

## 독일에서의 외국인 선거권 인정논의

박진완\*

### <국문초록>

이주자의 지위의 격상은 그들에 대한 선거권의 확대논의를 불러 일으킨다. 이러한 선거권 확대 논의는 그 국가의 국민 뿐만 아니라, 오랫동안 그 국가 속에서 생활하고 있는 사람들까지 포함하는 새로운 시민개념(Bürgerbegriff), 즉 주민(denizen)개념을 발전적 형성논의와 연결된다. 이러한 새로운 시민개념 혹은 주민개념의 설정을 통한 외국인에 선거권 인정논의 확대적 적용의 결과는 지금까지 단지 시민권으로만 구상되었고, 인식되었던 특정한 기본권을 인권으로 새롭게 개념정의하는 것과 동일한 효과를 발생시킨다.

독일에서의 많은 정주외국인들에 대한 특히 제3세계 소속국가 국민들에 대한 선거권 불인정의 문제는 민주주의 원리에 근거한 이들의 정치적 참여기회 보장을 통한 사회적 통합의 증진에 심각한 장애사유가 될 수 있다. 이와 관련하여 독일은 최근의 국적법 개정을 통하여 출생지주의에 의한 독일국적자에 대하여 일정한 전제조건을 충족한 경우에는 국적선택의무의 면제를 규정하고 있다. 그럼에도 불구하고 여전히 국적법에 의한 국적취득을 전제로 한 국민주권원리의 보장의 문제는 민주주의실현의 측면에서 많은 문제점들과 결함을 내포하고 있다.

주제어 : 독일에서의 외국인의 선거권, 정주권 내지 주민권, 국가초월적인 시민공동체의 구성, 독일 국적법상의 국적선택의무의 개정, 국민주권의 원리와 외국인의 선거권

• 투고일 : 2019.10.08. / 심사일 : 2019.10.21. / 게재확정일 : 2019.10.23.

### I. 서

「국가권력은 국민으로부터 나온다」는 국민주권의 원리를 선언하고 있는 바이마르 헌법(Weimarer Reichsverfassung) 제1조 제2항과 달리, 독일 기본법(Grundgesetz)은 민주주의 원리에 대한 명백한 근거규정을 두고 있다. 독일 기본법은 제20조 제1항속에서 독일연방공화국(Bundesrepublik Deutschland)

\* 경북대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

은 ‘민주적 그리고 사회적 연방국가(ein demokratischer und sozialer Bundesstaat)’라는 것을 명백히 밝히고 있다. 기본법은 제20조 제2항을 통해서 「모든 국가권력은 국민으로부터 나온다」고 규정하는 것을 통해서 민주주의 원리의 핵심적 구성요소인 국민주권의 원리를 명시적으로 인정하고 있다. 우리 헌법 역시 제1조 제2항에서 「대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 국가권력은 국민으로부터 나온다」고 규정하면서 국민주권의 원리를 인정하고 있다. 국민주권의 핵심적 구성요소인 주권, 국민 그리고 국가권력에 대해서 규정하고 있는 우리 헌법 제1조 제2항과 달리, 독일 기본법은 국민주권의 원리인 핵심적 요소인 주권에 대한 명백한 언급은 하지 않고 국민과 국가권력에 대해서만 규정하고 있다<sup>1)</sup>. 그렇지만 민주주의 원리가 국민주권원리에 근거한 국민의 지배를 전제로 하고 있다는 점으로 고려해 볼 때, 이것은 특별한 의미를 가지지 않는다고 볼 수 있다. 자유롭고 평등한 개인의 의사에 근거한 정치적 지배를 형성하고 이를 정당화하는 민주주의 원리는 이러한 개인이 헌법상의 국민주권원리 통해서 정치적 의사형성과정에 동등하게 참여하는 것을 보장한다. 국민주권 원리의 실현을 통해서 민주주의는 정치적 지배에 정당성을 부여할 수 있다<sup>2)</sup>.

독일의 경우 약 10분의 1 독일주민이 외국인임에도 불구하고, 독일은 이들에 대해서 연방의회선거와 주의회 선거에서 선거권을 인정하지 않고 있다. 왜냐하면 독일기본법의 선거와 관련된 모든 규정들(기본법 제20조 제2항 제2문, 제28조 제1항 제2문 그리고 제38조 제1항)은 모두 국민(Volk)을 언급하고 있음을 고려하여, 독일연방헌법재판소는 선거권자의 범위의 확정에서 있어서 국민의 개념을 원용하고 있기 때문이다<sup>3)</sup>. 개인이나 집단이 국가나 사회의 중요한 의사결정과정에 참여하고, 정치적 의사형성에 적극적으로 영향을 미칠 수 있는 정치적 인권은 민주적 법치국가의 핵심적 구성요소이다. 우리 헌법 제21조의 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유 그리고 제22조의 학문과 예술의 자유는 넓은 의미의 정치적 인권의 범위에 포함된다. 이에 반해서 좁은 의미의

1) Ulrich Jan Schröder, Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes, JA 2017, S. 809.

2) Vgl. Hans Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen 1981 (2. Neudruck der 2. Auflage 1929), S. 3; Udo Di Fabio, Demokratie im System des Grundgesetzes, in: Michael Brenner/Peter M. Huber/Markus Möstl (Hrsg.), Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel. Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2004, S. 77.

3) Sebastian Eickenjäger/Alex Valle Franco, Ausweitung Ausweitung des Wahlrechts für Migranten? Anmerkung zum Urteil des Bremischen Staatsgerichtshofes vom 31.1.2014, ZAR 2015, S. 53.

정치적 인권의 범위 속에는 선거권, 공무담임권 그리고 청원권이 포함된다<sup>4)</sup>. 그렇지만 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(international covenant on civil and political rights) 제25조는 선거권의 인적인 보호영역을 모든 국민(every citizen/alle Staatsbürger)으로 한정하고 있다. UN 인권위원회는 이러한 선거권의 인적인 보호영역을 국민에게 한정하는 것을 자신의 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제25조에 대한 일반적 주석(General Comment)에서 확인하고 있다<sup>5)</sup>.

이민국가를 지향하고 있는 국가는 이주를 통해서 그 사회에 정착한 정주외국인인 시민들을 민주주의 원리에 의하여 정치적으로 통합하고, 이들의 잠재적 능력을 보장해 주어야 한다<sup>6)</sup>. 따라서 이민사회(Einwanderungsgesellschaft)에서의 이주자들의 정치참여에 대한 논의는 여러 가지 측면에서 매우 중요한 의미를 가진다. 이 논의의 핵심적 내용은 이민사회에서 이주자들에게 중요한 정치적 의사결정에 대한 개인적 혹은 집단적인 자발적 참여를 통해서 다양한 정치체계영역에 영향을 미치고, 통제할 수 있는 기회를 부여할 수 있는지 여부 그리고 이것이 가능하다면 어느 정도까지 인정할 수 있는가 하는 질문들에 대한 해답을 찾는 것이다<sup>7)</sup>.

독일기본법 제116조에 의한 독일국적의 취득없이 독일 속에서 생활하는 외국인의 독일내에서의 구성비율은 10,27%이다<sup>8)</sup>. 독일의 약 팔천백만의 전체인구 중 8.314.689의 주민들이 독일국민과 동일한 권리를 누리지 못하고 있다. 외국인의 평균정주기간은 2014년을 기준으로 17.6년이다<sup>9)</sup>. 독일기본법 제38조 제1항은 누가 선거권과 피선거권을 가지는가 혹은 누가 독일국적을 가지는지 여부에 대하여 명시적으로 규정하고 있지 않고 있다. 독일에서의 이민자의 수용과 정주의 증가는 필수적으로 이들에 대한 선거권 확대의 요구를 불러일으킨다.

선거권 확대의 요구는 첫 번째로 민주주의 요구의 실현의 측면에서 그 나라의 국가법 질서를 존중하고 살아가는 이들에게 국가법 질서의 형성, 즉 정치적

4) Manfred Nowak, Politische Grundrechte, Wien; New York 1988, S. 8 ff.

5) General Comment Nr. 25 v. 27.08.1996, CCPR/C/21/Rev.1/Add.7. Rn. 1, 3; Eickenjäger/Franco, 앞의 논문, S. 52 Fn. 6.

6) Evgenij Sokolov, Wege zur Partizipation für Inländer – Volksbegriff und Einbürgerung im Lichte des Demokratieprinzips, NVwZ 2016, S. 649.

7) Axel Schulte, Politische Partizipation in der Einwanderungsgesellschaft: Auf dem Weg zu mehr Demokratie?, ZAR 2015, S. 381 f.

8) Publikation „Das Bundesamt in Zahlen 2014“ des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge vom 27.7.2015.

9) Statistisches Bundesamt, Fachserie 1 Reihe 2, 2014, 98; Sokolov, 앞의 논문(주 6), S. 649.

의사형성과정에 적극적으로 참여하는 기회의 제공이라는 점에서 볼 때 매우 중요한 의미를 가진다<sup>10)</sup>. 선거권 확대논의는 두 번째로 그 사회의 정치적 민주화의 과정의 보장과 확대라는 측면에서 볼 때 자연적으로 그 사회에서 보다 소외된 이들에 대한 선거권 확장의 문제와 연결된다. 선거권의 무산계급, 노동자, 여성, 젊은 세대에 대한 역사적 확대과정은 필연적으로 어떤 국가 속에서의 정주외국인에 대한 선거권 확대논의를 불러일으킨다. 그 외에도 법치국가적 측면에서 (명확성의 원칙, 비례성의 원칙, 신뢰보호)도 정주외국인의 장기적 체류의 증가로 인한, 거의 내국민과 유사한 이들의 실질적인 기본권 지위의 성장을 인정할 수 있다<sup>11)</sup>. 그 국가의 전체적인 통합정책적 구상에서 법은 법의 외국인의 통합의 장애가 아니라 통합을 증진하는 수단이 되어야만 한다.

민주주의 원리와 인간의 존엄의 상호관련성을 인정한다면, 그 국가 속에서 정주하여 살고 있는 어떤 특정한 시민집단에게 선거권을 인정하지 않는 것은 인간의 존엄의 침해로까지 볼 수 있기 때문에, 이러한 입장은 선거권의 범위를 일정한 정주외국인에 대하여 확대하는 것을 요구한다. 특히 인간의 존엄의 실현을 국가의 최고목적으로 설정하고 있는 헌법국가가 국민주권의 원리에 실현 과정에 있어서도 인간의 존엄의 실현을 요구한다면, 헌법국가는 이를 실현하기 위하여 다원화된 민주주의 개념을 수용하여야 한다<sup>12)</sup>. 따라서 정주외국인에 대한 인간의 존엄 확대요청의 일환으로서 행해지는 정주외국인에 대한 선거권 확대의 요구는 민주주의 원칙으로서 국민주권의 개념의 확대를 통한 국민의 범위확장과, 더 나아가서는 기본권의 내용확충을 통한 인권과 기본권의 경계의 축소를 요구한다<sup>13)</sup>. 이와 관련하여 우선적으로 민주주의는 자신의 핵심적 구성요소인 국민주권 원리 속에서의 국민의 개념의 확정에 있어서 어느 정도까지 엄격한 해석을 요구하는가 하는 질문을 제기해 본다. 이것은 다를 말로 표현하면 민주주의 원리는 누가 국민인지 여부에 대해서는 별로 개의치 않는가 하는 문제이다.

10) Schulte, 앞의 논문(주 7), S. 385.

11) Shulte, 앞의 논문(주 7), S. 384.

12) Vgl. Peter Häberle, Grundrechte in pluralistischen Gesellschaften – die Verfassung des Pluralismus, Die Verwaltung 26 (1993), S. 423.

13) 박진완, 평등과 다원성, 헌법학 연구 제6권 제1호, 한국헌법학회 2000, 200-201쪽.

## II. 국민주권의 원리와 선거권

독일 기본법 제20조 제2항의 국민주권 원리에서의 국민의 범위의 헌법해석적 확대를 통한 외국인의 선거권 인정의 문제는 다음의 두가지 측면에서 논의점을 형성할 수 있다: ① 인권(Menschenrechte)과 시민권(Bürgerrechte), 즉 모든 사람의 권리인 인권과 국민에게만 인정되는 권리의 구분의 측면, ② 양자의 공통적인 요소를 통한 결합의 측면. 이러한 논의점의 형성에도 불구하고 독일에서의 외국인에 대한 선거권의 불인정은 보통선거의 원칙의 침해가 아니다. 왜냐하면 독일기본법 제20조 제2항의 국민주권의 주체로서의 국민(Volk)의 개념을 독일국민(Staatsvolk)으로 보고 있기 때문이다<sup>14)</sup>. 독일국민은 국민주권을 행사하는 주체로서의 지위와 국가권력의 정당성의 귀속주체로서의 지위를 가진다. 전통적인 견해에 의하면 기본법 제20조 제2항의 독일국민(Staatsvolk)은 독일국적자와 기본법 제116조 제1항에 의하여 독일국민과 동일한 지위를 가지는 사람이다<sup>15)</sup>.

### 1. 독일국적자와 독일인으로서의 지위를 가지는 자

독일 기본법 제116조 제1항은 독일인이라는 개념이 기본법에서 사용되는 한에서는 누가 독일인이 되는가에 대하여 규정하고 있다<sup>16)</sup>. 독일 기본법 제116조 제1항은 이른바 독일인의 지위와 관련된 두가지 변형을 제시하고 있다<sup>17)</sup>: 독일국적자와 헌법과 일반법률(einfachgesetz)이 자신의 법적 지위를 가능한 최대한 독일국적자와 동일하게 인정하는 독일국적이 없는 독일인. 독일 기본법 제116조 제1항은 독일국적 보유자와 별도로 기본법 속의 독일인과 관련된, (간단하게 표현한다면) 이른바 독일인의 지위(STATUSDEUTSCHE)에 대해서 설명하고 있다<sup>18)</sup>. 이러한 독일인의 지위의 자격은 독일이 다시 받아들인 독일국민에 속

14) Hans H. Klein in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 82. EL Januar 2018, Art. 38 Rn. 96.

15) BVerfGE 83, 37 (51 ff.); 83, 60 (71); Horst Dreier in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. II, 3. Aufl., Tübingen 2015, Art. 20 (Demokratie) Rn. 94; Matthias Herdegen, in Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 87. EL März 2019, Art. 79 Rn. 135.

16) Hans D. Jarass, in: Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 15. Aufl., München 2018, Art. 116 Rn. 1.

17) Fabian Wittreck, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. III, 2. Aufl. Tübingen 2008, Art. 116 Rn. 52; Thomas Giegerlich, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 87. EL März 2019, § 116 Rn. 56.

하는 난민과 피추방자 및 독일 1913년 7월 22일의 독일의 제국국적법(das deutsche Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz (RuStAG))에 의한 독일 국적자가 아닌 이들의 배우자나 후손에 대해서 인정된다. 독일기본법 제116조 제1항에 의하면 독일민족(deutsche Volkszugehörigkeit)에 해당하는 난민(Flichtling)이나 피추방자(Vertriebener)는 우선적으로 독일인으로서의 지위가 부여되어야만 한다. 이 독일인의 지위는 독일국적보유자가 아니면서 자신의 권리에 의하여 독일인으로 인정될 수 있기 때문에, 독일국민에 속하는 난민이거나 피추방자이어야만 한다. 이와 관련하여 피추방자와 난민의 업무에 관한 법률(Gesetz über Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtlinge/BVFG) 제1조의 법적인 개념정의(Legaldefinition)가 구속력을 가지는지 여부는 불분명하다<sup>19)</sup>.

독일국적과 독일인의 지위자격(STATUSDEUTSCHENEIGENSCHAFT)은 상호간에 엄격한 대안적 성격을 가진다. 독일인의 지위자격은 독일국적의 완전한 취득전까지 인정되는 대안적 지위이다. 따라서 독일국적의 취득과 동시에 잠정적인 독일인의 지위자격은 상실된다. 독일국적 취득과 동시에 독일인의 지위자격은 완전히 상실되기 때문에, 독일국적을 취득한 자가 독일국적을 상실하더라도 자동적으로 독일인의 지위자격이 다시 회복되지 않는다<sup>20)</sup>.

독일 기본법 제116조 제1항 속에 규정된 ‘이 기본법의 의미 속에 독일인(Deutscher im Sinne dieses Grundgesetzes)’은 독일국적자(deutsche Staatsangehörige) 뿐만 아니라 독일국민에 해당하는 자(deutsche Volkszugehörige)도 포함된다<sup>21)</sup>. 이와 관련하여 독일 기본법 제116조 제1항은 「이 기본법의 의미 속의 독일인은 법률규정에 다르게 규정하지 않은 한에서는 독일국적을 보유한 자이거나 혹은 1937년 12월 31일 당시 독일제국의 영역 속에서 독일국민(deutsche Volkszugehörigkeit)에 해당하는 난민 혹은 피추방자 혹은 그 배우자나 비속으로서 인정된 자이다」라고 규정하고 있다. 따라서 1937년 12월 31일 당시의 독일제국의 영역 속에서 독일국민에 해당하는 난민 혹은 피추방자 혹은 그들의 배우자 혹은 비속으로 인정되었다면, 이들은 기본법 제116조 제1항 2번째 양자택일적 대안(Alt.)에 의하면 이들은 독일인의 지위를 취득한다<sup>22)</sup>. 독일은 이들

18) Getrude Lübe-Wolff, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 3, Tübingen 2000, Art. 116 Rn. 4.

19) Juliane Kokott, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl., München 2011, Art. 116. Rn. 3.

20) Giegerlich, 앞의 책(주 17), Art. 116 Rn. 57.

21) Michael Kloepfer, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 1 Rn. 32.

을 위하여 독일인의 지위 개념을 기본법 속에서 관철하고 있다.

이러한 독일인의 지위는 오늘날의 독일의 영역 밖에 주소를 가지고 있고, 제2차 대전에서의 독일의 만행과 관련된 걱정<sup>22)</sup>에 근거한 내지 다른 국가권력에 의한 추방에 근거하여 현재의 주소를 잃게 된 난민 내지 피추방자이다<sup>23)</sup>. 그리고 이러한 주소의 상실은 추방조치에 의하여 야기되어야만 한다. 그리고 이들의 배우자 그리고 비속에 대해서도 동일한 법적인 지위 즉 독일인의 지위가 부여된다. 이와 관련하여 1945년 및 처음의 전쟁이후의 기간들(erste Nachkriegsjahre)에 대하여 비자발성이 일반적으로 추정된다. 그러나 또한 그 이후의 기간들에 있어서도 상황에 따라서는 지속적인 추방압력이 추정된다<sup>24)</sup>. 이러한 추정들을 바탕으로 한 기본법 제116조 제1항은 제2차 세계대전 동안 국가사회주의 지배하에 있던 독일이 다른 국가들을 침공하여, 그 국가의 국민들에 대하여 이루 말할 수 없는 피해를 야기한 상황과 관련성을 가진다. 이 규정은 제2차 대전 중에 독일이 침략하고 점령한 나라에 이주한 독일인들이 독일의 패전과정에서 완전히 자국으로 이주하지 못한 경우에 있어서, 이러한 독일국민들에 대한 독일국적 보호를 위한 규정이다. 이 조문은 전쟁 후 본국으로 귀환하지 못하고, 이 피해국가에 남아있는 독일민족에 속하는 사람들에 대한 보복과 복수의 결과로서 이들에 대한 추방 혹은 피난이 행해지는 상황을 전제로 하고 있다<sup>25)</sup>.

이러한 독일의 기본법 제116조 제1항의 취지를 검토해 볼 때, 이미 동독과 서독의 재통일이 이루어진 독일의 경우에는 동독주민의 서독국적 취득 문제는 더 이상 논의될 수 없지만, 우리나라의 경우에는 여전히 북한을 탈출한 북한이탈주민이 국내에 들어와서 가족관계등록 및 주민등록을 하는 것을 통해서 대한민국국적을 취득하면, 대한민국 국민으로서 선거권을 행사하는 상황과의 비교법적 연구가 가능하다고 생각해 본다. 이에 반해서 중국과 구 소련지역에 있는 우리민족의 후손들에 대해서는 대한민국국민의 지위를 인정하는 헌법규정과 법률규정은 존재하지 않고, 우리 헌법재판소도 재중동포의 대한민국국적 취득을 위한 입법입법의 존재를 인정하지 않고 있다. 우리 헌법재판소는 중국 동포의 특수한 상황을 고려하여 이들의 이중 국적 해소 또는 대한민국 국적 선

22) Christian Hillgruber, in: Volker Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 41. Ed. 15.5.2019, GG Art. 116 Rn. 6.

23) Jarass, 앞의 책(주 16), Art. 116 Rn. 4.

24) Kloepfer, 앞의 책(주 21), § 1 Rn. 34.

25) Jarass, 앞의 책(주 16), Art. 116 Rn. 1.

택을 위한 특별법의 제정 또는 조약체결의 헌법적 의무가 헌법의 명문규정상 또는 헌법해석상 대한민국 정부에 있다고 인정하지 않고 있다<sup>26)</sup>.

## 2. 독일에서의 외국인의 선거권 인정의 문제로서 국민주권의 원리

외국인의 독일내로의 광범위한 이주와 유럽연합조약들 속에서의 이주의 자유의 보장으로 인한 유럽연합 구성국가국민들의 자유로운 유입에도 불구하고, 여전히 독일은 정주외국인에게 선거권을 인정하는 내용하는 새로운 헌법적 개념을 도입하지 않고 있다. 많은 외국인들의 독일내에서의 영속적인 정주와 이와 결부된 이들의 독일법질서의 준수노력에도 불구하고, 독일이 이들에게 국민주권적인 민주주의 원리의 실현과정에 참여하는 국민에 해당하는 지위부여는 행해지지 않고 있다. 물론 국제법 역시 국가의 중요한 구성요소인 국민의 지위를 국적취득을 전제로 하고 있다는 점을 고려해 볼 때, 이러한 독일의 태도가 잘못된 것이라고 볼 수 없다. 외국인들의 법적 지위는 조약이나 국제법의 일반 원칙을 통해서 보장되고 있다<sup>27)</sup>.

외국인에 대한 선거권 인정의 문제는 궁극적으로 국민주권의 원리에 의하여 선거권의 인정을 그 국가의 국적을 보유한 국민으로 한정할 수 있는지 여부에 대한 논의로 연결된다. 선거권의 인정여부를 국민으로서의 국적취득과 연결시키는 독일은 연방과 주의 선거권을 기본법 제20조 제2항의 국민주권의 원리에 따라 독일국민에게만 인정하고 있다. 이것은 기본법 제20조 제2항의 국민주권의 원리는 동질성 명령(Homogenitätgeobt)에 의하여 주에 대해서도 인정된다고 볼 수 있다. 왜냐하면 연방국가의 헌법적 원리로서 동질성 명령은 독일과 같은 연방국가에서의 주가 연방의 헌법적 가치를 무시하고 독자적인 헌법적 가치를 추구하는 것에 대하여 한계를 설정하기 때문이다. 주권의 분할을 통한 지역분권을 전제로 한 연방국가의 틀을 유지하기 위한 동질성 명령의 핵심적 내용은 주에 대한 최소한의 연방의 헌법적 가치의 준수 명령이다.

연방국가체제 있어서 서로 다른 헌법적 단계(constitutional level)의 구조적 상호의존성의 명백한 표현인 동질성 조항은 연방헌법의 구조적 기준들(structural standards)이 각 주들에 반영되고, 연방정부에 의하여 실행되는 특정한 공통의 기본적 기준들을 연방의 각 주들이 지켜야 한다는 원칙을 의미한

26) 헌법재판소 2006. 3. 30. 2003헌마806 전원재판부.

27) Herdgen, 앞의 책(주 15), GG Art. 79 Rn. 135.



다. 일반적으로 민주주의, 법의 지배, 근본적 인권보장 등이 이러한 기준들 속에 포함된다. 이러한 기준들은 연방의 각 단계의 정부형성의 핵심적 기초가 되는 일련의 핵심적 가치를 형성한다<sup>28)</sup>.

연방에 속한 각 주의 헌법이 자신의 독자적인 인권보장을 포함하고, 주의 단계에서의 인권보호수준이 일반적으로 연방헌법의 근본적 권리보호에 의하여 보충된다는 것을 미리 명확하게 규정하고 있는 연방헌법의 동질성 조항을 고려해 볼 때, 인권보호의 영역에서 연방과 주는 공통적인 보호기준을 적용할 수 있고, 이를 통해서 연방을 통한 개별적 집행이 가능한, 공통의 최소한의 보장 수준(minimum standard)을 형성할 수 있다<sup>29)</sup>. 독일 기본법 제28조는 연방과 주의 동질성 명령(Homogenitätgebot)과 지역적 자치행정(kommunale Selbstverwaltung)이라는 하나의 조문 속에서 서로 조화되고 양립할 수 없는 헌법적 원리들을 규정하고 있다. 기본법 제28조 제1항 제2문은 크라이스(Kreis)와 게마인데(Gemeinde)의 선거에서 유럽연합의 구성국가의 국민이 선거권과 피선거권을 가진다고 규정하고 있다.

독일 기본법 제28조 제2항은 있어서 행정적 구조(Verwaltungsaufbau)에 있어서 가장 하위단계이고 지역적 자치행정(kommunale Selbstverwaltung)의 주체인 게마인데(Gemeinde)와 게마인데연합(Gemeindeverbände)의 지역적 자치행정을 보장하고 있다<sup>30)</sup>. 지역적 자치행정은 국가와 시민을 더욱 더 밀접하게 연결시키고, 공권력과 국민들 사이의 충돌을 완화시키는 역할을 수행한다. 민주적 분권원리를 실현하는 지역적 자치행정은 지역적 생활영역에 있어서 공행정에 대한 시민의 자기책임적 참여를 통해서 공공의식과 개인의 정치적 이익에 대하여 새로이 활력을 부여하고 강화시키는 것이다<sup>31)</sup>. 독일 기본법의 제정자는 지역적 자치행정의 보장을 통해서 아래에서 위로의 민주주의, 즉 상향식 민주주의가 구축될 수 있다고 보았다. 그들은 게마인데는 가장 손쉬운 독재에 대한 저항수단으로서의 성격을 가진다고 보면서, 지역적 행정자치의 목적을 독재적 지배의 배제와 연결시키고 있다<sup>32)</sup>. 연방국가적 구조를 창설하고, 지방자치행정을 강화시키는 지역분권을 통해서 중앙집권적인 권력집중을 해소하고,

28) Thomas Giegerlich, The Is and the Ought of International Constitutionalism: How Far Have We Come on Habermas's Road to a "Well-Considered Constitutionalization of International Law"?, 10 German Law Journal 47 (2009).

29) Giegerlich, 위의 논문(주 17), p. 48.

30) Kloepfer, 앞의 책(주 21), § 9 Rn. 276.

31) BVerfGE 11, 266 (274 ff.).

32) Vgl. 79, 127 (149); Kloepfer, 앞의 책(주 21), § 9 Rn. 280.

밑에서부터 위로의 상향식 민주주의를 실현시키는 것이 2차 대전후의 점령국으로서의 미국의 중요한 목적이었다<sup>33)</sup>.

연방국가인 독일은 주도 하나의 독자적인 국가성(Staatlichkeit)을 가지고 있기 때문에, 주가 연방과 다르게 독자적인 선거권 인정을 국민과 주의 국민은 다르게 형성할 수 있는 여지가 있음에도 불구하고, 주의 국민의 총합이 연방의 국민을 형성한다는 전제아래서 독일국적자에게만 주의회의 선거권을 인정하고 있다. 최종적으로 비독일인(Nicht-Deutsche)에 대한 지역적 선거권(kommunales Wahlrecht)의 도입시도가 좌절된 가장 결정적 원인은 1990년 10월 31일 독일연방헌법재판소가 비독일인의 지역적 자치선거에서의 선거권을 인정하는 몇몇 연방주들(Bundesländer)의 법률제정시도들(Gesetzesinitiativen)을 기본법의 민주주의원리에 합치되지 않는다고 결정한 것이다<sup>34)</sup>. 독일연방헌법재판소는 이러한 결론에 대한 법적 근거를 모든 국가권력은 국민으로부터 나온다는 기본법 제20조 제2항 제1문에 대한 특별해석을 통해서 마련하였다. 독일연방헌법재판소는 결정의 중요한 근거를 “국민주권의 원칙(Grundsatz der Volkssouveränität) 뿐만 아니라, 이를 넘어서서 모든 국가권력이 나오는 국민의 개념에서 찾고 있다. 기본법 제20조 제2항 제1문은 국가권력의 보유자 그리고 주체인 전체적 인간(Personengesamtheit)으로서 오로지 독일연방공화국의 국민만을 언급하고 있다. 이러한 국민의 자격은 국적을 통해서 인정된다. 따라서 국민은 독일국적 보유자와 기본법 제116조 제1항에 의하여 독일국민과 동일한 지위가 인정된 개인으로 구성된다. 그러므로 국적만이 유일하게 그 행사를 통해서 국가권력에 대하여 정당성을 부여하는 권리를 근거지우는 국민의 지위를 부여한다<sup>35)</sup>.

이러한 독일연방재판소에 의하여 표명된 국민개념의 인정을 통한 국가권력 구성에 있어서의 민주적 정당성의 근거의 통일성 확보의 요구는 연방과 주 뿐만 아니라 지역적 자치행정영역인 크라이스(Kreise)와 게마인데(Gemeinden)에 대해서도 유효하게 적용된다. 이 연방헌법재판소의 결정은 국민주권, 국민 그리고 선거권 사이의 강제적이고, 분리될 수 없는 관련성을 헌법적으로 정당화하였다. 독일연방헌법재판소는 이를 통해서 연방과 주의 입법자가 법률개정을

33) Horst Dreier, in: 같은이 (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 2. Aufl. Tübingen 2006, Art. 28 Rn. 19.

34) BVerfGE 83, 37.

35) Felix Hanschmann, Partizipation – demokratietheoretische und verfassungsrechtliche Überlegungen zu Kommunalwahlrecht und Staatsangehörigkeit, 앞의 책, S. 191 f; Schulte, 앞의 논문(주 7), S. 385.

통해서 비독일인에 대하여 지역적 자치선거영역에 있어서 선거권을 인정하는 것을 저지하였다<sup>36)</sup>.

이와 관련하여 민주주의 원리의 실현에 있어서 국민의 해석은 중요하지 않다는 것이 허용될 수 있는가 하는 문제가 제기된다. 이것은 민주주의 주체, 즉 선거권과 투표권의 주체는 지속적으로 정당화가 필요한 국가권력과 관련성을 가지는 자가 되어야 한다는 관련자-민주주의 관점(Ansatz der Betroffenen Demokratie)에서 본다면, 민주주의의 실현에 있어서 누가 국민인지 여부는 그리 중요한 의미를 가지지 않는다. 이러한 입장에서 본다면 독일에서 생활하고 있거나 혹은 외국에서도 독일의 국가권력과 관련성을 가지고 있는 자는 독일 국민으로 인정된다<sup>37)</sup>. 이러한 입장에서는 독일국적자가 아닌 자도 독일의 국가권력과 관련성을 가지고 있는 한에서는 국민주권 원리 속의 국민으로 포함될 수 있다. 독일연방헌법재판소는 1993년의 자신의 결정에서 이러한 입장을 취하지 않고, 독일국적으로 보유한 자만이 국민주권 원리 속의 국민에 포함된다는 입장을 견지하였다<sup>38)</sup>. 민주주의 원리가 독일에서 계속적으로 독일에 정주하는 외국인에 대해서 독일국적을 인정하는 것을 명령하는 것인가 하는 문제는 여전히 독일연방헌법재판소에 의하여 해결되지 않는 상태로 남아있다. 이와 관련하여 독일 국적법(StAG) 제10조 제1항의 국적취득의 전제조건들이 이에 대한 현재의 대안이다.

오늘날 국민주권원리에 의한 국적의 유무에 따른 차별이 상대화 돼버린 지방자치선거의 영역에서는, 국민주권의 원리의 실현을 위한 인권과 시민권의 구별논의는 더 이상 중요한 의미를 가지지 않는다<sup>39)</sup>. 이러한 관점에서 외국인 혹은 내국인 여부에 관계없이, 즉 국적취득 여부와 별도로 인권의 보편성에 근거한 선거권 확장논의가 정당화될 수 있다<sup>40)</sup>. 우리 헌법 제1조 제2항 그리고 독일 기본법 제20조 제2항에 규정된 국민주권의 원리는 국민에 대한 구체적인 설명을 하고 있지 않고 있다. 독일의 지배적 견해와 독일연방헌법재판소의 판

36) Hanschmann, 위의 책, S. 192; Schulte, 앞의 논문(주 7), S. 385.

37) Johannes Masing, Wandel im Staatsangehörigkeitsrecht vor den Herausforderungen moderner Migration, Tübingen 2001, S. 24; Jürgen Habermas, Zur Verfassung Europas, Frankfurt am Main 2011, S. 49; Schröder, 앞의 논문(주 1), S. 810.

38) BVerfGE 83, 37 (52 f.) 독일연방헌법재판소의 마아스트리히트-결정(Maastricht-Entscheidung) 속에서는 국민을 상대적으로 동질적인 인적연합으로(relativ homogener Personenverband)으로 설명하고 있다. BVerfGE 89, 155 (186); Schröder, 앞의 논문(주 1), S. 810 Fn. 18.

39) Häberle, Europäische Rechtskultur, Baden-Baden 1994, S. 295.

40) Häberle, 위의 책, S. 293.

례<sup>41)</sup>는 독일연방공화국의 국민(*Staatsvolk der Bundesrepublik*)으로 설명하고 있다. 이러한 해석에 의하면 국민을 국가권력과 관련성을 가지는 사람들의 가변적 합계 혹은 국가영역에 살고 있는 모든 사람들로 해석하면서, 정주외국인에게 국민주권 원리를 확대적용하는 견해는 인정될 수 없다<sup>42)</sup>. 우리 헌법 역시 제1조 제2항의 국민주권의 원리의 국민을 대한민국 국적을 가지는 국민으로 제한하는 것이 통설이다. 우리 헌법 제2조 제1항에 의하여 국적의 전제조건에 대해서는 국적법이 규율하고 있다. 이러한 통설적 입장에 의하면, 단지 우리 헌법 제1조 제2항의 개정을 통해서만 지역자치선거가 아닌 공직선거영역에 있어서 외국인에 대한 선거권과 피선거권과 같은 참정권은 인정될 수 있다.

국적법에 의하여 국적을 취득한 사람들만 국민으로 인정하는 통설적 입장에 반대하여, 국민을 현실적으로 사람들이 생활하고 있는 사회적 생활의 모든 부분영역으로 확대할 수 있을까? 이러한 질문에 대한 해답을 국민(*Staatsvolk*)을 자신의 권리에 하여 어떤 국가에 속하고, 국제법에 의하여 어떤 국가에 속해야만 사람들의 전체<sup>43)</sup>로 이해하는 견해에서 찾을 수 있을까? 결국 이에 대한 해답은 국민개념이 일종의 운명공동체(*Schicksalgemeinschaft*)를 전제로 하고 있다는 찾아야 한다고 생각해 본다. 그렇다면 헌법해석론적인 측면에서 국민의 전제조건이 되는 운명공동체의 소속의 범위를 어느 정도까지 확대시킬 수 있는가 하는 질문은 국민주권의 원리와 관련된 국민의 개념을 정주외국인에게 확장시킬 수 있는가 하는 문제와 직접적인 관련성을 가진다. 독일의 통설적 입장과 반대되는 소수설적인 입장은 기본법 제20조 제2항 제2문의 의미 속의 국민(*Volk*) 속에 독일연방공화국 속에서 고정된 주소(*Wohn*)를 가지고 있고, 그와 동시에 독일국가권력에 복종하는 외국인도 포함된다는 입장을 취하고 있다. 이러한 입장은 국민의 개념을 증가되는 외국인의 구성비율을 고려하여 포괄적으로(*umfassend*) 이해하는 입장이다<sup>44)</sup>. 이러한 입장에 의하면 특정한 나라에 고정된 주소를 가지고 정주하면서, 그 나라의 국가권력에 복종하는 외국인도 국민주권원리의 주체인 국민의 개념에는 포함되기 때문에, 외국인에 대한 선거

41) BVerfGE 83, 37 (50 f.); 83, 60 (76, 81); 107, 59 (81).

42) Dreier, 앞의 책(주 15), Art. 20 (Demokratie) Rn. 94.

43) Rolf Grawert, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 3. Aufl., Heideberg 2004, § 16 Rn. 9.

44) 헌법해석에 의한 개방적 국민개념을 요구하는 견해는 Brun-Otto Bryde, Ausländerwahlrecht und grundgesetzliche Demokratie, JZ 1989, S. 257; Bryde, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, Staatswissenschaften und Staatspraxis 5 (1994), S. 305 ff.; Rolf Schmidt, Staatsorganisationsrecht, 10. Aufl., Grasberg bei Bremen 2010, Rn. 146.

권 인정을 위한 별도의 헌법개정이 불필요하다. 독일 뿐만 아니라 우리나라에서도 통설이 아닌 이 견해에 의하면 우리나라의 경우 외국인에 대한 선거권의 인정은 국민주권의 원리를 규정하고 있는 우리 헌법 제1조 제2항을 개정하는 것을 통해서가 아니라, 법률인 공직선거법의 개정을 통해서도 가능해 진다.

### 3. 지역적 자치선거에서의 외국인에 대한 선거권의 인정

연방국가인 독일의 경우 독일연방공화국(Bundesrepublik)의 전체국민인 연방국민(Bundesvolk)과 별도로, 방의 모든 주에도 주의 국민(Landesvölker)이 있다. 연방적 민주주의 실현의 관점에서 보면 주의 국민은 민주적인 독자성을 가지지 않는 연방국민의 구성부분으로서의 지위 뿐만 아니라 주의 독자적인 국민으로서의 지위도 가진다<sup>45)</sup>. 따라서 연방국민(Bundesvolk)과 부분적 동일성을 가지고 있는 주의 국민은<sup>46)</sup> 주정부와 주의회의 구성과 관련된 공직선거에 참여할 수 있다. 독일 기본법은 제28조 제1항 제2문을 통해서 연방과 주의 영역 뿐만 아니라 지역적 자치행정의 영역인 크라이스(Kreis)와 게마인데(Gemeinde)에 있어서도 국민(Volk)은 보통, 직접, 자유, 평등선거 그리고 비밀선거를 통해서 형성되는 대표를 가져야만 한다고 규정하고 있다. 이러한 한에 있어서는 크라이스와 게마인데에서의 선거에 있어서도 국민은 정당성의 주체가 된다<sup>47)</sup>.

지역자치 부분국민(kommunales Teilvolk)은 그 구조에 있어서 연방국민과 주의 국민과 여러 가지 측면에서 비교될 수 있다. 그 국가의 국적보유자의 범위를 넘어서는 불특정한 일반성(Allgemeinheit)을 바탕으로 하여 구성된 지역자치 부분국민은 지역고권(Gebietshoheit)을 행사하고, 자신이 적절한 지역자치 고권적 권한(kommunale Hoheitsbefugnisse)의 행사에 대한 확정권을 가지고 있는 한에서는, 적어도 지역적 관할권(Allzuständigkeit)을 가진다. 연방국민과 주의 국민이 입법권한도 가지고 있는데 반하여, 지역자치 부분국민은 지역자치 행정영역에 있어서 단지 행정적 권한(administrative Befugnisse)만을 가지고 있다는 점에서, 연방과 주의 국민의 권한과 지역자치 부분국민의 그 권한이 내용은 서로 구분된다<sup>48)</sup>.

45) Bernd Grzeszick, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 87. EL März 2019, GG Art. 20 Rn. 83.

46) Dreier, 앞의 책(주 15), Art. 20 (Demokratie) Rn. 95.

47) BVerfGE 83, 37 (55); Grzeszick, 앞의 책(주 45), GG Art. 20 Rn. 84.

이러한 연방과 주의 국민의 개념과 지역자치 부분국민의 개념의 구분과 그 권한의 차이점을 받아들인다면, 국민주권 원리에 따라서 국민에게만 선거권을 인정하는 연방과 주의 공직선거에서의 선거권 인정논의는 지역자치 선거영역에서는 정당화될 수 없다는 주장이 제기될 수 있다. 이러한 관점은 지역분권에 기초한 풀뿌리 민주주의 강화하는 측면에서 지방자치 선거의 영역에서의 외국인에 대한 선거권 인정의 확장을 요구한다. 이러한 지역자치 영역에서의 외국인에 대한 선거권 인정의 문제와 관련하여, 모든 사람의 권리와 독일국적자의 권리의 구분을 전제로 한 기본권의 인적인 보호영역의 차이를 극복하기 위한 중요한 헌법적 착안점은 어디에서 찾아야 할까? 이러한 헌법적 착안점을 찾는 작업은 어느 정도까지의 국가주권의 장벽을 허물어서 어느 범위까지 그리고 어느 정도까지 국제법적인 소수자보호의 요청과 국내법적인 소수자보호의 요구를 서로 일치시킬 수 있는가 하는 문제로 볼 수 있다. 국제법적인 소수자보호와 국내법적인 소수자보호의 요청을 일치시킬 수 있는 중요한 헌법적 근거는 인권의 보편성에 근거한 국민주권 원리의 정주외국인에 대한 확장의 정당화에서 찾을 수 있다고 생각해 본다.

#### 1) 독일연방헌법재판소의 판례

게마인테와 크라이스에서의 지역자치 선거의 영역에 있어서 특정한 전제조건을 충족한 외국인에 대해서 선거권과 피선거권을 인정하는 주장과 이를 관철하기 위한 법적 시도는 독일의 경우 헌법개정없이도 정당화될 수 있는가? 슬레스비히 홀스타인(Schleswig-Holstein) 게마인테와 크라이스의 대표에 대한 선거법은 1989년 2월 21일의 법률을 통해서 선거일 당시 제3조 제2항 속에 덴마크, 아일랜드, 네덜란드, 노르웨이, 스웨덴, 스위스 6개국의 국적을 가지고 있고(제1호), 적어도 5년 이상 독일에서 생활하고(제2호), 체류허가를 가지고 있거나 혹은 어떠한 체류허가를 필요로 하지 않는(제3호) 외국국적자에 대해서 선거권을 인정하는 것을 규정하였다. 이 적어도 5년이상 독일에 거주하고, 자신의 국가에서도 독일인에게 선거권을 인정하는 6개 유럽국가국적을 보유한 외국인에 대해서는 선거권을 인정하고 있는 슬레스비히 홀스타인(Schleswig-Holstein) 주정부의 지방자치선거법(kommunales Wahlrecht)에 반대하는 기민련/기사련 연합(CDU/CSU Bundestagsfraktion)과 바이에른 주정부(Bayerische Staatsregierung)는 기본법 제93조 제1항 제2호에 의한 추상적 규

48) Grzeszick, 앞의 책(주 45), GG Art. 20 Rn. 84.

범통제(abstrakte Normenkontrolle)를 독일연방헌법재판소에 청구하였다. 이 결정에서 독일연방헌법재판소는 어느 주정부(Landesregierung)도 원칙적으로 추상적 규범통제 절차 속에서 다른 주의 법의 헌법위반성 여부에 대한 심사청구를 할 수 있다고 보았다.

이 외국인의 선거권인정에 관련된 판결<sup>49)</sup>에서 독일연방헌법재판소 제2재판부(Zweiter Senat)는 기본법 제20조 제2항 제1문의 국민주권 원리는 크라이스와 게마인테의 지역자치선거에도 적용된다는 것을 명백히 인정하면서, 외국인에 대한 선거권인정은 독일기본법 제20조와 합치된다는 주장에 대한 반대입장을 표명하였다. 독일연방헌법재판소는 기본법 제20조 제2항 제1문의 국민(Staatsvolk)의 개념을 원용하면서 이 선거법의 위헌성을 논증하였다. 독일연방헌법재판소는 기본법 제28조 제1항 제2문이 크라이스와 게마인테에서의 국민대표를 규정을 규정하고 있는 한에서는, 독일인만이 국민을 형성하고, 자신의 대표를 선거할 수 있다고 보았다. 독일연방헌법재판소는 독일기본법 제20조 제2항 제1문의 국민주권 원리가 독일의 전영역 속에서의 통일적인 민주적 정당성 부여의 근거가 될 수 있도록, 연방선거와 주선거 외에도 지역자치 선거의 영역에서도 선거권을 단지 독일국민에게만 제한하는 것을 요구하였다.

바이마르 헌법(Weimarer Verfassung) 제1조 제2항 그리고 우리 헌법 제1조 제2항 그리고 독일기본법 제20조 제2항 제1문 속에서 그 근거를 찾을 수 있는 국민주권 원리는 프랑스 혁명에서의 프랑스국민의 대표자로서 국민회의가 자신들의 명의로 인간과 시민의 권리를 선언하고 주권은 국민에 있고 모든 권력은 이로부터 나온다고 규정한 헌법을 제정한 것에서 그 출발점을 찾을 수 있다. 이런 점에서 볼 때, 헌법주의의 핵심적 구성요소인 국민주권 원리는 현대의 민주주의가 민족국가 형태로 시작된 역사적인 예에서 그 근거가 발견된다<sup>50)</sup>. 모든 국가권력의 정당성의 근거를 국민에서 찾고 있는 헌법국가 속에서 그 근원으로서 국민의 개념에 대한 문제 즉 국민이란 무엇인가 혹은 누가 국민에 속하고 그렇지 않는가에 대한 기준을 제시하여야 한다. 이러한 헌법적 맥락에서 국적을 가진 사람의 총체로서 국민은 필연적으로 내용적인 정체성을 가진 법개념으로 정립되게 된다<sup>51)</sup>.

49) BVerfGE 83, 37 (50); 83, 60 (71).

50) Josef Isensee, Nationalstaat und Verfassungsstaat - wechselseitige Bedingtheit, in: Rolf Stober (Hrsg.), Recht und Recht. Festschrift für Gerd Roellecke zum 70. Geburtstag, Stuttgart ; Berlin ; Köln [u.a.] 1997, S. 137.

51) Isensee, 위의 책, S. 141 f; 박진완, 평등과 다원성, 헌법학연구 제6권 제1호, 한국헌법학회 2000, 200쪽.

국민주권 원리를 바탕으로 하여 지역자치 선거에 있어서 외국인의 선거권을 부정하는 독일연방헌법재판소의 결정의 정당화 논거는 Peter Häberle의 국민주권에 대한 헌법적 해석을 통해서도 찾을 수 있다. Häberle는 시민민주주의를 국민민주주의로 보면서<sup>52)</sup>, “모든 국가권력은 국민으로부터 나온다”는 국민주권 원리는 국민민주주의가 문제될 때가 아니라 다원화된 다양성속에서의 국민과 국가사이를 정당화시키는 매우 다양한 관련성들을 위해서 개방되어 있는 민주주의 원칙의 정립에 있어서 문제해결을 위한 헌법적 근거로 작동할 수 있다고 보고 있다<sup>53)</sup>. 이러한 자신의 논리는 정당화하기 위하여 Häberle는 헌법국가의 두 가지 토대인 국민주권과 인간의 존엄과의 상호연관성을 언급하고 있다<sup>54)</sup>. 그는 인간의 존엄이 국민주권의 처음이자 마지막 근거가 된다고 보고 있다<sup>55)</sup>. 그는 이러한 국민주권과 인간의 존엄의 연결고리를 자신의 국민개념에서 찾고 있다: 그는 국민(Volk)에 대하여 다음과 같이 정의하고 있다<sup>56)</sup>: 「국민은 절대 신비로운 고귀함이 아니라 독자적인 존엄을 가지는 많은 사람들의 총괄이다: 국민은 장소적으로 자리잡고, 시간적으로 형성되어진 그리고 발전적인 능력을 가진, 공적인 삶을 형성하고, 책임성을 가지고 법적인 규제하에서 살아가는 사람들의 집단의 총체이다(Kant의 해석에 따른 측면에서): 민주적으로 형성된, 자기이해속에서 인간의 존엄지향적인, 인간의 존엄에 대한 의무를 지고 있는 국민」. 그리고 그는 이러한 국민주권의 인간의 존엄관련성을 국민과 기본권의 관련성으로 표현하고 있다: “국민은 헌법적대적인 그리고 국가적대적인 것은 아니다. 국민은 처음부터 기본권적인 측면에서 조직되어지고 헌법국가적인 측면에서 결합되진 것이다. 따라서 기본권은 그 본질적 의미에선 국민권이다<sup>57)</sup>”.

독일연방헌법재판소는 이 결정 속에서 외국인에 대한 지역자치 선거권의 인정은 부정하였지만, 당시의 유럽공동체 내부에서 논의되었던 외국인에 대한 지역자치 선거권의 도입은 기본법 제79조 제3항의 헌법개정의 한계에 해당되지 않는다고 보았다<sup>58)</sup>. 이러한 독일연방헌법재판소의 입장은 헌법개정을 통해서 다른 유럽연합의 구성국가의 국민들, 즉 유럽연합시민들에 대해서는 선거권

52) Peter Häberle, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, JZ 1975, S. 295.

53) Brun-Otto Bryde, Die Bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, Staatswissenschaften und Staatspraxis 5 (1994), S. 320.

54) Häberle, Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: Isensee /Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. I., Heidelberg 1987, § 20 Rn. 61.

55) Häberle, 위의 책, Rn. 65; 박진완, 앞의 논문(주 51), 199쪽.

56) Häberle, 위의 책, Rn. 65.

57) Häberle, 앞의 논문, Rn. 66; 박진완, 앞의 논문(주 51), 199쪽.

58) BVerfGE 83, 37 (59).



을 인정할 수 있다는 의견이다. 그 후 독일은 헌법개정을 통해서 기본법 제28조 제1항 제3문 속에서 다른 유럽공동체의 구성국가의 국민들에 대해서 크라이스와 게마인테의 지역자치선거에 있어서 선거권과 피선거권을 인정하였다. 독일연방헌법재판소는 기본법 제28조 제1항 제3문 그리고 이와 관련된 유럽법적 내용들에 대한 헌법소원을 각하하였다(unzulässig). 이 결정 속에서 독일연방헌법재판소는 헌법소원의 불허용 근거로서 기본법 제38조는 지역자치선거권과 관련하여 어떤 경우이든 지역자치선거에 있어서 선거권과 피선거권의 행사에 있어서 비독일인 선거출마자와 선거권자의 권리행사를 선거법적인 경쟁자 소송(Konkurrentenklage)을 통해서 막을 수 있는 주관적 권리(subjektives Recht)를 보장하고 있지 않기 때문이라고 판시하였다<sup>59)</sup>.

## 2) 유럽연합구성국가 속에서의 지역자치선거에 있어서 유럽연합 시민에 대한 선거권의 확장

독일연방헌법재판소의 국민주권 원리에 근거하여 독일인에게만 선거권을 인정하는 기본적 사고는 유럽연합의 시민권(Unionsbürgerschaft)의 도입으로 유럽연합의 구성국가의 지역자치선거 영역에서는 획기적인 변화가 나타났다. 유럽연합의 시민권은 유럽연합법의 어떤 개인의 유럽연합에 대한 기본적인 소속을 인정해 주는 법적인 지위(angehörigkeitsrechtliche Status)이다. 1992년의 Maastricht 유럽연합조약(Unionsvertrag von Maastricht)의 독자적인 장(Kapitel)으로 도입된 유럽연합의 시민권(Unionsbürgerschaft)은 유럽공동체조약(EGV) 제17조(현재의 유럽연합의 기능에 관한 조약(TFEU/AEUV 제20조))에 규정되었다. 유럽연합의 시민권은 1993년 11월 1일 이 조약의 발효와 더불어 그 효력을 발생하게 되었다. Maastricht 조약에 의한 유럽연합 시민권(Unionbürgerschaft)의 도입을 통하여 유럽연합은 기존의 경제공동체에서 정치적 연합으로 계속적으로 발전하게 되는 법적 기초를 마련하였다.

유럽공동체법원(EuGH)의 판례는 유럽연합시민의 지위는 유럽연합의 구성국가의 국적을 전제로 인정된다는 것을 확인하고 있다<sup>60)</sup>. 유럽연합의 시민권이 귀속되는 법적 단위는 유럽연합이다. 유럽공동체와 유럽연합의 공존으로 인하여 발생하였던 유럽연합의 시민권의 귀속되는 법적 단위의 불명확성은 리스본 조약(treaty of Lisbon)을 통해서 해결되었다<sup>61)</sup>. 왜냐하면 리스본 조약 속에서

59) BVerfGE 89, 155 (180); Veith Methe, in Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 82, EL Januar 2018, GG Art. 28 Abs. 1 Rn. 122.

60) EuGH, Rs. C-184/99, Grzelczyk, Slg. 2001, I-6103 Rdnr. 31.

가장 중요한 의미를 가지는 구조적-형식적 개정인 유럽공동체설립조약(Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft)인 유럽공동체조약(EG-Vertrag)의 유럽연합의 기능에 대한 조약(Vertrag über Arbeitsweise der Europäische Union, AEUV)으로의 명칭의 변경을 통한 변형(Umwandlung)<sup>61)</sup>을 통해서 결과적으로 현재에는 독자적 법인격을 가지고 있는 유럽연합만이 존재하기 때문이다. 현재에는 이전의 유럽공동체의 법적 계승자로서의 지위를 가지고 있는 유럽연합이 통일적인, 법인격을 가지고 있는 유럽연합시민권의 법적 귀속단위로 존재한다(유럽연합조약 제1조 제3항 제3문, 제47조)<sup>62)</sup>. 유럽연합의 시민권의 법적 지위에 관한 중요조항들인 유럽연합의 기능에 관한 조약 제20조 제1항 제2문과 제3문 그리고 또한 유럽연합조약 제9조 제2문과 제3문은 동일한 단어들을 반복적으로 규정하고 있다. 유럽연합의 민주적 정당화에 기여하는 유럽연합의 시민권은 유럽연합의 구성국가의 국민들 뿐만 아니라, 이러한 각 유럽연합의 구성국가의 국민들이 결합된 유럽연합시민의 전체로부터 도출되는 이중적 민주적 정당성을 유럽연합에 부여한다<sup>63)</sup>. 이러한 이중적 정당성 부여의 근거는 유럽연합의 시민권에 근거한 유럽연합시민의 법적인 지위가 유럽연합 구성국가의 국적을 전제로 하고 있다는 점에서 찾을 수 있다(유럽연합의 기능에 관한 조약 제20조 제1항 제2문). 유럽연합의 기능에 관한 조약 제20조 제1항 제2문은 “구성국가의 국적을 가지는 자는 유럽연합의 시민(Unionsbürger)이다”라고 규정하고 있다. 유럽연합의 기능에 관한 조약 제20조 제1항 제3문은 “유럽연합의 시민권은 구성국가의 국적을 보완한다. 그러나 이를 대체하지는 않는다”라고 규정하고 있다.

유럽연합의 시민은 유럽연합조약과 유럽연합의 기능에 관한 조약 전체 그리고 유럽연합의 기능에 관한 조약 제2편(Teil) 속의 유럽연합의 시민권 속에 특별히 규정된 권리와 의무를 가진다. 유럽연합의 기능에 관한 조약(TFEU/AEUV)은 이미 제20조-제25조에서 시민권 개념의 인정과 동시에 유럽연합시민이 누리게 되는 기본자유에 대해서 규정하고 있다. 특히 유럽연합의 기능에 관한 조약 제22조는 자신이 국적을 가지지 않는 유럽연합의 구성국가

61) Siegfried Magiera, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl., München 2018, Art. 20 AEUV Rdnr. 9;

62) BVerfG, Urteil v. 30. 6. 2009 - 2 BvE 2/08Rn. 34; Franz Mayer, Der Vertrag von Lissabon im Überblick, JuS 2010, S. 190.

63) Christoph Schönberger, Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, 67 Aufl., München 2019, AEUV Art. 20 Rn. 24.

64) Schönberger, 위의 책, AEUV Art. 20 Rn. 24.

내에 주소를 가진 유럽연합시민이 자신이 주소를 가지는 구성국가에서의 지역 자치선거(Kommunalwahl)에 있어서 선거권(aktives Wahlrecht)과 피선거권(passives Wahlrecht) 그리고 유럽의회 선거권을 인정하고 있다. 마아스트리히트 조약 속에서 인정된 지역자치 선거에 있어서 유럽연합시민의 정치적 참여권 인정을 위한 독일내에서의 법적 근거는 독일기본법이 아니라 유럽공동체법이었다. 이러한 유럽공동체법의 기준에 독일기본법을 적응시키기 위한 시도로서, 1992년 12월 21일 독일은 기본법 속에 유럽공동체의 구성국가에 소속된 외국인에 대하여 독일 내에서 지역자치선거에서의 선거권과 피선거권을 인정하는 제28조 제1항 제3문을 추가하는 헌법개정을 하였다<sup>65)</sup>. 1994년 12월 19일 유럽공동체조약 제8b조에 의하여 이에 상응하는 지침(Richtlinie) 94/80이 유럽 집행위원회(Rat)에 의하여 내려졌다<sup>66)</sup>. 이 지침의 내용은 1996년 1월 1일까지 구성국가의 법질서에 도입되어졌다. 독일은 기본법 연방과 주의 권한배분에 대한 규정하고 있는 제30조와 연방과 주의 입법권한의 배분에 대하여 규정하고 있는 제70조에 의하여 각 주들이 이러한 의무를 점차적으로 이행하였다. 이를 이행하고 있는 각 주의 법규정들은 외국인의 선거권을 부정한 이전의 연방헌법재판소의 결정<sup>67)</sup>에 반하는 것이었다. 그럼에도 불구하고 독일연방헌법재판소가 헌법개정을 통한 지역자치선거에 있어서 유럽연합시민에 대한 정치적 참여권 인정의 가능성을 열어놓았기 것은 때문에, 이러한 결과가 전적으로 독일 연방헌법재판소의 결정에 반하는 것이라고 볼 수는 없다고 생각된다.

유럽연합의 구성국가의 국적과 결부된 유럽연합의 시민의 기본적 권리가 기존의 경제적 기본자유의 범위를 넘어서서 점점 더 많은 정치적 권리, 예컨대 지금까지 단지 구성국가의 국민에게만 유보되었던 공직에의 취임의 기회를 강하게 제공하면 할수록(유럽연합의 기능에 관한 조약 제45조 제4항), 유럽연합의 시민권의 취득- 그리고 상실구성요건(Erwerbs- und Verlusttatbestände)에 대한 유럽연합차원에서의 법적 규율의 필요성도 증가된다. 그럼에도 불구하고 유럽연합의 기능에 관한 조약은 유럽연합의 시민권을 취득의 전제조건이 되는 구성국가의 국적취득에 대한 어떠한 최소한 기준에 대해서 규정하지 않고 있다. 유럽연합의 기능에 관한 조약(TFEU/AEUV)은 제20조 제1항 제3문은 위에서 언급한 바와 같이 유럽연합의 시민권은 구성국가의 국적을 대체하는 것

65) Dreier, 앞의 책(주 33), Art. 28 Rn 24.

66) Methe, 앞의 책(주 59), GG Art. 28 Abs. 1 Rn. 123.

67) BVerfGE 83, 37 (50 ff.); 83, 60 (71 ff.); Dreier, 전제서, Art. 20 (Demokratie) Rn. 58, Art. 28 Rn. 34.

이 아니라, 구성국가의 국적을 보충하는 것이라는 점만 명백히 하고 있다.

우리 헌법 제1조 제2항의 국민주권 원리 그리고 제2조 제1항에서 그 헌법적 근거를 찾을 수 있는 국민(*Staatsvolk*)은 Georg Jellinek의 3요소이론에 따른 국가권력의 객체로서 그리고 그와 동시에 국가적 지배권의 객체로서 실제 주민(*reale Bevölkerung*)이고 국민주권원리에 따라 헌법제정권력을 행사하는 인적집단(*Personenverband*)을 의미한다. 이러한 법적인 의미에서 국민은 국적자의 전체를 의미한다<sup>68)</sup>. 즉 국민은 선거권과 피선거권을 가지는 이른바 적극적 시민 뿐만 아니라, 미성년자까지 포함한 전체국민을 의미한다<sup>69)</sup>. 국민은 즉 자신의 권리에 의하여 어떤 국가에 소속되고, 국제법에 의하여 어떤 국가에 소속된 사람들의 전체이다<sup>70)</sup>. 전체 국적보유자로 구성되는 국가의 인적 구성요소로서 국민에 대한 국가권력의 인적인 지배권, 즉 인적고권의 행사는 그 체류지에 관계없이 모든 국민에 대해서 행해진다<sup>71)</sup>.

국제사법재판소(International Court of Justice (ICJ))는 독일에서 태어난 독일국적자인 Friedrich Nottebohm이 후에 귀화로 인하여 취득한 리히텐슈타인(Liechtenstein)의 국적의 인정을 구아테말라(Guatemala)에 대하여 요구한 1955년의 Nottebohm 사건<sup>72)</sup>에서 국제적 차원에서 귀화인에 대한 귀화국가의 외교적 보호권의 행사의 기본적 조건으로서 Nottebohm 원칙(the Nottebohm principle), 즉 효과적 국적(effective nationality)을 제시하였다. 이 원칙에 의하면 그 국가의 국적을 주장하는 자는 그 국가와 자신과의 ‘진정한 관련성(genuine link)’을 증명해야만 한다. 국민주권 원리를 근거로 하여 장기적으로 현재거주인구로서 외국인 동료시민을 민주적 절차에의 참여의 기회로부터 절연시키는 것이 민주주의적인 요청에서 합리화될 수 있는가에 관한 논의, 즉 외국인에 대한 선거권인정여부의 문제는 다문화사회에서의 사회적 통합의 핵심적 요소라고 할 수 있다. 민주국가에서의 헌법은 선거를 통한 정치적 의사형성 과정에 대한 참여보장과 국가권력에 대한 정당성부여를 통해서 사회적 통합에 기여한다는 점을 고려해 볼 때, 장기거주 외국인에 대한 국적취득 허용가능성

68) Dreier, in: 같은이 (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl., Tübingen 2004, Präambel Rn 60.

69) BVerfGE 83, 37 (54); Helmut Schulz-Schaeffer, Rousseau und das Problem der Volkssouveränität, NJW 2000, S. 643.

70) Rolf Grawert, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, Heidelberg 2003, § 13 Rn. 11.

71) Giegerlich, 앞의 책(주 17), GG, Art. 16 Abs. 1 Rn. 42.

72) Liechtenstein v. Guatemala, 1955 I.C.J. 4.

부여를 통한 국민주권 원리의 적용영역의 확장은 또 다른 형태의 중요한 대안이 될 수 있다.

우리 헌법 제1조 제2항의 국민주권의 원리의 국민의 개념을 국적법에 의하여 인정된 대한민국국민으로 한정하지 않고, 정주외국인에 확대시킬려고 한다면, 이러한 정주외국인을 운명공동체로서의 국민 개념 속에 끌어들이 수 있는 소속감이 어느 정도 논증되어야만 할 것이다. 국민주권의 원리는 이러한 운명공동체로서의 어떤 국가에 소속감을 가진 국민이 정치적 의사형성권의 행사를 전제로 한다. 이와 관련하여 국적부여의 전제조건으로서 마치 독일의 국가사회주의(Nationalsozialismus) 시절의 운명공동체로서의 국민에 해당하는 차원은 아니라 할 지라도, 2006년 7월 기민당(CDU) 소속의 독일정치가 Volker Kauder가 독일국민이 되려고 하는 자는 독일의 운명공동체에 소속되어야 한다고 주장하는 정도의 운명공동체 의식이 국적취득자와 국가 사이에 존재해야만 하는가 하는 질문이 제기된다<sup>73)</sup>. 이것은 각 국가의 개별적인 국적법 규정 속에서 일정한 기간 그 나라에서 거주하고, 그 나라에서의 정규적인 교육과정을 이수하고, 그 국가의 법질서를 존중하면서 생활하고 있다는 것이 인정된 자들에게 그 국가의 국적을 취득할 기회를 제공하는 것으로 구체화될 수 있다고 판단된다.

이러한 국민주권의 원리의 실현과정의 확대의 문제로서 외국인에 대한 국적취득요건의 완화의 문제와 별도로, 국가로부터 독립된 자치단체(autonome Körperschaften)인 지역자치선거에서의 선거권 인정기준으로서 이러한 국민으로서의 동일성(Uniformität)이 아닌 주민으로서의 최소한의 동질성(Homogenität)이 요구된다면, 지방자치선거에서의 선거권 인정의 판단기준은 달라질 수가 있다. 이와 관련하여 우리나라는 공직선거법 제15조 제2항 제3호에서 지방의회선거와 지방자치선거에 있어서 일정한 조건을 충족한 정주외국인에 대해서 선거권을 인정하고 있다.

1992년의 Maastricht 조약(Maastrichter Vertrag)을 통해서 유럽연합의 구성 국가들에 대하여 유럽연합시민들(Unionsbürger)에게 유럽의회의 선거권과 별도로 지방자치영역에 적극적 선거권(aktives Wahlrecht)과 소극적 선거권(passives Wahlrecht)이 인정되었다. 이러한 Maastricht 조약의 내용에 상응하게 독일 기본법은 자신의 개정을 통해서 기본법 제28조 제1항 제3문 속에 크라이스(Kreis)와 게마인데(Gemeinde)의 선거에 있어서 유럽공동체의 구성국가의

73) Vgl. BVerfG DBVI 1990, S. 1398.

국적을 보유한 사람들에게 선거권과 피선거권을 인정하는 것을 통해서, 결과적으로 이러한 독일연방헌법재판소가 슬레스비히 홀스타인 지역선거법에 대한 위헌무효결정(Nichtigkeit des schleswig-holsteinischen Kommunalwahlrechts)에서 제시한 원칙들은 수정되었다.

이러한 지역자치선거에 있어서 유럽연합의 시민에 대한 정치적 참여권의 확장은 또 다른 형태의 차별을 초래하였다. 독일 기본법 제28조 제1항 제3문 속의 유럽연합시민의 지역선거에서의 선거권과 피선거권의 인정을 통해서 지역자치와 관련된 지역선거의 영역에 있어서 유럽연합의 구성국가의 국민들과 제3세계 소속국가 국민들의 정치적 참여권 배제, 즉 유럽연합시민과 제3세계 소속국가 국민들이 사이의 제도화된 차별의 정당화, 양자의 비평등대우가 어떻게 정당화될 수 있는가 하는 문제를 제기하게 만들었다<sup>74)</sup>. 결국 지역자치 선거영역에서의 제3세계 소속국가국민들에 대한 선거권 인정에 있어서 평등대우는 원칙적으로 헌법개정을 통해서만 가능하게 된다. 이와 관련된 헌법개정의 예로서 니더작센주(Niederlanden)의 1983년의 헌법개정을 통해서 1985년의 지역자치선거에서 외국인에게 선거권을 인정한 것을 들 수 있다. 결국 이러한 주 차원에서의 헌법개정시도들은 제3세계 소속국가 국민들에 대한 중요한 의사결정에 대한 참여의 확대를 통한 민주적 통합의 증진에 기여하는 계기가 되었다.

### III. 국적법과의 관련성 검토

이러한 국내에 거주하고 있는 주민들(Bevölkerung)과 국민들(Staatsvolk) 사이의 큰 차이는 또한 국적법(Staatsangehörigkeitsrecht)의 개정을 통해서 좁혀질 수 있다. 독일연방헌법재판소의 견해에 의하면 정치적 권리의 행사와 관련하여 입법자가 독일연방공화국 내의 주민으로서의 자격인정에 있어서 개정을 고려한 장소가 국적법의 중요한 요소가 된다. 현재의 헌법에 의하면 단지 입법자만이 오랫동안 독일에 정주하고, 적법하게 체류하고, 이를 통해서 독일인과 비교가능할 정도로 독일의 국가권력적 지배를 받고 있는 외국인이 독일국적을 쉽게 취득할 수 있도록 국적법을 개정할 가능성을 가지고 있다<sup>75)</sup>. 당연히 이

74) Vgl. Victor Pfaff, Kommunalwahlrecht für Drittstaater? Eine Problematik, ZAR 2011, S. 102 ff.

75) Schulte, 앞의 논문(주 7), S. 385.

러한 독일내의 정주외국인에 대한 국적부여 가능성의 보장을 통한 선거권 인정범위의 확대에 대한 논의는 많은 논의를 불러일으켰다.

이러한 논의점들 가운데 가장 핵심적인 것은 누가 독일국민 혹은 선거국민(Wahlvolk)과 관련된 문제, 즉 누가 독일인인가 하는 문제였다. 이것은 어떤 전제조건과 절차를 통해서 이주외국인 내지 독일에서 출생한 외국인이 독일국적을 취득하거나 혹은 상실할 수 있는가 하는 문제이다. 결국 이 문제는 국적인정 및 이로 인한 선거권 인정논의에 있어서 독일국민과 정주외국인 사이의 제도적 차별과 불평등 대우를 어느 정도까지 개선하고, 발전시킬 수 있는가 하는 문제이다.

이에 대한 또다른 관점은 인권보장영역의 확대의 측면에서 이주자와 난민에 대한 사회적 편입과 시민권 부여의 완화의무를 어떻게 번적으로 정당화시키고 발전시킬 수 있는가 하는 점이다. 이러한 두가지 관점들의 실현을 위하여 다양한 노력들이 경주되었다. 이러한 노력들 중에서 2000년에 효력을 발생한 국적법의 개정 및 2014년에 행해진 국적선택의무(Optionspflicht)의 수정을 들 수 있다<sup>76)</sup>.

이러한 새로운 국적법 규정들은 독일에서의 많은 외국인의 이주증가의 확대가 더 이상 돌이킬 수 없는 현실임을 자각하고, 오랫동안 독일에서 생활하고 있는 외국인의 통합을 증진하고 오랫동안 정주하는 생활주민(Wohnbevölkerung)과 정치적인 의사형성과정에 책임의식을 가지고 적극적으로 참여하는 선거주민(Stimmbevölkerung) 사이의 일치를 최대한 도모하는 헌법적 요청을 반영한 것이다<sup>77)</sup>. 그럼에도 불구하고 지금까지 행해진 조치들은 한편으로 평등한 정치적 자유의 보장을 지향하고 실현하는 요소도 있고, 또 다른 한편으로는 정치적 자유의 불평등성을 확정하는데 기여하는 요소도 포함하고 있다<sup>78)</sup>.

이러한 양면성은 국적취득의 영역에서 존재하고 있다. 평등을 증진하는 규정의 예로서 관련당사자의 국적취득에 필요한 정주기간을 15년에서 8년으로 단축시키고, 가족구성원의 보다 쉬운 국적취득가능성을 규정하고 있는 보다 확대된 국적취득청구권에 관한 규정을 들 수 있다. 그럼에도 불구하고 이러한 평

76) Staatsangehörigkeitsgesetz (StAG) vom 22.7.1913 in der Fassung vom 13.11.2014.

77) Günter Renner, Geltende Rechtslage und Geschichte der Reform durch das Gesetz zur Reform des Staatsangehörigkeitsrechts (BGBl. 1999 I, 1618).- Grundzüge des neuen Staatsangehörigkeitsrechts.- Einzelregelungen, ZAR 1999, S. 156.

78) Schulte, Politische Steuerung von Integrationsprozessen und Menschenrechte in der Einwanderungsgesellschaft, ZAR 2012, S. 296.

등실현의 가능성의 확대는 평등저해적 요소의 추가를 통해서 상대화되었다. 국적취득은 또한 원칙적으로 다른 국적의 상실 혹은 포기여부에 따라 결정된다. 그 외에도 국적법은 국적취득의 요건으로서 보다 강화된 이른바 국적취득상태의 통합준비상태와 통합실행능력을 요구하고 있다 (독일국적법(StAG) 제10조 이하)<sup>79)</sup>.

출생에 의한 국적취득과 관련하여 2000년 1월 1일 처음으로 계속적으로 유효하게 적용되는 속인주의(Abstammungsprinzip)를 보충하기 위하여 도입된 출생지주의 내지 속지주의는 국적취득에 있어서 평등을 증진시키는 요소로 볼 수 있다<sup>80)</sup>. 독일 국적법 제4조 제3항 제1문은 부모 중 한사람이 8년 동안 독일내에서 고정적으로 일상적인 체류를 한 경우에는 외국인 부모의 자녀는 독일국적을 취득한다고 규정하고 있다. 따라서 독일에서 출생한 외국인 부모의 자녀는 외국국적과 별도로 이러한 특정한 전제조건 하에서는 또한 독일국적을 취득한다 (출생지 주의(ius soli)).

그러나 이러한 평등실현적인 출생지주의의 강화는 다시 평등제한적인 요소에 의하여 약화된다, 이렇게 국적을 취득한 자녀가 21세가 되면 국적선택의무가 부여된다 (국적법 제29조, 제40b조). 이전의 국적법 규정에 의하면 출생지주의로 독일국적을 취득한 자는 18세와 23세 사이에 원칙적으로 두 국적 중 하나를 선택해야만 하였다<sup>81)</sup>. 그러나 이 규정에 대해서는 관련 당사자의 정치적 참여의 영역에 있어서 많은 제한적 효력을 발생할 수 있다는 문제점이 제기되어서, 이전의 국적선택규정은 2014년에 개정되었다. 여전히 이 규정은 폐지되지 않고 있다.

새롭게 개정된 국적법 제29조 제1a항에 의하면, 출생지 주의에 의하여 독일국적을 취득한 자는 21세까지 독일에서 성장한 다음의 경우에 한해서 국적선택의무로부터 면제된다고 규정하고 있다: ① 8년동안 일상적으로 독일에 체류하고, ② 독일에서 6년동안 학교를 다녔고, ③ 독일에서 취득한 학교졸업증명과 직업교육수료증명이 가능한 경우. 이 규정을 통해서 출생 후에 출생지 주의

79) Kay Hailbronner, Asyl- und Ausländerrecht, 3. Aufl., Stuttgart 2014, S. 156; Hanschmann, 앞의 책(주 35), S. 188 f.; Schulte, 앞의 논문(주 7), S. 386.

80) Schulte, 앞의 논문, S. 386.

81) Beauftragte der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration, 8. Bericht über die Lage der Ausländerinnen und Ausländer in Deutschland, 2010, S. 283 ff.; Dietrich Thränhardt, Einbürgerung. Rahmenbedingungen, Motive und Perspektiven des Erwerbs der deutschen Staatsangehörigkeit. Gutachten für die Friedrich-Ebert-Stiftung, 2008, S. 41 f.; Schulte, 앞의 논문(주 7), S. 387.



에 의하여 독일국적을 취득을 통행서 형성된 다국적의 인정이 허용된다. 이 규정을 통해서 법적인 평등보장의 범위가 확대되고, 사회적 통합이 증진되고, 정치적 참여의 기회가 확대된다<sup>82)</sup>.

또 다른 측면에서 국적선택의무의 부과와 이중국적 회피의 원칙과 결부된 차별강화적인 요소가 규정되고, 강화된다. 이것은 결과적으로 출생을 통해서 취득한 독일국적의 계속적 보유조건으로서 관련당사자의 국적취득 이후의 계속적 통합을 위한 노력의 실행(Integrationsleistungen)을 요구하는 규정의 제정으로 이어진다. 이러한 조건의 충족요구는 속지주의 원리에 따른 출생에 의한 독일국적취득에 있어서의 외국인 부모 뿐만 아니라 이미 독일인으로 인정되는 관련당사자에 대해서도 유효하게 적용된다. 이를 통해서 출생에 의한 자동적인 독일국적취득의 요건을 상대화시키고, 독일국적취득을 통한 독일사회로의 통합을 증진시킨다. 이것은 결과적으로 외국인 내지 출생지주의에 의하여 인정된 독일국적자(ius soli-Deutsche)에 국가적 규율권과 감독권을 오랫동안 그리고 광범위하게 유지하고, 재생산하는데 기여한다. 이를 통해서 처음부터 이중국적의 취득이 허용된 속인주의에 의하여 독일국적을 취득한 독일인과 속지주의를 통하여 독일국적을 취득한 독일인과의 불평등대우가 제도화된다<sup>83)</sup>.

이러한 문제점 외에도 이러한 출생에 의한 국적취득요건으로서 독일에서의 지속적 생활기반의 존재를 요구하는 조건의 부과가 유럽연합 속에서의 이주의 자유의 보장과 합치되는지 여부

그리고 국적선택의무를 부과하는 지금까지 법규정의 적용에 의하여 독일국적을 상실한 자가 다시 일반절차를 통해서 독일국적을 취득할 권리가 보장되는지 여부에 대한 계속적 검토의 필요성이 요구된다.

물론 이러한 새조항은 민주주의와 통합의 관점에서 볼 때 모순적이고, 결함을 내포하고 있다. 이러한 관점에서 국적선택의무의 대안없는 폐지가 보다 적합하고 논리적 모순이 없는 것으로 보인다<sup>84)</sup>. 이것은 결과적으로 귀화와 출생에 의한 독일국적의 취득에 있어서 이중국적의 존재를 받아들이는 입장이 다<sup>85)</sup>. 이러한 입장은 현재의 국적법을 계속 유지하기로 한 독일연정의 합의사항(Koalitionsvereinbarung)에 반대되는 것이다<sup>86)</sup>.

82) Schulte, 앞의 논문(주 7), S. 387.

83) Schulte, 앞의 논문(주 7), S. 387.

84) Schulte, 앞의 논문(주 7), S. 387.

85) Förderverein PRO ASYL e. V./Deutscher Gewerkschaftsbund - Bundesvorstand /Interkultureller Rat in Deutschland e. V., Menschenrechte für Migranten und Flüchtlinge. Anforderungen an die künftige Bundespolitik, 2013, S. 36.

Axel Schulte 교수는 이와 관련하여 선거권을 국적과 분리하고, 이를 통해서 다음의 두가지 입장에서 이민자들에게도 선거권을 확대하는 제안을 해본다, ① 정주권 내지 주민권(Niederlassungsrecht bzw. Denizenship), ② 국가초월적인 시민공동체의 구성(Postnationale Mitgliedschaft).

이러한 정주권 내지 주민권의 강조는 이주자의 계속적인 이주와 정주과정의 증가로 인하여, 많은 수의 이주자들이 그 국가의 법질서 속에서 생활하고 있는 현실을 고려한 것이다. 규범적 관점에서 볼 때 이주자들은 자신의 계속적인 정주기간의 증가를 통해서 보다 안정적인 그 국가에서의 체류지위를 획득하고, 자신의 법적인 지위가 가능한 한 그 국가의 국민과 동일한 수준으로 격상시킬 수 있다.

이러한 이주자의 지위의 격상은 그들에 대한 선거권의 확대논의를 불러 일으킨다. 이러한 선거권 확대의 논의는 그 국가의 국민 뿐만 아니라, 오랫동안 그 국가 속에서 생활하고 있는 사람들까지 포함하는 새로운 시민개념(Bürgerbegriff), 즉 주민(denizen)개념을 발전적 형성논의와 연결된다. 이러한 새로운 시민개념 혹은 주민개념의 설정을 통한 외국인에 선거권 인정논의 확대적 적용의 결과는 지금까지 단지 시민권으로만 구상되었고, 인식되었던 특정한 기본권을 인권으로 새롭게 개념정의하는 것과 동일한 효과를 발생시킨다<sup>87)</sup>.

국가초월적인 시민공동체의 구성(Postnationale Mitgliedschaft)은 세계화로 인한 이주과정의 국제화 혹은 탈국가화를 고려한 개인의 소속단위의 탈국가성을 인정하는 입장이다. 따라서 개인의 소속단위의 국가초월적 모델(postnationaler Modell der Mitgliedschaft)은 개인의 국가적 소속성을 인간존재성(Menschsein)으로 대체하고, 국민적 권리를 보편적 인권으로 대체한다. 이러한 입장에서는 외국인 주민에 대한 국가적 의무부여의 법적 근거를 국민 국가의 범위를 넘어서는 탈국가적 관점에서 찾는다. 따라서 이러한 법적 근거는 어떤 개인의 어떤 특정한 국가에의 소속여부와 관계없는 탈국가적인 공동체의 형성을 전제로 하여 인정된다<sup>88)</sup>.

86) CDU, CSU und SPD, Deutschlands Zukunft gestalten. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD. 18. Legislaturperiode. 2013, S. 105 („<http://www.tagesschau.de/inland/koalitionsvertrag136.pdf>“). Zugegriffen: 28.11.2013); Schulte, 앞의 논문, S. 387.

87) Schulte, 앞의 논문(주 7), S. 387.

88) Schulte, 앞의 논문(주 7), S. 387.

#### IV. 결론

독일에서의 많은 정주외국인들에 대한 특히 제3세계 소속국가 국민들에 대한 선거권 불인정의 문제는 민주주의 원리에 근거한 이들의 정치적 참여기회 보장을 통한 사회적 통합의 증진에 심각한 장애사유가 될 수 있다. 이와 관련하여 독일은 최근의 국적법 개정을 통하여 출생지주의에 의한 독일국적자에 대하여 일정한 전제조건을 충족한 경우에는 국적선택의무의 면제를 규정하고 있다. 그럼에도 불구하고 여전히 국적법에 의한 국적취득을 전제로 한 국민주권원리의 보장의 문제는 민주주의실현의 측면에서 많은 문제점들과 결함을 내포하고 있다.

[참고문헌]

박진완, 평등과 다원성, 헌법학 연구 제6권 제1호, 한국헌법학회 2000, 182-217쪽.

Sebastian Eickenjäger/Alex Valle Franco, Ausweitung des Wahlrechts für Migranten? Anmerkung zum Urteil des Bremischen Staatsgerichtshofes vom 31.1.2014, ZAR 2015, S. 52 ff.

Christian Hillgruber, in: Volker Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 41. Ed. 15.5.2019, GG Art. 116.

Thomas Giegerlich, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 87. EL März 2019, § 116.

Bernd Grzeszick, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 87. EL März 2019, § 20 Abs. 1.

Ralf Gutmann, Ausländerrechtliche Zerstörung der Familie?, NVwZ 2019, S. 277 ff.

Matthias Herdegen, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 87. EL März 2019, Art. 79.

Hans H. Klein, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 82. EL Januar 2018, Art. 38.

Michael Kloepfer, Verfassungsrecht, Bd. I, München 2011, § 1.

Juliane Kokott, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl., München 2018, Art. 116

Hans D. Jarass, in: Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 15. Aufl., München 2018, Art. 116.

Getrude Lübe-Wolff, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 3, Tübingen 2000, Art. 116.

Nora Markard, Die Bedeutung der Menschenrechte für Migrant\*innen in Europa, ZAR 2019, S. 236 ff.

Veith Mehde, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 82. EL Januar 2018, § 28 Abs. 1.

Martin Nettesheim, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, München 67. EL Juni 2019, AEUV Art. 22.

Michael Niehaus/Andreas Engel, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl., München 2018, Art. 28.

- Victor Pfaff, Kommunalwahlrecht für Drittstaater? Eine Problematik, ZAR 2011, S. 102 ff.
- Klaus Ritgen, Die rechtliche Steuerung von Zuwanderung und Integration in Gesellschaft, Arbeitsmarkt und Sozialordnung, ZAR 2018, S. 409 ff.
- Ulrich Jan Schröder, Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes, JA 2017, S. 809 ff.
- Axel Schulte, Politische Partizipation in der Einwanderungsgesellschaft: Auf dem Weg zu mehr Demokratie?, ZAR 2015, S. 381 ff.
- Ewgenij Sokolov, Wege zur Partizipation für Inländer – Volksbegriff und Einbürgerung im Lichte des Demokratieprinzips, NVwZ 2016, S. 649 ff.
- Ferdinand Weber, Die Aberkennung der deutschen Staatsangehörigkeit: rechtliche Zulässigkeit und rechtspolitische Kostenvoranschläge, ZAR 2019, S. 209 ff.
- Fabian Wittreck, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. III, 2. Aufl. Tübingen 2008, Art. 116.

[Abstract]

## Suffrage of foreigners in Germany

Park, Zin-Wan\*

The problem of disapproval of suffrage over many settlement foreigners in Germany, especially those in third world countries, can be a serious obstacle to the promotion of social integration through the guarantee of their political participation based on democratic principles. In this regard, Germany has recently revised its nationality law to provide for the exemption of the obligation to select nationality if it meets certain preconditions for German nationals who are born in Germany according to *ius soli*. Nevertheless, the issue of guaranteeing the principle of national sovereignty, which is based on the acquisition of nationality under the nationality law, still contains many problems and deficiencies in terms of democratic realization.

In this regard, Professor Axel Schulte separates the suffrage from nationality and proposes to expand the suffrage to immigrants in two ways: ① settlement or resident rights; ② the formation of a transnational civil community.

This emphasis on rights of settlement or inhabitants takes into account the reality that a large number of migrants live in the legal order of the country due to the continuous migration of migrants and the increase in the settlement process. From a normative point of view, immigrants can obtain a more stable stay in the country through their continuous periodic increase, and raise their legal status to the same level as the citizens of that country.

Keywords : election rights of foreigners in Germany, resident Rights, composition of transnational civil community, amendment of the obligation to select nationality under the German nationality law, principles of national sovereignty and election rights of foreigners

---

\* Prof. Dr. iur., Kyungpook National University Law School