

피성년후견인의 선거권 박탈의 위헌성
(2013년 3월 14일 동경 지방재판소 판결)¹⁾

1. 사건개요 및 사건경과

(1) 사건개요

원고는 일본국민으로 만 20세가 된 1982년부터 거의 기권하지 않고 선거권을 행사해 왔지만 2007년 후견개시심판(민법 제7조2)을 받았고, 공직선거법 제1조 제1항 제1호3)(2013년 법률21호로 개정되기 이전의 것)가 피성년후견인은 선거권을 가지지 않는다고 규정하고 있었기 때문에 선거권을 상실하게 되었다. 원고는 동 규정이 헌법 제15조4) 제1항·제3항, 제43조5) 제1항, 제44조6) 단서 등에 위반하여 무효라고 주장하면서, 본인이 다음 중의원 의원 및 참의원 의원 선거에서 투표할 수 있는 지위에 있음을 확인해 줄 것을 재판소에 청구하였다.⁷⁾ 피고 국가는 선거권 행사에 필요한 판단능력이 없는 자를 선거에서 제외하는 것은 입법목적으로서 정당한 것이며, 그 범위를 확정하기 위해 성년후견제도를 사용하는 것이 입법재량을 일탈하는 것이 아니라고 주장하였다.⁸⁾

-
- 1) 平成25(2013年)年3月14日判決、東京地方裁判所、平成23年(行ウ)第63号、選挙権確認請求事件.
 - 2) **민법**(民法, 1954년 4월 27일 법률 제89호) **제7조** [후견개시심판] 정신상의 장애로 사리를 변별할 능력을 결여한 상황(常況)에 있는 자에 대해서 가정재판소는 본인, 배우자, 4촌 이내 등의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 보좌인, 보좌감독인, 보조인, 보조감독인 또는 검찰관의 청구에 의해 후견개시심판을 할 수 있다.
 - 3) **공직선거법**(公職選挙法, 1950년 4월 15일 법률 제100호) **제11조** [선거권 및 피선거권을 가지지 않는 자] ① 다음에 드는 자는 선거권 및 피선거권을 가지지 않는다.
 1. 피성년후견인
 2. 금고이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니한 자
 3. 금고이상의 형의 선고를 받고 그 집행을 받지 아니하기로 된 자(형의 집행유예 중인 자를 제외한다.)...(하략)...
 - 4) **헌법 제15조** ① 공무원을 선정하고 파면하는 것은 국민의 고유한 권리이다.
 - ② 모든 공무원은 국민 전체를 위한 봉사자이며 일부를 위한 봉사자가 아니다.
 - ③ 공무원 선거는 성년에 의한 보통선거가 보장된다.
 - ④ 모든 선거에서 투표의 비밀은 침해되어서는 아니 된다. 선거인은 그 선택에 대해서 공적 또는 사적으로 책임을 지지 아니한다.
 - 5) **헌법 제43조** ① 양원은 전 국민을 대표하는, 선출된 의원으로 조직한다. ② 양원 의원 정수는 법률로 정한다.
 - 6) **헌법 제44조** 양원의 의원 및 선거인의 자격은 법률로 정한다. 다만, 인종, 신조, 성별, 사회적 신분, 문벌, 교육, 재산 또는 수입에 의하여 차별하여서는 아니 된다.
 - 7) **행정사건소송법**(行政事件訴訟法, 1962년 5월 16일 법률 제139호) **제4조** [당사자소송] 이 법률에서 '당사자소송'이란 당사자 간의 법률관계를 확인 또는 형성하는 처분 또는 재결에 관한 소송으로 법령 규정에 따라 그 법률관계 당사자 일방을 피고로 하는 것 및 공법상의 법률관계에 관한 확인의 소, 그 외 공법상의 법률관계에 관한 소송을 말한다.
 - 8) 피고는 본건의 쟁점 이외에도 본건 소송이 재판소법 제3조 제1항에서 말하는 '법률상의 쟁송'에 해당하지 않

(2) 사건경과

1심 판결 이후 국회는 피선거권에 관한 부분도 포함하여 2013년 법률 제 21호에 따라 개정하여 공직선거법 제11조 제1항 제1호는 삭제되었다. 그러나 피고는 판결이 선거인 자격결정을 포함한 선거제도의 운영에 관한 입법재량을 부당하게 축소시킨다는 등의 이유로 항소하였고, 항소심에서 화해가 성립하여 1심판결은 확정되었다.

2. 본 판결

(1) 재판결과

청구인용(항소 후 화해)

(2) 판결이유

1) 2005년 최고재판소 대법정판결

선거권은 국민의 정치 참여 기회를 보장하는 기본적 권리로서 의회제 민주주의의 근간을 이룬다는 점에서 헌법은 국민주권의 원리에 따라 양의원 의원선거에서 투표함으로써 정치에 참여할 수 있는 권리를 국민의 고유한 권리로서 보장하고 있으며, 그 취지를 확고히 하기 위해 투표할 기회를 국민에게 평등하게 보장하고 있다. 이러한 헌법취지에 비추어보면 선거의 공정성을 해치는 행위를 한 자 등에게 선거권을 일정하게 제한을 하는 것은 차치하더라도, 선거권 또는 그 행사를 제한하는 것은 원칙적으로 허용되지 않으며, 이를 제한하기 위해서는 ‘어쩔 수 없다’고 인정할 만한 사유가 있어야만 한다. 그리고 제한하지 않으면 선거의 공정성을 확보하면서 선거권을 행사하는 것이 사실상 불가능 내지 현저히 곤란한 경우가 아니고는 이러한 ‘어쩔 수 없는 사유’가 있다고는 할 수 없고, 이러한 사유없이 국민의 선거권 행사를 제한하는 것은 헌법 제15조 제1항 및 제3항, 제43조 제1항 및 제44조 단서에

는 부적법한 것이므로 각하되어야 한다는 주장도 했고 판결에서도 주요 쟁점으로 다루었으나, 여기에서는 ‘피성년후견인의 선거권 박탈의 위헌성 여부’에 대해서만 다루는 것으로 한다.

위반된다고 해야 한다.(이상에 대해 2005년 최고재판소 대법정판결⁹⁾ 참조)

2) ‘피성년후견인’의 ‘어쩔 수 없는 사유’ 해당 여부

피고는 공직선거법 제11조 제1항 제1호의 입법목적에 대해, 선거권은 권리면서 동시에 선거인단을 구성하여 공무원을 선정한다는 공무로서의 성격을 가지며, 헌법은 의원에 어울리는 자를 각자의 의사에 따라 선택할 능력을 가졌을 것을 전제로 하나 피성년후견인은 정신상의 장애로 사리변별 능력을 결여하여 적절한 선거권 행사를 기대할 수 없기 때문에 선거권을 주지 않는 것으로 한 것이라고 주장한다.

그러나 법은 피성년후견인을 사리변별 능력을 결여한 자로 보는 것이 아니라, 오히려 사리변별 능력을 일시적으로라도 회복할 수 있는 자로 보고 제도를 설계한 것이다. 즉, 성년후견제도를 규정한 민법은 피성년후견인이 될 수 있는 자로서 ‘사리를 변별할 능력을 결여한 상황(常況)에 있는 자’(민법 제7조 참조)로 규정하고 있는바, ‘상황에 있다’는 것은 많은 시간 그 상황(狀況)에 있지만 거기에서 이탈하는 경우가 있는 경우를 의미하는 것이고, 따라서 ‘사리를 변별할 능력을 결여한 상황에 있는 자’란, 사리변별 능력을 결여한 상태에서부터 이탈하여 사리변별 능력을 회복하는 상황(狀況)에 있을 수 있는 자도 포함하는 것이다.

성년후견제도가 이처럼 정신상 장애로 법률행위에 있어서의 의사결정이 곤란한 자에게 그 능력을 보완해 줌으로써 그 자의 재산 등의 권리를 보호하는 것을 목적으로 하는 제도라는 점에서, 후견개시를 위한 ‘사리변별 능력’의 유무·정도에 대한 판단은 주로 ‘자신의 재산을 관리·처분하는 능력’의 유무·정도에 대한 판단으로 예정하고 있는 것이다. 따라서 이러한 재산관리능력의 유무와 정도에 대한 가정재판소의 판단은, 전술과 같은 주권자이자 자기통치를 해야 할 국민으로서 선거권을 행사하기에 충분한 능력이 있는지에 대한 판단과 그 성질상 다른 것임이 분명하다.

9) 平成17(2005年)年9月14日判決、最高裁判所大法廷、平成13年(行ツ)第82号、在外日本人選挙権剥奪違法確認等請求事件.

그리고, 거꾸로 생각해 보면 후견개시심판을 받아 피성년후견인이 된 자라도 우리나라 ‘국민’임은 본래적으로 당연하다. 헌법이 국민의 선거권을 보장하는 이유는, 다양한 상황에 놓여있는 국민이, 고매한 정치이론에 기초하지 않아도 자기 스스로를 통치하는 주권자로서 이 국가가 어떻게 되면 좋을 것인지, 혹은 어떤 시책이 이루어지면 자신이 행복할 것인지 등에 대해 생각하여 그것을 선거권 행사를 통해 국정에 도달시키는 것이야말로 바로 의회제 민주주의의 근간이 되고 생명선이 되는 일이라 여기기 때문이다.

우리나라 국민 중에는 뜻하지 않게 장애를 가지고 태어난 자, 불의의 사고나 병으로 장애를 가지게 된 자, 노화라는 자연적인 생리현상에 따라 판단능력이 저하된 자 등 다양한 장애를 가진 자가 다수 존재한다. 그러한 국민도 본래 우리나라의 주권자로서 자기통치의 주체임은 당연하고, 이들의 선거권을 박탈하는 것은 바로 자기통치를 해야 하는 민주주의 국가의 참여자(player)로서 부적격하다고 하여 주권자로서의 지위를 사실상 박탈하는 것과 같은 것이다.

피성년후견인에게 선거권을 부여함으로써, 선거의 공정성 확보가 사실상 불가능 내지 현저히 곤란한 사태가 발생한다고 인정해야 할 증거가 없는 이상, 선거권 행사에 충분한 능력을 결여한 자를 선거에서 배제한다는 목적달성을 위해서는 제도취지가 상이한 다른 제도를 차용하지 않고 단독으로 그러한 규정을 두어 운용하는 것도 가능하다고 해석된다. 따라서 이러한 목적으로 성년후견제도를 차용하여 주권자로서의 국민인 피성년후견인의 선거권을 일률적으로 박탈하는 규정을 두는 것을 ‘어쩔 수 없다’는 것에 해당한다고 보아 허용할 수는 없다.

3) 외국 사례

기존의 금치산 및 준금치산제도¹⁰⁾ 등은 자기결정의 존중, 노멀라이제이션¹¹⁾ 등의 새로운 이념과 종래의 본인 보호를 조화시킨다는 취지하에 프랑

10) 우리나라의 성년후견제, 한정후견제(구 금치산제, 한정치산제)에 해당하는 제도.

11) normalization: 1960년대 북유럽 여러 나라에서 시작한 사회복지를 둘러싼 사회이념 중 하나로 장애인도 비

스의 경우 1968년 민법개정으로 ‘후견(Tutelle)’, ‘보좌(Curatelle)’ 및 ‘재판소의 보호(Sauvegarde de Justice)’ 제도로, 캐나다 퀘벡 주는 1990년 민법개정으로 ‘후견’, ‘보좌’ 및 ‘보조인(Conseiler)’ 선임제도로, 또 오스트리아는 1983년 대변인(代辯人)법에 따라 재판소가 선임하는 대변인의 권한을 ① 본인의 전체사무 처리, ② 일정범위의 사무처리, ③ 개별적 사무처리로 세분화하는 제도로, 독일은 1990년 민법개정으로 재판소가 선임하는 관리인(世話人)의 권한을 개별적으로 정하는 제도로 바뀌었다.

뿐만 아니라, 영국의 1985년 계속적대리권법(Enduring Power of Attorney Act 1995), 미합중국의 1979년 통일계속적대리권법(Uniform Durable Power of Attorney Act) 및 이들을 채용한 미합중국 각 주의 대리권법, 캐나다의 1987년 통일대리권법(Uniform Powers of Attorney Act) 등도 자기결정의 존중이념을 반영한 입법이다.

선거권부여와 관련해서는 영국이 선거권이 없던 ‘지적장애자 및 심신상실자(idiots and lunatics)’에 대해, 2006년 선거관리법 제73(1)조에 따라 커먼로에서 정신질환을 이유로 하는 결격요건을 선거권도 포함하여 모두 폐지한 것, 캐나다에서 1993년 캐나다선거법(Canada Elections Act)을 개정하여 ‘정신질환으로 인해 행동의 자유를 제한받고 있는 자 또는 자기재산의 관리를 금지당하고 있는 자’를 선거권의 결격요건으로 하는 조항을 삭제한 것, 프랑스에서 선거법전에 선거권 결격요건으로 하던 ‘피성년후견인(Les majeurs en tutelle)’을 2005년에 개정한 것, 오스트리아에서 국민의회선거법에서 대변인이 있는 자는 선거권이 없었으나 1987년에 헌법재판소가 해당 조항을 헌법위반으로 판단하여 1988년에 삭제한 것, 스웨덴에서 스웨덴왕국선거법에 ‘재판소 선언에 근거하여 금치산자이거나, 또는 성인연령에 달한 후에도 금치산자에 머무는 자’는 선거인명부에 기재되지 않는다고 규정되어 있던 것이 1988년 금치산제도가 관리후견제도로 바뀌면서 1989년에 정신질환을 이유로 하는 선거권 결격요건을 모두 폐지한 것을 보면 여러 나라에서는 정신질환

장애인과 동일하게 생활할 수 있도록 지원해야 한다는 것을 가리키는 사회복지용어이다.

등으로 능력이 저하된 자의 선거권 제한을 재검토하는 동향에 있다고 할 수 있다.

4) 헌법은 선거권이 국민주권원리에 기초하는 의회제 민주주의의 근간으로 자리매김하고 있는 것이라는 점에서, 양의원의 의원선거에서 투표할 것을 국민고유의 권리로서 보장하고 있고 ‘어쩔 수 없는’ 경우, 즉 ‘그러한 제한을 하지 않으면 선거의 공정성을 확보하며 선거하는 것이 사실상 불가능 내지 현저히 곤란하다’고 인정되는 경우 외에 선거권을 제한하는 것은 헌법 제15조 제1항 및 제3항, 제43조 제1항 및 제44조 단서에 위반한다고 해야 한다. 성년후견제도와 선거제도는 그 취지목적이 완전히 다르고, 후견개시심판이 이루어졌다고 해서 선거권 행사에 충분한 능력을 결여한다고 볼 수는 없을 뿐만 아니라, 피성년후견인은 그 능력을 일시적으로 회복함으로써 유효하게 일정한 법률행위를 할 수 있는 능력을 회복하는 것을 제도로써 예정하고 있는 것이므로, 피성년후견인이 된 사람 중에도 선거권을 행사하는데 필요한 판단능력이 있는 사람이 적지 않게 포함되어 있다고 해석된다. 그리고 피성년후견인도 우리나라의 주권자인 ‘국민’임은 분명하며, 자기통치를 하는 주체로서 본래 선거권을 행사해야 하는 존재인바, 피성년후견인에게 선거권을 박탈하지 않으면 선거의 공정성을 확보하면서 선거하는 것이 사실상 불가능 내지 현저히 곤란하다는 것은 인정하기 어렵다. 게다가 선거권 행사에 충분한 능력을 결여한 자를 선거에서 배제하기 위해서는 제도취지가 다른 성년후견제도를 차용할 것이 아니라 단독으로 그러한 규정을 두어 운용하는 것도 가능하다고 해석되므로 그러한 목적을 위해 피성년후견인으로부터 선거권을 일률적으로 박탈하는 규정을 두는 것을 도저히 ‘어쩔 수 없다’고 하여 허용할 수는 없다. 또한 원래부터 성년후견제도는 고령자, 지적장애인 및 정신장애인의 자기결정의 존중, 잔존능력의 활용 및 노멀라이제이션이라는 새로운 이념의 국제적 흐름에 기초하여 제도화된 것이므로 피성년후견인의 선거권제도에 대해서도 동 제도의 취지에 따라 생각해야 할 것이다. 선거권

행사에 충분한 판단능력을 가지는 피성년후견인의 선거권을 박탈하는 것은 성년후견제도의 취지에 반하는 것이고 또 앞에서 본 새로운 이념에 근거하여 다양하게 개정하고 있는 나라 안팎의 동향에도 반하는 것이다. 따라서 피성년후견인은 선거권을 가지지 않는다고 규정한 공직선거법 제11조 제1항 제1호는 선거권에 대한 ‘어쩔 수 없는’ 제한이라고 할 수 없다.(원문 하선)

5) 선거권제한이 입법재량 사항인지의 여부

피고는 선거권은 법률에 따라 그 구체적인 내용이 형성되는 유형의 권리이고, 그 구체적인 내용을 정한 법률규정의 헌법적합성 문제는 법률에 의한 권리제한의 정당성 문제가 아니라 입법재량의 일탈·남용의 문제이나, 공직선거법 제11조 제1항 제1호에 입법재량의 일탈·남용은 없으므로 합헌이라고 주장한다.

그러나 그러한 입법재량은 어디까지나 헌법이 허용하는 범위 내에서 존재하는 것이고, 국회에 입법재량이 있다고 해서 위헌적인 입법이 허용되는 것은 아니다. 피고가 주장하는 것처럼 누구에게 선거권을 부여할 것인가에 대해 입법부에 일정한 재량이 인정된다 하더라도, 국민의 선거권을 제한하기 위해서는 그러한 제한이 ‘어쩔 수 없다’고 인정되는 사유가 있는 경우가 아닌 한, 그러한 입법은 재량의 범위를 넘는 것으로 헌법에 위반된다고 할 수 있다.

6) 취지·목적이 다른 제도차용의 합리성

피고는 선거권 행사에 충분한 능력이 없는 자를 선거에서 배제하여 공정한 선거를 확보한다는 등의 합리적인 입법목적은 달성하기 위해, 선거가 있을 때마다 사전에 성년후견제도와는 별도로 그러한 능력유무를 개별적으로 심사하는 것은 사실상 불가능하므로 성년후견제도를 차용하는 데는 충분한 합리성이 있다고 주장한다.

그러나 본건처럼 그 대상이 헌법에서 국민에게 보장하는 권리인 선거권인 경우에는, 그 입법목적은 달성하기 위해 달리 적절한 수단이 발견되지 않는

다는 이유로 당연히 그 선거권을 박탈당하는 결과를 감수하게 할 수 있는 것이 아니다. 가령 성년후견제도의 차용이 아닌 다른 방법을 채택하는 것이 용이하지 않다고 해도 완전히 다른 취지목적은 가지는 성년후견제도를 차용하여 피성년후견인의 선거권을 박탈하는 것은 헌법상 허용되지 않으므로 이 점에 대한 피고의 주장에는 동의할 수 없다.

7) 이상에 따르면 공직선거법 제11조 제1항 제1호 가운데, 피성년후견인이 선거권을 가지지 않는다고 규정한 부분은 헌법 제15조 제1항 및 제3항, 제43조 제1항 및 제44조 단서에 위반하는 것으로 무효이다.

그리고 원고는 1962년 10월 출생으로 만 20세 이상의 일본 국민이므로 공직선거법 제9조 제1항¹²⁾의 규정에 따라 중의원의원 및 참의원의원의 선거권을 가진다고 인정되며, 다음 중의원 의원선거 및 다음 참의원 의원선거에서 투표할 수 있는 지위에 있다고 인정된다.

12) 공직선거법 제9조 [선거권] ① 일본국민으로 연령 만 20세 이상인 자는 중의원의원 및 참의원의원의 선거권을 갖는다.