

## 26. 재외국민의 참정권 사건

<헌재 2007. 6.28. 2004헌마644·2005헌마360(병합), 판례집 19-1, 859>

### 가. 사건의 배경

이 사건은 각종 선거법에서 대통령·국회의원 선거권, 국민투표권 등의 행사를 위해서는 국내에 거주할 것을 요건으로 함으로써 국외거주자가 이들 참정권을 행사할 수 없도록 한 공직선거법 및 국민투표법 조항, 그리고 국내거주 재외국민에게 지방선거 선거권 및 피선거권을 인정하지 않는 지방선거법 조항 대하여 헌법불합치 결정을 한 사건이다.

청구인들은 모두 대한민국 국적을 보유한 일본 영주권자들이거나 미국 또는 캐나다 영주권자들인데, 각종 선거법 및 국민투표법 조항들이 국민인 재외국민 또는 국외거주자가 참정권을 행사할 수 없도록 규정한 것이 청구인들의 기본권을 침해한다고 주장하면서 헌법소원심판을 청구하였다.

### 나. 결정의 주요내용

#### 1) 결정의 요지

이 사건 심판대상인 법률조항은 선거권 내지 국민투표권 행사에 주민등록 등 국내거주의 요건을 요구하는 것인데, 헌법재판소는 재판관 전원일치의 의견으로 이들 조항들이 헌법상 보장된 선거권, 평등권, 보통선거의 원칙 등을 침해하는 것이라고 판단하였다. 재판부는 이 사건 법률조항들이 단순위헌으로 선언되어 즉시 효력을 상실하면 주민등록을 요건으로 하는 선거인명부 작성이 불가능하게 되어 다가올 선거를 제대로 실시할 수 없게 되는 법적 혼란상태를 초래할 가능성이 있으므로 헌법불합치 결정을 하였다.

헌법불합치 결정된 조항들은 구체적으로는 다음의 네가지로 나누어 볼 수 있다.

첫째, 국내에 주민등록이 되어 있지 않고서는 국회의원과 대통령의 선거에서 선거권을 행사할 수 없도록 하는 공직선거법 조항

둘째, 국회의원과 대통령 선거의 부재자 투표를 하기 위한 부재자 신고를 국내 거주자에 대하여만 허용하는 공직선거법 조항

셋째, 국내에 주소를 두고 있는 재외국민의 경우에 지방선거의 선거권 및 피선거권을 인정하지 아니하는 지방선거법 조항

넷째, 국내에 주민등록이 되어 있지 않고서는 국민투표권을 행사할 수 없도록 하는 국민투표법 조항

#### 2) 쟁점에 대한 결정내용

가) 대통령·국회의원 선거권을 제한하는 공직선거법 조항

헌법 제24조는 모든 국민은 ‘법률이 정하는 바에 의하여’ 선거권을 가진다고 규정하고 있다. 따라서 입법자는 선거권을 최대한 보장하는 방향으로 입법을 하여야 하며, 선거권을 제한하는 입법은 헌법 제37조 제2항의 규정에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요하고 불가피한 예외적인 경우에만 그 제한이 정당화될 수 있으며, 그 경우에도 선거권의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

공직선거법 규정에 의해 국내에 ‘주민등록이 되어 있지 않은 자’는 선거권을 행사할 수 없게 되므로, 이 규정은 외형상 선거절차에 관한 규율의 형태를 취하고 있지만 실질적으로는 주민등록이 되어 있지 않은 자의 국정선거권 행사를 불가능하게 하는 법적 효과를 발휘하고 있다.

헌법재판소는 1999. 1. 28. 선고 97헌마253등 결정에서 재외국민의 선거권을 인정하였을 경우 선거의 공정성을 확보하기 어려우며, 선거기술상으로 보아도 법률에 규정된 선거운동기간 내에 외국에 있는 모든 국민에게 선거의 실시와 후보자를 홍보하고, 선거운동을 하는 것이 실무상 불가능하다는 등의 이유로 이와 같은 내용의 선거법 조항에 대하여 합헌으로 판단하였다.

그러나 선거의 공정성을 확보하는 것은 일차적으로 국가의 과제이므로, 선거의 공정성에 대한 우려가 있다는 이유로 민주주의의 기본조건인 선거권 행사를 특정 국민들에 대해 부정할 수는 없다는 점, 선거기술상의 어려움은 정보통신기술의 발달 등으로 극복할 수 있다는 점 등을 고려하여 볼 때 헌법재판소의 종전 결정은 변경될 필요가 있다.

단지 주민등록이 되어 있는지 여부에 따라 선거인명부에 오를 자격을 결정하여 그에 따라 선거권 행사 여부가 결정되도록 함으로써, 주민등록법상 주민등록을 할 수 없는 재외국민의 선거권 행사를 전면적으로 부정하고 있는 공직선거법 조항은 헌법 제37조 제2항에 위반하여 재외국민의 선거권과 평등권을 침해하고 보통선거원칙에 위배된다.

나) 대통령·국회의원 선거의 부재자 투표권을 제한하는 공직선거법 조항

헌법재판소는 1999. 3. 25. 선고 97헌마99 결정에서, 해외거주자들에 대하여 부재자투표를 인정할 경우 선거비용이 증가한다는 점, 해외거주자들은 스스로의 선택에 의하여 출국한 사람들이라는 점을 고려하여 볼 때 국내거주자에 대해서만 부재자 투표를 허용하는 조항이 헌법에 위반되지 않는 것으로 판단하였다.

그러나 선거비용의 부담 우려만으로 국민의 선거권 행사를 제한하는 것은 더 이상 타당성을 인정하기 어려우며, 자진출국한 자들이라고 해서 선거권 행사를 못하도록 하는 것은 해외체류자의 직업의 자유 등의 기본권을 희생하도록 강요하는 것이라는 점 등을 고려할 때 위 결정 내용은 변경되어야 한다.

결국, 선거인명부에 오를 자격이 있는 국내거주자에 대해서만 부재자신고를 허용함으로써 재외국민과 단기해외체류자 등 국외거주자 전부에 대해 국정선거권의 행사 가능성을 부인하고 있는 공직선거법 조항은 헌법 제37조 제2항에 위반하여 국외거주자의 선거권과 평등권을 침해하고 보통선거원칙에 위반된다.

다) 지방선거의 선거권 및 피선거권을 제한하는 지방선거법 조항

지방선거법 조항은 ‘주민등록이 되어 있지 않은 국내거주 재외국민’으로부터 지방선거에서의 선거권과 피선거권을 박탈하고 있다.

관계법령에 의하면 국내거주 재외국민은 거소신고를 할 수 있을 뿐 주민등록을 할 수 있는 방법은 없다. ‘주민등록이 되어 있는 국민인 주민’과 ‘주민등록을 하지 못하는 재외국민인 주민’은 주민등록이 되어 있는지 여부에 대한 차이만 존재할 뿐, 국민의 신분을 가지고 있는 지방자치단체의 주민이라는 점에서 차이가 없다. 따라서 국내거주 재외국민에 대해서 주민등록만을 기준으로 그 체류기간을 불문하고 전면적, 획일적으로 지방선거권을 박탈하는 조항은 헌법상 평등원칙에 어긋날 뿐 아니라 헌법 제37조 제2항이 요구하는 기본권제한의 한계를 넘은 것으로 국내거주 재외국민의 평등권과 지방의회 의원선거권을 침해한다.

또한 ‘주민등록’을 기준으로 지방선거 피선거권 자격을 결정함으로써, 지방자치단체의 주민으로 생활하면서 밀접한 이해관계를 가지고 있는 재외국민에게 지방선거 피선거권을 전면적으로 부정하고 있는 지방선거법 조항은 합리적인 사유에 기한 차별이라고 할 수 없어 국내거주 재외국민의 공무담임권을 침해한다.

라) 국민투표권의 경우

국민투표는 국가의 중요정책이나 헌법개정안에 대해 주권자로서의 국민이 그 승인 여부를 결정하는 절차인데, 주권자인 국민의 지위에 아무런 영향을 미칠 수 없는 주민등록 여부만을 기준으로 하여 재외국민의 국민투표권 행사를 전면적으로 배제하는 국민투표법 조항은 공직선거법상 국정선거권의 제한에 대한 판단에서와 동일한 이유로 청구인들의 국민투표권을 침해한다.

## 다. 사후경과

헌법재판소는 이 사건 결정으로써 재외국민에게 선거권을 부인하는 공직선거법 조항이 합헌이라고 하였던 종전의 1991. 1. 28. 선고 97헌마253등 결정을 변경했다.

헌법재판소가 이 사건 판단을 하기 전 정치권에서는 재외국민에게 선거권을 부여해야 한다는 원칙에 대하여는 의견을 같이하고 있었으나, 구체적으로 선거권을 인정하는 범위에서는 정당간의 이해관계가 대립되어 합의에 난항을 겪어왔다. 이 사건 결정이 선고되자 각 정당은 일제히 환영의 논평을 발표하였다.