



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

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

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



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

정당의 공직후보자 추천과정에 관한
사법적 통제와 그 한계

- 우리나라 판례 분석을 중심으로 -

2014년 2월

서울대학교 대학원

법 학 과

정 윤 주

국문초록

현대사회의 정치과정은 다변화되었지만, 그럼에도 불구하고 국민의 대표를 선출하는 선거는 대의제적 현실에서 여전히 가장 중요한 정치과정임에 틀림없다. 선거는 공정하고 민주적이어야 하며, 유권자의 의사를 제대로 반영하여야 한다. 무소속 후보자들도 존재하기는 하지만, 현실적으로 우리의 선거는 정당이 추천한 후보자 중에서 선택하는 방법으로 이루어지므로, 선거의 제한된 풀을 만들기 위한 과정, 즉, 정당에서 공직후보자를 선출하는 과정 또한 선거의 필수적 이전단계로서 공정하고 민주적이어야 한다.

그런데 해방 이후 우리나라 정당의 공천과정은 그리 투명하거나 민주적이지 못하였고, 사법부 또한 이러한 공천과정을 통제하는데 있어서 소극적이었다. 법원은 2000년대 초반까지 공천이 사법심사의 대상이 아니라는 이유로 각하하는 입장을 취해왔다. 이러한 태도에 대하여 학계를 비롯한 사회 각층의 비판이 있어왔고, 2000년 이후부터는 사법부 또한 좀 더 정당 공천의 민주성 여부에 대하여 적극적으로 심사하고자 시도하고 있는 것으로 보인다.

사법부가 정당 공천을 심사함에 있어서 우선적으로 기준이 되는 것은 정당법이나 공직선거법에 규정된 공천 관련 조항들일 것이나, 우리 법제는 정당의 공직후보자 추천에 관한 많은 부분을 법률에 규정하고 있지 아니하고, 자치법규인 당헌·당규에 위임하고 있으므로, 각 정당의 당헌·당규는 사법 통제에 있어서 중요한 기준이 된다. 현재 각 정당의 당헌·당규에는 공천과 관련해서 공천위원회 등 심사기구를 구성하고, 경선이나 당원투표를 실시하는 것을 원칙으로 하는 등 그 절차에 있어서 민주적인 내용을 포함하고 있다. 그러나 각 정당의 정당 공천 규율 내용에 차이가 있어 이를 기준으로 한 사법부의 통제가 일관성이 없어 보일 가능성이 있다.

결국, 핵심적인 문제는 이러한 상황에서 사법부가 정당의 공천에 대한

통제의 ‘정도’와 ‘방법’이 될 것인데, 비례대표의 경우와 지역구 대표의 경우 선출방법과 대표성의 의미가 달라서 통제방법에 있어서도 차이가 있을 수 있으므로 이를 구별하여 살펴보기로 한다. 비례대표의 경우 명부상 일정 순위까지는 정당의 추천이 곧 당선을 의미하므로, 일반적으로 그 통제의 정도가 높아져야 한다고 보아야 할 것이나, 또 정당의 특성을 잘 드러내는 후보들을 추천할 자율권도 보장해 주어야 할 필요성도 있다. 그러므로 형사적인 통제, 즉 공천 헌금 등 선거 범죄의 경우는 엄격하게 이루어져야 할 것이나, 민사적 통제에 있어서는 내용보다는 절차적인 부분을 통제할 수밖에 없을 것이다.

지역구 후보의 경우 정당이 추천한 후보자가 다시 다른 당의 후보와 경쟁하는 상태에 놓이게 되므로, 일반적으로는 정치적 경쟁 시장에 의한 통제가 이루어져 사법적 통제의 필요성이 비교적 낮다고 볼 수 있다. 그러나 우리나라 지역구 대표 선거가 현실적으로 자유로운 정치와 사상의 경쟁상태라고 보기는 어렵고, 정당의 추천이 곧 당선을 의미하는 지역도 존재한다. 그리고 지역구 후보의 경우도 마찬가지로 당헌·당규상의 절차를 위반한 공천, 내용상으로 비민주적인 공천이 있을 수 있으므로 통제가 필요하다.

하급심의 결정들을 분석해 본 결과, 2010년부터 결정들이 어느 정도 축적되어 정당의 공천을 무효화시킬 만큼의 중대한 하자가 어떤 것인지에 대해서 일정한 기준 혹은 경향이 생기게 되었다. 하급심이 중대한 하자로 본 경우는 후보자의 자격 문제, 선거관리 부정의 문제, 여론조사 오류의 문제, 의사정족수의결정족수(선거인 자격)의 문제 등이었다. 그 외에 선발기준 비공개, 컷오프 제도 등에 대해서는 정당의 자율성을 존중하여 기각하였다.

법원의 판례 및 가치분결정을 살펴보면, 사법부는 이익형량을 통해 당내 경선의 효력 여부를 판단함에 있어서 공직선거법 제224조의 ‘선거에 관한 규정에 위반된 사실이 있는 때라도 선거의 결과에 영향을 미쳤다고 인정하

는 때에 한하여 선거의 전부나 일부의 무효 또는 당선의 무효를 결정하거나 판결한다'는 기준을 원용하고 있는 듯하다. 즉, 공천과정에서의 위반행위가 그 공천결과에 영향을 미친 경우는 이를 공천을 무효화시킬 만큼의 중대한 하자로 보는 것이고, 그 결과에 영향이 없었더라면 경미한 하자로 보는 것이다. 공천과정의 경미한 하자를 이유로 모든 공천을 다 무효화시키는 것은 타당하지 않다는 점에서, 이러한 기준은 타당성이 있다.

다만, 정당 간 평등의 문제, 정당의 자치와의 관계, 고정명부식에서 비례대표 후보 명부 통제방식의 한계, 전략지역의 선정과 관련하여 사법부가 현상유지적 판단을 할 수 밖에 없는 점, 그리고 경미한 하자과 중대한 하자를 구별하는 기준이 있다 하더라도 모든 공천 하자가 유형화되지 않은 상황에서는 해당 재판부가 개별적인 판단을 할 수밖에 없는 점 등은 사법적 통제의 한계로 지적된다.

주요어 : 정당, 공직후보자추천, 공천, 선거, 당내민주주의, 당헌·당규, 지역구, 비례대표, 사법심사, 사법통제, 한계

학 번 : 2010-21381

목 차

제1장 서론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 방법 및 범위	4
1. 연구의 방법	4
2. 연구의 범위와 분석의 틀	4
제3절 논문의 구성	6
제2장 일반 사단 및 정당의 내부질서에 대한 사법적 통제	8
제1절 정당의 의의 및 헌법적 지위	8
1. 정당의 의의	8
2. 정당의 헌법적 지위	9
제2절 정당의 법적 성격	10
1. 정당의 법적 성격 : 비법인사단	10
2. 정당을 ‘비법인사단’으로 규율하는 근거	11
제3절 일반 사단에 대한 사법적 통제	13
1. 비교 분석의 필요성	13
2. 통제의 현황	14
가. 서울기독교청년회(서울YMCA)사건	14
나. 여성 종원 자격 사건	16
다. 종단 대순진리회 임시이사 선임 사건	17
3. 소결	18
제4절 정당에 대한 사법적 통제	18
1. 정당에 대한 사법적 통제의 정당성 : 일반론	18
2. 정당의 자유 및 제한	19
가. 자유로운 결사의 권리	20

나. 정당의 자유	20
다. 정당의 자유의 제한	21
1) 정당의 내부적 활동에 대한 제한 : 당내민주주의	21
2) 정당의 외부적 활동에 대한 제한	25
3. 소결 : 정당 공직후보자추천행위의 통제	27
제3장 정당 공직후보자 추천 관련 규정 및 현황	29
제1절 서론	29
제2절 정당 공직후보자 추천 관련 규정 분석	30
1. 공직선거법	30
가. 관련 규정	30
나. 당내경선을 실시할 경우	31
2. 정당법	32
3. 각 정당의 당헌, 당규 중 공직후보자 추천 부분	33
가. 새누리당	33
나. 민주당	37
다. 통합진보당	41
라. 정의당	43
제3절 우리나라 정당의 공직자후보추천 현황	45
1. 비례대표 추천 현황	45
가. 우리나라 비례대표선거제의 도입 과정	45
나. 각 정당의 비례대표후보 추천 현황: 19대 총선을 중심으로...47	47
2. 지역구 후보 추천 현황	50
가. 지역구 선거 후보 공천의 역사	50
나. 각 정당의 지역구 선거 후보자 추천 현황: 19대 총선을 중심으로	
제4절 소결	54

제4장 정당 공직후보자 추천과정의 사법적 통제와 그 한계	58
제1절 일반론	58
1. 사법적 통제의 정당성	58
2. 통치행위의 문제	58
3. 단순한 집단 내에서의 대표자 선출과의 차이점(특이성)	59
4. 두 관점의 대결	61
가. 적극적 사법통제의 관점	61
나. 소극적 사법통제의 관점	62
제2절 정당의 비례대표후보자 추천에 관한 사법적 통제	65
1. 비례대표 일반론	65
2. 통제의 필요성	67
3. 통제의 현황	68
가. 민사적 통제	69
나. 형사적 통제	74
4. 소결 : 통제의 정도와 방법	80
제3절 정당의 지역구선거후보자 추천에 관한 사법적 통제와 그 한계	82
1. 일반론 : 통제의 필요성	82
2. 사법부의 정당공천 통제의 역사	84
3. 통제의 현황	85
가. 민사적 통제	85
나. 형사적 통제	104
4. 소결 : 통제의 정도와 방법	105
제4절 정당 공천의 사법적 통제의 문제점 및 한계	106
1. 정당간 평등의 문제	106
2. 정당 자치와의 관계 문제	108
3. 전부 무효의 문제 (비례대표의 경우)	109
4. 전략지역의 문제 (지역구 대표의 경우)	111
5. 기준 자체의 문제	113

제5장 결론	114
제1절 요약 및 정리	114
제2절 대안의 모색	116

참고문헌

Abstract

제1장 서론

제1절 연구의 목적

선거는 대의민주주의의 꽃이요 축제로 비유된다. 비록 현대사회에서 시민사회의 역량이 강화되면서, 다양한 형태로 정치적인 욕구가 표현되고 반영되고 있지만, 여전히 국민이 유권자로서 대표자를 선출하고, 그 대표자가 위임된 기간 동안 통치를 하는 대의민주제적 정치과정이 우리 현실정치의 주류를 이룬다. 그러한 이유로 선거의 중요성이 강조되며, 특히 선거에서 유권자의 의사가 제대로 반영되는 것이 매우 중요하다.

현실에서의 선거는 출마한 제한된 후보자들 중 한 명을 선택하는 방법으로 이루어진다. 특히 무소속 후보자 일부를 제외하고서는 각 지역구마다 정당이 그 정당을 대표하는 후보자를 선택하여 선거에서 경쟁하게 한다. 물론 비례대표 선거의 경우 각 정당이 제시하는 비례대표명부가 있고, 각 정당의 득표율에 따라 높은 순위부터 차례대로 선출된 것으로 보는 차이점이 있지만, 기본적으로 유권자 입장에서 자신이 지지하는 하나의 정당에 투표하는 것은 마찬가지라고 볼 수 있다. 그렇다면 그 제한된 풀(pool)을 만들기 위한 과정, 즉 각 정당에서 공직후보자를 선출하는 과정 또한 선거의 일부분으로서 의미가 있고, 선거만큼 민주적일 것이 요구된다.

그런데 우리나라 각 정당들이 후보자를 선출하는 과정은 전혀 민주적이지 못하였다. 오히려 정당정치의 미성숙으로 대변되는 가장 대표적인 예가 바로 이 공천과정¹⁾이었을 것이다. 2000년 이후로 각 정당들이 당내경선

1) 정당이 자신의 후보자를 선정하는 과정에 관하여는 ‘정당 공천’, ‘정당 공직후보자 선출’, ‘정당 후보자 지명’ 등 여러 가지 용어가 혼용되어 쓰이고 있다. ‘정당 공직후보자 선출’이라는 용어가 비교적 객관적이고 포괄적인 용어로 보이므로, 이 논문에서는 위 용어를 기본적으로 사용하지만, 때

등 공천과정을 제도적으로 보완하려는 시도를 하고 있다는 점에서 긍정적이기는 하나, 그동안 정당의 후보선출이 1인 또는 소수의 정당지도자에 의하여 사실상 자의적으로 결정되어 왔고, 현실적으로 그러한 독과점·하향식 결정구조에서 완전히 벗어나지 못하고 있다는 지적이 여전히 유효하다.

그렇다면, 사법부는 각 정당의 이러한 비민주적인 후보자선출 과정에 대하여 어떠한 잣대를 들이대고, 어떻게 통제를 해왔는가? 이 논문의 문제의식은 여기서 시작되었다. 쉽게 생각하면, 사법부는 고도의 정치성이 인정되는 대통령의 소위 ‘통치행위’에 관해서도 모든 국가행위나 국가작용이 헌법과 법률에 근거하여 그 테두리 안에서 합헌적·합법적으로 행하여질 것이 요구된다는 이유로 그 사법심사의 대상성을 인정하고 있으므로(대법원 2004. 3. 26. 선고 2003도7878 판결, 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결 등 참조)²⁾, 그것보다 민주성의 요구가 훨씬 높은 경우인 정당의 공천과정은 사법부의 통제가 당연히 가능할 것이라고 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고 우리는 독일의 함부르크(Hamburg)주에서처럼 정당의 비례대표명부가 잘못되었다는 이유로 선거 전체를 무효 선언하여 다시 선거를 치렀다든지 하는 것³⁾처럼 사법부가 정당의 공천을 통제한다는 것에 대하여 상당히 낮은 느낌을 받는 것이 사실이다.

에 따라서는 현실 정치에 쓰이고 있는 ‘정당 공천’이라는 용어를 혼용하여 쓰기로 한다.

- 2) 입헌적 법치주의 국가의 기본원칙은 어떠한 국가행위나 국가작용도 헌법과 법률에 근거하여 그 테두리 안에서 합헌적·합법적으로 행하여질 것을 요구하며, 이러한 합헌성과 합법성의 판단은 본질적으로 사법의 권능에 속하는 것이고, 다만 국가행위 중에는 고도의 정치성을 띤 것이 있고, 그러한 고도의 정치행위에 대하여 정치적 책임을 지지 않는 법원이 정치의 합목적성이나 정당성을 도외시한 채 합법성의 심사를 감행함으로써 정책결정이 좌우되는 일은 결코 바람직한 일이 아니며, 법원이 정치문제에 개입되어 그 중립성과 독립성을 침해당할 위험성도 부인할 수 없으므로, 고도의 정치성을 띤 국가행위에 대하여는 이른바 통치행위라 하여 법원 스스로 사법심사권의 행사를 억제하여 그 심사대상에서 제외하는 영역이 있으나, 이와 같이 통치행위의 개념을 인정한다고 하더라도 과도한 사법심사의 자체가 기본권을 보장하고 법치주의 이념을 구현하여야 할 법원의 책무를 태만히 하거나 포기하는 것이 되지 않도록 그 인정을 지극히 신중하게 하여야 하며, 그 판단은 오로지 사법부만에 의하여 이루어져야 한다(대법원 2004. 3. 26. 선고 2003도7878 판결).
- 3) 이에 관하여는, 독일 함부르크 헌법재판소 판례인 HbgVerfG : Ungültigerklärung der Wahl zur Hamburgischen Bürgerschaft vom 2. 6. 1991. (NVwZ 1993, 1083) 참조, 이 판례에 대하여는 제4장 제4절에서 후술하기로 한다.

당내민주주의를 가장 효과적이고 직접적으로 통제할 수 있는 방법이 사법부에 의한 판단을 받는 것일 수 있다. 일반 사단 내에서의 결의가 비민주적인 방법으로 이루어졌을 때, 결의 무효를 확인의 소로 구하는 사례가 많고, 이를 판단하는 재판부는 그 사단의 규약과 조리 등을 기준으로 결의의 효력을 판단하므로, 똑같은 방법에 의하여 비법인사단의 법적 성격을 갖고 있는 정당에 대한 통제도 충분히 가능할 것이다.

그러나 판례를 분석하면서, 실질적으로 정당의 후보자추천이 이루어지고 있는 현실과 이에 대하여 사법적 통제가 이루어지고 있는 상황을 살펴보니, 일반 사단과 동일한 잣대에서 통제하는 것은 불가능하다는 사실을 알 수 있었다. 구체적 사건을 검토하면서, “정당에 대한 당내민주주의의 요구가 강화되고, 그만큼 사법적 통제 또한 강화되어야 한다”는 당위적인 입장만을 반복하기에는, 문제가 간단하지 않다는 것을 알게 되었다. 그러한 측면에서 정당 공천에 대한 사법부 판단의 한계를 절감하게 되었고, 사법적 판단을 자제해 왔던 판례의 입장도 어느 정도 수긍할 수 있게 되었다.

그럼에도 불구하고, 정당의 비민주적인 후보자 선출에 관하여 사법부가 통제하여야 하며, ‘사법심사의 대상’이 아니라고 볼 수는 없다. 일련의 하급심 판례들을 살펴보다도 마찬가지로 그러한 경향을 띠고 있는 것으로 보인다. 즉, 이전에는 정당의 공천이 사법심사의 대상이 아니라는 이유로 각하하였으나, 2000년도 이후에는 그 합법성을 심사하여 결론을 내리고 있다. 결국 문제는 사법부가 “어느 정도”, “어떠한 방법”으로 통제를 할 것이냐의 질문에 귀착하게 되고, 다수대표제에 의하여 선출된 자와 비례대표제에 의하여 선출된 자는 그 대표의 선출방식이 다른 이상 사법심사의 정도나 방법이 다를 것이라는 생각을 하게 되며, 궁극적으로 사법심사의 한계가 어디까지인가를 생각해보게 된다.

본 논문은 현재까지의 판례에서 나타나고 있는 정당 공직후보자 선출에 관한 아이디어들을 분석하고, 그러한 판시가 가지는 함의 및 한계를 살펴보고자 한다. 위 분석에 있어서 유사한 성격을 지닌 비법인사단 혹은 사단 법인에 관한 판례들을 이용하여 논의를 풍부하게 전개할 것이다. 궁극적으로는 사법적 통제의 한계점에 대해 어떠한 방법으로 해결할 수 있는지 제언하고자 한다.

제2절 연구의 방법 및 범위

1. 연구의 방법

정당의 공직선거 후보자선출에 관한 연구는 정치학, 사회학, 행정학 등 사회과학적 관점에서 접근이 가능하지만, 이 논문에서는 법학, 그 중에서도 헌법학적인 관점에서 접근하고자 한다. 또한 그동안 축적되어 온 대법원 및 하급심 판례를 중점적으로 분석함으로써 결론에 다다른 귀납적 방법을 통하여 서술해 나갈 것이다. 이 논문은 일정한 결론을 중심으로 그 결론을 뒷받침할 수 있는 판례를 수집한 것이 아니라, 여태까지 존재하는 정당에 관한 많은 하급심 판례들, 그리고 정당과 유사한 사단에 관한 판례들을 여과 없이 읽어가면서 고민하게 된 점들을 기초로, 각종 문헌을 찾아보고 개인적인 판단을 더해가며 완성한 것이다. 이러한 귀납적 방법으로 인하여 우리 정치와 정당 현실에 좀 더 가까운 분석이 이루어지리라 기대한다.

2. 연구의 범위와 분석의 틀

정당의 공직선거후보자 추천은 대통령선거에서부터 지방의회의원선거에 이르기까지 각종 선거에서 이루어진다. 이 논문에서는 사법부의 판단이 거의 문제가 되고 있지 않은 정당의 대통령 후보자 추천 문제보다는, 실제로 사법부에 사건화 되고 있는 국회의원, 지방자치단체의 장, 지방자치단체의원 선거와 관련된 공직후보자 추천을 대상으로 분석하고자 한다.

그리고 위와 같은 분석을 하기 위한 틀로써, 이 논문에서는 상대다수대표제를 취하고 있는 지역구국회의원과 지방자치단체장 선거를 하나의 축으로 하고, 비례대표제를 시행하고 있는 비례대표국회의원, 지방자치단체의원 선거를 다른 하나의 축으로 하여 살펴보고자 한다.

상대다수대표제의 경우 단 한 번의 선거를 통하여 상대적으로 많은 유효 득표를 한 자를 대표로 선출한다는 점에서, 일회적이고, 선거인과 대표 사이의 유대가 강하지만, 반면 많은 사표를 양산한다. 비례대표제는 득표율에 비례하여 대표자를 배분하는 선거제도로, 오히려 다수대표제보다 유권자인 국민의 의사를 보다 정확하게 반영할 수 있고, 다수파의 횡포를 방지하며, 정당정치 활성화에도 기여하는 장점이 있지만, 군소정당의 난립으로 인하여 정국불안정을 초래할 우려가 있고, 선거인과 대표 사이의 관계가 소원해 질 수 있으며, 현실적으로 비례대표제를 실시함에 있어서 절차상·기술상 난점이 많다⁴⁾.

이렇듯 상대다수대표제와 비례대표제는 대표의 결정방식이 다르고, 공직선거법에서도 비례대표와 지역구 대표를 구별하여 규정하고 있으므로, 사법적인 통제에 있어서도 그 형태나 정도가 달라져야 할 것으로 보인다. 따라서 이 둘을 구별하여 분석하는 것은 유용한 분석틀이 될 수 있으리라 본다.

또한 이 논문에서는 그 논의의 범위를 사법적 통제에 관한 부분으로 한

4) 성낙인, 헌법학 제13판, 법문사, 2013, pp. 158-162.

정하기로 한다. 정당의 공직후보자 추천 과정을 통제하는 방법은 입법, 행정 등 여러 분야에서 이루어질 수 있으나, 본 석사논문에서 범위를 무한정 확대하여 논의하는 것은 적절치 않다고 판단되어 우리나라 판례를 중심으로 한 사법적 통제 부분만을 깊이 있게 논의하기로 한다. 다만, 사법적 통제의 한계로서 필연적으로 이르게 되는 입법적 대안에 대해서는 마지막 장에서 짧게 언급할 것이다.

제3절 논문의 구성

제1장에서는 정당의 후보자선출에 관한 사법적 통제 및 그 한계를 연구하게 된 배경 및 목적에 관하여 간략하게 서술하였다.

제2장에서는 일반 사단 및 정당의 내부질서에 대한 사법적 통제에 대해서 살펴본다. 정당의 헌법적 지위와 법적 성격, 그리고 정당이 지닌 결사의 자유와 그 한계를 살펴보고 사법적 통제의 정당성에 대해서 서술한다. 이를 위해서 대법원이 일반 사단을 어떠한 방식으로 통제하고 있는지도 살펴본다.

제3장에서는 현행 법규 중 정당 공직후보자 추천과 관련된 부분을 살펴본다. 이는 정당 공천의 사법적 통제의 기준이 되므로 살펴볼 필요가 있다. 특히, 현행 정당법과 공직선거법에는 정당 공천에 관하여 구체적으로 규율되어 있지 않고, 대부분의 내용을 각 정당의 당헌, 당규에 위임하고 있으므로, 각 정당의 당헌·당규 중 공직후보자 추천 부분을 검토한다. 또한, 실제로 정당의 공천이 어떻게 이루어지고 있는지도 알아본다.

제4장에서는 정당의 공직후보자선출과 이에 대한 사법적 통제와 그 한

계에 대해서 살펴본다. 특히, 비례대표후보 공천과 지역구 후보 추천을 나누어서 여태까지 법원이 어떠한 방식으로 통제를 해 왔는지를 알아보고, 그러한 판단이 가지는 함의를 파악하며, 통제의 한계는 무엇인지 논의하고자 한다.

제5장에서는 앞서 논의한 내용들을 요약·정리한 후, 사법적 통제의 한계에 대해서 어떠한 방법으로 해결할 수 있는지 그 대안을 생각해보기로 한다. 이 부분은 결론이면서 동시에 또 다른 문제제기이기도 하다.

제2장 일반 사단 및 정당의 내부질서에 대한 사법적 통제

제1절 정당의 의의 및 헌법적 지위

1. 정당의 의의⁵⁾

헌법적 의미의 정당이란 지속적으로 국민의 정치적 의사형성에 영향을 미치고 정권을 획득하는 것을 목적으로 하고 또 그 조직의 상태에 비추어 정치적 목적의 진지성을 충분히 보증할 수 있는 국민의 자발적인 정치적 결사를 말한다⁶⁾.

정당법에 의하면, 정당은 국민의 이익을 위하여 책임 있는 정치적 주장이나 정책을 추진하고 공직선거의 후보자를 추천 또는 지지함으로써 국민의 정치적 의사형성에 참여함을 목적으로 하는 국민의 자발적 조직을 의미한다. 어떤 정치적 결사가 이러한 정당에 해당될 때에만 헌법과 정당법의 보호를 받는 정당에 해당하며, 이에 해당하지 않는 것은 정당이 아닌 일반결사에 지나지 않는다. 이에 의할 때, 정당은, ① 국민의 이익을 위한 정치적 주장이나 정책의 추진, ② 공직선거의 후보자의 추천·지지로 국민의 정치적 의사형성의 참여, ③ 자발적 조직의 확보를 그 개념요소로 한다⁷⁾. 헌법재판소는 2006. 3. 30. 선고 2004헌마246 결정에서 정당에 관하여, 정당법 제2조에 의한 정당의 개념표지 외에 “예컨대 독일의 정당법(제2조)이 규정하고 있는 바와 같이 ‘상당한 기간 또는 계속해서’ ‘상당한 지역에

5) 정당의 개념에 대해서는 성낙인, 전계서, p. 227, 정종섭, 헌법학원론 제8판, 박영사, 2013, p. 144 내용 참조.

6) 정태호, 「정당설립의 자유와 현행 정당등록제의 위헌성에 대한 관건」, 인권과 정의 제343호, 대한변호사협회, 2005, p. 97.

7) 정종섭, 전계서, p. 144.

서' 국민의 정치적 의사형성에 참여해야 한다는 개념표지가 요청된다고 할 것이다"라고 실시한 바 있으나, 상당한 기간 또는 상당한 지역의 개념이 애매하여 이를 굳이 정당의 개념요소로 볼 필요가 있는가에 관하여 의문이 있다.

정당은 헌법에 의하여 일반 정치적 결사에는 부과하지 아니하는 의무(헌법 제8조 제2항)를 부담하는 한편, 국가의 특별한 보호를 받고 정당운영자금을 보조받을 수 있으며(헌법 제8조 제3항), 강제해산과 관련한 특권(제8조 제4항)을 부여받고 있다. 법률차원에서도 정당은 중요한 법적 효과를 매개하는 개념인바, 가령 정당만이 비례대표후보자의 등록을 신청할 수 있다.⁸⁾

2. 정당의 헌법적 지위⁹⁾

종래 헌법에서는 정당의 헌법상 지위와 관련하여 논의가 있었고, 국가기관설, 사법적 결사설, 중개체설 등이 대립되어 왔으나, 현재 정당을 국가기관의 일부로는 보지 않으면서 정당이 담당하는 공적 기능에 따른 특수한 지위를 인정하는 중개체설이 통설이며 헌법재판소 또한 중개체설의 입장이다(헌법재판소 1991. 3. 11. 선고 91헌마21, 1996. 3. 28. 96헌마18 결정 등 참조)

일단, 설립의 자유라는 측면에서 보면, 국가기관의 설립은 입법사항인데 비하여 정당의 설립은 자유이고, 국가기관은 스스로 의사를 결정·집행하는데 반해 정당은 직접 국가의사를 결정하여 집행할 수 없고 단지 국민의 정치적 의사 형성에 참여할 뿐이기 때문에 국가기관으로 볼 수는 없다. 또

8) 정태호, 전계논문, pp. 89-99.

9) 정당의 헌법상 지위에 대해서는 성낙인, 전게서, pp. 227-228, 정종섭, 전게서, p. 148-149 내용 참조.

한, 국가보조금을 비롯하여 국가의 특별한 보호를 받고 있으며, 해산 또한 헌법재판소의 심판에 의해서만 가능하도록 하여 존속을 강하게 보장받고 있으므로 일반 사적결사와 마냥 동일하게 볼 수도 없다.¹⁰⁾ 따라서, 국민의 다원적 의사와 이해관계를 유사한 것끼리 묶어 줌으로써 실질적으로 국가 의사에 반영되도록 하는 중간단계로서 기능하여, 국가와 사회의 중간에서 양자를 매개하는 특수한 지위에 있다는 중개체설이 타당하다.

현대국가의 정당을 규율함에 있어서 이러한 학설의 논의는 결국 ‘정당에 대하여 공적 규율 또는 개입을 어느 정도로 할 것인가’의 문제에 대한 답을 내리는 데에 있어서 이론적 배경이 된다. 정당인 기본적으로 자율적인 사회영역에서 자발적으로 결성된 결사라는 사실과, 그럼에도 불구하고 국가와 체제의 보호, 선거의 기능 정상화, 대의민주주의 실현, 정치질서의 유지 등 공익을 위하여 필요한 경우 정당설립과 활동의 자유를 제한할 수 있고 국가가 개입할 여지가 있다는 사실¹¹⁾에 대해서는 일반적인 컨센서스가 이루어졌다고 할 수 있다. 그러나 국가가 정당의 운영에 어느정도 개입할 수 있는지에 관하여는 학자들마다 의견이 다르고, 그 의견차이에 있어 넓은 스펙트럼이 존재할 것이다. 국가기관설에 가까운 입장은 통제의 강도가 높더라도 이를 정당화할 가능성이 높고, 사법적 결사설에 가까운 입장은 이를 부정적으로 보게 된다.

제2절 정당의 법적 성격

1. 정당의 법적 성격 : 비법인사단

10) 성승환, 「정당민주주의에 대한 연구 - 특히 정당의 공천을 중심으로 -」, 서울대학교 대학원 석사학위논문, 2003, pp. 11-12.

11) 정종섭, 전계서, p. 148.

정당의 헌법적 지위에 관하여 중개체설을 취할 경우에도 여전히 그 결사의 법적 성격이 무엇인지, 법적으로 어떻게 규율할 것인가가 문제된다. 정당은 기본적으로 자율적인 사회영역에서 자발적으로 결성된 결사이므로 그 법적 관계에서는 특별한 사정이 없는 한 사적 단체로서의 성격을 지닌 법인격 없는 사단이라고 할 것이다¹²⁾. 헌법재판소 및 법원 또한 정당을 법인격 없는 사단으로 보고 있다.

정당의 법적 지위는 적어도 그 소유재산의 귀속관계에 있어서는 법인격 없는 사단으로 보아야 하고, 중앙당과 지구당과의 복합적 구조에 비추어 정당의 지구당은 단순한 중앙당의 하부조직이 아니라 어느 정도의 독자성을 가진 단체로서 역시 법인격 없는 사단에 해당한다(헌법재판소 1993. 7. 29. 92헌마262 결정 참조, 동지 : 서울민사지법 제16부 1979. 9. 8. 79카 21709 신민당총재단직무집행정지가처분결정)

2. 정당을 ‘비법인사단’으로 규율하는 근거

정당은 사단인가? 민법상 일정한 목적의 달성을 위하여 결합한 사람의 단체의 종류에는 사단과 조합이 있는데, 그 차이는 바로 단체성의 강약이다. 사단의 경우 단체가 그 구성원의 개성을 초월한 존재가 되어, 법률효과는 단체 자체에 귀속하는데 반해, 조합은, 구성원과는 독립한 존재이므로 역시 단체이긴 하지만, 구성원의 개성이 보다 강하게 표면에 나타나는 것이다¹³⁾. 이러한 측면에서 정당은, 구성원 개개인의 개성보다는 단체적 측면, 즉 정치적 ‘결사’의 측면이 보다 강조되기 때문에 사단이라고 보는 것이 타당하다. 게다가 우리 민법은 조합을 구성원 사이의 일종의 계약관계로서 규정하고 있는데(민법 제703조), 정당을 구성원간의 “계약”이라고 보기에에는 어렵다고 보이므로 결국 사단으로 보는 통설, 판례의 태도가

12) 정종섭, 전거서, p. 148.

13) 박윤직, 민법총칙 신정수정판, 박영사, 1999, pp. 184- 185.

합당하다.

그렇다면 왜 정당에 법인격을 부여하여 회사 등과 같이 법인으로 취급하지 않는가 하는 의문이 제기될 수 있다. 현행 민법은 법인의 설립에 관하여 허가주의를 취하고 있기 때문에(민법 제32조), 주무관청의 허가가 사단법인 설립의 절차적 요건의 하나이며, 만일에 그러한 허가를 얻지 못하거나 또는 허가를 얻지 못하고 있는 동안은, 당연히 비법인사단이 된다¹⁴⁾. 그러나 사단이 법인격을 취득하는 것은 현행법 아래에서는 그렇게 어려운 것은 아니다. 특히 현행 민법은, 법인을 공익법인·영리법인의 둘로 나누지 않고(구민법), 영리법인·비영리법인의 두 가지로 나누고 있기 때문에, 정당이 권리능력을 취득할 수 있는 길이 넓어져 있고¹⁵⁾, 정당의 등록 요건에 비해 사실 별다른 조건이 없기 때문에 차라리 정당을 ‘법인화’하는 것이 법률적으로 규율함에 있어서 보다 간명하지 않는가 하는 의문이 들기도 한다.

그럼에도 불구하고 정당을 비법인사단으로 규율하는 것은, 법인 설립이 강제되어 있지 않은 이상, 법인으로 전환함으로써 받게 되는 행정관청의 사전허가나 사후 감독 기타 법적 제재를 받는 것¹⁶⁾이 자유로운 정치적 결사로서의 정당의 본질과 어울리지 않기 때문인 것으로 판단된다. 특히 우리 법원은 주무관청의 허가 여부는 행정관청의 자유재량에 속하며, 허가를 얻지 못하더라도 행정소송의 대상이 되지 않는다(대법원 1979. 12. 26. 79누248)고 보고 있는바¹⁷⁾, 국민의 자유로운 정치적인 의사를 대변해야 할 단체인 정당이 그 설립에 있어서 행정관청의 허가에 좌지우지된다면, 그 설립 단계에서부터 정당의 본질적인 부분과 어긋나는 것이다.

14) 박윤직, 전계서, p. 186.

15) 박윤직, 전계서, p. 186.

16) 박윤직, 전계서, pp. 236-237.

17) 박윤직, 전계서, pp. 197-198.

해산의 경우도 마찬가지이다. 강제해산에 있어서 정당은 일반결사와 달리 헌법 제8조에 의하여 두터운 보호를 받고 있기 때문에 오직 헌법재판소의 정당해산심판에 의해서만 해산되고¹⁸⁾, 정당법상 요건을 갖추지 못하여 등록 취소되는 경우에도 그 정당은 헌법 제8조에 의한 보호를 받지 못하고 단지 헌법 제21조에 의하여 보호되는 정치적 결사에 해당하게 될 뿐이지, 강제해산조치를 할 수 없다. 이렇듯 보호를 받는 정치적 결사인 정당이 주무관청의 허가 취소, 즉 행정청의 자의적인 처분만으로 등록취소를 당할 수 있다면 정당으로서의 본래적 기능을 수행할 수 없을 것이다¹⁹⁾.

다시 말해서, 법인으로 하느냐 않느냐는 궁극에 있어서 입법정책의 문제인바, 정당법 또는 별도의 특별법으로 정당을 법인화하는 것이 불가능한 것은 아니나, 우리 법제는 이를 ‘비법인사단’으로 남겨 두었다. 일반 비법인사단은 법인화함으로써 등기부에 등록이 되고 주무관청의 규율을 받게 되는 한편, 보조금의 지급을 받을 수 있는 혜택이 부여된다. 반면, 정당의 경우, 그 본질이나 본래적 기능에 비추어 보았을 때 주무관청의 규율을 받는다는 것은 타당하지 않고, 재정 및 보조금과 관련해서는 특별히 보호를 받고 있기 때문에, 법인화의 필요성이 미미하다고 볼 수 있다. 오히려, 아래에서 살펴보듯이 ‘결사의 자유’의 측면을 고려한다면, 법인보다는 단체의 결성 및 해산의 자유가 보다 광범위하고 쉽게 행하여질 수 있는 비법인사단이 정당의 성격과 더 합치되는 것으로 보인다.

제3절 일반 사단에 대한 사법적 통제

1. 비교 분석의 필요성

18) 정종섭, 헌법학원론 제8판, p. 150.

19) 성낙인, 헌법학 제13판, p. 232

정당의 법적 성격이 ‘비법인사단’인 이상, 정당에 대한 사법적 통제를 살펴보면 앞서서 정당은 아니지만 유사한 공적 성격을 띠고 있는 비법인사단이나 사단법인에 관하여 사법부가 어떠한 방식으로 통제를 하고 있는지를 알아보려고 한다. 정당에서 주로 문제가 되고 있는 당내민주주의는 결국 ‘단체 내 민주주의’의 문제인데, 이는 정당에 국한된 것만은 아니며, 주식회사의 소수주주보호라든지, 노동조합 내 조합민주주의 문제와 같이 대부분의 단체에서 동일한 문제가 발생할 수 있기 때문이다²⁰⁾. 현실적으로도 정당 문제에 관하여 사법부가 통제할 사안은 그렇게 많지 않으므로, 정당과 유사한 성격을 가진 단체들에 관한 대법원 판례를 분석하여 정당에도 적용할 수 있는지, 어떠한 의미를 갖는지 살펴보는 것은 많은 도움이 될 것이다.

2. 통제의 현황

가. 서울기독교청년회(서울YMCA)사건 (대법원 2011. 1. 27. 선고 2009다19864 판결)

서울YMCA는 인권위원회의 권고 등에도 불구하고 지속적으로 여성 구성원의 의결권 및 피선거권을 배제하여 왔고, 많은 비판에 직면하였으며, 결국 이 사건에서 여성 구성원들이 서울YMCA를 상대로 위자료를 청구하기에 이르렀다.

대법원은 서울YMCA가 선교, 사회교육, 사회개발, 사회복지, 국제협력 등의 사업을 목적으로 하는 비법인사단으로서 1903년 설립 이래 시민운동, 환경운동, 시민권의 보호운동, 청소년운동 등을 펼쳐, 이를 통하여 우

20) 최대권, 「헌법과 당내민주주의」, 서울대학교 법학 제42권 제1호, 서울대학교 법과대학, 2001, pp. 7-9.

리 사회의 계몽과 발전에 기여함으로써 사회에 대한 영향력을 증대시켜 왔고, 그 과정에서 정부나 서울시 등으로부터 재정적 지원을 받기도 하고 청소년 관련시설이나 체육시설 등을 위탁받아 운영하는 등으로 국가와 지방자치단체 등과 긴밀한 관계를 유지하면서 공적 역할을 수행하기도 하여, 공익적 목적과 활동을 위한 공적 단체로서의 성격을 갖는 집단으로 볼 수 있는바, 이러한 서울YMCA가 남성단체로 출발하였다는 연혁적 이유만으로 여성들을 차별 처우할 만한 합리적인 필요성이 있다고 볼 수 없고, 서울YMCA의 정체성 또한 이미 1967년 헌장 개정으로 규범적인 의미에서만 아니라, 실제 인적 구성면에서도 남성중심 단체를 탈피한 것으로 보이는 점, 여성(원고)들은 비법인사단인 서울YMCA의 단체구성원으로서 회비를 부담하면서도 여성이라는 이유만으로 지속적으로 일반적인 사원에게 부여되는 고유하고 기본적인 권리인 총회의결권 등을 행사할 기회를 원천적으로 빼앗겨 온 점 등을 고려하면, 서울YMCA의 성차별적 처우는 우리 사회의 건전한 상식과 법 감정에 비추어 용인될 수 있는 한계를 벗어나 사회질서에 위반되는 것으로서 여성(원고)들의 인격적 법익을 침해하여 불법행위에 해당한다고 판단하였다.

대법원은 위와 같이 판단한 근거로 헌법상의 평등권을 들고 있는바, 헌법상의 기본권인 평등권이 사법상의 일반원칙을 규정한 민법 제2조, 제103조, 제750조, 제751조 등의 내용을 형성하고 그 해석 기준이 되어 간접적으로 사법관계에 효력을 미치게 된다고 판시하고 있다²¹⁾.

서울YMCA는 비법인사단이지만 그 공익적 성격이 매우 강하므로, 정당과 유사한 성격이 있고, 이 사안의 경우도 당내민주주의와 유사한 단체 내 민주주의가 문제된 사안이다. 대법원은 이러한 공익단체가 여성 구성원에게 단체 내에서 피선거권이나 선거권을 부여하지 않는 것은 평등원

21) 이는 사인 간에 기본권 효력이 간접적으로 적용된다는 '간접적 효력설'의 입장이다.

칙에 반하고, 사회상규에도 위반된다고 보아 이를 통제한 것이다. 유사한 문제는 정당에도 있을 수 있다. 가령, 정당에서 공직후보자를 추천하기 위한 당내 경선을 실시하는 경우, 일부 당원들에게만 의결권을 부여한다든지, 일부 당원들에게만 피선거권을 부여한다든지 하는 경우 사법부가 이를 통제할 수 있을 것인가? 통제할 수 있다면, 어떠한 방법으로 통제할 것인가?

나. 여성 종원 자격 사건 (대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원 합의체 판결)

이 사건의 경우 사법부가 사적 단체의 인적 구성에 관하여도 사법상의 일반 원칙에 따라 통제할 수 있음을 보여주고 있다. 대법원은 종종 종원은 남성으로만 구성된다는 기존 관습법이 있다 하더라도 그러한 관습법은 법원으로서 법령에 저촉되지 아니하는 한 법칙으로서의 효력이 있는 것이고, 또 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 반하지 아니하는 것으로 정당성과 합리성이 있다고 인정될 수 있는 것이어야 하는데, 사회의 거듭된 관행으로 생성된 사회생활규범이 관습법으로 승인되었다고 하더라도 사회 구성원들이 그러한 관행의 법적 구속력에 대하여 확신을 갖지 않게 되었다거나, 사회를 지배하는 기본적 이념이나 사회질서의 변화로 인하여 그러한 관습법을 적용하여야 할 시점에 있어서의 전체 법질서에 부합하지 않게 되었다면 그러한 관습법은 법적 규범으로서의 효력이 부정될 수밖에 없다는 것이다. 따라서 종종 구성원의 자격을 성년 남자만으로 제한하는 종래의 관습법은 이제 더 이상 법적 효력을 가질 수 없다고 보았다.

종중이라는 단체는 공동 선조를 모시는 자손들의 모임으로, 그 단체에 거의 공적인 성격을 찾아볼 수 없음에도, 대법원은 종종과 같은 사적 단체가 여성 구성원을 배제하는 것은 사회상규나 조리에 맞지 아니한다고 판단하였다. 물론 이 사건의 경우 종종이라는 단체의 특이성(자동가입의 문제

등), 헌법정신에 반하는 관습법을 인정할지의 문제 등 당해 사건만의 독특한 쟁점이 있긴 하지만, 그럼에도 불구하고 위 판례는 어떠한 사적 결사가 자신의 구성원을 결정하고, 그 가입자격을 설정하는 부분에 있어 자유로운 것을 원칙으로 하되, 그 사적 결사 또한 이 사회의 일부를 구성하는 이상, 사회의 대다수 구성원들이 공통적으로 공유하고 있는 정신에 반하여 그러한 제한을 두는 경우, 공적 개입이 있을 수 있다는 입장을 내비치고 있는 것으로 해석된다.

다. 종단 대순진리회 임시이사 선임 사건 (대법원 2009. 11. 19.자 2008마699 결정)

대법원은 종단 대순진리회의 임시이사 선임이 문제된 사건에서 “헌법 제 20조는 종교의 자유를 보장하고 종교와 국가기능의 엄격한 분리를 선언하고 있으므로, 종교의 자유에 속하는 종교적 집회·결사의 자유는 그 성질상 일반적인 집회·결사의 자유보다 광범위한 보장을 받으며, 이에 따라 종교적 집회·결사의 자유를 실현하기 위하여 설립된 종교단체에 대하여는 그 조직과 운영에 관한 자율성이 최대한 보장되어야 하고, 법원이 종교단체에서 이사의 결원으로 발생하는 장애를 방지하기 위하여 임시이사의 형태로 그 조직과 운영에 관여하게 될 때에도 헌법상 종교단체에 보장되는 종교 활동의 자유와 자율성이 침해되지 않도록 그 선임요건과 필요성을 인정함에 신중을 기하여야” 한다고 전제한 후, 원심²²⁾은 대순진리회 종단의 신도인 도인(道人)의 자격을 갖추고 종단 내에서 신도들 다수의 신뢰를 결집하여 분쟁해결의 합의를 도출할 수 있는 책임자가 있는지를 충분히 심리하지 아니하고, 만약 그 동안의 분규과정과 현재의 종단 내부사정으로 사건본인 종단의 신도로는 도저히 책임자를 찾을 수 없었다고 한다면 신도 아닌 사람 중에서도라도 책임자를 선임하되 그 직무범위나 권한은 비종교적 영역에 한

22) 서울고등법원 2007라497 사건 (서울고등법원 2008. 4. 15.자 결정)

정하여 위와 같은 선임의 필요성에 상응하는 최소한의 범위로 제한하였어야 하는데, 임시이사를 변호사로 선임하면서도 그 직무범위나 권한에 대한 제한 조치도 취하지 아니하였으므로 위법하다고 보았다.

종교의 자유만큼이나 정치적 자유, 정당의 자유, 선거권 및 피선거권 등이 헌법상 보장되는 기본권인 점을 고려하면, 정당의 통제에 있어서도 신중해야 한다는 결론에 이르게 된다. 이 사안에서는 종단의 임시 대표자로 변호사를 선임하였는데, 만약 공천의 경우, 법원이 당해 정당의 후보자 추천과정이 위법하다고 하여 그 추천된 후보자를 배제하고 다른 후보자를 임시로 내세우도록 하는 방법은 가능할 것인가?

3. 소결

살피건대, 사법부는 단체의 정체성을 훼손하지 않는 범위 내에서는 사단 내 구성원간의 민주주의 문제, 인적 구성의 문제 등에 관하여 헌법상의 기본권이나 기본 원칙 등에 근거하여 적극적으로 개입하고 있는 것으로 보인다. 그렇다면, 정당의 경우 앞서 살펴본 단체들보다 훨씬 더 공적인 성격을 가지고 있으므로, 이론적으로는 사법부의 통제나 개입의 정도가 더 높아져야 한다고 볼 수 있을 것이다. 하지만 문제는 간단하지 않다. 아래에서 살펴보겠지만 정당 및 정치행위의 특수성으로 인하여 사법부의 통제가 어려운 부분이 있고, 그럼에도 불구하고 통제가 필요하다면 어떠한 방법과 정도로 해야 하는지가 문제된다.

제4절 정당에 대한 사법적 통제

1. 정당에 대한 사법적 통제의 정당성 : 일반론

정당 또한 현실적으로 활동함에 있어서 다양하고 복잡한 법률관계를 맺게 되고, 문제가 자체적으로 해결되지 않을 경우 궁극적으로는 사법부의 판단을 받게 된다. 정당에 관하여는 어떠한 범규범을 적용할 것인가? 기본적으로 법인격 없는 사단이므로, 다른 비법인사단과 같이 민법에 의해 규율될 것이나, “국민의 이익을 위하여 책임 있는 정치적 주장이나 정책을 추진하고, 공직선거의 후보자를 추천 또는 지지함으로써 국민의 정치적 의사결정에 참여”(정당법 제2조)하는 결사체로서 다른 비법인사단과는 확연히 다른 특징이 있으므로, 법적 규율이나 법적 심사에 있어 일률적으로 동일한 기준을 적용하기는 어려울 것으로 예상된다.

특히 정당은 그 본질이 ‘정치적’ 결사이므로 내부적 의사결정에 있어서 법치주의보다는 정치적 타협 등이 우선시되어야 할 것이 아닌지, 법원이 개입하는 것이 가능한 것인지 등의 문제가 있다. 그러나 헌법은 정당의 조직과 활동이 민주적이어야 할 것을 명시하고 있으므로(헌법 제8조 제2항), 정당은 그 조직과 활동에서 민주주의원리를 원용하여야 하며, 특히 정당내부의 의사결정의 방식, 비례대표국회의원의 명부작성, 국회의원이나 대통령의 선거에서 후보자를 결정하는 것 등이 합리적이고 민주적일 것이 요구되며²³⁾, 정당법, 공직선거법 등 관계법령과 정당이 스스로 정한 당헌, 당규의 규정들을 위반한 결의나 대표자, 후보자 선출에 관하여 사법부는 이를 통제할 수 있다고 보는 것이 타당하다. 정당은 정치적인 결사로서 자율성이 존중되어야 하지만, 그렇다고 법치주의의 예외가 될 수는 없기 때문이다.

2. 정당의 자유 및 제한

23) 정종섭, 전게서, p. 156-157.

가. 자유로운 결사의 권리

결사라 함은 다수인이 일정한 공동의 목적을 위하여 계속적인 단체를 결성하는 것을 말한다. 즉, 2인 이상의 자연인 혹은 법인이 스스로의 자유로운 의사결정에 따라 그들의 공동목적을 달성하기 위하여 결성한 계속적 단체로서 가입과 탈퇴의 자유가 인정되는 것을 말한다²⁴⁾.

결사는 목적에 따라 정치적 결사와 비정치적 결사로 구분할 수 있다. 헌법 제21조의 결사는 결사의 자유에 관한 일반법적 성격을 갖는 조항으로, 정치적 결사로서의 정당은 헌법 제8조에서 특별히 보호하는 규정을 두고 있다. 따라서 정당에 관한 헌법 제8조의 규정은 헌법 제21조의 결사에 대한 특별법적 규정이다²⁵⁾.

정당과 관련한 자유로운 결사의 권리는 두 가지 내용을 포함하고 있다. 먼저, 유권자로서 그리고 공직후보자로서 자신의 선택한 정당에 가입할 수 있는 개인의 권리이다. 두 번째로, 정당이 그 결사를 조직할 사람들의 정당일체감을 확인하여 구성원(당원)과 유권자를 선택하고, 그 정당의 이념과 선호를 가장 잘 대변하는 후보자를 선출할 권리이다²⁶⁾.

나. 정당의 자유

헌법 제8조 제1항은 “정당의 설립은 자유이며 복수정당제는 보장된다”라고 규정하고 있다. 이에 대하여 정당을 설립할 권리를 국민의 기본권으로서 보장하면서, 정당설립의 자유를 보장한 것의 당연한 법적 산물인

24) 성낙인, 전게서, p. 624.

25) 성낙인, 전게서, p. 625.

26) 최병훈, 당의 공직선거후보자 선출에 있어서의 역선택(Party Raiding)문제 -미연방대법원의 판결 분석을 통한 대안 마련을 위하여-, 안암법학 통권 제40호, 2013, p. 40.

복수정당제를 제도적으로 보장하고 있다는 것이 통설²⁷⁾, 판례²⁸⁾의 입장이다.

또한, 헌법 제8조 제1항은 단지 정당설립의 자유만을 명시적으로 언급하고 있지만, 정당설립의 자유는 설립행위 그 자체만을 보호하는 것이 아니라 또한 정당의 조직과 프로그램을 확정할 자유(정당자치의 자유), 정당의 존속과 활동의 자유를 포함한다는 것이 통설²⁹⁾, 판례³⁰⁾의 입장이기도 하다.

구체적으로, 정당의 자유는 국가의 간섭 없는 개개인의 자유로운 정당설립 및 정당가입의 자유, 조직형식 내지 법형식 선택의 자유를 포함하고, 정당설립에 대응하는 정당해산의 자유, 합당의 자유, 분당의 자유뿐만 아니라, 개인이 정당 일반 또는 특정 정당에 가입하지 아니할 자유, 가입했던 정당으로부터 탈퇴할 자유 등 소극적인 자유도 포함한다³¹⁾.

다. 정당의 자유의 제한

1) 정당의 내부적 활동에 대한 제한 : 당내민주주의

가) 개념

헌법 제8조 제2항은 ‘정당은 그 목적·조직과 활동이 민주적이어야 하며...’라고 규정하여 소위 당내민주주의에 관한 규정을 두고 있고, 정당법은 이를 구체적으로 실현하기 위하여 제29조 제1항을 두어 ‘정당은 민주

27) 한수용, 「헌법 제8조 정당조항의 규범적 의미」, 중앙법학 10집 제1호, 중앙법학회, 2008, p. 9.

28) 헌법재판소 1999. 12. 23. 선고 99헌마135 결정

29) 한수용, 전개논문, p. 12, 정종섭, 『헌법학원론』 제8판, 박영사, 2013, p. 145.

30) 헌법재판소 2006. 3. 30. 선고 2004헌마246 결정 등 참조

31) 정종섭, 전개서, p. 145.

적인 내부질서를 유지하기 위하여 당원의 총의를 반영할 수 있는 대의기관 및 집행기관과 소속국회의원이 있는 경우에는 의원총회를 가져야 한다'는 규정을 두고 있다. 여기에서의 당내민주주의란 결국 다수 지배의 원리 및 발언권, 투표권 등의 소수자 보호의 원리의 당내구현을 의미한다³²⁾.

그렇다면 당내민주주의는 정당의 자치에 맡겨져 있는 문제인가? 정당은 당의 기본노선, 정강정책의 선택과 형성, 인사문제에 대한 결정과 같은 정당 활동의 측면에서는 자율성을 갖지만, 의사결정의 절차나 방식은 헌법과 법률의 테두리 안에서 “민주적”으로 이루어져야 할 것이며³³⁾, 그러한 측면에서 과연 당내 의사결정과정을 모두 정당의 자치로만 포섭할 수 있느냐는 문제가 남는다.

나) 정당의 자치와 당내민주주의의 관계

정당의 자치와 당내민주주의와의 관계³⁴⁾와 관련하여, ① 당내민주주의의 요건이 정당의 자치 때문에 일반 민주주의원리에 비하여 완화된다는 견해, ② 대체로 완화되지만 부분적으로 강화된다는 견해, ③ 민주주의 원리를 변형하기는 하지만, 그 요건을 완화하지는 않는다는 견해, ④ 당내 민주주의의 명령이 일반 민주주의원리의 내용보다 엄격하다는 견해, ⑤ 동질성을 띠는 견해 등 다양한 견해가 있다.

정당과 관련해서 민주주의의 요청은 하향 수정될 수밖에 없다고 보는 입장³⁵⁾은, 국민의 정치의사형성에 대한 정당의 참여는 민주적 원칙을

32) 최대권, 「헌법과 당내민주주의」, 서울대학교 법학 제42권 제1호, 서울대학교 법과대학, 2001, pp. 7-9.

33) 정태호, 「정당국가에서의 당내민주주의의 개념과 본질」, 헌법논총 16집(2005.12.), 헌법재판소, 2005. pp. 523- 525.

34) 아래 내용은 정태호, 전제논문, pp. 525 - 531 부분을 참조하였다.

35) 정태호, 전제논문, pp. 525 - 526.

충족시키는 절차, 즉 민주주의의 형식으로 전개되어야 한다고 보면서도, 국가에 대한 민주주의명령을 노선과 정체성이 상이한 정당에 도식적으로 전용하는 것은 가능하지도 또 요구되고 있지도 않으며, 오히려 당내민주주의를 사단법에 요구되는 최소한의 수준을 넘어서 실현하는 것은 사단법의 지침과 당헌에 표현된 정당의 자치에 맡겨져 있다고 본다. 이러한 견해는 정당의 투쟁단체로서의 성격을 강조한 것인데, 정당이 현실적으로는 정권 획득을 위한 조직으로 나타나고 있다 하더라도, 대의민주주의 제도에서 수행하는 공적 역할을 경시할 수 없고, 이러한 견해는 헌법과 정당법의 명문에도 반하는 것이어서 받아들일 수 없다고 본다.

당내민주주의의 명령이 일반 민주주의원리의 내용보다 엄격하다는 견해³⁶⁾는 당내민주주의가 일반 민주주의원리에 비하여 보다 까다로운 요건을 제기한다고 본다. 정당 국가적 현실에서 국가조직의 근간이 대의제적 성격을 띠기 때문에 발생하는 민주주의의 부족을 당의 수뇌부가 평당원들로부터 보다 강한 민주적 정당성을 확보하도록 함으로써 보정하여야 한다는 것이다. 위 견해는 대의민주주의를 보완하는 제도로서의 정당을 강조하고, 특히 직접민주주의의 실현이 정당에서 이루어져야 한다고 보고 있는데, 현대사회에서의 정당은 단순히 소규모 이익집단이 아니고 그 규모가 거대하며, 다양한 국민적 이익을 반영하여야 하므로, 직접민주주의를 요구하는 것은 정당의 현실적 측면을 도외시한 것이라는 비판을 받을 수밖에 없다.

사건으로는 민주주의원리를 변형하기는 하지만, 그 요건을 완화하지는 않는다는 견해³⁷⁾가 타당하다고 본다. 이 견해는 당내민주주의는 민주주의원리가 국가에 대하여 요구하는 것 이상을 요구하지는 않으나, 그 요구수준에 비추어 볼 때 완화된 요건을 제시하지는 않는다는 것³⁸⁾이다. 헌

36) 정태호, 전계논문, pp. 527-528.

37) 정태호, 전계논문, p. 527.

법은 국가영역에 형성된 대의제적 구조를 보충하기 위하여 정당을 통해서 국민과 국가기관 사이에 상시적인 피드백이 형성될 수 있도록 하였기 때문에, 단순히 국가영역의 대의제에 상응하는 당내의 대의체계만으로는 부족하며, 당원들의 정치적 욕구를 지속적으로 표출할 수 있도록 촉진시켜야 한다. 이러한 의미에서 국가 영역의 대의민주주의와 다른 직접 민주주의적 요소가 가미된다. 그러나 당원들의 의견을 항상 직접 수렴할 수는 없으므로 정당 또한 대의기관이 필요하며, 이러한 경우 국가영역과 마찬가지로 대의기관의 민주성이 요구된다³⁹⁾. 이러한 여러 측면을 고려할 때, 정당의 특수성을 고려하여 국가 영역에서의 민주주의 형태가 달라지는 측면이 있기는 하지만, 그렇다고 하여 그 요구수준이 결코 낮아질 수는 없다고 보는 것이 타당하다.

다) 당내민주주의의 내용

당내민주주의의 내용은 주관적 권리의 측면과 객관법적 측면으로 나눌 수 있지만, 결국 주관적 권리로서의 성격을 잘 반영하기 위하여 제도를 구상한다는 점에서 전자가 더 강조되어야 한다. 물론 정당은 공권력의 주체가 아니며, 따라서 기본권의 수범자도 아니기 때문에, 정당과 당원의 관계는 사법적 관계로서 제3자효론에 의하여 기본권을 적용하는 것이 합리적이다⁴⁰⁾. 이와 관련하여 아래의 예를 통해 이해하는 것이 효과적일 것이다.

가령, 어떤 정당이 '여성당'을 표방하여 당원의 자격을 여성에 제한하고 있는 경우, 여성당에 입당하고자 하는 남성이 '당원자격을 여성에 제

38) 정태호, 전계논문, p. 527.

39) 정태호, 전계논문, pp. 529-530.

40) 한수웅, 「헌법 제8조 정당조항의 규범적 의미」, 중앙법학 10집 제1호, 중앙법학회, 2008, p. 35.

한한 것은 평등원칙에 위배된다'고 주장할 수 있을까? 나아가 정당 내부에서 당원이 정당에 대하여 기본권의 침해를 주장할 수 있을까?⁴¹⁾

일단, 정당은 기본권의 구속을 받는 공권력의 주체가 아니라 사법상의 단체로서 오히려 스스로 기본권의 주체이다. 따라서 정당과 당원 또는 정당과 일반국민이라는 사인과의 관계에서 기본권은 직접 적용되지 않는다. 다만, 기본권은 당내 민주화의 요청과 관련되는 내용을 제시하는 한, 당내 민주화 요청의 범주 내에서 간접적으로 효력을 가질 수 있다. 따라서 정당 내부에서 기본권의 효력은 당내 민주주의의 효력이 미치는 범위에 달려있다⁴²⁾.

당원이 그의 권리를 행사하여 당내 의사형성과정에 참여함으로써 당내 민주주의는 실현되므로, 당내 민주주의를 당원의 주관적 권리 측면에서 살펴볼 필요가 있다. 즉, 정당 내에서 당원의 법적 지위와 참여권에 관한 한, 당내 민주화의 요청을 통하여 정당과 당원의 관계에서 기본권이 간접적으로 효력을 가질 수 있는 것이다⁴³⁾. 예컨대, 기본권과 관련하여 당내 민주주의의 요청은 모든 당원이 평등하게 취급되어야 한다는 요청을 포함한다. 당원간의 평등원칙은 당내 민주주의를 실현하기 위한 필수적 요소이다. 또한, 표현의 자유도 당내 민주화의 관점에서 당원의 자유로운 의견표명의 자유를 통하여 간접적으로 적용된다⁴⁴⁾. 그러므로, 정당의 의사결정에 있어서 여성에게 2표, 남성에게 1표의 투표권이 인정된다면, 당내 민주주의의 범위 내에서 평등권을 주장할 수 있을 것이다.

2) 정당의 외부적 활동에 대한 제한

41) 본문의 예는 한수웅, 전계논문, pp. 35-37을 참조하였다.

42) 한수웅, 전계논문, p. 35.

43) 한수웅, 전계논문, p. 35.

44) 한수웅, 전계논문, p. 35.

정당이 헌법상 기본권으로서 자유로운 결사의 권리를 보장받는다 하더라도, 그 권리는 절대적인 것이 아니며, 특히 외부적 활동에 있어서는 헌법 제8조 제4항(민주적 기본질서 준수 의무), 또는 헌법이 명시한 공무원의 정치적 중립 의무, 국민주권원리 등에 의하여 제한될 수 있다. 또한 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보나 과잉금지원칙도 적용될 수 있고, 앞서 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결에서 본 바와 같이 사회상규나 조리에 의한 통제도 가능할 수 있다.

정당은 정치적 결사로서 그 정치적 자유성이 일반 결사들에 비하여 강도 높게 보장되어야 하지만, 반면, 일반 결사와는 다르게 국가 영역으로 지향하는 교차점에 있으면서 국민의사를 국가의사로 전달하는 임무를 수행하고 있으므로, 사적 자치의 측면에서는 다른 사조직보다 오히려 더 많은 공적 규율이 이루어질 가능성과 당위성이 존재한다⁴⁵⁾.

헌법이 정당에 대하여 일반결사와는 다른 특별한 보호와 규제를 하고 있는 이유는 정당이 “국민이 이익을 위하여 책임 있는 정치적 주장이나 정책을 추진하고 공직선거의 후보자를 추천 또는 지지함으로써 국민의 정치적 의사형성에 참여함을 목적으로”하여 조직된 단체이고 또 그러한 목적수행에 필요한 조직을 갖추고 있기 때문인 것으로 이해되고(정당법 제1조, 제2조 참조) 반대로 일반결사에 대하여 정당의 경우와 같은 헌법상의 보호와 규제가 없는 것은 그러한 단체는 각기 자기고유의 설립목적이 따로

45) 헤세(K. Hesse)는 중개체로서의 지위에는 ‘자유’의 지위, ‘평등’의 지위, ‘공공’의 지위가 있다고 보았다. 자유의 지위란, 대외적으로 국가의 침해와 영향으로부터 자유롭고, 대내적으로는 정당 내에서 자유로운 정치의사형성이 가능한 것을 의미한다. 평등의 지위는, 정당의 자유와 밀접한 내적 관련을 가지고 있는데, 원칙적으로는 도식적 평등을 의미하나, 예외적으로 안정된 다수의 형성을 위해서 차별이 허용된다. 공공의 지위란, 정당의 헌법상 지위가 국가기관과 같을 수는 없으나, 국가 활동에 대한 광범한 영향력을 행사할 수 있고 국가기관들과 밀접하게 결합하여 국가에 접근한 지위에 있는 것을 말한다; K. Hesse, Die Verfassungsrechtliche Stellung der Politischen Parteien im Moderne Staat, VVDStRN Heft 17, 1959, S. 27ff (계희열, 헌법학(上), 박영사, 1995, pp. 250-254.에서 재인용)

있고 국민의 정치적 의사형성에 참여함을 직접 목적으로 하여 조직된 것이 아니며 또 그러한 의사형성에 참여하는 데 필요한 조직도 갖추고 있지 않기 때문인 것으로 이해된다(헌법재판소 1995. 5. 25. 선고 95헌마105 결정).

이해를 돕기 위하여 앞서 본 예를 약간 변형하기로 한다. 위 ‘여성당’에 입당하고자 하는 남성은 권리의 침해를 주장할 수 있는가? 즉, 정당에 가입하고자 하는 사람의 자격제한 문제는 어떻게 판단할 수 있을까? 바로 이러한 경우가 정당의 외부적 활동과 관련된 부분이라고 할 수 있다. 살피건대, 위 남성은 아직 정당의 구성원이 되지 아니하였으므로, 이미 당원이 된 사람에게 적용되는 당내민주주의 원칙은 적용되지 아니한다⁴⁶⁾. 그러나, 정당의 공적 지위나 사회적 역할, ‘여성당’이 달성하고자 하는 정치적 목표 등을 고려하였을 때 남성당원을 배제할 합리적인 이유가 없다면 이러한 입당자격을 규정한 당헌 등은 과잉금지원칙에 위반되고, 사회상규에 반하는 것으로서 무효라고 할 것이다⁴⁷⁾.

3. 소결 : 정당 공직후보자추천행위의 통제

그렇다면, 논의의 범위를 좀 더 좁혀 정당의 활동 중 핵심적인 부분이라고 할 수 있는 정당의 공직후보자 추천 행위에 한하여 본다. 정당 공천행위의 성격은 어떠한가? 정당의 공천은 원칙적으로는 당 내부의 행위이고, 누구를 어떠한 방식으로 추천할지의 문제는 정당 내 구성원들이 자율

46) 한수웅, 전계논문, p. 37.

47) 이와 관련하여, 한수웅, 전계논문, p. 37에서는 “정당은 그의 정치적 목표설정예 따라 여성당, 노인당, 지역당(예컨대 "충청도 당") 등의 형태로 당원자격을 여성, 노인 또는 특정 지역주민에 제한하는 것이 가능하며, 강령과 당헌이 정한 당원자격을 충족시키지 못하는 입당신청자의 입당을 거부할 수 있다. 이러한 점에서, 정치적 목표를 결정할 수 있는 정당의 자유는 성별에 의한 차별 등을 금지하는 헌법 제11조의 평등조항의 구속을 받지 않는 것으로 보아야 한다”고 하였으나, 합리적 이유 없이 입당자격을 제한하는 이러한 정당의 당헌 등은 정당의 공적 역할이나 지위에 비추어 사법적으로 ‘무효’화 될 가능성이 높다고 본다.

적으로 정할 수 있다. 정당 내 경선을 하기로 한 경우 선거권에 차등을 둔 다든지 하는 것은 당내민주주의에 위반될 수 있겠지만, 이른바 밀실, 하향식 공천 등 다른 방식에 따라 선출하는 것도 구성원들 사이에 합의만 이루어진다면 당내민주주의에 반하지 않으므로, 문제가 없다고 볼 수도 있다. 그러나, 다른 한편으로는, 정당에서 추천된 후보자는 결국 대의기관을 구성하는 국민의 대표가 된다는 점에서, 단순히 사단 내부의 행위라고 보기도 어려우며, 공적인 성격을 갖고 있기도 하다.

그렇다면 정당의 비민주적인 공직후보자 추천 문제를 해결하기 위해서 사법부 또한 당내민주주의의 관점에서든, 조리나 사회상규, 헌법 정신의 관점에서든 통제해야 할 필요성이 있는 것으로 보인다. 여태까지 법원은 비민주적인 공천이 사건화 된 경우 어떠한 기준에 의해, 어떠한 방식으로 통제를 해 왔으며, 그러한 통제의 문제점은 무엇이고, 법원이 그러한 판단을 하게 된 이유는 무엇인가? 정당 공천에 대한 사법부의 통제가 가지는 의미와 한계는 무엇인가?

제3장 정당 공직후보자 추천 관련 규정 및 현황

제1절 서론

우리나라 정당의 공직후보자 추천에 관하여 사법적 통제가 어떠한 방식으로 이루어지고 있는지를 파악하기 위해서는, 우선적으로 그 통제의 기준이 되는 현행 규정들과 각 정당들의 공직후보자 추천 현황을 분석할 필요가 있다.

아래에서 구체적으로 살펴보겠지만, 현행 공직선거법과 정당법은 정당의 공직후보자 선출에 관하여 구체적인 내용을 규정하지 아니하고 당헌 등에 위임하고 있으며, 다만 정당이 후보자 추천을 위하여 당내경선을 실시할 경우, 그 사무의 위탁 등에 관하여 공직선거법 제6장의2에서 어느 정도 구체적인 규율을 하고 있다. 따라서 실질적으로 정당의 공직후보자 추천에 관하여 재판과정에서 판단의 기준이 되는 규범은 각 정당의 당헌·당규이다. 비법인사단의 자치규범으로 존재하는 각 정당의 당헌·당규는 그 규율의 방식이나 정도 등에 있어서 법률 수준의 완결성, 일관성을 갖추고 있지는 못하다. 하지만 현실적으로 규범력을 지니고, 행위규범과 재판규범으로서 기능하는 당헌·당규를 구체적으로 파악하는 것은 필요한 작업이라 생각된다.

또한, 우리나라 정당 공천의 경우, 그 비민주적인 행태에 대해서는 많은 비판이 있어왔다. 그럼에도 불구하고 우리의 정치문화, 관습, 기존 정치인들의 이해관계 등 여러 요소들이 뒤엉켜 문제의 해결이 쉽지 않았던 것으로 보인다. 다만, 위와 같은 비판을 의식해서인지, 이전의 총재 일인에 의한 지명 방식 등 비민주적인 공천방식을 탈피하여 점차 여러 가지 방식을 시도하려는 노력들이 있고, 점진적으로 발전하는 모습을 보이고 있기는 하

다. 이에 대해서도 아래에서 구체적으로 살펴본다.

제2절 정당 공직후보자 추천 관련 규정 분석

1. 공직선거법

가. 관련 규정

공직선거법 제6장은 제47조 제2항에서 정당이 후보자를 추천하는 경우 “민주적인 절차에 따라야 한다”라고 규정하여 원칙에 대해서만 언급하고 있을 뿐, 그 민주적인 절차란 어떠한 방법에 의한 것인지를 구체적으로 규율하고 있지 않다. 결국 그 민주적인 절차에 관하여는 각 정당에 위임하고 있는 것으로 보인다.

다만 2005년에는 여성의 정치참여 확대를 위하여 공직선거법에 직접 각 정당이 비례대표국회의원, 비례대표지방의원, (임기만료에 의한 선거의 경우)지역구 국회의원, 지역구지방의회의원 후보에 여성을 추천할 것을 명시(공직선거법 제47조 제3항, 제4항, 제5항)하였다. 다만 비례대표의 경우 절반 이상을 여성으로, 매 홀수에 추천할 것을 규정하여 그 순위까지 구체적으로 언급⁴⁸⁾하고 있는 반면, 지역구의 경우에는 “노력하여야 한다”고 규정하여 강제하고 있지는 않다. 2010년에는 “임기만료에 따른 지역구지방의회의원선거에 후보자를 추천하는 때에는 1명 이상을 여성으로 추천하여야 한다”고 규정하여 지방자치단체의 공직 선출에 관하여도 여성의 참여를

48) 공직선거법 제49조 제8항, 제52조 제1항에 의하면 비례대표지방의회의원선거에서 위 규정을 위반한 때에는 등록신청을 할 수 없고 등록 후에도 등록을 무효로 한다고 되어 있으나, 비례대표국회의원선거에서 이를 위반할 때 무효로 하는 규정이 없다. 실제로 18대 총선에서 창조한국당은 비례대표 순번 1, 2, 3번에 모두 남성을 추천하였다. 성낙인, 전게서, p.190 에서는 이를 입법의 흠결이므로 무효규정을 추가하여야 한다고 서술하고 있다.

확대시키고자 하고 있다.

위 규정들은 여성의 정치참여에 대한 요구가 단순히 당헌·당규나 시행규칙을 넘어서 입법의 수준에까지 반영된 것으로 볼 수 있다. 이러한 규정들이 도입되는 과정을 보면, 당내민주주의의 실현을 단순히 정당의 자치에만 맡겨두지 아니하고, 입법적으로 규정하는 것이 가능하리라 생각된다. 법률에 의해 규정되면 사법적 통제에 있어서도 논란의 소지가 적어지고, 보다 명확한 기준이 될 것이다. 예를 들면 독일의 경우, 정당법 제17조가 “의회 선거후보자의 추천은 비밀투표로 이루어져야 한다”고 규정하고 있고, 독일 연방선거법은 제26조 제1항에서 후보자 추천 수리를 위한 요건들을 규정함으로써 실질적으로 비밀투표에 의한 추천이 행해질 수 있도록 보장⁴⁹⁾하고 있는데, 이는 입법이 정당의 민주화를 선도하는 형태로 배울 점이 있다고 판단된다.

나. 당내경선을 실시할 경우

2002년 제16대 대통령선거 이후 당내경선이 당원 및 유권자의 정치적 관심을 증대시킬 수 있는 하나의 대안으로 인식되기에 이르렀고⁵⁰⁾, 각 정당에서는 당내경선을 통하여 그 정당의 후보자를 선출, 추천하게 되는 경우가 생겨났다⁵¹⁾. 이에 따라 공직선거법은 정당이 당내경선을 실시하는 경우 그 후보자, 선거인의 자격(공직선거법 제57조의2), 당내경선운동(같은 법 제57조의3), 당내경선사무의 위탁(같은 법 제57조의4) 등에 관하여 규정하게 되었다.

49) 김선택, 「정당의 공천제도의 문제점과 개선방안 -국회의원선거 후보자추천을 중심으로 -」, 아태공법연구 7집, 아세아태평양공법학회, 2000, p. 64 ; 방승주, 「권력구조의 민주화와 정당 -야당기능의 활성화와 당내민주주의를 중심으로 -」, 헌법학연구 제8권 제2호, 한국헌법학회, 2002, pp. 50-51 참조

50) 성승환, 전제논문, p. 54.

51) 정만희, 「정당의 민주적 공천제의 법리 -국민경선제의 법적 문제를 중심으로-」, 공법학연구 4권 1호, 한국비교공법학회, 2002, pp. 58-60.

현행 공직선거법은 당내경선을 정당의 선택에 따른 임의적인 것으로 규정하고 있고, 다만, 그 경선을 실시할 때에는 공직선거법에 따를 것을 요구하고 있다. 위와 같은 규정은 정당의 공직후보자선출에 있어 모든 경우에 당내경선을 강제할 수 없는 상황에서 만들어진 것으로 보인다⁵²⁾. 그러나 사법적 통제의 관점에서는, 이러한 임의 규정으로 인하여 그 적용에 있어서 정당간 형평의 문제가 생길 수 있다. 예를 들어, A정당은 민주적 절차에 의해 후보를 선출하기 위하여 ‘당내경선’이라는 방법을 선택하였는데, 이로 인하여 공직선거법상 수반되는 당내경선에 관한 각종 규제들을 감수해야 되는 반면, B정당이 당내 경선 없이 비민주적 절차에 의해서 후보를 추천하는 경우 공직선거법상 아무런 규제를 받지 않게 되는 것이다. 즉, 헌법 제8조 제2항의 정당 민주화 정신에 부합하여 후보자를 선출하고자 했던 정당은 오히려 공직선거법의 제한을 받아 그 정당을 대표할 수 있는 후보자를 내세우지 못할 가능성이 있는 반면, 기존의 관행대로 밀실 공천을 통하여 후보자를 선출한 정당에 대해서는 실질적으로 아무런 규제를 하지 못하는 것이 될 수 있다. 이와 같은 문제점에 대해서는 사법적 통제와 관련하여 아래 장에서 구체적으로 논의하기로 한다.

2. 정당법

52) 제17대 국회 제4차 정치관계법특별위원회에서는 2007. 7. 18. 공직선거법 개정안(완전국민참여 경선제도 도입)에 관한 공청회를 열어 당내 경선을 강제할 것인가, 나아가서 당내 경선에 당원이 아닌 국민을 참여시킬 것인가에 관한 주제로 토의하였다.

당내 경선의 강제 및 일반국민 참여 확대의 긍정적인 면으로는 당내 민주주의를 확대한다는 점, 대중의 정치참여를 유도한다는 점, 새로운 인물의 등장을 용이하게 한다는 점 등 민주주의의 확대에는 절대적으로 유리한 측면이 있는 것으로 보인다(울산대학교 도회근 교수 모두 발언).

반면, 부정적인 측면으로는, 정당의 정체성 훼손 문제, 레이딩(raiding) 문제, 선거비용이 증대된 다든가 포퓰리즘의 가능성이 있다든가, 과열 경쟁 등이 문제점이 있으며(울산대학교 도회근 교수 모두 발언), 개방성이 높아지면 참여가 확대된다는 주장은 경선구도에 따라서 다르며, 오히려 이념적으로 과대 대표된 후보를 선출하는 결과가 초래되는 것이 아닌가 하는 문제도 제기될 수 있고, 당내 갈등이 사회 갈등으로 전환되면서 이익 조정이 더욱 어려워지는 것이 아닌가 하는 논의(이현출 입법정보연구원), 정당정치의 책임성과 상처된다는 논의(나경원 의원) 등이 존재하였다.

현행 정당법은 정당의 공직선거후보자 선출에 관하여 구체적인 규정을 두고 있지 아니하며, 제5장 정당의 운영과 관련하여 제28조 제2항에 “당헌에는 다음 각 호의 사항을 규정하여야 한다”라고 하고, 제8호로 공직선거후보자 선출에 관한 사항을 명시하여 이를 당헌에 위임하고 있다.

현행 정당법이 정당의 활동 중 핵심적인 부분인 ‘공직선거후보자 선출’에 관하여 거의 전무하리만큼 아무런 규정을 두고 있지 않는 까닭은, 정당의 선거참여에 관하여는 공직선거법에서 규정하고 있는 것으로 충분하다는 고려 때문인 것으로 보인다. 그러나 현행 공직선거법의 정당 공천 관련 규정들이 결코 충분하다고 볼 수 없으므로, 일반적 규정만을 두고 각 정당의 당헌에 일임하기 보다는 당내민주주의 실현의 핵심적 요소인 공천에 관하여 보다 상세한 규정을 두는 것이 바람직할 것으로 보인다. 다만, 그 구체적인 규율을 정당법에 할 것인가 공직선거법에 할 것인가의 문제에는, 각국의 입법례나 현행 우리 법체계를 보아도 기존의 공직선거법의 내용을 보완하는 방법으로 이루어지는 것이 타당하다.

3. 각 정당의 당헌, 당규 중 공직후보자 추천 부분

가. 새누리당⁵³⁾

1) 공천 담당 주요 기구 : 공천위원회

새누리당은 당의 각종 선거 후보자 공천과 관련된 업무를 수행하기 위하여 중앙당과 시·도당에 각각 공직후보자추천위원회(이하 공천위원회)를 두고 있다(당헌 제48조 제1항).

53) 가장 최신인 2012. 2. 13. 개정된 새누리당 당헌, 2012. 2. 9. 개정된 새누리당 당규 공직후보자추천위원회 규정을 기초로 서술하였다(새누리당 홈페이지 www.saenuriparty.kr 참조).

중앙당 공천위원회는 최고위원회의 의결을 거쳐 대표최고위원이 임명하는 당내외 인사 20인 이내의 위원으로 구성되고, 시·도당 공천위원회는 시·도당 운영위원회의 의결을 거쳐 시·도당위원장의 추천과 최고위원회의의 의결을 거쳐 대표최고위원이 임명하는 당내외 인사 20인 이내의 위원으로 구성한다(같은 조 제2항).

중앙당 및 시·도당에 각급 비례대표 후보자를 추천하기 위하여 비례대표공천위원회를 둘 수 있으며(같은 조 제6항), 중앙당 및 시·도당 공천위원은 각각 중앙당 및 시·도당 비례대표공천위원을 겸임할 수 없다(같은 조 제7항).

공천위원회는 당 소속 각종 공직후보자에 대한 공모, 심사 또는 선정, 각종 재보궐선거 후보자 등에 대한 선정, 전략지역(취약지역 포함) 선정 등의 권한을 가진다(당헌 제49조). 공천위원회는 심사기준을 미리 정하여야 하며, 심사기준은 위원회의 의결로 확정하며 최고위원회의에 보고하여야 한다(공직후보자추천위원회 규정 제8조). 공천위원회의 심의는 비공개를 원칙으로 하며, 공정한 심사를 위하여 관계자를 출석시켜 개별면접을 할 수 있고, 관계자에게 필요한 자료의 제출을 요구할 수 있으며, 효율적인 업무수행을 위하여 현지조사, 여론조사, 면접 및 후보자간 토론회 등을 실시할 수 있다(공직후보자추천위원회 규정 제9조)

2) 견제·심의기구 : 국민공천배심원단

새누리당은 사회 각 분야 전문가 및 대표성을 띠는 인사 30인 이상으로 구성된 국민공천배심원단을 중앙당과 시·도당에 각각 두고 있다. 중앙당 국민공천배심원단은 국회의원 전략지역 및 비례대표 후보자, 시·도지사 및 자치구·시·군의 장 전략지역 후보자를 심의하며, 시·도당 국민공천배심원단은 시·도의회의원 및 자치구·시·군의의원 전략지역 및 비례대표 후보자를 심의한다(당헌 제96조).

중앙당 국민공천배심원단은 중앙당 공천위원회에서 선정한 전략지역 후보자에 대하여 적격여부를 심사하여 부적격하다고 판단할 경우 재적 3분의 2 이상의 의결로 최고위원회의에 재의요구를 권고할 수 있다(당헌 제97조 제2항). 또한 비례대표 후보자의 적격여부를 심사하여 부적격하다고 판단할 경우, 마찬가지로 위 의결로 재의요구를 권고할 수 있다(당헌 제98조 2항). 시·도지사후보자의 경우도 마찬가지이다(당헌 제99조 제2항). 시·도당 국민공천배심원단 또한 시·도당 공천위원회에서 선정한 전략지역 및 비례대표 시·도의회와 자치구·시·군의회의원 후보자의 적격여부를 심사하여 부적격하다고 판단할 경우, 재적 3분의 2 이상의 의결로 최고위원회의에 재의요구를 권고할 수 있다(당헌 제100조 제4항).

3) 추천 자격

공직후보자로 추천받고자 하는 자는 공직선거법에 의하여 피선거권이 있고, 후보자등록신청일 현재 책임당원이어야 한다. 다만, 당헌 제101조에 해당하는 선거구의 경우에는 예외로 한다(공직후보자추천규정 제3조 제1항). 각급 공천위원회는 뇌물과 불법 정치자금 수수, 경선부정행위 등 부정부패와 관련한 범위반으로 최종심에서 금고 이상의 형이 확정된 경우, 공직후보자추천신청의 자격을 불허한다. 다만, 사면 또는 복권된 자의 경우에는 예외로 한다(공직후보자추천규정 제3조 제2항).

4) 추천 절차

가) 선출직 후보자의 경우

지역구 국회의원 후보자는 중앙당 공천위원회가 심사하며, 최고위

원회의 의결로 확정되며, 대표최고위원이 추천한다(당헌 제97조 제1항).

중앙당 공천위원회는 서류심사 및 여론조사를 통해 후보자의 적격 여부에 대한 심사를 거쳐, 단수 또는 압축된 후보자를 국민참여선거인단대회를 통하여 추천하며, 다만, 국민참여선거인단대회는 중앙당 공천위원회의 결정에 따라 여론조사 경선으로 같음할 수 있다(당헌 제97조 제3, 4항).

전략지역은 당해 선거에서 공천위원회가 선거경쟁력을 높이기 위하여 적절하다고 판단한 지역을 말하며, 국회의원선거, 시·도지사 및 자치구·시·군의 장 선거의 경우 중앙당 공천위원회, 시·도의회 및 자치구·시·군의 회의원 선거의 경우 시·도당 공천위원회에서 이를 선정한다(당헌 제101조).

시·도지사 후보 추천의 경우 시·도선거인단 유효투표결과 80%, 여론조사결과 20%를 반영하여 산정한 최종집계결과 최다득표자로 하며, 다만 후보자로 등록한 자가 1인이거나 선거기간 중 중도사퇴 등의 사유로 후보자가 1인이 된 경우에는 선거관리위원회의 결정에 따라 후보자에 대한 투표를 실시하지 아니하고 그 후보자를 시·도지사 후보자로 지명할 수 있다. 시·도선거인단은 유권자의 0.1% 이상으로 구성한다(당헌 제99조 제1항, 제90조)

자치구·시·군의 장 후보자, 지역구 시·도의회 및 자치구 시·군의회의 원후보자는 시·도당 공천위원회의 심사와 시·도당 운영위원회의 의결을 거쳐 최고위원회의 의결로 확정된다(당헌 제100조).

공직후보 공모에 신청한 위원은 당해 지역의 해당 공직후보자를 심사하기 위한 중앙당 및 시·도당 공천위원회 회의에는 참석할 수 없다(공직후보자추천위원회 규정 제13조 제1항)

나) 비례대표 후보자의 경우

비례대표 국회의원 후보자는 중앙당 공천위원회에서 지역 및 직역

별로 공모를 실시한 후, 후보자와 그 순위를 정하여 국민공천배심원단의 심사와 최고위원회의 의결을 거쳐 대표최고위원이 추천한다(당헌 제98조 제1항). 당해 선거의 공천위원회 위원으로 참여한 자는 비례대표 후보자로 추천받을 수 없다(같은 조 제3항).

비례대표 국회의원 후보자는 지역, 직능 등의 균형적 안배 및 당내 기여도를 고려하여 선정하고, 여성이 50% 이상 포함되도록 하되, 그 순서는 성별 교차식으로 한다(같은 조 제4항). 그리고 비례대표 국회의원후보자는 원칙적으로 전원 정치신인으로 추천한다(공직후보자추천규정 제31조 제2항)

비례대표 시·도의회 및 자치구·시·군의회의원후보자는 해당 시·도당 공천위원회의 심사와 시·도당 운영위원회의 의결로 확정되며 대표최고위원이 추천한다. 다만, 비례대표 시·도위원회의원 후보에 여성이 50%이상 포함되도록 하며, 순위의 매 홀수에는 여성을 추천한다(당헌 제100조 제3항).

현직 비례대표 국회의원 및 비례대표 지방의회의원은 비례대표 국회의원 및 비례대표 지방의회의원 후보자를 심사하기 위한 회의에 참여할 수 없다(공직후보자추천위원회 규정 제13조 제2항).

나. 민주당⁵⁴⁾

1) 공천 담당 주요기구 : 공천심사위원회

민주당은 공직선거후보자 추천심사를 위하여 중앙당과 시·도당에 공천심사위원회를 최고위원회의 의결로 설치하며(당헌 제92조 제1항), 공천심사위원회는 위원장을 포함하여 15명 이하의 위원으로 구성하되, 필요시 외부 인사를 위원으로 위촉할 수 있고, 이 경우 여성위원이 위원회 정원의 100분의 30 이상이 되도록 구성하여야 한다(당헌 제92조 제2항). 중

54) 가장 최신인 2013. 5. 4. 개정된 민주당 당헌, 2013. 4. 29. 개정된 민주당 당규인 공직선거후보자추천규정, 을 기초로 서술하였다(민주당 홈페이지 minjoo.kr 참조).

양당공천심사위원회 위원장과 위원은 최고위원회의 심의를 거쳐 당대표가 임명하게 된다(당헌 제92조 제3항).

당대표는 공직선거후보자 추천을 위하여 최고위원회의 의결을 거쳐 인재영입을 위한 특별기구를 설치·구성할 수 있다(당헌 제93조 제1항).

2) 추천 자격

공직선거후보자로 추천받고자 하는 자는 공직선거법, 당헌 또는 당규(공직후보자추천규정)상의 피선거권이 있고 신청일 현재 권리당원으로서 당적을 보유하여야 하며, 선거일을 기준으로 최근 2년간의 당비를 완납하여야 한다(예외 있음, 공직후보자추천규정 제27조 제1, 2항). 후보자는 공모를 원칙으로 하되, 외부인사 영입 등을 포함하여 그 사유가 있는 때에는 공모하지 아니할 수 있다(같은 규정 제28조). 공천심사위원회가 후보자를 단수로 선정할 때에는 그 사유를 구체적으로 명시하여야 하며(같은 규정 제32조 제5항), 그 적합성을 판단하는데 참고하기 위하여 중앙당 또는 공신력 있는 외부기관에 의뢰하여 여론조사를 실시할 수 있고, 이는 공개하지 아니함을 원칙으로 한다(같은 규정 제34조). 비례대표후보자의 심사는 다양한 계층과 지역의 이해를 대변하고 전문적 능력의 발휘를 통해 당과 국가에 기여할 수 있는 자를 기준으로 한다(같은 규정 제33조)

3) 추천기준

각급 공직선거 후보자에 대한 심사는 정체성, 기여도, 의정활동 능력, 도덕성, 당선가능성 등을 기준으로 하며(당헌 제102조 제1항), 반인륜적 범죄행위 사실이 있는 자와 중대한 해당행위 전력이 있는 자 등 공직선거후보자로 추천되기에 명백히 부적합한 사유가 있는 자는 배제한다(같은 조 제2항). 중앙당공천심사위원회는 사전에 제1항 및 제2항을 반영한 공직

선거후보자추천 심사기준 및 심사방법을 마련하여 최고위원회의 심의를 거쳐 당무위원회의 승인을 받아야 하며, 이 경우 여성, 청년, 노인, 장애인, 사무직당직자 및 당에 특별한 공로가 있는 자에 대하여 특별한 배려를 하여야 한다(같은 조 제3항).

4) 추천 절차

가) 선출직 후보자의 경우

공직선거후보자는 경선을 통해 추천하는 것을 원칙으로 하되, 지역구국회의원선거후보자 및 지방자치단체의장 선거후보자 추천을 위한 경선은 국민참여경선(여론조사경선 포함)을 원칙으로 하며, 지역구지방의회의원선거후보자의 추천을 위한 경선은 국민참여경선(여론조사경선 포함) 또는 당원경선(지역대의원대회경선 포함)을 원칙으로 한다(당헌 제104조 제1 내지 3항).

경선에 참여한 여성후보자 및 장애인후보자(중증장애인에 한한다)는 본인이 얻은 득표수(득표율을 포함한다)의 100분의 20을 가산한다. 다만, 해당 선거구에서 본인이 신청한 공직과 동일한 공직을 수행한 여성후보자 및 장애인후보자는 가산점을 부여하지 아니하고, 전·현직 국회의원, 지방자치단체장 또는 지역위원장은 여성후보자 및 장애인후보자는 본인이 얻은 득표수의 100분의 10을 가산한다(같은 조 제5항).

시·도지사선거후보자 및 지역구국회의원선거후보자는 중앙당공천심사위원회가 심사하여 2명 이상으로 선정하고 경선방법을 마련하되, 당규로 정하는 사유가 있는 때에는 그 사유를 명시하여 단수로 선정할 수 있고(당헌 제95조 제1항), 후보자가 단수로 선정된 때에는 최고위원회의 의결 및 당무위원회의 인준으로 추천이 확정된다(당헌 제95조 제2항). 후보자가 2명 이상으로 선정된 때에는 후보자 및 경선방법에 대한 최고위원회의 의결

과 경선을 거쳐 최고위원회의 의결 및 당무위원회의 인준으로 추천이 확정된다(당헌 제95조 제3항). 위와 같은 규정에도 불구하고 당대표는 최고위원회의 의결을 거쳐 전체 선거구 수의 100분의 30 범위 내에서 선거 전략상 특별히 고려가 필요한 선거구(후보자를 포함한다)를 선정하여 당무위원회의 인준을 얻어 추천을 확정할 수 있다(당헌 제95조 제4항).

자치구·시·군의 장, 시·도의회 및 자치구·시·군의회의원 선거 후보자의 경우 중앙당공천위원회의 기능을 시·도당공천위원회가 대신하는 것 외에 그 절차는 모두 위와 동일하다(당헌 제96조, 제97조, 제98조). 다만, 자치구·시·군의 장 선거 후보자의 경우 당대표는 최고위원회의 의결을 거쳐 전체선거구 수의 100분의 30 범위 내에서 선거 전략상 특별히 고려가 필요한 선거구(후보자를 포함한다)를 선정하여 당무위원회의 인준을 얻어 추천을 확정할 수 있고, 이 경우 여성후보자를 100분의 30 이상 선정하도록 노력하여야 한다(당헌 제97조 제4항). 그리고 시·도의원 및 자치구·시·군의원 선거 후보자의 경우 선거연대의 필요성 또는 여성, 청년, 노인, 장애인에 대한 특별한 배려를 위하여 당대표는 시·도당위원장 및 지역위원장과의 협의를 거쳐 최고위원회의 의결로 해당 시·도의 100분의 15 범위 내에서 선거 전략상 특별히 고려가 필요한 선거구(후보자를 포함한다)를 선정하고 후보자 추천여부 또는 후보자를 당무위원회의 인준을 얻어 확정할 수 있다(당헌 제98조 제4항, 제99조 제5항).

나) 비례대표 후보자의 경우

비례대표국회의원선거후보자는 중앙당비례대표후보자추천심사위원회를 구성하여 심사하고 순위를 선정한 후 당무위원회의 인준으로 추천이 확정된다(당헌 제96조 제1항). 그럼에도 불구하고 당대표는 최고위원회의 의결을 거쳐 당선안정권의 100분의 30 범위 내에서 선거 전략상 특별히 고려가 필요한 후보자(순위를 포함한다)를 선정하고 당무위원회의 인준

을 얻어 추천을 확정할 수 있다(같은 조 제2항). 위 후보자는 정치신인으로 하는 것을 원칙으로 한다(같은 조 제3항)

비례대표 시·도의원, 시·도당비례대표후보자추천심사위원회를 구성하여 심사하고, 시·도상무위원회의 순위선정을 거쳐 최고위원회의 의결 및 당무위원회의 인준으로 추천이 확정된다(당헌 제100조 제1항). 비례대표자치구·시·군의원 선거 후보자의 경우 지역상무위원회의 순위선정 및 시·도당 상무위원회의 의결을 거쳐 최고위원회의 의결 및 당무위원회의 인준으로 추천이 확정된다(당헌 제101조 제1항).

다. 통합진보당⁵⁵⁾

1) 자격 심사 기구 : 자격심사위원회

통합진보당은 별도의 공천담당기구를 두고 있지 아니하고, 당대회 다음의 최고의결기관으로서 당무에 관한 일상적 협의 및 의결기관인 중앙위원회에서 후보자 추천을 담당한다. 다만, 공직선거의 후보자 자격심사를 위해 중앙당과 광역시·도당에 공직선거후보자 자격심사위원회를 두고(당헌 제45조 제1항), 위 후보심사위는 위원장을 포함하여 15인 이하의 위원으로 구성하며, 필요시 외부 인사를 위원으로 위촉할 수 있도록 되어 있다(당헌 제45조 제3항).

각급 공직후보자는 당원들의 직접투표로 선출하되, 국민, 지지자의 참여 및 의사를 반영하여 선출할 수 있고, 다만, 단수의 후보자는 당원들의 직접 투표로 선출한다(당헌 제46조). 공직후보 선출에 관련한 각종 당헌, 당규의 해당 조항에도 불구하고 공직자 재보궐선거의 경우 최고위원회의 결정으로 공직후보자의 선출방식 등을 달리 정할 수 있고(당헌 제47조), 당헌·당규의 각 조항에도 불구하고 최고위원회는 중앙위원회의 의결을

55) 가장 최신인 2013. 6. 30. 개정된 통합진보당 당헌 및 2013. 9. 29. 개정된 당규 제9호(공직선거)를 기초로 서술하였다(통합진보당 홈페이지 www.goupp.org/kor/main/main.php 참조).

거쳐, 외부인사에게 각급 공직후보자 선출과정에 참여할 수 있는 피선거권을 부여할 수 있다(당헌 제48조). 모든 공직후보자는 중앙위원회에서 인준하며, 중앙위원회는 인준을 거부할 경우 그 이유를 공지해야 한다(당헌 제49조).

2) 추천절차

가) 선출직 후보자의 경우

공직선거 후보자가 2인 이상일 경우 당헌 제11장 제46조 제1항을 반영하여 중앙위원회가 정한 경선 방식에 따라 선출한다(당규 제4조)

나) 비례대표 후보자의 경우

비례대표국회의원 선거 후보자명부는 경쟁명부와 전략명부로 나누되, 전략명부의 수는 전체 명부 정수의 30%를 넘을 수 없다. 경쟁명부는 선거권을 가진 전체 당원의 직접투표를 통한 다득표순으로 작성하며, 전략명부는 최고위원회가 외부영입인사를 중심으로 작성하여 중앙위원회가 의결하며, 당원 찬반투표를 통해 최종 확정한다. 기타 전체 명부의 정수, 전략명부의 배정순위 등 비례대표국회의원선거후보자 명부작성방침은 중앙위원회가 결정한다(당규 제9호 제5조).

비례대표광역시·도의원선거후보자 명부는 선거권을 가진 해당 광역시·도당 소속 전체 당원의 직접투표를 통한 다득표순으로 작성하고, 비례대표자치시·군·구의원선거후보자 명부는 선거권을 가진 해당 기초자치단체내의 지역위원회 소속 전체 당원의 직접투표를 통한 다득표순으로 결정한다. 기타 필요한 사항은 해당 광역시·도당 대의원대회에서 결정한다(당규 제9호 제6조).

라. 정의당⁵⁶⁾

1) 자격 심사 기구 : 자격심사위원회

정의당의 당헌 중 공직선거(제11장) 부분은 통합진보당과 대동소이하하다. 다만 당규(제15호 선거관리규정)로 통합진보당보다 구체적으로 규율하고 있는 것으로 보인다. 공직선거후보자 선출을 포함한 당의 각종 선거는 당원의 직접, 평등, 비밀, 무기명 투표에 의하며(위 당규 제2조), 선거관리위원회를 구성하여 선거를 관리하도록 되어 있다(위 당규 제 6 내지 14조).

또한 공직선거의 후보자 자격심사를 위해 중앙당과 광역시·도당에 공직선거후보자 자격심사위원회를 공직선거법에 의거 예비후보 등록일 30일 전까지 설치하며, 위 자격심사위원회는 당의 최종 후보 인준 전까지 공직선거 후보자로서의 자격여부를 심사한다(위 당규 제15조). 그 심사기준은 출마의 법적 자격, 정체성, 기여도, 도덕성 등이며, 자격심사에 필요한 서류를 정하여 공지하는 경우 후보자들은 관련서류를 제출해야 한다(위 당규 제18조).

2) 선거권 및 피선거권

선거인명부작성기준일 현재 입당한지 1개월이 지난 당원으로서 선거인명부작성기준일 현재 6개월간 일반당비를 납부하지 않은 달이 누적 2개월 이하의 당원에 한해 선거권을 가지며, 선거인명부작성기준일 현재 입당한지 2개월 이하의 당원은 1개월 이상의 당비를 납부해야 하고, 당원의 징계 및 당기위원회 규정에 의해 자격정지 기간에 있는 당원은 투표기간

56) 가장 최신인 2013. 6. 16. 개정된 정의당 당헌 및 2013. 2. 28. 개정된 당규 제15호(선거관리규정)를 기초로 서술하였다(정의당 홈페이지 www.justice21.org 참조).

중 선거권이 없다(위 당규 제20조).

당의 각급 선거에 피선거권을 가지기 위해서는 공직선거법에 따른 피선거권을 가지고 있어야 하며, 선거인명부 작성기준일 현재 최근 1년간 탈당을 한 사실이 있는 자 등은 피선거권이 없다(위 당규 제21조).

3) 추천절차

가) 선출직 후보자의 경우

공직선거후보자가 2인 이상인 경우 당헌 제11장 제54조 제1항을 반영하여 전국위원회가 정한 경선방식에 따라 선출한다(위 당규 제22조)

나) 비례대표 후보자의 경우

비례대표광역시·도의원선거후보자 명부는 선거권을 가진 해당 광역시·도당 소속 전체 당원의 직접투표를 통해 작성한다. 광역시·도당 대의원대회 의결로 전략명부를 둘 수 있으며, 절체명부의 정수, 전략명부의 기준 등 명부작성과 관련된 사항은 광역시·도당 대의원 대회에서 정한다(당규 제23조 제1, 2항). 비례대표자치시·군·구의원선거후보자 명부는 선거권을 가진 해당 기초자치단체내의 지역위원회 소속 전체 당원의 직접투표를 통하여 작성한다(같은 조 제3항).

여성의 정치참여를 확대하고 실질적인 정치활동을 보장하기 위하여 임기만료에 의한 국회의원선거별, 광역의원선거별, 기초의원선거별 지역구(선출직) 출마 후보의 30%이상을 여성후보에 할당하되, 구체적인 할당방침은 해당선거의 후보선출 전 전국위원회가 결정한다. 당이 선출할 비례대표 국회의원후보자 및 비례대표 지방의회의원후보자 중 1/2 이상은 여성으로 하되, 여성에게 정당명부의 홀수순번을 부여한다(당규 제24조).

또한 당이 선출할 비례대표 국회의원후보자 중 1/10 이상은 장애인당원으로 하되, 구체적인 할당방침은 해당선거의 후보선출 전 전국위원회가 결정한다(당규 제25조).

제3절 우리나라 정당의 공직자후보추천 현황

1. 비례대표 추천 현황

가. 우리나라 비례대표선거제의 도입 과정⁵⁷⁾

처음 우리 역사상 비례대표제가 도입된 것은 1963년 제5차 헌법 개정을 통해서였다⁵⁸⁾. 애초의 의도는 지역의 명망가가 아닌 전국적 지명도를 가진 유능한 인사나 전문가에게도 의회진출의 기회를 넓혀 국민의 의사가 다양하게 전달될 수 있는 정치구도를 만들겠다는 것이었지만, 실질적으로는 5·16 군부쿠데타로 집권한 군부세력이 안정적으로 정권을 유지하기 위한 방안으로 사용되었다⁵⁹⁾. 집권당의 경우 지역구 기반이 빈약한 군부출신 정치인이나 최고통치자에게 충성하는 사람을 비례대표의원으로 공천하는 경향이 나타났으며, 야당의 경우 거액의 정치헌금을 받고 전국구후보를 공천하는 경향이 나타났다⁶⁰⁾. 게다가 제1당 프리미엄 제도도 있어 거의 대부분의 의석을 공화당과 신민당이 나눠먹는 형태가 되어버렸고, 비례대표제의 정신을 전혀 구현하지 못하고 있었다⁶¹⁾.

57) 아래 내용은 장지연, 「비례대표선거제의 대표성에 관한 연구」, 영남대학교 대학원 석사학위논문, 2012, pp. 56-78 부분을 참조하였다.

58) 장지연, 전계논문 p. 57.

59) 장지연, 전계논문, pp. 57-58.

60) 장지연, 전계논문, pp. 57-58.

61) 장지연, 전계논문 pp. 59-62.

1987년 6월 민주화 운동으로 군부세력이 실각하고 제1당 프리미엄 제도가 폐지되었으나, 비례대표제의 의석배분의 기준이 “지역구 의석비율”로 하고 있었기 때문에 선거결과의 비례성의 제고하는 효과는 미미했다⁶²⁾. 제15대 총선에 들어와서 그 기준이 “지역구 의석비율”에서 “지역구 득표비율”로 바뀌었지만, 여전히 1인 1표제의 위헌성 문제가 제기되었다⁶³⁾.

2000년대 초부터 본격적으로 2표 병립 방식의 비례대표제가 논의되기 시작하였고, 때마침 헌법재판소는 1인 1표에 의한 비례대표제는 민주주의 원리·직접선거의 원칙·평등선거의 원칙에 위배된다는 결정⁶⁴⁾을 하였다. 이러한 위헌선언에 따라 17대 총선부터는 지역구 소선거구 다수대표제와 정당명부식 비례대표제의 1인 2표 혼합식 선거제로 치러지게 되어 현재까지 계속되고 있다⁶⁵⁾. 의석배분에 있어서 저지규정은 “지역구 의석 5석을 획득하거나 전국 득표율의 3% 이상”을 획득한 정당으로 한다고 개정되어 그 저지선이 완화되었고, 2005년에는 비례대표 국회의원 후보자 추천시 그 후보자명부의 순위의 매 홀수에 여성후보를 추천할 것을 의무화하였다(공직선거법 제47조 제3항).

지방자치선거의 경우도 군사정권이 종식된 이후 시작되었다. 2002년 제3회 전국동시지방선거에서 광역의원에 대한 비례대표제가 처음으로 도입되었고, 2006년 제4회 전국동시지방선거에서는 기초의원에 대한 정당 공천제 및 비례대표제가 시행되었다⁶⁶⁾. 현재 비례대표 지방의회의원의 경우에도 국회의원과 마찬가지로 정당에서 그 후보를 추천시 그 후보자명부의 순위의 매 홀수에 여성후보를 추천할 것을 의무화하고 있다(공직선거법

62) 장지연, 전계논문 pp. 67-69.

63) 장지연, 전계논문 pp. 70-72.

64) 헌법재판소 2001. 7. 19. 선고 2000헌바91·112·134(병합) 결정

65) 장지연, 전계논문 pp. 72-73.

66) http://ko.wikipedia.org/wiki/%EB%8C%80%ED%95%9C%EB%AF%BC%EA%B5%AD_%EC%A0%9C4%ED%9A%8C_%EC%A7%80%EB%B0%A9_%EC%84%A0%EA%B1%B0

제47조 제3항).

나. 각 정당의 비례대표후보 추천 현황: 19대 총선을 중심으로

1) 새누리당

새누리당 외부인사를 다수 영입하여 공직후보자추천위원회⁶⁷⁾(이하 ‘공천위원회’라고 한다)를 구성하였고, 공천위원회는 2012. 3. 20. 새누리당 19대 총선 비례대표 후보자 46명을 발표하였다. 새누리당 공천위원회는 비례대표 후보자 선정 기준으로 ① 사회적 소수자의 대변자, ② 더불어사는 시대적 가치를 구현할 인물들, ③ 새누리당 정당 이데올로기를 강화할 정책전문가였음을 밝혔다⁶⁸⁾. 비례대표 명부 홀수 순번에는 모두 여성이 배치되었고, 여성으로 비례 1번으로 선정된 민병주씨는 과학 분야, 특히 원자력 분야에 진출한 유일한 여성 과학자로, 원자력의 이용과 위기관리를 연구해온 재난예방 전문가로 평가⁶⁹⁾되었다.

비록 새누리당이 후보자의 공정한 추천을 위하여 공천위원회를 구성하고, 국민공천배심원단 제도를 도입하는 등 노력을 하였으나, 여전히 공천관련 비리가 존재하였다. 새누리당 공천위원회 위원이었던 현기환 전 의원과 공천신청자였던 현영희 의원 사이의 거액의 공천 현금사건⁷⁰⁾은 그 대표적인 예이다.

67) 새누리당 19대 총선 공천심사위원회 위원 명단은 아래와 같다.

외부 : 정홍원 위원장(대한법률구조공단 이사장), 정중섭 부위원장(서울대 법학대학원 원장), 한영실(숙명여대 총장), 박승오(카이스트 교수), 홍사중(미래상상연구소 대표), 진영아(페트롤맘 회장), 박명성(신시컴퍼니 대표), 서병문(중소기업중앙회 수석부회장)

내부 : 권영세, 현기환, 이애주 의원

68) <http://www.hani.co.kr/arti/opinion/argument/524758.html> 기사 참조

69) 위 기사 참조

70) <http://www.kyeongin.com/news/articleView.html?idxno=673578> 기사 참조

선거 결과 새누리당 비례대표 후보는 순번 26번⁷¹⁾까지 당선되었다.

2) 민주통합당(現 민주당)

민주통합당 또한 마찬가지로 19대 총선을 위하여 외부인사를 영입하여 공천위원회를 구성⁷²⁾하였고, 공천위원회는 2012. 3. 20. 민주통합당 19대 총선 비례대표 후보자 40명을 발표하였다. 민주통합당은 비례대표 후보자 심사 과정에서 주안점을 둔 것이 ‘경제민주화와 보편적 복지’라고 밝혔다⁷³⁾. 마찬가지로 비례대표 명부 홀수 순번에는 모두 여성이 배치되었다.

71) 1번 민병주 (53) 現 한국원자력연구원 연구위원 / 2번 김정록 (61) 現 (사) 한국지체장애인협회 중앙회장
3번 윤명희 (55) 現 (사) 한국농수식품CEO연합회 부회장 / 4번 조명철 (53) 現 통일부 통일교육원 원장
5번 강은희 (47) 現 (사) IT여성기업인협회장 / 6번 주영순 (65) 現 목포상공회의소 회장
7번 신의진 (49) 現 연세대 의과대학 교수 / 8번 이상일 (50) 現 중앙일보 논설위원
9번 이에리사 (57) 前 태릉선수촌장 / 10번 이만우 (62) 現 고려대학교 경제학과 교수
11번 박근혜 (60) 現 새누리당 비상대책위원장 / 12번 안중범 (52) 現 성균관대학교 경제학부 교수
13번 김현숙 (45) 現 숭실대학교 교수 / 14번 김장실 (56) 前 문화체육관광부 제1차관
15번 이봉화 (58) 現 한국보건복지정보개발원 원장 / 16번 최봉홍 (69) 現 전국향운노동조합연맹 위원장
17번 이자스민 (35) 現 물방울나눔회 사무총장 / 18번 송영근 (65) 現 재향군인회 정책자문위원
19번 류지영 (62) 現 (사) 한국유아교육인협회 회장 / 20번 박창식 (52) 現 (사) 한국드라마제작사협회 회장
21번 민현주 (42) 現 경기대학교 교수 / 22번 김상민 (38) 現 대학생자원봉사단 V원정대 대표
23번 손인춘 (53) 現 (사) 한국여성경제인협회 이사 / 24번 이재영 (36) 現 World Economic Forum 아시아팀 부국장
25번 현영희 (60) 現 한국여성단체협의회 이사 / 26번 이운용 (50) 現 새누리당 비상대책위원장 실 보좌역

72) 민주통합당 19대 총선 공천심사위원회 위원 명단은 아래와 같다.
외부 : 강철규 위원장(전 공정거래위원장), 김호기(연세대 사회학과 교수), 도종환(한국작가회의 부이사장), 문미란(미국변호사), 이남주(성공회대 중어중국학과 교수), 조선희(전 시네21 편집장), 조은(동국대 사회학과 교수), 최영애(전 국가인권위원회 상임위원)
내부 : 노영민, 박기춘, 백원우, 우윤근, 전병헌, 조정신 최영희 의원

73) <http://www.hani.co.kr/arti/opinion/argument/524758.html> 기사 참조

민주통합당은 공천위원회를 구성할 때 당헌의 “위원회 구성시 30%이상을 여성에 배정한다”는 규정에 따라 5명을 여성위원으로 임명해 새누리당보다 공천심사위원회 구성시 남녀 성비를 더 고려한 것으로 보인다⁷⁴⁾. 그러나 새누리당의 당헌과 같이 공천심사위원은 후보자가 될 수 없다는 규정이 없어, 도종환 의원과 같이 자신이 공천위원이면서 동시에 후보자로 추천되는 경우도 발생하였는데, 제도적으로 선출위원과 후보자의 분리가 이루어지지 않은 것은 아쉬운 점이다.

선거 결과 민주통합당 비례대표 후보는 순번 21번⁷⁵⁾까지 당선되었다.

3) 통합진보당

통합진보당은 비례대표 후보자 선정에 있어서도 전략명부와 경쟁명부를 나누어 경쟁명부에 대해서 당원경선을 실시⁷⁶⁾하였다. 정당 중 유일하게 당원의 직접투표를 통하여 비례대표 명부를 확정하고 있고, 그 과정에서 인터넷 투표 등 실험적인 제도를 도입하여 규범적으로는 가장 바람직한 형태의 공천을 시행한 것으로 볼 수 있으나, 현실은 그 경선 과정에서의 부정이 세간을 떠들썩하게 하였다. 선거 결과 통합진보당은 비례대표 6석

74) 박상운, 「제19대 총선 공천 특징과 한계 : 새누리당과 민주통합당을 중심으로」, 『사회과학 담론과 정책』 (제5권 2호), 2012, p. 106.

75) 1번 진순옥(58) 참여성노동복지터 대표 / 2번 최동익(50) 한국장애인단체총연맹 공동대표
 3번 은수미(49) 한국노동연구원 부연구위원 / 4번 홍종학(53) 경실련 재벌개혁위원장
 5번 진선미(44) 민변여성인권위 위원장 / 6번 김용익(59) 전 청와대 사회정책수석비서관
 7번 배재정(45) 부산일보 해직기자 / 8번 백군기(62) 전 특전사령부 사령관
 9번 남인순(53) 전 한국여성단체연합 대표 / 10번 김광진(30) 청년비례, 순천YMCA 재정이사
 11번 한정애(47) 한국노총 대외협력본부장 / 12번 김기준(54) 전 금융노조 위원장
 13번 장하나(34) 청년비례, 민주당 제주도당 대변인 / 14번 김기식(47) 전 참여연대 사무청장
 15번 한명숙(69) 민주통합당 대표 / 16번 도종환(59) 시인
 17번 김현(46) 민주통합당 수석부대변인 / 18번 진성준(44) 민주통합당 전략기획국장
 19번 최민희(51) 전 방송위원회 부위원장 / 20번 홍의락(57) 경북참여정치개혁연대 공동대표
 21번 임수경(43) 전 방송위원회 남북방송교류추진위원

76) 기현석, 「정당의 후보자 선정방식에 대한 연구 - 2012. 4. 11. 총선과정에 대한 분석을 중심으로 -」, 공법연구 제41집 제2호, 한국공법학회, 2012, p. 46.

을 획득하였으나, 비례대표 경선 과정에서의 비리와 당내 분란으로 인하여 4명의 국회의원⁷⁷⁾이 제명의 형식을 통해 정의당으로 넘어가게 되어, 현재 통합진보당 비례대표 의원은 이석기, 김재연 의원만이 남아 있다.

2. 지역구 후보 추천 현황

가. 지역구 선거 후보 공천의 역사⁷⁸⁾

우리나라의 정당 공천의 역사는 1954년 제3대 총선에서 자유당의 공천 제도를 그 뿌리로 볼 수 있을 것이다. 자유당의 공천도입은 선거 후 이승만 대통령의 중임제한을 철폐하는 개헌을 추진할 의도 아래 개헌에 찬성하는 당 소속 인사를 당선시키기 위한 공식적인 정당공천제를 시작으로 하여, 자유당의 이승만 대통령선거를 앞두고 현역의원의 재선에서 자유당의 눈 밖에 난 기성정치인을 제거하고 새로운 인물을 영입하기 위하여 시작하였다⁷⁹⁾.

그 이후로 50년대에 정당공천제도는 급속한 속도로 강화되었고, 박정희 정권은 정치적 통제수단으로 정당의 공천 제도를 더욱 강화하였다. 특히 무소속 출마를 금지하여 정당공천을 필수로 하였고, 정당법을 개정하여 정당 등록요건을 강화하였다. 따라서 주요 정당의 공천을 받기 위한 치열한 공천 경쟁이 양산되었다⁸⁰⁾.

1972년 유신 헌법의 도입으로 국회의원 정원의 1/3을 대통령이 추천

77) 김제남, 박원석, 서기호, 정진후 국회의원

78) 아래 내용은 박규환, 「국회의원선거 정당공천제도의 민주화에 관한 연구」, 조선대학교 대학원 박사학위논문, 2008, pp. 64- 66. 부분을 참조하였다.

79) 박규환, 전계논문, p. 64.

80) 박규환, 전계논문, p. 65.

하도록 규정함에 따라 정당 공천은 상대적으로 약화되었다. 특히 소선거구제에서 중선거구제로 바꾸고, 무소속 출마 금지조항을 삭제함에 따라 표면적으로 정당공천을 받으려는 경쟁은 완화되었다⁸¹⁾.

전두환 정권은 민주정의당이라는 관제여당과 민주한국당(이하 ‘민한당’이라고 한다), 한국국민당이라는 소위 제도권 야당을 만든 후, 1981년 총선에 앞서 민정당은 물론 다른 정당의 공천과정에도 깊이 개입하였다⁸²⁾.

한편, 1985년 총선을 앞두고 정치적 해빙이 부분적으로 이루어져 자생적으로 신한민주당(이하 ‘신민당’이라 한다)이라는 야당이 결성되었으나, 위 야당은 국회의원 후보를 구하기 어려운 상황이었다. 국회의원 지망자들이 집권세력의 정치적 탄압으로 인하여 당선되기 어렵다는 사실을 알고 있었기 때문이다. 그러나 선거 결과 신민당이 민한당보다 더 많은 의석을 차지하자 민한당 의원들이 대거 신민당에 합류함으로써 소위 제도권 야당이 무너지고 민주화의 전기가 마련되었다⁸³⁾.

1987년 민주화 이후, 국회의원 공천과정은 비민주적인 형태를 유지한 채 과거에 비해 경쟁이 더욱 치열해졌다. 대정당에게 유리한 소선거구제로 다시 돌아갔기 때문이다. 이러한 과정에서 지역패권을 가진 정당지도자가 자신의 정치적 영향력을 증대하고, 정치자금을 비롯한 정치적 자원을 확대하는 가장 중요한 수단으로 국회의원 공천권을 행사하여, 당 총재에게 권한이 집중된 하향식 공천이 이루어졌다.⁸⁴⁾⁸⁵⁾

그러다 이른바 ‘3김 정치’의 퇴장 및 2002년 새천년민주당이 대선에서

81) 박규환, 전계논문, p. 66.

82) 박규환, 전계논문, p. 66.

83) 박규환, 전계논문, p. 66.

84) 박상운, 전계논문, p. 117.

85) 박규환, 전계논문, p. 64.

국민참여경선을 도입한 이후, 끊임없는 공천 개혁 요구에 발맞추기 위하여 각 정당은 제17대 총선부터 상향식 공천을 확대 실시하여 유권자들의 관심을 증폭시키기 위해 노력하고 있다. 현재 대부분의 정당은 당 대표 1인에게 공천권한을 집중시키는 것이 타당하지 않다는 비판을 받아들여, 공천 심사기구를 설치하고, 지역구를 전략공천지역과 경선지역으로 나누어 후보자를 추천하고 있다.

나. 각 정당의 지역구 선거 후보자 추천 현황: 19대 총선을 중심으로

1) 새누리당

새누리당은 앞서 본 바와 같이 공천위원회를 구성하고, 지역구 중 80%를 개방형 국민경선(개방형 국민경선 선거인단은 일반유권자 80%, 책임당원 20%로 이루어짐)으로, 20%를 전략공천으로 나누어 후보자를 추천하였다⁸⁶⁾.

공천위원회의 공천 기준에 의하면, 현역의원 하위 25%는 공천하지 않고, 공천신청을 할 때 본인과 가족의 이중국적, 위장전입, 병역면제, 성희롱 구설, 해외 골프여행 여부, 봉사·기부활동 여부 등 140개 항목으로 구성된 자기검증 진술서를 제출해야 한다. 또한 여성 후보를 30% 공천하고 여성과 이공계 출신 정치 신인에게 20%의 가산점을 부여하며, 현행 당규에 규정된 11가지 부적격 사유 이외에 세금포탈, 부동산 투기, 성희롱, 뇌물수수 등을 추가하였다⁸⁷⁾.

새누리당은 총 972명이 공천을 신청을 한 것으로 나타나 지역구 평균 경쟁률 3.97:1을 보였다. 그리고 평균 연령은 54.4세인데, 연령대별로 살펴보면 50대가 가장 많은 비중을 차지하고, 60대 24.2%, 40대 22.9%, 20~30대 1.7% 순으로 나타나 전통적으로 청년층에 취약하고 노

86) 기현석, 전계논문, p. 45.

87) 박상운, 전계논문, p. 107.

년층에 신청자가 많음을 알 수 있다. 그리고 여성의 공천신청비율도 8.1%에 그쳤고, 총 공천 받은 231명 중 16명이 여성으로 그 비율은 6.9%에 불과하였다.⁸⁸⁾

2) 민주통합당

민주통합당 또한 공천위원회를 구성하고, 지역구 중 70%를 국민참여경선으로, 30%를 전략공천으로 나누어 후보자를 추천하였다⁸⁹⁾.

민주통합당은 3단계 자격심사를 통하여, 1단계는 공직 후보자의 도덕성, 2단계는 정체성, 3단계는 후보 적합성을 평가하였다. 특히 앞서 본 바와 같이 ‘보편적 복지와 경제민주화’를 강조하면서 후보자의 정체성을 중시하였고, 지역구에 여성후보자를 15%이상, 전략공천에도 50%를 공천하기로 하였다. 그리고 경선에서 여성 정치신인에게 득표의 20%를 가산점으로 주고, 전직 의원과 비례대표 현역 의원 및 지방자치단체장, 지역위원장에게는 10%의 가산점을 주기로 하였다. 또한 형사범 가운데 금고 이상의 형이 확정된 경우, 잦은 당적 변경, 공천·경선 불복을 부적격 사유로 규정하였다⁹⁰⁾.

민주통합당은 총 713명이 공천을 신청을 한 것으로 나타나 지역구 평균 경쟁률 2.91:1을 보였다. 그리고 평균 연령은 52.6세인데, 연령대별로 살펴보면 50대가 가장 많은 비중을 차지하고, 40대 37.7%, 60대 14%, 20~30대 5.3% 순으로 나타나 전통적으로 노년층에 취약하고 장년층에 신청자가 많음을 알 수 있다. 그리고 여성의 공천신청비율도 6.1%에 그쳤고, 총 공천 받은 193명 중 22명이 여성으로 그 비율은 10.2%에 불과하였다.⁹¹⁾

88) 박상운, 전계논문, pp. 106-109.

89) 기현식, 전계논문, p. 45.

90) 박상운, 전계논문, p. 107.

91) 박상운, 전계논문, p. 109.

3) 통합진보당

통합진보당은 단독 후보 신청지역은 당원투표로, 경선지역은 당원 투표와 선거인단 투표 등의 방식으로 후보를 확정했다⁹²⁾. 당시 부분적으로 민주통합당과의 야권연대가 이루어졌는데, 통합진보당은 노회찬, 심상정 등 주요 후보가 당선되었을 뿐 아니라 지역구 7석, 비례대표 6석을 합하여 13석을 확보함으로써 선거연대의 효과를 보았다⁹³⁾.

제4절 소결

이전의 우리나라 정당들은 1인 지배의 비민주적 정당구조를 가지고 있었고, 공천의 경우도 일반 당원의 의사가 반영되기 보다는 정당의 당수와 그 측근들의 독단적인 결정에 따라 행하여졌으며, 공직후보자 선출과 관련하여 당헌과 당규가 제대로 완비되어 있지도 않았다. 그러한 정치과정에 관하여 학계 및 대중의 지속적인 비판이 있어왔고, 현재의 경우 공직후보자 선출과 관련된 당헌·당규는 어느 정도의 민주적인 내용들을 포함하게 되었으며, 위 당헌·당규에 의한 공천을 시행하고 있다.

새누리당의 당헌과 당규를 살펴보면, 국민공천배심원단이 있어 전략지역의 후보자나 비례대표의 선정과 관련해서는 어느 정도 영향력을 행사할 수 있는 것으로 보이나, 기본적으로 선출직 후보자이든 비례대표 후보자이든 중앙당 공천위원회에게 이를 선정할 수 있는 막강한 권한이 있다. 중앙당 공천위원회는 후보자의 적격여부를 심사하여 단수 또는 압축된 후보자를

92) <http://www.mediaus.co.kr/news/articleView.html?idxno=23544> 기사 참조

93) http://ko.wikipedia.org/wiki/%EB%8C%80%ED%95%9C%EB%AF%BC%EA%B5%AD_%EC%A0%9C3%ED%9A%8C_%EC%A7%80%EB%B0%A9_%EC%84%A0%EA%B1%B0 참조

추천하고, 결정에 따라서는 여론조사에 의한 경선으로 같음하게 할 수 있고, 전략지역을 선정할 수 있는 등 후보자의 선정에 있어서 결정적인 결정권을 갖고 있다.

민주당의 경우, 마찬가지로 공천심사위원회가 공직후보자의 추천에 있어서 중심적인 역할을 수행하고 있다. 특기할 점은, 공천방법이나 기준에 있어서 새누리당에 비해 구체적으로 규율하고 있다는 점이다. 예를 들면, 경선을 원칙으로 하며, 여성·장애인의 경우 추천 심사 시 가산점을 부여한다거나, 지역구 중 전략지역의 선정에 있어서 전체 선거구의 30/100을 초과할 수 없다는 내용 등을 당헌 및 당규에 명시하고 있다.

통합진보당의 경우 별도의 공천관련 기구를 설치하지 않는 것으로 보이고, 위 두 정당에 비하여 당헌·당규에 공직후보자 선출과 관련된 구체적인 규율이 부족하므로, 정당법이 위임한 바에 따라 상세히 규정할 것이 요구된다. 하나 특기할만한 점은 당헌에 공직후보자의 선출을 ‘당원들의 직접 투표’에 의한다고 명시한 점이다. 현실적으로나 이론적으로는 공직후보자 추천행위가 결국 당내 행위라는 것을 고려하면, 당의 정치적 이념과 정책에 동의하는 사람들이 당원으로 가입하고, 그 당원들의 투표에 의하여 그당이 내세울 공직후보자를 선출하는 것이 가장 정확하므로, 이러한 면은 긍정적으로 평가된다. 또한, 통합진보당은 현실적으로 지역구 대표보다는 비례대표에 주력하고 있는바, 비례대표 명부 작성에 있어 경쟁명부와 전략명부를 나누어 만들 수 있도록 당헌에 규정하고 있는 것이 특징적이다.

정의당의 경우 통합진보당과 대동소이하게 규율하고 있으나, 선거관리위원회를 구성하여 선거를 관리하도록 한 점, 당원의 투표에 관하여 직접, 평등, 비밀, 무기명 투표에 의할 것을 명시하고 있는 점 등이 특징적이다. 정의당은 통합진보당으로부터 분리되면서 비례대표 경선과 관련하여 분쟁

을 겪었던 아픈 경험을 반영하여 위와 같은 내용을 당헌에 명시한 것으로 보인다. 그러나 마찬가지로 공직후보자 추천에 관한 규율은 현저히 부족한 것으로 판단된다.

이렇듯 우리나라의 대표적인 정당들의 당헌·당규 중 공직후보자 추천 부분을 살펴보면, 그 규율의 형태가 아주 다양하다는 사실을 발견할 수 있다. 공천을 담당하는 기구의 경우 새누리당이 비교적 구체적으로 분화하여 규율하고 있는 반면, 공천기준에 관해서는 민주당이 보다 명확하게 규정하고 있다. 공천방법으로는 통합진보당이나 정의당이 당원투표에 의할 것임을 명시하고 있으므로, 가장 투명하다고도 볼 수 있다.

이러한 다양한 규율은 정당 공천에 대한 사법부의 통제에 있어서 혼선을 초래할 가능성이 크다. 기본적으로 법원의 판단은 사건 중심으로 이루어지고, 당해 공천이 비민주적인지 여부는 각 정당의 당헌·당규를 기준으로 심사할 수밖에 없는데, 각 정당마다 다른 형태의 규율을 하고 있다면 같은 행위에 대해서 비민주적이라는 이유로 통제될 수도 있지만, 정당의 자율 범위 내에 있다고 볼 가능성도 있기 때문이다. 따라서 결과적으로 나타나는 법원의 결론은 일관성이 없어 보일 수도 있고, 자의적인 통제로 보일 가능성도 많아 사법부의 불신을 초래할 가능성이 많다. 이러한 오해를 피하기 위해서 사법부는 통제를 포기할 가능성도 있다⁹⁴⁾.

아래에서 살펴보겠지만, 각 정당의 당헌·당규가 미비한 만큼이나 현재 사법부의 공천 통제도 과도기를 거치고 있는 것으로 보인다. 궁극적으로 정당정치가 발전하면, 세부적인 부분에서는 다를 수 있겠지만 대중정당을 지

94) 중앙일보 2001. 10. 8.자 기사에서는 선거법위반의 국회의원에 대하여 법원이 선고를 미루어 국회의원 사퇴 이후 재선거에 출마하여 당선한 사례를 소개하면서, 선거법에서는 1심 판결은 검찰이 기소한 후 6개월 이내에, 2심과 3심은 하급심 판결이 있는 지 3개월 이내에 각각 선고하도록 하고 있지만 이를 지키지 않아 의원 자진사퇴 이후 재출마를 방조하는 것이 아니냐는 비판이 있었다(김창석, 「헌법기관에 의한 정당통제」, 울산대학교 출판부, 2002, p. 69에서 재인용).

향하는 우리나라 각 정당들의 당헌·당규는 유사한 형태가 될 것이라고 예상된다. 예를 들면, 현재 공직선거법 제47조 제3항, 제4항, 제5항에서 규정하고 있는 여성 후보자 추천 부분에 관하여는 각 정당들이 대부분 당헌·당규에 그 내용을 반영하고 있는 상태이다. 이러한 상태가 되면 법원 또한 어느 정도 일관된 기준을 갖고 통제하는 것이 가능하리라 본다.

제4장 정당 공직후보자 추천과정의 사법적 통제와 그 한계

제1절 일반론

1. 사법적 통제의 정당성

대의민주주의는 선거에 의한 대표의 선출을 통해 국민주권을 실현하며, 특히 정당제 대의민주주의에서 정당은 공직선거에 추천한 자신의 후보를 당선시킴으로써 법률과 국가정책을 통해 자신들의 의사를 관철시키고자 한다⁹⁵⁾. 이와 같이 선거는 대표를 선출하고 그 선출된 대표에게 민주적 정당성을 부여해줌으로써, 국정이 올바르게 원활하게 운영될 수 있는 토대를 마련해 준다⁹⁶⁾. 여기에서 전체 과정으로서의 선거의 각 단계에 국민의사가 정확히 반영되어야 한다는, 특히 정당의 공직후보자 선출단계에서 정당의 의사가 왜곡 굴절됨이 없이 반영되어야 한다는 당위성이 도출⁹⁷⁾되고, 그 의사가 제대로 반영되지 않을 때는 최종적 수단으로 사법적 통제가 이루어지는 것이 정당화된다.

2. 통치행위의 문제⁹⁸⁾

그러나 우리나라에서의 공천은 보통 “정치9단”이 행하는 고도의 정치적 결정으로 이루어져 왔고, 이러한 맥락에서 공천이란 일응 사법심사의 대상에서 제외되어야 한다는 통치행위 내지 정치문제로 인식하는 시각이 존재

95) 최병훈, 당의 공직선거후보자 선출에 있어서의 역선택(Party Raiding)문제 -미연방대법원의 판결 분석을 통한 대안 마련을 위하여-, 안암법학 통권 제40호, 2013, p. 35.

96) 최병훈, 전계논문, pp. 35-36.

97) 최병훈, 전계논문, p. 36.

98) 최대권, 전계논문, pp. 15-16 부분을 참조하였다.

하였다. 그러나, 어느 행위가 정치적으로 아무리 민감하다고 하더라도 이것이 사법심사의 대상이 되는지의 문제와는 별개이다. 고도의 정치적인 행위이어서 판사의 개입이 꺼려질만한 성질의 것이라 하더라도, 그것이 국가기관의 행위가 아니고 사인이 행한 행위인 경우에는 사법심사의 대상에서 제외되어야 마땅한 통치행위 또는 정치행위라 하기 어렵다⁹⁹⁾. 아무리 공적 성격을 갖고 있다 하더라도 정당의 공천행위는 어디까지는 국민의 자발적 조직인 사법적 단체의 행위임이 틀림없고, 이를 “사법적 심사의 대상”이 되지 않는다고 보는 것은 타당하지 않다.

3. 단순한 집단 내에서의 대표자 선출과의 차이점(특이성)

우선, 공직후보자선출에 관해서는 정당법보다 오히려 공직선거법에 많은 규율을 하고 있을 정도로 선거와 밀접한 관련이 있고, 선거는 대의민주주의를 지탱하는 가장 큰 기둥이기 때문에, 사법적으로도 보다 강도 높은 개입이 가능하다고 볼 수 있다. 그러나 정당은 또한 정권 획득을 목표로 하는 결사이기 때문에, 유권자에게 선택받을 수 있는 가장 경쟁력 있는 후보를 선거에 내보내어 선거에서 승리하고자 하고, 궁극적으로 전체 유권자가 선택한 후보가 대의제의 원리에서 대표성을 갖게 되는 것이므로, 당내 절차의 민주성만을 강조할 수 없는 측면도 있다.

이에 관하여 일찍이 미헬스는 독일 사민당을 모델로 하는 정당의 과두제 비판을 통하여 권력의 중앙집권화라는 조직 생리를 분석한 바 있다¹⁰⁰⁾. 미헬스의 이론에 따르면 조직은 그 내적 메커니즘에 의하여 엘리트의 형성을 초래할 수밖에 없으며 엘리트는 다양한 제도적 기제를 통하여 권력을 장악하고 대중의 정책결정참여를 차단하게 된다. 즉, 조직은 본질

99) 최대권, 전계논문, p. 16.

100) 미헬스의 분석에 대해서는, 유진숙, 「한국 정당과 당내민주주의」, 선거관리 54호, 중앙선거관리위원회, 2008, pp. 203-205에서 인용함.

적으로 귀족적인 것이며 과두정예의 경향을 갖고 있다는 것이다. 그리고 이러한 조직의 메커니즘은 견고한 구조를 창출함으로써 조직화된 대중을 심대하게 변화시키고 대중과 지도자의 관계를 역전시킨다는 것이다. 즉, 정당이 효율적인 구조로 심화되어 갈수록 민주성의 정도는 약해지며, 민주성이 약해지면 궁극적으로는 효율성 또한 떨어지게 되는바, 이는 경제에서의 경쟁시장과 동일한 상황이다.

결국, 정당의 민주화 실현에 있어서 민주성과 효율성을 어떻게 조화시켜 나갈 것인가가 문제가 되는데, 구체적으로 과정/투입을 강조하며 정당원의 참여를 통한 당내민주주의를 그 목적으로 간주하는 입장과 결과/산출을 강조하며 선거를 통한 유권자선호의 반영에 초점을 두는 입장으로 구별될 수 있다¹⁰¹⁾. 전자의 경우, 정당의 민주주의적 대표성은 정당의 대중조직 내에서의 민주주의적 의사수렴을 통하여 일차적으로 실현된다. 이러한 관점에서는 이념적으로나 조직적으로 강력한 대중조직의 존재, 그리고 대중당원들의 전면적인 상향식 민주주의의 실천을 통한 정당민주주의의 실천이 정당의 핵심적 기능이자 존재방식이 된다¹⁰²⁾. 반면, 후자의 경우, 정당 자체의 민주성을 목적으로 하기보다는 정당조직의 효율적 운영을 통한 유권자선호간의 경쟁의 매개체로 파악한다. 이 입장에 따르면 정당조직 내부의 민주성보다는 선거참여를 통한 효율적인 유권자 선호의 반영이 우선시되고, 강력한 대규모 정당조직보다는 오히려 효율적으로 선거 수요에 반응할 수 있는 소규모의 유연하고 엘리트중심적인 당기구의 제한적 당내 민주주의를 선호한다¹⁰³⁾.

전자의 입장에 의한다면 비민주적 공천에 대한 사법적 통제의 강도가 엄격해야 한다고 주장할 것이고, 후자의 입장에 의한다면 그 강도가

101) 유진숙, 전계논문, p. 205.

102) 유진숙, 전계논문, p. 205.

103) 유진숙, 전계논문, p. 205.

좀 더 완화될 것이다. 우리나라에서도 같은 맥락에서 공천의 통제여부에 관한 적극론과 소극론이 대립하고 있다.

4. 두 관점의 대결

가. 적극적 사법통제의 관점

정당의 공직후보자 추천에 관하여 사법통제가 이루어져야 한다는 입장은 현대 민주주의에서 정당의 중요성 및 공적 기능, 정당의 공직후보자추천이 선거과정에서 차지하는 중요성을 강조한다. 정당의 공천행위가 민주주의원칙에 따라 이루어져야 하는 것이 헌법과 정당법의 요청이며, 이에 위반되는 공천행위와 그 근거규정으로서의 당헌이 사법심사의 대상이 된다는 것이다¹⁰⁴⁾.

정당이란 국민의 이익을 위하여 책임있는 정치적 주장이나 정책을 추진하고 공직선거의 후보자를 추천 또는 지지함으로써 국민의 정치적 의사형성에 참여함을 목적으로 하는 국민의 자발적 단체로서 헌법 및 정당법, 정치자금에관한법률 등에 의하여 일반 결사단체에 비하여 특별한 보호를 받고, 오늘날 국민들의 정치적 의사형성은 대체로 정당을 통하여 이루어지는데, 각종 선거에 임하는 정당들의 공천은 이러한 의사형성의 주요 과정이자 방법으로서 공직 선거의 필수적인 일부분으로 기능할 뿐만 아니라 공직선거라고 하는 국가적인 기능수행의 연장선상에서 이해해야 할 공적인 성격을 갖고 있기 때문에, 정당의 공천이 헌법과 정당법이 규정하고 있는 민주주의의 원리에 위배되거나 그 절차가 현저하게 불공정하거나 정당 스스로가 정한 내부규정에 위배되는 경우에는 사법심사의 대상이 된다¹⁰⁵⁾.

104) 김종철, 「정치의 헌법화를 위한 첫걸음」-서울지법 2000. 3. 24. 선고 2000카합489와 서울지법 2000. 3. 29. 선고 2000카합744 공천효력정지가처분결정에 부쳐 -, 법과사회 19호, 법과사회 이론학회, 2000, p. 289.

105) 서울지방법원 남부지원 2000. 3. 24.자 2000카합489 공천효력정지가처분 결정

비록 정당이 사법적 결사이고, 정당의 후보자추천행위가 정치적인 성격을 가지고 있다 하더라도, 이는 헌법과 법률이 정한 테두리 안에서 행해져야 할 것이며, 특히 정당의 민주화가 헌법적 요청인 동시에 시대적 요구인 것을 고려하면, 위법한 공천행위에 대해서는 사법적으로도 당연히 통제가 이루어져야 한다고 보는 것이 타당하다. 다만 정당공천의 사법적 제재에 대하여 의문과 우려를 표하는 입장은 바로 아래 반대론에서 언급하고 있는 문제점 때문인 것으로 보인다.

나. 소극적 사법통제의 관점

정당의 공직후보자 추천에 관한 사법부의 통제를 반대하는 쪽에서는, 우선 형사적인 문제는 제외하고라도 사법부가 민사소송법상 가처분의 방법으로 공천의 효력을 정지시키는 것이 법적(기술적)으로 가능한가의 문제를 제기하고 있다. 이 견해는 정당의 국회의원후보자 공천은 궁극적으로 공직선거를 통하여 국회의원으로서의 공무담임권을 행사하게 될 국회의원 당선자를 얻을 목적으로 하는 정치적 행동의 개개의 단계에 있어서의 하나의 과정에 불과한 것이고, 후보자 추천행위를 가리켜 후보자 추천을 한 정당과 후보자 사이에 사법상의 권리 또는 법률관계라고 볼 수 없음이 자명하므로, 정당의 후보자추천행위는 민사상 무효확인소송의 대상이 될 수 없고, 또한 확인소송에 있어서 즉시확정의 이익도 없는 것이며, 후보자추천을 한 정당과 후보자사이는 물론 이들과 후보자낙천자 사이에도 민사소송 절차에 의하여 보호받을 수 있는 권리 또는 법률관계가 없으므로 피보전권리 자체가 없어서 정당의 후보자추천행위는 효력정지가처분신청의 대상이 될 수 없어, 이러한 방법에 의하여 통제하는 것은 부적법하다고 보고 있다¹⁰⁶⁾¹⁰⁷⁾. 그러나 정당이 기본적으로 권리능력 없는 사단이고, 정당의 공

106) 김주상, 「정당의 국회의원후보자 공천효력정지가처분의 허부」, 법률신문 2875호, 법률신문사, 2000, p. 13.

107) 김병록, 전제논문, p. 128 또한 정당의 공천과정의 민주성 문제는 헌법 제8조 및 정당법의 적

직선거후보자 추천행위는 단체와 그 구성원 사이의 법률관계에 관한 것임을 부인할 수 없는 점, 개인의 사법상 권리가 온전히 사적 내용이 아니라 공적인 성격을 포함하고 있더라도 그 권리는 피보전권리가 될 수 있는 점 등을 고려하면, 이를 민사소송으로 다룰 수 없다고 보거나 가처분이 불가능하다는 견해는 설득력이 없다고 생각한다. 다만, 일반 민사사건과 다른 특수성이 있을 수 있다는 점에서 이를 선거 사건으로 분류하여 재판할 수는 있지만, 그렇지 않은 현재 상황에서는 각 사건을 맡은 재판부가 “사건의 특수성”을 고려하여 적절히 판단하면 될 것이지 이를 각하의 대상이라고 볼 것은 아니다.

그러나 사법부가 정당의 공직후보자추천을 내용면에서 통제하는 것이 과연 바람직한 것인가에 대한 의문은 여전히 남는다. 정당공천에 관한 사건은 아니지만, 정당의 내부 결의에 관하여 사법부가 통제를 시도하였던 서울민사지방법원 79카21709 신민당 총재등 직무집행정지 가처분결정의 경우, 사법부가 제대로 독립되지 아니한 상태에서 정당에 대한 통제를 하는 것이 얼마나 위험한지를 보여주는 단적인 예라고 할 것이다.

신민당 사건에서 재판부는, 당시 신민당 당규인 입당심사규정 제8조에 의하면, 금고 이상의 형을 선고받고 집행이 종료되지 아니하거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자, 선거범으로 5000만 원 이상의 벌금형을 선고받은 후 2년이 경과하지 아니한 자나 금고 이상의 형을 선고받고 그 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 또 그 형의 집행이 종료되거나 면제된 후 6년을 경과하지 아니한 자, 법원의 판결에 의하여 선거권이 정지 또는 상실된 자 등은 국회의원 선거권이 없는 자로 규정되어 있으므로, 적어도 위와 같이 국회의원 선거권이 없는 자는 정당의 당원이 될 수 없음은 물론 당원인 동안에 위와 같은 요건에 해당되는 처벌을 받게 되면

용 사안이므로 민사소송으로 다투기 어렵다는 입장이다.

자동적으로 당원자격을 상실하게 되고, 그 후 정당원이 되려면 위와 같은 요건에 해당되지 아니하게 된 다음 다시 입당절차를 밟아야 할 것이고 정당원이 될 수 없는 자는 정당의 지구당이나 중앙당의 대표자나 간부 또한 될 수 없으므로, 조운형 등 22인은 정당원이라고 볼 수 없고, 위 22표를 재적 대의원 수에서 제외하면 김영삼, 이철승의 득표수는 모두 과반선을 넘게 되고 귀속불명의 22표를 위 두 사람의 득표수에서 빼보면 김영삼, 이철승은 어느 누구도 과반수에 미치지 못한 결과가 되어, 위 무자격대의원 22명의 투표는 김영삼을 총재로 선출한 전당대회의 결의에 영향을 준 중대한 위법사유가 되어 그 결의는 무효로 돌아간다고 판시하였다.

당시 한국의 야당은 파벌을 중심으로 끊임없이 이합집산하면서 반독재 투쟁에서 자신의 역할을 충실히 수행하지 못하였는데, 특히 당권파인 김영삼계와 비주류 연합인 이철승계의 중도통합론이 맞섰다. 중도통합론은 강경한 대정부 투쟁보다는 협조와 타협을 강조하는 입장이었다¹⁰⁸). 신민당 원외지구당 위원장 3인에 의해 총재단의 직무집행 가처분 신청에서 비롯된 이 사건 신민당 가처분 사태는 유신 시대 야당의 분열과 위기가 최고 정점에 달한 사태이다. 유신 수립 이후 박 정권은 자신의 정권 기반 강화를 위해 야당에 대한 공작과 탄압을 강화하였고, 김영삼의 발언과 행위 및 대여 강경 노선을 제거할 필요성을 심각하게 느끼고 있던 상황이었다. 이러한 상황에서 서울민사지방법원 합의16부는 총재단의 직무 집행 정지신청이 이유 있다는 결정과 함께 총재직무대행으로 정운갑(당시 중도온건파) 전당 대회회장을 지명하였는바, 이러한 법원의 결정에 대해 신민당과 김영삼계 측은 정치 재판에 승복하지 않겠다는 성명서를 낸 바 있다¹⁰⁹).

이 사건은 정당 내부의 대표자를 선출하는 과정에서 법원이 개입한 것으로 정당의 공직후보자 추천과는 약간 다른 양상을 띠고 있기는 하지만, 그

108) <http://blog.daum.net/uchyi270/82> 내용 참조

109) http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/582616.html 기사 내용 참조

럼에도 불구하고 우리 역사에서 사법부가 정당의 내부 활동에 개입하는 것을 주저하게 되는 하나의 대표적인 사례라고 볼 수 있다. 사법부가 직무대행자로 지명한 정운갑은 당시 친여당 세력¹¹⁰⁾이었으므로, 이러한 결정에 당시 “정권의 하수인”이라는 비판이 있었던 것도 납득하지 못할 바 아니다. 똑같은 문제는 사법부가 정당의 공직후보자추천 행위를 통제함에 있어서도 발생할 수 있을 것이다. 결국 합법성의 부분에서 통제할 수밖에 없는 사법부가 어떠한 방식으로 정당의 행위를 통제해야 바람직한가에 관한 고민이 뒤따라야 할 것이다.

제2절 정당의 비례대표 후보자 추천에 관한 사법적 통제

1. 비례대표 일반론

비례대표제는 통상적으로 ‘각 정당에게 득표수에 비례하여 의석을 배분하는 대표제’로 소수보호의 정신과 정치세력의 지지도에 상응한 비례적인 대의제도의 실현형태로 이해되고 있다. 비례대표제는 가능한 한 각 정당의 득표율과 의석점유율의 일치를 추구하나 비례대표제의 구성요소나 방법에 따라서는 꼭 그렇지 아니한 경우도 있고, 따라서 득표율이나 의석 점유율의 측면보다는 ‘선거권자의 지지’의 측면에서 정의하는 것이 바람직하다는 의견도 있다¹¹¹⁾.

비례대표제는 선거권자의 의사를 정확하게 반영하기 위하여, 또한 각 정당의 공정한 대표를 확보하기 위하여 사표를 방지하고 잉여표를 이양한다는 것을 그 구조적 원리로 한다. 선거구의 규모·구조, 입후보방식, 투표

110) 정운갑에 대하여는

<http://blog.naver.com/PostPrint.nhn?blogId=okinawapark&logNo=155040160> 내용 참조

111) 음선필, 『비례대표선거제론』, 홍익대학교 출판부, 2007, p. 9.

방식, 의석배분단위 등에 따라 조금씩 달라질 수는 있겠지만, 기본적으로 당선에 필요한 최저투표수를 먼저 산정하고, 이 투표수를 초과한 잉여표를 각 후보자간 또는 각 명부상 이양할 수 있도록 함으로써, 각 선거권자의 투표가치를 최대한 보장할 수 있도록 하는 것이다¹¹²⁾.

비례대표제의 입후보방식은 크게 명부식 비례대표제와 단기이양식 비례대표제로 나눌 수 있으나 대부분의 국가에서 전자를 선택하고 있다. 단기이양식의 경우 후보자 개별로 입후보하며, 당소속은 물론 무소속의 후보자도 입후보할 수 있고, 투표용지에 후보자의 이름이 정당순이 아니라 철자 순으로 인쇄된다(이름 뒤에 소속 정당 표시). 이러한 제도는 정당의 역할과 기능에 대한 강한 불신으로부터 비롯되었다(Mill, Hare)¹¹³⁾.

명부식 비례대표제도 크게 고정명부식과 가변명부식으로 나누어진다. 고정명부식은 명부상 후보자와 그 순위가 처음부터 정당에 의하여 고정적으로 결정되어 있는 방식을 일컫는다. 선거권자로서는 선택의 여지가 없이 정당명부 자체에 투표하는 것이다. 반면 가변명부식은 선거권자의 투표에 의하여 명부상 순위의 변경이 가능한 방식을 가리킨다. 가변명부식을 택할 경우 선거권자는 정당뿐만 아니라 후보자 개인에 대한 선택권을 갖게 되는데, 정당에 의해 작성된 명부순위를 심사·통제할 수 있다는 점에서 국민주권원리에 좀 더 충실하다. 그리고 정당도 국민의 선호나 정치적 요구에 더 민감하게 반응하여 명부를 작성하게 되므로, 정당간의 경쟁, 또 정당 내에서의 경쟁을 유도하여 당내민주주의를 강화하는데 도움이 된다. 실제로 독일 바이에른 주의회선거에서는 선거권자의 85%가 명부순위 변경권을 행사하고 있다¹¹⁴⁾.

112) 음선필, 전게서, p. 12.

113) 음선필, 전게서, p. 34.

114) 음선필, 전게서, pp. 32-34.

고정명부식 비례대표제에서는 명부 자체에 대해 선택할 수밖에 없기 때문에 선거권자는 하나의 투표권만을 가진다. 반면, 가변명부식 비례대표제의 경우 투표방식이 보다 다양하다. 가령, 선거권자는 두 개의 투표권을 가지고 하나는 후보자명부의 선택에, 다른 하나는 명부내의 후보자 선택에 사용하여, 명부상의 후보자에 대한 선거권자의 선호를 개별적으로 표시할 수 있다. 또한 복수의 투표권을 가지고 여러 정당의 명부 중에서 자신이 선택한 후보자로 독자적인 명부를 작성할 수 있는 방법도 있다¹¹⁵⁾.

고정명부식의 경우 하나의 정당에 대한 지지는 나머지 정당에 대한 반대를 의미하므로, 이는 선거권자의 다양한 선택을 제한함에 틀림없다. 명부식 비례대표제가 선거권자의 선택의 기회를 배제함으로써 선거권자를 수동적 지위로 전락시켰다는 비판은 이러한 고정명부식에 대한 적절한 지적이다¹¹⁶⁾. 가변명부식의 경우 정당명부의 후보자나 순위를 바꿀 수 있는 가능성이 있으므로, 유권자의 정치적 참여를 제대로 보장하고 정당에 대한 적절한 통제를 가할 수 있다는 점에서 진정한 비례대표제의 특질을 살린다고 볼 수 있다¹¹⁷⁾. 고정명부식의 경우 선거 관리 및 당선자 결정에서 비교적 간명한 측면이 있고, 우리나라의 경우도 고정명부식을 채택하고 있다.

2. 통제의 필요성

현재 우리나라의 경우 비례대표제에 있어서 정당 고정명부식 비례대표제를 채택하고 있다. 따라서 선거권자가 그 선호에 따라 후보를 바꾸거나, 명부의 순위를 바꿀 수 있는 방법은 없다. 그리고 현실적으로 거대 정당의 경우 일부 순위까지의 비례대표는 거의 당선이 확실시된다고 할 수 있다.

115) 음선필, 전계서, pp. 35-38.

116) 음선필, 전계서, p. 4.

117) 음선필, 전계서, p. 33.

비례대표선거제로 말미암아 후보자명부작성권이 제3의 선거권으로 인식되면서 명부작성권의 귀속범위를 어떻게 정하느냐가 중요한 관심사가 되었다¹¹⁸⁾. 독일이나 한국의 경우와 같이 정당의 존재나 권리 의무를 명문으로 규정한 국가에서는 명부의 작성을 정당에 국한하는 것이 일반적이다¹¹⁹⁾. 그러나 정당의 지위가 법규에 의하여 명문으로 인정되지 않는 국가의 경우, 입후보가 정당에 국한되지 않고 정당수준의 조직상태에 못 미치는 정치단체는 물론 개인에 의해서도 가능하다. 네덜란드에서는 하원의원선거를 위한 후보자명부가 최소 25인 이상의 선거권자에 의하여 제출된다. 이러한 최소 25인 정도의 선거권자에 의하여 구성된 정치단체의 조직은 실로 다양하며¹²⁰⁾, 유권자의 다양한 선호를 반영할 수 있다는 큰 장점이 있다.

그러나 우리나라의 경우 정당만이 비례대표명부의 작성권한을 가지고, 정당의 공천이 곧 당선을 의미하는 이러한 현실 속에서, 비례대표 공천에 대한 사법부의 통제는 어떻게 이루어져야 하는가? 간단하게 생각하면, 결국 정당의 공직후보자추천과정이 선거과정의 일부에 다름 아니므로, 그 통제의 정도는 높아져야 된다고 볼 수 있다. 그러나 정당의 자율적인 측면을 생각하면, 비례대표 명부야말로 정권의 획득을 목적으로 하는 정치적 결사체인 정당이, 대의기관을 구성함에 있어서 자신의 이념이나 특성을 반영할 수 있는 기회인 셈이 되고, 그렇다면 이를 과연 사법부가 통제할 수 있는지 의문이 생기게 된다. 아래에서 사법부가 이제까지 정당의 비례대표 공천에 대하여 통제하여 온 모습들을 살펴보고, 그 고민에 대한 답을 내리고자 한다.

3. 통제의 현황

118) 음선필, 「선거의 기본원칙과 비례대표선거제」, 헌법학연구 제7권 제2호, 2000, p. 194.

119) 음선필, 전제논문, p. 194.

120) 음선필, 전제논문, pp. 194-195.

가. 민사적 통제

정당의 비례대표 국회의원 후보자 선출과 관련하여 기존에 제기되었던 효력정지가처분 신청들은 그 수가 많지 않고, 대부분 기각된 것으로 보인다. 대표적인 사건을 살펴보면 아래와 같다.

1) 청년 비례대표 자격 제한 사건 (서울남부지방법원 2012. 2. 8. 자 2012카합34 국회의원선출을위한후보자모집절차정지가처분)

이 사건은 민주통합당이 청년층의 정치참여를 유도하고자 비례대표 후보자 중 일부를 연령 제한을 둔 20~30대에서 추천하는 청년비례대표제도를 도입한 데 대하여, 신청인이 이 사건 제도가 대의제 원리에 맞지 않고, 보통선거원칙에도 위반되며, 국민의 공무담임권을 침해하는 것이라고 주장한 사건이다. 이 사건 재판부는 이 사건 제도가 그동안 국회의원이 대부분 40대 이상이어서 20~30대 젊은 세대의 의견이나 생각을 반영하지 못한다는 반성적 고려 하에 마련된 것으로, “비례대표 국회의원 후보자 중 일부를 연령을 기준으로 구분하여 선정할 것인지 여부는 정당의 자율적 결정 사항에 속한다”는 이유로 기각하였다.

2) 비례대표 기준 비공개 사건 (서울남부지방법원 2012. 3. 7. 자 2012 카합106 효력정지 가처분)

이 사건은 또 다른 신청인이 위 민주통합당 청년비례대표제의 선발기준과 선발과정을 투명하게 공개하지 않았다는 이유로 청년 비례대표 결정에 대한 효력 정지를 구한 사건인데, 재판부는 민주통합당의 당헌 및 시행세칙에 그 기준과 과정을 공개하여야 한다는 규정이 없고, 이를 공개

하지 않았다고 하여 이 사건 결정이 민주적 절차에 따르지 아니한 것으로 볼 수 없다는 이유로 기각하였다.

3) 통합진보당 비례대표 경선 부정 사건(서울남부지방법원 2013. 9. 24. 선고 2012가합19209 의원총회결의 등 무효확인)

정당 공천이 직접적으로 다루어진 사건은 아니지만, 2012년 제19대 총선 중 문제가 되었던 통합진보당 비례대표 경선 부정사건과 비례대표 승계 문제 및 당내 제명결의 등이 다루어진 사건에서도 법원은 ‘각하’ 판결을 통해 실질적으로 당내 분쟁에 개입하지 않는 태도를 보였다.

이 사건의 개요는 이리하다. 통합진보당은 제19대 국회의원 선거를 앞두고 2012. 3. 14.부터 2012. 3. 18.까지 비례대표 후보자를 추천하기 위한 당내경선을 실시하였다. 그런데 위 당내경선 직후부터 위 경선 과정에 선거부정이 있다는 의혹이 제기되어, 통합진보당은 진상조사위원회를 구성하여 선거 부정이 있었는지 여부를 조사하였다. 위 진상조사위원회는 2012. 5. 2. ‘통합진보당의 비례대표 후보자 선거는 선거관리능력부실에 의한 총체적 부실·부정선거이다’라고 결론을 내린 진상조사보고서를 발표하였다. 통합진보당의 중앙위원회는 2012. 5. 14. 비례대표 당선자 및 후보자 전원 총사퇴, 혁신 비상대책위원회 구성 등을 결의하고, 이에 따라 구성된 혁신 비상대책위원회는 2012. 5. 18. 원고들을 비롯한 비례대표 당선자 및 후보자들에게 후보자사퇴 신고서를 제출할 것을 통보하였다. 그러나 원고들은 2012. 5. 25.까지 후보사 사퇴신고서를 제출하지 않았다. 그러자 위 혁신 비상대책위원회는 ‘원고들이 전국운영위원회와 중앙위원회의 결정사항을 따르지 않고 사퇴를 거부하여 당헌 및 당규를 위반하였다’는 이유로 원고들을 서울시당 당기위원회에 제소하였다. 서울시당 당기위원회는 2012. 6. 6. ‘원고들이 전국운영위원회와 중앙위원회의 결정사항을 거부함으로써 당

헌 제5조 제2항 제2호를 위반하였다'는 이유로 원고들에 대하여 제명결의를 하였고, 원고들이 이의신청을 하였으나 그 이의신청이 기각됨으로써 그 제명처분이 확정되어, 원고들은 통합진보당의 비례대표 국회의원 후보자 명부에서 말소되었다. 원고들이 제명되자 사퇴를 보류하고 있던 윤금순(1번)도 비례대표 후보자에서 사퇴를 하였고, 피고 서기호(14번)가 2012. 7. 10.경 비례대표 국회의원 의석을 승계하여, 피고들과 이석기, 김재연이 통합진보당의 비례대표 국회의원으로 확정되었다.

이후 통합진보당의 2012. 7. 14. 당직선거 결과 강기갑이 당대표로 당선되었으나, 비례대표 당내 경선 과정의 선거 부정 의혹을 두고 통합진보당 내 갈등이 계속되었다. 2012. 7. 26. 의원총회가 개최되었으나 이석기, 김재연에 대한 제명 안건이 부결되었고, 같은 날 통합진보당의 원내대표였던 심상정은 원내대표직에서 사임하였다. 2012. 9. 6. 서울시당 당기위원회는 2012. 9. 6. 회의를 개최하여 피고들을 제명하는 결의를 하였고, 피고들은 위 제명에 관한 일체의 소명 및 이의를 포기하였다. 또한 강기갑의 소집에 따라 2012. 9. 7. 의원총회가 열렸고 통합진보당 소속 국회의원 13명 중 피고들을 포함한 7명의 국회의원이 참석하여, 피고들을 제명하는 결의가 이루어졌으며, 피고들을 포함한 참석자 7명 모두 위 결의에 찬성하였다.

2012. 9. 16. 통합진보당은 제1차 임시당대회를 열어 '진상조사 위원회의 진상조사보고서가 사실에 기초하지 않은 것이므로 이를 근거로 이루어진 원고들에 대한 제명처분은 무효이고, 원고들의 당원 자격을 복원한다'라는 내용의 결의를 하였다. 원고들은 그 후 중앙선거관리위원회에 원고들을 통합진보당의 비례대표 국회의원 후보자로 재등록해 줄 것을 신청하였으나, 중앙선거관리위원회는 이를 거부하였다. 중앙선거관리위원회가 재등록 신청을 거부하면서 밝힌 사유는 '비례대표 국회의원 후보자에

대한 소속 정당의 제명결정으로 해당 후보자의 당적이 이탈된 때에는 공직선거법 제52조 제1항 제6호에 따라 그 후보자의 등록은 무효가 된다. 그 후 해당 후보자에 대한 제명을 철회한다는 소속 정당의 결정이 있다는 것만으로는 다시 후보자로 등록할 수 없다'는 것이었다.

이에 원고들은 피고들의 국회의원 지위 부존재 확인을 구하면서 ① 피고들은 비례대표 국회의원이 탈당하면 자동 퇴직되도록 규정한 공직선거법 제192조 제4항의 적용을 받지 않고 국회의원직을 유지하기 위하여 제명의 형식으로 탈당을 하였다. 피고들에게 제명사유가 없는데도 피고들을 제명하는 결의를 하였으므로, 피고들에 대한 이 사건 당기위원회 제명결의와 이 사건 의원총회 제명결의는 모두 무효이고, ② 통합진보당 당규·당규에 의하면 의원총회의 소집권자는 원내대표이고, 2012. 9. 7. 개최된 의원총회에서 오병윤이 통합진보당의 원내대표로 선출되었다. 따라서 이 사건 의원총회의 적법한 소집권자는 오병윤이고, 당대표인 강기갑에게는 의원총회를 소집할 권한이 없다. 그럼에도 강기갑이 소집한 의원총회에서 제명결의를 하였으므로, 이 사건 의원총회 결의는 절차상 중대한 하자가 있고, 의결정족수를 충족하지도 못하였으며, ③ 피고들은 위와 같이 무효인 제명결의에 따라 통합진보당의 당적을 이탈한 후 진보정의당에 입당함으로써 이중당적을 보유하게 되었으므로, 공직선거법 제192조 제4항에 따라 국회의원 지위를 상실하였다고 보아야 하고, 원고들이 통합진보당의 비례대표 국회의원직을 승계하여야 하므로, 원고들은 피고들을 상대로 국회의원 지위 부존재 확인을 구할 확인의 이익이 있다고 주장하였다.

그러나 법원은, ① 원고들이 피고들을 상대로 피고들의 국회의원 지위가 존재하지 않는다는 판결을 받는다고 하더라도, 그 확인판결은 원고들과 피고들 이외의 자에게는 효력이 미치지 않으므로 원고들이 피고들을 상대로 피고들의 국회의원 지위가 존재하지 않는다는 확인판결을 받는

것은 원고들의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위협 또는 불안을 제거하기 위한 수단으로서 유효적절하다고 볼 수 없고, 또한 ② 2012. 6. 29. 원고들에 대한 제명처분이 확정됨으로써 원고들은 통합진보당의 비례대표 국회의원 후보자 명부에서 말소되었고, 2012. 9. 16. 개최된 임시당대회에서 당원자격이 복원된 후 중앙선거관리위원회에 통합진보당의 비례대표 국회의원 후보자로 재등록해 줄 것을 신청하였으나 거부되었으므로, 원고들이 통합진보당의 비례대표 국회의원 후보자 명부에 등록되어 있다는 점을 인정할 아무런 증거가 없고, 설령 피고들의 국회의원 지위가 존재하지 않는다고 하더라도, 원고들이 당연히 피고들의 국회의원 지위를 승계할 수 있는 것은 아니어서, 원고들에게 피고들의 국회의원 지위 부존재 확인을 구할 이익이 없다고 판단하였다.

이 사건은 전형적으로 정당의 공천 행위가 단순히 사단 내부의 문제에 그치지 않고 선거에까지 영향을 미친다는 점을 생생히 보여준 사례라고 할 수 있다. 이 사건은 형식적으로 통합진보당 당내의 서울시당 당기위원회 및 의원총회의 피고들에 대한 제명 결의의 무효를 다투는 것을 통해 피고들의 국회의원 지위 부존재 확인을 구하고 있지만, 궁극적으로는 피고들의 국회의원 당선 무효 여부를 다투고 있다. 따라서 원고들이 원하는 결과를 얻기 위하여는 민사소송이 아니라 선거소송을 제기하는 것이 타당하였을 것으로 보인다(대법원 2008. 12. 11. 선고 2008수38 판결 등 참조). 그러한 면에서 민사소송에서의 확인이 이익이 없다고 볼 수 있다. 결국, 원고들이 통합진보당의 두 차례 당내 제명결의에 관하여 다투고자 하더라도, 이미 비례대표 국회의원 당선인이 결정된 이상, 이를 선거소송으로 다툴 수밖에 없다는 것인데, 이는 당내경선 및 그와 관계된 당내결의가 단순히 당 내부의 문제가 아니라 선거의 과정의 일부로서 공적 통제를 필요로 한다는 점을 다시 한 번 입증한 계기가 되었다고 할 것이다.

만일, 이 사건이 선거소송으로 다루어졌다 하더라도, 정당의 비례대표 후보자 명부 처리에 관하여 공직선거법 및 공직선거관리규칙에 비례대표의 승계문제에 관하여 이 사건과 같은 경우를 규율할 별다른 규정이 없어, 법원 또한 일단은 중앙선거관리위원회의 유권해석을 존중할 것으로 보인다. 다만, 비례대표의 승계문제와 관련하여, 이 사건과 같이 당해 정당이 스스로 명부에서 후보자를 삭제하였다가 철회하는 경우는 어떻게 할 것인지에 관하여 입법적으로 규율할 필요가 있다. 사건으로는 정당에게 명부작성권한이 있다 하더라도, 일단 그 후보자가 명부에서 탈락하게 되면 그 다음순위 후보자가 지위를 승계하여 하나의 대의기관인 비례대표 국회의원이 되는 것이므로, 이후의 상황에 의해 이를 소급적으로 변동시켜 국회의원 지위를 승계받은 사람에게 그 자격을 박탈하고 명부에 회복된 자를 국회의원으로 인정하는 것은 법적 안정성의 측면에서 바람직하지 못하다고 본다.

나. 형사적 통제

1) 일반론

정당의 공직선거후보자 추천에 관한 형사적 통제는 주로 개인에 대한 국가의 형벌권 행사로 이루어진다. 가장 대표적인 것이 공직선거법위반 범행이다. 공직선거법상의 기부행위 금지 위반(공직선거법 제112조, 제113조 등), 사전선거운동 금지위반, 정당 후보자 추천 관련 금품 수수 금지 위반(공직선거법 제47조의2 제1항, 제230조 제6항)과 관련된 판례가 다수 존재하고 있다. 그 외에도 정치자금법위반(정치자금법 제45조 제2항 제5호, 제32조), 명예훼손 등 선거과정에서 발생하는 위법한 사건들에 대하여 형벌을 부과하고 있다.

선거당선인이 당해 선거에 있어서 공직선거법에 규정된 죄 또는

정치자금법 제49조의 죄를 범함으로 인하여 징역 또는 100만 원 이상의 벌금형을 선고받은 때에는 그 당선이 무효로 되며(공직선거법 제264조), 선거사무장·선거사무소의 회계책임자, 후보자(후보자가 되려는 자를 포함한다)의 직계존비속 및 배우자가 해당 선거에 있어서 공직선거법 제230조부터 제234조까지, 제257조 제1항 중 기부행위를 한 죄 또는 정치자금법 제45조 제1항의 정치자금법 부정수수죄를 범함으로 인하여 징역형 또는 300만 원 이상의 벌금형을 받은 때는 그 선거구 후보자(대통령후보자, 비례대표국회의원후보자, 비례대표지방의회의원후보자는 제외한다)의 당선은 무효로 한다(공직선거법 제265조). 또한 선거비용의 초과지출로 인하여 선거사무장·선거사무소의 회계책임자가 징역형 또는 300만 원 이상의 벌금형을 받은 때에는 그 후보자의 당선은 무효가 된다(공직선거법 제263조).

이렇듯 공천과정에서 선거의 일부분으로 볼 수 있고, 공직후보자 추천 과정에서 범행을 저지르게 되면 사후적으로 당선이 무효가 될 가능성이 있을 뿐만 아니라, 각 정당의 당헌·당규에서는 공직선거 후보자 추천 자격이나 경선에서의 피선거권을 부여할 때 대부분 “집행유예 이상의 전력이 없을 것”을 요구하고 있으므로¹²¹⁾, 형사적 통제는 공직선거에 출마하고자 하는 개인에게 큰 의미가 있는 것으로 보인다. 비법인사단인 정당 자체에 형벌이 부과되지는 않기 때문에, 정당 차원에서는 선거 경쟁력 있는 후보자를 상실하게 되는 정도에 그칠 것이다.

그런데 비교적 최근의 사건인, 통합진보당의 제19대 국회의원 비례대표 경선 부정과 관련하여 관련자들이 업무방해죄로 기소된 사안은, 정

121) 한나라당 공직후보자추천규정(2005. 12. 21. 개정) 제3조 제2항은 “각급 공천위원회는 뇌물과 불법 정치자금 수수, 경선부정행위 등 부정부패와 관련한 범위로 최종심에서 금고 이상의 형이 확정된 경우, 공직후보자 추천신청의 자격을 불허한다. 다만, 사면 또는 복권된 자의 경우에는 예외로 한다”라고 규정하고 있고, 민주당 공직선거후보자추천규정(2013. 4. 29. 개정) 제30조 제1항 제1호의 경우도 “공직선거법, 당헌, 또는 이 규정이 정하는 피선거권이 없는 것이 발견된 때” 그 추천신청을 무효로 한다고 규정하고 있다.

당의 공천에 대한 형사적 통제가 정당에 직접적인 영향을 미치는 경우라고 할 수 있다. 정당 공천에 관하여 직접 민사적으로 유무효를 확인하는 판결은 아니지만, 업무방해죄가 성립한다고 본다면 이는 정당의 공천을 형법적으로 통제할 만큼의 심각한 하자가 있었다는 것을 의미하기 때문이다. 아래에서 구체적으로 살펴본다.

2) 통합진보당 업무방해 사건 (서울중앙지방법원 2013. 10. 7. 선고 2013고합274, 254(병합), 255(병합) 판결 / 광주지방법원 2013. 7. 24. 선고 2012고단6129 판결, 광주지방법원 2013. 10. 16. 선고 2012고단6320 등, 제주지방법원 2013. 11. 29. 선고 2012고단1360 판결 등)

이 사건의 개요는 다음과 같다. 통합진보당은 경선을 통하여 비례대표를 선출하기로 하고, 현장 투표 및 온라인 투표로 나누어 실시하였는데, 온라인 투표의 경우 통합진보당 인터넷전자투표시스템¹²²⁾에 접속한 선거권자는 당원명부에 등록된 휴대전화로 전송받은 인증번호를 시스템에 입력한 다음 투표에 참여하는 방식으로 진행되었다. 그런데 이 사건 피고인들은 타인의 인증번호를 다시 전송받아 타인 명의로 위 온라인 투표시스템에 접속하여 피고인들이 지지하는 비례대표 후보에게 투표한 것이었다¹²³⁾.

이에 대하여 서울중앙지방법원 2013. 10. 7. 선고 2013고합274, 254(병합), 255(병합) 판결 해당 재판부는 정당의 당내경선에 공직선거의 4대 원칙이 반드시 지켜져야 할 필요는 없고, 정당의 당내경선이 갖는 성격에 기인한 내재적 한계, 이 사건 전자투표의 구체적 방법 등을 살펴보면 통합진보당 경선업무 담당자로 하여금 선거권자가 직접 투표하는 것으로 착각하게 하거나 대리투표 사실을 알지 못하도록 부지를 일으킨 것이라고 단정할 수 없다는 이유로, 통합진보당 비례대표 경선에서 대리투표를 행한

122) 통합진보당 비례대표 경선 인터넷 투표는 <http://newvote.goupp.org> 사이트에서 이루어졌다.

123) 이 사건 통합진보당 대리투표 사건의 사실관계는 해당 각 판결의 기초사실 내용을 참조하였다.

자들에 대하여 무죄를 선고하였다.

그러나 다른 재판부(광주지방법원, 제주지방법원, 서울중앙지방법원)들은 이 사건과 같이 국회의원 비례대표 후보자 명단을 확보하기 위한 당내 경선은 정당의 대표자나 대의원을 선출하는 절차와 달리 간접적으로나마 국회의원을 선출하는 절차의 성격을 갖고 있고, 통합진보당 진상조사단의 보고서 역시 대리투표를 부정선거의 한 유형으로 적시하고 있으므로, 업무방해죄가 성립된다고 보아, 동일한 사건에 관하여 다른 결론을 내리고 있었다. 이에 대하여 소위 ‘널뛰기 판결’이 아니냐는 비판도 제기되었다.

대법원은 2013. 11. 28. 선고 2013도5117 판결에서 업무방해죄가 성립된다는 결론을 지지하였는바, 그 주요 근거는 다음과 같다.

① 헌법 제41조 제1항은 ‘국회는 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성한다’라고 하고, 공직선거법 제146조 제2항은 ‘투표는 직접 또는 우편으로 하되, 1인 1표로 한다. 다만, 국회의원선거, 시·도의원선거 및 자치구·시·군의원 선거에 있어서는 지역구 의원선거 및 비례대표 의원선거마다 1표로 한다’고 규정하여 국회의원 선거를 포함하여 대의민주주의 선거에 있어서 선거권자 누구나 똑같은 가치의 선거권을 행사하는 보통·직접·평등·비밀선거가 원칙임을 천명하고 있는바, 국회의원 비례대표 후보자 명단을 확정하기 위한 당내 경선은 정당의 대표자나 대의원을 선출하는 절차와 달리 국회의원 당선으로 연결될 수 있는 중요한 절차로서 직접투표의 원칙이 그러한 경선절차의 민주성을 확보하기 위한 최소한의 기준이 된다고 할 수 있는 점,

② 정당법 제32조는 대의기관의 결의 등에서 대리인에 의한 의결이 금지됨을 분명히 하고 있는데, 이러한 정신은 그보다 가치가 낮다고 할 수 없

는 비례대표 후보자 선출을 위한 당내경선에도 유추될 수 있는 점,

③ 통합진보당이 국회의원 비례대표 선출을 위하여 경선제도를 도입한 목적은 통합진보당 당규 제3호 ‘선거관리위원회 및 선거관리 규정’ 제1조(목적)에서 밝히고 있듯 비례대표 후보자를 투명하고 공정하게 선정하는 데 있는 점,

④ 위 당규 제9장 투표 제37조(투표종류 및 방법)에서 ‘투표는 직접투표, 전자투표(당에서 제공하는 인터넷 투표시스템을 말한다), 우편투표(부재자 투표인 경우로 한다. 직접투표, 전자투표, 우편투표는 동시에 진행한다. 직접투표는 선거권을 가진 당원이 투표소에 직접 방문하여 선거인명부에 등재되었는지 여부를 확인한 후 투표한다’라고 규정하여 직접투표(현장투표)의 경우 대리투표가 금지됨을 명시적으로 선언하고 있는 점,

⑤ 이 사건 인터넷전자투표시스템을 이용한 전자투표를 하려면 시스템에 접속하는 과정과 후보자를 선택하여 클릭하는 과정에서 당원명부에 등록된 휴대전화로 전송받은 고유인증번호를 2차례 시스템에 입력하여야 하는데 이는 한 사람이 여러 번 투표권을 행사하거나 대리투표하는 것을 방지하려는 데에 그 목적이 있는 점 등을 근거로 들고 있다.

이렇듯, 정당은 법인이 아니므로 그 스스로가 처벌대상은 되지 못하지만 정당 내 행위로 인하여 다수의 정당원들이 처벌받는 경우 그 정당의 활동이 제약될 수 있고, 정당의 지지율에 영향을 미칠 수도 있기 때문에, 사법부의 형사적 통제도 상당히 큰 과급력을 가지고 있다. 그러나 해당 재판부는 기본적으로 개개사건을 법리에 따라 판단하는 것이며, 당해 판단이 미칠 정치적 영향이라든지, 그러한 판단이 우리의 정치현실에서 가지는 정치적 함의 등을 고려하지 아니한다. 따라서 사법부의 판단은 큰 틀에서 보면

정당간 평등을 고려하지 않는 불합리한 판단으로 보일 수도 있고, 오히려 정치발전을 저해하는 퇴행적인 내용을 담고 있기도 하다. 이러한 점은 결국 사법부의 정당, 특히 정당 공천 통제에 있어서 한계점으로 지적되는데, 관련하여 아래에서 구체적으로 보기로 한다.

2) 18대 총선의 경우

18대 총선에서는 창조한국당 문국현 후보가 이한정을 비례대표 의원 2번으로 해 주는 대가로 6억 원을 빌린 것을 이유로 집행유예 판결을 선고받아 의원직을 상실하였고¹²⁴⁾, 이한정 비례대표의원 또한 징역 2년 형을 선고받아 확정되었다¹²⁵⁾. 위 비례대표직은 3순위이던 유원일에게 승계되었다¹²⁶⁾. 이후 유원일 의원이 사퇴함에 따라 신경식이 의원직을 승계하였다¹²⁷⁾.

친박연대의 서청원 대표(비례대표 2번) 또한 공천헌금을 받았다는 이유로 징역 1년 6월의 형을 선고받아 확정되었고, 당시 친박연대의 비례대표 1번 양정례는 징역 10월, 집행유예 2년, 비례대표 3번 김노식은 징역 1년으로 의원직을 상실하였다¹²⁸⁾¹²⁹⁾. 각 비례대표 의원직은 김혜정 친박연대 정책연구소 부소장, 윤상일 사무부총장, 김정 한국열린교육학부모회 공동대표가 승계하였다¹³⁰⁾.

124) 서울고등법원 2009. 7. 23. 선고 2008노3355 판결 참조. 피고인 문국현은 징역 8월, 집행유예 2년을 선고받았으며, 위 판결은 2009. 10. 22. 확정되었다.

125) 서울고등법원 2009. 7. 23. 선고 2009노1530 판결 참조

126) <http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=100&oid=003&aid=0002434028> 기사 참조

127) <http://www.mt.co.kr/view/mtview.php?type=1&no=2012012516368270058&outlink=1> 참조

128) 서울고등법원 2008. 11. 12. 선고 2008노2194 판결, 서울중앙지방법원 2008. 8. 14. 선고 2008고합560 판결 참조. 위 판결은 2009. 5. 14. 확정되었다.

129) 서청원, 김노식은 이 사건에서 정당의 공천 관련 매수 및 이해유도죄를 처벌하는 공직선거법 제230조 제6항, 제47조의2 제1항에 대하여 위헌법률심판을 청구하였으나 헌법재판소는 위 조항에 대하여 합헌 결정을 하였다(헌법재판소 2009. 10. 29. 선고 2008헌바146 등 결정 참조).

130) <http://www.hani.co.kr/arti/politics/assembly/384780.html> 기사 참조

3) 19대 총선의 경우

19대 총선의 경우 자유선진당(현재 새누리당으로 통합) 김영주 의원이 공직선거법위반으로 징역 10월을 선고받았고, 그 판결이 2013. 12. 16. 확정되어 의원직을 상실하게 되었다¹³¹⁾. 19대 총선 당시 자유선진당은 재정상태가 열악하였고, 비례대표 선거비용 보전 기준치인 정당 지지율 3% 안팎을 오가는 상황이라 선거자금이 필요한 상태였는데, 김영주는 당 대표 심대평의 특별보좌관이었던 심상익으로부터 당선가능한 비례대표 순위인 2번을 보장받는 대신 당에 50억 원을 선거비용으로 빌려주었던 것이다¹³²⁾. 중앙선거관리위원회는 김영주 의원의 의원직 상실 확정 판결로 공석이 된 자리에 19대 국회의원 총선 당시 자유선진당 비례대표 3번인 황인자(58) 전 선진당 최고위원을 승계자로 결정했다고 밝혔다. 궐원된 김의원이 현재는 새누리당 소속이지만, 합당 전 제19대 국회의원 선거 당시 자유선진당 소속이었기 때문에 당시 소속된 정당의 명부의 추천 순위에 따라 황 전 최고위원이 궐원된 의석을 승계한다는 것이다¹³³⁾.

4. 소결 : 통제 의 정도와 방법

정당에게 비례대표 후보자 명부작성권이 있는 현 상황에서, 사법부가 당해 비례대표 후보자의 자질, 가능성, 비례대표로서의 역량 등 ‘내용적인 측면’을 살펴보고 당해 공천의 효력을 판단하는 것은 불가능하기도 하거니와 바람직하지도 않다. 비례대표 선거는 정당에 대한 투표로 이루어지고 있고, 각 정당은 그 지지율에 따라 배분받은 의석에 자기 정당의 정강, 정책

131) 서울남부지방법원 2013. 2. 19. 선고 2008노2194 판결

132) 위 판결의 사실관계 참조

133) <http://news1.kr/articles/1453433> 기사 참조

등을 가장 잘 실현시킬 수 있는 후보를 내세울 수 있는 권한이 있기 때문이다. 하지만 앞서 언급했듯이 정당의 공천이 곧 당선을 의미하는 비례대표제인 만큼, 그 후보자의 선정 및 순위의 선정에 있어서는 민주적인 절차에 따라 이루어져야 할 필요가 있다. 그리고 사법부는 이러한 ‘절차적인 부분’에 보다 엄격히 개입해야 할 것으로 보인다.

비례대표 공천 절차에 대해서 정당법 및 공직선거법은 각 정당의 당헌·당규에 일임하고 있고, 각 정당에서는 대부분 추천심사를 비공개로 하도록 규정하고 있으므로, 사법부는 각 정당의 후보자 추천이 민주적으로 이루어졌는지 여부를 판단하는데 있어서 어려움이 있다. 위 서울남부지방법원 2012. 3. 7.자 2012카합106 효력정지 가처분 사건의 경우도 민주당의 당헌·당규에 심사기준 등 공개에 관한 명시적인 규정이 없으므로 이를 공개하지 않았다고 하여 이 사건 결정이 민주적 절차를 지키지 아니한 것으로 볼 수 없다고 판시한 것이다.

사법부가 단순히 후보자 추천 심사 기준의 공개·비공개 여부만을 가지고 당해 공천이 민주적으로 이루어졌는지 여부를 판단할 수는 없다. 심사가 비공개로 진행되더라도, 그 심사가 합리적이고 민주적인 방법에 의해서 이루어졌음을 소명할 수 있는 자료를 당해 정당에서 제출한다면, 이를 비민주적인 공천으로 보기는 어려울 것이다. 또한 경미한 절차규정 위반으로도 공천을 무효화하기는 힘들 것이다. 결국, 사법부가 정당의 비례대표 공천을 통제할 수 있는 경우는 정치자금 비리, 경선 부정 등이 개입된 경우나, 공천의 민주화를 위해 규정된 절차 규정 위반, 즉 공천 절차에 있어서 중대한 하자가 있는 경우에 한하여 개입이 가능하다.

형사적 통제의 경우, 징역형 또는 벌금 100만 원 이상의 형이 당선무효의 기준이 되므로, 법원은 당선된 국회의원의 공직선거법위반죄의 형을

정함에 있어서 당해 국회의원의 의원직을 박탈할 것인지, 그 범행이 의원직을 박탈할 만한 것인지를 필연적으로 고려할 수밖에 없다. 입법자들은 벌금 100만 원 이상의 형을 선고받는 선거법의 경우 대의기관으로서 자질이 없다는 결단을 내려 이와 같이 입법한 것이지만, 사법부는 역으로 형을 정함에 있어 정치적인 고려를 할 수밖에 없게 된 것이다. 이러한 고려에 따르면 선거운동 기간 및 방법 위반 등을 이유로 한 공직선거법위반 범행의 경우 형이 낮아질 가능성이 있다. 당내경선에서든, 정당의 후보자가 된 이후의 선거에서든 자신을 알리고자 하는 행위는 정치적 표현의 자유나 피선거권, 공무담임권 등 기본권과 관련 있는 반면, 단순히 기간이나 방법에 관한 규정 위반으로 이미 당선된 의원의 의원직을 상실시키는 것은 부담이 따르기 때문이다. 반면 사법부가 비교적 엄단할 수 있는 부분이 바로 공천헌금과 같이 정치자금과 관련된 것이다. 공명한 선거를 위해서는 궁극적으로 해결되어야 할 부분이기 때문이다.

결국, 민사적인 방법이든 형사적인 방법이든, 사법부의 정당 비례대표 공천에 관한 통제는, 공천과 관련된 헌금 비리를 포함한 중대한 하자가 없으면 일단 정당의 자율적인 후보자 추천 결정을 존중할 수밖에 없다는 결론에 이르게 된다.

제3절 정당의 지역구후보 추천에 관한 사법적 통제

1. 일반론 : 통제의 필요성

상대다수대표제에 의한 지역구 선거는 선거제도 중 가장 오래되고, 기본적인 형태이다. 그만큼 지역구선거 후보자에 대한 정당 공천의 역사도

오래되었으며, 정당의 공천이 문제가 되어 사법부의 판단을 받았던 사안들도 대부분 지역구 선거 후보자의 경우였다.

정당의 지역구선거 후보자 추천에 있어서도 사법적 통제가 이루어져야 할까? 이는 이미 앞서 논의한 바와 같다. 즉, 사법적 통제를 피해갈 수는 없을 것이다. 다만, 그 통제의 정도에 대해서는 논란이 있을 수 있다. 지역구선거 후보자의 경우 비례대표 후보자와는 달리 궁극적으로 유권자의 선택을 받는다는 측면에서 비례대표 후보자 추천에 비하여 사법적 통제의 필요성이 약할 수 있다. 정당의 위법한 공천을 통해 후보자가 된다 하더라도, 그 후보가 경쟁력이 없다면 결국 경쟁의 자유시장에서 다른 당의 후보자와 경쟁을 하여 자연 도태될 것이기 때문이다.

그러나 우리나라의 현 정치상황이나 지역구 선거에서의 당선 분포 상황을 살펴보면, 이를 선거의 완전 경쟁시장이라고 평가하기에는 무리가 있다. 그 경쟁수준 및 자정작용의 수준이 특별한 공적 개입 없이 시장에 맡겨두기만 하여도 충분한 정도라고 볼 수도 없다. 특히 지역구 선거에서 문제가 되는 것은 우리 정치의 지역주의 성향이다. 흔히 영남지역은 새누리당의 표밭, 호남지역은 민주당의 표밭이라고 여겨질 정도로 매 선거 때마다 양분되는 경향을 보이고 있고, 이러한 지역에서 당해 정당의 공천을 받는 경우, 이는 거의 당선을 의미하는 것이다.

이러한 정치문화나 정치색을 개선하는 데에는 국민들의 정치 수준 향상, 의식 개선, 기존 국회의원들의 노력 및 기득권 포기 등이 필요하고, 상당한 시간이 소요될 것이다. 사법적 통제는 근본적이고 혁신적인 변화를 이루어내지는 못하지만, 지속력이 있고 집행력이 있으므로 그 효과를 기대할 수 있다. 특히, 정당의 공천이 곧 당선을 의미하는 지역에서는 공천이 단순히 선거의 예비과정이 아니라 선거과정의 일부라고 볼 수 있으므로, 위

법한 공천에 대한 사법적 통제가 강화되어야 바람직할 것이다. 다만, 사법부의 판단은 법적 안정성, 즉 일관성을 하나의 중요한 축으로 하고 있으므로, 개별적인 사안에 따라 그 사법적 통제의 강도를 조절하는 것이 쉽지는 않을 것이다.

2. 사법부의 정당공천 통제의 역사

2000년대 이전까지의 우리나라의 정당 공천 역사를 보면, 앞서 본 바와 같이 공직후보 추천이 도덕성이나 자질 등에 의하여 이루어진 것이 아니라 권력의 유지수단으로 이루어졌으므로 사법부로서는 이러한 비민주적인 공천을 통제해야 될 필요성이 있었다. 그럼에도 불구하고 사법부는 정당 공천에 관하여 정당의 자율성을 존중해야 한다는 이유로 사법심사의 대상으로 보지 않고 있었다¹³⁴⁾. 사법부가 정치분쟁에 개입하지 않음으로써 탈 정치화하여 스스로를 지키고자 하였던 의도도 있었겠으나, 결과적으로는 비민주적인 공천을 통제할 수 있는 마지막 기관인 사법부의 기능이 유명무실하였다고 볼 수 있다.

134) 사법부가 '사법심사의 대상이 되지 않는다'는 이유로 각하하면서 결정문에 인용한 주요 내용은 다음과 같다. [서울남부지방법원 2004. 3. 24. 2004카합395 후보자경선자격심사결정효력정지가 처분 결정 등 참조]

“헌법 제8조 제2항(중략), 정당법 제31조(중략)는 민주국가의 정당이 갖추어야 할 당내민주주의에 관한 규정으로서(중략) 정당의 공천 및 공천후보자 결정을 위한 경선적격 후보자 관정이 이러한 규정에 위배될 때에는 그 효력을 인정할 수 없다. 그러나 한편 정당의 자율성 역시 최대한 보장되어야 하는바(헌법 제8조, 정당법 제30조), 정당의 공천 및 공천후보자 결정을 위한 경선적격 후보자 관정은 정당의 자치규범인 당헌과 당규에 따라 정당이 자치적이고 자율적으로 결정하여야 할 사항이므로 **정당의 공천 및 공천후보자 결정을 위한 경선적격 후보자 관정이 위에서 본 정당의 민주주의 원칙이나 헌법, 정당법 등을 위배하는 것이 아닌 한 법원의 사법심사의 대상에 속한다고 볼 수 없다.**(필자 밑줄)

(중략) 피신청인의 당헌 및 당규 등을 종합하여 보면, 위 당헌 및 당규에 나타나 있는 각 부적격 사유들은 피신청인이 후보자의 경선적격 여부를 심사함에 있어 참작하여야 할 기준들을 예시한 것일 뿐 반드시 위와 같은 사유들의 유무만으로 후보자 적격여부를 심사판단하여야 한다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 이러한 **정당의 민주주의 원칙과 직접 관련이 없는 단순한 정당 내부 규정의 위배 여부는 법원의 사법심사의 대상에 속한다고 볼 수 없다.**(필자 밑줄)

오히려 2000년대 이후부터 공천과정에 대한 민주화가 진행되면서, 사법부 또한 실질적인 통제를 하기 시작했고, 위법한 공천의 경우 그 효력이 정지되어 권리를 구제받는 후보자들도 생겨났다. 현재의 각 정당의 공천과정은 이전에 비해 많이 민주화되었지만, 공천과 관련된 잡음과 시비가 끊이지 않는 것은 마찬가지이다. 또한 공천의 절대적인 숫자에 비하여 사법부에 사건화되는 경우가 많지는 않으나, 그래도 이전에 비하여 권리구제를 청구하는 경우가 많아지고 있는 추세이다.

오히려 정당 및 정당의 공천이 민주화되면서, 각 후보자들은 이를 다룰 가능성이 많아지고 있다. 그리고 사법부는 비민주적인 공천에 대해서는 계속적으로 통제를 해나가야 할 것이다. 아래에서는 2000년 이후 사법부가 정당의 지역구 공천을 어떠한 방법과 정도로 통제해 왔는지를 살펴보고, 적절한 통제였는지 여부를 평가한다.

3. 통제의 현황

가. 민사적 통제

사법부는 국회의원선거, 전국동시지방선거 등 전국적으로 큰 선거가 있는 때마다 공천의 효력을 다투는 분쟁에 있어 그 유무효를 통제하여야 하는 과제에 직면하고 있다. 이러한 통제에 있어서 특기할만한 점은 본안 소송보다 공천의 효력정지를 구하는 가처분 결정이 훨씬 많다는 것이다. 그 이유를 생각해보면, 민사소송 본안에서는 필연적으로 시간이 소요되어 법원의 결론이 나기 전에 이미 정당의 후보자 추천과 등록, 선거의 실시 및 당선자 확정 등이 모두 이루어지는 경우가 많아 대부분 ‘소의 이익’이 없어져 각하 판결을 받을 수밖에 없으므로¹³⁵⁾¹³⁶⁾, 즉각적인 실효성이 있는 가처분

이외에는 법원의 판단이 큰 의미가 없기 때문인 것으로 보인다.

이후 살펴볼 내용도 주로 법원의 공천효력정지 가처분에 관한 것이다. 아래에서는 법원이 신청인의 정당 공천 효력정지 가처분을 인용한 경우와 기각된 경우를 구분하여 살펴봄으로써, 어느 정도의 위법한 공천에 대하여 사법부가 통제 대상으로 삼고 있는지를 파악할 수 있을 것이다.

1) 인용된 경우

가) 민주당 전북 군산 지역구 후보 공천 가처분 사건 (서울지방법원 남부지원 2000. 3. 24.자 2000카합489 결정)¹³⁷⁾

법원은 2000년 전에는 대부분 정당의 공천에 대해서 개입하지 않는 입장을 고수하여 왔으나, 2000년에 처음으로 이 사건에서 민주당의 공천의 효력을 정지하는 가처분 결정을 하였다. 이 사건의 개요는 다음과 같다. 당시 민주당 전북 군산 지구당원인 신청인 중 함운경은 2000년 2월 1일부터 7일까지 제16대 국회의원선거 후보자 공천을 신청하였는데, 피신

135) 서울지방법원 남부지원 2000가합4396 공천무효확인 사건의 재판부는 아래와 같이 판시하였다.

“직권으로 원고의 이 사건 소가 확인의 이익이 있는지에 관하여 보건대, 무릇 확인의 소에 있어서의 확인의 이익은 현재의 권리 또는 법률관계에 관하여 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안 위험이 있고, 그 불안 위험을 제거함에 확인판결을 받는 것이 가장 유효적절한 수단일 때 인정되는 것이고, 이 사건에 돌아와 보면, 제16대 국회의원 선거 절차 중 하나인 정당의 후보자 공천은, 제16대 국회의원 선거가 정당 등의 후보자 추천과 후보자 등록을 거쳐 2000. 4. 13. 실시된 뒤 이미 당선자까지 확정되어 그 선거절차가 종료되었음은 공지의 사실이므로, 이미 과거의 법률관계에 불과하여 확인의 이익이 없다”

136) 서울지방법원 남부지원 공천효력정지가처분 결정(2000. 3. 29. 2000카합744 결정)에서 재판부는 공직선거및선거부정방지법 제50조 제1항이 “정당은 후보자등록 후에는 등록된 후보자에 대한 추천을 취소 또는 변경할 수 없도록” 규정하고 있으므로 공천절차의 흠결이 반드시 공천무효가 되는 것이 아니라고 판시하였으며, 현실적으로 국회의원 후보자 등록기간이 근접해 있는 시점에서 뒤늦은 공천효력정지 가처분 신청은 새로운 추천절차 개시 등의 현실적 구제가가능성이 없어 소의 이익이 없다고 보았다.

137) 서울지방법원 남부지원 공천효력정지가처분 결정(2000. 3. 24. 2000카합489 결정) (신청인 : 함운경, 황선주 / 피신청인 : 강현욱).

청인 강현욱은 공모기간이 지난 2월 22일 입당하고 제16대 국회의원선거 후보자로 2월 24일 공천을 신청하였는데, 민주당 중앙당에서는 위 강현욱을 지역구 후보자로 추천하였고, 이에 신청인이 새천년민주당을 피고로 하여 공천효력무효 확인소송을 제기하면서 피신청인을 상대로 본안판결시까지 이 공천의 효력을 정지하는 가처분 신청을 하였던 것이다.

이에 대하여 법원은 “정당이란 국민의 이익을 위하여 책임있는 정치적 주장이나 정책을 추진하고 공직선거의 후보자를 추천 또는 지지함으로써 국민의 정치적 의사형성에 참여함을 목적으로 하는 국민의 자발적 단체로서 헌법 및 정당법, 정치자금에관한법률 등에 의하여 일반 결사단체에 비하여 특별한 보호를 받고, 오늘날 국민들의 정치적 의사형성은 대체로 정당을 통하여 이루어지는데, 각종 선거에 임하는 정당들의 공천은 이러한 의사형성의 주요 과정이자 방법으로서 공직 선거의 필수적인 일부분으로 기능할 뿐만 아니라 공직선거라고 하는 국가적인 기능수행의 연장선상에서 이해해야 할 공적인 성격을 갖고 있기 때문에, 정당의 공천이 헌법과 정당법이 규정하고 있는 민주주의의 원리에 위배되거나 그 절차가 현저하게 불공정하거나 정당 스스로가 정한 내부규정에 위배되는 경우에는 사법심사의 대상이 되는데, 민주당의 이 사건 공천은 헌법과 정당법에 위배되며, 지구당 당원의 민주적인 절차에 관한 권리를 침해하는 것으로 효력을 인정할 수 없다”고 판단하였다¹³⁸⁾.

위 가처분 결정은 정당의 내부행위로 인정되어 온 공천의 효력정지를 결정함으로써, 당시 학계 등에 많은 논의의 대상이 되었으며, 하급심임에도 불구하고 중요한 결정으로 남게 되었다. 그러나 민주당은 법원의 이 가

138) 위 결정은 원문을 구할 수 없어 김창석, 전제논문, pp. 66-67; 전광석, 「공천효력정지 가처분 결정 -서울지법 2000. 3. 24. 2000카합489; 2000. 3. 29. 2000카합729 등-」, 헌법판례연구 2, 박영사, 2000, p. 157; 김종철, 「정치의 헌법화를 위한 첫걸음」-서울지법 2000. 3. 24. 선고 2000카합489와 서울지법 2000. 3. 29. 선고 2000카합744 공천효력정지가처분결정에 부쳐 -, 법과사회 19호, 법과 사회 이론학회, 2000, pp. 287-288에서 인용된 부분을 참조하였다.

처분결정 이후 3월25일 오전 9시부터 오후 6시까지로 공천신청 기간을 다시 공고한 뒤 같은 날 밤 11시 공천심사위원회를 소집해 강 의원의 공천을 다시 확정했다¹³⁹⁾. 관련 본안사건은 선거 종료 이후에야 변론 종결되어 법원은 확인의 이익이 없다는 이유로 각하판결을 내렸다(서울지방법원 남부지원 2000가합4396 공천무효확인 사건)¹⁴⁰⁾.

나) 민주당 안산 상록을 지역구 후보 공천 가처분 사건 (서울남부지방법원 2004. 3. 24.자 2004카합580 결정)

2004년에도 법원은 민주당의 공천에 관하여 또 한 번의 통제를 시도했다. 바로 서울남부지방법원 2004카합580 공천효력정지가처분 결정 사건이다. 이 사건의 개요는 이리하다. 민주당은 2004. 1. 17.까지 제17대 국회의원선거 후보자 공모를 하였고, 이 기간 동안 신청인 노영철을 포함하여 모두 9인이 피신청인의 제17대 국회의원 선거 안산 상록을 선거구 후보자 추천을 신청하였다. 민주당은 위 9인에 대하여 당헌에 따른 경선을 실시하여 위 지역구의 후보자를 추천하기로 결정하였음에도, 경선을 실시하지 아니하고 2004. 3. 2. 위 지역구에 후보자 추천 신청을 하지도 않은 최인호를 위 지역구의 후보자로 추천하기로 결정하였다. 이에 신청인은 위 공천이 무효라고 주장하며 이 사건 가처분을 청구하였던 것이다.

이에 대하여 법원은, “이 사건 공천에 있어서, 피신청인(민주당)은 스스로 결정한 경선을 실시하지 않은 채 후보자 공모기간 중 이 사건 지역구에 공천 신청도 하지 않은 최인호를 어떠한 절차에 의한 것인지도 전혀 알 수 없는 상태에서 이 사건 지역구 후보자로 추천하기로 결정하였고, 당헌에

139) <http://legacy.h21.hani.co.kr/h21/data/L000327/1p703r01.html>

140) 해당 재판부는 “제16대 국회의원 선거 절차 중 하나인 정당의 후보자 공천은, 제16대 국회의원 선거가 정당 등의 후보자 추천과 후보자 등록을 거쳐 2000. 4. 13. 실시된 뒤 이미 당선자까지 확정되어 그 선거절차가 종료되었음은 공지의 사실이므로, 이미 과거의 법률관계에 불과하여 확인의 이익이 없다”고 판시하였다.

정해진 이의신청에 대하여도 아무런 조치를 취하지 않고 있는바, 이는 헌법과 정당법에 위배됨은 물론 타 공천신청자나 해당 지구당 당원의 민주적 절차에 관한 권리를 근본적으로 침해하는 것이어서 그 효력을 인정할 수 없다”고 판시하였다. 법원의 이 사건 효력정지가처분 결정으로 민주당의 이 사건 지역구 후보였던 최인호는 민주당의 비례대표후보(8번)로 전환되었으며 이 사건 지역구 후보자로 신청인이 확정되었다¹⁴¹⁾. 신청인은 이후 본안사건인 서울남부지방법원 2004가합3551, 4400 사건의 소를 스스로 취하하였다.

그러나 이 경우를 제외하고는 2004년에도 사법부의 기본 입장은 정당의 공천이 사법심사의 대상이 되지 않는다는 것이었다. 그런데 이 시기의 판결을 살펴보면, 정당 공천을 단순히 사법심사의 대상이 되지 않는다는 이유로 각하 판결을 하지는 않고, 본안 판단으로 들어가 실질적으로 위법성이 없는 경우에만 “사법심사의 대상이 되지 않는다”는 판결을 하고 있는 것을 알 수 있다. 이는 소송요건을 먼저 판단하고, 소송요건이 구비되지 아니한 경우 본안요건을 심사하지 아니하는 법원의 기존 판단과정과 상치되는 것인데, 그 이유는 정당 공천에 관한 통제의 필요성이 대두되면서 법원이 기존의 입장에서부터 변화하는 과도기에 있었기 때문으로 판단된다¹⁴²⁾.

141) 인터넷 중앙일보 2004. 3. 26.자 기사

http://article.joins.com/news/article/article.asp?Total_ID=315383,

인터넷 경기신문 2004. 3. 31.자 기사

<http://www.kgnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=49562>

142) 서울남부지방법원 후보자경선자격심사결정효력정지가처분 결정 (2004. 3. 24. 2004가합395 결정)에서 재판부는 “피신청인의 당헌 및 당규 등을 종합하여 보면, 위 당헌 및 당규에 나타나 있는 각 부적격 사유들은 피신청인이 후보자의 경선적격 여부를 심사함에 있어 참작하여야 할 기준들을 예시한 것일 뿐 반드시 위와 같은 사유들의 유무만으로 후보자 적격여부를 심사판단하여야 한다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 이러한 정당의 민주주의 원칙과 직접 관련이 없는 단순한 정당 내부 규정의 위배 여부는 법원의 사법심사의 대상에 속한다고 볼 수 없다.(필자 밑줄)”고 판단하였는데, 사법심사의 대상이 아니라고 판단하였다면 자치규범이라고 할 수 있는 당헌과 당규를 살펴볼 이유가 없음에도 그 내용을 통하여 결론을 이끌어내고 있다는 점에서 과도기적인 결정이라 평가된다.

다) 후보자 자격 관련 사건

(1) 포천군수 공천 사건 (서울남부지방법원 2010. 4. 28.자 2010 카합235 결정)

이 사건은 정당의 당헌·당규에 따라 당해 후보자가 추천받을 자격이 있는지와 관련하여 다투어진 사건이다. 한나라당 경기도당 공천심사위원회는 2010. 4. 9. 서장원을 포천시장 선거 후보자로 추천하여, 한나라당 중앙당이 2010. 4. 12. 최고위원회를 통해 서장원을 포천시장 후보로 확정하였는데, 서장원은 2002년 한나라당 정당에 입당하여 포천군수 후보 경선에 참여하였다가 패배한 후 무소속으로 포천군수 선거에 출마한 전력이 있는 사람이었다. 당시 한나라당의 당규인 공직후보자추천규정 제9조(부적격기준) 제9호에서는 “탈당, 경선불복 등 해당 행위자”를 공직후보 부적격자로 규정하고 있었고, 이에 신청인들은 서장원이 피신청인 당규상의 공천부적격자에 해당함에도, 피신청인이 서장원을 후보로 확정하는 것은 무효라고 주장하며 가처분 신청을 하게 된 것이다.

이에 대하여 법원은 “피신청인의 당규상 공직후보 부적격자인 서장원을 후보자로 삼은 피신청인의 결정이 당규에 위배되는 것으로서, 다른 사정이 없는 한 민주적 절차에 따르지 아니하여 그 효력을 인정할 수 없다. 더구나 당내 경선 결과에 불복하고 같은 선거구에 재출마 하는 것이 공직선거법상 금지되어 있는 점(공직선거법 제57조의2 제2항)을 감안하면 피신청인의 위 당규 규정은 후보결정에 있어 준수되어야 할 매우 중요한 민주적 원칙이라 할 것이다. 피신청인은 그동안 그 사유에 관하여 아무런 설명을 하지 않고 있음이 기록상 소명되고, 더구나 이 사건 심리종결시까지도 아무런 답변조차 하지 않고 있다”는 이유로 서장원을 한나라당 제5회

동시지방선거 포천시장 후보자로 추천하기로 한 결정을 당사자간 공천무효 확인의 소 본안판결 확정시까지 효력을 정지하였다.

이러한 인용결정에 대하여 한나라당 측은 가치분 이의를 신청하였는바, 동 재판부는 이의를 받아들여 위 인용결정을 취소하였다(같은 법원 2010 카합310 가치분이의 사건). 이는 가치분이의 사건에서 한나라당이 서장원을 후보로 추천하게 된 경위에 관하여 소명자료를 제출하였기 때문인 것으로 보이는데, 재판부는 ① 피신청인이 서장원의 탈당 당시 존재하지 아니하던 위와 같은 자격제한 규정을 서장원에게 적용하지 아니하기로 결정하였더라도 이를 위법하다고 단정할 수 없고, 기록 및 심문 전체의 취지에 의하면 서장원이 2002년 당시 참여했던 ‘경선’은 현재 시행되는 ‘국민참여 경선’과는 차이가 있는 점, ② 또한 정당의 자율적 결정권한을 감안하면, 피신청인으로서 탈당하거나 경선불복자에 대하여 경선불복의 경위, 탈당 이후의 처신 및 복당한 이후 피신청인을 위하여 기여한 정도 등을 종합적으로 고려하여 공직후보자로서의 적격여부를 판단하여 형식적인 부적격 사유에도 불구하고 후보자로 추천하는 것이 가능하다고 봄이 상당한 점, ③ 서장원이 탈당한 이후 무소속으로 2008. 6. 13. 포천시장 보궐선거에 출마하여 당선된 후, 포천시장의 직무를 수행하면서 대통령표창을 받는 등 활발한 활동을 보인 것을 높게 평가한 피신청인이 2010. 2.경 서장원을 인재영입대상자로 선정하여 복당하게 한 점 등을 들어 한나라당이 서장원을 후보자로 정한 결정은 나름의 합리성을 갖추고 있다고 보이고, 달리 그 결정이 민주적 절차에 위배되어 효력이 부인되어야 할 정도로 중하다고 보이는 않는다고 판단하였다.

보전소송에서는 일반적으로 보전처분의 긴급성과 임시성이라는 특질에 기하여 사실인정에 증명을 요구하지 않고 소명으로 충분하도록 하고 있지만, 그 가치분의 종류에 따라 요구되는 소명의 정도는 다를 수 있다¹⁴³⁾. 특히 공천의 효력을 정지하는 이러한 가치분의 경우 공천후보자들의 권리

와 지위에 심대한 영향력을 미칠 수 있기 때문에(오히려 본안소송의 경우 그 효과가 반감된다), 신속성만큼이나 정확한 판단이 요구되며, 가처분의 경우라도 이를 가볍게 번복하는 것은 타당하지 않다. 결국 이 사건의 경우 정당이 자신의 당규에 위배된 공천을 하였고, 그것이 문제가 되어 사법부에 제소되었음에도, 아무런 해명자료를 제공하지 않은 정당의 태도에 문제가 있으나, 만약 제도적으로 정당이 소명자료를 제출하도록 되어 있었다면 이러한 불상사를 방지할 수 있었을 것으로 보인다.

(2) 광주 서구 시의원후보 공천 사건 (광주지방법원 2010. 5. 7.자 2010카합525 결정)

이 사건의 경우도 마찬가지로 공천 후보자의 자격과 관련된 사건이다. 2010. 6. 2. 실시되는 광주 서구 제3선거구 시의원 선거 민주당 후보 선출과 관련하여 경선이 이루어졌는데, 민주당 광주광역시당은 2010. 4. 17. 경선 신청자 중 송용욱, 김영남 및 박금자를 경선 후보자로, 신청인 김성숙을 차순위 후보자로 각 결정하고 2010. 5. 1. 위 경선 후보자들을 대상으로 경선을 실시하여 송용욱을 민주당 후보자로 결정하였다. 그런데 신청인은, 이 사건 후보자 중 박금자는 경선에 불복하여 탈당한 전력이 있는 자로서 경선에 참여할 자격이 없었으므로, 이 사건 경선은 무효라고 주장하며 이 사건 가처분 신청을 하였다.

이에 대하여 법원은, 박금자가 2006. 5. 31. 실시되었던 광주 서구 제3선거구 시의원 선거에 열린우리당 후보자로 출마하기 위하여 경선에 참여하였다가 탈락한 후 열린우리당을 탈당하고 광주 서구 제4선거구에서 무소속 후보로 출마하였고, 열린우리당의 당헌 제116조는 “경선 결과에 불복하여 당해 공직선거에 출마한 자는 탈당한 날로부터 5년간 복당을 할

143) 정선주, 「가처분절차에서의 소명」, 『한국민사소송법학회지』 13-2권, 한국사법행정학회, 2009, pp. 254-255. 참조

수 없다”고 규정하고 있었던 점, 열린우리당은 2007. 8. 21. 대통합민주신당에 흡수합당되었고, 대통합민주신당은 2008. 2. 18. 민주당과 합당하여 통합민주당으로 신설합당하였으며, 통합민주당은 2008. 7. 11. 민주당으로 그 명칭이 변경되었는데, 정당이 합당한 경우 합당으로 신설 또는 존속하는 정당은 합당 전 정당의 법률관계를 포괄적으로 승계하므로, 열린우리당의 당헌에 의하여 복당이 금지된 박금자는 열린우리당의 법률관계를 포괄적으로 승계한 민주당에 2011. 5.까지는 복당할 수 없다고 할 것이며, 가사 정당의 자율성을 존중하여 정당 내부의 심사 절차를 거쳐 복당이 가능하다고 보더라도 박금자가 복당 절차를 거쳤다는 점에 관한 자료가 없는 점을 들어 박금자는 민주당의 당원이 아니라고 판단하였다. 따라서 민주당 광주광역시당이 2010. 4. 17. 경선 신청자 중 송용욱, 김영남 및 박금자를 경선 후보자로, 신청인을 차순위 후보자로 각 결정하고 2010. 5. 1. 위 경선 후보자들을 대상으로 실시한 경선은, 당원이 아닌 자를 경선 후보자로 참여하게 하여 적법하게 경선 후보자로 선정되어 경선에 참여할 수 있었던 신청인을 배제한 중대한 하자가 있어 무효라 할 것이고, 신청인이 경선에 참여하였다면 경선의 결과가 지금과 같이 아니하였을 개연성이 있으므로, 그 가처분 신청은 이유 있다고 하여 받아들였다.

그러나 이러한 법원의 결정은 받아들이기 어렵다. 박금자의 경우 위 결정과 같이 열린우리당을 포괄적으로 승계한 민주당에 복당한 것으로 볼 수도 있지만, 시각에 따라서는 당시 열린우리당 외에도 민주당이 계속 존재하였으므로, 열린우리당을 탈퇴한 후 새로운 정당인 민주당에 가입했다고 볼 수도 있으므로, 이러한 경우 그 후보자의 자격과 관련된 판단에 있어서는 1차적으로 정당의 판단을 우선시하여야 할 것이다. 이 사건 경선에서 민주당은 박금자에게 정당원의 자격 및 후보자의 자격을 부여한 것으로 보이는바, 신청사건에서는 이러한 부분이 제대로 다루어지지 않은 것으로 보이지만, 만약 정당이 위와 같은 결단을 한 것이라면 ‘특별한 복당절차’ 없이도 그 자격을 인정해야 할 것으로 보인다.

또한 이 사건 경선에서 송용욱이 광주 서구 제3선거구의 민주당 후보로 선정되었는데, 이 사건에서 문제가 된 것은 후보자 당선인이 아닌 경선 후보자 중 1인이었던 박금자의 경선 후보자 자격이다. 따라서 이 사건 가처분의 보전의 필요성을 살펴보기 위해서는, 신청인이 경선 후보자가 되었을 경우 “경선의 결과”가 지금과 같지 아니하였을 개연성, 즉 “송용욱이 아닌 다른 사람이 후보자로 당선될 가능성”이 있어야 한다. 이 사건 재판부는 그러한 가능성이 있다고 판단하면서도, 그 이유에 관하여서는 아무런 설명이 없으므로, 가처분 인용결정이라 하더라도 이를 타당한 결정으로 받아들이기는 힘들다.

라) 경선 부정 관련 사건 (전주지방법원 2010. 5. 3.자 2010카합202 결정)

지방자치회의의원후보 선정과 관련하여 각 시·도당에서 경선 부정이 발생한 경우, 법원은 그 후보자 결정 효력을 정지하였다. 전주지방법원 2010 카합202 사건이 이에 해당하는데, 사건의 개요는 이러하다. 민주당 전주완산을 지역위원회에서는 2010. 6. 2. 시행되는 제5회 전국동시지방선거에 전라북도의회의원 전주시 제4 내지 5 선거구, 전주시의회의원 전주시 마내지 아 선거구의 후보자를 추천하기 위하여 2010. 4. 3. 당내경선을 실시하였고, 김철영은 민주당 당원으로서 위 경선의 전주시의회의원 전주시 사 선거구 후보자였다. 위 경선은 민주당 당원 중 전주 완산을 지역위원회의 지역대의원 219명이 각 선거구의 후보자들에게 투표하는 형식으로 이루어졌는데, 특이한 점은 위 경선이 하나의 선거인단이 여러 선거구의 후보자에게 투표하는 형식으로, 다른 선거구의 후보자 사이에 서로 담합하여 자신을 지지하는 대의원에게 다른 선거구에는 담합한 상대에게 투표하라고 말하는 등으로 표를 상호교환할 수 있었다는 점이다. 당시 위 경선의 선거

관리위원이었던 이옥범과 노진열은 위 각 선거구에서 자신들이 원하는 후보자를 당선시키기 위하여 전주 완산을 국회의원인 장세환의 지시라는 명목 아래 대의원들의 지지 성향을 파악하여 위 사선선거구에서는 박현규, 전병욱에게 투표하도록 대의원들을 설득하였고, 이옥범은 위 사선선거구 후보자인 박현규, 전병욱과 마선선거구 후보자인 김현덕, 이종수에게 표를 상호 교환하도록 하였다.

이에 대하여 법원은, 이 사건에서 법원은 신청인의 주장과 같이 노진열과 전병욱이 서로 합의하여 이 사건 경선의 대의원 중 불안향우회 소속 회원들에게 전병욱을 당선시키기 위하여 부당한 영향력을 행사하였으며, 이옥범 또한 대의원들의 지지성향을 미리 파악하는 등 위 사선선거구에서 박현규와 전병욱을 당선시키기 위하여 부당한 영향력을 행사하였으므로, 이 사건 경선은 선거관리위원의 중립의무를 규정한 피신청인의 제5회 전국동시지방선거후보자추천을 위한 당원경선시행세칙 제6조에 반하는 동시에 헌법과 정당법에 정한 민주적 절차에 따르지 아니한 것으로 판단하였다. 반면, 아래에서 보는 바와 같이 이 사건 ‘마’, ‘아’선거구의 경우 노진열, 이옥범의 위와 같은 행위들로 인하여 경선의 결과에 부당한 영향을 주었다고 보기 어려워, 당해 선거구 신청인들의 가처분을 기각하였다.

마) 여론조사의 오류 관련 사건 (서울남부지방법원 2010. 5. 10.자 2010카합316 결정)

한나라당은 경선 대신 여론조사로 갈음할 수 있다는 당헌 제97조에 의하여 일부 지역에서는 여론조사로 후보 결정을 하기로 하였는데, 당해 여론조사에 있어서 문제가 있는 경우 후보자가 가처분을 구하는 경우도 있었다.

양산시 한나라당 시장 후보 공천과 관련해서 문제가 된 사건에

따르면 당시 한나라당 당원이던 나동연(신청인)과 조문관은 2010. 6. 2. 시행되는 경상남도 양산시장 선거에 한나라당의 후보로 출마하고자 후보자 추천을 신청하였다, 한나라당은 예비후보자들과의 사전 합의를 거쳐 양산시장 후보자 선정을 위한 당내경선을 여론조사방식으로 진행하기로 하고, 주식회사 한국리서치와 주식회사 리서치&리서치를 여론조사기관으로 선정하였다. 한국리서치는 5일간 총 156명의 조사원을 투입하여 여론조사를 실시하였고, 그 응답률은 7.9%였으며, 리서치&리서치는 2일간 28명의 조사원을 투입하여 여론조사를 실시하였고, 응답률은 42.3%였다. 여론조사 결과, 한국리서치의 경우 나동연 36.6%, 조문관 28.5%를 획득한 것으로 보고되었고, 리서치&리서치의 경우는 조문관 37.8%, 나동연 26.9%를 각 획득한 것으로 보고되었다. 한편, 신청인이 거주하여 왔고 시의원으로서 활동하여 온 삼성동이 포함된 다 선거구에서, 한국리서치의 여론조사에 있어서는 신청인이 42.6%, 보조참가인이 26.8%의 지지율을 얻은 반면, 리서치&리서치의 여론조사에 있어서는 반대로 신청인이 21.1%, 보조참가인이 49.8%의 지지율을 얻은 것으로 보고되었다. 한나라당은, 위 여론조사 결과만을 토대로, 신청인이 31.75%, 보조참가인이 32.9%의 지지를 각 얻어 1.15%의 차이로 보조참가인이 앞섰다고 보아, 2010. 5. 3.자 최고위원회 의결을 거쳐 보조참가인을 양산시장 후보자로 확정하였다. 이에 신청인은 위 각 여론조사 결과에 통계학적 오류가 있으며, 특히 리서치&리서치의 여론조사는 신청인의 지역구인 삼성동(다 선거구)을 의도적으로 배제차고 실시하는 등 중대한 하자가 있으므로, 보조참가인을 후보자로 선정한 피신청인의 결정의 효력은 정지되어야 한다고 주장하면서 이 사건 가처분을 신청하였던 것이다.

이 사건 재판부는, 한국리서치의 여론조사결과는 나동연이 조문관보다 8.6% 앞서는 반면, 리서치&리서치의 여론조사결과는 조문관이 10.9% 앞서는데, 이는 각 여론조사기관이 스스로 밝히고 있는 표본오차

및 신뢰수준을 감안하더라도 두 여론조사를 선택 믿기 어렵고, 이 사건 여론조사 결과 외에 달리 추가하여 조문관을 후보자로 선출하기 위하여 고려한 별다른 자료가 없는 점, 위 각 여론조사 결과를 합산하여 산출된 양 후보의 지지율과 차이가 매우 근소한 점에 비추어 보면, 피신청인이 위와 같이 신뢰하기 어려운 각 여론조사결과 만으로 후보자를 선출한 결정에는 위 각 여론조사결과가 실질적인 영향을 미쳤고 그 하자의 정도가 매우 중대하다고 판단하였다. 따라서 한나라당이 조문관을 한나라당 양산시장 선거후보자로 확정된 위 결정은 헌법, 정당법 등이 정한 민주적 절차에 위배된다고 보았다.

이 사건 결정은 우리나라 지역정당 구도에 있어서 공천의 중요성과 여론조사방식에 의한 공천이 문제될 가능성을 보여주고 있다. 양산시장 선거에 있어서 경상도 쪽에서 지역기반을 갖고 있는 한나라당의 공천을 받는 것은 선거에 거의 당선되는 것과 마찬가지로, 신청인으로서 위와 같은 공천결과에 관하여 불복할 수밖에 없었을 것이다.

각 정당은 나름대로의 민주적 절차와 방법을 통해 후보자를 내세울 수 있다. 유권자의 참여 및 의견반영률이 높은 국민참여경선의 경우, 경선 관리가 투명하다면 그만큼 높은 수준의 민주성을 담보할 수 있겠지만, 비용이 많이 들고 절차가 번거로운 단점이 있다¹⁴⁴⁾. 따라서 차선책으로 생각해 볼 수 있는 것이 여론조사인데, 이후 정당에서 여론조사를 통해 지역구후보자에 대해서 (혹은 비례대표 후보자에 대해서도) 공천을 실시할 가능성이 높다. 그런데 이 사건과 같이 두 여론조사기관에서 실시한 조사 결과가 그 표본오차를 고려하더라도 전혀 다를 가능성이 항상 존재하고, 조작 가능성 또한 존재한다. 또한 여론조사의 경우 문제가 없으나 이를 반영하는 과정에서 비율로 반영할 것인지, 응답수 자체로 반영할 것인지, 비

144) 국민참여경선의 문제점에 관하여는 성승환, 전계논문, pp. 56-60 참조

율로 반영한다면 그 반영된 비율이 타당한지에 관한 문제가 있다.

바) 의사정족수, 의결정족수 관련 사건(광주지방법원 2010. 5. 11.자 2010카합544)

이 사건의 경우 경선의 선거인 확정 절차에 있어서 위법이 개입한 경우이다. 민주당 광주광역시당은 2010. 6. 2.자 시행 광주광역시 서구 제 1·2선거구 민주당 광역·기초의원 선거에 민주당 후보자를 공천하기 위하여 후보자공모를 실시하였고, 신청인 박선동(선정당사자) 및 선정자들은 위 공모절차에 참여하였으며, 민주당은 제5회 전국동시지방선거후보자추천을 위한 당원경선시행세칙 제3조 제3항에 따른 ‘당원경선’의 방식으로 최종 공천자를 결정하기로 하였다. 그런데 위 시행세칙 제14조 제1항에 따르면 선거인명부는 선거일 전 3일까지 확정되어야 한다고 규정하고 있었다. 그런데 민주당은 위 세칙 규정에 반하여 민주당 광주서구 1·2 선거구 공천후 보경선을 실시하기 1일 전에 당시 이미 작성·확정되어 있던 선거인명부에 56명을 추가하였다. 이로써 이 사건 경선에 관한 선거인단은 위 추가된 56명을 포함하여 총 747명에 이르게 되었다. 그 후 민주당은 2010. 4. 24. 이 사건 경선을 시행하였고, 선거인단 중 328명이 이 사건 경선에서 투표를 하였는데 그 결과 각 후보신청인들의 득표수는 아래와 같았다.

	선거명	후보신청자	득표수
서구 제1선거구	시의원	이춘문	168
		선정자 염동익	155
서구 제2선거구	시의원	김보현	192
		안상록	91
		선정자 이재인	42
	구의원	오광교	99
		강인택	74
		고선란	63
		신청인(선정당사자)	44
	박신애	41	

이에 민주당은 광주 서구1선거구 시의원 후보로 최다득표자 이춘문을, 광주 서구2선거구 시의원 후보로 최다득표자 김보현을, 같은 선거구 구의원 후보로 득표순 3위까지인 오광교, 강인택, 고선란을 각각 당선인으로 결정하였다. 이에 신청인을 포함한 선정자들은 민주당의 위와 같은 당선인 결정에 관하여 효력을 정지해 달라는 가처분을 신청하였다.

이에 대하여 법원은 신청인 박선동, 선정자 염동익의 경우는 그 가처분 신청을 인용하였고, 선정자 이재인의 경우 이를 기각하여 달리 판단하였는데, 결국 위법하게 추가된 선거인의 수가 경선 결과에 영향을 미친 경우 그 경선에 따른 후보자 추천이 위법하다고 본 것이고, 그 선거인을 제외하더라도 경선 결과에 영향이 없는 경우 후보자 추천은 정당하다고 본다.

법원이 공천 관련 가처분을 인용한 경우를 보면 어느 정도의 경향성을 띠고 있는 것으로 파악된다. 이는 법원이 정당의 자율성을 해치지 않는 범위 내에서 위법한 공천을 통제하기 위하여 나름대로의 방법을 고안해 낸 것으로 보인다. 아래에서 좀 더 구체적으로 서술한다.

2) 기각된 경우

가) 전략지역 관련 사건(울산지방법원 2004. 3. 24.자 2004카합160 결정)

재판부는 이 사건에서 정당이 지역구 공천에 있어 전략지역으로 결정하고 하향식 공천을 한 경우 이를 정당의 자율권 범위 내에 있는 것으로 보았다. 사건의 개요는 다음과 같다. 당시 열린우리당 울산광역시 울주군 지구당 창당준비위원회는 2003. 12. 16. 울산광역시 지부의 구성

과 제17대 국회의원 선거를 위한 지구당의 창당 및 국회의원 후보 선출에 대하여 협의하며, 국회의원 후보 선출은 “모든 유권자를 대상으로 여론조사 표본추출 방식으로 구성된 선거인단에 의한 경선을 원칙으로 한다”는 것에 합의하였는데, 이후 열린우리당 중앙당에서 위 지역구를 열린우리당 당헌 부칙 제4조 제3항¹⁴⁵⁾이 정하는 ‘전략지역’으로 결정하여 강길부(피신청인)를 위 지역구 국회의원 후보로 추천하려는 움직임을 보임에 따라 이에 대한 울주군 지구당 운영위원장과 운영위원들 및 위 경선 후보들의 항의가 이어지는 가운데, 2004. 2. 17. 열린우리당에 입당함과 아울러 위 지역구의 국회의원 후보 신청을 한 강길부와 열린우리당 울산광역시 지부장 송철호, 울주군 운영위원장 성인수 및 위 경선 후보자들을 대표한 이복 등 4인 사이에 이 사건 지역구 후보자 선출에 있어서 국민경선을 치루기로 합의¹⁴⁶⁾하였다. 위와 같은 합의에도 불구하고, 열린우리당이 경선을 치루지 아니한 채 그 당헌 부칙 제4조 제3항에 따라 공천심사기구의 심사를 거쳐 강길부를 위 지역구 국회의원 후보로 결정하자, 신청인들은 이 사건 가처분신청을 제기하였다.

이에 대하여 법원은, ① 경선 후보자들 사이에 이루어진 합의가 위 당에 대하여도 당헌 부칙 제4조 제3항의 규정에 따른 국회의원 후보자 추천을 배제하는 직접적인 기속력을 가진다고 보기는 어렵고, ② 신청인들이 요구하는 바처럼 전면적인 상향식 경선제를 관철할 때에만 정당법이 천명한 당내 민주주의의 원칙에 부합하는 것이라 단언하기 어려우며, ③ 정치

145) 당시 열린우리당 당헌 부칙 제4조 제3항은 다음과 같다.

부칙 제4조(제17대 국회의원 후보자 추천 관련 특례)

③ 제17대 국회의원 지역구 총수의 30% 이내의 지역구에 관하여는 당헌 98조 규정에 불구하고, 중앙위원회 산하에 당내와 당외 인사를 동수로 하는 20인 이하의 위원으로 구성된 공천심사기구의 심사를 거쳐 중앙위원회의 의결로 후보자를 추천할 수 있다.(하략)

146) 그 합의내용은 아래와 같다.

“1. 울산광역시 울주군 예비후보자 및 강길부 전 차관(피신청인)은 열린우리당 울산시지부 운영위원회 연석회의에서 당헌당규에 따른 국민참여 경선에 참여하기로 합의한다.

2. 송철호 시지부장은 합의된 상기 사항을 중앙당에 건의하여 울주군을 전략지역에서 해제하고, 당헌당규에 따른 국민경선을 치루기를 요청한다.”

적 결사로서 정권의 획득을 그 일차적 목표로 하는 것이 정당의 본질인바, 지금에 이르기까지 우리나라의 정치 현실에 나타난 지역 정당적 특성과 함께 열린우리당의 출범시기, 위 부칙 규정의 일회성·한시성 및 예외를 허용한 지역구의 비율이 30% 정도인 점, ④ 정당에 대한 법적 규제는 그것이 가능한 경우라 할지라도 정당의 자율성이라는 관점에서 보다 엄격한 기준하에 제한적으로 이루어져야 할 필요성이 있는 점 등 제반의 사정에 비추어 보면, 위 부칙 규정이 그 규정 자체에 의하여 정당법에 반하는 것으로서 무효라거나, 열린우리당이 그 자치규범인 당헌에 규정된 위 부칙 규정에 의하여 피신청인을 국회의원 후보자로 결정·추천한 것 또한 무효가 되어 당원인 신청인들의 권리를 침해한 것이라고 보기는 어려우므로, 위 공천은 정당하다고 판단하였다.

전략지역 선정은 현재 각 정당의 당헌·당규상 유일하게 남아있는 공식적인 하향식 공천제도로 볼 수 있다. 어떠한 지역이 전략지역으로 선정되는지 여부는 기본적으로 당 지도부의 판단에 의한 것이기 때문에, 당해 지역구에 출마하고자 하였던 후보자로서는 그 결정이 불합리하다고 느낄 수 있다. 그러나 일정 비율을 초과하지 않는 부분에 한해서는 정당의 자율적인 결정을 존중해 주어야 할 필요성도 분명히 존재한다. 따라서 전략지역 문제를 심사하는 재판부로서는 다양한 요소들을 고려하여 판단할 수밖에 없는데, 당헌·당규에 반하지 않는다면 기본적으로 현상유지적인 판단을 할 수밖에 없을 것이다. 이는 제4절의 한계 부분에서 후술한다.

나) 선거부정 관련 사건 (전주지방법원 2010. 5. 12.자 2010카합 228 결정)

이 사건의 기본적 사실관계는 앞서 본 전주지방법원 2010카합202 사건과 비슷한 경우였는데, 이 사건에서는 민주당의 지방의회의원 후보 경선에

참여하였던 전라북도의회의원 전주시 4, 5 선거구 후보자, 전주시의회의원 마, 아 선거구 후보자였던 신청인들이 마찬가지로 이 사건 경선이 민주적 절차에 위배된다는 이유로 경선효력정지 가처분을 구한 사건이었다.

그런데 법원은 ‘사’선거구에 관한 이옥범, 노진열의 행위가 위 ‘사’선거구 이외에 이 사건 선거구를 포함한 다른 선거구의 경선결과에도 영향을 미쳐 이 사건 경선 전체의 효력을 부인할 정도에 이른다고는 볼 수 없고, 결국 이 사건 각 선거구별로 이옥범, 노진열에게 경선에 영향을 미쳐 이 사건 경선의 효력을 부인할 정도의 잘못이 있는지 여부를 개별적으로 판단하여야 할 것인바, 이옥범이 이 사건 선거구와 관련하여 대의원들의 지지 성향을 파악하였다는 사정만으로는 이 사건 선거구의 경선결과에 영향을 미쳤다고 단정하기 어렵고, 제출된 자료만으로는 대의원들에게 식사(향응)를 제공하거나 대의원 추천인들을 통하여 특정 경선후보자에게 투표하도록 대의원들을 설득하여 이 사건 경선결과에 부당한 영향을 주었다고 보기 어려워, 경선 결과로 인한 후보자 결정에 문제가 없다고 판단하였다.

다) 컷오프 제도 (서울남부지방법원 2012. 3. 20.자 2012카합177 결정)

한나라당은 19대 국회의원 선거에서 한나라당 소속 현역 국회의원 중 경쟁력 등이 부족한 하위 약 25%(인원수로는 약 32명)을 공천에서 원칙적으로 배제하는 제도, 이른바 ‘컷오프 제도’를 도입하고, 신청인 강승규가 이에 포함되었다고 결정하여 공천 대상자에서 제외하였다. 이에 신청인 강승규는 컷오프의 비율, 평가항목 등이 자의적이라며 다투었으나, 재판부는 정당이 스스로의 쇄신 등을 위하여 도입한 제도이고, 이는 정당의 재량 범위 내에 있는 것이므로 정당의 자율성을 인정하여 그 신청을 기각하였다. 다만, 재판부도 방론으로 조사대상인 현역 국회의원을 몇 명으로 할

것인지, ‘비율(예컨대 25%)’과 ‘인원수(예컨대 32명)’ 중 무엇이 기준인지 등 정당의 입장에 불분명한 점이 없지 아니하였고, 이 사건 컷오프 평가항목 역시 신청인의 주장처럼 합리성이 부족해 보이는 부분이 없지 않으므로, 차후 정당이 이 사건 컷오프 제도의 기준 및 운영지침을 구체화하고 당헌 및 당규에 명문화할 필요는 있어 보인다고 판시하였다.

19대 4·11 총선 당시 새누리당은 ‘현역의원 25% 컷오프’ 원칙에 따라 기준에 미달하는 현역의원을 공천하지 아니하고, 당해 지역구를 전략 지역으로 배정하거나 다른 후보자를 공천하였다. 이에 대하여 탈락 당사자들은 “납득하지 못하겠다”, “구체적인 컷오프 기준을 공개하라”는 등 항의가 빗발쳤고¹⁴⁷⁾, 일부 후보자들은 탈당하여 무소속으로 출마하기도 하였다¹⁴⁸⁾. 민주당의 경우 컷오프 제도를 공식적으로 도입하지는 않았으나, 호남 지역에서 사실상 컷오프가 이루어짐에 따라 마찬가지로 반발하는 후보자들이 탈당하는 사태가 발생하였다¹⁴⁹⁾. 정당의 쇄신책으로 도입된 컷오프 제도는 국회의원들의 경쟁력을 제고하고 정치신인들에게 활로를 제공한다는 측면에서 의미가 있지만, 지역구에서 지지율을 확보하고 있는 기성정치인들의 지위를 위협하므로 다소간의 반발이 충분히 예상된다. 따라서 당규, 혹은 각 정당의 공천실무지침에 이를 공식화하고 어떠한 절차 및 방법으로 제도를 시행할지 공개할 필요가 있다.

라) 기타 경미한 하자로 본 사안

사법부는 공천에 하자가 있는 경우라고 해도 경미한 하자의 경우 공천을 무효화시키는 것이 타당하지 않다는 입장이다. 그 예로, 남원시장 선거 후

147) <http://www.woorilive.com/news/articleView.html?idxno=4952>

148) http://www.factoll.com/2012/03/important_news-20/

149) <http://www.hani.co.kr/arti/politics/assembly/274814.html>,

<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2012/03/14/0200000000AKR20120314123900054.HTML>

참조

보자를 선출함에 있어 남원시 선거관리위원회에 위탁하지 않았다는 것¹⁵⁰⁾, 일반인 여론조사결과를 담은 CD 봉투를 신청인측 참관인의 입회 없이 개봉하여 그 결과를 발표하였다는 것¹⁵¹⁾(전주지방법원 2010카합218 사건), 당원경선 시행 전에 선거인 명부가 유출된 사건¹⁵²⁾에 있어, 각 재판부는 경미한 하자에 불과하여 경선의 효력에 영향이 없다고 보았다.

나. 형사적 통제

지역구 국회의원, 지방자치단체의 장, 지방자치단체의원의 경우 비례대표의 경우보다 선거 범죄 등에 연루되어 징역 또는 100만 원 이상의 벌금형을 선고받고 당선이 무효화된 경우가 많지만, 19대 총선으로 선출된 지역구 국회의원들 중 “공천과 관련하여” 의원직을 상실한 경우는 아직 없는 것으로 보인다. 18대 총선 당시 문국현 의원(서울 은평구 을)은 자신의 공천 문제가 아닌 창조한국당의 비례대표 후보 선정이 문제가 되어 공직선거법 위반으로 집행유예 판결을 선고받았던 경우¹⁵³⁾이다. 다만, 제19대 국회의원의 경우 공천이 아닌 개인적인 형사범죄와 관련하여 자격을 상실한 경우로는 새누리당의 이재균 의원, 김근태 의원, 김형태 의원, 그리고 통합진보당의 노회찬 의원이 있다¹⁵⁴⁾.

150) 결정문은 그 이유로 피신청인이 남원시 선거관리위원회에 이 사건 경선을 위탁하지 아니한 절차에 불가피한 측면이 있고, 신청인 또한 2010. 4. 13. 이 사건 경선방식에 동의한다는 서약서를 제출하여 이 사건 경선을 도당이 담당하는 부분에 대하여 사전 동의 내지 사후 승인의 형태로 이를 용인한 것으로 보이기 때문이라고 밝히고 있다.

151) 결정문은 그 이유로, 위 사실을 인정할 자료가 없고, 그와 같은 사정만으로는 피신청인이 일반인 여론조사결과를 조작하였다거나 CD를 바꿔치기 하여 이 사건 경선의 결과에 영향을 미친 하자가 있다고 볼 수 없기 때문이라고 하였다.

152) 재판부는 신청인이 위 선거인명부를 사전에 입수하였을 수도 있는 특정 예비후보자에 비하여 선거운동의 기회를 상대적으로 적게 부여받은 점은 인정하면서도, 그 절차가 공천결정을 무효화할 만큼 중대한 하자는 아니라고 보았다.

153) 서울고등법원 2009. 7. 23. 선고 2008노3355 판결 참조. 피고인 문국현은 징역 8월, 집행유예 2년을 선고받았으며, 위 판결은 2009. 10. 22. 확정되었다.

154) <http://k.daum.net/qna/openknowledge/view.html?qid=5BQaD>

살피건대, 공천과 관련한 공직선거법 위반 사건은 오히려 비례대표의 경우 많이 문제되는 것으로 보인다. 비례대표의 경우 정당의 후보자가 되기 위해서는 정당과 그 공천권한을 지니고 있는 사람들의 권한 행사가 절대적인 반면, 지역구 후보의 경우 많은 경우에 있어서 경쟁 후보자가 있기 때문에, 오히려 공정성이 담보되는 측면이 있는 것으로 사료된다.

4. 소결 : 통제와 방법

사법부가 정당의 공천을 ‘사법심사의 대상이 되지 않는다’는 이유로 각하 판단을 하던 종래의 입장에서 탈피하여 공천을 실질적으로 심사하게 되면서부터 그 위법성에 관하여 판단한 것을 보면, 일정한 기준 내지 경향성을 발견할 수 있다. 즉, 대부분의 재판부가 공천 과정이 하자가 ‘경선결과에 영향을 미쳤는지’를 기준으로 하여 그 공천의 효력을 유지시킬 것인지 정지시킬 것인지를 판단하고 있다. 이는 공직선거법 제224조의 ‘그 하자가 선거의 결과에 영향을 미쳤다고 인정될 때’ 당선을 무효화하는 규정을 일응 유추적용하여 판단하고 있는 것으로 볼 수 있다.

이렇게 절차의 하자가 결의 결과에 영향을 미친 경우에 한하여 이를 무효화하는 것이 일응 설득력이 있다. 정당 내 결의의 경우, 특히 대표자 선출이 대부분을 차지할 것이므로, 선거와의 유사성이 있어 공직선거법을 준용하는 것 또한 타당성이 있고, 경미한 하자만을 이유로 당내 결의를 무효화시키는 것은 바람직하지 않기 때문이다.

이에 의하면, 경선결과에 영향을 미친 ‘중대한 하자’의 경우 경선의 효력을 정지하는 가처분을 인용하였고, 결과와는 상관없는 ‘경미한 하자’의 경우 가처분을 기각하는 형태로 나타났는데, 사법부가 본 ‘중대한 하자’를 유

형화하자면, ① 후보자의 자격 문제, ② 선거관리 부정 문제, ③ 여론조사의 오류 문제, ④ 의사정족수 및 의결정족수 문제(선거인 자격 관련)로 크게 나누어 볼 수 있었다. 반면 전략지역을 정하는 경우나, 컷오프 제도의 도입 같은 경우 정당의 자율적 권한 범위 내에 있는 것으로 보았고, 선거인 명부 유출 등은 선거의 결과에 영향을 주지 않는 경미한 하자로 판단한 경우가 있었다.

제4절 정당 공천의 사법적 통제의 문제점 및 한계

1. 정당간 평등의 문제

사법적 통제의 특이한 점은 바로 사건화되었을 때에만 판단할 수 있는 소극적인 통제라는 점이다. 민사적으로도 원고가 소를 제기하거나 신청인이 가처분 신청을 해야만 판단할 수 있는 것이고, 형사적으로도 불고불리의 원칙에 따라 검사가 기소를 해야만 판단할 수 있으므로, 필연적으로 모든 상황을 규율할 수는 없게 된다.

앞서 언급한 통합진보당 대리투표 사건에 있어서도, 통합진보당에서 실시한 제19대 국회의원 선거 비례대표 후보자 추천을 위한 당내경선에 부정투표 의혹이 제기되어 당내갈등이 심화되고, 급기야 당 내부의 문제를 넘어 국민적 관심의 대상이 되자, 검사는 이 사건 당내경선이 단순히 정당 내부의 당직자를 선출하는 것이 아니라 국회의원 비례대표 후보자를 선출하는 것으로서 선순위 비례대표 후보자의 경우 사실상 국회의원 당선자를 결정하는 성격을 갖고 있다는 점을 고려하여 수사에 착수하게 된 것이었다. 이에 대하여 통합진보당에서는 2012. 5. 3. 공개적으로 검찰 수사의 중단을 촉구하는 성명을 발표하였고, 검찰은 2012. 5. 20. 법원으로부터

압수수색영장을 발부받은 같은 달 21. 통합진보당 당사의 컴퓨터 서버를 압수하는 등 강제수사를 통해 기소에 이르게 된 것¹⁵⁵⁾이었다.

살피건대, 당시 통합진보당이 당내경선을 통하여 비례대표 순번을 배정하려고 한 것은 다른 정당들과 비교하여 볼 때 훨씬 더 민주적인 방법에 의하여 공직후보자를 추천하고자 시도한 것으로 평가된다. 또한 당내경선에 있어 투표방식 중 전자투표를 도입하여 시행한 것은 매우 선진적인 시도로 평가된다. 그럼에도 불구하고 그 시스템상의 한계로 인하여 일부 정당원들이 대리투표를 하는 결과가 발생되었고, 이러한 정당원들에 대하여 사법부는 ‘업무방해죄’가 성립한다고 본 것이다. 통합진보당의 입장으로서 민주적인 방법에 의해 공직후보자를 추천하려고 시도한 부분, 즉 우리 정치발전에 기여한 부분에 대해서는 아무런 긍정적인 평가 없이 오로지 ‘경미한 하자’에 관해서만 사법부가 엄정한 칼날을 들이대는 것이라고 생각할 수 있다. 또한 다른 정당의 비민주적인 공천에 대해서는 엄정한 칼날을 들이대지 못하면서, 소수정당인 통합진보당에만 가혹한 판결을 하는, 소위 ‘야당탄압’으로 볼 여지도 있다.

그러나 한 정당에서 행한 비민주적인 공천 문제에 대해서 사법심사가 이루어지지 않았으므로 다른 정당에서 이루어진 공천에 대해서도 마찬가지로 사법심사를 할 수 없다는 논리는 법리적으로 이른바 ‘불법의 평등(Gleichheit im Unrecht)’ 문제에 해당하고, 불법의 평등은 헌법상에 명시된 평등보호의 대상이 되지 않는다는 것이 다수의 견해이다. 사실 이러한 ‘불법의 평등’ 항변은 형벌의 적용에 있어서 항상 언급되는 항변으로, 정당사이에만 발생하는 특이한 문제는 아니다. 다만 정당에 대한 통제는 민주주의, 복수정당제, 사회의 다양한 가치와 소수자의 보호 등을 위해서 신중해야 할 필요가 있기 때문에, 이러한 항변이 법률적으로는 문제되지 않더

155) 서울중앙지방법원 2013. 10. 7. 선고 2013고합274, 254(병합), 255(병합) 판결 사실관계 참조

라도 정치적인 상황과 결부되어 설득력을 가질 수 있다. 결국 이러한 항변을 극복하는 방법은 사법부가 신뢰를 회복하는 데에 있다. 그러한 의미에서 공천 통제에 있어서도 어느 정도 일정한 기준을 가지고, 자의적인 판단이 되지 아니하도록 할 필요가 있는 것이다.

2. 정당 자치와의 관계 문제

정당은 사법적 결사이므로, 만약 당내 구성원들이 비민주적이고 하향식 형태의 공천방식을 선호한다면, 과연 사법부는 이를 통제할 명분이 있는가? 만약 정당 구성원이 당내 민주화를 원하지 않는다면, 사법부가 이를 통제할 이유는 무엇인가?

한국 정당들 내에서 이전에 비해 나아졌지만 여전히 비민주적이고 하향식 형태의 공천방식이 유지되는 것은, 결과의 불확실성이라는 정치적 의미가 비교적 미약하며 비민주적인 특성이 잔존하고 있는 한국의 정당정치 현실에서, 각 정당 내 행위자들에게 있어서 공천과정의 개방화를 통해 지지율 및 의석 수 확대를 통한 정당의 생존을 추구해야 하는 유인이 크게 작용하지 않기 때문이라는 분석이 있다¹⁵⁶⁾. 위 분석에 따르면 폐쇄적이고 하향식의 공천방식을 선택함으로써 정당 내 행위자들은 재선 및 당내 권력의 장악이라는 목적을 실현하고 있으므로, 결국, 한국의 주요 정당들이 실시해 온 중앙당 중심의 하향식 공천방식은 정당 내 행위자들의 선호가 반영된 선택이었다는 것이다¹⁵⁷⁾.

위 분석과 같이 이미 정당 내에서 세력을 확보하고 있는 기성정치인의 경우 기존의 공천방법을 개선할 유인이 거의 없을 것이다. 그러나 정당 밖에

156) 김정아, 「국회의원후보자 선정과정의 동학: 제18대 총선에서 한나라당과 통합민주당의 공천을 중심으로」, 서울대학교 대학원 석사학위논문, 2010, p. 93.

157) 김정아, 전계논문, p. 85, p. 93.

서는 우리 정치의 발전을 바라는 국민이, 정당 내에서는 신진 세력들이 정당의 기존의 비민주적인 공천방법을 개선할 것을 요구하고 있다. 만약 기존 정당 내 세력들이 정당의 민주화를 원하지 않는다는 이유로 그 노력을 멈추게 된다면, 기존의 정당 정치에 염증을 느끼고 새로운 인재들이 영입되지 않을 것이며, 결국 정당의 민주화에 관심 없는 기성 정치인들만이 당내에 남아 기존의 정치 행태를 답습하는 악순환이 되풀이될 것이다.

앞서 여러 차례 언급하였듯이, 정당은 사적 결사이면서도 동시에 국가기관과 시민사회를 연결해 주는 중개체의 역할을 한다는 점에서 공적인 기능을 간과할 수 없다. 따라서 정당 내의 기존 구성원들이 민주화의 변화를 원하지 않는다 하더라도 그 헌법적, 시대적 요청을 외면할 수는 없는 것이다. 특히 공천의 경우 새롭고 다양한 사람들이 국민의 대표가 되어 일할 수 있는 기회를 부여하는 정당의 가장 핵심적인 행위¹⁵⁸⁾이다. 이것이 바로 정당과 정당 공천에 대하여 입법 부분에서든, 사법 부분에서든 지속적인 견제의 노력이 이루어져야 하는 이유이다.

3. 전부 무효의 문제 (비례대표의 경우)

만약 정당이 행한 비례대표 후보자 공천 중 일부 후보자에 문제가 있는 경우, 고정명부식인 우리의 현 상황에서 법원은 그 후보자를 배제하도록 명하고, 선거 전에는 정당으로 하여금 새로 비례대표 순위를 정하게 하면 될 것이고, 선거 후라면 차순위자로 하여금 승계하도록 하면 된다.

그런데 만약 일부 후보자에 국한되는 것이 아니라 정당의 공천 자체가 총체적으로 비민주적인 경우 사법부는 어떻게 통제할 수 있을 것인가? 비민주

158) 새누리당과 민주당의 경우 공통적으로 당헌, 당규에 '비례대표 후보자는 원칙적으로 정치신인으로 한다'고 규정하고 있기도 하다.

주적인 공천을 이유로 사법부가 선거무효판결을 내린 대표적인 예가 바로 독일 함부르크 주 헌법재판소의 1993. 4. 5. 판결이다¹⁵⁹⁾. 위 헌법재판소는 정당명부선거에서 기민당(CDU)의 당지도부에 의하여 작성된 246명의 시의원후보 명단에 대하여 일괄적으로 선거하게 함으로써 당원대회에서 대체후보의 추천가능성을 사실상 배제한 공천은 민주적 선거원칙을 위반하였다는 이유로 1991년 함부르크 시의원선거 전체를 무효로 선언하고 재선거를 명하였다¹⁶⁰⁾. 기민당은 1991년 1월 26일 개최한 대의원대회에서 후보명부원안의 1번에서 5번까지는 개별적으로 동의를 받았으나, 그 아래 순번에 대하여는 10명씩 한꺼번에 일괄동의를 받았다. 이러한 일괄동의방식은 대의원대회로 하여금 특정후보를 선택적으로 거부할 수 없게 만들었고, 따라서 대의원대회에 주어져 있는 대체후보제안권도 행사할 수 없게 되어버렸던 것이다¹⁶¹⁾.

함부르크 주 헌법재판소는 기민당의 위 대의원대회 선거 및 대의원에 의한 후보자공천이 민주주의 원리 및 함부르크 선거법에 위반된다고 판시하였다. 246명의 후보들에 대한 일괄투표에 의하여, 당원대회에서 추천된 대체후보들은 처음부터 차별되었으며 당선을 기대할 수 없었기 때문이라는 것이다¹⁶²⁾.

그러나 아이러니컬하게도, 위 헌법재판소의 판결 이후 실시된 재선거에서 무효로 선언되었던 이전선거에서 패배한 기민당이 승리하였다¹⁶³⁾. 위법한 공천을 한 정당이 오히려 재선거에 의하여 집권하게 된 것이다. 함부르

159) HbgVerfG : Ungültigerklärung der Wahl zur Hamburgischen Bürgerschaft vom 2. 6. 1991. (NVwZ 1993, 1083)

160) 김병록, 「당내민주주의와 공천의 민주성 : 독일과 한국의 판례검토」, 고시계 57권 7호(통권 665호), 국가고시학회, 2012, p. 127.

161) 김선택, 전계논문, p. 61.

162) 방승주, 전계논문, p. 44.

163) 이종수, 「정당활동에의 시민참여와 당내민주주의」, 제3회 공법학자대회 제1분과:정당법제분과 발표자료, p. 75

크 헌법재판소의 선거 무효 확인 판결은 정당의 정권 획득 또한 법의 테두리 안에서 이루어져야 한다는 점에서는 타당한 판단이라고 할 수 있으나, 오히려 선거의 전체 진행과정을 보면 합법성이라는 잣대로만 판단하다 보니 대의성을 왜곡해버린 결과가 발생하였다고 평가된다¹⁶⁴).

우리의 경우도 비례대표 후보자 공천 자체에 있어서 중대한 하자가 있는 경우에 있어서 사법부가 이를 통제할 방법은 독일과 같이 선거 전체를 무효 선언하고 재선거를 하도록 하는 all or nothing 의 방식밖에 없다. 그러나 이러한 방식은 선거의 법적 안정성을 침해할 뿐만 아니라 일반인의 법감정에도 맞지 아니하다. 당해 정당의 지지율에 따른 의석이 정해진 상태에서, 정당의 공천만을 다시 하도록 하는 방법도 모색해 볼 수 있겠으나, 현재로서는 사법부가 그러한 작위를 명할 근거가 없고, 유권자의 경우도 이미 정당의 위법한 공천에 의해 작성된 명부에 의하여 그 정당을 지지하였다는 점에서 정당으로 하여금 새로 공천하도록 하는 것이 타당한지에 관한 의문도 있다. 이렇듯, 사법부가 비례대표 선거 이후 그 선거과정에 개입하는 것은 일정한 한계를 지닐 수밖에 없다.

4. 전략지역의 문제 (지역구 대표의 경우)

1인 보스형의 정당 공천에서 탈피한 이후 공식적으로 각 정당에게 인정된 유일한 하향식 공천방법이 바로 ‘전략지역의 선정’이다¹⁶⁵. 민주당의 당헌에 의하면 지역구의 30%까지 전략지역으로 선정할 수 있다¹⁶⁶는 제한이 있는 반면, 다른 당의 당헌·당규에는 그러한 제한이 없다(물론 19대

164) 방승주, 전계논문, p. 46에서도 “민주선거원칙에 위반된 공천을 이유로 선거 전체를 무효로 선언하게 되면, 민주적으로 공천을 하여 아무런 하자가 없는 정당의 의석획득도 무효로 처리되므로 심각한 문제를 야기할 수 있다”라고 하고 있다.

165) 김용희, 「정당의 당내경선제도 개선」, 정치관계법 개정 토론회 자료집, 2011. 3. 24, pp. 2-10(기현석, 전계논문, p. 42에서 재인용).

166) 민주당 당헌 제95조 제4항

총선에서 새누리당의 공천위원회는 자체적으로 전략지역을 지역구의 20%까지만 선정하기로 결정하였다¹⁶⁷⁾).

현재의 정치상황에서 모든 지역구의 공천을 상향식 공천방법에 의할 것을 요구하는 것은 가능하지도 바람직하지도 않다. 전략지역의 선정 및 전략 후보자 추천은 우리 정치문화의 고질적 병폐인 지역주의를 타파하기 위한 하나의 수단이 될 수도 있다. 따라서 정당이 어느 지역을 전략지역으로 지정했다는 것만으로는 이를 위법하다고 할 수 없다¹⁶⁸⁾.

그렇다면 현 상황에서 전략지역으로 선정된 당해 지역구 후보자 등 이해관계인은 중앙당 공천위원회의 이러한 결정에 대해서는 다룰 수 없는 것인가? 앞서 본 울산지방법원 2004카합160 사건에서는 지구당이라는 지역조직에서 후보자 신청을 한 후보자들이 경선에 따라 후보자를 선출하기로 한 합의보다 중앙당이 이 지역구를 전략지역으로 지정한 결정을 우선하는 것으로 판단하였다. 재판부는 우리나라의 정치 현실에 나타난 지역 정당적 특성과 함께 열린우리당의 출범시기, 위 부칙 규정의 일회성·한시성 및 전략지역이라는 예외를 허용한 지역구의 비율이 30% 정도인 점 등을 들어 중앙당의 이 사건 ‘전략지역’ 결정의 우위성을 인정하였지만, 사실 당해 지역구의 당해 정당의 후보자들이 스스로 합의하여 경선의 방식으로 후보자들을 선출하고자 한다면 이것이 바로 상향식 공천이고 훨씬 더 민주적인 공천으로 보인다.

우리 정치현실에서 상향식 공천이 일반화되고, 정당의 지역조직이 뿌리내려 그 활동이 활발해지면, 사법부는 차후 이러한 중앙당의 ‘전략지역’ 결정

167) 기현석, 전계논문, p.45.

168) 기현석, 전계논문, pp. 48- 49에서는 최근 우리나라의 하향식 공천제도는 ‘개방성’이라는 점에서 일정한 성과를 거뒀다는 평가를 받고 있다고 하면서, ‘개방성’이란 특히 전략공천과 같은 하향식 공천방식에 있어 외부인사의 기용 비율과 외부인사의 권한이 실제 공천 결정과정이 미친 영향력을 기준으로 삼는다고 서술하고 있다.

이 당내민주주의에 위반된다고 판단하게 될 가능성이 있다. 그러한 의미에서 전략지역에 관한 사법부의 판단은 현상유지적 판단일 수밖에 없다.

5. 기준 자체의 문제

앞서 본 바와 같이 정당의 공천 과정에서의 하자를 ‘중대한 하자’와 ‘경미한 하자’로 분류한다고 하더라도, 여전히 판단에 있어서 어려운 문제가 있다. 예를 들어, 대의원대회 개최 5일 전까지 의제와 대회일시, 장소를 명시하여 지구당에 게시하고, 대회개최 2일 전까지 대의원들에게 이를 통지하여야 하는 규정이 있음에도 이를 행하지 아니한 경우(서울지방법원 서부지원 94가합3735 판결), 이를 결의의 결과에 영향이 없다고 볼 것인가? 언뜻 생각하면, 이는 경미한 하자로 결의의 결과에 영향이 없는 것으로 보이나, 다른 관점에서 생각해 보면, 이러한 절차규정 또한 구성원들이 문제된 안건에 관하여 토론하고 생각할 시간을 부여하고, 담론을 형성하도록 하려는 중요한 민주적 절차에 관한 것이라 볼 수도 있다. 이러한 판단에 있어서는 해당 재판부의 가치관이 개입될 수밖에 없다. 결국 유형화되지 않은 하자나 선례가 없는 경우에 있어서는 개별 재판부의 판단에 의지할 수밖에 없을 것이다.

제5장 결론

제1절 요약 및 정리

본 논문은, 이론적으로는 대의민주주의를 유지하는 근간인 선거와 그 기초가 되는 공천의 중요성, 그리고 현실적으로는 거의 2년마다 이루어지고 있는 각급 선거에서의 정당의 공천에 관한 정당 및 유권자들의 뜨거운 관심과 우려에서 그 문제의식을 얻었고, 분쟁이 발생하는 경우 최종적으로 통제하는 기관인 사법부가 어떠한 방식으로 이를 통제하고 있는지 살펴보려고 하였다.

제2장에서는 우선 정당에 대한 사법적 통제 일반론에 대해서 살펴보았다. 정당의 법적 성격이 ‘비법인사단’이라는 점에 착안하여, 대법원이 일반사단에 대하여 어떠한 형태의 통제를 가하고 있는지 살펴보았다. 그 결과, 공적 성격을 가진 단체의 경우, 단체의 인적 구성이나 단체 내 민주주의 문제에 대해서 적극적으로 통제하고 있음을 알 수 있었다. 이론적으로 정당은 국가와 시민사회의 중개체로서 높은 정도의 공적 성격을 띠고 있으므로, 사법부 또한 정당에 대하여 일반 비법인사단보다 강한 통제가 가능할 것이라고 보았다. 공천 또한 정당 내부행위이기도 하지만, 결국 국가기관을 구성할 국민의 대표를 선출한다는 점에서 단순히 결사 내부의 행위로 볼 수는 없으므로 그 민주성의 요구 또한 높아질 수밖에 없고, 사법부의 개입 또한 중요할 것이라고 보았다.

제3장에서는 정당의 공천 현황과 사법부가 정당 공천을 함에 있어서 통제의 기준이 되는 규정들을 살펴보았다. 각 정당들은 기존의 비민주적, 하향식 공천 형태에서 벗어나 당헌·당규에 의한 공천을 하고 있는 것으로 파악된다. 다만 우리 법제는 정당의 공직후보자추천에 관한 많은 부분을 법

률에 규정하지 아니하고, 자치법규인 당헌·당규에 위임하고 있으므로, 사법 통제에 있어서도 각 정당의 당헌·당규는 중요한 기준이 된다. 현재 각 정당의 당헌·당규는 비민주적인 부분에 대한 지속적 비판을 수용하여 일정 수준의 민주적인 내용들을 포함하게 되었다. 특히 공천과 관련하여 공천(심사)위원회를 구성하고, 경선을 실시하는 것을 원칙으로 하게 된 것은 발전적인 부분이라고 할 수 있다. 그러나 아직까지 각 정당의 공직후보자 추천관련 규율이 너무 다른 상태인데, 법원의 판단은 사건 중심으로 이루어지고, 당해 공천이 비민주적인지 여부는 각 정당의 당헌·당규를 기준으로 심사할 수밖에 없으므로, 같은 행위에 대해서 다르게 판단할 가능성을 배제할 수 없다. 따라서 결과적으로 나타나는 법원의 결론은 일관성이 없어 보일 수도 있고, 자의적인 통제로 보일 가능성도 있다.

제4장에서는 정당 공천에 대한 사법적 통제가 어떠한 정도와 방법으로 이루어져야 하는지, 그 한계는 무엇인지에 대하여 논하였다.

비례대표의 경우와 지역구 대표의 경우 선출방법과 대표성의 의미가 달라서 통제방법에 있어서도 차이가 있을 수 있다. 비례대표 후보는 정당의 추천이 곧 당선을 의미하므로, 그 통제가 강화되어야 한다고 볼 수 있지만, 또 정당의 특성을 잘 드러내는 후보들을 추천할 자율권도 보장해 주어야 하므로, 내용보다는 절차적인 부분에서 통제가 강화되어야 한다. 형사적인 통제, 즉 공천 헌금 등 선거 범죄의 경우는 엄격하게 이루어져야 할 것이다.

지역구 후보의 경우 그 추천받은 후보자가 다시 다른 당의 후보와 경쟁하는 상태에 놓이게 되므로 통제의 정도가 낮아져도 된다고 볼 수도 있지만, 정당의 추천이 곧 당선을 의미하는 지역에서는 또 다르다. 따라서 마찬가지로 통제의 필요성은 인정되는데, 다만 공천과정의 경미한 하자를 이유로 모든 공천을 다 무효화시키는 것은 타당하지 않다. 법원은 이러한 이익형량을 통해 당내 경선의 효력 여부를 판단함에 있어서 공직선거법 제

224조의 ‘선거에 관한 규정에 위반된 사실이 있는 때라도 선거의 결과에 영향을 미쳤다고 인정하는 때에 한하여 선거의 전부나 일부의 무효 또는 당선 무효를 결정하거나 판결한다’는 기준을 원용하고 있는 듯하다. 즉, 공천과정에서의 위반행위가 그 공천결과에 영향을 미친 경우는 이를 공천을 무효화시킬 만큼의 중대한 하자로 보는 것이고, 그 결과에 영향이 없었다면 경미한 하자로 보는 것이다. 하급심의 가처분 결정들을 분석해 본 결과, 2010년부터 결정들이 어느 정도 축적되어 정당의 공천을 무효화시킬 만큼의 중대한 하자가 어떤 것인지에 대해서 일정한 기준 혹은 경향이 생기게 되었다. 하급심이 중대한 하자로 본 경우는 후보자의 자격 문제, 선거관리 부정의 문제, 여론조사 오류의 문제, 의사정족수의결정족수(선거인 자격)의 문제 등이었다. 그 외에 선발기준 비공개, 컷오프 제도 등에 대해서는 정당의 자율성을 존중하여 기각하였다.

다만, 정당간 평등의 문제, 정당 자치와의 관계 문제는 여전히 사법적 통제에 있어서 한계로 지적되고, 비례대표의 공천의 경우 공천과정 전체에 하자가 있다 하더라도 함부르그 헌법재판소의 판단과 같이 이를 전부 무효화시키고 재선거를 명하는 것은 사법적 한계를 넘은 것인 점, 현재 유일하게 남아있는 하향식 공천 방식인 전략지역의 선정과 관련하여 사법부가 현상유지적 판단을 할 수 밖에 없는 점, 그리고 경미한 하자과 중대한 하자를 구별하는 기준이 있다 하더라도 모든 공천 하자가 유형화되지 않은 상황에서는 해당 재판부가 개별적인 판단을 할 수밖에 없는 점 등 또한 사법적 통제의 한계라고 할 수 있다.

제2절 대안의 모색

정당의 공천은 선거와 밀접한 연관이 있고, 선거의 경우 ‘시간성’이라는 요소가 크게 작용하기 때문에, 사후적으로 법원이 개입하는 것에는 한계가

있을 수밖에 없다. 따라서 정당 공천에 대한 사법부의 통제를 논의할수록 오히려 사전적으로 공천의 민주성을 담보하는 일이 얼마나 중요한 것인가를 깨닫게 된다.

궁극적으로는 정당의 공천의 특수성을 고려하여 일반 민사소송의 방식에 의하지 않은 고유의 쟁송방식을 입법하는 방법¹⁶⁹⁾도 생각해 볼 수 있을 것이다. 그러나 쟁송방식까지 나아가지 않더라도 정당법이나 공직선거법에 입법화함으로써 공천과정을 좀 더 민주화할 수 있는 방법이 있다. 특히 정당이 당해 후보를 선거관리위원회에 등록할 때 어떠한 과정을 거쳐 추천하게 되었는지를 소명하게 하는 자료를 제출¹⁷⁰⁾토록 한다면, 정당의 민주적 공천을 간접적으로 강제할 수 있고, 사후적으로 판단하는 법원으로 써도 자료를 확보하게 되어 공천의 위법성 여부를 용이하게 판단할 수 있을 것이다.

또한 정당의 비례대표 후보 추천 비리로 인하여 자격을 상실하게 되는 비례대표가 나오는 경우, 그러한 후보를 추천한 정당에게도 책임이 있으나 사법적으로는 정당을 통제하기 어려우므로, 당해 정당에 대하여 국고보조금을 삭감하는 등의 방법으로 패널티를 가하는 입법¹⁷¹⁾¹⁷²⁾ 또한 필요할 것으로 예상된다.

또한 앞서 본 바와 같이 공천의 경우 “시간성”이라는 특수성 때문에 가처분이 본안 판단에 못지않은 중요성을 지니는 이상, 사법부는 선거가 있는 해에는 일시적으로라도 이러한 정당 공직후보자 선출에 관한 특수성을

169) 김병록, 전계논문, p. 128.

170) 김선택, 전계논문, pp. 64-65에서는 후보자 등록 신청시 비민주적인 과정을 통하여 추천된 후보자등록신청의 수리를 해당선거관리위원회에서 거부할 수 있도록 하는 규정을 도입한다면 효과적인 정당 민주화를 실현할 수 있을 것이라고 한다.

171) 김선택, 전계논문, pp. 66-69.

172) 방승주, 전계논문, pp. 46-47 또한 정당 민주화 정도에 따른 국고보조금의 차등지급을 제언하고 있다.

충분히 숙지하고 판단할 수 있는 전담재판부를 구성하는 것이 바람직할 것으로 판단된다.

사법부에 의한 분쟁의 해결은 중국적이고 명확한 측면이 있지만, 정당 공천과정에 관한 분쟁은 앞서 언급한 바와 같이 당헌·당규의 미비, 사법 자체의 한계 등으로 인하여 사법적으로 해결하는 것이 마냥 바람직하다고 볼 수는 없다. 본 논문을 통하여 정당 공천에 대한 사법적 통제의 한계를 명확히 하고, 그 속에서 사법부가 바람직한 판단을 할 수 있는 일응의 기준을 찾아보았다.

정당 공천은 근본적으로 당내민주주의를 강조하는 정치문화의 확대나 이를 선도하는 입법을 통하여 개선될 것이다. 다만, 그 구체적인 방법에 관하여는 비교법적 연구, 역사적 연구 등이 선행되어야 할 것이므로, 본 논문에서는 다루지 않고 추후 과제로 남기기로 한다.

참 고 문 헌

1. 단행본

- 계희열, 헌법학(上), 박영사, 1995.
- 곽윤직, 민법총칙 신정수정판, 박영사, 1999.
- 김동희, 행정법 I 제7판, 박영사, 2001.
- 김철수, 헌법학신론 제20전정신판, 박영사, 2010.
- 법제처, 각국의 선거관계법, 1980.
- 성낙인, 헌법학 제13판, 법문사, 2013.
- 음선필, 비례대표선거제론, 홍익대학교 출판부, 2007.
- 이시운, 신민사소송법 제4판, 박영사, 2008.
- 정만희, 헌법과 통치구조, 법문사, 2003.
- 정종섭, 헌법학원론 제8판, 박영사, 2013.
- 정찬형, 상법강의(上) 제7판, 박영사, 2004.
- Dr.Sophie-Charlotte Lenski, 『Parteiengesetz und Recht der Kandidatenaufstellung』, Nomos Verlagsgesellschaft, 2011, Baden-Baden.

2. 논문

- 고충열, 「정당추천후보자 국민경선은 필요한가?」, 형사정책연구소식 123호 (2012. 가을호), 한국형사정책연구원
- 곽상진, 「공천에 있어서 당내민주주의의 문제」, 법학연구(강동호교수 정년퇴임 기념 특집) 제6호, 경상대학교 법학연구소, 1997.
- 권성근, 「정당의 당내경선에 있어 민주성 확보를 위한 제도적 방안 제언」, 선

- 거논단 3호, 중앙선거관리위원회, 2005.
- 기현석, 「정당의 후보자 선정방식에 대한 연구 - 2012. 4. 11. 총선과정에 대한 분석을 중심으로 -」, 공법연구 제41집 제2호, 한국공법학회, 2012
- 길정아, 「국회의원후보자 선정과정의 동학: 제18대 총선에서 한나라당과 통합민주당의 공천을 중심으로」, 서울대학교 대학원 석사학위논문, 2010.
- 김병록, 「당내민주주의와 공천의 민주성 : 독일과 한국의 판례검토」, 고시계 57권 7호(통권 665호), 국가고시학회, 2012.
- 김선택, 「정당의 공천제도의 문제점과 개선방안 -국회의원선거 후보자추천을 중심으로 -」, 아태공법연구 7집, 아세아태평양공법학회, 2000.
- 김재협, 「선거쟁송을 둘러싼 몇 가지 문제점」, 사법논집 33집, 대법원 법원행정처, 2001.
- 김종철, 「정치의 헌법화를 위한 첫걸음」-서울지법 2000. 3. 24. 선고 2000카합489와 서울지법 2000. 3. 29. 선고 2000카합744 공천효력정지가처분결정에 부쳐 -, 법과사회 19호, 법과 사회 이론학회, 2000.
- 김주상, 「정당의 국회의원후보자 공천효력정지가처분의 허부」, 법률신문 2875호, 법률신문사, 2000.
- 김창석, 「헌법기관에 의한 정당통제」, 울산대학교 출판부, 2002.
- 도회근, 「미국의 예비선거제도에서 유권자 참여의 한계」, 공법연구 제32집 제4호, 한국공법학회, 2002.
- _____, 「정당의 국민참여형 공천제 정착을 위한 헌법적 과제」, 공법연구 34집 3호, 한국공법학회, 2006.
- 박규환, 「국회의원선거 정당공천제도의 민주화에 관한 연구」, 조선대학교 대학원 박사학위논문, 2008.
- 박상운, 「제19대 총선 공천 특징과 한계 : 새누리당과 민주통합당을 중심으로」, 『사회과학 담론과 정책』 (제5권 2호), 2012
- 방승주, 「권력구조의 민주화와 정당 - 야당기능의 활성화와 당내민주주의를

- 중심으로 -」, 헌법학연구 제8권 제2호, 한국헌법학회, 2002.
- 성승환, 「정당민주주의에 대한 연구 - 특히 정당의 공천을 중심으로 -」, 서울대학교 대학원 석사학위논문, 2003.
- 송석윤, 「정당과 헌법, 그리고 정치개혁 -정당민주주의 정상화를 위한 정당법제의 개선방안-, 정당법제의 개선과 선관위의 역할 연구」, 중앙선거관리위원회, 2012.
- 유진숙, 「한국 정당과 당내민주주의」, 선거관리 54호, 중앙선거관리위원회, 2008.
- 음선필, 「선거의 기본원칙과 비례대표선거제」, 헌법학연구 제7권 제2호, 2000.
- 이정희, 「한국형 당내경선모델탐구 : 개방성과 분권화 수준을 중심으로」, 선거관리 56호, 중앙선거관리위원회, 2010.
- 이중수, 「정당활동에의 시민참여와 당내민주주의」, 제3회 공법학자대회 제1분과:정당법제분과 발표자료
- 이현출, 「공직선거 후보자 추천을 위한 당내경선의 활성화와 공정성 확보방안」, 선거관리 50호, 중앙선거관리위원회, 2004.
- 장지연, 「비례대표선거제의 대표성에 관한 연구」, 영남대학교 대학원 석사학위논문, 2012.
- 전광석, 「공천효력정지 가처분결정 -서울지법 2000. 3. 24. 2000카합489; 2000. 3. 29. 2000카합729 등-」, 헌법판례연구 2, 박영사, 2000.
- _____, 「정당의 내부질서와 공직선거입후보자추천」, 고시계 47권 3호(541호), 국가고시학회, 2002.
- 전재경, 「정당공천이 헌정질서에 미치는 영향 - 1980년대 한국에서의 정당활동을 중심으로 -」, 법조 39권5호(404호), 법조협회, 1990.
- 정만희, 「정당의 민주적 공천제의 법리 -국민경선제의 법적 문제를 중심으로 -」, 공법학연구 4권 1호, 한국비교공법학회, 2002.
- 정선주, 「가처분절차에서의 소명」, 『한국민사소송법학회지』 13-2권, 한국사

법행정학회, 2009.

정종섭, 「대의제에 관한 비판적 연구」, 연세대학교 대학원 박사학위논문, 1989

정태호, 「정당설립의 자유와 현행 정당등록제의 위헌성에 대한 관건」, 인권과 정의 제343호, 대한변호사협회, 2005.

_____, 「정당국가에서의 당내민주주의의 개념과 본질」, 헌법논총 16집 (2005.12.), 헌법재판소, 2005.

최대권, 「헌법과 당내민주주의」, 서울대학교 법학 제42권 제1호, 서울대학교 법과대학, 2001.

최병훈, 「정당의 공직선거후보자 선출에 있어서의 역선택(Party Raiding)문제 -미연방대법원의 판결 분석을 통한 대안 마련을 위하여-」, 안암 법학 통권 제40호, 무지개출판사, 2013.

한견우, 「공직선거 및 선거부정방지법상선거쟁송의 현황과 개혁방향」, 공법연구 제28집 제4호 제1권, 한국공법학회, 2000.

한수용, 「정당의 개념과 정당등록제도의 헌법적 문제점 - 현재 2006. 3. 30. 2004헌마246 결정에 대한 판례평석을 중심으로 -」, 저스티스 104호, 한국법학원, 2008.

_____, 「헌법 제8조 정당조항의 규범적 의미」, 중앙법학 10집 제1호, 중앙법학회, 2008.

H.Morlock, in : H.Dreier(Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, Art.21, 1998, Tübingen.

D.Grimm, Politische Parteien, in: E.Benda u. a.(Hg), Handbuch des Verfassungsrechts, 2.Aufl., Berlin/New York, 1994, s.599-656.

3. 당헌 · 당규

새누리당 당헌(2012. 2. 13. 개정),
당규 공직후보자추천위원회 규정(2012. 2. 9. 개정)
민주당 당헌(2013. 5. 4. 개정),
당규 공직선거후보자추천규정(2013. 4. 29. 개정)
통합진보당 당헌(2013. 6. 30. 개정된 것),
당규 제9호(공직선거)(2013. 9. 29. 개정)
정의당 당헌(2013. 6. 16. 개정된 것),
당규 제15호(선거관리규정)(2013. 2. 28. 개정)

4. 회의록

- 제18대 제268회 임시국회 정치관계법특별위원회회의록[2007. 7. 18. 공직선거법 개정안(완전국민참여 경선 제도 도입)에 관한 공청회]

5. 한국 판례

서울지방법원 서부지원 1995. 6. 8. 선고 94가합3735 판결
서울지방법원 북부지원 2002. 10. 7. 선고 2002카합300, 304,
위 법원 2002. 11. 7. 선고 2002카합740 결정
서울서부지방법원 2010. 5. 14. 선고 2010카합713 결정
서울고등법원 2008. 4. 15.자 2007라497 결정
대법원 2011. 1. 27. 선고 2009다19864 판결
대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결
대법원 2009. 11. 19.자 2008마699 결정
대법원 2013. 11. 28. 선고 2013도5117 판결

헌법재판소 2006. 3. 30. 2004헌마246 결정

헌법재판소 1996. 3. 28. 96헌마9, 77, 84, 90(병합) 전원재판부 결정

헌법재판소 1999. 12. 23. 99헌마135 결정

6. 독일 판례

HbgVerfG : Ungültigerklärung der Wahl zur Hamburgischen
Bürgerschaft vom 2. 6. 1991. (NVwZ 1993, 1083)

BVerfGE 89, 243 - Kandidatenaufstellung

7. 인터넷 자료

가. 홈페이지

- 새누리당 홈페이지 www.saenuriparty.kr
- 민주당 홈페이지 minjoo.kr
- 통합진보당 홈페이지 www.goupp.org/kor/main/main.php
- 정의당 홈페이지 www.justice21.org

나. 인터넷 기사

- 인터넷 중앙일보 2004. 3. 26.자
http://article.joins.com/news/article/article.asp?Total_ID=315383
- 인터넷 경기신문 2004. 3. 31.자
<http://www.kgnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=49562>
- 한겨레신문 2009. 10. 29.자
<http://www.hani.co.kr/arti/politics/assembly/384780.html>
- 한겨레신문 2012. 3. 22.자
<http://www.hani.co.kr/arti/opinion/argument/524758.html>

- 한겨레신문 2013. 4. 12.자
http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/582616.html
 - 경인일보 2012. 8. 20.자
<http://www.kyeongin.com/news/articleView.html?idxno=673578>
 - 뉴스스 2008. 12. 16.자
<http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=100&oid=003&aid=0002434028>
 - 머니투데이 2012. 1. 25.자
<http://www.mt.co.kr/view/mtview.php?type=1&no=2012012516368270058&outlink=1>
 - 미디어스 2012. 2. 28.자
<http://www.mediaus.co.kr/news/articleView.html?idxno=23544>
- 다. 기타 참조 사이트
- http://ko.wikipedia.org/wiki/%EB%8C%80%ED%95%9C%EB%AF%BC%EA%B5%AD_%EC%A0%9C3%ED%9A%8C_%EC%A7%80%EB%B0%A9_%EC%84%A0%EA%B1%B0 (전국동시지방선거 관련 위키피디아 백과사전 참조 내용)
 - <http://blog.naver.com/PostPrint.nhn?blogId=okinawapark&logNo=155040160>
 - <http://blog.daum.net/uchyi270/82>

Abstract

A study on the judicial control over candidate nomination of political parties and its limits

-focusing on the analysis of Korean court
cases-

Jung, Youn Ju
College of Law
The Graduate School
Seoul National University

This dissertation investigates to clarify the judicial control over candidate nomination of political parties and its limits. The main criteria of the control can be articles of Political Parties Act or Electoral Act. But these laws do not provide much about the candidate nomination, delegating it to the parties' constitutions or

their internal regulations. This is why parties' constitutions and its regulations became important criteria on judicial review. Unfortunately, the control over parties' candidate nominations is seen to be unfair due to big difference among their regulations.

In case of proportional representative candidates, the court would be better first respect the parties' own autonomy as the list may reflect their own ideology and aim. The court should focus on controlling the proceedings, such as bribing for the nomination.

As for the majoritarian representative candidates, the court invalidates the nominations with grave illegality, while maintaining them with little defect. The court seems to weigh between the malpractice and the effect of invalidation, which makes balance between the parties' autonomy and the rule of law.

Still, the possibility of impartial treatment, the matter of political autonomy, the judicial controlling way of the closed list(for the proportional candidates), the in-status-quo decision for strategic districts can be mentioned as the limits of judicial control. Legislatives solutions will soon be discussed.

Keywords : Political party, Candidate nominaton, Election, In-party democracy, Parties' constitutions and regulations, Majoritarian representatives, Proportional representatives, Judicial review, Judicial control, Limits.

Student number : 2010-21381