

장애인권리협약의 관점에서 본 정신적 장애인의 참정권 증진의 과제*

한양대학교 법학전문대학원 교수 諸 哲 雄

■ 논문요약 ■

발달장애, 정신장애, 치매 등 정신적 장애가 있는 성인은 의사결정능력에 어려움을 겪더라도 자신이 지정한 대리인 또는 법정대리인의 지원을 받아 지역사회에서 독립생활을 영위할 수 있다. 그러나 이들은 공적 생활에서는 심한 제도적 차별을 받고 있다. 성년후견, 한정후견을 이용하는 경우, 300여개의 결격조항을 통해 사회생활 및 공적생활에 참여할 수 있는 권리, 자격, 권한이 박탈된다. 21대 국회의원 선거에 피성년후견인이 선거권을 행사할 수 있었던 것은 공직선거법이 개정되지 않는 바람에 반사적으로 얻은 정상상태의 회복일 뿐, 이것이 지속될지 불투명하다. 선거권이 인정되더라도, 정신적 장애인의 선거접근성은 현저히 떨어진다. 알기 쉬운 선거홍보물이 제공되지 않으며, 선거토론회에 정신적 장애인의 참여가 보장되지 않으며, 정신적 장애인 단체가 선거절차에 참여하거나 당사자 대표의 입후보를 보장 또는 지원하는 것은 논의조차 되지 않는다. 이 논문은 정신적 장애인의 참정권의 문제를 소극적으로 선거권 제한을 없앤다는 측면에서 바라보는 것에서 벗어나, 선거권 행사를 위한 정당한 편의제공, 나아가 선거참여를 증진시키는 것으로 확대되어야 한다는 인식 하에 그 필요성과 내용을 검토하였다. 이를 뒷받침하기 위해 정신적 장애인의 참정권 증진을 인권의 관점에서 접근하는 국제인권법의 변화를 유엔, 유럽평의회, 유럽연합을 중심으로 살펴보았다. 이를 토대로 우리나라에서의 과제로 정신적 장애인이 (법정)대리인을 이용하는 것과 공적 생활에 참여하는 자격제한을 연계시키지 않아야 한다는 것, 정신적 장애인 공동체가 단체를 형성하도록 지원하여 공적활동에의 참여를 촉진시키는 것이 필요하다는 것, 이를 통해 사회통합을 앞당길 수 있음을 제시하였다. 정신적 장애인의 참정권 증진을 위한 구체적인 과제로 이 논문은 선거정보 접근성, 투표접근성, 피선거권 행사의 지원, 선거절차에 대한 정신적 장애인 단체의 참여를 제안하였다.

[주제어] 정신적 장애인, 의사결정능력 장애인, 참정권, 선거권, 피선거권, 선거접근성

Access to the Election, Guardianship, Participation in Politics, Persons with Mental Disabilities, Rights to Vote, Rights to Be Elected

* 이 논문은 2019년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2019S1A3A2009593). 이 논문은 필자가 참여한 국회입법조사처 정책연구용역 “피성년후견인에 대한 선거권 부여 및 정신적 장애인에 대한 투표편의 제공 방안”의 일부내용을 학술적으로 발전시킨 것이다.

■ 목 차 ■

I. 문제제기	2. 유럽연합 차원에서의 정신적 장애인의 정치 활동 참여 촉진을 위한 방안
II. 정신적 장애인의 참정권 관련 국제인권법의 변천	IV. 정신적 장애인의 참정권 증진의 과제를 위한 시사점
1. 시민적, 정치적 권리로서의 장애인 참정권: 인권선언에서부터 장애인권리협약까지	1. 시민생활에서 (법정)대리인을 활용하는 것과 공적 활동에의 참여의 무관계성
2. 사회권으로서의 참정권의 증진	2. 정신적 장애인의 공적 활동 참여 촉진의 방법으로서의 참정권
III. 유럽평의회 및 유럽연합에서의 정신적 장애인의 참정권 증진을 위한 정책	3. 정신적 장애인의 참정권 증진을 위한 과제
1. 유럽평의회 차원에서의 정치활동 참여 촉진을 위한 방안	V. 결 론

* 논문접수: 2021. 1. 21.

* 심사개시: 2021. 2. 5.

* 게재확정: 2021. 2. 23.

I. 문제제기

1. 발달장애, 정신장애, 치매 등 정신적 장애가 있는 성인(이하 정신적 장애인이라 한다)¹⁾ 중 그 정도가 심해 의사결정에 특별한 지원을 받아야 하는 성인(이하 의사결정능력 장애인이라고 한다)은 민사 생활에서 여러 형태로 불이익을 받기 쉽다. 의사능력이 없다고 판단되어 (준)법률행위가 무효가 될 수 있기 때문에,²⁾ 법적 거래의 상대방의 방어적 자세 때문에 법적 거래에서 배제될 수 있는 것이 대표적인 예이다. 따라서 의사결

1) 여기서 말하는 ‘정신적 장애인’의 개념은, 이 연구 내용에 맞게, 장애인권리협약 제1조의 장애인의 개념-신체, 정신, 지능, 감각의 장기간 손상과 여러 장벽으로 인해 다른 사람과 동등하게 사회생활에 완전하게 참여하는 것을 방해받는 사람-에 따른 것이다. 이에 관해서는 V. D. Fina/R. Cera/G. Palmisano, *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Springer, 2017, pp. 97 참조.

2) 가령 지적장애인이 체결한 금융계약이 무효로 판단되면, 자금을 지출한 은행이 불이익을 입을 수 있다(대법원 2002. 10. 11. 선고 2001다10113 판결 등). 한편 보통법국가에서는 정보제공 후의 동의(informed consent) 없이 한 침습적 의료행위는 환자에게 이익이 되더라도 상해나 폭행(battery or assault) 또는 과실불법(negligence) 이 된다는 법리가 형성되어 있다. 동의능력 없는 환자에 대한 응급 아닌 의료행위는 사전의료지시서가 없다면 미국의 경우 적법한 동의대리권자(부모, 후견인 등)의 동의가 있어야 한다. 영국의 경우 의료진이 정신능력법(the Mental Capacity Act 2005) 제1조부터 제5조, 제35조 이하의 절차에 따라 치료를 할 때 적법하다. MM Bounil/P.A.Hattis, *Medical Liability in a Nutshell 3rd edition*, West(2011), pp. 108; E. Jackson, *Medical Law 4th edition*, Oxford University Press(2013), pp. 238. 반면 설명의무 위반의 의료행위를 둘러싼 법적 쟁점은 나쁜 결과가 생겼을 때 비로소 문제가 된다. 이 때 위자료만을 청구하거나, 설명의무위반과 결과 사이에 상당인과관계가 있음을 입증하여 발생한 손해 전부를 배상받을 수 있다. 가령 대판 1995. 2. 10, 93다52402; 대판 2013. 4. 26, 2011다29666 등 다수의 판결 참조.

■ 법조 제70권 제1호(통권 제745호) 연구논문

정능력 장애인은 자신이 선정한 대리인³⁾ 또는 법률에 의해 인정된 대리인으로 하여금 법률행위나 준법률행위를 대리하게 할 수 있다. 그 중 2013년 7월 1일부터 시행된 법정 대리인제도인 성년후견제도의 이용건수는 해마다 상당한 규모로 증가하고 있다.⁴⁾

2. 그런데 의사결정능력 장애인의 후견제도 이용은 공적 생활에서 큰 불이익을 수반한다. 대표적인 예가 선거권 및 피선거권의 박탈, 공직활동 참여자격 박탈이다.⁵⁾ 종전의 국회의원선거법 제11조는 금치산자 또는 한정치산자는 선거권이 없다고 규정하고, 동법 제12조 제1항은 이들의 피선거권도 박탈하였다. 지방의회의원선거법도 마찬가지였다. 1994년 제정된 공직선거 및 선거부정방지법에서 처음으로 금치산자만 선거권 및 피선거권을 박탈하였고, 2005년의 공직선거법에서도 마찬가지였다. 한편 금치산자, 한정치산자는 공무원으로 임용될 수 없도록 규정하였는데(국가공무원법 제33조, 지방공무원법 제31조), 성년후견제도의 시행 후 피성년후견인 및 피한정후견인도 마찬가지이다.⁶⁾

그런데 공직선거법 제18조 제1항 제1호가 개정되지 않았기 때문에 종래의 금치산자 및 피성년후견인 약 15,000여명이 2020년 21대 국회의원선거에서 선거권을 행사할 수 있게 되었다.⁷⁾ 이는 공직선거법 제18조 제1항 제1호의 폐지로 실현된 것이 아니라 2011년 3월 7일 개정 민법(법률 제10429호) 부칙 제2조, 제3조의 효력 때문이었다.⁸⁾ 그러나 법

3) 선진국에서는 미래의 의사무능력을 대비하여 미리 지속적 대리권을 부여하는 방법이 널리 활용되고 있다. 이에 관해서는 제철웅, “성년후견과 지속적 대리-의사결정능력 장애인의 보호에서 인권존중으로”, 법조(제722호), (2017. 4), 87면 이하 참조. 우리나라에는 임의후견계약이 있지만, 가정법원에서 임의후견감독인을 선임하여야만 임의후견인이 활동할 수 있다는 점에서 차이가 있다. 임의후견제도의 한계와 개선과제에 대해서는 박인환, “실질적 자기결정존중의 관점에서의 후견계약의 형가와 의사결정지원방안의 모색”, 가족법연구(제29권 2호), (2015. 7.), 105면 이하; 제철웅, “개정 민법상의 후견계약의 특징, 문제점 그리고 개선방향”, 민사법학(제66호), (2014. 3.), 115면 이하 참조.

4) 사법연감 2001년 이후의 통계를 보면, 2001년부터 2012년까지 12년간 금치산자, 한정치산자 신청건수는 10,594건인데, 성년후견제도가 시행된 2013년 7월 1일 이후 2019년 말까지 후견개시심판 청구건수는 33,831건이다.

5) 민사생활이나 공적 생활에서의 참여를 제한하는 결정조항은 300여개에 달한다. 그 문제점은 박인환, “새로운 성년후견제도의 시행과 결정조항 정비의 과제”, 비교사법(제21권 제3호), (2014. 8.), 1226면 이하; 제철웅, “피성년후견 및 피한정후견을 이유로 한 결정조항의 폐지”, 위법논집(제42권 제2호), (2018. 5.), 261면 이하 참조.

6) 이 규정은 공무원으로 “임용”될 수 없게 한 것이므로, 피성년후견인 및 피한정후견인이 선거로 의원으로 당선될 경우 정무직 공무원으로 활동할 수는 있다.

7) 2020. 3. 11. 웰페어뉴스 <<https://www.welfarenews.net/news/articleView.html?idno=73118>> 참조.

8) 부칙 제2조 제2항은 “...금치산자 또는 한정치산자에 대하여 이 법에 따라 성년후견, 한정후견 또는 특정후견이 개시되거나 임의후견 감독인이 선임된 경우 또는 이 법 시행일로부터 5년이 경과한 때에는 그 금치산 또는 한정치산의 신고는 장래를 향하여 그 효력을 잃는다.”고 규정하였다. 제3조는 금치산자 및 한정치산자에 적용되는 다른 법령의 효력도 위 기간 동안에만 성년후견 또는 한정후견을 받은 사람에게 적용되도록 하였다. 결과적으로 금치산자만이 아니라 피성년후견인도 2018년 7월 1일부터 공직선거법 제18조 제1항 제1호의 적용을 받지 않게 되었다.

개정을 통해 피성년후견인의 선거권 및 피선거권을 박탈할 가능성은 상존하고 있다.

3. 선거권, 피선거권의 박탈, 공무원 자격의 결격은 의사결정능력 장애인에게 한정된 문제가 아니라, 그 보다 더 넓은 범주의, 적게 보더라도 백만 명 이상의 정신적 장애인⁹⁾에게 영향을 미친다. 정신적 장애인은 후견제도 이용 대상이 되거나 타인에 의한 의사결정대행의 대상이 될 수 있을 뿐 아니라,¹⁰⁾ 의사결정능력 장애인의 결격에 동원되는 논리가 정신적 장애인의 공적 생활 참여 제한의 논리로 동원되기 때문이다.¹¹⁾ 나아가 정신적 장애인의 사회통합이 정책형성단계에서 의제로 채택되지 않거나, 설령 의제로 채택되더라도 당사자의 관점·이익이 아니라 가족이나 전문가의 이익·관점에서 논의되는 사회환경을 조성한다. 달리 말하면 정신적 장애인의 사회생활 참여 방안이 아니라, 이들의 돌봄, 보호의 문제에 한정하여 논의된다.¹²⁾ 이 점이 신체장애인과 극명하게 대비되는 점이다. 신체장애인의 사회통합은 장애인권리협약 기준을 전후하여 우리나라의 정책형성단계에서 중요한 의제로 부각되었다.¹³⁾ 이는 13대 국회 이래 신체장애인이 꾸준히 비례대표로 국회에 진출한 것과 무관하지 않다. 특히 제21대 국회 초반 시각·청각·휠체어 장애인 등 신체장애인의 선거참여를 위한 편의제공에 초점을 맞춘 공직선거법 개정안이 대거 제안된 것도 신체장애인 비례대표의원 4명이 있는 것과 무관하지 않다.¹⁴⁾ 선거권 관

9) 2018년 기준 등록장애인은 2,585,876명인데, 그 중 등록 발달장애인은 233,620명, 등록 정신장애인은 102,140명이다. 보건복지부, 『장애통계연감』, (2019) 참조. 그런데 장애등록을 하지 않은 다수의 중증정신질환자가 있다. 중증정신질환으로 진단받은 인원만 연간 50만명을 상회하기 때문에 입원환자, 정신요양시설 입소환자를 제외한 지역사회 거주 중증정신질환자의 숫자는 40만명에 달할 것으로 추정된다. 보건복지부, 국가정신건강현황보고서, (2018), 30면 이하 참조. 또한 선진국에서는 장애인으로 분류되지만 우리나라에서는 장애인이 아닌 치매환자도 약 80만명에 이른다. <https://www.nid.or.kr/info/today_list.aspx> 참조.

10) 정신건강증진 및 정신질환자 복지지원에 관한 법률 제43조의 보호의무자에 의한 입원, 제44조의 행정입원, 제50조의 응급입원이 대표적인 예이다.

11) 그 예가 정신질환자의 직업활동 제한이다. 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률 부칙 제7조에는 정신질환을 결격사유로 삼는 25개 법률을 규정한다. 여기에 속하지 않은 다수의 법률에서도 정신질환을 결격사유로 삼고 있다. 이에 대해서는 김도희, “정신질환을 이유로 한 결격조항의 문제점과 개선방안”, 후견과 신탁(제2권 제1호), (2019. 2), 27면 이하 참조.

12) V. D. Fina/R. Cera/G. Palmisano(위 주 1), pp. 526에서는 장애인의 공적 활동 참여제한은 장애의 문제를 사적 영역의 문제로 축소시키는 기능을 한다고 지적한다. 정신적 장애인의 결격의 문제가 바로 그런 기능을 수행한다.

13) 2007년 제정된 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률, 2011년 제정된 장애인활동지원에 관한 법률, 21대 국회에 발의된 장애인 탈시설 지원 등에 관한 법률안 등은 주로 신체장애인의 사회통합과 밀접한 관련이 있다.

14) 김철민 의원 대표발의 공직선거법 제70조 개정(청각장애인 선거정보접근성 관련); 이인영 의원 대표발의 공직선거법 제151조 제8항 개정(시각장애인 및 발달장애인 투표권 행사 관련); 이인영 의원 대표발의 공직선거법 제6조 제2항(노약자, 장애인 교통편의 제공) 및 제70조 제6항, 제72조 제2항, 제82조의 제12항, 제261조

■ 법조 제70권 제1호(통권 제745호) 연구논문

런 선행연구도 신체장애인의 투표권행사에 관한 것이 대부분이다.¹⁵⁾ 반면 발달장애, 정신장애, 치매환자 등 정신적 장애인의 선거참여 관련 법률안은 21대 국회에서 일부 제안되었지만, 선거참여를 위한 편의제공을 내용으로 한 협소한 부분에 한정되어 있다. 진선미 의원의 입법안에 있는 쉬운 투표안내문, 이인영의원 입법안의 대안적 투표용지의 도입이 유일하다.

이 논문은 정신적 장애를 이유로 한 선거권 및 피선거권 결격의 폐지나, 이들의 선거권 행사를 위한 정당한 편의제공¹⁶⁾을 넘어 서서 더 나아가 정신적 장애인의 선거참여 증진을 위해 국가가 적극적 조치를 취해야 할 필요성과 그 내용을 장애인권리협약의 관점에서 살펴본다. 장애인권리협약 비준국¹⁷⁾으로서 우리나라는 정신적 장애인의 참정권의 문제를 시민적, 정치적 권리뿐만 아니라, 사회권의 일부로서 적극적 조치¹⁹⁾를 취할 국제법상의 의무가 있기 때문이다. 국가의 적극적 조치 없이는 정신적 장

제4항 개정(자막방송 관련); 정회용 의원 대표발의 공직선거법 제65조 제4항 및 제261조 제3항 제3호(접자형 선거공보 관련); 인재근 의원 대표발의 공직선거법 제147조 제2항(투표소 접근성 제고 관련) 및 제148조(사전투표소 관련); 진선미 의원 대표발의 공직선거법 제65조 제4항, 제8항, 제9항(시각장애인을 위한 선거공보 등 선거정보 제공 관련), 제70조 제6항, 제72조 제2항, 제82조의2 제12항(시각장애인 및 청각장애인을 위한 선거방송 관련), 제153조 제2항(지적장애인을 위한 그림 투표안내문 관련), 제261조 제6항 제1호(시각장애인 및 청각장애인을 위한 선거방송 위반시 과태료 규정) 개정안 등이 그것이다. 여러 법안을 절충해서 2020.12.9. 이동약자 교통편의, 시각장애인용 공보책자 제공, 선거토론회에서 수어 및 접자방송 등이 포함된 공직선거법이 국회를 통과했다.

- 15) 김원영, “지체장애인의 선거권, 그 침해의 양상과 정교한 보장 방안”, 사회보장법연구(제2권 1호), (2013. 6.), 31면 이하; 차성안, “중증장애인 입후보자의 선거운동”, 사회보장법연구(제2권 1호), (2013. 6.), 73면 이하; 국가인권위, 『장애인 유권자 참정권 보장방안 모색을 위한 토론회』, (2014. 7.).
- 16) 시민적, 정치적 기본권은 침해로부터의 방어라는 소극적 성격만 있는 것이 아니라 차별금지를 위한 국가의 조치를 필요로 하는 적극적 성격도 있다. 가령 R. Clayton/H. Tomlinson, *The Law of Human Rights 2nd edition*, Oxford University(2009), pp. 354. 장애인권리협약은 이를 비준국의 정당한 편의제공(reasonable accommodation) 의무로 구체화되었다. 이에 대해서는 V. D. Fina/R. Cera/G. Palmisano(주 1), pp. 167 참조.
- 17) 국제인권조약 비준의 효력에 대한 논의는 R. Clayton/H. Tomlinson(주 16), pp. 75 참조. 국민의 개인적 권리로 인정하지 않더라도(직접효의 부정) 정부(입법부, 사법부, 행정부)는 조약상의 장애인권리의 실현을 보장할 국제법상의 의무가 있다.
- 18) 의사결정능력 장애인의 참정권에 관한 선행연구는 선거권 결격의 폐지에 초점을 맞춘 것이었다. 가령 제철웅, “유엔 장애인권리협약의 관점에서 본 한국 성년후견제도의 현재와 미래”, 가족법연구(제28권 2호), (2014. 7.), 227~233면; 홍남희, “피성년후견인의 선거권 등 제한에 관한 법적 고찰”, 사회보장법연구(제4권 1호), (2015. 6.), 1면 이하 참조. 그 이전의 연구인 조기호, “개정 민법상 피성년후견인의 선거권 제한 방안”, 선거연구(제3호), (2012. 12.), 163면 이하에서는 피성년후견인에게 일률적으로 선거권을 박탈하는 것의 문제점을 지적하면서 전면적 선거권 인정에는 소극적으로 접근한다. 그 이후의 연구도 투표권 행사에서의 정당한 편의제공의 수준을 넘지 못하고 있다. 가령 김진우, “지적장애인 투표권 부여 및 행사 관련 쟁점 연구”, 사회과학연구(제31집 1호), (2015. 2.), pp. 345; 박경수 외, 『시설거주 장애인 선거권 실태조사』, 국가인권위원회 연구보고서, (2014), 참조.

애인의 시민적, 정치적 기본권도 충분히 실현되기 어렵고,²⁰⁾ 사회통합도 실현되기 어렵기 때문에 이런 적극적 관점이 필요하다는 것이다. 아래에서는 먼저 장애인권리협약 제정을 전후한 국제인권법의 발전을 살펴보면서 인권의 관점에서 정신적 장애인의 참정권의 문제를 어떻게 접근해야 할지를 보고(II), 국제연합(UN), 유럽평의회(Council of Europe), 유럽연합(European Union)²¹⁾에서 장애인권리협약상의 정신적 장애인의 선거권 행사를 위한 정당한 편의제공 및 참정권 증진을 실현하기 위해 어떤 노력을 하는지를 살펴본 후(III), 선거참여를 중심으로 우리나라 정신적 장애인의 참정권 증진의 과제를 제시하고자 한다(IV).

II. 정신적 장애인의 참정권 관련 국제인권법의 변천

1. 시민적, 정치적 권리로서의 장애인 참정권: 인권선언에서부터 장애인권리협약까지

가. 2차대전 이후 선거와 관련된 최초의 인권규범은 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights) 제21조이다.²²⁾ 정부는 국민의 의사에 기반해야 하고, 그 의사는 국민의 자유, 평등, 비밀선거를 통해 표현되어야 한다는 것을 선언하였다. 그러나 세계인권선언의 내용이 국제조약으로 발전되지 않은 상태에서 유럽의 연합국은 1950년 유럽인권조약(European Convention on Human Rights)을 제정하였다.²³⁾ 1953년 발효된

19) 사회적, 경제적, 문화적 기본권은 국가가 특정의 조치를 취함으로써 점진적으로 그 실현을 보장하여야 할 권리이다. Office of the High Commissioner for Human Rights, *CESCR General Comment No. 3: the Nature of State Parties' Obligations (Art. 2, para 1, of the Convention)*, 1990 참조.

20) 장애인권리협약 제19조의 일반평석에서도 이를 언급하고 있다(Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *General Comment on No. 5(2017)*, paras. 6).

21) 독립한 재판을 갖춘 국제인권규약을 최초로 채택한 유럽평의회는 47개 회원국으로 구성되어 있는데, 27개 유럽연합 회원국은 모두 유럽평의회 회원국이다. 또 유럽연합 재판소(Court of Justice)도 판결에서 기본권 보호를 지속해 왔기 때문에 국제인권법 형성의 관점에서 보면 양 기구는 상호 보완적인 관계에 있다. 이에 대해서는 E. Berry/M. J. Homewood/B. Bogusz, *EU Law 3rd edition*, Oxford University Press(2017), pp. 383 참조. 특히 리스본 조약 발효 직후 2009년 유럽연합은 유럽인권협약에 서명하고(아직 회원국의 지위를 갖지 못함), 2010년 장애인권리협약도 비준하였다. J. Rehman, *International Human Rights Law*, 2nd edition, Pearson(2010), pp. 251 참조.

22) 제21조는 다음과 같이 규정한다. ① 모든 사람은 직접 또는 자유롭게 선택된 대표를 통해 자국 정부에 참여할 권리가 있다. ② 모든 사람은 자국의 공직에 평등하게 참여할 권리가 있다. ③ 국민의 의사가 정부의 권위의 기초가 되어야 한다. 이 의사는 보편적이고 평등한 정기적인 진정한 선거를 통해 표현되어야 하며, 그 선거는 비밀선거 또는 그에 준하는 자유로운 선거절차를 통해 치루어야 한다.

23) J. Rehman(주 21), pp. 183 참조. 정식명칭인 Convention for the Protection of Human Rights and

■ 법조 제70권 제1호(통권 제745호) 연구논문

유럽인권조약은 유럽평의회와 유럽인권재판소를 설치하는 내용도 포함하고 있었다.²⁴⁾ 유럽인권조약의 내용은 그 후 수차례의 의정서를 통해 보완되었는데 1952년 제정되어 1954년 발효된 제1의정서 제3조에 선거에 관한 권리가 규정되어 있다. 동조는 “비준국은 입법부의 선택에서 인민의 의견을 자유롭게 표현하는 것을 보장하는 조건 하에 비밀투표를 합리적 간격을 두고 실시하여야 한다.”라고 규정하고 있다.²⁵⁾ 유럽인권재판소는 *Mathieu-Mohin and Clerfay v. Belgium*, no. 9267/81, 1987에서 이 규정은 비준국 시민들의 기본권을 규정한 것이라고 해석하였다. 그 후 수형자의 선거권을 박탈한 영국법이 인권침해인지가 문제된 유럽인권재판소 *Hirst v. the United Kingdom(no 2)*, (2006) 42 EHRR 41에서 “...선거권은 특권이 아니고, 보통선거는 민주주의의 기본원칙이 되어야 하며, 여기로부터 벗어나는 것은 입법부 및 그 입법부의 산물인 법률의 정당성을 저해시키는 것”이라고 판단하였다. 세계인권선언이나 유럽인권조약 제1의정서 제3조는 선거권 인정에 아무 제한을 두지 않는데, 유럽인권재판소는 위 판결들에서 선거권이 절대적 권리는 아니라고 하였다. 즉 선거권은 제한할 수 있지만, 자의(恣意)가 없어야 하고, 비례성의 원칙에 따른 것이어야 한다는 것이다. 이는 국내선거만이 아니라 유럽연합 선거에서도 적용될 수 있다고 보았다.²⁶⁾

세계인권선언은 그 후 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights. ICCPR) 및 경제적, 사회적, 문화적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)으로 발전하였다.²⁷⁾ 전자인 B 규약 제25조에서 보통, 평등, 비밀 선거를 할 권리, 그 선거를 통해 선출될 권리를 시민의 기본권으로 보장하는데, 세계인권선언에는 없는 “합리적인 제한”이 가능하다고 한다.²⁸⁾ 유엔 자유권규약위원회(Human Rights Committee)는 이를 근거로 객관적

Fundamental Freedoms보다 유럽인권조약으로 더 잘 알려져 있다.

24) J. Rehman(주 21), pp. 215 참조.

25) 유럽인권조약 제정 당시 선거권에 관한 규정을 포함하려고 시도하였으나 영국의 반대로 실패하고 제1의정서에 포함되었다. R. Clayton/H. Tomlinson(주 16), p. 1388. “The High Contracting Parties undertake to hold free elections...”라는 표현을 사용함으로써, 비준국 시민들에게 선거권을 보장하기 위한 것인지는 불분명하였다고 한다. Harris, O’Boyle/Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2nd edition(2009), p. 712 참조.

26) European Court of Human Rights, *Matthews v. the United Kingdom(GC)*, no. 24833/94(1999).

27) A, B 규약의 의미는 J. Rehman(주 21), pp. 85 참조.

28) 동조의 규정은 다음과 같다. “모든 시민은 제2조에서 언급된 차별 없이, 그리고 비합리적인 제한 없이 다음의 권리와 기회를 가진다. a) 직접 또는 자유롭게 선출된 대표를 통해 국가의 공무에 참여할 권리, (b) 보편, 평등 선거와 선거인의 자유로운 의사표현을 보장하는 비밀투표를 통한 진정한 정기적인 선거를 할 권리, 그

이고 합리적인 기준에 근거하여 선거권을 제한할 수 있다고 하였다.²⁹⁾ 가령 일정 연령 이상의 사람에게 피선거권을 인정하는 것은 정당한 제한일 수 있다고 보았다. 그러나 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 의견, 민족 또는 사회적 출신 배경, 재산, 출생이나 다른 지위에 의한 차별은 허용되지 않는다고 하였다. 나아가 신체장애, 문자해독, 교육 및 재산 요건을 내세워 차별해서도 안 된다고 하였다. 그러나 정신장애를 이유로 하여 선거권을 박탈하거나 공무담임을 거부할 수도 있다고 하였다.³⁰⁾

나. 앞서 언급한 B 규약에서 알 수 있듯이 투표권 인정에는 제한이 있기 마련이다. 그러나 여성참정권에서 보듯이, 민주주의의 역사는 참정권 확대의 역사라고 해도 과언이 아니다. 1999년 미국 정치학회에 제출된 Andre Blais, Louis Massicotte, Antoine Yoshinaka의 연구논문인 "Deciding Who Has the Right to Vote: A Comparative Analysis of Election Laws"에서는 미국을 제외한 63개국의 선거권제한 기준을 분석하였다. 그 내용은 다음과 같다.

첫째, 분석대상 국가 모두 '최소연령'을 기준으로 선거권 제한을 두고 있다. 선거권제한의 근거는 정신적으로 성숙하지 않은 사람은 근거 있는 결정을 할 수 없다는 믿음에 기반한 것이다. 정신적 성숙도를 판단할 기준을 설정하기 어렵기 때문에, "성인"이 되는 연령인 18세를 기준으로 선거권을 인정한다.³¹⁾ 둘째, 정신적 능력에 문제가 있는 사람은 '최소연령'과 마찬가지로 근거 있는 결정을 할 수 없다고 보기 때문에 선거권을 인정하지 않는 것이 일반적이다. 조사대상 국가 중 캐나다, 아일랜드, 이태리, 스웨덴만 이를 결격사유로 삼지 않았다. 셋째, 조사대상 국가 모두 국가의 일체성을 유지하는데 도움이 되기 때문에 시민권 있는 자에게만 선거권을 인정하였다. 그 나라에 깊이 통합되어 있어야 투표할 수 있다고 보는 것이다. 그렇지 않을 경우 그 사회가 직면한 문제, 선거에서의 쟁점에 익숙하지 않고 쉽게 조종될 수 있다고 보는 것이다.³²⁾ 넷째, 선거구에 일정기

선거에서 선출될 권리, (c) 진정한 평등의 의미에서 자국의 공무에 접근할 수 있는 권리".

29) Human Rights Committee, *General Comment No. 25*(1996), paras 4 참조.

30) Human Rights Committee, *General Comment No. 25*, para. 4. 참조 후술하겠지만 유엔 자유권규약위원회의 이런 견해는 그 이후 많은 변천을 거치게 된다.

31) A. Blais/L. Massicotte/A. Yoshinaka, *Deciding Who Has the Right to Vote: A Comparative Analysis of Election Laws*, 1999, pp. 2 참조. 브라질은 성인 아닌 16세 이상에게 선거권을 인정하고, 일본과 대만은 20세 이상에게 선거권을 인정한다.

32) A. Blais/L. Massicotte/A. Yoshinaka(주 31), pp. 3. 참조. 시민권 요건을 완화할 것을 주장하는 사람은 동일하게 세금을 내고 국법을 준수하는데 이들을 정치적으로 차별하는 것이라고 주장한다. 유럽연합 회원국 시민은 다른 회원국의 지방선거에서 선거권 및 피선거권을 행사할 수 있는 것도 그 예이다.

■ 법조 제70권 제1호(통권 제745호) 연구논문

간 거주할 것을 선거권 인정 요건을 내거는 나라가 일부 있었다. 호주는 1개월 이상 거주, 키프러스는 4개월 이상 거주, 프랑스는 6개월 이상 거주 등이 그 예이다.³³⁾ 다섯째, 일부 조사대상 국가는 최소 국내 거주 요건을 선거권 인정요건으로 두기도 하였다. 벨리즈는 12개월, 칠레는 비시민권자는 5년, 키프러스는 6개월, 뉴질랜드는 1년 등이 그 예이다.³⁴⁾ 여섯째, 해외 거주 시민권자에게 선거권을 인정하지 않는 것은 선거법에서의 오랜 전통이었다. 다만, 군인의 경우 예외를 인정하였는데, 이후 외교관, 해외 직무 공무원으로 예외가 확장되었다고 한다.³⁵⁾ 일곱째, 수형자에게도 선거권을 인정하는 나라는 조사대상 63개국 중 23개국이었으며, 형의 유형과 무관하게 선거권을 박탈하는 나라는 25개국, 나머지는 일정 유형의 형벌을 받은 자에게만 선거권을 박탈하였다.³⁶⁾ 조사대상 국가에서 정신적 문제가 있는 사람에게 선거권을 부여하지 않는 나라 중 민주주의 전통이 강한 나라에서는 조사대상 국가의 89%였지만, 민주주의 전통이 약한 국가는 100% 선거권을 부여하지 않았다고 한다.³⁷⁾

물론 위 연구 이후 국제인권법의 환경은 많이 변화하였다. 무엇보다도 장애인권리협약(UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities)이 2006년 제정되어 2008년 발효되었고, 유엔 인권위원회(Human Rights Commission)가 2014년 인권이사회(Human Rights Council)로 격상되어 유엔 총회 산하기구로 전환되었다.³⁸⁾ 이를 전후하여 선거권과 관련하여 변화가 다수 있었고 또 진행되고 있다. 특히 의사결정능력 장애가 있는 사

33) A. Blais/L. Massicotte/A. Yoshinaka(주 31), p. 5 참조. 선거 이전에 그 지역사회에 통합되어 있어야 한다는 것이 정당화 근거이다. 그러나 반대론자들은 선거는 지역 차원이 아니라 전국차원의 쟁점과 밀접한 관련이 있는데 선거구 거주요건을 내세우는 것은 특히 자주 이사하는 사람들의 선거권을 박탈하는 결과가 된다고 주장한다.

34) A. Blais/L. Massicotte/A. Yoshinaka(주 31), pp. 5 참조. 의미 있는 투표를 하기 위해서는 국내 정보에 익숙해야 하는데 국내 거주를 하지 않을 경우 그렇지 않다는 것은 근거로 주장한다. 그러나 우연히 최근 몇 년간 해외에 거주하는 사람의 경우 투표권이 박탈되는 것이어서 부당하다고 주장한다. 동일한 의무가 있으면 동일한 권리가 주어져야 한다는 것이다.

35) A. Blais/L. Massicotte/A. Yoshinaka(주 31), p. 6 참조. 그러나 학업, 여행, 직업활동 등으로 해외 거주하는 시민권자에게 선거권을 인정하지 않는 것은 이들의 정치적 권리를 차별하는 것이라는 주장이 증가하고 있다.

36) A. Blais/L. Massicotte/A. Yoshinaka(주 31), pp. 6 참조. 선거권 박탈은 시민사회는 법을 준수하겠다는 신성한 약속에 근거하고 있다는 믿음에 근거한 것인데, 법을 위반한 사람은 그 약속을 위반한 것이고 따라서 민주적 절차에 참여할 가치가 없는 사람이라고 보는 것이다. 특히 박빙의 선거에서는 수형자들의 투표로 결과가 바뀌게 될 것을 두려워 할 수 있다. 그러나 형벌을 징벌보다는 재활에 초점을 맞춘다면 선거권 박탈은 사회통합을 저해할 것이다.

37) A. Blais/L. Massicotte/A. Yoshinaka(주 31), pp. 9 참조.

38) 코피아난 유엔 사무총장 시절 인권 문제를 더욱 중시하기 위해 이런 변화가 실현되었다. 이에 대해서는 J. Rehman(위 주 21), pp. 46 참조.

람, 즉 정신능력(mental capacity)³⁹⁾이 없거나 부족한 사람에게 선거권을 박탈하는 제도에는 많은 변화가 진행되고 있다.

다. 그런데 참정권을 개인의 시민적, 정치적 권리라는 관점에서 접근할 때에는 정신적 장애인의 참정권 제한도 개별적으로 판단하게 된다. 아래에서 다룰 2010년의 유럽인권재판소의 판결이 그 연장선에 있다. 이 판결은 정신적 장애인의 선거권 제한이 유럽인권조약 제1의정서 제3조 위반인지를 다룬 것이다.

[유럽인권조약 제1의정서 제3조 관련 유럽인권재판소 판결⁴⁰⁾]

<사 안>

Alajos Kiss는 1954년 생으로 1991년 조울증 진단을 받았고, 2005년 5월 27일 부분후견(partial guardianship)이 개시되었다. 헝가리 헌법 제70조 제5항의 적용으로 그는 선거권이 박탈되었다. 그는 자신을 적절하게 돌볼 수 있으나 때때로 무책임하게 돈을 낭비하기도 하고 공격적인 행동을 하였다. Kiss는 부분후견의 개시에 이의를 제기하지는 않았다. 2006년 2월 13일 선거인명부에서 자신이 제외되었음을 알게 되었고, 지방법원에 이의를 제기하였으나 기각되었다. 헌법 제70조 제5항에 따라 피후견인은 선거에 참여할 수 없었기 때문이다. 그는 유럽인권조약 제1의정서 제3조, 동 조약 제13조, 제14조 위반으로 유럽인권재판소에 제소하였다.

<판 결>

보통선거는 법의 지배에 의해 통치되는 민주주의의 초석이다. 선거권은 특권이 아니라 사회통합을 위해 필수적인 부분임을 정한 것이 유럽인권협약 제1의정서 제3조이다. 선거권은 정당한 목적을 위해 제한할 수 있지만, 그 본질을 훼손해서도 안 되고 또 비례의 원칙에 따른 것이어야 한다. 선거권 제한의 정당한 목적으로 언급되는 선거절차의 완성성(integrity)과 효과성(effectiveness)은 보통선거를 통한 인민의 의사를 확인하기 위한 것이 목적이다. 보통선거로부터 이탈하는 것은 그렇게 해서 선출된 입법부의 민주적 정

39) 정신능력(mental capacity)은 보통법에서 발전된 개념으로, 자연적 의사결정을 할 수 있는 역량이 있는지를 기준으로 판단한다. Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *General Comment No. 1(2014) on Article 12*, CRPD/C/GC/1, paras. 13 참조. 대륙법계에서는 의사능력이란 표현이 더 익숙한데, 이는 “합리적” 의사결정을 할 능력으로서, 행위능력 유무를 판단하는 근거가 된다.

40) Alajos Kiss v. Hungary no. 38832/06, 20/08/2010.

당성, 제정된 법률의 민주적 정당성을 훼손시키는 것이다.

신청인과 정부는 선거권 제한의 목적의 정당성에 관해 다투지 않기 때문에 따로 판단하지 않았다. 그러나 이 사건의 선거권 제한은 비례성의 원칙을 위반하였다고 판단하였다. 헝가리의 법은 완전후견(total guardianship)과 부분후견을 받고 있는 사람을 구분하지 않는다. 헝가리 성인 인구의 0.75%가 후견을 받고 있는데 이는 무시할 정도가 아니다. 선거권 제한 사유에 관하여 국가에 재량권이 인정되어야 한다면 그에 상응한 균형점이 있어야 한다. 정신적 문제가 있는 사람의 선거권을 제한하기 위해서는 투표하기에 적합한지를 개별적으로 평가하여야 하는데, 이런 비례성을 추구하기 위한 선거권제한의 절차가 없다. 기본권에 대한 제한이 그동안 차별을 받아왔던 그 사회의 취약집단에 적용된다면, 국가의 재량의 범위는 그 만큼 더 좁아져야 하고, 기본권 제한을 위한 상당한 근거를 제시해야 한다. 지적 장애가 있거나 정신적 장애가 있는 사람을 한 부류로 취급하는 것은 문제가 있고, 이들의 권리를 제한하고자 할 때에는 엄격한 검증절차를 거쳐야 한다. 그러므로 헝가리의 법은 유럽인권협약 제1의정서 제3조를 위반한 것이다. 이에 따라 신청인이 청구한 10,000유로의 정신적 고통에 대한 손해배상청구와 소송비용을 헝가리 정부가 부담해야 한다.

유럽인권재판소는 유럽인권조약의 조항을 장애인권리협약의 관점에서 해석하려고 시도하는 경향이 있는데, 이 사안에서도 마찬가지였다. 그러나 정신적 장애인의 선거권 제한이 정당한 목적에 근거하였음을 전제하고, 선거권 제한의 필요가 있는지를 개별적으로 판단하여야 한다고 본 것은 유럽인권조약의 테두리 내에서 해석하여야 했기 때문일 것이다.⁴¹⁾

2. 사회권으로서의 참정권의 증진

가. 국제인권법에서 장애인의 사회통합이라는 관점에서 장애인 인권에 주목하기 시작한 것은 1993년 유엔총회에서 장애인을 위한 평등조치와 기회제공에 관한 표준준칙(the Standard Rules on the Equalization and Opportunities for Persons with Disabilities)의 채택 때부터이다.⁴²⁾ 이 준칙 제14는 유엔 회원국은 국가의 정책형성과 계획

41) 장애인권리협약을 존중한다는 유럽인권재판소의 선언과 현실 재판에서의 한계, 유럽인권재판소의 결정과 장애인권리위원회의 결정 간의 차이점 등에 관하여는 L. Waddington/Anna Lawson ed, *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Practice*, Oxford University Press(2018), pp. 89 참조.

42) 이에 대해서는 V. D. Fina/R. Cera/G. Palmisano(주 1), pp. 4 참조.

(Policy-Making and Planning)에 장애를 고려하도록 한다. 동 준칙 제2항은 장애인의 경제적 및 사회적 지위에 영향을 미치는 모든 정책형성과 계획에 관한 의사결정에 장애 단체를 참여하도록 하고, 제3항은 장애인의 필요와 관심사를 분리취급하지 않고 국가의 일반 정책에 포함되도록 한다. 이는 장애인의 참정권 증진과 밀접하게 연계되어 있다. 공적 정책결정과정에서 참여하는 출발점이 선거이기 때문이다.

정책결정과정에서 장애인과 장애단체의 참여를 보장할 국가의 책임은 1996년 개정된 유럽평의회의 유럽사회헌장(The European Social Charter) 제15조⁴³⁾에서도 반영되어 있다. 유럽사회헌장은 1950년의 유럽인권조약을 보완하기 위해 유럽평의회가 1961년 제정한 것이었다. 사회헌장 중 신체적 및 정신적 장애인의 사회통합에 관한 사항은 제15조에 규정되어 있었는데, 직업훈련, 재활, 사회정착의 권리만을 언급하고, 정치활동 및 공적 생활 참여에 대한 내용은 포함하지 않았다. 그런데 1996년 개정된 제15조는 신체적, 정신적 장애인의 완전한 사회통합 실현을 직업, 주거, 이동, 문화활동, 여가에 한정하지 않고, 제3호에서 ‘공동체 삶에 참여’라는 문구를 포함시킴으로써, 정치활동에 대한 참여도 사회권 실현의 한 부분에 포함시킬 여지를 만들었다.⁴⁴⁾

장애인의 참정권을 시민적, 정치적 권리의 보장에 국한시키는 것이 아니라 사회통합의 관점에서 접근하는 국제인권법의 이런 흐름은 2006년 제정된 장애인권리협약 제12조, 제29조에 반영되어 있다. 다른 사람과 평등하게 장애인의 법적 능력(legal capacity)을 인정할 것을 규정한 동 협약 제12조는 장애인의 자기결정권 존중이 언제나 전제되어야 하며, 의사결정능력 장애가 있더라도 대행의사결정이 아니라 스스로 결정하도록 지원해야 한다고 한다.⁴⁵⁾ 이 원칙은 장애인의 선거권 행사와 불가분적으로 연결되어 있다.⁴⁶⁾ 선거권 행사에서도 자기결정권 존중과 의사결정지원이 중요하기 때문이다. 제29조는 장애인의 정치 및 공적 생활 참여를 포괄적으로 규정한다. 동조 (a)호는 장애인의 선거권 및 피선거권 보장에서의 평등과 차별금지(정당한 편의제공을 포함)를 규정하고, (b)호는 장

43) 제15조(장애인의 독립, 사회통합, 공동체 삶에 참여할 권리) 제3호는 다음과 같이 규정한다. “3. 장애인의 완전한 사회통합과 공동체 삶에의 완전한 참여를 증진시킬 수 있게, 기술적 지원을 포함하여 의사소통, 이동에 대한 장벽을 극복하고, 운송, 주거, 문화활동, 여가에 대한 접근을 가능할 수 있게 하는 다양한 조치를 실시할 것.”

44) 후술하겠지만, 유럽평의회 장관위원회가 2006년 Resolution(2006) 5로 채택한 장애행동계획 2006-2015(Disability Action Plan 2006-2015)는 장애인 사회통합의 첫째의 과제로 정치활동 및 공적생활 참여를 정하고 있다.

45) UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *General comment No. 1 (2014) Article 12: Equal recognition before the law*, CRPD/C/GC/1 참조.

46) UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities(주 45), para. 31 참조.

■ 법조 제70권 제1호(통권 제745호) 연구논문

애인과 장애인단체의 공적영역에의 참여를 증진시켜야 할 국가의 책임에 관하여 규정한다.⁴⁷⁾ (b)항이 특히 중요한 이유는 장애인은 그 숫자가 많음에도 불구하고 선거와 공적영역에서 영향력이 미미하였고, 사회통합을 위해서는 단순히 선거권 및 피선거권의 보장만으로는 불충분하기 때문이다.⁴⁸⁾

나. 장애인의 사회통합을 위해 정치활동 참여를 증진할 필요가 있다는 관점에서 보면, 후견개시를 이유로 한 선거권 및 피선거권을 제한하는 것 자체가 인권침해라고 볼 수 있다. 후견이 개시된 헝가리 장애인들이 장애인권리협약 선택의정서에 좇아 헝가리 정부를 상대로 자신들의 선거권 박탈이 장애인권리협약을 위반한 것이라고 유엔 장애인권리위원회에 진정한 사건⁴⁹⁾에서 후견 개시를 이유로 한 선거권 제한이 기본권 제한의 ‘정당한 목적’이 될 수 있는지를 검토하였다.

[2013년 결정 장애인권리위원회 통신⁵⁰⁾]

<사 안>

1976년 7월 22일 태어난 Zsolt Bujdosó, 1967년 8월 29일 태어난 Jánosné Ildikó, 1982년 10월 20일 태어난 Viktória Márton, 1955년 1월 11일 태어난 Sándor Mészáros, 1985년 6월 18일 태어난 Gergely Polk, 1967년 12월 6일 태어난 János Szabó는 지적장애가 있는 당사자이다. 이들은 헝가리가 장애인권리협약 제29조를 위반하였다고 주장하였다. 그 중 5명에 대해 부분후견(partial guardianship)이 개시되었고, 1명에 대해 완전후견(full guardianship)이 개시되었다. 이들은 Kiss 사건에서 언급한 헝가리 헌법 제70조 제5항에 의해 후견개시로 선거인명부에서 제외되었다. 그 결과 총선과 지방선거에 참여할 수 없었다. 진정한은 정치를 이해할 수 있고 따라서 선거에 참여할 수 있는데 자동적으로 선거권을 박탈한 것은 부당하고 장애

47) 제29조 (b)항은 다음과 같다. “...(b) 장애인이 차별 없이 그리고 다른 사람과 평등하게 효과적이고 완전하게 공무를 수행하는 것에 참여할 수 있으며, 그들의 공무 참여를 권장하는 환경을 적극적으로 증진시키는 것. 다음 각 호의 사항을 포함한다. (i) 국가의 공적, 정치적 생활과 관련된 비정부기구와 단체에 참여하는 것, 정당의 활동과 정당의 직무에 참여하는 것, (ii) 국제, 국내, 권역, 및 지역의 차원에서 장애인을 대표할 수 있는 장애인의 조직을 만들고 거기에 참여하는 것.”

48) G. Quinn, *A short guide to UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, European Yearbook of Disability Law vol. 1, 2009, pp. 107.

49) 장애인권리협약 위반으로 인한 피해의 진정은 동 협약 선택의정서 제1조부터 제5조에 따라 처리된다. 즉 동 협약의 당사국의 피해자인 개인 또는 집단은 장애인권리위원회에 통신(communication)의 형식으로 진정할 수 있고, 위원회는 이를 심사한 후 제안하거나 권고할 수 있다.

50) CRPD Committee, *Communication No. 4/2011* 참조.

인권리협약 제12조, 제29조를 위반하였다고 주장한다. 진정인은 위원회에 자신들이 장애인권리협약 제12조, 제29조의 침해를 받은 피해자임을 확인해 줄 것, 비준국인 헝가리로 하여금 국내법의 개정을 권고하도록 해줄 것, 자신들이 입은 정신적 손해에 대해 형평에 맞게 손해배상을 해 줄 것을 각각 청구하였다. 이 절차에 신청인과 헝가리정부가 당사자로 참여하고, 하바드 대학의 장애프로젝트가 제3자 참관인의 자격으로 의견을 제출하였다.

<결 정>

후견개시로 선거권을 자동적으로 박탈하는 헝가리 헌법 제70조 제5항은 장애인권리협약 제29조, 제12조를 위반한 것이다. 장애인권리협약 제29조는 장애인이 효과적이고 완전하게 정치적 및 공적 생활에 다른 사람과 평등하게 참여할 수 있도록 보장할 것을 요구하고 있다. 제29조는 어떤 내용의 합리적 제한도 규정하지 않고, 일정한 장애인 집단에 대해 예외를 규정하지도 않는다. 지적장애, 사회심리적 장애를 이유로 한 선거권의 배제는 개별화된 조사를 거친다 하더라도 모두 장애인권리협약 제2조에서 규정한 차별에 해당된다. 헝가리가 종전 헌법을 기본법으로 개정 한 후 동법 제26조 제6항에 따라 후견개시를 할 때 법원으로 하여금 지적장애인의 선거권 및 피선거권을 박탈하도록 하였지만, 그 규정(기본법 제23조 제6항) 및 경과규정도 장애인권리협약 제29조를 위반한 것이다. 장애인의 선거능력을 조사하는 것 자체가 그 성격상 차별적이기 때문에 이런 수단은 결코 정당화될 수 없다. 비준국의 정치 제도의 완전성을 유지한다는 목적에 비추어 보더라도 이와 같은 조치가 비례적이지 않다. 장애인권리위원회는 제29조를 준수하기 위해서는 비준국이 “적절하고, 접근가능하며, 이해하기 쉽고 사용하기 쉬운” 선거절차가 되도록 보장함으로써, 또한 장애인의 요구에 따라 투표에서의 지원을 제공함으로써 선거절차를 개선하여야 한다는 점을 요구해 왔다. 이를 근거로 다음과 같이 권고한다.

첫째, 진정인을 선거명부에서 제외시킨 것을 즉시 시정하고 선거에 참여하지 못함으로써 입은 정신적 손해에 대해 적절하게 보상하여야 하며, 법률비용도 보상해야 한다.

둘째, 장래 동일한 인권침해를 방지하기 위해 기본법 제23조 제6항을 폐지하는 것, 관련 경과규정을 삭제하는 것을 권고한다. 또 “(선거)능력 조사” 없이 모든 장애인에게 선거권 있음을 인정하고, 지원의 필요성을 포함하여 적절한 지원과 정당한

■ 법조 제70권 제1호(통권 제745호) 연구논문

편의제공을 함으로써 장애인이 자신의 정치적 권리를 행사할 수 있도록 할 것을 권고한다. 나아가 장애인권리협약 제29조에서 요구하는 것처럼, 선거절차, 시설, 선거자료 등이 적절하고, 접근가능하며 이해하고 사용하기 쉽도록 하고, 필요하면 장애인의 요청에 따라 투표에서 자신이 선택한 사람에 의해 지원을 받을 수 있도록 함으로써, 다른 사람과 평등하게 선거권을 인정하고 보장하도록 권고한다.

위 결정은 장애인의 참정권 제한이 인권침해인지 여부를 사회통합의 연장선상에서 해석하는 것(장애인권리협약 제29조의 관점)이 시민적·정치적 권리의 관점에서 접근하는 것(유럽인권협약 제1의정서 제3조)과 어떤 차이가 있는지를 보여준다. 즉 사회통합이라는 관점에서 정신적 장애인의 참정권을 접근할 경우, 장애를 이유로 한 선거권 및 피선거권 제한 자체가 정당한 목적이 될 수 없다는 결론에 도달하게 된다.

III. 유럽평의회 및 유럽연합에서의 정신적 장애인의 참정권 증진을 위한 정책

1. 유럽평의회 차원에서의 정치활동 참여 촉진을 위한 방안

가. 장애인의 사회통합의 관점에서 참정권 문제를 다루기까지의 과정

유럽평의회 차원에서도 장애인의 완전한 정치활동 참여를 위한 정책은 서서히 발전하였다. 유럽평의회는 1999년 2월 23일 의사결정능력 없는 성인(*incapable adults*)의 법적 보호에 관한 장관위원회 (*committee of ministers*)의 권고문을 채택하였다.⁵¹⁾ 이 권고문은 의사결정능력 장애인의 자기결정권을 최대한 존중하여야 한다는 원칙(실체법적 원칙을 정한 제2부의 10개 원칙 중 제3원칙)을 채택하였는데, 이를 부정할 수 있음을 전제한 것이다. 제3원칙에서는 의사결정능력이 없다는 이유로 후견 등의 법적 보호조치를 취한다고 자동적으로 선거권을 박탈하지 않도록 하고 있지만, 이것 역시 후견 개시를 이유로 선거권 및 피선거권을 박탈할 수 있음을 전제하였다.

그 후 유럽평의회의 의원총회⁵²⁾를 대신하여 활동하는 상설위원회는 2001년 11월 8일

51) Council of Europe Committee of Ministers, *Resolution Na9 (1999) 4, on Principles Concerning the Protection of Incapable Adults* 참조.

의 결의(Resolution 1264(2001))로 선거에 관한 민주적 절차에 관한 원칙을 작성하기 위한 베니스 위원회(Venice Commission), 즉 법을 통한 민주주의를 위한 위원회를 설치하였다. 이 결의에 근거하여 2002년 선거문제에서의 모범업무지침(Code of Good Practice in Electoral Matters)을 채택하였다.⁵³⁾ 이 지침서에서도 의사결정능력 장애를 이유로 한 선거권 및 피선거권을 박탈할 수 있다는 전제 하에 이를 제한하기 위해서는 다음 각 요건이 모두 충족되어야 한다고 정하고 있었다. ① 법으로 그 요건을 정할 것, ② 비례성의 원칙을 준수할 것, 선거권을 박탈하는 것은 피선거권을 박탈하는 것보다 더 엄격할 것, ③ 자격박탈은 의사결정능력이 없거나(mental incapacity), 형벌을 받은 것에 근거할 것, ④ 정치적 권리를 유보하거나 의사결정능력이 없다고 판단하는 것은 법원의 법적 결정으로 이루어질 것 등이다.

그런데 의사결정능력 장애인을 포함한 정신적 장애인의 참정권을 사회통합의 관점에서 접근하기 시작한 것은 유럽평의회 장관위원회가 2006년 장애인의 권리증진 및 사회참여 증진을 위한 유럽평의회 행동계획 2006-2015를 유럽평의회 결의(Resolution (2006) 5)로 채택한 때부터였다. 그 결의는 정치생활 및 공적 생활 참여, 문화생활 참여, 정보와 의사소통, 교육, 고용과 직업훈련, 맞춤형 환경, 이동권, 지역사회 생활, 건강, 재활, 사회적 보호, 법적 보호, 폭력과 학대로부터의 보호, 연구와 개발, 인식개선 등의 행동계획을 제시한다. 특히 보호가 필요한 장애인에 관한 항목을 따로 구분해 행동계획을 제시하고, 어떻게 실천하고 후속조치를 취할 것인지 등을 제시하고 있다. 이 결의 중 정치생활 및 공적 생활에서의 참여 부분에서는 “어떤 장애인도 장애를 이유로 선거권 및 피선거권이 박탈되지 않도록 보장한다”는 내용이 3.1.3.의 iii에서 규정되어 있다.⁵⁴⁾ 사회는 시민의 다양성을 반영할 필요가 있고, 그들의 다양한 경험과 지식으로부터 이익을 얻을 수 있기 때문에, 장애인이 선거권을 행사하고 관련 활동을 하는 것은 매우 중요하다고 본 것이다.

52) 회원국 국회의원 중에서 과반된 324명의 의원으로 구성된 회의체로서 권고, 결의, 의견의 채택 등을 통해 유럽평의회 장관위원회의 활동에 지침을 제공하는 역할을 한다. 이 기구는 장관위원회(committee of ministers), 유럽인권재판소와 함께 유럽평의회를 구성하는 기관이다. 이에 대해서는 J. Rehman(주 21), pp. 215 참조

53) European Commission for Democracy Through Law (VENICE COMMISSION), *Code of Good Practice in Electoral Matters: Guidelines and Explanatory Report adopted by The VENICE COMMISSION at 52nd Session, 18-19 October 2002* 참조.

54) Council of Europe Committee of Ministers, *Resolution (2006) 5*, 2006, pp. 12 참조.

나. 유럽평의회 차원에서의 장애인의 정치활동 참여 증진 방안

새로운 환경 하에서 2017년 유럽평의회 의원총회의 평등과 비차별 위원회는 장애인의 정치적 권리에 관한 보고서를 간행하였다. 여기서 장애인의 정치활동 참여를 촉진하기 위해 필요한 사항으로 다음 내용을 의원총회에서 결의할 것을 주문하였다.⁵⁵⁾

첫째, 법적 능력(legal capacity)을 선거권과 결부시키지 말 것. 후견을 이용하더라도 선거권을 박탈하지 않도록 하는 것이 필요하다는 것이다. 또한 장기간 요양시설에 있는 장애인의 정치적 권리를 존중하고 보호하여야 하며, 선거권 행사와 관련한 고충처리절차를 마련할 것을 권고하고 있다.

둘째, 장애인 차별 문화를 배격하기 위해, 장애인의 정치활동에 대한 장애인식 개선 활동을 하는 것이 중요하다고 권고하고 있다. 이 작업을 장애인단체와 협력하여 수행할 것을 권고한다. 또 선거관련 토론, 언론 방송 등의 프로그램과 논쟁에서 장애인이 참여할 수 있도록 하는 것을 권고한다.

셋째, 투표소, 선거 정보, 선거 캠페인 등을 포함한 선거 절차에 장애인의 참여가 가능하도록 하기 위해, 장애인의 투표소 접근성을 높이는 것, 선거절차, 투표절차, 정치프로그램 등의 정보를 장애인이 접근가능하게 하는 것, 특히 이해하기 쉽고, 읽기 쉬운 버전으로 선거정보를 제공하는 것, 수화로 선거정보를 제공하는 것 등을 포함할 것, 투표를 접근가능한 형태로 하는 것, 특히 시각장애인의 비밀투표가 보장될 수 있는 투표용지 및 방법을 개발할 것, 장애인의 접근을 촉진하기 위해 정당에게 관련 예산을 지원하는 것 등을 권고한다.

넷째, 투표소에서의 지원 및 투표소 이외의 원격투표를 지원하는 것과 관련해서, 장애인이 요청하면 의사결정지원을 통한 투표 지원, 장애인의 자유의사에 기한 투표를 존중하는 것, 투표소 직원과 유권자등록 업무를 담당하는 사람의 비차별 및 장애인 지원에 관한 교육, 장애인단체와의 협력에 관한 사항의 교육, 장애인의 투표를 지원하기 위해 장애인단체와 협력하여 필요한 지침을 제작하고 배포하는 것, 장애인이 투표소에 가지 못할 경우 이동 투표소를 설치하거나 전자투표를 권하는 것 등을 권고한다.

다섯째, 장애인이 선거에 적극적으로 참여하도록 하기 위해 장애인의 정치활동 참여에

55) Council of Europe Parliamentary Assembly, *The political rights of persons with disabilities: a democratic issue*, 22 February 2017.

관한 데이터 수집을 체계화하는 것, 장애인이 의회 및 지방의회 선거에 참여할 수 있게 할당제를 도입하는 것, 장애인후보에게 추가적인 재정지원을 제공하는 것 등을 권고한다.

2. 유럽연합 차원에서의 정신적 장애인의 정치활동 참여 촉진을 위한 방안

가. 경제공동체에서 출발하여 리스본 조약으로 정치적 공동체로 변모한 유럽연합은 2000년 채택한 기본권헌장(The Charter of Fundamental Rights)에 법적 효력이 부여됨으로써 인권보호의 과제도 부여받게 되었다.⁵⁶⁾ 기본권헌장 전문은 유럽평의회와 유럽인권조약과 사회헌장, 유럽연합 재판소(Court of Justice)가 개별 판결에서 발전시켜 온 인권 관련 원칙을 반영한 것임을 선언하고 있다. 기본권헌장 제3부는 평등권(제20조), 성, 인종, 피부색, 인종, 사회적 출신, 유전적 특성, 언어, 종교와 믿음, 정치적 견해, 소수집단 여부, 재산, 출생, 장애, 연령, 성적 지향의 차이 등에 근거한 모든 차별을 금지하는 것(제21조), 장애인의 독립생활, 사회적 및 직업적 통합 및 직업 공동체 생활에 완전한 참여를 보장할 것(제26조) 등을 규정하고 있다. 선거 및 공적 생활에 관한 규정인 제5부의 규정도 제3부의 평등과 장애인의 사회통합의 관점에서 이해할 수 있다. 그 중 선거권 및 피선거권에 관한 규정인 제39조 및 제40조는 유럽연합 선거에서는 국적과 무관하게 거주지 국민과 평등하게 선거에 참여할 수 있도록 규정하고 있다.

유럽연합은 위 기본권헌장의 실현을 위한 지원기관으로 유럽연합의 기구로 기본권기관(European Union Agency for Fundamental Rights=FRA)을 2009년 창설하였다. 이 기관은 유럽연합 시민들의 기본권 증진을 위한 연구, 조사, 권고활동을 수행하고 있다.⁵⁷⁾ 유럽연합의 회원국에게 비교가능한 정보를 제공하여 자국의 정책에 반영할 수 있게 하려는 것이다. FRA는 2009년부터 2010년까지 유럽연합 27개국의 정신건강문제가 있거나 지적장애가 있는 장애인의 권리보호 관련 연구를 수행하였다.⁵⁸⁾ 그 중 하나가 선거권에

56) 유럽경제공동체조약(EEC Treaty 1957) 이후 암스테르담 조약(The Treaty of Amsterdam 1997)에 이르기까지 유럽연합은 부분적이나마 인권보호 항목을 조약에 포함시켜 왔는데, 2000년 선언한 유럽연합 기본권헌장(EU Charter of Fundamental Rights)에서 이를 포괄적으로 포함시켰다. 2009년 발효된 리스본조약의 TEU 제6조에서 기본권헌장도 조약과 같은 효력을 인정하였다. 이에 대해서는 E. Berry/M. J. Homewood/B. Bogusz(주 21), pp. 400 참조.

57) Council Regulation (EC) 168/2007에 의해 설립되었고, 종전의 '인종주의 및 외국인혐오에 관한 유럽 모니터링센터'를 대체한 기구이다. 이에 대해서는 J. Rehman(주 21), pp. 261 참조.

58) 지적장애와 정신장애는 각 국가마다 그 개념정의가 상이할 수 있는데, European Union Agency for Fundamental Rights, *The right to political participation of persons with mental health problems and persons with intellectual disabilities*, p. 7에서는 다음과 같이 개념정의한다. 즉 지적장애인은 생애 전 기간에 걸쳐 발달의

■ 법조 제70권 제1호(통권 제745호) 연구논문

관한 내용이다. 이들이 사회에서 가장 차별받는 소외계층으로 사회적 편견으로 인해 인권침해의 위험성이 가장 높기 때문이다. FRA의 2009년 조사에 따르면 유럽연합 회원국은 장애인의 정치활동 참여를 배제하는 나라, 정치활동 참여를 제한하는 나라, 완전한 통합을 인정하는 나라로 구분될 수 있다.

[표 1] 유럽연합 회원국의 정신적 장애인 선거권 제한 현황

<p>일정범위의 정신적 능력이 없다고 인정되면 선거권을 자동적으로 박탈하는 나라(16)</p>	<p>선거능력이 있는지를 개별적으로 조사하여 판단하는 나라</p>	<p>완전한 통합 인정(7)</p>
<p>불가리아, 헝가리, 체코, 덴마크, 에스토니아, 그리스, 리투아니아, 룩셈부르크, 몰타, 폴란드, 포르투갈, 독일, 벨기에, 라트비아, 루마니아, 슬로바키아</p>	<ul style="list-style-type: none"> • 개별조사를 해서 배제하는 경우(에스토니아, 몰타) • 개별조사를 통해 선거권을 인정하는 나라(스페인, 프랑스) • 정신병원에 있는 환자는 개별적으로 평가하여 선거권부여(키프로스) • 법원에서 선거능력에 관해 개별적으로 판단하도록 하는 경우(슬로베니아) 	<p>오스트리아, 핀란드, 네덜란드, 스페인, 스웨덴, 이탈리아, 영국</p>

출처: European Union Agency for Fundamental Rights, *The right to political participation of persons with mental health problems and persons with intellectual disabilities*, pp. 22 재정리

이 조사를 통해 후견개시를 이유로 선거권 및 피선거권을 박탈하는 제도를 개선하도록 제안하기 위한 것이었다.

나. 후견개시를 이유로 한 선거권 제한이 장애인권리협약 위반임을 확인한 유엔 장애인권리위원회의 결정 이후 FRA는 2019년 유럽의회 선거를 앞두고 장애인선거권 문제를 다시 다루었다.⁵⁹⁾ FRA는 선거권 제한으로 인해 권리가 침해되는 장애인이 유럽연합 내에 여전히 매우 많다는 것을 지적한다. 2017년 연구에 따르면 독일의 경우 2015년 기준 약 124만 명⁶⁰⁾의 피후견인 중 약 81,220명이 선거권이 박탈되었고, 프랑스의 경우 2015

필요가 있고(발달이 느림), 약물로 치료될 수 있는 것이 아니며, 정신장애인은 환자로서 약복용, 심리치료 또는 지원제도에 의해 치료될 수도 있고, 안정화될 수도 있다는 것이다.

59) European Union Agency for Fundamental Rights, *Who will (not) get to vote in the 2019 European Parliament elections?*, 2019 참조

60) Bundesamt für Justiz, *Zusammenstellung der Geschäftsübersichten der Amtsgerichten für die Jahre 1995 bis 2019*, 2020에는 2015년까지 후견법원에 계속된 사건 정보가 있는데, 그것에 따르면 2015년 1,242,980명이

장애인권리협약의 관점에서 본 정신적 장애인의 참정권 증진의 과제 ■

년 기준 약 385,000명이 후견 하에 있는데 그 중 약 65,000명이 선거권이 박탈되었고, 불가리아의 경우 7,000명 이상이 법적 능력이 상실되어 선거권이 박탈되었다고 한다. 스페인의 경우에도 2018년 말까지 후견 하에 있는 약 100,000명이 선거권을 박탈되었다고 한다. 덴마크의 경우 2018년 말까지 약 1,900명이 선거권을 행사할 수 없었다고 한다.

그러나 2019년 유럽연합선거에서는 이런 상황에 많은 변화가 있음을 지적한다. 아래 표는 2014년 이후의 유럽연합 회원국에서의 변화를 보여준다.

[표 2] 2014 이후 유럽연합 회원국의 의사결정능력 장애인 선거권 관련 법개정

국가	연도	선거 유형	개정법	법개정 내용
벨기에	2018	모든 선거	정의에 관한 다양한 규정에 관한 법 (013DOC54, 3303/013, 2018.12.20.)	장기간 소수자 상황에 있던 사람의 선거권 자동박탈 규정삭제
독일	2018	연방, 주, 지방	브레멘선거법개정(2018.02.27.)	모든 사안에 대해 후견이 개시된 사람에게도 선거권 및 피선거권 부여
			함부르크선거법개정(2018.3.14.)	
			브란덴부르크선거법개정(2018.6.29.)	
	2016		노르트라인베스트팔렌주의회 선거법개정	
			슐레스비히홀스타인 주의회 선거법개정	
덴마크	2016	유럽, 지역 지방	유럽의회 의원선거법 개정, 지역 및 지방 선거법 개정	완전후견이 개시된 사람에게도 선거권 및 피선거권 부여
	2018	전국	후견법 개정, 전국 선거법개정	
에스토니아	2018	유럽, 전국 지역, 지방	모든 장애인에게 선거권을 부여하는 총선 관련 법 개정	후견이 개시된 사람에게 선거권 부여

출처: European Union Agency for Fundamental Rights, *Who will (not) get to vote in the 2019 European Parliament elections?*, p. 4

FRA는 정신적 장애인의 선거권 및 피선거권을 박탈하는 결격조항의 폐지에 한정되지 않고, 장애인의 사회통합이라는 관점에서 회원국들이 이들의 참정권을 증진시킬 방안과 그 동력을 다음과 같이 제시하고 있다.⁶¹⁾

첫째, 장애인권리위원회는 비준국이 제출한 이행보고서에 대한 최종의견을 통해 의사

피후견인으로 있었다.

61) European Union Agency for Fundamental Rights(주 59), pp. 7 참조.

■ 법조 제70권 제1호(통권 제745호) 연구논문

결정대행을 의사결정지원으로 전환할 것, 장애인의 선거권을 제한하는 규정을 폐지할 것을 권고하였다. 이를 국내법 개정의 동력으로 삼아야 한다.

둘째, 앞서 언급한 유럽평의회의 장애인전략 2017~2023, 그리고 유럽연합의 장애전략 2010~2020도 모두 장애인의 사회통합, 정치활동 참여를 중요한 과제의 하나로 삼고 있다. 이런 전략을 국내의 장애계획에 포함시키는 것이 필요하다.

셋째, 장애인권리협약 제33조 제2항에 따른 모니터링 체계를 적극 활용할 것을 권고한다. 가령 독일 인권위원회가 독일 정부의 장애인권리협약 이행계획이 구체성이 없다고 비판하면서, 완전후견(full guardianship) 하에 있는 장애인의 선거권을 박탈한 것을 지적함으로써 독일 연방헌법재판소의 결정에 영향을 미쳤다고 한다. 판결문에 인권위원회의 지적이 언급되어 있기 때문이다.

넷째, 장애인 단체의 적극적 활동도 장애인의 정치활동 참여를 확대시키는 데 중요한 역할을 할 수 있다. 장애인단체가 선거과정을 모니터링하여 장애인의 완전한 선거참여를 저해하는 요소를 관찰하고 권고하게 하는 것은 장애인의 정치참여를 촉진시키는 데 기여할 것이라고 지적한다.

IV. 정신적 장애인의 참정권 증진의 과제를 위한 시사점

이상에서 살펴본 국제인권법의 현황을 고려한다면, 장애인권리협약의 비준국으로서 우리나라도 정신적 장애인의 참정권을 새로운 관점에서 접근할 필요가 있을 것이다. 그 내용을 다음 몇 가지의 항목으로 요약할 수 있다.

1. 시민생활에서 (법정)대리인을 활용하는 것과 공적 활동에의 참여의 무관계성

‘의사능력’이 없거나 부족하다고 판단된 의사결정능력 장애인은 시민사회에서 생활하기 위해 타인을 대리인으로 활용할 수 있다. 대리제도는 모두에게 개방된 중립적인 법적 수단이기 때문이다. 법정대리제도가 있다면 그 제도를 이용할 수도 있다. 그 점에서 (법정)대리인을 활용하는 것은 민사생활에 참여하는 하나의 방식일 뿐이다. 이를 이유로 공적 활동에의 참여를 배제하는 것은 결과적으로 그 개인을 사회적, 법적으로는 존재하지 않는 자로 전락시킬 수 있다. 이들의 문제가 정책형성단계에서 의제로 다루어지지 않거나, 당사자의 관점이 아닌 돌봄제공자의 관점에서 다루어질 것이기 때문이다.

민주주의국가에서 공적 활동에 참여하는 가장 중요한 수단이 선거이기 때문에, 투표절차에 참여하는 것, 공직 출마를 하는 것, 투표절차를 모니터링 하는 것은 모두 민주주의 사회의 구성원임을 확인받는 과정이자 그 구성원으로서 공동체의 의사결정에 참여하는 방식이다. 선거는 인종과 성별, 경제적 지위, 지능의 고저와 무관하게 평등하게 자신의 정치적 의견을 표명할 수 있는 장이다. 선거에 참가한 정당 및 후보자를 어떤 기준에 따라 선택할지에 관하여도 단일한 기준이 없다. 다양한 요소들이 결합되어 정당과 후보자를 선택하게 된다. 평등, 비밀 투표를 통해 국민의 의사를 확인하는 것이므로, 그 절차에 참여하는 자가 비록 의사결정능력 장애인이라 하더라도, 선거에서의 그의 의사표시는 타인을 해치는 것이 아니고, 전체 유권자의 의사표시의 일부를 구성할 뿐이다. 그런데 의사결정능력 장애가 있다거나 지능이 떨어진다는 이유로 선거에서 배제하는 것은 이들을 차별하는 것이다. 정신적 장애인 중 일정 기준에 해당되면 자동적으로 또는 개별적 심사를 통해 선거권을 박탈하는 것은 정신적 장애인에게만 적용되는 것이기 때문에 그 자체로 이미 차별이다.

피선거권 역시 마찬가지이다. 중증의 정신적 장애인으로 사적 거래에서 (법정) 대리인의 지원을 받는다 하더라도 그것은 사적 거래를 안정적으로 수행하기 위한 것이다. 중증의 정신적 장애인이 선출직 공무원으로 활동하는 것은 사적 거래에 참여하는 것과 성격이 다르다. 선출직 공무원의 역할의 핵심은 공적 활동에서 다른 선출직 의원들과 더불어 투표를 통해 국가와 지방자치단체의 의사를 형성하는 것이다. 그 역할을 하기에 적합한지 여부는 그 후보자 개인을 유권자의 총의로 판단하는 것으로 충분하다.

장애인권리위원회가 장애인권리협약 비준국이 제출한 동 협약 이행보고서에 대한 최종의견서(concluding observation)에서 지속적으로 후견 개시를 이유로 선거권을 박탈하는 법을 즉각 폐지하고, 모든 장애인들이 선거절차에서 자기결정권을 행사할 수 있도록 지원하도록 권고한 것, 2014년 우리나라가 제출한 이행 보고서에 대한 최종의견서에서도 후견개시를 이유로 한 선거권 박탈에 대해 이를 즉각 폐지할 것을 권고한 것⁶²⁾도 이런 맥락에서 이해하여야 할 것이다.

62) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *Concluding Observations on the Initial Report of the Republic of Korea*, CRPD/C/KOR/CO/1 참조.

2. 정신적 장애인의 공적 활동 참여 촉진의 방법으로서의 참정권

정신적 장애인은 우리 사회에 가장 차별받아 온 소수집단이자, 이들 중 특히 장애가 상대적으로 중하거나 심각한 사람들은 보호를 명목으로 개인생활, 사회생활에서 다양한 형태의 불이익을 받아 왔다. 그렇기 때문에 더 더욱 정신적 장애인의 단체의 결성과 활동을 지원함으로써 자신들의 공동체를 형성할 수 있게 지원할 필요가 있고, 이를 통해 공적 생활의 영역에 적극적으로 참여할 수 있도록 지원할 필요가 있다.⁶³⁾ 그래야만 이들이 겪는 개인생활 및 사회생활에서의 고충이 무엇이고, 어떤 부분이 개선되어야 할지가 공론의 장에서 논의될 수 있고 또 정책에도 반영될 수 있다. 그 점에서 보면 정신적 장애인 공동체의 구성원 중의 일인으로 의사결정능력상의 장애가 상대적으로 중하거나 심각한 사람들도 정치활동에 참여하도록 정당한 편의제공을 할 필요가 있는 것이지, 이들을 차별하여 선거권을 박탈하는 것은 정신적 장애인의 공동체 형성을 가로막는 결과가 될 것이다. 정신적 장애인 중 중증의 장애인이라 하더라도 그것을 이유로 공적 생활에의 참여를 배제시키지 않는 것이 이들의 공동체 형성에 기여할 수 있다는 것이다. 정신적 장애인 단체가 이들의 권리, 의사, 선호도를 사회에 반영할 수 있도록 함으로써, 우리 사회의 다양성을 촉진시키는 데도 기여할 수 있을 것이다. 나아가 정신적 장애인 단체가 자신들의 대표를 통해 정책형성단계를 포함한 공적 영역에서 자신들의 의제를 논의할 수 있도록 해야 할 것이다.⁶⁴⁾ 이들이 지금까지 겪어 왔던 문제는, 사적 영역에서의 보호와 돌봄으로 단순화시킬 수 없는, 우리 사회의 구조적 문제와 밀접하게 연결되어 있기 때문에 공적 영역에서 논의되어야 할 것이다.

63) 장애인권리협약 제29조 제2항도 이런 관점에서 이해할 수 있다. 이 점은 G. Qinn(주 48), p. 108. 정신장애인 국제단체에서도 지역단위, 국가단위, 세계단위의 당사자 조직 결성을 통해 장애인권리협약의 이행을 담보해야 한다고 주장한다. World Network of Users and Survivors of Psychiatry, *Implementation Manual for the UN CRPD (2008)*, pp. 42 참조.

64) 가령 2005년 영국 장애정책(2019년 11월부터 총리실 산하부서로 이관)이 공포한 장애정책 20년계획에 따르면 장애인권리협약 제29조의 국가의무 이행의 일환으로 인공에서 점하는 장애인의 비율을 내각에서 임명하는 공공기관 임원(의장 또는 비상임이사)의 14%를 2011년까지 장애인으로 채용하겠다는 전략을 제시하기도 하였다. The Office of Disability Issues, *Roadmap 2025: Achieving Disability Equality by 2025*, 2009 참조. 공공기관임원임명의 투명성과 다양성 확보를 위해 2015년 제정된 The Public Appointments Order in Council에 따라 설립된 부서의 보고에 따르면 2019/2020년 기준 6.6%의 달성률을 보이고 있다. The Office of Commissioner of Public Appointments, *Annual Report 2019/2020*, pp. 45 참조.

3. 정신적 장애인의 참정권 증진을 위한 과제

정신적 장애인의 참정권 증진의 과제는 전체 장애인과 분리될 수 없다. 오히려 장애인의 참정권 증진의 핵심 영역의 하나로 다루어질 필요가 있다. 이들이 장애인 중 가장 소외된 집단이기에 사회정책 중 우선순위에 두어야 정신적 장애인에 대한 차별이 줄어들 수 있다는 점, 사회 구성원들의 정신적 장애에 대한 이해가 높아지는 것은 우리 사회의 다양성을 촉진시키는 것과 밀접하게 관련되어 있기 때문이다. 그 과제로 다음을 제시할 수 있다.

첫째, 후견개시를 통해 법률행위를 할 수 있는 능력을 제한하였다고 하더라도, 그것을 이유로 선거권 및 피선거권을 제한해서는 안 된다. 오히려 이들도 정치의 영역에서 더 많은 교육과 훈련을 받고, 또 더 많은 정보를 얻을 수 있도록 지원하는 것이 중요하다.

둘째, 장애인의 선거권을 보다 적극적으로 행사하기 위해 선거절차, 선거내용, 투표방법 등에 관한 정보를 알기 쉽고 편하게 접할 수 있도록 하여야 한다. 특히 정신장애 또는 지적장애가 있는 장애인을 위해 알기 쉬운 선거정보 전달이 중요할 것이다.

셋째, 장애인의 비밀투표를 보장하기 위해 다양한 방법의 투표를 고려해야 한다. 시각 장애인에게는 별도로 고안된 투표용지, 전자투표, 우편투표 등을 개발할 필요가 있다. 발달장애인에게는 투표소에서 자신이 지정하는 신뢰하는 사람의 지원을 받아 투표할 수 있게 하는 것도 중요한 부분이다.

넷째, 장애인의 선거권만이 아니라 피선거권을 확대하기 위한 노력이 필요하다. 이를 위해 정당에 장애인 후보자를 더 많이 내 세울 수 있게 재정적 인센티브를 제공할 필요가 있다. 특히 장애인의 정당활동을 촉진하기 위해 국가의 재정지원이 필요할 것이다.

다섯째, 모든 유형의 장애인 단체가 선거과정에 적극 참여할 수 있도록 보장하는 것이 필요할 것이다. 이를 위해 장애 유형에 상응한 장애단체들이 선관위 또는 정당과의 협력 하에 선거절차 나아가 정치활동에 참여할 수 있도록 제도적으로 보장할 필요가 있다.

V. 결 론

발달장애, 정신장애, 치매 등 정신적 장애가 있다고 하더라도 자신의 권리, 의사, 선호도에 기반하여 선거에서 의사를 표현할 수 있다면, 그렇게 표현된 의사도 우리 사회를

■ 법조 제70권 제1호(통권 제745호) 연구논문

구성하는 중요한 요소이다. 지적능력이 부족하다는 이유만으로 이들을 정치활동의 영역에서 배제하는 것은 다양한 구성원의 다양한 의사를 통해 사회구성원 전체의 관심사를 논의하지 못함으로써 사회의 소수집단을 배제하는 결과를 초래하게 된다. 합리적으로 판단할 수 있는 사람들만이 투표해야 한다는 논리는 사회적으로 차별받고 취약한 상황에 있는 많은 사람을 차별하는 빌미로 작용할 위험성이 높다. 실제로 합리적 의사결정에 따라 투표하는 것이 아니라 감정, 선입관 등 합리적으로 설명하기 어려운 여러 요인에 영향받아 선거권을 행사하는 사람이 적지 않다. 이러한 의사 역시 공적생활에서의 의사이기 때문에 이를 배척할 이유가 없다. 정신적 장애를 이유로 선거권과 피선거권을 제한해서는 안 된다.

정신적 장애인은 선거에 대한 접근성이 떨어질 수 있기 때문에 오히려 알기 쉬운 선거홍보물을 제공하고, 이들이 참여하는 선거토론회를 보장하는 등 선거참여를 위한 정당한 편의제공이 있어야 할 것이다. 정신적 장애인 자신의 권리, 의사, 선호도가 공적 생활의 영역에서 의제로 다루어질 수 있도록 이들의 대표자의 입후보를 지원하는 것이 필요할 것이다.

이 논문은 정신적 장애인의 참정권의 문제를 시민적·정치적 권리로만 볼 것이 아니라, 사회통합의 관점에서 참정권 증진을 위한 조치를 강구해 나가야 할 필요성을 검토하였다. 이를 위해 정신적 장애인의 참정권을 인권의 관점에서 접근하는 국제인권법의 변화를 유엔, 유럽평의회, 유럽연합을 중심으로 살펴보았다. 또한 장애인권리협약 이후 유럽평의회와 유럽연합이 정신적 장애인의 선거참여를 위한 정당한 편의제공과 참정권 증진을 위해 어떤 노력을 하고 있는지를 살펴보았다. 이를 토대로 정신적 장애인의 참정권 증진을 위해 선거정보접근성, 투표접근성, 피선거권 행사의 지원, 선거절차에 대한 정신적 장애인 집단의 참여를 제안하였다.

그러나 이 연구는 정신적 장애인의 사회통합을 가능하게 하는 정책 중 일부만을 연구한 것이다. 특히 선거참여 이외의 방법으로 실현될 수 있는 정신적 장애인의 참정권 증진, 선거참여의 구체적 방안 등은 다루지 못하였다. 이에 관해서는 별도의 연구가 있어야 할 것이다.

■ abstract ■

The Tasks of Promoting Participation by Persons with Mental Disabilities in Elections and Politics

- Focused on UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities -

Cheolung Je*

Although any adult has become a person with mental disabilities, due to developmental disability, mental illness, dementia and so on, he or she can live independently in communities with the assistance of either attorneys of the enduring power of attorney or legal representatives appointed by a competent authority. However, such adults have suffered severe discrimination in the public life. In the case that persons with severe disabilities among them are under full guardianship or limited guardianship, about 300 legal provisions deprive them of rights and power, which make them participate in full enjoyment of public life. Although adults under full guardianship participated in the 21th general election held in April, 2020, it does not mean the normalization to restore the suffrage to them, because the Electoral Act, which has deprived them of the voting right under the legal incapacity regime before 1. July, 2013, accidentally remains unchanged to the effect of losing its validity to persons under full guardianship. On the other hand, the other adults with mental disabilities have suffered many restraints in terms of fully participating in the public life. Especially their access to the vote procedure, on which the legitimacy of the government is supposed to be based, is significantly weak. Easy read vote materials have not been provided for, participation of persons with mental disabilities in the election discussions has not been guaranteed, and promoting their rights to be elected has never been on the agenda. This paper discusses the necessity of promoting the access of persons with mental disabilities to election with reasonable accommodation, from the perspective of UN disability convention. For this purpose, this paper analyzes the developments of international human rights of the persons with disabilities on the right to vote and to be elected through international human rights instruments, the decisions of the European Court of Human Rights, and the communication of the

* Professor, Hanyang University.

■ 법조 제70권 제1호(통권 제745호) 연구논문

Committee on the Rights of Persons with Disabilities. In addition, this paper analyzes the endeavor by the Council of Europe and the European Union to promote the access of persons with persons with mental disabilities to elections with reasonable accommodation. Based on the such research, this paper proposes that the use by persons with decision making disabilities of (legal) representatives should be disconnected with their full participation in the public life such as election related rights, that helping building their community with assistance to organizing mental disability entities should rather be encouraged. This paper suggests the promotion of the access to the election information and the voting places, the encouragement of their candidacy, and their participation in the election procedure as concrete tasks.

■ 참고문헌 ■

〈국내문헌〉

논문

- 김도희, “정신질환을 이유로 한 결격조항의 문제점과 개선방안”, 후견과 신탁(제2권 제1호), (2019. 2.).
- 김원영, “지체장애인의 선거권, 그 침해의 양상과 정교한 보장 방안”, 사회보장법연(제2권 1호), (2013. 6.).
- 김진우, “지적장애인 투표권 부여 및 행사 관련 쟁점 연구”, 사회과학연구(제31집 1호), (2015. 2.).
- 박인환, “실질적 자기결정준중의 관점에서의 후견계약의 형가와 의사결정지원방안의 모색”, 가족법연구(제29권 제2호), (2015. 7.).
- _____, “새로운 성년후견제도의 시행과 결격조항 정비의 과제”, 비교사법(21권 제3호), (2014. 8.).
- 제철용, “성년후견과 지속적 대리-의사결정능력 장애인의 보호에서 인권준중으로”, 법조(제722호), (2017. 4.).
- _____, “개정 민법상의 후견계약의 특징, 문제점 그리고 개선방향”, 민사법학(제66호), (2014. 3.).
- _____, “피성년후견 및 피한정후견을 이유로 한 결격조항의 폐지”, 외법논집(제42권 제2호), (2018. 5.).
- _____, “유엔 장애인권리협약의 관점에서 본 한국 성년후견제도의 현재와 미래”, 가족법연구(제28권 2호), (2014. 7.).
- 조기호, “개정 민법상 피성년후견인의 선거권 제한 방안”, 선거연구(제3호), (2012. 12.).
- 홍남희, “피성년후견인의 선거권 등 제한에 관한 법적 고찰”, 사회보장법연구(제4권 제1호), (2015. 6.).
- 차성안, “중증장애인 입후보자의 선거운동”, 사회보장법연구(제2권 제1호), (2013. 6.).

기타자료

- 국가인권위, 장애인 유권자 참정권 보장방안 모색을 위한 토론회, 2014 발표자료, (2014).
- 박경수 외, 시설통주 장애인 선거권 실태조사, 국가인권위원회 연구보고서, (2014).
- 보건복지부, 국가정신건강 현황 제4차 예비조사 결과보고서, (2018).
- _____, 장애통계연감, (2019).

〈외국문헌〉

- Elsbeth Berry/Matthew J. Homewood/Barbara Bogusz, *EU Law*, Oxford University Press, 2017.
- Andre Blais/Louis Massicotte/Antoine Yoshinaka, *Deciding Who Has the Right to Vote: A Comparative Analysis of Election Laws*, 1999.
- Richard Clayton/Hugh Tomlinson, *The Law of Human Rights 2nd edition*, Oxford University Press, 2009.
- Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *General Comment No. 1(2014) on Article 12*, CRPD/C/GC/1, 2014.
- Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *Communication No. /*, 2011.
- Council of Europe Committee of Ministers, *Resolution No.9 (99) 4, on Principles Concerning the Protection of Incapable Adults*, 1999.
- Council of Europe Parliamentary Assembly, *The political rights of persons with disabilities: a democratic issue*, 22 February 2017.
- Valentina Della Fina/Rachele Cera/Giuseppe Palmisano, *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Springer, 2017.
- European Commission for Democracy Through Law (VENICE COMMISSION), *Code of Good Practice in ELlectoral Matters: Guidelines and Explanatory Report adopted by The VENICE COMMISSION at 52nd Session*, 18-19 October 2002.
- European Union Agency for Fundamental Rights, *The right to political participation of persons with mental health problem and persons with intellectual disabilities*, 2013.
- European Union Agency for Fundamental Rights, *Who will (not) get to vote in the 2019 European Parliament elections?*, 2019 .
- Harris, O'Boyle/Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights, 2nd edition*, 2009.
- Office of the High Commissioner For Human Rights, *CCPR General Comment No. 25: Article 25 (1996)*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.7.
- Emily Jackson, *Medical Law 4.th edition*, Oxford University Press, 2013.
- Gerard. Quinn, A short guide to UN CRPD, *European Yearbook of Disability Law vol 1*, Intersentia, 2009.
- Javaid Rehman, *International Human Rights Law, 2nd edition*, Pearson, 2010.
- The Office of Disability Issues, *Roadmap 2025: Achieving Disability Equality by 2025*, 2009.
- The Office of Commissioner of Public Appointments, *Annual Report 2019/2020*, 2020.
- Lisa Waddington/Anna Lawson ed., *The UN Convention on the Rights of Persons with*

장애인권리협약의 관점에서 본 정신적 장애인의 참정권 증진의 과제 ■

Disabilities in Practice, Oxford University Press, 2018.

World Network of Users and Survivors of Psychiatry, *Implementation Manual for the UN CRPD*, 2008.