

## 정당공천의 기준으로서 여론조사 활용의 헌법적 문제점\*

윤 정 인\*\*

### <국문초록>

이 논문은 2016년 제20대 총선에서 드러난 당내공천의 문제점을 화두로 하여, 특히 정당후보자 공천기준이자 방법으로 ‘여론조사’를 활용하는 것이 어떤 이론적, 현실적, 규범적 문제점을 가지는지 살펴보았다.

우선, 정당민주주의의 핵심적 과제인 ‘민주적 정당공천’의 중요성에 대한 헌법이론적 근거와 그것을 토대로 한 민주적 정당공천의 헌법적 기준 및 한계를 검토하였다. 헌법과 법률은 공직선거의 출발점인 공직선거후보자 추천에 있어서도 그 절차가 민주적이어야 할 것을 규정하고 있다. 국가선거과정의 일부인 당내 공천과정에 대하여, 비민주적 정당공천 내지 선거의 일반원칙을 위반한 정당공천이 국가선거에 미치는 폐해와 국가제도 형성에 미치는 문제점을 고려하여 헌법적 통제가 이루어져야 할 것이다.

당내경선의 방법 중 하나로 도입된 여론조사는 공천의 전과정에 활용되고 있다. 특히 후보자공천의 시작단계인 자격심사단계(Cut-off)와 이를 통과한 후보자들의 당내경선에서 선정기준이 되고 있으며, 심지어 정당간 내지 계파간 갈등이 심각한 경우 후보단일화의 기준으로 활용되고 있다. 그런데 여론조사는 많은 기술적 한계를 가지고 있으며, 국민들의 다양한 의사를 제대로 반영하지 못하여 왜곡된 결과를 낳을 수 있다. 이러한 근본적인 결함이 치유되지 못한 여론조사 결과가 정당의 후보자 공천과정에 비중있게 반영됨으로써, 유권자의 후보선택권이 봉쇄되거나 후보자의 공정한 경쟁을 할 권리가 침해되는 현상이 발생하고 있다.

이처럼 방법적으로 많은 결함을 내포하고 있는 여론조사를 경선과정에 사용함으로써 공천신청자의 선거에 입후보할 권리와 공무담임권 및 선거과정에서 민주적 절차에 참여할 권리를 침해하고, 당원이 정당후보 결정 등 당내의사결정절차에 참여할 권리를 침해하며, 유권자의 알권리 및 선거권을 침해할 가능성이 있다. 그리고 수단으로서의 적정한지 여전히 의문이며 그 객관성을 담보할 수 없는 여론조사가 공천기준이 됨으로써 헌법상 선거의 기본원칙들이 침해될 수 있다.

주제어 : 정당, 정당공천, 당내경선, 국민참여경선, 선거후보자, 여론조사, 선거제도, 정당민주주의, 당내민주주의

• 투고일 : 2019.06.30. / 심사일 : 2019.07.15. / 게재확정일 : 2019.07.17.

\* 이 논문은 2016년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임. (NRF-2016S1A5B5A07921213) 이 자리를 빌어, 논문을 세심히 읽어 주시고 유익한 의견들을 정성스럽게 정리하여 전해주시는 익명의 심사자분들께 깊은 감사의 말씀을 전한다.

\*\* 고려대학교 법학연구원 연구교수, 법학박사.

## I. 문제제기

정당공천은 대의민주주의의 출발점인 동시에 정당의 핵심적 기능 중 하나로, 정당공천의 민주화는 “정당의 민주적 내부질서의 핵심”<sup>1)</sup>이라고 일컬어진다. 그러나 매 선거마다 비민주적이고 때로는 파행적인 정당공천 문제가 반복되어 온 바, 이는 “한국 정당정치에 아킬레스건”<sup>2)</sup>으로까지 표현되고 있는 실정이다. 정당공천이 민주적으로 이루어지지 않을 경우, 선거과정이 비민주적 성격을 띠게 되고 선거를 통해 선출된 대표의 민주적 정당성과 의회정치의 정상화에도 문제를 야기한다. 그런데 한국의 정당은 오랫동안 소수의 정치적 리더를 중심으로 위에서 아래로(top-down 방식) 조직되었거나 소위 ‘보스정치’ ‘계파정치’로 인한 경직된 당운영이 관행화되어, 민주적 정당공천이 정착하기 어려운 구조적 문제를 안고 있었다. 2000년대 들어 정당개혁의 일환으로 정당공천의 민주화 및 상향식 공천이 본격적으로 논의되고 제도적으로 도입되었다.

그러나 파행적인 공천과정에서 발생하는 첨예한 정치적 갈등과 혼란은 최근에 치러진 2016년 제20대 국회의원총선거과정에서까지 적나라하게 나타났다. 특히, 각 정당마다 정당후보자 추천을 위한 공천관리위원회의 구성단계에서부터 컷오프, 당내경선, 비례대표후보자 선정 등의 후보자 선출과정과 나아가 당 내의사가 합의된 후 중앙선거관리위원회에 등록하는 마지막 단계에 이르기까지 공직후보자 선출을 위한 전 과정에서 보여준 파행은 ‘이번 공천만큼 어지러운 공천과정은 처음’이라거나 ‘막장공천’이라는 오명을 쓰는 계기가 되었다. 공천과정에서 불거진 다양한 문제들 - 공천관리위원회의 구성과 결정의 정당성, 공천관리위원회의 전횡과 독단, 공천기준의 불명확성과 예측불가성, 국민참여경선을 통한 민주적 대표성 침식과 당원의 권리 침해, 경선비용의 부담문제, 여론조사결과 활용의 적실성에 대한 의문 및 부정확성 등 - 중에, 국민들을 가장 놀라게 한 것 중 하나가 바로 당내 공천기준으로서 여론조사결과를 활용함으로써 나타난 문제점들이었다. 각 정당에서는 부적격 후보자를 가리는 자격심사(컷오프 Cut-off)와 당내경선 및 비례대표후보자 선출을 위한 기준으로 일반 국민들을 대상으로 한 전화여론조사를 활용하였다. 그러나 실제 투표결과와는 여론조사와 동떨어진 결과로 나타났을 뿐 아니라, 여론조사를 실시한 기관,<sup>3)</sup>

1) 정만희, “정당의 민주적 공천제의 법리 - 국민경선제의 법적 문제를 중심으로 -”, 「공법학연구」 제4권 제1호, 비교공법학회, 2002, 48쪽.

2) 김선태, “정당의 공천제도의 문제점과 개선방안 - 국회의원선거 후보자추천을 중심으로 -”, 「아태공법연구」 제7권, 아세아태평양공법학회, 2000, 38쪽.

여론조사의 방법과 기준에 따라 같은 선거구에서도 각양각색의 조사결과가 도출되었음이 드러나, 객관성과 신뢰성, 진실성과 공정성을 담보할 수 없는 여론조사에 의하여 정당공천결과가 좌지우지되었음이 증명되었다. 그러나 문제는 기술적 차원에 그치지 않는다. 보다 근본적인 문제는, 당내민주주의와 상향식 공천제도의 확립을 위하여 도입된 여론조사가 오히려 정당민주주의의 발전과 공직선거후보자의 민주적이고 합리적인 선발을 방해하는 것은 아닌가, 그리하여 결국에는 선거과정에서 중요하게 다루어져야 할 헌법적 가치들을 잠식하거나 선거과정에 참여하는 이들의 정치적 권리를 침해하는 것은 아닌가 하는 것이다. 이하에서는 이러한 문제를 차례로 검토함으로써, 실제 유권자들의 투표 이전의 후보자 공천단계에서 여론조사를 활용하는 것이 헌법적 기준에 비추어 타당한지 조명해보고자 한다.

## II. 공천기준으로서 여론조사 활용의 법적 근거와 활용사례

### 1. 선거과정에서의 여론조사 활용의 의의

#### 1) 일반적인 선거여론조사와 당내공천을 위한 여론조사의 구별

일반적으로 여론조사는, 무작위로 추출된 표본으로부터 수집된 의사가 모집단의 의사를 - 오차범위를 감안하더라도 - 신뢰할만하게 대변하고 있다는 전제 위에서 각종 연구와 공공정책 수립에 있어 의미있는 지표로서 활용되어 왔다. 여론조사를 민주주의 정치과정에서 광범하게 활용하는 것 역시, 여론조사 결과가 모집단인 국민의 의사를 그대로 오류없이 반영하는 것은 아닐지라도 조사가 과학적인 방식으로 이루어지고 있고 조사과정에 고의적인 왜곡이 개입되지 않는다는 것을 전제로, 그로부터 얻어진 데이터가 참고할만한 가치가 있다고 보기 때문이다.

오늘날 여론조사는 정치의 전 과정에서 광범하게 활용되고 있다. 정당들은 여론조사를 국민들의 여론수렴과정, 정책결정과정, 나아가 후보선출과정에서 다양하게 활용하고 있다. 그중에서 여론조사결과가 가장 결정적이고 직접적인 영향력을 가지고 사용되는 과정은 공직후보자의 선출과정일 것이다. 정당정치에서 선거의 중요성은 주지하는 바, 누구를 해당 정당의 공직선거후보자로 선

---

3) 대부분 선거철을 앞두고 급조된 ‘뗏다방’이었음이 사후적으로 밝혀졌다.

출하여 경쟁하는가는 매우 핵심적인 관심사이다. 그런데 한국에서는 선거법개정으로 당내경선제도와 여론조사가 한꺼번에 도입되면서 비약적인 변화를 겪고 있는 셈이다. 오늘날 각 정당들은 선거과정에서 각 후보자에 대한 지지도와 당선가능성을 예측하기 위한 일반적인 선거여론조사와 별도로 공천심사에서 부적격후보자를 가려서 압축하는 과정(Cut-off), 경선과정에서 당원투표 외에 선거구민을 대상으로 한 여론조사결과를 반영하여 후보자를 선정하는 과정, 나아가 당내 계파간 후보자를 단일화하거나 다른 정당과의 후보단일화를 하기 위한 과정에서 일반 국민을 대상으로 한 여론조사결과를 활용하고 있다. 이처럼 오늘날 여론조사는 한국의 정당정치에서 공식적인 정치과정의 한 수단으로 자리잡았다.<sup>4)</sup> 이러한 여론조사 공천에서 이용되는 여론조사는, 일반적인 정치과정에서 선거전략과 정책수립을 위해 참고용으로 활용되어온 여론조사와는 구분되며, 국민참여경선의 한 수단으로 도입된 것으로서 단순한 지지도 조사라기보다는 투표 방식에 가까우므로, 일종의 일반 국민에게 개방된 예비선거(미국식 개념으로 ‘오픈 프라이머리’, ‘open primary’)의 성격을 가지는 것으로 볼 수 있다.

## 2) 선거과정에서 여론조사 활용의 이점

대의민주주의의 실현과정에서 이상적인 상황은 모든 국민의 의사가 국민이 선출한 공직자들에게 왜곡없이 전달되고 그것이 제대로 대표되어 국가의사결정과정에 반영되는 것이다. 그리고 이러한 대표는 모든 국민의 의사가 균일하게 대표되는 것을 이상으로 한다. 그러나 현실적으로 국민의 다양한 의사와 선호가 정치인들에게 그대로 전달되지도 못하고 그 결과 국가운영에도 제대로 반영되지 못하는 경우가 많다. 그 경우 민주적 대표성(representaion)과 반응성(responsiveness)에 중대한 결함이 발생하는 것이다. 국민이 정치적으로 제대로 균일하게 대표되지 못하고 있다는 ‘대표의 실패’는 자유위임의 한계 내지 국민으로부터 유리된 엘리트 정치인들의 행태에도 기인한다. 그러나 현실적 차원에서 보면, 정치에 무관심하거나 적극적으로 정치적 의사를 표현하지 않는 ‘침묵하는 유권자’들의 의사를 파악하거나 수렴하기 어렵기 때문이기도 하다.

시민들은 사실 정치과정에 다양한 방법으로 참여하고 있다. 특히 대표를 선출하는 선거과정에 국한하여 보더라도 시민들의 정치참여방식은 다양하게 나타난다. 물론 직접 공직선거후보자로 출마할 수도 있지만, 대부분의 시민들은

4) 윤종빈/박병훈, “당내 후보선출과정의 갈등과 여론조사”, 「분쟁해결연구」 제9권 제2호, 단국대학교 분쟁해결연구소, 2011, 168쪽.

공론장에서 선거나 후보자에 관한 의견을 개진한다거나 선거운동을 한다거나 투표에 참여하는 식으로 선거과정에 참여함으로써 자신의 정치적 의사, 선호, 요구, 필요를 표출한다. 이러한 참여를 통해 표출되는 시민들의 의사가 선거를 거쳐 대표를 결정하고, 그 대표로 하여금 자신들의 의사가 국가운영에 반영되도록 추동하는 것이다. 그러나 여전히 정치적 이슈에 무관심하고 수동적이거나 경제적, 교육적, 물리적 한계로 인하여 정치활동에 참여하기 어려운 이들의 정치적 의사는 정치과정에 제대로 투입되지 못하고 있다. 그러나 그들 역시 주권을 가진 국민이고 선거권을 가진 유권자로서 투표에 참여하여 후보자를 선출할 것이다. 따라서 제대로 대표되지 못하고 있는 ‘침묵하고 있는 다수’를 정치과정에 효율적으로 끌어들이고, 선거과정 속에서 그 의사를 수렴할 수 있는 간편한 수단 중 하나가 바로 여론조사인 것이다.<sup>5)</sup> 물론 여론조사는 많은 경우 실제와 빗나가거나 부정확한 결과를 낳은 예들이 있어, 대표성을 제고하는데 도움이 되지 못하므로 공직후보 선출의 결정적 요인으로 활용되어서는 안되며 심지어 위험하다는 주장도 있다.<sup>6)</sup> 여론조사가 기술적 한계를 가지고 있다는 보편적이고 타당한 지적에도 불구하고, 적어도 여론조사를 공식적인 공천기준으로 수용하고 제도화한 현실적 배경에는, 과거의 권위적이고 폐쇄적인 당내공천과정을 보다 민주적이고 개방적으로 혁신하기 위하여 정당 차원을 넘어 광범한 국민참여가 필요하다는 판단과 여론조사에 대한 ‘응답’ 역시 침묵하는 다수가 정치와 선거에 수동적으로나마 참여할 수 있는 수단이 될 수 있다는 사고에 기한 것이 아닐까 한다.

## 2. 정당공천의 기준으로서 여론조사 활용의 법적 근거

국민의 자발적 의사에 의하여 형성된 정치적 결사체인 정당은 법인격없는 사단으로서의 법적 성격을 가지고, 원칙적으로 광범한 정당의 자유의 주체가 된다. 즉 정당의 조직, 운영, 활동 및 해산의 자유를 누린다. 그러나 정당민주주의 하에서 정당은 정치과정에서 중요한 공적 기능을 수행하고 있으며 특히 선거과정에서 핵심적 역할을 수행하기 때문에 헌법과 법률에 의하여 보호되는 동시에 규제되고 있다. 이런 맥락에서 사적 결사체인 정당에 대하여 헌법에서

5) Sidney Verba, “The Citizen as Respondent: Sample Surveys and American Democracy”, *The American Political Science Review* 90:1 (March 1996), p. 7.

6) 강원택, “당내 공직 후보 선출 과정에서 여론조사 활용의 문제점”, 『동북아연구』 제14권, 경남대학교 극동문제연구소, 2009, 53-58쪽.

는 특히 정당조향을 두어 그 설립과 활동의 자유를 보장하고<sup>7)</sup> 동시에 정당의 목적, 조직과 활동에 있어 민주적이어야 할 것을 요청하고 있으며,<sup>8)</sup> 정당법과 공직선거법 등에서 정당의 특별한 지위와 기능을 구체화하고 있다.

공직선거법 제47조 제2항은 정당이 소속당원을 공직선거후보자로 추천할 때 민주적 절차에 따르도록 규정하고 있으며,<sup>9)</sup> 상향식 민주적 정당공천제 도입의 일환으로 2005년 8월 4일 신설된 제6장의2 ‘정당의 후보자 추천을 위한 당내경선’의 장에서 그 구체적인 방법을 규정하고 있다. 공직선거법 제57조의2 제1항에서는 정당이 후보자 추천을 위하여 경선(당내경선)을 실시할 수 있다고 하면서, 제2항에서 당내경선후보자를 대상으로 당헌, 당규 또는 서면합의에 따라 당내경선을 대체하는 여론조사를 실시할 수 있음을 규정하고 있다.<sup>10)</sup> 단, 동 조항은 당내경선을 실시할 수 있다는 임의규정 형식을 취하고 있으므로 현행 법은 정당의 민주적 공천을 요구하면서도 그 공천절차에 대하여는 정당의 재량에 맡기고 있는 것이다. 동 규정에서 당내경선을 대체하는 여론조사 실시여부에 대하여도 당헌, 당규 내지 당사자간 서면합의에 유보하고 있는바, 각 정당들은 당헌에 공직선거후보자의 검증과 추천을 위한 기구 및 국민경선에 대한 사항을 규정하고, 경선방법에 대하여는 관련 당규에서 구체적으로 규정하고 있다.

예컨대 현재 여당인 더불어민주당의 당헌을 보면 제88조 제1항에서 “①대통령후보자의 선출은 국민경선 또는 국민참여경선을 원칙으로 한다.”, 동조 제3항에서 “③경선의 방법, 대통령후보자의 등록, 선거운동 및 투·개표 등 필요한 사항은 당규로 정한다.”고 규정하고, 제89조 제1항에서는 “①시·도지사선

7) 헌법 제8조 ①정당의 설립은 자유이며, 복수정당제는 보장된다.

8) 헌법 제8조 ②정당은 그 목적·조직과 활동이 민주적이어야 하며, 국민의 정치적 의사형성에 참여하는데 필요한 조직을 가져야 한다.

9) 공직선거법 제47조(정당의 후보자추천) ①정당은 선거에 있어 선거구별로 선거할 정수범위안에서 그 소속당원을 후보자로 추천할 수 있다. 다만, 비례대표자치구·시·군의원의 경우에는 그 정수 범위를 초과하여 추천할 수 있다. ②정당이 제1항의 규정에 따라 후보자를 추천하는 때에는 민주적인 절차에 따라야 한다.

10) 공직선거법 제57조의2(당내경선의 실시) ①정당은 공직선거후보자를 추천하기 위하여 경선(이하 “당내경선”이라 한다)을 실시할 수 있다. ②정당이 당내경선[당내경선(여성이나 장애인 등에 대하여 당헌·당규에 따라 가산점 등을 부여하여 실시하는 경우를 포함한다)의 후보자로 등재된 자(이하 “경선후보자”라 한다)를 대상으로 정당의 당헌·당규 또는 경선후보자간의 서면합의에 따라 실시한 당내경선을 대체하는 여론조사를 포함한다]을 실시하는 경우 경선후보자로서 당해 정당의 후보자로 선출되지 아니한 자는 당해 선거의 같은 선거구에서는 후보자로 등록될 수 없다. 다만, 후보자로 선출된 자가 사퇴·사망·피선거권 상실 또는 당적의 이탈·변경 등으로 그 자격을 상실한 때에는 그러하지 아니하다.

거후보자 및 지역구국회의원선거후보자는 중앙당공천관리위원회가 심사하여 2명 이상으로 선정하고 경선방법을 마련한다. 단, 당규로 정하는 사유가 있는 때에는 그 사유를 명시하여 단수로 선정할 수 있다.”, 전략공천에 대하여는 동조 제4항에서 “④선거 전략상 특별히 고려가 필요한 선거구(후보자를 포함한 다)를 선정하기 위하여 중앙당전략공천관리위원회(이하 본조에서 ‘전략공천위원회’라 한다)를 최고위원회의 의결로 설치한다.”, 제7항에서 “⑦전략공천위원회의 구성과 운영 및 기타 필요한 사항은 당규로 정한다.”고 규정하고 있다. 동 당헌 제98조 제1항에서는 “①공직선거 후보자는 경선을 통해 추천하는 것을 원칙으로 한다.”고 하면서 그 방법에 대하여 이하에서 일반국민을 대상으로 하는 여론조사경선의 근거를 규정하고 있다.<sup>11)</sup> 관련 당규인 ‘공직선거후보자 추천 및 선출직공직자 평가위원회규정’에서는 후보자추천을 위한 심사방법에서도 여론조사를 참고할 수 있다고 규정하는 한편(제37조), 제40조에서 권리당원과 권리당원이 아닌 유권자를 대상으로 하는 국민참여경선의 방법에 대하여,<sup>12)</sup> 제41조에서는 해당 선거구의 일반유권자를 대상으로 하는 국민경선의

11) “②지역구국회의원선거후보자 및 지방자치단체의장선거후보자 추천을 위한 경선은 국민참여경선(여론조사경선 포함)으로 하되, 다음 각 호를 따른다.

1. 국민참여경선은 권리당원과 권리당원이 아닌 유권자를 대상으로 하여 투표 또는 조사결과를 반영하거나 선거인단을 구성하여 실시한다.
2. 권리당원의 투표·조사결과는 100분의 50 이하, 권리당원이 아닌 유권자의 투표·조사결과는 100분의 50 이상으로 반영한다. 선거인단 구성 비율과 방법은 별도로 정한다.
- ③지역구지방의회의원선거후보자 추천을 위한 경선은 국민참여경선(여론조사경선 포함) 또는 당원경선(지역대의원대회경선 포함)을 원칙으로 한다.
- ④제2항과 제3항에도 불구하고 최고위원회의 의결로 필요하다고 판단하는 때에는 시민공천배심원경선 실시를 결정할 수 있다.”

12) 제40조(국민참여경선) ①국민참여경선은 해당 선거구의 권리당원과 권리당원이 아닌 유권자를 대상으로 실시한다.

②국민참여경선은 선거인단투표, 전화면접여론조사, 휴대전화투표 또는 인터넷투표 등의 방법으로 실시할 수 있다.

③국민참여경선선거인단을 구성하는 때에는 그 규모를 시·도지사선거는 해당 선거구 유권자수의 500분의 1 이상으로, 지역구국회의원선거와 자치구·시·군의 장선거는 해당 선거구 유권자수의 1000분의 3 이상으로 한다. 다만, 중앙당선거관리위원회가 그 사유를 인정하는 때에는 최고위원회의 의결로 달리 정할 수 있다.

④국민참여경선은 당규 제2호 제5조 제1항에 따른 권리당원과 권리당원이 아닌 유권자를 대상으로 하여 투표 또는 조사결과를 반영하거나 선거인단을 구성하여 실시한다.

⑤제4항에 따른 투표·조사결과 반영은 권리당원은 100분의 50 이하로 반영하고, 권리당원이 아닌 유권자는 100분의 50 이상으로 반영한다. 선거인단 구성 비율은 별도로 정한다.

⑥⑧⑨생략

⑦경선후보자의 수 등을 고려하여 필요한 때에는 1차 경선을 실시하고, 1차 경선에서 당선된 후보자를 대상으로 2차 경선을 실시할 수 있다. 이 경우 1차 경선은 국민참여경선 또는 시민공천배심원경선 등의 방법으로 실시할 수 있다.

방법에 대하여<sup>13)</sup> 규정하고 있다.

한편, 국민참여경선의 도입 후 선거인단 모집과 관련한 과열이나 동원문제, 표본집단의 대표성 문제가 제기되어온바, 2016년 1월 15일 공직선거법 개정으로 당내경선의 경선인 모집 내지 당내경선을 위한 여론조사 실시를 위하여, 정당이 정당의 비용으로 이동통신사업자에게 휴대전화 안심번호제공을 요청할 수 있도록 하는 관련 규정을 마련하였다.<sup>14)</sup>

### 3. 당내 후보선출과정에서 여론조사 활용의 대표적인 사례 소개

#### 1) 2007년 대통령선거 사례

2002년 대통령선거를 앞두고 당시 새천년민주당에서 도입하여 후보단일화 방안으로 사용된 국민참여경선이 많은 유권자들의 관심을 받고 실제로 대선 승리로까지 이어지면서, 신선하고 과격적인 시도이며 한국정당의 새로운 발전 가능성을 보여준 성공적인 정치실험이었다는<sup>15)</sup> 평가를 받은 이래, 개방적인 형태의 국민참여경선 방식은 그 유형을 조금씩 달리해가며 각 정당의 후보선정 방식으로 보편화되기 시작하였다.

다음 대통령선거인 2007년에 당시 여당이었던 대통합민주신당에서 예비경선

13) 제41조(국민경선) ①국민경선은 당원을 별도로 구별하지 아니하고 해당 선거구의 유권자를 대상으로 실시한다.

②국민경선은 선거인단투표, 전화면접여론조사, 휴대전화투표 또는 인터넷투표 등의 방법으로 실시할 수 있다.

③국민경선선거인단을 구성하는 때에는 그 규모를 시·도지사선거는 해당 선거구 유권자수의 500분의 1 이상으로, 지역구국회의원선거와 자치구·시·군의장 선거는 해당 선거구 유권자수의 1000분의 3 이상으로 한다. 다만, 중앙당선거관리위원회가 그 사유를 인정하는 때에는 최고위원회의 의결로 달리 정할 수 있다.

④경선후보자의 수 등을 고려하여 필요한 때에는 1차 경선을 실시하고, 1차 경선에서 당선된 후보자를 대상으로 2차 경선을 실시할 수 있다. 이 경우 1차 경선은 국민경선, 국민참여경선 또는 시민공천배심원경선 등의 방법으로 실시할 수 있다.

⑤⑥생략

14) 제57조의8(당내경선 등을 위한 휴대전화 가상번호의 제공) ① 국회에 의석을 가진 정당은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 관할 선거관리위원회를 경유하여 이동통신사업자에게 이용자의 이동전화번호가 노출되지 아니하도록 생성한 번호(이하 “휴대전화 가상번호”라 한다)를 제공하여 줄 것을 서면(이하 “휴대전화 가상번호 제공 요청서”라 한다)으로 요청할 수 있다.

1. 제57조의2 제1항에 따른 당내경선의 경선선거인이 되려는 사람을 모집하거나 당내경선을 위한 여론조사를 실시하는 경우

2. 그 밖에 정당활동을 위하여 여론수렴이 필요한 경우

(이하 생략)

15) 강원택, 앞의 논문(주 6), 38쪽 등.



단계에서부터 본경선에 이르기까지 여론조사 방식을 전격적으로 도입하였다. 일종의 컷오프(cut-off)인 예비경선에서 예비후보자로 등록한 9명의 후보에 대하여 3일간 일반 국민 2,400명을 대상으로 한 여론조사와 국민참여선거인단 중 10,000명을 표본으로 추출한 여론조사를 실시하여 각각 50% 대 50%로 반영하여 당내 본경선에 나갈 후보를 5명으로 선정하였다. 이들을 대상으로 한 본경선에서는 당원과 대의원이 중심이 된 지역경선과 일반 국민을 대상으로 한 모바일 투표, 일반 국민 5,000명을 대상으로 한 여론조사 결과를 반영하여 후보자를 최종 선정하였다.<sup>16)</sup>

당시 제1야당이었던 한나라당에서도 여론조사를 후보선출과정에 활용하였는데, 후보선정과정에서부터 최종 대선결과에 이르는 전 과정을 보면 매우 극적인 결과를 낳았다고 볼 수 있다. 국민참여경선방식을 도입하되 대의원 20%, 일반 당원 30%, 일반 국민이 참여한 선거인단 30%, 여론조사결과 20%를 반영하는 것으로 구성하였다.<sup>17)</sup> 선거인단 득표수(총 유효투표수 130,893표)에서 당시 유력한 후보였던 이명박 후보가 49.06%를 얻어 49.39%를 얻은 박근혜 후보보다 뒤졌으나 여론조사(표본수 5,490표)에서 이명박 후보가 51.55%를 득표하여 42.73%를 득표한 박근혜 후보에게 앞서 총 득표수에서 2,452표 차이로 대통령 후보경선에서 당선되었다. 여론조사 결과가 당원들의 선택을 뒤집은 사례인데, 결국 제17대 대선에서 한나라당의 이명박 후보가 대통령으로 당선되었다.

## 2) 2010년 6.2 지방선거 사례

2010년 6월 2일 치러진 전국동시지방선거에서도 각 정당의 후보공천과정에 여론조사를 활용하였다.<sup>18)</sup> 광역단체장 선거를 중심으로 보면, 당시 여당이었던 한나라당은 광역자치단체장 공천지역 총 16곳 중 13곳에 단수·전략공천을 하였고, 서울, 전남, 제주 3곳에서만 경선을 실시하였다. 서울과 제주에서는 선거인단 80%와 여론조사 20%를 후보선출에 반영하였으며, 전남에서는 도민들을 상대로 한 여론조사만 100% 반영하여 후보자를 선출하였다. 전남은 전통적으로 한나라당 약세지역인데다 당원도 적어 간편한 여론조사를 활용한 것으로 볼 수 있는데, 3곳의 여론조사기관에 의뢰하여 전남도민 2,000명을 대상으로

16) 강원택, 앞의 논문(주 6), 38-39쪽; 윤종빈/박병훈, 앞의 논문(주 4), 176-177쪽.

17) 강원택, 앞의 논문(주 6), 39-40쪽; 윤종빈/박병훈, 앞의 논문(주 4), 177쪽.

18) 2010년 지방선거에서의 경선방식과 경과에 대하여 상세하게는 윤종빈/박병훈, 앞의 논문(주 4), 177쪽 이하 및 지병근, “서베이 민주주의(Survey Democracy)?: 6·2 지방선거 후보공천사례를 중심으로”, 『한국정치연구』 제19집 제3호, 서울대학교 한국정치연구소, 2010, 65쪽 이하 참조.

한 여론조사결과를 산술평균하여 최종후보자를 선정하였다. 서울시장경선에서는 후보자들끼리 여론조사를 이용하여 단일후보를 정하기로 합의한 후, 서울시 책임당원 1,000명을 대상으로 한 여론조사 50%와 서울시 일반 시민 2,000명 중 스스로 한나라당 지지자라고 응답한 사람을 대상으로 한 여론조사 50%를 반영하기로 하여, 결국 100% 여론조사를 활용한 후보단일화 사례라 볼 수 있는데, 최종적으로는 당대변인과 최고위원직 수행을 통해 대중적 인지도가 높은 나경원 후보가 최종 단일후보로 선정되었다.<sup>19)</sup>

민주당의 경우 총 14곳에 후보자를 공천하였는데, 8곳은 단수·전략공천을 하였고, 서울, 부산, 인천, 광주 4곳에서 경선을 실시하였다. 서울에서는 여론조사 100%를 후보선출에 반영하였고, 부산과 인천은 선거인단 50%와 여론조사 50%로, 광주에서는 시민공천배심원제를 도입하여 배심원단 50%와 당원여론조사 50%로 후보를 선출하였다. 또한 정당내부 후보경선과정에서 뿐만 아니라 부산, 경남, 제주 지역에서는 정당(야당)간 후보단일화를 위한 수단으로도 여론조사가 활용되었다. 부산과 인천에서는, 지역기반이 강하고 정당활동을 통해 대중적 인지도를 높인 후보자가 선거인단 투표와 일반 국민 여론조사에서 모두 우위를 점하여 최종후보자로 선정되었다는 점에서 여론조사가 결정적인 역할을 하지는 않았다. 그러나 정작 경선을 실시하지 않고 단수공천된 경기지역의 김진표 후보가 국민참여당 유시민 후보와 공론조사 50%와 여론조사 50%를 반영한 후보단일화 경선을 실시한 결과, 정당 자체의 세력이 약하지만 대중적 인지도가 높은 유시민 후보가 여론조사에서 이겨 최종후보로 선정되는 결과를 낳았다. 이 후보단일화 경선에 동원된 공론조사 기법은 ‘숙의형 여론조사’라고도 불리는데 즉각적으로 선호도를 밝히는 일반 여론조사와 달리 사안에 대하여 정보를 제공받아 숙의한 후 최종의사를 결정하는 방식이다. 민주당 김진표 후보는 각 당이 모집한 선거인단 15,000명을 대상으로 한 공론조사에서는 52.07%로 47.93%를 얻은 국민참여당 유시민 후보보다 많은 표를 얻었지만, 여론조사에서 46.96%를 얻어, 최종 단일화후보가 되지 못하였다는 점에서 일반 국민대상 여론조사에서 나타나는 것과 같은 유권자들의 반응방식을 후보자선출의 직접적 기준으로 삼는 현상에 대하여 여러 생각할 점을 던져준다.

19) 윤종빈/박병훈, 앞의 논문(주 4), 181-182쪽.

### Ⅲ. 여론조사를 통한 공직후보자 선출의 기술적, 정치(현실)적 문제점

#### 1. 전화 여론조사를 통한 후보자 선정의 기술적, 방법론적 한계

이전에 많이 행해지던 유선전화(집전화)를 통한 여론조사의 경우, 유선전화를 사용하지 않는 가구가 늘어나는 추세인데다 조사시 집에 머물다가 유선전화를 받아 여론조사에 응답할 가능성이 있는 집단, 즉 재택률이 전체 인구분포에서 매우 편중되어 있을 수밖에 없어, 그로부터 수집된 여론조사결과를 신뢰할 수 있을지에 대해 회의적인 견해가 많았다. 그에 비하면 휴대전화 보급률이 100%에 달하는 우리나라의 경우<sup>20)</sup> 휴대전화를 통한 여론조사를 실시하면, 조사대상자가 응답을 거부하는 경우를 제외하면 다양한 개인의 의사를 수집할 수 있는 가능성이 높아져, 표본추출오차(sampling error)를 줄일 수 있을 것이라는 합리적인 기대가 있다.<sup>21)</sup> 그러나 여론조사의 본질적 한계인 표본오차를 완전히 제거하기란 어려운데다, 비표본오차, 즉 조사방식상의 오류에 기한 기술적 한계도 간과할 수 없는 심각한 문제를 가진다. 이러한 기술적 한계는 단지 여론조사결과를 정책추진의 성공가능성을 예측하거나 선거의 전략으로 활용하는 일반적 사용례가 아닌, 공직선거후보자를 선정하기 위한 공식적 판단기준으로 채택하는 경우 정치적 대표성의 한계와 이어진다는 점에서 중요하게 지적될 수 있다. 이와 관련된 몇 가지 쟁점을 예로 들어 설명해보고자 한다.

첫째, 전화를 통해 일반 유권자에게 해당 정당의 지지자인지 (및 지지정당이 없는지) 여부를 물은 후 해당 정당의 경선후보자 중 선호하는 후보를 선택하도록 하는 경우를 상정해보자. 응답자가 전화응답을 유효하게 진행하기 위하여 해당 정당의 지지자 또는 무당층이라고 선택한다 하여도 그에 대한 진정성을 확인하기 어려우므로, 응답자가 다른 정당의 지지자이거나 해당 정당을 낙선시키기 위하여 일부러 경쟁력없는 후보를 선택하는 소위 ‘역선택’의 경우가 발생

20) 2019년 2월 Pew Research Center가 발표한 통계에 따르면 한국은 휴대전화 보급률이 100%이고 그 중 스마트폰 사용자가 95%에 이르는 것으로 집계되어, 조사대상 27개국 가운데 가장 많은 사람들이 스마트폰을 포함한 휴대전화를 사용하는 것으로 나타났다. (출처: [https://www.pewresearch.org/global/2019/02/05/smartphone-ownership-is-growing-rapidly-around-the-world-but-not-always-equally/pg\\_global-technology-use-2018\\_2019-02-05\\_0-01/](https://www.pewresearch.org/global/2019/02/05/smartphone-ownership-is-growing-rapidly-around-the-world-but-not-always-equally/pg_global-technology-use-2018_2019-02-05_0-01/) 최종검색: 2019.6.26.)

21) 김지윤/우정엽, “휴대전화를 이용한 정치 여론조사에 대한 연구”, 「한국정당학회보」 제11권 제2호, 한국정당학회, 2012, 230쪽.

할 수 있다. 이는 개방형 예비선거제도를 시행할 경우 제기되는 Party raiding 문제와 동일하다. Party raiding이란 한 정당의 당원들이 다른 정당의 예비선거에 참여하여 그 정당이 지명한 경쟁자들 중에서 보다 약한 후보를 지명하거나 그 정당의 지지자들을 분열시키기 위한 투표를 하는 정치수단을 의미한다.<sup>22)</sup> 전화여론조사를 통한 후보선정의 경우 위와 같은 역선택의 문제를, 직접 투표장에서 실시하는 경선에서보다 방어하기 어렵고, 그 결과 해당 정당의 후보자 선출이 왜곡될 가능성이 커질 수 있다.

둘째, 응답자의 개인적 성향이나 특성(특정한 연령이나 정치에 대한 개인의 태도)에 따라 전화조사에 따른 응답을 원치 않아 응답을 거부하게 되는 경우가 있다. 실제 선거에는 기꺼이 참여할 것이지만 단지 사전적인 전화투표가 꺼림직하거나 모종의 불필요한 걱정(예컨대 익명성이 보장되지 않을 것이라는 우려)에 기인하여 응답을 거부할 가능성이 있다. 또한 휴대전화를 통한 여론조사의 경우, 기기 자체의 특성상 응답을 거절하기 용이하고 휴대전화를 사용하는 동안 다른 업무를 수행하고 있을 가능성이 여타 수단에 비해 높아서 응답을 제대로 하지 못하게 될 가능성도 다분하다.<sup>23)</sup>

셋째, 위와 같은 이유로 응답률이 너무 낮을 경우, 선거구민의 의사를 제대로 대표하는 데 한계가 있다. 예컨대 일부 집단이 제외됨으로써 왜곡이 발생하여 실제의사와 동떨어진 조사결과를 모집하게 되면, 이를 추후층화(post-stratification) 등의 방법으로 보정한다 하여도 예측성과 정확성이 높은 의사 수렴이라고 보기에는 여전히 한계가 있는 셈이다. 이는 해당 정당의 입장에서나 정당의 지지자들의 입장에서나 불리할 수 있다. 통상 여론조사 응답률이 20-30%를 넘지 않는데, 이보다 낮은 응답률에 의한 여론조사 결과가 당원에게 뿐만 아니라 일반 국민들에 대하여 얼마나 대표성을 가질 수 있는지 의문을 제기할 수밖에 없다. 2016년 제20대 총선을 앞두고 더불어민주당은 선거구별로 5만 명씩의 안심번호를 이동통신사로부터 받아 전화를 걸어 여론조사 경선을 실시하였다. 그러나 응답률이 매우 낮아, 5만 명을 상대로 전화를 걸었음에도 응답자가 300명만 넘으면 유효한 조사로 인정한 바 있다. 여론조사를 활용하는 취지가 공천과정을 개방하여 과거와 같은 일부 소수가 아닌 다수가 후보선정에 참여할 수 있도록 한다는 취지가 있는데, 우선 그 ‘다수’의 의미가

22) 최병훈, “정당의 공직선거후보자 선출에 있어서의 역선택(Party Raiding) 문제 — 미연방 대법원의 판결 분석을 통한 대안 마련을 위하여 —”, 『안암법학』 제40권, 안암법학회, 2013, 37쪽 이하.

23) 김지윤/우정엽, 앞의 논문(주 21), 231쪽.

여하한 다수이면 되는 것인지, 즉 해당 정당과 관련없고 정치에도 무관심한 다수여도 무방한지 의문이고, 위와 같이 응답률이 낮을 경우 ‘다수’의 의미를 충족할 수 있는지도 생각해볼 문제이다.

## 2. 여론조사를 통한 공천이 민주주의 정치과정에 미치는 부정적 영향

### 1) 정당정치의 약화와 정당제민주주의에 대한 위협

당원에 한정된 내부경선이 아닌 일반 국민을 대상으로 한 여론조사 경선을 실시할 경우, 특정 정당추천 후보자로 등장한 이들에 대한 정보가 지극히 한정적일 수밖에 없는 상황이므로, 인물중심의 투표가 될 공산이 크다. 이 경우 일반 국민들은, 해당 정당 안에서 정당인으로서 활동하고 정당에 봉사해온 후보자가 아닌 정당의 외부에서 활동하면서 개인적 인지도가 높은 인기인을 선호하여 선택할 가능성이 높다. 이는 정당정치를 약화시키는 심각한 요인이 될 수 있다. 왜냐하면 출마하는 후보자 입장에서 보아도, 항상 비판받기 마련인 정당 정치에 가담하여 국민들에게 부정적인 이미지를 쌓는 대신 정당에 속하지 않은 채 외부에서 자신의 커리어를 쌓고 대중매체를 활용하여 대중적 인기를 획득한 다음, 선거 직전에 정당에 가입하여 해당 정당의 후보자로 등장하는 것이 더 유리할 것이라는 계산을 할 수 있기 때문이다. 대중은 오랫동안 보아서 친숙한 인물에 대하여도 호감을 가질 수 있지만, 현재의 상황에 만족하지 못하는 대부분의 유권자들은 새로 등장한 신선한 인물에 투표하여 변화를 꾀하려는 보편적인 성향을 보인다. 따라서 이러한 경우를 생각할 때 일반 국민을 대상으로 한 여론조사를 정치과정 일부에 참고하는데 그치지 않고 후보자 선출기준으로 직접 사용하는 것은, 오히려 정당경험이 없는 정치신인 내지 인기인이 공직선거 후보자가 될 수 있는 길을 열어주는 역할을 하게 될 수 있다.<sup>24)</sup> 유권자들의 입장에서라도 정치적 역량, 성향, 이념과 국민대표로서 요구되는 공적 책임감이 검증되지 않는 공직자를 선출하게 될 가능성이 큰데 그들은 또한 정당과 정체성을 공유하지도 않고 해당 정당에 대한 내적 결속감정이 없어, 정당정치를 불안정하게 만들 수 있다. 하지만 유권자들은 여론조사 및 본선거에서 해당 후보자에 대한 인물평가를 통해 투표하기도 하지만 그를 후보자로 추천한 정당과의 연관성 속에서 일정한 상을 형성하여 결정하게 된다. 그런데 해당 정치인이 정당의 정강 정책에는 관심도 없고 자신의 개인적 동기와 재선과 같은 이해관계

24) 강원택, 앞의 논문(주 6), 45쪽.

를 당론보다 우선시하여 당론을 거부하거나 탈당하거나 심지어 다른 정당으로 당적을 옮기는 경우, 안정적이고 예측가능한 정당 운영을 방해하여 정당정치를 약화시키고, 나아가 정당제민주주의의 근간을 위협할 수 있을 것이다.<sup>25)</sup>

## 2) (공직선출자에 대한) 위임의 실패와 정치적 책임 약화

대의민주주의 하에서 선거의 의미는, 주권자인 국민이 그를 대신하여 국가의사결정과 집행 등 공적 임무를 수행할 대표를 선출하여 그에게 국민들의 다양한 요구와 필요에 부응한 임무를 수행하도록 위임하고 그의 권한에 민주적 정당성을 부여하는 절차이다. 따라서 대의민주주의 하에서 민주주의가 제대로 실현되기 위해서는, 국민들이 자신들의 요구와 필요를 제대로 대변해줄 수 있는 대표를 선출하는 것이 무엇보다 중요하다. 오늘날 민주주의가 정당을 빼고는 생각할 수 없는 정당제민주주의로 정의되는 만큼, 정당은 대표를 선출하는 절차인 선거제도에 있어서도 중요한 축을 담당하고 있다. 공직선거법에서는 - 정당을 매개하지 않은 무소속후보로서도 선거입후보가 가능하지만 - 정당에게 공직선거후보자를 추천할 권리를 부여함과 동시에 정당이 후보자선정을 위한 당내경선을 실시할 경우 그 한 방법으로서 휴대전화를 통한 여론조사를 실시할 때 선거관리위원회를 통해 이동통신사로부터 안심번호를 제공받을 수 있는 지위를 부여하기도 하고, 선거방송과 토론 등에 있어서도 일정한 혜택을 부여하고 있다. 그러한 만큼 정당은 공적 기능의 수행자로서 헌법과 법률에 따른 공법적 규율의 대상이 되고 있으며, 정당내부에서 이루어지는 후보자공천의 과정과 기준 역시 그에 맡겨진 공적 기능에 부합하게 설계되고 운영되어야 할 것이다. 그런데, 선거의 전과정을 통해 정당이 맡은 가장 중요한 기능이라 할 수 있는 후보자공천단계에서 민주적이지도 신뢰할 만하지도 않은 수단을 채택하는 경우, 국민 입장에서는 충실한 대리인을 선출할 기회를 잃게 된다. 지지자 및 유권자들은 정당의 이름을 믿고 후보자에 대한 부족한 정보를 보완하여 선거에 임한다. 그런데 일반 국민을 대상으로 한 여론조사 방식의 공천은, 여러 사례가 보여주듯이, 정당의 중요성을 약화시키고 인물중심의 투표표를 촉진하여 정작 공직을 맡기기에 적합하지 않은 기준에 따라 후보자 선정으로 이끌 수 있다. 즉 개인적 배경이 화려한 후보나 대중적 인기가 높은 후보에 압도되

25) 또한, 당내 지지기반이 두터운 후보자와 일반 유권자로부터의 지지가 확고한 후보자가 경쟁하는 구도에서 이러한 공천방식을 채택하는 것이, 개방형 경선을 도입하게 된 주된 목적인 정당조직의 민주화에 얼마나 기여할 수 있을지 의문이 제기되기도 한다. 기현석, “정당의 후보자 선정방식에 대한 연구”, 「공법연구」 제41집 제2호, 한국공법학회, 2012, 48쪽.

어 그를 지지해 놓고, 후에 그가 국민들의 요구와 필요에 따른 임무를 충실히 수행하지 않는 위임의 실패가 발생하는 것이다.<sup>26)</sup> 정당의 입장에서, 후보자 선정 과정과 결과는 매우 중요한데, 그들이 경쟁력있는 후보로서 본 선거에서 승리하여 정당이 정치적 목표를 실현할 수 있는지에 대한 단기적 차원에서 뿐만 아니라, 정당소속 후보자 및 당선자들이 장기적 차원에서 해당 정당의 정체성과 성공적 유지가능성의 많은 부분을 결정짓게 되기 때문이다. 따라서 후보자선정(절차)은 선거가 끝난 이후에도 정당에 오랫동안 미치는 영향이 크다.<sup>27)</sup>

또한 위와 같은 과정에서 정당정치의 책임성이 훼손된다는 문제도 제기된다. 여론조사에 의한 후보자공천의 경우 정당에 충성도를 가지고 활동하는 진성당원의 의사가 제대로 반영되지 않거나 무시되어 소외감을 느끼게 할 수 있고, 가뜩이나 빈약한 하부구조를 가지고 있는 정당들로부터 진성당원이 이탈하는 등 정당정치의 기반을 약화시켜 정당의 정치적 책임성을 약화시킬 것이라는 것이다.<sup>28)</sup> 그러한 점에서 정만희 교수는, 정당의 조직과 당원 수가 축소되는 현실 속에서 일반 국민의 경선참여만 확대하는 것은 정당제민주주의를 부정하는 결과를 낳을 수 있다고 지적하면서, 일반 국민의 경선참여 확대는 먼저 정당의 조직과 당원 수의 확대가 이루어진 후에 수반되는 것이 바람직하다는 의견을 제시하고 있다.<sup>29)</sup>

### 3) 민주주의적 정치과정의 왜곡과 적극적 정치참여 동기의 상실

전화 여론조사라는 간단한 과정을 통하여 정당의 후보선정절차에 참여하여 결정적 영향력을 행사하는 것이 가능하다면, 평소에 정치적 이슈나 정당정치에 관심을 가지고 적극적으로 활동해온 시민들의 정치참여 동기가 희석되거나 상실될 수 있다. 여론조사방식과 반영방식에 따라 정도차가 있겠지만, 앞서 살펴본 바와 같이 당원투표 결과보다 일반 국민 여론조사 결과가 후보선정의 결정적 영향력을 행사한 여러 사례가 존재한다. 그러한 경우와 같이 정당정치에 소극적이거나 무관심한 이들의 의사가 정당활동과 정치적 이슈에 적극적이고 때

26) 문우진, “여론조사 공천이 정당 정치에 미치는 영향 - 위임문제(delegation problem)와 파급효과를 중심으로”, 『사회과학연구』 제50집 제1호, 강원대학교 사회과학연구원, 2011, 115-117쪽에서 여론조사 공천의 파급효과로서 위임실패의 문제를 다루고 있다.

27) Reuven Y. Hazan/Gideon Rahat, “Candidate Selection Methods and Consequences”, Richard S. Katz/William J. Crotty (eds.), *Handbook of Party Politics*, SAGE, 2006, p. 109.

28) 윤종빈/박병훈, 앞의 논문(주 4), 187-188쪽; 박병훈, “공천 과정에서의 여론조사의 바람직한 역할에 대한 시론”, 『미래정치연구』 창간호, 명지대학교 미래정치연구소, 2011, 99쪽.

29) 정만희, “오픈 프라이머리(완전국민경선제) 도입론의 헌법적 검토”, 『동아법학』 제69호, 동아대학교 법학연구소, 2015, 34쪽.

로는 투신한 이들의 의사와 동일하거나 때로는 더 결정적이게 다루어질 경우, 정치참여에 대하여 회의감을 품게 될 가능성이 클 것이다.

대중민주주의 사회에서 민주주의적 정치과정의 핵심은 일반 대중의 광범한 정치참여를 보장하고 증진하는 것이다. 오늘날 정당제민주주의 하에서 정당의 조직과 운영이 민주적이어야만 정당을 매개로 하여 이루어지는 정치과정의 민주성을 담보할 수 있으므로, 정당을 통한 공직선거후보자 공천도 소수의 독점적 권한이 아닌 일반 국민 다수에게 열린 참여과정으로 진화하고 있는 것이다. 그러나 그렇다고 하여, 중요한 정치적 의사결정에 여하하든 형식적으로 국민의 광범한 참여만 담보되면 된다고 생각하는 것은 지양해야 할 것이다. 민주주의적 의사결정과 선택에서 국민참여는 형식적 목표가 아니라 보다 실질적 목표로 고민되어야 한다. 민주주의제도 자체가 신들의 세상에서나 가능할 것이라는 루소의 말이나 ‘민주적 시민없이 민주주의는 불가능하다’는 말이 의미하는 바는, 민주주의의 의미를 알고 정치적 판단능력과 책임감을 갖추고 행위하는 역량이 민주적 행위에 필요하다는 것이다. 자신이 표출하는 정치적 의사에 대하여 그 의미를 충분히 알고, 자신의 정치적 선택과 행동에 대한 결과를 의식하는 가운데 이루어진 정치적 참여야말로 민주주의적 정치과정을 왜곡시키지 않는 진정한 의미의 정치참여로 볼 수 있을 것이다.<sup>30)</sup> 그러한 점에서 볼 때, 숙고 없이, 자신의 비용과 노력을 투입하지 않은 채, 단순한 선호도나 관심에 입각하여 이루어기 쉬운 전화 여론조사결과를 정당의 후보공천기준으로 활용하는 것은 민주주의적 정치과정을 왜곡시킬 수 있다는 우려를 낳는다.<sup>31)</sup>

#### IV. 여론조사를 통한 공직후보자 선출의 헌법적 문제점

##### 1. 선거의 기본원칙 침해여부

30) 강원택 교수는 정치적 참여는 자발성을 전제로 하며 자신의 선택과 행동에 대한 책임을 수반하지 않는 여론조사를 정당 후보선출방식으로 사용하는 것은 적합하지 않으며, 민주주의 의사결정 과정에 심각한 절차적 하자로 볼 수 있다는 견해를 피력하고 있다. 강원택, 앞의 논문(주 6), 41-44쪽.

31) 물론 이 주장이 의미하는 바가 주권자로서 그리고 유권자로서 선거에 참여하는데 일정한 자격이나 엄격한 조건이 요구된다는 논리로 필연적으로 이어져서는 안될 것이다. 단지 더 성숙하고 안정적인 민주주의제도를 운영하기 위하여 그 주체인 시민이 민주주의에 대하여 어떤 이해와 태도를 가지는 것이 바람직한지를 고민하는 차원에서 접근하고 있는 것이다.



헌법은 제41조 제1항과 제67조 제1항에서 “보통·평등·직접·비밀선거”를 선거의 기본원칙으로 천명하고 있다. 입법을 통한 선거제도의 형성은 당연히 헌법상 선거의 기본원칙 및 헌법적 기준과 한계내에서 이루어져야 할 것이며, 선거법제를 통해 규율되는 선거과정 역시 그러하다. 정당공천 역시 그러한 통제하에 놓이는 국가선거과정의 필수적 부분으로서 선거의 기본원칙의 적용을 받는다고 보아야 할 것이다.<sup>32)</sup> 현행법상 정당공천의 방식으로 당내경선에 여론조사를 적용하거나 여론조사로 갈음할 수 있다고 규정하여 민주적 정당공천에의 요청을 구체화하고 있긴 하지만, 현실적으로 여전히 공천심사위원회를 통한 밀실공천이나 전략공천이 빈번히 행해지고 있다. 여론조사 공천이 보편화된 후 치러진 최근의 20대 총선에서 공천심사와 경선을 둘러싸고 각종 파행적인 사태가 발생한 것은 바로 그러한 관행이 여전하기 때문이다.

모든 선거권자의 투표가 개인적 배경과 상관없이 보장되어야 하고, 모든 표가치가 동등하게 선거결과에 반영되어야 하며, 모든 투표가 중간선거인을 배제하고 직접 결정력을 가져야 하며, 선거의 비밀이 지켜져야 한다는 헌법상의 선거원칙이 그대로 정당공천과정에 적용되기란 어렵다고 볼 수도 있다. 예컨대 전략공천은 직접선거원칙에 반하고, 당비납부 등 일정한 조건을 부여하여 선거권을 인정하는 당내경선은 보통선거원칙에 반하는 것으로 볼 수 있다고 설명하는 견해도 있다.<sup>33)</sup> 그러나 생각건대, 헌법상 선거원칙의 당내경선에서의 적용문제는 당내경선의 유형과 구현방식 및 적용범위 등을 결부시켜 검토해야 할 기술적 사항으로 보아야 할 것 같다. 여론조사 공천과 관련하여서도 마찬가지이다. 만약 선거법제와 각 정당의 당헌, 당규가 여론조사 공천의 방식과 적용범위 및 적용방식을 헌법에서 정한 선거의 기본원칙이나 정당제민주주의의 원리를 본질적으로 훼손하는 식으로 규정하게 될 경우에는 그러한 규정과 그에 기하여 이루어진 정당공천의 효력여부가 사법적으로 다투어질 수 있을 것이다.

## 2. 정당의 자유 침해여부

헌법 제8조 제1항에서 보장하는 정당설립의 자유는 결사의 자유의 특별규정으로서, 정치적 결사체인 정당과 결사를 구성하는 개인 모두 정당설립의 자유

32) 김선택, 앞의 논문(주 2), 65쪽.

33) 헌법상 선거원칙을 당내경선에 그대로 적용하는 것에 대한 비판적 견해로 김래영, “선거의 기본원칙은 당내경선에 적용되는가?”, 『한양법학』 제25권 제3집, 한양법학회, 2014, 227-229쪽.

의 주체가 된다. 동 조항으로부터 보호되는 정당의 자유의 보호내용은 정당의 설립 뿐 아니라 그 조직형식의 선택, 활동, 분당, 합당, 해산의 자유 모두를 포괄한다. 따라서 이러한 자유의 내용을 정당의 측면에서 보면, 정당이 정당과 일체감을 확인하여 구성원을 선택하고 그 정당의 이념과 선호를 가장 잘 대변할 수 있는 후보자를 정당의 공직선거후보자로 선출할 권리를 가지고 있다고 볼 수 있다.<sup>34)</sup> 이러한 정당의 권리는 정당의 구성원인 당원의 권리와 긴밀한 연관을 가지고 공통의 이해관계를 가지는 것으로 볼 수 있다. 따라서 정당의 이념적 정체성과 신념을 제대로 구현하고 있으며, 선거에서도 경쟁력이 있는 최선의 후보자를 선출하는 것은 곧 정당에게도 당원들에게도 이익이 된다. 그런데 만약 정당이 공직선거후보자 선정과정에서 원치 않는 외부적 간섭을 강요받게 된다면 그것은 헌법상 보장되는 정당의 자유가 침해될 수 있다.

현재 국민참여경선제의 일환으로 공천기준에 여론조사를 일정비율 반영할 수 있도록 제도화한 결과, 각 정당들은 국회의원선거, 대통령선거 및 지방선거의 당내경선과정에서 적게는 20%, 많게는 선거인단 투표를 생략한 여론조사 100%를 적용하여 후보자를 선출하고 있다. 결국, 변형된 형태의 오픈 프라이머리(개방형 예비선거)처럼 운영되고 있는바, 현행 공직선거법은 당내경선의 방법으로서 여론조사 공천을 의무화하거나 반영 비율을 규정하여 강제하고 있지 않고 각 정당이 당헌과 당규 차원에서 의무화하여 실시하고 있지만, 만약 실정법을 통하여 여론조사 공천과 반영비율을 강제하게 된다면, 이는 정당을 약화시키고 정당정치를 훼손시키는 결과를 피할 수 없을 것이고 이를 헌법적으로 치환하여 보면 헌법상 보장되는 정당제민주주의원리와 정당의 자유(자유), 특히 정당이 후보자를 선택하고 결정할 권리를 침해하게 될 것이다.<sup>35)</sup> 즉, 선거과정의 민주적 정당성을 제고시키고 당내민주주의를 강화하기 위하여 일정 범위의 일반 국민의 참여를 허용한다 하더라도, 그 과정에서 정당의 자유 및 당원의 권리는 존중되어야 한다. 한편에서 정당의 자유와 다른 한편에서 일반 유권자의 선거참여를 통한 공익이 동시에 고려되어야 할 것인데, 정당의 자유를 일반 유권자의 경선참여보다 항상 우선하는 가치로 두기는 어렵다 하더라도 양자의 조화적 고려가 필요하다고 보아야 할 것이다.<sup>36)</sup>

34) 최병훈, 앞의 논문(주 22), 40쪽이하; *Eu v. S.F. County Democratic Cent. Comm.*, 489 U.S. 214, 224 (1989): “정당은 자신의 이념과 선호를 가장 잘 대표하는 간판주자를 선출할 권리를 가지고 있다.”

35) 그럼에도 불구하고, 당내경선을 법적으로 의무화하는 것이 가지는 실익과 가능한 유형에 대한 논의는 최병훈, “현행 정당공천제도의 헌법적 문제점”, 『안암법학』 제32권, 안암법학회, 2010, 44쪽이하 참조.

### 3. 당원의 권리 침해여부

오늘날 대부분의 정당이 대중정당, Catch-all 정당화되고 있는 추세이긴 하지만, 정당제민주주의의 핵심은 각 정당이 정치적, 이념적인 고유한 특성을 가지고 선거에서 경쟁하여 권력을 획득하는 경우 해당 정당의 정체성에 부합하는 정책을 추진하는 데 있다. 그러므로 고유한 정체성과 정책노선을 표방하는 다양한 정당들이 자유롭게 경쟁할 수 있도록 보장하는 복수정당제가 오늘날 정당제민주주의와 민주적 기본질서의 핵심을 구성하는 것이다. 정당들과 소속 당원들은 특정한 정치적 성향과 정체성을 공유하는 가운데, 당원들은 당원으로서의 의무를 수행하고 정당운영에 참여하면서 해당 정당의 정책적 목표를 대변하고 잘 실현할 수 있는 인물을 공직에 진출시키기 위해 노력한다. 당원들은 일반 유권자집단에 비하여 이념적, 정치적으로 일정한 지향을 갖고 있는바, 본선 경쟁력이 있는 후보보다는 자신들의 정체성을 잘 대변하고 대표할 수 있는, 대중적 인기보다는 이념적인 성향이 강한 후보를 지지할 수도 있다.

예컨대 2007년 한나라당의 대통령선거 후보경선에서 당원 투표에서는 더 많은 지지를 얻은 박근혜 후보를 꺾고 일반 국민 여론조사에서 더 많은 지지를 얻은 이명박 후보가 최종후보로 선정되어 당원의 선택이 뒤집힌 경우가 대표적인 사례이다. 당시 당원들은 보다 보수적이고 자신들의 정치적 정체성과 가깝다고 판단한 박근혜 후보를 더 지지하였으나, 일반 국민들은 보편적인 인지도와 현실적·실용적 관점에서 성공한 기업인이자 전직 서울시장인 이명박 후보에 더 많은 표를 던진 것으로 볼 수 있다. 2010년 지방선거에서도 민주당 김진표 후보와 국민참여당 유시민 후보가 선거인단 공론조사 50%와 일반 국민 여론조사 50%를 반영하여 경기도지사 후보단일화를 추진하였는데, 공론조사결과 김진표 후보가 앞섰으나 경기도민을 상대로 한 여론조사에서 대중적 인지도가 높은 유시민 후보가 조직적 열세에도 불구하고 최종 단일후보가 되었다. 이 역시 여론조사가 결정적인 역할을 한 사례이다.

모든 개인은 헌법상 결사의 자유를 향유하며(헌법 제21조), 특히 정치적 결사에 대하여는 정당을 만들고 가입하고 정당을 운영하고 그 정당 안에서 활동하며 자신의 정치적 자유를 향유할 기본권을 가진다. 그리하여 우리 헌법 제8조에서 보장하는 정당의 자유는 특별한 정치적 결사체로서 정당과 관련된 개인의 자유로서의 측면과 단체의 자유로서의 양 측면을 보장하고 있다.<sup>37)</sup> 헌법

36) 정만희, 앞의 논문(주 29), 30-31쪽; 기현석, 앞의 논문(주 25), 50쪽.

제8조 제1항이 문언상 “정당의 설립은 자유이며...”라고만 규정하고 있지만, 그로부터 정당설립, 가입, 활동, 운영, 해산의 자유 등 정당이라는 보호영역을 통해 개인이 누릴 수 있는 정치적 활동의 자유를 보장하고 있는 것이다. 따라서 동조 제2항에서 “정당은 그 목적·조직과 활동이 민주적이어야 하며...”라고 규정하여 정당의 조직과 운영의 민주화를 헌법적으로 요청하고 있는 것은 곧 정당을 구성하고 있는 개인들이 정당내부의 의사결정 및 조직구성에 민주적으로 참여할 권리를 보장하여야 한다는 요청과 연결된다. 또한 선거권을 가지고 있는 개개의 국민들은 그 개인이 누리는 정치적 표현의 자유와 선거권을 효율적으로 행사하기 위하여 특정 정당에 가입하여 당원으로서 활동하고, 선거과정에 관여한다. 이러한 맥락에서 볼 때, 당원으로서 정당의 내부의사결정에 참여하고, 중요한 사항에 대하여 결정적인 역할을 할 권리는 민주적 정당제도와 선거제도 운영의 견지에서 매우 중요하며 보장되어야 한다. 물론 과거의 폐쇄적인 밀실공천, 위에서 아래로의 Top-down식 공천을 탈피하여 보다 개방적인 경선, 아래에서 위로의 Bottom-up식 공천이 민주적 공천방식으로 보편적으로 합의되고 있긴 하지만, 적어도 정당에 대하여 정체성을 공유하고 정당의 내부의사결정에 참여할 권리를 가지고 있는 당원들의 의사가 정당과 아무 관련이 없는 일반 국민들의 의사에 비하여 무시되거나 적어도 소외되는 방식으로 여론조사 공천을 운영하는 것은 바람직하지 않다고 본다.<sup>37)</sup>

#### 4. 후보자의 권리 침해여부

공직선거에 출마하여 후보자가 되고, 공직에 취임하여 그 직무를 담당할 수 있는 권리는 헌법 제25조에서 보장하는 공무담임권의 내용이다. 보다 근본적으로 보면, 주권을 보유한 국민으로서 국가운영에 참여하기 위하여 선거를 통해 선거민들로부터 정당한 권한을 위임받아 그에 봉사하는 것은 주권행사의 한

37) “헌법 제8조 제1항 전단의 정당설립의 자유는 정당설립의 자유만이 아니라 정당활동의 자유를 포함한다. 구체적으로 정당의 자유는 개개인의 자유로운 정당설립 및 정당가입의 자유, 조직형식 내지 범형식 선택의 자유를 포함한다. 또한 정당설립의 자유는 설립에 대응하는 정당해산의 자유, 합당의 자유, 분당의 자유도 포함할 뿐만 아니라 개인이 정당 일반 또는 특정 정당에 가입하지 아니할 자유, 가입했던 정당으로부터 탈퇴할 자유 등 소극적 자유도 포함한다.” (헌재 2014. 4. 24. 2012헌마287, 판례집 26-1하, 223, 244).

38) 당원 중심이 아닌 지지자 중심의 국민참여경선의 도입으로 인하여 당원들의 권리가 과도하게 제한되는 것이 부당함을 지적하며, 적어도 당원들이 가지는 투표권의 비중을 적어도 전체 투표의 절반 이상 차지하도록 하는 경선조건을 제시하는 견해로, 이종수, “정당활동에의 시민참여와 당내민주주의”, 「공법연구」 제41집 제1호, 한국공법학회, 2012, 45-46쪽.

일환이자 중대한 정치적 자유의 실현이라고 볼 수 있다. 그러한 맥락에서, 어떤 개인이 자신이 가입한 정당에서 공직선거후보자로 추천 받아 공직선거에 출마할 기회를 얻고<sup>39)</sup> 선거의 전 과정에서 공정하게 경쟁할 권리는 보장되어야 한다. 공직을 담당하고자 하는 한, 그 과정과 선택이 자유롭고 평등한 기회로서 헌법적으로 보장되어야 하는 것이다.<sup>40)</sup>

선거제도의 형성과 운영은 국가가 입법형성권의 범위 내에서 스스로 정할 사항으로서 넓은 입법형성의 자유를 누린다고 보는 것이 학설과 판례의 지배적인 입장이지만, 그러한 경우에도 헌법이 피선거권을 비롯한 공무담임권을 기본권으로 보장하고 있는 취지와 대의민주주의 통치질서에서 선거가 가지는 의미와 기능을 충분히 고려하여 형성하여야 한다는 헌법적 한계 역시 존재한다.<sup>41)</sup> 위에서 살펴본 바와 같이 헌법상 선거의 원칙들도 선거과정의 일부에 속하는 후보자선정과정에서 - 완벽히 관찰시키는 데에는 한계가 있지만 - 존중되어야 한다. 헌법에서 대의민주주의의 핵심 요소인 선거제도의 형성에 대한 일정한 한계를 긋고 있으므로, 선거의 과정과 방식에 대하여 구체화하고 있는 공직선거법 등 유관법령이 헌법에서 보장하는 원리들과 기본권을 침해하는 경우에는 위헌여부를 문제삼을 수 있을 것이고, 각 정당의 당헌 당규 및 그 집행내용이 비민주적 공천을 통해 후보자 개인의 피선거권을 비롯한 공무담임권을 침해하는 경우에는 해당 정당에 대한 현행법상 제재 및 사법적 구제수단이 동원될 수 있을 것이다.

다시 문제로 돌아와서 살펴보면, 어떤 개인이 소속정당에 예비후보자로 등록하여 자격심사를 통과하여 당내경선후보가 된 후, 공정한 경선을 거쳐 최종 후보자가 되어, 국가선거에 참여하고자 하는데, 후보자를 심사하는 과정도 민주적이지 않고 후보자를 심사하는 기준도 합리적이지 않으며, 당에서 정한 경선의 룰 역시 공정한 경쟁을 불가능하거나 어렵게 만드는 경우가 문제이다. 더

39) 정당원으로서 후보자가 되는 경우 당원으로서의 지위와도 중복되지만, 일반 당원들과 달리 선거에 출마하는 특수한 경우를 따로 언급하는 것이므로 항을 달리하여 ‘후보자의 권리’로 특별히 다루었다.

40) “보통, 평등, 비밀, 직접, 자유선거의 원칙들은 현대의 제 민주국가에서 채택되고 있는 바와 같이 국민주권이 광범위하게 실질화되고, 또 국민이 능동적으로 평등하게 그 주권을 행사할 수 있도록 하기 위한 것이다. 이러한 민주적 정신은 모든 국민의 공무담임에 있어서도 자유롭고 평등하게 기회를 주어야 한다는 헌법 제25조에도 그대로 나타나고 있다. 따라서 국회의원에 임후보할 수 있는 자격과 조건을 법률로 정함에 있어서도 위의 헌법규정과 그 정신을 침해하는 것이어서는 안 된다.” (헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 214).

41) 헌재 2005. 4. 28. 2004헌마219, 판례집 17-1, 547, 553; 헌재 2009. 9. 24. 2008헌마265, 판례집 21-2상, 829, 832-833.

육이 과학적 합리성, 예측성, 정확성, 진지성 및 정당정치적 이익 조차 입증되지 않은 방식을 후보자 선정의 결정적 기준으로 채택한다면, 이는 공직선거에 출마하고자 하는 (예비)후보자의 권리를 침해하는 것으로 볼 수 있다. 일반 국민을 대상으로 한 전화 여론조사에 의한 공천은 이러한 맥락에서 신중히 검토해 볼 필요가 있다. 위에서 보았듯, 여론조사 공천은 개방적 상향식 공천의 도입이라는 취지 뿐 아니라 선거전략적 내지 비용절감 및 편의적 차원에서 도입된 측면도 없지 않다. 당내경선 및 여론조사가 법적으로 강제되지 않았음에도 각 정당들이 큰 저항없이 적극적으로 이러한 수단을 도입하고 운영하게 된 배경이다. 예컨대 정당 내부에서 당원으로서 오랫동안 활동해온 인물이나 정당에 기여해 온 정치인이 아니라 본선경쟁력을 의식하여 정당지도부에서 영입한 (인지도가 높은) 외부인사가 여론조사를 통해 정당추천 후보로 선정되는 경우, 이는 공정한 경쟁을 통하여 선거에 출마하고자 하는 후보자의 권리를 침해할 소지가 있는 것이다. 다만, 피선거권이나 공무담임권은 선거제도 등의 입법형성을 통해서 비로소 실현될 수 있는 기본권으로 보아, 그 침해여부에 대하여는 완화된 심사만이 가능하다고 보는 견해가 통설이나, 대의민주주의에서 공직선거후보자가 될 권리 내지 선거에 출마할 권리는 함부로 제한되어서는 안될 정치적 권리 중 하나라는 측면을 고려할 때, 그에 대한 침해시 비례성심사가 타당하지 않을까도 생각해본다.<sup>42)</sup>

## 5. 공직선거법상 여론조사공표금지과 결부된 문제점

공직선거법 제108조에 따르면 선거일 6일 전부터 선거일의 투표마감시각까지 선거에 관한 여론조사 결과를 일체 공표 및 보도할 수 없도록 규정하고 있다.<sup>43)</sup> 따라서 유권자들은 선거여론조사기관이 선거를 앞두고 조사한 후보, 정당, 정책 및 여론의 동향에 대한 정보를 제공받을 수 없는 것이다. 선거 전 여론조사공표금지를 규정한 취지는 선거의 결과에 대하여 선거권자들로 하여금

42) 공직선거에 입후보할 권리는 본질상 정치적 표현의 자유, 자기발현의 권리, 자기결정권(자율) 및 인간존엄의 보장이라는 차원에서 정당화될 필요가 있다고 주장하며, 심지어 실정법에 명시되지 않더라도 인권의 한 내용으로 보아야 한다고 주장하는 견해도 있다. Alecia Johns, "The Case for Political Candidacy as a Fundamental Human Right", *Human Rights Law Review* 16:1 (2016), pp. 29-54.

43) 제108조 ①누구든지 선거일 전 6일부터 선거일의 투표마감시각까지 선거에 관하여 정당에 대한 지지도나 당선인을 예상하게 하는 여론조사(模擬投票나 人氣投票에 의한 경우를 포함한다. 이하 이條에서 같다)의 경위와 그 결과를 공표하거나 인용하여 보도할 수 없다.

예단을 가지게 하여 선거의 공정성을 해칠 우려가 있고, 유리한 편에 가담하게 만드는 밴드왜건 효과(Bandwagon Effect)나 열세에 놓인 편을 동정하여 지지하게 만드는 언더독 효과(Underdog Effect)와 같이 여론조사 결과에 의해 투표자들의 심리가 유인될 수 있어, 선거권자 본인의 합리적 숙고와 선택에 따른 후보자 선택에 방해가 될 것을 우려한 것이다.<sup>44)</sup> 따라서 동 규정이 처음 도입되었을 때에는 심지어 현재와 같이 선거일 전 6일부터가 아니라 선거기간 개시일부터 선거일 투표마감시각까지 여론조사결과를 공표하지 못하도록 규정하였었다. 비교법적으로 볼 때, 프랑스, 일본, 스위스, 이탈리아, 스페인 등은 이러한 선거전 여론조사 공표금지를 규정하고 있는 반면, 미국, 독일, 영국, 노르웨이를 포함한 대다수의 국가들은 금지하지 않고 있다.

한편에선 동 조항의 취지에 대하여 오히려 선거권자의 알 권리를 과도하게 침해하고 있고 오히려 선거에 대한 정보가 차단됨으로써 유언비어나 마타도어에<sup>45)</sup> 영향받을 수 있으므로, 금지제도 자체가 타당하지 않다거나, 금지기간이 너무 길어서 위헌으로 보는 견해, 내지 선거의 공정성에 대한 우려 못지않게 선거를 둘러싼 정치적 표현의 자유의 측면에서 비판적으로 보는 견해들도 있다.<sup>46)</sup> 모두 합리적인 비판으로 판단되나 여기에서 자세한 논의는 생략하고, 각 정당이 당내후보공천을 위한 기준으로 일반 국민 대상 여론조사를 활용하면서 선거전 여론조사결과 공표금지규정을 동시에 두는 것이 적절한지 비판적으로 생각해볼 여지가 있다고 판단된다. 후보의 예비경선 및 본경선에서 당원 뿐 아니라 당원이 아닌 일반 국민까지 포함시켜 후보자 선정을 하는 것은 이미 그 자체로 선거과정에 일반 유권자들의 관심을 유입하여 선거를 흥행시키려는 선거전략적 차원과 본선 경쟁력있는 후보를 효율적으로 선정하려는 취지 모두에 기인하는 만큼, 당내경선을 위한 여론조사결과와 공천결과를 - 여론조사 공표 금지기간보다 앞서긴 하지만 - 사전에 공개하기 때문에 유권자들은 어떤 정당과 후보가 유력한지에 대한 상을 이미 형성하게 된다. 여론조사 공천은 가능한

44) 이회훈, “선거여론조사의 결과공표금지규정에 대한 헌법적 고찰 - 알 권리의 침해를 중심으로”, 「공법연구」 제36집 제3호, 한국공법학회, 2008, 266-267쪽.

45) 정치과정 전반에서 상대편을 공격하기 위한 소위 네거티브 전략이나 국민을 선동하는 데 마고그(demagogue), 나아가 흑색선전은 드물지 않게 발견되지만, 특히 선거를 앞둔 시기에 집중적으로 이루어진다는 것은 주지의 사실이다. 더욱이 심각한 것은, 선거 직전에 이러한 거짓정보 내지 선동적 정보가 유권자들의 판단에 결정적으로 작용할 경우, 선거의 결과의 정당성에 문제가 제기될 수 있다는 점이다.

46) 이회훈, 앞의 논문(주 44), 266쪽 이하; 정 철, “여론조사결과 공표금지결정의 헌법합치성-헌법재판소 결정을 중심으로”, 「법학논총」 제20권 제1호, 국민대학교 법학연구소, 2007, 85-120쪽.

데 선거여론조사 사전공표는 금지하는 것이 반드시 정합적이고 합리적인지에 대하여는 재고를 요한다고 볼 수 있다.

## V. 결론

공직후보선출과정의 민주화와 개방화에 대한 요청은 국민참여경선제 도입을 이끌었고, 나아가 여론조사를 후보공천의 수단이자 기준으로 활용하는 계기가 되었다. 국민들을 제대로 대표하지 못하고 그들만의 리그로 형성되고 운영되어 온 정당정치에 폐단, 정당을 둘러싼 사회환경의 급속한 변화(예컨대, 인터넷과 SNS 등 매체환경의 변화, 정당을 매개로 하지 않고 정치에 직접 참여하고자 하는 욕구의 증대<sup>47)</sup> 등) 등을 고려할 때, 당내경선과정에서의 국민참여는 정당이 새로운 시대를 준비하기 위한 개혁과정의 일환으로 간주되고 있다. 그러나 위에서 보듯, 정당의 공천과정에 당원이 아닌 일반 국민을 대상으로 한 전화여론조사 결과를 활용하는 것은 많은 기술적, 정치적, 헌법규범적 문제를 나타내고 있다.

우선, 여론조사방법 자체가 가지는 기술적, 방법론적 한계에 더하여 오픈 프라이머리와 같은 개방형 경선제도 운영시 나타날 수 있는 문제, 예컨대 역선택으로 인한 대표선출의 왜곡, 정당정치의 약화, 위임의 실패, 정치적 책임성 약화 등의 문제가 여전히 우려된다. 또한, 정당내 후보선정을 위한 절차에 일반 국민이 참여함으로써, 때로는 당원들의 투표보다 일반 국민을 대상으로 한 여론조사 결과가 결정적인 역할을 할 경우, 해당 정당의 지지자들이나 당원들이 정치참여에 회의감을 가지게 될 수도 있다. 정당제민주주의의 관점에서 신중한 고려가 필요한 부분이다.

나아가 여론조사 공천은 헌법적 차원의 문제를 낳는다. 국가선거과정의 필수적 부분인 정당공천과정 역시 헌법상 선거의 기본원칙으로부터 자유로울 수 없으므로, 여론조사 방식의 운영과 적용범위 등에 있어 선거의 기본원칙과 정당제민주주의의 본질적인 내용을 훼손하지 않도록 하여야 할 것이다. 또한, 헌법에서 보장하는 정당의 자유와 당원의 권리, 그리고 후보자의 권리의 침해 가능성도 고려하여야 할 것이다. 특히, 정당공천의 민주화라는 공익 못지 않게, 정치적 자유의 실현 차원에서 정당원으로서 정당의 내부의사결정에 참여하고

47) 이러한 현상의 배경에 대하여 자세히는 이종수, 앞의 논문(주 38), 33쪽.



결정적인 영향력을 행사하고자 하는 당원의 권리나 정당의 소속원으로서 공직 선거에 출마하여 공정한 기회를 갖고자 하는 후보자의 권리가 침해될 가능성에 대하여 주의를 기울여야 할 것이다.

결론적으로, 법적으로 강제되지는 않았지만 오늘날 각 정당들이 사뭇 성급하게 도입하여 광범하게 활용하고 있는 여론조사 공천에 대하여는 보다 면밀한 검토가 요구된다. 예컨대 여론조사 결과를 공천과정에서 전면적으로 사용하거나 당원들의 의사보다 많은 비중을 두어 결정적 기준으로 활용하는 것보다는, 제한적으로 활용하거나 부수적 수단으로 활용하는 것이 타당할 것으로 판단된다.

[참고문헌]

- 강승식, “정당공천의 입법적 규제에 대한 비교법적 고찰”, 「미국헌법연구」 제23권 제1호, 미국헌법학회, 2012, 1-30면.
- 강원택, “당내 공직 후보 선출 과정에서 여론조사 활용의 문제점”, 「동북아연구」 제14권, 경남대학교 극동문제연구소, 2009, 35-62면.
- 기현석, “정당의 후보자 선정방식에 대한 연구”, 「공법연구」 제41집 제2호, 한국공법학회, 2012, 33-59쪽.
- 김래영, “선거의 기본원칙은 당내경선에 적용되는가?”, 「한양법학」 제25권 제3집, 한양법학회, 2014, 217-240쪽.
- 김선택, “정당개혁론 - 국민의 정치적 자유를 실현하는 기제로서의 정당 회복”, 「고려법학」 제41호, 고려대학교 법학연구원, 2003, 131-152쪽.
- 김선택, “정당의 공천제도의 문제점과 개선방안 - 국회의원선거 후보자추천을 중심으로 -”, 「아태공법연구」 제7권, 아세아태평양공법학회, 2000, 37-81쪽.
- 김선택, “정당의 민주화를 위한 법적 방안”, 「정당과 헌법질서」(심천계희열박사 화갑기념논문집), 박영사, 1995, 275-302쪽.
- 김성수, “정당운영과 한국의 민주주의 - 공천제도를 중심으로”, 「자치행정연구」 제3권 제2호, 한양대학교 지방자치연구소, 2011, 9-20쪽.
- 김종철, “정치의 헌법화를 위한 첫 걸음: 서울지법 2000.3.24. 선고 2000카합489와 서울지법 2000.3.29. 선고 2000카합744 공천효력정지가처분결정에 부쳐”, 「법과 사회」 제19권 제1호, 법과사회이론연구회, 2000, 283-301쪽.
- 김지윤 / 우정엽, “휴대전화를 이용한 정치 여론조사에 대한 연구”, 「한국정당학회보」 제11권 제2호, 한국정당학회, 2012, 225-246쪽.
- 도회근, “정당의 공직선거후보자 추천제도 개선방안 연구”, 「헌법학연구」 제17권 제2호, 한국헌법학회, 2011, 235-271쪽.
- 문우진, “여론조사 공천이 정당 정치에 미치는 영향 - 위임문제(delegation problem)와 파급효과를 중심으로”, 「사회과학연구」 제50집 제1호, 강원대학교 사회과학연구원, 2011, 105-130쪽.
- 박경미, “18대 총선의 공천과 정당조직: 한나라당과 통합민주당을 중심으로”, 「한국정당학회보」 제7권 제2호, 한국정당학회, 2008, 41-63쪽.
- 박명호, “공천 과정에서의 여론조사의 바람직한 역할에 대한 시론”, 「미래정치연구」 창간호, 명지대학교 미래정치연구소, 2011, 93-111쪽.
- 박상철, “정당공천의 헌법적 쟁점과 개선방향: 국회의원 공천제도의 비교법적 분

- 석”, 「공법학연구」 제9권 제2호, 한국비교공법학회, 2008, 113-138쪽.
- 백승준, 선거여론조사의 공정성에 영향을 미치는 제도적 요인에 관한 연구: 제20대 국회의원선거를 중심으로, 고려대학교 행정학석사학위논문, 2017.
- 유경화, “정당의 공천과정에 관한 연구 -19대 총선 새누리당과 민주통합당을 중심으로-”, 「현대사회과학연구」 제19권, 전남대학교 사회과학연구소, 2015, 135-158쪽.
- 윤종빈, “19대 총선 후보 공천의 과정과 결과, 그리고 쟁점: 새누리당과 민주통합당을 중심으로”, 「한국정당학회보」 제11권 제2호, 한국정당학회, 2012, 5-37쪽.
- 윤종빈 / 박병훈, “당내 후보선출과정의 갈등과 여론조사”, 「분쟁해결연구」 제9권 제2호, 단국대학교 분쟁해결연구소, 2011, 167-192쪽.
- 이동운, “한국 정당의 후보공천과 대표성: 제19대 국회의원선거를 중심으로”, 「정치정보연구」 제15권 제1호, 한국정치정보학회, 2012, 93-126쪽.
- 이종수, “정당활동에의 시민참여와 당내민주주의”, 「공법연구」 제41집 제1호, 한국공법학회, 2012, 27-56쪽.
- 이종수, “선거과정의 민주화와 정당”, 「헌법학연구」 제8권 제2호, 한국헌법학회, 2002, 83-123쪽.
- 이희훈, “선거여론조사의 결과공표금지규정에 대한 헌법적 고찰 - 알 권리의 침해를 중심으로”, 「공법연구」 제36집 제3호, 한국공법학회, 2008, 249-280쪽.
- 전광석, “정당의 내부질서와 민주적인 공직선거 입후보자 추천”, 「헌법학연구」 제6권 제1호, 한국헌법학회, 2000, 130-159쪽.
- 전광석, “공천효력정지 가처분결정: 서울지법 2000.3.24, 2000카합489; 200.3.29, 2000카합 729 등”, 「헌법판례연구」 제2권, 한국헌법판례연구학회, 2000, 155-169쪽.
- 정만희, “오픈 프라이머리(완전국민경선제) 도입론의 헌법적 검토”, 「동아법학」 제69호, 동아대학교 법학연구소, 2015, 1-41쪽.
- 정만희, “정당의 민주적 공천제의 법리 - 국민경선제의 법적 문제를 중심으로 -”, 「공법학연구」 제4권 제1호, 비교공법학회, 2002, 43-71쪽.
- 정진민, “정당의 후보선출과 공정성: 유권자정당 모델을 중심으로”, 「의정연구」 제34권, 한국의회발전연구회, 2011, 145-170쪽.
- 정 철, “여론조사결과 공표금지결정의 헌법합치성 - 헌법재판소 결정을 중심으로”, 「법학논총」 제20권 제1호, 국민대학교 법학연구소, 2007, 85-120쪽.
- 정태호, “정당국가에서의 당내민주주의의 개념과 본질”, 「헌법논총」 제16집, 헌법

- 재판소, 2005, 479-548쪽.
- 조진만, “여론조사 공천의 이론적 쟁점과 기술적 과제, 그리고 정당의 선택”, 「의정연구」 제36권, 한국의회발전연구회, 2012, 131-155쪽.
- 지병근, “한국 주요정당들의 공천제도와 계파갈등: 2016년 국회의원선거 사례분석”, 「동서연구」 제28권 제4호, 연세대학교 동서문제연구원, 2016, 59-86쪽.
- 지병근, “서베이 민주주의(Survey Democracy)?: 6·2 지방선거 후보공천사례를 중심으로”, 「한국정치연구」 제19집 제3호, 서울대학교 한국정치연구소, 2010, 57-75쪽.
- 최병훈, “정당의 공직선거후보자 선출에 있어서의 역선택(Party Raiding) 문제 — 미연방대법원의 판결 분석을 통한 대안 마련을 위하여 —”, 「안암법학」 제40권, 안암법학회, 2013, 35-86쪽.
- 최병훈, “현행 정당공천제도의 헌법적 문제점”, 「안암법학」 제32권, 안암법학회, 2010, 31-78쪽.
- 홍득표, “정당의 공직후보 결정 모형에 관한 연구 - 한국정당을 중심으로 - ”, 「한국정치학회보」 제34권 제3호, 한국정치학회, 2000, 173-191쪽.
- 홍일선, “정당의 공천관련문제 해결을 위한 헌법적 기준 - 독일 연방의회의원선거를 중심으로”, 「공법연구」 제34집 제4호 제1권, 한국공법학회, 2006, 337-359쪽.
- Johns, Alecia, “The Case for Political Candidacy as a Fundamental Human Right”, *Human Rights Law Review* 16:1 (2016), pp. 29-54.
- Hazan, Reuven Y./ Gideon Rahat, “Candidate Selection Methods and Consequences“, Richard S. Katz · William J. Crotty (eds.), *Handbook of Party Politics*, SAGE, 2006, pp. 109-121.
- Katz, Richard S./ William J. Crotty (eds.), *Handbook of Party Politics*, SAGE, 2006.
- Lundell, Krister, “Determinants of Candidate Selection: The Degree of Centralization in Comparative Perspective”, *Party Politics* 10:1 (January 2004), pp. 25-47.
- Mair, Peter, *On Parties, Party Systems and Democracy: Selected Writings of Peter Mair*, ECPR Press, 2014.
- Merten, Heike, “Funktionsbedingungen politischer Parteien in der Mehrparteiendemokratie”, 헌법연구 제2권 제2호 (2015. 9), 151-163쪽.
- Mitchell, Paul, “Voters and Their Representatives: Electoral Institutions and Delegation in Parliamentary Democracies”, *European Journal of Political*

*Research* 37 (2000), pp. 335-351.

Rahat, Gideon/ Reuven Y. Hazan, "Candidate Selection Methods: An Analytical Framework", *Party Politics* 7:3 (May 2001), pp. 297-322.

Pennings, Paul/ Reuven Y. Hazan, "Democratizing Candidate Selection: Causes and Consequences", *Party Politics* 7:3 (May 2001), pp. 267-275.

Sartori, Giovanni, *Parties and Party Systems: A Framework for Analysis*, Cambridge University Press, 1976.

Verba, Sidney, "The Citizen as Respondent: Sample Surveys and American Democracy", *The American Political Science Review* 90:1 (March 1996), pp. 1-7.

[Abstract]

## Constitutional Limits of Applying Public Opinion Survey on Candidate Selection within Political Parties

Yun, Jeong-In\*

This study aims to examine the technical, theoretical and practical problems of public survey dependent candidate selection within the political parties in Korea and to prove its constitutional limits. Candidate selection in a democratic way is very crucial for the intra-party democracy as well as the representative democracy. Therefore, Constitutional law and National Election Act provide that a political party shall observe the democratic procedure when recommending its member as a candidate for the election. Considering candidate selection within the political parties is also a part of the national election, undemocratic way of selection will have bad effects on the election results and, furthermore, on the state institution which will be organized thereby. Thus, the political parties should neither select candidates for the national election in unclear and undemocratic way nor violate general principles of the election.

Nowadays the public survey plays an important role in the entire process of candidate selection within the political parties. From the very first step of selecting candidates, which is called 'cut-off', to the next step of competition among those who passed the cut-off process, the party selects its candidates for the election with reference to the public survey. But it has undeniable technical limits, represents the electorate partially, and, therefore, has a possibility to distort the results of the election. And the application of such survey results on the candidate selection process could violate the voters' right to select a candidate as well as the candidates' right to fair competition, too. Furthermore, it could lead to violation of every citizen's fundamental right to participate in the democratic process of the election, to run for the election,

---

\* Research Professor, Legal Research Institute of Korea University. PhD in Law.

to take a public office, and the party members' right to participate in the decision-making process within the party.

Keywords : political party, party candidate selection, candidate selection methods, Intra-party competition, open primary, candidate of national election, public opinion survey, party democracy, intra-party democracy

