

## 장애인의 선거권을 배제하는 규정의 위헌성<sup>1)</sup>

### 1. 사실관계

이 사건 선거심사소원(Wahlprüfungsbeschwerde)은 2013년에 치러진 제18회 독일 연방의회 선거에서 청구인들을 연방선거법 제13조 제2호와 제3호<sup>2)</sup>에 따라 배제한 것이 헌법에 합치되는지 여부에 관해 다툰다.

연방선거법 제13조 제2호는 자신의 모든 용무를 처리하는데 있어서 잠정적인 시한을 넘어서는 기간 동안 후견인이 선임된 사람의 선거권을 배제하고 있다. 같은 법 제13조 제3호는 형사법전 제20조<sup>3)</sup>상의 정신장애로 인한 책임무능력 상태에서 자행한 행위로 인해 형사법전 제63조<sup>4)</sup>에 따라 정신병원에 수용된 사람의 선거권을 배제한다.

제18회 독일 연방의회 선거가 치러진 2013. 9. 22.에 청구인 1, 2, 4와 5는 모든 사안 처리에 대해 후견인이 선임되어 있어서 선거에 참여할 수 없었다. 청구인 3의 경우는 본래 모든 사안에 대해 후견인이 선임되어 있었지만 자신의 선거권을 잃지 않기 위해 후견 변경 신청을 하여 해당 선거에 참여할 수 있었다. 청구인 6내지 8은 해당 선거 시점에 형사법전 제20조에 연계한

1) 2019년 1월 29일자 사건번호 2 BvC 62/14.

2) [연방선거법(Bundeswahlgesetz) 제13조]

(다음 각호의 사람은) 선거권으로부터 배제된다.

1. 법관의 재판에 따라 선거권을 보유하지 않은 경우

2. 단순한 잠정 명령을 통해서뿐만 아니라 (피후견인) 자신의 모든 용무를 처리하는데 있어서 후견인이 선임된 경우; 이는 후견인의 업무영역에 민법전 제1896조 제4항과 제1905조에 규정된 사안이 포함되지 않는 경우에도 적용된다.

3. 형사법전 제20조와 연계한 제63조에 따른 명령에 기해 정신병원에 수용된 경우

3) [형사법전(Strafgesetzbuch) 제20조 정신장애로 인한 책임무능력]

행위시 병적 정신장애, 심한 의식장애 또는 정신박약, 기타 중한 정신적 변종(變種)으로 행위의 불법을 변별하지 못하거나 이러한 변별에 따라 행위할 능력이 없는 사람은 책임 없이 행위한 것이다.

4) [형사법전 제63조 정신병원수용]

책임무능력(제20조)이나 한정책임능력(제21조) 상태에서 위법행위를 한 경우 법원은 행위자와 그 위법행위를 전체적으로 평가할 때 행위자의 상태로 보아 중대한 위법행위가 예견되고, 그로 인하여 공공의 안전을 해할 우려가 있다고 인정되는 경우에는 정신병원수용을 명한다. 행해진 위법행위가 제1문상의 중대한 위법행위가 아닌 경우, 행위자의 상태가 그러한 중대한 위법행위를 할 것으로 예견되는 상황에 법원은 그러한 수용명령을 내린다.

같은 법 제63조에 따라 보안처분 집행상태에 있어서 선거에 참여할 수 없었다. 이들은 선거의 효력에 관해 독일 연방의회에 이의제기를 하였으나 성과를 얻지 못하자 독일 연방헌법재판소에 선거심사소원을 제기하였다.

## 2. 주문

(1) 연방선거법 제13조 제2호는 기본법 제38조 제1항 제1문<sup>5)</sup>과 같은 법 제3조 제3항 제2문<sup>6)</sup>에 합치되지 아니한다.

(2) 연방선거법 제13조 제3호는 기본법 제38조 제1항 제1문과 같은 법 제3조 제3항 제2문에 합치되지 아니하며 무효이다.

(3) 연방선거법 제13조 제2호에 기해 청구인 1, 2, 4, 5를, 같은 법 제13조 제3호에 기해 청구인 6, 7, 8을 2013. 9. 22.의 제18회 독일 연방의회 선거로부터 배제한 것은 이들의 기본법 제38조 제1항 제1문에서 도출되는 기본권 유사적 권리 및 기본법 제3조 제3항 제2문에서 도출되는 기본권을 침해한다.

(4) 청구인 3의 선거심사소원은 각하한다.

## 3. 이유

청구인 1, 2, 4 및 5 내지 8의 선거심사소원은 적법하다. 청구인 3은 선거에 참여를 하였으므로 선거심사소원을 제기할 권한이 없다. 선거심사소원의 적법성이 인정되는 범위 내에서 해당 소원은 이유 있다. 연방선거법 제13조 제2호와 제3호에 규정된 선거권 배제는 기본법 제38조 제1항 제1문에 따른 보통선거의 원칙과 기본법 제3조 제3항 제2문에 따른 장애에 대한 차별금지에 위배된다. 헌법에 위배되는 연방선거법 제13조 제2호와 제3호에 기해 청구인들이 제18회 독일 연방의회 선거로부터 배제되었으므로 청구인들의 권

5) [기본법 제38조 제1항 제1문]

독일 연방의회의 의원은 보통·직접·자유·평등 및 비밀선거에 의하여 선출된다.

6) [기본법 제3조 제3항 제2문]

누구도 장애를 이유로 불이익을 받아서는 안 된다.

리는 침해되었다.

(1) 연방선거법 제13조 제2호에 따른 선거권의 배제는 보통선거의 원칙(기본법 제38조 제1항 제1문)과 장애로 인한 차별금지(기본법 제3조 제3항 제2문)에 위배된다.

1) 연방선거법 제13조 제2호는 보통선거의 원칙을 제한한다. 해당 규정에 따라 자신의 모든 용무를 처리함에 있어서 후견인이 선임된 사람의 선거권 행사를 배제하는 것은 모든 국민이 동등한 방식으로 선거권을 행사할 수 있다는 보장에 대한 제한이다. 이 제한은 정당화될 수 없다. 그러한 제한을 통해 보통선거의 원칙과 동등한 헌법상의 가치는 법률적 유형화(Typisierung)를 통해 헌법적 요청을 충족하는 방식으로 보호되지 않고 있다. 입법자는 선거권과 그 한계를 형성함에 있어서 단순화(Vereinfachung)와 유형화를 통해 보편적이며 전형화된 총괄적 규정을 제정할 수 있으며, 그러한 방식을 사용하여 불가결하게 초래되는 가혹한 결과(Härte) 자체만으로 평등의 원칙을 위반하지는 않는다(BVerfGE 84, 348 <359>; 113, 167 <236>; 126, 268 <278 f.> 참조). 유형화란 여러 사실관계들을 근본적인 공통점에 맞추어 규범적으로 요약함과 동시에 실제로 잘 알려져 있거나 간과해도 되는 특수성들은 보편화하여 경시할 수 있는 권한을 의미한다(BVerfGE 132, 39 <49 Rn. 29>; 145, 106 <146 Rn. 107>). 그렇지만 법률에 의한 일반화는 가능한 한 광범위하게 모든 적용 집단과 규정대상을 포괄할 수 있는 관점에서 이루어져야 한다(BVerfGE 122, 210 <232 f.>; 126, 268 <279>; 133, 377 <412 Rn. 87> 참조). 입법자는 특히 법률을 통한 유형화에 있어서 비전형적인 경우를 모범(Leitbild)으로 삼아서는 안 되며, 현실에 적절한 전형적인 경우를 기준으로 삼아야 한다(BVerfGE 116, 164 <183>; 122, 210 <233>; 126, 268 <279>; 137, 350 <375 Rn. 66>; 145, 106 <146 Rn. 107> 참조). 또한 유형화는 그와 관련된 해악을 피하기가 어려운 경우에만 허용되며(BVerfGE 84, 348 <360>; 87,

234 <255 f.>; 100, 59 <90> 참조), 상대적으로 적은 수의 사람들이 이에 해당하여 차별대우가 특별히 큰 비중을 차지하지 않는 경우에만 허용된다 (BVerfGE 63, 119 <128>; 84, 348 <360>; 100, 59 <90>; 143, 246 <379 Rn. 362> 참조).

2) 보통선거의 원칙은 평등선거의 원칙과 마찬가지로 민주주의의 원리가 예정하는 정치적 자기결정권에 있어서 국민의 동등성을 보장한다 (BVerfGE 99, 1 <13, 39 <47 Rn. 24> 참조). 연방선거법 제13조 제2호는 보통선거의 원칙과 동등한 헌법상의 가치를 보호하기 위해 제정된 규정이라고 한다. 해당 규정은 국민의 정치적 의사형성의 통합과정(Integrationsvorgang)으로서의 선거라는 특성을 보장하기 위한 목적을 갖는다. 선거행위는 통치자와 피통치자 간의 자유롭고 공개된 의사소통이 바탕이 되어야만 통합과정이라는 선거의 효력을 가질 수 있다. 그러므로 보통선거의 원칙을 제한하여 특정 인적 집단의 선거권 행사를 배제하는 것은 이들이 국민과 국가기관 사이의 의사소통 과정에 충분한 정도로 참여하지 못할 것으로 상정되는 경우에만 정당화될 수 있다.

3) 연방선거법 제13조 제2호는 해당 규정에 따라 선거권을 배제하는 집단을 특정함에 있어서 법률적 유형화에서 요구되는 헌법적 요청을 충족하고 있지 않다. 해당 규정의 적용 대상자들은 충분한 객관적 이유 없이 평등에 위배되는 방식으로 특정되었다. 연방선거법 제13조 제2호는 병환이나 장애로 인해 자신의 용무를 직접 처리할 수 없는 사람이 아니라, 더 나아가 그러한 이유로 모든 용무를 처리함에 있어서 후견인이 선임된 사람의 선거권을 배제하고 있다. 하지만 후견법에서는 관행적으로 적용되는 필요성의 원칙에 따라 대상자가 다른 방식으로, 특히 후견위임(Betreuungsvollmacht)<sup>7)</sup>이나 사전

---

7) 후견위임을 통해 특정한 사람이 행위무능력으로 인해 스스로를 돌볼 수 없는 다른 이를 위해 법적 업무를 대신하게 할 수 있다. 민법전 제1896조 제1항에 따르면 성년자가 심리적 질환 또는 신체적·정신적 장애로 인하여 자신의 일을 전적으로 또는 부분적으로 처리할 수 없는 경우, 후견법원은 신청 또는 직권으로 성년후견인을 선임할 수 있다고 하고 있다.

위임(Vorsorgevollmacht)<sup>8)</sup> 또는 가족들이 충분히 돌봐줄 수 있는 상황을 통해 후견을 받을 필요성이 없어지는 경우에는 후견인을 선임하지 않고 있다. 이러한 경우에는 연방선거법 제13조 제2호가 적용되지 않으며 선거권이 유지된다. 따라서 선거권의 배제는 구체적인 후견에의 필요성 존부에 따라 후견인이 선임되는지 여부에 달려 있다. 하지만 이러한 현실에서의 우연에 입각한 상황은 동일한 정도로 돌봄이 필요한 사람들의 선거법적 차별대우를 정당화하는 사안의 본성에서 유래하는 적합한 이유가 될 수 없다.

4) 나아가 입법자가 명확하고 쉽게 확인할 수 있으며, 선거 조직에 있어서 특히 유용한 엄격한 형식의 표지를 제시하고 있다고 보기도 어렵다. 앞서 살펴본 유형화의 요건에 따르면, 유형화를 통해 유발되는 피해가 간과할 수 있을 정도로 경미해야 하며, 상대적으로 적은 수의 인원에만 해당되어 차별대우의 정도가 적어야 한다. 하지만 이 사안에서는 이러한 요건이 충족되지 않고 있다. 2013년 연방의회 선거에서는 총 81,220명이 연방선거법 제13조 제2호에 따라 선거권을 행사할 수 없었다. 이 인적 범주가 모든 용무를 스스로 처리할 수 없는 사람의 총수 중 몇 퍼센트를 차지하는지는 확인할 수 없다. 입법자는 이 문제에 대해서도 다루지 않고 있다. 총체적인 돌봄이 요구되는 사람들의 집단 중 필요성의 결여로 인해 후견인 선임을 하지 않은 사람들의 수가 선거권이 배제된 사람보다 적을지 또는 많을지는 알 수 없다. 대상자들의 선거권 배제는 민주주의 국가에서 시민의 가장 중요한 권리를 지속적으로 박탈하는 것이므로 평등원칙에의 침해 또한 경미하지 않다.

5) 이와 더불어 연방선거법 제13조 제2호는 기본법 제3조 제3항 제2문에 따른 장애로 인한 차별금지에 위배된다. 해당 규정은 장애를 가진 사람들을 차별대우하고 있다. 앞서 실시한 이유와 동일한 이유로 이러한 차별대우

---

8) 사전위임은 다른 이로 하여금 법적 대리를 허용하는 의사표시이다. 민법전 제1896조 제2항에서는 같은 조문 제1항의 요건(심리적 질환 또는 신체적·정신적 장애)이 존재하더라도 대상자의 업무를 위임을 통해 처리할 수 있다면 법적 후견인의 선임이 필요하지 않다고 규정하고 있다.

는 정당화될 수 없다.

(2) 연방선거법 제13조 제3호도 선거권 배제에 있어서의 헌법적 요청에 위배된다. 형법전 제20조와 연계한 제63조에 따른 명령에 기해 정신병원에 수용된 사람들의 선거권을 배제하는 것은 기본법 제38조 제1항 제1문에 따른 보통선거의 원칙 및 기본법 제3조 제3항 제2문에 따른 장애로 인한 차별금지에 합치되지 아니한다.

1) 연방선거법 제13조 제3항은 전형적으로 민주적 의사소통과정에 참여할 능력이 없는 사람을 포괄하기에 적합하지 않다. 행위 시점에서의 책임무능력과 그 원인이 되는 형법전 제20조에 따른 병의 증상을 확인하고 형법전 제63조에 따라 정신병원에 수용하는 명령의 요건이 존재하는지를 확인하는 것으로는 선거권을 행사하고 선거의 통합기능을 충족시키기에 필요한 인지능력의 부재를 도출해 낼 수 없다. 형법전 제20조에 따르면 행위시 병적 정신장애, 심한 의식장애 또는 정신박약, 기타 중한 정신적 변종(變種)으로 행위의 불법을 변별하지 못하거나 이러한 변별에 따라 행위할 능력이 없는 사람은 책임 없이 행위한 것이다. 이러한 요건이 동시에 전형적인 선거권 행사에 요구되는 인지능력의 부재를 확인하는데 상정될 수 있다는 점은 추론될 수 없다. 왜냐하면 책임무능력의 근거로 적합한 병의 증상이 일반적으로 민주적 의사소통과정에의 참여 무능력과 연관되지는 않기 때문이다. 또한 형법전 제20조상의 '책임무능력'은 지속적이거나 범죄와 무관한 상태를 의미하는 것이 아니라 행위자의 행위시점에서의 정신적 상태를 묘사하고 있다는 점을 간과해서는 안 된다. 형법전 제63조에서 예정하고 있는 비교적 오랫동안 지속되며 향후까지 이어질 정신 건강의 장애 역시 그러한 장애의 이유가 되는 병의 증상이 선거에 참여할 수 있는 결정능력의 부재의 근거가 될 수 없다는 점에서 위와 동일하다.

2) 연방선거법 제13조 제3호는 또한 객관적 이유를 찾을 수 없는 차별을 초래한다. 해당 규정의 적용자는 결과적으로 자의적이면서 민주적 의사소통과정에서의 참여 능력을 불충분하게 고려하는 방식으로 특정되었다. 이에 따르면 단지 책임무능력자가 중대한 위법행위를 할 위험이 없다는 이유로 정신병원 수용 명령이 내려지지 않은 경우에는 선거권이 유지된다. 하지만 그러한 경우에는 오히려 선거권 행사에 필요한 인지 및 결정능력이 연방선거법 제13조 제3호에 따라 선거권이 배제된 사람과 동일하거나 그보다 더 떨어지는 경우가 있다는 점을 간과할 수 없다. 동일한 우려가 형의 집행과 관련하여 제기된다. 연방선거법 제13조 제3호가 정신병원에 '수용'된 경우에만 선거권을 배제하므로 형의 집행을 유예하거나 자유형과 정신병원 수용명령을 동시에 내리고 자유형을 먼저 집행하도록 하는 경우에는 선거권이 배제되지 않게 된다. 이후에 정신병원으로 수용되는 경우에는 다시 선거권이 배제되는 결과를 초래한다.

3) 그 밖에도 연방선거법 제13조 제3호는 기본법 제3조 제3항 제2문에 따른 장애로 인한 차별금지에 위배된다. 책임무능력 상태에서 행한 범죄행위로 인해 정신병원에 수용된 사람들의 선거권을 배제하는 것은 장애를 가진 사람들로부터 민주주의의 핵심적인 권한인 참여권을 박탈함을 의미한다. 이러한 박탈은 위에서 실시한 이유로 인해 정당화될 수 없다.