정신장애인에 차별적인 성범죄자 등록법의 위헌성 및 위헌적 법률에 대한 무효선언의 유예[1)]

1. 사건개요

온타리오 주의 성범죄자 등록법인 크리스토퍼법(Christopher's Law)[2)]은 성범죄로 유죄판결을 받았거나, 성범죄를 저질렀으나 '정신장애로 인한 형사책임 면제'(not criminally responsible on account of mental disorder, 'NCRMD') 판결을 받은 사람에게 자신의 개인정보를 경찰서에 보고하도록 하고, 이를 통해 이들의 개인정보를 주 성범죄자 등록부에 등록하도록 하고 있다. 성범죄 등록자들은 적어도 일 년에 한 번, 그리고 특정 정보가 변경될 때마다 직접 보고를 해야 한다. 그들이 저지른 성범죄의 최고형이 10년 이하인 경우에는 10년 동안, 10년을 초과하거나 성범죄의 재범일 경우에는 평생 이 규정에 따라 보고의무를 지며, 이에 따라 주 성범죄자 등록부에 등록·관리된다. 다만 성범죄로 유죄판결을 받은 사람들의 경우, 개별화된 평가에 기초하여 이 등록부에서 삭제 또는 면제되거나 보고의무에서 벗어날 기회가 마련되어 있었다. 이와 대조적으로 '정신장애로 인한 형사책임 면제' 판결을 받은 사람들의 경우에는 이러한 기회가 전혀 제공되지 않았다

이 사건 피상고인 G는 2001년 9월, 처음이자 유일한 조증 시기를 겪었고, 한 달 후 당시 아내에 대한 두 건의 성범죄(한 건의 불법감금과 한 건의 성추행)로 기소되었다. 이 두 건의 사건은 모두 조증의 결과로 일어난 일이었다. 2002년 6월, G는 '정신장애로 인한 형사책임 면제' 판결을 받았다. 2003년 8월, G는 온타리오 심판위원회(Ontario Review Board)[3)]로부터 무조건(절대적) 석방[4)] 판결을 받았다. 온타리오 심판위원회는 무조건 석방, 조건부 석방,

---

1) Ontario (Attorney General) v. G, 2020 SCC 38 (2020. 11. 20. 선고).
2) Christopher's Law (Sex Offender Registry), 2000, S.O. 2000, c. 1.
3) 온타리오 심판위원회(Ontario Review Board)는 '정신장애로 인한 형사책임 면제' 판결을 받았거나 재판을 받기에 부적격하다고 판단된 사람들을 감독하기 위해 캐나다 형법에 의해 모든 주에 설립된 독립된 재판기관이다.
4) 석방(discharge)은 영연방국가들에서 나타나는 선고의 한 형태로, 피고인을 유죄로 판단하지만 형

불확정 기한의 정신의학시설 수용을 결정할 수 있는데, 피고인은 더 이상 대중에게 심각한 위협이 되지 않는다고 판단되어 무조건 석방으로 결정된 것이다. 그럼에도 불구하고 크리스토퍼법에 따라 G는 2004년 8월, 주의 성범죄자 등록부에 등록되었고, 매년 보고의무를 다하였다. 그는 무조건 석방 판결로부터 거의 17년 동안 어떠한 범죄도 저지르지 않았으며, 충실히 치료를 받아 정신장애로부터 완전히 회복되었고, 안정적인 직장생활과 가족 간의 강한 유대관계를 유지해왔다.

G는 크리스토퍼법이 무조건 석방 판결을 받은 '정신장애로 인한 형사책임 면제자'에게 적용되는 부분의 위헌을 주장하며 제소하였다. 그는 같은 범죄로 유죄판결을 받은 사람들과 비교하였을 때, 자신과 같은 사람들에게는 주 성범죄자 등록부에서 삭제 또는 면제되거나 보고의무에서 벗어날 기회가 전혀 없는 것이 캐나다 권리자유헌장(이하 '헌장') 제7조[5]의 자유 및 안전에 대한 권리와 제15조 제1항[6]의 평등권 규정을 위반한 것이라고 주장하였다. 제1심 법원은 이를 기각하였으나, 항소심 법원은 평등권에 기초하여 크리스토퍼법이 무조건 석방 판결을 받은 '정신장애로 인한 형사책임 면제자'에게 적용되는 범위에서 위헌이라고 판결하였다. 그리고 법률의 무효를 12개월 동안 유예시키고, G에 대해서는 그 유예를 면제하여 바로 크리스토퍼법의 의무에서 벗어나게 하고 성범죄자 등록부에서 그의 정보가 곧바로 삭제되도록 명하였다. 이에 온타리오 주 법무부장관이 연방대법원에 상고하였다.

캐나다 연방대법원은 항소심의 판결대로 이 사건 크리스토퍼법이 헌장 제15조 제1항의 평등권 규정을 위반하였고, 법률개정시한은 12개월이되[7] G에

벌을 부과하지 않고 유죄 평결을 무효화하여 형의 선고가 없었던 것과 같은 결과가 되는 것이다. 무조건(절대적) 석방(absolute discharge)은 피고인에 대한 처벌이 부적절한 경우 사건을 종결하는 무조건부 석방이며 전과가 남지 않는다. 조건부 석방(conditional discharge)은 특정 기간 동안 사고 없이 지내면 형의 선고를 면하는 것으로 우리나라의 선고유예 제도가 영국의 조건부 석방에서 유래하였다.

5) **캐나다 권리자유헌장 제7조(사람의 생명, 자유 및 안전)**
누구나 사람의 생명, 자유 및 안전에 대한 권리를 가지며 기본적 정의의 원칙을 따르는 경우가 아닌 한, 그러한 권리들을 박탈당하지 않는 권리를 갖는다.

6) **캐나다 권리자유헌장 제15조(법 앞의 평등 및 법률에 따른 평등 그리고 법률의 동등한 보호 및 혜택)**
① 모든 개인은 법 앞에서 평등하고, 특히 인종, 국적, 민족, 피부색, 종교, 성별, 연령, 정신적 또는 신체적 장애 등을 이유로 한 차별을 받지 않고 법률상 동등한 혜택을 누릴 권리가 있다.

7) 새로운 법률개정시한을 설정한 것이 아니라, 12개월 동안 무효선언을 유예하도록 한 항소심 판단을 인정(상고기각)한 것이다.

대해서는 크리스토퍼법의 적용을 바로 면제하도록 판결하였다. 그 내용은 아래와 같다.

2. 판결요지

대법관 Karakatsanis의 법정의견(6인 의견)[8)]

헌장 제15조 제1항은 "모든 개인은 법 앞에서 평등하고, 특히 인종, 국적, 민족, 피부색, 종교, 성별, 연령, 정신적 또는 신체적 장애 등을 이유로 한 차별을 받지 않고 법률상 동등한 혜택을 누릴 권리가 있다."라고 규정하고 있다. 크리스토퍼법은 성범죄의 유죄판결을 받은 사람과 '정신장애로 인한 형사책임 면제자' 사이에 정신장애를 근거로 차별적으로 차이(distinction)를 두고 있다. 이는 자유롭고 민주적인 사회에서 정당화될 수 없는 것이다. 항소법원이 내린 구제책도 적절하다 판단되므로 항소법원의 명령은 유지되어야 한다.

이러한 결론에 이르도록 한 이 사건의 쟁점들은 다음과 같다.

(1) 크리스토퍼법은 헌장 제15조 제1항에 위반되는가?

(2) 만일 그렇다면, 그러한 위반은 헌장 제1조에 따른 합리적인 제한으로서 정당화되는가?

(3) 크리스토퍼법은 헌장 제7조에 위반되는가?

(4) 적절한 구제책은 무엇인가? 법률의 무효선언(declaration of invalidity)의 유예는 적절하였는가? 만일 그렇다면 그러한 유예로부터 G를 개인적으로 면제한 것은 적절하였는가?

(1) 크리스토퍼법이 '정신장애로 인한 형사책임 면제자'의 헌장 제15조

8) Wagner 대법원장과 Abella, Moldaver, Karakatsanis, Martin, Kasirer 대법관의 의견.

제1항 상의 평등권을 침해하는가?

법률이 헌장 제15조 제1항의 평등권 규정에 위배되는가를 결정하는 첫 번째 단계는 문제의 법률이 헌장 제15조 제1항에 열거된 차별의 이유(enumerated ground)[9] 또는 유사한 이유(analogous ground)[10]를 근거로 차이를 만들어내는지를 살펴보는 것이다. 우선, 성범죄의 유죄판결을 받은 사람들은 양형심리에서 석방 결정을 받은 경우 보고와 등록 의무로부터 면제될 수 있다. 또한 특별사면을 받음으로써 성범죄자 등록부에서 삭제될 수 있고, 특별사면이나 범죄기록유예(record suspension)를 받는 즉시 보고의무에서 벗어날 수 있다. 그러나 같은 범죄를 저지른 '정신장애로 인한 형사책임 면제자'는 설사 무조건 석방 판결을 받았더라도 그와 같은 기회가 전혀 주어지지 않는다. '정신장애로 인한 형사책임 면제자'들은 유죄판결을 받은 사람들과는 명백히 다른 처우를 받고 있는 것이다.

헌장 제15조 제1항 위반 여부 판단의 두 번째 단계는 문제의 법률이 불이익을 강화시키거나 영구화하거나 악화시키는 방식으로 부담을 부과하거나 혜택을 부정하는지를 살펴보는 것이다. 여기서 불이익에는 역사적 불이익도 포함된다. 크리스토퍼법은 '정신장애로 인한 형사책임 면제자들'에게 성범죄자 등록부와 관련하여 면제나 삭제의 기회를 인정하지 않음으로써 실질적으로 그들을 본질적·영구적으로 위험하다고 간주하고, 그들이 대중에게 영구적 위협이 된다고 여기고 있는 것이다. 크리스토퍼법은 '정신장애로 인한 형사책임 면제자'에게 두 가지 측면에서 헌장 제15조 제1항을 위반하는 방식으로 부담을 부과하고 있다. 첫째, 법률 그 자체가 정신질병을 가진 사람들에 대한 편견적이고 고정관념에 갇힌 관점을 취하고 있다. 둘째, 법률이 '정신장애

9) 헌장 제15조 제1항은 특히 인종, 국적, 민족, 피부색, 종교, 성별, 연령, 정신적 또는 신체적 장애를 이유로 한 차별을 금지하고 있다. 이를 '열거된 이유'(enumerated ground)라고 한다.

10) 캐나다 연방대법원은 헌장 제15조 제1항의 열거된 이유를 한정적으로 보지 않고 열린 목록으로 본다. 열거된 이유 앞에 '특히'라는 용어가 쓰인 것이 이를 말해준다. 유사한 이유는 열거된 이유와 마찬가지로 변경할 수 없거나, 변경하기 어렵거나, 용납할 수 없는 개인적 비용이 드는 경우에만 변경 가능한 개인적 특징을 일컫는다.

로 인한 형사책임 면제자'를 유죄판결을 받은 사람들보다 더 불리하게 대하고 있다. 두 가지 효과 모두 정신질환을 가진 사람들이 겪었던 역사적으로 오랫동안 지속되고 있는 불이익을 영구화시킨다. 따라서 크리스토퍼법이 만든 이와 같은 구분은 차별적이라고 볼 수 있다.

(2) 크리스토퍼법이 헌장 제1조에 따른 합리적인 제한으로서 정당화되는가?

다음으로는 헌장 제15조 제1항의 위반이 헌장 제1조[11]에 의해 정당화되는지를 살펴보아야 할 것이다. 이에 대한 입증책임은 주 법무부장관이 진다. 첫째, 이 사건 법률의 목적이 긴절하고 중요해야 한다. 둘째, 법률이 비례적이지 않은 방식으로 헌장 제15조 제1항을 제한해서는 안 된다. 즉, 목적에 합리적으로 연결된 수단이어야 하고, 헌장 제15조 제1항에 대한 침해가 최소한이어야 하며, 그로부터 얻어지는 이익이 부정적인 효과보다 커야 한다. 이 사건에서 당사자들은 크리스토퍼법의 목적이 성범죄의 수사와 예방을 돕기 위한 것이라는 점과 이 목적이 긴절하고 중요하다는 점, 그리고 크리스토퍼법이 헌장상의 권리에 가하는 제한이 그 목적과 합리적으로 연결된다는 점에 모두 동의하였다. 그러나 크리스토퍼법은 '정신장애로 인한 형사책임 면제자'의 헌장 제15조 제1항상의 권리를 최소한으로 침해한 것이 아니라고 판단된다. 개별화된 평가에 근거하여 성범죄자 등록부에서 면제 또는 삭제되는 방법을 포함하는 것이 덜 침해적인 방법이 될 것이다. 따라서 주 법무부장관은 헌장 제15조 제1항의 위반을 정당화하는데 실패하였다.

(3) 크리스토퍼법이 헌장 제7조상의 생명, 자유, 안전에 대한 권리를 침해하는가?

---

11) **캐나다 권리자유헌장 제1조(캐나다의 권리와 자유)**
캐나다의 권리·자유헌장은 오로지 자유롭고 민주적인 사회에서 명백하게 정당화될 수 있는 한도로서 법에 의해 규정된 적정한 제한에 따라 그에 기술된 권리와 자유를 보장한다.

크리스토퍼법이 헌장 제15조 제1항의 평등권 규정을 위반하였다고 판단되므로 헌장 제7조에 대한 위반 여부는 심사할 필요가 없다고 보인다. 그러나 이는 '이 사건 법률이 자유를 침해한 정도는 크지 않다'고 결론지었던 온타리오 주 항소법원에 동의하는 것으로 해석되어서는 안 된다. 성범죄자 등록에 관한 연방법률에 대하여 헌장 제7조상의 사건이 현재 계류 중이므로 이에 대한 더 이상의 언급은 피한다.

(4) 적절한 구제책은 무엇인가?

헌장을 위반한 법률에 대한 구제책(또는 결정 유형)과 관련하여 연방대법원의 주요판례인 Schachter v. Canada, [1992] 2 S.C.R. 679는, 30년에 가까운 기간 동안, 위헌적 법률에 대한 효과적인 구제책을 형성하는 방식에 대해 유용한 지침을 제공해왔다.[12] 그러나 이제 연방대법원의 구제책에 관한 법리는 Schachter 판결을 발판으로 이를 넘어 발전하였다. Schachter 판결 이후, 연방대법원의 구제책에 대한 관행은 구제책에 관한 핵심적인 원칙들을 중심으로 합쳐지게 되었다. 이러한 원칙들을 인정하고, 그러한 원칙들 간의 적절한 균형을 이루는 접근법을 명쾌하게 확인함으로써 구제책에 관한 의사결정에 있어 더 큰 일관성과 투명성을 제고할 수 있을 것이다.

1) 구제책에 관한 '원칙에 입각한' 법원의 재량

1982년 캐나다 헌법(이하 '1982년 헌법')[13] 제52조 제1항[14]은 헌법에 부합

12) Schachter 판결에서 연방대법원은 1982년 헌법 제52조 제1항(각주14 참고)에 따른 구제책으로 ①위헌선언, ②잠정적 유예, ③축소해석, ④확장해석, ⑤분리결정을 예시하고, 헌장 제24조 제1항(각주20 참고)에 따른 구제책으로 ①헌법적 면제, ②가처분, ③손해배상을 예시하였(...)다. (김선희, 캐나다 연방대법원의 사법심사제도 - 연방과 주 사이이 권한 배분 및 헌장상 권리 침해를 중심으로, 헌법재판연구원, 2017, 149-450면.)

13) 캐나다 헌법은 1867년 헌법(Constitution Act, 1867)과 1982년 헌법(Constitution Act, 1982) 등으로 구성되는데 이 중 1982년 헌법 제1장은 캐나다 권리자유헌장이라고 불린다. 즉, 권리자유헌장은 1982년 헌법의 일부를 구성하고 있다.

14) **1982년 캐나다 헌법 제52조(캐나다 헌법의 최고성)**

하지 않는 법률은 불일치한 범위에서 효력을 상실한다고 엄격히 규정하고 있다. 위헌법률심판을 맡게 된 법원은 어느 범위에서 법률이 위헌인지 결정해야 한다. 법률과 헌법 사이의 불일치에 어떻게 응답할 것인가를 결정함에 있어 법원의 재량은 불가피하다.

제52조 제1항이 헌법의 최고규범성을 규정하였지만 헌법적 구제책을 형성하는 것은 불가피하게 다른 - 때로는 경쟁적 관계의 - 헌법원칙들을 포함시키게 된다. 법원은 어떻게 제52조 제1항을 캐나다 헌법 질서에 가장 잘 부합되는 방식으로 실행할 수 있을 것인지 결정함에 있어, 이러한 원칙들 사이에 적절한 균형을 이루도록 해야 한다.

헌장을 위반한 법률에 대한 적절한 구제책은 원칙에 입각한(principled) 접근법에 따라 결정되어야 한다. 원칙에 입각한 재량(principled discretion)은 순수한 재량(pure discretion)과 규칙기반의 재량(rule-based discretion) 사이의 절충점이다. 순수한 재량은 어느 사실관계에서나 한없이 융통성이 있다는 장점은 있으나 개인이나 집단의 의지에 기반한 결과를 허용하는 단점이 분명하다. 반대로 규칙기반의 재량은 예측가능한 방식으로 다른 맥락에 적용가능하다는 장점을 갖지만 그러한 규칙의 기계적 적용을 야기하는 단점을 갖는다. 연방대법원의 법리를 검토해보건대, 연방대법원은 원칙에 입각한 재량을 선호함을 알 수 있다. 원칙에 입각한 재량은 판사들이 다중적이고 경쟁적인 구제책에 관한 원칙들을 고려하고 이들 간의 갈등을 해결하도록 요구한다. 구제책에 관한 원칙들은 규칙보다 더 일반적인 성격을 가지며, 규칙과 달리 서로 상충될 수 있고 다르게 가치가 매겨질 수 있다.

구제책에 관한 원칙에 입각한 재량의 행사를 구조화하는 것은 제52조 제1항에 대한 원칙적이고 투명하며 일관된 접근법을 발전시키는데 도움을 줄 것이다. 법률이 헌장을 위반한 경우, 법원은 적절한 구제책을 결정하기 위해 다음의 기본적인 구제책에 관한 원칙들을 매 단계마다 적용하며 따르도록 지도받아왔다.

---

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

A. 헌장상의 권리는 효과적인 구제책을 통해 보호되어야 한다.

: 권리의 보호는 헌장상 구제책 부여의 핵심에 위치한다. 헌장은 권리, 자유, 내재적 존엄성을 보호하기 위해 존재하는 것이기 때문이다.

B. 대중은 법률의 합헌성에 관한 이익을 갖는다.

: 위헌적인 법률을 그대로 두는 것은 권리를 침해당한 사람뿐만이 아니라 사회 전체에도 악영향을 준다.

C. 대중은 법률의 혜택을 누릴 권리를 갖는다.

: 민주적으로 선출된 입법부에 의해 유효하게 제정된 법률은 일반적으로 공익을 갖는다.

D. 법원과 입법부는 각기 다른 기관의 역할을 한다.

: 입법부는 적합하다고 생각하는 대로 법률을 제정하고 개정하고 폐지할 수 있는 배타적인 권한을 갖는다는 점에서 절대적 권력을 갖는 반면, 법원은 헌법과 그에 따른 개인의 권리에 대한 수호자로 남는다.

민주주의와 법치주의를 포함한 우리 헌법질서의 기본적인 측면인 이러한 구제책에 관한 원칙들은 헌장이 발효된 이후 연방대법원의 구제책에 관한 결정들에 반영되고 있다. 이러한 원칙들은 다른 맥락에서도 적용되는 유의미한 구제책을 위한 초석을 제공한다.

2) 선례 - Schachter 판결

Schachter 판결은 권리침해의 범위에 맞춘 구제책을 지지함으로써 위헌적 법률 중 헌법에 부합하는 부분은 유지되도록 하고, 드물게는 공공의 이익을 위해 일정 기간 동안 그 법률의 무효선언을 유예시킬 수 있다고 인정하였다.[15] Schachter 판결의 핵심은 적절한 구제책에 도달하기 위해서는 융통성이 필요하다는 점을 인정한 것과 단순위헌선언에 미치지 않는 구제책들을 지지한 것이다.

15) 이러한 잠정적 유효(또는 잠정적 유예) 결정은 우리나라의 헌법불합치 결정과 유사하다.(김선희, 앞의 책, 90면.)

또한 Schachter 판결은 제52조 제1항의 구제책이 헌장 위반에 대한 개인적 구제책과 혼합될 수 있다고 보았다. 예를 들어, 청구인이 무효선언의 유예로부터 개인적으로 면제될 수 있도록 하여 소송에서 이긴 청구인이 법률 무효의 혜택을 즉각 누릴 수 있도록 보장하는 것이다.

30년이 흘렀지만 Schachter 판결의 많은 부분들은 여전히 좋은 지침으로 남아있다. 그러나 헌장상의 구제책에 관한 법리는 Schachter 판결을 기반으로 발전하여 어떤 점에서는 이를 넘어섰다. Schachter 판결의 일부 논의는 현재 비판을 받거나 받아들여지지 않기도 한다. Schachter 판결 이후, 연방대법원은 적어도 60회 이상 헌장 위반에 대한 구제책을 판결하였고, 이러한 판결들에 비추어 Schachter 판결 또한 업데이트되어야 한다.

3) 무효선언의 형태와 범위

1982년 헌법 제52조 제1항의 문언에 따라 적절한 구제책을 형성하는 첫 번째 단계는 법률이 헌법에 합치되지 않는 범위를 결정하는 일이다. 헌장 위반의 성질과 범위는 구제책 분석의 토대가 된다. 최종적으로 부여되는 구제책의 범위는 적어도 위반의 범위를 반영할 것이기 때문이다. 두 번째 단계는 결정의 형태이다. 단순위헌선언 외의 구제책들은 위반의 성질과 입법부의 의도가 허락하는 경우에만 허용되어야 한다. 잘못된 상황에서 허용되는 경우, 재단된 구제책은 입법부의 영역을 침범할 수 있다. 법원과 입법부의 서로 다른 역할을 존중하여, 법률 전체를 파기할지 아니면 확장해석(reading in),[16] 축소해석(reading down),[17] 법률조항의 분리결정(severance)[18] 등과 같이 재단된 구제책을 부여할지 여부에 대한 결정은 입법부의 의도 - 입법부가 법원이 수정한 대로 입법했을 것이라는 의도 - 에 달려있다.

---

16) 확장해석은 헌법에 합치되지 아니하는 법률에 의회가 제정하지 않은 문구를 법원이 법률에 삽입하는 기법으로, 해당 법률이 헌법에 합치되도록 그 적용영역을 확장하여 사법적으로 개정하는 기법이다.

17) 축소해석결정은 우리나라의 한정합헌결정과 유사하다.(김선희, 앞의 책, 90면.)

18) 분리결정은 우리나라의 양적 일부위헌결정과 유사하다.(위의 책.)

4) 무효선언 효과의 유예

모든 것을 감안할 때, 법률의 즉각적인 무효선언이 중요한 이익을 위태롭게 하여 그 결정을 연기하는 이익이 위헌적인 법률을 유지하는 비용보다 크다고 판단되는 경우, 법원은 무효선언의 효과를 유예할 수 있다.

지금까지 연방대법원은 헌장 위반을 이유로 법률의 무효를 선언하였던 거의 90건의 판결들 중 23건에 대해 무효선언을 유예하였다. 처음에는 법치주의에 대한 심각한 위협으로부터 보호하기 위해 필요한 경우에만 유예를 인정하였다. 그러나 그 후 Schachter 판결에서 ① 법치주의에 대한 위협이나 ② 공공의 안전에 대한 위협, 또는 ③ 과소포함적인(underinclusive) 법률의 혜택[19]의 경우에 유예를 인정하였다. 그 후 범위가 더 넓어져 법원과 입법부의 역할에 관한 우려 등 다른 이유로 유예가 허용되는 경우도 많아졌다.

법원이 무효선언의 효과를 유예시킬 수 있는 권한은 폭넓은 헌법적 고려에서 비롯되고, 법률의 효력을 상실시킬 수 있는 권한에 포함되어 있다. 다만 무효선언의 유예는 제한적이어야 한다. 즉각적인 효력상실이 헌장상의 권리를 침해당한 사람들에 대한 즉각적이고 실효적인 구제책의 중요성보다 더 중요한 긴절한 공공의 이익을 위태롭게 하는 경우가 아니라면 무효선언의 효과를 유예시켜서는 안 된다. 유예의 기간은 입법부가 성실하고 효과적으로 책임을 수행하는데 필요한 충분한 기간이어야 하나, 그만큼 권리 위반의 기간이 길어짐을 고려하여 형량되어야 한다.

5) 개인적 구제책 - 유예 면제

법률의 무효선언의 효과가 유예되는 경우, 헌장 제24조 제1항[20]이 보장하

---

19) 이 경우 법률이 주는 혜택 자체는 헌법상 금지된 것이 아니며, 단지 그 혜택에 포함되지 못하는 사람들의 권리가 문제될 뿐이다. 따라서 해당 법규정을 즉시 무효선언할 경우, 모두에게서 그 법률의 혜택을 박탈하는 결과를 낳게 되어 부적절하다.

20) **캐나다 권리자유헌장 제24조(보장된 권리와 자유의 집행)**

는 청구인에 대한 개인적 구제책이 무효선언 유예로부터의 개인적 면제의 형태를 띠는 것은 종종 적절하고 공정할 것이다. 헌장 제24조 제1항의 구제책은 청구인의 권리를 유의미하게 지켜야 하고, 권력분립에 부합되어야 하며, 법원의 권한과 기능을 원용하고, 상대방에게도 공정해야 한다. 헌장 제24조 제1항에 대한 법원의 접근법은 융통성 있고 주어진 사건의 요구에 호응하는 것이어야 한다. 위헌적 법률을 밝혀 공익을 도모하는 소송을 장려함으로써 일반대중은 이익을 얻을 수 있고, 청구인은 사건이 공익을 위한 것이 되도록 시간과 자원을 투자한다. 그러므로 유예의 면제가 적절하고 공정하다면, 청구인은 - 그러지 말아야 할 긴절한 이유가 없다면 - 유예의 면제를 받아야 한다.

6) 이 사건에의 적용

① 어떤 형태와 범위의 구제책을 택해야 하는가?

이 사건에서 법률의 무효선언은 성범죄에 대하여 '정신장애로 인한 형사책임 면제' 판결을 받고 무조건 석방된 사람들에게로 적절하게 한정되었다. 재단된 구제책은 이 사건에서 적절했음이 명백하다. 그러한 구제책이 크리스토퍼법처럼 공익을 위해 제정된 법률의 이익을 더 잘 보호하고, 헌장상의 권리를 보호하고 법률이 갖는 공익을 실현하면서도 입법부의 역할을 더 많이 존중하기 때문이다.

② 무효선언의 효과는 적절하게 유예되었는가?

법률의 무효선언의 유예기간은 12개월로 적절하게 결정되었다. 비록 1982년 헌법 제52조 제1항의 문언과 헌장상의 권리 보호 및 모든 법률의 합헌성 보장의 필요성이 즉각적인 무효선언 쪽에 큰 무게를 싣지만, 이러한 요소들은 법률이 갖는 공익의 보호와 비교형량되어야 한다. 그러기 위해서는 '지속

① 본 헌장에서 보장하는 권리나 자유를 침해 또는 거부당한 자는 누구나 제반 상황에서 법원이 적절하고 공정하다고 판단하는 구제수단을 획득하기 위해 관할 법원에 신청할 수 있다.

되는 권리 위반'과 '즉각적인 법률 무효에 따른 공익에 대한 위험' 양쪽에 대해 그 성질과 범위를 고려하여야 한다.

이 사건에서 공공의 안전은 유예를 정당화하는 공익으로 인정되었다. '정신장애로 인한 형사책임 면제자들'은 통계적으로 일반대중보다 범죄를 저지를 위험이 더 크다. 따라서 즉각적인 무효선언은 일정 부분 안전에 대한 공익을 위태롭게 할 것이다. 성범죄자 등록부는 성범죄에 대한 경찰의 예방 및 수사능력을 강화시킴으로써 공공의 안전에 기여한다. 성범죄의 위험이 있는 사람들을 성범죄자 등록을 위한 경찰서에의 보고의무에서 즉각적으로 해방시키거나 그들의 정보가 삭제될 수 있도록 허용하는 것은 이러한 강화된 예방 및 수사능력을 떨어뜨릴 수 있다. 그러므로 공공의 안전에 대한 위협은 중요하다. 그러나 재범을 저지를 위험성이 높은 '정신장애로 인한 형사책임 면제자'는 무조건 석방이 되지 않는다는 점을 고려하건대, 이러한 위협은 제한적이다.

위기에 처한 또 다른 공익은 입법부에 대한 존중이다. 즉각적인 무효선언은 입법부의 역할 수행 능력을 손상시킬 위험이 있고, 크리스토퍼법의 어떤 새로운 버전이 만들어지든 그 유효성을 제한할 위험이 있다. 이러한 고려사항들에 대항하는 것은 효력상실의 유예가 임시적으로 연장시키게 되는 권리침해의 중대성이다. 크리스토퍼법은 '정신장애로 인한 형사책임 면제자들'이 충분히 위험한지를 판단할 기회를 제공하지 않은 채, 지속적이고 모욕적인 고정관념에 따라 그들을 처우하고 있다.

이를 모두 고려하건대, 즉각적인 무효의 이익을 임시적으로 박탈하는 것은 정당화된다고 판단된다.

③ G는 유예로부터 면제되어야 하는가?

마지막으로, G를 무효선언의 유예로부터 면제시켰던 항소법원의 재량은 존중받아 마땅하다. 17년 전 G가 석방된 때로부터 그의 범죄기록은 깨끗했고, 그가 공공의 안전에 대한 위험을 내포한다는 조짐은 찾아볼 수 없었다. G에

대한 이러한 면제는 효과적인 구제책이며 이렇게 함으로써 헌법소송에서의 승소의 혜택도 부정되지 않을 수 있다.

(5) 법정의견의 결론

온타리오 주의 크리스토퍼법은 헌장 제15조 제1항을 위반하여 '정신장애로 인한 형사책임 면제자들'을 차별하였으며, 헌장 제1조에 의해 정당화되지 않는다. 이에 크리스토퍼법의 효력을 상실시키면서도 12개월의 기간 동안 이를 유예하여 공익을 보호하고, 다만 G에게는 그 유예를 면제시켜 그의 권리를 보호하고자 하였던 항소법원의 구제책은 적절하다고 판단된다. 그러므로 상고를 기각한다.

대법관 Rowe의 별개의견(1인 의견)

상고가 기각되어야 한다는 법정의견의 결론에는 동의한다. 그러나 헌장 제15조 제1항에 관하여, 그리고 무효선언의 유예(1982년 헌법 제52조 제1항)로부터 개인적인 면제(헌장 제24조 제1항)를 명하는 일반적인 접근법에 관하여는 Côté 대법관과 Brown 대법관의 일부반대의견에 동의한다. 그러나 제52조 제1항에 따른 무효선언의 유예에 대한 적절한 접근법에 대하여는 이들의 의견에 동의하지 않는다. 나는 Schachter 판결이 재확인되어야 한다고 생각한다.

유예된 무효선언에 대한 법정의견의 '원칙에 입각한 재량' 접근법은 분석적 구조가 결여되어 있고, 네 가지 원칙들은 너무 불확정적이고 뻔한 것이어서 유의미한 지침을 제공하지 못한다. 이러한 자유재량적 접근법은 대법관마다 다른 방식으로 무효선언이 유예되는 현재의 트렌드를 지속시킬 수 있다. 보다 근본적인 문제는 '구제책에 관한 재량'을 1982년 헌법 제52조 제1항에 삽

입하여 확장해석할 타당한 근거를 찾을 수 없다는 점이다. 제52조 제1항에 구제책에 관한 재량이 빠져있는 것은 단순 실수가 아니다. 그리고 법원의 내재적 관할권은 제52조 제1항의 즉각적인 효과에서 벗어나는 타당하고 충분한 법적 근거가 되지 못한다. 법원이 위헌적 법규를 그 위헌성에도 불구하고 시행될 수 있게 명하는 유일한 근거는 '즉각적인 무효선언이 다른 헌법원칙들을 해칠 것'이라는 점뿐이다.

Schachter 판결은 무효선언의 유예는 예외적이며 다음과 같은 경우에만 허용된다는 관점에 기반한다. ① 즉각적인 무효선언이 공공에 잠재적 위험을 갖는 경우이거나, ② 다른 방식으로 법치주의를 위협할 경우이거나, ③ 문제의 법률이 과소포함적이고 법원이 그 법률의 혜택을 무효화할지 연장할지 적절히 결정할 수 없고 오히려 입법부에게 결정할 기회를 주어야 하는 경우가 그러한 경우이다. 이러한 카테고리는 반대편의 헌법원칙들이 무효선언을 유예시킬 수 있는 유효한 근거가 되는 예시를 보여준다. Schachter 판결의 세 가지 카테고리가 완벽한 것은 아니지만, 법원은 이러한 헌법적 근거를 갖고 있을 때에만 무효선언을 유예시켜야 한다.

이 사건에서 무효선언은 공공의 안전을 근거로 유예되었다. 그러나 항소법원이 내린 12개월의 유예 기간은 이미 만료되었기 때문에 이 문제는 쟁송성을 상실하였으며, 이러한 상황에서 무효선언이 적절하게 유예되었는지, 개인적 면제가 올바르게 명해졌는지에 대해 결정할 이유가 없다.

나는 Schachter 판결 대신 다른 접근법을 채택하기보다는 Schachter 판결을 지지하고자 한다. 결과적으로 나는 상고가 기각되어야 한다고 생각한다.

대법관 Côté, 대법관 Brown의 일부반대의견(2인 의견)

(1) 개관

크리스토퍼법이 G의 헌장 제15조 제1항 상의 평등권을 침해하였고, 그 법률의 무효선언이 12개월의 기간 동안 적절하게 유예되었다고 보았던 점에서는 법정의견에 동의한다.

그러나 무효선언의 유예는 최후의 수단으로서만 허용될 수 있고, 법률에 대한 대중의 이익이나 입법부의 역할과 같이 모호한 개념에 의존하는 대신 오로지 법치주의에 대한 위협 - 이 사건의 경우는 공공의 안전에 대한 위협의 형태로 나타난 - 에 기반해야 한다고 생각한다. 법정의견은 Schachter 판결 이후 연방대법원의 구제책에 대한 법리가 구제책에 관한 핵심적인 원칙들을 중심으로 합쳐지게 되었다고 서술하였으나 이에 동의할 수 없다. 반대로 연방대법원 법리에 대한 우리의 해석에 따르면 법정의견이 확인한 원칙들 중 무엇 하나도 밝혀진 것이 없고, 모순되고 원칙없는 결과만 양산되어 왔다. 우리는 첫 번째 원칙인 법치주의 원칙으로 돌아갈 필요가 있다.

또한 입법부에 비하여 제한적인 사법부의 역할에 따라, 무효선언의 유예로부터 개인을 면제시키는 것은 허용되어서는 안 된다. 따라서 상고는 일부 인정되어야 한다.

(2) 평등권 침해에 대한 구제수단

크리스토퍼법은 성범죄에 대하여 '정신장애로 인한 형사책임 면제자'와 유죄판결을 받은 사람 사이에 차이를 두며, 이러한 차이는 정신질환을 갖고 있는 사람들은 선천적으로 위험하다는 고정관념을 영구화시킴으로써 기존의 불이익을 악화시킨다. 성범죄의 유죄판결을 받은 사람들은 크리스토퍼법에 따를 의무에서 벗어날 몇 가지 퇴로를 갖고 있지만, '정신장애로 인한 형사책임 면제자'는 온타리오 심판위원회가 더 이상 공공의 안전에 중대한 위협이 되지 않다고 결정하여 무조건 석방시킨 경우에조차 그러한 퇴로가 없다.

이는 정신장애라는 열거된 이유에 근거한 차별적 대우가 된다. 이에 대한 적절한 구제책은 무조건 석방된 '정신장애로 인한 형사책임 면제자'에게 크리스토퍼법 상의 등록으로부터 면제 및 삭제의 기회를 제공해달라고 입법부에 요구하는 것이다.

(3) 무효선언의 유예

1) 무효선언의 유예의 제한적 허용

무효선언의 유예는 다음의 세 가지 이유에서 법치주의에 대한 위협이 있는 경우에만 허용된다.

첫째, 이것이 Reference re Manitoba Language Rights, [1985] 1 S.C.R. 721 판결에서 연방대법원이 유예를 결정할 권한에 대해 처음에 예상하였던 모습이다. Manitoba Reference 판결에서 연방대법원은 무효선언 유예의 사용을 엄격히 제한하여, 헌법상의 권리를 지키는 것이 불가능한 긴급상황에서 법치주의를 보호하기 위해 필요한 경우로만 제한하였다. 그러나 Manitoba Reference 판결 이후, 연방대법원은 길을 잃고 종종 정당화 이유나 법치주의에 대한 고려 없이도 무효선언을 거의 당연한 것처럼 유예시켜왔다.

둘째, 헌법은 즉각적인 무효선언을 원칙으로 하며 오직 법치주의적 우려에만 영향을 받는다. 1982년 헌법 제52조 제1항은 법원의 역할을 헌법에 합치되지 않는다고 판단되는 법률의 유·무효를 결정하는 것에 한정시킨다. 헌법에는 법원에 명시적으로 무효선언의 유예 권한을 부여한 규정이 없다. 반면 입법부에게는 경우에 따라 그렇게 할 수 있는 권한을 부여하였다(헌장 제33조[21] 제1항). 즉, 무효선언의 유예는 헌법이 입법부에게 맡긴 역할을 법원이

21) **캐나다 권리자유헌장 제33조(명시적 선언의 경우 예외 사항)**
① 캐나다 연방의회 또는 어떤 주의 입법부는 경우에 따라 연방의회 또는 입법부 법규에서 해당 법규 내지 동 법규의 어떤 조항이 본 헌장의 제2조 또는 제7조~제15조에 포함된 특정 조항과 관계없이 발효되어야 한다고 명시적으로 선언할 수 있다.
② (예외 사항의 발효) 본 조에 따른 선언의 발효 시 그와 관련된 특정 법규 또는 그러한 법규의 특정 조항은 해당 선언에서 언급된 본 헌장의 조항이 없었다면 발생했을 효력을 갖는다.
③ (5년 제한) 상기 제1항에 따른 선언은 그것이 발효된 날로부터 5년 후에 그 효력을 상실하거나 해당 선언에 명시된 그보다 이른 일자에 효력을 상실한다.
④ (재제정) 캐나다 연방의회 또는 주의 입법부는 상기 제1항에 따른 선언을 다시 제정할 수 있다.

하는 것이 된다. 그러므로 연방대법원은 무효선언의 유예라는 사법적으로 만들어진 권한을 행사할 때에는 신중하고, 숙고하고, 원칙에 입각하도록 해야 한다. 헌장상의 권리는, 법치주의를 지키고 유지하는데 필요한 경우에만, 무효선언 유예의 작용으로 임시적으로 박탈될 수 있다. 이러한 경우 법원은 결정을 유예함으로써 허용되지 않는 입법적 역할을 수행하는 것이 아니라, 분명히 사법적 역할을 수행하는 것이다.

셋째, Schachter 판결을 법리적으로 잇는 후속 판결들은 사법적 재량을 제한하는 것이 왜 중요한지를 보여주었다. 무효선언의 유예는 종종 법원을 그 권한과 능력 밖으로 끌어내어 입법부의 역할로 밀어 넣을 것이기 때문에 제한은 꼭 필요하다. 또한 법원은 유예 기간을 결정할 능력이 부족하다. 게다가 위헌적 법률이 효력을 유지하도록 허용하는 것은 헌장 제52조 제1항에 따라 승소한 청구인에게 명백히 주어지는 즉각적인 구제를 보류하는 것일 뿐만 아니라, 무효가 된 법률이 계속하여 위해를 만들어내도록 하는 것이다. 결국 유예된 무효선언은 기존의 불이익을 악화시키고 권리자들이 위헌소송을 제기하는 것을 단념하게 한다.

무효선언의 유예는 부적절하게 사용되면 그 유예가 지키고자 했던 법치주의를 두 가지 방식으로 훼손시킬 수 있다. 첫째, 유예기간 동안 법률의 불확실성을 야기할 수 있다. 둘째, 입법자들이 헌장을 위반하는 법률을 제정하는 것의 심각성을 약화시켜 결국 입법시 권리에 합치되도록 하는 유인이 떨어질 수 있다.

2) 이 사건에의 적용

이 사건에서 즉각적인 무효선언은 크리스토퍼법의 등록부를 '정신장애로 인한 형사책임 면제자'이면서 무조건 석방을 판결받은 모든 사람들에게 적용하지 않게 함으로써 공공의 안전(결국은 법치주의)을 위협할 것이다. 크리스토퍼법은 재범의 심각한 위험이 없는 사람들을 잡아내기도 하지만 한편으로

⑤ (5년 제한) 상기 제3항은 상기 제4항에 따른 재제정과 관련해 적용된다.

는 재범의 위험성이 있는 많은 사람들을 잡아내기도 한다. 재범의 위험은 - 사회의 가장 취약한 구성원들에게 심각한 해를 끼치는 강력범죄인 - 성범죄에서 특히 크다는 것을 기억해야 한다. 즉각적인 무효선언이 잠재적 위험성을 가진 '정신장애로 인한 형사책임 면제자들'을 등록부에서 삭제되도록 한다는 점을 고려하건대, 이는 틀림없이 공공에 대한 위험이 되는 체제상의 빈틈을 만들어내어 법치주의를 위협하게 될 것이다.

(4) 개인적 면제

만일 무효선언의 유예가 제한적이어야 한다면, 그 유예로부터의 개인적 면제는 극도로 제한적이어야 한다. 면제로 인해 공공의 안전에 위험이 되는지 여부에 관한 개별화된 평가를 수행하는 데에 있어 판사들이 적합하다는 법정의견에 동의하지 않는다. 오히려, 개인적 면제가 부여되어야 하는지를 결정하는 데 있어 유용한 고려사항은 위헌적 법률이 '헌장이 보호하고자 했던 법익'에 '돌이킬 수 없는 피해'를 주는 것을 막기 위해 (위헌적 법률의 무효선언 유예로부터) 면제가 필요한 것인지를 검토하는 것이다.

G의 경우, 성범죄자 등록부로부터의 면제와 삭제의 기회를 얻을 자격이 있다는 것이 입증되었지만, 이것은 개인적 면제가 정당화되는 드문 케이스에 해당되지는 않는다. 지연된 구제책이 G로부터 효과적인 구제책을 박탈하는 것도 아니고, 새로운 면제의 기회에 접근하지 못하게 하는 것도 아니다. 더구나 G는 기껏해야 매년 보고할 의무의 일환으로 한 번 더 경찰서에 가서 보고하면 되고, 이는 '돌이킬 수 없는 피해'와는 거리가 먼 것이다. G의 경우 개인적 면제를 형성하는 것은 연방대법원의 권한을 초과하는 일이 될 것이고, 입법부에 의한 해결의 영역을 침범하는 것이 될 것이다. 입법부는 '정신장애로 인한 형사책임 면제자'에게 면제의 기회를 제공하는 메커니즘으로 어떤 것이 적절한 것인지를 결정하는 데 있어 훨씬 더 나은 위치에 있다.

G에게 개인적 면제를 부여하는 것은 수평적 불공정의 우려를 야기하기도

한다. 즉, G를 유사한 상황의 다른 사람들보다 더 낫게 대우하는 문제가 생긴다. 일반적으로 적용되는 법률의 유효성이 문제가 되는 헌법소송 사건에서 소송당사자는 단지 소송을 제기하였다는 이유만으로 유사한 상황의 다른 모든 사람들보다 더 낫거나 더 빠른 헌법상의 구제를 받을 자격이 없다.

(5) 이 의견의 결론

위와 같은 이유로 우리는 법정의견에 함께할 수 없다. 우리가 보기에 법정의견은 무효선언의 유예와 개인적 면제를 부여함으로써 사법적 재량을 걷잡을 수 없이 확장시킨다. 유예는 법치주의의 원칙과 공공의 안전에 대한 위협에 기반해야 한다. 입법부와 비교하여 제한적인 사법부의 역할에 부합되도록, 우리는 피상고인에게 개인적 유예 면제를 부여하지 않아야 한다고 생각한다. 그러므로 우리는 상고를 일부 인정한다.

3. 이 판결의 의의

온타리오 주에서 성범죄를 저지른 모든 사람들이 성범죄자 등록부에 등록되는 것은 아니다. 양형단계에서 석방된 사람은 등록할 필요가 없고, 특별사면을 받은 경우에도 등록부에서 삭제될 수 있다. 기록유예 처분을 받은 경우에도 보고의무를 지속할 필요가 없다. 그러나 이러한 가능성은 '정신장애로 인한 형사책임 면제자'에게는 전혀 주어지지 않았다. 이러한 차별에 대해 헌장 제15조 제1항의 평등권 위반이라고 한 이 판결은 연방대법원이 정신질환을 가진 사람들에 대한 역사적 편견과 불이익이 있었음을 인정하고, 이를 해결하고자 하였다는 긍정적인 평가를 받고 있다. 캐나다 연방대법원 대법관들도 크리스토퍼법이 평등권을 위반하였다는 점에 대해서는 모두 동의하고 있다. 또한 크리스토퍼법에 대해 즉시 무효를 선언하지 않고 유예시킴으로써 법률의 부재로 위험에 처할 수 있는 공공의 안전을 보호하고자 했던 점에

대해서도 - 접근법은 서로 달랐지만 - 공감하였다. 그러나 그러한 유예를 당사자인 G에게는 적용하지 않고 면제함으로써 즉시 구제해야 하는지 여부에 대해서는 의견이 나뉘었다.

이 사건의 법정의견, 별개의견, 일부반대의견은 주요선례인 Schachter 판결에 대한 입장 차이를 보면 그 차이를 더욱 분명히 알 수 있다. 우선 법정의견은 위헌적 법률에 대한 구제책의 결정에 있어 Schachter 판결을 보다 발전시킨 '원칙에 입각한 법원의 재량'을 접근법으로 택하고 네 가지 원칙들을 제시하였다. 반면 Rowe 대법관의 별개의견은 법정의견의 접근법을 비판하며 Schachter 판결을 지지하고 재확인하는 입장을 취하였다. 한편 Côté와 Brown 대법관의 일부반대의견은 Schachter 판결이 무효선언의 유예가 인정되는 경우로 제시하였던 예시들 중 오직 '법치주의'의 보호만을 인정하여 유예를 제한적으로만 인정하는 입장을 취하였다.

캐나다 연방대법원이 위헌적인 법률에 대해 개정시한을 두고 이를 잠정적 용시키는 경우는 드문 일이다. 캐나다 연방대법원의 이와 같은 구제책 내지 결정 유형을 취한 것은 2015년 2월 6일에 선고된 Carter v. Canada (Attorney General), 2015 SCC 5 판결 이후 5년여 만에 처음이다.[22] 캐나다 연방대법원은 Carter 판결에서 의사의 조력을 받는 죽음을 전면 금지한 형법 규정을 위헌이라고 판결하며 이 규정의 무효선언을 12개월 동안 유예한 바 있다.[23] 이렇듯 위헌 선언의 효력발생을 일정 기간 유예하는 결정을 잠정적 유효(temporary validity) 결정이라고 한다.[24] 만일 이러한 유예기간 동안 의회가 법률을 개정하지 않는 경우 법원의 위헌 선언이 효력을 발생하게 된다.[25] 이번 판결은 캐나다 연방대법원의 결정 유형(구제책)과 무효선언의 유예에 대해 되짚어볼 수 있는 판례로서도 의미가 있다고 할 것이다.

---

22) https://www.orilliamatters.com/around-ontario/ontario-court-says-sex-offender-registry-regime-violates-rights-of-those-not-criminally-responsible-for-their-actions-2896572

23) 이에 대한 자세한 내용은 헌법재판연구원, 의사의 조력을 받는 죽음을 전면금지한 형법규정의 위헌성, 세계헌법재판동향 2015 제5호, 2015, 43~49면 참고.

24) 김선희, 위의 책, 69면.

25) 위의 책.