

## 뉴욕주 총기규제법 위헌 판결<sup>1)</sup>

### I. 사건개요

미국 헌법 수정 제2조<sup>2)</sup>는 총기소지를 보장하고 있는 반면, 뉴욕주는 적어도 20세기 초부터 공공장소에서의 권총 소지를 규제해왔다. 뉴욕주에서는 집안이든 밖이든 면허 없이 어떤 총기든 소지할 수 없으며, 이를 어길 경우 중범죄에 대해서는 4년 이하의 징역 또는 \$5,000 이하의 벌금, 경범죄에 대해서는 1년 미만의 징역 또는 \$1,000 이하의 벌금에 처한다.<sup>3)</sup> 한편 면허 없이 장전된 총기를 집 밖이나 사업장 밖에서 소지하는 것은 15년 이하의 징역형에 처할 수 있는 중범죄이다.<sup>4)</sup>

집이나 사업장에서 총기를 소지하기를 원하는 총기면허 신청자는 자신이 도덕적 성품(good moral character)을 지녔으며, 범죄나 정신질환 이력이 없고, 면허를 거부할 정당한 이유가 없다는 점을 면허 담당 공무원 - 보통 판사나 경찰 - 에게 증명해야 한다.<sup>5)</sup> 만일 집 밖이나 사업장 밖에서 총기를 휴대하기를 원한다면 - 뉴욕주에서는 타인의 눈에 띄는 상태로 총기를 휴대하는 것은 전혀 허용되지 않으므로 - 신청자는 권총이나 리볼버(회전식 연발 권총)의 은닉(concealed)<sup>6)</sup> 소지 및 휴대를 위한 무제한 면허(unrestricted

---

1) New York State Rifle & Pistol Assn., Inc. v. Bruen, 597 U. S. \_\_\_\_ (2022)(No. 20-843)(2022. 6. 23.).

2) 미국 헌법 수정 제2조 (무기소지의 권리)

규율 있는 민병대는 자유로운 주의 안보에 필수적이므로 무기를 보유하고 휴대하는 개인의 권리는 침해될 수 없다.

3) N. Y. Penal Law Ann. §§265.01-b (West 2017), 261.01(1) (West Cum. Supp. 2022), 70.00(2)(e) and (3)(b), 80.00(1)(a) (West 2021), 70.15(1), 80.05(1).

4) §§265.03(3) (West 2017), 70.00(2)(c) and (3)(b), 80.00(1)(a).

5) §§400.00(1)(a)-(n) (West Cum. Supp. 2022).

6) 공공장소에서 총기를 소지하는 것은 두 가지 방식으로 구분한다. 하나는 타인의 눈에 띄는 상태로 소지하는 경우("Open Carry")이고 다른 하나는 타인의 눈에 띄지 않는 상태에서 소지하는 경우 (Concealed Carry Weapon 또는 Concealed Weapon)이다. 첫 번째 경우는 각 주별로 그리고 타운이나 카운티에 따라 서로 다른 세부 규정을 두고 있으며 일반적으로 Concealed Weapon 보다 더 엄격하게 통제하고 있다. (미주(뉴욕)주재관, 미국 각주의 총기규제, 국회사무처, [https://nas.na.go.kr/nas/info/diplomacy\\_active03.do?mode=view&articleNo=385429](https://nas.na.go.kr/nas/info/diplomacy_active03.do?mode=view&articleNo=385429)).

license)를 취득해야 한다.<sup>7)</sup> 그러한 무제한 면허를 취득하기 위해서는 신청자가 그 발급에 ‘정당한 이유(proper cause)’가 있음을 증명해야 한다.<sup>8)</sup> 만일 그러한 증명을 하지 못하는 경우 신청자는 사냥, 과녁사격, 직업상의 필요 등의 제한된 목적에 한하여 공공장소에서의 총기휴대가 허용되는 제한적 면허(restricted license)만 받을 수 있다.<sup>9)</sup>

상고인들은 ‘뉴욕주 소총·권총 협회(New York State Rifle & Pistol Association, NRA)’와 그 회원 Brandon Koch와 Robert Nash이다. Koch와 Nash는 각각 공공장소에서의 자기방어를 위해 권총을 휴대하고자 무제한 면허를 신청하였으나, 자신의 안전에 특별한 위험이 있음을 증명하지 못하여 거부되었다. 피상고인들은 뉴욕주 면허법의 집행을 감독하는 뉴욕주 경찰서장과 상고인들이 거주하는 렌셀러 카운티(Rensselaer County)의 면허신청과정을 감독하는 뉴욕주법원 판사로, 상고인들은 피상고인들이 ‘정당한 이유’를 증명하지 못하였다는 이유로 무제한 면허의 발급을 거부함으로써 헌법 수정 제2조와 수정 제14조<sup>10)</sup>를 위반하였다고 주장하였다. 제1심법원과 항소법원은 모두 뉴욕주의 ‘정당한 이유’ 기준을 옹호하며 상고인들의 주장을 받아들이지 않았다. 이에 연방대법원은 뉴욕주가 상고인들의 면허신청을 거부한 것이 위헌인지 여부를 판단하기 위해 상고를 허가하였다.

## II. 쟁점 및 판단

---

7) §400.00(2)(f).

8) §400.00(2)(f).

9) In re O’Brien, 87 N. Y. 2d 436, 438-439, 663 N. E. 2d 316, 316-317 (1996); Babernitz v. Police Dept. of City of New York, 65 App. Div. 2d 320, 324, 411 N. Y. S. 2d 309, 311 (1978); In re O’Connor, 154 Misc. 2d 694, 696-698, 585 N. Y. S. 2d 1000, 1003 (Westchester Cty. 1992).

10) **미국 헌법 수정 제14조 (공민권)**

제1항. 미국에서 출생하거나 귀화하고, 미국의 관할권에 속하는 모든 사람은 미국 시민이자 그 거주하는 주의 시민이다. 어떠한 주도 미국 시민의 특권과 면책권을 제한하는 법률을 제정하거나 시행할 수 없다. 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.

## 1. Thomas 대법관의 법정의견(6인 의견)<sup>11)</sup>

뉴욕주의 ‘정당한 이유’ 요건은 일반적인 자기방어의 필요성이 있는 준법시민이 공공장소에서 무기를 보유하고 휴대할 권리를 행사하지 못하게 함으로써 헌법 수정 제14조에 위반된다.

### 가. 뉴욕주 총기면허제도

뉴욕주법은 무제한 면허를 위한 ‘정당한 이유’가 무엇인지 정의내린 바 없지만, 뉴욕주법원은 일반적인 공동체 보호와는 구별되는 자기방어에 특별히 필요한 경우임을 입증할 경우에만 정당한 이유가 인정된다고 판결해왔다.<sup>12)</sup> 그리고 이러한 특별한 필요는 쉽게 인정되지 않는 기준으로, 예를 들어 우범 지역에서 살거나 일한다는 것으로는 충분하지 않고,<sup>13)</sup> 개인의 안전에 대한 특정한 위협이나 공격, 또는 이례적인 위협의 증거가 요구된다.<sup>14)</sup> 면허 담당 공무원이 신청을 받아들이지 않을 경우 이에 대한 사법심사는 제한적이다. 뉴욕주법원은 담당 공무원의 판단이 ‘자의적이고 예측불가능한(arbitrary and capricious)’ 것이 아닌 한 이를 존중하고 있다.

이처럼 공공장소에서 권총을 휴대하기 위해서는 면허를 받을 것을 요구하는 주는 뉴욕주만이 아니지만, 대부분의 주(43개 주)에서는 신청자가 일정 요건만 갖추면 언제든지 총기의 은닉휴대 면허를 발급해야 하며(shall issue), 면허 담당 공무원이 그 필요성이나 적합성에 대한 판단에 따라 이를 거부할 수 없다. 오직 6개 주<sup>15)</sup>와 워싱턴 D.C.에서만 신청자가 일정 요건을 갖추었더라도 면허의 이유나 적합성이 증명되지 않았음을 근거로 담당자가 총기의

11) Thomas, Alito, Gorsuch, Kavanaugh, Barrett 대법관, Roberts 대법원장의 의견.

12) In re Klenosky, 75 App. Div. 2d 793, 428 N. Y. S. 2d 256, 257 (1980).

13) In re Bernstein, 85 App. Div. 2d 574, 445 N. Y. S. 2d 716, 717 (1981).

14) In re Martinek, 294 App. Div. 2d 221, 222, 743 N. Y. S. 2d 80, 81 (2002); In re Kaplan, 249 App. Div. 2d 199, 201, 673 N. Y. S. 2d 66, 68 (1998).

15) 뉴욕, 캘리포니아, 하와이, 메릴랜드, 매사추세츠, 뉴저지.

은닉휴대를 거부할 수 있다(may issue).

## 나. 2단계 심사에 대한 비판 및 역사적 분석의 타당성

### 1) 2단계 심사

연방대법원은 *District of Columbia v. Heller*, 554 U. S. 570 (2008) 판결과 *McDonald v. Chicago*, 561 U. S. 742 (2010) 판결에서, ‘헌법 수정 제2조 및 수정 제14조는 일반 준법시민들이 자기방어를 위해 집에서 권총을 소지할 권리를 보장한다’고 판시하였다. *Heller* 판결에 따르면 헌법 수정 제2조상의 개인의 행위는 헌법상 추정적으로 보호되며 총기규제를 정당화하기 위해서는 정부가 그러한 규제가 국가의 역사적 전통에 부합됨을 입증해야 한다.

*Heller* 판결과 *McDonald* 판결 이후 연방항소법원들은 헌법 수정 제2조 소송의 심리를 위해 ① 역사와 ② 수단-목표(means-end) 심사로 이루어진 ‘2단계 심사’를 발전시켰다.

첫 번째 단계에서 정부는 해당 총기규제법이 헌법 수정 제2조상 권리의 원래의 범위(original scope)에 해당하지 않는 행위에 대해 규제하는 것임을 입증함으로써 그 총기규제를 정당화할 수 있다.<sup>16)</sup> 연방항소법원들은 그 권리의 원래의 범위를 역사적 의미에 기초하여 확인하였다.<sup>17)</sup> 만일 규제의 대상이 된 행위가 헌법 수정 제2조의 원래의 범위 밖의 행위라면, 그 행위는 헌법상 보호되지 않는다. 그러나 역사적 증거로 판단하건대 규제의 대상이 된 행위가 헌법상 보호되지 않는다고 단정할 수 없는 경우, 법원은 일반적으로 두 번째 단계로 넘어간다.

두 번째 단계에서 법원은 종종 해당 법률이 헌법 수정 제2조의 핵심에 얼마나 가까이 있는지, 그 권리에 법률이 부과하는 부담이 얼마나 과도한지를 분석한다. 연방항소법원들은 일반적으로 헌법 수정 제2조상의 권리의 핵심은

16) *Kanter v. Barr*, 919 F. 3d 437, 441 (CA7 2019).

17) *United States v. Focia*, 869 F. 3d 1269, 1285 (CA11 2017).

집에서의 자기방어에 한정된다고 하였다.<sup>18)</sup> 만일 헌법 수정 제2조상의 권리의 핵심에 부담이 간다면, 법원은 엄격심사기준을 적용하여 정부가 해당법률이 긴절한 정부이익을 달성하기 위해 면밀하게 재단된 것임을(narrowly tailored to achieve a compelling governmental interest) 입증하도록 한다.<sup>19)</sup> 만일 헌법 수정 제2조상 권리의 핵심에 부담이 되는 경우가 아니라면, 법원은 중간심사기준을 적용하여 정부가 해당 규제가 중요한 정부이익의 달성과 상당히 연관되어 있는지를(substantially related to the achievement of an important governmental interest) 입증하도록 한다.<sup>20)</sup>

## 2) 2단계 심사 중 두 번째 단계에 대한 비판

이러한 2단계 심사는 한 단계가 불필요하게 많은 방식이다. 첫 번째 단계는 역사를 바탕으로 헌법 수정 제2조의 법문에 기초한 심사를 요구한다는 점에서 Heller 판결에 대체로 부합한다. 하지만 Heller 판결과 McDonald 판결은 수단-목표 심사를 적용하는 두 번째 단계를 뒷받침하지는 않는다. Heller 판결의 방법론은 헌법의 문언과 역사에 중점을 두고 있지, 엄격심사나 중간심사와 같은 수단-목적 심사를 원용하는 것이 아니며, 중간심사와 유사한 이익형량심사도 명백히 배척하였다.

## 3) 역사적 분석의 타당성과 헌법 수정 제2조의 우위성

역사적 분석은 때때로 어렵고 미묘할 수 있다. 그러나 헌법 문언의 의미를 확인하기 위해 역사에 의존하는 것은 판사에게 총기제한의 비용과 이익에 관한 실증적인 판단을 요구하는 것보다 - 그 분야에서 부족한 그들의 전문지식을 고려하건대 - 더 정당하고 집행가능한 방식이다.<sup>21)</sup> 중간심사의 기치 아래 총기규제에 관한 실증적인 판결을 내려야 하는 어려운 과제를 맡은 연

18) Gould v. Morgan, 907 F. 3d 659, 671 (CA1 2018).

19) Kolbe v. Hogan, 849 F. 3d 114, 133 (CA4 2017).

20) Kachalsky v. County of Westchester, 701 F. 3d 81, 96 (CA2 2012).

21) McDonald, 561 U. S., at 790-791 (plurality opinion).

방법원들은 종종 입법부의 판단에 따르고 있다. 입법부의 이익형량에 대한 사법부의 존중은 이해할 수 있고 다른 경우라면 적절한 것일 수도 있지만, 여기서 헌법이 요구하는 바는 존중이 아니다. 헌법 수정 제2조는 바로 국민들의 이익형량의 산물이며, 자기방어를 위해 무기를 사용할 책임감 있는 준법시민들의 권리는 다른 이익들보다 우위에 있다.<sup>22)</sup>

#### 4) 역사적으로 유사한 규제가 있었는지 여부

Heller 판결에서 제시되었고 현재도 적용되고 있는 심사기준에 따르면 법원은 현대의 총기규제가 헌법 수정 제2조의 법문과 역사적 해석에 부합하는지를 판단해야 한다. 물론 오늘날 총기규제 문제가 1791년<sup>23)</sup>이나 1868년<sup>24)</sup>의 남북전쟁 후 재건시대의 건국자들이 선취한 것과 항상 같을 수는 없다. 그러나 헌법은 - 그 의미는 헌법을 비준한 사람들의 이해에 따라 확립될지라도 - 건국자들이 구체적으로 예상하였던 것 외의 상황에도 적용될 수 있으며 그래야만 한다.<sup>25)</sup> 실제로 Heller 판결에서 연방대법원은 역사적으로 확립된 헌법 수정 제2조의 의미가 새로운 상황에 적용되는 적어도 하나의 방식을 인정하였다. 바로 ‘무기’를 지칭할 때 오직 18세기에 존재했던 무기에만 한정되지 않는다는 것이다.<sup>26)</sup>

총기규제가 헌법 수정 제2조에 부합하는지를 결정하기 위해 Heller 판결과 McDonald 판결은 적어도 두 가지의 관련 기준을 들고 있는데, 첫째는 현재와 과거의 규제가 무장을 통한 자기방어권에 비슷한(comparable) 부담을 부과하는지 여부이고, 둘째는 그러한 규제가 부과하는 부담이 비슷하게 정당화되는지(comparably justified) 여부이다. 개인의 자기방어는 헌법 수정 제2조의 핵심적인 요소이기 때문에 이러한 두 가지 기준은 유추적 심리에 있어 핵심적인 고려사항이 된다.<sup>27)</sup>

22) Heller, 554 U. S., at 635.

23) 미국 헌법 수정조항의 첫 10개 조항인 ‘권리장전’이 비준된 해이다.

24) 미국 헌법 수정 제14조가 비준된 해이다.

25) United States v. Jones, 565 U. S. 400, 404-405.

26) Heller, 554 U. S., at 582.

정확히 말하면, 현대의 규제가 역사적 전조(precursors)와 똑같이 닮지는 않더라도, 헌법적 기준을 통과하기에 충분할 만큼 비슷할 수는 있다. 예를 들어, 법원은 현대의 규제가 헌법적으로 허용되는지를 결정하기 위해 학교, 정부건물과 같이 민감한 장소에서의 총기휴대를 금지해 온 오랜 법률과의 유사성을 살펴볼 수 있다.<sup>28)</sup> 그러나 뉴욕주의 ‘정당한 이유’ 요건을 ‘민감한 장소’에 관한 법률로 규정하려는 피상고인들의 시도는 이유 없다. 단지 맨하탄이 봄비는 곳이고 일반적으로 뉴욕시경찰국(New York City Police Department, NYPD)의 보호를 받는다는 이유로 뉴욕주가 실질적으로 맨하탄을 민감한 장소로 선언했다는 역사적 근거가 없기 때문이다.

#### 다. 뉴욕주의 ‘정당한 이유’ 요건에 대한 판단

Heller 판결에서 지지된 헌법적 기준을 뉴욕주의 ‘정당한 이유’ 요건에 적용해보도록 한다.

##### 1) 헌법 수정 제2조의 문언 해석

보통의 성인 준법시민인 상고인 Koch와 Nash가 헌법 수정 제2조가 보호하는 ‘국민’의 일부임에는 반박의 여지가 없다.<sup>29)</sup> 또한 당사자 중 누구도 권총이 오늘날 자기방어를 위해 흔히 사용되는 무기라는 점에 이의를 제기하지 않았다.<sup>30)</sup> 상고인들이 자기방어를 위해 공공장소에 권총을 휴대하는 행위 양태가 헌법 수정 제2조의 명백한 문언에 의해 보호되는 것이라고 결론짓는 데에도 무리가 없다. 헌법 수정 제2조의 문언 어디에도 무기를 보유하고 휴대할 권리에 관하여 집과 공공장소를 구분하는 내용은 없으며, ‘휴대’의 정의에는 당연히 공공장소에서의 휴대도 포함된다. 게다가 헌법 수정 제2조는 대

27) McDonald, 561 U. S., at 767.

28) Heller, 554 U. S., at 626.

29) Heller, 554 U. S., at 580.

30) Heller, 554 U. S., at 627.

립상황에서 무기를 소지하고 휴대할 개인의 권리를 보장하며, 그러한 대립상황은 당연히 집 밖에서도 일어날 수 있다.

## 2) 뉴욕주의 ‘정당한 이유’ 요건을 정당화하는 역사적 전통의 유무

이제 뉴욕주의 ‘정당한 이유’ 요건이 총기규제에 관한 미국의 역사적 전통에 부합되는 것임을 입증하는 것은 피상고인들의 부담이다. 이를 위해 피상고인들은 1200년대 후반에서 1900년대 초반에 이르기까지 여러 다양한 역사적 자료를 근거로 제시하였다. 그러나 헌법의 해석에 관한 한 모든 역사가 동등한 것은 아니다. 헌법상의 권리는 국민이 그 권리를 채택하던 때에 이해되었던 범위로 새겨져 있다.<sup>31)</sup> 헌법 수정 제2조는 1791년에, 수정 제14조는 1868년에 채택되었다. 이 두 시기보다 너무 앞서거나 뒤에 오는 역사적 증거는 그 권리의 범위를 분명히 할 수 없을 것이다. 이러한 원칙을 고려하건대, 피상고인들은 뉴욕주의 ‘정당한 이유’ 요건을 정당화하는 미국의 전통을 입증하지 못하였다고 할 것이다.

### 가) 영국의 역사와 관습

피상고인들이 미국의 건국 전 영국의 역사와 관습을 원용한 것은 “헌법 수정 제2조는 우리의 영국 조상들로부터 승계된 권리를 성문화한 것이다.”라는 Heller 판결의 문구에 비추어 볼 때 일면 일리가 있다.<sup>32)</sup> 그러나 연방대법원은 오랫동안 영국의 커먼로가 모든 측면에서 미국의 커먼로로 여겨지는 것에 대해 경계해왔다. 피상고인들이 원용한 영국의 역사는 기껏해야 모호한 것일 뿐이고 헌법제정자들이 그것을 미국에도 적용 가능하다고 생각했었다고 판단하기는 어렵다. 이러한 역사적 기록으로는 미국 건국 당시 영국법이 - 공공장소에서 자기방어에 적합한 총기를 휴대할 권리를 자기방어의 특별한 필요를 증명하는 사람에게만 인정하는 - 규제를 정당화하였다고 결론내릴 수 없다.

31) Heller, 554 U. S., at 634-635.

32) Heller, 554 U. S., at 599.

## 나) 영국 식민지 시대 및 초기 미국의 규제들

피상고인들은 영국 식민지 시대와 미국 초기의 역사를 언급하였지만, 식민지 시대에 존재하였던 무기의 공공휴대<sup>33)</sup>에 대한 세 가지 규제만이 확인될 뿐이었다. 단지 식민지 시대의 세 가지 규제가 공공휴대에 대한 규제의 전통을 보여주기에는 충분한지에 대해서는 의구심이 들지 않을 수 없다. 어쨌든 이러한 규제법률을 살펴보더라도 이 사건 뉴욕주의 법률과 비슷하게 무기의 공공휴대를 규제하였다는 확신이 들지는 않는다. 당시의 법률들은 ‘위험하고 비일반적인 무기’의 휴대를 포함하여 기본적으로 사람들에게 ‘두려움’이나 ‘공포’를 확산시키는 방식으로 무기를 휴대하는 것을 금지하였다.<sup>34)</sup> 식민지 시대에 권총이 ‘위험하고 비일반적인 무기’로 여겨졌을 가능성이 어쨌든 간에, 오늘날에 있어 권총이 자기방어를 위해 널리 사용되고 있다는 점에 이르지 않으며 실제로 이는 ‘전형적인 자기방어 무기’<sup>35)</sup>라고 할 수 있다. 따라서 이러한 식민지 시대의 법률은 오늘날 의심할 여지없이 일반적으로 사용되는 무기의 공공휴대를 제한하는 법률을 정당화하지 못한다.

## 다) 1791년 헌법 수정 제2조의 비준 이후 남북전쟁 이전의 규제들

1791년 헌법 수정 제2조의 비준 이후에야 공공장소에서의 총기휴대에 대한 규제가 빠르게 확산되었다. 피상고인들은 이러한 규제에 과도하게 의존하고 있는데 이러한 규제들은 보통 커먼로 위반, 법적 금지, 보증법의 세 가지 유형 중 어느 하나에 해당된다. 이러한 규제들 중 어느 것도 뉴욕주의 규제적 면허제도에서 부과되는 것과 비슷할 정도로 공공 총기휴대에 대해 상당한 부담을 부과하지는 않았다.

① 커먼로 위법행위(Common-Law Offenses) : 식민지 시대와 건국 시대 동안 ‘공공장소에서의 폭력행위’나 ‘사람들의 공포를 유발하는’ 무장이라는 커먼로상 위법행위 규정은 미국 남북전쟁 이전 시대에 총기휴대에 대해 일부 제한을 가하였다. 그러나 이러한 커먼로상의 제한이 일반대중의 평화적인 무

33) 공공장소에서의 휴대(public carry).

34) Heller, 554 U. S., at 629.

35) Heller, 554 U. S., at 629.

기휴대의 권리를 훼손하였다는 증거는 어디에도 없다.

② 법적 금지(Statutory Prohibitions) : 19세기 초중반, 일부 주들은 권총이나 다른 소형무기의 은닉휴대를 금지하는 법률을 만들기 시작하였다. 그러나 이러한 법률을 옹호했던 남북전쟁 이전의 주법원 결정들은 주가 헌법 수정 제2조에 의해 보장되는 무기의 공공휴대를 모두 금지할 수는 없다는 데 일치된 관점을 분명히 밝혔다.

② 보증법(Surety Statutes) : 19세기 중반, 어떤 사람들에게는 공공장소에서 무기휴대 전에 보증금을 내도록 요구하는 법률을 채택하는 곳이 많아지기 시작했다. 이 사건 피상고인들의 입장과는 반대로, 이러한 보증법은 절대 뉴욕주의 ‘정당한 이유’ 요건의 직접적인 전조가 된다고 할 수 없다. 뉴욕주는 높은 필요성을 증명하지 않는 한 개인이 무기를 공공휴대할 권리가 인정되지 않는다고 추정하는 반면, 보증법은 개인이 공공휴대에 대한 권리를 갖는다고 추정되고 다만 다른 사람이 ‘부상이나 치안방해에 대한 우려’에 합리적인 이유<sup>36)</sup>가 있다는 구체적인 입증을 하는 경우에만 부담이 부과될 뿐이다. 따라서 뉴욕주 제도와 달리, 특별한 필요의 입증은 개인이 타인을 상해하거나 치안을 방해하고자 하여 합리적으로 고소된 후에야 요구되는 것이었다. 그리고 특별한 필요의 입증은 단지 비용을 내지 않아도 된다는 것에 그치는 것이었다.

요컨대 남북전쟁 이전의 미국의 역사적 증거들은 무기의 공공휴대의 방식이 합리적인 규제 적용을 받았다는 것을 보여주지만, 무기를 휴대할 권리에 대한 그러한 제한들 중 어떤 것도 일반적인 자기방어의 필요성을 가진 준법시민들이 그러한 목적으로 공공장소에서 무기를 휴대하는 것을 금지하는 방식으로 운용되지는 않았다.

#### 라) 남북전쟁 이후 재건시대의 규제들

미국 헌법 수정 제14조가 채택될 즈음의 증거들 역시 피상고인들의 입장을

---

36) Mass. Rev. Stat., ch. 134, §16 (1836).

뒷받침하지는 않는다. 무기를 보유하고 휴대할 권리에 대한 연방의회와 공적 담론에서의 논의는 남북전쟁 이후 재건시대 동안 그 권리가 자기방어를 위해 평화적으로 권총을 휴대할 대중의 권리에 부합하는 한계를 가졌다는 점을 일반적으로 보여주고 있다. 두 개의 텍사스 주 판결들은 - English v. State, 35 Tex. 473 (1871)과 State v. Duke, 42 Tex. 455 (1875) - 무기의 공공휴대에 관하여 뉴욕주의 ‘정당한 이유’ 요건과 유사한 ‘합리적인 근거(reasonable grounds)’ 기준을 허용하였다. 그러나 텍사스 주 판결들은 예외적인 것으로서 남북전쟁 이후의 법원들이 공공장소에서 무기를 휴대할 권리를 바라보는 시각에 대한 통찰을 제공하지는 못한다.<sup>37)</sup>

#### 마) 19세기 후반의 규제들

마지막으로, 피상고인들은 19세기 후반에 약간 증가한 총기규제를 지적하였다. 그러나 연방대법원이 Heller 판결에서 주장하였듯이, 19세기 후반의 증거는 그것이 앞선 증거들과 모순되는 경우 헌법 수정 제2조의 의미에 대한 통찰을 그다지 제공해주지 못한다. 게다가 피상고인들이 원용한 대다수의 법률들은 서부 준주(Western Territories)<sup>38)</sup>들에서 온 것이다. 이렇게 가까스로 존재하는 국지적인 규제들은 공공휴대를 허용하였던 오랜 미국의 전통에 대한 압도적인 증거를 뛰어넘지 못한다.<sup>39)</sup> 게다가 이러한 준주 법률들은 사법심사의 적용을 거의 받지 않았으며, 모든 공공휴대에 대한 전례 없는 금지가 헌법 수정 제2조에 부합되는 것으로 해석되는 이유에 대한 설명도 없었다. 결국 이러한 준주 규제들은 준주 정부의 과도적 성격에 따라 짧은 기간 동안만 존재했기 때문에 큰 비중을 갖지 못하는 것이 당연하다. 그 중 일부는 법률이 통과된 직후 위헌으로 판결되기도 하였고, 일부는 준주가 미합중국의 주로 승격되며 살아남지 못하였다.

#### 바) 소결

---

37) Heller, 554 U. S., at 632.

38) 준주(準州)는 주의 자격을 얻지 못한 행정구역으로 미국 독립 이후 중서부와 서부, 태평양·대서양 연안의 여러 지역들이 준주의 형태로 편성되었다.

39) Heller, 554 U. S., at 614.

무기의 공공휴대에 관한 영미 역사를 검토해보건대, 피상고인들은 뉴욕주의 정당한 이유 요건을 정당화하는 미국의 전통을 확인할 부담을 충족시키지 못하였다. 19세기 후반의 몇몇 이례적인 경우를 제외하고는 미국 정부는 자기방어를 위해 널리 사용되는 총기의 공공휴대를 폭넓게 금지한 적이 없다. 또한 공공장소에서 무기를 휴대하기 위해 책임감 있는 준법시민들에게 일반 공동체와 구별되는 자기방어를 위한 특별한 필요를 증명하도록 일반적으로 요구한 바도 없다.<sup>40)</sup>

## 라. 법정의견의 결론

공공장소에서 자기방어를 위해 무기를 휴대할 헌법상의 권리는 다른 권리장전상의 권리들과 완전히 다른 원칙 체계의 적용을 받는 열등한 권리(second-class right)가 아니다.<sup>41)</sup> 다른 헌법상의 권리를 행사함에 있어 개인은 공무원에게 특별한 필요를 증명하도록 요구받지 않는다. 자기방어를 위해 공공장소에서 무기를 휴대할 권리를 보장한 헌법 수정 제2조상의 권리도 다르지 않다. 뉴욕주의 ‘정당한 이유’ 요건은 일반적인 자기방어의 필요성이 있는 준법시민이 공공장소에서 무기를 보유하고 휴대할 권리를 금지하였다는 점에서 헌법 수정 제14조를 위반하였다. 따라서 원심을 파기·환송한다.

## 2. Alito 대법관의 보충의견(1인 의견)

나는 법정의견에 전적으로 동의하며, 반대의견에 대해 다음과 같은 언급을 추가한다.

---

40) In re Klenosky, 75 App. Div. 2d 793, 428 N. Y. S. 2d 256, 257 (1980).

41) McDonald, 561 U. S., at 780 (plurality opinion).

## 가. 연방대법원 판결내용, 반대의견의 통계의 무관성, 자기방어의 실패

반대의견이 연방대법원이 판단하였던 문제를 모호하게 만들고자 하는 것으로 보이므로, 연방대법원이 실제로 판단한 내용을 간략히 살펴보는 것이 도움이 될 것이다.

Heller 판결에서 연방대법원은 헌법 수정 제2조가 자기방어를 위해 집에 권총을 소지할 권리를 보장한다고 판시하였다. Heller 판결은 헌법 수정 제2조가 기존의 권리를 성문화한 것이며, 이 조항의 채택 당시 수정 제2조는 저항과 자기방어의 자연권에 뿌리를 둔 것으로 여겨졌다고 판시하였다.<sup>42)</sup> Heller 판결은 자기방어의 생득적 권리(inherent right)는 헌법 수정 제2조의 핵심이라고 실시하였다.<sup>43)</sup>

Heller 판결은 집에서의 권총 소지에 관한 사건이었지만, 핵심은 민병대뿐만 아니라 일반 국민들도 자기방어를 위해 총기를 사용할 권리가 있다고 판시하였다는 점이다. 많은 사람들이 집 밖에서 치명적인 폭력의 위험에 맞닥뜨릴 수 있기 때문에 헌법 수정 제2조의 채택 당시 해당 조항은 그러한 상황에도 적용되는 것으로 이해되었다. 법정의견의 역사적 조사는 그 점을 분명히 보여주며, 따라서 법정의견은 주가 준법시민이 자기방어의 목적으로 총기를 휴대하는 것을 실질적으로 금지하는 법률을 시행할 수 없다고 판단하였다.

이것이 연방대법원이 판단하였던 내용의 전부이다. 연방대법원은 누가 총기를 적법하게 소지할 수 있는지, 총을 구입하려면 어떤 요건을 갖추어야 하는지, 사람들이 소지할 수 있는 무기는 어떤 종류인지에 대해서는 전혀 판시한 바가 없다.

연방대법원의 실제 판결 내용에 비추어볼 때, 반대의견이 제시한 수단으로 정당한 목적이 도모될 수 있다고 보기는 어렵다. 예를 들어, 반대의견은 왜 최근의 총기난사 사건을 이야기하는 것이 적절하다고 생각하는가? 반대의견

---

42) Heller, 554 U. S., at 554.

43) Heller, 554 U. S., at 628.

은 뉴욕주의 규제법률과 같은 법률이 그러한 잔혹행위를 방지할 수 있다고 생각하는가? 총기난사를 결심한 사람이 집 밖에서 권총을 휴대하는 것이 불법이라는 점을 알았다고 그 결심을 그만둘까? 최근 총기난사 사건 중 하나가 뉴욕주 버팔로에서 발생<sup>44)</sup>하였던 것은 어떻게 설명할 것인가? 이 경우 뉴욕주법은 범인을 멈추지 못하였음이 분명하다.

반대의견은 여러 통계들을 제시하였지만 그러한 통계들도 이 사건의 문제와 관련성이 있다고 보기는 어렵다. 자살에 있어 총기의 사용에 관한 통계, 가정불화에 있어서 총기 사용에 관한 통계, 총기로 인해 죽는 아동 및 청소년들에 대한 통계는 총기를 집 밖에서도 휴대할 수 있는지에 관한 문제와는 무관하다. 이미 총기소지의 면허를 받은 성인이 집 밖에서 총기를 휴대할 수 없다고 해서 해당 사건들을 막을 수 있을 것으로 보이지는 않는다. 연방대법원의 결정은 적법하게 총기를 소지할 수 있는 사람의 범주를 확대하지는 않았으며, 연방법률은 18세 미만의 경우 권총의 소지를 일반적으로 금지하고,<sup>45)</sup> 21세 미만의 누구에게도 총기를 판매하는 것을 금지하고 있다.<sup>46)</sup>

반대의견은 거의 4억 개의 총기가 사적으로 소지되고 있다는 점을 언급하였으나 이러한 통계가 자기방어를 위해 이미 집에서 총기를 소지할 권리를 갖는 사람이 집밖에서 총기를 휴대할 수 없다는 것을 안다고 총기의 취득을 단념할 것인가 하는 문제와 어떤 관련이 있는지는 설명하지 않았다. 반대의견은 도처에 존재하는 총기와 미국의 높은 총기범죄율이 뉴욕주법을 유지할 근거를 제공한다고 생각하는 듯하지만, 바로 그러한 사실들이 준법시민들이 자기방어를 위해 총기를 휴대할 필요성을 느끼게 한다는 점은 알지 못하는 듯하다.

사적으로 소지되고 있는 4억 개의 총기 중 어느 정도가 범죄자의 손에 있는지 정확히 알 수는 없지만, 수많은 강도와 강간범들이 총기로 무장하고 있

---

44) 2022년 5월 14일, 미국 뉴욕주 버팔로에 있는 한 슈퍼마켓에서 총기난사 사건이 일어나 10명이 숨지고 3명이 다쳤다.

45) 18 U. S. C. §§922(x)(2)-(5).

46) 18 U. S. C. §§922(b)(1), (c)(1).

으며 뉴욕주법 때문에 이를 그만두지 않음은 분명하다. 경찰이 모든 범죄자를 무장해제시킬 수도 없고, 뉴욕주의 2천만 주민, 뉴욕시의 880만 시민들에게 경호원을 제공할 수도 없다. 이들 중 어떤 사람들은 범죄율이 높은 지역에 살고 있고, 어떤 사람들은 퇴근 후 집에 가기 위해 어둡고 위험한 길을 지나야 하고, 어떤 사람들은 특히 취약한 그룹에 속해 있기도 하다. 이들 중 어떤 사람들은 공격을 받는 상황에서 총을 내두르거나 필요한 경우 사용하지 않으면 강도나 강간을 당하거나 심각한 부상을 입을 것이라고 합리적으로 생각할 수 있다.

보통 시민들이 범죄의 공격으로부터 자신을 보호하기 위해 총기를 사용하는 경우는 흔하다. 설문자료에 따르면 방어적인 총기사용은 1년에 250만 건에 달한다. 실제 방어적 총기 사용의 효과를 평가한 연구에 따르면 총기를 사용한 범죄피해자의 부상률(injury rate)은 다른 자기방어 수단을 사용한 피해자의 부상률보다 지속적으로 낮게 나타났다.<sup>47)</sup>

많은 법정조언자 서면이 이와 같은 사례들을 소개하였고, 자기방어를 위한 총기의 휴대가 허용되어 죽음이나 심각한 상해를 피할 수 있었던 잠재적 피해자의 이야기도 소개되었다. 실례로, 1987년 주차장에서 대화중이던 남성이 야구방망이와 타이어 지렛대를 든 4명의 폭행범들과 마주쳤을 때 대화 상대방이 자동차 좌석 밑의 권총을 꺼내어 이들에게 휘두르고 한 발을 쏘아 이들이 도망가도록 하여 잠재적 피해자가 심각한 해를 입는 것을 방지한 사례도 있었다. 또한 2020년 7월 7일 테네시주 체퍼슨시의 패스트푸드점 주차장에서 가해자가 한 여성을 땅에 내리치고 목을 조르며 질질 끌고 다닌 사건에서 적법하게 권총을 소지한 행인이 가해자에게 총을 겨누자 폭행범이 폭행을 멈추고 체포됨으로써 난폭하게 폭행을 당하던 여성을 구할 수 있었던 사례도 있었다.

우리는 헌법 수정 제2조가 자기방어를 위하여 준법시민이 집 밖에서 총기

---

47) Institute of Medicine and National Research Council, *Priorities for Research To Reduce the Threat of Firearm-Related Violence* 15-16 (2013).

를 휴대할 권리를 보호하며, 대부분의 뉴욕 사람들에게 이를 사실상 불가능하게 하는 뉴욕주법은 위헌이라고 판결하였을 뿐이다.

#### 나. 총기휴대허가의 어려움

반대의견은 법을 준수하는 뉴욕 주민들이 총기휴대허가를 받기가 얼마나 어려운지에 대한 사실판단 없이 이 사건을 판결한 것에 대해 비판하였다. 그러나 우리가 이 점에 대해 필요로 하는 것은 모두 기록에 나와 있다. 변론 중 뉴욕주 법무부차관은 야근 후 귀가를 위해 어두운 우범지역을 지나야 하는 보통 사람들이 총기휴대허가를 받을 수 있는지에 대해서 일반적으로 안 된다고 솔직하게 답하였다. 그러한 답을 명하는 법률은 헌법 수정 제2조를 위반한 것이다.

#### 다. 반대의견의 분석법이 갖는 문제점

반대의견은 법정의견이 역사에 너무 많이 의존하였으며, 대신 이 사건에서 일종의 ‘수단-목적’ 분석이 허용되어야 한다고 주장하였다. 이러한 분석 방식은 총기의 소지와 사용을 규제하는 어떤 법이든 유지시킬 수 있는 판사의 능력에 확실한 한계를 두지 못한다.

반대의견의 실제 요지는 총기는 나쁜 것이며 주와 지방은 기본적으로 그들이 적절하다고 생각하는 대로 총기를 규제할 자유가 있어야 한다는 것이다. 이러한 주장은 Heller 판결에서 배척되었다. 반대의견은 Heller 판결을 재론하는 것이 아니라고 항변하였지만 바로 그렇게 하고 있다.

Heller 판결은 헌법 수정 제2조가 총기를 소지하고 필요한 경우 사용함으로써 치명적인 폭력으로부터 자신을 보호할 준법시민들의 권리를 성문화한

것이라고 올바르게 인지하였다. 헌법 수정 제2조가 채택되었던 1791년, 경찰국은 존재하지 않았고 많은 가족들이 외떨어진 농장이나 변경지역에 홀로 살았으며, 이런 사람들이 공격을 받는 경우 그들뿐이 없었다. 만일 연방정부나 주가 그들에게서 자기방어를 위해 필요한 총기를 빼앗아가려고 했다면 그들이 분출하였을 분노는 상상하기 힘들다.

불행히도 오늘날 역시 많은 미국인들이 자기 스스로를 방어하지 못하면 희생당할 것이라고 두려워할 합리적인 이유를 갖고 있다. 오늘날도 헌법 수정 제2조는 1791년에 못지않게 그러한 권리를 보장하고 있다.

### 3. Kavanaugh 대법관의 보충의견(2인 의견)<sup>48)</sup>

나는 법정의견에 동의하며, 법정의견의 한계점에 관한 두 가지 중요한 사항을 강조하기 위해 보충의견을 작성하는 바이다.

첫째, 법정의견은 주가 자기방어를 위한 권총의 휴대에 면허요건을 부과하는 것을 막지 않는다. 특히 법정의견은 43개 주에서 채택되고 있는 기존의 ‘의무적 발급(shall-issue)’ 면허제도에는 영향을 미치지 않는다.

법정의견은 뉴욕주를 비롯한 6개 주에서 채택되고 있는 ‘재량적 발급(may-issue)’ 면허제도만을 다루었을 뿐이다. 뉴욕주의 이례적인 재량적 발급 제도는 면허 담당 공무원에게 제한 없는 재량을 주어 자기방어 외에 특별한 필요를 증명하는 신청자에게만 면허를 허용하기 때문에 헌법적으로 문제가 있다. 이러한 뉴욕주 제도의 특성 때문에 사실상 많은 일반적인 준법시민들이 자기방어를 위해 권총을 휴대할 권리를 부정당하고 있다.<sup>49)</sup> 뉴욕주법은 자기방어를 위해 권총을 소지하고 휴대할 헌법 수정 제2조상의 권리에 부합되지 않는다.

---

48) Kavanaugh 대법관, Roberts 대법원장의 의견.

49) Heller, 554 U. S., at 635.

반면 43개주에서는 객관적인 ‘의무적 발급’ 면허제도가 채택되고 있다. 이러한 의무적 발급 제도는 신청자에게 지문등록, 신원 조사, 정신질환기록 조사, 총기 조작에 관한 훈련 및 무력사용에 관한 법률 교육 등을 받을 것을 요구한다. 뉴욕주의 재량적 발급 제도와 달리, 의무적 발급 제도는 면허 담당 공무원에게 무제한적 재량을 부여하지 않으며 자기방어 외에 특별한 필요의 증명을 요하지 않는다. 이러한 ‘의무적 발급’ 면허제도는 헌법적으로 허용된다.

따라서 앞으로 43개 주는 계속하여 객관적인 ‘의무적 발급’ 면허제도를 유지할 수 있다. 반면 오늘의 판결로 영향을 받을 뉴욕주를 포함한 6개 주는 다른 43개주에서 사용되는 객관적인 면허 요건을 채택하는 한에서 면허제도를 유지할 수 있을 것이다.

둘째, Heller 판결과 McDonald 판결이 밝혔듯이 다른 대부분의 권리들처럼 헌법 수정 제2조상의 권리도 무제한적인 것이 아니며 다양한 총기규제가 허용될 수 있다. 우리 의견 중 어떤 것도 흉악범과 정신질환자의 총기소지 금지나 학교와 정부건물과 같이 민감한 장소에서의 총기휴대를 금지하는 법률, 무기의 상업적 판매에 있어 조건과 자격을 부과하는 법률에 의구심을 제기하는 것으로 간주되어서는 안 된다. 또한 허용되는 무기의 종류는 당대에 널리 사용되는 것에 한한다.

위와 같은 언급을 추가하며, 나는 법정의견에 동의하는 바이다.

#### 4. Barrett 대법관의 보충의견(1인 의견)

나는 법정의견에 전적으로 동의하며, 법정의견이 해결하지 않은 두 가지 방법론적 문제들을 강조하고자 보충의견을 작성하는 바이다.

첫째, 법정의견은 헌법 비준 이후의 관행이 헌법의 원의(原義, original meaning)와 관련되는 방식이나 상황을 확실하게 판단하지 않았다. 학자들은

이러한 분석을 위해 청산(liquidation), 전통, 선례를 포함한 상충적이고 잠재적으로 모순적인 틀/framework)을 제시해왔다.<sup>50)</sup> 역사의 사용이 허용되는 범위는 이러한 틀에 따라 다양할 수 있다. 몇 가지 예를 들면, 비준 이후 얼마나 오랫동안 후속 관행이 원래의 공적 의미를 밝혀줄 수 있는가?<sup>51)</sup> 헌법적 분석에 있어 관행이 설득력을 가지려면 어떤 형태를 취해야 하는가?<sup>52)</sup> 그리고 관행이 통치구조 조항뿐만 아니라 개인의 기본권의 의미도 결정하는가?<sup>53)</sup> 이 사건에서는 역사적 심리가 이러한 질문에 답할 것을 요하지는 않았지만 다른 사건에서는 다를 수 있다.

둘째, 법정의견은 법원이 1868년 헌법 수정 제14조가 비준된 때와 1791년 권리장전이 비준된 때 중 어느 시점에 지배적이던 개인의 권리에 대한 이해에 주로 의존해야 하는지 여부를 다투는 현재진행형의 학술논쟁을 피해 갔다. 이 사건에서 뉴욕주법은 두 시대 모두의 지지를 받지 못하였으므로 둘 중 하나를 선택할 필요가 없었다. 그러나 만일 1791년이 기준이 된다면, 뉴욕주가 남북전쟁 이후 재건시대의 역사를 원용하는 것은 이 증거가 단지 너무 늦다는 이유로 실패할 것이다.<sup>54)</sup> 따라서 법정의견은 권리장전의 원의를 규명하기 위하여 19세기 중반부터 후반까지의 역사적 관행에 자유분방하게 의존하는 것을 지지한 것으로 해석되어서는 안 된다. 되려 연방대법원은 제정 이후의 역사에 과도한 비중을 두지 않도록 유의하고 있다.<sup>55)</sup>

## 5. Breyer 대법관의 반대의견(3인 의견)<sup>56)</sup>

---

50) 예를 들어, Nelson, Originalism and Interpretive Conventions, 70 U. Chi. L. Rev. 519 (2003); McConnell, Time, Institutions, and Interpretation, 95 B. U. L. Rev. 1745 (2015).

51) *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheat. 316, 401 (1819) 참조.

52) *Myers v. United States*, 272 U. S. 52, 175 (1926) 참조.

53) Baude, Constitutional Liquidation, 71 Stan. L. Rev. 1, 49-51 (2019) 참조.

54) *Espinoza v. Montana Dept. of Revenue*, 591 U. S. \_\_\_, \_\_\_-\_\_\_ (2020) (slip op., at 15-16). “19세기 하반기에 나타난 관행은 그것만으로는 헌법 수정 제1항의 해석을 알려주는 초기 미국의 관행을 규명하지 못한다.”

55) 이 의견을 작성한 Barrett 대법관은 Scalia 전 대법관의 원전주의(originalism)와 원문주의(textualism)를 따르는 것으로 알려져 있다.

56) Breyer, Sotomayor, Kagan 대법관의 의견.

2020년 45,222명의 미국인들이 총기로 사망하였다.<sup>57)</sup> 올해(2022년)에만도 277건의 총기난사 사건이 보고되었고 이는 평균적으로 하루에 한 건 이상을 뜻한다.<sup>58)</sup> 현재 총기폭력은 아동 및 청소년의 사망을 야기하는 가장 주요한 원인으로 자동차 사고를 상회한다.<sup>59)</sup>

많은 주들이 여러 가지 방법으로 총기를 구입하거나 휴대하거나 사용할 수 있는 사람들을 한정하는 주법을 통과시킴으로써 이와 같은 총기폭력의 위험 중 일부를 해결하고자 노력해 왔다. 오늘 법정의견은 이러한 주의 노력에 심각하게 부담을 준다. 나는 법정의견이 몇 가지 심각한 실수에 근거하였다고 생각한다.

첫째, 법정의견은 디스커버리(discovery, 증거개시절차)<sup>60)</sup>나 증거기록의 이용 없이 변론에만 근거하여 결정함으로써, 뉴욕주법이 실제로 어떻게 작용되는지에 대한 잘못된 이해를 바탕으로 판결을 내렸다. 둘째, 법정의견은 거의 전적으로 역사에만 초점을 둔 분석에 한정되었다. 셋째, 법정의견은 이러한 분석을 뉴욕주법에 적용함에 있어 관련 역사적 사실을 정확하게 식별하고 분석하지 못하였고 풍부한 역사적 증거를 무시하였다.

법원이 헌법 수정 제2조를 해석할 때 주가 총기폭력의 심각한 위험성과 그 결과를 고려하는 것은 헌법적으로 적절하며 필요하다. 나는 뉴욕주법이 헌법 수정 제2조를 위반하지 않았다는 원심을 유지하기 원하며, 최소한 법정의견처럼 변론에만 근거하여 법률을 파기하지는 않을 것이다. 이에 나는 법정의견에 정중히 반대한다.

---

57) Centers for Disease Control and Prevention, Fast Facts: Firearm Violence Prevention (last updated May 4, 2022) (CDC, Fast Facts), <https://www.cdc.gov/violenceprevention/firearms/fastfact.html>.

58) Gun Violence Archive (last visited June 20, 2022), <https://www.gunviolencearchive.org>.

59) J. Goldstick, R. Cunningham, & P. Carter, Current Causes of Death in Children and Adolescents in the United States, 386 New England J. Med. 1955 (May 19, 2022) (Goldstick).

60) 디스커버리는 영미 소송법상 사실심리 전에 요청에 따라 당사자가 서로의 증거를 상호 공개하는 제도이다. 상대의 증거를 확인한 후 승패를 가늠하여 소송을 계속할지 합의로 종결할지 결정할 수 있어 유용하다.

## 가. 총기폭력의 심각성

우리 앞에 놓인 문제는 민주적으로 선출된 공무원들이 총기폭력의 심각한 문제점을 해결하는 법률을 제정하는 데 있어 헌법 수정 제2조가 제한하는 범위에 관한 것이다. 그러나 법정의견은 이 문제를 그 성격과 심각성에 대한 논의 없이 답하고자 하였다.

2017년에는 미국에 3억 9330만 개의 민간 보유 총기가 있다고 추산되었고 이는 100명 당 약 120개의 총기가 있다는 의미이다.<sup>61)</sup> 이는 1인당 총기소지율로서는 세계에서 가장 높은 수치이다.<sup>62)</sup>

당연히도 미국은 총기 관련 부상 및 사망률이 매우 높다. 2015년 전국적으로 약 36,000명이 총기로 사망하였다.<sup>63)</sup> 이들 중 22,018명(약 61%)이 자살이었고, 13,463명(37%)이 살인, 489명(1%)이 과실상해로 인한 것이었다.<sup>64)</sup>

설상가상으로 총기폭력은 증가하고 있다. 2020년까지 총기 관련 사망은 45,222건으로 증가하여<sup>65)</sup> 2015년 이후 약 25%가 증가하였다. 이는 2020년에만 매일 평균 124명이 총기폭력으로 사망하였음을 뜻한다. 앞서 언급하였듯이 현재 총기폭력은 아동 및 청소년의 사망을 야기하는 가장 주요한 원인이 되었으며, 앞서 60년이 넘게 가장 주요한 원인이었던 자동차 사고를 상회한다.<sup>66)</sup>

총기가 야기하는 위험은 다양한 형태를 띤다. 2022. 6. 5. 펜실베이니아주 필라델피아의 오락구역(3명 사망, 11명 부상), 2022. 5. 24. 텍사스주 유밸디의

---

61) A. Karp, Estimating Global CivilianHeld Firearms Numbers, Small Arms Survey 4 (June 2018), <https://www.smallarmssurvey.org/sites/default/files/resources/SAS-BP-Civilian-Firearms-Numbers.pdf>.

62) Ibid.

63) M. Siegel et al., Easiness of Legal Access to Concealed Firearm Permits and Homicide Rates in the United States, 107 Am. J. Pub. Health 1923 (2017).

64) Ibid.

65) CDC, Fast Facts.

66) Goldstick 1955; J. Bates, Guns Became the Leading Cause of Death for American Children and Teens in 2020, Time, Apr. 27, 2022, <https://www.time.com/6170864/cause-of-death-children-guns/>.

초등학교(21명 사망), 2022. 5. 14. 뉴욕주 버팔로의 슈퍼마켓(10명 사망, 3명 부상), 2022. 3. 16. 조지아주 애틀란타의 스파들(8명 사망), 2019. 8. 4. 오하이오주 데이턴의 오락구역 내 번화가(9명 사망, 17명 부상), 2016. 5. 12. 플로리다주 올랜도의 나이트클럽(50명 사망, 53명 부상), 2015. 6. 17. 사우스캐롤라이나주 찰스턴의 교회(9명 사망), 2012. 7. 20. 콜로라도주 오로라의 극장(12명 사망, 50명 부상), 2012. 12. 14. 코네티컷주 뉴타운의 초등학교(26명 사망)에서 일어난 총기난사 사건들과 이보다 훨씬 더 많은 사건들이 신문에 실렸다.

총기난사 사건은 문제의 일부에 불과하다. 총기에 대한 쉬운 접근은 미국인의 삶의 다른 여러 측면을 더욱 위협하게 만들 수 있다. 2021년 매월 평균 44명이 도로에서 운전자의 난폭 행동으로 총에 맞아 사망하거나 부상을 당했다.<sup>67)</sup> 이 중 일부는 차에 장전된 총이 없었더라면 피할 수 있었을 죽음이였다.<sup>68)</sup> 시위의 경우도 마찬가지이다. 2020년 1월에서 2021년 6월 사이에 있었던 3만 건의 시위를 조사한 연구에 따르면 무장시위는 비무장시위보다 폭력적이거나 파괴적으로 될 가능성이 6배 가까이 된다고 한다.<sup>69)</sup> 가정불화에 있어서도 관련 연구는 파트너가 총기에 접근가능한 경우 여성이 폭력적인 파트너에 의해 죽을 가능성이 5배라고 밝혔다.<sup>70)</sup> 자살의 경우, 권총을 소유한 남성은 그렇지 않은 남성보다 자살할 가능성이 3배 더 높으며, 권총을 소유한 여성은 그렇지 않은 여성보다 7배가 더 높다고 한다.<sup>71)</sup>

67) S. Burd-Sharps & K. Bistline, Everytown for Gun Safety, Reports of Road Rage Shootings Are on the Rise (Apr. 4, 2022), <https://www.everytownresearch.org/reports-of-road-rage-shootings-are-on-the-rise/>; J. Donohue, A. Aneja, & K. Weber, Right-to-Carry Laws and Violent Crime: A Comprehensive Assessment Using Panel Data and a State-Level Synthetic Control Analysis, 16 J. Empirical Legal Studies 198, 204 (2019).

68) Ibid.

69) Everytown for Gun Safety, Armed Assembly: Guns, Demonstrations, and Political Violence in America (Aug. 23, 2021), <https://www.everytownresearch.org/report/armed-assembly-guns-demonstrations-and-political-violence-in-america/>.

70) A. Zeoli, R. Malinski, & B. Turchan, Risks and Targeted Interventions: Firearms in Intimate Partner Violence, 38 Epidemiologic Revs. 125 (2016); J. Campbell et al., Risk Factors for Femicide in Abusive Relationships: Results From a Multisite Case Control Study, 93 Am. J. Pub. Health 1089, 1092 (2003).

71) D. Studdert et al., Handgun Ownership and Suicide in California, 382 New England J. Med. 2220, 2224 (June 4, 2020).

경찰과의 상호작용을 살펴보면, 총기의 민간 소지는 경찰과 민간 양측 모두에게 위협을 증가시킨다. 총기소유율이 높은 주에서는 경찰이 공무수행 중 사망할 확률이 총기소유율이 낮은 주에서보다 3배가 높다.<sup>72)</sup> 또한 총기소유율이 높은 주에서는 민간인이 경찰이 쏜 총에 맞아 사망할 확률이 총기소유율이 낮은 주에서보다 4배가 높다.<sup>73)</sup>

나는 단순히 총기가 나쁘다고 이야기하는 것이 아니다. 어떤 국민들은 정당한 목적을 위해 총기를 사용한다(예를 들어, 스포츠나 직업상 또는 자기방어를 위해). 이러한 적법한 사용과 총기의 위험성을 형량하는 것은 주로 입법부와 같이 선출된 기구의 책무이다. 그리고 그러한 일을 하기 위해서는 여러 가지 요소를 고려해야 한다.

우선 총기의 종류마다 그 위험의 정도가 다를 것이고, 총기 사용이 이바지하고자 하는 목적도 다를 것이다. 이 사건에서 문제가 되었던 권총의 경우, 연방대법원은 권총이 미국인들이 집에서 자기방어를 위해 가장 많이 선택한 무기라고 인정하였다.<sup>74)</sup> 그러나 권총은 폭력범죄의 가해자들이 가장 많이 선택한 무기이기도 하다.

또한 총기의 위험성과 유용성은 도시냐 시골이냐에 따라서도 다를 것이다. 총기 관련 살인 및 폭행은 시골보다는 도시에서 훨씬 더 많이 발생한다. 1999년에서 2016년 사이 미국에서의 213,175건의 총기 살인 중 89.8%가 대도시에서 일어났다.<sup>75)</sup>

Alito 대법관은 이 반대의견을 총기폭력의 위험을 검토하는 것으로 시작하

---

72) D. Swedler, M. Simmons, F. Dominici, & D. Hemenway, Firearm Prevalence and Homicides of Law Enforcement Officers in the United States, 105 Am. J. Pub. Health 2042, 2045 (2015).

73) D. Hemenway, D. Azrael, A. Connor, & M. Miller, Variation in Rates of Fatal Police Shootings Across US States: The Role of Firearm Availability, 96 J. Urb. Health 63, 67 (2018).

74) Heller, 554 U. S., at 629.

75) M. Siegel et al., The Impact of State Firearm Laws on Homicide Rates in Suburban and Rural Areas Compared to Large Cities in the United States, 1991–2016, 36 J. Rural Health 255 (2020); C. Branas, M. Nance, M. Elliott, T. Richmond, & C. Schwab, Urban–Rural Shifts in Intentional Firearm Death: Different Causes, Same Results, 94 Am. J. Pub. Health 1750, 1752 (2004).

는 이유와 그것이 이 사건에서 갖는 연관성에 대해 물었다. 위에서 고려한 사항들은 총기규제가 복잡한 - 법원보다는 입법부가 해결해야 할 - 문제임을 보여준다. 총기규제의 방식은 이를 채택하는 주마다 다를 것이다. 각 주들은 지리적, 인구학적 상황이 다르기 때문에 각기 다른 어려움을 겪고 있을 것이다. 뉴욕주 -약 850만 명이 303제곱마일<sup>76)</sup> 안에 살고 있는 뉴욕시가 소재한 -와 같은 경우, 그 인구와 밀도에 있어 비교가 될 만한 도시가 전혀 없는 몬타나주나 와이오밍주와는 다른 (더 엄격한) 총기규제를 채택할 것이다.<sup>77)</sup> 주마다 총기의 유용성과 위험성의 이익형량은 다르게 나타날 것이다.

법정의견과 내 의견의 다른 점은, 나는 헌법 수정 제2조가 주로 하여금 위에서 설명한 총기폭력의 심각한 위험성을 고려하도록 허용한다고 믿는다는 점이다. 나는 법정의견의 해석이 이러한 중대한 위험을 무시하고, 주들에게 이러한 문제를 다룰 능력이 주어지지 않을까봐 우려된다.

#### 나. 법정의견의 ‘정당한 이유’ 기준 비판에 대한 반론

‘정당한 이유’라는 단어는 일견 광범위하게 보일 수 있지만 면허 담당 공무원에게 이 기준을 적용하도록 하는 법률체계는 상당히 많다.<sup>78)</sup> 면허 신청자가 ‘정당한 이유’ 기준을 충족하였는지 여부는 우선 신청자가 거주하는 시나 카운티의 면허 담당 공무원에 의해 결정된다.<sup>79)</sup> 대부분의 카운티에서 면허 담당 공무원은 지방 판사이다.<sup>80)</sup> 만일 담당 공무원이 신청을 기각하면, 신청자는 뉴욕민사소송법 및 규칙(New York’s Civil Practice Law and Rules) 제78조에 따라 사법심사를 요청할 수 있고,<sup>81)</sup> 뉴욕주법원은 신청기각이 자의

---

76) 약 784.5km<sup>2</sup>.

77) U. S. Census Bureau, Quick Facts: New York City (last updated July 1, 2021) (Quick Facts: New York City), <https://www.census.gov/quickfacts/newyorkcitynewyork/>.

78) Kachalsky, 701 F. 3d, at 85-86.

79) N. Y. Penal Law Ann. §400.00(3).

80) Kachalsky, 701 F. 3d, at 87, n. 6.

81) Kachalsky, 701 F. 3d, at 87.

적이고 예측불가능한 것이었는지 여부를 심사한다.

법정의견은 뉴욕주의 면허제도가 담당 공무원에게 너무 많은 재량을 주며, 그들의 결정에 대한 사법심사가 너무 제한적이라고 생각하고 있다. 또한 ‘정당한 이유’ 기준을 충족하기가 너무 어렵고, 이러한 특성들이 다른 대다수의 주들과 비교했을 때 뉴욕주를 이례적인 경우로 만들었다고 보고 있다.

그러나 법정의견은 무슨 증거를 기반으로 그와 같이 보는가? 이 사건에서 당사자들은 디스커버리나 증거심리(evidentiary hearing) 절차를 밟을 기회가 없었다. 따라서 현 시점에서 법정의견의 부정적인 입장을 뒷받침하는 기록은 없다.

법정의견의 비판에 대해 하나씩 살펴보자. 첫째, 법정의견은 뉴욕주법이 면허 담당 공무원에게 너무 많은 재량을 주고 있으며, 신청이 받아들여지지 않는 경우 구제책이 거의 없다고 보고 있다. 그러나 사법적 해석에 의해 보다 구체적인 내용이 주어지는 폭넓은 법률용어는 전혀 드문 것이 아니다. 또한 면허 담당 공무원의 결정이 ‘자의적·예측불가능’ 심사기준의 적용을 받는 것이 드물거나 부적절한 일도 아니다. 판사들은 일상적으로 그 기준을 적용한다(예를 들어, 뉴욕주법 및 연방행정소송법하에서의 대리행위의 적법성 판단).<sup>82)</sup> ‘자의적·예측불가능’ 심사기준은 보건, 안전, 이민에 관한 중요 정책들을 심사하는데 사용되어 왔다.<sup>83)</sup> 또한 증거기록 없이 뉴욕주법원이 면허 신청자에게 유의미한 심사를 제공하지 않는다고 추정하는 것은 타당하지 않다.

둘째, 법정의견은 뉴욕주의 ‘정당한 이유’ 기준을 충족되기 어려운 기준으로 규정한다. 그러나 다시 한 번 이야기하건대, 그러한 기준이 실제로 어떻게 적용되는지를 설명하는 증거기록은 없다. 그러므로 법정의견의 위와 같은 규정이 잘못될 수 있음은 당연하다. 법정의견은 ‘정당한 이유’ 기준이 충족되

---

82) N. Y. Civ. Prac. Law Ann. §7803(3) (2021); 5 U. S. C. §706(2)(A).

83) 예를 들어, *Biden v. Missouri*, 595 U. S. \_\_\_, \_\_\_ (2022) (per curiam) (slip op., at 8); *Department of Homeland Security v. Regents of Univ. of Cal.*, 591 U. S. \_\_\_, \_\_\_, \_\_\_ (2020) (slip op., at 9, 17); *Department of Commerce v. New York*, 588 U. S. \_\_\_, \_\_\_ (2019) (slip op., at 16); *Motor Vehicle Mfrs. Assn. of United States, Inc. v. State Farm Mut. Automobile Ins. Co.*, 463 U. S. 29, 41, 46 (1983).

기 어려운 기준이라는 주장을 뒷받침하기 위해 뉴욕시에서 유래한 사건들만을 인용하였는데,<sup>84)</sup> 뉴욕시 사건은 뉴욕주의 다른 지역(예를 들어 상고인들이 거주하는 렌셀러 카운티)에서 ‘정당한 이유’ 기준이 어떻게 적용되는지를 정확히 보여주지는 못할 것이다. 법정조언자 기록에 따르면 뉴욕주의 면허제도는 의도적으로 유연하게 규정되어 있어 카운티와 시가 각 지역에 맞게 대응할 수 있도록 허용하고 있다. ‘정당한 이유’나 ‘특별한 필요’는 지역에 따라 덜 엄격하게 해석될 수 있으며, 뉴욕시의 경우 인구가 밀집되어 높은 총기폭력의 위험이 내재하고 있어 이 기준을 비교적 엄격하게 적용해 왔다. 반면 다른 시골 카운티들은 은닉휴대 면허를 도시보다 더 자유롭게 발급하곤 한다. 같은 주 안에서도 지리적 다양성이 있음을 고려하건대, 증거기록도 없이 뉴욕시의 기준이 어려우므로 렌셀러 카운티에서도 그러할 것이라고 치부하는 것은 너무 포괄적인 태도이다.

마지막으로, 법정의견은 뉴욕주의 면허제도를 다른 주들과 비교하였다. 그러나 ‘의무적 발급’ 면허제도와 ‘재량적 발급’ 면허제도를 구분함에 있어, 법정의견은 그 범주 사이의 다양한 변수를 무시하였다. 예를 들어, 3개 주(코네티컷, 델라웨어, 로드아일랜드)는 재량적인 법규정을 갖고 있지만 실무에서는 의무적 발급에 가깝게 운용된다는 이유로 의무적 발급 제도를 채택한 43개 주에 포함시켰다. 또한 의무적 발급 제도에 해당하는 주들 중 일부 주들(앨라배마, 콜로라도, 조지아, 오리건, 버지니아 등)은 면허 담당자에게 일정 부분 재량권을 부여하고 있다. 따라서 의무적 발급과 재량적 발급 사이의 구분선은 법정의견의 주장처럼 명료한 것이 아니다. 설사 이를 옳다고 인정하더라도, 이러한 현상은 비교적 최근에 국한된 것에 불과하다. 1980년대까지는 재량적 발급 제도가 지배적이었으며, 주들이 의무적 발급 제도로 넘어온 것은 최근 몇십 년뿐이다. 게다가 재량적 발급 제도를 채택한 곳의 숫자만 세고 그러한 제도의 적용을 받는 인구수를 세지 않는 것은 불완전한 설명이

84) 법정의견이 인용하였던 *In re Martinek*, 294 App. Div. 2d 221, 743 N. Y. S. 2d 80 (2002); *In re Kaplan*, 249 App. Div. 2d 199, 673 N. Y. S. 2d 66 (1998); *In re Klenosky*, 75 App. Div. 2d 793, 428 N. Y. S. 2d 256는 뉴욕 카운티(맨하탄) 사건이었고, *In re Bernstein*, 85 App. Div. 2d 574, 445 N. Y. S. 2d 716 (1981)는 브롱스 카운티 사건이었다.

된다. 재량적 발급 제도를 채택한 곳은 뉴욕, 캘리포니아, 하와이, 메릴랜드, 매사추세츠, 뉴저지 6개 주와 워싱턴 D.C.로 총 7곳이다. 그러나 이 7곳의 인구는 8440만 명으로 미국 전체 인구의 1/4을 넘는다.<sup>85)</sup> 그리고 이 7곳이 재량적 발급 제도를 선택한 타당한 이유가 있다. 이곳들은 미국에서 가장 인구 밀도가 높은 곳들로 꼽히며,<sup>86)</sup> 뉴욕시, LA, 샌프란시스코, 워싱턴 D.C. 호놀룰루, 보스턴과 같이 미국의 가장 밀집되고 인구가 많은 도시를 포함하고 있다.<sup>87)</sup>

인구가 밀집된 도시는 총기폭력이 야기하는 위협의 종류와 정도가 시골 지역과는 다르다. 그렇기 때문에 재량적 발급 제도를 둔 7곳이 다른 곳보다 총기의 휴대를 더 엄격하게 규제하는 것이다. 뉴욕주는 재량적 발급 제도의 유지를 정당화하는 상당히 많은 데이터를 제시하였다. 이 데이터에 따르면 엄격한 총기규제는 총기 관련 부상 및 사망률을 낮춘다는 점을 알 수 있다.<sup>88)</sup>

Alito 대법관은 이와는 다른 결론에 다다른, 상충되는 실증적 증거를 제시하였다. 그러나 이러한 유형의 의견 충돌은 법원보다는 입법부가 다루는 것이 더 낫다. 그러나 오늘 법정의견은 이러한 역할을 할 입법부의 능력을 제한하였다.

## 다. 역사에만 의존하는 심사에 대한 비판

### 1) 수단-목적 심사기준 배제의 변칙성

법정의견은 뉴욕주법이 실제로 실무에서 어떻게 운용되고 있으며 그 목적

---

85) U. S. Census Bureau, 2020 Population and Housing State Data (Aug. 12, 2021) (2020Population), <https://www.census.gov/library/visualizations/interactive/2020-population-and-housing-state-data.html>.

86) U. S. Census Bureau, Historical Population Density (1910-2020) (Apr. 26, 2001), <https://www.census.gov/data/tables/timeseries/dec/density-data-text.html>.

87) U. S. Census Bureau, Urban Area Facts (Oct. 8, 2021), <https://www.census.gov/programs-surveys/geography/guidance/geo-areas/urban-rural/ua-facts.html>.

88) Brief for Citizens Crime Commission of New York City as Amicus Curiae 9-11; Brief for Former Major City Police Chiefs as Amici Curiae 9-12; Brief for Educational Fund 25-28; Brief for Social Scientists et al. as Amici Curiae 9-19.

이 무엇인가를 고려함 없이 어떻게 뉴욕주법의 파기를 정당화하였는가? 법정의견은 거의 전적으로 역사에만 의존하였다. 법정의견은 ‘수단-목적’ 심사 기준의 채택을 거부하였지만, 연방항소법원들 중 어느 곳에서도 거의 전적으로 역사에만 의존하는 방식을 채택한 경우는 없다는 점에는 동의하였다. 모든 연방항소법원은 2단계 심사를 적용해 왔다. 오늘 법정의견은 이러한 연방항소법원들의 합의를 역사에만 의존하는 접근법으로 대체하고 있다. 이는 일반적이지 않은 일이다.

Heller 판결은 “열거된 헌법상의 권리들에 적용되는 어떤 심사기준에 따르면, 자신의 집과 가정을 보호하기 위해 이 국가에서 가장 선호되는 총기를 집에 보유하고 사용하는 것을 금지하는 것은 헌법적 기준을 통과하지 못할 것이다.”<sup>89)</sup>라고 판시하였다. 이러한 용어의 사용은 어떤 형태로든 수단-목적 심사기준이 적용된 것임을 명확히 보여준다. 그럼에도 불구하고 법정의견은 Heller 판결이 수단-목적 심사기준을 배제하였다고 주장하고 있는데 이는 잘못된 해석에 근간한 것이다.

우리는 표현의 자유를 비롯하여 많은 다른 헌법 조항이 포함된 사건에서 자주 수단-목적 심사기준을 사용한다. 따라서 무기를 휴대할 헌법 수정 제2 조상의 권리를 규제하는 법률에 수단-목적 심사기준을 적용하는 것이 헌법상 변칙을 만들어내지는 않을 것이다. 오히려 법정의견이 수단-목적 심사기준을 배척하고 엄격하게 역사에만 의존하는 접근법을 채택하는 것이 더 변칙적이다.

## 2) 역사에만 의존하는 심사의 문제점

거의 전적으로 역사에만 의존하는 법정의견의 방식은 불필요할 뿐만 아니라 비현실적이다. 이러한 방식은 하급심 법원에 쉽게 달성할 수 없는 과제를 부과한다. 판사들은 법률의 목적과 그 수단을 어떻게 형량할 것인지는 잘 알

---

89) Heller, 554 U. S., at 628-629.

고 있지만, 난해한 역사적 문제를 해결하는 데에는 익숙하지 않다. 결국 법원은 역사가들이 아닌 법률가들로 구성되어 있는 조직이다.

하급심 법원들이 모든 헌법 수정 제2조 사건에서 방대한 역사적 분석을 수행하는 데 필요한 연구 자원을 갖추고 있는가? 어떤 역사적 규제와 결정들이 현대의 법률과 유사한 것으로 대표될 자격이 있는가? 판사들은 어떤 역사가들이 더 나은 관점을 갖고 있는지 어떻게 결정할 것인가? 새로운 역사적 증거가 나타나면 헌법 수정 제2조의 의미는 바뀌는 것인가? 그리고 가장 중요한 질문으로, 법정의견의 접근법이 판사들로 하여금 자신이 선호하는 결과에 다다르게 하고 그러한 결과를 역사라는 말로 가리게 하는가?

예를 들어 Heller 판결에서 다수의견은 40페이지의 문언적·역사적 분석 끝에 헌법 수정 제2조의 ‘무기를 보유하고 휴대할 권리’가 역사적으로 대립상황에서 개인이 무기를 소지 및 휴대할 권리를 포함한다고 결론지었다. 그러나 Stevens 대법관의 반대의견은 동일하게 문언적·역사적 심리 끝에 ‘무기를 휴대(bear Arms)’라는 용어가 오직 잘 규율되는 민병대의 복무와 관련해서 무기를 사용 및 소지할 권리만을 보호하는 관용어라고 결론지었다. 나는 Heller 판결을 재심리하고자 하는 것이 아니며, 선례구속의 원칙에 따라 이 판결을 받아들인다. 나는 단지 역사적 문제에 대한 대답은 어려운 것이고 판사들은 이러한 문제에 정확히 대답할 전문성을 갖지 못했다는 점을 언급하고 싶을 따름이다.

거의 전적으로 역사에만 의존하는 법정의견의 접근법은 많은 현실적 문제들을 야기한다. 첫째, 광범위한 역사적 분석에 수반되는 어려움은 하급심 법원에서는 특히 더 극심할 것이다. 하급심 법원, 특히 지방법원들은 우리보다 연구 자원과 법정조언자 역사가들의 도움이 부족하고, 사건 수는 더 많다. 반면, 변호사와 법원들은 다양한 헌법적 맥락에서 적용되는 수단-목적 심사 기준을 운용하기에 적합한 능력을 갖추고 있다.

둘째, 오늘 법정의견은 현대의 헌법 문제를 어떻게 거의 전적으로 역사에만 기반하여 해결할 것인가에 대한 지침을 거의 주고 있지 못하다. 법정의견

은 어떤 역사적 법률과 판결들에 대해서는 그것이 예외적인 것이어서 현대의 규제를 정당화하지 못한다고 하였다. 그러나 얼마나 많은 사건이나 법률이 제시되어야 공공휴대에 대한 규제의 전통을 입증하기에 충분할 것인가? 또 어떤 법률들은 뉴욕주의 면허제도와 유사하지 않으므로 관계가 없다고 하였다. 그러나 어떤 대표적인 역사적 유사성이면 충분할 것인지에 대해서는 언급이 없다.

셋째, 이상적인 조건하에서조차 역사적 증거는 종종 어려운 문제에 대해 명확한 답변을 제공하지 못한다. 총기와 그 규제에 관한 역사의 많은 측면들이 모호하고, 모순적이며, 논쟁의 대상이 되고 있다.

넷째, 역사는 현대의 문제를 제기하는 현대의 사건들에 관해서는 특히 부적절한 수단이 될까 우려스럽다. 건국시대의 규제에 대한 법정의견의 명백한 선호를 고려해보자. 미국은 건국시대 동안 오늘날과는 전혀 다른 문제에 직면해 있었다. 그 당시 사회는 대부분 시골이었다.<sup>90)</sup> 오늘날과 마찬가지로 당시 가장 큰 도시였던 뉴욕시조차 인구가 33,000명에 불과했다.<sup>91)</sup> 이러한 문제는 건국자들이 예상할 수 없었던 현대 상황에 관해서는 더욱 심각해진다.<sup>92)</sup> 법정의견은 단순히 ‘유추적 논증’을 사용할 것이라고 답하였지만 앞에서 언급되었듯 어떻게 이러한 논증을 적용할 것인가에 대한 분명한 지침을 제공하지 않았다.

따라서 오직 역사에만 의존하는 기준은 정당성이 없고 실현불가능하다.

## 라. 역사적 분석의 적용

실제로 역사에만 의존하는 법정의견의 심사를 이 사건에 적용하면 위에서 설명된 문제점들을 잘 알 수 있다. 역사적 증거는 일반적으로는 총기의 공공

---

90) C. McKirdy, *Misreading the Past: The Faulty Historical Basis Behind the Supreme Court's Decision in District of Columbia v. Heller*, 45 *Capital U. L. Rev.* 107, 151 (2017).

91) *Ibid.*

92) *Heller*, 554 U. S., at 721-722 (BREYER, J., dissenting).

휴대, 구체적으로는 은닉되거나 은닉될 수 있는 총기를 규제했던 700년의 영미 전통을 드러냈다. 법정의견의 절반 이상이 이러한 전통의 신빙성을 떨어뜨리는 데 사용되었지만, 나는 그러한 전통의 강력한 증거를 쉽게 얼버무릴 수는 없다고 생각한다. 무기의 공공휴대를 규제하는 법률은 13세기 영국에도 존재하였고, 미국 건국 이전부터 이 대륙에도 존재하였다. 비슷한 법률들은 헌법 수정 제2조와 수정 제14조의 비준을 거쳐 오늘날에 이르기까지 그 기록이 남아 있다. 이러한 역사적 규제들 중 많은 규제들이 현재 뉴욕주 면허의 요건보다 훨씬 더 엄격하게 무기의 공공휴대를 제한하였다. 따라서 역사에만 의존하는 법정의견의 분석에 따르더라도, 뉴욕주법은 분명히 유지될 수 있을 것이다. 건국 이전과 그 당시, 그리고 그 이후부터 계속된 역사적 선례가 비슷한 규제의 전통을 분명히 밝히고 있기 때문이다.

뉴욕주의 면허제도와 비슷한 규제의 역사적 예시는 매우 많다. 매우 유사한 영국 법률은 13세기 초반에 제정되었으며, 비슷한 미국의 규제는 식민지 시대, 건국 시대, 19세기, 그리고 20세기에도 통과되었다. 이 모든 법률들이 뉴욕주법과 동일한 것은 아니지만 이는 7세기의 역사에 대한 검토를 요하는 분석에 있어 불가피한 일이다.

위와 같은 법률들에 대해 법정의견은 그 역사적 증거로서의 설득력을 떨어뜨릴 이유들을 들었다. 일부 법률은 너무 오래 되었고, 일부 법률들은 너무 최신이며, 일부는 오래 존속되지 못하였고, 일부는 너무 적은 사람들에게만 적용되었으며, 일부는 잘못된 이유로 제정되었고, 일부는 현재는 확인할 수 없는 헌법적 논증에 근거하였을 수도 있고, 일부는 역사적으로 특이한 상황에서 나타난 것이었고, 일부는 이 사건의 면허제도와 충분히 비슷하지 않다는 것이다. 그러나 위의 모든 사례가 뉴욕주법의 유효성을 뒷받침하는 규제의 전통과 역사를 보여주는 것이 아니라고 한다면, 과연 어떤 것이 그럴 수 있단 말인가? 애석하게도 나는 그 답을 알지 못한다. 더욱이 곤란한 것은 법정의견 또한 그 답을 알지 못하는 듯이 보인다는 것이다.

#### 마. 반대의견의 결론

Heller 판결이 헌법 수정 제2조를 자기방어를 위해 총기를 소지할 개인의 권리를 보장하는 것으로 해석하는 한 우리는 이 판결에 구속된다. 그러나 Heller 판결은 이 권리가 무제한적인 것이 아니며 적절하게 정부의 규제를 받을 수 있는 것이라고 인정하였다.<sup>93)</sup> 그러므로 Heller 판결은 뉴욕주법이 헌법 수정 제2조를 위반하였다고 판단할 것을 요구하는 것이 아니다. 그러나 법정의견은 그렇게 판단함으로써 Heller 판결을 넘어서 버렸다.

뉴욕주법을 파기한 법정의견은 거의 전적으로 역사적 ‘유추적 논증’에 근거하고 있다. 위에서 언급하였듯이 나는 역사가가 아니며 연방대법원도 마찬가지로 아니다. 그러나 역사는 은닉총기의 공공휴대를 제한하는 강력한 전통을 수립한 것으로 보인다. 법정의견의 역사에 대한 관점과 나의 관점 사이의 불확실성은 역사에만 의존해서는 안 된다는 점을 보여준다. 이러한 경우 나는 역사 너머를 살펴보고 소위 수단-목적 심사를 하는 것이 적절하다고 생각한다. 우리는 총기폭력을 방지할 주의 이익과 그러한 이익을 달성하는데 해당 법률이 갖는 실효성, 그 법률이 헌법 수정 제2조에 가하는 부담의 정도, 그리고 덜 제한적인 대안 등을 고려할 수 있어야 한다.

이전에 Kachalsky 사건에서 제2연방항소법원은 바로 그렇게 하여 뉴욕주법이 헌법 수정 제2조를 위반하지 않았다고 판결하였다.<sup>94)</sup> 나는 제2연방항소법원의 판단에 동의한다. 공공장소에서의 총기는 총기난사부터 운전자 폭행 사망에 이르기까지 수많은 위험을 내포하며, 미국의 수많은 죽음과 부상의 원인이다.

뉴욕주 입법부는 총기폭력에 관한 실증적 증거를 고려하여 뉴욕주민의 안전을 위해 권총의 은닉휴대를 규제하는 합리적인 면허법을 채택하였다. 법정의견은 주에 이 법률을 채택한 이유와 실제로 이 법률이 운용되는 방식을

93) Heller, 554 U. S., at 626-627.

94) Kachalsky, 701 F. 3d, at 101.

보여주는 증거 제시의 기회를 주지 않은 채 이 법률을 통과하였다. 또한 이러한 중요한 고려요소들을 인정조차 하지 않았다. 나는 법정의견이 디스커버리 절차나 증거기록의 제시 절차 없이, 총기폭력을 방지하고 시민의 안전을 보호할 주의 긴절한 이익을 고려함 없이, 그리고 그 결정이 가져올 치명적인 잠재적 결과에 대한 고려 없이 뉴욕주법을 파기한 결정에 동의할 수 없기 때문에 법정의견에 정중히 반대하는 바이다.

### III. 판결의 의의

연방대법원은 이 판결에서 공공장소에서 총기를 휴대할 수 있는 면허를 발급받기 위해서 ‘정당한 이유’를 증명해야 하는 뉴욕주법이 헌법 수정 제2조에 위배된다고 판시하였다. 이 판결은 개인이 자기방어를 위해 집에 총기를 소지할 권리를 보장하였던 2008년 Heller 판결 이후 가장 광범위한 총기 권리의 확대라고 평가되고 있다. 이 판결로 인해 뉴욕주와 유사한 총기규제법을 갖고 있는 캘리포니아, 뉴저지, 메릴랜드 등 다른 6개 주도 영향을 받을 것으로 보인다. 이 판결에서 뉴욕주의 총기규제법에 대한 위헌의견은 6명, 합헌의견은 3명으로, 보수 6인과 진보 3인으로 보수화된 연방대법원 구성의 특성을 그대로 보여주고 있다.

한편 이 판결이 선고된 2022년 6월 23일 당일, 미국 연방상원은 29년만에 총기규제법을 통과시켜 연방대법원과 큰 대비를 이루었다. 그간 총기규제법안은 상원을 통과하지 못하고 번번이 좌절되어 왔지만, 한 달 전인 2022년 5월, 10명이 사망한 뉴욕주 버팔로 슈퍼마켓 총기난사 사건과 어린이 19명을 포함해 총 21명의 목숨을 앗아간 텍사스주 유벨디 초등학교 총기참사 사건이 연달아 일어나자 총기 소유를 옹호해 온 공화당 일부가 규제 필요성에 공감하여 초당적 합의에 이르게 된 것이다. 찬성 65명, 반대 33명으로 연방상원을 통과한 법률안은 이튿날 연방하원에서도 찬성 234명, 반대 193명으로 신속하게 통과되었다. 해당 법안에는 ◆ 18-21세의 총기 구매 시 미성년 범죄

기록 조사 ◆ 21세 미만 총기 구매자의 정신건강 검토 ◆ 위험 인물의 총기  
일시 압류(이른바 ‘레드 플래그 법’) 제정 촉진 ◆ 총기 밀매 금지 및 처벌 강  
화 ◆ 학교 안전, 지역 정신건강 프로그램 강화 ◆ 연인·배우자에 대한 폭력  
전과자에게 총기 판매 금지 등이 포함되었다.

같은 날 연방대법원은 총기규제의 완화를, 연방의회는 총기규제의 강화를  
택하며 엇갈린 판단을 내린 것은 총기 문제에 대한 미국의 갈등과 분열을  
잘 보여준다고 할 것이다.