

발 간 등 록 번 호

33-9750040-000245-07

세계헌법재판 조사연구
2023-E-5

2023 제5호(통권 제62호)

세계헌법재판 조사연구보고서



Constitutional Research Institute



헌법재판소
헌법재판연구원

목 차

■ 세계헌법재판 조사연구보고서 2023년 제5호 소개 / 비교헌법연구팀장 정유진

◆ 최신 세계헌법판례

■ 미국

대학 입학 전형에서의 적극적 우대 조치에 대한 위헌 판결
/ 책임연구관 임기영 3

■ 독일

외국법에 따른 미성년자의 혼인을 무효로 하는 법률조항의 위헌성
/ 책임연구관 이지효 75

수형자의 노역에 대한 보상을 규정한 주법 조항 등의 위헌성
/ 책임연구관 이지효 85

■ 프랑스

특정 식물보호제의 생산·저장 및 유통을 금지하는 법률조항이 기업의
자유를 침해하는지 여부 / 책임연구관 한동훈 101

‘구매력 보호를 위한 긴급조치를 규정하는 법률’에 대한 사전적 위헌법률심판
/ 책임연구관 한동훈 107

◆ 세계헌법재판기관 소개

■ 모리셔스 대법원 123

◆ 세계헌법재판 관련 논문 목록

- 세계헌법재판 관련 논문 목록(최신호) 129

◆ 국외통신원 소식

- 대마 합법화에 관한 독일의 헌법적 논의 -연방헌법재판소 결정을 중심으로- 135

알림

『세계헌법재판 조사연구보고서』 2023 제5호(통권 제62호)는 헌법재판연구원에서 2023년 8월에 메일로 보내드린 『세계헌법재판 조사연구』 뉴스레터를 책자로 발간한 것임.

세계헌법재판 조사연구보고서 2023년 제5호 소개

□ 최신 세계헌법판례

미국 연방대법원은 <대학 입학 전형에서의 적극적 우대 조치에 대한 위헌 판결>에서, 대법관 6:3의 의견으로 피상고인인 하버드 대학과 노스캐롤라이나 대학교의 인종 고려적(race-conscious) 입학 정책이 인종 요소의 사용을 정당화할 만한 목적을 갖추지 못하였고, 인종 요소를 부정적으로 사용하는 것을 피할 수 없으며, 유의미한 종료 시점을 두지 않았다는 등의 이유로 헌법 수정 제14조 평등보호조항에 위반된다고 판단하였습니다.

독일 연방헌법재판소는 <외국법에 따른 미성년자의 혼인을 무효로 하는 법률조항의 위헌성> 결정에서, 외국법의 혼인 적령(適齡)에 따라 성립한 미성년자의 혼인에 대하여, 적어도 당사자 중 1인이 혼인 당시 16세 미만이었던 경우에는 이를 원칙적으로 무효로 한다고 규정한 법률조항이 혼인의 자유를 보장하는 기본법 제6조 제1항에 합치되지 않는다고 판단하였습니다.

독일 연방헌법재판소는 <수형자의 노역에 대한 보상을 규정한 주법 조항 등의 위헌성> 결정에서, 수형자의 노역에 대한 보상의 종류 및 지급 기준에 관하여 규정하고 있는 바이에른 주와 노르트라인 베스트팔렌 주의 형집행법 조항들이 기본법 제2조 제1항(일반적 인격권)과 연계한 제1조 제1항(인간의 존엄)에서 도출되는 재사회화(Resozialisierung) 명령에 합치하지 않는다고 판단하였습니다.

프랑스 헌법재판소는 <특정 식물보호제의 생산·저장 및 유통을 금지하는 법률조항이 기업의 자유를 침해하는지 여부> 결정에서, 2004년 환경헌장(Charte de l'environnement de 2004) 전문에 근거하여 환경의 보호가 헌법적 가치를 가지는 목적이라는 점을 처음으로 인정하고, 이 사건에서 문제된 특정 식물보호제의 생산 등을 금지하는 법률조항에 대하여 건강 및 환경의 보호를 위한 것으로 기업의 자유를 침해하지 않는다고 판단하였습니다.

프랑스 헌법재판소는 <‘구매력 보호를 위한 긴급조치를 규정하는 법률’에 대한 사전적 위헌법률심판> 결정에서, 2004년 환경헌장 전문에 따르면 현재의 수요를 만족시키기 위한 선택이 미래세대의 역량을 위태롭게 해서는 안 된다고 강조하면서, 가스 공급 시설의 지속적인 운영과 신규 설치, 온실가스 배출량 제한의 일부 완화 등을 규정한 위 법률은 가스 및 전력 공급의 안전에 심각한 위협이 있는 경우에만 적용된다고 해석하는 경우에만 헌법에 합치한다고 판단하였습니다.

□ 세계헌법재판기관 소개

이번 호에서는 모리셔스 대법원을 소개하였습니다.

□ 세계헌법재판 관련 논문 목록

최신 학회지에 실린 세계헌법재판 관련 논문들을 정리해 놓았습니다.

□ 국외통신원 소식

독일 통신원의 <대마 합법화에 관한 독일의 헌법적 논의 -연방헌법재판소 결정을 중심으로->에서는, 대마의 무허가 재배·소지 등을 형사처벌하는 마약거래법 조항들의 위헌 여부에 대한 3개 구(區)법원의 위헌법률심판제청에 대하여 동일한 쟁점을 다루었던 연방헌법재판소의 1994년 합헌결정을 재검토할 만한 충분한 이유를 제시하지 못하였다는 이유로 부적법하다고 판단한 연방헌법재판소의 결정과 1994년 합헌결정의 주요 내용을 소개하였습니다.

최신 세계헌법판례

미국

Ⅰ 대학 입학 전형에서의 적극적 우대 조치에 대한 위헌 판결

/ 책임연구원 임기영

대학 입학 전형에서의 적극적 우대조치에 대한 위헌 판결¹⁾

I. 사건개요

이 사건의 피상고인들인 하버드 대학(Harvard College, 이하 ‘하버드대’)²⁾과 노스캐롤라이나 대학교(University of North Carolina, 이하 ‘노스캐롤라이나대’)는 학생 선발에 있어 인종을 한 요소로 고려하고 있다. 학생 구성의 다양성을 취지로 한 이러한 입학 전형은 흑인과 히스패닉 지원자에게는 유리한 반면, 비슷한 조건의 백인과 아시아계 지원자에게는 불이익을 준다는 비판을 받았다.

상고인인 ‘SFFA(Students for Fair Admissions, 공정한 입학을 위한 학생들)’은 법 앞의 평등권을 포함하여 법이 보장한 인권과 시민권을 보호하고자 2014년에 설립된 비영리 단체이다. 2014년 11월, 상고인은 인종에 근거한 입학 전형이 1964년 민권법 제6장³⁾과 미국 헌법 수정 제14조의 평등보호조항⁴⁾에 위배된다고 주장하며 하버드대와 노스캐롤라이나대를 각각 상대로 제소하였다. 하버드대 사건의 제1심 법원은 하버드대의 입학 전형이 대학 입학에서의 인종요소 사용에 대한 연방대법원 선례에 부합한다고 판단하였고, 제1연방항소법원은 이를 유지하였다. 이와 비슷하게, 노스캐롤라이나대 사건 제1심 법원도 해당 입학 전형이 평등보호조항하에서 허용된다고 판단하였다.

1) Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College, 600 U. S. ____ (2023)(No. 20-1199)(2023. 6. 29.). ※ Students for Fair Admissions, Inc. v. University of North Carolina, 600 U. S. ____ (2023)(No. 21-707)와 병합심리 되었음.

2) 이 사건의 Harvard College는 4년의 학부과정을 담당하며, 대학원 이상의 과정은 Harvard University에 포함된다.

3) 1964년 민권법 제6장(Title VI of the Civil Rights Act of 1964, 78 Stat. 252, 42 U. S. C. §2000d et seq.)은 인종, 피부색, 출신민족에 근거한 차별을 금지하고 있다. 그 첫 조항의 내용은 아래와 같다. 42 U. S. C. §2000d 연방 지원 프로그램에 있어 인종, 피부색, 또는 출신민족에 근거한 참여의 배제, 혜택의 거부 및 차별의 금지

미국에서는 누구든지 연방 재정의 지원을 받는 모든 프로그램 또는 활동에 있어 인종, 피부색, 출신민족에 근거하여 참여가 배제되거나, 그 혜택이 거부되거나, 차별을 받아서는 안 된다.

4) 미국 헌법 수정 제14조

(생략) ... 어떤 주도 그 관할권 내에 있는 모든 사람에 대하여 법률의 평등한 보호를 거부하지 못한다... (생략)

연방대법원은 하버드대 사건의 상고 및 노스캐롤라이나대 사건의 항소심 판결 전 상고(certiorari before judgment)⁵⁾를 허가하였다.

II. 쟁점 및 판단

1. Roberts 대법원장의 법정의견(6인 의견)⁶⁾

이 사건에서 우리는 미국의 가장 오래된 고등교육기관들인 피상고인들의 입학 제도가 미국 헌법 수정 제14조의 평등보호조항에 부합하는지를 살펴보았다.

가. 피상고인들의 입학 전형

(1) 하버드대의 입학 전형

1636년에 설립된 하버드대는 미국에서 가장 선별적인 입시 과정을 가진 학교 중 하나로, 매년 6만 명 이상의 지원자 중 2천 명 이하의 학생들만 입학할 수 있다. 하버드대에 합격하는 것은 결코 쉬운 일이 아니다. 하버드대의 신입생 선발은 다음과 같은 과정을 거친다. 우선 모든 지원서는 1차 사정관(first reader)의 검토를 거쳐 학업(academic), 과외활동(extracurricular), 체육(athletic), 추천서(school support), 인성(personal), 종합평가(overall)의 6가지 항목별로 점수가 매겨진다. 1등급은 가장 높은 점수이고 6등급은 가장 낮은 점수이다. 종합평가는 다른 5가지 항목에 대한 종합점수로 여기에서의 1등급은 90% 이상의 합격 가능성을 가진 우수한 후보임을 의미한다. 종합평가의 등급을 책정함에 있어 1차 사정관은 지원자의 인종을 고려할 수 있고, 고려하고 있다.

1차 심사 과정이 완료되면 하버드대는 입학 소위원회들(admissions subcommittees)을 소집한다. 각 소위원회들은 특정 지리적 지역을 담당하여 3~5일 간 모여 그 지역에서 온 모든 지원서를 평가한다. 소위원회들은 입학 대위원회(full admissions committee)에 추천의견을 올릴 책임이 있으며, 이 때 소위원회는 지원자의 인종을 고려할 수 있고, 고려하고 있다.

5) 항소심 판결 전 상고허가 신청(petition for certiorari before judgment)은 신속한 소송과 최종 결정 획득을 위하여 연방항소법원의 판결 없이 연방대법원에 연방지방법원의 판결을 바로 심사해줄 것을 신청하는 것을 말한다. 이러한 신청이 받아들여지는 경우는 드물다.

6) Roberts 대법원장, Thomas, Alito, Gorsuch, Kavanaugh, Barrett 대법관의 의견.

다음 단계는 대위원회 회의이다. 대위원회는 40명으로 구성되며, 토론은 지역 소위원회회의 추천을 받은 지원자들에게 집중된다. 대위원회는 회의 초반에 인종에 따른 상대적 분류에 대해 논한다. 하버드대 측에 따르면 그 목적은 전년도 입학생들에 비해 소수인종의 입학률이 급감하지 않도록 하기 위함이라고 한다. 대위원회의 모든 구성원들은 대위원회에서 심사되는 모든 지원자들에 대해 한 명 한 명 논의하고 합격 여부를 투표한다. 대위원회 과반수의 득표를 한 지원자만이 잠정적인 합격생이 된다. 대위원회 회의 끝에 잠정적 합격생들의 인종적 분포가 대위원회에 공개된다.

하버드대의 마지막 단계는 ‘lop’⁷⁾이라고 불린다. 이 과정에서 최종 합격자를 추려내기 위해 추가적인 선별과정을 거친다. 이 단계에서 불합격으로 고려되는 지원자들은 ‘lop 목록’에 올라가는데, 여기에는 레거시(legacy status)⁸⁾, 모집된 운동선수(recruited athlete status), 재정 지원 적격성(financial aid eligibility), 그리고 인종(race)의 4가지 정보만이 포함된다. 대위원회는 어떤 학생들을 떨어뜨릴지 결정하며, 이 과정에서 인종을 고려할 수 있고, 고려하고 있다. 이 과정이 완료되면 하버드대 입학생이 결정된다. 하버드대 입학에 있어 인종은 흑인⁹⁾ 및 히스패닉 합격생의 상당수에게 결정적 요인이 된다.

(2) 노스캐롤라이나대의 입학 전형

미국 헌법이 비준된¹⁰⁾ 직후에 설립된 노스캐롤라이나대는 미국 최초의 공립 대학으로 하버드대와 마찬가지로 매우 선별적인 입시 절차를 갖고 있다. 노스캐롤라이나대는 일반적으로 매년 약 4만 3천 5백 명이 지원하며, 이 중 4천 2백 명의 신입생만을 선발한다.

모든 지원서는 1차로 약 40명의 입학사정관들 중 한 명의 검토를 받는다. 각 입학사정관은 1시간에 약 5건의 지원서를 검토한다. 입학사정관은 지원서를 검토함에 있어 인종과 민족을 한 요소로 고려하게 되어 있다. 다른 요소들로는 학업수행 및 엄격한 표준시험 결과(academic performance and rigor, standardized testing results), 과외활동 참여(extracurricular involvement), 에세이 수준(essay quality), 인성 요소(personal factors),

7) lop은 ‘잘라내다’, ‘가지 치다’라는 뜻이다.

8) 레거시는 해당 학교를 졸업한 동문의 자손에게 입학 사정에 있어 혜택을 주는 제도이다.

9) 원문에서는 해당 부분에 African American, 즉 아프리카계 미국인이라는 표현이 사용되었다. 그러나 판결문 전체적으로는 Black, 즉 흑인이라는 표현이 훨씬 더 많이 사용되어 편의상 빈도수에 따라 모두 ‘흑인’으로 통일하여 번역하였다.

10) 미국 헌법은 1787년 제정되어 1788년에 비준되었다.

그리고 학생의 배경(student background)이 있다. 입학사정관들은 학업, 과외활동, 인성, 에세이 항목에 대해 등급을 매긴다. 이 소송에서 문제가 된 해의 경우, 미달대표된(underrepresented) 소수인종 학생들은 백인 및 아시아계 학생들보다 인성 점수에서 더 높은 점수를 받았지만 학업 프로그램, 학업수행, 과외활동, 에세이 부분에 있어서는 더 낮은 점수를 받은 경향이 있었다.

이러한 경향에 따라 지원 서류의 평가가 이루어진 후, 입학사정관은 지원자에게 입학할 허용해야 할지에 대한 의견을 내고 이러한 결정을 뒷받침하는 내용을 작성한다. 이러한 결정을 내림에 있어 입학사정관은 학생들의 인종을 이유로 그들에게 가점을 줄 수 있고, 이는 개별 케이스에 있어서는 중대한 영향을 줄 수 있다. 1차 사정관의 결정은 대부분의 경우 잠정적인 최종결정이 된다.

1차 심사 과정을 거친 후, 지원서들은 ‘학교 그룹 검토(school group review)’라는 과정을 거치게 된다. 이 과정에서 숙련된 직원들로 구성된 위원회가 모든 1차 심사 결과를 검토하게 된다. 검토위원회는 각 학생들에 대한 보고서를 받는데, 그 보고서에는 특히 학생들의 석차, 평점(GPA), 시험 점수; 1차 사정관이 부여한 등급; 주민, 레거시, 또는 특별모집 여부가 포함된다. 검토위원회는 1차 사정관이 내린 의견 각각에 대해 승인하거나 거부하여 입학 여부를 확정짓는다. 이러한 결정을 내림에 있어 검토위원회는 지원자의 인종을 고려할 수 있다.

나. 당사자적격

노스캐롤라이나대는 상고인이 진정한 회원으로 구성된 단체가 아니기 때문에 당사자적격이 없다고 주장하였다. 그러나 이 주장을 검토한 모든 법원이 이를 인정하지 않았고, 우리도 그러하다. 이 사건과 같이 원고가 단체인 경우, 단체 자신의 권리가 침해되었다고 주장하거나, 또는 그 구성원을 대표하여 당사자적격을 주장할 수 있는데¹¹⁾ 후자를 대의 당사자적격(representational standing)이라고 한다. 피상고인들은 상고인이 대의 당사자적격의 요건을 갖추었다는 점을 다투지 않았고 하급심 법원들도 그러했듯 우리도 다르게 판단할 이유가 없다. 또한 이 사건에서 상고인은 다툼의 여지없이 특정한 회원들로 구성된 자발적인 회원 단체이다. 상고인은 당사자적격 요건을 갖추었다.

11) Warth v. Seldin, 422 U. S. 490, 511 (1975).

다. 역사와 선례의 검토

(1) 미국 헌법 수정 제14조와 인종차별 금지의 역사

미국 남북전쟁의 결과로 연방의회는 미국 헌법 수정 제14조 평등보호조항을 제안하였고 주들은 이를 비준하였다. 그 지지자들에게 평등보호조항은 기본원칙(foundational principle) - 모든 미국 시민이 갖는 법률 앞의 절대적인 정치적, 시민적 평등¹²⁾ - 을 상징하였다. 그들은 헌법이 인종이나 피부색에 근거한 어떠한 법률상의 구별도 허용해서는 안 된다고 생각하였다. 한 사람에게 적용하는 법률은 똑같이 모두에게 적용되어야 하기 때문이다. James Garfield 대통령은 헌법 수정 제14조가 피부색에 상관없이 모든 미국 시민에게 법의 보호막이 되어 줄 것이라고 말하였다. Jacob Howard 상원의원은, 그렇게 함으로써 헌법 수정조항은 가장 초라하고, 가난하고, 멸시받는 인종에 대해서도 가장 힘이 세거나 가장 부유하거나 가장 도도한 인종의 경우와 마찬가지로 법 앞의 동등한 권리와 동등한 보호를 부여할 것이라고 말하였다. 그는 이어서 평등한 정의의 원칙이 없다면 공화정은 없을 것이고, 진정으로 유지할 가치가 있는 공화정도 없을 것이라고 말하였다.

우선, 연방대법원은 평등보호조항의 초월적 목적을 수용하였다. 1880년, 우리는 평등보호조항에 대하여 “이것이 주법은 흑인에게도 백인에게와 동일해야 하고, 유색인종이든 백인이든 모든 사람들은 주법 앞에 동등한 입장에 서야 한다는 것을 선언한 것이 아니라면 무엇이겠는가?”라고 언급한 바 있다.¹³⁾ 6년 후, 우리는 전원일치로 헌법 수정 제14조의 폭넓고 이로운 조항이 모든 사람들에게 적용된다고 선언하였다. 인종과 민족에 대한 적대감은 법률상 정당화될 수 없다.¹⁴⁾

일찍이 평등보호조항의 넓은 범위를 인정하였음에도 불구하고, 우리는 곧 - 국가와 더불어 - 조항의 핵심 약속에 부응하지 못하였다. 남북전쟁 이후 거의 한 세기 동안 주 차원의 분리정책(segregation)은 미국의 많은 지역에서 개탄할 만한 규범이었다. 연방대법원은 Plessy v. Ferguson (1896) 판결¹⁵⁾에서 미국의 많은 부분을 훼손시키게

12) Cong. Globe, 39th Cong., 1st Sess., 431 (1866) (statement of Rep. Bingham) (Cong. Globe).

13) Strauder v. West Virginia, 100 U. S. 303, 307 - 309.

14) Yick Wo v. Hopkins, 118 U. S. 356, 368 - 369, 373 - 374 (1886); Truax v. Raich, 239 U. S. 33, 36 (1915); Strauder, 100 U. S., at 308 - 309.

15) Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896). 플레시 대 퍼거슨 사건은 미국 연방대법원이 인종 분리정책에 대하여 각 인종에 제공되는 시설이 질적으로 동등하다면 분리정책이 위헌이 아니라고 판결한 사건으로 ‘분리하되 평등하다(separate but equal, 이하 ‘분리평등’이라 한다)’라는 개념을 만들었다. 이 판

된 분리평등(separate but equal) 제도를 허용함으로써 그러한 비열한 역사에 일조하였다. 평등보호조항의 제정자들의 염원은 초창기에 사실상 억압되어 너무 오랫동안 염원으로만 남아있었다.¹⁶⁾ Plessy 판결 이후 미국 법원들은 반세기가 넘도록 분리평등 원칙을 다루느라 고투하였다.¹⁷⁾ 이 기간 중 일부 판결들은 흑인 학생들에게도 - 비록 공식적으로는 분리되어 있지만 - 백인 학생들이 누리는 것과 동등한 교육 기회를 제공할 것을 주에 요구함으로써 이 원칙의 해로움을 축소하려는 시도를 하였다.¹⁸⁾ 그러나 불평등에서 평등을 이끌어내려는 이러한 접근법의 태생적 어리석음은 곧 명백해졌다. 이후 연방대법원이 인정하였듯이, 뚜렷한 영향이 없다고 주장되는 인종분리 정책조차 피해 학생들을 경시하는 결과를 낳았다¹⁹⁾. 따라서 1950년 즈음 헌법 수정 제14조의 필연적인 진실이 다시 나타나기 시작했다: 분리는 평등이 될 수 없다.

드디어 이러한 접근법의 정점이 *Brown v. Board of Education* (1954) 사건²⁰⁾에서 나왔다. 이 중대한 판결에서 우리는 Plessy 판결을 영구히 뒤집고 주와 연방정부에 의한 모든 법률상의 차별을 무효화하는 길을 확고히 정립하였다.²¹⁾ Brown 사건은 공립 학교에서의 인종분리정책의 허용 가능성에 관한 것이었다. Brown 사건의 교육구(school district)는 흑인 학생과 백인 학생에게 제공되는 학교들이 대체로 같은 수준을 갖기 때문에 분리정책은 적법하다고 주장하였다. 그러나 우리는 그러한 분리정책은 설사 물리적인 시설과 다른 유형요소들이 동등할지라도 허용될 수 없다고 판결하였다.²²⁾ 우리는 인종 때문에 아이들을 분리하는 행위만으로도 열등감을 만들어낸다고 설시하였다.²³⁾ 따라서 Brown 판결의 재판부가 도달한 결론은 틀림없이 명백하다: 공교육에 대한 권리는 모두에게 평등하게 이용 가능해야 한다.²⁴⁾ 상고인들이 주장하였듯이, 헌법 수정 제14조의 평등보호조항 아래 어떤 주도 시민들에게 교육 기회를 제공함에 있어 인종을 요소로 사용할 권한이 없다. 연방대법원은 1년 후, Brown 판결을

결은 58년 후 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954) 판결에 의해 뒤집어진다.

16) J. Tussman & J. tenBroek, *The Equal Protection of the Laws*, 37 Cal. L. Rev. 341, 381 (1949).

17) *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U. S. 483, 491 (1954).

18) 예를 들어, *Missouri ex rel. Gaines v. Canada*, 305 U. S. 337, 349 - 350 (1938).

19) 예를 들어, *McLaurin v. Oklahoma State Regents for Higher Ed.*, 339 U. S. 637, 640 - 642 (1950).

20) *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

21) *Id.*, at 494 - 495.

22) *Id.*, at 493.

23) *Id.*, at 494.

24) *Id.*, at 493.

완전하게 준수하기 위해서는 학교들이 인종적으로 비차별적인 근거에 기반하여 학생을 선발해야 한다고 판결하며 이러한 원칙을 다시 반복하였다.²⁵⁾ 인종을 근거로 차별하는 시대는 지나갔다. 연방대법원은 *Brown* 판결이 공교육에서의 인종차별은 위헌이라는 기본원칙을 선언하였다고 말하였다.²⁶⁾ 이는 생활의 다른 영역에서도 마찬가지였다. *Brown* 판결 직후 우리는 인종에 근거한 모든 방식의 주 행위를 무효화하는 하급심 판결을 일상적으로 인용하기 시작하였다.

이후 수십 년 동안, 연방대법원은 헌법의 인종 평등 선언을 계속하여 입증하였다. 공원과 골프코스, 이웃과 사업, 버스와 기차, 학교와 배심원을 가르던 법률은 타파되었다.²⁷⁾ 이는 모두 “헌법은 인종을 이유로 일반 정부 또는 주가 어떤 시민에게든 차별을 가하는 것을 금지한다”²⁸⁾라는 공정성에 대한 우리 미국의 신념으로부터 나온 약속에 의한 것이었다. *Brown* 판결 후 13년 뒤, 우리가 버지니아 주의 인종 간 결혼 금지 정책을 파기하며 이야기하였듯이, 헌법 수정 제14조는 모든 부당한 인종차별을 금지한다.²⁹⁾ 우리 판례들은 인종 때문에 시민의 권리를 제약하는 정책들의 합헌성을 일관되게 부정해왔다.³⁰⁾

이러한 판결들은 “인종에 근거하여 정부가 가하는 모든 차별을 폐지하라”³¹⁾는 평등보호조항의 핵심 목적을 반영한다. 우리는 반복적으로 인정해 왔다. 헌법 수정 제 14조의 분명하고 중점적인 목적은 주에서 부당한 인종차별의 근원을 모두 제거하는 것이다.³²⁾

25) *Brown v. Board of Education*, 349 U. S. 294, 300 - 301(1955).

26) *Id.*, at 298.

27) 각주 30 참고.

28) *Bolling v. Sharpe*, 347 U. S. 497, 499 (1954) (quoting *Gibson v. Mississippi*, 162 U. S. 565, 591 (1896) (Harlan, J., for the Court)).

29) *Loving v. Virginia*, 388 U. S. 1, 8 (1967).

30) *Id.*, at 11 - 12. 그 외에도 *Yick Wo*, 118 U. S., at 373 - 375(상업용지); *Shelley v. Kraemer*, 334 U. S. 1 (1948) (주택계약); *Hernandez v. Texas*, 347 U. S. 475 (1954) (배심원 구성); *Mayor and City Council of Baltimore v. Dawson*, 350 U. S. 877 (해변과 목욕탕); *Holmes v. Atlanta*, 350 U. S. 879 (1955) (*per curiam*) (골프코스); *Gayle v. Browder*, 352 U. S. 903 (*per curiam*) (버스타통학제); *New Orleans City Park Improvement Assn. v. Detiege*, 358 U. S. 54 (1958) (*per curiam*) (공원); *Bailey v. Patterson*, 369 U. S. 31 (1962) (*per curiam*) (교통시설); *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Bd. of Ed.*, 402 U. S. 1 (1971) (교육); *Batson v. Kentucky*, 476 U. S. 79 (1986) (전단적 배심원 기피: 당사자가 아무 설명 없이 배심원을 기피할 수 있는 권리. 인종을 이유로 한 검사 측의 전단적 기피를 금지한 판결.)

31) *Palmore v. Sidoti*, 466 U. S. 429, 432 (1984).

32) *Loving*, 388 U. S., at 10; 그 외에도 *Washington v. Davis*, 426 U. S. 229, 239 (1976); *McLaughlin*

인종차별의 제거는 모든 인종차별을 제거한다는 것을 뜻한다. 그에 따라 우리는 평등보호조항이 인종, 피부색, 출신민족의 차이에 상관없이 보편적으로 적용된다고 판결해 왔다.³³⁾ 평등보호의 보장은 어떤 사람에게 적용될 때는 이것이고 다른 피부색의 누군가에게 적용될 때는 저것일 수 없다.³⁴⁾ 만일 둘 다 같은 보호를 받지 못한다면, 그것은 평등이 아니다.³⁵⁾ 헌법이 요구하는 평등보호의 모든 예외는 ‘엄격심사(strict scrutiny)’로 알려진 두 단계의 어려운 심사를 거쳐야 한다.³⁶⁾ 이 심사에 따라 우리는 첫째로 인종 구분이 긴절한 정부 이익을 도모하기 위해 사용되었는지를 묻고,³⁷⁾ 만일 그렇다면 둘째로 정부가 인종요소를 사용한 것이 그러한 이익을 달성하기 위해 면밀하게 재단되었는지(narrowly tailored) - 필요했는지(necessary)를 의미 - 를 묻는다.³⁸⁾

우리 선례가 인종에 근거한 정부 행위가 허용될 만한 긴절한 이익이라고 인정하는 경우는 단 두 가지뿐이었다. 첫째는 헌법이나 법률을 위반한 구체적이고 특정된 과거의 차별 사례를 교정하는 것이다.³⁹⁾ 다른 하나는 인종폭동과 같이 교도소에서 인간의 안전에 대한 압박하고 심각한 위협을 피하는 것이다.⁴⁰⁾

우리가 인종에 근거한 정부 행위를 인정한 경우가 매우 드문 것은 이유가 있다. 시민들을 단지 그들의 조상 때문에 구분하는 것은 평등원칙 위에 세워진 국가의 자유로운 사람들에게는 천성적으로 혐오스러운 것이다.⁴¹⁾ 이 원칙은 가장 이례적인 경우를 제외하고는 무시될 수 없다.

(2) Bakke 판결의 검토

이 사건은 대학이 지원자의 인종에 좌우되는 입학 결정을 내릴 수 있는가에 관한

v. Florida, 379 U. S. 184, 192 (1964).

33) Yick Wo, 118 U. S., at 369.

34) Regents of Univ. of Cal. v. Bakke, 438 U. S. 265, 289 - 290 (1978) (opinion of Powell, J.).

35) Id., at 290.

36) Adarand Constructors, Inc. v. Peña, 515 U. S. 200, 227 (1995).

37) Grutter v. Bollinger, 539 U. S. 306, 326 (2003).

38) Fisher v. University of Tex. at Austin, 570 U. S. 297, 311 - 312 (2013) (Fisher I).

39) 예를 들어, Parents Involved in Community Schools v. Seattle School Dist. No. 1, 551 U. S. 701, 720 (2007); Shaw v. Hunt, 517 U. S. 899, 909 - 910 (1996).

40) Johnson v. California, 543 U. S. 499, 512 - 513 (2005).

41) Rice v. Cayetano, 528 U. S. 495, 517 (2000) (quoting Hirabayashi v. United States, 320 U. S. 81, 100 (1943)).

것이다. 연방대법원은 *Regents of University of California v. Bakke* (1978) 판결⁴²⁾에서 이러한 쟁점에 대해 처음 살펴보았다. *Bakke* 사건에서 UC데이비스 의대(*University of California, Davis, medical school*)는 별도의 입학 전형을 두어, 매년 100명의 자리 중 16자리를 특정 소수인종을 위해 열어두고 주요 입학 정원과는 별도의 특별 입학 전형에서 심사받을 수 있도록 하였다.⁴³⁾ 더 낮은 평점과 MCAT⁴⁴⁾ 점수의 소수인종 지원자는 합격한 반면, 상고인 *Allan Bakke*는 2년 연속 불합격하였다. 그 후 *Bakke*는 UC데이비스 의대의 특별 입학 전형이 평등보호조항에 위배된다고 주장하며 학교를 상대로 소송을 제기하였다. 의견은 매우 분열되어 6가지 의견 중 어느 것도 과반수를 차지하지 못하였고,⁴⁵⁾ 우리는 결국 일부는 학교 측, 일부는 *Bakke* 측의 손을 들어주었다. 당시 *Powell* 대법관은 머지않아 인종고려적(*race-conscious*) 입학 정책에 대한 헌법적 분석의 시금석이 될 연방대법원의 결론과 그의 의견을 밝혔다.⁴⁶⁾

Powell 대법관은 학교 측이 입학 정책을 정당화하는 이유로 내세운 4가지 중 3가지가 충분히 긴절하지 않다고 판시하며 시작하였다. 그는 ‘의대에서 전통적으로 냉대 받은 소수인종의 역사적 결손을 줄이기 위함’이라는 학교의 첫 번째 정당화 이유에 대해 한 집단의 구성원을 인종이나 출신민족 외에 다른 이유 없이 우대하는 것과 마찬가지로 표현하였다.⁴⁷⁾ 그리고 그것은 차별을 위한 차별로 헌법이 금지하는 것이다.⁴⁸⁾ 다음으로 *Powell* 대법관은 ‘사회적 차별의 효과를 치유하기 위함’이라는 목표에 대해서도 과거로 끝없이 거슬러 올라갈 수 있는 무정형의 피해 개념이므로 불충분하다고 말하였다.⁴⁹⁾ 마지막으로 *Powell* 대법관은 사실상 학교의 특별 입학 전형이 학교가 주장한대로 취약 지역에서 일하는 의사의 수를 늘려줄 것이라는 어떠한 증거도 없다고 판단하였다.⁵⁰⁾

다음으로 *Powell* 대법관은 학교 측이 긴절하다고 주장한 마지막 이익 - 다양한 인종으로 이루어진 전체 학생 구성에서 나오는 교육적 혜택의 획득 -에 대해 살펴보

42) *Regents of Univ. of Cal. v. Bakke*, 438 U. S. 265 (1978).

43) *Id.* at 272-275.

44) 의과 대학 입학 자격 고사(Medical College Admission Test).

45) *Powell* 대법관의 의견 중 일부(Part I 과 V - C)만이 5명의 다수의견이 되었다.

46) *Grutter*, 539 U. S., at 323.

47) *Bakke*, 438 U. S., at 306 - 307.

48) *Id.*, at 307 (citing, *inter alia*, *Loving*, 388 U. S., at 11).

49) *Bakke*, 438 U. S., at 307.

50) *Id.*, at 307.

았다. 그는 이러한 이익이 고등교육기관의 목적으로 헌법상 허용된다고 보았다.⁵¹⁾ 그리고 그는 그 이유로 대학은 학문의 자유로서 학생 선발에 관해 스스로 판단할 권리가 있기 때문이라고 설명하였다.⁵²⁾

그러나 대학의 자유는 무제한적인 것이 아니다. Powell 대법관은 인종 및 민족 구분은 어떤 종류이든 본질적으로 의심스러우며(*inherently suspect*) 이에 대한 반감은 미국의 헌법과 인구통계학적 역사에 깊이 뿌리를 두고 있다고 설명하였다.⁵³⁾ 예를 들어, 대학은 우대하는 민족 출신의 개인을 위해 특정한 수의 입학생 자리를 따로 남겨놓는 인종 쿼터제를 도입할 수 없다.⁵⁴⁾ 또한 대학은 특정 범주의 지원자들을 위해 미리 정해진 수의 자리를 따로 남겨놓는 다중 전형(*multitrack program*)을 도입할 수도 없다.⁵⁵⁾ 그리고 대학은 단순히 지원자가 옳은 피부색(*right color*)이 아니라는 이유로 지원자를 다른 모든 고려에서 배제하기 위해 인종요소를 사용할 수 없다.⁵⁶⁾

인종의 역할은 한정적이어야 한다. 인종은 특정 지원자의 파일에 가점요인으로서만 작용할 수 있다.⁵⁷⁾ 설령 그렇더라도 인종은 각 지원자의 특정한 자격에 비추어 다양성의 모든 관련 요소들을 고려하기에 충분히 탄력적인 방식으로 평가되어야 한다.⁵⁸⁾ Powell 대법관은 이러한 접근법을 그가 ‘이해를 돕는 예시’로 부른 하버드대의 입학 제도로부터 도출하였다.⁵⁹⁾ 하버드대가 연방대법원에 제출한 준비서면에 설명한 바와 같이 이 제도 하에서 지원자의 인종은, 다른 지원자의 경우 출신지역이나 인생 경험이 그러하듯, 그에게 유리하게 작용할 수 있다.⁶⁰⁾ 하버드대는 “아이다호 주 농장 출신의 소년은 하버드대에 보스톤 사람이 제공할 수 없는 무언가를 가져올 수 있고, 비슷하게, 흑인 학생은 일반적으로 백인 학생이 제공하지 못하는 것을 가져올 수 있다”라고 진술하였다.⁶¹⁾ 결과적으로 하버드대는 인종은 일부 입학 결정에 있어 하나의

51) *Id.*, at 311 - 312.

52) *Id.*, at 312.

53) *Id.*, at 291.

54) *Id.*, at 315.

55) *Ibid.*

56) *Id.*, at 318.

57) *Id.*, at 317.

58) *Ibid.*

59) *Id.*, at 316.

60) *Ibid.*

61) *Ibid.*

요소에 해당하여 왔고 그래야 한다고 밝혔다.⁶²⁾

다른 대법관들은 Powell 대법관의 의견에 합류하지 않았다. 4명의 대법관들은 정부가 과거의 사회적 차별의 효과를 치유하기 위해 인종요소를 사용할 수 있다고 보았다.⁶³⁾ 한편 다른 4명의 대법관들은 UC데이비스 대학교의 입학 전형이 민권법 제6장을 위반한다고 보았다. 민권법 제6장의 지지자들은 헌법이 정부에 인종불문적(colorblind)⁶⁴⁾ 기준을 요구함이 명백하다고 여겼다.⁶⁵⁾ 따라서 UC데이비스 대학교의 입학 전형은 그 시대의 헌법적·도덕적 이해에 굳건히 자리 잡고 있던 핵심 원칙 - 인종차별의 금지 - 에 분명히 위배된다는 것이다.⁶⁶⁾

(3) Grutter 판결의 검토

Bakke 사건의 분열된 판결 이후, 하급심 법원들은 Powell 대법관의 의견이 구속력 있는 선례를 형성하는지를 파악하기 위해 애썼다. 그러한 이유로 우리는 2003년, 미시간 대학교(University of Michigan) 로스쿨이 사용하는 입학 제도에 관한 Grutter v. Bollinger (2003)⁶⁷⁾ 사건에서 그 문제를 다시금 맡게 되었다.⁶⁸⁾ 그 사건에서 다시금 날카롭게 대립된 의견으로, 연방대법원은 처음으로 전체 학생 구성의 다양성은 대학 입학에서 인종요소의 사용을 정당화할 수 있는 긴절한 이익이라는 Powell 대법관의 견해를 지지하였다.⁶⁹⁾

연방대법원은 많은 부분에서 Powell 대법관의 분석을 따랐다. 긴절한 이익에 관하여, 연방대법원은 그러한 다양성이 학교의 교육 사명에 필수적인 것이라는 로스쿨의 교육적 판단을 법원이 존중하여야 한다고 판시하였다.⁷⁰⁾ 그러나 연방대법원은

62) Ibid.

63) Id., at 362 (joint opinion of Brennan, White, Marshall, and Blackmun, JJ., concurring in judgment in part and dissenting in part).

64) colorblind는 색맹이라는 뜻으로 ‘피부색으로 차별하지 않는’, ‘인종에 구애받지 않는’, ‘인종의 구분을 의식하지 않는’, ‘인종을 불문하고’의 의미를 갖고 있다. 여기에서는 ‘인종불문적’ 또는 ‘피부색을 보지 않는’이라고 번역한다.

65) Id., at 416 (Stevens, J., joined by Burger, C. J., and Stewart and Rehnquist, JJ., concurring in judgment in part and dissenting in part).

66) Id., at 418, n. 21.

67) Grutter v. Bollinger, 539 U. S. 306, 326 (2003).

68) Id., at 311.

69) Id., at 325.

70) Id., at 328.

- Powell 대법관이 그러했던 것처럼 - 로스쿨이 그러한 목표를 달성함에 있어 실행할 수 있는 수단에는 제한이 있음을 분명히 하였다. 학교는 특정 인종 집단을 위한 쿼터제를 둘 수 없고, 그러한 집단을 별도의 입학 전형에 둘 수도 없다.⁷¹⁾ 학교는 특정 인종이나 민족 집단에 속한 지원자를 입학 경쟁에서 분리할 수도 없고,⁷²⁾ 단지 인종이나 출신민족을 이유로 특정 집단의 구체적인 비율을 추구할 수도 없다.⁷³⁾

Grutter 판결은 이러한 제한에 대해 인종에 기반한 모든 정부 행위에 뒤따르는 두 가지 위험을 막기 위한 것이라고 설명하였다. 첫 번째 위험은 인종요소의 사용이 위법적인 유형화(stereotyping)로 이어지는 것이다.⁷⁴⁾ 따라서 대학들은 소수인종 학생들은 언제나 (또는 일관되게) 모든 쟁점에 있어 특유의 소수인종 관점을 표현할 것이라는 믿음에 기반하여 입학 전형을 운용해서는 안 된다.⁷⁵⁾ 두 번째 위험은 인종이 가점요인으로 사용되는 것이 아니라 인종우대의 수혜자가 아닌 인종을 차별하는 감점요인으로 사용될 위험이다. 따라서 대학의 인종요소 사용은 비소수인종 지원자를 과도하게 침해하는 방식으로 이루어져서는 안 된다.⁷⁶⁾

그러나 이러한 제약에도 불구하고 Grutter 판결은 대학 입학에서의 인종요소의 사용에 대하여 불편함을 드러냈다. 연방대법원은 인종우대대상 그 자체로 심각한 정의의 문제가 있다는 기본원칙을 강조하였다.⁷⁷⁾ 연방대법원은 모든 인종 구분은 그 목적이 얼마나 긴절하든지 간에 위험하다고 실시하였다.⁷⁸⁾ 그리고 인종에 근거한 모든 정부 행위는 다른 무고한 경쟁자들에 대한 피해가 가능한 한 최소화될 수 있도록 지속적으로 감독을 받아야 한다고 경고하였다.⁷⁹⁾ 이러한 우려를 불식시키기 위해, Grutter 판결은 인종에 근거한 입학 전형에 한 가지 최종적인 한계를 두었다. 그러한 입학 전형은 어느 시점에는 반드시 끝나야 한다는 것이었다.⁸⁰⁾ 이러한 요건은 매우 중요하며, Grutter 판결은 이를 반복적으로 강조하였다. “모든 인종고려적 입학 전형

71) Id., at 334.

72) Ibid.

73) Id., at 329 - 330 (quoting Bakke, 438 U. S., at 307 (opinion of Powell, J.)).

74) Richmond v. J. A. Croson Co., 488 U. S. 469, 493 (1989) (plurality opinion).

75) Grutter, 539 U. S., at 333.

76) Id., at 341.

77) Ibid. (quoting Bakke, 438 U. S., at 298 (opinion of Powell, J.))

78) Grutter, 539 U. S., at 342.

79) Id., at 341.

80) Id., at 342.

은 중점이 있어야 한다.”; “합리적인 지속 한계가 있어야 한다.”; “시간의 제한이 있어야 한다.”; “일몰규정이 있어야 한다.”; “타당한 종료 시점이 있어야 한다.”; “평등 대우의 규범으로부터 벗어난 것은 일시적인 상황이어야 한다.”⁸¹⁾ 단지 반복적으로 판시되었다는 이유로 종료 시점이 중요하다는 것은 아니다. 종료 시점의 존재는 연방대법원이 평등보호에 대한 헌법의 명백한 보장을 임시적으로 면제시켰던 이유이다. 연방대법원은 인종우대에 대한 영구적인 정당화는 이 기본적 평등보호원칙에 위배될 것이라고 설시하였다.⁸²⁾

따라서 Grutter 판결은 다음과 같은 경고로 마무리되었다: “고등공교육 차원에서 전체 학생 구성의 다양성이 갖는 이익을 추구하기 위해 Powell 대법관이 처음으로 인종 요소의 사용을 허용한 이래 25년이 흘렀다. 우리는 지금으로부터 25년 후에는, 인종 우대의 사용이 지금 허용한 이익을 도모하기 위해 더 이상 필요하지 않을 것이라고 기대한다.”⁸³⁾

라. 피상고인의 인종기반적 입학 전형의 허용 가능성(소극)

20년이 지난 지금, 아직도 끝이 보이지 않는다. 언제 인종기반적(race-based) 입학이 끝날 것인가에 대하여 하버드대는 그에 관한 기한을 두고 있지 않다. 노스캐롤라이나대 역시 마찬가지이다. 두 학교 모두 입학 전형에서 인종의 사용이 지속되어야 한다고 주장하고 있다. 그러나 우리는 인종기반적 입학을 오직 좁은 제한의 범위 내에서만 허용하였다. 대학 프로그램은 엄격심사에 따라야 하고, 인종을 고정관념이나 감점요인으로 사용해서는 안 되며, 어느 시점에는 끝나야 한다. 피상고인들의 입학 제도는 얼마나 선의를 가지고 있든, 얼마나 선의로 이행되든, 엄격심사를 모두 통과하지 못한다. 그러므로 피상고인들의 입학 제도는 헌법 수정 제14조의 평등보호조항에 따라 무효화되어야 한다.⁸⁴⁾

81) Ibid.

82) Ibid. 추가로 id., at 342 - 343 (quoting N. Nathanson & C. Bartnik, The Constitutionality of Preferential Treatment for Minority Applicants to Professional Schools, 58 Chi. Bar Rec. 282, 293 (May - June 1977) “미국이 쿼터제에 시달리는 사회가 되어 각 소수인종이 각계각층의 모든 탐나는 곳마다 비례대표(proportional representation)를 배정받게 된다면 이는 정말 슬픈 날이 될 것이다”).

83) 539 U. S., at 343.

84) 판결문의 원문은 이 부분에서 군사관학교(military academy)에 관한 각주를 달았는데 그 내용은 아래와 같다.

“미국 정부는 법정조언자로서 인종기반적 입학 전형이 우리 국가의 군사관학교에 긴절한 이익을 증진시킨다고 주장하고 있다. 그러나 이 사건에서 어느 사관학교도 소송당사자가 아니며, 어느 하급심

(1) 목적의 측정 가능성 및 목적과 수단 사이의 관련성 결여

인종차별은 모든 면에서 부당하기 때문에⁸⁵⁾ 우리는 대학이 인종기반적 입학 전형 을 운용함에 있어 엄격심사의 지시에 따라 사법심사가 가능할 정도로 충분히 측정 가능한 방식으로 운용해야 한다고 요구하였다.⁸⁶⁾ 학생들을 그들의 인종에 근거하여 구분하고 배정하는 것은 무정형의 목적 이상의 정당화 이유를 요한다.⁸⁷⁾

피상고인들은 이러한 부담을 충족하지 못하였다. 첫째, 그들이 긴절하다고 보는 이익은 유의미한 사법심사를 받을 수 없다. 하버드대는 자신들이 추구하는 교육적 혜택을 다음과 같이 확인하였다. (1) 공공 및 민간 부문의 미래 리더를 훈련하고, (2) 졸업생들에게 점점 더 다원화되는 사회에 대한 적응을 준비시키고, (3) 다양성을 통해 학생들에게 더 나은 교육을 하고, (4) 다양한 관점에서 나오는 새로운 지식을 만들어 내는 것이다. 노스캐롤라이나대도 비슷한 혜택을 꼽았다. 즉, (1) 왕성한 생각의 교류를 고취시키고, (2) 이해를 넓히고 개선하며, (3) 혁신과 문제 해결을 촉진하고, (4) 참여적이고 생산적인 시민과 리더를 준비시키며, (5) 감사, 존중, 공감, 인종 간 이해, 고정관념의 격파를 강화한다.

이는 훌륭한 목표이기는 하지만 엄격심사의 목적에 충분히 긴밀하게 결부된 것은 아니다. 처음부터 법원이 이러한 목적들을 어떻게 측정할 수 있는지는 불분명했다. 리더가 적절하게 훈련되고 있는지, 생각의 교류가 왕성한지, 새로운 지식이 발전되고 있는지 법원이 어떻게 알 수 있겠는가? 더구나 이러한 목적들이 어떻게든 측정될 수 있다 하더라도, 어떻게 법원이 언제 이러한 목적들이 달성되며, 언제 위험한 인종우대 방안이 멈출지 알 수 있겠는가? 혁신과 문제해결 또는 참여적이고 생산적인 학생들이 충분히 존재하는 특정한 시점은 없다. 마지막으로 여기서 문제는 다양성이 있느냐 없느냐가 아니다. 이것은 정도의 문제(question of degree)이다. 하버드대가 인종우대 없이 얼마나 더 적은 리더를 만들어낼 것인지, 혹은 하버드대에서의 교육이 얼마나 열악해질 것인지는 어느 법원도 풀 수 없는 문제이다.

법원도 그러한 맥락에서 인종기반적 입학 제도의 적절성을 논한 바가 없다. 이 의견 또한 군사관학교가 제기할 수 있는 잠재적인 특유의 이익을 고려하여 그 쟁점에 대해서는 논하지 않는다.”

85) *Edmonson v. Leesville Concrete Co.*, 500 U. S. 614, 619 (1991).

86) *Fisher v. University of Tex. at Austin*, 579 U. S. 365, 381 (2016) (Fisher II). Fisher II 사건에 대해서는, 헌법재판연구원, 소수인종을 우대하는 대학입학정책의 합헌성 여부, 세계헌법재판동향 2016년 제 6호, 2016, 23-40쪽 참고.

87) *Parents Involved*, 551 U. S., at 735.

피상고인들이 주장하는 목적을 우리가 낱절하다고 인정하였던 이익과 비교해보면 그 규정하기 힘든 속성이 더 잘 설명될 것이다. 예를 들어 교도소에서의 인종적 폭력에 있어 법원은 임시적인 수감자 인종분리정책이 교도소 내 사람들의 피해를 막을 수 있을 것인지 물을 수 있다.⁸⁸⁾ 직장 내 차별에 관해서라면, 법원은 인종에 기반한 혜택이 차별받는 집단의 구성원에게 그들이 받은 피해를 원상회복해 주는지 물을 수 있다.⁸⁹⁾ 그리고 학교에서의 분리정책 사건에서 법원은 인종에 근거한 구제책이 그러한 헌법 위반이 없었을 경우에 필적하는 학생 분포를 만들어내는지를 판단할 수 있다.⁹⁰⁾

이 사건에서 피상고인들이 주장하는 이익들을 평가함에 있어서는 이와 같이 할 수 없다. 수감자들이 다칠 것인지 또는 피고용인이 체불임금을 받아야 하는지를 파악하는 것과 달리, 특정 비율의 소수인종 학생이 참여적이고 생산적인 시민을 만들어내는지, 감사·존중·공감을 충분히 강화시키는지, 또는 미래의 리더를 효과적으로 훈련시키는지의 문제에 관해서는 기준이 없다. 피상고인들이 추구하는 이익은 분명히 가치 있는 것이지만 필연적으로 가늠하기 힘든 것이다.

둘째, 피상고인들의 입학 전형은 그들이 채택한 수단과 그들이 추구하는 목적 사이에 유의미한 관련성을 설명하지 못하였다. 다양성의 교육적 혜택을 달성하기 위해서 노스캐롤라이나대는 소수인종 집단이 미달대표되는 것을 피하고자 하였고, 마찬가지로 하버드대도 특정 소수인종 집단이 해마다 우발적으로 급감하는 것을 방지하고자 하였다. 결국 이러한 목표들을 달성하기 위해 대학들은 (1) 아시아계 (2) 하와이 원주민 또는 태평양 제도인, (3) 히스패닉, (4) 백인, (5) 흑인, (6) 미국 원주민으로 인종적 구성을 측정하고 있다. 그러나 학생들을 이 인종 항목에 따라 배정하고 이에 근거한 입학 결정을 내리는 것이 어떻게 대학이 추구한다고 주장하는 교육적 혜택을 증진시킬 것인가는 결코 분명하지 않다.

우선 첫째로, 많은 면에서 인종 항목 자체가 부정확하다. 그 중 일부는 과도하게 광범위하다. 예를 들어 피상고인들은 모든 아시아계 학생들을 함께 묶어놓아 남아시아인 또는 동아시아인이, 한쪽이 부족하면 한쪽이 채워 넣을 수 있을 정도로 충분하기만 하면, 적절하게 대표되고 있는 것인가에 대해 무관심함이 분명하다. 한편, 히스

88) *Johnson v. California*, 543 U. S. 499, 512 - 513 (2005).

89) *Franks v. Bowman Transp. Co.*, 424 U. S. 747, 763 (1976).

90) *Dayton Bd. of Ed. v. Brinkman*, 433 U. S. 406, 420 (1977).

패닉과 같은 다른 인종 항목들은 자의적이거나 정의되지 않은 것이다.⁹¹⁾ 또한 다른 항목들은 과소포함적이다. 구두변론시 요르단, 이라크, 이란, 이집트와 같은 중동 국가에서 온 지원자들은 어떻게 분류되는지를 물었을 때, 노스캐롤라이나대 측 대리인의 대답은 “그 질문에 대한 답을 모른다”였다.

실제로 불분명한 인종 항목의 사용은 피상고인들의 목적을 고취시키는 대신 훼손시킨다. 피상고인들은 미달대표(*underrepresentation*)에 초점을 맞추으로써 멕시코에서 온 학생이 15%를 차지하는 클래스를 몇몇 라틴 아메리카 국가에서 온 학생들이 10%를 차지하는 클래스보다 분명히 우대할 것이다. 단순히 후자보다 전자가 더 많은 히스패닉 학생들을 포함한다는 이유로 말이다. 그럼에도 이러한 결과를 허용하는 계획이 어떻게 폭넓게 다양한 입학등록의 달성에 관련된다고 볼 수 있는지 이해하기 힘들다.⁹²⁾ 그리고 피상고인들이 채택한 수단과 그들이 추구하는 목적 사이의 불일치를 고려하건대, 법원이 어떻게 피상고인들이 사용하는 입학 전형을 심사할 수 있는지는 특히 이해하기 어렵다.

이러한 비판에 대한 대학들의 주된 대답은 결국 “우리를 믿어라”이다. 그들은 위에서 나열한 질문들 중 어느 것도 대답이 필요하지 않다고 말한다. 대학들은 일부 지원자에게 혜택을 주기 위해 인종요소를 사용하면서 다른 지원자에게는 그러지 않는 경우에도 대학이 존중을 받아야 한다고 생각하기 때문이다. 우리 선례들이 대학의 학문적 결정에 어느 정도의 존중을 보여 온 것은 사실이다.⁹³⁾ 그러나 우리는 모든 존중은 헌법이 규정한 한도 내에서 존재하고 존중이 사법심사의 포기나 기권을 뜻하지는 않음을 분명히 하였다.⁹⁴⁾ 대학들은 그들이 적절하다고 생각하는 사명(*missions*)을 규정할 수 있다. 그리고 헌법은 우리의 사명을 규정한다. 연방대법원은 극도로 설득력 있는, 그리고 사법심사가 가능할 정도로 충분히 측정 가능하고 구체적인 정당화 이유 없이 인종을 근거로 학생들을 구분하는 것을 허용하지 않는다. 연방대법원이 반복적으로 재확인하였듯이, 인종적 구분은 구분과 그 이유 사이의 가장 정확한 관련성이 있는 경우를 제외하고는 너무 치명적이어서 조금이라도 허용될 수 없다.⁹⁵⁾ 이 사건에서 쟁점이 된 입학 전형은 이러한 기준을 충족하지 못한다.

91) M. Lopez, J. Krogstad, & J. Passel, Pew Research Center, *Who is Hispanic?* (Sept. 15, 2022) 참고.

92) *Parents Involved*, 551 U. S., at 724 (quoting *Grutter*, 539 U. S., at 329).

93) *Grutter*, 539 U. S., at 328.

94) *Miller - El v. Cockrell*, 537 U. S. 322, 340 (2003).

95) *Gratz v. Bollinger*, 539 U. S. 244, 270 (2003).

(2) 감점요인 및 고정관념으로의 인종요소 사용

피상고인들이 채택한 인종기반적 입학 제도는 평등보호조항의 두 가지 명령 - 인종은 감점요인으로 사용되어서는 안 되며, 고정관념으로 작용되어서는 안 된다 - 에도 부합하지 않는다.

첫째, 우리 선례들은 개인의 인종이 입학 과정에서 그에게 불리하게 사용되어서는 안 된다고 강조하였다. 그러나 이 사건에서 제1연방항소법원은 하버드대의 인종 고려는 하버드대에 입학하는 아시아계 학생 수를 11.1% 낮추는 결과를 낳는다고 판단하였다. 그리고 연방지방법원은 지원자의 인종을 고려하는 하버드대의 정책이 종합적으로는 아시아계 학생과 백인 학생을 더 적게 입학시키는 결과를 낳는다고 언급하였다. 그럼에도 불구하고 피상고인들은 그들의 입학 전형에 있어 개인의 인종이 감점요인이 아니라고 주장하고 있다. 그러나 그러한 주장은 심사를 통과할 수 없다. 예를 들어, 하버드대는 인종과 입학에서 고려되는 다른 요소들의 유사점을 끌어내고 있다. 하버드 대는 입학사정관이 하버드-레드클리프 오케스트라(Harvard-Radcliffe Orchestra)에서 뛰어난 활약을 할 것으로 생각되는 지원자를 우대할 수 있지만, 악기에 뛰어나지 않은 것이 감점요인임을 뜻하는 것은 아니라고 설명하였다. 그러나 하버드대의 논리에 따르면 높은 등급과 시험점수를 갖춘 지원자를 우대할지라도 그것이 더 낮은 등급과 더 낮은 시험점수를 받은 학생들에게 감점요인이 됨을 뜻하는 것은 아니게 된다. 그러나 입학절차에서 이러한 해석은 진지하게 받아들여지기 힘들다. 대학 입학은 제로섬이다. 어떤 지원자들에게는 주어졌지만 다른 지원자들에게는 주어지지 않은 혜택은 필연적으로 후자를 희생하여 전자를 유리하게 하는 것이 된다.

또한 피상고인들은 인종이 많은 입학 결정에 영향을 주는 것은 아니기 때문에 감점요인이 아니라고 주장하였다. 그러나 동시에 피상고인들은 만일 인종기반적 입학 전형이 포기된다면 합격생들의 인구통계가 유의미하게 변화될 것이라고 주장하였다. 그리고 그들은 인종이 적어도 일부 합격생들에게는 - 많은 합격생들에게는 아니라도 - 결정적이라는 점을 인정하였다. 일부 인종의 경우 인종요소가 없다면 훨씬 더 많은 수가 합격할 것이라면 인종요소가 감점요인이라는 것 외에 어떻게 달리 표현할 수 있을까? 법의 평등보호는 무차별적인 불평등의 부과로 이를 수 있는 것이 아니다.⁹⁶⁾

96) Shelley, 334 U. S., at 22.

두 번째 이유에서도 피상고인들의 입학 전형은 근거가 박약하다. 우리는 오랫동안 대학들이 소수인종 학생들은 언제나 (또는 일관되게) 모든 쟁점에 있어 특유의 소수인종 관점을 표현할 것이라는 믿음에 기반하여 입학 전형을 운용해서는 안 된다고 설시해 왔다.⁹⁷⁾ 그러한 요구는 우리 평등보호조항 법리 전반에 걸쳐 보다 일반적으로 확인된다.⁹⁸⁾

그러나 피상고인들은 - 일부 학생들의 경우 오직 인종만을 근거로 우대 받는 - 인종기반적 입학 전형을 받아들임으로써 Grutter 판결이 극구 끊어낸 바로 그 ‘유형화’를 허용하고 있다. 피상고인들의 입학 전형의 핵심은 특정 인종이라는 이유로 그 인종에 부여되는 내재적 혜택이 있다는 것이다. 피상고인들도 이를 인정하였다. 하버드대의 입학과정은 ‘일반적으로 흑인 학생들은 백인 학생들이 제공하지 못하는 것을 가져온다’는 치명적인 고정관념에 기대고 있다.⁹⁹⁾ 노스캐롤라이나대도 마찬가지이다. 노스캐롤라이나대는 인종 그 자체로 네가 누구인지 말해준다고 주장하였다.

우리는 정부행위자가 ‘피부색 외에는 서로 공통점이 거의 없는’ 사람들을 의도적으로 우대할 수 있다는 관념을 강하게 거부하였다. 평등보호조항의 전체적인 논지는 피부색 때문에 누군가를 다르게 대우하는 것은 그들이 도시 또는 교외에서 왔기 때문에 혹은 그들이 바이올린을 잘 연주하거나 못하기 때문에 다르게 대우하는 것과 같지 않다는 것이다. 인종적 구분이 금지되는 주된 이유 중 하나는 사람을 그 자신의 가치와 본질에 의해서가 아니라 조상에 따라 판단하여 인간의 존엄과 가치를 손상시키기 때문이다.¹⁰⁰⁾ 대학이 인종에 근거하여 학생들을 입학시키는 경우, 대학은 특정 인종의 학생은 그의 인종 때문에 모두 비슷하게 - 최소한 비소수인종 학생들과 다르다는 의미에서는 비슷하게 - 생각할 것이라는 모욕적이고 비하적인 가정에 일조하는 것이다.¹⁰¹⁾ 그렇게 함으로써 대학들은 그들의 생각과 노력 - 시민으로서의 그들의 가치 - 을 역사와 헌법이 정부에게 금지한 기준에 따라 평가하면서, 개인을 그 인종의 산물로 여기는 고정관념을 증진시키고 있다.¹⁰²⁾ 평등보호조항의 핵심 목적과 반대

97) Grutter, 539 U. S., at 333.

98) 예를 들어, Schuette v. BAMN, 572 U. S. 291, 308 (2014).

99) Bakke, 438 U. S., at 316.

100) Rice, 528 U. S., at 517.

101) Miller v. Johnson, 515 U. S. 900, 911 - 912 (1995).

102) Id., at 912.

로¹⁰³⁾ 그러한 유형화는 지속적인 상처와 피해를 야기할 수밖에 없다.¹⁰⁴⁾

(3) 인종기반적 입학 전형의 종료 시점 부재

만일 이 모든 것으로도 충분하지 않다면, 피상고인들의 입학 전형은 타당한 종료 시점이 없다는 점에서도 문제이다.

처음에 피상고인들과 정부는 피상고인들의 인종기반적 입학 전형이 없더라도 대학 캠퍼스 내에 유의미한 대표성과 유의미한 다양성이 갖춰질 때 이러한 입학 전형은 종료될 것이라고 주장하였다. 피상고인들은 유의미한 대표성의 측정기준에 어떠한 엄격한 수적인 기준이나 정확한 수 또는 비율이 포함된 것은 아니라고 말하였다. 그렇다면 무엇이 포함되는가?

그래도 역시 숫자이다. 하버드대에서 각 대위원회 회의는 인종적 정체성의 면에서 전년도와 비교하여 입학생들의 구성이 어떠한지를 논하는 것으로 시작된다. 그리고 만일 입학 과정 중 어느 시점에 한 집단이 현저하게 미달대표되거나 전년도에 비해 급격하게 감소하는 것으로 나타나면, 입학위원회는 그 집단 내 학생들의 지원서에 더 주의를 기울이기로 결정할 수 있다.

하버드대 입학 과정의 결과는 이 수적인 책무를 반영하고 있다. 2009년부터 2018년까지의 입학생을 보면 흑인 학생들은 전체 입학생의 10.0% - 11.7%의 단단한 집단을 이루고 있다. 다른 소수인종 집단도 마찬가지이다.

노스캐롤라이나대의 입학 전형도 비슷하게 운용되고 있다. 노스캐롤라이나 대는 자신들이 직면한 문제를 ‘미달대표되는 소수인종의 입학과 등록 문제’로 만들고 있다. 이는 학부생 전체 내에서 해당 집단의 등록 비율이 노스캐롤라이나 주 일반 인구 내의 비율보다 낮은지 여부만을 중심으로 하는 측정기준이다. 노스캐롤라이나대는 아직 다양성에 관한 교육적 목표를 완전히 달성하지 못하였다고 설명하였는데, 그 이유 중 일부는 더 근접한 비례대표(*proportional representation*)에 다다르지 못했기 때문이라고 하였다.

이러한 접근법의 문제점은 확실하다. 노골적인 인종균형정책(*racial balancing*)¹⁰⁵⁾은 명백한 위헌이다.¹⁰⁶⁾ 우리가 반복적으로 실시하였듯이, 평등보호에 대한 헌법상 보장의

103) *Palmore*, 466 U. S., at 432.

104) *Edmonson*, 500 U. S., at 631.

105) 인종 쿼터제를 의미한다.

중심에는 ‘정부는 시민들을 단순히 인종, 종교, 성별 또는 민족 집단의 구성요소로서가 아니라 개인으로 대해야 한다’라는 단순한 명령이 자리하고 있기 때문이다.¹⁰⁷⁾ 어떤 대략적인 비율의 다양한 인종 집단이 입학하게 되어야만 인종요소의 사용을 끝내겠다고 약속함으로써 피상고인들은 그러한 원칙을 거꾸로 뒤집었다. 그들의 입학 전형은 사실상 ‘인종은 언제나 상관이 있을 것이고, 인종 기준을 없애겠다는 궁극적인 목표는 결코 이루어지지 않을 것’이라고 단언하고 있다.¹⁰⁸⁾ 피상고인들이 두 번째로 제시한 종료 시점 역시 별로 나을 것이 없다. 피상고인들은 인종기반적 입학이 없더라도 학생들이 다양성의 교육적 혜택을 받을 수 있을 때 더 이상 인종기반적 전형이 필요하지 않을 것이라고 말하였다. 그러나 우리가 이미 설명하였듯이 언제 고정관념이 허물어지거나 생산적인 시민과 리더들이 만들어지는지를 법원이 어떻게 결정할 수 있을지는 불분명하다. 또한 그러한 목적들이 인종기반적 입학 전형 없이 적절하게 달성될 것인지를 알 수 있는 방법은 없다. 노스캐롤라이나대 자신이 인정하였듯이 이러한 질적 기준은 측정하기 어렵다.

셋째, 피상고인들은 Grutter 판결에서 연방대법원이 “지금으로부터 25년 후에는, 인종우대의 사용이 더 이상 필요하지 않을 것이라고 기대한다”¹⁰⁹⁾라고 언급하였던 것에 근거하여, 인종기반적 우대정책이 적어도 5년간은 지속될 수 있어야 한다고 주장한다. Grutter 판결에서 언급한 25년은 단지 2028년 즈음에는 대학 캠퍼스 내에서 인종적 다양성의 필수적 수준을 보장하기 위해 인종기반적 우대가 필요하지 않을 것이라는 연방대법원의 입장을 반영한 것일 뿐이다. 그러한 기대는 과장되었다. 하버드대도 노스캐롤라이나대도 5년 후 실제로 인종기반적 입학이 불필요해질 것이라고 믿지 않으며, 따라서 두 대학 모두 Grutter 판결이 제시한 시한을 훨씬 넘어서도 계속 인종 기준을 사용할 것을 기대하고 있다. 실제로 피상고인들이 이번 가을에 그들의 인종기반적 입학 제도를 이용하여 평가하게 될 고등학생 지원자들은 Grutter 판결이 내려진 때로부터 25년 후가 되는 2028년에 졸업하게 된다.

마지막으로, 피상고인들은 그들의 입학 전형이 계속 필요한지 빈번하게 검토하기 때문에 종료 시점이 전혀 필요 없다고 주장한다. 피상고인들은 ‘인종우대가 학생 구성의 다양성을 달성하기 위해 여전히 필요한지 여부를 결정하기 위한 정기적인 검

106) Fisher I, 570 U. S., at 311.

107) Miller, 515 U. S., at 911.

108) Croson, 488 U. S., at 495.

109) Grutter, 539 U. S., at 343.

토’를 거치면 기간 요건(durational requirement)이 충족될 수 있다고 했던 Grutter 판결의 판시를 인용하였다.¹¹⁰⁾ 그러나 Grutter 판결은 결코 정기적인 검토가 위헌적 행위를 합헌적으로 만들 수 있다고 하지 않았다. 오히려 반대로, 인종기반적 입학 전형은 - 대학이 어떤 정기적인 검토를 하든지 간에 - 종국적으로는 끝나야 한다는 점을 분명히 하였다.¹¹¹⁾

그러나 이 사건에서 하버드대는 자신의 인종기반적 입학 전형에 종료 시점이 없다는 점을 인정하였다. 또한 하버드대가 현재 입학 과정에서 인종을 사용하는 것에 대해 생각하는 방식이 거의 50년 전과 똑같다는 점도 인정하였다. 마찬가지로 노스캐롤라이나대의 인종기반적 입학 전형도 조만간 - 사실은 계속 - 만료될 예정이 없다. 노스캐롤라이나대도 인정하였듯이, 이 대학은 모든 인종고려적 입학 관례를 끝낼 수 있는 기한을 제시하지 않았다. 그리고 노스캐롤라이나대는 곧 현재보다 더 많이 인종요소를 사용할 것이라고 말하였다. 즉, 피상고인들이 조만간 평등보호조항을 준수할 것이라고 생각할 만한 근거가 없다.

마. 반대의견들에 대한 비판

반대의견들은 이러한 결론에 반대하고 있다. 대신 반대의견들은 헌법 수정 제14조는 주 행위자들(state actors)이 명백히 인종기반적인 방법을 통해 사회적 차별의 효과를 치유하는 것을 허용한다는 자신들의 관점에 근간하여 피상고인의 입학 전형을 지지하려고 한다. 비록 반대의견들이 많은 면에서 철저하고 사려 깊을지라도 이 연방 대법원은 오랫동안 그들의 핵심 논지를 거부해 왔다. 평등보호조항에 대한 반대의견들의 해석은 새로운 것이 아니다. Bakke 판결에서 4명의 대법관들은 사회적 차별의 효과를 치유하기 위해 인종기반적 입학 전형을 허용했을 것이다.¹¹²⁾ 그러나 소수의견은 소수의견일 뿐이었다. Bakke 판결에서 다섯 번째 표를 행사하고 의견을 결정지은 Powell 대법관은 사회적 차별이 긴절한 이익을 형성한다는 생각을 단호히 거부하였다. 그러한 이익은 ‘과거로 끝없이 거슬러 올라갈 수 있는 무정형의 피해 개념’이라고 설시하였다.¹¹³⁾ 그러한 이익이 - 인종기반적 입학 전형의 수혜자들이 받아 왔다

110) Grutter, 539 U. S., at 342.

111) Ibid.

112) Bakke, 438 U. S., at 362 (joint opinion of Brennan, White, Marshall, and Blackmun, JJ., concurring in judgment in part and dissenting in part).

113) Id., at 307.

고 생각되는 피해에 대해 - 아무런 책임도 없는 사람들에게 불이익을 주는 인종적 구분을 정당화할 수는 없다.¹¹⁴⁾

곧 연방대법원은 Powell 대법관의 분석을 자신의 것으로 채택하였다. Bakke 판결 이후 연방대법원은 반복적으로 사회적 차별의 개선은 주의 인종기반적 행위를 정당화하는 긴절한 이익이 될 수 없다고 판단하였다. 우리는 투표권법에 관한 1996년 판결인 Hunt 판결¹¹⁵⁾에서 사회적 차별의 효과를 완화하려는 노력은 긴절한 이익이 아니라고 명백히 밝혔다.¹¹⁶⁾ 우리는 정부의 특혜적 계약 프로그램에 관한 Croson 판결(1989)에서 동일한 결론에 다다랐다. 과거의 사회적 차별을 엄격한 인종우대의 근거로 허용한다면, 모든 소외집단(disadvantaged group)이 ‘개선적 구제(remedial relief)’를 청구하는 상충되는 요구의 문이 열리게 될 것이다.¹¹⁷⁾ 한쪽 문이 열리면 다른 쪽 문이 닫힐 것이다. 본디 측정이 불가능한 과거의 잘못에 대한 청구에 근거하여 달라지는 우대정책의 모자이크 속에서 ‘평등한 시민들’이라는 미국의 꿈은 상실될 것이다.¹¹⁸⁾ 그러한 결과는 평등을 핵심 명령으로 하는 헌법 규정의 법문과 정신에 모두 위배되는 것이다.¹¹⁹⁾

이 사건의 반대의견들은 이를 전혀 인정하지 않고 있다. 그들은 Hunt 판결을 인용하지 못하였다. 그들은 Croson 판결을 인용하지 못하였다. 그들은 평등보호조항에 대한 그들의 분석 전체 - 통계, 선례, 역사 - 가 이전에 이미 심사되었고 거부되었다는 것을 언급하지 못하였다. 주요 반대의견이 Bakke 판결에서의 Marshall 대법관의 일부 반대의견을 거의 12차례나 인용하면서 Powell 대법관의 지배적 의견은 겨우 한 번밖에 언급할 수밖에 없었던 이유가 있다(Jackson 대법관의 의견은 Powell 대법관을 완전히 무시하였다). 한 반대의견이 ‘인종불문에 대한 수사적 장식(rhetorical flourishes about colorblindness)’으로 폄하한 것은 사실 Loving (1967), Yick Wo (1886), Shelley (1948), Bolling (1954) 판결과 마찬가지로 자랑스러운 선언이다 - 이 판결들은 법률의 표현을 정의내리고 있다. 반대의견들은 그 법률이 다르기를 원한다. 그들은 그렇게 원할 수 있다. 그러나 그것을 추구하더라도 선례구속성이 없음은 분명하다.

114) Id., at 310.

115) Shaw v. Hunt, 517 U. S. 899.

116) Id., at 909 - 910.

117) Croson, 488 U. S., at 505.

118) Id., at 505 - 506.

119) Id., at 506.

반대의견들은 인종기반적 입학에 관한 우리의 선례에 더 이상 충실하지 않다. 주된 반대의견에 따르면 Grutter 판결이 인종 불평등이 끝날 때까지 그러한 입학 전형을 무기한적으로 승인한다고 한다(Sotomayor 대법관의 의견). 그러나 Grutter 판결은 그러하지 않았다. Grutter 판결은 - 한두 번이 아니라 적어도 여섯 차례에 걸쳐 - 인종기반적 입학 전형은 “합리적인 지속 한계가 있어야 한다” 그리고 “평등대우의 규범으로부터 벗어난 것은 일시적인 상황이어야 한다”라고 강조하였다.¹²⁰⁾ 또한 연방대법원은 인종우대에 대한 영구적인 정당화를 거부하였다.¹²¹⁾ 그럼에도 반대의견이 고수하는 인종기반적 입학에 대한 정당화는 계속되고 있다.

주된 반대의견이 Fisher II (2016) 판결에 의존한 것 역시 잘못된 일이다. 그 판결에서 연방대법원은 4:3의 투표로 텍사스 대학교(University of Texas)가 사용한 독특한 인종기반적 입학 전형을 유지시켰다.¹²²⁾ 그 대학의 목표는 ‘필수적 규모(critical mass)’의 특정 소수인종 학생들이 등록하는 것이었다.¹²³⁾ 그러나 하버드대도 노스캐롤라이나대도 필수적 규모라는 개념을 사용하고 있다고 주장하지 않았고 - 실제로 두 대학들은 그것이 무엇을 의미하는지도 모른다고 인정하였다.

Fisher II 판결 역시 인종기반적 입학 제도가 평등대우에 대한 헌법의 약속에 지속적인 문제가 될 것이라고 인정하였다.¹²⁴⁾ 따라서 연방대법원은 엄격심사의 부담을 충족할 대학들의 지속적인 의무를 재확인하였다.¹²⁵⁾ 요컨대, Fisher II 판결은 Grutter 판결이 그러했듯이 스스로의 유효기간에 제한을 두었다. 연방대법원은 이 결정이 대학이 앞으로도 같은 정책에 의존할 수 있음을 의미하는 것은 아니라고 강조하였다.¹²⁶⁾ 그리고 연방대법원은 그 결정에 대해 장래적 지침으로서의 가치가 제한적이라고 공개적으로 인정하였다.¹²⁷⁾

주된 반대의견은 우리 판례법 중 자신이 좋아하지 않는 부분들을 무시하려고 애쓰며 판례법을 그 맥락으로부터 억지로 떼어내고 있다. Bakke, Grutter, Fisher 판결이 인

120) Grutter, 539 U. S., at 342.

121) Ibid.

122) Fisher II, 579 U. S., at 377.

123) Fisher I, 570 U. S., at 297.

124) Fisher II, 579 U. S., at 388.

125) Id., at 379.

126) Id., at 388.

127) Id., at 379.

종우대에 대해 진지하게 유보해 놓은 것은 인식하지 않고 있다. 평등보호조항의 분명한 요구 - 그에 따르는 가장 엄격하고 면밀한 심사¹²⁸⁾ - 는 언급되지 않았다. 그리고 인종기반적 입학 전형은 반드시 끝나야 한다는 반복되는 요구는 간과되었고, 설상가상으로 그러한 입학 전형을 결코 멈추지 말라는 요구로 왜곡되었다.

가장 큰 문제는 피부색을 근거로 승자와 패자를 고르는 사법부이다. 반대의견은 흑인과 라틴계 지원자들을 차별하는 대학 입학 전형을 허용하지 않을 것이 분명하면서도 이 사건의 입학 전형은 기꺼이 계속되도록 하고 있다. 반대의견의 관점에 따르면 연방대법원은 주 행위자들에게 언제 그들이 수혜대상이 될 옳은 인종을 택했는지 알려주어야 한다. Brown 판결은 분리평등은 본래부터 불평등한 것이라고 실시하였다.¹²⁹⁾ 그러나 반대의견은 그건 상황에 따라 다르다고 말하고 있다.

그것은 사법부의 역할에 대한 놀랄 만한 - 놀랄 만큼 잘못된 - 생각이다. 제2차 건국(Second Founding)¹³⁰⁾의 무효화를 요구하는 것이 될 만큼 너무 급진적이고 너무 파괴적인 힘에 대한 요청은 반대의견이 지지하는 사법적 겸양(judicial humility)의 거짓 탈 안에서 길을 잃었다. 반대의견을 낸 대법관 중 한 명은 “Harlan 대법관이 더 잘 알았다”라고 말하였다(Jackson 대법관의 의견). 실제로 Harlan 대법관은 그러했다:

“헌법의 관점에서, 법률의 견지에서 이 나라에는 우월적, 우세적, 지배적인 어떠한 시민계층도 없다. 이 나라에는 계급제도가 없다. 우리 헌법은 피부색을 보지 않으며(colorblind), 시민 사이의 계층을 알지도 못하고 허용하지도 않는다.”¹³¹⁾

바. 법정의견의 결론

위에서 제시한 이유로 피상고인들의 입학 전형은 평등보호조항의 보장에 부합할 수 없다. 두 입학 전형 모두 인종의 사용을 정당화할 만한 충분히 측정 가능하고 초점이 맞춰진 목적을 갖추지 못하였고, 인종요소를 감점요인 방식으로 채택할 수밖에 없으며, 인종적 유형화를 포함하고 있고, 유의미한 종료 시점을 두지 않았다. 우리는 입학 전형이 이런 방식으로 운용되는 것을 허용한 적이 없으며, 오늘도 허용하지 않을 것이다. 그러나, 모든 당사자들이 동의하였듯이, 이 판결의 어느 것도 지원자가 인

128) Fisher I, 570 U. S., at 310.

129) Brown, 347 U. S., at 495.

130) 제2차 건국(Second Founding)은 남북전쟁 이후 노예제를 폐지하고 모든 사람들에게 적법절차와 법의 평등보호를 보장하며 모든 인종에 선거권을 부여한 헌법 수정 제13, 14, 15조의 비준을 일컫는다.

131) Plessy, 163 U. S., at 559 (Harlan, J., dissenting).

종이 자신의 삶에 - 차별을 통해서든, 영감이나 기타 다른 것을 통해서든 - 어떠한 영향을 끼쳤는지를 논한 것에 대해 대학이 고려하지 못하게 하는 것으로 해석되어서는 안 된다. 하지만 반대의견의 반대되는 주장에도 불구하고, 대학들은 지원서 에세이나 다른 수단을 통해서 오늘 우리가 위법하다고 결정한 제도를 간단히 수립해버려서는 안 된다. 직접 할 수 없는 일은 간접적으로도 해서는 안 된다. 헌법은 그림자가 아닌 본질을 다루며 인종차별의 금지는 이름이 아닌 실체를 겨냥한다.¹³²⁾

예를 들어, 인종차별을 극복한 학생에게 주어지는 혜택은 학생의 용기와 결의에 결부되어야 한다. 자신의 유산이나 문화가 리더 역할을 맡거나 목표를 달성하는 동기가 된 학생에게 주어지는 혜택은 대학에 이바지할 학생의 특별한 능력에 결부되어야 한다. 즉, 학생은 - 인종에 근거해서가 아니라 - 개인으로서의 자신의 경험에 근거하여 대우받아야 한다.

많은 대학들이 너무 오랫동안 반대로 해 왔다. 그리고 그렇게 함으로써 그들은 개인의 정체성의 기준이 도전의 극복이나 기량의 축적이나 교훈의 습득이 아니라 피부색이라고 잘못 결론지어 왔다. 우리 헌법의 역사는 그러한 선택을 용납하지 않는다.

제1연방항소법원과 중앙 노스캐롤라이나 연방지방법원의 판결을 파기한다.

2. Thomas 대법관의 보충의견(1인 의견)

남북전쟁 이후 미국은 연방을 재건하고 자유가 된 노예들의 법적 지위를 확립하는데 집중하였다. 헌법은 수정조항을 통해 노예제도를 폐지하고, 미국에서 태어난 모든 사람들이 시민으로서의 특권과 면책권 및 법의 평등한 보호를 받을 권리가 있는 미국 시민임을 선언하였다. 제2차 건국으로 인해 우리 헌법은 피부색을 보지 않으며, 시민 사이의 계층을 알지도 못하고 허용하지도 않는다.¹³³⁾

그러한 평등원칙에 대한 연방대법원의 약속은 세월에 따라 변화했다. 연방대법원은 분리정책을 사법적으로 승인하고 짐 크로우(Jim Crow)¹³⁴⁾ 시대를 열면서 수십 년간 이 원칙을 버려둔 후, Brown 판결에서야 마침내 이를 바로잡았다. 그러다가 Grutter 판결에서 ‘다양성의 교육적 혜택’이라고 주장되는 목표를 달성하기 위해 대학이 입학과정에서 인종에 기반하여 차별할 수 있도록 (비록 임시적이지만) 허용함으

132) *Cummings v. Missouri*, 4 Wall. 277, 325 (1867).

133) *Plessy*, 163 U. S., at 559 (Harlan, J., dissenting).

134) 과거 미국의 흑인 차별 정책을 의미한다.

로써 후퇴하였다.¹³⁵⁾ 그러나 헌법은 단순한 진리를 내포하고 있다: 차별은 차별로 되갚는다고 바로잡아지는 것이 아니다.

나는 Grutter 사건에서 따로 의견을 작성하여 고등교육기관의 입학 결정에서 인종을 사용하는 것은 - 돕기 위한 것이든 다치게 하기 위한 것이든 상관없이 - 헌법 수정 제14조를 위반한다고 설명하였다. 그로부터 수십 년간 나는 Grutter 판결이 잘못되었으며 파기되어야 한다고 반복하여 말해왔다.¹³⁶⁾ 오랜 기간이 걸렸지만, 오늘 헌법은 승리하였다.

나는 오늘 법정의견이 피상고인들이 채택한 인종고려적 입학 정책에 진정한 엄격 심사를 적용하였고 그러한 면밀한 심사를 통과하지 못한다고 판시하였기에 이에 전적으로 합류한다. 나는 인종불문적 헌법에 대한 원전주의적(originalist) 옹호론을 제공하고, 연방대법원의 Grutter 법리의 흠결을 추가적으로 설명하며, 인종에 근거한 모든 형태의 차별이 - 소위 ‘적극적 우대조치(affirmative action)’¹³⁷⁾을 포함하여 - 헌법상 금지됨을 분명히 하고, 그러한 모든 차별이 갖는 치명적인 결과를 강조하기 위해 별도로 의견을 작성한다.

가. 역사적 검토 및 헌법의 인종불문성(colorblindness)

1860년대에 비준된 헌법 수정 제13조와 제14조를 근거로 연방의회는 두 개의 랜드마크 민권법들을 통과시켰다. 이러한 각 조치들에 대한 토론을 통해 그 지지자들은 평등한 시민권과 인종적 평등에 대한 자신들의 관점을 반복적으로 확인하였다. 이러한 입법 조치는 그들의 원칙 - 미국의 모든 시민들은 피부색에 상관없이 법 앞에 평등하다 - 을 그 법문만큼이나 분명하게 제시한다.

이것은 Plessy 사건의 반대의견에서 “우리 헌법은 피부색을 보지 않는다”라고 실시한 Harlan 대법관의 견해였고, Brown 사건에서 교육의 기회를 제공함에 있어 인종요소를 사용할 권한을 거부하였던 연방대법원의 견해였으며, 오늘 모든 시민의 절대적인 법 앞의 평등을 요구한 법정의견의 견해이기도 하다.

135) Grutter, 539 U. S., at 319.

136) Fisher I, 570 U. S., at 315, 328 (concurring opinion); Fisher II, 579 U. S., at 389 (dissenting opinion).

137) 적극적 우대조치(affirmative action)는 소수인종이나 여성 등 역사적으로 차별받아온 집단에게 혜택을 주어 차별과 불이익을 시정하고자 하는 정책으로, 소수집단 우대정책, 적극적 차별시정조치 등으로 불린다.

(1) 헌법 수정 제13조의 제정

1864년 선거에서 공화당이 노예제의 완전한 근절을 약속하여 승리한 후 1865년 1월 연방의회는 헌법 수정 제13조를 가결하였으며, 같은 해 말 수정 제13조가 비준되었다. 이 새로운 수정 조항은 “노예 또는 강제 노역은 당사자가 정당하게 유죄 판결을 받은 범죄에 대한 처벌이 아니면 미국 또는 그 관할에 속하는 어느 장소에서도 인정되지 않는다”라고 선언하였다(미국 헌법 수정 제13조 제1항). 따라서 주는 주 차원에서 노예제를 유지하는 것이 금지될 뿐만 아니라 주 안에서 사인(私人)이 노예를 두는 것도 근절시켜야 했다. 또한 이 수정조항은 연방의회에 적절한 입법에 의하여 이 조항을 시행할 권한을 부여하였다(미국 헌법 수정 제13조 제2항).

그러나 이러한 목적을 위해서 곧 추가적인 수정조항이 필요함이 분명해졌다. 헌법 수정 제13조가 채택되자 곧 남부 주들이 해방된 흑인들의 자유를 제한하는 블랙코드(Black Code, 흑인 단속법)들을 제정하기 시작하였다. 연방의회는 1866년 민권법으로 대응하였다. 민권법은 미국에서 태어난 모든 사람들은 백인 시민들과 똑같은 권리와 처벌을 받을 권리가 있는 평등한 시민임을 분명히 하였다.¹³⁸⁾

이전에 *Dred Scott v. Sandford* (1857)¹³⁹⁾ 판결은 흑인을 정부의 사람이나 시민으로 볼 수 없고 백인들이 받는 권리도 갖지 못한다고 판결하였다.¹⁴⁰⁾ 그러나 민권법은 *Dred Scott* 판결을 실질적으로 파기하고 흑인들에게 약속되었던 평등을 보장하였다. 민권법안의 주요 지지자였던 Lyman Trumbull 상원의원은 처음에는 “이로써 미국에서 태어난 모든 아프리카계(African descent) 사람들은 시민임을 선언한다”라는 문구를 제안하였으나 다음날 ‘아프리카계’라는 말을 삭제하고 보다 폭넓게 ‘모든 사람’이라고 수정하였다. 추가적인 시민권 보장은 법률조항을 폭 넓혀 근래 해방된 흑인들을 넘어 모든 미국인의 평등이라는 보다 일반적인 시각을 포괄하였다.

Trumbull 상원의원과 민권법의 지지자들은 헌법 수정 제13조가 연방의회에 대하여 노예제에 반대하는 입법을 허용하였을 뿐만 아니라 다른 시민들에게는 보장되는 시민의 권리를 어떤 시민으로부터 박탈하는 조치에 대해 대항할 수 있는 권한도 주었다고 설명하였다.¹⁴¹⁾

138) M. McConnell, *Originalism and the Desegregation Decisions*, 81 Va. L. Rev. 947, 958 (1995).

139) *Dred Scott v. Sandford*, 19 How. 393 (1857).

140) *Id.*, at 407, 411.

141) Cong. Globe, 39th Cong., 1st Sess., at 474.

그러나 반대자들은 연방의회의 권한이 그렇게 넓지 않다고 주장하였다. 논쟁이 계속될수록 1866년 민권법과 그 법률이 약속한 흑인의 시민권 및 그에 수반되는 평등권을 보장하기 위해서는 추가적인 헌법 수정안의 발의가 필요함이 점점 분명해졌다.

(2) 헌법 수정 제14조의 제정

헌법 수정 제13조의 비준 후 거의 즉시 추가적인 헌법 수정조항을 위한 몇몇 법안이 연방의회에 제출되었다. 이는 몇 번의 수정 과정을 거쳐 1866년 가결되었고 2년 후 주들의 비준을 받아 헌법 수정 제14조가 되었다. 그 도입부는 우리 미국 헌법에 자유의 새로운 탄생을 불어넣었다.

“미국에서 출생하거나 귀화하고, 미국의 관할권에 속하는 모든 사람은 미국 시민이자 그가 거주하는 주의 시민이다. 어떤 주도 미국 시민의 특권과 면책권을 제한하는 법률을 제정하거나 시행할 수 없다. 어떤 주도 적정한 법의 절차에 의하지 않고는 어떤 사람으로부터도 생명, 자유, 또는 재산을 박탈할 수 없으며, 그 관할권 내에 있는 모든 사람에 대하여 법률의 평등한 보호를 거부하지 못한다.”(미국 헌법 수정 제14조 제1항)

헌법 수정 제14조의 법문은 법 앞의 평등을 단호하게 표명하였다. 오늘날 헌법 수정 제14조는 1866년 민권법을 제정할 연방의회의 권한에 대한 모든 의구심을 제거하고 미래의 연방의회에 의해 폐지될 수 없는 비차별 원칙을 확립하기 위해 만들어졌다는 것이 일반적인 견해이다.

헌법 수정 제14조는 시민권의 보장을 특권 및 면책권 조항(Privileges or Immunities Clause) 및 평등보호조항(Equal Protection Clause)과 합쳐 인종에 관계없이 모든 평등한 미국 시민들을 위한 보호를 보장하였다. 간단히 말해, 우리 헌법은 피부색을 보지 않는다.¹⁴²⁾

(3) 1875년 민권법의 제정

헌법 수정 제14조의 비준 이후, 연방의회는 수정 제14조를 이행하기 위한 몇 가지 법률들을 통과시켜 정부 주도의 블랙코드들 - 정부가 시행한 분리정책 제도들 - 을 제거하고 인종에 기한 폭력을 불법화하였다. 그 중 가장 중요한 법률은 1875년 민권법(Civil Rights Act of 1875)이었으며, 그 지지자들의 주장은 헌법 수정 제14조가 인종을 불문한다는 관점의 증거가 되었다.

142) Plessy, 163 U. S., at 559 (Harlan, J., dissenting).

1875년 민권법은 재건국 시대(Reconstruction era) 이후 등장한 인종분리제도에 대응하고자 하였다. 분리평등 제도의 옹호자들은 분리정책이 두 인종 모두를 똑같이 대우한다고 주장하였다. 흑인들은 백인 학교를 다닐 수 없지만, 대칭적으로 백인들도 흑인 학교를 다닐 수 없다는 것이다.¹⁴³⁾ 1875년 민권법의 지지자들은 이 대칭적 제한은 평등이 될 수 없다고 반박하였다. 그들은 자유로운 정부는 피부색에 근거한 모든 구분의 폐지를 요구한다고 주장하였다. 공화당 상원의원인 Charles Sumners는 피부색으로 사람을 배제하는 모든 규칙은 능욕이고 모욕이며 잘못된 것이라고 강하게 주장하였다. John Lynch 하원의원은 입법자는 인종, 피부색, 종교, 출신민족을 - 이러한 근거로 차별하는 것을 막기 위해서가 아닌 한 - 의식하지 않아야 한다고 선언하였다. John Sherman 상원의원은 평화에 이르는 길은 백인과 흑인 사이의 모든 법적 차별을 없애버리는 것이라고 믿었다. Henry Wilson 상원의원은 피부색으로 인한 모든 구분을 불법화하고자 하였다. 입법부의 생각은 명확했다. 헌법은 시민 사이의 계층을 알지도 못하고 허용하지도 않는다는 것이다.¹⁴⁴⁾

(4) 연방대법원의 입장 변화

초기 연방대법원은 헌법 수정 제14조를 인종불문적 용어로 해석하였다.

Slaughter-House Cases (1873)¹⁴⁵⁾ 판결에서 연방대법원은 헌법 수정조항의 목적을 노예에서 해방된 자유민들의 자유와 보호라고 설명하면서 수정조항의 범문이 흑인만을 위한 것이 아니고 예시로 멕시코나 중국계 미국인들에게도 적용됨을 실시하였다. 따라서 연방대법원은 헌법 수정 제14조의 평등보장이 아시아계 미국인을 포함한 모든 인종들에게 적용됨을 분명히 하였다. 이후의 판결들에서도 연방대법원은 헌법 수정 제13조 또는 제14조가 인종을 불문한 모든 시민들의 평등을 규정하고 있음을 밝혔다.¹⁴⁶⁾

그러나 연방대법원은 분리평등을 주장한 *Plessy* 판결에서 최악의 지점에 이르렀다. *Plessy* 판결은, Harlan 대법관이 반대의견에서 강조하였듯이, 초기 연방대법원이 헌법 수정 제14조의 평등의 이상(理想)을 포용한 것과는 극명히 대조되는 것이었다.

143) *Id.*, at 544.

144) *Id.*, at 559 (Harlan, J., dissenting).

145) *Slaughter-House Cases*, 16 Wall. 36 (1873).

146) *Strauder v. West Virginia*, 100 U. S. 303, 307 - 308 (1880); *Virginia v. Rives*, 100 U. S. 313, 318 (1880); *Ex parte Virginia*, 100 U. S. 339, 344 - 345 (1880).

역사는 Harlan 대법관의 정당성을 입증하였고, 최근 우리 연방대법원은 Plessy 판결은 법 앞의 평등이라는 우리의 약속을 배반하였기에 즉시 파기되어야 한다고 인정하였다.¹⁴⁷⁾ 그러나 Harlan 대법관의 노력에도 불구하고 국가가 승인한 분리정책의 시대는 반세기가 넘도록 지속되었다.

(5) 피상고인이 인용한 법률들에 대한 평가

인종불문 관점을 지지하는 방대한 증거에도 불구하고 점점 헌법 수정 제14조에 대한 ‘반(反)열후화(anti-subordination)’ 관점 - 헌법 수정조항이 흑인을 해치는 법률은 금지하지만 흑인을 돕는 법률은 금지하지 않는다는 관점 - 이 유행인 것으로 보인다. 그러한 이론은 헌법 수정 제14조의 원의(original meaning)에 아무런 근거가 없다. 피상고인들은 헌법 수정 제14조가 비준된 무렵의 몇몇 연방법률과 주법률을 인용하였고, Sotomayor 대법관은 반대의견에서 이 법률들을 근거로, 헌법 수정 제14조의 비준자들은 평등보호조항의 목적을 달성하기 위해 인종을 고려하는 것이 허용된다고 해석하였다고 주장하였다. 그러나 해당 법률들은 인종불문 관점에 완전히 부합됨이 분명하다.

1865년과 1866년의 해방노예국법(Freedmen’s Bureau Act)은 빈궁한 난민과 해방노예들, 그리고 그들의 아내와 자녀들에게 식량, 의복, 연료, 임시 거주지와 보급물자를 제공하고 돌보는 부서를 설립하는 법이었는데, 이 법률들은 흑인이 아니라, 공식적으로 인종중립적인 유형인, ‘해방노예(freedmen)’에게 적용되는 법률이었다.

피상고인들이 언급한 다른 연방 법률들의 경우 비록 특정 인종을 대상으로 하였더라도, 정부는 자신이 입힌 인종기반적 피해를 배상할 수 있으며¹⁴⁸⁾ - 비록 그러한 배상은 인종의식을 영구화하는 것이 아닌 인종불문적 정부를 도모하기 위한 것이어야 하지만 - 그런 의미에서 주가 시행한 노예제를 배상하기 위한 1860년대와 1870년대의 정부 조치들은 비록 인종기반적이더라도 인종불문적 헌법에 배치되는 것은 아니었다.¹⁴⁹⁾

중요한 것은 헌법 수정 제14조가 채택될 무렵과 그 이후, 흑인을 차별하는 광범위한 연방법률과 주법률들이 있었다는 점이다. 이러한 법률들이든 흑인을 대상으로 하여 우대하는 적은 수의 법률들이든 모두 헌법 수정 제14조의 제정의 역사에 반영된

147) Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization, 597 U. S. ___, ___ (2022) (slip op., at 44).

148) Croson, 488 U. S., at 505.

149) Parents Involved, 551 U. S., at 772, n. 19 (THOMAS, J., concurring).

평등의 이상을 대체할 수는 없다.

나. 세 가지 검토사항

우리 선례는 대체로 인종불문적 법률에 대한 헌법 수정 제14조의 요구를 고수해왔다. 이것이 법원이 모든 인종적 구분에 대해 엄격심사를 하는 이유이다.¹⁵⁰⁾ 우리는 엄격심사를 채택하여 다양한 형태의 인종차별을 위헌으로 판단하여 물리쳐 왔다.¹⁵¹⁾

오늘 법정의견에 관하여 세 가지를 언급하자면, 첫째, 엄격심사를 충족하기 위해 대학들은 인종차별과 교육적 혜택 사이의 실제적 연결을 입증해야 한다. 둘째, 인종차별에 관여한 주체들은 차별의 이유에 관하여 존중을 받을 만하지 않다. 셋째, 과거 정부가 행한 차별을 치유하려는 시도는 그 특정한 차별을 처리하기 위해 면밀하게 재단되어야 한다.

(1) 인종차별과 교육적 혜택 사이의 연관성

엄격심사를 충족하기 위해 대학들은 인종차별에 대한 긴절한 이유를 입증해야 한다. Grutter 판결은 인종고려적 입학 전형을 정당화하는 긴절한 이익으로 오직 한 가지만을 인정하였는데 ‘다양한 학생 구성의 교육적 혜택’이 그것이다. 피상고인들은 그들의 입학 전형을 정당화하기 위한 온갖 이익을 나열하였지만 법정의견은 모두 모호하고 측정 불가능하다고 판단하였으며 나 또한 동의한다.

보다 근본적으로 어떻게 인종적 다양성이 다른 형태의 다양성들과 대조적으로 특출하고 독립적으로 대학의 목표를 향상시키는지 불분명하다. 하버드대는 예를 들어 종교와 같은 다른 형태의 다양성에는 눈을 감고 있다. 다른 시각과 생각에 대한 노출이 토론을 함양시키고, 젊은 사고를 연마시키고, 학생의 논증 실력을 연마시킬 수도 있다. 그러나 인종적 측면에서의 다양성이 어떻게 이러한 목표를 증진시키지는 불분명하다. 애플래치아 시골 출신 한 명과 부유한 샌프란시스코 교외 출신 한 명으로 이루어진 두 명의 백인 학생들은 맨하탄 어퍼 이스트 사이드의 최고 엘리트 학교 출신인 백인 학생과 흑인 학생 두 명보다 더 다양한 관점을 가질 것이다.

노스캐롤라이나대도 마찬가지이다. 노스캐롤라이나대는 왜 다양한 사회의 추구가 피부 색소의 다양화가 아닌 다양한 관점과 배경을 가진 학생들을 받아들임으로써는 뒷받침될 수 없는지 설명하지 못하고 있다.

150) Missouri v. Jenkins, 515 U. S. 70, 121 (1995) (THOMAS, J., concurring).

151) Fisher I, 570 U. S., at 317 - 318 (THOMAS, J., concurring).

법정조언자들도 인종적 다양성이 주는 어떠한 구체적이고 수량화할 수 있는 교육적 혜택을 지목하지 못하였다. 법정조언자들은 인지발달과의 관련성을 주장하였으나 그러한 관련성은 빈약하고 불특정적이고 정형화된 것일 뿐이고, 창의성, 혁신 등의 혜택을 주장하였지만 모호한 개념일 뿐이다. 더구나 이러한 주장들 중 어떤 것도 문화적·이념적 다양성이 아닌 인종적 다양성만 논하는 것은 없었다. 인종고려적 대학 입학 전형이 가져오는 측정 가능하고 구체적인 혜택을 입증한 법정조언자는 아무도 없었다.

물론 인종적 다양성이 어떤 구체적이고 측정 가능한 혜택을 가져온다는 것이 입증 되더라도, 대학들은 여전히 그 이익이 긴절한지를 입증해야 하는 높은 벽을 마주하게 될 것이다. 모든 인종적 고정관념은 개인을 해치고 비하한다. 따라서 무정부상태를 방어하거나 폭력을 막기 위해 주가 반드시 취해야만 했던 조치들만이 긴급한 공공 필요성을 인정받는다. 이러한 이유로 분리정책의 교육적 혜택(이라고 주장된 것)이 인종차별을 정당화하지 못하였듯이, 다양성의 교육적 혜택(이라고 주장된 것) 역시 인종차별을 정당화할 수 없다.¹⁵²⁾

(2) 두 대학의 인종차별의 역사

대학들은 인종고려적 입학 전형이 긴절한 혜택들을 가져온다고 스스로 평가하였으나 연방대법원은 이를 거부하였다. 법원은 주장하는 목적을 측정할 수 있어야 하고 언제 그 목적이 달성되는지를 결정할 수 있어야 한다. 대학 스스로 선언하는 올바름 (self-proclaimed righteousness)이 인종에 근거한 차별을 허용하는 것은 아니다. 실제로 법원이 인종차별에 관한 청구를 심사하면서 차별행위를 한 자의 견해를 존중하는 것은 잘못이다.

역사가 반복하여 보여주었듯이, 유리하다고 알려진 차별도 치명적일 수 있다. 그리고 차별행위를 한 자들은 모든 노력을 다하여 그들의 위법적인 행위를 숨기고 영구화할 것이다. 예를 들어 이 사건의 피상고인들 중 하나인 하버드대는 유대인을 배제하기 위해 1920년대에 ‘전인적(holistic)’ 입학 전형을 시작하였다. 노스캐롤라이나대도 1955년, 법원의 명령을 받고 분리정책을 유지할 것인가로 긴 법적 논쟁을 거친 후에야 첫 흑인 학부생을 받아들였다. 그러나 노스캐롤라이나대가 한 순간에 태도를 바꾼 것은 아니고, 첫 3명의 흑인 학생들은 결국 다른 곳에서 학사학위를 받았다. 피

¹⁵²⁾ Fisher I, 570 U. S., at 320 (THOMAS, J., concurring).

상고인 대학들의 역사를 보건대, 이들을 ‘인종차별이 교육적 목적을 달성하는데 필요하지’의 문제에 대한 믿을만한 중재자로 추천하기는 어렵다.

(3) 과거 차별행위에 대한 구제의 대상

명백히 위헌적인 입학 전형을 지키기 위해 대학들은 수정 제14조가 특정 인종 집단만을 우대하기 위해 인종을 사용하는 것을 허용한다고 주장하였다. 그러나 이것은 최신의 위장된 차별일 뿐이다.

법정의견이 지적하였듯이 피상고인들이 옹호하는 이익은 이미 연방대법원이 수차례 거부한 것이었다. 실제로 우리 선례들은 반복적으로 그리고 타당하게, ‘과거 정부에 의해 행해진 차별의 희생자들을 구제하기 위한 프로그램’과 ‘적극적 우대조치와 같은 소위 이로운 인종고려적 조치들’을 구분하였다.¹⁵³⁾ 그러한 구분을 시행하기 위해 우리 선례들은 과거 정부가 행한 차별의 희생자들을 구제하려는 시도는 구체적이어야 하고, 법률상의 분리정책 제도에서 유래된 것이어야 하며, 현재의 구제를 정당화하는 별도의 지속적인 차별효과가 있어야 한다고 분명하게 말하였다.¹⁵⁴⁾

이러한 방어책 없이는 헌법 수정 제14조는 평등의 이상을 약속하지만 인종기반적 차별에 물든 쿼터제와 신분제 사회를 가져옴으로써 자멸할 것이다. 피상고인들은 인종차별의 역사를 갖고 있다. 그러나 누구도 현재의 인종차별적 전형이 그들이 과거에 행한 차별적 행위에 간접적으로나마 기인한다고 설명하려는 시도를 하지 않았고, 할 수도 없었다. 현재의 인종고려적 입학 전형은 조상을 고려하지 않고, 그리고 적어도 하버드대의 경우, 하버드대가 이전에 차별했던 바로 그 동일한 민족 집단(예를 들어 유대인)의 일부에 대해 또 차별하는 효과를 발생시킬 가능성이 있기 때문이다. 피상고인들은 현재 우대받지 못하는 인종이라는 이유로 불합격한 수많은 무고한 지원자들에게 가해지는 부담에 대해 눈감으라고 요구하고 있다.

헤아릴 수 없는 인간의 고통을 희생하여 얻어진 헌법 수정 제14조는 인종에 근거한 구분이 개인과 국가에 파멸적인 결과를 가져온다는 것을 확인하였다.¹⁵⁵⁾ 따라서 ‘모든’ 인종적 구분은 본질적으로 의심스러우며¹⁵⁶⁾ 연방대법원의 면밀한 검토를 받

153) Croson, 488 U. S., at 504 - 505; Adarand Constructors, Inc., 515 U. S., at 226-227.

154) United States v. Fordice, 505 U. S. 717, 731 (1992).

155) Adarand Constructors, Inc., 515 U. S., at 240 (THOMAS, J., concurring in part and concurring in judgment).

156) Id., at 223 - 224 (majority opinion).

아야 한다.

다. 인종을 구분하는 정책의 부당성

경험과 논리 모두 헌법상 인종불문의 원칙의 정당성을 입증하며 대학들의 새로운 답화가 유효하지 않음을 확인한다. Grutter 판결에서 연방대법원은 대학들이 자발적으로 인종고려적 입학 전형을 끝낼 것이라고 희망하였지만, 점점 더 그 반대상황이 사실임이 드러나고 있다. 이제 피상고인들은 입학에 있어 자신들이 인종적으로 차별하고 있음을 솔직하게 말하며 그러한 차별이 연방대법원의 선례에 부합한다고 주장하고 있다. 그리고 그러한 차별을 좋은 것이라고 옹호하고 있다.

헌법은 인종에 근거한 구분을 혐오하며, 이는 그러한 구분이 선호되는 인종에 피해를 주거나 부당한 동기에 의한 것이어서뿐만 아니라 정부가 시민들을 인종 명부에 올리고 인종을 부담이나 혜택의 제공에 결부시킬 때마다 우리 모두의 품격이 손상되기 때문이다.¹⁵⁷⁾

(1) 헌법상 인종을 불문한 평등의 약속

헌법의 인종불문의 원칙은 이 국가가 세워진 핵심 원칙 중 하나를 반영한다. ‘모든 사람은 평등하게 태어났다’는 것이다. 이 말은 우리 독립선언문의 두드러진 특징을 이루며, 로크부터 몽테스키외까지, 평등을 올바른 정부의 기초로 여겼던 정치사상가들의 영감을 받았다. 링컨이 인정하였듯, 평등의 약속은 모든 사람들 - 그 선조들이 건국에 참여하지 않았던 이민자와 흑인들을 포함하여 - 에게 동일하게 적용되었다.

앞서 논하였듯, 헌법 수정 제14조는 평등과 인종차별은 공존할 수 없다는 생각을 반영하고 있다. 헌법 수정 제14조하에서 사람의 피부색은 이 나라 시민으로서의 개인의 평등한 지위와 무관하다.

제2차 건국의 약속은 성숙하기까지 시간이 걸렸다. Plessy 판결은 인종분리정책을 승인하였고 반세기가 넘도록 유지되었다. 하지만 Brown 판결은 이를 바로잡았다. 학생들을 인종을 근거로 분리하는 것만으로도 헌법상 침해가 되는 것이다. 1954년 Brown 판결 당시 틀렸던 것이 오늘날 옳을 수는 없다.¹⁵⁸⁾ 우리는 독립선언문이 선언하고 헌법 수정 제14조가 성문화한 법 앞의 평등에 대한 약속을 고수해야 한다.

157) Grutter, 539 U. S., at 353 (opinion of THOMAS, J.).

158) Parents Involved, 551 U. S., at 778 (THOMAS, J., concurring).

(2) 인종고려적 정책의 긍정성 주장에 대한 경계

피상고인들과 반대의견들은 인종고려적 입학 전형은 긍정적인 사회적 목표를 달성하므로 허용되어야 한다고 주장하고 있다. 한때 인종분리정책을 펼치던 대학들은 인종에 근거한 차별이 조화와 평화를 유지하고 동시에 양쪽 집단 모두에게 평등한 교육을 제공하기 위해 필요하다고 주장했었다. 또한 당시 당사자들은 계속하여 인종분리제도를 중단하기에 적당한 때가 아니라고 주장하였고, 인종분리정책이 실질적인 혜택을 준다는 주장을 하기까지 했다. 인종분리주의자들은 분리정책이 흑인 학생들에게 좋다고 주장하기도 하였다.

이제 우리는 전문가들이 적극적 우대조치가 흑인 학생들에게 이롭다고 단언한다는 이유로 이를 법적으로 허용해야 한다고 속이며 현실을 외면할 수는 없다. 나는 반대의견을 낸 동료들의 믿음의 진정성을 의심하지는 않지만, 전문가들과 엘리트들은 이전에도 틀렸었고, 다시 틀렸음이 증명될 것이다. 우리는 항상 모든 형태의 인종차별을 경계해야 한다.

(3) 적극적 우대조치가 가져오는 학업적 부진과 낙인

처음에는 도움으로 보였던 것이 실제로는 도와주고자 했던 바로 그 사람들에게 부담이 될 수 있다. 적극적 우대조치 정책은 대학 교육을 받을 수 있는 흑인과 히스패닉 학생 전체의 수를 증가시키는 것과는 아무 관련이 없다. 그러한 인종적 정책은 적극적 우대조치가 아니었다면 입학했을 기관보다 좀 더 경쟁적인 기관에 개인을 데려다 놓음으로써 고등교육기관들 사이에 학생들을 재분배할 뿐이다.¹⁵⁹⁾ 그렇게 함으로써 그러한 정책들은 적어도 일부 흑인 및 히스패닉 학생들을 동급생에 비해 학업적으로 성공할 확률이 적은 환경에 들여놓고 있다.¹⁶⁰⁾

대수학 교재를 열심히 공부한 누구라도 의심의 여지없이 알게 되듯, 학업적 발전은 단지 선언의 결과가 아니라 각고의 노력과 연습의 결과이다. 실제로 연구들에 따르면, 흑인과 히스패닉 지원자에 대한 대폭적 인종우대가 이 학생들이 경쟁적 대학 환경에 들어온 후 썩 좋지 않거나 나쁜 학점을 받는 경우의 비율을 불균형적으로 높이는 결과를 낳았다고 한다.¹⁶¹⁾ 과학, 기술, 공학, 수학(STEM: Science, Technology,

159) T. Sowell, *Affirmative Action Around the World* 145 - 146 (2004).

160) *Ibid.*

161) R. Sander, *A Systemic Analysis of Affirmative Action in American Law Schools*, 57 *Stan. L. Rev.*

Engineering, Mathematics) 분야를 예로 들면, 입학에서 대폭적인 우대를 받은 학생들은 그러한 우대를 받지 못한 학생들보다 낙오될 확률이 높다.¹⁶²⁾

이러한 정책들은 학업적으로 성공한 사람들에게도 유해하다. 나는 오랫동안 대학 입학에서의 인종우대가 흑인 및 히스패닉 학생들에게 열등의 낙인을 찍는다고 생각해왔다.¹⁶³⁾ 그러한 정책들은 인종차별의 결과로 입학한 학생들과 그러한 학생들과 같은 인종인 학생들의 성과를 모두 손상시킨다. 아무도 입학에서 인종이 중요한 역할을 한 학생이 누구인지 구별할 수 없기 때문이다.¹⁶⁴⁾ 결과적으로 흑인과 히스패닉들이 정부, 산업, 학계에서 높은 자리를 차지했을 때, 피부색이 그들의 출세에 있어 역할을 하였는지는 열린 질문이 되고,¹⁶⁵⁾ 실제로 그렇든 그렇지 않든 그러한 질문 자체가 낙인이 된다.

그럼에도 이러한 문제에 있어 대학들은 심미적인 해결에만 집중하여 정작 도움을 받을 만한 소수인종 구성원을 돕지 못하는 것으로 보인다. 우선 적극적 우대조치 프로그램은 과다포함적(overinclusive)이어서 평생 모든 혜택을 받은 부유한 흑인 지원자와 극복할 수 없을 것 같은 장애물을 극복한 빈곤가정 출신의 흑인 지원자를 똑같이 대우한다. 그럼으로써 적극적 우대조치 프로그램은 실제 역경 속에서 분투하는 학생들을 유의미하게 돕지는 못하고 부유한 소수인종을 돕는 것으로 끝나버릴 수 있다. 동시에 적극적 우대조치 프로그램은 인종우대의 수혜자들의 학업 부진과 그러한 우대가 만들어내는 인종적 낙인을 계속하여 무시할 위험이 있다.¹⁶⁶⁾ 그렇게 대학이 학업적 사명을 수행하기보다 허울만을 좇게 될 수 있다.¹⁶⁷⁾

(4) 무고한 집단의 희생의 부당함

마지막으로, 다른 인종 집단에 피해를 주지 않고 특정 인종 집단만을 돕는 것은 이론상으로도 불가능하다. 모든 인종적 구분은, 좁은 의미로는, 어떤 인종에는 도움이

367, 371 - 372 (2004); R. Sander & R. Steinbuch, Mismatch and Bar Passage: A School-Specific Analysis (Oct. 6, 2017), <https://ssrn.com/abstract=3054208>.

162) F. Smith & J. McArdle, Ethnic and Gender Differences in Science Graduation at Selective Colleges With Implications for Admission Policy and College Choice, 45 Research in Higher Ed. 353 (2004).

163) Adarand, 515 U. S., at 241 (opinion of THOMAS, J.).

164) Fisher I, 570 U. S., at 333 (opinion of THOMAS, J.).

165) Grutter, 539 U. S., at 373 (THOMAS, J., concurring).

166) Id., at 371.

167) Id., at 372.

되고 어떤 인종에는 피해가 된다. 따라서 반(反)열후화 관점은 연방대법원의 지침이 되지 못하였는데, 인종 분류에 의존하는 법률이 이로운지 해로운지는 보는 사람에 따라 달라지기 때문이다.¹⁶⁸⁾

오늘 법정의견이 설명하였듯, 대학 입학의 제도적 성격 - 각 학교의 한정된 자리를 두고 학생들이 경쟁하는 - 은 핵심을 잘 보여준다. 이 사건의 상고인은 아시아계 미국인을 대표하여 아시아계 지원자들이 인종 때문에 입학이 거부되고 있다고 주장하고 있다. 아시아계 미국인들은 역사적으로 인종우대의 수혜자라고 할 수 없다. 오히려 미국은 아시아계 미국인에 대한 차별의 역사를 갖고 있다.

아시아계 미국인에 대한 차별의 역사, 특히 인종분리된 학교에 관한 그들의 역사를 고려하건대, 아시아계 미국인 지원자를 희생하여 흑인에 대한 인종분리정책의 과거 역사를 치유해야 한다고 주장하는 것은 특히나 앞뒤가 맞지 않는다. 그러나 이 문제는 아시아계 미국인에게만 한정된 것이 아니다. 더 넓게는, 대학의 차별적 정책은 미국의 오점이었던 인종차별에 아무런 책임이 없는 수많은 지원자들에게 부담을 준다. 오늘날의 17세 학생들은 짐 크로우 시대를 살지도 않았고, 인종분리 법률을 제정하고 시행하지도 않았으며, 과거 희생자들을 억압하거나 노예로 삼지도 않았다. 그들의 피부색이 무엇이든 간에 오늘날의 젊은이들은 20세기의 인종분리정책의 도입에 아무런 책임이 없으며 그 선조들의 도덕적 빚을 짊어지지 않는다. 우리 나라는 과거의 잘못 때문에 오늘날의 젊은이들을 처벌해서는 안 된다.

라. 적극적 우대조치 및 반대의견에 대한 비판

적극적 우대조치는 인종 관계의 개선을 도모하기는커녕, 우리의 인종적 차이를 부각시키며 악영향을 끼치고 있다. 적극적 우대조치 정책은 인종차별의 필요성을 연장시키는 듯하다. 이 사건의 당사자와 법정조언자들은 *Bakke* 판결로부터 50년 가까이 지나는 동안 캠퍼스 내에서의 인종적인 발전이 부진하다고 주장하고 있다.

(1) 적극적 우대조치의 악영향

인종차별적 정책들은 새로운 편견을 만들어낼 위험이 있다. 대학에 합격하지 못한 지원자들은 - 사실이든 아니든 - 자신의 인종 때문에 평생의 꿈을 이루지 못하게 되었다고 생각하게 될 수 있다. 이러한 사람들은 우대를 받았다고 생각되는 인종의 사

¹⁶⁸⁾ Ibid.

람들에게 분개하게 될 수 있고, 그들의 성공이 노력 없이 얻어진 것이라고 믿게 될 수 있다.

그렇다면 적극적 우대조치의 끝은 무엇일까? 인종적 조화도 아니고 통합도 아니고 법 앞의 평등도 아닐 것이다. 오히려 이러한 정책들은 모두가 피부색으로 정의되어 그에 근거한 끝없는 자격과 우대를 요구하는 세상을 초래할 것이다. 이것은 헌법이 막고자 했던 바로 그 파벌주의일 뿐만 아니라,¹⁶⁹⁾ 끝없이 변하는 모래 위에 세워진 파벌주의이기도 하다.

왜냐하면 인종은 사회적 구성개념이기 때문이다. 우리는 각자 피부색이나 문화적 정체성과 같은 여러 이유로 자신의 인종적 정체성을 식별할 것이다. 시간이 흐름에 따라, 사회적으로 만들어진 이러한 분류는 자주 변해 왔다. 실제로 누군가를 보고 단정적으로 그의 인종을 아는 것은 불가능하다. 예를 들어 스스로를 흑인이라고 여기는 사람이 상당히 흰 피부를 가질 수도 있다. 그럼에도 불구하고 대학 입학 정책은 개인에게 자신을 몇 안 되는 인종 집단 중 하나에 속한 것으로 표시하도록 한다. ‘흑인’, ‘백인’, ‘히스패닉’, ‘아시아계’, 또는 모호한 ‘기타’로만 이루어진 선택지 중에서 중동 사람들은 어떻게 선택해야 할까? 그가 어떤 선택을 하든 그는 인위적인 분류에 자신을 넣어야 한다.

그러나 우리 헌법 하에서 인종은 무관하다. 모든 인종적 분류는, 불변의 특성이 그 사람의 생각과 믿음과 능력을 결정한다고 말하는 고정관념에 지나지 않는다. 물론 이것은 틀린 말이다. 같은 인종의 사람들이 모두 똑같은 경험과 관점을 공유하는 것은 아니다. 그러나 대학의 인종적 정책은 인종적 정체성만으로 그 사람이 결정된다고 암시하며, 이는 인종분리정책의 토대였던 노골적인 인종주의와 다름없다. 그렇다면 이러한 정책이 인종적 양극화와 마찰의 증가를 초래하고 있는 것은 놀랄 일이 아니다.

따라서 우리 나라의 인종문제의 해결은 적극적 우대조치에 기초한 정책에서 나올 수 없다. 인종차별은 단순히 다른 혹은 더 큰 인종차별로 풀릴 수 없다. 해답은 우리 헌법에 있다: 우리는 모두 평등하며 인종에 상관없이 법 앞에 평등하게 대우되어야 한다. 그 약속을 통해서만 우리는 우리의 서로 다른 피부색과 정체성을 무시하고 서로 진정한 우리 자신 - 고유의 생각과 관점과 목표를 가졌지만 동등한 존엄성과 법

169) The Federalist No. 10 (J. Madison).

앞의 평등을 누리는 개인들 - 을 볼 수 있을 것이다.

(2) Jackson 대법관의 반대의견에 대한 비판

Jackson 대법관은 다른 견해를 갖고 있다. 그녀의 반대의견은 개인을 개인으로 보기보다 흑인에 대한 역사적 지배에 초점을 맞추고 있다. 그녀는 개인을 인종에 따라 정의 및 유형화하고자 인종 간의 차이를 보여주는 통계를 원용하였다. 그녀의 관점에서 우리는 모두 근본적으로 인종차별적인 사회에 꼼짝없이 갇혀 있으며, 오늘날 여전히 우리 삶을 결정짓는 노예제 및 흑인 지배 역사의 원죄를 지고 있다. 그녀가 주장하는 만병통치약은 엘리트 전문가들의 견해에 무비판적으로 따르고, 공평한 경쟁의 장을 만들기 위해 필요한 경우 사회의 부를 인종적 수단으로 재분배하는 것이다. 나는 이에 강하게 반대하는 바이다.

앞서 논하였듯, 흑인과 백인 사이의 평균 재산의 차이는 헌법적으로는 아무 관련이 없는 이야기이다. Jackson 대법관은 제2차 건국의 이상을 인종에 기반한 구성원리로 대체하려고 한다. 그녀의 관점에서 거의 모든 삶의 결과는 단연코 인종 때문이다. 그리고 이는 통계상의 인종 간 격차 때문이라고 한다.

그러나 이는 사실이 아니다. 내가 자랐던, 인종적으로 분리되었던 남부에서조차 개인들은 피부색의 총합이 아니었다. 그때나 지금이나 모든 격차가 인종에 기반한 것은 아니며, 모든 사람들이 인종차별주의자인 것도 아니고, 개인 간의 차이가 모두 인종 때문인 것도 아니다.

인종 사이의 건강, 재산, 웰빙의 수준의 관계에 대한 통계도 아무 입증을 하지 못하였다. 그러한 통계 중 어떤 것도 인종과 개인의 결과 사이의 직접적인 연관성을 끌어내지는 못하였다.

Jackson 대법관은 그녀의 인종기반적 이론이 어쨌든 모두에게 혜택을 줄 수 있다고 생각하는 듯하지만, 정부가 인종적 기준을 사용할 때마다 누군가는 배제되며 배제된 사람은 오로지 인종 때문에 그러한 피해를 겪는 것임은 불변의 사실이다.¹⁷⁰⁾

따라서 사회적 인종차별을 정부가 시행하는 인종차별로 대응하는 것은 끝없는 희생자를 만들며 자멸적인 결과를 낳는다. 인종을 불문하는 헌법은 정부가 시민의 피부색을 제쳐놓고 그들의 개인적 성취에 집중할 것을 요구한다.

¹⁷⁰⁾ Parents Involved, 551 U. S., at 759 (THOMAS, J., concurring).

(3) 인종중립적 정책의 성공

최근 대학들의 경험은 인종불문의 원칙이 갖는 효과를 확인해 준다. 주법률에 의해 인종차별이 금지된 대학들은 인종중립적 수단으로도 계속하여 다양한 인종의 학생들을 입학시키고 있다. 예를 들어 캘리포니아 대학교(University of California)는 캘리포니아의 인종우대 금지조치에도 불구하고 최근 그동안 중 가장 다양한 학부생들이 입학했다고 한다.¹⁷¹⁾ 미시간 대학교(University of Michigan)도 마찬가지이다.

이렇게 인종중립적 정책은 적극적 우대조치 정책들이 만들어내는 부담과 불화가 없이도 인종적 조화와 평등을 동일하게 달성할 수 있다. 나는 흑인들도 대학 입학에서의 간섭 없이 미국인의 삶 어디에서든 성공할 수 있다고 굳게 믿고 한 번도 이를 의심한 적이 없다.¹⁷²⁾

나는 나의 인종¹⁷³⁾에게 닦였던 사회적·경제적 참화를, 그리고 차별을 겪은 모든 이들을 고통스러울 정도로 잘 알고 있지만, 이 나라가 독립선언문과 헌법에 명확히 밝힌 그 원칙 - 모든 사람은 평등하게 태어났으며, 평등한 시민이고, 법 앞에 평등하게 대우받아야 한다는 원칙 - 에 부응할 것이라는 지속적인 희망을 놓지 않는다.

3. Gorsuch 대법관의 보충의견(2인 의견)¹⁷⁴⁾

많은 학생들에게 피상고인들의 합격통지서는 밝은 미래를 향한 티켓과 같을 것이다. 상당한 기간 동안 두 학교는 부분적으로라도 인종을 근거로 지원자의 합격 여부를 결정하였다. 오늘 법정 의견은 헌법 수정 제14조는 더 이상 이러한 관행을 용인하지 않는다고 결정하였다. 나는 1964년 민권법 제6장 역시 그러하다는 점을 강조하고자 의견을 작성한다.

가. 민권법 제6장의 해석과 적용

Bostock v. Clayton County (2020)¹⁷⁵⁾ 판결은 1964년 민권법만큼 중요한 연방법률은

171) T. Watanabe, UC Admits Largest, Most Diverse Class Ever, But It Was Harder To Get Accepted, L. A. Times, July 20, 2021, p. A1.

172) Grutter, 539 U. S., at 350.

173) Clarence Thomas 대법관은 미국 역사상 두 번째 흑인 대법관이다.

174) Gorsuch, Thomas 대법관의 의견.

175) *Bostock v. Clayton County*, 590 U. S. ___, ___ (2020). *Bostock* 사건에 관해서는 헌법재판연구원, 성적지향이나 젠더 정체성으로 인한 고용차별 금지, 세계헌법재판 조사연구보고서 2021년 제2호,

몇 되지 않는다고 밝혔다.¹⁷⁶⁾ 민권법 제6장은 이해하기 쉬운 만큼 강력한 법문을 포함하고 있다: “미국에서는 누구든지 연방 재정의 지원을 받는 모든 프로그램 또는 활동에 있어 인종, 피부색, 출신민족에 근거하여 참여가 배제되거나, 그 혜택이 거부되거나, 차별을 받아서는 안 된다.”¹⁷⁷⁾ 이 사건의 메시지는 오해의 여지없이 분명하다. 상고인은 피상고인들의 민권법 제6장 위반을 이유로 소송을 제기하였다. 두 대학 모두 매년 수백만 달러의 연방 지원을 받기 때문에 이들 대학은 모두 민권법의 적용을 받는다. 그리고 두 대학 모두 학생을 선발할 때 일상적으로 인종에 근거하여 차별을 하고 있다. 이는 이 법률이 금지하는 바로 그것이다.

(1) 민권법 제6장의 법문 해석

여기서 민권법 제6장의 핵심 문구는 ‘차별을 받아(subjected to discrimination)’와 ‘근거하여(on the ground of)’이다.

1964년 당시 사람에 대한 ‘차별’의 의미는 오늘날 ‘개인을 비슷한 상황의 다른 사람보다 더 안 좋게 대우하는 것,¹⁷⁸⁾ ‘대우에 있어 차이를 두거나 다른 쪽과 비교해 한쪽을 우대하는 것¹⁷⁹⁾을 의미한다. 또한 연방대법원은 이 사건의 민권법 제6장 조항이 ‘오직 고의적 차별만을 금지한다’라고 판시한 바 있다.¹⁸⁰⁾

‘근거하여’의 의미 역시 복잡하지 않다. 이는 ‘때문에(because of)’를 뜻한다.¹⁸¹⁾ ‘때문에’는 1964년 민권법에 관한 사건에서 우리가 자주 사용하는 친숙한 문구로, 보통 인과관계론의 조건설(but-for causation)¹⁸²⁾ 기준을 원용하는 것으로 이해한다.¹⁸³⁾ 조건설에 따르면 피고의 행위가 원고에게 피해를 준 주된 이유이거나 가장 가까운 이유

2021, 11-28쪽 참고.

176) Bostock, 590 U. S., at ___ (slip op., at 2).

177) “No person in the United States shall, on the ground of race, color, or national origin, be excluded from participation in, be denied the benefits of, or be subjected to discrimination under any program or activity receiving Federal financial assistance.” 42 U. S. C. §2000d.

178) Id., at ___ (slip op., at 7).

179) Webster’s Third New International Dictionary 648 (1961).

180) Alexander v. Sandoval, 532 U. S. 275, 280 (2001).

181) Webster’s New World Dictionary 640 (1960); Webster’s Third New International Dictionary, at 1002.

182) 조건설은 선행사실이 없었다면 그러한 결과가 일어나지 않았을 것이라는 조건만 있으면 인과관계를 인정하는 학설이다.

183) Bostock, 590 U. S., at ___ (slip op., at 5); University of Tex. Southwestern Medical Center v. Nassar, 570 U. S. 338, 346, 360 (2013).

일 필요는 없다. 피고는 원고의 손실에 기여한 다른 요소를 언급하는 것만으로 책임을 벗어날 수도 없다.¹⁸⁴⁾ 피고의 행위가 없었다면(but for) 원고의 피해가 발생하지 않았을 것이라는 점만이 중요하다.¹⁸⁵⁾ 차별을 함에 있어 다른 요소도 기여했다거나, 이로온 의도와 동기가 있었다거나, 피보호집단을 우대하거나 평등을 고취하고자 함이었다거나 하는 것은 중요하지 않다.¹⁸⁶⁾

즉, 민권법 제6장은 연방 기금을 받는 자가 그가 주장할 수 있는 여타 다른 이유나 동기에 상관없이, 부분적으로라도 개인의 인종, 피부색, 또는 출신민족 때문에 개인을 고의적으로 더 안 좋게 대하는 것을 금지한다. 1964년 연방의회는 다른 가능성을 제치고 모든 미국인들에게 시민의 권리를 보장하고자 간단하고 심오한 원칙을 선택하였다. “연방 기금을 받는 자는 인종, 피부색, 또는 출신민족을 근거로 차별해서는 안 된다. 끝.”

(2) 이 사건 입학 전형에 대한 비판 및 민권법 제6장의 적용

(가) 인종 항목의 비논리성

두 학교 모두 지원자들이 다음과 같은 항목 중 하나를 자신의 정체성으로 선택하도록 하고 있다. 선택지는 ‘아메리칸 인디언 또는 알래스카 원주민 / 아시아계 / 흑인 또는 아프리카계 미국인 / 하와이 원주민 또는 기타 태평양 제도인 / 히스패닉 또는 라틴계 / 백인’이다. 지원자들은 원하는 경우 설명을 추가할 수도 있다.

이들 대학의 인종적 구분은 비논리적인 고정관념에 기대고 있다. ‘아시아계’ 항목을 살펴보자. 이는 동아시아인(예를 들어, 중국인, 한국인, 일본인)과 남아시아인(예를 들어, 인도인, 파키스탄인, 방글라데시인)을 - 이들이 전 세계 인구의 60%를 차지함에도 불구하고 - 하나의 항목에 쓸어 넣는다. 이렇게나 많은 사람들의 집합체는 언어, 문화, 역사적 경험에서의 수많은 차이를 덮어버린다. 이 모든 사람들이 비슷한 배경과 비슷한 생각·경험을 공유한다고 주장할 수 있는 사람은 거의 없을 것이다.¹⁸⁷⁾ ‘하와이 원주민 또는 기타 태평양 제도인’을 위한 별도 항목의 발전과정도 살펴보자. 연방공무원들은 정치적 로비에 응하여 1990년대에야 이 그룹을 아시아계 항목에서

184) Bostock, 590 U. S., at ___ (slip op., at 6).

185) Ibid.

186) Id., at ___ - ___ (slip op., at 13 - 15); *Automobile Workers v. Johnson Controls, Inc.*, 499 U. S. 187, 199 (1991).

187) *Fisher II*, 579 U. S., at 414 (ALITO, J., dissenting).

떼어냈던 것으로 보인다. 이 항목도 의문점을 내포한다. 예를 들어, 필리핀계 미국인은 ‘기타 태평양 제도인’이 아닌 ‘아시아계’로 분류되는 것으로 보인다.

남은 분류들도 마찬가지로 비이성적인 고정관념에 의존하고 있다. ‘히스패닉’은 선조들의 언어가 스페인어, 바스크어, 카탈로니아어인 사람들을 포함할 뿐만 아니라, 이 언어를 구사하지 못하고 조상들이 이베리아 반도가 아닌 아메리카 대륙에 깊은 연관을 가진 마야, 미스텍, 사포텍계 사람들도 포함한다. ‘백인’ 항목은 유럽, 인도 서쪽의 아시아, 북아프리카에서 온 모든 사람들을 포함한다. 여기에는 웨일스, 노르웨이, 그리스, 이탈리아, 모로코, 레바논, 튀르키예, 이란계가 모두 포함된다. 이 항목은 이라크나 우크라이나 난민을 영국 왕족 구성원과 마찬가지로 포괄한다. 한편 ‘흑인 또는 아프리카계 미국인’은 남부 시골에서 가난하게 자란 노예의 후손부터 부유한 나이지리아 이민자의 1세대 자녀, 전형적인 미국 교외 주택지에 살며 스스로를 흑인이라고 규정하는 다문화적 조상을 가진 지원자까지 모두 포함한다.

우리 모두를 몇 안 되는 그룹으로 나누려는 시도는 시간이 지나면서 점점 더 비논리적이 되어 왔다. 미국 가정들은 점점 더 다문화적으로 되어 왔으며, 이는 누군가가 정말 어떤 인종이나 민족 집단에 속하는지에 대한 부적절한 논쟁을 야기하였다.¹⁸⁸⁾

이 모든 것을 고려하건대, 어떤 그룹의 경우 가끔 자신의 인종이나 민족성을 숨기려고 하는 것이 놀라운 일일까? 예를 들어, 너무나 이질적인 배경을 가진 너무나 많은 사람들을 ‘아시아계’ 항목에 뭉쳐버린 결과, 많은 대학들은 자신들의 입학 풀(pool)에서 ‘아시아계’가 ‘초과대표(overrepresented)’되었다고 여긴다고 한다. 결국 아시아계 고등학생들은 입학 가능성을 극대화하기 위해 혈통을 축소시키라는 유료 입학자문을 받는다. 대입 지원 시 덜 아시아계로 보이게 하라거나, 가능하다면 사진을 부착하지 말라는 등의 조언을 받은 학생들이 ‘인종고려적 입학은 아시아계 미국인 공동체에도 혜택을 준다’는 뻔한 (그리고 잘못된) 주장을 위안 삼을 것이라고 상상하기는 어렵다.

188) *Marinelli Constr. Corp. v. New York*, 200 App. Div. 2d 294, 296 - 297, 613 N. Y. S. 2d 1000, 1002 (1994) (이탈리아-아르헨티나계 사람을 히스패닉이 아니라고 판단한 사례); *Major Concrete Constr., Inc. v. Erie County*, 134 App. Div. 2d 872, 873, 521 N. Y. S. 2d 959, 960 (1987) (조부 중 한명이 멕시코인인 사람을 히스패닉이 아니라고 판단한 사례); *In re Rothschild Lynn Legal & Fin. Servs.*, SBA No. 499, 1995 WL 5423988, *2 - *4 (Apr. 12, 1995) (조상이 수 세기 전 스페인에서 건너온 세파르디 유대인을 히스패닉으로 인정한 사례); *Bernstein*, 94 S. Cal. L. Rev., at 232 (discussing *In re Kist Corp.*, 99 F. C. C. 2d 173, 193 (1984) (조부 중 한명이 쿠바인인 사람을 ‘일종의 히스패닉’이라고 인정한 사례)).

(나) 고의적 차별

피상고인들이 입학 과정에서 인종을 고려한다는 점에 의문의 여지가 없듯이, 두 학교 모두 인종 때문에 일부 지원자들을 다른 지원자들보다 고의적으로 더 안 좋게 대우하고 있다는 점에도 의문의 여지가 없다. 두 학교 모두 특정 인종 집단에는 가점을 주면서 다른 인종 집단에는 주지 않는다. 지원자들이 한정된 자리를 두고 경쟁하는 과정에서 한쪽 인종에 대한 가점은 필연적으로 다른 인종에 별점으로 작용된다.

(다) 민권법 제6장에 있어 논쟁의 불필요성

소송 과정 내내 소송당사자들은 위와 같은 사실들보다 다른 문제에 대해 더 많이 논쟁하였다.

예를 들어, 당사자들은 입학에 있어 인종의 역할이 얼마나 큰지, 두 학교가 인종을 참고하는 이유가 무엇인지, 다양성의 정의와 측정에 있어 무엇이 문제인지, 대안의 이용 가능성은 어떠한지에 관해 논쟁하였다.

당사자들의 논쟁은 대답하기 힘든 문제를 제기한다. 다행히 민권법 제6장은 이런 질문들에 대한 어떤 답도 요구하지 않는다. 민권법 제6장은 연방 기금을 받는 자가 얼마나 많이 차별했는지 묻지 않는다. 연방 기금을 받는 자의 차별 이유나 동기를 심사하지도 않는다. 대신 이 법률이 금지하는 것은 기관이 부분적으로라도 인종 때문에 사람을 고의적으로 더 안 좋게 대우하는 것이다. 물론 대학들은 입학 과정에서 인종 외에도 많은 다른 요소들을 고려한다. 그리고 아마도 그들이 피부색에 근거하여 특정 후보자를 우대할 때에도 선의를 가지고 있을 것이다. 그러나 이 모든 것이 사실이라 할지라도, 그들의 행위는 마찬가지로 민권법 제6장을 위반하였다.

(라) 반대의견에 대한 비판

주요 반대의견은 이러한 민권법 제6장의 해석이 선례에 위배된다고 주장하였다. 하지만 여기에서 논해진 민권법 제6장의 의미가 민권법 제7장의 실질적으로 동일한 문구를 해석하였던 *Bostock* 판결을 따랐다는 점에는 반론을 제기하지 않았다. 그렇다면 반대의견은 *Bostock* 판결이 잘못되었다고 생각하는 것인가, 아니면 같은 연방의회가 같은 법률에 동시에 제정한 서로 붙어 있는 조항 속의 같은 단어를 다르게 해석하는 것인가? 연방총무차관(Solicitor General)은 민권법 제6장의 ‘차별’이라는 용어에는 모호한 점이 있지만 민권법 제7장의 ‘차별’은 그렇지 않다고 주장하였다. 나는

그렇게 생각하지 않는다. 1964년 민권법의 단어들은 무드링¹⁸⁹⁾같이 순간순간 그 메시지가 변하는 것이 아니다.

주요 반대의견은 법문이나 *Bostock* 판결에 대해 논하기보다 사실에 관한 혼선을 심으려고 하였다. 주요 반대의견은 하버드대나 노스캐롤라이나대의 모든 지원자들이 인종기반적 가점을 받을 수 있다고 주장하였다. 그러나 이 사건에서의 쟁점은 누가 가상적으로(hypothetically) 인종기반적 가점을 받을 수 있느냐가 아니라 누가 실제로(actually) 받는가이다. 이 사건의 제1심 법원들은 두 학교 모두 흑인과 히스패닉 지원자에게는 인종기반적 가점을 준 반면 아시아계와 백인 지원자들에게는 그렇지 않았다고 밝혔다.

두 학교가 고의적으로 차별하였다는 점에 대해서는 누구도 의문을 갖지 않는다. 반대의견만 보더라도 이들은 대학들이 인종에 근거하여 지원자들을 의도적으로 차별하는 것을 지지하였다.

나. *Bakke* 판결의 영향과 민권법 제6장에 대한 존중

살펴보았듯이, 피상고인들의 입학 전형은 민권법 제6장에 위반된다. 그렇다면 누군가는 왜 소송당사자들이 수년 간 ‘대학들이 어느 정도로 차별을 해 왔으며 그 이유가 무엇인지’와 같은 다른 문제를 다루기 위해 시간과 돈을 바쳐왔는지 궁금할 것이다. 그 답은 *Bakke* 판결에 있다.

(1) *Bakke* 판결과 후속 판례 검토

Bakke 사건에서 UC데이비스 의대는 소수인종 지원자를 위해 일정 수의 자리를 따로 빼놓았다. 6개의 분열적 의견들 중 다수의견은 이러한 학교의 유보(set-aside) 제도는 과도하다고 보았다. 그러나 동시에, 다른 5명의 대법관들은 사건의 사실관계를 넘어, 해당 사건과 같은 상황이 아닌 경우에는 대학들이 입학 과정에서 인종을 고려하는 것이 간혹 허용될 수 있을 것이라고 조심스럽게 말하였다.

이러한 결론들만큼 중요한 것은 이 과정에서 나온 해석적 움직임들이었다. *Powell* 대법관과 *Brennan* 대법관은 민권법 제6장과 헌법상 평등보호조항이 거의 동일한 조항이라고 주장하였다. 즉, 그들은 ‘연방 기금을 받는 자는 평등보호조항이 주에 대하여 금지한 어떠한 일도 해서는 안 된다’는 것이 민권법 제6장의 뜻이라고 해석하였다.

189) 무드링(mood ring)은 끼고 있는 사람의 마음에 따라 색깔이 변한다는 반지를 말한다.

그리고 그들은 바로 평등보호조항에 따라 고등교육에서의 인종우대를 평가해 나갔다. 그러나 그 지점부터 두 대법관의 길이 갈려 Powell 대법관은 해당 사건에서의 입학 전형을 위헌으로, Brennan 대법관은 허용되는 것으로 보았다.

Stevens 대법관은 전혀 다른 접근법을 취했다. 사건이 법률 차원에서 적절하게 결정될 수 있으면 헌법적 쟁점에 대한 결정은 피하는 것이 연방대법원의 확립된 관례라는 입장이었다.

Bakke 판결 이후 연방대법원은 민권법 제6장과 평등보호조항이 같은 것을 의미한다는 Powell 대법관과 Brennan 대법관의 공동 전제를 따랐다.¹⁹⁰⁾ Stevens 대법관의 법률 중심적 접근법은 시야에서 멀어졌고, 결과적으로 40년이 넘는 동안 민권법 제6장 하에서의 입학 시 인종우대 관련 사건들은 모두 헌법 수정 제14조의 의미에 관한 사건이 되었다.

연방대법원은 평등보호조항이 인종 고려와 관련된 모든 경우에 엄격심사를 충족할 것을 요구한다고 보았다. 연방대법원은 고등교육 외의 영역에서는 오직 두 가지 경우만 엄격심사를 통과한다고 보았으나, 고등교육에 있어서는 완전히 구별되는 원칙이 등장하여, Bakke 판결 이후 연방대법원은 판사들이 다양성을 내세우는 학교의 주장을 존중할 수 있다고 선언하였다. 그러나 모든 학교에 대하여 그런 것은 아니었다. 초등학교와 중고등학교는 명백하게 이러한 존중을 받을 자격이 없고,¹⁹¹⁾ 오직 대학들만이 우리 헌법 전통에 있어 특별한 지위를 차지했다.¹⁹²⁾ 그러나 대학들이 그저 다양성의 이익을 주장하며 마음대로 차별할 수 있는 것은 아니었다.¹⁹³⁾ 오히려 인종은 미달대표된 소수인종 학생들이 ‘필수적 규모’에 이르도록 할 목적으로 ‘가점요인’으로만 사용될 수 있었다.¹⁹⁴⁾ 그리고 동시에 이러한 관행은 타당한 종료 시점을 두어야 했다.¹⁹⁵⁾ 그리고 노골적인 인종균형정책과 쿼터제는 명백한 위헌이었다.¹⁹⁶⁾ 대학들은 자동적이거나 미리 결정된 보너스를 제공할 수 없고,¹⁹⁷⁾ 오직 ‘가점요인’만이 제한된

190) Gratz, 539 U. S., at 276, n. 23.; Grutter, 539 U. S., at 343.

191) Parents Involved, 551 U. S., at 701, 724 - 725.

192) Grutter, 539 U. S., at 329.

193) Fisher, 579 U. S., at 381.

194) Grutter, 539 U. S., at 335 - 336.

195) Id., at 342.

196) Id., at 330, 334.

197) Id., at 337.

기간 내에서 헌법상 용인될 수 있었다.¹⁹⁸⁾

Bakke 판결 이후 연방대법원의 고등교육 관련 선례들이 타당한 적이 있었더라도, 이제는 비논리적이다.

연방대법원도 그와 같이 인정하고, 오늘 대학 예외론에 중지부를 찍으며 ‘평등보호 조항은 - 엄격심사의 까다로운 기준을 충족하지 못하는 한 - 사람을 구별하는 데 있어 인종의 사용을 금한다’는 전통적인 원칙으로 돌아왔다. 이렇게 오늘의 판결은 John Marshall Harlan 대법관의 반복되는 목소리를 불러 온다: “법은 사람을 사람으로 대하며, 나라의 최고법이 보장하는 시민의 권리에 관해서라면 그의 환경이나 그의 피부색을 고려하지 않는다.”¹⁹⁹⁾

(2) 민권법 제6장에 대한 존중의 필요성

이 사건들은 민권법 제6장하에서 제기된 것이고, 이 법률은 단순히 평등보호조항을 다른 말로 바꾸어 표현한 것 이상이다.²⁰⁰⁾ 민권법 제6장은 헌법의 그것에 더하여 추가적인 문언과 주안점을 가지고 독립적인 힘을 지닌다.²⁰¹⁾ 민권법은 우리의 존중을 받아 마땅하고 그 용어들은 우리가 필요한 모든 지침을 제공해 준다.

두 조항을 나란히 놓아보자. 민권법 제6장은 아래와 같다.

“미국에서는 누구든지 연방 재정의 지원을 받는 모든 프로그램 또는 활동에 있어 인종, 피부색, 출신민족에 근거하여 참여가 배제되거나, 그 혜택이 거부되거나, 차별을 받아서는 안 된다.”

평등보호조항은 아래와 같다.

“어떤 주도 그 관할권 내에 있는 모든 사람에 대하여 법률의 평등한 보호를 거부하지 못한다.”

몇 가지 뚜렷한 차이점을 살펴보자. 평등보호조항은 주에 작용한다. 평등보호조항은 사인의 행동을 규제하는 것을 목적으로 하지 않는다. 반면 민권법 제6장은 연방 기금을 받는 자 - 주 행위자들(state actors)뿐만 아니라 많은 사인들(private actors)도 포함된다 - 에게 적용된다.

한편 그 범위의 경우, 평등보호조항은 사람을 구별하는 모든 방식을 다루며, 연방

198) Id., at 338 - 339, 341.

199) Plessy, 163 U. S., at 559 (dissenting opinion).

200) Bakke, 438 U. S., at 416 (opinion of Stevens, J.).

201) Ibid.

대법원은 각기 다른 구분마다 각기 다른 사법심사 강도를 인정하였다: 예를 들어, 인종·피부색·출신민족에 근거한 구분은 엄격심사를, 성별에 근거한 구분은 중간심사를, 보다 평범한 이유에 근거한 구분은 합리성심사를 적용한다.²⁰²⁾ 반면 민권법 제6장은 오직 특정 구분 - 인종, 피부색, 출신민족에 근거한 구분 - 만을 겨냥한다. 대신 민권법은 그 중요성만큼 단순하다. 민권법 제6장하에서 부분적으로라도 인종, 피부색, 출신민족 때문에 사람을 차별하는 것은 언제나 위법이다.

Bakke 판결에서 Powell 대법관도 Brennan 대법관도 민권법 제6장의 문언에 중점을 두지 않았다. 두 대법관 모두 법률의 확고한 원칙에서 해방되어 평등보호조항의 이름 아래 자신만의 매우 다른 각색을 하기 시작하였다.

Bakke 판결에서 만들어진 움직임들은 법률해석이 아니라 사법적 즉흥곡이었다. 헌법하에서 판사들은 제정되지 않은 입법의도에 대한 추측에 근거하여 유효한 의회 입법의 명백한 용어를 무시할 권리가 없다. 오히려 가능하면 헌법과 법률의 모든 조항과 단어가 유효하도록 하는 것이 연방대법원의 계속되어 온 의무이다.²⁰³⁾ 이 나라에서는 오직 글로 적힌 단어만이 법률이며 모든 사람들이 그 혜택을 받을 권리가 있다.²⁰⁴⁾ 판사들이 이 원칙을 무시하고 법문 외의 출처와 자기 자신의 상상에만 영향을 받은 원칙을 강요한다면, 그들은 국민의 대표에게 유보된 입법의 기능²⁰⁵⁾을 강탈하는 것이 된다.

오늘 연방대법원은 평등보호조항의 해석에 있어 그 방향을 바로잡았다. 그와 함께 이제 법원들은 민권법 제6장을 대함에 있어서도 방향을 바로잡아야 한다. 수년간 법원들은 Bakke 판결의 단독의견은 법률처럼 해석하면서 민권법 제6장은 단지 제안 정도로만 해석하였다. 그러나 민권법을 제대로 존중한다면 그 반대로 해야 한다. 민권법 제6장은 평등보호조항 너머로 독립적인 힘을 갖고 있다. 민권법 어디에도 대학 행정관들에게 특별한 존중을 부여하는 규정은 없다. 민권법 어디에도 인종차별을 어느 정도 또는 어떤 목적으로 공인하는 규정은 없다.

남북전쟁의 여파 속에서 연방의회는 법 앞의 평등이라는 약속을 실현하기 위한 중

202) Fisher II, 579 U. S., at 376; Croson, 488 U. S., at 493 - 495 (plurality opinion); United States v. Virginia, 518 U. S. 515, 555 - 556 (1996); Board of Trustees of Univ. of Ala. v. Garrett, 531 U. S. 356, 366 - 367 (2001).

203) Knowlton v. Moore, 178 U. S. 41, 87 (1900); Montclair v. Ramsdell, 107 U. S. 147, 152 (1883).

204) Bostock, 590 U. S., at ___ (slip op., at 2).

205) Id., at ___ (slip op., at 4).

요한 걸음을 내딛었다. 이러한 처음의 노력들이 중요한 만큼 할 일이 많이 남아 있었고 오늘날에도 많이 남아 있다. 그러나 틀림없이 1964년 민권법은 이 여정의 상징으로서, 그리고 국가의 위대한 승리 중 하나로서 서 있다. 우리는 그 조항의 어떤 부분도 백지로 만들 권한이 없다. 그리고 연방의회가 그 법률에 피력한 명백하고 강력한 명령에 기댈 때 이 사건은 사실상 해결된다. 민권법 제6장하에서, 부분적으로라도 피부색 때문에 한 사람에게는 yes 라고 말하고 다른 사람에게는 no 라고 말하는 것은 결코 허용되지 않는다.²⁰⁶⁾

4. Kavanaugh 대법관의 보충의견(1인 의견)

나는 법정의견에 전적으로 동의하며, 오늘 법정의견이 왜 연방대법원의 평등보호 선포문에 부합하며 그로부터 나온 것인지 추가적으로 설명하고자 보충의견을 덧붙인다.

연방대법원은 오랫동안 정부에 의한 인종적 구분 - 인종기반적 적극적 우대조치 프로그램을 포함하여 - 은 엄격심사를 받아야 한다고 판시해 왔다. 그리고 중요한 것은, 인종적 구분이 엄격심사에 따라 긴절한 정부 이익을 증진시키기 위해 면밀하게 재단된 것이라 할지라도, 이는 임시적으로만 허용되고 시간적 제한이 있어야 한다는 점이다.

1987년 *Bakke* 판결에서 고등교육에서의 적극적 우대조치를 합헌으로 판결하였던 5명 중 한 명인 *Blackmun* 대법관은 적극적 우대조치가 단지 임시적인 수단으로서만 존재해야 한다고 덧붙였다. 그리고 그러한 정책이 1988년 까지는 - “길어야” 10년 내에는 - 불필요하기를, 그리고 과거의 유산이 되기를 희망하였다.

Bakke 판결로부터 25년 후인 2003년, 5명의 대법관들은 *Grutter* 판결에서 다시 고등교육에서의 인종기반적 적극적 우대조치가 평등보호조항이나 민권법 제6장을 위반하지 않는다고 결정하였다.²⁰⁷⁾ 그러나 이번에는 연방대법원도 고등교육에서의 인종기반적 적극적 우대조치는, 예상치 못한 일이 일어나지 않는 한, 다음 25년이 지난 후에는 헌법상 정당화되지 않을 것이라고 - *Ginsburg* 대법관과 *Breyer* 대법관은 유보하였지만 - 구체적으로 적시하였다. 그리고 많은 대법관들이 명시적으로 연방대법원의 25년 제한을 언급하며 별도의 의견을 작성하였다.

206) *Bakke*, 438 U. S., at 418 (opinion of Stevens, J.).

207) *Grutter*, 539 U. S., at 343.

Grutter 판결은 우대 그 자체의 문제점을 인정하였고,²⁰⁸⁾ 인종에 근거한 정부의 차별 철폐가 헌법 수정 제14조의 핵심 목적이라고 언급하였으며,²⁰⁹⁾ 인종적 구분은 임시적이어야 한다고 강조하였다.²¹⁰⁾

Grutter 판결에서 연방대법원은 고등교육에서의 인종기반적 적극적 우대조치가 다음 세대에도 계속될 수 있다고 결정하였지만, 오직 다음 세대까지만 계속될 수 있다고 한정하였다.

피상고인들은 연방대법원이 Grutter 판결의 25년 제한을 무시하거나 폐기하거나 그저 염원으로만 대하기를 원할 것이다. 그러나 25년 제한은 Grutter 판결에서 O'Connor 대법관이 작성한 법정의견의 중요한 부분을 이룬다. 실제로 Grutter 판결 중 4개의 의견들²¹¹⁾이 25년 제한에 대해 논하였고, 이는 연방대법원의 25년 제한 언급이 중요하지 않다거나 주의 깊게 고려되지 않았다는 주장이 거짓임을 보여준다.

이제 Grutter 판결로부터 한 세대가 지났으며, Bakke 판결 시대로부터 약 50년의 세월이 흘렀다. 헌법의 법문, 역사, 선례에 비추어 오늘 연방대법원의 판결은 고등교육에서의 인종기반적 적극적 우대조치에 대한 Grutter 판결의 명시적인 시간적 제한을 적절하게 따르고 존중하였다.

Sotomayor, Kagan, Jackson 대법관은 법정의견에 반대하였고 나는 그들의 견해를 존중한다. 그들은 미국에서의 노예제와 짐 크로우의 끔찍한 역사를 이야기하고, 오늘날에도 그 역사가 흑인들에게 계속적으로 미치는 영향을 철저히 논하였다. 그들은 지난 50년간 Bakke와 Grutter 판결이 고등교육에서 면밀하게 재단된 인종기반적 적극적 우대조치를 허용해 왔다고 설명하였고, 이는 물론 맞는 말이다.

그러나 고등교육에서의 인종기반적 적극적 우대조치가 미래에까지 무기한적으로 확장될 수 있는가 하는 질문에 있어서 나는 반대의견을 낸 동료들과는 다른 길로 가고자 한다. 반대의견의 대답은 yes 이지만, 연방대법원의 선례는 그 대답이 no 임을 분명히 하였다.²¹²⁾

다시금 말하자면, 약 50년간 많은 고등교육기관들은 인종기반적 적극적 우대조치

208) Id., at 341.

209) Ibid.

210) Id., at 342.

211) Grutter 판결에는 법정의견 외에도 5개의 의견이 있었다.

212) Grutter, 539 U. S., at 342 - 343; Board of Ed. of Oklahoma City Public Schools v. Dowell, 498 U. S. 237, 247 - 248 (1991); Croson, 488 U. S., at 510 (plurality opinion of O'Connor, J.) 참고.

를 채택해 왔다. 인종기반적 적극적 우대조치가 얼마나 오랫동안 계속될 수 있을지 논란의 여지가 있을 수 있었겠지만, 2003년 Grutter 판결은 이 논쟁을 해결하였다. 연방대법원은 고등교육에서의 인종기반적 적극적 우대조치는 다음 세대에도 계속되지만 오직 다음 세대까지만 계속된다고 선언하였다. 연방대법원의 25년 기간의 공표는 연장기간인 동시에 한계선으로서 Grutter 판결의 중요한 부분을 형성하였다. 나는 반대의견이 원하는 대로 이 시간상의 한계를 폐기하기보다는 이에 따르고자 한다.

Bakke 판결과 Grutter 판결 이후의 진전에도 불구하고 분명히 인종차별은 여전히 일어나고 있으며 과거 인종차별의 영향은 여전히 지속되고 있다. 물론 정부와 대학들은 인종에 따른 구분이 포함되지 않는 여러 허용 가능한 방식으로 과거 차별의 영향을 여전히 해결할 수 있다.²¹³⁾

요컨대, 오늘 법정의견은 연방대법원의 평등보호 선례에 부합하며, 그로부터 나온 것이다. 나는 법정의견에 전적으로 동의한다.

5. Sotomayor 대법관의 반대의견(3인 의견)²¹⁴⁾

헌법 수정 제14조의 평등보호조항은 인종적 평등을 보장하고 있다. 연방대법원은 오래 전, 인종불문적이지 않은, 그리고 그랬던 적이 없는 사회에서 이 헌법상의 보장이 인종고려적 수단으로도 이행될 수 있다고 판결하였다.

법정의견은 이 사회가 차별적으로 분리되어 있고, 인종이 늘 문제가 되었고 계속 문제가 되고 있음에도 불구하고, 피상적인 인종불문의 원칙을 헌법상의 원칙과 결속시켰다. 법정의견은 법률과 사실에 기반하지 않았으며 헌법 수정 제14조에 나타난 평등의 이상에도 위배되므로 이에 나는 법정의견에 반대하는 바이다.

가. 역사적 검토 및 인종불문의 원칙에 대한 비판

(1) 인종고려적 입법의 역사

미국 헌법은 건국 때부터 민주적 참여와 자치 참여 능력이 중요한 공화정체뿐만이

213) Croson, 488 U. S., at 526 (Scalia, J., concurring in judgment); id., at 509 (plurality opinion of O'Connor, J.).

214) Sotomayor, Kagan 대법관과 No. 21-707 사건에 한해 Jackson 대법관의 의견.

※ 이 사건이 연방대법원의 상고허가를 받은 후인 2022년 6월에 임명된 Jackson 대법관은 임명 당시 하버드 감독이사회(Harvard Board of Overseers)의 일원이었기 때문에 이 병합 사건 중 하버드대에 대한 No. 20-1199 사건의 심리에는 참여하지 않았으나, 노스캐롤라이나대에 대한 No. 21-707 사건의 심리에는 참여하였다.

아니라 노예제를 중심으로 한 사회도 보호하였다. 남부 주들은 노예이든 자유민이든 상관없이 흑인들의 교육을 막음으로써 노예제를 오래 지속하고자 하였다. 그러나 남북전쟁이 끝난 후 연방의회는 헌법 수정 제13조를 채택하여 범죄에 대한 처벌이 아니면 노예제와 강제노역을 금지하였다.

노예 해방은 한 번의 사건(event)이 아니라 운동(movement)이었다. 그 운동의 핵심 동인은 평등한 교육기회를 향한 싸움이었다. 글을 읽고 쓰는 능력은 저항과 해방의 도구였다. 교육은 흑인 노예들로 하여금 주인과 노예 사이의 권력관계를 뒤흔들게 하였고, 글을 읽고 쓰는 것에 대한 갈망은 자유에 대한 갈망과 합쳐졌다.

그러나 노예제 폐지만으로는 수세기에 걸친 인종적 연속을 바로잡을 수 없었다. 남부 주들은 노예제를 대신하여 흑인들의 권리를 침해하는 제도를 구축하였고, 범죄에 대한 처벌이라면 강제노역이 허용된다는 점을 이용하여 형법을 확대하였다.

이에 대응하여 연방의회는 “어떠한 주도 그 관할권 내에 있는 모든 사람에 대한 법률의 평등한 보호를 거부하지 못한다”라고 명하는 헌법 수정 제14조를 채택하였다. 연방의회는 “어떠한 주도 인종이나 피부색 때문에 시민 사이의 구분을 인정해서는 안 된다”라는 문장을 거부하고 보다 광범위한 용어를 사용하였다. 이러한 연방의회의 선택은 헌법 수정 제14조가 인종고려적 정책에 대한 전면금지를 부과한 것은 아님을 분명히 보여준다.

연방의회는 헌법 수정 제14조를 통과시킴과 동시에, 그 평등의 약속을 이행하기 위한 몇 가지 인종고려적 법률들도 제정하였다. 이는 평등보호조항의 목적을 달성하기 위해 인종을 고려할 수 있음을 분명히 보여준다. ‘해방노예국법’은 그러한 법률들 중 하나였다. 해방노예국은 HBCUs(Historically Black Colleges and Universities, 유서 깊은 흑인대학들)²¹⁵⁾를 설립하도록 땅과 기금을 제공하기도 하였다. 해방노예국법의 입법과정과 배경은 이 법률이 흑인들에게 혜택을 주기 위해 만들어진 것임을 밝혀준다. Andrew Johnson 대통령은 이 법의 법률안이 올라왔을 때 특정 시민 계층에게만 혜택을 준다는 이유로 거부권을 행사하였지만 연방의회는 이를 뒤집었다(override). 이렇듯 헌법 수정 제14조를 통과시켰던 바로 그 연방의회는 인종불문성의 개념이 교육에 있어서의 불평등을 치유하기에 충분하다고 보지 않았다.

215) HBCUs는 역사적으로 오래된 흑인 대학이라는 뜻으로, 그 역사는 남북전쟁 이전으로 거슬러 올라간다. 남북전쟁 이후 해방된 흑인들의 고등교육을 위해 여러 대학들이 설립되었고, 1965년 고등교육법이 흑인 고등교육기관에 대한 연방정부기금의 지원을 법제화하며 HBCU라는 용어가 처음으로 공식적으로 사용되었으며, 1964년 이전에 설립된 101곳의 흑인대학이 HBCU로 인증 받았다.

또한 연방의회는 헌법 수정 제14조와 같은 시기에 블랙코드들을 근절하기 위해 1866년 민권법을 통과시켰다. 민권법 제1조는 어떤 인종과 피부색의 사람이든 백인 시민들이 누리는 것과 동일한 권리를 갖는다고 명시적으로 규정하였다. Andrew Johnson 대통령은 흑인들에게 특별대우를 한다는 이유로 이 법률안을 거부하였지만 연방의회는 대통령의 거부권을 뒤집었다.

이러한 역사를 보건대 인종고려적 대학 입학이 위헌이라는 것은 있을 수 없는 일이다.²¹⁶⁾

(2) Plessy 판결 및 Brown 판결

연방대법원은 재건국 수정조항들과 민권법들의 실질적인 보호를 뚜렷이 축소시키는 일련의 판결들을 내렸다. 대표적으로 Plessy 판결에서 연방대법원은 수치스러운 분리평등의 원칙을 내놓았다. Plessy 판결의 반대의견에서 Harlan 대법관은 법률의 견지에서 우월적, 우세적, 지배적인 어떠한 시민계층도 없다고 실시하며 우리 헌법은 피부색을 보지 않는다고 선언하였다.

연방대법원은 Brown 판결에서 평등보호조항의 평등 보장과 Harlan 대법관의 이상을 지켰다. 연방대법원은 Plessy 판결을 파기하며 미국 사회에서 교육의 중요성을 강조하였다. 연방대법원은 인종분리정책이 - 흑인 아이들이 오직 그들의 피부색 때문에 열등한 교육의 기회를 받게 되는 - 계급제도를 영속시킬 것이라고 인정하였다. 그리고 교육은 좋은 시민의식의 근간이 되므로 공공 교육에서의 인종분리정책은 더 넓게는 우리의 민주적 사회에 해악을 끼친다고 언급하였다.²¹⁷⁾ 소수인종과 미국의 민주주의에 대한 견고한 인종적 지배의 악영향에 비추어, Brown 판결은 모두가 평등하게 교육을 이용할 수 있는 인종통합적 학교 제도의 헌법적 필요성을 인정하였다.²¹⁸⁾

Brown 판결 이후 일련의 인종분리철폐 판결들은 Brown 판결의 최종 목적이, 형식주의적 인종불문의 원칙을 적용하는 것이 아니라, 인종적 기회의 평등을 보장하는 통합적 학교 제도를 달성하는 것임을 확인하였다. 예를 들어 Green v. School Bd. of New Kent Cty (1968)²¹⁹⁾ 판결은 사실상의 인종분리정책이 지속될 때는 수동적으로 인종 구분을 제거하는 것으로는 불충분하며, 단순히 형식적인 중립성만으로 Brown

216) Bakke, 438 U. S., at 398 (opinion of Marshall, J.).

217) Brown, 347 U. S., at 493.

218) Ibid.

219) Green v. School Bd. of New Kent Cty., 391 U. S. 430 (1968).

판결의 인종적 평등의 약속을 달성할 수 없을 때에는 적극적인 조치들이 헌법상 필요하다 판시하였다.²²⁰⁾

법정의견은 인종불문 이론을 펼치기 위해 *Brown* 판결의 당사자들이 내세웠다가 이미 거부된 주장을 반영하고, *Plessy* 판결의 반대의견을 왜곡하였다. 대법관이 되기 전에 *Brown* 판결에서 변호인으로서 소송을 이끌었던 *Marshall* 대법관은 *Brown* 판결을 잘 이해하는 대법관이었다. 그는 *Bakke* 판결이 헌법 수정 제14조의 치유적 목적과 사회의 인종불평등의 유산을 고려하여 인종고려적 대학 입학 전형에 더욱더 보호적이어야 했다고 보았다.²²¹⁾

(3) *Bakke* 판결 및 그 후 일련의 판결들

연방대법원은 *Bakke* 판결과 그 이후의 일련의 유사한 판결들에서 인종이 지원자의 서류에 담긴 여러 가지 중 한 요소이고 각각의 지원자들이 전인평가의 일부로서 개별적인 심사를 받는 한, 제한적인 인종고려적 대학 입학은 합헌이라고 지속적으로 판단해 왔다.

Bakke 판결은 다양한 학생 구성을 갖추는 것은 고등교육기관에 긴절하고 헌법상 허용되는 목표라고 실시하였다. *Grutter* 판결은 *Bakke* 판결을 지지하며 학생 구성의 다양성은 대학 입학에서 인종요소의 사용을 정당화할 수 있는 긴절한 주의 이익이라고 판단하였고, 이러한 이익을 달성하기 위해 인종은 면밀하게 재단된 방식으로 사용될 수 있다고 밝혔다.²²²⁾ *Gratz* (2003)²²³⁾ 판결은 ‘식별된 차별을 치유하기 위해서만 대학 입학에서 인종이 고려될 수 있고, 다양성은 너무 무제한적이고 막연하고 불명확하여 긴절한 이익이 될 수 없다’는 주장을 거부하였다.²²⁴⁾ *Fisher I* 판결은 다양성의 교육적 혜택을 얻기 위한, 면밀하게 재단된 인종요소의 사용은 헌법 수정 제14조에 부합한다고 보았으며,²²⁵⁾ *Fisher II* 판결도 마찬가지였다.²²⁶⁾

220) *Green*, 391 U. S., at 440 - 442. 그 외에도 *North Carolina Bd. of Ed. v. Swann*, 402 U. S. 43, 45 - 46 (1971); *Dayton Bd. of Ed. v. Brinkman*, 443 U. S. 526, 538 (1979); *Keyes v. School Dist. No. 1, Denver*, 413 U. S. 189, 200 (1973).

221) *Bakke*, 438 U. S., at 396 - 402.

222) *Grutter*, 539 U. S., at 325, 333 - 344.

223) *Gratz v. Bollinger*, 539 U. S. 244 (2003).

224) *Gratz*, 539 U. S. 244, 268.

225) *Fisher I*, 570 U. S., at 314, 337.

226) *Fisher II*, 579 U. S., at 380 - 388.

연방대법원은 선례들에서 다양한 학생 구성의 달성을 긴절한 이익으로 인정하였다. 인종적으로 통합된 학교들은 폭넓게 다양한 사람들, 문화, 생각, 관점에의 노출을 통해 인종 간의 이해를 향상시키고, 인종적 고정관념을 부수며, 학생들이 오늘날 점점 더 세계화되는 시장에서 필요한 재능을 얻을 수 있게 하기 때문이다.

다양한 학생 구성의 긴절한 이익은 연방대법원의 평등보호 법리에만 근거한 것이 아니라 오랫동안 헌법 수정 제1조²²⁷⁾의 특별한 관심사로 여겨져 온 학문의 자유의 원칙에도 근거하고 있다.

즉 40년이 넘도록 ‘평등보호조항은 다양한 학생 구성에서 나오는 교육적 혜택을 위해 대학 입학에서 인종요소를 한정적으로 사용하는 것을 허용한다’는 것이 연방대법원의 확립된 법리였다. *Brown* 판결에서 *Fisher* 판결에 이르기까지 연방대법원의 선례들은 인종적으로 분리된 사회에서 교육의 기회를 평등하게 만들고자 하였고, 헌법 수정 제14조가 그린 이상적인 미국 - 인종통합적 학교가 모든 인종의 학생들에게 평등한 법의 보호를 보장하는 곳 - 을 도모하고자 하였다.

(4) 인종 불평등의 현상 및 두 대학의 인종차별의 역사

다수의견은 인종적 불평등은 다른 세대의 문제라는 착각에 기반하고 있다. 사회는 여전히 매우 분리되어 있다. 미국 연방법무부는 법률상의 인종분리정책의 잔해가 제거되지 못한 학교에 대하여 인종분리철폐 명령을 시행하고 있다. 미달대표된 소수인종 학생들은 더 빈곤한 환경에서 살고, 고도로 집중된 빈곤 속에서 학교에 다니는 경향이 높다. 주거지 분화(residential segregation)와 지방 재산세 과세에 과도하게 의존하는 학교 기금은 소수인종 학생들이 더 적은 자원을 가진 학교에 다니게 하는 결과를 낳는다. 미달대표된 소수인종들은 자격이 떨어지는 교사들, 덜 도전적인 교과과정, 하향평준화된 시험점수, 적은 과외활동으로 이루어진 학교에 다닐 가능성이 더 크다. 따라서 인종 간 학력차이가 나는 것은, 소득 격차를 감안하더라도, 놀라운 일이 아니다.

특히 흑인 학생들은 불균형적으로 징계와 정학을 받고 있다. 기회의 격차는 미달대표된 배경의 학생들이 대학에 지원하는 것을 감소시키는 결과를 낳고, 특히 엘리

227) 미국 헌법 수정 제1조

연방의회는 국교를 수립하거나 또는 자유로운 신앙 행위를 금지하는 법률을 제정할 수 없다. 또한 언론·출판의 자유나 평화로이 집회할 수 있는 개인의 권리 및 고충의 구제를 위하여 정부에 청원할 수 있는 권리를 제한하는 법률을 제정할 수 없다.

트 대학들에 대한 지원은 더 그러하다. 인종적 불평등의 사이클을 깨는 데 있어 교육의 핵심적인 역할을 고려하면, 이러한 구조적 장애물은 유색인종 공동체가 받는 다른 여러 형태의 불평등을 더 강화시킨다.

노스캐롤라이나대와 하버드대는 인종적 배제의 추악한 과거유산을 갖고 있다. 인종 고려적 대학 입학 전형을 검토할 때에는 그 맥락이 중요하기 때문에²²⁸⁾ 이러한 현실은 피상고인들의 현재 입학 정책과 그들의 다양성 목표의 긴급한 필요성을 알려준다.

노스캐롤라이나대는 오랫동안 백인 우월주의의 요새였다. 대학의 지도자에는 노예주와 백인 우월주의자들이 포함되었다. 대학은 교직원과 학생 구성에서 모든 유색인종을 배제하였고, 노예제를 미화하였으며, 자체적인 짐 크로우 규제들을 시행하였다. 그리고 Brown 판결 이후에도 인종통합에 저항하여 1955년 법원의 명령으로 강제로 통합이 이루어졌다. 1963년에야 첫 흑인 여성이 입학하였고, 그 때까지도 오직 소수의 소수인종 학생들만이 입학하였으며, 그 학생들은 지속적인 괴롭힘과 모욕과 소외를 겪어야 했다. 노스캐롤라이나대의 교직원들은 족히 1980년대까지 인종적 통합에 반대하였다.

하버드대는 그 설립부터 노예제와 인종적 지배가 대학의 기금, 지적 생산, 캠퍼스 생활의 불가결한 일부였다. 하버드대와 그 기부자들은 노예 매매, 노예 노동, 노예제와 관련된 투자에 광범위하게 재정적으로 연결되어 있었고, 그로부터 수익을 얻었다. 인종적 배제와 차별은 계속하여 20세기까지 캠퍼스 생활의 일부로 이어졌다. 하버드대의 지도자와 주요 교수들은 공공연하게 인종우생학 등 인종서열에 뿌리를 둔 이론을 장려하였다. 오늘날에도 노예제 및 백인 우월주의와 관계된 후원자들은 여전히 캠퍼스 곳곳에서 동상, 건물, 교수직, 학생주택 등을 통해 기념되고 있다.

이 대학들은 인종이 언제나 문제였고 계속하여 문제가 되고 있는 현실을 인정하여 다양성과 포용의 목표를 세웠다. 이들의 정책은 평등보호와 연방대법원의 확립된 판례법에 따라 미달대표된 소수인종의 입학에 목표로 제한적인 방식으로 인종요소를 사용하고 있다.

나. 두 대학 입학 전형의 면밀한 재단

오늘 법정의견의 우려되는 부분은 선례구속의 원칙이 요구하는 특별한 입증을 시도조차 하지 않았다는 것이다.

²²⁸⁾ Grutter, 539 U. S., at 327.

피상고인들의 정책이 엄격심사를 통과하는지에 대해 대답하는 것은 복잡하지 않은 일이다. 인종요소를 사용하는 것은 실행 가능하고 사용 가능한 인종중립적 방식이 존재하지 않는 한, 즉 용인할 수 있는 비용으로 다양성의 목표를 촉진할 수 있는 인종중립적 대안이 없는 한, 면밀하게 재단된 것이라고 할 수 있다.²²⁹⁾ 면밀한 재단이 완벽한 재단을 뜻하는 것은 아니다. 선례는 면밀한 재단이 가능한 모든 인종중립적 대안을 소진할 것을 의미하지는 않는다고 분명히 밝힌 바 있다.²³⁰⁾ 또한 대학이 학생 구성의 다양성과 학문적 평판 사이에서 양자택일할 것을 요구하는 것도 아니라고 하였다.²³¹⁾

연방지방법원은 노스캐롤라이나대 사건의 제1심에서 상고인이 제안한 인종중립적 대안이 기준에 맞지 않는다고 판단하였다. 방법론적으로 흠이 있기 때문이었다. 상고인은 자신이 사용한 후보자 집단 중 모든 최상위 학생들이 지원하고 합격하고 등록할 것이라고 비현실적으로 가정하였다. 그들의 제안들 중 일부는 노스캐롤라이나대가 대학 입학에서 전인적 접근법을 포기하도록 강요하였다. 그리고 그 외의 제안들은 고등교육에서 - 전례 없음은 말할 것도 없고 - 대체로 비현실적인 것이었다.

하버드대는 연방대법원의 선례에 따라 인종을 전인평가의 일부 요소로 사용하고, 다양성의 모든 유형들(예를 들어 지리적 요소, 사회경제적 지위, 민족성과 인종)을 평가하는 것이지 배타적으로 인종만을 고려하지는 않으며, 인종을 이유로 지원자에게 어떤 고정된 점수를 주지 않는다. 하버드대가 합격에 유리한 ‘가점요인’을 고려하는 것은 여러 단계의 경쟁적인 검토를 거친 후에야 비로소 고려하는 것이다.

그리고 하버드대는 다양성의 목표를 인종 쿼터제로 구체화하지도 않았다. 상고인은 자신의 ‘인종균형정책’ 주장을 뒷받침할 전문가의 증언도 제공하지 않았다. 데이터에 따르면 전체 하버드대 ‘합격자’의 인종 구성은 그에 상응하는 하버드대 전체 ‘지원자’의 인종 구성보다 더 크게 변동하였다. 이는 만일 하버드대가 쿼터제를 적용하였다면 나타났을 결과와는 정반대의 결과이다. 법정의견이 잘라내 살펴본 기간인 2009~2018년만 보아도 그 양상은 동일하다. 해당 기간 동안 전체 하버드대 ‘합격자’들의 인종구성은 거의 변하지 않았는데, 이는 이 기간 동안 하버드대 ‘지원자’들의 인종구성도 거의 변하지 않았던 것을 반영한다. 따라서 데이터를 바르게 이해한다면

229) *Wygant v. Jackson Bd. of Ed.*, 476 U. S. 267, 280, n. 6 (1986) (plurality opinion).

230) *Grutter*, 539 U. S., at 339.

231) *Ibid.*

하버드대가 쿼터제를 사용하거나 인종균형정책을 이용하지 않았음을 알 수 있다.

다. Bakke, Grutter, Fisher 판결 파기의 부당성

법정의견이 주장한 내용들은 모두 오늘 파기된 선례들의 반대의견에서 찾아볼 수 있다. 패배한 주장은 판결을 파기하기 위한 근거가 될 수 없다. 그러한 주장의 지지자들이 이제는 연방대법원의 다수가 되어 해묵은 싸움을 새로이 하려고 돌아오는 경우, 이는 선례에 대한 거리낌 없는 경시를 노출시킨다. 이는 근본적인 원칙들이 법률이 아니라 연방대법관들의 성향에 기반하고 있다는 국민들의 의심을 조성시키고, 우리 정부의 헌법 제도의 통합을 저하시킨다. 그 유해성은 이 사건처럼 대표성과 제도적 정당성에 관한 사건에서보다 더 큰 경우는 없다.

법정의견은 어떠한 근거도 제시하지 않았고 그럴 수도 없었다. 어디에도 Bakke, Grutter, Fisher 판결을 파기할 근거가 없다. 연방대법원 선례들은 제대로 판단하였고, 오늘 법정의견은 실행 불가능하며 심각한 평등보호의 문제들을 만들어내고, 중요한 신뢰이익이 피상고인들을 지지하며, 연방대법원의 무모한 행로를 뒷받침하는 아무런 법적 또는 사실적 변화도 없다.

실지로는 오늘 법정의견을 낸 여섯 명의 비선출 대법관들은 미국에서 인종이 어떠한 한다는 - 그러나 실제로는 그렇지 않은 - 데 대한 정책선호(policy preferences)를 근거로, 그리고 사실상·법률상 인종이 언제나 문제되어 왔고 계속하여 문제되고 있는 이 사회에서 인종불문성의 걸치레를 향한 그들의 선호를 근거로 현상황을 뒤집었다.

(1) 대학 입학에서 인종요소의 제한적 사용의 합헌성

(가) 헌법 수정 제14조의 법문과 역사는 평등보호조항이 인종고려적 수단을 허용함을 분명히 보여준다. 그러한 관점에 따라 연방대법원은 인종기반적 조치가 가끔은 헌법적 통제 내에 있다고 명시적으로 판단하였다. 이에 연방대법원은 다양한 맥락에서 인종요소의 사용을 옹호해왔다. 그 동안 연방대법원은, 오늘 법정의견의 판결과 뚜렷하게 반대로, 인종요소의 사용이 소수인종에 부담을 주는 경우에는 그 사용을 허용해왔다(예를 들어, 국경순찰요원의 교통정지에 인종요소 사용).²³²⁾ 오늘의 법정의견은 개별적인 혐의를 평가함에 있어서는 피부색을 염두에 둘 수 있지만, 다양

232) United States v. Brignoni-Ponce, 422 U. S. 873 (1975).

한 학습환경에 대한 개별적인 기여를 평가함에 있어서는 피부색을 염두에 둘 수 없다는 이야기가 된다. 그러한 헌법해석은 법에 기초한 것이 아니며 헌법 수정 제14조의 평등보호의 보장을 뒤엎는 것이다.

(나) 법정의견은 일부 대학 입학 전형에서는 한정된 인종요소의 사용이 헌법상 허용된다고 인정하였다. 법정의견은 각주로 군사관학교의 경우 잠재적인 특유의 이익을 고려하여 법정의견의 결정에서 면제된다고 밝혔다.²³³⁾ 그러한 별도취급은 법정의견의 자의성을 부각시킬 따름이고 헌법 수정 제14조가 대학 입학에서 인종요소의 사용을 전면적으로 금지한 것은 아니라는 사실을 밝혀줄 뿐이다. 보충의견들도 헌법이 일부 인종적 구분의 경우에는 이를 용인한다고 인정하였다.

결국 연방대법원은 ‘인종불문성’을 이야기하면서 정말로 그렇지는 않다. 대신 연방대법원의 실제 해석은 헌법은 *때때로(sometimes)* 인종불문적이며, 그 때는 연방대법원이 그렇다고 선택한 때라는 것이다. 그러한 선택에는 연방대법원 자신의 가치 판단이 깔려 있다.

연방대법원은 자신의 선택에 대한 책임을 회피하고자 독특한 측정 가능성 요건을 만들어냈다. 그러나 연방대법원의 어느 선례도 긴절한 이익이 어떤 정확한 한계 수준을 충족해야 한다고 요구한 적이 없다. 실제로 연방대법원은 비슷하게 혹은 더 무정형적인 수많은 이익을 충분히 긴절하다고 인정해 왔다.²³⁴⁾

(2) 대학 입학에서의 인종요소 사용의 유효성

(가) 피상고인들의 전인평가 정책은 연방대법원 선례들에 부합되게 인종을 매우 제한적인 방식으로만 고려하고 있다. 인종은 훨씬 더 큰 입학 퍼즐의 작은 한 조각일 뿐이고 대부분의 조각들은 미달대표된 소수인종에 불리하다. 이 제도는 피상고인들이 많은 측면에서 다양한 학생 집단을 구성할 수 있도록 해준다. 피상고인들의 정책은 다양한 고유의 특성을 가진 학생들을 선발할 수 있게 해준다. 그러한 다면적 제도는 모든 학생들에게 혜택을 준다. 실제로 미달대표되지 않은 인종 집단은 그러한 제도로부터 불균형하게 혜택을 받는 경향이 있다. 예를 들어, 하버드대의 전인평가는

233) 각주 84 참고.

234) *Williams-Yulee v. Florida Bar*, 575 U. S. 433, 447, 454 (2015) (ROBERTS, C. J., for the Court); *Ramirez v. Collier*, 595 U. S. ___, ___ (2022) (ROBERTS, C. J., for the Court) (slip op., at 18); *United States v. Alvarez*, 567 U. S. 709, 725 (2012) (plurality opinion); *Sable Communications of Cal., Inc. v. FCC*, 492 U. S. 115, 126 (1989).

‘ALDC(Athletes, Legacy applicants, applicants on the Dean’s Interest List, and Children of faculty or staff)’로 불리는 체육특기자, 레거시 지원자, 학장관심목록에 기한 지원자(주로 기부자의 친척), 교직원 자녀 지원자에게 점수를 주며 이는 대부분 백인들이다.

유지원부터 고등학교 교육까지의 견고한 인종적 불평등에서 기인한 학력차 때문에 등급과 표준시험 점수에 큰 무게를 두는 것은 미달대표된 소수인종에 불균형적으로 불리하다.

법정의견은 여러 요소 중 인종만을 추려냄으로써 인종이 자신의 정체성에 중요한 요소인 소수인종들에게 특별한 부담을 부과하고 있다. 전인적 입학은 모든 사람에 대한 진정으로 개별화된 심사를 요한다. 그럼에도 인종적 고려를 금지함으로써 인종 불문의 원칙은 인종적으로 스스로를 규정하는 사람들을 부정하고 인종적 정체성을 다른 모든 형태의 사회적 정체성 중에 열등한 것으로 대우하고 있다.

아울러 연방대법원이 학생의 인종적 자기정체성 논의를 용기, 리더십, 고유의 능력, 결의와 같은 개인적인 자질과 결부시켜야 한다고 요구한 것은 피상고인들이 오직 인종에 근거해서만 우대한다는 잘못된 서술을 영구화하기 위한 것일 뿐이다. 연방대법원 선례들은 이미 대학들이 인종을 전인적으로, 제한적인 방식으로, 그리고 개별화되고 탄력적인 평가 방식으로 고려하도록 요구하였다.²³⁵⁾

젊은 사람들의 경험은 인종이 중요한 문제인 사회 구조의 그늘 안에 있으며, 이와 같은 기본적인 진실을 인정하는 것은 고정관념이 아니다. 인종적 다양성의 기여는 실제로 고정관념화에 기여한다. 캠퍼스 내에 미달대표되는 소수인종 학생들이 증가하는 경우, 인종적 고정관념은 힘을 잃을 것이다. 다양성은 학생들에게 소수인종 학생들 사이에도 다양한 관점이 있다는 것을 배울 수 있게 해주기 때문이다.

(나) 연방대법원은 대학 입학에서 인종요소를 사용하는 것은 피상고인들의 목표가 충분히 측정 가능하거나 집중적이거나 구체적이거나 일관성 있는 것이 아니기 때문에 실행 불가능하다고 주장하였다. 얼마나 더 정확성이 요구되는 것인지, 어떻게 대학이 연방대법원의 측정 가능성 요건을 충족할 수 있는지 법정의견은 아무런 언급이 없다. 법정의견은 대학 캠퍼스에서 인종적 다양성을 고취시키는 실행 가능한 틀을 만드는 데에는 관심이 없다. 대신 연방대법원은 그 요건이 모든 인종고려적 정책을 막기 위해 만들어진 것임을 선언하고 있다. 어떤 상향된 수준의 정확성이든, 대학

235) Grutter, 539 U. S., at 334.

은 그들의 인종고려적 입학 정책을 특정한 퍼센티지나 구체적인 숫자를 염두에 두고 운용해서는 안 된다는 연방대법원의 경고를 위반할 위험을 갖는다. 법정의견은 인종고려적 정책은 반드시 정확하게 측정되어야 한다고 하면서 동시에 정확하게 측정되어서는 안 된다고 하는 법적 틀을 만들어내고 있다.

(다) 또한 법정의견은 피상고인들의 인종고려적 전형이 부정확하고 불분명하고 자의적인 인종 항목을 사용하여 위헌이라고 판단하였다. 그러나 연방대법원이 문제 삼은 인종 항목은 연방정부 전역에 걸쳐 사용되는 것과 유사하다. 인종적 자기정체성에 대한 연방대법원의 혼돈에도 불구하고 학생이나 대학 누구도 혼돈하지 않고 있다. 피상고인들이 사용하는 인종 항목이 실행 불가능하다는 증거는 어디에도 없다.

(라) 법정의견은 *Grutter* 판결에서 마음에 드는 문구만을 골라 피상고인들의 인종고려적 입학 전형은 구체적인 만료일이 없기 때문에 위헌이라고 판단하였다. 이 새로운 기간 요건 역시 법률이나 사실이나 상식에 기반한 것이 아니다. *Grutter* 판결은 단순히 인종우대가 미래에는 더 이상 필요 없을 것이라는 일반적인 기대를 나타낸 것에 불과하다. 연방대법원은 정해진 만료일을 부과하기보다는 대학들에 인종고려적 입학 전형이 여전히 필요한지를 정기적으로 검토할 의무를 주었다. *Grutter* 판결은 일몰규정, 정기적 검토, 인종중립적 대안 실험을 예시로 들었다. 이것이 연방대법원이 그동안 *Grutter* 판결을 해석해 온 방식이었다. 대학들이 정기적 검토를 하도록 하여 인종의 사용이 현실적으로 가능한 한 빨리 끝나도록 하였던 *Grutter* 판결의 요건은 인종이 이를 사용함으로써 얻어지는 이익이 요구하는 것보다 넓게 사용되지 않도록 할 필요가 있었다는 점에서 충분히 근거 있는 것이었다. 인종적 불평등이 예측 가능한 시간에 끝날 것이라는 환상에 기대 시간상의 요건은 비논리적이고 실현 불가능한 것이다. 연방대법원의 선례들이 법정의견의 엄격한 테드라인을 부과하지 않았던 데에는 타당한 이유가 있다. 대학은 미래를 예측할 수 없다는 것이다. 인종에 대한 고려가 불필요해지는 날을 추측하는 것은 잘해봐야 자의적인 일이고 나쁘게 말하면 경솔한 일이다.

법정의견은 피상고인이 숫자에 주목하는 것은 위헌적인 인종균형정책이 된다고 판결하였다. 그러나 숫자에 대한 어떤 주목은 필요하고 허용된다고 하였다.²³⁶⁾ 피상고인들은 연방대법원 선례가 요구한대로 지속적으로 검토를 수행하고 있다. 이 대학들

236) *Grutter*, 539 U. S., at 336.

은 그들의 데이터를 이용하여 입학 전형의 공정성을 심사한다. 연방대법원은 입학 전형의 성공 여부를 평가할 수 있는 대학들의 능력을 제거함으로써 대학의 다양성 목표를 달성할 능력을 막고 있다.

(마) Thomas 대법관의 주장과는 반대로, 많은 사회과학자들은 엘리트 교육기관이 학생들의 결과에 미치는 영향을 연구하여, 보다 선별적인 학교에 다니는 것이 미달대표된 소수인종 학생들의 더 높은 졸업비율 및 더 높은 소득과 연관됨을 밝혀냈다.

Thomas 대법관은 고등교육에서의 적극적 우대조치와 인종분리정책을 동일시하면서 - 대학 입학에서의 인종우대가 흑인과 라틴 학생들에게 열등의 낙인을 찍는다고 주장하며 - 인종분리정책의 유해성을 폄하하고 Brown 판결의 개혁적 유산을 위반하였다. 학교에서의 인종분리정책은 흑인 학생들에게 공동체에서의 그들 지위의 열등성을 보여줌으로써, 그리고 인종적으로 통합된 학교제도에서는 받았을 혜택의 일부를 박탈함으로써 악영향을 미쳤다. 뚜렷한 대조로, 인종고려적 대학 입학은 고등교육이 재능 있고 자격 있는 모든 인종의 사람들에게 뚜렷하게 열려있고 포용적하도록 보장해준다.

Thomas 대법관이 인종고려적 대학 입학 전형은 아시아계 미국인 학생들을 차별한다고 했던 것과는 반대로, 기록에 따르면 일부 아시아계 미국인 지원자들은 실제로 하버드대의 인종요소 사용으로 혜택을 받았고, 인종고려의 제거는 적어도 일부 아시아계 미국인 지원자들에게는 현격히 불리하게 작용할 것이라고 한다. 하버드대를 비롯하여 인종고려적 입학 정책을 갖고 있는 대학에서 아시아계 미국인의 합격비율은 수십 년 간 꾸준히 증가해왔다. 반대로 주법에 따라 인종을 고려하지 못하게 금지된 엘리트 대학들에서는 아시아계 미국인의 등록이 줄어들었다.

(3) 선례구속의 원칙에 대한 비존중

연방대법원은 연방대법원 선례가 만들어 온 중요한 신뢰이익을 인정조차 하지 않았다. 이러한 신뢰이익들은 선례구속의 원칙을 옹호하는 추가적인 힘을 공급한다. 다양한 배경의 학생들은 인종고려적 정책을 갖고 있는 대학들이 다양하고 문화교차적인 경험을 제공할 것이라고 안정적으로 기대한다. 피상고인들과 인종고려적 전형을 갖고 있는 다른 대학들은 구체적인 신뢰이익을 갖고 있다. 그들은 연방대법원 선례에 부합하려는 노력으로 상당한 자원을 사용했기 때문이다.

라. 법정의견이 가져올 악영향

기회를 조직적으로 분리하는 사회에서 피상적인 인종불문성은 시계바늘을 거꾸로 돌려 이미 달성하였던 느리지만 중대한 진보를 원상태로 돌려놓으며 미달대표된 소수인종 학생들이 미국 대학에 등록하는 비율을 급격히 떨어뜨릴 것이다. 예를 들어, 1996년 캘리포니아가 주헌법을 개정하여 인종고려적 대학 입학 금지 후, 캘리포니아 공립대학에서 미달대표된 소수인종의 신입생 등록은 가파르게 떨어졌다.

사회의 거의 모든 분야에서 온 많은 법정조언자들은 인종고려적 대학 입학이 없으면 중요 직종에 인종적으로 다양한 졸업생들을 공급하는 경로(pipeline)도 줄어들 것이라고 동의하였다. 미국 정부는 국가의 군사력과 준비태세는 잘 훈련되고 인종적으로 다양한 장교들을 공급하는 경로에 달려 있다고 설명하였다. 이는 군사관학교만이 아니라 학군군간부후보생(ROTC) 프로그램을 진행하고 장교가 될 학생들을 교육하는 하버드대를 비롯한 민간 대학들에게도 적용된다.

실제로 역사는 인종적 다양성이 국가안보상 긴요함을 가르치고 있다. 예를 들어 베트남 전쟁 당시, 인종적 다양성의 부재는 소수인종이 백인 군 지도자들을 위한 총알받이라는 관념을 부추기며 미군의 통합과 임무수행을 위협하였다. 법정의견은 군대에서의 다양성의 긴절한 필요와 위태로운 국가안보상의 영향을 인정하였지만, 어찌되었든 그러한 이익에 관련된 민간 대학에서의 인종고려적 대학 입학은 종료시켰다.

법정의견은 인종고려적 대학 입학 종료를 시킴으로써 선례들이 모든 인종의 젊은 학생들에게 열고자 하였던 기회의 문을 닫아버리고 있다. 본질적으로, 법정의견은 불평등에 대한 무관심을 촉진시키고 인종의 현실을 무시하는 피상적인 중립성을 위해 분리정책을 악화시키고 국가 기관들의 포용력을 약화시킨다.

다양한 인종으로 구성된 학교에서의 진정한 교육기회의 평등은 우리 민주사회 구조의 핵심적인 부분이다. Brown 판결은 분리정책의 영향이 지속되는 국가에서 수동적인 인종적 중립은 헌법상의 인종평등의 보장을 달성하기에는 부적절하다고 인정하였다.

오늘 연방대법원은 수십 년의 선례를 뒤집고 국가에 피상적인 인종불문의 원칙을 강요하였다. 법정의견의 인종적 중립의 이상은 고등교육에서의 인종분리를 더욱 견고하게 만들 것이다. 인종적 불평등은 그것이 무시되는 한 지속될 것이기 때문이다.

그러나 연방대법원의 결정에도 불구하고 평등을 향한 사회의 진전이 영구히 멈출

수는 없다. 인종적 다양성의 추구는 계속 이어질 것이다. 비록 연방대법원이 대학 입학에서의 인종요소의 사용을 거의 모두 제거해버렸지만, 대학들은 교육에서의 다양성을 향한 사회의 요구를 충족시킬 가능한 모든 방법들을 계속하여 사용할 수 있고 사용해야 한다. 이전에 미국 민주주의 역사가 그러했듯이, 오늘 그 진전을 지연시키려는 연방대법원의 노력에도 불구하고, ‘도덕적 세계의 활궁’은 결국 인종적 정의를 향해 휘는 것이다.²³⁷⁾

6. Jackson 대법관의 반대의견(3인 의견)²³⁸⁾

미국 시민의 건강, 부, 웰빙에는 인종에 기한 큰 차이가 존재한다. 이러한 차이는 먼 과거에 만들어졌지만 세대를 걸쳐 오늘날까지 이어져오고 있음에 반박의 여지가 없다. 나는 Sotomayor 대법관의 의견에 조건 없이 합류하며, 고등교육 입학에서의 인종적 다양성을 위해 인종을 고려하는 것이 가져오는 보편적인 혜택에 대해 자세히 설명하기 위해 별도로 의견을 작성한다.

가. 지속적인 인종 격차의 근원

(1) 흑인들의 부의 축적을 막아온 미국의 역사

노스캐롤라이나 주에서 온 존과 제임스라는 두 명의 대학 지원자들을 가정해 보자. 두 지원자의 가족은 모두 그 뿌리가 노스캐롤라이나대가 설립된 1789년까지 거슬러 올라간다고 하자. 그러나 존은 노스캐롤라이나대 졸업생의 7대손인 백인이고, 제임스는 가족 중 처음으로 노스캐롤라이나대에 입학하는 흑인이다. 이 지원자들의 인종이 노스캐롤라이나대의 전인적 능력기반적(holistic merits-based) 입학 과정에서 적절하게 역할을 할 것인가?

노예제와 우리 건국 원칙의 불협화음을 해결할 때가 되었을 때 11개 주들은 노예제를 선택하였다. Frederick Douglass²³⁹⁾는 연방군의 생존이 위태로울 때 국가가 믿을 수 있는 거의 유일한 친구는 남부의 흑인들이었으며, 그들의 도움이 없었다면 반란

237) Martin Luther King “Our God is Marching On!” Speech (Mar. 25, 1965). 마틴 루터 킹 목사의 연설 중 일부인 “도덕적 세계의 활궁은 길지만 결국 정의를 향해 휘다(The arc of the moral universe is long, but it bends towards justice)”라는 문장은 인용한 것이다.

238) No. 21-707 사건에 한하여 Jackson, Sotomayor, Kagan 대법관의 의견.

239) 프레더릭 더글러스(Frederick Douglass)(1817-1895)는 미국의 노예해방론자이자 웅변가이다. 미국 정부 고위직에 임명된 최초의 흑인이기도 하다.

군들은 연방군을 무너뜨리는 데 성공하였을지도 모른다고 언급하였다. 전쟁 후, 우리 헌법과 사회를 변화시킨 재건국 수정조항들과 관련 입법을 통해 Dred Scott 판결은 부인되었다.

그러나 Civil Rights Cases (1883)²⁴⁰ 판결에서 연방대법원의 전임자들은 1875년 민권법을 통해 재건국 수정조항을 이행하려는 연방의회의 시도를 무력화하였다. 연방대법원은 구체적인 영향을 미쳤다. 흑인 노예들은 큰 재산을 형성하였으나 노예주만을 위한 것일 뿐이었다. 노예에서 해방된 자유민들은 자신의 노동력을 통제하고 스스로의 재정적 안정을 형성하고자 하였으나, 남부 백인들은 종종 흑인들에게 땅을 팔기를 거부하였고, 가끔은 주들이 그러한 매매를 금지하는 법률을 통과시키기도 했다. 재산을 형성할 수 없었던 흑인들은 소작농 역할을 할 수밖에 없었다. 소작농은 법과 사인(私人)들이 흑인들의 번영과 진전을 막기 위해 만든 인종관련적 장애물의 한 예에 불과하다.

이에 짐 크로우 - 블랙코드를 대신하는, 다른 무엇보다, 포괄적인 경제적 착취 제도 - 가 등장하여 노예제의 형태를 바꾸었다. 연방정부가 서부 개척자들에게 땅을 수여하며 보다 안정적인 미래와 상승의 기회를 주었을 때, 흑인들을 그러한 혜택을 받을 가능성이 희박했다.

이러한 장벽에도 불구하고 흑인들은 포기하지 않았다. 흑인대이동(Great Migration)²⁴¹은 제1차 세계대전 기간과 그 이후로 가속화되었다. 미국 도시들은 인종배타적 구역을 만드는 것으로 대응하였고, 은행은 흑인들에게 대출을 해주려고 하지 않았다. 이러한 흑인들의 상황에서, 대공황²⁴²이 왔을 때 인종에 기반한 부, 건강, 기회의 차이가 규범이 된 것은 놀라운 일이 아니다.

정부정책은 이러한 불평등을 악화시켰다. 1930~1960년, 교외 주택지역이 조성되던 기간 동안, 미국 전체 담보대출의 1% 미만만이 흑인들에게 제공되었다. 미국 역사에서 흑인들은 그들의 인종을 이유로 부의 축적의 기회를 차단당하였다.

그렇게 흑인들을 배제함으로써 정부정책은 흑인이 아닌 사람들을 우대하도록 적극적으로 운용되었다. 이러한 과거의 우대는, 주택 소유자들과 이미 재산을 갖고 있지

240) Civil Rights Cases, 109 U. S. 3 (1883).

241) 흑인대이동(Great Migration)은 1910~1970년 사이에 약 600만 명의 흑인들이 인종차별과 빈곤을 피해 미국 남부 시골에서 동북부, 중서부, 서부 도시로 이동한 이주를 의미한다.

242) 대공황(Great Depression)은 1929년 미국에서 비롯한 경제 대공황을 의미한다.

않은 한 얻기 힘든 다른 형태의 자본 소유자들에게 흘러가는 혜택들에 의해, 현재로 이월되고 강화되었다. 현재의 격차가 어떻게 형성되었는지에 대한 이러한 논의는 단지 예시일 뿐이지 전부가 아니다.

(2) 자산, 소득, 건강상의 격차

수 세기 전에 처음 시작된 인종기반적 격차는 오늘날에도 여전히 냉엄하게 존재하는 과거로부터의 반향이다.

자산과 소득에 관하여, 자산의 격차는 모든 소득과 교육 수준에 존재한다. 이러한 격차는 시간이 흐름에 따라 가속된다. 이러한 재정적 격차는 주택 소유와 자산 사이의 연관성에 비추어 놀라운 일이 아니다. 50년 전과 마찬가지로 오늘날에도 흑인들의 주택 소유는 백인들의 주택 소유에 뒤처지고 있다. 흑인들의 주택은 가정 자산의 큰 비율을 차지하고, 더 낮은 가치를 갖는 경향이 있으며, 높은 실효 재산세를 내고, 대불황 시기에 일반적으로 더 많은 가치 상실을 겪는다. 사회적·재정적 불편함의 표지들에서부터 다른 것들도 흘러나온다. 대부분의 주력 주립 고등교육기관들에서 흑인 학부생들의 비율은 그 주의 흑인 고등학교 졸업생들의 비율보다 낮다. 가정 내 낮은 소득과 자산은 학생들로 하여금 더 많은 대출을 받도록 하기 때문에 그렇게 대학을 졸업한 흑인 학생들은 백인 학생들보다 두 배 가까이 더 많은 학자금대출을 지게 된다.

고학력 직종과 관련하여, 흑인들은 전체 인구의 13%를 차지함에도 불구하고 법조인의 5%만을 차지하고 있다. 이러한 격차는 사업 영역에서도 나타난다.

건강상의 격차도 재정 격차를 따른다. 전반에 걸쳐 미국에서 흑인들은 높은 비율의 비만, 고혈압, 산모 사망률, 뇌졸중, 천식을 경험한다. 인종과 관련된 건강 불평등은 거의 모든 건강 지표에 만연해 있고, 전반적으로 소수인종에 더 낮은 기대수명의 결과를 낳는다.

(3) 존과 제임스의 예시

이제 존과 제임스의 예시로 돌아와 보자. 존이 노스캐롤라이나대 졸업생의 7대손이라는 것에 존의 잘못은 없다. 그러나 제임스가 첫 번째 입학생인 점 또한 제임스(혹은 그의 가족)의 잘못이 아니다. 노스캐롤라이나대는 그 이유를 고려할 수 있어야 한다.

아마도 필시 7세대 전 존의 가족이 대학 캠퍼스에서 지식의 기반과 부의 잠재력을 형성하고 있을 때, 제임스의 가족은 노예로 노스캐롤라이나 들판에서 노동을 하고 있었다. 6세대 전에는 노스캐롤라이나 리디머들(Redeemers)²⁴³이 제임스와 같은 외관의 모든 사람들을 평등한 시민에서 배제시키고자 사냥감을 찾아 돌아다니며 테러와 폭력을 통해 남북전쟁의 결과를 무효화하려고 하였다. 5세대 전에는 노스캐롤라이나 붉은셔츠(Red Shirts)²⁴⁴가 활동했고, 4세대와 3세대 전에는 노스캐롤라이나대가 자체적인 짐 크로우 규정들을 시행할 정도로 노스캐롤라이나 주에 짐 크로우가 너무나 견고하였다. 2세대 전 노스캐롤라이나 주지사는 통합을 위한 통합에 여전히 반대하였다. 따라서 1세대 전에 존의 가족은 6세대를 앞서고, 제임스의 가족은 그들의 인종 때문에 6세대가 뒤처지게 된 것이다.

나. 노스캐롤라이나대의 전인평가

노스캐롤라이나대는 이 모든 것을 인정하여 지원자의 입학을 평가하기 위한 전인평가 과정을 개발하였다. 학생들은 표준시험 점수 및 다른 전통적인 정보들을 제출하여야 한다. 그러나 지원자들이 젠더와 인종과 같은 인구통계학적 정보를 제출할 필요는 없다. 노스캐롤라이나대는 각 지원자들이 제출한 어떤 정보이든 40가지 이상의 기준 목록을 사용하여 고려한다. 이 과정은 전인적이며, 속속들이 검토한다.

노스캐롤라이나대 입학사정관들은 다양성에 대한 대학의 이익을 고려하여 학생의 인종이나 민족을 고려할 수 있다. 모든 학생들의 인종이나 민족은 학생의 지원서에 담긴 개인적 상황에 따라 평가 과정에서 가점이 될 수도 있고 안 될 수도 있다. 자신이 노스캐롤라이나대에 기여할 수 있는 특별한 이익을 밝히기로 결정한 모든 학생들이 그에 대해 인정받을 가능성이 있는 것과 마찬가지로, 자신의 인종을 밝히기로 결정한 모든 학생들은 인종과 관련된 가점을 받을 가능성이 있다. 가점은 자동적으로 수여되는 것이 아니고, 숫자로 고려되는 것도 아니며, 자동적으로 합격의 결과로 이어지는 것도 아니다. 실제로 입학 과정 동안 전체 입학생의 인종적 구성을 아는 사람은 어떠한 지원서도 읽을 수 없도록 되어 있다.

보다 일반적으로는 모든 지원자들이 (인종을 넘어) 다양성에 관련된 가점을 받을

243) 리디머(Redeemers)는 미국 재건 시대에 남부지역 민주당 백인들이 백인 우월주의를 내세웠던 남부의 정치 연합체이다.

244) 붉은셔츠(Red Shirts)는 백인 지배권 유지를 목표로 흑인에 대한 폭력을 행사하던 비밀폭력단 중 하나이다.

수 있다. 노스캐롤라이나대는 사회경제적 지위, 입학 첫 세대 여부, 정치적 신념, 종교적 신념, 생각의 다양성, 경험, 아이디어, 재능을 포함하여 다양성을 폭넓게 이해한다. 인종은 지원자가 캠퍼스에 기여하는 바와 대학에 들어오면 탁월한 모습을 보일 것인지를 보여주는 다른 요소들과 함께 고려된다.

노스캐롤라이나대는 인종이 - 다른 요소들과 마찬가지로 - 존과 제임스가 어디에서 입학 릴레이를 시작하는지와는 관계가 있을 수 있지만, 결국 결승선을 통과할 것인지를 전적으로 결정하지는 않는다고 하였다. 주에서 가장 학업적으로 뛰어난 흑인 후보자들이 비슷한 수준의 백인이나 아시아계 지원자보다 더 많이 불합격했다는 사실은 이론적으로나 실제적으로나 이를 증명한다.

다. 인종고려적 입학 전형의 이점 및 향후의 전망

(1) 인종고려적 입학 전형의 순기능

비록 격차는 고질적이고 유해하지만, 일반적으로 흑인들과 다른 소수인종들은 잘 해 왔다. 그러나 그러한 발전이 가능했던 것은 노스캐롤라이나대와 같은 기관이 기꺼이 솔직하게 역사의 짐을 극복하고자 노력했기 때문이었다. 제임스의 전체 이야기를 인식하고 그를 노스캐롤라이나대에 입학시키는 궁극적인 목적은 그에게 앞에서 논한 격차를 끝내는데 필요한 도구를 줌으로써 그와 그의 자손들 - 그 결과 모든 미국인들 - 이 미래에는 인종의 문제없이 경쟁할 수 있도록 하는 것이다. 그러한 세대 간 프로젝트는 부인할 수 없이 가치 있는 것이다.

캠퍼스를 넘어, 노스캐롤라이나가 학생들과 사회의 향상을 위해 추구하는 다양성은 트렌디한 슬로건이 아니다. 그것은 생명을 구한다. 노스캐롤라이나에서 소외되는 공동체들에게 노스캐롤라이나대 및 다른 지역 기관들이 고험력 유색인종 전문직 종사자들을 배출한다는 사실은 매우 중요하다. 연구에 따르면 흑인 의사들은 흑인 환자들의 고통 내성(pain tolerance)에 정확하게 접근하여 그에 맞게 치료하는 경향이 더 크다. 그리고 노스캐롤라이나대와 같은 전형을 통해 부의 격차를 끝내는 것은 앞에서 논한 건강상의 격차 문제를 해결하는 데에도 도움이 된다.

고등교육에서 학생 구성의 다양성을 보장하는 일은 모두에게 도움이 된다. 법정조언자들은 모든 인종의 학생들이 시민적 덕목, 민주적 가치, 우리 나라의 평등에 대한 약속을 더 크게 이해하고 공감하게 될 것이라고 설명하였다. 더 많은 경제적 이익도 마찬가지이다. 다양한 교육환경에서 잘 자란 노스캐롤라이나대 학생들은 다양한 영

역에서 다양한 동료들과 함께 지속적인 기여를 할 준비가 되어 있으며, 이는 지속적으로 미래 세대에서의 인종의 현저성(salience)을 감소시킬 것이다.

(2) 법정의견의 문제점과 앞으로의 방안

법정의견과 보충의견들은 경솔했던 과거에 대한 통탄과 함께 인종적 평등에 대한 연방대법원의 이상적 비전을 반복하고 있다. 그러나 과거에 법률이 (연방대법원의 도움을 받아) 기반을 닦고 키워낸 - 다툼의 여지없이 우리의 지금 현실을 규정하는 - 인종관련적 격차는 이상하게 언급되지 않고 있으며, 문제되지 않는 것처럼 보인다. 비록 법률상 형식적인 인종관련적 장벽은 사라졌지만, 인종은 여전히 모든 미국인의 체험에 있어 무수한 방식으로 문제가 되며, 오늘 연방대법원의 판결은 상황을 악화시킨다. 법정의견의 견해에 대해 말할 수 있는 최선은 그것이 인종 고려의 금지가 인종차별을 끝낼 것이라는 희망에서 나왔다는 것이다. 그러나 대학들에게 문제를 무시하도록 요구한다면 오히려 인종차별이 사라지는 데 더 오랜 시간이 걸릴 것이다.

이러한 난국을 빠져나오는 유일한 방법은 모든 미국인들의 진정한 평등을 달성하기 위해 공동으로 노력하면서, 인종적 격차를 직시하고, 공평한 경쟁의 장을 만들기 위해 증거와 전문가들이 우리에게 요구하는 것을 행하고 함께 앞으로 나아가는 것이다.

Ⅲ. 판결의 의의

미국에서 적극적 우대조치는 오랫동안 논쟁의 대상이 되어 왔다. 특히 인종을 고려하는 대학 입학 정책은 흑인과 히스패닉 학생들에게 사실상 가산점을 주어 백인과 아시아계 학생들을 불리하게 대우한다는 비판이 거셌다.

그 동안 연방대법원은 수차례에 걸쳐 대학 입학에서의 적극적 우대조치에 대해 합헌 결정을 내렸으나, 2023년 6월 이 판결을 통해 종래의 입장을 바꾸었다. 이 사건에서 상고인인 SFFA는 피상고인인 하버드대와 노스캐롤라이나대의 인종고려적 입학 정책이 아시아계 지원자들에 대한 차별이 된다고 소송을 제기하였고 연방대법원은 이 대학들의 입학 정책을 위헌으로 판단하며 상고인의 손을 들어주었다. 이번 판결에서 존 로버츠 연방대법원장은 “학생은 인종이 아니라 개인으로서의 자신의 경험에 근거하여 대우받아야 한다”라고 밝혔다.

인종을 고려하는 대학 입학 전형을 위헌으로 판단한 이번 연방대법원 판결은 미국 사회에 큰 반향을 일으켰다. 우선 바이든 미국 대통령은 이번 판결에 대해 학생 구성의 다양성을 위한 대학의 자유를 인정해온 수십 년간의 선례를 버리고 고등교육에서의 적극적 우대조치를 사실상 종결시켰다며 강한 반대의사를 표시하였다.²⁴⁵⁾ 하버드대와 노스캐롤라이나대는 연방대법원의 결정에 따를 것이라면서도 다양성의 가치는 계속 추구하겠다는 의지를 밝혔다.

아시아계 미국인 학생들은 그 동안 받아왔던 실질적인 역차별이 사라지게 되었다고 환영하였지만, 한편으로는 우려의 목소리도 제기되었다. 하버드대 아시아계 미국인 연합은 이번 판결이 유색인종 학생들의 교육기회를 제한하고 흑인 및 히스패닉 학생들이 줄어든 자리는 아시아계가 아닌 백인 학생들이 대체할 것이라고 우려하였다.

한편, 연방대법원 판결 이후 실시된 여론조사에 따르면 2/3 이상의 미국인이 판결에 찬성하였다.²⁴⁶⁾ 특히 눈에 띄는 점은 이 결정에 찬성하는 흑인들이 반대하는 흑인들보다 많았다는 점이다. 이는 흑인들조차 적극적 우대조치가 자신과 연관이 있다고 느끼지 않기 때문인 것으로 보인다.

미국의 50개 주 중 9개 주는 이미 대입에서의 인종우대정책을 금지하고 있었으며, 연방대법원의 이번 결정으로 다른 주들에서도 인종을 고려하는 대입정책이 폐지될 것으로 보인다. 이번 위헌 판단으로 향후 미국 내 대학 입학 제도는 큰 변화를 맞을 것으로 예상된다.

245) 바이든 미국 대통령 엑스(舊 트위터) 계정, <https://twitter.com/POTUS/status/1674460493803577344?s=20>.

246) Aaron Blake, Who's okay with the affirmative action decision? Many Black Americans., The Washington Post, July 6, 2023, <https://www.washingtonpost.com/politics/2023/07/06/whos-okay-with-the-affirmative-action-decision-many-black-americans/>.

최신 세계헌법판례

독일

- 외국법에 따른 미성년자의 혼인을 무효로 하는 법률조항의 위헌성 / 책임연구원 이지효
- 수형자의 노역에 대한 보상을 규정한 주법 조항 등의 위헌성 / 책임연구원 이지효

외국법에 따른 미성년자의 혼인을 무효로 하는 법률조항의 위헌성¹⁾

I. 사실관계

2017년 7월, 미성년자의 혼인을 규제하기 위해 민법시행법 제13조 제3항 제1호가 도입되었다.²⁾ 같은 해 7월 22일부터 시행된 해당 조항은 외국법에 따라 체결된 미성년자의 혼인이 - 경과규정인 민법시행법 제228조 제44단 제4항의 예외를 제외하고 - 적어도 당사자 중 1인이 혼인 당시 16세 미만이었다면 독일법에 따라 무효임을 직접 법적 명령(rechtliche Anordnung)으로 규정하고 있다.

이 위헌제청 사건의 발단은 2015년 2월 시리아의 샤리아 법원에서 그곳의 법에 따라 혼인한 1994년생 남성과 2001년 1월생 여성에 관한 가정법원 사건이다. 두 사람은 모두 시리아 국적자이며, 자국에서의 전쟁 상황으로 인해 함께 피난하였고, 독일에는 2015년 8월에 도착하였다. 지역 관할 청소년복지청은 위 여성의 신병을 확보하고, 보호자가 없는 미성년 여성 난민을 위한 청소년보호시설에서 지내게 하였다. 나아가 청소년복지청은 가정법원에 위 여성에게 후견인을 임명해 줄 것을 신청하였다. 가정법원은 위 여성에 대한 친권이 정지되어 있음을 확인하고 청소년복지청을 관청후견인(Amtsvormund)으로 지정하며 후견인으로 임명하였다. 그러자 위 남성은 시리아 법에 따라 혼인이 유효함을 이유로 가정법원에 청소년복지청의 보호 조치에 대한 검토와 함께 아내를 돌려달라고 신청하였다.

본 사건의 마지막 심급이었던 연방법원은 소송절차를 정지시키고, 혼인 체결 당시 16세 미만이었다면 외국법에 따라 혼인 적령(適齡)인 미성년자가 체결한 혼인을 독일법에 따라 - 경과규정인 민법시행법 제229조 제44단 제4항의 예외를 제외하고 - 개별 사안에 대한 심사 없이 무효로 규정하는 민법시행법 제13조 제3항 제1호가

1) 연방헌법재판소 2023. 2. 1. 결정, 1 BvL 7/18.

2) Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB in der Fassung des Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderehen vom 17. Juli 2017 (BGBl I S. 2429).

기본법 제1조³⁾, 제2조 제1항⁴⁾, 제3조 제1항⁵⁾ 및 제6조 제1항⁶⁾에 합치되는지 여부에 관한 심판을 연방헌법재판소에 제청하였다. 연방법원은 민법시행법 제13조 제3항 제1호가 외국에서의 혼인을 독일에서 무효로 규정한 것이 특히 기본법 제6조 제1항과 합치되지 않는다고 보았다.

II. 주문

1. 2017. 7. 17. 미성년자의 혼인 규제를 위한 법률(Bundesgesetzblatt I S. 2429)을 통해 도입된 민법시행법 제13조 제3항 제1호는 - 민법시행법 제229조 제44단 제4항의 예외를 제외하고 - 기본법 제6조 제1항에 합치되지 아니한다.

2. 민법시행법 제13조 제3항 제1호는 2024. 7. 30.을 시한으로 입법자가 새로운 규정을 마련하기까지 D II 2의 사유⁷⁾에 따라 계속 적용된다.

III. 심판대상 및 쟁점, 관련조항

1. 심판대상 및 쟁점

이 사건의 심판대상은 2017. 7. 17. 미성년자의 혼인 규제를 위한 법률(Bundesgesetzblatt I S. 2429)을 통해 도입된 민법시행법 제13조 제3항 제1호의 위헌 여부이며, 해당 조문의 내용은 다음과 같다.

3) [독일 기본법 제1조]

- (1) 인간의 존엄성은 훼손될 수 없다. 이를 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다.
- (2) 이에 독일 국민은 불가침이고 불가양인 인권을 세계의 모든 인류공동체와 평화 및 정의의 기초로서 인정한다.
- (3) 이하의 기본권은 직접 효력을 가지는 법으로서, 입법과 집행 및 사법을 구속한다.

4) [독일 기본법 제2조 제1항]

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

5) [독일 기본법 제3조 제1항]

모든 사람은 법 앞에 평등하다.

6) [독일 기본법 제6조 제1항]

혼인과 가족은 국가질서의 특별한 보호를 받는다.

7) 해당 내용은 이 글에서는 IV. 3.에 기재.

민법시행법 제13조 제3항

(3) 약혼자의 혼인 적령이 제1항에 따라 외국법에 기반한 경우 해당 혼인은 독일법에 따라

1. 해당 약혼자가 혼인 체결 시에 16세 미만이었다면 무효이며,
2. 해당 약혼자가 혼인 체결 시에 16세 이상 18세 미만이었다면 취소 가능하다.

이 사건에서는 외국에서 체결된 미성년자의 혼인을 독일 국내에서 인정하는 법률조항이 어떤 헌법적 요청 - 특히 기본법 제6조 제1항에서 도출되는 혼인의 자유로부터 요구되는 요청 - 을 고려해야 하는지가 쟁점이다.

2. 관련 조항**민법시행법 제13조**

(1) 혼인의 요건은 각 약혼자가 속한 국가의 법률에 따른다.

(2) 이에 따른 전제조건이 누락된 경우, 다음의 경우에는 독일법이 적용된다.

1. 약혼자가 독일에 상거소를 갖고 있거나 독일인인 경우,
2. 약혼자들이 전제조건을 충족하기 위해 합리적인 조치를 취했으며,
3. 혼인 체결을 거부하는 것이 혼인의 자유와 합치되지 않는 경우; 특히 약혼자의 이전 혼인은 그 존속이 여기서 내려지거나 인정된 결정을 통해 폐지되었거나 약혼자의 배우자가 사망을 선고받은 경우에는 방해가 되지 않는다.

(3), (4) 생략

민법시행법 제229조 제44단 제4항

제13조 제3항 제1호는 다음의 경우에 적용되지 않는다.

1. 미성년 배우자가 1999년 7월 22일 이전에 태어난 경우, 또는
2. 외국법에 따라 유효한 혼인이 미성년 배우자가 성년이 되는 시기까지 지속되었으며, 혼인이 이루어진 시점부터 미성년 배우자가 성년이 될 때까지 배우자가 독일에 상거소를 갖지 않은 경우.

IV. 판단

민법시행법 제13조 제3항 제1호는 헌법상 요청을 온전히 충족하지 않는다. 위 조항은 동법 제229조 제44단 제4항의 예외를 제외하면 기본법 제6조 제1항을 통해 기본권으로 보호되는 혼인의 자유를 침해한다. 입법자는 원칙적으로 당사자의 최소 연령을 기준으로 외국에서 체결된 혼인의 유효 여부를 규정할 수 있다. 그렇지만 현행 민법시행법 제13조 제3항 제1호는 후속 조치에 관한 규정을 두고 있지 않고, 성년이 된 이후에 혼인을 독일 내에서도 유효한 것으로 지속할 수 있는 가능성에 대해 규정하고 있지 않으므로 적절하지 않으며 따라서 협의의 비례의 원칙에 위배된다.

1. 헌법상 혼인

기본법 제6조 제1항상의 혼인은 원칙적으로 자유로운 결정에 기초한 동등하며 자주적으로 형성된 지속적인 생활공동체이다. 혼인은 혼인체결을 통해 공식적이고 외부에서 인지할 수 있는 행위로 성립한다. 인권으로서 혼인의 자유는 독일과 외국 국적자 및 무국적자에게 동등하게 적용된다. 기본법 제6조 제1항의 보호범위는 순수하게 국내에서 체결된 혼인에만 한정되지 않는다. 오히려 혼인생활공동체는 혼인이 어느 곳에서 어떤 법규정에 따라 체결되었는지, 혼인 또는 가족 결합의 법적 효력을 독일 또는 외국법에 따라 판단하는지와 무관하게 원칙적으로 보호범위에 포함된다.

그렇지만 혼인체결의 자유는 혼인체결 및 이에 관한 객관적 요건에 대한 법적 규정을 요청하며 이를 허용한다. 그러한 규정은 혼인제도를 규정짓는 근본적이고 구조적인 원리를 준수해야 하는데, 이 원리는 기본권의 자유권적 성격 및 기타 헌법 규범과 관련하여 기본법 제6조 제1항을 기존의 전통적 삶의 형태와 연결시킴으로써 발생하는 구조적 원칙들이다. 여기에는 기본법 제6조 제1항(과 연계한 기본법 제3조 제2항⁸⁾)에 의해 보호되는 혼인에서 당사자들이 상호 동등한 동반자관계에 있고, 개인적·경제적 삶을 공동 책임하에서 어떻게 이끌어갈지를 결정하며, 이에 따라 법적 관계 형성에서 배우자 일방의 지배는 배제된다는 점이 포함된다. 동등한 동반자관계와 부부의 공동 책임이라는 특징이 있는 이러한 구조원리는 혼인이라는 공동체의 삶의

8) [독일 기본법 제3조 제2항]

남녀는 동등한 권리를 갖는다. 국가는 남녀의 동등한 권리의 실제적 실현을 증진하고 현존하는 불이익들을 제거하기 위해 노력한다.

종류와 방식을 어떻게 형성할지 스스로 결정할 자유를 박탈하지 않는다. 하지만 입법자는 헌법적 구조원리에 기속되므로 두 사람이 함께 결정해야 하는 관계에서 일방의 지배적 형성에 기여할 수 있는 법적 규정을 원칙적으로 배제해야 한다. 입법자는 동등한 동반자 관계의 구조원리를 보장하기 위해 이를 가능하게 하는 법적 조건을 마련해야 할 수도 있다.

2. 민법시행법 제13조 제3항 제1호를 통한 혼인의 자유 제한

혼인의 자유에 관한 보호 범위를 다루고 있는 민법시행법 제13조 제3항 제1호는 기본법 제6조 제1항상의 혼인의 구조원리에 합치한다. 그러나 민법시행법 제229조 제44단 제4항의 예외를 제외하면, 문제된 조항은 후속 조치에 관한 규정을 두고 있지 않고, 성년이 된 후에 독일 내에서 혼인을 유효하게 지속할 가능성을 규정하지 않았으므로 혼인의 자유를 부적절하게 제한하고 있으며 따라서 협의의 비례원칙에 위배된다.

가. 문제된 조항에서 법률로 직접 명하고 있는 외국에서 유효하나 국내에서는 무효가 되는 혼인에는 헌법상 구조원리에 배치되지 않고 기본법 제6조 제1항상 혼인의 자유의 보호범위에 해당하는 혼인도 포함된다. 기본법으로 보호되는 혼인은 두 당사자의 자유로운 의지에 기반한 동등한 동반자관계이자 부부의 공동 책임하에 가능한 생활공동체이지만, 이러한 혼인은 원칙적으로 혼인 당사자가 결속을 하려는 결정을 직접 내릴 수 있는 능력을 전제로 한다. 이는 혼인체결 시에 강제가 없어야 할 뿐만 아니라 충분한 인격적 발달을 필요로 하는데, 미성년자의 경우는 발달상황상 이러한 상태에 이르지 못할 수 있다. 그러한 경우 미성년자에게는 혼인 능력이 없다. 헌법상 혼인능력이 헌법적 구조원리에 따라 16세부터 일관되게 존재한다고 볼 수는 없다. 기본법이 적용되었음에도 불구하고 민법에서는 1975년 1월 1일까지 16세 미만인 여성이 혼인할 수 있다는 면제조항이 포함되어 있었다는 점도 염두에 두어야 한다. 당시 헌법적 이해로는 기본법 제6조 제1항의 범위에서 16세 미만인 사람과의 혼인을 일관되게 배제하지 않았다. 이와 관련하여 현재 헌법상 중요한 변천의 조짐은 없다.

나. 외국법에 따라 유효하게 체결된 특정 혼인의 국내 무효 명령은 결과적으로

기본법 제6조 제1항상 혼인의 헌법적 구조원리를 위반하지 않는다. 오히려 16세 이전에 체결된 혼인을 독일에서 허용하지 않음으로써 자유롭고 자기책임적인 결정에 기초한 동등한 동반자관계와 공동 책임을 지는 혼인의 구조원리를 보장하고, 16세 미만인 사람은 이러한 혼인의 법적 구속에 예속되지 않게 하려 하는 목적이 있다. 아동은 아직 성장 과정 중에 있으며, 지적·사회적 측면에서 성인에게서 일반적으로 볼 수 있는 능력이나 기술, 역량, 지식 및 성숙도를 갖추고 있지 않다. 법적 선언과 관련된 위험을 인식하고 현실적으로 평가할 수 있는 경험도 부족한 경우가 많다. 이는 혼인에 대해 스스로 책임감 있는 결정을 내리고, 그에 따른 결과를 인지하고, 동등한 동반자관계로 이끌 수 있는 가능성을 열어가기 위해 필요하다.

다. 그럼에도 불구하고 문제된 민법시행법 제13조 제3항 제1호는 헌법상 정당화되지 않은 방식으로 기본법 제6조 제1항으로 보장되는 혼인의 자유를 제한한다. 입법자는 원칙적으로 외국에서 체결된 혼인의 유효 여부를 당사자의 최소 연령에 따라 결정할 권한을 갖는다. 입법자는 또한 혼인 당시 당사자가 특정 연령에 미달할 경우에 개별 사례에 대한 검토 없이 해당 혼인의 무효를 명할 수도 있다. 입법자가 정당한 목적을 추구하고 이를 달성하기 위한 규정이 적정하며 필요함에도 불구하고 문제된 민법시행법 제13조 제3항 제1호는 현행 구조상 부적절하며 협의의 비례원칙에 위배된다.

1) 입법자는 미성년자 보호 및 법적 명확성 제고라는 헌법상 정당한 목적을 추구하고 있다. 미성년자 보호라는 목적을 통해 입법자는 아동이 사회공동체 내에서 자립할 수 있도록 아동의 발달을 지원하고 장려하여 아동의 권리를 보장한다는 점을 명시적으로 보여주고 있다. 16세 미만의 아동이 발달상의 이유로 혼인과 관련된 결과를 평가할 수 있는 상태에 있지 않음은 발달심리학적 측면에서 충분히 확립되어 있다.

미성년자를 보호하려는 목적은 제안된 기준이 조혼을 국제적으로 불법화하는 데 기여하는 한 헌법상 적법하다. 입법자의 이러한 목적은 전 세계적으로 많은 아동, 특히 소녀들의 발달기회가 손상되기 때문에 유해한 관행으로 간주되는 아동 결혼, 조혼 및 강제 결혼에 대응하려는 유엔의 노력과도 일치한다. 세계인권선언 제16조 제1항에 따르면 혼인은 ‘장래 배우자들의 자유롭고 완전한 동의’하에서만 허용된다. 기본법 제24조 제1항⁹⁾에 명시된 국제협력을 위한 헌법적 결정은 민법시행법 제13조 제

3항 제1호가 직접 포함하는 미성년자의 보호를 넘어 전 세계적으로 조혼의 당사자가 되는 미성년자의 보호도 가능하게 한다.

2) 민법시행법 제13조 제3항 제1호는 해당 조항을 통해 추구하는 목적에 적합하며 필요하다. 미성년자의 직간접적인 보호와 해당 혼인의 독일 내 무효와 관련된 법적 명확성은 문제된 조항에 의해 제고될 수 있다. 법 자체에 규정된 혼인이 독일 내에서 무효라는 점은 혼인 당시 16세 미만이었던 사람을 그러한 혼인의 결과 및 이와 관련될 수 있는 개인적 발전 기회의 상실로부터 보호하려는 목적 달성에 기여할 수 있다. 가령 혼인을 인정하지 않음으로써 연령과 발달상 온전히 스스로의 책임 하에 체결되지 못한 혼인을 통해 지속적으로 손상되어 온 자기결정의 자유를 회복할 수 있다. 이 조항은 또한 미성년 배우자의 자기결정권이 혼인체결 이후 동거 중에도 계속해서 약화된다는 점을 상쇄할 수 있다.

문제된 규범은 개별 사안에 대한 심사를 규정하지 않았더라도 헌법상 부적합하지 않다. 입법자가 추구하는 목적을 더 적은 부담과 동등한 효율성으로 달성할 수 있는 규제 방법이 있는지는 분명하지 않다. 특히, 규정이 적용되는 외국 혼인의 무효를 사례별로 사법적 신분확인절차에서 판단하는 것이 가능하다고 해서 필요성에 위배되는 것은 아니다. 이를 통해 입법자가 더 적은 부담과 동일한 효율성을 갖는다는 보장은 없다. 개별 절차에서의 무효 선언이 직접적인 법률을 통한 혼인의 독일 내 무효와 동일한 방식으로 미성년자에 대한 바람직한 보호를 가져올지는 확실하지 않다. 신분관계를 평가하는 데는 오직 법원의 판결만이 결정적이므로 그 이전까지는 누구도 미성년자의 혼인의 무효를 주장할 수 없게 된다. 법원의 판결이 확정력을 갖기 전까지는 16세 미만에 체결한 혼인이 법적 효력을 갖게 되는 것이다. 바로 이러한 법적 효력으로부터 일반적으로 자기결정능력이 미숙하게 발달되었고 더 높은 보호를 받을 필요성이 있는 것으로 간주되는 미성년 배우자를 보호해야 한다. 확정력 있는 법원의 결정까지 시간이 걸리기 때문에 법률을 통해 직접 명령되는 혼인 무효의 경우와 동일한 방식으로 고려될 수 없다.

3) 하지만 문제된 조항은 협의의 비례원칙에 위배된다. 문제된 조항은 기본법 제6조 제1항상 혼인의 자유를 제한하는데, 해당 조항에서 혼인 무효의 후속 조치

9) [독일 기본법 제24조 제1항]

연방은 법률에 의하여 국제기구에 고권을 이양할 수 있다.

에 관한 규정과 16세 미만에 혼인을 체결한 사람이 성년이 되었을 때 독일 내에서 유효한 혼인을 지속할 수 있는 가능성에 관한 규정을 두고 있지 않기 때문에 적절하지 않다.

(가) 외국에서 유효하게 체결된 혼인을 무효로 하는 것은 기본법 제6조 제1항의 구조원리와 관련되므로 혼인의 보호영역에 대한 과도한 제한이 된다. 이미 외국에서 부부로 함께 살아 왔고 이러한 법형식의 기속을 유지하고자 하는 당사자들에게 민법 시행법 제13조 제3항 제1호에 따라 독일의 법 영역에서는 그러한 상황이 허용되지 않는다. 침해의 정도에 관해서는 당사자들에게 외국법에 따라 유효하게 체결한 혼인을 성년이 된 이후에 자기책임하에 결정하여 독일 내에서 유효한 혼인으로 지속할 기회가 없다는 점도 고려되어야 한다. 이는 기본법 제6조 제1항이 보장하는 스스로 정한 사람과 혼인할 자유와 맞닿아 있다. 이 자유는 기본권에 의해 보장되는 인간의 자유로운 인격적 존재의 필수적인 부분을 구성한다. 이는 혼인의 자유의 핵심 요소에 맞닿아 있다. 또한 외국법에 따라 이미 유효한 혼인 생활에서 동거할 권리가 배제된다. 미성년자로서 이 동반자관계를 유지하고, 성년이 된 후에 자기책임하에 내린 결정으로 혼인을 유효한 것으로 지속하고자 하는 소망은 미성년자가 나이가 들수록 더 중요해지는 의지의 표현일 수 있다.

혼인의 자유에 대한 침해의 정도는 일반적으로 당사자들이 지위와 관련된 법적 이점을 누릴 수 없게 된다는 사실로 인해 더욱 커진다. 이는 배우자와의 관계에서 혼인 이후의 모든 청구권을 포함하여 금전적 및 비금전적 성격의 권리와 의무(혼인 중 동거, 부양 및 상속권)에 적용된다. 이혼이나 혼인취소의 경우와 달리, 민법시행법 제13조 제3항 제1호에 따라 혼인이 무효가 되는 경우에는 (소위) 배우자들에게 ‘혼인 중’ 동거로 인해 실제로 발생하거나 일반적으로 혼인의 법적 효력에 대한 신뢰에 기반하여 이루어진 처분에 대한 재산 분할 청구권이 주어지지 않는다. 민법에서의 부당이득청구를 통한 보상이 완전히 불가능하지는 않은 것으로 보인다. 그러나 혼인 무효로 인한 재정적 결과를 명확히 하는 구체적인 사법 절차는 없다. 혼인 무효 명령에 따라 해당 당사자는 혼인 상태와 관련된 어떠한 추가 청구도 할 수 없다.

(나) 입법자가 기본법 제6조 제1항의 혼인의 자유에 대한 과도한 제한에도 불구하고 법률을 통해 직접적인 무효를 규정하면서 미성년자가 성년이 된 이후에 독일 내에서 유효한 혼인을 지속할 수 있는 법적 가능성을 마련하지 않았기 때문에 문제된

조항은 협의의 비례원칙에 위배된다. 미성년자에 대한 보호가 매우 중요함에도 불구하고, 입법자가 외국법에 따라 유효한 기본법 제6조 제1항의 보호를 받는 혼인까지 포섭하는 민법시행법 제13조 제3항 제1호에서 혼인 무효에 따른 후속 조치에 관한 규정을 마련하지 않았다는 것은 적절하지 않다. 무엇보다도 미성년자에게 유리한 사회적·경제적 보호에 관해 고려해 볼 때 혼인이 무효인 경우, 혼인 이후의 청구권이 부재하다는 점이 미성년자를 보호하려는 노력에 적절치 않은 결과를 가져온다. 그러한 혼인을 하게 되는 상황과 이유는 미성년 배우자가 나이든 배우자에게 경제적으로 의존하는 경우가 많다는 것을 나타낸다. 혼인 시기에 영향을 미치는 주요 개인 요인으로는 거주지, 교육 수준, 가족의 경제적 수준 등이 꼽힌다. 본국에서는 미성년자가 결혼을 하게 된 중요한 경제적 이유가 독일로 이주하면서 중요성을 잃었을 수도 있다. 그러나 그러한 이유가 완전히 사라졌는지, 사회적·경제적 관점에서 미성년자에게 더 이상 보호가 필요하지 않은지는 분명하지 않다. 비록 부부 모두에게 불리한 경제 상황으로 인해 혼인 후 청구가 항상 가치가 있는 것은 아닐지라도, 혼인이 무효인 경우 그러한 청구에 대한 규율을 하지 않는 것은 보호해야 할 미성년자에게 불합리한 부담을 지우는 적절치 않은 결과를 가져온다. 달리 말하자면 16세 미만에 혼인하여 민법시행법 제13조 제3항 제1호에 포함되는 당사자들이 16세 또는 17세에 혼인하여 혼인 후의 청구권이 적용되는 당사자에 비해 불리한 상황에 놓이는 결과를 초래한다.

3. 결론

문제된 조항이 기본법 제6조 제1항에 위배된다고 해서 해당 조항이 무효로 선언되는 것은 아니다. 무효선언은 불합치선언과 달리 계속적용명령과 병용될 수 없으므로 불분명한 법률적 사정과 맞물려 위헌법률인 민법시행법 제13조 제3항 제1호를 임시적으로 계속 적용하는 것보다 더 위헌적인 상황을 초래할 수 있다. 이에 따라 해당 조항의 계속적용명령과 병행하여 위헌적 상황을 방지하고 최소한 위헌적 효력을 경감할 수 있는 경과규정이 필요하다. 즉, 독일 내에서 무효인 혼인에서 미성년자의 부양청구권과 관련된 문제에 대해 민법규정(부부 간의 부양의무)의 준용을 명하는 경과규정이 필요하다.

V. 결정의 의의

연방헌법재판소는 16세 미만의 미성년자가 외국에서 체결한 혼인을 무효로 하는 민법시행법 제13조 제3항 제1호가 기본법에 합치되지 않는다는 결정을 내렸다. 해당 조항은 2017년 연방의회에서 증가하는 난민을 감안하여 제정되었다. 연방헌법재판소에 해당 조항의 위헌 여부를 제청한 연방법원은 개별 사안에 관한 심사 없이 자동으로 혼인이 무효가 되는 점이 위헌이 될 수 있다고 보았으나 연방헌법재판소는 오히려 미성년자의 보호를 위해 그러한 규정이 가장 효과적이라고 판시하였다. 다만 부양청구권이나 미성년자가 성년이 된 이후의 혼인 지속 여부에 관해 규정하지 않은 점은 기본법에 위배된다고 보았다.

연방헌법재판소의 결정에 대해 조혼을 추방하려는 세계적인 추세에 대한 명확한 시그널¹⁰⁾이라는 환영도 있었지만, 개별 사안을 고려하지 않고 일률적으로 혼인을 무효화하는 규정은 당사자들에게 보호가 아닌 충격으로 다가올 수 있으며, 이는 불쾌한 상징적 입법의 일례라며 이전의 개별 심사제도로 회귀해야 한다는 비판도 있었다.¹¹⁾

10) <https://www.sueddeutsche.de/politik/bundesverfassungsgericht-kinderehe-kinderschutz-nachbesserung-1.5777789?reduced=true> (2023. 8. 22. 방문)

11) <https://taz.de/Verfassungsgericht-zu-Kinderehen!/5921587/> (2023. 8. 22. 방문)

수형자의 노역에 대한 보상을 규정한 주법 조항 등의 위헌성¹⁾

I. 사실관계

바이에른 주와 노르트라인 베스트팔렌 주에서 기결수는 형(刑) 집행 시 노역에 대한 대가로 급여를 받는다. 바이에른 형집행법²⁾ 제46조 제2항 제2문과 노르트라인 베스트팔렌 형집행법³⁾ 제32조 제1항에서는 독일 퇴직연금 가입자의 지난 해 평균 급여의 9%를 지급한다고 규정하고 있다(기초 급여). 일당은 기초 급여의 1/250에 해당한다. 노르트라인 베스트팔렌 형집행법 제34조에서는 노역의 인정에 관해 규정하고 있다. 또한 수형자의 성과와 노역의 종류에 따라 노역 급여의 단계를 나눌 수 있다. 수형자의 노역 성과가 최소 요건을 충족하지 못하는 경우에는 기초 급여의 75% 미만을 지급할 수 있다(바이에른 형집행법 제46조 제3항). 추가적으로 급여의 비금전적 부분은 바이에른에서 다음과 같이 규정하고 있다. 수형자가 연속 2개월 동안 노역을 수행하였다면 신청에 따라 1일간 노역에서 면제된다(바이에른 형집행법 제46조 제6항 제1문). 노르트라인 베스트팔렌에서 수형자는 신청에 따라 연속 3개월 동안 노역이나 조수 업무를 수행하는 경우 2일간 노역 면제 또는 장기외출을 부여받게 된다(노르트라인 베스트팔렌 형집행법 제34조 제1항). 이러한 신청을 하지 않거나 노역 면제가 부여될 수 없는 경우에는 석방 시점이 앞당겨진다.

청구인 I은 바이에른 주 슈트라우빙 교도소에서 복역 중인 무기수이고, 청구인 II는 노르트라인 베스트팔렌 주 베엘 교도소에서 복역 중이다. 청구인 I은 교도소 자체 인쇄소에서 노역을 수행하였고, 청구인 II는 교도소 자체 작업장에서 케이블

1) 연방헌법재판소 2023. 6. 20. 결정, 2 BvR 166/16, 2 BvR 1683/17.

2) Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der Jugendstrafe, Bayerisches Strafvollzugsgesetz vom 10. Dezember 2007 (GVBl S. 866, 2008. 1. 1. 발효), 문제된 제46조의 최종 개정일 2013. 5. 22. (GVBl S. 275), 발효일 2013. 6. 1.

3) Gesetz zur Regelung des Vollzuges der Freiheitsstrafe in Nordrhein-westfalen, Strafvollzugsgesetz Nordrhein-Westfalen (GV. NRW. S. 75, 2015. 1. 13.), 문제된 제32조의 최종 개정일 2017. 4. 7. (GV. NRW. S. 511).

해체 작업을 수행하였다. 두 청구인은 각각 노역 급여의 인상을 신청하였다. 슈트라우빙과 베일 교도소는 해당 신청을 거부하였으며, 이에 청구인들이 법원에 노역 급여의 인상을 신청하였으나 기각 또는 각하되었다.⁴⁾

청구인들은 직접적으로는 법원의 결정에 대해, 그리고 간접적으로는 개별 주 법률의 수형자 노역에 관한 급여 규정에 대해 헌법소원심판을 청구하였다.⁵⁾ 청구인들은 너무 적은 급여는 재사회화명령(Resozialisierungsgebot)에 대한 위반이라고 주장하였다.

II. 주문⁶⁾

1. 바이에른 주 형집행법 제46조 제2항, 제3항 및 제6항과 노르트라인 베스트팔렌 주 형집행법 제32조 제1항, 제4항, 제34조 제1항은 기본법 제2조 제1항과 연계한 동법 제1조 제1항에서 도출되는 재사회화명령에 합치되지 아니한다.

2. 개별 입법자가 늦어도 2025년 6월 30일까지 새로운 규정을 마련하기까지 기존 규정을 계속 적용할 수 있다.

3. 문제된 법원들의 결정은 기본법에 불합치 선언된 범위의 규정에 기반하는 한 청구인들의 기본법 제2조 제1항⁷⁾과 연계한 동법 제1조 제1항⁸⁾에서 도출되는 기본권을 침해한다.

4) 청구인 I의 신청은 슈트라우빙 구법원에 소재한 레겐스부르크 지방법원 외부형사집행지정재판부 결정(2015. 11. 25. - SR StVL 652/15)과 뉘른베르크 고등법원 결정(2015. 12. 28. - 2 Ws 782/15)을 통해 각하되었다. 청구인 II의 신청 또한 아른스베르크 지방법원 결정(2017. 1. 24. - IV-2 StVK 157/16)을 통해 기각되었고, 함 고등법원 결정(2017. 6. 20. - III - 1 - Vollz (Ws_ 1-4/17)은 이에 대한 항고를 각하하였다.

5) 연방헌법재판소법 제90조 제1항에 따라 ‘공권력’에 의한 기본권 또는 기본권 유사 권리의 침해를 주장하는 사람은 헌법소원을 청구할 수 있다. 독일의 헌법소원은 법원의 결정에 대한 재판소원(Urteilsverfassungsbeschwerde, Entscheidungsverfassungsbeschwerde)이 대부분을 차지하며, 이 경우 법원의 결정뿐만 아니라 해당 결정이 기초하고 있는 법률의 위헌성도 간접적으로 다룰 수 있다(간접적 법률소원, mittelbare Rechtssatzverfassungsbeschwerde). 이에 관해 자세히는 Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Aufl. 2021, Rn. 213 참조.

6) 주문 중 병합결정 및 소송비용에 관한 부분은 생략하였다.

7) [독일 기본법 제2조 제1항]

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

8) [독일 기본법 제1조 제1항]

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

Ⅲ. 심판대상 및 쟁점, 관련조항

1. 심판대상 및 쟁점

청구인 I의 경우, 직접적으로는 위 청구인의 노역 급여 인상 신청 및 이에 대한 항고를 각하한 슈트라우빙 구법원에 소재한 레겐스부르크 지방법원 외부형사집행지정재판부 결정(2015. 11. 25. - SR StVL 652/15)과 뉘른베르크 고등법원 결정(2015. 12. 28. - 2 Ws 782/15)의 위헌성을, 간접적으로는 바이에른 주 형집행법 제46조의 위헌성을 주장하였다. 청구인 II의 경우, 직접적으로는 위 청구인의 노역 급여 인상 신청을 기각한 아른스베르크 지방법원 결정(2017. 1. 24. - IV - 2 StVK 157/16)과 이에 대한 항고를 각하한 함 고등법원 결정(2017. 6. 20. - III - 1 - Vollz (Ws_ 1-4/17)의 위헌성을, 간접적으로는 노르트라인 베스트팔렌 주 형집행법 제32조와 제34조의 위헌성을 주장하였다.

이 사건에서는 형 집행 시 수형자의 노역에 대한 보상으로서 급여 산정이 헌법상 요청에 부합하는지 여부와 이를 규정한 바이에른 주 형집행법 및 노르트라인 베스트팔렌 주 형집행법의 조항이 기본법, 특히 재사회화명령에 합치하는지가 쟁점이다.

바이에른 주 형집행법 제46조

- (1) 수형자의 노역은 급여와 노역 면제를 통해 인정되는데, 노역 면제는 수감 중 휴가(노역 휴가)로 사용하거나 석방시점에 참작될 수 있다.
- (2) 수형자가 배속된 노역 또는 조수 업무를 제43조 제2항에 따라 수행하면 노역 급여를 받는다. 노역 급여의 산정은 사회법전 제4권(SGB IV) 제18조에 따른 기준값의 9%를 기초로 한다(기초 급여). 일당은 기초 급여의 1/250이다. 노역 급여는 시간 단위로 산정한다.
- (3) 노역 급여는 수형자의 성과와 노동의 종류에 따라 여러 등급으로 나뉘 수 있다. 기초 급여의 75% 미만은 수형자의 노역 성과가 최소 요구 사항을 충족하지 않는 경우에만 지급 가능하다.
- (4) 수형자가 지정된 작업치료를 수행하는 경우, 해당 업무의 종류와 노동의 성과에 해당하는 한도 내에서 급여를 받아야 한다.
- (5) 급여는 수형자에게 서면으로 고지해야 한다.
- (6) 수형자가 연속 2개월 동안 제39조에 따른 업무 또는 제43조 제2문에 따른 조수

업무를 수행하였다면 요청에 따라 1일 동안 노역에서 면제한다. 제45조의 규정은 영향을 받지 않는다. 제1문에 따른 기한은 수행자가 질병, 수행, 외출, 출소, 근로의무 면제 또는 그 밖의 사유로 자신의 잘못 없이 업무를 수행할 수 없는 때에 정지된다. 2개월 미만의 업무 기간은 고려되지 않는다.

(이하 생략)

노르트라인 베스트팔렌 형집행법 제32조(2022. 4. 28. 시행)

(1) 제29조 제3항에 따른 할당된 업무 또는 조수 업무를 수행하는 수형자는 2009. 11. 12. 공고(BGBl. I S. 3710, 3973; 2011 I S. 363)된 사회법전 제4권(SGB IV) - 사회보장에 관한 공동 규정 - 제18조에 따른 기준값의 9%를 기초로 하는(기초 급여) 노역임금 또는 훈련보조금(급여)을 받는다. 일당은 기초 급여의 1/250이다.

(2), (3) 생략

(4) 급여는 수형자의 수행 능력과 업무의 종류에 따라 여러 등급으로 나눌 수 있다. 기초 급여의 75% 미만은 수형자의 노역 성과가 최소 요구 사항을 충족하지 않는 경우에만 지급 가능하다. (이하 생략).

노르트라인 베스트팔렌 형집행법 제34조(2022. 4. 28. 시행)

(1) 제32조에 따른 급여 및 제33조에 따른 면제에 더하여 추가적으로 수형자는 3개월 동안 노역 또는 조수 업무를 수행한 경우 신청에 의해 2일 동안 유급으로

1. 노역 의무에서의 면제 또는
2. 요건이 충족되는 경우 장기 외출

을 부여받는다.

수형자가 신청을 하지 않거나 장기 외출이 제공될 수 없는 경우에는 석방 시점이 앞당겨진다. 이는 수형자가 요건이 충족된 후 1년 이내에 제1문 제1호에 따라 면제를 청구하지 않는 경우에도 적용된다. 수형자가 자신의 잘못 없이 할당된 업무를 이행하지 못하여 의무를 충족하지 못한 기간은 제1문에 따라 기한이 정지된다. 3개월 미만의 고용 기간은 고려하지 않는다. 제1문 제2호에 따른 장기 외출은 제54조 제1항 제1문에 따른 장기 외출의 최대 기간에 산입되지 않는다.

(2)-(4) 생략

2. 관련조항

구 노르트라인 베스트팔렌 형집행법 제32조(2015. 1. 13.-2017. 8. 31. 시행)

- (1) 수형자가 배속된 노역 또는 조수 업무를 제29조 제3항에 따라 수행하면 2009. 11. 12. 공고(BGBl. I S. 3710, 3973; 2011 I S. 363)된 사회법전 제4권(SGB IV) - 사회보장에 관한 공동 규정 - 제18조에 따른 기준값의 9%를 기초로 하는 노역 급여를 받는다(기초 급여). 일당은 기초 급여의 1/250이다.
- (2), (3) (생략)
- (4) 작업치료 조치에 참여하는 수형자는 해당 업무의 종류와 노동의 성과에 상응하는 급여를 받는다.
- (5), (6) (생략)

구 노르트라인 베스트팔렌 형집행법 제34조(2015. 1. 27. - 2017. 8. 31. 시행)

- (1) 제32조에 따른 급여 및 제33조에 따른 면제에 더하여 추가적으로 수형자는 3개월 동안 노역 또는 조수 업무를 수행한 경우 신청에 의해 2일 동안 유급으로
1. 노역 의무에서의 면제 또는
 2. 요건이 충족되는 경우 장기 외출
- 을 부여받는다.
- 수형자가 신청을 하지 않거나 장기 외출이 제공될 수 없는 경우에는 석방 시점이 앞당겨진다. 이는 수형자가 요건이 충족된 후 1년 이내에 제1문 제1호에 따라 면제를 청구하지 않는 경우에도 적용된다. 수형자가 자신의 잘못 없이 노역 의무를 이행하지 못하는 기간은 제1문에 따른 기한이 정지된다. 3개월 미만의 고용 기간은 고려하지 않는다. 제1문 제2호에 따른 장기 외출은 제54조 제1항 제1문에 따른 장기 외출의 최대 기간에 산입되지 않는다.
- (2)-(4) 생략

IV. 판단

1. 헌법상 재사회화명령

헌법은 형벌제도가 수형자의 재사회화(Resozialisierung)라는 목표를 지향하도록 요구한다. 개별 수형자는 자신에 대한 부담적 조치들이 이러한 목표를 충족할 것을 요구할 수 있는 기본권적 청구권을 갖는다. 개인이 영위하는 삶의 조건에 국가권력이 광범위하게 개입하게 되는 자유형의 경우, 재사회화명령은 특히 중요하다. 수형자들에게는 독립적인 삶을 영위할 능력과 의지를 부여해야 한다. 이들은 앞으로 자유로운 사회에 나가서 법을 어기지 않고도 자신을 주장할 수 있어야 하고, 그러한 사회에서의 기회를 이용하며 위험을 관리할 수 있어야 한다.

헌법상 재사회화명령은 모든 국가권력을 기속한다. 먼저 입법자는 형벌제도를 규범적 방식으로 형성하고 사회통합의 목적에 맞춰 설계할 임무를 갖는다. 헌법상 재사회화명령은 입법자에게 효과적이고 일관되며 학술적 기준에 부합하는 재사회화 개념을 개발하고 이를 충분히 구체화된 형사집행 규정을 통해 이행할 의무를 부과한다. 나아가 입법자는 이를 성공시키기 위해 필요하다고 인정되는 집행조건과 조치에 필요한 인적·재정적 자원이 지속적으로 확보되도록 해야 한다. 국가는 집행의 목적을 실현시킬 수 있도록, 즉 수형자의 재사회화를 달성하기 위해 필요한 방식으로 형벌제도를 마련해야 한다.

헌법상 재사회화명령에 부합하는 재사회화 개념의 개발은 수형자의 재사회화에 관한 기본권의 실현에 중요하다. 이는 국가와 사회에도 매우 중요하다. 따라서 헌법에 규정된 재사회화 목표를 달성하기 위해 입법자가 제공해야 하는 전반적인 개념은 규범적 체계 자체에서 인식될 수 있어야 한다. 이 전반적인 개념의 틀 내에서 교정조치로서 노동에 부여된 중요성과 이에 대해 제공되는 (총체적) 보상은 법에 일관되게 규정되어야 한다. 특히 보상의 금전적 부분과 비금전적 부분에 대한 개별 가중치는 전체 개념 내에서 인식될 수 있어야 한다. 여기에는 보상의 금전적 부분에 대한 평가 기준을 법으로 확립하고, 필요한 경우 작업의 다양한 난이도 분류와 작업교화적 측면에서의 교정 및 교육조치, 그리고 이에 대한 급여를 다양한 보상 단계에 따라 규정하는 것도 포함된다. 나아가 입법자는 재사회화 개념의 틀 내에서 (총체적) 보상, 특히 금전적 보상 부분을 통해 달성하려는 목적들을 법률에 명시하고 이러한 목적들이

상호 모순되지 않게 조정해야 한다. 또한 비금전적 보상 부분의 선택 가능성과 범위도 그 가중치와 중요도 면에서 법률로 확정되어야 한다.

입법자는 특정한 규정 개념에 고정되지 않는다. 입법자에게는 효과적인 개념 개발 의무라는 틀 내에서 광범위한 형성의 여지가 주어진다.

형 집행 제도 형성에 대한 법적 요구사항은 신중하게 조사된 다양한 형 집행 제도의 설계 및 교정조치의 효과에 대한 가설과 예측을 기반으로 해야 한다. 입법자는 집행실무에서 얻을 수 있는 경험적 지식을 포함하여 기존 지식을 빠짐없이 활용하고 현재의 학술적 지식수준에 맞춰야 할 의무가 있다. 입법자는 변화된 생활 및 형 집행 형태를 바탕으로 기존에 확립된 전통적인 형 집행 제도 및 교정조치의 효과를 정기적으로 확인해야 한다.

입법자가 확립한 재사회화 개념의 틀 내에서 헌법상 재사회화명령을 달성하기 위한 교정조치로서 노동을 상정하는 경우, 재사회화 개념의 전반적인 맥락에서 노동 요소에 어떤 지위가 부여되는지 법률 조항에서 명확히 인지할 수 있어야 한다. 특히 (의무) 노동이 학교나 직업훈련 및 추가적 교육, 작업치료와 교화적 조치 및 다른 보조적·장려적 조치와 어떤 관계에 있는지 법률로 규정해야 한다.

형 집행 시 수형자의 노동에 대해 부여되는 보수 수준에 대해 헌법이 어떠한 요구를 하고 있는지에 관한 질문은 입법자가 개발한 재사회화 개념의 맥락에서만 명확하게 답변될 수 있다. 그러므로 이 개념으로부터 입법자가 수형자의 노역에 대한 보상이 어떤 목적에 기여하도록 의도한 것인지 명확히 인식할 수 있어야 한다.

- 헌법상 재사회화명령으로부터 형 집행 시 수행한 노동을 적절하게 인정하는 경우에만 해당 노역이 효과적인 재사회화의 수단이 될 수 있다는 점을 도출해 낼 수 있다.

- 형 집행 시 임금을 통해 노역에 대한 보상을 받는 것은 석방 상태에서의 직장생활을 준비함이다. 그러나 수행한 노역에 대한 보상은 입법자가 확립해야 하는 재사회화 개념에서 다양한 방식으로 표현될 수 있다. 입법자는 수형자의 노동에 대해 수감 기간을 단축(‘good time’)하거나 다른 방식으로 형을 경감함으로써 노역을 적절히 인정할 수 있다.

- 이러한 인정은 금전뿐 아니라 보충적으로 비금전적 혜택을 통해 이뤄지는 경우에도 수행한 노동에 대한 등가적 성격을 가져야 하며, 수형자가 이를 직접 인지할 수

있어야 한다. 그렇지 않으면 수형자들이 요구되는 노역과 합리적인(공정한) 보상 사이의 연결이 근본적으로 끊긴 상황에 노출되어 있다고 생각하여 국가 권력의 객체로 전략할 위험이 있다. 인정의 방식은 어떠한 경우에도 수형자에게 실질적인 이점의 형태로, 독립적이고 법을 준수하는 미래의 삶을 위한 정규 노동의 가치를 인식시키기 위해 적합해야 한다.

수형자의 노동에 대한 보수의 적정성도 재사회화 개념의 틀 내에서 보수가 어떤 목적에 기여해야 하는가에 달려 있기 때문에 입법자는 이러한 목적을 법으로 규정할 의무가 있다. 그렇게 함으로써 입법자는 특정 목적을 위해 임금 일부의 지급을 보류하거나 수형자들이 교도소 운영비용을 적절하게 분담하도록 규정할 수 있다.

입법자가 재사회화 개념을 정하고 수형자의 노역 및 이에 대한 보수의 목적을 결정한 경우 보수의 구성과 액수, 특히 금전적 보수의 구성 요소는 해당 개념에서 규정한 목적을 주어진 상황에서 실제로 달성할 수 있도록 책정되어야 한다. 즉 수형자의 노역에 낮은 급여를 지급하여 그 목적을 이루는 것이 비현실적이 되어서는 안 된다. 보수의 적정 여부는 재사회화 개념이 총체적으로 추구하는 목적에 상응하게 책정되었는지를 기준으로 평가되어야 한다.

대가가 전적으로 또는 주로 금전적 보상의 형태로 주어지는 노동을 통한 재사회화라는 법적 개념은 수형자가 그에게 지급되는 보수의 액수를 통해 최소한 유급 노동이 삶의 기초를 마련하는 데 의미가 있다는 점을 인지할 수 있는 경우에만 헌법상 명령인 재사회화에 기여할 수 있다. 이에 대한 출발점은 사회에서의 유급 노동의 가치이다. 적절한 급여 수준이 어느 정도인지를 규정할 때 입법자는 다양한 객관적·주관적 기준을 사용할 수 있으며 그렇게 해야 한다.

- 구체적으로 수행한 업무의 목적은 치료적 교정이나 (자체 사업장이나 기업 사업장 내에서의) 유급 노동 또는 교도소 내에서 필요한 가사노동으로, 작업의 정성적 수준과 함께 임금을 결정할 때 고려될 수 있다. 급여의 액수를 통해 입법자는 수형자가 적절히 교정조치를 받거나 학교 또는 직업훈련이나 추가 교육을 마치도록 인센티브를 부여할 수도 있다.

- 하위문화의 출현, 종속 또는 수용자 간의 대출 및 물물교환과 같이 교도소 생활에 부정적인 영향을 미칠 수 있는 수형자 간의 과도한 소득 차이를 발생시키지 않는 것은 교도소의 보안과 질서를 유지하기 위한 것으로 목적의 정당성이 인정된다.

- 자유 노동시장에서의 유사한 활동에 대한 보수는 전형적인 형 집행의 조건, 특히 일반적으로 교도소 노동의 생산성이 낮다는 점과 함께 고려되고 참작될 수 있다.

- 기업 운영을 위한 수형자의 노역의 비용, 다른 생산 방법(가령 해외 생산)을 통한 경쟁 및 노동시장의 일반적 상황도 고려될 수 있다. 나아가 입법자는 노역면제일 보장과 같은 비금전적인 보상요소를 헌법상 요구되는 인정의 한 부분으로서 포함시킬 수 있다.

- 입법자가 수형자의 노동에 대해 (주로) 금전적 보상체계를 구상하는 경우, 구금 비용에 대한 분담금도 함께 구상하는 것이 금지되지는 않는다. 그러나 재사회화 요건은 수형자들이 처한 전형적인 상황에서 비용 충당에 대한 국가의 이익과 수형자의 경제적 이익 및 재정적 능력 사이의 균형을 요청한다. 이를 위해서는 수형자가 일하지 않는 수형자에 비해 실질적인 이점을 부여받아 합리적인 금액의 보수를 받는 방식으로 구금 비용에 대한 분담금을 산정하는 법적 규정이 필요하다.

- 소송비용의 (부분적) 면제도 급여 산정 시에 고려될 수 있을 것이다. 양육비와 배상금 지급 기회가 재사회화 개념에 규정되어 있다면 이 또한 급여 산정 시에 고려되어야 한다. 채무 변제의 경우도 마찬가지이다.

- 수형자의 노역에 대한 총 보수에 대한 인식, 특히 금전적 보상 요소에 대한 수형자 자신의 평가 또한 간과되어서는 안 된다. 입법자는 (낮은) 급여가 복역해야 하는 형벌의 일부로 경험되지 않도록 하는 법적 기틀을 갖추 것을 목표로 해야 한다.

입법자가 재사회화 개념 규정 시에 광범위한 형성 및 결정 여지를 보유하고 있기 때문에 연방헌법재판소는 해당 개념에 대한 위헌 여부 심사에서 타당성통제(Vertretbarkeitskontrolle)만을 수행한다.

2. 바이에른 주와 노르트라인 베스트팔렌 주의 재사회화 개념의 위헌 여부에 대한 심사

바이에른 주와 노르트라인 베스트팔렌 주의 법률로 규정된 재사회화 개념은 위에서 살펴본 기준에 들어맞지 않는다. 이는 재사회화명령에 위배되며 청구인들의 재사회화에 관한 권리를 침해한다.

가. 바이에른 주

(1) 바이에른 주는 헌법상 요청을 충족하는 일관된 재사회화 개념을 갖고 있지 않다.

바이에른 주 형집행법 제2조 내지 제6조에서는 다양한 집행의 목표를, 동법 제3조 제3문에서는 명확하게 조율되지 않은 일련의 교정조치를 나열하고 있다. 노역, 작업 치료적 업무, 훈련 및 추가교육은 가장 중요한 교정조치는 아니더라도 분명히 중요한 조치들이다. 노역 의무 규정(바이에른 형집행법 제43조)과 보상의 유형 및 금액(바이에른 형집행법 제46조)은 대체로 새로운 고려나 검토 또는 조정 없이 이전에 적용되던 연방법 규정을 답습하고 있다. 이에 더해 급여의 용처에 관해 몇몇 법률로 확립된 목표가 추가되었다. 구(舊) 바이에른 주 형집행법 제78조 제2항 제2문에서는 수형자가 범죄로 인해 유발한 피해를 배상하도록 규정하였다. 입법이유서에 따르면, 2018년 6월 바이에른 주 형집행법 제5a조는 피해자 보호를 더욱 강조하면서 종전 바이에른 주 형집행법 제78조 제2항의 규정을 본질적으로 답습하고 있다. 나아가 수형자들은 자신의 권리와 의무를 행사하고 가족을 부양하기 위한 노력에 대한 지원을 받아야 한다는 규정도 존재한다.

수형자의 노동에 대한 금전적 보상 수준이 낮음을 고려할 때, 재사회화 개념에서 피해자 보호를 강조하며 범죄로 인해 발생한 피해를 배상하도록 하는 규정은 모순되고 비현실적으로 보인다. 나아가 수형자들은 동시에 피부양자에 대한 부양까지 책임져야 한다. 이에 더해 수형자들이 수감시설의 전자기기 운용에 필요한 비용, 의료보험 또는 중독성물질 검사 비용을 분담해야 하거나 분담할 수 있다고까지 규정되어 있다. 수형자들이 수행한 노동에 대해 더 많은 보수를 지급받지 않고서 이러한 요청들을 어떻게 충족할지 불분명하다.

(2) 바이에른 주 입법자는 수형자의 재사회화에 관한 기본권을 어떻게 실현할 것인지에 대해서는 직접 규정하지 않고 있다.

바이에른 형집행법은 개별 수형자들에 대한 형 집행 계획의 내용이 어떠해야 하는지에 관해 규정하지 않고 있다. 무엇이 계획의 내용이 되어야 하는지에 관한 설명은 행정규정에만 존재한다. 재사회화를 위한 집행계획의 내용은 형 집행 시 중요한 관점에 해당하므로 주 입법자는 이에 관한 규정을 행정에 위임해서는 안 된다. 집행계획의 수립과 진행에 관한 절차에서도 이는 동일하게 적용된다.

바이에른 형집행법 제63조상 의료보험에 관한 수형자의 비용분담에 대한 세부 사항도 행정규정에만 규정되어 있다. 주 입법자의 재사회화 개념을 형성하는 규정 및 수형자의 노역에 대한 금전적 보상과 그 용처를 설계하는 규정은 매우 중요하며 기본권과 연관되므로 입법자는 입법절차의 틀 내에서 전문가와 공공의 견해를 형성하고 대변할 기회를 제공하면서 규정을 직접 제정해야 한다.

(3) 지금까지 살펴본 바에 따르면 바이에른 형집행법 제정 시에 교정조치로서의 노역 및 훈련과 그에 대한 급여의 효과에 대한 평가나 학술적 추적 관찰이 이뤄지지 않았다. 변론에서도 정기적인 학술적 평가가 부재하다는 결론에 이르렀다. 실제로 바이에른 주 형집행법 제189조에 따라 연구기관과 협력하여 집행, 특히 교화방법을 학술적으로 발전시키고 그 연구 결과를 형사 사법 목적으로 사용할 수 있도록 하는 형사연구소가 설립되기는 하였다. 그렇지만 해당 연구소는 본 사안과 연관된 문제에 대해서는 지금까지 중점적으로 다룬 바가 없다. 또한 이 영역에 대한 연구용역을 외부 학자에게 맡긴 적도 없다.

해당 사안의 복잡성 및 재사회화조치로서의 노역과 보상에 관한 기본권적 측면을 고려하여 재사회화명령을 구체화해야 할 입법적 필요성을 감안하면, 이러한 대치는 적절하지 않다. 입법자가 재사회화 개념을 규정하였다면, 재사회화명령은 입법자로부터 다변적인 실제적 요건과 변화한 학술 지식을 인지하고 경우에 따라서는 재사회화 개념 이행을 위한 규정을 보완하여 헌법에 합치되도록 유지할 의무를 부과한다. 이를 위해서는 의도하는 재사회화목표를 사용 가능한 교화조치를 고려하여 현실에 맞게 평가할 것이 요청된다. 특히 수형자의 노역에 관한 금전적 및 비금전적 보상에 관하여 이러한 요청은 중요하다. 헌법상 재사회화 개념은 최소한 수형자의 노역과 그 보수에 관해 - 이러한 교정조치의 실제적 효과에 관한 연구 및 평가와는 별개로 또는 이와 병행하여 - 고려해야 할 요소에 대한 학술적 평가를 요구한다.

나. 노르트라인 베스트팔렌 주

노르트라인 베스트팔렌 주가 헌법상 재사회화명령을 형집행법에서 이행하고 실현하는 개념 역시 일관되지 못하고 모순이 없지 않다.

- 노르트라인 베스트팔렌 주 형집행법 제29조 제1항과 제3항의 노역의무 및 동법 제32조와 제34조에 따른 보상의 종류 및 액수에 관한 규정은 별다른 고려 없이 이전

에 적용되던 연방 형집행법 규정을 거의 답습하고 있다. 수정된 사항으로는 노르트라인 베스트팔렌 주 형집행법 제34조 제1항 제1문에서 2개월 연속 노역 시 1일의 노역면제일을 주었던 것을 3개월 연속 노역 시 2일의 노역면제일을 주는 것으로 하여 연간 총 이들의 노역면제일이 추가될 수 있도록 한 점이다.

구두 변론에서 여러 전문가들이 진술했다시피 노역은 형 집행에서 당연한 조치이며, 급여에 대한 기대보다 개인적 경험, 가령 노역일에 업무를 잘 수행하고 관련자들과 상호작용하는 경험을 쌓는 것에 무게를 두고 있고, 긍정적인 노역행위가 수형자의 인격 발달과 석방 이후 사회에서 잘 적응할 수 있을지에 관한 예측에 이르기까지 총체적인 형 집행 설계에 긍정적인 영향을 미칠 수 있다는 점은 시사하는 바가 크다. 그러나 이는 수형자가 수행한 구체적인 작업과 직접적으로 관련된 혜택이 아니며 수행한 작업에 대한 적절한 인정이라는 반대급부로서 평가될 수 없다.

이와 더불어 수형자들은 피부양자를 부양(노르트라인 베스트팔렌 주 형집행법 제4조 제3항)하고 범죄로 인한 물질적·정신적 피해를 배상(노르트라인 베스트팔렌 주 형집행법 제7조 제2항 제3문)함에 있어 지원을 받아야 한다.

구두 변론을 통해 얻은 정보에 따르면, 수감 중 얻을 수 있는 노역에 대한 급여를 고려할 때 수형자의 재정적 운용 여지는 이를 통해 바람직한 교화의 목적을 달성하고 그에 상응하는 의무를 이행하기에는 모순적이고 현실과 거리가 멀다.

추가적으로 노르트라인 베스트팔렌 주도 수형자가 전자기기 운용에 필요한 비용, 의료보험 또는 중독성물질 검사 비용을 분담해야 하거나 분담할 수 있다고 형집행법에서 규정하고 있다. 낮은 노역 임금과 다양한 집행비용을 수형자에게 부담시킨다는 점을 고려할 때 앞서 언급한 여러 집행목적은 어떻게 달성할 수 있을지에 관한 내용은 입법이유서에서 찾을 수 없다. 따라서 이러한 다양한 재정적 의무를 수형자가 실제로 이행할 수 있을지는 알 수 없다.

- 수형자의 재사회화에 관한 기본권을 어떻게 실현할지에 관해서 노르트라인 베스트팔렌 주 입법자는 본질적인 부분을 규정하지 않고 있다. 다만 이는 수형자로 하여금 의료보험 비용을 부담하도록 한 규정에만 해당한다.

- 노르트라인 베스트팔렌 주에서는 주의 형집행법 제110조에 따라 특히 형 집행 시 교화방법과 관련하여 설립된 형사연구소에서 주도하는 ‘형 집행 평가(Evaluation im Strafvollzug, EVALiS)’라는 프로젝트를 시행하고 있다. 또한 입법이유서에 따르면

형사연구소의 과제는 ‘적절한 기간 내에, 기술적 발전을 포함하는 급격한 형 집행의 발전과 쟁점’을 고려하여 ‘형 집행의 규범적 목표에 적합한 현대적 형 집행 체계의 지속적인 발전’을 가능하도록 하는 것이다. 형사연구소는 ‘비용-편익 비율을 고려하여 교화방법을 분석, 평가 및 학술적으로 모니터링’할 의무도 있다.

노르트라인 베스트팔렌 주가 EVALiS 프로젝트의 일환으로 수행한 평가조치와 특히 연구기관과의 협력을 통해 형 집행을 학술적으로 모니터링하고 지속적으로 평가하는 형사연구소의 설립은 채택한 재사회화 개념을 실질적으로 변경된 조건이나 새로운 학술 지식에 적합하게 정의하고 헌법과 합치하게 유지하도록 하는 데 원칙적으로는 적합하다.

그러나 평가 및 관찰 조치의 일환으로 현재까지 구금시설에서의 노동과 보수 지급의 효과에 대한 상세한 학술적 조사나 모니터링은 수행되지 않았다. 이것은 재사회화명령의 요청을 충족하지 않는다.

3. 결론

수형자의 노역에 대한 급여에 관한 규정이 기본법 제2조 제1항과 연계한 동법 제1조 제1항의 재사회화명령에 합치되지 않으므로 청구인 I 과 청구인II의 기본권은 판단의 대상이 된 법원의 결정들이 해당 규정에 기반하는 한 침해되었음을 확인한다. 해당 규정들이 계속 적용되므로 법원의 결정은 파기되지 않으며, 환송 또한 요하지 않는다.

V. 결정의 의의

연방헌법재판소는 수형자 노역에 대한 보수에 관한 바이에른 주와 노르트라인 베스트팔렌 주의 형집행법 규정이 헌법상 재사회화명령 기준에 부합하지 않는다고 판단하였다. 수형자의 노동이 재사회화의 수단이라면 이에 대한 적절한 인정이 주어질야 한다는 것이다. 물론 입법자에게는 형성의 여지가 주어지지만 연방헌법재판소는 현재의 시간당 1.37 내지 2.30 유로의 보수로는 입법자가 규정한 다양한 목표를 실현하는 것이 현실적으로 어렵다고 보았다.

그러나 이 결정에 대해서는 수형자의 기본권 보호를 위한 거의 유일한 기관인 연

방헌법재판소가 입법자에 대해 너무 안일한 판단을 내렸다는 비판이 있다.⁹⁾ 입법자의 형성의 여지 존중이라는 취지는 환영할 만하지만 수형자의 노역에 대한 ‘적절한 인정’을 어떻게 금전적 보상으로 환산할지에 관해서는 연방헌법재판소가 아무런 판시를 하지 않고 있기 때문이다. 또한 범죄 피해자와 수형자 모두 도움이 필요함에도 불구하고 피해자 보호에 대한 관심이 높아지면서 수형자가 노역을 통해 피해를 배상하게 되었고, 이러한 사실을 연방헌법재판소가 간과하였다는 비판도 있다.¹⁰⁾ 수형자에게 연금보험이 부재함을 연방헌법재판소가 문제로 인식하지 않았다는 점도 비판의 대상이 되고 있다.¹¹⁾

9) <https://www.sueddeutsche.de/politik/strafvollzug-bundesverfassungsgericht-gefaengnis-resozialisierung-arbeit-1.5950888> (2023. 8. 18. 방문)

10) <https://www.tagesspiegel.de/politik/warum-wir-sie-vergessen-haben-wie-menschlich-sind-straftgefangene-10013608.html> (2023. 8. 18. 방문)

11) <https://www.swr.de/swraktuell/baden-wuerttemberg/karlsruhe/bundesverfassungsgericht-lohn-fuer-gefangene-100.html> (2023. 8. 18. 방문)

최신 세계헌법판례

프랑스

- ▮ 특정 식물보호제의 생산·저장 및 유통을 금지하는 법률조항이 기업의 자유를 침해하는지 여부 / 책임연구관 한동훈
- ▮ ‘구매력 보호를 위한 긴급조치를 규정하는 법률’에 대한 사전적 위헌법률심판 / 책임연구관 한동훈

특정 식물보호제의 생산·저장 및 유통을 금지하는 법률조항이 기업의 자유를 침해하는지 여부¹⁾

I. 사건개요

식물보호제(*produits phytopharmaceutiques*)는 식물과 농작물을 보호하기 위한 목적으로 만들어진 약제이다. 식물보호제의 개념에는 화학적 합성물, 자연발생적 생산물, 미생물에 근거한 생산물이 포함되며, 특히 제초제, 살진균제, 살충제, 진드기 박멸제가 포함된다.

개별 식물보호제는 식물보호제의 특성을 나타내게 하는 하나 또는 다수의 활성성분(*substances actives*)과 다른 여러 성분으로 구성되어 있다. 따라서 어떤 식물보호제의 위험성을 평가하는 것은 활성성분 자체를 평가하는 것과 식물보호제의 구성, 사용목적 및 사용방법을 평가하는 것을 의미한다.

프랑스의 경우 ‘식물보호제의 판매에 관한 2009년 10월 21일의 유럽연합 의회 및 유럽연합 이사회 규칙(n° 1107/2009)(이하 ‘유럽연합의 2009년 10월 21일 규정’)²⁾을 통해 시판되기 전의 식물보호제와 활성성분의 평가에 대해 규제하고 있다. 유럽연합의 규제는 활성성분과 식물보호제를 구분하며, 활성성분을 식물보호제의 성분에 포함시키려면 처음부터 승인절차를 따르도록 하였으며, 식물보호제의 판매는 허가절차를 따르도록 하였다.

구체적으로 살펴보자면, 활성성분의 특성과 활성성분이 인간 및 환경에 미치는 위험성에 대한 평가는 유럽연합 식품안전청(*Autorité européenne de sécurité des aliments*)이 담당하며, 구체적인 승인조건 및 절차는 유럽연합의 2009년 10월 21일 규정이 정하고 있다.

유럽연합 차원에서 승인된 활성성분은 식물보호제에 포함될 수 있지만, 식물보호

1) Décision n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020.

2) règlement (CE) n° 1107/2009 du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques et abrogeant les directives 79/117/CEE et 91/414/CEE du Conseil.

제의 판매를 위해서는 허가절차를 따라야 한다. 식물보호제의 판매허가권은 유럽연합의 회원국이 가지며, 그 구체적인 조건은 유럽연합의 2009년 10월 21일 규정에서 정하고 있다.³⁾

이와 같은 식물보호제에 관한 유럽연합 차원의 규제의 틀 속에서 프랑스는 ‘농업 및 식품 영역에서의 상업적 관계의 균형과 모든 사람이 이용가능한 건강하고 지속가능한 식품을 위한 2018년 10월 30일 법률’(Loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous)을 제정하여, ‘농업 및 어업법전’(code rural et de la pêche maritime) 제L.253-8조에 제IV문을 추가하였다.⁴⁾ 그리고 생태 전환 및 연대부 장관(ministre de la transition écologique et solidaire), 경제 및 재정부 장관(ministre de l'économie et des finances), 농업 및 식품부 장관(ministre de l'agriculture et de l'alimentation)은 이 규정의 적용을 위하여 건강 및 환경 보호를 목적으로 일부 식물보호제를 규제하기 위한 2019년 7월 23일 훈령(Circulaire relative à l'entrée en vigueur de l'interdiction portant sur certains produits phytopharmaceutiques pour des raisons de protection de la santé et de l'environnement, en application de la modification de l'article L 253-8 du code rural et de la pêche maritime.)⁵⁾을 제정하였다.

3) 판매허가와 관련된 조건의 특징적인 면을 살펴보자면, i) 유럽연합의 회원국은 유럽연합이 승인하지 않은 활성성분이 포함된 식물보호제의 판매허가를 할 수 없으며, ii) 유럽연합의 회원국이 식물보호제의 판매승인을 하기 위해서는 활성성분이 승인되어야 하는 등의 일정한 조건을 충족해야 하며(2009년 10월 21일의 규정 제29조), iii) 연구 및 개발의 경우 또는 다른 회원국이나 제3국에서 사용하기 위해 식물보호제를 생산, 저장 또는 유통하는 경우와 같이 일정한 경우에는 식물보호제 판매승인절차를 면제하고 있다(2009년 10월 21일의 규정 제28조).

4) ‘농업 및 어업법전’(code rural et de la pêche maritime) 제L.253-8조는 원래 ‘농업의 방향설정에 관한 2006년 1월 5일 법률’(loi n° 2006-11 du 5 janvier 2006 d'orientation agricole)에 따라 살충제의 사용 규제에 대해 규정하였다. 그 뒤에 ‘생명 다양성, 자연 및 경관의 회복을 위한 2016년 8월 8일 법률’(loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages)이 제정됨에 따라 2018년 9월 1일부터 활성성분이 포함된 식물보호제의 사용 등을 금지하는 제II문이 추가되었으며, ‘농업 및 식품 영역에서의 상업적 관계의 균형과 모든 사람이 이용가능한 건강하고 지속가능한 식품을 위한 2018년 10월 30일 법률’이 제정됨에 따라 주거지 근처에서 식물보호제의 사용을 규제하는 제III문과 이 결정의 심판대상조항인 제IV문이 추가되었다.

5) circulaire는 일반적으로 훈령 또는 시클레르로 번역하며, 대외적 구속력이 없는 행정규칙을 의미한다. 훈령은 위계적 통제권을 가진 행정조직 내의 발령권자(특히 각부의 장관)가 하위기관의 행위를 지시하기 위해 발령한다. 소속 공무원에게는 구속적이나 행정의 상대방에 대해서는 법적인 효력을 가지지 않으므로 월권소송을 통해 다툴 수 없다. 그렇지만 이 사건의 경우와 같이 일정한 경우 새로운 법적 규율을 하는 훈령도 가능한데, 이 경우에는 월권소송을 통한 취소소송의 대상이 된다. 한국법제연구원, 프랑스 법률용어집, 2008, 163면.

청구인인 프랑스 식물보호 산업협회(Union des industries de la protection des plantes)는 2019년 7월 23일 훈령에 대해 월권소송(recours pour excès de pouvoir)⁶⁾을 제기하였으며, 소송이 계속 중인 2019년 8월 9일에 ‘농업 및 어업법전’(code rural et de la pêche maritime) 제L.253-8조 제IV문에 대해 국사원(Conseil d’État)에 사후적 위헌법률심판을 청구하였다.

프랑스 국사원은 2019년 11월 7일의 결정(Décision n° 433460)⁷⁾을 통해 ‘농업 및 어업법전’(code rural et de la pêche maritime) 제L.253-8조 제IV문이 프랑스 헌법상 기업의 자유를 침해할 소지가 있다는 점을 이유로 진지한 성격이 있다고 판단하였고, 프랑스 헌법재판소에 프랑스 식물보호 산업협회가 청구한 사후적 위헌법률심판사건을 제청하였다.

II. 주문

‘농업 및 식품 영역에서의 상업적 관계의 균형과 모든 사람이 이용가능한 건강하고 지속가능한 식품을 위한 2018년 10월 30일 법률’에 따라 추가된 ‘농업 및 어업법전’(code rural et de la pêche maritime) 제L.253-8조 제IV문은 헌법에 합치한다.

III. 심판대상조항

사후적 위헌법률심판사건의 심판대상이 된 조항은 다음과 같다.

심판대상조항

‘농업 및 어업법전’(code rural et de la pêche maritime) 제L.253-8조 제IV문 : “유럽연합의 2009년 10월 21일 규정에 따라, 인간 또는 동물의 건강 또는 환경의 보호와 관

6) 월권소송(recours pour excès de pouvoir)은 행정행위의 위법성을 이유로 행정법원에 대해 일방적 행정행위의 취소를 구하는 사법적 권리구제의 방법이다. 한국법제연구원, 프랑스 법률용어집, 2008, 629면.

7) 프랑스 국사원은 2019년 11월 7일의 결정(décision n° 433460)에서 “... ‘농업 및 어업법전’(code rural et de la pêche maritime) 제L.253-8조 제IV문의 규정에 따라, 인간 또는 동물의 건강보호 및 환경보호를 이유로 유럽연합이 승인하지 않은 활성성분을 포함하는 식물보호제의 생산, 저장 및 유통을 금지하는 것은 1789년 인간과 시민의 권리선언 제4조가 보장하는 기업의 자유를 침해할 소지가 있으며, 따라서 진지한 성격을 가지는 문제이다.”라고 판단하였다.

련된 이유로 승인받지 못한 활성성분을 포함한 식물보호제의 생산, 저장 및 유통은 세계무역기구의 규정을 준수하는 것을 조건으로 2022년 1월 1일부터 금지된다.”

IV. 판단

1) 심판대상조항은 “유럽연합의 2009년 10월 21일 규정에 따라, 인간 또는 동물의 건강 또는 환경의 보호와 관련된 이유로 승인받지 못한 활성성분을 포함한 식물보호제의 생산, 저장 및 유통은 세계무역기구의 규정을 준수하는 것을 조건으로 2022년 1월 1일부터 금지된다.”라고 규정한다(판시이유 1).

2) 청구인은 심판대상조항의 적용에 따라 유럽연합이 승인하지 않는 활성성분을 포함한 일부의 식물보호제의 수출을 금지하는 것은 이들 제품을 생산하거나 수출하는 기업에 심각한 영향을 미치기 때문에 기업의 자유를 침해한다고 주장하였다. 청구인은 활성성분을 포함한 식물보호제를 수입하는 국가는 프랑스에 소재하는 기업의 경쟁 기업으로부터 이들 제품을 구입할 수 있으며, 이와 같은 방법을 통해서 활성성분을 포함한 식물보호제의 사용을 포기하지 않을 것이기 때문에 환경 및 건강 보호라는 목적과 관련이 없다고 주장하였다(판시이유 2).

3) 기업의 자유는 ‘1789년 인간과 시민의 권리선언’(Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789) 제4조로부터 도출된다(판시이유 3).

4) 2004년 환경헌장(Charte de l'environnement de 2004) 전문은 “인류의 미래와 존재 그 자체는 인류의 자연환경과 분리할 수 없다 … 환경은 인류의 공통의 유산이다 … 환경의 보존은 국가의 다른 기본적 이익과 동일한 자격으로 추구되어야 한다 … 지속가능한 발전을 보장하기 위하여, 현재의 수요에 부합하기 위한 선택은 미래세대와 다른 사람들 그 자신의 수요를 만족시키기 위한 미래세대와 다른 사람들의 역할을 위태롭게 해서는 안된다.”라고 규정한다. 이와 같은 환경헌장 전문으로부터 인류 공통의 유산인 환경의 보호는 헌법적 가치를 가지는 목적이라는 점이 도출된다(판시이유 4).

5) 1946년 헌법전문 제11항은 국가는 “모든 사람들에게 … 건강보호를 보장한다.”

고 규정하며, 이 규정으로부터 건강보호라는 헌법적 가치를 가지는 목적이 도출된다(판시이유 5).

6) 위에서 언급한 헌법적 가치를 가지는 목적과 기업의 자유의 행사와의 조화를 보장하는 것은 입법자의 권한이다. 이와 같은 자격에서 입법자는 프랑스에서 수행되는 활동이 외국의 환경에 미칠 수 있는 영향을 고려해야 한다(판시이유 6).

7) 유럽연합의 2009년 10월 21일 규정에 따르면, 식물보호제는 식물보호제가 포함하고 있는 활성성분에 대해 유럽연합의 권한 있는 기관이 승인하는 경우에만 판매될 수 있다. 유럽연합의 권한 있는 기관은 인간 또는 동물의 건강에 해로운 영향을 미치거나, 환경에 유해한 영향을 미치는 물질에 대해서는 승인을 거부한다(판시이유 7).

8) 심판대상조항은 인간 또는 동물의 건강에 해로운 영향 또는 환경에 유해한 영향을 이유로 유럽연합에 의해 승인받지 못한 활성성분을 포함한 식물보호제의 생산, 저장 및 유통을 금지한다. 따라서 심판대상조항은 이와 같은 제품의 프랑스 내에서의 판매 이외에도 프랑스 밖으로의 수출 또한 금지한다(판시이유 8).

9) 첫째로, 입법자는 이와 같은 심판대상조항의 제정을 통해서 식물보호제에 포함된 활성성분의 유포에 따라 발생할 수 있는 인간의 건강 및 환경에 대한 침해를 방지하고자 하였다. 입법자와 동일한 일반적인 평가권 및 결정권이 없는 헌법재판소는 입법자가 가결한 법률규정을 현재의 지식에 비추어 재검토할 수 있는 권한이 없다(판시이유 9).

10) 입법자는 프랑스에서 설립된 기업이 세계 각처에서 이와 같은 식물보호제의 판매에 참여하는 것을 막았으며, 간접적으로는 인간의 건강 및 환경을 침해하는 활동에 참여하는 것을 막았다. 따라서 입법자는 기업의 자유에 대한 제한을 하였지만, 이는 건강 및 환경의 보호라는 헌법적 가치를 가지는 목적과 상당한 관련성을 가진다(판시이유 10).

11) 둘째로, 입법자는 승인받지 못한 활성성분을 포함한 식물보호제의 생산, 저장 및 유통의 금지의 발효를 2022년 1월 1일로 연기하였다. 따라서 입법자는 심판대상조항의 적용을 받는 기업들에 3년 이상이라는 적응기간을 부여하였다(판시이유 11).

12) 이와 같은 점을 고려해 볼 때, 입법자는 기업의 자유와 환경 및 건강 보호라는 헌법적 가치를 가지는 목적 간에 명백히 불균형적이지 않는 조화를 보장하였다. 따라서 기업의 자유를 침해하였다는 청구이유는 배척되어야 한다(판시이유 12).

13) 심판대상조항은 헌법이 보장하는 다른 권리 또는 자유를 침해하지 않았다. 따라서 헌법에 합치한다(판시이유 13).

V. 결정의 의의

프랑스 헌법재판소는 이 결정에서 2004년 환경헌장 전문의 “환경은 인류의 공통의 유산이다”라는 문언에 근거하여, 환경의 보호가 단순한 공익이 아니라, 입법자에게 헌법에 부합하게 입법을 해야 할 의무를 부과하는 헌법적 가치를 가지는 목적이라는 점을 처음으로 인정하였다. 또한 프랑스 헌법재판소는 환경의 보호라는 헌법적 가치를 가지는 목적에 근거하여 헌법이 보장하는 권리 또는 자유(이 사건에서는 기업의 자유)를 제한할 수 있음을 확인하였다.

그리고 프랑스 헌법재판소는 이 결정에서 헌법이 보호하는 환경은 프랑스 국내의 환경에 국한되는 것이 아니라고 보았다. 따라서 프랑스 헌법재판소는 전 세계적인 환경보호의 증진을 위해 프랑스의 입법자가 노력할 수 있다고 판단하였다.

‘구매력 보호를 위한 긴급조치를 규정하는 법률’에 대한 사전적 위헌법률심판¹⁾

I. 사건개요

프랑스 의회는 ‘구매력 보호를 위한 긴급조치를 규정하는 2022년 8월 16일 법률’(LOI n° 2022-1158 du 16 août 2022 portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat, 이하 ‘심판대상법률’이라 한다)²⁾을 2022년 8월 3일에 최종적으로 가결하였다.

심판대상법률은 우크라이나 전쟁으로 소비자 가격 및 에너지 가격이 상승함에 따라 발생한 인플레이션이 가계 예산에 미치는 영향을 줄이는 것을 그 목적으로 한다. 심판대상법률은 내용적으로 가계 생활 수준의 보호, 소비자 보호 및 에너지 주권의 보호 부분으로 나눌 수 있으며, 총 48개의 조문으로 구성되어 있다.

프랑스 하원의원들은 2022년 8월 5일에, 프랑스 상원의원들은 2022년 8년 8일에, 프랑스 헌법 제61조 제2항³⁾의 규정에 근거하여 심판대상법률의 일부 조항에 대해서 프랑스 헌법재판소에 사전적 위헌법률심판을 청구하였다.

청구인인 프랑스 하원의원들은 심판대상법률의 일부 조항이 화석 에너지 발전을 촉진한다고 평가하였으며, 이는 환경에 대한 심각하고 돌이킬 수 없는 결과를 초래하며, 2004년 환경헌장(Charte de l'environnement de 2004, 이하 ‘환경헌장’이라 한다)에서 도출되는 환경보호라는 헌법적 가치를 가지는 목적에 대한 심각하고, 명백한 침해에 해당한다고 주장하였다.

구체적으로 살펴보자면, 프랑스 하원의원들은 부유식 LNG 터미널의 설치에 관한 심판대상법률 제29조와 부유식 LNG 터미널의 설치와 관련하여 환경영향평가 절차

1) Décision n° 2022-843 DC du 12 août 2022.

2) LOI n° 2022-1158 du 16 août 2022 portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat.

3) 프랑스 헌법 제61조 “① 조직법률은 공포되기 전에, 헌법 제11조에서 언급된 법률안은 국민투표에 회부되기 전에, 의회의 의사규칙은 시행되기 전에 헌법재판소에 회부된다. ② 이와 같은 목적을 위해 대통령 · 수상 · 하원의장 · 상원의장 · 60인의 하원의원 · 60인의 상원의원은 법률이 공포되기 전에 헌법재판소에 청구할 수 있다.”

의 예외를 규정하는 심판대상법률 제30조는 환경에 해로운 결과를 초래하며, 그 결과 환경현장의 전문, 제1조, 제5조 및 제6조에 반한다고 주장하였다. 또한 프랑스 하원의원들은 화석 에너지 발전설비를 재가동할 수 있도록 하고, 화석 에너지 발전에 따른 온실가스의 배출상한을 높일 수 있도록 규정한 심판대상법률 제32조와 제36조가 환경현장 - 특히 제6조 - 에 반한다고 주장하였다.⁴⁾

한편, 청구인인 프랑스의 상원의원들은 심판대상법률의 일부 조항이 유럽연합법, 프랑스 헌법상 기업의 자유에 반한다고 주장하였다. 프랑스 상원의원들은 전력시장에서의 경쟁을 위해서 프랑스 전력공사(Électricité de France)가 다른 전력공급자에게 양도해야 하는 원자력 전력 총량을 규정하는 심판대상법률 제39조와 원자력 전기의 최저 판매가격을 정하는 심판대상법률 제40조가 ‘유럽 연합의 기능에 관한 조약’(traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) 제108조 제3항⁵⁾과 프랑스 헌법상 기업의 자유에 반한다는 등의 주장을 하였다.

그러나 프랑스 헌법재판소는 이와 같은 상원의원들의 주장을 받아들이지 않고, 환경현장에 근거한 하원의원들의 주장만 받아들였다.

II. 주문

1. 심판대상법률 제46조는 헌법에 위반된다.

2. 심판대상법률 제29조 제1문, 제2문, 제3문 및 제30조는 판시이유 12에서 실시한 유보 하에 헌법에 합치한다. 심판대상법률 제36조⁶⁾는 판시이유 22 및 24에서 실시한 유보 하에 헌법에 합치한다.⁷⁾

4) https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2022843dc/2022843dc_saisinedep.pdf, 2023. 07.31. 방문.

5) ‘유럽 연합의 기능에 관한 조약’(traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) 제108조 제3항 : “유럽집행위원회는 자신의 의견을 제시하는데 충분한 시간 내에 원조를 설치 및 변경하는 계획에 대해 통지받는다. 유럽집행위원회가 어떤 계획이 제107조가 규정에 따라 역내 시장과 조화되지 않는다고 판단하는 경우, 지체없이 제1항에서 규정한 절차를 개시한다. 관계되는 회원국은 이 절차의 최종적 결정이 내려진 후에만 계획한 조치를 집행할 수 있다.”

6) 프랑스 헌법재판소는 이 결정에서 심판대상법률 제32조 및 제36조에 대한 판단(En ce qui concerne les articles 32 et 36)이라는 소제목하에 심판대상법률 제32조 및 제36조에 대한 판단을 하였지만(판시이유 17에서 26), 주문에서는 특별한 이유 없이 심판대상법률 제36조에 대해서만 다루고 있다. 또한 심판대상법률 제46조에 대해서도 판단하였으나, 주문에서는 특별히 언급하지 않았다.

3. 심판대상법률 제39조에 따라 에너지 법전 제L.336-2조 제2항 제2문에 규정된 “1년에 120 테라와트” 부분과 심판대상법률 제40조에 따라 에너지 법전 제L.337-16조에 규정된 마지막 문은 헌법에 합치한다.

Ⅲ. 심판대상조항 및 관련조항

사전적 및 추상적 규범통제의 심판대상이 된 조항은 다음과 같다.

심판대상조항

구매력 보호를 위한 긴급조치를 규정하는 2022년 8월 16일 법률

제29조 : “I. - 공급 안정을 보장하기 위하여 프랑스의 LNG 처리 능력을 늘릴 필요가 있는 경우에, 에너지 담당 장관은 명령의 형식으로 지정되는 부유식 LNG 터미널 및 부유식 LNG 터미널의 설치계획을 본 조에서 규정하는 체제의 적용을 받도록 결정할 수 있다.

II. 에너지 담당 장관이 부유식 LNG 터미널 또는 부유식 LNG 터미널의 설치계획을 지정하는 경우, 본조 I에서 규정한 명령에서 정한 기간 동안 공급 안정의 필요성을 고려하여, ... 프랑스 본토에서의 부유식 LNG 터미널의 운영 유지에 대해서 사업자에게 의무를 부담하게 한다. 이 명령은 부유식 LNG 터미널이 운영되는 날짜를 정한다. 또한 이 명령은 부유식 LNG 터미널에 LNG 처리 용량을 할당할 수도 있다.

III. 본조 I에서 규정한 명령에 따라 지정된 부유식 LNG 터미널은 국제해양법이 적용됨에 따라 선박에 적용되는 안전에 관한 규정 및 통제에 따르며, 특히 위험물과 관련하여 건강, 안전, 위생 및 환경에 대한 장애나 위험을 방지하기 위해서 항만경찰권을 가진 기관의 제안에 따라 해당 도(道)를 담당하는 국가의 대표자가 내린 명령 전

7) 프랑스 헌법재판소는 사전적 위헌법률심판의 결정의 유형으로 위헌결정, 단순기각결정(합헌결정) 이외에 일정한 조건 하에 합헌이라고 결정하는 조건부 합헌결정(décisions de conformité sous réserve) 형식도 사용하고 있다. 조건부 합헌결정은 제한적 해석결정(interprétations restrictives), 건설적 해석결정(interprétations constructives), 명령적 해석결정(interprétations directives)으로 세분화된다. 제한적 해석결정은 헌법재판소가 직접적으로 해당 법률의 효력을 제한하면서 법규 조항의 내용에 관하여 해석하는 결정이며, 건설적 해석결정은 헌법재판소가 법규범의 의미를 보충하거나 세분화하여서 그 효력을 확장함으로써 위헌선언을 피하는 결정이며, 명령적 해석결정은 헌법재판소가 행한 해석에 부합하도록 명령이나 혹은 지침을 내리는 결정형식이다. 본 결정의 주문 2는 제한적 해석결정으로 분류될 수 있다. Décision n° 2022-843 DC du 12 août 2022 전학선, 프랑스 헌법소송론, 한국문화사, 2022, 422-442면.

체에 따른다. 이와 같은 명령은 부유식 LNG 터미널의 운영이 종료된 이후의 설비 및 장비의 해체 또는 변경과 관련된 의무를 구체적으로 정한다. 이와 같은 의무에는 해당 지역의 복원의무를 포함한다. …”

제30조 : “I. - 본조에서 규정하는 절차적 예외는 르아브르(le Havre) 항만지역에 위치한 … 2021년 5월 19일의 법률명령 제1조 I 제1항에 규정한 영조물 법인 구역의 부유식 LNG 터미널의 설치계획에 적용된다. 이와 같은 절차적 예외는 이 계획의 필요와 관련하여 엄격하게 비례적이어야 한다. 이와 같은 예외는 본 조 I에서 규정한 계획이 실현되는 때인 2025년 1월 1일까지 … 유효하다. 본 조 I에서 규정한 부유식 LNG 터미널의 운영 기간은 5년을 초과할 수 없다. …

III. 본조 I에서 규정한 항만 공사 및 개발에 대해서는 보호종과 보호종의 서식지에 대한 예견가능한 침해에 대처하기 위해 필요한 전체 조치가 규정되기 전에 환경법전 제L. 411-2조 I의 4°에서 규정한 예외가 적용될 수 있다. …

IV. 부유식 LNG 터미널 사업자는 부유식 LNG 터미널을 운영한 후 6개월 내에 본조 I에서 규정한 부유식 LNG 터미널의 운영과 관련된 환경영향 - 특히 온실가스 배출과 관련된 직접적 또는 간접적 영향, 생명 다양성에 대한 침해, 물이나 다른 천연자원에 대한 소비 - 에 대한 조사를 실시한다. … 부유식 LNG 터미널 사업자는 환경영향에 대한 조사를 도를 담당하는 국가의 대표자에게 통지하며, 이 대표자는 전자적 방법으로 환경영향에 대한 조사를 대중에게 알린다. …”

제32조 : “ 프랑스 영토의 전부 또는 일부분의 전력공급의 안전에 대한 위협에 대처하기 위해서 … 온실가스배출 상한의 상승에 따라 전력생산설비의 활동을 일시적으로 재개하는 경우, 본 법률명령 제1조에 규정된 기업은 … 이와 같은 설비의 운영에 필요한 경우 기한이 정해진 근로계약을 체결할 수 있다. 이와 같은 자격으로 기한이 정해진 근로계약을 체결할 경우 다음과 같은 조건이 적용된다. …”

제36조 : “… 데크레(décret)⁸⁾는 프랑스 영토의 전부 또는 일부의 전력공급의 안전

8) ‘데크레’(décret)는 대통령 또는 수상이 발동하는 명령이다. 데크레는 제정절차에 따라서 국사원의 심의를 거친 명령, 국무회의의 심의를 거친 명령, 단순한 명령으로 나눌 수가 있다. 이러한 데크레는 개입영역에 따라 헌법 제37조의 독자명령과 헌법 제21조의 집행명령으로 구분할 수 있다. 프랑스 헌법은 헌법에서 법률로 규정하도록 하는 사항 이외의 사항은 (법규)명령으로 규정하도록 하는데 이러한 것이 헌법 제37조에 의한 독자명령이고, 법률을 집행하기 위한 명령이 헌법 제21조에 의한 집행명령이다. 한국법제연구원, 프랑스 법령용어집, 2008, 283-284면.

에 대한 위협이 있는 경우에 화석연료를 사용하는 전력생산설비에 적용되는 온실가스배출의 상한을 높일 수 있다. 관련된 설비의 운영자는 이와 같은 상한에 따른 온실가스배출에 대한 보상의무를 지며, 이와 같은 의무를 준수하지 않는 경우 제재를 받는다. … 본조에 규정된 보상계획은 프랑스 영토를 대상으로 하며, 특히 산림재생, 조림, 농업용 임업 …, 온실가스 배출을 줄이는 일체의 농업기술 또는 탄소의 자연적 저장을 촉진하는 일체의 기술의 채택을 장려한다. …”

제39조 : “에너지 법전(Code de l'énergie) 제L. 336-2조 제2항 제2문의 마지막에 « 초과하다 » 다음에, « 1년에 120 테라와트 » 라고 규정한다.”

제40조 : “I. 에너지 법전 제L. 337-16조에 « 이 가격은 메가와트당 49.5유로 이상이 어야 한다. »가 추가된다.”

제46조 : “정부는 식용유를 차량연료로 사용하는 것을 승인한 것에 대한 환경적, 경제적 및 기술적 결과를 평가하는 보고서를 늦어도 2023년 1월 1일까지 의회에 제출한다. 필요한 경우, 이 보고서는 현재 유효한 법의 개정의 가능성을 포함해야 하며, 이와 같은 유형의 연료사용에 가장 적합한 차량의 분류를 구체적으로 서술해야 한다.”

관련조항

에너지 법전

제L. 336-2조 : “프랑스 전력공사는 과도기 동안 에너지 법전 제L. 336-3조 및 제L. 336-4조가 정한 최대 전력량을 에너지 법전 제L. 336-5조가 정한 조건에 따라 … 전기공급업자에게 전기를 양도해야 한다. 양도되는 원자력 전기의 최대 총량은 특히 전력 생산과 전력의 최종 소비자에 대한 공급시장의 경쟁의 발전과 최종 소비자를 위한 전기 가격의 안정이라는 목표를 위해서 프랑스 에너지 규제 위원회의 제안에 따라 에너지 및 경제를 담당하는 장관의 명령으로 정한다. 이 최대 총량은 이와 같은 목적에 엄격하게 비례적이며, 2019년 12월 31일까지는 1년에 100 테라와트를 초과할 수 없으며, 2020년 1월 1일부터는 1년에 150 테라와트를 초과할 수 없다.”⁹⁾

9) 심판대상조항 제39조에 따르면 에너지 법전 제L. 336-2조 제2항 제2문 중 위 밑줄 친 부분은 다음과 같이 개정된다: “이 최대 총량은 이와 같은 목적에 엄격하게 비례적이며, 1년에 120 테라와트를 초과할 수 없다.”

에너지 법전 제L. 337-16조 : “앞의 규정에 대한 예외로서, 본 절 제VI장에 따라 양도되는 전기가격은 전기 규제 위원회가 의견을 제시한 다음에 에너지와 경제를 담당하는 장관이 정한다. 이 전기가격을 변경하기 위해 고려될 수 있는 요소는 특히 소비자 물가 지수와 제336-2조 제2항에서 규정한 양도될 수 있는 원자력 전기의 최대 총량의 변화이다.”¹⁰⁾

IV. 판단

1. 심판대상법률 제29조, 제30조, 제32조 및 제36조에 대한 판단

가. 심사기준

1) 환경헌장의 전문은 “인류의 미래와 존재 그 자체는 자연환경과 분리할 수 없다 … 환경은 인류의 공통의 유산이다 … 환경의 보존은 국가의 다른 기본적 이익과 동일한 자격으로 추구되어야 한다 … 지속가능한 발전을 보장하기 위하여, 현재의 수요에 부합하기 위한 선택은 미래세대와 다른 사람들 그 자신의 수요를 만족시키기 위한 미래세대와 다른 사람들의 역량을 위태롭게 해서는 안 된다.”라고 규정한다(판시이유 2).

2) 환경헌장 제1조는 “각자는 균형 잡히고, 건강을 존중하는 환경에서 생활할 권리를 가진다.”라고 규정한다. 이와 같은 권리의 행사에 대한 입법자의 제한은 헌법적 요청과 관련성이 있어야 하며, 추구하는 목적에 비례적이어야 한다(판시이유 3).

3) 환경헌장 제6조는 “공공정책은 지속가능한 발전을 촉진해야 한다. 이를 위하여 공공정책은 환경 가치의 보호와 이용, 경제 개발 및 사회 발전을 조화시켜야 한다.”라고 규정한다. 환경헌장 제6조가 규정하는 조화의 원칙을 존중하면서, 환경헌장 제6조의 실천방법을 결정하는 것은 입법자의 권한이다(판시이유 4).

4) 환경헌장 제7조는 “모든 사람은 법률에 의해 정해진 조건과 한계에 따라 공권력이 보유하는 환경에 관한 정보에 접근하고, 환경에 영향을 미치는 공적 결정을 내리

10) 심판대상조항 제40조에 따르면 에너지 법전 제L. 337-16조에 다음과 같이 제3문이 추가된다: “이 가격은 메가와트당 49.5유로 이상이어야 한다.”

는 데 참여할 권리를 가진다.”라고 규정한다. 환경헌장 제7조가 규정한 원칙을 존중하면서, 환경헌장 제7조의 실천방법을 정하는 것은 입법자와, 법률이 규정하는 범주 내에서, 행정기관의 권한이다(판시이유 5).

나. 심판대상법률 제29조 및 제30조에 대한 판단

1) 심판대상법률 제29조는 부유식 LNG 터미널의 허가 및 운영 유지에 관한 규정이다. 심판대상법률 제30조는 르아브르 항만지역의 부유식 LNG 터미널의 설치계획에 적용되는 절차에 관한 규정이다(판시이유 6).

2) 하원의원들은 심판대상법률 제29조 및 제30조가 환경보호라는 헌법적 가치를 가지는 목적과 환경헌장 제1조, 제5조 및 제6조에 반한다고 주장하였다. 하원의원들은 입법자가 부유식 LNG 터미널의 운영 유지를 허용하고, 르아브르 항만지역에 부유식 LNG 터미널을 설치하기 위해 수많은 그리고 과도한 예외규정을 제정함으로써 환경에 대한 돌이킬 수 없는 침해를 하였다고 주장하였다(판시이유 7).

3) 심판대상법률 제29조는 에너지 담당 장관이 일정한 기간 동안 부유식 LNG 터미널의 운영 유지를 사업자에게 명할 수 있다는 점과 이들 사업자에게 LNG의 처리 권한을 부여할 수 있다는 점을 규정하고 있다. 또한 위 조항은 부유식 LNG 터미널이 준수해야 하는 사항도 규정하고 있다(판시이유 8).

4) 심판대상법률 제30조는 르아브르 항만지역의 부유식 LNG 터미널의 설치계획에 적용되는 환경법전(code de l'environnement)의 규정에 대한 절차적 예외를 규정하고 있다(판시이유 9).

5) 부유식 LNG 터미널은 LNG 처리시설로 사용되는 선박이며, 천연가스 수송망과 연결된 항구에 뱃줄로 결박되어 있다. 그 목적과 효과를 고려해 볼 때, 부유식 LNG 터미널의 설치 및 개통은 환경을 침해할 수 있다(판시이유 10).

6) 그렇지만, 다음과 같은 사항이 고려되어야 한다.

첫째로, 심판대상법률의 제정과정을 고려해 볼 때, 심판대상법률 제29조는 프랑스의 LNG 처리능력의 강화를 통해 가스 에너지 공급의 어려움에 대처하는 것을 그 목적으로 한다. 따라서 이들 규정은 국가의 기본적 이익의 보호를 위한 핵심적 헌법적 요청을 구체화하였다(판시이유 11).

7) 둘째로, 심판대상법률 제29조는 부유식 LNG 터미널의 운영 유지 및 르아브르 항만지역의 부유식 LNG 터미널의 설치, 에너지 공급의 안정을 보장하기 위하여 프랑스의 LNG 처리능력의 강화를 위해 필요한 경우에, 가능하다는 점을 규정하고 있다. 그렇지만 환경현장의 전문에 따르면 환경의 보존은 국가의 다른 기본적 이익과 동일한 자격으로 추구되어야 하며, 현재의 수요에 부합하기 위한 선택은 미래세대의 수요를 만족시키기 위한 미래세대의 역량을 위태롭게 해서는 안 된다. 따라서 이들 규정은 가스 공급의 안전에 대한 심각한 위협이 있는 경우에만 적용된다고 해석하는 경우에만 환경현장 제1조에 반하지 않는다(판시이유 12).

8) 셋째로, 심판대상법률 제29조는 환경에 대한 장애 또는 위험에 대처하기 위해서 부유식 LNG 터미널은 선박 및 LNG를 담당하는 사람에 적용되는 국제적 안전 규칙 및 통제를 따라야 하며, 항만경찰권을 가진 행정기관의 제안에 따라 도지사가 발하는 명령 전체를 따라야 한다고 규정하고 있다. 이와 같은 명령은 해당 지역의 복원의무를 포함하여 부유식 LNG 터미널의 운영 종료 후의 설비 및 장비의 해체 또는 변경과 관련된 의무를 자세히 규정하고 있다(판시이유 13).

9) 넷째로, 심판대상법률 제30조는 5년 미만의 운영 기간 동안에 르아브르 항만지역의 부유식 LNG 터미널의 설치에 대해서만 적용된다. 그리고 르아브르 항만지역의 부유식 LNG 터미널의 설치와 관련된 예외는 한정적으로 열거되어 있으며, 부유식 LNG 터미널의 설치계획의 필요성에 엄격하게 비례적일 경우에만 그리고 시간적으로는 2025년 1월 1일까지 실시될 수 있다. 모든 경우에 국민은 이와 같은 계획이 환경 및 인간의 건강에 미치는 현저한 영향에 대한 정보를 제공받으며, 르아브르 항만지역의 부유식 LNG 터미널 운영자는 보호종 및 보호종의 서식지에 대한 침해를 회피하고 감소시키는 조치들을 따라야 한다. 뿐만 아니라, 르아브르 항만지역의 부유식 LNG 터미널 운영자는 운영 종료 전 6개월의 시점에 부유식 LNG 터미널의 해체조건, 보상조치, 생명 다양성 및 토지의 상태에 대한 조사를 해야 하며, 조사결과를 대중에게 공개해야 한다. 게다가 이와 같은 예외규정의 적용과 관련하여 권한이 있는 기관의 결정에 대해서 행정법원에서 다툴 수 있다(판시이유 14).

10) 따라서 판시이유 12에서 실시한 의견의 유보 하에, 심판대상법률 제29조의 제1문, 제2문 및 제3문과 제30조는 환경현장 제1조에 반하지 않는다(판시이유 15).

11) 나아가, 심판대상법률 제29조의 제1문, 제2문 및 제3문과 제30조는 환경현장 제5조, 제6조 및 제7조에 반하지 않으며, 다른 헌법적 요청에도 반하지 않으며, 판시 이유 12에서 실시한 의견의 유보 하에, 헌법에 합치한다(판시이유 16).

다. 심판대상법률 제32조 및 제36조에 대한 판단

1) 심판대상법률 제36조는 화석연료를 사용하는 전기생산설비에 적용되는 온실가스배출의 상한을 높이는 것을 규정하고 있다. 심판대상법률 제32조는 이와 같이 온실가스배출의 상한을 높여 일시적으로 전기생산설비의 활동을 재개시키는 경우, 노동법 규정에 대한 예외로서 이들 시설의 운영자가 기간이 정해진 근로계약을 체결할 수 있도록 규정하고 있다(판시이유 17).

2) 청구인인 하원의원들은 이와 같이 온실가스배출의 상한을 높이는 것이 환경에 돌이킬 수 없는 피해를 초래할 수 있으며, 보상의무의 범위에 대한 구체적 규정이 없다는 점에 근거하여 환경보호라는 헌법적 가치를 가지는 목적과 환경현장 제6조에 대한 위반이 있다고 주장하였다(판시이유 18).

3) 에너지 법전 제L.100-4조는 생태적 및 기후적 긴급성에 대처하기 위하여 프랑스의 에너지 정책의 목적을 온실가스의 배출과 화석연료의 에너지 소비의 감소로 규정하였다. 환경법전 제L.222-1 A조는 프랑스의 온실가스 배출 상한의 확정을 데크레에 위임하였다. 이와 같은 목적과 상한을 준수하기 위해서, 행정기관은 화석연료를 사용하는 전력생산설비에 적용되는 온실가스 배출의 상한을 정한다(판시이유 19).

4) 심판대상법률 제32조 및 제36조는 화석연료를 사용하는 전력생산설비가 더 많은 온실가스를 배출하도록 할 수 있다는 점을 규정하고 있다(판시이유 20).

5) 우선, 이와 같은 온실가스 배출상한의 상승은 프랑스 영토의 전부 또는 일부에서 전기공급의 안정성에 대한 위협이 있는 경우에만 가능하다. 판시이유 12에서 실시한 바와 같이, 환경현장의 전문에 따르면 환경의 보존은 국가의 다른 기본적 이익과 동일한 자격으로 추구되어야 하며, 현재의 수요에 부합하기 위한 선택은 미래세대의 수요를 만족시키기 위한 미래세대의 역량을 위태롭게 해서는 안 된다. 따라서 이들 규정은 전기 공급의 안정성에 대한 심각한 위협이 있는 경우에만 적용된다고 해석하는 경우에만, 환경현장 제1조에 반하지 않는다(판시이유 22).

6) 그리고 화석연료를 사용하는 전력생산설비의 운영자는 배출상한의 상승에 따른 온실가스 배출에 대한 보상의무를 부담하며, 이와 같은 의무를 준수하지 않는 경우 제재를 받는다. 이와 같은 보상은 산림재생, 조림, 농업용 임업 또는 온실가스 배출을 줄이는 일체의 농업기술이나 탄소의 자연적 저장을 촉진하는 일체의 기술 채택을 장려하는 프랑스 국내의 계획에 대한 재정적 지원에 기여해야 한다. 게다가 환경법전 제L.229-55조가 적용됨에 따라 이와 같은 계획에 따른 온실가스 배출의 감소 또는 차단은 측정가능하며, 확인할 수 있으며, 영구적이어야 하며, 추가적이어야 한다(판시이유 23).

7) 온실가스 배출의 상승을 실효적으로 보상하고, 에너지 법전 제L.100-4조에 규정된 온실가스 배출 감소 및 화석 연료를 통한 에너지 소비의 감소라는 목적이 존중되도록 하기 위한 의무의 수준과 방법을 정하는 것은 행정입법권에 속한다(판시이유 24).

8) 판시이유 22와 24에서 실시한 유보 하에, 심판대상법률 제32조 및 제36조는 환경헌장 제1조에 반하지 않는다(판시이유 25).

9) 나아가, 심판대상법률 제32조 및 제36조는 환경헌장 제6조에 반하지 않으며, 다른 헌법적 요청에도 반하지 않으며, 헌법에 합치한다(판시이유 26).

2. 심판대상법률 제39조 및 제40조에 대한 판단

1) 심판대상법률 제39조는 프랑스 전력공사가 다른 전력공급자에게 양도해야 하는 원자력 전력 총량이 1년에 120 테라와트를 초과할 수 없다고 규정한다. 그리고 심판대상법률 제40조는 원자력 전기 판매의 최저가격을 정하고 있다(판시이유 27).

2) 상원의원들은 프랑스 전력공사가 다른 전기 공급자에게 자신이 생산한 원자력 전기의 상당 부분을 규제된 가격으로 양도하도록 강제되며, 이와 같은 가격의 최종적 확정에 원자력 발전소의 전기 생산과 관련된 경제적 상황이 고려되지 않는다는 점을 근거로 심판대상법률 제39조 및 제40조가 기업의 자유에 대한 과도한 제한을 하고 있다고 주장한다(판시이유 29).

3) 입법자는 1789년 인간과 시민의 권리선언 제4조¹¹⁾에 근거한 기업의 자유에 대

해서 공익에 의해 정당화되거나 헌법적 요청과 관련된 제한을 할 수 있지만, 추구하고는 목적과 관련하여 과도한 제한을 해서는 안 된다(판시이유 30).

4) 에너지 법전 제L. 336-2조는 프랑스 전력공사로 하여금 매년 다른 전기 공급자에 정해진 가격으로 일정한 양의 원자력 전기를 공급하도록 하는 의무를 규정하고 있다. 또한 심판대상법률 제39조와 제40조는 공급되는 전기의 양은 매년 120 테라와트를 초과할 수 없으며, 전기의 가격은 메가와트당 49.5유로 이상이어야 한다고 규정하고 있다. 따라서 심판대상법률 제39조와 제40조는 프랑스 전력공사의 기업의 자유를 제한하고 있다(판시이유 31).

5) 그렇지만, 다음과 같은 점이 고려되어야 한다. 첫째로, 프랑스 전력공사는 프랑스에서 원자력 전기 생산을 독점한다. 프랑스 전력공사가 부담하는 의무는 전력공급 시장에서의 경쟁을 도입하기 위한 것으로, 이를 통해 입법자는 전력시장의 경쟁과 가격안정이라는 공익적 목적을 추구하고였다(판시이유 32). 둘째로, 프랑스 전력공사의 전기공급 가격에 대한 제한은 임시적인 것으로 2025년 12월 31일에 종료된다(판시이유 33). 셋째로, 에너지 법전 제L. 336-2조에 따르면 프랑스 전력공사가 양도해야 하는 원자력 전기의 양은 전력 생산 및 공급 시장에서의 경쟁의 촉진과 전기 가격 안정이라는 목적을 위해서 비례적인 방식으로 엄격하게 결정된다(판시이유 34). 넷째로, 에너지 법전에는 과도한 원자력 전기의 구매요구에 대해서 프랑스 전력공사를 보호하기 위한 규정도 있다(판시이유 35). 마지막으로, 프랑스 전력공사의 전기 공급 가격은 프랑스 에너지 규제 위원회(Commission de régulation de l'énergie)의 제안에 따라 에너지 및 경제를 담당하는 장관이 정하며, 이 가격은 원자력 발전소를 통한 전기 생산의 경제적 조건 등을 충분히 고려함으로써 프랑스 전력공사에게 정당한 보상을 보장하도록 한다(판시이유 36 및 37)

6) 따라서 프랑스 전력공사로 하여금 다른 전기 공급자에 매년 최대 120 테라와트의 전기를 공급하도록 하고, 공급되는 전기의 가격은 메가와트당 49.5 유로 이상이어야 한다고 규정하고 있는 심판대상법률 제39조와 제40조는 기업의 자유에 반하지 않는다(판시이유 38).

11) 1789년 인간과 시민의 권리선언 제4조 : “자유는 타인을 해하지 않은 모든 것을 할 수 있는 것이다. 따라서 인간의 자연권의 행사는 사회의 다른 구성원들에게 동일한 자연권의 향유를 보장하는 한도에 서만 인정된다. 이와 같은 한계는 단지 법률을 통해서만 정해질 수 있다.”

3. 심판대상법률 제46조에 대한 판단¹²⁾

1) 프랑스 헌법 제45조 제1항 제2문은 “제40조와 제41조의 적용과 관계없이 모든 수정안은 비록 간접적이더라도 제출된 또는 이송된 법률안과 관련성을 가지는 경우에 제1독회에서 접수될 수 있다.”라고 규정한다. 이와 같은 입법절차 규정을 위반하면서 도입된 법률규정을 위헌으로 선언하는 것은 헌법재판소의 권한이다(판시이유 52).

2) 정부제출법률안은 원래 2022년 7월 7일 하원 사무국에 처음 제출되었다. 이 법률안은 4장으로 구성되어 있으며, 20개의 조항이 있었다(판시이유 53).

3) 심판대상법률 제46조는 폐식용유를 차량용 연료로 사용하는 것을 허용하는 경우의 환경적, 경제적 및 기술적 영향을 평가하는 보고서를 정부가 의회에 제출할 것을 규정하고 있다. 제1독회에서 수정안을 통해서 새롭게 도입된 이 규정은 최초의 정부제출법률안 제20조와 관련성이 없으며, 심지어 간접적 관련성조차 없다(판시이유 54).

4) 심판대상법률 제46조는 하원 사무국에 제출된 정부제출법률안의 다른 규정과도 관련성이 없으며, 심지어 간접적 관련성조차 없다(판시이유 55).

5) 심판대상법률 제46조는 헌법에 반하는 절차로 채택되었으며, 따라서 헌법에 위반된다는 점을 확인할 필요가 있다(판시이유 56).

V. 결정의 의의

프랑스 헌법재판소의 ‘구매력 보호를 위한 긴급조치를 규정하는 법률’에 대한 2022년 8월 12일 결정은 의회의 입법절차에 대해 절제된 통제권을 행사하는 프랑스 헌법재판소의 전통적인 태도를 확인할 수 있다는 점 이외에도 환경현장의 헌법규범적 효

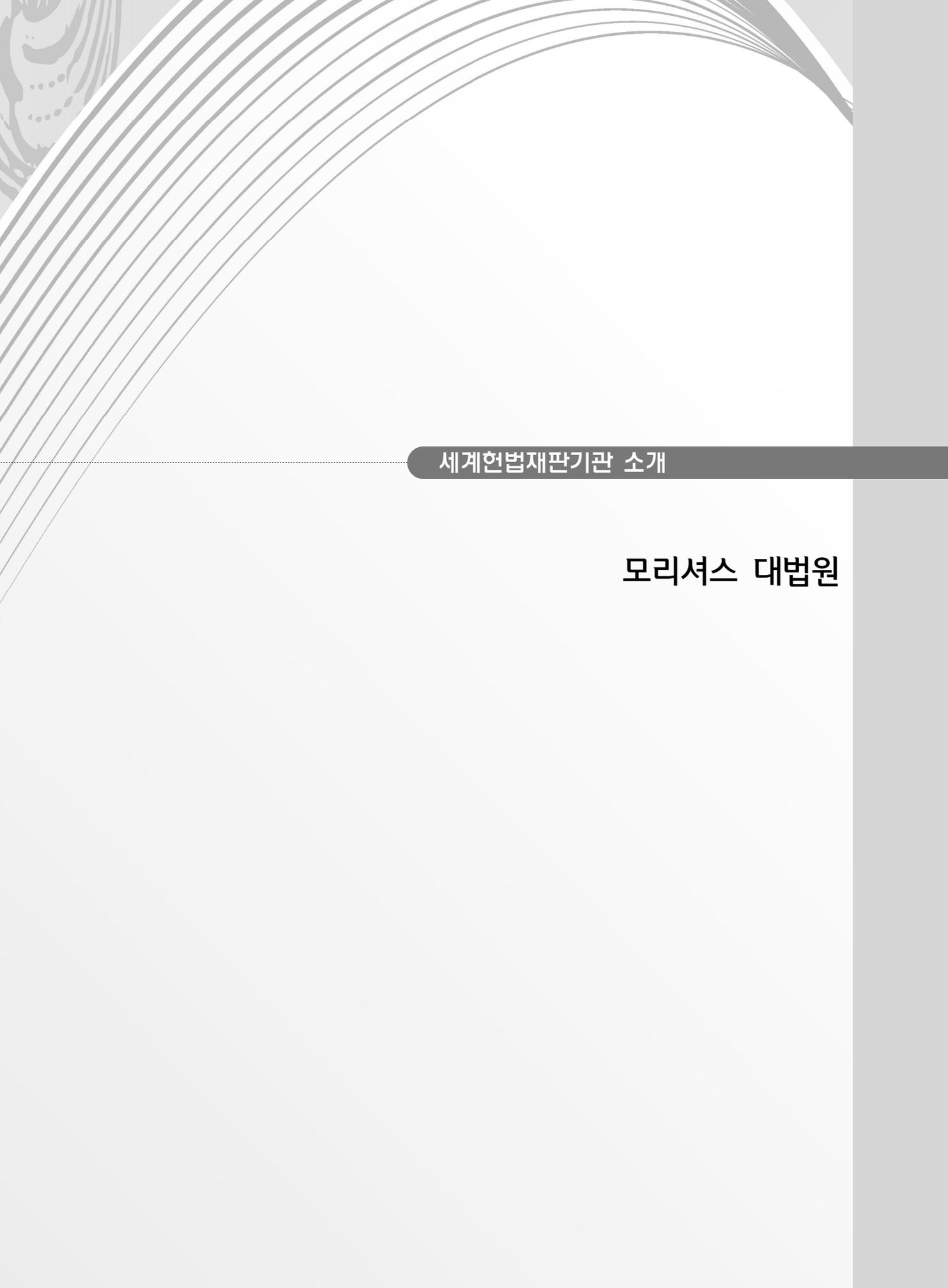
12) 심판대상법률 제46조는 하원의원 및 상원의원들의 심판청구의 대상이 아니었다. 그러나 프랑스 헌법재판소는 자신의 판례를 통해서 프랑스 헌법에 열거적으로 규정된 청구권자들이 청구하지 않은 부분에 대해서도 판단한다는 입장을 전개한 바 있으며(Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971), 이 사건에서도 이와 같은 전통적 입장에 따라 심판대상법률 제46조에 대한 판단을 하였다. 이와 관련해서 전학선, 프랑스 헌법소송론, 한국문화사, 2022, 174-183면 참조.

력을 적극적으로 인정하였다는 점에서 그 의의를 찾을 수 있다.

환경에 관한 국제규범 및 유럽연합 규범의 발달을 배경으로 제정된 환경헌장은 프랑스 헌법을 구성하는 하나의 부분임에도 불구하고, 종래에는 그 제정 배경에 근거하여 단지 교육적, 선언적 및 상징적 성격만 인정하는 해석이 지배적이었다.

그러나 최근에 기후위기와 같은 환경문제가 프랑스 내에서 심각하게 제기됨에 따라 프랑스 학계에서는 환경헌장의 개별 조항 및 전문의 헌법규범적 효력을 인정해야 한다는 주장이 강하게 제기되었으며, 최근 프랑스 헌법재판소는 이와 같은 학계의 주장을 수용하는 방향으로 판례의 태도를 변화시키고 있다.

특히 프랑스 헌법재판소는 2022년 8월 12일 결정을 통해서 환경헌장의 개별조항 이외에도 전문을 사전적 위헌법률심판의 심사기준으로 인정하였다. 그리고 이를 통해 프랑스 헌법재판소는 환경보존이 국가의 다른 기본적 이익만큼 중요하며, 환경과 관련된 입법이 현재 세대의 필요와 미래 세대의 필요 간의 균형을 추구해야 함을 판시하였다.



세계헌법재판기관 소개

모리셔스 대법원

모리셔스 대법원

국 가 개 요

- 1. 국명 : 모리셔스공화국(Republic of Mauritius)
- 2. 수도 : 포트루이스(Port Louis)
- 3. 인구·면적 : 126만 3000명(2022), 2040km² (모리셔스 섬(1,860km²) 및 부속도서)
- 4. 공용어 : 영어·프랑스어(공용어), 크레올어, 힌두어
- 5. 1인당 GDP : 9,106달러(2021년)
- 6. 독립일 : 1968. 3. 12.(영국으로부터)
- 7. 정부형태 및 의회 : 의원내각제, 단원제

1. 명칭 : 대법원

- The Supreme Court of Mauritius

2. 연혁

- 1850. 대법원 설립
- 1968. 3. 12. 헌법 제정
- 2016. 12. 16. 헌법 개정

3. 구성

- 대법원장과 선임대법관(Senior Puisne Judge) 및 국회에서 정한 수의 대법관으로 구성됨(헌법 제76조 제2항)
- 대법원장은 총리와의 협의를 거쳐 대통령이 임명함(헌법 제77조 제1항). 선임 대법관은 대법원장의 자문을 거쳐 대통령이 임명하고(헌법 제77조 제2항), 대 법관은 사법위원회의 자문을 거쳐 대통령이 임명함(헌법 제77조 제3항)
- 대법원에서 변호사로서 자격을 갖추고 5년 이상 업무를 수행해 온 자에 한해 대법관으로 임명될 수 있음(헌법 제77조 제4항)

4. 권한

- 모리셔스의 사법 시스템은 대법원과 하위 법원의 2단계 구조이고, 대법원은 예심·가사·상사·형사·조정 등 사건의 제1심을 관할하는 부서와 민·형사 항소부로 구성되어 있음. 다만, 영국 식민지 시절 도입된 추밀원(Judicial Committee of the Privy Council)이 아직까지 헌법상 법원으로 간주되며(헌법 제19조 제1항), 민·형사 사건에서 헌법해석이 쟁점이 되는 경우 최종심을 맡고 있음(헌법 제81조 제1항)
- 대법원은 하위 법원의 모든 민사 또는 형사 절차를 감독할 관할권을 가지며, 적절하다고 판단되는 명령을 내리고, 영장을 발부하고, 지시를 내릴 수 있음(헌법 제82조 제1항)
- 헌법 관련 사안(헌법 제17조, 제83조, 제84조)
 - － 헌법 제3조 내지 제16조의 기본권이나 자유의 침해 또는 예상되는 침해를 다투는 개인의 청구(헌법 제17조), 그 외의 헌법 위반으로 인한 이익의 침해 또는 예상되는 침해를 다투는 개인의 청구(헌법 제83조)
 - － 법원이 헌법의 해석에 관한 쟁점이 실체적 법률문제(substantial question of law)와 관련된다고 판단하여 제청한 사안(헌법 제84조)
 - － 의회 의원 선출의 무효 여부, 의장·부의장의 자격 유무 또는 사임 여부, 의회 의원의 사임 또는 직무 수행 중지 여부(헌법 제37조)
 - － 대통령의 의회 해산의 무효 여부(헌법 제64조 제5항 c호)

5. 심리 및 결정

- － 대법원의 모든 절차는 원칙적으로 단독 판사가 심리하고 처리함(법원법 제35조)
- － 대법원장은 직권으로 또는 당사자의 서면 신청에 기해 이해관계의 규모나 사실관계 또는 관련법의 중요성이나 복잡성을 고려하여 2인 이상의 대법관이 사건을 심리하도록 지시할 수 있음(법원법 제36조)
- － 대법원 또는 대법원 내 항소법원에서 2인의 대법관만 심리하여 전원일치로 결정하는 경우 이는 대법원의 판결로 간주되고(법원법 제37조 제1항), 의견 차이가 있는 경우 세 번째 대법관이 출석할 때까지 법원의 결정은 정지되며, 전원

일치 또는 3인의 대법관 중 다수의 결정이 대법원의 판결로 간주됨(법원법 제 37조 제2항)

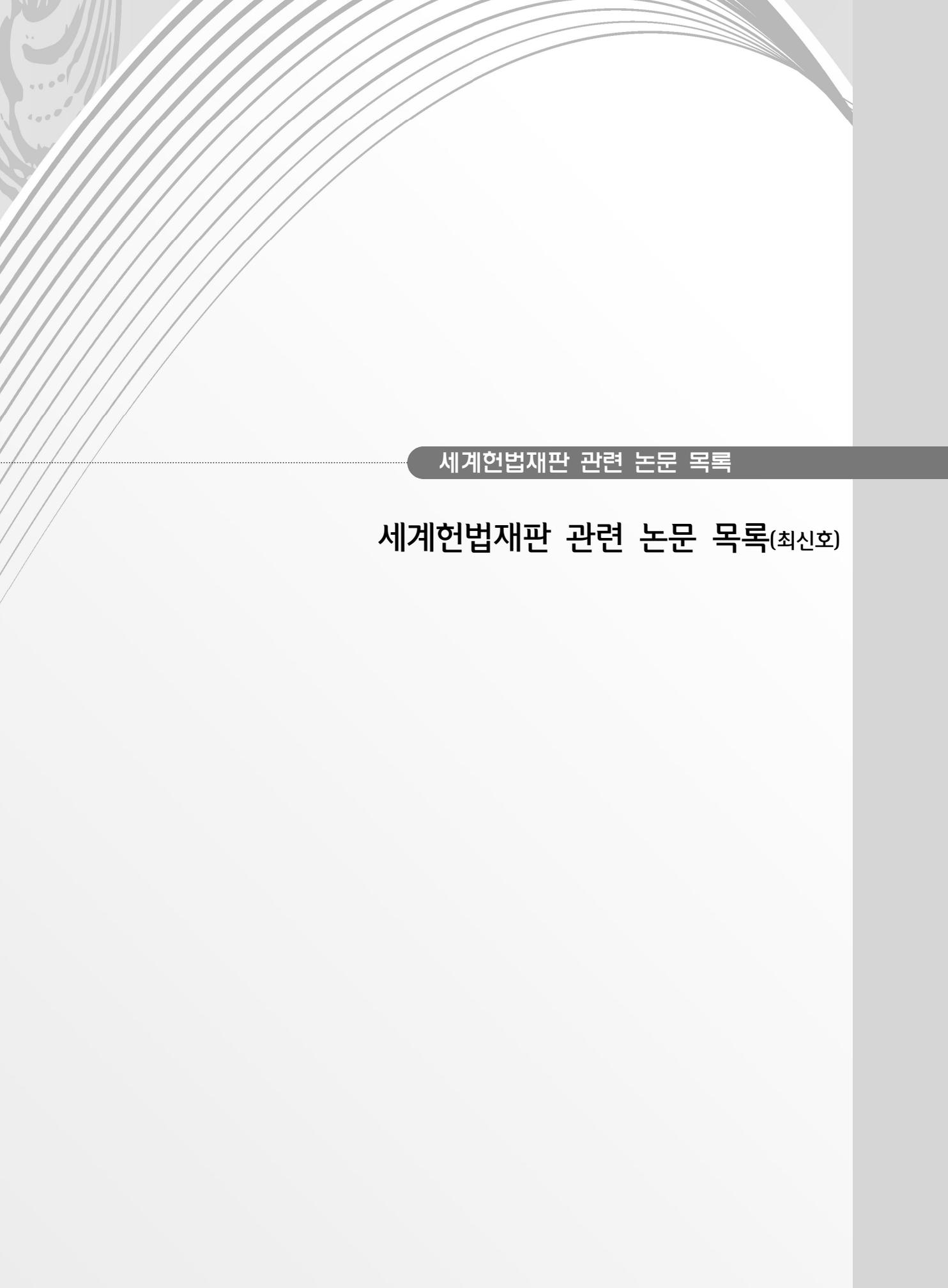
- 법에 따라 전원재판부(full court)에서 심리되어야 하는 사건은 3인 또는 5인의 대법관이 심리하며, 이들의 전원일치 또는 다수의 결정이 전원재판부의 판결로 간주됨(법원법 제39조)
- 법령에 명시적으로 달리 규정된 경우를 제외하고 항소 사건은 최소 2인 이상의 대법관이 심리해야 함(법원법 제70조)

6. 연락처

- 주 소 : 36 Pope Hennessy St, Port Louis, Mauritius
- 전화번호 : +230 260 4100
- 홈페이지 : supremecourt.govmu.org

※ 출처 : 모리셔스 정부 홈페이지(en.gouv.mc)
모리셔스 헌법(영문판)
모리셔스 법원법(Courts Act)(영문판)

(2023. 8. 작성)



세계헌법재판 관련 논문 목록

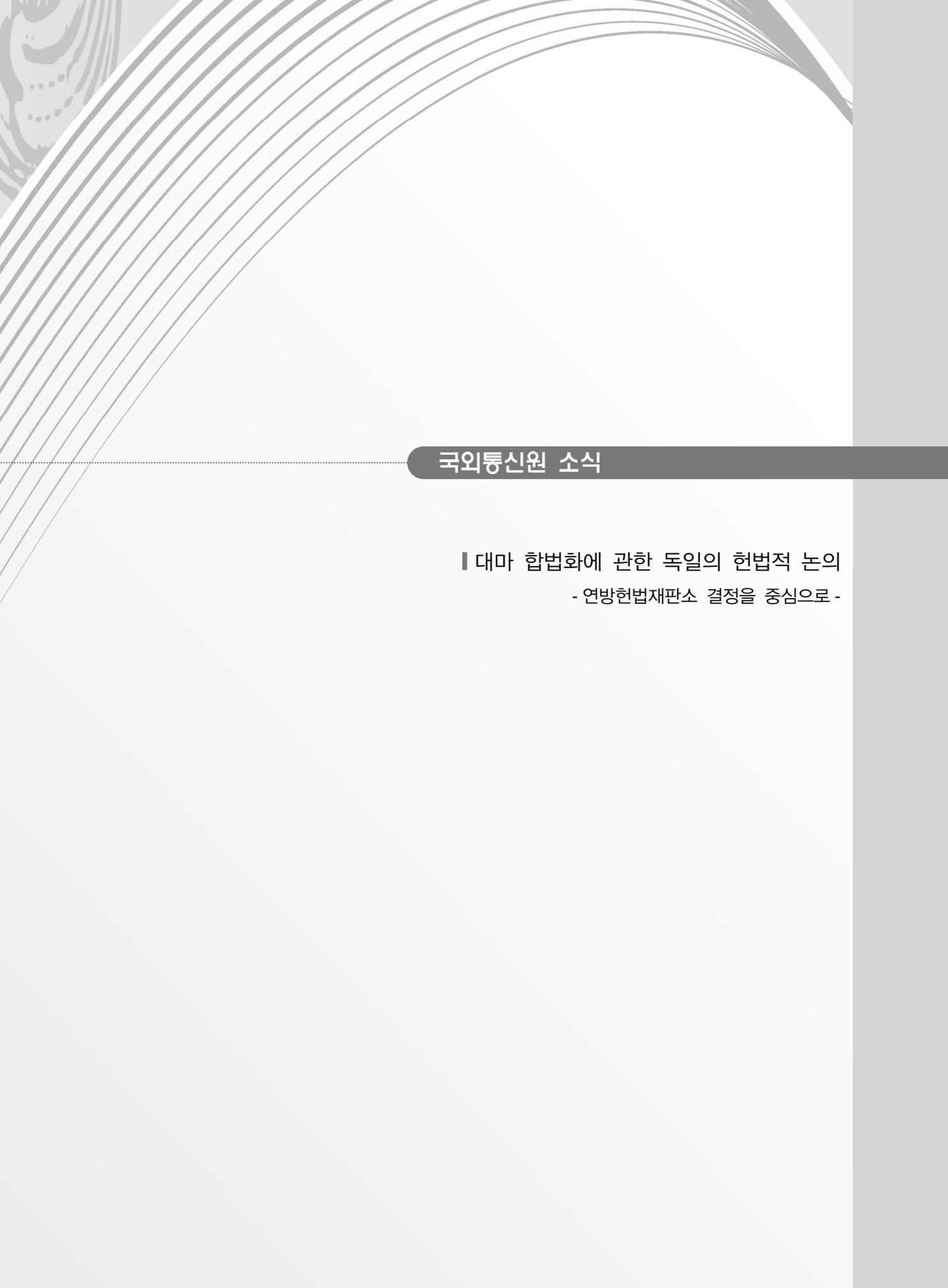
세계헌법재판 관련 논문 목록(최신평)

Ⅰ 세계헌법재판 관련 논문 목록(최신호) Ⅰ

- 강명원, 노인의 비자발적 고독사에 관한 헌법상 권리와 세대 간 계약에 관한 연구 - 프랑스의 세대 간 동거 계약을 중심으로 -, 외법논집 제47권 제2호, 2023. 5. 1-20면.
- 강일신, 실질적 평등과 사법심사: 캐나다 연방대법원의 평등심사를 단초로 하여, 법학연구 제71권, 2023. 5. 1-30면.
- 고대유·한상연, 대체역 제도 개선방안 연구 - 그리스와 핀란드 사례를 중심으로 -, 법과 정책연구 제23집 제2호, 2023. 6. 33-66면.
- 구형근, 독일 기본법상 무과실 책임의 법리에 관한 소고, 인문사회21 제14권 제3호, 2023. 6. 2493-2502면.
- 김소연·제성훈, 2022년 카자흐스탄 정치변동의 내용과 의미: 엘리트 집단 교체와 헌법개정을 통한 권력 구조 개편을 중심으로, 중소연구 제47권 제1호, 2023. 5. 281-314면.
- 김연식, 공중 보건 위기 상황에서 영국과 한국의 과학 자문규범 체계 비교 연구, 저스티스 통권 제197호, 2023. 8. 232-271면.
- 김연식, 영국 과학 자문의 구조와 규범 체계, 비교법연구 제23권 제1호, 2023. 4. 189-250면.
- 김연식, 영국 무기 수출 통제 제도의 법적 쟁점: 공법 이론과 국제 인도법의 관점에서, 국제법무 제15권 제1호, 2023. 5. 27-68면.
- 김용욱, 헌법과 행정법, 질서적 통합의 시작 - 독일 제3차소송 소송권에서 기본권 논의를 중심으로 -, 성균관법학 제35권 제2호, 2023. 6. 219-253면.
- 김지영, 프랑스 사회보장제도 재정통제에 관한 공법적 고찰 - 프랑스 헌법재판소 “퇴직제도개혁사건”에 관한 결정을 논의의 토대로 하여 -, 공법연구 제51집 제4호, 2023. 6. 235-267면.
- 김해원, 주권 개념에 대한 비교 헌정사적 연구 - J. Bodin의 주권 개념과 16~17세기 프랑스·잉글랜드·독일민족의 신성로마제국을 중심으로 -, 헌법재판연구 제10권 제1호, 2023. 6. 151-192면.
- 남궁준, 노동3권 없는 집단적 노동법 - 영국의 최근 쟁위행위 규율의 동향과 함의 -, 노동법논총 제58집, 2023. 8. 1-39면.

- 류지웅, 한국 난민제도의 문제점과 이주아동의 사회적 기본권보장을 위한 법적 연구, 비교법연구 제23권 제1호, 2023. 4. 251-295면.
- 문영화, 유럽인권협약상 ‘합리적 기간 내에 재판을 받을 권리’와 그 실현을 위한 ‘사법의 효율을 위한 유럽위원회 (CEPEJ)’의 활동, 성균관법학 제35권 제1호, 2023. 3. 159-197면.
- 문의빈, 알고리즘 기반 추천과 플랫폼의 기본권 제한에 관한 비교법적 연구, 헌법학연구 제29권 제2호, 2023. 6. 397-444면.
- 박규환, 북부아프리카 이슬람 국가의 기본권 비교연구, 연세법학 제42호, 2023. 7. 479-508면.
- 박정원, 영토보전원칙과 일방적 분리 독립의 추구 - ICJ 코소보 권고적 의견이 낳은 규범적 혼란에 주목하며 -, 동아법학 제98호, 2023. 2. 185-214면.
- 박진완, 사회국가원리의 이론적 형성과 법적 구현과정 과정에 대한 검토 - 독일에서의 논의를 중심으로 -, 헌법학연구 제29권 제2호, 2023. 6. 91-148면.
- 신옥주, 헌법적 관점에서 살펴본 독일의 코로나 19 팬데믹 대응 법제의 내용과 한계, 헌법학연구 제29권 제2호, 2023. 6. 221-264면.
- 신옥주, 헌법적 관점에서 살펴본 한국의 저출산 대응정책 개선 방안 연구 - 독일 가족정책에 대한 비교법적 고찰을 중심으로 -, 헌법재판연구 제10권 제1호, 2023. 6. 103-148면.
- 이진, 국경간(國境間) 표현의 자유에 관한 비교법적 연구, 헌법학연구 제29권 제2호, 2023. 6. 483-524면.
- 이진, 헌법상 정교분리원칙의 심사기준 - 헌법재판소 2022. 11. 24. 선고 2019헌마 941결정을 중심으로 -, 저스티스 통권 제196호, 2023. 6. 230-256면.
- 이병수, 독일법상 지방의회 교섭단체의 권리구제에 관한 소고, 성균관법학 제35권 제2호, 2023. 6. 67-97면.
- 이재우, 프랑스민법상 미성년 자녀의 불법행위에 대한 부모의 책임, 비교법연구 제23권 제1호, 2023. 4. 297-340면.
- 제갈돈, 공공공용관계의 헌법상 지위의 변화: 미국 연방대법원 판례를 중심으로, 의정논총 제18권 제1호, 2023. 6. 179-206면.
- 조재현·김형섭, 국제인권규범의 국내법적 효력 - 국제인권규범의 수용과 효력을 중심으로 -, 공법학연구 제24권 제2호, 2023. 5. 109-131면.

- 하도마·정소희, 네덜란드 인디스인 사회보상법제를 통해 바라본 한국 사회보상법: 사회보상법에 의한 피해자성 인정을 중심으로, 사회보장법연구 제12권 제1호, 2023. 6. 229-258면.
- Rudolf Smend, 김효전 옮김, [번역] 독일 국법에 있어서의 시민과 부르주아, 헌법학연구 제29권 제2호, 2023. 6. 525-551면.



국외통신원 소식

Ⅱ 대마 합법화에 관한 독일의 헌법적 논의
- 연방헌법재판소 결정을 중심으로 -

대마 합법화에 관한 독일의 헌법적 논의

- 연방헌법재판소 결정을 중심으로 -

독일 레겐스부르크 대학교 법학 박사과정 정 다 은

I. 들어가는 말

현재 독일에서는 연방정부가 대마 합법화를 위해 마련한 ‘대마 취급의 관리 및 기타 규정의 개정에 관한 법률안(Entwurf eines Gesetzes zum kontrollierten Umgang mit Cannabis und zur Änderung weiterer Vorschriften, 이하 ‘대마법안’)¹⁾을 두고 열띤 논의가 이어지고 있다.

독일에서 대마 합법화에 관한 논의는 2021년 9월 제20대 연방의회 선거에서 사회민주당(Sozialdemokratische Partei Deutschlands, SPD)이 주요 공약 중 하나로 대마 합법화를 제시하면서 본격적으로 시작됐다.²⁾ 이후 집권당으로 선출된 사회민주당이 녹색당(Bündnis 90/Die Grünen, GRÜNE), 자유민주당(Freie Demokratische Partei, FDP)과 함께 연정협약서를 체결하는 과정에서 대연정은 현행 ‘마약류 거래에 관한 법률(Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln, 이하 ‘마약거래법’)³⁾에 따라 금지되어 있는 기호용(Geschmackzweck) 대마의 상점 판매를 허용하는 데에 합의를 이루었다.³⁾ 이어 구체적인 법률안의 마련은 연방보건부(Bundesministerium für Gesundheit)의 관할 하에 추진되었고, 2023년 8월 16일 연방정부가 연방보건부 제출 법률안에 동의하면서,⁴⁾ 현재 대마법안은 연방의회에서의 심의 등 다음 입법 절차를 앞두고 있다.

1) Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zum kontrollierten Umgang mit Cannabis und zur Änderung weiterer Vorschriften (Cannabisgesetz - CanG), https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/C/Cannabis/Gesetzesentwurf_Cannabis_Kabinett.pdf, 최종 검색일: 2023. 8. 16.

2) Spiegel, SPD will kleine Mengen Cannabis legalisieren, 22.03.2021, <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/drogenpolitik-spd-verspricht-cannabis-in-kleinen-mengen-zu-legalisieren-a-01176dce-1a24-46a4-b432-73ef46e46638>, 최종 검색일: 2023. 8. 16.

3) SPD, GRÜNE & FDP, Mehr Fortschritt Wagen - Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag zwischen SPD, GRÜNE und FDP, S. 68, <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1990812/04221173eef9a6720059cc353d759a2b/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1>, 최종 검색일: 2023. 8. 16.

4) 연방정부는 마약거래법의 형사처벌 조항을 통한 기존의 대마 규제 방식은 오히려 불법 시장의 활성화

대마법안의 주요 내용은, 마약거래법상 형사처벌의 대상인 대마의 무허가 재배 및 소지를 비범죄화(Entkriminalisierung)하기 위해 대마를 마약으로 분류한 마약거래법의 규정을 삭제하고,⁵⁾ 자가 소비(Eigenkonsum) 목적의 대마 재배 및 소지를 허용하는 동시에 이를 엄격히 규율하기 위해 새로운 개별 법률들을 제정하는 것이다.⁶⁾ 다만 대연정의 합의와 달리 우선적으로 부분적 합법화만이 추진되어, 상점에서의 대마 판매를 허용하는 내용의 규정들은 마련되지 않았다.

현재 대마법안은 연방의회 및 연방참사원에서의 심의를 거친 후 연방의회에서의 투표 결과에 따라 빨라야 2023년 말에 시행될 수 있을 것으로 예상되며, 2024년 초 또는 말경에 시행될 것으로 예상하는 견해도 있다.⁷⁾ 대마 합법화가 일찍부터 현 집권당의 선거 공약으로 제시되었고, 이후 대연정의 합의 과정 또한 순조로웠다는 점을 고려하면, 입법 과정이 대연정의 당초 계획보다 더디게 진행되고 있다고 볼 수 있다. 한편으로 이와 같은 상황은 사안 자체의 복잡성, 거센 반대 여론,⁸⁾ 유럽연합법 및 국제법 위반 소지에 대한 문제 제기, 관련 정부 부처의 법률안 초안 거부에서 비롯되었다고 평가된다. 다른 한편으로는 이러한 입법 지연에 연방헌법재판소 또한 관

화 및 대마 소비의 증가를 불러와 실패하였고, 이러한 진압적(repressiv) 성격의 마약 정책을 대신할 현실적인 규제 방식이 도입될 필요가 있다고 보았다. 나아가 대마의 재배 및 소지에 대한 새로운 규율 방식을 통해 만 18세 이상 성인에 한해 양질의 대마가 공급될 수 있도록 하되, 재배량, 소지량을 제한하여 국민의 건강 또한 보호해야 한다고 주장하였다(Bundesregierung, 앞의 법률안, S. 1.).

- 5) 환각 성분인 테트라하이드로칸나비놀(Tetrahydrocannabinol, THC)을 포함한 대마는 현재 마약거래법 부록 1에 따라 마약으로 분류되고 있다. 또한 제29조 이하의 규정들에 따르면 대마를 포함한 마약류의 거래는 ‘의약품 및 의료가기 연방연구소(Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte)’의 허가 없이 이루어지는 때에 자유형 또는 벌금형의 대상이 된다.
- 6) 대마법안 제1조에 의해 새롭게 제정되는 ‘소비용 대마의 취급에 관한 법률(Gesetz zum Umgang mit Konsumcannabis)’에 따르면 만 18세 이상의 성인은 최대 25그램의 대마를 자가 소비 목적에 한해 소지할 수 있으며(제3조 제1항), 거주지 또는 일상적 체류지에서 최대 3개의 대마 식물을 재배할 수 있다(제3조 제2항). 또한 대마의 공동 재배를 목적으로 최대 500명의 회원을 보유할 수 있는 비영리 단체의 운영이 허용된다(제16조). 이른바 ‘소셜 클럽(Social Club)’이라고 불리는 이 단체에서 자가 소비 목적에 한해 만 21세 이상의 성인은 하루 최대 25그램, 한 달 최대 50그램의 대마를, 만 18세부터 만 20세까지의 성인은 한 달 최대 30그램의 대마를 얻을 수 있다(제19조 제3항). 단 이러한 연령, 소지량, 재배량을 위반한 경우에는 형사처벌이 이루어진다(제36조).
- 7) MDR, Cannabis-Legalisierung könnte scheitern, 14.08.2023, <https://www.mdr.de/nachrichten/deutschland/politik/lauterbach-cannabis-legalisierung-droht-scheitern-100.html>, 최종 검색일: 2023. 8. 16.
- 8) 최근 슈피겔지에 따르면, 독일 국민의 40%가 대마 합법화에 찬성하고, 45%가 반대하는 것으로 조사되었다(Spiegel, Jeder Sechste würde nach der Legalisierung kiffen, 14.08.2023, <https://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/cannabis-jeder-sechste-wuerde-nach-der-legalisierung-kiffen-spiegel-umfrage-a-38824148-5cc7-4233-bef6-1f7eb5db55cc>, 최종 검색일: 2023. 8. 16.).

련된 것으로 분석된다.⁹⁾ 대마의 무허가 재배 및 소지 등을 형사처벌하는 내용의 마약거래법상 규정들이 위헌인지 여부에 대해 3개 구(區)법원이 위헌법률심판을 제청한 사안과 관련하여 연방보건부가 이에 대한 연방헌법재판소의 결정을 기다리느라 입법 과정이 늦춰졌다는 것이다. 연방보건부는 상기한 마약거래법상의 규정들이 위헌인 것으로 선언될 경우 대마 합법화를 위한 입법 추진에 순풍(Rückenwind)이 불 것으로 기대하였다.¹⁰⁾ 그러나 연방보건부의 이러한 기대는 2023년 7월 11일 위헌법률심판 제청이 부적법하다고 판단한 연방헌법재판소의 결정¹¹⁾이 발표되면서 좌절되었다. 연방헌법재판소 제2재판부(이하 ‘재판부’)는 구법원들이 위헌법률심판 제청을 위한 충분한 이유를 제시하지 못했다고 보았다. 이미 동일한 헌법적 문제를 다루었던 연방헌법재판소의 1994년 결정¹²⁾에서 마약거래법상의 대마 관련 형사처벌 조항들이 합헌이라고 선언된 바 있는데, 재판부는 구법원들이 이러한 결정을 재검토해야 할 설득력 있는 이유를 제시하지 못했다고 판단하였다. 결과적으로 재판부는 연방헌법재판소의 1994년 결정을 유지하였고, 이에 따라 현재 연방정부의 대마 합법화 논의는 헌법적 당위보다는 정치적 차원의 논의로서 진행 중이다.

이 글에서는 현재 독일의 대마 합법화와 관련하여 이뤄지고 있는 다양한 법적 논의 중에서 헌법 측면의 논의에 주목하여, 현행 마약거래법상 대마 관련 형사처벌 규정의 위헌성에 관한 문제를 연방헌법재판소의 결정을 중심으로 다루고자 한다. 이를 위해 연방헌법재판소의 1994년 결정과 2023년 결정의 내용을 차례로 소개한다.

II. 연방헌법재판소의 1994년 결정(2 BvL 43/92)

1. 사실관계

다양한 대마 취급 행위를 형사처벌의 대상으로 규정한 마약거래법상 규정들의 위헌성 여부가 문제되어, 기본법 제100조 제1항¹³⁾에 따라 6건의 위헌법률심판이 제청

9) MDR, 앞의 기사.

10) LTO, Karlsruhe lässt geltendes Cannabisverbot unbeanstandet, 11.07.2023, <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/cannabis-richtervorlagen-ag-bernau-bverfg-btmg-unzulaessig/>, 최종검색일: 2023. 8. 16.

11) 연방헌법재판소 2023. 6. 14. 결정, 2 BvL 3/20.

12) 연방헌법재판소 1994. 3. 9. 결정, 2 BvL 43/92.

13) 기본법 제100조 제1항: “법원은 그 유효성 여부가 재판의 전제가 되는 법률이 위헌인 것으로 판단되는 때에는 그 절차를 중지하고, 주헌법의 침해가 문제인 경우에는 주의 헌법분쟁을 관할하는 주법원

되고,¹⁴⁾ 1건의 헌법소원심판이 청구된 사건이다.

마약거래법 제3조 제1항 제1호에 따르면 “마약류를 재배·제조하거나, 마약으로 상거래를 하거나, 상거래 없이 마약류를 수입·수출·제공·처분하거나 그 외에 유통시키거나, 입수하거나, 그 외의 방식으로 조달하려는 자는 의약품 및 의료기기 연방연구소(Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte)의 허가를 받아야 한다.” 이때, 이 법 제3조 제2항에 따르면 이 법 부록 1에 규정된 마약은 예외적으로 학문적 목적 또는 그 외의 공익적 목적을 위해서만 그 취급을 허가받을 수 있다. 따라서 부록 1에 규정된 대마와 관련해서는 공익과 학문적 목적으로 위 연방연구소의 예외적 허가를 받은 경우가 아니라면 모든 취급 행위가 금지되며, 이를 위반한 때에는 마약거래법 제29조 이하의 규정에 따라 형사처벌이 이루어진다. 병합 사건에서 주된 심판대상조항은 마약거래법 제29조 제1항 제1문의 규정 중 제1호 및 제3호였다.

마약거래법 제29조 [범죄행위]

제1항 제1문

다음 각 호에 해당하는 자는 최대 5년 이내의 자유형 또는 벌금형으로 처벌된다.

1. 제3조 제1항 제1호에 따른 허가 없이 마약류를 재배·제조하거나, 마약으로 상거래를 하거나, 상거래 없이 마약류를 수입·수출·제공·처분하거나 그 외에 유통시키거나, 입수하거나, 그 외의 방식으로 조달한 자
3. 제3조 제1항에 따른 허가에 근거해 마약류를 얻지 않고 이를 소지한 자

위헌법률심판을 제청한 지방법원들은 위 규정이 “모든 사람은, 다른 사람의 권리를 침해하지 않고 헌법 질서나 도덕률에 반하지 않는 한, 자신의 인격을 자유로이 실현할 권리를 갖는다.”라고 규정한 기본법 제2조 제1항에 위배된다고 주장하였다. 대표적으로 뤼벡 지방법원은 감옥에 구금 중인 남편을 방문하여 대마 1.12그램이 담긴 봉투를 제공한 혐의로 기소된 피고인에게 원심절차에서 마약거래법 제29조 제1항 제1문 제1호에 따라 2개월의 자유형이 선고된 사건에 대해 항소심을 진행하던 중, 동

에 심판을 제청하여야 하고, 기본법의 침해가 문제인 경우에는 연방헌법재판소에 심판을 제청해야 한다. 이는 주법에 의한 기본법 침해가 문제되거나 주법률의 연방법률과의 불합치 여부가 문제된 경우에도 동일하다.”

14) 뤼벡(Lübeck), 힐데스하임(Hildesheim), 프랑크푸르트 암 마인(Frankfurt am Main), 슈투트가르트(Stuttgart)의 지방법원에서 위헌법률심판을 제청하였다.

규정이 기본법 제2조 제1항에 위배되어 위헌이라 판단하고, 항소심 절차를 중지하였다.

지방법원들은 우선 기본법 제2조 제1항에서 도출되는 일반적 행동의 자유 (Allgemeine Handlungsfreiheit)가 마약에 ‘취할 권리(Recht auf Rausch)’와 구체적으로는 ‘대마 사용에 대한 권리’를 포함하며, 기본법 제2조 제1항이 규정한 ‘세 가지 한계 (Schrankentrias)’ 중 취할 권리 및 대마사용권의 제한을 위해 고려될 수 있는 한계는 헌법 질서가 유일하다고 주장하였다. 그러나 이를 판단하건대 그 권리가 제한될 수 없다고 보았다. 이는 마약거래법상 대마 관련 처벌 조항들이 법치국가원리에 부합하지 않을 뿐 아니라, 무엇보다 비례적이지 않아 권리를 제한할 수 있는 헌법 질서에 해당하지 않기 때문이라고 한다.

한편, 무허가 대마 판매 행위를 한 피고인에게 마약거래법 제29조 제1항 제1문 제1호의 규정에 따라 2년 6개월의 자유형이 확정된 사건과 관련하여 피고인은 무엇보다도 이 규정이 기본법 제2조 제1항에 따라 보장되는 자신의 일반적 행동의 자유를 침해한다고 주장하며 헌법소원심판을 청구하였다. 청구인은 헌법상 취할 권리가 인정되는지는 불확실하지만, 마약거래법상의 대마 취급 금지 정책이 전제하는 금욕주의적 생활 방식이 성인들에게도 보편적으로 적용되어야 한다는 관점은 법치국가에서는 불가능하다고 주장하였다.

2. 법정의견의 주요 내용

(1) 취할 권리와 그 제한 가능성

재판부는 기본법 제2조 제1항의 일반적 행동의 자유는 개인의 모든 행위를 보호하며, 이러한 보호에 개인의 행위가 그의 인격발현에 어느 정도로 중요성을 가지는지 여부는 상관이 없다고 판시하였다. 그러나 이 규정에 의해 절대적으로 보호되고 공권력의 영향에서도 완전히 자유로울 수 있는 영역은 ‘사적 생활방식(Private Lebensgestaltung)의 핵심 영역’뿐이라고 설명하였다. 이러한 측면에서 취할 권리는 그것이 미치는 다양한 사회적 영향 및 상호작용을 고려할 때 사생활의 핵심 영역이라고 할 수 없고, 기본법 제2조 제1항의 절대적 보호영역에도 속하지 않는다고 한다. 또한 기본법 제2조 제1항의 한계인 헌법 질서는 헌법에 형식적, 실질적으로 부합하는 모든 법규범(Rechtsnorm)을 뜻하기 때문에, 헌법에 부합하는 법규정으로 일반적인

행동의 자유를 제한하는 것은 기본법 제2조 제1항에 위배되지 않는다고 판시하였다. 따라서 일반적 행동의 자유가 포함하는 취할 권리 또한 헌법에 부합하는 법규정으로 제한이 가능하다고 보았다.

(2) 마약거래법 제29조 제1항 제1문 제1호 및 제3호의 위헌성 판단

재판부는 마약거래법 제29조 제1항 제1문 제1호 및 제3호의 대마 관련 형사처벌 규정이 기본법 제2조 제1항에 위배되는지를 판단함에 있어 중요하게 적용될 수 있는 헌법적 기준은 비례성의 원칙임을 밝혔다. 이를 위해 먼저 이 처벌 규정의 목적을 밝히고, 3단계 비례성 심사에 따라 이러한 목적을 실현하는 데에 대마 관련 형사처벌이 적합하고, 필요한지 여부와 협의의 비례성의 원칙에 부합하는지 여부를 차례로 검토하였다.

재판부는 마약거래법 제29조 제1항 제1문 제1호 및 제3호를 포함한 마약거래법상 대마 관련 형사처벌 규정의 목적은 대마가 개인뿐만 아니라 국민 전체의 건강에 미치는 위협을 방지하고,¹⁵⁾ 대마에 대한 의존으로부터 국민을, 특히 청소년을 보호하는 데에 있다고 밝혔다. 나아가 마약시장을 통한 범죄 조직의 형성, 청소년의 인격 형성과 발달 저해 등 대마가 사회에 미치는 많은 유해한 영향으로부터 사회적 공동생활(Zusammenleben)을 보호하여, 공동체의 이익(Gemeinschaftsbelange)에 기여하는 것을 목적으로 한다고 하였다.

마약거래법 제29조 제1항 제1문 제1호 및 제3호에 따른 형사처벌이 이러한 목적을 달성하는 데에 적합한 수단인지와 관련해 재판부는 이를 인정하였다. 전체적으로 볼 때 마약거래법은 대마의 거래로 인해 개인 및 국민에게 위협이 발생하지 않도록 대마의 취급을 국가의 광범하고 세세한 통제 아래 두는 방식으로 구성되어 있다. 재판부에 따르면 무허가 대마 취급 행위들에 대해 빈틈없는 처벌이 이루어지도록 규정하여 처벌 위협을 가하는 것은 이러한 광범한 통제를 실현하는 데에 적합한 수단이라고 한다. 이어 이 처벌 규정이 필요한지와 관련해서는 처벌 위협에 상응하는 효과를 가진 것으로 증명된 그 외에 다른 대마 거래 방지 수단이 없기 때문에 이 또한 인정된다고 판단하였다.

15) 재판부는 대마가 건강에 미치는 영향이 상당하다고 보았던 입법자의 판단에 대해 의견이 분분한 것이 사실이지만, 관련 문헌의 내용을 상세히 검토한 결과, 건강상 영향이 없다는 주장 또한 근거가 없다고 판단했다. 그러한 문헌에 따르면 대마는 심리적 의존을 유발하고, 운전 능력을 저해하며, 장기 복용시 행동장애, 현실감각 저해, 우울증 등 많은 심리적 문제들을 일으킨다.

마지막으로 마약거래법 제29조 제1항 제1문 제1호 및 제3호가 혐의의 비례성의 원칙에 부합하는지 여부와 관련해 우선 재판부는 대마 취급을 광범하게 금지하는 것과, 형사처벌의 위협으로 그러한 금지를 실현하는 것을 구분하여 판단해야 한다고 보았다. 먼저 대마 취급 행위를 광범하게 금지하는 것은 그러한 금지가 목적하는 바와 같이 사회적 공동생활을 보호하는 동시에 사회 공동체의 이익에 기여할 수 있고, 전체적으로 볼 때 이러한 공익은 대마 취급의 허용에 따른 사적 이익들보다 커, 광범한 금지를 구상한 입법자의 계획은 그 자체로 비례적이라고 판단하였다. 나아가 다른 수단이 아닌 형사처벌의 위협으로 그러한 금지를 실현하는 것 또한 비례적이라고 판단하였는데, 이는 대마 취급 금지의 위반이 단순히 행정벌 규정을 어기는 문제가 아니라 공동체의 중대한 이익을 해하는 문제이기 때문이라고 판시하였다. 요컨대 재판부는 사회 공동체의 이익을 위해 형사처벌을 수단으로 대마 취급 행위를 광범하게 규제하는 것에 대해 비례적이라고 평가하였다.

재판부에 따르면 이러한 광범한 금지 계획은 대마 취급으로 인해 발생하는 추상적 위험(*Abstrakte Gefahr*)에 대한 일반예방적(*generalpräventiv*) 위험 방지에 속하며, 광범한 금지의 특성상 각 행위마다 발생시키는 위험의 종류와 정도에 상당한 차이가 있음에도, 이에 상관없이 모든 대마 취급 행위를 한꺼번에 금지한다. 그러나 재판부는 약물의 특성 및 효과, 약물의 양, 위반 행위의 종류, 그 외의 상황에 따라 발생하는 위험이 다를 수 있으며, 공동체의 이익에 해를 끼치는 정도가 낮아 처벌이 가지는 일반예방의 의미 또한 사라지는 경우가 있을 수 있다고 보았다. 이에 재판부는 본 병합 사건에서 문제된 마약거래법 제29조 제1항 제1문 제1호 및 제3호의 상거래, 입수, 제공, 소지 등의 행위에 대한 처벌이 비례적인지에 대해 개별적으로 판단하였고, 결과적으로 각 행위에 대한 처벌이 비례적이라고 보았다. 각 경우의 처벌과 관련해, 형사처벌을 통한 기본권 침해의 중대성, 이러한 침해를 정당화하는 근거의 중요성 및 긴급성 등을 종합적으로 평가했을 때, 기본권을 침해받는 자가 부담할 수 있는 한계를 넘어선 처벌이 아니라고 보았기 때문이다. 특히 대마의 입수 및 소지에 대해서는 이러한 행위가 자가 소비를 목적으로 이루어져 타인에게 위험을 가하지 않는다면 법원이 처벌을 면제할 수 있도록 마약거래법 제29조 제5항의 규정이 마련되어 있어, 처벌 규정의 마련 시 범죄의 불법성과 유책성 정도를 이미 충분히 고려한 것으로 판단된다고 판시하였다. 결과적으로 제29조 제1항 제1문 제1호 및 제3호가 규정한 대마의 입수 및 소지에 관한 부분은 제29조 제5항으로 인해 혐의의 비례성의 원칙에 위배되

지 않는다고 보았다.

재판부는 이러한 비례성 심사 결과 3개 법원이 제청한 위헌법률심판의 주된 대상인 마약거래법 제29조 제1항 제1문 제1호 및 제3호가 합헌이라고 선언하였다. 이 규정의 위헌성에 근거해 기본법 제2조 제1항의 일반적 행동의 자유 침해를 주장하며 제기되었던 헌법소원 또한 기각하였다.

3. 별개의견 및 반대의견의 주요내용

재판부의 합헌 결정은 재판관 1인의 별개의견 및 1인의 반대의견으로 인해 전원일치하에 이루어지지 못했다.

먼저 재판관 그라스호프(*Graßhoff*)는 법정의견의 결론에는 동의했지만, 결정 이유와 관련하여 별개의견을 제시했다. 그는 추상적 위협 관련 형사처벌 조항에 대한 비례성 심사에는 다른 헌법적 요건들이 적용되어야 한다고 주장하였다. 먼저 적합성 판단과 관련해서는, 구성요건을 충족하는 개별 행위가 특정 법익을 위태롭게 할 때, 형사처벌이 그러한 법익의 보호를 위해 적합한지 여부를 판단할 수 있는 것이지, 광범한 일반적 금지에 대한 적합성 검토는 필요하지 않다고 보았다. 따라서 법정의견에서처럼 다양한 대마 취급 행위를 광범하게 일반적으로 금지하는 것이 금지의 목적을 달성하기 위해 적합한 수단인지 여부를 검토하는 것은 적절하지 않다고 주장하였다. 다음으로 필요성 판단과 관련해서는, 형사처벌이 인격권과 일반적 행동의 자유를 제한하는 중대한 침해에 해당하므로 매우 중요하고 기본적인 공동체의 법익을 보호할 목적일 때에만 필요하다는 점, 즉 형사처벌이 ‘최후의 수단(*ultima ratio*)’임을 충분히 고려해야 하는데, 재판부가 필요성 검토 시 이를 간과했다고 비판하였다.

재판관 쉘머(*Sommer*)는 마약거래법 제29조 제1항 제1문 제1호 및 제3호가 기본법 제2조 제1항에 위배된다고 판단하여 합헌 결정을 내린 법정의견에 반대했다. 이는 혐의의 비례성 심사에서 법정의견과는 다른 판단을 내렸기 때문이다. 그는 자가 소비를 위해 소량의 대마를 취급하는 모든 행위들까지 일괄적으로 형사처벌하는 것은 기본법 제2조 제1항의 일반적 행동의 자유를 과도하게 침해하여 비례적이지 못하다고 보았다. 더욱이 대마의 위험성이 상당하다고 여겨졌던 입법 당시와는 다르게 대마의 위험성에 대해 의견이 분분한 상황이기 때문에, 대마 취급 행위의 종류에 따라 범칙금(*Bußgeld*)과 같은 질서벌로도 대마 거래를 규제할 수 있다고 하였다.

Ⅲ. 연방헌법재판소의 2023년 결정(2 BvL 3/20)

1. 사실관계

베르나우 바이 베를린(Bernau bei Berlin), 뮌스터(Münster), 파제발크(Pasewalk) 구법원은 대마 취급 행위로 인해 마약거래법 제29조 제1항 제1문 제1호 및 제3호¹⁶⁾의 위반 및 형사처벌이 문제되었던 형사 소송 절차들을 중지하고, 연방헌법재판소에 위 처벌 규정에 대한 위헌법률심판을 제청하였다. 즉, 연방헌법재판소의 1994년 결정에서 다루었던 동일한 헌법적 문제가 다시 한 번 제기되었다. 위헌법률심판 제청의 주된 이유는 형사처벌을 통한 대마 취급 금지가 기본법 제2조 제1항에 의해 보호되는 일반적 행동의 자유, 제1조 제1항¹⁷⁾에 연계한 기본법 제2조 제1항의 일반적 인격권 등을 과도하게 침해한다는 것이었다.

2. 주요 내용

재판부는 위 구법원들의 위헌법률심판 제청이 부적법하다고 판단하여, 마약거래법 제29조 제1항 제1문 제1호 및 제3호의 위헌성을 검토하지 않았다. 이로써 위 규정의 합헌을 선언했던 연방헌법재판소의 1994년 결정의 내용을 유지하였다. 재판부가 제시한 부적법 판단의 이유는 다음과 같다.

첫째, 재판부에 따르면 구법원들은 마약거래법상 대마 취급 관련 처벌 조항들의 재판 전제성(Entscheidungserheblichkeit)에 대하여 제대로 설명하지 않았다. 즉, 대마를 마약으로 분류한 마약거래법 규정에 대해서만 문제를 제기하면서 각 원심절차에서 적용되었어야 할 구체적 처벌 규정들을 제대로 적시하지 않았다. 재판부는 위헌법률심판을 통한 구체적 규범통제는 입법자를 감독하기 위한 일반적 수단이 아니며, 재판에 중대한 의미를 갖는 구체적 규정의 유효성이 문제될 경우, 그 규정만이 위헌법률심판의 대상이 될 수 있다고 강조하였다.

둘째, 재판부는 구법원들의 위헌법률심판 제청은 연방헌법재판소의 1994년 결정을 재검토해야 하는 이유를 정확하고 충분하게 제시하지 못했다고 판단했다. 동일한 헌

16) 이 규정은 앞서 설명한 1994년 결정의 심판대상조항과 내용 면에서 동일하다.

17) 기본법 제1조 제1항: “인간의 존엄성은 훼손될 수 없다. 이를 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다.”

법적 문제에 대해 새롭게 위헌법률심판을 제청할 경우, 심판 제청의 이유를 더욱 확실히 제시해야 함에도 이를 간과하였다고 지적하였다. 구법원들의 제청서 내용을 검토했을 때, 연방헌법재판소의 과거 결정을 재검토해야 한다고 설득할 수 있을 만큼 변화된 현실의 상황(Sachlage)과 법적 상황(Rechtslage)이 확인되지 않는다고 보았다. 재판부는 이와 관련하여 구법원들이 제시한 다른 국가들의 대마 합법화 경향과 독일 국내에서 추진되고 있는 새로운 마약 정책은 변화된 상황을 나타낼 만한 충분한 이유가 될 수 없다고 판시하였다. 나아가 위헌법률심판을 제청한 구법원들이 연방헌법재판소의 1994년 결정의 내용을 잘못 파악하고 있는 부분이 많다고 지적하였다. 예를 들어 1994년 결정에서 재판부는 기본법 제2조 제1항의 한계가 적용되지 않는 취할 권리는 없고, 따라서 취할 권리의 제한이 가능하다고 판시하였는데, 구법원들은 재판부가 취할 권리 자체를 불인정했다고 잘못 파악하였다고 하였다. 재판부는 기본법 제2조 제1항의 일반적 행동의 자유에 취할 권리가 포함될 수 있으며, 다만 취할 권리는 이 규정의 절대적 보호영역, 즉 절대 제한이 불가능한 영역에 속하지 않을 뿐이라고 설명하였다.

IV. 나오는 말

최근 연방헌법재판소의 결정은 앞서 설명한 바와 같이 독일의 대마 합법화 추진에 순풍이 되어주지 못했다. 이에 따라 현재의 대마 합법화 논의는 헌법적 당위보다는 마약 정책 패러다임의 전환으로서 범정책적 차원에서 진행되고 있다. 연방헌법재판소는 대마 취급 관련 형사처벌 규정이 사회 공동생활의 보호 및 공동체의 이익에 기여할 목적을 가지고 있다는 점을 강조하며, 형사처벌이 이러한 목적을 실현하는 데에 적합하고, 필요하며, 비례적이라고 판단하였다. 반면, 대마 합법화를 강력히 지지하는 자들은 사회 공동생활의 보호 및 공동체의 이익보다는 마약에 취할 권리의 보장 및 대마 취급 행위의 비범죄화를 주장한다. 이러한 상반된 가치의 대립 속에서 현재 독일 정부는 부분적 합법화를 시작으로 대마 사용의 허용을 추진하고 있다. 앞으로 합법화의 범위를 확장해 나갈 계획에 있지만, 거센 반대 여론, 유럽연합법 및 국제법과의 문제 등으로 인해 대마 합법화가 어떠한 방식으로, 어느 시점에 완전히 실현될지는 여전히 불확실한 부분으로 남아있다. 독일에서 대마 합법화가 실현될 경우,

다른 국가들, 특히 유럽연합 국가들 또한 연쇄적으로 이를 추진할 가능성이 있기 때문에, 대마 합법화에 관한 독일의 논의는 매우 중요하다고 할 수 있다. 앞으로도 독일의 논의에 주목할 필요가 있다.

세계헌법재판 조사연구보고서

(2023 제5호)

2023년 9월 5일 인쇄

2023년 9월 11일 발행

발행: 헌법재판소
헌법재판연구원

인쇄: 성문인쇄사
02) 2272-7553

<비매품>

