

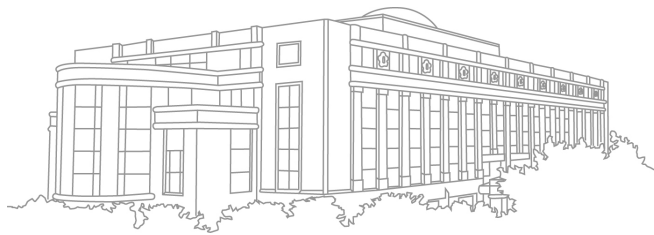
발 간 등 록 번 호

33-9750040-000234-01

헌법이론과 실무

2019-A-6

피선거권 연령 제한의 헌법적 검토



Constitutional Research Institute



헌법재판소
헌법재판연구원



피선거권 연령 제한의 헌법적 검토

연구책임자 : 이 재 희 책임연구관

목 차

I. 서론 / 1

1. 연구의 배경과 목적	1
가. 연구의 배경과 목적	1
나. 문제의 제기	3
2. 연구의 범위와 내용	5
가. 연구의 범위	5
나. 연구의 내용과 방법	5

II. 피선거권 연령 제한에 대한 개관 / 7

1. 피선거권 연령의 헌법 규정에 의한 제한 및 법률에 의한 제한의 내용과 연혁 ... 7	
가. 헌법직접적 제한: 대통령 피선거권 연령 제한의 경우	7
(1) 헌법 규정 및 이에 대한 이해	7
(2) 헌법 규정의 연혁 및 배경에 대한 검토	8
나. 공직선거법상의 피선거권 연령 제한	10
(1) 규정의 내용	10
(2) 연혁 및 배경에 대한 검토	10
2. 피선거권 연령 제한에 대한 헌법재판소 결정에 대한 분석	12
가. 헌법재판소 결정에 대한 개관	12
(1) 2018년 국회의원·지방자치단체의 장 등 피선거권 연령 제한 결정 ... 12	
(2) 2017년 국회의원 피선거권 연령 제한 결정	14
(3) 2016년 국회의원 피선거권 연령 제한 결정	15
(4) 2014년 국회의원·지방의회의원·지방자치단체의 장의 피선거권 연령 제한 결정	16

(5) 2013년 국회의원·지방의회의원 피선거권 연령 제한 결정	17
(6) 2005년 국회의원 피선거권 연령 제한 결정	18
나. 분석	20
(1) 연령 제한으로 인하여 제한되는 기본권 및 그 보장내용	20
(2) 심사방법, 심사기준의 엄격성 - 입법재량 존중 정도	22
(3) 제시된 피선거권 연령 제한의 정당화 논거	25
(4) 국회의원, 지방의회의원, 지방자치단체장의 피선거권 연령 제한의 구별 여부	26

III. 피선거권의 헌법적 보장 / 28

1. 문제의 제기	28
2. 피선거권과 공무담임권의 관계	29
가. 피선거권을 포함하는 공무담임권의 내용, 보호범위, 침해 여부 심사기준에 대한 이해	29
(1) 공무담임권의 의의	29
(2) 공무담임권의 보호내용 및 최근의 보호내용 확대 경향	30
(3) 공무담임권 제한에 대한 위헌심사기준 및 이에 대한 평가	32
(4) 소결	35
나. 피선거권과 공무담임권의 관계 및 그에 대한 비판적 검토	36
다. 공무담임권과 피선거권의 구별 필요성	38
(1) 공무담임권과 피선거권의 성질의 차이	38
(2) 보호내용 및 보호정도의 차이	42
3. 피선거권 보장의 의의와 독자성	47
4. 피선거권 보장의 성격, 보호내용, 헌법적 근거	50
가. 피선거권에 대한 종래의 이해와 비교법적 참고	50
(1) 피선거권의 성격에 대한 종래의 이해에 대한 개관	50

(2) 독일에서의 피선거권 보장의 헌법적 근거에 대한 이해	52
(3) 일본에서의 피선거권 보장의 헌법적 근거에 대한 이해	53
(4) 검토	55
나. 피선거권 보장의 성격	56
(1) 입법적 형성에 의해 보장되는 권리, 자격인지에 대한 비판적 검토 ..	56
(2) 실현절차 구체화 입법을 요하는 기본권 보장으로서 피선거권 보장 ..	58
다. 피선거권의 침해양태와 보호내용	59
라. 피선거권 보장의 헌법적 근거	60
(1) 문제의 소재	60
(2) 헌법 제24조	60
(3) 헌법 제25조	61
(4) 헌법 제67조 제4항 피선거권 제한 규정	63
(5) 헌법 제1조 제2항 및 민주주의원리	64
(6) 헌법 제41조 제1항 및 제67조 제1항	65
(7) 헌법 제37조 제1항	65
(8) 소결	66
5. 소결	67

IV. 피선거권 연령 제한에 대한 위헌심사 / 70

1. 피선거권 연령 제한의 성격	70
가. 기본권 구체화 요건 규정인가, 기본권 제한인가	70
나. 기본권 행사능력 제한인가, 기본권 제한인가	72
2. 피선거권 연령 제한에 대한 위헌심사의 방법	75
가. 입법재량을 넓게 인정할 것인지 여부	75
나. 입법재량의 한계 일탈 여부에 대한 심사	76
다. 과잉금지원칙의 적용	77
라. 헌법상 보장되는 선거원칙 위배 여부 심사	78

3. 종래 헌법재판소 결정에서 제시된 피선거권 연령 제한의 정당화 논거 재검토 .. 79	
가. 선거의 의의와 선출된 대표로서의 지위 등에 대한 고려	79
나. 능력, 자질상의 필요성	82
다. 납세 및 병역의무 이행 등에 대한 유권자의 요청에 대한 고려	85
라. 다른 주요국가의 입법례에 대한 고려의 타당성	86
마. 소결	87

V. 결론 / 88

■ 참고문헌	91
--------------	----

I. 서론

1. 연구의 배경과 목적

가. 연구의 배경과 목적

자가지배의 실현이라는 민주주의의 이념은 현대국가에서 대체로 국민주권의 전제 하에 대의제에 의하여 구체화되어 왔다. 대의제를 통한 민주주의 실현 과정에 있어서, 과거에는 선거권의 확대, 보통선거 및 평등선거 원칙의 확립이 주된 과제였다면,¹⁾ 근래에는 참여의 확대, 선거권 행사의 실질적 보장을 위한 노력이 이어지고 있다.²⁾

그런데 이러한 민주주의의 확립·발전 과정에서 대표로 선출되어 공직에 임할 권리로써 피선거권 보장 문제는 상대적으로 덜 주목받는 것이었다. 서구 근대 민주국가의 발전 당시에는 선거권 확대가 당면과제였고, 피선거권까지 눈을 돌릴 여력이 없었다. 그리고 그러는 사이에 새로이 도입되거나 엄격해진 피선거권 요건은 관행처럼 굳어져 왔고, 이에 대하여 본격적으로 다루어질 기회가 부족했다. 그 다음으로는 대의제의 한계³⁾에 대한

1) 선거권 확대를 위한 선거권 운동(Charlist movement)이 주된 역할을 하였으며, 보통 및 평등선거 확립까지 지난한 과정을 거쳤다. 예컨대 미국에서 인종, 피부색, 과거 노예 출신 여부와 무관하게 선거권을 보장한 것은 1870년 수정헌법 제15조에서였고, 여성에 대한 선거권 부여는 1920년 수정헌법 제19조에서였으며, 인두세(poll tax)를 폐지한 것은 1964년 수정헌법 제24조에 의한 것이었다. 그리고 1971년 수정헌법 제26조에 따라 선거권 연령이 18세로 낮춰졌다.

세계적으로 여성에 대한 선거권 배제가 특히 어렵게 극복되었는데, 19세기말에서 20세기초 무렵에야 여성 선거권 보장이 완전히 확보되었다. 예컨대 스위스에서는 1971년에 여성에 대한 선거권 보장에 이르렀다. 여성을 포함한 각국의 보통선거권 보장 시기는, 벨기에 1948년, 프랑스 1945년, 이탈리아 1946년, 독일 1919년, 영국 1928년, 스위스 1971년, 뉴질랜드 1893년, 미국 1920년이다.

이러한 민주주의 확립과 선거권 확대 및 보통선거권의 성취 방향으로의 발전 모델에 대한 설명으로 Robert A. Dahl, 김순영 역, 정치적 평등에 관하여, 후마니타스, 2014, 33쪽 이하 및 37쪽 이하; 이재희, 정치적 평등의 재검토, 공법연구 제44집 제3호(2016), 133쪽 참조. David Held, 박찬표 역, 민주주의의 모델들, 후마니타스, 2013, 161쪽 이하 및 184쪽.

2) 민주주의의 질적 수준이 어느 정도 성취되었는가는, 한편으로는 최소한의 선거민주주의를 넘어서 입헌민주주의가 확립되어야 하는 것이고, 다른 한편으로는 그 체제가 시민들의 참여를 보다 넓고 충실하게 보장하는지에 달려있는 것이라고 설명된다. Michael Saward, General Introduction, in: Michael Saward (ed.), DEMOCRACY Critical Concepts in Political Science Vol. 1, 2007, p. 4

3) 대의제의 위기 내지 대의제의 한계 현상에 대하여, 김선택, 민주주의의 구조변화와 헌법개혁, 안암법학 제25권(2007), 8-9쪽; 권영설, 대의민주주의와 직접민주주의 -그 긴장과 조화의 과제-, 공법연구 제33집 제1호(2004), 130쪽 이하 및 133쪽 이하; 김문현, 정당국가현상과 대의제 민주주의, 공법연구 제24집 제4호(1996), 111쪽 이

참여민주주의, 직접민주주의적 제도의 확대, 나아가 포스트 민주주의와 같은 비교적 근래의 논의 경향⁴⁾ 속에서, 오히려 구제도의 보완적 성격이 강한 것으로 보이는 피선거권의 확대 논의가 활발하게 전개될 기회를 갖기 어려웠던 것이다.

그러나 대의제 민주주의와 선거제도의 기본틀이 완전히 포기될 수는 없는 것이라면 피선거권의 보장, 피선거권의 부당한 박탈 또는 배제 금지는 여전히 선거권 보장만큼이나 중요한 의미를 갖는다.

더욱이 우리의 경우 서구 민주국가의 발전과는 다소 다른 방향으로 정치사가 전개되어 왔는데, 일제 강점으로부터 독립과 동시에 근대적 정치제도를 도입하여 보통·평등선거의 원칙과 선거권 보장을 시행해왔기에, 서구에서 오랫동안 진행되어 온 선거권 확대운동의 물결로부터는 상대적으로 벗어나 있었다고 할 수 있다. 다른 한편, 군부쿠데타에 의한 정치억압과 그에 대한 투쟁의 역사를 거치면서 군부정권에 저항하는 젊은 야당 정치인들에 대한 정치적 배제와 피선거권 제한이 직접적으로 문제된 사례들이 있었다.⁵⁾

최근에는 청년층이 새로운 정치활동세대로 부각되면서 이들이 단지 선출자로서 활동하는데 그치는 것이 아니라 직접 대표가 되어 정치활동을 수행하고자 하는 욕구가 커졌고 인구분포를 고려한 청년대표성 확보 요청도 제기되고 있다.⁶⁾ 나아가 고령화사회에서의 사회·경제적 세대갈등을 해결하기 위해 이들에게 일정한 역할이 기대되면서, 청년층이 선출되는데 직접적 장애로 작용하는 피선거권 연령 제한 문제가 본격적으로 제기되기

하 참조. 대의제와 선거제의 실제 작동원리와 대안적 장치들에 대한 비교고찰을 통해 오늘날 대의제와 선거의 한계와 가능성을 보여주는 Bernard Manin, *곽준혁 역, 선거는 민주적인가*, 후마니타스, 2008, 23쪽 이하; 이동수, *대의제 민주주의의 위기 - 마빙의 논의를 중심으로 -*, 시민사회와 NGO 제3권 제1호(2005), 9쪽 이하.

4) 관련하여, Colin Crouch, *이한 역, 포스트 민주주의*, 미지북스, 2005; 이장희, *민주주의의 의미와 본질에 대한 고찰: 대의민주주의와 참여민주주의-심의민주주의의 관계를 중심으로*, 헌법논총 제29권(2018), 447쪽 이하; 김주성, *심의민주주의인가, 참여민주주의인가?*, 한국정치학회보 제42권 제4호(2008), 5쪽 이하; 이계수, *참여민주주의의 이상과 현실 - 헌법이론적 진단*, 공법연구 제35집 제1호(2006), 185쪽 이하; 방승주, *참여와 민주적 정당성*, 공법연구 제32집 제2호(2003), 29쪽 이하; 윤명선, *대의제와 시민참여 - 미국의 시민참여제도를 중심으로 -*, 공법연구 제24집 제3호(1996), 19쪽 이하.

5) 1960년대, 30대 기수론에도 불구하고 피선거권 연령제한으로 인하여 출마가 좌절되었던 김대중, 김영삼 등 당시 젊은 야당 정치인들의 예를 들 수 있다. 관련하여 아래 II. 1. 가. (2) 연혁 및 배경 부분 참조.

6) 청년층은 그동안 (피선거권 연령 제한의 장벽 없이도) 현실적으로 피선거권 어려운 여러 가지 실질적 장애요소들을 갖고 있었고, 그 결과 선출직 대표들의 연령대는 전 계층의 이익을 고루 반영한 것이라고 보기 어려울 정도로 고연령층에 치우쳐 있었다. 이러한 점들을 고려하여 그동안 과소대표되어 온 청년층이 정당한 대표성 비율을 확보할 수 있도록 청년층의 진입에 대한 쿼터제를 실시해야 한다는 논쟁적인 주장도 전개되고 있다. 이와 관련하여, Jörg Tremmel · Antony Mason · Petter Haakenstad Godli · Igor Dimitrijoski(Eds.), *Youth Quotas and other Efficient Forms of Youth Participation in Ageing Societies*, Springer, 2015, p. 2 참조.

시작하였다. (그 정치적 성과에 대한 평가는 별론으로 하고) 국외 젊은 정치인들의 선출 소식⁷⁾ 또한 연령제한으로 인하여 애초부터 선거경쟁의 장에 설 수 없게 되어 있는 우리의 현행법제의 한계와 대조되어 이러한 문제제기에 더욱 힘을 실어줄 수 있는 것이었다.

우리의 경우 피선거권의 제한은 헌법 및 법률에 따라 행해지고 있다. 이러한 피선거권 제한이 정당한지, 피선거권 제한의 헌법적 한계를 유월한 것은 아닌지 검토하고, 피선거권 제한에 대한 헌법재판에서의 심사기준과 방법에 대하여 살펴볼 필요가 있다. 또한 종래 학계의 논의는 피선거권보다는 선거권 제한에 집중되어 왔던 것인데, 선거권 제한 논의와는 구별되는 피선거권 제한 논의에 대하여 살펴보고, 피선거권 제한의 구조 및 제한의 가능성과 한계에 대하여 헌법적 관점에서 검토할 필요가 있다.

나. 문제의 제기

피선거권 연령 제한에 대한 문제의식은 우선, 대표가 되기 이전에 대표로 선출되기 위한 경쟁의 장인 선거에 입후보하기 위한 자격을, 연령을 기준으로 제한해도 되는지에서 시작되었다. 물론 대표가 되어 정치적 활동을 하기 위해서는 일정한 연령에 도달하여 사회경험도 있어야 한다고 일음 생각할 수 있다. 연령에 따라 일정한 사회적 지위를 인정 해주었던 과거의 전통이 영향을 미친 것일 수 있고, 연공서열을 중시하였던 사회적 분위기, 과거 권위주의적 정치 경험이 반영된 측면도 있을 것이다. 그런데 기본적으로 대의제 민주주의에서 대표는 대표로서의 정치적 능력이나 사회적 역량을 기준으로 정해지는 것이 아니다. 경쟁선거에서 유권자의 표를 더 많이 얻어서 선출되었을 때 대표가 될 수 있다. 유권자가 선택의 기준으로서 입후보자의 정치적 능력, 역량, 사회적 지위, 연령 등을 고려할 수도 있지만, 그러지 않을 수도 있으며, 본질적으로 유권자의 선호가 대표 선출에 결정적인 요소이다. 그렇다면 애초부터 정치적 유능성을 기준으로 대표가 되는 것도 아닌데, 대표선발 경쟁에 나서기 위한 자격으로 유능성을 들어서, 또는 유능성을 표징한다

7) 뉴질랜드의 30대 총리 재신다 아던에 대한 기사로 <https://www.bbc.com/korean/news-41693806> (최종확인: 2019. 4. 11. 16:00); 오스트리아의 30대 총리 제바스티안 쿠르츠에 대한 기사로 <https://www.bbc.com/korean/news-41632164> (최종확인: 2019. 4. 11. 16:00); 프랑스의 30대 대통령 에마뉘엘 마크롱에 대한 기사로 <http://www.asiae.co.kr/news/view.htm?idxno=2017050810144666426> (최종확인: 2019. 4. 11. 16:00); 영국의 18세 지방의회의원 톰 브렛세에 대한 기사로 http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.htm?artid=201102151645481&code=970211 (최종확인: 2019. 4. 11. 16:00).

고 가정된 것인 연령을 기준으로, 경쟁에 돌입하기도 전에 경쟁에 나설 기회 자체를 박탈하는 것이 타당한가?

다음으로 의문을 가진 것은 공동체의 일원인 이상 누구든지 배제되지 않고 절차에 따라 - 대표를 선출하기 위한 선거에 출마하여 당선된다면 - 대표가 될 수 있어야 하는 것이 아닌가 하는 점이다. 혹은 최소한 대표를 선출할 수 있는 선거권자라면 대표로 선출될 수도 있어야 하는 것은 아닐까? 선거권 행사 연령에 도달하였으나, 그가 선거에 출마하여 경쟁하기 위해서는 그보다 더 나이를 먹어야 한다는 피선거권 연령 제한이 정당화될 수 있는가? 이러한 제한이 불가한 것은 아니지만 이러한 제한을 두어 정치적 기본권 행사를 제한하기 위해서는 납득할만한 필연적인 근거를 제시할 수 있어야 하는 것이 아닌가? 그러나 일정한 고연령에 도달하면 정치적 유능성을 갖추리라는 막연한 추측 외에 연령 제한의 필연적인 근거가 있는지는 의문이다. 그리고 피선거권 제한이 이러한 불가피한 근거에 의한 것인지에 대하여 보다 엄격하게 심사되어야 하는 것이 아닌가? 선거권과 마찬가지로 중요한, 또는 정치과정에 직접 참여한다는 측면에서는 오히려 선거권보다 더 중요한 정치적 기본권일 수 있는 피선거권을 연령으로 제한하면서 “입법형성권의 한계 내로서 현저히 높거나 불합리하지 않다면, 헌법에 위반된다고 할 수 없다”⁸⁾고 하여 연령 제한에 대한 입법재량을 상당히 넓게 인정해주는 관점에서 제한의 정당화 여부를 심사해도 되는 것일까?

그리고 그밖에 피선거권 연령 제한은 인위적으로 배제되지 않고 자신의 의사에 따라 자유롭게 입후보한 후보들 가운데 자신의 대표를 선출할 국민의 선거권 또한 결과적으로 제한하게 되는 것은 아닌가 하는 점과, ‘연령’은 직접적으로 정치적 능력의 척도가 될 수 없는 것이 아닌지, 따라서 궁극적으로는 연령을 기준으로 하는 피선거권 제한은 불필요한 것으로서 폐지되어야 하는 것이 아닌가 하는 근본적인 의문으로부터 이 연구를 시작하게 되었다.

8) 이러한 종전의 결정 취지를 유지함을 밝히고 있는 최근의 헌법재판소 결정으로 현재 2018. 6. 28. 2017헌마1362등 참조.

2. 연구의 범위와 내용

가. 연구의 범위

피선거권에 대한 제한은, 그 근거가 어디에 규정되어 있는가에 따라 헌법에 직접 근거를 둔 제한, 법률에 의한 제한으로 나누어 볼 수 있다. 피선거권 제한 내용 내지 구체화 규율 내용에 따라서는 보다 일반적인 것으로서 연령에 의한 제한과 국적에 따른 제한이 있고, 구체적 사유를 충족하는 경우 발생하는 제한으로서 선거법에 대한 제한, 거주요건에 따른 제한, 당선 횟수에 따른 제한, 지자체장 등 특정직에 있는 경우의 입후보 제한을 들 수 있다. 그밖에 비교법적으로는 교육수준, 재산수준, 일정한 신분이나 오점없는 평판, 일정한 범죄사범 해당 여부, 국적 또는 시민권의 일정기간 이상의 보유 등을 규정하고 있는 경우들이 있다. 그리고 이러한 직접적인 제한 외에도 사실상 피선거권 제한의 효과를 야기하는 과도한 액수의 기탁금 제도, 선거에 입후보시 공무원의 공직사퇴 규정, 정당에 소속되지 않은 무소속후보에 대한 결과적 입후보 제한 등도 있다. 이러한 피선거권의 제한의 다양한 요소들 중에서도 최근까지 헌법재판소에서 빈번하게 다투어지고 있는 것으로서, 피선거권 ‘연령’ 제한을 이 보고서의 주된 연구의 대상으로 한정한다.

피선거권 연령 제한 문제를 다루기에 앞서 제한의 정당화 가능성 여부가 문제되는 피선거권의 의의와 보호내용, 헌법적 근거와 피선거권 보장의 성격에 대하여 검토한다. 특히 피선거권이 종래 공무담임권의 한 부분으로 설명되었으며, 이에 따라 공무담임권 제한에 대한 헌법심사가 별다른 고려없이 적용되었던 것에 대하여 비판적으로 검토하고, 피선거권 보장의 특수성을 고려하여 피선거권 제한에 대한 독자적인 헌법심사 가능성을 전제로 피선거권 연령 제한 문제를 검토하고자 한다.

나. 연구의 내용과 방법

우선, 연령을 기준으로 한 피선거권에 대한 헌법 및 법률의 제한 내용과 그 유래, 이에 대한 종래의 헌법재판소 판례 입장에 대하여 비교·분석한다(II).

다음으로, 피선거권과 공무담임권의 관계를 살펴보고, 연령에 의한 피선거권 제한에

대한 종래의 헌법심사의 구조와 내용이 적절한지, 공무담임권 제한에 대한 종전의 헌법심사와 구별점이 있는 것은 아닌지의 의문을 토대로, 공무담임권에 대한 피선거권의 독자성을 강조한 다음, 헌법상 보장되는 피선거권의 의의, 근거 및 보장내용에 대하여 살펴본다(Ⅲ).

피선거권 연령 제한이 헌법에 합치하는 것인지 살펴보기에 앞서, 관련 문제로서 피선거권 연령 제한이 기본권에 대한 제한인지 피선거권 자격요건에 대한 (입법적) 구체화인지, 기본권 제한이라면 기본권 향유능력에 대한 제한인지 기본권 행사능력에 대한 제한인지 등의 피선거권 연령 제한의 성격에 대하여 검토한다. 그리고 피선거권 연령 제한에 대한 위헌심사의 내용과 방법에 대하여 살펴보고, 입법자의 재량이 어느 정도 고려될 수 있는 것인지, 그리고 이에 따른 위헌심사의 강도가 어떠한지에 대하여 검토한다. 피선거권 연령제한의 위헌여부에 대하여 살펴봄에 있어서, ‘연령’이 피선거권 제한의 기준이 될 수 있는 것인지, 현재와 같은 피선거권 연령제한이 헌법에 위배되는 것은 아닌지, 헌법재판소의 합헌결정에서 제시된 논거들이 타당한지에 대하여 각각 살펴본다(Ⅳ).

II. 피선거권 연령 제한에 대한 개관

1. 피선거권 연령의 헌법 규정에 의한 제한 및 법률에 의한 제한의 내용과 연혁

가. 헌법직접적 제한: 대통령 피선거권 연령 제한의 경우

(1) 헌법 규정 및 이에 대한 이해

현행 헌법은 제67조 제4항에 “대통령으로 선거될 수 있는 자는 국회의원의 피선거권이 있고 선거일 현재 40세에 달하여야 한다.”고 하여 대통령 선거의 피선거권 제한의 근거를 직접 규정하고 있다.⁹⁾

대통령 선거 이외의 경우에 대하여 피선거권 연령 제한을 헌법에 직접 명시하고 있지는 않으며, 다만, 헌법 제25조에 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다.”는 규정과 헌법 제41조 제3항에 “국회의원의 선거구와 비례대표제 기타 선거에 관한 사항은 법률로 정한다.”는 규정을 통하여 국회의원 선거 등과 관련하여 구체적인 내용을 입법으로 구체화하도록 위임하였고 이를 근거로 피선거권 연령에 대하여 법률로 정할 수 있다.¹⁰⁾ 대통령 선거에 대하여도 제67조 제5항에 “대통령의 선거에 관한 사항은 법률로 정한다.”고 규정하여 피선거권 연령을 직접 규정한 외에 입법에 의한 규율 근거를 두고 있다.

이러한 헌법의 규정태도에 대하여, 다른 피선거권과 달리 대통령 피선거권 연령 제한을 헌법에 유일하게 규정하고 있는 것이고 이는 그만큼 대통령 선거의 중요성을 반영한 것이라고 평가하는 견해가 있다.¹¹⁾ 또한 피선거권 연령 제한에 대해 검토할 때 공직선거법 제16조 제1항의 대통령 피선거권 연령 제한은 헌법 제67조 제4항의 내용을 확인한 것

9) 피선거권의 행사능력을 헌법이 직접 제한하는 규정으로 제67조 제4항을 들고, 이를 헌법상의 선거권 제한이라고 하는 허영, *한국헌법론*(진정15판), 박영사, 2019, 597쪽, 599쪽.

10) 계희열, *헌법학*(중), 박영사, 2007, 608쪽.

11) 전학선, *피선거권에 관한 연구*, 외법논집 제7권(1999), 634쪽.

에 불과하여 처음부터 문제가 되지 않는다고 설명되기도 하였다.¹²⁾

(2) 헌법 규정의 연혁 및 배경에 대한 검토

대통령 피선거권 연령을 40세로 제한한 현행헌법 규정은, 1962년 헌법에서 도입된 것이며 이후 현행헌법까지 유지되어 왔다. 그런데 대통령 피선거권 연령 제한이 처음부터 헌법에 규정되어 있었던 것은 아니다. 1948년 제헌헌법에서는 국회에서 간선되는 대통령의 피선거권 연령 제한 등에 대하여 전혀 규정하고 있지 않았다. 1950년 5월 30일 총선거에서 의회의 정치적 구성이 변경된 후 1952년 소위 발췌개헌(헌법 제2호, 1952. 7. 7. 일부개정 및 시행)을 통해 대통령 선출 방식을 종전의 국회간선이 아닌 대통령직선제로 변경하면서 1952년 7월 18일 제정 및 시행된 법률 제247호 「대통령·부통령선거법」 제2조에 “국민으로서 만 3년 이상 국내에 주소를 가진 만 40세 이상의 자는 피선거권이 있다.”고 명시함으로써, 법률에 먼저 대통령 피선거권 연령 제한이 처음 도입되었다. 그리고 1961년 5·16 쿠데타 이후 성립한 1962년 헌법(헌법 제6호, 1962년 12월 26일 전부개정 및 1963년 12월 17일 시행) 제64조 제2항에 “대통령으로 선거될 수 있는 자는 국회의원의 피선거권이 있고 선거일 현재 계속하여 5년 이상 국내에 거주하고 40세에 달하여야 한다.”라고 규정하여, 대통령선거법에 근거를 두고 있던 대통령 피선거권 연령 제한이 헌법 차원에서 직접 명시되게 되었다. 그리고 이에 따라 1963년 2월 1일 제정·시행된 법률 제1262호 대통령선거법 제9조에서도 국민으로서 선거일 현재까지 계속하여 5년 이상 국내에 거주한 40세 이상의 자는 대통령의 피선거권이 있다고 규정하였던 것이다.¹³⁾ 이와 같이 대통령 피선거권 연령 제한이 헌법에 도

12) 허완중, 연령에 따른 국회의원 피선거권 제한의 법적 성격과 그에 따른 위헌심사, 헌법학연구 제21권 제1호(2015), 352쪽. “공직선거법 제16조 제1항의 연령에 따른 대통령 피선거권 제한은 헌법 제67조 제4항의 내용을 확인한 것에 불과하여 위헌성이 처음부터 문제가 되지 않는다.”고 하였다. 허완중, 같은 글, 352쪽. 이 견해에서의 이러한 설명이, 공직선거법상 대통령 피선거권 연령 제한이 헌법상의 대통령 피선거권 연령 제한에 따라 이를 재확인하는 차원에서 입법된 것이라는 취지가 아니더라도, 대통령 피선거권 연령 제한의 도입 취지 또는 도입 순서 여부를 떠나서, 헌법에 그 제한 근거를 두고 있는 바, 이와 분리하여서 공직선거법상의 피선거권 연령 제한에 대해서만 다루기는 어렵다는 취지로 이해할 수 있을 것이다.

13) 이와 관련하여, 당시 군사쿠데타 직후의 정치상황적 필요에 의해 종래 법률에 있었던 대통령 피선거권 연령 제한이 헌법에까지 도입된 것이라고 분석한 기사도 참고할 수 있다. 이에 따르면 1961년 군사쿠데타 당시 박정희는 44세였고(그밖에 쿠데타 참여자들은 장도영 38세, 김종필 35세, 차지철 27세였음), 당시 쿠데타에 반발하였던 주요 야권 정치인들(예컨대, 김영삼, 김대중, 이철승)은 30대 정치인들로서

입된 연혁을 살펴보았을 때, 공직선거법상의 대통령 피선거권 연령 제한이 단순히 헌법의 내용을 재확인한 것에 불과하다고 보기 어려운 측면이 있다. 오히려 복잡한 정치현실적 상황 속에서, 법률에 그 근거를 두고 있던 대통령 피선거권 연령 제한이, 군사쿠데타를 통한 민주헌정의 정치 및 헌법개정의 과정 중에 헌법에 직접 규정된 것이라고 할 수 있다. 이러한 헌법 규정의 연혁을 살펴보면, 대통령 피선거권 연령 제한이 없던 상황에서 새롭게 어떠한 긴요한 필요에 의하여 헌법에 연령 제한을 규정하였던 것은 아님을 알 수 있다. 그리고 그밖에 어떠한 우리의 고유한 정치적 전통이나 관행, 대통령직 수행 요건으로서 필요한 연령 조건에 대한 고려 요청, 그밖에 민주주의 실현에 긴요한 어떠한 이유가 제시되어서 헌법에 연령제한을 도입한 것이라고 볼만한 사정 또한 찾기 어렵다. 물론 현행 헌법 제67조 제4항에 대통령의 피선거권 연령을 40세로 규정하고 있음은 분명하지만, 그 의미에 대하여 대통령 직책의 중요성을 고려하여 헌법상 40세의 피선거권 연령 제한을 두는 헌법적 결단을 내렸다거나 그만큼 강력한 정당성을 갖는 것이라고 보기는 어려운 것이다. 헌법사적으로 민주헌정이 강제로 정치되고, 정당화되기 어려운 계기에 의하여 개정된 헌법, 또는 형식적·내용적 정당성을 결여하여 개정된 헌법이라고 하여 그 내용 및 효력을 완전히 부정할 수 있다는 것은 아니다. 그러나 이러한 계기로 헌법에 추가된 대통령 피선거권 연령 제한 및 이와 동일한 내용의 공직선거법상 대통령 피선거권 연령 제한에 대하여, 헌법사적 도입 배경을 도외시한 채, 헌법에 그 근거가 도입된 이상 더욱 강한 정당성을 갖는 것이라고 하거나, 헌법에 근거가 있다는 이유로 제한의 정당화 여부 논의에서 처음부터 제외된다고 하기는 어려울 것이다. 대통령 피선거권 연령 제한의 공직선거법 규정에 대하여 그 헌법적 근거 여부와 분리하여 정당화 여부를 논의하거나, (헌법 제67조 제4항의 위헌 여부 및 위헌심사 가능성 여부에 대하여 추후 더 논의되어야 한다는 점은 별론으로 하고) 입법론적 또

이들의 선거 입후보를 원칙적으로 차단하기 위한 것이었다고 분석하기도 하였다.

http://coverage.kr/sub.php?code=article&category=8&mode=view&board_num=252(2019. 2. 20. 16:00 최종확인)
 당시 정치적 상황을 살펴보면, 군사쿠데타 이후 의회를 해산하고 정권을 장악하였던 군부는 군사혁명위원회를 국가재건최고회의로 변경한 다음 입법, 행정, 사법의 3권을 통괄하여 권력을 행사하고 정치활동동정화법에서 정치활동동정화위원회의 적격 판정을 받지 못하면 1968년 8월 15일까지 정치활동을 금지하도록 하여 주요정치인 269명을 이 법을 통해 배제하였던 사실도 있다. 서중석, 사진과 그림으로 보는 한국현대사, 웅진 지식하우스, 2015, 300쪽 이하. 군부는 민정이양 약속과 함께 1962년 헌법을 통해 대통령제로 정부형태를 변경하였고 1963년 대통령 선거에서 박정희 대통령이 당선되었던 것인데, 이후 1967년 제6대 대선 역시 야당의 젊은 정치인들은 40세 연령 제한에 따라 출마 배제되었고, 박정희 대통령과 윤보선 후보만 남아 선거를 치렀고 박정희 대통령이 재집권하였던 것이다.

는 개헌론의 관점에서 비판적으로 검토할 필요가 있는 것이다.¹⁴⁾

나. 공직선거법상의 피선거권 연령 제한

법률에 의한 피선거권 연령제한은 대체로 헌법의 입법위임을 근거로 하여 구체화된 것이라고 볼 수 있다.

(1) 규정의 내용

공직선거법 제16조 제1항에 따르면, (선거일 현재 5년 이상 국내에 거주하고 있는) 40세 이상의 국민은 대통령의 피선거권이 있다. 그리고 공직선거법 제16조 제2항에 따라 25세 이상의 국민은 국회의원의 피선거권이 있다. 공직선거법 제16조 제3항에서는 (선거일 현재 계속하여 60일 이상 해당 지자체 관할구역에 주민등록이 되어 있는 주민으로서) 25세 이상의 국민은 그 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 피선거권이 있다고 규정하고 있다.

(2) 연혁 및 배경에 대한 검토

1948년 제헌의회를 구성하기 위한 총선거 전 1948년 3월 17일 군정법령 제175호 국회의원선거법을 제정 및 시행하였고 이 때 제1조에 “국민으로서 만 21세에 달한 자는 성별, 재산, 교육, 종교의 구별이 없이 국회의원의 선거권이 있음. 국민으로서 만 25세에 달한 자는 성별, 재산, 교육, 종교의 구별이 없이 국회의원의 피선거권이 있음. 연령의 산정은 선거일 현재로 함”이라고 규정한 것이 출발점이 되어 국회의원 피선거권의 연령을 25

14) 그밖에도 피선거권 연령 제한을 헌법에 직접 규정한 예들이 일시적으로 있었는데, 1980년 헌법 제41조 제1항에 대통령선거인으로 선출될 수 있는 자는 국회의원 피선거권이 있고 선거일 현재 30세에 달해야 한다는 규정과 1972년 헌법 제37조 제1항의 통일주체 국민회의 대의원으로 선거될 수 있는 자는 국회의원의 피선거권이 있고 선거일 현재 30세에 달한 자로서, 조국의 평화적 통일을 위하여 국민주권을 성실히 행사할 수 있는 자라야 한다는 규정이 있었다. 또한 참고로, 연령 제한은 아니지만 대통령 피선거권을 제한할 수 있는 것으로서 거주요건이 규정되었다고 삭제된 예가 있는데, 1962년 헌법 이래 헌법에 규정되어 있었던 5년의 국내거주요건은 이후 1969년 시행된 헌법, 1972년 헌법, 1980년 헌법에도 40세 연령제한 규정과 함께 유지되었다가, 1987년 현행헌법 개정시에 정치적 쟁점이 되면서 이를 헌법에서 삭제한 것이라고 하였다. 이에 대하여 문광삼, 선거권과 피선거권의 제한, 고시계 제39권 제5호(1994.5), 33쪽; 전학선, 앞의 글, 635쪽 참조.

세로 제한하게 되었다.

제헌의회 구성 이전 미군정 하의 해방정국에서 주장되었던 구상 속에 피선거권 연령 제한에 대한 내용을 참고해볼 수 있는데, 임시정부수립대책협의회에서는 성년 이상의 국민은 공민권을 갖고 국회의원과 대통령의 피선거권은 각각 만 24세, 만 40세 이상으로 할 것을 주장하였다.¹⁵⁾ 남조선과도입법의원에서는 피선거권을 만 22세로 제한해야 한다고 주장하였으며,¹⁶⁾ 민족주의민족전선은 만 20세에 달하면 누구나 평등하게 선거권과 피선거권을 갖는다고 주장하였다.¹⁷⁾¹⁸⁾ 그리고 선거법 제정이 구체화되는 단계에서 한민당과 이승만 측에서는 선거권자는 25세 이상, 피선거권자는 30세 이상이어야 한다는 주장을 전개하였으며, 이에 대하여 남조선과도입법의원 김규식 의장이 강력하게 반대하였고 선거권자의 연령을 23세로 정하였다가 유엔한국임시위원단의 개입과정에서 선거권을 21세, 피선거권을 25세로 조정하여 최종적으로 결정되었다고 한다.¹⁹⁾

이러한 사정으로부터 독립국가에서 국민주권의 행사로서 제헌국회를 구성하는 선거를 치르게 된 상황에서 선거권 및 피선거권 행사연령을 정함에 있어 정파간 정치적 고려가 있었음을 알 수 있다. 사실 독립된 민주공화국에서 민주적 선거를 통해 국민의 대표를 선출하고 국가기관을 구성한 경험이 이전에 없었고, 선거 그 자체만이 문제가 아니라 선거에 참여하는 시민의 역할과 선거과정에서 전개되는 논의 또한 중요함을 고려할 때, 최초의 선거법제에서 선거권 및 피선거권 연령의 하한을 쉽게 정하기 어려웠을 것이다. 그리고 이후 민주주의가 안착되고 시민의 참여가 활발해지는 등의 정치적·사회적 변화와 함께 선거권 연령 하한이 차츰 낮아진 것이라 할 수 있다. 반면 피선거권 연령은 최초의 제헌의회 성립시 정한 그대로 현재까지 이어져 오고 있는 것이어서,²⁰⁾ 70여년의 시간이 지난 현재에도 이를 그대로 유지하는 것이 적절한지 논의해볼 필요가 있다.

15) 심지연, 해방정국의 정치이념과 노선, 백산서당, 2014, 298쪽.

16) 심지연, 앞의 글, 299쪽.

17) 심지연, 앞의 글, 299쪽.

18) 당시 임시정부의 성격과 제반정책을 주도적으로 구상하였던 미소공동위원회에서 공동성명을 통해 기본 구상을 발표하고 구체적인 내용에 대하여 항목을 나누어 각 정치단체에 자문을 요청하였으며, 이에 이들과의 협의를 거치지 않고서는 임시정부의 수립에 현실적으로 참여할 수 없다는 점을 고려한 각 진영에서 답신안을 제출하였다. 이 중 당시 정국을 주도했던 8개 단체로서 임시정부수립대책협의회, 민주주의민족전선, 시국대책협의회, 남조선과도입법의원, 남조선노동당, 북조선노동당, 북조선민주주의민족통일전선, 근로인민당이 제출한 답신을 분석하여 제시하고 있는 심지연, 앞의 글, 285쪽 이하 참조.

19) 서중석, 김덕련, 서중석의 현대사 이야기, 오월의 봄, 2015, 205쪽.

20) 다만, 1960년 6월부터 1963년 1월 전까지 시행되었던 국회의원선거법(법률 제551호, 1960. 6. 23. 제정, 1960. 6. 23. 시행) 제10조에 참의원 의원 피선거권 연령을 만 30세로 규정하였던 예가 있다.

2. 피선거권 연령 제한에 대한 헌법재판소 결정에 대한 분석

가. 헌법재판소 결정에 대한 개관

피선거권 연령 제한에 대한 헌법재판소 결정으로서, 대통령 피선거권 연령을 본안판단한 예는 없으며,²¹⁾ 국회의원 등의 피선거권 연령 제한의 위헌 여부를 심사하여 합헌으로 결정한 예들이 있다.

(1) 2018년 국회의원·지방자치단체의 장 등 피선거권 연령 제한 결정

가장 최근의 2018년 결정²²⁾에서는 국회의원 피선거권 연령을 25세 이상으로 정한 공직선거법 제16조 제2항 및 지방의회 의원과 지방자치단체 장의 피선거권 연령을 25세 이상으로 정한 공직선거법 제16조 제3항 중 25세 이상 부분에 대하여, 25세 미만 국민의 공무담임권을 침해하지 않는다고 하며 아래와 같이 판시하였다:

“헌법재판소는 여러 차례 이 사건 법률조항들이 25세 미만인 국민의 공무담임권 등을 침해하지 않는다고 결정하였다(헌재 2005. 4. 28. 2004헌마219; 헌재 2013. 8. 29. 2012헌마288; 헌재 2014. 4. 24. 2012헌마287; 헌재 2016. 12. 29. 2016헌마227; 헌재 2017. 10. 26. 2016헌마623). 그 이유의 요지는 다음과 같다.

『헌법 제25조 및 제118조 제2항에 따라 국회의원 및 지방의회의원 등의 피선거권을 누구에게 어떤 조건으로 부여할 것인지는 입법형성권에 맡겨져 있다. 입법자는 피선거권 연령을, 대의제 민주주의에서 선거가 가지는 의미와 기능, 국회의원 등의 지위와 직무, 국민의 정치의식과 교육 수준 등의 여러 요소들을 종합적으로 고려하여 정책적으로 정할 수 있다. 여기에는 연령 설정을 통하여 달성하려는 공익과 그로 인한 공무담임권 등의 제한 사이에 균형과 조화를 이루어야 한다는 헌법적 한계가 있다. 다만, 구체적인 연령 기준이 입법형성권의 한계 내로서 현저히 높거나 불합리하지 않다면, 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

21) 대통령 피선거권 연령 제한의 헌법 근거 조항인 헌법 제67조 제4항을 삭제 또는 수정하지 않은 피청구인(대통령)의 부작위 위헌확인 헌법소원심판청구에 대하여, 지정재판부에서 작위의무 없는 공권력 불행사에 대한 헌법소원으로서 부적법각하결정한 예만 있다. 헌재 2002. 3. 19. 2002헌마164.

22) 헌재 2018. 6. 28. 2017헌마1362등, 공보 제261호, 1180.

기관구성권과 정책결정권을 분리하고 정책결정권을 대의기관에게 자유위임하는 대의제 민주주의에서 국회의원 등 대의기관에는 그 지위와 권한에 상응하는 대의활동능력 및 정치적 인식능력이 요청된다. 이에 상응하는 능력과 자질을 갖추기 위하여 요구되는 정규 또는 비정규적인 교육과정과 직접 또는 간접적인 경험을 쌓는 데 소요되는 최소한의 기간, 국민 또는 주민의 대표자로서 국가 또는 지방의 정책결정에 관여하는 선출직 공무원의 후보자에 대하여 기대되는 납세 또는 병역의무의 성실한 이행에 필요한 기간, 선거권 연령에 비하여 피선거권 연령을 높게 정하는 다른 국가들의 입법례 등을 고려할 때, 국회의원 등의 피선거권 연령을 25세 이상으로 정한 것은 입법형성권의 한계 내의 것으로 25세 미만인 국민의 공무담임권 등을 침해한 것으로 볼 수 없다.

지방자치제도가 지방에 관한 사무를 주민이 직접 선출한 기관을 통하여 스스로 처리하게 하는 제도라고 하더라도, 주민의 의사를 대표하는 대의기관으로서의 지방의회의원의 지위와 권한, 복잡화되고 전문화되어 가는 지방자치단체의 사무 등을 고려할 때, 지방의회의원의 피선거권 연령이 반드시 국회의원의 피선거권 연령보다 낮아야 한다고 보기 어렵다. 지방자치단체의 장도 지방자치단체를 대표하고 사무를 통할하는 폭넓은 권한이 있고, 주민의 복리를 좌우하는 정책의 결정과 집행에 큰 영향력을 가진 자치기관이자 선출직 공무원으로서, 그 선거에 있어서도 이러한 취지는 동일하게 적용될 수 있다.』

이 사건에서 위와 같은 선례의 판단을 변경할 만한 사정변경이나 필요성은 인정되지 않고 선례의 취지는 이 사건에서도 그대로 타당하므로, 이 사건 법률조항들은 청구인들의 공무담임권을 침해한다고 볼 수 없다.”²³⁾

요컨대, 이 결정에서 헌법재판소는 (i) 헌법 제25조 및 제118조 제2항을 근거로 국회의원 및 지방의회의원, 지방자치단체의 장의 피선거권이 보장되는 것이되, 누구에게 어떤 조건으로 부여할 것인지는 입법형성권에 맡겨져 있다고 보았다. (ii) 다만, 이 입법형성권에는 연령 설정을 통하여 달성하려는 공익과 그로 인한 공무담임권 등의 제한 사이에 균형과 조화를 이루어야 한다는 헌법적 한계가 있는 것인데, 구체적인 연령 기준이 현저히 높거나 불합리하지 않으면 위헌은 아니라고 하였다. (iii) 그리고 대의제민주주의에서 국회의원 등의 대의기관에는 그 지위와 권한에 상응하는 대의활동능력 및 정치적 인식능력이 요청된다고 보았으며, (iv) 이러한 능력과 자질을 갖추기 위해 요구되는 교육, 경험 등에 소요되는 최소한의 기간, 납세 또는 병역의무 이행 등에 필요한 기간, 다른 국가들

23) 헌재 2018. 6. 28. 2017헌마1362등, 공보 제261호, 1180, 1183.

의 입법례 등을 고려하여 판단할 때, (v) 국회의원의 피선거권 연령을 25세 이상으로 정한 것은 입법형성권의 한계 내의 것이라고 판단하였다. (vi) 또 이러한 사정은 지방의회 의원 및 지방자치단체의 장의 경우에도 마찬가지여서, 이들의 피선거권 연령이 반드시 국회의원의 피선거권 연령보다 낮아야 한다고 보기 어렵고 따라서 ‘공무담임권’을 침해하지 않는다고 하였다.²⁴⁾

(2) 2017년 국회의원 피선거권 연령 제한 결정

2017년 결정²⁵⁾에서도 2018년 결정과 유사하게 선례를 인용하고 선례의 취지가 이 사건에서도 그대로 타당하므로 피선거권 조항이 청구인의 공무담임권 및 평등권을 침해하지 않는다고 판시하였다. 기탁금 부분 판단은 제외하고 피선거권 연령 제한에 대한 판단만 살펴보면 아래와 같다:

“『헌법 제25조에 따라 입법자는 국회의원의 피선거권 행사 연령을 정함에 있어 선거의 의미와 기능, 국회의원 등의 지위와 직무 등을 고려하여 재량에 따라 결정할 수 있다. 입법자가 국회의원에게 요구되는 능력 및 이러한 능력을 갖추기 위하여 요구되는 교육과정 등에 소요되는 최소한의 기간, 선출직공무원에게 납세 및 병역의무의 이행을 요구하는 국민의 기대와 요청, 일반적으로 선거권 행사연령보다 피선거권 행사연령을 높게 정하는 다른 국가들의 입법례 등을 고려하여 볼 때 피선거권 행사연령을 25세 이상으로 정한 것은 합리적이고 입법형성권의 한계 내에 있다.

국회의원은 국민에 의하여 직접 선출된 선거직공무원으로서 국민의 의사를 국가의 의사결정에 반영하고 국정을 감시하며 통제하여야 할 국민의 대표자로서의 지위를 가짐과 동시에, 국회의 구성원으로서 국가의사의 결정과정에 적극적으로 참여할 책임을 부담하는 헌법기관의 지위를 아울러 가진다. 국회의원 피선거권은 국가 전체의 공영과 이익을 위하여 행사되어야 하는 것으로 국회의원이라는 공직이 가지는 직무의 특성을 고려하여 이를 능히 감당할 수 있다고 판단되는 객관적인 기준에 따라 피선거권의 내용을 선거권과 독자적으로 정할 수 있다. 따라서 피선거권조항이 국회의원 피선거권 연령을 선거권 연령과 달리 25세 이상으로 규정하였다 하여 청구인의 공무담임권 및 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.』

24) 헌재 2018. 6. 28. 2017헌마1362등, 공보 제261호, 1180, 1181.

25) 헌재 2017. 10. 26. 2016헌마623, 판례집 29-2하, 86.

이 사건에서 위와 같은 선례의 판단을 변경할 만한 사정변경이나 필요성이 인정되지 아니하고, 위 선례의 취지는 이 사건에서도 그대로 타당하다. 따라서 피선거권조항은 청구인의 공무담임권 및 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.”²⁶⁾

요약하면, (i) 헌법 제25조에 따라 입법자가 국회의원 피선거권 행사연령을 정함에 있어 선거의 의미, 국회의원의 지위, 직무의 특성 등을 고려하여 재량에 따라 결정할 수 있다. (ii) 국회의원에 요구되는 능력, 이를 위한 교육과정 등에 소요되는 최소한의 기간, 납세, 병역의무 이행 등에 대한 국민의 기대와 요청, 선거권보다 피선거권 연령을 높게 정하는 외국입법례 등을 고려할 때 25세의 피선거권 행사연령은 합리적이고 입법형성권 한계 내에 있는 것이다. (iii) 선거직 공무원으로서, 국회의원의 국민대표자로서의 지위, 국회구성원으로서 국회의원이 갖는 헌법기관의 지위, 국회의원직의 특수성을 고려하여 피선거권의 내용을 선거권과는 독자적으로 구분하여 정할 수 있는 것이고, (iv) ‘공무담임권’, ‘평등권’을 침해하지 않는다는 것이다.²⁷⁾

(3) 2016년 국회의원 피선거권 연령 제한 결정

2016년 결정²⁸⁾에서도 유사하게, “헌법재판소는 세 차례에 걸쳐 이 사건 법률조항이 공무담임권 및 평등권을 침해하지 아니한다고 판단한 바 있다(헌재 2005. 4. 28. 2004헌마219; 헌재 2013. 8. 29. 2012헌마288; 헌재 2014. 4. 24. 2012헌마287 참조).”고 하면서 선례의 요지를 인용하고, 선례변경을 요하는 사정변경이나 필요성이 인정되지 않고, 선례의 취지는 이 사건에서도 그대로 타당하므로, 위 선례의 견해를 그대로 유지하기로 한다고 하면서 이 사건 법률조항은 청구인들의 공무담임권 및 평등권을 침해하지 아니한다고 결정하였다.²⁹⁾

특히 판시내용에 “민주주의의 본질을 오로지 치자와 피치자의 동일성만으로 이해한 나머지 선거권이 인정되는 국민에게는 마땅히 같은 조건으로 피선거권도 인정되어야 한다는 견해가 있으나, 피선거권은 국가 전체의 공영과 이익을 위하여 행사되어야 하는 것으로 국회의원이라는 공직이 가지는 직무의 특성을 고려하여 이를 능히 감당할 수 있다고 판단되는 객관적인 기준에 따라 피선거권의 내용도 독자적으로 정해져야 한다.”고 하

26) 헌재 2017. 10. 26. 2016헌마623, 판례집 29-2하, 86, 94-95.

27) 헌재 2017. 10. 26. 2016헌마623, 판례집 29-2하, 86, 86-87.

28) 헌재 2016. 12. 29. 2016헌마227, 결정문.

29) 헌재 2016. 12. 29. 2016헌마227, 결정문 3-4.

면서, 이 사건 법률조항이 국회의원 피선거권 연령을 선거권 연령과 달리 25세 이상으로 규정하였다 하여 청구인들의 공무담임권 및 평등권 등을 침해한다고 볼 수 없다는 점을 명시하였다.

요컨대, 이 결정은 (i) 선례를 인용하여 헌법 제25조에 따라 입법자가 선거의 의미, 기능, 국회의원의 지위 등을 고려하여 국회의원 피선거권 행사연령을 정할 재량이 인정되고, (ii) 입법자가 25세로 피선거권 연령을 정한 것은 국회의원에 요구되는 능력 및 이를 위해 소요되는 기간, 납세, 병역 이행에 대한 국민의 기대와 요청, 외국 입법례 등을 고려할 때 합리적이고 입법형성권 내에 있는 것이라고 하였으며, (iii) 민주주의의 본질, 피선거권의 의의 및 국회의원 공직의 특수성을 고려할 때 선거권에 대하여 피선거권의 내용을 독자적으로 정할 수 있는 것이어서, (iv) 공무담임권, 평등권을 침해하지 않는다고 하였다.

(4) 2014년 국회의원·지방의회의원·지방자치단체의 장의 피선거권 연령 제한 결정

2014년 결정³⁰⁾은 19세 이상으로 하고 있는 선거권 연령과 주민투표권 연령, 그리고 25세 이상으로 하고 있는 국회의원 및 지방자치단체의 의회의원 및 장의 피선거권 연령 제한 등의 기본권침해 여부에 대하여 판단하여, 25세의 피선거권 연령 제한이 입법형성권 한계 내에 있으므로 공무담임권 등을 침해하지 않는다고 한 것이다. 피선거권 연령 제한 부분의 주요내용을 정리하면, (i) 헌법 제25조, 제118조 제2항에 따라 국회의원, 지방의회의원 등의 피선거권 행사 연령을 정함에 있어서 입법자에게 선거의 의의, 의원의 지위와 직무 등 고려해 정할 입법형성권이 있고, (ii) 국회의원 등에 요구되는 능력, 이를 위한 교육 등 소요기간, 납세 및 병역의무 이행에 대한 국민의 기대와 요청, 다른 국가의 입법례 등을 고려할 때 25세로 정한 것이 합리적이고 입법형성권의 한계 내에 있어 (iii) 공무담임권, 평등권을 침해하지 않는다고 보았고, (iv) 지방자치단체의 장 역시 대표로서 영향력이 크고 선거직 공무원이므로 국회의원, 지방의회 의원 및 지방자치단체의 장 선거에 이러한 취지가 동일하게 적용될 수 있다고 보아, 지방자치단체 장의 피선거권 연령 제한도 합헌으로 판단한 것이다.³¹⁾

30) 헌재 2014. 4. 24. 2012헌마287, 판례집 26-1하, 223.

31) 헌재 2014. 4. 24. 2012헌마287, 판례집 26-1하, 223, 239-240.

(5) 2013년 국회의원·지방의회의원 피선거권 연령 제한 결정

2013년 결정³²⁾에서 헌법재판소는 2005년 결정을 “국회의원으로 당선될 권리로서 피선거권을 누구에게, 어떤 조건으로 부여할 것인지는 입법자가 그의 입법형성권의 범위 내에서 스스로 정할 사항으로서 입법자가 정한 구체적인 연령기준이 입법형성권의 범위와 한계 내의 것으로 그 기준이 현저히 높다거나 불합리하지 않다면, 이를 두고 헌법에 위반된다고 쉽사리 단정할 것은 아닌데, 국회의원의 피선거권 행사연령을 25세 이상으로 정한 것은 입법자의 입법형성권의 범위와 한계 내의 것으로, 청구인들의 공무담임권 등 기본권의 본질적 내용을 침해할 정도로 과도한 것이라 볼 수 없다는 것이다.”라고 인용하며, 국회의원 피선거권 행사연령을 25세로 한 것이 공무담임권, 평등권을 침해하지 않는다고 결정하였다.³³⁾

피선거권 연령제한의 공직선거법 규정이 공무담임권 및 평등권을 침해하는지 여부를 심사하기 위한 심사기준에 대하여 검토하면서, “헌법 제25조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다.”라고 규정하고 있고, 헌법 제118조 제2항은 “지방의회의 조직·권한·의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다.”라고 규정하고 있는데, 국회의원 및 지방의회의원 선거 피선거권의 자격요건을 어떻게 규정할 것인지에 대하여는 입법자의 입법형성권에 맡겨져 있다(헌재 2005. 4. 28. 2004헌마219, 판례집 17-1, 547, 553; 헌재 2007. 6. 28. 2004헌마644등, 판례집 19-1, 859, 884 참조). 따라서 입법자는 국회의원 및 지방의회의원 선거의 피선거권 행사연령을 정함에 있어서 대의제 민주주의 원리 하에서 선거가 가지는 의미와 기능, 국회의원 및 지방의회의원의 지위와 직무, 국민의 정치의식과 교육수준, 정치문화 및 선거풍토 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 재량에 따라 결정할 수 있다. 그러나 피선거권의 행사연령을 지나치게 높게 설정하는 경우에는 국회의원 및 지방의회의원으로서 지위와 권한에 상응하는 직무를 수행하기에 충분한 지적·정치적 능력과 자질을 갖춘 국민이라 할지라도 선거에 참여하여 의원으로 당선될 수 없다는 점에서 국민의 공무담임권 등이 침해될 수 있으므로, 피선거권을 행사할 수 있는 연령의 설정은 이로써 달성하려는 공익과 그로 인한 기본권에 대한 제한 사이에 서로 균형

32) 헌재 2013. 8. 29. 2012헌마288, 판례집 25-2상, 545.

33) 헌재 2013. 8. 29. 2012헌마288, 판례집 25-2상, 545, 548-549.

과 조화를 이루도록 적정하게 정해져야 한다는 헌법적 한계가 있다고 할 것이지만, 입법자가 정한 구체적인 연령기준이 입법형성권의 범위와 한계 내의 것으로 그 기준이 현저히 높다거나 불합리하지 않다면, 이를 두고 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.”고 하였다.³⁴⁾

이 결정에서 헌법재판소는 (i) 국회의원 및 지방의회의원 선거의 피선거권 행사연령에 대하여 입법자의 재량을 인정하고, (ii) 재량에는 선거권 연령 설정을 통해 달성하려는 공익과 그로 인한 공무담임권 제한 사이에 균형과 조화를 이루어야 하는 한계가 있으나, 입법자가 정한 연령기준이 현저히 높거나 불합리하지 않으면 헌법에 위반되지 않는다고 하여 이후의 결정들에서와 마찬가지로 입법자의 재량을 넓게 인정해 주고 있다. (iii) 그리고 이러한 심사기준에 따라 심사하여, 국회의원 및 지방의회의원의 피선거권 행사연령을 25세 이상으로 정한 것은 합리적이고 입법형성권의 한계 내에 있으므로 (iv) 25세 미만인 사람의 공무담임권 및 평등권을 침해한다고 볼 수 없다고 하였다.

(6) 2005년 국회의원 피선거권 연령 제한 결정

2005년 결정³⁵⁾은 국회의원 피선거권 행사연령을 25세 이상으로 정한 것의 위헌 여부에 대하여 처음으로 판단하여 결정한 것이다. 이 결정에서 피선거권 연령제한에 대하여 판단하면서, 우선, 공무담임권이 원하면 언제나 공직을 담당할 수 있는 현실적 권리인 것이 아니라 공무담임의 기회를 보장하는 성격을 갖는 것이고, 선거에 당선 또는 공직채용 시험에 합격 등 일정한 공무담임 요건을 충족시에 그 권리가 구체화되고 현실화되는 것이라고 하였다. “입법자는 이러한 공무담임의 전제조건으로서 각종 공직선거의 내용과 절차, 선거권·피선거권 등 공직선거에 참여할 수 있는 권리 또는 자격을 구체적으로 정하는 권한과 책임을 진다. 따라서 국회의원으로 당선될 권리로서 피선거권을 누구에게, 어떤 조건으로 부여할 것인지는 입법자가 그의 입법형성권의 범위 내에서 스스로 정할 사항이지만, 이 때에도 헌법이 피선거권을 비롯한 공무담임권을 기본권으로 보장하는 취지와 대의민주주의 통치질서에서 선거가 가지는 의미와 기능이 충분히 고려되어야 한다는 헌법적인 한계가 있다.”³⁶⁾

“피선거권의 행사연령을 지나치게 높게 설정하는 경우에는 국회의원으로서 지위와 권

34) 헌재 2013. 8. 29. 2012헌마288, 판례집 25-2상, 545, 549.

35) 헌재 2005. 4. 28. 2004헌마219, 판례집 17-1, 547.

36) 헌재 2005. 4. 28. 2004헌마219, 판례집 17-1, 547, 547-548.

한에 상응하는 직무를 수행하기에 충분한 지적·정치적 능력과 자질을 갖춘 국민이라 할 지라도 선거에 참여하여 국회의원으로 당선될 수 없다는 점에서 국민의 공무담임권과 평등권 등이 침해될 수 있으므로 피선거권을 행사할 수 있는 연령의 설정은 이로써 달성하려는 공익과 그로 인한 기본권에 대한 제한 사이에 서로 균형과 조화를 이루도록 적절하게 정해져야 한다는 헌법적 한계가 있지만, 입법자가 정한 구체적인 연령기준이 입법형성권의 범위와 한계 내의 것으로 그 기준이 현저히 높다거나 불합리하지 않다면, 이를 두고 헌법에 위반된다고 쉽사리 단정할 것은 아니다.

국가의 기관구성권과 정책결정권을 분리하고 정책결정권을 대의기관에게 자유위임하는 대의민주주의 통치질서에서 국가기능의 확대 및 복잡화에 따른 대의기관의 전문성 확보, 국회의원의 지위변화 및 권한의 확대에 의한 고양된 대의활동능력 및 정치적 인식능력에 대한 요구, 이러한 능력과 자질을 갖추기 위하여 요구되는 정규 또는 비정규적인 교육과정과 직접 또는 간접적인 경험을 쌓는 데 소요되는 최소한의 기간, 국가정책결정권자의 성실한 납세 및 병역 의무의 이행을 요구하는 국민의 기대와 요청 그리고 선거권의 행사연령에 비하여 피선거권의 행사연령을 일반적으로 높게 정하는 주요국가의 입법례 등을 고려할 때, 국회의원의 피선거권 행사연령을 25세 이상으로 정한 공직선거및선거부정방지법 제16조 제2항은 입법자의 입법형성권의 범위와 한계 내의 것으로, 청구인들의 공무담임권 등 기본권의 본질적 내용을 침해할 정도로 과도한 것이라 볼 수 없다.”고 하였다.³⁷⁾

국회의원 피선거권 연령 제한에 대한 최초의 결정이다 보니 매우 신중하게 결정의 이유를 논증하고 있으며, 구체적인 내용들은 이후 이 결정을 인용하며 피선거권 연령 제한에 대한 심사기준에 대하여 실시하고 있는 결정례들에서 보다 분명하게 제시되었던 것이기도 하다. 요약해서 살펴보면, 이 결정은 우선 (i) 피선거권 연령제한 문제에 대하여 (피선거권을 특별히 구별하지 않고) 피선거권을 포함하는 공무담임권 침해 여부로 보고, 공무담임권이 곧바로 공직담당을 보장하는 현실적 권리가 아니라 공직의 기회를 보장하는 권리이고 선거에서도 당선되는 등 요건을 충족하였을 때 권리가 구체화되고 현실화되는 것이라고 실시하였다. (ii) 그리고 입법자가 피선거권을 누구에게 어떤 조건으로 부여할지 정할 권한과 책임이 있는데, 이 때 입법자의 입법형성권에는 피선거권을 포함하는 공무담임권을 헌법상 기본권으로 보장하는 취지, 대의민주주의에서 선거의 의미가 고려되어야 한다는 헌법적 한계가 있고, 또한 피선거권의 행사연령이 너무 높으면 공무담임

37) 헌재 2005. 4. 28. 2004헌마219, 판례집 17-1, 547, 548-548.

권, 평등권이 침해될 수 있으므로 연령 설정시의 공익과 그로 인한 기본권 제한 사이에서 균형과 조화를 이루도록 정해야 한다는 헌법적 한계가 있지만, 구체적인 연령기준이 현저히 높거나 불합리하지 않다면 쉽게 위헌이라고 단정할 수 없다고 하였다. 이는 피선거권을 포함하는 공무담임권 연령제한 입법에 대해 준수해야 할 한계를 제시하고 있는 것처럼 보이지만, 공익과 침해되는 사익 사이의 균형을 엄밀하게 심사하기보다 결과적으로는 입법형성권의 범위를 넓게 인정하는 것으로 볼 수 있다. (iii) 그러면서 대의기관의 전문성 확보 요청, 국회의원의 고양된 대의활동능력과 정치적 인식능력에 대한 요청, 이에 필요한 교육, 경험 등에 소요되는 최소한의 기간, 납세, 병역이행에 대한 국민의 기대와 요청, 주요국가입법례 등을 고려하였을 때, 25세의 연령 제한은 입법자의 입법형성권 범위 내에 있는 것이라고 판시하였다. (iv) 그리고 이러한 연령제한이 공무담임권 등 기본권의 본질내용을 침해할 정도로 과도한 것을 아니라고 하여, 공무담임권 제한시의 넓은 입법형성권 인정 및 그 한계로서 본질내용을 침해하는 정도에 해당하는지의 기준을 고려한 것으로 보인다.

나. 분석

(1) 연령 제한으로 인하여 제한되는 기본권 및 그 보장내용

(가) 공무담임권

2005년 헌법재판소 결정에서는, 판시의 주요내용으로 공무담임권을 구체화하는 입법형성권의 범위와 한계에 대하여 해명하고,³⁸⁾ 국회의원 피선거권 연령 제한으로 인하여 공무담임권과 평등권이 침해될 수 있다고 보고 침해여부를 검토하였다.³⁹⁾ 그리고 공무담임의 전제조건으로서 선거의 내용, 절차, 선거권, 피선거권 등 공직선거에 참여할 수 있는 권리 또는 자격을 입법자가 구체화할 권한과 책임이 있다고 하였다.⁴⁰⁾ 또한 피선거권을 비롯한 공무담임권⁴¹⁾이라고 표현하였고, 피선거권의 특수성이나 독자성에 대한 특별한 고려없이 통상적인 공무담임권 등 침해 여부 심사를 하였다.⁴²⁾

38) 헌재 2005. 4. 28. 2004헌마219, 판례집 17-1, 547, 547-548.

39) 헌재 2005. 4. 28. 2004헌마219, 판례집 17-1, 547, 548.

40) 헌재 2005. 4. 28. 2004헌마219, 판례집 17-1, 547, 547.

41) 헌재 2005. 4. 28. 2004헌마219, 판례집 17-1, 547, 547.

42) 헌재 2018. 6. 28. 2017헌마1362 등. 공보 제261호, 1180, 1181; 헌재 2017. 10. 26. 2016헌마623, 판례

피선거권의 특수성을 고려하지 않고 일반적인 공무담임권 침해로서, 피선거권 연령 제한의 위헌 여부에 대하여 심사하는 태도는 피선거권 연령 제한에 대해 최초로 판단한 2005년 결정 이래 계속해서 유지되고 있다. 가장 최근 선고된 2018년 결정에서도 헌법재판소는 공무담임권은 선출직 공무원을 포함한 모든 공직에 취임할 수 있는 권리로서 공직선거에 입후보하여 당선될 수 있는 피선거권을 포괄하는 것이라고 하면서, 연령 제한 법률조항으로 인한 공무담임권 침해 여부에 대하여 판단한다고 하였다.⁴³⁾

(나) 평등권

(결론적으로 기본권을 침해하지 않는다고 기각한 것은 마찬가지이지만) 피선거권 연령 제한으로 인하여 공무담임권 외에 평등권 침해 여부를 함께 언급한 결정도 있는 한편, 공무담임권에 대하여서만 판단한 결정(예컨대, 2014년 결정)도 있는 등 평등권 침해 여부가 일관되게 검토된 것은 아니다. 또한 공무담임권 뿐 아니라 평등권을 함께 언급하고 평등권을 침해하지 않는다고 한 결정들에서도, 특별히 평등권 침해 여부 심사로서, 차별대우의 존부, 평등심사기준의 결정, 평등심사기준을 적용한 차별대우의 정당화 여부 판단의 내용이 제시되고 있지는 않으며, 이에 대해서 판례에서 명시적으로 실시하고 있지 않다. (i) 분석컨대, 이러한 판례의 태도는, 우선 사안을 공무담임권 제한의 문제와 공무담임권의 차별적 제한으로서 평등권 문제로 보고, 공무담임권 침해 여부에 대한 심사와 별도로 독립하여 평등권 침해 여부 심사를 하지는 않고, 공무담임권 침해 여부만 판단한 것으로 볼 여지가 있다. 공무담임권을 공직취임의 동등한 기회 보장으로 이해하였던 종전의 입장에 따를 때 더욱이 평등권에 대하여 별도로 심사하여 제시할 필요가 없었을 것이다. (ii) 또는 이 경우의 평등심사는 피선거권 연령 제한의 공무담임권 침해 여부 심사에서 입법자의 재량을 넓게 인정한 것과 마찬가지로 입법자의 재량을 넓게 인정하여 자의금지원칙 위배 여부만 심사하면 되는 것으로 보고, 이들 심사에서 큰 차이가 없을 것이므로 특별히 평등심사에 대해 제시하지 않았을 가능성도 있다.

다만 판례에서 피선거권을 ‘연령’을 기준으로 다르게 대우한 것이 정당화되는지의 문제와, 피선거권을 ‘25세라는 연령’을 기준으로 다르게 대우한 것이 입법자의 재량 내에 있는 것으로서 정당화되는 제한인지를 구분하여 판단한 것인지 의문을 제기할 수 있다.

집 29-2하, 86, 86, 94; 헌재 2016. 12. 29. 2016헌마227, 결정문 2-3; 헌재 2014. 4. 24. 2012헌마287, 판례집 26-1하, 223, 225 등.

43) 헌재 2018. 6. 28. 2017헌마1362 등, 결정문 4-5쪽 참조.

또한 피선거권 제한에 대하여 헌법상 보장되는 선거의 원칙이 적용되는 것은 아닌지, 그렇다면 보통·평등선거원칙 위배 여부의 심사가 행해져야 하는 것은 아닌지 지적할 수 있을 것이다.

부가적으로, 2016년 결정, 2017년 결정의 경우, 국민주권, 민주주의원칙에 따라 선거권자와 피선거권자 연령 기준이 동일해야 하는 것은 아닌지의 주장에 대하여, 헌법재판소는 선거권자와 피선거권자 연령이 동일해야 하는지의 문제는 피선거권 연령 제한이 공무원임권, 평등권을 침해하는지 여부와 함께 판단할 수 있으므로 이에 대하여 별도로 판단하지는 않는다고 한 바 있다.

(2) 심사방법, 심사기준의 엄격성 - 입법재량 존중 정도

(가) 피선거권 제한에 대한 독자적 심사 적용 여부

피선거권 연령 제한의 위헌 여부 심사에서 헌법재판소는 피선거권에 대한 침해 여부를 독자적으로 심사하지 않고, 피선거권 연령 제한으로 인한 공무원임권 침해 여부, 혹은 피선거권을 포함한 일반적인 공무원임권 침해 여부에 대하여 검토해 왔다. 피선거권 연령 제한으로 인하여 공직취임의 동등한 기회 보장을 핵심으로 하는 공무원임권 침해여부가 함께 문제될 수 있는 것은 사실이지만, 민주주의원칙에 따른 정치적 기본권으로서 피선거권의 특수성을 고려하였을 때, 피선거권 제한에 대하여 일반적인 공무원임권에 대한 심사와는 구별되는 독자적인 위헌심사를 하여야 하는 것이 아닌지 지적할 수 있다.

(나) 연령을 기준으로 제한한 것과 구체적으로 연령을 25세로 제한한 것을 구분하여 심사한 것인지 여부

2005년 결정부터 2018년 결정에 이르기까지 헌법재판소는 피선거권 연령 제한 문제를 심사함에 있어서 ‘연령’을 기준으로 피선거권을 제한하는 것의 정당성 여부와 연령을 25세로 제한하는 것의 정당성 여부를 구분하지 않고 심사해 왔다. 그런데 후자의 경우와 같이 피선거권 행사 가능 연령이 구체적으로 몇 살이 될 것인지에 대하여는, 연령에 따른 인지 능력 발달 정도에 대한 판단, 공동체 내에서의 교육 수준이나 정치상황의 발전 정도, 정보 획득 환경의 변화, 언론매체의 활성화 상황 등을 종합적으로 고려하여, 피선거권 행사에 대한 부당한 제한에 해당하지 않는 한도에서, 예컨대 피선거권 행사 가능 연령을 18세, 18과 1/2세, 19세 중 어느 선으로 구분할 것인지 등에 대하여, 구체화할 재량이 입법자에게 인정

될 수 있다. 사실 어떠한 입법의 경우에도 사태에 대한 구분 및 이에 따른 입법적 규율과 그에 따른 차등대우가 수반되는 것이고, 이러한 형태의 구체화 규율 권한은 일차적으로 입법자에게 인정되는 것이다. 반면에 피선거권 행사를 제한하는 기준으로서 ‘연령’이 적절한지, ‘연령’ 기준과 대의활동능력, 정치적 대표로서 권한을 행사할 능력 사이에 연관관계가 있는지, 따라서 ‘연령’을 입후보 제한 기준으로 사용해도 되는지는 구체적인 연령 설정에 대한 입법자의 일차적 규율 권한과는 별개의 문제이고, 구체적인 연령 설정에 대하여 인정되는 것과 같이, 입법자의 재량이 일반적으로 인정된다고 하기는 어렵다. 연령과 피선거권 행사를 위한 대의활동능력에 상관관계가 없고, 연령을 기준으로 하여 피선거권 행사 여부를 구분하는 것에 타당한 근거가 없는 것이라면, 그 다음으로서 구체적으로 몇 살의 연령을 기준으로 할 지에 대하여 입법자에 구체화재량이 인정된다 하더라도 이러한 피선거권 연령 제한은 정당화되기 어려울 것이다. 그런데 이 두 가지 문제를 구분하지 않고 하나로 병합하여 심사하면서 연령의 구체적인 기준을 설정할 입법자의 넓은 재량이 인정된다는 관점에서만 판단함으로써, 정작 문제가 되는 연령이 피선거권 제한 기준으로 타당한지에 대해서는 제대로 검토되지 못한 문제가 있었다. 최근까지 피선거권 연령 제한 판례에서 주로 들고 있는 논거 또한 피선거권 행사 연령으로서 구체적으로 25세를 설정한 근거에 집중되어 있으며, 그 이전에 ‘연령’이 왜 기준이 될 수 있는지, ‘연령’과 대표의 자격, 능력 사이에 관계가 있는지 여부 등에 대하여는 근거가 제시되고 있지 않다.

(다) 심사방법 - 비례성 심사 적용 여부

2018년 결정에 이르기까지 헌법재판소 결정에서 명시적으로 확인하고 있지는 않지만, 피선거권 연령제한으로 인한 공무담임권 침해 여부에 대하여 비례성심사를 적용하여 본격적으로 기본권 침해여부를 심사한 것으로 보기는 어렵다. 연령 제한을 통해 달성하려는 공익과 그로 인한 공무담임권 등 기본권 제한 사이에 균형과 조화를 이루어야 한다는 헌법적 한계가 있다는 등의 설시가 있으나(2018년 결정, 2013년 결정, 2005년 결정), 그렇다고 하여 이러한 기본권 제한에 대하여 법익균형성, 최소침해성의 과잉금지원칙의 특성이 반영되는 심사를 적용하여 판단한 내용이 제시되고 있지는 않다.

이러한 점은 연령 외 다른 요소 - 예컨대, 별급형 선고 등의 조건 해당 - 에 의한 피선거권 제한에 대한 헌법재판소 결정⁴⁴⁾과 비교하면 더욱 두드러진다. 이 결정에서는 (결론

44) 헌재 2008. 1. 17. 2004헌마41, 판례집 20-1상, 97.

적으로 합헌으로 판단되었지만) 피선거권 제한에 대하여 최소침해성과 법익균형성을 포함하는 과잉금지원칙을 적용하여 심사하였던 것이다.⁴⁵⁾ 이와 비교하였을 때, 연령에 의한 피선거권 제한에 대한 심사에서는 공무담임권의 기본권 침해 여부 심사라고 하면서도 기본권 제한의 정당화 여부를 심사하는 헌법 제37조 제2항에 근거한 과잉금지원칙을 적용하지 않고 판단한 것이다.

한편, 피선거권 제한이 문제된 것은 아니지만, - 헌법재판소 판례 및 종래 학계에서는 피선거권 제한의 경우와 일반적인 공무담임권 제한의 경우를 특별히 구별하고 있지 않으므로, 이러한 판례에 대해서도 비교의 실익이 있는 것인데 - 연령 제한으로 인한 공직취임기회의 공무담임권 제한에 대하여 과잉금지원칙을 적용, 위헌심사를 하여서 헌법불합치결정을 한 예⁴⁶⁾가 있었던 것과도 비교되는 것이다.

(라) 심사의 엄격성 - 입법재량 인정에 대한 태도

심사기준 및 여기에서의 입법재량 존중의 정도에 대하여 헌법재판소는, 공무담임권은 원하는 경우 언제나 공직을 담당할 수 있는 현실적인 권리가 아니라 공무담임의 기회를 보장하는 성격을 갖는 것이라고 하였다. 따라서 선거에 당선되거나 공직채용시험에 합격하는 등 공무담임에 필요한 요건을 충족하는 때에만 그 권리가 구체화되고 현실화하기 때문에, 입법자는 이러한 공무담임의 전제조건으로서 선거의 내용, 절차, 선거권, 피선거권 등 공직선거에 참여할 수 있는 권리 또는 자격을 구체적으로 정할 권한과 책임을 진다고 하였다. 피선거권을 누구에게 어떤 조건으로 부여할 것인지는 입법형성권 범위에서 입법자가 스스로 정하는 것이 원칙이라고 하였다(2005년 결정).

다만 그럼에도 헌법이 피선거권을 비롯한 공무담임권을 기본권으로 보장하는 취지와 선거의 의미와 기능이 충분히 고려되어야 한다는 헌법적 한계가 있다고 하고,⁴⁷⁾ 피선거권 연령 제한을 통해 달성하려는 공익과 이로 인해 제약되는 기본권 사이에 균형과 조화가 있어야 한다는 헌법적 한계가 있다고 하였다. 그러나 그러면서도 동시에, 입법자가 정

45) 헌재 2008. 1. 17. 2004헌마41, 판례집 20-1상, 97, 103-105.

46) 예컨대, 경찰공무원 임용시험 연령 제한에 대하여 공직취임기회보장의 공무담임권 침해로서 헌법불합치 결정을 한 헌재 2012. 5. 31. 2010헌마278, 판례집 24-1하, 626 참조. 한편, 군인사법상 부사관 최초임용 최고연령 상한 규정에 대하여 공직취임기회 제한으로서 공무담임권 침해 여부에 대하여 과잉금지원칙을 적용하였으나 합헌으로 결정한 것으로 헌재 2014. 9. 25. 2011헌마414, 판례집 26-2상, 524.

47) 헌재 2005. 4. 28. 2004헌마219, 판례집 17-1, 547, 547-548.

한 구체적인 연령기준이 입법형성권 범위와 한계 내의 것으로서 그 기준이 현저히 높거나 불합리하지 않다면 헌법에 위반된다고 단정할 수 없다고 함으로써,⁴⁸⁾ 결과적으로는 헌법재판소는 입법자의 입법재량을 상당히 넓게 인정한 것이라고 평가할 수 있다.⁴⁹⁾ 특히 2005년 결정에서는 ‘국회의원 피선거권 연령을 25세로 정한 것이 입법형성권의 범위와 한계 내의 것’이라고 하면서, ‘청구인들의 공무담임권 등 기본권의 본질적 내용을 침해할 정도로 과도한 것으로 볼 수 없다’고 하였다. 이러한 설시는 일반적인 공무담임권 침해 여부 심사에서 기본권의 본질적 내용을 침해하는 정도에 이르는지를 기준으로 판단했던 것과 유사한 것으로 보인다.⁵⁰⁾

(3) 제시된 피선거권 연령 제한의 정당화 논거

헌법재판소는 국회의원 피선거권을 누구에게 어떤 자격을 갖추었을 때 부여할 것인지, 피선거권의 연령기준을 정하는 문제는 국회의원의 헌법상 지위와 권한, 국민의 정치의식과 교육 수준, 우리나라 특유의 정치문화와 선거풍토, 국민경제적 여건과 국민의 법감정, 세계 주요국가의 입법례 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 결정할 사항이라고 하였다.⁵¹⁾ 그리고 구체적인 판단에 있어서, 국가기능의 확대 및 복잡화에 따른 대의기관의 전문성 확보, 국회의원의 지위변화 및 권한의 확대에 의한 고양된 대의활동능력 및 정치적 인식능력에 대한 요구, 이러한 능력과 자질을 갖추기 위하여 요구되는 정규 또는 비정규적인 교육과정과 직접 또는 간접적인 경험을 쌓는 데 소요되는 최소한의 기간, 국가정책 결정권자의 성실한 납세 및 병역 의무의 이행을 요구하는 국민의 기대와 요청 그리고 선거권의 행사연령에 비하여 피선거권의 행사연령을 일반적으로 높게 정하는 주요국가의

48) 헌재 2005. 4. 28. 2004헌마219, 판례집 17-1, 547, 548, 554.

49) 입법자의 재량 영역으로 보는 이해에 따라 피선거권 연령 제한 규정에 대한 헌법재판의 심사강도가 완화된 것이라고 분석하고 있는 김택현, 공직선거법상 연령에 의한 공무담임권 제한의 위헌성 검토 - “대통령, 국회의원 피선거권 연령 제한”, “2인 이상 최고득표자 당선” 규정을 중심으로, 공익과 인권 제15권(2015), 9쪽 참조.

50) 공무담임권 침해 여부 심사에서 본질적 내용을 침해하는 정도에 이르렀는지의 심사는 국회의원선거 입후보시 1,500만원의 기탁금을 부과하는 것에 대한 결정(헌재 2003. 8. 21. 2001헌마687등, 판례집 15-2상, 214, 227 이하)에서도 검토되었던 바, 그에 따르면, 기탁금 액수는 공익목적과 국민의 공무담임권, 참정권 보호, 선거풍토 등을 고려하여 입법형성권 범위 내에서 설정된 것으로, 공무담임권 등 기본권의 본질적 내용을 침해할 정도로 과도한 것으로 볼 수 없다고 판시한 것에서도 찾아볼 수 있다.

51) 헌재 2005. 4. 28. 2004헌마219, 판례집 17-1, 547, 55; 헌재 2013. 8. 29. 2012헌마288, 판례집 25-2상, 545, 549.

입법례 등을 고려하였을 때, 25세의 피선거권 행사 연령 제한이 입법형성권 범위 내에 있는 것으로서 기본권의 본질적 내용을 침해할 정도로 과도한 것이 아니라고 하였다. 국회의원 피선거권 연령 제한에 대하여 최초로 위헌심사를 하였던 2005년 결정에서 제시 하였던 피선거권 연령 설정이 입법자의 형성권 한계 내에 있는 것인지 판단하기 위하여 고려하였던 요소들은 그 이후 결정들에서도 유사하게 유지되었다.⁵²⁾

(4) 국회의원, 지방의회의원, 지방자치단체장의 피선거권 연령 제한의 구별 여부

국회의원 피선거권 연령 제한에 대하여 판단하였던 2005년 결정 이후, 2013년 결정에서 국회의원 피선거권 연령 제한에 대하여 다시 판단하면서 동시에 지방의회의원의 피선거권 연령을 국회의원의 경우와 마찬가지로 25세로 제한하는 것에 대하여 심사하였다. 이에 따르면, 헌법 제25조와 제118조 제2항을 근거로 입법자는 국회의원뿐 아니라 지방의회의원 선거의 피선거권 행사연령을 정할 수 있고, 이 때 고려해야 할 요소로서 대의제 민주주의에서의 선거의 의미와 기능, 국회의원 및 지방의회의원의 지위와 직무, 국민의 정치의식과 교육수준, 정치문화, 선거풍토 등의 요소가 제시되고 있다. 또한 지방의회의원의 경우에도 국회의원의 경우와 구별 없이, 피선거권 연령 제한에 대하여 입법자의 입법형성권의 한계 위반 여부를 심사하고, 입법자가 정한 연령기준이 현저히 높거나 불합리하지 않으면 헌법위반이 아니라는 기준을 적용하여, 25세의 연령 기준이 입법형성권 한계 내에 있다고 판단하였다. 이후 2014년 결정에서 지방자치단체의 장의 피선거권 연령 제한도 함께 심사하였으며, 국회의원 및 지방의회의원 선거에서의 피선거권 연령 제한에 대한 종전의 선례의 취지가 지방자치단체의 장 선거에서도 동일하게 적용된다고 하면서 합헌으로 판단하였다.

피선거권 연령 제한이 문제되었던 국회의원, 지방의회의원, 지방자치단체의 장의 경우에 대하여 우리 헌법재판소는 각각의 구별되는 점이나 특수성을 고려하여 달리 판단하고 있지는 않다. 헌법재판소에 따르면, 국회의원, 지방의회의원, 지방자치단체의 장 모두 선거를 통해 선출되는 것으로서 민주주의에서의 선거의 의의와 기능을 고려하여야 하는 것이고, 지방의회의원, 지방자치단체의 장은 선출되면 큰 영향력을 갖는 자치기관이자 선거

52) 헌재 2005. 4. 28. 2004헌마219, 판례집 17-1, 547, 548; 헌재 2014. 4. 24. 2012헌마287, 판례집 26-1하, 223, 239-240; 헌재 2016. 12. 29. 2016헌마227, 결정문 3-4; 헌재 2017. 10. 26. 2016헌마623, 판례집 29-2하, 86, 86-87; 헌재 2018. 6. 28. 2017헌마1362 등, 공보 제261호, 1180, 1183.

직 공무원이 되는 것이므로 헌법기관이 되는 국회의원의 경우와 특별히 구별하지 않고 그 지위와 권한에 상응하는 능력과 자질을 갖추기 위해 필요한 일응의 교육과정 이수, 사회경험에 소요되는 기간을 고려하였을 때, 피선거권 행사연령을 25세로 제한한 입법자의 결정이 합리적인 것이라고 하였다.

III. 피선거권의 헌법적 보장

1. 문제의 제기

피선거권 연령 제한의 위헌 여부를 심사하였던 종래 헌법재판소 결정들에서는 대체로 연령제한으로 인한 공무담임권 침해 여부를 중심으로 판단하여 왔다. 최근 결정에서도 보다 직접적으로, “공무담임권은 선출직 공무원을 포함한 모든 공직에 취임할 수 있는 권리로서 공직선거에 입후보하여 당선될 수 있는 피선거권을 포괄하므로, 이 사건 법률 조항들로 인하여 청구인들의 공무담임권이 침해되는지 여부가 문제된다”고 하였다.⁵³⁾ 그리고 연령제한에 대한 입법자의 입법형성권을 인정하는 관점에서 완화된 심사를 적용하여 판단하였다.

이러한 종래 헌법재판소 결정의 태도를 비판적으로 분석하는 관점에서, 피선거권 연령 제한 문제를 일반적인 공무담임권 제한 문제로 심사하는 것으로 충분한지, 종래의 공무담임권의 보호내용 속에 피선거권으로 보장되어야 하는 내용이 충분히 포괄될 수 있는지, 피선거권과 공직취임권 등 공무담임권의 보호내용에 포괄되어 있다고 하는 기본권의 성격상 차이가 크기 때문에 별개로 취급하고 위헌여부 심사를 해야 하는 것은 아닌지 의문을 제기할 수 있다. 그리고 공무담임권 안에 피선거권과 공직취임권 등이 포함되어 있다고 보고 특별한 구분없이 피선거권 제한에 대하여 일반적인 공무담임권 제한에 대한 위헌심사를 적용하여 판단하는 경우, 피선거권의 특수성, 민주주의 체제 하에서 갖는 중요한 의미 등이 충분히 고려되지 않고, 입법재량을 넓게 인정하는 전제 하에 보다 완화된 기준으로 심사하는 문제가 있는 것은 아닌지 살펴볼 필요가 있다.⁵⁴⁾

아래에서는 피선거권 연령 제한에서 침해 여부를 검토한 공무담임권과 피선거권이 어떤 관계에 있는지 살펴보고, 피선거권의 독자적 의의 및 피선거권 제한의 위헌여부 심사의 구별 필요성에 대하여 검토하고자 한다. 우선 피선거권을 구별하지 않고 일반적인 공무담임권의 범주 속에 포함시켜 이해하는 것이 타당한지 문제인데, 이를 위하여 공무담임권에 대한 종래

53) 공무담임권은 피선거권과 공직취임권 등을 포괄한다는 점은 헌법재판소 결정에서 계속하여 실시된 바 있다. 예컨대, 헌재 2014. 3. 27. 2013헌마185, 판례집 26-1상, 560, 563; 헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 411; 헌재 1996. 6. 26. 96헌마200, 판례집 8-1, 550, 557 등.

54) 입법형성권을 넓게 인정하여 심사하는 것에 대한 유사한 문제의식으로, 허완중, 앞의 글, 359쪽 이하 참조.

의 이해와 공무담임권의 보호내용에 대하여 살펴보고, 공무담임권과 피선거권의 관계에 대한 학계와 판례의 입장을 살펴본다. 다음으로, 일반적인 공무담임권의 범주 속에 피선거권을 포함시키기 어렵다면 어떠한 독자적인 성격과 보호내용이 있기 때문인지 살펴본다. 피선거권이 공무담임권과 구별되는 독자적 성격의 기본권이라면 이 때 이러한 피선거권의 헌법적 근거와 성격, 보호내용을 어떻게 설명할 것인지 문제된다. 현행 헌법에서 피선거권 보장에 대하여 직접적인 규정을 두고 있지 않기 때문에, 피선거권이 공무담임권과 구별되는 독자적인 의의를 갖는 기본권이라 하여도 그 근거는 여전히 헌법 제25조에서 찾아야 할 수 있다. 다만 이렇게 헌법 제25조에서 피선거권 보장의 근거를 찾는 경우에도 그렇다고 하여 공무담임권 속에 피선거권이 포함된다고 볼 것은 아니고 공무담임권과 피선거권은 서로 성질이 다른 기본권으로서 구별하여서 그 보장의 성격, 제한의 정당화 여부 심사기준 등을 검토해야 할 것이다. 그렇지 않다면 헌법 제25조 이외의 규정으로부터 피선거권 보장의 근거를 도출하거나 여타 피선거권과 공무담임권의 보장 근거를 분리하는 방안을 모색해야 할 것이다. 그리고 이러한 검토를 토대로 피선거권 연령제한에 대한 위헌심사 논의를 전개할 수 있다.

2. 피선거권과 공무담임권의 관계

가. 피선거권을 포함하는 공무담임권의 내용, 보호범위, 침해 여부 심사기준에 대한 이해

(1) 공무담임권의 의의

공무담임권은 헌법 제25조 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다” 규정을 근거로 보장되며, 공직취임 기회의 동등한 보장을 의미하는 것으로 이해되어 왔다.⁵⁵⁾ 공무담임권은 입법부, 행정부, 사법부 뿐 아니라 지방자치단체와 기타 일체의 공공단체의 직무를 담당하는 권리이며,⁵⁶⁾ 이러한 공무담임은 임명 또는 선출에 의하여 맡게 된다.⁵⁷⁾ 공무담임권 보장은, 과거 신분제 국가에서 일정한 신분의 귀족들이 보유하

55) 한수용, 공무담임권의 보장내용, 중앙법학 제16권 제3호(2014), 7-8쪽; 이인호, 공무담임권의 보호영역에 관한 헌법재판소의 판례 비판, 법과 사회 제30권(2006), 320쪽.

56) 헌재 2002. 8. 29. 2001헌마788등, 판례집 14-2, 219, 224; 헌재 2003. 9. 25. 2003헌마293등, 판례집 15-2상, 536, 541.

57) 문광삼, 앞의 글, 32쪽.

던 국가의 직책을 신분과 지위의 구별 없이 모든 국민에게 능력에 따라 개방하게 되는 것으로서 의의가 있다.⁵⁸⁾

(2) 공무담임권의 보호내용 및 최근의 보호내용 확대 경향

공무담임권은 종래 공직취임의 기회를 보장하는 것으로 이해되었고, 특히 직업공무원의 임용에 대해서는 능력주의에 따른 평등한 공무담임의 기회를 보장하는 것으로 설명되었다.⁵⁹⁾ 초기의 헌법재판소 결정에서는 공직취임권과 피선거권을 공무담임권의 내용으로 보았으며,⁶⁰⁾ 이미 공직에 있는 자의 신분 유지와 같은 것은 공무담임권의 보호내용으로 심사하지 않고 헌법상 공무원제도 보장에 따른 공무원 신분보장에 위배되는지의 문제로 보았다.⁶¹⁾⁶²⁾ 이에 따라 그 보장수준 및 위헌심사의 강도와 관련하여 공무원의 신분보장이라는 본질적 내용이 침해되지 않는 범위 내라는 입법의 한계가 정해지는 것이라고 보았다.⁶³⁾ 또한 유사하게, 제도적 보장에서는 기본권 보장에서와 달리 본질내용을 침해하지 않는 범위에서 입법형성권을 넓게 인정하는 최소한 보장의 원칙이 적용된다고 하였던 것이다.⁶⁴⁾ 또는 공무원 당연퇴직 규정이 공무담임권 등의 기본권을 침해하는지 심사한 경우에 있어서도 공무원직의 특수성 및 공무원제도보장의 취지를 고려하고 입법자의 재량을 인정하여 입법 재량 일탈 여부의 위헌심사를 하였을 뿐이다.⁶⁵⁾

이에 따라 헌법상의 공무담임권 보장이 사실상 중요한 역할을 하지 못하였다. 공직취임 기회 외에 공직의 직위, 권한 유지 관련 어떠한 실제적 보호내용이 공무담임권으로부터 도출되지 못하였고, 공직취임 기회의 차별에 대하여 위헌으로 판단한 사례는(예외적으로 가산점제에 대한 결정례 외에는) 많지 않았다. 공무담임권에 포함된다고 보았던 피선거권에

58) 독일에서 공직에의 평등한 접근권을 보장하는 기본법 제33조 제2항 규정의 취지와 관련하여 이러한 내용을 설명하고 있는 윤영미, 공무담임권에 관한 소고, 법학논총 제23권 제2호(2006), 139쪽.

59) 한수용, 앞의 글(주 55), 13-14쪽.

60) 예컨대 현재 1996. 6. 26. 96헌마200, 판례집 8-1, 550, 557.

61) 예컨대, 현재 1989. 12. 18. 89헌마32등, 판례집 1, 343, 352-354; 현재 1994. 4. 28. 91헌바15 등, 판례집 6-1, 317, 318-319.

62) 공무원 당연퇴직 조항에 대한 심사에서 헌법재판소는 직업공무원제도에 관한 헌법 제7조 제2항에 의거하여 공무원 신분이 보장된다는 입장이었다(현재 1989. 12. 18. 89헌마32등, 판례집 1, 343, 352-354). 이에 대해 공무원 신분 보장 문제를 기본권 보장이 아닌 제도보장으로 본 것이고 이에 따라 헌법소원 심판대상으로서 기본권적 보장과는 구별하여 보았던 것이라고 분석하는 윤영미, 앞의 글, 135쪽 이하.

63) 현재 1989. 12. 18. 89헌마32등 판례집 1, 343, 353.

64) 현재 1997. 4. 24. 95헌바48, 판례집 9-1, 435, 444-445. 이러한 분석으로 윤영미, 앞의 글, 136쪽.

65) 현재 1998. 4. 30. 96헌마7, 판례집 10-1, 465, 474-476.

대해서도, 헌법 제25조의 입법위임 규정을 근거로 입법자의 형성재량을 넓게 인정함으로써 이 규정이 기본권 침해에 대한 보장 근거로 본격적으로 기능할 여지가 별로 없었던 것이다.

그러나 헌법재판소는 공직취임의 평등한 기회 보장 뿐 아니라 공직을 부당하게 박탈당하지 않을 권리(공직 유지 내지 공무원 신분유지), 부당하게 권한행사를 정지당하거나 직위해제를 당하지 않을 권리(직위, 권한 유지)도 공무담임권의 보호내용에 포함된다고 판시하여 점차 그 보호내용을 확대하기에 이르렀다.⁶⁶⁾ 헌법재판소 결정을 통하여 공무담임권의 내용을 확대하기 전에는 공직취임의 기회보장 외에 공직 유지, 권한 유지 등은 헌법 제7조에서 도출되는 공무원제도보장에 따라 보장되는 것이고 이에 따라 공무원 신분보장의 본질내용이 침해되지 않은 범위라는 입법의 한계 내에 있는 것인지 심사되었던 것이나, 이러한 내용을 공무담임권의 보호내용에 포함된다고 보게 되면서 기본권 침해여부의 문제로 심사하게 되었다.⁶⁷⁾

이에 대하여 학계에서는 이러한 공무담임권의 보호내용 확대를 옹호하는 견해가 있는 한편,⁶⁸⁾ 공무담임의 기회균등이라는 평등권적 구조를 가진 권리의 성격에 그 이상의 실제적 보호내용을 부가함으로써 기본권의 보호내용을 단순히 확장하는 것 이상의 변화를 가져오는 것이라고 하면서, 공직취임, 신분의 부당한 박탈로부터의 보호까지는 가능하지만 그 이상의 직위, 권한 보유의 내용에 대해서까지 기본권으로 보호하는 해석은 받아들이기 어렵고 이에 대해서는 입법자의 형성재량을 인정해야 한다는 견해가 있다.⁶⁹⁾ 또한 공무원의 신분보장은 헌법 제7조 제2항에서 도출되는 특권이고, 이 헌법상 권리를 기본권 유사적 권리로 보고 침해시 헌법소원심판을 통해 구제할 것인지 입법정책적으로 고려할 수 있는 것이지만, 그러지 않고 이러한 이질적인 속성의 권한을 헌법 제25조의 공무담임권에 포함시키고자 하는 것은 공직취임의 동등한 기회보장 청구권일 뿐인 공무담임

66) 공무원 신분을 부당하게 박탈당하지 않을 것을 공무담임권의 내용에 포함시키고 있는 헌재 2002. 8. 29. 2001헌마788등, 판례집 14-2, 219, 224-225; 직무를 부당하게 정지당하지 않을 것을 공무담임권의 내용에 포함시키고 있는 헌재 2005. 5. 26. 2002헌마699등, 판례집 17-1, 734, 743. 헌법재판소 결정에 대한 이러한 분석으로 윤영미, 앞의 글, 129쪽 이하 및 132쪽 이하; 손상식, 공무담임권의 내용과 심사 기준, 헌법재판연구원, 2014, 1-2쪽.

67) 공직의 부당한 박탈을 당하지 않을 것을 기본권으로 인정하면서 헌법재판소는 공직의 부당한 박탈로부터의 보호를 포함하여 기본권보호의 공백을 방지할 수 있다는 점과 헌법 제25조 문언 해석상 - 공직취임에 국한하지 않고 공무담임권으로 되어 있으므로 - 현재 공무를 담당하는 자를 배제하지 않도록 보호하는 내용이 포함되지 않을 이유가 없다고 보았다. 헌재 2002. 8. 29. 2001헌마788등, 판례집 14-2, 219, 224; 이에 대한 분석으로 윤영미, 앞의 글, 130쪽.

68) 이승우, 공무담임권의 보호범위에 관한 평석, 공법연구 제36집 제1호(2007), 544쪽 이하 참조.

69) 윤영미, 앞의 글, 129-130쪽, 143쪽 이하.

권의 성질에 부합하지 않는 것이라고 비판하는 견해가 있다.⁷⁰⁾

헌법재판소의 공무담임권 보호내용 확대 경향은 특히 공무담임권의 공직에의 평등한 진입 기회 보장, 기왕의 지위에서 정당한 이유없이 배제되지 않고 직을 유지할 권한 및 권한행사를 방해받지 않을 권리와 같은 공직 담당 및 수행에서의 개인적 권리 보호를 중점에 둔 것이었다. 이러한 공무담임권의 보호내용 확대는 공직취임의 동등한 기회보장으로 부터, 직업공무원제를 통해 보호되던 공무담임의 구체적 내용들을 포함하는 방향으로 나타난 것이고, 이로써 현재 헌법상 공무담임권의 보호내용은 피선거권, 동등한 공직취임 기회 보호, 공직 유지 및 수행 권한의 보호의 세 부분으로 구성되어 있다고 할 수 있다. 그리고 공무담임권의 보호내용의 이러한 변화 속에서, 공무담임권의 한 내용을 구성하는 것이라고 설명되어왔던 '피선거권'과 그밖에 다른 보호내용들 - 공직취임기회의 동등한 보호와 공직 유지 및 수행 권한의 보호 - 을 비교하였을 때, 이들 상호간에 이질성이 더욱 두드러지게 나타나게 되었다.

(3) 공무담임권 제한에 대한 위헌심사기준 및 이에 대한 평가

헌법재판소의 공무담임권 제한에 대한 위헌심사기준이 명확하게 확립되었다고 보기는 어렵다. 헌법재판소가 공직취임의 동등한 기회와 피선거권 보장을 공무담임권의 내용에 포함하여 제시하였던 당시에는 이러한 공무담임권에 대한 심사는, 입법자의 구체화 재량을 인정하는 전제 하에 입법자의 구체화가 헌법적 한계를 넘어 현저히 불합리한 것인지 심사하는데 그쳤다. 또한 (판례 변경 전에) 공무담임권 내용에 포함되지 않는다고 보았던 공직유지에 대해서는, 헌법 제7조 제2항 공무원제도 보장에 위배되는지 여부로 보고 입법형성권을 넓게 인정하여 심사하였다.⁷¹⁾

그러나 이러한 종전결정을 변경하여 공무담임권의 내용을 확대한 2002년 결정에서 헌법 재판소는 공무담임권의 보호영역에 공직취임기회의 평등한 보장뿐 아니라 공무원 신분의

70) 이인호, 앞의 글, 339쪽 이하; 또는 공무원의 신분과 직위에 관한 권리는 기본권인 공무담임권으로부터 도출될 수 있는 것이 아니라 직업공무원제도를 보장하는 헌법 제7조 제2항에서 그 근거를 도출할 수 있는 것이라고 하면서 헌법재판소의 공무담임권의 보호내용 확장에 대하여 비판하고 있는 한수용, 앞의 글(주 55), 36쪽 이하.

71) 초기 헌법재판소는 공무원이 금고이상의 형의 선고유예 판결을 받은 경우의 당연퇴직 조항에 대하여 헌법 제7조 제2항의 공무원제도보장에 위배되는지 여부의 문제로 보고 입법형성권의 한계에 위배되지 않는다고 하였다. 현재 1990. 6. 25. 89헌마220, 판례집 2, 200, 204-205. 헌법재판소의 이러한 결정태도에 대한 분석으로 이인호, 앞의 글, 322쪽 이하.

부당한 박탈로부터의 보호가 포함된다고 하면서 사안을 공무원제도에서 도출되는 권리가 아닌 기본권으로서 공무담임권 제한으로 보았다.⁷²⁾ 그리고 헌법 제25조를 근거로 보장되는 공무담임권의 내용에 관하여 “입법자에게 넓은 입법형성권이 인정된다고 할 것이지만”, 그렇다 하더라도 헌법 제37조 제2항 기본권 제한의 입법적 한계를 넘는 것이어서는 안된다고 하면서,⁷³⁾ 비례의 원칙 심사를 거쳐 공무담임권 침해의 위헌으로 판단하였다.⁷⁴⁾ 이 사건에서는 심판대상 조항의 입법목적의 정당성, 방법의 적정성, 최소침해성 및 법익균형성의 각 요소를 심사하여 공무담임권 침해의 위헌으로 판단하였는데,⁷⁵⁾ 실시 중 입법자에게 넓은 입법형성권이 인정된다는 표현이 있었던 것은 사실이나, 실제 판단에 있어서 이러한 입법자의 입법형성권을 더 고려하거나 심사를 완화하는 내용이 드러나고 있지는 않으며, 사실상 엄격한 비례성 심사에 의하여 각 요소를 판단하였던 것으로 평가할 수 있다.⁷⁶⁾⁷⁷⁾

다만 공무담임권 제한에 대한 헌법재판소의 심사기준은 여전히 형성 중에 있으며, 그 과정에서 일관되지 않게 전개되기도 하였다. 공무원의 당연퇴직이 문제된 다른 결정 등에서 헌법재판소는 공무담임권 침해 여부 심사시 비례성원칙이 완화된 심사를 적용하기도 하였다. 예컨대 판결에 의해 자격정지된 공무원의 당연퇴직조항에 대한 2005년 헌법재판소 결정에서는 “헌법 제25조는 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 갖는다고 규정하고 있으므로 공무담임권의 내용에 관하여는 입법자에게 넓은 입법형성권이 인정된다고 할 것이나, 그렇다 하더라도 헌법 제37조 제2항의 기본권제한의 입법적 한계를 넘는 것이어서는 아니된다. 따라서 공무담임권의 제한의 경우 주로 평등의 원칙이나 목적과 수단의 합리적인 연관성여부가 심사대상이 될 것이며, 법익형량에 있어서도 상대적으로 다소 완화된 심사를 하게 된다.”고 하였다.⁷⁸⁾⁷⁹⁾

72) 헌재 2002. 8. 29. 2001헌마788 등, 판례집 14-2, 219, 219-220; 이에 대하여, 윤영미, 앞의 글, 130쪽.

73) 헌재 2002. 8. 29. 2001헌마788 등, 판례집 14-2, 219, 225.

74) 헌재 2002. 8. 29. 2001헌마788 등, 판례집 14-2, 219, 219-220; 이에 대하여, 윤영미, 앞의 글, 130쪽.

75) 헌재 2002. 8. 29. 2001헌마788 등, 판례집 14-2, 219, 225-229.

76) 이 결정에서의 심사기준에 대한 유사한 분석으로 이승우, 앞의 글, 550쪽. 그에 따르면 이 결정에서 헌법재판소는 입법권자의 입법형성권이 인정됨을 고려해야 한다고 하면서도 과잉금지원칙에 따라 전형적인 기본권침해 사례로 심사하였으며, 엄격한 비례성심사를 한 것으로 평가된다고 하였다.

77) 마찬가지로 금고이상의 형의 선고유예판결시 당연퇴직규정에 대한 위헌 결정(헌재 2003. 10. 30. 2002헌마684 등, 판례집 15-2하, 211)에서도 헌법재판소는, 공무담임권 침해여부에 대하여 이러한 과잉금지원칙 심사를 통하여, 위헌으로 판단하였다. 이 결정에 대한 평적으로는 장철준, 공무담임권의 제한과 과잉금지원칙, 연세대학교 법학연구 제14권 제1호(2004), 157쪽 이하 참조.

78) 헌재 2005. 9. 29. 2003헌마127, 공보 제108호, 1046, 1048-1049.

79) 유사하게, 법관의 정년규정의 위헌 여부에 대한 결정의 이유에서 헌법재판소는, “공무담임권의 제한의 경우는 그 직무가 가지는 공익실현이라는 특수성으로 인하여 그 직무의 본질에 반하지 아니하고 결과

반면 공무담임권 제한에 대한 또다른 결정들에서는 헌법 제25조 규정상 공무담임권의 내용에 대하여 입법자에게 넓은 입법형성권이 인정되는 것이지만 그렇다 하여도 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한의 입법적 한계를 유월해서는 안된다고 하면서 과잉금지원칙을 적용하여 판단하였다. 판단의 실제 내용을 살펴보았을 때에도 비례성원칙의 각 요소를 엄격하게 심사하여 과잉금지원칙 위반을 판단하였다고 할 수 있다.⁸⁰⁾

요컨대, 공무담임권에서 전형적인 공직취임기회의 동등한 보장 외에 공직 유지·수행과 관련하여 공무담임권의 보호내용을 넓혀가는 과정에서 종래 제도보장에서 도출된 권리로서 입법형성권을 넓게 인정하고 본질내용을 침해하지 않는 한 입법자의 형성 권한 범위 내에 있다고 보았던 것으로부터, 기본권 침해에 대한 과잉금지원칙을 적용한 비교적 엄격한 심사를 적용하는 등의 변화가 나타났다고 할 수 있다. 그러나 공무담임권 심사에서의 이러한 변화가 일관되게 나타난 것은 아니었고, 공무담임권의 또다른 구성부분이라고 보았던 피선거권 제한에 대한 위헌심사에서도 유사하게 전개된 것은 아니었다.

사실 피선거권 제한의 경우, 피선거권 ‘연령’ 제한이 아닌 경우에 있어서는 위헌심사 기준의 변화가 시도되기도 하였다. 예컨대, 국회의원선거 입후보시 당해 지사체장 선거 180일 전 강제퇴직 사건에서, “우리 헌법은 제1조 제2항에서 대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다고 규정함으로써 국민주권의 원리를 천명하고 있다. 민주국가에서의 국민주권의 원리는 무엇보다도 대의기관의 선출을 의미하는 선거와 일정사항에 대한 국민의 직접적 결단을 의미하는 국민투표에 의하여 실현된다. 특히 선거는 오늘날의 대의민주주의에서 주권자인 국민이 주권을 행사할 수 있는 가장 의미 있는 수단이며, 모든 국민이 선거권과 피선거권을 가지며 균등하게 선거에 참여할 기회를 가진다는 것은 민주국가에서 국가권력의 민주적 정당성을 담보하는 불가결의 전제이다. 따라서 공무담임권의 내용을 이루는 피선거권을 제한하는 것은 이를 정당화하는 사유가 존재할 경우에만 허용될 수 있으며, 설령 제한될 수 있다 할지라도 불가피한 최소

적으로 다른 기본권의 침해를 야기하지 아니하는 한 상대적으로 강한 합헌성이 추정될 것이므로, 주로 평등의 원칙이나 목적과 수단의 합리적인 연관성여부가 심사대상이 될 것이며, 법익형량에 있어서도 상대적으로 다소 완화된 심사를 하게 될 것이다.”라고 판시한 바 있다. 헌재 2002. 10. 31. 2001헌마557, 판례집 14-2, 541, 551.

80) 예컨대, 군인사법상 자격정지 이상의 형의 선고유예시 당연제적규정에 대한 헌재 2003. 9. 25. 2003헌마293등, 판례집 15-2상, 536, 541 이하; 국가공무원법상 금고 이상의 형의 선고유예시 당연퇴직규정에 대한 헌재 2003. 10. 30. 2002헌마684등, 판례집 15-2하, 211, 216 이하; 금고이상의 형의 선고유예를 받은 군무원의 당연퇴직조항에 대한 헌재 2007. 6. 28. 2007헌가3, 판례집 19-1, 802, 808 이하 등.

한의 정도에 그쳐야 한다”고 하면서 공무담임권(피선거권) 제한에 대하여 기본권 제한에 대한 과잉금지원칙 준수 여부를 심사하였고, 비례의 원칙의 네 요소를 모두 엄격하게 심사하여 법익균형성과 최소침해성을 결여하여 위헌이라고 결정하였던 것이다.⁸¹⁾ 또한 연령제한 외 공직선거법 위반의 벌금형을 선고받음으로 인한 피선거권 제한에 대하여서도 (결론적으로 합헌으로 판단된 것이기는 하지만) 최소침해성, 법익균형성 심사를 포함하는 과잉금지원칙을 적용하여 심사한 바 있다.⁸²⁾

그러나 피선거권 제한 문제로서 특히 ‘연령’ 제한에 대해서는, 최근 사건까지도, 헌법 제25조 및 제118조 제2항에 따라 국회의원 및 지방의회의원 등의 피선거권을 누구에게 어떤 조건으로 부여할 것인가는 입법형성권에 맡겨져 있다고 하면서, 이러한 입법형성을 통해 달성하려는 공익과 공무담임권 제한 사이에 균형과 조화를 이루어야 한다는 헌법적 한계가 있으나 구체적인 입법형성 내용이 현저히 불합리하지 않다면 헌법에 위반되는 것은 아니라고 하여,⁸³⁾ 입법형성권을 넓게 인정한 완화된 심사를 하였으며, 과잉금지원칙을 적용하여 각 요소를 판단하지 않았다.

(4) 소결

헌법 제25조에 근거하여 보장되는 공무담임권의 내용에 피선거권과 공직취임권이 포함된다는 입장으로부터, 여기에 새롭게 공직 유지 및 권한 유지까지 포함된다는 것으로 공무담임권에서 보호하는 내용의 확대가 이루어져 왔다. 종래의 공직취임의 동등한 기회 보장과 피선거권 사이에도 성격상 차이가 있었으나, 공직의 유지·수행권까지 공무담임권에 포함되는 것으로 그 내용이 확대되면서, 공무담임권을 구성하는 축이라고 하는 선거에 입후보하여 선거경쟁에 참여하기 위한 피선거권과 그 밖의 공직취임권, 공직 유지·수행권과 같은 일반적인 공무담임권의 보호내용들 사이에 이질성이 더 커진 것으로 보인다. 또한 공무담임권의 보호내용 확대, 확대된 공직 유지·수행권 침해 여부에 대한 위헌 심사에서의 과잉금지원칙의 적용 및 심사의 엄격화 경향이 예외적으로 나타나고 있고, 연령 외 요소에 대한 피선거권 제한의 위헌심사에서도 과잉금지원칙이 적용된 예가 있으나, 이러한 심사기준 적용의 변화가 피선거권 연령 제한의 위헌심사에는 영향을 미

81) 헌재 2003. 9. 25. 2003헌마106, 판례집 15-2상, 516, 532-534.

82) 헌재 2008. 1. 17. 2004헌마41, 판례집 20-1상, 97, 97 및 102 이하.

83) 헌재 2018. 6. 28. 2017헌마1362 등, 공보 제261호, 1180, 1183.

치지 않고 있다. 피선거권 ‘연령’ 제한의 위헌 여부에 대하여 헌법재판소는 여전히 입법자의 입법형성권을 넓게 인정하여 완화된 심사를 하고 있으며, 과잉금지원칙을 적용하여 엄격하게 심사하고 있지 않다. 이러한 헌법재판소의 입장이 민주주의 체제에서 선거의 의미, 피선거권 보장의 의의에 부합하는 것인지, 피선거권 연령 제한의 위헌 여부에 대해 중요한 기본권으로서 참정권 침해에 해당하므로 완화된 심사가 아닌 과잉금지원칙을 적용하여 그 위헌 여부를 본격적으로 심사해야 하는 것은 아닌지 문제될 수 있다. 또한 피선거권 연령제한의 위헌여부 심사를, 기존의 공무담임권 논의와 분리하여서 독자적으로 검토할 필요가 있는 것은 아닌지 지적할 수 있다. 더하여, 예외적인 경우들이기는 하지만, 피선거권 ‘연령’ 제한 이외의 피선거권 제한 문제에 대하여 과잉금지원칙을 적용하여 위헌심사를 하는 경우들이 발견되고 있는데, 연령 제한에 있어서만큼은 여전히 헌법 제25조, 제118조 제2항의 입법위임을 근거로 입법자의 입법재량을 넓게 인정하는 것이 타당한지, 헌법상 피선거권 보장의 의의, 민주주의체제에서의 기능 등을 고려하여 피선거권 연령 제한의 위헌 여부에 대하여 재검토해볼 필요가 있다.

나. 피선거권과 공무담임권의 관계 및 그에 대한 비판적 검토

헌법재판소 결정례 뿐 아니라 종래 학계에서도 대체로 우리 헌법 제25조의 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다는 규정에 의하여 공무담임권 보장에 포괄되는 것으로서 피선거권을 보장한 것이라고 이해해 왔다.⁸⁴⁾

한편, 피선거권과 공무담임권을 구별하면서 피선거권은 선거직 공무원이 될 수 있는 자격요건이고 공무담임권은 일체의 공직을 담당할 수 있는 권리라고 설명하면서 이 두 가지가 모두 헌법 제25조에서 함께 도출된다고 설명하는 견해가 있다.⁸⁵⁾

84) 이러한 학계의 대체적인 입장에 대하여 이인호, 앞의 글, 320쪽; 전학선, 앞의 글, 632쪽. 또한 그는 공무담임권은 국민이 공무원이 되어 공무를 담당할 수 있는 권한으로서 국가기관에 취임할 수 있는 권리이고, 입법부, 사법부, 행정부는 물론 지방자치단체, 국가, 공공단체의 구성원이 되는 것을 의미하고, 선거에 의한 공무원뿐 아니라 시험이나 임명에 의해 공무원이 될 수 있는 것을 모두 포함하는 것이라고 설명하였다. 전학선, 같은 글, 632쪽; 공무담임권은 일체의 공공단체의 직무를 담당하는 권리이고 공무담임은 임명 또는 선거에 의해 맡게 되는 것이므로 공무담임권은 피선거권보다 넓은 개념이라고 설명하는 문광삼, 앞의 글, 33쪽; 김하열, 헌법강의, 박영사, 2018, 612쪽; 장영철, 기본권론, 화산미디어, 2018, 244쪽; 전광석, 한국헌법론(제13판), 집현재, 2018, 424쪽.

85) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2018, 565-566쪽.

그리고 공무담임권이 공직취임권과 피선거권이라는 상이한 보장내용을 망라하고 있다고 하면서도,⁸⁶⁾ 그렇다고 하여 피선거권을 공무담임권으로부터 구별하여 설명하는 것은 아니고, 공무담임권을 구성하는 다른 한 부분인 공직취임권의 경우⁸⁷⁾와 마찬가지로, 피선거권도, ‘누구나 자유롭게 선출직 공직을 선택할 권리’가 아니라 ‘공직선거에서 선출의 기회균등’을 보장하는 기본권이라고 설명하고, 피선거권의 법적 성격은 공직에의 접근에 있어서의 평등에 대한 요청이라고 강조하는 견해가 있다.⁸⁸⁾

요컨대, 판례와 마찬가지로 학계에서도 피선거권과 공무담임권을 구분하지 않고, 피선거권을 공무담임권의 한 내용으로 파악하거나, 피선거권의 특수성을 일부 인정한다 하더라도 여전히 피선거권이 공무담임권에 포함되는 것으로 이해함으로써, 피선거권으로 보장하는 내용 및 그 성격이 공직취임평등권, 공직유지·수행권과 같은 일반적인 공무담임권의 보장내용과 다를 수 있다는 점에 대하여 특별히 고려하지 않고 있음을 알 수 있었다.

그러나 헌법 제25조 공무담임권 보장에 포함된다고 하는 공직취임의 동등한 기회 보장, 공직 유지·수행권, 피선거권은 상당히 넓은 범위를 포괄하고 있으며 그 성격이 서로 구별된다. 특히 국민주권, 민주주의 원칙을 실현하는 선거와 직접적인 관련이 있는 피선거권의 경우 더욱 그러하다. 그럼에도 공무담임권의 보호영역을 좁은 범위에서 제한적으로만 이해하였던 초기의 이해와 유사하게 여전히 공무담임권의 범주 안에서 피선거권 보장, 제한 및 제한의 한계 문제를 심사할 경우 피선거권의 이러한 특수성이 충분히 고려되지 않을 수 있으며, 피선거권 제한에 대한 심사기준 적용 문제에서도 이러한 점이 제대로 반영되지 않을 수 있다. 공직취임평등권을 본지로 하는 공무담임권은 기회균등이라는 평등권적 권리 구조를 가진 것이라고 하였던 학계의 이해나 헌법 제25조에서 법률이 정하는 바에 의해 공무담임권을 가진다고 규정한 것 등을 들어 피선거권 자격요건 규정은 입법자의 입법형성권에 맡겨져 있다고 하였던 판례의 태도들에서도 이러한 문제점을 발견할 수 있다. 물론 피선거권 제한에 대하여 피선거권 보장의 중요성, 민주주의과정에서 갖는 의의를 고려하여 기본권 침해에 대한 엄격한 심사를 적용하여 판단한 예도 일부

86) 한수용, 앞의 글(주 55), 7쪽.

87) 공직취임권은 누구나 자유롭게 공직을 선택할 권리가 아니라 공직취임의 기회균등을 보장하는 것이고 공직취임권은 기회균등을 보장하는 것이므로 평등의 문제로서 검토해야 하는 것이지 자유 제한의 문제로 보아 자유권에 대한 과잉금지원칙을 적용한 심사를 할 것은 아니라고 주장하였다. 한수용, 앞의 글(주 55), 19쪽 이하.

88) 한수용, 앞의 글(주 55), 19쪽.

있지만, 여기에서 문제삼고 있는 피선거권 ‘연령’ 제한 문제에 있어서만큼은 여전히 헌법 제25조가 소극적으로만 기능하였던 초기의 태도가 유지되고 있다. 그에 따라 피선거권 보장내용 및 보장 정도가 공직취임기회의 동등 보장이라고 하는 초기의 공무담임권의 보장에 종속적인 형태로 나타난 것이라고도 볼 수 있는 것이다. 이러한 문제의식에 기초하여서 지금까지 헌법 제25조의 공무담임권에 포함된 한 내용으로 이해되었던 피선거권을, 공직취임평등권 및 공직유지·수행권이라는 전형적인 공무담임권 내용과 분리하여서 별도로 헌법적 보호내용 및 그 침해 여부에 대한 위헌심사의 방법과 내용을 검토해야 하는 것이 아닌가 한다.

다. 공무담임권과 피선거권의 구별 필요성

공무담임권의 의의와 기능에 대하여, 직업으로서 공직에 취임할 기회의 보장이라는 측면 외에도, 공직을 개방하여 시민들이 국정에 참여할 기회를 보장함으로써 민주주의와 국민주권을 실현할 수 있다는 점⁸⁹⁾을 강조하고자 할 때, 참정권으로서 피선거권과 그 성격이 크게 다르지 않은 것으로 보여 피선거권 역시 공무담임권의 한 부분으로 이해하는 것이 자연스럽게 보일 수 있다. 피선거권을 행사하여 선거에 출마하여 당선되기에 이르렀다면 이후 선출직 공무원으로서 공직을 담당하게 될 것이기에 즉, 어차피 공무담임권 보장의 문제가 될 것이기에, 피선거권과 공무담임권을 특별히 분리하지 않고 공무담임권 속에 포함하여 이해한 것일 수 있다. 그러나 아래와 같은 이유들에서 피선거권을 특별히 구별하지 않고 공무담임권의 한 내용으로 포함시키는 것은 적절하지 않은 측면이 있다.

(1) 공무담임권과 피선거권의 성질의 차이

(가) 전근대적 신분제 탈피에 따른 공직개방으로서 공무담임권 보장과, 민주주의 실현의 한 축으로서 피선거권 보장의 구별

서구에서 공직은 절대군주제 하에서 국왕에 집중된 권력의 집행을 담당할 관료의 성격을 거쳐서, 근대입헌국가 시기에 접어들면서 국민에게 개방된 공직제도로 변모해온 것

89) 이호선, 헌법상 공무담임권의 철학적 함의, 유럽헌법연구 제22호(2016), 425쪽 이하 등.

이다.⁹⁰⁾ 공무담임권이 평등원칙과 능력주의에 기초하여 보장된다는 것은 과거 신분제 사회에서 귀족신분 등이 공직을 독점하였던 것에 대한 반작용이라고 할 수 있다.⁹¹⁾ 그리고 이렇게 국민에 개방된 공직의 보장은, 그 자체로서 국민이 국가작용에 참여하고 나아가 국가의사를 실현하는 권리로서 참정권적 성격을 가질 수 있는 것이었다.⁹²⁾ 특히 공화주의적 관점에서, 공익을 우선하고 공공복리에 헌신하며 정치적으로 적극적이고 능동적 주체로서 시민을 상정하고, 이러한 시민에 의해 공직을 담당케 하는 것은 대의민주주의 하에서 대표에 의한 의사결정보다도 오히려 더 직접적으로 국민주권을 실현하는 것이고 그 자체로 정치적인 것이라고 평가할 수 있는 것이다.

그런데 현대입헌국가에서 공화주의가 홀로 지배적인 원리로 기능하는 것은 아니다. 국민의 자기지배 원리로서 민주주의원리가 입헌국가의 중추적 구성원리로 기능하고 있다. 그리고 여러 정치현실적·사회적 한계 때문에 민주주의는 불가피하게 대의제 민주주의 체제 하에서 선거와 이를 통한 대표선출에 그 기능을 상당부분 의존하고 있다. 개별 시민의 공직 참여 자체도 국민주권을 실현하는 측면이 있지만, 그와 함께, 선거를 통해 민주적 정당성을 부여받고 주기적으로 교체될 가능성이 있는 대표가 정치적 의사결정을 하고 이러한 민주적 과정을 통하여 국민주권을 실현하는 민주주의원리가 현재의 입헌국가에서 핵심적으로 기능하는 것이다.

공직에 대한 개방으로서 공무담임권은 법률의 근거에 따라 그리고 법률의 제한 여하에 따라 구체적으로 향유할 수 있는 공직에의 차별없는 접근권 보장이자 직업공무원제를 통해 보장되는 것이다. 피선거권은 대의민주주의를 작동시키는 선거의 한 축으로서 보장되는 것이고 국가의 의사결정과정에 직접 참여하는 행위자가 될 수 있는 권리로서, 관료로서 공직에 접근할 기회를 보장하는 공무담임권과 비교하여 실질적으로 더 강한 정치적 성격을 갖는다. 이러한 점에서 피선거권과 공무담임권은 둘 다 일정부분 참정권적 성격을 갖고 있는 것이라 하더라도 그 정도에 있어서 본질적으로 구별된다.

90) 이에 대하여 손상식, 앞의 글, 9-10쪽.

91) Frauke Brosius-Gersdorf, Art. 33 Gleichheit staatsbürgerlicher Rechte und Pflichten; öffentlicher Dienst, in: Dreier(Hrsg.), Grundgesetz Kommentar 3. Auf. Bd. II, Mohr Siebeck, 2015, Rn. 2 (S. 877); 한수웅, 앞의 글(주 55), 12쪽; 윤영미, 앞의 글, 139쪽.

92) 한수웅, 앞의 글(주 55), 12쪽.

(나) 직업의 자유에 대한 특별기본권으로서 공무담임권과, 참정권으로서 성격이 강하게 나타나는 피선거권의 구별

공무담임권은 직업의 자유와의 관계에서 직업의 자유의 특수한 형태로 이해되는 경향이 있으며,⁹³⁾ 공직도 직업의 한 형태로 본다면 직업의 자유에 의한 보호를 받을 수 있는 것이 사실이다. 따라서 원칙적으로 공직에 대한 개인의 자유로운 선택이 보호되며, 국가가 개인에게 공직의 선택을 금지하거나 강요할 수 없다.⁹⁴⁾ 그런데 공직은 국민으로부터 위임받은 국가권력작용을 행사하는 것이어서 일반적인 직업과는 다른 특수성, 공익에의 구속적 성격을 갖는다. 따라서 직업의 자유 보장에 대하여 공무담임권이 특별관계로서 적용되는 것이라고 이해된다.⁹⁵⁾ 공무담임권의 직업의 자유의 특별규정으로서의 성격은 공직에 관한 권리로서 본래적 의미의 공무담임권(공직취임권)에 대한 것이며, 마찬가지로 공무담임권의 한 부분에 포함된다고 하는 피선거권에 대해 잘 들어맞는 것은 아니다. 공무담임권은 참정권으로서의 성격도 포함할 수 있지만 그보다는 직업의 자유에 대한 공직의 특별규정으로서, 생계를 위한 소득활동으로서 직업적 측면이 간과될 수 없는 것이다.⁹⁶⁾ (예컨대, 8,9급 공무원 공채의 경우 18세 이상인 경우와 같이) 일반적인 공직에 취임하여 공무담임권을 행사할 수 있는 연령 기준이 낮은 것 또한 이러한 직업의 자유의 특별기본권으로서의 성격이 반영된 것이라 할 수 있다.

반면에 피선거권은 직업으로서 공직의 성격보다 정치적 대표로서 정치적 의사결정에 참여하고자 하는 참정권의 성격이 강하게 나타나는 것이므로 양자는 구별될 수 있다.⁹⁷⁾

93) 윤영미, 앞의 글, 142쪽.

94) 한수웅, 앞의 글(주 55), 9쪽.

95) 공무담임권에서 공직 역시 생활의 수요충족을 위한 소득활동으로서 선택가능한 직업의 한 형태이고 공직에 대한 접근에 있어서도 직업선택의 자유가 적용될 수 있으나 다만 공무담임권이 특별규정으로 적용되어야 한다는 윤영미, 앞의 글, 142쪽 및 143쪽. 한편 직업의 자유는 공직에 적용될 여지가 없다고 설명하는 견해로 한수웅, 앞의 글(주 55), 9-10쪽. 헌법재판소 결정으로서 공직취임권은 직업의 자유에 대한 특별규정으로서 직업의 자유의 적용을 원칙적으로 배제한다고 한 것으로 예컨대, 교육공무원 정년 단축에 대한 결정인 헌재 2000. 112. 14. 99헌마112 판례집 12-2, 399, 409 참조.

96) 윤영미, 앞의 글, 142쪽.

97) 참고로, 이에 대하여, 우리 헌법상의 공무담임권은 직업공무원제도의 대상인 공직뿐 아니라 선출직 공직에도 적용되는 것이고, 공무담임권의 의미 및 기능을 크게 참정권 부여를 통한 민주주의 실현 기능과 직업으로서 공직에 대한 권리 보장 기능으로 나누어 볼 수 있는데, 직업공무원제도에 따른 공직과 선출직 공직 모두 공무원인 이상에는 참정권적 성격과 직업으로서 공직 보장의 성격을 갖고 있는 것이지만 참정권으로서의 성격은 공동체의 의사결정에 미치는 영향력에 비례하여 달라지는 것이고, 정치적 결정을 하는 공직이거나 고위공직일수록 참정권적 측면이 더 커지고, 하위직급의 공무원일수록 직업으로서의 측면이 더 커진다고 설명하는 견해도 있다. 이러한 입장으로 윤영미, 제171회 헌법실무연구회(2019. 3. 22. 17:00 헌법재판소 2층 회의실) 공무담임권의 보장내용 지정토론, 1-2쪽.

또한 피선거권은 무엇보다도 선거와 밀접한 관련을 갖는 기본권이다. 선거에는 정당과 후보자가 선거에서 경쟁하고 자신의 정치적 방향과 이념, 정치적 견해를 제시하고 유권자에게 다양한 정책 제안을 하는 적극적 작용과 유권자가 이렇게 제안된 정책들을 고려하여 이를 표방하는 정당과 정치적 후보자에게 투표하는 소극적 작용이 동시에 나타난다.⁹⁸⁾ 피선거권은 후보자가 선거에서 이러한 적극적 정치적 작용을 하는 것을 보호하는 기능을 하며, 이러한 피선거권의 보호에 있어서 보통, 평등, 직접, 자유, 비밀 선거의 헌법의 선거원칙이 마찬가지로 적용된다. 선거과정에서 후보자가 정책을 제시하는 등 적극적 정치적 작용을 하는 것을 보호하고 헌법상의 선거원칙에 따른 보호가 적용된다는 점에서도 피선거권과, (직업의 자유의 특별기본권으로서) 공무담임권은 성질상 서로 구별된다고 할 수 있다.

(다) 국가의 인력수급계획상의 제한이 따르는 일반적인 공직취임기회 보장과, 국민주권·민주주의 실현목표에 전적으로 구속되는 피선거권 보장의 구별

국가가 어떠한 방법으로 국정운영의 과제를 이행할 것인지 조직상의 광범위한 형성권을 갖는다. 이에 따라 입법자는 공직수급에 대해 국정운영에서의 필요와 재정 등을 고려하여 국정 수행기관인 공직의 수급에 관하여 결정하고 그 결과 구체적인 공직취임 기회가 제공된다. 공무담임권은 이러한 국가의 인력수급의 범위 내에서 개인이 자유롭게 공직취임기회에 응모할 것을 보장하되, 한정된 공직에 대하여 평등원칙에 입각한 능력주의에 따라 최적격자가 선발되도록 보장하는 것이다.⁹⁹⁾ 따라서 개인은 공무담임권에 근거하여 자신이 공무원이 될 공직 기회를 마련하라고 주장할 수는 없으며, 다만 차별없이, 능력에 따라 평등하게 공직에 응모할 수 있도록 기회를 제공하라고 주장할 수 있을 뿐이다.

이러한 공무담임권과 비교하여 보았을 때, 민주주의원리에 따라 대표가 되기 위한 선거경쟁에 출마하여 선출될 기회를 갖는 권리로서 피선거권은 전형적인 공무담임권에 대한 이해와 잘 맞지 않는다. 국민주권의 보다 직접적 행사로서 선거에 입후보하여 대표가 될 기회를 보장하는 피선거권을, 인력수급계획적 관점에서 비로소 형성되는 것이라거나, 이에 대해 정책적으로 결정할 입법자의 재량적 형성 하에서 비로소 보장되는 권리라고 할 수 있겠는가. 선거를 통해 국민의 대표로 선출되는 선출직 공직에 대하여, 국가조직상의 광범위한 형성재

98) 이에 대하여 한수웅, 앞의 글(주 55), 21-22쪽.

99) 한수웅, 앞의 글(주 55), 10-11쪽.

량에 따라 수급조절적 관점에서 구체적인 선출인원을 줄이거나 늘리도록 결정할 수 있겠는가. 대표로 선출되는 자는 - 예컨대, 국회의원의 경우 - 오로지 국민주권과 민주주의에 더 부합하도록 한다는 목적에 의하여서 선출방식 및 그 구체적인 공직의 수 등이 결정되어야 한다. 대표성을 강화하기 위하여, 국민의 의사를 더 고르게 반영하기 위하여 국회 의원정수가 결정될 수 있는 것이고, 이는 입법재량적 결정사항이 아니라 헌법상의 국민주권보장과 민주주의 원리에 구속되고, 그에 의하여 정당성이 뒷받침되어야 하는 것이다. 국민주권, 민주주의 원리에 따라 피선거권 연령 제한을 다룰 때, 공직취임의 평등기회 또는 선거에서의 평등원칙에 입각하여 차별문제로만 제기할 수 있는 것이 아니라, 입후보 기회를 침해하는 피선거권 제한 그 자체가 국민주권, 민주주의 원리에 위배되고, 국민의 정치참여를 제한하며, 정치과정에서의 대표성 확보 가능성을 부당하게 침해하는 것이라고 주장할 수 있는 것이다.

(라) 헌법의 공무원제도보장과 통합적으로 이해될 수 있는 공무담임권

헌법상 제도보장과 기본권 보장이 각각 전개되어 온 것이고, 우리 헌법에서도 제7조의 공무원제도 보장과 제25조의 공무담임권이 개별적으로 도입되었던 것이 사실이다. 그러나 공무원제도보장과 공무담임권 보장을 엄격하게 분리하여, 공무담임권으로부터는 공직취임기회의 평등권이 도출될 뿐이고 그밖에 공무원 신분보장을 비롯한 공무원의 법적 지위와 관련된 요청은 모두 직업공무원제도의 내용에 따라 보장될 수 있는 것으로 보았던 관점으로부터, 양자를 엄격하게 분리하지 않고 통합적으로 이해하는 관점들이 판례뿐 아니라 학설을 통해서도 제시되고 있다.¹⁰⁰⁾ 이러한 관점에 따르면, 공무담임권은 더욱이 직업공무원의 공무담임과 관련된 것으로 이해해야 할 것이며, 직업공무원제와 긴밀한 연관을 갖는 공무담임권의 내용 속에 피선거권이 포함된다고 설명하는 것은 피선거권의 특성과 보호내용이 충분히 고려되지 못하게 할 수 있는 것이다.

(2) 보호내용 및 보호정도의 차이

공무담임권은 종전의 이해에 따를 때 공직취임의 동등한 기회를 보장하는 것이고, 공직취임과 관련한 특별평등권에 해당할 수 있는 것이었다.(그리고 이러한 입장을 고수하

100) 예컨대, 이승우, 앞의 글, 565쪽. 이에 따르면, 공무담임권에 근거하여 공직취임·수행·유지권이 보장되고 직업공무원제도의 내용으로 공무원의 임명, 처우 등에서의 능력주의, 공무원의 정치적 중립 보장, 공무원 신분보장과 공무원의 직무상 의무와 책임 등이 도출된다고 하였다. 이승우, 같은 글, 564쪽.

면서 우리 헌법 제25조 공무담임권에는 자유권적 보호영역이 존재하지 않는다는 견해도 있다.¹⁰¹⁾ 이는 독일에서 공무담임권을 동등한 공직취임권으로 이해하는 태도와도 상통하는 것이었는데, 독일의 경우 기본법 제33조 제2항 규정의 문언상, 그리고 제33조 제2항의 기원이 된 프랑크푸르트 헌법 및 바이마르 헌법의 해당 조문상 공무담임권을 동등한 공직취임권으로 이해하였다. 그리고 독일에서는 공직취임의 동등한 기회에 더하여 공직박탈금지 및 직위·권한 유지의 권리가 공무원 제도 보장으로부터 도출되는 권리로 인정됨으로써 공무담임권의 보호내용이 확대되었으며, 피선거권은 이와는 별도의 조항으로서 제38조 제2항에 의하여 기본법상 보장되어 왔다. 이와 비교하여 볼 때, 공무담임권에 대해서는 독일의 규정 형식과 유사하게 공직취임평등권을 중심으로 이해하면서, 피선거권을 독일처럼 별도의 규정이 아닌 공무담임권에 포함시키는 우리의 종래 이해에서는, 피선거권의 보호내용에 있어서도 공직취임평등권을 본지로 하는 공무담임권의 내용을 토대로 이해하고자 하는 경향이 나타날 수 있다.

그런데 피선거권은 입법 형성 여하에 따라 제공되는 선거경쟁에 출마할 동등한 기회로만 이해할 수 없다. 피선거권은 선거권에 있어서와 마찬가지로 선거경쟁에 출마할 자유, 출마하지 않고 거부할 소극적 자유, 선출경쟁에서 배제되지 않고 평등한 기회를 보장받을 자유, 선거경쟁에 참여하며 정치적 견해와 정책을 제시할 자유, 기타 헌법상 보장되는 선거원칙에 따른 보장을 향유할 수 있는 기본권이다. 선거권과 짝을 이루는 권리이자 선거권 행사로 인하여 선출될 수 있는 경쟁에 나설 권리인 피선거권의 보장에는 민주주의 실현 및 그에 따른 선거의 의의와 중요성이 충분히 고려되어야 한다. 그런데 이렇듯 선거와의 긴밀한 관련 속에서 보장되는 피선거권의 내용들을 공직취임평등권으로서 공무담임권의 보호내용만으로는 설명하기 어려운 것이다.

공무담임권의 보호내용을 공직취임평등권으로부터 확대하고자 하는 판례 및 학계의 견해에 따를 때에도, 여전히 피선거권으로 보호되어야 하는 이러한 내용들이 확대된 공무담임권 내용을 통해 충분히 보장된다고 보기는 어렵다. 확대된 공무담임권의 보호내용을 설명하는 견해에 따를 때, 공무담임권은 공직취임뿐 아니라 공직생활 전반에 관한 기본권이고, 공무담임권은 선거직 공무원을 포함하여 모든 국가기관의 공직에 취임하여 국정의 담당자로서 공무를 수행할 수 있는 권리이다.¹⁰²⁾ 이러한 공무담임권의 보호내용에

101) 예컨대, 한수용, 앞의 글(주 55), 16쪽.

102) 이승우, 앞의 글, 565쪽.

대한 넓은 이해에서도, 선거에서 선출경쟁에 나설 권리로서 피선거권의 보호내용보다는 공직취임·수행·유지 그 자체의 보호가 강조될 뿐이다.

다만, 피선거권과 공무담임권으로 보호하는 내용이 서로 무관하게 별개의 영역으로 나누어져 있는 것은 아니다. 우선 선거에 관하여 대표를 선출할 수 있는 선거권의 반면으로서 대표가 되기 위해 선거경쟁에 출마하여 선거를 치를 수 있는 권리로서 피선거권이 보장된다. 피선거권을 통하여 선거의 공정한 경쟁규칙의 보장, 선거과정에서 대표가 되기 위하여 입후보하고, 선거경쟁에 참여하고 이를 지속하는 것이 보장된다. 그리고 그 다음 단계로 그가 선거에서 선출되어 선출직 공무원이 될 수 있는 자격을 갖게 되었을 때, 부당하게 배제되거나 제한되지 않을 것이 (선출직을 포함한) 공직취임의 동등한 기회 보장으로서, 즉 공무담임권으로 보장된다. 그리고 그 이후 그의 공직유지·수행 과정에서 그가 선거에 출마하여 당선됨으로써 획득한 공직이 박탈될 수 있는 상황이 발생한 경우 공무담임권의 확대된 보호내용에 따라 공직유지를 내용으로 하는 공무담임권 침해를 주장할 수 있을 것이다. 예컨대, 국회의원 선거를 통하여 대표가 선출되어 그가 선출직 공무원이 되기까지의 일련의 과정을 모두 포괄하여 살펴볼 때, 피선거권의 내용에 해당하는 것과 공무담임권의 내용에 해당하는 것이 함께 나타나는 것으로 보일 수 있다. 그러나 그렇다고 하여 피선거권이 공무담임권의 범위에 포함된다고 볼 것은 아니다. 피선거권이 선거경쟁이 공정하게 선거원칙에 따라 이루어지고 이러한 전제 하에 선거경쟁에 자유롭게 참여하여 선출될 기회를 평등하게 가질 권리이고, 선출된 이후 공직 수행 및 권한 행사에 관한 것은 피선거권의 문제로 보기 어려운 것인 반면에, 공무담임권은 입법자가 공직수급계획 및 능력주의에 따라 구체화한 요건과 절차에 따라 이를 충족시켜서 선발되면 공직에 취임할 권리이면서 그 이후 공직수행에서의 신분, 직위, 권한 유지와 같은 공무담임에 관한 권리를 포함하는 것으로서 효력이 미치는 시간적 범위가 다르다.

피선거권은 대의제민주주의에서 선거를 통해 국가기관을 구성하는 민주적 과정 중에 이러한 선거에 선출될 수 있는 후보자로 출마하여 선거경쟁을 할 권리이다. 선거에 출마하여 당선되면 당연한 수순으로 선출직 공무원이 될 것이고, 선거에 출마하여 공정한 룰에 따라 당선되었음에도 공직에 취임하지 못하고 배제되는 경우 또는 선출되어 공직을 수행하는 중에 부당하게 배제되는 경우 등에 대하여 공무담임권 침해 여부가 문제될 수 있는 것이지만, 선거권의 반면으로서 피선거권 자체가 종전의 공무담임권의 보호내용에 온전히 포함된다고 보기는 어렵다. 피선거권을 공무담임권에 포함시켜 이해하고자 하는

경우, 그 성격 및 보호내용이 상호 이질적인 권리들을 하나의 권리로 포괄함으로써 인하여 피선거권의 보호내용과 특성이 몰각되는 문제가 발생할 수 있고, 공무담임권 자체가 갖는 한계로 인하여 피선거권의 보장내용 또한 그와 함께 제한적으로만 이해될 소지가 있다. 또한 공무담임권에 대한 구체화 입법형성권한을 넓게 인정하였던 종전의 태도가 영향을 미쳐서 (이미 일정한 공무담임권 확대 내용에 대해서는 엄격한 위헌심사가 적용된 바 있음에도 불구하고) 피선거권 침해 여부에 대하여 여전히 입법재량을 넓게 인정하고자 하는 경향이 유지될 수 있는 것이다.¹⁰³⁾

공무담임권은, 앞서 살펴본 2005년 헌재결정에서도 실시하고 있듯이, 원하면 언제나 공직을 담당할 수 있는 현실적인 권리가 아니라 공무담임의 기회를 보장하는 성격을 갖는 것으로서 선거에 당선되거나 공직채용시험에 합격하는 등 일정한 공무담임에 필요한 요건을 충족하였을 시에 비로소 그 권리가 구체화되고 현실화되는 권리라고 설명된다.¹⁰⁴⁾ 어떻게 구체화할 것인지에 대하여는 입법형성권을 인정하고 있으며, 공무담임권을 통하여 보장하는 내용은 이렇게 기 형성된 권리의 정당한 행사를 보호하고 부당하게 배제하지 않는 것에 초점을 맞추고 있는 것이다. 즉 이러한 종래의 이해에 따를 때 공직 운영의 설계에 해당하는 공직채용 및 선발기준 제시, 채용기회제공, 처우 등에 대한 공무담임권 내용의 구체화 과정에서 발생하는 공무담임권 제한에 대하여는 위헌심사가 적극적으로 이루어지기 어려웠다. 그런데 피선거권은 선거에 입후보하여서 자신의 정책과 주장을 제시하고 선거과정에 입후보자로서 참여하며 선거를 통해 선택받을 수 있는지 자유롭게 경쟁하고 민주적 과정에 적극적으로 참여하는 것을 보호내용으로 하는 권리이므로, 이러한 피선거권 행사의 결과 선출되어 자격을 얻게 되면 공직에 취임할 수 있게 되는 권리인 공무담임권으로 보호하는 내용보다 더 선제적으로 보호되는 내용이고, 포괄적이며 정치참여적 권리의 성격을 갖는 것이다.¹⁰⁵⁾ 무엇보다도 선거제도 구체화 단계에서도 피선거권이 침해되지 않도록 보장받아야 하는 것이고 피선거권을 제한하는 제도 설계가

103) 피선거권은 공무담임권 등과 같이 헌법 규정상 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다고 하지만, 피선거권, 선거권 등 참정권은 국민 스스로 정치형성과정에 참여하여 민주주의, 국민주권을 실현하는 기본권이므로 입법형성권이 광범위하게 인정된다고 쉽게 단정하기 어려울 수 있다. 이러한 취지로 설명하는 손상식, 앞의 글, 3쪽.

104) 헌재 2005. 4. 28. 2004헌마219, 판례집 17-1, 547, 547.

105) 반면에 누구나 자유롭게 공직에 임명될 권리, 선출될 권리를 보장하는 기본권은 존재하지 않으며, 공무담임권은 공직취임권이든 피선거권이든 간에 오직 공직에의 접근과 배분에 있어서 평등만 보장할 뿐이라고 하는 견해도 있다. 한수웅, 앞의 글(주 55), 16쪽.

입법재량으로 쉽게 정당화되기 어려운 것이다. 그런데 이러한 피선거권을 종래의 이해에서의 공무담임권의 내용에 포함시켜서 설명하는 경우, 피선거권이 충분히 보장되지 않을 수 있으며 권리보호의 흠결이 발생할 수 있는 것이다.

의원 선거에서 3선 출마 제한 규정이 도입되었다고 가정하자. 이에 따라 3선 출마를 위해 입후보하여 선거경쟁에 나설 수 없을 뿐 아니라 다시 국회의원이 되어서 공직에 임할 수 없게 된 것이므로 결과적으로는 공무담임권의 제한으로 포괄하여 제한의 정당성 여부를 심사하면 된다고 할 경우, 선출될 것을 보장하는 것이 아니라 선출되면 공직에 취임할 기회를 보장하는 것이므로, 선출자격 여하에 대한 입법적 형성재량을 존중하여야 하므로 이러한 입법적 제한이 정당화될 수 있다고 판단하게 될 것이다. 그러나 자세히 살펴보면 위의 예시에서 3선 출마 제한을 적용받게 된 사람은 그가 (물론 당선을 목표로 하겠지만) 당선 이전에 자신의 정책을 제시하면서 선거에 출마하여 경쟁하고 그에 대한 반응으로서 유권자들의 선택의 결과를 확인하고 정치적 대화에 참여할 기회를 박탈당한 것으로서 당선 여하와 무관하게 그 자체로 피선거권을 제한받은 것이고, 이에 더하여 공직취임의 기회를 보장하는 공무담임권을 제한받은 것이므로 이들 각각의 침해 여부에 대하여 심사해야 한다. 그리고 이 때 피선거권 제한에 대하여는 선거참여기회가 제한된 것으로서 출마의 자유를 침해한 것은 아닌지, 국민주권과 민주주의 실현에 대한 제한으로서 최근 제시된 바 있는 선거권 제한에서와 같은 엄격한 기준¹⁰⁶⁾으로 심사될 필요가 있

106) 재외국민 선거권 제한에 대한 헌법불합치 결정에서 헌법재판소는, 민주국가에서 국민주권과 대의제 민주주의의 실현수단으로서 선거권이 중요한 역할을 하고, 입법자는 이러한 선거권을 최대한 보장하는 방향으로 입법해야 한다고 하였다. 따라서 선거권 제한 법률의 심사는 엄격한 기준에 따라 행해져야 한다고 보았다. 헌법재판소 설시에 따르면, 헌법 제24조에 선거권에 대하여 법률로 구체화하도록 하고 있으나 선거권 제한입법이 이러한 입법구제화 규정에 의해 곧바로 정당화될 수 있는 것이 아니고 헌법 제37조 제2항에 따라 불가피한 예외적인 경우에만 제한이 정당화될 수 있는 것이며, 특히 보통선거 원칙에 반하는 선거권 제한 입법에 대해서는 이 제37조 제2항에 의한 헌법적 한계가 더욱 엄격하게 준수되어야 한다고 하였다. 또한 선거권 제한은 불가피하게 요청되는 개별적 구체적 사유가 명백한 경우에만 정당화될 수 있는 것이고, 막연하고 추상적인 위협이나 국가의 노력에 의해 극복될 수 있는 사유에 의하여 그 제한이 정당화될 수 없다고 하였다. 헌재 2006. 6. 28. 2004헌마644 등, 판례집 19-1, 859, 874. 또한 수형자에 대한 선거권 제한에 대한 헌법불합치 결정에서 헌법재판소는 헌법 제24조는 국민의 선거권이 법률이 정하는 바에 따라 인정될 수 있다는 포괄적 입법 유보 아래 있는 것이 아니고 선거권을 법률로 구체적으로 실현하라는 것이며, 따라서 선거권의 내용과 절차를 법률로 규정하는 경우에도 국민주권을 선언한 헌법 제1조, 평등권에 대한 제11조, 선거에서의 보통, 평등, 직접, 비밀 선거를 보장하는 제41조와 제67조의 취지에 부합해야 한다고 하고, 선거권의 이러한 중요성 때문에 입법자는 선거권을 최대한 보장하도록 입법해야 하는 것이고, 선거권 제한의 정당화 여부를 심사할 때 엄격한 심사를 적용하여야 한다고 판시하였다. 헌재 2014. 1. 28. 2012헌마409 등, 판례집 26-1 상, 136, 145. 이에 대한 자세한 내용으로 이재희, 앞의 글, 144쪽 이하 참조.

다. (이러한 예시는, 고령으로 인한 고도의 정치적 판단 능력 저하 및 직무수행의 지속가능성에 대한 건강상 우려 등을 이유로 공무원의 정년 연령인 60세 또는 그보다 조금 더 높은 65세로 국회의원 피선 연령의 상한을 제한하는 규정이 도입되었다고 가정하였을 때에도 마찬가지이다.¹⁰⁷⁾)

요컨대, 피선거권은 공무담임권과 그 성격 및 보호내용이 구별되는 것이기에 피선거권에 대하여 공무담임권에 포함되는 것이라고 보고 피선거권 침해에 문제되는 사안에 대하여 공무담임권 침해 여부 문제로서 위헌심사를 적용하는 것은 피선거권의 특수성을 고려하지 않는 것이 될 수 있고, 피선거권이 국민주권과 민주주의에 대해 갖는 중요한 의미를 간과하여 그 침해 여부에 대하여 심사하지 않는 것이 될 수 있으며, 피선거권의 내용을 충분히 포함시켜서 보호하지 못하는 것이 될 수 있다.

3. 피선거권 보장의 의의와 독자성

피선거권은 정치적 기본권으로서 참정권의 범주 안에서 설명될 수 있다. 주권자인 국민이 선거를 통해 국가기관의 구성원을 선출하고, 국민의 의사를 표시하며, 이를 통하여 집합적 총의로서 최종결정을 하는 헌법상의 주권의 행사는 본질적으로 국민 개인의 기본권으로서 참정권으로 보호된다.¹⁰⁸⁾ 그리고 참정권에는 우선 헌법 제24조로 뒷받침되는 선거권과 헌법 제25조를 근거로 하는 공무담임권, 그리고 제72조 및 제130조의 국민투표권 등이 포함된다고 종래 설명되기도 하였다.¹⁰⁹⁾ 오늘날 정치적 기본권에는 이러한 좁은 범위의 직접적인 참정권 뿐 아니라 국민이 정치적 의사를 자유롭게 표현하고 국가의 의사형성에 참여하는 정치활동의 자유가 포괄적으로 포함되는 것이라고 넓게 이해해 왔다.¹¹⁰⁾ 그리고 이러한 이해 속에서 피선거권은 헌법 제25조의 공무담임권에 포함되어 있는 것으로 일반적으로 설명되어 왔다.¹¹¹⁾

107) 참고로, 최근 미국에서는 정치의 고령화와 함께 피선거권 한계 연령에 대한 이슈가 제기된 바 있다. 이에 대한 2019. 4. 28. 자 기사로 <http://www.segye.com/newsView/20190422515547?OutUrl=daum> 참조(최종확인: 2019. 4. 28. 16:00)

108) 헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 204 이하.

109) 헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710.

110) 헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710.

111) 김하열, 앞의 글(주 84), 612쪽; 장영철, 앞의 글, 244쪽; 전광석, 앞의 글, 424쪽; 헌재 1996. 6. 26. 96헌마200, 판례집 8-1, 550, 557.

이렇게 정치적 기본권의 범주 속에서 공무담임권에 포함된다고 하였던 피선거권은, 이를 통하여 공직에 취임할 기회를 갖게 된다는 측면에서는, 피선거권 행사 후 당선까지 되었다면 그 다음으로서 공무담임권의 내용으로 보호되는 것으로 연결되는 것이 사실이다. 그런데 그렇다고 하여 피선거권을 공무를 담당할 기회를 얻게 되는 여러 방법 중 하나로서, 선거를 통해 선출될 수 있다고 하는 법제도적으로 보장되는 권리에 불과한 것으로 보거나, 공무담임권 보장에 이르기 위한 부수적 또는 종속적 내용에 그치는 것으로 볼 수 있을 것인가?

피선거권은, 피선됨으로써 공무를 담당하게 되는 것은 사실이나, 그 이전에 선거과정에 직접적으로 참여하고 정치과정에 기여하는 것으로서 정치적 기본권의 성격을 더 강하게 갖는 것이고, 선거에 입후보할 자유로서 정치적 자유권의 성격과 이를 동등하게 보장 받아야 한다는 정치적 평등권의 성격을 모두 갖는 것이다.

민주주의는 ‘인민에 의한 자가지배’를 구현하는 원리이다.¹¹²⁾ 다수의 견해는 민주주의 실현 방식으로서 대의제 채택의 필요성을 인정하면서, 인민에 의한 자가지배는 국가권력의 창설 및 그 행사에 대한 국민의 정당성 부여라고 이해하였다. 그러나 대의제가 근대 민주주의 성립과 함께 발전해 온 것은 사실이지만, 대의제가 곧 민주주의의 전부인 것은 아니고 따라서 대표에 대한 국민의 정당성 부여만으로 인민의 자가지배 즉, 민주주의가 완성되는 것은 아니다. 민주주의에서 진정한 의미의 자가지배 실현은 단순한 정당성 부여를 넘어서, 가능한 한 최대한 치자와 피치자의 의사를 일치시킬 수 있는 과정을 보장

112) 민주주의에 대한 기본 정의는 고대 그리스 이래 ‘인민에 의한 지배(rule by the people)’이다. 그러나 여기에는 ‘인민’과 ‘지배’란 무엇인지, 그리고 ‘인민에 의한 지배’가 가리키는 바는 무엇인지 다시 문제제기된다. Jack Lively, *The Meaning of Democracy*, in: Michael Saward (ed.), *DEMOCRACY Critical Concepts in Political Science Vol. 1*, 2007, p. 23 이하; Michael Saward, *General Introduction*, in: Michael Saward (ed.), *DEMOCRACY Critical Concepts in Political Science Vol. 1*, 2007, p. 3 이하; ‘인민에 의한 지배’의 각 구성요소와 관련하여, ‘누가 인민으로 간주될 것인가?’, ‘어떤 종류의 참여가 인민에게 예상되는가?’, ‘어떤 조건들이 참여에 도움이 되는 것으로 추정되는가? 참여를 촉진하는 것과 저해하는 것, 혹은 참여의 비용과 편익은 대등할 수 있는가?’, ‘지배의 범위는 어느 정도나 넓게 또는 좁게 해석되어야 하나? 무엇이 민주적인 활동의 적절한 영역인가?’, ‘지배란 정치적인 것을 다루는 것이라면 이것이 의미하는 바는 무엇인가? 법과 질서를 다루는데 그치는가 아니면 국가들의 관계, 나아가 경제, 가정 혹은 사적 영역을 다루는 것까지 확장되는가?’, ‘~에 의한 지배는 복종 의무를 의미하는가? 인민의 지배에 복종해야 하는가? 복종의무가 있는 경우는 어떤 것이고 반대할 수 있는 경우는 어떤 것인가?’, ‘공공연히 그리고 적극적으로 불참하는 자들에게는 어떤 역할이 허용될 것인가?’, ‘민주주의가 인민의 일부에 대하여 또는 정당한 지배의 영역 밖에 있는 자들에 대해 강압적 수단을 사용할 권리가 있다면 어떠한 상황에서 그러한가?’와 같은 문제들이 제기된다고 하는 David Held, 앞의 글, 17쪽 이하 참조.

하는 것이고, 이는 곧 국가 의사결정에 대한 시민의 참여를 확대하는 메커니즘을 만들어서 달성할 수 있는 것이다.¹¹³⁾ 따라서 이러한 선거과정 및 국가의사결정 과정에 참여하는 주체를 확대하는 방향으로 이해되어야 한다.

피선거권은 대의제 민주주의를 유지하는 선거제도에 따라 대표로 선출될 기회를 부여받을 권리로서, 민주주의 실현에서 핵심적인 기능을 하는 선거의 기능을 실현하기 위한 양 축 가운데 하나이며,¹¹⁴⁾ 다른 한 축인 주권자의 선거권 실현을 위한 전제조건이 되는 것으로서도 의의가 있다.¹¹⁵⁾ 피선거권은 선거권을 능동적 선거권, 수동적 선거권으로 나누었을 때 수동적 선거권에 해당하는 것이며, 선거권과 짝을 이루는 참정권의 핵심적 권리이다.¹¹⁶⁾ 피선거권 없는 선거권 보장은 국민주권 행사를 형식적으로만 보장하는 것일 수 있으며, 피선거권은 선거권과 마찬가지로 중요한 기본권이다.¹¹⁷⁾ 또한 피선거권을 보장받는다든 것은 무엇보다도 공동체에서 배제되지 않고 대표가 될 자격을 인정받는 것이며 그 자체로 공동체의 구성원이자 주권자임을 승인받는 권리로서 의미가 있다. 그리고 피선거권은 이를 통해 공동체의 결정과정에 직접 참여할 기회를 획득하는 것이다.¹¹⁸⁾ 직접 정치적 결정을 수행하는 것이 아니라 이를 위한 대표를 선출하는 것인 선거권과 비교하였을 때 오히려 피선거권은 직접적인 행위자가 되기 위한 장에 나서는 것으로서, 민주주의의 본질로서 자가지배 실현에 더욱 가까워지기 위한 권리 행사라 할 수 있다.¹¹⁹⁾

따라서 피선거권을 선출직 공무원이 되기 위한 공무원임권의 한 내용으로 보고, 공무원임권의 보호내용과 방법을 그대로 적용하는데 그칠 것이 아니라, 피선거권의 이러한

113) 김선택, 앞의 글(주 3), 7-8쪽.

114) 유사하게 민주주의에서 국민주권의 원리는 대의기관을 선출하는 선거를 통해 실현되는 것이고 선거권과 피선거권은 국가의사형성에 참여하는 기본적인 수단이 되는 권리로서 의미있는 것이라고 하는 문광삼, 앞의 글, 27쪽.

115) 유사하게 전학선, 앞의 글, 632쪽.

116) 허완중, 앞의 글, 352쪽.

117) 허완중, 앞의 글, 352쪽.

118) 피선거권은 선거권과 함께 민주적 의사형성과정에의 국민의 참여권을 의미하고, 국민의 정치적 지위에서 비롯된 주관적 참여권이자 형성권이라는 설명으로 문광삼, 앞의 글, 28쪽. 헌법상 주권자인 국민의 손에 주어진 주인으로서의 유일한 효과적인 무기가 바로 대표를 선출할 수 있는 선거권과 누구나 입후보자가 되어 국정에 참여할 수 있다는 참정권 그리고 직접민주주의적 요소로서 국민투표권인 것으로서 그 의미는 가볍게 평가될 수 없는 것이다. 이러한 취지로 현재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 225-226 참조.

119) 민주주의에서의 치자와 피치자의 동일성 추구를 고려한다면 선거권 뿐 아니라 피선거권 보장의 의의와 중요성을 강조할 수 있을 것이며, 나아가 선거권자인 이상 피선거권자가 될 수 있어야 한다고 주장할 수 있을 것이다. 유사하게 이운환, 정주외국인의 피선거권 도입 가능성에 관한 연구, 디지털융복합연구 제11권 제3호(2013), 15-16쪽.

특수성을 고려하여 기본권으로서 피선거권의 독자적 의의와 보호내용, 제한의 정당화 가능성에 대한 심사해야 할 것이다. 또한 피선거권 제한의 정당화 가능성 여부를 심사할 때, 국민 스스로 정치형성과정에 참여하여 국민주권 및 대의민주주의를 실현하는 핵심적 수단인 피선거권을 제한하는 경우에 대하여, 입법형성권을 광범위하게 인정하는 것이 과연 타당한지 재고할 필요가 있다.¹²⁰⁾

4. 피선거권 보장의 성격, 보호내용, 헌법적 근거

가. 피선거권에 대한 종래의 이해와 비교법적 참고

(1) 피선거권의 성격에 대한 종래의 이해에 대한 개관

과거에는 피선거권이 헌법상 보장되는 기본권이 맞는지, 공직자가 될 수 있는 자격요건에 불과하다고 보는 자격설과 권리설의 논쟁이 있었다고 소개된 바 있으나,¹²¹⁾ 피선거권에 대하여 헌법에 명문으로 언급한 것은 아니지만 공무담임권을 통해 피선거권도 기본권으로 보장되어 왔으며, 초기부터 헌법재판소의 결정을 통해 헌법상 보장되는 기본권성이 인정되었음은 주지의 사실이다. 학계 및 판례에서는 피선거권의 근거를 헌법 제25조 공무담임권 규정에서 찾고, 공무담임권의 보장내용 속에 피선거권이 포함된다고 보았다. 다만, 피선거권의 독자적인 보호내용, 심사방법을 제시하기보다는 공무담임권의 보호내용 - 공무담임권의 보호내용을 확대하기 이전의 공직취임의 동등한 기회 보장 - 에 병치시켜서 선거에 입후보하여 선출될 수 있는 동등한 기회보장으로서, 당선된 경우 등 자격을 충족한 경우에 공무를 담임할 권리인 것이고, 이에 대하여, 예외적인 경우들도 있으나, 대체로 입법자의 구체화 권한을 상당히 넓게 인정해 왔다.

120) 피선거권을, 공직에 취임하여 공무를 수행할 수 있는 포괄적 권리로서 공무담임권과 구분하는 전제에서 이렇게 설명하는 것은 아니지만, 참정권의 특수성을 고려할 때 입법형성권을 폭넓게 인정하는 것에 대하여 비판적 관점을 제시하고 있는 손상식, 앞의 글, 3쪽 참조.

121) 전학선, 앞의 글, 633-634쪽. 피선거권의 이러한 법적 성격에 대한 논쟁은 선거권의 법적 성질에 대한 논쟁에 따른 것으로 볼 수 있는데, 권리성을 인정할 수 있는지, 선거 참여는 공적 직무로 보아야 하는 것은 아닌지, 공적 직무이지만 동시에 자신에 영향을 미치는 생활관계에 관한 것이므로 개인적 이익도 관련된 것으로서 양쪽 성격을 모두 갖는 것은 아닌지 논의되었으며, 독일 옐리네크의 이론에 대한 이해나 일본에서의 선거의 법적 의무성에 대한 강조 등의 영향을 받은 것이라고 볼 수 있다. 이러한 논쟁에 대하여 박일경, 신헌법해의, 진명문화사, 1962, 134-135쪽 참조.

이러한 피선거권에 대한 이해 방식은 헌법에 피선거권 보장에 대한 명문의 규정이 없고, 피선거권과 비선출공직에 취임할 공무담임권을 구별하지 않았던 점에서도 일정부분 기인하는 것이다. 우리 헌법에서는 1948년 헌법 당시에도 피선거권을 별도로 규정하고 있지 않았다. 1948년 헌법 제25조에 “모든 국민은 법률의 정하는 바에 의하여 공무원을 선거할 권리가 있다”고 규정하고, 제26조에 “모든 국민은 법률의 정하는 바에 의하여 공무를 담임할 권리가 있다”고 하여, 공무원선거권과 공무담임권을 연이어 규정하였는데, 1948년 헌법 제정 당시에도 피선거권 보장을 포함하는 공무담임권 보장 규정에 대하여 큰 의미를 부여하고 있지는 않았다. 당시 유진오는 1948년 공무담임권 규정과 관련하여, 공무담임권은 선거권과 함께 국민의 가장 중요한 참정권이고, 이 때의 공무원은 행정기관의 직무를 담당하는 공무원, 국회의원, 지방자치단체의 공무원 기타 일체의 공공단체의 직무를 담당하는 것이고, 피선거권과 동등한 공직취임권 양자를 모두 포함한다고 해설하였다.¹²²⁾ 그리고 이와 같은 동등한 공직취임권은 정치적으로 큰 중요성이 없고 당연한 것이라고 하였다. 일부 특권계급만이 공무를 담임할 권리가 있고 피치자 계급은 아무리 능력이 있어도 공무를 담임할 수 없었던 신분제 봉건사회나 귀족정치시대에는 동등한 공직취임권이 중요성을 가졌던 것이고, 프랑스대혁명 이후 세계 각국에서 공직의 개방을 통한 차별없는 공무담임권을 보장하도록 인정되었던 것이라고 하였다.¹²³⁾ 또한 공무담임권이 보장된다고 하여 모든 국민 개인에게 공직취임의 권리가 인정되는 것은 아니고, 선거에 당선한 자나 일정한 자격이 있는 자나 일정한 시험에 합격한 자에 한하여 공무에 취임할 수 있게 하는 것은 헌법에 위반되지 않는다고 하였다. 그는 이 조항에 대하여 과거 봉건시대에서처럼 문벌정치를 폐지하고 문벌과 계급에 관계없이 일정한 자격, 능력을 갖추면 공무에 취임할 수 있게 하는데 의미가 있다고 하였다.¹²⁴⁾

이후 공무담임권과 공무원제도를 분리하여 규정한 1963년 헌법에서도 피선거권에 대한 별도의 규정 없이 공무담임권을 종전과 유사하게 규정하고 있었다. 이에 대한 해설을 살펴보면, 제22조 모든 국민은 법률의 정하는 바에 의하여 공무담임권을 갖는다는 것은 공무담임권에 관한 평등의 원칙을 규정한 것이고, 자격여하를 불문하고 모두 공직에 취임할 권리를 보장하는 것이 아니라고 하였다. 또한 법률이 정하는 바에 의하여 선거에

122) 유진오, 헌법해의, 명세당, 1949, 62쪽.

123) 유진오, 앞의 글, 62-63쪽.

124) 유진오, 앞의 글, 63쪽.

당선한 자나 일정한 자격이 있는 자 또는 일정한 시험에 합격한 자만이 공무에 취임할 수 있도록 입법하는 것이 이 헌법조항에 반하지 않는다고 하였다. 이러한 헌법조항에 근거하여, 선거 또는 임명에 의하여 공무를 담당함에 있어 법으로 일정한 자격을 설정하거나 결격요건을 정하는 것이라고 설명하였다.¹²⁵⁾

(2) 독일에서의 피선거권 보장의 헌법적 근거에 대한 이해

독일에서의 피선거권 보장과 관련하여 살펴보면, 독일의 경우 기본법 제2장 연방과 주 아래 제33조¹²⁶⁾ 제2항에 “모든 독일인은 그 적성·능력 및 전문성(fachlichen Leistung)에 따라 모든 공직에 동등하게 취임할 수 있다”고 규정하여 동등한 공직취임권 내지는 일반적 평등 보장에 대한 특별규정으로서 공직취임에 있어서의 평등권 보장을 규정하고 있다. 그리고 제3장 연방의회 아래 제38조¹²⁷⁾ 제2항에 “18세 이상의 자는 선거권을 갖는다. 성년인 자는 피선거권을 갖는다”라고 하여 선거권과 피선거권 보장의 근거를 규정하고 있다.

제33조 제2항의 규정 형식은 독일 기본법 이전에, 공직은 모든 유자격자에게 접근가능한 것이어야 한다는 프랑크푸르트헌법 제137조 IV에 규정되어 있었던 것이고, 모든 시민은 차별없이 법률이 정하는 바에 따라 그의 능력과 업적(Leistung)에 따라 공직을 담당할 수 있다는 바이마르헌법 제128조 I 과 여성 공무원에 대한 모든 예외규정들은 폐지되던 바이마르헌법 제128조 II에 따른 것이었다.¹²⁸⁾ 기본법 제33조 제2항의 평등한 공직취

125) 박일경, 앞의 글, 137-138쪽.

126) 독일기본법 제33조 (공직과 공무원) (1) 모든 독일인은 모든 주에서 국민으로서 동등한 권리와 의무를 갖는다.

(2) 모든 독일인은 그 적성·능력 및 전문성에 따라 모든 공직에 동등하게 취임할 수 있다.

(3) 시민 및 국민의 권리 향유, 공직취임, 그리고 공직근무에서 취득한 권리는 종교적 신조에 영향을 받지 않는다. 모든 사람은 특정 신앙이나 세계관을 갖거나 갖지 않는다는 이유로 불이익을 받지 않는다.

(4) 고권적 권한 행사는 계속적 과제로서 통상 공법상 근무관계와 충성관계에 있는 공무원에 위임된다.

(5) 직업공무원제도의 전통적 원칙들을 고려하여 공무원법을 규율, 진전시켜야 한다.

127) 독일기본법 제38조 (선거) (1) 독일연방의회 의원은 보통·직접·자유·평등 및 비밀 선거에 의해 선출된다. 연방의회의원은 국민 전체의 대표자이고 위임과 지시에 구속되지 않으며 오직 양심에 따른다.

(2) 18세 이상의 자는 선거권을 갖는다. 성년인 자는 피선거권을 갖는다.(Wahlberechtigt ist, wer das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat; wählbar ist, wer das Alter erreicht hat, mit dem die Volljährigkeit eintritt.)

(3) 자세한 것은 연방법률로 정한다.

128) Frauke Brosius-Gersdorf, Art. 33 Gleichheit staatsbürgerlicher Rechte und Pflichten; öffentlicher Dienst, in: Dreier(Hrsg.), Grundgesetz Kommentar 3. Auf. Bd. II, Mohr Siebeck, 2015, Rn. 2 (S. 877).

임권은 기본법 제3조 제1항의 일반적 평등조항에 대한 특별한 평등 및 차별금지 조항으로 이해된다.¹²⁹⁾¹³⁰⁾

제38조 제1항¹³¹⁾과 제2항은 주관적 공권으로서 선거권 - 능동적 선거권(aktive Wahlrecht)과 피선거권(passive Wahlrecht) - 의 근거가 되며,¹³²⁾ 이를 통해 개인들의 선거권과 피선거권 보장에 있어서도 개별 선거원칙 준수가 보장된다.¹³³⁾ 제38조 제2항의 전단과 후단, 선거권과 피선거권은 달리 규정되어 있는데 이는 이전부터 선거권과 피선거권 연령을 구별하여 규정하였던 것에서 비롯된 것이다.¹³⁴⁾ 제38조 제2항은 선거권과 피선거권을 행사(Ausübung)하기 위한 최소연령을 규정한 것이다.¹³⁵⁾ 그리고 피선거권은 우선 연방의회 의원으로서 선출될 수 있는 권리이며, 그것은 선출을 수용하거나 거부할 수 있는 권리를 포함한다.¹³⁶⁾

(3) 일본에서의 피선거권 보장의 헌법적 근거에 대한 이해

일본의 경우, 헌법 제15조 제1항에서 “공무원을 선정하고 이를 파면하는 것은, 국민 고유의 권리이다.”라 규정하여 선거권을 보장하고 있으나, 피선거권 보장에 대하여 직접 규정하고 있지 않다. 일본헌법 제15조¹³⁷⁾는 공무원의 선정, 파면, 공무원의 성질, 보통선

129) Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher, Grundrechte Staatsrecht II, 29. Aufl. C.F. Müller, 2013, Rn. 461 (S. 111).

130) 관련하여 공직에 대한 평등한 접근권으로서 기본법 제33조 제2항은 연방과 지방에서의 전제 공직 즉 행정영역에서의 모든 공직에 널리 적용되지만, 피선된 시장 같은 선거직 공무원에는 적용되지 않는다고 설명하는 윤영미, 앞의 글, 140쪽.

131) 한편, 기본법 제38조 제1항이 선거권과 피선거권을 보장하는 근거가 되는 것이고, 이에 따라 보통, 직접, 자유, 평등, 비밀선거원칙의 보장이 선거권과 피선거권에 대하여도 보장되는 것이라고 설명하고 기본법 제38조 제2항은 선거(피선거)권의 시점에 대한 규정을 두고 있는데, 체계상 이는 보통선거에 대한 예외규정이라고 하는 Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher, Grundrechte Staatsrecht II, 29. Aufl. C.F. Müller, 2013, Rn. 1134 (S. 288).

132) Martin Morlok, Art. 38 Wahlrechtsgrundsätze; Abgeordnete, in: Dreier(Hrsg.), Grundgesetz Kommentar 3. Auf. Bd. II, Mohr Siebeck, 2015, Rn. 128 (S. 1108).

133) Martin Morlok, Art. 38 Wahlrechtsgrundsätze; Abgeordnete, in: Dreier(Hrsg.), Grundgesetz Kommentar 3. Auf. Bd. II, Mohr Siebeck, 2015, Rn. 128 (S. 1108); Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher, Grundrechte Staatsrecht II, 29. Aufl. C.F. Müller, 2013, Rn. 1136 (S. 289).

134) Martin Morlok, Art. 38 Wahlrechtsgrundsätze; Abgeordnete, in: Dreier(Hrsg.), Grundgesetz Kommentar 3. Auf. Bd. II, Mohr Siebeck, 2015, Rn. 128 (S. 1108).

135) Risse/Witt, Art 38, in: Hömig/Wolff(Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 11. Aufl. Nomos, 2016, Rn. 32 (S. 417).

136) Martin Morlok, Art. 38 Wahlrechtsgrundsätze; Abgeordnete, in: Dreier(Hrsg.), Grundgesetz Kommentar 3. Auf. Bd. II, Mohr Siebeck, 2015, Rn. 131 (S. 1109).

137) 일본헌법 제15조

거와 비밀선거원칙을 규정하고 있으며, 공무원임권도 이 조항으로부터 도출될 수 있다.

피선거권의 성격에 대하여, 과거 학설상, 선출되었을 때 이를 승낙하고 공무원이 될 수 있는 자격으로 보거나, 선거에 의해 의원 기타 공직에 취임할 수 있는 자격으로 보는 등 일종의 권리능력 내지 자격으로 해석하는 입장이 있었다.¹³⁸⁾ 구헌법상 선거권을 제한적으로 부여하는 규정인 구헌법 제35조에 따라 선거권이 부여되고, 피선거권은 이로 인하여 법적 조건을 충족시킨 개인이 부여받는 자격에 불과하고, 이후 당선되어서 그 직을 수락하여 비로소 그 직에 취임할 뿐이라고 보았던 것이다.¹³⁹⁾

현재에도 피선거권은 공직취임권이고 정치적 관계에서의 차별금지 근거인 일본헌법 제14조¹⁴⁰⁾로부터 도출되는 것이라고 설명하거나, 피선거권은 피선거자격으로서 입법정책적으로 결정될 수 있는 것이라는 견해들이 있다. 그러나 대체로 선거에 입후보할 권리로써 피선거권을 헌법상 보장되는 기본권으로 보는 입장이 다수설이며, 다만 피선거권에 대한 명문 규정이 헌법에 없기에 근거를 어디에서 도출할 것인가가 문제인데, 선거권과 피선거권이 표리일체의 관계인 것이므로 선거권을 보장하는 헌법 제15조 제1항에서 도출된다는 견해가 주류이고, 판례도 이러한 입장이라고 한다. 그밖에는 양 의원 구성에 관한 제44조¹⁴¹⁾에서 도출된다는 입장, 포괄적 권리 보장의 제13조¹⁴²⁾로부터 도출된다는 입장 등이 개진된다고 하였다.¹⁴³⁾

피선거권 제한에 대한 위헌심사기준에 대하여, 일본의 학설은 대체로 엄격심사기준에

-
1. 공무원을 선정하고, 파면하는 것은 국민의 고유의 권리이다.
 2. 모든 공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 일부를 위한 봉사자가 아니다.
 3. 공무원의 선거에 관하여는, 성년자에 의한 보통선거를 보장한다.
 4. 모든 선거에 있어서의 투표의 비밀은 침해되어서는 아니된다. 선거인은 그 선택에 관하여 공적으로나 사적으로 책임을 지지 아니한다.

138) 이에 대하여 소개하고 있는 소은영, 일본의 기탁금제도에 대한 헌법적 검토, 헌법재판소 헌법재판연구원(2019), 53쪽 이하 참조.

139) 자세한 내용으로 소은영, 앞의 글, 54쪽.

140) 일본헌법 제14조

1. 모든 국민은 법 앞에 평등하고 인종, 신조, 성별, 사회적 신분 또는 가문을 이유로 정치적, 경제적 또는 사회적 관계에서 차별받지 아니한다.

141) 일본헌법 제44조

양원의 의원과 그 선거인의 자격은 법률로 정한다. 다만, 인종, 신조, 성별, 사회적 신분, 가문, 교육, 재산 또는 수입을 이유로 차별하여서는 아니된다.

142) 일본헌법 제13조

모든 국민은 개인으로서 존중된다. 생명, 자유와 행복추구에 대한 국민의 권리는 공공복지에 반하지 않는 한 입법과 그 밖의 국정에서 최대한 존중된다.

143) 자세한 내용으로 소은영, 앞의 글, 54쪽.

의하여 위헌 여부를 판단해야 한다는 입장이며,¹⁴⁴⁾ 최고재판소에서는 피선거권의 권리성을 인정하면서도 입법부의 재량을 넓게 인정하여 다소 완화된 기준으로 심사하여 합헌으로 판단해왔다고 평가된다.¹⁴⁵⁾

(4) 검토

독일의 경우 연방의회를 선출하는 선거원칙 규정 다음으로 선거권과 피선거권 규정을 두어 선거권과 함께 피선거권도 헌법상 명문규정으로 보장하고 있으며, 그 성질에 있어서도 능동적 선거권과 수동적 선거권인서 피선거권이 짝을 이루어 선거원칙에 따라 보장되는 것으로 보고 있다. 그리고 공무원임권은 공직취임의 동등한 기회 보장으로 규정하고 있으며, 공직취임의 동등한 기회 이상의 공직유지·수행에 있어서의 권리 등 공무원이 제한적인 범위에서 국가에 대해 주장할 수 있는 기본권과 유사한 주관적 권리의 보장은, 기본법 제33조 제4항 및 제5항의 공무원제도 보장에 대한 객관적 규정을 근거로 헌법소원심판청구를 통하여 다룰 수 있다고 보았다.

우리 헌법은 독일기본법 체계에서와 같이 피선거권과 선거권을 함께 규정하고 이를 선거의 원칙과 연결시켜놓은 것이 아니다. 피선거권에 대해 특별히 규정하고 있지 않기에 우리 헌법상 피선거권 보장에 대하여 근거조항을 찾기 어려웠고, 이를 특별히 헌법 제24조 선거권 보장에서 도출하거나 하지 않고, 제25조 공무원임권 근거규정에서 도출하였던 것이다. 그러나 이로 인하여 피선거권에 대한 선거원칙 적용 여부, 공무원임권에 대하여 독자적 성격을 갖는 피선거권의 보호내용 인정 문제 등 논리적 난점이 있는 것으로 보인다. 다른 한편 헌법 제25조 공무원임권에 대한 이해와 관련하여서는, 독일 기본법 제33조 제2항의 공직취임의 동등한 기회보장에 대한 이해에 기반하여 우리의 공무원임권 보장에 대하여서도 공직취임의 동등한 기회보장을 중심으로 이해하였다. 그런데 이후 공무원임권 보장 내용에 대한 확장해석이 전개되었으나 공무원임권의 한 내용으로 설명하였던 피선거권의 보장내용에 대해서는 초기의 공직취임평등권과 유사한 수준으로 제한적으로 이해하는데 그쳤다. 이로 인하여 피선거권의 독자적 의의, 보장내용에 대하여 진지하게 검토해볼 기회를 갖기 못하였던 것으로 보인다. 입헌민주헌정체제를 현실에서 처음

144) 자세한 내용으로 소은영, 앞의 글, 57쪽.

145) 자세한 내용으로 소은영, 앞의 글, 58쪽.

으로 실행해볼 수 있었던 1948년 헌법 제정당시에는 민주주의에서 선거의 의미, 참정권의 중요성과 피선거권의 독자적 기능이 아직 크게 부각되지 못했던 것이라면, 그 이후의 헌정의 확립 및 전개과정을 겪으면서 공무담임권의 기능과 내용이 확대되었지만, 피선거권에 보장에 있어서는 정체상태로 머물러 있었던 것이다. 따라서 1948년 헌법 당시의 구상을 넘어 현재에는 피선거권을 공무담임권으로부터 분리하여 그 독자적 의미를 이해하고, 헌법적 보장 근거 및 피선거권 제한시의 심사방법에 대하여 논의할 필요가 있다. 독일과 달리, 그리고 우리의 경우와 마찬가지로 피선거권에 대한 별도의 규정을 두고 있지 않은 채, 최근까지 피선거권의 헌법적 보장 내용 및 근거를 설정하기 위한 논의를 전개하고 있는 일본의 경우를 참고해 볼 수 있을 것이다.

나. 피선거권 보장의 성격

(1) 입법적 형성에 의해 보장되는 권리, 자격인지에 대한 비판적 검토

(가) 법률상 권리에 불과한지에 대한 검토

헌법상 피선거권에 대하여 다른 명문의 규정이 없고, 공무담임권 규정을 근거로 보장된다고 할 때, 공무담임권의 규정형식상 “법률이 정하는 바에 의하여” 공무담임권을 갖는다고 되어 있으므로, 헌법상 보장되는 기본권이 아니라거나 법률상 권리에 불과한 것이 아닌지 의문을 제기할 수 있다.

그러나 여기에서 법률로 정할 수 있도록 입법위임한 것은 피선거권을 행사하기 위해 필요한 구체적인 방법과 절차를 법률로 정하도록 한 것이지, 피선거권을 헌법상 보장되는 개인의 주관적 권리가 아닌 법률상 권리로 보았기 때문인 것은 아니다. 대의제 민주주의에서 대표가 될 수 있는 선거경쟁에 출마할 권리나 대표를 선출할 수 있는 권리는 서로 짝이 되는 양면적 성격의 권리로서 가장 핵심적인 정치적 기본권이고, 국민주권과 민주주의에 의해 뒷받침되는 것이며, 그 보장 여하가 입법자에 맡겨져 있는 법률적 권리로 볼 수 없는 것이다.

공직선거법 제16조 등에 “피선거권”이 보장된다고 명시적으로 규정하고 있는데, 이에 대하여서도 공직선거법에 의하여 비로소 피선거권이 법률상 권리로 보장된다는 취지로 이해할 것이 아니라, 헌법상 보장되는 피선거권을 공직선거법을 통해 다시 확인하고 그

실현에 대하여 구체화한 것이라고 이해해야 한다.

헌법재판소 결정에서도 피선거권이 헌법상 보장되는 기본권이라고 보는 것이 확립된 판례이며, 피선거권이 헌법상의 기본권이 아니라 법률상 권리에 불과하다는 주장은 유지되기 어려운 것이었다.¹⁴⁶⁾ 다만, 기본권으로서 피선거권이 보장된다고 할 때 구체적으로 어떠한 내용이 보장되는 것인지, 입법적 구체화의 가능한 범위와 한계는 무엇인지에 대해서는 검토할 필요가 있다.

(나) 피선거 자격의 구체화에 불과한 것인지에 대한 검토

또한 피선거권에 대하여, 개인의 주관적 권리가 아닌 국가기관으로서 선출되어 권한을 행사하기 위한 전제로서 피선거자격에 불과하다고 보고, 입법자에 의하여 피선거자격에 대한 규율이 이루어지는 것은 헌법위반이 아니고 피선거권으로 보호하는 내용은 입법자가 구체화함으로써 비로소 형성되는 것이므로, 이러한 자격요건 형성은 입법자의 권한 범위 내에 있는 것이라고 보는 입장도 있었다.¹⁴⁷⁾ 이는 국가기관을 구성하는 선거에서 개인은 개인으로서가 아니라 전체 선거인단으로서 선거하는 것이고 또 이에 상응하여 선출되는 자는 피선되어 공직을 담당하는 것이고, 이러한 일련의 과정은 모두 개인이 아닌 국가기관으로서 작용하고 권한을 행사하는 것이고 이를 개인의 주관적 권리로 볼 것이 아니라는 국가기관설적 입장에 따른 것이다.¹⁴⁸⁾ 그러나 이러한 성격이 선거의 의의와 관련하여 참정권에 특수한 성격을 부여하는 것으로서 고려될 수 있는 것이지만 그렇다고 하여 개인의 주관적 권리로 선거권, 피선거권의 권리성을 부정하는 근거로는 더 이상 주장되지 않는다.

146) 유사하게 과거 지방자치단체장 선거권 및 피선거권의 경우, 지방의회의원과 달리 헌법 제118조 제2항에 선임방법에 관한 사항을 법률로 정한다고 규정한 점 등을 근거로 지방자치단체장의 선거권 및 피선거권의 법적 성격을 법률적 권리로 보아야 한다고 주장한 소수의견이 있었으나(헌재 1994. 8. 31. 92헌마174, 판례집 6-2, 249, 250 조규광, 김진우 재판관의 보충의견 중), 지방자치단체장의 선거권 등에 대하여도 헌법상 권리, 법률상 권리로 이원화하여 이해할 것이 아니라 다른 선거권과 마찬가지로 헌법상 권리로 인정해야 한다고 판시한 바 있다(헌재 2016. 10. 27. 2014헌마797, 판례집 28-2상, 763, 763).

147) 구헌법에 대한 해설에서 이러한 설명을 하고 있는 박익경, 신헌법해의, 137-138쪽; 피선거권의 법적 성격과 관련하여 과거에 주장되었던 것으로서 자격설에 따르면, 피선거권은 의원 등 기타 공직자로서의 권리, 의무의 주체가 될 수 있는 자격 요건이자 이에 따른 권능인 것이고, 피선거권의 성격 및 내용에 대하여 선거인단에 의하여 당선되었을 때 이를 승낙하고 공무원으로 될 수 있는 자격에 불과하다고 설명하고, 권리설에 따르면 피선거권은 선거에 입후보하고 당선을 전제로 의원 또는 공무원이 될 수 있는 권리라고 설명하며 논의를 소개하는 것으로 전학선, 앞의 글, 633쪽.

148) 국가에 속하여 국가기관으로서의 성격을 갖는 국민에 대하여 자세한 내용은 Georg Jellinek, 김효전 역, 일반국가학, 법문사, 2005, 332쪽 이하 참조.

헌법 제25조 공무담임권 규정으로부터 피선거권이 도출된다고 하는 대체적인 학설 및 판례 입장에 따를 때에도 피선거권의 권리로서의 성격을 인정하고 있는 것이며, 중요한 정치적 기본권으로서 보장하는 것으로 이해된다.¹⁴⁹⁾ 또한 헌법재판소에 따르면, 피선거권의 구체적 형성에 대한 입법자의 권한이 인정되는 것이지만 여기에는 헌법적 한계가 있는 것이어서 민주주의체제에서 선거의 의의와 기능 등을 고려하여 입법자가 구체적 형성을 할 수 있다.

(2) 실현절차 구체화 입법을 요하는 기본권 보장으로서 피선거권 보장

피선거권의 권리성 여부, 입법자의 형성에 맡겨진 법률적 권리인지 여부에 대한 문제는 피선거권 실현에서 나타나는 피선거권의 특수성과 법률유보 형식에 따른 것으로 보인다. 헌법의 기본권 목록 중에는 성질상 실현절차 등 일정한 내용의 입법적 형성을 요하거나 헌법에 명시적으로 입법적 구체화 요청을 규정하여 그 근거를 두고 있는 기본권들이 있는데, 이는 기본권 제한적 법률유보와는 구별되는 기본권 형성적 법률유보에 따라 보장되는 기본권이다.¹⁵⁰⁾ 기본권 형성적 법률유보에 의해 실현되는 기본권의 경우에도, 그 내용이 입법자에 의해 구체화된다 하여 헌법에 보장하는 기본권의 내용이 공허하게 되는 것은 아니다. 입법자는 1차적 형성의 위임을 받았을 뿐이고 그 기본권의 보장 내용·범위를 임의로 규정할 수 있는 것은 아니다. 입법자는 위임의 본지에 부합하게 기본권 보장을 실현할 수 있도록 적절하게 입법을 형성할 의무를 부담한다. 그리고 헌법의 기본권 보장 규정은 입법적 구체화 위임의 근거가 되면서 동시에 위임에 따른 입법의 한계가 되는 것이다.¹⁵¹⁾ 이들 기본권 형성적 법률유보로 보장되는 기본권을 다시 성질을 구분하여서, (i) 입법자에게 기본권의 내용을 확정하도록 하는 기본권(내용)형성적 법률유보의 경우와, (ii) 확정되어 있는 기본권의 내용을 행사할 수 있도록 과정·절차의 구체화를 요청하는 기본권 실현적 법률유보로 나누어 볼 수 있다.¹⁵²⁾ 그리고 이러한 구분에 기초하여 볼 때 피선거권은 국민주권과 민주주의 실현을 위하여 중추적인 역할을 하는 기본

149) 이에 대한 설명으로 전학선, 앞의 글, 634쪽.

150) 허영, 앞의 글, 312쪽 이하; 김하열, 법률에 의한 기본권의 형성과 위헌심사 - 참정권과 청구권을 중심으로, 고려법학 제67권(2012), 39쪽; 한수웅, 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙의 의미와 적용범위, 저스티스 통권 제95호(2006), 16-17쪽.

151) 김하열, 앞의 글(주 150), 41쪽.

152) 허완중, 앞의 글, 362쪽.

권으로서 선거권¹⁵³⁾과 마찬가지로 헌법적 보장이 이미 확정된 것이다. 피선거권에 대하여 입법으로 구체화되기 전에는 추상적 기본권에 불과하다고 보거나, 이에 따라 입법적 형성 재량을 넓게 인정할 수 있다고 보기는 어렵다. 피선거권의 구체화 입법은 확정된 기본권의 내용을 행사할 절차를 마련하는 기본권실현적 구체화라고 보아야 하는 것이며,¹⁵⁴⁾ 입법자의 피선거권 구체화 재량에 대해 보다 엄격하게 심사할 것이 요청된다.

다. 피선거권의 침해양태와 보호내용

피선거권의 보호내용은 일차적으로는 어떠한 형태의 침해로부터 피선거권을 보호하고자 하는가와 관련하여 살펴볼 수 있다. 우선, 선거에서 후보자가 되는 것을 금지하거나 입후보할 수 있는 지위를 박탈하는 것이 피선거권 침해 양태이며, 이로부터 보호되는 피선거권의 내용은 입후보를 제약하는 행위를 하지 않고 중지하도록 요구할 수 있는 방어권적 측면이다.¹⁵⁵⁾¹⁵⁶⁾ 선거에 입후보하여 후보자가 될 자유 및 후보자로서 선거경쟁을 지속할 자유에 대하여 차별적으로 대우하는 경우, 이에 대하여 동등한 기회를 보장하도록 요구하는 평등권적 측면이 포함된다. 그리고 선거 및 입후보에 관한 절차를 마련하지 않는 경우에 대하여 절차를 보장하도록 요구할 수 있다.¹⁵⁷⁾

153) 한편, 헌법 제24조 선거권에 대하여, 입법자에 의한 구체적 형성을 요하는 권리이고, 입법자의 형성권은 무제한적인 것이 아니라 민주주의원리, 헌법 제41조 제1항 및 제67조 제1항 등에 규정된 선거원칙에 의한 한계가 설정된 것이라고 하는 한수용, 앞의 글(주 150), 20쪽. 그러나 그는 선거권에 대한 입법형성의 이러한 한계를 인정하면서도, 선거권은 입법에 의하여 비로소 주관적 공권으로서 형성되는 것으로, 국민 누구나가 아무 제한 없이 마음대로 선거할 수 있는 권리와 같이 무제한적 권리가 상정되는 것으로 볼 수 없고 입법자의 입법을 이에 대한 제한으로 볼 수는 없다고 하고 있다. 한수용, 같은 글, 20-21쪽 참조.

154) 이러한 취지로, 허완중, 앞의 글, 361-362쪽.

155) 이렇게 설명하는 이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2015, 675쪽.

156) 다만, 피선거권의 보호내용을 입후보 제한으로부터의 방어라고 할 때, 겸직금지과 같은 것은 입후보 자체를 금지하는 것은 아니고 일정한 직의 보유를 제한하는 것이며 당사자에게 선택을 요구하게 되는 것일 뿐 피선거권을 침해하는 것은 아니라고 하는 견해가 있다. 그러한 견해에 따르면 피선거권 제한은 일정한 상태나 조건에 있는 자에게 입후보의 자격을 제한하는 것이라고 한다. 전학선, 앞의 글, 633쪽.

157) 이준일, 앞의 글, 675쪽.

라. 피선거권 보장의 헌법적 근거

(1) 문제의 소재

피선거권이 기본권 목록으로서 헌법 문언에 직접 규정되어 있는 것은 아니다. 현행헌법에서 피선거권 보장과 관련이 있는 것으로서 헌법상의 선거권 보장, 공무담임권 보장 외에, 헌법 제67조 제4항의 “대통령으로 선거될 수 있는 자는 국회의원의 피선거권이 있고 선거일 현재 40세에 달하여야 한다.”는 규정에 “피선거권”이 언급되어 있는 외에는 헌법에 등장하지 않는다. 헌법사를 돌이켜보았을 때에도, 1948년 헌법 이래 우리 헌법에서 피선거권이 보장된다는 것을 헌법 문언에 직접 규정하였던 것은 아니다. 다만, 1919년 4월 11일 제정된 임시정부헌장에서 선거권 및 피선거권이 보장된다고 명시하였던 예가 있다. 피선거권의 헌법적 근거를 우리 헌법 조항 중 어디에서 도출할 것인지 문제된다.

(2) 헌법 제24조

헌법 제24조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다”고 규정하고 있다. 문언상 피선거권에 대하여 직접 규정하고 있는 것은 아니지만, 선거권과 피선거권은 헌법 제1조의 국민주권원칙을 실현하기 위하여 헌법의 기본원리인 민주주의를 현실적으로 실현하기 위한 선거과정의 양 축을 이루고 있는 것이고, 피선거권은 한편으로는 수동적 선거권으로 볼 수 있다는 점에서, 헌법 제24조를 근거로 피선거권이 보장된다고 볼 가능성이 있으며, 헌법 제24조는 피선거권의 기능과 가장 밀접한 관련이 있는 조항이라고 할 수 있다.

피선거권의 헌법적 근거를 헌법 제24조로 보는 경우, 선거과정에서의 과도한 제한에 대하여, 선거운동의 자유 제한 문제로 다루는 외에, 피선거권 제한 여부를 검토할 수 있다. 이 경우 선거운동의 자유의 보호영역에 포섭되는지 명확하지 않아서 권리구제 소송에 어려움을 겪었던 경우에 대해서도 피선거권 침해 여부로서 다룰 수 있게 된다는 장점이 있다. 또한 현행헌법상 제41조 제1항 및 제67조 제1항의 국회의원과 대통령 선거 조항에 근거한 보통·평등·직접·비밀·자유선거 원칙이 대통령, 국회의원, 지방의회의원, 지방자치단체의 장을 선출하는 선거에서 선거권 보장의 차원뿐 아니라 피선거권 보장의 차원에 마찬가지로 적용된다는 점에 대하여 논리적으로 설명할 수 있게 된다. 종래 선거

권 중심으로 논의가 전개되었던 것에서부터, 대의제민주주의에서 선거권과 피선거권 각각이 갖는 의미와 중요성을 간과하지 않고 동등하게 강조할 수 있으며, 선거과정에서 선거권 연령과 피선거권 연령에 차등을 두지 않아야 한다는 점을 뒷받침하기에 유리하다. 그리고 종래 헌법 제25조 공무담임권의 한 내용으로 피선거권을 이해하였던 것과 비교하였을 때, 선거제도 및 입후보자격 설정에서의 배제와 불합리한 제한에 대하여 제24조를 근거로 하여서 피선거권 침해로 다룰 수 있어 피선거권의 본래의 보호내용을 보다 충실하게 보호할 수 있게 된다. 또한 선거권 제한에 대하여 그 중요성을 고려하여 엄격하게 심사하고자 하는 최근 등장하고 있는 일부 판례의 경향에 따라 피선거권 제한에 대하여서도 엄격한 심사기준 적용을 확대할 수 있다. 과거 헌법재판소의 표현에서처럼 선거권과 피선거권은 민주정치에 있어서 주권자인 국민이 국정에 참여하는 필수적인 수단으로서 가장 중요한 기본권에 해당하므로 그 제한은 불가피한 최소한에 그쳐야 한다는 점을 강조할 수 있을 것이다.

(3) 헌법 제25조

헌법에 피선거권에 대하여 직접 명시하고 있지 않기 때문에 피선거권의 헌법적 근거 규정을 찾을 때 피선거권의 보호내용과 일정부분 중첩될 수 있는 조항으로부터 피선거권 보장을 도출하고자 시도할 수 있다. 현행헌법 제25조 공무담임권 규정은 민주주의과정에서 대표가 되기 위하여 선거에 입후보하여 선거과정에 참여하는 피선거권의 보호내용을 모두 포괄한다기보다 선거에서 당선이 되었거나 시험 기타 자격을 갖추었을 때 배제·차별받지 않고 공직을 담임할 수 있는 권리이지만, 공무담임권의 행사자격을 갖추기 위하여 선출직의 경우에는 선거에 입후보하여 당선되는 과정이 수반된다는 점에서 관련이 깊기 때문에 제25조를 근거로 피선거권 보장을 도출할 가능성이 있다. 대부분의 학설 및 판례의 태도이기도 하다. 우리 헌법사상 1948년 헌법에서부터 공무담임권 규정에서 피선거권과 공직취임의 기회동등권을 보장하는 것으로 이해되었다는 점도 헌법 제25조를 피선거권의 근거로 이해하는 입장을 뒷받침할 수 있다.

다만, 이렇게 제25조를 피선거권의 근거로 보고자 하는 경우에는 피선거권의 충실한 보장 목적을 위하여, 공무담임권의 보호내용을 확대할 필요가 있다. 종래의 이해에 따를 때, 선거와 무관한 일반적인 공직의 경우 공직취임의 동등한 기회 보호와 함께 공직의

권한, 지위 유지에 대한 것으로 공무원임권의 보호내용이 확대된 반면, 선거와 관련하여서는 법정의 일정한 적극적 요건을 구비하고 소극적 요건에 해당하지 않는 자에 한하여 선출되기 위하여 입후보할 동등한 기회 보장으로 이해하는 경향이 있었다. 이렇게 보는 경우 공무원임권으로 보호되는 피선거권의 보호내용은 제한적일 수 있으며, 입후보 자격·조건 규정 등을 통해 피선거권을 제한하는 것에 대하여서까지 기본권 침해라는 주장으로 보호하는데에는 한계가 있을 수 있는 것이었다. 또한 선거과정에서의 불평등, 불합리한 규제에 대하여서도, 당선 등 요건을 충족하였을 때의 공직 취임의 평등한 기회 보장 침해에 해당하지는 않는다고 보아, 피선거권 침해로 본격적으로 판단하기 어려웠던 것이다. (이에 따라 선거과정에서의 차별적 규제에 대해 선거운동의 자유 침해 여부로 검토하였던 것이다.) 따라서 피선거권을 헌법 제25조로부터 도출하고자 하는 경우에는, 제25조 규정으로부터 일반적인 공무원임권 보장이 도출되는 한편 이와 구별되는 독자적 성질을 갖는 피선거권이 도출될 수 있고, 양 쪽 다 제25조에서 근거한다 하더라도 그 보호내용, 침해여부에 대한 심사 등은 구분된다고 하여 각각의 내용을 별도로 제시할 필요가 있다.

한편, 피선거권과 일반적인 공무원임권 사이의 차이에 주목하면서, 동시에 현행헌법 제25조 공무원임권 규정에 대한 역사적 해석, 제25조 규정과 제24조 선거권 그리고 제7조의 공무원제도 보장 사이의 규정의 변천 및 이에 대한 체계적 해석을 통하여,¹⁵⁸⁾ 피선

158) 1948년 당시 제25조에 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무원을 선거할 권리가 있다.”고 규정되어 있었고, 제26조에 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무를 담당할 권리가 있다.”고 규정되어 있었으며, 이어서 제27조에 “공무원은 주권을 가진 국민의 수임자이며 언제든지 국민에 대하여 책임을 진다. 국민은 불법행위를 한 공무원의 파면을 청원할 권리가 있다. 공무원의 직무상 불법행위로 인하여 손해를 받은 자는 국가 또는 공공단체에 대하여 배상을 청구할 수 있다. 단, 공무원 자신의 민사상이나 형사상 책임이 면제되는 것은 아니다”라고 규정되어 현행헌법 제7조와 유사한 공무원의 지위와 책임, 현행헌법 제29조의 공무원의 불법행위에 대한 손해배상책임의 내용 등이 규정되어 있었다. 그리고 1960년 6월헌법에서 공무원의 정치적 중립성과 신분이 법률의 정하는 바에 의하여 보장된다는 내용이 공무원에 대한 1948년 헌법 제27조에 추가되었던 것인데, 이것이 1963년 헌법에서 체계가 변경되어서 헌법 총강 부분에 공무원의 지위와 책임, 공무원의 신분과 정치적 중립 보장이 옮겨지고 공무원제도보장으로 이해되기에 이르고 다른 한편 공무원선거권과 공무원임권이 기본권장속에 남아 있는 것으로 변경되었던 것이다. 그리고 현행헌법에 이르기까지 이러한 체계가 유지되고 있다. 이렇게 공무원임권의 근거조항이 선거권 조항에 연이어 배치되고 있고, 공무원에 대한 조항이 공무원임권 아래에 배치되었다가 헌법 총강 부분으로 편제가 바뀐 것이므로, 남아있는 공무원임권 조항에 대하여 선거권의 반면으로서 피선거권의 근거로 이해하고, 그 외에 종래 공무원임권으로 보장하던 내용들로서 공직취임의 기회동등권과 공직의 지위, 권한 유지의 보호내용은 원래 공무원의 지위, 권한 유지에 대한 조항이었던 현행헌법의 제7조를 근거로 하여 기본권으로 보장하는 것으로 해석할 가능성도 제시된 바 있다. 이러한 주장 및 검토 내용은 연구보고서 중간토론(2019. 5. 3. 15:30. 헌법재판연구원 5층 회의실) 과정에서 황성기 연구위원으로부터 제시된 바 있다.

거권의 근거를 헌법 제25조에서 찾되, 일반적인 공무담임권의 보장 근거는 헌법 제7조로부터 도출하자는 입론도 가능할 것으로 보인다. 다만, 이 경우에는 헌법상 전형적인 기본권 보장 조항이 아닌 (현재로서는) 제도보장의 성격으로 이해되고 있는 헌법 제7조를 근거로 일반적인 공무담임권의 보장을 도출하는 경우, 헌법소원심판청구 등 소송절차상 권리구제에 난점이 생기지 않을 것인지, 그리고 공무담임권이라는 기본권 보장의 문구가 제25조에 있음에도 제25조가 아닌 제7조로부터 종래의 공직취임의 동등기회 보장 내용까지 도출하는 것이 가능할지의 문제가 제기될 수 있다.

(4) 헌법 제67조 제4항 피선거권 제한 규정

헌법전에 “피선거권” 문구가 언급되어 있는 것은 현행헌법상으로는 제67조 제4항이 유일하다. 동 조항은 “대통령으로 선거될 수 있는 자는 국회의원의 피선거권이 있고 선거일 현재 40세에 달하여야 한다.”라고 하여, 대통령 피선거권의 연령제한을 헌법에 직접 규정한 조항이다. 대통령 피선거권 연령 제한의 헌법적 근거 규정이지만, 다른 한편 피선거권 연령 제한을 헌법에 규정하는 것은 피선거권이 헌법적으로 보장됨을 전제로 하는 것이라고 보아 이 조항을 오히려 피선거권의 헌법적 근거로 하자고 제안할 수 있을 것이다.

그러나 이에 대하여는 이 조항에서의 “피선거권” 문구는, 대통령 피선거권의 조건으로서 일정 연령 조건과 국회의원 피선거권 보유 조건을 부가하기 위해 사용된 것이고, 직접적으로 피선거권의 보장 및 제한 여부를 표현하기 위하여 사용된 문구가 아니기 때문에 이 조항은 피선거권 보장의 헌법적 근거와는 관련성이 적다는 점, 규정의 취지, 문언 해석상 한계가 있다는 점 등이 지적될 수 있다. 대통령 피선거권 연령 제한에 대한 논란에도 불구하고 헌법의 이 규정에 대통령 피선거권 연령 제한이 직접 규정되어 있다는 점이 위헌 논란을 어느 정도 차단하는 역할을 해왔다. 이렇게 대통령 피선거권 연령 제한의 정당화 역할을 하던 조항을 들어 역으로 피선거권의 헌법적 근거 조항으로 이해하는 것은 이 조항의 취지, 기능상 논리적으로 잘 맞는 해석이 아니라고 비판할 수 있을 것이다. 그리고 논자에 따라서는 이 조항 자체도 위헌적 헌법규정으로 지적할 수 있을 것인데, 그러한 조항을 피선거권 보장의 헌법적 근거규정으로 제시하기는 어려울 수 있다. 또한 기술적으로도 제67조 제4항은 대통령 피선거권에 국한하여서만 규정한 것이기 때문에, 이를 근거로 선거를 통해 선출되는 대표로서 대통령 외의 국회의원, 지방의회의원 및

지방자치단체장의 피선거권 근거로 해석하기에는 무리가 있다는 점 등을 들어 제67조 제4항을 피선거권의 헌법적 근거로 들자는 주장을 배척할 수 있을 것이다.

(5) 헌법 제1조 제2항 및 민주주의원리

헌법 제1조 제2항은 “대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다.”고 하여 국민주권원칙을 보장하고 있다. 국가의 모든 권력은 국민으로부터 출발하여 국민에게 귀속되는 것이며, 국민이 국가권력의 주체이기 때문에 국가권력의 형성, 유지, 행사에 있어서 ‘국민의 의사’가 중요하다. 그리고 국민 스스로가 직접 국가권력을 행사하기에 한계가 있는 현대 국가의 정치·사회적 상황 속에서, 이 ‘국민의 의사’는 선거를 통해 대표에게 민주적 정당성을 부여하는 방식으로 국가권력행사에 반영된다. 국민주권원리를 실현하는 과정으로서 선거가 의미있는 것이고, 대표에 국민의 의사를 부여하는 것으로서 선거권을 보장하는 것이 중요한 만큼, 선거절차를 통해 대표로 선출되어서 국민의 의사를 실현하기 위한 피선거권 또한 중요하다. 피선거권의 헌법적 근거가 명시되어 있는 것은 아니지만, 국민주권의 실현으로서 피선거권의 근거를 헌법 제1조 제2항으로부터 도출하고자 할 수 있다.

또한 선거는 현대 국가에서 민주주의를 실현하는 방식이기도 하다. 민주주의는 ‘인민에 의한 자가지배’를 구현하는 원리로서, 대의제가 근대민주주의 성립과 함께 발전해 온 것은 사실이지만, 대의제가 곧 민주주의의 전부인 것은 아니고 따라서 대표에 대한 국민의 정당성 부여만으로 인민의 자가지배 즉, 민주주의가 완성되는 것은 아니다. 민주주의에서 진정한 의미의 자가지배 실현은 단순한 정당성 부여를 넘어서, 가능한 한 최대한 치자와 피치자의 의사를 일치시킬 수 있는 과정을 보장하는 것이고, 이는 곧 국가 의사결정에 대한 시민의 참여를 확대하는 메커니즘을 만들어서 달성할 수 있는 것이며, 대의제 민주주의를 운영하면서도 대표를 선출하는 선거과정, 대표에 의한 국정운영 과정에서 가능한 한 국민의 참여를 확대하고 국민의 의사가 반영될 수 있도록 하는 것이 민주주의의 본질을 지향하는 것이다. 대표가 되기 위한 선거경쟁에 참여할 수 있는 자, 대표를 선출하기 위하여 선거할 수 있는 자의 범위를 가능한 한 제한하지 않고 어떠한 집단이나 개인도 민주주의의 선거과정에서 배제되지 않도록 하는 것이 민주주의원리에 보다 부합하는 것이다. 사실, 공직에 대한 개방, 일반시민과 공직자의 구별 배제, 시민의 (가능한)

직접 참여, 치자와 피치자의 동일성 추구는 고대 민주주의의 원형인 아테네 민주주의 체제에서부터 전개되었던 것이기도 하다.¹⁵⁹⁾ 그리고 이러한 인민의 자기지배 실현에 대한 지향성은 대의제 민주주의에서 가능한 운영 범위와 한계로써 계속해서 기능하게 된다. 이러한 점을 고려할 때 대의제 민주주의에서 선거과정에 참여하여 정치적 견해를 표명하며 대표가 되기 위하여 입후보할 권리로써 피선거권을 보장하고, 피선거권에 있어서 충분한 근거 없이 피선거권 자격을 제한하지 않도록 하여 선거과정에서의 참여를 확대하고자 하는 것은, 헌법의 기본원리인 민주주의원리에 의하여 뒷받침될 수 있는 것이기도 하다. 헌법에 어떠한 직접적인 명시적 규정이 없다 하더라도 선거권과 피선거권은 국민주권, 민주주의 보장의 현대적 헌법의 기본원리로부터 그 정당화 근거가 도출될 수 있다.

(6) 헌법 제41조 제1항 및 제67조 제1항

헌법 제41조 제1항에는 국회의원 선거에 있어 헌법상의 선거의 원칙이 규정되어 있고, 헌법 제67조 제1항에는 대통령 선거에 있어 선거의 원칙 보장이 규정되어 있다. 헌법문언상 국회의원 선거와 대통령 선거 조항에 규정되어 있으나 헌법상의 선거의 원칙은 대의제 민주주의에서 대표를 선출하는 선거 일반에 적용되는 것이다. 헌법상의 선거원칙은 선거권 및 피선거권 보장과 선거제도 구체화에 있어서 입법에 제시되는 기준이자 입법의 한계로 기능하는 것이기도 하다. 이에 따라 선거권 및 피선거권 보장에 대하여 헌법의 명시적인 규정이 없는 경우, 특히 우리와 같이 피선거권의 명문의 규정이 없는 경우, 헌법상의 선거원칙 규정을 피선거권 보장의 헌법적 근거로 제시할 가능성이 있다.

(7) 헌법 제37조 제1항

피선거권 보장의 헌법적 근거가 명시적으로 규정되어 있지 않고, 헌법의 다른 규정으로부터 도출하는데 난점이 있으며, 종전의 학설, 판례에서와 같이 헌법 제25조를 근거로 한 보장을 통해서 피선거권의 중요성과 독자적 의의를 반영하여 보호내용 및 보호수준이 결정되기 어렵다고 본다면, 명시적으로 규정되어 있지 않더라도 현대 입헌주의 하에서 당연히 보장될 것이 전제되는 기본권으로서 헌법 제37조 제1항 열거되지 않은 권리

159) David Held, 앞의 글, 61쪽.

규정으로부터 피선거권의 근거를 도출할 수 있다.

사회변화로 인하여 새로운 위험이 발생하여 이에 대처하여야 하거나, 침해의 위험이 있음에도 종래 헌법에 규정된 기본권 목록으로부터 명시적인 근거를 도출하기 어려운 경우, 그리고 새로이 중요한 의미를 갖게 된 활동영역을 기본권으로 보장할 필요가 있을 때, 헌법에 명시된 기본권 외에 열거되지 않았으나 기본권과 동등한 권리의 헌법적 근거를 규정할 필요가 있는 것이고 이러한 열거된 기본권과 동등한 열거되지 않은 기본권 보장을 위하여 우리 헌법은 제37조 제1항을 두고 있다.¹⁶⁰⁾ 피선거권이 헌법상의 기본권으로 보장되어야 하고, 특히 입법을 비롯한 국가권력작용으로부터 기본권으로서 피선거권의 보장이 요청되는 것이고, 더욱이 피선거권에 대한 입법적 제약 등이 문제되고 있다면, 피선거권에 대한 열거되지 않은 기본권으로서의 보장 필요성이 인정될 수 있다. 그리고 다른 헌법규정의 해석을 통하여 피선거권의 헌법적 보장 근거를 도출하는데 한계가 있다면, 헌법 제37조 제1항을 통하여 피선거권 보장근거를 도출하는 방안을 고려할 수 있을 것이다.

(8) 소결

피선거권을 헌법상 기본권으로 보장하는 것이, 민주주의, 국민주권 보장의 관점에서 갖는 의미에 대하여 충분히 인식될 수 있다. 선거제도 및 절차에 필수적으로 입법적 구체화가 요청되는 것이고 이러한 선거제도와와의 관련 속에서 피선거권 또한 그 실현을 위한 절차의 입법형성이 요청되는 권리이다. 그러나 피선거권의 이러한 입법형성을 요청하는 성질에 더하여 피선거권을 헌법 제25조 공무담임권에 포함되는 것으로서 헌법적 근거를 도출해온 종래의 이해가 함께 작용하여, 피선거권 실현절차를 구체화하는 입법에 대하여 상당히 넓은 입법적 재량이 인정되어온 경향이 있는 것으로 보인다. 물론 헌법 제25조 공무담임권의 내용에 새로이 포함되기 시작한 공직 지위·권한 유지권 등의 제한에 대하여 엄격한 심사를 적용하여 결과적으로 입법적 재량의 여지를 축소한 예도 있었고, 피선거권 제한 사례 중에서도 일정한 경우에 대하여 유사하게 입법재량을 축소하여 엄격한 심사를 적용·판단한 예도 있었다. 그러나 피선거권 제한에 대하여 기본적으로는, 그

160) 열거되지 않은 권리의 보장 필요성과 헌법 제37조 제1항의 의의에 대한 설명으로, 김선택, 기본권 일반규정의 개정방안 연구, 헌법학연구 제12권 제4호(2006), 117쪽.

리고 특히 피선거권 연령 규정에 있어서는 여전히 입법자에게 넓은 형성재량을 인정하고 있으며, 그로 인하여 피선거권 제한의 헌법합치 여부에 대하여 엄밀하게 다투어보지 못하고 제한을 쉽게 수인하는 결과가 초래되기도 하였다. 이에 따라 종래 헌법 제25조로부터 피선거권을 도출해오고 있는 학설과 판례 입장에도 불구하고, 이와 달리 피선거권을 공무담임권 내용과 분리하여 독자적으로 이해하고, 그 근거 또한 헌법 제25조가 아닌 선거권 규정의 근거가 되는 헌법 제24조로 봄으로써, 선거권과 피선거권 보장에 대한 헌법적 보장의 체계를 달리 설정할 계기를 마련할 것을 제안하는 바이다.

5. 소결

헌법상 기본권으로서 피선거권 보장의 의의, 중요성에 대한 독자적인 고려 없이 피선거권 보장을 공무담임권 보장의 한 내용으로만 파악하는 경우, 피선거권으로 보장되어야 할 고유한 내용으로서 정치참여권 보호에 흠결이 생길 수 있는 것이었다. 또한 실제 보호의 내용과 정도에 있어서도 공무담임권의 보호 과정에 준하여 - 즉, 공직채용시험에 합격하는 등 일정한 공무담임 요건을 충족하는 경우 비로소 그 권리가 구체화되는 것이고 그 이전에 전제조건으로서 공직채용의 요건이나 절차 등을 정함에 있어 입법자의 재량을 상당히 인정하고 있는 것과 같이 - 이해하다보니, 피선거권에 대하여, 입법자가 구체화하기 이전에는 피선거권 행사의 내용, 자격, 절차 등에 대하여 입법형성권을 넓게 인정하고, 입법자에 의한 피선거권 침해의 문제에 대하여 엄밀하게 심사하지 못하는 문제가 있었다.

그러나 앞서 살펴보았듯이, 피선거권은 선출되어 공직취임에 이르는 경우 공무담임권으로 보호되는 내용과 그 보호내용이 일부 중첩될 수 있는 것이지만 그렇다고 하여 이것 - 공직취임요건으로서 선출과정은 이미 통과하였고 이에 따라 공직취임에 이르게 되는 것 - 이 피선거권의 전부이거나 피선거권의 보장에 있어서 더 강조되는 내용은 아니다. 그보다 피선거권은 (선출되기 이전에, 당선여부와 무관하게) 대표를 선출하는 선거경쟁에 자유롭게 참여하여 자신의 정치적 견해를 개진하거나 자신이 속한 정치적 집단 또는 자신의 특수성으로 대표할 수 있는 집단의 민주주의 과정에의 참여를 보장받을 수 있게 하는 것으로서 우선 의미 있다. 피선거권의 보장내용 속에는 선거경쟁에서 입후보하여 직

접 선출될 기회를 가질 권리, 공무담임에 성공하지 않더라도 선거의 정치적 경쟁에 나설 기회 그 자체를 보장받을 권리, 선거경쟁에서 (당선을 목표하지 않더라도) 자신의 정치적 견해와 노선을 전개하고 주장할 권리 등이 포함될 수 있다. 또한 피선거권은 배제되거나 방해받지 않고 선거과정에서 경쟁을 지속할 수 있으며, 선거결과에 따른 공직취임 여부의 결정 과정에서 방해·배제되지 않도록 보장받는 기본권이다. 피선거권은 무엇보다도 민주주의 과정에 직접 참여하여 작용하는 행위자가 될 수 있는 권리로써 중요한 기본권이고, 국민주권을 보다 직접적으로 실현할 수 있는 기본권이다. 피선거권이 공무담임권에 포함된다고 이해해 왔지만, 피선거권에 공무담임권의 전형적인 내용들과 다른 측면에서의 보장 내용이 있음은 부인하기 어렵다.

이러한 피선거권을 (특별히 구별하지 않고) 공무담임권의 한 부분으로 보장하였을 때, 피선거권으로 보장하고자 하는 내용들이 다 포함되기 어렵다는 문제도 있고, 충분한 정도로 보장되기 어렵다는 문제도 있다. 예컨대 헌법재판소의 2005년 결정에서도 실시하였듯이, ‘선거에 당선되거나 공직채용시험에 합격하는 등 일정한 공무담임에 필요한 요건 충족시에 비로소 그 권리가 구체화되고 현실화되는 권리’이고, 공무담임권을 통하여 보장하는 내용 역시 이렇게 구체화되는 권리의 정당한 행사를 보호하고 부당하게 배제하지 않는 것에 초점을 맞춘 것이라고 한다면, 이러한 공무담임권의 일부로 보았을 때 피선거권은 ‘선거에 당선되었을 때 또는 당선되기 위한 기본적인 요건을 충족하였을 때 등 피선거권 행사 내용에 대하여 입법적으로 구체화되어 요건을 충족하였음에도 배제하는 것으로부터 보장’한다는 의미가 있을 뿐이고, ‘구체화된 제도 이전에 또는 구체화된 제도 자체에 의한 피선거권 침해’를 공무담임권 침해 문제로 보아 심사하여 위헌이라고 결정하기는 사실상 어렵다는 문제가 있었다.

따라서 이러한 피선거권과 종래 일반적으로 이해해 왔던 일정한 입법자가 정한 요건을 충족하였을 때 방해·배제되지 않고 공직취임의 평등한 기회를 보장받는 것으로서 공무담임권은 분명히 구별되는 측면이 있음을 확인하고, 피선거권 보장에 대하여 공무담임권과 분리하여 검토할 필요가 있다. 특히 피선거권 제한의 정당화 여부를 심사할 때, (예외적인 경우들 외에) 종전의 공무담임권 제한의 정당화 여부 심사에서 일반적으로 사용하였던 심사기준을 적용하여서, 피선거권에 대한 입법자의 넓은 재량을 인정하여 완화된 심사를 통하여 피선거권 침해 여부를 판단한다면, 피선거권 보장의 이러한 중요한 의의를 충분히 고려하기 어렵게 되는 것이다.

이에 따라 피선거권을 일반적인 공무담임권과 구별하여 그 보호내용, 성격을 독자적으로 구성하고, 심사방법 및 입법자의 재량의 인정 정도에 대하여서도 달리볼 필요가 있는 것이었고, 피선거권 제한에 대하여 공무담임권의 제한의 경우와 구별되는 위헌심사 방법을 제시하기에 앞서 종전의 논의의 한계를 극복하기 위하여 피선거권과 공무담임권의 헌법적 보장근거를 분리할 필요가 있다고 보았다. 그리고 이에 따라 헌법 제24조 선거권으로부터 수동적 선거권인 피선거권을 도출하는 방안, 제25조 공무담임권으로부터 도출하는 경우에는 일반적인 공직취임 및 공직유지권과 구분하여 피선거권을 구성하는 방안, 헌법 제37조 제1항으로부터 별도의 근거를 도출하는 방안 등을 검토하였으며, 현재의 다수견해와 판례에서와 같이 헌법 제25조에서 도출하는 것보다는, 헌법 제24조 선거권 규정으로부터 도출할 것을 제안하였다. 이러한 논의를 토대로 아래에서는 법률에 의한 피선거권 제한의 성격과 피선거권 제한에 대한 위헌심사 방안을 살펴보고 피선거권 연령 제한의 위헌여부를 논한다.

IV. 피선거권 연령 제한에 대한 위헌심사

1. 피선거권 연령 제한의 성격

가. 기본권 구체화 요건 규정인가, 기본권 제한인가

피선거권은 선거권과 마찬가지로 이를 행사하기 위한 구체적인 절차가 법률에 정해져야 하고 그에 따라 실현될 수 있는 기본권이다. 피선거권의 실현 절차를 구체화하는 입법형성이 요청되는 것인데, 만약 입법을 통해 피선거권의 행사자격·요건·결격사유를 규정하였을 때 이것이 피선거권에 대한 제한에 해당하는지, 피선거권을 구체화하는 입법형성인지 구별해야 하는 문제가 생긴다. 헌법상 입법구체화 요청이 규정되어 있다고 하여 입법자가 어떠한 형태의 규율도 할 수 있다고 한다면 입법형성의 형식을 빌어 사실상 기본권에 대한 제한이 가해질 수 있기 때문이다.

앞서 피선거권 보장의 성격에서 살펴보았듯이, 피선거권의 보장 여부를 결정하거나 피선거권의 보장내용을 결정함에 있어 입법적 형성을 요하는 것은 아니다. 입법에 의하여 비로소 보장되는 것이 아니라 헌법에 의하여 피선거권이 보장되는 것이고, 다만 선거제도·절차 마련 등 피선거권 실현절차를 입법적으로 구체화하도록 요청되는 것이다. 그리고 이렇게 보았을 때 과연 피선거권 ‘연령’ 제한이, 피선거권의 성격에서 비롯된 이러한 헌법상 요청되는 입법적 구체화에 해당하는지, 요청되는 입법적 구체화의 내용을 넘어서 새로운 기본권 제한에 해당하여 이에 대한 헌법합치성 여부가 심사되어야 하는지 문제된다.

선거제도를 구체화함에 있어서 선거권 논의에서와 마찬가지로 피선거권에서도 피선거권자에 대한 규정이 전혀 없을 수는 없다. 피선거권의 행사 범위, 절차와 (입후보)등록 방식 등에 대하여 입법자에게 일정한 규율권한이 인정된다. 그런데 엄연히 피선거권을 행사할 수 있는 자에 대하여 피선거권 행사능력이 결여되었을 것이라는, - 엄밀한 근거에 의해 뒷받침되지 않은 - 판단에 기하여 피선거권 행사 주체의 범위를 제한하여 입법하였다면, 이는 입법형성권한 범위 내라고 할 수 없다. 물론 현실적으로 피선거권 행사가 가능하겠는가 문제되는 구체적인 사안에 대하여 입법자가 결정권한을 행사하여, 피선거권 행사

가부가 나뉘는 경계선상에서 과연 피선거권 행사연령을 구체적으로 몇 살로 정할 것인지 결정할 권한은 인정된다. 예컨대, 16-18세 정도면 정치적 판단능력과 대표성을 실현할 능력이 형성된다고 하였을 때, 16-18세 사이에서 16세, 17세 또는 18세 중 어느 연령을 기준으로 피선거권 연령제한 규정을 둘 것인지, 혹은 그럼에도 불구하고 이러한 제한규정을 두지 않고 선거에서 국민의 선택에 맡기되 대표활동을 보조할 수 있는 조치를 마련할 것인지 등에 대한 입법자의 일차적인 판단권한은 인정된다. 그러나 명백하게 정치적 판단능력이 있을 뿐 아니라, 독립된 성인이고, 선거권자이기도 한 자들에 대하여, 예컨대 19세 이상 25세 미만 또는 19세 이상 40세 미만인 자들에 대하여, 연령을 기준으로 제한하여 입후보할 수 없게 하는 것은 더 이상 피선거권 행사방법·절차에 대한 구체화가 아니며, 이에 대하여 입법자의 결정권한 범위 내에 있다고 재량을 넓게 인정해줄 것도 아니다. 피선거권이라는 핵심적인 정치적 기본권에 대한 기본권 제한인 것이고 이에 대한 위헌 여부를 엄격하게 심사해야 하는 것이다. 헌법재판소에서도 실시하였듯이 국민이 선거에 입후보할 자유는 헌법이 피선거권(공무담임권)으로 보장하는 기본권으로서 민주주의의 실현을 위한 가장 중요한 자유와 권리이지, 규제되고 관리 받아야 할 행위가 아니다. 피선거권에 대한 제한은 당해 공직의 수행에 필요한 기본적인 능력 또는 자격의 요구나 선거의 공정성이라는 목적을 위하여 필요한 경우에 한하여만 행하여질 수 있다.¹⁶¹⁾

피선거권의 입법구체화 권한은 어디까지나 피선거권 실현절차를 마련하는 경우에 한하여 정당화될 수 있다. 피선거권의 내용을 한정하거나 이를 통하여 그 보호범위를 변경하는 경우, 이는 헌법에 의해 입법자에 위임된 구체화가 아니고 입법자에 의한 기본권 제한에 해당하는 것이다. 그리고 이에 대하여는 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한의 한계 위배 여부를 판단해야 한다. 이러한 관점에서 보았을 때 현재까지 문제된 피선거권 연령 제한은 피선거권 행사의 방식을 구체화한 것이 아니고, 피선거권의 주체의 범위를 좁히는 것으로서 기본권 제한에 해당한다. 또한 입법자의 입법형성 재량이 넓게 인정될 수 있는 영역이 아니므로 위헌 여부에 대하여 과잉금지원칙에 따라 엄격하게 심사해야 한다.

161) 헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91 등, 판례집 13-2, 77, 88.

나. 기본권 행사능력 제한인가, 기본권 제한인가

기본권 주체는 기본권이 귀속되는 자로서, 기본권을 주장할 수 있고 향유할 수 있으며 이에 따른 기본권의 보호를 받을 수 있다. 기본권 주체성의 문제는 기본권 능력(기본권 향유능력)의 문제이다. 자연인은 원칙적으로 기본권 주체성을 인정받는다. 그러나 법인과 같이 특별한 속성을 갖는 인적 범주의 경우 기본권의 성질에 따라 기본권 주체성을 인정받지 못하는 경우가 있다.¹⁶²⁾

이 기본권 능력에 대하여 민법상의 권리능력에 상응하는 개념이라고 보고,¹⁶³⁾ 민법상의 권리능력, 행위능력 논의에 대응하여 기본권 향유능력, 기본권 행사능력이 설명되기도 하였다.¹⁶⁴⁾ 기본권 향유능력과 행사능력을 구별하여 설명하는 바에 따르면, 기본권 행사능력(기본권 행위능력)은 기본권을 독자적으로 행사할 수 있는 능력으로서, 기본권의 귀속 가능성, 기본권주체성 여부가 문제되는 것이 아니라 기본권 주체의 정신적 및 육체적 능력을 토대로 그가 이 기본권을 행사할 능력을 갖추고 있는지가 문제되는 것이라고 한다.¹⁶⁵⁾ 기본권향유능력과 달리 기본권행사능력은 기본권별로 그리고 기본권 주체별로 개별적으로 검토하여 그 능력의 존부를 판단하여야 하는 것이고, 다만 법적 안정성을 위해 기본권행사능력에 대한 일반적 기준을 법질서로 설정할 수 있다고 한다.¹⁶⁶⁾ 그리고 이러한 기본권 행사능력에 대한 규정으로서 대통령 피선거권 제한에 대한 헌법 제67조 제4항, 대통령 및 국회의원 선거권 연령에 대한 공직선거법 제15조 등을 들고 있다.¹⁶⁷⁾(다만

162) 김하열, 앞의 글(주 84), 198쪽.

163) 한편, 기본권 향유능력은 민법의 권리능력에 대응될 수 있는 것이지만, 개별기본권의 성질에 따라 폭넓게 인정되는 것으로서, 기본권 향유능력이 민법의 권리능력과 반드시 일치하는 것은 아니라고 설명하는 허완중, 앞의 글, 353쪽 참조.

164) 기본권 행사능력은 민법의 법률행위능력과 유사한 것으로서 기본권을 독자적으로 행사할 수 있는 능력을 의미하고 법률의 규정 여하에 따라 달라진다고 하는 김병록, 기본권의 주체, 한국에서의 기본권 이론의 형성과 발전(연천허영박사화갑기념논문집), 박영사, 1997, 85쪽.

165) 허완중, 앞의 글, 354쪽. 그에 따르면, 기본권주체에게 기본권 향유능력 외에 기본권 행사능력까지 요청되는 것이라는 헌법상의 직접적 근거가 있는 것은 아니고, 따라서 기본권 향유능력 외에 행사능력이 요구되는지는 헌법에 의하여 엄격하게 논증되어야 한다고 하였다. 허완중, 같은 글, 354쪽.

166) 김하열, 앞의 글(주 84), 199쪽.

167) 김하열, 앞의 글(주 84), 199쪽; 선거권, 공무원임권 등 특정 기본권을 현실적으로 행사하기 위해서는 법률이 규정한 일정한 연령요건을 구비하고 결격사유가 없어야 하는 등의 기본권 행사능력이 요구되는 경우들이 있다고 하면서, 기본권행사능력에 대한 규제로서, 헌법직접적인 대통령 연령 규정의 경우, 선거권, 공무원임권과 같은 헌법의 위임에 의한 법률의 규제의 경우, 헌법의 위임 없는 법률의 규제로서 성년 연령 및 친권자의 거소지정권 등을 들어 설명하고 있는 김병록, 앞의 글, 85쪽.

이 경우에도 기본권 행사능력에 대한 법규정 역시 기본권행사능력 흠결 등을 이유로 기본권을 제한하는 것이므로 기본권 제한의 헌법적 정당화 요건을 갖추어야 정당화될 수 있다고 하였다.¹⁶⁸⁾⁾¹⁶⁹⁾

그런데, 사실 민법에서의 권리능력과 의사능력 및 행위능력 이론을 헌법의 기본권주체성 논의에 대응하여 설명하는 것이 잘 맞지 않는 측면이 있다. 민법에서의 권리능력은 사법상의 법률관계, 즉 권리의무관계에서 권리의무가 귀속될 수 있는 주체가 될 수 있는 자격이다.¹⁷⁰⁾ 봉건사회가 폐지되고 근대시민사회가 확립되면서 자연인의 권리능력평등이 보장되었고,¹⁷¹⁾ 그 이후 권리능력 또는 법인격에 대한 논의는 법적 권리의 담지자가 될 수 있는 창설된 인격으로서 법인의 인정과 관련하여 제기되었다. 다음으로, 의사능력은 법률관계에서 법률행위의 효과가 발생하여 권리능력자에게 귀속되기 위해서는 행위의 결과 그에 따라 자기의 권리의무가 변동된다는 판단을 하기에 충분한 정신적 능력으로서 의사능력이 있어야 한다는 관점에서 출발한 것이다. 이러한 의사능력은 법률행위가 무엇인지에 따라 달라질 수 있는 것이었다.¹⁷²⁾ 그리고 의사무능력의 입증의 어려움과 상대방에 대한 불측의 피해 우려로 인하여 의사능력이 없는 사람을 정형화하여 의사무능력자를 보호하고 동시에 거래 상대방과 거래안전 보호를 위한 목적에서 행위능력 제한제도를 채택한 것이다.¹⁷³⁾ 이에 따라 독립하여 거래할 수 있는 능력이 불충분한 자를 정형화하여 보호하고 그의 재산관리권을 제한하고, 보호기관에 관리권을 부여하며 행위능력제한자가 단독으로 행한 법률행위를 취소할 수 있게 제도화하였다.¹⁷⁴⁾ 요컨대 행위능력은 일정한 행위무능력자 - 예컨대, 미성년자, 제한능력자 등 - 에 대한 보호와 그 법률행위의 효력을 귀속시킬 수 있을 것인지 및 사적 거래관계의 안전 보호와 같은 목적을 위하여 제기된 것이다.

그러나 헌법상 기본권은 원칙적으로 당사자의 의사 합치에 의한 계약에 따라 발생하는 권리도, 법률의 규정에 따라 발생하는 권리도 아니다. 법률 이전에 인간으로서 당연히

168) 김하열, 앞의 글(주 84), 199쪽.

169) 피선거권 연령 제한을 구분하지 않고 일률적으로 기본권 행사능력 제한으로 보는 것이 일반적인 견해라고 하고 이에 대하여 비판적으로 재검토하고 있는 허완중, 앞의 글, 353쪽.

170) 김주수·김상용, 민법총칙 제7판, 삼영사, 2013, 81쪽; 김준호, 민법총칙 제11판, 법문사, 2017, 59쪽.

171) 김주수·김상용, 앞의 글, 82쪽.

172) 김주수·김상용, 앞의 글, 97쪽.

173) 김준호, 앞의 글, 72쪽.

174) 김주수·김상용, 앞의 글, 101쪽 이하.

향유해야 하는 자유와 지위를 헌법을 통해 기본권으로 보장한 것이고, 이러한 기본권의 향유능력을 민법상의 권리능력을 전제로 이해하기는 쉽지 않다. 기본권 행사능력과 민법의 행위능력 사이의 괴리는 더욱 크다. 거래안전과 행위무능력자 보호라는 양대 목적을 위하여 기능하는 민법의 행위능력 관념과 이를 통한 일정한 집단에 대한 행위능력 제한을 통한 보호 및 면책의 법리와 달리, 기본권 행사능력(을 통한 기본권 행사능력의 제한)은 이를 통하여 당사자간 또는 개인과 사회 사이의 거래안전을 보호하는 것도 아니고, 당사자의 보호나 당사자에 대한 면책가능성으로 기능하는 것도 아니다. 비교컨대, 민법의 행위능력 관념에 대응시켜서, 그 향유하는 기본권을 행사할 의사의 사실적 무능력에 대한 가정에 기초하여 무능력자를 정형화하여서 그의 기본권 행사를 제한한다는 취지로 기본권 행사능력(제한 가능성)을 두는 것은, 일정한 범위의 기본권에 대한 중대한 제한을 제한이 아닌 행사능력 결여로 인한 것으로 쉽게 정당화하고 이에 따라 기본권 주체의 기본권을 침해하게 될 가능성이 더 큰 것이 아닌지 문제제기할 수 있는 것이다. 특히 기본권 주체의 물리적·정신적 한계가 사실상 드러남으로 인하여 해당 기본권의 독자적 행사가 현실적으로 불가능한 경우(예컨대, 신생아의 종교선택의 자유 행사의 경우)가 아니라, 기본권 주체의 기본권 행사에 한계가 있을 것이라는 예단 하에 임의로 부가한 제한의 경우(예컨대, 39세 선거권자의 대통령 피선거권 행사 제한의 경우), 기본권 주체에 대한 보호라는 민법의 행위능력의 취지는 거의 남아 있지 않은 것이며, 오직 기본권 주체에 대하여 기본권 제한을 부과하는 결과가 되는 것이다. 따라서 이러한 기본권 제한이 정당화될 수 있는지는 기본권 제한의 한계 위배 여부를 통하여 엄격하게 심사되어야 한다.¹⁷⁵⁾

175) 이와 관련하여, 기본권향유능력과 행사능력 구분을 통하여, 일정한 경우에 대하여 기본권주체로부터 배제하는 것에서 시작할 것이 아니라, 기본권 행사능력 역시 기본권 제한의 문제로 보고 제한이 정당화될 수 있는지 심사해야 한다는 견해도 경청할 필요가 있다. 이준일, 앞의 글, 330쪽.

2. 피선거권 연령 제한에 대한 위헌심사의 방법

가. 입법재량을 넓게 인정할 것인지 여부

피선거권 보장을 위해서는 피선거권 행사 절차, 선거제도 구체화가 요청된다. 이는 피선거권의 헌법적 근거 규정이 무엇인지, 그리고 피선거권의 헌법적 보장 규정에 “법률에 따라” 보장된다는 문언이 포함되어 있는지 여부에 따른 것이라기보다, 절차의 구체화에 대한 입법형성을 요하는 피선거권 보장의 성격에 따른 것이다. 이에 따라 피선거권 행사 절차 구체화에 대하여 입법형성 권한이 인정되고, 이러한 입법권 행사에 대한 헌법재판소의 규범통제에서도 입법재량을 넓게 인정하여 완화된 심사를 하였다. 이렇게 완화된 심사를 하는 경우 위헌심사의 근거는 헌법 제37조 제2항이 아니라, 입법적 구체화 근거인 (종전의 학계와 현재 결정 태도에 의하는 경우)제25조의 피선거권 행사를 위한 입법적 형성의 한계 위배 여부, 제41조 제3항, 제67조 제5항, 제118조 제2항에 근거한 선거제도 형성의 입법위임의 한계 위배 여부 심사가 될 것이다.

그런데 피선거권 행사를 위한 구체화입법에 대하여 항상 이렇게 입법재량이 넓게 인정되는 것은 아니다. 피선거권 행사 절차 구체화를 넘어서 피선거권의 행사 범위나 보호 내용을 제한하는 입법의 경우에는 더 이상 피선거권 행사를 위한 구체화입법의 단계에 있는 것이 아니고 피선거권 제한 입법으로 보아야 한다. 그리고 이 경우에 대해서는 헌법 제37조 제2항에 따른 과잉금지원칙을 적용하여 위헌 여부를 심사해야 한다. 피선거권을 직접적으로 제한하는 입법에 대하여서도 마찬가지이다. 피선거권 행사 절차를 구체화할 입법권한이 인정된다는 것이, 행사절차에 대한 규율 정도를 넘어서, 피선거권의 범위를 제한하기에 이르렀거나 절차구체화입법의 명목 하에 피선거권을 제한하는 입법에 대하여까지, 그러한 입법형성권한을 넓게 인정해주는 것은 아니다. 마찬가지로 입법구체화가 요청되는 기본권이라 하여 명시적인 기본권 제한에 대해서까지 입법재량을 넓게 인정하여 완화된 위헌심사를 하여야 하는 것은 아니다.

피선거권 제한으로 문제되는 현행 법제의 연령 기준은 국회의원과 지방의회의원, 지방자치단체 장의 경우 25세, 대통령의 경우 40세이다. 이러한 연령규정이 각 선거의 피선거권 행사를 위한 절차, 방법을 규정하면서 입후보자격에 대하여 입법적 구체화를 한 것

이어서 이러한 피선거권 연령 구체화의 입법재량이 넓게 인정되는 것인지 문제된다. 그런데 성년자로서 선거권자이고 (비선출직의 경우)공무담임권의 행사능력이 배제되는 것도 아닌, 25세 미만인 자 및 40세 미만인 자(대통령선거의 경우)에게, 객관적으로 피선거권 행사능력이 결여되어 있어서 이들을 배제하기 위한 절차를 규정할 입법재량이 인정된다고 보기는 어렵다. 더욱이 이들을 대상으로 피선거권 행사 능력이 있는지 여부를 확인한 것도 아닌 채 (헌법재판소 결정의 실시 내용에 따르면) 막연히 대의활동을 할 정치적 능력을 갖추 수 있을 정도의 교육과 사회경험을 쌓을 정도에 도달하지 않았다고 보아 25세 미만 및 40세 미만인 자를 각각 국회의원 등과 대통령 선거의 피선거권 행사 대상에서 제외하는 것은, 헌법적으로 요청된 피선거권의 입법구체화 재량의 행사가 아니라 새로이 가해진 기본권 제한 입법으로 보아야 하고 따라서 입법재량을 넓게 인정하여 위헌심사에 있어서 완화된 기준을 적용하기는 어려울 것으로 보인다.

나. 입법재량의 한계 일탈 여부에 대한 심사

한편, 이러한 피선거권 연령 제한에 대하여, 입법구체화 요청에 따른 규정인지, 피선거권이라는 기본권을 제한하는 규정인지 불분명하다고 보거나, 여전히 입법재량이 인정되는 구체화규정이라고 보는 입장에 따르면 피선거권 연령제한의 위헌심사에서 입법재량의 한계 일탈 여부에 대하여 심사하게 될 것이다. 그런데 이 때 입법재량의 한계 일탈 여부 심사에서는 피선거권 연령을 25세 또는 40세로 제한한 것이 합리적 근거가 있는지를 심사할 것이 아니라, 피선거권에 대하여 ‘연령’을 기준으로 제한하는 것이 정당화될 수 있는 것인지 심사해야 하는 것이다.

사실 입법기술적으로 연령을 기준으로 하는 구분입법에서 구체적으로 몇 세의 연령이 적절한지, 국회의원 선거의 경우 예컨대, 17세, 18세, 19세 중 어느 연령을 기준으로 하는 것이 적절한지에 대하여는 일차적으로 입법자가 규율할 권한이 있다. 이에 대하여 엄격한 심사기준을 적용하는 경우 이러한 구분에 따른 입법 자체가 어려워질 것이다. 그러나 피선거권을 제한함에 있어서, 피선거권 행사 능력이 있는 연령의 구체적 경계를 나눌 때 과연 몇 세의 연령이 적절한 기준이었는지에 대한 입법재량의 한계 일탈 여부를 심사하는 것과, ‘연령’을 기준으로 피선거권을 제한하는 것이 적절한지, 연령을 기준으로 드는 것이 입법재량의 한계를 넘어 최소한의 합리적 근거 없이 피선거권을 제한한 것이 아닌

지의 심사는 구분될 수 있다. 그러나 현재까지의 피선거권 연령 제한에 대한 결정들에서는, 합리적 근거로 뒷받침될 수 없는 ‘연령’을 기준으로 피선거권을 제한한 것에 대하여 심사한 것이 아니라 이에 대한 별도의 검토 없이, 25세의 연령을 기준으로 제한한 것에 대하여 심사해 왔고, 그에 따라 구체적인 연령기준 제시에 있어서의 입법자의 재량을 넓게 인정하고 피선거권 제한의 위헌 여부 심사를 제대로 하지 못하였던 문제가 있었다.

다. 과잉금지원칙의 적용

피선거권 행사를 위한 절차 구체화에 있어 그 구체적인 내용을 결정할 권한이 입법자에 인정되지만, 이는 기본권 행사를 위한 절차 구체화의 경우에 한하여 입법자의 형성재량을 넓게 인정하여 심사하는 것일 뿐이고, 절차 구체화를 넘어 기본권 제약에 해당하는 경우라면 입법자의 형성재량을 넓게 인정할 수 없다. 이러한 기본권 침해 여부에 대하여 과잉금지원칙을 적용하여 위헌 여부를 심사해야 한다.

이 때 과잉금지원칙 심사에 있어서는 입법자가 ‘연령’을 기준으로 피선거권을 제한하는 것에 정당한 목적이 있는지, 이러한 목적을 실현하기 위하여 ‘연령’을 기준으로 한 제한이 적절한 수단인지, ‘연령’을 기준으로 한 피선거권 제한 외에 보다 덜 침해적인 다른 수단은 없는지, ‘연령’ 제한으로 인하여 침해되는 피선거권 제한의 불이익과 이로 인한 공익 목적 사이에 법익균형성이 있는지 각각 심사해야 한다. 특히 피선거권이 민주주의와 선거제도에 대하여 갖는 의미와 중요성을 고려할 때 연령을 기준으로 한 피선거권 제한에 대하여 가장 엄격한 심사척도를 적용하여 과잉금지원칙 위배 여부를 판단해야 한다.¹⁷⁶⁾ 헌법재판소는 일찍이 “민주주의는 피치자가 곧 치자가 되는 피치자와 치자의 자동성을 뜻하기 때문에 공무담임권을 통해 최대 정치참여, 자치참여의 기회를 보장해야 하는 것이고, 그 제한은 어디까지나 예외적이고 필요 부득이한 경우에 국한되어야 한다.”고 판시한 바 있다.¹⁷⁷⁾

176) 피선거권은 제한되지 않는 것이 원칙이고 제한이 되는 경우는 매우 예외적인 상황에서 최소한도로만 제한되어야 한다는 견해로 김덕현, 앞의 글, 9쪽.

177) 헌재 1991. 3. 11. 90헌마28, 판례집 3, 63, 81

라. 헌법상 보장되는 선거원칙 위배 여부 심사

헌법상 보장되는 선거원칙은 선거권, 피선거권, 선거에서의 경쟁을 포괄하여 적용되는 헌법적 요청이다.¹⁷⁸⁾ 따라서 피선거권 제한의 위헌여부 심사에서 과잉금지원칙을 적용하여 판단하여야 할 뿐 아니라 헌법상의 선거원칙 위배 여부에 대하여도 심사하여야 한다.

피선거권의 연령제한으로서 일반적으로 인정될 수 있는 피선거권의 현실적 행사가능 연령 - 즉, 최소한 독립적 판단·의사결정이 가능한 연령 -을 고려한 것이 아니라 그 이상의 25세, 40세와 같은 피선거권 연령 제한은, 피선거권을 사실상 행사할 수 있는 시점으로부터 각각 25세, 40세 미만인 자들에 대하여, 선거경쟁에 직접 참여하지 못하도록 처음부터 배제하고 있는 것으로서 보통선거원칙에 위배될 수 있다.¹⁷⁹⁾ 따라서 이를 정당화할 만한 강력한 공익적 목적에 의하여 뒷받침되어야 하는 것이고, 가장 엄격한 기준에 의하여 위헌심사가 요청된다.

헌법재판소 판례에서도, 국민의 선거권과 피선거권의 실제적 내용은 무엇보다도 선거의 기본원칙에 의하여 구체화되고 있다고 하였다.¹⁸⁰⁾ 그에 따르면, 선거는 오늘날의 대의민주주의에서 국민이 주권을 행사할 수 있는 가장 중요한 방법으로서, 선거를 통하여 국민은 선출된 국가기관과 그의 국가권력의 행사에 대하여 민주적 정당성을 부여한다. 민주주의는 참정권의 주체와 국가권력의 지배를 받는 국민이 되도록 일치할 것을 요청한다. 국민의 참정권에 대한 이러한 민주주의적 요청의 결과가 바로 보통선거의 원칙이다. 즉, 원칙적으로 모든 국민이 균등하게 선거에 참여할 것을 요청하는 보통·평등선거원칙은 국민의 자기지배를 의미하는 국민주권의 원리에 입각한 민주국가를 실현하기 위한 필수적 요건이다. 모든 국민이 선거권과 피선거권을 가진다는 것은 바로 국민의 자기지배를 의미하는 민주국가에의 최대한의 접근을 의미하기 때문이다. 그러므로 보통선거의 원칙에 따라 모든 국민에게 선거권과 피선거권이 인정되어야 하며, 특정한 국민을 정치적·경제적 또는 사회적인 이유로 선거권과 피선거권을 행사할 수 없도록 하여서는 아니된다. 물론 보통선거의 원칙은 선거권 및 피선거권에 대한 모든 경우의 제한을 금지하는

178) 한수웅, 헌재 2011. 5. 26. 2010헌마451결정(선거방송토론회 사건)에 대한 판례평석 - 평등권과 평등원칙의 관계를 중심으로 -, 중앙법학 제14집 제3호(2012), 107쪽.

179) 피선거권 제한에 대하여 보통선거원칙 위배 여부를 심사해야 한다는 것으로 한수웅, 헌법학(제9판), 법문사, 2019, 159쪽 참조.

180) 헌재 1999. 5. 27. 98헌마214, 판례집 11-1, 675, 697.

것은 아니지만, 보통선거원칙에 대한 예외는 부득이한 경우에 한하여 제한적으로 허용되어야 하며, 제한한다 하더라도 불가피한 최소한의 정도에 그쳐야 한다고 하였다.¹⁸¹⁾ 그리고 이에 따르면, 피선거권의 제한은 보통선거원칙에 대한 제한으로서 그를 정당화하는 합리적인 이유가 있어야 허용될 수 있다. 보통선거의 원칙이 국민주권의 원리를 실현하기 위한 근본조건이라는 점에 비추어 피선거권의 제한을 정당화하는 공익은 그 제한의 효과가 민주주의의 실현과 당사자에게 심대하면 할수록 보다 필연적이고 중대해야 한다. 따라서 피선거권의 제한이 입법자에게 어느 정도로 허용되는가의 문제는 피선거권의 제한을 통하여 실현하고자 하는 공익의 비중과 이 사건 법률조항에 의하여 발생하는 피선거권 제한의 효과를 비교형량함으로써 헌법적으로 허용되는 제한의 한계를 밝히는 문제로 돌아간다고 판시한 바 있다.¹⁸²⁾

요컨대, 피선거권의 연령을 25세, 40세로 제한하는 것은 이로 인하여 25세 미만 및 40세 미만인 피선거권 행사 가능한 자들의 선거에서의 피선거권 행사를 완전히 제한하고 있는 것으로서 보통선거원칙에 위배될 수 있다. 그리고 보통선거원칙에 대한 예외는 부득이한 경우에 한하여, 불가피한 최소한의 정도에 그쳐야 하는 것이므로 이러한 기준에 따라 피선거권 연령 제한의 위헌여부에 대하여 엄격한 척도를 적용하여 심사해야 한다.

3. 종래 헌법재판소 결정에서 제시된 피선거권 연령 제한의 정당화 논거 재검토

가. 선거의 의의와 선출된 대표로서의 지위 등에 대한 고려

2005년 결정을 비롯하여 그 이후 결정들에서도 공통적으로 제시되고 있는 것은 입법자가 국회의원 피선거권 행사 연령을 정함에 있어서, 선거의 의미와 기능, 국회의원 등의 지위와 직무 등을 고려하여야 한다는 것이다. 고려내용에 대하여 더 자세하게 부연하고 있지는 않지만, 이러한 고려사항에 대한 설시에 이어서, 국회의원에게 요구되는 능력 및 이러한 능력을 갖추기 위해 요구되는 교육과정 등에 소요되는 최소한의 기간 등을 고려

181) 헌재 1999. 5. 27. 98헌마214, 판례집 11-1, 675, 697-698.

182) 헌재 1999. 5. 27. 98헌마214, 판례집 11-1, 675, 698-699.

하였을 때, 25세로 피선거권 연령을 정한 것이 합리적이라고 실시하고 있다. 이러한 점에 비추어 볼 때, 판례에서 선거의 의의, 국회의원의 지위 등을 고려해야 한다는 것은 민주주의에서 선거가 중요하고, 선거를 통해 선출된 대표의 직무 수행이 중요한 것이므로 그러한 선거에서 대표로 선출되기 위해서는 일정한 연령, 즉 25세 정도는 되어야 한다는 의미를 담고 있는 것이며, 선거의 중요성을 들어 25세의 피선거권 연령 제한이 정당화될 수 있다는 취지로 보인다.

공무원이 되어 공무담임권을 행사할 수 있는 보통의 연령과 비교하였을 때에도, 국회의원 등 선출직 공무원이 될 수 있는 연령이자 선거에 입후보할 수 있는 피선거권 행사 연령을 25세로 제한함으로써 더 높은 연령 기준을 설정하고 있다. 이는 신분과 계급에 구애받지 않고 공직을 일반시민에 개방하는 것과는 별개로 선출직 공직의 중요성을 고려하여 특별하게 취급하였기 때문일 수 있고, 민주주의 과정에서 선거를 통한 대표 선출의 중요성을 고려하여 가중된 연령 제한 부과를 정당화한 것이라고 볼 수도 있다. 어느 쪽이든 민주주의에서 선거가 매개되었다는 점을 근거로 선출직 공무원에 대해 일반 공무원보다 더 높은 연령 조건을 설정한 것으로 보인다.

그런데 여기에서 선거의 의의 및 중요성에 대하여 다른 측면에서도 살펴볼 필요가 있다. 민주주의는 자가지배의 이념을 추구하는 것이지만, 오늘날의 조건 하에서 모든 시민의 직접 참여에 의한 자가지배는 현실적으로 불가능한 것이므로 대표를 선출하고 대표가 의사결정과정을 수행하는 대의제 민주주의가 불가피하다. 그리고 이 대의제 민주주의 체제에서 대표를 선출하는 선거는 민주주의 실현에서 핵심적인 것 중 하나이다. 이렇게 선거가 중요한 의미를 갖는 것이고, 선출된 대표의 지위와 그가 정치적 결정과정에서 수행하는 역할이 중대함을 고려하였을 때, 대표가 될 수 있는 자격을 25세의 연령에 달하여야 한다는 것으로 엄격화하는 것이 일응 합리적인 것으로 보일 수 있다. 그러나 다른 한편 대의제 민주주의에서 핵심적인 선거과정에 참여하는 것은 선거인과 피선거인 양자이다. 대의제가 최선이라기보다 불가피한 선택이라면 그 대신 선거에 참여하는 국민이 가능한 배제되지 않고 넓게 포함되도록 하는 것이 대의제의 약점을 보완하는 길이다. 보통 선거원칙을 확립하여 선거에서 배제되는 자가 없도록 하는 것은 선거권에 있어서나 피선거권에 있어서나 마찬가지로 적용되는 것이다. 선거참여 연령에 있어서도 이러한 논리에서 현재의 선거권 연령 하향에 대한 논의가 진행되어 온 것이며, 이는 피선거권 연령에 있어서도 마찬가지이다. 19세인 선거권 연령에 비하여 상당히 높은 25세(대통령의 경우

40세)의 피선거권 연령 제한이 유지되고 있는 상황에서는 더욱 그러하다. 대의민주주의에서 선거의 의의와 중요성을 들어 선출되는 자의 자질을 더 고려해야 한다고 주장할 수도 있다. 그러나 민주주의에서 선거의 의미를 고려한다면 그보다는 선거에 참여하는 자의 범위를 가능한 확대하여 민주적 정당성을 획득하고, 주권자가 부당하게 주권행사를 제약받지 않도록 하는 방향에서 선거의 의의와 중요성이 고려되어야 한다.

판례에서는 또한 선거의 의의, 중요성에 이어 이러한 선출대표로서의 지위의 중요성을 강조하고 국회의원의 권한을 행사할 수 있는 자격을 갖추는 것으로 기대되는 25세의 피선거권 연령 제한이 합리적이라고 평가하고 있다. 국회의원과 같은 대표에게는 정치적 능력을 발휘하고, 국민의 대표로서 대의활동을 수행할 능력이 필요하다. 그런데 정치는 형식 및 제도적으로는 국가질서를 형성하고 국가기관을 운영하여 정책을 결정하는 등의 국가권력을 행사하는 것이지만, 내용적으로는 해당 공동체 내의 사람들의 삶에 영향을 미치는 모든 사항에 대한 결정을 포함한다. 선거를 통해 선출된 대표는 의사결정에 참여하고 대의활동을 수행할 수 있고 국민의 삶에 영향을 미치는 결정에 참여한다는 점을 인식하고 책임있게 권한을 행사할 수 있어야 한다. 그리고 이러한 차원에서의 정치적 능력 및 대의활동 능력은 개인별로 차이가 있을 수 있으나, 적어도 집회와 결사의 자유를 향유할 수 있고, 스스로의 판단에 의하여 결정할 수 있는 정도라면 충족시킬 수 있는 것으로 보인다. 사실 유권자의 선호에 따라 선거에서 선출되는 대표에게 고도의 정치적 판단과 전문성을 요하거나 높은 지적 능력과 도덕성·윤리관을 요하는 것은 아니며, 그에게 단독으로 국가공동체를 이끌 수 있을 정도의 영도자, 철학자로서의 자질을 요하는 것 또한 아니다. 선거를 통해 선출되는 대표에게 요구되는 능력은 일반적인 시민에게 기대될 수 있는 정도의 의사결정능력과 대의활동능력과 다르지 않으며, 우리와 다를 것 없고 특별하지 않은, 우리 중 누군가인 시민이 대표가 되어 국정에 참여함으로써 민주주의의 자기지배가 실현되는 것이다. 현실적으로 유권자의 선호가 결정적인 선거를 통하여, 고도의 전문성, 지적 능력을 갖추지 못한 대표가 선출될 수 있다. 그리고 이러한 경우 대표의 대의활동 능력, 정치적 능력을 보완하기 위하여 관료와 법제도가 존재하는 것이다. 본질적으로 선거를 통해 선출되는 것인 대표에 대하여 과도한 권한과 지위를 인정하려고 할 때 그에 상응하는 영도자적, 국가지도자적 자질을 갖게 되고 이것이 다시 대표자의 지위와 권한에 상응하는 (필연적 논리적 연관이 있는 것도 아닌) 피선거권의 높은 연령 제한에 대한 정당화로 이어진다. 예컨대, 현재 대통령 피선거권 연령은 40세, 국회의원 및 지방

자치단체 장과 지방의회의원 선거 피선거권 연령은 25세로 되어 있는 것에 대하여, 그 중에서도 광역자치단체장의 피선거권 연령은 업무의 특수성, 기탁금 액수 등에 비추어 볼 때 오히려 상향조정해야 한다는 주장¹⁸³⁾이 제기되기도 하는 점 등에 대해서도 다시 생각해볼 필요가 있다.

이에 더하여 국민주권, 민주주의의 실현으로서 대표선출 및 피선의 의미를 고려하여야 한다. 국가공동체를 구성하고 있는 실제 비율에도 불구하고 충분히 대표되지 않은 집단, 또는 소수자집단의 구성원이 오히려 대표로 선출되어 집단의 대표성을 확보하도록 요청될 가능성도 있다. 그리고 이를 위하여 필요한 경우에는 일반적인 시민보다 소위 정치적 능력, 대의활동 능력이 부족하더라도 (이들이 대표 집단에 포함된다는 것의 상징적 의미를 고려할 때) 그 존재 자체가 정치적 능력에 해당한다고 볼 가능성도 있다. 그리고 이 경우 실질적인 대의활동의 어려움을 보완하기 위한 장치가 마련될 수 있을 것이다.

나. 능력, 자질상의 필요성

자유위임의 현재의 대의제 민주주의 체제에서, 대표로 선출되는 자가 정치적 대의능력 및 전문적 정책결정능력을 구비하였는지가 대의기관으로 선출되기 위한 자격으로서 요청된다고 하였다.¹⁸⁴⁾ 그리고 이러한 대의능력과 전문성을 갖추었는지 여부가 확립적 기준으로 판단되기는 어렵지만, 대체로 교육과정을 수료하였거나 이를 대체하는 정도의 일정한 연령에 도달하였을 때 일응 이러한 능력을 갖추었다고 판단할 수 있다는 것이다.¹⁸⁵⁾

피선거권에 이러한 대의능력, 전문성 등 자질이 요청된다고 하면서 그 기준으로 연령을 제시하고는 있으나, 연령이 어떻게 이러한 능력과 자질을 갖추었는지 판단할 수 있는 기준이 된다는 것인지 여전히 논증이 불충분하다는 비판이 제기될 수 있다. 또한 선거권과 비교하였을 때 피선거권 연령 제한이 더 높은 이유에 대하여, 선거권보다 피선거권이 더 엄격한 자격과 능력이 요구되기 때문이라고 설명하는데 그치고 있는데,¹⁸⁶⁾ 어떠한 측면에서 피선거권에 더 높은 자질과 능력이 요청되는지와 그렇다면 그것이 더 높은 연령 제한을 설정함으로써 확보될 수 있는 것인지에 대하여 논증이 결여되어 있다는 문제가

183) 성낙인, 앞의 글, 177쪽.

184) 현재 2005. 4. 28. 2004헌마219, 판례집 17-1, 547, 554.

185) 현재 2005. 4. 28. 2004헌마219, 판례집 17-1, 547, 555

186) 이러한 점을 지적하며 헌법재판소 결정을 비판하는 허완중, 앞의 글, 352쪽.

있다. 피선거권 행사를 통해 대표로 선출되는 자에 대해 더 높은 능력이 요구되는지, 그리고 이 더 높은 능력이 더 높은 연령으로 담보되는 것인지에 대한 논리적 설명이 부족하며, 그렇다면 논거가 불명확한 일응의 기준을 들어 피선거권과 같은 중요한 기본권을 제한하는 것이 타당한지에 대하여도 비판할 수 있는 것이다.

피선거권 행사를 위하여 필요한 능력, 자질이 특별한 정치적 능력 또는 전문성을 의미하는 것이라고 보기는 어렵다. 원칙적으로는 어떠한 능력을 갖고 있는지 여부와 무관하게 선거경쟁에서 선출되기만 하면 누구든지 대표가 되는 것이 가능하다. 특별한 능력을 갖고 있는 위대한 영도자가 대표가 될 수 있는 것이 아니라 선거에서 국민이 선출한 자가 대표가 될 수 있기 때문이다. 심지어 대표가 충분한 능력이 없더라도 대표로서 기능할 수 있도록 뒷받침하는 것이 제도와 시스템의 역할이다. 그럼에도 불구하고 대표가 되기 위한 최소한의 능력, 자질을 들어야 한다면, 그것은 대표의 본래적 기능을 하는데 필요한 정도의 국민의 의사를 수용하고 대표할 수 있는 능력, 최소한 대표를 선출할 수 있을 정도와 동등한 정도의 독립적인 판단능력과 결정능력이라고 할 수 있다.¹⁸⁷⁾¹⁸⁸⁾ 적어도 선거권을 행사할 수 있는 정도라면 피선되어 대표로서 대의활동을 할 수 있는 능력도 갖추었다고 볼 수 있을 것이다.

선거권 행사 연령과 피선거권 행사 연령 제한을 비교하자면, 사실 어떤 측면에서는 피선거권 행사 연령 하한이 선거권 행사 연령 하한보다 더 낮아야 한다고 주장할 여지도 있다. 선거권은 선거권자가 선거권을 행사함으로써 그 권리의 내용이 곧바로 실현되는 것이지만, 피선거권은 선거에 입후보함으로써 피선거권을 행사한다고 하여 곧바로 대표로 선출되어 공직을 담당하게 되는 것이 아니다. 피선거권을 행사하여 선거경쟁에 출마한 다음, 선거인들에 의하여 선출되는 과정이 있을 때 비로소 피선거권 행사의 중요한 목표 중 하나였던 공직취임이 실현될 수 있게 되는 것이다. 선거과정에서 선거경쟁에의

187) 대의활동 이외의 특별한 능력, 전문성 등을 요구하는 것이 타당한지 의문을 제기하는 허완중, 앞의 글, 352쪽 등

188) 또한 애초에 국회의원선거법이 제정되었을 당시에는 금치산선고를 받은 자와 준금치산선고(한정치산선고)를 받은 자의 선거권과 피선거권을 제한하였던 것에서 1994년 공직선거및선거부정방지법으로 변경되었을 때에는 금치산선고를 받은 자에 대해서만 선거권 및 피선거권 제한을 유지하고 한정치산선고를 받은 자에 대한 선거권 및 피선거권 제한은 삭제되었다는 것도 참고할 필요가 있다. 이는 전반적으로 명백한 수준에서 행위능력이 인정되지 않는 국민에게만 피선거권을 제한하겠다는 입법자의 취지로 이해할 수 있는 것이고, 그렇다면 이러한 피선거권 제한 사유의 변경과 비교하였을 때 40세 미만 또는 25세 미만에 대하여 정치적 능력이나 자질 부족의 막연한 추측에 의하여 명확한 근거 없이 피선거권을 제한하고 있다는 비판이 제기될 수 있기 때문이다. 이러한 취지로 김덕현, 앞의 글, 13-14쪽.

출마도 중요하지만 선거인들에 의한 선출 및 이 과정에 수반되는 선거인들의 입후보자들의 능력, 자질에 대한 판단 및 선호가 오히려 결정적인 역할을 한다고 볼 수 있다. 이러한 측면에서는 만약 선거과정에 참여하는 연령 제한을 굳이 둔다면 곧바로 공직취임에 이르게 되는 것은 아니고 선거경쟁에 나설 권리에 불과한 피선거권 연령 제한이 더 낮아야 하는 것이 아닌가 주장할 수 있는 것이다. 따라서 선거과정에서 선거권 및 피선거권 행사 연령 제한 자체가 정당화될 수 있는 것인지는 별론으로 하더라도, 선거권 행사 연령과 비교하여 피선거권 행사 연령이 같거나 오히려 더 낮다 하더라도 (선거를 통해 유권자들의 선택에 의해 선출되는 과정을 거칠 것이므로) 문제될 것 없다고 볼 수 있다. 선거인들의 선택에 따라 선출될 대표의 능력, 자질을 고려하지 않고, 획일적으로 연령을 기준으로 법률을 통해 피선거자격을 제한하는 것은, 선거과정에서의 선출을 통해 실현될 수 있는 피선거권의 본질적 성격을 충분히 고려하지 않은 것이라고 비판할 수 있다.

사실 대표에게 요청되는 일반적인 판단능력과 결정능력은 판례에서 실시하고 있는 것과 같이 교육과정을 수료하였거나 이를 대체할 정도의 일정한 연령에 도달하였을 때 갖는 것이라고 이해하기 어렵다. 선거권 행사 연령으로부터 6년(국회의원 등의 경우)에서 21년(대통령의 경우)이 더 소요되었을 때 비로소 이러한 특별한 정치적 능력을 갖게 된다는 합리적 근거가 있는 것인지 막연한 추측 외에 어떠한 근거나 자료가 제시된 바 없다. 대표에게 특별한 정치적 능력이 요청되는 것이어서 그렇지 않은 경우에 대하여 중요한 정치적 기본권인 피선거권을 제한해야 하는 정도라면, 합리적 연관성이 있는 것인지 의문이 제기될 수 있는 ‘연령’을 기준으로 피선거권을 제한할 것이 아니라, 대의활동 능력을 직접적인 기준으로 하여 피선거권을 제한했어야 하는 것이 아닌가.

민주주의의 의미, 대의제 민주주의에서 선거의 목적을 고려할 때, 피선거권자의 특별한 능력이나 자질이 피선거권 행사의 조건이 될 수 있는 것이 아니며 누가 선출될 것인지는 궁극적으로 유권자의 결정에 맡겨야 한다고 할 수 있다. 그리고 설령 선출될 대표에게 대표로서 직을 수행하기 위한 일정한 능력이 요구된다 하더라도 그것이 연령 제한의 정당화 근거가 될 수는 없으며, 일정한 연령 미만의 국민들이 대표로 선출되어서는 안된다는 명백한 합리적인 근거가 제시되지 않는 한 능력, 자질상의 이유를 들어 피선거권 연령을 제한하는 것은 정당화되기 어렵다.

다. 납세 및 병역의무 이행 등에 대한 유권자의 요청에 대한 고려

헌법재판소 결정에서는 공직선거법 등록대상재산 신고, 병역사항에 대한 신고, 각종 세금 납부 및 체납 등에 대한 증명, 정규학력에 대한 최종학력증명서류 제출 등을 요구하는 점을 들면서, 국회의원으로 선출되어 직을 담당함에 있어 적어도 소득을 창출하는 경제활동에 종사하여 성실히 납세의무를 이행하였을 것과 병역의무 등을 성실히 수행하였을 것을 유권자인 국민이 최소한의 자격요건으로 기대하는 것이라고 하면서, 이러한 점이 고려될 수 있는 연령과 기간이 피선거권 행사연령 설정시에 고려된 것이라고 하였다.¹⁸⁹⁾ 다른 결정들에서도 이와 유사하게 선출될 대표들에게 납세 및 병역의무 이행을 요구하는 국민의 기대와 요청을 고려하였을 때 25세의 연령 제한이 합리적이라고 하였다.¹⁹⁰⁾

그러나 공직선거법에 입후보자의 정보에 대하여 공개하고 공개대상에 병역사항 신고, 각종 세금 납부 여부 등을 포함하고 있는 것은, 충분한 정보제공 하에 자유로운 선거가 시행되도록 하기 위함이다. 그리고 이러한 입후보자의 재산, 병역, 납세 등에 대한 공개는 재산이 없거나 병역미이행이거나, 세금 체납시 피선거권을 제한하기 위한 것이 아니라, 이러한 정보가 선거인들에게 공개되었다는 전제 하에 선거인들이 투표하도록 하기 위한 것이다. 병역이행, 납세 등에 대한 국민 일반의 기대가 있는 것은 사실이나 그렇다고 하여 병역미이행자, 체납자의 피선거권을 직접 제한하고 있지는 않다. 그러면서 병역, 납세의무 이행 등에 대한 유권자의 요청을 이유로, 병역, 납세의무의 이행이 기대될 수 있는 연령을 기준으로 피선거권을 제한하는 것은 합리적인 근거가 되지 못한다. 또한 공직선거법상 입후보자의 정보공개 의무 등을 전제로 이러한 재산형성 및 직업활동 경험을 쌓고 병역 등을 이미 이행했을 나이에 달한 대표자를 선출하겠다는 유권자의 요구를 추정하는 것 또한 무리한 논증으로 보인다. 그리고 설령 그러한 유권자의 요구가 있다 하더라도 그 역시 선거를 통해 유권자의 직접적인 선택 여하에 따라 판단될 사항이고, 선거경쟁에 나서서 판단받을 기회 자체를 사전적으로 박탈하는 피선거권 제한의 정당화 근거가 되기는 어려운 것이다.

피선거권 연령 제한 관련 결정은 아니지만 재외국민선거권 등 제한에 대한 헌법재판소의 헌법불합치 결정에서 납세, 병역의무 이행을 고려한 선거권 등의 제한 주장을 반박

189) 헌재 2005. 4. 28. 2004헌마219, 판례집 17-1, 547, 555-556.

190) 헌재 2018. 6. 28. 2017헌마1362등, 공보 제261호, 1180, 1183; 헌재 2017. 10. 26. 2016헌마623, 판례집 29-2하, 94-95; 헌재 2016. 12. 29. 2016헌마227, 결정문 3-4 등.

하였던 헌법재판소의 실시 내용도 참고할 수 있다. 헌법재판소는 결정에서, 헌법 제1조 제2항은 “대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다.”라고 규정할 뿐 주권자인 국민의 지위를 국민의 의무를 전제로 인정하고 있지 않고, 현행 헌법의 다른 규정들도 국민의 기본권행사를 납세나 국방의 의무 이행에 대한 반대급부로 예정하고 있지 않다고 하였다. 또한 병역의무의 경우 남성에게만 부여되고 있어 선거권 등과 병역의무 이행 간에 필연적 견련관계를 인정하기 어렵다고 하였다. 그리고 이에 따라 납세, 병역의무 이행과 결부하여 선거권 등의 권리를 제한하는 것이 정당화될 수 있다는 주장을 배척하였다.¹⁹¹⁾

라. 다른 주요국가의 입법례에 대한 고려의 타당성

피선거권 연령 제한의 정당화 논거 중 하나로 헌법재판소가 제시하고 있는 것은 다른 주요국가의 입법례를 참고하였을 때에도 피선거권 행사연령이 일반적으로 높게 나타난다는 것이었다.¹⁹²⁾

그러나 이에 대해서는 다른 한편 우리의 피선거권 연령 제한인 25세(국회의원의 경우)와 비교하였을 때, 벨기에, 브라질, 칠레, 체코, 에스토니아, 인도네시아, 이스라엘, 아일랜드, 말레이시아, 폴란드, 베네수엘라, 러시아의 경우 21세로, 오스트레일리아, 오스트리아, 캐나다, 크로아티아, 덴마크, 프랑스, 독일, 노르웨이, 포르투갈, 남아프리카공화국, 스페인, 스웨덴, 네덜란드, 스위스, 영국의 경우 18세 이상으로 규정하고 있어 우리의 피선거권 연령 제한이 상당히 높은 것이 아닌가 지적할 수 있다.

다만, 피선거권 연령 제한에 대하여 일률적으로 비교하는 것에는 신중할 필요가 있다. 해당 국가의 정부형태가 대통령제 정부형태인지, 의원내각제 정부형태인지, 대통령을 의회 등에서 간선하는지 직선으로 선출하는지, 그리고 의회체제가 양원제인지, 양원 중 상원의 경우와 하원의 경우를 달리 고려하고 있는지, 해당 국가에서의 선거권 연령 제한과 비교하였을 때 관계가 어떠한지가 함께 고려될 수 있을 것이다. 그렇지 않고 단순히 피선거권에 대하여 높은 연령제한을 부과하고 있는지, 높은 연령제한으로서 몇 세의 제한까지도 부과되고 있는지, 선거권보다 피선거권 연령제한을 더 높게 두고 있는지를 보는

191) 헌재 2007. 6. 28. 2004헌마644 등, 판례집 19-1, 859, 878-879.

192) 헌재 2005. 4. 28. 2004헌마219, 판례집 17-1, 547, 548, 556.

입법례의 단순 비교를 들어서 이를 피선거권 제한의 정당화근거로 제시하는 것은, 단순화의 오류에 빠지게 될 수 있다. 따라서 2005년 결정에서 다른 국가들의 입법례들을 구체적으로 제시하면서 주요국가의 피선거권 연령제한과의 비교를 근거로 들었던 것이나 그 이후 결정들에서 다른 국가들과의 비교를 근거의 하나로 들고 있는 것은, 피선거권 제한의 핵심적인 논거로 받아들여지기는 어려운 것으로 보인다.

마. 소결

헌법재판소의 합헌결정에서 피선거권 연령 제한이 정당화되는 근거로 제시되었던 선거의 의의 및 선출된 대표의 권한과 지위의 중요성, 대표에 기대되는 자질과 능력, 선출된 대표가 납세 및 병역의 의무를 이행하였을 것을 기대하는 국민의 요청, 주요국가들의 피선거권 연령 제한의 비교례 등은, 각각에 대하여 검토해 보았을 때, 피선거권이라는 중요한 정치적 기본권을 연령을 기준으로 제한하는 것을 정당화할 만한 충분한 합리적 근거가 되기 어려운 것이었다. 더욱이 피선거권 제한의 근거로 제시된 선출된 대표의 막중한 지위와 권한, 대표에 요청되는 자질과 능력 같은 것은 이를 확보하기 위하여 피선거권에 대한 제한을 설정하는 것이 일응 가능할 수도 있겠지만 그럼에도, 그것이 ‘연령’을 기준으로 한 제한인 경우, 이 ‘연령’과 대표로서의 자질과 능력에 과연 상관성이 있는 것인지, 상호 무관한 것은 아닌지 지적될 수 있는 것이었다. ‘연령’ 기준과 피선되어 대표가 되기 위한 자질 및 능력 사이의 연관성에 대한 납득가능한 논거들이 제시되지 않는 한, 현재까지 헌법재판소에서 실시한 피선거권 연령 제한의 정당화 여부는, 입법재량을 넓게 인정하는 심사에 따르더라도 정당화되기 어려우며, 과잉금지원칙을 적용하거나 보통선거원칙 위배 여부로서 엄격한 심사를 하는 경우 더욱이 정당화될 수 없을 것이다.

V. 결론

선거권 연령과 비교하여, 피선거권 연령 제한에 대하여는 상대적으로 연구가 많이 이루어지지 않았다. 우리의 경우 헌법 제67조 제4항에 40세의 대통령 피선거권 연령 제한이 규정되어 있고, 그밖에는 공직선거법 규정 등을 통하여 대통령 선거의 경우 40세의 피선거권 연령 제한, 국회의원, 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 경우 25세의 피선거권 연령 제한이 규정되어 있다. 피선거권 연령 제한이 기본권을 침해하여 위헌인지 여부에 대하여 헌법재판소에서 2005년 합헌으로 결정한 이래 최근 2018년까지 국회의원, 지방의회의원, 지방자치단체의 장의 피선거권 연령 제한에 대하여 여러차례 합헌결정이 내려졌다. 그리고 이 결정들은 대체로 2005년 결정에서 제시된 피선거권 연령 제한의 합헌 이유의 논거를 제시하고(일부 추가되거나 변화된 내용도 있으나) 선례변경의 이유가 없다고 하면서 선례를 인용하여 합헌으로 결정하였다. 헌법재판소는 연령 제한으로 인하여 공무담임권이 침해되었는지를 심사면서, 피선거권을 누구에게 어떤 조건으로 부여할 것인지 구체화할 입법자의 넓은 입법형성재량이 인정된다고 보았고, 법익균형성, 최소침해성을 핵심으로 하는 과잉금지원칙을 적용하지 않고 위헌심사하여, 25세의 연령제한이 합리적 근거가 있어 입법자의 입법형성권 한계 내에 있는 것으로서 합헌이라고 결정하였다.

피선거권 연령 제한에 대한 합헌 결정을 비판적으로 분석하면서 문제로 인식하였던 것은, 우선 피선거권 연령 제한으로 인하여 공무담임권이 침해되었는지 심사하는 것이 적절한지였으며, 다음으로 위헌심사방법과 관련하여, 입법자의 입법재량권한을 넓게 인정하여 과잉금지원칙을 적용하지 않고 완화된 기준으로 위헌심사한 것이 적절한지, 그리고 피선거권 연령 제한이 정당화된다고 제시한 합헌논거들이 타당한지이다.

종래 우리 학계와 판례는 피선거권을, 공직취임기회평등권과 공직지위·권한유지권을 내용으로 하는 전형적인 공무담임권과 같은 범주 안에 있는 것으로 보고, 피선거권 연령 제한에 대하여 공무담임권 침해로서 위헌인지 심사하여 왔다. 피선거권을 공무담임권의 범주 안에 포함시켜 이해한 것이 곧바로 피선거권 연령 제한에 대하여 입법형성권을 넓게 인정하고 완화된 위헌심사를 적용하게 된 원인이라고 단언하기는 어렵다. 그러나 피선거권과, 공직취임권 등 전형적인 공무담임권은, 보호하는 내용 및 성질상 차이가 크다. 무엇보다도 피선거권은 대의민주주의를 실현하는 선거과정에서 선거권과 함께 가장 중요

한 두 축을 이루고 있는 것인데, 공무담임권의 범주 내에서 이러한 피선거권 보장을 논의하는 경우 피선거권의 중요성이 강조되기 어렵고 보호범위 및 보호의 정도에 있어서 흠결이 발생할 수 있는 것이었다. 이에 따라 국민주권, 민주주의 실현을 위하여 피선거권 보장을 강화하고 피선거권의 독자성을 강조하는 입장에서, 종래의 이해와 달리 피선거권을 전형적인 공무담임권과 분리하여 헌법적 근거 및 보호내용을 도출할 가능성에 대하여 검토하였다.

피선거권의 성질 및 내용의 특수성을 살펴보았을 때, 피선거권은 헌법상 보장되는 기본권이지만, 선거제도와 필연적으로 관련된 것이고, 그 행사 절차와 방법이 입법적으로 구체화될 것이 요청되는 권리이다. 이에 따라 피선거권 행사 절차·방법을 구체화한 입법은 일응 피선거권을 실현하기 위한 기본권형성적 법률유보에 따른 규율로 볼 수 있을 것이다. 그러나 피선거권 실현을 위한 기본권형성적 법률유보는 행사절차와 방법을 구체화하는 입법에 한하며, 이를 넘어서 새로이 피선거권의 보호내용이나 범위를 제한하는 입법의 경우까지 헌법의 구체화요청에 따른 것이라고 하여 정당화될 수 있는 것은 아니다. 이러한 입법에 대하여는 입법자의 형성재량이 넓게 인정될 수 없으며, 기본권 제한입법으로서 헌법 제37조 제2항에 따른 과잉금지원칙을 적용하여 위헌여부를 심사해야 한다. 피선거권 행사능력과 직접적인 관련성 없이 막연한 추정에 의거하여 피선거권 연령을 25세(대통령 피선거권의 경우 40세)로 제한하는 것은 피선거권 행사를 위한 선거제도·절차 구체화로 위임된 범위를 넘어서 새로이 일정한 연령 범위의 국민의 피선거권을 제한하는 것이므로, 이에 대하여 과잉금지원칙을 적용하여 피선거권 침해 여부를 심사하여야 한다. 또한 이는 일정 연령 범위의 국민들에게 피선거권 행사를 배제하고 있는 것으로서 보통선거원칙에 위배될 수 있어 가장 엄격한 정도로 위헌 여부를 심사해야 하는 것이다.

그리고 종래 헌법재판소의 합헌 결정들에서 피선거권 연령 제한이 정당화되는 논거로 제시한 것들에 대하여 검토하였는데, 우선 선거의 의의와 중요성, 선출된 자가 대표로서 갖는 지위와 권한의 중요성 등을 고려하였을 때 25세의 연령 제한이 정당하다는 점이 제시되었다. 이에 대하여는, 선거의 본질은 선출과정에서 선거인의 의사가 왜곡되지 않고 반영되고 이를 통해 대표에 민주적 정당성이 부여되는 것이고, 선거과정에서 선거권과 피선거권의 행사가 가능한 최대한 보장되고 주권자인 국민이 선거과정에서 배제되지 않도록 하는 것인데 이러한 민주주의에서의 선거의 의의를 고려한다면 오히려 피선거권 연령 제한이 정당화되기 어렵다고 비판할 수 있었다. 다음으로 대표로 선출되는 자의 능력, 자

질상의 필요를 고려하였을 때 소정의 교육과정을 이수하였거나 이에 준하는 정도의 일정 연령 이상이도록 피선거권 연령 제한을 하는 것이 정당화된다는 것이 있었다. 이에 대하여는 권위주의체제에서의 영도자가 아닌 민주주의체제에서 선거를 통해 선출되는 대표에 대하여 특별한 능력이나 자질이 요구되는 것이 아니며, 대표가 되기 위한 최소한의 능력으로서 대표를 선출할 수 있는 것과 같은 정도의 판단능력 및 결정능력이 요청될 수 있는 것이고, 더욱이 연령은 대표의 능력, 자질의 판단기준이 되기 어렵다고 반박할 수 있었다. 선출되는 대표가 납세, 병역의무를 이행할 것을 기대하는 유권자의 요청을 고려하였을 때 25세의 피선거권 연령 제한이 정당화된다는 논거에 대하여는, 실제 선거에서 병역미이행, 체납을 기준으로 피선거권을 제한하고 있지도 않은데, 납세, 병역이행이 가능할 연령을 고려하여 피선거권을 제한하는 것은 정당화되기 어려우며, 기본의무 이행과 기본권 행사 가능성이 필연적인 견련 관계에 있는 것은 아니라고 반박될 수 있는 것이었다.

요컨대, 헌법재판소의 합헌결정에서 25세의 피선거권 연령 제한의 근거로 제시하였던 것들은 피선거권이라는 중요한 기본권 제한을 정당화할 수 있는 정도의 합리적 근거라 보기 어려웠다. 피선거권 연령 제한에 대하여 과잉금지원칙을 적용하여 위헌 여부를 심사하는 경우 피선거권을 제한하는 정당한 목적 및 이를 위한 적절한 수단으로 인정되기 어려울 것이며, 법익균형성과 피해최소성 요건도 충족하기 어려울 것이다. 설령 피선거권 연령 제한에 대하여 입법재량을 넓게 인정하는 헌법재판소의 입장에 따라 심사한다 하여도 최근까지 헌법재판소 결정에서 제시된 논거들로는 이러한 ‘연령’을 기준으로 한 피선거권 제한의 최소한의 합리적 근거가 제시되었다고 볼 수 없다. 따라서 피선거권 제한의 기준으로서 연령을 정당화할 수 있는 논거, 그리고 현재의 25세의 연령 기준이 정당화될 수 있는 논거를 제시할 수 있는 것이 아니라면, 피선거권 연령 제한을 합헌으로 판단하였던 종래의 입장에 대하여 재고해볼 필요가 있다.

참 고 문 헌

[단행본]

- 계희열, 헌법학 중, 박영사, 2007.
권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010.
김주수·김상용, 민법총칙 제7판, 삼영사, 2013.
김준호, 민법총칙 제11판, 법문사, 2017.
김철수, 정재황, 김대환, 이효원, 세계비교헌법, 박영사, 2014.
김하열, 헌법강의, 박영사, 2018.
박일경, 신헌법해의, 진명문화사, 1962.
서중석, 김덕련, 서중석의 현대사 이야기, 오월의 봄, 2015.
서중석, 사진과 그림으로 보는 한국현대사, 웅진 지식하우스, 2015.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2018.
심지연, 해방정국의 정치이념과 노선, 백산서당, 2014.
유진오, 헌법해의, 명세당, 1949.
이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2015.
장영철, 기본권론, 화산미디어, 2018.
전광석, 한국헌법론, 집현재, 2018.
한수웅, 헌법학(제9판), 법문사, 2019.
허 영, 한국헌법론(전정15판), 박영사, 2019.
홍성방, 헌법학, 현암사, 2003,
- Crouch, Colin, 이 한 역, 포스트 민주주의, 미지북스, 2005.
Dahl, Robert A., 김순영 역, 정치적 평등에 관하여, 후마니타스, 2014.
Held, David, 박찬표 역, 민주주의의 모델들, 후마니타스, 2013.
Jellinek, Georg, 김효전 역, 일반국가학, 법문사, 2005
Manin, Bernard, 곽준혁 역, 선거는 민주적인가, 후마니타스, 2008.
Dreier, Horst(Hrsg.), Grundgesetz Kommentar 3. Auf. Bd. II, Mohr Siebeck, 2015.

Hömig/Wolff(Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 11. Aufl. Nomos, 2016.

Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher, Grundrechte Staatsrecht II, 29. Aufl. C.F. Müller, 2013.

Tremmel, Jörg · Antony Mason · Petter Haakenstad Godli · Igor Dimitrijoski(Eds.), Youth Quotas and other Efficient Forms of Youth Participation in Ageing Societies, Springer, 2015.

[논문]

권영설, 대의민주주의와 직접민주주의 -그 긴장과 조화의 과제-, 공법연구 제33집 제1호(2004).
김덕현, 공직선거법상 연령에 의한 공무담임권 제한의 위헌성 검토 - “대통령, 국회의원 피선거권 연령 제한”, “2인 이상 최고득표자 당선” 규정을 중심으로, 공익과 인권 제15권(2015).

김문현, 현대 민주국가에 있어서의 선거의 의미와 과제, 공법연구 제28집 제4호 제1권(2000).

김문현, 정당국가현상과 대의제 민주주의, 공법연구 제24집 제4호(1996)

김병록, 기본권의 주체, 한국에서의 기본권이론의 형성과 발전(연천허영박사화갑기념논문집), 박영사, 1997, 83-101쪽.

김선택, 민주주의의 구조변화와 헌법개혁, 안암법학 제25권(2007).

김선택, 기본권 일반규정의 개정방안 연구, 헌법학연구 제12권 제4호(2006).

김선택, 민주주의와 선거 - 민주적 선거의 과제 및 현실적 여건을 중심으로, 공법연구 제29집 제4호(2001).

김주성, 심의민주주의인가, 참여민주주의인가?, 한국정치학회보 제42권 제4호(2008).

김지혜, 미성숙 전제와 청소년의 기본권 제한: 헌법재판소 선거연령 사건과 셋다운제 사건을 중심으로, 공법연구 제43집 제1호(2014).

김하열, 법률에 의한 기본권의 형성과 위헌심사 - 참정권과 청구권을 중심으로, 고려법학 제67권(2012).

김학성, 정치적 기본권과 정치제도의 구체적인 법해석. 적용과 실제의 역사, 저스티스(2019)

김형성, 민주적 선거제도, 헌법학연구 제7권 제3호(2001).

김효연, 선거권연령하향의 시대적 요청 - 민주주의와 세대평등의 실현의 관점에서, 안암법학 제52권(2016).

문광삼, 선거권과 피선거권의 제한, 고시계 제39권 제5호(1994).

방승주, 참여와 민주적 정당성, 공법연구 제32집 제2호(2003).

소은영, 일본의 기탁금제도에 대한 연구, 헌법재판소 헌법재판연구원(2019).

손상식, 법률에 의해 구체화되는 기본권의 심사기준과 심사강도 - 헌법 제25조의 공무
담임권을 중심으로, 전북대학교 법학연구 제43권(2015).

손상식, 공무담임권의 내용과 심사기준, 헌법재판연구원, 2014.

윤명선, 대의제와 시민참여 -미국의 시민참여제도를 중심으로-, 공법연구 제24집 제3호(1996).

윤영미, 공무담임권에 관한 소고 - 보호영역을 중심으로, 법학논총 제23권 제2호(2006).

이계수, 참여민주주의의 이상과 현실 - 헌법이론적 진단, 공법연구 제35집 제1호(2006).

이동수, 대의제 민주주의의 위기 - 마넩의 논의를 중심으로 -, 시민사회와 NGO 제3권
제1호(2005).

이부하, 선거원칙에 대한 논의와 선거권과 관련한 헌법재판의 심사기준, 법학논총 제31권(2014).

이승우, 공무담임권의 보호범위에 관한 평석, 공법연구 제36집 제1호(2007).

이인호, 공무담임권의 보호영역에 관한 헌법재판소 판례 비판 - 결정 상호간의 모순과
부정합성 비판 -, 법과사회 제30권(2006).

이완범, 박정희 군사정부 '5차헌법개정'과정의 권력구조 논의와 그 성격, 한국정치학회
보 제34권 제2호(2000).

이윤환, 정주외국인의 피선거권 도입 가능성에 관한 연구, 디지털융복합연구 제11권 제3
호(2013).

이장희, 민주주의의 의미와 본질에 대한 고찰: 대의민주주의와 참여민주주의-심의민주주
의의 관계를 중심으로, 헌법논총 제29권(2018).

이장희, 기본권의 개념 및 인정기준과 법률적 권리의 관계, 헌법재판연구원, 2015.

이재희, 정치적 평등의 재검토, 공법연구 제44집 제3호(2016).

이호선, 헌법상 공무담임권의 철학적 함의, 유럽헌법연구 제22권(2016).

장철준, 공무담임권의 제한과 과잉금지원칙 - 구 국가공무원법상 공무원의 당연퇴직사유
에 대한 헌법재판소 결정 비판, 연세대학교 법학연구 제14권 제1호(2004).

전학선, 피선거권에 관한 연구, 외법논집 제7권(1999).

정만희, 선거에 관한 헌법상의 원칙, 동아법학 제6권(1988).

정태호, 보통, 평등선거권의 심사구조와 심사기준에 관한 관견 - 자유권 심사구조 및 심사

- 기준의 보통, 평등선거권 심사에의 응용 가능성, 미국헌법연구 제19권 제2호(2008).
 최유, 정치영역에서의 차별에 관한 헌법적 고찰, 중앙법학 제13권 제1호(2011).
 한수용, 공무담임권의 보장내용 - 공무담임권에 관한 헌법재판소결정의 판례평석을 곁하여 -, 중앙법학 제16권 제3호(2014).
 한수용, 현재 2011. 5. 26. 2010헌마451결정(선거방송토론회 사건)에 대한 판례평석 - 평등권과 평등원칙의 관계를 중심으로 -, 중앙법학 제14집 제3호(2012).
 한수용, 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙의 의미와 적용범위, 저스티스 통권 제95호 (2006).
 허완중, 연령에 따른 국회의원 피선거권 제한의 법적 성격과 그에 따른 위헌심사, 헌법학연구 제21권 제1호(2015).
 홍일선, 어린이선거권에 대한 헌법적 논의 - 선거권은 생래적 권리인가?, 공법학연구 제3권 제3호(2012).
 Starck, Christian, 김형성 역, 민주적 헌법국가에서의 선거, 공법연구 제28집 제4호 제1권(2000).
 ENGERMAN, S. & SOKOLOFF, K., The Evolution of Suffrage Institutions in the New World, The Journal of Economic History, 65(4), (2005).
 Lively, Jack, The Meaning of Democracy, in: Michael Saward (ed.), DEMOCRACY Critical Concepts in Political Science Vol. 1, (2007).
 Phillips, Peter C. B., Meritocracy voting: Measuring the unmeasurable, Econometric Reviews, Vol. 35, Iss. 1, (2016).
 Saward, Michael, General Introduction, in: Michael Saward (ed.), DEMOCRACY Critical Concepts in Political Science Vol. 1, (2007).
 Tokaji, Daniel P., The Justiciability of Eligibility: May Court Decide Who Can Be President, 29 Immigr. & Nat'lity L. Rev. 603, (2008).

피선거권 연령 제한의 헌법적 검토

2019年 9月 2日 印刷

2019年 9月 6日 發行

발 행 : 헌 법 재 판 소
헌법재판연구원

인 쇄 : (사)아름다운사람들복지회(1833.9650)

<비매품>

* 본 보고서의 내용은 본원의 공식견해가 아닙니다.