무효선언이 유예된 위헌적 법률의 시간적 효력범위[1)]

1. 사건개요

2013년 Bedford결정[2)]에서 캐나다 연방대법원은 타인의 성판매 수익으로 생계를 유지하는 것을 금지하는 형법 제212조 제1항 제j호[3)]의 범죄구성요건이 지나치게 넓어, 성판매자들의 안전과 안정을 강화할 수 있는 행위들까지 불법화하였기 때문에 위헌이라고 결론을 내렸다. 연방대법원은 해당 조항이 캐나다 권리·자유헌장(이하 '헌장')에 위배된다고 판단하였지만, 성판매자들을 보호하기 위하여 법률에 대한 무효선언을 유예하고, 입법시한[4)]을 1년으로 규정하였다. 그러나 연방대법원은 무효선언이 입법시한이 종료된 후 소급효를 가지는지 혹은 장래효를 가지는지에 대해서는 명시하지 않았다. 입법시한이 종료되기 2주 전 의회는 형법 제262조 제2항을 제정하여 타인의 성판매 수익으로 생계를 유지하는 것을 범법행위로 규정했던 것에서 타인의 성판매로부터 상당한 혜택을 취하는 행위를 범법행위로 규정함으로써 범죄구성요건을 좁혔다. 의회는 개선입법이 소급 적용될지 여부에 대해서는 명시하지 않았다.

상고인들은 성접대 서비스(escort service)를 운영하면서 저지른 여러 범죄로 인해 무효선언이 발효한 후 2년이 지나 기소되었는데, 이 중에는 입법시한 동안 형법 제212조 제1항 제j호상의 범죄를 저지른 혐의도 있었다. 지방법원 판사는 상고인들을 기생충같이 성판매자를 착취하는 매춘알선업자라고 판단하였지만, 타인의 성판매 수익으로 생계를 유지한 혐의에 대해 유죄판결을 내리지 않았다. 지방법원 판사는 1982년 헌법(이하 '헌법') 제52조 제

---

1) R. v. Albashir, 2021 SCC 48, 2021.11.21. 결정.
2) Canada (Attorney General) v. Bedford, 2013 SCC 72 (캐나다 성매매 관련 규제법의 위헌성을 판단한 사건으로 자세한 내용은 세계헌법재판동향 2014년 제3호 참조).
3) **형법 제212조 제1항 제j호**
타인의 성판매를 전부 또는 일부 수입원으로 생활하는 자는 기소 가능한 범죄를 저지른 것으로 10년 이하의 징역에 처해진다.
4) 원어는 suspension period(transition period라고도 함)이고, '유예기간'이라는 용어와 혼용한다.

1항[5]에 따라 유예된 무효선언은 소급효를 가지기 때문에 입법시한이 끝나면 형법 제212조 제1항 제j호상의 범죄를 처벌하는 것은 위헌이라고 설시하였다.

반면 항소법원은 검사의 손을 들어주고 상고인들이 타인의 성판매 수익으로 생계를 유지했다는 혐의에 대해 유죄판결을 내렸다. 항소법원은, 연방대법원의 무효선언이 소급효를 가지는 것은 맞지만, 의회가 위헌 선언된 법률을 입법시한 도과 전에 개정하였기 때문에 무효선언의 소급효가 차단되었다고 판단하였다. 이에 피고인들은 연방대법원에 상고하였고, 연방대법원은 다음과 같은 이유로 상고를 기각하며 피고인들에 대한 유죄를 확정하였다.

2. 결정요지

법정의견[6]

(1) 서론

G결정[7]에서 본 법원은 의회가 개선입법을 마련할 수 있도록 무효선언이 유예되는 매우 이례적인 상황을 판단하기 위한 프레임워크를 마련하였다. 무효선언을 유예하는 것은 헌법에 근거한 강력한 공익이 위헌적 법률을 임시적으로 유지하는 것보다 더 중요할 때만 정당화된다. 이를 위해서는 형벌조항을 무효화하는 선언을 유예할 때 발생하는 법적 결과를 고려하여야 한다. 특별히 입법시한이 끝나기 전에 위헌적 법률이 범법행위라고 규정한 행위를 한 사람은 입법시한이 끝나고 무효선언이 발효한 후에 이에 대해 유죄판결을 받을 수 있을지를 고려해야 한다. 이에 대한 해답은 무효선언이 소급효를

5) 캐나다 헌법은 캐나다 최고의 법이고 동 헌법의 제반 조항에 부합하지 않는 모든 법은 불일치한 범위에서 효력을 상실한다.
6) 대법관 Wagner, Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Martin 및 Kasirer 의견.
7) Ontario (Attorney General) v. G, 2020 SCC 38 (이에 관한 자세한 소개는 세계헌법재판 조사연구 제48호(2021. 4.) 참조).

가지는지, 장래효를 가지는지에 따라 달라진다.

무효선언이 소급효를 가진다는 것은 법률이 과거로부터 장래에 이르기까지 변경된다는 의미이다. 소급효를 가지는 무효선언이 발효하면 법률은 입법 당시부터 무효라고 여겨지는 것이다. 반면 무효선언이 장래효를 가진다는 것은 입법 당시에는 법률이 유효했지만, 무효선언의 효력이 발생한 시점부터 효력을 상실한다는 의미다.

항소심의 쟁점은 위헌적인 형법 제212조 제1항 제j호가 소급해서 무효가 되기 때문에 상고인들의 유죄판결의 전제가 될 수 없는지 여부였다. 이에 대한 대답을 하기 위해 사법적 구제조치의 시간적 효력을 고려해야 한다.

1) 구제조치의 시간적 효력

법원이 헌법 제52조 제1항에 따라 무효선언을 할 때 무효선언의 시간적 효력은 그 무효선언의 성격에 근거한다. 헌법을 통한 구제조치들은 적절한 언어적, 철학적, 역사적 맥락 안에서 해석되어야 한다. 또한 변경되는 상황에 민감하며, '관대하고 포괄적인' 방식으로 해석되어야 한다.[8]

법률이 헌장상의 권리를 침해할 경우, 3가지 근본적인 헌법원칙이 구제조치를 해석하는 지침이 된다. 그것은 바로 입헌주의, 법치주의 그리고 권력분립이다.[9]

입헌주의는 모든 법률이 캐나다의 최고법인 헌법을 준수해야 한다는 것이다. 헌법 제52조 제1항은 "캐나다 헌법은 캐나다 최고의 법이고, 동 헌법의 제반 조항에 부합하지 않는 모든 법은 불일치한 범위에서 효력을 상실한다." 라고 규정하고 있다. 캐나다 최초 헌법인 1867년 헌법에서부터 헌법의 최고 규범성을 나타낸 조항이 있었다. 즉, 법률의 합헌성을 심사하는 데 있어 캐나다 사법부의 역할은 상당히 오랜 역사를 가지고 있는 것이다.[10] 법률이 헌

8) Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education), 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at para. 24; see also R. v. Comeau, 2018 SCC 15, [2018] 1 S.C.R. 342, at para. 52

9) Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island, [1997] 3 S.C.R. 3 (P.E.I. Judges Reference (1997)), at paras. 90-95; Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 54; G, at paras. 153-59

10) P. W. Hogg and W. K. Wright, Constitutional Law of Canada (5th ed. Supp.), at § 5:20

법과 합치하지 않는다고 법원이 판단할 경우, 법원은 헌법 제52조 제1항에 따른 헌법 우위원칙을 확인할 뿐만 아니라 적절한 구제조치를 결정해야 한다.[11]

또한 법원은 법치주의 및 권력분립의 한계 내에서 구제조치 마련에 관한 재량을 행사하여야 한다. Hislop결정[12]에서 다수의견은 "헌법의 문언은 최고 규범으로서의 헌법의 외연을 넓게 획정하지만 주어진 맥락에 따라 헌법을 해석하고 적용하는 것은 법원의 몫이다."라고 명시하였다.

따라서 헌법 제52조 제1항의 절대적인 표현(absolute language)에도 불구하고, 법원이 무효선언을 하면서 해당 선언을 즉각적으로 발효시킬지 아니면 특정 기간 동안 그 효력을 유예할지에 대한 재량을 가진다.[13] 법원은 이례적인 경우 강력한 공익으로 인해 무효선언을 유예할 수 있지만, 정부가 법률의 헌법적 흠결을 치유하는 데 필요한 시간보다 더 오래 유예해서는 안 된다.[14]

그러나 위헌적 법률에 대한 구제조치가 헌법 제52조 제1항에만 규정된 것은 아니다. 헌장 제24조 제1항도 구제조치를 명시하고 있다. "본 헌장에서 보장하는 권리나 자유를 침해 또는 거부당한 자는 누구나 제반 상황에서 법원이 적절하고 공정하다고 판단하는 구제수단을 획득하기 위하여 관할 법원에 신청할 수 있다." 법률에 대해 공식적으로 무효선언을 하는 헌법 제52조 제1항과 달리, 헌장 제24조 제1항은 자신의 기본권 침해를 주장하는 사람만 원용할 수 있는 개인적인 구제조치에 관한 것이다.[15]

결국 입헌주의, 법치주의 및 권력분립이라는 3가지 원칙에 따라 위헌적 법률에 대한 구제조치가 형성된다. 이 3가지 원칙은 법률이 장래효를, 사법부의 선언은 소급효를 가진다는 강력한 추정을 수립한다. 물론, 이러한 추정은 강력하지만 반박될 수도 있다.

법치주의는 법률이 소급효를 가진다는 것에 반대한다.[16] Sullivan교수가

---

11) K. Roach, "Principled Remedial Discretion Under the Charter" (2004), 25 S.C.L.R. (2d) 101, at pp. 105 and 111-13
12) Canada (Attorney General) v. Hislop [2007] 1 SCR 429
13) G, at paras. 120-21
14) G, at paras. 132 and 135
15) R. v. Ferguson, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96, at para. 61

설명하였듯, 법률이 소급효를 가진다면 사람들은 자신의 행동을 교정할 수 없는 시점이 되어서야 법률의 내용을 인지하게 된다. 그러나 법치주의가 법률의 소급효를 완전히 금지하는 것은 아니다. 헌장이 허용하는 범위 내에서 의회는 법률이 어떻게, 언제 적용될 것인지 결정할 수 있다. 결국 의회가 헌법적 흠결을 소급해서 치유하기를 원한다면 그렇게 할 수도 있다.

Choudhry교수와 Roach교수는 「Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Constitutional Remedies」에서 입법부는 소급효에 반대하는 추정을 내재화했기 때문에 소급효를 가지는 법률 제정을 꺼려한다고 기술하였다. 본 재판부는 특히 의회가 법원의 무효선언으로 인한 개선입법을 마련할 때 법률이 적용되는 시점을 염두에 두고 입법시한 동안 어떠한 조항을 적용할 것인지 명시하는 것이 바람직하다는 저자들의 의견에 동의하는 바이다.

하지만 본 사건에서 그 어떤 당사자도 개선입법이 소급효를 의도했다는 주장을 하지 않았다. 의회도 개선입법을 소급 적용한다는 명시적 혹은 암묵적 의도를 보이지 않았다. 따라서 법률이 장래효를 가진다는 강력한 추정에 이의를 제기하지 않았다고 여겨진다.

법치주의에 따르면 법률은 장래효를, 사법적 구제조치는 소급효를 가진다고 추정된다. 일반적으로 본 법원의 결정은 즉각적으로 효력을 가지며 모든 법원은 계류 중인 소송과 관련하여 본 법원의 무효선언에 기속된다. 이러한 의미에서 본 법원의 결정은 소급효를 가진다. 법원의 기본적인 역할은 분쟁이 발생한 이후, 이에 대해 판결을 내리는 것이다. 이러한 기능으로 인해 사적 결정은 소급효를 가지는 것이다.[17]

법원이 헌법 제52조 제1항에 따라 무효선언을 하면 그 무효선언의 효력은 즉각 발생하고 또 소급효를 가진다고 추정된다. 헌장상 권리를 최대한 보호하기 위해서는, 무효선언의 효력은 사법절차 안에 있는 모든 사람에게 즉

16) R. Sullivan, Statutory Interpretation (3rd ed. 2016), at p. 354
17) J. Traynor, "Quo Vadis, Prospective Overruling: A Question of Judicial Responsibility" (1977), 28 Hastings L.J. 533, at p. 536, quoting P. Mishkin, "The High Court, The Great Writ, and the Due Process of Time and Law" (1965), 79 Harv. L. Rev. 56, at p. 60

각적으로, 그리고 소급 적용된다고 해석해야 한다. 왜냐하면 사후(delayed) 구제절차가 장래효를 가진다고 본다면, 과거에 위헌적 법률에 의해 기본권을 침해당한 자는 영원히 구제를 받을 수 없게 되는 위험이 있기 때문이다.[18]

그러나 무효선언이 즉각적인 소급효를 가진다는 것이 꼭 그래야 한다는 의미는 아니다.[19] 무효선언 유예의 목적을 달성하기 위해 필요한, 이례적 상황이나 특별한 헌법적 고려사항이 있는 경우에는 소급효에 대한 예외를 정당화할 수 있다.

2) 무효선언 유예의 시간적 효력

헌장상의 권리를 계속 침해하는 것보다 공익이 더 중요할 경우 법원은 무효선언을 유예할 수 있다.[20] 그러나 법원이 무효선언을 유예하기로 결정했다고 무효선언의 소급효를 변경하는 것은 아니다. 다만, 그 발효시기를 변경한다. 즉, 무효선언이 소급효를 가진다는 추정이 계속된다는 것이다. 비록 이러한 추정은 명시적으로, 혹은 암묵적으로 반박될 수 있지만, 어쨌든 추정은 지속된다. 본 법원이 처음 무효선언을 유예한 것은 Reference Re Manitoba Language Rights사건[21]에서였다. 본 법원은 당시 대부분의 매니토바주 법률이 영어로만 제정되었기 때문에 위헌이라고 결론을 내렸다. 이러한 무효선언이 즉각적인 소급효를 가지게 되면 법적 진공상태가 발생하여 법치주의가 훼손되는 결과가 발생할 수 있으므로 본 법원은 무효선언을 유예하여 매니토바주 의회가 헌법에 합치하는 새로운 법률을 통과시킬 수 있는 시간을 벌어주었다. 그러나 무효선언은 소급효를 가지고 있었다.

Hislop결정에서 본 법원은 일정한 상황에서 무효선언이 장래효를 가질 수 있다고 설명하였다. 이러한 상황에서는 소급효에 대한 추정이 반박되고, 무효선언이 장래효를 가진다. 장래효를 가지는 무효선언은 법률에 중대한 변화

---

18) Choudhry and Roach, at pp. 247-48
19) Hislop, at para. 86
20) G, at paras. 117 and 126
21) Reference Re Manitoba Language Rights, 1985 CanLII 33 (SCC), [1985] 1 S.C.R. 721
캐나다 정부가 매니토바 주 법률이 영어와 불어로 통과되어야 합헌인지에 대해 캐나다 대법원에 권고의견을 물어본 사건이다.

(substantial change)가 있을 때 적절하다. Hislop결정에서 본 법원은 장래효를 가지는 무효선언을 해야할지 결정하는 데 있어 법원이 고려할 요소를 제시하였다. 정부가 선의를 가지고 법률에 의존하였는지 여부, 소송당사자에 대한 형평성, 소급효가 부당하게 공공자원 배분에 영향을 미치는지 여부 등이 그것이다. Hislop결정은 이러한 예시들이 열거적인 것은 아니라고 분명히 밝혔다. 그렇다면 이제 질문은 Hislop결정에서 예시한 조건 이외에 사법적 구제조치의 장래효를 정당화하는 조건은 무엇이냐는 것이다.

오로지 장래적 선언을 위한 목적이 묵시적으로 내포되어 있는 경우에는 그러한 무효선언의 유예는 소급효 추정의 또 다른 예외가 될 수 있을 것이다. 유예된 무효선언은 헌법에 근거한 강력한 공익이 기본권을 계속 침해하는 것보다 더 중요하고 공익상 위헌성을 치유하기 위해 의회가 개선입법을 해야 한다는 것을 정부가 증명할 때만 허용된다.[22] 또한 확장해석(reading in), 축소해석(reading down) 또는 분리(severance)와 같은 맞춤형 구제조치들이 부적절할 때만 가능하다.[23] 이러한 이례적이고, 예외적인 상황이 있을 경우 입법시한이 끝난 후 무효선언이 소급 적용되면 일정한 경과기간을 필요로 하였던 강력한 공익 달성이라는 목적이 저해될 수 있다. 일차적으로 무효선언 유예를 정당화했던 공익 보호를 해할 뿐 아니라, 불확실성도 야기된다. 무효선언 유예의 목적 달성을 저해하지 않기 위해, 무효선언의 유예 자체에 장래효가 내포되어야 하는 경우가 있을 수 있다.

그러나 소급효를 가지는 개선입법을 할지 여부에 대한 선택권은 궁극적으로 입법자에게 있다. 법원이 이와 같은 입법자의 선택에 기댄다면 권력분립원칙 하에서 헌법 수호자로서의 법원의 책임을 다하지 못하게 된다.[24]

또한 본 재판부는 개선입법이 법원의 무효선언을 수정하거나, 소급효를 사전에 차단한다는 항소법원과 검찰의 입장도 배척하는 바이다. 개선입법은 법률의 종국적인 상태에 영향을 미칠 수는 있으나, 법원의 판결을 바꿀 수는

22) G, at paras. 133 and 139
23) G, at paras. 112 and 114
24) Hunter v. Southam Inc., [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 169

없다. 더욱이 의회가 개선입법을 마련하지 않겠다는 선택을 하는 것도 얼마든지 가능하다. 따라서 법원이 해야 할 일은 헌법 제52조 제1항에 따라 일관성 있고, 원칙에 따른 구제조치를 마련하는 일이다.

상고인들은 법원이 명백하게 명시하지 않는 한 무효선언이 장래효를 가질 수 없다고 주장하였다. 그러나 법원이 분명하게 장래효를 명시하는 것이 바람직한 일이겠지만, 관행적으로 이러한 일은 거의 없다. 명시적인 설시가 없더라도 경과기간 또는 무효선언의 유예에 관한 설시에서 묵시적으로 장래효를 가지는 결정임이 드러나는 것이 훨씬 일반적이다.

가령 Brydges결정[25]에서 본 법원은 헌장 제10조 제b호의 변호사의 조력을 받을 권리에는 법률지원과 국선 변호사가 존재한다는 사실 및 그들의 조력을 받을 수 있다는 사실을 고지받을 권리가 포함된다고 판시하였다. 일반적으로 경찰이 경고카드를 읽으면서 변호사의 조력을 받을 권리에 대해 피고인에게 고지해야할 의무를 실행한다는 사실을 인정하여 법원은 30일 동안 무효선언을 유예하였다. 30일을 유예한 이유는 캐나다 전역의 경찰서들이 법률지원 및 국선변호사에 대한 정보가 포함된 새로운 경고카드를 준비할 수 있도록 하기 위함이었다. Brydges결정에서 무효선언이 장래효를 가진다는 것은 유예의 이유에 내포되어 있다. 현실적으로 경찰이 30일 동안 무효선언 결정을 준수할 수 없었기 때문에 무효선언을 유예한 것이고 30일이 지나면 그 전 30일 동안 구류된 모든 사람들에게 해당 무효선언을 소급하여 적용하여야 한다고 본다면, 이는 유예의 목적과 상반될 것이다.

또 다른 예를 살펴보자. 가령 Bain결정[26]에서 본 법원은 배심원 선정과 관련하여 변호인과 검찰의 불균형한 배심원 선택권에 대해 무효선언을 하였지만, 법적 공백을 방지하기 위해 해당 선언의 효력을 6개월 동안 유예하였다. 유예기간 동안 배심원들의 선정을 모두 소급적으로 무효화하면 무효선언 유예의 목적 달성을 저해하기 때문에 해당 무효선언은 장래효를 가지게 되었다.

---

25) R. v. Brydges, [1990] 1 S.C.R. 190
26) R. v. Bain, [1992] 1 S.C.R. 91

결론적으로 법원은 무효선언이 논리적으로 소급효를 가질지 아니면 장래효를 가질지 판단하는 데 있어 무효선언 유예의 목적을 살펴보아야 한다. 무효선언 유예의 목적은 법률의 즉시 효력상실로 인한 공익 침해의 정도가 특정기간 동안의 헌장상 권리 침해를 능가할 정도로 중대한 것일 때 공익을 보호하기 위함이다. 소급효가 이러한 목적 달성을 저해한다면, 무효선언은 장래효를 가져야 한다.

본 법원이 이제까지 항상 무효선언이 유예되는 이유나 무효선언의 시간적 효력을 항상 설명하지는 않았다. 그러나 향후 혼란을 피하기 위해 본 법원이 헌법 제52조 제1항상 무효선언의 시간적 효력에 관하여 명시적으로 설명하기를 기대한다.

3) Bedford결정의 무효선언 유예의 시간적 효력

이제 Bedford결정의 시간적 효력에 대해 생각해보자. 본 사건에서 핵심 쟁점은 Bedford결정이 명시적으로 무효선언의 시간적 효력에 관하여 언급하지 않은 상황에서 소급효의 추정이 깨질 수 있는지 여부이다. 우리는 Bedford결정에서 무효선언을 유예한 목적에 비추어 볼 때 장래효를 가져야 한다고 판단하는 바이다.

Bedford결정에서 무효선언을 유예한 이유는 해당 선언이 즉각적으로 발효할 경우 성판매와 관련 문제들이 전혀 규제되지 않을 것을 염려했기 때문이다. 소급효 선언을 하게 되면 입법시한이 종료됨과 동시에 형법 규제 시스템을 완전하게 시행하지 못하게 한다. 그렇게 되면 무효선언을 한 근본적인 이유인 취약층인 피해자들을 보호하지 못하게 되고, 이는 무효선언 유예의 목적을 달성하지 못하게 한다.

또한 소급효 선언은 헌장상의 권리를 보호하지 못한다. Bedford결정에서 형법 제212조 제1항 제j호가 위헌이라고 판단했던 것은 해당 조항이 너무 광범위하여 성판매자들의 안전을 위협했기 때문이다. 즉, 해당 조항은 성판매자의 수입으로 생계를 유지하는 행위를 범죄화하여 기생충같이 착취를 일삼

는 매춘알선업자로부터 성판매자들을 보호하기 위한 것이었음에도, 지나치게 광범위하게 규정되어 있어 운전 및 경호 등과 같이 성판매자들의 신변 안전에 기여하는 행위마저 범죄화하였기 때문이다. 그러나 본 법원은 해당 법률을 축소해석(reading down)하기보다는 위헌이라고 판결을 내렸다. 왜냐하면 결정문을 통해 비착취 행위만을 형벌규정에서 제외하게 될 경우 형법규정의 다른 측면에 예기치 못한 영향을 미칠 수 있기 때문이었다. 본 법원은 무효선언을 유예함으로써 성판매자를 헌법적으로 '보호'하는 동시에 위헌적인 측면을 '예방'할 수 있었다. 무효선언이 소급효를 가진다면, 입법시한 동안 성판매자의 권리는 침해되고, 성판매자의 수입에 기생하는 매춘알선업자로부터 성판매자들을 보호하지도 못한다. 동시에 성판매자를 기생충같이 착취하는 매춘알선업자들은 입법시한 동안 그들의 행위에 대해 형사면책을 누렸을 것이다. Bedford결정은 성판매자들의 헌장상의 권리를 옹호하였다. 만약 Bedford결정이 소급효를 갖는다면 성판매자들의 헌장상의 권리를 옹호하기는커녕 그들의 권리를 심각하게 위협하게 된다.

Bedford결정의 무효선언이 장래효를 가지는 것이 무효선언 유예의 목적과 더 부합하고, 성판매자의 권리를 더 잘 보장할 수 있다. Bedford결정에서 의도하였듯이 현상태의 규제는 1년간 유지되었고, 동 기간 성판매자들은 형법이 의도한 보호, 즉 매춘알선업자들의 기생 행위 및 착취 행위로부터 충분히 보호를 받았다.

Bedford결정의 무효선언이 장래효를 가진다는 것을 고려하였을 때, 본 사건의 구체적인 쟁점은 입법시한이 종료되기 이전에 형법 제212조 제1항 제j호를 위반한 사람들을 어떻게 처리해야 할지 판단하는 것이다. 어떠한 결론을 내리던 어느 정도의 법적 불확실성이 발생한다. 이러한 불확실성으로 인해 예외적으로만 무효선언을 유예해야 하는 것이다. 무효선언 유예가 필요할 경우, 법원은 입법시한동안 취할 조치가 계속적으로 헌장을 위반하는 결과를 최소화하는지를 고려해야 한다.

4) 장래효를 가지는 구제조치에 따른 권리 보호

상고인들이 Bedford결정의 무효선언이 소급효를 가져야 한다고 주장하면서, 무효선언 발효 이전에 형법 제212조 제1항 제j호에 따른 비착취 행위로 인해 기소된 사람들에 대한 잠재적 불평등성에 대해 강조하였다. 그러나 무효선언이 장래효를 가진다고 해서 형법 제212조 제1항 제j호에 따른 비착취 행위 인해 기소된 사람들의 개별적인 구제를 박탈하는 것은 아니며, 이는 위헌적 법률에 따라 유죄판결을 받을 수 없다는 Big M Drug Mart결정[27]에서 나온 원칙을 위반하는 것이 아니다.

본 법원은 Big M Drug Mart결정에서 위헌적 법률에 따라 유죄판결을 받을 수 없다는 원칙은 헌법의 최고규범성의 당연한 귀결이라고 설명하였다. 그러나 본 법원은 위헌적 법률에 맞서 헌법 제52조 제1항이나 헌장 제24조 제1항 중 하나만 구제조치로 원용할 수 있는 것이 아니라는 데 주목하였다. 헌법 제52조 제1항과 헌장 제24조 제1항은 공존하며, 위헌인 형벌규정으로부터 구제조치를 제공한다.

Big M Drug Mart결정의 어느 누구도 위헌적인 법률에 따라 유죄판결을 받지 않는다는 원칙으로부터 헌법 제52조 제1항의 구제조치들이 형법 분야에서는 항상 소급효를 가져야 한다는 원칙을 유추해 낼 수는 없다. 첫째, Big M Drug Mart에서 제시된 원칙은 절대적인 것이 아니다. 기판력의 법리는 사건마다 달리 적용되어 왔다. 일단 법률이 위헌으로 선언되면 최종 결정에 대한 부차적인 공격을 예방함으로써 기판력의 원칙은 위헌적 법률이 규정한 범법행위를 근거로 사람들이 유죄판결을 받을 수 있도록 한다. 둘째, 후술하는 바와 같이 무효선언이 장래효를 가질 때 해당 법률에 의해 헌장상의 권리를 침해당한 사람은 헌장 제24조 제1항에 따른 개인적인 구제조치를 신청할 수 있다. 이에 상고인의 주장을 배척하는 바이다.

---

27) R. v. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 S.C.R. 295

(2) 무효선언이 장래효를 가질 때 가용한 구제조치

헌법 제52조 제1항은 위헌적 법률에 대항한 일반적인 구제조치이고, 헌장 제24조 제1항은 위헌적인 가벌행위에 대항하여 '일반적으로 사용'된다. 적절할 경우 이 두 조항은 혼합되어 구제조치를 제공할 수 있다. Ferguson결정에서 본 법원은 헌장 제24조 제1항은 법률의 위헌성에 대해 이의를 제기하는 헌법 제52조 제1항을 대체하지는 못하지만, 특정 사건에서 실효적인 구제조치를 제공하기 위해 추가적인 조치가 필요할 경우 헌장 제24조 제1항은 헌법 제52조 제1항과 결합될 수 있다고 판시하였다.

유사하게 G결정에서도 본 법원은 헌법 제52조 제1항상 무효선언을 유예할 때 헌장 제24조 제1항의 구제조치에 대하여 소급효를 부여하는 것에 반대하는 원칙은 존재하지 않는다고 판시하였다. 입법시한동안 헌장 제24조 제1항의 구제조치를 허용한 사례는 많다.[28] 이러한 의미에서 무효선언이 임시적으로 유예된 상황에서도 본 법원이 상고인 자신에게만큼은 무효선언을 소급하여 적용해온 것이 그간의 실무이다.

무효선언 유예가 장래효를 가지는 경우에도 같은 논리가 적용된다. 왜냐하면 법률의 합헌성에 대한 법적 판단(legal finding)과 법원이 명령한 특정 구제조치 간 그리고 실체적 결론과 적절한 구제조치 간에 개념적 차이가 있기 때문이다. 법률이 헌장상의 권리를 침해했다고 법적으로 판단하는 것은 일반적인 무효선언을 하기 위해 필요한 조건이지만, 이러한 판단은 동시에 헌장 제24조 제1항상의 개인적인 구제조치의 기반이 될 수 있다.

헌법 제52조 제1항에 따른 무효선언은 법원이 내린 법률의 합헌성에 대한 판단을 통해 정부에 대항할 수 있도록 하는 수단일 뿐이다. 그러나 무효선언이 없어도 판사들은 특정한 사건에서 헌장이 준수되었는지를 평가해야 한다. 비록 그 사건에만 그들의 판단이 적용된다고 해도 말이다.[29] 판사가

---

28) G, at para. 182; Martin, at paras. 120-21; R. v. Guignard, 2002 SCC 14, [2002] 1 S.C.R. 472, at paras. 32-34; Mackin, at paras. 75-76; Bain, at pp. 105 and 165.

29) R. v. Lloyd, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130, at paras. 15 and 19; Martin, at para. 3

헌장 제24조 제1항에 따라 특정한 피고의 헌장상 권리 침해여부를 고려하는 경우, 무효선언이 소급효를 가지는지 장래효를 가지는지와 무관하게 연방대법원의 위헌성 판단은 구속력이 있다. 본 법원의 무효선언 유예 혹은 무효선언의 장래효 결정은 일시적으로 위헌적 법률의 효력을 지속시키는데, 그렇다고 해서 무효선언이 발효하기 이전에 발생한 헌장상의 권리 침해에 대한 개인의 구제를 막는 것은 아니다. 이러한 상황에서 개인의 구제가 적절한 것인가는 별개의 문제이다.

일반적으로 헌장 제24조 제1항을 인용하는 것은 제한되어야 한다. 이는 개인적인 구체조치가 무효선언을 유예하도록 한 이유인 강력한 공익을 저해할 수 있기 때문이다. 그러나 강력한 공익이 저해되지 않을 경우 헌장 제24조 제1항은 헌장상의 권리를 침해당한 사람을 구제하는 유연한 수단이 될 수 있다. Carter결정[30]이 그 예다. 의사조력사(physician-assisted death)를 허용하는 데 있어 강력한 공익이 있었고, 그래서 무효선언 유예로 인해 권리를 침해당한 사인에게 부여된 광범위한 임시적 구제조치를 정당화될 수 있었다. 이러한 경우 본 법원은 법률의 위헌성 판단을 통해 나온 기준을 기반으로, 회복할 수 없는 손해(irreparable harm)를 완화하기 위하여 상세한 과도기적 구제조치를 마련한다.

따라서 피고인이 위헌적 형벌규정에 따라 유죄판결을 받는 것이 자신의 헌장상의 권리를 침해한다는 것을 입증할 수 있고 헌장 제24조 제1상의 개인을 위한 구제조치가 무효선언 유예의 목적을 저해하지 않는다면, 이러한 개인을 위한 구제조치를 입법시한동안에도 허용할 수 있다.

본 사건에 이를 적용해보면 입법시한 이전 혹은 입법시한 동안 이루어진 행위로 인해 형법 제212조 제1항 제j호에 따라 기소된 사람은 헌장 제24조 제1항상의 개인적인 구제조치를 요청할 수 있다. 본 사건에서 성판매자의 수입으로 생계를 유지하는 행위는 헌법 제52조 제1항에 따라 위헌이라고 판결이 내려졌다. 그러나 본 법원의 무효선언 유예로 인해 피고인들의 권리가 형

30) Carter v. Canada (Attorney General), 2016 SCC 4, [2016] 1 S.C.R. 13(이에 대한 자세한 내용은 세계헌법재판동향 2015년 제5호 참조).

법 제212조 제1항 제j호와 사법당국의 기소 결정의 영향을 받게 되었다.[31] Bedford결정에서 본 법원은 성판매자를 착취하는 사람들과 그들의 안전을 강화하는 사람들을 모두 처벌하는 형법 제212조 제1항 제j호가 광범위하다고 판단하여 위헌이라고 결정을 내렸다. 성판매자들의 헌장 제7조상의 권리와 관련하여 법률에 흠결이 있었고, 본 법원의 이러한 판결은 형법 제212조 제1항 제j호에 따라 기소된 성판매자의 안전을 강화시켜주는 사람들에게도 직접적인 영향을 미친다. 성판매자의 안전을 강화시켜주는 사람들의 자유가 Bedford결정의 목적과 상반된 방식으로 침해되고 있는 것이다.

이러한 위험은 헌장 제24조 제1항의 개인적인 구제조치를 통해 완화될 수 있다. 어떠한 사람이 비착취행위로 인해 기소되면 판사는 피고인의 헌장 제7조상의 권리가 침해되었다고 판단하여 헌장 제24조 제1항상의 구제조치를 허용할 수 있을 것이다. 나아가 이러한 방식으로 개인에게 구제조치를 허용하는 것은 Bedford결정에서 무효선언을 유예한 목적을 약화시키지도 않는다. 무효선언을 유예함으로써 취약계층인 성판매자와 대중을 법률을 통해 보호하고, 동시에 성판매자를 기생충과 같이 착취하는 행위에 대항할 수 있는 수단을 제공하기 때문이다. 무효선언을 유예함으로써 법률이 합헌적인 가벌조항에 해당하는 사람만 계속 처벌하도록 할 수 있다. 이를 통해 헌법정신을 온전히 수호하고, 권리를 최대한으로 보호할 수 있다.

(3) 결론

무효선언의 유예는 유예의 목적에 따라 장래효를 가질 수 있다. Bedford결정에서 본 법원의 구제조치는 장래효를 가졌는데, 무효선언을 유예한 이유가 성판매자를 더 취약하게 만드는 매춘알선업자에 대한 규제의 공백을 피하기 위한 것이었고 해당 선언이 소급효를 가지게 되면 이러한 목적 달성을 저해하기 때문이었다. 구제조치가 장래효를 가지기 때문에 상고인들은 무효

31) R. v. Boudreault, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599, at para. 106

선언 발효 이전에 행한 행위로 인해 기소될 수 있다. 따라서 무효선언의 발효 날짜 이전에 행한 형법 제212조 제1항 제j호에 따른 행위로 유죄 판결을 받을 수 있다. 그러나 피고인이 위헌적 법률로 인해 자신의 권리가 침해되었다는 것을 입증하면 헌장 제24조 제1항 상의 구제를 요청할 수 있다. 다만, 이때 피고인의 행위가 무효선언 유예를 통해 보호하고자 했던 공익을 침해해서는 안 된다.

상고인들은 기생충같이 착취행위를 했고, 이는 헌법에 따라 항상 가벌할 수 있는 행위였기 때문에 상고인들에게는 헌장 제24조 제1항에 따른 구제조치가 허용되지 아니한다. 이에 상고를 기각하는 바이다.

반대의견(2인 의견)[32]

무효선언 유예 관련 법률은 원칙상의 명확성이 떨어져서 무효선언 유예는 상황에 따라 임기응변식으로 이루어졌다. 첫 번째 쟁점은 무효선언이 유예되는 상황에 관한 것으로 이 문제는 G결정에서 다루어졌다. 두 번째 쟁점은 무효선언이 유예되었으면, 이를 어떤 구조로 운영해야 하는 것인가에 있다. 결국 다시 명확성이 요구된다. 그래서 무효선언의 구조와 운영에 대한 전반적인 프레임워크를 마련하고자 한다. 이를 위해서는 무효선언 유예를 통해 입법시한동안 그리고 그 시한이 만료된 이후 달성하고자 했던 법률의 상태를 기반으로 하여 무효선언 유예의 조건을 더 의도적으로, 더 명확하게 설정해야 한다.

(1) 법적 프레임워크

1) 무효선언의 시간적 효력

32) 대법관 Brown and Rowe

일반적으로 무효선언은 소급효를 가지고 즉각적으로 발효한다. 헌법 제52조 제1항은 캐나다 헌법은 캐나다 최고의 법이고, 동 헌법의 제반 조항에 부합하지 않는 모든 법은 불일치한 범위에서 효력을 상실한다고 규정하고 있다. 법률이 캐나다 헌법과 일치하지 않는 범위에서 '효력을 상실'하면, 그 법률은 제정되던 시점이나 해당 법률과 부합하지 않은 헌법 조항이 발효한 시점 중 나중에 발생한 날부터 실효한다. 이것이 헌법 제52조 제1항의 논리적 함의이다. 본 법원은 Hislop결정에서 이를 '선언적 접근법'이라 명명하며 "법률이 과거로부터 무효하면, 해당 법률에 따라 취해진 정부의 행위 또한 무효하고, 결과적으로 정부의 행위에 영향을 받은 사람들은 과거로 소급하여 부당함을 시정할 권리를 가진다고 판시하였다.

또한 무효선언의 소급효는 일반적으로 사법적 구제의 성격에서 나온다. Hislop결정에서 설명하였듯이 법원은 일반적으로 과거에 발생한 사건에 대한 법적 결과를 판단하기 때문에, 승소한 당사자가 판결을 통해 혜택을 누릴 수 있도록 '소급효를 가지는 구제조치를 제공'한다.

형법의 맥락에서 이러한 사실은 피고인이 유죄판결의 전제가 되는 법률이 위헌이라고 주장함으로써 유죄판결로부터 자신을 보호할 수 있다는 점에서 확인할 수 있다. Big M Drug Mart결정에서 대법관 Dickson은 헌법 제52조 제1항과 헌법이 최고규범이라는 원칙에서 '그 누구도 위헌인 법률에 따라 범죄행위로 규정된 행위로 인해 유죄판결을 받을 수 없으며', '기소의 전제가 되는 법률이 위헌이라고 주장함으로써 피고인은 형사기소를 방어를 할 수 있다'는 사실이 필연적으로 도출된다고 설명하였다. 이로부터 과거에 발생한 위헌적 법률의 효력에 대항하여 구제를 요청하는 소송당사자에게 구제조치를 제공하기 위하여 무효선언이 일반적으로 소급효를 가진다는 사실이 도출된다.

이는 본 법원의 판례법에서 기인한 것이다. Martin결정[33]에서 본 법원은 헌장에 일치하지 않는 법률 조항이 실효하는 것은 법원이 위헌이라고 선언

33) Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504

했기 때문이 아니라 헌법 제52조 제1조로 인한 것이기 때문에, 원칙적으로 해당 법률은 제정된 순간부터 무효라고 판시하였다. Reference re Manitoba Language Rights사건에서 본 법원은 매니토바주의 법률 상당수가 영어로만 제정되어 위헌이라고 명시하였다. 그 결과 영어로만 제정된 매니토바주의 법률들은 권고의견이 나온 그 시점 그리고 과거로부터 효력을 상실했다. 당시 본 법원은 1890년에 제정된 법률부터 무효선언의 영향을 받는다고 명시하였다. 즉, 매니토바 언어 권고의견을 내기 95년 전에 제정된 법률도 무효라고 판결한 것이다. 많은 학자들도 무효선언은 즉각적인 소급효를 가지는 것이 원칙이라는 데 동의한다. Sujit Choudhry, Kent Roach, Peter W. Hogg 및 Wade K. Wright 교수는 모두 소급효가 원칙이라고 밝혔다.

본 법원이 Hislop결정에서 소급효가 우세하다는 것을 인정하였지만, 두 가지 중요한 예외도 인정하였다. 바로 장래효를 가지는 무효선언과 무효선언 유예가 그것이다. 무효선언이 장래효를 가지면 무효선언이 있고 난 이후 시점에부터 무효선언은 적용되며, 해당 법률이 입법 당시부터 무효가 되는 것은 아니다. 무효선언을 유예하는 것은 무효선언의 효력 발생 시점이 늦춰지다는 의미이다. 즉, 무효선언의 효력 자체를 변경하는 것이 아니라 발효시점이 늦춰진다는 것이다.

무효선언이 발효하는 시점과 무효선언의 시간적 효력은 별개의 문제이다. 무효선언은 4가지 시간적 효력을 가질 수 있다. 첫째, 무효선언이 즉각적으로 소급효를 가지게 되어, 무효선언이 있은 날부터 그 효력이 법률이 제정된 날(혹은 해당 법률과 부합되지 않는 헌법 조항이 발효한 날 중 나중에 발생한 날)까지 소급하여 법이 실효한다. 둘째, 소급효를 가진 무효선언이 유예된 경우 법률이 제정된 날(혹은 해당 법률을 위헌을 만든 헌법 조항이 발효한 날 중 나중에 발생한 날)까지 소급하여 법률이 무효가 되는 것은 동일하지만, 이러한 효력은 입법시한이 종료되면 시작된다. 셋째, 무효선언이 즉각적인 장래효를 가지게 되면, 법률은 선언이 있은 날 이후부터 장래에 계속 무효하지만, 과거에는 유효하다. 무효선언이 장래효를 가진다는 것은 해당 법

률은 입법된 날짜로부터 무효선언이 있을 때까지는 유효하다는 의미다. 넷째, 장래효를 가진 무효선언이 유예된 경우 즉각적인 장래효와 비슷하게 작동을 하지만, 해당 선언이 입법시한이 끝난 후에 발효한다는 점이 다르다.

2) 법원을 위한 지침

법원이 무효선언을 할 때, 법원은 상술한 4가지 시간적 효력의 결과를 고려하고, 상황에 따라 적절한 구제조치를 마련하며, 해당 선언이 즉각적인 소급효를 가지는 경우를 제외하고는 그 시간적 효력에 대해 명백하게 밝혀야 한다.

G결정에서 본 법원은 무효선언을 유예하는 것이 적절한 상황을 판단하는데 있어 원칙적인 접근법을 제시했다. 정부가 공공 안전이나 법치주의와 같은 강력한 공익을 보호하기 위해 무효선언 유예가 필요하다는 것을 입증할 책임을 진다. Hislop결정에서 본 법원은 장래효를 가지는 무효선언을 정당화할 수 있는 요소들의 목록을 만들었다. 무효선언이 장래효를 가지려면 법률이 중대하게 변경되어야 하지만, 그렇다고 해서 바로 장래효를 가지는 것은 아니다. 법률이 중대하게 변경되었는지 여부뿐만 아니라 다른 요소들도 함께 고려되어야 한다. 정부가 신의성실하게 법률에 의존했는지 여부, 소송당사자에 대한 불평등성, 의회의 역할에 대한 법원의 개입 등이 그것이다.

이러한 요소들을 고려함에 있어 법원은 무효선언의 유예나 장래효를 가지는 무효선언이 특정 사건에 미치는 영향을 고려해야 한다. 가령 무효선언 유예가 공익이나 법치주의를 상당히 제고하지 않는다면, 무효선언 유예는 적절하지 않을 수 있다. 확장해석(reading in), 축소해석(reading down) 또는 분리(severance)와 같은 맞춤형 구제조치가 무효선언의 대안이 될 수 있다. 이러한 구제조치는 전체 법률이 소급해서 무효가 된다고 선언하는 것보다는 법치주의와 공공의 안전에 도움이 될 것이다.

법원이 무효선언을 하고, 해당 무효선언에 즉각적인 소급효를 부여할 의도가 아니라면 법원은 그 의도를 명백하게 밝혀야 한다. 그 이유는 다음과

같다. 첫째, 무효선언은 즉각적으로 소급 적용된다는 강한 추정이 있기 때문이다. 장래효를 가지는 무효선언을 유예할 수 있지만, 이때 염두에 두어야 하는 것은 이러한 구제조치가 헌법 제52조 제1항의 문언상 명백하게 승인된 것이 아니라는 것이다. 장래효를 가지는 무효선언의 유예는 사법부의 역할에 대한 전통적인 이해에서 파생된 것이다. 둘째, 법원의 다양한 구제조치와 선언을 고려해보았을 때, 법원의 의도를 사후에 추론하기 위해서는 너무 많은 추측을 해야 하기 때문이다. 일부의 경우 법원이 특정한 구제조치를 제공하려고 했다고 추측하거나 법원이 이런 판결을 내리는 것이 더 합리적이라고 추론하는 것이 가능할 수도 있지만, 법원 결정문에 없는 무언가를 매번 사후에 읽어내려고 하는 것은 부적절하다. 소송당사자는 소송을 다시 거치지 않아도 자신들이 법원에서 받은 판결의 결과를 알 수 있어야 한다.

3) 소급효를 가지는 형법에 대한 무효선언 유예

형사기소에는 시간이 걸리기 때문에 소급효를 가지는 무효선언을 유예하는 것은 형법의 맥락에는 잘 맞지 않을 수 있다. 형법에서 소급효를 가지는 무효선언 유예의 효과를 이해하기 위해서는 형법을 폐지하는 것과 형법을 과거로부터 무효라고 선언하는 것의 차이를 이해하는 것이 중요하다. 의회가 특정 범죄에 대한 처벌규정을 폐지하였을 경우, 해당 규정이 폐지되기 전에 해당 범죄행위를 한 사람은 기소당할 수 있다.

커먼로(common law)의 일반원칙은 피고인은 범법행위가 발생한 시점에 유효한 실체법에 따라 재판을 받고 처벌을 받아야 한다는 것이다. 재판 중이나 판결을 받을 때 유효한 실체법에 따라 재판이나 처벌을 받는 것이 아니다.[34]

반면 법원이 범법행위를 규정한 법률이 과거로부터 실효한다고 선언하면 해당 선언 이후 그 누구도 해당 범법행위로 인해 유죄판결을 받을 수 없다. 해당 행위가 법원의 무효선언 이전에 이루어졌다고 해도 그렇다. 해당 범법

34) 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

행위는 애초에 존재하지 않았던 것으로 여겨지고 그 누구도 (존재하지도 않는) 위헌적 법률에 따라 유죄판결을 받을 수 없기 때문이다. 이러한 경우 형사기소에 시간이 많이 소요된다는 사실은 매우 유의하다.

그래서 소급효를 가지는 무효선언을 유예하는 것이 형법의 맥락에서는 잘 맞지 않을 수 있다는 것이다. 피고인은 무효선언이 유예된 짧은 기간 동안 유죄판결을 받을 수 있지만, 유예가 끝나자마자 법률은 과거로부터 무효라고 여겨지고, 범법행위가 언제 일어났는지와 무관하게 그 누구도 해당 범법행위로 인해 유죄판결을 받지 않게 된다. 이는 입법시한이 만료되기 전에 법률이 폐지되었는지 여부와 무관하다. 결론적으로, 형사기소에는 상당한 시간이 걸리기 때문에 무효선언 유예를 통해 얻을 수 있는 실익이 거의 없다.

더욱이 형사기소에 상당한 시간이 소요되기 때문에 무효선언 유예는 기이한 결과를 가져온다. 무효선언 유예로 인해 입법시한이 만료되기 전에 완전히 기소가 끝난 사건과 소송이 진행 중이거나 항소 중에 있는 사건 사이에 임의적인 차별이 발생한다.[35] 그렇게 되면 피고인들이 기소의 전제가 되는 범법행위를 처벌하는 조항이 폐지될 때까지 소송을 연기할 유인이 생겨나고, 입법시한이 끝나기까지 기다리는 피고인과 기다리지 않는 피고인 사이에 차별이 발생한다. 재정적 측면에서 살펴보면 입법시한이 다 지나갈 때까지 기다리면 유죄판결을 받지 않는다는 법률 조언을 받을 수 있는 형편이 좋은 피고인들과 그렇지 않은 피고인 사이에 차별이 발생한다.

(2) 무효선언 유예를 위한 일반 프레임워크 적용

Bedford결정에서 법무장관은 법원이 발견한 헌법적 결함을 의회가 입법적으로 개선할 기회를 고려할 수 있도록 무효선언을 유예해달라고 본 법원에 요청하였다. 그러나 법무장관은 무효선언에 장래효를 부여해달라고 요청하지는 않았다. 또한 Hislop결정에서 명시한 무효선언 유예를 위한 고려사항을 인용하지도 않았고, 장래효를 가진 무효선언을 위한 기타 고려사항도 제

35) R. v. Thomas, [1990] 1 S.C.R. 713

안하지 않았으며, 소급효를 가진 무효선언이 적절하지 않다고 주장하지도 않았다.

Bedford결정에서 본 법원은 무효선언이 즉각적으로 효력을 가질 경우 의회가 개선입법을 위해 고분군투하는 동안 착취행위를 하는 매춘알선업자들은 전혀 규제를 받지 않을 것이고, 이는 많은 캐나다인의 우려를 자아낼 것이라 말했다. 중요한 것은 본 법원은 당시 무효선언이 장래효를 가진다고 명시하지 않았다는 것이다. 다만 형법 제212조 제1조 제j항이 '헌장에 배치된다고 선언'하고 '그래서 무효'라고 말하며, '무효선언은 1년간 유예'된다고 판시했다.

Bedford결정에서 본 법원은 무효선언이 장래효를 가진다고 할 수 있었으나 그러지 않았고, 무효선언은 소급효를 가지는 것이 원칙이다. Bedford결정이 장래효를 가지는 구제조치를 부과할 의도였다고 추론할 수 있지만, 형법 제212조 제1항 제j호가 헌장 제7조를 위반하는 범위 내에서 효력을 상실할 것을 선언할 의도였다고도 추론할 수 있다. 그러나 Bedford 재판부는 이에 대해 언급하지 않았다. Bedford결정의 의도를 추론한 것 중 그 어떤 추론이 더 설득력이 있다고 말하기도 어렵다.

또한 무효선언이 장래효를 가지기 위해서는 정당화 사유를 제시해야 하지만 Bedford결정에서 본 법원은 그리하지 않았다. 본 법원은 Hislop결정에서 법률의 중대한 개정은 장래효를 가지는 무효선언의 필요조건이지만, 충분조건은 아니라고 말했다. 그러면서 무효선언이 장래효를 가지기 위한 다른 요건들을 열거했다. Hislop결정 이후 장래효를 명백히 정당화할 사유가 없을 경우에는 장래효를 가지지 않는다고 해석하는 데 무게가 실리게 되었다.

마지막으로 장래효를 가지는 무효선언은 특별히 형법의 맥락에서 정당화의 필요성이 더 두드러진다. 그 누구도 위헌적인 형벌규정이 범법행위로 규정한 행위로 인해 유죄판결을 받아서는 안 된다는 일반원칙 때문이다. Hislop사건은 연금 교부를 거절당한 상고인에게 연금을 소급 보상해줄 것인가에 관한 사건인 반면 본 사건은 범법행위로 규정되어 항상 위헌인 범법행

위에 대해 적극적으로 사법 집행을 승인하는 것에 관한 것이다. 이 둘은 꽤나 다른 문제이다. 위헌적 법률에 따라 피고인에게 유죄판결을 내리는 것은 적극적인 사법 집행을 요구하기 때문이다.

이러한 쟁점이 Boudreault사건에서 중요하게 다루어졌다.[36] 이 사건에서 본 법원은 헌장 제12조에 따라 피해자를 위한 부가벌금(mandatory victim surcharge)을 의무적으로 부과하는 것은 위헌이라고 판시하면서 법치주의는 자유롭고 민주적인 사회에서 정당화될 수 없는 잔인하고 이례적인 처벌을 지속하는 것을 허용하지 않는다고 명시하였다. 위헌적인 형법을 계속, 적극적으로 집행하는 것은 법치주의에 반하며, 그래서 무효선언이 장래효를 가지지 않는다는 데 무게가 실린 것이다. 이러한 이유로 Bedford결정이 입법시한이 끝나면 소급효를 가진다고 판단하였다.

법정의견은 형법은 소급효를 가지지 않으며, 형법 제286조 제2조가 발효하여 무효선언의 소급효를 차단했다고 주장하였으나, 이에 이의를 표명하는 바이다. 개선입법은 무효선언을 무의미하게 만들었다. 왜냐하면 무효선언을 통해 해결하고자 하는 문제가 사라졌기 때문이다. 그러나 형법 제286조 제2항은 형법 제212조 제1항 제j호의 헌법적 결함을 치유하지 않았으며, 그렇기 때문에 형법 제212조 제1항 제j호가 위헌이라는 본 법원의 결정을 변경하지 못한다. 따라서 상고인이 유죄판결을 받았을 때 형법 제212조 제1항 제j호는 위헌이었고, 동법에 대한 위반혐의는 말소되어야 한다. 이러한 결과가 완전히 만족스럽지는 않다. 왜냐하면 성판매자를 착취한 상고인이 유죄판결을 받을 수 없기 때문이다.

그러나 이러한 해석은 형법 제212조 제1항 제j호를 축소해석을 하거나 아니면 헌장 제7조와 배치되는 부분만 무효라고 선언하기보다 전체조항을 폐지하고자 한 Bedford 재판부의 결정을 잘 반영한 것이다. 따라서 원심을 파기하고 상고인들에 대한 유죄 판결을 인정하지 아니한다.

---

36) R. v. Boudreault, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599

3. 결정의 의의

캐나다 연방대법원은 2013년 Bedford결정을 내리면서 헌법불합치라는 표현을 사용하지 않았지만, 개선입법이 시행될 때까지 무효선언을 유예함으로써 우리나라의 헌법불합치결정과 같은 효과를 의도하였다.

본 결정의 쟁점은 Bedford결정의 형법 제212조 제1항 제j호의 무효선언 유예가 소급효를 가지는지 아니면 장래효를 가지는지 여부였다. 유예된 무효선언의 시간적 효력에 따라 상고인들이 입법시한 동안 행한 기생충같은 착취행위에 대해 유죄판결을 받을 수 있느냐가 갈리게 되기 때문이다. 법정의견과 반대의견 모두 일반적으로 유예된 무효선언은 일반적으로 소급효를 가진다는 추정에는 동의하였지만, 연방대법원이 분명하게 명시하지 않은 상황에서 Bedford결정이 어떠한 시간적 효력을 가져야 하는지에 대해 의견이 나뉘었다.

Hislop결정은 무효선언이 유예된 상황에서 해당 선언이 장래효를 가지는 상황에 대한 지침을 제공하고 있다. 유예된 무효선언이 장래효를 가지기 위해서는 먼저 법률에 중대한 변화(substantial change)가 있어야 하며, 중대한 변화가 있을 경우 정부가 선의를 가지고 법률에 의존하였는지 여부, 소송당사자에 대한 형평성, 소급효가 부당하게 공공자원 배분에 영향을 미치는지 여부 등을 고려한다. 그러나 이는 예시목록에 불과하다고 연방대법원은 명시하였다.

본 사건에서 법정의견은 장래효를 가지는 유예된 무효선언에 대한 지침에 새로운 예외 상황을 추가하였다. 바로 유예된 무효선언이 소급효를 가질 경우 강력한 공익의 달성에 저해가 된다면 해당 무효선언은 장래효를 가져야 한다고 명시한 것이다. 본 사건에서 유예된 무효선언이 소급효를 가질 경우 무효선언을 유예한 목적인 성판매자를 기생적·착취적인 매춘알선업자로부터 보호하기 위한 무효선언 유예의 목적을 달성하지 못하기 때문에 법정의견은 Bedford결정이 장래효를 가져야 한다고 판시하였다.

반대의견은 무효선언 유예 관련 법률은 원칙상의 명확성이 떨어져서 무효선언 유예가 상황에 따라 임기응변식으로 이루어져왔다면서 무효선언 유예 관련 원칙을 위한 프레임워크를 제시하였다. 그러면서 Bedford결정에서 연방대법원이 명백하게 무효선언의 장래효를 규정하지 않았고, 장래효를 정당화하는 사유를 제시해야 했지만 그리하지 않았으며, 위헌적인 형벌규정이 범법행위로 규정한 행위로 인해 유죄판결을 받아서는 안 된다는 일반원칙으로 인해 무효선언의 소급효에 대한 추정이 반박되지 않았다고 설시하였다.