

## 정당법상 위헌요소에 관한 소고: 정당의 헌법상 지위를 중심으로

김종철 | 연세대학교 법학전문대학원

### + 국문요약 +

대한민국은 민주공화국이다. 민주공화국은 국가라는 정치공동체의 정체성을 보여주는 최고의 권위를 특정인, 특정계급, 특정단체에게 인정하지 아니하고 오로지 그 공동체를 구성하는 국민 전체에게 부여하는 국가형태이다.

민주공화국은 정치적 평등을 기초로 국민의 정치적 자유가 최대한 실현되는 것을 기초로 한다. 자유롭고 공정한 정치과정에서 수렴된 국민의사가 국가의사로 효과적으로 전환됨으로써 자기지배의 민주공화정신이 구현되는 것이다. 그런데 오랜 권위주의시대를 거치면서 대한민국은 민주공화국의 기본정신이 무시되고 그 정신을 명문화한 헌법이 하위입법이나 정치과정에서 효과적으로 구현되지 못하면서 정치과정은 국민의 자치과정이 아니라 특정 부류의 국민들이 독과점하는 체제로 변질되었다. 87년 민주헌법을 통해 헌정질서 자체의 비민주공화적 요소가 제거되었음에도 정당법이나 선거법 등 정치관계입법은 권위주의 시대 국가후견적 통제체제를 그대로 답습하고 있다. 그 결과 정치과정과 사회경제영역의 교호작용은 왜곡되어 정치적 대표관계는 효율적으로 작동하지 못할 뿐만 아니라 정치혐오증이 심화되어 민주공화국의 정치적 기반이 허물어졌다. 한마디로 정치과정이 특정 계층이나 집단에 독과점되고 국민들은 탈정치·비정치·반정치의 의식을 내면화하면서 민주화 이후 민주공화국의 위기가 지속되고 있는 것이다.

이 위기를 극복하기 위한 첫걸음은 견제적 민주주의론의 관점에서 정치과정에서 국민의 참여와 견제력을 확충하여 정치의 능동성과 대표성을 확보하여 정치독과점의 폐해를 극복할 수 있는 정치제도의 개혁이다. 국민의 정치참여의 기반이 되는 정당의 자유로운 설립, 조직, 활동은 정치개혁의 핵심과제이다. 입법부가 스스로 이러한 정당법상의 정치개혁과제를 민주공화국 헌법정

신에 맞게 수행하지 않는다면 민주적 법치국가원리에 입각하여 헌법재판소가 엄격한 심사기준을 적용하여 그 위헌적 요소를 제거해야 한다. 현행 정당법은 정당설립의 자유와 관련하여 과도하게 엄격한 정당설립요건을 요구하고 이에 결합된 정당등록취소제도를 둔 것, 청소년·교원·공무원에 대하여 정당원의 자격을 박탈한 것이 민주공화주의의 본질적 내용을 침해하여 위헌이라고 볼 수 있다. 또한 정당 조직과 관련하여 지구당설치금지를 규정한 것, 정당활동의 자유와 관련하여 정당이나 공직후보자에 대한 찬반표시금지를 규정한 것이 각각 민주공화국 시민의 정당의 자유를 침해하는 것이다.

국가후견적이면서 반정치적 규제로 점철된 정당법의 위헌적 요소를 제거하여 국민의 자발적 정치활동을 증진시키고 민주공화적 정치질서를 실현하는 것이 21세기 대한민국에 주어진 과제이다.

## I. 문제의 제기

대한민국은 민주공화국이다(헌법 제1조 제1항). 민주공화국은 국가라는 정치공동체의 정체성을 보여주는 최고의 권위를 특정인, 특정계급, 특정단체에게 인정하지 아니하고 오로지 그 공동체를 구성하는 국민 전체에게 부여하는 국가형태이다. 따라서 민주공화국의 주권은 국민에게 있고 모든 권력은 국민으로부터 나온다는 헌법 제1조 제2항은 민주공화국의 내용에 대한 반복적 확인이라고 할 수 있다.

또한 주권재민의 원칙은 국가조직 및 운영이 민주공화적으로 이루어져야 함을 핵심으로 한다. 오늘날 현대 국가에서 민주공화적 국정은 직접민주제적 방식이 아니라 국민이 민주적으로 국민대표기관을 구성하고 그 대표기관이 국민의 여론을 효과적으로 수렴하여 국가정책을 수립하고 집행하는 대의민주제적 방식으로 이루어지는 것이 일반이며, 대한민국의 경우에도 권력분립의 원칙에 따라 입법권, 행정권, 사법권을 분점하여 국민대표기관을 설치하도록 헌법이 정하고 있다.

대의제가 민주공화적으로 운영되기 위해서는 국민이 자유롭게 국민대표를 선출하는 참정권(선거권과 공무담임권)과 국민의 여론을 수렴하여 국민의사를 형성하는 정치적 자유의 보장이 관건이 된다. 만일 참정권과 정치적 자유가 소홀히 되는 체제는 대의민주제에 기초한 민주공화국이라고 불릴 수 없다.

한편 현대 민주주의는 정당제 민주주의로 이해된다. 대의민주제의 핵심요소인 참정권과 정치적 자유는 개인차원에서 효과적으로 실현되지 못하는 것이 현대국가의 현실이므로 정치적 결사인 정당들의 단체적 교섭 작용을 통해 민주공화적 국정운영을 실현하는 것이 원칙이 된 것이다.

헌법 제8조는 이런 현대 민주주의의 발전을 수용하여 정당설립의 자유와 복수정당제의 보장을 선언하여 정당을 단순히 합법화하거나 헌법에 편입하는 수준을 넘어 정당의 특권을 헌법적으로 보장하는 동시에 법률의 형식으로 정당을 적극적으로 보호할 의무를 국가에 부과하고 있다(헌법 제8조 제1항 및 제2항). 정당의 헌법적 보장은 그 반대급부로 정당에게 그 목적, 조직, 활동의 계속성과 민주성의 원칙을 준수할 헌법적 의무를 부과하고 있다(헌법 제8조 제2항 및 제4항). 이로써 한국 헌법상 정당은 일반결사와는 구별되는 특별한 헌법적 지위를 가지게 되었다.

그러나 오랜 권위주의 시대를 종식하고 시민혁명적 계기인 6월항쟁의 결과 새로이 출범한 1987년 민주헌법체제에서도 정당제 민주주의는 제대로 작동하고 있지 못하다는 것이 중론이다. 무엇보다 정당의 헌법적 지위를 효과적으로 구현하는 정당법제가 구축되지 못하고 오히려 권위주의시대의 정당법제가 온존됨으로써 87년 헌법의 민주공화정신이 충실하게 구현되는 것을 방해하고 있다. 정당법이 정당의 설립 및 조직, 운용에 있어 국가후견적 규제를 광범위하게 설정하여 국민의 정치참여를 위축시키고 국민을 정치의 주체가 아닌 방관자로 전락시킴으로써 사회전반의 정치수준을 퇴행시키는 심각한 문제를 안고 있다.<sup>1)</sup> 즉, 87년 민주화는 헌법적 단계의 민주주의의 구현에도 불구하고 하위입법단계에서는 완성되지 못한 채 미완의 상태에 머물고 있는 것이다.

이 글은 이러한 문제의식에서 정당의 헌법적 지위를 중심으로 현행 정당법의 위헌요소를 검토하고 이를 개혁하는 제2의 민주화를 통해 87년 민주공화체제의 완성을 도모하는데 기여하는 것을 목적으로 한다. 이 목적을 위해 특히 민주공화국 정신의 헌법적 의미를 고찰하고 이에 바탕하여 정당의 헌법상 지위를 규명한 다음, 이러한 헌법체제에 배치되는 정당법상 요소를 비판적으로 검토한다.

1) 김종철·이지문, “공화적 공존을 위한 정치개혁의 필요성과 조건: 정부형태 개헌론을 넘어서,” 『세계헌법연구』 제20권 제1호(2014), pp.79-80 참조.

## II. 민주공화주의와 정당의 헌법상 지위

### 1. 민주공화주의의 규범적 의의

#### 1) 민주공화국과 시민적 자율성의 의의

민주공화국은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지는 개인이 모든 사회적 차별을 극복하고 자유롭고 민주적인 정치 및 사회질서 속에서 더불어 사는 것, 즉 공화국 시민이 ‘공화적 공존’의 삶을 영위하는 것을 추구하는 정치공동체이다. 이 정치공동체는 주권재민과 더불어 모든 구성원의 실질적 평등과 ‘비지배적 자유(liberty as non-domination)’가 구현되는 것을 필요로 한다.

공동체 구성원인 국민은 정치·경제·사회·문화 모든 영역에 있어 차별을 받지 않고 동등한 기회를 부여받으며,<sup>2)</sup> 국가나 제3자의 단순한 간섭의 배제를 넘어 “지배를 행사하려는 타인의 능력에 대한 견제에 의해서 발생하는 사회적 선”<sup>3)</sup>을 의미하는 비지배적 자유<sup>4)</sup>를 향유하여야 한다.

실질적 평등과 비지배적 자유라는 민주공화국의 가치는 “동료 시민들과 함께 공익에 관해 숙고하고 정치공동체에서의 운명을 만들어 가는 데 이바지”<sup>5)</sup>하는 시민적 자율성을 인간의 존엄과 가치의 본질로 이해한다. 자유를 자치로 이해하는 이런 관점은 ‘형성적 정치(formative politics)’를 요구한다.<sup>6)</sup> 정치는 시민들 속에서 자치에 필요한 인격적 성질을 함양시키는 것을 그 기능으로 삼는다. 민주공화국의 구성원이 누리는 자유는 자치의 결과이며 시민으로서의 개인은 공적 관심사에 대한 결정과정에 참여하여 시민으로서의 덕을 실현함으로써 자유롭게 된다.<sup>7)</sup>

2) 민주공화국에서의 평등의 의미에 대한 고찰로는 김종철, “공화적 공존의 전제로서의 평등,” 『헌법학연구』 제19권 제3호(2013) 참조.

3) 필립 페티(Philip Pettit), 객준혁 옮김, 『신공화주의—비지배 자유와 공화주의 정부』(나남, 2012), p.242.

4) 이러한 자유의 개념은 자유주의자들이 절대시하는 국가의 간섭이 없는 상태로서의 자유, 즉 소극적 자유의 공허함을 지적하면서 오히려 그러한 무간섭을 기화로 개인의 자결권을 실질적으로 유명무실하게 만드는 국가와 사회의 법과 제도들 및 관행을 자유의 적으로 간주하는 것이다.

5) 마이클 샌델, 안규남 옮김, 『민주주의의 불만—무엇이 민주주의를 뒤흔들고 있는가』(동녘, 2012), p.18.

6) 위의 책, pp.18-20.

7) 위의 책, pp.44-45.

## 2) 민주공화국의 실현원리: 심의민주주의 및 견제적 민주주의<sup>8)</sup>

시민적 자율성에 기초한 민주공화국의 정치과정은 “자유롭고 평등한 시민들의 공적 심의를 정당한 의사결정이나 자치의 핵심으로 간주하는 일단의 견해”<sup>9)</sup>를 총칭하는 ‘심의민주주의(deliberative democracy)’를 통해 효과적으로 구현될 수 있다. 심의민주주의는 대의민주제에서 정치적 대표자들의 역할을 부정하는 것은 아니지만, 그들에게만 의사결정을 맡겨두는 것에는 반대한다. 그렇다고 심의민주주의가 단순한 참여민주주의로의 회귀나 직접민주주의와의 등치를 의미하는 것이 아니다. 다만, 대의민주제에서 정치적 의사결정과정의 질적 전환을 의미한다고 할 수 있다.<sup>10)</sup> 즉, 심의민주주의에서의 핵심은 공공선의 개념과 공공선의 도출과정이라고 할 수 있는데, 이것이 개인들의 선호들을 단순히 표결을 통해 확인하는 대의제적 자유민주주의와 구별되는 지점이다. 심의민주주의에서 정당성의 원천은 공공선의 형성과정인 심의 그 자체에 놓여있다. 이처럼 심의민주주의란 오늘날의 다원화된 사회 속에서 대의민주주의의 한계를 극복하기 위한 ‘민주주의의 민주화’ 시도이자, 법, 정책의 정당성의 원천을 시민들의 공적 심의과정에서 찾는 입장이라고 할 수 있다.<sup>11)</sup>

일반시민들이 의사결정에 직접 참여하여야 한다는 참여민주주의가 누가 결정해야 하는가의 문제라면, 심의민주주의는 어떻게 결정해야 하는가의 문제이다.<sup>12)</sup> 심의민주주의는 선호총합적 민주주의와 달리 시민들의 선호가 고정되어 있지 않고, 항상 대화, 토론, 심의를 통하여 변화할 수 있다고 가정하며, 공적인 문제에 대한 시민의 참여를 장려한다.<sup>13)</sup> 나아가 심의민주주의는 시민의 참여만이 아니라 시민의 숙고에 기반한 심의(deliberation)를 민주주의의 주요요소로 본다는 점에서 일반적인 참여민주주의와 구별된다.<sup>14)</sup> 특히 공적인 문제에 대해 시민들은 자신의 사적 이익이나 선호에만 기초하여 판단하는 것이 아니라 공동체의 관점에서 판단하는 것이기 때문에, 기본적으로 공공선 지향적인 성격을

8) 이하 본문의 심의민주주의 및 견제적 민주주의에 관한 서술은 개별적 전거없이 강일신·김종철, “환경민주주의와 심의적 시민참여,” 『강원법학』 제45권(2015), pp.250-255에 의존하고 있음을 밝혀둔다.

9) 데이비드 헬드(David Held), 박찬표 옮김, 『민주주의의 모델들』(후마니타스, 2010), p.450.

10) 위의 책, pp.448-449.

11) 강일신·김종철, 앞의 논문, pp.250-252 참조.

12) Carlos Santiago Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy* (Yale University Press, 1996) 참조.

13) David Held, 앞의 책, p.442.

14) 민주주의에서 숙고에 기초한 심의의 중요성과 조건에 대한 비판적 고찰로는 James Johnson, “Arguing for Deliberation: Some Skeptical Considerations,” in Jon Elster (ed.), *Deliberative Democracy* (Cambridge University Press, 1998), pp.161-184.

갖는다. 심의과정에서 상대방을 설득하기 위해서는 자신의 사익에 근거하기보다는 공동체의 이익의 관점에서 대화할 수밖에 없기 때문에, 심의민주주의는 공공선의 회복을 표방하는 ‘공화주의(republicanism)’ 전통과도 친화적이다.<sup>15)</sup>

심의민주주의에 기초한 시민 참여모델은 통치(government)를 넘어 협치적 지배(governance)를 가능하게 하는 정치과정과 행정과정에서 주요한 의미를 가질 수 있지만 정당과 같은 중간집단(intermediate association)을 통해 심의의 중요성을 확인시켜주는 데도 도움이 된다. 시민들은 정당을 통해 국민대표자나 관료 중심 의사결정에 내재한 흠결을 보완할 수 있다. 일반시민들이 정당을 통하여 정치적 의제설정 및 의사결정에 관여하는 과정에서 시민의 정치사회적 의견과 가치가 반영될 수 있다.

공동체 내 이익집단 간의 힘의 불균형에 의한 심의과정의 왜곡은 대의제 민주주의에서 법과 정책의 수립, 집행에 있어서의 핵심적 문제들 중 하나이다.<sup>16)</sup> 민주공화국에서는 시민들이 공익을 발견하고 추구하기 위해 합리적인 대화와 심의과정에 참여하는 과정이 곧 정치라고 이해하며, 모든 시민들이 정치과정에 평등하게 접근할 수 있어야 한다고 보는 점에서 정치적 평등의 개념에 입각해 있다. 민주공화국은 주권자의 의사를 구성하기 위하여 참여의 가치를 중시한다. 그러나 무조건적 참여, 동원이 민주주의의 핵심이라고 보지 않고, 대의제의 기능을 인정하면서도 공화국이 공공선을 실현하는 모든 인민의 것이 될 수 있도록, 견제 권한을 부여하는 것에 제도설계의 초점을 맞춘다. 민주주의의 핵심이 ‘인민의 자기지배’에 있음을 인정하면서도, 공공선을 매개로 하여 ‘인민을 위한 지배’에 핵심가치를 부여한다. 이것이 바로 공화주의 정치철학자 페티이 명명한 ‘견제적 민주주의(contestatory democracy)’이다.<sup>17)</sup>

견제적 민주주의에 기반한 민주공화국에서는 각 정치단위들 간 견제력이 헌정질서의 핵심적 요소가 된다. 인민의 동의에 기반한 민주주의가 아니라 정부활동의 모든 측면에

15) 공화주의전통에 입각한 심의민주주의의 재구성에 대해서는, 위르겐 하버마스(Jürgen Habermas), 한상진 외, 『사실성과 타당성』(나남, 2000), 특히 제6장, 제7장 참조.

16) 이러한 현상은 주로 “사회를 수많은 독립적인 이익집단이나 결사체로 이루어진 것으로 보고 그 집단들의 경쟁·갈등·협력에 의하여 정치와 사회가 운영된다고 보는 생각”으로서의 다원주의(pluralism)에 입각한 정치의 형태로 드러나는데 이 중 특히 정치 메커니즘을 시장 메커니즘과 같은 시각에서 바라보는 ‘이익집단 다원주의(interest-group theory of politics)’가 심의민주주의 혹은 공화주의의 주요한 비판대상이 된다. 이 점에 관하여는 김동훈, 『한국 헌법과 공화주의』(경인문화사, 2011), pp.188-199 참조.

17) Philip Pettit, “Republican Freedom and Contestatory Democratization,” Ian Shapiro and Casiano Hacker-Cordon (ed.), *Democracy’s Value* (Cambridge University Press, 1999), pp.178-188; Philip Pettit, *On the People’s Terms: A Republican Theory and Model of Democracy* (Cambridge University Press, 2012), pp.239-292.

대한 인민의 견제에 기반한 민주주의의 이상을 추구하는 것이다.<sup>18)</sup> 페티에 따르면, 보장되어야 할 중요한 사항은 정부의 활동이 대중의 의지의 산물이 되는 것이 아니라 대중의 견제를 견뎌내어야 한다는 것이다. 시민이 정부활동에 제동을 거는 데 활용할 수 있도록 견제적 민주주의는 심의민주주의가 되어야 한다. 이러한 인민의 도전의 유형에는 정책의 공공성에 대한 의의제기, 동의의 철회 등 다양한 방안이 있을 수 있다.<sup>19)</sup> 또한, 견제적 민주주의는 각계각층의 인민이 입법, 행정 또는 사법적 결정에 대해 도전할 수 있게 하는 포용적 형태를 띠어야 한다. 여기서, 각계각층의 다양한 가치관을 민주적 의사과정에 투영할 수 있도록 하는 제도설계가 필요하다.<sup>20)</sup> 마지막으로, 견제적 민주주의는 정부의 정책에 대하여 제기되는 견제에 반응적이어야 한다. 이러한 새로운 민주주의 개념의 핵심은 합의에 의해 고안된 법률을 가지는 것보다, 법률을 선택할 수 있는 검토환경을 만드는 데 있다.<sup>21)</sup>

이러한 민주주의 개념은 전통적으로 정당제 민주주의가 기초한 이익집단 다원주의, 참여민주주의의 이미지에 대해 명백한 대안을 보여준다. 민주공화주의의 이상은 대의제 민주주의의 구조를 취하면서도 동시에 인민을 위한 지배가 실현되지 않는 헌정주의(constitutionalism)의 한계를 극복하는 것이다. 다시 말해, 대의제의 가치를 부정하지 않으면서도, 공공선의 심의적 절차를 거친 발견을 통해 대의제의 결함을 보완하고자 하는 동시에, 참여민주주의가 갖는 한계를 극복하는 방안을 시민의 의사결정권보다 시민의 견제권에서 찾고자 하는 것이다.<sup>22)</sup> 정당은 시민의 견제권을 확보하는 주요한 기반을 제공해 줄 수 있다. 관건은 정당의 당내 민주주의를 확보하여 정당이 과도적 지배의 수단으로 변질하여 또 다른 시민적 동원체제로 전락하지 않도록 하는 것이다.<sup>23)</sup> 정당의 조직과 활동이 민주

18) 페티에 견제적 민주주의의 내용으로 아래에서 언급하는 바와 같이, 심의적·포용적·반응적 민주주의를 제시한다. 필립 페티, 앞의 책, pp.341-376 참조.

19) ‘자문(consultation)’, ‘승인(ratification)’, ‘거부(veto)’, ‘공적감시(public oversight)’ 등 다양한 헌법적 시민참여 유형에 대해서는, Justin Blount, “Participation in Constitutional Design,” Tom Ginsburg & Rosalind Dixon (eds.), *Comparative Constitutional Law* (Edward Elgar, 2011), pp.38-52 참조.

20) 페티에 이러한 견제적 민주주의의 포용적 측면을 반영할 수 있는 제도설계의 하나로 시민배심을 제시한다.

21) 페티에 이러한 형태의 민주주의를 ‘편집자민주주의(editorial democracy)’라고 표현한다.

22) 공화주의 전통은 참여의 목적적 가치를 중시하는 입장과 참여의 수단적 가치를 중시하는 입장으로 나뉘어진다. 데이비드 헬드(David Held)는 전자를 ‘개발공화주의(developmental republicanism)’, 후자를 ‘보호공화주의(protective republicanism)’로 지칭한다. 인민의 의사결정권보다 견제권을 중시하는 페티에의 공화주의이론은 후자의 지적 전통에 속한다고 하겠다. 개발공화주의와 보호공화주의의 정치철학적 계보에 대해서는, 데이비드 헬드, 앞의 책, pp.65-115 참조.

23) 이에 대하여 자세히는 이종수, “정당활동에의 시민참여와 당내민주주의,” 『공법연구』 제41집 제1호(2012) 참조.

적이어야 하는 헌법적 당위가 필요한 이유가 여기에 있다.

## 2. 정당의 헌법상 지위

정당의 헌법상 지위는 심의민주주의와 견제적 민주주의를 실현원리로 하는 민주공화국 헌정질서에서 정당이 어떤 기능과 역할을 부여받고 있는지의 문제이다. 앞서 문제의 제기 과정에서 언급한 바와 같이, 헌법 제8조를 통해 정당은 헌법상 특별한 결사의 지위를 확보하고 있다. 단순히 국가의 개입이나 간섭 없이 결사의 자유를 행사할 수 있는 정도에 머무르지 않고 함부로 그 존속을 부정하는 국가행위를 할 수 없을 뿐만 아니라 필요하다면 그 존속과 정상적인 활동을 위해 국고지원까지 요구할 수 있는 헌법적 위상을 인정받고 있다.

### 1) 국민의 자발적 정치결사인 정당

무엇보다 정당은 국민의 자발적 정치결사이다. 헌법 제8조 제2항은 정당이 “국민의 정치적 의사형성에 참여하는 데 필요한 조직”을 필수요소로 삼아야 한다고 규정하고 있다. 따라서 정치결사이지만 주권자인 국민을 구성하는 개인으로서의 국민의 자발적 결사이므로 국가기관의 간섭은 원칙적으로 허용되지 않아야 한다. 민주공화국에서 개인으로서의 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지는 바, 이 존엄과 가치를 시민적 자율성의 기초로 삼는다면 정당은 국민의 정치적 자아의 자유로운 결합의 장이 되어야 한다. 헌법 제8조 제1항에서 정당의 설립이 자유로워야 함을 선언한 것은 이러한 정당의 본질적 민주성과 시민적 자율성의 의미를 확인하는 것이라고 보아야 한다. 그러므로 정당의 조직 및 활동에 대한 국가적 규제는 원칙적으로 반가치적 성격을 가지는 것이며 그 정당화는 매우 엄격한 심사기준에 따라 그 공익적 필요성이 매우 크고, 규제의 방식 또한 정당의 자유를 최대한 보장하기 위하여 그 침해의 정도가 가장 적은 방식으로 이루어져야 한다.

### 2) 대의기관의 기관인 정당

헌법 자체는 국민의 정치적 의사형성 외에 정당의 특별한 기능을 확인하고 있지 아니하지만 정당제 민주주의 운용은 대의기관인 의회에서 의사결정의 주체로서의 정당의 지위를 인정하는 것이 필연적이다.<sup>24)</sup> 특히 심의민주주의의 운용에서 정당은 국정과정에 시민적 심의를 매개하는 중요한 기능을 수행하게 된다. 예컨대 국회법 제33조 제1항은 “국회



에 20인 이상의 소속의원을 가진 정당은 하나의 교섭단체가 된다.”고 규정하고 다양한 규정들에서 교섭단체가 국회운영의 필수단위로 삼고 있다. 결국 정당의 원내조직은 대의기관의 기관으로서의 지위를 가지게 된다.

그러나 국가기관적 요소의 본질은 헌법과 법률에 의하여 공익적 목적을 부여받아 특정한 권한과 책무를 부담하는 일반적 국가기관과는 달리 결사를 통해 정치적 의사형성의 효율성과 정당성을 확보하기 위하여 인정되는 것으로 본질적으로 국민이 자발적 정치결사로서 정당의 자유를 실현하기 위한 성격을 벗어버린 것이 아니라는 점이다. 즉 외적 형태가 국가기관적 외관을 갖지만, 그 본질은 자발적 결사로서의 성격을 계속 유지하는 것이다.

### 3) 국정통제기관인 정당

한편 견제적 민주주의의 관점에 의할 때 일반 국민은 정당을 통해 국정을 통제하는 과정에 참여할 수 있다. 현대 민주주의는 전통적 국가권력간 권력분립만으로 작동하지 않고 국민의 자발적 정치결사인 정당 사이, 혹은 정당과 국가기관 사이의 권력통제를 필요로 한다. 그런데 이 권력통제는 국가권력 간 권력통제와는 달리 일반 국민의 의사형성과 여론을 통한 통제를 의미하므로 자율성이 전제를 이루는 것임을 유념해야 한다.

### 4) 공공의 지위를 가지는 정당

정당은 국민의 결사라는 점에서 일반적 결사와 다르지 않지만 정치적 의사형성을 통해 국가권력의 구성과 운용에 관여한다는 점에서 특별한 결사임을 알 수 있다. 특히 국민대표기관을 선출하는 선거는 필연적으로 정당의 활동에 의해 좌우되는 것이 현대적 상황인데, 이들 정당 간의 경쟁이 국가의 차별 없는 관리와 지원하에 이루어질 필요가 있다. 헌법 제114조에서 선거관리를 위한 헌법적 독립행정기관으로 선거관리위원회를 둔 점, 헌법 제116조에서 선거운동 기회균등의 원칙과 선거경비 국고지원 원칙을 밝히고 있는 점, 헌법 제8조 제3항에서 정당활동에 대한 국고보조를 가능하게 한 점 등은 모두 정당이 공공의 지위를 가지기 때문에 인정되는 것이다. 헌재도 이러한 점을 고려하여 일찍이 정당이 헌법상 공공의 지위를 가진다는 점을 확인하고 있다.<sup>25)</sup> 유의할 것은 이러한 공공의

24) 이러한 지위에 따른 정당의 과제를 국가의사 형성기능으로 설명하기도 한다. 한수용, “정당의 개념과 정당등록제도의 헌법적 문제점,” 『저스티스』 통권 제104호(2008), p.169 참조.

25) 헌재 2014. 4. 24. 2012헌마287, 판례집 26-1하, 223: “정당이 국민의 정치적 의사를 적극적으로 형성하고 각계각층의 이익을 대변하여 국민의 정치적 의사형성과정에 참여할 뿐만 아니라, 정부와 국회의 주요 핵심

지위를 이유로 자발적 결사로서의 정당의 지위가 훼손되지 않아야 한다는 점이다. 예컨대 선거에서 공직후보자 추천의 과정은 정당한 대표의 구성과 유지라는 대의민주제의 핵심적 요소로서 공정하게 관리되어야 하지만, 공정성을 내세워 공천 등 정당의 자유로운 활동을 과도하게 제한해서는 안 된다.

### 3. 정당의 자유의 내용과 위헌판단의 척도

민주공화국, 특히 그 실현원리인 심의민주주의와 견제적 민주주의의 차원에서 정당이 가지는 헌법상 지위에 비추어 정당의 자유는 민주적 기본질서의 유지형성에 가장 기본적인 자유임을 확인할 수 있다. 특히 헌법 제8조 제1항에서 명문으로 보장하는 정당설립의 자유는 엄밀한 의미에서 정당을 설립하는 자유뿐만 아니라 그 취지에 따라 정당의 조직형태를 어떻게 설정하고 실행할 것인지를 자유롭게 정하는 정당조직의 자유와 스스로 정치적 목적을 형성하고 그에 적합한 수단을 취하는 데 방해받지 아니할 정당활동의 자유를 포함한다.<sup>26)</sup>

한편 정당의 자유는 앞서 살펴본 바와 같이 민주공화국의 헌정질서를 규정하는 핵심적 자유이므로 최대한 보장받아야 한다. 즉 ‘의심스러울 때에는 자유를 우선시하는(in dubio pro libertate)’ 근대 입헌주의의 원칙에 따라 정당의 자유가 원칙이고 정당의 자유에 대한 제한은 예외적으로 긴절히 필요한 경우와 범위로 한정되어야 한다. 따라서 이 자유의 제한은 “침익적인 국가권력의 행사에 부과되는 법치국가적 한계”인 비례원칙에 의한 한계를

---

공직을 선출, 임명하는 데 결정적인 역할을 하고, 의회와 정부 등 정치적 지도기관의 정책과 결정에 영향을 행사함으로써, 국가 의사형성에 결정적 영향을 미치는 등 개개인의 정치적 의사를 집약하여 정리하고 구체적인 진로와 방향을 제시하며 국정을 책임지는 공권력으로까지 매개하는 중요한 공적 기능을 수행하고 있기 때문이다(헌재 1999. 12. 23. 99헌마135; 헌재 2009. 10. 29. 2008헌바146 등 참조).”

26) 헌재 2014. 1. 28. 2012헌마431 등, 판례집 26-1상, 155; 헌재 2004. 12. 16. 2004헌마456, 판례집 16-2하, 618; 헌재 1999. 12. 23. 99헌마135, 판례집 11-2, 800, 812; 헌재 1996. 3. 28. 96헌마9 등, 판례집 8-1, 289, 304; 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마193, 판례집 13-2, 526, 537 참조. 헌재는 정당의 자유를 헌법 제8조 제1항에 근거하는 것으로 보고 정당의 민주적 조직형성의무를 부여한 헌법 제8조 제2항은 정당조직의 자유의 헌법적 근거가 될 수 없다고 판단하고 있다(헌재 2004. 12. 16. 2004헌마456, 판례집 16-2하, 618). 그러나 제8조 제2항이 민주적 조직형성의 의무를 정당에 부과함과 동시에 입법자에게도 이 의무를 효과적으로 부과할 입법의무를 부과하는 것은 맞지만 이 입법의무가 바로 민주적 조직형성이라는 정당제의 본질적 내용을 훼손할 수 있는 형성권을 부여하지 않는 것 또한 자명하다. 따라서 이 조항은 입법의무뿐만 아니라 입법적 한계를 설정한 것이고 그 한계는 결국 정당조직의 자유를 최대한 보장하는 것을 의미하게 되므로 정당조직의 자유에 관한 한 제8조 제2항을 근거로 삼는 것은 타당하다고 보아야 한다.

준수하여야 한다.<sup>27)</sup> 정당의 자유를 제한하는 입법은 시민적 자율성과 민주공화적 국정의 기초를 형성하는 정당의 자율성의 중요성을 고려하여 그 제한목적의 정당성이 엄격히 확보되어야 하고 자의적이어서는 안 되며, 제한의 방법이 자유의 축소를 최소화하는 것이어야 하고, 정당의 자유를 제한함을 통해 달성하고자 하는 이익이 침해되는 정당의 자유를 통해 실현되는 이익보다 클 때에만 허용될 수 있다.

### III. 정당법의 위헌요소 검토

#### 1. 정당 설립의 자유와 관련한 위헌요소

정당 설립의 자유는 정당의 자유 가운데 가장 중핵적인 자유라고 할 수 있다. 설립되지 않는 정당이 조직과 활동의 자유를 누릴 수 없다는 점에서 보면 설립 자체는 정당의 자유의 토대이므로 국가가 함부로 개입해서는 안 된다. 입헌적 민주공화국 내의 국가질서와 사회질서의 기본을 정하는 헌법 총강에 위치한 헌법 제8조 제1항에서 단순히 정당의 자유라고 하지 않고 정당'설립'의 자유와 복수정당제의 보장을 천명한 것도 정당설립의 자유의 이러한 중요성을 반영한 것이다. 따라서 공익목적상 조직이나 활동에 대한 제한은 가능하더라도 설립은 가장 엄격한 입법목적하에 국가의 개입이 최소화되도록 규정되어야 한다. 그러나 정당법은 정당 설립과 관련하여 민주공화국 정신에 정면으로 위배될 수 있는 근본적인 제약을 광범위하게 설정하고 있어 그 위헌성이 강하게 의심된다. 특히 헌법 제8조 제4항은 정당의 존립을 국가가 강제적으로 결정할 수 있는 정당해산제도를 도입하고 있는 바, 그 요건으로 민주적 기본질서를 훼손하는 정당의 목적이나 활동이 있는 경우로 한정하고 있으며 정당의 성립에 대한 제한 또한 이러한 요건에 준하는 한계가 입법자에게 부과된다고 보아야 한다.

27) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 23; 헌재 2014. 1. 28. 2012헌마431 등, 판례집 26-1상, 155 참조.

## 1) 정당의 성립상 제한의 위헌성

정당법(이하 조문을 인용할 때 “법”이라 약칭한다) 제4조는 정당의 성립을 중앙당의 중앙선거관리위원회(이하 “중앙선관위”라 한다)의 등록으로 이루어지도록 규정하고 있다. 특히 그 제2항은 정당등록에 법 제17조와 제18조에서 규정하는 법정시·도당수와 시·도당의 법정당원수에 관한 요건을 구비하도록 강제하고 있다. 나아가 법 제3조는 중앙당의 소재지를 수도로 지정하도록 규정함으로써 수도에 중앙당을 두지 않으려는 정당의 설립을 금지하고 있다.

법 제17조에 의한 법정시·도당수는 5개로 최소화되어 있는데 한마디로 지역정당의 설립을 금지하고 군소정당의 난립을 방지하고자 하는 것이다.<sup>28)</sup> 수도에 중앙당을 두도록 하는 조항과 더불어 이는 정당설립의 자유에 정면으로 위배되는 것이다.<sup>29)</sup> 정당은 민주적 기본질서에 위배되지 아니하는 한 자유롭게 설립과 유지가 되어야 하는 것이 복수정당제의 취지에 부합하는 것이다.<sup>30)</sup>

우선 지역정당금지과 관련하여 보면, 지역에 기반을 둔 정당의 설립 자체는 어떤 반헌법적 가치를 가지는 것이 아니다. 지역이기주의에 따른 지역주의가 정치질서에 해악을 끼칠 수도 있지만 지역적 이익을 추구하는 것 자체는 다원적 질서에서 지극히 정상적인 것<sup>31)</sup>이며 바로 그런 취지를 고려하여 지방자치제가 헌법적으로 보장되는 것이다. 다만 그 부분이익의 추구가 지나쳐서 민주공화국의 민주적 기본질서를 해하지 않으면 되는 것이다. 따라서 과도한 지역주의의 문제는 정치문화적으로 해소될 것이지 국가가 법으로 규제할 수 있는 것이 아니며,<sup>32)</sup> 특히 민주공화국의 기초를 이루는 정당의 설립 자체를 금지하는 입법목적으로는 부족하다. 현재 지역정당의 금지는 특정 지역에 대한 특정정당의 지배현상과 결합하여 지방정치구도상 일당독재를 지속시킴으로써 지방자치제도의 민주적 운영에 근본적 한계를 초래하는 원인이 되고 있다는 점에서도 반헌법적 운용의 위헌성을 구조화하고 있다.<sup>33)</sup>

28) 현재 2006. 3. 30. 2004헌마246, 판례집 18-1상, 402, 415.

29) 중앙당을 수도에만 두도록 하는 것은 선의로 보더라도 행정목적적 편의를 위해 정당설립의 자유를 본질적으로 제한하는 것이다.

30) 정태호, “정당법상 정당개념,” 『경회법학』 제40호(2005), pp.147-150 참조.

31) 부분이익과 공익의 구별이 불가능할 뿐만 아니라 무의미하며 공익실현의 요청은 정당의 헌법적 요청사항이 아닐 뿐 아니라 정당의 역사적 생성과 발전에도 반한다는 견해에 대하여는 한수웅, 앞의 논문, pp.178-181, 184-185 참조. 역시 같은 취지에서 현행 시도당 등록요건의 위헌성을 지적하면서 현재 판례를 비판적으로 고찰하는 연구로는 윤정인, “정당설립의 자유—정당등록제도와 등록요건, 정당등록취소제도의 위헌성 검토,” 『헌법연구(헌법이론실무학회)』 제3권 제1호(2016), pp.108-112 참조.

32) 같은 취지로, 이종수, “정당의 자유와 정당법,” 『공법연구』 제29집 제2호(2001), pp.269-274 참조.

한편 군소정당 난립금지 또한 정당설립의 자유를 배제하는 이유로는 적절하지 않다. 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. 정당제도의 효율성을 위해 ‘봉쇄조항’과 같이 일정 수준의 지지를 얻지 못하면 의석수 배분에서 불이익을 주는 것과 같이 군소정당에서 일정한 불이익을 합리적 조건하에 부여할 수 있지만 근원적으로 정당의 설립과 존속을 금지하는 이유는 될 수 없는 것이다.<sup>34)</sup>

## 2) 정당원 자격 제한의 위헌성

정당법 제22조는 국회의원 선거권자로 정당원의 자격을 제한하고 있을 뿐만 아니라 광범위한 국민을 정당에 가입할 수 없도록 금지하고 있다.

현행 선거법상 선거권은 선거일 현재 만 19세로 제한되어 있으므로 기본적인 정치적 판단능력을 갖춘 상당수의 청소년은 정당에도 가입할 수 없게 되어 있다. 또한 정무직공무원을 제외한 공무원은 물론 대학교원을 제외한 사립학교의 교원마저도 정당에 가입할 수 없다. 이처럼 광범위한 정당가입제한은 정당설립의 자유를 통해 다원적 정치질서를 구성하려는 민주공화국의 근본정신을 심각하게 훼손하는 것이다.

정당의 자유와 복수정당제의 보장은 다원적 민주주의가 민주적 기본질서의 내용임을 확인하고 있는 것이다.<sup>35)</sup> 다원적 민주주의는 “국민전체의 이익을 위한 정책이 선형적으로 항상 단수로 존재하는 것이 아니라 선택의 가능성을 가진 복수의 형태로 존재”<sup>36)</sup>하는 현실을 반영하는 것이다. 국민전체의 이익 혹은 국가의 이익이 군주제하의 군주의 의사처럼 통일되어 미리 존재하는 것이 아니라 다양한 사회영역의 다원적 의사가 선거 등 정치

33) 기초지방자치선거에서 정당공천을 금지하려는 일련의 시도는 지역정당을 금지함으로써 정당설립의 자유를 본질적으로 침해하는 현실에 대하여 정당활동의 자유를 본질적으로 훼손하는 반헌법적 수단을 채용하여 대응하는 것이어서 허용되어서는 안 된다. 정당의 자유라는 민주공화국의 기본적 원칙을 유지하면서 지역정치의 중앙정치종속현상을 타개하는 정도는 민주공화국 헌법정신에 맞게 지역정당을 허용하는 것이다. 이런 취지에서 제19대 국회에서 시·도당 설립요건을 5에서 1로 개정하고 중앙당 소재지를 수도로 하는 문구를 삭제하는 내용의 정당법일부개정법률안(의안번호 12244, 2014.11.3. 황주홍 의원 대표발의)이나 ‘자치정당’의 명칭으로 지역밀착형 주장이나 정책을 추진하고 지역주민의 정치참여를 제고하기 위한 정당법일부개정법률안(의안번호 14390, 2015.3.20. 원혜영 의원 대표발의)이 입법되지 못한 것은 민주공화국 헌법정신에 소홀한 대한민국 정치현실의 한계를 보여준 것이다.

34) 같은 취지로 한수용, 앞의 논문, pp.183-184 참조.

35) 이 단락의 서술은 개별적 전거없이 김종철·이지문, 앞의 논문, pp.81-83에 상당 부분 의존하고 있다.

36) 법무부장관, 의견서-2004헌나1 대통령탄핵사건(2004), p.65.

과정을 통해 다수결에 의해 수렴되는 것을 전제하게 되며, 그 핵심은 정치적 표현행위 등 정치적 자유와 참정권을 최대한 보장하는 데 있다.<sup>37)</sup> 민주공화국이 심의민주주의와 견제적 민주주의로 실현되는 것은 이러한 다원적 정치의사의 수렴을 전제로 하는 것이다. 따라서 국민의 일부를 국민총화나 국론통일과 같은 불명확한 공익적 필요만을 내세워 다원적 정치과정에서 전면적으로 배제하는 것은 원칙적으로 헌법이 예정하고 있는 것이 아니다. 그렇다면 정당법상 청소년, 공무원 및 교원에게 정당원의 자격을 박탈한 것은 바로 이러한 다원적 민주주의론의 본질을 침해하는 것이다.

공무원과 교원의 경우 헌법상 정치적 중립의무를 정당원자격배제의 주요한 목적으로 상정할 수 있으나 이는 정치적 중립의 헌법적 의미를 과대해석한 것이다. 직업공무원제의 요체인 공무원의 신분과 정치적 중립성은 다원적 민주주의체제에서 직업공무원이 법치국가원리를 배경으로 정치적 외압과 엮관제를 통한 민주헌정의 왜곡을 견제하기 위해 보장되는 것이 본질인 것이다. 따라서 오히려 직업공무원제를 다원적 민주주의의 전제인 주권자인 공무원의 정치적 자유를 근원적으로 박탈하기 위한 것으로 해석하는 것은 헌법의 체계정합적인 해석이라고 할 수 없다. 교육의 정치적 중립성을 내세워 교원의 정치활동을 금지하는 것 또한 정치적 폐해가 큰 특정영역에 한정되어야지 정당가입 자체를 배제하는 것은 과도한 것이다.

교육종사자인 교육행정담당자나 교원은 물론 학부모, 심지어 피교육자까지 민주시민으로서 다양한 생활공간에서 정치적 자아를 형성하고 발현해야 하는 주권자로서의 국민이며, 이러한 국민의 시원적(始原的)이고 근본적인 정치적 자유를 통해 국민주권이 실질적으로 구현되어 국민대표기관인 국회에 의해 법률의 형식으로 기본적 교육제도가 형성되는 것이 민주공화국 정신에 부합하는 교육과 교원의 위상이다. 교육이 정치와 무관하다는 것은 교육기본법 제6조 제1항이 규정하고 있는 바와 같이 교육 그 자체가 “정치적·파당적 또는 개인적 편견을 전파하기 위한 방편으로 이용되어서는 아니 된다”는 것, 혹은 교육기본법 제14조 제4항이 규정하고 있는 바와 같이 “교원은 특정한 정당이나 정파를 지지하거나 반대하기 위하여 학생을 지도하거나 선동하여서는 아니 된다”는 수준의 제한을 의미할 뿐 교육과 직접적으로 연계되지 아니한 시간, 장소에서 일반시민의 정치적 자유권 실현의

37) 이 점을 분명히 인식하고 “헌법상 국민전체에 대한 봉사자라는 의미는 본래 공무원이 신명을 바쳐 충성을 다해야 하는 대상이 국왕이나 군주 또는 특권층이 아니고 국민 전체라는 뜻으로써 그것은 국민이 나라의 주인으로서 치자와 피치자의 자동성(自同性)을 의미하는 국민주권주의·자유민주주의의 원리에서 당연히 파생되는 것”임을 확인하고 있는 김양균 재판관의 인식을 경청할 필요가 있다(헌재 1991. 7. 22. 89헌가106, 판례집 3, 387, 443 참조).

방법으로 이루어지는 것을 부정하는 논거로 이용될 수 없다.<sup>38)</sup>

청소년의 정당가입금지도 민주공화국의 정당의 지위에 부합하지 아니한다. 보통선거원칙을 협애하게 해석하는 선거법상 선거연령도 문제지만 정당의 경우 선거와 연계시켜 청소년의 정치적 자유를 본질적으로 제한하는 것은 헌법적으로 정당화되기 힘들다. 통상 청소년의 정치활동은 그 “정신적·신체적 자율성의 불충분 외에도 교육적 측면에서 예견되는 부작용과 일상생활 여건상 독자적으로 정치적인 판단을 할 수 있는 능력에 대한 의문 등을 고려한 것”<sup>39)</sup>으로 주장되는데 그러한 기준의 헌법적 정합성은 물론 입법적 형성기준이 선거연령과 연동된 것은 타당하지 않다. 모든 국민의 인간으로서의 존엄과 가치에 따라 양심을 형성하고 자아에 따른 기본적 인권의 향유능력을 보유한다.

다만 판단능력을 일률적으로 추정하여 일정한 정치사회제도를 형성할 수밖에 없는 한계는 있는데, 이 한계를 교육적 측면의 부작용과 같은 정치규제에 본질적이지 아니한 공익적 사유에 의해 좌우되게 해서는 안 된다. 또한 독자적 판단능력의 문제도 민주시민교육의 과정을 통해 계발되도록 유도하여야지 아예 시민적 자율권의 요소인 정당가입 자체를 원천적으로 금지하는 것일 수 없다. 역설적이게도 정당활동은 교육의 당사자인 청소년의 정치적 견해를 통해 교육제도 등에 영향을 미칠 수 있는 과정이면서 민주시민교육의 경험장이라는 차원에서 오히려 권장되어야 할 사항이다.<sup>40)</sup>

38) 같은 취지로는 공무원과 교원의 정당가입 및 정치활동의 자유 제한에 대한 정영태, “정당 결성 및 활동과 공정성: 공무원·교원의 당원자격과 정치활동의 자유를 중심으로,” 장훈 편, 『공정사회와 정치개혁』(나남, 2013), pp.70-92 참조. 이런 취지하에 제19대 국회에서 공무원과 교원의 정당가입금지조항 삭제제를 내용으로 하는 정당법일부개정법률안(의안번호 2435, 2012.11.5. 정진후 의원 대표발의; 의안번호 1621, 2012.9.6. 이상규 의원 대표발의)이 입법되지 못한 사례가 있는데, 민주공화국 헌법정신에 입각한 헌정질서 수립에 대한 현실정치권과 일반정치문화의 한계를 보여주는 대표적인 예라고 할 수 있다.

39) 헌재 1997. 6. 26. 96헌마89, 판례집 9-1, 674, 674. 이런 취지는 현재까지 현재의 견해를 뒷받침하고 있다. 헌재 2014. 4. 24. 2012헌마287, 판례집 26-1하, 223, 246-247 참조.

40) 헌재는 “정당이 일반 국민을 상대로 행하는 정치적 의사 형성 과정에 참여하는 것조차 제한하는 것은 아니고, 정당 외에 일반적인 결사체를 설립하거나 그러한 결사체에 가입하는 것을 제한하는 것”(헌재 2014. 4. 24. 2012헌마287, 판례집 26-1하, 223, 246)도 아니라고 주장하나 엄연히 정당의 자유와 일반결사의 자유를 구별하여 전자에게 특권적 지위를 부여하고 있는데, 일반결사의 자유를 행사할 수 있는 가능성을 들어 정당의 자유의 제한을 정당화하는 것은 정당의 헌법상 지위에 대한 충실한 고려가 부족한 것이다. 또한 헌재는 청소년의 정당가입금지의 경우 “특정인에게서 정당설립 및 정당가입의 자유 자체를 박탈하는 것이 아니라, 19세가 되어 국회의원 선거권을 획득할 때까지의 기간 동안만 이를 유예하는 취지이므로, 누구든지 국회의원 선거권을 획득하면 정당을 설립할 수 있고 정당에 가입할 수 있다”(헌재 2014. 4. 24. 2012헌마287, 판례집 26-1하, 223, 246)는 취지로 입법의 정당성을 옹호하나 청소년기에 고유한 정치적 목적이 있을 수 있다는 점에서 청소년기가 지난 이후의 자격부여는 보통선거원칙이나 정당설립의 자유의 본질에 대한 고민이 충실하지 않음을 보여주는 논변이라 아닐 수 없다.

정당원의 자격을 선거연령과 연계시키는 것 또한 정당의 본질에 부합하지 아니한다. 정당은 선거 등을 통해 국가의사형성에 관여하는 것이 주요한 기능이지만 그 전제는 국민 의사의 형성에 있는 것이며 선거가 아니더라도 일상적인 정치여론의 조성은 정당의 본질적 기능에 속한다. 따라서 선거권이 없더라도 국민으로서의 의사가 정당을 매개로 발현될 수 있어야 하는 것이다.<sup>41)</sup>

### 3) 정당의 등록취소제도의 위헌성

정당법 제44조는 등록취소제도를 두어 앞서 검토한 설립요건을 갖추지 못한 경우 외에 “최근 4년간 임기만료에 의한 국회의원선거 또는 임기만료에 의한 지방자치단체의장선거나 시·도의회의원선거에 참여하지 아니한 때”(법 제44조 제1항 제2호) 그 정당의 등록을 취소하도록 하고 있다. 한편 이 조항 외에 “임기만료에 의한 국회의원선거에 참여하여 의석을 얻지 못하고 유효투표총수의 100분의 2 이상을 득표하지 못한 때”(법 제44조 제1항 제3호)에도 정당등록이 취소되도록 하였으나 이 조항은 현재에 의하여 위헌이 선언되었다.<sup>42)</sup> 국회의원선거에 연계한 정당의 등록취소제도를 위헌 선언한 것은 만시지탄이지만 정당설립의 자유가 가지는 민주공화국의 민주적 기본질서에서의 위상을 고려할 때 지극히 타당한 것이다.<sup>43)</sup> 그러나 여전히 선거참여를 전제로 하는 등록취소제도는 유지되고 있는 바 이 또한 폐지되거나 그 요건이 더욱 엄격하게 강화되어야 한다. “4년”은 정당의 활동존속을 강제하기에 충분하지 아니한 기간이며<sup>44)</sup> 선거가 아니더라도 정치적 의사형성을 통해 민주공화국 헌정질서에 기여할 수 있는 여지가 충분<sup>45)</sup>한데 정당의 성립 자체를

41) 이런 취지에서 새로 개원한 제20대 국회에서 정당가입연령을 15세 이상으로 낮추는 정당법일부개정법률안(의안번호 1402, 2016.8.4. 박주민의원 대표발의)이 발의된 것은 고무적이며 하루 빨리 입법화되어야 한다. 제19대 국회에서는 17세 이상으로 하는 정당법일부개정법률안(의안번호 4601, 2013.4.19. 강창일 의원 대표발의)도 있었으나 폐기된 바 있다.

42) 현재 2014. 1. 28. 2012헌마431 등, 판례집 26-1상, 155.

43) 이 현재 결정 이전에 학계에서는 위헌론이 지속적으로 제기되어 왔었다. 대표적으로 정태호, 앞의 논문, pp.150-153 참조.

44) 독일연방헌제는 6년 동안 선거에 참여하지 않는 정당의 지위를 상실하도록 한 정당법 규정을 합헌으로 판단한 바 있다(한수웅, 앞의 논문, p.176 각주 35 참조). 제19대 국회에서 이 기간을 “10년”으로 확대하는 정당법일부개정법률안(의안번호 10024, 2014.4.3. 서용교 의원 대표발의)이 제안된 바 있다.

45) 선거가 정당의 주요한 활동공간임을 부인할 수 없다고 하더라도 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 것이며 자유민주주의의 근간인 정당활동을 과도하게 제한하는 것이 명백하므로 이를 완화하여야 한다(김종철·이지문, 앞의 논문, p.80). 같은 취지로, 정연주, “정당등록취소와



무력화하는 등록취소제도는 소수자의 근본적 정치적 자유를 다수지배의 논리로 원천적으로 봉쇄하는 것<sup>46)</sup>으로써 정당설립의 자유와 복수정당제를 명문으로 확인하고 있는 헌법 정신을 위반한 것이며, 정당존속에 대한 특별한 보호를 규정한 헌법 제8조 제4항에 비추어서라도 입법권의 한계를 일탈한 것이다.<sup>47)</sup>

## 2. 정당 조직의 자유와 관련한 위헌요소

정당법은 정당 설립과 긴밀한 관계에 있는 정당의 조직에 대해서도 근본적 한계를 설정하고 있다. 법 제3조는 정당 조직이 중앙당과 시·도당만으로 구성되도록 강제하여 지구당을 금지시켰다. 또한 법 제39조 제3항에서 국회의원지역구 및 자치구·시·군, 읍·면·동별로 당원협의회를 둘 수 있도록 하면서 그 조직기반인 사무소를 둘 수 없도록 금지하고 있다. 가장 자율성이 강조되어야 할 헌법적 지위를 가지는 정당에 대하여 내부조직을 어떤 범위에서 설정하고 그 물적 기반인 사무소를 설치하는 문제에 대하여 근원적 한계를 설정하고 있는 것이다. 정당을 선거와 긴밀히 연계하고 있는 정당법상 체계에 비추어 현행 선거제도상 선거가 이루어지는 구역에 정당조직의 설치나 사무소의 설치를 금지하는 것은 정당 조직의 자유에 대한 본질적 내용을 침해하는 것이라 볼 수밖에 없다.<sup>48)</sup>

현재의 다수의견은 이들 조항이 문제된 사건에서 “고비용 저효율의 정당구조 개선”이라는 입법목적이 정당하고 지구당 금지나 사무실 금지 등의 수단이 비례원칙도 준수한 것<sup>49)</sup>이라 보지만 이는 정당의 헌법상 지위를 소홀히 다룬 잘못이 있다. 정당제도에 비용이

정당설립의 자유,” 『헌법학연구』 제20권 제1호(2014), pp.68-82; 윤정인, 앞의 논문, pp.113-114 참조.

46) 김종철·이지문, 앞의 논문, p.80; 현재 2014. 1. 28. 2012헌마431 등, 판례집 26-1상, 155, 165 참조.

47) 같은 취지로는 정만희, “정당법상 정당의 자유제한의 문제점,” 『동아법학』 제54호(2012), pp.126-127, 129-130 참조.

48) 이런 취지에서 제20대 국회 들어 “지역당”의 명칭으로 지구당을 부활하려는 정당법일부개정법률안(의안번호 544, 2016.6.28. 김태년 의원 대표발의)은 지극히 타당한 제안이다. 제19대 국회에서는 “지역위원회”의 명칭으로 지구당을 사실상 부활하는 정당법일부개정법률안(의안번호 1802, 2012.9.14. 심재권 의원 대표발의), 당원협의회 사무소를 자원봉사자만으로 운영하는 한계 속에서 설치할 수 있도록 하는 정당법일부개정법률안(의안번호 14760, 2015.4.16. 조해진 의원 대표발의)이나 아예 아무 조건 없이 상설화한 당원협의회 사무실을 둘 수 있도록 하는 정당법일부개정법률안(의안번호 3911, 2013.2.28. 이원욱 의원 대표발의), 국회의원 지역구별로 생활정치센터를 둘 수 있도록 하는 정당법일부개정법률안(의안번호 3727, 2013.2.14. 강기정 의원 대표발의)이 제안된 바 있으나 근본적 해결책은 못된다.

49) 현재 2016. 3. 31. 2013헌가22, 공보 제234호, 528, 531-533; 현재 2004. 12. 16. 2004헌마456, 판례집 16-2하, 618.

많이 드는 문제는 정당이 스스로 해결하여야 할 대표적인 자율사항이고 다만 선거기회균등의 원칙이나 금권정치의 폐해를 막기 위해 정치자금을 규제함으로써 해결할 것이지 다원적 민주주의의 근간을 이루는 정당조직을 금지시키고 사무실의 설치를 금지하는 국가의 규제를 정당화하는 목적으로는 적절하지 않다. 무엇보다 침해의 최소성과 법익의 균형성을 요구하는 비례원칙은 정당의 자유와 관련하여서는 그 민주적 기본질서상에 차지하는 위상을 고려하여 의심스러울 때는 정당의 자유를 우선하여 입법해야 할 의무를 입법자에게 부과하고 있으며 정당법상 지구당 금지규정이 이 요소를 준수한 것으로 보기 어렵다. 자율적이어야 할 정치결사의 조직이 낭비적이거나 비효율적인 것은 정당 스스로가 책임져야 할 사항이지 기본적으로 국가가 관여할 바가 아니며, 설령 그 폐해가 심대하더라도 자금규제의 방식으로 해결해야지 이를 빌미로 비용의 낭비 없이 정당활동을 위한 조직을 두려고 하는 국민이나 정당의 자율권을 근본적으로 박탈하는 것은 정당 조직의 자유를 최소한 침해하는 방법이라고 볼 수 없다.<sup>50)</sup> 더구나 고비용 저효율의 방지라는 임의적이고 자의적인 가치가 민주공화국의 근간을 이루는 정당조직상의 자율권을, 그것도 민주적 기본질서의 중핵적 제도인 국회의원선거구에서의 조직 결성권과 같은 근본적 자유와 비교형량상 균형을 이룰 수 있는지 의문이다.<sup>51)</sup>

### 3. 정당 활동의 자유와 관련한 위헌요소

정당법 제37조 제1항은 정당이 헌법과 법률에 의하여 활동의 자유를 가진다고 규정하면서 구체적으로는 그 제2항에서 정당이 “특정 정당이나 공직선거의 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다)를 지지·추천하거나 반대함이 없이 자당의 정책이나 정치적 현안에 대한 입장을 인쇄물·시설물·광고 등을 이용하여 홍보하는 행위와 당원을 모집하기 위한 활동(호별방문을 제외한다)은 통상적인 정당활동으로 보장되어야 한다.”고 규정하고 있다. 외견적 형식을 보면 매우 포괄적인 자유가 헌법과 법률에 의하여 보장된 것으로 보이나 위에서 밑줄로 강조한 바와 같이 통상적인 정당활동에서 특정정당이나 공직선

50) 같은 취지로 정만희, 앞의 논문, pp.132-134 참조.

51) 이외에도 지구당 폐지로 정당조직의 토대가 약화되어 정당제 민주주의의 발전을 오히려 저해하는 공익의 감소나 국회의원 배출 정당의 경우 국회의원 후원회사사무실을 통하여 실질적으로 지구당조직을 두는 것과 유사의 이익을 누리지만 그렇지 못한 정당의 경우 지역구에서의 정당 사이의 실질적 차별이 구조화된다는 점 등도 법익균형성 판단에 고려되어야 한다는 주장도 경청할 필요가 있다(정만희, 앞의 논문, p.134 참조).

거후보자에 대한 찬반의 표시는 제외된다. 이는 공직선거법상 사전선거운동 금지제도<sup>52)</sup>와 조화를 이루기 위한 것으로 추정되나 민주공화국 헌정질서에서 정당의 헌법상 지위를 무력화하는 국가의 개입이라고 볼 수밖에 없다. 도대체 정당이나 공직후보자에 대한 평가 없는 정당활동이 어떻게 가능한지 의문이다. 복수정당제에 기초한 다원적 민주주의는 다양한 이견의 존재가 국가 전체의 이익과 충돌하지 않음을 전제하고 있으며 이러한 이견을 정치과정을 통해 서로 경쟁하여 국가의사로 형성되게 하는 것이 정당의 기본적 기능이다. 그런데 정당이 정당이나 공직후보자에 대한 평가를 할 수 없으면 도대체 어떤 정치적 의사를 형성하는 것이 가능한가? 또한 이 위반여부에 대한 판단을 국가가 하게 된다는 것인데 법집행기관의 자의적 해석에 정당활동의 자유가 복종해야 하는 위험에 처하게 되는 것이다. 예견가능성을 생명으로 하는 법치국가에서 가장 자유로워야 할 정당활동의 자유가 국가집행권에 의해 혼란이 생기도록 하는 입법이 정당의 자유를 헌법화한 체제에서 어떻게 유지되고 있는지 의문이다. 이처럼 명확하지 않거나 너무도 광범위한 행위영역을 설정하여 정당의 자유를 제한하는 것은 그 자체로 정당활동의 자유에 대한 침해로 구성하는 것이라고 보아야 한다.<sup>53)</sup>

#### IV. 결론

민주공화국은 정치적 평등을 기초로 국민의 정치적 자유가 최대한 실현되는 것을 기초로 한다. 자유롭고 공정한 정치과정에서 수립된 국민의사가 국가의사로 효과적으로 전환됨으로써 자기지배의 민주공화정신이 구현되는 것이다. 즉 인간의 존엄과 가치의 기초를 이루는 시민적 자율성에 기초하여 자유롭게 정치적 상호관계를 형성하는 것이 민주공화국의 기초다. 그런데 오랜 권위주의시대를 거치면서 대한민국은 민주공화국의 기본정신이 무시되고 그 정신을 명문화한 헌법이 하위입법이나 정치과정에서 효과적으로 구현되지 못하면서 정치과정은 국민의 자치과정이 아니라 특정 부류의 국민들이 독과점하는 체

52) 공직선거법상 제59조 등 참조.

53) 이런 취지에서 특정정당이나 공직선거후보자에 대한 찬반평가를 금지하는 조항을 삭제하여 통상의 정당활동의 범위를 확대하려는 정당법 일부개정법률안(의안번호 544, 2016.6.28. 김태년 의원 대표발의)은 속히 입법되어야 한다.

제로 변질되었다. 87년 민주헌법을 통해 헌정질서 자체의 비민주공화적 요소가 제거되었음에도 정당법이나 선거법 등 정치관계입법은 권위주의 시대 국가후견적 통제체제를 그대로 답습하고 있다. 그 결과 정치과정과 사회경제영역의 교호작용은 왜곡되어 정치적 대표관계는 효율적으로 작동하지 못할 뿐만 아니라 정치협오증이 심화되어 민주공화국의 정치적 기반이 허물어졌다. 한마디로 정치과정이 특정 계층이나 집단에 독과점되고 국민들은 탈정치·비정치·반정치의 의식을 내면화하면서 민주화 이후 민주공화국의 위기가 지속되고 있는 것이다. 이 위기를 극복하기 위한 첫걸음은 정치과정에서 국민의 참여와 견제력을 확충하여 정치의 능동성과 대표성을 확보하여 정치독과점의 폐해를 극복할 수 있는 정치제도의 개혁이다. 국민의 정치참여의 기반이 되는 정당의 자유로운 설립, 조직, 활동은 정치개혁의 핵심과제이다. 국가후견적이면서 반정치적 규제로 점철된 정당법의 위헌적 요소를 제거하여 국민의 자발적 정치활동을 증진시키고 민주공화적 정치질서를 실현하는 것이 21세기 대한민국에 주어진 과제이다.

참·고·문·헌

장일신·김종철. 2015. “환경민주주의와 심의적 시민참여.” 『강원법학』 제45권.  
 김동훈. 2011. 『한국 헌법과 공화주의』. 경인문화사.  
 김종철. 2013. “공화적 공존의 전제로서의 평등.” 『헌법학연구』 제19권 제3호.  
 김종철·이지문. 2014. “공화적 공존을 위한 정치개혁의 필요성과 조건: 정부형태 개헌론을 넘어서.” 『세계헌법연구』 제20권 제1호.  
 데이비드 헬드(David Held), 박찬표 옮김. 2010. 『민주주의의 모델들』. 후마니타스.  
 마이클 샌델, 안규남 옮김. 2012. 『민주주의의 불만—무엇이 민주주의를 뒤흔들고 있는가』. 동녘.  
 위르겐 하버마스(Jürgen Habermas), 한상진 外. 2000. 『사실성과 타당성』. 나남.  
 윤정인. 2016. “정당설립의 자유—정당등록제도와 등록요건, 정당등록취소제도의 위헌성 검토.” 『헌법연구(헌법이론실무학회)』 제3권 제1호.  
 이종수. 2001. “정당의 자유와 정당법.” 『공법연구』 제29집 제2호.  
 \_\_\_\_\_. 2012. “정당활동에의 시민참여와 당내민주주의.” 『공법연구』 제41집 제1호.  
 정만희. 2012. “정당법상 정당의 자유제한의 문제점.” 『동아법학』 제54호.  
 정연주. 2014. “정당등록취소와 정당설립의 자유.” 『헌법학연구』 제20권 제1호.  
 정영태. 2013. “정당 결성 및 활동과 공정성: 공무원·교원의 당원자격과 정치활동의 자유를 중심으로.” 장훈 편. 『공정사회와 정치개혁』. 나남.  
 정태호. 2005. “정당법상 정당개념.” 『경희법학』 제40호.  
 필립 페티(Philip Pettit), 곽준혁 옮김. 2012. 『신공화주의—비지배 자유와 공화주의 정부』. 나남.  
 한수웅. 2008. “정당의 개념과 정당등록제도의 헌법적 문제점.” 『저스티스』 통권 제104호.  
 Blount, Justin. 2011. “Participation in Constitutional Design.” Tom Ginsburg & Rosalind Dixon (eds.). *Comparative Constitutional Law*. Edward Elgar.  
 Johnson, James. 1998. “Arguing for Deliberation: Some Skeptical Considerations.” In Jon Elster (ed.). *Deliberative Democracy*. Cambridge University Press.  
 Nino, Carlos Santiago. 1996. *The Constitution of Deliberative Democracy*. Yale University Press.  
 Pettit, Philip. 1999. “Republican Freedom and Contestatory Democratization.” Ian Shapiro and Casiano Hacker-Cordon (eds.). *Democracy’s Value*. Cambridge University Press.  
 \_\_\_\_\_. 2012. *On the People’s Terms: A Republican Theory and Model of Democracy*. Cambridge University Press.

정당법일부개정법률안(의안번호 10024, 2014.4.3. 서용교 의원 대표발의)

정당법일부개정법률안(의안번호 12244, 2014.11.3. 황주홍 의원 대표발의)  
 정당법일부개정법률안(의안번호 1402, 2016.8.4. 박주민 의원 대표발의)  
 정당법일부개정법률안(의안번호 14390, 2015.3.20. 원혜영 의원 대표발의)  
 정당법일부개정법률안(의안번호 14760, 2015.4.16. 조해진 의원 대표발의)  
 정당법일부개정법률안(의안번호 1621, 2012.9.6. 이상규 의원 대표발의)  
 정당법일부개정법률안(의안번호 1802, 2012.9.14. 심재권 의원 대표발의)  
 정당법일부개정법률안(의안번호 2435, 2012.11.5. 정진후 의원 대표발의)  
 정당법일부개정법률안(의안번호 3727, 2013.2.14. 강기정 의원 대표발의)  
 정당법일부개정법률안(의안번호 3911, 2013.2.28. 이원욱 의원 대표발의)  
 정당법일부개정법률안(의안번호 4601, 2013.4.19. 강창일 의원 대표발의)  
 정당법일부개정법률안(의안번호 544, 2016.6.28. 김태년 의원 대표발의)

헌재 1991. 7. 22. 89헌가106, 판례집 3, 387, 443.  
 헌재 1996. 3. 28. 96헌마9 등, 판례집 8-1, 289, 304.  
 헌재 1997. 6. 26. 96헌마89, 판례집 9-1, 674, 674.  
 헌재 1999. 12. 23. 99헌마135, 판례집 11-2, 800, 812.  
 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마193, 판례집 13-2, 526, 537.  
 헌재 2004. 12. 16. 2004헌마456, 판례집 16-2하, 618.  
 헌재 2004. 12. 16. 2004헌마456, 판례집 16-2하, 618.  
 헌재 2004. 12. 16. 2004헌마456, 판례집 16-2하, 618.  
 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609.  
 헌재 2006. 3. 30. 2004헌마246, 판례집 18-1상, 402, 415.  
 헌재 2014. 1. 28. 2012헌마431 등, 판례집 26-1상, 155.  
 헌재 2014. 1. 28. 2012헌마431 등, 판례집 26-1상, 155.  
 헌재 2014. 1. 28. 2012헌마431 등, 판례집 26-1상, 155.  
 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 23.  
 헌재 2014. 4. 24. 2012헌마287, 판례집 26-1하, 223, 246.  
 헌재 2014. 4. 24. 2012헌마287, 판례집 26-1하, 223, 246-247.  
 헌재 2014. 4. 24. 2012헌마287, 판례집 26-1하, 223.  
 헌재 2016. 3. 31. 2013헌가22, 공보 제234호, 528, 531-533.

접수일자: 2016년 10월 14일,    심사일자: 2016년 10월 18일,    게재확정일: 2016년 11월 7일
---

**[Abstract]**

## On Unconstitutional Elements of the Political Parties Act in South Korea

Kim, Jongcheol | Yonsei University School of Law

South Korea is a democratic republic. The ideal of democratic republic is based upon the principle of popular sovereignty envisaged to deny the government of one privileged person, group or class. Its accomplishment also depends upon the full protection of political equality in the political society and the fully-fledged political freedom. However, South Korea has suffered from democratic deficit and the repression of political freedom by political legislation such as the Political Parties Act and the Public Officials Election Act survived since authoritarian governments. The core institutional devices of such political legislation have not changed even after the massive democratization in 1987. They include a couple of strict legal requirements in forming a political party(e.g. prohibition of a political party without party organizations based upon more than five local provinces), the prohibition of the establishment of constituency party organization, disqualifying young citizens less than nineteen years old, teachers and public servants from joining a political party, and the prohibition of expression of pros or cons for particular parties and possible candidates for elections. This depression of political activities has led to the widespread sentiments of anti-politics in civil society. The consequence of these institutional and cultural heritages of authoritarian regimes in political communication is the monopolization of political process by a limited group or class of socio-economically vested people. These circumstances cannot be compatible with the constitutional ideal of democratic republic. Therefore, a political reform driven by legislature or judiciary is required to ensure the upgrading of Korean constitutional democracy.

- 
- **Keyword:** Political Parties Act, Constitutional Status of Political Parties, Principle of the Democratic Republic, Freedom of Political Parties, Contestatory Democracy