관련된 각 규정의 연혁·현황과 기존 학설의 논거를 살피고, 그러한 고찰에 기반하여 현재 2008헌바89결정의 논리구조가 무엇인지를 본다(제2장).

그런 다음 비교법적 고찰 등의 방법을 통하여 단체의 정치자금 기부 금지규정이 현재 2008헌바89 결정이 밝히는 바와 같이 내용중립적인 제한으로서 단체의 정치자금 기부권의 본질을 침해하지 않는지 여부에 관하여 살피고(3장), 단체의 정치자금 기부 금지규정이 현재 2008헌바89 결정이 밝히는 입법목적인 ① ‘단체와 개인 간, 그리고 단체의 구성원인 개인 간의 정치적 기본권 충돌 상황의 해결’, ② ‘금권정치와 부패의 차단’을 모두 달성하기 위한 수단으로서의 적합성을 갖는지, 위 금지규정이 그러한 입법목

5) 헌법재판소는 현재 2008헌바89 결정에서 위와 같은 기본권 침해상황에 대하여는 전혀 언급하지 않았다.

적을 달성하기 위한 최소침해 수단인지 여부 및 그러한 입법목적이 위 금지규정으로 제한되는 단체의 정치자금 기부권을 압도할 정도로 우월한지 여부(법익의 우월성)에 관하여도 본다(4장).

나아가 단체의 정치자금 기부 금지규정이 단체의 정치적 기본권의 본질을 침해하거나 과잉금지원칙에 반하여 단체의 정치적 기본권을 침해하는 것으로 판단될 경우, 단체의 정치적 기본권을 보장하면서도 현행 단체의 정치자금 기부 금지규정이 추구하는 ① ‘사회구성원 사이의 정치적 기본권 충돌 상황의 해결’과 ② ‘부패의 차단’을 모두 만족시킬 만한 입법적 대안에 대하여도 모색하여 보는 것이 본고의 목표이다(5장).

제 2 장 단체의 정치자금 기부 금지규정의 연 혁과 현황

제1절 단체의 정치자금 기부 금지규정의 연혁

정치자금법은 1946. 2. 23. 미군정 법령 55호 '정당에 관한 규칙'으로 시작하여 1965. 2. 9. '정치자금에 관한 법률'로 제정되었다. 이후 정치자금법은 총 3차례의 전문개정을 포함한 약 25차례의 개정을 거쳤다. 아래에서는 기부주체로서의 단체에 관한 규정내용 위주로 간단하게 정치자금법의 연혁을 살핀다⁶⁾.

I. 1965년 제정 당시부터 2000년 제11차 개정까지 - 단체의 정치자금 기부 원칙적 허용, 예외적 금지

1. 최초의 '정치자금에 관한 법률'

1965. 2. 9. 법률 제1685호로 제정된 '정치자금에 관한 법률'은 정치자금으로 정당에 대한 기탁금 제도만을 허용하고, 정치인 개인에 대한 후원 제도는 규정하지 않았다.

6) 단체에 관한 규정내용 부분의 연혁에 관하여는 현재 2008헌바89 결정, 현재 2015. 12. 23. 선고 2013헌바168결정 및 기현석의 위 논문 등을 주로 참조하였다. 해당 부분을 포함한 정치자금법의 전체 연혁에 관하여는 임재주, 정치관계법, 2008, 535~556쪽 및 최용기, '정치자금법과 공직선거법', 외법논집 제31집, 2008, (논문 중) 2쪽 등 참조.

기부주체에 있어서는 원칙적으로 ‘누구든지’ 기명 또는 익명으로 중앙선거관리위원회를 통하여 특정 정당에 정치자금을 기부할 수 있게 하였고, 둘 이상의 정당을 지정하여 기부할 경우에는 배분비율을 정할 수 있도록 하였다(지정기탁금제). 기부의 주체와 기부금액의 한도에 제한을 두지 아니하였다(위 법률 제3조 제1항 본문).

개인은 물론 단체도 자유롭게 기탁금제로 정치자금을 기부할 수 있었으나, 외국인과 외국 법인이나 단체, 국가 또는 공공단체, 국영기업체·정부직할 또는 감독하의 단체·정부가 주식의 과반수를 소유하는 기업체, 금융기관 또는 금융단체, 노동단체, 학교재단, 종교단체의 정치자금 제공은 금지되었다(위 법률 제3조 제1항 단서 및 당시 정당법 제35조).

2. 1980. 12. 31.자 전부개정

1980. 12. 31. 법률 제3302호로 전부개정된 ‘정치자금에 관한 법률’은 즉 중앙선거관리위원회에 기탁하지 않고 후원회를 통하여 직접 정당에 후원금을 기부할 수 있도록 하였다. 정당에 대한 국고보조금 제도도 신설되었다.

단체의 경우에도 자유롭게 후원금제로 정치자금을 기부할 수 있었으나, 외국인·외국법인 및 외국의 단체(대한민국 국민의 주도하에 있는 외국법인 및 외국단체는 제외), 국가·공공단체 또는 특별법의 규정에 의하여 설립된 법인, 국가 또는 지방자치단체가 주식의 과반수를 소유하는 기업체, 노동단체, 학교법인, 종교단체의 정치자금 제공은 금지되었다. 금융기관 또는 금융단체의 정치자금 제공을 금지하였던 부분은 삭제되었으나, 정당법 제17조 단서에서 정하는 언론인이 소속된 언론기관 및 언론단체, 3사업연도 이상 계속하여 결손을 내고 그 결손이 보전되지 아니한 기업체

의 정치자금 제공은 금지되었다(위 법률 제12조).

3. 1989. 12. 30.자 개정 및 1994. 3. 16.자 개정

1989. 12. 30. 법률 제4186호로 개정된 ‘정치자금에 관한 법률’은 국회 의원 후원회 제도를 신설하여 개인 후원회 제도를 처음으로 도입하고, 중앙당 외에 시·도지부 및 지구당도 독자적으로 후원회를 둘 수 있도록 하여 기존 정당 후원회 제도를 보강하였다(위 법률 제5조 제1항).

나아가 1994. 3. 16. 법률 제4740호로 개정된 ‘정치자금에 관한 법률’은 원내 교섭단체의 구성여부에 관계없이 모든 정당의 지구당에 후원회의 결성을 허용하였다.

기존 위 법률상의 단체 정치자금 기부 원칙적 허용 및 예외적 금지조항은 그대로 유지되었다.

II. 2000년 제11차 개정부터 2004년 제15차 개정까지 - 단체의 정치자금 기부 노동조합까지 허용, 별도 기금관리체계 도입

1. 현재 1999. 11. 25. 선고 95헌마154 결정

헌법재판소는 1999. 11. 25. 기존 위 법률상의 단체 정치자금 기부 원칙적 허용 및 예외적 금지조항 중에서 ‘노동조합’의 정치자금 기부를 금지하는 부분은 위헌이라고 판단하였다.

한편 위 사건 심판 계속중 노동조합의 정치활동을 금지하였던 구 노동조합법 제12조가 폐지되었고, 1998. 4. 30. 법률 제5537호로 개정된 공직선거 및 선거부정 방지법에 의하여 노동조합의 선거운동이 허용되었다⁷⁾.

위 결정의 주요 내용에 관하여는 아래에서 다시 상술하기로 한다.

2. 2000. 2. 16.자 개정

2000. 2. 16. 법률 제6270호로 제11차 일부개정된 ‘정치자금에 관한 법률’은 노동단체의 정치자금 기부금지 조항을 삭제하여 노동조합의 정치자금 기부를 허용하였다. 다만 ‘사업 또는 사업장별로 조직된 단위노동조합’의 정치자금 기부는 여전히 금지되었다. 그 결과 위 단위노동조합 이외의 노동조합이나 노동단체의 정치자금 기부는 허용되게 되었다. 정치자금을 기부하고자 하는 노동조합은 정치자금의 기부를 위한 별도의 기금을 설치·관리하도록 하였다(위 법률 제12조 제2항)⁸⁾.

III. 2004년 제15차 개정 이후 - 단체의 정치자금 기부 전면금지

1. 개정 배경과 2004. 3. 12.자 개정

그런데 2002년 제16대 대선 과정에서 이른바 ‘차떼기’ 사건 등 이권과 특혜를 노리는 기업과 정치자금을 필요로 하는 정치세력간 정경유착 문제가 크게 불거지면서, 더 이상 금권정치가 이루어져서는 안된다는 정치적·사회적 요구가 강하게 일어났다. 위 대선과정에 대하여 이루어졌던 수사(2003. 8.경 ~ 2004. 5. 21.)에서 극명하게 드러난 것은 ‘음성적 정치자금의 만연으로 정치가 타락하고, 우리 사회의 부패구조를 조장하며, 기업에 부담을 주어 국제화 사회에서 기업의 국제 신인도와 경쟁력을 떨어뜨리고

7) 현재 2008헌바89결정 참조.

8) 기현석, 전계논문, 168쪽; 홍완식, ‘법인·단체의 정치자금 기부금지’, 세계법학연구 제 17권 제1호, 2011, 112쪽 참조.

우리 경제에 큰 부담을 주고 있다는 것'이었다⁹⁾.

이에 2004. 3. 12. 법률 제7191호로 제15차 일부개정된 '정치자금에 관한 법률'은 2006. 3. 13.부터 정당 후원회제도를 폐지하고, 후보자에 대한 후원회 제도를 일시적으로 도입하였다.

나아가 위 법률은 노동조합뿐 아니라 모든 단체의 정치자금 기부를 전면적으로 금지하고, 단체와 '관련된 자금'을 통한 정치자금 기부조차 금지하는 단체의 정치자금 기부 금지규정을 신설하였다(위 법률 제12조 제1항).¹⁰⁾

단체와 '관련된 자금'을 통한 정치자금 기부도 금지하는 포괄적 기부 금지 방식은 법인이나 단체가 신설된 위 금지규정을 면탈하는 것을 규제하기 위하여 도입되었다. 회사 등 법인이나 단체가 임원 등 개인을 통해서 정치자금을 제공함으로써 단체의 정치자금 기부금지의 취지를 몰각시킬 수 있다는 것이었다.

이처럼 기업의 정치헌금을 원천적으로 봉쇄하는 이유는 '소액다수 후원의 활성화를 통하여 정치자금 조달을 원활히 할 수 있도록 후원회 제도를 개선하고, 정치자금의 조달과 수입·지출과정이 투명하게 드러나도록 하여 음성적 정치자금을 원천적으로 차단하며, 정당에 대한 보조금 배분을 합리적으로 개선하고, 정치자금에의 부정사용 등에 대한 처벌을 강화하여 그 실효성을 담보함으로써 깨끗한 정치문화를 정착시키고자 하는 것'으로 설명되었다¹¹⁾.

9) 최용기, 전계논문, (논문 중) 2쪽; 이관희, '개정 정치자금법의 특정적 내용과 평가', 한국헌법학회, 헌법학연구 제10권 제2호, 2004, 67쪽 참조.

10) 기현석, 전계논문, 168~169쪽; 홍완식, 전계논문, 112~113쪽. 2004년 개정된 정치자금법은 '돈은 묶고 입은 풀다'는 원칙 아래 대대적으로 개정되어 이전에는 보기 힘들었던 강력한 규제조항의 형태를 띠게 된다. 특히 기부주체와 관련하여 당시의 개정 법률상의 관련 조항이 위 현재 95헌마154 결정 이전의 구법상 조항과 차이를 보이는 부분은 위 '단체의 정치자금 기부 금지규정'이다.

2. 2005. 8. 4.자 개정

2005. 8. 4. 제16차 전문개정되면서 법령이 '정치자금법'으로 바뀌었다. 단체의 정치자금 기부 금지규정은 그대로 유지되었다.

3. 2008. 2. 29.자 개정

2008. 2. 29. 제20차 일부개정된 정치자금법은 후보자에 대한 후원회 설치를 상시허용하고, 후원회 기부내역 수시보고제도를 폐지하면서, 후원회 기부금을 선거비용제한액의 100분의 5로 제한하였다(약 23억 원). 단체의 정치자금 기부 금지규정은 그대로 유지되었다.

4. 2016. 7. 30.자 개정

2016. 7. 30. 법률 제14838호로 일부개정된 정치자금법은 정당의 중앙당을 후원회지정권자로 추가하였다¹²⁾.

11) 최용기, 전개논문, (논문 중) 2쪽 이하 참조.

12) 제6조(후원회지정권자) 다음 각 호에 해당하는 자(이하 "후원회지정권자"라 한다)는 각각 하나의 후원회를 지정하여 둘 수 있다. <개정 2008.2.29, 2010.1.25, 2016.1.15, 2017.6.30>

1. 중앙당(중앙당창당준비위원회를 포함한다)
2. 국회의원(국회의원선거의 당선인을 포함한다)
2의2. 대통령선거의 후보자 및 예비후보자(이하 "대통령후보자등"이라 한다)
3. 정당의 대통령선거후보자 선출을 위한 당내경선후보자(이하 "대통령선거경선후보자"라 한다)
4. 지역선거구(이하 "지역구"라 한다)국회의원선거의 후보자 및 예비후보자(이하 "국회의원후보자등"이라 한다). 다만, 후원회를 둔 국회의원의 경우에는 그러하지 아

IV. 현행 정치자금법상 단체의 정치자금 기부 금지규정

1. 금지규정의 개괄

앞서 본 바와 같이 2004년 개정 ‘정치자금에 관한 법률’부터 단체의 정치자금 기부 금지규정이 신설되어 노동조합을 포함한 모든 단체의 정치자금 기부가 전면금지되었고, 위 금지규정은 현재까지 일반적이고도 원천적인 금지규정으로 살아남아 있다.

서두에서 밝힌 바와 같이 현행 정치자금법은 단체의 직접적 정치자금 기부를 금지함은 물론(정치자금법 제31조 제1항), 누구든지 단체와 관련된 자금으로 정치자금을 기부할 수 없도록 하고 있다(제31조 제2항). 또한 단체의 정치자금 기부 금지규정을 위반하여 정치자금을 기부하거나 받은 자는 5년 이하의 징역 또는 1,000만 원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다(제45조).

2. 관련규정의 개괄

현행 정치자금법은 기부주체뿐 아니라 모금주체, 다른 영역에서도 엄격한 제한규정을 두고 있다. 그리고 누구든지 현행 정치자금법의 위와 같

니하다.

5. 중앙당 대표자 및 중앙당 최고 집행기관(그 조직형태와 관계없이 당헌으로 정하는 중앙당 최고 집행기관을 말한다)의 구성원을 선출하기 위한 당내경선후보자(이하 "당대표경선후보자등"이라 한다)
6. 지방자치단체의 장선거의 후보자(이하 "지방자치단체장후보자"라 한다)
[2017.6.30 법률 제14838호에 의하여 2015.12.23 헌법재판소에서 헌법불합치 결정된 이 조를 개정함.]

은 제한을 지키지 아니하고는 정치자금을 기부하거나 받을 수 없다(위 법
률 제2조 제1항). 관련 제한규정을 개괄적으로 살펴보면 다음과 같다.

가. 기부주체 및 모금주체에 대한 일반제한

(1) 기부주체 제한

법인이나 단체는 관련된 자금으로 정치자금을 기부할 수 없도록 하였
다(단체의 정치자금 기부 금지규정).

(2) 모금주체 제한

2006. 3. 13.부터 정당 후원회를 폐지하고 다시 부활시키지 않음으로써
정당이 주체가 되어 정치자금을 모금할 수 없도록 하였고, 후보자·국회의
원만이 오로지 후원회를 통해 정치자금을 모금할 수 있도록 하였으나(제6
조), 앞서 본 바와 같이 이에 대하여는 현재 2015. 12. 23. 선고 2013헌바
168 결정을 통하여 헌법재판소의 헌법불합치결정이 내려졌고, 이후 2017.
6. 30.자 정치자금법 개정으로 정당의 중앙당이 후원회를 설치할 수 있는
정치자금의 모금주체로 복귀하였다(제6조 제1호).

나. 기부총액 및 모금총액에 대한 일반제한

(1) 기부총액 제한

후원인이 후원회에 기부할 수 있는 연간 총 한도액은 최대 연간 2,000
만 원으로 제한되고(제11조 제1항), 후원인이 하나의 후원회에 연간 기부
할 수 있는 한도액은 대통령후보자등·대통령선거경선후보자의 후원회에는
각각 1,000만 원(후원회지정권자가 동일한 후원회에는 합하여 1,000만
원), 그 외의 후원회에는 각각 500만 원(후원회지정권자가 동일한 후원회
에는 합하여 500만 원)으로 제한된다.

후원회의 연간 모금 한도 총액(전년도 연간 모금 한도액을 초과하여

모금한 금액을 포함한다)은 선거가 있는 해에는 같은 연도에 2 이상의 공직선거가 있는 때에도 일률적으로 선거비용제한액의 100분의 10(100분의 5의 2배), 선거가 없는 해에는 선거비용제한액의 100분의 5로 제한된다(제 12, 13조 참조)¹³⁾.

다. 기부방법 등 제한

후원회는 우편·통신(전화, 인터넷전자결제시스템 등을 말한다)에 의한 모금, 중앙선거관리위원회가 제작한 정치자금영수증(이하 "정치자금영수증"이라 한다)과의 교환에 의한 모금 또는 신용카드·예금계좌 등에 의한 모금 그 밖에 이 법과 「정당법」 및 「공직선거법」에 위반되지 아니하는 방법으로 후원금을 모금할 수 있다. 다만, 집회에 의한 방법으로는 후원금을 모금할 수 없다(제14조).

라. 공개제도

(1) 익명기부의 제한

후원인은 1회 10만 원 이하, 연간 120만 원 이하의 후원금은 이를 익명으로 기부할 수 있으나(제11조 제3항), 후원회의 회계책임자는 제3항의 규정에 의한 익명기부한도액을 초과하거나 타인의 명의 또는 가명으로 후원금을 기부받은 경우 그 초과분 또는 타인의 명의나 가명으로 기부받은 금액은 국고에 귀속시켜야 한다(제11조 제4항).

(2) 정치자금영수증

후원회가 후원금을 기부받은 때에는 후원금을 기부받은 날부터 30일

13) 다만 신용카드·예금계좌·전화 또는 인터넷전자결제시스템 등에 의한 모금으로 부득이하게 연간 모금한도액을 초과하게 된 때에는 연간 모금한도액의 100분의 20의 범위에서 그러하지 아니하되, 그 이후에는 후원금을 모금할 수 없다(제12조 제1항 단서).

까지 정치자금영수증을 후원인에게 교부하여야 한다(제17조 제1항). 후원회는 관할 선거관리위원회로부터 발급받은 정치자금영수증의 매년 12월 31일 현재 매수 등 사용실태를 제40조(회계보고) 제1항에 따른 12월 31일 현재의 회계보고를 하는 때에 관할 선거관리위원회에 보고하여야 하며, 후원회가 해산되는 경우에는 제40조(회계보고)에 따른 회계보고를 하는 때에 사용하지 아니한 정치자금영수증을 관할 선거관리위원회에 반납하여야 한다(제17조 제10항).

(3) 회계책임자 신고제 및 회계책임자에 의한 회계처리·회계보고

정당(후원회 지정이 허용되지 않으므로 아래의 각 규정은 정당에 있어서는 국고보조금의 관리 등에 관하여 적용된다) 또는 후원회의 회계책임자 선임권자는 회계책임자 1인을 선임하여 관할 선거관리위원회에 서면으로 신고하여야 하고, 변경이 있는 때에는 14일 이내에 관할 선거관리위원회에 서면으로 변경신고를 하여야 한다(제34, 35조).

정당 또는 후원회의 회계책임자가 정치자금을 수입·지출하는 경우에는 관할 선거관리위원회에 신고된 예금계좌 1개만을 통해서 하여야 한다(제36조). 회계책임자는 회계장부를 비치하고 그 회계장부에 모든 정치자금의 수입과 지출에 관한 사항을 기재하여야 하고, 영수증 그 밖의 증빙서류를 구비하여야 한다(제37, 39조 참조). "수입의 상세내역"이라 함은 수입의 일자·금액과 제공한 자의 성명·생년월일·주소·직업 및 전화번호 그 밖의 명세를 말하고, "지출의 상세내역"이라 함은 지출의 일자·금액·목적과 지출을 받은 자의 성명·생년월일·주소·직업 및 전화번호를 말한다(제37조 참조).

정당 또는 후원회의 회계책임자는 관할 선거관리위원회에 정치자금의 수입과 지출에 관한 회계보고¹⁴⁾를 하여야 하고(제40조 제1항), 정당이 등

14) 1. 정치자금의 수입과 지출명세서, 2. 제39조(영수증 그 밖의 증빙서류) 본문의 규정

록취소되거나 해산한 때, 후원회가 해산한 때에는 14일 이내에 관할 선거관리위원회에 회계보고를 하여야 한다(제40조 제2항).

회계보고를 받은 관할 선거관리위원회는 회계보고 마감일부터 7일 이내에 그 사실과 열람·사본교부기간 및 사본교부에 필요한 비용 등을 공고하여야 한다. 관할 선거관리위원회는 제40조 제3항 및 제4항의 규정에 의하여 보고된 재산상황, 정치자금의 수입·지출내역 및 첨부서류를 그 사무소에 비치하고 제1항의 규정에 의한 공고일부터 3월간(이하 "열람기간"이라 한다) 누구든지 볼 수 있게 하여야 하고, 누구든지 회계보고서, 정치자금의 수입·지출내역과 제40조 제4항의 규정에 의한 첨부서류(제2호 및 제3호의 서류를 제외한다)에 대한 사본교부를 관할 선거관리위원회에 서면으로 신청할 수 있으나, 후원회에 연간 300만 원(대통령후보자등·대통령선거경선후보자의 후원회의 경우 500만 원을 말한다) 이하를 기부한 자의 인적사항과 금액은 이를 공개하지 아니한다. 제40조의 규정에 의하여 관할 선거관리위원회에 보고된 재산상황, 정치자금의 수입·지출내역 및 첨부서류에 관하여 이의가 있는 자는 그 이의에 대한 증빙서류를 첨부하여 열람기간 중에 관할 선거관리위원회에 서면으로 이의신청을 할 수 있다(이상 제42조 참조).

마. 기타 관련 제한

‘공직선거에 있어서 특정인을 후보자로 추천하는 일’ 등에 해당하는

에 의한 영수증 그 밖의 증빙서류 사본, 3. 정치자금을 수입·지출한 예금통장 사본, 4. 제41조제1항 본문에 따른 자체 감사기관의 감사의견서와 대의기관(그 수입기관을 포함한다)·예산결산위원회의 심사의결서], 5. 제41조제1항 단서의 규정에 의한 공인회계사의 감사의견서(중앙당에 한한다), 6. 잔여재산의 인계·인수서(인계의무자에 한한다), 7. 제36조(회계책임자에 의한 수입·지출) 제6항의 규정에 의한 예비후보자의 선거비용지출내역서 사본(대통령선거의 정당추천후보자의 선거사무소의 회계책임자와 그 예비후보자의 회계책임자에 한한다) 등을 첨부하여야 한다(제40조 제4항).

특정행위와 관련하여 정치자금을 기부하거나 받을 수 없고(제32조15) 참조), 누구든지 업무·고용 그 밖의 관계를 이용하여 부당하게 타인의 의사를 억압하는 방법으로 기부를 알선할 수 없다.

제 2 절 판례와 학설

I. 관련 헌법재판소 주요 결정례

1. 헌재 2008헌바89 결정

가. 개설

이 사건 청구인들은 전국언론노동조합 위원장 등으로, 이들은 총선투쟁기금 명목으로 조합원으로부터 1억 원을 모금하였다가 구 정치자금에 관한 법률 위반 등의 죄로 처벌받게 된 자들이었다.

청구인들은 정치자금의 기부를 통한 정당에 대한 영향력 행사는 헌법

15) 제32조(특정행위와 관련한 기부의 제한) 누구든지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위와 관련하여 정치자금을 기부하거나 받을 수 없다.

1. 공직선거에 있어서 특정인을 후보자로 추천하는 일
2. 지방의회 의장·부의장 선거와 교육위원회 의장·부의장, 교육감·교육위원을 선출하는 일
3. 공무원이 담당·처리하는 사무에 관하여 청탁 또는 알선하는 일
4. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 법인과 의 계약이나 그 처분에 의하여 재산상의 권리·이익 또는 직위를 취득하거나 이를 알선하는 일
 - 가. 국가·공공단체 또는 특별법의 규정에 의하여 설립된 법인
 - 나. 국가나 지방자치단체가 주식 또는 지분의 과반수를 소유하는 법인
 - 다. 국가나 공공단체로부터 직접 또는 간접으로 보조금을 받는 법인
 - 라. 정부가 지급보증 또는 투자한 법인

상 보장된 정치적 표현의 자유 및 결사의 자유를 침해하는 것이라고 주장하면서 법원에 위헌법률심판제청을 신청하였으나, 법원은 “국민주권주의의 이념, 자연인인 개인이 아닌 단체의 경우 정치권이나 사회전반에 미치는 영향력이 큰 점 등을 고려할 때 정치자금 기부와 관련된 단체의 정치적 기본권을 어느 정도 수준으로 보장할 것인지 여부는 자연인의 경우와 동일하게 취급할 수는 없는 것”이라고 하면서 위헌법률심판제청을 기각하였다¹⁶⁾.

이에 청구인들은 이 사건 헌법소원을 청구하였다.

나. 판결요지(다수의견)¹⁷⁾

[0] 심판대상(= 단체 관련 자금 정치자금 기부 금지규정)

서론에서 밝힌 바와 같이, 헌법재판소는 ‘단체 관련 자금 정치자금 기부 금지규정(정치자금법 제31조 제2항)’을 대상조항으로 하는 헌재 2010. 12. 28. 선고 2008헌바89 결정에서 위 금지규정이 단체의 정치자금 기부 금지규정의 탈법행위를 방지하고자 입법된 것으로서 목적의 정당성, 수단의 적합성이 인정되어 합헌이라고 판시함으로써 사실상 단체의 정치자금 기부 금지규정 전체의 합헌성을 지지하였다. 그러므로 이하에서 헌법재판소가 판시한 사항은 사실상 ‘단체 관련 자금 정치자금 기부 금지규정’의 합헌

16) 헌재 2010. 12. 28. 선고 2008헌바89 결정, 판례집 22-2 하, 664~665면 참조.

17) 전체 판시사항은 다음과 같다. [1] 반복입법 여부의 판단기준과 누구든지 단체와 관련된 자금으로 정치자금을 기부할 수 없도록 한 구 ‘정치자금에 관한 법률(2004. 3. 12. 법률 제7191호로 개정되고, 2005. 8. 4. 법률 제7682호로 ‘정치자금법’으로 전부 개정되기 전의 것)’ 제12조 제2항(현행 정치자금법 제31조 제2항, 단체 관련 자금 정치자금 기부 금지규정)이 반복입법인지 여부(소극) [2] 단체 관련 자금 정치자금 기부 금지규정이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되는지 여부(소극) [3] 단체 관련 자금 정치자금 기부 금지규정이 과잉금지원칙에 위반하여 정치활동의 자유 등을 침해하는지 여부(소극)

성에 한정되는 것이 아니라 ‘단체의 정치자금 기부 금지규정 전체(정치자금법 제31조 제1, 2항 전체)’의 합헌성에 관한 것이라고 할 수 있다. 헌법재판소 다수의견도 과잉금지원칙 위반 여부에 대한 판단에 있어서는 정치자금 기부 금지의 위헌 여부에 관한 판단을 하여 단체의 정치자금 기부 금지규정의 위헌 여부를 실질적인 심판대상으로 삼았다¹⁸⁾.

이러한 견지에서 이하에서는 헌법재판소가 명시적으로 특정하고 있는 등의 이유로 따로 특정이 필요한 경우에만 ‘단체 관련 자금 정치자금 기부 금지규정’이라는 표현을 사용하고 이외의 경우에는 위 ‘단체 관련 자금 정치자금 기부 금지규정’까지 ‘단체의 정치자금 기부 금지규정’으로 통칭하기로 한다.

[3] 과잉금지원칙에 위반되는지 여부(소극)

다수의견은 먼저 목적의 정당성에 관하여, “정치자금의 기부는 그의 정치활동에 대한 지지·지원인 동시에 정책적 영향력 행사의 의도 또는

18) 현재 2008헌바89 결정에서, 재판관 김종대는 “다수의견은 단체 관련 자금 정치자금 기부 금지규정만을 심판대상으로 삼아 판단하고 있다. 그러나 위 금지규정은 단체의 정치자금 기부 금지규정의 탈법행위를 방지하고자 입법된 것으로서 단체의 정치자금 기부 금지규정을 전제하지 않고는 독자적 의미를 찾기 어렵고, 다수의견에서도 이 사건의 쟁점으로서 정치자금 기부 금지의 위헌 여부에 관한 판단을 하여 단체의 정치자금 기부 금지규정의 위헌 여부를 이 사건의 실질적인 심판대상으로 삼고 있으므로 단체 관련 자금 정치자금 기부 금지규정과 불가분의 관계에 있는 단체의 정치자금 기부 금지규정까지 심판대상을 확장하여 판단함이 옳다고 본다.”는 의견을, 재판관 조대현, 목영준, 송두환은 “청구인들은 구 정치자금법 제12조 제2항 및 제30조 제2항 제5호 중 ‘국내의 단체’ 부분에 대한 위헌심판을 청구하고 있다. 그런데 단체 관련 자금 정치자금 기부 금지규정은 단체의 정치자금 기부 금지규정을 전제로 하는 것이고 그 실효성을 확보하기 위한 것이다. 그러므로 구 정치자금법 제12조 제2항 및 제30조 제2항 제5호 중 ‘국내의 단체’ 부분의 위헌 여부를 심판하기 위해서는 단체의 정치자금 기부 금지규정 중 ‘국내의 단체’ 부분의 위헌 여부를 먼저 따져 볼 필요가 있어 위 부분도 이 사건 심판대상에 포함시켜 판단되어야 한다.”는 의견을 각 개진한 바 있다.

가능성을 내포하고 있다는 점에서 일종의 정치활동 내지 정치적인 의사표현이라 할 것인바, 단체 관련 자금 정치자금 기부 금지규정(정치자금법 제31조 제2항)은 정치활동의 자유 내지 정치적 의사표현의 자유에 대한 제한이 된다고 볼 수 있다”고 보면서도, 단체 관련 정치자금 기부 금지규정은 단체의 정치자금의 기부를 전면금지하는 규정(정치자금법 제31조 제1항)에 관한 탈법행위를 방지하기 위한 것으로서, “개인에 비하여 자금동원력이 강한 단체의 이익이 상대적으로 정치체제에 과대하게 대표됨으로써 1인 1표 1가치의 민주주의 원리가 침해되고 단체가 주권자인 개인의 지위를 차지하여 국민주권의 원리를 훼손시키는 것을 막고(단체와 비구성원인 개인 사이의 정치적 기본권 충돌 상황 해결)”, “단체 구성원의 의사에 반하는 정치자금 기부로 인하여 단체 구성원의 정치적 의사표현의 자유가 침해되는 것을 방지(단체와 구성원인 개인 사이의 정치적 기본권 충돌 상황 해결)”(= 입법목적 ① ‘사회구성원 사이의 정치적 기본권 충돌 상황의 해결)하기 위한 것으로서 입법목적의 정당성이 인정된다고 보았다.

다음으로 수단의 적합성에 관하여, 다수의견은 단체 관련 정치자금 기부 금지규정은 단체의 정치자금의 기부를 전면금지하는 규정(정치자금법 제31조 제1항)에 관한 탈법행위를 방지하여 실효성을 확보하는 적절한 수단이이라고 보았다.

그리고 침해의 최소성 및 법익의 균형성에 관하여, 다수의견은 “대의 민주주의 경험이 일천한 정치현실에서 권력의 남용가능성 등을 고려하면 단체의 정치적 의사표현에 대한 방법적 제한의 필요성은 매우 크며, 단체 관련 자금 정치자금 기부 금지규정은 단체의 정치적 의사표현 자체를 금지하거나 그 내용에 따라 규제하도록 한 것이 아니라, 개인과의 관계에서 불균형적으로 주어지기 쉬운 ‘자금’을 사용한 방법과 관련하여 규제를 하는 것인바, 정치적 표현의 자유의 본질을 침해하는 것이라고 볼 수 없어”

침해의 최소성 원칙을 충족시킨다고 보았고, “개인의 정치적 의사형성이 온전하게 이루어질 수 있는 범위에서의 자금모집에 관한 단체의 관여를 일반적·추상적으로 규범화하여 허용하는 것은 입법기술상 곤란할 뿐만 아니라, 개인의 정치적 기본권 보호라는 입법목적 달성에 충분한 수단이라고 보기 어렵다는 점에서” 법익의 균형성 원칙도 충족시킨다고 보았다¹⁹⁾.

나아가 “정치자금에 대한 엄격한 규율은 종래 정치자금의 수수가 부정과 부패에 연결되었던 우리나라의 정치자금 실태에 대한 반성에서 비롯된 것으로서(= 입법목적 ② ‘금권정치와 부패의 차단’) 위와 같은 입법자의 판단이 자의적인 것이라 보기 어려우며, 달리 덜 제약적 수단이 존재함이 명백하지 않은 이상” “단체 관련 자금 정치자금 기부 금지규정에 의한 개인이나 단체의 정치적 표현의 자유 제한은 내용중립적인 방법 제한으로서 수인 불가능할 정도로 큰 것이 아닌 반면, 금권정치와 정경유착의 차단, 단체와의 관계에서 개인의 정치적 기본권 보호 등 위 금지규정에 의하여 달성되는 공익은 대의민주제를 채택하고 있는 민주국가에서 매우 크고 중요하다는 점에서” 단체의 정치자금 기부 금지규정은 위 입법목적 ② ‘금권정치와 부패의 차단’을 달성하기 위한 수단으로서도 침해의 최소성 원칙이나 법익의 균형성 원칙에 위배되지 않는다고 보았다.

요약하면, 현재 2008헌바89 결정에서 다수의견은 단체의 정치자금 기부 금지규정이 정치적 표현의 자유에 대한 제한이 될 수 있다고 보면서도,

19) 이에 대하여 재판관 조대현, 목영준, 송두환은, 단체의 정치자금 기부는 일용 그 내부의 민주적 의사결정과정을 거쳤다고 보아야 하므로 단순히 단체 구성원의 의사에 어긋날 우려가 있다는 이유로 단체의 정치자금 기부 자체를 일률적으로 제한하는 것 역시 입법목적 달성을 위한 적합한 방법이라고 할 수 없고, 한편 단체의 정치자금 기부를 전면적으로 금지하는 것보다 훨씬 덜 침해적이면서도 정치자금 기부의 투명성과 공정성을 확보할 수 있는 대체수단을 마련할 수 없는 것도 아니어서 단체의 정치자금 기부 금지규정은 과잉금지원칙 심사를 통과할 수 없다는 취지의 헌법불합치의 견을 개진하였다.

위 금지규정은 내용중립적 제한으로서 단체의 정치적 표현의 자유의 본질을 침해하지 않는 것으로서 주요한 두 가지의 입법목적, 즉 ① ‘사회구성원 사이의 정치적 기본권 충돌 상황의 해결’과 ② ‘부패의 차단’을 달성하기 위한 적절하고 최소침해적이면서도 침해되는 법익과 달성하려는 법익 간의 상호 균형까지 만족하는 수단이기 때문에 과잉금지원칙에도 위반되지 않는다고 본 것이다. 현재 2008헌바89 결정 다수의견의 논리구조에 대하여는 아래 제3절에서 다시 상술한다.

2. 현재 95헌마154 결정

가. 개설

그런데 헌법재판소가 현재 2008헌바89 결정에서 밝히고 있는 바와 같이, 헌법재판소는 과거 현재 95헌마154 결정에서는 아래와 같이 판시하여 2000. 2. 16.자 개정 전 정치자금법에 규정되어 있었던 노동조합의 정치자금 기부 금지규정²⁰⁾을 위헌이라고 선언한 바 있다.

이 사건 청구인은 회사의 근로자들로 구성된 신설 노동조합이었고, 청구인은 노동단체의 정치자금 기부를 금지한 구 노동조합법 제12조 제1항 내지 제3항, 구 정치자금에 관한 법률 제12조(“다음 각호의 1에 해당하는 자는 정치자금을 기부할 수 없다.”) 제5호(“5. 노동단체”) 등이 청구인의 표현의 자유, 정치활동의 자유, 단결권, 평등권 등을 침해한다는 이유로 이 사건 헌법소원을 청구하였다²¹⁾.

나. 판결요지²²⁾

20) 단체의 정치자금 기부 금지규정과 대비하여 ‘노동조합의 정치자금 기부 금지규정’이라고만 표시하기로 한다.

21) 현재 1999. 11. 25. 선고 95헌마154 결정, 판례집 11-2, 562쪽 참조.

[1] 노동단체가 정치활동을 하는 경우 보호받는 기본권 = 의사표현의 자유

다수의견은 노동조합도 근로3권 등 근로조건과 관련된 고유한 활동영역을 떠나서는 “개인과 단체를 똑같이 보호하는 일반적인 기본권인 의사표현의 자유” 등의 보호를 받는다고 보았다.

[3] 정당에 대한 사회단체의 정치자금 기부 의미

그리고 다수의견은, “정당을 통하지 않고서는 어떠한 사회단체도 자신의 정치적 영향력을 효율적으로 행사할 수 없고 이로써 의회와 정부 등 국가기관의 결정에 큰 영향력을 행사할 수 없기 때문에 정치자금의 기부는 정당에 영향력을 행사하는 중요한 방법의 하나이고, 따라서 정당과 의회·정부에 대하여 단체 구성원의 이익을 대변하고 관철하려는 모든 이익단체가 정치자금의 기부를 통하여 정당에 영향력을 행사하려고 시도하는 것은 당연하고도 자연스러운 현상”이라고 판시하였다.

[6] '노동조합의 자주성'을 보호하기 위하여 노동단체의 정치자금을 금지하여야 하는지 여부(소극)

나아가 다수의견은, “노동조합에게 요구되는 '자주성'은 엄격한 정치적 중립이나 종교적 또는 세계관적 관점에서의 중립성을 뜻하는 것이 아니라 사실적인 측면에서 조직상의 독립과 법적 측면에서 의사결정구조의 자주성을 의미하는 것이므로, 사회적·경제적으로 같은 상황에 있고 정치적으로 같은 목적을 추구하는 노동자들이 그들의 근로조건의 향상을 위하

22) 전체 판시사항은 다음과 같다. [1] 노동단체가 정치활동을 하는 경우 보호받는 기본권 = 의사표현의 자유 [2] 정치자금의 공개원칙의 의미 [3] 정당에 대한 사회단체의 정치자금 기부 의미 [4] '노동단체의 정치화방지'라는 입법목적의 정당성 여부(소극) [5] '노동단체 재정부실의 방지'란 입법목적의 정당성 여부(소극) [6] '노동조합의 자주성'을 보호하기 위하여 노동단체의 정치자금을 금지하여야 하는지 여부(소극) [7] 2000. 2. 16.자 개정 전 정치자금법에 규정되어 있었던 노동조합의 정치자금 기부 금지규정의 평등권 위반 여부(적극)

여 노동조합을 결성하고 그들의 자유의사에 근거하여 그들의 지도원칙에 따라 노조활동을 함으로써 국민의 정치적 의사형성과정에 영향력을 행사하려고 하는 것은 노동단체의 자주성과는 직접적인 관련이 있는 것이 아니”라고 하여, 노동조합의 정치자금 기부 금지규정은 노동단체인 청구인의 표현의 자유 및 결사의 자유의 본질적 내용을 침해하는 위헌적인 규정이라고 판시하였다²³⁾.

위 헌재 95헌마154 결정은 헌법재판소가 노동조합 등 사회단체가 정당에 정치자금을 기부하려 하는 것은 정치적 의사형성과정에 참여하려는 정치적 의사표현의 자유의 발현으로서 당연하고도 자연스러운 현상임을 밝히고, 노동조합의 구성원인 노동자들의 정치적 중립이나 노동단체의 정치성 자주성과 노동조합이 노조활동을 함으로써 정치적 의사형성과정에 영향력을 행사하려 하는 것 사이에는 직접적인 관련도 없다고 보았다는 데 의미가 있다.

3. 헌재 2013헌바168 결정

가. 개설

한편 최근 헌법재판소는 헌재 2015. 12. 23. 선고 2013헌바168 결정(이하 ‘헌재 2013헌바168 결정’이라고만 한다)에서는 다음과 같이 판시하여 현행 정치자금법 중 (개인의) 정당에 대한 정치자금 기부 금지규정에 대하여 헌법불합치결정을 하면서 2017. 6. 30.까지 위 금지규정을 잠정적용하도록 하였다. 위 결정에 따라 2017. 6. 30. 정치자금법 제6조 등이 개정되어 정당이 후원회를 통한 정치자금 모금주체로 복귀하였다.

23) 한편 헌법재판소는 노동조합의 정치자금 기부 금지규정은 “사용자 및 사용자단체와의 관계에서 노동단체를 정치활동의 영역에서 합리적인 이유 없이 차별하므로” 평등의 원칙에도 위반된다고 판단하였다.

나. 판시사항

[1] 정당에 대한 재정적 후원을 금지하고 위반시 형사처벌하는 구 정치자금법(2008. 2. 29. 법률 제8880호로 개정되고, 2010. 1. 25. 법률 제9975호로 개정되기 전의 것) 제6조, 정치자금법(2010. 1. 25. 법률 제9975호로 개정된 것) 제6조 및 정치자금법(2008. 2. 29. 법률 제8880호로 개정된 것) 제45조 제1항 본문의 ‘이 법에 정하지 아니한 방법’ 중 제6조에 관한 부분(이하 모두 합하여 ‘정당에 대한 정치자금 기부 금지규정’이라 한다)이 정당의 정당활동의 자유와 국민의 정치적 표현의 자유를 침해하는지 여부(적극)

다. 판결요지

다수의견은 먼저 목적의 정당성에 관하여, “정당에 대한 정치자금 기부 금지규정은 정당 후원회를 금지함으로써 불법 정치자금 수수로 인한 정경유착을 막고 정당의 정치자금 조달의 투명성을 확보하여 정당 운영의 투명성과 도덕성을 제고하기 위한 것으로”(= ‘정경유착과 부패의 차단’), 입법목적의 정당성은 인정된다고 보았다.

그러나 다수의견은, 과잉금지원칙에서 수단의 적합성 이하의 문제에 관하여, “정경유착의 문제는 일부 재벌기업과 부패한 정치세력에 국한된 것이고 대다수 유권자들과는 직접적인 관련이 없으므로 일반 국민의 정당에 대한 정치자금 기부를 원천적으로 봉쇄할 필요는 없고, 기부 및 모금한도액의 제한, 기부내역 공개 등의 방법으로 정치자금의 투명성을 충분히 확보할 수 있으므로” 수단의 적합성 원칙, 침해의 최소성 원칙을 만족시키지 못하고, 나아가 “정당제 민주주의 하에서 정당에 대한 재정적 후원이 전면적으로 금지됨으로써 정당이 스스로 재정을 충당하고자

하는 정당활동의 자유와 국민의 정치적 표현의 자유에 대한 제한이 매우 크다고 할 것이므로”, 결국 정당에 대한 정치자금 기부 금지규정은 과잉 금지원칙에 위배하여 정당의 정당활동의 자유와 국민의 정치적 표현의 자유를 침해한다고 판시하였다.

II. 관련 대법원 주요 판례

1. 대법원 2013. 10. 31. 선고 2011도8649 판결(청목회 사건)

‘청목회’는 청원경찰들이 스스로의 권익향상을 위하여 조직한 이익단체로서, 청목회의 회원들은 청원경찰의 처우 개선에 대한 입법이 이루어지도록 하기 위해 청목회에서 모금한 자금을 각 회원들의 이름으로 기부하였는데, 검찰은 청목회의 간부들 및 회원들이 위 기부행위로 인하여 단체 관련 정치자금 기부 금지규정을 위반하였다는 이유로 위 간부들 및 회원들을 기소하였다. 당시 청목회의 간부들 및 회원들은 현행 정치자금법의 단체 정치자금 기부 금지규정을 피하기 위해 “쫓개기” 수법을 썼다는 사회적 비난에 맞닥뜨려야 했다²⁴⁾.

청목회 임원들의 위 기부행위가 단체 관련 정치자금 기부 금지규정을 위반한 것인지 여부가 쟁점이 된 위 사건에서, 대법원은 단체 관련 정치자금 기부 금지규정에서 문제되는 ‘관련성’의 판단기준에 대하여, “법인 또는 단체가 기부자금 마련에 어떤 형태로든 관련되기만 하면” 모두 금지대상에 해당한다고 보아서는 안 될 것이지만, “법인 또는 단체가 기부자금의 모집·조성에 주도적·적극적으로 관여함으로써 모집·조성된 자금을 법인 또는 단체가 처분할 수 있거나 적어도 그와 동일시할 수 있는

24) 기현석, 전계논문, 172쪽 참조.

정도의 자금인 경우에는 ‘법인 또는 단체와 관련된 자금’에 해당한다고 보아야 한다”고 해석하고, 청목회 임원들이 입법로비를 위하여 모금한 특별회비 자금은 단체인 청목회가 자신의 이름을 사용하여 주도적으로 모집·조성하여 청목회 자신의 의사결정에 따라 기부할 수 있는 돈으로서 ‘단체와 관련된 자금’에 해당하고, 따라서 청목회 임원들은 단체 관련 정치자금 기부 금지규정 등에 의하여 형사처벌을 받아야 한다는 취지로 판시하였다.

위 판결은 앞서 본 헌재 2008헌바89 결정으로 인한 필연적 결론에 해당한다고도 할 수 있다. 우리 사회에서 상대적으로 자금동원능력이 열위에 있어 어떤 의미에서는 사회적 약자라고도 할 수 있는 청원경찰들이 ‘청원경찰들의 단체’의 이름으로 ‘목소리’를 내기 위하여는 단체와 관련된 자금을 쪼갠 다음 개인적으로 정치자금을 기부하는 방법을 선택할 수밖에 없었던 것인데, 그 방법마저 형사처벌의 대상이 되고 만 것이다.

2. 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 판결(권선택 사건)

권선택의 지지자들은 권선택이 대전광역시장으로 출마하기 1년 6개월 전에 ‘대전지역 경제와 관련된 현안을 발굴하고 이를 각계 전문가 및 시민들과 논의하여 그 대안을 제시하는 등의 활동을 통해 지역경제 활성화에 기여’한다는 목적으로 ‘대전미래경제연구포럼’이라는 단체를 설립하고 나서 위 포럼의 이름으로 봉사활동을 하고 대전지역 전통시장을 방문하는 등의 활동을 하였는데, 검찰은 위 포럼의 간부들은 권선택의 핵심 지지자들이고, 위 포럼은 권선택의 선거운동을 목적으로 하는 단체로서 공직선거법상 설치가 금지된 유사기관에 해당할 뿐 아니라 위 포럼의 활동은 공직선거법상 금지된 사전선거운동에 해당한다는 이유로 위 포럼의

간부들과 권선택을 기소하였다.

위 사건에서 대법원은, “국민의 일상적인 정치적 의사표현이나 정치인의 평소 정치활동을 과도하게, 그것도 형사처벌의 방법으로 규제하면 국가권력의 간섭과 통제를 받지 아니하고 정치적 의사를 자유롭게 표현하고 자유롭게 선거운동을 할 수 있는 정치적 자유권과 참정권, 알 권리 등 헌법상 기본권의 본질적인 내용을 침해하게 될 위험이 있다.”고 판시하여, 정치적 자유권의 영역을 형사처벌의 방법으로 규제할 경우 그 본질적인 내용을 침해하게 될 수 있음을 지적하였다.

위와 같은 전제에서 대법원은, “‘선거운동’은 특정 선거에서 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 행위를 말하는데, 이에 해당하는지는 당해 행위를 하는 주체 내부의 의사가 아니라 외부에 표시된 행위를 대상으로 객관적으로 판단하여야 한다. 그와 같은 목적의사가 있었다고 추단하려면 단순히 선거와의 관련성을 추측할 수 있다거나 선거에 관한 사항을 동기로 하였다는 사정만으로는 부족하고 특정 선거에서의 당락을 도모하는 행위임을 선거인이 명백히 인식할 만한 객관적인 사정에 근거하여야 한다.”고 하여 공직선거법상 금지되는 선거운동의 범위를 ‘특정 선거에서 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모하는 행위’로 좁게 해석하고 그 선거운동의 목적의사 역시 좁게 해석한 다음, ‘대전미래경제연구포럼’의 간부들과 권선택 등의 유사기관설치로 인한 공직선거법위반죄, 사전선거운동으로 인한 공직선거법위반죄에 대하여 모두 유죄로 판단한 원심판결을 파기환송하였다.

위 판결은 우리 정치현실에서 정치적 자유권의 영역 확장 필요성에 관하여 언급하였다는 점에서 그 의의를 찾을 수 있다. 그러나 그 논리를 살펴보면 어색한 점이 있다. ‘선거운동’ 자체도 당연히 정치활동에 속하고, 그렇다면 정치활동의 자유를 넓게 인정하기 위하여는 ‘선거운동’의

범위를 넓게 해석하는 것이 상식적일 것이다. 그런데 오히려 위 판결에서는 정치활동의 자유를 넓게 인정하기 위하여 ‘선거운동’의 범위는 좁게 해석하였다. 앞서 본 바와 같이 우리 공직선거법에서 선거운동을 예외적으로 허용하는 기간 외에는 ‘사전선거운동금지’라는 이름으로 특정 후보자의 특정 선거에서의 낙선 또는 당선을 목적으로 하는 모든 행위를 금지하고, 또 기간에 관계없이 ‘선거운동 유사기관 설치 금지’라는 이름으로 특정 후보자의 특정 선거에서의 낙선 또는 당선을 목적으로 하는 단체의 설립과 그 단체의 활동을 전면금지하고 있기 때문에, 위 판결에서는 정치활동의 자유를 넓게 인정하고 형사처벌로 제한되는 영역을 좁게 하기 위하여 ‘선거운동’과 선거운동을 하려는 목적의사를 좁게 해석할 수밖에 없었던 것이다.

더구나 위 사건에 관하여 최근 새롭게 선고된 환송심 판결인 대전고등법원 2017. 2. 16. 선고 2016노304 판결에서, 위 고등법원은 대법원의 위와 같은 해석을 받아들여 ‘대전미래경제연구포럼’의 간부들과 권선택 등의 유사기관설치로 인한 공직선거법위반죄, 사전선거운동으로 인한 공직선거법위반죄에 대하여 모두 무죄로 판단하였으나, 권선택 등이 위 포럼으로부터 정치활동자금을 기부받은 점에 대하여는 어떠한 단체도 그와 관련된 자금으로 정치활동자금을 기부할 수 없고 또 후보자로서도 어떠한 단체로부터도 그와 관련된 정치활동자금의 기부를 받을 수 없도록 한 단체의 정치자금 기부 금지규정을 위반한 것으로서 유죄라고 판단하였으며, 현재 위 환송심 판결에 대하여 검사가 상고하여 대법원 2017도3449호로 심리 진행 중에 있다. 이는 결국 대법원이 위 2015도11812판결에서와 같이 ‘선거운동’의 범위를 좁게 해석하는 것만으로는 단체는 물론 후보자 등 다른 선거관계인들의 정치활동의 자유를 충분히 보장할 수 없음을 시사한다. 선거관계인들의 활동은 ‘선거운동’이 아니라 하더라도 ‘정치

활동'에 해당할 수밖에 없는데(후보자 등 정치인의 경우에는 더욱 그러하다), 그러한 정치활동이 어떠한 단체(단체의 목적과 성질을 불문한다)와 관련된 자금을 기부받아 사용한 것이기만 하다면, 공직선거법상 금지되는 '선거운동'의 범위에 해당하는지 여부에 관계없이 단체의 정치자금 기부 금지규정 위반으로 형사처벌될 수 있기 때문이다.

Ⅲ. 단체의 정치자금 기부 금지규정 옹호론의 논거

1. 개설

2004년 제15차 개정으로 처음 도입된 단체의 정치자금 기부 금지규정, 그리고 위 금지규정을 지지하는 헌법재판소와 대법원의 위와 같은 입장은 아래에서 보는 단체의 정치자금 기부 금지론, 특히 2001년 이래로 주장된 아래 제1설의 논거에 상당부분 기인한 것으로 보인다.

2. 제1설 - '사회구성원 사이의 기본권 충돌'에 주목하는 견해

제1설은 대의민주주의의 원칙과 국민주권원리를 논거로 하여, 단체가 정치적 기본권의 주체로 등장하는 것은 단체와 의견이 다른 단체 내의 구성원, 그리고 단체 외의 개인의 정치적 기본권 실현에 중대한 위협이 될 수 있다고 주장한다²⁵⁾²⁶⁾.

25) 정종섭, '기업의 정치자금 기부의 문제점과 위헌여부', 헌법연구회, 박영사, 2001. 위 논문은 1996년 6월 '법과 사회' 제13호에 최초로 게재되었다.

26) 기현석, '법인·단체의 소액기부 허용 적실성에 대한 고찰-정치자금법상 법인·단체의 정치자금 기부금지조항에 대한 비판적 고찰', 법학논집 제40권 제2호, 2016. 저자의 경우 단체의 정치자금 기부 금지규정에 찬성하는 것은 아니고, 오히려 후술하는

먼저 대의민주주의 원칙에 비추어, 제1설은 대의원리가 국민의 전체 이익을 우선시한다는 것은 대표가 자신을 지지해 준 특정한 계층이나 집단 유권자의 대표가 아니라 전체 국민의 대표라는 지위에 있음을 의미하고, 특히 우리 헌법은 대의제 민주주의의 근거조항으로서 제46조 제2항에서 “국회의원은 국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 행한다”고 하여 대표인 국회의원이 일부 국민의 이익이 아닌 전체 국민의 이익을 우선하여 본인의 직무를 수행할 것을 분명히 정하고 있다²⁷⁾고 하면서 이러한 대의원리가 법인 및 단체의 정치자금 기부와 충돌하는 지점은 충분히 예상할 수 있는 바라고 한다. 현실적으로 특정 정당 내지 특정 정치인에게 거액의 정치자금을 기부하는 법인이나 단체는 전체국민의 이익에 앞서 자신들의 이익을 입법 등의 수단으로 대변할 것을 바라게 되어 이른바 정치자금의 이름으로 입법로비가 이루어지고, 나아가 대표 내지 정당 또한 단체나 법인에 의한 거액의 기부와 결부된 유무형의 요구를 사실상의 명령적 위임으로 받아들일 가능성이 높기 때문이라는 것이다²⁸⁾.

국민주권원리에 비추어서도, 단체가 정치적 기본권의 주체로 등장하여 개인의 정치적 기본권 행사에 대항하는 것도 정치적 기본권의 법리상 인정되기 어렵고, 단체의 정치자금 기부행위는 단체와 의견이 다른 구성원 등을 비롯한 개인의 정치적 기본권에 중대한 위협이 되며, 단체가 정치활

바와 같이 반대론자에 가깝다. 다만 위 논문에서 저자는 단체의 정치자금 기부 금지론의 논거를 대의민주주의의 요청에서 찾으면서, 단체가 ‘정당’에 기부하는 것은 원칙적으로 허용되어야 하지만, 단체가 ‘국회의원 개인’에게 기부하는 것을 금지하는 것은 대의민주주의 원칙에 비추어 정당화될 수 있다고 보고 있다.

27) 기현석, 전계논문, 182~183쪽; 정중섭, 헌법학원론, 박영사, 2013, 865쪽 참조. 대의민주주의에서 대의원리는 그 개념구성에 있어 ‘국민과 대표자의 분리, 국가의사결정권과 대표기관구성권의 분리, 선거에 의한 국민대표자의 선출, 전체국민의 대표로서 국가의사결정권자, 명령적 위임의 배제, 국민의 전체 이익과 추정적 의사의 우선, 국가의사결정에 대한 법적 책임의 면제’ 등을 그 주요한 내용으로 한다.

28) 기현석, 전계논문, 182~183쪽

동의 장에서 국가기관을 구성하고 국가기관의 활동과 기능을 유지하는 활동에서 주권자인 개인과 경쟁을 하는 것이 되어 단체가 주권자의 지위를 차지하게 되고, 기업의 정치자금 기부는 자금능력상 개인의 정치자금 기부보다 양적으로 거액일 수밖에 없어 개인보다 더 많은 주권을 행사하고 정책수립이나 정치결정에서 더 강한 영향력을 행사할 개연성이 크므로 국민주권원리의 본질에 위배된다고 주장한다²⁹⁾.

또한 법인·단체의 재산은 그 구성원 전체가 형성한 것이므로 특정인이 사용할 수 없고, 정치자금을 기부하는 행위는 정치적 기본권에 속하여 선거권자나 피선거권자의 정치참여권리에서 도출되고 개인의 정치적 기본권행사는 특정인의 의사나 다수결에 의하여 정해질 수 없어 법인이나 단체 구성원의 의사가 전원일치하지 않는 한 법인·단체의 재산을 정치자금으로 기부하는 것은 그 구성원의 정치적 기본권을 침해한다고 한다. 즉 단체가 정치자금을 기부하는 결정을 할 경우 단체의 기본권과 정치자금을 기부하지 않기를 원하는 단체의 구성원의 기본권 사이에 충돌 상황이 발생한다고 보는 것이다³⁰⁾.

29) 정종섭, 전계논문, 161~165쪽 참조. 저자는 위 논문 작성 당시 구 ‘정치자금에 관한 법률’이 두고 있었던 단체의 정치자금 기부 원칙적 허용·예외적 금지규정은 위헌이므로 폐지하는 것이 타당하다고 보았다. 나아가 예외적 금지사항으로 두고 있었던 노동단체의 정치자금 기부 금지규정(구 ‘정치자금에 관한 법률’ 제12조 제5호)도 같은 논리에서 타당하고, 단체의 정치자금의 기부 자체가 본질적으로 헌법에 위반되는 것임에도 회사 등 사용자단체의 정치자금 기부행위를 인정하는 점을 들어 노동단체의 정치자금 기부행위도 인정하여야 한다는 논리는 법리적으로 이른바 ‘불법의 평등’ 문제에 해당하며, 이러한 불법의 평등은 헌법상의 평등 보호의 대상이 되지 않는다고 한다.

30) 정종섭, 전계논문, 166~168쪽, 170~171쪽 및 181쪽 참조. 다만 저자는 단체의 구성원의 의사가 전원일치하는 한 단체의 자금을 정치자금으로 기부하는 것은 헌법상 허용된다고 보고 있는 듯하다. 저자는 미국에서 기업·법인·노동단체 등 단체가 정당이나 국회의원에게 정치자금을 직접 기부하는 것은 금지하지만 단체 내에 PAC(Political Action Committee, 보통 ‘정치활동위원회’로 번역되나, 위 번역에 따를

결국 단체와 비구성원인 개인 사이의 정치적 기본권 충돌 상황을 국민 주권원리 및 대의민주주의의 요청에 따라 단체의 정치자금 기부를 금지하는 것으로 해결하고, 단체와 구성원인 개인 사이의 정치적 기본권 충돌 상황도 국민주권원리나 정치적 기본권의 기본원리의 요청에 따라 역시 단체의 정치자금 기부를 전면금지하는 것에 의하여 해결할 수 있다는 것이다.

3. 제2설 - ‘부패의 차단’에 주목하는 견해

제2설은 우리 사회에서 오랜 기간 지속되었던 정경유착의 고리를 근절하기 위해서는 여전히 현 제도를 유지할 필요가 있다고 주장한다. 현행 제도가 법인·단체의 표현의 자유를 제한하고 있음은 분명하나 과도한 것은 아니며, 이들에 의한 정치자금 제공은 결국 국가정책의 왜곡으로 귀결될 것이라는 현실적인 이유를 들어 현 제도가 변경되는 것은 곤란하다고 본다³¹⁾. 단체의 정치자금 기부를 허용할 경우 부정부패가 우려된다는 것을 가장 주된 논거로 하는 위 견해는 단체의 정치자금 기부 금지규정 옹호론 중 주류를 형성하고 있다³²⁾.

경우 자칫 정부기구나 공적 조직에 유사한 조직으로 오인될 소지가 있으므로 이하 PAC라고만 한다)를 두어 자체적으로 모금한 다음 이를 정치자금으로 기부하도록 하고 있는 이른바 ‘하드머니(hard money, 자세한 정의나 성질에 관하여는 제4장 IV.에서 후술한다)’ 관련규정에 관하여 언급하면서, PAC의 정치자금 기부는 외형적·법형식적으로는 단체의 정치적 기본권 행사이지만 실질적으로는 개인의 정치적 기본권의 행사가 집합적으로 행사되는 것으로 평가되어 다수결에 따른 정치적 기본권의 침해가 발생하지 않으므로 이를 헌법적으로 허용할 수 있다고 보고 있다. 저자는 1993년 중앙선거관리위원회에서 노동조합의 정치자금의 기부를 인정하는 것을 개정의견으로 내면서 ‘노동조합이 정치자금을 기부하고자 할 때에는 조합원이 납부하는 조합비 외에 정치자금 기부를 위한 기금을 따로 설치·경리하여야 한다’라고 한 것은 그 자체로는 타당하다고도 하였다.

31) 홍완식, 전계논문, 122쪽 참조.

IV. 단체의 정치자금 기부 금지규정 반대론의 논거

1. 개설

한편 학계에서는 법인과 단체도 정치적 기본권의 주체가 될 수 있다는 점에서 개인과 달리 정치자금 기부를 금지하는 것은 바람직하지 않고, 정치자금법상 선거의 공정성을 유지하려는 정치적 표현의 자유에 대한 제한 장치가 과도하여 선거의 공정성을 훼손하고 있다는 비판적 견해가 다수 존재한다.

2. 제1설 - ‘사회구성원 사이의 정치적 기본권 충돌’을 덜 침해적인 방법으로 해결할 수 있다고 보는 견해

제1설은 단체가 정치자금을 기부하는 결정을 할 경우 단체의 기본권과 정치자금을 기부하지 않기를 원하는 단체의 구성원의 기본권 사이에 충돌 상황이 발생할 수 있다고 하더라도 법인의 경우는 주주의 사전동의를 받거나 단체의 경우 구성원의 사전동의를 받는다면 이를 금지할 이유가 없다고 주장한다³³⁾.

같은 취지에서, 미국의 PAC와 같이 단체의 이름으로 모금하여 정치인에게 기부하는 체제를 인정하는 것이 바람직하다는 주장도 있다³⁴⁾.

32) 같은 견해로 윤종빈, ‘바람직한 정치자금법 개정방향, 정치자금법개정, 어떻게 할 것인가?’, 국회도서관, 2011, 55쪽; 정만희, ‘정치자금제도개혁의 헌법적 문제’, 안암법학 제2호, 고려대학교 법학연구소, 1994, 34쪽; 참여연대 의정감시센터, ‘정당법·정치자금법개정에 대한 입법의견, 참여연대보고서’, 제2011-15호, 2011, 19쪽 등 참조.

33) 최용기, ‘정치자금법과 공직선거법’, 외법논집 제31집, 2008, 7쪽 참조.

3. 제2설 - ‘부패의 차단’을 덜 침해적인 방법으로 달성할 수 있다고 보는 견해³⁵⁾

제2설에서는 첫째로, 선거가 본래의 기능을 수행하기 위하여 도대체 어느 정도 양의 돈이 유통되어야 ‘적정한가’, 기존의 돈은 과연 ‘많은가’ 하는 문제를 지적한다. 선거에서 돈은 가장 필요한 자원이며 따라서 그에 대한 지나치게 과도한 규제는 오히려 정치활동과 선거의 기능을 훼손할 가능성이 있고, 자금유통량을 과도하게 축소시켜 정치적 의사소통의 보장을 불가능하게 할 가능성이 있다고 한다³⁶⁾.

둘째로, 기부한도에 대한 과도한 규제는 이른바 ‘현직효과³⁷⁾’를 강화시켜 오히려 선거에서의 경쟁성을 약화시킬 수 있다고 지적한다. 현직후보의 선거자금 효율성이 비현직 후보보다 낮다는 것이다³⁸⁾. 이러한 과도

34) 김민전, ‘2005 개정 정치자금법의 정치적 의미 평가와 소액다수주의 활성화 방안’, 외 부논단, 2005. 142쪽 참조.

35) 윤영미, ‘선거의 공정성에 관한 검토’, 헌법학연구 제16권 제3호, 한국헌법학회, 2010; 김래영, ‘개정 선거법의 문제점과 개선방향-사전선거운동 금지규정을 중심으로-’, 공 법연구 제33집 제5호, 한국공법학회, 2005; 강태수, ‘선거운동의 자유에 대한 제한의 문제점과 개선방향’, 세계헌법연구 제14권 제2호, 국제헌법학회 한국학회, 2008 등도 같은 견해를 취하고 있다.

36) 성중탁, 한국의 정치자금법제 개선방안-법인·단체의 정치자금 기부허용과 사후 투명성 강화를 중심으로-, 이화여자대학교 법학논집 제19권 제4호, 2015. 6. 213쪽 참조.

37) 이를 소위 ‘제이콥슨 효과(Jacobson effect)’라고 칭하는데 이에 따르면 선거자금의 규모가 현직후보보다 비현직후보에게 더 영향을 미친다고 할 수 있다. 즉 현직 후보는 선거운동 이전부터 도전자에 비해 인지도, 조직력 등에서 상대적으로 우위를 지니므로 추가적 투자의 효과가 낮은 반면 비현직 도전자의 경우 인지도와 조직력 등에서 열세이기 때문에 그를 극복하기 위해 지출되는 선거자금효과가 상대적으로 높게 나타난다는 것이다. 이에 관하여는 성중탁, 전계논문, 214~216쪽 참조.

38) 성중탁, 전계논문, 215~216쪽; 전용주·서영조, ‘개정 정치자금법에 대한 비판적 논의

한 규제는 도리어 신인 정치인이나 소수정당이 거대정당과 경쟁하는 데 장애로 작용한다고 한다³⁹⁾.

4. 제3설 - ‘부패의 차단’을 달성하는 데 적합한 수단이 아니라고 보는 견해

제3설은 정경유착의 고리를 끊고 개인의 정치적 기본권에 대한 위협이나 국민주권원리를 보호하기 위하여 법인이나 단체의 기부행위를 금지시키는 것은 반드시 정치발전에 기여한다고 볼 수 없다고 주장하면서, 국고에서 정당활동을 위하여 수천억의 국고보조금을 지급하는 대신 정치현금을 허용하고 정당후원회를 부활시키는 방안을 제시한다⁴⁰⁾.

나아가 제3설은 단체의 정치자금 기부에의 참여를 허용할 때 발생하는 부패의 우려는 우리 정치자금법이 정치인의 모금 총액에 엄격하게 제한을 두고 있는 점을 고려할 때 그리 우려가 크지 않으며, 우려되는 부패의 가능성은 정보공개제도를 개선한다면 상당 부분 차단할 수 있는 반면 오히려 현재와 같이 표면적으로는 금지하고 그에 관한 정보공개가 이루어지지 않고 있는 상황이 사실상 각 이해관계집단이 은밀하게 특정 정치인과의 거래를 통하여 정치자금을 기부하도록 허용하고 있어 부패의 우려를 키울 수 있다는 점을 지적한다⁴¹⁾.

5. 제4설 - 정당제 민주주의의 요청에 주목하는 견해

와 정책 대안’, 국가전략 제11권 제1호, 세종연구소, 2005, 101쪽 참조.

39) 성중탁, 전계논문, 210-236쪽 참조.

40) 최용기, 전계논문, 7~8쪽 참조.

41) 설민수, ‘이해관계집단의 정치자금 기부에 관한 법적 고찰: 미국의 제도와 비교하여’, 사법 16호, 2011. 6., 209~210쪽 참조.

제4설은 정당제 민주주의가 보호하는 정당은 본질적으로 지역이나 계층의 이익과 같은 부분이익의 달성을 목표로 형성되므로, 정당제 민주주의의 이념에 비추어 볼 때 법인이나 단체로 하여금 적어도 정당에 대한 기부는 제한된 형식으로나마 일부 허용할 수 있다고 본다. 즉 법인·단체의 정치자금 허용 여부 논의에 있어 모집주체를 고려한 보다 단계적인 접근이 필요하고, 법인·단체의 정치자금 기부는 대의제 민주주의에서 요구하는 전체이익을 우선한 입법이란 요청에는 부적합한 것이나 또 다른 헌법상의 요청인 정당제 민주주의에는 부합할 수 있으므로, 개인 정치인에 대한 기부를 허용하기에 앞서 정당에 대한 기부를 허용하는 것이 적절하다고 한다.

제4설은 단체의 정치적 기부행위를 인정하되 그 상한을 정하여 두고 정당에 대한 기부를 허용할 경우 법인이나 단체의 정치적 표현의 자유를 보다 충실하게 보장하는 대안이 될 수 있으며 다른 한편으로는 대의민주주의의 큰 틀을 훼손하지 않는 수준에서 우리나라 정당민주주의의 발전에 기여하는 하나의 전환점으로 작용할 것을 기대한다⁴²⁾.

42) 기현석, 전계논문, 185쪽 참조.

제 3 절 현재 2008헌바89 결정의 논리구조

I. 본질성 침해 심사 - 내용중립적 제한론

현재 2008헌바89 결정에서 헌법재판소는 단체의 정치적 의사표현은 그 방법에 따라 정당·정치인이나 유권자의 선거권 행사에 심대한 영향을 미친다는 점에서 그 방법적 제한의 필요성이 매우 크고, 단체의 정치자금 기부 금지규정은 단체의 정치적 의사표현 자체를 금지하거나 그 내용에 따라 규제하도록 한 것이 아니라, 개인과의 관계에서 불균형적으로 주어지기 쉬운 ‘자금’을 사용한 방법과 관련하여 규제를 하는 것인바, 정치적 표현의 자유의 본질을 침해하는 것이라고 볼 수 없다고 하였다. 즉 위 금지규정이 정치적 표현의 자유에 대한 내용중립적 제한에 해당한다는 논리로 정치적 표현의 자유의 본질을 침해하는 것이 아니라고 판시하였다.

II. 일반 과잉금지원칙 심사 - ① ‘사회구성원 사이의 정치적 기본권 충돌 상황의 해결’ 및 ② ‘부패의 차단’이라는 입법목적을 실현하는 수단

1. 입법목적 ① ‘사회구성원 사이의 정치적 기본권 충돌 상황의 해결’

2004년 정치자금법 개정으로 현행과 같은 단체의 정치자금 기부 금지규정이 처음 도입될 당시 국회에서 위 금지규정의 입법목적이 ‘사회구성원 사이의 정치적 기본권 충돌 상황의 해결’에 있다고 밝힌 것은 아니다.

그러나 2004년 정치자금법 개정 전부터 단체의 정치자금 기부 금지규정 옹호론 제1설의 입장에서는 앞서 본 바와 같이, ‘법인·단체의 재산은

그 구성원 전체가 형성한 것이므로 특정인이 사용할 수 없고, 정치자금을 기부하는 행위는 정치적 기본권에 속하여 선거권자나 피선거권자의 정치참여권리에서 도출되고 개인의 정치적 기본권행사는 특정인의 의사나 다수결에 의하여 정해질 수 없어 법인이나 단체 구성원의 의사가 전원일치하지 않는 한 법인·단체의 재산을 정치자금으로 기부하는 것은 그 구성원의 정치적 기본권을 침해하며, 단체가 정치적 기본권의 주체로 등장하여 개인의 정치적 기본권 행사에 대항하는 것도 정치적 기본권의 법리상 인정되기 어렵고, 단체가 정치활동의 장에서 주권자인 개인과 경쟁하는 결과 단체가 주권자의 지위를 차지하게 되어 국민주권원리의 본질에 위배된다'고 하여 단체의 정치자금 기부를 허용할 경우 개인과 단체 사이에 정치적 불평등이 발생할 수 있고, 단체의 구성원 사이에도 정치적 기본권의 충돌 상황이 발생할 수 있다고 역설한다.

헌재 2008헌바89결정에서 헌법재판소는 단체의 정치자금 기부 금지규정의 합헌성을 인정하면서 그 논거로 위 옹호론 제1설을 상당 부분 차용하여 단체 관련 자금 정치자금 기부 금지규정의 입법목적은 “첫째로 단체의 정치자금 기부를 통한 정치활동이 민주적 의사형성과정을 왜곡하는 것을 방지하는 것이고, 둘째로 단체 구성원의 의사에 반하는 정치자금 기부로 인하여 단체 구성원의 정치적 의사표현의 자유가 침해되는 것을 방지하는 것”에 있어 그 목적의 정당성이 인정된다고 보았다. ‘사회구성원 사이의 정치적 기본권 충돌 상황을 해결’하는 것이 단체의 정치자금 기부 금지규정의 1차적 입법목적이라고 본 것이다.

위 결정에서 헌법재판소는 사회구성원 사이의 정치적 기본권 충돌 상황으로 크게 단체 대(對) 비구성원인 개인, 그리고 단체 대(對) 구성원인 개인이라는 두 가지 양상의 사회구성원간 대결구도를 전제하고 있는 것으로 보인다.

첫째, 단체 대 비구성원인 개인의 양상에서는 압도적인 자금력을 행사하는 단체와 그렇지 않은 개인이 충돌함으로써 단체와 개인 사이에 정치적 불평등이 발생하여 ‘민주적 의사형성과정을 왜곡할’ 가능성이 대두된다고 본다. 옹호론 제1설의 표현에 따르면 ‘단체가 주권자의 지위를 차지하여 국민주권원리의 본질에 위배될’ 가능성이 대두된다는 것이다.

둘째, 단체 대 구성원인 개인의 양상에서는 단체의 자금으로 기부하려는 단체 및 개인들의 의사에 의하여 단체의 자금으로 기부하지 않으려는 개인들의 의사가 제압됨으로써 단체와 단체의 구성원인 개인들 사이에 정치적 기본권 충돌 상황이 발생하여, ‘단체 구성원의 의사에 반하는 정치자금 기부로 인하여 단체 구성원의 정치적 의사표현의 자유가 침해’될 가능성이 있다고 본다. ‘단체 구성원의 의사가 전원일치하지 않음을 전제할 때 단체 구성원의 정치적 기본권을 침해’할 가능성이 있다는 것이다(옹호론 제1설의 입장과 같다).

2. 입법목적 ② ‘부패의 차단’

2004년 현행 단체의 정치자금 기부 금지규정이 처음 도입될 당시 국회에서 밝힌 주된 입법목적은 ‘부패의 차단’이었다. 즉 당시 국회는 정치세력간 정경유착, 정치타락의 문제를 해결하기 위하여, ‘돈은 묶고 입은 풀다’는 원칙 아래 소액다수 후원을 활성화하기 위한 방안으로 단체의 정치자금 기부 금지규정을 마련하였다.

단체의 정치자금 기부 금지규정 옹호론 제2설 역시 ‘부패의 차단’이라는 입법목적에 집중한다(앞서 본 바와 같이 옹호론자들 중 대다수는 ‘부패의 차단’이 가장 중요한 입법목적이라고 보는 듯하다). 즉 ‘기업의 정치자금 기부행위는 국가로부터 일정한 반대급부를 목표로 하는 정치자금 기부

로 전략할 가능성이 농후하고, 기업이 자금이 필요한 정치인이나 정당에 정치자금을 기부하고 정치자금을 기부받은 정치인이나 정당은 이에 대한 대가로 특혜를 줌으로써 정경유착이 이루어지고, 이는 기업간의 자유경쟁을 왜곡하여 헌법 제119조 제1항에 위반될 여지마저 있다'고 하면서,⁴³⁾ 우리 사회에서 오랜 기간 지속되었던 정경유착의 고리를 고려하면 현 제도가 변경되는 것은 곤란하고⁴⁴⁾, 자유위임을 대원칙으로 하는 대의제 민주주의 원칙에 비추어 이러한 형태의 정경유착은 더더욱 용납될 수 없다는 취지로 주장한다⁴⁵⁾.

한편 헌재 2008헌바89결정에서 다수의견이 단체 관련 자금 정치자금 기부 금지규정의 입법목적이 '부패의 차단'에 있음을 명백하게 선언한 것은 아니다. 다만 위 결정에서 헌법재판소는 우리 정치자금법이 정치자금에 대하여 엄격하게 규율하는 것은 "종래 정치자금의 수수가 부정과 부패에 연결되었던 우리나라의 정치자금 실태에 대한 반성에서 비롯된 것(헌재 2009. 12. 29. 선고 2008헌마141 결정)"임을 언급하면서, "달리 그러한 입법 목적 달성을 위한 덜 제약적인 수단이 존재함이 명백하지 않은 이상 단체 관련 자금 정치자금 기부 금지규정이 침해의 최소성 원칙에 위반된다고 보기 어렵고, 나아가 금권정치와 정경유착의 차단, 선거의 공정성 확보 및 단체와의 관계에서 개인의 정치적 기본권 보호 등 이 사건 기부금지 조항에 의하여 달성되는 공익은 대의민주제를 채택하고 있는 민주국가에서 매우 크고 중요한 것"이라고 판시하였다. 이는 '부패의 차단'이 위 금지규정의 주요한 입법목적임을 나타낸 것으로 보인다⁴⁶⁾.

43) 정종섭, 전계논문, 165쪽 참조.

44) 홍완식, 전계논문, 122쪽 참조.

45) 기현석, 전계논문, 182~183쪽

46) 헌재 2008헌바89 결정에서 재판관 김종대의 별개의견도 "종전의 위헌결정 이후 시행된 2002년 대통령선거 당시 대기업들이 대통령 후보를 배출한 정당에 수백억 원의

헌법재판소는 이후의 헌재 2013헌바168 결정에서 “(정당에 대한 정치자금 기부 금지규정은) 정당 후원회를 금지함으로써 불법 정치자금 수수로 인한 정경유착을 막고 정당의 정치자금 조달의 투명성을 확보하여 정당 운영의 투명성과 도덕성을 제고하기 위한 것이다. 정당과 기업의 유착은 필연적으로 민의를 왜곡시키고 정치적 부패를 야기함으로써 헌법이 지향하고 있는 정당제 민주주의를 훼손시킬 우려가 크기 때문에 이를 방지할 필요가 있다는 점에서 그 목적의 정당성을 인정할 수 있다.”고 하여 ‘부패의 차단’이 정당에 대한 정치자금 기부 금지규정의 위헌 여부를 판단함에 있어서도 가장 주요한 입법목적임을 밝혔다.

3. 과잉금지원칙 심사

헌법재판소는 위와 같은 입법목적에 기반하여, 단체의 정치자금 기부를 금지하는 것은 위 각 입법목적에 달성할 수 있는 수단으로서 정당화되며, 개인의 정치적 의사형성이 온전하게 이루어질 수 있는 범위에서의 자금모집에 관한 단체의 관여를 일반적·추상적으로 규범화하여 허용하는 것은 입법기술상 곤란할 뿐만 아니라, 개인의 정치적 기본권 보호

대선자금을 차떼기로 제공하였다는 사실이 밝혀졌고, 그와 같은 거액의 정치자금을 기부받은 정당이나 대의기관이 정치자금 제공자에 대하여 부적절한 특혜를 부여한 정황이 있다는 문제제기가 이어졌으며, 그뿐만 아니라 그 이전에 실시된 대통령 선거에서도 거액의 대선자금이 수수되었다는 사정이 드러나게 되었다. 이에 따라 비금전적인 정치활동의 자유는 보장하여야 하되, 금전을 통해 민주적 의사결정과정에서 왜곡되거나 선거의 공정성이 흔들리는 사태는 막아야 했고, 오랫동안 지속되어 온 불법적 정치자금 제공의 관행을 근절하자면 강력한 입법적 조치가 필요하다는 전국민적 공감대가 형성되게 되었는바, 이에 기초하여 국회는 단체의 정치자금 기부를 전면적으로 금지한 단체의 정치자금 기부 금지규정이 포함된 새로운 정치자금법을 입법하기에 이르렀다”고 하여 연혁상 정경유착 관행의 근절, ‘부패의 차단’이 위 금지규정의 주요한 입법목적임을 밝혔다.

라는 입법목적 달성에 충분한 수단이라고 보기 어렵고, 달리 덜 제약적 수단이 존재함이 명백하지 않은 이상 단체의 정치자금 기부 금지규정이 침해의 최소성 원칙에 위반된다고 보기 어렵다고 보았다.

나아가 헌법재판소는 단체의 정치자금 기부 금지규정에 의한 개인이나 단체의 정치적 표현의 자유 제한은 내용중립적인 방법 제한으로서 수인 불가능할 정도로 큰 것이 아닌(다시 말해서 본질적 내용도 침해하는 것이 아닌) 반면, 금권정치와 정경유착의 차단, 단체와의 관계에서 개인의 정치적 기본권 보호 등 위 금지규정에 의하여 달성되는 공익은 대의 민주제를 채택하고 있는 민주국가에서 “매우 크고 중요하다”는 점에서 법익의 균형성 원칙도 충족되므로, 단체 관련 자금 정치자금 기부 금지규정이 과잉금지원칙에 위반하여 정치활동의 자유 등을 침해하는 것이라 볼 수 없다고 판시하였다.

제 3 장 본질성 침해 심사

제 1 절 단체의 정치자금 기부권의 정치적 자유권성

I. 개설

우리 헌법에서 정치자금 기부권이 정치적 자유권에 해당한다는 명문 규정을 두고 있는 것은 아니다. 그러나 국민은 정치자금의 기부를 통해 정치적 의사표현의 자유를 실현한다는 것이 학계의 일반적 견해이다. 헌법재판소도 현재 2008헌바89 결정 및 다수 결정에서 단체의 정치자금 기부권의 자유권성을 인정하였고, 이는 ‘정치적 표현의 자유’ 내지는 정치활동의 자유에 해당한다고 보았다.

이하에서는 단체의 정치자금 기부권이 기본권체계상 어떠한 지위를 갖고, 어떠한 기본권의 보호영역에 포함되는지에 관하여 본다.

II. 단체의 정치자금 기부권의 정치적 자유권성

1. 단체의 정치적 표현의 자유로서의 정치자금 기부권

정치적 생활영역에서 국가권력의 간섭이나 통제를 받지 아니하고 자유롭게 정치적 의사를 형성하고 발표할 수 있는 자유를 정치적 의사표현의 자유라고 한다. 헌법은 표현의 자유를 보장하면서 표현의 대상이 되는 의사뿐만 아니라 의사의 전달이나 전파의 방법도 보장한다. 의사의 표현과 전파의 방법에는 제한이 없다. 언어이든 비언어적인 방법이든 의사표현 또

는 전파의 매개체는 어떠한 형태이건 가능하며 그 제한이 없다고 하는 것이 헌법재판소의 확립된 견해이다⁴⁷⁾.

정치자금의 기부도 의사전달적 요소를 가지고 있고, 특정인이나 특정 정당에게 기부하는 경우 정치적 신념을 기부행위를 통해서 실천하려는 메시지가 있다고 보기에 충분하므로⁴⁸⁾, 정치자금의 기부는 의사표현의 한 방법으로 평가함에 부족함이 없다. 더구나 헌법재판소가 밝혔듯이, 오늘날 정치적 기본권은 선거권, 공무담임권, 국민투표권 등 이른바 참정권뿐만 아니라, 국민이 정치적 의사를 자유롭게 표현하고, 국가의 정치적 의사형성에 참여하는 정치적 활동을 총칭하는 것으로 인식되고 있다. 즉 정치적 자유권은 정치적 의사를 자유롭게 표현하고, 자발적으로 정당에 가입하고 활동하며, 자유롭게 선거운동을 할 수 있는 것을 주된 내용으로 하는 것이다⁴⁹⁾.

이처럼 정치자금 기부권이 정치적 표현의 자유의 보호영역에 해당한다고 볼 것인 이상 단체의 정치자금 기부권도 당연히 정치적 표현의 자유의 보호영역에 해당한다고 보아야 할 것이다.

헌재 2008헌바89 결정에서 다수의견도 “특정한 정당이나 정치인에 대한 정치자금의 기부는 그의 정치활동에 대한 지지·지원인 동시에 정책적 영향력 행사의 의도 또는 가능성을 내포하고 있다는 점에서 일종의 정치활동 내지 정치적인 의사표현이라 할 것인바, 누구든지 단체와 관련된 자금으로 정치자금을 기부할 수 없도록 한 단체의 정치자금 기부 금지규정은 정치활동의 자유 내지 정치적 의사표현의 자유에 대한 제한이 된다고 볼 수 있다.”고 판시하였다⁵⁰⁾.

47) 조재현, ‘정치자금의 기부행위 제한과 정치적 표현의 자유’, 헌법판례연구 제16권, 2015, 194쪽 참조.

48) 조재현, 전계논문, 195쪽 참조.

49) 헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710 결정 참조.

2. 단체의 정치활동의 자유로서의 정치자금 기부권

또한 헌법재판소가 헌재 95헌마154 결정, 헌재 2013헌바168 결정 등에 서 적절하게 지적하였듯이, 오늘날 정당제 민주주의에서 정당을 통하지 않고서는 어떠한 사회단체도 자신의 정치적 영향력을 효율적으로 행사할 수 없고 이로써 의회와 정부 등 국가기관의 결정에 큰 영향력을 행사할 수 없으므로, 정치자금의 기부는 정당에 영향력을 행사하는 중요한 방법의 하나임을 부인할 수 없다⁵¹⁾. 그리고 정당은 정치적 결사로서 국민의 정치적 의사를 적극적으로 형성하고 각계 각층의 이익을 대변하며 정부를 비판하고 정책적 대안을 제시할 뿐만 아니라, 국민 일반이 정치나 국가작용에 영향력을 행사하는 매개체의 역할을 수행하는 등 현대의 대의제 민주주의에 없어서는 안 될 중요한 공적 기능을 수행하고 있다⁵²⁾.

정당이 위와 같은 공적 기능을 수행하는 데 필요한 자금이 현저하게 늘어난 현대의 정치상황을 염두에 둔다면, 국고에서 정치자금 전체를 보조할 수 없는 이상 정당 또는 정치인으로서 정치자금 조달도 중요한 정치활동의 하나가 될 수밖에 없고⁵³⁾ 정당 또는 정치인에게 정치자금을 기부

50) 재판관 김희옥은 위헌의견에서 “민주주의의 기본정신 중 하나가 국민이 정책의제에 대한 통제를 할 수 있어야 한다는 점이라고 할 때 정보의 최대공유는 매우 중요한 의미를 가지며, 자금은 이러한 정보교환기능이 원활히 수행될 수 있도록 하는 중요한 자원이 되므로 정치활동에 미치는 영향이 클 수밖에 없고, 특정한 정당이나 정치인에 대한 정치자금의 기부는 그의 정치활동에 대한 지지·지원인 동시에 정책적 영향력 행사의 의도 또는 가능성을 내포하는 일종의 정치활동 내지 정치적인 의사표현에 해당한다.”는 의견을 피력하였다.

51) 헌재 95헌마154 결정 참조.

52) 헌재 2009. 10. 29. 선고 2008헌바146 결정 등 참조.

53) 헌법재판소도 “헌법 제8조 제3항에서 국가는 법률이 정하는 바에 의하여 정당운영에 필요한 자금을 보조할 수 있다고 규정하고 있으나, 재정적 제약 아래에서 충분한

하려는 정치주체의 입장에서조차 정치자금 기부가 중요한 정치활동의 하나임은 부인할 수 없을 것이다. 즉 단체의 정치자금 기부권은 정치활동의 자유의 보호영역에도 해당한다.

노동단체에 대한 정치자금 기부 금지규정을 위헌으로 판시한 헌재 95헌마154 결정에서, 헌법재판소도 “(위 금지규정은) 노동단체가 정당에 정치자금을 기부하는 것을 금지함으로써 청구인이 정당에 정치자금을 기부하는 형태로 정치적 의사를 표현하는 자유를 제한하는 한편, 정치자금의 기부를 통하여 정당에 정치적 영향력을 행사하는 결사의 자유(단체활동의 자유)를 제한하는 규정”이라고 하여 노동단체의 정치자금 기부권은 정치적 표현의 자유이자 단체활동의 자유에 해당한다고 판시한 바 있다.

헌재 2008헌바89 결정에서 다수의견도 “특정한 정당이나 정치인에 대한 정치자금의 기부는 그의 정치활동에 대한 지지·지원인 동시에 정책적 영향력 행사 의도 또는 가능성을 내포하고 있다는 점에서 일종의 정치활동 내지 정치적인 의사표현이라 할 것인바, 누구든지 단체와 관련된 자금으로 정치자금을 기부할 수 없도록 한 이 사건 기부금지 조항은 정치활동의 자유 내지 정치적 의사표현의 자유에 대한 제한이 된다고 볼 수 있다.”고 판시하여 단체의 정치자금 기부권은 정치적 의사표현의 자유의 보호영역뿐 아니라 정치활동의 자유의 보호영역에도 포함된다고 보았다⁵⁴⁾.

자금을 보조하기는 어렵다. 선거에 있어서는 헌법 제116조 제1항에서 선거운동 법정주의와 기회균등원칙을 천명하고, 같은 조 제2항에서 법률이 정하는 경우를 제외하고는 선거에 관한 경비는 정당 또는 후보자에게 부담시킬 수 없다고 규정하고 있기는 하나, 그밖에 정치인 개인의 정치활동에 필요한 비용을 보조하는 규정은 없다, 그러므로 정당 또는 정치인으로서 정치자금 조달도 중요한 정치활동의 하나가 될 수밖에 없다.”고 판시하였다(헌재 2004. 6. 4. 선고 2004헌바16 결정 참조).

54) 한편 재판관 조대현, 목영준, 송두환은 “헌법 제21조가 보장하는 결사의 자유는 단체결성의 자유, 단체 가입·탈퇴의 자유, 단체 활동의 자유, 단체 존속의 자유를 포함한다. 정치적 활동을 목적으로 결성된 단체는, 정당으로 등록하지 않더라도, 그 단체의

3. 정당활동의 자유와의 관계

현대 민주주의국가의 정치현실에서 정당이 정치자금을 모금하는 것은 정당의 조직과 기능을 원활하게 수행하는 필수적인 요소이자 정당활동의 자유를 보장하기 위한 필수불가결한 전제로서, 정당활동의 자유의 내용에 당연히 포함된다고 할 수 있으므로⁵⁵⁾, 단체의 정치자금 기부권 보장은 정당 및 정당을 지지하는 사람들의 자유권인 정당활동의 자유 증진과도 연관이 있다고 보아야 할 것이다⁵⁶⁾.

한편 헌법재판소가 여러 차례 적절하게 지적한 바와 같이, 헌법은 제8조에서 정당이 그 설립과 활동에 있어서 국가로부터 자유로울 것을 보장하고 있을 뿐 개인, 기업, 단체의 영향력으로부터 자유로울 것을 보장하고 있지는 않으므로, 사인이 정당에 정치자금을 기탁하는 것을 원칙적으로 금지하지 않는다⁵⁷⁾. 그렇다면 우리 헌법상 정당활동의 자유가 단체의 정치자

목적에 따른 정치활동을 하고 정치자금을 기부하는 것도 결사의 자유로서 보호된다. 그리고 정치적 활동을 목적으로 하지 않는 단체라도 그 단체의 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에는 단체 또는 구성원의 이름으로 정치적 활동을 할 수 있고 정치자금을 기부할 수 있으며, 그러한 정치적 활동도 결사의 자유로서 보호된다.”고 하여 정치적 활동을 목적으로 결성된 단체는 물론 정치적 활동을 목적으로 하지 않는 단체의 정치자금 기부권도 결사의 자유로서 보호된다고 하여 단체의 정치자금 기부 금지규정을 결사의 자유 침해 문제로 이해하였다.

55) 헌재 2013헌바168 결정 참조.

56) 정당에 대한 정치자금 기부 금지규정이 헌법에 합치하지 않는다고 판시한 헌재 2013헌바168 결정에서, 헌법재판소도 “(정당에 대한 정치자금 기부 금지규정은) 국민이 정당에 대한 재정적 후원을 통해 정당의 정책과 후보자를 지지하는 것을 금지함으로써 국민의 정치적 의사표현의 자유를 제한하고, 정당이 목적에 따른 활동에 필요한 비용을 마련하기 위해 후원회를 지정·운영하는 것을 금지함으로써 헌법 제8조가 보장하는 정당활동의 자유를 제한한다.”고 판시한 바 있다.

57) 헌재 95헌마154 결정 참조.

금 기부권 보장과 충돌관계에 있다고 볼 수는 없을 것이다⁵⁸⁾.

4. 단체의 정치적 자유권과 개인의 정치적 자유권 사이의 관계

단체의 정치자금 기부권이 단체가 가지는 정치적 자유권에 해당한다고 하여 그 중요성을 개인의 정치자금 기부권에 비해 낮게 볼 만한 근거도 없다고 보인다. 우리 헌법에서 정치표현·정치활동의 자유의 주체를 선거권자나 피선거권자가 될 수 있는 자연인에 한정할 헌법적 근거가 없으며, 자연인의 정치적 자유권이 단체의 정치적 자유권에 비하여 우월하다고 볼 헌법적 근거도 없기 때문이다.

한편 헌법재판소는 개인적 단결권과 집단적 단결권 사이의 충돌이 문제된 헌재 2005. 11. 24. 선고 2002헌바95 등 결정에서, “개인적 단결권과 집단적 단결권이 충돌하는 경우 기본권의 서열이론이나 법익형량의 원리에 입각하여 어느 기본권이 더 상위기본권이라고 단정할 수는 없다. 왜냐하면 개인적 단결권은 헌법상 단결권의 기초이자 집단적 단결권의 전제가 되는 반면에, 집단적 단결권은 개인적 단결권을 바탕으로 조직·강화된 단결체를 통하여 사용자와 사이에 실질적으로 대등한 관계를 유지하기 위하여 필수불가결한 것이기 때문이다.”라고 판시하였는데, 위와 같은 논리는 개인의 정치적 자유권과 단체의 정치적 자유권 사이의 관계에서도 통용될 수 있을 것으로 보인다. 즉 개인의 정치적 자유권이 단체의 정치적 자유권의 전제가 되는 한편으로 단체의 정치적 자유권은 개인이 정치적 자유의 행사를 통하여 정치영역에 효과적으로 개인의 목소리를 표현할 수 있도록 하는 수단으로 작용한다고 볼 수 있다.

58) 이와 달리 단체의 정치자금 기부를 허용할 경우 명령적 위임이 발생할 가능성이 있어 대의민주주의의 이념에 따른 정치활동의 자유를 침해할 수 있다는 견해로 기현석, 전개논문 참조.

다시 말하면, 개인의 정치적 자유권과 단체의 정치적 자유권은 반드시 충돌 관계에 있다고 단정할 수 없으며, 오히려 단체의 정치적 자유권을 보장함으로써 개인의 정치적 자유권을 증진시키는 결과를 기대할 수도 있다. 그렇다면 과연 개인의 정치자금 기부권 중 ‘개인이 단체의 영향력이 없는 정치상황에서 정치자금을 기부할 권리’를 특별히 강하게 보호할 필요가 있는지, 즉 개인의 정치자금 기부권과 단체의 정치자금 기부권과 진정으로 기본권 충돌 관계에 있는 것인지도 의문이다(이에 대하여는 아래 제4장 ‘과잉금지원칙 심사’ 부분에서 다시 상술한다).

Ⅲ. 비교법적 고찰

1. 미국의 경우

미국에서 시민의 정치참여는 수정헌법 제1조에 의하여 보장되는 것으로 이해된다⁵⁹⁾. 미국 연방대법원도 정치자금의 기부는 수정헌법 제1조가 민주주의의 근간으로서 보호하는 ‘표현의 자유’의 보호영역에 해당한다고 보고 있다. 미국 연방대법원은 Buckley v. Valeo(1976) 사건에서, “어느 사회구성원의 표현의 자유를 더욱 강하게 보장한다는 공익을 위하여 다른 사회구성원의 표현의 자유를 규제할 수 있다는 논리는 수정헌법 제1조의 이념과는 완전히 동떨어진 것이다. 수정헌법 제1조의 의미는 첫째, 다양한 관점과 대립적 관점에서 나온 정보를 최대한 보장하고, 둘째, 사상의 자유로운 교환을 보장함으로써 국민들이 원하는 정치적·사회적 변화를 이끌어낸다는 데 있다.”라고 판시하였다⁶⁰⁾.

59) 엄기홍, ‘미국의 정치기부금 제한법과 이익집단: 주 차원의 경험적 연구’, 한국정치학회보 제38집 제3호, 한국정치학회, 2004, 459~460쪽 참조.

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

또한 Citizens United v. FEC(2010) 사건에서 미국 연방대법원은, “표현은 민주주의의 기본원리로서, 시민들의 질문하고 듣고 말하고 합의에 이르기 위해 정보를 이용하는 권리는 민주주의를 보호하기 위한 필수적인 수단”이고, 따라서 “(특히) 정치적 표현은 자유를 제한하는 다른 법률들보다 우위에 있어야 한다.”고 판시하였다⁶¹⁾. 나아가 위 사건에서 연방대법원은(5인 의견) 수정헌법 제1조의 표현의 자유규정은 개인의 자유와 단체의 자유를 구분하지 않고 있으므로 단체도 개인과 동등한 자유를 향유하여야 한다고 보았다. “특정 후보를 지지하거나 비방하는 개인의 언론의 자유를 정부가 제한할 수 없는 것처럼 이러한 개인들의 모임으로 구성된 단체가 특정 후보의 당락을 위하여 자금을 지출하는 것을 정부가 제한한다면, 이는 표현과 언론의 자유를 규정한 수정헌법 제1조에 위배된다.”⁶²⁾

이처럼 미국에서는 수정헌법 제1조와 관련하여 선거자금의 규제 역시 정치적 표현의 자유에 대한 제한으로서 허용되지 않는다는 엄격한 해석이 강조되고 있고, 나아가 그러한 엄격한 해석의 필요성이 개인뿐 아니라 단체에 대하여도 동등한 정도로 강조되고 있는 것이다⁶³⁾. 후술하는 바와 같이, 미국 연방대법원은 그러한 엄격한 해석 아래 Buckley v. Valeo(1976) 판결 이래로 ‘정치자금 공개원칙’을 제외한 여타의 정치자금 규제법률들을 차례차례 위헌으로 판결하여 나간 끝에⁶⁴⁾, 개인 및 단체의

61) Citizens United v. FEC, 558 U.S. 310(2010).

62) Citizens United v. FEC, 558 U.S. 310(2010); 정영철, ‘기업의 정치적 표현과 언론의 자유 - 최근 미국 연방대법원 판결이 한국에 주는 시사점’, 언론과 법 제9권 제2호, 한국언론법학회, 2010. 12., 211쪽 이하 참조.

63) 성중탁, 전계논문, 223쪽 참조.

64) Federal Elections Commission v. Massachusetts 적용배제 규정 of Life, 479 U.S. 238(1986), Citizens United v. FEC, 558 U.S. 310(2010), McCutcheon v. FEC, 572 U.S.(2014) 등 다수 판결 참조. 위 판결들의 자세한 내용에 대하여는 아래 제4장 등에

정치자금의 기부권을 제한하는 법원칙으로는 오로지 ‘부패의 차단’을 위한 ‘정치자금 공개원칙’만을 허용하고, 기부·모금의 상한 등을 규정하였던 여타의 정치자금 규제법률은 사실상 전부 위헌으로 선언한 상태이다.

2. 일본의 경우

일본도 단체가 정치자금을 기부할 권리는 정치적 표현의 자유에 속한다고 보고 있다. 일본최고재판소는 야와타제철 정치헌금사건(1970) 판결 등에서 기업도 자연인과 같이 정치자금을 기부할 수 있는 권리를 가지며, 이는 헌법상 인정되는 표현의 자유에 속한다고 인정한 바 있다⁶⁵⁾.

한편 후술하는 바와 같이 일본은 단체가 정치인 개인에게 기부를 하는 것은 금지하였지만(후보자 선거운동비용 제외), 정당에 대하여는 기업의 규모에 따라 750만 엔에서 1억 엔까지 기부할 수 있도록 하여 정당 및 정당활동단체 이외의 자에 대하여 연간 1000만 엔을 기부할 수 있는 개인보다도 모금한도를 높게 해 두었다⁶⁶⁾.

IV. 소결

단체의 정치자금 기부권은 정치적 자유권의 보호영역에 해당하고, 세부적으로는 정치적 표현의 자유, 정치활동의 자유로 나눌 수 있다. 또한 현

서 다시 상술한다.

65) ‘기업은 자연인과 같이 정부나 정당의 정책에 대한 지지 장려 또는 반대를 함으로써 정치활동에 참여할 정치적 표현의 자유를 가지며 정치자금 기부는 실제로 그러한 표현의 자유를 일부 행사하는 부분이다.’ 성중탁, 전계논문, 222쪽의 위 판결 인용부분 참조.

66) 최용기, 전계논문, (논문 중) 6쪽; 김건식, 회사의 정치헌금, 법조 제35권 제2호, 1986, 97쪽 참조.

대 민주주의국가의 정치현실에서 정당이 정치자금을 모금하지 아니하면 사실상 효과적인 정치활동이 불가능하다는 점에서, 단체의 정치자금 기부권 보장은 정당활동의 자유를 증진시키는 수단이 될 수 있다.

그런데 아래에서 다시 보는 바와 같이 위 각 기본권 중 정치적 표현의 자유는 특별한 중요성을 가지기 때문에, 본고에서는 단체의 정치자금 기부권은 주로 정치적 표현의 자유의 보호영역에 포섭된다고 보고⁶⁷⁾ 단체의 정치자금 금지규정이 단체의 정치적 의사표현의 자유를 침해하는지 여부를 중심으로 논의를 진행하여 나가고자 한다.

먼저 단체의 정치자금 기부 금지규정이 단체의 정치적 표현의 자유의 본질적 부분을 침해하는지 여부에 관하여 보기로 한다. 본질적 부분의 침해 여부는 ① 단체의 정치자금 기부권이 단체의 정치적 표현의 자유 중 본질적 부분을 구성하는지 여부, 그리고 ② 단체의 정치자금 기부권을 전면 제한하는 단체의 정치자금 기부 금지규정이 정치적 표현의 자유에 대한 ‘내용중립적 제한’으로서 정당화될 수 있는지 여부의 판단에 따라 갈릴 수 있을 것이다. 순차로 살펴본다.

제 2 절 단체의 정치자금 기부권이 단체의 정치적 표현의 자유 중 본질적 부분을 구성하는지 여부

I. 개설

이하에서는 우선 단체의 정치적 자유권에 속하는 자유 중 가장 특별하게 보호되어야 할 자유인 정치적 표현의 자유 보장의 헌법적 근거에 대해

67) 헌재 95헌마154 결정 다수의견의 입장도 같다.

여 살핀다. 그 근거는 크게 언론·출판의 자유를 보장하는 헌법 제21조, 인간의 존엄성이 헌법 제1의 기본권임을 밝히는 헌법 제10조, 그리고 민주주의 질서가 우리 헌법의 기본원리임을 천명하는 헌법 제1조에서 찾을 수 있다.

II. 우리 헌법상 정치적 표현의 자유 보장의 근거

1. 헌법 제21조, 헌법 제10조와 표현의 자유

우리 헌법은 ‘표현의 자유’ 표제로 별도의 규정을 두고 있지는 않지만⁶⁸⁾, 언론·출판·집회·결사의 자유에 관한 헌법 제21조가 표현의 자유를 포괄적으로 보장하는 일반조항으로 이해된다. 헌법재판소에 따르면 “헌법 제21조 제1항은 모든 국민은 언론·출판의 자유를 가진다고 규정하여 언론·출판의 자유를 보장하고 있는바, 의사표현의 자유는 바로 언론·출판의 자유에 속한다.”⁶⁹⁾

68) 이 점에서 수정헌법 제1조에서 언론 및 출판의 자유에 대하여 강력한 보호가 제공됨을 명문화하고 있는 미국과 다르다. 수정헌법 제1조는 “합중국의회는 (중략) 언론 및 출판의 자유를 (중략) 제한하는 어떠한 법률도 제정할 수 없다.”고 하여 그 문언 자체로 표현의 자유에 대한 매우 강력한 보호를 제공한다. 이로 인하여 미국에서는 표현의 자유가 다른 헌법상의 권리에 비하여 좀 더 두텁게 보호되어야 한다는 우월적 지위이론(preferred position doctrine)이 지배적 견해로 자리잡게 되었다. 자세한 내용은 김시철, ‘언론·출판의 자유와 인격권의 대립과 조화에 대한 비교법적 검토-미국의 언론·출판의 자유에 관한 우월적 지위이론, 현실적 악의 원칙 등에 관하여-’, 저스티스 제147호, 2015, 60쪽 이하 참조.

잘 알려진 바와 같이 우리 헌법 제21조 등의 규정형식은 독일, 일본의 규정형식과 유사하다. 즉 우리 헌법 제21조는 표현의 자유에 대하여 헌법상으로 다른 기본권에 대하여 특별한 우위를 인정하지 않고, 다른 기본권과 마찬가지로 헌법 제37조 제2항에 따라 과잉금지원칙에 따른 일반적 제한을 받도록 하고 있다.

69) 헌재 2001. 8. 30. 선고 2000헌가9 결정 참조.

또한 헌법 제10조에서 제1의 기본권이자 모든 기본권의 전제로서 보장하는 인간의 존엄성에서도 표현의 자유 보장의 근거를 도출할 수 있을 것이다. 인간존엄의 실현과 표현활동의 보장은 불가분의 관계에 놓여 있다. 표현활동의 보장은 다른 기본권에 대한 논의를 가능하게 하는 시작점으로 기능하기 때문이다⁷⁰⁾.

2. 민주주의 원리와 정치적 표현의 자유

한편 ‘정치적’ 표현의 자유에 있어서는, 민주주의 원리가 공동체 의사 결정에서 구성원의 표현활동을 통한 참여를 본질로 하고 있다는 점에서도 그 근거를 찾을 수 있을 것이다. 민주적 정치질서를 국민주권에 기초한 정치질서라고 할 때, 정치적 결정은 국민의 개개의 정치적 표현의 자유 행사 행위로서 직접 또는 간접으로 행해지고, 그러한 정치적 표현의 자유 행사 행위로서 정당화되기 때문이다⁷¹⁾. 이처럼 개개인의 정치적 자유를 전제로 하는 현대 민주주의에서, 정치적 표현의 자유 보장의 중요성은 더욱 특별하게 강조되어야 할 것이다⁷²⁾.

70) 이준일, ‘혐오표현과 차별적 표현에 대한 규제의 필요성과 방식’, 고려법학 제72호, 2014. 3., 74쪽 참조.

71) 조재현, 전계논문, 191쪽; 계희열, 헌법학(중), 박영사, 2007 참조.

72) 표현의 자유와 인격권 사이의 충돌에 관한 논의에서는 헌법 제10조가 헌법 제21조에 우선하여 규정되어 있는 위 형태가 표현의 자유보다 인격권이 우선하여야 한다는 주장의 한 근거가 되기도 한다. 참고로 독일기본법 제1조는 인간의 존엄성을 강조하고 모든 국가권력이 여기에 기속된다는 것을 명시하여 객관적 가치질서를 확립하고 있고, 이에 독일에서는 표현의 자유와 인간의 존엄성이 충돌할 경우에 인간의 존엄성을 우선적으로 고려하는 것이 기본원칙이 된다. 자세한 내용은 강승식, ‘독일기본법상 표현의 자유 제한에 대한 비판적 고찰’, 중앙법학 제7집 제2호, 중앙법학회, 2005, 8쪽 이하 참조.

그러나 단체의 정치자금 기부 금지규정에 관한 논의에 있어서는 헌법 제10조도 표현

헌법재판소도 1992. 2. 25. 선고 89헌마104 결정에서, “자유민주주의 사회는 전체주의 사회와 달라서 정부의 무류성을 믿지 않으며 정부는 개인이나 일반대중과 마찬가지로 또는 그 이상으로 오류를 범한 가능성이 있을 뿐 아니라 권력을 가진 자가 오류를 범한 경우의 영향은 대단히 크다고 하는 역사적 경험을 전제로 하여 정부가 국민의 비판을 수렴함으로써 오류를 최소화할 수 있다는 사고방식을 보편적으로 수용하고 있는 것이다. 표현의 자유가 다른 기본권에 우선하는 헌법상의 지위를 갖는다고 일컬어지는 것도 그것이 단순히 개인의 자유인데 그치는 것이 아니고 통치권자를 비판함으로써 피치자가 스스로 지배기구에 참가한다고 하는 자치정체의 이념을 그 근간으로 하고 있기 때문인 것이다.”라고 하여 일찍이 민주주의질서에서 정치적 표현의 자유가 갖는 중요성을 역설한 바 있다.

3. 헌법유보와 그 성질

한편 우리 헌법은 표현의 자유(언론·출판의 자유)가 제37조 제2항의 일반법률유보의 대상이 된다고 보는 동시에 제21조 제4항에서 언론·출판의 자유는 ‘타인의 권리나 명예’, ‘공중도덕’, ‘사회윤리’를 침해할 수 없다고 하여 헌법 자체적인 유보규정도 두고 있다. 위 유보규정은 나치즘에 대한 반성으로 ‘명백히 잘못되고 유해한 사상이 존재하며 정부가 이를 규제하는 것은 전적으로 정당하다’⁷³⁾는 기조에 서 있는 독일법체계의 영향을 받은 것이다. 독일기본법 제5조 제1항은 “누구든지 언어, 문서 그리고 그림으로써 자유롭게 의사를 표현·전달하며 …(중략)… 신문의 자유와 방송 및 필

의 자유 보장의 중요한 근거로 기능하게 될 뿐 표현의 자유와 인격권 사이의 충돌 문제는 발생하지 않는다.

73) Auschwitz Lie 판결, BVerfGE 90, 241 (1994). 자세한 내용은 강승식, 전제논문, 31쪽 이하 참조.

를 통한 보도의 자유는 보장된다. 검열은 금지된다.”고 규정하면서도 같은 조 제2항에서 “이 권리들은 일반법률규정이나 청소년보호를 위한 법률 규정, 그리고 개인의 명예권에 의하여 제한된다.”고 규정하여 우리 헌법과 마찬가지로 자체적인 유보규정을 두고 있다.

그러나 이는 일반적 법률유보에 관한 헌법 제37조 제2항을 언론·출판의 자유와 관련하여 구체화한 것으로 볼 수 있으며, 언론·출판의 자유가 역기능이 없이 동화적 통합의 실질적 원동력으로 기능할 수 있게 하려는 헌법제정권자의 의지를 밝히려는 데 그 의의가 있다고 할 것이다⁷⁴⁾. 따라서 위 헌법유보가 표현의 자유가 다른 기본권에 비하여 일반적으로 열위에 있는 기본권임을 나타내고 있다고 볼 수는 없다.

독일에서도 독일기본법상 규정된 표현의 자유에 대한 헌법유보는 표현의 자유 보장 과정에서 희생될 수 있는 개인의 존엄성과 방어적·투쟁적 민주주의의 이념을 위한 것으로 해석되고⁷⁵⁾ 그 외의 경우 표현의 자유를 다른 기본권에 비하여 일반적으로 열위에 두고 있는 것은 아니며, 오히려 독일 연방헌법재판소는 유명한 Lüth 판결에서 “자유민주주의국가에서 표현의 자유는 모든 영역, 특히 공적인 영역에서 매우 중요한 기능을 수행한다는 점에 유의하여 그 제한의 여부와 범위를 결정하여야 한다.”고 판시한 바도 있다.

Ⅲ. 단체의 정치자금 기부권이 단체의 정치적 표현의 자유 중 본질적

74) 허영, 헌법이론과 헌법(신정 10판), 박영사, 2005, 667쪽 참조. 한편 이와 관련하여 위 헌법유보는 제21조 제4항에 명시된 사유로만 언론·출판의 자유를 제한할 수 있게 한다는 취지로서 가중적 법률유보에 해당한다는 견해도 있으나, 위 헌법유보의 비교법적 유래 등을 고려하면 그러한 견해는 설득력이 떨어지는 것으로 보인다. 가중적 법률유보

75) Mephisto 판결, BVerfGE 30, 173 (1971); Labach 판결, BVerfGE 35, 202 (1973) 사건 외 다수. 자세한 내용은 강승식, 전제논문, 14쪽 이하 참조.

부분을 구성하는지 여부

1. 현실적 기본권 제압상황의 존재(정치적 표현의 자유권 제한)

가. 일반적 제한

(1) 선거운동의 정의와 사전선거운동금지

‘선거운동’이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위, 즉 특정 선거에서 특정 후보자를 당선 또는 낙선시키려는 목적의사를 가지고 하는 행위를 말한다(공직선거법 제58조 제1항76). 누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있으나 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 금지 또는 제한되는 경우에는 그러하지 아니하다(제58조 제2항). 예컨대 선거운동은 원칙적으로 선거기간 개시일부터 선거일 전일까지에 한하여 할 수 있고(제59조77), 선거기간 외의 기간에 선거운동을 하면 처

76) 제58조(정의 등)

① 이 법에서 "선거운동"이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 선거운동으로 보지 아니한다.

1. 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시
2. 입후보와 선거운동을 위한 준비행위
3. 정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시
4. 통상적인 정당활동
5. 삭제 <2014.5.14.>
6. 설날·추석 등 명절 및 석가탄신일·기독교탄신일 등에 하는 의례적인 인사말을 문자 메시지로 전송하는 행위

② 누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다. 그러나 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 금지 또는 제한되는 경우에는 그러하지 아니하다.

77) 제59조(선거운동기간) 선거운동은 선거기간개시일부터 선거일 전일까지에 한하여 할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 제60조의3(예비후보자 등의 선거운동)제1항 및 제2항의 규정에 따라 예비후보자

별된다(제254조).

(2) 직접기부 제한

일반적 직접기부 제한으로는 앞서 본 기부총액 제한(정치자금법 제11조 제1항, 제12, 13조), 기부방법 등 제한(같은 법 제14조), 공개원칙(같은 법 제11조 제3항, 제4항, 제17조 등) 등이 있다. 특히 후원인 1인이 후원회에 기부할 수 있는 연간 총 한도액이 최대 연간 2,000만 원으로 제한되고, 후원회의 연간 모금 한도 총액은 선거비용제한액의 100분의 10을 넘지 못하도록 제한된다.

(3) 간접기부 제한

특정인이 후보자나 정당 등의 정치활동을 지원할 의사로 직접 정치자금을 기부하는 것을 직접기부(hard money)라고 한다면, 특정인이 후보자나 정당 등의 정치활동을 보조할 의사를 가지고 자신의 자금을 사용하여 독자적인 정치활동을 하는 것은 간접기부(soft money)⁷⁸⁾라고 할 수 있다.

등이 선거운동을 하는 경우

2. 문자메시지를 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우. 이 경우 자동 동보통신의 방법(동시 수신대상자가 20명을 초과하거나 그 대상자가 20명 이하인 경우에도 프로그램을 이용하여 수신자를 자동으로 선택하여 전송하는 방식을 말한다. 이하 같다)으로 전송할 수 있는 자는 후보자와 예비후보자에 한하되, 그 횟수는 8회(후보자의 경우 예비후보자로서 전송한 횟수를 포함한다)를 넘을 수 없으며, 중앙선거관리위원회규칙에 따라 신고한 1개의 전화번호만을 사용하여야 한다.
3. 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등을 게시하거나 전자우편(컴퓨터 이용자끼리 네트워크를 통하여 문자·음성·화상 또는 동영상 등의 정보를 주고받는 통신시스템을 말한다. 이하 같다)을 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우. 이 경우 전자우편 전송대행업체에 위탁하여 전자우편을 전송할 수 있는 사람은 후보자와 예비후보자에 한한다.

78) 미국에서 통상적으로 하드머니(hard money)란 개인, 단체, PAC등의 정치단체가 특정 후보자나 정당을 직접 지원하는 정치자금을 말하고, 소프트머니(soft money)란 직접적인 정치자금의 지원이 아니라 광고 등을 통해 지지정당이나 정치인의 정책홍보와 정당활동을 보조하는 것을 말한다. 소프트머니는 다음과 같이 분류된다.

그런데 미국과는 달리 우리나라에서는 간접기부가 거의 허용되지 아니한다.

우선 누구든지 선거기간 중(선거기간이 아닌 때에 선거운동을 위한 저술·영화 등을 배부·상영하는 것은 앞서 본 사전선거운동금지규정에 따라 금지될 것이다) 선거운동을 위하여는 공직선거법에 규정된 방법 이외의 방법으로 다음과 같은 활동을 할 수 없다; 저술·연예·연극·영화 또는 사진을 배부·공연·상연·상영 또는 게시할 수 없고(제92조), 방송·신문·통신 또는 잡지 기타의 간행물 등 언론매체를 통하여 광고할 수 없으며(제94조), 방송시설을 이용하여 선거운동을 위한 방송을 하거나 하게 할 수 없고(제98조), 교통수단·건물 또는 시설안의 방송시설을 이용하여 선거운동을 할 수 없다(제99조).

한편 공직선거법 규정에 의하여 허용되는 선거광고, 선거방송은 「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제2조(정의) 제1호 가목 및 나목에 따른 일간신문, 텔레비전 및 라디오 방송시설[「방송법」에 의한 방송사업자가 관리·운영하는 무선국 및 종합유선방송국(보도전문편성의 방송채널사용사업자의 채널을 포함한다)에서 하는 광고 및 방송연설 등으로 제한되어

1. 정책광고: 정당이나 PAC가 특정후보자를 지지하거나 반대하기 위하여 특정 후보자의 의사와 무관하게 지출하는 선거자금. 이 경우 정당이나 PAC는 정책광고 명목으로 무제한 선거비용을 지출할 수 있으며 연방선거위원회에 대한 공개보고의무를 면제받는다.
2. 비연방계좌자금: 스티커, 다구 홍보관 등 정당의 물품 구입, 유권자의 투표등록운동, 투표참여운동, 언론 홍보 등 선거와 관련되어 지출되는 주, 지방정당의 선거운동 자금을 말한다. 연방선거운동법은 PAC의 선거자금을 연방계좌와 비연방계좌로 구분하여 개설할 수 있게 하고 소프트웨어인 비연방계좌는 기부 및 지출제한, 보고와 공개의무를 면제받게 한다.
3. 내부구성원간의 활동자금: 노조와 기업, 가족 내의 한정된 구성원 간에 이루어지는 의사표현 선거인 등록 장려, 선거자금 모금 활동에 지출되는 선거비용도 소프트웨어로 분류된다. 자세한 내용은 송진섭, 위 논문, 87~90쪽 참조.

있다. 그 주체, 횟수 및 내용에는 상당한 제한이 있다. 특히 주체는 후보자나 정당 등으로 한정된다(제69 내지 74조 참조⁷⁹⁾). 또한 ‘공직선거법상 허용되는’ 저술·연예·연극·영화 또는 사진의 배부·공연·상연·상영 또는 게시방법은 제93조에서 일부 허용하는 명함의 배부, 판매를 위한 광고나 ‘통상적인 정당활동’으로 인정되는 경우 등에 한한다⁸⁰⁾. 이외의 방법은

79) 예컨대 방송광고에 관하여 공직선거법 제70조는 다음과 같이 규정하고 있다.

제70조(방송광고)

① 선거운동을 위한 방송광고는 후보자(대통령선거에 있어서 정당추천후보자와 비례대표국회의원선거의 경우에는 후보자를 추천한 정당을 말한다. 이하 이 조에서 같다)가 다음 각 호에 따라 선거운동기간중 소속정당의 정강·정책이나 후보자의 정견 그 밖의 홍보에 필요한 사항을 텔레비전 및 라디오 방송시설[「방송법」에 의한 방송사업자가 관리·운영하는 무선국 및 종합유선방송국(報道專門編成의 放送채널사용事業者의 채널을 포함한다)을 말한다. 이하 이 조에서 같다]을 이용하여 실시할 수 있되, 광고시간은 1회 1분을 초과할 수 없다. 이 경우 광고회수의 계산에 있어서는 재방송을 포함하되, 하나의 텔레비전 또는 라디오 방송시설을 선정하여 당해 방송망을 동시에 이용하는 것은 1회로 본다.

1. 대통령선거: 텔레비전 및 라디오 방송별로 각 30회 이내
2. 비례대표국회의원선거: 텔레비전 및 라디오 방송별로 각 15회 이내
3. 시·도지사선거: 지역방송시설을 이용하여 텔레비전 및 라디오 방송별로 각 5회 이내

② 삭제 <2000.2.16.>

③ 제1항의 규정에 의한 광고를 실시하는 방송시설의 경영자는 방송광고의 일시와 광고내용 등을 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 따라 관할선거구선거관리위원회에 통보하여야 한다.

④ 제1항의 방송광고는 「방송법」 제73조(放送廣告 등)제2항 및 「방송광고판매대행 등에 관한 법률」 제5조의 규정을 적용하지 아니한다.

(후략)

80) 제93조(탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지)

① 누구든지 선거일전 180일(補闕選舉 등에 있어서는 그 選舉의 실시사유가 확정된 때)부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법의 규정에 의하지 아니하고는 정당(創黨準備委員會와 政黨의 政綱·정책을 포함한다. 이하 이 條에서 같다) 또는 후보자(候補者가 되고자 하는 者를 포함한다. 이하 이 條에서 같다)를 지

아에 존재하지 않는다(이외의 허용규정 없음).

나. 단체에 고유한 제한

(1) 특정 단체의 선거운동금지

국가·지방자치단체, 향우회 등 사적모임, 후보자 또는 후보자의 가족이 임원으로 있거나 그 재산을 출연하여 설립한 등의 기관이나 단체는 그 기관·단체의 명의 또는 그 대표의 명의로 선거운동을 할 수 없다⁸¹⁾.

지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 그 밖에 이와 유사한 것을 배부·첩부·살포·상영 또는 게시할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 그러하지 아니하다.

1. 선거운동기간 중 후보자, 제60조의3제2항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람(같은 항 제2호의 경우 선거연락소장을 포함하며, 이 경우 "예비후보자"는 "후보자"로 본다)이 제60조의3제1항제2호에 따른 후보자의 명함을 직접 주는 행위
2. 선거기간이 아닌 때에 행하는 「정당법」 제37조제2항에 따른 통상적인 정당활동
 - ② 누구든지 선거일전 90일부터 선거일까지는 정당 또는 후보자의 명의를 나타내는 저술·연예·연극·영화·사진 그 밖의 물품을 이 법에 규정되지 아니한 방법으로 광고할 수 없으며, 후보자는 방송·신문·잡지 기타의 광고에 출연할 수 없다. 다만, 선거기간이 아닌 때에 「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제2조제1호에 따른 신문 또는 「잡지 등 정기간행물의 진흥에 관한 법률」 제2조에 따른 정기간행물의 판매를 위하여 통상적인 방법으로 광고하는 경우에는 그러하지 아니하다.
 - ③ 누구든지 선거운동을 하도록 권유·약속하기 위하여 선거구민에 대하여 신분증명서·문서 기타 인쇄물을 발급·배부 또는 징구하거나 하게 할 수 없다.

81) 제87조(단체의 선거운동금지)

- ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 기관·단체(그 대표자와 임직원 또는 구성원을 포함한다)는 그 기관·단체의 명의 또는 그 대표의 명의로 선거운동을 할 수 없다.
 1. 국가·지방자치단체
 2. 제53조(공무원 등의 입후보)제1항제4호 내지 제6호에 규정된 기관·단체
 3. 향우회·종친회·동창회, 산악회 등 동호인회, 계모임 등 개인간의 사적모임
 4. 특별법에 의하여 설립된 국민운동단체로서 국가 또는 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받는 단체(바르게살기운동협의회·새마을운동협의회·한국자유총연맹을 말한

(2) 선거운동을 목적으로 하는 단체 등 창설·조직금지

누구든지 선거에 있어서 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다)의 선거운동을 위하여 연구소·동우회·향우회·산악회·조기축구회, 정당의 외곽단체 등 그 명칭이나 표방하는 목적 여하를 불문하고 사조직 기타 단체를 설립하거나 설치할 수 없다(선거운동을 목적으로 하는 단체 창설금지, 제87조 제2항).

그리고 누구든지 공식적인 선거사무소, 선거연락소, 선거대책기구

다)

5. 법령에 의하여 정치활동이나 공직선거에의 관여가 금지된 단체
6. 후보자 또는 후보자의 가족(이하 이 항에서 "후보자등"이라 한다)이 임원으로 있거나, 후보자등의 재산을 출연하여 설립하거나, 후보자등이 운영경비를 부담하거나 관계법규나 규약에 의하여 의사결정에 실질적으로 영향력을 행사하는 기관·단체
7. 삭제 <2005.8.4.>
8. 구성원의 과반수가 선거운동을 할 수 없는 자로 이루어진 기관·단체 제53조(공무원 등의 입후보)
 - ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람으로서 후보자가 되려는 사람은 선거일 전 90일까지 그 직을 그만두어야 한다. 다만, 대통령선거와 국회의원선거에 있어서 국회의원이 그 직을 가지고 입후보하는 경우와 지방의회의원선거와 지방자치단체의 장의 선거에 있어서 당해 지방자치단체의 의회의원이나 장이 그 직을 가지고 입후보하는 경우에는 그러하지 아니하다.
 1. 「국가공무원법」 제2조(公務員의 구분)에 규정된 국가공무원과 「지방공무원법」 제2조(公務員의 區分)에 규정된 지방공무원. 다만, 「정당법」 제22조(발기인 및 당원의 자격)제1항제1호 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원(政務職公務員을 제외한다)은 그러하지 아니하다.
 2. 각급선거관리위원회위원 또는 교육위원회의 교육위원
 3. 다른 법령의 규정에 의하여 공무원의 신분을 가진 자
 4. 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조제1항제3호에 해당하는 기관 중 정부가 100분의 50 이상의 지분을 가지고 있는 기관(한국은행을 포함한다)의 상근 임원
 5. 「농업협동조합법」·「수산업협동조합법」·「산림조합법」·「업연초생산협동조합법」에 의하여 설립된 조합의 상근 임원과 이들 조합의 중앙회장
 6. 「지방공기업법」 제2조(適用範圍)에 규정된 지방공사와 지방공단의 상근 임원

등 외에 후보자 또는 후보자가 되려는 사람을 위하여 선거추진위원회·후원회·연구소·상담소 또는 휴게소 기타 명칭의 여하를 불문하고 이와 유사한 기관·단체·조직 또는 시설을 새로이 설립 또는 설치하거나 기존의 기관·단체·조직 또는 시설을 이용할 수 없다(유사기관설치금지, 제89조 제1항⁸²⁾).

(3) 직접기부 금지(단체의 정치자금 기부 금지규정)

앞서 본 바와 같이 정치자금법상 단체의 정치자금 기부 금지규정은 그 자체로 자유권 중 하나인 단체의 정치자금 기부권을 전면적·포괄적으로 배제하고 있고, 제45조 제1, 2항에서 위 금지규정을 위반할 경우 형사처벌이 가능하도록 규정하고 있다. 그리고 공직선거법은 선거사무장 등이 정치자금법 제45조 제1항 위반죄로 300만 원 이상의 벌금형을 받으면 당선무효가 되도록 규정(공직선거법 제265조)하는 한편, 정치자금법 제45조 위반죄로(문언상 동법 제45조 제2항을 포함하는 것으로 해석된다) 100만 원 이상의 벌금형을 받으면 피선거권을 박탈하도록 규정(공직선거법 제19조 제1호, 제18조 제1항 제3호)하고 있다. 즉 위 금지규정은 그 입법목적은 달성하기 위하여 단체의 정치자금 기부권을 완전히 배제하고 있을 뿐만 아니라, 위 처벌규정 등과 맞물려서 단체의 정치자금 기부권 행사사실이 있으면 이를 바로 범죄행위로 간주하여 처벌한다. 게다가 단체의 정치자금 기부권 행사의 상대방이 되었다는 이유만으로 이미 선거를 통하여 당선된 당선인의 당선사실을 무효로 할 수 있고 향후 피

82) 제89조(유사기관의 설치금지)

- ① 누구든지 제61조제1항·제2항에 따른 선거사무소, 선거연락소 및 선거대책기구 외에는 후보자 또는 후보자가 되려는 사람을 위하여 선거추진위원회·후원회·연구소·상담소 또는 휴게소 기타 명칭의 여하를 불문하고 이와 유사한 기관·단체·조직 또는 시설을 새로이 설립 또는 설치하거나 기존의 기관·단체·조직 또는 시설을 이용할 수 없다. 다만, 후보자 또는 예비후보자의 선거사무소에 설치되는 1개의 선거대책기구 및 「정치자금법」에 의한 후원회는 그러하지 아니하다.

선거권도 박탈시킬 수 있게 하는 근거로 기능하고 있기까지 하다.

이와 같이 단체의 정치자금 기부권이 형사처벌의 방법으로 규제되면서 현실적으로 제압되는 상황에서 현재 2008헌바89 결정 내용을 일관한다면, “단체의 정치자금 기부권은 자유권의 하나이다. 그러나 그 자유권을 행사하면 바로 범죄가 된다.”는 결론에 이르고 만다. 실제로 대법원은 ‘청목회 사건’에서 청목회의 간부들이 단체와 관련된 자금을 사용함으로써 단체의 정치자금 기부권을 행사하였을 뿐인데도 관련자들을 모두 형사처벌하였다.

(4) 간접기부 제한

앞서 본 공직선거법상 간접기부 제한 규정은 단체의 경우에도 동일하게 적용된다.

다. 단체로서 할 수 있는 합법적 정치활동의 범위

이처럼 우리나라 현행 정치자금법 및 공직선거법상 단체의 이름으로 할 수 있는 실질적 정치활동은, 특정 후보자나 정당을 지지할 목적의사 없이 하는 활동으로서 정치활동이라기보다는 공익활동에 가까운 공명선거추진활동⁸³⁾, 투표참여 권유활동⁸⁴⁾을 제외하면 거의 보장되지 않고 있

83) 공직선거법 제10조(사회단체 등의 공명선거추진활동)

① 사회단체 등은 선거부정을 감시하는 등 공명선거추진활동을 할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 단체는 그 명의 또는 그 대표의 명의로 공명선거추진활동을 할 수 없다.

1. 특별법에 의하여 설립된 국민운동단체로서 국가 또는 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받는 단체(바르게살기운동協議會·새마을운동協議會·韓國自由總聯盟을 말한다)
2. 법령에 의하여 정치활동이나 공직선거에의 관여가 금지된 단체
3. 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다), 후보자의 배우자와 후보자 또는 그 배우자의 직계존·비속과 형제자매나 후보자의 직계비속 및 형제자매의 배우자(이하 “候補者의 家族”이라 한다)가 설립하거나 운영하고 있는

는 수준이다. 우선 어떠한 단체도 단체와 관련된 자금으로 후보자나 정당의 정치활동을 지원할 의사로 정치자금을 기부할 수 없으며, 정치자금법이 정한 외의 방법으로 후보자나 정당에게 정치자금을 기부할 수도 없으므로, 사실상 자금을 사용하여서는 후보자나 정당을 지원할 수 있는 방법이 없다. 더구나 정치활동을 할 단체는 ‘선거운동을 위하여 설립된 단체’가 아니어야 한다.

그렇다면 정당의 정치활동을 제외하고는, 현행법상 합법적인 것으로 볼 수 있는 단체의 정치활동은 다음과 같은 경우 정도일 것이다; ‘선거운동과 무관하게 설립된 단체가’ ‘오로지 그 단체를 구성하는 개인의 자

단체

4. 특정 정당(創黨準備委員會를 포함한다. 이하 이 條에서 같다) 또는 후보자를 지원하기 위하여 설립된 단체
5. 삭제 <2005.8.4.>
6. 선거운동을 하거나 할 것을 표방한 노동조합 또는 단체
 - ② 사회단체 등이 공명선거추진활동을 함에 있어서는 항상 공정한 자세를 견지하여야 하며, 특정 정당이나 후보자의 선거운동에 이르지 아니하도록 유의하여야 한다.
 - ③ 각급선거관리위원회(읍·면·동선거관리위원회를 제외한다)는 사회단체 등이 불공정한 활동을 하는 때에는 경고·중지 또는 시정명령을 하여야 하며, 그 행위가 선거운동에 이르기나 선거관리위원회의 중지 또는 시정명령을 이행하지 아니하는 때에는 고발 등 필요한 조치를 하여야 한다.
- 84) 공직선거법 제58조의2(투표참여 권유활동) 누구든지 투표참여를 권유하는 행위를 할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위의 경우에는 그러하지 아니하다.
 1. 호별로 방문하여 하는 경우
 2. 사전투표소 또는 투표소로부터 100미터 안에서 하는 경우
 3. 특정 정당 또는 후보자(후보자가 되려는 사람을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)를 지지·추천하거나 반대하는 내용을 포함하여 하는 경우
 4. 현수막 등 시설물, 인쇄물, 확장장치·녹음기·녹화기(비디오 및 오디오 기기를 포함한다), 어깨띠, 표찰, 그 밖의 표시물을 사용하여 하는 경우(정당의 명칭이나 후보자의 성명·사진 또는 그 명칭·성명을 유추할 수 있는 내용을 나타내어 하는 경우에 한정한다)

발적인 참석과 그 개인의 개별적·자발적인 자금 출연만을 전제하면서 (단체와 관련된 자금을 전혀 사용하지 아니하면서) ‘선거운동이 허용된 선거기간 동안’ 하는 정치활동으로서, 저술·연예·연극·영화 또는 사진을 배부·공연·상연·상영 또는 게시하는 활동이 아니면서(명함 등의 배부나 판매를 위한 광고는 허용하고 있으나 이는 사실상 정치활동 허용규정으로서 의미 없다고 할 것이다), 광고나 방송에도 해당하지 않는 것이어야 한다(후보자나 정당 등의 광고 및 방송만 허용된다).

이처럼 간접기부(soft money) 방식이나 직접기부(hard money) 방식을 가리지 않고 단체의 정치자금 출연 방식을 폭넓게 부정하는 현행법 체계에서는, 단체가 그 단체의 이름으로 직접적으로 정치적 표현이나 정치적 활동을 할 만한 마땅한 방법을 생각하기 어렵다. 이는 개인의 입장에서 보더라도 개인이 단체의 이익을 위하여 단체의 자금이나 단체와 관련된 자금을 사용하여 정치적 표현을 할 방법도 없다는 것이므로, 단체의 정치자금 기부 금지규정은 개인의 정치적 표현의 자유의 본질적인 부분도 침해하고 있는 것일 수 있다. ‘청목회 사건’에서 청목회의 간부들도 단체와 관련된 자금을 기부하여서는 안된다는 금지규정의 존재를 잘 알면서도 ‘쫓개기’라는 편법을 택하는 것 외에 다른 방법을 선택하기가 어려웠던 것이다.

상황이 이러한 이상 이는 단체의 정치적 표현의 자유에 해당하는 단체의 정치자금 기부권이 완전히 제압될 뿐 아니라 개인의 기본권 실현까지 제약하고 있는 상황이라고 볼 수밖에 없다. 그럼에도 헌법재판소는 현재 2008헌바89 결정에서 이와 같은 현실적 기본권 제압상황에 대하여는 전혀 언급하지 않았다.

2. 현실적 기본권 제압상황과 본질성 침해 심사 사이의 상관관계

정치적 표현의 자유의 본질은 그 내용 표현에 있다고 볼 수도 있기 때문에, 정치적 표현의 자유를 그 표현 내용에 근거하여 제한한다면 과잉금지원칙을 적용하기 이전에 본질성 심사를 통과하기 어려울 것으로 보인다. 그렇기 때문에 사전검열금지의 원칙이 있는 것이기도 하다. 특히 정치적 표현의 자유를 형사처벌의 방법으로 규제한다면 더욱 그러하다⁸⁵⁾.

위 1.항에서 본 바와 같이 단체의 정치자금 기부 금지규정은 선거운동 기간 중이거나 아니거나를 불문하고 단체와 관련된 자금을 정치활동에 기부하는 것을 전면금지하고 있다. 여기에다가 앞서 본 바와 같이 현행 공직선거법 하에서는 단체뿐 아니라 개인에 대하여도 선거운동 기간 중의 정치적 표현의 자유를 극히 미미한 수준으로 보장하고 있는 점까지 보태어 고려한다면, 단체의 정치자금 기부 금지규정은 단체의 정치적 표현의 자유에 속하는 단체의 정치자금 기부권을 제압함으로써 단체의 정치적 표현의 자유의 본질적 내용을 침해할 가능성이 높다고 볼 수밖에 없다.

IV. 소결

표현의 자유는 모든 국민의 의사접촉의 수단으로서 정치생활과 사회생활의 방법적 기초가 될 뿐만 아니라 민주시민의 중요한 의사표현의 수단이 된다. 때문에 '정치적' 표현의 자유는 현대 민주국가에서 그 정치·사회질서의 중추로 기능한다⁸⁶⁾. 또한 앞서 본 바와 같이 단체의 정치적 자유

85) 앞서 본 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 판결(이른바 '권선택 사건'). 앞서 본 바와 같이 위 판결에서 대법원은 정치적 자유권의 영역을 형사처벌의 방법으로 규제할 경우 그 본질적인 내용을 침해하게 될 수 있음을 지적한 바도 있다

권이 개인의 정치적 자유권에 비해 기본권 서열질서상 열위에 있다고 볼 근거도 희박하므로, 단체의 정치적 표현의 자유 역시 개인의 정치적 표현의 자유와 마찬가지로 특별하게 보호되어야 할 것이다.

그러나 현행 공직선거법은 단체뿐 아니라 개인에 대하여도 선거운동 기간 외의 정치적 표현의 자유권 행사를 제약하고 있음은 물론 선거운동 기간 중의 정치적 표현의 자유도 극히 미미한 수준으로 보장하고 있다. 이러한 점을 고려한다면, 정치활동에 있어서 단체가 정치자금을 기부할 권리는 단체의 정치적 표현의 자유 발현에 있어서 핵심에 가까운 것으로 보인다. 그렇다면 단체의 정치자금 기부 금지규정은 현행 공직선거법의 각 규정과 맞물려 단체의 정치적 표현의 자유를 본질적으로 침해하는 것일 가능성이 크다⁸⁷⁾.

제 3 절 단체의 정치자금 기부 금지규정이 단체의 정치적 표현의 자유에 대한 ‘내용중립적 제한’으로서 정당화될 수 있는지 여부

I. 개설

86) 허영, 전게서, 654쪽 참조.

87) 종전의 헌재 95헌마154 결정에서 다수의견은, “노동단체가 단지 단체교섭 및 단체협약 등의 방법으로 근로조건의 향상이라는 본연의 과제만을 수행해야 하고 그 외의 모든 정치적 활동을 해서는 안된다는 사고에 바탕을 둔 노동단체의 정치자금 기부 금지규정의 입법목적은, 법의 개정에 따라 그 근거를 잃었을 뿐만 아니라 헌법상 보장된 정치적 자유의 의미 및 그 행사가능성을 공동화시키는 것”이라고 판시하여 노동단체의 정치자금 기부 금지규정은 노동단체와 일반 단체 사이의 평등원칙에 어긋날 뿐 아니라 노동단체의 정치적 표현의 자유의 본질적 내용을 침해한다는 취지로 판시한 바 있다.

한편 표현의 자유에 대한 제한은 그것이 표현의 내용에 대한 제한인가 아니면 그밖에 표현의 방법 등에 대한 제한인가에 따라 그 정도를 달리할 수 있다⁸⁸⁾. 내용에 대한 제한이 표현의 내용에 기초하여 일정한 표현내용이나 주제를 제한하는 경우에는 엄격한 심사기준을 적용한다. 반면 내용중립적인 표현의 제한에 있어서는 그것의 합헌성을 심사함에 있어서 비교적 넓은 범위의 심사기준을 적용하고 있다⁸⁹⁾. 즉 표현의 내용에 대한 제한이 될 경우 이는 표현의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것일 가능성이 크다. 그러나 표현의 방법 등에 대한 제한에 불과할 경우 이는 ‘내용중립적 제한’으로서 표현의 자유의 본질적 내용을 침해할 가능성이 낮고, 과잉금지원칙도 느슨하게 적용될 여지가 있다.

헌재 2008헌바89 결정에서 헌법재판소는 단체의 정치자금 기부 금지 규정을 내용에 따라 규제하도록 하는 것이 아니라 ‘자금’을 사용하는 방법과 관련한 규제에 불과한 것으로서 자유권인 단체의 정치적 표현의 자유를 본질적으로 침해하지 않는 내용중립적 제한이라고 보았으나, 과연 위 금지규정이 정치적 표현의 자유에 대한 내용중립적 제한에 해당할 수 있는지는 의문이다. 이하에서 이에 관하여 본다.

II. 정치적 표현의 자유 제한에 대하여 적용되어야 할 일반적 심사기준

1. ‘내용중립적 제한’ 및 ‘내용에 대한 제한’에 적용되는 심사기준

88) 조재현, 전계논문, 198쪽 참조.

89) 조재현, 전계논문, 200쪽 참조.

가. 내용중립적 제한에 관하여 적용되는 심사기준

표현의 자유에 대한 내용중립적 제한은 표현된 내용과는 관계없이 표현을 제한하는 경우를 말한다. 즉 전달하고자 하는 메시지의 의사표현적인 영향이나 효과 및 그 내용과는 관계없이 표현을 제한하는 경우를 말한다⁹⁰⁾. 시간, 장소, 방법 등을 제한하는 법률이 일반적으로 내용중립적 제한에 해당하는데, 예컨대 병원 근처에서 소음을 규제한다든지 주택가에 광고 게시판을 금지하는 법률 등이 그것이다⁹¹⁾. 내용중립적 제한에 있어서는 그것의 합헌성을 심사함에 있어서 비교적 넓은 범위의 심사기준이 적용된다. 내용중립적 제한의 하나인 표현 방법에 대한 구체적 심사기준에 관하여 헌법재판소는 ‘표현 방법에 대한 제한은 합리적인 공익상의 이유로 비례의 원칙의 준수 하에서 가능’하다고 결정한 바 있다⁹²⁾.

나. 내용에 대한 제한에 관하여 적용되는 심사기준

90) 조재현, 전제논문, 199쪽; G.R.Stone, “Content-neutral restrictions”, University of Chicago Law Review, Winter , 1987, p.48

91) 조재현, 전제논문, 199쪽; Joseph S. Johnston, “A poisoned arrow in his quiver: Why forbidding an entire branch of government from communication with a reporter violates the first amendment”, University of Baltimore Law Review, Fall 2006, p.151

92) 한 예로 우리 헌법재판소는 옥외광고물 제한이 문제된 2002. 12. 18. 선고 2000헌마 764 결정에서, ‘모든 광고를 전면적으로 금지하는 것이 아니라, 자동차 소유자 자신에 관한 내용의 광고는 허용하면서 타인에 관한 내용의 광고를 금지한 옥외광고물 제한 시행령조항은 자동차소유자 자신에 관한 광고는 허용하면서 타인에 관한 광고를 금지하는 것이므로 일견하여 표현내용에 따른 규제로 볼 수도 있으나, 이는 광고의 매체로 이용될 수 있는 차량을 (자기 소유 차량으로) (방법적으로) 제한함으로써 자동차를 이용한 광고행위의 양을 도로교통의 안전과 도시미관을 해치지 않는 적절한 수준으로 제한하려고 한 것이므로 표현의 자유를 침해한다고 볼 수 없다’고 판시하여 전형적인 과잉금지심사기준을 적용하기보다는 비교형량의 방법에 입각하여 결론을 내렸다.

내용에 대한 제한은 표현의 내용에 근거하여 제한하는 경우를 말한다. 박람회 등에서 모든 인쇄물이나 전단지 배포를 금지하는 것은 내용중립적 제한의 예에 해당하지만, ‘정치적인’ 내용의 선전을 목적으로 하는 전단지 배포를 금지하는 것은 내용에 대한 제한이 된다⁹³⁾.

표현 내용에 대한 제한에 있어서는 대체로 엄격한 과잉금지원칙에 따른 심사기준이 요구되나, 헌법재판소는 헌재 2005. 10. 27. 선고 2003헌가3 결정 등⁹⁴⁾에서 ‘상업적 표현의 자유’는 정치적·시민적 표현의 자유보다 낮은 정도로 보장되고, 따라서 완화된 심사기준으로 판단할 수 있다는 취지로 판시하여, 표현 내용에 대한 제한이라고 하더라도 상업적 표현의 자유의 경우 완화된 심사기준을 적용할 수 있다고 보고 있다.

다. 정치적 표현의 자유 제한으로서 ‘내용중립적 제한’에 적용되는 심사기준

위 헌재 2003헌가3 결정 등에서 헌법재판소가 밝힌 바와 같이, 정치적·시민적 표현의 자유는 상업적 표현의 자유보다 높은 정도로 보장된다. 헌법재판소는 서신을 이용한 선거운동의 제한에 관한 헌재 2007. 8. 30. 선고 2004헌바49 결정에서, “서신을 이용한 선거운동의 제한은 의사

93) 조재현, 전계논문, 200쪽; Joseph S. Johnston, 전계논문, p.151-155 참조.

94) 헌재 2005. 10. 27. 선고 2003헌가3 결정; 헌재 2010. 7. 29. 선고 2006헌바75 결정 등 참조. 위 각 결정에서 헌법재판소는 “상업적 표현은 표현의 자유의 보호영역에 속하지만 사상이나 지식에 관한 정치적·시민적 표현행위와 차이가 있고, 한편 직업수행의 자유의 보호영역에 속하지만 인격발현과 개성신장에 미치는 효과가 중대한 것은 아니므로, 상업광고 규제에 관한 비례의 원칙 심사에 있어서 피해의 최소성 원칙은 같은 목적을 달성하기 위하여 달리 덜 제약적인 수단이 없을 것인지, 혹은 입법목적 을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 제한인지를 심사하기보다는 입법목적 을 달성하기 위하여 필요한 범위 내의 것인지를 심사하는 정도로 완화하는 것이 상당하다.”고 판시하였다.

표현의 내용 그 자체가 아니라 선거운동 내지는 의사표현에 있어서 특정한 수단과 방법을 제한하는 것이지만 이러한 의사표현의 제한은 정치적 표현의 한 형태로서 민주사회를 구성하고 움직이게 하는 요소이므로 비례원칙에 따른 엄격한 심사기준이 적용되어야 한다.”고 판시한 바 있다. 즉 표현의 방법에 따른 제한으로서 ‘내용중립적 제한’임에도 불구하고 그 제한되는 자유가 정치적·시민적 표현의 자유이므로 엄격한 심사기준이 적용되어야 한다고 본 것이다.

헌법재판소는 헌재 2008헌바89 결정에서도 단체의 정치자금 기부 금지규정은 ‘내용중립적 제한’이라고 보고 그 제한되는 자유가 정치적 표현의 자유이므로 과잉금지원칙에 따라 심사한 것으로 보인다.

라. 정치적 표현의 자유 제한으로서 ‘내용에 대한 제한’에 적용되는 심사기준

헌법재판소가 ‘정치적’ 표현의 자유 제한으로서 ‘내용에 대한 제한’에 해당하는 경우에 관하여 직접적으로 기준을 밝힌 바는 없으나(앞서 본 바와 같이 언론의 자유·표현의 자유와 관련하여 사전검열금지의 원칙을 천명한 바 있을 뿐이다) 이 경우 과잉금지원칙을 적용하더라도 통상의 과잉금지원칙에 비하여 더욱 엄격한 과잉금지원칙이 적용되어야 할 것으로 보인다. 정치적 표현을 내용중립적으로 제한하는 경우에도 과잉금지원칙이 적용되기 때문이다.

나아가 정치적 표현의 자유의 본질은 그 내용 표현에 있다고 볼 수도 있기 때문에, 정치적 표현의 자유를 그 표현 내용에 근거하여 제한하는 것은 과잉금지원칙을 적용하기 이전에 앞서 본 본질성 심사를 통과하기 어려울 수 있다. 그렇기 때문에 사전검열금지의 원칙이 있는 것이기도 하다. 앞서 본 바와 같이, 특히 정치적 표현의 자유를 형사처벌의 방

법으로 규제한다면 더욱 그러하다⁹⁵⁾.

2. 단체의 정치자금 기부권 제한에 대하여 적용되어야 할 심사기준

단체의 정치자금 기부권은 ‘정치적 표현의 자유’ 제한에 해당한다고 보아야 하므로, 어떠한 법규가 단체의 정치자금 기부권 제한 방법으로 합헌적인 것인지 여부에 관하여 판단함에 있어서는 엄격한 심사기준이 적용되어야 할 것이다⁹⁶⁾.

이와 달리 단체의 정치자금 기부 금지규정이 단체의 자금의 사용 ‘방법’에 관련한 규제에 불과하다는 헌재 2008헌바89 결정의 논리는 결국 표현 방법에 관련한 일반규제로도 단체의 정치자금 기부권을 제한할 수 있다는 논리로 귀결되는데, 단체의 정치자금 기부권이 단체의 자금 사용권 중 하나로서 상업적 표현의 자유와 같이 일반적 표현의 자유에 불과하다면 그러한 논리도 일응 설득력이 있을 수 있다. 그러나 헌재 2008헌바89 결정에서도 인정하고 있는 바와 같이 단체의 정치자금 기부권은 단체의 정치적 표현의 자유의 보호영역에 해당하는바, 유독 단체의 자금 사용에 관하여만 정치적 표현의 자유거나 일반적 표현의 자유거나를 불문하고 표

95) 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 판결(‘권선택 사건’) 등 참조. 단체의 정치자금 기부 금지규정 등으로 인한 단체의 정치적 자유권 침해 상황은 앞서 제3장 제2절 III.에서 살핀 바와 같다.

96) Citizens United v. FEC(2010) 사건에서 미국 연방대법원은, “표현은 민주주의의 기본원리로서, 시민들의 질문하고 듣고 말하고 합의에 이르기 위해 정보를 이용하는 권리는 민주주의를 보호하기 위한 필수적인 수단”이고, 따라서 “(특히) 정치적 표현은 자유를 제한하는 다른 법률들보다 우위에 있어야 하며, 정치적 자유를 제한하는 법률은 그 제한으로 달성하고자 하는 필수적인 이익이 있고 그 이익을 위하여 엄격하게 (최소침해적으로, narrowly) 설계되어 있는지 여부에 관하여 엄격한 심사를 거쳐야 한다.”고 판시하였다[Citizens United v. FEC, 558 U.S. 310(2010)].

현 방법에 관련한 일반규제로 모두 규제할 수 있다면 단체의 정치자금 기부권을 정치적 표현의 자유의 보호영역에 포함시킬 아무런 이익이 없다.

Ⅲ. 단체의 정치자금 기부 금지규정이 단체의 정치적 표현의 자유에 대한 ‘내용중립적 제한’으로서 정당화될 수 있는지 여부

1. 정치적 표현의 자유에 대한 제한으로서 ‘내용중립적 제한’에 해당하는지 여부

단체의 정치자금 기부 금지규정은 단체의 국회의원·후보자 개인 및 정당에 대한 정치자금 기부행위 일체를 금지하는 규정으로서, 단순히 단체의 자금 사용 ‘방법’을 제한하는 규정이 아니라 단체의 ‘정치적인’ 자금 사용을 제한하는 규정이므로, 위 금지규정은 ‘정치적인’ 표현 행위, 즉 의사 표현의 자유 중 특정 국회의원·후보자 및 정당을 지지하거나 반대하는 ‘내용의’ 표현행위가 금전적으로 발현될 경우 그 일체를 금지하는 규정으로 해석될 여지가 있다.

그렇다면 헌법재판소 2008헌바89 결정의 내용과 같이 단체의 정치자금 기부 금지규정을 표현 방법 등 내용중립적 제한으로만 이해할 수 있는지는 의문이고, 이는 오히려 ‘내용에 대한 제한’으로 보는 것이 적절한 것으로 보인다. 헌법재판소의 결정 내용처럼 정치자금을 규제하는 것이 단순히 자금 사용 ‘방법’과 관련한 규제만을 의미한다고 보는 것은 표현 내용이나 표현적 효과에 대한 제한의 성격을 지나치게 과소평가하고, 이를 표현의 방법에 대한 제한으로만 축소하여 이해하는 것이다⁹⁷⁾.

97) 조재현, 전계논문, 204쪽~205쪽 참조. 박람회 등에서 모든 인쇄물이나 전단지 배포를 금지하는 것은 내용중립적 제한의 예에 해당하지만, ‘정치적인’ 내용의 선전을 목적으로 하는 전단지의 배포를 금지하는 것은 내용에 대한 제한이 된다는 점을 다시

2. 정치적 표현의 자유에 대한 제한으로서 ‘표현 자체에 대한 제한’에 해당할 가능성

나아가 사건으로는, 단체의 정치자금 기부 금지규정은 정치적 표현의 ‘내용에 대한 제한’을 넘어 정치적인 ‘표현 자체에 대한 제한’으로 볼 여지도 있다고 여겨진다.

단체의 정치자금 기부 금지규정을 비롯한 현행 정치자금법 규정에도 앞서 본 공직선거법상 선거운동에 관한 제한규정을 보태어 고려하였을 때 단체가 스스로 정당이 되는 외에 정치적 표현행위를 할 수 있는 수단은 극히 제한되어 있는데다가, 일반적으로 단체의 정치적 의사는 단체의 자금이나 단체와 관련된 자금을 사용하지 않고는 사실상 표현되기 어려운 것이기 때문이다. 단체에 투표권 등 자연인을 상정한 기본권이 인정되지 않는다는 점을 다시 상기할 필요가 있다. 어떤 단체가 스스로 정당이 되는 외의 방법으로 할 수 있는 정치적 표현행위로서 현행 정치자금법 및 공직선거법상 금지되지 않는 표현행위, 즉 특정 국회의원·후보자 및 정당을 지지하거나 반대하는 내용 이외의 정치적 표현행위가 무엇이 있는지 쉽게 떠올리기 어렵다.

이러한 점 때문에 단체의 정치자금 기부 금지규정은 단체의 정치적 표현행위 일체에 대한 제한으로서 정치적 표현 그 자체에 대한이라고 볼 소지가 있다. 이처럼 단체의 정치자금 기부 금지규정이 정치적 표현 그 자체를 제한한다고 볼 경우 위 금지규정은 정치적 표현의 자유 행사 자체를 침해함으로써 그 본질적인 내용을 침해하는 것이 분명하다.

상기할 필요가 있다.

IV. 소결

정치적 표현의 자유라 하더라도 그 내용에 대한 제한에 이르지 않는 한 과잉금지원칙을 준수하는 범위에서 방법적으로는 제한될 수 있고, 그러한 방법적 제한에 불과할 경우 정치적 표현의 자유의 본질적인 내용을 침해한다고 보기 어려울 것이다.

그러나 단체의 정치자금 기부 금지규정을 정치적 표현의 자유 제한으로서 ‘내용에 대한 제한’으로 보더라도 형사처벌이 포함된 현실적 기본권 제압상황을 고려할 때 단체의 정치자금 기부 금지규정은 단체의 정치적 표현의 자유의 본질적 내용을 침해할 가능성이 높다고 볼 수밖에 없다. 나아가 단체의 정치자금 기부 금지규정은 정치적 표현 그 자체에 대한 제한이라고 볼 여지마저 있다. 이 경우 위 금지규정은 정치적 표현의 자유 행사 자체를 침해함으로써 그 본질적인 내용을 침해하는 것이 분명하므로 본질성 심사는 도저히 통과할 수 없다고 보아야 할 것이다.

그렇다면 어느 측면에서 보나 단체의 정치자금 기부 금지규정은 단체의 정치적 표현의 자유를 본질적으로 침해하는 것일 가능성이 높다. 즉 ‘과거의’ 헌법재판소가 95헌마154 결정에서 적절하게 판시하였듯이, 단체의 정치자금 기부를 전면차단하는 것은 “헌법상 보장된 단체의 정치적 자유의 의미 및 그 행사가능성을 공동화시키는 것⁹⁸⁾”일 가능성이 있다.

98) 헌재 95헌마154결정 참조.

제 4 장 과잉금지원칙 심사

제 1 절 우리 헌법상 정치적 표현의 자유에 대한 과잉금지원칙의 적용문제

I. 개설

가사 단체의 정치자금 기부 금지조항이 단체의 정치자금 기부권을 비롯한 단체의 정치적 표현의 자유를 본질적으로 침해하지 않는 것으로 보더라도 과잉금지원칙에 따른 심사는 거쳐야 할 것이다.

국민의 정치적 표현의 자유 역시 선거의 공정성 등 공익을 달성하기 위하여 일정한 제약을 받을 수 있고 이는 과잉금지원칙의 심사 대상이 된다⁹⁹⁾. 그런데 앞서 본 정치적 표현의 자유 보장의 필요성 및 단체의 정치자금 기부 금지규정이 창출하는 현실적 기본권 제압상황 등을 고려하면, 기존의 과잉금지원칙보다 엄격한 과잉금지원칙이 적용되어야 할 필요성이 있다.

II. 우리 헌법상 정치적 표현의 자유에 대한 과잉금지원칙의 적용

99) 정치적 표현의 자유의 중요성이 강조된다고 하더라도 이는 정치적 표현의 자유가 다른 기본권과 충돌할 때 언제나 우선하여야 한다거나 다른 기본권의 보호를 위해서 정치적 표현의 자유를 제한하는 것이 금지된다는 의미는 아니다. 이는 정치적 표현의 자유를 제한할 때는 보다 세심한 주의가 요구된다는 의미에 가깝다. 즉 정치적 표현의 자유를 제약하는 경우에도 '과도한' 제약을 금지하는 과잉금지원칙이 적용될 것이지만, 그러한 '과도함'을 판단할 때 특별한 고려가 요청된다는 것이다. 이준일, 전개논문, 74쪽 참조.

1. 과잉금지원칙의 적용

앞서 본 바와 같이 정치적 표현의 자유는 헌법 제21조 제1항, 제10조에 그 직접적 근거를 두고 있고, 다른 기본권과 같이 헌법 제37조 제2항의 일반법률유보의 대상이 되므로, 정치적 표현의 자유를 제한함에 있어서는 과잉금지원칙이 준수되어야 할 것이다.

2. 엄격한 과잉금지원칙의 적용 필요성

한편 표현의 자유 제한에 있어서는 앞서 본 바와 같이 내용중립적 제한에 있어서는 그것의 합헌성을 심사함에 있어서 ‘합리적인 공익상의 이유로 비례의 원칙의 준수 하에서 (비교형량하여) 가능’하지만, 표현 내용에 대한 제한에 있어서는 대체로 엄격한 과잉금지원칙에 따른 심사기준이 요구된다. 한편 우리 헌법재판소는 ‘정치적’ 표현의 자유의 경우에는 내용중립적 제한에 있어서도 엄격한 과잉금지원칙에 따른 심사가 요구된다고 판단한 바 있다. 헌재 2008헌바89 결정도 그 한 예이다.

그렇다면 ‘정치적’ 표현의 자유의 내용에 대하여 제한하거나 관점에 근거하여 제한하는 경우¹⁰⁰⁾, 더구나 그 표현 자체를 제한하는 경우에 있어서는 과잉금지원칙보다도 한층 엄격한 기준이 적용되어야 할 것으로 보인다. 즉 위 금지규정이 달성하려는 법익이 위 금지규정에 의하여 제압되는 단체의 정치자금 기부권보다 ‘우월’한 법익이라는 점(법익의 우월

100) 관점에 근거한 제한은 표현된 특정한 생각이나 의견에 근거하여 표현을 제한한다.

관점에 근거한 제한은 정부가 특별한 문제에만 가담하여 편드는 것이다. 박람회 등에서 특정 정당의 전단지 배포를 금지하거나, 전쟁반대를 위한 전단지를 배포하는 것을 금지하는 것은 관점에 근거한 제한이 된다. 자세한 내용은 조재현, 전계논문, 201쪽 참조.

성)까지 추가로 인정되어야 할 것이다. 현재 2008헌바89 결정에서 단체의 정치자금 기부 금지규정이 ‘내용중립적 제한’에 불과하다고 보면서도 위 금지규정으로 달성하려는 공익 ① ‘사회구성원 사이의 정치적 기본권 충돌 상황의 해결’이나 ② ‘부패의 차단’의 상대적 우월성을 강조하였던 것도 이러한 심사기준의 필요성과 무관하지 않은 것으로 보인다.

Ⅲ. 소결

정치적 표현의 자유 역시 선거의 공정성 등 공익을 달성하기 위하여 일정한 제약을 받을 수 있다¹⁰¹⁾. 정치자금에 대한 규제는 대의제 민주주의의 필연적 귀결이라고 보는 견해도 있으며, 헌법재판소의 견해도 마찬가지이다¹⁰²⁾. 그러나 앞서 살핀 정치적 표현의 자유의 중요성에 비추어 보면, 이를 단순히 내용중립적으로 제한하는 경우가 아니라면 이에 대하여는 통상의 과잉금지원칙보다 더욱 강화된 심사기준이 필요할 것으로 보인다.

그런데 제3장에서 본 바와 같이 단체의 정치자금 기부 금지규정은 단체의 정치적 표현의 자유의 본질을 침해할 가능성이 있는 규정으로서, 단체의 정치적 표현의 자유에 대한 내용중립적 제한에 그치지 아니한다. 따라서 위 금지규정을 합헌성을 심사함에 있어서는 일반적 과잉금지원칙상의 ‘범익의 균형성’ 심사기준보다 강화된 심사기준인 ‘범익의 우월성’ 심사기준이 필요할 것으로 보인다. 그러므로 이하에서는 헌법재판소가

101) 미국 연방대법원도 *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927) 사건에서 같은 견해를 취하였다. Brandeis 대법관은 동조의견을 통하여, 수정헌법 제1조의 표현의 자유는 개인의 본질적 권리임은 분명하지만 이를 절대적인 권리로 볼 수는 없다고 보았다.

102) 현재 2004. 6. 24. 선고 2004헌바16 결정 참조.

현재 2008헌바89 결정에서 밝힌 입법목적에 기초하되, 엄격한 과잉금지 원칙에 따라 위 금지규정의 합헌성을 검토하기로 한다.

제 2 절 입법목적 ① ‘사회구성원 사이의 정치적 기본권 충돌 상황의 해결’에 기한 심사

I. 개설

위 입법목적 ① ‘사회구성원 사이의 정치적 기본권 충돌 상황의 해결’은 2004년 정치자금법 개정 당시 국회에서 밝혔던 입법목적은 아니고, 현재 2008헌바89 결정에서 헌법재판소가 주목하였던 입법목적이다. 즉 위 결정에서 헌법재판소는 단체의 정치자금 기부 금지규정 옹호론의 논거를 상당 부분 차용하여, 개인 대 단체로 대별되는 각 사회구성원 사이의 ‘정치적 기본권 충돌 상황을 해결’하는 것이 단체의 정치자금 기부 금지규정의 1차적 입법목적이라고 보았다¹⁰³⁾.

그런데 단체의 정치자금 기부 금지규정은 형사처벌규정 등과 결합하여 단체의 정치자금 기부권을 완전히 제압하고 있으므로, 이를 정당화하기 위하여는 먼저 단체와 비구성원인 개인, 그리고 단체와 구성원인 개인이라는 두 가지 대결 양상에서 사회구성원들이 가지는 정치자금 기부권이 서로 각각 충돌하는 관계에 놓여 있다는 기본권 충돌 상황이 존재하여야 할 것이고, 다음으로 비구성원이거나 구성원인 개인의 정치자금 기부권이 모두 단체의 그것보다 우월하다고 볼 수 있어야 할 것이다.

103) 헌법재판소는 오히려 ‘부패의 차단’이라는 입법목적에 관하여는 목적의 정당성 심사 단계에서 직접적으로 언급하지 않았다. 현재 2008헌바89 결정 참조.

이하에서 현재 2008헌바89 결정이 전제하는 위 두 가지 대결 양상이 기본권 충돌 상황으로서 존재하는지, 충돌 상황이 존재한다면 이를 반드시 단체의 정치자금 기부 금지규정으로 해결하여야 하는지 등에 관하여 본다. 기본권 충돌 상황이 존재하지 않는다면 단체의 정치자금 기부 금지규정은 입법목적의 정당성을 상실하여 처음부터 필요가 없는 규정이 될 것이고, 기본권 충돌 상황이 존재한다 하더라도 이를 반드시 단체의 정치자금 기부 금지규정으로 해결하여야 하는 것은 아니라면 위 금지규정의 수단으로서의 적합성이나 침해의 최소성이 인정될 수 없을 것이다.

II. ‘기본권의 충돌’ 이론과 그 일반적 해결 방법

1. 의의

기본권의 충돌은 상이한 기본권주체를 전제하는 개념형식으로서¹⁰⁴⁾, ‘복수의 기본권주체가 서로 충돌하는 권익을 실현하기 위하여 국가에 대하여 각기 대립되는 기본권의 적용을 주장하는 것’을 말한다¹⁰⁵⁾. 기본권의 충돌 이론은 기본권의 경합 이론과 함께 독일에서 정립되어 왔는데, 우리나라에서도 이론과 판례를 통하여 사실상 수용되었다¹⁰⁶⁾.

2. 기본권의 충돌 상황 해결 방법

104) 이 점에서 동일한 기본권주체를 전제하는 기본권의 경합 이론과 구별된다.

105) 권영성, 헌법학원론, 322쪽; 계희열, 헌법학(중), 101쪽; 성낙인, 헌법학(제14판), 법문사, 2014, 917쪽; 홍성방, ‘기본권의 충돌과 경합’, 안암법학 제9호, 1999, 1쪽 이하; 장영수, ‘기본권의 대사인적 효력과 기본권의 충돌’, 고려법학 제38호, 2002, 120쪽 이하 등 참조.

106) 성낙인, 전제서, 917쪽 참조.

기본권의 충돌 상황 해결 방법으로서 입법의 자유영역 이론¹⁰⁷⁾, 기본권의 서열질서 이론¹⁰⁸⁾, 이익형량 이론(규범조화적 해석)¹⁰⁹⁾ 등이 제시

107) 위 견해는 기본권의 충돌을 예외적 현상으로 보고 헌법재판소가 기본권 충돌을 해결하는 것은 부적합하다는 생각에서 출발한다. 위 견해를 주장하는 대표적인 학자인 W. Riefner에 따르면 헌법재판소는 법형성에 대한 암시를 줄 수는 있지만 스스로 법을 형성할 수는 없고, 따라서 일반적·추상적 규범을 통하여 출동하는 권리들을 정리하고 그들 사이에 화해적인 조정(schonender Ausgleich)를 하는 것이 가능하다면 그것은 입법자의 과제라고 한다(홍성방, 헌법학(상) 제3판, 박영사, 2016, 439쪽 참조; W. Riefner, Grundrechtskonflikte, S.472). 물론 입법자에 의하여 입안된 법 역시 과잉금지원칙을 준수하여야 할 것이므로, 위 견해에 따르더라도 헌법재판의 단계에서는 위와 같이 입안된 법에 대하여 과잉금지원칙에 따른 심사를 할 수 있을 것이다.

108) 충돌하는 기본권 사이에 서열이 정해지면 그 서열을 기준으로 하위의 기본권은 상위의 기본권을 위하여 희생되게 된다는 이론이다(홍성방, 전게서, 441쪽 참조). 우리 헌법은 기본권의 서열질서에 대하여 따로 정하지는 않고 있으나, 헌법재판소는 앞서 본 바와 같이 정치적·시민적 표현의 자유에 더욱 높은 보호가치를 부여하고 상업적 표현의 자유에는 상대적으로 낮은 보호가치를 부여하는 등 기본권에 서열질서를 인정하는 듯이 판단한 예가 다수 있다(대표적으로 형연권과 흡연권, 헌재 2005. 10. 27. 선고 2003헌가3 결정; 헌재 2010. 7. 29. 선고 2006헌바75 결정 등 참조).

109) 위 견해는 기본권의 서열질서 이론을 배제하지 않되 그 이전 단계에서 이익을 형량하고 규범조화적으로 헌법상 기본권을 해석하려는 시도가 선행되어야 한다는 견해이다. 독일 연방헌법재판소는 앞서 본 Lüth 판결에서 처음으로 기본권이 관련된 헌법 갈등이 발생할 수 있음을 인정하고, 법익형량(Güterabwägung)의 원칙을 제시한 바 있다. 즉 “커다란 공동체에서 공동생활을 하다 보면 끊임없이 이해충돌과 권리충돌이 발생하고, 따라서 법익을 형량하는 것이 필요하다(홍성방, 전게서, 442쪽; Lüth-Urteil, BVerfGE 7, 198ff.(210ff.) 참조. 이후에도 독일 연방헌법재판소는 “충돌하는 두 개의 헌법적 가치는 가능한 한 조정되지 않으면 안 된다. 그러한 조정이 불가능한 경우에는 전형적 특징과 개별적 경우의 특수한 상황을 고려하여 어떤 이익이 후퇴하여야 하는가를 결정하지 않으면 안 된다.”고 판시하여, 기본권 충돌 상황을 해결하기 위하여는 우선적으로 이익형량의 원칙을 택하되, 이익형량의 방법으로 해결할 수 없는 경우에 한하여 어느 한 헌법적 가치를 후퇴시킬 수밖에 없다는 점을 밝히고 있다.“우리 헌법재판소와 대법원도 대체로 이익형량의 원칙에 입각하여 규범조화적 해석을 도모함으로써 기본권충돌을 해결하려 하고 있다(성낙인, 전게서, 922쪽 참조). 헌법재

되는데, 어느 견해에 따르더라도 충돌하는 것으로 보이는 기본권사이에 헌법적으로 명확한 우열관계가 성립하는 것이 아닌 경우에는 이는 반드시 입법으로 한쪽의 기본권을 억제하여야 하는 경우라고 할 수 없고, 그러한 경우 결국 이익형량의 원칙으로 돌아가 과잉금지원칙에 따른 심사를 거쳐야 할 것이다. 헌법재판소의 입장도 같다¹¹⁰⁾.

III. 단체와 비구성원인 개인 사이의 정치적 기본권 충돌 문제

1. 정치적 자유권 사이에 기본권 충돌 문제가 발생하는지 여부

헌재 2008헌바89 결정에서 헌법재판소는 단체 대(對) 그 단체의 비구성원인 개인의 양상에서 압도적인 자금력을 행사하는 단체와 그렇지 않은 개인이 충돌함으로써 단체와 개인 사이에 정치적 불평등이 발생하여 ‘민주적 의사형성과정을 왜곡할’ 가능성이 대두된다고 보고, 이를 단체의 정치

판소는 개인적 단결권과 집단적 단결권의 충돌이 문제된 경우 둘 중 어느 한 기본권이 우위에 있지 아니함을 전제로 “헌법의 통일성을 유지하기 위하여 상충하는 기본권 모두가 최대한으로 그 기능과 효력을 발휘할 수 있도록 조화로운 방법을 모색하되(규범조화적 해석) 법익형량의 원리, 입법에 의한 선택적 재량 등을 종합적으로 참작하여 심사하여야 한다.”고 판시한 바 있다(헌재 2005. 11. 24. 선고 2002헌바95 등 결정 참조). 이외에도 다수의 결정에서 기본권 충돌의 상황에서 규범조화적 해석이 필요하다고 판시하였다. 헌재 1991. 9. 16. 선고 89헌마165 결정; 헌재 2011. 8. 30. 선고 2009헌바42 결정; 2011. 12. 29. 선고 2010헌마293 결정 등 참조.

110) 헌법재판소는 정정보도청구제도와 관련하여 언론의 자유와 인격권(명예권) 사이의 충돌이 문제된 헌재 1991. 9. 16. 선고 89헌마165 결정에서, “두 기본권이 서로 충돌하는 경우에는 헌법의 통일성을 유지하기 위하여 상충하는 기본권 모두가 최대한으로 그 기능과 효력을 나타낼 수 있도록 하는 조화로운 방법이 모색되어야 할 것이고, 결국은 정정보도청구제도가 과잉금지의 원칙에 따라 그 목적이 정당한 것인가, 또 그러한 목적을 달성하기 위하여 마련된 수단 또한 언론의 자유를 제한하는 정도가 인격권과의 사이에 적절한 비례를 유지하는 것인가의 여부가 문제된다.”고 판시하였다.

자금 기부권을 전면금지의 방법으로 제압하는 단체의 정치자금 기부 금지 규정을 합헌으로 선언하는 중요한 기초로 삼았다. 결국 헌법재판소는 단체와 개인의 정치자금 기부권은 완전히 균등하게 보장되어야 하므로¹¹¹⁾, 단체의 정치자금 기부권은 비구성원인 개인의 정치자금 기부권과 충돌관계에 있다고 본 다음, 이러한 경우 비구성원인 개인의 정치자금 기부권을 우선적으로 보장하여야 하고, 이러한 기본권 충돌 상황을 해결하기 위하여 단체의 정치자금 기부 금지규정을 입법하여야 한다고 본 셈이다.

그러나 오늘날 정치적 기본권은 선거권, 공무담임권, 국민투표권 등이든바 참정권뿐만 아니라, 국민이 정치적 의사를 자유롭게 표현하고, 국가의 정치적 의사형성에 참여하는 정치적 활동을 총칭하는 것으로 인식되고 있다. 즉 정치적 자유권은 정치적 의사를 자유롭게 표현하고, 자발적으로 정당에 가입하고 활동하며, 자유롭게 선거운동을 할 수 있는 것을 주된 내용으로 하는 것이다¹¹²⁾. 이처럼 현대 민주주의에서 정치적 기본권이 선거권의 행사로만 보장되는 것은 아니고, 모든 정치적 기본권의 성질이 선거권의 성질과 동일한 것도 아니다. 사건으로는, 자연인에 의한 선거권의 행사로서 자연인 1인마다 1표를 행사할 것을 대원칙으로 채택하고 있는 선거제도 이외의 영역에서 정치적 표현의 자유를 선거권 보장과 같이 모든 사회구성원에게 동등하게 보장한다는 것은 처음부터 불가능한 것으로 보인다.

111) 이는 종전의 헌재 2004. 6. 24. 선고 2004헌바16 결정에서도 나타나는 논리이다. 위 결정에서 헌법재판소는 “정치자금의 조달을 정당 또는 정치인에게 맡겨 두고 아무 규제를 하지 않는다면 정치권력과 금력의 결합이 만연해지고, 기부자의 정치적 영향력이 증대되어 금력을 가진 소수 기득권자들에게 유리한 정치적 결정이 이루어진다면 민주주의의 기초라 할 수 있는 1인 1표제의 기회균등원리가 훼손될 수 있으므로 정치자금에 대한 규제는 필연적이다.”라고 하여 정치자금 기부권의 보장에 있어서 1인 1표제의 기회균등원리가 적용되어야 한다고 판시한 바 있다.

112) 헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710 결정 참조.

그리고 선거권을 제외하면, 정치자금 기부권을 비롯한 정치적 기본권 보장의 본질이 모든 사람에게 동등한 정도의 정치적 기본권을 보장하는 데 있다고 볼 수도 없을 것이다. 모든 사회구성원이나 정치주체에게 동등한 정도의 정치적 표현의 자유, 단적으로 말해서 1인 1표현의 자유가 주어지지 않으면 사회구성원들의 정치적 표현의 자유가 침해된다거나 이를 침해하게 된다고 단정할 수도 없기 때문이다¹¹³⁾.

정치자금 기부권도 정치적 표현의 자유의 보호영역에 속하는 것으로 이해되는 이상 정치자금 기부로 바꾸어 상황을 바꾸더라도 마찬가지이다. 예컨대 자금동원능력이 다른 개인들보다 우월한 일부 개인의 정치자금 기부를 전면금지하거나 다른 개인들 모두가 언제든 할 수 있는 기부 정도로 제한하지 않으면 상대적으로 자금동원능력이 열위에 있는 다른 개인들의 정치자금 기부권이 침해된다거나 이를 침해하게 되는 것은 아니다.

그렇다면 가사 헌재 2008헌바89 결정에서 헌법재판소가 전제하는 바와 같이 비구성원인 개인과 단체 사이에 일반적으로 자금동원능력에 차이가 있다는 것을 당연한 경험적 사실로 전제하는 이분법을 받아들인다 하더라도, 자금동원능력이 우월한 단체에게 정치적 표현의 자유의 하나인 정치자금 기부권을 부여하는 것이 상대적으로 자금동원능력이 열위에 있는 개인의 정치자금 기부권과 충돌관계에 있다고 단정할 수도 없을 것이다. 위 이분법을 벗어나는 사례, 예컨대 개인에 비하여 자금동원능력이 많다고 할 수도 없는 단체의 경우에 있어서는 말할 것도 없다.

결국 정치자금 기부권을 자유권의 하나로 이해하는 이상, 단체와 비구

113) 예컨대 발언기회나 발언능력에 있어서 다른 일반 국민보다 우월함이 분명한 방송국 아나운서의 정치적 발언을 금지하거나 다른 일반 국민도 언제든 할 수 있는 정도나 빈도로 제한하지 않으면 다른 일반 국민들의 정치적 표현의 자유가 침해되는 것은 아니므로, 방송국 아나운서의 정치적 표현의 자유와 다른 일반 국민들의 정치적 표현의 자유 사이에는 충돌관계가 성립한다고 보기 어렵다.

성원인 개인의 정치자금 기부권 사이의 기본권 충돌 상황은 존재하지 않거나 존재할 여지가 극히 적다고 볼 수밖에 없다.

2. 정치적 자유권과 정치적 평등권 사이에 기본권 충돌 문제가 발생하는지 여부 - 정치적 자유권을 정치적 평등의 이념으로 제한할 수 있는지 여부

위 1.항에서 본 바와 같이 헌재 2008헌바89 결정에서 헌법재판소는 단체와 비구성원인 개인의 정치자금 기부권이 서로 충돌하므로 상대적으로 자금동원능력이 열위에 있는 개인의 정치자금 기부권을 우선적으로 보장하여야 한다고 보면서, 그 논거로 단체와 개인 사이에 정치적 불평등이 초래될 수 있다는 점을 들었다.

그러나 역시 위 1.항에서 본 바와 같이 1인 1표제를 본질로 하는 선거권의 경우와는 달리 정치자금 기부권을 비롯한 선거권 외(外) 정치적 기본권 보장의 본질이 모든 사람에게 동등한 정도의 정치적 기본권, 단적으로 말해서 1인 1표현의 자유를 보장하는 데 있다고 볼 수 없으므로, 모든 사회구성원이나 정치주체에게 동등한 정도의 정치적 표현의 자유가 주어지지 않으면 사회구성원들의 정치적 표현의 자유가 침해된다거나 이를 침해하게 된다고 단정할 수 없을 뿐 아니라, 모든 사람에게 정치적 기본권을 보장한다는 정치적 평등의 이념으로 사회구성원의 정치적 자유권을 제한하거나 금지하는 것이 타당한지도 의문이다.

예컨대 발언기회나 발언능력에 있어서 다른 일반 국민보다 우월함이 분명한 방송국 아나운서의 정치적 발언을 금지하거나 다른 일반 국민도 언제든지 할 수 있는 정도나 빈도로 제한하지 않으면 다른 일반 국민들의 정치적 표현의 자유가 침해되는 것은 아니고, 모든 국민에게 동등한 정치

적 발언권을 보장한다는 평등의 이념으로 방송국 아나운서의 정치적 발언을 제한할 수는 없다. 이 경우에도 정치자금 기부의 문제로 바꾸어 생각할 수 있다. 자금동원능력이 다른 개인들보다 우월한 일부 개인의 정치자금 기부를 금지하거나 다른 개인들도 언제든지 할 수 있는 기부 정도로 제한하지 않으면 상대적으로 자금동원능력이 열위에 있는 다른 개인들의 정치자금 기부권이 형해화된다고나 이를 침해하게 되는 것은 아니다. 그렇다면 모든 개인들에게 동등한 정치자금 기부권을 보장한다는 평등의 이념으로 자금동원능력이 많은 개인의 정치자금 기부권을 제한하는 것은 부적절하다는 결론에 이른다¹¹⁴⁾. 이와 달리 1인 1표현의 자유를 보장하여야 한다는 정치적 평등의 이념으로 정치자금 기부권을 제한할 수 있다고 본다면, 중국적으로는 정치자금으로 기부할 돈이 전혀 없는 사람과의 정치적 평등을 위해 모든 개인의 정치자금 기부를 금지하여야만 할 것이다¹¹⁵⁾.

결국 정치적 자유권인 정치자금 기부권과 정치적 평등권 사이에도 기본권 충돌상황이 발생한다고 볼 수 없다. Buckley v. Valeo(1976) 판결에서 미국 연방대법원 역시 “사회구성원 사이의 정치적 평등의 강화는 어느 한 구성원을 위해 다른 구성원의 권리를 억제하는 개념으로, 정치적 표현의 자유 개념과는 부합하지 않아 정치자금을 규제할 공익으로 부적절하다. 그 목적이 되는 유일한 공익은 기부자와 후보자 사이의 대가적 관계의 우

114) 아래에서 보는 Buckley v. Valeo(1976) 판결의 취지도 같다. 즉 정치적 자유권을 정치적 평등의 이념으로 제한하는 것은 부적절하다는 것이다.

115) 이 점에 관한 견해를 달리하여 헌재 2008헌바89 결정 다수의견의 입장과 같이 정치적 평등의 이념으로 정치자금 기부권을 제한할 수 있다고 보더라도, 그러한 논리는 단체의 정치자금 기부 ‘제한규정’의 헌법적 정당성을 뒷받침할 수 있음은 별론으로 하고, 단체의 정치자금 기부 ‘금지규정’의 헌법적 정당성을 뒷받침할 수는 없을 것으로 보인다. 단체도 사회구성원의 하나인데, 위 금지규정으로 인하여 단체의 정치자금 기부권은 제압되고 개인의 정치자금 기부권만 보장되어 개인과 단체는 서로 전혀 평등하지 않은 관계에 서게 되기 때문이다.

려에서 나오는 실제적 또는 외관상의 부패이다.”라고 판시하였다. 즉 자금 동원능력이 상대적으로 많은 사회구성원의 정치자금 기부권을 제한할 필요성은 정치적 평등에서 유래되는 것이 아니라 오로지 금권과 정치인이 결합하여 부패하는 것을 막아야 한다는 ‘부패의 차단’이라는 이념 작동의 결과라고 본 것이다.

3. 비구성원인 개인의 정치자금 기부권이나 정치적 평등권이 단체의 정치자금 기부권보다 우월한지 여부

더구나 개인의 정치적 자유 보장, 개인과 단체 사이의 정치적 평등 보장의 이념으로 단체의 정치자금 기부권을 ‘제한’하는 것을 넘어 ‘제압’하는 것은 매우 부적절하다. 헌법재판소가 상정하는 기본권 충돌 상황을 전제하더라도, 앞서 본 바와 같이 개인의 정치적 자유권과 단체의 정치적 자유권 사이에 명백한 기본권 서열질서상의 우열이 있다고 보기는 어렵다.

그리고 정치표현·정치활동의 자유의 주체를 선거권자나 피선거권자가 될 수 있는 자연인에 한정할 헌법적 근거가 없으며, 자연인의 정치적 자유권이 단체의 정치적 자유권에 비하여 우월하다고 볼 헌법적 근거도 없는 이상 단체의 정치자금 기부권이 단체가 가지는 정치적 기본권이라고 하여 그 중요성을 개인의 정치자금 기부권에 비해 낮게 볼 수도 없다. 자금동원능력의 우열을 기준으로 정치자금 기부권의 보장 정도에 차등이 있다고 볼 만한 근거도 없음은 말할 것도 없다. 즉 정치적 평등의 이념을 잣대로 하더라도 개인과 단체에게 적어도 같은 정도의 정치적 자유권은 보장되어야 한다는 결론에 이르게 된다.

오히려 우리 헌법은 결사의 자유를 보장하고, 정당활동의 자유도 높은 정도로 보장함으로써 자연인이 단체를 결성하여 정치표현·정치활동을 할

자유를 보장하고 있는바, 그렇다면 단체의 정치적 자유 보장은 자연인의 정치적 자유 역시 증진시키는 수단으로 이해될 수 있고, 이는 정치자금 기부권에 있어서도 마찬가지라고 볼 것이다.

4. 소결

결국 헌재 2008헌바89 결정에서 헌법재판소가 상정하는 단체와 비구성원인 개인 사이의 정치적 기본권 충돌 상황은 존재하지 않거나 존재할 여지가 극히 적다고 볼 수밖에 없다. 그리고 과연 정치적 평등 보장의 이념이 정치적 자유권 ‘제한’의 근거가 될 수 있는지도 의문이다. 물론 정치적 표현의 자유를 현저하게 불평등하게 보장하여서는 안될 것이지만, 정치적 평등 보장을 위하여 정치적 표현의 자유를 1인 1표현의 자유 이상으로 인정하지 않는 것만으로 민주주의 사회에서 필요한 정도로 정치적 자유가 보장되는지는 의문이기 때문이다. 단체와 개인 사이의 정치적 평등 보장의 이념으로 단체의 정치적 자유권을 ‘제한’할 수 없음은 물론이다.

따라서 위 결정에서 헌법재판소가 밝힌 입법목적 ① ‘사회구성원 사이의 정치적 기본권 충돌 상황의 해결’ 중 단체와 비구성원인 개인 사이의 기본권 충돌 상황을 해결한다는 것은 처음부터 불필요한 것이므로 단체의 정치자금 기부 금지규정의 입법목적으로 정당하다고 볼 수 없고, 위 금지규정이 그러한 입법목적에 달성하기에 적합한 수단이라고 볼 수도 없다¹¹⁶⁾.

116) 가사 위 결정에서 헌법재판소가 상정하는 위 기본권 충돌 상황이 존재하여 위 입법목적 ① ‘사회구성원 사이의 정치적 기본권 충돌 상황의 해결’ 중 단체와 비구성원인 개인 사이의 기본권 충돌 상황을 해결하기 위한 목적의 정당성이나 수단의 적합성까지는 인정할 수 있다 하더라도, 기본권의 충돌 문제는 입법을 통하여 기본권제한

IV. 단체와 구성원인 개인 사이의 정치적 기본권 충돌 문제

헌재 2008헌바89 결정에서 헌법재판소는 단체 대 구성원인 개인의 양상에서는 정치자금 기부를 원하지 않는 단체 구성원과 이를 원하는 단체 및 그 구성원이 충돌하여 ‘단체 구성원의 의사에 반하는 정치자금 기부로 인하여 단체 구성원의 정치적 의사표현의 자유가 침해’될 가능성도 있다고 보았다. 헌법재판소는 위 논거 역시 단체의 정치자금 기부 금지규정을 합헌으로 선언하는 중요한 기초로 삼았다. 결국 이 지점에서 헌법재판소는 단체의 자금으로 기부하지 않으려는 개인의 정치자금 기부 거부권(이 역시 정치적 표현의 자유에 해당한다고 할 것이다)이 단체의 자금으로 기부하려는 단체 및 개인의 정치자금 기부권과 충돌한다고 본 다음, 이러한 경우에는 단체의 자금으로 기부하지 않으려는 개인의 정치자금 기부 거부권을 우선적으로 보장하여야 한다고 본 것이다.

그러나 위 II.의 1, 2.항(단체 대 비구성원인 개인)에서 본 바와 같이 정치적 자유권 사이에는 일반적으로 기본권 충돌 문제가 발생한다고 볼 수 없거나 발생할 여지가 극히 적고, 정치적 자유권을 정치적 평등의 이념으로 ‘제압’할 수는 없으며, 정치적 평등 보장의 이념이 정치적 자유권 ‘제한’의 근거가 될 수 있는지도 의문이다. 이는 단체 대 구성원인 개인의 양상에서도 마찬가지라 할 것이다.

의 한계 문제로 전화되고 1차적으로 과잉금지원칙이나 비례의 원칙 등에 입각하여 규범조화적 해석을 하는 것이 바람직하므로, 이러한 측면에서도 개인보다는 단체가 자금동원능력의 우월할 것으로 예측된다는 점만으로 개인의 정치자금 기부권이나 정치적 평등권이 “매우 중요한 법익으로서” 단체의 정치자금 기부권보다 우월하다는 전제 하에 단체의 정치자금 기부권을 제압하는 금지규정을 합헌으로 선언한 헌재 2008헌바89 결정의 다수의견은 설득력을 갖기 어렵다 할 것이다. 더구나 개인의 정치자금 기부권이 단체의 정치자금 기부권보다 반드시 우월한 기본권이라고 볼 근거도 없다.

더구나 이 경우에는 PAC와 같이 별도의 조직을 구성하거나 단체 내에서 민주적 절차를 거쳐 정치적 의사를 결정할 경우 단체 구성원인 개인의 정치자금 기부 거부권이 단체 또는 다른 구성원의 정치자금 기부권과 충돌할 여지는 사실상 사라진다¹¹⁷⁾¹¹⁸⁾.

결국 현재 2008헌바89 결정에서 헌법재판소가 상정하는 단체와 구성원인 개인 사이의 정치적 기본권도 진정으로 충돌하지는 않는다고 볼 수 밖에 없고, 가사 충돌한다 하더라도 그러한 정치적 기본권 충돌 상황은 반드시 입법 또는 헌법적 해결을 기다려야만 해결될 수 있는 것이 아니라 (단체의 다른 의사결정과 마찬가지로) 단체 내의 의사결정과정에서 충분히 해결될 수 있다고 보아야 한다.

117) 단체의 정치자금 기부 금지규정을 ‘사회구성원 사이의 기본권 충돌의 해결’을 위한 불가피한 규정으로 이해하는 위 규정 옹호론 제1설에서도 PAC와 같이 단체의 구성원의 의사가 전원일치하는 한 단체의 자금을 정치자금으로 기부하는 것은 헌법상 허용된다고 보고 있는 듯하다. 다만 사건으로는, 과연 옹호론 제1설이 PAC 내지는 그와 같이 ‘단체의 구성원의 의사가 전원일치하는 단체’라면 여타 단체와는 달리 그 기부를 허용하여도 단체와 개인 사이의 정치적 불평등 문제가 발생할 가능성은 없다고 보는 것인지, 그렇게 보는 근거는 무엇인지 분명하지 않다고 여겨진다. PAC와 같은 단체라 하더라도 결국 단체의 하나로서 개인에 비하여 자금력·자금동원력에서의 우월성을 가지는 것은 마찬가지이기 때문이다.

118) 현재 2008헌바89 결정에서 소수의견 역시 “단체의 정치자금 기부는 일응 그 내부의 민주적 의사결정과정을 거쳤다고 보아야 하므로 단순히 단체 구성원의 의사에 어긋날 우려가 있다는 이유로 단체의 정치자금 기부 자체를 일률적으로 제한하는 것 역시 입법목적 달성을 위한 적합한 방법이라고 할 수 없다. 그리고 단체 구성원의 의사가 왜곡되지 않게끔 단체 본래의 목적에 부합하는 경우에만 정치자금을 기부하도록 하거나, 단체 구성원에게 모금 및 기부를 거부할 권리를 보장하여 주는 등 여러 제도적 장치를 보완함으로써 입법목적 달성이면서도 단체의 정치적 활동의 자유나 결사의 자유에 대한 제한을 필요최소한 범위 내로 한정할 수 있는 것이기 때문에 단체의 정치자금 기부를 전면적으로 금지하는 것보다 훨씬 덜 침해적이면서도 정치자금 기부의 투명성과 공정성을 확보할 수 있는 대체수단을 마련할 수 없는 것도 아니”라고 보았다.

그렇다면 위 결정에서 헌법재판소가 밝힌 입법목적 ① ‘사회구성원 사이의 정치적 기본권 충돌 상황의 해결’ 중 단체와 구성원인 사이의 정치적 기본권 충돌 상황을 해결한다는 것도 진정 기본권 충돌 상황의 입법적 해결이 꼭 필요한 부분이라고는 할 수 없으므로, 그것만으로는 단체의 정치자금 기부 금지규정의 입법목적으로 정당하다고 볼 수 없고, 위 금지규정이 그러한 입법 목적을 달성하기에 적합한 수단이라고 볼 수도 없다.

V. 소결

헌법재판소의 견해와 같이 단체와 구성원인 개인 사이의 정치적 자유권이 서로 충돌하는 상황으로 이해하는 것은 잘못된 것으로 보인다. 결국 헌법재판소가 현재 2008헌바89 결정에서 밝힌 입법목적 ① ‘사회구성원 사이의 정치적 기본권 충돌 상황의 해결’은 그 입법목적의 존재 자체만으로는 단체의 정치자금 기부 금지규정을 정당화할 수 없어 단체의 정치자금 기부 금지규정의 합헌성을 지지하는 근거가 되기에 불충분하다. 그렇다면 단체의 정치자금 기부 금지규정의 합헌성을 심사함에 있어서는, 2004년 현행 단체의 정치자금 기부 금지규정이 처음 도입될 당시 국회에서 밝힌 주된 입법목적이자 헌법재판소가 밝힌 또 하나의 입법목적인 ‘부패의 차단’이라는 입법목적은 위 금지규정의 합헌성을 지지하는 근거가 되는지 여부의 문제만이 남는다.

제 2 절 입법목적 ② ‘부패의 차단’에 기한 심사

I. 개설

‘부패의 차단’이라는 입법목적은 2004년 현행 단체의 정치자금 기부 금지규정이 처음 도입될 당시 국회에서 밝힌 주된 입법목적이다. 단체의 정치자금 기부 금지규정 옹호론자들 중 다수도 정치자금법상 여타의 정치자금 규제와 마찬가지로, 단체의 정치자금 기부 금지규정은 우리나라의 정치상황에서 만연하였던 정경유착의 고리를 끊고 ‘부패의 차단’을 달성하기 위한 규정이라고 주장한다. 현재 2008헌바89 결정에서 헌법재판소 역시 ‘부패의 차단’이라는 입법 목적을 이익형량의 중요한 요소로 고려하였고, 같은 결정에서 재판관 김종대의 별개의견은 입법연혁상 ‘부패의 차단’이 단체의 정치자금 기부 금지규정의 주요한 입법목적이 됨을 밝혔다.

그런데 앞서 본 바와 같이 ‘부패의 차단’은 위 금지규정의 합헌성을 지지할 만한 유일한 입법목적으로 남게 된다. 그리고 “정치자금을 규제할 수 있는 목적이 될 수 있는 유일한 공익은 기부자와 후보자 사이의 대가적 관계의 우려에서 나오는 실제적 또는 외관상의 부패”¹¹⁹⁾라 할 것이므로, ‘부패의 차단’이라는 입법목적에는 일응 그 목적의 정당성이 인정된다¹²⁰⁾.

그렇다면 단체의 정치자금 기부 금지규정의 합헌성을 심사함에 있어서는, ‘부패의 차단’이라는 입법목적에 기하여 보면 위 금지규정이 강화된 과잉금지원칙인 수단의 적합성·침해의 최소성·법익의 우월성 요건을 충족하는지 여부의 문제만이 남는다.

II. 수단의 적합성 심사 - ‘부패의 차단’을 달성하는 수단으로서의 소

119) Buckley v. Valeo(1976) 참조.

120) 이후의 현재 2013헌바168 결정에서 헌법재판소도 정당에 대한 정치자금 기부 금지규정의 입법목적은 오로지 ‘부패의 차단’에 있다고 보고, 그 목적의 정당성을 인정하였다.

액다수주의

1. ‘부패의 차단’을 달성하는 수단으로서의 소액다수주의 - 대의민주주의의 요청에 따라 소액다수주의가 필요하다는 입장

앞서 제2장에서 본 바와 같이 2004년 정치자금법 개정 이래로 정치자금법은 국회의원이거나 정당과 민간후원 사이의 연결을 완전히 끊다시피한 상태이다. ‘청목회 사건’에서 보는 바와 같이 민간후원주체가 법인이나 단체인 경우에는 간접적인 연결조차 불허한다. 이로 인하여 우리나라의 정당재정은 득표율에 따라 배분한 국고보조금이 정당 재정의 대부분을 차지하는 것으로 되어 있다¹²¹⁾.

2004년 개정 이후 현재까지 모습을 유지하고 있는 현행 정치자금법은 이론적인 측면에서는 ‘소액다수주의’에 기반한 것으로 이해된다. 그리고 ‘소액다수주의’의 정치자금 규제는 대의민주주의의 요청에서 그 근거를 찾을 수 있다. 2004년 개정 정치자금법의 입법자들은 소액다수주의를 채택하여 사회구성원에게 최대한 동등한 정도의 정치자금 기부 기회를 주고 소수의 사회구성원이 더 많은 정치자금 기부를 할 수 있는 기회를 차단한다면 정치자금 기부과정에서 일어나는 정경유착의 비리를 정상화하고 부패를 사전에 차단하는 데 도움이 될 것이라고 생각한 듯하다. 현재 2008헌바89 결정, 그리고 앞서 본 현재 2004. 6. 24. 선고 2004헌바16 결정 등에서 헌법재판소도 일관적으로 대의민주주의의 요청에 의하여 소액다수주의의 정치자금 규제가 정당화될 수 있다고 보고 있다¹²²⁾.

121) 정당이 정치자금을 국고보조에 의존하는 경향이 강화되면 특정 집단에 의존하는 경향이 약화되는데, 이는 정당간의 정책의 차이를 줄이는 결과를 초래한다고 한다. 김민전, 전계논문, 130쪽 참조.

122) 앞서 본 바와 같이 현재 2004헌바16 결정에서 헌법재판소는 정치자금 기부권의 보

현실적인 측면에서 보면, 단체의 정치자금 기부 금지규정을 폐지할 경우 기업에 대한 부담이 될 것이며 정경유착의 빌미가 될 것이라는 견해가 나타나고 있고, 경제계에서는 법인·단체의 기부를 금지한 이후 정치권의 정치자금 요구가 거의 사라졌다는 분석을 내놓은 바도 있다¹²³⁾¹²⁴⁾.

2. 현행 정치자금법이 소액다수주의로 ‘부패의 차단’을 실현하는 수단으로서 적절한지 여부

가. 이론적 문제

그러나 2004년 정치자금법 개정으로 ‘소액다수주의’의 이름 하에 도입된 단체의 정치자금 기부 금지규정 등 제반 사전규제는 자유민주주의 이념에서 보장하는 정치적 표현의 자유를 위축시킬 수밖에 없다. 사건으로는 ‘소액다수주의’라는 이름 하에 1인 1표제의 논리로 정치적 자유를 제약하는 것은 대의민주주의의 요청에 부합할지는 몰라도 자유민주주의가 요청하는 정치적 자유 보장의 이념에는 부합하지 않는 듯하다.

이는 앞서 본 바와 같이 오늘날 정치적 기본권은 선거권의 행사로만 보장되는 것이 아니라 정치적 자유권을 포함하고, 정치적 자유권은 정치적 의사를 자유롭게 표현하고, 자발적으로 정당에 가입하고 활동하며, 자유롭게 선거운동을 할 수 있는 것을 주된 내용으로 하는 것으로서, 1인 1표제

장에 있어서 1인 1표제의 기회균등원리가 적용되어야 한다고까지 판시하였고, 현재 2008헌바89 결정의 논조도 그와 같다.

123) 성중탁, 전계논문, 214쪽; 경실련, ‘성완종 사건과 불법 정치자금, 어떻게 할 것인가 -법인·단체 정치자금 기부 허용 문제를 중심으로-’, 정치관계법 개정 시리즈 토론회 2, 2015. 6., 19쪽 참조.

124) 현행 정치자금법상 단체의 이름으로는 합법적인 범위 내에서의 정치자금 기부가 불가능하므로 이러한 분석은 표면적으로는 사실일 수 있다.

를 본질로 하는 선거권의 경우와는 달리 정치자금 기부권을 비롯한 선거권 외(外) 정치적 기본권 보장의 본질이 모든 사람에게 동등한 정도의 정치적 기본권, 단적으로 말해서 1인 1표현의 자유를 보장하는 데 있다고 볼 수 없기 때문이다. 모든 사람에게 정치적 기본권을 보장한다는 정치적 평등의 이념으로 사회구성원의 정치적 자유권을 제한하거나 금지하는 것이 타당한지도 의문이다. 1인 1표현의 자유를 보장하여야 한다는 정치적 평등의 이념으로 정치자금 기부권을 제한할 수 있다고 본다면, 종국적으로는 정치자금으로 기부할 돈이 전혀 없는 사람과의 정치적 평등을 위해 모든 개인의 정치자금 기부를 금지하여야만 할 것이다. 정치제도에 있어서 대의민주주의의 요청만이 관철되어야 하는 것도 아니라는 점¹²⁵⁾을 다시 생각할 필요가 있다.

나아가 대의민주주의의 요청에서 비롯된 ‘소액다수주의’의 요청이 단체의 정치자금 기부를 제한하는 데 그치지 않고 금지할 것까지 요청하는지도 의문이 아닐 수 없다. 단체의 정치자금기부만이 유독 개인의 정치자금기부와는 달리 그 액수의 다과에 관계없이 기부행위만으로 대표기관구성권을 행사하는 것을 넘어 국가의사결정권에까지 ‘명령적 위임’에 준하는 강력한 영향을 준다고 단정할 수는 없을 것이기 때문이다.

125) 대의민주주의의 요청이 관철되지 않은 예로는 대표적으로 정당제도의 예를 들 수 있겠다. 트리펠의 4단계설(적대시 단계, 무시단계, 합법화단계, 헌법에의 편입단계)이 보여주는 바와 같이 대의민주주의를 전제로 한 헌법은 정당제도를 받아들이는 데에도 오랜 시간이 걸렸다. 과당의 형태로 나타났던 정당의 성격이 전체국가이익의 대표를 상징하는 대의민주주의와 조화될 수 없었던 것이다. 오늘날까지도 정당제도와 대의민주주의의 갈등관계는 완전히 해소된 것으로 볼 수만은 없다. 그러나 오늘날 민주주의에서 정당이 국가의 정책결정이나 국회의원의 의정활동 등에 심대한 영향을 미친다는 점은 부정할 수 없는 현실이다. 우리 헌법이 일반 결사에 비해 정당의 보호를 더욱 두텁게 정하고 있는 점은 이러한 현실을 적극적으로 반영한 것으로 이해되며 학자들은 이를 대의민주주의에 비견되는 정당제 민주주의라는 용어로 설명하곤 한다. 정종섭, 전계논문, 137쪽; 기현석, 전계논문, 183~184쪽 참조.

나. 현실적 문제

현실적 문제도 지적하지 않을 수 없다. 2004년 정치자금법 개정 이후에도 불법 정치자금 수수 관련 문제들이 근절되지 않고 오히려 지속적으로 발생하고 있는 것이다¹²⁶⁾. 단체의 정치자금 기부 금지규정 반대론 제2설, 제3설은 우리 현실은 법인이나 단체의 기부를 전면 금지함으로써 인해 일반인의 정치적 기부행위에 대한 무관심과 병행하여 정당과 정치인들은 매번 정치자금 모금에 심각한 어려움을 겪게 되고, 이는 곧장 불법·음성 정치자금 모집으로 연결되곤 하였다고 보고, 과연 지금의 현실이 선거 등 정치의 공정과 투명한 정치자금 사용이라는 2004년 개정 정치자금법의 입법취지가 충분히 살려지고 있는 것인지에 관하여 의문을 표시한다¹²⁷⁾.

이러한 현실적 문제를 고려할 때 기업의 영향력이 정치활동에 행사되는 경우 막연히 정경유착으로 인한 부정부패의 가능성이 있다거나, 기업이나 단체에게 헌법상 정치적 표현행위를 따로 보장할 필요가 없다거나, 금력으로 국민의 여론형성을 왜곡할 가능성이 있다는 이유만으로 단체의 목적과 성질을 불문하고 그 단체에 헌법상 보장된 정치적 표현의 자유를 부인한다는 것은 문제가 있다고 볼 수밖에 없다¹²⁸⁾¹²⁹⁾.

단체의 정치자금 기부 금지규정 반대론자들의 위 지적에다가 2004년

126) 2004년 개정 정치자금법 시행 이후 거의 모든 대통령이 음성적 정치자금 수수에 따른 정치자금 스캔들에 휘말리고 있다.

127) 성중탁, 전계논문, 216~217쪽, 229~230쪽 참조.

128) 성중탁, 전계논문, 229~230쪽; 정영철, '기업의 정치적 표현과 언론의 자유 - 최근 미국 연방대법원 판결이 한국에 주는 시사점', 언론과 법 제9권 제2호, 한국언론법학회, 2010. 12., 231쪽 이하 참조.

129) 단체의 정치자금 기부 금지규정 반대론자들은 한국의 경우 성완중 스캔들과 같은 각종 정경유착 부정부패 사건에 대한 저널리즘적 해석만 있어 왔을 뿐, 정치자금 기부와 정책결정간의 관계를 추적하는 체계적, 경험적 연구도 부재하다는 점도 지적한다. 최용기, 전계논문, (논문 중) 7쪽 참조.

정치자금법 개정 이전이라고 하여 종전 정치자금법을 준수하는 범위 내에서 비리가 있었던 것은 아니고, 그렇다면 2004년 정치자금법 개정 전에 종전 정치자금법이 보장하는 기부행위도 근절하여야 한다는 사회적 합의가 이루어졌다고 보기 어렵다는 점까지 상기하여 보면, 정치자금규제의 사전규제적 성격을 강화하는 것이 ‘부패의 차단’에 효과적인지 여부는 2004년 정치자금법 개정 전이나 후에나 실증(實證)된 바 없다고 볼 수밖에 없을 것으로 보인다. 양성적인 영향력 행사를 전면금지하는 것이 음성적인 영향력 행사도 차단할 수 있는지는 현실적으로 의문을 품을 수밖에 없는 것이다¹³⁰⁾.

3. 소결

이론적으로는 대의민주주의의 요청이, 현실적으로는 우리 정치사에 누적되었던 정경유착 비리의 경험이 현행 정치자금법상의 ‘소액다수주의’를 뒷받침한다. 단체의 정치자금 기부 금지규정은 그러한 소액다수주의를 실현시키는 수단으로서 입안되었다.

그러나 소액다수주의가 초래하는 사전규제는 자유민주주의 이념에서 보장하는 정치적 표현의 자유를 크게 위축시키고 있다. 소액다수주의의 요청이 단체의 정치자금 기부 금지규정이 초래하는 정치적 기본권 제압상황까지 정당화시킬 수 있는 절대적 이념이라고 보기도 어렵다. 더구나 2004

130) 현재 2008헌바89 결정에서 소수의견도 다수의견과 마찬가지로 이유로 단체의 정치자금 기부 금지규정의 목적의 정당성은 인정하면서도, 비정치적 단체의 경우 그 단체의 정치자금 기부가 민주적 의사형성과정을 왜곡하거나 선거의 공정을 해칠 우려가 있다고 하더라도 이러한 부작용을 방지할 제도적 장치조차 강구하지 아니한 채 단체의 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에도 일률적으로 정치자금 기부를 금지하는 것은 적절한 수단이라고 할 수 없다고 하여 수단의 적합성을 부인하였다.

년 개정 이후로 13년가량이 지난 현 시점에서 현실적으로 소액다수주의의 성과로 인하여, 또는 단체의 정치자금 기부 금지규정이 초래하는 정치적 기본권 제압상황으로 인하여 정경유착의 비리가 유의미하게 해소되었는지도 의문이 아닐 수 없다.

이처럼 소액다수주의가 ‘부패의 차단’을 실현시킬 수 있는 수단으로 적합한지도 확신할 수 없는 상황에서, 단체의 정치자금 기부 금지규정이 ‘부패의 차단’을 실현시킬 수 있는 수단으로 적합하다고 판단하기는 힘들다. ‘부패의 차단’을 달성하는 수단으로는 ‘정치자금의 공개원칙’에 따른 입법을 더욱 정교하게 하는 것이 보다 효과적이고 적합한 수단이 될 수 있다. 그 자세한 방법에 대하여는 이하의 III.의 3.항과 비교법적 고찰을 거쳐 제5장에서 다시 본다.

III. 침해의 최소성 및 법익의 우월성 심사

1. 단체의 정치자금 기부 금지규정의 심사 통과의 어려움

소액다수주의의 일환으로 도입된 단체의 정치자금 기부 금지규정에 ‘부패의 차단’을 달성하기 위한 수단으로서의 적합성이 인정된다고 보더라도, 앞서 본 바와 같이 위 금지규정이 초래하는 현실적 기본권 제압상황으로 인하여 정치적 자유권인 단체의 정치자금 기부권의 본질이 침해될 정도인 상황인 이상 위 금지규정이 침해의 최소성 및 법익의 우월성 심사를 통과한다고 보기는 어려울 것이다¹³¹⁾.

131) 현재 2008헌바89 결정에서 소수의견은 단체의 정치자금 기부를 전면적으로 금지하는 것보다 훨씬 덜 침해적이면서도 정치자금 기부의 투명성과 공정성을 확보할 수 있는 대체수단을 마련할 수 없는 것이 아니라고 하여, 단체의 정치자금 기부 금지규정이 침해의 최소성 원칙을 충족시키지 못함에 주목하였다. 즉 소수의견은 “예컨대

2. 단체의 정치자금 기부 금지규정으로 인한 정치적 자유권의 전반적 침해 상황

가. 개설

정치적 자유권인 단체의 정치자금 기부권이 압도되고 있는 현 상황은, 다른 정치현실과 맞물려 개인 및 단체의 정치적 자유권 행사 문제 전반에 대하여 더욱 심각한 일반적 침해 상황을 만들어내고 있다는 점에서도 큰 의미를 갖는다.

나. 단체의 정치적 자유권 침해 상황

단체의 정치자금 기부 금지규정 등으로 인한 단체의 정치적 표현의 자유에 대한 ‘현실적 기본권 제압상황’은 앞서 제3장 제2절 III.에서 이미 자세히 살핀 바와 같다. 다시 요약하자면, 현행 정치자금법 및 공직선거법은 간접기부(soft money) 방식이나 직접기부(hard money) 방식을 가리지 않고 단체의 정치자금 출연 방식을 폭넓게 부정하고 있어 단체가 직접적으로 정치적 표현을 할 만한 마땅한 방법을 생각하기 어렵다.

다. 개인의 정치적 자유권 침해 상황

위와 같은 단체의 정치적 자유권 침해 상황은 개인의 정치적 자유권

단체간의 자금동원력에 따라 불공정한 결과가 발생하지 않게끔 단체들이 기부하는 정치자금의 한도를 정한다거나, 단체가 통상의 예산과 별도로 정치자금으로 기부할 목적을 공개적으로 밝혀 조성한 재원만을 기부할 수 있게 하거나, 단체 구성원의 의사가 왜곡되지 않게끔 단체 본래의 목적에 부합하는 경우에만 정치자금을 기부하도록 하거나, 단체 구성원에게 모금 및 기부를 거부할 권리를 보장하여 주는 등 여러 제도적 장치를 보완함으로써 입법목적에 달성하면서도 단체의 정치적 활동의 자유나 결사의 자유에 대한 제한을 필요최소한 범위 내로 한정할 수 있다.”고 보았다.

침해 상황과도 연결된다. 개인의 입장에서 보더라도 개인이 단체의 이익을 위하여 단체의 자금이나 단체와 관련된 자금을 사용하여 정치적 표현을 할 방법도 없다는 것이기 때문이다.

이와 관련하여 개인의 정당가입이 쉽지 않은 현실도 지적하지 않을 수 없다. 앞서 본 바와 같이 공직선거법은 정당활동 외에는 사전선거운동은 전혀 허용하고 있지 않고, 출판 등의 행위도 폭넓게 제한하고 있으므로, 어떤 개인이 자신이 지지하는 정당에 기여하는 합법적이면서도 가장 확실한 방법은 해당 정당에 가입하여 당원으로 활동하는 것일 것이다. 그러나 우리나라는 법률로 공무원이나 교원의 정치활동을 금지하고 있고, 수많은 기업들이 위 법률을 모방한 사규 등을 통하여 사원의 정치활동을 금지함으로써 사실상 교원, 공무원은 물론이고 많은 생산직 노동자, 사무직 노동자의 정당가입이 또한 불가능하다. 한편으로는 우리 사회에 서구와는 달리 개인의 정당활동을 금기시하는 정치문화가 넓게 형성되어 있다¹³²⁾. 이러한 현실에서 정당에 정기적으로 정치자금을 기부하는 단체는 정당가입이 곤란한 개인이 가입하여 자신의 정치적 의사를 표현할 수 있는 훌륭한 대체수단이 될 수 있다. 그러나 현행 정치자금법은 이러한 대체수단을 금지한다. 예컨대 정당 지지자가 정치자금 기부를 위해 자발적인 조직을 만드는 것은 회사 내는 물론이고 회사 밖에서도 불가능하다¹³³⁾. 현행 정치자금법은 법인이나 단체와 ‘관련된’ 일체의 정치자금 기부를 금지하기 때문이다.

결국 단순지지자가 선거나 인터넷에 글을 올리는 것(공교롭게도 이 두 가지 방식 모두 익명성이 전제된다) 이외의 방식으로 정당이나 국회의원, 정치인 개인에 대한 지지를 표시하는 것에는 상당한 제약이 뒤따른다. 물론 현행법상 개인의 정치자금 기부는 가능하므로 특정 정치인에 대한 기

132) 기현석, 전계논문, 180쪽 참조.

133) 송석윤, ‘헌법의 관점에서 본 정치개혁’, 공법연구 제31권 제1호, 한국공법학회, 2002, 13쪽 참조.

부를 통해 자신의 정치적 의사를 표현할 길이 전혀 없는 것은 아니다. 문제는 대부분의 기부가 그 속성상 지속적으로 이루어짐으로써 일정한 규모를 형성하기 위해서는 반드시 ‘기부자가 가입할 수 있는 단체’를 필요로 한다는 점이다¹³⁴⁾.

여기에서 개인조차도 선거권이나 인터넷을 통한 의사표현 외에 어떤 정치적 기본권도 실질적으로 크게 보장받지 못하고 있다는 문제상황이 발생한다¹³⁵⁾. ‘청목회 사건’에서 나타난 바와 같이 오히려 자금동원능력이나 사회적 지위가 독자적 기부행위만으로는 ‘목소리’가 나지 않을 정도로 작은 개인인 경우, 즉 어떤 개인이 사회적 약자인 경우 이해관계를 같이하는 개인들이 모여 단체를 구성하고 그 단체를 통하여 ‘목소리’를 표현하려 할 수 있는데, 현행법 하에서는 개인이 단체를 구성할 경우 선거권이나 인터넷을 통한 의사표현의 자유는 오히려 떨어질 뿐이고, 이외의 정치적 기본권은 일체 행사하지 못한다.

라. 소결

이러한 제반 상황을 고려하여 보면 단체의 정치자금 기부 금지규정으로 인한 전방위적 기본권 침해 상황도 결코 수인 가능할 정도로 최소하다고 볼 수 없을 것이다.

3. 덜 침해적인 대안의 제시 - ‘정치자금의 공개원칙’의 실질적 강화

‘부패의 차단’을 달성하기 위한 수단으로는 우리 법도 이미 채택하고

134) 기현석, 전계논문, 180~181쪽 참조.

135) 일부 견해는 이러한 정치적 기본권 제한상황이 신인 정치인이나 소수정당이 경쟁력을 갖고 현직 의원이나 거대 정당과 경쟁하는 데 대한 규제와 한계로도 작용되고 있다고 본다. 성중탁, 전계논문, 209쪽 참조.

있는 ‘정치자금의 공개원칙’에 따른 제도들을 실질적으로 강화시키는 것이 보다 적합한 수단이며, 이는 덜 침해적이면서도 더 효과적인 수단이 될 수 있을 것이다¹³⁶⁾.

정치자금의 공개원칙이 강하게 지켜지는 이상에는, 정경유착의 고리를 끊고 개인의 정치적 기본권에 대한 위협이나 국민주권원리를 보호하기 위하여 법인이나 단체의 기부행위를 전면금지시키는 것은 실효성이나 효율성 측면에서도 반드시 정치발전에 기여한다고 볼 수 없을 것이다¹³⁷⁾. 현재 기업 등은 특정 정치인에 정치자금을 기부하여 특정 정치인의 견해를 지지할 수 없을 뿐만 아니라 특정 정치인의 공직선거와 관련하여 선거 시기를 불문하고 지원할 수 없고, 특정 쟁점에 대한 의견을 구할 수도 없는 구조이다. 미국에서 인정되는 소프트머니 방식의 지원도 당연히 불허된다. 그러나 공개원칙을 준수하는 한 단체나 기업의 정치자금 기부가 부패로 연결될 우려는 상대적으로 낮아지게 될 것이므로, 이러한 측면에서도 기부자체를 금지하는 사전규제의 필요성은 떨어지게 된다.

136) 2004년 개정 정치자금법도 소액다수주의의 일환으로 1회에 30만 원을 초과하거나 연간 120만 원(중앙당후원회, 대통령 경선후보자 후원회의 경우 500만 원)을 초과하는 기부는 그 내역과 기부자의 신원을 보고하도록 하고 있으며, 후원회에 연간 120만 원(중앙당후원회, 대통령 경선후보자 후원회의 500만 원)을 초과하여 기부한 경우에는 기부자의 인적사항과 그 금액을 공개하도록 하여 정치자금의 공개원칙 관련 규정을 두었고, 그 골자는 현행 정치자금법에서도 유지되고 있다. 이와 같은 기부내역의 공개는 유권자에게 누가 누구의 자금을 받아 정치를 하는지에 대한 정보를 제공한다는 점에서도 중요하지만, 소액다수주의를 실현하는 장치라는 측면에서도 매우 중요하다고 할 것이다. 법망을 우회하는 고액기부를 막을 수 있는 효과적인 수단이 되기 때문이다. 김민전, 전계논문, 140쪽 참조.

137) 중앙선거관리위원회는 과거 법인·단체의 정치자금 기탁을 허용하는 정치자금법 개정의견을 제시한 바 있으나 기탁된 정치자금을 국고보조금 배분율에 따라 정당에 배분·지급하도록 하는 것은 기탁할 동기가 적을 뿐 아니라 그러한 기탁 역시 법인과 단체의 정치적 표현의 자유 보장의 수단으로 적절하다고 볼 수 없다. 최용기, 전계논문, (논문 중) 7쪽 참조.

미국 연방대법원은 McCutcheon v. FEC(2014) 사건에서 후원금 상한 선제, 기부금 총액제 등 제한규정의 합헌성을 부인하고 오로지 정치자금 기부자 신상공개제도를 비롯한 정치자금의 공개원칙의 합헌성만을 인정하였다¹³⁸⁾. 현재 95헌마154 결정에서 우리 헌법재판소도 “정당의 정치적 의사결정이 정당에게 정치자금을 제공하는 개인이나 단체에 의하여 현저하게 영향을 받는 현상을 막기 위하여 사인이 정당에 정치자금을 기부하는 것 그 자체를 막을 필요는 없고, 다만 정당의 정치적 의사결정이 자금을 제공하는 개인이나 단체에 의하여 현저하게 영향을 받는 현상을 막기 위하여는 누가 정당에 대하여 영향력을 행사하려고 하는지, 즉 정치적 이익과 경제적 이익의 연계를 원칙적으로 공개하여야 하며, 이러한 이유에서 정치자금법은 ‘정치자금의 공개원칙’을 법의 기본원칙으로 삼고 있는 것”이라고 판시하여 정치자금의 공개원칙이 ‘부패의 차단’을 달성하는 수단으로서 높은 적합성을 가진다는 점을 역설한 바 있다.

결국 정치자금의 공개원칙을 강화하고, 정치자금의 투명성이 강화되어가는 속도에 맞추어 정치자금의 공급선을 늘려 주는 것이 필요할 것으로 보인다¹³⁹⁾. ‘부패를 차단’하는 사전적 수단으로 소액다수주의를 채택할 수는 있으나, 소액다수주의는 단순한 소액주의만을 말하는 것은 아니다. 강한 규제를 통하여 정치권에서 필연적으로 소모되는 자금까지 지나치게 소액으로 공급하게 되면 그러한 강한 규제가 오히려 탈법적 방법으로 음

138) 위 사건에서 미국 연방대법원은 부패를 막기 위한 목적의 후원금 상한선제는 헌법적으로 정당화된다고 본 선례인 Buckley v. Valeo(1976)의 태도보다 더욱 나아가, “기부금 총액이 부정부패(quid pro quo)를 예방하거나 발생을 막는 데 있어 정부의 이익에 더 이상 부합하지 않는다. 정치자금 제한을 통해 달성하고자 하는 정부의 이익의 정당성은 오직 선거금의 부정부패를 막고 이를 예방하는 것에 있다. McCutcheon v. FEC, 572 U.S.(2014)(No. 12-536) 참조.

139) 일부 학자들은 정치자금 기부에 관한 규제를 풀면 상당한 국세 절감 효과도 있을 것으로 기대하고 있다. 최용기, 전제논문, (논문 중) 8쪽 참조.

성으로 자금을 조달하려는 시도를 촉진하는 결과로 나타날 수 있다. 그 자세한 방법에 대하여는 이하의 비교법적 고찰을 거쳐 제5장에서 다시 본다.

IV. 비교법적 고찰

다른 국가들의 입법례를 보더라도, 단체의 정치자금 기부에 대하여 일반적으로 금지하는 규정을 두는 것이 정경유착을 막기 위해 필수불가결하다거나, 개인의 정치적 의사형성이 온전하게 이루어질 수 있는 범위에서의 자금모집에 관한 단체의 관여를 일반적, 추상적으로 규범화하여 허용하는 것이 입법기술상 곤란하다고 단정할 수 없다. 이하에서 이에 관하여 본다.

1. 미국의 경우

가. 입법연혁

(1) 최초의 연방헌법은 피선거권의 주체에 대하여는 명문으로 규정하였으나 선거권의 주체 및 감독기관 등에 대해서는 아무런 규정을 두지 않았다. 그 후 수정헌법에서 선거권의 주체를 명문화하였고, 1970년대 이전에는 선거자금 규제가 제대로 기능하지 못하다가 1974년 연방선거운동법(Federal Election Campaign Act, FECA, 1971년 제정, 1974년 개정)이 개정되면서 선거자금의 실질적 규제를 위한 개혁적이고 강력한 장치가 마련되었고, 2002년 소프트머니와 정책광고를 제한하는 선거운동개혁법(Bipartisan Campaign Reform Act, BCRA)이 제정되었다¹⁴⁰⁾.

140) 미국 연방선거관련규정은 US Code Title 2 Congress편 14장 연방선거자금규정, Title 18. Crimes and Criminal Procedure 편, Title 26. Internal Revenue Code편, Title 28. Judiciary and Judicial Procedure편, Title 47. Telegraphs, Telephones and Radio Telegraphs편 5장 전파관련규정, Title 36. Patriotic and National Observances,

(2) 1972년 워터게이트 사건¹⁴¹⁾의 영향을 받아 개정된 1974년 개정 연방선거운동법은 ① 감독기관인 연방선거위원회(Federal Election Commission, FEC)¹⁴²⁾를 연방선거운동법에 명문으로 규정하여 선거를 공정하게 관리하게 하였다¹⁴³⁾. ② 거액의 개인 기부자의 영향력을 제한하기 위해 PAC¹⁴⁴⁾의 설립을 규정하였다. ③ 대통령선거 공영기금을 확보하기

Ceremonies, and Organizations편 5장 대통령 취임식 규정 등 여러 편에 산재되어 규정되어 있다. 성중탁, 전계논문, 223~226쪽 참조.

141) 1972년 미국에서 일어난 선거부정사건이다. 1972. 6. 17. 워싱턴 DC 워터게이트 호텔에 있는 민주당 선거운동 지휘본부에 닉슨 대통령 재선위원회 경비주임인 James W. McCord 등 5명이 침입하여 도청기를 재설치한 것이 적발되면서 시작되었다. 워터게이트 사건의 핵심은 1972년 대선에서 재선에 성공하기 위해 닉슨과 그의 핵심참모들이 구성한 대통령재선위원회가 벌인 민주당에 대한 불법공작이었다. 위 위원회는 대규모의 불법적인 자금을 모금하여 민주당 후보자들의 선거조직에 스파이를 침투시키고, 후보자들에 대한 악성 정보를 유포시켜 선거운동을 혼란에 빠뜨렸다. 닉슨 대통령은 관련성을 부인하다가 1974년 3월 대통령의 측근이었던 존 미첼 등 7명이 워터게이트 사건의 조사를 방해하였다는 혐의로 기소되고 1974년 7월 3회에 걸쳐 하원 사법위원회에서 대통령 탄핵결의가 가결되자 같은 해 8월 사퇴하였다. 존 미첼은 기업의 선거자금 부정기부를 지휘한 혐의로 징역형에 처해졌다. Frank J. Sorauf, Money and Elections(Boston: Scott, Foreman, 1988), p.36, 두산백과 ‘워터게이트 사건’ 항목 참조.

142) 연방선거위원회는 상원의 권고와 동의에 따라 대통령이 임명하는 6인의 위원으로 구성되고, 대통령선거후보자에게 국고보조금을 지원하고 지출과 기부의 제한을 감독하며 정치자금의 수령에 관한 전반적인 공개규정을 이행하게 한다. 송진섭, 전계논문, 49~53쪽 참조.

143) 2009년까지의 미국의 선거자금 관련제도 연혁에 관하여는 송진섭, 전계논문, 82~95쪽 참조.

144) PAC는 특정후보자를 지원하기 위하여 설립되는 일종의 후보자 지원조직으로서 연방선거위원회에 등록하여야 하며, 자체적으로 정치자금을 모금하고 그 자금으로 지지 후보자를 위한 신문 또는 방송광고 등의 활동을 전개한다. PAC가 지원하는 광고는 다른 후보자를 비방하지 않고 지지 후보자의 정책과 능력을 홍보하여야 한다. 미국 연방선거위원회 홈페이지 중 PAC 소개 부분(http://www.fec.gov/answers_pac) 참조. 보통 ‘정치활동위원회’로 번역되나, 위 번역에 따를 경우 자칫 정부기구나 공적 조직

위하여 주요 정당 예비후보자들의 선거운동 자금에 대한 부분적 공금지원을 할 수 있도록 하였고, 나아가 대통령 선거 본선 기간 중의 선거운동 자금에 대하여는 완전하게 공금을 지원하도록 규정하였다. ④ 대통령선거 연방후보자가 지출할 수 있는 액수를 예비선거와 본선거 각각 7만 달러 합계 14만 달러로 규제하고, 정당이 후보자를 위해 지출하는 비용 총액도 당 10만 달러를 넘지 못하도록 지출총액의 제한을 두었다.

(3) 1979년 개정 연방선거운동법은 후보자나 정당에 직접 기부되는 하드머니(직접기부)와 대별되는 소프트머니(간접기부)의 개념을 “정책광고에 지출되는 자금, 정당의 유권자 등록이나 투표율 증대 및 정당의 조직·설립에 사용되는 비연방계좌의자금 및 노조, 기업이나 가족 내의 구성원간의 선거 관련 활동에 지출되는 자금”으로 정하고, 소프트머니의 지출에 대하여는 기부제한을 하지 않고 연방선거위원회에 보고나 공개도 하지 않는다는 취지의 “소프트머니 조항”을 신설하였다.

(4) 2001년 엔론 사건¹⁴⁵⁾의 영향을 받아 제정된 2002년 선거운동개혁법은 ① 연방 정당의 소프트머니 모금을 금지하고, 주와 지방 정당의 소프트머니 모금은 주법의 규제를 받도록 하였다. ② 정책광고 중 본선거가 있기 전 60일 이내에 연방선거와 30일 이내에 결선, 예비선거에 영향을 미치는 케이블, 위성, 신문 등을 통한 광고는 선거 커뮤니케이션

에 유사한 조직으로 오인될 소지가 있으므로 이하 PAC라고만 한다. 자세한 내용은 김재선, 전계논문, 41쪽 참조.

145) 엔론(Enron Corporation)은 미국 텍사스 주 휴스턴에 본사를 둔 미국의 에너지, 물류 및 서비스 회사였다. 2001. 12. 2. 파산 전까지 엔론은 약 2만 명의 직원을 보유하고 2000년 매출 1,110억 달러를 달성한 세계 주요 전기, 천연 가스, 통신, 제지 기업 중 하나였다. 그런데 2001년 말 엔론의 부실한 재정상태가 제도적·조직적·체계적으로 계획된 회계부정으로 은폐되어 왔다는 사실이 밝혀졌다. 이 사건으로 당시 엔론의 회장, 최고경영자는 사기와 내부자거래 등의 범죄로 각각 징역 24년 4개월, 24년의 유죄판결을 받았다.

(Electioneering Communications)에 해당한다고 하여 이를 규제하였다. ③ 하드머니는 일반개인에 한해서 허용하고, 한 선거당 후보자 1인에 대한 기부금의 상한은 5,000달러로, 총액기준 2년간 정당조직에 대한 기부는 최고 5만 7,500달러로, 개인후보에 대한 기부는 최고 3만 7,500달러로 제한하였다¹⁴⁶⁾.

(5) 정치자금의 공개원칙에 관하여, 연방선거운동법은 미국 선거관리위원회는 회계담당자는 기부자의 신분과 관련된 정보를 얻기 위해 최선의 노력(best efforts)을 하여야 한다고 규정하고 있다. 50달러 이상은 반드시 실명기부를 하고, 100달러 이상은 수표나 머니오더로 하며, 200달러 이상의 기부자명단은 공개하고, 회계보고서는 보고 후 48시간 이내에 인터넷에 공개한다.

나. 판례법

(1) Buckley v. Valeo(1976)¹⁴⁷⁾

1974년 개정 연방선거운동법은 첫 번째로 Buckley v. Valeo(1976)에서 제동이 걸렸다. 위 사건에서 미국 연방대법원은 “어느 사회구성원의 표현의 자유를 더욱 강하게 보장한다는 공익을 위하여 다른 사회구성원의 표현의 자유를 규제할 수 있다는 논리는 수정헌법 제1조의 이념과는 완전히 동떨어진 것이다. 수정헌법 제1조의 의미는 첫째, 다양한 관점과 대립적 관점에서 나온 정보를 최대한 보장하고, 둘째, 사상의 자유로운 교환을 보장함으로써 국민들이 원하는 정치적·사회적 변화를 이끌어낸다는 데 있다.”라고 하면서, PAC, 정당 또는 개인들이 후보자들에게 주는 기부금에 대한 제한, 정당이 후보자를 위해서 지출하는 비용의 상한

146) 송진섭, 위 논문, 94~95쪽 참조.

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

선 제한, 선거자금 내역 공개 의무화와 관련 자료 공개, 대통령과 부통령 후보자의 선거자금 국고지원 등은 합헌이지만, 선거비용의 지출제한과 ‘독립지출’에 대한 제한은 수정헌법 제1조에서 보장된 표현의 자유를 심대하게 제약하므로 위헌이라고 판결하여 1979년 개정 연방선거운동법의 소프트머니 조항의 기틀을 마련하였다.

즉 위 사건에서 미국 연방대법원은 “독립지출은 연방후보들을 지원하는 또다른 방법이다. 독립지출이란 어떤 후보의 당선이나 낙선을 명시적으로 주창하는 커뮤니케이션에 지출되는 돈을 말한다. 그 지출을 하는 개인이 커뮤니케이션으로부터 혜택을 받을 후보의 선거운동 진영과 어떤 방식으로든 코디네이트하거나 협의하지 않다면 그것은 ‘독립적’ 지출로 인정받는다. 독립지출은 정치자금 기부로 간주되지 않으며 따라서 제한되지 아니한다.”¹⁴⁸⁾라고 하여 독립지출은 기부주체가 될 수 있는 개인이나 단체의 ‘정치적 지출’임에는 분명하지만 모금주체인 선거운동 진영 등과 협의하거나 사전조율하지 않는 이상 그 지출이 바로 모금주체의 수입으로 간주되지 않는 것이고, 따라서 여기에는 선거운동 진영 등의 수입에 관한 일체의 제한 논리가 적용되지 않아야 하고 개인이나 단체의 ‘정치적’ 지출행위의 자유를 보장하는 정치적 표현의 자유에 관한 법리만이 전면적으로 적용되어야 함을 밝혔다.

이후의 *Federal Elections Commission v. Massachusetts Citizens of Life*(1986)¹⁴⁹⁾ 판결에서도 미국 연방대법원은 연방선거와 관련하여 비영리 정치단체의 직접 지출을 금지한 연방선거운동조항을 위헌으로 결정하였다¹⁵⁰⁾.

148) 송진섭, 전계논문, 90~91쪽 참조; FEC, “Supporting Federal Candidates: A Guide for Citizens”, “Independent Expenditures”, 1997. 4.

149) *Federal Elections Commission v. Massachusetts Citizens of Life*, 479 U.S. 238(1986).

한편 앞서 본 바와 같이, Buckley v. Valeo(1976)는 연방대법원이 “정치자금 지출내역의 공개요구는 첫째, 유권자들에게 자금 지출에 관한 정보를 제공함으로써 투표에 필요한 정보를 제공할 수 있고, 둘째, 부패를 방지할 수 있으며, 셋째, 공권력이 정치자금을 규제하는 데에 정보를 제공할 필요가 있다는 측면에서 타당하다”고 판단하여 부패를 방지하기 위한 수단으로서의 정치자금의 공개원칙의 중요성을 강조하였다는 데에도 그 의의가 있다¹⁵¹⁾.

(2) Citizens United v. FEC(2010)¹⁵²⁾

Citizens United v. FEC(2010)에서 미국 연방대법원은 소프트웨어 제한의 대표적 규정이었던 연방선거운동법 제431조(기부·모금주체별 모금총액 제한규정) 중 법인 부분과 선거운동개혁법 제441조의b(국립은행 또는 회사가 정치공무원직 선거와 관련하여 위하여 실시되는 예비선거, 정당대회 등과 관련하여 기부 또는 지출행위를 하는 것을 원칙적으로 금지하고 초당적 등록 및 투표참가운동과 PAC에 대한 기부 등만을 예외적으로 허용한 규정), 제434조(f)(3)(A) ‘일반사항’(연방선거를 위한 후보자를 위하여 총선거, 보궐선거, 결선투표 전으로부터 60일 이내, 예비선거, 선호투표, 정당대회 등 전으로부터 30일 이내에 기업의 선거 커뮤니케이션-정치광고 공공 배포¹⁵³⁾ 금지규정)에 대하여 “위 법 조항은 정치

150) 송진섭, 전계논문, 92쪽 참조.

151) Buckley v. Valeo, 424 U.S.1(1976) 참조; 김재선, 전계논문, 431쪽 참조.

152) Citizens United States v. FEC, 558 U.S. 310(2010).

153) 이에 대하여 미국연방규정집(Code of Federal Regulation, 연방행정부가 발한 행정 명령에 관하여 집대성한 것으로 그 중 11장이 연방선거에 관하여 규정하고 있다. 미국정부간행물실 중 법령소개 참조, <http://www.gpoaccess.gov>.) 제100.29조에서는 ‘공공 배포’란 ‘후보자를 위하여 TV, 라디오, 케이블TV, 위성시스템 등을 이용하여 5만 명 이상이 시청가능하게 60일, 30일 기간 내에 대중에게 유포된 것’을 의미한다고 규

적 의사의 왜곡을 방지하며 부패를 막는 수단으로서 의미가 전혀 없다. 주주보호를 이유로 비영리기업을 포함한 모든 기업에 대하여 일률적으로 정치적 표현을 제한하는 것은 수정헌법 제1조의 이념에 반한다.”고 하면서 위헌결정하였다.

그리고 위 사건에서 미국 연방대법원은(5인 의견), 수정헌법 제1조의 표현의 자유규정은 개인의 자유와 단체의 자유를 구분하지 않고 있으므로 단체도 개인과 동등한 자유를 향유하여야 한다고 보았다. Kennedy 대법원장의 의견에 따르면, “특정 후보를 지지하거나 비방하는 개인의 언론의 자유를 정부가 제한할 수 없는 것처럼 이러한 개인들의 모임으로 구성된 단체가 특정 후보의 당락을 위하여 자금을 지출하는 것을 정부가 제한한다면, 이는 표현과 언론의 자유를 규정한 수정헌법 제1조에 위배된다.”고 하고, 기존의 미국 연방대법원 판례에 비추어서도 “미국 연방대법원은 단체를 개인과 동일하게 취급하여 왔으며 공권력이 사회 내 특정 집단의 목소리를 잠재우는 것은 사회의 여론형성을 방해하는 최악의 방법이다. 공권력의 임무는 사회 내 모든 집단이 각자 자신의 목소리를 내도록 하는 데 있다”고 한다.

한편 미국 연방대법원은 주식회사의 경우 회사의 자금을 정치자금으로 기부할 경우 주주보호의 이익을 침해할 수 있는 점을 인정하였으나, 미국에서 이미 미디어회사의 경우에는 정치적 표현의 자유를 제한하는 앞서 본 각 법 조항의 예외로 설정되어 있는 점을 들어, “주주보호의 이익은 미디어회사의 경우에도 필요하며, (회사 내 민주적 의사결정절차를 거친 정치자금 기부) 그러한 민주적 의사결정절차가 주주의 권리를 보호하기에 불충분하다는 증거도 없으므로 위 법 조항은 지나치게 광범위한 규제에 해당한다”고 판단하였다¹⁵⁴⁾..

정하였다. 자세한 내용은 위 홈페이지 검색결과 및 김재선, 전계논문, 41쪽 참조.

(3) *McCutcheon v. FEC*(2014)¹⁵⁵⁾

McCutcheon v. FEC(2014)에서 마침내 미국 연방대법원은, “기부금 총액이 부정부패(*quid pro quo*)를 예방하거나 발생을 막는 데 있어 정부의 이익에 더 이상 부합하지 않고, *Davis v. FEC*(2008), 554 U.S. 724, 739쪽을 인용하여, “정치자금 제한을 통해 달성하고자 하는 정부의 이익의 정당성은 오직 선거금의 부정부패를 막고 이를 예방하는 것에 있다. 뇌물로서 서로 주고받는 행위가 거액의 선거자금을 집행하는 과정에서 공무원의 공무행사에 영향을 끼치지 않는 한, 이러한 특정 형태의 부정부패는 결코 발생하지 않는다.”고 하여¹⁵⁶⁾ 선거운동개혁법 제441조 (a)(3)의 (A), (B) 개인의 기부금 총액제한 규정은 수정헌법 제1조에서 규정하고 있는 표현 및 결사의 자유에 대해 불필요한 기본권 침해를 야기하므로 위헌무효라고 판시함으로써 선거운동개혁법이 규제하였던 연방선거자금 하드머니 총액제한 규정 전체에 대하여도 위헌무효를 선언하였다.

154) 이에 대하여 John Paul Stevens 대법관은, “정치적 표현의 자유는 절대적 자유가 아니며 표현의 주체에 따라 차별적으로 규율될 수 있다”고 전제한 다음, 개인과 회사 사이에는 회사의 경우 “유한책임, 영속성, 경영과 소유의 분리 등을 통하여 자본의 집적을 용이하게 하기 위한 것으로 사회의 경제적 복지를 증진시킬 책임이 있다. 따라서 회사들은 실제 사회구성원들이 아니다. 회사 스스로가 선거에 출마하거나 투표 행위를 할 수 없다는 점에서 공직선거와 관련된 개인과 회사의 차이는 분명하다”고 하여 정면으로 반대의견을 개진하였다. 나아가 Stevens 대법관은, “회사가 사내자금을 선거광고에 사용한다면 회사가 지지하는 후보자를 반대하는 주주의 이익에 반한다. 회사 내 민주적 의사결정절차를 통하면 그러한 우려가 적다고 하나, 주주의 의결권 침해나 이사의 충실의무위반에 대한 주주들의 대표소송이 실제로 얼마나 효과적인지 의문이며, 회사가 간접적인 투자 방식을 택하는 경우에는 더욱 주주들이 회사의 정치자금 기부를 감시하고 통제하는 것이 쉽지 않다”는 우려도 표명하였다. *Citizens United v. FEC*, 558 U.S. 310(2010); 김재선, 전계논문, 42~43쪽 참조.

155) *McCutcheon v. FEC*, 572 U.S. No. 12-536(2014).

156) 성중탁, 전계논문, 226~228쪽 참조.

즉 정치자금과 뇌물은 구별되어야 한다는 것이 위 판결의 요지이다. 정치자금이 공무원의 공무행사에 영향을 미치는 방법으로 사용된다 등 특별한 사정이 없으면 정치자금의 지원 자체로 뇌물성을 인정할 수 없다는 것이다.

다. 현황

(1) 선거운동행위 자체에 대한 제한 규정

위 각 일련의 판례법으로 미국에서 개인과 법인, 단체는 기부금액수의 제한을 받지 않으며, 선택의 제약을 받지 않고 다수의 선거후보자, PAC 등에게 무제한 기부를 할 수 있게 되었다¹⁵⁷⁾.

이에 실질적으로 미국의 선거법은 현재 PAC가 방송 기타 홍보물을 통하여 홍보활동을 할 경우 홍보물에 PAC가 후원하였다는 워터마크를 삽입할 것을 규정(연방선거운동법 제441조의d)하는 등 일부 세부적 규정들을 제외하고는 선거운동행위 자체에 대한 제한 규정은 거의 두고 있지 않다.

(2) 공개원칙에 관한 규정

다만 미국은 선거제도의 공정성을 확보하기 위한 수단으로 선거비용

157) 이에 대하여 Breyer 대법관은 미국 연방대법원이 Citizens United v. FEC(2010)에서 소프트머니 지출제한규정을 무효화한데 이어 2014년 위 판결을 통해 Buckley v. Valeo(1976) 사건 이후 지켜왔던 하드머니 총액제한규정마저 무효화시킴으로써 미국의 정치자금규제시스템을 1971년 선거자금개혁 이전의 상태로 회귀시켰다고 비판하였다. 실제로 Citizens United v. FEC(2010) 이후 치러진 2010년 중간선거에서 미국의 PAC, 노동조합, 비영리단체 등은 2년 전 선거에 비하여 2배의 돈을 선거광고를 위한 독립지출에 사용한 것으로 나타났다. 자세한 내용은 김재선, 전계논문, 43쪽 참조. 그러나 한편으로 소프트머니가 하드머니 영역으로 흘러들도록 유도되어 TV광고보다 후보자 개인과 정당이 더 힘있는 영향력을 행사할 것으로 될 것이라는 분석도 있다고 한다. 성중탁, 전계논문, 226~228쪽 참조.

에 관한 철저한 보고를 중시한다. 미국에서 선거운동을 하려는 공직후보자는 대부분 개인이나 PAC에 자금적으로 의존하기 때문에¹⁵⁸⁾ 공개원칙의 엄격한 적용은 더욱 중요한 의미를 가진다¹⁵⁹⁾.

연방선거운동법은 기부금액과 방법, 지출내역 일체에 대하여 투명한 관리와 회계보고의무를 규정하고 있다. 모든 PAC는 기금모금과 독립지출내역 등을 FEC에 보고하여야 한다¹⁶⁰⁾. PAC는 그 지출내역을 홈페이지에 공시하여야 하고, 유권자들은 개별 PAC, 그리고 FEC 홈페이지를 통하여 선거비용의 출납을 확인할 수 있다¹⁶¹⁾.

2. 일본의 경우

가. 입법연혁¹⁶²⁾

158) 미국은 정치자금을 모금하고 지출하는 주체가 후보자 개인이 중심이 되고 있다. 정당이 후보를 위해 지출하거나 후보에게 직접 지원할 수 있는 자금은 엄격히 제한되어 있음에 반하여 후보 개인이 모금하고 지출할 수 있는 자금의 규모에 대하여는 사실상 아무런 제한이 없다. 미국은 다른 어느 나라보다도 의원 개개인이 정치의 중심이 되고 있고 정당으로부터의 의원들의 자율성이 높는데, 이러한 미국 정당정치 특징이 정치자금의 구조에 의해 지지되고 있음을 알 수 있다. 김민진, 전계논문, 127~128쪽 참조.

159) 자세한 내용은 『미국 연방선거법』, 중앙선거관리위원회, 26쪽 참조.

160) PAC 또는 후원회들은 분기별 보고 또는 월별 보고를 선택할 수 있다. 일반적으로 분기별 보고서는 4월 15일, 7월 15일, 10월 15일, 1월 31일까지 FEC에 접수되어야 한다. 월별보고위원회는 해당 월의 보고서를 익월 29일까지 FEC에 접수하여야 한다. 김재선, 전계논문, 53쪽 참조.

161) 미국 선거법에 따르면 국고보조를 받는 예비후보자는 대부분의 후보자들은 국고보조금을 받는 대신 투명한 관리를 전제로 총액의 제한을 받지 않는 방법으로 선거운동을 하는 것을 택한다. 김재선, 전계논문, 46쪽 참조.

162) 일본의 입법연혁에 대한 자세한 내용은 고문현, ‘정치자금에 대한 비교분석 - 일본과의 비교를 중심으로’, 토지공법연구, 한국토지공법학회, 2013 참조.

(1) 일본의 정치자금에 관한 법률은 1948년 의원입법으로 ‘정치자금 규제법’으로 입법되었다. 1966년 검은 안개 사건 및 1974년의 금권선거 파동을 계기로 1975년에 개정되었다¹⁶³⁾. 1975년 정치자금규제법 개정으로 기업, 단체 및 개인이 연간 제공할 수 있는 기부액의 상한을 설정하였다.

(2) 구 ‘정치자금규제법’은 록히드 사건을 계기로 1980년에 ‘정치자금 규정법’으로 개칭한 다음 그 내용이 대대적으로 개정되었으며, 1988년 리쿠르트 사건¹⁶⁴⁾을 계기로 1994년 다시 대폭 개정되었다¹⁶⁵⁾. 1994년 개정으로 선거기간 외에는 정치가 개인에게 기부할 수 없고, 정당은 선거기간에 상관없이 정치가 개인에게 기부가 가능하고, 기업은 의원 개인에게 기부할 수 없지만, 정당에 기부하는 것은 허용되도록 개정되었다. 정치조직은 5만 엔 이상 정치자금의 수입과 지출에 대하여 공개하여야 하게 되었다(모금공개). 그리고 1994년 도입된 ‘정당조성법’에 따라 국가가 직접 정당에 대하여 국고보조를 하게 되었다¹⁶⁶⁾.

(3) 1999년 정치자금규정법이 다시 개정되어 하나의 정치가가 하나의 정치자금관리단체만을 둘 수 있도록 되었고, 회사나 노조의 정치자금관리단체에 대한 기부가 금지되었다. 즉 단체의 정당에 대한 기부만 허용되고 정치가 개인에 대한 기부가 금지된 것이다. 위 개정으로 법인

163) 고문현, 전계논문, 230~231쪽 참조.

164) 일본의 정보산업사회인 리쿠르트사(社)가 계열회사 리쿠르트 코스모스의 비상장 주식을 상장 직전에 정계 주요 인사들에게 값싸게 배분하여 회사 상장 직후 부당 이익을 보게 함으로써 사실상 뇌물을 공여한 사건이다. 그 대가로 리쿠르트사는 정치인들에게 자회사가 신축하는 건물의 건축설계 변경은 물론 여러 사업 관련 행정규제의 처회, 변경 등과 같은 특혜를 요구하였다. 이 스캔들에 44명의 전현직 국회의원과 수상, 수명의 주요 현직 장관 등을 포함한 76명의 정계 저명인사들이 연루되어 재판을 받았다. 자세한 내용은 성중탁, 전계논문, 217~219쪽 등 참조.

165) 고문현, 전계논문, 230~231쪽 참조.

166) 고문현, 전계논문, 231~232, 253쪽 참조.

단체가 정치인 개인에게 기부를 하는 것은 금지되었지만(후보자 선거운동비용 제외), 정당에 대하여는 기업의 규모에 따라 750만 엔에서 1억 엔까지 기부할 수 있도록 하여 정당 및 정당활동단체 이외의 자에 대하여 연간 1000만 엔을 기부할 수 있는 개인보다도 모금한도를 높게 해 두었다¹⁶⁷⁾. 모금공개 외에 기부공개도 엄격하게 바뀌었다. 기부공개의 기준이 연간 100만 엔에서 연간 5만 엔으로, 파티권 대량구입의 기준도 100만 엔에서 20만 엔으로 대폭 개정되었다¹⁶⁸⁾.

나. 현황¹⁶⁹⁾

(1) 입법목적

일본 정치자금규정법은 제2조 제1항에서 위 법의 입법목적은 정치자금의 공개원칙에 있음을 천명하고 있다. 즉 위 법은 “정치자금이 민주정치의 건전한 발달을 희구하여 각출된 국민의 깨끗한 재산인 점을 감안하여 그 수지상황을 분명히 하는 것을 취지로 한다¹⁷⁰⁾.”

(2) 원칙

일본 정치자금규정법의 규정 체계는 크게 두 가지 원칙에 따른다. 첫

167) 최용기, 전계논문, (논문 중) 6쪽; 김건식, 회사의 정치헌금, 법조 제35권 제2호, 1986, 97쪽 참조.

168) 일본 총무성 홈페이지(<http://www.soumu.go.jp>) 중 정치자금규정법 관련 콘텐츠(특히 ‘정치자금규정법의 줄거리’, http://www.soumu.go.jp/main_content/000174716.pdf); 고문현, 전계논문, 231~232, 253쪽 참조.

169) “정치활동이 국민의 꾸준한 감시와 비판 아래 이뤄지도록 정치단체의 신고, 정치단체에 관련된 정치자금 수지의 공개, 정치단체 및 공직후보자와 관련된 정치자금 수수의 규정, 그 외 다른 조치를 강구함으로써 정치활동의 공명과 공정을 확보하고, 이로써 민주정치의 건전한 발달에 기여하는 것을 목적으로 하고 있다.” 이하 정치자금규정법의 자세한 내용은 고문현, 최용기의 각 전계논문 및 앞서 본 일본 총무성 홈페이지 중 현행 정치자금규정법 조문 본문과 ‘정치자금규정법의 줄거리’ 참조.

170) 고문현, 전계논문, 233쪽 참조.

번째로 ① ‘정치자금 수지 공개원칙’이다. 위 원칙에 따른 규정으로는 정치단체 설립신고의무규정, 1년간의 정치단체의 수입, 지출 및 요로 자산 등을 기재한 수지보고서 제출·공개의무에 관한 규정 등이 있다. 두 번째로 ② ‘정치자금 수수에 관한 규제원칙’이다. 위 원칙에 따른 규정으로는 아래에서 다시 보는 기부대상자 제한에 관한 규정, 기부의 양적·질적 제한에 관한 규정 등이 있다.

(3) 규정의 대상

(가) 정치단체

정치단체는 정당을 비롯하여 정치적 주의 또는 시책을 추진하고 지지하거나 이에 반대하는 단체, 특정 공직후보자를 추천하고 지지하거나 이에 반대하는 단체뿐 아니라 ‘정당을 위하여 자금상 원조를 하는 목적을 가지는 단체인 정치자금단체’, ‘특정 파티 개최 단체¹⁷¹⁾’를 포함한다(정치자금규정법 제3조 제1항, 제5조). 정치단체는 그 조직한 날 또는 정치단체로 된 날로부터 7일 이내에 우편이 아닌 문서로 조직된 사실, 해당 정치단체의 목적, 명칭, 주된 소재지 및 주로 그 활동을 실시하는 구역, 대표자·회계책임자·회계책임자의 직무비행자의 성명, 주소, 생년월일 및 선임연월일 등에 대해서 도도부현(都道府縣)의 선거관리위원회 또는 총무대신에게 신고하여야 한다(설립신고의무). 또 신고한 사항에 변경이 생기는 경우도 그 변경의 날로부터 7일 이내에 그 내용을 신고하여야 한다(정치자금규정법 제6조의2 제2항 등). 이처럼 일본은 설립신고제로 오로지 정치자금기부를 위한 단체 창설·유지를 허용하고 있다¹⁷²⁾.

171) 정치단체 이외의 사람이 특정 파티(정치자금 파티 중 수입 금액이 1,000만 엔 이상의 것)가 예상된다는 정치자금 파티를 개최하는 경우 해당 정치단체 이외의 사람을 정치단체로 간주하고 정치자금규정법의 규정의 일부가 적용된다. 자세한 내용은 일본 총무성 홈페이지 중 현행 정치자금규정법 조문 본문과 ‘정치자금규정법의 줄거리’ 참조.

(나) 공직후보자

공직후보자(공직에 있는 자, 공직선거법의 규정에 의하여 신고된 공직후보자 및 해당 후보자가 되려고 하는 사람까지 포괄한다)는 그 자가 대표자인 정치단체 내에서 하나의 정치단체를 그 자를 위하여 정치자금 거출을 받아야 할 정치단체인 ‘자금관리단체’로 지정할 수 있다.

(4) 정치자금 수지 공개

(가) 기부 및 지출자료의 보존

정치단체의 회계책임자는 회계장부를 비치하고 그 장부에는 해당 정치단체의 수입·지출에 관련된 사항으로서 법이 정하는 사항¹⁷³⁾을 전부 기재하고 이를 3년간 보존하여야 한다(정치자금규정법 제8조, 제16조, 제19조의3 제2항).

(나) 수지보고

도도부현 선거관리위원회가 관할하는 정치단체는 매년 수지보고서를 제출할 의무가 있다(정치자금규정법 제12조). 정치단체의 회계책임자는 매년 12월 31일을 기준으로 현재 해당 정치단체에 관한 모든 수입, 지출 및 자산 등의 상황을 기재한 수지보고서를 이듬해 3월 말일(1월부터 3월까지 사이에 총선 등이 있는 경우는 4월 말일)까지 도도부현의 선거관리위원회 또는 총무대신에게 제출하여야 한다.¹⁷⁴⁾¹⁷⁵⁾ 정치단체가 해산하거나 정

172) 이 점과 관련된 일본 정치자금법의 문제로는 국회의원 후원회 격인 국회의원 관련 정치단체로는 복수의 정치단체가 존재할 수 있는 관계로, 누가 어디로부터 얼마의 후원금을 받았는지 집계하려면 복잡한 단체를 일일이 후원 정치인별로 정리해야 하는 번거로움이 있어 투명도가 그만큼 낮다는 점이 지적된다. 강현철, ‘일본의 정치자금법 제에 관한 연구’, 외법논집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2012, 10쪽 이하 참조.

173) 정치자금규정법 제9조 제1항 제1호, 제3호 각목에 열거된 사항. 자세한 내용은 일본 총무성 홈페이지 중 현행 정치자금규정법 조문 본문과 ‘정치자금규정법의 줄거리’ 참조.

174) 주요 보고 사항은 다음과 같다.

① 기부: 연간 5만 엔을 넘는 것에 대해서, 기부자의 이름 등

치단체에서 없어진 경우에도 해산 등의 날로부터 30일 이내[국회의원 관계 정치단체(수지보고서에 기재해야 할 수입 및 지출이 있는 해에서 국회의원 관계 정치단체인 것을 포함한다)에 대해서는 60일 이내]에 그 취지 및 연월일을 신고함과 함께 해산 등의 날까지 계산한 수지보고서를 제출할 의무가 있다¹⁷⁶⁾.

국회의원 관련 정치단체의 경우에는 더욱 강한 특례규정이 있다. 국회의원 관련 정치단체인 동안 진행한 지출에 있어서는 인건비 이외 경비 중 1건당 1만 엔을 넘는 것에 대해서, 수지보고서에 기재하는 동시에 영수증 등의 사본을 함께 제출해야 한다(또 영수증 등의 징수 의무는 모든 지출에 관한 것이다¹⁷⁷⁾)¹⁷⁸⁾. 또한 수지보고서를 제출할 때 그 지출에 관하여

- ② 정치자금 파티의 대가에 관한 수입: 한 정치자금 파티마다 20만 엔을 넘는 것에 대해서, 지불자의 이름 등
- ③ 지출: 정치활동비 중 1건당 5만 엔 이상의 것에 대하여 지출을 받은 자의 이름 등
- ④ 자산 등: 토지, 건물, 건물의 소유를 위한 지상권 또는 토지의 임차권, 100만 엔 초과 부동산, 예금 적금(보통예금 등 제외), 금전 신탁, 유가증권, 출자에 의한 권리, 100만 엔 초과 대출금, 100만 엔 초과 보증금, 100만 엔 초과 시설 이용권 및 100만 엔 초과 차입금 내용.

175) 한편 정치단체의 회계책임자는 수지보고서를 제출할 때는 수지보고서에 기재해야 할 지출에 관한 영수증 등의 사본을 함께 제출하여야 한다. 영수증 등을 징수할 수 없는 사정이 있었을 경우에는 영수증 등을 징수하기 힘들었던 지출 명세서 또는 송금 명세서 사본 및 송금 명세서에 관한 지출 목적서를 제출한다. 영수증 등의 징수 의무는 건당 5만 엔 이상의 모든 지출에 관계된다.

176) 자금관리단체의 경우 수지보고서에 명세를 기재하여야 하는 지출의 범위가 확대되는 특례규정이 있다. ① 인건비 이외의 경상 경비 중 자금관리단체인 동안 진행한 지출에 있어서는 인건비 이외의 경비 중 건당 5만 엔 이상의 것에 대해서, 수지보고서에 기재함과 동시에 영수증 등 사본을 함께 제출하여야 하고, ② 보유 부동산 등 보유 상황에 있어서는 자금관리단체가 평성 19년(2007년) 8월 6일 전부터 갖고 있는 부동산(이와 밀접히 관련된 부동산을 포함)에 대해서는 용도 기타 개개의 이용 현황을 수지보고서에 기재해야 한다.

177) 국회의원 관련 정치단체의 경우 평성 21년(2009년) 1월 1일 이후 모든 지출에 대하여 영수증 등을 징수하고, 그 지출에 관계되는 수지보고서의 요지 공표일로부터 3년

미리, 수지보고서, 회계 장부, 영수증 등에 대해서 정치자금적정화위원회의 연수를 수료한 등록 정치자금 감사인의 정치자금 감사를 받아야 한다. 국회의원 관련 정치단체의 회계책임자는 수지보고서의 제출에 아울러, 등록 정치자금감사원이 작성한 정치자금 감사 보고서를 제출하여야 한다.

(다) 수지보고서의 공표, 열람 및 사본의 공개

① 정치단체의 수지보고서의 요지는, 관보 또는 도도부현의 공보에 의하여 원칙적으로 11월 30일까지 공개된다. ② 정치단체의 수지보고서의 열람 또는 사본은 총무성 또는 도도부현의 선거관리위원회에서 수지보고서의 요지를 공표한 날로부터 3년간 그 교부를 청구할 수 있다¹⁷⁹⁾.

(5) 정치자금 수수에 관한 규제

(가) 기부주체 및 모금주체에 대한 일반제한

① 회사 등의 기부제한: 정치단체를 제외한 회사, 노동조합 등의 단체는 정당·정당의 지부(1 이상의 시구정촌의 구역 또는 선거구 구역을 단위로 설치되는 지부에 한한다) 및 정치자금단체 이외의 사람에 대해서는 정치활동에 관한 기부를 해서는 안 된다.

② 공직후보자의 정치활동에 관한 기부의 제한: 누구든지 공직후보자의 정치활동(선거운동을 제외한다)에 관해서 금전 및 유가증권의 기부

간 보존하여야 한다. 자세한 내용은 일본 총무성 홈페이지 중 현행 정치자금규정법 조문 본문과 ‘정치자금규정법의 줄거리’ 참조.

178) 국회의원 관련 정치단체의 경우 수지보고서의 제출 기한은 이듬해 5월 말일(1월부터 5월까지 총선 등이 있는 경우 6월 말일)까지로 하고 있다. 자세한 내용은 일본 총무성 홈페이지 중 현행 정치자금규정법 조문 본문과 ‘정치자금규정법의 줄거리’ 참조.

179) 한편 국회의원 관련 정치단체에 대해서는 누구든지 수지보고서의 요지 발표일로부터 3년간 인건비 이외의 경비로 1건 1만 엔 이하의 지출에 관한 영수증 등의 사본 등(소액 영수증 등의 사본)에 대해서 총무 대신 또는 도도부현의 선거관리위원회에 대한 공개청구를 할 수 있다(특례).

를 해서는 안 된다. 다만 정당에 대한 기부 및 정치단체에 대하여 하는 기부는 인정되고 있다.

(나) 기부의 양적 제한

기부의 양적 제한은 정치활동에 관해서 1년 기준으로 동일한(1인의) 기부주체가 기부할 수 있는 총 한도에 대한 제한으로, 기부 총액 제한과 동일한(1인의) 기부주체가 동일한 모금주체에 대하여 할 수 있는 기부 개별 제한이 있다¹⁸⁰⁾. 기부 총액 제한 규정에 의하면, 정당, 정치자금단체에 대하여는 개인은 2,000만 엔까지, 회사나 노동조합 등은 750만 엔부터 1억 엔까지¹⁸¹⁾로 제한되며, 그 외의 정치단체나 공직후보자에 대하여는 개인만이 기부할 수 있고 1,000만 엔까지만 허용된다. 그리고 기부 개별 제한 규정에 의하면, 기타 정치단체 및 공직후보자에 대하여 개인은 150만 엔까지 기부할 수 있고, 정치단체 간에 이루어지는 기부는 5,000만 엔까지만 허용된다¹⁸²⁾.

(다) 기부의 질적 제한(기부주체에 관한 개별제한)¹⁸³⁾

180) 자세한 내용은 일본 총무성 홈페이지 중 현행 정치자금규정법 조문 본문과 ‘정치자금규정법의 줄거리’; 고문현, 전개논문, 241쪽 참조.

181) 자본금의 액수와 조합원 수 등에 따라 다르다. 자세한 내용은 일본 총무성 홈페이지 ‘정치자금규정법의 줄거리’ 별표2 참조.

182) 한편 자금관리단체에 대한 기부에 대해서는 다음과 같이 양적 제한 등의 특례가 있다. ① 공직후보자가 그 사람이 공직후보자에 있는 동안 정당에서 받은 정치활동에 관해 하는 기부에 관련된 금전 등의 전부 또는 일부에 해당하는 금전 등에 의한 스스로의 자금관리단체에 대해서 기부(특정 기부)에 대해서는 총액 제한 및 개별 제한의 적용이 있다. ② 공직후보자가 자신의 자금관리단체에 대해서 하는 특정 기부 외의 기부(세비 등의 자기 자금에 의한 기부)에 대해서는 개별 제한의 적용은 없으나 총액 제한(1,000만 엔)범위 내에서 기부할 수 있다. ③ 그리고 공직후보자는 공직선거법의 규정에 의한 선거 전 일정 기간 자신의 후원 단체에 기부하는 것이 금지되지만, 자신의 자금관리단체에 대해서는 기부하는 것이 허용된다.

183) 기부의 질적 제한에 관한 아래 각 규정은 우리의 2004년 개정 전 정치자금법이 택하고 있었던 단체의 정치자금 기부 원칙적 허용·예외적 금지조항과 유사한 것이다.

① 일정한 보조금 등을 받고 있는 법인 등의 기부금지: (a) 국가에서 보조금 부담금, 이자 보급금, 기타 보조금(시험 연구 조사 또는 재앙 피해 복구에 관련된 것 그 외의 특성상 이익을 목적으로 하지 않는 것 및 정당한 교부금을 제외)의 교부 결정을 받은 회사 기타 법인은 그 교부 결정의 통지를 받은 날로부터 1년을 경과하는 날까지 정당 또는 정치자금단체에 기부할 수 없다. (b) 국가로부터 자본금 기본금 기타 이들에 준하는 것의 전부 또는 일부의 출자 또는 거출을 받고 있는 회사 기타 법인은 정당 또는 정치자금단체에 기부할 수 없다. (c) 지방공공단체에서 보조금 부담금, 이자 보급금, 기타 보조금(시험 연구 조사 또는 재해 복구에 관련된 것 그 외의 특성상 이익을 목적으로 하지 않는 것은 제외)의 교부 결정을 받은 회사 기타 법인은 그 교부 결정의 통지를 받은 날로부터 1년을 경과하는 날까지 그 지방 공공 단체의 의회 의원 혹은 장에 관련된 공직의 후보자를 추천하고 지지하거나 이에 반대하는 정당 또는 정치자금단체에 대해서 기부를 할 수 없다. (d) 지방공공단체로부터 자본금 기본금 기타 이들에 준하는 것의 전부 또는 일부 출자 또는 출자를 받고 있는 회사 기타 법인은 그 지방공공단체의 의회 의원 혹은 장에 관련된 공직후보자를 추천하고 지지하거나 이에 반대하는 정당 또는 정치자금단체에 기부를 할 수 없다¹⁸⁴⁾.

184) 이외에는 다음과 같은 기부금지규정이 있다.

② 적자 법인 등의 기부금지: 3사업연도 넘게 계속해서 결손을 빚고 있는 회사는 그 결손을 메울 때까지 정당 또는 정치자금단체에 대해서도 기부를 할 수 없다.

③ 외국인·외국 법인 등으로부터의 기부금지: 외국인, 외국 법인 또는 주요 구성원이 외국인 혹은 외국 법인인 단체 그 다른 조직에서 정치활동에 관한 기부를 받지 못한다. 다만, 주된 구성원이 외국인 또는 외국 법인인 일본 법인 중 상장사에 있고 그 발행하는 주식이 금융 상품 거래소에서 5년 이상 계속하고 상장된 자 등으로부터의 기부는 금지대상에서 제외되고 있다.

④ 타인 명의·익명에 의한 기부금지: 누구든지 본인 이외의 명의 또는 익명에 의한 정치활동에 관한 기부를 할 수 없다. 다만 거리 또는 일반에 공개되는 연설회 혹은 집회장에서 정당이나 정치자금단체에 대하여 하는 기부 중 그 금액이 1,000엔 이하의

(라) 기타 공정한 흐름을 담보하기 위한 조치

정치활동에 관한 기부는 기부자의 정치활동의 일환으로서 그 자발적 의사에 바탕을 두고 이뤄져야 하며 부당하게 그 의사를 구속하고 기부를 강요하는 것은 정치적 자유의 침해가 되므로, 위협·협박 등 기부자의 의사를 부당하게 구속하는 방법으로 기부를 강제하거나 기부자의 의사에 반하는 기부를 알선하는 것은 금지되고, 기부에 공무원이 관여하는 것 역시 제한된다.

또한 정치자금단체에 대한 기부 및 정치자금단체가 추진하는 기부 [금액이 1,000엔 이하의 것 및 부동산 양도 또는 대부(지상권의 설정을 포함)에 따른 것을 제외]는 계좌이체의 방법으로 하여야 한다.

(6) 정치자금 파티의 대가의 지급 제한

정치자금 파티는 대가를 징수하는 행사에서 해당 행사의 대가에 관한 수입금액에서 해당 행사에 필요한 경비의 금액을 뺀 잔액을 해당 행사를 개최한 자 또는 그 사람 이외의 사람의 정치활동에 관한 지출하기로 된 것이다¹⁸⁵).

(7) 운용 등의 제한

(가) 정치자금 운용의 제한

것에 한하여 익명에 의한 기부를 할 수 있다.

185) 정치자금 파티에 대해서는 다음의 규제가 있다. ① 개최 단체는 정치단체로 제한된다. 정치단체 이외의 자가 특정 파티가 예상된다는 정치자금 파티를 개최하는 경우 그 자는 정치단체로 간주된다. ② 정치자금 파티의 대가에 관한 수입에 대해서는, 수지보고서에 필요한 사항을 기재하고 제출해야 한다. 또한 정치자금 파티의 대가에 관련되는 수입 중 동일한 사람으로부터의 대가의 지원 지불 금액 또는 동일한 자에 의한 알선한 대가의 지불 금액의 합계가 20만 엔을 초과하는 것은 대가 지불자 또는 알선자의 이름 등이 공개된다. ③ 그리고 누구도 한 정치자금 파티의 대가의 지불을 함에 있어서 150만 엔을 넘어 지불을 해서는 안 된다. ④ 기부와 마찬가지로 정치자금 파티의 대가의 지불에 대해서도 알선 및 관여의 제한이 있다.

정치자금의 운용 방법은 금융 기관의 예·저금, 국채 증권, 지방채 증권 취득 등 안전하고 확실한 것에 한정되어 있고, 주식 운용 등을 실시하는 것은 금지되어 있다.

(나) 자금관리단체에 의한 부동산의 취득 등의 제한

자금관리단체는 평성 19년(2007년) 8월 6일 이후 신규로 토지 또는 건물의 소유권 또는 물건의 소유를 목적으로 하는 지상권 또는 토지의 대차권을 취득하거나 보유하는 것이 원칙적으로 금지되고 있다¹⁸⁶⁾.

V. 소결

단체의 정치자금 기부 금지규정의 또다른 입법목적인 ② ‘부패의 차단’은 위 금지규정의 합헌성을 지지할 만한 유일한 입법목적이다. 그러나 목적의 정당성까지는 인정된다 하더라도, 단체의 정치자금 기부 금지규정은 정치적 표현의 자유에 해당하는 단체의 정치자금 기부권을 완전히 제압하고 있으므로 엄격한 과잉금지원칙으로 심사되어야 할 것인데, 위 금지규정은 이론적으로나 현실적으로나 그러한 입법 목적을 달성하는 수단으로서 적합하다고 할 수 없고, 침해의 최소성을 충족시키지 못하며, 법익의 우월성도 충족시키지 못한다.

다른 국가들의 입법례를 보더라도, 단체의 정치자금 기부에 대하여 일반적으로 금지하는 규정을 두는 것이 정경유착을 막기 위해 필수불가결하다거나, 개인의 정치적 의사형성이 온전하게 이루어질 수 있는 범위에서의 자금모집에 관한 단체의 관여를 일반적, 추상적으로 규범화하여 허용하는 것이 입법기술상 곤란하다고 단정할 수 없다. 영국과 같이 법

186) 기타 일본 정치자금법의 자세한 내용은 고문현, 최용기의 각 전계논문 참조. 특히 별칙규정에 대한 자세한 내용은 일본 총무성 홈페이지 중 현행 정치자금규정법 조문 본문과 ‘정치자금규정법의 줄거리’; 고문현, 전계논문, 부록1 부분 참조.

인의 기부 전에 주주의 동의를 받도록 하거나 미국과 같이 단체 내에 PAC를 구성하도록 하는 등의 방안이 얼마든지 가능하다.

결국 기업체 등 법인과 단체의 정치자금 기부 등 정치활동을 허용하
되 그 일환으로서 정치자금 기부금지 규제를 해제하고, 그 사용처 등 투
명성을 강화하는 세계적인 추세로의 전환이 우리 정치자금법제에도 필요
하다고 할 것이다¹⁸⁷⁾¹⁸⁸⁾.

187) 성중탁, 전제논문, 209쪽 참조.

188) 헌재 2008헌바89 결정 소수의견도 여러 제도적 장치를 보완함으로써 입법목적
달성하면서도 단체의 정치적 활동의 자유나 결사의 자유에 대한 제한을 필요최소한
범위 내로 한정할 수 있다는 견해를 개진한 바 있다.

제 5 장 입법적 대안의 모색

I. 개설

앞서 본 바와 같이 단체의 정치자금 기부 금지규정은 단체의 정치적 자유권인 정치적 표현의 자유를 본질을 침해하는 것이고, 과잉금지원칙에도 위반하여 단체의 정치적 표현의 자유를 침해하는 것이다. 그러므로 이하에서는 단체의 정치적 자유권을 보장하면서도 단체의 정치자금 기부 금지규정이 추구하는 두 가지의 입법목적, 즉 ① ‘사회구성원 사이의 정치적 기본권 충돌 상황의 해결’과 ② ‘부패의 차단’을 모두 만족시킬 만한 입법적 대안을 제시하고자 한다.

입법적 대안으로는, 우선 단체의 정치자금 기부 금지규정을 폐지하여 정당(헌재 2013헌바168 결정에 의한 2017. 6. 30.자 정치자금법 개정)에 따라 정당의 중앙당이 후원회를 설치할 수 있는 정치자금의 모금주체로 복귀하였다) 또는 국회의원의 후원회가 단체로부터 정치자금을 직접 기부받을 수 있도록 하는 방안을 생각할 수 있다. 이 경우 단체에 대하여도 현행 정치자금법상의 기부 및 모금한도를 유지할 수도 있고, 또는 단체의 정치자금 기부를 허용하는 만큼 현행 정치자금법상의 기부 및 모금한도를 대폭 상향할 수도 있을 것이다.

또는 단체의 정치자금 기부 금지규정을 정치주체에 대한 직접기부 금지규정으로 유지하여 정치활동의 영역에서 개인과 단체의 지위 차이를 유지하되, 단체의 정치자금 기부권은 미국의 소프터머니 독립지출에 관한 제도를 단계적으로 적용하는 등 간접적으로 보장하는 방안도 생각해 볼 수 있다.

II. 단체의 정치자금 기부 금지규정 폐지에 대한 검토

1. 방안의 제시

단체의 정치자금 기부 금지규정을 폐지할 경우 단체 역시 기존의 후원회 제도를 이용하여 정치주체에게 정치자금을 직접 기부할 수 있을 것이다. 이 경우 모금주체는 정당 또는 국회의원의 후원회가 될 것이다.

단체에 대하여도 현행 정치자금법상의 기부 및 모금한도를 유지할 수도 있고, 또는 단체의 정치자금 기부를 허용하는 만큼 현행 정치자금법상의 기부 및 모금한도를 대폭 상향할 수도 있을 것이다.

사건으로는 2004년 개정 정치자금법이 채택한 ‘소액다수주의’를 현실화하기 위하여서라도 기부 및 모금 총액에 대한 제한을 폐지하거나 이를 대폭 상향시켜야 할 것으로 보인다(특히 모금 총액¹⁸⁹⁾). 현행 정치자금법은 앞서 본 바와 같이 1인의 후원인이 기부할 수 있는 연간 총 한도액을 최대 연간 2,000만 원으로 정하여(하나의 후원회가 1인의 후원인으로부터 기부받을 수 있는 연간 총 한도액은 최대 연간 1,000만 원) 기부의 범위를 매우 좁게 할 뿐만 아니라 모금 총액도 대통령령이 정하는 선거비용제한액¹⁹⁰⁾의 100분의 5 내지 10의 범위로 제한함으로써 선거비용제한액의 최

189) 기부 총액 제한은 정치적 평등의 관점에서 의의가 있을 수 있다. 기부 총액 제한을 유지하면 현재 2008헌바89 결정 다수의견과 단체의 정치자금 기부 금지규정 옹호론 제1설에서 주장하는 주된 문제인 개인의 정치자금 기부권 및 평등권과 단체 사이의 정치자금 기부권 사이의 충돌의 문제를 상당 부분 해결할 수 있다. 그러나 모금 총액 제한의 경우 정치적 평등의 관점에서는 의의를 찾기 힘들고, ‘부패의 차단’에 실질적으로 도움이 되는지도 의문이다.

190) 2017년 5월 치러진 ‘장미 대선’의 경우 선거비용제한액은 총 509억 원으로 정해졌고, 이에 따라 대선후보는 후원회를 통하여 50억 원의 정치자금을 모금할 수 있었다.

대 1/10을 넘는 금액은 전혀 후원받지 못하게 하여, ‘다수’주의의 실현을 사실상 불가능하게 하여 두고 있기 때문이다.

2. ① ‘사회구성원 사이의 정치적 기본권 충돌 상황의 해결’과 ② ‘부패의 차단’

가. 현행 정치자금법상의 기부 및 모금한도를 유지할 경우

이 경우 개인과 단체 사이의 자금 동원력에 따라 불공정한 결과가 발생할 가능성은 거의 사라지게 되고, 단체도 개인과 같이 단체당 최대 연간 2,000만 원의 소액을 기부할 수 있는 데 불과하므로, ① ‘사회구성원 사이의 정치적 기본권 충돌 상황의 해결’ 중 개인의 정치자금 기부권 및 평등권과 단체의 정치자금 기부권 사이의 충돌의 문제는 상당 부분 예방될 것으로 보이고, ② 부패의 우려가 기존 제도보다 높아질 가능성도 극히 적을 것으로 보인다¹⁹¹⁾¹⁹²⁾.

동아일보 뉴스 ‘1인당 대선비용제한액 509억’ (<http://news.donga.com/ISSUE/2017president/News?gid=83381670&date=20170318&path=>) 참조.

191) 다만 ① ‘사회구성원 사이의 정치적 기본권 충돌 상황의 해결’ 중 단체 구성원이 정치자금을 기부하지 않을 권리와 단체의 정치자금 기부권 사이의 충돌 문제는 여전히 발생할 수 있는데, 이를 해결하기 위하여는 단체가 정치자금을 기부함에 있어서는 단체 내부의 민주적 의사결정절차를 거칠 것을 필요조건으로 하거나¹⁾, 아예 PAC와 같이 단체가 새롭게 목적을 밝히고 별도로 조성한 재원만을 기부하는 단체를 입법적으로 창설하는 등의 방안을 생각할 수 있을 것이다

192) 현재 2008헌바89 결정에서 소수의견은 “예컨대 단체간의 자금동원력에 따라 불공정한 결과가 발생하지 않게끔 단체들이 기부하는 정치자금의 한도를 정한다거나, 단체가 통상의 예산과 별도로 정치자금으로 기부할 목적을 공개적으로 밝혀 조성한 재원만을 기부할 수 있게 하거나, 단체 구성원의 의사가 왜곡되지 않게끔 단체 본래의 목적에 부합하는 경우에만 정치자금을 기부하도록 하거나, 단체 구성원에게 모금 및 기부를 거부할 권리를 보장하여 주는 등 여러 제도적 장치를 보완함으로써 입법목적을 달성하면서도 단체의 정치적 활동의 자유나 결사의 자유에 대한 제한을 필요최소

나. 현행 정치자금법상의 기부 및 모금한도를 상향시킬 경우

사건으로는 앞서 본 바와 같이 ‘소액다수주의’의 실질적인 실현을 위하여 기부 및 모금한도를 상향할 필요성이 있어 보인다. 그리고 앞서 본 바와 같이 개인의 정치자금 기부권 및 평등권과 단체의 정치자금 기부권 사이에 반드시 기본권 충돌의 문제가 발생한다고 볼 수도 없으므로(‘정치적 평등’의 이념은 정치적 자유권을 제약하는 이념으로 적절하지 않기 때문이다) 단체뿐 아니라 개인의 정치자금 기부권을 보장하기 위해서라도 기부 및 모금한도를 상향할 필요가 있다.

이 경우에도 ① ‘사회구성원 사이의 정치적 기본권 충돌 상황의 해결’ 중 단체 구성원이 정치자금을 기부하지 않을 권리와 단체의 정치자금 기부권 사이의 충돌 문제를 해결하기 위하여 단체가 정치자금을 기부함에 있어서는 단체 내부의 민주적 의사결정절차를 거칠 것을 필요조건으로 하거나 PAC와 같은 단체를 입법적으로 창설할 수 있다. ② ‘부패의 차단’은 단체의 정치자금 기부에 있어서도 현행 정치자금법이 이미 채택하고 있는 바와 같이 강한 회계보고 및 회계보고의 공개원칙을 적용하여 상당 부분 달성할 수 있을 것이다.

3. 문제점

단체의 정치자금 기부 금지규정을 폐지하여 단체를 현행 정치자금법상의 정치자금 기부주체로 인정할 경우, 단체의 기부는 개인의 기부에 비해 그 기부의 목적성이 상대적으로 확연하게 드러나게 되므로, ‘청목회 사건’에서의 정치자금법 제32조 제3호에 대한 대법원의 해석론, 즉 “‘청탁’은 ‘알선’과는 달리 (그 문언의 당연한 의미상) 기부행위를 받은 공

한 범위 내로 한정할 수 있다.”고 보았다.

무원과 분리된 다른 공무원이 담당, 처리하는 사무를 전제로 하고 있지 않으므로 기부자가 당해 정치자금을 받은 공무원이 직접 담당, 처리하는 사무에 관하여 청탁하는 일과 관련하여 정치자금을 기부하는 행위 역시 위 조항에 위배된다”는 해석론과 충돌할 가능성이 높다.

따라서 위와 같이 개정하기 위해서는 정치자금법 제32조 제3호에 대한 재해석 또는 개정 등 작업이 선행되어야 할 것으로 보인다. 또는 일 본과 같이 단체의 경우 정당이나 정치자금단체를 통하여만 기부할 수 있게 하는 것도 한 대안이 될 수 있을 것이다.

Ⅲ. 단체의 정치자금 기부 금지규정 유지안에 대한 검토

1. 방안의 제시

단체의 정치자금 기부 금지규정을 정치주체에 대한 직접적 기부 금지규정으로 유지하여 정치활동의 영역에서 개인과 단체의 지위 차이를 유지하고 단체의 정치자금 기부권을 보장하기 위하여 간접기부를 더 폭넓게 허용하는 방안도 생각할 수 있다.

간접적인 방안으로는 먼저 기탁금제가 있다. 중앙선거관리위원회는 2011년 단체 등(상법 제169조에 따른 회사와 10명 이상의 구성원을 가진 법인·단체)도 정치자금 기부를 할 수 있도록 허용하되 선거관리위원회를 통한 간접 기부만을 허용하자는 개정의견 검토안을 제안하였다. 위 개정의견 검토안에 따르면 선거관리위원회에 연간 1억 5,000만 원을 한도로 정치자금을 기탁하되 그 기탁금은 국고보조금 배분비율에 따라 정당에 배분, 지급하는 것을 원칙으로 하고, 기탁금액의 50%의 범위 내에서 정당을 지정하여 기탁할 수 있으나 이 경우 1개 정당에는 5,000만 원을 초과할 수

없다. 그리고 단체 등이 기탁한 내역은 모두 공개하여야 한다¹⁹³⁾.

또한 현행 공직선거법을 대폭 개정하고 미국의 소프트머니 독립지출에 관한 제도를 단계적으로 받아들여, 단체가 정치주체와 협의하지 않고 독립적으로 하는 정치활동에 비용을 지출할 수 있도록 허용하여 단체의 정치자금 기부권을 보장하는 방안도 생각해 볼 수 있다.

2. 문제점

기탁금제의 경우 지정기탁금제가 있다 하더라도 직접기부에 비하여 충분한 정도의 정치자금 기부 유인으로 작용할 수는 없을 것이고, 중앙선거관리위원회의 개정안에서 제시한 한도를 보면 그 한도도 많다고는 보기 힘들다.

소프트머니 독립지출에 관한 제도를 받아들이는 것은 부패사건의 빈발로 단체의 정치자금 기부를 전면금지하는 제도가 적지 아니한 국민적 지지를 얻어 왔던 우리나라의 정치적 토양¹⁹⁴⁾을 생각하였을 때 오히려 앞서 본 직접적인 방법, 즉 단체의 정치자금 기부 금지규정을 폐지하고 단체를 정치자금법상의 기부주체로 인정하는 방안보다 국민정서에 더욱 반할 가능성도 있어 보인다.

IV. 소결

우리나라는 정치자금의 양성적 기부행위 일반에 대하여 부정적인 태

193) 『정치관계법 개정 토론회 자료집』, 중앙선거관리위원회, 11쪽 참조..

194) 미국과 우리나라의 선거법제 발전사는 다른 점이 많다. 미국은 정치적 표현의 자유를 중시하여 정치적 기부행위에 관하여 비교적 자유로운 태도인 반면, 우리나라는 정치자금의 양성적 기부행위에 대하여도 부정적인 태도를 보이는 경향이 있다. 김재선, 전개논문, 55쪽 참조.

도를 보이는 경향이 있다¹⁹⁵⁾. 그러나 앞서 본 바와 같이 단체의 정치자금 기부권에 대한 현실적 제압 상황이 존재하고, 그러한 현실적 제압상황으로 인하여 단체의 정치적 표현의 자유뿐 아니라 개인의 정치적 표현의 자유도 일반적으로 침해되고 있다.

덜 침해적인 대안으로서, 우선 ① ‘사회구성원 사이의 정치적 기본권 충돌 상황의 해결’ 중 단체 구성원이 정치자금을 기부하지 않을 권리와 단체의 정치자금 기부권 사이의 충돌 문제를 해결하기 위하여는 단체가 정치자금을 기부함에 있어서는 단체 내부의 민주적 의사결정절차를 거칠 것을 필요조건으로 하거나 PAC와 같은 단체를 입법적으로 창설할 수 있다. ② ‘부패의 차단’은 단체의 정치자금 기부에 있어서도 현행 정치자금법이 이미 채택하고 있는 바와 같이 강한 회계보고 및 회계보고의 공개원칙을 적용함으로써 상당 부분 달성할 수 있을 것이다.

결론적으로는 단체의 정치자금 기부 금지규정을 폐지하여 단체를 현행 정치자금법상 기부주체로 인정하거나, 적어도 간접적으로나마 단체의 정치활동 참여권을 보장하는 방안을 고려하여야 할 것이다.

195) 공직선거법상의 각 제한규정, 그리고 단체의 정치자금 기부 금지규정은 이러한 사고방식의 반영된 대표적인 예라고 할 수 있다. 결과적으로 우리나라의 정당에서는 여전히 득표율에 따라 배분된 국고보조금이 정당 재정의 대부분을 차지하고 있다. 이는 2006년 정치자금법 개정 이래 후원회를 후보자 등만 창설할 수 있도록 허용하면서도 선거비용제한액의 총액의 최대 1/10만을 후원회를 통하여 모금할 수 있게 하여 정당과 민간후원 사이의 연결을 최소화하였고, 민간후원주체가 법인이나 단체인 경우에는 간접적인 연결조차 불허하였기 때문인 것으로 보인다.

제 6 장 결론

정치적 표현의 자유는 우리나라가 민주주의국가인 한 우리나라에서도 특별한 의미를 가진다. 민주적 정치질서를 국민주권에 기초한 정치질서라고 할 때, 정치적 결정은 국민의 개개의 정치적 표현의 자유 행사행위로서 직접 또는 간접으로 행해지고, 그러한 정치적 표현의 자유 행사행위로서 정당화되기 때문이다. 바로 그렇기 때문에 정치적·시민적 표현의 자유가 상업적 표현의 자유에 비하여 더욱 강하게 보호되어야 하는 것이다.

물론 국민의 정치적 표현의 자유 역시 선거의 공정성 등 공익을 달성하기 위하여 일정한 제약을 받을 수 있다. 그러나 그러한 제약의 가능성을 인정하더라도, 그것만으로 단체의 정치자금 기부권 행사를 전면적·포괄적으로 배제하고 그 기부권 행사 자체를 범죄행위로 간주하여 정치적 자유권인 단체의 정치자금 기부권을 현실적으로 완전히 제압하는 현행 정치자금법상 단체의 정치자금 기부 금지규정을 정당화하기는 어렵다. 현재 2008헌바89 결정은 단체의 정치자금 기부권이 정치적 자유권에 속한다는 점을 인정하면서도 위와 같은 현실적 기본권 제압상황을 외면한 채 내려진 판단이었다는 점에서 문제가 있다. 헌법재판소의 위 결정 내용을 일관할 경우 생기는 역설을 직설적으로 나타내면 “단체의 정치자금 기부권은 자유권의 하나이다. 그러나 그 자유권을 행사하면 바로 범죄가 된다.”는 것이다.

이러한 현실적 기본권 제압상황 하에서 단체의 정치자금 기부 금지규정은 단체의 정치적 기본권을 단지 내용중립적으로 제한하는 것이 아니고 본질적으로 침해하는 것일 가능성이 있다. 뿐만 아니라, 헌법재판소가 위 결정에서 첫 번째로 확정한 입법목적인 ① ‘사회구성원 사이의 기본권 충

돌 상황의 해결'은 일부 사회구성원의 정치적 자유나 정치적 평등을 보장하는 것은 다른 일부 사회구성원의 정치적 자유를 제약할 만한 법적 근거가 되기 어렵다는 점에서 단체의 정치자금 기부 금지규정의 합헌성을 충분히 지지할 만한 근거가 되지 못하며, 헌법재판소가 위 결정에서 두 번째로 확정한 입법목적이자 2004년 정치자금법 개정 당시 국회가 밝힌 주된 입법목적이었던 ② '부패의 차단'도 그 목적의 정당성까지는 인정할 수 있더라도, 이론적으로나 현실적으로 '부패의 차단'의 달성을 위하여 단체의 정치자금 기부 금지규정을 채택하여야만 할 만한 수단의 적합성, 침해의 최소성이나 법익의 우월성이 인정된다고는 보이지 않는다. 단체의 정치자금 기부 금지규정이 아니더라도 '정치자금의 공개원칙'의 강화를 통하여 단체의 정치자금 기부권을 보장하면서도 정경유착을 방지하고 개인의 정치적 기본권의 형해화를 막는 제도를 얼마든지 설계할 수 있다.

구체적으로는 단체의 정치자금 기부 금지규정을 폐지하여 단체를 정치자금법상 기부주체로 인정하거나, 단체의 정치자금 기부 금지규정을 유지하더라도 공직선거법상 선거운동에 관한 제한을 대폭 철폐함으로써 적어도 간접적으로나마 단체의 정치활동 참여권을 보장하여 정치자금의 합법적 공급선을 늘릴 필요가 있어 보인다. 그러한 전환을 통하여 단체에 대한 현재의 부당한 기본권 제압상황을 타개하는 한편, 개인이 단체를 구성하고 그 단체를 통하여 정치적 의사를 표현할 방법이 거의 막혀 있는 우리 정치 현실도 순차적으로나마 개선될 수 있을 것으로 기대된다.

참 고 문 헌

【연구문헌】

[국내도서]

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010.

임재주, 정치관계법, 박영사, 2008.

『독일정치자금제도의 현실과 향방』, 중앙선거관리위원회

『미국 연방선거법』, 중앙선거관리위원회

『(제도연구 참고자료)정당, 정치자금제도연구자료집』, 중앙선거관리위원회

[국내논문]

강승식, ‘독일 기본법상 표현의 자유 제한에 대한 비판적 고찰’, 중앙법학 제7집 제2호, 중앙법학회, 2005.

강재원, ‘국제인권법의 시각에서 본 표현의 자유’, 사법논집 제58집, 2015.

강현철, '일본의 정치자금법제에 관한 연구', 외법논집 제31집, 한국의 국어대학교 법학연구소, 2008.

김강대, '국회의원에 대한 입법로비를 위해 정치자금을 기부한 것이 정치자금법 제32조 제2호의 공무원이 담당, 처리하는 사무에 관하여 청탁 또는 알선하는 일과 관련하여 정치자금을 기부한 경우에 해당하는지 여부-청목회 입법로비 사건', 대법원 판례해설 제98호 하권, 대법원 법원행정처, 2014.

김건식, '회사의 정치헌금', 법조 제35권 제2호, 1986.

김민배, '정치자금과 법제도', 인하대학교출판부, 2004.

김민전, '2005 개정 정치자금법의 정치적 의미 평가와 소액다수주의 활성화 방안', 외부논단, 2005.

김범식, '정치자금관련 범죄에 관한 비교법적 연구', 한국형사정책연구원, 2004.

김시철, '언론·출판의 자유와 인격권의 대립과 조화에 대한 비교법적 검토-미국의 언론·출판의 자유에 관한 우월적 지위이론, 현실적 악의 원칙 등에 관하여-', 저스티스 제147호, 2015. 4.

기현식, '법인·단체의 소액기부 허용 적실성에 대한 고찰-정치자금법

상 법인·단체의 정치자금 기부금지조항에 대한 비판적 고찰-’, 법학논
집 제40권 제2호, 2016

김재선, ‘미국 연방선거법상 기업의 정치적 독립지출 허용의 의미와 시
사점-Citizens United v. FEC 판례를 중심으로-’, 외법논집 제36권 제1
호, 2012. 2.

고문현, ‘정치자금에 대한 비교분석-일본과의 비교를 중심으로-’, 토지
공법연구 61집, 2013.

박용상, ‘헌법상 사전검열금지의 원칙’, 헌법논총 제21집, 헌법재판소,
2010. 12.

백창재, ‘정치자금제도 개선의 효과와 정치적 결과: 제17대 총선의 사
례’, 한국정치연구 제13권 제2호, 2004.

설민수, ‘이해관계집단의 정치자금 기부에 관한 법적 고찰: 미국의 제
도와 비교하여’, 사법 제16호, 2011. 6.

성중탁, ‘한국의 정치자금법제 개선방안-법인, 단체의 정치자금 기부허
용과 사후 투명성강화를 중심으로-’, 법학논집 제19권 제4호, 2015

성중탁, ‘헌법상 정치적 표현의 자유와 정치자금 규제의 관계에 대한
소고’, 법학연구 제18권 제2호, 2015

송석윤, '헌법의 관점에서 본 정치개혁', 한국공법학회학술발표논문집, 2002

송진섭, '미국 대통령 선거제도와 선거사범 처벌규정', 형사법의 신동향 통권 제24호, 2010. 2.

안청시 외, '한국의 정치자금제도 개선방안', 서울대 한국정치연구소, 2002.

음선필, '정치자금 기탁제도의 합리화 방안', 홍익법학, 제16권 제3호, 2015.

이관희, '개정 정치자금법의 특정적 내용과 평가', 한국헌법학회, 헌법학연구 제10권 제2호, 2004.

이상묵, '정치자금법의 변화와 정당민주주의의 발전', 21세기 정치학회보 제19권 1호, 21세기 정치학회, 2009.

이종수, '공무원의 집단적 의사표현행위에 대한 형벌권 행사의 가부-대법원 2012. 4. 19. 선고 2010도6388 전원합의체판결에 대한 평가를 겸하여-', 헌법학연구 제20권 제2호, 2014. 6.

이준일, '혐오표현과 차별적 표현에 대한 규제의 필요성과 방식', 고려법학 제72호, 고려대학교법학연구원, 2014. 3.

임성학, '정치자금제도와 정치개혁: 캐나다와 한국의 비교연구', 한국정치외교사논총 제27권 제1호, 한국정치외교사학회, 2005.

정승면, '일본의 정치자금규정법에 대한 고찰', 해외연수검사연구논문집 20집 2호, 법무연수원, 2005.

정영철, '기업의 정치적 표현과 언론의 자유 : 최근 미국 연방대법원 판결이 한국에 주는 시사점', 언론과 법 제9권 제2호, 2010.12.

정유진, '한국 정치자금제도에 관한 연구: 공식적 정치자금을 중심으로', 이화여자대학교 출판부, 2004.

정종섭, '기업의 정치자금기부의 문제점과 위헌여부', 헌법연구2, 박영사, 2001.

조소영, '기업의 정치자금기부 규제에 관한 헌법적 검토', 공법학연구 제17권 제4호, 한국비교공법학회, 2016.

조재현, '정치자금의 기부행위 제한과 정치적 표현의 자유', 헌법판례연구 제16권, 한국헌법판례연구학회, 2015.

최용기, '정치자금법과 공직선거법', 외법논집 제31집, 2008.

최창렬, '한국 정치자금제도의 변천과 개선 방안', 인문사회논총 제12호, 2005.

최희경, '미국의 정치자금규제에 관한 헌법적 고찰', 세계헌법연구 제18권 제2호, 2012.

홍완식, '법인·단체의 정치자금 기부금지', 세계법학연구 제17권 제1호, 2011.

【해외문헌】

Daniel Hays Lowenstein, 「On Campaign Finance Reform : The Root of All Evil is Deeply Rooted」, 『Election Law, Cases and Materials』, California Academic Press

Edward B. Foley, 「Equal-Dollars-Per-Voter」, 『Election Law, Cases and Materials』, California Academic Press

L. Sandy, 『American Political Parties and Elections』, Oxford

【웹사이트】

동아일보 뉴스 '1인당 대선비용제한액 509억' (<http://news.donga.com/ISSUE/2017president/News?gid=83381670&date=20170318&path=>)

미국 연방선거위원회 홈페이지 중 PAC 소개 부분

(http://www.fec.gov/answers_pac)

미국정부간행물실 중 법령소개(<http://www.gpoaccess.gov>.)

일본 총무성 홈페이지(<http://www.soumu.go.jp>) 중 현행 정치자금규정
법 규정과 정치자금규정법 관련 콘텐츠([http://www.soumu.go.jp/
main_content/000174716.pdf](http://www.soumu.go.jp/main_content/000174716.pdf)) 등

Abstract

The Infringement of the Groups' Freedom of Political Speech in Korea

Lee, Kihong
College of Law
The Graduate School
Seoul National University

This study focuses on the Korean Law, *Political Campaign and Funding Acts (PCFA)* under which groups are prohibited from any type of political donation. In other words, the groups cannot express their political stances by hard money. The prohibition is derived from the socioeconomic construction of the traditional ideology of representative democracy, which is *One person, one vote*. However, the construction is a far-fetched interpretation since the equalitarianism on voting does not imply that on donation.

The Korean Constitutional Court ruled that PCFA §31 is constitutional (2008hunba89). 2008hunba89 judged that PCFA 31 restricts the groups' freedom of political speech in a neutral and constitutional manner since it properly achieves a legitimate

governmental interest for which it minimally intrudes the groups' freedom of speech. The legitimate governmental interest was classified by (i) *resolving the conflict of the fundamental rights between individuals and groups* and (ii) *preventing of corruption*.

However, PCFA §31 infringes the groups' freedom of political speech so that it is hardly regarded as a neutral restriction of the freedom. In general, the groups are not able to express their political stances represented their appellations without injecting their funds because the groups, not the individuals, do not have the right to vote ab initio. Therefore, the prohibition of injecting funds (for political speech) from groups' accounts results in (intrinsically) obstructing all the approaches in which both of the groups and those members are able to do political speech. Furthermore, in Korea, there is almost no way to do bipartisan campaigns using soft money, even when someone (groups and individuals both) want to do it without contact to a specific politician or a party. Then, the demonstration that only requires the willingness to participate for the group members would be the sole remaining possibility in order to express the groups' political speech in Korea.

In sequence, I dissent from the judge that PCFA §31 properly achieves a legitimate governmental interest. The Supreme Court of United States have judged that "The concept that government may restrict the speech of some elements of our society in order to enhance the relative voice of others is wholly foreign to the First Amendment, which was designed to secure the widest possible dissemination of information from diverse and antagonistic sources

and to assure unfettered interchange of ideas for the bringing about of political and social changes desired by the people” [Buckley v. Valeo (1976)]. The judgement implies that the interest illustrated by (i) *resolving the conflict of the fundamental rights between individuals and groups* cannot be a legal basis satisfying a legitimate governmental interest since it restricts the freedom of speech. Therefore, PCFA §31 cannot alleviate a conflict between the freedom of speeches of the groups and the individuals.

Moreover, PCFA §31 is not a proper method in order to achieve the interest illustrated by (ii) *preventing of corruption* because it could not assure us that our society does not corrupt. Nevertheless, PCFA §31 severely infringes the fundamental rights since it completely blocks all of cash flows from the groups’ accounts although there is no evidence for the appearance of corruption.

Consequently, PCFA §31 should be abolished or amended since it severely restricts the freedom of political speech and it is not a proper method in order to achieve a legitimate governmental interest. Moreover, PCFA §31 should recognize the groups as a political donation organization or allow their indirect financial support. Then, PCFA §31 can at least guarantee that the groups’ freedom of political speech is placed in the same level of the individuals’.

keywords : the Korean Political Campaign and Funding

Acts(PCFA) §31, the infringement of groups’ freedom to donate, the freedom of political speech of groups,

2008hunba89, Buckley v. Valeo(1976), Citizens United
v. FEC(2010)

Student Number : 2009-21359