

공직선거법상 수형자의 선거권 제한에 대한 헌법적 고찰

- 헌법재판소 2009. 10. 29. 선고, 2007헌마1462
결정의 평석을 겸하여 -

이 희 훈*

목 차

- | | |
|--|---|
| I. 서 론 | IV. 공직선거법상 수형자의 선거권 제한
규정에 대한 목적의 정당성 여부 |
| II. 헌법재판소 2007헌마1462 결정의 사건의
개요와 헌법재판소 재판관들의 견해 개관
및 송○옥의 헌법소원이 권리구제형 헌법
소원심판의 청구요건을 갖추었는지 여부 | 1. 공직선거법상 수형자의 선거권 제한
규정의 목적이 정당하다는 견해 |
| 1. 사건의 개요 | 2. 비판적 검토 |
| 2. 헌법재판소 재판관 9인의 견해 개관 | V. 공직선거법상 수형자의 선거권 제한
규정이 비례의 원칙에 위반되는지 여부 |
| 3. 송○옥의 헌법소원이 권리구제형 헌
법소원심판의 청구요건을 갖추었는
지의 여부 | 1. 비례의 원칙 개관 |
| III. 수형자의 선거권 제한에 대한 외국의
입법례와 시사점 | 2. 공직선거법상 수형자의 선거권 제한
규정이 비례의 원칙에 위반되지 않는
다는 견해 |
| 1. 수형자의 선거권 제한에 대한 외국의
입법례 | 3. 비판적 검토 |
| 2. 시사점 검토 | VI. 결 론 |

I. 서 론

2012년 12월 19일에 치러진 제18대 대통령 선거에서 박근혜 새누리당 후보가 1,577만 3,128표를 얻어 51.55%의 득표율로 우리나라의 제18대 대통령으로 당선되었는바, 이 선거에서 1,469만 2,632표를 얻어

* 선문대학교 사회과학대학 법학과 조교수, 법학박사

48.02%의 득표율 2위를 차지한 문재인 민주통합당 후보와는 약 108만여 표의 차이 및 득표율 3.53%의 근소한 차이가 났다.¹⁾

그러나 우리나라는 이러한 대통령 선거를 포함한 국회의원선거 등 각 공직선거에서 형법 제43조 제1항 제2호²⁾와 동법 동조 제2항³⁾ 및 공직선거법 제18조 제1항 제2호⁴⁾에 의해 형이 확정되어 교도소에 수감되어 있는 자와 집행유예자 및 가석방자(이하에서 “수형자⁵⁾”로 줄임)의 선거권 또는 투표권(이하에서 “선거권”으로 줄임)을 박탈하도록 규정되어 있다. 즉, 형법 제43조 제1항 제2호와 동법 동조 제2항 및 공직선거법 제18조 제1항 제2호에 의해 각 공직선거에서 투표를 할 수 있는 유권자의 범위 안에 수형자를 배제시키고 있다.⁶⁾ 이에 대해 지난 2004년 3월 25일에 헌법재판소 2000헌마411 결정과 2009년 10월 29일 헌법재판소 2007헌마1462 결정에서 각각 공직선거법 제18조 제1항 제2호에

-
- 1) 아시아경제, “18대 대선 개표완료…朴 51.55%·사상 첫 과반·女대통령”, <<http://media.daum.net/politics/assembly/newsview?newsid=20121220060507689>>, 검색일 : 2012.12.20.
 - 2) 형법 제43조 제1항 제2호에서는 “사형, 무기징역 또는 무기금고의 판결을 받은 자는 다음에 기재한 자격을 상실한다. 2. 공법상의 선거권과 피선거권”이라고 규정되어 있다.
 - 3) 형법 제43조 제2항에서는 “유기징역 또는 유기금고의 판결을 받은 자는 그 형의 집행이 종료하거나 면제될 때까지 전항 제1호 내지 제3호에 기재된 자격이 정지된다.”라고 규정되어 있다.
 - 4) 공직선거법 제18조 제1항 제2호에서는 “제1항: 선거일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 선거권이 없다. 제2호: 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니하거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자”라고 규정되어 있다.
 - 5) 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제2조 제1호에서 “수형자란 징역형·금고형 또는 구류형의 선고를 받아 그 형이 확정된 사람과 벌금 또는 과료를 완납하지 아니하여 노역장 유치명령을 받은 사람을 말한다.”라고 규정되어 있다.
 - 6) 이하에서 본 논문은 수형자의 선거권 제한에 대한 관련 규정으로 공직선거법 제18조 제1항 제2호만을 논의의 대상으로 한다. 왜냐하면 공직선거법 제18조 제1항 제2호에 의한 ‘수형자에 대한 선거권 제한’은 형의 선고로 인한 자격상실·자격정지를 규정한 형법 제43조의 당연한 내용이 되기 때문이다.

의해 수형자의 선거권 등의 기본권을 박탈하고 있는 것이 보통선거의 원칙과 비례의 원칙 등에 반하지 않는다는 합헌 결정을 내려 2012년 12월 현재 계속 수형자의 선거권은 금지되고 있다.

그러나 이러한 수형자의 선거권을 금지하는 것에 대한 헌법재판소의 합헌 결정 이후에도 다음과 같은 수형자의 선거권을 박탈시키는 것에 대한 비판적 의견이 거세게 계속해서 제기되고 있다. 즉, 2011년 3월 14일에 국가인권위원회는 법무부장관에게 “국민의 기본권 제한은 필요 최소한의 경우에 한정되어야 한다는 헌법 정신에 따라 범죄의 내용이나 경중(輕重)을 따져 집행유예자나 가석방자 등 비교적 범죄의 죄질이 가벼운 수형자에게는 선거권을 부여하는 방안을 고려해 보는 것이 바람직하다”라는 의견을 표명했다.⁷⁾ 또한 2012년 4월 25일에 양심적 병역거부로 실형을 선고받고 복역 중인 홍 모 씨 등 3명의 소송 대리인인 남승환 변호사는 현행 공직선거법 제18조 제1항 제2호 규정은 범죄의 종류나 내용 또는 범죄의 불법성의 정도 등을 세심히 살피지 않고 일률적으로 수형자의 선거권을 제한함으로써 기본권 침해의 최소성 원칙을 위반하고 있다는 사유로 헌법재판소에 다시 수형자의 선거권을 일률적으로 제한하고 있는 공직선거법 제18조 제1항 제2호 규정이 위헌이라며 헌법소원을 제기하여⁸⁾ 2012년 12월 현재 헌법재판소에서 심리 중에 있다.

따라서 이하에서는 먼저 공직선거법 제18조 제1항 제2호에 의해 수형자의 선거권을 일률적·전면적으로 제한하는 것에 대한 헌법재판소의 최근 결정인 2009년 10월 29일의 헌법재판소 2007헌마1462 결정의 사건의 개요와 헌법재판소 재판관 5인의 합헌의견과 3인의 위헌의견 및 1인의 각하의견의 주요 내용을 개괄적으로 살펴본 후, 이 사건을

7) 연합뉴스, “범죄 경중따라 수형자 선거권 부여해야”, <<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2011/03/14/0200000000AKR20110314088500004.HTML?did=1179m>>, 검색일 : 2012.12.20.

8) 한겨레, “수형자 선거제한 헌법소원, 이번에는...”, <http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/530035.html>, 검색일 : 2012.12.20.

권리구제형 헌법소원심판의 청구요건에 비추어 볼 때 헌법재판소 재판관 1인의 각하의견과는 달리 그 청구요건을 갖추어 다른 헌법재판소 재판관 8인의 견해처럼 이 사건에 대해 본안 판단을 하여 공직선거법 제18조 제1항 제2호 규정이 합헌인지 또는 위헌인지에 대한 본안 판단을 하는 것이 타당하다는 것⁹⁾을 상세히 밝힌다(이하 II). 다음으로 수형자의 선거권을 일률적·전면적으로 제한하는 것에 대한 외국의 입법례를 고찰한 후, 이로부터 우리나라에 시사해 주는 점에 대해 검토한다(이하 III). 그리고 공직선거법 제18조 제1항 제2호에 의해 수형자의 선거권을 일률적·전면적으로 제한하는 목적이 헌법 제41조 제1항과 헌법 제67조 제1항에서 규정하고 있는 보통선거의 원칙에 비추어 볼 때 과연 정당한 것인지에 대한 합헌적 견해를 살펴본 후, 이에 대해 비판적 검토를 행한다(이하 IV). 또한 헌법상 비례의 원칙에 비추어 볼 때 공직선거법 제18조 제1항 제2호에 의해 수형자의 선거권을 일률적·전면적으로 제한하는 것이 합헌이라는 견해를 제시한 후, 이에 대한 비판적 검토를 행한다(이하 V). 끝으로 결론 부분에서는 이상에서 공직선거법 제18조 제1항 제2호에 대해 헌법재판소 2007헌마1462 결정에서 합헌이라고 본 견해를 비판적으로 검토한 것을 바탕으로 향후 공직선거법 제18조 제1항 제2호의 바람직한 입법적 개선방안을 제시한다(이하 VI).

9) 헌법재판소 2007헌마1462 결정에서 이강국 헌법재판소를 제외한 8인의 헌법재판소 재판관들과 기존에 헌법재판소 2007헌마1462 결정에 대해 평석한 여러 선행연구에서는 권리구제형 헌법소원 심판의 청구요건에 비추어 송○옥이 헌법재판소에 제기한 각각의 헌법소원심판의 청구요건을 갖추었는지에 대해서는 상세히 고찰하지 않았다. 그러나 이 부분은 본 사건에 대해 본안 판단이 가능한지를 밝히는 데 있어 매우 중요한 부분에 해당하므로, 본 논문은 이렇듯 헌법재판소 2007헌마1462 결정에서 이강국 헌법재판소를 제외한 8인의 헌법재판소 재판관들과 헌법재판소 2007헌마1462 결정을 평석한 기존의 여러 선행연구와는 달리 차별적으로 송○옥이 헌법재판소에 제기한 각각의 헌법소원심판의 청구요건을 갖추었는지에 대해 면밀히 검토했음을 밝힌다.

Ⅱ. 헌법재판소 2007헌마1462 결정의 사건의 개요와 헌법재판소 재판관들의 견해 개관 및 송○옥의 헌법소원이 권리구제형 헌법소원심판의 청구요건을 갖추었는지 여부

1. 사건의 개요

송○옥은 1979년 4월 12일생으로서 2006년 4월 3일경 병무청장으로 부터 ‘2006년 5월 9일 306보충대에 입영하라’는 현역입영통지서를 수령 하였으나, 그의 평화주의 신념에 따라 집총을 할 수 없다는 소위 양심적 병역거부를 이유로 소집기일로부터 3일이 경과하도록 입영하지 아니 함으로써 병역법 제88조 제1항 제1호¹⁰⁾ 위반으로 기소되어, 2006년 11월 23일에 서울 서부지방법원으로부터 징역 1년 6월을 선고 받고, 같은 날 상소를 포기하여 이러한 징역 1년 6월의 형이 확정되었다. 그러나 송○옥은 이러한 징역 1년 6월의 형을 교도소에서 복역하던 중 2007년 12월 19일에 실시된 제17대 대통령선거에 투표를 하고자 했으나 공직선거법 제18조 제1항 제2호에 의해 투표를 행할 수 없게 되자, 2007년 12월 27일에 공직선거법 제18조 제1항 제2호가 송○옥 자신의 헌법 제10조의 행복추구권과 헌법 제11조의 평등권 및 헌법 제24조의 선거권 (이하에서 “선거권 등”으로 줄임)을 침해했다는 사유로 헌법재판소법

10) 병역법 제88조 제1항 제1호에서는 “현역입영 또는 소집 통지서(모집에 의한 입영 통지서를 포함한다)를 받은 사람이 정당한 사유 없이 입영일이나 소집기일부터 다음 각 호의 기간이 지나도 입영하지 아니하거나 소집에 응하지 아니한 경우에는 3년 이하의 징역에 처한다. 다만 제53조 제2항에 따라 전시근로소집에 대비한 점검 통지서를 받은 사람이 정당한 사유 없이 지정된 일시의 점검에 참석하지 아니한 경우에는 6개월 이하의 징역이나 200만원 이하의 벌금 또는 구류에 처한다. 1. 현역입영은 3일”이라고 규정되어 있다.

제68조 제1항¹¹⁾의 헌법소원(이하에서 “권리구제형 헌법소원”으로 줄임)심판을 청구하였다.¹²⁾

2. 헌법재판소 재판관 9인의 견해 개관

2.1 헌법재판소 재판관 김희옥 · 김종대 · 민형기 · 목영준 · 송두환 5인의 견해 개관

먼저 헌법재판소 재판관 김희옥 · 김종대 · 민형기 · 목영준 · 송두환 5인은 헌법재판소 2007헌마1462 결정에 대한 사건이 권리구제형 헌법소원심판의 청구요건을 갖추었는지에 대해 송○옥이 2007년 12월 19일에 실시된 제17대 대통령선거에서 선거일 현재 병역법 제88조 제1항 제1호의 위반을 이유로 1년 6월의 징역형의 집행이 종료되지 아니하여 공직선거법 제18조 제1항 제2호로 인한 송○옥의 선거권 제한 사유에 해당하게 되었으므로, 이때부터 송○옥의 선거권 등의 기본권 침해 사유가 발생하였고, 송○옥이 이러한 사실을 알게 된 것도 그 무렵이므로, 이때부터 역수상 90일 이내인 2007년 12월 27일에 이 사건에 대한 헌법소원을 청구하였다는 사유로 송○옥의 헌법재판소 2007헌마1462 결정에 대한 사건이 권리구제형 헌법소원심판의 청구요건의 청구기간을 준수하였다고 보았다. 그리고 공직선거법 제18조 제1항 제2호의 위헌 여부에 대한 판단은 헌법질서의 수호 · 유지를 위하여 긴요한 사항으로서 헌법적으로 재차 이를 해명할 필요성이 있어 예외적으로 권리구제형

11) 헌법재판소법 제68조 제1항에서는 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 청구할 수 있다.”라고 규정되어 있다.

12) 헌법재판소 2009. 10. 29. 선고, 2007헌마1462 결정 중 1. 사건의 개요와 심판의 대상 중 가. 사건의 개요 부분 참조.

헌법소원심판의 청구요건 중 권리보호이익을 인정하였다.¹³⁾

이러한 전제 하에 헌법재판소 재판관 김희옥·김종대·민형기·목영준·송두환 5인은 공직선거법 제18조 제1항 제2호가 범죄에 대한 응보적 기능을 행하며, 수형자와 일반 국민으로 하여금 시민으로서의 책임성을 함양하고 법치주의에 대한 존중의식을 제고시켜 주는 기능을 한다는 점에서 동 규정의 입법의 목적은 정당하고, 방법의 적정성도 갖추었다고 보았다. 그러나 동 규정에 의한 선거권 제한의 대상 범위에 안기 자유형을 받은 자에게까지 전면적·일률적으로 그들의 선거권을 제한하여 동 규정의 적용을 받지 않을 수 있는 예외적인 수형자의 범위를 전혀 일체 인정하지 않고 있어 동 규정은 피해의 최소성에 반한다고 보았다. 이에 동 규정에 의한 수형자의 선거권 제한은 지나치게 광범위하고 범죄의 성격과 선거권 제한과의 직접적 연관성도 찾기 어려운 부분까지 포함시키고 있어 이로부터 달성하고자 하는 ‘중대한 범죄자에 대한 제재나 일반 시민들의 법치주의에 대한 존중의식 제고’ 등의 공익보다 이로 인하여 침해되는 ‘수형자 개인의 사익 또는 민주적 선거제도의 공익적 가치’가 더 크다고 보아 동 규정은 법익의 균형성도 상실하였다고 보았다. 이에 동 규정은 헌법 제37조 제2항에 위반되고, 헌법 제41조 제1항 및 제67조 제1항의 보통선거원칙에도 위반되어 수형자의 선거권과 평등권을 침해하여 위헌이라고 판시하였다.¹⁴⁾

2.2 헌법재판소 재판관 이공현·조대현·이동흡 3인의 견해 개관

먼저 헌법재판소 재판관 이공현·조대현·이동흡 3인은 헌법재판소 2007헌마1462 결정에 대한 사건이 권리구제형 헌법소원심판의 청구요

13) 헌법재판소 2009. 10. 29. 선고, 2007헌마1462 결정 중 3. 판단-가-(1) 부분 참조.

14) 헌법재판소 2009. 10. 29. 선고, 2007헌마1462 결정 중 1-가-(2)와 (3) 부분 참조.

건을 갖추었고, 공직선거법 제18조 제1항 제2호의 입법 목적이 정당하다는 것과 방법의 적정성에도 합치된다고 판시하였다.¹⁵⁾

그러나 헌법재판소 재판관 이공현·조대현·이동흡 3인은 위의 헌법재판소 재판관 김희옥·김종대·민형기·목영준·송두환 5인과는 달리 공직선거법 제18조 제1항 제2호는 집행유예 판결이 아닌 ‘금고 이상의 실행’을 선고 받아 형의 집행 중인 수형자에 대해 적용되는 것이므로, 이러한 중한 형벌을 선고받은 수형자에 대해 형의 집행기간 동안 선거권을 제한하는 것은 입법목적의 달성에 필요한 정도를 벗어난 과도한 것이라고 보기 어려워 최소 침해의 원칙에 반하지 않으며, 동 규정에 따른 수형자의 선거권의 제한 기간은 모든 수형자에게 일률적·획일적인 것이 아니라 각 수형자가 선고받은 형량(각 수형자의 형사책임의 경중)에 비례하며, 동 규정에 의해 달성하고자 하는 ‘중대한 범죄자에 대한 형사적 제재 및 일반 국민들의 법치주의에 대한 존중의식 제고’ 등의 공익은 수형자 개인의 형 집행기간 동안의 선거권 제한이라는 불이익에 비해 결코 작다고 할 수 없다는 점 등에 의해 동 규정은 법익균형의 원칙에도 합치되므로, 동 규정은 비례의 원칙에 위반되지 않아 송○옥의 선거권 등의 선거권을 침해하지 않는다는 사유로, 송○옥이 제기한 헌법재판소 2007헌마1462 결정은 기각해야 한다고 판시하였다.¹⁶⁾

2.3 헌법재판소 재판관 이강국 1인의 견해 개관

공직선거법 제18조 제1항 제2호는 형법 제43조 제2항의 효과를 반영한 것이므로, 동 규정에 의한 수형자의 선거권의 제한 침해 사유는 형법 제43조 제2항과 같이 판결이 확정된 때에 발생한다고 할 것이므로, 송○옥이 소위 양심적 병역거부를 이유로 병역법 제88조 제1항 제1호를

15) 본 논문의 II-2-2.1. 부분 참조.

16) 헌법재판소 2009. 10. 29. 선고, 2007헌마1462 결정 중 1-나-(2)와 (3) 부분 참조.

위반하여 서울 서부지방법원으로부터 2006년 11월 23일에 1년 6월의 징역형을 선고받아 그 형이 확정되어 공법상의 선거권 등의 자격이 정지된 때인 당일(2006년 11월 23일)로부터 1년이 경과된 2007년 12월 27일에 헌법재판소 2007헌마1462 결정에 대한 헌법소원심판을 청구한 것은 헌법재판소법 제69조 제1항 소정의 기본권의 침해 사유가 있는 날부터 1년 이내에 제기하여야 하는 권리구제형 헌법소원심판의 청구 기간을 준수하지 못하여 부적법하다는 사유로 본안 판단을 하지 않고 각하해야 한다고 판시하였다.¹⁷⁾

3. 송○옥의 헌법소원이 권리구제형 헌법소원심판의 청구요건을 갖추었는지의 여부

3.1 권리구제형 헌법소원심판의 청구요건에 대한 개관¹⁸⁾

헌법재판소는 헌법 제111조 제1항 제5호와 헌법재판소법 제68조 제1항에 의해 권리구제형 헌법소원심판권을 가지고 있는바, 이러한 권리구제형 헌법소원심판을 제기하기 위한 청구요건에 대해 살펴보면 먼저 ‘공권력의 행사나 불행사’로 인해 권리구제형 헌법소원심판을 청구하려는 자의 기본권이 침해되어야 한다. 여기서 ‘공권력의 행사나 불행사’란 국회에서 제정된 법률·조약·법규명령·행정부 내부에서만 효력이 있지 않은 행정규칙·대법원규칙·조례·진정입법부작위와 같은 입법권 및 행정소송의 대상이 되지 아니하는 행정행위·원행정처분을 심판의 대상으로 삼았던 법원의 재판이 예외적으로 헌법소원의 심판대

17) 헌법재판소 2009. 10. 29. 선고, 2007헌마1462 결정 중 1-다 부분 참조.

18) 이희훈, “경찰청장의 서울광장 통행제한행위에 대한 공법적 고찰-헌법재판소 2011. 06. 30. 선고, 2009헌마406 결정에 대한 평석-”, 일감법학 제21호(건국대학교 법학연구소, 2012. 2), 815쪽 이하.

상이 되어 그 재판 자체가 취소되는 때의 원행정처분¹⁹⁾·권력적 사실 행위²⁰⁾·통치행위²¹⁾·사법기관의 행정적 행위·행정입법부작위 등과 같은 행정권에 의한 작위와 부작위²²⁾를 뜻한다.²³⁾ 또한 침해된 기본권이 권리구제형 헌법소원심판의 청구인 자신에 대한 것이어야 한다는 것을 뜻하는 ‘자기관련성’의 요건과 침해된 기본권이 권리구제형 헌법소원심판의 청구인 자신이 간접적이거나 반사적 불이익을 받은 것이 아닌 직접적으로 침해받아야 한다는 것을 뜻하는 ‘직접성’의 요건 및 침해된 권리구제형 헌법소원심판의 청구인의 기본권이 현재 침해되어야 한다는 것을 뜻하는 ‘현재성’의 요건과 기본권에 대한 다른 구제절차가 없을 때에 한하여 권리구제형 헌법소원심판이 인정된다는 것을 뜻하는 ‘보충성’의 요건 및 권리구제형 헌법소원심판의 청구권자에 대한 권리의 보호이익이 필요하다는 것을 뜻하는 ‘권리보호의 이익’의 요건을 원칙적으로 갖추어야 권리구제형 헌법소원심판을 청구할 수 있다.²⁴⁾

3.2 송○옥의 헌법소원이 권리구제형 헌법소원심판의 청구요건을 갖추었는지에 대한 검토

먼저 송○옥은 소위 양심적 병역거부를 이유로 병역법 제88조 제1항 제1호의 위반으로 기소되어 2006년 11월 23일에 1년 6월의 징역형을 부과 받아 교도소에 수감 중에 공직선거법 제18조 제1항 제2호에 의해

19) 헌법재판소 1997. 12. 24. 선고, 96헌마172·173(병합) 결정.

20) 헌법재판소 1993. 7. 29. 선고, 89헌마31 결정.

21) 헌법재판소 1996. 2. 29. 선고, 93헌마186 결정.

22) 공권력의 불행사에 의한 헌법소원심판은 공권력의 주체에게 헌법에서 직접 도출되는 작위의무가 규정되어 있어 이에 근거하여 기본권 주체가 해당 공권력의 행사를 청구할 수 있음에도 불구하고 공권력의 주체가 그 의무를 해태하고 있을 때에 한하여 허용된다. 권영성, 헌법학원론(법문사, 2010), 1174쪽 이하.

23) 이에 대해 자세한 것은 정종섭, 헌법학원론(박영사, 2012), 1515쪽 이하.

24) 이러한 요건에 대해 자세한 것은 홍성방, 헌법학(하)(박영사, 2010), 361쪽 이하.

2007년 12월 19일에 실시된 제17대 대통령 선거에서 그의 선거권을 행사하지 못하게 되자, 이에 송○옥은 헌법재판소에 공직선거법 제18조 제1항 제2호에 의해 그의 선거권 등의 기본권이 침해된다는 사유로 헌법재판소에 권리구제형 헌법소원을 청구한 것이므로, 공직선거법 제18조 제1항 제2호의 적용을 받아 즉, 공직선거법 제18조 제1항 제2호이라는 법률(입법권)의 행사에 의해 송○옥의 선거권 등의 기본권이 침해된 것에 해당한다고 할 것인 바, 이러한 법률의 적용은 입법권의 행사의 일종으로서 권리구제형 헌법소원의 대상이 되는 ‘공권력의 행사’에 해당한다고 보는 것이 타당하다.

다음으로 이러한 공직선거법 제18조 제1항 제2호로 인해 2007년 12월 19일에 실시된 제17대 대통령 선거에서 그의 선거권을 행사하지 못하게 된 것이므로, 동 법률에 의해 송○옥 자신의 헌법상 선거권 등의 기본권이 직접 침해되어 권리구제형 헌법소원심판의 ‘자기관련성’과 ‘직접성’의 청구요건을 갖추었다고 보는 것이 타당하다.

그리고 현행법상 시행 중인 법률에 의해 즉, 입법권이라는 공권력의 행사에 의해 기본권이 직접 현재 침해되었을 때에 해당 법률의 위헌성을 이유로 그 법률의 폐지를 주장하여 기본권의 주체가 자신의 권리를 구제받을 수 있는 방법으로는 헌법재판소에 권리구제형 헌법소원을 청구하는 방법과 법원에 위헌법률심판을 헌법재판소에 제청해 줄 것을 신청하거나 또는 법원의 판사가 직권으로 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청신청을 하는 방법 밖에 없었던바, 송○옥은 법원에 교도소에 수감되기 전에 공직선거법 제18조 제1항 제2호에 의한 위헌법률심판을 헌법재판소에 제청해 줄 것을 법원의 판사에게 신청한 적이 없고, 법원의 판사가 직권으로 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청신청을 해 주지 않았으므로, 2006년 11월 23일부터 교도소에 수감 중에 동 규정에 의해 2007년 12월 19일에 실시된 제17대 대통령 선거에 투표를 할 수 없음을 알게 되었으므로, 교도소에 수감 중이었던 송○옥이 동 규정의 위헌성

을 헌법재판소에 주장하여 그의 선거권 등을 보호받을 수 있는 방법으로는 권리구제형 헌법소원밖에 없었다. 따라서 동 법률에 대해 송○옥이 헌법재판소에 2007년 12월 27일에 권리구제형 헌법소원을 청구한 것은 자신의 선거권 등의 기본권에 대한 다른 구제절차가 없을 때에 한하여 권리구제형 헌법소원심판이 인정된다는 것을 뜻하는 ‘보충성’이라는 권리구제형 헌법소원심판의 청구요건을 갖추었다고 보는 것이 타당하다.

또한 송○옥이 투표하고자 했던 제17대 대통령선거는 이미 헌법재판소에 2007년 12월 27일에 공직선거법 제18조 제1항 제2호에 대한 권리구제형 헌법소원을 송○옥이 청구하기 전인 2007년 12월 19일에 끝나고, 송○옥은 이미 2008년 5월 22일에 형기 만료로 출소하였다. 따라서 만약 송○옥이 2007년 12월 27일에 공직선거법 제18조 제1항 제2호에 대한 권리구제형 헌법소원의 청구가 헌법재판소에서 인용되더라도 송○옥의 주관적 권리구제는 불가능하게 되었고, 송○옥의 선거권 등의 기본권이 현재 침해되지 않는다고 볼 수 있다. 그러나 공직선거법 제18조 제1항 제2호에 의해 장차 송○옥 또는 교도소에 그 범죄의 종류나 경중 및 그 기간의 장단과 상관없이 금고 이상의 형을 선고 받고 교도소에 수감 중이거나 가석방 중이거나 또는 집행 유예 중인 자들은 그들의 선거권을 전면적·일률적으로 행사할 수 없게 되어 그들의 선거권 등의 기본권 침해가 발생될 것이 확실히 예상되므로, 권리구제형 헌법소원의 청구요건 중 현재성의 예외를 인정하여 권리구제형 헌법소원의 현재성 요건을 갖추었다²⁵⁾고 할 것이며, 향후에도 공직선거법 제18조 제1항 제2호에 의해 그들의 기본권 침해행위가 반복될 위험이 있거나 또는 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호·유지를 위해 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있다고 보아 즉, 헌법재판

25) 이러한 현재성 요건의 예외에 대해서는 헌법재판소 1990. 6. 25. 선고, 89헌마220 결정; 헌법재판소 2001. 2. 22. 선고, 2000헌마25 결정 등 참조.

의 객관적 헌법질서의 보장 기능을 인정하여 예외적으로 권리구제형 헌법소원의 청구요건 중 ‘권리보호의 이익’의 요건도 갖추었다²⁶⁾고 보는 것이 타당하다.

끝으로 헌법재판소법 제69조 제1항 전문에서 “제68조 제1항에 따른 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다.”라고 규정되어 있는바, 헌법재판소 2007헌마1462 결정에서 공직선거법 제18조 제1항 제2호는 법원에서 송○옥이 2006년 11월 23일에 1년 6월의 징역형을 부과 받기 전에 이미 시행되고 있었다. 그러던 중에 공직선거법 제18조 제1항 제2호에 의해 송○옥이 2007년 12월 19일에 제17대 대통령선거의 투표를 행하지 못하게 된 날부터 선거권 등의 기본권 침해를 받게 되었다고 보는 것이 타당하다. 따라서 2007년 12월 19일에 송○옥이 대통령선거에서 투표를 행할 수 없게 되었음을 안 날로부터 90일 안에 또는 2007년 12월 19일에 송○옥이 대통령선거에서 투표를 행할 수 없게 되어 송○옥의 선거권 등의 기본권이 침해된 날로부터 1년 이내에 송○옥이 헌법재판소에 권리구제형 헌법소원심판을 청구하였다면 이러한 헌법소원은 헌법재판소법 제69조 제1항 전문의 청구기간을 준수하였다고 볼 것이다. 이러한 점에 비추어 볼 때 송○옥은 2007년 12월 19일로부터 90일 이내 또는 1년 이내인 2007년 12월 27일에 공직선거법 제18조 제1항 제2호에 대한 권리구제형 헌법소원심판을 헌법재판소에 청구하였으므로, 송○옥이 청구한 헌법소원심판은 헌법재판소법 제69조 제1항 전문의 청구기간을 준수하였다고 보는 것이 타당하다.

이러한 사유로 헌법재판소의 2007헌마1462 결정에서 이강국 헌법재판소 재판관 1인이 본 사건에 대해 각하결정을 해야 한다고 본 것에 찬동할 수 없고, 이강국 헌법재판소 재판관을 제외한 8인의 헌법재판소

26) 이러한 권리보호 이익의 예외에 대해서는 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고, 92헌마 273 결정; 헌법재판소 2010. 6. 24. 선고, 2009헌마257 결정 등 참조.

재판관들이 송○옥의 권리구제형 헌법소원이 권리구제형 헌법소원심판의 청구요건을 갖추었다고 보아 본 사건에 대해 각하결정을 하지 않고 공직선거법 제18조 제1항 제2호에 대해 합헌인지 위헌인지를 본안 판단한 것이 타당하므로, 이강국 헌법재판소 재판관을 제외한 8인의 헌법재판소 재판관들이 공직선거법 제18조 제1항 제2호에 대해 본안 판단을 해야 한다고 판시한 견해에 찬동한다.

Ⅲ. 수형자의 선거권 제한에 대한 외국의 입법례와 시사점

1. 수형자의 선거권 제한에 대한 외국의 입법례

1.1 수형자의 선거권 제한을 인정하는 외국의 입법례

1.1.1 미국

미국은 수형자의 선거권에 대해 2006년을 기준으로 미국의 총 50개의 주(州) 중에서 메인(Maine) 주와 버몬트(Vermont) 주를 제외한 48개 주 및 1개의 콜롬비아 특별구에서 중범죄(felony)로 유죄판결을 받은 범죄자가 교도소 등에 수감되어 있는 동안에 그의 선거권을 박탈하는 규정(felon disenfranchisement law: 중범죄자 공민권(시민권) 박탈법)을 두고 있고, 선거에 관한 범죄로 법원에서 유죄판결을 받은 범죄자도 선거권을 제한하는 규정을 두고 있다.²⁷⁾

이렇듯 수형자의 선거권을 제한하는 규정을 두고 있는 미국의 49개 주 중에서 13개 주는 수형자의 수감기간 동안에만 선거권을 박탈하도록 규정하고 있고, 5개의 주는 수형자의 수감기간과 그의 가석방기간 동안

27) 오경식, “교도소 수형자의 선거권 부여 방안에 대한 연구”, 교정연구 제36호(한국교정학회, 2007. 9), 45쪽; 헌법재판소 2009. 10. 29. 선고, 2007헌마1462 결정 중 3. 판단-나-(1)-(나) 부분 참조.

선거권을 박탈하도록 규정하고 있으며, 18개 주는 수형자의 수감기간과 그의 가석방기간 및 그의 집행유예기간 동안에도 선거권을 박탈하도록 규정하고 있고, 그 밖의 13개 주에서는 형의 집행이 종료된 이후(예를 들면, 보호관찰 중인 경우)에도 선거권을 박탈하고 있는바, 이 중에서 6개 주는 중범죄자의 선거권을 영구히 박탈하는 규정을 두고 있다.²⁸⁾²⁹⁾

1.1.2 영국

영국은 1983년 국민대표법(Representation of the People Act 1983) 제3조 제1항에서 “(법원으로부터) 유죄를 선고받은 자는 그가 교도소에 구금되어 있는 동안에 국회의원선거나 지방자치선거에 투표할 수 없다.”라고 규정하고 있는바, 이 규정에 대해 2005년 10월 6일에 유럽인권재판소 대심판정(a Grand Chamber)은 범죄의 종류나 형기에 상관없이 모든 수형자들을 수감 중에 선거권을 박탈한다는 사유로 유럽 인권협약 제1의정서 제3조에 반하여 수형자의 선거권을 침해하는 위헌적 규정이라고 판시하였다.³⁰⁾ 이에 따라 영국 의회는 동 규정을 개정하여 수형자에게 선거권을 부여하는 법안을 계속 논의하였고, 법무장관인 도미니크 그리브(Dominic Grieve)는 2005년 10월 6일에 유럽인권재판소 대심판정

28) 헌법재판소 2009. 10. 29. 선고, 2007헌마1462 결정 중 3.판단-나-(1)-(나) 부분 참조.

29) 참고로 미국 연방대법원은 1974년에 수형자의 선거권 제한과 관련하여 Richardson v. Ramirez 사건에서 반란이나 기타 중범죄를 저지른 경우에 그들에 대한 선거권을 박탈시키는 근거 규정인 캘리포니아 주 헌법 제20조 제1항과 캘리포니아 주 선거법 규정은 미국 연방수정헌법 제14조의 평등보호조항에 위반되지 않아 합헌이라고 판시하였다. 이러한 Richardson v. Ramirez 사건의 개요는 다음과 같다. 즉, 1974년 당시 캘리포니아 주 헌법 제20조 제1항과 캘리포니아 주 선거법 이 뇌물, 위증, 문서의 위조, 독직(瀆職), 기타 중범죄를 저질러 법원으로부터 유죄 선고를 받은 자에게 선거권을 박탈하도록 규정하였는바, 이 규정들에 의해 캘리포니아 주의 수형자들이 자신들의 선거권이 박탈되자, 이 규정들은 자신들(캘리포니아 주의 수형자들)의 미국 연방수정헌법 제14조의 평등보호조항에 위반되는 위헌적 규정이라고 주장한 사건이었다. Richardson v. Ramirez, 418 U.S. 24(1974).

30) Hirst v. The United Kingdom (NO. 2) 74025/01(2005) ECHR 681.

의 동 규정에 대한 위헌 판결에 따라 동 규정을 개정하여 수형자에게 선거권을 주어야 한다고 영국 의회를 압박하여 이러한 내용을 주요골자로 하는 법안이 영국 하원에 제출되었지만, 2011년 2월 10일에 영국 하원에서 이러한 수형자에게 선거권을 부여하자는 것을 주요 골자로 하는 법안은 끝내 통과되지 못하여 2012년 12월 현재 동 규정은 수정 없이 그대로 규정되어 있다.

이 밖에 영국은 1983년 국민대표법(Representation of the People Act 1983)에서 선거에 관한 부패행위나 위법행위로 유죄선고를 받은 후에 부패행위의 경우에는 선고일로부터 5년, 위법행위의 경우에는 선고일로부터 3년이 경과하지 아니한 자와 정신병원에 감금된 범법자 및 비록 교도소에 감금되지 않더라도 불법적으로 도피 중인 자를 국회의원선거와 지방자치선거의 결격사유로 규정하고 있다.³¹⁾

1.1.3 프랑스

프랑스는 선거법전(Code électoral) 제7조에서 “형법 제321-1조와 제2조에서 규정한 범법행위의 은닉죄나 형법 제432-10조 또는 제432-16조 제433-1조 제433-2조, 433-3조, 제433-4조에 해당하는 범죄³²⁾에 의해서 유죄판결을 받은 자는 법원판결이 최종적이 된 날로부터 5년 동안 선거 인명부에 등록되지 아니한다.”라고 규정하여 수형자의 선거권을 제한하는 규정을 두고 있다.³³⁾

31) 장영수, “수형자의 선거권 제한(공직선거법 제18조 제1항 제2호)의 합헌성 여부에 대한 검토”, 고려법학 제54호(고려대학교 법학연구원, 2009. 9), 76쪽.

32) 프랑스 형법 제321-1조와 제2조에서 규정한 범법행위의 은닉죄나 형법 제432-10조 또는 제432-16조, 제433-1조, 제433-2조, 433-3조, 제433-4조에 해당하는 범죄가 구체적으로 어떤 범죄를 뜻하는지에 대해 자세한 것은 한동훈, “프랑스의 수형자·집행유예자, 선거범죄자에 대한 선거권 및 피선거권 제한”, (최신)외국법 제정보 2008-8호(한국법제연구원, 2008. 10), 90쪽 이하, 각주 8-13번.

33) 한동훈, 위의 논문, 88쪽.

1.1.4 일본

일본은 공직선거법 제11조 제1항 제2호-제5호까지 법원으로부터 금고 이상의 형을 선고받고 그 집행이 종료되지 아니한 자를(제2호), 동법 동조 동항 제3호에서 법원으로부터 금고 이상의 형을 선고 받은 후에 그 집행을 받지 않기로 확정되지 않은 자(형의 집행유예 중인 자는 제외됨)를(제3호), 공직에 있는 동안에 범한 형법 제197조-제197조의 4까지의 죄 또는 공직자 등에게 알선해 주는 행동에 의한 이득 등의 처벌에 관한 법률 제1조의 죄에 의해 형을 선고 받고 그 집행이 종료되지 아니한 자 또는 그 집행의 면제를 받은 사람으로 그 집행이 종료되거나 그 집행의 면제를 받은 날로부터 5년이 경과되지 않는 자 또는 그 형의 집행유예 중인 자를(제4호), 법률에 의해 행해지는 선거나 투표 및 이러한 선거 투표의 심사에 관한 범죄를 행하여 금고 이상의 형을 선고 받았을 때 그 기간 또는 그 형에 대한 집행유예 중인 자(제5호)에게 각각 선거권과 피선거권을 박탈하는 규정을 두고 있다.

1.1.5 기타 국가

이 밖에 수형자의 선거권 제한을 인정하는 국가로 먼저 아르헨티나, 바하마스, 바바도스, 브라질, 불가리아, 칠레, 시프러스, 에콰도르, 에스토니아, 헝가리, 인도, 라트비아, 룩셈부르크, 마다가스카르, 몽골, 파나마, 포르투갈, 세인트루시아, 사모아, 슬로바키아, 우루과이, 베네주엘라는 수형자가 법원으로부터 유죄 선고를 받은 기간의 장단(長短)에 관계 없이 모든 수형자의 선거권을 일률적·전면적으로 박탈하고 있다. 그리고 말리는 법원으로부터 형을 선고 받은 기간이 1개월 이상인 수형자의 선거권을 박탈하고 있다. 또한 자메이카는 형의 선고 기간이 6개월 이상인 수형자의 선거권을, 말타, 네덜란드, 필리핀, 트리니다드 토바고는 형의 선고 기간이 1년 이상인 수형자의 선거권을, 캐나다는 형의 선고 기간이 2년 이상인 수형자의 선거권을, 뉴질랜드는 형의 선고 기간이

3년 이상인 수형자의 선거권을, 벨기에는 형의 선고 기간이 4년 이상인 수형자의 선거권을, 호주는 형의 선고 기간이 5년 이상인 수형자의 선거권을 각각 그 형기에 따라 박탈하는 제한을 하고 있다.³⁴⁾

1.2 수형자의 선거권 제한을 부정하는 외국의 입법례

1.2.1 독일

독일은 형법 제45조 제1항에서 1년 이상의 형의 선고를 받은 자에게 자동적으로 5년간 공무원이 될 수 있는 자격과 공법상의 피선거권을 박탈하도록 규정하고 있으므로, 1년 이상의 형의 선고를 받은 자의 선거권을 박탈하지 않고 있다. 그리고 독일 형법 제45조 제2항과 제5항에서 법원으로 하여금 법률에 특별한 규정이 있는 경우(예를 들면, 독일 형법 제80조와 제80a조의 평화교란죄와 독일 형법 제81조 내지 제83a조의 내란죄 및 독일 형법 제84조 내지 제91조의 민주적 법치국가에 대한 범죄 등을 범한 수형자에게는 5년간 공무원이 될 수 있는 자격과 공법상의 피선거권 및 선거권 모두를 제한할 수 있도록 규정하고 있고, 독일 형법 제108c조의 선거 방해죄 등 선거 범죄를 범한 수형자에게는 일정기간 선거권과 피선거권의 제한을 할 수 있도록 규정하고 있으며, 독일 형법 제358조의 뇌물죄 등을 범한 수형자에게는 공무원이 될 수 있는 자격만 제한할 수 있도록 규정하고 있음)에 한하여 유죄판결을 받은 자에게 일정한 기간(2년-5년)을 정하여 그 자의 선거권이나 피선거권 또는 공무담임권을 제한할 수 있도록 규정하고 있다. 또한 독일 형법상 어느 범죄를 범한 수형자에 대해 선거권을 제한할 수 있도록 선고할 것인가는 독일 형법의 각칙상 개별 범죄구성요건에서 각각 규정하고 있으며, 독일 연방선거법 제13조 제1호에서 법원의 판결에 의해 선거권

34) 중앙선거관리위원회, 외국의 선거제도 비교분석집 I, (중앙선거관리위원회, 2005), 76쪽.

을 상실한 자를 선거권 결격사유의 하나로 규정하고 있다. 그리고 여기서 독일 법원이 판결에 의해 수형자의 선거권을 박탈시키는 제한을 행하려는 경우에 그 판단기준으로는 일반예방과 특별예방, 특히 그 범죄자에게 공격적인 역할이나 권한을 맡길 수 있는가 하는 점을 중요하게 고려한다.³⁵⁾

1.2.2 스웨덴

스웨덴은 선거법 제1장 제2조에 의해 선거일을 기준으로 금치산자와 후견 하에 있는 자를 제외하고,³⁶⁾ 선거일을 기준으로 18세 이상의 스웨덴에 거주하고 있는 국민과 과거에 스웨덴 주민으로 등록되었던 국민에게 선거권을 부여하도록 규정하고 있으므로, 수형자는 동 규정에 의해 그들의 선거권을 제한받지 아니하고 선거권을 행사할 수 있다.³⁷⁾

1.2.3 기타 국가

이 밖에 수형자의 선거권 제한을 부정하는 국가로 사우디아라비아는 사우디 지방의회 선거에서 교도소에 수감 중인 수형자를 포함하여 21세 이상의 유권자 등록을 한 사우디 국적을 가진 남자에게 선거권을 부여하고 비밀투표를 보장하는 규정을 두고 있다.³⁸⁾

그리고 핀란드는 선거에 관한 범죄를 저질러 법원으로부터 유죄판결을 받지 않은 수형자라면 교도소 안에서 투표를 할 수 있도록 규정하고 있고, 뉴질랜드도 선거일을 기준으로 3년 이내에 불법선거운동을 하여 법원으로부터 유죄판결을 받지 않은 수형자라면 교도소 등에서 투표를 할 수 있도록 규정하고 있다.³⁹⁾

35) 이호중, “수형자의 선거권 제한의 위헌성”, 비교형사법연구 제11권 제1호(한국비교형사법학회, 2009. 7), 332쪽 이하.

36) 오경식, 앞의 논문, 49쪽.

37) 중앙선거관리위원회, 앞의 책, 74쪽.

38) 오경식, 앞의 논문, 50쪽.

39) 중앙선거관리위원회, 앞의 책, 75쪽.

2. 시사점 검토

이상에서 살펴본 것처럼⁴⁰⁾ 전 세계적으로 각국마다 수형자에 대해 선거권을 제한하는 것을 법적으로 인정할 것인지의 여부 및 그 제한을 인정한다는 전제 하에 구체적인 그 제한의 범위와 방법 등이 각국의 역사적 경험과 형사법 체계 및 국민의 범죄에 대한 법 감정 등의 구체적 실정에 따라 다양하게 결정⁴¹⁾되어 있음을 알 수 있다.

이에 대해 우리나라는 현재 1년 이상의 금고 이상의 형을 선고 받은 수형자에게 선거권을 일률적·전면적으로 박탈하는 제한을 하도록 규정하고 있다. 그러나 우리나라와 같이 수형자의 선거권의 제한을 인정하는 다른 국가들은 다음과 같이 우리나라처럼 일률적·전면적으로 수형자에 대해 선거권을 제한하지 않고 있어 비례의 원칙에 비추어 볼 때 수형자의 선거권의 제한을 과도하지 않게 하여 수형자의 선거권이라는 기본권의 침해가 최소화 되도록 입법적 노력을 하고 있음을 우리에게 시사해 준다.

먼저, 미국의 경우 총 50개의 주와 1개의 콜롬비아 특별구 중에서 수형자의 수감기간 동안에만 선거권을 제한하고 있는 13개 주와 수형자의 수감기간과 그 자의 가석방기간 동안에만 선거권을 제한하고 있는 5개의 주 및 메인 주와 버몬트 주의 2개 주에서는 수형자의 선거권을 제한하는 규정을 두지 않아 수형자의 선거권을 우리나라보다 상대적으로 넓게 인정해 주고 있음을 알 수 있다.

다음으로 영국의 경우에 1983년 국민대표법 제3조 제1항에서 범죄자가 집행유예를 선고받거나 수형자가 가석방이 되면 제한되었던 선거권을 다시 부여해 주고 있는바, 이는 우리나라보다 수형자의 선거권 제한

40) 본 논문의 III-1번 참조.

41) 헌법재판소 2009. 10. 29. 선고, 2007헌마1462 결정 중 3.판단-나-(1)-(나) 부분 참조.

의 범위(정도)를 최소화하고 있었음을 알 수 있다.

그리고 프랑스의 경우 교도소에 구금 중인 수형자들 중 특정한 범죄를 저지른 수형자에게만 5년 동안 선거권을 제한하고 있고, 범죄자가 집행유예를 선고받거나 수형자가 가석방이 되었을 때 그 자의 선거권을 제한하는 규정을 두고 있지 않아 우리나라보다 수형자의 선거권 제한의 범위(정도)를 훨씬 최소화 하고 있음을 알 수 있다.

또한 독일의 경우 1년 이상의 형을 선고받은 수형자에게 자동적으로 선거권을 박탈시키지 않고 있고, 특정한 범죄를 저지른 수형자에 한해서 일정기간(2년-5년) 동안에만 선거권을 제한하고 있으며, 이렇게 수형자의 선거권을 제한하려고 할 때에도 법원 판사가 그 수형자에게 공적인 역할이나 권한을 맡길 수 있는지를 고려하여 그 선거권의 제한을 판결로 인정해 줄 때에 한하여 수형자의 선거권이 제한될 수 있다는 점에 비추어 볼 때 우리나라보다 수형자의 선거권 제한의 대상과 범위 및 정도를 훨씬 최소화 하고 있음을 알 수 있다.

이 밖에 일본의 경우 선거범죄 등 특정한 범죄의 저지른 경우를 제외한 형의 집행유예 중인 자에게는 그 자의 선거권을 제한하지 않고 있고, 핀란드와 뉴질랜드 등과 같이 선거범죄로 인하여 수감 중이 아닌 수형자에게 선거권을 인정해 주고 있으며, 사우디아라비아는 교도소에 수감 중인 21세 이상의 유권자 등록을 한 사우디 국적을 가진 남자 수형자에게 선거권을 인정해 주고 있고, 수형자의 형기에 따라 수형자의 선거권을 제한하고 있다는 점에 비추어 볼 때 우리나라처럼 1년 이상의 금고 이상의 형을 선고 받은 수형자에게 선거권을 일률적·전면적으로 박탈하는 제한을 하지 않고 있어 수형자의 선거권의 제한을 과도하지 않게 하여 수형자의 선거권의 침해를 최소화시키고 있음을 알 수 있다.

Ⅳ. 공직선거법상 수형자의 선거권 제한 규정에 대한 목적의 정당성 여부

1. 공직선거법상 수형자의 선거권 제한 규정의 목적이 정당하다는 견해

공직선거법상 수형자의 선거권 제한 규정의 입법 목적이 정당하다는 견해는 대체적으로 다음과 같은 근거를 들고 있다.

먼저 시민들이 사회공동체를 구성하고 그 사회를 유지하기 위해서 자신들의 권한을 사회에 위임하였고, 이렇게 시민들이 사회에 자신들의 권한을 위임한 것은 사회 공동체의 최고의 선을 추구하고 보장받기 위해서이며, 이러한 사회의 유지 및 사회공동체의 계속적 운영을 책임지는 기관인 의회는 사회 공공의 가치를 지키기 위한 법률을 제정할 의무를 부담하고 있는바, 이렇게 의회가 제정한 법률을 위반한 범죄자는 장래의 공동사회의 결정 과정에 참여할 수 있는 권리 즉, 선거권을 향유할 수 없다고 보는 것이 타당한바, 이렇듯 로크의 사회계약론에 비추어 볼 때 수형자의 선거권은 수형자의 시민으로서의 무자격성을 이유로 박탈할 수 있다고 할 것이므로,⁴²⁾ 사회공동체의 구성원으로서 반드시 지켜야 할 기본적 의무를 저버린 행위자 즉, 수형자에게까지 그 공동체의 운용을 주도하는 통치조직의 구성에 직·간접으로 참여토록 하는 것은 바람직하지 않다는 점을 근거로 공직선거법상 수형자의 선거권 제한 규정의 입법 목적이 정당하다는 견해가 있다.⁴³⁾

그리고 선거권은 민주시민으로서의 자격을 전제로 하는 중요한 기본권으로 수형자가 교도소에 수감 중이어서 아직 충분히 교화되지 않은

42) 조소영, “수형자의 선거권 제한에 대한 합헌성 심사 구조의 검토”, 헌법학연구 제16권 제4호(한국헌법학회, 2010. 12), 330쪽 이하.

43) 헌법재판소 2004. 03. 25. 선고, 2002헌마11 결정.

상태에서 그 자에게 사회인으로서의 권리행사부터 미리 인정할 수 없다는 점, 수형자는 사회에 대한 강한 불만과 불신을 가지고 있어 수형자의 정치적 의사표현이 정당하게 형성되지 않을 개연성이 있으므로, 수형자들의 선거참여가 올바른 민의의 형성을 통한 합리적 대표자 선출에 기여할 것으로 보기 어렵다는 점, 수형자에게는 선거권의 행사를 위한 충분한 정보제공이 어렵다는 점, 구금시설내의 부재자 투표를 인정할 경우에는 외부정보의 통제 등으로 인하여 특정 정당이나 후보자에게 유리한 정보만을 수형자에게 전달하여 주는 경우에 교정시설 관리자의 영향력에 의하여 수형자의 정치적 의사형성이 왜곡될 수밖에 없게 되어 선거의 공정성을 해칠 우려가 있다는 점을 근거로 공직선거법상 수형자의 선거권 제한 규정의 입법 목적이 정당하다는 견해가 있다.⁴⁴⁾

또한 만약 어떤 공직 선거에서 근소한 표 차이로 당락이 결정되는 경우에 수형자들이 결정권(casting vote)을 행사할 수도 있는 것은 납득하기 어렵다는 점과 공직선거법상 수형자들에게 선거권을 박탈하는 제한을 하는 것은 범죄자에 대해 가해지는 형사적 제재의 연장으로서, 범죄에 대한 응보적 기능을 가지게 되어 입법자가 중대한 범죄에 대해 적정한 형벌 또는 제재로서 추구할 수 있는 유효한 목적이 될 수 있다는 점 및 수형자에 대해 그 자가 선고받은 생명형이나 자유형과는 별도로 선거권을 박탈하여 수형자 자신을 포함하여 일반 국민으로 하여금 민주 시민으로서의 책임성을 함양토록 해 주고, 법치주의에 대한 존중의식, 즉 준법정신을 제고시켜 줄 수 있다는 점을 근거로 공직선거법상 수형자의 선거권 제한 규정의 입법 목적이 정당하다는 견해가 있다.⁴⁵⁾

44) 장영수, 앞의 논문, 74쪽, 79쪽.

45) 헌법재판소 2009. 10. 29. 선고, 2007헌마1462 결정에서 이강국 헌법재판소 재판관 1인을 제외 한 8인의 헌법재판소 재판관의 견해 참조.

2. 비판적 검토

헌법 제24조에서 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다.”라고 규정되어 있다. 여기서 선거란 헌법 제1조의 국민주권주의에 기초한 국민의 주권적 의사의 표현행위를 뜻하는바,⁴⁶⁾ 민주적 정당성을 확보할 수 있게 해 준다는 점에서 오늘날 국가가 대의민주주의를 실현하는 데 있어 선거는 필수불가결한 행위이므로,⁴⁷⁾ 국민이 선거에 참여하여 그 의사를 표현할 기회와 자유를 국가는 최대한 보장되어야 한다.⁴⁸⁾ 그러므로 헌법상 선거권은 국민주권과 민주주의를 실현시켜 주는 매우 중요한 기본권에 속하기 때문에 보통선거의 원칙에 따라 선거권자의 능력, 재산, 사회적 지위 등의 실질적인 요소를 배제하고 성년자이면 누구에게나 당연히 보장되어야 한다.⁴⁹⁾ 따라서 일정 연령에 도달한 국민이라면 수형자를 포함하여 그 누구라도 보통선거의 원칙에 의해 선거의 결과에 영향을 미칠 수 있고 또 영향을 미칠 수 있어야 한다.⁵⁰⁾

즉, 다원주의를 바탕으로 한 자유민주주의의 국가에서는 선거를 통하여 국민의 의사가 얼마나 굴절 없이 정당하게 반영되느냐의 여부에 통치권의 정당성과 정통성이 담보된다고 할 것이다. 따라서 수형자나 전과자를 선거의 순수성이나 공정성을 해하는 이물질이나 선거에 참여해서는 안 될 부적절한 존재로 간주하여 공직선거법 제18조 제1항 제2호에서 일률적·전면적으로 그들의 선거권을 박탈하는 것은 오히려 보통선거의 원칙을 부정하고 선거의 공정성을 해치는 것이며, 형사책임을 지는 것과 주권을 행사하는 것은 차원이 전혀 다른 문제라고 할

46) 성낙인, 헌법학(법문사, 2012), 201쪽.

47) 허 영, 한국헌법론(박영사, 2010), 764쪽.

48) 헌법재판소 1999. 11. 25. 선고, 98헌마141 결정.

49) 헌법재판소 2009. 10. 29. 선고, 2007헌마1462 결정 중 【이 위】 -2-가. 부분 참조.

50) 헌법재판소 2009. 10. 29. 선고, 2007헌마1462 결정 중 3.판단-가-(2)-(나) 부분 참조.

것이므로, 수형자나 전과자의 형사전력을 이유로 선거권을 제한하려는 공직선거법 제18조 제1항 제2호의 입법 목적은 정당하지 않다고 봄이 타당하다.⁵¹⁾ 따라서 수형자에게 선거권을 인정한다면 선거의 결과에 영향을 미칠 수 있기 때문에 그들의 선거권을 박탈하는 제한 규정의 입법 목적이 정당하다고 보는 견해는 보통선거의 원칙에 위반되는 헌법상 타당하지 않은 견해라고 하겠다.⁵²⁾

그리고 타인의 법익을 침해했다는 이유만으로 수형자에게 포괄적으로 시민으로서의 자격을 박탈할 수 있다는 로크의 사회계약론을 기초로 한 ‘포괄적인 시민자격박탈’의 관념을 통해 수형자에게 선거권을 박탈하는 제한을 하는 규정의 입법 목적이 정당하다고 보는 견해는 모든 국민을 동등한 기본권 주체로 인정하고 있는 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 및 헌법 제11조의 평등의 이념에 전혀 합치되지 않아 헌법적으로 타당하지 않아 그 설득력이 떨어지는 견해라고 하겠다.⁵³⁾

또한 오늘날 행형의 목적인 수형자의 재사회화는 수형자의 교정·교화를 통해 사회에서 건전한 시민으로서의 책임감을 가지고 사회생활을 할 수 있도록 해 주는 것인바, 현행처럼 수형자로 하여금 교도소의 수감 중에 선거에 참여할 기회를 전혀 부여하지 않다가 교도소에서 출소한 후에 선거에 참여할 수 있게 한다면 이때 생기는 문화적 충격과 사회구성원으로서의 이질감이 그들로 하여금 자책감이나 무력감 또는 사회적 박탈감이나 소외감을 더 크게 갖도록 할 것이므로, 공직선거법 제18조 제1항 제2호에서 수형자의 선거권을 일률적·전면적으로 제한하는 것은 수형자에 대한 재사회화 기능을 할 수 없어 그 입법의 목적이 정당하지 않다고 봄이 타당하고,⁵⁴⁾ 공직선거법 제18조 제1항 제2호에서 수형

51) 오경식, 앞의 논문, 63쪽.

52) 헌법재판소 2007. 6. 28. 선고, 2004헌마644, 2005헌마360(병합) 결정.

53) 이호중, 앞의 논문, 340쪽.

54) 오경식, 앞의 논문, 47쪽; 이호중, 위의 논문, 342쪽 이하.

자의 선거권 제한 규정에 의해 범죄를 의도한 자가 징역이나 금고형의 형사처벌을 받을 것을 두려워해서가 아닌 징역이나 금고형의 형사처벌에 부수적인 효과인 선거권을 제한받을 것이 두려워서 범죄를 행하지 않는 자는 거의 없어 범죄에 대한 일반예방효과도 아예 없거나 또는 극히 미미하다고 할 것이므로, 그 입법 목적의 정당성을 인정할 수 없다고 봄이 타당하다.⁵⁵⁾

이 밖에 수형자는 반드시 반사회적 성향을 가지고 있다는 그 실체가 분명하지 않아 객관적인 통계나 수치화할 수 없는 이유를 근거로 하여 수형자의 선거권을 제한하려는 공직선거법 제18조 제1항 제2호의 입법 목적이 정당하다고 보는 견해는 타당하지 않고,⁵⁶⁾ 2012년 현재 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제47조에 의해 수형자는 신문이나 잡지 또는 도서의 구독을 자비로 신청할 수 있으며, 교도소장은 출판물 화산업 진흥법에 의한 유해간행물인 경우를 제외하고 그 구독신청을 허가해 주어야 하고, 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제48조에 제1항에 의해 수형자도 라디오의 청취와 텔레비전의 시청을 할 수 있다는 점 등에 비추어 볼 때 수형자에게 선거권의 행사를 위한 충분한 정보제공이 어렵거나 교도관들이 선거에 대한 왜곡된 정보를 수형자들에게 제공하여 수형자들로 하여금 그릇된 정보를 바탕으로 또는 교도관들의 강압에 의해 선거토록 하여 선거의 공정성을 해칠 수 있다는 우려⁵⁷⁾가 있어 수형자의 선거권을 제한하는 공직선거법 제18조 제1항 제2호의 입법의 목적이 정당하다는 견해는 타당하지 않다.⁵⁸⁾

55) 이호중, 위의 논문, 344쪽.

56) 헌법재판소 2009. 10. 29. 선고, 2007헌마1462 결정 중 【이유】-2-가. 부분 참조.

57) 만약 교정시설 공무원들이 법적 의무를 위반하여 수형자들에게 선거에 있어 특정 후보나 정당에게 투표할 것을 강요하거나 선거에 관한 정보를 왜곡하여 전달하는 경우에는 해당 공무원들에게 엄중한 법적 책임을 물어 그에 상응하는 징계조치를 하거나 형사처벌을 하면 될 것이기 때문에 이를 이유로 수형자에게 선거권을 제한하는 것이 정당하다고 보는 견해는 타당하지 않다. 이호중, 앞의 논문, 351쪽.

V. 공직선거법상 수형자의 선거권 제한 규정이 비례의 원칙에 위반되는지 여부

1. 비례의 원칙 개관

헌법상 ‘비례의 원칙’은 헌법 제37조 제2항에 의한 기본권 제한의 입법의 한계 원리로서,⁵⁹⁾ 기본권을 제한하는 법률이 비례의 원칙에 비추어 합헌이 되려면 기본권을 제한하는 법률이 국가안전보장이나 질서 유지 또는 공공복리라는 목적을 달성하기 위하여 입법자가 선택한 수단은 그 목적을 실현하는 데 적합해야 한다는 것을 뜻하는 ‘수단의 적합성’ 원칙과 입법자가 국가안전보장이나 질서유지 또는 공공복리라는 목적을 달성하기 위해 적합한 여러 개의 수단이 있을 때 이러한 여러 개의 적합한 수단들 중 개인의 기본권을 가장 적게 제한하면서 그 법률이 달성하려는 목적을 달성할 수 있는 수단을 선택해야 한다는 것을 뜻하는 ‘최소 침해의 원칙’ 및 기본권을 제한하는 조치에 의해 달성하려는 공익과 침해되는 사익 간에 비교형량을 했을 때 보호하려는 공익이 침해되는 사익보다 더 커야 하거나 또는 최소한 균형관계에 있어야 기본권을 제한하는 법률은 합헌이 된다는 것을 뜻하는 ‘법익 균형의 원칙’으로 구성된다.⁶⁰⁾

58) 이호중, 위의 논문, 347쪽 이하.

59) 비례의 원칙은 헌법 제37조 제2항에서 ‘필요한 경우에 한하여’라는 기본권을 제한하는 입법의 목적에 대한 방법적 통제에 그 중점이 있다고 할 것이다. 이희훈, “집회 및 시위에 관한 법률 제5조 제1항에 대한 연구-헌재 2010. 4. 29, 2008헌바118 결정에 대한 평석을 겸하여-”, 헌법학연구 제16권 제3호(한국헌법학회, 2010. 9), 559쪽 이하. 따라서 본 논문에서는 헌법재판소에서 보통 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙을 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성으로 나누는 것과는 달리 수형자의 선거권을 일률적·전면적으로 제한하고 있는 공직선거법 제18조 제1항 제2호의 입법 목적의 정당성에 대한 부분은 별도로 IV-1번과 IV-2번에서 검토하였음을 밝힌다.

2. 공직선거법상 수형자의 선거권 제한 규정이 비례의 원칙에 위반되지 않는다는 견해

공직선거법상 수형자의 선거권 제한 규정이 비례의 원칙에 위반되지 않는다는 견해의 근거는 다음과 같다.

먼저 공직선거법 제18조 제1항 제2호에서 선택하고 있는 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니하거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자에게 일률적전면적으로 그들의 선거권을 박탈하도록 하는 수단(방법)은 동 규정의 입법 목적인 공동체 구성원으로서 반드시 지켜야 할 이러한 기본적인 의무를 저버린 금고 이상의 형에 처해진 중한 범죄자들에 대해 선거권의 제한이라는 형사적 제재를 가하여 범죄를 예방하고, 일반 국민으로 하여금 공동체 구성원으로서 책임성과 준법의식을 기르고 갖추도록 하는 것을 달성하는 데 조금이라도 기여하므로, 동 규정은 비례의 원칙 중 수단의 적합성 원칙에 위반되지 않는다고 한다.⁶¹⁾

다음으로 과실범이 만약 금고 이상의 실형을 선고받은 경우에는 동일한 형을 선고받거나 더 가벼운 형을 선고받은 고의범보다 그 비난가능성이 결코 작다고 볼 수 없기 때문에 공직선거법 제18조 제1항 제2호의 적용 대상(범위)에 과실범의 경우를 제외하지 않고, 금고 이상의 실형이라는 선고형을 기준으로 수형자의 선거권을 제한하도록 규정

60) 이러한 비례의 원칙에 대해 자세한 것은 권영성, 앞의 책, 352쪽 이하; 김철수, 헌법학개론(박영사, 2007), 437쪽 이하; 성낙인, 앞의 책, 372쪽 이하; 이희훈, “일반 교통방해죄와 외교기관 인근 집회·시위 금지에 대한 헌법적 평가-헌법재판소 2010. 3. 25. 선고, 2009헌가2 결정과 헌법 재판소 2010. 10. 28. 선고, 2010헌마111 결정에 대한 비판을 중심으로-”, 공법연구 제39집 제3호(한국공법학회, 2011. 2), 284쪽 이하; 전광석, 한국헌법론(집현재, 2011), 236쪽 이하; 허영, 앞의 책, 290쪽 이하; 홍완식, “헌법재판소의 결정을 통해 본 입법의 원칙”, 헌법학연구 제15권 제4호(한국헌법학회, 2009. 12), 504쪽 이하.

61) 헌법재판소 2009. 10. 29. 선고, 2007헌마1462 결정 중 3. 판단-나-(4)-(가) 부분 참조.

한 것은 형사책임의 경중에 따른 구분으로서 합리적인 것이어서 동 규정은 비례의 원칙 중 최소 침해의 원칙에 위반되지 않는다고 한다. 그리고 법률에서 선거권을 제한할 때 반드시 민주주의 등 헌법질서를 부정하는 반국가적인 성격을 가진 범죄나 선거권 제한과 직접 관련이 있는 범죄에 대해서만 부과해야 하는 것은 아니고, 개인적 법익에 대한 범죄라도 개별 범죄의 죄질, 불법 정도 등에 따라 사회질서를 크게 해칠 수 있으므로, 개인적 법익에 대한 모든 범죄가 언제나 국가적·사회적 법익에 대한 범죄보다 국가공동체에 미치는 해악이 결코 작다고 단정할 수 없기 때문에 공직선거법 제18조 제1항 제2호의 적용 대상(범위)에서 개인적 법익을 범한 경우를 제외하지 않았다는 사유로 동 규정이 비례의 원칙 중 최소 침해의 원칙에 위반된다고 볼 수는 없다고 한다. 또한 단기자유형을 선고받은 수형자가 5년을 주기로 실시되는 대통령선거나 4년을 주기로 실시되는 국회의원선거 및 지방자치단체장과 지방의원 선거에서 실제로 선거권을 행사할 수 없게 될 가능성은 높지 않고, 비록 형의 집행기간 중에 선거일이 도래하여 수형자의 선거권의 행사가 제한되더라도 수형자의 선거권 제한은 거의 1-2회 정도에 불과할 것이므로, 공직선거법 제18조 제1항 제2호의 적용 대상(범위)에서 단기자유형을 선고 받은 수형자를 제외하지 않았다는 사유로 동 규정이 비례의 원칙 중 최소 침해의 원칙에 위반된다고 볼 수는 없다고 한다. 이 밖에 수형자가 이미 금고 이상의 형을 선고받았을 때 그 형의 집행이 종료될 때까지 예정되어 있던 선거권의 제한이라는 별도의 형사적 제재를 사후에 면제해 주는 예외조항을 법률에 둘 것인지의 여부는 수형자의 기본권 제한의 문제가 아니고, 입법자가 입법정책적으로 결정할 사항에 불과하다는 점에서 공직선거법 제18조 제1항 제2호의 적용 대상(범위)에서 가석방자를 제외하지 않았다는 사유로 동 규정이 비례의 원칙 중 최소 침해의 원칙에 위반된다고 볼 수 없다고 한다.⁶²⁾

끝으로 수형자가 선거권을 행사하지 못하는 것은 수형자 자신의 범죄 행위로 인한 것으로서, 수형자 자신의 책임으로 인하여 일정한 기본권의 제한을 받는 것이기 때문에 공직선거법 제18조 제1항 제2호에서 금고이상의 형을 선고받은 수형자의 선거권을 제한하여 보호하려는 선거의 공정성 및 형벌집행의 실효성 확보 및 범죄의 예방과 일반 국민에게 사회적 책임성 및 준법의식의 함양 및 제고라는 공익이 동 규정에 의해 금고 이상의 형을 선고받은 수형자가 선거권을 행사하지 못함으로써 입게 되는 그 자의 선거권 등의 침해의 불이익보다 크다고 할 것이므로, 동 규정은 비례의 원칙 중 법익 균형의 원칙에 반하지 않는다고 한다.⁶²⁾

3. 비판적 검토

위에서 살펴보았듯이⁶⁴⁾ 공직선거법 제18조 제1항 제2호의 입법의 목적이 정당하지 않다고 봄이 타당하다. 그러나 만약 동 규정의 입법의 목적이 정당하다고 보더라도 아래와 같은 사유로 동 규정을 비례의 원칙 중 최소 침해의 원칙과 법익 균형의 원칙에 반하는 위헌적 규정이라고 보는 것이 타당하다.

즉, 만약 공직선거법 제18조 제1항 제2호의 입법의 목적을 정당하다고 가정하면 동 규정에서 선택하고 있는 금고이상의 형을 선고받은 수형자에 대한 일률적·전면적인 선거권의 제한이라는 수단이나 방법은 동 규정의 입법의 목적을 실현하는 데 조금이라도 기여하므로, 동 규정은 비례의 원칙 중 수단의 적합성 원칙에는 반하지 않는다고 할 것이다.

그러나 공직선거법 제18조 제1항 제2호에서는 금고 이상의 형을 선고받은 수형자에게 다음과 같이 형벌의 종류나 죄질 및 형기의 장단

62) 헌법재판소 2009. 10. 29. 선고, 2007헌마1462 결정 중 3.판단-나-(4)-(다) 부분 참조.

63) 헌법재판소 2004. 3. 25. 선고, 2002헌마411 결정.

64) 본 논문의 IV-2번 참조.

등을 고려하지 않고 일률적·전면적으로 그들의 선거권을 박탈하는 제한을 하고 있다는 점에 의해 비례의 원칙 중 최소 침해의 원칙에 반한다고 봄이 타당하다.

먼저 공직선거법 제18조 제1항 제2호에서 금고 이상의 형을 선고받은 수형자의 선거권 박탈이라는 제한이 금고 이상의 형에 대한 집행유예를 선고받은 초범인 수형자 또는 몇 개월의 단기형을 선고받은 수형자와 어떻게 사형이나 무기징역형을 선고받은 극악한 범죄를 저지른 상습범과 구분 없이 동일하게 그들의 선거권을 제한하는 것은 수형자의 선거권을 과도하게 침해하는 위헌적 규정이라고 봄이 타당하다. 즉, 동 규정은 수형자의 선거권의 제한 대상이나 범위에 사형확정자, 무기징역 또는 무기금고를 선고받고 그 집행을 위하여 교정시설에 구금된 자, 1개월-25년까지 다양한 형기의 유기징역 또는 유기금고를 선고받고 그 집행을 위하여 교정시설에 구금된 자를 포괄하여 일률적·전면적으로 그들의 선거권을 광범위하게 제한하고 있어 비례의 원칙 중 최소 침해의 원칙에 반한다고 할 것이다.⁶⁵⁾ 이와 관련하여 유럽인권재판소 대심판정(a Grand Chamber)이 영국의 1983년 국민대표법 제3조 제1항에 대해 범죄의 종류나 형기에 상관없이 모든 수형자들을 수감 중에 일률적·전면적으로 선거권을 박탈하도록 한 규정이 유럽 인권협약 제1의정서 제3조에 반하여 수형자의 선거권을 침해하는 위헌적 규정이라고 판시한 것을 잊지 말아야 할 것이다.

다음으로 공직선거법 제18조 제1항 제2호에서 선거의 공정성과 형벌 집행을 실효성 확보 및 범죄의 예방과 일반 국민에게 사회적 책임성 및 준법의식의 함양 및 제고시키기 위한 특정한 종류의 범죄를 저지른 수형자에 한해서만 일정한 기간(2년-5년 등)을 정하여 선거권을 제한하지 않고, 동 규정에서 금고 이상의 형을 선고받은 수형자들에게 일률

65) 헌법재판소 2009. 10. 29. 선고, 2007헌마1462 결정 중 3.판단-가-(2)-(다)-2) 부분 참조.

적·전면적으로 그들의 형을 선고받은 기간 동안 계속해서 선거권을 제한하는 것은 수형자의 선거권을 과도하게 침해하는 위헌적 규정이라고 봄이 타당하다. 즉, 과실범으로서 금고형을 선고받은 수형자는 범죄행위의 불법성의 정도가 고의범에 비하여 현저하게 경미하다고 할 것인바, 예를 들어, 과실로 교통사고를 일으켜 교통사고처리특례법 위반죄로 금고형을 선고받은 자 등 과실범은 범죄를 인식하거나 의도하지 아니한 자이므로, 국가 공동체의 법질서를 해친다는 인식이나 의도가 없는 자라고 할 것이어서 이러한 과실범에게까지 공직선거법 제18조 제1항 제2호에서 고의범과 같이 자동적으로 선거권을 제한하는 것은 과도한 제한으로서, 동 규정은 비례의 원칙 중 최소 침해의 원칙에 반한다고 봄이 타당하다.⁶⁶⁾

그리고 공직선거법 제18조 제1항 제2호에서는 범죄자가 집행유예를 선고받거나 수형자가 가석방이 되더라도 교도소에 수감 중에 제한받았던 선거권을 다시 부여해 주는 예외를 두지 않고, 금고 이상의 형을 선고받은 수형자에게 일률적·전면적으로 선거권을 제한하여 수형자에게 재사회화의 기능 및 민주 시민으로서의 책임감 있게 생활해 나갈 수 있는 능력을 갖추 수 없게 하거나 떨어뜨린다는 점에서 동 규정은 비례의 원칙 중 최소 침해의 원칙에 반한다고 봄이 타당하다.

또한 공직선거법 제18조 제1항 제2호에서 금고 이상의 형을 선고받은 수형자의 선거권을 자동적으로 박탈하는 제한을 하도록 규정할 것이 아니라, 수형자의 선거권을 제한하려고 할 때에는 법원 판사로 하여금 수형자에게 선거권을 부여해도 되는지를 고려하여 판결로 그 자의 선거권의 제한 여부를 결정할 수 있도록 규정하지 않고 있다는 점에 비추어 볼 때 동 규정은 비례의 원칙 중 최소 침해의 원칙에 반한다고 봄이 타당하다.⁶⁷⁾

66) 헌법재판소 2009. 10. 29. 선고, 2007헌마1462 결정 중 3.판단-가-(2)-(다)-3) 부분 참조.

이러한 사유로 공직선거법 제18조 제1항 제2호에서 금고 이상의 형을 선고받은 수형자의 선거권을 자동적으로 일률적·전면적으로 제한하는 규정으로 인하여 침해되는 수형자의 선거권 등의 기본권의 침해의 정도가 동 규정으로 인하여 보호하려는 선거의 공정성과 형벌집행의 실효성 확보 및 범죄의 예방과 일반 국민에게 사회적 책임성 및 준법의식의 함양 및 제고라는 공익의 정도 보다 크다고 할 것이어서, 동 규정은 비례의 원칙 중 법익 균형의 원칙에 반한다고 봄이 타당하다.

Ⅵ. 결 론

이상에서 살펴본 것처럼,⁶⁸⁾ 헌법재판소는 공직선거법 제18조 제1항 제2호에 대해 2009년 10월 29일에 2007헌마1462 결정에서 헌법재판소 재판관 중 1인의 위헌 의견이 부족하여 동 규정에 대해 그 당시에 위헌 결정을 내리지 못하여 2012년 현재까지 금고 이상의 형을 선고받은 수형자는 그 범죄의 종류나 죄질의 정도 또는 그 형기의 장단이나 가석방 또는 집행유예의 여부 등과 상관없이 자동적으로 일률적·전면적으

67) 이 밖에 범죄의 동기와 행태는 매우 다양하기 때문에 모든 수형자들이 반사회적 성향을 가지고 있 다고 단정이나 확정 또는 실증할 수 없는바, 수형자의 반사회적 성향으로 인하여 선거의 공정성을 해칠 수 있다는 사유로 공직선거법 제18조 제1항 제2호에서 수형자의 선거권을 전면적·일률적으로 제한하는 것은 비례의 원칙에 반하는 것이며, 수형자에게 특정 후보자에게 투표할 것을 강요하거나 선거에 관한 정보를 왜곡하여 수형자에게 전달하여 선거의 공정성을 해친 교정시설의 관리자들에게는 징계나 형사처벌을 부과하여 이러한 문제를 해결해야 할 것이지, 그러한 선거부정행위의 피해자라 할 수 있는 수형자에게 그 책임을 전가하여 교정시설의 관리자에 의한 투표의 강요 및 선거 관련 정보의 왜곡 등에 의해 선거의 공정성이 해치게 될 수 있다는 사유로 공직선거법 제18조 제1항 제2호에서 수형자의 선거권을 전면적·일률적으로 제한하는 것은 비례의 원칙에 반한다는 견해가 있다. 이호중, 앞의 논문, 345쪽 이하.

68) 본 논문의 II-2-2.1번 참조.

로 선거권이 박탈되는 제한을 받고 있다.

그러나 위에서 살펴본 것처럼⁶⁹⁾ 공직선거법 제18조 제1항 제2호의 입법의 목적은 정당하지 않고, 설사 동 규정의 입법의 목적이 정당하다고 보더라도 동 규정에서 금고 이상의 형을 선고받은 수형자는 그 범죄의 종류나 죄질의 정도 또는 그 형기의 장단이나 가석방 또는 집행유예의 여부 등을 고려하지 않고 수형자의 선거권을 일률적·전면적으로 제한하고 있다는 점과 금고 이상의 형을 선고받은 수형자이더라도 동 규정에 의해 자동적으로 선거권을 제한할 것이 아니라 판사로 하여금 수형자가 선거권을 행사토록 하는 것이 바람직한지를 고려하여 개별적으로 수형자의 선거권을 제한할 수 있게 규정하지 않고 있어 동 규정은 비례의 원칙에 반하는 위헌적 규정이라고 할 것이다.

따라서 향후 우리나라는 공직선거법 제18조 제1항 제2호에서 수형자의 선거권을 일률적·전면적·자동적으로 박탈하는 제한 규정을 입법부가 삭제해 버리거나 또는 동 규정에 대해 헌법재판소가 위헌으로 결정하여 없애 버리는 것이 바람직하다. 설사 동 규정을 계속 존치시키더라도 향후 독일 등과 같이 범죄의 종류나 죄질의 정도 또는 그 형기의 장단이나 가석방 또는 집행유예의 여부나 선거권의 제한 여부를 판사가 각 사건마다 개별적으로 검토하여 결정토록 하거나 수형자에 대한 선거권의 제한기간을 일정한 기간 동안에만 할 수 있도록 예외적 규정을 두는 개정을 하는 것이 바람직하다. 이러한 사유로 헌법재판소의 2007 헌마1462 결정에서 헌법재판소 재판관 김희옥·김종대·민형기·목영준·송두환 5인의 공직선거법 제18조 제1항 제2호에 대한 위헌의견에 찬동하고, 이들 5인을 제외한 헌법재판소 재판관들 3인의 동 규정에 대한 합헌 의견과 1인의 각하의견에 찬동하지 않는다.

69) 본 논문의 IV-2번과 V-3번 참조.

(투고일 2012년 12월 31일, 심사(의뢰)일 2013년 1월 25일, 게재확정일 2013년 2월 12일)

주제어 : 공직선거법, 수형자, 선거권, 보통선거의 원칙, 비례의 원칙

참고문헌

1. 단행본

- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010.
김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2012.
전광석, 한국헌법론, 집현재, 2011.
정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2012.
중앙선거관리위원회, 외국의 선거제도 비교분석집 I, 중앙선거관리위원회, 2005.
허영, 한국헌법론, 박영사, 2010.
홍성방, 헌법학(하), 박영사, 2010.

2. 논문

- 오경식, “교도소 수형자의 선거권 부여 방안에 대한 연구”, 교정연구 제36호, 한국교정학회, 2007. 9, 43-69쪽.
이호중, “수형자의 선거권 제한의 위헌성”, 비교형사법연구 제11권 제1호, 한국비교형사법학회, 2009. 7, 329-362쪽.
이희훈, “집회 및 시위에 관한 법률 제5조 제1항에 대한 연구－헌재 2010. 4. 29, 2008헌바118 결정에 대한 평석을 겸하여－”, 헌법학연구 제16권 제3호, 한국헌법학회, 2010. 9, 539-571쪽.
_____, “일반 교통방해죄와 외교기관 인근 집회·시위 금지에 대한 헌법적 평가－헌법재판소 2010. 3. 25. 선고, 2009헌가2 결정과 헌법재판소 2010. 10. 28. 선고, 2010헌마111 결정에 대한 비판을 중심으로－”, 공법연구 제39집 제3호, 한국공법학회,

2011. 2, 265-292쪽.

_____, “경찰청장의 서울광장 통행제지행위에 대한 공법적 고찰—헌법재판소 2011. 6. 30. 선고, 2009헌마406 결정에 대한 평석—”, 일감법학 제21호, 건국대학교 법학연구소, 2012. 2, 811-847쪽.

장영수, “수형자의 선거권 제한(공직선거법 제18조 제1항 제2호)의 합헌성 여부에 대한 검토”, 고려법학 제54호, 고려대학교 법학연구원, 2009. 9, 65-85쪽.

조소영, “수형자의 선거권 제한에 대한 합헌성 심사 구조의 검토”, 헌법학연구 제16권 제4호, 한국헌법학회, 2010. 12, 323-361쪽.

한동훈, “프랑스의 수형자·집행유예자, 선거범죄자에 대한 선거권 및 피선거권 제한”, (최신)외국법제정보 2008-8호, 한국법제연구원, 2008. 10, 86-92쪽.

홍완식, “헌법재판소의 결정을 통해 본 입법의 원칙”, 헌법학연구 제15권 제4호, 한국헌법학회, 2009. 12, 487-520쪽.

3. 기타

아시아경제, “18대 대선 개표완료…朴 51.55% · 사상 첫 과반 · 女대통령”, <<http://media.daum.net/politics/assembly/newsview?newsid=20121220060507689>>, 검색일 : 2012.12.20.

연합뉴스, “범죄 경중따라 수형자 선거권 부여해야”, <<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2011/03/14/0200000000AKR20110314088500004.HTML?did=1179m>>, 검색일 : 2012.12.20.

한겨레, “수형자 선거제한 헌법소원, 이번에는…”, <http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/530035.html>, 검색일 : 2012.12.20.

[Abstract]

**A Constitutional Study on the Restriction of
the Right to Vote of the Prisoner in
the Public Office Election Law**

**—Combined with the Annotation of the Conclusion of
the Constitutional Court 2009. 10. 29. Sentence,
2007Hun—Ma1462—**

Hie-Houn Lee*

It is not proper that constitutional court decided to be constitutionality for the article 18, clause 1, number 2 of the Public Office Election Law by 2007Hun-Ma1462 decision. This is because the purpose of a legislation of this same rule is not fair for the following reason. Namely, it makes it difficult for their re-socialization to restrict the right to vote of the prisoner whom a sentence caught punishment more than imprisonment. And it is not useful for the general prevention of a crime to restrict the right to vote of the prisoner whom a sentence caught punishment more than imprisonment. Moreover, the anxiety to hurt fairness of the election that depended on antisocial inclination of a prisoner is never demonstrated. Also, this same rule uniformly or entirely restricts the right to vote of a prisoner excessively without thinking of any exception such as type of a crime, degree of quality of a crime, long or short of a penalty period, a parolee or a probationer and so on. Besides, this same rule uniformly or entirely restricts the right

* Assistant Professor, Department of Law at Sunmoon University

to vote of a prisoner without prescribing it so that a judge gives the right to vote of a prisoner to every case individually. Therefore, this same rule is violated a principle of balancing test. So, our country must abolish this same rule or revise it not to uniformly, entirely and automatically restricts the right to vote of a prisoner whom a sentence caught punishment more than imprisonment from now on.

Key Words : public office election law, prisoner, right to vote, principle of universal suffrage, principle of balancing test

