

발 간 등 록 번 호

33-9750040-000245-07

세계헌법재판 조사연구
2023-E-1

2023 제1호(통권 제58호)

세계헌법재판 조사연구보고서



Constitutional Research Institute



헌법재판소
헌법재판연구원

목 차

■ 세계헌법재판 조사연구보고서 2023년 제1호 소개 / 비교헌법연구팀장 정유진

◆ 최신 세계헌법판례

■ 미국

환경보호청 연료 전환 정책 규정의 중요문제원칙 위반
/ 책임연구원 장효훈 3

■ 독일

헌법수호청의 정보 송달의무와 한계 / 책임연구원 이지효 29

■ 오스트리아

프로그램수신료와 방송의 독립성 / 책임연구원 이지효 41

■ 인도

목적론적·합헌적 법령해석을 통한 미혼여성 등의 낙태권 인정
/ 책임연구원 임기영 53

■ 유럽인권재판소

자녀가 성년이 되었을 때 편부의 유족연금만 종료시키는 스위스 연금제도의 가족생활을 존중받을 권리 및 평등권 침해 / 책임연구원 임기영 73

가석방 없는 종신형을 선고할 수 있는 국가로 범죄인을 인도할 경우 피고인의 권리 / 책임연구원 장효훈 94

◆ 세계헌법재판기관 소개

■ 파키스탄 대법원	107
------------------	-----

◆ 세계헌법재판 관련 논문 목록

■ 세계헌법재판 관련 논문 목록(최신호)	113
------------------------------	-----

◆ 국외통신원 소식

■ 독일 연방정부의 유럽연합 소피아 군사 작전 관련 정보 보고 의무에 관한 논의 - 연방헌법재판소 결정을 중심으로 -	117
■ 의사가 사전연명의료의향서의 적용을 거부할 수 있도록 규정한 공중보건법 조항의 위헌 여부 - 프랑스 헌법재판소의 2022년 11월 10일 n° 2022-1022 결정에 대한 분석을 중심으로 -	126

알림

「세계헌법재판 조사연구보고서」 2023 제1호(통권 제58호)는 헌법재판연구원에서 2022년 12월에 메일로 보내드린 「세계헌법재판 조사연구」를 책자로 발간한 것임

세계헌법재판 조사연구보고서 2023년 제1호 소개

□ 최신 세계헌법판례

미국 연방대법원은 <환경보호청 연료 전환 정책 규정의 중요문제원칙 위반>판결에서, 연방 정부기관인 환경보호청(EPA)에 ‘청정대기법(Clean Air Act)’에 따라 탄소 배출량을 광범위하게 규제할 권한이 없다고 판단하였습니다. 연방대법원은 연료 전환 정책을 통해 탄소 배출량을 제한하는 것이 오늘날의 기후 위기에 대처하는 합리적인 해결책일 수는 있으나, 이러한 결정을 할 권한은 연방의회에 있고 연방의회가 이러한 권한을 환경보호청에 위임한 바 없다고 하였습니다.

독일 연방헌법재판소는 <헌법수호청의 정보 송달의무와 한계> 결정에서, 연방과 주의 헌법수호청으로 하여금 일정한 요건하에 수집한 개인 관련 데이터를 다른 기관에 송달하도록 한 연방헌법수호청법의 조항들이 개인정보자기결정권을 침해하여 헌법에 합치하지 않는다고 판단하였습니다.

오스트리아 헌법재판소는 <프로그램수신료와 방송의 독립성> 결정에서, 오스트리아방송국(ORF)의 프로그램수신료 납부 체계가 방송의 자유를 보장하는 형태로 설계되어야 한다고 강조하며, 위 방송국의 프로그램을 인터넷을 통해 실시간으로 재생하는 사용자를 수신료 납부의무 대상으로 규정하고 있지 않은 연방방송국법 조항이 헌법에 위반된다고 판단하였습니다.

인도 대법원은 <목적론적·합헌적 법령해석을 통한 미혼여성 등의 낙태권 인정> 판결에서, 미혼여성과 싱글여성(사별, 이혼 등으로 혼자인 여성)도 기혼여성과 마찬가지로 임신 24주차까지 낙태할 수 있다고 판단하였습니다. 인도에서는 2021년 임신중절법 개정으로 낙태 가능 주수가 임신 20주에서 24주로 늘어났으나, 임신중절규칙 조항에서 규정하고 있는 ‘임신 24주차까지 낙태가 허용되는 여성’의 범위에 미혼여성과 싱글여성이 명시적으로 포함되어 있지는 않았는데, 이번 판결에서 대법원은 해당 조항에 대한 목적론적·합헌적 해석을 통해 미혼여성 및 싱글여성의 낙태권을 인정하

였습니다.

유럽인권재판소는 <자녀가 성년이 되었을 때 편부의 유족연금만 종료시키는 스위스 연금제도의 가족생활을 존중받을 권리 및 평등권 침해> 결정에서, 스위스에서 자녀가 성인이 되었을 때 편모연금이 유지되도록 하는 것과 달리 편부연금만 종료시키는 것은 유럽인권협약 제8조의 가족생활을 존중받을 권리와 아울러 제14조의 평등권을 침해한다고 판단하였습니다.

유럽인권재판소는 <가석방 없는 종신형을 선고할 수 있는 국가로 범죄인을 인도할 경우 피고인의 권리> 결정에서, 가석방 없는 종신형을 선고할 수 있는 국가로 범죄인을 인도하는 것이 유럽인권협약 제3조에 위배되는지에 관한 2단계의 심사기준을 제시하였습니다. 첫 번째 단계는 청구인이 자신이 인도되어 유죄판결을 받을 경우 가석방 없는 종신형에 처해질 실제적 위협이 있다고 믿을만한 실제적 근거에 관한 증거를 제시하였는지를 심사하는 것이고, 두 번째 단계는 범죄인 인도를 요청한 국가에 수감자의 행동이나 개인적 상황 등에 근거하여 석방을 고려하는 심사 메커니즘이 존재한다는 점이 형의 선고 시부터 확인되는지를 심사하는 것입니다.

□ 세계헌법재판기관 소개

이번 호에서는 파키스탄 대법원을 소개하였습니다.

□ 세계헌법재판 관련 논문 목록

최신 학회지에 실린 세계헌법재판 관련 논문들을 정리해 놓았습니다.

□ 국외통신원 소식

독일 통신원의 <독일 연방정부의 유럽연합 소피아 군사 작전 관련 정보 보고 의무에 관한 논의>에서는, 독일 연방정부가 유럽연합이 2015년 계획한 ‘소피아 군사 작전(Operation Sophia)’에 관한 위기관리계획을 연방의회에 조속히 보고하지 않고 관련 정보를 제한적으로만 제공하고, 터키 총리가 독일 총리에게 보낸 관련 서한을 송달해 달라는 연방의회의 요청을 거부함으로써, 독일기본법 제23조 제2항 제2문의 유럽

연합 사안 관련 보고 의무를 위반하여 연방의회의 참여권을 침해하였다고 판단한 독일연방헌법재판소의 결정을 소개하였습니다.

프랑스 통신원의 <의사가 사전연명의료의향서의 적용을 거부할 수 있도록 규정한 공중보건법 조항의 위헌 여부 - 프랑스 헌법재판소의 2022년 11월 10일 n° 2022-1022 결정에 대한 분석을 중심으로 ->에서는, 환자가 사전연명치료의향서를 통해 연명 치료를 지속할 의사를 표명하였다 하더라도 의료진의 판단에 따라 의향서의 적용을 거부할 수 있도록 하는 공중보건법 조항이 인간의 존엄성과 개인의 자유를 보장하는 것으로서 합헌이라고 판단한 프랑스 헌법재판소의 결정을 소개하였습니다.

최신 세계헌법판례

미국

Ⅰ 환경보호청 연료 전환 정책 규정의 중요문제원칙 위반

/ 책임연구관 장효훈

환경보호청 연료 전환 정책 규정의 중요문제원칙 위반)

I. 사건개요

청정대기법(Clean Air Act)은 발전소 등 고정 배출원(stationary source)의 대기오염을 규제하기 위해 3가지 주요 규제 정책을 수립했다. 하나는 이 사건에서 문제된 ‘신규 배출원 이행 기준(New Source Performance Standards)’ 정책이고 나머지 둘은 ‘미국 대기질 기준(National Ambient Air Quality Standards)’ 정책과 ‘유해 대기오염물질(Hazardous Air Pollutants)’ 정책이다.²⁾

그 중 ‘신규 배출원 이행 기준’ 정책은 청정대기법 제111조(이하 “법 제111조”)에 규정되어 있다. 이 조항은 환경보호청(Environmental Protection Agency; EPA)으로 하여금 공중 보건이나 복지를 위협할 가능성이 있는 대기오염을 심각하게 유발하는 고정 배출원의 종류를 나열하도록 한다. 또한 환경보호청은 법 제111조 제b항에 따라 각 종류의 고정 배출원에 대해 적용되는 “신규 배출원 이행에 관한 연방 기준(Federal standards of performance for new sources)”을 공포해야 한다. 이행 기준(standards of performance)이란 “(배출량 감소에 드는 비용, 비(非)대기질 보건(nonair quality health), 환경 영향, 에너지 요건을 고려하여) 환경보호청장이 충분히 증명되었다고 판단한 최적의 배출량 감소 시스템(best system of emission reduction; BSER)을 통해 실현 가능한 배출량 규제의 정도를 반영하는” 것이다.³⁾ 다시 말해, 청정대기법은 환경보호청으로 하여금 (1) 다양한 요소들을 고려하여 충분히 증명된 최적의 배출량 감소 시스템을 정하고, (2) 이 시스템을 적용하여 실현할 수 있는 배출량 제한의 규모를 확정짓고, (3) 이를 반영한 신규 고정 배출원에 대한 배출량 제한을 부과하도록 지시하고 있다. 일반적으로 말하면 배출원은 스스로 선택한 방식대로 배출량 제한을 달성하면 된다. 중요한 것은 배출량이 최적의 배출량 감소 시스템을 통해 달성해 발생시키는

1) *West Virginia v. Environmental Protection Agency*, 142 S.Ct. 2587 (2022) (2022. 6. 30.).

North American Coal Corp. v. Environmental Protection Agency, Westmoreland Mining Holdings LLC v. Environmental Protection Agency, North Dakota v. Environmental Protection Agency 병합사건.

2) 민권법 제42편 제7408조부터 제7410조

3) 청정대기법 제111조 제(a)(1)항

규정된 배출량보다 많지 않아야 한다는 것이다.

법 제111조의 취지는 *신규* 또는 *변경된* 배출원에 대한 배출량 규제에 초점을 맞추고 있지만, 이 규정은 *기존* 배출원에서 발생하는 특정한 오염물질 또한 규제하도록 한다. 법 제111조 제d항에 따르면 환경보호청이 특정 오염물질의 배출을 다루는 신규 배출원 기준을 정한 경우, ‘미국 대기질 기준’ 정책과 ‘유해 대기오염물질’ 정책에서 기존 배출원에서 발생하는 동일한 오염물질의 배출을 규제하고 있지 않은 경우에 한하여, 환경보호청은 기존 배출원에서 발생하는 해당 오염물질의 배출을 규제하여야 한다. 따라서 법 제111조 제d항은 환경보호청의 다른 권한하에서 규율되지 않았던 유해한 배출을 규율할 수 있도록 하는 “보완 조항(gap filler)” 역할을 한다.⁴⁾

법 제111조 제d항에 따르면 주(州)가 아니라 환경보호청이 궁극적으로 달성해야 하는 오염물질 감소량을 결정한다. 하지만 해당 조항의 부수적인 성격(*ancillary nature*)으로 인해 환경보호청은 1970년 법률이 제정된 이래로 이 조항을 거의 이용하지 않아 왔다.

그러나 2015년 10월 환경보호청이 발전소의 이산화탄소 공해를 다루는 두 가지 규정을 공포하면서 상황이 바뀌었다. 하나는 신규 배출원에 적용되는 법 제111조 제b항, 다른 하나는 기존 배출원에 적용되는 법 제111조 제d항에 관한 것이다. 두 조항은 모두 이산화탄소가 기후 변화를 야기해 공중 보건과 복지를 위협할 수 있는 대기오염물질이라고 본 환경보호청의 연구 결과를 근거로 한 것이었다. 이산화탄소는 ‘미국 대기질 기준’ 정책과 ‘유해 대기오염물질’ 정책에 따른 규제 대상에 속하지 않는다.

환경보호청은 첫 번째 규정으로 화석연료를 사용하는 전력 생산 장치(*fossil-fuel-fired electric stream generating units*)와 천연가스를 사용하는 고정 연소 터빈(*natural-gas fired stationary combustion turbines*) 두 종류의 신규 발전소에 대한 탄소 배출 제한을 발표하였다. 이에 따라 환경보호청은 두 종류 배출원의 최적의 배출량 감소 시스템을 정했다.

두 번째 규정은 첫 번째 규정에 의해 작동되었다. 환경보호청이 신규 석탄 발전소와 천연가스 발전소의 이산화탄소 배출량을 규제했기 때문에, 환경보호청은 법 제111조 제d항에 따라 기존 석탄 발전소와 천연가스 발전소의 이산화탄소 배출을 규제해야 했다. 환경보호청은 이른바 ‘청정발전계획(*Clean Power Plan*)’이라는 규정을 통

4) *American Lung Assn. v. EPA*, 985 F.3d 914, 932 (CADCA 2021).

해 이를 규제하였다. 이 규정에서 환경보호청은 지역 내의 기존 발전소를 규제하기 위해 “주가 계획을 세우는 과정에서 따라야 하는 변경할 수 없는 배출 지침”을 수립했다. 지침의 제한을 달성하기 위해 환경보호청은 신규 배출원에 부과한 연방 규제를 기존 배출원에도 동일하게 적용했다. 즉, 환경보호청은 기존 배출원에 적용되는 최적의 배출량 감소 시스템을 정했다.

하지만 기존 석탄 발전소에 대해 환경보호청이 채택한 최적의 배출량 감소 시스템은 신규 배출원에 대해 채택한 것과는 매우 다른 것이었다. 기존 배출원에 대한 최적의 배출량 감소 시스템에는 “구성 요소(building blocks)”라고 불리는 세 종류의 수단이 포함되었다. 첫 번째 구성 요소는 발전소가 기본적으로 석탄을 더 효율적으로 연소하기 위해 취할 수 있는 석탄 발전소에서의 ‘열효율 향상’이었다. 하지만 환경보호청에 따르면 석탄 발전소는 이 향상을 이미 최대에 가까운 효율로 수행하고 있었기 때문에 이 방법으로는 적은 규모의 배출량 감소만 야기할 수 있었다. 환경보호청의 관점에서는 기후 변화를 다루기 위해 석탄 발전소에서의 훨씬 더 큰 규모의 배출량 감소가 필요했다. 따라서 환경보호청은 최적의 배출량 감소 시스템에 “배출량이 더 많은 발전소에서 더 적은 발전소로의 연료 전환(generation shifting)”이라고 불리는 목표와 관련한 두 가지 구성 요소를 추가했다. 두 번째 구성 요소는 전기 생산에 있어서 기존 석탄 발전소를 천연가스 발전소로 전환하는 것이었다. 마지막으로, 세 번째 구성 요소는 석탄 발전소와 천연가스 발전소를 모두 풍력이나 태양열과 같이 탄소를 적게 발생시키거나 아예 발생시키지 않는 시설로 전환하는 방식이었다.

환경보호청은 더 청정한 배출원에서의 연료 전환을 이행하기 위해 규제의 대상이 된 발전소 운영자가 취해야 할 세 가지 방식을 명시했다. 먼저, 운영자는 단순히 전기 생산량을 감소시킬 수 있다. 두 번째로, 운영자는 새로운 천연가스 발전소, 풍력 발전소 또는 태양열 시설을 건설하거나 다른 사람의 기존 시설에 재정적인 지원을 해서 생산량을 늘릴 수 있다. 마지막으로, 운영자는 배출권 거래제도(cap-and-trade regime)의 일환으로 배출 허용량 또는 점수(credit)를 구매할 수 있다. 이러한 정책에 따라 배출량 감소를 달성한 배출원은 그 감소의 가치에 해당하는 점수를 다른 사람들에게 판매할 수도 있다. 따라서 석탄 발전소는 생산량을 줄이거나 더 청정한 배출원의 생산량 증가를 재정적으로 지원하여 풍력, 태양열, 그리고 천연가스로의 전환을 이룰 수 있다.

환경보호청은 최적의 배출량 감소 시스템을 정하면서 해당 시스템을 적용하여 달

성할 수 있는 배출량 제한의 규모를 설정했다. 이에 따르면, 환경보호청은 석탄 기반 전기 생산량을 2014년 38%에서 2030년까지 27%로 줄이는 것을 목표로 삼았다. 생산량 감소 계획에서 환경보호청은 주가 시행해야 하는 배출 이행률을 정하기 위해 일련의 복잡한 계산법을 개발했다. 이 계산법은 앞에서 명시한 연료 전환의 세 가지 방식 중 하나에라도 참여하지 않는다면 어떠한 기존 석탄 발전소도 달성할 수 없을 정도로 엄격한 수치상의(numerical) 배출 제한을 초래했다. 실제로 청정발전계획이 기존 발전소에 제시한 배출 제한은 동시에 발표된 신규 발전소에 대한 기준에서 부과하는 한도보다 엄격한 것이었다.

청정발전계획은 발효되지 않았기 때문에 해당 계획이 실질적으로 적용된 적은 없었다. 하지만 환경보호청이 이 규정을 공포하는 날, 27개의 주를 포함하여 수십 개의 단체가 워싱턴 D. C. 항소법원에 소송을 제기하여 이 규정에 대한 심리를 요청했다. 항소법원이 해당 규정에 대한 효력정지 결정(stay)을 내리기를 거부하자 청구인들은 연방대법원에 같은 구제수단을 요청했다.⁵⁾ 연방대법원은 효력정지 신청을 받아들여 이 규정이 발효되지 못하도록 막았다. 이후 항소법원은 전원합의체로 본안을 심리하였다. 하지만 판결이 내려지기 전에 행정부가 교체되었고, 새로운 행정부는 환경보호청이 청정발전계획을 재검토할 수 있도록 소송의 중지를 요청했다. 항소법원은 이에 따랐고, 이후 해당 청구를 논의할 실익이 없다고 보고 이를 기각하였다.

결국 2019년 환경보호청은 청정발전계획이 법 제111조 제d항하에서 법정 권한을 초과하였다고 판단하고 해당 계획을 폐기하였다. 구체적으로, 환경보호청은 연료 전환 정책이 최적의 배출량 감소 시스템의 일환으로 여겨지지 말았어야 한다고 결론 내렸다. 환경보호청은 법 제111조를 “최적의 배출량 감소 시스템을 “부가장치 방식(add-on controls)”이나 “생래적으로 오염물질을 적게 배출하는 과정·관행·설계(inherently lower-emitting processes/practices/designs)”와 같은 건물, 구조물, 시설 또는 설비를 대상으로 가동되는 시스템에 한정되는 것”이라고 해석했다.⁶⁾ 그리고 환경보호청은 청정발전계획이 “개별 시설 수준에서의 설비와 관행에 대한 적용을 기반으로 하는” 기준을 정하기보다는, “개별 배출원에 대해 적용될 가능성이 있는” 종류의 수단이 아니라⁷⁾ “전력망 수준에서의 에너지 생산 비율의 전환”을 기반으로 하고 있다

5) *West Virginia v. EPA*, 577 U.S. 1126 (2016).

6) 84 Fed. Reg. 32524.

7) 84 Fed. Reg. 32524.

고 설명했다.⁸⁾ 환경보호청은 청정발전계획으로 인해 제기된 해석상의 문제-‘배출량 감소 시스템’이 연료 전환 수단으로 구성될 수 있는지가 “중요문제원칙(major question doctrine)”의 문제에 해당하는 것이라는 결론을 내렸다. 중요문제원칙에 의할 경우 법원은 “연방의회가 막대한 경제적·정치적 중요성을 가지는 결정을 정부기관에 위임하기를 원할 경우 이를 분명히 명시할 것을 기대”한다고 설명했다.⁹⁾ 환경보호청의 연료 전환 정책은 수백억 달러 규모의 영향을 미치도록 계획되었다. 그리고 해당 규정에 대한 새로운 해석은 환경보호청에 비용과 타당성 같은 요소들에 대한 재량적 평가를 근거로 모든 산업 분야를 전체적으로 재구성하도록 명령할 수 있는 권한을 부여하게 된다. 환경보호청은 연방의회가 이러한 위임을 의도하였다는 것에 관한 명시적 근거를 찾지 못했고, 해당 규정의 조문과 구성을 근거로 “실제로는 연방의회가 이 문제에 대해 직접적으로 언급했고,” 연료 전환과 같은 수단을 이용하는 것을 “배제했다”고 판단했다.

같은 규정을 제정하면서 환경보호청은 “적절한 청정에너지(Affordable Clean Energy; ACE)” 규정으로 알려진 법 제111조 제d항에 따른 개정 규정을 공포하여 청정발전계획을 대체했다. 환경보호청은 어떠한 허용 가능한 수단이 최적의 배출량 감소 시스템을 구성할지에 대한 견해를 기반으로, 최적의 시스템이 청정발전계획의 첫 번째 구성 요소와 비슷할 것이라고 밝혔다. 즉, 시설물 개선과 운영 관행을 통해 시설의 열효율을 향상시킬 수 있다고 보았다.

다수의 주와 사적 집단은 환경보호청의 청정발전계획 폐기와 ‘적절한 청정에너지’ 규정으로의 대체에 대해 이의를 제기하며 워싱턴 D. C. 항소법원에 소송을 제기했다. 본 사건의 청구인인 웨스트버지니아 주, 노스다코타 주, Westmoreland Mining Holdings LLC, 북미석탄회사(The North America Coal Corporation)를 포함한 주와 사적 집단은 해당 소송에서 환경보호청을 옹호하기 위해 소송에 참가했다. 위 법원은 총 12개의 청구를 하나의 사건으로 통합했고, 환경보호청이 청정발전계획을 폐기한 것은 법 제 111조의 ‘배출량 감소 시스템’에 연료 전환이 포함되지 않는 것으로 해당 규정을 잘못 해석하여 일어난 것인데, 이와 달리 연료 전환이 포함되는 것으로 합리적으로 해석할 수 있다고 판단했다. 그리고 환경보호청의 청정발전계획 폐기와 ‘적절한 청정에너지’ 규정을 무효화하고 환경보호청으로 하여금 이를 다시 정하도록 하였다. 이 과

8) 84 Fed. Reg. 32523.

9) *Utility Air Regulatory Group v. EPA*, 573 U.S. 302, 304 (2014).

정에서 연방항소법원은 해당 규정에 중요문제원칙이 적용되지 않는다고 보고, 해당 권한을 환경보호청에 위임하는 의회의 의도가 담긴 분명한 문언의 필요성을 부인했다.

위 판결 이후 행정부가 다시 바뀌었다. 바이든 행정부하에서 환경보호청은 청정발전계획과 관련된 직무집행명장(mandate)의 발부를 부분적으로 보류하도록 연방항소법원에 청구했다. 환경보호청은 청정발전계획이 즉시 다시 발효되지 않을 것이라는 점을 확인시켜주기 위해 청구를 진행했다. 어느 당사자도 이 청구에 반대하지 않았고, 법원은 환경보호청의 청정발전계획 폐기를 무효화하는 결정의 집행을 정지했다. 이에 대해 청정발전계획의 폐기를 옹호하는 Westmoreland, 북미석탄회사, 그리고 주는 상고했고, 연방대법원은 상고를 허가하였다.

II. 판결요지

1. Roberts 대법원장의 법정의견(6인 의견)¹⁰⁾

가. 원고적격(standing)에 대한 판단

대부분의 원고적격 쟁점은 원고가 소송을 제기한 시점에 요건을 충족했는지에 관한 것이지만 연방헌법 제3조는 소송의 기간 내내 실질적인 분쟁이 지속적으로 유지될 것을 요구하고 있다.¹¹⁾ 소송 당사자의 상소 적격 여부에 대해 판단할 경우, 쟁점은 소송 당사자가 하급심의 판결에 기인한 것으로 봄이 타당한 피해를 입었는지 여부이다.¹²⁾ 이에 해당하고, 상급 법원에서의 우호적 판결이 그 피해를 보상할 수 있다면 상소인은 연방헌법 제3조에 따른 원고적격을 가지게 된다.¹³⁾

이번 사건에서, 상고인 중 적어도 하나 이상의 단체-주인 상고인들은 연방항소법원의 판결로 인해 피해를 입었다. 이 판결은 ‘적절한 청정에너지’ 규정을 무효화하고 이에 내포된 청정발전계획의 폐기를 무효화했다. 그리고 이에 따라 청정발전계획을 다시 법적으로 발효되도록 했다. 따라서 청정발전계획이 주에 피해를 주는 만큼 위

10) Roberts 대법원장, Thomas, Alito, Gorsuch, Kavanaugh, Barrett 대법관의 의견

11) *Hollingsworth v. Perry*, 570 U.S. 693, 705 (2013).

12) *Food Marketing Institute v. Argus Leader Media*, 588 U.S. __, __ (2019).

13) *Food Marketing Institute v. Argus Leader Media*, 588 U.S. __, __ (2019).

싱턴 D. C. 연방항소법원의 판결은 주에 동일한 피해를 주는 것이다.

정부는 법원의 판결 이후 정부기관과 사법부의 행위가 피해의 가능성을 모두 제거했다고 반박한다. 즉, 환경보호청은 법원에 대하여 법 제111조 제d항에 따른 규정을 개정하기로 한 이상 청정발전계획을 집행하지 않을 것이라고 밝혔고, 하급심 법원은 규정이 개정될 때까지 청정발전계획을 무효화하는 결정 일부의 집행을 보류하였다. 하지만 정부의 주장은 원고적격에 관한 것이 아니라 발생한 상황이 원고가 소송의 결과를 통해 얻고자 한 사적 권리를 박탈했는지를 다루는 권리보호이익(mootness)에 관한 것이다.¹⁴⁾ 정부는 하급심 법원이 스스로의 결정 일부의 효력을 정지함으로써 분쟁을 제거했다고 주장했지만, 이에 대한 아무런 규범적 근거(authority)를 제공하지 않았기 때문에 아무런 의미가 없다. 그러므로 정부의 권리보호이익 흠결 주장은 환경보호청이 법 제111조 제d항에 근거한 규정의 개정 전까지 청정발전계획을 집행할 의도를 갖지 않는다는 것으로 좁혀진다.

그러나 잘못되었다고 주장되는 행위가 재발하지 않을 것임이 명백히 합리적으로 예측되지 않는 한, 해당 행위가 자발적으로 중단되었다고 하여 사건을 심리할 필요가 없게 되는 것은 아니다.¹⁵⁾ 이번 사건에서 정부는 소송에서 승소할 경우 연료 전환에 입각한 배출 제한을 다시 부과하지 않겠다고 어디에서도 제시하지 않았다. 오히려 정부는 해당 방식이 적법하다는 것을 열렬히 옹호했다.¹⁶⁾ 따라서 이번 사건은 적법하므로(justiciable) 본안 판단에 나아간다.

나. 청정발전계획의 위헌 여부

(1) 중요문제원칙 적용 여부

환경보호청은 발전소에 대한 배출 제한 정책을 설계하며 비용, 보건, 그리고 다른 요소들을 고려하여 충분히 증명된 최적의 배출량 감소 시스템을 결정했다. 그리고 환경보호청은 최적의 시스템이 배출원에 적용될 경우 달성할 수 있는 배출량 제한의 수준을 수치화했다. 여기서 쟁점은 2030년까지 석탄을 이용한 발전 비율을 38%에서 27%로 국가 전체의 전력생산량을 재구성하는 것이 법 제111조의 범위 내의 최적의 배출량 감소 시스템에 해당하는지 여부다.

14) *Genesis HealthCare Corp. v. Symczyk*, 569 U.S. 66, 72 (2013).

15) *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School Dist. No. 1*, 551 U.S. 701, 719 (2007).

16) *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School Dist. No. 1*, 551 U.S. 701, 719 (2007).

법령의 문언을 맥락에 따라 전체적인 법체계의 관점에서 해석해야 한다는 것은 법령 해석의 기본적인 원칙이다.¹⁷⁾ 문제된 법령이 행정기관에 권한을 부여한다면, 쟁점은 연방의회가 정부기관이 주장하는 권한을 실제로 부여했는지에 대한 질문 자체로 이루어져야 한다.¹⁸⁾ 일반적인 사례에서는 맥락이 적절한 분석에 큰 영향을 주지 않는다. 하지만 연방대법원 선례는 다른 접근법을 필요로 하는 -“정부기관이 주장하는 권한의 역사와 범위,” 그리고 “그 주장의 환경적·정치적 중요성”이 연방의회가 해당 권한을 부여했다고 결론내리기 주저하게 하는 근거를 제공하는- 특별한 사례가 있다는 것을 알려준다.¹⁹⁾

Utility Air 판결²⁰⁾에서 연방대법원은 환경보호청이 청정대기법의 특정 조문상 “대기오염물질”이라는 용어에 온실가스가 포함되는 것으로 해석할 권한이 있는지 여부를 다루었다. 문맥적 타당성에도 불구하고, 연방대법원은 환경보호청의 해석이 이전에는 해당 요건의 적용을 받지 않았던 호텔, 사무실 건물과 같은 수백만 개의 소규모 배출원에 대한 권한을 허용하게 된다는 것에 주목했다.²¹⁾ 연방대법원은 미국 경제에 중요한 영역을 대상으로 하는 미리 언급되지 않은(unheralded) 규제력을 주장하는 환경보호청의 주장을 받아들이지 않았다.²²⁾

규제 권한을 특별하게 위임하는 것은 일반적인 단어, 모호한 용어 또는 미묘한 장치를 통해 달성되기 어렵다.²³⁾ 또한 연방의회는 정부기관에 법체계를 급진적으로 또는 근본적으로 변화시키는 권한을 위임하기 위해 전형적으로 완곡하거나 생략적인 언어를 사용할 수도 없다.²⁴⁾ 정부기관은 연방의회가 그들에게 위임한 권한만 가질 수 있고, 입법권한은 일반적으로 정부기관이 마음대로 더하거나 바꿀 수 있도록 열려있지 않다.²⁵⁾

따라서 보기 드문 특별한 사례에서, 권력분립원칙과 입법 의도에 대한 타당한 이

17) *Davis v. Michigan Dept. of Treasury*, 489 U.S. 803, 809 (1989).

18) *FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 529 U.S. 120, 159 (2000).

19) *FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 529 U.S. 120, 159-160 (2000).

20) *Utility Air Regulatory Group v. EPA*, 573 U.S. 302 (2014).

21) *Utility Air Regulatory Group v. EPA*, 573 U.S. 302, 310 (2014).

22) *Utility Air Regulatory Group v. EPA*, 573 U.S. 302, 324 (2014).

23) *Whitman v. American Trucking Associations*, 531 U.S. 457, 468 (2001).

24) *MCI Telecommunications Corp. v. American Telegraph Co.*, 512 U.S. 218, 229 (1994).

25) E. Gelhorn & P. Verkuil, *Controlling Chevron-Based Delegations*, 20 *Cardozo L. Rev.* 989, 1011 (1999).

해는 연방대법원으로 하여금 모호한 법령 문언을 법령에 내포된 위임으로 해석하기를 꺼리게 만든다.²⁶⁾ 이와 다르게 판단하기 위해서는 단지 타당해 보이는 문언상 근거보다 더 많은 것이 필요하다.

반대의견은 고착화된 법령 해석 내에서 선례의 분석을 끼워 맞추려 한다. 하지만 핵심-연방의회의 명백한 위임 요건-은 중요문제원칙하에서의 접근법이 독특하다는 것을 확인해준다. 중요문제원칙은 특별하고 반복되는 문제-정부기관들이 연방의회가 부여하였을 것으로 합리적으로 이해되는 범위를 넘는 매우 중대한 권한을 주장하는 경우-를 다룬 일련의 중요한 판결들을 거치며 발전한 식별 가능한 법리를 지칭하며 확고하게 자리를 잡았다.

(2) 연방의회의 탄소배출 규제에 관한 위임입법 여부

선례에 따르면, 이번 사건은 중요문제원칙 사건이다. 법 제111조 제d항이 환경보호청에 미국 에너지 시장을 실질적으로 재구성하도록 권한을 부여하면서 환경보호청은 장문의 법령에서 미리 언급되지 않은 -규제 권한의 범위를 변화시키는 것을 의미하는- 권한 규정을 발견했다고 주장한다.²⁷⁾ 환경보호청은 새로 발견한 권한의 근거를 보완 조항으로 작용하도록 설계된, 지난 수십 년간 거의 활용되지 않았던 해당 법의 부수적인 조항의 모호한 조문에서 찾고 있다.²⁸⁾ 그리고 환경보호청의 발견은 연방의회가 분명하게 그리고 반복적으로 입법하기를 거부했던 규제 정책을 채택하도록 한다.²⁹⁾ 상황을 종합해보면, 연방의회가 환경보호청에 법 제111조 제d항에 따라 주장하는 권한을 위임했다고 결론내리기 어렵다.³⁰⁾

환경보호청은 전통적인 방식의 적용을 통해 얻어지는 이산화탄소 배출량 감소가 부족하다고 보았다. 환경보호청은 이산화탄소를 확실하게 감소시키기 위해 법 제111조 규정의 설계에 대해 “더 폭넓고 진보적인 접근법”을 취했다. 개별 배출원의 성과 향상에 집중하기보다는 전력 생산에서 이산화탄소의 영향력을 줄임으로써 전체적인

26) *Utility Air Regulatory Group v. EPA*, 573 U.S. 302, 324 (2014).

27) *Utility Air Regulatory Group v. EPA*, 573 U.S. 302, 324 (2014).

28) *Whitman v. American Trucking Associations*, 531 U.S. 457, 468 (2001).

29) *FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 529 U.S. 120, 159-160 (2000); *Gonzales v. Oregon*, 546 U.S. 243, 267-268 (2006); *Alabama Assn. of Realtors v. Department of Health and Human Servs.*, 594 U.S. __, __ (2021).

30) *FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 529 U.S. 120, 159-160 (2000).

전력 시스템을 향상시키려고 한 것이다. 당시 환경보호청장의 말에 따르면, 해당 규정은 대기오염 규제에 관한 것이라기보다는 미국을 위한 투자 기회, 특히 재생 가능한 청정에너지에 대한 투자에 관한 것에 가까웠다.

환경보호청의 이러한 관점은 전례가 없었을 뿐만 아니라, 어떤 종류의 규제를 완전히 다른 종류로 탈바꿈시키는 법령의 근본적인 변화에 영향을 미쳤다.³¹⁾ 법 제111조에 대한 환경보호청의 이전까지의 관점에 따르면, 환경보호청의 역할은 개별 배출원에서의 효율적인 대기오염 규제 실적을 달성하는 것에 제한되어 있었다. 하지만 환경보호청이 새롭게 발견한 권한에 따르면, 환경보호청은 국내 전기 생산에서 석탄이 차지하는 비중을 줄이는 것이 최선일 것이라는 다른 종류의 정책 판단을 근거로 더 많은 배출량 감소를 요구할 수 있게 되었다. 또한 이 권한의 관점에서, 환경보호청은 사실상 석탄 발전소의 모든 연료를 전환시키는 정도, 즉 석탄을 이용한 발전을 중단하도록 하는 정도에까지 더 나아갈 수 있다.

환경보호청은 요구되는 연료 전환의 규모는 “충분히 증명”되어야 하고 규정 요소인 “비용,” “비대기질 보건과 환경 영향,” 그리고 “에너지 요건”의 측면에서 “최고”여야 한다고 주장한다.³²⁾ 따라서 환경보호청은 요구하는 연료 전환의 규모를 과도한 비용이 들지 않고 전력망 의존도를 위협하지 않는 수준으로 한정해야 한다. 하지만 이러한 주장은 정부가 주장하는 권한의 범위를 충분히 한정하지 않는다. 법 제111조 제d항에 대한 환경보호청의 관점에서 보면, 연방의회는 암묵적으로 환경보호청에 대하여, 그리고 환경보호청에 대해서만, 미국인의 에너지 수급 방법을 결정하는 것과 관련해 국가정책의 여러 중대한 고려사항 사이에서 균형을 맞추어 업무를 맡겼다.

연방대법원은 연방의회가 얼마나 많은 석탄 기반 전력 생산이 수십 년 내에 종료되어야 할지에 대한 결정권을 정부기관의 재량에 맡겼을 가능성 또한 거의 없다고 본다.³³⁾ 연방의회는 분명히 청정대기법 어디서든 이러한 권한을 환경보호청에 위임한 적이 없다.

마지막으로, 환경보호청이 발표한 새로운 규정서는 온실가스로 인한 위협이 알려진 후에 연방의회가 여러 번 논의하고 거부한 정책을 시행할 수 있도록 한다.³⁴⁾ 실질

31) *MCI Telecommunications Corp. v. American Telegraph Co.*, 512 U.S. 218, 231 (1994).

32) 42 U.S.C. §7411(a)(1).

33) *MCI Telecommunications Corp. v. American Telegraph Co.*, 512 U.S. 218, 231 (1994); *FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 529 U.S. 120, 160 (2000).

34) *FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 529 U.S. 120, 144 (2000).

적으로 청정발전계획은 기본적으로 탄소 배출권 거래 구조 또는 주별 탄소 배출권 거래 구조를 채택했다. 하지만 연방의회는 그러한 정책을 시행하려는 청정대기법 개정안을 지속적으로 반대해 왔다. 또한 연방의회는 탄소세(carbon tax)와 유사한 수단을 입법하기를 거부해 왔다.

(3) 환경보호청의 위임입법에 관한 입증 실패

이러한 상황에서 연방대법원 선례는 법 제111조가 환경보호청에 연료 전환을 기반으로 하는 탄소 배출 상한 정책을 시행할 권한을 위임했다는 환경보호청의 주장에 대해 부정적이다. 이를 극복하기 위해 정부는 중요문제원칙에 따라 이러한 규제를 허용하는 “명백한 연방의회의 위임”을 증명해야 한다.³⁵⁾ 하지만, 정부가 내세운 것은 충분히 증명된 최적의 배출량 감소 시스템의 적용을 반영한 수준의 배출상한제를 시행할 환경보호청의 권한뿐이다. “정의 가능성(definitional possibilities)”에 대한 문제로서,³⁶⁾ 연료 전환은 배출량 감소를 가능하게 하는 “시스템”-규칙적인 상호작용의 형태로써 통합되는 것들의 집합-으로 설명될 수 있다. 하지만 거의 모든 것들이 그러한 “시스템”을 구성할 수 있다. 모든 맥락에서 봤을 때, “시스템”이라는 단어는 별 의미가 없다. 이렇게 모호한 법적 허용은 선례에서 요구하는 명백한 위임에 해당하지 않는다.

탄소 사용을 통한 발전(發電)으로부터 멀어지도록 국가적 변화를 강제하는 수준으로 이산화탄소 배출량의 상한을 정하는 것은 오늘날의 위기에 대비한 합리적인 해결책일 수 있다.³⁷⁾ 하지만 연방의회가 환경보호청에 법 제111조 제d항의 규제 체계를 스스로 채택할 권한을 주었다는 것은 타당하지 않다. 이러한 규모와 결과를 초래하는 결정을 내릴 권한은 연방의회 자체 또는 연방의회로부터 명백한 위임을 받아 행위하는 정부기관에 있다. 워싱턴 D. C. 항소법원의 판결을 파기하고, 사건은 법정의견에 따라 심리되도록 환송한다.

35) *Utility Air Regulatory Group v. EPA*, 573 U.S. 302, 324 (2014).

36) *FCC v. AT&T Inc.*, 562 U.S. 397, 407 (2011).

37) *New York v. United States*, 505 U.S. 144, 187 (1992).

2. Gorsuch 대법관의 보충의견(2인 의견)³⁸⁾

가. 보충의견의 개괄

이번 사건을 해결하기 위해 법정의견은 중요문제원칙을 적용한다. 중요문제원칙에 따르면, 행정기관이 엄청난 경제적·정치적 중요성을 지닌 결정할 권한을 주장하려면 반드시 “명백한 의회의 위임”을 제시할 수 있어야 한다. 법정의견에 동의하고, 법정의견이 근거로 하고 있는 원칙에 대해 추가적인 의견을 개진하기 위해 보충의견을 작성한다.

나. 중요문제원칙의 의미

사법부의 중요한 의무 중 하나는 연방의회가 제정한 법이 연방대법원의 심사대상이 되었을 때, 그 법이 연방헌법에 따라 적용되도록 보장하는 것이다. 이 의무를 충족하기 위해 법원은 “엄격 해석의 원칙(clear-statement rule)”을 발전시켜 왔다. 이 원칙은 명확한 조문이 없는 한 연방의회는 법의 한계를 시험하는 것이 아니라 법이 헌법에 합치되어 작동되기를 의도한다는 것을 전제하고 있다.

중요문제원칙은 연방헌법상 권력분립을 보호하기 위해 작동한다. 연방헌법 제1조에서 국민은 모든 연방 입법 권한을 연방의회에 부여했다.³⁹⁾ Marshall 전 대법원장이 언급했던 것처럼, 이것은 연방의회가 행정부에 “일반 조항하에서 세부내용을 채우는 기능을 하도록” 했더라도, “중요한 문제들은 입법부에 의해 전적으로 규정되어야 한다.”라는 것을 의미한다.⁴⁰⁾ 연방헌법은 입법 권한을 국민의 선출된 대표자에게 부여함으로써 “모든 권한이 국민으로부터 유래할 뿐만 아니라,” “권한을 위임받은 사람들이 계속해서 국민에 의존하는 것”을 보장하려 했던 것이다.⁴¹⁾ 연방헌법은 또한 입법을 소수의 손이 아니라 다수의 손에 맡겨서 법을 제정하는 사람들이 그들이 대표하는 국민의 다양성을 더 잘 반영하도록 하고 국민에 대한 즉각적인 의존성과 친밀한 공감대를 형성하도록 했다.⁴²⁾ 결과적으로, 헌법 제정자들은 연방의회 양원이 모든 새

38) Gorsuch, Alito 대법관의 의견.

39) 연방헌법 전문, 연방헌법 제1조.

40) *Wayman v. Southard*, 10 Wheat. 1, 42-43 (1825).

41) *The Federalist* No. 37, p. 227 (C. Rossiter ed. 1961).

42) *The Federalist* No. 52, p. 327 (C. Rossiter ed. 1961).

로운 법에 동의해야 하도록 하고, 대통령의 동의를 얻거나 대통령이 거부권을 행사하면 의회의 압도적 다수가 대통령의 거부를 무효화하도록 하여 의도적으로 입법을 어렵게 하려고 했다.

입법을 어렵게 한 것은 또 다른 목적을 지니고 있다. 연방헌법은 입법 과정을 통과하기 위한 폭넓은 합의를 실질적으로 요구하여, 모든 새로운 법이 회의 과정 중 고려된 다양한 관점들을 반영하여 폭넓은 사회적 승인을 누리도록 보장했고, 이것이 안정적이라는 것은 지금까지 증명됐다.⁴³⁾

연방의회가 입법 권한을 행정부에 넘기도록 허용하는 것은 이런 모든 구조를 허물어뜨린다.⁴⁴⁾ 입법 행위가 현 대통령, 또는 더 나쁘게 보면 대통령에게 거의 부응하지 않는 비선출직 공무원의 결정을 따르게 될 위험을 각오해야 한다. 많은 법이 새로운 대통령 행정부마다 바뀌게 되면서 안정성이 사라질 것이다.

1980년, 연방대법원은 연방의회가 명백한 입법 권한 없이 전례 없는 권한을 정부 기관에 부여하는 것을 전제하는 것이 합리적이지 않다고 판결했다.⁴⁵⁾ 이후, 연방대법원은 법령의 문언을 해석하여, 특히 법에 명시된 위임이 위헌으로 판단될 가능성이 있는 경우 이를 좁게 해석하여 중요문제원칙을 일상적으로 발동했다.⁴⁶⁾

연방대법원은 ‘엄격 해석의 원칙’을 적용하는 것과 마찬가지로의 이유에서 -정부가 헌법적 경계를 부주의로 위반하지 않도록 보장하기 위해- 중요문제원칙을 적용해 왔다. 중요문제원칙은 다양한 권리들에 대한 의도치 않은, 간접적인 또는 달리 이루어질 가능성이 거의 없는 침해를 막으려 해왔다.⁴⁷⁾

다. 중요문제원칙의 적용

중요문제원칙의 기능에서 적용으로 화제를 전환하자면, 이번 사건은 정부기관의 행위가 명백한 의회의 위임이 필요한 중요문제와 연관된 경우에 대해 많은 지침을 제시하는 것처럼 보인다. 먼저, 연방대법원은 정부기관이 중대한 “정치적 중요성⁴⁸⁾”

43) The Federalist No. 10, p. 82-84 (C. Rossiter ed. 1961).

44) *Department of Transportation v. Association of American Railroads*, 575 U.S. 43, 61 (2015) (Alito 대 법관의 보충의견).

45) *Industrial Union Dept., AFL-CIO v. American Petroleum Institute*, 448 U.S. 607, 645 (다수의견).

46) *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361, 373 n. 7 (1989).

47) *NFIB v. OSHA*, 142 S.Ct. 661 (2022).

48) *NFIB v. OSHA*, 142 S.Ct. 661 (2022).

에 대한 사안을 해결하거나 “진지하고 심오한 국가적 논쟁⁴⁹⁾”을 끝내기 위해 권한을 주장할 때, 중요문제원칙이 적용된다고 명시했다. 두 번째로, 연방대법원은 정부기관이 “미국 경제의 중요한 부분⁵⁰⁾”을 규제하거나 “사인이나 사적 단체에 의한 수십억 달러 규모의 지출⁵¹⁾”을 요한다면 명백한 의회의 위임을 보여줘야 한다고 했다. 세 번째로, 연방대법원은 정부기관이 “주 법의 특정한 영역인 분야를 침범”하려고 할 경우, 중요문제원칙이 적용된다고 밝혔다.⁵²⁾

환경보호청은 석탄 발전소와 천연가스 발전소의 운영을 모두 중단시킬 수 있는 권한을 주장한다. 이러한 발전소를 운영하도록 허용하는 것은 오늘날 국민이 합의하지 않은 문제이지만, 모두가 합의할 수도 있는 문제라는 것이 중요하다. 연방의회는 이 사안에 대해 자주 논의해 왔다. 또한 지금까지 연방의회는 청정발전계획과 유사한 법을 제정하는 것을 “분명하게 그리고 반복적으로 거부해 왔다.”

결과적으로 연방의회의 국민 대표가 실질적으로 환경보호청에 그들이 주장하는 권한을 부여했다는 것을 보여주는 명백한 증거가 있는지 찾아보아야 한다. 이 시점에서 문제는 정부기관의 행위에 권한을 부여하는 명백한 의회의 위임에 해당하기 위한 요건이 무엇인지이다. 먼저, 법원은 전체적인 법체계 안에서 정부기관이 그들의 입장을 위해 기반을 두려 하는 규정을 찾아보아야 한다.⁵³⁾ “간접적이거나 생략된 언어”는 명백한 위임 문언이 될 수 없다.⁵⁴⁾ 두 번째로, 법원은 정부기관이 다루고자 하는 문제와 관련해 적용하려는 규정의 연혁과 핵심을 조사해야 한다. 법정의견이 언급한 바와 같이, 연방의회가 장문의 조문에서 모호한 언어를 통해 규제 권한을 특별하게 위임했을 가능성은 거의 없다.⁵⁵⁾ 세 번째로, 법원은 정부기관이 과거에 관련 규정을 해석했던 것을 조사해야 한다. 규정과 “동시에 생긴(contemporaneous)” 그리고 규정에 대하여 오랫동안 이어져 온 행정부의 해석은 정부기관에 대한 규정의 본래 요구의 증거로서 중요성을 인정받을 자격이 있다.⁵⁶⁾ 정부기관이 이전에 “기존에 언급되지

49) *Gonzales v. Oregon*, 546 U.S. 243, 267-268 (2006).

50) *Utility Air Regulatory Group v. EPA*, 573 U.S. 302, 324 (2014).

51) *King v. Burwell*, 576 U.S. 473, 485 (2015).

52) *FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 529 U.S. 120, 160 (2000).

53) *FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 529 U.S. 120, 133 (2000).

54) *Spector v. Norwegian Cruise Line Ltd.*, 545 U.S. 119, 139 (2005) (다수의견).

55) *Utility Air Regulatory Group v. EPA*, 573 U.S. 302, 324 (2014).

56) *United States v. Philbrick*, 120 U.S. 52, 59 (1887).

않은 권한”을 발견했다고 주장한다면, 그 주장은 통상적으로 배척된다.⁵⁷⁾ 네 번째로, 정부기관의 논란이 되는 행위와 의회가 부여한 임무·기술 사이에 괴리가 발생한다면 정부기관의 권한을 부정하는 입장에 힘이 실릴 것이다.

법원이 설명했듯이 환경보호청은 국가적인 전력 공급을 변화시키도록 하는 어떠한 특정한 규범적 근거도 인용하지 않았다. 대신 정부기관은 약간의 토론과 함께 통과 되어 “법의 모호하고 전혀 이용되지 않는 부분”으로 묘사된 거의 인용되지 않는 규정 조문에 의존한다. 환경보호청은 이전에는 이러한 막대한 권한을 수여하도록 관련 조문을 해석한 적이 없다.

연방의회가 문제를 해결하는 것이 더더 보일 때, 행정부가 그들 손에 문제를 가져 오려고 하는 것은 자연스러워 보인다. 하지만 연방헌법은 정부기관이 국민의 대표에 의해 통과된 법률의 대체재로 행정 권력(pen-and-phone regulations)을 사용하도록 허용하지 않았다. 우리 공화국에서 “국가의 정부를 위해 일반적인 규칙을 제정하는 것은 입법부의 고유한 영역이다.”⁵⁸⁾ 법정의견이 연방헌법의 약속을 지켜냈기 때문에 이에 기쁘게 동의한다.

3. Kagan 대법관의 반대의견(3인 의견)⁵⁹⁾

법정의견은 연방의회가 “우리 시대에 가장 절박한 환경 문제”에 대응하도록 부여한 권한을 환경보호청으로부터 빼앗았다.⁶⁰⁾ 기후 변화의 원인과 위험은 더 이상 의심의 여지가 없는 것이다. 현대 과학은 인간의 영향력, 특히 이산화탄소 같은 온실가스를 배출하여, 대기, 해양, 대륙의 온도를 높여 왔다는 것에 대해 분명하다. 연방의회는 환경보호청에 화석 연료를 사용하는 발전소를 규제하는 등 잠재적으로 재앙이 될 수 있는 위험을 다룰 책임을 맡겼다. 법 제111조는 환경보호청에 대기오염을 야기하거나 이에 크게 일조하여 공중 보건이나 복지를 위협에 빠지게 할 것으로 예상되는 물질의 고정 배출원을 규제하도록 지시했다.⁶¹⁾ 이산화탄소와 다른 온실가스는 이

57) *Utility Air Regulatory Group v. EPA*, 573 U.S. 302, 324 (2014).

58) *Fletcher v. Peck*, 6 Cranch 87, 136 (1810).

59) Kagan, Breyer, Sotomayor 대법관의 의견.

60) *Massachusetts v. EPA*, 549 U.S. 497, 505 (2007).

61) 42 U.S.C. §7411(b)(1)(A).

설명에 들어맞는다.⁶²⁾ 따라서 환경보호청은 국가의 “온실가스 배출의 주요 규제 기관” 역할을 수행한다.⁶³⁾ 그리고 환경보호청이 규제하는 기관들 중 가장 중요한 기관은 석탄 연료로 가동되는 발전소(주로 석탄 또는 천연가스 발전소)이다.

2015년, 법 제111조에 따른 임무를 수행하기 위해 환경보호청은 청정발전계획을 공표했다. 이 계획의 전제는 개인 발전소 수준의 운영 측면의 개선이 “단지 적은 배출량 감소를 야기할 뿐이거나” 또는 충분히 가능한 규제 대안에 비해 훨씬 비용이 많이 들 것이라는 것이다. 석탄 연료로 가동되는 발전소가 비용 효율적인 면에서 “이미 이산화탄소 배출량을 줄이기 위해 사용하고 있던” 그 대안은 연료 전환이라고 이름 붙여졌다. 법정의견이 설명한 대로 이 용어는 많이 배출하는 배출원에서 적게 배출하는 배출원으로 -더 구체적으로 보면, 석탄 발전소에서 천연가스 발전소로, 석탄·천연가스 발전소에서 태양열 또는 풍력 같은 재생가능한 발전소로- 발전 방식을 전환하는 방법을 일컫는다. 전력 회사는 소유한 배출원을 더 청정한 배출원으로 바꾸거나 동일한 배출량 감소 목표를 달성하기 위해 다른 회사들과 함께 탄소 배출권 거래 시스템에 참여해야 했다.

법정의견은 연방의회가 환경보호청에 연료 전환을 통해 발전소의 배출량을 규제하도록 하는 것이 단순히 “타당하지 않다”고 말한다. 재판 당사자들은 연료 전환이 실제로 발전소의 이산화탄소 배출량을 감소시키기 위한 가장 효과적이고 효율적인 방식인 “최고의 시스템”인지에 대해 다투지 않았다. 그리고 청정대기법의 어떠한 조항도 연방의회가 환경보호청이 그 시스템을 선정하는 것을 배제하였다는 점을 보여주지 않는다. 오히려 계획의 규제적인 접근법은 규정의 나머지 부분과 합치한다. 법정의견은 연료 전환이 연방의회가 법 제111조의 일반적인 문언으로써 환경보호청에 규제 권한을 부여했다고 보기에는 너무 새롭고 너무 거대한 일이라는 하나의 주장에만 의지하고 있다. 연방의회가 법 제111조 같은 폭넓은 위임을 한 중요한 이유는 정부기관이 새롭고 거대한 문제들에 적절하고 그에 맞게 대응할 수 있도록 한 것이다. 연방의회는 법을 구상할 때 스스로가 알지 못하는 것과 알 수 없는 것을 인식하고 있다. 따라서 연방의회는 문제가 발생했을 때 그 문제가 중대하다고 하더라도 이를 다룰 권한을 전문기관에 부여한 것이다. 하지만 법정의견은 이러한 입법부의 선택을 무시

62) *American Elec. Power Co. v. Connecticut*, 564 U.S. 410, 417 (2011); *Massachusetts v. EPA*, 549 U.S. 497, 528-532 (2007).

63) *American Elec. Power Co. v. Connecticut*, 564 U.S. 410, 428 (2011).

했다. 이를 통해 법정의견은 환경보호청으로부터 온실가스 배출량을 제한하기 위해 필요한 그리고 부여된 권한을 빼앗았다.

청정대기법은 중요한 공공 정책 사안을 다루기 위해 설계된 중요한 법률이었다. 연방의회가 설명했듯이 이 법의 목표는 모든 형태로 “대기 오염과의 전쟁을 가속화하고, 확장하고, 강화시키는 것”이었다. 법 제111조의 ‘신규 배출원 이행 기준’ 정책은 대기오염의 심각한 원인이 되는 것으로 보이는 고정 배출원 범주로부터의 배출을 규제하는 추가적인 수단을 제공한다. 이로써 법 제111조 제d항은 환경보호청이 기존 발전소의 모든 대기오염물질의 배출을 규제하도록 보장한다. 오염물질이 ‘미국 대기질 기준’ 정책이나 ‘유해 대기오염물질’ 정책의 대상에 포함된다면, 환경보호청은 추가로 조치할 필요가 없다. 하지만 오염물질이 위 정책의 대상에 포함되지 않는다면, 법 제111조 제d항은 환경보호청이 현재 가동 중인 발전소(와 다른 고정 배출원)의 배출량 수준을 설정하도록 요구한다. 상원 보고서⁶⁴⁾에서 설명한 것처럼, 법 제111조는 “공중 보건이나 복지에 중대한 위협을 제기하는 고정 배출원의 배출과 관련된 통제 활동에서 공백이 없도록” 보장한다. 법 제111조는 ‘미국 대기질 기준’ 정책이나 ‘유해 대기오염물질’ 정책이 다루지 않는 대기오염물질로부터 대기를 보호하는 안전장치(backstop) 또는 포괄적인 조항(catch-all provision)으로 생각된다. 하지만 이 조항은 법정의견이 주장하는 것처럼 “부수적 조항(ancillary provision)”이나 규정의 “후미(backwater)”가 아니다. 조항이 자주 이용되지는 않는다고 하더라도, 안전장치 조항은 중요한 기능을 수행한다.

연방의회는 환경보호청이 배출량 한도를 설정하는 방법을 정하는 데 많은 재량을 주기위해 -주변의 제약을 정해두긴 했지만- 분명하게 넓은 의미의 단어를 사용했다. 법정의견과는 반대로, 넓은 의미의 용어는 “모호한” 용어와 같지 않다. 넓은 의미의 단어는 포괄적이고, 폭넓고, 광범위한 반면, ‘모호한’ 용어는 불분명하고, 애매하고, 막연하다. 따라서 환경보호청은 청정발전계획에서 법 제111조의 “시스템”이라는 용어의 “일반적인 의미”가 “배출량을 감소시키기 위해 함께 작동하는 방식들의 모음”이라고 설명하는 방식은 꽤나 옳다. 연료 전환 정책은 “배출량 감소 시스템”의 전통적인 의미에 딱 들어맞는다.

연방의회가 다른 청정대기법 조항들에 규정된 환경보호청의 권한에 대한 제한을

64) S. Rep. No. 91-1196, p. 20 (1970).

법 제111조에는 포함하지 않았다는 것에는 다른 의미가 있다. 가장 관련 있는 것은, 법 제111조 외의 꽤 많은 조항들이 기술적인 통제-기본적으로 특정한 시설에 사용되는 장비나 절차들에 대한 통제-만 가능하게 하여 환경보호청의 배출량 감소 노력을 한정하고 있다는 것이다.

입법 과정에서는 연방의회가 환경보호청의 기존 고정 배출원에 대한 규제를 기술 기반의 규제에만 한정시키기를 거부했다는 것이 명확하게 드러난다. 1977년에 중요한 시기가 있었는데, 당시 연방의회는 신규 배출원과 기존 배출원을 구분하기 위해 법 제111조를 개정했다. 신규 배출원에 관하여 환경보호청은 단지 “계속되는 배출량 감소를 위한 최적의 기술적인 시스템”을 선택할 수 있었다.⁶⁵⁾ 하지만 기존 배출원에 대해서는 “기술적인”이라는 문언을 제외하여 환경보호청이 “계속되는 배출량 감소를 위한 최적의 시스템”을 선택할 수 있도록 하였다.⁶⁶⁾ 상원 보고서는 연방의회의 의도적인 선택을 강조했다. 신규 배출원에 대한 기준은 “최적의 기술적인” 통제를 기반으로 한 반면, “기존 배출원에 대해 채택된 기준”은 “(기술적일 필요 없이) 배출량 감소를 위해 이용 가능한 수단에 기반”하고 있었다. 오래된 시설에 기술적인 통제를 하는 것이 비용 측면에서 종종 효율적이지 않기 때문에 연방의회는 아마도 환경보호청에 기존 배출원에 대하여 더 많은 융통성을 주고 싶었던 것 같다.

법정의견은 법원이 “특정 특이한 사건”에서는 폭넓은 위임이 정부기관의 행위에 권한을 부여한다는 것에 대해 ‘부정적인 입장’에서 출발해야 한다고 주장한다. 법정의견은 이러한 관점을 ‘중요문제원칙’이라고 명명하고, 판례법에 근거가 있다고 한다. 하지만 관련된 선례에서는 일반적인 규정 해석을 하고 있다. 선례들에서 연방대법원은 단지 폭넓은 위임을 규정한 조문이 다른 규정처럼 맥락에 따라, 그리고 약간의 상식을 통해 해석되어야 한다고 한다. 이 일반적인 방법을 사용하게 되면, 정부기관의 행위가 위임의 문언에 합치하더라도 선례는 두 가지 이유를 들어 정부기관의 행위를 위법하다고 보게 된다. 첫 번째로, 정부기관이 전통적인 틀에서 훨씬 벗어나는 행위를 하고 있어서 전문성이나 경험에 대한 주장을 할 수 없는 경우이다. 두 번째는, 해당 행위가 허가된다면 연방의회의 더 큰 계획과 마찰을 일으키거나, 심지어 혼란을 야기하게 되는 경우다. 하지만 청정발전계획은 환경보호청의 영역(wheelhouse)에 속하고, 청정대기법의 모든 조항과 완벽하게 들어맞는다. 이 계획이

65) Clean Air Act Amendments, §109(c)(1)(A).

66) Clean Air Act Amendments, §109(c)(1)(A).

공공정책의 중요한 사안을 다룬다는 것은 이 분석을 전혀 뒤집지 못한다. 연방의회는 환경보호청이 딱 이러한 업무를 수행하길 원했다.

법정의견이 언급하는 것처럼, “규정의 문언은 맥락에 따라 그리고 전체적인 규정의 구조에서의 위치에 맞는 관점에서 해석되어야 한다.”⁶⁷⁾ 위임의 범위를 정할 때, 법원은 조항의 위임 범위에 포함된다고 주장하는 정부기관의 행위가 어떻게 법체계의 다른 측면과 합치하는지 평가해야 한다. 정부기관의 행위가 연방의회가 기대했던 범위를 넘는지 결정하기 위하여, 법원은 (다른 잠재적인 관련 요소들 중에서) 규정의 성격, 정부기관의 성격, 그리고 그 둘의 관계성을 평가해야 한다.⁶⁸⁾ 특히, 우리가 이해한 바로는, 연방의회는 보통 정부기관이 특별한 전문성을 가지고 있지 않은 중요한 사안에 대해 결정할 권한을 정부기관에 위임하지 않는다. 따라서 정부기관의 통상적인 행위 영역과 주어진 권한의 행사가 어긋났을 때, 법원은 연방의회가 그 정도의 위임을 의도했는지에 대한 질문을 할 이유를 갖게 된다.

법정의견은 이러한 합리적인 원칙들을 지키지 않았다. 법정의견은 일반적인 맥락에 따른 규정 해석 대신 충족하기가 더 어려운 “중요문제원칙”의 도입을 선언했다. 여기에는 표면상으로 두 개의 검토 단계가 있다. 먼저, 법원은 몇몇 요건들을 살펴 정부기관의 행위가 “특별한 사례”인지를 결정해야 한다. 만약 그렇다면, 정부기관은 우리가 요구하는 일반적인 규범적 기반보다 더 높은 수준의 연방의회의 분명한 권한 위임을 보여줘야 한다. 그 결과는 일반적이지 않은 종류의 규정 해석이다.

청정대기법(또는 사안에 대한 다른 법령)의 어느 부분도 환경보호청의 법 제111조 해석과 마찰을 일으키지 않는다. 특히, 법정의견은 이 부분에 대해 논박하지 않는다. 법정의견은 규정 자체에 비추어 볼 때 청정발전계획이 연방의회의 설계와 마찰이 있거나 이를 손상시킨다는 증거를 어느 측면에서도 제공하지 않는다. 10년 전 연방대법원은 연방의회가 법 제111조에서 환경보호청에 “발전소에서 발생하는 이산화탄소 배출량을 규제할지에 관한 결정과 그 방식에 관한 결정”을 할 권한을 환경보호청에 위임했다고 확인하였다.⁶⁹⁾ 핵심적인 단어들을 강조하자면, 단순히 “규제 여부에 관한 결정” 뿐만 아니라 “규제 방식에 관한 결정”이라고 보았다. 이 위임을 할 때, 연방의회는 자신들이 무엇을 하는지 인식하고 있었다고 연방대법원은 설명했다. 발전소

67) *FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 529 U.S. 120, 133 (2000).

68) *Barnhart v. Walton*, 535 U.S. 212, 222 (2002).

69) *American Elec. Power Co., Inc. v. Connecticut*, 564 U.S. 410, 426 (2011).

의 배출량을 규제하는 것은 복잡한 일이다. 이를 제대로 수행하기 위해서는 “상충하는 이익들에 대해 제대로 인식하고 행하는 평가”가 필요하다. 이 “전문기관”이 이를 수행하기 위해 필요한 “과학적, 경제적, 기술적 자원”을 가지고 있기 때문에 연방의회는 명확하게 “환경보호청에 이러한 복잡한 이익 사이에서 균형을 잡는 일을 맡겼다.”

청정발전계획의 적절성을 보기 위해 이 계획의 구성요소를 “대상(what),” “행위자(who),” “방식(how)”으로 나누어 살펴본다. ‘대상’은 청정발전계획의 주제인 이산화탄소 배출량이다. 환경보호청이 세계 기후를 정상 상태에서 벗어나게 하는 물질의 배출량을 감축시킨다는 개념에 대해서는 반박할 수 없다.⁷⁰⁾ 우리 시대의 가장 큰 환경적 문제를 다루기 위해 행위하는 것은 환경보호청이다. 따라서 청정발전계획이 규제하려는 ‘행위자’가 화석 연료를 사용하는 발전소라는 것에 대해서도 특별할 것이 없다. 이러한 발전소는 대기를 오염시키고, 따라서 환경보호청의 감시하에 운영되어 왔다. 마지막으로 연료 전환의 ‘방식’ 또한 환경보호청의 전문성과 잘 들어맞는다. 청정발전계획이 강조했듯이, 연료 전환은 대기오염 감소를 위한 장치로서 확립된 내력을 가지고 있다. 다른 연방 규정을 차치하더라도, 주 규제기관과 발전소 모두 스스로 환경과 관련된 목표를 달성하기 위해 오랫동안 이를 이용해 왔다. 말하자면, 이 기술은 대기오염 통제 수단들 중 하나인 것이다. 따라서 다른 어떤 것들보다 환경보호청은 필수적인 “상대적인 전문성”을 가지고 있다.

발전소에 대한 모든 규제는 -가장 전통적이고 시설특화적인 규제라고 하더라도- 국가적인 에너지 비율을 일정 수준으로 전환하도록 지시한다. 규제가 비용에 영향을 주고, 전력망이 고비용 공급자들 이전에 저비용 공급자들로부터 에너지를 공급하는 방식으로 작동하기 때문에 이러한 결과가 뒤따른다.

법정의견은 많은 불평을 하지만, 결국 청정발전계획이 중요하지 않은 조항에 따라 발표된 거대하고 새로운 무언가라는 결론에 이르게 된다. 청정발전계획은 그렇게 거대하거나 새롭지 않고, 둘 중 하나에 해당하더라도 이는 크게 중요하지 않다.

법정의견은 연료 전환이 가져올 수 있는 중대한 결과에 중점을 두지만, 이 주장은 형편없다. 스스로의 권한에 대한 환경보호청의 관점에 대하여 법정의견은 미래의 어떠한 규정이 “사실상 석탄 발전소를 그들의 세대에서 모두 전환시키도록 강제”할 수

70) *Massachusetts v. EPA*, 549 U.S. 497, 531 (2007).

있다고 걱정한다. 하지만 이미 드러났듯이 법률은 극단적인 규제를 예방할 -특히 비용과 에너지 수요에 대한- 여러 가지 제약을 두고 있다. 청정발전계획의 신규성에 대한 법정의견의 주장 또한 과장되어 있다. 환경보호청이 청정발전계획을 발표하면서 설명했듯이, 법 제111조 제d항에 근거한 초기 규정은 탄소배출권 거래 제도가 “최적의 배출량 감소 시스템”이라고 결정했다.⁷¹⁾

연방의회의 선택을 신임하기 위하여, 법원은 정부기관에 그들의 규제 접근법에 대해 재논의하고, 다시 생각하고, 변경할 수 있는 “충분한 재량”을 부여해야 한다.⁷²⁾ 법 제111조 제d항은 환경보호청에 충분한 재량을 부여하기 위해 작성되었다. 이를 제정한 연방의회는 환경보호청에 다양한 요소들을 고려하여 “최적의 배출량 감소 시스템”을 선택하도록 지시했다. 이러한 용어들을 선택하면서, 연방의회는 최적의 시스템이 시간이 지나면서 변할 수 있다는 것을 이해하고 있었다. 연방의회는 환경보호청이 계속해서 변화에 뒤처지지 않기를 원했고, 그렇도록 지시했다. 법률의 유효성을 계속해서 보장하기 위해 “최적의 시스템”은 상황이 변하면서 -연방의회가 당시에는 알 수 없다고 인식했던 방식으로- 함께 변화해야 했다.⁷³⁾

이 사건에서 문제된 유형의 정부기관에 대한 위임은 미국의 건국 시기까지 거슬러 올라간다. 학자들은 “건국 시기에는 위임에 대해 걱정하지 않았다.”라는 것을 보여줬다. 헌법제정위원회의 기록, 재가 토론, 연방주의자(the Federalist) 중 어떠한 것도 행정부에 정책을 만들 권한을 위임하는 연방의회의 권한에 대해 의미 있는 제한을 제안하지 않았다. 첫 연방의회는 “영토 관리,” “인디언 문제,” “국내외 부채,” “병역,” 그리고 “연방법원”을 포함해 당시 가장 긴급한 문제들을 해결하도록 행정부에 전면적인 권한을 부여했다. 연방의회가 항상 위임해 왔고 중요한 정책 사안을 포함하여 계속 그렇게 하고 있다는 것은 놀라운 것이 아니다. 연방대법원이 알고 있듯이, 연방의회가 모든 일을 하는 것은 “비합리적이고 불가능”하다.⁷⁴⁾ 모든 시대에서, 특히 “복잡해지는 우리 사회”에서는 훨씬 더, 입법부는 “폭넓고 일반적인 지시를 통해 권한을 위임하는 능력 없이는 그야말로 역할을 수행할 수 없다.”⁷⁵⁾

71) Fed. Reg. 28616-28621 (2005).

72) *FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 529 U.S. 120, 157 (2000).

73) *FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 529 U.S. 120, 157 (2000).

74) *American Power & Light Co. v. SEC*, 329 U.S. 90, 105 (1946).

75) *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361, 372 (1989).

다시 말하면, 위임의 문제에 있어서 연방의회에는 이를 결정할 타당한 근거들이 있다. 연방의회는 정부가 어떻게 법원이 선택하지 않는 방식으로 작동하는지 알고 있다. 더 분명하게, 연방의회는 입법 행위와 행정 행위가 어떻게 협력하여 좋은 정책에 이바지할 수 있는지 알고 있다. 하지만 법정의견은 그렇지 않다. 법 제111조는, 가장 자연스럽게 해석되면, 환경보호청에 청정발전계획을 수립할 권한, 다르게 말하면 연료 전환 정책을 이산화탄소를 대량으로 배출하는 발전소에 대한 “최적의 배출량 감소 시스템”이라고 결정할 권한을 부여한다. 배출량 감소 시스템을 평가하는 것은 환경보호청이 하는 일이다. 그리고 청정대기법의 나머지 부분이나 다른 법률은, 연방의회가 그들이 작성한 위임이 문언이 의미하는 만큼 넓은 의미를 갖도록 의도하지 않았다는 사실을 보여주지 않는다. 해당 문구를 재작성하면서, 법정의견은 위임에 대한 자신들의 견해를 연방의회의 것으로 대체했다. 그리고 이것은 법원이 정책입안에 대한 자신들의 견해를 연방의회의 것으로 대체했다는 것을 의미한다. 연방대법원은 청정대기법이 연방의회가 의도한 대로 작동하도록 두지 않을 것이다. 연방의회가 아닌 연방대법원이 얼마나 규정이 과도한지 결정하게 될 것이다.

법정의견은 연방의회나 다른 전문기관 대신 자신들을 기후 정책에 대한 의사결정자로 만들었다. 이보다 더 두려운 것은 거의 없을 것이다. 이에 정중히 반대한다.

III. 판결의 의의

연방대법원은 이번 판결을 통해 환경보호청의 이산화탄소 규제 정책에 제동을 걸었다. 온실가스 규제를 골자로 하는 청정발전계획(Clean Power Plan)은 오바마 행정부 시절 발표되어 2030년까지 온실가스를 32%까지 감축하려는 목표를 가지고 있었다. 환경보호청은 이를 통해 각 주에서 달성해야 하는 최종 탄소 배출량과 이에 도달하기 위한 방식을 정했다. 하지만 트럼프 행정부가 집권하면서 이 정책의 시행은 정지되었고, 바이든 대통령이 다시 행정부의 수반이 되며 새롭게 시행될 예정이었다. 하지만 석탄 화력발전 의존도가 높은 웨스트버지니아 주를 비롯하여 18개의 주 정부와 다양한 이해관계인들이 이 정책과 관련하여 환경보호청을 상대로 소송을 제기했다.

결과적으로 연방대법원은 청정발전계획이 연방의회로부터 위임받지 않은 권한을 행사했다는 것을 이유로 환경보호청의 이산화탄소 감축 정책에 제동을 걸었다. 환경

보호청의 이산화탄소 감축 정책은 너무도 규모가 크고 이에 대해 찬반 입장이 나뉠 수 있기 때문에 연방의회에서 직접 논의를 통해 시행해야 한다는 것이었다. 바이든 대통령은 이에 대해 “매우 파괴적인 결정”이라며 연방대법원의 판결을 비판했다. 이 판결로 인해 환경보호청은 각 주의 온실가스 배출량과 관련된 규제 권한을 일부 잃게 되었으며, 온실가스 배출 제한은 주 정부 스스로의 재량에 의지해 행해지게 되었다.

최신 세계헌법판례

독일

Ⅰ 헌법수호청의 정보 송달의무와 한계

/ 책임연구관 이지효

헌법수호청의 정보 송달의무와 한계¹⁾

I. 사실관계

연방헌법수호청(Bundesamt für Verfassungsschutz)의 헌법수호 사안에 관한 연방과 주들 간의 공조에 관한 법²⁾(이하 ‘연방헌법수호청법’) 제20조 제1항 제1문³⁾에 따르면 국가안보범죄의 예방 또는 소추를 위해 데이터(Daten)⁴⁾와 정보(Information)의 송달이 필요한 경우라는 실질적인 징후가 존재하는 때에 연방헌법수호청은 개인 관련 데이터를 경찰과 검찰에 송달한다. 연방헌법수호청법 제20조 제1항 제2문⁵⁾은 국가안보범죄를 법원조직법⁶⁾ 제74a조⁷⁾와 제120조⁸⁾에 열거된 범죄행위 및 그 밖에 기본법

1) 독일 연방헌법재판소 2022. 9. 28. 결정, 1 BvR 2354/13.

2) Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das Bundesamt für Verfassungsschutz (BVerfSchG, Bundesverfassungsschutzgesetz), Bundesgesetzblatt I S. 2954, 2970.

3) [연방헌법수호청법 제20조 제1항 제1문]

연방헌법수호청은 국가안보범죄의 예방 또는 소추에 정보 송달이 필요하다는 실질적인 징후가 존재하는 경우, 검찰 및 경찰의 본안지휘권한 유보하의 경찰에 직권으로 개인 관련 데이터를 포함하여 인지된 정보를 송달한다.

4) 데이터(Daten)라는 용어는 ‘Datum(시일)’의 복수(Pluralwort) 형태지만, 전문용어로 쓰일 때에는 대개 연구나 조사의 바탕이 되는 자료를 뜻하며, 이러한 자료를 의미 있게 정리하면 정보(Information, Auskunft)가 된다.

5) [연방헌법수호청법 제20조 제1항 제2문]

제1문에 따른 범죄는 법원조직법 제74a조와 제120조에 열거된 범죄행위 및 그 밖에도 범죄행위의 목적설정, 행위자의 동기 또는 행위자와 특정 기관에의 관련성이 기본법 제73조 제10호 제b목 또는 제c목에 열거된 보호대상에 위배되는 실질적인 징후를 내포하는 경우를 말한다.

6) Gerichtsverfassungsgesetz (GVG).

7) 법원조직법 제74a조에서는 침략전쟁 선동과 같은 평화배반죄, 민주적 법치국가 위태화죄, 국가방어 위태화죄, 범죄단체조직죄, 정치적 약취·유인죄 및 정치적 무고죄에 대한 주법원의 관할권을 규정하고 있다.

8) 법원조직법 제120조 제1항에서는 내란죄, 국방 위태화죄, 국가기밀에 해당하는 특허와 실용신안 사안 등록 위반죄, 외국 기관 및 사절에 대한 공격, 헌법기관에 대한 범죄, 테러단체조직죄, 주고등법원 관할 범죄에 대한 불고지죄, 국제형법전에 따른 범죄행위에 대한 주고등법원의 관할권을 규정하고 있다. 동조 제2항에서는 모살(Mord), 고살(Totschlag), 인질강도, 인질강요, 중방화 및 특히 중한 방화, 방화치사, 원자력으로 인한 폭발 야기와 이로 인해 타인의 신체·생명 또는 가치 있는 물건에 위협을 야기하거나 최소한 중과실로 타인을 사망하게 한 경우, 방사선 남용으로 타인의 건강을 훼손하거나 최소한 중과실로 타인을 사망하게 한 경우, 폭발물 또는 방사선 범죄의 예비, 공공을 위협하는 독극

제73조 제1항 제10호⁹⁾ b목 또는 c목에 열거된 보호대상에 대한 범죄행위라고 정의하고 있다. 연방헌법수호청법 제21조 제1항 제1문¹⁰⁾은 동법 제20조 제1항 제1문과 제2문의 요건하에서 정보의 송달의무를 부여하고 있다. 한편 이러한 송달 규정을 극우주의전산자료법¹¹⁾이 원용하고 있다. 극우주의전산자료(Rechtsextremismus- Datei)란 폭력과 연관된 극우주의 퇴치를 위한 연방 및 주들의 경찰청과 정보기관의 결합전산자료(Verbunddatei) 중 하나로서 그 핵심적인 기능은 위험인물에 관한 정보를 다른 기관과 교환(Informationsanbahnung)하여 수사에 도움을 주는 것이다. 이를 위해 폭력과 연관된 극우주의의 진상규명이나 퇴치를 위해 통지가 필요한 경우에 해당 전산자료에 특정한 개인과 관련된 데이터가 저장된다.

국가사회주의 지하조직(Nationalsozialistischer Untergrund, NSU)¹²⁾ 관련 형사사건에서 유죄 확정을 받은 청구인은 헌법수호청의 정보송달 관련 규정을 문제삼으며 그로 인해 자신의 개인정보자기결정권이 침해되었다고 주장하였다. 청구인은 2013년 8월에 헌법소원심판을 청구하였으며, 먼저 연방헌법수호청이 재량에 따라 주의 헌법수호청에 개인과 관련된 데이터를 송달할 수 있도록 한 개괄수권조항인 헌법수호청법 제19조 제1항 제1문(2007. 1. 5. 제정 BGBI I S. 2)이 위헌이라고 주장하였다. 나아가

물을 혼입하여 타인의 건강을 훼손한 경우 등의 행위가 정황에 따라 국가의 존립이나 안전을 위협하거나, 독일연방공화국의 헌법 원칙을 제거하거나 관철을 무력화하거나 기반을 파괴하거나 북대서양 조약에 따라 독일에 주둔중인 군대나 체약국의 안전을 위협하거나 국제기구의 존립 또는 안전을 위협하고 연방검찰총장이 사안의 특수한 중요성 때문에 소추의 책임을 맡을 때에도 지방고등법원이 관할한다고 규정하고 있다.

9) [독일 기본법 제73조 제1항 제10호]

(1) 연방은 다음 사항에 관하여 전속적 입법권을 갖는다.

10. 다음 사항에 관한 연방과 주의 공조

a) 사법경찰

b) 자유민주적 기본질서, 연방 또는 주의 존립과 안전의 보호(헌법보호)와

c) 연방에서 이루어지는, 폭력의 사용이나 준비행위로써 독일연방공화국의 대외적 이익을 위태롭게 하는 시도로부터의 보호 및 연방사법경찰청의 설치와 국제범죄 수사

10) [연방헌법수호청법 제21조 제1항 제1문]

주의 헌법수호청은 제20조 제1항 제1문, 제2문 및 제2항 제1문의 요건하에서 검찰 및 검찰의 본안지휘권한 유보하의 경찰에 개인 관련 데이터를 포함하여 인지된 정보를 송달한다.

11) Gesetz zur Errichtung einer standardisierten zentralen Datei von Polizeibehörden und Nachrichtendiensten von Bund und Ländern zur Bekämpfung des gewaltbezogenen Rechtsextremismus (Rechtsextremismus-Datei-Gesetz - RED-G).

12) 국가사회주의 지하조직(NSU)은 인종차별주의적이고 외국인에 배타적인 동기로 1999년경에 결성된 극우 성향의 테러단체로서 주로 외국인을 대상으로 하는 살해 사건과 은행 강도 등의 범죄를 저질렀다.

청구인은 국가안보범죄의 예방과 소추를 위해 연방헌법수호청과 주의 헌법수호청으로 하여금 경찰과 검찰에 정보를 송달할 의무를 규정한 헌법수호청법 제20조 제1항 제1문 및 2문과 동법 제21조 제1항 제1문과 연계한 제20조 제1항 제1문 및 제2문(1990. 12. 20. 제정 BGBl I S. 2954)에 대해 위헌이라고 주장하였다.

II. 주문

1. 연방헌법수호청법 제20조 제1항 제1문 및 2문과 동 조항과 연계한 동법 제21조 제1항 제1문은 해당 조항들이 정보기관의 수단¹³⁾을 통해 얻은 개인 관련 데이터의 송달의무를 규정하고 있는 부분에서 기본법 제2조 제1항¹⁴⁾과 연계한 제1조 제1항¹⁵⁾에 합치되지 않는다.

2. 새로운 규정이 제정되기까지(늦어도 2023. 12. 31.까지) 기본법에 불합치 선언된 조항은 정보기관의 수단을 통해 얻은 개인 관련 데이터의 송달이 중대한 공익이 있는 법적 가치를 보호하기 위한 때만 허용되는 것이라는 범위 내에서 계속 적용된다. 즉 매우 중대한 범죄에 한하여 허용되는 것이다. 그 밖에도 정보 송달에서 개별 사안마다 부과되는 요구사항이 충족되어야 한다.

3. 그 밖의 헌법소원심판청구는 기각한다.

III. 관련 법령과 쟁점

1. 연방헌법수호청법

제20조 제1항

연방헌법수호청은 국가안보범죄의 예방 또는 소추에 정보 송달이 필요하다는 실질

13) 연방헌법수호청법 제8조 제2항에서는 비밀리에 정보를 얻기 위해 정보기관이 밀정과 작전 전문가의 배치, 감시, 화면 녹화 및 음성 녹음, 위장용 문서 및 위장용 등록번호 등을 수단으로 사용할 수 있다고 규정하고 있다.

14) [독일 기본법 제2조 제1항]

모든 사람은, 다른 사람의 권리를 침해하지 않고 헌법질서나 도덕률에 반하지 않는 한, 자신의 인격을 자유로이 실현할 권리를 갖는다.

15) [독일 기본법 제1조 제1항]

인간의 존엄성은 훼손될 수 없다. 이를 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다.

적인 징후가 존재하는 경우, 검찰 및 검찰의 본안지휘권한 유보하의 경찰에 직권으로 개인 관련 데이터를 포함하여 인지된 정보를 송달한다. 제1문에 따른 범죄는 법원조직법 제74a조와 제120조에 열거된 범죄행위 및 그 밖에도 범죄행위의 목적설정, 행위자의 동기 또는 행위자와 특정 기관에의 관련성이 기본법 제73조 제10호 제b목 또는 제c목에 열거된 보호대상에 위배되는 실질적인 징후를 내포하는 경우를 말한다. 연방헌법수호청은 송달이 수신 기관의 법적 과제를 이행하는 데 필요하다는 실질적인 징후가 존재하는 경우, 연방정보원에 직권으로 개인 관련 데이터를 포함하여 인지된 정보를 송달한다.

제21조 제1항 제1문

주의 헌법수호청은 제20조 제1항 제1문, 제2문 및 제2항 제1문의 요건하에서 검찰 및 검찰의 본안지휘권한 유보하의 경찰에 개인 관련 데이터를 포함하여 인지된 정보를 송달한다.

2. 쟁점

연방과 주의 헌법수호청으로 하여금 일정한 요건하에서 정보기관의 수단을 통해 수집한 개인 관련 데이터를 다른 기관에 송달하도록 한 연방헌법수호청법의 조항들이 헌법에 위배되는지가 쟁점이다.

IV. 판단

1. 헌법소원의 적법성

청구인의 헌법소원심판청구는 송달규정인 연방헌법수호청법 제20조 제1항 제1문 및 제2문과 동법 제21조 제1항 제1문과 연계한 제20조 제1항 제1문 및 제2문에 대하여 적법하다. 청구인은 정보기관의 수단을 통해 비밀리에 수집된 개인 관련 정보의 송달에 관해서만 이의를 제기하고 있다.

연방헌법수호청법 제19조 제1항 제1문¹⁶⁾(2007. 1. 5. 제정)에 대한 청구인의 헌법소

16) [연방헌법수호청법 제19조(2007. 1. 5. 제정 BGBl I S. 2)]- 연방헌법수호청에 의한 개인관련 데이터

원 청구는 2015년에 해당 조문이 개정되어 구(舊) 조문의 효력이 소멸하였으므로 부적법하다.

2. 개인정보 자기결정권의 침해 여부

헌법소원은 적법한 범위 내에서 이유 있다.

가. 문제된 규정들에 따른 개인 관련 데이터와 정보의 송달은 기본법 제2조 제1항과 연계한 제1조 제1항의 일반적 인격권에서 파생된 개인정보자기결정권과 관련이 있다. 개인 관련 데이터의 송달은 행정청이 수집한 데이터에 다른 행정청으로 하여금 접근 가능하도록 함으로써 기존의 데이터 수집으로 인한 기본권 제한과는 별개로 기본권의 제한이 새로이 행해지게 된다. 하지만 문제된 규정들은 규범의 명확성 및 비례의 원칙의 요청을 충족하지 않으며 데이터 송달에 관한 기록 요건을 충분한 정도로 담고 있지 않다.

나. 문제된 규정들은 형식적 측면에서는 헌법에 합치된다. 특히 입법권한은 연방에 있다. 기본법 제73조 제1항 제10호¹⁷⁾로부터 도출되는 연방의 입법권한은 연방과 주들 간의 공조에만 국한되는 것이 아니라 주들 간의 공조에도 적용된다. 다만, 해당 조항은 동일한 주 내의 행정청 간 공조에 대한 규율을 포함하지는 않는다.

다. 입법자가 단지 여러 단계의 연쇄적 원용(mehrgliedrige Verweisungskette)을 사용

의 송달

(1) 연방헌법수호청의 과제를 충족하기 위해 필요한 경우 또는 자유민주적 기본질서 보호를 위해 또는 공공의 안전을 목적으로 하는 다른 이유로 수신자가 정보를 필요로 하는 경우에 연방헌법수호청은 개인 관련 데이터를 국내 공공기관에 송달할 수 있다. 법률에서 달리 규정하지 않는 한 수신자는 송달받았을 당시의 사용 목적을 위해서만 정보를 사용해야 한다.

(…)

17) [독일 기본법 제73조 제1항 제10호]

연방은 다음 사항에 관하여 전속적 입법권을 갖는다.

10. 다음 사항에 관한 연방과 주의 공조

- a) 사법경찰,
- b) 자유민주적 기본질서, 연방 또는 주의 존립과 안전의 보호(헌법수호)와
- c) 연방에서 이루어지는, 폭력의 사용이나 준비행위로써 독일연방공화국의 대외적 이익을 위태롭게 하는 시도로부터의 보호 및 연방사법경찰청의 설치와 국제범죄수사

한다는 점으로부터 규범의 명확성원칙이 위배된다는 귀결이 나오지는 않는다. 규범의 명확성은 법률을 연쇄적으로 원용하는 것에 대해 제한을 두지만 이를 근본적으로 금지하지는 않는다. 그 기준은 규범의 적용을 받는 사람들이 규정의 내용을 이해할 수 있는지 여부이다. 안보법상 데이터처리를 규범화할 때 다른 법률을 원용하게 되면 적용실무와 법원의 통제라는 상호작용을 통해 구속력 있는 방식으로 문맥상 해석 문제를 명확히 할 수 있기에 그 목적에 부합할 수 있다. 특정한 원용이 규범의 명확성원칙에 합치되는지 여부는 가능한 여러 규정 대안을 고려하여 종합적인 관점에서 판단해야 한다. 특히 관련된 규정을 온전하게 나열하는 단계적 원용을 통해 규범의 내용 파악이 용이해진다.

이에 따라 연방헌법수호청법 제20조 제1항 제2문의 원용은 여러 단계에 걸쳐 있음에도 불구하고 규범의 명확성의 관점에 위배되지 않는다.

라. 하지만 연방헌법수호청법 제20조 제1항 제2문은 송달의무의 요건을 명백하게 규정하고 있지 않고 있다. 어느 조항이 다른 규범적 상황과 문제를 규율하는 규범을 원용하는 과정에서는 해당 조항의 의미가 불명확하게 되거나 해당 조항을 실제로 적용하는 것이 과도하게 어려워질 수 있다. 여기서는 송달의무를 초래하는 범죄행위를 규정하면서 다른 제약 없이 법원조직법 제120조 제2항을 원용한 것을 볼 수 있다. 해당 규정에 따르면 주고등법원은 연방검찰총장(Generalbundesanwalt)이 특별히 중대한 사안에 대해 소추를 맡는 경우에만 해당 조항에 규정된 범죄행위와 관련된 사건에 대한 관할권을 가진다. 이러한 점이 송달의무의 맥락에서 고려되어야 하는지 여부 및 어느 정도까지 고려되어야 하는지에 대해서는 연방헌법수호청법 제20조 제1항 제2문과 연계한 법원조직법 제120조 제2항에서 충분히 명확하게 인식할 수 없다.

마. 나아가 연방헌법수호청법 제20조 제1항 제1문과 제2문에 규정된 송달의무는 비례의 원칙에 위배된다. 송달의무는 국가안보범죄를 효과적으로 극복하고 이와 더불어 국가의 존립과 안전 및 국민의 신체, 생명과 자유를 보호한다는 정당한 목적에 기여한다. 문제된 송달의무가 이러한 목적을 달성하기에 원칙적으로 헌법상 적합하며 필요하다는 점에는 의심의 여지가 없다.

그렇지만 송달의무는 협의의 비례원칙의 요청에는 부합하지 않는다. 협의의 비례 원칙에 따르면 헌법수호청으로부터 수사기관으로 개인관련 데이터와 정보를 작전상 접촉권한과 함께 이관하는 때에는 원칙적으로 정보의 분리원칙(informationelles Trennungsprinzip)이 적용된다(BVerfGE 133, 277 <329 Rn. 123>; 156, 11 <50 Rn. 101, 51 f. Rn. 105>). 헌법수호청의 감시권한이 광범위하기 때문에 다른 기관으로의 정보 송달은 강화된 정당화 요건을 충족해야 한다는 뜻이다. 개인 관련 데이터와 정보가 정보기관의 수단을 통해 수집된 경우에는 가상의 신규 수집(hypothetische Datenenerhebung)을 상정하여 판단한다. 이 경우에는 정보를 전달받은 행정청이 이미 행해진 헌법수호청의 감시에서 허가된 것과 비견될 만한 중대한 수단을 통해 해당 송달목적에 관해 자체적으로 데이터를 수집하고 정보를 획득할 수 있는지를 평가한다(BVerfGE 141, 220 <327 f. Rn. 287>; 154, 152 <266 f. Rn. 216>; 156, 11 <49 f. Rn. 99>; 1 BvR 1619/17 Rn. 231).

따라서 수사기관으로의 정보 송달은 이를 통해 특히 중요한 법익을 보호할 필요가 있고, 해당 법익에 충분히 구체적인 위협이 존재하여야 함을 전제로 한다. 원칙적으로 입법자는 정보 송달 요건을 구체화하면서 필요한 법익을 직접적으로 명시하지 않고 해당 법익을 침해하는 범죄행위에 연관시켜 규정할 수 있다. 이 때 정보 송달이 허용되는 임계점을 원칙적으로 그러한 범죄행위의 발생 위험과 결부할 수도 있다. 그러나 입법자는 모든 개별 사안에서 처벌의 구성요건을 통해 보호되는 법익에 구체적인 위협(konkrete Gefahr)이나 구체적인 위협이 발생할 가능성(konkretisierte Gefahr)이 충분히 존재한다는 것을 확실히 해야 한다. 이러한 위협이 구성요건이 실현될 위험 자체로부터 필연적으로 도출되어야 하는 것은 아니다.

형사소추청으로의 송달은 특별히 중한 범죄를 소추하는 경우에만 고려되며 특정한 사실을 통해 형성된 의심이 존재하는 경우를 전제 요건으로 한다. 그러한 의심에는 구체적이고 짙어진 정황이 사실적 기초로 존재하여야 한다.

바. 문제된 규정은 이러한 요청을 충족하지 않는다. 연방헌법수호청법 제20조 제1항 제1문은 위협 예방을 위해 정보기관이 수집한 데이터의 송달에 관한 규정에서 보호법익을 직접 언급하지 않고, 범죄소추를 위한 정보 송달에서와 마찬가지로 동조

제1항 제2문에서 열거한 범죄행위와 연결 짓는다. 그렇지만 법원조직법 제74a조와 제120조에 명시되고 해당 조항을 통해 문제된 규정과 통째로 연관되는 범죄행위를 전부 특별히 중한 범죄행위라고 평가할 수는 없다. 이는 연방헌법수호청법 제20조 제1항이 범죄의 목적이거나 범죄자의 동기만을 근거로 정보 송달을 허용하도록 광범위한 요건을 규정하고 있는 것에도 마찬가지로 적용된다.

연방헌법수호청법 제23조 제1호¹⁸⁾가 비례원칙에 위배되는 송달을 일반적으로 금지하는 내용을 담고 있다고 한들 도움이 되지 않는다. 그동안 헌법재판소에 의해 정보 송달의 허용 요건이 구체화되어 왔다고 하더라도, 이러한 일반적 유보는 연방헌법수호청법 제20조 제1호에 규정된 정보 송달의무를 필요한 요건이 충족되는 사건에 한정하도록 하는 형량 과정을 제공하지 못한다.

또한 헌법에서 요구하는 송달의 허용 한계가 누락되어 있다. 문제된 규정은 국가 안보범죄를 예방하거나 소추하기 위해 필요하다는 실질적인 징후가 존재하는 경우에 송달을 허용하고 있다. 따라서 구체적인 위험 상황이나 필요한 의심을 불러일으키는 특정 사실과 무관하게 정보의 송달이 가능해진다.

사. 마지막으로 송달규정은 송달을 기록하고, 송달을 요청하게 된 법적 근거를 명시해야 하는 구체적으로 규범화된 의무에 대한 헌법상의 요구를 충족하고 있지 않다 (BVerfGE 154, 152 <307 Rn. 319> 참조).

IV. 결정의 의의

정보기관이 비밀 수단을 통해 얻은 개인 관련 데이터를 수사기관에 송달하는 경우, 그러한 수단을 통한 정보 수집을 엄격한 요건하에서만 허용하는 수사기관 관련규정이 우회되는 결과를 낳을 수 있다. 독일 연방헌법재판소는 그러한 우회를 방지하기

18) [연방헌법수호청법 제23조 제1호]

이 장의 규정들에 따른 송달은 다음의 경우에 금지된다.

1. 송달받는 부처에서 정보의 종류와 그 수집 방식을 고려하여 당사자가 보호받아야 할 이익이 송달에의 공익보다 더 크다는 것이 인식 가능한 경우

위해 ‘가상의 신규 정보 수집’을 상정하여 정보를 수신하는 행정청이 해당 정보를 얻기 위해 동일한 상황에서 스스로 정보기관의 수단을 사용하는 것이 가능한지를 평가해야 한다고 하였다.

최신 세계헌법판례

오스트리아

▮ 프로그램수신료와 방송의 독립성

/ 책임연구원 이지효

프로그램수신료와 방송의 독립성¹⁾

I. 사실관계

오스트리아방송국(Österreichischer Rundfunk, ORF)은 공법상의 재단으로 연방 내에서 라디오와 텔레비전 프로그램을 공급할 의무를 진다. ORF의 라디오 및 텔레비전 방송을 수신할 권리는 오스트리아연방방송국법²⁾(이하 ‘방송국법’) 제31조 제1항³⁾에 따라 지속적인 프로그램수신료(라디오수신료, 텔레비전수신료) 납부와 결부되어 있다. 동조 제10항⁴⁾에 따르면 수신료는 방송의 빈도나 품질, 수신 여부와 무관하게 납부해야 하며, 방송수신자가 방송국법 제3조 제1항⁵⁾에 따라 ORF의 프로그램을 지상파(아날로그 또는 디지털지상파)를 통해 제공받을 수 있다면 특히 그러하다. ORF의 공영방송 프로그램은 ‘전통적인’ 방송방식(지상파, 케이블, 위성)을 통해 수신 가능하며 이 밖에도 인터넷을 통해 실시간으로 재생(스트리밍)될 수 있다. 그런데 ORF의 텔레비전 및 라디오 프로그램을 인터넷을 통해 소비하는 경우에는 행정대법원의 2015년 6월 30일 결

1) 오스트리아 헌법재판소 2022. 6. 30. 결정, G 226/2021-12.

2) Bundesgesetz über den Österreichischen Rundfunk, ORF-G, BGBl. I 247/2021.

3) [오스트리아연방방송국법 제31조 제1항]

누구나 지속적인 프로그램수신료(라디오수신료, 텔레비전수신료)를 납부하는 대가로 오스트리아방송국의 라디오방송 및 텔레비전방송을 수신할 권한이 있다. 프로그램수신료의 금액은 사무총장이 신청하면 재단위원회에서 확정한다. 사무총장은 경영상 필요에 따라 프로그램수신료의 재확정을 신청해야 하지만 마지막 신청 이후 5년 이내에 제출해야 한다.

4) [오스트리아연방방송국법 제31조 제10항]

프로그램수신료는 방송의 빈도와 품질 또는 수신 여부와 무관하게 납부해야 하며, 특히 방송참여자(방송수수료법 제2조 제1항)가 소재지에서 제3조 제1항에 따라 지상파(아날로그 또는 디지털지상파)를 통해 오스트리아방송국의 프로그램을 제공받는 경우에 더욱 그러하다. 프로그램수신료 납부 의무의 시작과 종결 시점 및 면제에 관해서는 방송수수료에 적용되는 연방법 규정에 따른다.

5) [오스트리아연방방송국법 제3조 제1항]

오스트리아방송국은 모든 지사와의 협력하에

1. 오스트리아 전역에서 수신 가능한 3개의 라디오 프로그램과 연방지역 내에서 수신 가능한 9개의 라디오 프로그램
2. 오스트리아 전역에서 수신 가능한 2개의 텔레비전 프로그램을 제공해야 한다.

오스트리아방송국은 기술의 발전과 경영상 수인되는 한도 내에서 프로그램 및 수신료의 질과 관련하여 방송수신기(라디오와 텔레비전) 운영의 권한이 있는 연방지역 내 주민들이 균일하고 지속적으로 연방 전역에서 수신 가능한 1개의 라디오 프로그램과 오스트리아 전역에서 수신 가능한 2개의 라디오 프로그램 및 2개의 텔레비전 프로그램을 제공받을 수 있도록 해야 한다.

정(Ro 2015/15/0015)에 따르면 프로그램수신료가 발생하지 않으며 방송수수료도 발생하지 않는다. 왜냐하면 ‘전통적인’ 방송기술(지상파나 케이블 또는 위성을 통해 프로그램을 수신할 수 있는 기술)을 사용하는 기기만 방송수수료법⁶⁾ 제1조 제1항⁷⁾상의 방송수신설비로 보아야 하기 때문이다. 그러므로 ORF 프로그램을 스트리밍하는 사용자들은 방송수수료법 제2조⁸⁾상의 방송참여자라 정의될 수 없으며 이에 따라 방송국법 제31조 제10항에 따라 수신료를 납부할 의무가 부과되지 않는다.

ORF는 방송국법 제31조 제10항에서 문제된 문언을 통해 헌법상 보장되는 권리인 방송의 자유(유럽인권협약 제10조⁹⁾), 방송의 독립을 보장하는 연방헌법¹⁰⁾(이하 ‘연방방송헌법’) 제1조¹¹⁾), 법 앞에서의 평등(연방헌법 제7조¹²⁾) 및 재산의 불가침(유럽인

6) Bundesgesetz betreffend die Einhebung von Rundfunkgebühren (Rundfunkgebührengesetz - RGG), BGBl. I Nr. 159/1999.

7) [방송수수료법 제1조 제1항]

이 연방법상 방송수신설비는 연방방송헌법 제1조 제1항상의 공연을 직접 시각적·청각적으로 감지할 수 있도록 해 주는 기술적 기기를 의미한다.

8) [방송수수료법 제2조]

(1) 제1조 제1항상의 방송수신설비를 건물에서 운영하는 사람(방송참여자)은 제3조에 따라 수수료를 납부해야 한다. 방송수신설비의 운영 대기는 해당 설비의 운영과 동일하게 간주해야 한다.

(2) 다음의 경우에는 제1조에 따른 수수료 납부 의무가 발생하지 않는다.

1. 방송참여자가 면제(제3조 제5항)를 받은 경우 또는

2. 소재지에서 이미 제3조에 따라 수신료를 납부하고 있는 경우.

소재지는 방송수신설비가 운영되고 있는 주거지 또는 기타 단일한 사용목적용 가진 공간을 의미한다.

9) [유럽인권협약 제10조]

(1) 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 의견을 가질 자유와 공공당국의 간섭을 받지 않고 국경에 관계없이 정보 및 사상을 주고받는 자유를 포함한다. 이 조항이 방송, 텔레비전 또는 영화 사업자에 대한 국가의 허가제도를 금지하는 것은 아니다.

(2) 이러한 자유의 행사에는 의무와 책임이 따르므로 법률에 의하여 규정되고, 국가안보, 영토의 일체성이나 공공의 안전, 무질서 및 범죄의 방지, 보건과 도덕의 보호, 타인의 명예나 권리의 보호, 비밀리에 얻은 정보의 공개 방지, 또는 사법부의 권위와 공정성의 유지를 위하여 민주사회에서 필요한 형식, 조건, 제약 또는 형벌에 따르게 할 수 있다.

10) Bundesverfassungsgesetz vom 10. Juli 1974 über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks StF: BGBl. Nr. 396/1974 (NR: GP XIII AB 1265 S. 111. BR: S. 334.)

11) [연방방송헌법 제1조]

(1) 방송이란 연결선 없이 전기적 진동을 사용하거나 물리전도체의 횡축 또는 이를 매개로 하여 일반 대중을 대상으로 하는 모든 종류의 공연을 말, 소리 및 이미지로 전파하고 이러한 목적에 부합하는 기술 장비를 작동하는 것을 의미한다.

(2) 방송과 그 기구에 관한 자세한 사항은 연방법으로 확정해야 한다. 특히 이러한 연방법은 보도의 객관성과 공정성, 의견의 다양성 고려, 프로그램의 균형 및 제1항에 명시된 임무를 수행하도록 위임된 개인과 기관의 독립성을 보장하는 조항을 포함해야 한다.

(3) 제1항에 따른 방송은 공공의 과제이다.

12) [연방헌법 제7조]

권협약 추가의정서¹³⁾ 제1조 제1호¹⁴⁾, 국가기본법¹⁵⁾ 제5조¹⁶⁾을 침해당했다고 주장하였다.

II. 주문

1. 오스트리아연방방송국법 제31조 제10항의 ‘특히 방송참여자(방송수수료법 제2조 제1항)가 소재지에서 제3조 제1항에 따라 지상파(아날로그 또는 디지털지상파)를 통해 오스트리아방송국의 프로그램을 제공받는 경우에 더욱 그러하다. 프로그램수신료 납부 의무의 시작과 종결 시점 및 면제에 관해서는 방송수수료에 적용되는 연방법 규정에 따른다.’라는 문언은 위헌으로 폐지한다.

2. 폐지의 효력은 2023. 12. 31.이 경과한 날부터 발생한다.

3. 이전의 법률 규정은 다시 효력을 갖지 아니한다.

4. 연방총리는 이 판결을 연방 법률관보 I 에 지체 없이 게재할 의무를 진다.

III. 관련 규정과 쟁점

1. 관련 규정

연방방송헌법

제1조

(1) 방송이란 연결선 없이 전기적 진동을 사용하거나 물리전도체의 횡축 또는 이를

(1) 모든 국민은 법 앞에서 평등하다. 출신, 성별, 신분, 계급 및 신앙에 따른 특권은 인정되지 않는다. 누구도 장애로 인해 불이익을 받아서는 안 된다. 공화국(연방, 주, 지방자치단체)은 장애인과 비장애인에게 일상생활의 모든 분야에서 평등한 대우를 보장한다.

(…생략…)

13) Zusatzprotokoll zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, ZPEMRK

14) [유럽인권협약 추가의정서 제1조 제1항]

모든 자연인 또는 법인은 자신의 재산을 존중받을 권리를 갖는다. 공공의 이익이 요구하고, 법률 및 국제법의 일반원칙에 의해 규정된 조건하 외에는 누구도 재산을 박탈당하지 않는다.

15) StGG - Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger

16) [국가기본법 제5조]

재산은 불가침이다. 소유자의 의사에 반하는 재산권의 박탈은 법률이 규정하는 경우와 방식으로만 행해질 수 있다.

매개로 하여 일반 대중을 대상으로 하는 모든 종류의 공연을 말, 소리 및 이미지로 전파하고 이러한 목적에 부합하는 기술 장비를 작동하는 것을 의미한다.

(2) 방송과 그 기구에 관한 자세한 사항은 연방법으로 확정해야 한다. 특히 이러한 연방법은 보도의 객관성과 공정성, 의견의 다양성 고려, 프로그램의 균형 및 제1항에 명시된 임무를 수행하도록 위임된 개인과 기관의 독립성을 보장하는 조항을 포함해야 한다.

(3) 제1항에 따른 방송은 공공의 과제이다.

오스트리아연방방송국법

제31조

(1) 누구나 지속적인 프로그램수신료(라디오수신료, 텔레비전수신료)를 납부하는 대가로 오스트리아방송국의 라디오방송 및 텔레비전방송을 수신할 권한이 있다. 프로그램수신료의 금액은 사무총장이 신청하면 재단위원회에서 확정한다. 사무총장은 경영상 필요에 따라 프로그램수신료의 재확정을 신청해야 하지만 마지막 신청 이후 5년 이내에 제출해야 한다.

(2) 프로그램수신료의 금액은 경제적이며 목적에 부합하는 행정을 기반으로 공법상 과제를 이행할 수 있는 방식으로 결정되어야 한다; 이러한 맥락에서 총체적인 경제 발전을 고려해야 한다. 프로그램수신료의 금액은 프로그램 비용 결정으로부터 5년의 기간(자금 조달기간) 동안 프로그램수신료를 지불해야 하는 사람들의 예상 수를 고려할 때 공공서비스의 예상 순 비용을 충당하는 데 필요한 금액으로 제한된다. 프로그램수신료의 계산 기준이 되는 예상 발전에 대한 가정은 이유 있고 이해될 수 있어야 한다.

(제3항~제9항 생략)

(10) 프로그램수신료는 방송의 빈도와 품질 또는 수신 여부와 무관하게 납부해야 하며, 특히 방송참여자(방송수수료법 제2조 제1항)가 소재지에서 제3조 제1항에 따라 지상파(아날로그 또는 디지털지상파)를 통해 오스트리아방송국의 프로그램을 제공하는 경우에 더욱 그러하다. 프로그램수신료 납부 의무의 시작과 종결 시점 및 면제에 관해서는 방송수수료에 적용되는 연방법 규정에 따른다.

(제11항~제16항 생략)

(17) 프로그램수신료는 방송수수료와 동시에 같은 방식으로 징수해야 한다; 다른

방식으로의 납부는 채무가 변제되지 않는다.

(제17a항 생략)

(18) 연체된 프로그램수신료는 방송수수료 징수를 부여 받은 법인이 방송수수료 체납의 경우와 동일한 방식으로 행정심판을 통해 오스트리아방송국을 위해 회수할 수 있다.

(제19항 생략)

방송수수료법

제1조

(1) 이 연방법상 방송수신설비는 연방방송헌법 제1조 제1항상의 공연을 직접 시각적·청각적으로 감지할 수 있도록 해 주는 기술적 기기를 의미한다.

(제2항 생략)

제2조

(1) 제1조 제1항상의 방송수신설비를 건물에서 운영하는 사람(방송참여자)은 제3조에 따라 수수료를 납부해야 한다. 방송수신설비의 운영 대기는 해당 설비의 운영과 동일하게 간주해야 한다.

(2) 다음의 경우에는 제1조에 따른 수수료 납부 의무가 발생하지 않는다.

1. 방송참여자가 면제(제3조 제5항)를 받은 경우 또는
2. 소재지에서 이미 제3조에 따라 수신료를 납부하고 있는 경우.

소재지는 방송수신설비가 운영되고 있는 주거지 또는 기타 단일한 사용목적을 가진 공간을 의미한다.

(제3항~제5항 생략)

2. 쟁점

ORF의 프로그램을 전통적 의미의 지상파방송수신설비를 통해 제공받지 않고 스트리밍만을 통해 이용하는 사람에게 프로그램수신료를 부과할 수 없게 하는 규정의 위헌 여부가 쟁점이다.

IV. 판단

1. 공영방송사로서 ORF의 자금조달은 연방방송헌법에 따라 연방입법자의 관할 사항으로 원칙적으로 오스트리아연방방송국법에서 규정하고 있다. 입법자는 유럽연합법, 특히 보조금과 관련한 법적 요건 및 연방방송헌법 제1조 제2항 및 제3항에 따라 행해야 하는 의무를 고려하여 공영방송의 민주적·문화적 과제를 오스트리아연방방송국법에서 규율하고 있다. 입법자는 연방방송헌법 제1조 제2항과 제3항에 기초하여 형성해야 하는 공영방송의 기능 및 자금 조달책임에 대해 혼합재정 방식을 선택하였다. ORF는 공법상의 과제를 수행하며 한편으로 국가로부터 보장받는 자금 조달수단으로서 법으로 규정된 프로그램수신료를 받으며, 다른 한편으로 기업으로서의 활동에 대한 자금 조달은 경영상 수익, 특히 광고 수익을 통해 충당할 수 있도록 하고 있다.

프로그램수신료는 특히 방송국법 제31조에 상세히 규정되어 있으며, 프로그램수신료의 납부 의무 대상과 그 금액에 관해 법으로 규정하고 있다. 프로그램수신료의 금액은 유럽연합의 지침과 총체적 경제 발전을 고려하여 공법상의 과제라는 목적에 부합하는 경제적인 행정이 이행될 수 있도록 확정해야 한다.

프로그램수신료 납부 의무를 부과 받는 대상은 원칙적으로 ORF의 라디오나 텔레비전 방송을 수신할 권한이 있는 사람으로 방송국법 제31조 제1항에서 규정하고 있다. 나아가 동조 제10항에서는 프로그램수신료 납부 의무를 부과 받는 대상을 방송수수료법 제2조 제1항상의 ‘방송참여자’에게도 확장하고 있다. 즉, 소재지에서 ORF의 프로그램을 제공받는 사람도 수신료를 납부해야 한다. 이처럼 입법자는 방송국법 제31조 제10항에서 누가 ORF에 프로그램수신료를 납부할 의무가 있는지에 관하여 방송수수료법에 따라 방송수수료를 납부해야 하는 사람과 연결하여 규정하고 있다. 방송국법 제31조 제17항과 제18항에서도 프로그램수신료 징수를 방송수수료법상의 방송수수료 납부와 결부하고 있다.

방송수수료 납부 의무는 방송수수료법 제2조 제1항에 따라 동법 제1조 제1항상의

방송수신설비를 운영하거나 운영 대기하고 있는 사람(방송수수료법 제2조 제1항상의 방송참여자)에게 부과된다. 행정대법원의 판례에 따르면 방송수수료법상의 ‘방송수신설비’는 ‘방송기술’(지상파 방식, 케이블, 위성)을 사용하는 기기만을 의미한다. 이러한 방송기술을 통해 방송프로그램을 수신할 수 있는 컴퓨터(가령 TV 카드나 라디오 카드, DVB-T 모듈)는 방송수신기기로 판단할 수 있다. 반면에 이러한 방송기술 없이 인터넷 연결만 가능한 컴퓨터는 방송수신기기가 아니다(VwGH 30.6.2015, Ro 2015/15/0015). 방송수수료법에 관한 이 행정대법원 판례는 ORF의 프로그램수신료 납부 의무 규정에 대해 다음과 같은 결론을 이끌어 낸다. 방송국법 제31조 제10항 제1문 후단에 따르면 방송수수료법 제2조 제1항상의 ‘방송참여자’도 소재지에서 ORF의 프로그램을 지상파(아날로그 또는 디지털 방식)를 통해 제공받는다면 프로그램수신료를 납부할 의무가 있다. 방송수수료법 제2조 제1항은 ORF의 방송프로그램을 케이블이나 위성을 통해 수신받는 사람도 방송수수료 납부 의무가 있는 방송참여자로 규정하지만 ORF 방송프로그램을 인터넷에서 스트리밍만 하는 사람은 여기에 포함시키지 않는다. 방송국법 제31조 제10항 제2문에서는 프로그램수신료 납부 의무의 시작과 종결 시점 및 면제에 관해서는 방송수수료에 적용되는 연방법 규정에 따른다고 하고 있다. 동조 제17항에서는 이와 관련하여 프로그램수신료를 방송수수료와 동시에 같은 방식으로 징수해야 한다고 규정하고 있다. 따라서 프로그램수신료 납부 의무는 방송국법 제31조 제10항과 동조 제17항, 방송수수료법 제2조 제1항에 따라 방송수신설비를 통해 ORF의 방송 프로그램을 지상파, 케이블 또는 위성으로 수신 가능한 사람에게 부과된다.

입법자가 앞서 언급한 규정에서 방송수수료와 (방송국법 제31조와 결부하여) ORF 프로그램수신료의 납부 의무를 확정하는 방식에 의하면 인터넷이 가능한 수신기기를 보유하고 있지만 지상파나 케이블 또는 위성을 통한 ORF 방송 프로그램 수신이 불가능한 사람은 방송수수료를 낼 의무가 없고 이에 따라 프로그램수신료를 낼 의무도 없게 된다. 이는 인터넷이 가능한 수신기기를 통해 ORF 프로그램을 듣거나 볼 수 있는지 여부와는 무관하다.

2. 청구인인 ORF의 관점에서는 이러한 프로그램수신료 납부 의무에 관한 법률 규정에 의해 소위 ‘스트리밍-공백’이 발생한다. 왜냐하면 ORF 프로그램을 지상파나 케

이블 또는 위성을 통해 사용하는 사람과 동일한 ORF의 프로그램을 듣고 볼 수 있는 (스트리밍하는) 사람이 프로그램수신료를 납부할 의무가 없기 때문이다. ORF는 이 점이 특히 자신의 법적 영역에 대한 위헌적인 설계라고 간주한다. 프로그램수신료 납부 대상의 범위를 부적절하게 설정하였고, 방송참여자를 프로그램수신료 납부 의무자로 규정하는 기술의존적 규정은 기술중립적이며 발전에 대해 개방된 태도를 보이는 연방방송헌법 제1조 제1항의 방송의 정의에 위배되기 때문이다. ‘스트리밍’은 이제 지상파나 케이블 또는 위성을 통한 전파방식과 동등한 가치를 갖는 전파방식이 되었으며, 앞으로 더욱 중요해질 것이므로 이 규정은 연방방송헌법으로부터 도출되는 공영방송에 대한 재정보장에도 위배된다.

연방방송헌법과 유럽인권협약 제10조는 방송규정 설계를 위한 민주적이고 문화적 관점에서의 입법자의 기능적 책임을 조직한다. 이는 유럽인권협약 제10조에서 보장하는 방송의 자유 및 연방방송헌법에서의 제도적 전제에 기초하며(VfSlg. 12.822/1991 참조), 방송을 통한 공개적 담론의 자유를 총체적으로 보장해야 한다.

연방방송헌법 제1조 제1항상의 방송은 기술적(연결선 없이 전기적 진동을 사용하거나 물리전도체의 횡축 또는 이를 매개로 하는) 구성요소와 내용적·저널리즘적(모든 종류의 공연을 말, 소리 및 이미지로 전파) 구성요소를 갖고 있다. 전자는 인쇄 매체가 아닌 전자적 매체에 초점을 맞추는 부분에서 기술을 특정하고 있지만, 기술의 발전을 포함하고 있다는 점에서 기술개방적으로 설계되었다. 이는 연방방송헌법 제1조 제1항상의 방송 규정에 연결되는 동조 제2항 및 제3항에서의 보장이 변화하는 기술 세계에서 유효하게 유지될 수 있는 유일한 방법이다. 저널리즘적 구성요소는 특히 방송의 매스미디어로서의 중요성에 주목하며, 이는 특히 단어, 소리 및 이미지 조합의 효과와 프로그램 설계 및 프로그램에서 표현되는 민주적이고 문화적인 대중 커뮤니케이션에 대한 영향에서 분명해진다. 연방방송헌법 제1조 제1항은 동조 제2항과 제3항의 기능 및 개발 보장과 상호작용한다(Berka, *Das BVG-Rundfunk: Rundfunkrechtliches Leitprinzip für einen modernen Rundfunk oder obsoletes Verfassungsrecht?*, FS Öhlinger, 2004, 584 [589]; Wiederin, *Die Rundfunkdefinition des BVG-Rundfunk: Versuch einer Rehabilitation*, MR 2021, 215 [221] 참조).

3. 본 사안과 관련하여서는 공영방송과 관련된 방송헌법의 요건, 특히 자금 조달 및 독립성(국가 및 사적 영향력과 종속으로부터의 독립성)이 연방방송헌법 제1조 제1항의 방송개념에 따라 보장되어야 한다는 점을 명시하는 것으로 충분하다. 이 원칙은 연방방송헌법 제1조 제2항 및 제3항의 기능적 책임이 방송 커뮤니케이션에 어떻게 적용되는지를 결정한다. 이렇게 정의된 방송규정에서 공영방송은 연방방송헌법 및 유럽인권협약 제10조에 따라 기능적으로 적절한 위치에 있어야 한다. 바로 이 점에서 연방방송헌법의 자금조달 보장이 오스트리아의 공영방송과 연결된다. 이러한 요건의 범위 내에서 입법자는 공영방송의 자금 조달 설계와 관련하여 형성의 여지를 갖는다.

본 사안에서는 인터넷이 가능하지만 지상파나 케이블 또는 위성을 통해 방송 프로그램 수신할 수 없는 기기를 통해 ORF 프로그램을 듣거나 볼 수 있는 사람을 납부 대상에서 제외하는 것이 방송헌법상 전제나 특히 평등의 원리와 같은 헌법상 보장에 합치되는지 여부가 문제된다.

방송연방헌법 제1조 제2항과 제3항의 형성의 요건에서는 전체 방송질서에서 공영방송의 민주적·문화적 의미가 중점이 된다. 현재 방송국법에서 규정하고 있는 프로그램수신료의 재정 조달, 즉 공영방송 프로그램의 잠재적 사용자에게 납부 의무를 부과하는 방식은 공영방송의 독립성을 보호하는 효과도 있다. 이러한 프로그램수신료를 통한 자금 조달에서는 연방방송헌법상 방송을 잠재적으로 수신하고 방송을 통해 공개적 담론에 참여할 수 있는 모든 사람들이 원칙적으로 ORF의 법적 재정 조달에 포함되어야 한다는 점이 중요하며, 특정 기술을 사용하는 기기의 사용자라고 해서 특정 집단이 배제되어서는 안 된다.

연방방송헌법 제1조 제2항에서 입법자에게 제시하는 방송규정의 형성에 대한 목표 설정을 살펴보면, 이는 또한 방송 프로그램이 연방방송헌법 제1조 제1항의 헌법적 방송개념의 저널리즘적 구성요소를 충족한다면 인터넷을 통해 배포될 수 있다는 보장 의무도 포함한다. ORF가 올바른 지적한 바와 같이 연방방송헌법의 목표 설정을 고려할 때 통신 기술의 현황과 발전에 따라 '인터넷 방송'은 '방송'에 비견될 수 있다. 입법자가 ORF 자금 조달에 대한 책임을 행사하면서 프로그램수신료를 통해 자금을

조달할 것이라고 가정하는 경우 연방방송헌법의 요구사항과 관련하여 총체적인 방송 질서에서 중요한 특정 사용행위를 재정 조달 의무로부터 배제할 수는 없다. 왜냐하면 이를 통해 입법자는 공영방송의 기능에 비추어 볼 때 원칙적으로 균등한 참여기회에서 자금 조달 부담을 불균등하게 분배하는 결과를 초래하기 때문이다.

ORF가 프로그램수신료를 통해 자금을 조달하는 경우, 입법부는 인터넷을 통해 ORF 라디오 프로그램을 수신하는 것과 관련하여 프로그램수신료 지불 의무를 보다 자세히 정의하고 차별화해야 한다. ORF의 프로그램에의 소통을 통한 참여를 온전히 제외시키는 것은 연방방송헌법의 독립성 요건을 고려하여 입법자가 프로그램수신료로서 마련한 참여를 통한 재정 조달 체계의 요청에 합치되지 않는다.

방송국법 제31조 제10항의 규정이 동조 제17항과 제18항과 연계되어 ORF의 프로그램을 인터넷을 통해서만 사용하는 사람에게 프로그램수신료 납부 의무가 부과되지 않게 작용하는 것은 앞서 언급한 연방방송헌법의 원칙에 위배된다.

확인된 위헌 요소의 제거를 위해서는 프로그램수신료 납부 의무를 방송수수료법상 방송수수료 납부 의무와 결부시키는 방송국법의 조항을 폐지하는 것으로 충분하다. 따라서 헌법재판소는 오스트리아연방방송국법 제31조 제10항의 ‘특히 방송참여자(방송수수료법 제2조 제1항)가 소재지에서 제3조 제1항에 따라 지상파(아날로그 또는 디지털지상파)를 통해 오스트리아방송국의 프로그램을 제공받는 경우에 더욱 그러하다. 프로그램수신료 납부 의무의 시작과 종결 시점 및 면제에 관해서는 방송수수료에 적용되는 연방법 규정에 따른다.’라는 문언을 위헌으로 폐지한다.

V. 결정의 의의

오스트리아 헌법재판소는 ORF의 프로그램수신료 납부 체계가 방송의 자유를 보장하는 형태로 설계되어야 한다는 점을 강조하며 수신기가 특정 기술을 사용하지 않는다는 이유로 해당 집단을 수신료 납부 의무 대상에서 배제하는 조항이 위헌이라고 판단하였다.

최신 세계헌법판례

인도

■ 목적론적·합헌적 법령해석을 통한 미혼여성 등의 낙태권 인정
/ 책임연구관 임기영

목적론적·합헌적 법령해석을 통한 미혼여성 등의 낙태권 인정¹⁾

I. 사건개요

이 사건의 상고인은 뉴델리에 거주하고 있는 약 25세의 미혼여성으로 5명의 자매 중 장녀이고 부모는 농업에 종사하고 있다. 상고인은 합의된 관계의 결과로 임신을 하게 되었다. 상고인은 델리 고등법원에 항소할 당시 임신 22주차였고, 파트너는 상고인과의 결혼을 거부한 상황이었다. 상고인은 미혼모에 대한 사회적 오명과 괴롭힘을 경계하며 임신중절을 원하였다. 상고인은 생계수단이 없는 상황에서 미혼모로 아이를 양육할 정신적 준비가 되지 않았고, 원치 않는 임신의 지속은 상고인의 정신 건강에 심각하고 큰 피해를 야기할 위험을 내포한다고 주장하였다.

인도에서 낙태는 형법에 의해 처벌되며 법률에서 허용된 경우에만 인정된다. ‘1971년 의학적 임신중절법(Medical Termination of Pregnancy Act 1971, MTP Act, 이하 ‘임신중절법’이라 한다)’과 임신중절법에 따라 제정된 ‘2003년 의학적 임신중절규칙(Medical Termination of Pregnancy Rules 2003, MTP rule, 이하 ‘임신중절규칙’이라 한다)’은 낙태가 허용되는 경우를 규정하고 있다. 임신중절법 제3조 제2항 (b)²⁾와 임신

1) X v. The Principal Secretary, Health and Family Welfare Department, 2022 SCC OnLine SC 1321. (Civil Appeal No 5802 of 2022) (2022. 9. 29.)

2) 임신중절법 제3조 - 등록된 의사에 의해 임신이 중단될 수 있는 경우

(1) 인도 형법(45 of 1860)의 규정에도 불구하고, 이 법률 조항에 부합하여 등록된 의사에 의해 임신이 중단된 경우, 등록된 의사는 형법이나 기타 법률에 따른 범죄의 유죄가 되지 아니 한다.

(2) 임신은 다음의 경우, 등록된 의사에 의해 중단될 수 있으며, (4)의 적용을 받는다.

(a) 임신기간이 20주를 초과하지 않았으며 등록된 의사가 선의로 (i) 또는 (ii)의 의견일 경우, 또는

(b) 임신기간이 20주를 초과하였으나 24주를 초과하지 않았고 이 법률에 따라 만들어진 규칙에 의해 규정된 범주의 여성이면서 2명 이상의 등록된 의사가 선의로 (i) 또는 (ii)의 의견일 경우.

(i) 임신의 지속이 임신한 여성의 생명에 대한 위험이나 신체 또는 정신 건강에 중대한 피해를 가져올 위험을 내포함. 또는

(ii) 만일 아이가 태어난다면, 그 아이가 심각한 신체적 또는 정신적 기형으로 고통 받을 상당한 위험이 있음.

설명1. (a)에 관하여, 자녀 수를 제한하거나 임신을 방지하기 위해 여성이나 그녀의 파트너가 사용한 기구 또는 방법의 실패로 임신이 된 모든 경우에 그러한 임신으로 야기되는 괴로움은 임신한

중절규칙 Rule 3B³⁾는 강간, 미성년자, 이혼이나 배우자의 사망, 장애인, 태아기형, 재난이나 긴급상황의 경우 낙태를 허용하지만 그 외의 낙태는 허용하지 않는다. 기존에는 낙태 가능 시기가 임신 20주였으나 2021년의 개정으로 그 시기가 24주까지 확대되었다.

상고인은 델리 고등법원에 임신을 중단할 수 있도록 허용해 달라는 요청과 함께 임신중절법 제3조 제2항 (b)에 따라 임신중절이 허용되는 범주를 규정한 임신중절규칙 Rule 3B의 규정 범위에 미혼여성도 포함해줄 것을 요청하는 청구서를 제출하였다. 델리 고등법원은 상고인이 임신 24주차가 되던 2022년 7월 15일, 미혼여성이 배제된 임신중절규칙 Rule 3B가 위헌무효라고 판결된 것이 아닌 이상 그 규정은 유효하며, 해당 법원은 법률을 넘어선 판단을 할 수 없다고 언급하며, 상고인은 미혼여성이고 합의된 관계로 인한 임신이기 때문에 임신중절규칙 Rule 3B(c)에 해당하지 않아 임신중절법 제3조 제2항 (b)가 적용되지 않는다고 판결하였다.

이에 상고인은 인도 대법원에 특별상고허가를 신청하였고, 2022년 7월 21일 대법원은 상고인이 임신중절을 할 수 있도록 허용하는 임시명령을 내렸다. 상고인의 임신중절은 안전하게 이루어졌으나 이 사건은 중요한 법률문제를 포함하므로 대법원은 심리를 계속하였다.

여성의 정신 건강에 심각한 피해를 형성한다고 추정될 수 있다.

설명2. (a) 및 (b)에 관하여, 임신한 여성이 강간에 의해 임신되었다고 주장하는 경우, 그러한 임신으로 야기되는 괴로움은 임신한 여성의 정신 건강에 심각한 피해를 형성한다고 추정된다.

(3) ... 생략 ...

(4) (a) 18세에 이르지 아니하였거나 18세에 이르렀으나 정신질환이 있는 여성의 임신은 그녀의 후견인의 서면 동의 없이는 중단되어서는 안 된다.

(b) (a)에 규정된 경우 외에는, 어떠한 임신도 임신한 여성의 동의 없이는 중단되어서는 안 된다.

3) 임신중절규칙

Rule 3B. 임신 24주까지 임신중절이 가능한 여성. — 다음 범주의 여성은 임신중절법 제3조 제2항 (b)에 따라 임신 24주까지 임신중절이 가능하다고 여겨진다. 즉, —

(a) 성폭행 또는 강간 또는 근친상간

(b) 미성년자

(c) 진행 중인 임신 동안 혼인 상태의 변화(사별과 이혼)

(d) 신체장애를 갖고 있는 여성[2016년 장애인 권리법 하에 규정된 기준에 따른 주요 장애]

(e) 정신지체를 포함한 정신적 질병을 갖고 있는 여성

(f) 생명과 양립할 수 없는 상당한 위험을 가진 태아기형 또는 아이가 태어난다면 그 아이가 중증 장애인이 될 정도의 신체적 또는 정신적 기형으로 고통을 받을 경우

(g) 정부의 선언에 따라 인도주의적 상황이나 재난이나 긴급 상황에 있는 임신한 여성.

II. 쟁점 및 판단⁴⁾

1. 상고인 측의 주장

상고인 측 대리인은 임신중절법 제3조 제2항 (b)와 임신중절규칙 Rule 3B(c)가 임신중절을 허용하는 범주에서 미혼여성을 배제하였기 때문에 자의적이고 차별적이며, 해당 규정들이 혼인 여부에 근거하여 여성을 차별하므로 인도 헌법 제14조⁵⁾의 평등권 침해라고 주장하였다. 이를 뒷받침하기 위해 임신중절규칙 Rule 3B(c)의 ‘혼인 상태의 변화(change of marital status)’는 미혼여성이나 이혼하지는 않았지만 별거중이거나 버림받은 여성 등을 포함하는 ‘관계상태의 변화(change in the status of a relationship)’로 해석되어야 한다는 주장도 제기되었다.

2. 안전하고 합법적인 낙태에 대한 접근을 가로막는 장벽

인도에서는 1971년 임신중절법이 제정되었으나 안전하고 합법적인 낙태를 가로막는 수많은 장애물들로 인해 여성들은 은밀하고 위험한 낙태시술로 내몰려 왔다. 이러한 장벽에는 불충분한 기반시설, 인식의 부족, 사회적 낙인, 비밀유지의 보장 실패 등이 포함된다. 여성의 혼인 외 성적 자율권에 관한 성 고정관념으로 인해 미혼여성들은 특정한 장벽에 맞부딪치기도 한다. 이러한 장벽들은 싱글여성들로 하여금 안전하고 합법적인 낙태시술을 단념하게 만든다. 이러한 장벽들은 낙태시술에 대한 접근을 지연시키거나 아예 불가능하게 만듦으로써 여성의 재생산적 자율권(reproductive autonomy)을 부정한다.

가. 등록된 의사들의 기소에 대한 우려

안전한 낙태에 대한 접근을 막는 것은 위에 언급된 요소들만이 아니다. 인도 형법상 기소될 수 있다는 우려 역시 안전한 낙태를 막는다. 임신중절법은 낙태를 범죄화

4) 대법원장 Dhananjaya Y. Chandrachud, 대법관 Hima Kohli, 대법관 Pamidighantam Sri Narasimha의 3인으로 구성된 재판부의 판결.

5) 인도 헌법 제14조. 법 앞의 평등.

국가는 인도 영토 내에서 모든 사람의 법 앞의 평등이나 평등한 법의 보호를 부정하지 않는다.

하는 인도 형법 규정의 예외를 규정할 뿐이다. 임신중절법 제3조 제1항에 따르면 임신중절은 임신중절법에 규정된 요건을 갖추지 않는 한 형법상 범죄가 된다. 이러한 요건에는 임신을 중단시킬 수 있는 사람, 장소, 구체적인 상황이 포함된다. 임신중절은 ‘등록된 의사(registered medical practitioner, RMP)’에 의해서 이루어져야 하며 정부에 의해 설립 또는 유지되는 병원이나 정부가 승인한 장소에서만 가능하다(임신중절법 제4조, 제5조). 임신중절법상 등록된 의사의 의견은 결정적이다. 임신중절법상 여성은 등록된 의사의 의견에 근거하여서만 임신중절이 가능하다. 이는 임신중절법을 시술자 중심적 법률로 만든다. 여성의 낙태 접근권은 등록된 의사의 승인에 달려있기 때문에 의사가 시술을 거부할 경우 여성은 법원을 찾거나 안전하지 못한 상황에서 낙태시술을 받게 된다. 이렇게 복잡한 미로 같은 법률하에서 기소에 대한 두려움은 등록된 의사들에게 위축효과를 가져와 안전한 낙태에 대한 접근을 막는 주된 장벽으로 작용하고 있다.

형법상 기소될 우려는 종종 불필요한 지연을 야기하고, 등록된 의사들이 가족들의 동의나 서류상 증거, 사법적 승인과 같이 법적 근거가 없는 추가적인 요건들을 요구하게 만들었다. 이러한 추가적인 요건에 부합하지 못하는 경우 등록된 의사들이 시술을 거부하는 사례는 빈번하다.

나. 미혼여성을 둘러싼 사회적 낙인

등록된 의사의 임신중절 시술 결정은 미혼여성 및 혼전 성관계를 둘러싼 사회적 낙인, 모성의 책임을 떠맡는 여성에 대한 성 고정관념, 사회에서의 여성의 역할에 의해서도 영향을 받는다.

미혼여성의 낙태는 불법이라는 인식 때문에 여성과 그 파트너는 적절하지 못한 시설에서 무면허 의사에 의한 시술을 받게 되고, 이는 높은 합병증의 위험과 임신부 사망률의 결과를 야기한다.

여성의 혼전 성관계에 대한 사회적 낙인은 여러 가지 방식으로 여성의 재생산권의 실현을 가로막는다. 성 건강 교육의 부재로 자신의 몸에 대한 지식을 배울 기회가 불충분하거나 없고, 피임에 대한 접근이 제한적이며, 자신의 재생산 건강에 관해 의료인들과 상담하지 못하는 경우가 빈번하다. 결과적으로 미혼이나 싱글여성은 추가적인 장애물에 직면하고 있다.

임신한 싱글여성을 둘러싼 사회적 낙인은 더욱 크다. 그들은 종종 가족이나 파트

너의 지원을 받지 못한다. 이는 무면허 의사에 의한 낙태시술의 확산이라는 결과로 이어지고 여성들에게 큰 피해를 야기한다. 재생산 건강 접근권에 대한 장벽을 염두에 두고, 임신중절법 제3조 제2항과 임신중절규칙 Rule 3B(c)의 해석을 살펴보도록 한다.

3. 분석

가. 목적론적 해석의 원칙

문제는 임신중절규칙 Rule 3B의 범위에 미혼여성, 싱글여성, 파트너가 없는 여성이 포함되는지 여부이다. 이는 Rule 3B의 목적론적 해석에 의해 파악할 수 있을 것이다.

법률 해석의 중요한 원칙은 입법부의 의도와 법률 제정의 법적 의미를 파악하는 것이다. 입법부의 의도는 법률 제정의 목적, 피해와 그에 상응하는 구제책을 이해하기 위해 법률에 사용된 용어의 의미를 고려함으로써 도출될 수 있다. 그러나 법률 용어의 의미에 대한 둘 이상의 해석이 가능한 경우에는 입법의 목적에 비추어 이를 해석하여야 한다. 이는 어떤 경우에 있어서는 사용된 용어에 특이하고 예외적인 의미가 부여될 수도 있음을 의미한다.⁶⁾ 목적론적 해석을 함에 있어 우리가 유의해야 할 점은 법원의 목적론적 해석 권한이 판사의 개인적인 생각으로 입법 의도를 대체할 수 있다는 뜻이 아니라는 점이다. 판사가 제시한 대안적 해석은 법규정의 범위 내에 있어야 하고 해당 법률의 목적을 수행하는 데 이바지해야 한다.

법률에 종속된 규정의 해석은 수권법률에 부합되어야 하고 수권법률의 목적을 실행할 수 있도록 유의미한 방식으로 해석되어야 한다. 또한 일련의 대법원 판결들⁷⁾은 수해적 법률의 의미에 관한 두 가지 관점이 가능한 경우 수해자에게 유리하게 해석되어야 한다는 입장을 확립시켰다.

6) AHARON BARAK, *PURPOSIVE INTERPRETATION IN LAW*, (Princeton University Press, 2007), at page 306.

7) Kerala Fishermen's Welfare Fund Board v. Fancy Food, (1995) 4 SCC 341; Bharat Singh v. Management of New Delhi Tuberculosis Centre, New Delhi, (1986) 2 SCC 614; Bombay Anand Bhavan Restaurant v. ESI Corpn, (2009) 9 SCC 61; Union of India v. Prabhakaran Vijaya Kumar, (2008) 9 SCC 527.

나. 권리의 근원으로서의 혼인제도의 초월

많은 법률상의 혜택이 혼인제도에 뿌리를 두고 있었고 실제로 그러하지만, 현대의 법률은 혼인이 개인의 권리의 전제조건이라는 개념을 폐기하고 있다. 법률 규정의 목적을 위한 해석을 함에 있어 염두에 두어야 할 것은 사회적 관습의 변화이다. 법률은 변화하는 시대와 상황의 요구에 맞춰 해석되어야 한다.⁸⁾ 법률의 목적론적 해석을 통해 법률과 사회 사이에 다리를 놓는 것이 법원의 역할이다.

Navtej Singh Johar v. Union of India, (2018) 10 SCC 1 판결에서 대법원은 헌법의 변화적 성격을 강조하였다. 변화적 입헌주의(transformative constitutionalism)는 모든 개인이 헌법에 보장된 생명과 자유를 향유할 수 있도록 보장함으로써 사회적 변화를 불러온다. 변화적 입헌주의는 사법부에 헌법의 최고성을 보장하고 유지할 의무를 부여하고, 동시에 헌법과 기타 조항들을 그 목적에 맞게 해석하고 집행함으로써 사회에 지속적으로 변화를 가져오게 한다.

1) 가족관계의 현대적 또는 이례적 형태

법률은 사회적 변화가 가족 구조에도 중대한 변화를 가져왔음을 인식해야 한다. *S. Khusboo v. Kanniammal*, (2010) 5 SCC 600 판결에서 대법원은 동거관계나 혼전 성관계를 범죄의 관점에서 관련시켜서는 안 된다고 하였다. *Deepika Singh v. Central Administrative Tribunal*, 2022 SCC OnLine SC 1088 판결에서 대법원은 가족 단위가 이례적인 방식으로 나타날 수 있음을 인정하였다.

사회적 현실은 비전통적인 가족관계의 발현을 합법적으로 인정할 필요성을 보여준다. 그러한 법적 인정은 비전통적 가족의 구성원들도 임신중절법을 포함한 수혜적 법률에 따라 혜택을 받을 수 있게 한다.

2) 기혼여성과 미혼 또는 싱글여성의 평등한 지위

시간이 흐름에 따라 의회는 기혼여성과 미혼여성의 권리를 일치시키는 법률을 제정해왔다. 1961년 모성혜택법(Maternity Benefit Act 1961), 2005년 힌두 상속(개정)법(Hindu Succession (Amendment) Act 2005), 1956년 힌두 입양 및 양육비법(Hindu Adoptions and Maintenance Act 1956), 1890년 후견인 및 피후견인법(Guardian and Wards Act 1890) 등은 여성의 혼인여부와 상관없이 권리를 인정하였다.

8) *Badshah v. Urmila Badshah Godse*, (2014) 1 SCC 188.

이러한 입법을 통해 법률은 미혼여성도 입양, 상속, 모성혜택에 있어 기혼여성과 동일한 권리를 갖는다고 강조하였다. 이러한 입법은 기혼여성과 미혼여성 모두 자신의 복지에 관한 중요한 선택을 할 동일한 결정권을 갖는다는 점을 보여준다.

성평등 사회를 향한 법률의 발전 속에서 임신중절법과 임신중절규칙의 해석은 오늘날 사회 현실을 고려해야 하고 지난 시절의 사회 관념에 제한되어서는 안 된다. 사회가 변하고 발전함에 따라 우리의 풍습과 관습도 변해야 한다. 변화된 사회적 맥락은 법률의 재조정을 요구한다. 법률은 변화 없이 고정되어서는 안 되고 그 해석은 변화하는 사회적 맥락을 염두에 두고 사회적 정의라는 대의를 진전시켜야 한다.

3) 임신중절법의 목적

입법에 이르게 된 배경과 상황, 그리고 법률이 제정되던 당시의 일반적인 상황을 인식하기 위해서 입법 연혁이나 입법의 목적 및 이유서(Statement of Objects and Reasons)를 살펴보는 것은 바람직한 일이다.⁹⁾

임신중절법의 제정 전에는 임신중절이 형법에 의해 다루어졌다. 인도 형법 제312조는 여성의 생명을 살리기 위해 선의로 한 경우를 제외하고는 임신한 여성의 유산을 야기하는 모든 사람(임산부 당사자를 포함하여)에게 법적 책임을 물었고, 형법 제313조는 여성의 동의 없이 ‘유산의 야기’를 범한 경우에 대하여 무기징역 또는 10년 이하의 징역형을 두었다. 형법 제312조 내지 제316조는 원하는 임신과 원하지 않는 임신 사이의 구분을 두지 않아 여성의 안전한 낙태에의 접근을 매우 어렵게 만들었다. 1971년 전까지 낙태의 형법상 범죄화는 여성으로 하여금 불안정하고 비위생적이며 규제를 벗어난 낙태시술을 받게 만들었고 임산부의 질병과 사망을 증가시켰다.

이와 같은 배경에서 임신중절법안이 제출되었는데, 그 의도는 형법 제312조하의 규제 중 일부를 풀고자 하는 것이었다. 임신중절법은 의회에서 ‘보건적’, ‘인도주의적’, ‘우생학적’ 조치로 제정되었다. 임신중절법의 취지는 여성에게 안전하고 합법적인 의학적 임신중절에 대한 접근권을 제공하는 것이었다. 임신중절법은 등록된 의사에 의해 임신중절 시술을 받을 수 있도록 하는 수혜적 입법이었다. 수혜적 입법으로서의 임신중절규칙과 임신중절법 조항들에 관해서는 목적론적 해석이 이루어져야 한다.

2021년에 이루어진 임신중절법 개정은 법률의 혜택을 모든 여성들에게 확대하고자

9) Chiranjit Lal Chowdhury v. Union of India, 1950 SCR 869; A. Thangal Kunju Musaliar v. M. Venkatachalam Potti, 1950 SCR 869; State of Himachal Pradesh v. Kailash Chand Mahajan, 1992 Supp (2) SCC 351; National Insurance Co. Ltd. v. Swaran Singh, (2004) 3 SCC 297.

함이었다. 2021년 9월 24일에 발효된 2021년 개정 임신중절법은 제3조에 주요 변화를 도입하여 임신중절이 허용되는 상한을 임신 20주에서 임신 24주로 확대시켰다. 개정 전에는 임신 20주를 넘지 않는 경우에만 임신중절이 가능하였다. 그러나 2021년의 개정으로 등록된 의사의 의견에 근거하여 특정 범주의 여성에게는 24주까지 임신중절이 허용되는 것으로 바뀌었다.

2021년 개정은 피임의 실패가 여성의 정신 건강에 야기하는 심각한 피해의 법률상 추정을 기혼여성뿐만 아니라 모든 여성에게 확대하기도 하였다. 개정 전 임신중절법의 설명II(Explanation II)는 ‘기혼여성 또는 그녀의 남편’이 자녀 수를 제한할 목적으로 사용한 기구나 방법의 실패로 인한 임신이 야기하는 괴로움은 여성의 정신 건강에 심각한 피해를 형성한다고 추정하였다. 그러나 2021년의 개정 이후에는 ‘모든 여성 또는 그녀의 파트너’로 용어가 바뀌었다(2021년 개정 임신중절법 설명1). 입법부는 ‘기혼여성 또는 그녀의 남편’이라는 용어를 삭제함으로써 임신중절법 제3조의 범위를 명확히 하고 혼인제도 밖에서 발생한 임신도 이 법률의 보호 안에 들어오도록 의도하였다.

‘목적 및 이유서’에 따르면 2021년 임신중절법 개정은 안전하고 합법적인 낙태에의 접근을 증가시키고 임산부 사망 및 질병을 감소시키기 위한 것이었다. 임신중절이 가능한 임신주수를 늘린 것은 임신중절이 필요한 여성의 존엄성, 자율성, 비밀성, 정의를 보장하는 목적을 충족시키기 위해 필요한 것이었다.

‘기혼여성 또는 그녀의 남편’ 대신 ‘모든 여성 또는 그녀의 파트너’를 포함시키는 것을 반대하는 의견에 대하여, 당시 보건가족복지부 장관은 사회적 개념의 발전에 맞춰 낙태시술소에 대한 접근권이 모든 여성들에게 인정되어야 한다고 주장하였다. 이 개정 이후 임신중절법 제도는 의학적 임신중절에 있어 기혼여성과 미혼여성을 구분하지 않고 있다. 이 개정안은 존엄하게 살 여성의 권리를 옹호하기 위해 도입된 진보적인 입법으로 불렸다.

생명권의 중대한 측면에 관한, 그리고 재생산권에 대한 접근 강화에 관한 법문은 가장 폭넓게 해석되어야 한다. 2021년 임신중절법 개정에 관한 의회 토론이 이루어지는 동안, 불안정한 낙태와 임산부 사망 사이의 관계에 대한 통계가 공유되었다. 불안정한 낙태는 임산부의 사망과 질병에 대한 주된 그러나 예방 가능한 원인이다. 그러나 불안정한 낙태는 1971년 임신중절법의 제정에도 불구하고 지속되어 임산부 사망의 세 번째로 높은 원인이 되었다. 불안정한 낙태와 관련하여 인도에서 매일 약 8

명의 여성이 사망하고 있다.¹⁰⁾ 또한 2007년에서 2011년 사이에 인도에서 이루어진 낙태의 67%가 안전하지 못한 낙태로 구분된다고 한다.¹¹⁾ 또한 사회경제적으로 하위 계층에 속하는 여성을 포함하여 취약계층의 여성들이 불안정한 낙태를 겪을 위험이 더 높다고 한다. 불법적이고 불안정한 낙태로 인한 심각한 사회 병폐를 고려하여, 2021년 임신중절법 개정은 합법적 낙태의 이용가능성과 질을 향상시키고자 하였다.

4) 해석 수단으로서의 임신중절법: “정신 건강에 대한 피해”의 이해

임신중절법 제3조 제2항 (b)에 따르면 2명 이상의 등록된 의사가 선의로 판단하기에 임신중절규칙 Rule 3B의 범위에 해당하는 여성이 임신을 지속하는 것이 그 여성에게 ① 생명의 위협이나 ② 신체 건강에 대한 심각한 피해나 ③ 정신 건강에 대한 심각한 피해를 가져올 위험을 내포한다고 판단하는 경우 낙태가 허용된다.

여기서 ‘신체 또는 정신 건강에 대한 심각한 피해’라는 표현은 폭넓은 의미로 사용된다. 임신중절법 제3조 제2항에 첨부된 두 개의 설명은 임신으로 야기되는 괴로움의 여성의 정신 건강에 대한 심각한 피해를 형성한다고 추정되는 상황을 규정하였다.

‘정신 건강’이라는 표현은 폭넓은 의미를 내포하며 ‘정신장애나 정신질환의 부재’ 이상을 의미한다. 세계보건기구는 정신 건강에 대해 ‘사람들이 삶의 스트레스에 대처하고 그들의 능력을 실현하며 잘 배우고 잘 일하며 그들의 공동체에 이바지할 수 있게 하는 정신적 안녕’이라고 정의하였다.¹²⁾ 정신 건강의 상태를 결정하는 것은 자기 자신과 그 사람의 환경과 사회적 맥락 내에서의 경험이다. 정신 건강이라는 용어의 이해는 의학적 용어에 국한될 수 없고 일상용어에서 이해되어야 한다. 임신중절법도 여성의 정신 건강에 대한 피해를 해석할 때 여성의 주변 환경을 살펴볼 필요가 있음을 인지하고 있다. 특히 여성의 정신 건강에 대한 피해를 결정할 때 임신부의 실제적 또는 합리적으로 예측 가능한 환경을 고려할 필요가 있다.

5) 임신중절규칙 Rule 3B의 해석

입법부는 임신중절규칙 Rule 3B를 제정함으로써, 여성들의 삶이 그들의 신체 및

10) United Nations Population Fund, “Seeing the Unseen: The case for action in the neglected crisis of unintended pregnancy, State of World Populations” (2022).

11) Ryo Yokoe, Choudhury SS, et al., Unsafe abortion and abortion-related death among 1.8 million women in India, 4(3) BMJ Global Health (2019).

12) World Health Organization, “Promoting mental health: concepts, emerging evidence, practice (Summary Report)” (2004).

정신 건강에 영향을 미치는 중대한 변화를 겪을 때, 그리고 아이를 갖기로 한 그들의 결정이 임신 20주가 넘어서 영향을 받을 때 낙태에 접근할 수 없는 문제를 해결하고자 하였다. 임신중절규칙 Rule 3B는 성폭행 피해자, 미성년자, 혼인 상태의 변화, 신체장애인, 정신장애인, 태아기형, 재난이나 긴급 상황을 임신중절이 가능한 범주로 규정하고 있다. 이 범주의 여성들의 공통점은 신체적, 정신적, 사회적 또는 재정적 상황과 관련하여 종종 어려운 상황에 놓여있다는 점이다. 임신중절규칙 Rule 3B의 각 유형들은 임신의 인지가 늦었거나 임신을 원하는지에 대한 결정에 영향을 미치는 환경의 변화로 인해 임신 20주가 넘어서 낙태를 하고자 하는 여성들이다. 법률은 그러한 상황에서 임신이 고충을 야기하고 여성의 신체와 정신 건강에 심각한 피해를 입히는 수많은 방식을 인지하고 임신중절 가능 시기를 늘림으로써 여성에게 달갑지 않은 임신을 중단할 자유를 주었다.

Rule 3B(a)는 강간 피해자가 엄청난 낙인에 직면하는 현실에 근거한 것이다. 기혼 여성도 성범죄나 강간의 피해자가 될 수 있다. 강간은 일반적으로 당사자의 동의가 없거나 당사자의 의지에 반하는 성교를 의미한다. 여성은 남편에 의한 비동의 성교의 결과로 임신할 수 있다. 낯선 사람만 성범죄에 책임이 있다는 오해는 매우 유감스러운 것이다. 가족 내에서의 성범죄나 젠더 기반 범죄는 오랫동안 다수의 여성들이 겪은 경험의 일부를 이뤄왔다.

남편이 강간한 결과로 기혼여성이 임신하는 것은 불가능한 일이 아니다. 성폭력의 본질과 동의를 외형이 결혼을 결정했다고 변형되는 것은 아니다. 혼인제도는 여성이 성관계에 동의했는지 여부에 영향을 주지 않는다.

강간죄를 규정한 인도 형법 제375조는 강간죄의 예외로 “남성이 15세 미만인 아닌 자신의 아내와 성교한 경우는 강간이 아니다.”라고 규정하고 있다. 임신중절법과 임신중절규칙 하에서 부부간의 강간도 강간으로 인정하는 해석을 하더라도 이는 형법 제375조의 예외규정을 무효화하는 것이 아니다. 현재 형법 제375조의 예외규정은 대법원의 다른 재판부에서 심사 중이므로 그 합헌성 여부는 해당 재판부나 다른 적절한 소송에서 판단되도록 남겨두는 바이다.

형법 제375조의 예외규정에도 불구하고 임신중절규칙 Rule 3B에서의 ‘성폭행’ 또는 ‘강간’이라는 용어의 의미에는 아내에게 범해진 남편의 성폭행 또는 강간도 포함된다. 이렇게 해석하지 않으면 여성은 자신에게 정신적·신체적으로 해를 가한 파트너와 아이를 낳아 기르도록 강요받게 될 것이다.

여성이 임신중절규칙 Rule 3B의 혜택을 이용하기 위해 반드시 성폭행, 강간, 근친상간을 증명하는 소송에 의지할 필요는 없다. 임신중절법 제3조 제2항이나 임신중절규칙 Rule 3B(a)는 범죄자가 형법에 따라 유죄판결을 받을 것을 요구하지 않는다. 임신중절법상 강간의 주장이 진실로 받아들여지기 전에 법원에서 우선 입증되어야 한다고 요구되지도 않는다. 이러한 요구는 임신중절법의 목적에 반하는 것이 될 것이다.

임신중절규칙 Rule 3B(b)는 임신 24주까지 임신중절을 할 수 있는 여성의 범위에 미성년자도 포함시키고 있다. 합의된 성관계를 가진 청소년 중에는 성교가 임신으로 이어질 수 있다는 것을 모르거나 임신의 징후를 알아채지 못하는 경우가 있기 때문이다. 인도에서의 성 건강 교육의 부재는 대다수의 청소년들이 어떻게 생식기관이 기능하고 피임기구 및 피임법이 어떻게 사용될 수 있는지 제대로 알지 못함을 의미한다. 혼전 성관계를 둘러싼 금기는 피임기구에 대한 접근을 가로막는다. 마찬가지로 이러한 금기로 인해 어린 소녀들은 의학적 도움과 개입을 받게 할 수 있는 부모나 후견인에게 자신의 임신 사실을 밝히기를 주저하게 된다. 미성년자들은 종종 성적 학대의 대상이 되며 미성년자들은 그 학대의 본질을 모를 수 있다. 이러한 경우, 미성년자의 후견인은 뒤늦게야 임신 사실을 알게 될 수 있다.

임신중절규칙 Rule 3B(d)는 신체 장애를 가진 여성을, Rule 3B(e)는 정신 장애를 가진 여성을 그 범위에 포함시키고 있다. 정신 장애를 가진 여성은 일반적인 경우보다 임신 사실을 늦게 깨닫거나 뒤늦게 출산을 원하지 않는다는 결정을 내리기 쉽다. 정신 장애를 가진 여성, 특히 언어와 소통에 장애가 있는 여성이 성폭력에 희생되는 경우가 종종 있으며, 이러한 장애는 여성들이 피해 사실을 표현하는 데 저해요인이 되기도 한다.

임신중절규칙 Rule 3B(f)은 태아기형의 경우를, Rule 3B(g)는 인도주의적 상황이나 재난이나 긴급 상황을 포함시킨다. 난민의 경우 Rule 3B(g)의 범위에 포함될 수 있다. 긴급 상황이나 재난의 발생 전에 아이를 갖기로 결정하였으나 이후 상황이 바뀐 경우 변화된 상황은 임신의 지속 의지나 아이의 양육 능력에 영향을 미치게 된다.

이 사건과 가장 직접적인 연관을 갖는 임신중절규칙 Rule 3B(c)는 임신 동안의 혼인 상태의 변화(사별과 이혼)를 임신중절이 가능한 여성의 범위에 포함시키고 있다. 원치 않는 임신의 지속이 여성의 신체 또는 정신 건강에 미치는 영향은 여성의 환경에 작용되는 다양한 사회적, 경제적, 문화적 요소들을 고려해야 한다. Rule 3B(c)를 뒷받침하는 근거는 Rule 3B(g)- 재난이나 긴급 상황 -와 비슷하다. 즉 임신 중 여성의

중요한 상황의 변화가 그 이유이다.

Rule 3B(c)는 혼인 상태의 변화가 종종 중요한 상황의 변화로 이어진다는 사실을 폭넓게 인정한 결과이다. 임신 중 혼인 상태의 변화는 여성이 이혼하거나 배우자가 사망할 때 일어날 수 있다. Rule 3B(c)가 그 끝에 괄호로 사별과 이혼을 언급했지만 이는 예시일 뿐이다.

혼인 상태의 변화는 여성이 가족이나 파트너에게 버림받아 나타날 수 있다. 여성이 파트너와 별거하거나 이혼하는 경우 아이를 양육할 재원이 없을 수 있다. 또한 한 부모로 자녀를 양육할 준비가 되어 있지 않을 수도 있다.

여성들은 임신중절규칙 Rule 3B에 열거된 범주 외에 다른 이유로도 이 범주의 상황과 같은 처지(사회적, 정신적, 재정적, 또는 신체적으로)에 놓일 수 있다. 예를 들어, 여성이 실직했거나, 가정폭력을 당하거나, 급성, 만성, 또는 생명을 위협하는 질병으로 진단받을 수도 있다. 만일 Rule 3B(c)가 오직 기혼여성에게만 그 혜택을 미치는 것으로 해석된다면, 기혼여성만 성관계를 즐길 수 있다는 고정관념이 고착화될 것이고 법률의 혜택은 기혼자에게만 적용될 것이다. 기혼여성과 미혼여성을 가르는 인위적인 구분은 헌법상 지속 가능하지 못하다. 법률의 혜택은 미혼여성과 기혼여성 모두에게 확대되어야 한다.

Rule 3B가 여성의 중요한 상황의 잠재적 변화를 모두 열거하고 있지는 않다. 단지 일부만 명시하고 있을 뿐이다. 임신중절법의 목적과 전체 법체계, Rule 3B에 언급된 범주의 여성들을 보건대 임신중절법 제3조 제2항 (b)와 임신중절규칙 Rule 3B(c)의 혜택을 Rule 3B에 열거된 상황에만 국한시키는 것은 입법자의 의도가 아님이 분명하다.

4. 임신중절법과 임신중절규칙의 해석을 활성화시키는 헌법적 가치

재생산적 자율권, 존엄하게 살 권리, 평등권, 프라이버시권 등과 같은 헌법적 가치들은 임신중절법과 임신중절규칙의 해석에 생기를 불어넣는다. 이에 관해 간략히 논하고자 한다.

가. 재생산적 자율권

재생산권의 범위는 여성이 아이를 갖거나 갖지 않을 권리에 국한되지 않는다. 재

생산권은 여성이 자신의 성 건강과 재생산 건강에 관한 모든 문제를 자유롭게 결정할 수 있는 자유와 권리의 집합체를 포함한다. 재생산권은 피임과 성 건강에 관한 교육과 정보에 접근할 권리를 포함하며, 어떤 피임기구를 사용할지를 결정할 권리와 아이를 가질지 여부와 그 시기를 선택할 권리, 자녀 수를 선택할 권리, 안전하고 합법적인 낙태에 접근할 권리, 재생산적 의로서비스에 대한 권리를 모두 포함한다. 여성은 강압이나 폭력 없이 이러한 권리에 관한 결정을 내릴 자율권을 가져야 한다.

가족, 공동체, 종교, 카스트 제도 등의 외부적 사회적 요소들은 여성이 자기결정권을 행사하고 자신의 몸에 대한 통제권을 갖는 데 영향을 미치며, 재생산적 결정에 관한 문제에 있어서는 특히 그러하다. 낙태에 대한 결정은 복잡한 삶의 상황에서 나오는 것으로, 외부적 개입이나 영향 없이 오직 여성 자신만이 자기의 방식대로 결정할 수 있는 문제이다.

재생산적 자율권은 신체적 자율권과도 밀접하게 연결되어 있다. 원치 않는 임신이 여성의 신체와 마음에 가져오는 영향은 간과되어서는 안 된다. 임신으로 여성은 신체적 변화와 위험을 겪는다. 따라서 임신을 유지할지에 대한 결정은 임신한 여성의 신체적 자율권과 선택의 자율권에 굳게 뿌리를 두어야 한다.

K S Puttaswamy v. Union of India, (2017) 10 SCC 1 판결에서 대법원은 프라이버시권이 헌법 제21조¹³⁾에 의해 헌법적으로 보호되는 권리라고 인정하였다. *Puttaswamy* 판결에서 *Chelameshwar* 대법관은 아이를 낳을지 낙태할지에 대한 여성의 선택권은 프라이버시의 영역에 포함된다고 판단하여 재생산적 자율권을 다룬 바 있다. 이에 앞서 *Suchita Srivastava v. Chandigarh Administration*, (2009) 9 SCC 1 판결에서 대법원은 재생산적 자율권의 개념을 분명하게 인정하였다. *Suchita Srivastava* 판결은 여성의 재생산적 자율권이 헌법 제21조 하의 개인적 자유에 포함되며 아이를 낳지 않을 권리까지 포함한다고 밝힘으로써 여성의 재생산권을 헌법상 권리의 핵심에 위치시켰다.

선택의 자율권은 프라이버시권의 필수적 부분이다. 선택의 자율권은 내밀한 관계에 관한 결정을 내릴 능력이다. 프라이버시권은 결정의 자율권을 보호하여 개인이 내밀한 사적 선택을 하고 자신의 신체와 삶에 있어 중요한 부분을 통제하도록 한다. 선택의 자율권은 여성이 자신의 인생의 행로를 선택할 수 있음을 의미한다.

13) 인도 헌법 제21조. 생명과 개인적 자유의 보호.

법률에 규정된 절차에 따르는 경우를 제외하고는 어떤 사람도 그의 생명 또는 개인적 자유를 박탈당하지 아니 한다.

여성은 혼인 상태와 상관없이 자발적으로 임신할 수 있다. 원하는 임신의 경우 이는 양 파트너 모두에게 동등하게 공유되지만, 원치 않는 임신의 경우 그 짐은 임신한 여성만 짊어지게 된다. 헌법 제21조는 정신 또는 신체 건강이 위태로운 경우 여성이 임신을 중단할 권리를 인정하고 보호한다. 낙태를 원하는지 여부에 대한 최종 결정권자는 자신의 몸에 대한 권리를 가지는 여성 자신뿐이다.

나. 존엄권

존엄권은 모든 개인이 내재적 가치를 가지는 자치적 주체로 대우받을 권리를 압축한 것이다. 즉, 모든 인간은 단지 인간이라는 이유로 존엄성을 지니고, 스스로 규정하고 결정한 선택을 할 수 있음을 의미한다. 존엄권은 헌법 제21조의 생명과 자유에 대한 권리의 핵심요소이다.

원치 않는 임신의 지속을 강요함으로써 여성으로부터 자신의 신체에 대한 자율권 뿐만 아니라 자신의 삶에 대한 자율권을 박탈하는 것은 그들의 존엄성에 대한 모욕이 될 것이다.

낙태와 관련하여 존엄권은 임신중절 결정을 포함하여 모든 여성의 재생산적 결정 능력과 권한을 인정하는 것을 아우른다. 인간의 존엄성은 모든 인간에게 내재된 것이지만 외부적 여건과 국가에 의해 강요되는 처우에 의해 침해되기 쉽다. 국가에 의한 부당한 개입 없이 재생산적 선택을 내릴 모든 여성의 권리는 인간의 존엄성 사상의 중심이다.

5. 임신중절규칙 Rule 3B의 목적론적 해석에 의한 헌법상 명령의 촉진

법조항에 대한 두 가지 해석이 가능한 경우 법원은 조항을 무효로 만들기보다는 유효로 만드는 해석을 우선해야 한다.¹⁴⁾ 법원은 법조항의 합헌적 해석을 우선해야 한다.¹⁵⁾ 헌법상의 명령에 역행하는 좁고 엄격한 법해석은 피해야 한다.

14) JUSTICE G.P SINGH, G.P. SINGH: PRINCIPLES OF STATUTORY INTERPRETATION, (LEXISNEXIS, 2016), at page 48; CIT v. S. Teja Singh, AIR 1959 SC 352; M. Pentiah v. Veeramallappa Muddal, 1961 (2) SCR 295; Tinsukhia Electric Supply Co. Ltd. v. State of Assam, (1989) 3 SCC 709.

15) K.P. Varghese v. ITO, (1981) 4 SCC 173; M.L. Kamra v. Chairman-cum-Managing Director, New India Assurance Co. Ltd, 1992 SCR(1) 220.

임신중절규칙 Rule 3B(c)을 제한적이고 좁게 해석한다면 이는 임신 20주와 임신 24주 사이의 미혼여성에게서 안전하고 합법적인 낙태에의 접근권을 박탈하므로 위헌 판단을 받게 될 것이다. 임신중절법 제3조 제2항 (b)와 임신중절규칙 Rule 3B의 목적은 중요 상황의 변화로 임신을 원치 않는 (임신 20주와 24주 사이의) 여성에게 낙태 시술을 제공하는 것이다. 이러한 목적을 고려하건대 임신중절규칙 Rule 3B의 범위에 미혼여성이나 싱글여성을 배제할 이유는 없다. Rule 3B를 기혼여성에게만 국한되도록 좁게 해석한다면 이는 이 조항을 헌법 제14조(법 앞의 평등)에 위반되게 만들 것이다. 기혼여성에게는 낙태에 대한 접근권을 허용하면서 미혼여성이나 싱글여성에게는 이를 금지하는 것은 헌법 제14조의 정신에 저촉되는 것이다.

임신중절규칙 Rule 3B에 대한 목적론적 해석을 고려하건대 우리는 그 합헌성에 대한 심판을 할 필요는 없을 것이다.

6. 국제법상 인도의 의무

헌법 제51조¹⁶⁾는 국가가 국제법과 조약상 의무를 존중하도록 요구하고 있다. 1993년 인권보호법(Protection of Human Rights Act 1993)은 국제협약과 조약을 인도 인권법의 일부로 인정하고 포함시키고 있다. 인도가 비준한 조약과 협약 속의 국제인권법 기준은 헌법이 보장하는 기본권을 설명하고 발효시키는 범위 내에서 국가를 구속한다.¹⁷⁾

‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’ 제6조는 모든 인간의 내재적 생명권을 인정하고 보호한다. 이와 관련하여 유엔 인권위원회는 당사국에게 낙태에 대한 안전하고 합법적이며 유효한 접근권을 보장할 의무가 있다고 언급하였다.¹⁸⁾

인도는 ‘경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약’을 비준하였으며, 이 규약

16) 인도 헌법 제51조. 국제 평화와 안보의 고취.

국가는 다음을 위해 노력한다.

- (a) 국제 평화와 안보의 고취
- (b) 국가 간 공정하고 명예로운 관계의 유지
- (c) 체계적인 사람들의 상호간 거래에 있어 국제법과 조약상 의무의 존중 함양
- (d) 중재에 의한 분쟁해결의 독려.

17) People’s Union of Civil Liberties v. Union of India, (1997) 3 SCC 433.

18) Human Rights Committee, General Comment No. 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life, CCPR/C/GC/36 (30 October 2018).

은 정신 및 신체 건강에 대한 권리를 구체적으로 열거하고 있다. 경제적·사회적 및 문화적 권리 위원회는 성 건강 및 재생산 건강에 대한 권리는 달성 가능한 가장 높은 신체 및 정신 건강권의 필수 부분이라고 주장하였다.¹⁹⁾

인도가 비준한 ‘여성에 대한 모든 형태의 차별 철폐에 관한 협약’ 제12조는 당사국으로 하여금 가족계획, 임신, 분만, 산욕기와 관련된 보건서비스 분야에서 여성에 대한 차별을 철폐할 적절한 조치를 취하도록 요구하고 있다. 또한 제16조는 당사국이 여성에 대한 모든 형태의 차별을 철폐하고 여성들이 자녀 수와 출산 간격에 관하여 자유롭고 책임감 있게 결정할 권리와 이러한 권리를 유효하게 행사하기 위한 관련 정보에의 접근권을 보장하도록 촉구하고 있다.

인도의 국제법상 의무는 임신중절법을 앞서 언급된 의무들에 부합시키도록 하고 있다. 여성의 재생산권은 인도 헌법의 원칙 및 인도가 비준한 다양한 국제협약에 규정된 국제법 원칙과 합치되어야 한다. 임신중절법과 임신중절규칙에 대한 우리의 해석은 국제법상 인도의 의무를 돕는다.

7. 국가의 적극적 의무

재생산적 자율권의 진정한 실현은 관련 문제가 여성이 속한 사회적 맥락에서 다루어질 때만 가능할 수 있을 것이다. 여성의 건강권 행사를 가로막는 것에는 사회적 낙인뿐만 아니라 카스트 제도와 경제적 여건도 있다. 개인병원에서 낙태에 드는 비용은 월급이 낮은 사람들에게는 엄두도 못 낼 정도로 비쌀 것이다. 시골의 공공병원은 종종 시설을 갖추고 있지 못하고 자원의 질과 종류가 매우 열악하다.

임신중절법은 모든 임신부의 재생산적 자율권을 인정하였다. 이는 임신부가 보건 시설에 접근할 권리 및 성 건강과 재생산 건강의 높은 기준에 도달할 수 있는 권리도 내포하고 있다. 헌법 제38조 제2항²⁰⁾은 국가가 국민의 복지를 증진시키고 기회의

19) Economic and Social Council, General Comment No. 22 (2016) on the right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), E/C.12/GC/22 (2 May 2016).

20) 인도 헌법 제38조. 국민의 복지 증진을 위한 국가의 사회질서 보장.

(1) ... 생략 ...

(2) 국가는, 특히, 소득의 불평등을 최소화하는데 힘쓰고, 다른 지역에 거주하거나 다른 직업에 종사하는 개인 간, 집단 간의 지위, 시설, 기회의 불평등을 제거하기 위해 노력해야 한다.

불평등을 제거할 것을 요구하고 있다.

헌법 제47조²¹⁾는 국가가 공중보건을 향상시킬 것을 촉구하고 있다. *Paschim Banga Khet Mazdoor Samiti v. State of West Bengal*, (1996) 4 SCC 37 판결에서 대법원은 국가에게 헌법 제21조가 모든 사람의 건강권과 생명권을 보장할 의무를 부과하고 있다고 실시하기도 하였다. 또한 이 헌법상의 의무는 국가로 하여금 국민들에게 적절한 의료서비스를 제공하고 모든 사람들에게 적시의 의료 처치를 보장하도록 촉구하고 있다고 판시하였다. 이처럼 국가는 헌법 제21조에 따라 건강권 특히 개인의 재생산 건강을 보장할 적극적인 의무를 진다. 재생산권의 측면에서 국가는 의료서비스에 대한 접근권(낙태를 비롯한 재생산 의료서비스를 포함하여)을 확대하기 위한 조치를 취해야 한다.

국가는 재생산과 안전한 성관계에 관한 정보가 모두에게 전파되도록 보장해야 한다. 또한 국가는 의도되지 않은 임신을 피하고 가족계획을 세울 수 있도록 사회의 모든 부분에서 피임기구에의 접근이 반드시 가능하도록 조치해야 한다. 각 디스트릭트(district)²²⁾마다 의료시설과 등록된 의사들이 갖춰져야 하고 모두에게 그 서비스가 제공될 수 있어야 한다. 정부는 등록된 의사들이 모든 환자들을 동등하고 세심하게 치료하도록 보장해야 한다. 치료는 카스트나 기타 사회적, 경제적 요소 때문에 거부되어서는 안 된다. 이러한 사항들이 현실이 될 때만이 신체적 자율권과 존엄권이 실현 가능하다고 말할 수 있다.

우리는 상기된 내용과 같이 판단하는 바이며, 고등법원에 제출되었던 청구도 이에 따라 인정된다.

III. 판결의 의의

이 판결은 미혼여성과 싱글여성(사별, 이혼 등으로 혼자인 여성)도 기혼여성과 마찬가지로 임신 24주차까지 낙태할 수 있다고 판단함으로써 보수적인 인도 사회에서

21) 인도 헌법 제41조. 국가의 영양 및 생활수준 향상 의무와 공중보건 개선 의무.

국가는 그 국민의 영양수준 및 생활수준의 향상과 공중보건의 개선을 최우선 임무중 하나로서 유념해야 하며, 특히 국가는 약용 목적 외에는 건강에 해로운 주류와 마약류의 소비가 금지될 수 있도록 노력해야 한다.

22) 디스트릭트는 인도에서 주(州)의 가장 큰 단위의 행정구역으로, 디스트릭트 안에 시, 타운, 빌리지 등이 속해 있다.

매우 진보적인 판결로 평가되고 있다. 또한 이 판결은 미혼여성과 싱글여성 낙태권을 인정하였을 뿐만 아니라 여성의 신체적 자율권을 강조하고 부부간 강간의 개념을 명시적으로 받아들임으로써 기념비적인 판결이라는 평가를 받았다.

인도에서는 2021년 임신중절법 개정으로 낙태 가능 주수가 임신 20주에서 24주로 늘어나게 되었지만 임신 24주까지 낙태가 가능한 여성의 범위를 규정한 임신중절규칙 Rule 3B에 미혼여성과 싱글여성이 명시적으로 포함되어 있지는 않았다. 그러나 이번 판결은 미혼여성 및 싱글여성의 낙태를 인정하지 않는 것은 헌법에 부합되지 않는다는 해당 조항에 대한 목적론적 해석과 합헌적 해석을 통해 이를 명시적으로 인정하였다.

이 대법원 판결에 대해 여성인권운동가들은 크게 환영하고 있다. 특히 이 판결로 부터 약 3개월 전인 2021년 6월 미국 연방대법원이 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* 판결²³⁾에서 헌법상 낙태권을 인정하였던 *Roe v. Wade* 판결²⁴⁾을 폐기하고 낙태권 인정 여부의 판단을 주에 넘긴 것과 크게 대비되고 있다.

23) *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U. S. ____ (2022)

24) *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973)

최신 세계헌법판례

유럽인권재판소

▮ 자녀가 성년이 되었을 때 편부의 유족연금만 종료시키는 스위스 연금제도의 가족생활을 존중받을 권리 및 평등권 침해 / 책임연구원 임기영

▮ 가석방 없는 종신형을 선고할 수 있는 국가로 범죄인을 인도할 경우 피고인의 권리 / 책임연구원 장효훈

자녀가 성년이 되었을 때 편부의 유족연금만 종료시키는 스위스 연금제도의 가족생활을 존중받을 권리 및 평등권 침해¹⁾

I. 사건개요

스위스 국민인 청구인은 1953년생으로 두 딸의 아버지이다. 그는 1994년 8월 사고로 아내를 잃고, 당시 각각 4세와 21개월이던 두 딸을 키우기 위해 직장을 그만 두고 전업으로 육아에 전념해 왔다. 1997년, ‘노령 및 유족 보험(old-age and survivors’ insurance, OASI)’ 제도의 제10차 개정으로 편부연금(widower’s pension)²⁾이 도입되었다. 기존에 편모에게만 인정되던 유족연금이 편부에게까지 확대된 것이었다.³⁾ 청구인은 매월 약 920 스위스프랑(CHF)의 편부연금과 추가 보조금을 받았고, 그의 딸들은 매월 약 459 스위스프랑의 고아연금(orphans’ pensions)을 받았으며, 이후에는 25세까지 교육비를 지급 받았다.

2010년 9월 9일 청구인의 둘째 딸이 성년이 되자 관할기관은 청구인의 편부연금을 종료시켰다. 청구인은 같은 상황의 편모는 연금을 계속 받을 수 있는 데 반해 편부는 그렇지 못한 것은 부당하다고 주장하며 이의를 제기하였다. 그는 스위스 헌법 제8조⁴⁾상 성 평등의 원칙을 원용하였다. 그러나 관할기관은 스위스 법제도상 법률에 대

1) *Beeler v. Switzerland* [GC], no. 78630/12, 11 October 2022.

2) widower’ pension은 홀아비연금으로 직역될 수 있겠으나 자녀가 있는 경우에만 인정되고 재혼으로 배우자가 생긴 경우에는 종료되므로 종합적으로 배우자의 사망으로 인한 한 부모 가정의 경우 인정된다는 점을 고려하여 ‘편부연금’으로 번역하였다.

3) 편모연금의 경우 ‘노령 및 유족 보험’ 제도가 스위스에 도입된 1948년에 함께 도입되었다.

4) **스위스 헌법 제8조 (평등)**

① 모든 국민은 법 앞에 평등하다.

② 누구든지 출신, 인종, 성별, 연령, 언어, 사회적 지위, 생활방식, 종교적·철학적·정치적 신념이나 신체적·정신적·심리적 장애를 이유로 차별받지 아니한다.

③ 남성과 여성은 동등한 권리를 가진다. 법률은 특히 가정, 교육 및 근로에 있어서 양성의 법률상·사실상의 평등을 실현한다. 남성과 여성은 동일가치의 근로에 대하여 동일한 임금을 받을 권리를 가진다.

④ 법률은 장애인에 대한 불평등을 제거하기 위한 조치를 정한다.

한 합헌성 심사가 규정되어 있지 않다⁵⁾고 언급하며, 해당 기관은 ‘노령 및 유족 보험에 관한 연방법률’ 제23조⁶⁾ 및 제24조⁷⁾ 제2항에 구속되고 이 조항은 해석의 여지없이 명백하게 규정되어 있다고 항변하며 청구인의 주장을 받아들이지 않았다.

청구인은 주법원에 항소하며 18세 이상의 자녀를 둔 편모의 경우 편모연금을 계속 받을 수 있는 반면, 편부인 자신은 그렇지 못한 것은 근거 없다고 주장하였다. 그러나 주법원은 관련 법률이 실제로 편부와 편모를 다르게 규정하고 있다는 점을 지적하며 청구인의 주장을 받아들이지 않았다. 그리고 주법원은 1997년 제10차 개정 당시 의회가 편부와 편모 사이의 다른 대우를 인지하고 있었지만 당시에는 남성 전업 주부가 드물었기 때문에 육아의 의무를 다하고 나면 직장으로 되돌아갈 수 있다는 시각을 취했었다는 점을 언급하였다. 주법원은 이 상황을 타개할 수 있는 것은 오직 의회뿐이며 법원은 법률의 명백한 법문을 적용할 수밖에 없다고 설시하였다.

청구인은 스위스 연방대법원에 유럽인권협약 제8조(가족생활을 존중받을 권리)⁸⁾와

5) 스위스에서는 연방대법원에게 연방법률의 위헌성에 대한 사법심사 권한이 인정되지 않는다. 따라서 연방의회가 제정한 연방법률을 연방대법원이 위헌으로 판결할 수 없다. 이는 스위스의 직접민주주의적 전통과 관련이 있다. 5만 명 이상의 시민의 요청이 있는 경우 국민투표로 연방법률을 바꿀 수 있기 때문에(스위스 헌법 제141조 제1항) 법원이 아닌 국민들이 직접 법률에 대한 심사를 한다고 할 수 있다.

6) 노령 및 유족 보험에 관한 연방법률 제23조

1. 배우자의 사망 당시 한 명 이상의 자녀를 둔 편모와 편부는 연금을 받을 자격이 있다.

2. 다음의 경우 편모 또는 편부의 자녀로 인정된다.

(a) 배우자의 사망 당시 편부 또는 편모와 함께 살고 있고 생존 배우자에 의해 제25조 제3항의 의미 내에서의 수양자녀로 받아들여진 사망한 배우자의 자녀.

(b) 문제의 사망 당시 편부 또는 편모와 함께 살고 있고 생존 배우자에 의해 입양된 제25조 제3항의 의미 내에서의 수양자녀.

3. 편모 또는 편부연금의 자격은 배우자의 사망 다음 달 1일에 개시되며, 수양자녀가 제2항 제b호에 따라 입양된 경우 입양 다음 달 1일에 개시된다.

4. 연금 자격은 다음의 경우에 종료된다.

(a) 재혼

(b) 편모나 편부의 사망

5. 연금 자격은 혼인무효나 이혼의 경우 재개된다. 구체적인 사항은 연방평의회가 정한다.

7) 노령 및 유족 보험에 관한 연방법률 제24조

1. 남편의 사망 당시 과부에게 자녀가 없거나 제23조의 의미 내에서의 수양자녀가 없지만 45세에 이르렀고 결혼한 지 5년 이상이 된 경우에는 연금을 받을 자격이 있다. 만일 과부가 한 번 이상 결혼한 경우 해당 결혼의 전체 기간을 고려하여 계산한다.

2. 제23조 제4항의 종료 원인에 더하여, 편부연금을 받을 자격은 가장 어린 자녀가 18세가 되는 때에 종료된다.

8) 유럽인권협약 제8조 (사생활 및 가족생활을 존중받을 권리)

1. 모든 사람은 그의 사생활, 가족생활, 주거 및 통신을 존중받을 권리를 가진다.

연계하여 해석되는(read in conjunction with) 제14조(차별금지 조항)⁹⁾의 위반이라고 주장하며 상고하였다. 2012년 5월 4일 연방대법원은 유럽인권재판소 판례법상 유럽인권협약 제8조가 국가들로 하여금 특정한 사회보장연금을 제공하도록 요구한다고 추론될 수 없다고 실시하며 상고를 기각하였다. 그러나 성별에 따른 구분은 생물학적 또는 기능상의 차이로 동일한 대우가 불가능한 경우에만 정당화될 수 있는데, 편부인지 편모인지에 따라 연금 요건을 달리 적용하는 것은 의회가 생물학적 또는 기능상의 이유 없이 성별에 근거하여 차별을 한 것이라고 밝혔다. 또한 해당 규정을 성평등의 원칙에 맞게 조정하려던 노령 및 유족 보험 제도의 제11차 개정이 불발되면서, 이 규정은 스위스 헌법 제190조¹⁰⁾에 따라 효력을 유지하며 적용되고 있다는 점을 언급하였다.

청구인은 이 사건을 유럽인권재판소에 가져왔고 2020년 10월 20일 소재판부(제3재판부)는 전원일치로 유럽인권협약 제8조와 연계하여 해석되는 제14조의 위반이라고 결정하였다. 이에 스위스 정부는 이 사건을 대재판부로 회부해줄 것을 요청하였고, 대재판부는 소재판부와 마찬가지로 아래와 같이 결정하였다.

II. 쟁점 및 판단

1. 법정의견

가. 스위스 정부의 선결적 항변 (소극)

스위스 정부는 이 사건과 같은 사회복지수당의 경우 일반적으로 유럽인권협약 제8조가 아니라 유럽인권협약 제1추가의정서 제1조(재산의 보호)¹¹⁾의 범위에 속하며, 스

2. 법률에 합치되고, 국가안보, 공공의 안전 또는 국가의 경제적 복리, 질서유지와 범죄의 방지, 보건 및 도덕의 보호, 또는 다른 사람의 권리 및 자유를 보호하기 위하여 민주사회에서 필요한 경우 이외에는, 이 권리의 행사에 대하여는 어떠한 공공당국의 개입도 있어서는 안 된다.

9) 유럽인권협약 제14조 (차별의 금지)

성, 인종, 피부색, 언어, 종교, 정치적 또는 기타 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 소수민족에의 소속, 재산, 출생 또는 기타 신분 등에 의한 어떠한 차별도 없이 이 협약에 규정된 권리와 자유의 향유가 보장되어야 한다.

10) 스위스 헌법 제190조 (준거법)

연방대법원 및 기타 사법기관은 연방법률 및 국제법을 따라야 한다.

11) 유럽인권협약 제1추가의정서 제1조 (재산의 보호)

위스는 이 추가의정서를 비준하지 않았다고 진술하였다. 따라서 청구인이 받은 불이익이 유럽인권협약 제8조의 영역(ambit)¹²⁾ 내에 해당하는지 여부를 우선 판단하여야 한다.

1) 서설

유럽인권재판소의 판례법에 따르면 차별의 금지를 규정한 유럽인권협약 제14조는 유럽인권협약 및 그 추가의정서의 다른 실체적 조항들의 보조적 성격을 띠 뿐이다. 유럽인권협약 제14조는 다른 실체적 조항들에 의해 보장되는 권리 및 자유의 향유와의 관계에 있어서만 효과를 갖기 때문에 독립적인 실재를 갖고 있지 못하다.¹³⁾ 유럽인권협약 제14조의 적용은 반드시 유럽인권협약의 실체적 조항 중 하나의 위반을 전제로 할 필요는 없고, 사건의 사실관계가 하나 이상의 유럽인권협약 조항의 영역 내에 있으면 충분하다. 게다가 유럽인권협약 제14조에 규정된 차별의 금지는 유럽인권협약과 그 추가의정서가 각국에 보장하도록 요구하고 있는 권리와 자유를 넘어 국가가 자발적으로 제공하기로 결정한 추가적인 권리에도 적용된다.¹⁴⁾ 유럽인권협약 제14조의 이러한 특성과 당사자들의 주장을 고려하여 재판부는 우선 이 사건이 유럽인권협약 제8조의 영역 내에 속하는지 여부를 결정해야 한다.

2) 사회복지수당에 관한 판례법의 발전과 현재 상황

사회복지수당을 받을 자격에 있어서의 차별 문제를 다룬 대다수의 유럽인권재판소 사건들은 유럽인권협약 제8조가 아니라 유럽인권협약 제1추가의정서 제1조에 집중

모든 자연인 또는 법인은 자신의 재산을 평화적으로 향유할 권리를 가진다. 어느 누구도 공익을 위하여 그리고 법률 및 국제법의 일반원칙에 의하여 규정된 조건에 따르는 경우를 제외하고는 자신의 재산을 박탈당하지 않는다.

단, 위의 규정은 국가가 일반의 이익에 따라 재산의 사용을 규제하거나 세금이나 기타의 부담금 또는 벌금의 납부를 확보하기 위하여 필요한 법률을 시행할 권리를 결코 해하지 않는다.

12) 이 결정문에서 범위(scope)와 영역(ambit)이라는 용어가 사용될 때 범위보다 영역이 더 넓은 의미로 사용되었다. 이에 관해서는 이 결정문의 반대의견에 언급되어 있다.

13) Şahin v. Germany [GC], no. 30943/96, § 85, ECHR 2003-VIII; Fábíán v. Hungary [GC], no. 78117/13, § 112, 5 September 2017.

14) Konstantin Markin v. Russia [GC], no. 30078/06, § 124, ECHR 2012; Petrovic v. Austria, 27 March 1998, § 22, Reports of Judgments and Decisions 1998-II; Yocheva and Ganeva v. Bulgaria, nos. 18592/15 and 43683/15, § 71, 11 May 2021; Stec and Others v. the United Kingdom (dec.) [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, § 39, ECHR 2005-X.

하였다.¹⁵⁾ 유럽인권재판소는 사회복지수당의 분야에서는 제1추가의정서 제1조의 적용에 관한 성숙하고 안정적인 판례법을 축적하였으나 유럽인권협약 제8조의 범위에 대하여는 불분명하였다. 유럽인권협약 제8조의 의미 내에서의 ‘가족생활’의 개념에는 사회적, 도덕적, 문화적 관계뿐만 아니라 물질적 이익도 물론 포함된다. 그러나 그러한 해석은 주로 법률상 부모-자식 관계의 인정을 받지 못하여 사인 간 재산의 이동이 어려워지는 경우에 주로 채택되었다.¹⁶⁾ 사회복지수당에 관한 소송이 유럽인권협약 제8조의 해석으로만 심리된 사건은 더 소수였고,¹⁷⁾ 유럽인권재판소는 이 선례들로부터 유럽인권협약 제8조가 단독으로 국가에게 사회복지 분야의 적극적인 의무를 부과한다는 해석이 추론될 수는 없다고 보았다.

그러나 유럽인권재판소가 유럽인권협약 제8조와 연계하여 해석되는 제14조 하에서 복지수당에 관한 청구를 심리한 더 많은 사건들에서는 제8조의 영역 내에 포함될 수 있게 하는 요소들을 식별할 수 있는 지침을 조금씩 찾아볼 수 있다. 유럽인권협약 제8조는 사회복지수당에 대한 권리를 보장하지는 않았지만 국가가 그러한 권리를 만들기로 결정한 경우 - 이는 유럽인권협약 제53조¹⁸⁾에 따라 가능하다 - 국가는 그러한 권리의 적용에 있어 유럽인권협약 제14조의 의미 내에서의 차별적 조치를 취할 수 없다.

따라서 유럽인권협약 제8조와 연계하여 해석되는 제14조의 범위는 제8조가 단독으로 해석되었을 때보다 더 폭넓다고 할 수 있다. 사회복지수당에 관한 청구가 유럽인권협약 제8조의 영역 내에 있고 따라서 제14조를 검토할 수 있다고 판단함에 있어 유럽인권재판소는 몇 가지 요소들을 참작해 왔다.

15) Bellet, Huertas and Vialatte v. France (dec.), nos. 40832/98 and 2 others, 27 April 1999; Skorkiewicz v. Poland (dec.), no. 39860/98, 1 June 1999; Gaygusuz v. Austria, 16 September 1996, §§ 39 and 41, Reports 1996-IV; Kjartan Ásmundsson v. Iceland, no. 60669/00, § 39, ECHR 2004-IX.

16) Marckx v. Belgium, 13 June 1979, Series A no. 31; Camp and Bourimi v. the Netherlands, no. 28369/95, ECHR 2000-X; Pla and Puncernau v. Andorra, no. 69498/01, ECHR 2004-VIII; Merger and Cros v. France, no. 68864/01, 22 December 2004; Schaefer v. Germany (dec.), no. 14379/03, 4 September 2007; Brauer v. Germany, no. 3545/04, 28 May 2009.

17) 예를 들어, La Parola and Others v. Italy (dec.), no. 39712/98, 30 November 2000; McDonald v. the United Kingdom, no. 4241/12, 20 May 2014; McDonald v. Switzerland, no. 65550/13, 11 December 2018.

18) **유럽인권협약 제53조 (기존 인권의 보장)**

이 협약 중의 어떠한 규정도 계약국의 법률이나 계약국이 당사국인 다른 협정에 의하여 보장되는 인권 및 기본적 자유를 제한하거나 훼손하는 것으로 해석되지 않는다.

첫 번째로, 육아휴직 및 관련 수당에 관한 사건들¹⁹⁾이 언급되어야 한다. ‘가족생활의 편성(organisation of family life)’이라는 개념이 등장한 이 사건들에서, 유럽인권협약 제8조와 연계하여 해석되는 제14조의 적용가능성은 여러 상황들의 조합에서 유래하였다. 이러한 상황의 조합에는 ‘휴직의 승인과 수당’이 포함되었으며, 이는 청구인의 구체적인 상황에서 청구인의 가족생활이 편성되는 방식에 필연적으로 영향을 미치는(necessarily affected) 것이었다.

두 번째로, 유럽인권재판소가 취한 또 다른 접근법은²⁰⁾ 수당의 승인 또는 거부가가족생활이 편성되는 방식에 영향을 미치기 쉽다(liable to affect)는 추정에 근거하였다. 이 접근법은 현재 이 사건의 소재판부 결정에서 적용되기도 하였다.

세 번째로, 유럽인권재판소는 국가가 해당 수당을 제공하며 가족생활에 대한 지원과 존중을 보여주고 있는 것이라는 취지의 법적 추정을 이용하기도 하였다.²¹⁾

3) 이후 채택된 접근법

상기된 결정례들을 보건대 유럽인권재판소는 사회복지수당에 관한 청구가 유럽인권협약 제8조의 영역 내에 있는지에 대해 항상 전적으로 일관된 것은 아니었다. 비록 모든 재정적 수당은 일반적으로 당사자의 가족생활을 운용하는 방식에 영향을 미치지만, 그 사실만으로는 그 수당을 유럽인권협약 제8조의 영역 내로 가져오기에는 충분하지 못하다. 그렇지 않다면 모든 사회복지수당이 유럽인권협약 제8조의 영역 내에 있게 될 것이고 그러한 접근법은 과도할 것이다. 따라서 복지수당의 영역에서 유럽인권협약 제8조의 영역 내에 들어오는 것이 무엇인지 명시하거나 실제로 제한하기 위하여 관련 기준을 명확히 할 필요가 있다.

사회복지수당 분야에서 유럽인권협약 제1추가정의서 제1조와 유럽인권협약 제8조는 비록 그 보호이익이 다를지라도 그 영역은 서로 교차되고 중첩된다는 것을 판례법을 통해 알 수 있다.

19) Petrovic, cited above; Konstantin Markin, cited above; Topčić-Rosenberg v. Croatia, no. 19391/11, 14 November 2013.

20) Di Trizio v. Switzerland, no. 7186/09, 2 February 2016; Belli and Arquier-Martinez v. Switzerland, no. 65550/13, 11 December 2018.

21) 출산수당(Weller v. Hungary, no. 44399/05, 31 March 2009), 대가족수당(Fawsie v. Greece, no. 40080/07, 28 October 2010; Dhahbi v. Italy, no. 17120/09, 8 April 2014), 아동수당(Okpizs v. Germany, no. 59140/00, 25 October 2005; Niedzwiecki v. Germany, no. 58453/00, 25 October 2005, 생존한 한 부모를 둔 자녀에 관한 가족수당(Yocheva, cited above).

유럽인권재판소는 더 이상 단순하게 두 번째나 세 번째 접근법을 받아들일 수는 없다. 첫 번째 접근법에 해당하는 *Konstantin Markin v. Russia* [GC] 결정이 주요한 참고가 되어야 한다. *Konstantin Markin* 사건에서 유럽인권협약 제8조와 연계하여 제14조가 적용될 가능성은 육아휴직과 그에 상응하는 수당이 ‘청구인의 가족생활이 편성되는 방식에 필연적으로 영향을 미쳤다’는 사실에 기인하였다. 따라서 육아휴직에 관련된 수당과 가족생활의 향유 사이의 밀접한 연관성은 필수적인 것으로 여겨졌다.

따라서 유럽인권협약 제14조가 그러한 특정한 맥락에 적용되기 위해서는 주장되는 불이익의 내용이 - 그 수당이 가족생활을 고취하기 위한 것이고 가족생활이 편성되는 방식에 필연적으로 영향을 준다는 점에서 - 유럽인권협약 제8조가 보장하는 가족생활을 존중받을 권리를 행사하는 양식 중 하나여야 한다. 유럽인권재판소는 문제가 된 수당의 성격을 결정하기 위해 다양한 요소들이 전체적으로 검토되어야 한다고 보고 있다. 여기에는 특히, 관련 입법을 고려하여 유럽인권재판소가 판단한 수당의 목적, 관련 법률 조항에 규정된 수당의 지급·계산·종료 기준, 입법상 예상되는 가족생활의 편성 방식에 미치는 영향, 그리고 수당이 지급되는 동안 청구인의 개인적 상황과 가족생활을 고려하여 그 수당이 가져오는 현실적인 영향이 포함된다.

4) 이 사건에의 적용

우선, 유족연금의 목적을 살펴보기 위하여 관련 법조문, 즉 ‘노령 및 유족 보험에 관한 연방법률’ 제23조 및 제24조의 용어와 연금을 받을 수 있는 자격 요건을 고려하여야 한다. 이 사건 유족연금은 생존 배우자가 전업으로 자녀들을 돌볼 수 있게 하거나 재정적 어려움에 직면하지 않고 자녀들에게 시간을 쓸 수 있게 함으로써 가족생활을 고취시키고자 함이 그 목적이다. 이 법률로 인해 청구인은 자녀 돌봄을 주로 도맡았던 아내가 사망한 후, 자녀를 부양하는 아버지라는 이유만으로 편부연금 자격을 갖게 되었다. 연금의 종료 역시 청구인의 가족 상황 - 구체적으로는 자녀의 나이 - 의 결과로, 청구인의 딸이 18세가 되었을 때 연금자격이 종료되었다.

다음으로, 이 사건의 모든 구체적인 상황을 고려하여 1997년에서 2010년 사이에 청구인이 편부연금을 받았던 것이 그 기간 동안 가족생활을 편성하는 방식에 어떻게 영향을 주었는지 확인할 필요가 있다. 1994년 청구인의 아내가 사망할 당시 두 딸은 각각 21개월과 4세였다. 이러한 상황에서 그는 가족생활의 편성에 있어 중대한 영향을 끼치는 어려운 결정을 내려야 했다. 청구인은 전업으로 그의 가족을 돌보기 위해

직장을 그만 두었다. 이 사건에서 편부연금의 수령이 해당 기간 동안 그의 가족생활이 편성되는 방식에 필연적으로 영향을 주었다는 사실에는 의심의 여지가 없다. 편부연금을 받는 동안 그와 그의 가족들은 연금의 존재에 근간하여 그들의 일상생활의 중요한 부분들을 - 적어도 일부분이라도 - 편성하였다. 또한 편부연금의 종료로 당시 57세였던 청구인이 처한 어려운 재정적 상황과 16년 동안이나 떠나 있던 고용시장으로 다시 돌아가는 어려움은 그가 가족의 이익을 위해 내렸던 결정의 결과였다.

이와 같은 사항들을 고려하건대 이 사건의 사실관계는 유럽인권협약 제8조의 영역 내에 들어온다고 볼 수 있고 따라서 유럽인권협약 제14조가 적용될 수 있다. 따라서 스위스 정부의 선결적 항변은 기각되어야 한다.

나. 유럽인권협약 제8조와 연계하여 해석되는 유럽인권협약 제14조의 위반 여부 (적극)

1) 일반원칙

유럽인권협약 제14조는 유럽인권협약과 그 추가의정서의 다른 실체적 조항이 보장하는 권리와 자유의 향유에 있어 차별을 금지한다. 유럽인권재판소의 판례법에 따라 유럽인권협약 제14조상의 문제가 제기되기 위해서는 유사하거나 비교적 비슷한 상황의 사람들 간의 대우에 차이가 있어야 한다. 그러한 대우의 차이는 객관적이고 합리적인 정당화 이유가 없다면, 즉 정당한 목적을 추구하지 않거나 수단과 목적 사이에 합리적인 비례성 관계가 없으면 차별이 된다.²²⁾ 즉 차별의 개념은 일반적으로 정당한 이유 없이 사람이나 집단이 다른 사람이나 집단보다 덜 우호적으로 대우받는 경우를 포함하며, 더 우호적인 대우가 유럽인권협약에 의해 요구된 것이 아니더라도 마찬가지이다.²³⁾

유럽인권협약 제14조의 입증책임과 관련하여 유럽인권재판소는 일단 청구인이 대우에 있어서의 차이를 입증하면, 그러한 차이가 정당화됨을 입증하는 것은 정부의 부담이라고 결정한 바 있다.²⁴⁾

22) *Biao v. Denmark* [GC], no. 38590/10, § 90, 24 May 2016; *Khamtokhu and Aksenchik v. Russia* [GC], nos. 60367/08 and 961/11, § 64, 24 January 2017.

23) *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, 28 May 1985, § 82, Series A no. 94; *Vallianatos and Others v. Greece* [GC], nos. 29381/09 and 32684/09, § 76, ECHR 2013.

24) *Biao*, cited above, § 92; *Khamtokhu and Aksenchik*, cited above, § 65.

성 평등의 증진은 오늘날 유럽평의회 회원국의 주요한 목표이다.²⁵⁾ 유럽인권재판소는 지속적으로 오직 성별에만 근거한 차이를 정당화하기 위해서는 ‘매우 중대한 이유’나 ‘특별히 심각한 이유’나 ‘특별히 중대하고 설득력 있는 이유’가 필요하다고 결정해 왔다.²⁶⁾

특히 성별에 근거한 차별대우를 정당화하는 데 특정 국가의 전통이나 일반적인 추정이나 지배적인 사회적 태도를 원용하는 것은 불충분하다.²⁷⁾ 예를 들어, 국가는 가정에서 남성이 지배적인 역할을 하고 여성은 부차적인 역할을 한다는 생각으로부터 나온 전통을 강요할 수 없다.²⁸⁾

체약국은 입법상 변화의 도입 시기를 결정하고 상황의 차이가 대우의 차이를 정당화하는지 및 어느 범위에서 정당화하는지를 평가함에 있어 판단의 재량(*margin of appreciation*)이 주어져야 하지만, 대우의 차이가 성별에 근거한 것이라면 그 판단의 재량의 폭은 좁아진다.²⁹⁾

유럽인권협약은 체약국이 사회보장제도를 마련할지 여부를 결정하거나 그러한 제도 하에서 수당의 종류나 금액을 선택할 자유를 제한하지 않는다. 그러나 체약국이 수당이나 연금제도를 만들기로 결정하였다면, 그 제도는 유럽인권협약 제14조에 부합되는 방식으로 만들어져야 한다.³⁰⁾

2) 일반원칙의 이 사건에의 적용

가) 유럽인권협약 제14조가 금지하는 차별의 이유가 있었는지 여부

청구인은 자녀가 성년의 나이에 도달했을 때 자신의 편부연금이 종료되는 것은 편모와 비교하였을 때 차별을 받는 것이라고 주장하였다. 같은 상황의 편모의 경우 연금 자격을 잃지 않는다. 청구인은 실제로 유럽인권협약 제14조의 의미 내에서 ‘성별’

25) Konstantin Markin, cited above, § 127; Ünal Tekeli v. Turkey, no. 29865/96, § 59, ECHR 2004-X.

26) Stec and Others (dec.), cited above, § 52; Vallianatos and Others, cited above, § 77; Konstantin Markin, cited above, § 127.

27) Konstantin Markin, cited above, §§ 126-27; X and Others v. Austria [GC], no. 19010/07, § 99, ECHR 2013; Khamtokhu and Aksenchik v. Russia [GC], nos. 60367/08 and 961/11, §§ 77-78, 24 January 2017.

28) Ünal Tekeli, cited above.

29) X and Others, cited above, § 99; Vallianatos and Others, cited above, § 77.

30) Stec and Others (dec.), cited above, § 53; Konstantin Markin, cited above, § 130.

에 근거한 차별을 받았다고 주장할 수 있다.

나) 유사하거나 동일한 상황의 사람들에 대한 대우와 차이가 있었는지 여부
1994년 청구인의 아내가 사망했을 때 청구인은 자녀를 돌보기 위해 직장을 그만 두었다. 1997년에 편부연금이 도입된 이래로 청구인은 편부연금을 받아왔고 그의 둘째 딸이 18세가 되었을 때 편부연금을 받을 자격을 상실하였다. 당시 청구인의 나이는 57세로 아직 노령연금을 받을 나이는 되지 못하였고 더 이상 직장을 구할 수도 없었다.

청구인의 편부연금 자격 종료는 ‘노령 및 유족 보험에 관한 연방법률’ 제24조 제2항에 근거하고 있다. 이 규정에 따르면 편부의 경우 가장 어린 자녀가 성년이 되면 유족연금을 받을 자격이 종료되지만, 같은 경우라도 편모의 경우는 자격이 유지된다.

결국 청구인은 단지 남성이라는 이유로 연금 수령이 종료된 것이었다. 따라서 청구인은 불평등한 대우를 받았다고 할 수 있다. 남은 문제는 편부와 편모 사이의 이러한 대우의 차이가 유럽인권협약 제14조의 목적을 위한 객관적이고 합리적인 근거를 갖고 있는지 여부이다.

다) 그러한 차이가 객관적이고 합리적으로 정당화되는지 여부

이 사건은 사회복지 분야에 관한 것으로, 균형이 필요한 복잡한 제도를 구성하며, 따라서 경제적 또는 사회적 전략의 일반적인 조치에 관해서라면 국가에 폭넓은 판단의 재량이 허용되는 것이 보통이다.³¹⁾ 이러한 맥락에서 유럽인권재판소는 연금제도의 조정이 점진적이고 조심스러우며 신중한 방식으로 수행되어야 한다고 인정한 바 있다.³²⁾ 그렇지 않으면 사회적 평화와 연금제도의 예측가능성과 법적 안정성을 위태롭게 만들 수 있기 때문이다.

그러나 성 평등의 증진은 오늘날 유럽평의회 회원국의 주요한 목표이다. 성별에 근거한 대우의 차이를 정당화하기 위해서는 매우 중대한 이유가 제시되어야 하고, 그러한 차이를 정당화하기 위해 국가에 부여된 판단의 재량의 범위는 좁다. 따라서 특정 국가의 전통이나 일반적인 추정이나 지배적인 사회적 태도를 원용하는 것으로는 불충분하다.

이 사건에서 스위스 정부는 현실에서 유급 고용에 관한 한 아직 성 평등이 완전히

31) *Stec and Others (dec.)*, cited above, § 52.

32) *Andrle v. the Czech Republic*, no. 6268/08, §§ 51, 17 February 2011.

성취되지 않았고, 커플 내 역할의 분배도 관련이 있다고 주장하였다. 정부는 특히 자녀가 있는 경우 남편이 아내를 재정적으로 부양한다는 추정은 여전히 타당한 이유가 있다고 주장하였다. 그러므로 대우의 차이는 성 고정관념이 아니라 사회적 현실에 기반한 것이라고 언급하였다.

이와 관련하여 유럽인권재판소는 선례³³⁾에서 현대 유럽 사회는 자녀의 양육에 있어 남성과 여성 사이의 보다 평등한 책임의 분담을 향해 움직여 왔고 어린 자녀의 돌봄에 있어 남성의 역할에 대한 인식이 향상되어 왔다고 언급하였다. 따라서 성별에 근거하여 집단에 일반적이고 자동적으로 적용되는 제약은 허용가능한 판단의 재량을 넘어서며, 따라서 유럽인권협약 제14조에 부합하지 않는다.³⁴⁾

스위스에서 추진되었던 해당 제도의 개선과 스위스 연방대법원이 해당 법률에 대해 평가한 내용을 살펴보면, 스위스 사회에서 남성과 여성 사이의 오래된 ‘사실상의 불평등’은 그리 심각하지 않게 되었음을 알 수 있다. 따라서 지난 수십 년간 유족 연금에 관한 규정의 근간이 되었던 고려사항과 추정은 더 이상 성별에 근거한 처우의 차이를 정당화할 수 없게 되었다. 심지어 스위스 연방대법원은 이 사건 법률 조항이 스위스 헌법 제8조 제3항에 새겨진 성 평등의 원칙에 위배된다고 시사하기도 하였다. 이에 더해 우리는 해당 법률이 오히려 사회에서의 여성의 본성과 역할에 관한 편견과 고정관념을 영구화시키고 여성의 커리어와 남성의 가정생활 모두에 있어 불리하게 작용된다³⁵⁾고 덧붙이는 바이다.

이 사건에서 청구인의 편부연금이 끊겼을 때 그의 나이는 57세였고 16년이 넘도록 유급 직장에 다니지 않았었다. 오랫동안 노동시장을 떠나 있었던 57세의 청구인이 다시 취직하는 데 겪는 어려움이 비슷한 상황의 여성보다 덜하다거나, 연금의 종료가 그에게 주는 영향이 비슷한 상황의 편모에게 주는 영향보다 덜하다고 할 수는 없을 것이다.

앞서 말한 부분들과 당사국이 갖는 좁은 판단의 재량을 고려하건대, 스위스 정부는 성별에 근거한 차별을 정당화하는 ‘매우 강하거나’ ‘특별히 중대하고 설득력 있는 이유’를 입증하지 못하였다고 하겠다. 그러므로 이 사건의 불평등한 대우는 합리적이고 객관적으로 정당화되지 못한다.

33) Petrovic, cited above, § 40; Konstantin Markin, cited above, § 140.

34) Konstantin Markin, cited above, § 141.

35) Konstantin Markin, cited above, § 141.

따라서 유럽인권협약 제8조와 연계하여 해석되는 제14조의 위반이 있었다고 판단하는 바이다.

다. 주문

위와 같은 이유로, 유럽인권재판소는

- 1) 12대 5의 표결로, 청구인의 청구가 유럽인권협약 제8조의 영역 내에 있지 않다는 스위스 정부의 선결적 항변을 기각한다.
- 2) 12대 5의 표결로, 유럽인권협약 제8조와 연계하여 해석되는 제14조의 위반이라고 결정한다.
- 3) 12대 5의 표결로, 다음과 같이 판결한다.
 - (a) 피청구국은 3개월 내로 청구인에게 다음의 금액을 지급일에 적용되는 환율로 환전하여 피청구국 통화로 지급한다.
 - (i) 비금전적 손해와 관련하여, 5,000 유로와 청구인에게 부과될 수 있는 모든 세금
 - (ii) 비용 및 경비와 관련하여, 16,500 유로와 청구인에게 부과될 수 있는 모든 세금
 - (b) 위에서 언급된 3개월의 지급기일 만료시부터 실제 지급시까지의 체납기간 동안의 유럽중앙은행 한계대출금리와 동일한 금리에 3 퍼센트 포인트를 더한 금리로 위 금액에 대한 단리이자³⁶⁾가 지급되어야 한다.
- 4) 전원일치로, 정당한 보상³⁶⁾에 대한 청구인의 나머지 청구를 기각한다.

2. Seibert-Fohr 재판관의 보충의견(1인 의견)

가. 서설: 사회보장 영역에서의 비차별

나는 유럽인권협약 제8조와 연계하여 해석되는 제14조의 위반이라는 법정의견에 전적으로 동의하며 이 결론의 근거를 명확히 하고 이에 반대하는 주장에 반박하기

36) 유럽인권협약 제41조 (정당한 보상)

협약 또는 의정서의 위반이 있었으나 해당 체약국의 국내법이 부분적인 보상만을 허용하고 있는 경우, 재판소는 필요하면 피해 당사자에게 정당한 보상을 제공해야 한다.

위해 따로 의견을 작성한다.

나. 유럽인권협약 제8조의 영역을 정하는 관련 요소들

1) 영역의 개념

유럽인권재판소의 확립된 판례법에 따라 유럽인권협약 제14조의 위반은 반드시 유럽인권협약의 실제적 조항 중 하나의 위반을 전제로 할 필요는 없다.³⁷⁾ 유럽인권협약 제14조는 유럽인권협약과 그 추가의정서가 각국에 보장하도록 요구하는 권리와 자유를 넘어, 어느 조항이든 유럽인권협약 조항의 일반적 범위 내에 들어온다면, 국가가 자발적으로 제공하기로 결정한 추가적인 권리에도 적용된다.³⁸⁾ 유럽인권협약 제14조는 불이익의 내용이 유럽인권협약상 보장된 권리의 행사 양식 중 하나를 구성하거나, 문제가 된 수단이 보장된 권리의 행사에 연관되어(linked to) 있다면 적용될 수 있다.³⁹⁾

2) 가족생활에 대한 추정적 또는 가설적 연관성 부여의 거부

이러한 연관성과 관련하여, 나는 법정의견이 국가의 사회·경제적 수당 제공이 가족생활에 대한 지지와 존중을 보여주는 것이라는 취지의 법적 추정을 거부하였다는 면에서 법정의견에 전적으로 동의한다. 또한 수당이 가족생활이 편성되는 방식에 영향을 미치기 쉬운 경우에도 가설적인 일상적 연관성(hypothetical causal link)이 인정되어서는 안 된다. 만일 사회복지수당이 사적생활이나 가족생활에 미치는 영향이 아무리 미약하더라도 충분하다고 한다면 유럽인권협약 제8조의 영역 내에 포함되지 않는 재정적 수당은 거의 없게 될 것이다.

3) 밀접한 연관성의 필요

유럽인권협약 제8조의 영역에 들어오기 위해 필요한 것은 복지수당의 제공과 가족생활의 향유 사이의 밀접한 연관성이다. 수당으로 인해 수혜자가 가족생활에 대한 권리를 행사할 수 있게 된다면 이러한 밀접한 연관성이 수립된 것이라고 볼 수 있다. 국가는 어떻게 가족생활을 고취시킬 것인가에 대해서는 자유롭게 결정할 수 있지만 일단 국가가 가족들에게 재정적 지원을 제공하였다면 차별적인 근거로 개인을 배제

37) Carson and Others v. the United Kingdom [GC], no. 42184/05, § 63, ECHR 2010.

38) Stec and Others (dec.), cited above, § 39; Andrejeva v. Latvia [GC], no. 55707/00, § 74, ECHR 2009.

39) Konstantin Markin, cited above, § 129.

해서는 안 된다.

가) 입법의도는 결정적이지 않음

가족생활에 편의를 제공하거나 향상시키고자 하는 입법의도는 가족생활의 편성에 대한 밀접한 연관성을 보여주는 중요한 지표일지는 모르나, 이는 가족생활이 편성되는 방식에 수당이 필연적으로 영향을 미친다는 것을 입증하는 다른 관련 요소들로부터도 규명될 수 있다. 따라서 수당의 목적은 전체적으로 검토되어야 할 여러 요소 중 하나이고 여기에는 관련 법률 조항에 규정된 수당의 지급·계산·종료 기준, 입법상 예상되는 가족생활의 편성 방식에 미치는 영향, 그 수당이 가져오는 현실적인 영향이 포함된다. 수당의 목적은 사건의 사실관계가 유럽인권협약 제8조의 영역 내에 들어오는지를 평가하는 데 고려되는 요소 중 하나일 뿐, 중요한 것은 지급되는 수당의 성격과 직접적인 영향이다.

나) 복지수당의 성격과 영향

수당이 필연적으로 가족생활이 편성되는 방식에 영향을 미치는지 여부를 정함에 있어 결정적인 것은 수당이 가족생활에 실질적으로 밀접하게 연관되어 있는지 그리고 직접적인, 즉 인과관계적인 영향을 미치는지 여부이다.

1997년에 도입된 편부연금은 다음의 이유로 가족생활을 향유할 권리와 밀접하게 연관되어 있다. 연금은 자녀가 있는 생존 배우자에게만 지급되며, 이는 그 목적이 가족생활에 편의를 제공하기 위한 것임을 보여준다. 재정적 지원은 직접적인 장려책을 제공하였으며, 청구인이 직장에 돌아갈 필요 없이 전업으로 미성년 자녀를 양육하는 것을 가능하게 하였다. 따라서 그의 가족생활의 중요한 부분들은 적어도 부분적으로라도 수당의 수령에 근간하여 편성되었다. 그러므로 유족연금은 가족생활에 실질적으로 밀접하게 연관되어 있었고, 가족생활을 유지하도록 직접적으로 도왔으며, 따라서 유럽인권협약 제8조의 영역 내에 들어온다.

자녀들이 어렸을 때 청구인이 자발적으로 고용시장에 되돌아가지 못할 위험을 감수했다는 사실은 유럽인권협약 제14조의 적용가능성에 있어 결정적인 것이 못 된다.

다. 유럽인권협약 제14조: 객관적이고 합리적인 이유의 부재

이 사건에서 ‘노령 및 유족 보험에 관한 연방법률’ 제24조 제2항이 성별에 근거하

여 구분을 둔 것은 객관적이고 합리적인 이유로 정당화될 수 없음이 명백하다. 이는 스위스 연방대법원이 가장 적절하게 설명하였다. 이러한 구분은 생물학적 또는 기능적으로 필요한 것도 아니었다.

현실에서 유급 고용에 관한 한 아직 성 평등이 완전히 성취되지 않았다는 스위스 정부의 주장은 편모와 편부의 어려움, 즉 그들이 고용 시장으로 되돌아갈 능력을 고려함 없이 그들을 법률상 구분하는 정당한 이유가 될 수 없다. 만일 이러한 일반사람들 안의 사실상의 불평등과 이런 종류의 추정 - 구체적 실제의 사실적 어려움에 상관없이 - 성별에 근거한 구분을 정당화 할 수 있다면, 이는 불평등과 고정관념을 강화시키는 것과 마찬가지로 마찬가지일 것이다.

이러한 이유로 나는 법정의견에 전적으로 동의한다.

3. Zünd 재판관의 보충의견(1인 의견)

나는 법정의견에 동의하며, 스위스 법률에 비추어 몇 가지 점들을 분명히 하는 것이 적절하다고 생각하여 따로 의견을 작성한다.

스위스는 모나코 공국을 제외하고는 유럽인권협약 제1추가의정서를 비준하지 않은 유일한 유럽평의회 회원국이다. 왜 그럴까? 스위스는 1974년에 유럽인권협약을 비준하였지만 제1추가의정서는 비준하지 않았다. 스위스 연방평의회(연방정부기관)는 당시 스위스 법률과 추가의정서가 서로 맞지 않는 부분이 너무 많다고 보았다. 예를 들어 비밀투표로 진행되는 자유로운 선거권에 있어 스위스에서는 여성의 선거권이 아직 모든 주에 도입되지 않았었고, 일부 주에서는 거수로 선거를 하기도 하였다. 그러나 당시 제1추가의정서 제1조의 재산권은 추가의정서 가입의 장애물이 아니었다. 유럽인권재판소가 재산의 보호를 사회복지수당에까지 확대하는 것에 스위스 연방평의회가 문제의식을 드러낸 것은 2003년부터였다.

사회복지수당을 받을 자격의 영역에서 차별에 대해 다루는 대다수의 사건들은 제1추가의정서 제1조의 분석에 집중하였다. 제1추가의정서를 비준하지 않은 스위스로서는 사건이 재산의 보호의 영역에만 해당되는지 아니면 유럽인권협약 제8조에도 해당되는지를 확인하는 일이 매우 중요하다. 사회복지수당의 영역에서 재산을 보호할 권리의 보호 영역과 사적생활 및 가족생활을 존중받을 권리의 보호 영역은 서로 교차

되고 중첩된다. 즉, 스위스가 제1추가이정서를 비준하지 않았다는 사실이 유럽인권협약 제8조의 폭넓은 해석을 야기하지도 않고 가족생활의 보호에 대한 좁은 해석을 야기하지도 않는다.

모든 재정적 수당은 일반적으로 가족생활에 어떤 영향을 미치는 것이 사실이다. 그러나 이 사실만으로는 사건이 유럽인권협약 제8조의 영역에 들어온다고 보기에는 불충분하다. 결정적인 것은 조치가 가족생활을 고취하고자 하는지 여부와 필연적으로 가족생활이 편성되는 방식에 영향을 미치는지 여부이다.

여러 가지 면들을 전체적으로 고려하건대, 미성년 자녀를 둔 생존 배우자에게 지급된 연금은 가족생활의 보호에 대한 권리의 영역 내에 들어온다고 하겠다. 차별을 피하기 위해서는 편부연금도 편모연금과 같은 조건으로 부여되어야 한다. 그러나 막내 자녀가 성년이 되었을 때 편모연금은 유지되는 반면 편부연금은 종료된다.

법정의견을 실행하고, 대우의 불평등을 제거함으로써 상황을 치유하기 위하여 스위스는 몇 가지 해결책을 갖고 있으며, 이 해결책들은 모두 유럽인권협약에 부합된다. 스위스는 자녀가 성년이 된 경우 편부연금이 적용되는 제한을 제거하고 그렇게 편부연금을 편모연금과 일치시키는 것을 고려할 수 있을 것이다. 또는 자녀가 성인이 되었을 때 편모연금도 중단함으로써 편모연금을 편부연금과 일치시킬 수도 있을 것이다. 자녀가 성년이 된 이후에도 학업을 마칠 때까지 남성에게든 여성에게든 모두 똑같이 유족연금을 지급하는 중간해결책도 가능하다.

4. Kjølbros, Kucsko-Stadlmayer, Mourou-Vikström, Koskelo, Roosma 재판관의 공동반대의견(5인 의견)

안타깝게도 우리는 법정의견에 동의할 수 없다. 이 사건의 핵심적인 쟁점은 사회복지수당과 관련된 사안에서 유럽인권협약 제8조의 ‘영역(ambit)’에 관한 것이다. 성별에 근거하여 다른 대우를 하는 것은 정책적으로는 매우 시대에 뒤쳐진 것으로 간주될 수 있음이 사실이다. 그러나 그러한 사회복지정책의 문제가 유럽인권협약 제8조와 연계된 제14조에 따라 유럽인권재판소의 감독 하에 있다고 보아야 하는지는 완전히 별개의 문제이다. 이 점에 있어 우리는 사법적 자제가 요구된다고 생각한다.

법정의견이 취한 방식은 사회복지수당의 영역에 있어 유럽인권협약 제8조의 적용

가능성을 대폭 확대시킨다. 이것이 이 사건의 주요 측면이며 우리의 주된 염려이다.

유럽인권재판소는 유럽인권협약 제1추가협정서 제1조의 맥락에서 재산(possessions)의 개념을 매우 넓게 해석해 왔고, 사회복지수당에 관련된 다양한 청구들도 포함시키는 방향으로 확대되어 왔다. 스위스 정부에 따르면 스위스는 사회복지 영역에 있어 유럽인권협약의 적용을 피하기 위해 제1추가협정서를 비준하지 않은 것이기도 하다. 유럽인권협약 제8조가 일반적으로는 제1추가협정서 제1조에 의해 보장되는 금전적 권리의 문제까지 포함하는 것으로 확장된다면, 그러한 확장은 특정한 국제 의무에 구속되지 않고자 했던 국가의 의지를 회피하는 것으로 여겨질 수 있고, 따라서 유럽인권협약 제도의 신뢰에 해를 끼칠 수 있다.

결과적으로 이제부터 이후의 법적 결과들과 새로운 불확실성은 유럽인권협약 제도 전체에 영향을 미치게 될 것이다. 제1추가협정서 제1조와 유럽인권협약 제8조의 출발점은 다르다. 전자가 재산권을 포괄적으로 보호한다면, 후자는 가족생활을 존중받을 권리를 보호하며 다양한 수당이 개인의 삶에 영향을 미치는 방식에 초점을 둔다. 이 두 조항은 적용 방법도 구분된다. 사회복지수당의 분야에서 두 조항을 병렬적으로 적용하는 것은 많은 법적 문제와 불확실성을 야기하게 될 것이다.

법정의견은 사회복지수당의 분야에서 유럽인권협약 제8조의 범주를 확대시켰는데 이는 그 논증의 몇몇 부분에 나타나고 있다.

첫째, 법정의견은 유럽인권협약 제8조 단독일 때의 그 ‘범위(scope)’ 유럽인권협약 제14조와 연계하여 해석될 때 더 넓은 의미의 ‘영역(ambit)’을 구분하고 있다. 비록 ‘범위’와 ‘영역’의 개념 구분이 판례법상 새로운 것은 아니지만, 이러한 구분이 그 자체로 유럽인권협약 제8조의 적용을 사회복지수당에 관한 문제에까지 확대하는 것을 명하거나 정당화하지는 않는다.

둘째, 법정의견은 가족생활을 존중받을 권리의 영역을 문제가 있는 방식으로 정의하였다. 법정의견에 따르면 사건의 사실관계가 유럽인권협약 제8조의 영역 내에 들어가려면 “불이익의 내용이 유럽인권협약 제8조가 보장하는 가족생활을 존중받을 권리의 행사 양식 중 하나를 구성해야 한다”라고 한다. 그러나 이 문장의 뜻을 파악하기는 어렵다. 청구인이 겪는 ‘불이익의 내용’은 자녀가 성년이 되었을 때 유족연금을 받을 수 없다는 것이다. 그러나 일반적으로 유럽인권재판소는 부모와 성인 자녀 사이에는 추가적인 부양 요소가 존재하지 않는 한, 유럽인권협약 제8조의 의미 내에서

의 ‘가족생활’이 없다고 판결해 왔다.⁴⁰⁾ 따라서 불이익의 내용이 가족생활을 영위하는 양식 중 하나를 구성한다고 보기 어렵다. 어쨌든 위에서 언급된 표현은 무엇이 ‘영역’에 속하고 무엇이 제외되는지에 대한 실질적인 지침을 주지 못하고 있다.

게다가 이 불분명한 문장은 뒤이어 언급된 기준과도 모순된다. 이에 따르면 유럽인권협약 제8조의 ‘영역’에는 ‘가족생활을 고취하기 위한 것이고 가족생활이 편성되는 방식에 필연적으로 영향을 주는 조치’가 포함된다. 여기서 초점은 ‘불이익’에서 ‘복지수당의 일반적 성격’으로 옮겨진다. 그러나 이 기준도 매우 모호하다. 재정적 지원이나 그 중단은 항상 가족생활이 영위되는 방식에 필연적으로 영향을 미칠 것이라고 쉽게 주장될 수 있다.

셋째, 유럽인권협약 제8조의 영역을 확장시키면서 이 사건은 ‘가족생활’에만 신경을 쓰고, ‘개인생활’의 영역에서는 ‘영역’의 확장적 해석을 멈춰버렸다.

넷째, 사회복지정책 및 수당의 분야에서 유럽인권재판소의 감독 권한의 전체 범위와 관련하여, 유럽인권협약 제8조의 영역의 해석 외에 또 다른 중요 요소는 제14조의 범위, 특히 차별대우의 근거와 관련이 있다. 비록 현재 사건에서는 제14조에 명시적으로 열거된 ‘성별’에 근거한 차별적 대우가 문제가 되었지만, 더 넓은 파급효과가 따라올 수 있다. 유럽인권협약 제14조의 ‘기타 신분’의 개념이 근본적인 개인적, 법률적 특성뿐만 아니라 개인의 상황과 관련된 다양한 사실적 환경까지 포함하는 것으로 더 확장될수록, 유럽인권재판소의 감독 역할의 범위에 대한 복합적인 영향도 더 넓어질 것이다. 어떤 대우의 차이는 그 근거에 따라 본질적으로 불법적이고 의심스러운 반면, 다양한 분야의 정책을 정의함에 있어 어떤 구분의 기준은 필수요소와 중요한 결정요인이 될 수도 있다. 예를 들어 사회복지정책의 분야에서 수당의 지급은 종종 소득 수준, 가족구성원의 수와 나이 등과 같은 기준에 결부되어 있다. 유럽인권협약 제14조를 모든 대우의 차이를 이유로 그 기준의 성격에 상관없이 원용할 수 있는 것으로 만들어버린다면, 유럽인권재판소의 심사 권한에 광범위한 영향을 미칠 것이다. 특히 이미 유럽인권재판소가 핵심적인 인권의 국제적 이행에 있어 일부 그 기본 기능을 다하지 못하는 현실을 고려하면 이는 심각한 문제이다.

마지막으로, 사회복지정책의 문제는 필연적으로 국내 차원에서 정치적, 민주적 과

40) *Slivenko v. Latvia* [GC], no. 48321/99, § 97, ECHR 2003-X; *A.W. Khan v. the United Kingdom*, no. 47486/06, § 32, 12 January 2010; *Narjis v. Italy*, no. 57433/15, § 37, 14 February 2019; *Khan v. Denmark*, no. 26957/19, §§ 58 and 80, 12 January 2021.

정의 핵심에 있다. 보조금의 형태와 수준, 충돌하는 요구 및 자원의 부족에 대면하여 우선순위의 설정, 정책의 비용을 충족하기 위해 필요한 자금 마련 등은 경제적 능력과 사회적 여건에 크게 좌우된다. 이는 국가에 따라 매우 다를 뿐만 아니라 같은 국가 내에서도 시간에 따라 변한다. 이러한 문제는 기본적으로 국내 차원의 정치적 민주주의에서 다루어져야 한다. 이와 같은 기능이 법원으로 옮겨져서는 안 된다. 특히 국제인권재판소는 자신을 사회복지 수혜자격에 관한 분쟁의 선두에 위치시키거나 소득 분배와 사회적 권리의 복잡한 문제에 있어 최종 중재자가 되게 할 수 없다.

이 사건의 피청구국인 스위스가 대의민주주의 뿐만 아니라 직접민주주의로도 유명한 전통을 가진 국가인 것을 생각하면 특히 놀랍다. 따라서 이 사건이 사회복지정책에 대한 국제적인 사법적 감독의 확대 및 강화로 유럽인권재판소 판례법의 랜드마크 결정이 될 것이라는 점은 어떤 의미로는 역설적이다.

법정의견은 복지수당이 유럽인권협약 제8조의 영역 내에 들어오는지를 결정하기 위해 살펴보는 수당의 성격은 국내 입법부가 제시한 입법목적이 아니라 유럽인권재판소의 평가에 따라 결정될 것이라고 하였다. 또한 수당의 성격을 평가할 때 청구인의 개인적 상황과 그의 생활에 그 수당이 가져오는 ‘현실적인 영향’도 고려된다는 점도 분명히 하였다. 그러나 이러한 접근법은 수당이 구체적인 개인의 필요에 따라 지급되는 것이 아니라 연금과 같이 사회보험제도의 일부를 이루는 것이라는 측면에서 문제가 있는 접근법이라고 하겠다. 수혜자가 국내 법률이 정한 의도와 조건이 아니라 자신이 만든 수당에 대한 의존성을 근거로 그 수혜 자격을 만들어내는 것을 허용한다는 것은 상당히 이례적인 일이다. 게다가 법정의견이 새롭게 만들어낸 유럽인권협약 제8조의 영역에 대한 ‘사례별(case-specific)’ 정의는 국내 입법부로 하여금 어떻게 유럽인권협약을 준수하는 방식으로 사회적 법률을 형성할지 결정하기 어렵게 만든다.

이 사건에서 청구인의 연금은 그가 미성년 자녀를 둔 생존 배우자라는 조건에 따라 지급된 것이지, 자녀들의 전업 양육자가 되었다는 이유로 지급된 것이 아니다. 직장을 그만두고 자녀 양육에 전념하기로 한 결정은 청구인 자신이 내린 것이었다. 그가 자녀 양육을 하는 방식에 관계없이 유족연금은 지급되었을 것이다. 따라서 청구인의 편부연금은 가족생활을 편성하는 방식에 ‘필연적으로 영향을 미친’ 경우와는 다르다.

게다가 이 사건에서 청구인은 처음부터 두 자녀가 성년이 되면 연금이 지속되지

않을 것임을 알고 있었다. 법정의견은 은연중에 개인이 복지제도의 기여자 집단에게 의존하여 인생의 예측 가능한 결과를 그들에게 맡길 자격이 있다고 시사한 것이고, 이는 그 복지제도가 근간하고 있는 원칙에 위배되는 것이다. 그것은 괜찮은 이념적 입장일 수도 있지만 유럽인권재판소와 같은 국제사법기구가 그러한 이념적 접근법을 민주적으로 이뤄진 국내 기관에게 강요할 수는 없다.

이와 같은 이유로 우리는 법정의견과 달리 이 사건의 상황이 유럽인권협약 제8조의 영역 내에 들어올 수 없다고 판단하는 바이다. 따라서 유럽인권협약 제8조와 연계하여 제14조를 적용할 수도 없으므로 이 조항들의 위반이 있다는 판단에도 반대한다. 그러나 이것은 이 사건에서 문제가 된 대우의 차이를 정책적으로 지지한다는 뜻은 아니다. 이는 단지 유럽인권재판소의 재판 권한 내에 있지 않은 문제라는 법적 입장의 결과일 뿐이다.

III. 결정의 의의

이 결정에서 유럽인권재판소 대재판부는 자녀가 성인이 되었을 때 편모연금은 유지되는 반면 편부연금은 종료시키는 것은 유럽인권협약 제8조의 가족생활을 존중받을 권리와 연계하여 제14조의 평등권을 침해한 것이라고 판단하였다.

이 사건은 스위스 특유의 상황에서 비롯된 것이기도 하다. 우선 스위스 연방대법원은 스위스 헌법 제190조에 따라 연방법률에 구속되기 때문에 연방법률에 대한 사법심사가 인정되지 않는다. 스위스 연방대법원은 가능한 경우 헌법과 충돌하지 않도록 법률을 해석할 수 있을 뿐이다. 따라서 이 사건이 스위스 연방대법원에서 심리되었을 때 연방대법원은 이 제도가 차별적이라고 인정하면서도 위헌무효로 판결하지는 못하였다.

또 한편으로는 스위스가 유럽인권협약 제1추가의정서를 비준하지 않은 거의 유일한 국가라는 점도 이 사건의 중요 지점이었다. 이 사건의 유족연금과 같은 사회복지수당의 경우 제1추가의정서 제1조에 따라 판단되어 왔기 때문이다. 그러나 스위스는 제1추가의정서를 비준하지 않았기 때문에 가족생활을 존중받을 권리를 규정한 유럽인권협약 제8조의 영역에 사회복지수당도 해당되는지가 문제가 되었다. 법정의견과 반대의견 역시 이 부분에 많은 논증을 할애하였다.

반면 언론의 주요 관심은 ‘남성에 대한 차별’이라는 부분에 있었는데, 이 부분에 대한 유럽인권재판소의 판단은 비교적 간단하였다. 성별에 근거한 차별은 유럽인권협약 제14조가 명시적으로 열거하여 금지한 차별 사유에 해당하기 때문에 이를 정당화하는 데에는 무척 중대한 이유를 요했고 이 사건은 그러한 경우는 아니라고 판단되었기 때문이다. 스위스 정부는 이 사건의 편부연금 제도가 성 평등이 완전히 성취되지 않은 현실에 기반을 둔 것으로, 성별에 근거한 대우의 차이를 정당화한다고 주장하였다. 그러나 법정의견은 오히려 이 제도가 사회에서의 여성의 역할에 대한 편견과 고정관념을 영구화시킨다고 판단하였다.

한편 반대의견은 이 결정으로 인해 사회복지정책 분야에서 유럽인권협약 제8조의 영역이 과도하게 확대됨에 따라 야기될 문제들에 대해 우려를 표명하였다.

가석방 없는 종신형을 선고할 수 있는 국가로 범죄인을 인도할 경우 피고인의 권리¹⁾

I. 사건개요

이 사건은 2020년 6월 11일 ‘유럽인권협약(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Rights; 이하 “협약”)’ 제34조에 따라 멕시코 국적의 Ismael Sanchez-Sanchez(이하 “청구인”)가 영국과 북아일랜드를 상대로 제기한 청구에서 비롯되었다. 청구인은 만약 자신에 대한 혐의가 인정된다면 가석방 가능성이 없는 종신형 선고를 받을 위험이 있기 때문에, 미국으로 자신을 인도하는 것이 협약 제3조²⁾를 위반한다고 주장하였다.

청구인은 현재 영국 Wandsworth 교도소에 수감되어 있다. 청구인은 미국의 요청에 따라 2018년 4월 19일 영국에서 체포되었다. 미국 법무부에서 제공한 정보에 따르면, 그는 조지아 주의 애틀랜타에서 마약을 유통하는 미국을 근거지로 한 공모자들의 작업을 관리·감독하는, 멕시코의 마약 운반 조직의 공동 수장으로 여겨졌다.

청구인의 혐의는 2017년 1월에 몰수된 마리화나 2,613kg을 조지아 주 애틀랜타에 있는 창고로 운반한 것과, 공모자들이 마약과 돈을 보관하기 위해 이용한 조지아 주 샌디스프링에 있는 아파트에서 펜타닐을 첨가한 헤로인 14kg과 펜타닐 약 430g을 몰수당한 것에서 비롯되었다. 기소장에는 한 공모자가 펜타닐을 사용하다 사망했다는 사실이 나타나있다. 미국 법무부에 따르면, 미국 정부가 아는 한 청구인은 전과가 없었다.

청구인의 범죄인 인도 심리는 2019년 1월 24일 영국 지방법원에서 진행되었다. 청구인은 재판 전 환경, 선고 후 구금, 그리고 가석방이 없는 종신형을 선고 받을 실질적인 위험성을 근거로 자신을 미국으로 인도하는 것이 협약 제3조에 따른 권리를 침해할 것이라고 주장했다. 지방판사는 청구인이 재판 전 환경과 선고 후 구금으로 인해 협약

1) *Sanchez-Sanchez v. the United Kingdom*, Application No. 22854/20 (2022. 11. 03).

2) 유럽인권협약 제3조

누구도 고문 또는 반인륜적이거나 모멸적인 대우나 처벌을 받아선 안 된다.

제3조가 위반될 실질적인 위험성을 증명했다고 보지 않았다. 또한, 지방판사는 종신형의 선고가 감형 불가능(irreducible)하지 않다고 판단했다. 청구인은 선고 후에 대통령 사면이나 형집행정지(compassionate release)를 신청할 수 있다. 따라서 청구인은 유죄 판결로 인해 협약에 의한 권리가 침해당할 위험성을 증명하는 데 실패했다.

청구인은 항소했고, 항소는 고등법원에서 심리되었다. 고등법원 또한 종신형이 감형 불가능하지 않다는 것에 동의했고, 청구인의 항소는 기각되었다. 청구인은 본 재판소에서, 자신을 미국으로 인도하는 것이 가석방 가능성이 없는 종신형을 받게 될 위험이 있으므로 협약 제3조를 위반하는 것이라고 주장하였고, 영국 정부는 이 주장을 받아들이지 않았다.

II. 결정요지

1. 국내에서의 가석방 없는 종신형과 관련된 일반적 원칙

고문과 반인륜적이거나 모멸적인 대우 또는 처벌을 분명한 조문으로 금지하고 있는 협약 제3조는 민주 사회의 기본적인 가치를 따른다. 이 조항에는 예외에 관한 규정이 없고, 제15조에 따라 어떠한 위반도, 심지어 국가의 존망을 위협하는 공공의 비상상황에서도, 용납되지 않는다.³⁾ *Kafkaris v. Cyprus* 결정⁴⁾에서, Kafkaris는 사이프러스(Cyprus)에서 계획적인 살인의 세 가지 죄목에 대해 유죄 선고를 받고 법정 종신형을 부과 받았다. 본 재판소는 성인 범죄자에게 종신형을 부과하는 것이 그 자체로 금지되거나 제3조 또는 협약의 다른 조항에 불합치하지 않는다는 것을 확인했다.⁵⁾ 동시에 본 재판소는 성인에게 감형될 수 없는 종신형을 부과하는 것이 협약 제3조하에서의 쟁점을 제기할 수 있도록 한다고 보았다. 본 재판소가 결정해야 할 주된 쟁점은 종신형을 선고 받은 수감자에게 가석방의 가능성이 있다고 볼 수 있는지 여부이다.

3) *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, § 163, Series A no. 25; *Chahal v. the United Kingdom*, 15 November 1996, § 779, Reports of Judgments and Decisions 1996-V; *Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, § 95, ECHR 1999-V; *Al-Adsasni v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, §59, ECHR 2001-XI, and *Shamayev and Others v. Georgia and Russia*, no. 36378/02, § 335, ECHR 2005-III.

4) *Kafkaris v. Cyprus* [GC], no. 21906/04, ECHR 2008.

5) *Kafkaris v. Cyprus* [GC], no. 21906/04, § 97, ECHR 2008.

종신형이 법률상(*de jure*) 그리고 사실상(*de facto*) 감형될 수 있다는 것은 제3조의 목적에 부합하는 것이다.⁶⁾ 따라서 본 재판소는 가석방 가능성이, 가석방 결정이 국가수반의 재량하에 있다고 하더라도, 감형 가능성을 보여주는데 충분하다고 판단한다.⁷⁾ 이후 본 재판소는 *Iorgov v. Bulgaria* 결정⁸⁾에서 대통령에 의한 사면이나 감형 형식의 처분에 대한 기대가 가석방 가능성을 증명하는데 충분하다고 확인했다.

Vinter and Others v. the United Kingdom 결정⁹⁾에서 대재판부는 해당 쟁점에 대해 재논의했다. 해당 결정의 청구인들은 종신형을 선고 받은 수감자였으며, 영국에서 살인으로 인해 유죄 선고 후에 ‘종신명령(whole life order)’을 받은 상태였다. 그 청구인들은 종신명령이 협약 제3조에 합치하는지에 대해 소송을 제기했다. 본 재판소는 만일 종신형이 “중대하게 부당(grossly disproportionate)”하거나 감형될 수 없다면 협약 제3조를 위반한다고 서술했다.¹⁰⁾ 후자에 대하여 본 재판소는 형벌의 예방 목적과 갱생 목적을 참작하여 “감형 가능성” 그 자체에서 수감자의 갱생에 초점을 둔 심사(review) 방법으로 주안점을 옮겼다.¹¹⁾ 주어진 사건에서 어떻게 종신형이 감형될 수 있다고 볼지에 대해 결정하는 문제와 관련하여, 본 재판소는 다음과 같은 원칙들을 수립했다.¹²⁾

“119. 앞선 근거들로 인해 본 재판소는, 지속되는 수감이 합법적인 형벌의 근거를 더 이상 정당화할 수 없다는 것을 의미할 정도로 종신형 수감자의 변화가 중대한지 그리고 형의 집행 중에 갱생을 향한 진전이 생겼는지에 대해 자국 정부가 고려하도록 하는 심사의 의미에서, 종신형에 관해 제3조가 형의 감형 가능성을 필요로 한다고 해석되어야 한다고 여긴다.

120. 하지만, 본 재판소는 형사 정책과 형의 선고에 관한 사안에서 계약국(Contracting State)에 반드시 주어져야 하는 판단의 재량(margin of appreciation)과 관련

6) *Kafkaris v. Cyprus* [GC], no. 21906/04, § 97, ECHR 2008.

7) *Kafkaris v. Cyprus* [GC], no. 21906/04, § 98, ECHR 2008.

8) *Iorgov v. Bulgaria*, no. 36295/02, §§ 51-60, 2 September 2010.

9) *Vinter and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 66069/09 and 2 others, ECHR 2013 (extracts).

10) *Vinter and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 66069/09 and 2 others, §§ 102, 119-122, ECHR 2013.

11) *Vinter and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 66069/09 and 2 others, § 109, ECHR 2013.

12) *Vinter and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 66069/09 and 2 others, §§ 119-122, ECHR 2013.

하여 심사가 따라야 하는 (행정적이거나 사법적인) 그 형식을 규정하는 것은 본 재판소의 업무가 아니라는 것을 강조한다. 같은 이유로, 본 재판소는 심사를 수행할 시기를 결정하지 않는다. 그렇지만, 본 재판소는 비교법 및 국제법 자료들이 종신형이 선고된 후 25년 이내의 심사 및 이후 추가적인 정기 심사를 보장하는 전용 절차에 명확한 지지를 보이고 있음을 인지하고 있다.

121. 결정이 이렇더라도, 국내법이 이러한 심사의 가능성을 규정하지 않은 경우, 종신형이 협약 제3조의 기준을 충족시키지 못한다는 것은 아니다.

122. 비록 이 필수적인 심사가 선고가 내려진 후에 반드시 따라오는 장래의 일정이더라도, 종신형 수감자로 하여금 선고에 부가된 법적 조건이 이와 관련된 제3조의 요건을 준수하지 못했다는 이의를 제기할 수 있을 때까지 기다리면서 정해지지 않은 기간의 형을 살게 해서는 안 된다. 이것은 법적 안정성과 협약 제34조 조문의 의미 내에서 희생자의 신분에 관한 일반 원칙에 위배되는 것이다. 추가적으로, 만일 형의 선고가 국내법하에서 감형이 불가능하다면, 수감자가 그의 갇생을 근거로 가석방이 고려될 수 있도록 하는 방법이 어느 불특정한 날에 도입될지 알지 못한 채로, 그의 갇생을 위해 형을 살기를 기대하는 것은 잘못된 것이다. 종신형 수감자는 선고 시점에서 가석방이 고려되기 위해 그가 무엇을 해야하는지, 그리고 선고의 심사가 언제 이루어지는지 또는 요구되는지를 포함해 그 조건이 무엇인지 알 권리가 있다. 결과적으로, 국내법이 종신형의 심사를 위한 방법이나 가능성을 규정하지 않는다면, 이를 근거로 어느 정도 수감생활을 한 후가 아니라 종신형을 선고한 시점에 제3조의 위반이 발생하게 된다.”¹³⁾

Murray v. the Netherlands 결정¹⁴⁾에서, 본 재판소는 심사 방법의 유효성을 보장하기 위해 국내 환경에서 필요한 보호장치를 마련했다. 특히, 본 재판소는 심사에 대한 수감자의 권리에 관련 정보에 대한 실질적인 평가가 포함되어야 하고, 그 권리는 충분한 절차적 보장으로 보호되어야 한다고 강조했다.

13) *Vinter and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 66069/09 and 2 others, §§ 119-122, ECHR 2013.

14) *Murray v. the Netherlands* [GC], no. 10511/10, § 100, 26 April 2016.

2. 범죄인 인도 사건에서 가석방이 없는 종신형에 관한 일반 원칙

범죄인 인도 사건에서, 체약국은 국제적 범죄 사건에 협력해야 할 의무가 있다는 것을 인식하고 있다. 하지만 이 의무는 협약 제3조에 따른 금지의 절대적인 본질을 존중할 국가의 의무보다 후순위에 있다.¹⁵⁾ 본 재판소는 고문, 그리고 반인륜적이고 모멸적 대우와 처벌이 확실한 조문으로 금지되어 있기 때문에 체약국에 의한 범죄인의 인도는 협약 제3조하에서 문제를 유발할 수 있다고 보았다. 따라서 그 범죄인을 학대를 받을 실질적인 위협에 처할 것이라고 믿을만한 중대한 근거가 있는, 범죄인 인도를 요청하는 국가로 보내는 것에 대한 책임을 체약국이 갖게 된다고 반복적으로 언급했다.¹⁶⁾ 학대의 위협이 있는지 결정하기 위하여 본 재판소는 청구인을 목적 국가로 보내는 것에 대해 예상 가능한 결과를 조사해야 한다.¹⁷⁾ 이를 통해, 본 재판소는 제3조의 요건에 따라 범죄인 인도를 요청하는 국가의 환경을 반드시 평가해야 한다.

입증책임에 관하여, 청구인이, 만일 청구된 수단이 시행된다면 제3조에 위배되는 대우를 받을 실질적인 위협에 노출될 것이라는 충분한 근거가 있다는 것을 증명할 수 있는 증거를 제시하는 것이 원칙이다. 이러한 증거가 제시된다면 의혹을 해소하는 것은 정부가 해야 할 일이다.¹⁸⁾

제기된 위협이 범죄인 인도를 요청하는 국가에서의 잠재적 가석방이 없는 종신형 선고라면, 본 재판소는, *Vinter and Others* 결정에 앞서, 청구인이 중대하게 부당한 선고를 받을 현실적인 위협이 있거나, 또는 청구인의 지속적인 수감이 더 이상 합법적인 형벌의 근거를 정당화하지 못할 경우, 종신형이 법률상 그리고 사실상 감형될 수 없을 때에만 제3조의 쟁점이 문제가 된다고 판단했다.¹⁹⁾ 따라서 형벌학적 정당화를 잃은 종신형을 살 위협이 제기된 범죄인 인도의 시점에, 청구인의 지속되는 수감이

15) *Khasanov and Rakhmanov v. Russia* [GC], nos. 28492/15 and 49975/15, § 94, 29 April 2022).

16) *Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989, § 88, Series A no. 161; *López Elorza v. Spain*, no. 30614/15, § 102, 12 December 2017.

17) *F.G. v. Sweden* [GC], no 43611/11, § 120, 23 March 2016; *Saadi v. Italy* [GC], no. 37201/06, §130, ECHR 2008.

18) *F.G. v. Sweden* [GC], no 43611/11, § 120, 23 March 2016; *Saadi v. Italy* [GC], no. 37201/06, §129, ECHR 2008.

19) *Harkins and Edwards v. the United Kingdom*, nos. 9146/07 and 32650/07, §§ 134 and 137-138, 17 January 2012.

더 이상 아무런 목적도 충족할 수 없는 시점이 오지 않을 것을 고려하여, 청구인에 의해 증명되어야 한다.²⁰⁾

Vinter and Others 결정에서, 본 재판소는, 자국 내에서의 종신명령과 관련하여, 종신형의 형벌학적 정당화가 일정 시간이 흐른 뒤에 심사되어야 한다고 결정했다. 이후 *Trabelsi* 결정²¹⁾에서, 본 재판소는 *Vinter and Others* 기준을 범죄인 인도 사건에 적용했다. 이 결정에서, 범죄인 인도를 요청하는 국가에서 제공하는 절차 중 어떠한 것도, 정부가 종신형을 선고할 때 수감자가 명확하게 인지하는 객관적이고 사전에 수립된 기준을 기반으로 하여 청구인의 지속되는 수감이 더 이상 합법적인 형벌의 근거를 정당화시키지 못할 만큼 변화하고 발전했는지 확인하도록 하는 심사 방법에 해당하는 것이 없었기 때문에 청구인의 인도가 협약 제3조를 위반할 것이라고 보았다.

하지만, *Vinter and Others* 결정은 범죄인 인도 사건이 아니었다. 이 차이는 중요하다. 국내에서 이미 유죄 선고를 받고 형벌이 부과된 청구인의 법적 지위는 알려져 있다. 게다가 국내 선고의 심사 체계는 정부와 본 재판소에 비슷하게 알려져 있다. 하지만, 범죄인 인도에 관해서는, 청구인이 아직 유죄를 선고 받지 않은 지금 같은 상황에서는, 국내 상황과 비교해 매우 다른 수준의 불확실성으로 인하여 반드시 나타나는 잠정적인 예측, 즉 복잡한 위험 평가가 필요하다. 이는 -원칙의 문제뿐만 아니라 현실적인 문제로서- 국내 상황에 적용하도록 고안된, *Vinter and Others* 결정에서 정립된 기준을 가장 큰 범위인 범죄인 인도 상황에 적용하는데 주의를 요구한다.

이와 관련하여, 본 재판소가 *Vinter and Others* 결정에서 정립한 원칙은, 체약국이 종신형이 제3조를 위반하는 형벌이 되지 않도록 보장할 실질적인 의무와, 또한 보호장치에 그치지 않고 체약국에 의해 반인륜적이고 모멸적인 처벌의 금지가 위배되지 않도록 하는 감시를 수행하는, 관련된 절차적 보호장치를 포함한다. 이는 *Vinter and Others*의 완전한 기준에 비추어 보았을 때, 체약국이 협약하에서 제3국의 체제 미비로 인한 책임을 반드시 져야 한다고 결정하지 않도록 한다. 본 재판소는 또한 체약국이, 국가 정부가 범죄인 인도 요청에 대한 결정을 할 때, 절차적 보호장치를 준수하는 수준을 평가할 목적으로 제3국의 관련 법령과 관습을 조사하도록 요구하는 것이 과도하게 어렵다는 것을 인정한다.

또한 본 재판소는 국내에서 협약 제3조의 위반을 발견한 경우, 청구인이 청구 기간

20) *Harkins and Edwards v. the United Kingdom*, nos. 9146/07 and 32650/07, § 140, 17 January 2012.

21) *Trabelsi v. Belgium*, no. 140/10 ECHR 2014.

동안 또는 원래 계획된 것보다 더 일찍 석방될 수 있도록 하는 -반드시 그런 것은 아니지만- 협약에 부응하는 심사 방법의 도입이 있을 때까지 수감된 채로 남아있는 것을 지적한다. 따라서 수감의 합법적인 형벌학적 목적이 손상되지 않도록 한다. 반면, 범죄인 인도 사건에서는 제3조의 위반을 발견하여 중대한 혐의를 가진 사람은, 범죄인 인도를 요청받은 국가에서 기소될 수 없거나 범죄인 인도를 요청한 국가가 인도를 가능하게 하는 데 필요한 보장을 제공하지 않는다면, 재판정에 설 수 없다는 것이다. 이런 사람을 처벌받지 않고 도피하게 하는 것은 형사 사건에서 정의가 실현되도록 보장하는 사회의 일반적인 가치와 부합하는 결과가 아니다.²²⁾

따라서 *Vinter and Others* 결정에서 정립된 원칙이 국내 사건에는 그대로 적용되어야 하지만, 범죄인 인도 사건에서는 수정된 접근법이 필요하다.

수정된 접근법은 두 단계로 이루어진다. 먼저, 첫 단계에서 청구인이, 인도되어 유죄 판결을 받을 경우, 가석방 없는 종신형을 선고 받을 실질적인 위험성이 있다고 믿을만한 충분한 근거가 있다는 것을 증명하는 증거를 제시했는지가 확인되어야 한다. 두 번째 단계에서는, 범죄인을 인도 받은 정부가 선고 시점에서부터 수감자의 갱생을 위한 발전이나, 수감자의 행동이나 다른 개인적인 상황을 근거로 석방의 사유를 고려하도록 하는 심사 방법이 있는지 확인되어야 한다.

3. 상술한 원칙의 적용

청구인은 기소된 혐의로 유죄 판결을 받을 경우, 종신형이 “중대하게 부당”하다는 것은 주장하려 하지 않았다. 오히려 청구인은 종신형이 법률상 그리고 사실상 감형 불가능하기 때문에 협약 제3조를 위반할 것이라는 것만 주장했다. 따라서 앞선 논의에 비추어 보았을 때, 이번 사건에서 청구인이 인도되어 유죄 판결을 받을 경우, 가석방 없는 종신형이 선고될 실질적인 위험이 있다고 믿을만한 충분한 근거가 있다는 것을 증명하는 증거가 제시됐는지 본 재판소가 결정해야 한다.²³⁾ 청구인이 아직 유죄 판결을 받지 않았고, 그에게 기소된 혐의가 반드시 종신형을 수반하는 것은 아니다. 따라서 청구인은 먼저 그가 유죄 판결을 받는다면, 모든 관련된 감형 요소나 가

22) *López Elorza v. Spain*, no. 30614/15, § 111, 12 December 2017.

23) *López Elorza v. Spain*, no. 30614/15, § 107, 12 December 2017.

중처벌 요소에 대한 충분한 고려 없이 가석방 없는 종신형이 선고될 실질적인 위험성이 있다는 것을 증명해야 한다. 이를 증명한다면, 범죄인 인도를 요청하는 정부에 청구인의 갱생에 대한 발전, 또는 행동이나 다른 관련된 개인적 상황에 의한 가석방 사유를 고려하도록 하는, 선고에 대한 심사 방법이 존재하는지 확인되어야 한다.

첫 질문에 대한 답을 찾기 위해, 본 재판소는 자국 법원에 의해 수행되는 평가를 출발점으로 삼는다. 본 재판소의 평가는 범죄인 인도가 아직 행해지지 않은 지금부터(*ex nunc*) 시작되는 반면,²⁴⁾ 영국 법원은 미국이 당사자인 소송에서 증거에 대한 상세한 평가를 수행할 기회를 가졌었다. 지방판사는 정부에 의해 제출된 증거에 대하여, 종신형이 2013년 모든 사건의 0.3%에서만 선고되고 같은 해 마약 거래 사건 중 1/3 미만의 사건에서 선고되는 등 마약 거래 사건에서 드물다는 점에 주목했다. 지방판사는 청구인이 어떠한 혐의에도 종신형을 받을 가능성이 없고 청구인이 누적형 형벌(*consecutive sentence*)을 받을 확률이 적다고 말한 미국 연방검사(*Assistant United States Attorney; AUSA*)의 증거를 언급했다. 따라서 청구인은 사망 전에 석방될 수 있는 형을 받을 가능성이 높다. 반면에, 청구인의 변호인은 미국 양형위원회가 발간한 “연방체계에서의 종신형(*Life Sentences in the Federal System*)”이라는 2015년 2월 보고서를 근거로 보통 누군가 범죄로 인해 사망한 경우에는 종신형이 부과된다고 주장했다.

본 재판소가 적용하는 두 단계의 심사 중 첫 단계인 “실질적인 위험성” 평가의 목적을 위하여, 지방판사는 청구인이 종신형을 선고 받을 가능성이 있다고 보지 않았음에도 불구하고 판결에서 결론을 내리지 못했다. 그래도 이번 쟁점에 관한 본 재판소에 제출된 증거를 조사하는 것이 필수적이다.

2015년 2월 보고서에 따르면, 마약 거래 지침은 사망이나 심각한 신체의 상해가 마약을 사용해 발생했고 피고인이 이전에 마약 거래 범죄로 유죄 판결을 받았던 경우, 마약 거래 범죄에 대한 종신형 선고를 분명히 가능하게 하고 있다. 비록 청구인의 공모자들 중 한 명이 펜타닐 과다 복용으로 사망했다라도, 본 재판소에 제출된 증거는 청구인이 전과를 가지고 있지 않다는 것을 보여준다.

많은 양의 마약이 연루된 사건이나 법원이 마약 거래와 관련된 다른 양형 강화 조항을 적용할 경우에도 종신형이 선고될 수 있다. 청구인에 대한 혐의는 분명히 중대하고, 미국 법무부는 청구인이 미국 마약 유통자들의 업무를 감독하는 멕시코 마약

24) *F.G. v. Sweden* [GC], no 43611/11, § 115, 23 March 2016

거래 조직의 공동 수장이라는 확신을 보여줬다. 하지만 미국 법무부는 청구인의 공모자들 중 7년에서 20년 징역형을 선고 받은 4명에 대한 정보를 제공해 왔다. 가장 높은 형을 선고 받은 두 명은 청구인과 동일한 마약 수입과 공모 혐의로 기소되었고, 자금 세탁을 포함해 청구인에게는 씌워지지 않은 추가적인 혐의에 대해서도 유죄 판결을 받았다.

본 재판소는 청구인의 공모자들이 청구인과 비슷한 수준의 범죄를 저질렀지만 청구인과 완전히 비슷한 지위에 있지는 않다는 것을 인정한다. 공모자들은 범죄 조직의 수장으로 의심받지 않았고, 아마도 더 중요한 것은, 그들은 유죄를 인정하여 감형받을 수 있었다는 것이다. 그렇다고 하더라도, 대재판부 심리에서 청구인은 자신과 비슷한 행위로 인해 유죄 판결을 받은 피고인중 어느 누구도 가석방 없는 종신형 선고를 받았다는 증거를 제출하지 않았다. *Findikoglu* 결정²⁵⁾에 따르면, 청구인의 수감 기간은 미국 정부에 협력하는 것과 같이 재판 전 요소들에 의해 영향을 받는다. 게다가, 만일 청구인이 유죄를 인정하거나 재판에서 유죄 판결을 받으면, 양형 기준 범위보다 적은 형량을 정당화하는 감형 요소에 관한 증거를 제출할 기회가 있는 진상 조사 후에, 판사는 적절한 형을 결정할 넓은 재량을 가지고 있다. 마지막으로 청구인은 선고된 형량에 대해 항소할 권리가 있다.

앞서 언급한 모든 요소들을 고려해보았을 때, 청구인을 미국으로 인도하는 것이 청구인이 제3조에서 금지하는 대우의 실질적인 위험성을 보여주는 증거를 제시했다고 볼 수 없다. 따라서 본 재판소는 이번 사건에서 사건 분석의 다음 단계로 나아갈 필요가 없다. 앞선 논의들은 본 재판소가, 청구인이 인도되더라도 협약 제3조가 위반되지 않을 것이라고 결론내리기에 충분하다.

이러한 이유들로, 본 재판소는 만장일치로 청구인을 미국으로 인도하는 것이 협약 제3조를 위반하는 것이 아니라고 판단한다.

III. 결정의 의의

이번 결정에서 유럽인권재판소는 범죄인 인도에 의해 발생할 수 있는 가석방 없는 종신형의 위험성에 대해 논의하고 있다. 앞서 언급했듯이, 협약 제3조는 고문 또는

25) *Findkoglu v. Germany* (dec.), no. 20672/15, § 39, 7 June 2016.

반인륜적이거나 모멸적인 대우나 처벌을 금지하고 있다. 그리고 유럽인권재판소는 2013년 가석방 없는 종신형이 제3조에서 금지하고 있는 반인륜적인 처벌이라고 판단한 바 있다.²⁶⁾ *Vinter and Others* 결정은 가석방 없는 종신형을 선고한 국내 법원에만 적용되는 것이었다.

이번 결정에서는 가석방 없는 종신형을 선고할 수 있는 국가로 범죄인을 인도하는 것이 협약 제3조를 위반하는지가 주된 쟁점이었고, 유럽인권재판소는 이에 대해 두 단계 심사를 제시하였다. 첫 번째 단계는, 인도를 요청한 국가에서 가석방 없는 종신형을 선고 받을 실질적인 위험이 있는지에 대해 청구인이 충분한 증거를 제시했는지에 관한 것이었다. 만일 청구인이 충분한 증거를 제시했다면, 두 번째 단계로, 유럽인권재판소는 인도를 요청한 국가에서 종신형 선고 후에 수감자의 갱생이나 상황을 고려하여 사망 전에 석방될 수 있는지를 해당 국가에서 증명하였는지를 중요하게 보았다. 이에 따라, 이번 결정은 가석방 없는 종신형을 선고하는 국가라도 유럽 국가로부터 범죄인을 인도 받을 수 있다는 것을 확인시켜줬다.

26) *Vinter and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 66069/09 and 2 others, ECHR 2013.

세계헌법재판기관 소개

파키스탄 대법원

파키스탄 대법원

국 가 개 요

1. 국명 : 파키스탄 이슬람공화국(Islamic Republic of Pakistan)
2. 수도 : 이슬라마바드(Islamabad, 101만명)
3. 인구·면적 : 2억 3,582만명(2022), 79.6만km²(한반도의 약 3.5배)
4. 공용어 : 우르두어, 영어
5. 1인당 GDP : 1,660달러(2022년)
6. 독립일 : 1947. 8. 14.(영국으로부터)
7. 정부형태 및 의회 : 의원내각제, 양원제

1. 명칭 : 대법원

- Supreme Court of Pakistan

2. 연혁

- 1947. 8. 14. 영국으로부터 파키스탄 자치령으로 독립
- 1948. 연방법원(연방대법원의 전신) 설립
- 1956. 3. 23. 첫 헌법(1956년 헌법) 발효, 파키스탄 이슬람공화국 수립
- 1956. 대법원 설립
- 1973. 8. 14. 1973년 헌법 공포

3. 구성

- 대법원장 1인과 그 외 16명의 대법관으로 구성되며, 임시(ad hoc)대법관을 두고 있음(헌법 제176조, 대법관 수에 관한 대법원법 제2조, 헌법 제182조)
- 대법관 자격 : 파키스탄 국민으로서, 5년 이상 고등법원 판사였거나 15년 이상 고등법원 변호사였던 자(헌법 제177조 제2항)

- 대법원장을 위원장으로 한 사법위원회에서 대법관 후보를 추천하며 의회위원회가 확정된 후 대통령이 임명함(헌법 제175A조, 헌법 제177조 제1항)
- 대통령은 대법관 중 가장 연장자를 대법원장으로 임명함(헌법 제175A조 제3항)
- 대법관의 정년은 65세이며 그 전에 사임하거나 헌법에 따라 해임되지 않는 한 정년까지 직을 유지함(헌법 제179조)
- 대법원장이 공석이거나 업무를 수행할 수 없는 경우, 대통령은 다른 대법관들 중 가장 연장자를 대법원장 권한대행으로 임명함(헌법 제180조)
- 대법관이 공석이거나 업무를 수행할 수 없는 경우, 대통령은 고등법원 판사 중 대법관 자격을 갖춘 자를 임시로 대법관 권한대행으로 임명할 수 있음(헌법 제181조 제1항)
- 대법원은 수도인 이슬라마바드에 본청을, 4개 주에 각각 지청(Branch Registry)을 두고 있음

4. 권한

- 원심관할권(Original Jurisdiction)(헌법 제184조)
 - 둘 또는 그 이상의 정부기관 간에 분쟁이 있는 경우 원심관할권을 가지며 이 경우 확인판결(declaratory judgment)만 내릴 수 있음
 - 고등법원의 관할권을 침해하지 않는 범위에서 헌법상 기본권의 이행에 관해 공적으로 중요한 문제라고 판단될 경우 관련 명령을 내릴 권한이 있음
- 상고심관할권(Appellate Jurisdiction)(헌법 제185조)
 - 고등법원의 판결, 명령 등에 대한 상고심을 담당함
(고등법원이 해당 사건에 헌법의 해석에 관한 실체적 법률문제가 포함된다 고 확인한 경우 포함)
- 권고적관할권(Advisory Jurisdiction)(헌법 제186조)
 - 대통령은 공적으로 중요한 법률문제에 관하여 언제든지 대법원의 의견을 구할 수 있음

5. 심리 및 결정

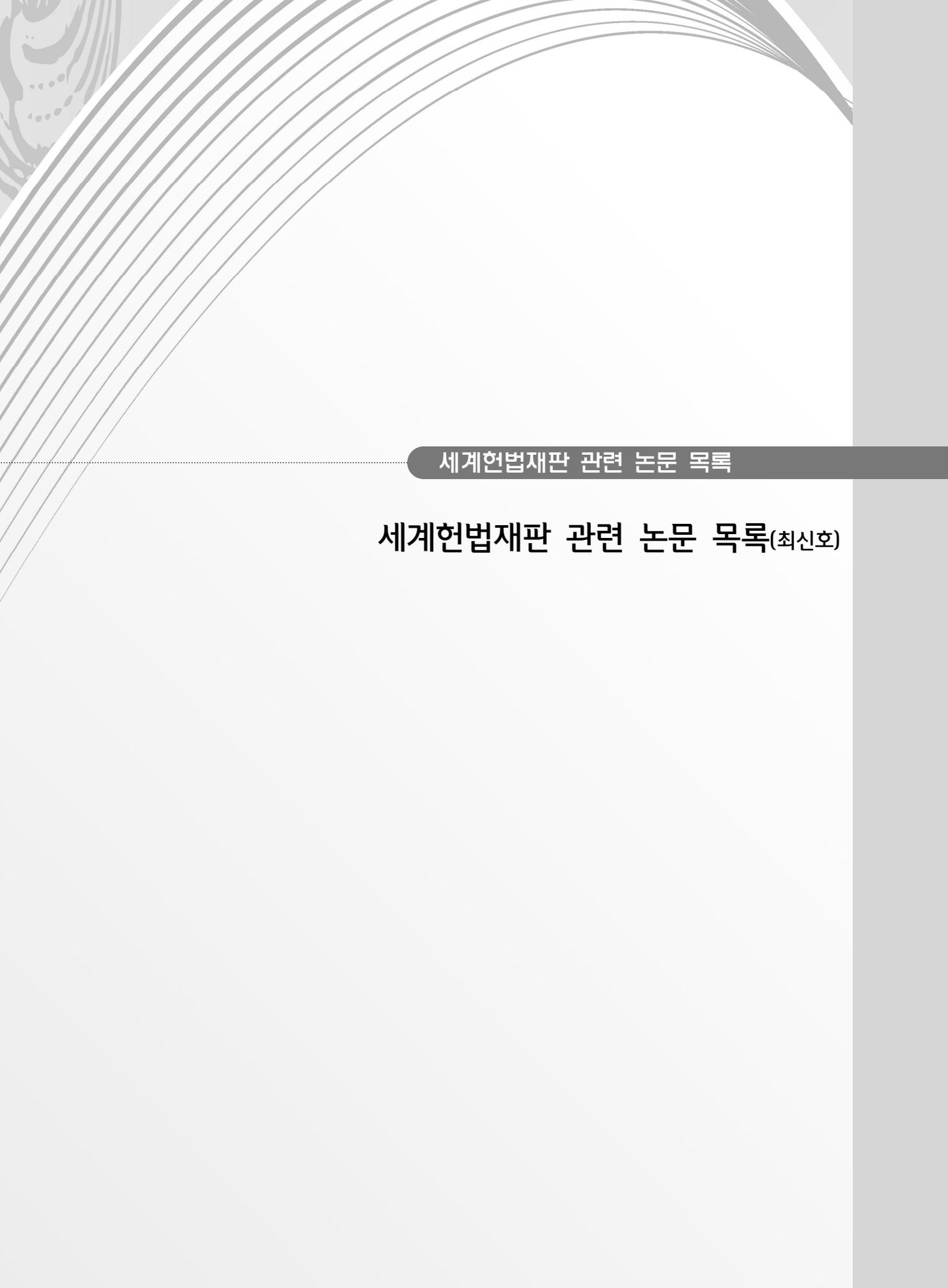
- 법률이나 대법원규칙에서 달리 정한 경우 외에는 대법원장이 지명한 3인 이상의 대법관으로 구성된 재판부가 사건을 심리함(대법원규칙 제XI조)
- 상고허가신청, 고등법원의 1인 재판부에 의한 판결 및 명령에 대한 상고, 행정법원의 판결 및 명령에 대한 상고, 보석허가나 보석취소에 관한 상고는 2인 재판부가 심리할 수 있고 대법원장은 적절한 경우 더 큰 재판부로 회부할 수 있음(대법원규칙 제XI조)
- 의견이 동수로 나뉘는 경우, 대법원장의 재량에 따라 그가 지명한 다른 대법관이 나 더 큰 재판부가 해당 사건을 심리하고 판결할 수 있음(대법원규칙 제XI조)
- 대법원 판결은 공개된 법정에서 선고됨(대법원규칙 제X조 제1항)
- 대법원의 모든 결정은, 법률문제를 결정하였거나 법률원칙에 근거하였거나 또는 법률원칙을 밝힌 범위에서는, 파키스탄 내 모든 법원을 구속함(헌법 제189조)

6. 연락처

- 주 소 : Supreme Court of Pakistan,
Constitution Avenue, G-5/2 Islamabad,
Pakistan
- 전화번호 : +92-5192-20-581 ~ 600
- 이 메 일 : mail@supremecourt.gov.pk
- 홈페이지 : <https://www.supremecourt.gov.pk/>

※ 출처 : 파키스탄 대법원 홈페이지
파키스탄 헌법
파키스탄 대법원규칙

(2022. 12. 작성)



세계헌법재판 관련 논문 목록

세계헌법재판 관련 논문 목록(최신평)

Ⅰ 세계헌법재판 관련 논문 목록(최신호) Ⅰ

- 고명수, 형제자매 간 근친상간 처벌규정(독일형법 제173조 제2항 제2문)에 대한 독일 연방헌법재판소 결정(- 2 BvR 392/07 -), 비교형사법연구 제24권 제3호, 2022. 10. 169-217쪽.
- 공영호, 미국에서 정당방위 수단으로서 치명적 위력의 행사와 수정헌법 제2조 권리에 대한 연구 - 한국의 정당방위법과의 비교법적 분석 -, 국민대학교 법학논총 제35권 제2호, 2022. 10. 265-306쪽.
- 공영호, 미국 수정헌법 제2조와 총기 소지 분쟁에 대한 연구 - D.C. Heller와 New York State Pistol & Rifle Assoc. v. Bruen 대법원판례를 중심으로 -, 홍익법학 제23권 제3호, 2022. 9. 105-138쪽.
- 공종영, 황선영, 인공지능의 법적지위 부여에 대한 중국에서의 논의와 검토, 동아법학 제96호, 2022. 8. 1-26쪽.
- 김성은, 독일의 토지공개념 운동(II) - 관련 입법을 중심으로 -, 집합건물법학 제44집, 2022. 11. 157-177쪽.
- 김정연, 영국의 가석방절차 및 피해자 참여권 보장의 시사점, 피해자학연구 제30권 제2호, 2022. 8. 101-122쪽.
- 김지원, 김동훈, 인권 및 노동자 권리 보호를 위한 통상정책의 국제통상법적 쟁점 연구 : 미국의 ‘위구르 강제노동 방지법’을 중심으로, 국제법학회논총 제67권 제3호, 2022. 9. 27-57쪽.
- 김치환, 일본 지방자치법상 지정관리자 제도와 국가배상책임, 지방자치법연구 제22권 제3호, 2022. 9. 231-262쪽.
- 박주현, Implications of GDPR and EU Adequacy Decision for Regulation of Profiling and Automated Decision-making in Korea, 충남대학교 법학연구 제33권 제4호, 2022. 11. 189-228쪽.
- 성중탁, 일본의 입법과정의 특징과 우리 법제에 대한 시사점, 경북대학교 법학논고 제79집, 2022. 10. 1-36쪽.
- 손형섭, 인권보장의 실효성 확대를 위한 아시아 인권보장 기구의 설립 방안, 공법학연구 제23권 제4호, 2022. 11. 3-27쪽.

- 송병진, 국제연합군의 활동에 대한 구체적 사례 분석을 통한 적법성에 관한 연구, 아
주법학 제16권 제3호, 2022. 11. 201-228쪽.
- 여하운, 교정시설의 과밀수용을 이유로 하는 국가배상청구, 비교사법 제29권 제3호,
2022. 8. 77-102쪽.
- 오병철, 유럽연합 데이터법(EU Data Act) 초안 및 그 시사점, 국제거래법연구, 제31
권 제1호, 2022. 8. 487-516쪽.
- 원유민, 국제인권조약 개인통보제도 30년 : 한국 개인통보사건과 국내법원 판례, 국
제법학회논총 제67권 제3호, 59-115쪽.
- 윤성현, ‘하버드-아시안 소송’에서 인종을 고려한 대학입학정책과 아시안 차별의 딜
레마에 대한 헌법적 검토, 공법연구 제51권 제1호, 2022. 10. 183-207쪽.
- 이혜영, 자유권으로서 ‘결사의 자유’에 관한 국제법적 의무와 한국의 실행 - 자유권
규약 제22조에 대한 유보 철회를 촉구하며 - , 인하대학교 법학연구 제25집
제3호, 2022. 9. 65-106쪽.
- 최 란, 헤이트 스피치 해소법 제정 이후 일본의 혐오표현 규제동향과 시사점, 고려
법학 제106호, 2022. 9. 103-140쪽.
- Erin E. Murphy, The United States Supreme Court and the Erosion of Remedies, 동아법
학 제97호, 2022. 11. 1-24쪽.
- Guangjun Zhang, Kexin Zheng, Study on the Construction of a Mechanism to Coordinate
Interests in the Exercise of the Right to Transfer Personal Information, 동아법학
제97호, 2022. 11. 25-59쪽.
- Jiyoung Kim, Constitutional and Legal Protection of Personal Health Information in South
Korea, KLRI Journal of Law and Legislation 제12권 제2호, 2022. 11. 59-93쪽.
- Shidarta et al, How do Indonesian Judges Approach Human Rights in Private Law Cases?
A Comparative Exploration, Journal of East Asia and International Law, 제15권
제2호, 2022. 11. 293-314쪽.
- Thomas C. Adriaenssens, Disability Income Support Law in South Korea: Codifying a
Hierarchy of Disability?, KLRI Journal of Law and Legislation 제12권 제2호,
2022. 11. 8-56쪽.

국외통신원 소식

■ 독일 연방정부의 유럽연합 소피아 군사 작전 관련 정보 보고
의무에 관한 논의(독일)

- 연방헌법재판소 결정을 중심으로 -

■ 의사가 사전연명의료의향서의 적용을 거부할 수 있도록 규정한
공중보건법 조항의 위헌 여부(프랑스)

- 프랑스 헌법재판소의 2022년 11월 10일 n° 2022-1022 결정에 대한 분석을
중심으로 -

독일 연방정부의 유럽연합 소피아 군사 작전 관련 정보 보고 의무에 관한 논의 - 연방헌법재판소 결정을 중심으로 -

독일 레겐스부르크 대학교 법학 박사과정 정다운

I. 들어가는 말

2022년 10월 26일 독일 연방헌법재판소는 2015년 유럽연합 지중해 해군(European Union Naval Force Mediterranean - EUNAVFOR MED, 이하 ‘EU 지중해 해군’)이 창설 되는 과정에서 독일 연방정부가 연방의회에 관련 군사 작전의 상세 계획 등을 적시에 전달하지 않은 사안과 관련하여 제기된 기관쟁의심판(Organstreitverfahren)¹⁾에 대해 이 심판 청구인인 녹색당(Bündnis 90/Die Grünen, Grüne)과 좌파당(Die Linke, LINKE)의 청구를 인용하는 결정을 내렸다.²⁾ EU 지중해 해군은 불법적인 난민 밀입국 범죄 조직을 퇴치하여 지중해에서 지속적으로 벌어지는 난민 참사 및 인신매매를 방지하기 위해 결성된 EU 차원의 공동 군사조직으로³⁾, 리비아 연안에 직접 군함을

1) 기본법 제93조 제1항 제1호에 규정된 기관쟁의심판의 법률적 근거는 연방헌법재판소법(Bundesverfassungsgerichtsgesetz) 제63조 이하에서 찾을 수 있다. 동법 제13조 제5호에 따르면 연방헌법재판소는 연방 최고헌법기관의 권리와 의무 범위 또는 기본법 및 연방 최고헌법기관의 사무규칙을 통해 고유 권리를 갖는 다른 관계기관의 권리와 의무 범위에 관해 분쟁이 있는 때에 관련 기본법 조항의 해석을 통해 이러한 분쟁을 해결할 권한을 갖는다. 기관쟁의심판의 청구인은 동법 제63조에 따라 연방 최고헌법기관인 연방의회, 연방참사원, 연방정부, 연방대통령이며, 이 외에 정당 또한 정치적 의사 형성에 참여하여 헌법기관의 기능을 수행하는 때에는 기본법 제21조에 규정된 정당의 권리 범위와 관련된 사안을 기관쟁의심판을 통해 다룰 수 있다(Bundesverfassungsgericht, Organstreitverfahren, [https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Wichtige-Verfahrensarten/Organstreitverfahren/organstreitverfahren_node.html#:~:text=Auch%20politische%20Parteien%20%C3%BCben%20die,21%20GG%20im%20Organstreitverfahren%20verteidigen](https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Wichtige-Verfahrensarten/Organstreitverfahren/organstreitverfahren_node.html#:~:text=Auch%20politische%20Parteien%20%C3%BCben%20die,21%20GG%20im%20Organstreitverfahren%20verteidigen,), 최종검색일: 2022. 12. 7.).

2) 연방헌법재판소 2022. 10. 26. 결정, 2 BvE 3/15, 2 BvE 7/15.

3) 2014년에는 약 170,000명의 난민이 지중해를 거쳐 주로 이탈리아, 몰타 등에 밀입국을 시도하였는데, 이는 2013년에 비해 약 2.7배 증가한 수치로 조사되었다. 또한 EU 지중해 해군의 도입이 논의되던 시기인 2015년 상반기에만 약 220,000명의 난민이 밀입국을 시도한 것으로 파악되었는데, 그 과정에서 난민선 전복으로 수천 명이 사망하는 사태가 벌어져 유럽 사회 내에서 난민 문제가 심각한 문제로 대두되기 시작했다(Deutscher Bundestag, Antrag der Bundesregierung - Beteiligung bewaffneter deutscher Streitkräfte an der EU-Operation EUNAVFOR MED als ein Teil der Gesamtinitiative der

파견하여 밀입국 선박을 수색하고 나포하는 이른바 ‘소피아 군사 작전(Militäroperation Sophia)’⁴⁾을 중점적으로 수행하고자 조직되었다. 2015년 5월 EU 이사회가 이러한 군사 작전의 도입을 결정한 이후 독일 연방정부가 자국의 무장 병력을 동 작전에 투입하기로 결정한 것은 같은 해 9월 16일로,⁵⁾ 이어 10월 1일 연방의회에서의 표결이 신속히 이루어져 독일 연방군의 소피아 군사 작전 투입이 최종적으로 승인되었다.⁶⁾ 그런데 이러한 과정에서 독일 연방정부가 소피아 군사 작전의 기초가 되는 위기관리계획(Krisenmanagementkonzept) 등 연방의회에서의 논의를 위해 필요한 구체적 정보를 제공하지 않았다는 점과 관련해 연방의회 내 소수정당인 녹색당과 좌파당을 중심으로 많은 문제 제기가 이루어졌다.⁷⁾ 이들은 연방정부가 기본법 제23조 제2항 제2문⁸⁾이 규정하고 있는 EU 사안 관련 보고 의무⁹⁾를 위반하였다고 주장하면서 각각 연방헌법재판소에 기관쟁의심판을 청구하였고, 최근 재판부는 이에 대한 병합 결정에서 EU 안보정책(Sicherheitspolitik) 영역 또한 기본법 제23조 제2항 제2문의 보고 의무 대상에 해당한다고 선언하면서 연방정부가 연방의회의 참여권을 침해했다고 판단하였다. 아래에서는 이러한 연방헌법재판소 결정과 관련하여 사실관계를 좀 더 구체적으로

EU zur Unterbindung des Geschäftsmodells der Menschenschmuggel- und Menschenhandelsnetzwerke im südlichen und zentralen Mittelmeer, BT-Drs. 18/6013, 16.09.2015, S. 5, <https://dserver.bundestag.de/btd/18/060/1806013.pdf>, 최종검색일: 2022. 12. 7.).

- 4) 이 군사 작전명은 2015년 8월 24일 독일 난민 구조 선박에서 처음으로 태어난 아기 ‘소피아’의 이름을 따서 붙여진 것이다(Alexander Heinrich, Kampf gegen Schleuser, 11.07.2016, https://www.das-parlament.de/2016/28_29/europa_und_die_welt/435010-435010, 최종검색일: 2022. 12. 7.).
- 5) Deutscher Bundestag, Antrag der Bundesregierung - Beteiligung bewaffneter deutscher Streitkräfte an der EU-Operation EUNAVFOR MED als ein Teil der Gesamtinitiative der EU zur Unterbindung des Geschäftsmodells der Menschenschmuggel- und Menschenhandelsnetzwerke im südlichen und zentralen Mittelmeer, BT-Drs. 18/6013, 16.09.2015, S. 1, <https://dserver.bundestag.de/btd/18/060/1806013.pdf>, 최종검색일: 2022. 12. 7.
- 6) 전체 표결수 567표에서 찬성은 449표, 반대는 116표, 기권은 2표로 집계되었다(Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 18/127, 01.10.2015, S. 12346 ff., <https://dserver.bundestag.de/btp/18/18127.pdf>, 최종검색일: 2022. 12. 7.).
- 7) 앞서 언급한 연방의회 표결에서 녹색당과 좌파당 소속 의원은 모두 반대표를 던졌다(Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 18/127, 01.10.2015, S. 12346 ff., <https://dserver.bundestag.de/btp/18/18127.pdf>, 최종검색일: 2022. 12. 7.).
- 8) 기본법 제23조 제2항 제2문: “연방정부는 연방의회와 연방참사원에 포괄적으로 그리고 가능한 한 조속히 보고해야 한다.”
- 9) 기본법 제23조 제2항 제1문은 “연방의회, 그리고 주는 연방참사원을 통해 유럽연합에 관한 사안에 관여한다.”라고 규정하여 연방의회의 EU 사안에 대한 관여권을 규정하고 있다. 이러한 맥락에서 기본법 제23조 제2항 제2문이 규정한 연방정부의 연방의회에 대한 보고 의무는 EU 사안과 관련된 보고 의무라고 할 수 있다.

로 살펴보고, 재판부의 주요 판단 내용을 살펴보고자 한다.



〈사진 1: 소피아 군사 작전 투입 선박과 리비아 난민의 모습〉¹⁰⁾

II. 사실관계

EU 이사회는 2014년부터 급격히 심화된 지중해 연안의 난민 문제를 해결하기 위해 2015년 4월 23일 임시회의를 소집하여 EU의 지중해 주둔을 강화하는 동시에 난민 밀입국 조직에 대한 EU 기관의 대응을 의무화하기로 결정하였다. 이후 외교 및 안보정책의 고위 대표(Hohe Vertreterin)는 임시회의의 결과를 바탕으로 위기관리계획안을 작성하여 각 EU 회원국에 제출하였다. 독일 연방정부에도 이러한 계획안이 4월 30일경 이미 전달된 것으로 파악된 가운데, 2015년 5월 녹색당 소속 일부 의원들은 EU 사안 관련 문서를 지원하는 연방의회 내 PE 5분과¹¹⁾에 위기관리계획안이 연방의회에 송달될 수 있도록 지원해 달라고 여러 차례 요청했다. 그러나 연방외무부

10) 사진 출처: Deutsche Welle, Kommentar: Die “Operation Sophia” und der Zynismus Europas, 31.03.2020, <https://www.dw.com/de/kommentar-die-operation-sophia-und-der-zynismus-europas/a-52944008>, 최종검색일: 2022. 12. 7.

11) PE 5분과는 연방의회 내 행정 분과로 기본법 제23조 제2항 제1문에 규정된 EU 사안에 대한 연방의회의 참여권이 제대로 행사될 수 있도록 연방의회 내 의원, 위원회, 정당에 EU 사안 관련 문서를 지원하는 역할을 하며, 동 규정 제2문에 따른 연방정부의 정보 보고 의무 준수 또한 감시한다 (Deutscher Bundestag, Die Unterabteilung Europa, 08.2017, www.btg-bestellservice.de/pdf/20074500.pdf, 최종검색일: 2022. 12. 7.).

(Auswärtiges Amt)의 송달 거부로 위기관리계획안의 내용을 검토할 수 없게 되었고, 이에 녹색당 의원들은 직접 연방외무부에 송달을 요구하였다. 이에 대해 연방외무부는 위기관리계획안이 말 그대로 아직 계획안에 지나지 않으며 공식문서에 해당하지 않아 공개할 수 없다고 답변하면서, 4월 23일에 개최된 EU 이사회의 임시회의 내용이 공식적 결의(Beschluss)를 거친 이후에야 연방의회에 송달 가능하다는 입장을 전달하였다.

이후 2015년 5월 18일 EU 이사회는 ‘결의(공동 외교·안보 정책) 2015/778’¹²⁾을 통해 EU 지중해 해군의 군사 작전을 공식적으로 도입하였고, 당일 이사회에 의해 승인된 위기관리계획에 기초하여 군사 작전이 수행될 것이라고 선언하였다. 그런데 이와 같은 EU 이사회의 공식 결의 이후 독일 연방외무부는 연방의회 내 외무 위원회, 방위 위원회, EU 사안 위원회 소속 의원에게만 연방의회 내 비밀문서 보관소(Geheimschutzstelle)에서 해당 위기관리계획을 열람할 수 있도록 하여 제한적으로 정보를 제공하였다. 녹색당의 일부 위원이 이러한 제한적 열람에 대해 서면 답변을 요청하자 연방외무부는 연방정부가 연방의회 내 관할 위원회와 그 외 관련 위원회에 이미 위기관리계획을 송달했으며, 또한 이러한 송달이 어떠한 법적 의무를 인정하여 이루어진 것은 아니라는 답변만을 제출하였다. 즉 연방정부는 위기관리계획이 기본법 제23조 제2항 제2문이 규정한 연방정부의 헌법상 보고 의무의 대상에 해당하지 않는다고 판단한 것이다. 이와 관련하여 좌파당 또한 녹색당과 동일한 비판을 제기하였는데, EU 지중해 해군의 도입이 결정된 5월부터 독일 연방의회에서 연방군의 소피아 군사 작전 투입이 결정된 10월에 이르기까지 좌파당은 위기관리계획에 모든 연방의회 의원의 접근권이 보장되어야 한다고 지속적으로 주장하였다. 특히 연방의회 의장에게 연방정부의 정보 보고 의무 수행을 촉구해 달라고 요청하였다.

한편 2015년 9월 23일 터키의 총리 다우토올루(Davutoğlu)가 당시 28명의 EU 소속 정부 수반에게 이주 문제, 공동 외교·안보 정책, 난민 정책의 외교적 측면, EU와 제3국 간의 협업, EU 및 터키의 이주 정책 등 다양한 현안들에 대한 내용을 담은 서한을 보냈다는 한 신문기사가 발표되었는데, 이에 10월 1일 좌파당은 PE 5분과에 연방정부가 연방의회에 해당 서한을 송달할 수 있도록 지원해달라고 요청하였다. 그러나

12) Rat der Europäischen Union, BESCHLUSS (GASP) 2015/778 DES RATES vom 18. Mai 2015 über eine Militäroperation der Europäischen Union im südlichen zentralen Mittelmeer, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:02015D0778-20181221&from=PL>, 최종검색일: 2022. 12. 7.

10월 5일 연방총리청(Bundeskanzleramt) 소속 ‘연방정부/EU 이사회의 유럽정책 조정(Koordinierung der Europapolitik der Bundesregierung/Europäischer Rat)’ 분과는 이러한 서한이 당시 총리인 메르켈에게 보내진 개인적 서한일 뿐이며, 다른 정부 수반과의 서신 왕래는 기본법 제23조 제2항 제2문의 정보 보고 의무에 해당하지 않는다고 밝히며 서한의 송달을 거부하였다.

이에 녹색당과 좌파당은 각각 이 사건 기관쟁의심판의 청구인 I 과 청구인 II로서 피청구인인 연방정부가 기본법 제23조 제2항 제2문에 규정된 EU 사안에 대한 연방 의회의 참여권을 침해했다고 주장하였다. 즉 연방정부가 EU 해군 군사 작전의 준비 과정에서 마련된 위기관리계획을 최대한 이른 시기에, 제한을 두지 않고 연방의회에 제출했어야 함에도 이러한 정보 보고 의무를 다하지 않았다는 공통된 주장을 제기하였다. 이에서 더 나아가 좌파당은 연방정부가 터키 총리가 보낸 서신을 연방의회에 공개하지도 않고, 이러한 서신이 EU 사안과 관련되지 않는다는 근거도 충분히 설명하지 않아 이 또한 정보 보고 의무에 위반된다고 주장하였다.

Ⅲ. 연방헌법재판소 결정의 주요 내용

1. 기본법 제23조 제2항 제2문에 대한 해석

이 사건 기관쟁의심판의 쟁점은 EU 이사회의 위기관리계획과 터키 및 EU의 이민·난민 정책 관련 내용을 담고 있는 터키 총리의 서한이 기본법 제23조 제2항 제2문에 따른 연방정부의 보고 의무 대상에 해당하는지, 해당한다면 연방정부가 이를 동 규정의 요건에 따라 포괄적으로, 그리고 가능한 한 조속히 보고했는지 여부이다. 이에 관한 판단은 기본법 제23조 제2항 제2문에 대한 연방헌법재판소의 해석에 따라 달라질 수 있는데, 재판부는 먼저 연방의회 협력권의 효과적 실현을 의도한 동 규정의 입법 목적을 명시한 후 이를 기준으로 구체적인 해석 내용들을 제시하였다. 재판부의 설명에 따르면 헌법개정을 통해 유럽조항(Europa-Artikel)이라 불리는 기본법 제23조를 마련한 것은 연방의회에 폭넓은 협력권을 부여함으로써 EU 사안과 관련해 적용되던 입법부와 행정부 간의 전통적 사무배분 방식을 새롭게 규율하려는 시도였다. 또한 이러한 관점에서 볼 때 제23조 제2항 제2문에 규정된 연방정부의 보고 의무는

연방의회에 부여된 협력권의 효과적 실현을 목적으로 한 것이며, EU 사안에 대한 행정부와 입법부의 공동책임을 표현한 것이라고 판시하였다. 이에 따라 재판부는 연방의회의 정보 요구는 다양한 측면 - 실질적, 시간적, 형식적 측면 - 에서 충족되어야 하며 연방정부의 정보 보고의 대상, 방식 및 한계 또한 연방의회 협력권의 효과적 실현을 의도한 동 규정의 목적에 맞추어 정해져야 한다고 판단하였다. 이에 대한 구체적 내용으로 재판부는 첫째, 정보 보고의 대상이 포괄적으로 인정되어야 하며, 이에 는 EU 공동 외교·안보 정책 및 공동 안보·방위 정책 또한 포함된다고 판시하였다. 둘째, 보고 방식과 관련해서는 보고가 개별 의원, 또는 일부 의원 그룹이 아닌 연방의회 전체를 대상으로 이루어져 국민의 대표기관으로서의 의회의 기능이 완전히 실현 되도록 해야 한다고 판시하였다. 셋째, 재판부는 이른바 ‘분류 정보(klassifizierte Information)’, 즉 비밀 보호 규정이 적용되는 정보는 기본법 제23조 제2항 제2문의 요건을 원칙적으로 충족하지 못한다고 판단하였는데, 이는 의회 내에서 논의되는 정보가 민주주의 원칙에 근거한 ‘의회 공개성의 원칙(Grundsatz parlamentarischer Öffentlichkeit)’에 부합하여야 하기 때문이라고 밝혔다. 따라서 분류 정보를 제한적으로 열람하게 하는 경우는 동 규정에 따른 정보 보고의 수행으로 볼 수 없다. 넷째, 연방정부의 정보 보고 의무의 한계가 인정되는 경우와 관련하여 해당 사안이 행정부 책임의 핵심영역 또는 공공복리와 관련된 경우를 제시하였다. 다섯째, 이러한 정보 보고 의무의 한계가 인정되는 경우라도 연방정부는 보고 의무를 수행하지 못하는 이유에 대하여 연방의회에 충분히 설명해야 한다.

2. 연방정부의 위기관리계획 보고 의무의 위반

기본법 제23조 제2항 제2문에 대한 해석을 통해 도출된 위와 같은 판단 기준에 따라 이 사건 심판의 청구인들이 주장하는 연방정부의 위기관리계획 보고 의무 위반 및 이로 인한 연방의회의 참여권 침해를 판단한 결과 연방헌법재판소는 청구인들의 주장을 인용하였다.

먼저 재판부는 위기관리계획이 동 규정이 의미하는 EU 사안에 관련되어 연방정부의 정보 보고 의무의 대상에 해당한다고 판단하였다. EU의 공식적 공동 안보·방위 정책 영역에 해당하는 소피아 군사 작전이 위기관리계획에 기초하여 수행되기 때문

에 내용적으로 볼 때 위기관리계획 또한 EU 협약 (Vertrag über die Europäische Union)¹³⁾ 제43조 이하에 규정된 공동 안보·방위 정책 영역의 사무 중 하나로 파악할 수 있다고 본 것이다. 또한 위기관리계획이 EU 내 기관들에 의해 작성되었고, 계획의 실행 또한 EU를 통해 이루어지며, 이것이 EU의 목표 실현에 직접 기여한다는 점 등을 고려할 때 기본법 제23조 제2항 제2문이 규정한 EU 사안에 관련된다고 판단하기에 충분하다고 판시하였다. 나아가 방위 영역의 사무가 회원국의 자유의사원칙 (Freiwilligkeitsprinzip)에 따라 수행되고 원칙적으로 그 수행이 강요되지 않는다는 점은 위기관리계획을 EU 사안으로 분류하는 이러한 판단에 영향을 주지 않으며, 공식적인 입법 문서 형태를 갖춘 경우에만 EU 사안으로 인정되는 것은 아니라고 설명하였다.

다음으로 EU 사안에 관련되어 기본법 제23조 제2항 제2문의 보고 의무의 대상이 되는 이러한 위기관리계획을 연방정부가 EU 이사회로부터 제공받은 시점인 2015년 4월 30일경에 조속히 보고하지 않은 것과 관련해 연방헌법재판소는 연방정부의 의무 위반이 인정된다고 판단했다. 재판부는 연방정부가 이러한 위기관리계획의 작성에 직접 참여하였기 때문에 연방의회에 이를 적시에 보고할 기회가 더욱 많았음에도 이를 수행하지 않았다고 판시하였다. 연방정부가 2015년 5월 21일 이후에는 연방의회 내 특정 위원회만을 대상으로 비밀문서 보관소에서의 제한적 열람을 허용하였지만, 재판부는 이러한 형태의 제한적 정보 제공이 기본법 제23조 제2항 제2문의 해석에 따라 도출된 기준, 즉 연방의회 의원 전체를 대상으로 보고가 이루어져야 한다는 기준에 부합하지 않는다고 판단하였다. 또한 위기관리계획은 연방정부 내부의 의사 형성에 관련된 사안도 아니기 때문에 행정부 책임의 핵심영역에 해당하지 않아 정보 보고 의무의 한계가 인정되는 사례도 아니라고 설명하였다. 이러한 판단에 따라 결론적으로 연방헌법재판소는 위기관리계획과 관련하여 연방정부의 보고 의무 위반 및 이로 인한 연방의회의 참여권 침해가 인정된다고 판단했다.

3. 연방정부의 터키 총리 서한 보고 의무의 위반

연방헌법재판소는 연방정부가 터키 총리의 서한 보고 의무를 위반하였다는 좌파당

13) EU, Vertrag über die Europäische Union, 26.10.2012. https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506-fd71826e6da6.0020.02/DOC_1&format=PDF, 최종검색일: 2022. 12. 12.

의 주장 또한 인용하였다. 먼저 재판부는 터키 총리의 서한이 2015년 9월 23일 28명의 EU 정부 수반에게 동시에 보내졌다는 사실과 이주 및 난민 문제에 대한 EU와 터키의 협력을 내용으로 담고 있다는 사실이 이미 당시의 신문 기사를 통해 공공연히 알려졌고, 이로써 연방의회가 이러한 서한이 기본법 제23조 제2항 제2문의 EU 사안과 관련된다고 판단할 만한 구체적 근거가 충분히 존재했다고 보았다. 나아가 서한의 주제가 2015년 11월 29일의 정상회담에서 다뤄질 난민 이동의 해소를 위한 EU-터키 간 공동 실행계획과 직접적으로 관련되어 있었기 때문에 서한은 명백히 EU 사안에 해당한다고 판단하였다. 또한 이러한 측면에서 볼 때 메르켈 총리에게 보내진 개인적 서한일 뿐이라는 점을 강조하며 서한의 내용이 공개될 경우 양국 간 서신 왕래의 신뢰가 깨져 연방정부의 기능이 약화된다는 연방정부의 주장은 타당하지 않다고 판시하였다. 연방정부 측에서 서한이 EU 사안과 관련되지 않는다는 명확한 근거를 제시한 적이 없기 때문에 합당한 이유 없이 서한의 보고를 거부하는 것은 기본법 제23조 제2항 제2문이 규정한 보고 의무 위반에 해당한다고 판단하였다.

IV. 나가는 말

메르켈 총리하에서 독일 연방정부는 외교·안보·방위 영역에 있어 연방정부의 자유 재량을 폭넓게 인정하는 태도를 견지해 왔다.¹⁴⁾ 이에 대해 꾸준히 비판적 의견을 나타냈던 녹색당과 좌파당은 외교·안보·방위 정책의 수립에 있어 행정부와 입법부의 협력을 강조하며 행정부의 결정에 대한 입법부의 민주적 통제를 강화하기 원했다. 이러한 태도의 차이가 분명하게 드러난 사례가 바로 이 글에서 소개한 EU 지중해 해군 및 소피아 군사 작전 정보와 관련된 기관쟁의심판이라고 할 수 있다. 이 군사 작전은 몇 차례의 재연장 끝에 구조된 난민을 분할 수용하는 문제와 관련해 EU 회원국 간에 합의가 이루어지지 않아 2019년 6월을 끝으로 이미 완료되었지만,¹⁵⁾ EU 난민 정책이라는 중대한 외교·안보·방위 문제의 결정과 관련해 독일 연방의회의 참여권을

14) Gigi Deppe, Bundestag muss besser informiert werden, 26.10.2022. <https://www.tagesschau.de/inland/informationsrechte-bundestag-103.html>, 최종검색일: 2022. 12. 8.

15) Bundeswehr, Der Einsatz EUNAVFOR MED Operation Sophia, <https://www.bundeswehr.de/de/einsaetze-bundeswehr/abgeschlossene-einsaetze-der-bundeswehr/eunavfor-med-operation-sophia>, 최종검색일: 2022. 12. 8.

뒤늦게나마 보장하는 계기가 되었다. 외교권이 행정권에 속한다는 전통적인 이해가 연방헌법재판소가 제시한 기본법 제23조의 해석에 따라 변화하고 있음이 확인된 것이다. 이와 같은 변화에 따라 유럽의 러시아 제재와 같은 EU의 각종 현안에서도 연방의회의 참여가 활발해질 가능성이 크다. 다변적인 유럽 사회의 외교·안보·방위 이슈와 관련하여 입법부의 민주적 통제가 앞으로 어떠한 방식으로 이루어질지 그 귀추가 주목된다.

의사가 사전연명의료의향서의 적용을 거부할 수 있도록 규정한 공중보건법 조항의 위헌 여부

- 프랑스 헌법재판소의 2022년 11월 10일 n° 2022-1022 결정에 대한 분석을 중심으로 -

벨기에 브뤼셀 자유 대학교 철학 박사 과정 및
프랑스 툴루즈 카피톨 대학교 법학 박사 과정 이은설

I. 들어가며

안락사 및 의사조력자살에 대한 논의가 우리 사회의 중요한 이슈로 대두되며 실질적 인권 보장 및 자기결정권에 대한 목소리도 커지고 있다. 이러한 요구에 응답하듯 21세기에 접어들며 몇몇 OECD 국가들은 안락사 및 의사조력자살을 합법화 및 입법화하고 있다. 네덜란드는 세계에서 처음으로 안락사와 의사조력자살을 합법화하며 2002년 4월부터 안락사법을 시행하고 있다. 말기암 환자를 포함해 정신적 고통으로 인한 안락사도 허용하고 있다. 그 뒤를 이어 벨기에 또한 2003년 적극적 안락사와 의사조력자살을 합법화했으며, 특이점으로는 큰 신체적 고통을 겪는 환자에 한해 나이에 관계없이 안락사를 허용하고 있다. 한편 프랑스 의회는 2016년 1월 27일 수면상태에서 생을 마감하게 하는 ‘깊고 지속적인 진정(sédation profonde et continue)’에 대한 권리와 ‘사전연명치료의향서(directives anticipées)’에 대한 조치를 명확히 하는 새로운 법률을 통과시켰다. 프랑스 공중보건법(Code de la santé publique) article L. 1111-11에 따르면 모든 성인은 언젠가 자신이 의사 표현을 더 이상 할 수 없는 경우를 대비하여 사전연명치료의향서를 작성할 수 있다. 이 의향서는 연명 치료와 관련된 개인의 의지를 표현하는 법적 문서로, 치료 또는 의료 행위의 지속, 제한, 중지 또는 거부와 같은 내용을 담는다.

그러나 프랑스 헌법재판소의 2022년 11월 10일 n° 2022-1022 결정은 ‘웰다잉

(well-dying)’과 같은 안락사 및 의사조력자살의 확대 경향과는 반대의 입장에 선 결정이다. 헌법재판소는 이 결정을 통해 연명 치료를 원하는 환자와 치료를 거부하는 의사 사이의 긴장감을 상세히 보여준다. 환자가 더 이상 의식이 없을 때에 연명 치료 및 의료 행위를 지속할 것인지 또는 중지할 것인지 의사를 표명할 수 있도록 하는 이러한 문서는 원칙적으로 의사에게 구속력이 있지만 몇몇 의료 상황에 따라 의향서의 적용이 부적절할 수도 있다고 헌법재판소는 설명한다. 다시 말해, 환자가 사전연명치료의향서를 통해 연명 치료의 지속에 대한 의사를 표명했음에도 의료진이 이 문서가 명백히 부적절하거나 환자의 의료 상황에 부합하지 않는다고 판단할 경우 의향서의 적용을 거부할 수 있다.¹⁾ 의사가 이 문서의 적용을 거부할 수 있도록 함으로써 모든 사람은 자신의 상태에 대해 가장 적절한 치료를 받을 권리를 보장받으며 환자는 임종(fin de vie) 시 인간의 기본적인 존엄을 잃지 않을 수 있다.²⁾ 환자가 자신의 상황을 이성적으로 바라볼 수 없는 상황, 즉 환자가 아직 특정 임종 상황에 직면하지 않은 시점에 작성된 의향서를 모든 상황에서 무조건적으로 받아들이는 것은 오히려 인간의 존엄성과 개인의 자유를 해친다고 헌법재판소는 판단한 것이다.

본 보고서에서는 프랑스 헌법재판소의 2022년 11월 10일 n° 2022-1022 결정과 관련한 전후 상황과 배경을 검토하고, 헌법재판소가 의사의 연명 치료 거절이 어떠한 근거를 토대로 공중보건법을 위반한 행동이 아님을 결정했는지, 또한 공중보건법 L. 1111-11의 세 번째 단락이 어떠한 법적 근거로 합헌임을 판단했는지 확인할 것이다.

II. 배경 및 제반 상황

1978년 10월 10일에 태어난 40대 피해자는 2022년 5월 18일 상업용 차량에 깔려 발랑시엔(Valenciennes) 병원 중환자실에 입원한다. 다발성 골절과 심폐 정지로 인해 피해자에게는 7분 동안 뇌에 산소가 공급되지 않았다. 2022년 5월 20일부터 30일까지 후속 조치 및 검사를 통해 안구-심장 반사 및 불충분한 자발 환기 반사 외에 뇌간

1) Article L.1111-11 du Code de la santé publique 네 번째 단락: “La décision de refus d'application des directives anticipées, jugées par le médecin manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale du patient, est prise à l'issue d'une procédure collégiale définie par voie réglementaire et est inscrite au dossier médical.”

2) <https://www.lefigaro.fr/actualite-france/fin-de-vie-les-directives-du-malade-ne-s-imposent-pas-systematiquement-20221110>

반사의 부재가 확인되었다. 다시 말해 이 환자는 자력 호흡이 불가능한 상태임이 검사를 통해 확인된 것이다. 의료진은 혼수상태에 빠진 이 환자가 생존 가능한 상태라고 판단하지 않고 그에게 영양분 제공 및 인공호흡과 같은 연명 치료를 계속하는 것은 의미 없는 고집이라고 결론짓는다. 이러한 치료의 유일한 효과는 불가능에 가까운 생존 조건에서 피해자를 인위적으로 호흡하게 만들 뿐이라고 판단했기 때문이다. 의료진은 이 환자를 말기 또는 중증의 불치병에 걸린 사람(*affection grave et incurable, en phase avancée ou terminale*), 즉 사망하기 바로 전인 상태로 간주했다.³⁾

따라서 공중보건법 R. 4127-37-2조에 규정된 합의 절차에 따라 의료진은 2022년 6월 9일부터 관리 및 치료를 중단하기로 결정한다.⁴⁾ 공중보건법 R. 4127-37-1조에 따르면 치료의 제한 및 중단은 이전에 사전연명의료의향서에 표현된 환자의 의사에 따라 결정되어야 한다. 그러나 환자가 자신의 의사를 표현할 수 없는 경우, 무의미한 연명 치료 지속에 대한 거부의 결과로 제공되는 치료를 제한하거나 중단하는 결정은 합의 절차(*procédure collégiale*)가 끝난 후에만 내려질 수 있다. 합의 절차란 환자의 치료와 관리에 관련된 전문가가 치료의 제한 및 중단에 대한 결정이 법에서 정한 조건을 충족시키는지를 평가하는 과정을 의미한다. 이를 위해 담당 의사는 물론 부서 외부의 의사가 컨설턴트로 포함되어야 한다. 이 절차를 통해 환자에 대한 정보를 공유하고 환자의 분별력을 평가하며 연명 치료 중단 결정과 관련된 깊고 지속적인 안정의 적용이 합리적인 결과인지를 판단한다. 이후 합의 절차가 끝날 때 환자를 담당하는 의사가 치료의 지속 및 중단과 관련한 최종 결정을 내린다.

쟁점은 다음과 같다. 피해자의 가족은 이러한 의료진의 판단과는 달리 피해자가 혼수상태에 빠지기 전 사전연명의료의향서를 작성하였음을 근거로 내세우며 피해자의 삶에 대한 의지를 존중해 줄 것을 강력하게 요청한다. 이 남성은 2020년 6월 5일자 필 편지로 사전연명의료의향서를 작성했으며, 의사에게 비가역적 혼수상태가 지속되더라도 인공적으로 생명을 유지하고 싶다는 자신의 의사를 문서를 통해 공고히 했다. 이를 근거로 피해자의 가족은 치료를 중단한 의료진의 판단이 부적절하며 치료를 지속시키기 위해 릴(Lille) 행정법원에 소송을 제기했다. 그러나 가족의 요청은 행정사법법(*Code de justice administrative*) L. 521-2조에 근거하여 거부되었다.⁵⁾

3) <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F32010>

4) <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-decisions/decision-n-2022-1022-qpc-du-10-novembre-2022-decision-de-renvoi-ce>

5) Article L. 521-2 du Code de justice administrative: “긴급성에 의해 정당화되는 취지의 요청이 있을

이 요청의 거부로 피해자 가족은 공중보건법 L. 1111-11조의 세 번째 단락인 ‘사전 연명의료의향서는 명백히 부적절하거나 그렇지 않은 경우를 제외하고는 모든 치료 결정에 있어 의사에게 법적 구속력을 행사한다.’ 중 ‘명백히 부적절하거나’라는 표현이 불명확하다고 주장한다. 의학적 관점에서 환자의 상태가 연명 치료를 지속시키기에 명백히 부적절하다는 것이 도대체 어떤 의미이며 어떤 기준에 따라 판단되는지에 대한 설명이 법적으로 명문화되지 않았다는 것이다. 따라서 중대재해 피해자 가족을 위해 변호사 루드빅 프히젠(Ludwig Prigent)은 이 조의 세 번째 단락 조항에 대한 사후적 위헌법률심사제도(La Question Prioritaire de Constitutionnalité)를 청구한다.

이 사건은 두 가지 점에서 매우 예외적이다. 첫째로 환자가 사전연명의료의향서를 작성할 생각을 하는 것은 드물며 이는 10~15%에 불과하다. 둘째로 의사가 문서로 작성된 이러한 지침을 따르지 않는 경우도 극히 드물다.⁶⁾ 사실 의료진이 사전연명의료의향서에 따라 연명 치료를 계속해서 진행했다면 피해자 가족은 릴 행정법원에 소송을 제기하지도 않았을 뿐더러 사후적 위헌법률심사제도 또한 청구하지 않았을 것이다. 그럼에도 불구하고 의료진은 이 의향서의 적용을 거부했으며 따라서 왜 그들이 환자의 의사를 따르지 않았는지에 대한 심도 깊은 논의가 필요할 것이다.

실제로 몽펠리에 대학병원(Centre Hospitalier Universitaire)의 마취-소생술 서비스 책임자인 피에르-프랑수아 페리고(Pierre-François Perrigault)는 안락사 및 의사조력자살에 대한 논의가 프랑스 사회에서 활발함에도 불구하고 현장에서 직접 환자와 환자의 가족을 접하는 의료진들은 치료의 중단을 원치 않는 상황을 더 많이 접한다고 증언한다.⁷⁾ 환자의 가족에게 이러한 비극이 닥쳤을 때에 환자의 삶을 쉽게 포기하는 일은 분명히 어려운 일임이 자명하다. 그러나 의료진 및 헌법재판소는 연명 치료를 지속하는 일이 오히려 비인간적이거나 굴욕적인 행위(inhumains ou dégradants)라고 지적했으며 인권(droits de l’homme)을 침해하는 것으로 판단한다. 회생 가능성이 없는 환자의 연명 치료를 지속하는 것은 비이성적 판단에 불과하다는 것이다. 결국에 이

경우 판사는 공법상 법인이나 사법상 공공 서비스 관리 기관이 그 권한 중 하나를 행사하여 심각하고 명백히 불법적인 침해를 가하려 하는 때에 기본적 자유를 보호하기 위한 모든 조치를 명할 수 있다. 임시조치 신청을 심리하는 판사는 48시간 이내에 판결해야 한다.”

6) https://www.francetvinfo.fr/societe/euthanasie/fin-de-vie-pourquoi-le-cas-de-l-hopital-de-valenciennes-qui-veut-aller-a-l-encontre-des-directives-anticipees-d-un-patient-est-exceptionnel_5470935.html

7) <https://www.lefigaro.fr/actualite-france/fin-de-vie-les-directives-du-malade-ne-s-imposent-pas-systematiquement-20221110>

문제는 두 가지 서로 대립되는 요소 사이의 균형(trade-off)에 대한 질문으로 해석될 수 있다. 개인의 판단과 의지를 무조건적으로 지지해야 하는가? 혹은 인간의 존엄성과 기본권을 지켜줘야 하는가? 이에 대한 대답으로 헌법재판소는 후자의 가치에 방점을 찍는다.

우선 프랑스의 법률과 사회적 제반 상황에 대해 알아볼 필요가 있다. 2005년 4월 레오네티(Leonetti) 법으로 알려진 ‘수명 종료(fin de vie)’ 법에 의해 도입된 사전연명의료의향서 시스템은 2016년 2월, 클레 레오네티(Claeys Leonetti) 법으로도 알려진 두 번째 수명 종료 법에 의해 강화되고 명확해졌다. 2005년 레오네티 법(LOI n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie)에 따라 의사는 환자의 고통을 덜어주고 환자의 존엄성을 존중하며 환자 가족의 연명 치료를 무의미하고 불합리하게 고집하는 것을 금한다.⁸⁾ 2016년 2월부터 시행중인 클레-레오네티 법(LOI n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie)은 말기 환자의 고통을 줄이는 ‘깊고 지속적인 진정’에 대한 권리를 확립한다.⁹⁾ 이는 소극적 안락사와도 관련이 있다. 사실 프랑스에서는 적극적 보조 안락사가 오늘날까지도 불법으로 남아 있다. 보조 안락사 또는 소극적 안락사의 맥락에서 치명적인 제품은 제 3자가 준비하지만 혼합물을 마시거나 의사가 미리 준비한 주사를 수행하는 것은 환자 자신이다. 이러한 약물을 섭취하면

8) 공중보건법 L. 1110-5조의 첫 번째 문단 뒤에 다음과 같은 문단이 삽입된다: “불합리한 고집 (obstination déraisonnable)으로 이런 행위를 지속해서는 안 된다. 이 행동들이 쓸모없고(inutiles), 불균형하거나(disproportionnés), 생명을 인공적으로 유지하는 것(le seul maintien artificiel de la vie)의 에 다른 효과가 없는 것처럼 보일 때, 이 행동들은 중단되거나 수행되지 않을 수 있다. 이 경우 의사는 L. 1111-10조에 언급된 치료를 제공함으로써 죽어가는 사람의 존엄성을 보호하고 삶의 질을 보장한다.” 또한 공중보건법 L. 1111-9 조항 뒤에 L. 1111-10 조항이 다음과 같이 삽입된다: “심각한 불치병의 진행기 또는 말기 환자가 환자의 원인이 무엇이든 간에 모든 치료를 제한하거나 중단하기로 결정한 경우, 의사는 그의 선택을 환자에게 알려준 후 그의 의사를 존중한다. 환자의 결정은 의료 파일에 기록된다.” 사전연명의료의향서와 관련한 조항은 L. 1111-9 조항 뒤 L. 1111-11 조항으로 삽입된다: “언젠가 자신의 의사를 표현할 수 없는 경우를 대비하여 성인이라면 누구나 사전연명의료의향서를 작성할 수 있다. 이러한 사전연명의료의향서는 치료를 제한하거나 중지하는 조건과 관련하여 임종과 관련된 개인의 의사를 나타내며 언제든지 취소할 수 있다.” 마지막으로 의료진의 결정과 관련하여 L. 1111-13조항이 다음과 같이 삽입된다: “심각하고 불치병 상태의 말기 또는 말기에 가까운 사람이 원인이 무엇이든 의사를 표명할 수 없는 경우, 의사는 불필요하거나 불균형하거나 유일한 목적이 없는 치료를 제한하거나 중단할 수 있다.”

9) 공중보건법 L. 1110-5 조 뒤에 L. 1110-5-2 조항이 삽입된다: “모든 고통을 피하고 불합리한 고집을 부리고 싶지 않다는 환자의 요청에 따라 다음과 같은 경우 진통제의 사용과 관련하여 죽음까지 이르게 하는 깊고 지속적인 진정을 실시할 수 있고 연명 치료를 중단할 수 있다.”

일반적으로 30분 이내에 사망하기 때문에 환자는 다른 사람의 도움을 받더라도 자기 자신이 죽음에 이르게 하는 행위자이며 이는 환자의 자기결정권과도 연결고리를 갖는다. 반면 네덜란드, 벨기에와 같은 특정 국가에서는 적극적 안락사를 승인하며, 이 경우 환자의 요청에 따라 치명적인 약물을 직접 주입하여 환자의 삶을 끝내는 것은 의료진과 같은 제3자이다.¹⁰⁾

이러한 사회적 배경에 기반하여 사전연명의료의향서를 이해할 필요가 있다. 서명이 담긴 사전연명의료의향서는 회복이 불가능한 상태에서 환자가 연명 치료와 같은 의료 행위의 지속, 제한, 중단 또는 거부 조건과 관련해 개인의 마지막 의사(volonté)를 나타내는 법적 문서이다. 이를 토대로 의료진은 본인이 제공할 치료에 대해 결정을 내린다. 이 문서를 통해 심각한 질병이나 사고가 발생한 경우, 다음과 같이 자신의 의사를 표현할 수 있다 : 진행중인 치료의 제한 또는 중단(limiter ou arrêter les traitements en cours), 건강 상태에 따라 필요한 경우 집중 치료로 이송(être transféré en réanimation si l'état de santé le requiert), 인공호흡 장치 부착(être mis sous respiration artificielle), 수술 동의(subir une intervention chirurgicale), 죽음에 이르는 효과가 있더라도 고통에서 벗어남(être soulagé de ses souffrances même si cela a pour effet de mener au décès). 모든 성인은 이 문서를 작성할 수 있으며 미성년자의 경우 판사의 승인 혹은 가족의 도움을 받아 작성할 수 있다. 또한 글을 쓸 수 없는 경우에는 신뢰할 수 있는 사람을 포함하여 2명의 증인을 불러 대신 작성할 수도 있다. 정확한 의사 표현을 위해 작성자 본인이 현재 건강하거나 혹은 심각한 질병을 앓고 있는지에 따라 두 가지의 다른 모델을 사용해 의향서를 작성할 수 있다.

이 문서가 법적 구속력을 가지고 있음에도 불구하고 다음과 같은 두 가지 경우에는 예외를 둔다. 첫째, 상황을 완전히 평가하는 데 필요한 시간 동안 생명을 위협하는 응급 상황이 발생한 경우(예를 들면, 갑작스러운 건강 사고로 환자가 소생되어야 하는 경우) 의료진은 이 문서의 적용을 무시할 수 있다. 둘째, 사전연명의료의향서가 명백히 부적절하거나 의학적 상황에 부합하지 않는 경우 이 문서의 적용이 거부될 수 있다. 이러한 의학적 결정은 다양한 의료진들을 통해 내려지며, 이후 결정의 결과는 신뢰할 수 있는 사람 또는 가족이나 친척에게 전달된다. 환자가 사전연명의료의향서를 미리 작성하지 않은 경우에는 의사는 신뢰할 수 있는 사람의 의견을 구해야

10) <https://www.allodocteurs.fr/se-soigner-fin-de-vie-fin-de-vie-qui-decide-12526.html>

하며 그렇지 않은 경우에는 가족 혹은 친척의 의견을 구해야 하며 이 의견과 의료 상황을 바탕으로 연명 치료에 대한 최종 결정을 내린다. 이러한 예외 상황은 공중보건법 L. 1111-11의 세 번째 조항을 통해 명문화되었으며, 이를 통해 입법자는 환자를 능동한 자가 처방자로 만들고 의사를 자신의 의학적, 전문적 소견과는 관계없는 의료 행위를 집행하는 사람으로 만드는 것을 피했다.¹¹⁾

이러한 내용은 공중보건법 L. 1111-11에서 L. 1111-12까지, R. 1111-17에서 R. 1111-20까지, 사전연명의료의향서 모델에 관한 2016년 8월 3일자 법령(arrêté du 3 août 2016 relatif au modèle de directives anticipées) 및 2021년 7월 13일 장관의 답변(réponse ministérielle du 13 juillet 2021)에서 찾아볼 수 있다.¹²⁾

III. 프랑스 헌법재판소의 합헌성 검토

헌법재판소는 공중보건법 제 L. 1111-11조 세 번째 단락에 나오는 “사전연명의료의향서가 명백히 부적절하거나 의료 상황에 맞지 않는 경우”라는 문구가 합헌임을 결정했다. 이는 2020년 3월 11일자 조례 제2020-232호 (Ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020 relative au régime des décisions prises en matière de santé, de prise en charge ou d’accompagnement social ou médico-social à l’égard des personnes majeures faisant l’objet d’une mesure de protection juridique)를 기반으로 한다. 합헌 결정은 법적 보호 조치의 대상인 성인과 관련하여 건강, 관리, 사회적 돌봄 또는 의료에 대한 사회적 지원 문제에 대해 취해진 결정 체계와 관련되어 내려진 판단이다. 이 조례는 환자의 권리와 의료 시스템의 질에 관한 2002년 3월 4일자 법률로 인해 발생하는 공중보건법 조항의 명료화 과정에서 실무자가 직면하는 어려움에 적절히 대응하는 것을 목표로 한다.¹³⁾ 이 조례는 민법에 따라 보호되는 성인에게 적용되는 의사 결정 메커니즘과 의료, 사회적 문제의 의사 결정을 관리하는 특정 조항 사이의 긴장을 해결한다. 뿐만 아니라 성인의 법적 보호 조치(mesure de protection juridique à l’égard d’un majeur)를 담당하는 사람의 개입 사례를 명시하여 이를 통해 판사가 명령할 수 있는 법적 보호 조치의 다양성까지 고려할 수 있다.

11) <https://www.alliancevita.org/2022/11/directives-anticipees-interet-et-limites/>

12) <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroitsF32010>

13) <https://www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000041713928/>

또한 헌법재판소는 1946년 헌법 전문(*préambule de la Constitution du 27 octobre 1946*), 특히 제1조를 근거로 들며 모든 인간이 인종, 종교 또는 신조와 상관없이 양도할 수 없는 신성한 권리를 가지고 있음을 재확인한다. 첫째로 모든 형태의 노예화 및 타락으로부터 개인의 존엄성을 보호하는 것은 이러한 권리 중 하나이며 이는 헌법적 가치를 지닌 원칙을 구성한다.¹⁴⁾ 둘째로 개인의 존엄성을 보호하는 것뿐만 아니라 개인의 자유 또한 양도 불가능한 권리로 이는 1789년 인간과 시민의 권리 선언의 제1조, 제2조 및 제4조(*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*)에 의해 선언되었다.¹⁵⁾ 인간과 시민의 권리 선언 제1조에 따르면 인간은 자유롭게 태어났으며 평등한 권리를 가지고 있다. 사회적 구별은 오직 공동의 효용에 기초할 수 있다.

그러므로 헌법 제34조에 따라 특히 의료 문제와 같은 공공의 자유를 행사하기 위한 분야에서 시민들에게 부여된 기본적인 보장에 관한 규칙을 정하는 것은 입법자의 몫이다. 이러한 헌법의 요건에 따라 모든 성인은 임종과 관련하여 연명 치료의 지속 및 중단을 결정할 수 있다.¹⁶⁾ 이에 따라, 공중보건법 L. 1111-11조는 모든 성인이 자신의 의사를 표현할 수 없는 경우를 대비해 원칙적으로 의사에게 구속력이 있는 사전연명의료의향서를 작성할 수 있다고 규정한다.¹⁷⁾

이와 같은 명확한 헌법적 틀에 비추어 헌법재판소는 다음과 같은 사안들을 지적한다. 첫째, 입법자는 사전연명의료의향서가 자신의 상태가 심각해 더 이상 자신의 의사를 표현할 수 없는 상황에서 작성되는 것이 아닌 특정 임종 시기에 직면하지 않은 상태에서 작성되기 때문에 모든 상황에서 절대적으로 적용될 수 없음을 예상했고 이를 고려했다. 그렇게 함으로써 모든 사람이 자신의 상태에 따라 가장 적절한 보살핌을 받을 권리를 보장받고 삶의 마지막에 인간의 존엄성도 보장받을 수 있다.¹⁸⁾ 이와 관련하여 의료진이 자신의 의사를 표현할 수 없는 임종을 앞둔 환자의 사전연명의료의향서를 보류할 수 있는 조건에 대해 국회와는 달리 일반적인 평가 및 결정 권한이 없는 헌법재판소가 입법자를 대신하여 결정할 수는 없다.¹⁹⁾ 첫째로 이는 국가 조직의 기본이 되는 권력분립(*séparation des pouvoirs*)에 의거한 판단이다. 둘째로 의료진

14) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 6번째 단락

15) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 7번째 단락

16) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 8번째 단락

17) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 9번째 단락

18) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 11번째 단락

19) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 12번째 단락

이 사전연명의료의향서 적용을 거부한 판단은 입법자의 의도에 부합하기 때문에 헌법재판소는 공중보건법 L. 1111-11조 세 번째 단락이 합헌임을 지적한다. 이러한 결정은 공중보건법 R. 4127-8에 따라 다시 한 번 정당화될 수 있다. “법률이 정한 한계 내에서 획득한 과학 데이터를 고려하여 의사는 상황에 가장 적합하다고 생각하는 것을 자유롭게 처방할 수 있다. 그는 도덕적 지원의 의무를 소홀히 하지 않고 치료의 질, 안전 및 효과에 필요한 처방과 조치를 제한해야 한다. 그는 가능한 다양한 조사 및 치료의 장점, 단점 및 결과를 고려해야 한다.”²⁰⁾

둘째, 이의를 제기하는 조항인 공중보건법 L. 1111-11조 세 번째 단락인 환자의 상태가 ‘명백히 부적절하거나 의학적 상황과 일치하지 않는 경우’에만 의사가 사전연명의료의향서를 취소할 수 있도록 허용하고 이러한 조항은 불명확하거나 모호하지 않다.²¹⁾ 이는 공중보건법 L. 1110-5에 의해 정당화될 수 있다. “모든 사람은 자신의 건강상태와 이 상태가 요구하는 개입의 시급성을 고려하여 가장 적절한 치료를 받을 권리를 가지며, 효과가 인정되고 보장되는 치료의 혜택을 받을 권리가 있다. 입증된 의학적 지식에 비추어 볼 때 가능한 최고의 의학적 선택은 건강의 보장과 고통의 완화이다. 예방, 조사 또는 치료 및 관리는 의료 지식의 관점에서 예상 이익에 비해 불균형적인 위험을 초래해서는 안 된다.” 또한 공중보건법 L. 1110-5-1에 따라 L. 1110-5에 언급된 행위는 불합리한 고집으로 인해 발생해서는 안 되며, 불필요하거나 불균형적으로 보이는 인위적인 생명 유지 이외의 다른 효과가 없을 때 환자의 의지에 따라 연명 치료가 중단될 수도 있다. 환자가 자신의 의사를 표현할 수 없는 경우에는 규정에 의해 정의된 합의 절차(*procédure collégiale*)에 따라 연명 치료의 지속 및 중단 여부가 결정된다. 이를 통해 공중보건법 L. 1111-11조 세 번째 단락이 헌법 및 다른 법률 조항과 궤를 같이함을 알 수 있다. 뿐만 아니라 이 단락은 프랑스 헌법재판소의 2017년 6월 2일 n° 2017-632 결정에서 주어진 해석과도 일치한다.

셋째, 의사의 결정은 다른 의료진들과의 합의 절차를 거친 후에만 내려질 수 있다. 이러한 결정은 의료 파일에 기록되고 환자가 지정한 신뢰할 수 있는 사람 또는 그의 가족이나 가까운 친구에게 알려진다.²²⁾ 돌이킬 수 없는 무의식 상태에 있거나 자살성을 상실하여 생명 기능을 인위적인 방식을 통해 유지할 수밖에 없다 하더라도 한

20) Article R. 4127-8 du Code de la santé publique

21) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 13번째 단락

22) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 14번째 단락

인간의 생명을 마감하는 결정 또한 돌이킬 수 없는 결정이다. 따라서 입법자는 의료 합의 절차 과정을 통해 가능한 모든 판단의 오류를 최소화하려고 했으며 이러한 결정을 문서화하고 주변인에게 보내는 과정을 통해 의료진이 비합리적인 판단에 기초하여 연명 치료 중단 결정을 내린 것이 아님을 공고히 한다.

마지막으로 의사의 결정은 필요한 경우에 따라 판사의 통제를 받는다. 환자 혹은 환자 가족이 의미 없는 무리한 연명 치료를 요구한다고 하더라도 의사가 치료의 제한 또는 중단을 결정한다면 이러한 결정은 신뢰하는 자 또는 가족에게 예정된 시간 안에 이의를 제기할 수 있는 조건으로 통보된다. 이러한 이의제기는 환자의 상태를 고려해 가능한 한 빨리 검토된다.²³⁾

이상에서 입법자는 인간의 존엄성 보호 원칙이나 개인의 자유를 무시하지 않았다는 결론을 내릴 수 있다.²⁴⁾ 따라서 양심의 자유나 법 앞의 평등의 원칙 또는 헌법이 보장하는 기타 권리나 자유를 침해하지 않는 이러한 조항은 합헌으로 선언되어야 한다.²⁵⁾

이러한 프랑스 헌법재판소의 결정에 대하여, 환자의 가족은 최후의 수단으로 유럽 인권재판소(European Court of Human Rights)에 소를 제기할 수 있다.

IV. 나오며

안락사 및 의사조력자살이 다양하게 논의되어 법제화되고 있음에도 불구하고 입법과 법의 적용 사이에는 여전히 미묘한 간극이 존재한다. 프랑스에서 임종은 벨기에, 네덜란드, 스페인과 같은 다른 유럽 국가와 비교할 때 정기적으로 논쟁을 불러일으키고 있다. 마크롱 대통령은 지난 여름 임종과 관련한 법안의 개정에 대해 언급한 적이 있으나 이 주제에 대해서 개인적인 입장을 표현하지 않으려고 조심했다. 이처럼 여전히 프랑스 사회에서는 안락사가 진정으로 시민들을 위한 것인지에 대한 의견이 조율되지 않았다.

보통의 경우, 환자가 안락사 및 의사조력자살에 대해 먼저 의견을 개진하기 때문

23) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 15번째 단락

24) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 16번째 단락

25) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 17번째 단락

에 사회적, 정치적 합의 또한 이러한 경우를 기초로 발전해왔다. 그러나 반대의 경우도 존재하며 이와 관련한 논의가 필요하다는 점이 프랑스 헌법재판소의 2022년 11월 10일 n° 2022-1022 결정을 통해 명확하게 드러난다. 프랑스 헌법재판소는 사전연명의료의향서가 존재함에도 불구하고 의료진이 이 문서의 적용을 거부할 수 있음을 명시하며 공중보건법 L. 1111-11의 세 번째 단락에 쓰인 “사전연명의료의향서가 명백히 부적절하거나 그렇지 않은 경우를 제외하고”라는 문장이 애매하지 않음을 선언한다.

헌법재판소는 의료진의 사전연명의료의향서 적용 거부가 개인의 자유를 침해하는가에 대해 적절히 고려한다. 현행법은 환자가 자신의 의사를 표현할 수 없는 상태, 가령 식물인간과 같은 신체적 불가능성을 수반할 때에 그가 이전에 작성한 사전연명의료의향서를 무비판적으로 적용할 수 없음을 명백히 한다. 피해자 가족은 연명 치료를 지속하기 위해 공중보건법 L. 1111-11의 세 번째 단락이 애매모호함을 지적하나, 헌법재판소는 이 조항이 위헌이 아니라고 결정한다.

이러한 결정에 대해 존엄하게 죽을 권리를 위한 협회(Association pour le Droit de Mourir dans la Dignité)의 회장은 치료 지속에 대한 의사를 표명한 사전연명의료의향서는 법적 구속력이 있기 때문에 환자가 살기로 결정하거나 죽기로 결정한 일에 대해서는 그의 의지를 충분히 존중해야 된다고 주장한다. 그는 이번 프랑스 헌법재판소의 결정으로 인해 프랑스인들이 사전연명의료의향서의 유명무실함을 깨달았을 것이라고 지적하며 더 이상 이러한 의향서를 작성하지 않으리라 예상하고 이에 따라 사전연명의료의향서가 환자의 자유의지와 권리를 제대로 보장하기 위해 이와 관련된 법과 제도가 개선되어야 함을 주장한다.

그럼에도 불구하고 본 결정은 두 가지의 가치가 프랑스 사회에서 어떤 식으로 이해되고 해석되는지 보여준다. 인간의 기본적 권리들인 인간의 존엄성 보호와 개인의 자유 중 한 가지의 가치를 더 우선시해야 하는 경우에 헌법재판소는 인간의 존엄성 보호가 갖는 사회적, 정치적, 법적 가치에 가중치를 둔다. 그러나 이 결정이 결코 개인의 자유를 등한시하거나 무시하지 않음은 명백하다. 한 인간의 자기결정권과 관련하여 사전연명의료의향서는 대부분의 경우에 환자의 자유의지 및 의사를 충분히 존중하나, 몇몇의 경우에 있어 의료진이 이 문서의 적용을 거부할 수 있는 법적장치를 마련하며 한 인간의 자기결정권을 극대화하는 동시에 인간의 존엄성을 잃지 않을 수 있도록 보장한다.

자유의지와 개인의 자유는 한 인간을 인간답게 살아갈 수 있도록 만드는 가장 중

요한 가치 중 하나임이 자명하다. 그러나 헌법재판소가 고려한 본질적 질문은 존재론(ontologie)과도 관련이 있다. 인간이 살아있다는 문장이 의미하는 것이 도대체 무엇인지에 관한 고려가 있어야만 본 결정에 대한 심도 깊은 이해도 가능할 것이다. 생명 유지 장치를 제외하고는 자력으로 신체적 기능을 사용할 수 없는 인간에게, 혹은 더 이상 좋아질 의학적 가망이 전혀 없는 환자에게 연명 치료를 계속 한다는 것은 그의 자유의지를 존중하는 것이 아닌 오히려 그의 존엄성을 무시하는 결과를 도출하는 셈이 된다는 것이 프랑스 헌법재판소의 판단이다. 따라서 양심의 자유나 법 앞의 평등 원칙 또는 헌법이 보장하는 다른 기타 권리나 자유를 침해하지 않는 이 조항은 합헌으로 선언되어야 하며 이 결정은 인간이 인간으로 존재한다는 것은 무엇인지에 대해 질문하는 존재론적 관점에서 이해되어야 할 것이다.

세계헌법재판 조사연구보고서

(2023 제1호)

2023년 1월 18일 인쇄

2023년 1월 25일 발행

발행: 헌법재판소
헌법재판연구원

인쇄: 성문인쇄사
02) 2272-7553

<비매품>