

# 우리나라와 독일의 저지조항에 관한 소고\*

신재명\*\*

## I. 서론

선거제도는 한 국가의 통치구조의 기본적 구성원리의 하나로서 국가제도의 근간을 이루고 있으며,<sup>1)</sup> 주권자인 국민이 국가의사와 국가정책을 직접 결정하지 않고 그들이 선출한 대표자로 하여금 국가의사와 국가정책을 결정하게 하는 통치구조의 구성원리인 대의제도 등과 밀접한 관련성을 가지고 있다.<sup>2)</sup> 합리적이고 헌법원리에 부합하는 선거제도를 마련하는 것은 헌법의 근본이념과 기본원리를 실현을 할 수 있는 가장 중요한 수단적 행위가 되며, 이로써 국민의 기본권보장 나아가 인권을 확보할 수 있는 토대가 되는 것이다.<sup>3)</sup>

이를 위하여 선거제도는 대의기관 구성과 국가의 정책결정 및 집행과정에서 국민의 의사가 왜곡됨이 없이 되도록 정확하게 투영될 수 있도록 하여야 한다. 그러므로 선거제도가 구비하여야 할 첫 번째 조건은 대표형성에 있어 정확성이다. 특히 비례대표제는 다양한 이해와 의견을 대의기관의 구성에 있어 비례적으로 반영함으로써 다원민주주의의 구체화와 복수정당제 또는 정당

\* 투고일자 : 2018. 5. 1. 심사일자 : 2018. 6. 15. 게재확정일자 : 2018. 6. 17.

\*\* 경남도립거창대학 보건의료행정과 초빙조교수

- 1) 정연주, “현행 비례대표 국회의원선거제도의 문제점과 개선책”, 저스티스 통권 제70호, 2012.12, 106면.
- 2) 대의제의 개념적 징표는 다음과 같다. ① 통치자와 주권적 국민은 구별된다. ② 국가기관구성권과 국가의사결정권은 분리된다. ③ 선거를 통하여 대표를 선출한다. ④ 통치자는 국민전체의 대표자가 된다. ⑤ 자유위임의 원리가 적용된다. ⑥ 부분의 이익보다 전체의 이익이 우선된다. ⑦ 국민에 대하여 정치적 책임을 진다(권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2008, 720면).
- 3) 오늘날 대부분의 헌법국가들은 대의제를 바탕으로 하는 대의민주제를 택하고 있다(정극원, “대의민주제와 교섭단체 구성 의석수”, 토지공법연구 제41집, 2008.8, 436면). 민주주의의 가장 이상적인 형태는 주권자인 국민들의 직접참여에 의한 직접민주주의이지만, 현실적으로 그러한 참여가 어려우므로 간접참여에 의한 대의민주주의를 실시하게 된 것이다(박병섭, “국회기능의 정상화와 정당”, 헌법학 연구 제8권 제2호, 2002.8, 55면).

민주주의의 이념에 부합되고, 소수정당과 새로운 세력의 의회진출을 용이하게 하며, 지역갈등의 해소와 사회통합에 이바지하고, 사표방지 및 평등선거의 원칙을 준수할 수 있게 하여 다수대표제의 단점을 어느 정도 완충하여 주고 있다.

이러한 비례대표제의 장점을 잘 살린 대표적인 예로 최근 우리나라 20대 국회의원선거를 들 수 있다. 이 선거결과 예상 외로 기존 강력한 양당구조를 깨고 다당제의 구조를 가지게 되었다. 이러한 결과가 나올 수 있었던 것은 다른 사회적 상황 내지 제도적 운용에서 비롯된 것도 있겠지만, 1인2표제 비례대표제<sup>4)</sup>의 시행이 큰 영향을 미쳤다고 생각한다. 즉, 지역구선거에서는 기존 양당을 지지하면서, 그 독점적 지위를 완충하기 위해 비례대표선거에서는 소수정당에게 투표한 유권자들이 많았다. 이른바 교차투표를 한 유권자들이 상당수 있었던 것이다. 이러한 1인2표 비례대표제의 기능으로 유권자는 1인1표의 비례대표제보다 넓은 선택지를 가짐으로써, 좀 더 정확한 유권자의 의사가 반영된 선거의 결과를 도출할 수 있게 된 것이라 하겠다. 특히, 고착화된 양당체제에 벗어나 제3당이 캐스팅보드역할을 할 수 있는 정당구성이 이루어짐으로써 국민의 의사가 좀 더 반영될 수 있는 토대가 될 것이라 평가되었다.<sup>5)</sup>

평등선거의 원칙과 사표방지 등의 목적으로 실시되고 있는 비례대표제는 우리나라와 독일에서 일정한 제한 하에 운용된다. 그것은 바로 이른바 ‘저지조항’<sup>6)7)</sup>이다. 저지조항이란 선거에서 일정 수 이상의 득표율(정당투표)을 올렸거나 당선자(지역선거구)를 낸 정당에게만 의석배분에 참여케 함으로써 군소정당의 난립을 막고 다수세력의 형성을 촉진하는 제도를 말한다.<sup>8)</sup> 다시 말하자면, 비례대표제의 최대 부작용인 군소정당의 난립을 방지하여 안정적인 정국을 지향하는 것이 저지조항의 역할인 것이다. 그러나 이 저지조항 또한 부정적 작용이 있다. 이 저지조항의 문제로 평등선거의 한계에 대한 문제, 선

4) 비례대표의원에 대한 1인2표의 정당투표제는 2001년 7월 19일 헌법재판소의 구 공직선거및선거부정방지법 제146조 제2항에 대한 위헌결정으로 시작되었다. 이에 각 정당들은 1인2표제하의 비례대표제에 대한 입법을 하였고 이 과정에서 독일의 선거제도를 상당수 참조하였다(2001.7.19. 2000헌마91·112·134(병합), 판례집 13-2, 77면 이하 참조).

5) 썰전, 2016.4.22 방송분 참조.

6) 공직선거법 제189조 (비례대표국회의원의석의 배분과 당선인의 결정·공고·통지) ① 비례대표국회의원선거에서 유효투표총수의 100분의 3 이상을 득표하였거나 지역구국회의원총선거에서 5석 이상의 의석을 차지한 정당에 대해서 득표비율에 따라 비례대표의석을 배분한다.

7) § 6 Abs. 6 BWG.

8) 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2012, 787면.

거참여자의 기회균등과 사표방지의 문제를 거론해 볼 수 있다. 좀 더 구체적인 문제제기를 하자면, 과연 저지조항이 필요한가, 만약 필요하다면 3%의 득표율은 적정한가, 5석의 직선의석은 적절한 수치인가 등을 고민해볼 수 있을 것이다.

저지조항에 관련하여서는 우리나라에게 지대한 영향을 끼친 독일의 입법례와 판례가 우리에게 많은 시사점을 제시해 줄 수 있다. 따라서 아래에서는 저지조항에 관한 전반적인 개념을 살펴보고 아울러 독일연방헌법재판소의 선거권적용 및 해석에 대한 입장을 살펴본 뒤, 이를 기반으로 우리 선거제도의 저지조항에 대한 평가로 결론을 갈음해보고자 한다.

## II. 저지조항의 개념

### 1. 저지조항의 의의

저지조항이란, 군소정당의 난립으로 의회의 기능이 마비되고 정부의 구성이 불안정해지는 것을 방지하기 위해서 일정 수준 이하로 득표한 정당 이른바 파편정당의 의석배분에 참여하지 못하게 하는 규정이다.<sup>9)</sup> 저지조항은 유권자의 성과가치의 차등을 초래하고, 군소정당의 의회진출을 어렵게 하여 신설 정당의 설립을 어렵게 하는 효과를 수반하며, 그에 따라 기존의 거대정당에게 상대적으로 유리한 정치풍토를 조성한다는 역기능을 가지고 있다는 점이 지적되고 있다.<sup>10)</sup>

### 2. 저지선의 종류

저지조항이란 저지선의 한 종류이다. 저지선에는 선거구 규모에 의해 의석이 배분되는 자연적 저지선과 법규에 의해 의석이 배분되는 법적 저지선이 있다. 이 중 후자인 법적 저지선을 규정한 것이 저지조항이라 한다. 그리고 이 양자를 합하여 사실상의 저지선이라고 부른다.<sup>11)</sup> 한편, 비례대표선거제에

9) 음선필, 『비례대표선거제론』, 홍익대학교 출판부, 2007, 92면.

10) 한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2012, 176~177면.

서 소수정당의 의석획득을 방지하고자 하는 기능은 의석배분방식으로도 가능하다. 이를 이론상의 저지선이라고 부른다.<sup>12)</sup>

대개 저지선이라 이를 때에는 법적 저지선 즉, 저지조항을 말한다. 그것은 법적 저지선이 명시적인 수치로 설정되므로 쉽게 결과에 관한 영향을 쉽게 파악할 수 있고, 의석배분에 직접 영향을 끼치기 때문이다.

### 3. 저지조항의 분류

저지조항은 저지선의 기준에 따른 분류, 저지선의 수준 및 저지선 달성의 범위에 따른 분류, 저지조항의 적용단계에 따른 분류 등으로 나누어진다.

#### (1) 저지선의 기준에 따른 분류

저지선의 기준으로 대부분 득표율을 기준으로 저지선으로 설정하지만, 투표수, 직선의의석 등을 그 기준을 마련하기도 하고, 이를 혼용하기도 한다. 독일은 득표율을 기준으로 하면서도 3석의 직선의의석을 선택적으로 그 요건을 설정하고 있다. 직선의의석에 대해 독일연방헌법재판소는 “지방적으로 구획된 한 선거 지역에서 강하게 대표되는 정당은 전국에 걸쳐 분산된 표를 모으지 않으면 안 되는 정당보다 더 대표자격이 있다”<sup>13)</sup>고 하여 지역정당의 정치적 정당성을 뒷받침해주고 있다. 우리나라 또한 득표율과 5석의 직선의의석을 선택적 요건으로 하고 있다. 어느 정도 지역적 색채를 보장해주려는 독일연방헌법재판소의 입장은 지속적으로 지역주의타파를 강조하는 우리나라에게는 색달라 보인다.

#### (2) 저지선의 수준 및 저지선 달성의 범위에 따른 분류

저지선의 기준으로 득표율을 설정하더라도 저지선의 수준과 저지선 달성의 범위를 어느 정도로 설정하느냐에 따라 저지조항의 적용결과가 상이하다. 저지선의 달성을 우리나라와 독일은 전국적 범위에서 평가한다. 보통 전국적 범

11) A. Lijphart, *Electoral Systems and Party Systems*, Oxford Univ. Press, 1994, 25ff.

12) R. Taagepera and M. S. Shugart, *Seats and Votes: The Effects and Determinants of Electoral Systems*, Yale Univ. Press, 1989, 133ff.

13) BVerfGE, 1, 252.

위에서 의석을 배분하는 경우 실질적으로 저지조항이 적용된다.

한편, 저지선 달성 여부를 지역구 범위에서 평가할 수도 있다. 이 경우에 선거구의 규모가 작으면 저지조항은 실질적인 효력이 없게 된다. 지역구에서 일반적인 저지선의 수준은 달성하기 용이하기 때문이다.

따라서 저지조항이 실질적으로 적용되고 효과를 내는 것은 전국적인 범위에서 저지선의 달성여부를 그 요건으로 하는 경우이다.

### (3) 저지조항의 적용단계에 따른 분류

저지조항을 의석배분에 있어 어느 단계에서 적용하느냐에 따라 그 결과가 다를 수 있다. 전국적 범위에서 의석을 배분하는 경우, 의석배분 처음 단계에서부터 저지조항을 적용하는 것이 일반적이다. 그러나 지역구에서 일차로 의석을 배분한 뒤 의석조정이나 잔여의석배분단계에서 저지조항을 적용하는 방법도 있다.

## III. 저지조항의 역할과 작용

이와 같은 저지조항은 비례대표선거제도를 전제로 정당형성구조에 직간접적으로 영향을 끼치고 있다. 직접적으로는 저지조항은 저지선을 넘지 못한 정당을 정당형성에 참여할 수 없게 하여 의회 내 정당비율을 조정하는 기능을 한다. 그리고 간접적으로는 자신의 표가 사표가 되는 것을 꺼리는 유권자들로 하여금 저지선을 넘지 못할 것이라 보이는 소수정당에게는 투표하지 않게 하는 심리적 압박을 주게 된다.

이와 같은 저지조항의 역할에 관해 그 평가는 상반될 수 있다. 의회에 다수의 군소정당이 진출하는 것은 의회의 기능을 저해할 수 있으므로, 군소정당의 난립과 정국의 불안정을 방지하여 의회의 원활한 기능을 확보하고자 하는 입법목적에 의하여 평등선거원칙에 대한 예외로서 봉쇄조항(저지조항)이 정당화될 수 있다고 하기도 하고,<sup>14)</sup> 과편정당에게 투표한 유권자의 표는 의회구성

14) 한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2014, 156면.

에 대한 영향력을 상실함으로써 민주적 헌법국가에서 이러한 모습은 문제시된다고 하기도 한다.<sup>15)</sup>

#### IV. 저지조항의 정당성: 독일연방헌법재판소 BVerfGE, 1, 208 판례

의석배분에 있어 정당을 차별하는 저지조항은 투표의 성과가치를 차별하므로 평등선거의 원칙과 비례대표선거제의 취지에 반하는 것이 아닌가 하는 문제제기를 충분히 할 수 있다. 이에 관하여는 독일연방헌법재판소의 판결인 BVerfGE, 1, 208 판결을 중점으로 살펴보도록 하겠다. BVerfGE, 1, 208 판결을 통해 제시된 평등선거원칙의 의의와 저지조항의 도입문제는 독일의 이후 판례 및 학설뿐만 아니라 우리의 선거관련학설과 판례에도 지대한 영향을 미쳤다.

##### 1. BVerfGE, 1, 208 판결의 개요

###### (1) 사안

BVerfGE, 1, 208 판결에서 문제된 것은 1951년 10월 22일 개정된 쉘레스비히-홀스타인 주 지방선거법 제3조 제1항의 위헌 여부이었다. 동 선거법은 다수대표제와 비례대표제를 혼용하여 42명의 주의회의원은 각각의 선거구에서 상대다수의 원칙에 따라 선출되고, 27명의 의원은 동트식 계산법에 의한 비례대표의 원칙에 따라 주명부에서 선출된다고 규정하고 있었다. 당시 쉘레스비히-홀스타인 주 주의회의원들은 기존에 실시되었던 소선거구 상대다수대표제 선거의 문제점을 해결하고, 유권자의 투표가치가 한 곳으로만 집중되지 않는 새로운 선거제도를 모색하고 있었다. 그 결과 쉘레스비히-홀스타인 주 주의회는 위 선거법의 개정으로 주 전체의 단일 선거구에 7.5% 저지조항을 포함하는 새로운 선거제도를 도입하였다.

이에 대한 반발로 덴마크 소수민족으로 중심으로 형성되어 활동해오던 ‘남

15) 음선필, “저지조항”, 사회과학논문집 제7권 제1호, 2001, 189면.

부슐레스비히유권자연합정당'과 그 교섭단체는 “7.5%저지조항을 도입한 것은 자신들과 같은 소수정당의 의회진출기회를 봉쇄하기 위한 것으로 명백한 입법권한의 남용이며, 평등원칙과 소수자보호원칙을 침해한다.”라는 등의 이유로 슐레스비히-홀스타인 주 주정부와 주의회를 상대로 연방헌법재판소법 제13조 제8호와 제10호에 따라 위 법률조항의 위헌성을 확인하는 권한쟁의심판을 연방헌법재판소에 청구하였고, 이와 동시에 남부슐레스비히유권자연합정당과 그 정당소속의 연방의회의원 1인과 주의회의원 2인은 위 심판청구와 동일한 이유로 연방헌법재판소법 제90조에 따라 위 법률조항의 위헌성을 확인하는 헌법소원심판으로 연방헌법재판소에 청구하였다.

아래에서는 본 판결 중 저지조항과 관련된 부분에 한정하여 기술하겠다.

## (2) 본안판단

본안판단에서 문제시된 것은 7.5% 저지조항을 도입한 슐레스비히-홀스타인 주 지방선거법 제3조 제1항이 소수정당의 의회진출기회를 어렵게 하여 평등선거의 원칙을 위배하였는지 여부 그리고 청구인 정당 소속의원의 평등선거권을 침해하였는지 여부이었다.

연방헌법재판소는 평등선거원칙은 기본법 제3조 제1항의 일반적 평등원칙의 적용례에 해당하므로, 평등선거원칙에 대한 침해는 동시에 평등원칙의 침해로도 볼 수 있다고 보고 있다.<sup>16)</sup> 그러므로 유권자들은 기본법 제38조 제1항 제1문뿐만 아니라 기본법 제3조 제1항을 그 근거로 삼아 평등선거원칙침해를 주장할 수 있다고 하였다.<sup>17)</sup>

선거제도의 구체적인 형성에 대해서 평등선거원칙은 다수대표제와 비례대표제에서 서로 다른 수준의 평등원칙의 실현이 요구된다고 하면서, 다수대표제의 경우 유권자의 후보자들에 대한 선호경향은 특별히 문제시되지 않기 때문에 결과가치의 평등보다는 투표가치의 평등이 요구된다고 하였고, 비례대표제의 경우 각 정당들에 대한 유권자들의 정치적 선호경향을 정확히 반영하여야 하는 것을 목적으로 하므로 결과가치에 대한 평등이 엄격하게 요구된다고

16) 독일 기본법 제3조 제1항: “모든 국민은 법 앞에서 평등하다.”

17) 독일 기본법 제38조 제1항 제1문: “독일연방의회의 의원은 보통, 직접, 자유, 평등 및 비밀선거에 의하여 선출된다.”

하였다.<sup>18)</sup> 그리고 선거제도의 구체적인 형성에 대한 기본법에 명시적인 규정이 없으므로 어떠한 선거제도를 채택할 것인지 여부는 입법부의 입법형성의 자유에 맡겨진 것이라 하였다.

비례대표선거제에서 요청되는 결과가치평등의 예외는 ‘특별한 강제사유’를 통해서만 정당화될 수 있다고 판시하였다. 그리고 비례대표선거제는 의회구성의 안정화를 깨뜨릴 수 있는 파편정당출현의 가능성이 있기 때문에 이로 인해 초래될 국가정치적 위험을 예방하기 위하여 파편정당의 출현 자체를 저지하는 것은 평등선거원칙의 예외를 정당화할 수 있는 특별한 강제사유에 해당할 수 있다고 보고 있다.<sup>19)20)</sup> 따라서 비례대표선거제를 전제로 한 5%이상의 득표율을 달성한 정당에게만 의석배분을 받을 수 있게 한 규정들은 안정적인 정국형성을 위해 정당화 될 수 있다고 하였다. 그러면서 5% 저지율을 초과하는 저지조항을 규정하기 위해서는 더욱 더 특별한 강제사유가 있어야 한다고 판시한 바 있다.<sup>21)</sup>

하지만 이 사건의 경우 5% 저지율을 초과하는 저지조항을 정당화할만한 특별한 강제사유가 존재하지 않으므로 예외에 해당하지 않는다고 하여, 결과가치의 평등을 침해하는 슐레스비히-홀스타인 주 지방선거법이 평등선거의 원칙을 침해한다고 하였고, 일반적 평등원칙에 반하여 무효라고 판시하였다.

## 2. 이후 독일연방헌법재판소의 판례 및 학설과 5% 저지조항

### (1) 이후 독일연방헌법재판소의 판례

독일연방헌법재판소는 BVerfGE, 1, 208 판결에 의해 평등선거원칙의 기준을 마련하게 되었고, 아래와 같은 세 가지의 원칙은 이후 판례에서도 이어지고 있다.

첫째, 평등선거의 원칙은 일반적 평등원칙의 적용례이다.

18) BVerfGE, 1, 208 (244).

19) BVerfGE, 1, 208 (247 ff).

20) 이와 같은 독일연방헌법재판소의 태도는 바이마르시대에서의 파편정당의 난립으로 인한 정국의 혼란이 히틀러출현의 원인이 되었고 그것이 제2차 세계대전으로 이어졌다는 독일의 역사적 경험에서 나온 것이다. 정연주, “비례대표제와 5%저지조항”, 고시계, 1991.4, 87면 참조.

21) BVerfGE, 1, 208 (256).

둘째, 선거구의 형성에 대관 명시적인 규정이 기본법에 없으므로 입법자는 선거제도에 관해 입법형성의 자유를 가진다.

셋째, 다수대표선거제의 경우에는 투표가치의 평등만이 요구되나, 비례대표 선거제의 경우에는 결과가치의 평등까지 충족되어야 한다.

## (2) 독일연방헌법재판소에 대한 학설

이러한 독일연방헌법재판소의 견해는 독일 통설로 받아지고 있으나, 최근에는 비판적인 견해도 있다. 마이어(H. Meyer)는 평등선거원칙을 일반적 평등 원칙으로 환원시킬 경우, 평등선거의 영역에서 원칙적으로 허용되지 않는 차별의 가능성이 지나치게 확장될 위험성이 있음을 지적한다.<sup>22)</sup> 그리고 기본법이 특정 선거제도를 정하지 아니하였다고 하여 아무런 기준 없이 입법자가 자유롭게 특정 선거제도를 선택할 수 있다고 볼 수 없으며, 선거제도를 선택하는 과정에서 평등선거의 원칙이 존중되어야 한다고 한다.<sup>23)</sup>

## (3) 5% 득표율 저지선

이와 같은 독일연방헌법재판소의 견해는 이후의 판례에 지대한 영향을 미치고 있을 뿐만 아니라 학계에서도 통설로 받아들여지고 있다. BVerfGE, 1, 208 판결이 가장 영향을 끼친 문제는 5% 저지조항이라 할 수 있다.

이에 대한 논의는 독일연방헌법재판소가 바이마르시대의 논의로부터 어떻게 영향을 받았는지, 이 논의가 이후 판례에 어떠한 영향력을 끼쳤는지 고민해보는 것이 중요하다.

전설한 독일연방헌법재판소의 판시한 5%저지조항에 대한 의견은 다음과 같이 정리된다. 결과가치의 평등에 대한 예외는 특별한 강제사유를 통해서만 정당화되고, 파편정당의 등장으로 초래될 수 있는 국가정치적 위험을 예방하기 위한 이유는 결과가치평등의 예외에 해당되어 정당화될 수 있다. 그러나 5%이상의 득표율을 달성한 정당을 비례대표의석배분에 배제시키려면, ‘아주

22) 홍일선, “선거권에 대한 독일연방헌법재판소의 판례분석(1): BVerfGE, 1, 208: 선거권에 대한 원칙판결”, 한림법학 FORUM 제17권, 2006, 195면~196면 참조.

23) 홍일선, 앞의 논문, 196면~197면 참조.

특별한 강제사유'가 있어야 정당화될 수 있다.

5% 저지조항을 정당화하기 위한 이 논리는 독일바이마르시대의 파편정당의 난립으로 인한 정국불안정이란 경험과 그때의 논의에서 비롯되었다.<sup>24)</sup> 이 불안정한 정국이 결국 히틀러의 등장을 초래했고, 그것이 제2차 세계대전으로 이어졌다고 보아 최소한의 안전장치로 설정한 것이다. 결국 독일연방헌법재판소는 5%저지조항이 헌법적으로 허용된다고 전제한 후, 군소정당의 난립방지를 위해 전개되었던 바이마르시대의 논의를 그 논거로 그대로 원용하였다.<sup>25)</sup>

BVerfGE, 1, 208 판결 이후에도 이와 같은 취지의 독일연방헌법재판소의 견해는 변함이 없이 이어져 오고 있다.<sup>26)</sup> 다만, 통일 독일 후 첫 연방의회의 원선거에서 동·서독 전체 선거지역에 5% 저지조항을 허용하는 것은 위헌이라고 결정하였으나<sup>27)</sup>, 이 판결에서도 5% 저지조항은 원칙적으로 문제시되지 않았지만 통일 독일이라는 특별한 정치적 여건과 정당 자체의 구조적 특색으로 그 적용의 예외를 인정하였을 뿐이다.<sup>28)</sup> 그리고 독일의 5% 저지조항은 슬레스비히-홀슈타인의 덴마크민족과 같은 소수민족정당에게는 그 적용이 없다.<sup>29)</sup>

이러한 독일연방헌법재판소의 견해에 학계의 통설도 그 견해를 그대로 받아드리고 있다. 다만, 그 동안 정국의 안정화가 유지되어 왔으므로, 의회의 기능유지와 안정적 다수세력의 확보라는 요청이 평등선거원칙과 정당의 기회균등에 대한 예외로 남아 있을 필요성이 여전히 존재하는지에 대해서는 회의적인 견해가 나오고 있다.

24) Han Fenske, *Wahlrecht und Parteiensystem*, 370; Volker Nenstiel, *Die Auswirkungen der Weimarer Wahlrechtsentwicklung auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 1992, 257ff.

25) 홍일선, 앞의 논문, 198면.

26) BVerfGE, 3, 19 (27); 3, 383 (393 f.); 4, 31 (40); 4, 142 (143); 4, 375 (380); 5, 77 (83); 6, 84 (92 f.); 6, 104 (112 ff.); 6, 121 (130); 11, 266 (277); 13, 243 (247); 14, 121 (135); 34, 81 (99 f.); 41, 399 (421); 47, 198 (227); 47, 253 (277); 51, 222 (237); 71, 81 (97); 82, 322 (338).

27) BVerfGE, 82, 322 판결은 5% 저지조항에 대한 기존 입장을 유지하면서, 선거직전에 완전히 다른 정당구조를 가진 국가영역이 추가됨으로써 국내의 정치적 관계에 본질적인 변화가 있는 경우에는 여러 사항을 고려하여 이전과 다르게 판단하여야 한다고 하였다. 따라서 구동독지역정당의 구조적 취약성을 고려하지 않고 5% 저지조항을 천편일률적으로 적용하는 것은 기본법 제38조 제1항 제1조(선거의 평등권)에 부합되지 않는다고 하여 한정적 헌법불합치판결을 하였다. 이에 따라 독일연방의회는 1990년 10월 8일 통일 후 첫 선거에서는 동독지역과 서독지역을 분리하여 집계하도록 연방선거법을 개정하여 5% 저지조항의 적용을 지역화하였다. 즉, 동독과 서독지역 각각 개별적으로 5%의 저지조항을 적용하기로 하였다(정연주, 앞의 논문, 88~95면 참조).

28) BVerfGE, 82, 322.

29) 독일연방선거법 제6조 제6항 제2문.

## V. 결론: 우리나라의 저지조항

우리나라선거제도에서 전국구국회의원의석을 배분하기로 한 때부터 저지조항은 함께 있어 왔다. 이 저지조항은 독일의 제도에서 무차별적으로 모방한 것이다. 이러한 저지조항의 몰이해로 여러 차례 시행착오를 겪으면서 오늘날에 이르렀다.<sup>30)31)</sup> 현행 선거법은 지역구에서 5석 이상 또는 전국적으로 유효투표총수의 3% 이상을 획득한 정당만이 전국구국회의원의석배분에 참여할 수 있게 규정되어 있다.<sup>32)</sup>

### 1. 3% 득표율 저지선

앞서 독일연방헌법재판소 판결에서 살펴본 바와 같이, 결과가치의 평등에 대한 예외는 특별한 강제사유를 통해서만 정당화되고, 파편정당의 등장으로 초래될 수 있는 국가정치적 위험을 방지하기 위한 이유는 결과가치평등의 예외에 해당되고 또한 정당화사유가 될 수 있다. 이러한 결과가치의 평등의 예외는 특별한 강제사유에 의해 정당화된다는 독일연방헌법재판소의 견해로 볼 때, 파편정당의 난립과 정당간의 연합의 불완전으로 의회의 기능을 마비시키는 등의 문제가 어느 정도라도 예상되는 경우에만 저지조항이 필요하다. 만

30) 저지조항의 변천과정을 간단히 보면 다음과 같다. 1961.1.16. 국회의원선거법(제125조)에서 3석, 5%, 1970.12.12. 국회의원선거법(제9125조)에서 5석, 5%로 강화, 제4공화국에서는 비례대표제 폐지, 제5공화국 비례대표제 재도입하면서 1981.1.29. 국회의원선거법(130조)에서는 단순히 5석, 현행 1987년 헌법 이후 개정된 1991.12.31. 국회의원선거법(제133조)에서는 5석 이상을 원칙으로 하되 의석을 얻지 못하였거나 5석 미만을 획득한 정당으로서 유효투표총수의 3% 이상인 정당에 대해 우선적으로 1석 배분하도록 하여 소수당의 우선권 부여, 1994.3.16. 공직선거 및 선거부정방지법(제189조)에서는 5석, 5%를 원칙으로 하되, 3~5% 득표한 정당에 1석 배분, 2004.3.12. 공직선거 및 선거부정방지법(제189조)에서는 5석, 3%로 변경하여 오늘에 이르고 있다.

31) 2004.3.12. 공직선거법이 개정되기 전에는 “지역구국회의원총선거에서 5석이상의 의석을 차지하였거나 유효투표총수의 100분의 5 이상을 득표한 정당에 대해서만 득표비율에 따라 비례대표의석을 배분하되, 유효투표총수의 100분의 3 이상 100분의 5 미만을 득표한 정당에 대해서는 1석씩 우선 배분한다”고 규정하고 있었다. 이에 대해서 그 기준이 과도하다고 하여 위헌론이 제기되었다. 그런데, 우리 헌법재판소는 저지조항의 기준이 과도한지에 대해서는 판단하지 않고, 정당투표를 전제로 하지 않은 1인1표제하의 저지조항은 정당에 대한 정확한 지지도를 반영하지 못한다고 하여 평등원칙위배를 이유로 위헌결정을 하였다(정회철·김유향, 『기본강의 헌법』, ㈜윌비스, 2015, 1014면; 2001.7.19. 2000헌마91 참조).

32) 공직선거법 제189조.

약, 그렇지 않다면 다양한 목소리를 흡수하는 것이 민주주의 본래의 길이므로 굳이 소수정당의 진출을 막기 위해 의석배분에서 배제시킬 이유가 없다. 그리고 우리나라와 같이 양당체제가 굳건하여 오히려 부작용을 낳고 있거나 국가나 정부형태가 강력한 대통령제를 기반으로 한다면 저지조항의 필요성은 그리 많지 않다고 생각한다. 또한 경험적으로 남북이 대치하고 있음에도 불구하고, 우리는 독일과 같이 군소정당의 난립으로 인해 큰 혼란을 겪은 바가 없다. 그렇다면 저지조항은 의회의 기능 수행과 관련하여 불가피한 경우에만 한정적으로 인정되어야 하고, 인정된다고 하더라도 최소한의 수준으로 설정되어야 한다. 그것이 의회민주주의 나아가 국민의 평등권에 위배되지 않는 것이라 생각한다.

이러한 점에서 우리가 3%의 저지조항을 필요로 하느냐에 관하여 회의적인 시각을 가진다. 그 이유는 아래와 같다.

첫째, 독일과 유효득표율을 기준으로 비교해보면, 독일이 5%인 것에 비해 우리나라는 3%이므로 우리나라가 낮은 기준이지만, 독일은 비례대표의석이 299석으로 매우 많은데 반해 우리나라는 47석에 불과하여 소수정당의 몫은 매우 적다라는 것에 주목해야 한다.<sup>33)</sup>

둘째, 우리나라의 정부형태는 대통령중심제이다. 따라서 정부의 형태가 의원내각제인 독일과 같이 의회의 통치기능을 확보해야 할 필요성이 상대적으로 농후하지 않다.<sup>34)</sup> 남북이 대치하고 있는 상황적 근거를 든다고 하더라도, 우리나라의 대통령제는 비상시 정국을 안정시킬 수 있는 충분한 권한을 부여 받고 있다.

셋째, 전국구국회의원선거제도가 생긴 이래로 군소정당의 난립으로 인한 극도의 불안정한 정국이 발생한 바가 전혀 없다. 오히려 공고해진 양당체제 탓에 정치적 후진성만이 더욱 발생했을 뿐이다.<sup>35)</sup>

33) 도회근, “독일 선거제도에서 무엇을 배울 것인가?”, 공법연구 제40집 제3호, 2012, 130면 참조.

34) 김진곤, “비례대표선거제의 체계와 그 정당화 요건”, 공법연구 제41집 제2호, 2012, 339면 참조; 전광석, 『한국헌법론』, 집현재, 2011, 470면 참조.

35) 우리나라는 최근 20대 국회에 이르러서야 겨우 양당체제를 벗어났다. 20대 국회의원선거에 의한 당별 의석 수를 살펴보면, 다음과 같다. 새누리당 122명(지역구 105명, 비례대표 17명), 더불어민주당 123명(지역구 110명, 비례대표 13명), 국민의당 38명(지역구 25명, 비례대표 13명), 정의당 6명(지역구 2명, 비례대표 4명). 19대 국회에서는 제3당이 정의당이었는데, 그 의석 수가 5명에 불과했다(지역구 1명, 비례대표 4명). {출처: 중앙선거관리위원회( <http://www.nec.go.kr/>)}; 이러한 삼당체제는 강력한 대통령제를 가진 우리나라에게 매우 유의미한 결과물이라 생각한다. 그 동안 우리나라는 대통령을 선출시킨 정당이 거의 대부분 국회에서 다수를 차지하여 사실상

상기의 이유로 저지조항을 삭제하거나, 존치 하더라도 현재의 3% 득표율보다 낮은 수준의 저지선을 설정하는 것이 옳다고 본다.<sup>36)</sup>

## 2. 기본의석조항

우리나라 국회의원 의원 수 300명(20대 국회기준)이다. 이 중 지역구의원은 253명, 비례대표 47명에 불과하다. 독일의 지역구 3석 기준은 전체 지역구의원 정수 299명에 대하여 약 1%로이고, 우리나라 지역구 5석 기준은 전체 지역구 의원 정수 253명에 대하여 약 2%이므로 우리나라가 독일에 비하여 두 배 높은 기준이다.

직선의석을 저지선으로 하는 기본의석조항에 관하여 독일연방헌법재판소가 이미 합헌으로 인정하였고, 다음과 같이 독일연방헌법재판소의 판시한 바 있다. “지방적으로 구획된 한 선거지역에서 강하게 대표되는 정당은 전국에 걸쳐 분산된 표를 모으지 않으면 아니 되는 정당보다 더 대표자격이 있다.”고 보는 이 견해는 투표의 결과가치의 평등성보다 지역대표성을 강조하는 것이다.<sup>37)</sup> 그러나 특정지역의 대표성보다 전국적으로 퍼져 있는 민족적 · 종교적 · 문화적 · 사회적 소수가 좀 더 중요성을 가져야 한다고 본다. 특히, 우리나라의 경우로 투영해 볼 경우, 기본의석조항은 지역주의를 조장할 가능성이 있음을 주의해야 할 것이다.

한편, 기본의석조항이 현실적으로 적용된 예는 우리나라와 독일에서 찾아볼 수 없어 사실상 의미가 없기도 하다. 즉, 독일에서 정당득표율이 5% 미만인데 지역선거구에서 3석 이상을 얻은 정당은 없었다. 그리고 우리나라에서 득표율 3% 미만의 정당으로서 지역구의석 5석을 얻은 경우도 없었다.<sup>38)</sup>

따라서 기본의석조항은 사실상 그 실효성이 없다는 점에서 그리고 우리에

---

국회로서의 정부를 향한 견제기능이 매우 약했다. 그러나 20대 국회는 삼당체제가 형성됨으로써, 어느 누구도 우위를 점하지 않아 상호간의 대화와 타협 및 견제를 하지 않을 수 없는 구조가 되었다. 상호간의 대화와 타협 그리고 견제를 하게끔 하는 정치구조야말로 본연의 민주주의를 달성할 수 있는 정치환경적 필수요소이기 때문이다.

36) 최근 20대 국회의원선거에서 비례대표득표율이 5위였던 기독교자유당은 2.63%(626,853표)이었다. 적지 않은 득표를 하였지만, 결국 모두 사표가 되었다.

37) 음선필, 앞의 논문, 196면.

38) 20대 국회의원선거에서 기독교자유당은 비례대표득표율이 2.63%로 3% 미만이었으며, 지역구 의석은 1석도 얻지 못하였다. 득표율, 직선의석 두 요건을 모두 충족하지 못함에 따라 의석배분에 있어 전면적으로 배제되었다.

계는 지역주의를 조장할 가능성이 있다는 점에서 폐지하거나 현재의 기본의 석수를 낮추는 것이 타당하다고 생각한다.

국민의 기본권보장 나아가 인권의 확보하기 위한 수단 중 하나인 비례대표제를 강화하여야 한다. 이러한 비례대표제의 강화하기 위해서는 앞서 본 바와 같이 과도하고 비현실적 기준인 우리나라의 ‘저지조항’을 좀 더 완화할 필요성이 크다. 앞으로 이 조항의 개정을 기대하면서 본 논고를 마친다.

## 참 고 자 료

### \* 단행본

A. Lijphart, Electoral Systems and Party Systems, Oxford Univ. Press, 1994.

R. Taagepera and M. S. Shugart, Seats and Votes: The Effects and Determinants of Electoral Systems, Yale Univ. Press, 1989.

권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2008.

음선필, 『비례대표선거제론』, 홍익대학교 출판부, 2007.

전광석 『한국헌법론』, 집현재, 2011.

정회철 · 김유향, 『기본강의 헌법』, (주)월비스, 2015.

한수용, 『헌법학』, 법문사, 2012.

\_\_\_\_\_, 『헌법학』, 법문사, 2014.

허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2012.

### \* 논문

Han Fenske, Wahlrecht und Parteiensystem, 370: Volker Nenstiel, Die Auswirkungen der Weimarer Wahlrechtsentwicklung auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1992.

도회근, “독일 선거제도에서 무엇을 배울 것인가?”, 공법연구 제40집 제3호, 2012.

박병섭, “국회기능의 정상화와 정당”, 헌법학 연구 제8권 제2호, 2002.8.

신옥주, “독일의 의원선거법제에 대한 고찰”, 토지공법연구 제50집, 2010.

음선필, “저지조항”, 사회과학논문집 제7권 제1호, 2001.

이부하, “비례대표선거제에 있어서 의석배분의 원칙과 방식”, 법과 정책연구 제9집 제2호, 2009.

\_\_\_\_\_, “유럽의회선거에 있어서 민주성”, 유럽헌법연구 제17호, 2015.

정극원, “대의민주제와 교섭단체 구성 의석수”, 토지공법연구 제41집, 2008.

정연주, “비례대표제와 5%저지조항”, 고시계 411, 1991.

\_\_\_\_\_, “현행 비례대표 국회의원선거제도의 문제점과 개선책”, 저스티스 통권 제70호, 2012. 12.

홍일선, “선거권에 대한 독일연방헌법재판소의 판례분석(1): BVerfGE, 1, 208: 선거권에 대한 원칙판결”, 한림법학 FORUM 제17권, 2006.

\* 기타자료

펼전, 2016.4.22. 방송분.