

결한다면 “공익은 사익보다 중요함에도 불구하고 늘 추상적이고 보호되는 법이익이 없는 것”으로 결론날 수밖에 없다. 골프장 분쟁에 있어서, 피해자 주민들은 행정심판에서 승리했다고 해도 사업주가 이에 불응하고 사법부에 항소를 통해 재심을 구할 경우 어쩔 수 없이 그 소송에 참여할 수밖에 없다. 그러나 행정부가 청구인 적격을 인정했음에도 불구하고 사법부가 소송과정에서 청구인 적격을 인정하지 않는다면 피해자 주민들은 사회경제적으로 큰 타격을 입을 수밖에 없게 된다. 이는 경제력을 가진 개발 이해집단이 소송을 통해 이익을 관철해내고, 반면 피해주민들은 상대적으로 소외될 수밖에 없음을 의미한다.

행정부의 행정행위 또한 법에 근거하여야 한다. 그러나 현실적으로 행정은 다양한 사회분야에 걸쳐서 복잡하게 이루어지기 때문에 이 모든 것을 예측하여 법제화하는 것은 거의 불가능하다. 그래서 처분 당사자의 재량권 행사는 행정의 탄력성과 공익보호를 위해서 매우 중요하다. 그러나 앞서 분석한 두 사례처럼 처분당사자가 이를 악용할 경우 이를 감독하는 중앙정부와 이해관계에 의해 얼마든지 충돌할 수 있다.

이러한 문제를 효과적으로 해결하기 위해서, 행정부는 사법부와는 별도로 행정심판 제도를 운용하는 것이다. 그러므로 사법부도 공익을 위한 올바른 행정심판 재결에 대한 재량권을 인정하여야 하며, 이는 권력분립의 이념에도 합당하다. 단지 사법부는 위의 사례에서처럼 제도의 미비한 점을 틈타 행정부가 재량권을 일탈·남용하는 사건에 한하여 문책함으로써 행정부에게 자기통제와 자기반성을 요구하여 책임행정을 독려해야 한다. 또 이를 통해 일반시민들에게 소송비용의 부담 절감, 시간의 절약 등 소송에 비해 편이성이 있는 행정심판 제도를 활용할 수 있도록 해야 한다.

<표 7> 환경적인 관점에서의 골프장 건설 반대논리

	스코틀랜드	한 국
지 리	빙하기를 거쳐 높은 산이 없고 낮은 평지가 대부분이다.	만주까지 빙하기를 거쳤고 백두산 이남은 빙하기를 거치지 않아서 해발고가 높지는 않지만 경사가 급한 산지가 전국토의 65%이다.
기후/강수량	멕시코 난류의 영향으로 겨울에는 온난하고 여름에는 서늘하며, 연중 고른 비가 내린다.	대륙성 기후와 해양성기후의 영향으로 4계절이 뚜렷하다. 연평균 강수량 1200-1400미터로 연강수량의 70%가 장마철에 집중호우로 내린다. 그러므로 산의 홍수조절 능력이 절실히 필요하다.
식 물	벼과 식물로 사철 푸른 벤드라글라스 목초지나 잔디로 이용되는 반면, 초기 생장이 빨라 다른 식물이 자라는 것을 방해하여 주변 생태계가 단조롭다.	다양한 기후의 영향으로 다양한 생물종이 서식한다. 골프장 1개 면적인 60만 평에 서식하는 생물종은 다음과 같다. 식물 300-700종/큰충수백종/토양 미생물-수백종/야생 조류와 포유류-수십종/양서류, 파충류-십여종 / 잔디가 우점종일 수가 없다. *우리 토종 잔디는 금잔디로 늘 푸른 잔디가 아니다. *잔디보호 들어가자 마시오·잔디 보호하기가 어렵다.
토 양	토양이 척박하고 배수가 잘 된다(=보수가 안 됨). 인공토 30%, 모래50%, 마사토20%와 유사한 토양 성분.	산림 토양의 특징 : 몇 천년 동안 풍화작용을 통해 생성, 1cm의 토양의 양분이 형성되기 위한 소요시간-1백년(골프장 조성시 50-70cm를 파내야 함) 낙엽층, 부식층이 쌓여 보수, 정화작용은 물론 하류지역에 양분을 공급함.
농 약	산림 우리나라의 산림은 대부분 경제림이 아니므로 과수재배를 제외하고는 거의 농약을 치지 않는다.	골프장의 구조상 척박하고 배수성이 높아, 잔류기간을 지내지 못하고 방류된다. 토양 내에 독성을 분해할 수 있는 미생물이 부족해서 거이 분해되지 않은 채로 배수된다. 기후가 맞지 않아 제초제와 화학비료를 많이 사용한다. 연중 고른 강우가 필요하므로 인공적으로 물을 많이 사용한다(18홀 기준 1개의 골프장당 1일 물 사용량이 1000톤에서 1300톤).
	논의 구조상 형성하고 있는 토양층이 깊고 거머리를 비롯하여 다양한 미생물이 서식하고 있으므로 농약에 대한 분해가 활발히 이루어진다. 농약을 치는 횟수도 제한적이다. 논에 물을 가두어둠으로써 농약의 잔류기간을 경과하여 농약의 독성이 사라진다.	

만약 두 사례에서와 같이 공익적인 요구를 수용하기에는 턱없이 응색한 칼집과 사후구제라는 무던 칼, 그리고 사유재산권 우선 보호라는 편파적인 자루로써 환경문제를 다스리려 한다면, 이는 비난받아

마땅한 일일 것이다.

잘못된 정책과 그 처분을 감시하는 시민·환경단체에 대한 사회적 인순기능을 인정한다면 이들에게 집단소송 등 당사자 적격의 범위를 확대하여야 하나, 오히려 앞의 두 사례와 같이 환경·시민단체가 주민과 연대하여 6·7년 싸움 끝에 정부로부터 얻어낸 결실을 사법부가 뒤집어엎었다. 이는 시민운동 자체를 전면 부인한 것으로, 사법부는 시민운동의 사회적 공공역할에 대해 전향적으로 평가하고 이들의 활동을 판단함에 있어 더욱 신중하여야 할 것이다.

끝으로, 환경관련 소송을 통하여 지켜본 사법부는 매우 위험한 도그마에 스스로를 가두고 있지 않은가 우려하게 되었다. 사법부는 판결이 사회에 미칠 영향에 대해 고려하지 않음으로써 법적용이 사회적 호흡을 잃고 비탄력적으로 적용되게 만들고, 끝내 '사회적 공의를 지킨다'는 정체성을 잃어가고 있다는 것이다.

사법부는 가진 바 사회적 영향력이 과연 어디로부터 나온 것인가를 깊이 숙고하여 사회적 공의를 사익에 우선하는 공익우선주의를 판결의 중요한 고려요소로 삼아야 할 것이다.

□ 참고문헌

- 한국법제연구원, 『환경문제와 관련된 갈등 해소 방안』, 1996.
 경제정의실천 시민연합, 『자연보존과 지속가능한 국토이용을 추구하기 위한 제도개선에 관한 연구』, 1997. 11. 27.
 김남진·정준형 공저, 『행정법해설』, 1995.
 맹지연, 『노태우 1백39건 골프장 허가해 주고 50억 챙겨』, 『환경운동』, 1995. 12.
 맹지연, 『시한 만료된 70여 개 비자금 끝내 착공될 것인가』, 『환경운동』, 1996. 3.
 전재경, 『해인 골프장대책위원회 워크샵 발표 자료』, 1997. 2. 2.

_____, 『가야산 해인 골프장 紛爭考』

문화체육부 장관, 『해인 골프장 사업승인 취소 재결』, 1995. 7. 15.

문화체육부 장관, 『코리아 트윈스 골프장 착공계획서 수리처분 취소재결』, 1997. 11. 10.

서울 고등법원 제 5 특별부, 『97부 2230 재결 효력 정지』, 1997. 12. 27.

한국남용개발 주식회사, 『행정처분 효력 정지 신청』, 소송 대리인 태평양의 김인섭, 이재식, 김인만, 유철형, 1997. 11. 25.

유익근 외 264, 『즉시 항고합』, 소송 대리인 이명현, 1997. 12. 30.

환경운동연합, 『해인 골프장 활동자료』, 1995-98. 2.

환경운동연합, 『코리아 트윈스 골프장 반대 활동자료』, 1997-98. 2.

...의 ...를 ...

...의 ...를 ...

...의 ...를 ...

...의 ...를 ...

...의 ...를 ...

...의 ...를 ...

...의 ...를 ...

...의 ...를 ...

...의 ...를 ...

...의 ...를 ...

우 수 상

한국의 정치영역에 있어서 표현의 자유의 현황과

그 보장을 위한 일제안

...의 ...를 ...

김정진 시법연수원 28기

...의 ...를 ...

수상소감.....

상을 받는다는 것은 기분좋은 일이다. 하지만, 자격이 없으면서도 상을 받는다는 것은 분명히 민망한 일이다. 이러한 민망함에도 불구하고, 표현의 자유를 제약하는 현존하는 제반 법이 결코 독재정권 시절과 형식적, 실질적으로 다르지 않다는 사실이 이 글의 어설픈 정당화일 것이다. 많은 이들은 김영삼 전 대통령의 재임시절에 이루어졌던 하나회 숙청으로 인한 군사쿠데타의 가능성 봉쇄와, 국제적으로 인권의 대명사로 여겨졌던 김대중 대통령의 50년 만의 집권으로, 현재는 과거와 본질적으로 다른 체제가 수립되고 민주주의는 거의 완성된 것처럼, 마치 공명선거만 하면 모든 문제가 해결될 것처럼 느끼는 것 같다. 하지만 표현의 자유를 극도로 억압하는 국가보안법을 위시한 여러 악법과 신진정치세력의 정치적 진출을 막는 각종 정치관계법은 변함없이 온존하고 있으며, 오히려 그 남용이 강화되고 있기까지 하다. 하지만, 이러한 경향에 대해서 문제제기하는 집단은 줄고 있고, 양심수를 석방하라는 외침은 이제 힘에 겨우신 듯한 민가협 어머니들의 입가에서만 맴돌 뿐이다.

무엇을 할 것인가? 과거의 과제는 계속 우리를 억누르고 있고, 새로운 과제 또한 계속 쌓여만 간다. 진부하게 들릴지는 모르지만, 기본을 충실하게 하지 않고 어떠한 발전이 가능하겠는가. 민주주의 사회에서 정치적 표현의 자유는 그야말로 기본이며, 부정선거가 일어나지 않는다고 하더라도 정치적 표현의 자유가 보장되지 않으면, 선거 또한 심각하게 왜곡되거나 형해화될 것이다. 그리고 가장 중요한 것은 정치적 표현의 자유를 통해 시민들의 일상적 항의가 행해지지 않는다면, 기득권 옹호적인 언론과 무책임한 관료와 부패하고 부유하는 정치인, 그리고 한국사회를 지배하는 재벌들은 '철의 협잡'을 통해 자신들만의 천년왕국을 이룩할 것이고, 우리 사회와 그 구성원인 대중들의 삶은 나락으로 떨어질 것이다.

별로 체계적이지 않고, 여전히 민망한 줄고는 다음과 같은 문제의식으로 쓰여졌다. 정치적 표현의 자유는 최대한 보장되어야 하며, 그러한 제한을 가로막는 제반 법률은 과거와 다르지 않으며, 여전히 그 철폐는 무엇보다도 중요하며, 이를 위해서는 보다 다양한 전략, 전술이 필요하다는 것이다. 아직도 석방되지 못한 양심수를 위하여, 억압적인 법률 때문에 자신의 의사를 표현하지도 실현하지도 못한 많은 이들을 위해서, 그리고, 세상이 바뀌었다고 믿는 순진한(?) 이들을 위해서, 줄고자 조금이라도 도움이 되었으면 하는 바람이다.

한국의 정치영역에 있어서 표현의 자유의 현황과

그 보장을 위한 일제언

1. 들어가며

문민정부 들어 한국은 인권탄압국의 오명을 씻은 것으로 보여졌다. 그러나 이에 대해서는 보다 면밀한 검토가 필요한데, 1997년 대통령 선거 중 다음의 두 가지 한국에서의 인권현황을 보여주는 사건은 여러 가지 시사하는 바가 크다. 하나는 여당의 대통령 후보 경선에 나선 모 인사는 텔레비전 토론에서 문민정부 들어 오히려 시국사건 구속자가 늘어난 것에 대해 어떻게 생각하느냐의 질문에 금시초문이라고 의아했고,¹⁾ 다른 하나는 한 후보가 양심수를 석방시키겠다고 하자 검찰, 안기부 등의 공안기관과 모든 후보들이 한국에는 양심수가 없다면서 석방을 주장한 후보를 용공으로 몰아붙였다.²⁾

첫번째 사건은 공안사건 구속자 당사자와 관련 가족들만이 느끼고 있는 것³⁾을 정치인에게 물었으니 어찌면 당연한 것이었다. 그러나 실

1) 손호철 : "정치범 숫자는 6공 때보다 지금이 더 많다는 보고도 있다", 박찬중 : "과문한 탓인지 모르나 <국가보안법>, <집회 및 시위에 관한 법률> 위반혐의로 구속된 사람은 6공에 비해 문제가 되지 않을 정도로 적다고 생각한다", 『중앙일보』, 1997년 5월 3일자.

2) 『한겨레신문』, 1997년 10월 31일자, 11월 1일자, 11월 2일자 참조.

3) '문민'과는 너무나 동떨어지게 집권 첫해 530명이던 정치범은 1997년 8월 3일 현재 890명으로 400명 가까이 늘어났다고 한다. 『문민의 뒤안길... 넘쳐나는 양심수』, 『한겨레신문』, 1997년 8월 2일자 참조.

제로 문민정부 들어 시국사건 구속자가 늘어났다는 것이 의미하는 바는 1987년 이후에 진행되어온 민주화가 제도적으로 완결되지 못하고, 권위주의적인 군사독재 정권 시절에 있었던 인권에 대한 탄압이 단지 양적으로 바뀌었을 뿐 질적으로는 크게 나아지지 않았다는 것을 의미한다. 두번째 사건이 의미하는 바는 제도적으로 뿐만 아니라 정치적으로도 인권 — 특히 표현의 자유 — 에 대한 억압이나 탄압에 대해서 당연시하는 태도가 확산되어가고 있다는 것이다.

과연 한국은 인권탄압국의 오명을 벗었는가. 사대주의적 태도가 아니라면 국제사회의 여론을 들어보는 것이 우리의 상황을 이해하는 데 하나의 기준이 될 수 있을 것이다. 유엔 인권이사회(Human Rights Committee)가 1993/45 결의에 의하여 파견한 표현의 자유에 관한 특별 보고관은 우리나라의 인권, 특히 표현의 자유의 영역은 아직도 많은 문제점을 가지고 있다고 지적하였다.⁴⁾ 흔히 민주국가에서 보장되는 기본권 중에서 가장 중요한 것이 표현의 자유라고 한다.⁵⁾ 민주주의와

4) 1995년 5월에 우리나라를 방문하여 정부관료와 비정부기구의 각계 인사 등을 접촉한 아비드 후세인 표현의 자유 특별 보고관은, 특히 <국가보안법>이 표현의 자유를 심각하게 제한하고 모호한 개념으로 구성되어 있다고 지적하였다. 그는 국가안보를 이유로 표현의 자유를 제한하는 경우는 행동을 취하는 것이 직접적으로 국가안보를 위협하는 결과를 낳아야 하며, 어떠한 경우에 있어서도 표현의 자유의 행사 자체만으로, 그것이 어찌면 국가안보를 위태롭게 할지도 모른다는 이유만으로 처벌되어서는 안 된다고 지적하였다. 이외에도 구금된 사람에 대한 기본적 인권보장의 미흡과 사상전향제도의 문제점, 작업장에서 단결권의 빈번한 침해 등을 지적하였다. "Report on the mission to the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to the freedom of opinion and expression, Mr. Abiid Hussain, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution", 1993/45, 특히 paragraphs 12-17 참조.

5) 손호철은 문민정부에 대해서 "자유 민주주의적 요소가 강화되지만 자유 민주주의라고고는 볼 수 없는 파시즘적인 면과 자유 민주주의적 면을 모두 가진 '양면적 체제'라고 보고 있다. 이와 같이 파시즘적인 요소가 있다고 보

권위주의, 전체주의 등 비민주적 정치체제를 구분하는 데 있어 가장 중요한 기준 중의 하나가 '사회의 구성원들에게 표현의 자유가 얼마나 보장되는가'이기 때문에, 이 부분에 있어서 얼마만큼의 자유가 보장되고 있는냐는 우리 사회 민주주의의 척도라고 할 수도 있는 것이다. 그렇기 때문에 이 글은 현재 한국사회가 보장하는 표현의 자유, 특히 정치적 영역에서 — 표현의 자유는 정치적 기본권이기 때문에 — 의 표현의 자유의 정도를 법적인 관점에서 판단해보고 대안과 그 보장의 강화방안에 대해서 탐구해보려고 한다.

1. 이 글의 목적

이 글은 현재 한국에서 정치적 영역에서의 표현의 자유가 어느 정도 보장되는지를 법적인 측면에서 검토하고, 그러한 법과 제도가 어떻게 바뀌는 것이 한 사회의 구성원에게 최대한 표현의 자유를 보장해줄 수 있는가에 대해서 언급하겠다. 또한 표현의 자유를 보장하기 위해서는 어떠한 사회적 조건과 수단이 필요한가를 검토하겠다.

2. 연구영역

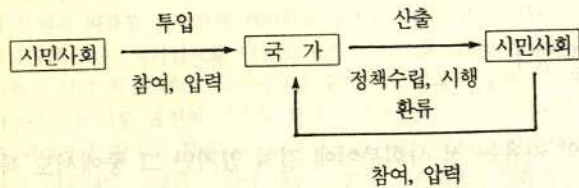
표현의 자유는 전 사회분야에 걸쳐 있지만 그 중에서도 특히 정치 영역에 있어서 표현의 자유를 검토하겠다.

는 대표적인 이유가 <국가보안법>을 위시한 정치, 사상의 자유를 제한하는 제반 법률의 존재가 아닌가 한다. 손호철, 「14대 대통령선거와 민중민주운동」, 『이론』, 1993년 봄, p. 260 참조 ; 손호철, 『해방 50년의 한국정치』, 새길, 1995, p. 243에서 재인용.

가. 정치의 의미

정치의 의미는 다의적이기는 하지만, 통상적으로 통용되는 협소한 의미 이상을 갖는 것으로 권력획득을 통해 사회의 가치를 배분⁶⁾할 수 있도록 하는 모든 과정⁷⁾을 총칭한다고 할 수 있다. 여기에는 우리 <헌법>의 통치구조론 및 기타 헌법규정, 하위법률에 규정되어 있는 정당, 선거, 정치자금 제도뿐 아니라 시민의 기본권으로 보장되어 있는 언론, 출판, 집회, 결사의 자유 등도 포함된다. 왜냐하면 시민의 표현의 자유를 통한 활동이 공식적인 정치체계의 압력으로 작용하고 그에 따라 정치체계는 일정한 산출물(output)을 내기 때문이다. 그렇기 때문에 공식적인 정치영역에서의 활동뿐만 아니라 비공식적인 영역에서의 활동도 충분히 '정치적'인 것이다.⁸⁾

6) David Easton, *The Political System*, New York : Alfred A. Knopf, 1953, p. 126, 이극찬, 『정치학』, 법문사, 1992, p. 122에서 재인용.
7) 다음과 같이 그 과정을 이해할 수 있을 것이다.



이것은 Gabriel Almond의 분석틀을 기초로 한 것이다. 이 모델의 역사적 기원과 의의, 한계에 대해서는 Ronald H. Chilcote, *Theories of Comparative Politics*, 정치사회학연구회 역, 『비교정치학 이론』, 한울, 1988, pp. 222-243 참조

8) 정치의 의미에 비공식적인 활동뿐만 아니라 폭력이 수반되는 비합법적인 영역까지 포함시키는 입장도 있다. 물론 어떠한 정치활동이 합법이고 어떠한 정치활동이 비합법이라는 것은 시대상황에 따라 달라지는 것이지만, 폭

공식적인 정치영역은 우리 헌법에 규정된 여러 권력기구를 장악하는 과정을 총칭한다. 즉, 헌법과 법률이 보호하는 특권적인 정치집단인 정당, 권력기구를 선출하는 과정인 선거, 정치과정에 필요한 자금을 확보하는 정치자금제도 등이 이에 포함된다.

비공식적인 정치영역은 국가가 아닌 시민사회 차원에서 일어나는, 국가의 정책에 영향을 미치고 그 결과를 달리하려는 모든 과정을 의미한다. 여기에는 집회나 시위, 말을 통한 표현, 출판물을 통한 의견의 전달 등 모든 무형적, 비유형적 행태가 포함된다.

이러한 두 영역으로 나누어보는 것은 기본적으로 두 영역이 분리되기도 하지만⁹⁾ 한국에 있어서 전자와 후자의 차이가 그 이상의 의미를 갖기 때문이다.

첫째, 비공식적인 정치적 영역에서는 잘못된 법률, 관행, 공권력의 행사 등이 있을 때에 시민 개인의 기본권을 직접 침해하지만, 공식적인 영역에서는 시민들의 정치적 견해가 공식적 정치영역에서 대변되지 못함으로 인해 시민들의 기본권이 간접적¹⁰⁾으로 침해되는 것이다. 즉, 시민들이 국가에 대하여 가하는 압력과 참여가 제대로 국가에 전달되지 못하게 되는 것이다.

둘째, 여전히 많은 문제가 있기는 하지만 전자의 경우 상당한 수준

력이 수반되는 비합법적인 영역까지 법적인 방법론으로 포섭하기는 힘들다고 본다. 이에 대해서는 강정인, 『자유 민주주의의 이념적 초상』, 문학과 지성사, 1993, pp. 99-139 참조

9) 이는 기본적으로 국가와 시민사회를 구분하는 관념에 기초한 것이다. 시민사회론에 대한 개괄로는 신광영, 『시민사회 개념과 시민사회 형성』, 유필무·김호기 역음, 『시민사회와 시민운동』, 한울, 1995, pp. 80-123 참조

10) 이는 헌법소원의 요건 중의 하나인 침해의 직접성에 해당되지 않는다는 의미가 아니라 비공식적인 영역에서 보다 간접적으로 침해된다는 의미이다. 공식적인 영역에서의 잘못된 법률과 공권력 행사도 헌법소원상의 요건인 직접성을 충족할 수 있음은 물론이다.

의 절차보장과 합리화가 이루어졌으나 후자의 경우는 그러하지 않는 것이다. 그렇기 때문에 통일적인 기준을 가지고 정치영역에 있어서 표현의 자유를 확보해야 하지만 표현의 자유를 확보하기 위해서는 각 영역에서 다른 전략과 전술이 필요하다고 생각한다.

나. 표현의 자유의 의미

표현의 자유는 대표적으로 정치적 성격을 갖는 기본권¹¹⁾이기 때문에 연구대상 범위를 정치영역으로 한정할 것이고, 다른 영역의 것은 차후의 과제로 넘긴다. 표현의 자유는 원래 우리 법상의 용어가 아니고 미국 수정헌법 제2조에서 온 용어로서 모든 사상, 의견을 일체의 방법으로 자유롭게 표현할 수 있다는 의미이다. 우리나라에서는 보다 구체적 용어인 언론, 출판, 집회, 결사의 자유라고 헌법에 규정되어 있다. 그럼에도 불구하고 우리 법상의 용어가 아닌 표현의 자유의 개념이 보다 유용한 이유는 그 외연이 언론, 출판, 집회, 결사의 자유보다 넓기 때문에 시민에게 고도의 자유를 보장해줄 수 있기 때문이다. 물론, 현재 우리나라법의 해석으로도 언론, 출판의 자유를 광범위하게 해석하면 될 것이나, 예를 들면 상징적 표현의 자유¹²⁾와 같은 것은 아무래도 개념상 언론, 출판의 자유에 포함되지 않을 것이라고 여긴다. 물론, 우리 헌법은 열거되지 않은 기본권도 보장된다고 하고 있으나

11) 표현의 자유 중 가장 중요한 기본권인 언론, 출판의 자유는 민주사회에서 민주정치를 지탱하는 최후의 보루로서 고도의 공공성을 갖는다고 한다. 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 1994, p. 521 참조

12) 상징적 표현권은 1960년대 이후 미국에서 크게 논의된 개념으로 월남전에 항의하기 위하여 말이나 유인물이 아닌 특정 문구가 새겨진 티셔츠를 입고 다닌다거나 검은 리본을 착용하고 다니는 것 등을 통하여 자신의 의사를 전달하려고 하는 유·무형의 행위를 보호하기 위한 관념이다. 이에 대해서는 사법연수원, 『미국헌법론』, 1997, pp. 106-108 참조

표현의 자유는 고도로 보장받는다고 해석되는 것이 일반적이기 때문에 열거되지 않는 기본권이라는 개념보다는 헌법정책적으로 유용하지 않은가 한다.

공식적인 정치영역과 비공식적인 정치영역에 따라 표현의 자유의 의미는 달라지는데, 공식적인 영역에서의 표현의 자유는 기본권의 특성보다는 제도나 적절한 절차의 특성을 가지고 있고, 비공식적인 영역에서는 보다 기본권의 특성이 강조된다. 그러나 양자는 모두 다 기본권으로서의 성격과 제도로서의 성격을 공히 갖고 있고¹³⁾ 단지 어느 측면이 강조되느냐의 문제이다.

다만 공식적인 정치영역에서의 표현의 자유를 과연 표현의 자유로 관념할 수 있느냐는 문제가 있는데, 표현의 자유라는 것이 단지 광야에서 혼자서 고찰할 수 있는 권리가 아니라면 궁극적으로는 그 표현이 공식적인 영역에서 실현될 가능성이 있어야 하기 때문에, 그러한 가능성을 과잉금지의 원칙에 반하여 봉쇄하고 있다면 이 역시 표현의 자유를 침해하는 문제라고 할 수 있다. 물론 공식적인 정치영역에서는 표현의 자유보다는 직접적인 참정권, 즉, 우리 <헌법> 제24조의 선거권과 제25조의 공무담임권이 더 정확한 용어일 수 있으나 선거권과 공무담임권으로는 포괄할 수 없는 많은 부분¹⁴⁾이 있기 때문에 표현의

13) 이는 굳이 제도적 기본권론을 취하지 않더라도 당연한 것이다. 아무리 자연권적이고 기본적인 권리라고 해도 제도적 장치가 있지 않으면 무의미한 것들이 대부분이다.

14) 예를 들면 공식적 정치영역에서 위헌적인 제도나 관행이 있다고 할 때, 어찌 보면 일반시민들과는 무관계하게 느껴지고 정당의 고위간부나 국회의원들에게만 해당하는 문제처럼 보인다. 하지만 시민이 공식적인 정치체계에 참여하는 경우도 있지만 가장 낮은 수준으로는 여론의 압력과 같은 것으로 영향을 미칠 수 있기 때문에 단순히 일부 정치인의 문제라고 할 수는 없는 것이다. 그것을 단순히 참정권, 공무담임권으로 파악하려고 하면 전체 시민의 이해와 권리보다는 일부 정치인들을 규제하는 데 역점을 두거나 <공

자유라는 용어가 더 적절하다고 생각된다.

3. 연구대상

현재 존재하는 표현의 자유를 제한하는 법과 그에 대한 국가기관의 유권적 해석 등을 연구대상으로 한다. 국가기관의 유권적 해석에는 주로 헌법재판소의 결정이나 법원의 판결이 대상이 될 것이나 검찰과 같은 준사법기관의 처분 혹은 어떠한 식으로 법을 집행해나가겠다는 의견표명 및 법적 관행 등도 여기에 포함된다. 이 중에서 표현의 자유를 제약하는 부분을 중점으로 살펴보고 그 대안을 제시해 보도록 하겠다.

특히 연구대상에 포함되는 법률은 다음과 같다.

가. 공식적인 정치적 영역

국가의 최고법인 <헌법>, 특권적 정치결사에 관한 <정당법>, 선거제도와 관련한 <공직선거 및 선거부정 방지법>, 정치자금의 모금과 분배에 관한 <정치자금에 관한 법률> 등이다.

나. 비공식적인 정치적 영역

표현의 자유에 대해서 최고도의 제한을 하고 있는 <국가보안법>,

직선거 및 선거부정 방지법>에서 보는 바와 같은 지나친 규제에 나타난다. —정치인들간의 협잡— <정치자금에 관한 법률>이 특히 그러하다. 이 명문화될 소지도 있는 것이다. 따라서 이 글에서는 약간의 개념적인 무리가 있기는 하지만 주권자인 국민이 갖는 우월한 기본권이 표현의 자유라는 것을 주관념으로 하여 정치영역을 바라보려고 하는 것이다.

집회, 시위의 자유에 대해서 복잡한 절차를 과하고 있는 <집회 및 시위에 관한 법률>, 시민의 모금을 통한 정치적 의사표현을 막는 <기부금품 모집 규제에 관한 법률> 등이다.

II. 공식적 정치영역에 있어서의 표현의 자유의 보장 정도

1. <헌법>상 문제되는 제도

가. 위헌정당 해산제도의 문제점

정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때 정부는 헌법재판소에 그 해산을 구할 수 있고, 정당은 헌법재판소의 심판에 의하여 해산된다(<헌법> 제8조 제4항). <헌법>상 정당은 보통 결사에 비하여 특권이 보장되는데 민주적 기본질서에 위배되는 정당은 그러한 특권을 남용하는 것으로 보아 정부의 수반인 대통령의 정당해산 제소와 헌법재판소 재판관 9인 중 6인 이상의 찬성이 있으면 해산되도록 한 제도이다. 이것은 독일에서 유래한 소위 전투적 민주주의에 기초한 것인데, 나치즘의 합법적 정권장악¹⁵⁾에 대한 반성으로 전체주의적 정

15) 잘 알려지지 않은 사실이지만 나치가 독일국민에게서 절대적 지지를 받은 것은 아니었다. 나치가 집권한 1933년 선거에서 당시 사회민주당과 공산당이 얻은 표는 합쳐서 1320만표에 이르렀으나 나치가 얻은 표는 1170만표였다. 하지만 사회민주당과 공산당은 전체주의에 대한 투쟁에서 공동보조를 취하지 못했고 결국 모두 나치에 의하여 궤멸되었다. 그러나 이 사건이 보여주는 것은 전체주의에 대한 투쟁은 결코 위헌정당 해산제도로 가능한 것이 아니라는 것이다. 당시 주요정당이 나치의 본질에 대해서 서로 대립하지 않고 연합전선을 폈다면 히틀러는 합법적인 수단으로는 집권하지 못했을 것이다. 1930년대 파시즘의 시대에 민주주의를 유지한 상당수 나라는 파시

당에 대한 강력한 투쟁수단을 제도화하고 있는 것이다. 헌법재판소가 정당해산을 결정하게 되면 정당은 해산되고 그 등록은 취소되며, 대체 정당의 설립이 금지되고, 정당의 재산은 국고에 귀속되며 소속원의 의원직은 상실된다.

헌법재판소에 의하면 모든 폭력적 지배와 자의적 지배, 즉 반국가 단체의 일인독재 내지 일당독재를 배제하고 다수의 의사에 의한 국민의 자치, 자유, 평등의 기본원칙에 의한 법치주의적 통치질서라고 규정하고 그 내용이 되는 기본원칙으로 ①기본적 인권의 존중, ②권력 분립, ③의회제도, ④복수정당제, ⑤선거제도, ⑥사유재산과 시장경제를 골간으로 하는 경제질서, ⑦사법권의 독립, 등을 들고 있다.¹⁶⁾ 여기서 특히 문제되는 것은 헌법재판소가 자유민주적 기본질서의 내용에 사유재산과 시장경제를 골간으로 하는 경제질서를 포함시킨 것이다. 다른 것들은 독일 헌법법원¹⁷⁾에서도 똑같이 판단한 것으로 크게 문제가 된다고 보이지는 않으나, 사유재산과 시장경제를 포함시킨 것은 남용의 소지가 있는 것이다. 왜냐하면, 자유민주적 기본질서라는 것은 원래 정치체제를 의미하는 것으로 경제질서와는 관계가 없는 것이다. 정치적으로 전체주의를 지향하는 세력을 사전에 억지하려는 것이 이 제도의 목적이지만 그것이 사유재산과 시장경제에 대해서 어떠한

증에 대한 인민전선이나 거국내각을 통해 사회주의, 공산주의 세력과 자유주의 세력이 연합하여 파시즘을 정치적으로 패퇴시켰다. 파시즘에 대한 통찰력 있는 분석으로는 Eric Hobsbawm, *The Age of Extremes: The Short Twentieth Century*, 이용우 역, 『극단의 시대: 20세기의 역사』(상), 까치, 1997, pp. 156-206 참조.

16) 헌법재판소 90.4.2. 결정 89헌가113.

17) 독일연방헌법 법원은 사회주의국가당과 공산당의 위헌판결에서 자유민주적 기본질서의 내용이 되는 기본원칙으로서 인권의 존중, 국민주권, 권력분립, 정부의 책임성, 행정의 합법성, 사법부의 독립, 복수정당제, 반대당의 합헌적 결성권과 그 활동의 자유 그리고 모든 정당에 대한 기회균등을 열거한 바 있다(BVerfGE 2, 112)참조. 권영성, *ibid.*, p. 181에서 재인용.

태도를 갖느냐와는 무관한 것이다. 이는 우리 역사상의 특수성, 자본주의의 개념을 자유 민주주의와 동일시하게 되는 극우 반공체제의 성립과 관계 있다고 본다. 자본주의는 곧 자유 민주주의이고 자본주의의 적은 자유 민주주의의 적이라는 등식이다.¹⁸⁾ 이것은 경제질서에 대해 급진적으로 주장한다고 해서 곧 반자유 민주주의적이라는 규정이 가능할 수 있는 상황인 것이다.¹⁹⁾

물론, 역사상 정당해산이 행하여진 적은 없다. 과거에 조봉암의 진보당이 해산된 적이 있으나, 당시에는 극도로 억압적인 냉전 상황 속에서 정당의 특권과 정당해산제도를 규정한 헌법규정이 없었고, 조봉암 자신이 간첩으로 몰려 처형당해 사실상 해산된 것이다. 그러나 당시 대법원은 진보당의 강령, 정책이 위헌이 아니고 우리 체제에 용인될 수 있는 것이라고 판단하였다.²⁰⁾ 다음으로 1991년경에 한국노동당

18) 예를 들면 다음과 같은 지배자들의 주장은 항상 있어 왔다. “자유 민주주의를 위협하는 세력들은 어떠한 경우에도 용납하지 않겠다.” 하지만 얼마나 회극적인 주장인가. 가공할 만한 부정선거로 무너진 이승만 정권, 유신을 통해 황제의 자리에 등극하여 긴급조치라는 칙령적 처분으로 철권통치를 했던 박정희 정권, 수백의 시민을 학살하고 권좌에 오른 전두환과 노태우 정권을 과연 자유 민주주의적이었다고 할 수 있는가. 역사는 오히려 그들이 자유 민주주의를 위협했다는 것을 보여준다. 『조선일보』, 1987년 8월 22일자 전두환의 하계 기자회견과 같은 신문 1989년 1월 18일자 노태우의 연두 기자회견은 놀랄 만큼 동일하다. 『조선일보』 1987년 8월 22일자, 1989년 1월 18일자 참조.

19) 예를 들면 요즘 <국가보안법> 사건에서 검사들의 단골 신문사행은 “그래서 피고인은 자본주의를 부정하는 것이죠”이다. 이에 대해서 전국학생정치연합 사건의 피고인이자 필자의 친구는 “아니요 극복하려고 하는데요” 하고 답변하여 법정을 웃음바다로 만들었다. 검사가 이렇게 질문하는 이유는 개정 <국가보안법>에 추가된 주관적 구성요건 요소인 “국가의 존립, 안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서”라는 요건을 피고인이 충족시켰다는 것을 입증하기 위해서라고 생각한다. 이것만 보아도 한국에서 자유 민주주의가 자본주의와 동일시됨을 알 수 있다.

20) 1959.2.27. 대판 4291 형상 559 참조.

을 창당하려고 하던 당시 민중당 내 인천지역 민주노동자연맹²¹⁾ 사례가 있다. 안기부는 이들의 활동을 문제삼아 <국가보안법> 위반으로 구속하여 실제 창당활동을 방해, 조직이 약화되어 결국 민중당에 흡수되는 결과를 낳게 하였다. 위헌정당의 해산보다는 이러한 식의 탄압이 가능하리라고 본다.

위헌정당 해산제도는 다음과 같은 기본적인 문제점을 가지고 있다.²²⁾

첫째, 전체주의 정당에 대한 투쟁이라는 명분은 언뜻 보면 좋은 것 같으나 민주적 기본질서의 의미가 자칫하면 현존 체제의 국가, 사회 질서와 동일시되어 근본적으로 변혁을 추구하는 모든 정치세력을 합법적으로 정치과정에서 배제할 수 있는 우려가 있다. 독일에서도 독일공산당이 해산되었는데, 그들은 서독의 재무장 등 냉전시대 서독의 주요정책을 반대하였다.

둘째, 위헌정당 해산결정이 있을 경우, 그 결과는 너무나 강력하기 때문에 신중히 행사되어야 하나 자칫하면 위헌정당 소추기관인 정부의 이기적인 정치적 계산 아래 위헌으로는 추정되지만 정치적으로 지극히 미미한 정당도 소추할 가능성이 있다. 그러나 이러한 소추권의 남용을 통제할 수단이 전혀 없다. 우리나라같이 공안기관이 자의적인 나라에서는 이러한 위험이 현실화될 가능성도 있다고 본다.

셋째, 서구 민주주의 국가에서 결사의 자유의 한계는 대개의 경우

21) 비합법적인 권위조직을 지향하다 합법화를 시도하였으나 좌절하였다. 이들은 비합법 정당인 한국사회주의노동당을 만들려고 하다가 노선전환을 하여 합법정당인 한국노동당을 창당하기로 하였으나 안기부의 교묘한 탄압에 의하여 그 세를 잃고 말았다. 인천지역 민주노동자연맹의 좌절과 의의에 대해서는 나현채, 「노동자의 정치 - 인천지역 민주노동자연맹의 의의와 한계」, 『관악』 1994년 가을, pp. 247-261 참조

22) 박병섭, 「정당해산제도에 관한 헌법적 고찰」, 민주주의법학연구회, 『민주법학』, 9호, 관악사, 1995, pp. 234-236 참조

물리적 폭력에 근거한 반국가행위와의 관련 속에서 규정지워진다. 즉, 원칙적으로 말하면 하나의 정당이 금지되려면, 먼저 당이 당원이나 지지자들을 구체적인 폭력행위로 몰고 가서, 그로 인해 “열려 있는 비폭력적 정치적 의사결정 과정이 침해”당하였다는 것이 밝혀져야 하는데, 현행 제도는 이러한 과정 없이 단순히 현존체제에 반대하는 정당이 합법적으로 제거될 수 있는 위험이 있다. 우리나라의 경우 <국가보안법>에 의하여 단순한 추상적 위험만으로 정치적 반대자들을 처벌하는 것이 일상화되어 있기 때문에 이러한 위험성이 더욱 크다고 할 수 있다.

위헌정당 해산제도는 그보다 훨씬 강력한 <국가보안법>이 있기 때문에 쉽게 발동되지는 않을 것이다. 그러나 정당의 형태를 띠게 된다면 <국가보안법>을 적용하는 것이 쉽지 않기 때문에²³⁾ 위헌정당 해산조항이 발동될 수도 있다. 원칙적으로 위헌정당 해산제도는 진정한 민주주의 국가라면 불필요한 제도다. 이 제도의 연원이 나치즘의 합법적 집권과 그 나치즘에 의해 저질러진 합법의 형식을 가장한 극악한 불법에 대한 반성에서 나온 것임을 볼 때, 민주주의가 정상적으로 기능할 경우 이러한 제도는 불필요한 것이다. 선진 자본주의 국가에서 독일만이 전투적 민주주의라는 관념을 가지고 있는 것을 보면 이는 반드시 필요불가결한 제도라고 할 것은 아니다. 실제로 위헌정당

23) 이러한 해석은 헌법이 보장한 정당의 특권에 기인한 것이다. 물론, 자의적 공안기관은 얼마든지 다르게 해석할 수 있고 다음과 같은 방법도 가능하다고 생각된다. 예를 들면 정당의 주요간부를 ‘개인적으로’ <국가보안법> 위반혐의로 구속하여 처벌한다면 소기의 목적을 달성할 수 있을 것이다. 실제로 1992년 14대 총선 이후 민중당 정책위원장이 장기표를 신분조차도 애매한 이선실이라는 간첩을 만났다는 혐의로 불고지죄로 구속하였다. 이것은 합법정당을 어떻게 교묘하게 탄압할 수 있는가를 보여주는 실례다. 이 사건과 관련한 민중당의 좌초에 대해서는 김정진, 「민중정치와 의회정치의 줄타기-민중당 당권파의 의의와 한계」, 『관악』, 1994년 가을호, pp. 226-234 참조

해산제도는 공식적 정치영역에서 표현의 자유를 가장 크게 침해할 수 있는 소지가 있다. 정당은 권력을 장악하는 데 있어서 가장 효과적인 결사이며 그러한 결사 자체를 해산시킨다는 것은 특정정당을 지지하는 수많은 시민의 정치적 표현의 자유를 간접적으로 침해하고 공식적인 정치체계에 접근할 수 있는 가능성을 봉쇄해 버리는 것이다. 그러나 이는 헌법에 규정되어 있기 때문에 위헌이라고 볼 수는 없다.²⁴⁾ 다만 헌법정책적으로 불필요한 제도이고 남용의 위험성이 있기 때문에 제한적으로 해석되도록 노력하여야 한다. 다만 최종적 심판기관이 그대로 보수적 사법관료로 구성된 대법원이 아니라 불충분하지만 제 세력의 정치적 이해관계가 반영되는 정치적 사법기관²⁵⁾인 헌법재판소가기 때문에 쉽게 발동되지는 않으리라 생각한다. 중요한 것은 <헌법> 제8조 제4항이 규정하고 있는 “민주적 기본질서”²⁶⁾를 풍부화해 함부로 남용하지 못하도록 하는 법률가들의 노력이 필요한 점이다.

24) 개별 헌법규정에 대한 헌법소원을 인정하려는 견해도 있으나 이는 인정하기 힘들다고 본다. 1기 헌법재판소 내에서 강력한 소수자였던 변정수도 차마(?) 이를 해석론으로는 인정하지 못하였다. 1992.4.28. 90헌바27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 45, 46, 92헌바15의 변정수의 소수의견 참조

25) 그 정치성의 생생한 기술로는 변정수, 「법조여정」, 판약사, 1997 참조

26) 독일과 다르게 자유민주적 기본질서라고 규정하지 않고 민주적 기본질서라고 규정한 이유에 대해서 권영성은 이 규정이 제2공화국 <헌법> 당시에 도입되었는데 당시 혁신계 정당들이 자유민주적 기본질서에 위배되는 정당을 해산한다고 하면 자유 민주주의 = 자본주의라는 등식 때문에 자신들이 해산대상이 되는 것이 아닌가 하는 의구심을 가졌기 때문에 민주적 기본질서라고 규정되었다고 한다. 이는 현재의 상황에서도 상당히 시사하는 바가 크다. 이에 대해서는 권영성, 「정당조항에 관한 헌법상의 제문제」, 서울대학교 대학원 석사학위논문, p. 114 ; 박병섭, *ibid.*, pp. 224-225에서 재인용.

나. <공직선거 및 선거부정 방지법>상의 문제점

(1) 기탁금문제

현행법은 공직선거에 출마하려는 자에게 대통령선거는 5억원, 국회의원 선거 및 자치구·시·군의 장 선거는 1천만원, 시·도의회의원 선거는 400만원, 시·도지사 선거는 5천만원, 자치구·시·군의회의원선거는 200만원을 요구하고 있고(<공직선거 및 선거부정 방지법> 제56조), 대통령선거 및 지방자치단체의 장 선거는 후보자의 득표수가 유효투표 총수의 100분의 10미만인 때, 지역구 국회의원 선거 및 지방의회 의원 선거는 후보자의 득표수가 유효투표 총수를 후보자수로 나눈 수의 2분의 1미만인 때 원칙적으로 기탁금을 몰수하도록 하고 있다(<공직선거 및 선거부정 방지법> 제57조).

이 제도는 후보자의 난립과 선거의 과열을 방지하고, <헌법> 제116조의 규정에 의한 선거공영제 하에서 후보자가 부담할 비용을 사전에 확보하여 후보자의 성실성을 담보함으로써 선거운동의 기회균등을 확보하는 데 있다고 하나,²⁷⁾ 현행 기탁금제도는 그 액수의 과다성과 그 반환 요건의 엄격성 때문에 위헌의 의심이 있다고 본다.

첫째, 그 액수의 과다성을 보면 대통령선거의 입후보자에게는 무려 3억원의 기탁금을 요구하고 있으며, 그외에도 시, 도지사에게는 5천만원, 국회의원과 시, 군, 자치구의 장 선거는 1천만원 등을 요구하고 있다. 이 같은 액수는 우리 <헌법>이 규정하고 있는 국민 주권주의(전문, 1조), 보통선거의 원칙(41조 1항, 67조 1항), 그리고 선거공영제(116조 2항)에 위배된다. 현대에 있어서의 국민 주권주의는 단순히 형식적이고

27) 헌법재판소 1989.9.8. 선고 88헌기6 결정 중 법무부 장관의 의견.

가상적인 국민의 의사만을 요구하는 것이 아니고, 실질적으로도 그 합치를 요구하는 것인바 그 가장 중요한 것은 국민의 대표기관인 국회가 구성되는 과정인 선거라고 할 것이다. 그러나 이렇게 실질적으로 과도한 기탁금을 요구하는 것은 자력이 부족한 신진세력이나 젊은 세력들에게 장외에 머무를 것을 강요하는 것에 다름 아니니 적정한 국민의 의사가 모이기에 힘든 것이다. 헌법재판소도 그 연원과 국민의 소득수준, 국민의 연령분포 등을 검토하여 그 액수의 과다성을 지적하고 있다.²⁸⁾

재정경제원에 의하면 1995년의 상용근로자 10인 이상의 사업체 월 평균 명목 임금은 122만 2천원으로 1년 임금으로 환산하면 1466만 4천원이기 때문에 그 액수가 과도한 것은 명백한 것이다.²⁹⁾

또한 1차 세계대전 이후 유럽에서 확립되고 2차 세계대전 이후에는 전세계적으로 확산된 보통선거제는 국민 주권주의의 급진적 표현으로 자산이 있고 소위 양식 있는 사람들만 국민의 의사형성에 참가할 수 있는 것이 아니라 일정한 연령에 도달하면 누구나 선거권과 피선거권을 가질 수 있다는 것인데, 이러한 과도한 기탁금은 자산이 있는 자만 선거권과 피선거권을 가질 수 있다는 고전적인 자유주의와 그에 기초한 차등선거제의 유물이라고밖에 볼 수 없는 것이다.

선거공영제의 문제에 있어서 <헌법>은 법률이 정하는 경우 후보자에게 비용을 부담시킬 수 있다고 규정하고 있으나, 그것은 앞서 말한 국민 주권주의와 보통선거제의 원칙상 그 범위가 합리적이어야 하고 기탁금도 당연히 <헌법> 116조 2항이 말하는 선거비용에 포함되는 바³⁰⁾ 그 액수가 과도한 것은 선거공영제에도 위반된다.

28) 헌법재판소 1989.9.8. 선고 88헌가6 결정.

29) 재정경제원, 『경제백서』, 1996년, p. 120 표 2-33 참조.

30) 헌법재판소 1989.9.8. 선고 88헌가6 결정.

둘째로, 기탁금제도가 헌법재판소의 지적대로 “선거에 입후보하려는 자로 하여금 미리 일정한 금액을 기탁하게 하고 선거결과 일정수준의 득표를 하지 못할 경우 기탁금을 국고에 귀속시키는 등의 방법으로 금전적 제재를 가함으로써, 무분별한 후보난립을 방지하여 대통령선거를 효율적으로 공정하게 운영하며, 아울러 당선자에게 다수표를 획득할 수 있도록 제도적으로 보장함으로써 선거의 신뢰성과 정치적 안정을 확보하기 위한 것”³¹⁾이라고 하더라도 현행법과 같이 과도한 몰수요건은 과잉금지의 원칙에 반하여 국민의 공식적 정치영역에서의 표현의 자유를 침해하고 있다고 할 것이다.

대통령과 지방자치단체의 장일 경우 10%를 득표하지 못하면 기탁금이 국고에 귀속되는데(<공직선거 및 선거부정 방지법> 57조 1항, 3항), 1992년 선거를 기준으로 할 때 7%의 득표만으로도 190만표에 달하는데 이 정도의 득표가 제재를 받아야 한다고는 결코 볼 수 없기 때문이다.³²⁾ 또한, 국회의원이나 지방의회 의원 선거의 경우에도 득표수가 유효투표 총수를 후보자 수로 나눈 수의 2분의 1이 안 되면 국고에 귀속되는데, 후보자가 많이 나온 경우는 모르겠으나 소수의 후보자가 나온 경우는 10%의 요건보다 훨씬 엄격할 수 있기 때문에 그 합리성이 결여되어 있다.

따라서 현행 <공직선거 및 선거부정 방지법>상의 기탁금제도는 국민 주권주의, 보통선거제, 선거공영제에 반하며, 과잉금지 원칙에 위배하여 국민의 참정권을 부당하게 제약하는 것이라 할 수 있다. 따라서 <공직선거 및 선거부정 방지법> 제56조, 제57조는 위헌 법률이라 할 것이고, 공식적인 정치체계에 시민의 접근을 막아 공식적 정치영역에서의 표현의 자유를 침해하고 있는 것이다. 따라서 기탁금의 액수는

31) 헌법재판소 95.12.27. 선고 95헌바224 결정.

32) 헌법재판소 95.12.27. 선고 95헌바224 결정 중 김진우의 소수의견.

대폭 낮추어져야 하며 국고귀속 요건은 완화되어야 한다. 기탁금 액수를 낮추면 후보난립이라는 문제가 생길 것이라고 주장하는 사람도 있다. 하지만 그것은 추천인 수를 어느 정도 확보함으로써 가능한 것이라고 생각한다. 원칙적으로 이야기하자면, 기탁금제도는 불필요하며 오히려 선거구민의 추천제도를 현재의 형식적인 제도에서 좀더 강화시키면 될 것이다.³³⁾

그러나 여기에서 한 가지 주목할 것은 이러한 문제에 대한 헌법재판소의 뚜렷한 보수화 경향이다. 헌법재판소는 1989년과 1991년 <국회의원 선거법>과 <지방의회 의원 선거법>상의 기탁금조항에 대해서 헌법불합치결정을 하였는데, 그 후 네 차례 사건(대통령, 시도지사, 기초의회 의원, 국회의원)에서 합헌결정을 하였다.³⁴⁾ 현재는 헌법재판소의 보수화로 인하여 이러한 경향이 바뀌어지지 않을 듯하다. 그러나 선진제국의 기탁금이 모두 상징적인 수준³⁵⁾이므로, 위와 같은 문제점이 있으므로 계속적 압박을 해나가고 헌법재판소의 구성이 달라지면 위헌여부를 다투어 볼 만하다고 생각한다.

(2) 단체의 선거운동 금지

현행 <공직선거 및 선거부정 방지법>은 단체의 선거운동을 금지하고 있고, 이에 위반하면 형사처벌까지도 가능한 상황이다(<공직선거 및 선거부정 방지법> 제255조 제1항 제11호, 제87조). 이 법은 “각종 단체가 선

33) 이러한 견해로는 정중섭, 「국회의원 선거제도의 문제점과 대안모색」, 『법과 사회』 제4호, 창작과 비평사, 1991, pp. 45-46 참조

34) 95.12.27. 95헌바224는 그 이전의 결정과 정반대의 논리에 입각하고 있다.

35) 미국연방대법원은 의원 1년 봉급의 2%에 해당하는 1000달러의 기탁금을 요구한 선거법을, 이를 구할 수 없는 유능한 후보자의 출마기회와 자유를 제한할 수 있다고 하여 위헌판결을 하였다고 한다. 1989.9.8. 89헌가6 결정례 중 (2) 고액기탁금제도의 연원 참조

거기간 중에 특정 정당이나 후보자를 지지나 반대할 수 없도록 한 것은 과거 우리 정치사에 있어 각종 단체가 선거에 과다 개입함으로써 과열과 타락을 심화시켰다는 비판을 받아들이며 공명선거를 확보코자 한 것³⁶⁾이라고는 하나 다음과 같은 문제가 있다.³⁷⁾

첫째, 현대와 같은 정당국가에서 정당이 상당한 특권을 보유하는 것은 일정부분 당연하지만 정치활동 자체를 정당에 의해서만 하라는 것은 지나친 정당국가적 발상이라고 본다. 주권자인 국민은 누구나 정치에 참여할 수 있으며 그 조직형태도 정당이 아닌 단체에 의하여 할 수 있기 때문이다.

둘째, 현대사회는 집단과 단체가 분출하는 사회³⁸⁾로 그것이 이익집단의 형태로 나타나게 된다. 그 이익집단은 선거과정에서 자유롭게 자신의 목적을 실현시키기 위해 정당에 대해서 압력을 가하는 것이다. 그 압력과정에서 부정한 매수가 아니라면 그것은 당연히 조장되고 허용되어야 하는 것인데, 단순히 몇몇 관변단체의 전횡 때문에 모든 단체의 정치활동을 금하는 것은 과잉금지의 원칙에 반하는 것이다. 현대사회에서 개인이 정당에 압력을 가하라는 것은 지나치게 비현실적이고 그대 싫으면 정당에 가입하라는 것은 더더욱 지나치다.

셋째, 이것은 한국에서 성장하고 있는 시민사회와 그에 기초한 시민운동의 건전한 발전을 가로막는 것이다. 시민운동을 주도하는 시민단체는 이익집단의 성격도 띠지만 상당한 정도의 공익적 요구의 실현을 위해 노력하기도 한다. 헌법재판소에 대해서 이 조항에 대해서 헌

36) 헌법재판소 1995.5.25. 95헌마105 중 내무부 장관의 의견.

37) 이에 대한 헌법재판소의 합헌결정에 대한 비판적 평석으로는 정재황, 「단체의 선거운동 금지규정에 대한 합헌결정」, 『법률신문』, 제2435호 1995년 9월 14일자 참조

38) Ernest Barker, *Political Thought in England 1848 to 1914*, London : Oxford University Press, 1954, p. 158, 이극찬, *ibid.*, p. 354에서 재인용.

법소원을 제기한 것도 1995년 지방자치제 선거를 맞아 환경친화적인 후보를 당선시키려고 노력하던 환경운동연합인 것을 보면 이 조항이 시민운동의 건전한 발전을 가로막는 것임을 알 수 있다. 이에 대해서 헌법재판소는 단체 이름만 걸지 않고 개인명으로 활동하는 것은 허용되기 때문에 문제가 없다고 하나,³⁹⁾ 이것은 단체에 대해서 단순한 개인의 총합 이상의 의미를 부여하는 법 일반의 태도⁴⁰⁾와 정면으로 배치되는 것이다.

따라서 이 규정은 단체에 가입하여 정치체계에 영향을 미치려는 시민들의 공식적 정치영역에서의 표현의 자유를 간접적으로 침해하고 있는 것이다. 이러한 위헌적인 법률은 마땅히 폐지되어야 한다.⁴¹⁾

(3) 각종 집회금지

현행 <공직선거 및 선거부정 방지법>은 선거기간 중 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 각종 집회를 개최하는 것을 금지하고 있고 이에 위반할 경우 징역 2년 이하 혹은 400만원 이하의 벌금에 처하고 있다(<공직선거 및 선거부정 방지법> 제103조, 제256조 제1항 제1호 자목). <공직선거 및 선거부정 방지법> 제103조는 “선거에 영향을 미치게 하기 위하여”라는 수식어를 달고 있으나 이 의미는 대단히 모호하여 선거에

39) 1995.5.25. 95헌마105 참조

40) 민법상 사단과 재단의 인정, 그리고 상법상 법인 - 심지어 1인 주주의 회사인 경우에도 대표이사가 회사재산을 횡령하면 횡령죄로 처벌된다는 대판 1989.5.23. 89도570을 보라. 그리고 헌법재판소가 대표자의 정함이 있고 단체의 실질이 있으면 기본권 주체성이 있다는 1991.6.3. 90헌마56 결정을 보라. 이는 현행법과 그 해석에 정면으로 어긋나는 것이다.

41) 1998년 초의 노사정 합의에 따라 동년 4월에 <공직선거 및 선거부정 방지법>이 개정되어 노조의 정치참여를 허용하기로 하였다. 그러나 노조에 대해서 단순한 예외규정을 두어서는 안 되고 아예 이 조항을 폐지하도록 노력해야 한다고 생각된다.

영향을 이치려는 의도가 없는 집회에도 적용될 우려가 있다. 어떠한 의미에서는, 특히 규모가 크다면 거의 모든 집회가 선거에 영향을 미칠 수 있는 것이다. 이는 공명선거를 위해 각종 집회가 자주 개최되면 여러가지 혼탁한 상황이 일어날까 하는 우려 때문이라고 생각되는데, 이는 공식적인 영역에서만 아니라 비공식적인 영역에서도 시민들의 표현의 자유를 침해하는 위헌적 법률이라고 할 것이다.

왜냐하면, 민주사회에서 선거는 시민전체의 축제와 같은 행사로 시민들은 그 선거공간에서도 최대한의 자유를 누려야 하는 것이다. 일반적인 집회, 시위는 당연히 허용되어야 하는 것이고, 선거와 관련하여 모든 정치세력에게 압력을 행사하고자 하는 시민들은 누구나 집회를 통하여 공식적인 정치체계에 압력을 행사할 수 있는 것이다. 따라서 이러한 제한은 <공직선거 및 선거부정 방지법>의 기본정신에도 반하고 시민들의 선거기간 중 공식적 정치체계에 영향을 미치려는 행위를 봉쇄함으로써 시민들의 정치영역에서의 표현의 자유를 침해하는 위헌적인 규정이라고 할 것이다.

(4) 선거운동 기간 제한

선거별 선거기간은 대통령선거는 23일, 국회의원선거와 지방자치단체의 장선거는 17일, 지방의회의원선거는 14일이다(<공직선거 및 선거부정 방지법> 제58조). 이 기간 동안만 선거운동이 가능하고 나머지는 사전 선거운동으로 처벌대상이 된다. 이것은 “우리나라는 과거 실시된 선거에서 나타난 불법, 타락선거로 인한 각종 부작용 및 폐해를 경험하였고 이에 따라 무제한의 자유로운 선거운동을 보장하는 것보다는 공정한 선거운동을 보장하는 것이 민주주의의 발전에 더욱 필수적이라는 반성을 바탕으로 국민의 표현의 자유와 참정권을 최대한 보장하면서도 선거의 공정성을 확보할 수 있는 범위 안에서 선거운동을 허

용한 것”⁴²⁾이라고 하나, 이처럼 짧은 선거운동 기간은 다음과 같은 문제점이 있다.

자유선거의 원칙은 헌법의 국민주권의 원리, 참정권 등에 의하여 보장되는 기본원리이므로 자유선거의 내용으로서 선거운동의 자유도 보장되어야 하며, 따라서 선거운동의 자유를 제한하려면 합리적인 이유가 있어야 하고, 그 제한 정도도 과도해서는 안 된다. 특히 기존 정치권에 비해 알려져 있지 않아 속성상 몸으로 뛰어들어야 하는 신진세력의 경우 선거운동 기간이 지나치게 짧기 때문에 대단히 불리하다. 그러므로 우리 법의 이 규정은 공식적 정치적 영역에서 표현의 자유를 과도하게 침해하여 위헌이라고 할 것이다.

외국의 입법례를 보더라도 선거운동 기간의 제한은 드물다. 미국의 경우에는 투표당일의 선거운동을 금지시킨 법률을 위헌으로 선언하기도 하였다.⁴³⁾ 단, 프랑스의 경우에는 우리와 유사한 제한이 있고, 일본도 그러하다. 우리 법에서도 1958년 이전에는 제한이 없다가, 과열방지라는 목적으로 제정되어 지금까지 유지되고 있다.

이에 대해서 헌법재판소는 “후보자간의 지나친 경쟁으로 부정행위가 발생할 우려의 방지, 긴 선거운동은 경제력이 약한 후보자에게 불공평한 결과 초래, 부정 과열선거 등의 미성숙한 우리 선거문화 등을 들어 제한의 필요성을 인정하고, 28일 내지 23일 정도의 기간이면, 우리나라 영토의 넓이와 유권자 수, 대중매체의 발달 등에 비추어볼 때 결코 부족한 기간이 아니다”라고 하였다.⁴⁴⁾

42) 94.7.29. 93헌가4, 6 중 내무부 장관 및 법무부 장관의 의견.

43) Mills v. Alabama, 384 U.S. 214(1966) 사건에서 미국 연방대법원은, 일간신문이 선거당일 투표를 권하는 사설을 게재하는 것을 금지한 주법은 정부에 관한 사항에 대하여 자유로운 토의를 보장하는 수정헌법 제1조에 위반된다고 판시하였다. 사법연수원, 『미국헌법론』, 1997, p. 117에서 재인용.

44) 94.7.29. 93헌가4, 6.

그러나 현대 민주정치 하에서는 선거는 본질적으로 일상적인 정치활동의 일정한 단계에서의 총결산이라 할 것이므로 선거활동과 정치활동을 분리하여 바라보는 것은 억지다. 1997년 대선에서도 선거운동기간 전에 모든 후보들은 선거운동을 하고 다녔다. 단지 그들은 나를 찍어달라고 말하지 않았을 뿐이다. 정당후보의 경우는 일상적인 정치활동이라고 용인되었지만, 무소속후보들은 그렇지 못하였다. 무소속후보들도 정치인으로서 일상적인 정치활동을 한 것이라면 이는 논리적 정합성이 없는 법해석이다.

그렇기 때문에 선거운동 기간 제한은 공식적 정치체계에 영향을 미쳐 자신의 목적을 달성하려는 노력을 사전에 봉쇄하여 시민들의 공식적 정치영역에서의 표현의 자유를 간접적으로 침해하는 제한이기 때문에 위헌적인 법률로 폐지되어야 하며, 이 제한이 폐지되지 않는다면 현행법상의 기간은 지나치게 짧으니 늘릴 필요가 있다. 사실 20여일 남짓한 기간에 자신을 알린다는 것은 별로 가능하지 않아 보인다. 이 자체는 결국 기존세력의 권력독점으로 나타나고 신진세력은 거기에서 소외되는 것이다. 이러한 문제를 지적하지 않고 새로운 세력의 진출을 바라는 언론의 수사는 정치적 무력감을 가증시켜 기존세력에게 도움을 주려는 의도로밖에 보이지 않는다.

(5) 문서·도화의 배포제한

현행 <공직선거 및 선거부정 방지법>은 다음과 같이 규정하고 있다. 누구든지 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 기타 이와 유사한 것을 배부·첨부·살포 또는 게시할 수 없다(<공직선거 및 선거

부정 방지법> 제93조 제1항). 이에 대해서는 “위 법률조항들은 인쇄물, 광고의 무제한적인 배포, 배부를 허용하면 선거운동에 부당한 경쟁을 초래하여 이것이 도리어 선거의 자유와 공정을 해칠 염려가 있으므로, 이러한 폐해를 방지하기 위하여 선거운동 기간중에 한하여 법정외의 방법 이외의 방법으로 인쇄물이나 광고의 배포, 배부를 금지하는 것은 헌법상 허용되는 제한으로서 표현의 자유에 위배되는 것이 아니다.”⁴⁵⁾ 라고 주장되나, 이는 다음과 같은 기본적 문제점이 있다. 즉, 신진 정치세력이 자신을 알릴 수 있는 가장 손쉬운 방법 중 하나가 가장 돈이 드는 인쇄물을 사용하여 선거운동을 하는 것이다. 그러므로 이에 대해서 엄격하게 제한하고 있는 <공직선거 및 선거부정 방지법>의 태도는 신진세력의 정치세력화에 상당한 제약이 될 수 있다. 외국의 경우는 일본에만 있으며, 영국이나 미국 등에서는 플래카드, 포스터 등 문서에 의한 선거운동은 원칙적으로 자유이며 다만 문서의 표면에 발행자 및 인쇄자의 이름과 주소를 의무적으로 기재해야 한다.

이에 대해서 헌법재판소는 다음과 같이 판시하였다. “선거에서 부당한 과열경쟁으로 인한 사회경제적 손실을 막고 후보자 사이의 실질적인 기회균등을 보장함과 동시에 탈법적인 선거운동으로 인하여 선거의 공정과 평등이 침해되는 것을 방지하고자 하는 목적에서 특히 중대한 폐해를 초래할 우려가 크다고 인정되는 특정의 선거운동방법과 내용만을 제한하는 것이므로 그 목적의 정당성과 수단의 상당성, 침해의 최소성, 법익의 균형성을 갖추어 과잉금지의 원칙에 반하지 아니한다. 그리고 위 규정들에 의하여 제한되는 것은 의사표현의 자유 그 자체가 아니라 표현의 특정한 수단 방법에 불과하고 그와 같은 방법 이외의 방법은 자유롭게 선택될 수 있는 여지를 남겨두고 있는

45) 1995.4.20. 92헌바29 중 검찰 총장의 의견.

므로, 이로써 선거운동의 자유가 전혀 무의미해지거나 형해화된다고 단정할 수 없어 위 기본권의 본질적 내용을 침해하는 것이라 할 수 없다.”⁴⁶⁾ 그러나 이에 대해서는 다음과 같은 반론이 가능하다.

첫째, 전면적 금지 외에는 효과적인 수단을 상정할 수 없는 것인가의 의문이 있다. 정치적 의사표현의 자유는 민주주의의 기본이기 때문에 최대한의 보장이 있어야 한다.

둘째, 문서나 도화의 반포를 허용한다면 이를 악용하는 불공정한 선거운동이 있을 우려도 있지만, 중요한 것은 선거는 국민 주권주의의 원칙상 단순히 후보자뿐만 아니라 국민 전체의 의사가 모아지는 축제의 장이라는 것이다. 선거의 단순한 결과뿐 아니라 선거의 과정에서 수렴되는 국민 전체의 의사 역시 국정운영에 있어 매우 중요한 것인데, 문서·도화의 반포금지는 후보자 중심의 규제로 시민들의 관점이 결여되어 있다. 굳이 규제를 한다면 일반유권자가 자신의 의견 표현을 통하여 의견을 교환하고 정보를 취득할 수 있는 길을 열어두어야 한다.

셋째, 이 규정은 정당을 제외한 단체의 선거운동을 금지하는 <공직선거 및 선거부정 방지법> 제97조 규정과 더불어, 정당 외 단체의 선거운동 방법을 실질적으로 완전히 봉쇄하는 직접적인 규정이다.

넷째, 기본적으로 현행 <공직선거 및 선거부정 방지법>이 선거운동에 있어서 포괄적인 금지방식에서 개별적으로 허용되지 않는 행위만을 규제하는 방식으로 바뀌었다면, 그 개별적인 규제에서도 전면적인 금지보다는 허용되지 않는 것을 구체적으로 규정하는 것이 최소한의 합리성이라도 갖추는 것이다.

그렇기 때문에, <공직선거 및 선거부정 방지법>상 이러한 제한은

46) 95.4.20. 92헌바29.

다음과 같은 문제점이 있어서 공식적 정치영역에 영향을 미치려는 시민들의 노력을 봉쇄하며 시민들의 표현의 자유를 침해하고 있다고 할 것이므로, 이 규정은 마땅히 폐지되어야 한다.

(6) 호별방문 제한

현행 <공직선거 및 선거부정 방지법>은 선거운동을 위하여 또는 선거기간 중 입당권유를 위하여 호별로 방문할 수 없다고 규정하고 있다(제106조 제1항). 이 규정은 서구에서는 찾아볼 수 없는 것으로, 일본에서 1925년에 선거법을 개정하면서 보통선거제를 채택한 후에 새롭게 규정한 것이다. 이는 당시에 선거권이 새롭게 대중화되면서 무산대중 정당의 신장과 국민의 정치적 자각이 고양됨으로써 천황제 질서가 동요하는 것을 방지하기 위해 취해진 것이다. 이는 다음과 같은 문제점을 가지고 있어서 공식적 정치체계에 영향력을 행사하려는 시민들의 표현의 자유를 간접적으로 침해하는 위헌적인 규정이다.

첫째, 자유선거의 원칙은 선거의 모든 과정에서 요구되는 선거권자의 의사형성의 자유와 의사실현의 자유를 말하며, 선거운동의 자유도 자유선거의 내용이다. 호별방문 금지는 자유선거의 원칙에 정면으로 위반된다.

둘째, 호별방문이 매수, 이익유도 등의 부정행위를 발생시킨다는 명백성이 없다.

셋째, 호별방문은 선거인에게 개별적이고 직접적인 대화를 통해 판단의 재료를 제공하고 설득하는 활동을 본질로 하기 때문에 가장 기초적인 선거운동이다. 따라서 이는 자유선거의 원칙에 반한다.

그러므로 호별방문 금지는 원칙적으로 폐지되거나 개정되어야 한다. 주권자인 국민이 누구든지 자기의 견해와 주장을 선전하고 의견을 상호교환하는 것이 가능하도록 최대한의 자유를 보장하는 것이 타

당하고, 호별방문이 매수 등의 부정행위를 유발할 가능성이 있다 하더라도 그것은 추상적인 위협에 그치고, 호별방문을 허용한다고 하여 특별히 선거가 급격히 불공정해질 것으로 보이지 않는다. 따라서 호별방문 금지는 그 규제의 합리성이 결여되어 있으므로 폐지되어야 한다. 적어도 호별방문이 예외적으로 금지되는 조건을 한정적으로 명백하게 규정하고 원칙적으로는 자유로운 호별방문에 의한 선거운동을 허용하는 방안도 생각해볼 수 있다. 구체적으로는 호별방문에 선관위 직권이 동행하거나, 한 가구에서의 방문시간의 제한 정도로 충분히 부정행위는 방지될 수 있다. 다만 돈봉투가 돌려지는 현실에서 호별방문 폐지론보다는 존치론이 설득력을 얻을 가능성이 있고, 선관위 직원의 동행이라는 대안도 인력의 문제가 있다. TV 토론이 일반화되고 있는 실정에서 호별방문이 어떠한 의미가 있겠느냐고 생각할 수도 있지만, TV토론은 기존세력을 가지고 있는 후보에 한하여 허용되고 있고, 지방선거의 경우는 주민과 지역대표 사이의 보다 많은 접촉이 필요한 것이므로 이러한 주장이 무의미한 것은 아니다.

(7) 선거공영제의 문제

우리 헌법은 선거공영제를 천명하고 있고, 그에 따라 선거비용 중 일부는 국가가 부담하고 있다. 그러나 실제로 국가가 부담하는 것은 선거관리위원회의 운영을 위한 것 정도이다. 어떻게 보면 이는 금권선거를 방지하는 것 이상이 아니다. 선거공영제 자체의 취지가 자력이 없는 시민들을 공식적 정치체계에 접근할 수 있도록 하기 위한 제도적 장치이므로 이에 맞게 그 범위가 넓어져야 한다. 단 이것은 재정과 관련 있는 부분이므로 당장에 그 범위가 좁더라도 위헌이라고 할 수는 없다. 그러나 장기적으로는 선거공영제의 확대가 공식적인 정치영역에서의 시민들의 표현의 자유를 보장하는 데 기여한다고 할 수 있다.

(8) TV토론의 문제

대통령선거에서 방송사와 언론사가 주도한 TV토론에서는 정치적 소수자가 제외되고 있고, 이에 따라 국민후보도 제외되는 실정이다. 이는 정치적 소수자에 대한 명백한 불평등이며 국민들의 알 권리도 침해하고 있는 것이다. 또한 현행 <공직선거 및 선거부정 방지법>은 사전 선거운동을 엄격히 금지하고 있는데, TV토론을 허용한다면 이는 <공직선거 및 선거부정 방지법>에 위배되는 것이 아닌가 하는 의심이 든다. 그러나 이에 대해서 서울고법 민사20부(재판장 권광중 부장판사)는 1997년 10월 30일, 민주국민연합 대통령후보인 이병호 변호사가 주요정당 후보만 TV토론회에 초대하는 것은 위법이라며 한국방송공사 등 3개 TV방송사를 상대로 낸 토론회 방영금지 가처분 신청을 “이유없다”며 기각했다. 재판부는 결정문에서 “TV토론회가 특정인의 당선이나 낙선을 목적으로 개최되는 것이 아닌 만큼 사전 선거운동에 해당하지 않으며, 부각되는 후보자만 초청했다 하더라도 공정성을 심하게 해하지 않는 한 위법하다고 볼 수 없다”며 “언론의 자유와 국민의 알 권리 충족 차원에서 허용되어야 마땅하다”고 밝혔다.

그러나 TV토론이 국민의 알 권리를 충족시키는 것은 분명하지만 그 기준이라는 것이 애매하지 않은가 싶다. 일례로 원내 교섭단체를 구성하는 정당이나 지지율 20%를 넘는 후보라는 기준도 그렇다. 전자라고 하여 그 경선에 나온 소위 구룡이라 불리는 9명 모두에 대해서 TV토론을 하는 것은 분명히 자의적이고, 조순이 민주당에 입당했을 때 그의 지지율은 20% 가량 되었는데, 문제는 그 여론조사라는 것이 누구를 지지하느냐는 물음이 아니고 가상적으로 후보를 특정하고 그 중의 선호도를 묻는 식이었기 때문에 결코 합리적이라고 할 수 없는 것이다.⁴⁷⁾ 우리나라와 같이 언론재벌과 어용방송사가 판치는 곳에서,

그들에게 합리성을 기대하기 힘들다. 그들의 구미에 맞는 후보만 선정될 가능성이 큰 것이다. 이러한 비난 때문에, 선거기간 중에 군소후보의 토론이 있기는 하였다.⁴⁸⁾ 하지만 기본적으로 그것은 양념에 지나지 않았다. 이것은 공식적인 정치체계에 참여하거나 영향을 미치려는 시민들의 표현의 자유를 간접적으로 침해할 수 있는 행위이다.⁴⁹⁾

(9) 비례대표제의 문제

현재 국회의원은 소선거구 지역구에서 253명이 선출되고 전국구의 원 정수는 46명이며 지역구에서의 각 정당의 득표비율에 의해서 정해져 총 299명이 선출된다. 전국구의 당선인 결정방식은 다음과 같다.

47) 조순의 경우, 최초로 출마의사가 본격화되어 이회창, 김대중, 김종필과 4파전으로 여론조사를 하였을 때, 『조선일보』 여론조사에 의하면 17.3%였지만 이인제가 부상한 후에 5파전으로 여론조사를 하였을 때는 그 지지도가 11.3%로 떨어졌다. 그렇기 때문에 신문·방송협회에 의하여 구성된 TV토론 자문위원회가 제시한 기준인 “원내 교섭단체를 구성하는 정당후보와 무소속후보 중 거둬진 여론조사에서 15% 이상 지지를 얻은 후보”라는 것은 어찌보면 지나치게 모호한 기준일 수 있는 것이다. 만약에 여론조사의 기법을 달리 한다면 자의적인 언론재벌의 구미에 따라 얼마든지 조작가능한 것이라고 생각된다. 『지지도 조사 이회창 35.2, 김대중 29.1, 김종필 10.7%』, 『조선일보』, 1997년 7월 31일자; 『조순 변수 후보간 TV토론 꼬이네』, 같은 신문 8월 24일자; 같은 신문, 『여론조사 김대중 29.9, 이인제 21.7, 이회창 18.3% 지지』, 9월 18일자 참조

48) 이 군소후보 토론에 대하여 당시 시민의 반응은 그리 나쁘지는 않았다. 그렇다만 이러한 후보토론회도 지지율이 높은 주요후보만큼은 아니지만 일정 정도 부여하는 것이 당연할 것이다. 그것이 우리나라가 공영방송을 두고 있는 이유가 될 수 있는 것이다. 군소후보 토론에 대한 시민들의 호의적 반응에 대하여 『군소후보 TV토론회 시민 반응』, 『한겨레신문』, 1997년 12월 15일자 참조

49) 이러한 행위에 대하여 헌법소원을 제기하는 것은 약간의 난점이 있다. 기본적으로 사인간의 행위이기 때문이다. 그러나 방송은 단순히 사적인 영역은 아니고 방송위원회라는 형태로 국가의 관리가 들어갈 뿐더러 KBS도 공영방송이기 때문에 공권력의 행사라는 형식으로 관념해볼 여지가 있다.

지역구 총선거에서 5석 이상의 의석을 차지하였거나 유효투표 총수의 100분의 3 이상, 100분의 5 미만을 득표한 정당에 1석씩을 배분한다. 위 득표비율은 각 의석할당 정당의 득표수를 모든 의석할당 정당이 지역구 국회의원 총선거에서 얻은 득표수의 합계로 나누고 소수점 이하 제5위를 반올림하여 산출한다(<공직선거 및 선거부정 방지법> 제189조). 이러한 선출방식은 과거보다는 많이 개선된 것이기는 하나⁵⁰⁾ 역시 다음과 같은 문제점이 있다고 본다.

첫째, 전국구위원을 배분받는 정당의 기준을 5석 이상으로 한 것은 비례대표제의 이상과 합치하지 않는다. 비례대표제는 소선거구제, 다수대표제의 결함을 시정하기 위해 나온 것으로 의석수를 배분하기 위한 기준은 득표율에 의해야 할 것이다. 그 기준은 3% 내지 5% 정도가 적당하다고 본다. 현재의 전국구 의석 배분방식은 위헌까지는 아닐 것이나 정치적 소수자들의 표현의 자유를 불합리하게 제한하고 있다고 본다.

둘째, 비례대표제의 장점은 국민의 다양한 의사를 정확하게 반영하는 것인데 현재 전국구위원의 수는 지나치게 적은 감이 있다. 물론 보스 중심의 정당들이 그 동안 나누어먹기식으로 정치자금 확보차원에서 전국구 국회의원제도를 이용하여 왔기 때문에 전국구의원 제도에 대한 비판이 비등했던 것은 사실이나, 비례대표제의 장점을 간과해서는 안 될 것이다. 따라서 비례대표제의 증원과 나누어먹기식을 방지하기 위해서는 비례대표제의 투표방식도 현재의 지역구 선거와 따로 하는 것이 앞에서 본 문제점을 해결하기 위해서 타당하며, 명부도 현행의 전국단위의 고정명부제에서 지역단위의 가변명부제 또는 개방

50) 1988년 당시에는 의석수를 가장 많이 차지한 정당이 전국구위원의 절반을 가져가는 말도 안 되는 제도였으며, 1992년에는 의석수 기준으로 배분하여 비례대표제의 취지를 몰각시키는 제도였다.

명부제로 전화시켜 나가야 할 것이다.

다. 정당법

(1) 정당 요건의 문제

<정당법>상 정당으로 인정받으려면 국회의원 선거구의 10분의 1 이상의 지구당 수가 존재하여야 하고(<정당법> 제25조), 그 지구당은 서울특별시, 광역시, 도 중 5개 지역 이상에 분산되어야 하며, 그 중 하나에 4분의 1을 초과할 수 없고(동법 제26조), 지구당은 30인 이상의 당원을 가져야 한다(동법 제27조).

먼저 지구당 수에 관해서 보면, 이는 과거보다 많이 완화된 것이어서 큰 문제는 없다고 보지만,⁵¹⁾ 일단 지구당 수를 법정해놓는 것은 원칙적으로 불필요하다. 여기에 대해서 정당이 그 실질을 갖추려면 최소한 일정한 기준이 있어야 한다고 이야기할 수도 있으나, 그 최소한의 기준이라는 것은 단지 수명의 국민이라도 그 정치적 의사를 대표할 수 있으면 되는 것이지 일률적으로 양적 제한을 하는 것은 국민주권의 원리와 다원주의 원칙상 맞지 않다고 할 것이다.

둘째, 지구당과 중앙당 등 복잡한 조직이 과연 필요한가이다. 우리 정당법은 정당의 기본단위로서 지구당을 설정해놓고 있는데, 이는 다분히 인위적인 구분이라고 할 것이다. 정당의 기본단위는 각 나라의 역사적 성격과 정당의 계급적 성격에 의하여 달라진다고 할 수 있다.⁵²⁾ 현재의 지구당 제도는 다분히 인위적이고 그렇게 때문에 형식

51) 1997년 대선에서 국민후보를 자임한 권영길 후보는 무소속후보의 선거운동의 어려움을 감안하여 임시로 건설 국민승리21이라는 당명으로 등록하였다. 이것을 보아도 정당등록이 그렇게 어려운 일은 아니라고 할 수도 있다. 「국민승리21 정당등록 배경과 전망」, 『한겨레신문』, 1997년 11월 17일자 참조.

52) 영미에 존재하는 명망가 정당이 맞는 단위 조직인 코커스(Caucus), 유럽에

적인 제도로 과감히 폐지하여야 한다. 그 조직을 어떠한 방식으로 할 것인가는 정당의 자율로 맡기는 것이 정당하다. 지구당에 30명의 당원을 필수적으로 요구하고 있는 것과 그들에게 당해 지역에 거주하도록 하는 것도 <정당법> 제21조 과잉금지의 원칙에 반한다. 당원자격을 취득하는 것이 민주적인 기준에 맞는 당 강령을 가지고 있다면, 당원 수의 많고 적음과 그 당원의 거주지는 정당법에서 규정할 내용이 아니다.

따라서 정당요건의 불합리한 규정들은 정당을 통하여 공식적인 정치체계에 영향을 미치려고 하는 시민들의 표현의 자유를 간접적으로 침해할 소지가 있는 규정이므로 그 제한은 대폭 축소되어야 한다.

(2) 당원자격 인정의 문제

첫째, 공무원에게 당원자격을 제한하는 <정당법> 조항의 문제이다. 정당의 당원이라도 여러 가지 수준에서 정당에 참여할 수 있다. 당비를 납부하는 등 당원으로서의 의무를 다하는 정도인 일반 평당원, 모든 행사에 적극적인 열성당원, 선거에까지 출마하는 간부급당원이 있을 수 있다. 공무원이라고 하여 일률적으로 정당가입을 제한하는 것은 공무원이 특수신분이라 하더라도 과잉금지 원칙에 반하여 공무원의 참정권을 침해하는 것이다. 따라서 공무수행에 지장이 없는 한 공무원에게도 당원이 될 수 있는 자격을 부여하는 것이 타당하다.⁵³⁾ 그 범위로는 최근 노사정 합의에 의하여 공무원의 노조결성권을 인정하는 범위인 6급 이하의 경우에는 허용되어야 하고, 군인, 경찰 등 특수한 공무원의 경우에는 예외를 두는 것이 타당하리라 생각한다. 영국

서 사회당이나 좌익정당과 같은 대중정당에 알맞는 단위로 지부(Branch), 공산당과 같은 비합법 조직에 알맞은 세포(Cell), 폭력적인 파시스트 정당에 알맞은 Milia 등이다.

53) 최대권, 「정치개혁을 위한 몇가지 생각」(I), 『서울대학교법학』, 33권 1호, 1992년 3월, pp. 173-174 참조.

의 경우 전체 공무원의 약 62%를 점하는 하위직 공무원의 정치활동을 제한하지 않는다. 이러한 맥락에서, 정책결정권이나 재량권을 가지고 행정과정에 관여하는 공무원이 아니라 사실상 노무에 종사하는 공무원의 경우에는 정당활동을 한다 하여도 그것이 행정의 안전성과 계속성을 해칠 우려는 없으므로 그들의 당원자격을 제한하고 그 위반에 대하여 형벌을 가하는 것은 과잉금지의 원칙에 반하여 위헌이고, 정당을 통하여 공식적인 정치체계에 영향을 미치려고 하는 공무원인 시민들의 표현의 자유를 침해하고 있다 할 것이다.

둘째, 사립학교 교원의 당원자격 제한의 위헌성⁵⁴⁾이다. 이들의 경우에는 공무원도 아닌 사립학교 교원의 정당가입을 금지하는 어떠한 합리적인 근거도 찾기 힘들고, 단지 이유를 찾자면 공무원인 공립학교 교원의 정당가입이 금지되었으므로 비슷한 지위에 있는 사립학교 교원도 공평하게 금지시키자는 것이라고 할 수 있다. 그러나 위헌적인 기본권 제한을 똑같이 강요하는 것은 위헌조항만 양산하는 것이다. 이 부분도 과잉금지 원칙에 반하는 과도한 기본권의 제한이며, 사립대학 교수 등과의 합리적인 이유 없는 차별로써 평등권 침해이므로 명백한 위헌이며 사립학교 교원인 시민들이 정당에 가입하여 정치체계에 영향을 미치려는 가능성을 봉쇄하여 표현의 자유를 침해하고 있는 것이다.

(3) 2% 해산조항의 문제점

총선거에서 의석을 얻지 못하고 2%의 득표를 하지 못하면 정당의

54) 노사정 합의에 따라 전교조의 합법화 가능성이 높아졌기에 사립학교 교원의 정당가입도 불가능하리라고는 생각하지 않는다. 다만 사립학교 교원을 제외하려는 시도가 있을 것이 분명하므로 그러한 제한을 철폐하도록 노력하여야 한다.

등록이 취소된다(<정당법> 제38조 제3항). 이것은 군소정당의 난립금지를 입법목적으로 가진다고는 하나 과잉금지 원칙에 반하며, 정당을 통하여 공식적인 정치체계에 영향을 미치려는 시민들의 표현의 자유를 간접적으로 침해한다고 할 수 있다. 이 조항은 일종의 봉쇄조항이다. 원래 봉쇄조항의 의미는 비례대표제를 채택하는 정당에서 일정 정도 득표를 하지 않으면 의석을 배분하지 않는 것을 의미한다. 우리나라 <공직선거 및 선거부정 방지법>에서도 유효득표의 3%를 얻지 않으면 전국구 국회의원을 배분하지 않는다. 이러한 봉쇄조항은 그 기준이 지나치게 높지 않는 한 인정할 수 있으나 그렇다고 해서 정당을 해산시킨다는 것은 과잉금지의 원칙에 명백히 반하는 것이다. 정치적 소수자는 수차례 선거를 통해 자신의 정당을 알려가며 사람들의 지지를 획득하고 종국적으로는 권력획득으로 나아가려는 것이다. 그것의 가능성 여부는 각 정치세력의 역량과 사회상황에 달린 것이겠지만, 그 가능성을 원천적으로 봉쇄하고 힘들게 만든 정당등록을 취소해버린다는 것은 결국 다수자들이 자신의 기득권을 계속해서 누리려는 것이다.⁵⁵⁾ 현행 <정치자금법>도 지방선거에 있어서는 0.5%만 득표하여도 정치자금의 배분을 인정하고 있다(제18조 제2항 제2호). 총선거와 지방선거의 의미가 다르기는 하지만 실상은 여전히 양 선거 모두 전국적으로 행해지며 정치적 의미에서 기존 집권세력에 대한 평가라는

55) 1992년 총선에 참여한 민중당은 1.7%의 득표로 해산당하고 말았다. 이것은 진보세력의 정치세력화의 두번째 실패로 기록된다. 민중당이 전국 선거구의 4분의 1 정도밖에 공천하지 못해서 생긴 문제로, 개별 선거구의 지지율은 그보다 높다. 장기표의 경우 수만표를 얻었는데, 이러한 경우까지 무의미한 정치세력이라고 평가할 수 있는가. 결국 민중당은 선거의 실패로 사실상 와해되고 말았고, 대선에서 백기완을 민 민중후보진영의 힘은 총선 때보다 훨씬 못미쳤다. 문제의 본질은 아니지만 이러한 불합리한 제도가 없었다면 민중의 정치세력화는 보다 쉽지 않을까 하는 것이 필자의 생각이다.

의미를 가지므로 지방선거에서의 0.5%의 득표가 유의미함을 인정한다면 국회의원 선거에서도 마찬가지일 것이다.

라. <정치자금에 관한 법률>

(1) 노동조합 정치자금 기부금지의 문제점⁵⁶⁾

현행 <정치자금에 관한 법률>은 노조의 정치자금 기부를 금지하고 있다. 이는 기업의 정치자금 기부를 허용하고 있는 것과 대비되며 불합리하게 노조를 차별하는 평등의 원칙에 반하고, 노동조합과 그 구성원의 정치적 의사표현의 자유의 한 유형인 정치자금을 기부하는 행위를 금지하고 있는 것이다. 이에 대해서는 노조원 개인은 기부할 수 있는데 노동조합을 금지한다고 해서 아무런 문제가 안 된다는 주장도 있으나, 그것은 기본적으로 현대사회에서 집단이 갖는 의미를 부정하는 것이다. 만약 그러한 주장이 타당하다면 노동조합도 필요 없을 것이다. 왜냐하면 그러한 논리대로라면 자신의 권익을 행사하기 위해 노동자는 개개인이 사용자에 맞서 투쟁할 수 있는 것이라고 볼 수도 있기 때문이다. 그러나 사실이 그러하지 않다는 것은 너무나 분명하고, 정치적 행위를 함에 있어서도 마찬가지다. 노동조합은 조합원의 권익을 증대시키기 위한 일체의 행동을 할 수 있고 그것이 주가 아닌 한 거기에는 정치적 행위가 당연히 포함되고 기부도 할 수 있는 것이다.

여기에 대해서 정치적 견해가 다른 노조 구성원의 견해를 보호하기 위해서라도 노조의 정치자금 기부행위를 금지시켜야 한다는 견해가

56) 1998년 초의 노사정 합의로 노조의 정치참여를 인정한 이상 이 부분도 곧 개정되리라고 예상된다. 그러나 여기에 대해서 불필요한 절차나 제한을 만들어 그 실현을 최대한 저지하려는 시도에 대해서 경계하여야 한다. 예를 들면 정치자금을 기부하려면 <정치자금법>상의 절차 외에 신고제를 도입하려고 할 수도 있다.

있다. 그러나 정치자금 기부는 곧 피기부자에 대한 공개적인 지지표명으로 어떠한 세력에 기부하느냐는 것은 노조원 전체의 의사에 의하여 결정되는 것이지 일부 노조간부의 의견이 반영되는 것이라고 볼 수는 없다. 이것은 노조가 얼마나 민주적으로 구성되고 운영되는가의 문제이므로 현재의 상황으로 보아 크게 염려할 것은 아니다. 다만 그러한 위험이 있다고 할 경우에는 그러한 기부행위에 일종의 필요적 의결절차를 요구하는 것도 하나의 방법이라고 할 수 있다.

(2) 후원회 제도의 문제점

첫째, 후원회를 들 수 있는 자의 범위설정에 문제점이 있다. 현행법은 후원회를 들 수 있는 자를 정당과 국회의원, 국회의원 후보자에 국한시켰는데(<정치자금에 관한 법률> 제5조 제1항) 이는 국회의원이 아닌 무소속 정치인을 불합리하게 차별하는 것으로 정치지망생의 자유로운 정치권 진입에 장벽이 될 뿐 아니라 음성자금 수수가 일반화될 수 있다. 이는 공식적인 정치체계에 참여하려는 사람을 지지하여 공식적인 정치체계에 영향을 미치려는 시민들의 표현의 자유를 간접적으로 침해할 소지가 다분히 있다. 따라서 정치인이 되고자 하는 자는 선관위에 신고만 하면 후원회를 들 수 있도록 하는 것이 타당하다.

둘째, 노동단체를 후원회 회원에서 제외하는 것의 문제점을 지적할 수 있다. 후원회 회원의 자격을 노동단체에는 제한하고 있어(<정치자금에 관한 법률> 제5조 제3항 단서) 기업가와 이들의 대칭적 관계에 있는 노동자의 권익보호가 균형 있게 이루어져 있지 않다. 이러한 조항은 정치인이나 정당에 후원금을 기부하여 공식적 정치체계에 영향을 미치려는 노동조합 및 그 구성원인 시민들의 행위를 봉쇄하여 그들의 표현의 자유를 간접적으로 침해하고 있다. 노동자와 기업가 사이의 정책투입의 기회균등을 위해서 이러한 제한은 없어져야 할 것이다.⁵⁷⁾

셋째, 소액기부 제한의 문제점을 보자. 1만원 이하의 기부는 제한하고 있는데(<정치자금에 관한 법률> 제6조의 제1항), 이는 자력이 부족한 사람의 정치적 의사표현의 자유를 침해한 것으로 <정치자금에 관한 법률> 자체가 금권정치를 인정하고 있는 것이라고 할 수밖에 없다.⁵⁸⁾ 다수의 소액 후원자들의 기부에 의하여 정치자금이 마련되어야 하는 것이 이상적인 상황이라면 현행 <정치자금에 관한 법률>은 이러한 점을 도외시하고 정면으로 돈 없는 사람들의 정치참여를 부정하고 있는 것이다. 따라서 이러한 소액기부 제한은 자력이 부족한 시민이 자신이 지지하는 정당이나 정치인에게 기부함으로써 공식적 정치체계에 영향을 미치려는 시도를 봉쇄하여 공식적 영역에서의 표현의 자유를 간접적으로 침해하는 것이다.

(3) 국고보조의 문제점

보조금은 지급당시 동일정당의 소속의원으로 교섭단체를 구성한 정당에 대하여 그 100분의 50을 정당별로 균등하게 지급한다. 그리고 위 지급대상이 아닌 경우 5석 이상의 의석을 얻은 정당에 대하여는 100분의 5씩을, 의석을 얻지 못하였거나 5석 미만의 의석을 얻은 정당 중 ① 최근에 실시된 국회의원 총선거에 참여한 정당의 경우 그 국회의원 총선거에서 유효투표 총수의 100분의 2 이상을 득표한 정당, ② 최근에 실시된 국회의원 총선거에 참여한 정당 중 1호에 해당하지 않는 정당으로서, 의석을 얻은 정당의 경우에는 최근에 전국적으로 실시된 정당의 후보추천이 허용되는 지방의회의원 또는 지방자치단체

57) 이 또한 노사정합의로 폐지될 것이 예상되나 전술하였듯이 불필요한 절차를 과하지 않도록 노력하여야 한다.

58) 최대권, 「정치개혁을 위한 몇가지 생각」(III), 『서울대학교법학』, 33권 2호, 1992년 9월, p. 99 참조

의 장의 선거에서 유효투표 총수의 100분의 0.5 이상 득표한 정당, ③ 최근에 실시된 국회의원 총선거에 참여하지 않은 정당의 경우에는 최근에 전국적으로 실시된 정당의 후보추천이 허용되는 지방의회의원 또는 지방자치단체의 장의 선거에서 유효투표 총수의 100분의 2 이상 득표한 정당에 대하여 보조금의 100분의 2씩을 배분한다. 이상을 제외한 잔여분 중 100분의 50은 지급당시 국회의석을 가진 정당에 그 의석수의 비율에 따라 배분하고 그 잔여분은 최근에 실시된 국회의원 총선거에서 득표한 정당의 득표비율에 따라 배분한다(<정치자금에 관한 법률> 제18조).

이는 위헌적이라고 할 수 없으나 지나치게 기존세력에게 유리하게 구성되어 있다. 국고보조금 자체가 선거권자 1인당 일정액으로 산정된다면 당연히 그 배분도 득표율에 의하여야 할 것이다. 의석수에 의한 배분을 인정한다고 하더라도 원내 교섭단체가 그 기준이 될 수는 없다고 생각한다. 의석수 배분은 비율을 줄이고 그 방식도 단순히 의석수로 하는 것이 일말의 합리성이라도 있는 것이다. 이러한 불합리한 배분방식은 간접적으로 정치적 소수자나 신진세력 또는 그를 통하여 정치적 의사표현을 하려는 국민들의 표현의 자유를 침해하고 있는 것이다.

III. 비공식적 정치영역에 있어서 표현의 자유의 보장 정도

1. <국가보안법>의 문제점

<국가보안법>에 대해서는 많은 문제제기가 있어왔다.⁵⁹⁾ 따라서 여기서는 법 자체의 문제점⁶⁰⁾에 대해서는 생략하기로 하고, 1991년 개

정 이후에 달라진 상황과 <국가보안법> 존치론에 대하여 비판적으로 검토해보고 여러 가지 가능한 대안에 대해서 검토해보겠다.

가. 1991년 이후의 변화된 상황

<국가보안법>은 1991년 개정되었는데, 당시 많은 공안기관은 좌익 사범들이 활개를 치고 다닐 수 있다며 개정을 극력 반대하였다. 그러나 필자의 견해로 <국가보안법>은 개악되었다. 1990년 헌법재판소의 <국가보안법> 제7조의 한정합헌 결정취지에 따라 <국가보안법> 각 조문마다 “국가의 존립안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서”라는 어구가 수식어로 첫부분에 들어가게 되었다. 일견 보면 <국가보안법>의 의미가 명확해진 것처럼 보이나, 사실은 그렇지 않다.

첫째, 1990년 헌법재판소 결정의 의미는 정확히 말하면 현행 <국가보안법>에 규정된 것처럼 “정을 알면서”와 같은 주관적 구성요건 요소가 아니라 “국가의 존립안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 객관적 위험성이 명백한 경우”였다. 이는 미국의 이론인 명백 현존의 위험의 원칙과 가까운 것으로, 한정합헌 결정의 취지에만 따른다고 하더라도 <국가보안법>의 의미는 상당한 명확성을 띠 수 있는 것이었다. 그러나 개정과정에서 주관적 구성요건 요소로 요건이 대치됨으로써 실제로 적용은 하나도 달라지지 않은 것이다.⁶¹⁾ 원래 주관

59) 하나의 특별법에 대해서 이처럼 많은 연구가 행해진 유례가 없다. 박원순 변호사의 <국가보안법> 연구는 형법 특별법에 관한 유일한 해설서(?)일 것이다. 박원순, 『국가보안법 연구』(1-3), 역사비평사, 1992 참조

60) 법적 문제점, 특히 해석론적 문제점은 남궁호경, 『국가보안법의 해석론적 고찰』, 『대한변호사협회지』, 1988년 9월 참조

61) 양자의 차이는 다음과 같다. 여기 갑이라는 대학생이 있는데 그가 『자본론』

적 구성요건은 객관적 구성요건적 행위가 있을 때 그에 의해서 판단되고 현재 대법원 판례도 “주관적 구성요건인 범의에 대해서 엄격한 증명을 요하고 있지 않는다”⁶²⁾고 하기 때문에 <국가보안법>의 구성요건적 모호성은 제거되지 않았고, 처벌범위가 좁아지지도 않은 것이다.

둘째, 제7조 제1항에 “국가변란을 선전선동한 자”라는 요건이 추가되면서 <국가보안법>이 과거에는 북한에 동조하는 자를 처벌한다는 논리구조를 취했으나, 이 조항이 생기고 나서부터는 북한과 무관한 심지어 북한과 적대적이기도 한 남한 내 반체제세력을 처벌하는 조항으로 기능하기 시작했다는 것이다. 이것은 의미심장한 변화다. 왜냐하면 과거에 <국가보안법> 철폐를 주장하는 자들은 <국가보안법>이 단

을 읽고 있으며 그것을 가지고 다닌다 치자. 이와 같은 행위는 현재의 <국가보안법>이라면 「자본론」은 이적 표현물이지만 갑이라는 학생이 예를 들면 경제학과 학생이고 학문적 목적으로 공부하는 것이라면 “정을 알고서” 한 것이 아니기 때문에 <국가보안법>상의 이적표현물죄에 해당되지 않으나, 갑이 운동권 학생이라면 당연히 책을 읽는 것은 계급투쟁을 선동하고 사회주의 사회를 이루기 위한 것으로 “국가의 존립안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 정을 알면서” 「자본론」을 탐독·소지한 것이 된다. 그러나 헌법재판소의 결정같이 객관적 기준에 귀속시킨다면 문제가 되는 것은 「자본론」을 가지고 다니면서 읽는 것 자체가 국가의 존립안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 객관적 위험성이 명백한가이다. 이 객관적 위험의 명백성을 아주 자의적으로 해석하지 않는 한 갑이 운동권 학생이든 경제학과와 유순한 학생이든 그 적용은 달라지지 않고 모두 처벌받지 않게 된다. 이러한 측면에서 <국가보안법>은 사실상 사람의 양심을 심사하는 성격을 갖는 것이며, 객관적 행위에 대한 평가보다는 행위자에 대한 평가에 치중하는 근대형법의 기본에 반하는 법이다. 그러나 객관적 기준에 의하더라도 남북 대치상황을 빌미삼아 자본론을 가지고 다니는 것 자체가 객관적으로 명백한 위험성이 있는 것이라고 해석할 수 없는 것은 아니다. 하지만 그러한 해석은 어의를 넘는, 문리해석에 반하는 것으로 법원이나 검찰 등 사법기관 혹은 준사법기관에게 상당한 법적인 부담을 가할 것이기 때문에 현재와 같은 법보다는 남용하기 힘들다고 생각한다.

62) 대판 1969.3.25. 69도99 참조

순히 분단에 의한 극우 반공체제에 의해서 생겨난 것이라고 규정했으나(실제로 상당부분 맞는 말이기도 하지만) 1980, 90년대를 지나가면서 그 기능이 변화하였다. 즉 과거에는 북한에 대한 투쟁과 그를 위해 남한 반체제세력 및 비판세력을 제거하기 위해서 <국가보안법>이 사용되었다면, 지금에 와서는 남한이 북한보다 앞선 국력을 가졌다는 것이 점점 더 객관적 사실로 나타나면서 오히려 북한과 무관하게 남한 내에서 자생적으로 생겨난 반체제세력들을 제거해야 할 필요성이 생겨났기 때문이다. 특히 운동권 내에서 북한을 비판적으로 보는 정파가 생겨나고 심지어는 북한을 사회주의 적으로 규정하는 분파⁶³⁾까지 생겨남에 따라 그들을 잡아넣을 근거가 필요했던 것이다. 실제로 북한도 자생적으로 자신의 사회를 발전시켜 나갔고 주체사상은 통상적인 사회주의 사상과 많은 차이를 보이게 되었다. 따라서 북한을 비판적으로 보는 일군의 반체제인사들을 북한을 동조한다는 이유로 처벌하는 것은 아주 공색한 일이 되고 말았다. 이 현상을 헌법적으로 말하자면 <국가보안법>의 근거가 제3조의 영토조항보다는 제37조 제2항으로 무게중심이 옮겨가는 변화가 생기고 있다는 것이다. 이는 만약 통일이 되면 <국가보안법>이 없어질 것이라는 낙관론에 대한 상당한 반론으로 작용할 수도 있는 것이다. 남한 중심의 흡수통일이 되더라도

63) 속칭 'IS'라고 하는 트로츠키를 추종하는 국제사회주의 그룹을 말한다. 그들은 스탈린의 소련이 사회주의 이상을 배신하였다고 생각하여 소련 역시 국가 자본주의라는 자본주의 변종에 지나지 않는다고 보았다. 더욱 더 후진적인 북한은 심지어 타도되어야 할 사회주의의 적으로 간주하였다. 이들에게 북한의 주장을 찬양·고무·동조한다는 누명을 씌우기는 아무리 <국가보안법> 자의적이라고는 하지만 쉽지 않은 일이었다. 1991년 개정 전 위 조 직을 만든 사람들은 무죄로 풀려났지만 개정 후에 가담한 자들은 유죄판결을 받는 해프닝까지 일어나기도 했다. 이는 부칙에서 개정법을 소급적용하지 않은 탓이었다. 「서울지법, 국보법 위반사건 이례적 무죄선고」, 「중앙일보」, 1992년 6월 23일자 참조

남한의 모순은 해결되지 않고 통일로 인하여 더욱 더 심화되고 단지 그 폭발이 지연된다면, 남한 내의 반체제세력 탄압을 목적으로 하는 <국가보안법>이 존치하지 못할 이유는 없는 것이다.

나. 존치론 비판

<국가보안법> 존치론은 체계적으로 주장되는 것은 없으나 대체로 남북 분단상황의 특수성으로 집약된다. 그렇기 때문에 <국가보안법>은 필수적이라는 것이다.⁶⁴⁾ 그러나 이러한 견해는 다음과 같은 문제점이 있다.

첫째, 전시에는 국민의 기본권이 여러 가지로 제약되는 것은 당연하다고 할 수 있다. 그렇다고 하더라도 우리 <헌법>의 정신과 민주주의 원칙상 과잉금지 원칙을 지켜야 하고 기본권의 본질적 부분은 침해할 수 없다고 할 것이다. 그러나 현재는 전시보다는 한 단계 위험성이 덜한 휴전시이다. 이러한 휴전상황을 법률적으로 규정하기는 어렵지만 전시에서도 용납되기 힘든 자의적 구금, 구속 및 처벌의 근거이자 과잉금지 원칙에 위배하여 신체의 자유 및 표현의 자유를 침해하는 위헌적인 법률인 <국가보안법>을 존치하여야 할 이유는 없는 것이다. <국가보안법>은 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제함으로써 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보함을 목적으로 한다(제1조 1항). 목적은 일단 정당⁶⁵⁾해 보이나, 그 수단은 결코 적절하

64) “<국가보안법>은 남북분단의 특수상황에서 북한의 대한민국 파괴책동에 대처하여 자유 민주주의체제를 수호하고 국민의 생명과 자유를 보장하기 위하여... 8차례 개정을 거치면서...” 법무부, 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2차보고서」, 1996년 7월(미제출), pp. 62-62 참조

65) 그러나 국가안보라는 개념 자체의 문제점도 없지 않다. 국가안보 자체가 다른 어떠한 가치보다 우월한 것처럼 인식되기 때문에 권력자들이 아주 이용

지 않다. 왜냐하면, 북한과의 군사적 대치상황은 군사력만으로 억제할 수 있는 것이고, 우리 사회의 내부갈등은 우리 역사가 증명하듯이 최후의 수단인 형벌로 해결할 것이 아니라 국민 개개인의 동의와 타협에 의해서 해결해야 하는 것이기 때문이다. 그것이 바로 국민 주권주의와 민주주의가 의미하는 바다. 우리 역사상 정치적 격변기가 지배자의 입장에서 보면 어쩌면 사회혼란이 극에 달하고 국가안보가 가장 위협받던 시기인지도 모른다. 4.19혁명이 그랬고, 5.18민중항쟁, 1987년 6월항쟁, 1987년 7, 8, 9월 노동자 대투쟁 등이 그러하였다. 하지만 그러한 갈등의 원인은 억압과 착취와 부정한 권력자에 항거한 민중들에게 있는 것이 아니라 지배자와 권력자, 전근대적인 자본가들에게 있는 것이었다. 어쩌면 그들이 사회혼란의 주범인 것이다. 오히려 민주주의가 확립될 때만이 사회갈등은 체제 내화되고 그 혼란의 폭도 줄어든다. 그렇다고 본다면 <국가보안법>이 그 위반자들을 강력하게 처벌하여 사회혼란을 막는 것은 전혀 적절한 수단이 아닌 것이다. 침해의 최소성 측면에서 보았을 때도 마찬가지이다. 수단이 적절하다고 하더라도 필요한 최소한만 처벌하여야 하는데 현행 <국가보안법>은 여러 가지 무정형한 행위에 대하여 무겁게는 사형에서부터 적게는 5년 이하의 징역에까지 처하고 있다. 따라서 침해의 최소성의 요건도 충족하지 못하였다. 또한 법익의 균형성도 없다고 본다. 신체의 자유, 표현의 자유는 민주국가에서는 최고도로 보장받아야 하는 것으로 다른 기본권보다는 훨씬 신중하게 제한되어야 함에도 불구하고, 단지 모호한 국가안보의 목적달성을 위해 중하게 처벌하고 있는 것이다.

둘째, <국가보안법>을 북한과 연계시켜 생각하는 것은 전체주의적

하기 쉬운 도구이기 때문이다. 이러한 국가안보 대신에 인간안보라는 개념이 새롭게 추창되고 있다. 이에 대해서는 한국인권단체협의회, 『탈냉전 신국제질서와 인권 - 국가안보와 인간안보』, 1995 참조

사고의 발로가 아닌가 싶다.⁶⁶⁾ 북한은 그 실상이 우리에게 투명하게 전달되고 있지는 않지만 하나의 전체주의 국가의 이상도 이하도 아닌 듯하다. 구소련의 경우를 보아도 그 문제점이 심각한데,⁶⁷⁾ 거기에다 봉건적 유제까지 결합된 모습이 현재의 북한이다. 그렇다고 해서 남한의 체제가 정당화되는 것은 아니다. 체제의 정당성은 다른 체제보다 조금 낫다는 것에서 비롯되는 것이 아니라 그 체제가 구성원에 대해서 얼마나 인간다운 생활을 보장해주는가에 달려 있기 때문이다. 그렇기 때문에 민주주의를 지향해야 하고 법치주의를 실현시켜야 하는 우리의 입장으로는 북한이 결코 우리 사회의 기준이 될 수 없고 북한과 무관하게 우리 공동체 구성원에게 기본권을 최대한 보장하여야 하기 때문이다. 북한과의 대결적 시각에 충실하다면 우리가 지향해야 할 체제는 박정희의 유신일 수밖에 없는 것이다.

다. 몇 가지 가능한 안

(1) 전면폐지

가장 바람직하지만 현재의 사회 역관계상 용이하지 않다. 후술하는 진보세력의 역량이 강하다면 가능하겠지만 현재로는 쉽지 않은 실정

66) 그 일 예로 북한의 형법 중 반혁명죄와 우리의 <국가보안법>을 연계시켜 동시에 폐지하여야 한다는 주장이다. "세계적으로 유례가 없을 정도로 가혹하고 반통일적인 북한형법의 개폐에 대하여는 아무런 언급도 하지 않고 우리 <국가보안법>만 폐지하라는 주장은 형평과 상호주의에 반할 뿐만 아니라 우리에게 일방적 사상무장 해제를 요구하는 것이 되어 부당하다." 북한연구소, 『북한형법의 실상』, 1990, p. 91, 박원순, 『국가보안법 연구』(3), p. 199에서 재인용.

67) 이에 대해서는 역사가 판단하게 하라. Roy Medvedev, *Let History Judge: The Origins and Consequences of Stalinism*, Oxford University Press, 1989(first published in 1971) 참조.

이다.⁶⁸⁾ 이론적으로 보자면, 예를 들면 북한은 국가가 아니고 반국가 단체이기 때문에 <국가보안법>을 폐지하면 간첩을 잡을 수 없게 되어 완전폐지를 했을 경우 법의 공백이 문제될 수 있다. 그러나 <국가보안법>이 없을 경우 형법상의 간첩죄로 규율하면 족하고, 북한을 국가로 규정하기 싫으면 형법에 하나의 특별규정을 두면 될 것이다. 나머지 죄들은 현재 존재하는 <남북 교류협력에 관한 법률> 등으로 규율하면 충분하다.⁶⁹⁾ 다만, 전면폐지한다 하더라도 형법상 내란, 외환의 죄 중

68) 김대중에게 쓸데없이 기대하는 사람들이 있다. 하지만 자민련과 이미 <국가보안법> 보완으로 합의를 보았고, 그 보완의 의미는 필자에게는 또 한번의 계약으로 보인다. 두고 볼 일이지만 김대중이 말하는 민주주의와 경제발전 중 어느 것이 더 현재의 지배세력에게 중요한지는 분명하지 않은가. 특히 1998년 3월 13일 대서면에서 정치범 사면이 소폭에 그친 점, 박노해의 경우 반성하지 않아 체제전복의 우려가 있어 사면하지 않는다는 박상천 법무부장관의 발언 및 고용안정과 실업대책을 주장하는 노동자들의 정당한 노동절 시위에 대해서 기존 집권자들과 똑같은 반응인 "폭력집회에 단호히 대처하라"는 지시를 내린 점 등은 지극히 실망스러운 것이 아닐 수 없다. 또한 진형구 대검찰청 공안부장은 자유 민주주의 체제수호 및 공공안녕 질서유지, 인권보장 조화, 철저한 정치적 중립성 보장 등을 3대 공안수사 방향으로 설정했다고 밝혀 마치 무언가 변화가 있는 양 '신공안'이라는 신조어를 만들어냈으나 당면과제로 제시한 것(공명정대한 6.4지방선거 실시, 대량 실업으로 인한 노사분규 차단, 한총련 재건기도 사전 봉쇄, 친북좌익세력 완전척결)을 보면 변화가 없음을 알 수 있다. 아마도 김대중이 인권이라는 말을 좋아하니 그에 따라 용어를 약간 윤색한 것이 아닌가 싶다. 「시인 박노해씨 옥중서신 "나는 반성하고 싶다" 공개」, 『동아일보』, 1998년 3월 27일자 ; 「검찰 <국가보안법> 탄력적 적용」, 『한겨레신문』, 1998년 4월 6일자 ; 「폭력집회에 단호히 대처」, 『조선일보』, 1998년 5월 3일자 참조.

69) 이에 대해서는 물론, 다음과 같은 고려가 필요하다. 과연 북한과의 교류에 당국의 허가와 당국에의 신고가 필요한 것인지와, 그에 위반하였을 경우 어느 정도의 제재가 적절한 것인지 말이다. 허가제와 신고제의 필요성은 인정될 수 있으나 위반시에 지나친 형사처벌을 가한다면 과잉금지에 반하여 위헌일 것이다. 그렇지 않다면, 이러한 법이 있다고 해서 그것이 자의적으로 운용되지 않는 한 위헌이라고 할 수는 없을 것이다. 다만, 이는 과도기의 법률로 남북관계가 긴밀해지면 폐지하여야 할 것이다.

모호한 구성요건이 규정되어 있는 것들이 있으므로 그러한 법까지 개정, 폐제되어야 한다.⁷⁰⁾

(2) 핵심조항 폐지

<국가보안법>상 가장 남용의 여지가 큰 핵심조항, 특히 제7조,⁷¹⁾ 제10조⁷²⁾를 폐지하지는 것이다. 제7조와 제10조는 <국가보안법> 사건 중 절대다수를 차지하는 것으로 그 남용의 정도 또한 극에 달한 실정이다. 그래서 최소한 이러한 조항을 폐지하는 것을 선결과제로 삼

70) 특히 형법 제99조 일반이적죄가 남용의 위협이 크다. 물론 동 규정은 “군사상의 이익”을 해하는 경우에만 적용되지만 남북한의 군사적 대치상황에서 그 의미가 확장될 수도 있다. 특히 직무와 관계 없이 지득한 군사기밀을 누설한 경우 일반이적죄에 해당한다는 대법원 판례에 주목해야 한다. 특히 군사상의 기밀개념이 광범위한 현재 판례경향을 본다면 남용의 여지는 충분한 것이다. 대판 1971.8.10. 71도1143, 대판 1982.7.13. 82도968, 대판 1982.11.23. 82도 2201 참조

71) 예를 들어 이적 표현물죄를 보자. 대개 다음과 같은 양상을 띠는데, 공간기관에서 조직사건을 터뜨리려고 수사를 하다가 그것이 여의치 않으면 구속된 사람들의 집을 뒤져 누구나 쉽게 구할 수 있는 사회과학 서적 몇 권을 가지고 이적표현물로 기소하게 된다. 이적표현물에 대한 대법원 판례는 확고하기 때문에 기소된 사람은 확실히 유죄판결을 받게 된다. 형이 확정되면 그 사람은 <국가보안법> 전과자가 되는데 <국가보안법> 전과자가 우리 사회에서 할 수 있는 일이 무엇인가. 이것은 한 명의 선량한 시민을 합법적으로 사회에서 매장시키는 방법이다.

72) 불고지죄처럼 회극적인 죄도 없을 것이다. 간첩 김동식 사건에서 교훈을 얻은 민중운동권 인사들은 누가 자신을 간첩이라고 밝히면 그 간첩이 검거되기 위해서라기보다는 안기부가 조작간첩 사건을 통해 공안정국을 일으키는 것을 방지하고 형사처벌을 면하기 위해 신고한다고 한다. 서울대 교수인 고영복 사건에서도 전국연합 산하 울산연합 한 간부는 처벌을 피하기 위해 경찰에 신고를 하고 그것이 공간기관의 음모라고 생각하고 기자회견을 하였다. 이에 따라 그 신고목적의 순수성에 문제가 있고 수사를 방해했기 때문에 보상을 못 주겠다는 공간기관의 입장표명이 있기도 하였다. 「간첩신고자 포상금안기부, 순수성 의문제기... 지급 불투명」, 『동아일보』, 1997년 11월 20일자 참조

는 것이 필요하다. 이 안은 진보세력의 역량이 그래도 어느 정도 강할 때 가능할 것이다.⁷³⁾

(3) 1990년 헌법재판소 결정⁷⁴⁾에 맞는 법개정

이 안은 헌법재판소 1990년도 <국가보안법> 제7조에 대한 한정합헌 결정의 취지에 맞게 “국가의 존립안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 객관적 위험성이 명백한 경우”라는 객관적 기준을 도입하여, <국가보안법>의 남용 가능성을 제한하지는 안이다. 이것도 객관적인 기준만 도입하면 어느 정도 <국가보안법>의 남용이 해소될 수 있으나 이것이 진보세력의 힘이 그렇게 강하지 않은 상태에서 논리적으로 공박해볼 수 있는 안이다.

(4) 대체입법

이것은 과거에 김대중이 평민당 시절부터 주장하는 것으로 <국가보안법>을 폐지하고 민주질서보호법안을 만들자는 안이다. 그러나 문제는 법의 명칭이 아니라 <국가보안법>이 유지하고 있는 핵심개념이므로, 단순히 표현행위가 명백하고 현존하는 위험을 야기시키지 않더라도 그 중대성만 인정되면 처벌할 수 있다는 관념이 유지된다면 대체입법은 아무런 의미를 갖지 않는다. 그러므로 이 안은 하나의 생색

73) 역시 이 안도 쉬운 일은 아니다. 1993년 안기부법 개정으로 <국가보안법> 제7조, 제10조의 수사권을 안기부에서 검찰로 이관시켰으나, 1996년 날치기 때 안기부 출신 정형근 의원 등의 공작으로 다시 수사권이 부활되었다. 수사권의 일부만의 박탈도 쉽지 않는데 조항의 폐지는 더욱 그럴 것이다. <국가보안법>에 “국가의 존립안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서”의 요건이 추가된 1991년 개정 때도 공간기관의 반발이 드세었다.

74) 1990.4.2. 89헌가113.

게 우월적 지위를 갖는 집회시위의 자유에 대한 제한을 가할 권한을 부여하는 것은 온당하지 않다. 보다 더 높은 관청(예를 들면 도지사나 같은 광역 자치단체장)에게 부여하고 금지통고 처분이 내려지면 바로 법원에 제소할 수 있고 그 시일이 걸릴 수 있으므로 일종의 가처분을 얻어 금지통고의 효력을 정지시키는 절차를 규정하여야 한다.⁷⁷⁾ 이것이 형사사건은 아니나 변호사의 조력을 얻을 수 있는 절차를 마련하는 것도 필수적이라고 생각한다.

또한 금지통고된 집회를 하여도 그 자체로 형사처벌 사유는 될 수 없으며 일종의 행정벌인 과태료를 매기는 것이 적정하다고 본다. 설혹 금지통고된 집회가 행해졌다고 하더라도 그 집회에 의하여 폭행 협박 등 형법이나 처벌법규가 규정된 타법에 위반되지 않는다면 금지통고가 규정된 집회라도 처벌받지 않도록 일종의 과태료 면제사유로 규정하고, 후일 금지통고가 취소되더라도 마찬가지로 하는 것이 타당하다.

76) 신동운, 『형사소송법』, 1993, p. 619 참조

77) 물론 해석론으로 가처분이 인정될 수 없는 것은 아니나 법의 근거규정을 두어 보다 더 확실한 절차규정을 두는 것이 좋다. 서울고등법원은 "ILO(국제노동기구) 기본조약비준 및 노동법 개정을 위한 전국노동자공동대책위원회(공동대표 권영길)가 1992년 11월 8일 서울 여의도 한강시민공원에서 개최할 예정인 전국노동자대회를 당국이 불허한 것은 부당하다며 서울영등포경찰서장을 상대로 낸 '옥외집회 금지통고 처분효력정지 가처분신청'을 "이유있다"며 받아들인 사례가 있다. 「노동법개정 촉구 여의도집회 경찰불허는 부당」, 『동아일보』, 1992년 11월 7일자 참조. 그러나 판례는 행정처분에 대해서는 <행정소송법> 제10조에 의하여 집행정지신청을 해야지 가처분신청을 하여서는 안 된다고 실시한 예가 있어 '집회금지통고 처분효력정지 가처분'이 가처분 자체로서 인정되지 않을 가능성이 있는 것이다. 대법원 75.12.30. 74마446 결정 참조

나. 신고제도의 문제점

신고제도는 원칙적으로 필요하나, 현행과 같이 신고가 되지 않더라도 1년 이하의 징역을 과하는 것은 과잉금지 원칙에 반한다. 신고제도의 취지는 경찰의 집회·시위 관리의 편의를 위한 것으로 그에 위반하여 집회·시위를 하는 것은 행정벌인 과태료를 가하면 족한 것이다. 신고 없이 집회를 하였다 하더라도 형법이나 타 처벌법규가 있는 법에 위반되지 않으면 특별히 처벌할 일은 없는 것이고, 위반사항이 있으면 그에 따라 처벌하면 족한 것이다. 역시 집회나 시위에 의해 아무런 위법이 발생하지 않았더라면 과태료 면제사유로 규정하여야 한다.

다. 야간집회 제한의 문제점

야간집회 제한을 무조건적으로 경찰서장의 재량에 맡겨 허가사항으로 하는 것은 문제다. 야간에는 질서유지가 힘든 것이 사실이나 집회·시위의 자유의 우월적 지위를 고려하건대 이러한 포괄적인 제한구정보다는 야간집회가 명백하고 현존하는 위협을 야기할 경우에만 제한할 수 있도록 하는 것이 타당하다.

라. 주요 국가기관과 공관 앞에서의 시위제한 금지

국민 주권주의 원칙상 국민은 자신들의 충실한 종인 국가기관의 최고위 구성원들에게 의사를 표시할 수 있다. 무조건적으로 국회나 법원 앞에서 집회를 금지시키는 것은 국민 주권주의에 정면으로 반하는 권위주의적 발상이라고 할 것이다. 이러한 곳에서 국민들은 누구나

집회나 시위를 할 수 있는 것이다. 그것이 공무집행 방해가 되지 않는 한 당연히 허용되는 것이다. 이러한 제한 역시 시대착오적인 것으로 당연히 철폐되어야 한다.

외국공관의 경우는 외교적인 문제가 있으므로 집회나 시위를 제한하는 것은 입법목적의 중요성이 인정된다. 그러나 우리나라는 150개국을 넘는 나라와 수교하고 있으며 그 나라들의 대사관과 공관의 100미터 이내의 장소에서 시위를 금하면 결국은 외국공관이 밀집해 있는 서울과 같은 경우 아주 포괄적인 지역에서의 집회·시위가 불가능해지는 불합리한 규정이 아닐 수 없다. 제11조 3호와 같이 행진의 경우, 외국기관의 경우는 예외로 하여야 한다. 경찰과 공간기관이 이러한 불합리한 규정을 충분히 남용할 가능성이 있는 것이다.

3. <기부금품 모집 규제에 관한 법률>의 문제점

기부금품 모집법은 <정치자금에 관한 법률>에 의해 규율되지 않고, 법인, 정당 등의 소속원으로부터 가입금 등을 각출하는 경우가 아닌 때에만 적용되는데(동법 제2조 제1항, 제3조), 이 법에 의해 기부금품을 모집하는 경우에는 내무부 장관 또는 특별시장·광역시장·도지사의 허가를 받아야 할 뿐 아니라, 그 허가대상이 제한되어 있다(동법 제4조).

따라서 민간 사회단체가 그 구성원 외의 사람을 대상으로 하여 기부금품을 모집하는 경우는 허가사항에 해당하지 않으므로 위법하게 된다. 이는 사회단체들이 중심이 되어 새로운 정치적 이슈를 가지고 사회운동을 할 경우 다수의 국민으로부터 금품을 모집할 수 없도록 하는 문제가 있다. 이것은 정치적 의사를 표현하고자 하는 다수의 시민들이 가진 정치적 영역에서의 의사표현의 자유를 과잉금지의 원칙에 반하여 침해할 수 있고, 특히 사정기관이 이를 악용할 경우 그 문

제점은 심각해진다고 할 수 있다.⁷⁸⁾

4. PC통신에 대한 불합리한 규제

현재 PC통신 가입자는 증가일로에 있다. PC통신은 하나의 주요한 여론 주도 매체로, 젊은 사람들에게는 일종의 필수적인 통신수단이다. 그러나 여러 가지 모호한 법규정에 의하여 그 서비스를 중지하는 일이 빚어지고 있다. 특히 그것이 민감한 정치적 사안일 때 그렇다.⁷⁹⁾ <전기통신 사업법>은 전기통신을 이용하는 자는 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 내용의 통신을 하여서는 아니된다고 규정하면서, 정보통신부 장관은 전기통신 사업자로 하여금 그 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있다고 규정하고 있다(동법 제53조 제1항, 제3항). 시행령에서는 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 내용의 통신을 ① 범죄행위를 목적으로 하거나 범죄행위를 교사하는 내용의 전기통신, ② 반국가적 행위의 수행을 목적으로 하는 내용의 전기통신, ③ 선량한 풍속, 기타 사회질서를 해하는 내용의 전기통신이라

78) 정권의 방침에 반하는 운동에 대한 탄압은 얼마든지 가능한 것이다. 북한 동포돕기 모금운동에 관해서 민간단체인 전국연합을 횡령죄로 수사한 것은, 이 법을 적용하지 않았지만 탄압의 가능성을 보여주는 것이다. 이는 국채보상운동 당시 일본경찰이 그 운동의 주도자 양기탁을 횡령죄로 처벌하려 했던 것을 연상시키는 대목이다. 검찰은 회계장부의 처리 미숙을 횡령죄로 몰고갔으나 혐의가 없음이 명백하자 한발 빠지는 모습을 보였다. 이 사건에서도 <기부금품 모집 규제에 관한 법률> 위반이 문제되었으나, 사실상 명분이 없어 처벌할 수 없었던 것으로 보인다. 「거뒀진 혐의 상처남은 '복둑기」, 『한겨레신문』, 1997년 7월 3일자 참조

79) 1995년 한국통신 노조의 파업, 1996년 한총련 사태에도 한국통신노조와 한총련의 CUG를 폐쇄하였고, 1997년에는 심지어 한총련 의장의 개인 ID마저 삭제하였다. 「한총련의장 ID번호 컴퓨터통신사서 삭제」, 『한국일보』, 1997년 5월 28일자 참조

고 정의하고 있다(동법 시행령 제13조). 그러나 반국가적 행위 내지 선량한 사회풍속 기타 사회질서를 해하는 행위의 수행 등은 모호한 개념으로 그 남용의 위험이 있다. PC통신은 이제 전화와 마찬가지로 하나의 기본적인 통신수단으로 자리잡아 가고 있고, 따라서 단순한 정치적 이유로 PC통신 사용을 제한하는 것은 PC통신을 이용하는 시민들의 정치적 의사표현의 자유를 침해한 것이다. 위 조항은 위헌적인 법률로 보다 명확하게 그 제한사유가 규정되어야 할 것이다.

IV. 정치적 영역에서의 표현의 자유 보장방안

1. 목적

다음으로는 목적에 대한 명확한 인식이 있어야 한다. 즉 정치영역에서 표현의 자유가 왜 확보되어야 하는가에 대한 인식이다. 이는 공동체의 발전과 개인의 인권보장 차원에서 필요하다. 표현의 자유는 인간의 기본적 권리이기도 하지만 한 공동체에게는 그 이상의 의미가 있다. 표현의 자유는 어떠한 사상도 무오류의 것은 없다는데 근거하고, 어떠한 사상도 일말의 타당성을 가지고 있다는 신뢰에 기초한다. 하나의 공동체가 하나의 이념과 그에 근거한 제도를 가지고 나아가다 한계에 봉착했을 때 그리고, 이를 극복하기 위하여 새로운 이념과 제도가 필요할 때 과연 어떠한 기제에 의하여 그것이 가능할 것인가는 하나의 공동체의 명운을 좌우하는 일이다. 그것은 그 공동체가 선택할 문제이지만, 최소한 다른 방향에 대하여 이야기하는 자의 입을 막고 가둔다면 과연 그 공동체에게는 위기가 닥쳤을 때 어떠한 미래가 있겠는가.

2. 구체적 목표

구체적 목표는 전략적으로 정치영역에 있어서의 표현의 자유를 얻기 위해 꼭 달성되어야 하고 한정된 역량을 집중시키기 위한 지점을 의미한다. 그렇다고 하여 전술한 여러 법상의 문제점이 덜 중요하다는 것은 아니다. 다만 한정된 역량이라면 어떠한 부분에 힘을 투입하여야 할 것인가가 중요하다고 본다. 이것은 주로 조직에 관한 것과 실체법에 관한 것으로 나누어볼 수 있다.

가. 조직의 관점에서 본 경우

(1) 안기부 폐지

안기부는 원칙적으로 폐지되어야 하고 그것이 가능하지 않다면 기본적으로 안기부가 가지고 있는 수사권을 안기부로부터 빼앗는 것이다. 어느 나라도 국외문제에 관한 정보기관은 필요하나, 민주국가에서 국외정보기관에게 수사권까지 부여한 예는 없고, 그 예를 찾자면 구소련의 KGB와 구동독의 SSD가 대표적이다. 그러나 가장 바람직한 것은 안기부 자체가 폐지되고 보다 더 국민의 통제를 받는 새로운 조직의 정보기관을 구성하는 것이다. 그 이유는 과거 1993년 법개정으로 <국가보안법> 제7조와 제10조에 대한 수사권을 안기부로부터 박탈하였으나, 안기부 출신 국회의원 정형근과 안기부의 집요한 공작으로 1996년 12월의 날치기 때 안기부는 다시 수사권을 회복하게 되었다. 이러한 전례를 볼 때, 단순한 법상의 수사권을 박탈하는 것보다는 안기부 조직자체의 폐지와 새로운 정보기관을 만드는 것이 막대한 권한을 가진 안기부의 사보타지와 개혁에 대한 저항을 막을 수 있는 효율

적 목표이다.⁸⁰⁾

(2) 검찰, 경찰 공안부 축소

안기부에서 수사권을 빼앗더라도 여전히 검찰과 경찰이 가지고 있는 정보수사권의 남용이라는 문제는 남는다. 경찰과 검찰은 정보기관과는 달리 상대적으로 국민에게 공개된 조직으로 권한의 자의적 행사에 대한 통제가 상대적으로 용이하다고 할 것이다. 그렇다고 하더라도 역시 경찰과 검찰의 보안과, 공안부 등 시국을 전담하는 부서는 비대하고, 안기부와 무관하게 자신들의 권한을 행사할 수 있는 여건을 갖추고 있으며, 실제로도 그러한 권한을 행사하고 있다.⁸¹⁾ 이러한 기구의 예산을 줄이고 권한을 축소하는 것이 급선무이다. 특히 검찰의 경우는 그 동안 막강한 권력을 행사하여 왔기 때문에 이에 대하여 안기부와 동일한 식으로 반발할 수도 있다. 이에 대하여 주의하여야 하며, 영장실질심사제의 후퇴에서 보여지듯이 검찰 출신의 국회의원이 상당히 존재하기 때문에 이러한 반발은 공식적 또는 비공식적인 경로

80) 김대중 집권 후 복풍수사와 관련하여 안기부에 대한 대대적 숙청이 행해지고 있으나 제도적인 개혁까지 나아갈 수 있을지는 미지수다. 그 결과가 단지 김대중에게 충실한 소수 정예의 안기부라면, 인사숙청은 아무런 의미가 없다고 본다. 최소한 1996년 날치기 때 회복된 <국가보안법> 제7조와 제10조의 수사권은 검찰로 재이관시켜야 하고 더 나아가 수사권 자체를 폐지하지 않는 한 김대중의 안기부 개혁은 의심스럽다고 볼 수밖에 없을 것이다.

81) 많은 이들이 검찰의 독립을 계속 주장하여 왔지만 독립된 검찰이 공안문제에 대하여 자의적으로 권한을 행사한다면 더욱 더 심각한 문제일 수 있다. 예를 들면 이장희 교수 사건을 보라. 이에 대해서는 하종대, 「나는야 통일 1세대,는 이적서적인가?」, 『신동아』, 1998년 1월, pp. 392-397 참조.

심지어 검찰에서는 지식인 사회의 이적성의 수위가 심각하다고 보고 학위논문의 이적성까지 심사한다고 하였다. 검찰은 신분보장이 되어서 그런지 아직도 유신시절을 살고 있다고 생각하는 것 같다. 『교과서삭제 검찰, 교과서 '체제비판' 시비』, 『한겨레신문』, 1997년 11월 29일자 참조.

를 통해 거세게 일어날 우려가 있으므로 주의하여야 한다.⁸²⁾ 경찰의 경우는 지방자치제의 확대와 맞물려 현재 김대중 당선자도 지방경찰제를 도입하겠다고 공약하였으므로 지방의회를 통한 견제도 가능하므로 보다 축소가 용이하리라고 본다.

(3) 국가인권위원회의 설치

시민들의 표현의 자유를 보장하기 위해서는 독립성과 자율성이 보장되는 대통령 직속 혹은 국회에 의하여 선출되는 인권위원회를 설치하여야 한다.⁸³⁾ 공안기관들이 지나치게 비대하여 무소불위의 권한을 행사해온 과거의 경험을 비추어볼 때 그 기관의 개혁자체만으로는 정치적 표현의 자유의 확보는 쉽지 않다. 따라서 국가기관 내에 시민의 표현의 자유를 옹호할 수 있는 기관을 만들어 공안기관의 전횡을 견제하고, 나아가 국민들의 표현의 자유에 대한 인식을 고양시킬 수 있으리라 생각된다. 이러한 인권위원회는 현재 캐나다, 오스트레일리아, 뉴질랜드, 인도, 인도네시아, 필리핀 등 40여 개 국가에 이미 설치되어

82) 국회법사위원장 변정일은 1997년 11월 18일 법제사법위원회 회의실에서 다음과 같이 발언하여 파란을 일으켰으나 그 내용은 속기록에서 삭제되었다. "사실 3당 총무간에는 검찰총장이 동의하면 1998년 1월 임시국회에서 <형사소송법>을 개정하기로 합의했는데 검찰 총장이 강력하게 반대하여 총무회담이 결렬되었습니다." 이것은 국회의 주요 3당의 원내사령탑의 합의를 검찰 총장이 뒤집었다는 의미이다. 또한 검찰은 국회의원의 지역구 지청장까지 동원하여 국회의원들에게 로비했다고 한다. 이에 대해서는 장원준, 「1년 만에 구속영장주도권 뒤바뀐 "형사소송법 통과" 막전막후 - 검찰의 전격작전 대 법원의 사력방어... 초유의 대충돌」, 『월간조선』, 1998년 2월, pp. 478-487 참조.

83) 박상천 법무부 장관은 1998년 4월 6일 대통령에 대한 업무보고에서 위원장을 장관급으로 하는 국가인권위원회를 설치하겠다고 말하였다. 이것이 상정적인 것이 아니라면 기구구성의 독립성과 권한의 독립성이 보장되어야 할 것이다. 「검찰이 바로서야 나라가 바로 선다」, 『법률신문』, 1998년 4월 16일자 참조.