

## 5년 이상 해외거주자의 선거권을 제한하는 법률 규정의 위헌성<sup>1)</sup>

### 1. 사건개요

캐나다 선거법(Canada Elections Act, S.C. 2000, c. 9) 제11조 제d호<sup>2)</sup>와 제222조 제1항<sup>3)</sup> 및 기타 관련 조항들<sup>4)</sup>은 해외에서 5년 이상 거주해온 캐나다 국민들이 캐나다에 돌아와 다시 거주할 때까지 그들의 연방 선거권을 부정하고 있다. 이 사건의 상고인들인 Gillian Frank와 Jamie Duong은 학업으로 5년 이상 미국에 거주 중이며, 직계 가족이 캐나다에 거주하고 있고, 학업을 마치거나 직장을 구하면 캐나다로 돌아올 의사가 있는 캐나다 국민들이다. 이들은 2011년 5월에 있었던 캐나다 연방 선거에서 투표하기를 원했지만 해외에서 5년 이상 거주 중이기 때문에 투표 자격이 없다는 통지받았다. 이들은 이러한 규정이 캐나다 권리자유헌장(이하 '헌장'<sup>5)</sup>) 제3조<sup>6)</sup>가 보장하

1) Frank v. Canada (Attorney General), 2019 SCC 1 (2019. 1. 11. 결정).

2) 캐나다 선거법 제11조 (파트 11)

다음 중 누구라도 파트 11에 따라 투표할 수 있다(...)

(d) 연속적으로 5년 미만 동안 캐나다에 거주하지 않았고 캐나다 거주자로 돌아올 의사가 있는 자

3) 캐나다 선거법 제222조 (선거인 명부)

(1) 선거관리위원장(Chief Electoral Officer)은 임시적으로 캐나다 밖에 거주하는 선거인 명부를 유지하여야 한다. 이 명부에는 등록과 특별 투표를 신청한 선거인으로서

(a) 신청 이전 어느 때이든 캐나다에 거주했었고,

(b) 신청 직전 5년 미만으로 캐나다 밖에 거주 중이며,

(c) 장래에 캐나다에 다시 거주할 의사를 갖는

각 선거인의 이름, 생년월일, 공식주소 및 우편주소, 성별, 선거구가 기재된다.

4) 캐나다 선거법 제220조 (정의)

이 조의 정의는 이 부(Division)에 적용된다.

선거인은 캐나다 군대의 선거인이 아닌 임시적으로 캐나다 밖에 거주하는 선거인을 뜻한다.

(...)

캐나다 선거법 제223조 (명부에 포함)

(1) 등록과 특별 투표는 선거인에 의해 신청될 수 있다. 그 신청은 규정된 양식에 따라야 하며 다음의 사항을 포함해야 한다(...)

(e) 선거인이 캐나다를 떠나기 전 선거인의 마지막 캐나다 일반거주지 주소, 또는 선거인의 배우자-사실혼 배우자-친척, 선거인의 배우자 또는 사실혼 배우자의 친척, 선거인이 의존하는 관계에 있는 자, 또는 선거인이 임시적으로 캐나다 밖에 살지 않았다면 함께 살았을 사람의 캐나다 일반거주지 주소,

(f) 선거인이 캐나다에 다시 거주하고자 하는 날짜,

(...)

캐나다 선거법 제226조 (명부에서 이름 삭제)

선거관리위원장은 다음의 선거인의 이름을 명부에서 삭제해야 한다(...)

(f) 제222조 제2항 제a호 내지 제d호 중 어느 것이라도 적용되는 선거인을 제외하고, 연속적으로 5년 이상 캐나다 밖에서 거주해온 자.

5) 캐나다 권리자유헌장(Canadian Charter of Rights and Freedoms)은 1982년 캐나다 헌법(Constitution Act, 1982) 제1장을 가리키며, 캐나다 헌법의 기본권 부분을 구성하고 있다.

는 캐나다 국민의 선거권을 침해하여 위헌이라고 주장하였다.

온타리오주 상급법원<sup>7)</sup>(Ontario Superior Court of Justice)은 이 사건 조항들이 헌장 제3조를 위반하였으며, 헌장 제1조<sup>8)</sup>에 의해 정당화되지도 않으므로 위헌이라고 판결하였다. 그러나 온타리오주 항소법원(Court of Appeal for Ontario)은 캐나다 법무부장관의 주장을 받아들여 비록 이 사건 조항들이 헌장 제3조를 위반하였지만, 헌장 제1조에 의해 정당화된다고 판결하였다. 이에 상고인들은 연방대법원에 상고하였고, 연방대법원은 상고인들의 주장을 받아들여 이 사건 조항들이 위헌이라고 판결하였다.

## 2. 판결요지

### 대법원장 Wagner의 법정의견(4인 의견)<sup>9)</sup>

캐나다 법무부장관이 동의하였듯이 캐나다에 장기간 거주하지 않고 있는 국민들의 선거권을 제한하는 것은 헌장 제3조를 위반한 것이다. 그리고 이러한 제한은 헌장 제1조에 의해 정당화되지도 않는다. 특히 법무부장관은 재외 국민의 선거권을 제한하는 것이 최소침해성을 충족한다는 점을 입증하지 못하였다.

#### (1) 선거권

모든 국민이 투표할 권리는 캐나다 민주주의의 중심에 자리잡고 있다.<sup>10)</sup>

---

#### 6) 캐나다 권리자유헌장 제3조 (국민의 민주적 권리)

캐나다의 국민은 누구나 연방 하원의원 선거 또는 주 하원의원 선거 시 투표할 권리가 있으며 연방 또는 주 하원의원에 당선될 자격이 있다.

7) 캐나다의 법원체계는 주 차원의 경우 주 일반법원(provincial court) - 주 상급법원(provincial/territorial superior court) - 주 항소법원(provincial court of appeal)으로 이루어지며 그 위로는 연방대법원(Supreme Court of Canada)이 있다. 이 사건의 경우 주 상급법원이 제1심 법원이 된다.

#### 8) 캐나다 권리자유헌장 제1조 (캐나다의 권리와 자유)

캐나다의 권리자유헌장은 헌장에 명시된 권리와 자유를 보장하며, 자유롭고 민주적인 사회에서 명백하게 정당화될 수 있는, 법률이 정하는 합리적인 제한만이 가능하다.

9) 대법원장 Wagner와 대법관 Moldaver, Karakatsanis, Gascon의 의견.

10) Opitz v. Wrzesnewskyj, 2012 SCC 55, [2012] 3 S.C.R. 76, at para.10.

헌장 제3조의 핵심적 목적은 모든 국민들이 선거 과정에 유의미하게 참여할 권리를 보장하는 것이다.<sup>11)</sup> 국민들의 참여는 자유롭고 민주적인 사회에 있어 근본적으로 중요하다. 민주주의는 각 국민들이 선거 과정을 통하여 국가의 통치에 참여할 진정한 기회를 가질 것을 요한다. 이러한 권리가 적절하게 보호되지 않는다면, 우리의 민주주의는 진정한 민주주의가 아닐 것이다.<sup>12)</sup>

그러므로 헌장 제3조를 폭넓게 해석하는 것은 우리 민주주의의 질을 강화시키고 우리의 자유롭고 민주적인 국가가 전제하는 가치를 강화시킨다.<sup>13)</sup> 선거권을 특정 집단에 제한시키는 정부는 국가의 민주주의 제도의 합법성을 약화시키고, 자기 자신의 권력에 대한 주장을 약화시킬 것이다.

## (2) 캐나다 선거 제도에 있어서 거주역의 역할

이 상고의 근본적인 주제는 캐나다 선거 제도에 있어서 거주역의 역할이다. 내 생각에 거주역은 선거권을 위한 조직 메커니즘으로 가장 잘 이해될 수 있다. 그것은 지리적으로 결정된, 선거구 기반의 선거 대의 제도를 뒷받침하는 중요한 장치이다. 그러나 그러한 필요성이 거주역 헌법상의 선거권의 핵심적 요건으로 격상시키지는 않는다.

분명한 법문으로, 헌장 제3조는 선거권을 시민권에 속박시켜놓았을 뿐이지 거주역 요건을 언급하지 않았다. 시민권은 선거권의 본질적인 의미를 규정하는 요건이고, 헌장 제정자들이 거주역 요건을 핵심적인 민주적 권리의 요소에서 빼놓은 선택은 특별한 의미를 갖는다.

게다가 선거법은 해외 거주 중인 공무원, 군인, 국제기구 직원 등에게는 거주역 요건을 면제하고 있다. 이러한 면제는 거주역이 선거권에 있어 핵심적이라는 견해와는 상충되는 것이다.

거주역은 선거권의 필수적인 요건이 아니다. 오히려 헌장 제1조에 따라 정

---

11) Figueroa v. Canada (Attorney General), 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912, at paras. 25-26.

12) Figueroa, at para. 30.

13) Figueroa, at para. 27.

당화되어야 하는 대항적 관계의 고려사항이지, 간접적으로 권리 그 자체의 범위 안으로 포함되어서는 안 된다.

우리 연방대법원의 어떤 사건에서도 거주가 선거권의 필수적이고 내재적인 요건이라고 판결한 적이 없다. 반대로 선거권에 관한 사건에 있어서는 폭넓고 자유로운 해석이 특히 중요하고 헌장 제3조는 적힌 대로 해석되어야 한다.

어쨌든 우리 선거 제도에 있어서 거주역의 역할은 역사적 맥락에서 이해되어야 한다. 거주 요건은 일반적으로 시민들이 오늘날처럼 쉽고 널리 여행을 다닐 수 없었고 한 공동체 내에서 그들의 삶을 살았던 시절에 등장했다. 그 시대에는 선거권이 땅의 소유권과 연관되어 있었고 오직 재산을 소유한 남성만이 투표할 수 있었다. 거주 요건은 복수 투표를 방지하기 위해 만들어진 측면도 있다.

그러나 오늘날 우리는 세계화된 사회에 살고 있다. 시민들의 이동 능력뿐만 아니라 계속 서로 연결되어 의사소통을 유지할 수 있는 능력은 전례 없는 것이다. 많은 캐나다인들이 5년 이상 해외에 살고 있다. 2009년 기준으로 캐나다 인구의 8%인 280만 명이 해외에 일 년 이상 거주해본 적이 있었다고 한다. 한 조사에 의하면 캐나다에 거주하지 않는 국민들도 캐나다와 강한 연관성을 유지하고 있었다. 사회문화적인 연관성 외에도 사회보험 프로그램에 기여하고, 세금을 내고, 보조금을 받는 등 경제적인 연관성 또한 강했다.

요컨대, 세계는 변화였다. 캐나다인들은 해외에 살 수 있고 살도록 장려받고 있지만, 캐나다와 밀접한 연관성을 유지하고 있다. 선거권은 더 이상 재산의 소유에 묶여있지 않으며, 선택된 사회구성원들에게만 수여된 것이 아니다. 그리고 거주가 아닌 시민권이 우리의 정치적 공동체를 정의하고 선거권을 뒷받침한다.

### (3) 헌장 제1조에 의한 정당화 분석

투표는 기본적인 정치적 권리이고 선거권은 캐나다 민주주의의 핵심 원리이므로 선거권에 대한 어떠한 제한도 신중히 심사되어야 하고, 강력하고 타당한 이유 없이는 허용될 수 없다. 이 핵심적인 민주적 권리를 방해하는 것은 엄격한 정당화 기준에 따라 심사되어야 한다. 법원은 제기된 정당화 이유에 대하여 존중적인 태도를 취하기보다는 엄격하고 철저한 검토를 하여야 한다. 헌장상의 권리에 대한 제한이 헌장 제1조에 따라 정당화되기 위해서는 중요한 두 가지 기준을 충족해야 한다. 첫째, 제한 조치의 목적이 긴절하고 중대해야 한다. 둘째, 목적을 달성하기 위한 수단이 비례적이어야 한다. 즉, 수단이 목적과 합리적으로 연결되고, 권리에 대한 침해가 최소한이며, 수단의 효과와 목적이 비례적이어야 한다. 이러한 비례성원칙 심사는 규범적(normative)이기도 하고 맥락적(contextual)이기도 하다. 또한 법원이 사회의 이익과 개인 및 집단의 이익을 형량하도록 요구한다.

### 1) 긴절하고 중대한 목적

온전한 정당화 분석은 입법 목적이 적절하게 명시될 것을 요한다. 여기서의 목적은 권리침해적 수단의 목적을 뜻하는 것이지 더 넓게 조항의 목적을 뜻하는 것이 아니다. 법무부장관은 이 사건의 투표 제한이 캐나다에 거주하는 국민들에 대한 선거 제도의 공정성을 증진시킨다고 일관되게 주장하였다. 이것은 헌장 제1조의 바탕이 되기에 충분히 중요한 입법 목적이고, 그러한 목적을 달성하기 위하여 취해진 수단이 다른 국민들의 민주적 권리를 손상시키더라도, 그 목적은 긴절하고 중대할 수 있다. 이 목적은 정당화 분석을 계속해 나가기에 충분히 명확한 것이다.

### 2) 합리적 연결성

비례성원칙 심사의 첫 번째 단계는 채택된 수단이 그 목적에 합리적으로 연결되는가이다. 그러한 연결이 과학적으로 측정이 되지 않는 경우에는 합리

성이나 논리에 근거하여 파악할 수 있다. 이 사건에서는 재외국민의 선거권에 대한 침해가 국내거주 선거인들에 대한 선거의 공정성 보장이라는 목적에 합리적으로 연결됨이 입증되어야 한다. 그러나 이 사건에서는 이러한 선거권의 제한을 주장할만한 어떠한 위해의 증거도 없었다. 재외국민의 투표에 관한 어떠한 이의제기도 적시되지 않았고, 재외국민의 투표가 캐나다 선거제도의 공정성과 온전성을 해친다는 어떠한 증거도 제시되지 않았다. 내 생각에 법무부장관은 어떠한 기간의 제한에 대해서도 선거의 공정성이라는 목표에 합리적으로 연결되어 있다고 분명히 입증하지 못하였다. 그러나 최소침해성 단계의 결과를 고려하면, 이 점에 대해서 확실한 결론에 도달할 필요는 없을 것이다.

### 3) 침해의 최소성

비례성원칙 심사의 두 번째 요소는 문제가 된 수단이 권리를 합리적으로 가능한 한 최소한으로만 침해하였다는 입증을 요한다. 이 사건에서 재외국민의 선거권 제한은 최소침해적이지 않다. 많은 부분에서 지나치게 포괄적이기 때문이다. 우선 5년이라는 기간을 기준으로 선택한 정당한 이유가 없다. 5년이라는 기간은 권리를 합리적으로 필요한 정도보다 더 많이 침해하지 않도록 신중하게 재단된 수단이 아니라, 단지 중도(middle of the road)의 타협에 불과한 것으로 보인다. 기간을 근거로 한 제한이 잘 재단되지 않았다는 뜻은 선거의 공정성이라는 목적의 달성에 있어 그러한 제한을 적용하지 않으려고 했던 사람들에게까지 적용되고 있음을 말한다. 이러한 제한은 캐나다와의 충분한 연관성이 없는 사람들이 투표를 하는 것을 막고자 하지만, 캐나다 국민이 해외에 얼마나 살고 있는가와 캐나다에 대한 그 국민의 주관적인 헌신과의 상관관계는 입증되지 않았다. 많은 재외국민들이 가족, 온라인 미디어와 고향방문, 세금납부와 사회보조금의 수령을 통해 캐나다와 깊고 지속적인 연관성을 유지하고 있다. 마찬가지로 거주와 국민이 입법의 영향을 받는 범위 사이의 상관관계 역시 입증되지 못했다. 재외국민들도 캐나다 입법의 결과에

영향을 받는다. 그들은 고향을 방문하는 동안 캐나다 입법의 적용을 받고, 캐나다 법률은 국내 거주 중인 가족들에게 영향을 미치며, 일부 캐나다 법률들은 캐나다 밖에서도 유효하게 적용되고, 정부 정책들은 국제적인 결과를 가져올 수 있다. 마지막으로, 의회는 캐나다 선거 법률이 재외국민에게 적용되는 범위를 바꿀 수 있다. 이는 헌법상의 선거권을 변하기 쉬운 정책적 선택에 종속시키게 될 것이다. 이는 옳지 않다.

#### 4) 이로운 효과와 해로운 효과의 형량

헌장 제1조 분석의 마지막 단계에서는 헌장 침해적 수단의 전체적인 효과와 입법 목적 사이에 비례성이 있는가를 검토해야 한다. 이 사건에서 5년 이상 해외에 거주하고 있는 캐나다 국민의 선거권 박탈이라는 해로운 효과는 선거의 공정성이라는 이로운 효과보다 분명히 더 중대하다. 심판대상 법률이 가져오는 혜택은 공허하고 추측적인 것에 불과하다. 장기 해외거주 국민의 선거권을 부정하는 경우 어떻게 선거 제도의 공정성이 증대되는지는 불분명하다. 반면에 재외국민에 대한 해로운 효과는 심각하다. 선거권의 부정은 그 자체로 국민에게 해를 끼친다. 추가적인 악영향의 증거는 불필요하다. 장기 해외거주 국민의 선거권 부정은 그들의 기본적인 민주적 권리를 부정할 뿐만 아니라 그들의 자존심과 존엄을 희생시키는 일이다.

#### (4) 결론

캐나다 선거법의 심판대상조문들은 헌장 제3조를 위반하였고 그러한 위반은 헌장 제1조에 의해 정당화되지도 않았다. 심판대상조문은 위헌이므로 캐나다 선거법 제222조 제1항 제b호 및 제c호, 제223조 제1항 제f호, 제226조 제f호는 효력을 잃는다. 또한 동법 제11조 제d호의 “캐나다 밖에서 계속하여 5년 미만 동안 거주하였으며 캐나다 거주자로 돌아올 의사가 있는 자” 부분은 폐지하고 “캐나다 밖에 거주 중인 선거인”으로 대체된다. 또한 동법 제

220조, 제222조 제1항, 223조 제1항 제e호의 “임시적으로” 부분은 폐지된다.

### 대법관 Rowe의 별개의견(1인 의견)

상고를 인용한다는 점에는 법정의견과 의견을 같이 한다. 5년 이상 해외에 거주하고 있는 캐나다 국민의 연방 선거권을 제한하는 것은 정당화되지 않는 헌장 제3조의 위반이다. 그러나 이러한 종류의 제한에 대한 어떠한 평가도 캐나다 대의민주주의 제도에 있어서 거주요건의 중요성을 인정해야 하고 다른 맥락에서는 거주요건이 합헌이 될 수도 있다는 가능성을 배제해서는 안 된다.

#### (1) 거주요건의 중요성과 선거권

거주요건은 특정한 선거구와 거기에 사는 사람들의 관심에 연결시키기 때문에 중요하다. 캐나다 대의민주주의의 이러한 측면은 헌법상 확립되어 있지는 않지만 거주요건은 역사적으로, 그리고 오늘날에도 단순한 조직 메커니즘 이상이었다. 거주요건은 캐나다 선거제도에 있어 기본적인 것이다. 그러나 그 중요성이 거주요건을 헌장 제3조의 선거권에 대한 내재적 제한으로 격상시키지는 않는다.

헌장 제3조는 선거권을 보호하지만 자신이 선택한 선거구나 주에서 투표할 권리로 당연히 귀결되지는 않는다. 주와 준주(準州)는 각각 자신의 관할구역에 있어 특별한 관심사와 상황들을 반영한 거주요건을 규정하고 있다. 법무부 장관이 문제가 된 거주요건이 헌장 제3조를 침해하였다는데 동의한 것은 주 또는 준주의 정부가 자신들의 법률은 그렇지 않다고 주장함에 있어 해를 끼치지 않는다. 주 또는 준주 차원에서 헌장 제3조에 위반에 대한 헌장 제1조의 분석은 다른 고려사항들이 적용되어야 한다. 그리고 각 주와 준주의 다양한 거주요건들에 관한 상황적 증거들은 분석에 영향을 줄 것이다.



## (2) 헌장 제1조의 분석

### 1) 합리적 연결성

이 사건에서 캐나다에 거주하는 캐나다 국민들에게 선거의 공정성을 증진시키는 것은 긴절하고 중대한 목적이고, 문제가 된 수단은 이 목적에 합리적으로 연결되어 있다. 법률의 적용을 받는 사람들이 간접적으로 그 법률을 만드는 사람들이라는 사실로부터 법률의 적법성이 유래되는 것이라면, 법률의 적용이나 영향을 받지 않는 사람들이 받는 사람들을 위해 결정할 수 있다는 것은 불공정한 것이다. 장기 비거주자는 캐나다 공동체와의 연관성이 약한 경향이 있다. 5년 이상 선거구에 살고 있지 않은 사람은 그 선거구에 영향을 주는 이슈들을 알 가능성이 더 낮고, 캐나다에 돌아올 의사가 없는 장기 비거주자인 선거인들은 연방 법률과 정책들의 효과를 느끼지 못할 것이다. 유사하게, 캐나다에 장기간 살고 있지 않은 사람들은 캐나다와의 연관성이 약한 경향이 있고, 캐나다에 거주 중인 국민들보다 훨씬 적게 캐나다 법률에 영향을 받을 것이다.

### 2) 효과의 비례성

그러나 거주 요건은 결국 헌장 제1조의 심사를 통과하지 못한다. 캐나다 거주 국민들을 위한 공정성을 증진시킨다는 이로운 효과보다 장기 해외 거주 중인 국민들의 연방 선거권을 부정하는 해로운 효과가 더 크기 때문이다. 거주 요건의 결과로 장기 해외거주자들은 그들이 거주하지 않는 선거구에서 결정적인 표를 던지지 못할 것이고, 따라서 지역 의원이 선거구 밖에서 온 사람들에게 의해 선택되지 않을 것이다. 그러나 이러한 이로운 효과는 중대한 것으로 입증되지 않았다. 장기 해외거주자가 투표하도록 허용되는 경우 지역적으로든 전국적으로든 가져올 또는 가져올 수 있는 영향에 관해서는 거의 증거가 없고, 기존의 증거도 그 영향이 무시할만한 것이라고 시사할 뿐이다. 현재 선거권자인 해외 거주 캐나다인들 중 매우 적은 숫자만이 그 권리를

행사하기로 선택하기 때문이다. 반대로, 장기 해외거주자에 대한 이 사건 법규정의 해로운 효과는 분명하다. 그들은 투표할 수 없다. 그들은 그들의 투표가 집계될 선거구에서 특정한 연방 정책의 지역적 결과를 느끼지는 못하지만, 그럼에도 불구하고 어떤 연방 법률과 정책들에 의해서는 영향을 받는다. 게다가 장기 해외거주자들의 선거권을 부정하는 것은 그들이 투표를 통해 정책의 형성과 공공기관의 기능에 참여할 기회를 부정하는 것이다.

### (3) 결론

나는 거주에 기반한 투표에 대한 가능한 제한들에 대해 모든 문을 닫기를 원하지 않는다. 주와 준주에의 거주를 기반으로 한 제한의 합헌성에 악영향을 끼치고 싶지도 않다. 그러나 위에서 개진된 바를 근거로 헌장 제3조에 대한 제한은 헌장 제1조에 의해 정당화되지 않는다고 판단한다.

### 대법관 Côté와 Brown의 반대의견(2인 의견)

상고는 기각되어야 한다. 재외국민의 투표에 대한 제한은 헌장 제3조의 선거권에 대한 합리적인 제한이다.

법정의견에 동의하지 않는 근본적인 이유는 헌장 제1조에 따른 제한에 대한 분석 때문이다. 어떠한 권리도 절대적이지 않다. 헌장 제3조의 선거권도 마찬가지이다. 문제가 된 수단이 헌장상의 권리에 제한을 가한다는 사실만으로 '침해'(infringements)나 '위반'(breach)을 이야기하는 것은 헌장 제1조의 분석을 왜곡시키는 것이다. 헌장은 정당화되는 '침해'(infringements)를 허용하는 것으로 해석될 수 없고, 해석되어서도 안 된다. 그러나 '제한'(limits)은 그것이 가능하다. 헌장 제1조의 법문은 합리적이고 명백하게 정당화될 수 있는 '침해'가 아니라 합리적이고, 명백하게 정당화될 수 있는 '제한'에 대해 말하고 있다. 합리적인 제한은 권리의 외곽 경계를 형성하며 권리 자체 내에

내재되어 있다.<sup>14)</sup> 권리는 권리가 위반되었을 때만 침해되는 것이다. 이와 같이 침해는 정당화되지 않는 제한이다.<sup>15)</sup> 우리의 관점에서 법정의견은 이러한 개념들을 혼용하여 사용하고 있으며 헌장 제1조의 법문을 생략하고 있다. 개념상 분별 있고 법문상 충실한 헌장 제1조에 대한 설명은 헌장상의 권리에 대한 제한이 정당화되는지 여부에 초점을 두어야 한다.

## **(1) 정부의 목적**

### **1) 목적의 확인**

제한에 대한 분석의 첫 번째 단계는 문제가 된 수단의 뒤에 있는 목적을 확인하고 헌장상의 권리에 대한 제한을 정당화할 정도로 충분히 중요한 목적인지를 결정하는 것이다. 의회가 제정한 권리 제한적 수단의 목적을 확인하는 것은 방법론적인 어려움 - 목적은 즉각적으로 분명하지 않을 수 있다는 어려움 - 이 있다. 이러한 어려움은 문제가 된 제한이 입법 행위 없이 발생하는 경우 더욱 커진다. 맥락 - 현재와 과거의 법의 상태 - 은 목적의 적절한 묘사에 있어 매우 중요하다. 그러나 규정의 입법 목적을 확인하기 위해 의회에서의 토론에 의존하는 것은 세심한 주의가 필요하다. 특정 국회의원의 의도가 전체 의회의 의도와 같지는 않기 때문이다. 이 사건에서는 전체로서의 입법 의도 뒤에 분명하고 쉽게 인식가능한 목적이 있다. 의회는 선거인과 그들 공동체 사이의 현재적 관계를 우대하고자 하였다. 이러한 목적은 헌장 제1조의 심사를 통과하기에 충분히 긴질하고 중대하다.

### **2) 목적의 평가**

#### **① 선거권의 경계선 정하기**

의회는 선거가 행해지는 조건을 통제하는 법률을 제정하고, 투표의 주체

---

14) B.W. Miller, “Justification and Rights Limitations”, in G. Huscroft, ed., *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory* (2008), 93, at p. 96.

15) *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906, at paras. 91, 115 and 116; *Bracken v. Niagara Parks Police*, 2018 ONCA 261, 141 O.R. (3d) 168, at para. 33.

를 투표하고자 하는 공동체와 현재 관계를 갖고 있는 국민들로 선을 그음으로써 권리의 경계선을 만들고자 힘썼다. 의회는 헌장 제1조에 따라 그 제한 내에서 선거권의 범위를 정할 권한이 있다. 대부분의 헌장상의 권리가 권리를 손상시키는 방식의 국가 행위를 배제한다는 점에서 소극적인 반면, 선거권은 적극적인 권리이다. 선거권은 그 권리가 작동되기 위해서는 입법적 구체화가 필요하다. 따라서 선거권에 대한 제한은 정당화될 수 있다. 선거법은 투표에 대한 제한의 범위 - 캐나다에 거주한 적이 없는 캐나다 국민과 18세 미만의 캐나다 국민에게는 선거권을 주지 않는 것을 포함하여 - 를 규정하고 있다. 이러한 제한들 역시 장기 해외거주자에 대한 제한 못지않게 원칙에 입각한 철학적 논증의 산물이다. 제한에 관한 분석에 있어서 적절한 질문은 의회의 입법 목적이 그러한 고려사항들에 기초하는가가 아니라, 추구하는 목적이 긴절하고 중대한가이다. 그러므로 제한에 관한 분석은 철학적, 도덕적, 또는 규범적 고려사항들을 추구하여 입법할 의회의 능력을 설명하기에 충분히 유연한 것이어야 한다.

## ② 선거인들과 그들 공동체 사이의 현재적 관계의 유지

이 사건에서 쟁점이 된 제한은 거주 요건이다. 거주는 선거권의 기본적인 요건으로 설명되었다.<sup>16)</sup> 국적이 선거에 있어서 필수적인 요건이지만, 국적이 헌법상 허용되는 제한인 것은 아니다. 국적은 그 자체로 특정한 캐나다 공동체와의 현재적 관계를 가리키지는 않는다. 의회는 거주 또는 최근의 거주가 이러한 관계를 보여주는 것이라고 간주하였고, 이러한 판단은 비합리적이지 않다. 선거법이 이러한 거주 규칙에 일정한 예외(해외거주 군인 등)를 포함하고 있다는 사실은 현재적 관계가 필수적이라는 개념을 뒷받침한다. 장기 해외거주자의 투표를 제한함으로써 선거인과 그들 공동체의 현재적 관계를 지키는 것은 선거권을 행사하는 것과 캐나다 법률이 주는 부담을 지는 것 사이의 상호 호혜를 보장한다. 상호주의 원칙은 비거주자의 투표에 대한 제한을 정확히 정당화한다. 장기 해외거주자들은 일반적으로 캐나다 법률의

16) *Opitz v. Wrzesnewskyj*, 2012 SCC 55, [2012] 3 S.C.R. 76, at para. 32.

적용을 받지 않기 때문이다. 캐나다 거주자들에게 있어서 그들의 선거구에 아무런 현재적 관련이 없는 장기 해외거주자에 의해 그들의 입법자들이 선출되는 것은 불공정한 일이다. 장기 해외거주자의 선거권을 제한하는 것은 지리적 대의권에 기반한 캐나다 선거 제도의 온전성 역시 보호한다. 헌장 제 3조의 선거권은 자신의 공동체 대표를 뽑는 선거인을 전제로 하고 있다. 그러므로 이러한 지역적 구조는 선거 제도와 캐나다인들의 참여를 고려함에 있어 영향을 미친다. 장기 해외거주자의 투표를 제한하는 것은 특정한 선거구에 거주하고 있는 - 일반적으로 지역적 근접성에서 유래하는 공동체의 이익을 공유하고 있는 - 선거인들이 자신들을 위한 결정을 할 힘을 보유하도록 보장한다.

## (2) 비례성

제한에 관한 분석에 있어서 두 번째 질문은 목적을 추구하기 위해 의회가 선택한 수단이 권리의 제한에 비례적인가 여부이다. 즉, 수단이 목적에 합리적으로 연결되어 있는지, 청구인의 헌장상의 권리를 최소한으로만 손상시키는지, 수단의 효과와 목적 사이에 비례성이 있는지를 검토하여야 한다. 이러한 심사는 연방대법원이 무엇을 선호하는가를 묻는 것이 아니라 그 제한이 의회가 합리적으로 부과할 수 있는 것이었나를 묻는다. 이것은 캐나다 선거 법률에 대한 사건에서 특히 그러하며, 관련하여 연방대법원은 선례에서 존중적인 태도가 요구된다고 판결하기도 하였다. 이 사건에서 의회가 그 목적을 위하여 선택한 수단은 비례적이다. 5년 이상 비거주자를 차단하는 것은 합리적이고 헌법적으로 허용되는 구분이다. 수단은 선거인과 그 공동체 사이의 현재적 관계를 유지하는 목적에 합리적으로 연결되어 있다. 단기 해외거주자와 장기 해외거주자를 논리적으로 구분하고 있기 때문이다. 5년은 의회의 최대 기간에도 들어맞고, 따라서 모든 재외국민들이 캐나다를 떠난 후 적어도 한 번의 선거에서는 투표할 수 있도록 보장하고 있다. 그리고 5년은 해외에

서 공부하는 학생들이 자신의 학업 프로그램을 마치기에 충분히 긴 시간이다. 제한은 최소침해성도 충족한다. 모든 것을 감안할 때 5년의 기간은 의회에게 허용된 합리적인 선택의 범위 안에 있고, 캐나다 의회의 틀을 공유하고 있는 다른 국제적으로 존중받는 민주주의 국가들에 의해 채택된 제한의 범위 내에 있기 때문이다. 장기 해외거주자들에게 선거권을 열어주는 것이 진보적인 선거권의 예는 아닐 것이다. 그것은 누구를 지역 대표로 뽑을 것인가를 결정함에 있어 영국식 의회민주주의 국가들이 지역적 연관성에 특혜를 주었던 오래되고 전적으로 이로운 관행을 약화시킴으로써 오히려 퇴행하는 것이 될 것이다.

마지막 형량으로, 지리적 기반의 캐나다 선거 제도의 온전성을 지키고, 캐나다에서 민주적으로 제정된 선거권의 범위의 개념을 유지하는 이로운 효과는 중요하다. 일부 국민들의 선거권을 부정하는 해로운 효과가 하찮은 것은 아니지만, 성인 캐나다 국민은 캐나다에서 거주를 다시 시작한다면 어느 때라도 다시 선거권을 행사할 수 있기 때문에 선거권의 제한은 영구적인 것이 아니라 되돌릴 수 있는 것이므로 그 해로운 효과는 완화된다. 따라서 문제가 된 제한은 선거권의 영구적 부정이 아니다. 연령 요건과 마찬가지로, 거주 요건은 도덕적 가치를 근거로 한 구분이 아니라, 그 유형에 속하는 모든 국민들의 경험적 상황에 근거한 구분이다. 그러므로 제한의 해로운 효과는 그 중요성이 덜하고, 이로운 효과가 더 크다.

### (3) 결론

우리는 상고를 기각한다.