

발 간 등 록 번 호

33-9750040-000245-07

세계헌법재판 조사연구
2022-E-6

2022 제6호(통권 제56호)

세계헌법재판 조사연구보고서



Constitutional Research Institute



헌법재판소
헌법재판연구원

목 차

■ 세계헌법재판 조사연구보고서 2022년 제6호 소개 / 비교헌법연구팀장 정유진

◆ 최신 세계헌법판례

■ 미국

헌법상 낙태권 인정 선례의 폐기 / 책임연구원 임기영 3

■ 캐나다

현실적으로 가석방의 가능성이 없는 종신형의 위헌성 / 책임연구원 임기영 39

■ 독일

연방 총리의 발언과 정부 구성원의 정치적 중립의무 / 책임연구원 이지효 55

■ 오스트리아

개명법(改名法)의 헌법합치적 해석 / 책임연구원 이지효 71

◆ 세계헌법재판기관 소개

■ 인도 대법원 81

◆ 세계헌법재판 관련 논문 목록

■ 세계헌법재판 관련 논문 목록(최신호) 87

◆ 국외통신원 소식

- 여성에 한하여 허용된 의학적 생식 보조 시술에 관한 법률과 평등권에 대한 헌법적 논의(프랑스) 91

알림

「세계헌법재판 조사연구보고서」 2022 제6호(통권 제56호)는 헌법재판연구원에서 2022년 8월에 메일로 보내드린 「세계헌법재판 조사연구」를 책자로 발간한 것임.

세계헌법재판 조사연구보고서 2022년 제6호 소개

□ 최신 세계헌법판례

미국 연방대법원은 <헌법상 낙태권 인정 선례의 폐기> 사건에서, 헌법상 낙태권을 인정하였던 Roe v. Wade 판결(1973)과 이를 재확인한 Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey 판결(1992)을 폐기하고, 낙태권의 인정 여부를 각 주의 권한에 맡기도록 하였습니다.

캐나다 연방대법원은 <현실적으로 가석방의 가능성이 없는 종신형의 위헌성> 사건에서, 이미 1개 이상의 살인이 유죄로 인정된 자에 대하여 별건의 살인을 유죄로 인정하여 종신형을 선고하는 경우 가석방 불가 기간을 각 살인죄의 형마다 부과하여 연속적으로 적용할 수 있도록 한 형법조항이 잔인하고 비정상적인 처벌을 받지 않을 권리를 규정하고 있는 캐나다 권리자유헌장 제12조에 반하여 위헌·무효라고 판단하였습니다.

독일 연방헌법재판소는 <연방 총리의 발언과 정부 구성원의 정치적 중립의무> 사건에서, 메르켈 당시 연방 총리가 해외순방 중 튀링엔 주 수상선거에 관하여 한 발언 및 연방 총리와 연방 정부가 위 발언 내용을 인터넷 홈페이지에 공개한 행위가 기본법 제21조 제1항에서 도출되는 청구인인 독일 대안당(AfD)의 정당의 기회균등에 관한 권리를 침해하였다고 판단하였습니다.

오스트리아 헌법재판소는 <개명법(改名法)의 헌법합치적 해석> 사건에서, 개명거부처분에 대한 청구인의 이의신청을 기각한 포탈베르크 주행정법원의 결정에 대하여, 위 결정이 개명신청의 승인거부사유에 관한 개명법 조항을 사생활 및 가족생활을 존중받을 권리를 규정하고 있는 유럽인권협약 제8조에 합치하지 않게 해석하였다고 판단하였습니다.

□ 세계헌법재판기관 소개

이번 호에서는 인도 대법원을 소개하였습니다.

□ 세계헌법재판 관련 논문 목록

최신 학회지에 실린 세계헌법재판 관련 논문들을 정리해 놓았습니다.

□ 국외통신원 소식

프랑스 통신원 소식으로 소개된 <여성에 한하여 허용된 의학적 생식 보조 기술에 관한 법률과 평등권에 대한 헌법적 논의>에서는, ‘이성 커플, 여성 커플 및 비혼 독신 여성’에 한하여 의학적 생식 보조 기술을 받을 수 있도록 한 ‘생명 윤리에 관한 2021년 8월 2일 법률’의 조항이 헌법에 합치된다고 판단한 헌법재판소의 결정을 소개하였습니다.

최신 세계헌법판례

미국

■ 헌법상 낙태권 인정 선례의 폐기

/ 책임연구관 임기영

헌법상 낙태권 인정 선례의 폐기¹⁾

I. 사건개요

미국 연방대법원은 헌법²⁾상 낙태권을 인정하였던 선례인 *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973) 판결(이하 ‘Roe 판결’)에서 태아가 자궁 밖 생존능력(viability)을 갖추기 전까지는 여성에게 임신을 중단할 권리가 인정된다고 보았으며, *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U. S. 833 (1992) 판결(이하 ‘Casey 판결’)에서는 태아가 자궁 밖 생존능력을 갖추기 전에는 여성의 낙태할 권리에 ‘부당한 부담(undue burden)’을 부과하는 낙태규제를 할 수 없다고 판시하였다.

이 사건의 발단이 된 미시시피 주의 ‘재태연령법(Gestational Age Act)’³⁾ §4(b)는 “응급의료상황 또는 심각한 태아 기형의 경우를 제외하고는, 아직 태어나지 않은 인간(unborn human being)의 추정 재태연령⁴⁾이 15주를 초과하였다고 확정되었다면, 아직 태어나지 않은 인간을 의도적이거나 고의적으로 낙태하거나 낙태하게 하여서는 안 된다.”라고 규정하였다. 미시시피 주 의회는 이 법률을 뒷받침하기 위해 일련의 인정 사실을 적시하였다. §2(a)는 -이 법률 제정당시를 기준으로- 미국 외에 단 6개국⁵⁾만이 임신 20주 이후의 비치료적인 또는 임신부의 선택에 의한 낙태를 허용하고 있음을 밝혔다. 또한 §2(b)(i)는 임신 5-6주에 태아의 심장이 뛰기 시작하고, 8주에 자궁 안에서 움직이기 시작하며, 9주에 모든 기본적인 생리 작용들이 이루어지고, 10주에 생명유지에 필수적인 장기들이 작용하기 시작하며 머리카락, 손톱, 발톱이 형성되기 시작하고, 11주에 황격막이 발달하고 자궁 안에서 자유롭게 움직일 수 있으며, 12주에는 관련된 모든 점에 있어서 ‘인간의 형태’를 갖추게 된다고 적시하였다.

이 사건의 피상고인들은 낙태시술소(abortion clinic)인 Jackson Women’s Health

1) *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U. S. ____ (2022)(No. 19-1392)(2022. 6. 24.).

2) 이 글에서 헌법은 미국 연방헌법을 의미하며, 주헌법의 경우 별도로 주헌법으로 표시한다.

3) Miss. Code Ann. §41 - 41 - 191 (2018).

4) 이 법률 §3(f)은 재태연령을 “임신한 여성의 마지막 월경주기의 첫날부터 계산한 아직 태어나지 않은 인간의 나이”라고 정의하였다.

5) 캐나다, 중국, 네덜란드, 북한, 싱가포르, 베트남.

Organization과 그 소속 의사 중 한 명으로, 재태연령법이 제정된 날 이 법률이 헌법상 낙태권을 인정한 연방대법원 선례들에 위배된다고 주장하며 미시시피 주의 여러 공무원들을 상대로 연방지방법원에 제소하였다. 연방지방법원은 약식판결로 피상고인들의 손을 들어주며 이 법률의 시행을 영구적으로 금지시켰다. 연방지방법원은 비치료적 낙태에 대한 법률상의 금지를 정당화시키는 데 있어 태아의 생명에 대한 주의 이익이 헌법적으로 적절해지는 가장 빠른 시점은 자궁 밖 생존능력으로 판단될 수 있는데, 15주의 재태연령은 생존능력을 갖추기 이전에 해당한다고 판시하였다. 제5연방항소법원도 이를 확정하였다.

연방대법원은 “자궁 밖 생존능력을 갖추기 이전의 ‘임산부의 선택에 의한 낙태’에 대한 금지는 모두 위헌인가”에 대한 문제를 해결하기 위하여 이 사건의 상고를 허가하였다.

II. 쟁점 및 판단

이 사건에서는 위 미시시피 주 법률의 위헌 여부와 관련하여, 낙태에 대한 헌법상의 권리가 인정되는지, 그리고 선례구속의 원칙(stare decisis)에 비추어 볼 때 기존의 Roe 판결과 Casey 판결이 폐기되어야 하는지 여부가 쟁점이 되었다.

연방대법원은 5인의 법정의견으로 낙태에 대한 헌법상의 권리가 인정되지 않는다고 판단하고, Roe 판결과 Casey 판결을 폐기하여 낙태권의 인정 여부를 각 주의 권한에 맡기도록 하였으며, 이에 따라 원심인 제5연방항소법원의 판결을 파기하고 사건을 원심법원에 환송하였다. 이에 대하여 Thomas, Kavanaugh 대법관은 각각 보충의견을, Roberts 대법원장은 별개의견을, Breyer, Sotomayor, Kagan 대법관은 반대의견을 개진하였다. 그 요지는 아래와 같다.

1. Alito 대법관의 법정의견(5인 의견)⁶⁾

헌법은 낙태권을 부여하지 않았고, Roe 판결 및 Casey 판결은 폐기되며, 낙태를 규제할 권한은 국민과 그들의 대표들에게 되돌아간다.

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

가. 헌법이 낙태권을 부여했는지 여부

이 사건에서 핵심적인 문제는 헌법을 옳게 해석할 때 헌법이 낙태권을 부여했는지 여부이다. Casey 판결은 이 문제를 도외시하였고, 선례구속의 원칙에만 근거하여 Roe 판결을 재확인하였다. 그러나 선례구속의 원칙을 올바르게 적용하려면 Roe 판결이 기초로 하였던 근거들이 설득력을 갖는지 평가해야 한다. 따라서 우리는 Casey 판결의 상대다수의견이 고려하지 않았던 문제를 살펴해보도록 할 것이다.

1) 근거조항 및 심사강도

우선, 우리는 헌법 수정 제14조7)에서 언급된 ‘자유’가 특정한 권리를 보호하는지를 결정함에 있어 연방대법원 판결들이 사용하였던 기준을 검토하고자 한다. 헌법 분석은 법문에서 시작되어야 한다. 헌법은 낙태할 권리를 명시적으로 언급하고 있지 않기 때문에 헌법이 낙태권을 보장한다고 주장하려는 사람은 헌법 문언에 그러한 권리가 어떻게든 내포되어 있음을 입증해야 한다. Roe 판결은 낙태권이 프라이버시권의 일부라고 판시하였으나 프라이버시권 또한 헌법에 명시되어 있는 권리가 아니다. Roe 판결은 프라이버시권이 헌법 수정 제1조, 제4조, 제5조, 제9조, 제14조에서 비롯된 것이라고 보았다. Casey 판결은 낙태권이 헌법 수정 제14조의 적법절차조항(Due Process Clause)에 의해 보호되는 ‘자유’의 일부라는 이론에만 근거하여 결정되었다. 피상고인측의 일부 법정조언자(amici)는 수정 제14조의 평등보호조항(Equal Protection Clause)을 근거로 제시하였지만, 이러한 이론은 연방대법원 선례들이 정면으로 배제한 이론이다. 이 선례들은 주의 낙태규제는 성별에 근거한 차별(classification)이 아니며 따라서 그러한 차별에 적용되는 강화된 심사의 적용을 받지 않는다고 판시하였다.⁸⁾ 오히려 낙태에 대한 규제와 금지는 건강 및 안전을 위한 다른 조치들과 동일한 심사기준의 적용을 받는다.

2) 낙태권이 헌법 수정 제14조의 보호를 받는지 여부 - 역사와 전통에 뿌리 깊게 자리 잡았는지 및 질서 속의 자유의 필수요소인지 여부

7) 미국 헌법 수정 제14조

... 어떠한 주도 적정한 법의 절차에 의하지 않고는 어떠한 사람으로부터도 생명, 자유, 또는 재산을 박탈할 수 없으며, 그 관할권 내에 있는 어떠한 사람에 대해서도 법률의 평등한 보호를 거부하지 못한다...

8) *Geduldig v. Aiello*, 417 U. S. 484, 496, n. 20 (1974); *Bray v. Alexandria Women’s Health Clinic*, 506 U. S. 263, 273 - 274 (1993).

다음으로 우리는 낙태권이 국가의 역사와 전통에 뿌리 깊게 자리 잡은 것인지, 그리고 ‘질서 속의 자유(ordered liberty)’⁹⁾의 필수요소인지를 검토하고자 한다. 낙태권은 국가의 역사와 전통에 뿌리 깊게 자리 잡은 것으로 볼 수 없다. Casey 판결은 헌법 수정 제14조의 적법절차조항이 자유에 대한 절차적 보호뿐만 아니라 실체적 보호까지 규정한다는 이론에 근간하고 있다. 그러나 이 이론은 오랫동안 논란의 대상이 되어왔다.

연방대법원은 적법절차조항이 두 범주의 실체적 권리 - 헌법 수정 제1조 내지 제8조가 보장하는 권리들과 헌법 어디에도 언급되지 않았으나 중요한 기본권으로 여겨지는 권리들 - 를 보호한다고 판시한 바 있다. 어떠한 권리가 이 범주에 들어오는지 결정함에 있어 문제가 되는 것은 그 권리가 우리 역사와 전통에 뿌리 깊게 자리 잡고 있는지 여부와 이 국가의 ‘질서 속의 자유’에 필수적인지 여부이다.¹⁰⁾ ‘자유’라는 용어만으로는 지침을 제공하기에 부족하다. 따라서 연방대법원에 적법절차조항이 보호하는 새로운 자유에 대한 인정이 요청될 때마다 역사적 탐구가 필수적이다. 자유가 의미하는 바를 해석함에 있어, 인간의 타고난 경향 상, 헌법 수정 제14조가 보호하는 것과 미국인들이 누려야 할 자유에 대한 연방대법원 자신의 열정적인 관점을 혼동하지 않도록 유의해야 한다. 따라서 연방대법원은 헌법에 언급되지 않은 권리를 인정하는 데 주저해왔다.¹¹⁾

역사와 전통은 질서 속의 자유에 대해 국가가 갖는 개념의 필수적 요소를 보여준다. 그러한 역사와 전통의 지침에 따르면, 우리는 헌법 수정 제14조가 명백하게 낙태권을 보장하지 않는다고 판단하는 바이다. 20세기 후반에 이르기까지 미국의 법률에 헌법상 낙태권을 지지하는 것은 없었다. 어느 주 헌법 조항도 그러한 권리를 인정하지 않았다. Roe 판결이 내려지기 몇 년 전까지만 해도 어떠한 연방이나 주 법원에서 그러한 권리를 인정한 적이 없었고, 학술논문들도 마찬가지였다. 실제로 낙태는

9) 질서 속의 자유는 사회에서 요구하는 질서에 의해 제한된 자유를 뜻하는 것으로, 헌법상의 권리는 무제한적인 것이 아니라 공익과 개인의 권리 사이의 형량에 따라 결정됨을 의미한다.

“Ordered liberty.” *Merriam-Webster.com Legal Dictionary*, Merriam-Webster, <https://www.merriam-webster.com/legal/ordered%20liberty>. Accessed 17 Aug. 2022; "Ordered Liberty." *Encyclopedia of the American Constitution*, <https://www.encyclopedia.com/politics/encyclopedias-almanacs-transcripts-and-maps/ordered-liberty>. Accessed 17 Aug. 2022.

10) *Timbs v. Indiana*, 586 U. S. ___, ___ (2019) (slip op., at 3); *McDonald v. Chicago*, 561 U. S. 742, 764, 767 (2010); *Washington v. Glucksberg*, 521 U. S. 702, 721 (1997).

11) *Collins v. Harker Heights*, 503 U. S. 115, 125 (1992).

오랫동안 모든 주에서 범죄였다. 커먼로(common law)에서 낙태는 적어도 임신의 어느 단계에서는 범죄였고, 불법적인 것으로 여겨졌으며, 모든 단계에서 심각한 결과를 가져올 수도 있었다. 1800년대에 법률상 규제의 급증이 낙태에 대한 형사책임을 확대시킬 때까지 미국법 또한 커먼로를 뒤따랐다. 헌법 수정 제14조가 제정되었을 무렵, 전체의 4분의 3에 해당하는 주들이 임신의 어느 단계에서든지 낙태를 범죄로 만들었다. 이러한 합의는 Roe 판결이 내려질 때까지 지속되었다. Roe 판결은 이러한 역사를 무시하였거나 그릇되게 진술하였고, Casey 판결은 Roe 판결의 잘못된 분석을 재고하지 않았다.

우선, 커먼로 하에서 적어도 첫 태동감(quickening) - 즉, 처음으로 느껴지는 자궁속 태아의 움직임, 보통 임신 16주와 18주 사이에 느낄 수 있다 - 이후의 낙태는 범죄였다. 낙태권은 국가의 역사와 전통에 뿌리 깊게 자리 잡지 않았으며, 오히려 반대로 끊임없이 이어진 낙태금지의 전통이 커먼로 초기부터 1973년까지 이어졌다. 피상고인은 이러한 역사적 증거에 대해 어떤 설득력 있는 대답도 내놓지 못하였다. 피상고인들은 Roe 판결 당시, 또는 헌법 수정 제14조가 채택될 당시 일부 주들이 낙태를 금지했다는 사실은 문제가 되지 않는다고 주장하였다. 그러나 피상고인들의 이러한 주장은 헌법 어디에도 언급되지 않은 권리가 그럼에도 불구하고 헌법 수정 제14조에 의해 보호되는지 여부를 결정함에 있어 연방대법원이 적용해왔던 기준에 정면으로 위배된다. 법무부 차관(Solicitor General)¹²⁾은 태동이 있는 태아의 말살에 관해서조차 낙태가 확고하게 커먼로 상의 범죄로 성립되었는지는 의심스럽다는 Roe 판결의 주장¹³⁾을 반복하였다. 그러나 커먼로의 대가들인 Bracton, Coke, Hale, Blackstone 모두 첫 태동감 이후의 낙태는 범죄라고 서술하였고, 많은 권위자들이 첫 태동감 전의 낙태조차 위법이며 따라서 낙태 시도로 여성이 죽는 경우 낙태시술자에게 살인죄가 인정되었다고 주장하였다. 법무부 차관은 커먼로가 첫 태동감 전의 낙태를 범죄화하지 못하였고, 이는 건국 당시와 그 후 수십 년간 일반적으로 여성은 적어도 임신 초기에는 임신을 중단시킬 수 있었음을 의미하므로 역사가 낙태권을 뒷받침한다고 주장하였다. 그러나 첫 태동감 기준을 주장하는 것은 보편적인 것이 아니었다.¹⁴⁾ 그리고 그와 상관없이, '18세기 후반과 19세기 초반에 많은 주들이 첫 태동 전의 낙태를 범죄

12) 연방법무부 차관은 연방대법원에서 연방정부의 대리인으로 소송을 수행한다.

13) Roe, 410 U. S., at 136.

14) Mills v. Commonwealth, 13 Pa. 631, 633 (1850); State v. Slagle, 83 N. C. 630, 632 (1880).

화하지 않았다’는 사실이 ‘사람들이 주들에게 그렇게 할 권한이 없다고 생각함’을 의미하지는 않는다. 세기가 지남에 따라 입법자들이 그 권한을 행사하기 시작할 때, 우리가 아는 한 그 누구도 그들이 제정한 법률이 중요한 기본권을 위반하였다고 주장한 사람은 없었다.

3) 낙태권이 더 넓은 확립된 권리의 일부인지 여부

마지막으로 낙태권이 다른 선례에 의해 뒷받침되는 더 넓은 확립된 권리의 일부인지 여부를 검토하고자 한다. Roe 판결과 Casey 판결의 지지자들은 낙태권 자체가 뿌리 깊게 자리 잡았다는 주장을 강조하는 대신, 낙태권이 더 넓은 확립된 권리의 필수적인 부분임을 주장하였다. Roe 판결은 이 권리를 프라이버시권이라고 칭하였고,¹⁵⁾ Casey 판결은 개인의 존엄과 자율에 핵심적인 내밀하고 사적인 결정을 할 자유라고 표현하였다.¹⁶⁾ 질서 속의 자유는 충돌하는 이익 사이에 제한을 두고 경계를 정한다. Roe 판결과 Casey 판결은 각각 낙태를 원하는 여성의 이익과 ‘잠재적 생명’의 이익 사이의 균형을 맞추었다.¹⁷⁾ 그러나 다양한 주의 사람들은 이러한 이익을 달리 평가할 것이다. 질서 속의 자유에 대한 이 국가의 역사적 이해는 국민들이 선출한 대표가 어떻게 낙태가 규제되어야 할지를 결정하는 것을 막지 않는다. 낙태권은 더 넓은 확립된 권리의 요소로 정당화될 수 없다. 더 넓은 자율권과 자신의 ‘존재의 개념 (concept of existence)’¹⁸⁾을 결정할 권리에 호소하여 낙태를 정당화하려는 시도는 감당하기 힘들다. 그러한 기준은 불법 마약 사용이나 성매매 등에 대한 기본권도 허용할 수 있게 할 것이다. Roe 판결과 Casey 판결이 근거로 삼은 선례들에서 인정된 권리들이 낙태권과 뚜렷하게 구분되는 점은, 두 판결 모두 인정하였듯이, 낙태는 - Roe 판결은 ‘잠재적 생명’이라고 칭하였고, 이 사건 법률은 ‘아직 태어나지 않은 인간’이라고 부르는 - 태아를 파괴한다는 점이다. Roe 판결과 Casey 판결에서 인용된 다른 선례들은 낙태가 야기하는 중대한 도덕적 문제를 포함하지는 않았다. 따라서 그러한 선례들은 낙태권의 근거가 되지 못하며, 헌법이 낙태권을 부여하지 않았다는 결론이 그 선례들을 훼손시키지도 않는다.

15) Roe, 410 U. S., at 154.

16) Casey, 505 U. S., at 851.

17) Roe, 410 U. S., at 150; Casey, 505 U. S., at 852.

18) Casey, 505 U. S., at 851.

4) 반대의견에 대한 비판

반대의견은 Roe 판결 이전에 낙태권을 지지하였던 권위 있는 어떠한 근거도 - 주 헌법 규정이나 주법률, 연방이나 주의 선례, 학술논문 조차도 - 제시하지 못하였다. 또한 오랫동안 낙태가 불법이거나 범죄였다는 사실에 반박하지도 못하였다. 실제적 적법절차의 확립된 분석법은 헌법에 열거되지 않은 권리가 적법절차조항에서 보호되는 자유의 구성요소로서 인정될 수 있기 전에 국가의 역사와 전통에 뿌리 깊게 자리 잡을 것을 요구한다는 것이 우리의 선례이다.¹⁹⁾ 반대의견은 선례구속의 원칙에 충실할 것을 내세우면서도, 이 중요한 선례는 진지하게 다루지 않았다. 반대의견은 우리가 19세기의 낙태의 법적 지위에만 초점을 맞추었다고 주장하였지만, 우리의 이 국가의 전통에 대한 검토는 그 이후까지 이르고 있다. 헌법 수정 제14조가 비준된 1868년 이후 한 세기가 넘는 동안 - 1920년 여성이 헌법상 투표권을 획득한 이후의 반세기를 포함하여 - 낙태를 금지하는 법률은 주에게 허용된 규제 권한의 행사임이 확립되어 있었다. 그리고 또 다른 반세기가 지난 오늘날, 반 이상의 주들이 Roe 판결과 Casey 판결을 폐기할 것을 요청하고 있다. 반대의견은 낙태권이 이 국가의 전통의 일부였던 적이 있다고 입증할 수 없을 것이다.

반대의견의 가장 놀라운 점은 태아의 생명을 보호하는 주의 이익의 정당성에 대해 진지한 논의가 없다는 점이다. 반대의견이 Griswold 판결²⁰⁾ 및 Eisenstadt 판결²¹⁾의 피임, Lawrence 판결²²⁾의 동성간 성행위, Obergefell 판결²³⁾의 동성혼과 낙태권의 유사점을 이끌어냈지만, 이 판결들에서 쟁점이 되었던 권리의 행사는 ‘잠재적 생명’을 파괴하지 않는 반면, 낙태는 그러한 결과를 낳는다. 반대의견에 따르면 헌법은 주에게 적어도 임신기간 중 임의적인 어떤 순간까지는 태아가 가장 기본적인 인권인 생명권 조차도 없는 것으로 여기도록 요구한다. 그러나 헌법이나 우리 국가의 법적 전통의 그 어느 것도 연방대법원이 그러한 생명론을 채택할 수 있도록 승인하지 않았다.

나. 선례구속의 원칙 검토

선례구속의 원칙도 Roe 판결과 Casey 판결이 계속 적용될 것을 권하지 않는다. 선

19) Glucksberg, 521 U. S., at 721; cf. Timbs, 586 U. S., at ___ (slip op., at 7).

20) Griswold v. Connecticut, 381 U. S. 479 (1965).

21) Eisenstadt v. Baird, 405 U. S. 438 (1972).

22) Lawrence v. Texas, 539 U. S. 558 (2003).

23) Obergefell v. Hodges, 576 U. S. 644 (2015).

례구속은 과거의 결정을 신뢰하여 행동을 취한 사람들의 이익을 보호한다. 선례구속의 원칙은 끝없는 재소송으로 인한 당사자와 법원의 비용을 절감시키며, 확립된 선례에 이의를 제기할 유인을 축소시킨다.²⁴⁾ 또한 사법 절차의 실제적 그리고 인지된 온전성에 이바지한다.²⁵⁾ 그리고 과거에 중요한 문제를 해결하고자 고심하였던 사람들의 판단을 존중함으로써 사법부의 오만을 억제시킨다. 그러나 선례구속의 원칙은 변경할 수 없는 명령이 아니며,²⁶⁾ 연방대법원이 헌법을 해석하는 때에 가장 약해진다.²⁷⁾ 연방대법원의 가장 중요한 헌법적 결정 중 일부는 기존 선례를 뒤집는 것이었다.²⁸⁾

연방대법원 판례들은 언제 선례가 폐기되어야 할지 결정함에 있어 고려되어야 할 요소들을 밝혀왔다.²⁹⁾ 아래에서 논해질 다섯 가지 요소들을 검토해보건대, Roe 판결과 Casey 판결은 폐기되어야 하는 쪽으로 기운다.

1) 오류의 성질

악명 높은 Plessy v. Ferguson 판결³⁰⁾과 마찬가지로 Roe 판결 역시 터무니없이 잘못되었으며, 결정된 날부터 헌법과의 충돌이 불가피한 상황이었다. Casey 판결은 Roe 판결의 오류를 영속화시켰다. Casey 판결은 논쟁을 해결하기 위해 전국가적 논쟁의 양측을 불러들였다고 설명하였으나 그렇게 함으로써 필연적으로 승자를 선언할 수밖에 없었다. 패자 - 태아의 생명에 대한 주의 이익을 주장하였던 사람들 - 는 더 이상 그들이 선출한 대표들에게 그들의 관점에 부합하는 정책을 채택하도록 설득할 수 없게 되었다. 연방대법원은 Roe 판결에 동의하지 않는 수많은 미국인들에게 민주적 절차를 단아버림으로써 민주적 절차를 방해하였다.

2) 논증의 질

Roe 판결은 헌법 문언, 역사, 선례에 어떤 근거도 없이, 임신기간을 3개월씩 3분기

24) Kimble v. Marvel Entertainment, LLC, 576 U. S. 446, 455.

25) Payne v. Tennessee, 501 U. S. 808, 827.

26) Pearson v. Callahan, 555 U. S. 223, 233.

27) Agostini v. Felton, 521 U. S. 203, 235.

28) 예를 들어, 흑인과 백인 아동의 분리 교육은 위헌이라고 판단한 랜드마크 판결인 Brown v. Board of Education, 347 U. S. 483 (1954)은 분리평등(separate but equal)을 내세웠던 악명 높은 Plessy v. Ferguson, 163 U. S. 537 (1896) 판결을 뒤집은 것이었다.

29) Janus v. State, County, and Municipal Employees, 585 U. S. ___, ___ - ___.

30) 각주 28 참고.

로 나누는 구체적인 일련의 원칙을 국가 전체에 시행하였다.³¹⁾ Roe 판결은 헌법 수정 제14조가 비준된 1868년에 시행되었던 주법률들의 압도적인 합의사항을 언급조차 하지 못하였다. 그리고 역사를 살펴본 후 사실인정 사항에 많은 문단을 사용하였는데, Roe 판결이 근거하였던 자료들이 왜 헌법의 의미를 밝혀주는지는 설명되지 않았다. 선례에 관해서는, 광범위한 사건들을 인용하면서 헌법상 사적 프라이버시권이 지지되고 있다고 판단하였다. 그러나 Roe 판결은 정보가 공개되지 않도록 보호할 권리와 정부의 간섭 없이 중요한 사적 결정을 내리고 시행할 권리를 합쳐버렸다.³²⁾ 이들 선례 중 어느 것도 낙태의 특징적인 부분인 ‘잠재적 생명’에 미치는 영향과는 관련이 없었다.

Roe 판결에서 연방대법원은 시행하려는 제도의 기초를 요약하면서, 연방대법원의 원칙은 ‘① 연관된 각 이익의 상대적 무게, ② 의학적, 법적 역사의 교훈과 예시, ③ 커먼로의 관대한 조치, ④ 오늘날 심오한 문제의 요구’에 부합하는 원칙이라고 하였다.³³⁾ 이중 역사적 판단은 흠결이 있었기 때문에 ②와 ③은 제쳐두고, 나머지 두 사항은 입법부가 고려하는 사항들로, Roe 판결이 만든 제도는 입법과 마찬가지로 보였고, Roe 재판부도 입법부에서 기대되는 종류의 설명을 제공하였다. Roe 판결이 제공하지 않은 것은 Roe 판결이 그어놓은 구분선에 대한 설득력 있는 이유이다. 예를 들어, 왜 주는 임신 첫 3개월 동안은 낙태를 규제할 권한이 없는가? Roe 재판부는 왜 의학적, 과학적 불확실성이 많은 영역에서는 입법부의 판단에 따른다는 일반적인 원칙에서 벗어났는가? Roe 재판부는 이러한 부분들을 설명하지 않았다.

더 두드러지는 결점은 Roe 판결이 생존능력 전과 후의 낙태 사이에 그어놓은 중대한 구분을 정당화하지 못했다는 점이다.³⁴⁾ 자의적인 생존능력 기준선-Casey 판결은 이를 Roe 판결의 핵심적 원칙이라고 칭했다 - 은 낙태권을 정당화하고자 했던 철학자와 윤리학자들 사이에서도 많은 지지를 받지 못했다. 가장 명백한 문제는 생존능력은 시간이 지나면서 바뀌어왔고, 의학의 발전과 의료의 질과 같이 태아의 특성과는 무관한 요소에 크게 좌우된다는 것이다.

Roe 판결이 내려진지 거의 20년 후에 Casey 사건에서 이 판결이 다시 논해졌을 때,

31) Roe, 410 U. S., at 163 - 164.

32) Whalen v. Roe, 429 U. S. 589, 599 - 600.

33) Roe, 410 U. S., at 165.

34) Roe, 410 U. S., at 163.

Casey 판결은 Roe 판결의 핵심적인 결론을 재확인하였지만, 그 논증의 대부분에 대하여는 지지하지 않았다. Casey 재판부는 프라이버시권에 기대는 것을 포기하고 대신 낙태권의 근거를 전적으로 헌법 수정 제14조의 적법절차조항에 두었다.³⁵⁾ Casey 판결은 Roe 판결의 임신 3분기 제도를 비판하고 거부하였고,³⁶⁾ 불분명한 새 기준인 ‘부당한 부담’ 심사로 대체하였다.

요컨대, Casey 판결은 Roe 판결의 중요한 측면을 거부하였거나 재확인하기를 거절하였다. 그러나 Casey 판결은 Roe 판결의 논증의 가장 큰 약점 중 하나-생존능력-를 치유하려는 진짜 노력은 기울이지 않았으며, 다수의견이 옳다고 생각하지 않았을 수도 있다고 주장하면서도 Roe 판결의 핵심적인 결론 - 주는 태아가 자궁 밖 생존능력을 갖기 전의 낙태는 주가 규제할 수 있다 - 을 옹호하였다. Casey 판결은 Roe 판결의 선례로서의 지위 외에 낙태권에 대한 새로운 근거를 제공하지 못하였으며, 헌법 문언이나 역사 또는 선례에 확고한 근거도 없이 새로운 문제적 심사기준을 적용하였다.

3) 실행가능성

선례가 폐기되어야 할지에 대한 결정의 일부는 그 선례가 부과하는 원칙이 실행 가능한지 - 즉, 그 원칙이 일관되고 예측가능한 방식으로 해석되고 적용될 수 있는지 여부에 달려있다. Casey 판결의 ‘부당한 부담’ 심사는 실행가능성에 있어 낮은 평가를 받아왔다. Casey 판결의 상대다수의견은 다음과 같은 세 가지 부수적인 원칙을 설정함으로써 ‘부당한 부담’ 심사에 의미를 부여하려고 노력하였다. 그러나 이러한 부수적인 원칙들은 그 자체의 문제들을 야기했다. 첫 번째 원칙은 법률 규정의 목적이나 효과가 태아가 생존능력을 갖추기 전에 낙태하고자 하는 여성에게 상당한 장애물(substantial obstacle)을 두는 것이라면 그 법률규정은 무효라는 것이다. 그러나 장애물이 상당한지 여부의 문제는 종종 논란이 되었다. 두 번째 원칙은 임신기간의 모든 단계에 적용되는 것으로, 여성의 선택이 고지되도록 보장하기 위해 고안된 방안들은 권리에 부당한 부담을 부과하지 않는 한 합헌이라는 것이다. 그러나 이 원칙이 태아의 생존능력 전의 낙태에 적용되는 경우, 첫 번째 원칙과 겹쳐 ‘상당한 장애물’과 ‘부당한 부담’이라는 각기 다른 기준이 적용되는 것처럼 보여 혼선을 빚는다. 세 번째

35) Casey, 505 U. S., at 846.

36) Casey, 505 U. S., at 872.

원칙은 낙태하고자 하는 여성에 대한 상당한 장애를 야기하는 목적이나 효과를 갖는 불필요한 보건 규제는 권리에 부당한 부담을 부과하는 것이라는 것이다. 이 원칙은 ‘부당한 부담’과 ‘상당한 장애’라는 용어와 함께 ‘불필요한 보건 규제’라는 모호한 용어를 포함하고 있다.

Casey 판결의 새로운 원칙을 적용하는 데 어려움이 있다는 점은 바로 그 사건에서 드러났다. 똑같이 ‘부당한 부담’ 심사를 적용하였지만 대법관에 따라 정반대의 결과에 다다른 것이다. Casey 판결에 따라 허용되는 제한과 위헌적인 제한을 정확하게 구분하기는 불가능하다는 연방항소법원의 증거들이 추가되었다. Casey 판결은 연방항소법원 간의 수많은 갈등을 만들어냈다. Casey 판결의 실행불가능한 ‘부당한 부담’ 심사를 계속하여 고수한다면 법원칙의 공정하고 예측가능하며 일관된 발전을 훼손시키게 될 것이다.

4) 법의 다른 영역에 미치는 영향

Roe 판결과 Casey 판결은 이 판결들과는 관계없는 중요한 많은 법원칙들을 왜곡시키는 결과를 낳았다. 그리고 그러한 영향은 이 판결들의 폐기를 뒷받침하는 추가적인 근거를 제공한다.³⁷⁾

5) 신뢰이익

전통적인 신뢰이익은 매우 정확한 사전계획이 필수적인 경우에 발생된다. Casey 판결은 위 사건에 전통적인 신뢰이익은 관련되어 있지 않다는 점에 동의하였는데, 왜냐하면 낙태는 일반적으로 계획되지 않은 행위이고, 낙태를 금지할 주의 권한이 갑작스럽게 복구되어도 재생산에 관한 계획에 있어서는 이를 사실상 즉시 고려할 수 있기 때문이다.

대신 Casey 판결은 보다 막연한 형태의 신뢰를 인식하였다. 즉, 사람들은 피임이 실패하는 경우 낙태할 수 있는 가능성을 신뢰하여 성적 관계를 형성하고 그들의 관점과 사회에서의 위치를 정하는 선택을 한다. 그리고 국가의 경제적 사회적 생활에 여성이 동등하게 참여할 능력은 여성들이 자신의 재생산 생활을 지배할 수 있는 능력에 의해 촉진되었다. 이 사건의 양측은 낙태권이 태아의 지위뿐만 아니라 여성의 삶에 미치는 영향에 대하여 열정적이고 상반되는 주장을 펼쳤다. Casey 판결의 상대

37) Ramos v. Louisiana, 590 U. S. ___, ___ (Kavanaugh, J., concurring in part).

다수의견이 태아의 이익과 산모의 이익의 중요성을 이론적으로 형량하고자 한 것은 ‘법원은 입법부의 판단을 법원의 사회적·경제적 신념으로 대체하지 않는다’³⁸⁾는 원래의 헌법적 명제에서 벗어났음을 나타낸다. 법무부 차관은 Roe 판결과 Casey 판결을 폐기하는 것이 적법절차조항하의 다른 권리들의 보호에 위협이 될 것이라고 주장하였다. 그러나 이 사건의 판결은 헌법상 낙태권에만 관련이 있을 뿐 다른 권리들과는 무관하다. 이 의견의 어떤 부분도 낙태가 관련되지 않은 선례에 의구심을 제기하는 것으로 해석되어서는 안 된다.

다. Roe 판결과 Casey 판결의 폐기에 대한 외부적 우려

위와 같이 선례구속의 원칙의 전통적인 요소들은 Roe 판결과 Casey 판결을 유지하는 데 호의적이지 않음이 밝혀졌다. 우리는 Casey 판결의 상대다수의견의 지배적 특징이었던 마지막 주장을 검토해야 한다. Casey 판결은 대중들이 Roe 판결처럼 논쟁적인 분수령(watershed) 판결을 폐기하는 결정을 정치적 고려나 대중의 의견에 영향을 받은 것으로 인식할 위험을 지적하였다.³⁹⁾

그러나 우리는 그러한 외부적인 우려에 우리의 결정이 영향을 받도록 할 수 없다. 연방대법원의 선례는 일반적인 선례구속의 원칙의 적용을 받는다. 일반적인 선례구속의 원칙하에서는 선례를 고수하는 것은 규범이지 불변의 명령이 아니다. 우리는 Roe 판결과 Casey 판결을 폐기하는 오늘의 판결에 대해 정치체제나 사회가 어떻게 반응할지 아는 척 하지 않으며, 설사 무슨 일이 일어날지 예측할 수 있다 해도, 우리에게는 그러한 지식이 우리의 판결에 영향을 주도록 할 권한이 없다. 우리는 단지 우리의 일 - 법률을 해석하고, 오랜 선례구속의 원칙을 적용하고, 이에 따라 사건을 결정하는 일을 할 수 있을 뿐이다.

라. 합리성심사

연방대법원 선례에 따르면, 주의 낙태규제에 대해 헌법소송이 진행되는 경우 적용되는 적절한 심사기준은 합리성심사(rational-basis review)이다. 낙태권이 헌법상 중요한 기본권이 아님을 고려하건대, 주는 정당한 이유로 낙태를 규제할 수 있으며, 그러한 규제가 헌법상 다투어지는 경우 법원은 입법부의 판단을 법원의 사회적·경제적

38) *Ferguson v. Skrupa*, 372 U. S. 726, 729 - 730.

39) *Casey*, 505 U. S., at 866 - 867.

신념으로 대체할 수 없다.⁴⁰⁾ 이는 해당 법률이 큰 사회적 중대성과 도덕적 중요성을 가진 문제와 관련된 것일 때에도 적용된다. 낙태를 규제하는 법률은 다른 보건복지 법률과 마찬가지로 그 유효성이 강하게 추정된다.⁴¹⁾ 입법부가 낙태규제 법률이 정당한 주의 이익에 이바지한다고 생각할 수 있었던 합리적인 근거가 있다면 그 법률은 유지되어야 한다.⁴²⁾

미시시피 주의 재태연령법은 미시시피 주 의회의 구체적인 판단에 의해 뒷받침되며, 여기에는 아직 태어나지 않은 인간을 보호하는 주의 이익이 포함된다. 이러한 정당한 이익은 재태연령법에 대한 합리적 근거를 제공하며, 이는 피상고인의 패소로 이어진다.

마. 법정의견의 결론

낙태는 심오한 도덕적 문제를 제기한다. 헌법은 각 주의 시민들이 낙태를 규제하거나 금지하는 것을 막지 않는다. Roe 판결과 Casey 판결은 시민들의 그러한 권한을 횡탈하였다. 이에 우리는 Roe 판결과 Casey 판결을 폐기하고 그 권한을 국민과 그 대표들에게 되돌려주는 바이다.

이에 원심을 파기, 환송한다.

2. Thomas 대법관의 보충의견(1인 의견)

나는 헌법상 낙태할 권리가 없다는 법정의견에 동의한다. 피상고인들은 낙태권의 근거로 오직 한 가지만 원용하고 있다. 바로 ‘어떠한 주도 적법절차에 의하지 않고는 어떠한 사람으로부터도 생명, 자유, 또는 재산을 박탈할 수 없다’는 헌법 수정 제14조이다. 법정의견은 우리의 실제적 적법절차 선례 하에서 낙태권이 적법절차조항에 의해 보호되는 자유의 유형이 아님을 잘 설명하였다. 낙태권은 이 국가의 역사와 전통에 뿌리 깊게 자리 잡지도 않았고, 질서 속의 자유라는 개념에 내포되어 있지 않다.⁴³⁾

나는 적법절차조항에 숨어있는 낙태에 대한 보장은 존재하지 않는다는 두 번째, 더 중요한 이유를 강조하기 위해 별도로 보충의견을 작성한다. 적법절차는 ‘절차’만

40) Ferguson, 372 U. S. 726, 729 - 730.

41) Heller v. Doe, 509 U. S. 312, 319.

42) Id., at 320.

43) Glucksberg, 521 U. S. 702, 721.

을 보장할 뿐이다.

이전에도 내가 설명한 바 있듯이 ‘실체적 적법절차’는 헌법에 근거가 없는 모순어법일 뿐이다.⁴⁴⁾ 사람이 생명, 자유, 또는 재산을 박탈당하기 전의 ‘절차’만을 보장한 헌법조항이 그 권리들의 실체까지 정할 수 있다는 개념은 잘 모르는 사람들조차 믿기 어려울 것이다.⁴⁵⁾ 따라서 이 사건의 해결은 간단하다. 적법절차조항은 어떠한 실체적 권리도 보장하지 않기 때문에 낙태권도 보장하지 않는다.

법정의견은 실체적 적법절차의 법리 일반을 건드리지 않았고, 다른 구체적인 맥락에 그 이론을 적용하는 것을 거부하였다. Griswold 판결(기혼자의 피임할 권리), Lawrence 판결(사적이고 합의된 성행위를 할 권리), Obergefell 판결(동성결혼을 할 권리)은 이 사건의 쟁점이 아니다. 낙태 사건은 특유의 성격을 갖고 있고, 당사자 중 누구도 우리에게 헌법 수정 제14조의 법리 전체가 유지되어야 할지 아니면 수정되어야 할지를 결정해달라고 요구하지 않았으므로, “법정의견의 어떤 부분도 낙태가 관련되지 않은 선례에 의구심을 제기하는 것으로 해석되어서는 안 된다.”라는 점에 동의한다.

이러한 이유로 장래 사건에서 우리는 Griswold, Lawrence, Obergefell 판결을 포함한 연방대법원의 실체적 적법절차 선례들을 모두 재고해야 한다. 모든 실체적 적법절차 판결은 명백히 잘못되었기 때문에⁴⁶⁾ 우리에게는 이러한 선례에 확립된 오류를 바로잡을 의무가 있다.⁴⁷⁾

실체적 적법절차의 위험성 중 적어도 세 가지가 이 이론 전체의 폐기를 옹호한다.

첫째, 실체적 적법절차는 판사들의 권위의 근원인 국민들을 희생시켜 판사를 격상시킨다. 적법절차조항은 ‘절차’만을 이야기하기 때문에 연방대법원은 오랫동안 그것이 보호하는 실체적 권리가 무엇인지를 정의하기 위해 애썼다.⁴⁸⁾ 실제에 있어서 연방대법원이 중요한 기본권을 식별하는 데는 중립적인 법적 분석보다 정책결정이 관련되었다.⁴⁹⁾ 연방대법원은 자신들의 초헌법적 가치 선호에 따라 새로운 권리들을 발

44) Johnson, 576 U. S., at 607 - 608 (opinion of THOMAS, J.); Vaello Madero, 596 U. S., at ___ (Thomas, J., concurring) (slip op., at 3).

45) McDonald v. Chicago, 561 U. S. 742, 811 (2010) (Thomas, J., concurring in part and concurring in judgment); United States v. Carlton, 512 U. S. 26, 40 (1994) (Scalia, J., concurring in judgment).

46) Ramos, 590 U. S., at ___ (Thomas, J., concurring in judgment) (slip op., at 7).

47) Gamble v. United States, 587 U. S. ___, ___ (2019) (Thomas, J., concurring) (slip op., at 9).

48) Timbs v. Indiana, 586 U. S. ___, ___ (2019) (Thomas, J., concurring in judgment) (slip op., at 2).

49) Carlton, 512 U. S., at 41 - 42 (opinion of Scalia, J.); see also McDonald, 561 U. S., at 812 (opinion of THOMAS, J.).

견해였고, 사법적으로 만들어진 권리보장에 어긋나는 주 법률들을 무효화시켰다.⁵⁰⁾ 이러한 특징이 가장 분명하게 드러나는 것은 연방대법원의 낙태에 관한 법리에서이다. Roe 판결에서 연방대법원은 낙태권을 발견하였는데, 이는 연방대법원이 느끼기에 헌법 수정 제14조상 개인적 자유의 개념에는 프라이버시권이 포함되며, 프라이버시권은 임신을 중단할 여성의 권리가 포함될 만큼 충분히 폭넓기 때문이었다. Casey 판결은 프라이버시권 대신 인간 생명의 존재, 의미, 세계, 신비에 대한 자신의 개념을 정의할 권리를 원용하였다. 그리고 이 사건 피상고인들은 적법절차조항에서 비롯된 적어도 세 가지 이익을 제시하였다. 여기에는 ‘신체의 온전성’, ‘가족, 의료, 믿음의 문제에 있어서의 사적 자율’, ‘여성의 동등한 시민권’이 포함된다. Roe 판결이 선고된 지 50년이 지났지만, 낙태 옹호론자들은 여전히 일관성 있게 관련 권리조차 설명하지 못하고 있다. 결국 낙태권은 필사적으로 헌법적 정당화를 구하는 정책 목표일 뿐이다.

둘째, 실제적 적법절차는 헌법의 다른 영역을 왜곡시킨다. 연방대법원은 종종 선호하는 권리의 침해에 대해서는 추가적인 정당화를 요구하고, 덜 선호하는 권리에 대해서는 높은 수준의 심사기준을 의도적으로 완화시킨다.⁵¹⁾ 실제적 적법절차는 헌법적으로 불안정한 연방대법원의 많은 정책 판단의 핵심적인 원천이다.

셋째, 실제적 적법절차는 종종 치참한 결과로 이어진다.⁵²⁾ 예를 들어, *Dred Scott v. Sandford*, 19 How. 393 (1857) 판결은 연방의회에게 노예를 해방할 권한이 없다고 선언하기 위해 일종의 실제적 적법절차를 언급하였다. *Dred Scott* 판결은 헤아릴 수 없는 고통을 치른 후에야 폐기되었다.⁵³⁾ 오늘 법정의견은 - 6천 3백만 건 이상의 낙태가 시행된 후 - 그릇된 실제적 적법절차 판결로 가장 악명 높은 두 판결인 Roe 판결과 Casey 판결을 폐기하였다. 연방대법원이 실제적 적법절차로 들어가려는 시도로 야기된 피해는 여전히 헤아릴 수 없이 남아 있다.

실제적 적법절차는 헌법 문언의 명령과도 충돌되며 여러모로 이 국가에 위해를 끼쳤다. 따라서 우리는 최대한 빠른 기회에 실제적 적법절차를 우리 법리에서 제거해

50) *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U. S. 747, 794 (1986) (White, J., dissenting).

51) *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 U. S. 582, 640 - 642 (2016) (Thomas, J., dissenting).

52) *Gamble*, 587 U. S., at ___ (Thomas, J., concurring) (slip op., at 16).

53) *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U. S. 200, 240 (1995) (Thomas, J., concurring in part and concurring in judgment).

야 한다.

3. Kavanaugh 대법관의 보충의견(1인 의견)

나는 Roe 판결이 잘못된 이유와 Roe 판결이 현재 폐기되어야 하는 이유, 그리고 오늘 판결의 앞으로의 영향에 대한 나의 추가적인 관점을 설명하기 위해 별도의 보충의견을 작성하는 바이다.

가. Roe 판결이 잘못된 이유 - 낙태 문제에 있어서의 헌법의 중립성과 민주적 절차를 통한 해결

낙태하고자 하는 임신부의 이익과 태아의 생명을 보호하고자 하는 이익 사이에 양립할 수 없는 갈등 때문에 낙태는 매우 어렵고 논쟁적인 이슈이다.

그러나 우리 앞의 문제는 낙태에 관한 정책이나 도덕의 문제가 아니다. 문제는 헌법이 낙태에 관하여 무엇을 말하고 있는가이다. 헌법은 낙태 이슈에 있어 어느 편도 들고 있지 않다. 헌법의 문언은 낙태를 언급하거나 포함하고 있지 않다. 연방대법원은 헌법에 열거되지 않았으나 이 나라의 역사와 전통에 뿌리 깊게 자리 잡은 권리는 헌법에 의해 보호된다고 하였으나, 법정의견은 낙태권이 여기에 해당하지 않음을 잘 설명해주었다.

따라서 낙태의 문제에 있어 헌법은 낙태 반대(pro-life)도 낙태 찬성(pro-choice)도 아닌 중립이며, 이 문제를 국민과 그들의 대표가 민주적 절차를 통해 해결하도록 남겨 두었다. 헌법이 낙태의 문제에 있어 중립적이기 때문에 연방대법원도 진중하게 중립적이어야 한다. 연방대법원의 9명의 대법관들은 민주적 절차를 폐기할 권한이 없고, 3억 3천만 명의 미국인들에게 찬성이든 반대든 낙태에 관한 정책을 명할 권한이 없다. 오늘의 판결로 연방대법원은 중립적인 위치로 올바르게 되돌아가며, 국민이 헌법에 확립된 민주적 자치의 절차를 통해 낙태에 관한 이슈를 다룰 권한이 복구되었다. 헌법은 낙태를 불법화하지도 합법화하지도 않는다. 오늘의 판결 이후, 모든 주들은 충돌하는 이익들을 평가하고 이 중대한 이슈를 어떻게 논할 것인지 결정할 수 있을 것이다.

피상고인 측은 헌법이 미국인의 권리를 1791년⁵⁴⁾이나 1868년⁵⁵⁾에 동결시켜놓지

54) 권리장전으로 불리는 미국 헌법 수정조항의 첫 10개 조항이 비준된 해이다.

55) 미국 헌법 수정 제14조가 비준된 해이다.

않았다고 강조하였다. 나는 이에 전적으로 동의한다. 나는 헌법상의 권리가 1791년이나 1868년에 예측할 수 없었던 상황에도 적용된다는 사실에 - 예를 들어, 헌법 수정 제1조가 인터넷에 적용되거나, 수정 제4조가 자동차에 적용되는 것과 같이 - 동의한다. 또한 헌법은 새로운 권리의 형성도 허용한다. 그러나 새로운 권리를 만들어냄에 있어 헌법은 헌법이 예상한 다양한 민주적 자치의 절차 - 주법률의 제정, 주헌법의 개정, 연방법률의 제정, 연방헌법의 개정-로 안내하고 있다.

헌법은 선출되지 않은 9명의 연방대법원 대법관들에게 새로운 권리와 자유를 만들어내기 위해 자신의 도덕적, 정책적 관점에 기반하여 헌법을 다시 쓸 일방적인 권한을 부여하지 않았다.

즉, 헌법은 낙태의 문제에 있어 중립적이며, 국민과 그 대표들이 민주적 절차를 통해 이 문제를 해결하도록 허용하고 있다. 따라서 Roe 판결은 낙태의 문제에 있어 한쪽 편을 들어 잘못되었다고 생각한다.

나. Roe 판결의 폐기 이유 - 선례구속의 원칙 검토

더 어려운 문제는 선례구속, 즉 Roe 판결을 폐기할 것인가 하는 문제이다.

선례구속의 원칙은 연방대법원 선례에 대한 존중과 이전에 같은 이슈를 다루었던 법관들의 축적된 지혜에 대한 존중을 요구한다. 선례구속의 원칙은 헌법 제3조에 뿌리를 두고 있으며 미국의 사법체계와 미국 법률의 안정성에 있어 매우 중요하다. 그러나 선례구속의 원칙은 절대적인 것이 아니다. Brandeis 대법관은 1932년 *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U. S. 393 (1932) 판결에서 고전으로 여겨지는 그의 반대의견에서 “연방헌법이 관련된 사건에서 입법 행위를 통한 정정이 사실상 불가능한 경우, 연방대법원은 종종 기존의 판결을 폐기해왔다.”고 밝혔다.⁵⁶⁾ 이러한 설명은 오늘날에도 정확하다. 현재 연방대법원의 모든 대법관들은 선례의 폐기를 선택한 적이 있다. 또한 1921년 Taft 대법원장의 임명 이후 지난 100여 년간 48명의 대법관 모두는 선례를 폐기하는 데 투표한 적이 있다.

그렇다면 연방대법원은 언제 잘못된 선례를 폐기해야 하는가? 연방대법원 선례구속의 역사에 따르면 다음의 경우에만 기존의 헌법판례 선례를 뒤집을 수 있다. 즉, ① 기존의 결정이 단순히 잘못된 것이 아니라 극심하게 잘못된 것이고, ② 기존의 결정이 법리적 또는 현실적으로 중대한 부정적 결과를 야기하였으며, ③ 기존의 결정

56) *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U. S. 393, 406-407 (1932) (dissenting opinion).

을 폐기하는 것이 정당한 신뢰이익을 과도하게 뒤엎지 않는 경우⁵⁷⁾에만 선례를 폐기할 수 있다.

이와 같은 요소들을 적용하건대, 나는 Roe 판결이 폐기되어야 한다는 법정의견에 동의하는 바이다. Roe 판결은 헌법이 연방대법원에게 결정권을 부여하지 않은 매우 중요한 도덕적, 정책적 이슈에 대하여 결정할 권한을 스스로에게 부여하였다. 이는 잘못된 결정이다. 물론 이것만으로는 선례를 뒤집어야 한다고 할 수 없다. 그러나 법정의견이 설명하였듯이, Roe 판결은 법리적 또는 현실적으로 중대한 부정적 결과를 야기하였다. Roe 판결은 헌법이 중립을 지키고 있는 어렵고 논쟁적인 이슈에 대해 한쪽 편을 들었으로써, 연방대법원의 헌법상 권한을 초과하고 넘어섰으며, 연방대법원의 적정한 헌법적 역할에 대한 국가의 해석을 심각하게 왜곡시켰고, Roe 판결 스스로가 인정한 태아의 생명 보호에 대한 주의 중요하고 정당한 이익에 심각한 피해를 입혔다. 이 모든 것이 왜 수천만 미국인들과 Roe 판결의 폐기를 명시적으로 요청한 26개 주들이 49년이 지난 지금에도 Roe 판결을 받아들이지 못하는지를 설명해준다. 연방대법원의 오랜 선례구속의 원칙에 따르건대, Roe 판결은 폐기되어야 한다.

다. 앞으로의 영향

오늘 판결 이후 낙태에 대한 이슈는 국민과 그 대표들이 연방의회와 각 주에서 민주적 절차를 통해 해결할 것이다. 그러나 이 사건 당사자들은 몇 가지 관련 문제들을 제기하였고, 나는 그 중 일부를 검토하고자 한다.

첫째, 이 판결이 피임과 결혼과 같은 이슈를 포함한 다른 선례들에 어떻게 영향을 미칠 것인가의 문제이다. 나는 법정의견이 판시한 바를 강조하고자 한다. Roe 판결의 폐기는 다른 선례들의 폐기를 뜻하지 않으며 그러한 선례들을 위협하거나 의구심을 제기하는 것이 아니다.

둘째, 오늘의 판결이 야기할 낙태와 관련된 법적 문제들은 헌법 문제만큼 특별히 어렵지는 않다. 예를 들어, 주는 주민이 낙태를 위해 다른 주로 이동하는 것을 막을 수 있는가? 주 간 이동에 대한 헌법상 권리에 근거하여 내 답은 ‘그렇지 않다’이다. 주는 오늘 판결 전에 발생한 낙태에 대하여 소급적으로 책임이나 처벌을 부과할 수 있는가? 헌법상 적법절차조항과 소급입법금지조항에 근거하여 내 답은 ‘그렇지 않다’이다. 장래에 낙태에 관한 다른 법적 문제들이 나타날 수 있다. 그러나 연방대법

57) Ramos, 590 U. S., at ___ (Kavanaugh, J., concurring in part) (slip op., at 7–8).

원은 더 이상 미국 전역에서 임신 6주, 12주, 14주, 24주 또는 여타 다른 시점까지는 낙태가 허용되어야 하는지에 대한 근본적인 문제를 결정하지 않을 것이다. 연방대법원은 더 이상 임신부의 이익과 태아의 생명 보호의 이익을 어떻게 평가할지 판단하지 않을 것이다. 그러한 문제는 헌법의 요구대로 민주적 절차를 통해 국민과 그 대표들에 의해 결정될 것이다.

4. Roberts 대법원장의 별개의견(1인 의견)

우리는 한 가지 문제를 결정하기 위해 이 사건의 상고를 허가하였다. 태아가 자궁 밖 생존능력을 갖추기 전에 이루어지는 ‘선택에 의한 낙태’에 대한 금지규정은 모두 위헌인가 하는 문제이다. 미시시피 주의 재태연령법은 임신 15주 이후의 낙태를 금지하였는데, 임신 15주는 태아가 자궁 밖에서 생존가능하다고 여겨지기 몇 주 전에 해당한다. 미시시피 주는 이 사건이 선명한 생존능력 기준을 재고할 수 있는 이상적인 수단이라고 보았고, 연방대법원에게 Roe 판결과 Casey 판결을 폐기할 것을 요구한 것은 아니었다.

나는 Roe 판결과 Casey 판결에서 성립된 생존능력 기준선이 폐기되어야 한다는 법정의견에 동의한다. 임신을 중단할 여성의 권리는 합리적인 선택의 기회를 보장하기에 충분할 정도여야 하지만 그 이상으로 - 태아의 자궁 밖 생존능력이 인정될 때까지 계속해서 허용되는 것으로 확대될 필요는 없다.

그러나 사법자체의 원칙에 입각하여, 사건을 더 이상 판단할 필요가 없다면 더 이상 판단하지 않아야 한다. 법정의견은 사려 깊고 철저하지만, 그 극적이고 중대한 결정은 이 사건에서 판단될 필요가 없었던 것이다.

가. 생존능력 원칙 폐기의 정당성

나는 우리가 이 사건에서 판단해야 할 유일한 문제 - 임신을 중단할 여성의 권리는 태아가 자궁 밖에서 생존가능하다고 여겨지는 시점까지 미친다는 Roe 판결과 Casey 판결의 원칙이 유지되어야 하는가 - 에 있어 법정의견에 동의한다. 이 원칙은 폐기되어야 한다.

Roe 판결의 텍사스 주 규정은 재태연령 기준을 두지 않았고, 어느 당사자도 연방대법원에 생존능력 원칙의 채택을 요구하지 않았다. 또한 Roe 판결과 Casey 판결은

왜 임신 중단의 시한을 태아의 자궁 밖 생존능력이 갖춰질 때까지 잡아야 하는지에 대해 설득력 있거나 하다못해 그럴듯한 주장도 펼치지 못하였다. 생존능력 기준선은 낙태규제에 대한 주의 이익을 오직 두 가지만 - 임신부의 건강과 잠재적 생명의 보호 - 인식하던 시절의 유물이다. 그러나 이는 *Gonzales v. Carhart*, 550 U. S. 124 (2007) 판결에서 바뀌었다. 이 판결에서 우리는 더 광범위한 이익을 인정하였는데, 이를테면 낙태와 영아살해를 명확하게 구별하는 선명한 구분선의 설정, 사회적 윤리의 유지, 의료계의 온전성 보존 등을 들 수 있다. 생존능력 기준선은 이러한 목표들과는 무관하다고 할 수 있다.

임신 20주 이후의 낙태를 금지하는 많은 법률들은 태아가 그 발달단계에서 고통을 느낄 수 있다는 이론을 전제로 한다. 태아의 고통 방지가 정당한 주의 이익이라고 가정하면, 그러한 법률의 허용가능성에 생존능력이 관련성을 가질 이유는 없어 보인다.

다른 국가들도 거의 동일하게 생존능력 기준선은 피하고 있다. 중국과 북한을 비롯한 소수 국가들만 임신 20주 이후의 선택에 의한 낙태를 허용하고 있으며, 나머지 국가들은 12주 정도의 기준선을 두고 있다.⁵⁸⁾ 법정의견이 자의적인 생존능력 원칙을 거부한 것은 올바른 판단이었다.

나. 사법자제의 원칙상 Roe 판결 및 Casey 판결 폐기의 부적절성

그러나 우리에게 Roe 판결에서 처음 인정된 낙태권을 모두 제거하는 극적인 조치가 요구된 것은 아니었다. 미시시피 주가 상고허가를 신청할 때 주의 요청은 간단했다. 태아가 자궁 밖 생존능력을 갖추기 전의 낙태금지는 항상 위헌인지를 밝혀달라는 것이었다. 미시시피 주는 연방대법원에게 Roe 판결과 Casey 판결의 폐기를 요구하는 것이 아님을 명확히 하였다. 그러나 상고가 허가된 이후 미시시피 주는 태도를 바꾸어 연방대법원이 Roe 판결과 Casey 판결을 폐기해야 한다고 직설적으로 밝혔다. 법정의견은 이 사건을 Roe 판결과 Casey 판결의 재확인 또는 폐기의 양자택일로 보고 후자를 선택하였다.

그러나 이러한 프레임은 정확하지 않다. 미시시피 주는 본안 준비서면에서 단순히 생존능력 원칙의 거부만으로도 자신들에게 유리한 판결이 될 것이라고 주장하였다. 사법자제의 원칙에 따라, 우리는 사건을 처리할 때 가장 좁게 시작해서 사건 해결에 필요한 경우에만 더 넓은 것을 고려해 나간다. 우리가 헌법 판례의 폐기 여부와 같이

58) *The World's Abortion Laws*, Center for Reproductive Rights (Feb. 23, 2021).

더 넓은 이슈의 검토로 나가는 것은 결정에 대한 더 좁은 유효한 근거가 없을 때뿐이다.

이 사건에서는 Roe 판결을 폐기하지 않고도 올바로 사건을 결정할 수 있는 방법이 분명히 있었다. 생존능력 기준선이 폐기되어야 한다는 점은 인정하되, 낙태권 전체를 거부할지에 대해서는 다음을 기약하는 방법이 있었다.

생존능력 원칙의 폐기는 미시시피 주에게 유리하게 이 사건을 해결하기에 충분하다. 이 사건 재태연령법은 임신 15주까지 낙태를 허용하고 있는데 그 정도면 임신기간 중 두 번째 3개월에 들어가게 된다. 오늘날 임신테스트는 저렴하고 정확하며, 여성들은 보통 임신 6주까지면 임신 사실을 알게 되고, 임신 첫 3개월이 끝날 무렵엔 거의 모든 여성들이 임신 사실을 안다. 따라서 임신 15주면 여성이 임신을 중단할지 결정할 충분한 시간이 된다.

다. 신뢰이익과 심사범위

선례를 뒤집을 때에는 신뢰이익이 고려되어야 한다. 피상고인들은 여러 세대의 여성들이 자신의 관계(relationships)를 구성하고 미래를 계획함에 있어 낙태할 권리를 신뢰해 왔다고 주장하였다. 법정의견은 이러한 우려가 적절한지 질문하였지만, 생존능력 기준선만을 폐기하였다면 애초에 이러한 문제는 일어나지도 않았을 것이다.

나는 우리가 상고를 허가한 문제만을 판단하고자 한다. 따라서 낙태권이 태아의 자궁 밖 생존능력 이전의 모든 낙태규제를 금지하는지 여부에 대해 판단하건대 답은 ‘그렇지 않다’이다. 그리고 이 사건에서는 이보다 더 판단할 필요는 없다. 이에 나는 법정의견의 결론에만 동의하는 바이다.

5. Breyer, Sotomayor, Kagan 대법관의 반대의견(3인 의견)

Roe 판결과 Casey 판결은 여성의 자유와 평등을 보호해왔다. 연방대법원은 Roe 사건에서 헌법상 여성이 출산 여부를 스스로 결정할 권리가 보장된다고 판결하였고 Casey 사건에서 이를 재확인하였다. Roe 판결은 정부가 임신의 첫 단계에서 여성을 대신해 결정할 수 없다고 판결하였고, Casey 판결이 이를 재확인하였다. 정부는 여성의 신체와 인생의 행로를 통제할 수 없으며, 여성의 미래가 어떠해야 한다고 결정할 수 없었다.⁵⁹⁾

59) Casey, 505 U. S., at 853; Gonzales, 550 U. S. at 171 - 172 (Ginsburg, J., dissenting).

Roe 판결과 Casey 판결은 낙태의 문제가 어렵고 분열을 초래한다는 것과 임신 초기 단계에서조차 임신 중단의 도덕성 문제에 대한 미국인들의 시각이 매우 다르다는 것을 잘 알고 있었다. 그래서 연방대법원은 가치와 목표가 충돌할 때 종종 그러하듯 균형을 맞추었다. 연방대법원은 여성의 생명과 건강을 보호하기 위한 예외규정이 있는 한, 태아가 자궁 밖 생존능력을 갖춘 이후의 낙태에 대해서는 주가 금지할 수 있도록 하였다. 그러나 그러한 생존능력을 갖추기 이전의 낙태에 대해서는 (정부가 아닌) 여성이 자신의 인생의 모든 상황과 복잡성을 고려하여 적절하다고 생각하는 대로 선택할 권리에 ‘부당한 부담’을 부과해서는 안 된다고 판결하였다.⁶⁰⁾

오늘, 법정의견은 이러한 균형을 폐기하였다. 법정의견은 수정(fertilization) 때부터 여성의 발언권은 없다고 보았다. 법정의견은 가장 낮은 심사기준인 합리성 심사만 통과하면 낙태를 제한할 수 있다고 판결하였다. 그리고 태아의 생명 보호는 합리적이므로 주는 모든 방식의 제한을 제정하는 데 있어 자유로워질 것이다. 미시시피 주는 임신 15주를 기준으로 하였지만 제한은 더 확대될 수 있으며, 일부 주들은 여성이 강간이나 근친상간의 피해자인 경우에 대한 예외규정도 없는 법률을 통과시키기도 했다. 이러한 법률 하에서 여성은 자신의 삶이 파괴될지라도 강간범의 아이나 아버지의 아이를 낳아야 할 것이다. 오늘 판결 이후 일부 주들은 여성에게 출생 후 수년 내 사망하는 테이삭스 병처럼 심각한 신체적 기형을 가진 태아를 출산하도록 강요할 수도 있고, 낙태 규제에 여성을 사망이나 신체적 손상으로부터 보호하는 규정을 만들 필요가 없다고 주장할 수도 있다. 주는 여성에게 주의 도덕적 선택을 강요하고 출산을 강제할 수 있게 될 것이다. 주는 낙태시술자에게 징역을 포함한 형사처벌을 부과할 수 있고 여성의 낙태나 낙태시도를 범죄화할 수도 있다.

앞으로 다가올 법률의 범위가 정확히 어떻게 되든 간에, 오늘의 판결이 가져올 결과 하나는 확실하다. 바로 여성의 권리와 자유롭고 동등한 시민으로서의 여성의 지위의 축소이다. 어제까지 헌법은 계획되지 않은 임신을 마주한 여성들에게 삶을 변화시키는 결과를 가져오는 출산 여부를 스스로 선택할 수 있도록 보장하였다. 그렇게 함으로써 헌법은 여성이 이 국가의 경제적, 사회적 생활에 동등하게 참여할 수 있는 능력을 보호하였다. 그러나 더 이상은 그렇지 않다. 오늘 법정의견은 주가 임신 초기의 낙태조차 금지하여 여성에게 출산을 강요할 수 있다고 판결하였다. 일부 여성들, 특히 재산이 있는 여성들은 주의 권력행사를 우회할 방법을 찾아낼 것이지만,

60) Casey, 505 U. S., at 846.

다른 여성들-돈이 없거나 육아를 맡길 수 없거나 휴직을 할 수 없는 여성들-은 그렇지 못할 것이다. 그들은 안전하지 않은 방식의 낙태를 시도할 수 있고, 그 결과로 신체적 손상이나 사망에 이를 수도 있다. 아마도 그들은 임신을 거쳐 아이를 낳을 수 있을 것이나 개인이나 가족이 막대한 비용을 치르게 될 것이다. 법정의견은 헌법이 모두를 위한 자유와 평등을 보장하고 있음에도 불구하고 어떠한 보호막도 제공하지 않을 것이라고 판결하였다.

Roe 판결과 Casey 판결은 수십 년간 피임기구의 사용이나 동성결혼 등 신체적 온전성, 가족관계, 출산에 관한 다른 확립된 자유들과도 연결되어 왔다. 이러한 자유들은 인생의 가장 사적인 결정들에 대한 자주적인 결정권을 보호한다는 점에서 같은 헌법적 구조를 이룬다. 법정의견은 낙태권이 역사에 뿌리 깊게 자리 잡지 못하였고 논쟁을 펼쳤다. 그러한 법정의견으로 인해 19세기 중반까지 그 역사가 없는 모든 권리들은 불안정하게 되었다.

또한 법정의견은 무신경하게 선례를 뒤집었다. 선례구속의 원칙은 법치주의의 초석이다. 한번 결정된 것들은 바꾸어야 할 매우 타당한 이유가 없으면 그대로 유지되어야 한다. Roe 판결과 Casey 판결은 이 땅에서 수십 년간 법으로 존재해왔고, 여성들은 이를 신뢰하였다. Roe 판결과 Casey 판결이 충돌하는 이익 간의 균형을 맞추기 위해 개발한 심사기준은 전국의 법원에서 그 실행가능성이 입증되었다. 법률적으로나 사실적으로 선례를 약화시킬 만한 변화는 없었다. 법정의견은 오직 한 가지 이유로 선례를 폐기하였다. 바로 연방대법원 구성이 변화되었다는 이유 때문이다. 선례구속의 원칙은 결정이 개인의 성향이 아닌 법률에 기초한다는 점을 보장함으로써 사법절차의 실제적 그리고 인지된 온전성(actual and perceived integrity of the judicial process)에 이바지한다.⁶¹⁾ 그러나 오늘 법정의견은 개인의 성향에 따라 판결을 내렸다. 법정의견은 충실하고 공정하게 법을 적용하는 우리의 의무에서 벗어났다. 이에 법정의견에 반대하는 바이다.

가. 선례 분석과 법정의견의 논거 비판

1) Roe 판결과 Casey 판결의 분석

약 반세기 전 Roe 판결은 여성의 생명을 구하기 위한 경우를 제외한 낙태를 범죄로 규정한 주법률을 위헌이라고 보았다. Roe 재판부는 사람들이 낙태에 대해 대립적

61) Payne, 501 U. S., at 827; Vasquez v. Hillery, 474 U. S. 254, 265 (1986).

인 관점을 갖고 있다는 점을 잘 알았지만 7대 2로 임신초기의 선택권은 여성에게 있다고 판결하였다. 그와 동시에 낙태를 규제할 주의 이익도 인정하였다. 따라서 임신의 어느 단계까지는 여성의 선택권이 우선하지만, 어느 단계 이후로는 주의 이익이 우위가 된다고 판단하였다. 그리고 그 이정표로 임신 첫 3개월을 잡았다.

Roe 판결과 Casey 판결 사이의 20년 동안 연방대법원은 명시적으로 Roe 판결을 재확인하고 적용하며 반복해서 그 헌법적 원칙을 시행하였다.⁶²⁾ 그리고 Casey 판결에서 이 문제를 새롭게 살펴보고 Roe 판결의 핵심적인 교훈을 유지하였다. 그 핵심은 여성의 선택권을 소리 높여 다시 외치는 것이었다. Roe 판결과 마찬가지로 Casey 판결 역시 헌법 수정 제14조의 자유에 대한 보장에 그 근거를 두었다.

Roe 판결이 인정한 권리를 재확인하며, 연방대법원은 낙태에 대한 다양한 관점과 충돌하는 다양한 주의 이익의 중요성에 대해 충분히 고려하였다. Casey 판결은 주가 태아에게 자궁 밖 생존능력이 생긴 이후의 낙태에 대해서만 금지할 수 있다는 Roe 판결의 핵심 내용을 유지하였다. Casey 판결은 생존능력 기준이 다른 기준들보다 더 실행 가능한 기준이라고 판단하였다.

Roe 판결과 Casey 판결은 주의 이익의 중대성 때문에 헌법 수정 제14조에서 유래한 다른 권리들보다 낙태권에 대해서 더 많은 제한을 허용하였다. 그러나 여성의 자유와 평등도 마찬가지로 관련되어 있음을 인정하였다. 충돌하는 이익의 존재가 낙태에 대한 문제를 더욱 어렵게 만들고 균형이 필요하게 만든다. 법정의견에게 이러한 균형과 조정은 없었다. Roe 판결과 Casey 판결은 한쪽 편이 관점은 잘못된 것이라고 생각하였다. 우리가 지난 50년간 그 안에서 살아온 헌법 제도는 충돌하는 이익들을 인정하고 그 사이의 균형을 찾고자 하였다. 그러나 오늘 우리가 도입한 헌법 제도는 여성의 이익을 지우고 주(또는 연방정부)의 이익만을 인정하였다.

2) 1868년을 기준으로 판단한 법정의견에 대한 비판

법정의견은 단 한 가지 질문에 기초하여 이와 같은 변화를 만들었다. ‘Roe 판결과 Casey 판결이 인정한 재생산권이 헌법 수정 제14조가 비준된 1868년에도 존재했는

62) 예를 들어, *Ohio v. Akron Center for Reproductive Health*, 497 U. S. 502 (1990); *Hodgson v. Minnesota*, 497 U. S. 417 (1990); *Simopoulos v. Virginia*, 462 U. S. 506 (1983); *Planned Parenthood Assn. of Kansas City, Mo., Inc. v. Ashcroft*, 462 U. S. 476 (1983); *H. L. v. Matheson*, 450 U. S. 398 (1981); *Bellotti v. Baird*, 443 U. S. 622 (1979); *Planned Parenthood of Central Mo. v. Danforth*, 428 U. S. 52 (1976).

가?”이다. 법정의견의 답은 ‘아니다’이고 이 점에 있어서는 우리도 동의한다.

그러나 첫째, 그와 같은 초창기 역사가 무슨 관련성이 있는지 불분명하다. 둘째, 사실 초기 법들은 낙태권을 일부 지지하였다. 커먼로의 권위자들은 첫 태동감 전의 낙태를 범죄로 여기지 않았고, 초기 미국법도 이를 따랐다. 따라서 초창기 형법은 임신 초기의 낙태와 말기의 낙태를 다르게 취급하는 Roe 판결과 Casey 판결과 대략 일치한다고 볼 수 있다.

법정의견은 21세기를 사는 우리가 헌법 수정 제14조를 그 비준자들처럼 해석해야 한다고 상정하고 있다. 만일 그 사람들이 재생산권을 헌법 수정 제14조에서 부여된 자유의 보장의 일부로 이해하지 못했다면, 그러한 권리는 존재하지 않는 것이 된다. 그런데 우리가 헌법 수정 제14조의 비준자들을 ‘사람들(people)’이라고 칭하였지만 사실 그들은 ‘남성들(men)’이었다. 따라서 그들이 여성의 자유 또는 이 국가의 동등한 구성원으로서 참여할 여성의 능력에 있어 재생산권이 갖는 중요성에 대해 완전히 익숙하지 않았던 것은 그리 놀랄 일이 아니다. 실제로 비준자들은 여성을 “우리 국민들(We the People)”이라는 말이 아우르는 공동체의 온전한 구성원으로 이해하지 않았다. 1868년의 대부분의 여성들 또한 자신들의 권리에 대해 제한된 관점을 갖고 있었다. 우리가 법정의견의 말처럼 비준 당시의 시각으로 해석해야 한다면, 여성은 2등 시민의 위치에 처하게 될 것이다.

하지만 시대는 바뀌었다. 사회에서의 여성의 위치가 바뀌었고, 헌법도 그에 따라 바뀌었다. 여성을 열등한 지위로 다시 격하시키는 것은 더 이상 헌법에 대한 우리의 해석에 부합되지 않는다. 오늘날 헌법은 정부 권한의 남용이나 부당한 주의 간섭으로부터 남성이든 여성이든 모든 개인들을 보호한다.

미국의 건국자들은 그들이 수 세기 동안 늘 변화하는 환경에 적용되도록 만들어진 문서를 작성하고 있음을 알았다.⁶³⁾ John Marshall 대법관은 우리 헌법이 앞으로 다가올 시대에도 지속되도록 의도되었으며 미래에 적응해야 한다고 말하였다. 헌법 제정자들은(1788년과 1868년에 모두) 세상은 변한다는 것을 알고 있었다. 그래서 그들은 권리를 정의함에 있어 미래에 그 범위와 의미가 진화될 것을 허용하도록 일반적인 용어로 정의하였다. 헌법은 권리가 무엇을 보장하고 어떻게 적용되는지에 대한 원래의 관점을 영구히 동결시켜놓지 않았다. 이 국가의 헌법적 전통은 한 순간으로 전체가 포착되는 것이 아니다. 오히려 그것은 우리의 오랜 역사와 연속적인 선례로부터

63) NLRB v. Noel Canning, 573 U. S. 513, 533 - 534 (2014).

그 내용을 얻는다.

법정의견은 불법 마약 사용이나 성매매 등에 대한 기본권도 허용될 것을 우려하였으나, 이는 완전히 틀린 것이다. 신체적 자율성, 성적관계 및 가족관계, 출산에 관한 연방대법원의 선례들은 모두 우리 헌법과 우리 삶의 일부로 모두 얽혀있다.

이러한 권리를 없애는 것은 Kavanaugh 대법관이 주장하고자 했던 ‘중립적인’ 입장을 취하는 것이 아니다. Kavanaugh 대법관은 낙태에 관한 문제를 주에게 넘기는 것이 중립이라고 생각했다. 그러나 연방대법원이 뉴욕과 캘리포니아 주가 모든 충기를 금지하도록 허용하거나, 어떤 주는 전원일치 배심원단을 어떤 주는 그렇지 않은 배심원단을 두도록 해도 그는 이를 ‘진중하게 중립적’이라고 생각할 수 있을까? 만일 연방대법원이 교회에 가는 것에 대해 규제할지를 주들이 정하도록 한다면 어떠한가? 피임과 동성결혼에 대한 권리는 어떠한가? 연방대법원이 이러한 권리들을 없애는 것이 중립적인 것이라고 할 수 있을까? 권리에 관한 한, 연방대법원이 모든 것을 주에게 맡기는 것은 중립적으로 행동하는 것이 아니다. 오히려 연방대법원은 누가 오더라도 권리를 보호할 때 중립적으로 행동하는 것이다. 연방대법원이 50년간 여성들이 갖고 있던 권리를 훼손하는 경우, 연방대법원은 중립적인 것이 아니라 한쪽 편을 드는 것이다. Kavanaugh 대법관의 입장은 임신 첫날부터 여성의 선택권을 결코 인정하지 않는 것이다. 그러한 입장은 여성이 자신의 신체와 삶에 관한 가장 사적이고 중요한 결정을 내릴 권리를 실제로 갖고 있다는 연방대법원의 오랜 관점과 부합할 수 없다.

우선 연방대법원이 신체적 온전성을 보호했던 일련의 선례들을 생각해보자. 연방대법원은 자신의 몸에 대한 지배와 결정권을 매우 중요하게 여겼다.⁶⁴⁾ 그래서 연방대법원은 정부가 사람의 의료적 결정에 간섭하거나 의료 기술이나 처치를 받도록 강요할 권한을 제한해왔다.⁶⁵⁾ Casey 판결은 이러한 선례들과 Roe 판결의 이론적 밀접성을 인정하였다.⁶⁶⁾ 여성에게 출산을 강요하는 것보다 더 큰 신체적 침해는 드물다. 여기에는 온갖 신체적 변화와 의료치료(제왕절개의 가능성을 포함하여)와 의료적 위

64) Union Pacific R. Co. v. Botsford, 141 U. S. 250, 251 (1891); Cruzan v. Director, Mo. Dept. of Health, 497 U. S. 261, 269 (1990).

65) Winston v. Lee, 470 U. S. 753, 766 - 767 (1985) (강제 수술); Rochin v. California, 342 U. S. 165, 166, 173 - 174 (1952) (강제 위세척); Washington v. Harper, 494 U. S. 210, 229, 236 (1990) (정신병약의 강제집행).

66) Casey, 505 U. S., at 857.

험이 포함된다. 일례로, 미국 여성들은 낙태할 경우보다 임신을 끝까지 지속하였을 때 사망의 위험이 14배 더 크다.⁶⁷⁾ 여성이 이러한 부담과 위험을 자진해서 기쁘게 감수한다는 사실이 - 정부가 여성에게 분만까지 강제하는 경우에 - 정부가 여성의 신체에 주는 침해의 정도를 경감시키지는 않는다. 일부 여성의 경우 의학적으로 낙태가 필요한데, 법정의견은 이 경우 정부가 낙태를 막을 수 있는지에 대해서도 언급하지 않았다.

Roe 판결과 Casey 판결은 가족문제, 자녀양육, 성관계, 출산에 관한 사적 선택들에 대한 정부의 침해로부터 이를 보호하는 일련의 선례들에도 잘 부합된다.⁶⁸⁾ 이와 같은 인간의 가장 내밀하고 사적인 선택들은 개인의 속성을 정의하고,⁶⁹⁾ 필연적으로 인생의 성격과 행로를 형성한다. 따라서 연방대법원은 그러한 선택들이 정부가 아닌 개인에게 속한다고 판결하였다. 이것이 자유가 요구하는 핵심이다.

역사를 통틀어 보호되는 자유의 영역은 이전에는 배제되었던 사람들을 포섭하며 확대되었다. 역사와 전통은 지침을 주지만 1868년의 정서만으로 현재가 좌우되지 않으며 그럴 수도 없다.⁷⁰⁾ Casey 판결도 마찬가지로 헌법상 자유의 영역이 이전에는 배제되었던 집단에까지 확대되어야 할 필요성을 인정하였다. Casey 판결은 헌법 수정 제14조를 비준하고 당시의 주법을 만들던 사람들이 여성을 온전하고 동등한 시민으로 보지 않았다는 사실을 알고 있었다. 당시의 여성들은 남편과 분리된 법적 실재를 갖지 못하였다. 여성은 집과 가족생활의 중심으로서만 여겨질 뿐이었다. 그러나 더 이상은 그렇지 않다. 이제 주는 역사적으로 지배적이었던 여성의 역할에 대한 시각을 강요할 수 없다.⁷¹⁾ 그리고 Casey 판결은 동등한 시민권은 필연적으로 재생산권과 연결되어 있음을 인식하였다. 아이를 낳을지, 언제 낳을지를 결정할 능력이 없다면 여성은 어떻게 그들의 삶을 살고 어떻게 사회에 이바지할지 결정할 수 없을 것이다. 그러한 이유로 Casey 판결은 Roe 판결이 피임에 관한 선례와 가장 가깝게 연결된다고 밝혔다. 이렇듯 Roe 및 Casey 판결과 다른 헌법상의 권리를 인정한 판결들 간의 연결에도 법정의견은 걱정하지 말라고 말하고 있다. 법정의견은 낙태가 관련되지 않은 선례에 의구심을 제기하는 것이 아니라고 하였고, 낙태는 생명 또는 잠재적 생명

67) *Whole Woman's Health*, 579 U. S., at 618.

68) *Casey*, 505 U. S., at 851, 857; *Roe*, 410 U. S., at 152 - 153.

69) *Casey*, 505 U. S., at 851.

70) *Obergefell*, 576 U. S. 664.

71) *Casey*, 505 U. S., at 852.

을 끝낸다는 점에서 다르다고 주장하였다. 그러나 이와 같은 반복되는 주장에도 안심할 수 없다.

Thomas 대법관의 보충의견만 보더라도, 낙태가 관련되지 않은 선례에 의구심을 제기하지 않는다는 말에 대해 이 사건에서 문제가 되지 않았을 뿐이라고 해석하고 있다. 그리고 장래 사건에서 Griswold, Lawrence, Obergefell 판결을 포함한 연방대법원의 실제적 적법절차 선례들을 모두 재고해야 한다고 말하고 있다.

Thomas 대법관의 보충의견을 차치하고라도, 법정의견의 확언은 여전히 유효하지 않다. 적어도 법정의견이 Roe 판결과 Casey 판결을 폐기한 유일한 이유 - 19세기의 낙태의 법적 지위 - 에 진지한 한 그러하다. 법정의견에 따르면 19세기에는 법률이 여성의 선택권을 보호하지 않았기 때문에 헌법 수정 제14조의 자유의 이익은 존재하지 않는다고 한다. 그러나 여기에 문제가 있다. 당시의 법은 다른 수많은 권리들을 보호하지 않았다. 동성 성관계(Lawrence 판결)와 동성결혼(Obergefell 판결), 다른 인종간 결혼(Loving 판결), 피임기구의 사용(Griswold 판결), 동의 없는 불임수술을 받지 않을 권리(Skinner 판결⁷²⁾)는 당시에 보호되는 권리가 아니었다. 따라서 법정의견의 법적 분석이 맞는다면, 위와 같은 모든 판결들은 잘못된 것이고, 해당 문제들은 주에 속하게 된다. 그렇다면 어떻게 법정의견이 다른 헌법상의 권리들을 위협하지 않을 것이라고 말할 수 있는지 이해하기 어렵다. 법정의견이 자신의 말에 충실하더라도, 오늘 판결에 대한 미래의 의의는 미래에 결정될 것이다. 법은 종종 원래의 의도와 상관없이 진화한다.

어쨌든, 법정의견은 그 자체로 충분히 비극적이다. 방법적으로든 실제적으로든 잘못되었다. 따라서 선례구속의 원칙까지 가지 않더라도 이미 법정의견에 반대하는 바이다.

나. 선례구속의 원칙

법정의견은 Roe 판결 및 Casey 판결과 헌법상 낙태권을 재확인하거나 적용하였던 20개 이상의 판결들을 폐기함으로써 법치주의의 핵심원칙인 선례구속의 원칙을 포기하였다. 선례구속의 원칙은 법원칙의 공정하고 예측가능하며 일관된 발전을 증진시킨다.⁷³⁾ 선례구속의 원칙은 결정이 개인의 성향이 아닌 법률에 기초한다는 점을 보

72) Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson, 316 U. S. 535 (1942).

73) Payne, 501 U. S., at 827.

장하고,⁷⁴⁾ 정의의 저울을 공정하고 안정적으로 유지시키며 새로운 법관의 의견에 쉽게 흔들리지 않게 한다. 판사의 개인적 선호가 법을 만드는 것이 아니라 법이 판사를 통해 말하는 것이다.

즉, 선례구속의 원칙은 연방대법원이 특별한 이유 없이는 선례를 뒤집을 수 없음을 의미한다.⁷⁵⁾ 법정의견은 선례를 폐기한 판결들을 나열하며 근거로 내세웠지만 그 판결들은 근거가 되지 못한다. 그 중 일부 판결은 연방대법원이 선례를 일부만 수정했거나 명확히 한 것이고, 나머지는 전통적인 선례구속의 요소 중 하나 이상에 근거한 것이었다. 예를 들어 ① 앞선 판결을 약화시키거나 더 이상 쓸모없게 만드는 ‘법원칙의 변화’, ② 마찬가지로 ‘사실의 변화’, ③ 앞선 판결이 10년이 되지 않아 신뢰 이익이 없을 때인 경우이다. 그러나 이러한 요소들 중 이 사건에 적용될 수 있는 것은 - 반세기의 확립된 법을 중요한 법적 또는 사실적 변화 없이 폐기하는 것을 뒷받침 하는 것은 - 전혀 없다.

법정의견은 Roe 판결과 Casey 판결을 오직 한 가지 이유로 폐기하였다. 왜냐하면 법정의견은 늘 그 판결들을 멸시해왔고 이제 그 판결들을 폐기할 수 있는 인원이 되었기 때문이다. 이에 법정의견은 법의 지배를 법관의 지배로 바꾸었다.

1) 실행가능성

법정의견의 입장과 반대로 Casey 판결의 ‘부당한 부담’ 기준은 실행불가능하지 않다. 주가 낙태하고자 하는 여성에게 상당한 장애물을 두는지는 판사들에게는 친숙한 종류의 심사이다. 연방대법원과 기타 법원들이 매일 주저하지 않고 적용하는 다른 많은 기준 이상의 갈등을 야기하지도 않는다. 연방대법원은 종종 무수히 많은 예측 불가능한 상황에 개별적으로 적용될 수 있는 유연한 기준을 만든다. Casey 판결의 ‘부당한 부담’ 기준도 그러하다. 그리고 ‘부당한 부담’ 기준은 특별한 어려움을 야기하지도 않는다.

그리고 법정의견의 결론은 주 간 갈등에 관한 많은 문제를 야기한다. 주는 여성이 낙태를 위해 다른 주로 이동하는 것을 막을 수 있는가? 주는 다른 주에서의 낙태를 광고하거나 여성을 다른 주의 낙태시술자와 연결시키는 것을 금지할 수 있는가? 주는 약물 낙태에 사용되는 약을 우편으로 보내는 것에 간섭할 수 있는가? 헌법은 여

74) Vasquez, 474 U. S., at 265.

75) Gamble, 587 U. S., at ___ (slip op., at 11).

행과 표현과 주 간 통상을 보장하므로 오늘의 판결은 많은 새로운 헌법적 문제를 야기할 것이다. 법정의견은 연방대법원을 낙태의 문제에서 벗어나게 하기는커녕, 다가올 주 간 낙태 전쟁의 중심으로 밀어넣고 있다.

요컨대, 법정의견은 잘 알려지고, 실행가능하며, 예측가능한 기준을 폐기하고 새롭고 훨씬 더 복잡한 것을 선택하였다. 그리고 연방대법원을 치열하게 다투어지는 이슈에 뛰어들도록 강요하였다.

2) 법적·사실적 변화의 부존재

연방대법원이 헌법 선례를 폐기할 때에는 거의 항상 그 선례의 근거를 약화시키는 중대한 법적 또는 사실적 변화를 들어왔다. 그러나 오늘 법정의견은 그러지 않았다. 법정의견은 낙태에 대한 현재의 논란을 언급하였지만, 그와 같은 논쟁이 수십 년간 있어왔음을 인정해야 한다. 낙태에 대한 갈등은 변화가 아니라 계속 있어온 것이다. 그리고 그렇게 지속되는 분열은 기존의 선례를 버리는 대신 고수해야 할 더 많은 이유를 제공한다. 법정의견은 급진적으로 법을 바꾸는 것을 정당화하기 위한 중대한 변화를 입증하지도 않고 오랜 선례를 폐기하였다.

Roe 판결과 Casey 판결 이후 한 가지 주목할 만한 변화가 있다면 미국의 낙태법이 점점 더 다른 국가들에 맞춰 나갔다는 것이다. 뉴질랜드, 네덜란드, 아이슬란드 등 많은 국가들이 Roe 판결과 Casey 판결의 낙태 허용 기한과 비슷한 기한을 두고 있다. 캐나다는 임신기간의 어느 시점에서든 낙태를 비범죄화하였다. 대부분의 서유럽 국가들은 임신 12주 내지 14주 이후의 낙태를 규제하고 있지만 보통 충분한 예외규정을 두고 있다. 전 세계 50개국 이상의 국가들이 지난 25년간 낙태에 대한 접근권을 확대해왔다. 이러한 전 세계적인 낙태법의 자유화 경향을 고려할 때, 오늘 이후 국제적 외톨이가 되는 것은 미국이 될 것이다.

요컨대, 법정의견은 자신의 결정을 뒷받침할 법적 또는 사실적 변화를 제시하지 못하였고, 최근 수십 년간 이 국가에서든 전 세계적으로든 Roe 판결과 Casey 판결의 핵심을 약화시킬 만한 일은 일어나지 않았다.

3) 신뢰이익

Roe 판결과 Casey 판결을 유지할 이유는 그 판결들이 형성해온 압도적인 신뢰이익으로부터 더 큰 힘을 얻는다. Casey 판결은 Roe 판결에 대한 사람들의 신뢰를 부정하

는 것은 사실을 직시하는 것을 부정하는 것이라고 생각하였다.⁷⁶⁾ 오늘 법정의견은 사실을 직시하기를 거부하였다. 법정의견의 가장 놀라운 점은 이 판결이 여성들에게 미칠 영향에 대해 진지한 논의가 없다는 점이다. 실제로 현재 모든 가임기 여성들은 Roe 판결과 Casey 판결의 보호를 적용받을 수 있을 것이라고 기대하며 자라왔다. 따라서 Roe 판결과 Casey 판결의 폐기가 가져오는 혼란은 매우 클 것이다. 미국의 약 18%의 임신이 낙태로 끝나며, 미국 여성의 약 4분의 1이 45세 전까지 낙태를 경험한다. 이러한 수치는 출산하여 부모가 된다는 것이 인생을 바꿀 정도의 영향력을 갖는다는 것을 보여준다. 오늘날 수없이 많은 인생의 결정들을 할 때, 사람들은 임신을 통제하고 그 시간을 조절할 능력에 의존하고 있다. 피임이 실패하거나, 불가능했거나(예를 들어, 강간), 임신 중간에 무언가 변화가 생겼을 때(가족이나 재정상황, 예상치 못한 합병증, 또는 가슴 아픈 태아 진단결과 등), 여성은 낙태에 대한 접근권에 기댈 수 있다. 낙태권을 제거하는 것은 이러한 모든 개인적 계획과 기대를 파괴하는 것이다. 그렇게 함으로써 여성이 국가의 정치적, 사회적, 경제적 생활에 온전하고 동등하게 참여할 기회를 축소시키게 된다.

이 부분에 대한 법정의견의 대답은 미국 여성들이 실제로 살고 있는 현실과는 한참 동떨어져 있다. 법정의견은 낙태를 금지할 주의 권한이 갑작스럽게 복구되어도 재생산에 관한 계획에 있어서는 이를 사실상 즉시 고려할 수 있다고 주장하였다. 그러나 현실은 미국에서 45%의 임신이 계획되지 않은 임신이라는 것이다. 어떤 여성들은 임신기간 동안의 상황변화로 인해 낙태를 결정하기도 한다. 이제 임신을 지속해야만 하는 사람들에게 Roe 판결과 Casey 판결의 폐기는 참혹할 수 있다.

이는 특히 빈곤층 여성들에게 그러하다. 낙태를 금지하는 주에서도 경제적 여유가 있는 여성은 여전히 다른 주로 이동하여 원하는 바를 얻을 수 있을 것이다. 가장 고통을 겪는 것은 그렇지 못한 여성들이다. 연방 빈곤선(federal poverty line) 이하의 삶을 사는 여성들은 더 높은 수입을 가진 여성들보다 의도하지 않은 임신을 경험하는 비율이 5배 더 높다. 오늘 이후 합법적인 낙태가 불가능해진 주에서, 그들은 안전하고 합법적인 낙태시술을 받을 수 없게 될 것이다. 그들은 필요한 이동을 하거나, 그 시간 동안 육아를 맡기거나, 일을 할 수 있을 만한 돈이 없을 것이다. 많은 사람들이 임신과 원치 않는 출산에 드는 비용과 위험을 감내해야 할 것이고, 또 다른 사람들은

76) Casey, 505 U. S., at 856.

필사적으로 불법적이고 안전하지 않은 낙태를 시도할 것이다. 그들은 그들의 자유권을 잃는 것뿐만 아니라 생명을 잃을 수도 있다.

선례구속의 원칙은 연방대법원이 선례의 폐기로 인해 선례를 신뢰하였던 사람들이 치르게 되는 희생을 계산하도록 하고 있지, 선례를 부정하였던 사람들의 희생을 계산하도록 하고 있지는 않다.

Roe 판결과 Casey 판결은 물론 논쟁을 야기하였지만, 그 결정들이 부여하고 재확인한 권리는 사회가 이해하는 헌법의 일부이고, 연방대법원이 여성의 자유와 평등에 관해 어떻게 정의하였는지의 일부이다.

오늘 이후 젊은 여성들은 그들의 어머니와 할머니들이 가졌던 것보다 더 적은 권리를 갖게 될 것이다.

4) 낙태에 관한 논쟁과 선례 유지의 필요성

법정의견은 Casey 판결이 낙태에 관한 갈등을 가라앉히기 위해 법의 한도를 벗어나 행동하였다고 비판하였다. 그러나 Casey 판결은 그러지 않았다. 위에서 살펴본 듯이 Casey 판결은 전통적인 선례구속의 원칙을 적용하였을 뿐이다. Casey 판결이 낙태에 관한 전국가적인 논쟁에 주목한 것은 사실이다. 1992년에도 1973년에도 낙태는 분열을 초래하는 이슈였다. 그러나 Casey 판결이 그러한 갈등을 주목한 이유는 법정의견이 암시한 것과는 정반대이다. Casey 판결은 연방대법원이 법을 고수하는 것이 얼마나 중요한지 강조하기 위해 전국가적인 논쟁을 언급한 것이다. 논쟁이 벌어지는 경우 - 그러나 변경의 법적 근거가 없는 경우 - 연방대법원은 변함없이 입장을 고수할 필요가 있다. 그것이 법치주의가 요구하는 바이다.

다. 결어

이성(reason)이 아닌 힘(power)이 연방대법원 결정의 새로운 경향이다.⁷⁷⁾ Roe 판결은 50년간 유지되어 왔고, Roe 판결을 재확인한 Casey 판결은 30년간 유지되어 왔다. 법치주의의 중요한 요소인 선례구속의 원칙은 그 판결들의 지속적인 존재를 굳건히 뒷받침하였다. 낙태권의 인정과 재확인 이후, 법률이든 사실이든 사고방식이든, 오늘 법정의견을 뒷받침할 새로운 변화는 아무 것도 없었다. 바뀐 것은 이 연방대법원뿐이다.

77) Payne, 501 U. S., at 844 (Marshall, J., dissenting).

이 사건에서 문제가 된 미시시피 주의 임신 15주 낙태금지 규정은 2018년에 제정되었다. 다른 주들도 빠르게 뒤쫓았다. 2019년에서 2021년 사이에 8개 주에서 임신 6-8주 이후의 낙태를 금지하였고, 3개 주는 전면적으로 금지하였다. 미시시피 주는 이 사건 규정의 제정 다음 해인 2019년, 임신 6주 규제를 통화시켰다. 미시시피 주의 한 상원의원은 “많은 사람들이 ‘마침내 보수 성향의 연방대법원을 갖게 되었다’고 생각하며, 따라서 지금이 Roe 판결의 한계에 대한 테스트를 시작하기에 좋은 때이다.” 라고 말하였다. 미시시피 주는 점점 더 확신에 차서 연방대법원에 Roe 판결과 Casey 판결을 폐기해줄 것을 주장하였다.

법정의견은 50년간 인정된 헌법적 권리를 제거하고, 핵심적인 법치주의의 원칙을 어기고, 연방대법원의 타당성을 훼손하였다. 연방대법원의 타당성은 오랜 시간에 걸쳐 얻어진다. 그리고 훨씬 더 빠르게 파괴될 수도 있다. 법정의견은 Roe 판결과 Casey 판결을 폐기하면서 그 지도 원리를 저버렸다.

우리는 이 연방대법원에, 그러나 그보다 오늘 중요한 헌법상의 보호를 잃은 수많은 미국 여성들에게 슬픔을 표하며 법정의견에 반대한다.

Ⅲ. 판결의 의의

이 판결은 미국 연방대법원이 헌법상 낙태권을 인정하였던 역사적인 판결인 1973년 Roe v. Wade 판결과 이를 재확인한 1992년 Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey 판결을 폐기하고 낙태에 관한 문제를 주가 결정하도록 판결한 사건이다.

50년간 미국에서 헌법상 낙태권을 보장하였던 Roe 판결의 폐지로 미국 전역뿐만 아니라 국제사회에서도 큰 이슈가 되고 있다. 영국의 보리스 존슨 총리, 캐나다의 쥐스탱 트뤼도 총리, 프랑스의 에마뉘엘 마크롱 대통령 등 외국 정상들과 여러 국제기구가 비판 성명을 내었다. 반면, 낙태를 반대해온 가톨릭 교황청은 이 판결을 지지하였다. 미국 전역에서도 그 후폭풍이 거세다. 전통적으로 여성의 낙태권을 지지해온 민주당은 연방대법원의 이 판결을 격하게 비판하였으며, 낙태를 반대해온 공화당은 이 판결에 환영의 뜻을 밝혔다. 미국 전역에서 낙태권 폐지로 촉발된 찬반 시위가 일어나고 있는 가운데, 낙태권은 이번 11월 미국 중간선거를 앞두고 주요 쟁점이 되고 있다.

6월 24일에 선고된 이 판결 이후, 지난 8월 2일 보수 성향에 공화당 우세 지역인 캔자스 주는 낙태권을 폐지하기 위한 주헌법 수정안에 대한 주민투표에서 대부분의 예상을 깨고 낙태권 폐지 반대라는 결과를 내놓아 미국 전체를 놀라게 하였다. 낙태권 폐지 반대가 58.8%로 찬성 41.2%를 크게 앞서, 공화당 지지가 반드시 낙태권 폐지로 연결되지는 않음을 보여주었다. 이에 민주당과 바이든 행정부는 캔자스 주 주민투표 결과에 환영하며 중간선거를 앞두고 낙태권 이슈화에 박차를 가하고 있으며, 공화당은 중도 성향의 공화당 지지자들을 붙잡기 위해 낙태에 있어 어느 정도의 규제를 마련해야 할지 고심하게 되었다.

반면 8월 5일 보수 성향이 강한 인디애나 주는 이 판결 이후 처음으로 낙태금지법을 통과시켜 1973년 Roe 판결 이후 낙태를 불법화한 첫 번째 주가 되었다. 인디애나 주의 낙태금지법은 성폭행이나 근친상간 등의 일부 예외를 제외하고는 대부분의 낙태를 불법으로 규정하였다.

바이든 대통령은 낙태권 보장을 위하여 지난 7월 8일 낙태권 확대와 사생활 보호 강화를 위한 행정명령에 서명하였고, 8월 3일 낙태를 위해 다른 주로 이동하는 환자를 지원하는 두 번째 행정명령에 서명하였다.

이 판결의 파급력이 매우 큰 만큼, 앞으로도 관련 논의와 조치, 각 주의 입법과 중간선거를 비롯한 정치적 이슈가 첨예하고 복잡하게 펼쳐질 것으로 예상된다.

최신 세계헌법판례

캐나다

■ 현실적으로 가석방의 가능성이 없는 종신형의 위헌성

/ 책임연구관 임기영

현실적으로 가석방의 가능성이 없는 종신형의 위헌성¹⁾

I. 사실관계

2017년 1월 29일, 퀘벡 이슬람 대사원에 4명의 어린이들을 포함한 46명의 사람들이 저녁 기도를 위해 모여 있었다. 피상고인 Alexandre Bissonnette(이하 ‘피상고인’)는 반자동소총과 권총으로 무장하고 이곳에 들어가 총을 발사하여 2분도 되지 않는 시간에 6명을 죽이고 5명에게 중상을 입혔다. 피상고인은 6건의 1급 살인을 비롯한 12건의 기소건에 대해 자신의 범행을 인정하였다.

캐나다 형법에 따르면 1급 살인은 무기징역 이상의 형에 처해지고, 가석방의 가능성이 없는 25년의 기간을 복역한 후에야 가석방 적격심사를 받을 수 있다. 보통, 범죄자들은 각 형(刑)을 동시에(concurrently) 살지만, 형법 제745.51조²⁾는 여러 상황을 고려하여 법원이 가석방 불가 기간을 각 살인에 대한 형마다 연속적으로(consecutively) 이어서 적용할 수 있도록 허용하였다.

이 사건의 피상고인도 무기징역형에 처해졌으며, 검사는 형법 제745.51조에 따라 가석방 불가 기간을 각 살인죄의 형마다 연속적으로 적용하여, 6건의 1급 살인에 대해 각각 25년, 총 150년의 가석방 불가 기간을 적용해줄 것을 법원에 요청하였다. 피상고인은 형법 제745.51조가 위헌이라고 주장하였다.

1) R. v. Bissonnette, 2022 SCC 23 (2022. 5. 27. 선고).

2) 캐나다 형법 제745.51조 가석방 불가 - 다수살인

(1) 이미 1개 이상의 살인이 유죄로 인정된 자에 대하여 별건의 살인을 유죄로 인정하여 제745조(종신형)에 따라 형을 선고할 때에는, 그 범죄자의 재판을 주재하는 판사, 또는 그 판사가 할 수 없을 경우 같은 법원의 어떤 판사라도 범죄자의 기질, 범죄의 성격, 그리고 그 범행을 둘러싼 상황들, 그리고 만일 있다면 제745.21조의 의견서를 참작하여, 명령으로, 각 살인죄의 형마다 적용되는 가석방 불가 기간이 연속적으로 적용되도록 결정할 수 있다.

이유

(2) 판사는 구두 또는 서면으로 제1항의 명령을 내린 또는 내리지 않은 이유를 제시하여야 한다.

적용

(3) 제1항 및 제2항은 이 법률, 국방에 관한 법률(National Defence Act), 반인도범죄 및 전쟁범죄에 관한 법률(Crimes Against Humanity and War Crimes Act)에 따라 형이 선고된, 이 조항이 발효된 날 이후 저지른 살인으로 유죄판결을 받은 범죄자에게 적용된다.

제1심 법원은 이 조항이 캐나다 권리자유헌장(이하 ‘헌장’) 제12조³⁾의 잔인하고 비정상적인 처벌을 받지 않을 권리 및 제7조⁴⁾의 생명, 자유, 신체의 안전에 대한 권리에 위배되고, 제1조⁵⁾에 의해 정당화되지도 않는다고 판단하였다. 제1심 법원은 이러한 위헌성을 치유하기 위해 형법 제745.51조를 확장해석(reading in)⁶⁾하여 법원에게 추가적인 가석방 불가 기간의 길이를 선택할 수 있는 재량을 부여한 것으로 해석하였다. 이에 따라 제1심 법원은 5건의 살인에 대해서는 25년의 가석방 불가 기간을 동시에 적용하도록 하고, 나머지 1건의 살인에 대해서는 15년의 가석방 불가 기간을 이어서 추가하여 총 40년의 가석방 불가 기간을 적용하였다. 이에 대해 항소법원도 형법 제745.51조가 헌장 제12조 및 제7조를 위반하였다고 판단하였으나, 제1심 법원과 달리 확장해석이 부적절하다고 보았다. 이에 항소법원은 해당 조항이 위헌무효이고 위헌판결의 효력은 즉시 발생한다는 내용의 판결을 선고하고, 피상고인으로 하여금 각 형에 부과되는 25년의 가석방 불가 기간을 동시에 적용하도록 하였다.

대법원은 상고심에서 전원일치 의견으로 형법 제745.51조가 헌장 제12조를 위반하여 위헌무효라고 판단하였으며, 이에 따라 피상고인에게 각 25년의 가석방 불가 기간을 동시에 적용하여 총 25년의 가석방 불가 기간이 부과되도록 하고 검사 및 퀘벡 주 법무부장관의 상고를 기각하였다.

II. 쟁점 및 판단

이 사건의 쟁점은 다음과 같다.

3) 캐나다 권리자유헌장 제12조 (처우 또는 처벌)

모든 사람은 잔인하고 비정상적인 처우 또는 처벌을 받지 않을 권리가 있다.

4) 캐나다 권리자유헌장 제7조 (생명, 자유, 신체의 안전)

모든 사람은 생명, 자유, 신체의 안전에 대한 권리를 가지며 기본적 정의의 원칙에 따르는 경우가 아닌 한, 그러한 권리들을 박탈당하지 않는 권리를 갖는다.

5) 캐나다 권리자유헌장 제1조 (캐나다에서의 권리와 자유)

캐나다 권리자유헌장은 그 안에 규정된 권리와 자유를 보장하며, 자유롭고 민주적인 사회 내에서 명백하게 정당화될 수 있는, 법률에 의해 규정된 합리적인 제한만이 가능하다.

6) ‘확장해석(reading in)’ 기법은 캐나다에서 위헌 법률 규정에 대해 법원이 취하는 방식 중 하나로 법원이 헌법에 함치되지 않는 법률 규정에 의회가 제정하지 않은 문구를 넣어 해당 법률이 헌법에 함치되도록 그 적용영역을 확장하는 것이다. (Schachter v. Canada, [1992] 2 SCR 679, at pp. 695-702 참고.)

- ① 형법 제745.51조가 헌장 제12조에 위배되는가?
- ② 형법 제745.51조가 헌장 제7조에 위배되는가?
- ③ 만일 해당조항이 헌장 제12조 또는 제7조에 위배된다면 헌장 제1조에 의해 정당화될 수 있는가?
- ④ 해당조항이 헌장 제1조에 의해 정당화될 수 없다면, 적절한 구제수단은 무엇인가?

▮ 대법원장 Wagner의 법정의견(전원일치 의견) ▮

가. 서론

형법 제745.51조는 헌장 제12조에 위배되고 제1조에 의해 정당화되지도 않는다. 따라서 1982년 캐나다 헌법 제52조 제1항7)에 따라 즉시 위헌무효로 선고되어야 하며, 해당 조항은 제정된 날짜로 소급하여 폐지되어야 한다. 여러 건의 1급 살인죄를 저지른 범죄자들의 경우, 형법 제745.51조는 그들이 죽는 날까지 가석방을 받을 현실적인 가능성이 없는 감금형을 부과할 수 있도록 한다. 그러한 형은 천성적으로 모멸적이며 따라서 인간의 존엄성과 양립할 수 없다. 범죄자들의 사회복귀 가능성을 모두 부정하기 때문이다. 이러한 입장은 확정적이고 불가역적으로 그들에게 교화의 가능성과 사회복귀 능력이 없다는 것을 전제로 한다. 따라서 형법 제745.51조가 제정되기 전에 존재하였던 법 규정에 따라 피상고인의 가석방 불가 기간은 총 25년이 되어야 한다.

나. 형법 제745.51조의 연혁 및 캐나다 형벌의 목적

1976년 7월, 캐나다 의회는 형법을 개정하여 사형을 폐지하였다. 사형은 법정최저형을 종신형으로 하는 형벌로 대체되었고, 1급 살인의 경우 가석방 불가 기간은 피해자 수에 상관없이 25년이였다. 당시에는 다수살인(multiple murder)의 경우 가석방 불가 기간을 연이어 부과하는 규정이 없었다. 25년의 가석방 불가 기간은 아마 사형제의 유지를 지지했던 사람들을 만족시키기 위해 만들어진 것으로,⁸⁾ 실제로 당시 다른

7) 1982년 캐나다 헌법 제52조

① 캐나다 헌법은 캐나다 최고의 법이며 이 헌법의 제반 조항에 부합하지 않는 모든 법은 불일치한 범위에서 효력을 상실한다.

8) A. Manson, "The Easy Acceptance of Long Term Confinement in Canada" (1990), 79 C.R. (3d) 265, at p. 266.

서구 국가들의 가석방 불가 기간보다 특히 더 엄한 것이었다. 사형제가 폐지되면서 의회는 1급 또는 2급 살인으로 중신형을 살고 있는 범죄자들이 15년 이상 수감생활을 하였다면 가석방 불가 기간에 대한 사법심사를 받을 수 있도록 하였다. 이러한 규정은 장기수들의 사회복귀를 장려하고 결과적으로 더 안전한 교도소 환경을 만들기 위해 형법에 추가되었다. 그러나 1996년, 의회는 이 조항을 개정하여 다수살인을 저지른 범죄자들은 더 이상 사법심사를 신청할 수 없도록 하였다.⁹⁾ 그리고 2011년, 의회는 모든 살인범에 대해 그러한 사법심사가 불가능하도록 개정하였다. 이 사건에서 문제가 된 형법 제745.51조 역시 이러한 맥락에서 2011년에 도입된 것이다.

헌장 제12조를 논하기 전에 형벌의 목적을 개괄하는 것은 이 사건의 검토에 있어 중요한 일이 될 것이다. 캐나다 법에서 형벌의 근본적인 목적은 사회를 보호하고, 법과 공정하고 평화롭고 안전한 사회의 유지를 존중하는 것이다. 이러한 사회는 공정한 제재를 부과함으로써 유지되며, 이러한 제재들은 하나 또는 그 이상의 목적들, 예를 들면 비난(denunciation), 예방(위하력, 범죄억제력, deterrence), 사회복귀(rehabilitation) 등을 갖고 있다.

우선 비난의 교정학적 목적은 형이 범죄에 대한 사회의 비난을 표현할 것을 요한다. 형벌은 사회가 그 도덕적 가치를 의사소통하는 수단이다.¹⁰⁾ 예방의 목적은 특별예방과 일반예방으로 나누어 살펴볼 수 있다. 특별예방은 사건의 범죄자가 재범을 저지르지 않도록 예방하는 것이고, 일반예방은 범죄자가 저지른 범죄 행위에 일반인들이 빠져들지 않도록 예방하는 것이다.¹¹⁾ 마지막으로 사회복귀의 목적은 범죄자들의 사회로의 재통합의 관점에서 그들을 교화시켜 법을 준수하는 시민이 될 수 있도록 하는 것이다. 이 목적은 범죄자들이 자신의 삶에 대한 통제권을 얻고 자신을 개선시킬 수 있는 능력이 있음을 전제로 한다. 사회복귀는 캐나다 사회를 세계의 많은 다른 나라들과 구분 짓는 근본적인 도덕적 가치 중 하나이다.¹²⁾

각 형벌의 목적의 상대적 중요도는 범죄의 성격과 범죄자의 특질에 따라 다르다.¹³⁾ 양형은 비례성의 원칙에 따라야 한다. 형벌은 범죄에 대한 충분한 비난이 되어

9) An Act to amend the Criminal Code (judicial review of parole ineligibility) and another Act, S.C. 1996, c. 34.

10) R. v. M. (C.A.), [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 81.

11) R. v. B.W.P., 2006 SCC 27, [2006] 1 S.C.R. 941, at para. 2.

12) R. v. Lacasse, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R.1089, at para. 4.

13) R. v. Lyons, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 329.

야 하지만 범죄자의 도덕적 비난가능성과 범죄의 심각성을 고려하여 공정하고 적절한 정도를 초과해서는 안 된다.¹⁴⁾

다. 현장 제12조상 잔인하고 비정상적인 처벌을 받지 않을 권리

1) 가석방 불가 기간이 처벌에 해당하는지 여부(적극)

가석방 불가 기간은 현장 제12조의 ‘처벌’에 해당한다. 주의 조치가 ① 피고인이 특정 범죄에 대해 받을 수 있는 제재의 일부를 이루는 유죄판결의 결과이고(and), ② 형의 선고의 목적과 원칙을 증진하기 위해 부과되는 것이거나(or), ③ 범죄자의 자유나 안전의 이익에 중대한 영향을 미친다면, 그 조치는 처벌에 해당한다.¹⁵⁾ 가석방 불가 기간은 유죄판결의 결과이고 범죄자의 자유나 신체의 안전의 이익에 중대한 영향을 미치는 것이므로 범죄자에 대한 처벌의 일부를 이룬다. 또한 가석방 불가 기간은 형벌의 기저를 이루는 비난과 예방의 목적에 이바지한다. 따라서 형법 제745.51조에 의해 허용된 가석방 불가 기간의 연속적인 부과는 처벌에 해당하고 그 위헌성은 현장 제12조하에서 판단되어야 한다.

2) 잔인하고 비정상적인 처벌을 받지 않을 권리의 두 갈래

현장 제12조는 잔인하고 비정상적인 처벌을 받지 않을 권리를 보장하고 있다. 본질적으로 현장 제12조의 목적은 인간의 존엄성을 보호하고 각 개인의 내재적 가치에 대한 존중을 보장하기 위한 것이다. 현장 제12조가 제공하는 보장은 두 갈래로 생각할 수 있다. 첫째, 현장 제12조는 인간의 존엄성과 양립할 수 없을 만큼 매우 과도한 처벌의 부과를 막는다. 둘째, 본질적으로 인간의 존엄성과 양립할 수 없는 처벌의 부과를 막는다. 전자는 ‘극도로 불균형한(grossly disproportionate)’ 효과를 낳는 처벌과 관련되어 있고, 후자는 좁은 범위의 본질적으로 잔인하고 비정상적인 처벌 - 이러한 처벌은 본질적으로 인간의 존엄성과 양립할 수 없으므로 항상 극도로 불균형할 것이다 - 과 관련되어 있다.

만일 처벌의 성격과 효과와 관련하여 법원이 캐나다 형법의 맥락에서 결코 인간의

14) R. v. Nasogaluak, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206, at para. 42; see also R. v. Ipeelee, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, at para. 37.

15) R. v. Boudreault, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599, at para. 39; R. v. K.R.J., 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906, at para. 41.

존엄성에 부합하는 방식으로 형을 부과할 수 없다고 확신한다면, 그러한 처벌은 본질적으로 잔인하고 비정상적인 것이라 하겠다. 처벌이 본질적으로 인간의 존엄성과 양립할 수 없는지 여부를 결정하기 위해, 법원은 처벌이 천성적으로 모멸적이고 인간성을 말살하는 것인지를 판단해야 한다. 처벌이 부과되는 모든 범죄자들에게 미치는 그 처벌의 효과 역시 처벌의 성격 분석에 근거를 제공한다. 법원은 범죄자의 도덕적 책임과 처벌 사이의 비례성이 아니라 처벌의 성격에 초점을 두어 분석해야 한다. 본질적으로 잔인하고 비정상적인 처벌은 국가의 처벌체계에서 항시 배제되어야 한다. 따라서 본질적으로 잔인하고 비정상적인 처벌이 부과될 단순한 가능성만으로도 헌장 제12조의 위반이 되기에 충분하다.

헌장 제12조의 두 가지 갈래가 한 사건에서 동시에 문제가 되는 경우 처벌의 성질에 대한 분석이 극도의 불균형성 분석보다 선행되어야 한다. 만일 부과될 수 있는 처벌이 본질적으로 잔인하고 비정상적이고, 이러한 이유로 본질적으로 인간의 존엄성과 양립할 수 없다면, 해당 사건에서 처벌이 극도로 불균형적인지를 판단하는 것은 무의미하다. 그러한 처벌은 당연히 항상 극도로 불균형적일 것이기 때문이다.

라. 형법 제745.51조가 헌장 제12조를 위반하였는지 여부(적극)

1) 현실적으로 가석방의 가능성이 없는 종신형의 본질

형법 제745.51조는 현실적으로 가석방의 가능성이 없는 종신형의 부과를 사실상 허용하고 있다. 이러한 처벌은 본질적으로 인간의 존엄성과 양립할 수 없다. 이러한 처벌은 형의 부과 시점에 범죄자에게 개선의 여지가 없고 사회복귀에 필요한 도덕적 자율성이 없다고 상정한다는 점에서 천성적으로 모멸적이다. 비록 의회가 혹독한 형을 통해 그 범죄에 대한 사회의 비난을 나타낼 자유를 갖고 있다 하더라도, 그 처벌이 부과되는 모든 범죄자들로부터 가석방의 현실적인 가능성을 애초부터 모두 박탈하는 형벌은 규정할 수 없다. 인간의 존엄성에 대한 존중을 보장하기 위해, 의회는 비록 사회복귀라는 목적이 최소한의 중요성을 갖는 경우라 하더라도 사회복귀를 위한 문을 열어두어야 한다. 이 목적은 모든 사람이 누우치고 사회에 복귀할 수 있다는 신념을 전한다는 점에서 인간의 존엄성과 밀접하게 연결되어 있다. 여기서의 취지는 사회복귀의 목적이 여타 다른 모든 것을 이기게 하려는 것이 아니라 오히려 가장 사악한 범죄자들을 포함하는 모든 개인의 내재적 존엄성에 대한 존중을 기반으로 형벌

제도에서 사회복귀 목적을 위한 어떤 자리를 보존하려는 것이다. 1급 살인의 범죄가 관련된 경우, 해당 범죄의 법정최저형의 엄격성에서 볼 수 있듯이 이미 사회복귀는 비난과 예방의 목적보다 하위에 있다.

종신형이 존재하는 법치주의 국가들 중 많은 국가들이 (1급 살인의 경우) 캐나다보다 짧은 가석방 불가 기간을 두고 이 기간이 지나면 형에 대한 심사를 받을 수 있는 메커니즘을 갖추고 있다. 유럽 각국의 가석방 불가 기간을 살펴보면, 덴마크와 핀란드는 12년, 독일은 15년, 스위스는 15년(예외적으로 10년), 프랑스는 보통 18년(상습범의 경우 22년까지, 특정 유형의 살인은 30년)을 적용하고 있다. 또한 종신형이 아예 존재하지 않는 국가들도 있다. 이와 비교해보면 1급 살인에 대한 캐나다의 법정최저형이 매우 엄하다는 점을 잘 알 수 있다.

과도한 형의 부과가 비난과 예방이라는 목적들을 더 잘 달성하게 하는 것도 아니다. 어떤 한계치를 넘어가면, 이러한 목적들은 그 기능적 가치를 모두 잃게 되는데, 특히 형이 인간의 기대수명을 훨씬 초과하는 경우 그러하다. 기능하지 못하는 과도한 형의 부과는 사법집행의 평판을 떨어뜨리고, 형사사법체계의 합리성과 공정성에 대한 공공의 신뢰를 훼손시킬 따름이다. 결코 완수할 수 없는 형벌은 캐나다 사회의 근본적 가치에 반하는 것이다.

2) 현실적으로 가석방의 가능성이 없는 종신형의 효과

현실적으로 가석방의 가능성이 없는 종신형의 효과는 그러한 처벌이 천성적으로 모멸적이고 따라서 본질적으로 인간의 존엄성과 양립할 수 없다는 결론을 뒷받침한다. 현실적으로 가석방의 가능성이 없는 범죄자들은 개선의 유인책을 잃게 된다. 오직 죽음만이 수감생활을 끝낼 수 있을 것이라는 점에서 이 형의 심리적 결과는 어떤 면에서는 사형수들이 겪는 것과 비슷하다. 현실적으로 가석방의 가능성이 없는 종신형을 선고받은 범죄자들에게 사랑하는 사람들과 바깥세상으로부터 단절되어 단조롭고 험된 삶을 이어가는 것은 매우 견디기 힘든 일이다. 어떤 사람들에게는 끝이 없어 보이는 고통을 견디며 천천히 죽어가는 것보다 삶을 끝내는 것이 낫다고 생각할 정도이다.

3) 국제법과 비교법적 관점

국제법과 비교법적으로 검토해보아도 범죄자로부터 석방의 가능성을 모두 박탈하

는 것은 인간의 존엄성과 양립불가능하다고 일반적으로 받아들여진다.

제2차 세계대전 이후 인권을 보호하는 국제 체제의 발전은 인간의 존엄성에 중점을 두어왔다. 전쟁 동안 벌어진 잔혹한 행위들은 인간의 존엄성이 갖는 근본적인 중요성에 대한 국제적 인식을 이끌어냈다. 인간의 존엄성은 ‘유엔 헌장’ 전문에 “우리 국제연합국 국민들은 … 기본적 인권, 인간의 존엄 및 가치…에 대한 신념을 재확인 하며…”라고 명확히 언급되어 있다. 캐나다가 1976년에 비준한 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’은 전문에 규약이 보장하는 모든 권리가 “인간의 고유한 존엄성으로부터 유래”한다고 선언하였다. 비록 캐나다 법에 있어 전문은 구속력을 갖지 않지만, 인권과의 관계에서 인간의 존엄성이 해석되는 방식, 즉 그 자체로 권리라기보다는 권리의 기초가 되는 가치임을 잘 설명해준다.

국제법상 형벌에 관한 맥락에서 살펴보면, 존엄성은 범죄자에게 석방의 가능성을 주어 사회로 재통합시킬 책임으로 구현되었다. 예를 들어, ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’ 제10조 제1항은 “자유를 박탈당한 모든 사람은 인도적으로 또한 인간의 고유한 존엄성을 존중하여 취급된다.”라고 규정하고 있으며, 동조 제3항은 교도소 수감제도의 핵심적인 목적이 “재소자들의 교정과 사회복귀”라고 밝혔다.

캐나다가 그 설립에 중요한 역할을 했던 국제형사재판소의 설립규정인 ‘국제형사재판소에 관한 로마 규정’(이하 ‘로마 규정’)은 캐나다가 2000년 7월에 비준한 국제조약으로 국제사회의 가장 심각한 범죄인 집단학살, 반인도범죄, 전쟁범죄에 대한 재판을 다룬다. 캐나다 의회는 로마 규정을 비준하기 한 달 전에 ‘전쟁범죄에 관한 법률’을 제정하여 집단학살, 반인도범죄, 전쟁범죄를 국내법하에서 범죄화하였다. 이 법률은 이 세 가지 유형의 범죄에 대해 1급 또는 2급 살인과 동일한 형, 즉 종신형을 부과하였다(동 법률 제4조 제2항). 그러나 가석방에 관해서는 로마 규정과 달리 캐나다 형법과 동일한 가석방 불가 기간을 적용하였다. 로마 규정은 이러한 범죄에 대한 종신형의 경우 형에 대한 심사 메커니즘을 두고 있으며, 25년 후에는 형의 감경을 결정하기 위한 심사가 이루어져야 한다고 규정하고 있어(동 규정 제110조 제3항), 가장 심각한 범죄를 저지른 사람들에게도 사회복귀의 기회를 주고 있다.

국제재판소나 외국 법원의 판결은 캐나다에서 구속력을 갖지 않아 그 중요성은 제한적이지만 유용한 지침을 제공할 수는 있다는 차원에서 살펴보고자 한다.

유럽인권재판소의 대재판부는 여러 사건에서 가석방의 가능성이 없는 종신형이 비인간적이고 모멸적인 처벌을 금지한 유럽인권협약 제3조에 위반된다고 판단한 바

있다.¹⁶⁾

독일은 프랑스와 이탈리아와 마찬가지로 석방될 가능성이 없는 종신형이 위헌이라는 점이 확립되어 있다.¹⁷⁾ 독일 연방헌법재판소가 종신형 자체는 위헌이 아니지만, 추후 어느 시점에 자유를 다시 얻을 구체적이고 현실적인 기회가 없는 종신형은 인간의 존엄성에 반한다고 판결한 것이 1977년이였다.¹⁸⁾

반면 미국은 소년범의 경우를 제외하고는¹⁹⁾ 가석방의 가능성이 없는 종신형을 합헌이라고 보고 있다.²⁰⁾ 그러나 미국은 사형제를 유지하고 있고 잔인하고 비정상적인 처벌의 개념을 좁게 해석하므로 캐나다 법의 접근법과는 다른 접근법을 취하고 있다.²¹⁾ 뉴질랜드는 살인범에 대하여 10년 또는 17년의 최소 가석방 불가 기간을 적용하지만 최대 기간은 없다.²²⁾ 잉글랜드 웨일즈²³⁾는 법원이 종신형을 선고받은 사람에게 15년 이상의 가석방 불가 기간(특정한 경우 30년 이상)을 부과하거나 아예 석방의 가능성을 배제시킬 수도 있다. 그러나 잉글랜드 웨일즈는 국무장관의 석방권(Crime(Sentences) Act 1997 (U.K.), 1997, c. 43 s. 30)이 존재하므로 종신형을 심사하는 실제적 메커니즘이 있다는 관점을 취하고 있다.²⁴⁾

4) 가석방 불가 기간의 부과에 대한 법원의 재량권이 해당 조항의 위헌성 여부에 영향을 미치는지 여부(소극)

검사는 형법 제745.51조가 합헌이라는 입장에서 이 조항이 법원에 부여한 권한의 재량적 성격을 강조하였다. 이러한 논증에 따르면 불균형한 형의 부과는 법원의 재

16) *Vinter v. United Kingdom* [GC], Nos. 66069/09 and 2 others, at § 108, July 9, 2013 (HUDOC); *Hutchinson v. United Kingdom* [GC], No. 57592/08, at § 42 January 17, 2017 (HUDOC); *Bodein v. France*, No. 40014/10, at § 56, November 13, 2014 (HUDOC); *Murray v. Netherlands* [GC], No. 10511/10, at § 99, April 26, 2016 (HUDOC). ※종신형 자체가 유럽인권협약 제3조의 위반인 것은 아니라고 보았다.

17) R. Hood and C. Hoyle, *The Death Penalty: A Worldwide Perspective* (5th ed. 2015), at p. 486.

18) BVerfGE 45, 187.

19) *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48 (2010); *Miller v. Alabama*, 567 U.S. 460 (2012).

20) *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957 (1991).

21) *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779 at p. 812.

22) *Sentencing Act 2002 (N.Z.)*, ss. 103 and 104.

23) ‘잉글랜드 웨일즈(England and Wales)’는 영국의 세 법적관할권 중 하나로 나머지는 스코틀랜드와 북아일랜드이다. 잉글랜드 웨일즈에 적용되는 법을 잉글랜드법(English law)이라고 부른다.

24) *R. v. McLoughlin*, [2014] EWCA Crim 188, [2014] 1 W.L.R. 3964, at paras. 31-35; *Hutchinson*, at §§ 70 and 72.

량권의 잘못된 행사에서 야기되므로 위헌판결이 아닌 항소의 방식으로 바로잡을 수 있다고 한다.

가석방 불가 기간의 연속적인 부과가 의무가 아니라는 것은 사실이다. 형법 제 745.51조는 각 살인죄의 형마다 적용되는 가석방 불가 기간을 연속적으로 적용하도록 법원이 명령할 수 있다(*may*)고 규정하고 있다. 그러나 법원이 이러한 재량권을 행사하기로 선택한 경우, 법원의 의무는 25년 단위의 가석방 불가 기간을 쌓아올리는 것이고(50년, 75년, 100년…), 이것은 형의 선고에 있어 비례성과 개별화의 원칙과 조화시키기 어려운 것이다.

어쨌든 재량권의 존재로는 천성적으로 잔인하고 비정상적인 처벌의 부과를 허용하는 조항을 정당화할 수 없다. 범죄가 얼마나 끔찍하든 간에 본질적으로 인간의 존엄성과 양립할 수 없는 처벌의 부과를 정당화할 수 없다.

5) 국왕 사면권이 해당조항을 정당화할 수 있는지 여부(소극)

법원의 유죄판결을 받은 그 어떤 사람의 형도 감면해줄 수 있는 절대적인 재량권을 여왕에게 주는 국왕 사면권도 해당 조항을 정당화할 수는 없다. 국왕 사면권은 오직 예외적인 상황에서만 행사되기 때문에 진정한 형벌 심사 메커니즘으로 볼 수 없다. 사면권은 기껏해야 연민과 인도주의적 근거에 기반한 석방 메커니즘에 불과하다. 따라서 적절하게 부과된 형을 정상적으로 살고 있는 개인으로서 그러한 사면을 받기 어렵다. 따라서 국왕 사면권의 존재가 다른 심사 메커니즘이 없는 종신형을 살고 있는 범죄자에게 현실적인 가석방의 가능성을 만들어준다고 할 수는 없다.

이처럼 형법 제745.51조가 헌장 제12조를 위반하였다는 결론에 비추어볼 때 해당 조항이 헌장 제7조(생명, 자유, 안전에 대한 권리)도 위반하였는지 여부는 판단할 필요가 없을 것이다.²⁵⁾

마. 형법 제745.51조의 헌장 제12조 위반이 헌장 제1조에 의해 정당화되는지 여부(소극)

헌장 제12조의 위반은 헌장 제1조에 의해 정당화되지 않는다. 헌장상 권리의 위반

25) R. v. Lloyd, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130, at para. 38; R. v. Nur, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, at para.110; Boudreault, at para. 95.

을 정당화하기 위해서 주는 해당 법률이 긴절하고 중요한 목적을 위한 것이고 선택된 수단이 그 목적에 비례적(균형적)이라는 것을 입증해야 한다. 이 사건에서는 해당 조항을 정당화하기 위한 어떠한 주장도 제시되지 않았으므로 주는 그 책임을 다하지 않았다. 그러나 어떤 경우라도 본질적으로 잔인하고 비정상적인 처벌이 자유롭고 민주적인 사회에서 어떻게 정당화될 수 있을지는 상상하기 힘들다. 헌장 제12조하에서 ‘극도로 불균형한’ 처벌이 헌장 제1조하에서 ‘균형적’일 수 있다는 것을 입증하기란 매우 어려울 것이다.

바. 적절한 구제수단

이 사건의 적절한 구제수단은 형법 제745.51조가 1982년 헌법 제52조 제1항에 따라 즉시 무효라고 판결하는 것이다. 1982년 헌법 제52조 제1항에 따르면 헌법 조항에 부합하지 않는 모든 법은 불일치한 범위에서 효력을 상실한다. 이 사건에서 확장해석은 부적절하다. 확장해석 기법은 법원이 법률의 범위를 확장시켜 법률에서 부당하게 배제된 부분까지 포함시킬 수 있도록 허용한다. 법원이 이 해석기법을 적용하는 것은, 만일 의회가 해당 조항의 헌법적 결함을 인지하였다면 법원의 개정대로 통과시켰을 것이라는 전제하에 가능한 것이다. 하지만 이 사건에서 25년의 가석방 불가 기간을 연속적으로 부과하는 것은, 해당 조항의 문언과 의회 토론 내용에서 볼 수 있듯이, 형법 제745.51조의 제정 목적에 직접 연결되어 있다. 가석방 불가 기간의 길이에 관하여 형법 제745.51조의 문언을 살펴보면 법원이 이를 연속적으로 합산할 수 있는 것이 분명하다. 또한 의회 토론은 의회의 의도가 법원으로 하여금 25년 단위로 가석방 불가 기간을 연속적으로 부과할 수 있게 하고자 함이었음을 분명히 보여준다. 실제로 의회는 법원에게 총 가석방 불가 기간을 정할 수 있는 재량권을 주도록 하는 개정안을 분명히 거절하였다. 그러므로 이 사건 제1심 법원이 했던 대로 확장해석 기법을 적용한 결과와 같은 개정안을 의회가 통과시켰을 것이라고 결론짓기는 불가능하다.

모든 사람이 잔인하고 비정상적인 처벌을 받지 않을 권리에 대한 침해가 갖는 심각성을 고려하건대 해당 조항은 즉시 무효가 되어야 한다. 또한 헌장 제12조상의 권리에 대한 침해의 지속적인 성격을 고려하여 해당 조항은 제정시까지 소급적으로 폐지되어야 한다. 따라서 이 상황에서 적용 가능한 법률은 해당 조항의 제정일 이전에

존재하던 법률이다. 그러므로 피상고인이 저지른 6건의 1급 살인에 각각 부과된 25년의 가석방 불가 기간은 동시에 적용되어야 한다. 결과적으로 피상고인은 총 25년의 가석방 불가 기간이 지나기 전까지는 가석방 신청을 할 수 없다. 캐나다 가석방 심사위원회는 가석방 불가기간이 지난 후에 피상고인이 가석방으로 풀려날 수 있을지를 결정하는 최종 결정권자이다.

사. 결론

현실적으로 가석방의 가능성이 없는 종신형은 범죄자들이 사회로 재통합될 가능성을 미리 단정적으로 박탈함으로써 그들의 도덕적 자율성을 부정한다는 점에서 그 모멸적인 성격상 인간의 존엄성과 본질적으로 양립불가능하다. 이러한 형은 사회복귀의 유인책을 남기지 않고 죽음으로써만 수감생활을 끝낼 수 있다는 점에서 범죄자들에게 파괴적인 영향을 가질 수 있다.

의회는 범죄자의 사회복귀의 목적을 미리 그리고 불가역적으로 부정하는 형을 규정해서는 안 된다. 교정학적 목적은 모든 개인이 개선과 사회 재복귀의 능력을 갖고 있다는 신념을 반영한다는 점에서 인간의 존엄성과 밀접하게 연결되어 있다. 이러한 목적이 의미 있으려면, 모든 수감자들이 가석방을 신청할 수 있는 현실적인 가능성을 갖고 있어야 한다.

분명히 해야 할 점은 25년의 가석방 불가 기간의 연속적 부과가 위헌이라는 결론이 무고한 희생자들의 생명을 경시하는 것으로 해석되어서는 안 된다는 것이다. 이상고심은 각 생명의 가치에 관한 것이 아니라 범죄자를 처벌하는 국가 권력의 한계에 관한 것으로, 법치주의를 기반으로 하는 사회에서 국가 권력은 헌법에 부합되는 방식으로 행사되어야 한다.

이와 같은 상황에서 우리는 형법 제745.51조를 즉시 무효화할 수밖에 없다. 이 조항은 2011년 제정 당시로 소급되어 폐지되며, 그 제정일 전에 존재하던 규정이 적용된다. 따라서 이 사건의 피상고인은 총 25년의 가석방 불가 기간을 적용받게 된다.

범죄의 참상은 모든 인간이 사회복귀의 능력을 지닌다는 명제를 무효화하지 못한다. 따라서 이러한 인간성을 설명하지 못하는 처벌은 헌장 제12조의 기저를 이루는 원칙에 어긋나는 것이다.

Ⅲ. 판결의 의의

이 판결이 내려지자마자 캐나다 대법원은 큰 반발을 겪어야 했다. 스티븐 하퍼 캐나다 전 총리는 이 판결이 희생자들의 생명을 경시하는 심각하게 부당한 판결이며, 의회의 조치가 필요하다고 비판하였다.²⁶⁾ 많은 정치인들이 이 판결을 비판하였고 이 규정을 되살려야 한다고 주장하기도 하였다.²⁷⁾ 반면 캐나다 연방정부는 더 긴 가석방 불가 기간을 부과할 수 있는 판사의 재량권을 인정하는 방향을 더 지지하긴 하지만, 캐나다 대법원의 판결을 존중한다고 밝혔다.²⁸⁾

캐나다 대법원은 형법 제745.51조의 위헌무효가 곧바로 살인범들을 풀어주는 것이 아님을 명확히 하였다. 대법원은 가석방 적격심사를 받을 수 있다는 것이 가석방을 받을 권리를 뜻하는 것은 아니며, 1급 살인의 경우 25년이 지난 후에야 가석방 적격 심사를 받을 수 있고, 가석방 심사위원회는 다수의 살인을 저지른 범죄자를 사회에 돌려보내는 중요한 결정을 내리기 전에 신중과 주의를 다해왔다고 강조하였다. 캐나다 대법원은 이 판결이 많은 비판을 받을 것을 예상한 듯 판결문 곳곳에 피해자들에 대한 애도와 존중, 유가족들이 겪는 아픔 등을 수차례 언급하였다. 그리고 이 판결이 희생자들의 생명을 경시하는 것이 아님을 강조하였다. 주목할 만한 점은 이러한 우려에도 불구하고 캐나다 대법원은 모든 인간의 갱생가능성에 대한 믿음과 사회복귀라는 형벌의 목적에 대한 확고한 신념을 바탕으로 전원일치로 해당 조항을 위헌으로 판결하였다는 점이다.

26) <https://twitter.com/stephenharper/status/1530284665940197376>

27) Madeleine Cummings, “Alberta murder victim's parents, MP criticize top court's decision on parole ineligibility”, CBC News, June 28, 2022; Aaron Wherry, “The case for making the notwithstanding clause politically awkward again”, CBC News, June 1, 2022.

28) Peter Zimonjic, “Government disagrees with top court's decision on gunman's parole but will respect it: Lametti”, CBC News, May 27, 2022.

최신 세계헌법판례

독일

■ 연방 총리의 발언과 정부 구성원의 정치적 중립의무

/ 책임연구원 이지효

연방 총리의 발언과 정부 구성원의 정치적 중립의무¹⁾

I. 사실관계

이 기관쟁의심판²⁾ 사건은 2020년 2월 6일 피청구인 I(당시 연방총리)의 발언 및 해당 내용을 연방 총리 및 연방 정부(피청구인 II)의 인터넷 홈페이지에 공개한 사안에 대한 것이다.

1. 피청구인 I 인 메르켈(Angela Merkel) 연방 총리가 해외순방 중이던 2020년 2월 5일에 튀링엔(Thüringen) 주 주의회에서 주정부 수상선거가 있었다. 처음 두 차례에 걸친 투표에서는 사회민주당(SPD), 좌파당(DIE LINKE) 및 녹색당 연합(Bündnis 90/DIE GRÜNEN)의 공동 후보인 라멜로우(Bodo Ramelow)와 청구인(독일 대안당 /AfD)의 원내 교섭단체 소속인 킨더파터(Christoph Kindervater)가 후보로 나왔으나 어떤 후보도 튀링엔 주 헌법 제70조 제3항³⁾에 따라 요구되는 절대다수를 점하지 못하였다. 이후 치러진 3차 투표에서는 자유민주당(FDP)의 원내 교섭단체 소속인 케머리히(Thomas Kemmerich)가 추가로 출마하였다. 케머리히 후보가 90표 중 45표를 얻어서 당선되었고, 라멜로우 후보는 44표를 얻었으며, 무효표 1표가 나왔다. 킨더파터 후보는 한 표도 얻지 못하였다.

2. 튀링엔 주 수상선거는 청구인인 독일 대안당이 부적절하게 개입하였다고 추측한 많은 이들의 공개적인 비판을 받았다. 특히 선거 당일 연방 기독교민주연합(CDU)

1) 연방헌법재판소 2022. 6. 15. 결정, 2 BvE 4/20, 2 BvE 5/20.

2) 기관쟁의심판(Organstreitverfahren)은 기본법 제93조 제1항 제1호에 근거를 두고 있으며, 연방헌법재판소법 제63조 이하에서 세부 사항을 규정하고 있다. 연방의 최고헌법기관 간에 또는 이러한 기관들과 동등한 취급을 받는 관계자(주로 정당) 간에 헌법적 권한과 의무에 관해 분쟁이 있는 경우 연방헌법재판소는 피청구인의 조치 또는 부작위가 기본법 규정에 위배되는지 여부를 판단한다.

3) [튀링엔 주 헌법 제70조 제3항]

수상은 주의회에서 토의 없이 비밀투표로 주의회 의원의 다수로 선출한다. 첫 번째 투표에서 누구도 다수표를 얻지 못하였다면 새로운 투표를 시행한다. 두 번째 투표에서도 선출이 이뤄지지 않는다면 다음 투표에서 가장 많은 표를 얻은 사람이 선출된다.

대표인 크람프-카렌바우어(Annegret Kramp-Karrenbauer)는 케머리히 후보를 지지한 기독교민주연합 원내 교섭단체 의원들이 독일 대안당과의 협력을 배제하고 있는 독일 기독교민주연합의 결의 상황에 위배되는 행위를 했다고 비판하면서 튀링엔 주 수상이 사임하여야 한다고 했다.⁴⁾

3. 피청구인 I 은 당시 직무상 독일 기독교민주연합의 의장단의 일원이었으며, 공무원 출장으로 남아프리카공화국과 앙골라를 예방 중이었다. 2020년 2월 6일 피청구인 I 은 남아프리카공화국 대통령과 함께 프레토리아(Pretoria)에서 열린 기자회견에 참석하였으며, 독일과 남아프리카공화국의 국기를 배경으로 하고 남아프리카공화국 국가 문장이 부착된 단상 앞에서 다음과 같은 발언을 하였다.

“신사 숙녀 여러분, 저는 국내의 정치와 관련된 이유로 사전 발언(Vorbemerkung)을 하고 싶다고 대통령께 미리 말씀드렸습니다. 그리고 이는 어제 튀링엔 주에서 수상이 선출된 것과 관련이 있습니다. 이 수상선거는 독일 대안당과의 협력을 통한 다수 선점이 행해져서는 안 된다는 기독교민주연합과 저의 근본 신념을 꺾어버린 특이한 과정이었습니다. 세 번째 투표에서 행해진 이러한 상황이 예견 가능한 것이었다는 점에서 이러한 과정은 용서될 수 없으며, 따라서 결과 또한 무효로 되돌려져야 한다고 봅니다. 적어도 기독교민주연합은 선출된 수상의 체제하에서 구성된 정부에 참여해서는 안 될 것입니다. 어제는 민주주의에 어울리지 않는 날이었습니다.”

이와 같은 발언은 ‘메르켈 연방 총리와 시릴 라마포사(Cyril Ramaphosa) 남아프리카공화국 대통령과의 기자회견’이라는 제목으로 연방 총리의 인터넷 홈페이지(www.bundeskanzlerin.de) 및 연방 정부(피청구인 II)의 인터넷 홈페이지(www.bundesregierung.de)에 게재되었다.

4. 청구인의 주장에 따르면 피청구인들은 정치적 의견대립에서 중립을 지켜야 하는 의무를 위반하여 기본법 제21조 제1항⁵⁾에서 도출되는 청구인의 권리인 정당의 기

4) 수상으로 선출된 케머리히 후보는 선출된 다음날 사임 의사를 밝혔고, 이후 전임 수상이었던 라멜로우 후보가 다시 수상으로 선출되었다.

5) [독일 기본법 제21조 제1항]

회균등에 관한 권리를 위반하였다. 피청구인들은 해당 발언과 이를 인터넷에 게재한 사실이 헌법상 문제가 없다고 보고 있다. 연방 총리의 발언은 직무 수행과 무관하게 이루어진 것이며 정당의 정치인으로서 행한 발언이라는 것이다. 또한 해당 발언은 연방 총리의 소속당인 기독교민주연합만을 수신인으로 하는 것이었기에 청구인에게는 간접적인 영향을 미칠 뿐이라는 취지이다.

II. 주문⁶⁾

1. 피청구인 I 은 문제된 발언을 통해 청구인의 권리(정당의 기회균등에 관한 권리, 기본법 제21조 제1항 제1문)를 침해하였다.
2. 피청구인 I 과 피청구인 II 는 해당 발언을 인터넷 홈페이지에 게재하여 청구인의 권리(정당의 기회균등에 관한 권리, 기본법 제21조 제1항 제1문)를 침해하였다.

III. 쟁점

피청구인 I 의 발언 및 해당 발언을 피청구인들의 인터넷 홈페이지에 게재한 것이 청구인 정당의 기회균등에 관한 권리를 침해하는지 여부가 쟁점이다.

IV. 판단

1. 법정의견

법정의견은 청구인의 청구가 이유 있다고 판단하였다. 정치적 의사 형성 과정에서 헌법상 요구되는 개방성을 보장하기 위해서는 정당들이 가능한 한 동등한 입장에서 정치적 경쟁에 참여하는 것이 필수적이다. 이를 위해서는 정당 간의 정치적 경쟁에서 국가기관들이 중립성을 지켜야 한다. 국가기관이 정당이나 선거후보자에게 유리

정당은 국민의 정치적 의사형성에 참여한다. 정당의 설립은 자유이다. 정당의 내부질서는 민주주의의 기본원칙을 존중해야 한다. 정당은 자금의 출처와 용도 그리고 재산 상황을 공개해야 한다.

6) 주문 중 병합결정 및 소송비용에 관한 부분은 생략하였다.

하거나 불리하게 선거운동에 영향을 행사한다면 일반적으로 의견형성과정 및 의사결정과정에 동등하게 참여할 수 있는 권리가 침해된다.

가. 의견을 표명할 권한과 관련하여 연방 정부 전체에 적용되는 사항은 연방 정부의 개별 구성원에 대해서도 마찬가지로 적용된다. 정부 구성원이 장관직을 수행하는 경우에 해당 구성원은 연방 정부와 마찬가지로 방식으로 헌법상 보장되는 정당 간의 기회균등의 원칙을 준수해야 한다. 직무수행 외의 경우에는 정부 구성원이 정치적 의견대립에 참여할 수 있다. 그렇지만 정치적 경쟁자가 접근할 수 없는 정부 직책과 관련된 수단과 기회를 사용해서는 안 된다. 따라서 정치적 의견 논쟁에서 장관직과 연관된 자원을 사용하거나 정부 내 직책과의 관련성을 상기시키는 언급을 통해 직위의 권위로부터 나오는 특수한 신뢰 또는 무게감을 준다면, 연방 장관의 당파적 발언은 정당에 대한 평등한 기회의 원칙에 위배되며, 국민으로부터 국가기관에 이르는 의사결정의 자유롭고 개방된 과정의 무결성(Integrität)에 위배된다.

나. 이러한 기준은 연방 총리직에 원칙적으로 동일한 방식으로 적용된다. 총리는 국가를 운영하는 정부의 임무에서 결정적인 역할을 하며, 그로부터 발생하는 권위와 자원은 연방 총리를 동등한 기회의 원칙과 그에 따른 중립 의무에 기속한다. 총리의 의견 표명 권한의 범위가 해당 부서에 국한되는 각 연방 장관의 의견 표명 권한의 범위를 능가하고, 총체적인 정부의 행위를 아우르는 한, 연방 총리는 정치적 경쟁에서 정당의 기회균등의 권리 및 중립성 의무를 지켜야 하는 의무로부터 해방될 수 없다.

다. 정당의 기회균등의 원칙은 절대적인 차별 금지의 대상이 아니다. 불평등한 대우를 정당화하고 연방 정부에 정당의 기회균등을 제한할 수 있는 권한을 부여하는 근거는 헌법에 의해 정당화되어야 하며, 정당의 기회균등의 원칙과 균형을 이룰 수 있는 중요성이 있어야 한다. 어떠한 경우에도 헌법상 정당한 목적을 달성하기 위한 적합성과 필요성의 원칙이 고려되어야 한다.

1) 연방 정부의 행위 능력과 안정성의 보호는 정당의 기회균등의 원칙과 동등한 정도의 헌법적 가치를 가진다고 볼 수 있다. 기본법은 의회 내 다수의사의 지지를 기

반으로 업무를 수행하는 정부의 구성을 추구하고 있다. 연방 정부의 업무수행능력을 확보하기 위해 노력하는 것은 무엇보다도 연방 총리의 과제이며, 여기에 필요한 조치를 결정하기 위해 광범위한 평가 재량이 주어진다.

2) 국제사회에서 독일 연방공화국의 국격과 신뢰를 유지하는 일 또한 정당 간의 기회균등과 동등한 가치를 갖는 헌법적 가치이다. 기본법은 독일 연방공화국을 국제사회에 편입시키고, 독일의 공권력을 국제 협력에 부합하도록 하는 방향을 설정하고 있다. 이러한 헌법명령을 준수하고 이행하는 것은 무엇보다도 연방 정부와 특히 연방 총리의 의무이며, 이 과제를 자기책임 하에서 수행할 수 있도록 기본법은 광범위한 여지를 열어주고 있다.

3) 국가 운영을 위해 연방 정부와 그 구성원에 주어지는 여론 형성 활동(Öffentlichkeitsarbeit) 권한은 그 자체로 중립 명령을 준수해야 하는 의무로부터 이들을 해방시켜 주지는 않는다. 기본법 제21조 제1항 제1문으로부터 유래하는 정당 간의 기회균등 원칙은 연방 정부 또는 그 구성원이 집권당을 지지하거나 야당을 진압하는 때에 여론 형성 활동 권한을 사용할 수 없도록 한다. 그렇지만 연방 정부가 헌법의 원칙과 가치를 수호하고, 자유민주적 기본질서를 보호해야 하는 의무라는 범위 안에서 방해받지 않고 헌법에 적대적인 정당에 맞서야 할 의무가 있다는 사실 역시 변함없다.

라. 이러한 기준에 따르면 청구인의 청구는 이유 있다. 소송의 대상이 된 발언은 청구인의 권리인 기본법 제21조 제1항 제1문에서 도출되는 정당의 기회균등에 관한 권리를 침해한다.

1) 소송의 대상이 된 발언은 공직 수행 중에 행해졌다. 해당 발언은 오롯이 공직과 연관된 정부 기자회견이라는 범위 내에서 이루어졌으며, 기자 회견의 계기 및 의도된 주제는 피청구인 I 이 남아프리카공화국을 국민으로서 방문하는 동안 연방 총리 자격으로 수행한 담화였다. 피청구인 I 이 ‘사전 발언’을 하겠다고 고지한 사실은 아무런 영향을 주지 않는다. 해당 사실로부터는 문제된 발언을 남아프리카 공화국 대표와의 담화 내용에 앞서서 행하리라는 것만 알 수 있으며, 공무 수행 외의 발언이라는 점을 유추할 수는 없다. 사전 발언을 ‘국내의 정치와 관련된 이유에서’ 행한다는

언급 또한 발언의 공무적 연관성을 변화시키지 않는다. 연방 총리는 국내 정치뿐만 아니라 외교 정책을 통솔해야 하는 사명이 있기 때문이다. 피청구인 I의 발언은 내용상 공무와 충분한 거리를 두고 있음을 보여주지 않는다. 그가 기독교민주연합의 근본 신념에 관해 발언하였을 때는 특히 수상선거 당시 소속 정당의 주의회 의원의 행동에 관한 비판이라는 점을 인식할 수 있지만, 이 사실 하나만으로 그가 정당 정치인으로서만 발언했다는 결론을 내릴 수는 없다. 이는 해당 발언이 연방 정부나 연방 총리의 규율 권한 밖의 사실관계와 관련되었다는 상황에도 마찬가지로 적용된다. 권한 문제는 공무와 관련된 행위인지 여부를 파악하는 데 중요하지 않다. 피청구인 I이 튀링엔에서의 수상선거에 관해 연방 총리의 자격이 아니라 정당 정치인으로서 또는 사인(私人)으로서 발언하고자 한다는 점을 충분히 명백하게 설명하는 것은 그의 재량 하에 있었다. 그러나 그는 이러한 기회를 사용하지 않았다.

2) 소송의 대상이 된 발언은 청구인에 관한 부정적 평가를 담고 있다. 이를 통해 피청구인 I은 일방적으로 정당 간의 경쟁에 영향을 미쳤다.

가) 피청구인 I은 소송의 대상인 된 발언에서 튀링엔 주 수상선거에 관한 평가뿐만 아니라 이와 관련된 기독교민주연합의 주의회 의원들의 행동도 평가하고 있다. 나아가 해당 발언은 청구인과의 교류 및 민주주의의 스펙트럼 내에서 청구인의 위치에 관한 기본적인 입장을 담고 있다. 수상선거가 ‘독일 대안당’과 함께 다수를 형성하지 않는다는 ‘근본 신념’을 꺾어버렸다는 표현은 청구인을 총체적으로 (의회에서의) 모든 협업을 원천적으로 배제해야 하는 정당으로 평가한다. 이러한 평가는 피청구인 I이 그러한 과정을 ‘용서될 수 없’다고 표현하고, 결과를 되돌려야 한다고 요청함으로써 강화된다. 최종적으로 그는 튀링엔 주 수상선거는 ‘민주주의에 어울리지 않는 날’이었다고 발언함으로써 청구인이 의회의 다수 형성에 참여한 사실을 민주주의에 해가 되는 것으로 본다는 점을 명확히 했다. 그리고 이를 통해 함축적으로 민주주의 공동체 내에서 청구인의 연합 능력과 협업 능력에 대해 총체적으로 부정적인 평가를 내렸다.

나) 부정적 평가는 기본법 제21조 제1항 제1문으로부터 유래하는 청구인의 권리인 정치적 의견형성 과정에의 동등한 참여에 대한 제한이다. 피청구인 I은 정치적 경쟁 속에 있는 정당인 청구인에 관해 부정적 가치판단을 함으로써 중립성을 요구하

는 발언 권한의 내용적인 한계를 넘었다. 그는 민주적 스펙트럼 내에서 연합을 구성하고 협력할 수 있는 정당 그룹에서 청구인을 배제함으로써 편파적인 태도를 취했다.

3) 기회균등에 관한 청구인의 권리에 대한 제한은 정당화될 수 없다.

가) 해당 발언이 연방 정부의 업무 능력과 안정성을 보장하기 위해 필요했다는 증거는 없다. 연방 총리가 연방 정부의 안정성과 업무 능력을 유지하기 위해 어떤 조치가 필요한지에 대한 문제를 판단할 때 광범위한 여지를 갖는다는 점이 개별 사안에서 연방 정부의 안정성이 실제로 문제되어 기본법 제21조 제1항 제1문에서 도출되는 정당의 기회균등에 관한 권리에 대한 제한이 필요했다는 점에 관해 납득할 만한 이유를 제시하거나 다른 방식으로 증명해야 하는 의무로부터 해방시켜 주지는 않는다. 이 사안에서는 이러한 점이 누락되어 있다. 이미 피청구인 I이 공개 성명을 내기 전에 기독교민주연합의 연방 대표가 튀링엔에서의 수상선거에 관해 동일한 내용으로 성명을 발표한 바 있다. 피청구인은 연정 대표들과 전화 통화로 문제를 논의했고, 연정위원회를 소집하기로 합의했다. 따라서 해당 발언 당시 정부 업무와 관련한 중대한 상황에 대처하기 위한 연립 협정상의 매커니즘이 이미 활성화되어 있었다. 그 결과와 상관없이 연방 정부의 안정성과 업무 능력이 위태로워졌는지는 추론할 수 없다.

나) 또한 튀링엔 수상 선거의 결과가 청구인에게 불리한 편파적인 공개 발언을 정당화할 수 있을 정도로 독일 연방공화국에 대한 국제사회의 평판과 신뢰에 영향을 미쳤는지도 분명하지 않다. 튀링엔 수상의 선출이 독일 연방공화국에 대한 평판이나 신뢰를 상당 부분 흔들고 외교정책 활동을 제한할 가능성이 있었는지는 분명하지 않다. 이러한 효과에 대한 외국 기관의 반응은 제시되지 않았다. 특히 피청구인들이 제출한 보도자료에서 이를 유추할 수 없다. 피청구인 I의 주관적 평가만으로는 충분하지 않다. 이를 인정한다면 연방 총리에게 그의 공직 권한을 이용하여 일방적으로 정당 간의 경쟁에 개입할 수 있는 총체적이고 거의 제한할 수 없는 기회가 주어지기 때문이다.

다) 기본법 제21조 제1항 제1문으로부터 도출되는 정당 간의 기회균등에 관한 권리에 대한 제한은 정보 및 여론 형성 활동 권한으로도 정당화될 수 없다. 튀링엔

수상 선거에 대한 평가가 과연 연방 정부와 그 구성원들의 여론 형성 활동에 적합한 주제인지는 불확실하다. 어쨌든 피청구인은 자신의 발언을 통해 원칙적으로 준수해야 하는 중립의 원칙을 위반하였다. 해당 발언으로부터 해당 발언이 반헌법적 행위로부터 자유롭고 민주적인 기본질서를 지키기 위함이었다는 점을 추론할 수 없다.

마. 피청구인들은 소송의 대상인 발언을 자신들의 인터넷 홈페이지에 게재함으로써 청구인의 권리(정당의 기회균등에 관한 권리)를 침해하였다.

1) 소송의 대상이 된 발언을 피청구인들의 공식 홈페이지에 게재한 행위는 공무 행위에 해당한다. 왜냐하면 특수한 방식으로 정부기관의 권위를 사용하여 피청구인들만 사용 가능한 공무와 관련된 자원을 이용하였기 때문이다. 홈페이지에 게재한 행위는 또한 소송의 대상이 된 발언 및 그 안에 담긴 청구인에 대한 부정적 가치판단을 널리 퍼뜨리는 데 일조하였다. 게재 행위는 청구인의 기본법 제21조 제1항 제1문에서 유래하는 정치적 경쟁에의 동등한 참여 권리에 대한 독자적인 제한에 해당한다.

2) 이러한 제한은 정당화되지 않는다. 정부 행위를 확실하게 기록할 의무가 이 제한을 정당화할 수는 없다. 기록 의무는 적어도 정당화되지 않는 방식으로 기본법 제21조 제1항 제1문에서 유래하는 정당의 기회균등에 관한 권리를 제한하는 발언에는 적용되지 않는다. 게재 행위를 단순히 정보자유법(Informationsfreiheitsgesetz) 또는 언론법(Pressegesetzen)에 따른 정보 제공 의무를 통상적인 방식으로 미리 이행한 것으로 볼 수도 없다. 그러한 정보 제공 의무가 있는지 여부는 불확실하다. 어떤 경우든 정보 제공 의무는 그에 상응하는 신청이 있는 경우에만 발생하며 개별 사례에서 청구된 범위까지만 발생한다.

연방헌법재판소 제2 재판부는 5 : 3의 의견으로 청구를 인용하였다.

2. 재판관 발라벤슈타인(Wallrabenstein)의 반대의견

연방 총리는 헌법을 위반하지 않았다. 정치적 문제에 관해 총리가 의견을 표명한 경우 해당 발언의 내용은 연방헌법재판소의 중립성 검토 대상이 되지 않는다.

가. 이러한 중립성 통제를 시행함으로써 법정의견은 헌법재판소의 선례에서 인정되는 논증의 체계를 무시하고 있다. 법정의견은 성숙하고 분별력 있는 시민이라는 객관적인 수신인의 관점을 기준으로 삼는다면서 연방 총리의 발언을 공직 수행으로 분류하고 있다. 그러나 이 기준은 공무 집행과 정당 정치인의 입장표명을 구분 짓기에는 부적합하다. 재판부는 민주적 공동체의 핵심인 의견 표명의 자유와 관련하여 자유롭게 의견을 개진할 수 있도록 하고 토론을 장려하는 해석(BVerfGE 43, 130; 93, 266 <295 f.> 참조)을 고려하지 않았고, 그 이유를 설시하지 않았다. 나아가 재판부는 적어도 기본법 제21조가 헌법에 적대적인 정당에 대한 보호까지 정당화하는 것인지 여부에 대해서 판단하고 그 판단에 대한 근거를 제시했어야 한다.

정부의 공직을 수행하는 사람은 일반적으로 이중적인 역할을 하는 것으로 인식된다. 시민의 입장에서 볼 때 공직과 정당 정치적 소속이 얽혀 있기 때문에 정부 구성원의 중립에 대한 기대는 제한적이다. 재판부는 이러한 두 사실을 모두 인지했으나 그로부터 결론을 내리지는 못했다. 연방 총리의 발언을 공직 수행으로 분류하는 것은 그가 수행하는 이중적인 역할로 인해 어렵지 않다. 이에 반해 그가 공직으로부터 충분한 거리를 둬으로써 이러한 추측을 무력화할 수 있다는 가설은 모호하며 입증되지 않았다. 오히려 정부 구성원이 예외적으로 자신의 공직 수행만을 위해 발언하는지, 즉 현저하게 자신의 정당 구성원의 역할로부터 거리를 두는지에 초점을 맞추는 편이 나올 것이다.

또한 기자회견에 참석한 기자들이 해당 발언을 편집하여 분류한 자료가 중요하지 않다고 보는 시각은 개인의 정치적 의사결정을 언론보도에 의존하고 있는 시민들의 현실과 괴리감이 있을 뿐만 아니라 부적절하다. 이를 통해 재판부의 다수는 연방 총리의 발언을 제한함으로써 보호하고자 했던 민주 사회의 다층적 의사소통과정과 정치적 의사결정과정의 기초를 도리어 개념적으로 약화시키고 있다.

나. 1) ‘국민으로부터 국가기관으로의 정치적 의사결정과정의 역행하지 않도록 보호’하기 위해 재판부는 일단 선거운동 기간에만 정부의 여론 형성 활동을 제한하였다(BVerfGE 44, 125). 재판부는 이때 설립된 기준을 점차 전반적인 정부 구성원의 발언에 대한 중립의무로 발전시켰다(BVerfGE 138, 102 <110 f. Rn. 30 ff.>; 148, 11

<25 ff. Rn. 46 ff.>; 154, 320 <336 Rn. 48> 참조).

2) 정부의 여론 형성 활동에 대한 내용적 중립기준에 관하여는 이미 논쟁이 있어 왔으며(BVerfGE 44, 125의 별개의견⁷⁾ 참조), 이 논쟁은 현재까지도 유효하다. 나는 이 기준이 틀렸다고 생각한다.

정부의 표현 활동(Selbstdarstellung der Regierung)은 개별 사안과 관련된 여론 형성 활동(sachbezogene Öffentlichkeitsarbeit)과는 차이가 있다. 후자는 장관에 의해 수행되는 경우에도 행정 활동의 특수한 형태이며 이에 따라 정확성, 객관성 및 자제와 같은 기준에 따라 적절하게 통제된다.

나는 정부의 표현 활동에 대해 중립의무를 부과하는 것이 국민으로부터 국가기관으로의 의사결정과정의 방향이 역전되는 것을 방지하는 역할을 할 수 있다고 보지 않는다. 여기서의 문제는 정부의 구성원들이 정부 여당을 공개적으로 지지하는 것이 아니다. 시민들은 정부 구성원들에게 제한된 정도, 즉 그들이 전문적인 행정 기능을 수행하는 범위 내에서 중립성을 기대한다.

따라서 재판부가 구분 개념을 통해 추구하는 바는 정부 공직과 정당 활동 사이의 구분이 아니라 행정 활동과 통치 활동 간의 구분이 되어야 할 것이다. 그런데 재판부는 오히려 정부 구성원에 대해 원칙적으로 행정 활동에 적용되는 기준을 적용함으로써 기본법의 의원내각제 체제에서 의회로부터 총리와 그의 내각에 위임된 실제 정부의 통치 기능을 인정하지 않고 있다.

정부의 업무는 정치적이며 정당 민주주의 하에서는 정당정치적이다. 의제의 선정, 이해의 중요도 책정, 전문가 감정의 채택, 논거의 평가, 즉 모든 정치적 관리 결정은 의사결정을 나타낸다. 그것들은 결코 중립적이지 않으며 사회 내에서 매우 다른 인상, 신념 및 현실 인식에 기초한다. 선거는 이러한 결정에 차이를 만드는 역할을 한다.

7) 1977. 3. 2. 2 BvE 1/76 = BVerfGE 44, 125 결정에서 재판관 로트만(Rottmann)은 별개의견을 통해 기본법의 민주주의는 정당민주주의(Parteidemokratie)이고, 그렇기 때문에 기본법 제21조에서 정당에 우월적 지위를 부여하고 있다는 점을 역설하며 정부의 여론 형성 활동은 정치적인 수밖에 없다고 주장하였다.

그러므로 정부의 표현 활동에 대하여서는 중립의무가 인정되지 않는다(BVerfGE 44, 125 <181 ff.> 재판관 Rottmann의 별개의견 참조).

3) 특정한 정치적 문제에 관해 정부의 개별 구성원이 하는 발언은 확실히 중립의무의 적용 대상에 해당하지 않는다. 재판부의 판단처럼 중립의무가 정부의 표현 활동에도 적용된다고 가정한다면 정부 구성원들의 모든 발언에 관한 일반적인 기준이 형식과 상황마다 정확하게 규정되어야 한다. 또는 발언의 맥락적 조건이 고려될 수 있는 방향으로 기준이 설립되어야 한다. 재판부는 분리개념을 채택함으로써 다른 길을 택했다. 재판부는 정부 공직자의 발언에 엄격한 중립성을 요구하며 정당과의 분쟁을 ‘공직 기능 밖의’ 영역으로 회부한다.

선거운동과 관련하여 통치업무로 분류되는 표현 활동과 정당정치적 선거홍보를 구분하는 것은 의미가 있다. 정부 구성원은 정부의 자원을 선거운동에 사용해서는 안 되며 다른 정당 정치인과 마찬가지로 개인적인 노력을 통해 선거운동을 해야 한다. 또한 ‘공무적’ 의견과 사적 의견 표명 간의 구분은 여러 맥락에서 정당화된다. 이러한 구분은 개인이 자유를 행사하는 것을 허용하며, 동시에 특정 인물이 ‘공무적으로’ 속한 기관을 해당 인물의 견해나 행동과 동일시되는 것으로부터 보호한다. 하지만 정부 구성원이 정치적 문제에 대해 당파적 발언을 하는 경우는 어느 쪽에도 해당되지 않는다. 정부의 구성원은 또한 - 특히 정부의 구성원이기 때문에 - 개인적으로 정치에 대한 책임이 있다.

다. 재판부가 위의 구분을 통해 추구하는 정당한 요구는 정부 구성원의 공직 수행의 측면이 아니라 그의 정당정치적 활동의 측면에서 찾을 수 있다. 후자의 경우 총리직의 구체적인 가능성과 수단에 의존해서는 안 된다. 따라서 정당의 기회균등에 관한 권리의 보장은 총리의 발언 내용을 제한하는 것이 아니라 총리의 정부 자원 남용을 금지하는 방식으로 이루어져야 할 것이다.

이를 통해 선거운동 기간 중 정부의 과도한 여론 형성 활동, 즉 정당에 특정한 목적을 위한 정부 자원의 사용을 방지하고 정치적 경쟁을 확보할 수 있다.

그러나 그러한 금지는 경제적 자원 사용에 대해서만 납득 가능하다. 여당이 정부의 경제적 자원에 의존한다면 이를 통해 자기 정당의 비용을 절약하게 된다. 자신을 직접 보여주는 여론 형성 활동의 내용이 아니라 정부의 경제적 자원 이용이 정당 경쟁을 왜곡할 수 있다. 집권 정당이 자신의 선거 프로그램을 실행하여 다음 선거에서도 설득력을 갖기를 원한다는 사실은 바로 이전 선거에서 표명된 유권자의 선호도의 결과이다. 따라서 자원의 사용을 공직 권한의 사용과 동일시하는 것은 잘못되었다.

V. 결정의 의의

연방헌법재판소는 2014년에 기관쟁의심판을 통해 특정 정당에 대한 대통령 의 부정적인 발언이 정당의 기회균등과 선거에서의 기회균등에 관한 권리를 침해하였는지를 판단한 바 있다.⁸⁾ 당시 연방헌법재판소는 연방대통령이 통합(Integrität)의 기능을 명백히 위반하여 자의적으로 정당을 공격하였는지 여부를 심사기준으로 삼아서 일종의 명백성 통제(Evidenzkontrolle)를 하였다. 그러나 연방 정부의 구성원에게는 이러한 심사기준이 그대로 적용되지 않으며 더 엄격한 척도가 적용된다는 점을 같은 해의 결정에서 실시하였다.⁹⁾ 정부 구성원의 정치적 중립을 엄격히 심사하는 경향은 시간이 흐름에 따라 더욱 강화되는 모습을 보인다.¹⁰⁾

이번 결정에서도 연방헌법재판소는 정부 구성원의 발언에 엄격한 심사척도를 적용하고 있다. 주목할 만 한 점은 정당정치인으로서의 역할과 정부 구성원으로서의 역할 간의 구분을 명확히 하는 것이 현실적으로 어렵다는 비판을 적극적으로 수용한 재판관 발라벤슈타인의 반대의견이다. 중립성은 전문적인 행정 기능을 수행할 시에만 요청되며, 정부의 활동은 전혀 중립적이지 않고 항상 정당정치적이라는 것이다. 공직의 권위 자체만으로는 정부의 자원이라고 볼 수 없으며 경제적 자원 남용이 동반되는 경우에 중립성이 훼손되는 것으로 보아야 한다는 견해이다.

8) 2014. 6. 10. 2 BvE 4/13, 요약 번역은 세계헌법재판동향 2015년 제1호, 6~9면 참조.

9) 2014. 12. 16. 2 BvE 2/14.

10) 2 BvE 1/16, 2 BvE 1/19 참조.

연방헌법재판소는 5 : 3의 의견으로 청구를 인용하였다. 가부동수였을 경우에는 청구가 기각되었을 것이다.¹¹⁾ 앞으로 유사한 사례가 접수될 경우에 연방헌법재판소가 어떻게 판단할 것인지 귀추가 주목된다.

11) [독일 연방헌법재판소법 제15조 제4항 제3문]

가부동수인 경우에는 기본법 또는 그 밖의 연방법에 위반하는 것으로 확인할 수 없다.

최신 세계헌법판례

오스트리아

Ⅰ 개명법(改名法)의 헌법합치적 해석

/ 책임연구관 이지효

개명법(改名法)의 헌법합치적 해석¹⁾

I. 사실관계

청구인은 오스트리아 국적자로서 자신의 성(姓)을 변경하려는 신청을 하였다. 청구인의 가족은 알레비파²⁾에 속하며 아나톨리아³⁾ 출신으로 그곳에서 수백 년 동안 알레비식 이름을 쓰며 살아왔다. 1935년 튀르키예 성명법⁴⁾에 근거하여 이 알레비파 가족의 이름은 강제로 변경되었다.

포랄베르크(Vorarlberg) 주행정법원에서의 구두 변론에서 청구인은 어떤 연유에서 이름을 변경하고자 하는지 설명하였다. 튀르키예는 알레비파를 차별하였으며, 추적하고 살해하였다. 청구인의 가족은 튀르키예 내부로 추방되었으며 1935년 튀르키예 성명법에 따라 이름을 변경해야만 했다. 그의 부모가 이야기해 준 바로는 목록에 있는 이름 중에서 청구인의 증조부가 특정 이름을 골랐다고 한다. 이러한 강제적 개명 절차 때문에 청구인은 자신의 가족의 원래 이름을 되찾고자 하였다.

2021년 1월 21일 관할 행정청은 청구인의 개명신청을 ‘개명법 제3조 제1항⁵⁾ 제2호

1) 오스트리아 헌법재판소 2021. 12. 7. 결정, E 3149/2021-10.

2) 이슬람교의 한 분파.

3) 오늘날 튀르키예 영토에 해당하는 반도(半島)를 지칭.

4) 튀르키예에서는 1935년까지 유목적의 관습에 따라 성씨(姓氏) 제도가 정착되지 못하고, 이름 옆에 별칭을 사용하는 형태가 일반적이었다고 한다. 이에 튀르키예 공화국 초대 대통령이었던 아타튀르크는 성씨 제도 개혁을 위해 1934년에 가족의 성을 등록하는 성명법을 제정하고, 1935년부터 이를 시행하였다. 성명법의 목적은 한편으로는 서구식 근대화에 상응하는 국가 및 법제도의 정비였으나, 다른 한편으로는 튀르키예의 국민의식을 성립하고 고양하려는 의도도 있었다. 후자의 의도는 튀르키예에 거주하는 소수 민족의 정체성을 말살하고 튀르키예 공화국으로 동화(同化)시키려는 조치로도 파악된다. 이에 따라 소수 민족들은 튀르키예어로 된 이름만을 선택할 수 있었고, 1936년 7월 2일까지 이름을 등록하지 않았을 경우에는 성명법에서 지정한 이름이 부여되었다.

5) 제3조 승인의 거부

제1항 성(姓) 또는 명(名)의 변경은 다음 각호의 경우에 승인되어서는 안 된다.

1. (...생략...)
2. 신청된 성(姓)이 우습거나 외설적이거나 또는 국내에서 사람을 지칭하는 때에 통용되지 않는 경우;
3. (...생략...)

에 따라' 거부하였다. 신청한 이름이 국내에서 사람을 지칭할 때 통용되지 않는다는 이유에서였다. 행정청에서 중앙등록대장⁶⁾에 문의한 결과 그에 상응하는 이름이 최근에 등록된 적이 없으며, 과거에도 그러한 기록이 없다고 하였다는 것이다. 그 밖의 조사를 통해서도 다른 결과를 얻지 못하였다고 한다.

행정청의 처분에 대해 청구인은 포탈베르크 주행정법원에 이의신청을 하였으나 2021년 7월 7일에 기각되었다. 기각 이유는 행정청이 든 사유와 동일하게 신청한 이름이 오스트리아에서 통용되지 않는다는 점이었다. 행정법원은 변경을 원하는 이름이 오스트리아 사회 내에서 이름의 형성과 실질적인 연관성(realer Bezugspunkt in der gesellschaftlichen Entwicklung der Namen in Österreich)이 있어야 하며, 이민을 통해 오스트리아에서 통용되는 이름이 변화될 수 있다고는 하였다. 성(姓)은 일반적으로 조상들로부터 이어져 오는 것이므로 항상 역사적 측면도 갖고 있다고 하였다. 청구인이 되찾고자 하는 이름도 튀르키예(내지 당시 오스만 제국)에서 그의 알레비파 조상들이 이전에 쓰던 이름이므로 자의적으로 창작한 이름은 아니다. 그렇지만 해당 이름이 오스트리아 내에서의 이름들의 사회적 형성과 실질적인 관련이 있거나 역사적으로 관련이 있었는지에 관해서는 소송에서 밝혀지지 않았다. 청구인이 신청한 이름이 오스트리아에서 사용된 적이 있다는 점은 청구인도 주장하지 않았다. 행정법원은 해당 이름이 국내에서 사람을 지칭하는 때에 통용되지 않으며, 역사적으로도 통용된 적이 없으므로 개명신청을 승인할 수 없다고 하였다.

청구인은 청구인의 이의신청을 기각한 행정법원의 결정으로 인해 유럽인권협약 제 8조의 사생활 및 가족생활을 존중받을 권리가 침해되었다고 주장하면서, 위 결정의 취소를 구하는 재판소원심판을 청구하였다.

II. 주문

청구인은 문제된 행정법원의 결정으로 인해 헌법상 보장되는 권리인 사생활 및 가

6) 중앙등록대장(Zentrales Melderegister)은 오스트리아인들의 주 거주지 및 부 거주지를 포함한 식별 정보(성명, 성별, 출생정보, 국적 등)를 기록한 공적 대장이다.

<https://www.oesterreich.gv.at/lexicon/Z/Seite.991731.html> (2022. 7. 20. 최종 방문).

족생활을 존중받을 권리를 침해당했다.

해당 결정을 파기한다.

Ⅲ. 관련 조항 및 쟁점

1. 1988. 3. 22. 발효된 성명 변경에 관한 연방법률⁷⁾(이하 ‘개명법’)의 관련 조항

제1조 개명 신청

제1항 성명(가족관계법 2013 제38조 제2항)의 변경은 신청에 기하여 제2조상의 이유가 존재하고, 제3조에 따른 승인 거부 사유가 존재하지 않으며, 성명변경이 다음 각호에 해당하는 때에 승인된다.

1. 오스트리아 국민일 것;
2. (...생략...)

제2조 승인의 요건

제1항 성(姓)의 변경 이유는 다음 각호에 해당하는 때에 존재한다.

1. (...생략...)
11. 신청인이 기타 사유로 다른 성(姓)을 희망하는 경우

제2항 (...생략...)

제3조 승인의 거부

제1항 성(姓) 또는 명(名)의 변경은 다음 각 호의 경우에 승인되어서는 안 된다.

1. (...생략...)
2. 신청된 성(姓)이 우습거나 외설적이거나 또는 국내에서 사람을 지칭하는 때에 통용되지 않는 경우;
3. (...생략...)

2. 개명법 제1조는 오스트리아 국민의 이름 변경을 허용하고 있다. 이름 변경 신청

7) Bundesgesetz vom 22. März 1988 über die Änderung von Familiennamen und Vornamen (Namensänderungsgesetz - NÄG), BGBl. 195/1988, idF BGBl. I 105/2019.

이 승인되려면 개명법 제2조상의 이유가 존재하고, 동법 제3조에 따른 승인 거부 사유가 없어야 한다. 포괄적 요건으로서 기능하는 개명법 제2조 제1항 제11호에 따르면 이름의 변경은 상세히 규명되지 않은 ‘기타 사유’를 통해서도 이뤄질 수 있다. 그렇지만 동법 제3조 제1항 제2호는 변경하려는 성(姓)이 ‘국내에서 사람을 지칭하는 때에 통용되지 않는 경우’에는 이름 변경을 승인하지 않도록 하고 있다.

3. 유럽인권협약 제8조⁸⁾를 통해 헌법상 보장되는 권리에 대한 제한⁹⁾은, 그러한 제한을 담고 있는 행정법원의 결정이 법적 근거 없이 선고되었거나, 유럽인권협약 제8조에 위배되는 법률규정에 근거하고 있거나 또는 행정법원이 결정을 내릴 때 그 자체로는 합헌적인 법적 근거를 불합리한 방식으로 적용하였을 경우에 위헌이다. 후자의 경우는 행정법원이 중대한 오류를 범하여서 이 오류가 무법(無法)과 동일 선상에 놓일 정도인 경우나, 또는 행정법원이 법률규정을 헌법에 합치되지 않게 해석·적용한 경우를 의미한다. 이 사안에서는 특히 유럽인권협약 제8조 제1항에 위배되며 동조 제2항을 통해 정당화되지 않는 내용을 상정한 경우를 뜻한다(VfSlg. 11.638/1988, 15.051/1997, 15.400/1999, 16.657/2002 참조).

4. 이 사건의 쟁점은 포탈베르크 행정법원이 청구인의 이의신청을 기각하면서 개명법 제3조 제1항 제2호를 유럽인권협약 제8조에 합치되지 않게 해석·적용하였는지 여부이다.

8) [유럽인권협약 제8조 사생활 및 가족생활을 존중받을 권리]

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

2. 공권력은 국가 안보, 공공의 안전, 국가의 경제적 복리를 위해, 무질서 또는 범죄의 방지를 위해, 보건 또는 도덕의 보호를 위해, 또는 타인의 권리와 자유를 보호하기 위해 민주사회에서 필요하고 법에 따라 이루어지는 경우를 제외하고는 이 권리의 행사를 제한할 수 없다.

9) 오스트리아에서 유럽인권협약 및 추가의정서는 법원과 행정청에서 직접 적용 가능한 헌법상 지위를 갖는다(BGBl 1964/59, ‘1929년 연방헌법의 국가조약 관련 규정을 개정·보충하는 연방헌법’ 제2조 제7호). 따라서 유럽인권협약 규정에 위배되는 행정법원의 결정에 대해 헌법재판소에 재판소원을 청구할 수 있다.

IV. 판단

1. 유럽인권협약 제8조는 인격을 정체성, 개별성 및 통합성 측면에서 보호하며, 이러한 인격의 다양한 표현형식 또한 보호하고 있다(VfSlg. 19.662/2012, 19.665/2012, 20.100/2016; 유럽인권재판소 1993. 10. 24. *Guillot* 사건, Appl. 22.957/95 [Z 90]; 2002. 2. 7. *Mikulić* 사건, Appl. 53.176/99 [Z 53 f.]; 2002. 7. 11., *Goodwin* 사건, Appl. 28.957/95 [Z 90]; 2003. 6. 12., *Van Kück* 사건, Appl. 35.968/97 [Z 69] 참조). 이름은 개인의 식별과 귀속에 기여한다. 이름은 정체성의 한 요소로서 기본권으로 보호받는 사생활 및 가족생활에 해당한다(예컨대 VfSlg. 20.100/2016; 유럽인권재판소 1994. 2. 22., *Burghartz* 사건, Appl. 16.213/90 [Z 24]; 1994. 11. 25., *Stjerna* 사건, Appl. 18.131/91 [Z 37]; VwGH 2011. 12. 7., 2010/06/0276 참조).

2. 물론 입법자는 공공의 이익을 이유로 이름을 변경하는 것을 법적으로 제한할 수 있다(예를 들어 유럽인권재판소, *Stjerna* 사건, Z 39; 2007. 9. 6. *Johansson* 사건, Appl. 10.163/02 [Z 35 ff.] 참조). 그렇지만 이와 연관된 유럽인권협약 제8조에 대한 제한은 동조 제2항에 따라 해당 법적 조치가 정당한 목적을 달성하기 위해 적합하고 비례적인 경우에만 허용될 수 있다. 유럽인권협약 제8조는 사생활과 가족생활을 순전히 이론적으로나 기만적으로 보호하는 것이 아니라 실용적이고 효과적으로 보장해야 한다(예를 들어 유럽인권협약 제8조에 관한 일반적 사례로 유럽인권재판소 2021. 7. 9., *M.A.* 사건, Appl. 6697/18 [Z 162]; 이름에 특정한 경우의 사례로 유럽인권재판소 2013. 12. 5., *Henry Kismoun* 사건, Appl. 32.265/10 [Z 29]; 2018. 10. 11., *S.V.* 사건, Appl. 55.216/08 [Z 71] 참조).

3. 입법자는 누군가가 ‘다른 성(姓)을 희망하는 경우’에 성(姓)의 변경이 특별한 이유가 아니라 ‘기타 사유’로 인해서도 가능하다는 것을 개명법 제2조 제1항 제11호에서 명시적으로 인지하고 있다. 이러한 경우에도 개명은 개명법 제3조 제1항에서 거부 사유로 열거된 공공의 특정한 이익에 반해서는 안 된다. 그러나 승인의 거부 사유와 그 해석은 유럽인권협약 제8조 제2항의 요구를 충족해야 한다(필수적인 이익형량에 관해서는 유럽인권재판소, *Henry Kismoun* 사건, Z 30 및 35 이하 참조).

4. 입법자가 ‘성(姓)은 오스트리아 내에서의 이름의 사회적 형성과 실질적인 연관성이 있어야 하고, 임의로 만들어질 수는 없다’는 이유로 개명법 제3조 제1항 제2호의 세 번째 요건을 둔 것은 일견 반박하기 어렵다. 그러나 입법자는 특정한 개념이 사회 내에서 성(姓)으로 형성되었다고 볼 수 있는지 여부를 판단함에 있어서는 필연적으로 사회의 발전 양상을 고려한다(그러므로 특히 이민 동향은 오스트리아 내에서 ‘통용되는’ 성을 변화시킨다). 따라서 일반적으로 조상들로부터 전해져 오는 성(姓)은 항상 역사적 측면도 지닌다(VfSlg. 20.100/2016 참조).

이민 배경을 가진 오스트리아 국민은 적지 않다. 이는 오늘날의 상황에서 특이한 현상이 아니며, 오스트리아의 역사와 인구 구성에서 매우 눈에 띄는 특징이다. 이러한 맥락에서 많은 이들에게 가족의 역사적 관련성은 유럽인권협약 제8조로 보호되는 개인의 정체성의 중요한 구성요소이다. 그러므로 성(姓)의 연속성은 개개인의 개인적 정체성의 역사적 맥락을 반영한 것이기도 하다(유럽인권재판소, *Henry Kismoun* 사건, Z 30 이하 참조). 특히 국가가 개명을 야기하거나 강제하였고, 이러한 강제가 차별로 인식되거나 실제로 차별적인 이유에서 개명이 이뤄졌다면 그 정도가 더할 것이다. 이러한 경우에 원칙적으로 유럽인권협약 제8조는 원래의 가족사를 외견상으로도 이어나갈 수 있도록 타인에 의해 중단된 가족의 이름을 다시 사용할 수 있는 청구권을 제공한다.

5. 이러한 배경하에서, 이 사안에서처럼 오스트리아 국민이 가족의 역사적 전통을 그에 상응하는 성(姓)을 통해 이어나가고자 하는 경우, 해당 성(姓)을 가진 가족이 예전부터 오스트리아에 거주하였는지 여부를 기준으로 해당 성(姓)의 국내 통용 여부를 판단하여서는 안 된다. 그렇게 된다면 이러한 경우에 오스트리아 국민이 이전의 성(姓)을 되찾아 외견상으로도 가족의 연속성을 이루는 것은 아예 불가능해질 것이기 때문이다. 청구인의 상황처럼 가족의 이름을 원래의 출신 국가에서 강제에 의해 차별적인 조건하에 변경해야만 했을 경우에도 그러하다. 개명법 제3조 제1항 제2호의 세 번째 요건 규정이 그러한 내용을 담고 있다면 이는 당사자의 이름에 대한 정체성의 권리를 침해하는 것이다.

적어도 이러한 특수한 상황에서 유럽인권협약 제8조에서 유래하는 권리를 보장하

기 위해, 개명법 제3조 제1항 제2호의 세 번째 요건은 다음과 같이 이해되어야 할 것이다. 통용 여부를 평가함에 있어서 오스트리아 국민이 되찾고자 하는 이전의 성(姓)이 자신의 가족의 전통에서 통용되는 성(姓)인지 여부가 중요시 되어야 하며, 개명을 원하는 오스트리아 국민의 가족의 역사적 계보가 증빙될 수 있을 때 오스트리아와의 연관성이 존재한다고 볼 수 있을 것이다.

6. 포랄베르크 주행정법원은 청구인이 희망하는 성(姓)이 자신의 알레비파 조상들이 튀르키예에서 사용하던 이름이라는 점을 확인하였으나, 해당 이름의 통용성에 대해서는 오스트리아와의 실제적 연관성이 없음을 이유로 부인하였다. 그리하여 포랄베르크 주행정법원은 본 사안에서 정체성의 일부로서 청구인의 이름 및 청구인의 국적을 매개로 설정된 청구인 가족의 역사적 이름과 오스트리아와의 연관성을 간과하여 개명법 제3조 제1항 제2호의 내용을 유럽인권협약 제8조 제2항과 합치되지 않게 해석·적용하였다.

그러므로 청구인은 문제된 행정법원의 결정으로 인해 헌법상 보장되는 권리인 사생활 및 가족생활을 보장받을 권리를 침해당했다. 따라서 해당 결정은 취소되어야 한다.

IV. 결정의 의의

오스트리아 헌법재판소는 이 결정에서 성(姓)이 가족의 역사와 관련이 있는 개인의 정체성을 구성하는 중요한 요소이므로 유럽인권협약 제8조의 보호를 받는다고 판시하였다. 특히 변경하려는 이름이 차별이나 추방 또는 국가의 강제에 의해 개명되었을 경우에 이러한 보호 기능이 더욱 강조된다고 하였다.



세계헌법재판기관 소개

인도 대법원

인도 대법원

국 가 개 요

- 1. 국명 : 인도(Republic of India)
- 2. 수도 : 뉴델리(New Delhi, 약 25만명)
- 3. 인구·면적 : 14억 1,200만명(2021), 330만km²(한반도의 약 15배)
- 4. 공용어 : 힌디어, 영어
- 5. 1인당 GDP : 2,277달러(2021년)
- 6. 독립일 : 1947. 08. 15.(영국으로부터)
- 7. 정부형태 및 의회 : 의원내각제, 양원제

1. 명칭 : 대법원

- Supreme Court of India

2. 연혁

- 1947. 8. 15. 영국으로부터 독립
- 1949. 11. 26. 헌법 제정 - 대법원 설치 규정 포함 (1950. 1. 26. 시행)
- 1950. 1. 28. 대법원 개원
- 1950. 대법원규칙 제정
- 1958. 현재 청사로 이전

3. 구성

- 대법원은 대법원장 1인과 33인의 대법관들(총 34인)로 구성되며, 법률로 대법관의 수를 늘릴 수 있음(헌법 제124조 제1항). 1950년 헌법에서 총 8인으로 규정한 이후, 1956년 11인, 1960년 14인, 1978년 18인, 1986년 26인, 2008년 31인, 2019년 34인으로 꾸준히 확대됨
- 대법원장과 대법관은 국가사법임명위원회(National Judicial Appointments Commission)

의 추천으로 대통령이 임명함(헌법 제124조 제2항)

- 별도의 임기 없이 정년 65세까지 직을 유지함(헌법 제124조 제2항)
- 대법관 자격 : 고등법원 판사로 5년 이상의 경력 또는 고등법원 변호사로 10년 이상의 경력을 가졌거나 탁월한 법률가로 대통령이 인정한 인도 국민(헌법 제124조 제3항)

4. 권한

- 헌법소원심판 및 위헌법률심판
 - 헌법상 기본권 규정에 위배되는 법률에 대한 위헌법률심판(헌법 제13조 제1항)
 - 헌법상 기본권 침해에 대한 헌법소원심판(헌법 제32조 제1항). 대법원은 기본권 보장을 위해 영장이나 지침이나 명령을 내릴 수 있음(헌법 제32조 제2항)
- 권한쟁의심판(헌법 제131조)
 - 연방정부와 주(또는 주들) 사이의 분쟁 심판
 - 한편으로는 연방정부와 어떤 주(또는 주들), 다른 한편으로는 다른 주(또는 주들) 사이의 분쟁 심판
 - 둘 이상의 주들 사이의 분쟁 심판
- 민사, 형사 등 사건의 상고심 재판
 - 민사, 형사 등 사건에서, 고등법원이 해당 사건에 헌법의 해석에 관한 중요한 법률적 쟁점이 관련된다고 인정하는 경우 해당 사건에 대한 재판(헌법 제132조)
 - 민사 및 형사 사건의 상고심 재판(헌법 제133조, 제134조)
 - 대법원의 재량에 의한 특별 상고 허가 사건 심판(헌법 제136조)
- 자문
 - 대통령의 자문 요청에 대한 답변(헌법 제143조)
- 대법원 판결에 대한 심사
 - 대법원 자신의 판결이나 명령에 대한 심사(헌법 제137조)
- 선거소송
 - 대통령 및 부통령 선거의 유효성과 관련 분쟁에 대한 심판(헌법 제71조)

5. 심리 및 결정

- 기본권 침해에 대한 헌법소원, 선거소송, 헌법의 해석에 관한 중요한 법률적 쟁점에 관한 사건은 5인 이상의 대법관으로 구성된 재판부에서 심리함(일반 사건은 보통 2인 이상의 대법관으로 이루어진 재판부에서 심리)(2013년 대법원규칙 제11조 제7항, 제38조 제1항, 제46조 제22항)
- 대법원에 등록된 변호사(advocates-on-record)만 대법원에서 당사자를 대리하여 소송을 수행할 수 있음(2013년 대법원규칙 제4조 제1항 제b호)
- 판결은 공개된 법원에서 선고됨(헌법 제145조 제4항, 2013년 대법원규칙 제12조 제1항)
- 대법원의 판결은 모든 법원을 구속함(헌법 제141조)
- 대법원의 모든 절차는 영어로 이루어짐(헌법 제348조 제1항)

6. 연락처

- 주소 : Supreme Court of India,
Tilak Marg, New Delhi-110001
- 전화번호 : +91-11-23116400, +91-11-23116401, +91-11-23116402, +91-11-23116403
- 이 메 일 : supremecourt@nic.in
- 홈페이지 : <https://main.sci.gov.in/>

※ 출처 : 인도 대법원 웹사이트
인도 헌법
인도 대법원규칙(2013)

(2022. 8. 작성)



세계헌법재판 관련 논문 목록

세계헌법재판 관련 논문 목록(최신평)

Ⅰ 세계헌법재판 관련 논문 목록(최신호) Ⅰ

- 강명원, 프랑스 지방자치단체의 입법권에 관한 연구 - 자치입법권과 국가입법예의 참여를 중심으로 -, 외법논집 제46권 제2호, 2022. 5. 25-46쪽.
- 강승목, 동아시아 국가의 동성혼 합법화와 입법방식에 관한 연구, 가천법학 제15권 제2호, 2022. 6. 77~122쪽.
- 김경석, 일본 아동기본법안의 주요 내용과 의미, 중앙법학 제24권 제2호, 2022. 6. 107-134쪽.
- 김동균, 독일 헌법상 입법권 배분의 메커니즘과 그 시사점 : 국가와 지방자치단체 간 권한배분의 관점에서, 지방자치법연구 제22권 제2호, 2022. 6. 33-57쪽.
- 김지연, EU 디지털 시장법(Digital Markets Act)에 대한 분석과 독점규제법 및 개인정보보호와의 관계에 관한 고찰, 법제연구 제62호, 2022. 6. 209-249쪽.
- 김채형, 국가면제 규칙과 인권의 증대한 위반에 관한 이탈리아 법원 및 헌법재판소의 입장에 관한 연구 - ICJ의 국가관할권 면제 판결에 관련하여 -, 국민대학교 법학연구소, 법학논총 제35권 제1호, 2022. 6. 185-224쪽.
- 김현정, 최윤철, 국적 상실에 대한 유럽인권법원 판례와 시사점, 전남대학교 법학연구소, 법학논총 제42권 제2호, 2022. 5. 1-28쪽.
- 박소영, 북한과 베트남의 가정 외 보호 아동 권리에 관한 법제 연구, 통일과 법률 제 50호, 2022. 5. 32-58쪽.
- 박용숙, 미국에서의 대통령의 금융정보에 대한 연방의회의 국정조사권 - Trump v. Mazars USA, LLP, 591 U.S. __, 140 S. Ct. 2019(2020)을 중심으로 -, 전남대학교 법학연구소, 법학논총 제42권 제2호, 2022. 5. 161-183쪽.
- 방경휘, 수사상 역외 압수·수색에 관한 연구 - 일본 최고재판소 레이와 3년 2월 1일 결정을 계기로 -, 국민대학교 법학연구소, 법학논총 제35권 제1호, 2022. 6. 133-183쪽.
- 송재우, 의료행위에 대한 미성년자의 의사결정권 - 캐나다의 법률을 중심으로 -, 부산대학교 법학연구소, 법학연구 제63권 제2호, 2022. 5. 31-59쪽.
- 안경희, 독일법상 후견제도와 선거권 배제, 국민대학교 법학연구소, 법학논총 제35권

- 제1호, 2022. 6. 7-49쪽.
- 이보연, 유럽연합의 보충적 난민보호 제도 및 유럽사법재판소 판례, 충북대학교 법학연구소, 법학연구 제33권 제1호, 2022. 6. 169-200쪽.
- 이상우, 개인정보 보호와 이용의 균형 모색 - 중국 개인정보보호법과의 비교연구를 중심으로 -, 외법논집 제46권 제2호, 2022. 5. 47-72쪽.
- 이상훈, 형사절차에서 변호사-의뢰인 간 의사교환의 비밀보장을 위한 입법적 개선 방안 - 프랑스 형사소송법이 우리에게 주는 시사점을 중심으로 -, 충남대학교 법학연구 제33권 제2호, 2022. 5. 41-80쪽.
- 이현정, 개인정보보호와 관련한 유럽인권재판소의 판례 동향과 그 의미, 가천법학 제15권 제2호, 2022. 6. 41-76쪽.
- 임지봉, 미국 수정헌법 제2조의 무기소지권과 총기규제, 헌법학연구 제28권 제2호, 2022. 6. 441-468쪽.
- 전주열, 프랑스 정보공개법의 특징과 시사점, 법제연구 제62호, 2022. 6. 287-318쪽.
- 전학선, 프랑스의 정치자금기부법제 - 법인·단체의 정치자금 기부금지를 중심으로 -, 헌법학연구 제28권 제2호, 2022. 6. 469-507쪽.
- 전 훈, 프랑스 정보공개 법제의 변화와 시사점, 공법학연구 제23권 제2호, 2022. 6. 47-74쪽.
- 정남철, 독일 정보공개법제의 발전과 주요 쟁점 - 특히 정보공개제도의 운영상 문제점의 해결과 입법적 제도개선을 위한 시사점의 도출을 중심으로 -, 법제연구 제62호, 2022. 6. 251-285쪽.
- 刘徳良·손호준, 빅데이터 시대의 중국의 개인정보 입법의 인식론 - 중국 입법의 모델인 EU의 General Data Protection Regulation을 중심으로 -, 법과 정책연구 제22권 제2호, 2022. 6. 143-170쪽.
- Carlos Herrera, 오승규 역, 코로나19 시대의 법정책 : 예외의 징후에서 변화의 약속으로?, 법과 정책연구 제22권 제2호, 2022. 6. 271-284쪽.



국외통신원 소식

- 여성에 한하여 허용된 의학적 생식 보조 시술에 관한 법률과 평등권에 대한 헌법적 논의(프랑스)

여성에 한하여 허용된 의학적 생식 보조 시술에 관한 법률과 평등권에 대한 헌법적 논의

- 헌법재판소 2022년 7월 8일 n°2022-1003 결정을 중심으로 -

프랑스 파리 낭테르 대학교 유럽 비즈니스 법학 석사 과정 김도경



I. 들어가며

2017년 대통령 선거를 앞두고 당시 에마뉼엘 마크롱 후보는 파격적인 공약을 내놓았다. 그것은 바로 ‘모든 여성에게 의학적 생식 보조 시술을 허용(Procréation Médicalement Assistée pour toutes)’하겠다는 공약이었다.

프랑스에서 의학적 기술을 이용한 인공적인 방식으로 임신을 할 수 있게 하는 시술의 첫 법적 근거가 마련된 것은 1994년¹⁾으로 상당히 까다로운 기준을 규정하고 있었다. 당시 프랑스의 의학적 생식 보조 시술 관련 법제도하에서는 자연적인 방법으

1) la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal

로 임신을 하기 힘든 불임의 진단을 받은 경우나 심각한 유전적 질병이 있는 경우, 혼인을 하고 동거 생활이 2년을 초과했으며, 생식에 필요한 일정 나이를 지났다는 조건을 충족한 이성 간의 커플만이 대상이 될 수 있었다. 여기서 주목할 점은 1994년 법률의 경우 해당 시술의 목적을 의학적인 도움 없이는 자연적으로 임신이 불가능한 점을 해결하는 것으로 정의하였다는 것이다.

1994년 제정된 관련 법 제도는 이후 2004년 그리고 2011년 여러 개정을 거치면서도 대상에 관해 보수적이고 까다로운 조건을 유지했다.

하지만 2013년, 프랑스에서도 동성 간의 결혼을 허용하는 법률²⁾이 시행되며 많은 사회적, 문화적 변화와 함께 그동안 이성 커플에게만 적용되어 왔던 혼인과 관련한 부수적인 법률을 개정해야 한다는 필요성이 제기되었다. 대표적으로 혼인으로 발생하는 자녀의 가능성에 대한 질문이 토론의 대상이 되었다. 이에 의학적 생식 보조 시술과 더불어 부모와 자식간의 가계에 관한 분야가 쟁점이 되었다.

먼저, 기존의 혼인한 이성 커플을 대상으로 제한적으로 허용되던 의학적 생식 보조 시술 제도를 혼인한 동성 커플에게도 적용해야 한다는 여론이 늘었다. 이에 따라 해당 의학적 생식 보조 시술의 관한 법률에 사후적 위헌법률심판을 청구하여 위헌성을 따져 보아야 한다는 목소리도 높아졌고 이는 2013년 동성 결혼 합법화 법률안을 두고 토론하는 국회에서도 쟁점이 되었다.

이 문제에 대해 헌법재판소는 2013년 5월 17일, 동성 간의 결혼을 합법화 하는 법률에 대한 사전적 위헌법률심사³⁾에서 제기된 동성 커플의 혼인이 합법화됨에 따라 기존의 의학적 생식 보조 시술을 혼인한 이성 커플 뿐 아닌 혼인한 동성 커플에게도 차별 없이 똑같이 허용해야 한다는 주장에 의학적 생식 보조 시술의 경우 이성 커플과 동성 커플이 각자 다른 상황에 놓여 있다며 법적으로 동성 커플이 다른 처분을 받는 것이 헌법에서 수호하는 평등에 반하지 않는다는 결정을 내렸다.

혼인한 동성 커플에 대한 의학적 생식 보조 시술의 허용이라는 쟁점에 부정적으로 대응한 헌법재판소의 결정 이후 의학적 생식 보조 시술에 관한 법률을 대상으로 사후적 위헌법률심판을 헌법재판소에 제청해달라는 청구를 받는 국사원 역시 그러한 청구를 모두 거부⁴⁾하게 되었다.

2) la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe

3) Considérant n°44 de la Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013

4) 개인은 제기한 소송에 적용되는 법률을 대상으로 파기원(Cour de cassation) 혹은 국사원(Conseil

반면, 의학적 생식 보조 기술의 경우와 다르게 동성 커플의 자녀 입양이라는 문제에 있어서는 관련 법 규정에 큰 변화가 찾아왔다. 동성 간의 결혼을 합법화함과 동시에 동성 파트너의 자녀를 입양하여 가족을 이룰 수 있는 길이 열리게 된 것이다.

이는 당시 동성 커플의 자녀 입양이라는 문제를 수용할 수 있을 만큼 사회적 합의가 충분히 있었지만 이에 반해 의학적 생식 보조 기술을 허용하는 방안에 대해서는 법 규범을 바꿀 수 있을 만큼 사회적 합의에 도달하지 못한 상태였기 때문이라고 해석할 수 있다.

이렇게 2013년 이후 프랑스에서 혼인한 동성 커플에게 의학적 생식 보조 기술은 여전히 금지되어 있었지만 혼인한 파트너가 낳은 자녀를 합법적으로 입양이 가능하게 되면서 법 규정을 교묘히 회피하기 위한 방법으로 많은 혼인한 동성 커플들이 의학적 생식 보조 기술이 합법인 이웃 유럽 국가에서 기술을 받은 뒤 출산을 한 파트너의 자녀를 입양하는 방법을 선택하는 사례가 늘어나게 되었다.

법 제도의 변화와 더불어 동성 간의 결혼이 합법화되고 사회에 정착하는 과정을 통해 전통적으로 존재해 왔던 가족과 부모라는 개념의 근간이 달라졌다는 부분도 무시할 수 없다. ‘부’와 ‘모’라는 생물학적인 기준에 근거한 기존의 가족 개념 대신 어머니와 또 다른 어머니, 혹은 생물학적 어머니와 사회적 어머니라는 개념이 나타나기 시작한 것이다.

이런 사회적, 제도적 변화를 바탕으로 2018년, 국사원은 생명 윤리에 관한 법률의 개정을 앞두고 이에 대한 연구결과를 발표한다.⁵⁾ 국사원은 연구결과에서 “법적으로 입법자가 레즈비언 커플과 비혼 독신 여성에 의학적 생식 보조 기술의 길을 열어줘야 할 의무는 없지만 그렇다고 해서 의학적 생식 보조 기술에 대한 현재의 조건을 유지할 의무도 없다고 볼 수 있다. 결국 이는 전적으로 입법자의 의지에 달린 문제라고 볼 수 있다.”라고 의견을 밝혔다.

이러한 배경에서 대선 후보 시절부터 레즈비언 커플과 비혼 독신 여성에게 의학적 생식 보조 기술을 제공하는 것을 공약으로 내세웠던 에마뉘엘 마크롱 대통령의 추진으로 2019년 7월 24일, 당시 Nicole Belloubet 법무부 장관, Agnès Buzyn 보건부 장관,

d’Etat)에 해당 법률에 대한 사후적 위헌법률심판을 헌법재판소에 제청해달라고 청구할 수 있다. 여기서 파기원과 국사원은 해당 법률이 사후적 위헌법률심판의 대상이 되기에 적합한가에 대해 결정을 하게 된다. 자세한 내용은 아래에 서술한다.

5) « Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain? », adopté le 28 juin 2018, section du rapport et des études du Conseil d’Etat

Frédérique Vidal 혁신과 연구, 고등 교육부 장관의 주도로 기존에 존재하던 생명 윤리에 관한 법안을 개정하는 법률안이 국무 회의에 처음으로 모습을 드러내게 되었다.

해당 법률안이 국무 회의에서 통과됨에 따라 국회에서 논의가 시작되었고 상원과 하원에서 여러 논의와 수정 과정을 거쳐 2021년 6월 29일 하원에서 최종안이 통과되었다. 최종안은 하원과 상원에서 합의에 도달하지 못했을 정도로 치열한 의견 차이가 있었기에 공포가 되기 전 최종 단계로 60인 이상의 상, 하원 의원의 제청으로 헌법재판소에 사전적 위헌법률심판이 청구되었다. 2021년 7월 29일, 헌법재판소는 해당 최종안에 대한 합헌 결정을 하였고, 2021년 8월 2일 생명 윤리에 관한 2021년 8월 2일 법률(Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, 이하 ‘2021년 8월 2일 법률’)이 공식적으로 공포되었다.

2021년 8월 2일 법률의 공포로 인해 공공보건법 L.2141-2조는 다음과 같이 수정되었다. 과거 자연적인 방법으로 임신이 어려운 불임의 상태를 개선하는 것이었던 시술의 목적은 새로운 법률에서 “생식에 관한 의학적인 보조는 자녀 계획에 대응하는 것을 목적으로 한다.”라는 내용으로 바뀌었다. 이는 해당 시술이 단순히 의학적 목적을 위한 것이 아닌 자녀 계획을 가진 사람들에게 해결책을 줄 수 있는 대안으로 바뀌었다는 것을 뜻한다. 그리고 시술의 허용 대상으로 “모든 여성과 남성 혹은 두 여성으로 이루어진 커플 그리고 비혼 독신 여성은 (...) 의학적 생식 보조 시술을 받을 권리가 있다. 해당 권리는 특히 혼인 유무나 성적 지향과 같은 이유로 차별의 대상이 될 수 없다.”라고 규정하여 과거에 비해 상당히 진보한 철학을 보여준다. “해당 권리는 특히 혼인 유무나 성적 지향과 같은 이유로 차별의 대상이 될 수 없다.”라는 문언은 기존 정부가 제출한 법률안에는 없었지만 하원 의회에서 토론을 거치며 차별 없는 권리 보장을 분명하게 하기 위해 추가⁶⁾된 부분이다.

이 문장에서 말하는 의학적 생식 보조 시술(Assistance médicale à la procréation)은 구체적으로 시험관 수정, 난자와 정자 그리고 초기 상태의 배아 등의 생식 세포 저장, 인공적 착상 등을 포함하는 생물학적 임상 시술⁷⁾을 일컫는다.

레즈비언 커플과 비혼 독신 여성에게 의학적 생식 보조 시술이 허용됨에 따라 관련 시술에 드는 비용은 규정에 따라 국민 건강 보험(Assurance Maladie)에서 부담하게 되었다.

6) Amendement n°2018 du 5 septembre 2019.

7) 공중보건법 제L2141-1조 (article L2141-1 du Code de la santé publique)

해당 법률이 공포된 것을 두고 에마뉘엘 마크롱 프랑스 대통령은 자신의 임기 내에 달성한 ‘핵심적인 성과’이며 이 법률이 “사회가 더 발전된 평등으로 나아갈 준비가 되었다는 걸 보여준다.”라고 평가 하였다.

이후 행정부의 법률 집행을 위한 후속 단계로 세세한 조치를 담은 2021년 9월 28일 데크레(Décret n°2021-1243)가 제정되었다.

Ⅱ. 2021년 8월 2일 법률에 대한 국사원(Conseil d'État)의 사후적 위헌법률심판 제청

2021년 8월 2일 법률의 공포 후, 생물학적으로 여성으로 태어났으나 남성으로 성별 변경⁸⁾ 신청을 하여 호적상 남성으로 성별이 변경된 개인이 의학적 생식 보조 시술 대상에서 배제된 사건이 발생하였다.

이 사건을 계기로 2022년 2월 18일, 성과 생식에 관한 문제에 대한 정보와 행동을 위한 모임(‘Group d’information et d’action sur les questions procréations et sexuelles’ 이하 ‘GIAPS’)이라는 시민단체에서 새롭게 개정된 의학적 생식 보조 시술에 관한 법률의 시행에 필요한 자세한 조치를 담은 2021년 9월 28일 데크레의 취소를 주장하며 해당 데크레를 관장하는 법률인 공중보건법 제L.2141-2조와 2021년 8월 2일 법률 제1조의 “모든 여성과 남성 혹은 두 여성으로 이루어진 커플 그리고 비혼 독신 여성은 의학적 생식 보조 시술을 받을 권리가 있다.”라는 문언이 위헌이라며 헌법재판소에 사후적 위헌법률심판을 제청해달라는 청구가 국사원에 접수되었다.

시민단체 GIAPS는 해당 문구가 여성과 남성 간 평등이라는 헌법적 가치를 훼손했다며 위헌임을 주장했다. 이에 대해 Antoine Paveau 정부 대변인은 법률에서 “여성 과 남성으로 나누는 이분법적 방식이 법 규범과 사회적 시스템을 위해 필수적”이라고 대응했다.

이 청구에 대해 국사원은 2022년 5월 12일, 헌법재판소에 사후적 위헌법률심판을

8) 프랑스 민법 제61-5조는 특정 조건을 충족할 경우 호적상에 명시된 성별을 ‘수정(modification)’할 수 있다고 명시하고 있다. 우리말 뜻의 잘못된 점을 바르게 고친다는 ‘정정’에 가까운 단어는 ‘rectification’으로 이는 호적상의 단순히 잘못 표기된 점을 고치는 절차를 뜻한다. 트랜스젠더가 자신의 호적상 성별을 바꾸는 절차를 rectification이 아닌 modification이라는 단어로 쓰는 프랑스 법 상 의미 차이를 강조하고자 이 글에서는 성별 ‘정정’이 아닌 성별 ‘변경’이라는 명칭을 쓰도록 하겠다.

제청하기 위해서 충족해야 하는 세 가지 조건에 해당 청구가 부합하는지에 대한 결정을 내렸다. 첫 번째로 위헌성이 제기된 법률이 진행되고 있는 재판의 대상이 되는가에 대한 조건을 충족하고, 두 번째로 헌법재판소에서 과거에 이미 헌법에 합치된다고 결정한 적이 없어야 한다는 조건 역시 충족하며, 해당 문제가 새로운 것이거나 진지한 사안을 포함하고 있어야 한다는 조건 역시 충족한다고 판단하여 결론적으로 헌법재판소에 사후적 위헌법률심판을 제청할 만한 가치가 있다고 결정하고, 2022년 5월 16일 헌법재판소에 사후적 위헌법률심판을 제청하였다.

Ⅲ. 헌법재판소의 결정

이번 사건에서 논쟁의 대상이 된 점은 법률의 적용을 받는 개인이 호적 성별 변경을 거쳐 호적상 남성으로 인정되지만 신체적으로는 수술이나 약물적 처방을 받지 않아 생물학적으로 여전히 임신을 유지하고 출산을 할 수 있는 여성이라는 점이다(프랑스에서 트랜스젠더로서 호적상 성별 변경을 신청하기 위한 조건⁹⁾으로 외부 성기 성형이나 생식 능력의 비가역적 제거는 필수 요건이 아니다).

국회에서 해당 법률에 대한 논의가 진행 중이던 당시 호적상 성별 변경 요건에 비추어 생물학적으로 여성이지만 호적상으로 남성인 트랜스젠더가 의학적 생식 보조 기술의 대상이 되는 것에 대한 토론¹⁰⁾이 있었다. Agnès Buzyn 보건부 장관은 호적상으로는 남성이지만 실제로는 어머니라는 것이 혼란을 야기할 수 있기 때문에 호적상의 정체성만이 반영되어야 한다며 국회에서 의견을 밝혔고, Adrien Taquet 가족과 자녀담당 국무장관 (Secrétaire d'Etat chargé de l'enfance et des familles) 역시 호적상 성별을 남성으로 변경한 사람은 아무리 생물학적으로 여전히 여성이라고 하더라도 남성으로 봐야 한다며 같은 취지의 발언으로서 정부의 입장을 밝혔다.

9) 과거 호적상 성별 변경 요청이 받아들여지기 위한 조건으로 파기원은 외부적 요인의 비가역적 전환을 요구했으나 2017년 4월 6일, 유럽인권재판소(Cour européenne des droits de l'Homme)는 외부적 요인의 비가역적 전환이라는 조건이 상당히 높은 수준의 불임을 유발하는 수술이나 처방을 의미하고, 신체를 훼손하지 않고서는 사생활을 존중받을 권리를 온전하게 누리기 어렵다는 점에서 유럽인권협약 제8조를 위반한다고 밝혔다(Garçon et Nicot c/France, n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13). 이후, 트랜스젠더로서 호적상의 성별 변경을 위해서는 자신의 이웃, 친구, 직장 등 주변 사회에서 본인이 원하는 성별로 인식한다는 증거를 제출하면 된다.

10) séance du 26 septembre 2019 sur l'amendement n°2257; séance du mardi 28 juillet 2020.

이에 대해 위헌법률심판을 청구한 시민단체 GIAPS는 해당 법률이 의학적 생식 보조 시술 대상에서 두 남성으로 이루어진 커플과 독신 비혼 남성 그리고 결과적으로 호적상 성별 변경을 하여 남성이 되었지만 여전히 생물학적인 여성으로서 임신을 유지할 수 있고 출산을 할 수 있는 개인을 배제하는 것은 부당한 차별이라고 주장했다. 이는 법 앞에서 여성과 남성 모두가 평등하다는 원칙을 위배하였을 뿐만 아니라 특히 생물학적 여성이지만 호적상 남성인 개인을 생물학적 여성이며 호적상으로도 여성인 집단과 비교해 차별함으로써 같은 상황을 달리 취급한 것이라며 헌법에서 보장하는 평등권의 위반이라고 변론했다.

그리고 남성을 배제하는 해당 법률로 인해 의학적 생식 보조 시술을 받기 위해 호적상 남성으로의 성별 변경을 포기하게 되는 것은 트랜스젠더 남성에게서 개인의 자유와 정상적인 가족생활을 영위할 권리를 빼앗는 행위라고 덧붙였다.

이번 사후적 위헌법률심판의 대상이 된 법률조항의 “모든 여성과 남성 혹은 두 여성으로 이루어진 커플 그리고 비혼 독신 여성은 의학적 생식 보조 시술을 받을 수 있다.”라는 문언에 대해 헌법재판소는 먼저 입법자와 헌법재판소 간의 권한의 차이를 밝히는 것으로 결정의 서두를 열었다.

헌법재판소는 헌법이 보호하는 가치를 지키고 규정된 영역 내에서 입법자가 적절하다고 판단하는 부분에 대해 새로운 규정을 도입하거나 과거 존재하던 규정을 수정, 폐지하는 것은 헌법이 정한 입법자의 권한¹¹⁾이라고 언급하며, 헌법재판소는 입법자의 판단이 적절한지에 대해 평가하는 권한을 가지는 게 아닌, 단지 헌법에 합치되는지 여부에 대하여 결정하는 권한만을 가진다고 밝혔다.

이를 근거로 헌법재판소는 시민단체 GIAPS가 제기한 해당 법률의 문언이 여성과 남성 간의 평등에 위배된다는 주장에 대해서, 입법자는 공익을 위하여 평등에 반하는 조치를 취할 수 있고 다른 상황에 다른 조치를 취하는 것은 헌법에서 규정하는 평등에 위배되지 않는다고 이관점에서 호적상 명시된 성별로 여성과 남성을 구분하고 성별에 따라 달리 취급하는 것은 의학적 생식 보조 시술에 대해 여성과 남성이 서로 다른 상황에 있으므로 허용되는 것으로 해석했다.

그리고 해당 법률이 입법자에 의해 제정될 당시 입법자가 여성들의 혼인 유무나 성적 지향에 관계없이 모든 여성에 해당 법률이 적용되어야 한다고 밝힌 관련 기록

11) 1958년 헌법 제34조

입법자는 법인격의 상태와 능력, 혼인, 상속과 무상공여에 관한 법을 규정할 수 있다.

을 근거로 미루어 보아, 법률을 제정한 입법자가 생물학적 여성이지만 호적 성별 변경을 통해 남성으로 인정된 트랜스젠더를 해당 법률의 적용 대상에 포함시키지 않았다고 해석하는 것이 적절하다고 판단했다.

‘여성과 남성을 구분하는데 있어서 호적상의 성별이 기준이 되는 것이 과연 적절한가?’라는 물음에는 입법자가 성별을 구분하는데 있어 호적상의 성별을 기준으로 정한 것에 헌법재판소가 적절성을 평가하여 다른 기준을 제시하는 것은 헌법재판소의 권한 밖의 영역이라고 결정했다.

결론적으로 헌법재판소는 모든 근거에 비추어 볼 때 해당 법률이 남성을 배제하고 여성에 한하여 의학적 생식 보조 기술을 허용하는 것은 헌법에 합치된다고 결정했다.

IV. 나가며

헌법재판소는 해당 법률이 헌법에 합치된다고 판단했지만 이 결정으로 생물학적 여성으로서 생식 능력을 가지고 있는 트랜스젠더 남성이 의학적 생식 보조 기술을 받는 문제에 대해 중지부를 찍었다고 보기에는 어려운 점이 있다.

프랑스는 유럽 연합에 속해 있고 나아가 유럽인권재판소의 관할 아래에 있기 때문에 이번 프랑스 헌법재판소의 결정이 끝이 아니라 유럽인권재판소에서 이 문제를 다룰 가능성이 아직은 남아있기 때문이다. 청구가 있다면 유럽인권재판소에서 프랑스 해당 법률의 유럽인권협약 위반 여부에 대한 심사가 가능하고 만약 유럽인권재판소에서 해당 법률이 유럽인권협약 제8조 ‘사생활을 존중받을 권리’에 반한다고 결정할 경우 프랑스는 유럽인권재판소의 결정을 따라야 할 정치적 압박을 받게 될 것이다. 게다가 다른 유럽 연합 회원국을 보자면 스페인의 경우 의학적 생식 보조 기술의 영역에 있어 훨씬 열린 태도를 보이고 있는 편이다.

이에 대해 2021년 8월 2일 법률의 입법 과정에 참여했던 Jean-Louis Touraine 의원은 해당 법률의 적용 대상에 포함되지 않는 사람들 역시 “같은 권리를 갖고 싶어 하는 것은 당연하지만 그것을 위해서는 사회 구성원들을 설득시키는 일이 남아있다.”라고 밝혔다.¹²⁾

12) https://www.liberation.fr/societe/sexualite-et-genres/inclusion-des-hommes-trans-dans-la-pma-pour-toutes-le-conseil-constitutionnel-doit-trancher-20220708_Z3VN6HVLPPZGRPB7XPJBOYGRZE4/

생물학적인 성을 바탕으로 하는 이분법적인 구조에 근거한 사법시스템이 최근 들어 서구권을 중심으로 거세진 젠더 다양성의 요구 앞에 나아갈 길을 고민하고 있다. 주어진 생물학적 성이 아닌 스스로가 원하는 성으로 인식되길 원하는 사회구성원의 요구에 발맞추어 호적상 성별 변경을 허용하고 이를 위한 조건 역시 스스로의 의지를 중요시 하는 방향으로 개정하는 국가가 늘고 있다.

하지만 이제는 성별 변경을 넘어서 ‘법 규범을 적용하는 데에 호적상의 성별만이 인정되어야 하는가’라는 새로운 문제가 제기되었다. 헌법재판소는 이에 대해 권한 밖의 영역이라며 말을 아꼈지만 이는 곧 사회적 합의가 필요한 사안이며 이 문제에 대한 첫 걸음은 헌법재판소가 아닌 입법부가 나서야 한다는 함의를 보여주는 결정이기도 하다. 사회구성원들의 요구를 존중하면서 동시에 법적 규범과 법질서의 안정성이라는 두 마리 토끼를 잡을 방법은 무엇일지 심도 깊은 고민이 필요할 것이다.

세계헌법재판 조사연구보고서

(2022 제6호)

2022년 10월 17일 인쇄

2022년 10월 20일 발행

발행 : 헌법재판소
헌법재판연구원

인쇄 : 성문인쇄사
02) 2272-7553

<비매품>