

選舉公約의 違憲性

- 議員 및 候補者의 選舉公約에 대한 規制 -

全在慶*

차례

- I. 選舉公約의 意義와 實態
 1. 選舉公約의 意義
 2. 議員選舉 公約의 實態
- II. 選舉公約의 構造와 範圍
 1. 法的 構造
 2. 地方化 以前의 遺物
 3. 選舉公約의 範圍
- III. 選舉公約의 限界
 1. 理念的 限界：自然的 正義
 2. 立法權의 限界：權力分立
 3. 社會經濟的 限界：地域間 不平等
- IV. 公約이 議員의 職務遂行에 미치는 影響
 1. 地位의 變質
 2. 職權濫用
 3. 牽制와 均衡 侵害
- V. 議員의 地位回復과 公約의 可能性
 1. 地位의 分離
 2. 監視者의 機能
 3. 制度改善型 公約
 4. 事業制限型·監視型 公約
- VI. 結論

* 韓國法制研究院 首席研究員, 法學博士

무심코 지나치고 있지만 - 자기와 출신지역이 같은 후보에게 무작정 마음이 끌리는 정치중후군에¹⁾ 못지 아니하게 - 많은 부작용을 내포하고 있는 정치행태가 있다. 바로 각종 선거에서 내거는 의원²⁾후보들의 공약이다. 선거공약은 일반적으로 참정권과 표현의 자유의 일환으로 보장된다.³⁾ 지키지 못할 '과대 공약'이 문제가 아니라 공약의 내용이 방향 감각을 상실한 '탈선공약'이 문제된다.⁴⁾ 단체장후보의 선거공약은 별로 문제되지 아니한다. 오히려 의회 의원후보들의 선거공약이 단체장의 그것을 모방하는 현상이 문제된다.⁵⁾ 이를테면 선거공약의 내용이 '시장'후보의 그것과 다를 바 없는 '시의원'후보의 공약이 그 예이다.⁶⁾ "각자에게 그의 것을"이라는 정의의 기본원리에 비추어 본다면 이러한 '공약의 혼동' 현상은 잘못되었다.⁷⁾ 더욱 유감스러운 현상은 당선후에도 선거공약을 지키려고 의원이 "의원 본연의 지위를 일탈한다"는 사실이다. 이러한 사태는 권력분립을 규정하고 있는 헌법정신에도 반한다. 그럼에도 후보자나 유권자 모두 이러한 일탈 내지 혼동에 무심하다. 이에 대한 비판도 찾

- 1) 현대 한국의 정당들은 정책보다 지역감정에 기초한 정치활동을 전개하였다. 결과적으로 "호남당, 영남당, 충청당으로 일컬어질 만큼 지역감정에 기반한 정당균열을 보였다. 매 선거마다 - 특히 1987년 이후의 각종 선거에서 - 지역감정의 정치적 동원은 선거의 가장 중요한 기제로 활용되었고, 유권자들은 이를 비판하면서도 투표현장에서는 정치인들의 지역감정 동원에 그대로 호응하는 양태를 보였다." 정영국, "민주정치 실현과 유권자 혁명" 공청회 '선거문화개혁 어떻게 할 것인가?' 자료집 (공명선거실천시민운동협의회 : 1997·10·15), 81쪽.
- 2) 이 글에서 '의회'는 다른 언급이 없는 한 '국회'와 '지방의회'를 포함하고 '의원'이라 함은 국회의원과 지방의회의원을 포함한다. '지방의회의원'은 시·도의원과 시·군·구의원을 포함한다.
- 3) Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* 2nd. ed. (Foundation Press: 1988), pp. 1129~1132, §13~26. Regulation of Campaign Speech.
- 4) 물론, 사기성공약(campaign deception)에 대한 규제법률은 선거연설의 내용을 규제하는 다른 법률들과 마찬가지로 엄격한 사법심사를 받는다 : *Brown v. Hartlage* 456 U.S. 45(1982), 참조.
- 5) 예컨대, 1995년 6월의 지방선거에서 경기도 K市 의원에 출마한 K후보는 도로변 방음벽 공사를 공약으로 내걸었는데 이는 K市 시장에 출마한 L후보의 공약과 내용이 같았다. 이들은 당선된 후에도 방음벽 공사가 자신들의 '공약' 사항임을 내세워 예산을 확보하기 위하여 노력하였고 공사완료(1997년 9월)후에도 이 공사가 자신들의 업적이라고 주장하였다.
- 6) 같은 선거에서 유사한 공약을 금지하는 법률의 합헌성을 부정한 판례로는, *McIntyre v. Ohio Elections Comm'N*, -U.S.-, 115 S. Ct. 1511(1995), 참조.
- 7) Lockhart/Kamisar/Choper/Shiffrin/Fallon, Jr., *Constitutional Law* 8th. ed.(West Publishing Co.: 1996), p.970, "Anonymous Political Speech", 참조.

아보기 힘들다. 이하에서는 의원 선거공약의 한계를 살펴보고 대안을 제시한다.

I. 選舉公約의 意義와 實態

1. 選舉公約의 意義

공명선거가 실현되기 위하여서는 비리폭로보다는 정책대결을 지향하여야 한다. 그러나 한국의 정치는 정책경쟁의 정치가 아니라 삼국지식 권력전쟁과 이합집산 및 ‘배신의 정치’가 일상화되고 있다.⁸⁾ 이러한 질곡을 벗어나 공정한 정책대결을 이루기 위하여서는 선거 공약의 객관성과 합리성이 확보되어야 한다. 물론 ‘공중에 대한 정치적 약속’이라는 취지의 ‘공약’ 또는 ‘선거공약’이라는 용어는 사회통념상 정당의 정강·정책 또는 공직선거후보들의 정견을 지칭하는 말로 빈번하게 사용되지만 법률용어는 아니다.⁹⁾ 그러나 중요한 문제는 정책선거에¹⁰⁾ 대한 열망에 비하여¹¹⁾ 공약에 대한 세간의 관심은 - ‘허풍공약’ 또는 ‘과대공약’이라는 비판을 넘어 대안을 제시하는 - 이론적 접근이 대단히 빈곤하다는 사실이다.

선거문화를 직접적으로 규율하는 공직선거및부정선거방지법은¹²⁾ 선거에 참여하는 정당·후보자 등에게 공정경쟁의무를 부과하면서도(제7조), 선거절차의 공정성과 선거자금의 규제에 치중할 뿐 선거공약의 한계에 관하여서는 침묵을 지키고 있다. 후보들의 공약은 선거운동의 일환으로 발표되기 때문에 ‘선

8) 김광식, “미디어정치를 어떻게 읽을 것인가” 공명선거실천시민운동협의회, 앞 자료집, 46쪽.

9) 현행 선거 또는 정치관계 법률중 ‘공약’ 또는 ‘선거공약’이라는 용어를 규정하고 있는 법률은 한 건도 없다. 이 글에서는 정당 또는 후보의 정강·정책·정견을 포괄하는 사회적 개념으로서 ‘공약’(公約)이라는 용어를 원용한다.

10) ‘정책선거’란 “후보자들은 정책을 중심으로 경쟁하고 유권자들은 정책적 차별성에 따라 선택하는 선거”를 말한다. 유권자는 후보자가 제시한 정책의 우열 또는 선호도에 따라 후보자를 선택하는 상대적으로 소극적인 역할에 머무른다. ‘적극적 정책선거’는 “조직화된 유권자들이 자신들의 이해관계와 주장이 정책의 형태로 반영되도록 노력하고 또 그와 같은 참여의 통로가 보장되는 선거”를 말한다. 윤석규, “정책선거 실현을 위한 과제” 공명선거실천시민운동협의회, 앞 자료집, 49쪽.

11) 한국의 선거풍토는 “정당간의 뚜렷한 정책적 차별성이 보이지 않고 정책형성 활동도 부각되지 못하고 있다. 오히려 지역갈등 현안이나 한약분쟁처럼 집단이익갈등 현안 등에 대하여서는 ‘표’를 잃을까봐 ‘선택’을 자제하는 기회주의적 성향을 보인다.” 정영국, 앞 글, 77쪽.

12) 1994년 3월 16일의 법률 제4739호 : 최근개정 1997·1·13 법률 제5262호.

거운동'에 관한 장(같은 법 제7장)에서 공약의 한계를 설정함이 바람직함에도 같은 법은 “누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다”(제58조제2항)는 선거운동자유의 원칙을 선언하는데 그치고 선전벽보(제64조)·선거공보(제65조)·소형인쇄물(제66조) 등에 관한 규정에서 형식적·절차적 요건만을 규율하고 있다.

공약에 관한 판례도 찾기 어렵다. 후보가 당선된 뒤에 선거공약을 이행하지 아니하였다고 하여 법적 분쟁이 야기될 소지가 없으며 공약의 준수여부는 정치적 심판의 대상이 될 뿐이다. 현행 정치제도상 공약의 준수는 '정치적 신의'의 영역에 속할 뿐이다. 지도자의 정치적 신의란, 마키아벨리의 주장에 따르면¹³⁾, 지켜지지도 아니할 뿐만 아니라 지키지 않아도 좋다. 하물며 선거에 당선되어야 한다는 염원 뿐인 후보들은 어떠한 거짓말도 공약으로 표방할 가능성이 있다. 상급심판례는 선거운동의 자유를 관대하게 이해하고 공직선거및부정선거방지법을 형식적·절차적 측면에서 해석한다.¹⁴⁾

2. 議員選舉 公約의 實態

총선이나 지방선거에는 각양각색의 공약들이 등장한다. 그 중에서도 개발이나 건설 또는 시설유치 등을 내세우는 공약은 약방의 감초이다. 예컨대, 1996년 4월 11일에 실시된 국회의원 총선은 '과대'공약 뿐만 아니라 '탈선'공약의 전시장이었다.¹⁵⁾ 서울 지역에서는 '지역개발론'이 승리의 공통분모이었다

13) “무릇 군주라 함은 . . . 나라를 유지하기 위하여는 신의도 저버릴 줄 알아야 하며 자비심을 버리고 인간미를 잃고 반종교적인 행동도 때때로 취하지 않을 수 없다 . . . 대중에게 선한 인간으로만 통하려고 생각한다는 이는 잘못된 일이다 . . . 군주는 운명의 변화, 사태의 변천에 따라 자유자재로 행동할 줄 알아야 한다.” N. B. Machiavelli, 『君主論』(삼성출판사:1982), 임명방 옮김, 80쪽.

14) 서울고등법원 1993·10·7 선고 93노1519 제5부형사부판결(국회의원선거법위반등 피고사건) : “선거운동이 비용의 절감 또는 선거공영제의 원리에 따라 제한받게 됨이 당연한 것으로 인식될 수 있을지라도 그것은 어디까지나 선거운동의 방법이나 시간 등 외적인 형식적인 측면의 제한이며, 선거운동으로서 행해지는 표현의 실질 내용에 관하여는 보다 강한 정도의 자유가 추정되어야 한다고 할 것이다. 이러한 테두리 안에서 선거운동을 제한하는 법률상의 제한은 그 한계를 갖게 된다.”

15) (1) 서울 은평 乙의 L후보 : “지역내 그린벨트에 대학을 설립하고 서민주택을 건설하겠다” (2) 경기 과천·의왕의 P후보 : “관내의 그린벨트를 모두 풀어주고 고압 송전선을 아예 못들어 오게 막아 주겠다” (3) 충남 서산의 아무개 후보 : “철도를 부설하고 항공우주공단을 조성하겠다. 또 그린벨트 지역을 모두 국가에서 매입·보상하도록 하겠다” (4) 서울 마포 甲의 P후보 : “각 동마다 소공원을 조성하겠다” (5) 서울 서초 乙의 A후보 :

는 분석도 있다.¹⁶⁾ 1991년 6월과 1995년 6월의 지방선거에서도 다수의 의원선거 후보자들은 개발성 공약 또는 처분성 공약을 많이 내걸었다.¹⁷⁾

이러한 공약들은 재원이나 법적 규제 때문에 그 실천이 어려울 뿐만 아니라 기본적으로 의원으로서의 권능을 벗어나는 것들이다. 예컨대, “그린벨트에 대학을 설립하겠다”는 공약은 두 가지 오류를 범하고 있다. 먼저 그린벨트 안에는 ‘대학’설립이 불가하다. 다음에 ‘대학’설립은 국회의원의 권한에 속하지 않는다. 또 ‘철도’부설과 같은 공약은 대통령 선거에서나 볼 수 있는 현상이다.

개발지향성 내지 행정처분성 공약이 범람하는 가운데, 의원 본연의 지위에 부합되는 공약을 내건 사례도, 극소수이지만, 있었다. 경기도 K市에서 1995년 6월 시의원 선거에 출마하였던 J 후보는 “시민행정위원회를 설치하겠다”는 공약을 내걸었고 S 후보는 ‘주민자치’라는 항목에서 “주요 시정에 시민들이 직접 참여할 수 있고 원로들의 경륜이 반영될 수 있는 법적 장치를 강구하겠다”는 공약을 내세우기도 하였다.

지방자치단체장의 공약과 차별화를 시도한 공약도 있었다. 경기도 K·W선거구에서 1996년 4월 국회의원 총선에 출마하였던 E 후보는 ‘지방정부의 기능활성화’ 내지 ‘민선단체장의 사업지원’이라는 항목을 통하여 “단체장이 할 일과 국회의원이 할 일을 구별하여 상호 협력을 도모하고 지역특성이 살아나도록 노력하겠다”는 공약을 발표하는 한편 ‘환경도시의 건설’이라는 항목에서는 “통과차량 공해억제·고압 송전선 피해방지·그린벨트내 피해조정”이라는 공약을 내걸었다.

“세금은 3분의 1로 벌금은 10분의 1로 삭감하겠다”. 東亞日報 1996년 4월 5일자 제1면 “일부 후보 ‘공약’ 남발”.

16) 학자에 따라서는 이러한 현상을 ‘이익투표로의 발전적 전환양상’으로 명명한다. 이기옥, “지역개발은 국회의원이 아닌 지방의원의 역할이다” 지방자치 1996년 6월호, 10쪽.

17) 예컨대, 1991년 6월의 지방선거에서 경기도 K市 ‘도의원’에 출마한 후보들이 주민들의 민원을 반영하여 발표한 공약중에서 공통인자들을 추출하면 다음과 같다 : (1) 초등학교 급식예산 확보 (2) 종합병원의 설치 및 체육·문화·예술 공간의 확보 (3) 무료탁아소 설치 (4) 영세민 보호대책 (5) 지역난방유치. 이러한 경향은 1995년 6월의 K市 ‘시의원’ 선거공약에서도 되풀이 되었다 : (1) 중고교생 완전급식의 실시 및 고교생 근거리 통학 (2) 공공 예체능교실 및 방과후 아동교실의 운영 (3) 탁아소 증설 및 주부교실 확대 (4) 농산물 직거래소 및 재활용센터의 설치.

II. 選舉公約의 構造와 範圍

1. 法的 構造

국회는 입법권(헌법 제40조), 중요 조약의 체결·비준에 대한 동의권(헌법 제60조), 재정에 관한 권한¹⁸⁾, 대정부견제권¹⁹⁾, 국정감사권·국정조사권(헌법 제61조제1항), 탄핵소추권(헌법 제65조), 중요 공무원선임권·임명동의권²⁰⁾ 등을 가진다. 이러한 권한중에서 국회의원이 자기의 선거공약을 실천하는데 가장 빈번하게 활용하는 권한은 ‘재정에 관한 권한’과 국정감사권이다. 특히 국회의원은 상임위원회별로 진행되는 예산안심의(헌법 제54조제1항)에서 개발공약과 관련된 예산을 반영시키고자 노력하고 국정감사를 통하여 자기의 공약에 부정적인 영향을 미치는 사업 또는 행위의 부당성을 추궁한다.

지방의회는 조례의 제정과 폐쇄(지방자치법 제35조제1항제1호)라는 고유 입법권 이외에도 재정에 관한 여러 권한을 보유한다.²¹⁾ 아울러 (법령과 조례에 규정된 것을 제외한) 예산의 의무부담이나 권리의 포기(지방자치법 제35조제1항제8호)에 관하여 의결한다. 청원의 수리와 처리(같은 항 제9호)를 담당한다. 한편 지방자치법(제35조제1항제7호)은 ‘공공시설의 설치·관리 및 처

18) 재정입법권(헌법 제59조:조세법률주의), 예산안 심의·확정권(헌법 제54조제1항), 예비비지출에 대한 승인권(헌법 제55조제2항), 기채동의권 및 예산외의 국가부담이 될 계약체결에 대한 동의권(헌법 제58조), 재정적 부담이 있는 조약체결에 대한 동의권(헌법 제60조제1항), 긴급재정·경제처분에 대한 승인권(헌법 제76조제3항) 그리고 결산심사권(헌법 제99조)이 여기에 포함된다.

19) 국무총리임명동의권(헌법 제86조제1항), 국무총리·국무위원 출석요구권 및 질문권(헌법 제62조), 국무총리·국무위원 해임건의권(헌법 제63조), 긴급재정·경제 처분·명령(헌법 제76조제1항)과 긴급명령(헌법 제76조제2항)에 대한 승인권(헌법 제76조제3항), 계엄해제요구권(헌법 제77조제5항), 선전포고 및 국군해외파견·외국군주류에 대한 동의권(헌법 제60조제2항) 그리고 일반사면에 대한 동의권(헌법 제79조제2항)이 여기에 포함된다.

20) 헌법재판소재판관 일부(3인) 선출권(헌법 제111조제3항), 중앙선거관리위원회위원 일부(3인) 선출권(헌법 제114조제2항), 대법원장 및 대법관 임명동의권(헌법 제104조), 감사원장임명동의권(헌법 제98조제2항)이 여기에 포함된다.

21) 재정에 관한 권한은 지방자치법(제35조제1항)상 (1) 예산의 심의·확정권(제2호) (2) 결산의 승인(제3호) (3) 법령에 규정된 것을 제외한 사용료·수수료·분담금·지방세 또는 가입금의 부과와 징수(제4호) (4) 기금의 설치·운용(제5호) (5) 중요재산의 취득·처분(제6호)을 내용으로 한다.

분'을 의결사항으로 규정함으로써 시설유치에 관한 공약을 유발시킨다. 행정사무감사 및 조사권(지방자치법 제36조)은 의원이 자기 공약을 실현시킬 수 있는 유력한 도구이기도 하다.

2. 地方化 以前의 遺物

개발위주의 선거공약은 중앙집권적인 구시대의 정치구조 내지 문화에 기인한다. 민선 지방자치단체장이 탄생하기 이전까지의 지역개발은 중앙정부의 지시와 감독을 받는 지방행정청의 의사에 의하여 좌우되었다. 모든 의사결정이 중앙정부로 집중되어 있는 행정체계 속에서 지방행정청은 개발사업에서 지역주민들의 의사를 듣기보다는 상급 행정청의 지시를 우선할 수밖에 없었다. 지방자치 실시 이전에 중앙정부 내지 상급 행정청을 통제할 수 있는 제도적 장치는 국회 뿐이었다. 국회는 국민의 대표기관으로서 예산심의·결산심사 또는 국정감사를 통하여 개발의 잘잘못을 따졌다.

이러한 구조 속에서 지역주민들이 그들의 민원을 해소하고 지역개발을 실현시키기 위하여 지역구 출신 국회의원에게 기대를 걸었음은 아주 자연스러운 경과이었다. 국회의원이 출신 지역주민들이 제출한 민원을 실현시키기 위하여서는 해당 사업비를 중앙정부 또는 지방정부의 예산에 반영시켜야 한다. 이 경우 국회의원은 중앙 또는 지방의 행정청과 사전에 교섭하거나 국회 상임위원회 활동 등을 통하여 예산안 편성에 직접 개입하여야 한다. 사업비가 예산안에 반영되고 국정감사를 통하여 사업수행의 비리가 시정됨을 지켜보는 지역유권자들은 국회의원을 '국민'의 대표자가 아닌 '지역'의 대표자로 인식하게 되었다. 모든 길은 국회로 통하였다.

1995년 6월의 지방자치단체장 직선을 기점으로 활성화되기 시작한 지방자치제도는 민원과 지역개발에 대한 지역주민들의 인식을 바꾸는 계기가 되었다. 종래 중앙정부의 권한에 속하였던 사무들도 지방자치단체로 이관되기 시작하였다.²²⁾ 지역주민들의 선거에 의하여 선출되는 단체장은 행정 또는 사업

22) 예컨대, 도시재개발사업은 지방정부의 직접적 행정기능중 공익사업적 기능이므로 지방자치단체장의 권한으로 귀속되어야 한다. 개정전 도시재개발법(제4조)에 의하면, 재개발구역지정권은 건설교통부장관에게 귀속되어 있었다. 기초지방자치단체장은 건설교통부장관에 의하여 재개발구역의 지정이 고시되면 2년내에 그 구역내에서 시행될 재개발사업계획을 입안하여 건설교통부장관에게 그 결정을 신청할 수 있었다(같은 법 제5조). 그러나 1995년 12월 29일 공포된 신법에 의하면, 시장·군수·구청장의 신청을 받아 특

수행에서 과거와 같이 지역주민들의 의사와 동떨어질 수 없게 되었다. 아울러 종래 국회의원들에게 기대었던 민원들의 상당수는 지방의원들의 몫으로 돌아갔다. 이러한 측면에서 “지역개발은 국회의원이 아닌 지방의원의 역할이다”는 명제는²³⁾ 부분적으로 설득력이 있다. 그러나 지역개발이 국회의원의 몫이 아니라고 하여 곧 지방의원의 몫이 될 수 있는가는 여전히 문제이다.

3. 選舉公約의 範圍

물론 ‘개발’공약이 행정청의 전유물인가 그리고 의원이 개발에 어느 정도 관여할 수 있는가에 대하여서는 시비의 여지가 있다. 이 문제는 행정 및 입법의 본질과 연계된다. 행정은 구체적인 처분을 핵심으로 한다. 이에 비하여 입법은 추상적인 규범의 정립을 핵심으로 한다. 입법이 설계라면 행정은 건축에 해당한다. 의원은 개발에 관한 표준 설계도를 그릴 수는 있으나 구체적인 건축업무에 종사할 수는 없다. 헌법은 국회의 권한에 관하여서는 구체적인 규정들을 두고 있으나 행정부의 권한(헌법 제88조제1항)에 관하여서는 법률에 맡긴다(헌법 제96조). 행정각부의 구체적인 권한은 정부조직법(제23조 내지 제28조 및 제30조 내지 제41조)에 규정되어 있다. 정부조직법은 개발에 관한 사무가 행정부의 권한에 속함을 천명하고 있다.²⁴⁾

이에 비하여 국회법은 - 진부한 사실이지만 - 개발에 관한 직무를 명시하고 있지 아니하다. 오히려 겸직금지(국회법 제29조)규정은 국회의원의 ‘지위의 혼동’을 방지하기 위한 취지도 포함하고 있다고 해석하여야 할 것이다. 국회법은 의원에 관한 장에서 ‘의원의 직무’(제24조)를 구체화시키지 아니하며 상임위원회의 직무(제36조)도 “그 소관에 속하는 의안과 청원 등의 심사 기타 법률에서 정하는 직무”로 간접적으로 표현한다. 국회법(제37조)은 상임위원회의 소관에 속하는 ‘의안’을 “관할 행정부의 소관에 속하는 사항”으로 표현하고 있기 때문에, 관할 행정부의 소관에 속하는 사항이라면 “개발과 관련된 예산에

별시장·광역시장 또는 도지사가 재개발구역을 지정 또는 변경할 수 있다(도시재개발법 제4조제1항).

23) 이기옥, 앞 글, 13쪽.

24) 정부조직법(제40조)은 “건설교통부장관은 (1) 국토종합개발계획의 수립·조정 (2) 국토 및 수자원의 보전·이용·개발 및 개조 (3) 도시·도로 및 주택의 건설 (4) 해안·하천 및 간척 (5) 육운·항공에 관한 사무를 장리한다”(정부조직법 제40조)고 규정함으로써, 개발이 ‘행정’에 속함을 시사하고 있다.

도 개입할 수 있다”고 해석할 수도 있겠지만 이 경우에는 개입의 한계를 한정적으로 새겨야 할 것이다. 즉 예산 전체의 적정성과 효율성을 따져야 하며 자기 지역구와 관련된 개발예산 수립에 관하여서는 개입을 회피하여야 할 것이다.²⁵⁾

III. 選舉公約의 限界

1. 理念的 限界：自然的 正義

의원이 출신 지역구와 관련된 사업예산의 확보를 위하여 예산·결산위원회 또는 상임위원회에서 직·간접으로 영향력을 행사함은 ‘올바른 법의 절차’[適法節次]의 원리에 반한다.²⁶⁾ 올바른 법의 절차(Due Process of Law)의 내용을 형성하는 자연적 정의(Natural Justice)의 원리에 따르면, “누구든지 자기 사건의 재판관이 될 수 없다.”²⁷⁾ 누구든지 자기의 이익을 위하여 전체의 이익을 임의대로 왜곡시킬 수 없다.²⁸⁾ 의회에서의 절차라고 하여 예외가 될 수 없다. 의회의 입법권능도 올바른 법의 절차를 존중하여 행사되어야 하며 적법절차 보장은 입법의지(legislative will)를 제약한다. 적법절차 원리는 입법부의 의결(resolution)도 법률과 동일한 요건들을 충족시키도록 요구한다.²⁹⁾ 요컨대, “헌법조문은 행정권과 사법권뿐만 아니라 입법권도 제약하며 의회가 자유로이 그 의사만으로 어떠한 절차를 적법절차로 만들 수 있도록 맡겨버린 것으로 해석할 수도 없다.”³⁰⁾ 의원이 출신지역의 이익을 위하여 국민대표권을 행사함은 정의의 원리에 반한다.

25) 이는 법관이 자기와 관련이 있는 재판을 회피하여야 할 의무가 있는 것과 같은 논리이다.

26) 1987년의 헌법(제37조제2항 : 일반적 법률유보)에 근거하는 ‘올바른 법의 절차’[適法節次 Due Process of Law]는 법에 규정된 절차[이른바 ‘적법한 절차’ procedural due process]만을 준수하는 것으로는 불충분하며 준거가 되는 ‘법’의 내용 자체의 정당성[이른바 ‘실체적 적법절차’ substantive due process]까지를 요구한다.

27) David M. Walker, *The Oxford Companion to Law*, 1980, pp.867-868 "natural justice".

28) 獨逸 연방헌법재판소는 適法節次의 원칙을 基本權으로 형성하기 위하여 노력하였다. BVerfG NJW 1983, 1043 ; BVerfGE 39, 156, 163 ; 41, 246, 249 ; 42, 64, 84 f, 참조.

29) (Florida) In re Apportionment Law, 281 So.2d 484.

30) 전재경, “한국의 적법절차에 관한 연구” 박사학위논문 (동국대:1991), 57-58쪽.

2. 立法權의 限界 : 權力分立

공약의 상당수는 ‘의원’으로서의 권한뿐만 아니라 ‘입법권’의 권한까지 벗어나는 경우가 있다. 예컨대, 도시계획법상의 “개발제한구역(이른바 ‘그린벨트’)을 풀어 건축을 가능하게 만들겠다” 또는 수도권정비계획법상의 “수도권 과밀규제를 풀어 공장증설을 허용하겠다”는 등의 규제완화³¹⁾ 공약이 대표적인 사례이다. 도시계획법이나 수도권정비계획법 등에 규제의 강화 또는 완화에 관한 추상적 준칙을 설정함은 입법권 고유의 권능이다.³²⁾ 그러나 특정한 지역을 개발제한구역으로 지정하거나³³⁾ 억제권역으로 지정하는³⁴⁾ 행위는 행정권에 속하는 행정처분이다. 입법부는 ‘개발제한구역’ 제도 자체를 도입하거나 폐지할 권능은 있지만 구체적인 개발제한구역을 설정·해제할 권능은 없다. 그럼에도 입법부 구성원인 의원 또는 구 후보가 구체적 규제완화 처분을 선거공약으로 표방함은 입법권의 한계를 일탈하는 행위이다. 의원이 이러한 공약을 실천에 옮기려고 노력할 경우 직권을 남용하는 결과를 초래한다.

3. 社會經濟的 限界 : 地域間 不平等

출신 지역구의 개발과 관련된 예산의 확보를 위하여 노력함은 현대판 아전인수이다. 아전인수식 예산배정을 일삼는 의원은 ‘국민의 대표자’ 또는 ‘시민의 대표자’가 아니라 이익집단화한 지역주민들의 대리인에 불과하다. 이러한 현상이 보편화될 경우 국회는 국사를 논하는 장이 아니라 지역이기주의와 일신출세주의가 횡행하는 패권정치의 산실이 된다. 국가 전체의 세입이 한정되어 있는 상황에서 의원이 예산심의권을 이용하여 특정 지역의 이익을 위하여 노력

31) 건설교통부는 1997년 9월 11일 “그린벨트 지역의 거주민에 한하여 기존 주택을 90평까지 증축할 수 있도록 하며 체육관·슈퍼마켓 등의 생활편익시설도 들어설 수 있게 한다는 규제완화방안을 발표하였고 10월 1일에는 수도권정비계획법시행령 개정안을 입법 예고하여 과밀총량규제를 완화하겠다는 취지를 표명하였다. 한겨레신문 1997년 10월 13일자 제24면 “선거철 ‘환경규제완화’ 고삐 풀렸다”, 참조.

32) 예컨대, 도시계획법상 도시계획구역안에서의 행위등의 제한(제4조), 수도권정비계획법상 권역의 구분(제6조제1항), 과밀억제구역안에서의 행위제한(제7조), 성장관리권역안에서의 행위제한(제8조), 자연보전권역안에서의 행위제한(제9조), 총량규제(제18조) 및 대규모개발사업에 대한 규제(제19조).

33) 도시계획법상 개발제한구역의 지정(제21조) 또는 도시개발예정구역의 지정(제22조).

34) 예컨대, 수도권정비계획법상 ‘권역의 지정’(제6조제2항) 또는 종전대지에 대한 조치(제11조).

한다면 다른 지역으로 돌아갈 재원이 줄어들 수밖에 없다. 이러한 사태는 예산규범의 적정성을 해칠 뿐만 아니라 ‘균형있는 국민경제의 성장’(헌법 제119조)과 ‘국토의 균형있는 이용·개발’(헌법 제122조)을 저해한다.³⁵⁾

IV. 公約이 議員의 職務遂行에 미치는 影響

1. 地位의 變質

국회의원은 주지하다시피 지역의 대리인이 아닌 국민의 대표이다.³⁶⁾ 지방의회의원도 출신지역구의 대리인이 아니라 소속 지방자치단체 전체의 공익을 대표한다.³⁷⁾ 그럼에도 의원이 출신 지역구의 이익을 위하여 예산배정에 개입하거나 규제완화 등에 영향력을 행사한다면 국민의 대표자(국회의원의 경우) 또는 공익의 대표자(지방의회의원의 경우)가 아닌 특정한 지역 또는 이익집단의 대리인으로 전락한다. 이 경우 의원은 공정성을 상실한다. 의원은 지역구 주민들과의 약속을 완수할 수는 있으나 국민 또는 자치단체 주민들에 대한 의무를 저버리게 된다. 의원은 공약의 이행으로 말미암아 불법상태에 놓이게 된다.

2. 職權濫用

국회의원은 그 지위를 남용하여 국가·공공단체 또는 기업체와의 계약이나 그 처분에 의하여 재산상의 권리·이익 또는 직위를 취득하거나 타인을 위하여 그 취득을 알선할 수 없다(헌법 제46조). 지방의회의원도 같은 의무를 진다(지방자치법 제34조제3항). 국회의원이거나 지방의회의원에 대하여 겸직을 금지함(헌법 제43조 및 지방자치법 제33조)도 직권남용을 방지하려는 취지를 지니고 있다. 그럼에도 만약 국회의원이거나 지방의회의원이 자기 공약을 실천하기 위하여 개발사업이나 규제완화 등에 개입한다면 기업체 등의 로비로부터 자유롭기 어렵다. 개발사업에 관심을 가지고 있는 지방자치단체 또는 기업체

35) 중요 선거 때마다 제기되는 이른바 ‘호남지역낙후론’은 막연하나마 이러한 ‘지역간 평등론’에 실증적 무게를 더한다.

36) 헌법 제46조제2항 : “국회의원은 국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 행한다” 및 국회법 제24조(선서) : “나는 . . . 국민의 자유와 복리의 증진을 . . . 위하여 노력하며 국가이익을 우선으로 하여 . . . 직무를 . . . 수행할 것을 . . . 선서합니다.”

37) “지방의회의원은 공공의 이익을 우선하여 양심에 따라 그 직무를 성실히 수행하여야 한다”(지방자치법 제34조(의원의 의무)제1항).

등은 사업예산을 확보하기 위하여 국회의원 또는 지방의원들에게 접근하고자 할 것이다. 또 예산심의 과정에서 로비의 주역이나 관여자들 사이에 '나눠먹기'식 합의가 이루어질 소지도 있다. 결과적으로 의원은 물질적 유혹과 친해지고 직권을 남용하게 된다.

3. 牽制와 均衡 侵害

의원이 의원다운 까닭은 행정부로부터의 초연함에 있다. 의원이 개발 또는 규제완화와 관련된 공약을 수행하기 위하여서는 행정부로부터 초연할 수 없다. 의원이 예산심의권(헌법 제54조제1항 및 지방자치법 제35조제1항제2호)이나 국정감사·조사권(헌법 제61조제1항) 또는 행정사무감사 및 조사권(지방자치법 제36조)만으로는 공약을 성공적으로 수행하기 어렵다. 의원은 행정부의 결심 또는 구체적 처분을 얻어내기 위하여 예산심의 또는 감사·조사 등에서 행정부와 의견을 절충하거나³⁸⁾ '서로 봐주기'를 감행한다. 의원은 공약을 위하여 지조를 버리고 비굴해질 수도 있다. 자치단체장과 소속 정당이 같은 경우 이러한 현상은 더 심화된다. 타협에 익숙한 의원은 행정부를 제대로 감독하고 견제할 수 없다. 이러한 행태는 권력분립이라는 헌법정신을 완전히 몰각하는 처사이다. 즉 사업가형 공약은 의회와 행정부간의 견제와 균형을 무너뜨리는 촉매이다.

V. 議員의 地位回復과 公約의 可能性

1. 地位의 分離

청원·권고·부탁과 같은 외부로부터의 의사표명이 법관의 자유로운 법발견에 영향을 미치듯이, 사업형 공약은 국회의원의 규범정립에³⁹⁾ 영향을 미친다. 법률에의 기속 대신에 여론에의 기속(Bindung an die Öffentliche Meinung)을 초래할 수 있기 때문이다. 국가 전체 차원에서 예산안을 수립하여야 할 국회의원이 자기 지역구의 이익을 위하여 예산수립에 개입한다면 전체 예산운용

38) 예컨대, 경기도내 일부 지방자치단체(K市)의 의회는 명확한 법적 근거도 없이 '주례 간담회'라는 방법을 통하여 행정에 관한 보고를 청취하고 의회의원들과 행정청 직원들 사이의 견해차이를 조정하고 있다.

39) 여기에서 말하는 '규범'은 법규범과 예산규범을 포함한다.

의 적정성이 유지되기 어렵다. 의원이 사업자의 입장에서 예산을 좌우한다면 이른바 ‘지위의 혼동’이 발생한다. 감시자의 지위에 있어야 할 의원이 특정한 개발공약을 표방하고 실제 예산확보를 위하여 노력한 후에 이를 업적으로 내세운다면 사업자인 행정청과 다를 바가 없다. 이러한 지위의 혼동은 헌법상 ‘권력분립의 원칙’에 반한다. 지방의원이라고 하여 이러한 한계를 벗어날 수는 없다. 예컨대, 지역개발은 국회의원이거나 지방의회의원의 몫이 아니라 지방자치단체장의 몫이다. 개발에 대한 의원의 역할은 규범을 정립하고 그 준수여부를 감시하는 데 그쳐야 한다.

2. 監視者의 機能

의원은 지방이나 지역구의 패자나 맹주가 아니다. 의원선거를 위하여 지역구를 중규모 또는 소규모로 분할함은 선거방법상의 편리함 때문이다. 의원이 지역 또는 이익집단의 대리인의 지위를 벗어나기 위하여서는 의원 본연의 지위를 회복하여야 한다. 국회는 ‘국민의 대표기관’이라는 상징을 지니고 있지만 입법기관 및 정책통제기관으로서의 지위를 요체로 한다. 행정부의 입법기능이 활성화되면서 국회는 점차 입법기관으로서의 지위가 저하되는 반면 정부에 대한 비판·감시기관으로서의 지위가 부각되었다. 국회의원은 국회의 구성원으로서 감시자의 사명에 충실하여야 한다. 감시란 중립성을 생명으로 한다. 중립은 불편부당(Unparteilichkeit)과⁴⁰⁾ 공정한 간격(Distanz)을⁴¹⁾ 의미한다.⁴²⁾ 공약에 붙잡힌 의원은 예단을 벗어나기 어렵고 따라서 공정한 감시인으로서의 사명을 다하기 어렵기 때문에 의원은 사업형 공약을 표명하지 아니하여야 한다.

3. 制度改善型 公約

주민들이나 후보들의 입장에서 보면 다소 소극적이겠지만, 의원선거 공약은 추상적인 규범을 얼마나 잘 정립하였는가 또는 국정 내지 행정에 대한 감시자의 역할을 얼마나 잘 수행하였는가 또는 잘 수행할 것인가를 내용으로 하여야

40) ‘不偏不黨’의 관점은 個人的 交渉과 嫌惡로부터 自由로워야 한다는 것을 표방한다.

41) ‘公正한 間隔’에 대한 요구는 두 가지 관점을 가진다 : 자신의 利益이나 個人的인 宗教的·政治的 見解에 빠져서는 아니되며 다음에 일반적으로 사실상 및 법률상 문제들에 관하여 豫斷으로부터 自由로운 즉 모든 관점들을 較量한 判斷을 내려야 한다.

42) Manfred Wolf, 『西獨의 司法秩序』(법무부 : 1989), 전제경 옮김, 246쪽.

할 것이다. 추상적인 규범이란 법과 제도를 말하기 때문에 후보들은 ‘입법부’ 구성원이라는 지위에 걸맞게 법제 개선을 제일의 공약으로 삼아야 한다. 법이란 옷과 같아서 시대의 흐름에 따라 낡아진다. 의원들은 임기 내내 입법활동에 전념하기에도 시간이 부족하다. 의원들은 중립적 지위에서 법제도의 실천을 어떻게 감시할 것인가에 관한 포부를 공약으로 내세워야 할 것이다. 의원의 미덕은 행정부가 얼마나 공정하고 효율적으로 법집행에 임하였는가를 따지는 데 있기 때문이다.

4. 事業制限型・監視型 公約

건축에 비유한다면 의원은 설계자이고 행정청은 시공자이며 사법부는 감리자에 해당한다. 즉 의원의 직무는 창의성을 발휘하여 새로움을 추구하는 행정청의 그것과는 달리 후원자 내지 갈등조정자의 역할을 잘 수행하는 것이다. 의원의 공약은 사업추구형이 아니라 사업제한형이어야 한다. 따라서 “그린벨트를 해제하겠다”, “어떠한 시설을 유치하겠다” 또는 “어떠한 건설을 완수하겠다”는 식의 개발지향적(사업형) 공약 대신에 “반환경적 사업을 중지시키겠다”, “이러저러한 비리를 시정하기 위하여 감사와 조사를 어떻게 실시하겠다” 또는 “환경친화적 개발을 유도하겠다”는 등의 개발억제형·감시형 공약을 내용으로 삼아야 한다.

VI. 結 論

개발공약·시설유치공약 또는 규제완화 등의 공약은 의원의 지위를 변질시키고 권력분립원리를 침해함으로써 헌법정신에 반한다. 또 의원들로 하여금 직권을 남용하게 하는 계기로 작용한다. 의원 후보라고 하여 헌법원칙으로부터 자유로울 수 없다. 후보도 공직선거에 나서는 순간 공법관계에 접어든다. 헌법정신의 파훼를 막기 위하여 의원들이나 그 후보들은 스스로를 출신 지역의 수호자 내지 맹주라고 여기는 의식을 벗어나야 한다. 대선거구제 또는 중선거구제는 의원들의 시각을 확대시켜주고 지역구 유권자들의 민원으로부터 의원을 해방시켜줄 수 있을 것이다. 선거구의 규모와 민원의 강도는 반비례한다.

사업형 공약의 위헌성 내지 폐단은 후보보다 현역의원들에게 더 현저하게

나타난다. 의원의 지위를 실추시키는 사업형·개발성 공약을 제어하기 위하여서는 우선 국회법이나 지방자치법에 제척·기피 및 회피 조항을 두어야 한다. 의회의장 또는 상임위원회 위원장은 특정 의원이 출신 지역구와 관련이 있는 예산안의 심의에 참여하지 못하도록 제외시켜야 한다. 간접적 영향력 행사를 봉쇄하기 위하여서는 동료의원 상호간에 기피할 수 있는 제도도 도입하여야 할 것이다. 해당 의원 스스로 개입을 회피할 수 있는 장치도 필요할 것이다.

의원의 지위를 회복하고 공직선거 후보들의 감언이설형 탈선공약을 방지하기 위하여서는 공직선거및부정선거방지법(제7장 선거운동)을 고쳐 ‘공약에 관한 규제’를 법제화하여야 한다. “권한을 넘는 공약(또는 권한 밖의 공약)을 금지한다”는 명문규정을 두어야 한다. 의원의 공약으로 부적절한 유형들을 구체적으로 예시하여야 한다. 의원의 공약이 행정부 수반의 그것을 닮지 않도록 규율하여야 한다. 이를 어길 경우 선거관리위원회가 경고하거나 선거용홍보물 등의 접수를 거부할 수도 있을 것이다.