

공직선거법상 기탁금 제도에 대한 헌법적 고찰*

이 희 훈**

목 차	
I. 서론	IV. 선거법상 기탁금액수의 적정성 여부
II. 선거법상 기탁금규정과 그 반환규정의 연혁	V. 선거법상 기탁금의 국고귀속과 반환조건의 적정성 여부
III. 선거법상 기탁금제도의 헌법적 정당성 여부	VI. 결론 참고문헌

I. 서론

2007년 12월 19일은 제17대 대통령선거(이하에서 “대선”으로 줄임)일인바, 2007년 5월 27일까지 중앙선거관리위원회(이하에서 “중앙선관위”로 줄임)에 대선 예비후보로 등록한 사람은 43명이다. 이들이 정식으로 대선 후보가 되기 위해서는 2007년 11월 25일에서 26일까지 공직선거법(이하에서 “선거법”으로 줄임) 제56조 제1항 제1호에 의해 후보자 1인마다 5억원을 중앙선관위규칙이 정하는 바에 따라 관할선거관리위원회(이하에서 “관

* 본 논문의 제목을 ‘공직선거법상 기탁금제도에 대한 헌법적 고찰’이라고 정한 이유는 다음과 같다. 즉, 기탁금제도는 ‘정치자금에 관한 법률’ 제15조와 제16조에서도 규정되어 있다. 따라서 만약 본 논문의 제목을 ‘기탁금제도에 대한 헌법적 고찰’이라고 정한다면 ‘공직선거법상의 기탁금제도’인지 ‘정치자금에 관한 법률상의 기탁금제도’인지 그 구분이 모호해져 혼란을 줄 우려가 있기 때문에 이를 피하기 위해서다.

** 백석대학교 법정학부 전임강사, 법학박사.

할선관위”로 줄임)에 납부해야 한다.¹⁾ 그러나 이들 대부분은 대선을 위한 정식후보로 등록할 가능성이 거의 없을 것으로 보인다.²⁾ 왜냐하면 아마도 다음과 같은 사유 때문일 것이다. 첫째, 이들 중 상당수는 대선 예비후보자로 세상에 한번 자신의 이름을 알리고자할 뿐, 5억원이라는 기탁금을 낼 마음이 애초에 없기 때문이다. 둘째, 실제 5억원이라는 거금을 마련하여 관할선관위에 납부하기 힘들 것이기 때문이다. 셋째, 설사 5억원을 마련하여 관할선관위에 납부하였더라도 선거법 제57조 제1항에 의한 기탁금의 반환요건³⁾을 충족시키지 못하여 5억원을 반환받을 수 없는 위험부담을 감수하면서까지 정식 대선후보로 입후보하기 어렵기 때문이다.

이렇듯 선거에 있어 만약 기탁금이라는 것이 없다면 무수히 많은 후보자들이 난립하게 될 것이다. 이러한 현상에 대해서는 다음과 같은 평가를 할 수 있다. 첫째, 무수히 많은 후보자들이 입후보하여 선거가 과열되고 혼탁해져 선거가 비효율적이고 불공정하게 운영되고, 후보자들에 대한 선거비용이 많이 지출되어 국민들의 세금이 크게 낭비되어질 것이며, 그 수많은 후보자들을 유권자들이 일일이 다 파악할 수 없게 되어 국가와 국민을 위해서 일할 좋은 후보자를 선택하기 어렵게 하여 결국 민주주의의 실현을 저해한다는 등의 사유로 부정적인 평가를 할 수 있다. 따라서 이러한 것을 막기 위해 선거법에 기탁금제도를 두는 것은 헌법적으로 정당하다고 평가할 수 있다. 둘째, 헌법 제25조의 공무담임권이라는 기본권의 실현을 확대시켜주고, 소수자를 보호해 주며, 보통선거원칙에 반하지 않게 된다는 등의 사유로 긍정적인 평가를 할 수 있다. 따라서 이러한 것을 가로막는 선거법상의 기탁금제도는 헌법적으로 정당하지 못하다고 평가할 수 있다.⁴⁾ 따라서 이하에서는 선거법상 기탁금규정과 그 반환규정에 대한 연혁

1) 이밖에 선거법 제56조 제1항 제2호에서 제6호에 의한 각 선거에서의 기탁금의 액수에 대한 것은 본 논문의 IV-2번 참조.

2) 인터넷 동아일보, ‘대선 예비후보 벌써 43명 등록… 그들은 누구인가’, 2007. 5. 28 참조. 이에 대한 자료출처는 <http://www.donga.com/fbin/output?n=200705280162>.

3) 이에 대해 자세한 것은 본 논문의 V-2번 참조.

을 살펴본 후(아래 II), 이러한 선거법상 기탁금제도에 대한 견해들 중 어느 견해가 어떤 헌법적 근거로 더 타당한지에 대해 그동안의 헌법재판소의 견해를 참조하여 고찰하겠다(아래 III). 그리고 만약 선거법상 기탁금제도가 합헌이라면 현행 각 선거에서의 기탁금의 액수가 적정한지 즉, 기탁금제도가 합헌이더라도 그 액수가 과도하여 보통선거의 원칙이나 평등권에 반하거나 또는 헌법 제25조의 공무담임권 등을 침해하는 것이 아닌지에 대해 그동안의 헌법재판소의 견해를 참조하여 검토하겠다(아래 IV). 또한 기탁금의 반환요건이 너무 엄격하게 규정되어 있어 입후보자의 재산권 등을 침해하는 것이 아닌지에 대해 그동안의 헌법재판소의 견해를 참조하여 살펴보겠다(아래 V).

II. 선거법상 기탁금규정과 그 반환규정의 연혁

1. 각 선거에 대한 기탁금규정의 연혁

(1) 대통령선거의 경우

1987년 11월 7일에 폐지제정된 대통령선거법 제26조 제1항은 최초로 대선시 정당추천후보자의 경우 기탁금 5천만원을, 무소속후보자의 경우 기탁금 1억원을 납부하도록 규정하였고, 1994년 3월 16일에 제정된 공직선거 및 선거부정방지법(이하에서 “공선법”으로 줄임) 제56조 제1항 제1호는 대선시 정당의 추천후보자이든 무소속후보자이든 상관없이 기탁금 3억원을 납부하도록 규정하였다. 이후 2007년 6월 1일에 개정된 선거법 제56조 제1항 제1호는 대선시 기탁금 5억원을 납부하도록 규정하고 있다.

4) 이에 대해 자세한 것은 본 논문의 III번 참조.

(2) 지방자치단체장선거의 경우

1994년 3월 16일에 제정된 공선법 제56조 제1항 제2호와 제4호는 최초로 자치구·시·군의 장선거의 경우 기탁금 1천만원(제2호)을, 시·도지사선거의 경우 기탁금 5천만원(제4호)을 납부하도록 규정하였다. 이후 2007년 6월 1일에 개정된 선거법 제56조 제1항 제4호와 제5호에서 시·도지사선거의 경우 기탁금 5천만원(제4호)을, 자치구·시·군의 장 선거의 경우 기탁금 1천만원(제5호)을 납부하도록 규정하고 있다.

(3) 국회의원선거의 경우

1948년 3월 17일에 제정된 국회의원선거법은 기탁금조항을 두지 않아 국회의원에 출마하려는 자는 법정의 유권자추천요건만 갖추면 자유로이 입후보할 수 있었다. 그러나 이후 1958년 1월 25일에 제정된 민의원의원선거법 제38조 제1항과 참의원의원선거법 제28조 제1항은 민의원과 참의원 선거에 입후보하기 위해서는 기탁금으로 각각 50만원을 납부하도록 규정하였고, 1972년 12월 30일에 제정된 국회의원선거법 제32조 제1항은 정당 추천후보자의 경우 기탁금 2백만원을, 무소속후보자의 경우 기탁금 3백만원을 납부하도록 규정하였다. 이후 1988년 3월 17일에 전문개정된 국회의원선거법 제33조 제1항은 국회의원선거에 입후보하기 위한 자가 정당추천후보자의 경우 기탁금 1천만원을, 무소속후보자의 경우 기탁금 2천만원을 납부하도록 규정하였다. 그러나 1989년 9월 8일에 헌법재판소는 88헌가6 결정으로 이러한 기탁금규정에 대하여 헌법불합치결정을 하여 1991년 12월 31일에 개정된 국회의원선거법 제33조 제1항은 국회의원선거에 입후보하기 위한 자가 정당추천후보자이든 무소속후보자이든 상관없이 모두 동일하게 기탁금 1천만원을 납부하도록 규정하였다. 이후 1994년 3월 16일에 제정된 공선법 제56조 제1항 제2호는 국회의원선거에 입후보하기 위해서는 기탁금 1천만원을 납부하도록 규정하였고, 2000년 2월 16일에 개정된 공선법은 국회의원선거에 입후보하기 위해서는 기탁금 2천만원을 납부

할 것을 규정하였다. 이에 헌법재판소는 2001년 7월 19일에 2000헌마91·112·134(병합)결정으로 국회의원선거에 입후보하기 위해서는 2천만원의 기탁금을 납부하도록 한 공선법 규정에 대해 위헌결정을 하여 2001년 10월 8일에 개정된 공선법 제56조 제1항 제2호는 국회의원선거에 입후보하기 위해서는 기탁금 1천 5백만원을 납부하도록 규정하였고, 동 규정은 2007년 6월 1일에 개정된 선거법 제56조 제1항 제2호에까지 이어져 오고 있다.

(4) 지방의회의원선거의 경우

1988년 4월 6일에 제정된 지방의회의원선거법 제29조 제1항은 시·도의회의원선거의 경우 기탁금 7백만원을, 구·시·군의회의원선거의 경우 기탁금 2백만원을 납부하도록 규정하였고, 1994년 3월 16일에 제정된 공선법 제56조 제1항 제3호와 제5호는 시·도의회의원선거의 경우 기탁금 4백만원(제3호)을, 자치구·시·군의회의원선거의 경우 기탁금 2백만원(제5호)을 납부하도록 규정하였다. 이후 2007년 6월 1일에 개정된 선거법 제56조 제1항 제3호와 제6호는 시·도의회의원선거의 경우 기탁금 3백만원(제3호)을, 자치구·시·군의원선거의 경우 기탁금 2백만원(제6호)을 납부하도록 규정하고 있다.

2. 각 선거에 대한 기탁금 반환규정의 연혁

(1) 대통령선거의 경우

1987년 11월 7일에 폐지제정된 대통령선거법 제26조 제6항은 최초로 대선후보자의 득표수가 유효투표총수의 100분의 5를 초과할 때 기탁금을 반환하도록 규정하였고, 1994년 3월 16일에 제정된 공선법 제57조 제1항 제1호는 대선후보자가 당선되거나 사망한 때 및 대선후보자의 득표수가 유효투표총수의 100분의 10이상인 때에는 기탁금 중에서 동법 제56조 제3항의

규정에 의해 기탁금에서 부담하는 비용을 뺀 나머지 금액을 반환하도록 규정하였다. 이후 2007년 6월 1일에 개정된 선거법 제57조 제1항 제1호는 대선후보자가 당선되거나 사망한 경우 및 대선후보자의 득표수가 유효투표총수의 100분의 15 이상을 득표한 경우에는 기탁금 중에서 선거법 제56조 제3항의 규정에 의해 기탁금에서 부담하는 비용을 뺀 나머지 금액을 반환하도록 규정하고 있고, 대선후보자의 득표수가 유효투표총수의 100분의 10 이상 100분의 15 미만일 때에는 기탁금의 100분의 50에 해당하는 금액 중에서 선거법 제56조 제3항의 규정에 의해 기탁금에서 부담하는 비용을 뺀 나머지 금액을 반환하도록 규정하고 있다.

(2) 지방자치단체장선거의 경우

1994년 3월 16일에 제정된 공선법 제57조 제1항 제1호는 최초로 지방자치단체장 후보자가 당선되거나 사망한 때 및 지방자치단체장 후보자의 득표수가 유효투표총수의 100분의 10이상인 때에는 기탁금 중에서 동법 제56조 제3항의 규정에 의해 기탁금에서 부담하는 비용을 뺀 나머지 금액을 반환하도록 규정하였다. 이후 2007년 6월 1일에 개정된 선거법 제57조 제1항 제1호는 지방자치단체장 후보자가 당선되거나 사망한 경우 및 지방자치단체장 후보자의 득표수가 유효투표총수의 100분의 15 이상을 득표한 경우에는 기탁금 중에서 선거법 제56조 제3항의 규정에 의해 기탁금에서 부담하는 비용을 뺀 나머지 금액을 반환하도록 규정하고 있고, 지방자치단체장 후보자의 득표수가 유효투표총수의 100분의 10 이상 100분의 15 미만일 때에는 기탁금의 100분의 50에 해당하는 금액 중에서 선거법 제56조 제3항의 규정에 의해 기탁금에서 부담하는 비용을 뺀 나머지 금액을 반환하도록 규정하고 있다.

(3) 국회의원선거의 경우

1958년 1월 25일에 제정된 민의원의원선거법 제39조와 참의원의원선거

법 제29조는 유효투표총수의 6분의 1이라는 기탁금반환기준을 규정하였고, 1972년 12월 30일에 폐지제정된 국회의원선거법 제33조는 국회의원선거에 입후보한 후보자가 사망하거나 당선된 경우 및 득표수가 유효투표총수의 3분의 1을 초과할 때에는 기탁금 중 동법 제55조의 규정에 의하여 후보자가 부담하여야 할 비용을 공제한 후 기탁금을 반환한다고 규정하였다. 이후 1989년 9월 8일에 헌법재판소는 88헌가6결정으로 기탁금반환규정에 대하여 헌법불합치결정을 하여 1994년 3월 15일에 제정된 공선법 제57조 제1항 제2호와 제3호는 지역구 국회의원선거에 입후보한 자가 당선되거나 사망한 때 및 득표수가 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수의 2분의 1일 때(제2호) 및 전국구 국회의원선거에 입후보한 자가 당선되거나 사망한 때 및 전국구 국회의원후보자명부에 올라 있는 후보자 중 당선인이 있는 때에는 기탁금 중에서 동법 제56조 제3항의 규정에 의해 기탁금에서 부담하는 비용을 뺀 나머지 금액을 반환한다고 규정하였다. 이후 1998년 4월 30일에 개정된 공선법 제57조 제1항 제1호는 기탁금의 반환기준을 국회의원 입후보자가 당선되거나 사망한 때 및 그 자의 득표수가 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수 이상이거나 유효투표총수의 100분의 20 이상인 때로 규정하였는바, 이에 헌법재판소는 2001년 7월 19일에 2000헌마91·112·134(병합)결정에서 동 규정에 대하여 위헌결정을 하여 2002년 3월 7일 공선법 제57조 제1항 제1호는 기탁금의 반환기준을 국회의원 입후보자가 당선되거나 사망한 때 및 그 자의 득표수가 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수 이상이거나 유효투표총수의 100분의 15 이상인 때로 규정하였다. 이후 2007년 6월 1일에 개정된 선거법 제57조 제1항 제1호와 제2호는 지역구 국회의원의 경우 지역구 국회의원선거의 입후보자가 유효투표총수의 100분의 15 이상을 득표한 경우에는 기탁금 전액을, 그리고 그 자가 유효투표총수의 100분의 10 이상 100분의 15 미만을 득표한 경우에는 기탁금의 100분의 50에 해당하는 금액(제1호)을, 그리고 비례대표국회의원선거의 경우 당해 후보자명부에 올라 있는 후보자중 당선인이 있는 때에는 기탁금 전

액 중에서 선거법 제56조 제3항의 규정에 의하여 기탁금에서 부담하는 비용을 뺀 나머지 금액(제2호)을 반환하도록 규정하고 있다.

(4) 지방의회의원선거의 경우

1988년 4월 6일에 제정된 지방의회의원선거법 제30조 제1항은 지방의회의원 선거에 입후보한 자가 당선되거나 사망한 때 및 그 자의 득표수가 유효투표총수를 의원정수에 1을 더한 수로 나눈 수를 초과한 때에는 선전벽보와 선거공보의 작성 및 첩부비용·선거인명부사본작성비용·합동연설회의 개최비용과 투표·개표참관인수당을 공제한 후 반환한다고 규정하였고, 1994년 3월 16일에 제정된 공선법 제57조 제1항 제2호는 지방의회의원선거에 입후보한 자가 당선되거나 사망한 때 및 득표수가 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수의 2분의 1일 때에는 기탁금 중에서 동법 제56조 제3항의 규정에 의해 기탁금에서 부담하는 비용을 뺀 나머지 금액을 반환한다고 규정하였다. 이후 2007년 6월 1일에 개정된 선거법 제57조 제1항 제1호와 제2호는 지역구 지방의회의원의 경우 지역구 지방의회의원선거에 입후보한 자가 유효투표총수의 100분의 15 이상을 득표한 경우에는 기탁금 전액을, 그리고 그 자가 유효투표총수의 100분의 10 이상 100분의 15 미만을 득표한 경우에는 기탁금의 100분의 50에 해당하는 금액(제1호)을, 그리고 비례대표지방의회의원선거의 경우 당해 후보자명부에 올라 있는 후보자중 당선인이 있는 때에는 기탁금 전액 중에서 선거법 제56조 제3항의 규정에 의하여 기탁금에서 부담하는 비용을 뺀 나머지 금액(제2호)을 반환하도록 규정하고 있다.

Ⅲ. 선거법상 기탁금제도의 헌법적 정당성 여부

1. 선거법상 기탁금제도에 대한 합헌적 견해

선거법상 기탁금제도는 선거운동의 과열을 방지하고, 선거운동에 있어서 기회균등을 보장하며,⁵⁾ 입후보의 성실성을 확보하려는 목적에서 시행되고 있는 제도이다.⁶⁾ 즉, 선거법상 기탁금제도를 통해 선거에 있어 입후보자의 난립을 방지하여⁷⁾ 입후보의 수를 적절하게 제한해서 선거가 과열되지 않도록 하여 선거가 효과적이고 공정하게 운영될 수 있다. 그리고 당선자에게 다수표를 획득하도록 제도적으로 보완함으로써 선거의 신뢰성과 정치적 안정성을 확보하기 위한 것으로 선거법상 기탁금제도는 필요한 것이다. 이러한 사유로 헌법재판소는 선거법상 기탁금제도 그 자체에 대해서는 위헌성이 없는 것으로 보았다.⁸⁾

이렇듯 선거법상 기탁금제도에 대해 합헌이라는 헌법재판소의 견해는 이후에도 계속되었는바, 이에 대해 살펴보면 다음과 같다. 즉, 헌법재판소는 1991년 3월 11일에 “... 기탁금제도는 선거에 있어서 후보자로 하여금 일정금액을 기탁하게 하고 후보자가 선거에서 일정수준의 득표를 하지 못할 때 기탁금의 전부 또는 일부를 국고귀속시킴으로써 후보자의 무분별한 난립을 방지하여 당선자에게 가급적 다수표를 몰아주어 정국의 안정도 기하고 아울러 후보자의 성실성을 담보하려는 취지에서 생겨난 것이다. ... 기탁금제도 그 자체는 헌법 제25조 및 제37조 제2항의 규정이 그 근거가 될 수 있을 것이므로 그 금액이 과다하지 않는 한 이를 위헌적인 제도로 할 수는 없을 것이다. ...”라고 보았다.⁹⁾ 그리고 1995년 5월 25일에 헌법재

5) 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2007, 788면 참조.

6) 정병욱, 『공직선거법』, 박영사, 2006, 112면 참조.

7) 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2007, 221면; 김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 2007, 1142면; 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2007, 761면 참조.

8) 헌재 1989. 9. 8, 88헌가6, 제1권, 217면 참조.

9) 헌재 1991. 3. 11, 91헌마21, 제3권, 101면 참조.

판소는 “... 기초의원선거에서 무분별한 후보난립을 방지하고 공영비용을 사전에 예납하도록 하는 위 기탁금제도의 목적은 정당하다고 할 것이다. ...”라고 보았다.¹⁰⁾ 또한 1995년 5월 25일에 헌법재판소는 “... 대통령선거에 후보자가 난립할 경우 선거가 과열·혼탁해질 수 있고, 불법선거운동의 감시나 투개표 등 선거사무관리가 어려워지며, 표의 분산으로 당선자의 득표수가 적게 됨으로써 민주적 정당성이 약화될 우려가 있을 뿐 아니라 나아가 선거비용의 증가로 국가경제에 부담이 될 수도 있다. 그러므로 대통령선거법상 기탁금제도를 통해 무분별한 후보난립을 방지하여 선거를 효율적으로 공정하게 운영하며 아울러 당선자에게 다수표를 획득할 수 있도록 제도적으로 보장함으로써 대통령선거의 신뢰성과 정치적 안정을 확보하기 위한 것이라고 할 수 있다. 그리고 대통령선거에 소요되는 막대한 비용일체를 국고에서 부담하는 것은 국가의 재정형편 등에 비추어 적절하다고 할 수 없고, 대통령선거 결과 낙선한 후보자로부터 선거비용을 사후에 징수하는 것은 효율적이지 못하므로, 그 비용 중 일부인 위선거인명부 및 부재자신고인명부의 사본작성비용과 불법시설물 등에 대한 대집행비용 및 국고부담연설비용을 기탁금에서 공제하도록 하는 것이 불합리하다고 할 수도 없다. 그러므로 대통령선거에서 후보난립을 방지하고 선거비용 중 일부를 예납하도록 하기 위한 위 기탁금제도는 그 기탁금액이 과다하지 않는 한 헌법상 허용된다고 할 것이다.”라고 보았다.¹¹⁾ 이 밖에도 헌법재판소는 2001년 7월 19일에 “... 현행 공선법상 국회의원입후보 기탁금의 목적은 후보자 난립의 저지를 통하여 선거관리의 효율성을 꾀하는 한편, 불법행위에 대한 제재금의 사전확보에 있는바, 이러한 목적은 선거관리의 차원에서 나오는 것으로서 순수히 행정적인 공익임에 반하

10) 헌재 1995. 5. 25, 91헌마44, 제7권 제1집, 696면 참조.

11) 헌재 1995. 5. 25, 92헌마269, 제7권 제1집, 778면 이하 참조. 이와 같은 입장에서 헌법재판소가 시·도지사에게 대한 선거에 있어 일정액의 기탁금을 내도록 하는 것은 합헌이라고 본 것에 대해서는 헌재 1996. 8. 29, 95헌 마108, 제8권 2집, 177면 이하 참조.

여 이로 인하여 제한되는 국민의 권익은 피선거권이라는 대단히 중요한 기본권임에 비추어, 기탁금제도 자체는 합헌이다.”라고 보았고,¹²⁾ 2003년 8월 21일에 헌법재판소는 “... 선거의 신뢰성과 공정성을 확보하고, 유권자가 후보자선택을 용이하게 하며, 입법권과 국정의 통제 및 감시권한에 상응하는 민주적 정당성을 부여하기 위하여 후보자에게 기탁금의 납부를 요구하는 것은 필요불가결한 입후보요건의 설정이라 할 것이다.”라고 보았다.¹³⁾ 그리고 2004년 3월 25일에 헌법재판소는 “... 기탁금제도는 금전적 제재를 통하여 후보자의 무분별한 난립을 방지하고 아울러 당선자에게 되도록 다수표를 몰아주어 민주적 정당성을 부여하는 한편 후보자의 성실성을 담보하려는 취지에서 생겨난 것이다.”라고 보았다.¹⁴⁾

2. 선거법상 기탁금제도에 대한 위헌적 견해

국회가 민주적 정당성을 바탕으로 구성되고, 책임정치에 부응하는 정책 결정기관으로 작동되기 위해서는 ‘국민의 뜻’이 난립에 이르지 않는 범위 내에서 정리·집적되어서 표출됨으로써 안정적이고 지속적인 세력구도가 형성되어야 할 필요가 있다. 이렇게 안정적이고 지속적인 세력구도가 형성될 수 있기 위해서는 ‘국민의 뜻’을 형성하고 확인하는 절차인 선거의 진지성과 신뢰성이 담보되는 경우에만 가능하다. 따라서 선거법상의 기탁금제도를 통하여 선거에 있어 입후보자의 수를 적정하게 제한할 수 있도록 할 필요성이 있다고 생각할 수 있다. 그러나 선거, 특히 국회의원선거는 단순히 대의공직자의 선출이나 대의기관구성의 방법으로서만 그 정치적 의미와 기능이 있다고 이해되어서는 아니 된다. 왜냐하면 국회의원선거는 후보자들 개인에 대한 선택인 동시에 정치 및 정책운용에 대한 책임을 추궁하고 분담시키는 정치세력에 대한 심판절차이기도 때문이다. 그리고 이

12) 헌재 2001. 7. 19, 2000헌마91·112·134(병합), 제13권 제2집, 88면 참조.

13) 헌재 2003. 8. 21, 2001헌마687·691(병합), 제15권 제2집(상), 225면 참조.

14) 헌재 2004. 3. 25, 2002헌마383, 제16권 제1집, 465면 참조.

심판절차는 공식적으로 장래 국가운영의 방향과 중요한 정책방안들이 의제로 상정되고 논의되는 제도화된 국민토론장이다. 또한 오늘날 정치현실에서 선거는 시민들이 기본적인 국가운영의 방향과 정책기조에 대한 사실상의 결정력을 갖는 정치적 의사표시를 할 수 있는 유일한 기회이고, 그렇기 때문에 자연스럽게 정치에 대한 진지한 관심을 제고시키고, ‘함께 생각하는 시민’과 능력 있는 정치인을 육성할 수 있는 매우 유용한 정치교육의 장이다. 이처럼 정치적 심판, 토론과 정치교육의 장등으로서 선거의 복합적인 민주정치적 순기능은 모든 정치세력과 각계각층 시민들의 적극적이고 능동적인 참여 속에서만 살아날 수 있다. 따라서 선거의 진지성과 함께 선거가 가능한 한 최대한 많은 시민들이 균등한 기회를 가지고 후보자나 유권자로서 같이 참여하는 한 마당의 축제가 될 수 있게 해야 한다.¹⁵⁾ 그러나 선거법상의 기탁금제도는 선거 입후보자들에게 일정액의 기탁금을 납부하도록 강제하여 선거가 가능한 한 최대한 많은 시민들이 균등한 기회를 가지고 후보자로서 참여하는 한 마당의 축제가 될 수 없게 하므로, 차라리 이를 폐지시키는 것이 낫다고 보는 견해가 있다.¹⁶⁾

이 견해와 동일하게 선거법상 기탁금제도에 대해 위헌적 입장을 보이고 있는 헌법재판소의 소수 견해가 있는데, 이에 대해 살펴보면 다음과 같다. 즉, 헌법재판소는 1995년 5월 25일과 1996년 8월 29일에 “... 선거법상의 기탁금제도가 후보자 난립방지를 위한 적합한 수단인지를 살펴보면 ... 선거법상 기탁금액이 높게 책정되어 있다 하더라도 당선이 목적이 아니라 그 재력을 이용하여 선거를 개인적인 목적으로 악용하려는 불성실한 입후보자들에게 대하여는 입후보를 심리적으로 억제하는 효과를 발휘할 수 없다. 또한 다수의 유자력자들이 입후보하는 경우를 충분히 예상할 수 있는데,

15) 이덕연, “정당국가적 대의민주제에서의 선거와 정당에 대한 헌법재판소의 결정 평석-국회의원선거기탁금, 국회의원의 상임위원회 강제 사임조치, 선거권 연령기준에 관한 판례를 중심으로”, 헌법실무연구회 제43회 발 표문, 2004. 2. 13, 3면 참조.

16) 이덕연, (주 15), 6면 참조.

이 경우에는 입후보자의 난립방지를 기탁금제도를 통하여 확보할 수는 없다. … 선거법상 기탁금제도는 이 기탁금을 마련하기 어려운 후보자에게 민주주의의 실현이 기초를 이루는 입후보의 자유 또는 국민의 선거직 공무담임권을 심각히 제약하는 효과가 있다. … 기탁금을 낼 자력이 없는 자에 대해서는 이 기탁금을 대체할 수 있는 방법, 예컨대 선거 전후에 일정기간의 공역무 수행 등 대체수단을 법률로 정하여 선거법상 기탁금 제도를 통하여 추구하려는 목적을 달성하면서도 공무담임권의 침해나 평등선거원칙과의 충돌을 최소화할 수도 있다. … 후보자 난립의 예방이라는 목적의 견지에서 볼 때는 그 목적달성에도 적합하지 않고, 국민의 선거의 자유 내지 참정권 등의 기본권만을 제약하는 규정으로서,¹⁷⁾ 후보자에게 지나치게 많은 경제적 부담을 지우는 기탁금제도를 선택한 것은 그 목적의 달성에 적합한 수단을 선택했다고 볼 수 없다.¹⁸⁾ 또한 선거질서유지를 위해서는 선거법상 기탁금제도 이외에도 이에 대체할 만한 방법, 즉, 예를 들어 … 후보등록시에 필요로 하는 유권자의 추천인수를 현행보다 훨씬 확대하여 후보난립을 방지하는 방법 등이 있다. 따라서 선거법상 기탁금제도는 후보난립을 방지하기 위해 필요하고도 최소한의 유일한 방법이라고 볼 수 없어 최소침해의 원칙을 충족시키지 못한 위헌성이 있는 규정이라고 할 것이다.”라고 보았다.¹⁹⁾ 또한 헌법재판소는 1996년 8월 29일에 “… 저율득표자 제재를 위한 기탁금제도는 득표율이 낮은 후보자는 비록 당해 선거에서 자신의 정견이나 노력으로 유권자들의 고을의 지지를 이끌어 내는 데 실패하였더라도 상황의 변화에 따라서는 장차의 선거에서 그를 지지하는 유권자가 다수가 될 수 있는 가능성을 배제할 수 없음을 간과하고 있는 것이기 때문에 다수와 소수의 교체가능성을 전제로 하고 또 그 장점으로 하고 있는 민주제의 본질에 반한다. … 선거법상 기탁금제도는 입후

17) 헌재 1995. 5. 25, 91헌마44, 제7권 제1집, 703면 이하 참조.

18) 헌재 1996. 8. 29. 95헌마108, 제8권 제2집, 185면 참조.

19) 헌재 1995. 5. 25, 91헌마44, 제7권 제1집, 718면 참조.

보하려는 자가 재력이 풍부한 이인 경우에는 그 입후보를 심리적으로 억제하지 못하여 후보자난립의 방지라는 목적을 달성하기가 어렵고, 결국 자력이 없는 이들의 입후보만을 곤란하게 하거나 불가능하게 하여 결국 국민을 그 재산정도에 따라 차별하여 그들의 공직에의 접근을 막는 제한 선거의 효과를 유발하는 것이다. 따라서 이 제도는 합리적 근거가 없는 자의적인 것이어서 평등원칙의 관점에서 헌법적으로 정당화될 수 없다.”라고 보았다.²⁰⁾

3. 검토

선거법상 기탁금제도가 헌법적 근거가 있는 정당한 제도인지에 대해서 살펴보면 다음과 같은 사유로 긍정된다. 즉, 헌법 제116조 제2항은 법률이 정하는 경우 선거에 관한 경비를 정당이나 후보자에게 부담시킬 수 있도록 규정하고 있기 때문에 선거법상 기탁금제도 자체가 헌법에 위반되지는 않는다.²¹⁾ 이러한 사유로 헌법재판소는 선거법상 기탁금이 헌법 제25조의 공무담임권을 사실상 공동화하지 않는 범위 내에서 즉, 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙을 범위를 벗어나지 않는 한도 내에서 위헌적인 제도라고 할 수 없다고 보았다.²²⁾ 따라서 선거법상 기탁금규정이 과잉금지의 원칙²³⁾에 반하는 것인지에 대해 살펴보면 다음과 같은 사유로 합헌이라고 생각한다.

첫째, 선거에 있어 수많은 후보자가 난립할 경우 선거가 과열·혼탁해질 수 있고, 불법선거운동의 감시나 투개표 등 선거사무관리가 어려워질

20) 헌재 1996. 8. 29. 95헌마108, 제8권 제2집, 192면 이하 참조.

21) 전광석, 『한국헌법론』, 법문사, 2007, 68면 참조.

22) 이러한 헌법재판소의 견해에 대해서는 전광석, “지방의회의원선거법 제36조 제1항에 대한 헌법소원 결정유형과 효력을 중심으로”, 『헌법판례연구』, 법문사, 2000, 3면 참조.

23) 과잉금지의 원칙에 대한 것은 이희훈, “공동주택의 재건축상 매도청구권에 대한 연구”, 『토지공법연구』, 제35집, 2007. 2, 256면 이하 참조.

것이며, 표의 분산으로 당선자의 득표수가 적게 됨으로써 민주적 정당성이 약화될 것이다. 또한 선거비용의 증가로 국가경제에 부담이 될 것이다. 따라서 선거법상 기탁금제도는 선거에 입후보하려는 자로 하여금 미리 일정한 금액을 기탁하게 하고 선거결과 일정수준의 득표를 하지 못할 경우 기탁금을 국고에 귀속시키는 등의 방법으로 금전적 제재를 가하여 무분별한 후보난립을 방지하여 선거를 효율적이고 공정하게 운영할 수 있게 하며, 당선자에게 다수표를 획득할 수 있도록 제도적으로 보장해 주어 선거의 신뢰성과 정치적 안정을 확보하기 위한 것이므로 선거법상 기탁금제도의 입법목적은 정당하다.

둘째, 선거법상 기탁금제도를 통해 무분별한 후보난립을 방지하여 선거를 효율적이고 공정하게 운영할 수 있게 하며, 당선자에게 다수표를 획득할 수 있도록 제도적으로 보장해 주어 선거의 신뢰성과 정치적 안정을 확보하는데 조금이라도 기여하므로 입법자가 선택한 기탁금의 납부리는 수단도 적합하다.

셋째, 선거에 있어 후보자의 무분별한 난립으로 인해 선거가 과열·혼탁해지는 것을 방지하여 선거가 공정하고 효율적으로 운영될 수 있도록 하기 위해서는 다음과 같은 여러 가지 방법을 생각해볼 수 있다. 먼저 선거의 입후보자의 경력이나 지식 등에 의하여 제한하여 후보자의 난립을 방지할 수 있다고 생각해 볼 수 있다. 그러나 이 방법은 보통선거원칙에 반하므로 인정될 수 없다. 다음으로 2007년 6월 1일에 개정된 선거법 제48조 제2항에 규정되어 있는 유권자의 추천제도²⁴⁾를 통해 얼마든지 후보자

24) 선거법 제48조 제2항에서는 “무소속후보자가 되고자 하는 자는 관할선거구선관위가 후보자등록신청개시일전 5일(대통령의 임기만료에 의한 선거에 있어서는 후보자등록신청개시일전 30일, 대통령의 궐위로 인한 선거 등에 있어서는 그 사유가 확정된 후 3일)부터 검인하여 교부하는 추천장을 사용하여 다음 각호에 의하여 선거권자의 추천을 받아야 한다. 1. 대통령선거 - 5 이상의 시·도에 나누어 하나의 시·도에 주민등록이 되어있는 선거권자의 수를 500인 이상으로 한 2천 500인 이상 5천인 이하, 2. 지역구국회의원선거 및 자치구·시·군의 장 선거 - 300인 이상 500인 이하, 3. 지역구시·도의원선거 - 100인 이상 200인 이하, 4. 시

의 난립을 방지할 수 있다고 생각해 볼 수 있다. 기탁금과 관련한 헌법재판소의 결정 중 많은 소수견해들이 이 논거를 들어 선거법상의 기탁금제도는 최소침해의 원칙에 반하는 위헌적 제도라는 의견을 제시했다.²⁵⁾ 그러나 이러한 유권자의 추천제도는 당선가능성이 없는 불성실한 후보자를 사전에 가릴 수 있는 유력한 방법이라고 평가할 수 있지만, 진지하지 못한 추천을 유발하거나 추천을 받기 위한 기간 동안의 사전선거운동의 위협이 있어 선거법상의 기탁금제도를 전적으로 대체할 수 있는 방법이라고 생각되지 않는다.²⁶⁾ 즉, 일정수의 유권자의 추천을 받도록 하는 것은 사람들이 많이 모이는 장소에 매일 나와서 선거에 입후보하기 위한 추천을 받는다면 그리 어렵지 않을 것이고, 선거에 입후보하기 위한 유일한 방법인 일정수의 유권자의 추천을 받기 위해 선거가 사전에 과열·혼탁해질 우려가 있으며, 유권자의 추천을 받는다는 명분하에 사전선거운동을 할 수도 있다. 따라서 현행 선거법에서처럼 선거에 입후보하기 위해서 일정수의 유권자의 추천을 필요로 하는 것 외에도 일정액의 기탁금을 납부하도록 하는 것은 선거의 입후보자의 공무담임권의 최소한의 제한이라고 생각하므로 최소침해의 원칙에 반하지 않는다.

넷째, 이러한 사유로 선거법상의 기탁금제도로 인해 무분별한 후보자의 난립을 막아 과열·혼탁선거를 방지하여 얻어지는 선거의 공정성과 효율성의 확립과 운영이라는 공익은 이로 인해 선거의 입후보자의 공무담임권

· 도지사선거 - 당해 시·도안의 3분의 1 이상의 자치구·시·군에 나누어 하나의 자치구·시·군에 주민등록이 되어있는 선거권자의 수를 50인 이상으로 한 1천인 이상 2천인 이하, 5. 지역구자치구·시·군의원선거 - 50인 이상 100인 이하. 다만 인구 1천인 미만의 선거구에 있어서는 30인 이상 50인 이하.”라고 규정되어 있다.

25) 이와 같은 견해는 현재 1995. 5. 25, 91헌마44, 제7권 1집, 718면, 조승형 재판관의 반대이견; 현재 1996. 8. 29, 95헌마108, 제8권 2집, 185면 이하, 김진우 재판관의 반대이견; 현재 1997. 5. 29, 96헌마143, 제9권 제1집, 576면, 조승형 재판관의 반대이견 등 참조.

26) 이와 같은 견해는 현재 1995. 5. 25, 91헌마44, 제7권 1집, 699면; 현재 1996. 8. 29, 95헌마108, 제8권 2집, 182면 등 참조.

의 제한이라는 이익보다 더 크다고 할 것이므로, 선거법상의 기탁금제도는 법익균형의 원칙에도 반하지 않는다.

이밖에 입법론적 참고를 위해 선거법상 기탁금제도를 두고 있는 다른 나라의 입법례를 살펴보면 프랑스, 영국, 남아프리카 공화국, 오스트리아, 네덜란드, 오스트레일리아, 캐나다, 자이레, 카메룬, 쿠웨이트, 방글라데시, 인도, 잠비아, 뉴질랜드 등은 우리나라와 같이 국회의원선거에 입후보하기 위해서는 일정액의 기탁금을 납부하도록 규정하고 있다. 한편 미국은 주에 따라 의원선거에 있어 기탁금제도가 없거나, 1천달러를 초과하지 않는 범위 내에서 기탁금을 납부하도록 규정²⁷⁾하고 있다.²⁸⁾

IV. 선거법상 기탁금액수의 적정성 여부

1. 헌법재판소의 입장

헌법재판소는 1989년 9월 8일에 “... 본건 국회의원선거법 제33조에 의 해 국회의원선거에 입후보하기 위해서는 무소속의 경우에는 기탁금 2천만원, 정당추천의 경우에는 1천만원을 납부하도록 한 것은 대부분의 일반 국민이나 젊은 계층의 입후보의 자유와 기회를 제한하여 재력이 있는 소수에게만 주권행사를 가능하게 하는 것이 되어 심히 부당하며 그 위헌성이 명백하다. 따라서 동법 제33조의 기탁금은 너무 과다하여 국민주권주의와 자유민주주의의 기본원칙과 관련하여 헌법 제11조의 평등보호원칙, 제24조의 참정권, 제25조의 공무담임권을 침해할 뿐만 아니라 정당추천후

27) 이러한 입법례에 대해서는 현재 1991. 3. 11, 91헌마21, 제3권, 107면 참조.

28) 이와 달리 독일, 스위스, 이탈리아, 벨기에, 덴마크, 스웨덴, 핀란드, 모나코, 이스라엘, 아르헨티나, 브라질, 코스타리카, 세네갈, 튀니지, 루마니아, 불가리아, 헝가리, 폴란드, 유고슬라비아, 체코슬로바키아 등은 선거에 입후보하기 위해 기탁금제도가 없다. 이에 대해서는 현재 1991. 3. 11, 91헌마21, 제3권, 106면 참조.

보자와 무소속후보자의 기탁금에 1천만원과 2천만원이라는 차등을 둔 것은 정당인과 비정당인을 불합리하게 차별하는 것으로 헌법 제41조의 선거 원칙에 반하고 헌법 제11조의 평등보호규정에 위배된다.”라고 보았다.²⁹⁾ 그리고 헌법재판소는 1991년 3월 11일에 “... 본건 지방의회의원선거법 제36조 제1항에 의해 시·도의회의원 후보자는 7백만원의 기탁금을 납부하도록 한 것은 그 액수가 너무 과다하여, 자연인의 경우는 헌법 제11조의 평등권, 제24조의 선거권, 제25조의 공무담임권 등을 침해하는 것이고, 정당의 경우는 선거에 있어서 기회균등의 보장을 받을 수 있는 헌법적 권리를 침해한 것이다.”라고 보았다.³⁰⁾ 이에 반하여 헌법재판소는 대통령선거시 선거의 입후보자에게 기탁금 3억원을 납부하도록 한 대통령선거법 제26조 제1항에 대해서³¹⁾와 시·도지사선거시 선거의 입후보자에게 기탁금 5천만원을 납부하도록 한 공선법 제56조 제1항 제4호에 대해서³²⁾, 그리고 자치구·시·군의 장선거시 선거의 입후보자에게 기탁금 1천만원을 납부하도록 한 공선법 제56조 제1항 제5호에 대해서³³⁾와 시·도의회의원선거시 선거의 입후보자에게 기탁금 3백만원을 납부하도록 한 공선법 제56조 제1항 제3호에 대해서,³⁴⁾ 그리고 자치구·시·군의원선거시 선거의 입후보자에게 기탁금 2백만원을 납부하도록 한 구(舊) 지방의회의원선거법 제36조 제1항에 대해서³⁵⁾는 각각 그 기탁금의 액수가 지나치게 과다하지 않다는 사유로 합헌이라고 보았다.

29) 헌재 1989. 9. 8, 88헌가6, 제1권, 199면, 221면 이하 참조.

30) 헌재 1991. 3. 11, 91헌마21, 제3권, 92면 참조.

31) 헌재 1995. 5.25, 92헌마269, 제7권 제1집, 769면 참조.

32) 헌재 1996. 8. 29, 95헌마108, 제8권 제2집, 168면; 헌재 2004. 3. 25, 2002헌마383, 제16권 제1집, 465면 참조.

33) 헌재 2004. 3. 25, 2002헌마383, 제16권 제1집, 465면 이하 참조.

34) 헌재 2004. 3. 25, 2002헌마383, 제16권 제1집, 466면 참조.

35) 헌재 1995. 5. 25, 91헌마44, 제7권 제1집, 688면; 헌재 2004. 3. 25, 2002헌마383, 제16권 제1집, 466면 참조.

2. 검토

이와 같이 각 선거에서의 기탁금액수에 대한 그동안의 헌법재판소의 결정에 의해 2007년 6월 1일에 최종 개정된 선거법 제56조 제1항 제1호에서부터 제6호까지에 의하면 대통령선거의 경우에는 기탁금 5억원(제1호)을, 국회의원선거의 경우에는 기탁금 1천5백만원(제2호)을, 시·도의회의원선거의 경우에는 기탁금 3백만원(제3호)을, 시·도지사선거의 경우에는 기탁금 5천만원(제4호)을, 자치구·시·군의 장선거의 경우에는 기탁금 1천만원(제5호)을, 자치구·시·군의원선거의 경우에는 기탁금 2백만원(제6호)을 선거의 입후보자가 각각 중앙선관위규칙이 정하는 바에 따라 관할 선관위에 납부하도록 규정되어 있다. 그동안 헌법재판소는 헌법적으로 타당한 기탁금의 적정할 수준을 판단하는 기준으로 선거의 진지성과 유권자의 후보자선택의 용이성 및 선거의 과열·혼탁을 방지하기 위해서 어느 정도의 고액의 기탁금은 헌법적으로 정당한 것으로 판단해왔다.³⁶⁾

생각건대, 선거법상 기탁금제도 자체는 합헌이라고 하더라도 기탁금의 액수가 너무 과다하여 선거의 입후보자에게 경제적인 이유에서 정치적인 의사형성에의 참여가능성이 제한된다면 이는 헌법적 정당성을 가질 수 없다.³⁷⁾ 이러한 점에 비추어 볼 때 2007년 6월 1일에 최종 개정된 선거법 제 56조 제1항 제1호에서부터 제6호까지 각 선거에서의 기탁금 액수에 대해 살펴보면 먼저 대통령선거의 경우 입후보를 하기 위한 5억원이라는 기탁금은 사회통념에 비추어볼 때 고액이어서 진지한 후보자라고 하더라도 쉽게 조달할 수 있는 금액이 아니다. 설사 그 5억원이라는 금액을 납부한다고 하더라도 개인의 경제적 능력을 거의 다 소모하는 결과를 초래하게 될 것이다. 따라서 이는 대통령이 되고자 하는 개인의 주관적 기대가능성을 넘어서는 금액을 제시하여 선거에 입후보하는 기회를 사전에 차단하는 것으로 보통선거의 원칙과 공무담임권 등을 침해한다고 생각한다.³⁸⁾

36) 전광석, (주 21), 68면 참조.

37) 전광석, (주 21), 68면 참조.

다음으로 국회의원선거의 경우 입후보를 하기 위한 1천5백만원이라는 기탁금은 가구당 가능한 평균저축률을 30%로 가정할 때 2002년을 기준으로 실제 9개월에서 1년 반 이상을 저축해야만 마련할 수 있는 금액으로 그 부담은 결코 가볍게 볼 수 없다.³⁹⁾ 특히 취업초기에 있는 청년층이나 빈곤층을 포함하여 중산층의 시민들에게 있어서도 이러한 부담은 반환가능성을 떠나서 그 자체만으로도 이미 입후보의 기회를 사전에 차단하기에 충분한 금액의 수준이라고 생각한다.⁴⁰⁾

그리고 자치구·시·군의원선거의 경우 선거인명부사본작성비용, 선전벽보비용, 선거공보비용, 합동연설회비용, 투표참관인수당, 개표참관인수당(이하에서 “공영선거비용”으로 줄임)을 포함하는 후보자 1인당 공영선거비용이 평균 596,064원에 불과한바, 2백만원이라는 기탁금은 공영선거비용의 일부 예납이라는 점에 비추어볼 때 과다하다고 생각한다.⁴¹⁾

또한 시·도지사선거의 경우에도 후보자 1인당 공영선거비용이 평균 760여만원에 불과한바, 5천만원이라는 기탁금은 공영선거비용의 일부 예납이라는 점에 비추어볼 때 과다하다고 생각한다.⁴²⁾

이밖에 다른 선거즉, 자치구·시·군의 장선거의 경우 기탁금 1천만원과 시·도의회의원선거의 경우 기탁금 3백만원이라는 액수는 위에서 살펴본 것과 같은 사유로 단순히 경제적 능력이 결여되어 있다는 이유로 입후보의 기회를 차단하여 간접적으로는 유권자의 선택의 폭을 좁히는 결과를 낳게 한다고 생각한다. 이는 선거자유 원칙과 조화를 이룰 수 없을 것이다. 또한 선거가 국민의 의견형성의 계기가 된다는 점에 비추어볼 때 의견형성의 기회를 박탈하는 부정적 효과도 있다.⁴³⁾ 결국 자력이 없는 이들의

38) 전광석, “정치적 평등과 기탁금제도”, 『헌법판례연구』, 법문사, 2000, 208면 참조.

39) 통계청이 발행하는 ‘2003 한국의 사회지표’의 161면에 따르면 최근 10년을 기준으로 할 때 도시근로자 가구의 평균 흑자율은 약 27%이고, 2002년을 기준으로 할 평균 처분가능소득은 약 248만원이다. 이에 대한 것은 이덕연, (주 15), 4면 참조.

40) 이덕연, (주 15), 4면 참조.

41) 헌재 1995. 5. 25, 91헌마44, 제7권 제1집, 711면 참조.

42) 헌재 1996. 8. 29, 95헌마108, 제8권 제2집, 180면, 186면 참조.

입후보만을 어렵게 하거나 불가능하게 하는 현행 각 선거에서의 고액의 기탁금제도는 국민을 그 재산정도에 따라 차별하여 그들의 공직에의 접근을 배제하는 제한선거의 효과를 발생시킨다고 생각한다. 따라서 향후 다른 나라들처럼⁴⁴⁾ 그 금액을 최소화하여 선거법에 규정하는 것이 바람직하다.

V. 선거법상 기탁금의 국고귀속과 반환조건의 적정성 여부

1. 헌법재판소의 입장

선거법상 기탁금의 국고귀속과 반환조건의 적정성 여부에 대해 헌법재판소는 1989년 9월 8일에 “... 기탁금의 국고귀속에 관한 규정은 후보자의 난립방지와 선거공영제의 확립이라는 본래의 목적⁴⁵⁾을 벗어나 그 기탁금이 고액이고, 그 국고귀속의 기준이 너무 엄격해서 결과적으로 재산을 가지지 못한 자나 젊은 계층의 후보등록을 현저히 제한하고 있으며, 기탁금 중 선거비용으로 충당되는 비용이 불과 기탁금액의 10%(무소속의 경우)~20%(정당공천자의 경우)에 불과한데 그 나머지 금액은 국고에 귀속되게

43) 전광석, (주 38), 209면 참조.

44) 예를 들어, 우리나라처럼 국회의원선거에 입후보하기 위해 기탁금제도를 두고 있는 나라에 있어 그 기탁금의 액수는 대부분이 명목상의 금액(30만원 미만)에 그치고 있다. 즉, 프랑스 상원 200프랑(약 2만원), 하원 1,000 프랑(약 10만원), 뉴질랜드 28달러, 호주 상원 300달러, 하원 150달러, 오스트리아 325달러, 캐나다 200달러, 인도 상원 34달러, 하원 250달러, 쿠웨이트 152달러, 파키스탄 하원 200달러, 상원 100달러, 영국 375달러를 납부하도록 되어 있다. 이에 대한 것은 현재 1989. 9. 8, 88헌가6, 제1권, 240면 이하 참조.

45) 이러한 견지에서 기탁금의 반환제도는 후보자의 난립을 막기 위하여 선거결과 일정한 비율의 득표를 한 후보자에게 일정비용을 공제한 금액전체를 반환하고, 그 비율 미만으로 득표한 후보자의 기탁금은 일정비용을 공제한 금액 전체를 국고에 귀속시키는 제도를 뜻한다고 보는 견해가 있다. 이에 대해서는 정병욱, (주 6), 114면 참조.

되어 낙선하게 되면 입후보를 한 책임에 따른 제재의 수단으로 국고에 귀속시키는 것으로 볼 수밖에 없다. 이는 선거를 국민의 주권행사라는 차원보다 선거의 질서유지 차원으로만 보고 입안한 것으로 신성한 기본권의 행사가 보장되어야 할 국민 참정권의 본질을 유린하는 규정으로 보지 아니할 수 없다. ... 선거는 주권자인 국민에게 국정에 참여하고 정치적 의사를 표현할 기회를 제공하여 주권의 실질적 행사를 보장하는데 있는 것이고 그로 인하여 국가권력의 정당성을 창출하고 국법질서를 평온하게 유지해 가는 정치제도라고 본다면 반드시 낙선한 후보자의 선거참여가 제재를 받을 대상으로만 판단할 수는 없다. 따라서 현행기탁금의 국고귀속에 관한 규정은 국민주권의 존엄성을 해치는 것으로 민주주의 원리에 반한다.”고 보았다.⁴⁶⁾ 그러나 1995년 5월 25일에 헌법재판소는 “... 기탁금제도 자체의 정당성이 인정되는 이상 그 기탁금의 국고귀속규정도 위헌이라고 할 수 없으며, 또 기탁금에서 공제하는 선거비용 등의 범위나 기탁금의 반환에 필요한 득표율을 정하는 것은 입법재량에 속한다 할 것인데 이 사건 법률규정에서 득표율 7% 및 5%를 기준으로 국고부담연설비용의 공제여부와 기탁금 잔액의 반환여부를 정한 것은 입법자가 기탁금제도의 목적달성을 위한 필요와 기탁금 반환에 있어서의 기술적 문제 등을 고려한 정책적 판단에 따른 것으로서 현저히 불합리하다거나 그 밖에 입법재량의 범위를 벗어난 것으로 보이지 아니하므로 위 규정도 헌법에 위반된다고 할 수 없다.”라고 보았다.⁴⁷⁾ 그리고 헌법재판소는 1997년 5월 29일에 “... 무분별한 후보의 난립을 방지하기 위하여 득표율이 일정한 수준에 미달한 후보자에 대하여 기탁금으로부터 선전벽보 및 선거공보의 작성비용을 보전하고 그 잔액에 대하여 이를 국가에 귀속시키는 제도는 기탁금 반환에 필요한 득표율을 지나치게 높게 규정하였다고 볼 수 없으므로, 이를 사유재산권에 대한 본질적 침해라거나 헌법상 평등원칙에 위배되는 것이라고 볼 수는

46) 헌재 1989. 9. 8, 88헌기6, 제1권, 238면 참조.

47) 헌재 1995. 5. 25, 92헌마269, 제7권 제1집, 783면 참조.

없다.”고 보았다.⁴⁸⁾ 한편 헌법재판소는 2001년 7월 19일에 “... 지역구국회의원선거에서 유효투표총수의 100분의 20 이상을 득표했을 때에만 기탁금을 반환하도록 한 조항은 민주주의원리에 반하고, 국민의 피선거권을 지나치게 침해하고 있다.”고 보았다.⁴⁹⁾ 그러나 헌법재판소는 2003년 8월 21일과 2004년 3월 25일에 “... 지역구 국회의원선거에서 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수 또는 유효투표총수의 100분의 15 이상으로 정한 기탁금 반환기준은 입법자의 기술적이고 정책적 판단에 근거한 것으로서 현저히 불합리하거나 자의적인 기준이라고 할 수 없다.”고 보았다.⁵⁰⁾

2. 검토

이와 같이 각 선거에서의 기탁금의 국고귀속과 반환조건에 대한 그동안의 헌법재판소의 결정에 의해 2007년 6월 1일에 최종 개정된 선거법 제57조 제1항에 의하면 “선거구선거관리위원회는 다음 각호의 구분에 따른 해당 금액 중에서 동법 제56조 제3항의 규정에 의하여 기탁금에서 부담하는 비용을 뺀 나머지 금액을 선거일후 30일 이내에 기탁자에게 반환한다.

1. 대통령선거, 지역구국회의원선거, 지역구지방의회의원선거 및 지방자치단체의 장선거 - 가. 후보자가 당선되거나 사망한 경우와 유효투표총수의 100분의 15 이상을 득표한 경우에는 기탁금 전액, 나. 후보자가 유효투표총수의 100분의 10 이상 100분의 15 미만을 득표한 경우에는 기탁금의 100분의 50에 해당하는 금액, 2. 비례대표국회의원선거 및 비례대표지방의회의원선거 - 당해 후보자명부에 올라 있는 후보자중 당선인이 있는 때에는 기탁금 전액”이라고 규정되어 있다. 이 규정은 위에서 살펴본 2003년 8월 21일과 2004년 3월 25일에서의 헌법재판소의 결정에서 기탁금의 국고

48) 헌재 1997. 5. 29, 96헌마143, 제9권 제1집, 574면 참조.

49) 헌재 2001. 7. 19, 2000헌마91, 제13권 제2집, 92면 참조.

50) 헌재 2003. 8. 21, 2001헌마687, 제15권 제2집(상), 229면; 헌재 2004. 3. 25, 2002헌마383, 제16권 제1집, 467면 참조.

귀속과 그 반환조건이 합헌판결을 받았음에도 불구하고 그 이전의 기탁금의 국고귀속과 그 반환조건규정보다 더 그 반환조건을 세부적으로 나누고, 완화시켜 놓았다는 점에 대해서 긍정적으로 평가할 수 있다. 즉, 2007년 6월 1일에 최종 개정된 선거법 제57조 제1항의 기탁금의 국고귀속과 그 반환조건규정이 그 이전의 동일취지의 규정보다 상대적으로 가장 낮은 수준으로 그 조건을 규정해 놓아 재산권의 제한정도가 낮아졌다는 등의 사유로 긍정적으로 평가할 있으나, 절대적인 기준으로는 여전히 재산권의 제한정도가 높다는 비판을 면할 수 없다.⁵¹⁾ 예를 들어, 기탁금 반환에 필요한 득표수는 프랑스 하원 투표수의 20분의 1 이상, 상원 투표수의 10분의 1 이상(개별후보자) 또는 20분의 1(명부후보자), 이스라엘 유효투표수의 100분의 1 이상, 뉴질랜드 당선자 득표수의 4분의 1 이상, 호주 하원 당선자 득표수의 5분의 1 이상 또는 상원 당선자 득표수의 10분의 1 이상, 파키스탄 하원 투표수의 8분의 1 이상 또는 상원 1표 이상 득표만 하면 반환하고 있듯이 다른 나라에서 기탁금이 반환되는 조건을 살펴보면 명목상의 소액의 기탁금에 대해서 상당히 경미한 득표만 하면 모두 반환하도록 하고 있다.⁵²⁾ 이렇게 경미한 수준에서 반환기준을 정한 것이 최소한의 진지성과 함께 최대한의 참여를 필수조건으로 하는 선거의 민주정치적 기능을 각별하게 고려한 입법정책적 의도에 따른 것이라고 할 것이다.⁵³⁾ 이러한 점에 비추어볼 때 2007년 6월 1일에 최종 개정된 선거법 제57조 제1항에서 규정되어 있는 기탁금의 반환조건을 향후 지금보다 더 완화하여 규정하는 것이 바람직하다.

51) 1998년 4월 30일에 개정된 공선법 제57조 제1항 제1호에서 국회의원 입후보자가 당선되거나 사망한 때 및 그자의 득표수가 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수 이상이거나 유효투표총수의 100분의 20 이상인 때 기탁금을 반환하는 기준은 그 이전보다 상대적으로 가장 낮은 수준이지만, 상대적인 낮음이 적정성을 뒷받침한다고 보기에는 절대기준이 여전히 지나치게 높다는 견해에 대해서는 이덕연, (주 15), 4면 참조.

52) 헌재 1989. 9. 8, 88헌기6, 제1권, 241면 참조.

53) 이덕연, (주 15), 5면 참조.

또한 민주주의에서 정치적 평등에 입각해서 다수결의 원칙이 적용될 수밖에 없지만 소수에 대한 보호는 민주주의에서 중요한 가치에 해당한다. 왜냐하면 소수의 존재는 오히려 다수를 견제하고 정책 및 정권에 대한 대안으로서 공직자가 빠지기 쉬운 경직성을 순화시켜주는 계기가 되기 때문이다. 따라서 기탁금의 국고귀속의 사유를 선거비용의 예납이라는 목적이 외에 선거에 입후보하여 일정한 득표를 얻지 못하였다는 사실이 불성실한 후보로 징표 된다는 사유로 불성실한 후보자에 대한 제재수단이라는 목적으로 기탁금을 국고에 귀속시켜서는 안 된다.⁵⁴⁾ 이러한 사유로 선거법상 기탁금의 국고귀속과 반환조건은 선거비용의 예납의 범위 내에서 최소화하여 규정되어야 할 것이다. 이러한 점에 비추어볼 때 2007년 6월 1일에 최종 개정된 선거법 제57조 제1항에서 규정되어 있는 기탁금의 반환조건을 향후 지금보다 더 완화하여 규정하는 것이 바람직하다.

VI. 결 론

선거법상 기탁금제도는 헌법 제116조 제2항을 근거로 하고 있는 제도로, 선거에 있어 입후보자의 난립을 방지하여 선거가 과열·타락되지 않도록 해 주어 효율적이고 공정한 선거를 치를 수 있도록 한다. 그리고 선거비용을 줄여 국민의 조세부담이나 국가경제의 부담을 줄여준다. 또한 당선자에게 다수표를 획득하도록 제도적으로 보완함으로써 선거의 신뢰성과 정치적 안정성을 확보해 준다. 따라서 이 제도의 입법목적은 정당하다. 그리고 선거법상 기탁금제도는 선거의 공정성과 효율성 및 정치적 안정성 등을 확립하는데 조금이라도 기여하는 수단이 되므로, 수단의 적합성도 인정된다. 또한 이러한 목적을 달성할 수 있는 여러 방법들 중에 일정수의 유권자의 추천을 받도록 하는 것은 사람들이 많이 모이는 장소에 매일 나

54) 전광석, (주 38), 209면 이하 참조.

와서 선거에 입후보하기 위한 추천을 받는다면 그리 어렵지 않다는 점과 선거에 입후보하기 위한 일정 수의 유권자의 추천을 받기 위해서 선거가 과열·혼탁해질 우려가 있으며, 유권자의 추천을 받는다는 명분하에 사전 선거운동을 할 수 있는 문제점이 많다. 따라서 선거에 입후보하기 위해 일정 수의 유권자의 추천을 필요로 하는 것 외에도 일정액의 기탁금을 납부하도록 하는 것이 필요하므로, 최소침해의 원칙에 반하지 않는다. 이러한 사유로 선거법상의 기탁금제도로 인해 무분별한 후보자의 난립을 막아 과열·혼탁선거를 방지하여 얻어지는 선거의 공정성과 효율성 등의 확립이라는 공익은 이로 인해 선거의 입후보자의 공무담임권의 제한이라는 이익보다 더 크다고 할 것이므로, 법익균형의 원칙에도 반하지 아니한다. 따라서 선거법상 기탁금제도 자체는 합헌이다.

그러나 그 기탁금의 액수가 합리적 사유 없이 과다하다면 이는 선거의 입후보자의 보통선거의 원칙과 공무담임권 및 평등권 등을 침해하는 위헌적인 것이 된다. 따라서 가능하다면 공무담임권의 행사를 위축시키지 않을 정도의 상징적인 금액에 머무르도록 하는 것이 바람직하다.⁵⁵⁾

한편 선거법에 일정한 요건 하에 기탁금을 국고에 귀속시키는 것은 선거의 입후보의 난립을 방지하기 위하여 일정한 요건 하에 기탁금을 국고에 귀속시키는 것은 필요하나, 기탁금의 반환조건의 기준을 설정 하는 것 또한 기탁금의 액수와 마찬가지로 공무담임권이라는 중요한 기본권의 행사를 위축시키지 않도록 필요한 최소한의 정도에 그쳐야 할 것이다. 즉, 선거법상 기탁금액이 상대적으로 높더라도 그 반환의 조건을 갖추기가 매우 용이하다면 결국 일정기간 금전을 예치해 놓는 것에 불과하여 입후보라는 공무담임권의 행사에 별다른 제약으로 작용하지 않을 것이나, 반환조건을 충족시키기 어렵다면 결국 기탁금을 포기할 것을 각오하지 않는 한 공무담임권 행사의 위축이라는 효과를 가져오게 된다. 따라서 선거법상 기탁금의 반환조건 또한 진지한 입후보자에게 부담으로 작용할 정도로 높아서

55) 헌재 2001. 7. 19, 2000헌마91, 제13권 제2집, 89면 참조.

는 안 된다.⁵⁶⁾ 이러한 점에 비추어 볼 때 향후 각 선거에서의 입후보자의 기탁금의 액수는 현재보다 낮추어야 하고, 선거법상 기탁금의 반환조건들도 지금보다 더 완화해서 규정해야 할 것이다.

주제어 : 공직선거법, 기탁금, 보통선거원칙, 공무담임권, 평등권, 과잉 금지의 원칙

참고문헌

- 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2007.
김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 2007.
성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2007.
전광석, 『한국헌법론』, 법문사, 2007.
정병욱, 『공직선거법』, 박영사, 2006.
허 영, 『한국헌법론』, 박영사, 2007.
이덕연, “정당국가적 대의민주제에서의 선거와 정당에 대한 헌법재판소의 결정 평식-국회의원선거기탁금, 국회의원의 상임위원회 강제 사임 조치, 선거권 연령기준에 관한 판례를 중심으로”, 헌법실무연구회 제43회 발표문, 2004. 2. 13.
이희훈, “공동주택의 재건축상 매도청구권에 대한 연구”, 『토지공법연구』, 제35집, 2007. 2.
전광석, “정치적 평등과 기탁금제도”, 『헌법판례연구』, 법문사, 2000.
전광석, “지방의회의원선거법 제36조 제1항에 대한 헌법소원-결정유형과 효력을 중심으로-”, 『헌법판례연구』, 법문사, 2000.
인터넷 동아일보, ‘대선 예비후보 벌써 43명 등록… 그들은 누구인가’, 2007. 5. 28. <http://www.donga.com/fbin/output?n=200705280162>.

56) 현재 2001. 7. 19, 2000헌마91, 제13권 제2집, 91면 참조.

Abstract

A Constitutional Study on the Trust Money System In View of the Public Office Election Act

Lee Hie Houn*

The trust money system in view of the Public Office Election Act, a system based on the Article 116, the Clause 2 of the Constitution, enables establishment of fairness, efficiency and reliability of election, and provides political stability by checking random candidacy. Because it preclude overheating or corruption of election, thus reducing election cost.

Therefore, the purpose of legislation of trust money system in view of the Public Office Election Act is duly justifiable. And the trust money system in view of the Public Office Election Act enables contribution to secure fairness and efficiency of election and political stability, and so on. Accordingly, the means of trust money shall be deemed appropriate. Besides, there is a opinion that nomination should be done only by above certain number of voters in order to secure fairness, efficiency of election and political stability, and minimize detriments to the candidates. However, this method has the pitfall that the election can grow overheated or corrupt as there is no financial responsibility upon the candidate him/herself, and they can do election

* A Professor of Baekseok University.

Act should be only as minimal as necessary within the candidates aren't shrinked the practice of their right to participate in public service. Therefore, the amount of trust money by the candidates in each election should be later on reduced than now, and the conditions of trust money refund should be eased.

campaign beforehand. For such reason, it is necessary that to be nominated, the candidates should pay certain amount of trust money as well as receive votes by above certain number of voters, complying with the minimum infringement doctrine. In addition, it also complies with the legal interest balance doctrine, since the public interest of fairness, efficiency, and reliability of election created through the trust money system in view of the Public Office Election Act is greater than interest from election candidates' right to participate in public service. Considering the points above, the trust money system in view of the Public Office Election Act shall be deemed constitutional.

And in order for the trust money in view of the Public Office Election Act to realize true fairness in granting the candidates the right to participate in public service, under no discrimination on the amount of property they own, harmonizing with free election doctrine, the amount of money the candidates pay should be only as symbolic amount as not to shrink the practice of their right to participate in public service.

Also, trust money should be attributed to the national treasury under certain requirement of the Public Office Election Act so as to check random candidacy. However, the condition range of trust money refund in view of the Public Office Election

Key word : Public Office Election Law, Trust Money, Popular Suffrage doctrine, Right to Participate in Public Service, Right to Equality, Übermaßverbot