범행시와 형의 선고시 사이에 형벌규정이 바뀐 경우 더 약한 처벌을 받을 권리에 대한 해석[1)]

1. 사건개요

캐나다 권리자유헌장(이하 '헌장') 제11조 제i호[2)]는 피고인이 "해당 범죄에 대해 유죄 판결을 받았으며, 범행시와 형의 선고시 사이에 해당 범죄에 대한 처벌이 바뀐 경우, 더 약한 처벌을 받을 권리가 있다."고 규정하고 있다.[3)]

피고인 Rosaire Poulin은 1979년~1987년 사이에 중한 외설행위(gross indecency)[4)]를, 1983년~1987년 사이에는 성폭행 범죄를 저질렀는데 피해자는 피고인의 어린 친척으로 당시 7세~15세, 피고인 Poulin은 44세~51세였다.[5)] 30여년이 흐른 2016년, 피고인은 2건의 중한 외설행위와 1건의 성폭행으로 유죄판결을 받았고(conviction), 2017년에 형이 선고되었다(sentencing). 형이 선고될 당시 피고인은 82세였으며 다수의 심각한 건강문제를 갖고 있었다. 피고인은 3년 반의 징역형이 적정하다는데 동의하였지만, 자신의 건강문제 때문에 예외적으로 '조건부형'(conditional sentence)[6)] - 즉, 교도소 밖에서 2년 미만의 기간으로 복역하는 것 - 을 받아야 한다고 주장하였다.

중한 외설행위 규정은 1988년 형법에서 폐지되었고, 그에 상응하는 오늘날

---

1) R. v. Poulin, 2019 SCC 47 (2019. 10. 11. 결정).

2) **캐나다 권리자유헌장 제11조**
범죄로 기소된 자는 누구나(...)
(i) 해당 범죄에 대해 유죄 판결을 받았으며, 범행시와 형의 선고시 사이에 해당 범죄에 대한 처벌이 바뀐 경우, 그중 더 약한 처벌을 받을 권리가 있다. (Any person charged with an offence has the right, if found guilty of the offence and if the punishment for the offence has been varied between the time of commission and the time of sentencing, to the benefit of the lesser punishment.)

3) 우리나라는 헌법이 아닌 형법 제1조 제2항에서 "범죄후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하거나 형이 구법보다 경한 때에는 신법에 의한다."라고 경한 법 우선의 원칙을 규정하고 있다.

4) 캐나다의 경우 영국을 따라 1892년 최초의 형법 제정시에 중한 외설행위 범죄 규정을 포함시켰는데 이는 남성간 동성애를 처벌하기 위한 것이었다(여성 동성애는 처벌의 대상이 아니었다). 20세기 중반, 이 규정은 남성간 성적 행위뿐 아니라 포괄적인 중한 외설행위를 규제하는 법으로 개정되었다. 중한 외설행위가 되기 위해서 반드시 피의자와 피해자 사이에 신체적 접촉이 있어야 하는 것은 아니었다. 1969년, 이 규정은 부부나 서로 동의한 21세 이상의 성인 두 명에 의해 사적인 공간에서 이루어진 경우에는 처벌하지 않는 것으로 개정되었으며, 1988년에는 이 규정이 폐지되었다.

5) 피고인은 피해자 남성의 어린 시절에 그의 성기를 만지는 것으로 시작하여, 청소년기에는 성폭행을 하기에 이르렀다.

6) 조건부형은 교도소 밖에서 교도소처럼 엄격한 조건을 이행하면서 수감생활을 하는 것. 사회시설이나 가택연금을 하는 경우가 있다.

의 성범죄 규정들로 대체되었다. 피고인의 범행 당시 조건부형은 존재하지 않았다. 조건부형은 1996년에 형벌의 한 형태로 도입되어 시행되었으나 2012년에 개정되어 성범죄에는 적용되지 않게 되었다. 즉, 피고인이 범행을 저질렀던 기간(1979~1987년)에는 조건부형이 없었고, 기소되어 유죄판결을 받고 형을 선고받은 기간(2014~2017년)에는 이 사건 성범죄와 같은 범죄에는 조건부형이 더 이상 적용되지 않았다.

판사는 헌장 제11조 제i호에 따라 피고인 Poulin이 범행시와 형의 선고시 사이의 기간 동안 그의 범죄에 적용가능했던 형벌들 중 가장 경한 형벌을 받을 권리가 있다고 생각하였다. 판사는 피고인 Poulin의 주장을 받아들여, 2건의 중한 외설행위 건에 대해서 2년에서 하루 적은 기간의 조건부형을 내렸고 이 형이 이 사건에서 문제가 된 부분이다.[7]

검찰(Crown counsel)은 헌장 제11조 제i호를 범행시의 형벌 또는 형의 선고시의 형벌 중 양자택일해야 하는 것으로 해석하여 조건부형은 불가능하다고 주장하며 항소하였다. 항소법원은 검찰 측 해석을 받아들이지 않고 해당 기간 전체 중 가장 낮은 형으로 해석하여 피고인이 조건부형을 받을 권리가 있다고 판결하였다.

이 사건은 대법원에 올라왔고, 2019년 2월 22일, 이 상고심의 변론일 직전 피고인 Poulin은 사망하였다. 그의 사망으로 이 사건은 소의 이익이 없게 되었지만 상고심은 계속 진행되었고, 헌장 제11조 제i호상의 권리는 양자택일적 권리로 해석되어야 한다고 판결하였다. 그 이유는 아래와 같다.

2. 판결요지

대법관 Martin의 법정의견(4인 의견)[8]

7) 성폭행 범죄에 대한 형량 - 집행유예와 부수적 명령 - 은 이 사건의 쟁점이 아니었다.
8) Wagner 대법원장과 Moldaver, Côté, Martin 대법관의 의견. 이 사건에는 7명의 대법관이 참여하였으며, 따라서 4인으로 과반수가 되어 법정의견이 되었다.

(1) 서론

헌장 제11조 제i호의 성격과 목적에 비추어 볼 때, 더 경한지 여부를 결정함에 있어 비교대상으로 고려되어야 할 형벌은 어떠한 것들인가? 헌장 제11조 제i호는 피고인에게 다음 중 어떠한 권리를 부여하고 있는가?

- 양자택일적(binary) 권리 : 범행시와 형의 선고시라는 두 개의 정해진 시점에 시행되었던 형벌을 비교하여 둘 중 더 경한 형벌을 받을 권리

- 포괄적(global) 권리 : 범행시와 형의 선고시 사이에 존재했던 해당 범죄에 대한 모든 형벌을 검토하여 그 기간을 통틀어 가장 경한 형벌을 받을 권리

이 상고심에서는 두 가지 쟁점이 제기되었다.

1) 대법원은 소의 이익이 없게 된 이 사건을 판결할 재량권을 행사해야 하는가? (본안 전 판단)

2) 헌장 제11조 제i호의 권리는 양자택일적 권리인가 포괄적 권리인가? (본안 판단)

(2) 이 사건에서 대법원은 소의 이익이 없음에도 판결해야 하는가? (본안 전 판단)

이 사건은 대법원이 소의 이익이 없는 형사 상고 사건을 판결하기 위해 재량권을 행사해야 하는 드물고 예외적인 사건이다. 대법원은 R. v. Smith, 2004 SCC 14, [2004] 1 S.C.R. 385 사건에서 피고인이 사망한 경우에도 재판이 가능한 예외적인 상황인지를 결정하는 다섯 가지 요소를 정리하였다.

1) 상고심이 적절한 대립적 맥락에서 진행될 것인가?

2) 상고의 근거가 중대한가?

3) 개인인 상고인 또는 피상고인의 사망을 초월하는 특별한 상황이 있는가? 예를 들어 다음의 사항이 포함된 경우.

a) 일반적 공공의 중요성을 가진 법적 쟁점, 특히 다른 경우에는 일반적으로 상고심 심사가 회피되는 경우

b) 사법행정과 관련된 제도적 쟁점

c) 사망자의 가족이나 기타 이해관계인들이나 대중에 대한 부수적 결과

4) 소의 이익이 없는 사건을 해결하느라 한정적 사법자원을 사용하는데 드는 비용이 정당화될 수 있는가?

5) 상고심의 계속이 구체적인 분쟁을 해결하는 사법적 기능을 넘어, 입법부에게 맡기는 것이 더 적절한 영역에 대법원을 연루시키는 것이 되는가?

이에 대해 살펴보면, 첫째, 이 상고심은 당사자 간의 적절한 대립적 맥락에서 진행될 수 있었다. 피고인 Poulin의 사망에도 불구하고 그의 변호인은 피고인의 입장을 강화하는 상세한 사실진술서를 제출하고 이 상고심의 변론에서도 피고인을 변호하였다. 형사변호인협회 등의 소송참가인들도 피고인과 마찬가지의 관점을 제공하였다.

둘째, 이 상고심은 아직 법학계에서 종합적으로 다루어진 바 없는 중요한 헌법적 문제를 제기하고 있다. 검찰은 헌장 제11조 제i호의 양자택일적/보편적 문제에 관한 판결들은 일관적이었지만 그 권리의 근원적인 목적에 대해서는 밝혀내기는커녕 논의도 제대로 되지 않았다고 지적하였다.

셋째, 헌장 제11조 제i호의 적절한 해석은 피고인의 사망을 초월하여 일반적 공공의 중요성을 가진 법적 쟁점이다. 이 상고심의 문제는 사실관계에 국한되지 않는다. 오히려 헌장 조항의 적절한 해석은 사법행정과 관련된 제도적 쟁점과 관련되어 있다. 헌장 제11조 제i호는 모든 양형 과정에 적용되기 때문이다. 그리고 이 조항에 대한 적절한 해석은 유죄판결을 받은 범죄자들과 그 가족들뿐만 아니라 이들의 형량에 이해관계를 갖는 모든 사람들, 즉 피해자와 그들이 아끼는 사람들을 넘어 사회 전체에도 관련되어 있다.

넷째, 헌장 제11조 제i호의 적절한 해석에 대한 판결의 가치는 한정된 사법자원에 대한 우려보다 더 크다. 대법원으로서는 국가적으로 중요한 이 문제

를 현재 결정하는 것이 장래의 소송으로 미루어 다시 대법원에 올라올 때까지 (분명히 대법원까지 올라올 것이다) 하급법원이 이 문제로 토론하는데 더 많은 사법자원을 사용하게 하는 것보다 효율적이고 공정할 것이다.

다섯 째, 헌장상의 권리의 범위를 정의하는 것은 국회가 아닌 법원의 일이다. 그러므로 대법원이 대법원에 제출된 문제에 답변하는 것이 입법부의 역할을 침범하는 것은 아니라고 할 것이다.

이러한 다섯 가지 요소들에 근거하여, 이 상고심에 가장 직접적으로 영향을 받는 당사자 개인의 죽음에도 불구하고, 이 지속적인 논쟁에 대한 해결이 필요하다고 판단된다. 따라서 재판속행신청을 승인한다.

(3) 헌장 제11조 제i호의 권리는 양자택일적 권리인가 포괄적 권리인가? (본안 판단)

1) 목적론적 해석

헌장 제11조 제i호의 목적론적 해석에 따르면 범죄자에게는 범행시와 형의 선고시 사이의 기간 동안 발생했던 일시적인 감형의 혜택을 받아야 할 권리가 없다. 헌장 제11조 제i호는 양자택일적 권리를 줄 뿐이지 포괄적 권리를 주는 것이 아니다. 헌장 제11조 제i호의 법문과 연원을 고려해보면 이 규정의 목적이 법치주의와 공정성이라는 것을 확인할 수 있고, 양자택일적 권리를 주고자 의도하였음을 알 수 있다.

헌장상의 권리는 목적론적으로, 즉 목적에 의해 정당화되는 방식으로 해석되어야 한다. 헌장상의 권리는 폭넓고 자유로운 방식으로 해석되어야 하지만 궁극적으로는 그 목적에 묶여있다. 헌장 제11조 제i호를 포괄적으로 해석한 대법원의 지난 선례들은 목적보다 관대함을 우선시하는 오류에 빠졌다. 헌장 제11조 제i호의 근본적인 원칙이나 목적을 찾는 대신, 단순히 헌장 제11조 제i호가 피고인에게 가장 관대한 해석을 주어야 한다고 결정한 것이다. 그러나 법규정이 둘 이상의 의미를 갖고 있을 때 피고인에게 유리한 방식으로

해석해야 한다는 원칙은 헌장 해석의 원칙이 아니다. 그것은 형사법 해석의 원칙일 뿐이다. 범행시와 형의 선고시 사이의 기간 동안 적용될 수 있었던 모든 형벌들 중 피고인에게 가장 유리한 형벌을 부과하도록 하는 것은 헌장상의 권리와는 동떨어진 과도하게 관대한 해석을 반영하고 있다.

헌장 제11조 제i호가 양자택일적 권리를 주는지 포괄적 권리를 주는지 결정하기 위해서는 이 조항의 목적에 대한 이해에서부터 접근해야 할 것이다.

① 헌장 제11조 제i호의 목적과 효과

헌장 제11조 제i호는 한쪽에는 법치주의를, 다른 한쪽에는 공정성의 원칙을 두고 균형을 이루고 있다. 이 규정은 범죄자가 범행시에 받을 수 있었던 형벌보다 무거운 형벌을 소급적으로 받아서는 안 된다는 보통법(common law) 상의 원칙을 새기고 있다. 보통법에서 피고인은 범행시 - 재판시나 형의 선고시 등 다른 시기가 아니라 - 에 시행중이던 실체법에 따라 재판과 처벌을 받아야 한다는 것이 일반적인 원칙이다.[9] 범행 후 법이 바뀐 경우, 신법은 일반적으로 해당 범죄에 소급적용되지 않는 것으로 추정된다.[10] 이러한 이유로 이 사건에서 피고인이 1987년에 폐지된 중한 외설행위 범죄로 2014년에 기소될 수 있었던 것이다.

이러한 보통법의 근본적인 논거는 법치주의이며, 보다 구체적으로는 죄형법정주의이다. 죄형법정주의는 행위시 법의 상태를 신뢰한 사람이 그 후 다른 법률, 특히 더 엄격한 법률로 판결을 받아서는 안 된다는 것이다. 그러나 헌장 제11조 제i호는 추가적인 보호를 헌법화하였다. 이 조항은 형의 선고시에 범행시보다 더 유리한 형벌이 규정되어 있는 경우, 범죄자는 더 유리한 현행 형벌을 적용받을 권리가 있다고 규정한 것이다. 그 이유는 공정성이다. 만일 범죄자에게, 의회가 더 이상은 적절하지 않다고 명시적으로 인정하여

9) R. v. Kelly, [1992] 2 S.C.R. 170, at p. 203, per McLachlin J.; Johnson, at para. 41; K.R.J., at para. 1; R. v. Hooyer, 2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81, at para. 42.

10) R. v. Dineley, 2012 SCC 58, [2012] 3 S.C.R. 272, at paras. 10, 35 and 45-46; Brosseau v. Alberta Securities Commission, [1989] 1 S.C.R. 301; Tran, at para. 43; R. v. Bengy, 2015 ONCA 397, 325 C.C.C. (3d) 22.

더 이상 적용되지 않는 형벌을 적용받게 한다면, 이는 공정하다고 할 수 없다. 더구나 형벌의 선고는 사회의 집합적 목소리의 표현이다. 형벌의 선고는 동시대의 가치를 반영해야 한다.

② 헌장 제11조 제i호의 법문

헌장상의 권리에 대한 목적론적인 분석을 하는 경우, 그 출발점은 그 규정의 법문이다. 헌장 제11조 제i호는 그 법문상 양자택일적 권리를 주고 있다. '더 약한 처벌'의 '더 약한'(lesser)은 두 가지 선택지 중 더 낮은 것을 나타낸다. 만일 의회가 포괄적 권리를 주고자 하였다면 '가장 덜(least) 엄격한 처벌'이라는 용어를 사용했을 것이다. 프랑스어 버전의 법문[11]으로는 '가장 덜 엄격한 처벌'(la peine la moins sévère)이라는 표현을 사용하고 있지만 이 사건에서는 영어의 표현을 우선해야 한다. 이중언어의 해석에서 권위를 갖는 뜻은 두 언어 사이의 공통된 의미라는 확립된 원칙이 있기 때문이다.[12] 이 경우 '가장 덜 엄격한(즉, 가장 약한, least)'이 '더 약한(lesser)'을 포괄하므로 '더 약한'이 공통된 의미가 된다.

피고인 Poulin은 범행시와 형의 선고시 '사이에'(between)이라는 용어에 대해 이것이 그 사이의 구간에 가능했던 모든 형벌을 포함하는 것이라고 해석하였지만 '사이에'는 양자택일적 해석과 포괄적 해석에 모두 부합한다. 그것이 구간을 의미한다고 해도 형벌이 바뀐 시점은 그 구간 내에 있기 때문에 '사이에'라는 용어는 양자택일적 해석이냐 포괄적 해석이냐를 결정하는데 아무 영향이 없다.

③ 헌장 제11조 제i호의 연원

---

11) **캐나다 권리자유헌장 제11조 (프랑스어)**
Tout inculpé a le droit : (...)
i) de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l'infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence.

12) R. v. Daoust, 2004 SCC 6, [2004] 1 S.C.R. 217, at paras. 26 and 29; Montréal (City) v. Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse), 2008 SCC 48, [2008] 2 S.C.R. 698, at para. 53.

동조항의 연원은 이러한 결론을 확증해준다. 비록 동조항의 연원이 목적의 적절한 범위의 결정적인 요소는 아니지만, 유익한 출발점을 제공해준다. 헌장 제11조 제i호의 역사적 맥락을 검토하건대, 그 법안의 초안 작성이나 제정 당시에 이를 포괄적 권리라고 생각했다고 볼 만한 것은 아무 것도 없었다.

1969년 캐나다 정부에서 발행한 아마도 가장 오래된 서류의 법안초안을 보면 현재의 헌장 제11조 제i호에 해당하는 당시 제11조 제g호에 "유죄 판결을 받은 사람이 범행 당시 적용받을 수 있었던 처벌보다 더 무거운 처벌을 받지 않을 권리"라고 표현되어 있다.[13)]

또한 헌장 제11조 제i호는 두 가지 법조항에서 영감을 받았다고 합리적으로 추정되는데 그 중 하나가 '해석에 관한 법률'(Interpretation Act, S.C. 1967-1968, c. 7) 제37조 제e호[14)]이다. 이 조항은 법률이 폐지되어 다른 법률로 교체되었을 때 신법에 의해 형벌이 감경되는 경우 구법의 폐지 후에 부과된 형벌은 따라서 감경된다고 규정하였다.[15)]

그리고 헌장 제11조 제i호의 제정에 영감을 준 다른 하나는 '유럽인권협약'(European Convention on Human Rights) 제7조 제1항이다. 이 조항은 "... 어느 누구도 범죄가 행하여진 때에 적용될 수 있는 형벌보다 더 중한 형벌을 받지 아니한다."고 규정하고 있다.[16)]

---

13) s.11(g) the right of a person not to be held guilty of an offence on account of any act or omission which at the time of its commission or omission did not constitute an offence, and the right of a person on being found guilty of an offence not to be subjected to a penalty heavier than the one applicable at the time the offence was committed;
Government of Canada, The Right Honourable P. E. Trudeau, The Constitution and the People of Canada: An Approach to the Objectives of Confederation, the Rights of People and the Institutions of Government (1969), at p.54.

14) 현재는 현행 '해석에 관한 법률'(Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21) 제44조 제e호.

15) Interpretation Act, S.C. 1967-1968, c. 7
37. Where an enactment (in this section called the "former enactment") is repealed and another enactment (in this section called the "new enactment") is substituted therefor,
(...)
(e) when any penalty, forfeiture or punishment is reduced or mitigated by the new enactment, the penalty, forfeiture or punishment if imposed or adjudged after the repeal shall be reduced or mitigated accordingly; … .

16) European Convention on Human Rights, 213 U.N.T.S. 221 ("ECHR")
Article 7(1) No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time

1976년 캐나다는 '시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약'(International Covenant on Civil and Political Rights)에 가입하였다. 규약 제15조 제1항은 "... 범죄자는 범죄가 행하여진 후에 보다 가벼운 형을 부과하도록 하는 규정이 법률에 정해진 경우에는 그 혜택을 받는다."고 규정하고 있다.[17]

위에서 살펴보았듯이 해석에 관한 법률, 유럽인권협약, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 모두 포괄적 권리의 근거가 될 수 없다.

④ 헌장 제11조 제i호의 목적과 양자택일적 권리

헌장 제11조 제i호의 양자택일적 해석은 범행을 저질렀을 당시의 법, 또는 형의 선고를 받을 당시의 법 중 더 우호적인 법에 따라 처벌을 받게 되는 것으로, 범죄자에게 불공정하거나 자의적인 해석이 아니다. 오히려 반대로, 이 두 가지 법이야말로 범죄자와 그에게 제기된 소송에 연결되어 있는 법률이다. 전자는 범죄자가 범행시 감수하였던 형벌을 규정하고 있고, 후자는 형이 부과되는 그 때에 해당 범죄의 심각성 및 범죄자의 책임에 대한 사회의 태도를 반영한 형벌을 그리고 있기 때문이다. 반대로, 범죄자의 범행에 또는 그 범행에 대한 형의 선고 당시의 사회의 관점과는 아무런 관련도 없는 형벌을 범죄자가 받을 수 있다면, 그러한 혜택의 수여에는 아무런 원칙적 근거도 없다.

또한 공정성의 측면에서 살펴보아도 헌장 제11조 제i호에 대해서는 포괄적 접근법을 취할 수 없다. 헌장 제11조 제i호에 대한 포괄적 접근법에 따르면 범행 후 오랫동안 기소되지 않았거나 형을 선고받지 못한 사람들에게 가장 큰 혜택을 주게 된다. 이러한 혜택은 비례적이지 못하다. 이 사건 피고인 Poulin의 범행과 같은 성범죄는 오랫동안 신고 되지 않는 경우가 많다. 성적 트라우마의 생존자들은 일반적으로 당혹감, 두려움, 죄책감, 또는 이해나 지

---

the criminal offence was committed.

17) International Covenant on Civil and Political Rights, Can. T.S. 1976 No. 47 ("ICCPR")
Article 15(1) 1. No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time when the criminal offence was committed. If, subsequent to the commission of the offence, provision is made by law for the imposition of the lighter penalty, the offender shall benefit thereby.

식의 부족으로 인해 자신이 당한 범죄를 숨기며 지체한다. 피해자는 이를 극복하고 범행을 신고하기까지 상당히 오랜 시간이 걸릴 정도로 트라우마를 입는다. 헌장 제11조 제i호 하에서 범죄자는 더 이상의 이익을 받아서는 안 된다.

추가적으로, 헌장 제11조 제i호를 포괄적 권리로 해석하는 것은 적어도 두 가지 부당한 결과를 가져온다. 첫째, 포괄적인 권리로 해석하면 의회가 폐지하거나 개정하여 명시적으로 거부한 형벌을 부활시키는 효과가 생긴다. 그러한 결과는 죄형법정주의에 의해서도 정당화되지 않는다. 둘째, 보다 현실적인 차원에서, 변호인들과 법원이 범행시로부터 적용가능했던 모든 형벌규정을 찾아서 비교 검토하는 것이 헌장 제11조 제i호의 비전이라고 받아들이기 어렵다. 범죄자가 입법변화에 따른 모든 형벌에 대한 접근권을 갖지 못한다고 그가 부당함을 겪는 것은 아니다. 이 사건 피고인은 자신의 행위, 사건, 형의 선고와 관련이 없는 형벌을 받아 혜택을 얻으려는 것이다.

이러한 이유로 나는 헌장 제11조 제i호의 원칙적인 해석은 양자택일적인 것이라고 결론내린다.

2) 이 사건에의 적용

조건부형은 피고인의 범행시(1979~1983년)에나 형의 선고시(2017년 5월)에나 모두 적용가능한 처벌이 아니었다는 점에 양 당사자 측이 모두 동의하였던 것을 고려하면, 피고인 Poulin은 헌장 제11조 제i호 하에서 조건부형의 적용을 요구할 권리가 없다. 따라서 하급심이 조건부형을 부과한 것은 잘못된 것이다.

법원은 범행시와 형의 선고시 중 더 경한 처벌에 따라 형을 부과하여야 한다. 이 점과 관련하여, 피고인이 중한 외설행위 범죄를 저질렀던 당시의 형벌규정은 조건부형이 달성하고자 했던 것과 같은 목적을 달성하는 형벌을 부과할 수 있는 재량권을 주었다. 피고인의 범행 당시에 중한 외설행위에 대한 형량은 최대 5년의 징역형이었다.[18]

현재 피고인이 사망한 점을 고려하건대, 피고인에게 새로운 형을 부과하는 것은 불필요하다.

(4) 결론

범죄자에게는 범행시와 형의 선고시 사이의 기간 동안 발생했던 일시적인 감형의 혜택에 대한 권리가 없다. 1심법원과 항소법원 모두 그러한 기간에 시행되었고 피고인이 신뢰한 적도 없는 법률에 따라 형벌을 부과하는 오류를 범하였다. 헌장 제11조 제i호는 피고인에게 범행시 법률에 규정된 형벌과 형의 선고시 법률에 규정된 형벌 중 양자택일적인 권리를 주는 것으로 해석되어야 한다. 그러나 피고인의 사망하였으므로 양형을 위해 하급법원으로 사건을 환송하거나 새로운 형을 선고하지는 않을 것이다.

대법관 Karakatsanis의 반대의견(3인 의견)[19]

(1) 소의 이익이 없음 (본안 전 판단)

이 상고심의 재판속행신청은 기각되어야 한다. 이 사건은 재판의 속행이 사법적 이익에 맞지 않는 수많은 사건들 중 하나일 뿐이다.

첫째, 이 상고심은 당사자 간의 진정한 대립적 맥락이 존재한다고 보기 어렵다. 제1심의 양형단계에서 판사가 헌장 제11조 제i호의 적용에 관한 문제를 제기하기는 하였지만 이 조항의 시간적 측면은 변론에서 다투어진 적이 없었다. 항소법원도 판결문 말미에 이 조항의 해석 문제에 관해 언급하기는 하였지만 이 문제를 자세히 논의한 것은 아니었다. 이는 놀라운 일이 아닌 것이, 1989년 이후 헌장 제11조 제i호에 관해 단 하나의 해석 - 포괄적 권리설 - 만을 적용한 결정이 약 15건 정도 되기 때문이다. 하급법원은 다수의견

18) Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 157.
19) Abella, Karakatsanis, Brown 대법관의 의견.

도 아닌 일련의 전원일치 판결의 의견을 따랐을 뿐이다. 지금까지의 이러한 법리의 견고한 논증은 검찰측의 상고이유를 약화시킨다.

둘째, 헌장 규정의 해석에 관한 문제는 항상 큰 중요성을 갖는다는 것은 사실이지만, 이 사건에서 피고인의 죽음을 초월하는 특별한 상황이 있다고 볼 수는 없다. 이 문제에 대한 30년간의 일관된 판례법을 고려하건대, 일련의 판례군들이 갈등을 일으키고 있는 상황도 아니고, 일반적으로 법원의 심사가 회피되거나 판례법에 불확실성이 있는 사건도 아니었다.

마지막으로, 사망한 피고인의 가족들의 반대에도 불구하고 피고인에 대한 이 상고심을 계속하는 것은 분명히 불공정하다.

이 상고심은 심리되어서는 안 되었다.

(2) 헌장 제11조 제i호의 해석 (본안 판단)

이 상고심은 본안판단의 측면에서도 기각되어야 한다.

피고인은 헌장 제11조 제i호의 법문이 매우 분명하다고 주장하였다. 범행시와 형의 선고시 사이의 전체 기간 동안 중 가장 약한 형으로 처벌받을 수 있다는 것이다. 헌장 제11조 제i호의 법문은 그 기간 동안 변화한 형벌의 수에 제한을 두고 있지 않다. 만일 동조항이 양자택일적 권리를 규정한 것이었다면 '사이에'(between)라는 용어 대신 '또는'(or)라는 용어를 사용할 수 있었음에도 그러지 않았다.

그리고 '더 약한 처벌'의 '더 약한'(lesser)이 '양자택일'을 뜻하는 것은 아니다. '더 약한'의 의미는 '다른 것 또는 나머지만큼 대단하거나 많지 않은'(not so great or much as the other or the rest)을 뜻한다.[20] 이렇듯 비양자택일적 해석은 프랑스어 버전의 법문에도 부합된다.[21] '가장 덜 엄격한 처벌'(la peine la moins sévère)의 la moins(가장 덜)은 peu(약간, 조금)의 최상급이다.

---

20) Canadian Oxford Dictionary (2nd ed. 2004).
21) 캐나다의 공용어는 영어와 프랑스어이다.

30년간 캐나다 법원들은 헌장 제11조 제i호를 해석함에 있어 일관되게 범행시와 형의 선고시 사이에 적용되었던 형벌들 중 형량이 낮은 형벌을 받을 권리를 보장한다고 해석해왔다. 검찰이 제시한 것과 같은 기술적인 해석은 헌장상의 권리를 해석함에 있어서는 관대하고 목적론적인 접근이 필요하다는 대법원의 결론에 반대되는 것이다. 하급법원들이 채택하였던 해석은 대법원이 확인한 헌장 제11조 제i호의 두 가지 목적 - 법치주의와 형사소송에서의 공정성 보장 - 을 반영한다.

상고인이 제시한 해석은 이러한 목적을 형사사건의 두 단계에만 한정하여 적용시킨다. 형의 선고를 받기 전에도 범죄수사와 기소 과정에는 당시에 적용가능한 형벌을 고려하여 선택하도록 요구되는 다양한 시점들이 있다. 그러한 선택들 중 일부는 수사에 협조할지, 묵비권을 행사할지, 유죄를 인정할지[22] 등에 관한 결정이 포함된다. 헌장 제11조 제i호의 보호는 피고인이 기존의 법을 신뢰하였다는 증거 여부에 따라 달라지는 것이 아니며, 바로 이 가능성에 근거하고 있는 것이다.

법원들이 채택하였던 헌장 제11조 제i호의 해석이 적용가능한 형벌의 분석을 더 복잡하게 만들 것이라는 가능성도 그리 중요한 문제는 아니다. 대부분의 사건에서 범행시와 형의 선고시의 사이는 이 사건의 성범죄와 같이 멀리 떨어져있지 않다. 따라서 그 기간 동안 형벌이 여러 번 바뀔 가능성도 낮다. 실제로 이와 같은 어려움이 있다는 증거도 없는 상황에서 피고인에게 보다 실질적인 보호를 제공하는 해석을 배제시키는 것은 경솔한 일이라고 생각한다. 특히 그 법조항의 실제 문언을 생각하면 더욱 그러하다.

마지막으로, 헌장 제11조 제i호에 세 번째 목적 - 부과된 형벌이 형의 선고시에 그 범죄와 연관된 사회적 낙인에 상응해야 한다는 목적 - 이 있다는 주장은 형벌의 적용가능성과 형벌의 공정성·적절성을 혼돈하고 있는 것으로 보인다. '어떤 형벌이 적용가능하다'는 것이 '해당 사건에 있어 그 형벌이 공정하고 적절하다'는 것을 뜻하는 것은 결코 아니다. 심각한 성적 학대가 어

22) 캐나다에서는 플리바게닝(유죄를 인정하는 대신 형량을 경감하거나 조정하는 제도)이 인정된다.

린 친척에게 범해진 여러 차례의 사건이 관련된 사안에서, 조건부형은 공정하고 적절한 형벌이 아니었을 것이다. 그러나 이는 이 사건에서 대법원이 판단해야 할 문제가 아니다.