형법과 달리 권리상고를 금지한 소년형사법의 위헌성[1)]

1. 사건개요

캐나다 형법(Criminal Code) 제691조 제1항 제1호에 따르면 1심에서 정식기소가능범죄(indictable offence)[2)]에 대해 유죄판결을 받고 항소심에서 유죄가 확정된 경우, 항소심 법원 판사 한 명이 법률의 문제(question of law)에 대해 반대의견을 피력하면 연방대법원의 허가를 받지 않고 상고가 가능하다. 이를 권리상고(appeal as of right)[3)]라고 한다.

반면 소년형사법(Youth Criminal Justice Act) 제37조 제10항은 정식기소가능 범죄에 대한 항소심 법원의 유죄판결과 관련하여 캐나다 연방대법원의 허가가 없이는 상고할 수 없다고 명시하고 있다. 즉, 청소년에게 권리상고를 인정하지 않는다. 성인의 경우 형법 제691조 제1항 제1호에 따라 정식기소가능범죄에 대해 항소심 법원이 유죄 판결을 내리고, 한 명의 판사가 법률의 문제(question of law)에 대해 반대의견을 개진하면 권리상고가 인정되는 반면, 청소년은 같은 경우에도 상고허가신청이 필요한 것이다.

해변에서 친구들과 생일파티를 하던 상고인(15세)과 범죄피해자(14세)는 술을 마셨고, 이후 둘 사이에 성관계가 있었다. 상고인은 피해자를 성폭행했다는 혐의로 기소되었다. 검사측은 피해자가 심하게 취해 성관계에 대해 합의할 수 있는 상황이 아니라는 사실을 알고 상고인이 성관계를 맺었다고 주장한 반면, 상고인은 피해자가 심하게 취하기 전 이미 성관계에 합의했다고 주장했다. 파티에 뒤늦게 합류한 피해자의 친구는 자신이 피해자를 발견하였을 때 피해자는 계속 토하며 일어나지 못하는 상태였고, 의사소통이 불가능했다고 말했다. 피해자의 친구가 피해자를 발견하였을 때, 피해자가 심신미

1) R. v. C.P., 2021 SCC 19 (2021. 5. 7. 선고)
2) 캐나다 형법은 범죄 유형을 3가지로 나누고 있는데, 약식기소 범죄(summary conviction offence), 정식기소가능 범죄(indictable offence) 및 검사가 약식 혹은 정식기소를 진행할지 결정하는 범죄(하이브리드 범죄라고도 불림)이다. 약식기소 범죄는 마리화나 소지 혹은 매춘 등이 있고, 정식기소가능 범죄에는 살인, 테러행위, 마약 밀매, 반역, 일부 성폭력 범죄 등이 있다.
3) 일반적으로 연방대법원에 상고하기 위해서는 상고허가신청을 받아야 한다.

약상태였다는 사실에는 양측의 이의가 없었다. 따라서 사건의 핵심은 성관계가 일어난 시점 이후 얼마나 시간이 지나 피해자의 친구가 피해자를 보았느냐는 것이었다. 상고인은 피해자 친구가 피해자를 살펴보기 전에 피해자 친구와 자신이 대화를 나누었다고 주장했지만 1심 판사는 이를 배척하고, 피해자와 성관계를 맺은 직후 피해자 친구가 도착했다는 말을 들었다는 상고인의 진술은 받아들였다. 또한 도착하자마자 피해자에게 곧장 갔다는 피해자 친구의 증언도 받아들였다. 1심 판사는 상고인이 피해자가 만취하여 성관계에 합의할 수 없다는 사실을 알고 있었거나, 혹은 그 사실에 대해 부주의하게(recklessly) 혹은 의도적으로(willfully) 눈감아 버렸다는 것을 합리적으로 추론할 수 있다고 판단하여 상고인에 대한 유죄 판결을 내렸다.

이에 상고인은 판결이 부당하다며 항소했다. 항소심 법원 판사 중 과반은 이를 기각했지만, 한 명의 판사는 법률의 문제(question of law)에 대해 반대 의견을 냈다. 상고인은 형법 제691조 제1항 제1호에 따라 허가신청을 하지 않고 연방대법원에 상고했다. 검사는 심판대상조항에 근거하여 연방대법원에 상고 기각 요청을 했다.

상고인은 소년형사법 제37조 제10항(이하 '심판대상조항')이 캐나다 권리와 자유에 관한 헌장(Canadian Charter of Rights and Freedoms, 이하 '헌장') 제7조[4]와 제15조 제1항[5]에 반한다고 주장했다. 연방대법원은 상고를 허가했다.

상고심의 쟁점은 1) '1심 판결의 사실인정이 합당했는가?' 2) '심판대상조항은 헌장을 위반하였는가?'였다.

이에 대하여 연방대법원은 1) 증거에 의한 1심 판결의 사실인정은 합당했으며, 2) 심판대상조항은 헌장을 위반하지 않았다고 판결하였는바, 2) 쟁점과 관련한 판결 요지는 다음과 같다.[6]

---

4) **캐나다헌장 제7조(사람의 생명, 자유 및 안전)**
모든 사람은 사람의 생명, 자유 및 안전에 대한 권리를 가지며 근본적 정의(fundamental justice)의 원칙을 따르는 경우가 아닌 한, 권리를 박탈당하지 아니한다.

5) **캐나다헌장 제15조 제1항**
모든 개인은 법 앞에서 평등하고, 특히 인종, 국적, 민족, 피부색, 종교, 성별, 연령, 정신적 또는 신체적 장애 등을 이유로 차별을 받지 아니하고 법률상으로 동등한 보호와 혜택을 누릴 권리가 있다.

2. 판결 요지

소년형사법 제37조 제10항의 위헌성

다수의견(4인 의견)[7]

심판대상조항은 헌장 제7조 및 제15조 제1항과 합치한다.

(1) 헌장 제7조 위반과 관련하여

헌장 제7조 위반을 입증하기 위해서는 ① 문제가 되는 법률 혹은 정부 행위가 개인의 생명, 자유, 안전을 박탈하며, ② 이러한 박탈이 근본적인 정의(fundamental justice)의 원칙에 부합하지 않다는 것을 입증하여야 한다. 청소년에게 권리상고를 제한하는 것은 헌장 제7조상의 자유의 박탈과 관련이 있기 때문에 첫 번째 요소는 충족되었다.[8]

상고인은 본 법원에 새로운 근본적 정의의 원칙을 인정해달라고 요청했다. 그것은 바로 청소년이 형사법 체계에서 성인에 비해 절차법상 더 많이 보호받아야 한다는 것이다. R. v. D.B. 판결[9]에서 다수의견이 감경된 도덕적 비난 가능성이나 책임가능성의 추정을 근본적인 정의의 원칙으로 인정했기 때문에, 청소년은 적어도 양형에 있어서 유죄판결을 받은 성인이 누릴 수 있는 절차적 혜택은 동등하게 누려야 한다고 주장하였다. 또한 상고인은 D.B. 판결이 형사법체계에서 청소년의 특별한 지위를 헌법으로 편입시키고 청소년에 대한 강화된 절차적 보호를 청소년 사법에 있어 지도원칙으로 구축했다고 주장하였다.

---

6) 사실인정에 관한 내용은 생략한다.
7) 대법관 Wagner, Moldaver, Brown, 및 Roew
8) 캐나다에서 구금 혹은 임박한 구금의 위협은 헌장 제7조상의 자유권을 제한하는 것이고, 법의 집행으로 구금이 가능하다면 이것 또한 헌장 제7조상의 자유권을 제한하는 것으로 이해된다.
9) R. v. D.B, 2008 SCC 25 (2008. 5.16 선고)

그러면서 상고인은 청소년에 대한 강화된 절차적 보호가 새로운 근본적 정의가 되기 위한 3가지 요건을 만족시켰다고 주장했다. 헌장 제7조상의 근본적 정의로 인정되기 위해서는 ① 법률상 원칙이고, ② 법률 체계를 공정하게 운영하는 방식에 있어 근본적인 규칙 혹은 원칙이라는 합의가 있어야 하며, ③ 개인의 생명, 자유 및 안전을 박탈하는 정도를 수치화할 수 있는 기준을 마련할 수 있을 만큼 명확해야 하는데, 이 3가지 요건을 다 충족시켰다는 것이다.

그러나 상고인의 주장처럼 이 3가지 요건이 다 충족되었는지 의문이다. 첫째, 청소년에게 성인보다 강화된 절차상 혜택을 부여해야 한다면 청소년과 성인의 절차법상 권리를 비교해야 할 것이다. 그런데 청소년과 성인의 절차법상 권리를 비교 평가해야 한다면, 유의미한 기준도, 합의를 이룰 수도 없다. 국회가 성인에게 부여하는 절차법상 혜택을 변경하면 이에 따라 청소년의 절차법상 보호 정도가 매번 달라져야 하기 때문이다.

둘째, 이러한 어려움을 인지하고 있는 상고인은 강화된 절차적 보호라는 것이 성인의 절차법적 보호 정도와 관련 없는 독립적인 원칙이라고 주장하였다. 상고인은 '성인에게 X라는 보호를 해준다고 해서 청소년에서 X+1의 보호를 해달라는 의미가 아니라, 맥락적으로 살펴보아 문제가 된 절차가 기소된 청소년의 이익을 옹호할 수 있다면 형사절차상의 차이가 강화된 보호 원칙과 완전히 일치할 수 있다'라고 주장하였다. 다시 말해, 청소년을 위한 절차적 보호장치가 형사법체계에서 그들의 독특한 지위를 반영해야 한다는 의미다.

문제는 그러면 새로울 것이 없다는 것이다. 우리에게는 이미 부당한 유죄판결이나 오심이 나오지 않도록 '모든' 기소된 사람들이 '적절한' 절차적 보호를 받아야한다는 잘 정립된 근본적 정의 원칙이 있다. '적절한' 절차라는 것은 맥락에 따라 다를 수 있고, 어떤 상황에서는 헌법적으로 요구되는 절차적 보호가 다른 상황에는 필요하지 않을 수 있다. 즉, 절차적 보호의 적정성이 본 법원이 확인한 청소년의 독특한 상황, 가령, 감경된 도덕적 비난 가능성

이나 책임가능성을 포함한 상황에 따라 달라진다는 것이다. 이는 결국 표현만 달리했을 뿐, 심판대상조항이 적절한 절차상 보호 장치 없이 청소년들의 자유권을 박탈했는지에 관한 것이 된다.

항소심 법원이 정식기소가능범죄에 대한 유죄판결을 내리고, 판사 한 명이 법률의 문제(question of law)에 대해 반대의견을 제시한 상황에서 청소년에게 본 법원에 대한 권리상고를 거부하는 것 그 자체는 청소년이 절차법상 보호받을 기본권을 침해한 것이 아니다. 헌법에서는 본 법원에 대한 권리상고는 고사하고 상고권을 보장하고 있지 않기 때문이다. 청소년의 권리상고는 근본적 정의를 위한 필수요건이 아니다. 권리상고가 불가능하다고 해서 부당하게 유죄판결 받거나, 오심 가능성이 높아지는 것이 아니다. 법원이 상고를 허가하는 데 있어 재량권을 오용한다는 증거가 부족하다는 것은 심판대상조항이 청소년을 절차법적으로 적절히 보호하지 못한다는 결론이 잘못되었음을 입증한다. 현대 청소년 사법체계는 청소년의 독특한 상황과 사법체계 내에서 그들의 내재적 취약성을 고려하여 청소년을 절차법상 더 많이 보호하고 있다. 따라서 심판대상조항은 헌장 제7조에 위반되지 아니한다.

(2) 캐나다헌장 제15조 제1항 위반과 관련하여

심판대상조항이 성인이 형법 제691조 제1항 제1호하에서 누리는 절차법상 혜택을 청소년에게서 박탈하는지 살펴보도록 하자. 법률이나 정부 행위가 ① 헌장 제15조에 열거되어 있는 혹은 그와 유사한 근거로 외견상 혹은 효과상 구별을 하거나, ② 불이익을 강화, 영속화 혹은 악화시키는 효과를 가지는 방식으로 부담을 지우거나, 혜택 부여를 거부할 경우 헌장 제15조를 위반하는 것이다. 심판대상조항은 헌장 제15조에 열거되어 있는 사유 중 하나인 나이에 근거하여 구별을 하고 있다. 여기서 하나 기억해야 할 것은 나이에 근거한 구별은 사회 질서를 위해 일반적이고 필요한 방식이며, 이는 일반적으로 차별이나 특권의 자의적인 배제와는 관련이 없다는 것을 기억해야

한다.

청소년의 상고 경로가 상대적으로 제한된 문제와 관련하여 평등 문제가 제기된 것은 이번이 처음이 아니다. R. v. C. (T.L.) 판결[10]에서 본 법원은 심판대상조항과 기능적으로 동등한 조항인 청소년범죄자법(Young Offender Act) 제27조 제5항에 대해 심사하였다. 당시 대법관 Sopinka는 사법집행을 조기에 달성하기 위한 정책에 비추어 유죄를 받은 청소년이 성인에 비하여 제한된 상고권을 누리는 것은 비정상적인 것이 아니라고 말했다. 비록 평등권 침해 주장을 명확히 배척한 것은 아니지만 대법관 Sopinka는 청소년 피고인들이 법률의 한 면만 선택하여, 청소년에 비해 성인에게는 주어지지 않는 혜택은 고려하지 않고 성인과 똑같은 혜택을 받을 권리가 있다고 주장하는 것은 받아들이기 힘들다고 말했다. 즉, 한 조항을 전체 입법 맥락에서 분리할 것이 아니라, 전체 맥락에서 한 조항의 실제적인 영향을 살펴보아야 한다는 것이다.

본 사건에서 소년형사법 제37조에 명시된 상고 경로들은 동법 제3조의 원칙선언(Declaration of Principle) 조항을 시행하기 위해 고안된 종합적 계획의 일부이다. 소년형사법 제3조 제1항 제1호는 “청소년 형사법 체계는 성인 형사법 체계와는 분리되고, 경감된 도덕적 비난 가능성이나 책임가능성의 원칙에 근거하며, ① 갱생과 재사회화, ② 청소년의 의존성과 미숙함에 상응하는 공정하고 비례적인 책임, ③ 청소년이 공정하게 대우받고, 사생활의 권리를 포함한 권리들을 보호하기 위한 절차적 보호 강화, ④ 범죄 행위와 그 결과 사이의 관계를 강화하는 시의적절한 개입 및 ⑤ 청소년의 시간 개념을 고려한 사법 집행의 신속성을 강조해야 한다고 명시하고 있다.

소년형사법은 신속성 및 절차법적 보호 강화 등 다양한 이해를 조화하기 위해 고안되었다. 첫째, 국제적 의무를 이행하기 위해 국회는 청소년 범죄자들에게 절차적 보호를 강화해 왔다. 이러한 보호 장치들이 소년형사법에 반영되어 있다. 가령, 청소년 피고인 부모에 대한 통지, 부모의 법정 출두 강

10) R. v. C. (T.L.) [1994] 2 S.C.R. 1012 (1994. 9. 15. 선고)

제, 변호사 조력을 받을 권리 강화 등이 그것이다. 둘째, 청소년 사건의 해결에 있어 적시성과 신속성을 강화할 필요성이 소년형사법 제3조에 명문화되어 있다. 동일한 맥락에서 본 법원은 청소년 사건의 부당한 지연을 방지하기 위하여 추정적 상한(presumptive ceiling)[11]을 판단함에 있어서 적시성을 고려할 때 전체론적(holistic) 접근법을 취하도록 하고 있다. R. v. K.J.M. 판결[12]에서 본 법원은 청소년에게 적시성이 왜 특별한지 5가지 이유를 제시했다. ① 행위와 결과 사이의 관계 강화, ② 청소년 피고인에 대한 심리적 영향의 감소, ③ 충분한 답변과 방어에 대한 권리 보호, ④ 잠재적 부당성 방지, ⑤ 사회의 이익 강화 등이 그것이다. 적시성의 원칙은 피해자의 심리적 상태와 관련해서도 그 의미가 큰데, 청소년이 저지른 범죄의 피해자들이 청소년인 경우가 많기 때문이다. 적시성은 결국 청소년 피고인 뿐만 아니라 청소년 피해자를 위해서도 필요한 것이다.

따라서 소년 형사법 체계에 있어 신속성과 강화된 절차적 보호는 두 가지 핵심 축이다. 성인과 별도의 형사법 체계를 만들면서 국회는 청소년들이 오심에 대해 특별히 취약하지만, 사법절차가 지연되어 발생하는 피해에도 매우 취약하다는 것을 고려하였다. 이러한 청소년들의 독특한 취약성은 동전의 양면과 같다. 그러나 구조적으로 길어질 수밖에 없는 상고심이 청소년에게 더 해로울 수 있다. 심판대상조항은 불이익을 영속화하지 않고, 신속한 판결과 상고심이 야기하는 여러 가지 이해(interest)를 적절하게 조화시킨다.

또한 우리는 심판대상조항이 검사에게도 적용된다는 것을 기억해야 한다. 큰 맥락에서 살펴보면 상고허가 요건은 부차적으로 청소년들에게 혜택을 준다. 형법 제693조 제1항 제1호[13]에 의한 검사의 자동 상고권으로부터 청소년

---

11) 재판 처리 기한의 상한으로 예외적인 상황에 의해 정당화되지 않는 한, 기소로부터 실제의 또는 예상되는 재판 종료까지의 지연은 적정하지 못한 것이 된다. 헌법재판연구원, 캐나다 - 적정 시일 내에 재판을 받을 권리, 세계헌법재판 동향 2016 제6호, 43-54면 참고.

12) R. v. K.J.M. 2019 SCC 55 (2019. 11. 15. 결정). 헌법재판연구원, 캐나다 - 적정 시일 내에 재판을 받을 권리, 세계헌법재판 조사연구보고 2020 제4호, 3-16면 참고.

13) **형법 제693조는 제1항 제1호**
항소법원 판사가 형법 제675조에 따라 행해진 항소에 의해 유죄판결을 뒤집거나, 형법 제676조 제1항 제1호, 제2호 혹은 제3호, 혹은 제676조 제3항에 따른 항소를 기각하면, 법무부장관은 반대의견을 낸 항소법원 판사가 문제 삼은 법률의 문제에 대하여 캐나다연방대법원에 상고할 수 있다.

을 보호하기 때문이다. 즉, 심판대상조항은 항소심에서 무죄판결을 받은 청소년을 검사의 권리상고로부터 보호한다.

심판대상조항의 혜택을 고려함에 있어 본 법원의 상고 허가과정이 청소년의 불이익을 영속화한다는 증거가 없다는 것도 염두에 두어야 한다. 오심을 예방하는 최후의 보루는 자동 상고권이 아니라 상고권 그 자체여야 한다. 심판대상조항이 절차법적으로 우리가 상상할 수 있는 최대한도로 청소년을 보호하지 않기 때문에 형사법 체계에서 청소년이 더 취약해지는 것이 아니다. 청소년들에게 권리상고를 허용하지 않는 입법을 했다고 해서 국회가 청소년을 차별한 것은 아니다. 국회는 오히려 형사소송의 최종판결이 불필요하게 지연되어서는 안 된다는 원칙을 지키면서, 상고심이 주는 혜택과 그 과정 속의 내재적 피해를 조화시킴으로써 입법에 청소년들의 현실을 반영한 것이다. 따라서 심판대상조항은 헌장 제15조 제1항에 위배되지 않는다.

대법관 Kasirer J의 별개의견

(1) 헌장 제1조에 의한 정당화

심판대상조항은 합헌이다. 심판대상조항이 헌장 제7조에 합치한다는 다수의견과 본 조항이 헌장 제15장 제1조 위반이라는 대법관 3인 반대의견에 동조한다. 그러나 심판대상조항에 명시된 권리상고 제한은 형법 제691조 제1항 제1호와 함께 고려해보았을 때 헌장 제1조에 의해 정당화 된다.

헌장 제1조[14]에 의해 제15조를 제한하는 것이 정당화된다는 것을 입증할 부담은 이를 주장하려는 당사자가 지며, 당해 제한이 긴급하고 상당한 목적을 가지고 있으며, 이 목적을 이루기 위한 수단이 헌장 제15조하의 권리를 비례하지 않을 정도로 크게 제한하지 않는다는 것을 보여야 한다. 비례성의

14) **캐나다헌장 제1조(캐나다의 권리와 자유)**
캐나다헌장은 오로지 자유롭고 민주적인 사회 내에서 명백하게 정당화할 수 있는 한도로서 법에 의하여 규정된 적정한도에 따라 권리와 자유를 보장한다.

원칙은 ① 긴급하고 상당한 목적과 제한이 합리적으로 연관되어 있고, ② 피해는 최소화되어야 하며, ③ 편익이 비용보다 클 것을 요구한다. 헌장 제15조와 제1조의 관계는 신중하게 살펴보아야 한다.

핵심은 차별의 심각성과 자유롭고 민주적인 사회의 기저 가치들의 관계를 함께 고려해야 한다는 것이다. 지금까지 나이를 근거로 헌장 제15조 제1항상의 권리를 제한한 것은 본 사건보다 덜 심각한 맥락에서 심사되어 왔고, 그래서 쉽게 정당화되었다. 이러한 관계를 분석하는 데 있어 해당 법률의 입법목적의 맥락에 관심을 기울여야 한다. 국가는 긴급하고 상당한 목적을 밝힐 뿐만 아니라 이를 면밀히 조사하여 차별을 야기하는 국가 행위가 정당화되는 일이 없도록 해야 한다.

그러나 자유·민주사회의 기타 가치나 원칙을 제고하는 제한은 허용될 수 있다. 그러나 이때에도 이러한 목적을 달성할 수 있는 수단이 여러 합리적인 대안들 중 피해를 최소화할 수 있는 것이어야 한다.

(2) 긴급하고 상당한 목적과 제한의 합리적 연계성

본 사건에서 제기된 헌법문제가 형법 제691조 제1항 제1호의 상고 경로로 특정되어 있기 때문에 검사는 나이에 따른 상고권 차별을 정당화하면 된다.

심판대상조항은 적시성(timeliness)과 청소년의 조기 갱생 및 재사회화를 제고한다는 긴급하고 상당한 목적을 가지고 있다. 이는 소년 형사법 체계가 달성하려고 하는 것이다. 상고를 권리로서 허용하지 않고 허가를 받도록 한 것은 청소년이 연루된 사건을 빠르게 확정하기 위함이다. 적시성은 청소년의 행위와 결과 사이의 연계성을 강화하고, 재판이 청소년에게 미치는 심리적 영향을 줄이고, 청소년의 조기 갱생과 재사회화라는 사회적 이익을 제고한다. 본 법원은 실익 없이 상고를 허가하지 않기 때문에 청소년의 상고 허가 신청은 적시성이라는 목표 달성에 기여한다. 더욱이 상고 허가 신청에 대한

결정은 상고심의 최종결정보다 신속하게 내려진다. 평균적으로 본 법원에 상고 허가 신청을 받은 청소년들의 상고과정은 권리상고를 할 수 있는 피고인에 비해 더 많은 시간이 소요되지만, 그렇다고 해서 심판대상조항이 입법목적과 합리적으로 연계되어 있다는 사실이 영향을 받지 않는다. 왜냐하면 해당 조항은 상고 가치가 없는 법적 질문을 제기하는 사건에 대해 빠른 결정을 내리기 위해 고안되었기 때문이다.

(3) 침해의 최소성

심판대상조항의 권리상고 제한이 적시성, 조기 갱생, 재사회화라는 목적을 달성하는 데 필요한 이상으로 과도한 피해를 야기한다고 볼 수 없다. 본 법원의 상고심 허가를 받아야 한다고 해서 권리상고가 가능한 성인 사건과 비교하여 오심의 가능성이 높아지는 것은 아니다. 상고 허가 과정은 오심에 대한 효과적인 보루이자 최소 침해 요건을 충족시키기에 충분하다.

본 법원은 오심의 가능성을 제기하는 사건만 상고를 허용한다. 또한 일반적으로 상고 허가가 예외적인 경우에만 이루어지며, 공익적 중요성이 상고 허가 여부 결정에 있어서 가장 중요한 기준이라는 것을 인정한다. 그렇지만 공익적 중요성이 꼭 형사 사건에 있어 법에 광범위한 영향을 미치는 것을 의미하는 것은 아니다. 공익적 중요성이란 법리적으로 공익상 중요하다고 여겨지는 법적 문제와 형사문제에 있어 판결의 안정성과 관련하여 심각한 법률 문제를 제기하는 사안과 관련 있다고 이해하는 것이 가장 올바를 것이다. 부당한 유죄판결의 문제는 특정 상고인을 넘어서 전체 사법체계와 관련이 있다.

또한 성인의 경우 권리상고는 항소심 법원에서 법률의 문제(question of law)에 대한 반대의견이 있을 때만 허용되고, 이러한 반대의견은 형법 제677조에 따라 결정문에 명백히 기록된다. 이러한 상황에서 본 법원은 반대의견뿐만 아니라 판사가 반대의견을 제시하게 된 법률의 문제(question of law)

에도 관심을 기울인다. 상고 허가를 내릴 때도 본 법원은 당연히 하급법원의 반대의견이 있었는지 확인한다. 누군가는 반대의견이 존재한다는 것 자체가 상고를 해야 할 심각성이 있다는 신호라고 생각할 수도 있다. 사실상 상고허가와 관련한 연구에 따르면 본 법원이 항소심에서 반대의견이 나온 사건과 상고를 허가하는 사건 사이에 유의미한 양의 상관관계가 있다고 한다. 해당 연구결과는 또한 성인이었다면 형법 제691조 제1항 제1호에 따라 권리상고를 할 수 있는 상황에 있는 청소년들에게 상고 허가 과정이 효과적인 보호 장치가 된다고 밝히고 있다.

(4) 이익형량

심판대상조항이 야기하는 차별이라는 부정적인 효과보다는 그 이익이 더 크다. 심판대상조항을 입안할 때, 국회는 청소년들이 상고를 못하도록 한 것이 아니라, 상고 허가를 받도록 요건을 추가했을 뿐이다. 상고를 허가할 것인가 결정을 할 때, 본 법원은 법률의 문제(question of law)에 관한 반대의견이 제시하는 근거, 상고 허가에 찬성하는 주장 및 하급 법원에서의 증거를 살펴볼 것이다. 가장 중요한 것은, 이러한 청소년의 상고 허가 기준은 해당 형사사건이 외견적으로는 상고 당사자 이외 주체에는 법적 의미가 없다고 하더라도 그 상고가 공적 중요성 기준을 충족시킬 수 있다는 것이다. 이러한 상황에서 상고 승소 가능성이 합리적으로 전망된다면 본 법원은 상고를 허가할 수 있다. 이러한 이유로 상고 허가 절차는 청소년들에게 보호 장치가 되며, 자유롭고 민주적인 사회에서 평등과 상응한다.

대법관 Abella의 반대의견(3인 의견)[15]

심판대상조항의 권리상고 제한은 헌장 제1조하에서 정당화될 수 없는 헌

15) 대법관 Abella, Karakatsanis 및 Martin 의견

장 제15조의 위반으로, 당해 조항은 위헌이다.[16]

(1) 헌장 제15조 위반

헌장 제15조의 위반을 증명하기 위해서, 위반을 주장하는 당사자는 문제의 법률이 ① 헌장 제15조에 열거되어 있는 혹은 그와 유사한 근거로 외견상 혹은 효과상 구별을 하거나, ② 불이익을 강화, 영속화 혹은 악화시키는 효과를 가지는 방식으로 부담을 지우거나, 혜택을 부여하는 것을 거부한다는 것을 입증해야 한다. 실체적 평등을 위해서 헌장 제15조 위반을 주장하는 당사자가 속한 그룹이 처한 상황의 모든 맥락과 제한이 그 상황에 어떠한 영향을 미치는지 살펴보아야 한다. 그러나 맥락과 정당화를 혼동해서는 안 된다. 헌장 제15조 제1항의 그 어떠한 테스트 단계도 구별이 한 그룹의 불이익을 영속화, 강화 혹은 악화하는 효과를 가지는지 분석하는 데 입법 목적을 고려할 것을 요구하지 않는다. 헌장 제1조의 테스트만 입법목적이 제한을 정당화 하는지 판단하는 데 있어 입법목적을 고려할 것을 요구한다.

본 사건에서 검사와 상고인 모두 성인에게 허용되는 상고권과 청소년에게 인정되는 상고권 사이에 차이가 있기 때문에 헌장 제15장 제1항의 첫 번째 테스트가 만족되었다는 것을 인정하였다. 그렇기에 이제 청소년에게 권리상고를 제한한 것이 청소년의 불이익을 강화, 영속화 혹은 악화했는지를 판단하기 위해서는 권리상고가 어떤 혜택을 주는지 고려해야 한다.

권리상고의 주된 목적은 중범죄 재판에서의 법률 착오를 정정하는 데 있다. 성인의 경우 지방 항소법원에서 법률의 문제(question of law)에 대한 반대의견이 나오면 본 법원에 대한 자동적 상고권이 인정되는데, 이는 오심으로부터 상고인들을 보호하기 위한 것이다.

형법 제691조 제1항 제1호상 성인에게 인정된 권리상고는 항소심 법원에서의 법률의 문제(question of law)에 대한 반대의견이 유죄판결의 타당성에

16) 대법관 Abella는 본안이 심판대상조항의 헌장 제15조나 제7조 위반 관련 문제라고 언급하였지만, 헌장 제15조 위반인 이유만을 상술하였다.

대한 합법적인 의문을 제기한다는 이해에 근거하고 있다. 이와 마찬가지로 형법 제691조 제2항 제2호[17]는 정식기소가능 범죄로 1심에서든, 2심에서든 유죄판결을 받은 누구나 유죄 판결을 받으면 최소 한 번은 항소할 수 있도록 사법 심사의 단계를 추가하고, 이는 중요한 절차법상 보호 장치이다.

심판대상조항은 부당한 유죄판결에 성인보다 더 취약한 청소년에게 성인에게는 제공되는 중요한 절차법상 보호 장치를 박탈했다. 더욱이, 심판대상조항은 항소심 법원에서 처음 유죄 판결을 받은 청소년의 권리상고를 제한한다. 이는 청소년들이 사법체계 내에서 겪는 불이익을 영속화한다. 오심과 관련하여 청소년이 성인보다 덜 보호되어도 된다는 발언은 옹호될 수 없다. 청소년을 실체법적, 절차법적으로 보호할 것을 강조하는 소년형사법의 철학과 목적은 부당한 유죄판결을 예방하는 절차를 옹호한다. 본 법원은 상고 허가 단계에서 오심이 발생했다는 신호를 감지하기 위해 노력하지만, 상고허가 심사에는 오심을 확인하는 절차가 없다. 적시성이라는 목적은 권리상고를 금하기 위한 정당화 이유가 되지 못한다. 신속한 판결을 받아서 불공정한 판결이 나온다면 신속한 판결을 받는 의미가 없다. 따라서 심판대상조항은 헌장 제15조 위반이다.

(2) 캐나다헌장 제1조에 의한 정당화 불가

헌장 제1조에 의한 정당화도 불가능하다. 청소년의 상고 허가 심사권을 본 법원이 가지고 있고 권리상고를 제한하는 것이 긴급하고 상당한 목적을 위해 정당화된다는 것을 인정하더라도, 최종 단계인 이익형량 심사를 통과하지 못한다. 권리상고를 제한함으로써 발생하는 피해가 혜택보다 더 크기 때문이다. 신속성, 조기 갱생 및 재사회화를 제고하는 것은 좋은 목적이지만, 심판대상조항이 실질적으로 이에 기여하는 부분은 매우 적다. 기껏해야 상고

17) **캐나다 형법 제691조 제2항 제2호**
정신질환으로 인한 형사 책임을 지지 않는다는 이유를 제외하고 정식기소가능 범죄에 대해 무죄판결을 받았으나 항소심 법원이 무죄를 뒤집고 유죄 판결을 한 경우, 그 어떠한 법률의 문제(question of law)에 대해서도 캐나다 연방법원에 상고할 수 있다.

가 허가되지 않는 사건의 경우만 몇 달 정도의 시간을 절약할 수 있다. 반면, 청소년 상고인에게 권리상고를 인정하지 않음으로써 청소년은 상고 허가를 받기 위해 몇 달을 더 보내야 한다. 즉, 고작 몇 달의 시간을 아낄 수 있다는 명목하에 심판대상조항은 오심의 위험을 높인다. 신속한 판결을 위해 부당한 유죄판결을 용인해야 한다면 신속성, 갱생 및 재사회화가 무슨 의미가 있겠는가.

대법관 Côté J 반대의견

본 법원이 상고를 허가하였기 때문에 권리상고 제한에 대해 헌법적으로 분석하는 것은 본 사건에 대해 영향을 미치지 못하므로 실익이 없다.

3. 판결의 의의

캐나다 연방대법원은 평등권 심사를 함에 있어 헌장 제15조에 열거되어 있는 인종, 국적, 민족, 피부색, 종교, 성별, 연령 및 정신적 또는 신체적 장애라는 근거 혹은 그와 유사한 근거로 외견상 혹은 효과상 구별을 하고 있는지 확인한다. 그 후, 그러한 구별이 불이익을 강화, 영속화 혹은 악화시키는 효과를 가지는 방식으로 부담을 지우거나, 혜택을 부여하는 것을 거부하는지 여부를 확인한다. 만약 법률이 헌장 제15조를 위반할 경우 자유·민주사회에서 그러한 위반이 정당화될 수 있는지, 즉 헌장 제1조에 의해 정당화될 수 있는지 살펴본다. 본 판결은 그러한 일반론에 입각하여 판결을 내렸다.

청소년에게 권리상고를 거부한 심판대상조항에 대하여 대법관 5인은 헌장 제7조(사람의 생명, 자유 및 안전) 및 제15조(법 앞의 평등 및 법률에 따른 평등 그리고 법률의 동등한 보호 및 혜택) 위반이 아니라고 판시하였고, 대법관 1인은 헌장 제15조의 위반이지만 헌장 제1조에 의해 정당화된다고 주장하였다. 반면, 대법관 3인은 심판대상조항이 헌장 제15조 위반이며, 제1

조에 의해 정당화되지 않기 때문에 위헌이라고 하였다.

다수의견은 심판대상조항의 입법목적은 피고인과 피해자 모두를 위해 적시에 사법 집행을 하기 위한 것이고, 청소년 범죄자들의 갱생과 재사회화를 위한 것이라며 헌장 제15조 제1항 위반 여부의 논증에 있어 사실상 입법목적을 고려하였지만, 반대의견은 피고인이 무죄라면 갱생과 적시성은 의미가 없으며, 입법목적은 헌장 제15조 제1항 위반 여부가 아니라 헌장 제1조의 비례성 심사에서 고려해야 할 요소라고 하여 다수의견과 다른 결론에 이르렀다.