

---

# 정주외국인의 피선거권 도입 가능성에 관한 연구

이윤환\*

## A Study on the Possibility of Introducing Electoral Eligibility for Permanent Alien Residents

Youn-Hwan Lee\*

**요 약** 오늘날 우리의 경제규모 확대와 세계화의 흐름에 의해서 국내에 장기 거주하는 외국인이 날로 증가하고 있다. 장기거주외국인들은 본국의 국적을 그대로 가지면서 생활하지만 체류국의 정치적 결정에 의해 생활에 중대한 영향을 받고 있다. 외국인에게 참정권이 인정되지 않는 것은 국민주권의 원리상 당연한 것으로 치부되어 왔지만 국민주권원리의 동요, 선진외국의 동향, 국가와 지방자치단체의 성질상의 차이, 혹은 외국인의 실태 등을 근거로 해서 외국인이기 때문에 참정권이 부정된다는 주장에 대해 반론이 꾸준히 제기되어 왔다. 지방선거에서 외국인에게 선거권을 허용한 이상 피선거권만을 제한하는 현행 공직선거법의 태도는 특별한 이유 없이 선거권과 피선거권을 차별하는 불합리한 입법태도라고 지적할 수 있다. 선거권과 피선거권을 달리 취급해야 할 합리적 이유가 없는 데도 외국인에게 피선거권은 부여하지 않는 것은 불합리한 차별이다. 본고에서는 외국인에 대한 참정권부여를 둘러싸고 벌어지는 헌법적 논점에 관하여 서술하고 일본을 비롯한 유럽각국의 입법례를 살펴본 다음 외국인 참정권 중에서 피선거권을 중심으로 우리 공직선거법의 도입가능성을 검토해 보고자 한다.

**주제어** : 정주외국인, 인권, 선거권, 피선거권, 지방선거, 영주권

**Abstract** With increase of Korean economy scale and globalization, permanent alien residents in Korea are increasing day by day. Living in Korea, they maintain their original nationalities, but their life in Korea is greatly affected by political decision made by Korea. It has been taken for granted that foreigners's suffrage were not recognized due to national sovereignty. The claim that foreigners should not be allowed to participate in government has constantly been met with counterargument on the basis of instability of sovereignty principle, trends of advanced countries, intrinsic differences between federal and regional governments, or actual state of foreigners. It is unreasonable to deal with foreigners' suffrage and eligibility for election differently in that the current public offices election law does not allow foreigners to be eligible for election without any special reason while allowing foreigners to vote in the local election. It is discrimination against foreigners not to allow foreigners to be eligible for election when there is no rationale to differently deal with foreigners' suffrage and eligibility for election. This paper deals with constitutional argument regarding foreigners' electoral eligibility, takes a look at legislative cases of Japanese and European countries, and examines possibilities of including foreigners' eligibility for election in our public offices election law.

**Key Words** : permanent alien residents, human rights, voting rights, electoral eligibility, local election, permanent residency

---

### 1. 문제의 제기

오늘날 우리의 경제규모 확대와 세계화의 흐름에 의해서 국내에 장기 거주하는 외국인이 날로 증가하고 있

다. 지구촌시대의 도래와 함께 경제발전과 광역화에 의해 사람들은 국경을 넘어 직업을 찾고, 거기서 정주하고 세금을 내고 그들 가족을 불러들이거나 현지에서 결혼하여 2세를 출산하고 있다. 그 나라의 언어를 사용하면서

---

\*건양대학교 국방경찰행정학부 교수

논문접수: 2013년 1월 8일, 1차 수정을 거쳐, 심사완료: 2013년 1월 30일, 확정일: 2013년 3월 20일

그 나라 국민과 동등한 생활을 하게 된 것이다. 이들 장기거주외국인들은 본국의 국적을 그대로 가지면서 생활하지만 체류국의 정치적 결정에 의해 생활에 중대한 영향을 받고 있다.

21세기는 이민의 시대라 불린지 오래이다. 주된 요인으로 경제의 세계화를 꼽을 수 있으며 이것이 상품, 자본, 정보, 이미지 등과 함께 주로 노동자들의 전 지구적인 이주를 촉진시켰다. 우리의 경우도 급격한 국제화와 노동력 부족 등의 이유로 외국인 노동자가 급증하고 있을 뿐 아니라 결혼이민자들의 증가로 인하여 2011년 현재 출입국관리소 통계에 의하면 우리나라에 등록된 외국인수가 982,861명으로 100만 명에 육박하고 있으며 영주자격(F-5)을 가진 외국인수도 64,979명에 달하고 있다[6].

이와 같은 우리사회의 발전과 변화는 이들에 대한 새로운 차원에서의 법적 지위보장문제가 제기되었고, 이들을 우리사회에 어떻게 통합시킬 것인가 하는 방안의 일환으로서 참정권보장문제가 대두되었던 것이다.

권리의 성질상 외국인에게는 보장되지 않는 인권으로서 통상 거론되고 있는 것이 입국의 자유, 사회권적 기본권, 참정권 등이다. 참정권에 관한 한 외국인에게 이를 인정한다는 것은 국민주권원리에 반하는 것으로서 이를 부정하는 것이 지금까지 대다수학설의 입장이었다. 참정권 행사는 민주주의 사회에서 정책적 변화를 이끌어 내는 힘을 가지며 정치활동의 광범위한 자유를 위해 가장 기본적으로 행사되어야 할 권리다. 현대인권사상의 발달은 기본권면에서 내외국인의 구별을 점차 축소하고 있으며 외국인도 내국인과 동등한 처우를 할 것을 요청하고 있다.

본고에서 연구의 대상으로 삼고자 하는 외국인은 그 생활실체에 있어서 자기의 국적까지도 포함한 어떤 나라보다도 거주국과 깊이 결합되어 있고, 그 점에서는 해당국에 거주하는 국민과 동등한 입장에 있지만 국적을 갖지 않은 자 즉, 일시적 체재자나 통과시민이 아니라 「국적없는 내국인」, 「귀화되지 않은 내국인」으로서의 정주외국인이다.

우리나라에서도 외국인 인권에 관한 세계적 추세를 반영하여 2005년 공직선거법을 개정하여 2006년 5월 31일 실시한 지방선거에서 우리나라 영주권을 취득하고 3년 이상 거주한 19세 이상의 외국인 6,726명에게 선거권을 부여했다. 하지만 피선거권은 여전히 부여되지 않고 있다.

지금까지 외국인 선거권에 관한 논의에 있어서 일단

양해사항으로 되어 왔던 점은 첫째로 국정선거와 지방선거를 구분하고 둘째로는 선거권과 피선거권을 구분하는 것이었다. 그 중에서도 대부분이 지방선거와 선거권에 집중되어 왔다. 외국인에게 선거권을 부여하지만 피선거권을 부여할 수 없다는 것이 우리 공직선거법의 입장이지만 어떠한 근거로 선거권과 피선거권을 구분하고 있는지는 명확하지 않으며 학계에서도 이 부분에 대한 논의가 충분히 이루어지고 있지 않은 것으로 보인다.

헌법재판소는 “피선거권의 행사도 선거권과 마찬가지로 국민의 주권행사의 한 양식이다[7]. 그렇기 때문에 피선거권 제한의 합헌성심사에 선거권과는 다른 심사기준을 적용해야 할 이유가 없다[8].”라고 판시함으로써 민주적 선거의 원칙들이 능동적 선거권은 물론 피선거권에도 마찬가지로 적용된다고 보고 있다. 이러한 헌법재판소의 판례는 선거권과 피선거권을 제한하는 경우 합헌성심사에서 다른 심사기준을 적용해서는 안된다는 것으로 외국인에게 피선거권을 제한해야 하는가를 판단하는 입장에서 참고할 판례라고 볼 수 있다.

본고에서는 외국인에 대한 지방선거 피선거권의 부여가 헌법상 허용될 수 있는지 여부와 찬반주장의 논거에 대하여 검토해 보고자 한다.

## II. 외국인 피선거권에 관한 각국의 논의

### 1. 우리나라

외국인에 대한 피선거권 부여문제에 관한 우리 학계의 입장은 아직도 부정적인 것으로 보인다. 김철수 교수는 참정권은 국가내적 실정권으로서 국민의 권리이므로 원칙적으로 外國人에게 인정되지 않는다고 하면서 정주외국인에 대해서는 지방자치단체의 선거권을 인정하는 경향이 있음을 소개하고 있고[2] 권영성 교수도 정치적 기본권은 국민주권의 원리에 따라 국민의 권리이기 때문에 외국인에게 인정되지 않는다고 하고 있다[1]. 허영 교수는 외국인이라 하더라도 하나의 생활공동체 내에서 그들의 동화를 촉진시킬 수 있고 또 자국민의 동화적 통합을 해치지 않는 범위 내에서 기본권주체성을 인정할 수 있다고 전제하면서 외국인에게 참정권을 인정하는 것은 우리 사회가 추구하는 동화적 통합의 방향에 그릇된 영향을 미칠 가능성이 있기 때문에 허용될 수 없다고 하고 있다[5]. 그러나 참정권을 국정차원과 지방차원으로

구분하여 지방참정권까지 확실하게 부정하고 있는 것인지는 확인할 수 없다. 성낙인 교수는 현행 공직선거법상 지방자치선거에서 일정한 요건을 갖춘 외국인에게 선거권을 인정하는 것은 당해 지방의 주민으로서 자신의 일상생활과 밀접한 관련성이 있는 공공사무를 처리하는 과정에 참여하는 것이므로 자연스러운 것이라고 인정하면서 국정선거에 있어 참정권은 외국인에게 인정할 수 없다[3]고 하고 있다.

우리학계를 비롯한 정치권에서 외국인의 선거권에 관한 논의는 점차 많이 이루어지고 있지만 외국인의 피선거권을 다루고 있는 학자는 별로 눈에 띄지 않는다. 그 이유로서는 선거권문제와 비교해서 피선거권에 관해서는 현실성과 절박성이 떨어지기 때문이 아닐까 생각한다.

## 2. 일본

### 2.1 판례검토

일본에서 외국인에게 선거권을 부여하는 것은 국정선거나 지방선거를 불문하고 헌법상 금지되어 있다고 보는 것이 상식에 속하였지만, 1995년 2월28일 日本最高裁判所는 定住外國人の 地方參政權에 대하여 주목할 만한 判決을 내렸다. 그 내용을 보면 “헌법 제93조 제2항의 주민은 지방공공단체의 구역 내에 주소를 가진 일본국민을 의미하는 것이라고 해석하는 것이 상당하고 이 규정은 일본에 在留하는 외국인에 대하여 선거권을 보장하는 것이라고 할 수 없다. 그러나 헌법 제8장의 지방자치에 관한 규정은 민주주의사회에 있어서 지방자치의 중요성에 비추어 주민의 일상생활에 밀접한 관련이 있는 공공사무는 그 지방주민의 의사에 기초하여 지방공공단체가 처리하는 정치형태를 제도적으로 보장하는 취지라고 해석되기 때문에 일본재류외국인 가운데 영주자 등 거주지역 지방공공단체와 특별히 밀접한 관계를 가지고 있다고 인정되는 자의 의사를 지방공공단체의 공공사무처리에 반영시켜야 하고, 법률로서 지방공공단체의 長과 의회위원에 대한 선거권을 부여하는 것이 헌법상 금지되는 것이 아니다. 이는 전적으로 입법정책에 달려 있는 사안”이라고 判示함으로써 정주외국인의 지방참정권부여가 위헌이 아님을 선언하였다[9].

한편 금지설을 주장하는 견해는 이 판결을 「외국인의 지방참정권을 인정하는 부분은 단지 결과지에 불과하고 판결의 결론과는 직접 관계가 없다. 단지 법원의 의견 표명에 지나지 않으며 판례로서의 효력은 없다」고 주장

한다. 나아가 판결은 「무조건(지방레벨포함) 어디까지나 일본국민에게만 인정되는 권리이고 권리의 성질상 외국인에게는 그 보장이 미치지 못한다고 언급하고 있고, 방론으로 외국인의 지방선거권을 허용한 부분은 본론의 내용과 논리적으로 모순된다.」고 주장하고 있다[10].

### 2.2 일본국 헌법과 외국인의 지방선거 피선거권

일본국헌법은 제15조 제1항에서 「공무원을 선출하고 파면하는 것은 국민고유의 권리이다」라고 규정하고 참정권은 「국민」의 권리라고 하고 있다. 헌법 제93조 제2항에서는 「지방공공단체의 장 과 의회위원 및 법률이 정하는 기타의 공무원은 그 지방공공단체의 주민이 직접 선거한다」고 규정하고 지방참정권은 주민의 권리라고 하고 있다. 이문언의 차이를 가지고 문리해석의 관점에서 보면 제93조 주민개념은 반드시 외국인을 배제하는 것은 아니라는 해석이다[11].

그러나 금지설은 95년 최고재판소 판결이 「헌법 제93조 제2항의 주민이란 지방공공단체의 구역내에 주소를 가진 일본국민을 의미하는 것이라고 해석하는 것이 상당」하다고 판시하고 있는 점을 인용하면서 지방선거에 있어서도 일본국민만이 선거권을 행사할 수 있다[12]고 주장한다. 한편 허용설의 입장에서는 「제93조 제2항의 취지는 일본국민인 주민에 대해서 자치체선거에 관한 직접 선거권을 명문상 요청하는 것이고 그 이상도 그 이하도 아니다. 따라서 외국인의 지방선거참가의 가부에 관해서는 아무것도 언명하고 있지 않다[13]」라고 주장하고 있다.

일본에서도 지방선거의 선거권과 피선거권을 구별하여 피선거권 부여는 인정되지 않는다고 주장하는 설과 양자를 구별하지 않고 피선거권부여도 인정된다는 설이 있다. 피선거권부여를 인정할 수 없다는 설은 「피선거권은, 지방자치단체의 장이나 의원과 같이 국가의사의 형성에 참여하는 공무를 담당하고 있어 선거권과 동일하게 생각할 수 없다」[14]라고 하면서 지방선거권을 허용하면서 피선거권까지 허용하는 것은 헌법에 위반된다는 견해를 밝히고 있다.

그러나 지방의원 선거에 관해서는 양자를 구별하지 않고 피선거권부여를 인정해야 한다는 설이 다수설로 되어 있다[15]. 그 논거는 선거민의 신임을 받고 있다면 그 사람의 국적은 문제가 되지 않는다는 것이고 민주주의를 「치자와 피치자의 자동성」이라고 생각한다면 선거권

자는 피선거권자가 되지 않으면 안된다고 하는 것이고, 조례제정은 「법률의 범위 내에서」 인정되고 있는 것에 지나지 않기 때문에 지방의회의 행위는 국민주권의 통제하에 있어 문제가 발생되지 않으며, 직접 국가사무를 취급하는 지위에 취임하지 않기 때문에 국민주권원리에 직접 저촉되지 않는다는 등의 이유를 들고 있다.

선거권과 피선거권의 법적 성격이 주권자의 권리로서 동질이라는 이해를 전제로 한다면 유럽제국에서는 선거권뿐만 아니라 일반적으로 선거권과 피선거권을 인정하는 경우가 많고 피선거권의 경우 장기간의 거주요건을 부과하거나 혹은 지방자치단체장의 피선거권을 부여하지 않는 예가 발견된다[15].

일본에 있어서 지방의회의원 선거에 있어서 헌법상 외국인에게 피선거권을 부여하는 것이 허용될 수 있는지 하는 문제에 관한 논의는 아직도 충분하지 못하다. 그 견해를 크게 나누어 보면 금지설과 허용설을 들 수 있다.

### 2.2.1 피선거권 부여가 헌법에 금지되고 있다는 금지설

선거권과 피선거권이 모두 금지되고 있다는 견해는 일찍이 학설의 상식이었다. 헌법학자 橋本公弘은 「권리의 성질상 외국인에게 보장되지 않는 것이 명백한 권리는 선거권과 피선거권의 능동적 권리이다. 일본국 국민만이 이러한 권리를 향유하는 것은 당연하다」 라고 하고 있다. 외국인에게 참정권을 부여하지 않는 것은 증명할 필요도 없는 당연한 사리이고 이 견해를 전면금지설이라고 볼 수 있다. 십수년 전까지 학설의 대다수가 전면금지설을 당연하게 여겼지만 지금은 소수설로 되어 있다[13].

한편 선거권은 허용되지만 피선거권은 금지된다는 견해가 유력하게 주장되고 있다. 즉 외국인에 대한 지방선거권의 보장에 관해 일본국 헌법 하에서도 입법에 의해 인정되는 것이 허용된다고 하는 해석이 정당하다고 하더라도 피선거권은 지방공공단체의 장 및 의원과 같이 국가의사의 형성에 참여하는 공무에 종사하는 것으로 인정되기 때문에 선거권과 같이 생각할 수 없다는 것이다 [14]. 따라서 피선거권을 외국인에게 부여하는 것은 헌법에 위반된다고 한다. 그 근거로서 지방의회의 직무특성상 직접적이든 간접적이든 국가의사의 형성에 참여하는 직종에 대해서는 외국인을 보임해서는 안된다는 주장이다.

### 2.2.2 피선거권 부여가 헌법상 허용된다는 허용설

지방의원선거에서 외국인에게 선거권과 피선거권이 허용된다는 견해는 이미 상당수의 학자에 의해 지지되고 있다. 그 예를 살펴보면 다음과 같다.

- (가) 국민대표 혹은 자치체대표에 있어서 중요한 것은 국가의사 혹은 자치체의사의 최종결정권을 가지는 선거권자의 신임을 받고 있는가 아닌가이다. 선거민의 신임을 받고 있다면 그 사람의 국적은 문제가 되지 않는다.
- (나) 민주주의를 ‘치자와 피치자의 자동성’이라고 생각한다면 선택하는 자의 레벨과 대표자의 레벨과의 인적상호작용의 가능성이 필요하고 선거권자는 피선거권자자 아니면 안된다.
- (다) 조례제정은 ‘법률의 범위내’(헌법제94조)에서 인정되고 있는 것에 지나지 않기 때문에 항상 지방의회의 행위는 국민주권의 통제하에 있어 문제가 생기지 않는다. 따라서 외국인이 지방의회의원이 되는 것은 헌법상 부인되고 있지 않다.
- (라) 지방공공단체 의원에 대해서는 국회의원과과는 달리 직접적으로 국가사무를 집행하는 지위에 취임하는 것이 아니기 때문에 외국인에게 피선거권을 인정하더라도 국민주권원리에 직접적으로 저촉되는 것은 아니다[16].

외국인문제를 떠나서 생각해보면 현대입헌주의하에서 -연령문제를 별도로 둔다면- 선거권을 가진 자에게 피선거권도 부여하는 것이 통례이다. 따라서 선거권은 허용되지만 피선거권이 금지된다고 하기 위해서는 지방의회의원의 지위·권능에 있어서 외국인의 취임을 불가능하게 하는 무언가가 인정되지 않으면 안된다. 예를 들면 지사나 시정촌장에 있어서는 나라의 사무를 행하는 지위에 있기 때문에 외국인이 그 지위에 취임하는 것이 헌법상 허용되지 않는다고 생각할 수 있다. 하지만 지방의회의원에 있어서는 이와 같은 사정이 인정되지 않는다. 선거권에 대해서 허용설을 취하는 이상 피선거권에 대해서만 금지설을 취하는 것은 지방의원이 국가적 임무를 수행하는 지위에 있지 않음에 비추어 볼 때 타당하지 않다고 생각된다[17].

법률을 개정해서 외국인에게 피선거권을 부여하는 것이 헌법상 금지되는 것인가, 입법제량의 문제로서 허용되는 것인가, 그렇지 않으면 부여되지 않으면 안된다는 헌법상 요청이 있는 것인가를 검토해 본 결과 외국인에

대해서 피선거권을 부여하는 것은 헌법상 국정선거에서는 부인되고, 지방선거에서 의원선거에는 허용되지만 지방공공단체의 장 선거에 대해서는 금지되고 있다는 결론을 얻을 수 있다[17].

### 3. 독일

독일에 있어서 1992년 헌법개정에 의해 “지방자치단체 선거에 있어서 EU를 구성하는 몇 개의 국가 국적을 가진 자는 EU법의 기준에 따라 선거권 및 피선거권을 가진다.”(헌법 제28조 1항 3단)라고 규정하여 제한적이지만 외국인에게 선거권과 피선거권을 허용하였다. 이 헌법 개정 후 각주에서 자치체 선거법 개정이 잇달아 이루어져 EU구성국 출신의 외국인의 지방참정권문제에 대해서는 선거권이나 피선거권문제가 모두 해결되었다고 할 수 있다. 그런데 헌법은 EU구성국 출신이 아닌 외국인에 대해서는 아무런 언급이 없다. 따라서 독일헌법개정이 EU구성국출신이 아닌 일반외국인의 공민으로서의 지위에 아무런 영향을 미치지 못하였다고 볼 수 있다. 즉 일반외국인에게는 헌법개정전의 논의가 그대로 타당하게 된 것이다[17]

일반외국인문제에 국한해서 살펴보면 독일에서의 견해는 크게 두 가지로 나누어 볼 수 있다.

첫째는 피선거권부여가 헌법상 금지되고 있다는 견해이다.

독일의 지배적 견해는 지방선거에 있어서도 외국인에게 참정권을 인정하는 것에 대해 선거권과 피선거권 모두가 금지되고 있다고 한다. 즉 선거권의 부여가 금지되고 있는 이상 당연히 피선거권의 부여도 금지되고 있는 것으로 특별한 논거를 제시하려고 하지 않는 경향이 보인다. 즉 피선거권의 향유는 선거권의 향유를 전제로 한다는 사고가 암묵적으로 전제되고 있는 것으로 보인다. 다른 견해는 지방선거에 있어서 외국인에게 선거권을 부여하는 것이 허용되지만 피선거권을 부여하는 것은 금지된다는 것으로 이 견해를 취하는 논자는 극히 드물다 [17].

둘째는 피선거권 부여가 헌법상 허용되고 있다는 견해이다.

지방의회의원 선거권에 관해서 허용설을 취하는 대표적 논자인 Breer는 피선거권에 대해서도 허용설을 취하고 있지만 그 논지가 분명하지는 않다. Breer는 특히 문제가 되는 점으로서 독일의 일부 주에 있어서 지방의회

의원중에서 기초단체인 게마인데(Gemeinde)의 장이 선거되는 제도가 채택되고 있다는 점을 지적한다. 이 제도 하에 있어서는 외국인인 게마인데의 장이 선출되는 것이 아닐까라는 우려가 있기 때문이다. 그러나 Breer는 이점에 있어서도 문제가 없다고 보고 있다. 이러한 주에 있어서는 「독일국적보유자만이 게마인데(Gemeinde)의 장이 될 자격을 가진다」라는 법률규정이 만들어지면 충분하기 때문이라는 것이다[18]

총괄적으로 외국인의 지방선거권에 대해서 허용설을 취하는 학자도 피선거권에 대해서는 관심을 나타내지 않기 때문에 그 논지가 분명하지 않지만 그 대다수는 피선거권에 대해서도 허용설을 취하는 것으로 생각된다[18].

## III. 외국인 피선거권에 관한 각국의 동향

### 1. 우리나라

2005년 8월 4일 개정된 공직선거법 제15조 제2항 제2호는 “「출입국관리법」 제10조(체류자격)의 규정에 따른 영주의 체류자격 취득일 후 3년이 경과한 19세 이상의 외국인으로서 제37조 제1항의 선거인명부작성기준일 현재 「출입국관리법」 제34조(외국인등록표등의 작성 및 관리)의 규정에 따라 당해 지방자치단체의 외국인등록대장에 등재된 자는 그 구역에서 선거하는 지방자치단체의 의회 의원 및 장의 선거권이 있다.”고 규정하고 있다. 따라서 선거권을 가지기 위해서는 우선 영주체류자격을 취득하고 당해 지방자치단체의 외국인등록대장에 등재되어야 한다.

공직선거법상 영주자격(F-5)을 획득하고 3년 이상 경과한 19세 이상의 외국인에게 지방선거권을 부여하고 있는 것이다. 외국인유권자에게는 정당가입이나 정치자금기부금 금지되고 기본적으로 투표행위 이외의 선거운동이 금지되고 있으며 위반할 경우 3년 이하의 징역형이 부과되도록 되어 있다.

일본에서의 재일한국인 지방참정권획득운동이 진전되고 있지 않기 때문에 이에 대한 지원의 일환으로서 한국에서 외국인참정권부여가 검토되어 왔던 측면이 크다. 또 부여대상 외국인유권자수는 내국인 유권자의 0.05%에 불과하고 선거결과에도 별 영향이 없었다. 김대중 대통령은 1999년 이후 외국인참정권부여를 목표로 했지만 당시 한국에는 영주자격제도가 아직 정비되지 않아 시기

상조였고 또 일제잔재인 재일문제와 국내문제를 동일하게 취급하는 것에 대한 반발 등 국민여론을 수렴하지 못해 폐기되고 말았다. 그 후 2005년 6월 노무현 정권하에서 정주외국인에게 참정권을 부여하는 법안이 가결되었다[19].

공직선거법 제16조 제3항은 “선거일 현재 계속하여 60일 이상(공무로 외국에 파견되어 선거일 전 60일 후에 귀국한 자는 선거인명부작성기준일부터 계속하여 선거일까지) 당해 지방자치단체의 관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 주민으로서 25세 이상의 국민은 그 지방의회 의원 및 지방자치단체의 장의 피선거권이 있다”고 규정하고 있다. 따라서 외국인에게는 피선거권이 인정되지 않는다.

선거권과 피선거권을 달리 취급해야 할 합리적 이유가 없는 데도 외국인에게 피선거권은 부여하지 않은 점, “대한민국 국민이 아닌 자”는 선거운동을 할 수 없고 투표참관인도 될 수 없게 규정된 공직선거법으로 인해 선거관련 활동이 인정되지 않은 점은 현행 공직선거법이 가지고 있는 문제점으로 보인다[4].

## 2. 일본

일본헌법은 제15조 제1항에서 「공무원을 선정하고 파면하는 것은 국민고유의 권리이다」라고 규정하고 있고 제43조 제1항에서는 「양의원은 전국민을 대표하고 선출된 의원으로 조직한다」라고 하여 외국인의 국정참정권을 인정하고 있지 않다.

일본에서의 외국인 지방참정권에는 단체장, 의원선거 등 공직선거법이 적용되는 것과 지방자치체 일부의 주민투표조례와 같은 국적조항이 없는 것이 있다. 전자의 공직선거법에 관하여는 선거인은 일본국민에게 한정되고 있기 때문에 외국국적소지자에게 참정권이 법률상 인정되고 있지 않다[20].

후자의 주민투표조례에 관해서는 외국국적소지자에게 주민투표권을 인정할 움직임을 보이는 자치체도 있다[21].

일본에서 외국인 참정권문제의 주된 쟁점이 되고 있는 것은 지방참정권부여가 검토되고 있는 특별영주외국인[22]이고 그 수가 39만 9천여명에 이르며 그 중 99%가 한국·조선국적자이다. 오히려 일반영주외국인은 2010년 12월 현재 56만5천여 명에 이른다. 특별영주자란 어디까지나 재류자격을 의미하지만 사실상 이중국적으로 되

어 있다. 일본에서 이중국적이 인정되고 있지 않기 때문에 특별영주자의 권한범위와 국적취득문제가 쟁점이 되고 있다.

## 3. 유럽

### 3.1 헌법상 국적요건형

유럽연합이 성립된 1993년 이전에는 EC의 많은 가맹국은 지방선거에 있어서 외국인의 참여를 규정하지 않았다. 그것은 독일뿐만 아니라 룩셈부르크, 벨기에, 프랑스, 그리스, 이탈리아 등에도 해당된다. 물론 일부 국가에서는 이 주제를 가지고 논의를 해서 현상을 변화시키려 노력하였다. 그것은 지방의회참정권의 주체가 헌법에 명시되고 있는가 혹은 명시되고 있지 않다면 국정일반에 관한 헌법규정이 지방의회에도 적용되는가 하는 점이 쟁점이 되었다.

헌법상 지방참정권의 주체가 국민이라고 명시하고 있는 국가는 독일과 룩셈부르크이다[23].

독일과 룩셈부르크는 국정레벨에서는 외국인에게 참정권을 인정하지 않고 지방레벨에서만 선거권과 피선거권을 EU구성국국민에게만 인정하고 있다[24].

### 3.2 법률상 국적요건형

지방참정권의 주체에 관해서 헌법은 국적요건을 명시하고 있지 않지만 법률상 국적이 요건이 되고 있는 국가로서 프랑스, 벨기에, 이탈리아, 그리스가 있다[23].

프랑스, 벨기에, 그리스, 이탈리아는 국정레벨에서는 외국인에게 참정권을 인정하지 않고 지방레벨에서만 선거권과 피선거권을 EU구성국국민에게만 인정하고 있다[24]. 벨기에의 경우 5년이상 거주 외국인에게 지방레벨의 선거권을 인정하고 있다[21].

프랑스의 경우 다수의 외국인이 거주하고 있으며 그 수는 전 인구의 10%이상을 차지하고 있지만 서유럽내에서도 전형적인 「국민국가」이며 외국인참정권이 인정되고 있지 않다.

### 3.3 헌법상 호혜요건형

헌법상 호혜요건형으로 분류할 수 있는 국가는 포르투갈과 스페인이다. 1993년 EU가 발족하면서 EC제국이 헌법이나 선거법의 개정에 의해 모든 EU가맹국의 외국적 주민에게 지방의회선거권을 인정하게 되었다. 말하자면 국적요건형에서 호혜요건형으로 이행한 것이다[23].

포르투갈은 식민지였던 브라질 국적 국민에게는 5년 이상 거주요건으로 국정선거에 있어 선거권을 부여하고 지방선거의 경우 선거권은 2년 이상, 피선거권은 4년 이상 거주한자에게 부여한다. 또한 아르헨티나, 칠레, 에스토니아, 이스라엘, 노르웨이, 베네수엘라 국민에게는 3년 이상 거주한 경우 지방선거권을 부여한다. 스페인의 경우 EU가맹국 국민에게는 지방선거권과 피선거권을 부여하며 3년 이상 거주한 노르웨이국민에게도 지방참정권을 인정한다[21].

### 3.4 법률상 호혜요건형

성문헌법을 갖고 있지 않은 영국에서는 국적법이나 기타 법률이 헌법과 같은 역할을 하게 된다. 엄밀한 의미에서 영국은 외국인에게 참정권을 인정하고 있지 않다. 영연방소속 국민에게는 모든 레벨의 참정권을 인정하고 있으며 EU가맹국 국민에게는 지방참정권을 부여하고 기타국민에게는 참정권이 인정되지 않는다[23].

### 3.5 헌법상 정주요건형

헌법상 정주요건을 명시하고 있는 국가는 네덜란드이다. 네덜란드 구헌법 제94조, 내지 제100조는 국회의 선거권자와 피선거권자를 제152조는 지방자치체의 선거권자와 피선거권자를 네덜란드인, 또는 법률에 의해 인정된 네덜란드 신민으로 규정하고 귀화한 자까지 포함하여 국민에게만 참정권을 인정하고 있었다. 그러나 1983년 개정된 헌법 제130조는 '일정한 요건을 갖춘 주민'에게 지방의회 선거권과 피선거권을 보장하였고 동법 제54조와 55조는 국회의 선거권과 피선거권은 국민에게만 부여하고 있다[23].

외국인인 주민에게 지방참정권만을 인정한 이유로서는 첫째, 직접적으로 외국인의 이익을 지킬 책임이 있는 곳은 주로 지방자치체라는 점, 둘째 국회가 취급하는 사무는 특수한 국가이익에 관계되는 일이 많고 국제문제에 관해서 외국인은 발언할 수 없다는 점이 근거가 되었다[23].

### 3.6 법률상 정주요건형

법률상 외국인 참정권을 부여하면서 법률상 정주요건을 규정하고 있는 국가는 스웨덴, 덴마크, 노르웨이 등이 있다.

스웨덴의 1975년 개정헌법에는 지방참정권의 주체를

명시하고 있지 않으며 국정선거에 관해서만 스웨덴 국민이라고 명시하고 있다. 그에 따라 1976년 개정 지방자치법은 EU가맹국 국민과 함께 선거전 3년 이상 주민등록이 되어 있는 외국국적자에게도 지방선거 선거권과 피선거권이 인정되게 되었다. 따라서 국정선거의 주체로 국민을 명시하였지만 정주외국인의 지방참정권은 법률에 근거하게 되었다[23].

덴마크도 헌법을 개정하지 않고 외국인의 지방참정권을 도입했다. 우선 제1단계로 1977년 이래 3년이상 체재를 요건으로 해서 북유럽국가(핀란드, 아이스랜드, 노르웨이, 스웨덴)국적보유자는 지방선거권을 인정했다. 제2단계로서 1981년 지방선거법 개정으로 3년 이상 정주하고 있는 외국인에게 지방선거에서 선거권과 피선거권을 인정하였다[23].

노르웨이는 지방선거에 관한 명시적 헌법규정이 없다. 덴마크와 마찬가지로 우선 1978년부터 북구제국의 외국인에게 지방선거의 참정권을 인정하였고 이어서 1983년부터는 스웨덴을 모델로 해서 일반외국인의 지방참정권을 도입하였다. 1985년 개정선거법에 의해 3년 이상 거주하고 있는 「노르웨이국민이 아닌 자」에게 지방선거의 선거권과 피선거권이 인정된다[23].

## IV. 결론

근대입헌주의는 인권주체로서 개인의 존엄이라는 궁극의 가치를 전제로 하고 있다. 인권이란 인간이 인간으로서 당연히 누려야 할 권리라고 한다면 근대입헌주의를 실현시키는 헌법에 규정된 권리가 외국인에게도 인정되는 것은 단연한 것이다. 다만 헌법은 국민과 국가권력에 관한 규범이기 때문에 과연 외국인에게도 헌법상 보장된 모든 권리가 미치는가 하는 것은 헌법상 주요한 문제의 하나가 되고 있다.

학설은 외국인이 헌법상 당연히 권리의 주체가 되는 것으로 본다. 일본최고재판소는 「기본적인권의 보장은 권리의 성질상 일본국민만을 그 대상으로 하고 있는 사항을 제외하고는 일본에 거주하는 외국인에 대해서도 동등하게 적용해야 한다고 해석된다」 [7]라고 해서 외국인의 기본권주체성을 인정하고 있지만 사회권과 입국의 자유, 그리고 참정권은 외국인에게 인정되지 않는 것으로 되어왔다. 외국인에게 참정권이 인정되지 않는 것은 국

민주권의 원리상 당연한 것으로 치부되어 왔다. 하지만 국민주권원리의 동요, 선진외국의 동향, 국가와 지방자치단체의 성질상의 차이, 혹은 외국인의 실태 등을 근거로 해서 외국인이기 때문에 참정권이 부정된다는 주장에 대해 반론이 꾸준히 제기되어 왔고 우리나라에서도 2006년 5월 31일 실시한 지방선거에서 영주권을 취득하고 3년 이상 거주한 19세 이상의 외국인에게 선거권을 부여하였다.

정주외국인의 피선거권을 논함에 있어서는 국정선거차원과 지방선거차원으로 구분해서 생각해볼 필요가 있다. 현 단계에서 대통령선거나 국회의원선거와 같은 국정차원의 선거에 정주외국인의 피선거권을 인정하기에는 무리가 있다. 그러나 지방자치의 선거에 있어 일정한 조건을 갖춘 외국인에게 피선거권을 부여하는 문제는 세계적인 추세나 우리나라의 세계화추세에 비추어볼 때 전향적으로 검토가 필요한 시점에 이르지 않았나 생각한다.

지방선거에서 외국인에게 선거권을 허용한 이상 피선거권만을 제한하는 현행 공직선거법의 태도는 특별한 이유 없이 선거권과 피선거권을 차별하는 불합리한 입법태도라고 지적할 수 있다. 우리 헌법재판소도 “피선거권의 행사도 선거권과 마찬가지로 국민의 주권행사의 한 양식이다. 그렇기 때문에 피선거권 제한의 합헌성심사에 선거권과는 다른 심사기준을 적용해야 할 이유가 없다.[24]” 라고 판시함으로써 민주적 선거의 원칙들이 능동적 선거권은 물론 피선거권에도 마찬가지로 적용된다고 보고 있다. 이러한 헌법재판소의 판례는 선거권과 피선거권을 제한하는 경우 합헌성심사에서 다른 심사기준을 적용해서는 안된다는 것으로 외국인에게 피선거권을 제한해야 하는가를 판단하는 입장에서 참고할 판례라고 볼 수 있다.

외국인에게 참정권을 허용하는 문제는 단순히 외국인의 인권차원의 문제가 아니라 한 국가와 국민에게 심대한 영향을 미치는 중요한 정치·사회적 문제인 것이 사실이다. 외국인의 참정권을 둘러싼 논의는 그 동안 제일 한국인의 지방선거권 부여문제를 계기로 주로 일본 학계에서 논의가 되어 왔고 우리 학계의 움직임은 매우 제한적이었다. 그중에서도 피선거권에 대한 논의는 거의 전무한 실정이라고 해도 과언이 아니다.

학계에서는 참정권을 「국민주권주의」하에서 국적보유자에게만 보장되는 헌법상의 권리로 생각해 왔다. 오늘날의 국제화 사회의 실정을 고려할 때 민족국가적인 낡은 사고를 가지고 외국인에 대한 참정권 보장문제를

제한한다는 것은 또 다른 불평등을 야기 시킬 수 있다.

당해 사회에 생활의 근거를 가지고 그 생활실체에 있어서 자기 국적국까지 포함해서 어느 국가보다도 정주국과의 깊은 결합을 하고 있고, 국적을 가진 국민과 하등의 차이가 없는 영주자격자들을 법적·사회적으로 외국인으로 취급하면서 불합리하게 차별하는 것은 국가사회의 분열을 초래할 뿐이다. 우리사회는 급속히 외국인이 증가하고 있을 뿐 아니라 국제결혼의 증가로 인해 다문화사회가 되고 있다. 이와 같은 사회적 변화의 흐름에 적응하기 위한 수단으로 적어도 지방자치의 선거권과 함께 피선거권을 부여하는 것은 민주주의를 실현하는 길이다.

지방자치의 본질인 주민자치의 원칙에 입각하더라도 그 지역에 정주하면서 지역사회의 구성원으로서 납세의 의무 등 주민으로서의 의무를 다하고 있는 정주외국인을 지역사회 의사결정주체에서 배제한다는 것은 헌법상 보장된 지방자치의 본지에도 어긋날 뿐 아니라 민주적 절차에도 벗어나는 것이다.

지방의원 선거에 관해서는 선거권과 피선거권을 구별하지 않고 피선거권부여를 인정해야 한다고 본다. 그 논거는 선거권의 신임을 받고 있다면 그 사람의 국적은 문제가 되지 않는다는 것이고 민주주의를 「치자와 피치자의 자동성」이라고 생각한다면 선거권자는 피선거권자가 되지 않으면 안된다. 조례제정은 「법률의 범위 내에서」 인정되고 있는 것에 지나지 않기 때문에 지방의회의 행위는 국민주권의 통제하에 있어 문제가 발생되지 않으며, 직접 국가사무를 취급하는 지위에 있지 않기 때문에 국민주권원리에 저촉되지 않는다고 볼 수 있다.

선거권과 피선거권의 법적 성격이 주권자의 권리로서 동질이라는 이해를 전제로 한다면 선거권뿐만 아니라 피선거권도 인정되어야 한다. 유럽제국에서는 일반적으로 선거권과 피선거권을 인정하는 경우가 많고 피선거권의 경우 장기간의 거주요건을 부과하거나 지방자치단체장의 피선거권을 부여하지 않는 예가 발견된다.

외국인문제를 떠나서 생각해보면 현대입헌주의하에서 선거권을 가진 자에게 피선거권도 부여하는 것이 통례이다. 따라서 선거권은 허용되지만 피선거권이 금지된다고 하기 위해서는 지방의회의원의 지위·능능에 있어서 외국인의 취임을 불가능하게 하는 무언가가 인정되지 않으면 안된다. 예를 들면 지방자치단체장의 경우 국가사무를 행하는 지위에 있기 때문에 외국인이 그 지위에 취임하는 것이 헌법상 허용되지 않는다고 생각할 수 있다.



하지만 지방의회의원에 있어서는 이와 같은 사정이 인정되지 않는다. 선거권에 대해서 허용설을 취하는 이상 피선거권에 대해서만 금지설을 취하는 것은 지방의원이 국가적 임무를 수행하는 지위에 있지 않음에 비추어 불합당하지 않다고 생각된다.

장기간 거주하면서 당해 사회에 생활의 근거를 가지고 그 생활실체에 있어서 국적을 가진 국민과 하등의 차이가 없는 「국적없는 내국인」인 영주자격자들에게 선거권과 피선거권을 인정하지 않는 것은 사회의 동화적 통합을 해치는 결과를 초래할 수 있다. 우리의 경우는 이미 장기거주 외국인에게 선거권이 부여되어 있지만 피선거권은 합리적 이유 없이 인정되고 있지 않다.

선거권과 피선거권을 달리 취급해야 할 합리적 이유가 없는 데도 외국인에게 피선거권은 부여하지 않는 것은 불합리한 차별이다.

학계를 비롯한 정치권에서 외국인의 선거권에 관한 논의는 많이 이루어지고 있지만 외국인의 피선거권을 다루고 있는 학자는 별로 눈에 띄지 않는다. 그 이유로서는 선거권문제와 비교해서 피선거권에 관해서는 현실성과 절박성이 떨어지기 때문이라고 할 수 있다. 독일에서도 피선거권문제가 정면으로 취급되지 않고 있지만 선거권의 문제에 부수해서 때때로 논의되고 있다. 피선거권이란 공직에 취임할 권리를 말하고 그 권리내용 중에 중요한 것은 입후보의 권리이다.

지방선거에 있어서 외국인의 피선거권이 헌법상 금지되고 있다는 견해와 허용된다는 견해가 대립되고 있다. 노르웨이는 지방선거에서 외국인에게 피선거권을 허용하고 있으며 오스트레일리아, 뉴질랜드, 캐나다, 아이슬란드, 스위스, 인도 등의 국가는 일부 제한적으로 피선거권을 인정하고 있다[25].

당해 지역의 주민이 참정권의 행사를 통해 그 대표를 선출하고 그 대표자의 행동에 의해 당해 사회의 일반의사 형성에 참여하고, 그 정치적 결정에 따르는 것이 민주주의의 기본원리이다. 따라서 외국인이라 해서 무조건 피선거권 행사를 배제할 것이 아니라 그 출생지나 언어소통 유무, 생활의 근거, 교육정도, 경제관계 등을 고려한 그 사회의 동화 정도에 비추어 당해 사회의 일반의사 형성에 참여할 자격이 있는 이상 당연히 선거권과 피선거권이 부여되어야 한다.

정주외국인에 대한 지방자치체 차원의 피선거권 부여 문제는 국민적 공감대형성도 필요하겠지만 민주주의는

「치자와 피치자의 자동성」의 원리에 입각하고 있기 때문에 선거권자는 피선거권자가 되어야 하는 것이 일반적이다. 지방의회의 행위는 법률의 범위 내에서 국민주권의 통제 하에 있기 때문에 문제가 발생되지 않으며, 지방의원은 직접 국가사무를 취급하는 지위에 취임하지 않기 때문에 국민주권원리에 직접 저촉되지 않는다고 할 수 있다. 따라서 일정한 정주요건을 갖춘 영주권자에게 피선거권을 부여한다 해도 국민주권원리에 저촉되는 것은 아니다. 지방자치단체장의 경우 국가위임사무를 처리하는 위치에 있기 때문에 피선거권을 부여하는 것이 어렵지만 지방의회의 경우는 직접 국가사무를 취급하는 지위에 있지 않기 때문에 피선거권을 부여하는 것이 가능하다고 할 수 있다.

## 참고문헌

- [1] 권영성(2001), 헌법학원론, 범문사, p.304
- [2] 김철수(2001), 헌법학개론, 박영사, p.279
- [3] 성낙인(2009), 헌법학, 범문사, 2009, p.323
- [4] 이운환, 공직선거법상 외국인선거권에 관한 고찰, 법학연구(한국법학회), 제32집, p.39
- [5] 허영(2001), 한국헌법론, 박영사, p.234
- [6] 출입국통계연보(2011), 법무부 출입국·외국인정책본부
- [7] 현재결 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 225-226 참조.
- [8] H. Meyer, Wahlgrundsätze und Wahlverfahren, in : HStR II, § 38 Rn 9는 피선거권 제한을 위해서도 불가피한 사유가 있어야 한다고 본다.
- [9] “最高裁平成七年二月二八日第三小法廷判決(平成五年(行ツ)第一六三号選挙人名簿不登録處分に對する異議の申出却下決定取消請求事件)”, 『別冊ジュリスト:憲法判例百選I』, No.154, 有斐閣, 2000. 9, p. 12.
- [10] 近藤敦(2001), 『Q&A 外國人參政權問題の基礎知識』(明石ブックレット12) 明石書店, pp.7-10
- [11] 長尾一紘(1988), 「外國人の人權-選舉權を中心として」 芦部信喜編 「憲法の基本問題」(別冊法學教室) 有斐閣, p.177
- [12] 百地章(2005), 「憲法の常識 常識の憲法」 文藝春秋, p.154
- [13] 長尾一紘(2000), 「外國人の參政權」, 世界思想社, pp.84-85
- [14] 芦部信喜(1994), 憲法學II 人權總論, 有斐閣, 1994,

p.133

[15] 佐藤 令, 外國人參政權めぐる論点, 総合調査「人口減少社會の外國人問題」, p.180

[15] 上掲論文, p.181

[13] 長尾一紘(2000), 前掲書, p.121

[14] 芦部信喜(1994), 憲法學II 人權總論, 有斐閣, 1994, p.133

[16] 廣田全男, 定住外國人の地方參政權に關する覚え書き(都市問題 86券3号) p.94

[17] 長尾一紘, 外國人の被選舉權, 「外國人の參政權」, p.123

[17] 上掲論文 p.124

[17] 上掲論文, pp.118-119

[17] 上掲論文, p.119

[18] Breer(1982), Die Mitwirkung von Ausländern an der politischen Willensbildung in der BRD durch Gewährung des Wahlrechts, S.136f 再引用 上掲論文, p.120

[18] 上掲論文, p.120

[19] 鄭印燮, 「第4章 韓國における外國人參政權-その實現過程」, 田中宏, 金敬得編(2006) 『韓日共生社會の展望-韓國で實現した外國人地方參政權』, 新幹社, pp.44-56

[20] 日本 公職選舉法 第21條에는 選舉人名簿에 登錄되는 것은 “當該 市町村의 區域內에 住所를 가진 滿20歲以上の 日本國民”으로 規定하고 있다.

[21] 外國人參政權, フリー百科事典(Wikipedia), <http://ja.wikipedia.org/wiki/岩手縣, 滋賀縣, 廣島縣, 東京小金井市, 長野縣中野市 等>

[22] 特別永住者단 1991년 「入管特別法」에 근거한 在日韓國人と 朝鮮人 등을 의미한다.

[23] 近藤敦(1994), 國民と住民の參政權をめぐるヨーロッパと日本の比較研究, 九州産業大學商經論叢, pp.265-266

[24] 江場純一(2006), 外國人の參政權についての若干の考察, 中京大學大學院法學研究論集 第26号, p.109

[23] 近藤敦, 前掲「國民と住民の參政權をめぐるヨーロッパと日本の比較研究」, p.271

[24] 江場純一(2006), 外國人の參政權についての若干の考察, 中京大學大學院法學研究論集 第26号, 2006 p.109

[21] 前掲「外國人參政權」, フリー百科事典(Wikipedia)

[23] 近藤敦, 前掲「國民と住民の參政權をめぐるヨーロッパと日本の比較研究」, p.279

[21] 前掲「外國人參政權」, フリー百科事典(Wikipedia)

[23] 近藤敦, 前掲「國民と住民の參政權をめぐるヨーロッパと日本の比較研究」, p.283

[23] 上掲論文, pp.285-286, 네덜란드 지방자치법 제21조 제2항은 5년 이상 계속적으로 거주하고 외국인 주민은 지방참정권을 가진다고 규정하였다.

[23] 上掲論文, p.286

[23] 上掲論文, p.289

[23] 上掲論文, p.293

[23] 上掲論文, p.294

[7] 현재결 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 225-226 쪽 참조.

[24] 最高裁 昭和53年10月4日 民集32卷7号 p.1233

[25] 安保克也(2001), “外國人の參政權：地方參政權の場合”, 『法政論叢』, 38卷 1號, 日本 法政學會, p.40

## 이 윤 환



- 1982년 2월 : 충남대학교 법학과(법학사)
- 1985년 2월 : 충남대학교 법학과(법학석사)
- 1993년 2월 : 충남대학교 법학과(법학박사)
- 1993년 3월 ~ 현재 : 건양대학교 국

방정철행정학부 교수

- 관심분야 : 인권, 정주외국인참정권
- E-mail : [lyh@konyang.ac.kr](mailto:lyh@konyang.ac.kr)