

【전선】

정당법의 위헌성과 지역정당의 정당성* **

— 헌재 2006. 3. 30. 2004헌마246 결정 비판 —

김중서

배재대 명예교수, 헌법학

kjsminju@gmail.com

<국문초록>

이 글은, 쿠데타 정권에 의하여 제정되어 60년간 지역정당의 설립을 봉쇄해 온 정당법상 등록조항들의 위헌성을 논증하고, 나아가 지역정당의 설립이 헌법상 정당성을 가질 뿐 아니라 한국 정치문화의 혁신을 가능케 할 것임을 밝히는 것을 목적으로 한다. 이를 위하여 필자는 정당법의 위헌성을 바로잡을 기회가 있었음에도 이를 놓쳐버리고 만 헌법재판소의 2006년 결정의 허구성과 편협성을 폭로하고 비판한다. 헌법재판소 결정에 대한 비판은 다음과 같은 순서로 이루어진다.

첫째, 헌법재판소 결정의 토대가 된 정당의 개념표지 문제에 대한 헌법재판소의 오류를 논증한다. 여기서 헌법재판소가 제시한 일곱 가지 개념표지들 중 헌법규정에 따른 것을 제외하고는 모두 정당의 개념표지가 될 수 없음을 밝힌다.

둘째, 헌법재판소가 정당설립의 자유 침해가 아니라며 만장일치로 합헌이라고 했던 정당등록제도가 사실은 위헌 여부 판단에서 요구되는 과잉금지의 원칙을 통과하지 못했음을 논증한다. 우선 군소정당과 지역정당의 배제라는 정당등록제도의 입법 목적은 다원주의적 민주주의의 기본원칙에 반하는 것으로 그 정당성을 인정할 수 없다. 또한 현행 정당등록제도는 새로운 정치세력들에게 과도한 등록요건을 부과하는 것이어서 침해의 최소성 원칙에 반하며, 안정적 양당제의 확보라는 이익은 결코 정당설립의 자유 침해라는 근원적 기본권 침해를 앞설 수 없

* 심사위원: 서경석, 이상명, 윤현식

투고일자: 2022. 6. 6. 심사개시: 2022. 6. 7. 게재확정: 2022. 6. 13.

** 이 글은 민주주의법학연구회 6.1 지방선거 대응 온라인 좌담회 <지역정당 가로 막는 정당법의 문제와 개혁방안>(2022.5.11.)에서 발표한 것을 수정·보완한 것으로서, 헌법재판소에 계류 중인 2022헌마215 정당법 제3조 등 위헌확인 헌법소원 사건과 관련하여 작성한 의견서를 바탕으로 한 것이다.

는 것이어서 법익의 균형성 원칙에도 반하는 것이다.

셋째, 헌법재판소가 다루지 않았거나 소홀히 다룬 부분들에 대해서도 위헌 주장을 전개한다. 현행 정당등록제도는 외형상의 평등한 적용—이를 근거로 헌법재판소는 평등원칙 위반 문제가 없다고 했다—에도 불구하고 신생 정치세력에게 불리할 수밖에 없는 등록요건을 포함하고 있어 간접차별에 해당한다. 또한 정당에 대한 동등한 대우를 부정하고 군소·지역 정당의 정당한 정치활동을 가로막는다는 점에서 복수정당제에 위반된다. 나아가 지역정당의 부정을 통해 지방자치를 단순한 지방행정으로 격하함으로써 지역 수준의 정치를 제도적으로 보장하고자 하는 지방자치제의 본질에도 반한다. 뿐만 아니라, ‘현재 및 장래의 유권자들이 자신들의 의사와 이익을 결집하고 이를 공유하고 관철해 나갈 수 있는 민주적 의사결정과정을 보장하는 조직’이 정당이고 이는 국민주권 원칙의 실현을 위한 조건임에도 불구하고 지역성·군소성을 이유로 정당 등록을 거부하거나 등록을 취소함으로써 국민주권 원칙을 침해하고 있다.

마지막으로 필자는 지역정당이 헌법상의 원리나 요청에 적극적으로 기여한다는 점을 밝힘으로써 소극적 위헌 주장에 머물지 않고 적극적 제도개혁의 필요성을 주장한다. 지역정당은 헌법재판소가 지역정당 배제 필요성의 근거로서 제시했던 상황 즉 “지역적 연고에 지나치게 의존하는 정당정치풍토”를 혁파하는 데 크게 기여할 것이고, 지역정당 배제의 폐지는, 전국적 규모의 조직과 인력을 갖추지 못하면 새로운 정치적 도전을 시도조차 해 볼 수 없는 신진정치세력에게 전례 없는 기회의 문을 열어줄 것이며, 이처럼 신진세력의 진출과 지역주의적 정치풍토의 변화를 가져옴으로써 궁극적으로 주권자, 즉 장래 및 현재의 유권자들을 정치에 대한 혐오와 무관심으로부터 구해낼 것이다.

이처럼 현행 정당등록제도의 위헌성과 지역정당의 헌법적 정당성 및 필요성을 고려할 때, 헌법재판소는 16년 전의 엄청난 오판을 바로잡을 천재일우의 기회를 놓치지 말아야 한다.

주제어: 정당, 정당법, 등록요건, 지역정당, 정당설립의 자유

< 차 례 >

- I. 서론
- II. 규범역전: 정당 개념표지의 과도한 확장
- III. 과잉금지의 원칙 위반: 정당 설립의 자유 침해
- IV. 정당법의 또 다른 위헌성들: 헌법재판소가 누락한 문제들
- V. 결론

I. 서론

지금으로부터 16년 전 지역정당 및 군소정당을 사실상 금지하는 정당법 규정들의 위헌성을 다투는 헌법소원심판이 처음으로 제기되었을 때 헌법재판소가 적절한 결정을 선고했다면 이 글을 쓸 필요도 없을 것이다. 그리고 그 때 합리적인 결정이 선고되었다면 한국 정당정치의 모습도 많이 달라졌을 것이고 “국민의 정치적 의사형성”에 대한 정당의 기여 역시 매우 긍정적인 방향으로 지향되었을 것이라고 필자는 확신한다. 그런 점에서 지역정당을 가로막는 정당법의 문제를 밝히고 개선방향을 논의하는 이 글을 헌법재판소의 합헌결정¹⁾에 대한 비판으로 시작하는 것은 너무나 당연한 일이다.

앞서 말했듯이 헌법재판소는 당시 올바른 결정을 선고하지 못했다. 심지어 헌법재판소는 적절한 결정을 하지 못하는 데 그치지 않고 상상할 수 있는, 아니 상상을 넘어서는 최악의 결정을 내려버리고 말았다는 게 필자의 생각이다. 그 결정을 최악이라고 평가할 수밖에 없는 것은 그 결정이 단순히 기존 입법=정당법의 합헌성을 소극적으로 수동적으로 확인하는 데 그친 것이 아니라 미래의 개선 입법의 여지조차 막아버리는 것이었기 때문이다. 정당의 등록요건을 정하고 있는 구 정당법(2004. 3. 12. 법률 제719호로 개정되고, 2005. 8. 4. 법률 제7683호로 전문 개정되기 전의 것) 제25조(헌행법 제17조와 동일함)²⁾와 제27조(헌행법 제18조 제1항과 동일함)³⁾가 헌법에 위반되는지 여부가 문제된 헌법소원심판에서 헌법재판소는 이들 규정이 헌법에 위반되지 않는다고 ‘전원일치’의 결정으로 선고했을 뿐 아니라, 결정문 전체를 통틀어서 이들 법률규정의 문제점을 구체적으로 지적한 부분이 단 한 군데도 없었기 때문이다. 마치 아무런 문제도 없는 법률조항들에 대하여 당시 청구인(사회당)이 터무니없는

1) 헌재 2006. 3. 30. 2004헌마246.

2) 제25조 (법정시·도당수) 정당은 5 이상의 시·도당을 가져야 한다.[전문개정 2004. 3. 12.]

3) 제27조 (시·도당의 법정당원수 <개정 2004. 3. 12.>) 시·도당은 1천인 이상의 당원을 가져야 한다. <개정 1969. 1. 23., 1972. 12. 30., 1980. 11. 25., 2004. 3. 12.>

헌법소송을 제기하기라도 한 것인 양 그 주장을 외면한 채 헌법재판소는 이들 법률규정의 정당성을 강조하는 데만 열중했다. 그러니 단 하나의 소수의견도 없이 만장일치로 내려진 이런 결정문 앞에서 그 후의 입법자들은 이들 정당법 규정의 개정을 시도할 엄두조차 내지 못했을 것이다. ‘문제가 있지만 헌법적으로 허용되는 범위 내의 것’이라는 취지가 아니라 ‘헌법적으로 그 정당성에 의문의 여지가 없다’는 결정을 최고헌법재판기판에서 선고해 버렸으니, 정당법 개정을 주장하는 어떤 목소리도 맥없이 힘을 잃게 만들어버린 셈이다. 이 사건에서 헌법재판소는 사실상 국가를 대리하는 법무부장관과 동일한 목소리를 냈을 뿐⁴⁾ 청구인의 합리적 주장과 정당한 문제 제기에는 완전히 눈을 감고 귀를 막아버렸던 것이다. 한치의 망설임도 없이 이러한 태도를 내보였던 헌법재판소는, ‘사법적 결정으로 정치적 논의의 기회조차 박탈해버림으로써 무려 16년이나 한국 정당정치 발전에 지체시켰다’는 비판을 받더라도 할 말이 없을 것이다. 이제 문제의 결정이 선고된 지 16년만에 다시 제기된 헌법소원심판에서,⁵⁾ 헌법재판소는 눈을 크게 뜨고 귀를 활짝 열어 정당법에 대한 문제제기를 진지하게 경청한 후에 진정으로 헌법 규정과 헌법 정신에 부합하는 결정을 내려야 할 것이다.

이하에서는 먼저 헌법재판소가 잘못된 결정을 하게 된 근본원인이라고

4) 법무부장관의 의견 중 본안에 관한 것은 다음과 같다.

“정당은 ‘상당한 기간 계속해서’ 그리고 ‘상당한 지역에서’ 국민의 정치적 의사형성 과정에 참여해야 하며, 이러한 정당의 개념표지를 구체화하는 것은 원칙적으로 입법자의 재량영역에 속한다. 이 사건 법률조항은 선거 때마다 우후죽순처럼 생겨나는 수많은 선거단체 및 특정 지방의 의사형성만을 중심으로 하는 소규모의 지역정치단체들이 특권만을 노리고 정당으로 무분별하게 편입되는 것을 막아 올바른 국민의 정치의사형성을 가능하게 하자는 데 그 입법목적이 있다. 이를 위해 5개의 시·도당을 구성하는 것이 그렇게 과도한 부담이 된다고 보기 어려우며, 각 시·도당 내에 1,000명 이상의 당원을 요하는 것도 자발적인 당원으로 충분히 해결 가능하므로 청구인에게 금전적 부담이 된다고 볼 수 없다. 또한 이 사건 법률조항은 무분별한 선거단체 등의 정당으로의 편입방지 및 그로 인한 정당정치의 올바른 실현 등 중대한 법익을 추구하고 있다. 그 밖에 이 사건 법률조항은 군소정당·신생정당·기존정당을 가리지 않고 모두 적용되는 것으로서, 군소정당·신생정당을 기존정당에 비하여 불합리하게 차별하고 있다고도 할 수 없다.”

5) 2022헌마215 정당법 제3조 등 위헌확인.

할 수 있는, 정당의 개념표지에 관한 혼동을 짚어보고(II), 문제의 정당법 규정들이 헌법재판소의 결정과는 달리 정당설립의 자유를 심각하게 침해하는 것임을 논증할 것이다(III). 이상의 논의는 헌법재판소가 결정을 통하여 ‘밝힌’ 입장에 대한 비판에 해당한다. 이에서 한 걸음 더 나아가 필자는 16년 전 헌법재판소가 전혀 다루지 않았거나 의도적으로 회피한 문제들, 즉 평등권 침해와 복수정당제 위반, 지방자치 침해 및 국민주권 위배 등을 밝혀 지역정당과 군소정당을 배제하는 정당법 규정들이 헌법에 위반됨을 분명히 하고자 한다(IV). 이상의 ‘소극적’ 위헌 논증에 더하여 마지막으로 필자는 문제의 정당법 규정들이 개폐된다면 지역정당이 한국의 정당정치문화에 어떤 긍정적 변화를 가져올지를 적극적으로 제시하는 것으로 결론을 대신하고자 한다(V).

II. 규범역전: 정당 개념표지의 과도한 확장

헌법재판소는 2004헌마246 결정에서 정당의 개념표지에 관하여 다음과 같이 실시했다.

우리 헌법 및 정당법상 정당의 개념적 징표로서는 ① 국가와 자유민주주의 또는 헌법질서를 긍정할 것, ② 공익의 실현에 노력할 것, ③ 선거에 참여할 것, ④ 정강이나 정책을 가질 것, ⑤ 국민의 정치적 의사형성에 참여할 것, ⑥ 계속적이고 공고한 조직을 구비할 것, ⑦ 구성원들이 당원이 될 수 있는 자격을 구비할 것 등을 들 수 있다. 즉, 정당은 정당법 제2조에 의한 정당의 개념표지 외에 예컨대 독일의 정당법(제2조)이 규정하고 있는 바와 같이 “상당한 기간 또는 계속해서” “상당한 지역에서” 국민의 정치적 의사형성에 참여해야 한다는 개념표지가 요청된다고 할 것이다.

위의 실시에서 매우 낮설었던 부분은, 헌법재판소가 정당의 개념표지를 헌법의 규정 자체에서 찾은 것이 아니라 헌법뿐만 아니라 정당법, 그것도 한국과 독일의 정당법에서 찾고 있다는 것이다. 그런데 생각해 보면, 정당의 등록요건을 정한 정당법의 규정들이 헌법에 위반되는지 여부

를 따지는 헌법재판에서 정당의 개념표지를 헌법이 아닌 문제의 법률=정당법에서 찾는 것은 필자가 보기에는 그 자체가 헌법재판의 포기이자 모순이다.⁶⁾ 이를 정당화할 수 있는 유일한 예외는 법률이 정하는 정당의 개념표지가 정당에 관한 헌법규정의 해석으로부터 도출되는 범위 안에 있음이 자명한 경우뿐일 것이므로 헌법상 정당의 개념표지에 대한 규명은 매우 중요한 의미를 가진다.

생각건대 헌법재판소가 밝힌 정당의 개념표지 가운데 우리 헌법이 직접적으로 요구하는 것은 “국민의 정치적 의사형성에 참여”할 것 하나뿐이다. 그러므로 헌법재판소의 오류는 이미 이 단계에서 잉태되고 있었다고 볼 수 있다. 매우 간단한 요소, 즉 “국민의 정치적 의사형성에 참여할 것”만을 정당의 개념표지로 삼고 있는 헌법하에서, 입법자가 헌법이 정하고 있지 않은 요소를 개념표지의 내용으로 추가하고 이러한 추가된 요소를 등록요건으로 삼는 것이 허용될 수는 없을 것이기 때문이다. 이것이 허용되는 유일한 경우는 추가된 요소가 헌법 자체의 개념표지에 무리 없

6) 이와 같은 필자의 주장에 대해서는, 헌법 제8조 2항이 “국민의 정치적 의사형성에 참여하는데 필요한 조직을 가져야 한다”고 강제하고 있으므로 필요한 조직이 어느 정도인지 판단하는 일차적 권한을 의회가 가지고 있음은 의문의 여지가 없고 이것이 정당법으로 구체화된 것이며, 의회의 1차적 해석권(입법권)과 헌재의 2차적 해석권(재판권)을 승인하지 않는 경우 간결한 헌법조문에 대한 헌법재판소의 독주를 막을 수 없게 될 것이라는 심사위원의 지적이 있었다. 그러나 이에 대한 필자의 생각은 좀 다르기에 논지를 그대로 유지하기로 했다. 우선, 헌법 제8조 제2항이 규정한 “국민의 정치적 의사형성에 참여하는데 필요한 조직을 가져야 한다”는 부분은 강화상 법률유보—제한적이든 형성적이든—라고 부르는 것의 일반적 형식과는 달리, 특히 바로 이어지는 제8조 제3항과도 너무나 다르게, ‘법률이 정하는 바에 의하여’라든가 ‘법률로 정한다’든가 하는 연결 문언이 전혀 없다. 필자가 생각하기에는, 제8조 제2항이 요구하는 “국민의 정치적 의사형성에 필요한 조직”에 대한 판단권은 의회가 아니라 각 정당에게 맡겨져 있는 사항이다. 즉 ‘이러한 문제가 비단 이 경우만이 아니라 법률에 의한 형성이 전제된 경우에는 필연적으로 나타나는 현상’이라는 심사위원의 견해와는 달리, 제8조 제2항의 규정에는 ‘법률에 의한 형성’이 전혀 전제되어 있지 않다는 것이다. 그러므로 국가의 보호를 받기 위한 사항과 정치자금에 대한 사항을 법률로 정하도록 한 제8조 제3항의 이른바 ‘형성적 법률유보’와는 달리, 정당의 개념이나 국민의 정치적 의사형성에 필요한 조직에 대해서는 의회의 입법형성의 여지는 최소한으로 축소된다고 보아야 하지 않을까 한다.

이 포섭될 수 있는 경우에 국한된다고 보아야 한다. 그렇지 않다면 헌법의 보호범위 내에 있는 정당이 하위규범인 정당법이라는 법률에 의하여 헌법의 보호를 부정당하는 ‘규범역전’의 결과가 발생하기 때문이다. 이런 점에서 정당의 개념표지를 정당법의 그것까지 확대해서 인정하는 것은 허용되지 않는다고 보아야 하며, 특히 정당법의 등록요건 규정이 헌법에 위반되는지 여부를 따지는 헌법재판의 맥락에서라면 더더욱 그럴 것이다.

단지 앞서 보았듯이 헌법 외에 정당법에서 유래한다고 본 요소들이 “국민의 정치적 의사형성에 참여할 것”이라는 맥락에 의심의 여지없이 포섭될 수 있다면 그것은 예외적으로 허용될 수 있을 것이지만, 유감스럽게도 이 점에 관하여 헌법재판소는 어떤 판단도 하지 않은 채 “우리 헌법 및 정당법상 정당의 개념적 징표”라고 뭉뚱그려서 표현하고 있을 뿐이다.⁷⁾ 그런데 헌법재판소가 정당의 개념적 징표라고 본 일곱 가지 요소들 중 “국민의 정치적 의사형성에 참여할 것”이라는 헌법적 요소에 포섭될 수 있는 것이 과연 얼마나 될까? 하나씩 살펴보자.

첫째, ‘국가와 자유민주주의 또는 헌법질서를 긍정할 것’이라는 개념표지는 헌법 제8조 제4항의 정당해산제도 관련 규정에 의하여 명시적으로 부정되고 있다. 즉 민주적 기본질서에 위배되는 목적이나 활동을 하는 정당이라도 정당해산심판에 의하여 해산될 수 있는 가능성을 열어두고 있을 뿐이지 그것의 정당으로서의 성격 자체는 인정되고 있기 때문이다. 오히려 헌법을 부정하더라도 정당으로서 인정은 되기 때문에 특별절차를 통해 그것을 해산시키려고 한 것이 제8조 제4항이라고 보는 것이 타당할 것이다. 둘째, ‘공익의 실현에 노력할 것’이라는 부분은, ‘공익’의 개념 자체가 정당으로 구성되는 집단의 성격과 이념에 따라서 달라질 수밖에 없다는 점을 고려하면 매우 공허하다. 뿐만 아니라 만약 공익이란 개념을 헌법재판소가 상정하는 특정한 지향과 연결시키자는 취지라면 그 자체가 그와는 다른 특정한 이념의 정당을 부정하는 것으로서 정당 설립의 자유

7) 헌법재판소가 제시하고 있는 정당의 개념적 징표들에는 “정당을 다른 정치단체 등과 구분짓기 위한 개념적 징표와 정당에 대한 헌법정책적인 요구들이 혼동되고 있다”고 한다. 이종수, “시민의 정치적 자유, 정당의 자유와 정당법: 국민의 정치적 의사형성에 있어서 경쟁질서도입을 위한 시론”, 공법연구 제29집 제2호 (2001), 257-258쪽.

나 복수정당제와 관련하여 허용될 수 없는 일이다. 셋째, ‘정강이나 정책’은 정당이 그 목적과 그 목적을 달성하기 위한 수단을 정하는 한 형태일 뿐 정강이 없거나 정책이 제시되지 않는다고 해서 정당이 아니라고 부정할 수는 없다는 점에서 이 역시 정당의 개념표지로서는 부적절하다.⁸⁾ 넷째, ‘계속적이고 공고한 조직을 구비할 것’이라는 요소는 바로 위헌소원의 대상이 되어 있는 바로 그 부분이며, 이러한 요소를 요구하는 것이 헌법상 허용되는지는 논증되어야 하는 것이지 전제되는 것이 아니라는 점에서, 특히 이 점을 개념표지로 언급하고 있는 헌법재판소는 첫 단추부터 잘못 꿴 있음을 분명히 보여주고 있다. 다섯째, ‘구성원들이 당원이 될 수 있는 자격을 구비할 것’은 정당의 개념표지가 아니라 정당의 당원 자격에 대한 제약 가능성을 열어놓은 것일 뿐 정당의 개념표지로 보기는 어려울 것이다.⁹⁾

이렇게 볼 때 헌법재판소가 정당의 개념표지로 열거한 일곱 가지 요소 중 헌법 제8조 제2항이 직접 규정하고 있는 “국민의 정치적 의사형성에 참여”할 것이라는 부분 외에 이에 포섭될 수 있는 것처럼 보이는 것은 ‘선거에 참여할 것’만 남는다. 그러나 의미 있는 정치적 수단으로서 선거 보이코트는 당연히 허용되어야 할 뿐만 아니라,¹⁰⁾ 특히 선거제 자체의

8) 단지, 헌법 제8조 제2항 전단에서 “정당은 그 목적·조직과 활동이 민주적이어야 하며”라고 규정하고 있으므로 정당의 목적과 조직을 확인할 수 있는 근거문서로서 정강이나 정책 자료를 요구할 수는 있을 것이다.

9) “구성원들의 일부가 당원의 자격을 구비하지 않는 경우라도 비자격구성원의 당원자격 상실을 통해서 문제의 해결을 꾀할 수 있다”는 비판도 있다. 이종수, “정당제민주주의의 현안문제의 검토: 현행 정당등록제도 및 정당등록취소제도와 정치자금제도를 중심으로”, 헌법학연구 제13권 제2호(2007), 113쪽.

10) 이 점과 관련된 정당법의 변화과정은 매우 퇴행적이라는 비판을 면할 수 없을 것이다. 1987년 헌법 이후 처음으로 개정된 정당법(법률 제4087호, 1989. 3. 25.) 제38조 제1항에서 이전에는 정당등록취소사유로 되어 있던 “국회의원총선거에 후보자를 추천하지 아니하거나 고의로 참여하지 아니한 때”(제2호)를 삭제하고 대신 제3호에 “국회의원총선거에서 의석을 얻지 못하고 유효투표총수의 100분의 2이상을 득표하지 못한 때”를 새로운 등록취소사유로 규정했으나, “다만, 국회의원총선거에 후보자를 추천하지 아니하거나 참여하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.”는 단서규정에 의하여 선거 미참여를 정당등록취소사유에서 제외하였다. 그러나 이러한 태도는 2000년 개정된 정당법(법률 제6269호, 2000. 2. 16.) 제38조 제1항 제2호에서 “최근 4년간 국회의원총선거 또는 임기만료에

비민주성에 대한 비판이 분출하는 상황에서 선거제를 정당의 본질과 연계시키는 것은 계급차별적 과두제의 고착화 등 매우 심각한 문제를 야기할 수 있다는 점에서 이 역시 정당의 개념표지로 삼을 수는 없는 일이다.¹¹⁾ 이와 같이 헌법의 직접 규정과 이에 포섭될 수 있는 요소를 종합해 본다면, 무엇보다 본질적인 정당의 개념적 징표는 ‘선거 등 다양한 방식을 통하여 그 정치적인 이상과 목적을 국민들의 정치적 의사로 형성해 내어 이를 대표하고 관철하고자 하는 의지가 진지한가’의 여부에 있다고 볼 수 있겠지만,¹²⁾ 헌법재판소는 그 개념적 징표를 심판대상인 정당법을

의한 지방자치단체의 장의 선거나 시·도의회의원의 선거에 참여하지 아니한 때”를 새로 등록취소사유로 추가하는 대신 제3호 단서는 삭제함으로써 1987년 이전 상황으로 퇴행하였는데, 이러한 태도는 현행법(법률 제18792호, 2022. 1. 21.) 제44조로까지 이어지고 있다. 다만 “임기만료에 의한 국회의원선거에 참여하여 의석을 얻지 못하고 유효투표총수의 100분의 2 이상을 득표하지 못한 때”를 등록취소사유로 정하고 있던 제44조 제1항 제3호에 대해서는 위헌결정이 선고된 바 있다(헌재 2014. 1. 28. 2012헌마431, 2012헌가19(병합)). 이러한 변화 과정에 비추어보면 현재 정당법상 선거와 관련하여 등록취소사유로 인정하고 있는 것은 최근 4년간 대통령선거와 기초의회(구시군의회)의원 선거 이외의 임기만료에 의한 선거(국회의원총선거, 지방자치단체의 장선거, 시도의회의원선거)에 전혀 참여하지 않는 경우뿐이다. 즉 국회의원총선거와 지방자치단체장선거와 광역의회의원선거 중 어느 것에도 참여하지 않는 경우를 등록취소사유로 삼고 있는 것이다. 따라서 현행법에 따르면 정당이 선거제도의 비민주성 등을 이유로 선거 자체를 거부하는 것은 허용되지 않는다는 점에서, 1989년 이전으로 회귀했다고 평가할 수 있다. 이 규정에 대해서 헌법소원이 제기되기도 했지만, 보충성 원칙 등을 이유로 각하되었기 때문에(헌재 2016. 3. 22. 2016헌마131), 아직 헌법재판소의 공식적인 판단은 내려진바 없는 상태이다.

- 11) “정당의 존립요건 자체를 선거와 연계시키는 것도 소수자의 근본적 정치적 자유를 다수지배의 논리로 원천적으로 봉쇄하는 것으로서 정당설립의 자유와 복수정당제를 명문으로 확인하고 있는 헌법정신을 위반한 것”이며, “정당은 선거 이외의 정치과정에서 여론형성과 공론과정을 실효적으로 수행하는 데 중요한 정치적 조직이며 오히려 이러한 활동에서의 성과를 기반으로 선거에서도 일정한 성과를 기대할 수 있게 되기 때문에 원천적으로 선거와 정당을 존립의 조건으로 결합시키는 것은 정치의 본질과 수단이 전도된 것”이라고 한다. 김종철/이지문, “공화적 공존을 위한 정치개혁의 필요성과 조건: 정부형태 개헌론을 넘어서,” 세계헌법연구 제20권 제1호(세계헌법학회한국학회, 2014), 80쪽.
- 12) ‘그 정치적인 이상과 목적을 선거를 통해서 의회 내에서 대표하고 관철하고자 하는 의지가 진지한가’라는 이중수의 표현을 다소 수정한 것이다. 이중수, “시민의 정치적 자유, 정당의 자유와 정당법”, 259쪽. 수정한 이유는 정치적 의사

동원하여 확대하고 있는 셈이다.¹³⁾ 그런데 이러한 개념적 징표에 대한 혼란에 더하여 헌법재판소는 다음과 같은 언급을 덧붙이기까지 하는 무모함을 거리낌없이 보여주고 있다.

“상당한 기간 또는 계속해서” “상당한 지역”에서 국민의 정치적 의사형성에 참여해야 한다는 개념표지를 법률규정을 통해 구체화하는 것은 원칙적으로 입법자의 재량영역에 속한 것이라고 할 수 있다. 즉, 입법자는 우리 나라 정당정치 역사의 역사, 현재 정당정치의 시대적 상황 및 지역적 특성, 국민 일반의 가치관 내지 법감정, 그리고 그 규율로 인한 파급효과 등을 종합적으로 고려하여 정당의 시간적 계속성, 조직성 및 지역적 광범위성의 표지를 구체화할 수 있다고 보아야 할 것이다.(강조는 필자)

놀랍게도 헌법재판소는 헌법상 요구되는 정당의 개념표지를 법률로 구체화하는 것이 입법재량이라고, 한 치의 망설임도 없이, 즉 아무런 논증 없이 선언하고 있다. 그러나 선거를 중심으로 국민의 정치적 의사형성에 참여하고자 하는 자발적인 시민의 결사체가 정당이라고 하는 그 본질에 비추어볼 때, 정당개념은 정치적 통제나 검열을 본원적으로 차단하기 위해서 단지 형식적으로만, 그리고 여느 정치단체 내지 이익단체와 정당을 구별짓기 위한 최소한의 요건들만으로 남아 있어야 할 것이며,¹⁴⁾ 헌법재판소가 언급한 ‘입법재량’은 여기서 멈춰야 한다. 그렇지 않으면 정당법이라는 하위규범이 상위법이자 최고법인 헌법의 정당개념을 재규정해 버림으로써, 정당의 자유의 내용과 그 대상범위를 축소시킬 위험성이 있음을 부정할 수 없게 된다.

이런 점에서 본다면, 등록이 정당의 성립요건이 아니라 등록된 집단이 정당이라는 것을 추정하게 하는 효과만을 지니는 형태로 등록제도를 구

의 형성과 그 대표를 굳이 의회로 한정할 이유가 없고, 또 앞서 보았듯이 필자는 선거에 대한 불참까지도 국민의 정치적 의사형성에 기여하는 한 방법으로 당연히 허용된다고 보기 때문이다.

13) 이 단락 전체는 정당의 본질과 선거를 연계시키는 것의 위험성에 대한 심사위원의 지적에 따라 전면 수정하였다. 소중한 지적을 해 주신 심사위원께 감사드린다.

14) 이종수, “시민의 정치적 자유, 정당의 자유와 정당법”, 258쪽.

체화하거나 헌법에 의하여 발생하는 권리와 의무가 아닌 법률차원에서 인정되는 정당의 권리와 의무를 등록에 결부시키는 것 정도는 가능하겠지만, 상위법인 헌법에 의하여 발생하는 정당의 지위를 헌법이 예정하지 않은 등록제도에 결부시킨 것은 그 자체로 위헌성을 띤다고 말할 수 있을 것이다.¹⁵⁾

III. 과잉금지의 원칙 위반: 정당 설립의 자유 침해

1. 정당법의 입법목적에 관한 억측

(1) 잘못된 결론과는 달리, 헌법재판소는 구 정당법 제25조와 제27조의 입법목적에 정확히 이해하고 있음을 분명한 어조로 밝히고 있다.

이 사건 법률조항의 입법목적은 이른바 지역정당과 군소정당을 배제하려는 것으로 판단된다. 즉, 정당에게 5 이상의 시·도당을 요구한 제25조의 규정은 특정 지역에 지역적 연고를 두고 설립·활동하려는 이른바 “지역정당”을 배제하려는 취지로 볼 수 있고, 각 시·도당에게 1천인 이상의 당원을 요구한 제27조의 규정은 아직 당원을 충분히 확보하지 못하여 일정규모 이상 국민의 지지를 받지 못하거나 이익을 대변하지 못한다고 판단되는 이른바 “군소정당”을 배제하려는 취지로 볼 수 있다.

문제는 그 다음이다.

(2) 헌법재판소는 지역정당의 배제라는 입법목적에 대해서 다소 유보적이긴 하지만 그 정당성을 다음과 같이 인정하고 있다.

다만 지역정당의 배제가 정당한 목적으로 인정될 수 있는가에 대해서는 이론이 제기될 수 있다. 그러나, 지역적 연고에 지나치게 의존하는

15) 정태호, “정당설립의 자유와 현행 정당등록제의 위헌성에 대한 관견”, 인권과정의 2005년 3월호(대한변호사협회, 2005), 113쪽.

정당정치풍토가 우리의 정치현실에서 자주 문제시되고 있다는 점에서 볼 때, 단지 특정지역의 정치적 의사만을 반영하려는 지역정당을 배제하려는 취지가 헌법적 정당성에 어긋난 입법목적이라고 단정하기는 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항의 입법목적은 정당한 것이라고 할 것이다.(강조는 필자)

헌법재판소는 지역정당 배제가 정당한 입법목적이라고 하면서, 그 근거, 아니 배경을 “지역적 연고에 지나치게 의존하는 정당정치풍토가 우리의 정치현실에서 자주 문제시되고 있다”는 점에서 찾고 있다. 그러나 ‘높은 지역연고 의존도’가 자동적으로 ‘지역정당 배제의 정당화’로 이어지지도 않고 이어질 수도 없다. 또한 이는 정당법의 역사적 변천 과정에 비추어볼 때 본말전도의 진단이라고 볼 수도 있다.

정당에 관한 규율이 처음 도입되었던 1960년 3차 개정헌법이 공포된 후 정당의 등록에 대한 법적 규율은 ‘신문등및정당등의등록에관한법률’(법률 제553호, 1960. 7. 1.)에 의해서 처음으로 이루어졌으며, 이 법률은 정당 설립의 자유를 거의 완벽하게 보장했으나¹⁶⁾ 쿠데타로 집권한 박정희 정권에 의한 정당법(법률 제1246호, 1962. 12. 31.)의 제정으로 폐지된다. 이 정당법은 정당으로 등록하기 위해서는 총선 기준 지역선거구 총수의 3분의 1 이상의 지구당을 설치해야 했다(제25조). 당시 지역구는 131석이었으므로 44개 지구당을 두어야 했던 것이다. 한편 지구당은 5개 광역 시도에 분산되어야 하며(제26조) 각각의 지구당은 50명 이상의 당원을 가지고 있어야 했다(제27조). 이후 정당법은 29번이나 개정되었지만 그 근본적인 골격은 군사정권이 제정한 정당법에서 벗어나지 않았고, 현

¹⁶⁾ 이 법은 정당 기타 정치적 활동을 목적으로 하는 단체(以下 政黨等이라 稱한다)를 조직하였을 때에는 등록신청서(1. 명칭, 2. 정강, 정책, 3. 당헌, 단칙, 회칙, 규약 또는 이에 준하는 기본규칙, 4. 사무소의 소재지, 5. 대표자와 중요간부의 주소, 성명, 6. 조직년월일만이 신청서 기재사항으로 되어 있다)를 국무원사무처 사무처장에게 제출하고(제3조 제1항) 매년말 현재로 인원수, 활동개황, 회계개황을 익년 1월 말일까지 국무원사무처사무처장에게 보고하고 해체되었을 때 5일 이내에 그 사유와 해체년월일을 보고하도록 하고 있을 뿐(제4조) 당 조직이나 당원에 대한 특별한 요건을 설정하고 있지 않았다. 그리고 이 법에서 특히 눈에 띄는 것은 정당과 “기타 정치적 활동을 목적으로 하는 단체”를 동등하게 취급하고 있다는 것이다.

행 정당법도 예외는 아니다.¹⁷⁾

박정희 정권은 “군소정당의 난립을 방지하고 건전한 양당제도의 확립을 기”한다는 이유로 이들 규정을 더욱 강화했는데, 1969년 1월 개정(법률 제2089호, 1969. 1. 23.)에 따라 지역구 총수의 2분의 1의 지구당을 설치하도록 하고 지구당별로 각 100명 이상의 당원을 가지도록 하였지만, 불과 3년여 만에 유신헌법 공포 직후 개정된 정당법에서는 다시 “정당설립의 자유를 최대한으로 보장하기 위하여” 이들 요건을 완화한다. 즉 1972년 개정 정당법(법률 제2403호, 1972. 12. 30.)은 지구당수를 “국회의원선거법에 의한 선거구총수의 3분의 1 이상”으로 완화하고 분산 요건도 “서울특별시·부산시와 도중 3 이상”으로 하는 한편 지구당 법정당원 수도 다시 50명으로 완화하였다.

정권찬탈로 집권한 전두환은 “정당의 창당이나 그 존속요건…을 감축, 완화하여 정당의 창당과 존속을 용이하게” 한다는 이유로 다시 정당법을 개정하여(법률 제3263호, 1980. 11. 25.) 지구당의 수는 지역선거구 총수의 4분의 1로 줄였으며 당원 수도 30인 이상으로 대폭 하향한 반면 분산 요건은 다시 “서울특별시·부산시·도중 5이상”으로 강화하였다.

이후 지구당수 요건은 지역선거구총수의 5분의 1 이상(법률 제4087호, 1989. 3. 25.), 10분의 1 이상(법률 제4609호, 1993. 12. 27.)으로 계속 완화되었으나, 21세기에 들어와 정당설립요건은 극적으로 강화되었다. 우선 2004년 정당법(법률 제4609호, 1993. 12. 27.)은 “고비용 저효율의 정당구조를 개선”한다는 명목으로 지구당제도를 폐지하고 시도당 체제를 신설하면서 5 이상의 시·도당과 시·도당별 1,000명 이상의 당원을 요구하는 것으로 정당설립요건을 강화하더니, 급기야 전부개정된 2005년도(법률 제7683호, 2005. 8. 4.) 이런 태도를 그대로 유지하여 현재까지 이어지고 있다(제17조 및 제18조).

이와 같은 정당법의 변천과정을 보면, “군소정당의 난립을 방지”한다는 명분을 내세운 경우는 1969년뿐인데, 그마저 인위적인 양당제 확립을

17) 윤현식, “국가 후견주의 입법에 의한 1962년 정당법 체제의 위헌성과 지역정당 설립 기본권의 침해에 관한 연구”, 후기산업사회연구 제1권 제2호(인하대학교 후기산업사회연구소, 2022), 150쪽. 그는 군부가 정당법을 다양한 정당의 등장을 막는 진입장벽으로 만들었다고 평가한다.

위한 도구적 성격이 짙다. 게다가 이후의 과정을 보면 2004년 개정 이전까지는 정권의 성격과 관계없이 계속해서 정당의 등록요건을 완화하는 추세가 계속되었다. 이로 미루어볼 때, 헌법재판소가 내세우는 것과 같은 “지역적 연고에 지나치게 의존하는 정당정치풍토”가 2004년 이후 등록요건을 강화하여 지역정당이나 군소정당의 설립을 어렵게 만들 만큼 “우리의 정치현실에서 자주 문제시되고 있다”고 보기는 어려울 것이다. 나아가 지역선거구총수의 10분의 1에 법정당원수 30명까지 완화되었던 등록요건(이 요건에 해당하는 최소치는 1993년 기준으로 지구당 24개와 당원수 720명이다)으로 인하여 1993년 이후 현행법과 같은 요건이 도입된 2004년까지 10년 남짓한 기간 동안에 정당 설립의 폭발적 증가를 가져 왔다는 증거도 없다.¹⁸⁾ 유일하게 의심해볼만한 것은 비례대표선거에서 별도의 정당투표 없이 지역구투표에 의해 비례대표의석까지 배분하던 구 공직선거 및 선거부정방지법 제146조 제2항에 대한 한정위헌결정¹⁹⁾에 따른 법 개정(법률 제7189호, 2004. 3. 12.)으로 별도의 정당투표가 도입된 것이 2004년이라는 것이다. 즉 국회의원선거와 지방선거에서 비례대표에 대한 정당투표가 도입됨에 따라서 비례대표 진출을 위한 신생 정당 설립이 폭증하는 것을 방지하기 위하여 기존 대정당들의 이해관계에 따라 설립요건을 대폭 강화한 것이었다는 의심이 합리적일 것이다.²⁰⁾

이렇게 본다면 정당등록요건을 대폭 강화한 2004년의 정당법 개정은 의회 진출을 희망하는 신진정치세력의 제도권 진출을 원천적으로 봉쇄하려는 기존 대정당들의 기득권 보호라는 반(反)헌법적인 목적을 가진 것이었다고 보아야 할 것이다. 다시 말해서 반헌법적 목적의 법 개정으로 인하여 지역정당의 설립이 차단된 것이지, “지역적 연고에 지나치게 의존하는 정당정치풍토”로 인한 문제를 막기 위한 것이 아니었던 것이다.

18) 1996년에 실시된 제15대 국회의원총선거에 참여한 정당은 8개였고, 2000년 제16대 총선거 참여정당은 모두 7개에 불과했다.

19) 현재 2001. 7. 19. 2000헌마91·112·134(병합).

20) 실제 비례대표에 대한 별도의 정당투표가 없었던 2000년에 제16대 국회의원총선거에 참여한 정당은 7개였던 것에 비하여 처음으로 정당투표가 실시된 2004년(제17대) 14개, 2008년(제18대) 17개, 2012년(제19대) 20개, 2016년(제20대) 21개, 제21대(2020)는 35개였다.

그리고 보면 참 이해하기 어려운 것은 9명이나 되는 헌법재판관들 중 단 한 명도 이런 점을 언급하지 않았다는 것이다. 일부 재판관들이 이 점을 놓쳤을 수는 있겠으나 상식적으로 생각할 때 모두가 이를 몰랐을 리는 없다는 점을 감안하면, 9명의 헌법재판관들이 만장일치로 이렇게 판단했다는 것은 의도적으로 이러한 논리 모순 또는 비약에 눈을 감기로 합의를 한 것이라고 보아야 할 것이다. 나쁘게 말하면 이는 음모 내지 작당이라고까지 할 수 있는 것이다. 이 점은 “지역정당의 배제가 정당한 목적으로 인정될 수 있는가에 대해서는 이론이 제기될 수 있다”는 헌법 재판소 스스로의 진술에서 드러나고 있다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소는 이러한 ‘이론’(異論)에 대해 한 마디도 언급하지 않은 채 ‘목적이 정당하다’고 단언하고 있다. 이것은 소송 당사자 양측의 의견을 충분히 듣고 헌법이라는 최고규범을 기준으로 객관적인 근거에 의하여 판단을 내리는 사법적 판단이 아니라, 그저 헌법재판소라는 하나의 국가기관이 그 공식적인 권한을 동원하여 자행한 매우 자의적인 선언일 뿐이다. 어떻게 보면 이 선언은 군소정당과 지역정당을 배제함으로써 자신들의 이해관계를 굳건히 관철하려는 기존 대정당들의 의도—이 의도가 관철된 결과가 바로 정당법과 공직선거법이다—에 대한 공공연한 지지 선언이기도 하다. 아니면 기성의 대정당들 간에 이루어진 정치적 야합에 대한 사법적 추인이라고 해야 할까?²¹⁾

그럼에도 불구하고 외형상으로는 중립성과 객관성을 표방하는 헌법재판소에서 어떻게 이런 판단이 가능했을까? 이는 아마도 ‘모든 정치적 문제를 법률로써 해결해야 하고 또 해결할 수 있다’는 법률만능주의 또는 법률신주의의 소산일 것이다. 그러나 법은 도덕의 최소한이라고 하는 것처럼 법은 또한 상식에 근본적으로 반할 수는 없는 것이다. 지역에 기반을 둔 정당의 설립 자체는 어떤 반헌법적 가치를 가지는 것이 아니다.²²⁾

21) 윤현식은, 정당법을 국가후견주의 입법의 대표적인 사례로 보면서 비례성의 원칙에 의거하여 그 위헌성을 논증한 후 정당법에 대하여 만장일치로 합헌결정을 해 온 헌법재판소를 “국가 후견주의의 후견인”이라고 혹평한다. 윤현식, “국가 후견주의 입법에 의한 1962년 정당법 체제의 위헌성과 지역정당 설립 기본권의 침해에 관한 연구”, 152-156쪽.

22) 김종철, “정당법상 위헌요소에 관한 소고: 정당의 헌법상 지위를 중심으로”, 선

과도한 지역주의의 문제는 정치문화적으로 해소될 것이지 국가가 법으로 규제할 수 있는 것이 아니라는 것 또한 분명하다.²³⁾ 더구나 과도한 지역주의의 문제는, 특히 민주공화국의 기초를 이루는 정당의 설립 자체를 금지하는 입법목적으로는 너무나 부족하며, 이런 맥락에서 본다면 중앙당을 수도에 두어야 한다는 정당법 제3조²⁴⁾ 역시 입법목적의 정당성이 없기는 마찬가지일 것이다.²⁵⁾ 헌법재판소는 지역정당 배제 취지가 헌법적 정당성에 어긋난 입법목적이라고 “단정하기는 어렵다”고 했지만, 오히려 ‘지역정당 배제 취지가 헌법적 정당성에 어긋난 입법목적이라는’ 단정이야말로 너무나 당연한 헌법의 명령이라고 강조했어야 한다. 이를 거부함으로써 헌법재판소는, 헌법의 명령을 배반한 것이다(이것이 적극적 ‘항명’인지, 소극적 ‘명령불복종’인지는 독자들의 판단에 맡긴다).

(3) 이와 함께 헌법재판소는 군소정당 배제라는 입법목적에 대하여²⁶⁾ 아무 근거도 없이 이렇게 중얼대고 있다.²⁷⁾

우선 우리 헌법의 대의민주적 기본질서가 제기능을 수행하기 위해서는 의회 내의 안정된 다수세력의 확보를 필요로 한다는 점에서, 군소정당의 배제는 그 목적의 정당성이 인정될 수 있다.(강조는 필자)

거연구 제7호(2016), 46쪽.

23) 이종수, “시민의 정치적 자유, 정당의 자유와 정당법”, 274쪽.

24) 정당법 제3조에 대한 위헌 소송도 여러 차례 제기되었지만, 이 소송들은 정당을 중앙당과 시·도당으로 구성하도록 강제함으로써 지구당을 폐지한 것을 문제삼는 것이었고, 중앙당을 수도에 두도록 한 것 자체를 문제삼은 것은 아니었다. 2017. 4. 4. 2017헌마288; 2014. 8. 19. 2014헌마636; 2014. 7. 29. 2014헌마496; 2004. 12. 16. 2004헌마456 결정 등.

25) 김중철, “정당법상 위헌요소에 관한 소고: 정당의 헌법상 지위를 중심으로”, 46쪽.

26) 이 글의 주제는 지역정당과 직접 관련되는 것이지만, 현행 정당등록제도하에서 지역정당은 필연적으로 군소정당이 될 수밖에 없다는 점에서 군소정당 문제도 함께 살펴보았다.

27) ‘중얼대다’라고 묘사한 까닭은 이 부분에 관한 헌법재판소의 설시가, 법률의 위헌 여부를 다루는 중대한 재판에서, 법률의 어떤 부분이 헌법 위반이 아니라고 보는 하등의 논리적 근거도 없이, 혼잣말처럼 웅얼거린다는 느낌을 갖게 하기 때문이다.

밀줄을 치면서 든 생각, 이게 뭐지? 무슨 국회 다수당 대표의 연설문인가? 박정희나 전두환 시절 독재자의 시정연설인가? 순간적으로 필자가 헌법재판소라는 최고헌법재판기관이 고민(?) 끝에 내린 결정문을 읽고 있다는 것을 까맣게 잊어버리게 만든 구절이다. 대단한 헌법재판소가 2년 만에 돌아왔다. 신행정수도특별법을 관습헌법 운운하면서 위헌으로 결판 내 버렸던²⁸⁾ 바로 그 “사법 쿠데타”²⁹⁾ 역군들의 환생이었다.

한번 따져 보자. 먼저 대의민주적 기본질서의 기능 수행과 의회 내의 안정된 다수세력의 확보 필요성은 논리적으로 정합적이지 않다. 대의민주적 기본질서의 기능 수행을 위하여 왜 안정된 다수세력이 필요한지는 논증되어야 하는 것임에도 불구하고 헌법재판소는 이를 당연한 것으로 전제하고 있는 잘못을 범하고 있다. 뿐만 아니라 안정된 다수세력이 어느 정도의 세력을 의미하는지, 과반수 의석의 확보를 의미하는 것인지조차 불분명하다. 복수정당제에 기초한 다원적 민주주의는 합리적 심의와 국민의 대표기관에 대한 견제가 작동할 수 있도록 정당의 자유로운 경쟁을 본질로 하며 오늘의 군소정당이 내일의 주요정당이 되기 위한 최소한의 기회는 보장되어야 한다. 설령 비례대표선거제도의 효율성을 위해 ‘봉쇄조항’³⁰⁾과 같이 일정 수준의 지지를 얻지 못한 약세정당에게 의석수 배분 등에서 불이익을 주는 것이 헌법상 허용된다고 가정하더라도(필자는 이에 동의하지 않는다), ‘안정된 다수세력의 확보’가 근원적으로 일정 규모에 못 미치는 정당의 설립과 존속을 금지하는 정당한 이유는 될 수 없는 것이다.³¹⁾ 극단적으로 말하자면, 이러한 관점은 다원주의를 중추적 가

28) 헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554·566(병합).

29) 국순욱, “헌법재판관들의 사법 쿠데타”, 민주법학 제27호(2005), 457-461쪽.

30) 공직선거법 제189조(비례대표국회의원의석의 배분과 당선인의 결정·공고·통지) ① 중앙선거관리위원회는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정당(이하 이 조에서 “의석할당정당”이라 한다)에 대하여 비례대표국회의원의석을 배분한다. <개정 2020. 1. 14.>

1. 임기만료에 따른 비례대표국회의원선거에서 전국 유효투표총수의 100분의 3 이상을 득표한 정당
2. 임기만료에 따른 지역구국회의원선거에서 5 이상의 의석을 차지한 정당

31) 김종철, “정당법상 위헌요소에 관한 소고: 정당의 헌법상 지위를 중심으로”, 46쪽.

치로 삼는 민주주의 원리를 부정하고 있는 것이 아닌가 하는 의심이 들 정도이다.

또한 안정된 다수세력이 필요하다는 가정을 받아들인다 하더라도 그것이 왜 입법에 의한 군소정당 배제를 통해서 이루어져야 하는지는 해소되지 않는 의문이다. 의회 내의 안정된 다수세력이 필요하다면 그것은 다수가 되고자 하는 정당(들)이 그 이념과 목적 및 활동을 통해서 스스로 얻어내어야 할 성과인 것이지³²⁾ 군소정당을 인위적으로, 그리고 강제적으로 배제함으로써 확보할 수 있는 성질의 것이 아니기 때문이다. 더구나 정당 설립의 자유와 복수정당제의 보장을 명문으로 정하고 있는 헌법하에서라면, 그리고 그런 헌법의 수호를 목적으로 하는 헌법재판소라면, 군소정당의 배제라는 것은 정당한 입법목적으로서 허용될 수 없는 것임이 자명하다고 했어야 한다.³³⁾

그럼에도 불구하고 일국의 최고 헌법재판기관의 결정에서 이런 언급이 공공연히, 그것도 재판관 9인의 만장일치 의견으로 등장할 수 있다는 것에 필자는 아연할 따름이다. 게다가 앞서 보았듯이 공직선거법에 따르면 비례대표의석 배분과 관련하여 ‘봉쇄조항’이 별도로 마련되어 있는 까닭에 정당설립 단계에서의 군소정치세력의 배제는 그 자체로 과잉적이고 위헌적인 입법목적이라고 할 것이다.³⁴⁾ 요컨대, 군소정당의 난립으로 인해 생길 수 있는 문제들—이조차 불분명하며 문제라기보다는 선관위 등 관련 기관의 ‘불편’이라고 하는 것이 맞을 것이다—은 원칙적으로 민주주의국가에서 정치적 자유보장의 대가로 기꺼이 감수해야 할 부담³⁵⁾이라는 다원주의적 민주주의의 기본을 헌법재판소는 망각하고 있다고 할 것이 다.³⁶⁾

32) 더구나 이러한 성과는 소수자 존중을 전제로 한 다수결 원칙에 의하여 그때그때 사안별로 확보되어야 하는 것이라고 보아야 한다.

33) 김종철, “정당법상 위헌요소에 관한 소고: 정당의 헌법상 지위를 중심으로”, 46쪽.

34) 이종수, “정당제민주주의의 현안문제의 검토”, 120-121쪽.

35) 이종수, 위의 글, 125쪽.

36) 현재 중앙선관위에 등록된 정당만 45개이고 등록된 창당준비위원회도 6개인데, 이 정도면 군소정당의 ‘난립’을 막는 수단으로서도 정당법은 기능을 하지 못한다고 비판되기도 한다. 윤현식, “국가 후견주의 입법에 의한 1962년 정당법 체

(4) 요컨대, 지역정당과 군소정당의 배제라는 정당법의 입법목적은 다원주의적 민주주의 원칙에 반함은 물론 정치적으로 해결해야 할 문제를 법률로 강제하려고 하는 법률만능주의의 소산으로서 헌법상 그 정당성을 인정할 수 없다.

2. 목적과 수단 간의 비례성에 대한 건강부회

목적과 수단 간의 비례성에 관한 헌법재판소의 입장은 다음과 같다.

(“5 이상의 시·도당”과 “각 시·도당 1,000명 이상의 당원”을 등록요건으로 한 것은—필자)“지역정당” 및 “군소정당”을 배제하려는 취지이며, 이와 같은 규정내용은 특정 지역에만 조직이 형성되는 것을 막고, 5개 이상의 시·도에 각 조직이 구성되고 그 조직 내에 일정 수 이상의 당원이 활동할 것을 요구함으로써 선거단체 및 소규모 지역정치단체들이 무분별하게 정당에 편입되는 것을 억제하기에 적합한 수단이라고 할 것이다.

… 전국 정당으로서의 기능 및 위상을 충실히 하기 위해서 5개의 시·도당을 구성하는 것이 필요하다고 본 입법자의 판단이 자의적이라고 볼 수 없고, 각 시·도당 내에 1,000명 이상의 당원을 요구하는 것도 … 군소정당 또는 신생정당이라 하더라도 과도한 부담이라고 할 수 없다.

따라서 이 사건 법률조항이 비록 정당으로 등록되기에 필요한 요건으로서 5개 이상의 시·도당 및 각 시·도당마다 1,000명 이상의 당원을 갖출 것을 요구하고 있기 때문에 국민의 정당설립의 자유에 어느 정도 제한을 가하는 점이 있는 것은 사실이나, 이러한 제한은 “상당한 기간 또는 계속해서”, “상당한 지역에서” 국민의 정치적 의사형성 과정에 참여해야 한다는 정당의 개념표지를 구현하기 위한 합리적인 제한이라고 할 것이므로, 그러한 제한은 헌법적으로 정당화된다고 할 것이다.(강조는 필자)

헌법재판소는 구 정당법 제25조와 제27조의 등록요건이 “정당설립의 자유에 어느 정도 제한을 가하는 점이 있는 것은 사실”이지만 이 정도는

“헌법적으로 정당화”되는 “합리적인 제한”이라고 하고 있다. 왜 그런지를 헌법재판소는 두 가지로 실시하고 있으므로, 그 논증이 받아들일 만한 것인지를 살펴보자.

첫째, 헌법재판소는 “선거단체 및 소규모 지역정치단체들이 무분별하게 정당에 편입되는 것을 억제”해야 한다는 입장에 서 있다. 또는 그런 입장에서 입법이 이루어질 수도 있다는 견해를 가지고 있다. 여기서 헌법재판소가 말한 ‘선거단체’나 ‘지역정치단체’의 정체는 무엇이고, 왜 그것이 정당에 편입되어서는 안 된다는 것일까? 논리적 구성으로 보아 선거단체는 아마도 특정한 선거를 위하여 일시적으로 조직된 단체를 가리키는 듯이 보이고, 지역정치단체는 지역에 국한하여 정치적 의사형성을 꾀하는 단체를 가리키는데, 선거단체의 경우에는 “상당한 기간 또는 계속해서”라는 개념표지에 위반되고, 지역정치단체의 경우는 “상당한 지역”이라는 개념표지에 위반된다고 보는 듯하다. 그러나 앞서 언급했듯이 이들 개념은 적어도 헌법의 수준에서 정당의 개념표지가 될 수는 없다. 그러나 백보를 양보하여 이를 개념표지로 받아들인다 하더라도 엄밀한 기준에서 살펴보자면 양자 모두 선거단체와 지역정치단체를 정당개념에서 배제하기에 적절한 근거가 될 수는 없다. 이미 각종 선거에서 그 선거만을 겨냥하여 만들어졌다가 선거가 끝나면 사라져버리거나 휴면상태에 들어가 버리는 (정당법상의) ‘정당’들이 부지기수인데,³⁷⁾ 이들 정당은 사실상 헌법재판소가 말하는 ‘선거단체’와 아무런 차이가 없다. 한편 구 정당법 제25조와 제27조의 요건이 적용된다고 해서 ‘상당한 지역’이라는 요건—헌법재판소에 따르면 개념표지—을 충족시키는 것이 언제나 가능하지는 않다는 문제가 있다. 예컨대, 중앙당은 최소한의 당원이 포함된 사무소만 서울에 두고 부산 울산 대구 경남 경북을 시·도당으로 하는 정당을 만들 경우 이는 사실상 영남지역당의 성격을 가질 수밖에 없다. 더구나 현행 정당법상 사실상의 지역정당이 가능한 것은 영남지역당이 유일하다(즉 다른 지역과의 차별도 발생하게 된다. 영남지역정당은 되는데 다른 지역정당은

37) 2022년 6월 1일 실시된 제8회 전국동시지방선거에 후보를 낸 정당은 25개였으나, 이 가운데 광역의회와 기초의회 비례선거에 후보를 낸 정당은 절반도 되지 않는 12개였으며, 전국동시지방선거였음에도 불구하고 1-2명의 후보만 낸 정당도 9개에 이른다.

안 된다?). 조금만 생각해보면 너무나 터무니없는 이러한 요건을 두고 헌법적으로 정당화되는 합리적인 제한이라고 하는 것은 건강부회의 수준을 넘어서는 언어폭력이 아닌지 의심될 지경이다.

둘째, 헌법재판소는 5개 이상의 시·도당과 시·도당별 1,000명 이상의 당원 요건이 군소정당이나 신생정당으로서도 과도한 요구는 아니라고 한다.³⁸⁾ 그러나 심판대상인 구 정당법 및 현행 정당법의 등록요건은 1993년 기준(지역선거구 총수의 10분의 1 이상의 법정지구당과 지구당별 당원 30인 이상, 즉 24개 지구당에 각 지구당별 30인, 총 720명)은 물론 1989년 기준(지역선거구 총수의 5분의 1 이상의 법정지구당과 지구당별 당원 30인 이상, 즉 48개 지구당에 각 지구당별 30인, 총 1440명)과 비교하더라도 엄청나게 강화된 것이다. 그런데 1989년이나 1993년 당시의 기준조차도 신생정당의 창당을 어렵게 만드는 대표적인 독소조항으로 지적되고 있었다는 점을 감안하면,³⁹⁾ 현재의 기준은 아예 신생정당의 창당에 넘어서 수 없는 제도적 장벽을 쳐 버린 셈이다. 게다가 헌법 제8조 제2항 전단의 당내 민주주의 요청에 부합하는, 당비를 내고 당의 의사결정 과정에 주체적으로 참여하는 이른바 ‘진성’ 당원 또는 ‘권리’ 당원을 그 정도로 모집하고 지속적으로 유지하는 것은 시민의 능동적 정치참여가 일상화되어 있지 아니한 우리의 정치현실에서 더욱더 어려운 일이라는 점도 무시할 수 없는 요인이다.⁴⁰⁾

결국 헌법재판소는 설득력도 없고 논리정합적이지도 않으며 한국의 정치현실에 눈감은 주장들을 동원하여 결코 정당화될 수 없는 법적 요건을 가지고 “헌법적으로 정당화”된다고 강변하고 있는 셈이다.⁴¹⁾ 이런 주장들

38) 헌법재판소는 이를 목적과 수단의 비례성이라는 주제하에서 논하고 있지만, 기본권의 합헌적 제한을 위해 요구되는 과잉금지의 원칙 중 ‘피해의 최소성’ 원칙을 염두에 둔 것으로 보인다.

39) 김종서, “정치관계법과 참여정치: 정당법, 선거법, 정치자금법 — 국민주권의 3중차단장치”, 민주법학 제5호(1992), 193-194쪽.

40) 정태호, “정당설립의 자유와 현행 정당등록제의 위헌성에 대한 관견”, 115쪽.

41) 한편 현행 정당법은 전국정당 외의 정당이 설립될 가능성 일체를 배제하고 있다는 점에서 달리 해결할 여지를 두지 않은 채 지역정당 설립의 자유와 활동의 자유 등 기본권 일체를 박탈하는 것은 ‘침해의 최소성’ 원칙을 정면으로 거부하는 것이며, 정당법이 보호하려는 공익은 정국의 안정인데 이것이 정당설립의

에 9명이나 되는 헌법재판관들이 모두 동참하고 있다는 것이 참으로 신기할 뿐이다.

IV. 정당법의 또 다른 위헌성들: 헌법재판소가 누락한 문제들

1. 평등권 침해

한편 헌법재판소는 청구인의 평등권 침해 주장에 대해 이렇게 실시했다.

이 사건 법률조항은 정당의 등록요건을 설정해 놓은 것이고 이 규정은 모든 국민이나 정당에게 차별없이 적용되는 것이다. 그러므로 그 요건을 충족하기 어려운 개인이나 정당의 입장에서 이 규정으로 말미암아 정당으로 등록하지 못하거나 또는 정당의 지위를 유지하지 못하게 되는 것은 이 규정이 적용된 결과일 뿐이고, 이로 말미암아 정당설립의 자유가 침해되는가는 별론으로 하고 평등권침해 문제가 따로 제기되는 것은 아니라고 할 것이다.

헌법재판소의 위와 같은 실시는 일정한 조건을 갖춘 경우에 자격을 부여하는 모든 경우가 다 이런 형태라는 관점에서 이루어진 것일 터이다. 즉 그러한 등록요구조건이 정치적 여론 형성에 가장 중추적인 역할을 하는 조직인 정당의 설립의 자유를 지나치게 제한하는 것이 아니냐 혹은 다른 의도를 가지고 제한하고 있는 것은 아니냐 하는 것 즉 헌법적으로 정당화되지 않는 제한 아니냐 하는 것이 문제일 뿐—헌법재판소의 표현으로는 “정당설립의 자유가 침해되는가는 별론으로 하고”— 차별취급을 발생시키지는 않는다는 것이다. 이런 입장에서는 등록된 중대형 기성정당과 등록되지 못한 신생군소정당은 처음부터 비교집단이 될 수 없는 것이

자유와 이를 통한 정치활동의 자유라는 기본권 침해보다 훨씬 중요한 것인지는 의문이어서 법익의 균형성 원칙에도 반한다는 주장도 있다. 윤현식, “국가 후견주의 입법에 의한 1962년 정당법 체제의 위헌성과 지역정당 설립 기본권의 침해에 관한 연구”, 154-155쪽. 전적으로 동의한다.

므로, 전자는 (등록된)정당이고 후자는 (등록된)정당이 아니기 때문에, ‘다 같은 정당인데 왜 차별취급 하나’라는 주장은 허용되지 않는다는 것이다.⁴²⁾

위와 같은 논리는 ‘일정한 자격을 갖춘 경우에 자격을 부여하는’ 경우에 기본적으로 타당한 논리이다. 그러나 정당법상의 등록요건 규정은 직업의 자유에서 흔히 문제되는 위의 경우와는 구별된다는 것이 필자의 생각이다. 그 이유는 등록된 중대형 기성정당과 등록되지 못한 이른바 지역 정당이나 군소정당은 등록요건이 적용되는 단계에서는 모두 ‘국민의 정치적 의사형성에 기여하고자 하는 목적을 가진 사람들의 사적 결사체’라는 점에서 동일하다는 것이다. 전자는 전국적 조직과 충분한 구성원을 갖춘 결사체인 반면 후자는 전국적 조직을 갖추지 못했거나 충분한 구성원을 갖추지 못한, 또는 전국적 조직도 충분한 구성원도 다 갖추지 못한 결사체라는 차이가 있을 뿐이다. 그런데 이러한 전국적 조직과 일정 수 이상의 구성원이라는 요건이 평등권 침해의 의심에서 자유롭기 위해서는 그러한 요건이 국민의 정치적 의사형성에 필수적인 것이어야 할 것이다. 다른 관점에서 말하자면 그러한 요건을 갖추지 못한 결사체—지역정당이든 군소정당이든 또는 군소지역정당이든—는 국민의 정치적 의사형성에 기여할 수 없다고 할 수 있는 경우에만, 그 요건의 설정이 평등권 침해의 의심에서 벗어날 수 있게 될 것이다.

예컨대 결사체 A는 K지역구에서 국회의원을 배출하는 데에만 관심이 있을 뿐 다른 지역이나 비례대표에는 관심이 없어서 K지역구에 속하는 곳에서만 당원을 5,000명 이상 확보하고 있다. 이와는 달리 결사체 B는 몇몇 지역에서 기초의회 의원이나 기초자치단체장을 배출하는 데 관심이 있어서 5개 시도에 조직을 갖고 있으나 각 시도에 있는 조직에 속한 당원수가 200명 정도밖에 되지 않는다. 결사체 C는 M도의 S, T, U 3개 군에서 군수와 군의회의원을 배출하는 것을 목적으로 하여 3개 군에만

42) 이상의 내용은 심사위원이 지적한 것을 요약한 것인데, 심사위원은 헌법재판소가 “이른바”라는 표현을 쓰는 이유는 정당법상 등록되지 않은 정당임을 드러내기 위함이라고 지적하고 있기도 하다. 이하에서 보듯이 필자는 심사위원의 견해에 동의하지는 않지만, 이 문제를 좀 더 깊이 생각해 볼 수 있는 계기를 가질 수 있었다는 점에서 감사드린다.

각각의 조직을 두고 있고 각 조직별 당원도 100명 정도이다. 결사체 A를 지역정당, B를 군소정당이라 한다면 C는 지역군소정당이라 할 수 있을 것이다. 현행법에 따르면 이들 3개 결사체는 모두 정당법 제17조와 제18조의 요건 중 전부 또는 일부를 충족하지 못하여—중앙당을 수도에 두어야 한다는 요건을 논외로 하더라도—정당으로 등록될 수 없다.

그런데 과연 이 3개 결사체는 헌법 제8조 제2항이 규정하는 “국민의 정치적 의사형성에 참여하는데 필요한 조직”을 가지지 못한 것일까? 필자가 보기에는 그렇지 않다. 현재 지역정당을 인정하지 않는 정당법 조항들에 대하여 헌법소원심판을 청구해 놓고 있는 청구인들(직접행동영등포당과 은평민들레당)은 당연히 자신들이 추구하는 범위에서 ‘국민의 정치적 의사형성에 참여하기 위한 조직’을 갖추고 있다고 생각할 것이다. 필자나 이들 청구인의 생각과는 달리 위에서 예로 든 3개 결사체나 청구인들이 국민의 정치적 의사형성에 참여하기 위한 조직을 갖추지 못했다고 평가할 수 있는 근거는 정당법을 제외하고는 어디에도 없다. 그러니 정당법 제17조와 제18조가 설정한 등록요건은 정당으로서의 실질을 갖춘 결사체임에도 불구하고 일정한 조직과 당원 수에 미달한다는 이유만으로 등록을 거부하는 결과를 초래하고 있는 것이며, 이는 그러한 요건을 동등하게 적용한 결과에 불과한 것이 아니라 그러한 요건 자체가 일정한 결사체에 대한 불리한 결과를 예정하고 있는 것이라고 평가되어야 할 것이다. 그렇다면 이것은 차별취급이 아닌가?

이와 같은 관점에서 필자는 헌법재판소의 위와 같은 설시는 법 앞의 평등을 법내용상의 평등은 따지지 않고 법적용상의 평등으로만 이해하는 듯한, 그래서 평등에 대한 오늘날의 보편적인 이해와는 동떨어져 있는 참으로 이상한 논리라고 생각한다. 인권법, 특히 차별금지법의 맥락에서는, 헌법재판소의 이러한 설시는 현행법의 명문 규정에도 반하는 것으로 요령부득이라고 할 수밖에 없다. 왜냐하면 법령으로 형식상 누구에게나 동등하게 적용되는 특정한 요건을 규정하고 있더라도 그것이 사실상 특정한 집단이 처해 있는 불리한 조건을 고려하지 않음으로써 그런 집단에게 불리하게 작용하는 경우 이를 차별로 인정하는데(간접차별),⁴³⁾ 정당법의

43) ‘장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률’ 제43조(차별행위) ①이 법에서 금

등록요건 규정은 정확히 이에 해당한다고 볼 수 있기 때문이다. 정당법의 등록요건 규정들은 형식적으로는 기성정당과 신생정당, 중대형정당과 군소정당, 전국정당과 지역정당에 모두 적용되지만, 그러한 기준이 국민의 정치적 의사형성에 필요한 것인지는 따지지 않고 무차별적으로 적용됨으로써 결과적으로 이들 정당에게 불리한 결과(등록 불가 또는 등록 취소)를 초래하는 것이다.

물론 헌법재판소의 이러한 견해는 장애를 가지고 있는 공직선거후보자의 활동보조인을 선거사무원 수에 포함하도록 되어 있는 규정에 대하여 평등권 침해 가능성이 없다고 본 어처구니없는 결정⁴⁴⁾과 동일한 흐름 속에 있는 것으로 보이기도 한다. 그러나 차별금지법제에서 간접차별에 대한 시정과 구제가 매우 중요한 과제로 떠오르고 있는 국제적 동향을⁴⁵⁾ 감안할 때 헌법재판소의 이러한 단견은 참으로 시대착오적인 것이다.

2. 복수정당제 위반

헌법재판소는 위의 결정에서 “정당설립의 자유를 보장한 것의 당연한 법적 산물인 복수정당제를 제도적으로 보장하고 있다”고만 했을 뿐, 정당법상 등록요건 규정들이 복수정당제 보장에 위반되는지 여부에 대해서는 따로 판단을 하지는 않았다. 그러나 복수정당제의 문제는 그런 식으로 구령이 담 넘어가듯 지나칠 수 있는 쟁점이 아니다.

물론 복수정당제는 정당설립의 자유를 전제로 하는 것이고 헌법재판소의 설시대로 정당설립의 자유에는 정당의 존속과 정당활동의 자유가 당연히 포함되는 것이지만, 그것이 복수정당제의 전부는 아니다. 필자가 보기에 복수정당제의 또 다른 핵심은 자유롭게 설립된 정당들에 대한 평등대우의 원칙이다. 즉 복수정당제의 보장에는 평등권 보장, 차별 금지의

지하는 차별이라 함은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.

2. 장애인에 대하여 형식상으로는 제한·배제·분리·거부 등에 의하여 불리하게 대하지 아니하지만 정당한 사유 없이 장애를 고려하지 아니하는 기준을 적용함으로써 장애인에게 불리한 결과를 초래하는 경우

44) 헌재 2009. 2. 26. 2006헌마626.

45) 이러한 예로 유럽연합기본권청/유럽평의회(편), 유럽 차별금지법에 대한 핸드북(국가인권위원회, 2021), 특히 53-59쪽.

문제가 필연적으로 내장되어 있다. 정당의 설립, 정당의 존속 및 정당의 활동 모두에 있어서 기성정당과 신생정당, 중대규모 정당과 군소정당, 전국정당과 지역정당을 동등하게 대우해야 한다는 원칙이 복수정당제 보장의 또 다른 핵심인 것이다. 그리고 이것이야말로 다원주의적 민주주의의 핵심이라고 할 것이다. 그러니 형식상의 동등 요건을 적용받는다든 구실 하에 결과적 불평등을 예정하고 있는 정당법의 간접차별은 평등권 침해인 동시에 평등대우를 핵심으로 하는 복수정당제 보장에도 반하는 것이라고 할 것이다.

3. 지방자치 부정

지역정당의 배제를 목적으로 5개 이상의 시·도당 조직을 요구하는 정당법의 태도는 지방자치는 단순한 행정활동에 불과하고 중앙정치만이 정치라는 논리에 기반을 두고 있는 것으로 보인다. 그러나 정치가 자원의 효율적 배분에 대한 의사결정 및 그 과정을 의미하는 것이라면 그러한 결정이 전국 단위에서 이루어지건 지역 단위에서 이루어지건 그것은 행정의 수준을 넘어서는 정치라고 해야 할 것이다. 그런데도 5개 이상의 시·도당 조직을 필수로 요구하면서 동시에 중앙당은 수도에 둘 것을 강제하는 정당법은 정치는 오로지 전국 단위에서만 가능하고 또 의미 있다고 취급하는 것으로서 헌법이 명시하고 있는 지방자치의 중요성이나 최근 부쩍 강조되고 있는 균형발전의 맥락에도 배치되는 것이라고 할 것이다.⁴⁶⁾ 오히려 현재 지역정당의 금지는 특정 지역에 대한 특정 정당의 지배 현상과 결합하여 지역정치구도상 일당지배를 지속시킴으로써 지방자치제도의 민주적 운영에 근본적 제약을 초래하는 원인이 되고 있다는 점에서도, 지방자치제도의 반헌법적 운용의 위험성을 구조화하고 있다고 할 수 있을 것이다.⁴⁷⁾

46) “오늘날 ‘자치분권 2.0 시대’를 맞아 본격적으로 대두되고 있는 지역정치, 생활 정치의 본연은 현장에 밀착된 정당의 설립과 활동을 전제하고 있는데…(중략—필자), 정당법은 이러한 전제를 원천 배제하는 문제점을 가지고 있다”는 지적은 경정할 필요가 있다. 윤현식, “국가 후견주의 입법에 의한 1962년 정당법 체제의 위헌성과 지역정당 설립 기본권의 침해에 관한 연구”, 155쪽.

필자가 보기에 헌법상 지방자치의 핵심은 지방의회의 구성이다. 헌법 제118조는 “①지방자치단체에 의회를 둔다. ②지방의회의 조직·권한·의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다.”고 규정하고 있다. 여기서 지방의회의 구성은 헌법상 강제되는 것이며, 오로지 그 조직·권한·의원선거에 관해서만 법률에 맡겨지고 있다. 그런데 의회란 바로 정치의 공간이며 의원은 국회의원이든 지방의회의원이든 바로 공동체 구성원들의 정치적 대표자임을 부정할 수 없다. 즉 헌법 제8장에서 규정하고 있는 지방자치의 본질은 지역 수준의 정치이며,⁴⁷⁾ 이것이 단순히 행정의 영역에 머무는 활동이라면 ‘의회’란 표현을 써야 할 이유는 없을 것이다. 국가 단위의 의회가 국민주권의 원리와 국민대표의 원리를 실현하는 장이자 도구로서 근대시민혁명의 상징인 것처럼, 지역 단위의 의회는 지역민의 주권과 지역민 대표의 원리를 실현하는 장이자 도구로 이해되어야 할 것이다. 이런 점에 비추어볼 때 지방자치를 단순한 행정활동에 불과한 것으로 보는 정당법의 지역정당 배제 논리는 정당성이 없으며, 지역정당의 활성화는 전국정당에 의하여 왜곡되고 있는 현재의 지방자치를 원래의 모습으로 돌려놓기 위해서도 필요하다고 할 것이다. 그러므로 구 정당법 제25조와 제27조(현행 정당법 제17조와 제18조)는 지역정당의 정당으로서의 지위를 간접적으로 부인함으로써 헌법의 정당개념을 축소하는 것일 뿐만 아니라,⁴⁸⁾ 헌법상 지방자치의 핵심적 본질을 부정하는 것으로서 헌법에 위반된다고 보아야 할 것이다.

4. 국민주권 원칙 위배

주지하다시피 헌법 제1조 제2항은 국민주권의 원리를 선언하고 있다. 주권보유자인 관념적 국민, 주권자인 국민을 대신해서 주권을 행사할 실

47) 김종철, “정당법상 위헌요소에 관한 소고: 정당의 헌법상 지위를 중심으로”, 46쪽.

48) 필자는 중앙과 대비되는 ‘지방’이라는 표현은 ‘지역’으로 바뀌어야 한다고 생각한다.

49) 정태호, “정당설립의 자유와 현행 정당등록제의 위헌성에 대한 관견”, 117쪽.

제있는 조직으로서의 대표, 대표 구성의 방식으로서의 선거, 선거권자(유권자)로부터 대표의 자유(무기속위임) 등이 국민주권 원리의 핵심적 내용들이다. 그 중 선거를 통해 구성되는 대표가 주권보유자인 국민을 대신해서 주권을 행사하되, 대표는 주권자에게만 기속될 뿐 국민의 일부에 불과한 유권자에게는 구속되지 않는다는 것이 실천적으로는 가장 중요한 부분이라고 생각한다. 국민주권이론이 등장하던 초기의 대표 구성은 제한선거에 의해 이루어졌지만, 기층민중의 정치적 요구가 분출함에 따라 보통선거는 오늘날의 대세가 되었고, 선거권자의 범위는 지속적으로 확대되어왔다. 즉 현재의 시점에서는 보통선거를 통한 대표의 선출이 결국 국민주권의 실현을 위한 가장 전형적인 주권 행사의 형태라고 할 수 있을 것이다. 그런데 바로 이 지점에서 정당의 중요성은 부각될 수밖에 없다. 보통선거의 구현으로 관념적 전체국민의 상당 부분, 실천적으로는 모든 성인 남녀가 현실적 주권자로 등장하면서 유권자=주권자가 되는 현상이 일반화되었다는 점, 이런 유권자의 대표 선출이 주로 정당을 매개로 하여 이루어짐으로써 국민대표는 정당대표의 성격을 겸하게 되었다는 점, 무기속위임의 원칙에 의하여 대표는 유권자에 대해 선거 이외의 법적 책임을 지지는 않지만 소속 정당에 대해서는 책임을 지는 사실상의 정당기속을 보여준다는 점이 결코 간과할 수 없는 국민주권주의의 현실이다.

이런 점을 고려하면 오늘날의 정치현실에서, 국민주권 원리의 구현은 저항권 행사처럼 직접행동에 의한 예외적인 경우를 제외한다면, 결국 구체적으로는 선거제도와 정당제도를 통해서 이루어진다고 할 수 있을 것이다. 특히 선거를 통해서 주권자=유권자를 대변할 대표를 선출하는 것은 정당을 통하지 않으면 불가능한 것이 현실인 만큼 정당제도야말로 국민주권 실현의 1차적 장이요 도구이므로, 정당 설립의 자유와 복수정당제가 요구되는 것은 바로 이러한 정치현실의 요청 때문이라고 할 수 있다. 주권자인 국민, 즉 현재 및 장래의 유권자들이 자신의 이익과 의사를 대변하여 주권을 행사할 사람을 대표로 선출하기 위하여, 일차적으로 자신의 의견과 이익을 공유하고, 그 의사를 표현하고 전파하며, 그 결과 이런 의사가 공동체의 다수 의사가 되게 만들 수 있는 집단=단체를 형성하고 이 집단=단체를 통하여 활동할 수 있을 것을 요구하게 되는 것이 정당제도의 핵심이라고 이해할 수 있을 것이다. 그렇다면 현재 및 장래의 유권

자들이라면 누구나, 언제나, 또 어디에서나 이런 집단=단체=정당을 결성하여 활동할 수 있어야 할 것이고, 이는 국민주권 원리가 포기되지 않는 한 결코 부정할 수도 포기할 수도 없는 요청일 것이다. 즉 자신의 의사와 이익을 대변할 대표를 선출하는 과정에 참여할 진지한 의사를 가진 사람이라면 누구나, 어떤 형식적 공간적 제약 없이, 자유롭게 그런 과정을 매개할 단체=집단을 결성하고 이를 통하여 활동할 수 있어야 하는 것이다.

그렇다면 이러한 단체의 결성과 이를 통한 활동에 요구되는 유일한 조건은 ‘주권 행사의 과정에 참여하겠다는 진지한 의사’(앞에서 이것이 정당의 개념표지라 한 바 있다)뿐이라고 할 수 있으며, 정당으로서의 성립 및 보호 요건은 이러한 의사를 확인하는데 필요한 최소한에 국한되어야 한다고 해야 할 것이다. 이 점을 헌법 제8조 제2항은 “정당은 그 목적·조직과 활동이 민주적이어야 하며, 국민의 정치적 의사형성에 참여하는데 필요한 조직을 가져야 한다.”고 규정하고 있는 것이라고 보아야 할 것이다. 결국 핵심은 “국민의 정치적 의사형성에 참여하는데 필요한 조직”이 무엇인가라고 말할 수 있다. 이는 결국 ‘현재 및 장래의 유권자들이 자신들의 의사와 이익을 결집하고 이를 공유하고 관철해 나갈 수 있는 민주적 의사결정과정을 보장하는 조직’을 의미한다고 보아야 한다. 여기에는 헌법재판소가 독일의 정당법을 따라서 언급한 “상당한 기간 또는 계속해서”라든가, “상당한 지역에서”라는 조건은 포함되지 않으며, 오히려 그러한 시간적 공간적 제약을 넘어서서 민주적 의사결정과정이 보장되고 선거에서의 대표자 선출 등 공통의 의사 결집과 관철을 목표로 움직이는 것이라면 어떤 단체=집단도 ‘헌법적’ 정당으로서의 자격은 갖추었다고 보아야 할 것이다. 물론 헌법적 정당이라고 해서 정당법이 정하는 모든 법률상의 보호와 혜택을 자동적으로 향유하게 되는 것은 아니며, 정당법의 보호와 혜택은, 적어도 헌법상의 보호와 혜택을 인정하는 한도에서는, 정당법이 정하는 기준에 따라서 그 수준을 달리할 수도 있을 것이다. 단지 이러한 헌법상의 보호와 혜택에서 핵심은 최소한 정당의 성립과 존속에 있어서의 평등보호이며, 이 점에서 지역성, 군소성을 이유로 정당 등록을 거부하거나 등록을 취소하는 것은 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다. 바로 이 점에서 정당법상의 5개 시·도당과 시·도당별 1,000명 이상의

당원 및 중앙당의 수도 소재라는 등록요건은 국민주권의 원리에 위반된다고 보아야 할 것이다.

V. 결론

필자는 앞에서 5개 이상의 시도당과 시도당별 1,000명 이상의 당원을 등록요건으로 하면서 중앙당의 소재를 수도에 한정하는 정당법의 여러 규정들이 헌법 제8조에서 보장하는 정당설립의 자유는 물론, 복수정당제 보장과 평등권, 지방자치의 원칙에 반하는 것임을 넘어서 우리 헌법의 제1원리라 할 국민주권의 원리에도 위배된다는 의견을 개진하였다. 그러나 어떤 법규가 헌법에 위반된다는 논증은 해당 등록요건을 무효로 만드는 데에는 유용하지만, 그 등록요건에 의하여 제약을 받게 되는 대상이나 제도—여기서는 지역정당—의 적극적 필요성이나 정당성을 밝히는 데는 한계가 있다는 점도 분명하다. 이런 점 때문에 필자는 마지막으로 지역정당이 헌법상의 원리나 요청에 어떻게 기여하는가를 밝힘으로써 그 정당성을 주장하고 이로써 결론을 대신하고자 한다.

첫째, 지역정당은 헌법재판소가 지역정당 배제 필요성의 근거로서 제시했던 상황 즉 “지역적 연고에 지나치게 의존하는 정당정치풍토”를 혁파하는 데 크게 기여할 것이다. 현재 엄존하는 지역연고주의적 정당정치풍토는 어떻게 보면 정당법의 등록요건 규정들이 지역정당과 군소정당을 배제하여 기성정당, 대규모정당, 전국정당의 기득권을 공고화함으로써 생기는 문제이기 때문이다. 특히 특정 지역에 강고하게 뿌리내리고 있는 대정당들이 존재하는 상황에서 해당 지역의 유권자들은 최악의 정당이 득세하는 것을 차단하기 위하여 불가피하게 차악을 선택할 수밖에 없는 딜레마에 빠지게 되는 것이고, 이는 결선투표가 배제되는 선거제도와 맞물려 지역정당들의 성립과 존속 자체를 어렵게 만들고 있다고 할 수 있다. 특히 기성정당 외의 어떤 정치세력이 해당 지역에서는 경쟁력을 가질 수 있다고 하더라도 정당법 때문에 전국정당이 되지 못하면 결국 무소속으로 선거를 준비해야 하고 철저하게 기성정당 중심으로 설계되어

있는 공직선거법의 규정은 이러한 지역신생정치세력의 좌절과 실패를 강요하고 있으므로, 결국 지역주의적 정치풍토가 더욱 확대 강화될 수밖에 없는 악순환이 반복되는 것이다. 그러나 지역정당 배제 목적의 등록요건 규정이 폐지된다면 자유롭게 구성되어 활동하게 될 지역정당들은 이제 적어도 해당 지역—그것은 시·도 단위일 수도 있고 구·시·군 단위일 수도 있다—에서는 기존의 대정당들과 당당하게 경쟁함으로써 유권자들의 자유로운 선택을 가능하게 할 것이다. 만약 결선투표제가 이와 결합된다면 그 효과가 이루 말할 수 없이 커질 것이며, 이는 우리나라의 선거 풍토, 정당정치문화를 완전히 바꾸어 놓을 것이라고 확신한다. 지역정당 배제의 정당법 조항들이 폐지되어야 할 첫 번째 이유이다.

둘째, 지역정당 배제의 폐지는, 전국적 규모의 조직과 인력을 갖추지 못하면 새로운 정치적 도전을 시도조차 해 볼 수 없는 신진정치세력에게 전례 없는 기회의 문을 열어줄 것이다. 전국적 조직과 엄청난 당원을 확보해야 하는 법률상의 부담은 신진정치세력으로 하여금 그 정치적 목표와 비전을 축소하거나 하향조정하게 하고, 정치적 혁신이 아닌 기성제도 권과의 타협—경우에 따라서는 모욕적인 타협—을 모색하게 만드는 경향이 있음은 부정할 수 없는 현실이다. 20대 국회의원총선거를 앞두고 나타난 위성정당 사례는 이를 생생히 보여주었다. 그런데 지역정당 배제 요건의 폐지는 신진정치세력에게서 이런 부담을 온전히 덜어줄 것이다. 조직과 규모의 정비를 위한 목표의 후퇴와 비전의 축소가 아니라 오히려 더욱 명료한 비전과 목표의 제시로 조직을 확대해나갈 수 있을 것이기 때문이다. 이는 또다시 한국 정치 문화에 과거에는 결코 볼 수 없었던 참신하고 신선한 충격과 변화를 안겨줄 것이고, 이것이야말로 ‘새 정치’이자 ‘정치교체’로 이어질 것이다. 지역정당의 활성화를 가져올 정당법 개정이 필요한 두 번째 이유이다.

셋째, 지역정당 배제의 폐지는 이처럼 신진세력의 진출과 지역주의적 정치풍토의 변화를 가져옴으로써 궁극적으로 주권자, 즉 장래 및 현재의 유권자들을 정치에 대한 혐오와 무관심으로부터 구해낼 것이다. 양대 정당 중심의 폐쇄적 정치, 지역의존도가 높은 정당정치풍토가 사라지지 않는 자양분은 주권 국민의 좌절과 이로 인한 정치적 무관심이었다고 해도 과언은 아닐 것이다. 어떤 선택을 하더라도 바뀌지 않는다는 체념, 제도

개선에 대한 희망의 좌절, 모든 정당은 결국 다 똑같다는 회의, 이런 요소들이 결국 국민의 정치참여 의욕과 관심을 꺾어버리고 양대 정당에 의해 조직된 세력들이 모든 정치과정을 지배해버리는 결과로 이어졌던 것이다. 이제 지역정당 배제의 폐지는, 새로운 비전과 목표, 청사진으로 무장한 신진세력들의 등장을 알리는 신호탄이 될 것이며, 좌절하고 낙담하고 체념했던 현재 및 장래의 유권자들이 정치의 장으로 적극적이고 진취적으로 나서게 할 것이다. 그리하여 지역정당 배제의 폐지는 진정한 국민주권주의의 현대적 구현을 가능하게 할 것이다. 새로운 정당법이 필요한 또 다른 이유이다.

이런 기회는 쉽게 다시 오지 않는다. 헌법재판소가 이런 점들을 깊이 새겨서 16년 전의 엄청난 오판을 바로잡을 천재일우의 기회를 놓치지 않기를 바라마지 않는다. 아울러 어려운 여건 속에서도 헌법재판소에게 이런 기회를 다시 한 번 안겨 준 지역정당운동 관계자 여러분들께 감사와 경의를 표한다.

<참고문헌>

- 국순옥, “헌법재판관들의 사법 쿠데타”, 민주주의법학연구회, 민주법학 제27호, 2005, 457-461쪽.
- 김종서, “정치관계법과 참여정치: 정당법, 선거법, 정치자금법 — 국민주권의 3중차단장치”, 민주주의법학연구회, 민주법학 제5호, 1992, 191-216쪽.
- 김종철, “정당법상 위헌요소에 관한 소고: 정당의 헌법상 지위를 중심으로”, 중앙선거관리위원회, 선거연구 제7호, 2016, 35-57쪽.
- 김종철/이지문, “공화적 공존을 위한 정치개혁의 필요성과 조건: 정부형태 개헌론을 넘어서”, 세계헌법학회한국학회, 세계헌법연구 제20권 제1호, 2014, 63-92쪽.
- 유럽연합기본권청/유럽평의회(편), 유럽 차별금지법에 대한 핸드북, 국가인권위원회, 2021.
- 윤현식, “국가 후견주의 입법에 의한 1962년 정당법 체제의 위헌성과 지역정당 설립 기본권의 침해에 관한 연구”, 인하대학교 후기산업사회연구소, 후기산업사회연구 제1권 제2호, 2022, 35-163쪽.
- 이종수, “시민의 정치적 자유, 정당의 자유와 정당법: 국민의 정치적 의사형성에 있어서 경쟁질서도입을 위한 시론”, 한국공법학회, 공법연구 제29집 제2호, 2001, 255-276쪽.
- , “정당제민주주의의 현안문제의 검토: 현행 정당등록제도 및 정당등록취소제도와 정치자금제도를 중심으로”, 한국헌법학회, 헌법학연구 제13권 제2호, 2007, 103-136쪽.
- 정태호, “정당설립의 자유와 현행 정당등록제의 위헌성에 대한 관건”, 대한변호사협회, 인권과정의 제343호, 2005, 97-119쪽.

<Abstract>

Unconstitutionality of the Political Party Act and Legitimacy of the Local Party System

Kim, Jong-Seo

Emeritus Professor, Pai Chai University

In this thesis, I intended to demonstrate that the Political Party Act(the PPA, hereinafter) preventing local parties for over 60 years is unconstitutional on the one hand, and to make clear that the local party system is constitutionally legitimate and would make the innovation of Korean political culture on the other. To do this, I tried to expose the absurdity and irrationality of the 2006 abjudication of the Constitutional Court, which regrettably had missed the opportunity to rectify the unconstitutionality of the PPA. I carried out the critique of the decision as follows:

First, I proved that the Constitutional Court had erred in extending the conceptual marks of the political party without solid foundation.

Second, I demonstrated, to the contrast to the Constitutional Court, that the PPA denying the local party could not pass the constitutional test of the proportionality: the aim of the Act could not be justified since it was violating the principle of plural democracy; the excessive registration requirements in the PPA did not satisfy the necessity principle; and the balancing test was not met in that the interest of political stability could not outweigh the fundamental right to freedom of establishing political parties.

Third, I asserted, unlike the Constitutional Court, that the current party registration system constituted a violation of equality principle as an indirect discrimination against new political forces; it infringed the plural party system by preventing legitimate activities

of small or local parties; and also it did not conform to the principles of local self-government and national sovereignty.

Furthermore and finally, besides proving the unconstitutionality of the current registration requirements of the PPA, I positively assert the constitutional legitimacy and political value of the local party system: First, it would contribute to the innovation of Korean political culture by repealing a political climate overdependent on local connections; second, the abolition of exclusion of local parties would open an unprecedented door of opportunity for the new political forces; and finally it would save the sovereign, that is, the present and prospective voters from the hatred of and disinterest in the politics.

Key Phrases: political party, political party act, registration requirements,
local party, freedom to establish a political party