

## 選舉訴訟에 있어서의 當事者適格

金 哲 洙\*

### I. 序

民主政治는 國民의 參與에 의한 政治요 代表制民主政治下에 있어서 選舉는 國民參政의 必須의인 制度로서 國民의 選舉權이 自由롭고 公正하게 行使되어 選舉人의 意思가 正確히 反映되어야만 할 것이다.

그러나 우리나라에서는 選舉가 타락하고 不正과 腐敗가 極에 達하고 있다고 말하여졌다. 3.15 不正選舉는 그 代表的인 例이기 때문에 4.19 革命後의 第2共和國憲法은 「選舉의 管理를 公正하게 하기 爲하여 中央選舉委員會를 두」었고 (第6章 第95條의 2), 選舉訴訟은 國會議員選舉訴訟과 大統領과 大法院長 및 大法官의 選舉訴訟으로 나누어 國會議員의 選舉訴訟은 大法院에서 審理하고 大統領과 大法院長 및 大法官의 選舉訴訟은 憲法裁判所에서 審理하도록 하였다.

第3共和國憲法도 第3章 第4節에 選舉管理條項을 두어 選舉管理委員會에 관한 第107條와, 選舉運動과 選舉經費에 관한 第108條를 두어 選舉運動을 選舉管理委員會에서 管理하도록 규정하고 있다. 이러한 選舉管理의 違法을 理由로 하는 選舉訴訟은 現行法院組織法上 大法院에서 審理하고 있다.

1967年 6月 8日의 國會議員選舉는 史上初有의 타락선거라고 一部에서 主張하고 있는 바 이제까지 大法院에 接受된 選舉訴訟은 268件에 達한다. 1968年 12月 13日現在의 處理狀況을 보면 總 239件이 處理하고 29件이 계속중이다. 既決된 것중에는 訴取下가 226件, 訴狀却下 5件, 當選無效 1件, 選舉無效 1件, 却下 3件, 棄却 3件으로 8件만이 裁判宣告가 있었다. 選舉訴訟의 處理가 이와같이 選舉後 1年 6個月이 지나도 完決되지 못했기 때문에 新民黨은 選舉訴訟은 6個月內에 處理케 하는 立法을 고려중이며 신속한 判決을 위하여 高法에서도 選舉訴訟을 取扱해야 한다는 意見이 들린다. 그러나 年末國會에서는 選舉訴訟의 處理期間을 1年으로 選舉法을 改正하였다.

\* 서울大學校 法科大學 副教授

6.8 選舉에 관한 選訴判決중에는 1968年 12月 11日 大法院特別1部의 羅州地區選舉無效判決과 같이 劃期的인 判決이 있었고<sup>(1)</sup>, 新民黨이 낸 6.8 一括選訴에 대해서 「中央選舉管理委員長은 選舉法上 選舉訴訟의 被告가 되는 것이 不可能하며 따라서 中央選舉管理委員長을 상대로 낸 訴訟은 不適法하다」고 判示한 1968年 6月 21日 判決<sup>(2)</sup>과 「全國區의 選舉 및 當選無效를 訴求하는 部分은 選舉無效에 관한 것은 國會議員選舉法上 그러한 類型의 訴訟이 容認된다고 할 수 없고 當選無效에 관한 部分도 그 候補者가 아닌 原告에게는 그 訴訟을 提起할 原告의 適格이 없는 것이다」고 한 1968年 7月 15日 判決<sup>(3)</sup>이며, 「當選無效의 訴와 選舉無效의 訴訟의 原告가 될 資格은 當該地域區의 立候補者 또는 選舉人으로 制限되어 있음을 알 수 있는 바인즉 각 地域區에 立候補하였던가 또는 그 選舉區들의 選舉人이었다는 點에 관한 主張과 立證이 없는 者로써는 各 訴訟을 提起할 수가 없다」고 한 1968年 12月

- (1) 羅州地區選舉無效判決은 當選者와 落選者의 票差가 부터 4萬 5千 4百 44票나 되었는데에도 選舉運動이 公보분위기하에서 行해졌다는 이유로 「選舉의 結果에 影響을 미쳤다」고 인정한 劃期的인 判決로 종래의 「票差를 뒤집을만한 立證」이 있는 경우에만 無效判決하던 것과는 다른 重大한 判決이라고 하겠다. (1968. 12. 11. 大判 67 수 104. 法律新聞 1968年 12月 23日 字參照).

(判示事項) 1967. 6. 8. 全羅南道 第16地域選舉區(羅州區)에서 實施된 國會議員選舉는 李浩範의 當選을 위해 그들로 부터 組織된 暴力團(所謂 行動隊)의 組織의 이고도 全般的인 暴力과 毆打 傷害, 尾行 등으로 인한 恐怖劣團氣속에서 이루어진 것으로서 丁明燮原告側의 選舉運動과 選舉演說妨害는 勿論 原告選舉事務所를 습격하고 심지어는 選舉委員會까지 襲擊하여 그 機能을 마비케 하였을 뿐 아니라 選舉委員들에게 脅迫하여 辭退를 強要하였고 또한 原告側의 選舉參觀人 合宿所를 包圍 亂動을 부림으로써 選舉의 管理와 執行을 不能 또는 困難케 하였다. 따라서 前記 選舉는 無效라 아니할 수 없다.

(判示理由抄) 위에서 인정한 바와 같은 조직을 가진 소위 행동대의 대원들이 그 조직적인 명령에 의하여 본건 선거구일원에 걸쳐 원고선거운동원을 폭력과 협박 미행 감시를 하고 심지어는 고의적인 상해를 가함으로써 선거운동을 방해하고 위와같은 폭행과 협박에 못이겨 그 운동을 포기하고 피신을 하지 아니할 수 없게 하였으므로 원고의 선거사무소를 포위하여 외부와의 출입을 금지하고 입후보자 원고자신에게 협박을 가함으로써 그 신변의 위험을 느끼고 피신을 하지 아니 할 수 없게하는 등의 행위는 선거자유와 공정의 원칙을 침해한 불법적인 행위라 아니 할 수 없을뿐 아니라 투표일이 임박하면 임박할수록 쌍방의 선거운동은 치열하여지고 운동원들의 신경도 날카로워지는 것이므로 본건의 기표부 誤刷사건이 인쇄소의 잘못에 의한 것이라 하여도 그것의 일부가 이미 유권자들에게 배부되어 유권자로 하여금 민주공화당 후보자 李浩範에게 불리한 착각을 일으키게 할 여지가 있었으므로 민주공화당 후보자인 李浩範의 운동원인 그 지지자들로서는 흥분하고 그 시정요구에 다소 냉정하지 못하였으리라는 점은 이해 못할 바 아니나 독립된 기관으로서 가장 자유스러운 환경에서 냉정하고 공정하게 선거를 관리집행하여야 할 선거위원회 포위하고 난입하여 기표를 파괴할 뿐 아니라 회의중인 선거위원들에게 육설과 협박을 하여 사퇴를 강요함으로써 선거위원으로 하여금 신변의 위험을 느끼게 하며 공정하고도 자유스러운 선거의 관리집행을 할 수 없도록 하는 행위들은 아무리 너그럽게 생각한다 하여도 그 정도를 넘은 행위라 아니할수없고 위에서 말한바와 같은 행위들은 우발적이고 개별적인 것이 아니고 조직적이고 전반적인 행위라 아니할 수 없고 위와 같은 조직적이고 전반적인 불법행위로 말미암은 타율적인 것에 의한 것이라 하여도 미고 관리위원회에 결국 선거관리집행에 있어서 선거결과에 영향을 미친 위법이 있다 아니할 수 없으므로 그 외의 원고주장에 대한 판단을 할 필요없이 1968. 6. 8. 전라남도 제 16 선거 지역에서 실시한 국회의원선거는 무효라 아니할 수 없다.

- (2) 大法院 1968. 6. 21. 선고 67 수 127, 法律新聞 1968年 7月 8日號 參照.  
 (3) 大法院 1968. 7. 15. 선고 67 수 26, 法律新聞 1968年 8月 5日號 參照.

4日 判決<sup>(3a)</sup> 등 자미 있는 判決이 있었다.

本稿에서는 後者の 셋判決이 選舉訴訟에 있어서의 原·被告適格에 관한 判決인 점을 重視하여 選舉訴訟에 있어서의 當事者適格問題를 중심으로 이제까지 나온 중요한 判決을 概觀해 보려고 한다. 現在 우리나라에는 完全한 選舉判例集이 刊行된 바 없으므로 主로 中央選舉管理委員會에서 편 「選舉關係判決集」과 筆者가 求할 수 있었던 若干의 判決을 중심으로 하여 이 問題를 다루어 보기로 한다.

## II. 選舉訴訟의 特性

選舉法은 選舉管理의 公正을 確保하기 위하여 두가지 方法을 쓰고 있다. 그 하나는 規定違反에 대하여 選舉 또는 當選의 效力을 喪失시키고 있으며, 或種의 規定違反事件은 選舉犯罪로서 處罰의 對象으로 하고 있다. 이 兩者는 完全히 關係가 없는 것은 아니나 現在의 選舉法令은 選舉人 等の 規定違反行爲는 處罰의 對象으로 하고, 選舉執行機關의 規定違反行爲는 選舉無效 또는 當選無效의 原因으로 하고 있다. 그러나 當選人의 選舉犯罪로 인하여서도 當選無效가 되며 (國會議員選舉法 第171條, 大統領選舉法 第158條) 連座制에 의한 當選無效 (國選法 第172條) 選舉費用의 超過支出로 인한 當選無效(國選法 第170條)를 규정하고 있기 때문에 選舉犯罪에 의한 處罰도 當選無效原因이 된다. 그러나 檢察의 不起訴나 不充分한 公訴維持 때문에 選舉犯罪者가 處罰되지 않는 事例가 있기에 이를 當選無效로 다루는 경우가 있으나 大法院의 判例는 이 경우 却下判決을 하여 왔다<sup>(4)</sup>.

選舉訴訟에 관하여서는 國選法과 大選法에서 規定하고 있는데 選舉爭訟의 性格이 公法的 爭訟裁判이라고 보는 것은 오늘날의 通說이다<sup>(5)</sup>. 그런데 主觀의 爭訟이나 客觀의 爭訟이나에 관해서는 學說의 對立이 있다. 主觀의 爭訟이란 個人的 權利 또는 利益을 위한 爭訟인데 對하여 客觀의 爭訟이란 法規의 適用의 客觀의 適正 또는 一般公共의 利益을 위한 爭訟으로서 個人的 權利, 利益의 保護를 目的으로 하지 않는 것을 말한다. 그런데 憲法 第24條의 裁判을 받을 權利는 主觀의 訴訟提起의 保障이라고 一般의로 말하여진다.

그런데 選舉審査의 目的은 오로지 國家와 國民과의 協同에 의하여 行하여지는 選舉의 結果인 法律行爲의 效果의 適法性을 擔保하는데 있으며, 國家는 이 目的을 위하여 그 適法性的

(3a) 大法院 1968. 12. 4. 선고 68 수 1 法律新聞 1968年 12月 23日號 參照

(4) 이에 관한 判例로서는 다음과 같은 것이 있다.

① 被告가 不法하게 買票行爲, 演說妨害, 選舉運動妨害, 虛偽事實流布, 就職斡旋約束 등의 手段方法으로 多數票를 획득한 것은 選舉事犯에 該當될지언정 當選無效의 事由가 될수없다. (1958. 9. 20. 大判 1958 선 11)

② 選舉事犯은 그 關係者가 處罰의 對象이 될뿐 選舉의 管理執行에 관한 違法이 있다는 選舉無效訴訟事由에 該當되지 아니한다. (1959. 7. 8. 大判)

(5) 選舉審査의 法的性質에 관해서는 ① 爭訟의 性質을 全然 否認하는 說(Seidel) ② 公法的非訟事件이라고 보는 說(1911年 5月 31日 Elsath-Rothlingen 憲法) ③ 公法的 爭訟說(Jellinek, Laband)이 있는데 오늘날 通說은 法的 爭訟說을 떠르고 있다. (林田和博, 選舉法 p. 132. 田中眞次, 選舉關係爭訟의 研究 p. 8. 文鴻柱·李尙圭, 新選舉法解說 p. 194)

擔保에 관하여 正當한 利害關係가 있다고 認定되는 一般國民이 訴訟의 形式으로서 그 再審査를 請求하는 것으로 民衆訴訟(actio popularis, Popularklage)이라고 불리워진다. 民衆訴訟으로서의 選舉訴訟은 一般的으로 抗告訴訟이 아니고 公法上의 權利關係에 관한 訴訟이라고 말하여진다.

要컨대 選舉에 관한 爭訟은 權利의 保護를 目的으로 한다고 하기보다는 오히려 選舉가 適法히 行하여지고 그 結果가 適正히 決定되어지는 것을 保障하는 것을 目的으로 하는 것이며, 提訴權者는 반드시는 自己의 權利를 毀損되었다고 主張하는 것을 要하지 않는다. 그러기에 選舉가 適法히 行하여지고 그 結果가 適正히 決定되는 것에 正當한 利害關係를 가진 者는 모두 提訴權을 認定하고 있는 것이다.

그런데 選舉關係爭訟法이 전부 客觀的訴訟으로서 民衆訴訟이라고 할 수 있는지 明確하지는 않다. 왜냐하면 國會議員의 當選訴訟에 있어서 當選訴訟의 原告를 「政黨 또는 候補者」에 限定하고 있기 때문이다<sup>(6)</sup>. 當選訴訟에 있어서는 選舉人에게는 原告適格을 認定하고 있지 않기 때문에 이것이 民衆訴訟이나 客觀的訴訟이나에 對해서는 疑問이 있다. 日本의 最高裁 昭和 23年 6月 15日 判決<sup>(7)</sup>은 當選訴訟은 客觀的爭訟이라고 할 수 없고 主觀的訴訟이라고 보고 있다. 美濃部教授도 當選訴訟의 目的은 「自己의 權利의 主張에 있다」고 보고 있다<sup>(8)</sup>. 이에 대하여 當選訴訟도 落選人의 權利保護를 위한 主觀的訴訟이 아니고 原告適格者의 範圍가 좁을 뿐이며 客觀的訴訟으로 보아야 한다는 學說이 있다<sup>(9)</sup>.

우리 判例는 選舉訴訟은 民衆訴訟으로 客觀的爭訟으로 보나 當選訴訟은 民衆訴訟이 아니고 主觀的인 爭訟으로 보고 있다(1961年 4月 11日 大判 1960 選 14 號). 그 要旨를 보면 다음과 같다.

〔判決要旨〕

選舉訴訟은 權利保護의 目的보다도 國家 國民의 協同에 依한 選舉의 適法實施와 그 結果의 適正決定의 保障을 目的으로 하는 이른바 民衆訴訟이다. 當選無效訴訟은 民衆訴訟의 特性을 가졌다고 할 수 없고 當選無效訴訟을 提起할 수 있는 者는 當選을 失한 者 即 落選한 候補者에 局限되어 있다.

〔判決理由〕

國會議員選舉는 國民의 參政權으로서 普通 直接 秘密投票에 依하여 選出하게 되어 있고 (憲法 第 32條 參照) 同選舉의 目的은 國民의 自由意思에 依하여 議員을 公正히 選出하므로써 民主政治의 發展을 期함에 있다 할 것인 바 (國會議員選舉法 第 1條 參照, 以下 法이라 略稱한다), 選舉訴訟은 他訴訟과 그 性質을 달리하여 權利保護의 目的보다도 國家 國民 協同에 依한 選舉의 適法 施行과 그

(6) 國選法 第137條

(7) 最高裁, 民集 2卷 7號 134面

(8) 美濃部達吉, 選舉爭訟と 當選訴訟의 研究 119面

(9) 高田眞次, 選舉關係訴訟, 民事訴訟法講座 5卷 532面. 雄川一郎, 行政爭訟法 115, 116面

結果의 適正 決定의 保障을 目的으로 하는 것으로서 提訴權者는 選舉人 또는 候補者이므로 그 訴權行使는 一身에 專屬하고 訴訟의 承繼를 不許하는 것이며 被告도 當選人이 아니요 委員長等 選舉管理機關으로 하고 選舉의 全部 또는 一部의 無效判決이 있을 때에는 再選舉할 것을 命하였으므로 (法第二百二十八條, 第三百十條 第三百三十二條 參照) 選舉無效訴訟의 係屬中 即 訴訟의 對象이 된 當該 選舉의 欠缺이 完全히 糾明되어 無效原因事由가 確定되기 前에는 補闕選舉를 施行할 수 없는 등의 特性을 保有하는 所謂 民衆訴訟에 屬한다 할 것이다. 그러므로 原告가 비록 前示한 바와 같이 公民權制限에 依하여 選舉權 및 被選舉權을 喪失하였다 할지라도 提訴當時에 있어서 訴訟成立要件을 具備한 本件에 있어서는 訴訟主體(原告)의 失格 訴訟承繼의 不許를 理由로 하여 다른 或種의 人事訴訟에 있어서와 같이 訴訟의 終了 또는 訴訟利益의 缺如로 解釋할 수 없고, 前示 民衆訴訟의 特性에 鑑하여 本案審判을 遂行하여 再選舉 原因의 有無를 明白히 할 必要가 있다 할 것이요, 따라서 本件 選舉無效訴訟은 依舊히 權利保護의 利益을 繼續 保有한다 할 것이므로 後願判示와 같이 그 本案에 關하여 審理判斷하여야 할 것이다. 그러나 叙上에 反하여 當選無效訴訟에 있어서는 그 訴權의 行使가 一身에 專屬하고 그 訴訟이 承繼를 不許하는 點에 있어서 彼此 同一하다 할 것이나, 當選無效訴訟이 民衆訴訟의 特性을 가졌다고 速斷할 수 없으므로 그 歸結을 選舉無效訴訟에 있어서와 같이 論斷할 수 없다 할 것이다.

即 當選無效訴訟은 選舉自體의 適法有效함을 前提로 하는 것으로서 다만 同 選舉에서 當選決定된 者의 當選의 效力만을 다름에 不過하고 그 正當한 當事者로서의 提訴權者는 當選을 失한 者 即 落選한 候補者에 局限되어 있고 被告도 特殊한 境遇를 除外하고는 原則으로 當選者를 相對로 하는 것이므로 (法第三百三十四條 參照) 同 訴訟의 勝敗의 結果가 訴를 提起지 아니한 他 落選者 또는 選舉人의 利害에 何等의 影響을 미치지 아니한다 할 것이다.

그러므로 本件에 있어서 原告가 落選한 候補者로서 公民權制限法에 依하여 이미 被選舉權을 喪失한 以上 本件에서 勝訴한다 할지라도 原告 自身은 當選人이 될 道理없고 따라서 本件 當選無效訴訟은 그 存在理由를 喪失하여 何等의 實益이 없음에 歸着한다 할 것이나 原告의 當選無效請求의 訴는 到底히 却下를 請지 못할 것이다. 設使 그렇지 않다 할지라도 原告의 選舉無效請求에 對하여 後願 本案判斷과 같이 이를 認容하는 以上 同 選舉의 有效를 前提로하는 當選無效請求는 理論上 이를 容納할 수 없는 바이므로 이 點으로 하여도 同 請求는 排斥되어야 할 것이다.

이 判決은 上記 日本最高裁判所判決과 같은 趣旨이다. 當選訴訟의 性質에 關한 이 判決은 舊法下의 判決이나 新法下에서도 別다른 變遷은 없는 것 같다. 當選訴訟을 主觀의 訴訟이라고 보는가, 客觀의 訴訟으로 보는가는 行政訴訟法의 適用條文을 달리 할 뿐 아니라 가장 큰 差異點은 主觀의 訴訟이라고 한다면 得票計算上 도저히 當選人인 可能性이 없는 落選者의 訴訟은 訴의 利益이 없는 것으로서 却下할 수 밖에 없으나, 客觀的 訴訟으로 보는 경우에는 그러한 者의 訴訟도 適法하다. 國選法 第 137 條가 當選의 效力에 關하여 異議가 있는 「政黨 또는 候補者」를 原告로 하고 있기 때문에 이 경우에 訴의 提起는 適法하다고 보아야만 할 것이다. 이 점에서 當選訴訟의 性格을 완전히 主觀的 爭訟으로 보는 것은 妥當하다고는 볼 수 없을 것이다<sup>(10)</sup>.

### III. 選舉訴訟에 있어서의 當事者適格

選舉에 關한 訴訟은 選舉訴訟과 當選訴訟을 區別하고 있다. 選舉訴訟이란 選舉節次에 하

(10) 同旨. 高田眞次, 選舉關係爭訟의 研究, 9面. 雄川一郎, 前掲書, 115面 116面.

자가 있다고 하여 그 選舉의 全部 또는 一部의 效力을 다투는 訴訟이다. 訴訟의 對象이 되는 것은 特定한 選舉區, 開票區, 投票區 또는 選舉會場등에 있어서의 集合의 行爲인 選舉의 效力이다. 選舉訴訟에서는 選舉의 全部 또는 一部가 無效로 되는 것은 選舉의 管理, 執行이 「選舉에 관한 規定에 違反」한 事實이 있는 경우에 「選舉의 結果에 影響을 미쳤다고 인정될 때에 限하여 選舉의 全部나 一部無效를 判決한다」(國選法 第138條).

1. 原告適格 選舉訴訟을 提起할 수 있는 者 즉 原告의 當事者適格을 가지는 者는 選舉의 效力에 관하여 異議가 있는 「選舉人·政黨 또는 候補者」이다. 過去에는 選舉人 및 候補者만을 原告適格者로 하였으나 새로히 政黨을 原告適格者로 追加하였다. 여기서 選舉人, 政黨, 또는 候補者의 意味는 明確한 것 같으나 반드시 그런 것도 아니다. 그 중 重要한 論點을 보면 다음과 같다.

① 訴訟을 提起할 수 있는 選舉人은 當該選舉區의 選舉人에 限定될 것인가가 문제된다. 換言하면 選舉人은 所屬選舉區以外的 選舉區의 選舉에 關하여 訴訟을 提起할 수 있는가이다. 이에 대해서는 外國判例와 學說이 對立되고 있다. 日本行政裁判所의 옛判決은 當該選舉區의 選舉人에 限定되지 않는다고 하고 있으나 大正 11年부터 그 選舉區의 選舉人에 局限시키고 있다. 日本의 最高裁判所도 當該選舉區의 選舉人에 局限된다고 하고 있다. 그 理由로서는 「……選舉訴訟의 制度를 認定한 所以는 選舉가 選舉區마다 行해지는 것임에 鑑하여 그 選舉區의 選舉에 參加할 수 있는 權利를 가지는 者에 그 結果의 違法을 主張하는 길을 열어 주어 이로서 選舉에 관한 法規의 適用의 客觀的適正을 期하고 있는 法意라고 解함이 相當하며……」(昭和 39年 2月 26日 判決)라고 하고 있다<sup>(11)</sup>.

우리나라 大法院은 「各地域區의 選舉 및 當選의 無效를 訴求하는 部分은 위(國會議員選舉) 法 第136條 第137條의 規定上 그중 忠淸北道 第1選舉區를 除外한 나머지의 다른 地域區들에 관한 限 그러한 訴訟을 提起할 原告의 適格이 없다 할 것이다」고 하여 却下하였다(1968年 7月 15日 宣告)<sup>(12)</sup>. 이것은 原告가 忠淸北道第1選舉區의 경우는 候補者임으로 原告適格이 있다고 認定한 것이며 選舉人으로서의 原告適格에는 言及하지 않는 것 같다. 選舉人의 原告適格에 관해서는 그 뒤 1968年 12月 8日 判決에서 「選舉訴訟의 原告가 될 資格은 當該地域區의 立候補者 또는 選舉人으로서 制限되어 있음을 알 수 있는 바인즉 各 地域區에 立候補하였다던가 또는 그 選舉區들의 選舉人이 었다는 點에 관한 主張과 立證이 없는 者로써는 各 訴訟을 提起할 수가 없다고 할 것이다」고 하여 當該選舉區의 選舉人에 局限됨을 明示하고 있다<sup>(12a)</sup>.

(11) 民集 18卷 2號 353面.

(12) 1968年 7月 15日 宣告 67 수 26, (世稱 崔秉吉氏 提訴 6.8 選訴 却下判決) 法律新聞 1968年 8月 5日 參照.

(12a) 1968年 12月 4日 宣告 68 수 1 (選訴却下), 法律新聞 1968年 12月 23日字 參照.

그러나 選舉의 規定違反이 全選舉區에 共通되는 경우에는 그 違法이 全選舉區에 미치지 않아도 不拘하고 選舉人이 그 選舉區의 選舉에 있어서만 爭訟提起가 許容된다고 하면 他의 選舉區의 選舉는 無效로 되지 않는 結果로 된다. 이러한 不合理한 結果를 免하기 위하여서는 이러한 경우에는 選舉人은 所屬選舉區外에의 다른 選舉區에 대해서도 爭訟提起를 認定하여야 할 것이다. 왜냐하면 ① 國會議員은 그 選舉區만의 代表者가 아니며, 選舉人은 全選舉가 正當히 行해진 것에 대하여 利害關係를 가지며<sup>(13)</sup>, ② 選舉無效原因은 一選舉區에 限定되지 않으며 ③ 全國區出身國會議員選舉가 同時에 行해지기 때문에 選舉人은 他選舉區의 選舉에도 影響을 미치기 때문이다. (美國에서는 州選舉人이 州選舉法의 違憲을 訴求할 수 있는 當事者適格이 認定되고 있다)

② 投票하지 않았던 者도 爭訟을 提起할 수 있으며 (日本行政裁判所 昭和 2. 10. 22 判決) 選舉人名簿에 등재되어 있지 않더라도 原告適格이 있으며(日本行政裁判所 昭和 4. 4. 10 判決) 選舉當時 選舉權을 가지지 않거나 選舉權停止中인 者의 訴訟은 日本行政裁判所判決은 不適法이라고 하고 있으나 訴訟提起는 投票와 다르므로 原告適格이 있다고 보아야 하겠다<sup>(14)</sup>.

③ 選舉當時 選舉權을 가지고 있었으나 그 後에 選舉權을 喪失한 者의 原告適格에 관해서는 日本行政裁判所の 判決은 이를 適法한 것으로 보고 있다. 우리大法院判決도 前示 1961年 4月 11日 判決에서 提起後 選舉權 및 被選舉權을 喪失하였다 할지라도 訴訟을 繼續하여야 한다고 判示하였다. 判示理由를 보면 「原告가 비록……選舉權 및 被選舉權을 喪失하였다 할지라도 提起當時에 있어서 訴訟成立要件을 具備한 本件에 있어서의 訴訟主體(原告)의 失格訴訟承繼의 不許를 理由로하여 마치 或種의 人事訴訟에 있어서와 같이 訴訟의 終了 또는 訴訟利益의 欠如로 解釋할 수 없고 前示 民衆訴訟의 特性에 鑑하여 本案審判을 進行하여 再選舉 原因의 有無를 明白히 할 必要가 있다 할 것이요 따라서 本件 選舉無效訴訟은 依舊히 權利保護의 利益을 繼續 保有한다」고 判示하고 있다<sup>(15)</sup>.

그러나 訴訟承繼에 관해서는 많은 問題가 있다. 이에는 學說과 日本判例가 對立되고 있다. 日本判例는 選舉訴訟繫屬中에 原告가 死亡한 경우에는 그 訴訟을 承繼할 者는 없으며 原告의 死亡에 의하여 訴訟은 當然히 終了하는 것으로 判示하고 있다.(最高裁 昭和 38. 3. 15 判決) (民集 17卷 2號 376面)

**2. 被告適格** 選舉訴訟의 被告에 대해서는 地域區選舉管理委員會委員長으로 하도록 國選法 第136條가 規定하고, 被告가 될 委員長이 死亡 또는 辭退한 때에는 副委員長을, 副委員長이 死亡 또는 辭退한 때에는 當該選舉管理委員會委員全員을 被告로 하도록 하고 있다. 大統領選舉에 있어서의 選舉訴訟의 被告는 中央選舉管理委員會委員長이다. (大選法 第123條)

(13) 同旨. 美濃部, 公法判例大系(上) 490面 反對, 文瀉柱·李尙圭, 前掲書, 195面.

(14) 同旨. 美濃部, 選舉爭訟と 當選爭訟의 研究 106面 田中眞次, 前掲書 192面.

(15) 選舉關係判決集 p. 160.

그런데 여기서 문제가 되는 것은 國會議員選舉에 있어서 選舉의 全面無效를 訴求하는데에 中央選舉委員會委員長을 被告로 할 수 없는가 하는 문제이다. 大法院은 國會議員選舉法の 規定에서 보아 不適法하다고 消極的으로 解釋하고 있다. (1938. 6. 21. 大判. 67 수 127; 1968. 7. 15. 大判. 67 수 26; 1968. 12. 4. 大判, 68 수 1)

〔判決要旨〕 (1968. 6. 21. 大判)

中央選舉管理委員會委員長은 選舉法上 選舉訴訟의 被告로 될 수 없고 中央選舉管理委員會委員長을 상대로 낸 訴訟은 不適法한 것이다.

〔判示理由〕

國會議員選舉法上 國會議員選舉의 效力에 關하여 異議가 있는 政黨은 地域區選舉管理委員會委員長을 被告로 하여서만 大法院에 提訴할 수 있게 되어 있고 (國會議員選舉法 第136條) 이 事件에서처럼 中央選舉管理委員會委員長을 相對로 하여 國會議員選舉의 效力을 다투는 方途는 規定되어 있지 아니하다.

그렇다면 이 事件에서처럼 中央選舉管理委員會委員長을 相對로 하여 國會議員選舉의 效力을 다투는 訴訟은 不適法임을 認하지 못할 것이다.

〔請求原因〕 國會議員選舉法 第136條는 地域區單位로 行하여진 國會議員選舉의 效力에 關하여 異議를 主張할 때 相對方當事者의 選擇을 法律로서 定하는 規定이다. …國會議員總選舉全面的 效力을 다투는 경우의 相對方當事者 即 被告를 選擇하는데 關한 明文規定은 없다. 그러나 法理上 一定한 請求를 訴訟節次에 의하여 主張하는 경우에 相對方 當事者에 關한 明文의 規定이 없다고 해서 그것만을 가지고 該請求를 訴訟節次에 依하여 主張하는 것이 禁止되어 있다고 解釋할 수 없다. ……現行法上 選舉管理運營에 關한 事務를 總括하는 機關은 中央選舉管理委員會이며 中央選舉管理委員會의 指揮, 監督下에 各級選舉管理委員會를 設置하고 있는 것이다. 그러므로 1967. 6. 8 實施된 國會議員總選舉全面에 對하여 效力에 關한 異議를 訴訟節次에 依하여 主張할 때 中央選舉管理委員會의 長을 相對方當事者로 選擇하는 것은 實際的으로나 理論的으로나 妥當하다. 또한 現行選舉制度에 있어서 實際로 惹起될 수 있는 國會議員選舉法 第13條의 全國選舉區에 基하여 選出된 國會議員選舉의 效力에 關한 異議를 主張할 必要가 있는 경우가 있을 수 있으며 이 경우에 그 相對方當事者로서 中央選舉管理委員會의 長을 擇할 수 밖에 없음은 國會議員選舉法 第125條1項의 規定에 依하여도 明白하다.

〔判決要旨〕 (1968. 7. 15. 大判)

1. 위 總選舉의 전반적인 無效(各 地域區와 全國區의 選舉 및 當選의 無效)를 訴求하는 部分은 國會議員選舉法이 그러한 類型의 訴訟을 認定하지 않음이 同法中 訴訟에 關한 規定들의 解釋上 뚜렷하다 할 것이니 이를 不適法한 것이라 斷할 수 없다.

2. 忠淸北道 第1 選舉區의 選舉 및 當選의 無效에 關한 部分은 被告 中央選舉管理委員會委員長에게 그러한 訴訟의 被告適格이 없다 할 것이니 이에 關한 請求도 不適法하다 할 것이며,

3. 全國區의 選舉 및 當選無效를 訴求하는 部分은 選舉無效에 關한 것은 國會議員選舉法上 그러한 類型의 訴訟이 容인된다고 할 수 없다.

〔判決要旨〕(1968. 12. 4. 大判)

國會議員選舉法이 選舉에 관한 訴訟을 規定한 同法第 12 章의 各規定中에서는 中央選舉管理委員長을 相對로 하여 그의 管下 各 地域區에서 實施한 選舉의 效力과 그 選舉에 의한 當選의 效力을 다투는 訴訟을 提起할 根據가 發見되지 않는 바이니 同法은 그러한 類型의 訴訟을 認定하지 않았다고 할 것이다.

(請求趣旨) 本件은 1967. 6. 8. 實施된 第 7 代國會議員總選舉에 있어서의 全國區選舉의 效力에 관하여 大法院에 同院 67 수 38 國會議員選舉無效의 訴를 提起하였던 事實이 있는 原告가 1968. 9. 24 實施된 忠清南道 第 5 選舉區와 全羅北道 第 9 選舉區 및 全羅南道 第 7 選舉區의 補闕選舉에 관하여 中央選舉管理委員長과 의 各 地域區의 選舉管理委員長들을 상대로 ① 그 各 地域區의 補闕選舉들이 그 選舉에 관한 公告가 前記 大法院 67 수 38 事件이 同院에 계속중인 1968. 8. 24 에 있었던 것이어서 그것이 無效한 公告였음에도 불구하고 그 公告에 따라 實施되었던 것이니만큼 그 各 選舉는 물론 그 選舉에 의한 各 當選도 모두 無效였으며

② 또 그 各 補闕選舉에서는 그 各 地域區選舉管理委員會가 前記 6.8 總選舉時에 作成한 그 各 地域區의 選舉人名簿에 依하여 그 選舉를 實施하여야 할 것이 있음에도不拘하고 그 補闕選舉를 위하여 새로이 作成한 選舉人名簿을 使用하여 그 選舉를 實施하였던 것이었은즉 위와같은 選舉人名簿에 의한 選舉와 當選도 모두 無效라고 主張한다.

〔判示內容〕 請求趣旨를 判斷하기 前에 職權으로 訴의 當否를 審査하여 國會議員選舉訴訟의 當事者適格이 없다고 하여 不合法한 것으로 却下하고 있다.

大法院이 이와같이 中央選舉管理委員會委員長의 被告適格을 否認한 것은 순수히 法實證主義의인 概念法學의 所產이 아닌가 생각한다. 大法院이 1968 年 7 月 15 日 判決에서 總選舉의 全面的인 無效訴訟은 이를 認定할 수 없다는 것과 全國區의 選舉無效를 訴求하는 訴訟類型이 國會議員選舉法上 存在하지 않는다고 한 것도 같은 法理論의 所產이라고 하겠다.

美國의 大法院이 憲法에도 없는 違憲立法審查權을 爭取한 積極性과는 相當히 距離가 먼 것이며, 美國大法院의 activist 들의 態度와는 正反對되는 大法院의 消極的인 態度表示라고 하겠다. 大法院이 消極的인 司法哲學에서 「政治問題」를 回避함으로써 政治的인 解決을 바란 것이라고 볼 수 있다. 그러나 國會議員選舉法에 規定이 없으므로 그런 選舉訴訟은 있을 수 없다는 것은 選舉訴訟의 法規定에서 보아서는 首肯할 수 있으나 憲法이 選舉의 公正에 關한 特別한 保障을 하고 있는, 또 違憲立法審查權을 大法院에 부여하고 있는 憲法精神에는 合致된다고 할 수 없으며 또 選舉訴訟의 特性이 客觀的인 訴訟이요 民衆訴訟의 性格을 띠고 있다는 것을 등한시한 것이나 아닌가 의심스럽다<sup>(16)</sup>.

大法院이 政治問題를 回避하기 위한 手段으로서 한 것이라고 보는 以上 立法的인 解決方法을 모색할 수 밖에 없을 것이다. 이를 위하여서는 國會議員選舉法을 改正하여 總選舉全面

(16) 選舉訴訟에 있어서의 訴訟利益은 一般訴訟에 있어서의 訴訟利益과는 다르며 原告個人的인 訴訟利益이 아니고 對社會的인 訴訟利益이라고 할 것이다.(1961. 4. 11. 大判 參照) 選舉關係訴訟의 判決은 對社會的인 對一般的인 效力을 가지고 있다.

無效의 訴訟形態를 導入하고 被告適格者로 中央選舉管理委員會委員長을 指定하는 것이 妥當할 것이다. 與野合意議定書에 따라 全國的인 規模의 選舉의 公正한 運營을 期하기 위하여 保障立法에 관한 法改正案이 지난 年末 國會를 通過하였는데 이에 關한 規定을 두지 아니 한것은 立法의 未備라고 하겠다. 새로운 法改正이 있었으면 생각한다.

#### IV. 當選訴訟에 있어서의 當事者適格

當選訴訟이란 選舉가 有效한 것을 前提로 하여 選舉管理委員會에서 個個의 當選人의 決定을 違法이라 하여 그 效力을 다투는 爭訟이다.

當選訴訟에 있어 當選無效의 原因은 當選人決定에 관한 諸規定에 관한 選舉執行機關의 判斷의 誤謬라고 할 수 있다. 當選의 效力에 관한 問題는 그 內容에서 말하면 크게 나누어 ① 候補者의 得票數의 問題와 ② 當選人일 수 있는 資格에 관한 問題로 크게 나눌 수 있다.

當選訴訟의 原告는 政黨 또는 候補者만이 될 수 있으며 被告人은 當選人이다. 그러나 選舉管理委員會에서의 當選人決定行爲 그 자체의 違法을 이유로 한 경우에 限하여 당해 當選人 決定機關인 選舉管理委員會의 委員長을 被告로 한다. 被告가 될 當選人이 死亡, 辭退 또는 當選無效가 된 경우에는 例外的으로 그 地域區나 全國區를 管轄하는 高等檢察廳檢事長을 被告로 한다. 이는 當選訴訟의 公共性에 비추어, 公益의 代表者로서의 檢事가 被告로서 訴訟을 遂行하게 하려는 것이다.

1. 原告適格 當選訴訟은 客觀的인 訴訟의 性格을 띄우기는 하나 前示한 大法院判決에서와 같이 主觀的인 訴訟의 傾向이 농후하다. 따라서 原告는 舊法에서는 候補者에 限定시켰으나 現在에는 政黨도 追加시켰다. 問題는 候補者가 被選舉權을 喪失한 경우 原告適格을 가지는가 하는 것이 問題된다. 大法院은 이경우 原告適格을 喪失한다고 判示하였다. 이는 妥當하다고 볼 수 있을 것이다.

① 原告가 公民權制限을 받은 경우 에는 原告適格이 없다.(1961. 4. 11. 大判 1960 選 14 號)

##### [判示要旨]

當選無效訴訟은 選舉自體의 適法有效를 前提로 하는 것이며 同訴의 勝敗는 提訴當事者以外에는 何等의 影響을 미치지 않으므로 原告가 公民權制限에 依하여 被選舉權을 喪失하여 勝訴하여도 當選人이 될 수 없는 경우에는 當選無效訴訟은 訴의 利益이 없다.

② 原告가 政黨을 脫黨한 경우에는 原告適格이 없다.(1965. 2. 18. 大判 却下 1963 수 9)

##### [判示理由]

當選의 效力에 關하여 異議가 있는 候補者가 提起하는 當選無效訴訟은 選舉無效訴訟과 달라 選舉自體의 適法有效함을 前提로 하고 同選舉에서 當選人으로 決定된 者의 當選을 變更하고 그 代身 自己의 當選을 主張하는 訴訟이라 할 것이므로 그 訴訟의 勝敗結果가 訴를 提起하지 아니한 候補者, 政黨 또는 選舉人의 利害에 아무 影響을 미치지 아니한다 할 것이고 憲法 第36條 第3項에 依하면 國會

議員候補가 되려는 者는 所屬政黨의 推選을 받아야 하고 國會議員選舉法 第27條에 依하면 候補者가 登錄後에 黨籍을 離脫 變更한 때에는 그 登錄은 無效로 되므로 候補者가 提訴하는 當選無效訴訟에 있어서는 原告가 辯論終結時까지에 立候補當時의 黨籍을 離脫 또는 變更한 때에는 原告로서의 當事者 適格을 喪失한다고 할 것이다.

③ 地域區候補者는 全國區의 當選無效訴訟의 原告適格이 없다. (1968. 7. 15 判決)

〔判示要旨〕

大法院은 「그 候補者가 아닌 原告에게는 (全國區의 當選無效)訴訟을 提起할 原告의 適格이 없었던 것이라고 할 수 없으니」라고 하여 이를 否定하였다.

이도 一應 妥當하다고 할 수 있을 것이다.

2. 被告適格 被告適格에 있어서는 當選者가 우선적으로 被告가 된다. 大法院은 「公務員이 法定期間中에 辭任하지 않고 當選된 경우에는 選舉區選舉委員會委員長을 被告로 할 것이 아니고 當選人을 被告로 하여야 한다」고 判示하였다. (1958. 12. 24 大判 1958 選 104)

〔判示理由〕

모든 公職選舉에 있어서의 被選舉權의 本質上 公務員에 被選舉權이 없다 할 수 없을 뿐만 아니라 ……公務員과 選舉委員會委員으로서 候補者가 되려는 者는 當該職員의 任期滿了日 180日前에 그 職이 解任되어야 한다고 規定하였음에 비추어 ……公務員에 對하여 그 保有하는 被選舉權의 行使에 一種의 制限을 加하였을 뿐으로서 所定期日內에 그 職이 解任됨이 없이 立候補한 公務員의 被選舉權을 剝奪하는 趣旨가 아님이 自明하므로 當選을 失한 者가 公務員으로 立候補하여 選舉의 結果 當選된 者에 對하여 (180日內에) 그 職이 解任되지 않았음을 들어 當選의 效力을 다투려면 當選人을 被告로 하여 提訴할 것이고 選舉管理委員會委員長을 被告로 할 수 없다 解釋함이 妥當하다.

判示는 妥當하다고 볼 것이다.

V. 結 語

위에서 選舉訴訟에 있어서의 當事者適格에 관한 判例를 몇개 간추려 보았으나 우리 判例를 총망라한 것은 아니다. 選舉訴訟의 性格이 民衆訴訟의 性格을 띠고 있으며 國民의 參政權이며 裁判請求權問題와도 깊은 關聯이 있기 때문에 憲法爭訟의 當事者適格問題<sup>(17)</sup>와 結付하여 考察하여야만 할 것이나 紙面關係로 割愛하기로 한다. 다만 選舉訴訟이 客觀的爭訟인 點에 着眼하여 앞으로의 判決에서는 當事者適格을 實定法에 구애되어 너무 嚴格하게 解釋하지 말고 擴大解釋하는 方向으로 나아갔으면 생각해 본다. 選舉의 公正은 政治的方法에서 뿐만 아니라 司法判決에 의해서도 戰取되어야 할 가장 重要한 課題이기 때문이다.

(17) 憲法訴訟에 있어서의 當事者適格問題에 관해서는 Hart & Wechsler, The Federal Court and the Federal System, pp. 156—191. 特別 Actions by Voters p. 162 參照. The Constitution of the United States of America pp. 597~620. esp. 602~606. 若部信喜, 憲法訴訟における 當事者適格 JURIST. 261~3 號 覺道豐治, 憲法訴訟の 當事者適格. 世界各國의 憲法制度. pp. 355~383. 行政訴訟에 있어서의 當事者適格에 대해서는 橋本公亘, 米國行政法研究. pp. 231~244. 參照 其他 行政法教科書 參照.