

발 간 등 록 번 호

33-9750040-000245-07

세계헌법재판 조사연구  
2023-E-6

2023 제6호(통권 제63호)

# 세계헌법재판 조사연구보고서



Constitutional Research Institute



헌법재판소  
헌법재판연구원



# 목 차

■ 세계헌법재판 조사연구보고서 2023년 제6호 소개 / 비교헌법연구팀장 정유진

## ◆ 최신 세계헌법판례

### ■ 미국

앨러배머 주 선거구 획정과 선거에서의 인종차별을 금지한 투표권법 제2조의 적용 문제 / 책임연구원 임기영 ..... 3

대중에 상품·서비스를 판매하는 사업자의 차별금지의무와 표현의 자유: 동성 결혼을 위한 웹사이트 제작 거부 / 책임연구원 임기영 ..... 38

### ■ 프랑스

‘프랑스 공화국의 원칙에 대한 존중을 강화하는 법률’에 대한 사전적 위헌 법률심판 / 책임연구원 한동훈 ..... 69

‘주택의 불법점거를 규제하는 법률’에 대한 사전적 위헌법률심판 / 책임연구원 한동훈 ..... 84

### ■ 오스트리아

대체 양육자 선정의 우선순위를 규정한 일반민법전 조항들의 위헌성 / 책임연구원 이지효 ..... 105

사회부조급부에 관한 위헌법률 및 위법명령심사 / 책임연구원 이지효 ..... 114

## ◆ 세계헌법재판 관련 논문 목록

■ 세계헌법재판 관련 논문 목록(최신호) .....	137
------------------------------	-----

## ◆ 국외통신원 소식

■ 우생수술에 대한 국가배상청구를 인용한 2022년 오사카고등재판소 판결 (일본) .....	141
--	-----

### 알림

「세계헌법재판 조사연구보고서」 2023 제6호(통권 제63호)는 헌법재판연구원에서 2023년 10월에 메일로 보내드린 「세계헌법재판 조사연구」 뉴스레터를 책자로 발간한 것입니다.

## 세계헌법재판 조사연구보고서 제2023년 제6호 소개

### □ 최신 세계헌법판례

미국 연방대법원은 <앨러배머 주 선거구 획정과 선거에서의 인종차별을 금지한 투표권법 제2조의 적용 문제> 사건에서, 인구 중 흑인의 비율이 약 2/7임에도 7개 선거구 중 1개만 ‘흑인이 과반수인 선거구(majority-black district)’에 해당하도록 획정된 앨러배머 주의 선거구 지도가 인종과 관련하여 투표권을 제한하는 절차의 시행 등을 금지하는 투표권법 조항에 반한다고 판단하였습니다.

미국 연방대법원은 <대중에 상품·서비스를 판매하는 사업자의 차별금지의무와 표현의 자유: 동성 결혼을 위한 웹사이트 제작 거부> 사건에서, 성적 지향 등을 이유로 공공시설에 해당하는 장소에서 상품·서비스 등의 완전하고 평등한 제공을 거부하지 못하도록 한 콜로라도 주 차별금지법을 적용하여 상고인들에게 동성 결혼을 위한 맞춤형 웹사이트를 제작하도록 강제하는 것이 헌법 수정 제1조의 표현의 자유를 침해한다고 판단하였습니다.

프랑스 헌법재판소는 <‘프랑스 공화국의 원칙에 대한 존중을 강화하는 법률’에 대한 사전적 위헌법률심판> 사건에서, ‘프랑스 공화국의 원칙에 대한 존중을 강화하는 2021년 8월 24일 법률’ 중 내무부 장관이 해산절차의 대상이 되는 결사 등의 활동 정지를 명할 수 있도록 한 조항이 결사의 자유를 침해하고, 프랑스 공화국의 원칙에 대한 거부를 표명한 외국인에 대한 체류증 등 발급·갱신을 거부할 수 있도록 한 조항이 법률의 접근가능성과 명확함에 반한다고 하였으나, 공적 보조금을 신청하는 결사 등에 공화주의 서약의무를 부과하는 조항이 결사의 구성과 활동 조건을 규제하는 것은 아니라고 하였습니다.

프랑스 헌법재판소는 <‘주택의 불법점거를 규제하는 법률’에 대한 사전적 위헌법률심판> 사건에서, 주택의 불법점거자로부터 소유자를 강하게 보호하기 위하여 제정된 ‘주택의 불법점거를 규제하는 2023년 7월 27일 법률’의 일부 조항들을 각각 위헌,

조건부 합헌, 합헌으로 판단하였습니다. 그 중 불법점거된 부동산 소유자의 부동산 유지의무 및 손해배상책임을 면제하는 조항에 대해서는 1789년 인권선언 제4조에 근거하는 피해자의 손해배상청구권을 과도하게 제한하여 헌법에 위반된다고 하였습니다.

오스트리아 헌법재판소는 <대체 양육자 선정의 우선순위를 규정한 일반민법전 조항들의 위헌성> 결정에서, 심판대상이 된 일반민법전의 조항들이 부모를 대체할 양육자 선정의 우선순위를 지나치게 엄격하게 규정하여 아동의 복지를 최우선으로 고려하기 어렵게 될 수 있다는 이유로 해당 조항이 아동의 권리에 관한 연방헌법 제1조에 위반된다고 판단하였습니다.

오스트리아 헌법재판소는 <사회부조급부에 관한 위헌법률 및 위법명령심사> 사건에서, 사회부조급부의 일부를 예외 없이 현물로 급부하도록 하는 사회부조원칙법 조항들이 평등원칙에 위배된다고 판단하였습니다. 또한, 사회부조원칙법에 규정된 상한을 넘는 사회부조급부를 지급할 수 있도록 한 빈(Wien) 주의 최소보장법 및 관련 명령의 조항들을 각각 위헌·위법으로 결정하였습니다.

## □ 세계헌법재판 관련 논문 목록

최신 학회지에 실린 세계헌법재판 관련 논문들을 정리해 놓았습니다.

## □ 국외통신원 소식

일본 통신원의 <우생수술에 대한 국가배상청구를 인용한 2022년 오사카고등재판소 판결>에서는, 구(舊) 우생보호법에 따라 실시된 불임수술의 피해자들이 제기한 국가배상소송에서 제척기간 적용의 예외를 인정하여 원고들의 청구를 인용한 오사카고등재판소의 판결을 소개하였습니다.

# 미국

■ 앨러배머 주 선거구 획정과 선거에서의 인종차별을 금지한 투표권법  
제2조의 적용 문제 / 책임연구원 임기영

■ 대중에 상품·서비스를 판매하는 사업자의 차별금지의무와 표현의 자유:  
동성 결혼을 위한 웹사이트 제작 거부 / 책임연구원 임기영



# 앨러배머 주 선거구 획정과 선거에서의 인종차별을 금지한 투표권법 제2조의 적용 문제<sup>1)</sup>

## I. 사건개요

미국의 연방하원의원 선거구는 10년마다 이루어지는 인구조사에 기반하여 선거구를 재획정한다. 2020년, 앨러배머 주는 인구조사를 바탕으로 새로운 선거구 지도를 만들었는데, 기존의 선거구 지도와 마찬가지로 전체 7개 선거구 중 ‘흑인이 과반수인 선거구(majority-black district)’는 단 하나였다. 앨러배머 주의 전체 인구 중 흑인이 차지하는 비율이 약 7분의 2임에도 흑인에게 유리한 선거구가 하나뿐인 것은 이들의 투표가치를 희석시키는 인종적 게리맨더링(racial gerrymandering)이라는 주장이 제기되었다. 이 사건의 원고들은 앨러배머 주의 새로운 선거구 지도에 이의를 제기하며 연방지방법원에 소송을 제기하였고, 연방지방법원은 이들의 주장을 받아들여 해당 선거구 지도가 투표권법(Voting Rights Act) 제2조<sup>2)</sup>(52 U. S. C. § 10301)를 위반하였을 가능성이 높다고 보고 그 사용을 금지하는 예비적 금지명령(preliminary injunction)을 내렸다. 이에 앨러배머 주가 연방대법원에 연방지방법원의 결정을 정지해줄 것을 요청하였다. 연방대법원은 이를 받아들여 연방지방법원의 결정을 정지시키고 이 사건을 심리하게 되었다.

1) Allen v. Milligan, 599 U. S. 1 (2023)(2023. 6. 8. 선고).

### 2) 투표권법 제2조

- (a) 모든 주 또는 행정구역은 (b)항이 규정하는 대로, 인종이나 피부색 때문에 미국 시민의 투표권을 거부하거나 제한하는 어떠한 투표 자격, 투표 요건, 기준, 관행, 또는 절차도 시행하거나 적용할 수 없다.
- (b) 전체상황(totality of circumstances)에 근거하여, 주 또는 행정구역에서의 후보자 지명이나 선거에 이르는 정치적 과정이 어떤 시민 집단의 구성원들에게는, 그들에게 선거구의 다른 유권자들보다 정치적 과정에 참여하고 자신이 선택한 입법자를 선출할 기회가 더 적게 주어졌다는 점에서, 그 참여의 기회가 평등하게 열려있지 않다는 것이 증명되면, (a)항은 성립된다. 피보호 집단(protected class)의 구성원이 주 또는 행정구역에서 선출되는 규모는 고려될 수 있는 상황 중 하나이다. 다만, 이 조항의 어떤 부분도 피보호 집단이 그들이 차지하는 인구 비례상 수적으로 동등한 대표를 가질 권리를 설정하는 것은 아니다. (52 U. S. C. § 10301)

## II. 쟁점 및 판단

### 1. Roberts 대법원장의 법정의견(5인 의견)<sup>3)</sup>

2022년 1월, 앨러배머 주 연방지방법원은 2022년 연방하원의원 선거를 위해 최근 앨러배머 주에 의해 채택된 선거구 지도가 투표권법 제2조에 위반될 가능성이 있다고 판단하여 앨러배머 주가 이 지도를 사용하지 못하도록 금지명령을 내렸다. 연방 대법원은 추가적인 심사를 위해 연방지방법원의 결정을 중지시켰다. 이제 그 심사를 거쳐 원심을 유지하는 바이다.

#### 가. 서설 (I)<sup>4)</sup>

##### (1) 투표권법 제2조의 입법역사 (I-A)

남북전쟁 직후 “미국 시민의 투표권은 인종, 피부색 또는 과거의 예속 상태로 인하여 … 거부되거나 제한되지 않는다”라고 규정한 헌법 수정 제15조<sup>5)</sup>가 제정되었다. 그러나 이후 한 세기 동안 이는 양피지상의 약속에 지나지 않았다. 짐 크로우(Jim Crow)<sup>6)</sup> 법들은 유권자 자격으로 문맹테스트(literacy tests), 인두세(poll taxes),<sup>7)</sup> 선량한 도덕(good-morals) 등의 요건을 부과하여 흑인들의 투표권을 공허하게 만들었다.<sup>8)</sup>

변화는 1965년에 일어났다. 민권운동에 힘입어 연방의회가 투표권법을 제정한 것이다. 투표권법은 투표에서의 인종차별을 영원히 제거하고자 하였다.<sup>9)</sup> 1981년 즈음, 단지 16년밖에 흐르지 않았지만, 투표권법은 미국 역사상 가장 성공적인 민권 법률

3) Roberts 대법원장, Sotomayor, Kagan, Jackson, Kavanaugh 대법관의 의견. 다만 Kavanaugh 대법관은 III-B-1 부분에 대해서는 합류하지 않아 이 부분에 한해 상대다수의견.

4) 이하 법정의견 부분에서는 각 목차 끝에 괄호로 원문의 목차를 병기하였다. 각주 3)에서 설명하였듯이 일부 목차에 대해서는 의견을 달리하는 대법관이 있기 때문이다.

5) 미국 헌법 수정 제15조

1. 합중국 시민의 투표권은 인종, 피부색 또는 과거의 예속 상태로 인하여 합중국이나 주에 의하여 거부되거나 제한되지 않는다.

2. 연방의회는 적절한 입법에 의하여 이 조의 규정을 이행할 권한을 가진다.

6) 과거 미국의 흑인 차별 정책을 의미한다.

7) 당시 흑인들의 소득이 낮아 인두세를 면제받는 경우가 많은 것을 악용하여 인두세를 내는 사람에게만 투표권을 주어 흑인들의 투표권을 제한하였다.

8) Northwest Austin Municipal Util. Dist. No. One v. Holder, 557 U. S. 193, 220 - 221 (2009) (Thomas, J., concurring in judgment in part and dissenting in part).

9) South Carolina v. Katzenbach, 383 U. S. 301, 308 (1966).

로 여겨졌다.<sup>10)</sup>

투표권법 제2조의 원래 모습은 헌법 수정 제15조의 법문을 거의 그대로 따랐고 독립적인 힘은 거의 없었다.<sup>11)</sup> 당시 투표권법 제2조에 대한 대표적인 판결인 *City of Mobile v. Bolden*, 446 U. S. 55 (1980) 판결은 주가 ‘인종차별적인 동기’나 ‘차별할 부당한 목적’을 가지고 행동하는 것은 헌법 수정 제15조 - 따라서 투표권법 제2조 - 에 의해 금지된다고 판시하였다.<sup>12)</sup> 그러나 단지 결과에 있어서만 차별이 나타나는 법률을 금지하지는 않았다.<sup>13)</sup> 어쩌다보니 자주 선거에서 진다는 사실은 문제가 되지 않았다.

이 판결은 선고 직후 큰 비판에 직면하였다.<sup>14)</sup> 차별의도(discriminatory intent)에만 초점을 맞추고 불평등효과(disparate effect)는 무시함으로써 법원들이 인종차별의 존재 여부를 결정하는 데 사용하였던 기준을 파기하였다는 것이었다.<sup>15)</sup>

그러나 *Mobile* 판결을 옹호하는 사람들도 있었다. 만일 의도심사(intent test)를 포기하고 효과심사(effect test)를 채택한다면, 필연적으로 인구 비례성(proportionality)에 초점을 맞출 수밖에 없으며, 소수인종이 인구에서 차지하는 비율보다 더 적은 의석수를 차지할 때마다 주법이 차별효과를 갖는다고 소송이 제기될 것이고, 이는 선거 정치에 있어 쿼터제를 만들게 될 것<sup>16)</sup>이라는 것이었다. 월스트리트 저널은 ‘효과심사는 더 많은 인종·민족적 양극화를 만들어낼 것’이라고 비판하기도 하였다.<sup>17)</sup>

이러한 교착상태는 1982년 Bob Dole 상원의원이 타협안을 제시할 때까지 이어졌다. 그의 타협안은 효과를 고려하되 인구 비례성 판단은 피하도록 한 *White v. Regester*, 412 U. S. 755 (1973) 판결의 문언을 차용하였다. *White* 판결에 의하면 후보자 지명과 선거에 이르는 정치적 과정이 - 선거구의 다른 주민들과 비교하였을 때 특정 그룹 구성원에게 정치적 과정에 참여할 기회와 자신이 선택한 입법자를 선출할 기회가 더 적게 주어졌다는 점에서 - 참여의 기회에 평등하게 열려있지 않은지 여부

10) S. Rep. No. 97 - 417, p. 111 (1982) (Senate Report).

11) *Brnovich v. Democratic National Committee*, 594 U. S. ———, ——— (2021).

12) *City of Mobile v. Bolden*, 446 U. S. 55, 61 - 65 (1980) (plurality opinion).

13) *Ibid.*

14) T. Boyd & S. Markman, *The 1982 Amendments to the Voting Rights Act: A Legislative History*, 40 Wash. & Lee L. Rev. 1347, 1355 (1983).

15) *It's Results That Count*, *Philadelphia Inquirer*, Mar. 3, 1982, p. 8 - A.

16) *N. Y. Times*, Mar. 27, 1982, p. 23.

17) *Wall Street Journal*, Jan. 19, 1982, p. 28.

가 투표 관련 사건의 기준이 된다.<sup>18)</sup> 1982년 연방의회는 압도적인 지지로 이러한 타협안을 통과시켜 아래와 같이 투표권법 제2조를 수정하였다.

“(a) 모든 주 또는 행정구역은 (b)항이 규정하는 대로, 인종이나 피부색 때문에 미국 시민의 투표권을 거부하거나 제한하는 어떠한 투표 자격, 투표 요건, 기준, 관행, 또는 절차도 시행하거나 적용할 수 없다.

(b) 전체상황(*totality of circumstances*)에 근거하여, 주 또는 행정구역에서의 후보자 지명이나 선거에 이르는 정치적 과정이 어떤 시민 집단의 구성원들에게는, 그들에게 선거구의 다른 유권자들보다 정치적 과정에 참여하고 자신이 선택한 입법자를 선출할 기회가 더 적게 주어졌다는 점에서, 그 참여의 기회가 평등하게 열려있지 않다는 것이 증명되면, (a)항은 성립된다. 피보호 집단(*protected class*)의 구성원이 주 또는 행정구역에서 선출되는 규모는 고려될 수 있는 상황 중 하나이다. 다만, 이 조항의 어떤 부분도 피보호 집단이 그들이 차지하는 인구 비례상 수적으로 동등한 대표를 가질 권리를 설정하는 것은 아니다(52 U. S. C. § 10301).”

## (2) 앨러배머 주 선거구 지도 (I-B)

앨러배머 주의 선거구는 선거구당 1명을 선출하는 7개의 연방하원의원 선거구로 이루어져 있다. 2020년, 10년마다 실시하는 인구조사에서 앨러배머 주의 인구는 5.1% 증가한 것으로 나타났다.<sup>19)</sup> 주의원 Bobby Singleton은 기존의 선거구 지도가 잘못 배분되어 있고 평등보호조항을 위반한 인종적 게리맨더링이라고 주장하며 앨러배머 주를 상대로 소송을 제기하였다. 소송이 진행되는 동안 앨러배머 주는 새로운 선거구 지도를 만들기 시작하였다. 10년 사이의 인구 증가로 앨러배머 주의 의석수가 바뀌지는 않았지만 그 증가가 주 전체에서 고르게 일어난 것은 아니었기 때문에 기존의 선거구 지도는 현 상황에 뒤떨어진 것이 되었다.

앨러배머 주의 선거구 획정 가이드라인은 인구평등, 연속성, 조밀성, 그리고 소수 집단의 투표권 희석 회피를 우선순위로 두었다. 그리고 이차적인 문제로 현직의원 보호, 이익공동체 존중, 기존 선거구 핵심지 보존 등을 독려하였다.<sup>20)</sup>

18) *White v. Regester*, 412 U. S. 755, 766 (1973).

19) 미국은 10년마다 이루어지는 인구조사를 바탕으로 연방하원의 의석을 재배분하고 선거구를 재획정한다.

20) 이러한 가이드라인은 대체로 ‘전통적인 선거구 획정 기준’과 일치한다. ‘전통적인 선거구 획정 기준’에 대한 내용은 각주 29) 참고.

그렇게 만들어진 선거구 지도는 대체로 2011년 지도와 유사하였고, 마찬가지로 흑인이 투표연령 인구의 과반수를 이루는 선거구는 단 하나였다. 앨러배머 주의회는 이 선거구 지도를 HB1이라는 이름의 법안으로 통과시키고, 2021년 11월 주지사가 이에 서명하여 법률로 확정되었다.

### (3) 소송의 전개 (I-C)

HB1에 대하여 세 그룹의 원고들이 소송을 제기하였다. 연방지방법원 3인 재판부(three-judge court)<sup>21)</sup>는 두 그룹의 소송을 병합하여 HB1이 투표권법 제2조를 위반하였을 가능성이 있다고 판단하여 다가오는 선거에 HB1의 사용을 금지하는 결정을 내렸다. 연방지방법원의 단독 재판부에 의해 병행적으로 진행된 나머지 한 그룹에 대해서도 같은 결정이 내려졌다. 나흘 후인 2022년 1월 28일, 앨러배머 주는 연방대법원에 연방지방법원의 결정을 중지해줄 것을 요청하였고 연방대법원은 이를 수락하였다. 연방대법원은 연방지방법원의 결정을 중지시키며 나머지 한 그룹의 원고에 대해서도 결정 전 상소(certiorari before judgment)<sup>22)</sup>를 허가하였다.

## 나. 투표권법 제2조 위반의 성립요건 및 이 사건에의 적용 (II)

연방지방법원은 HB1이 투표권법 제2조를 위반하였다는 원고들의 주장에 대해 그들이 합리적 승소가가능성(reasonable likelihood of success)을 증명하였다고 판단하였다. 우리는 그러한 결정을 지지한다.

### (1) Gingles 판결의 세 가지 요건 (II-A)

지난 40년간 우리는 투표권법 제2조 사건에 대해 연방대법원의 Thornburg v. Gingles, 478 U. S. 30 (1986) 판결에서 정립된 3단계 분석을 사용해 왔다. Gingles 판결은 1982년 투표권법 개정 이후 새로운 투표권법 제2조가 어떻게 운용되어야 할지

21) 연방지방법원 3인 재판부는 민주주의 제도에 핵심적인 문제에 관한 소송에서 종종 소집된다. 여기에는 연방하원의원 선거구나 주의회의원 선거구에 대한 헌법 소송인 경우도 포함된다. 3인 재판부는 원래 그 사건을 배당받은 판사(일반적으로는 연방지방법원 판사이나 특수한 경우 지명된 연방대법관이나 연방항소법원 판사일 수도 있음. 28 U.S.C. § 132(b))와 다른 2명의 판사로 구성되는데 이 2명 중 적어도 1명은 연방항소법원 판사여야 한다(28 U. S. C. § 2284(b)(1)). 3인 재판부의 판단에 대해서는 연방대법원에 직접 상소(direct appeal)가 가능하다(28 U. S. C. § 1253).

22) 결정 전 상소허가(certiorari before judgment)는 신속한 재판과 최종 결정 획득을 위하여 연방대법원이 하급심의 판단이 내려지기 전에 바로 심사하는 것을 말한다.

를 다루는 첫 번째 기회를 제공했던 사건이다. Gingles 판결에 따르면 투표권법 제2조의 위반으로 인정되기 위해서 원고는 다음의 세 가지 요건을 충족해야 한다. 첫째, 합리적으로 획정된 선거구 내에서 소수인종이 과반수를 이룰 만큼 충분히 크고 지역적으로 조밀하게 밀집되어 있어야 한다.<sup>23)</sup> 둘째, 소수인종 집단은 자신들이 정치적으로 결합되어(politically cohesive) 있음을<sup>24)</sup> 증명해야 한다.<sup>25)</sup> 셋째, 소수인종은 다수인종인 백인이 소수인종이 선호하는 후보자를 패배시킬 만큼 하나의 블록으로(as a bloc) 투표한다는 점을 증명해야 한다.<sup>26)</sup> 마지막으로 세 가지 요건을 증명하는 원고는 ‘전체상황상’ 정치적 과정이 소수인종 유권자에게 평등하게 열려있지 않다는 점 역시 증명해야 한다.<sup>27)</sup>

Gingles 판결은 그 결정 이후 37년 동안 우리의 투표권법 법리를 지배해 왔다. 연방의회도 투표권법 제2조에 대한 우리의 이러한 해석을 방해한 적이 없다. 그리고 우리는 다양한 선거제도와 다양한 주들에 Gingles 판결을 잇달아 적용해 왔다.<sup>28)</sup>

## (2) Gingles 요건의 이 사건에의 적용 (II-B)

연방지방법원은 Gingles 판결에 따를 때 원고의 주장에 승소가능성이 있다고 보았고, 우리도 동의한다.

Gingles 판결의 첫 번째 요건과 관련하여, 합리적으로 획정된 제2선거구 내에서 흑인 유권자들은 과반수를 이룰 수 있을 정도의 규모가 된다. 원고들은 전통적인 선거구 획정 기준<sup>29)</sup>에 부합하면서 ‘흑인이 과반수인 선거구’ 2 개를 포함하는 선거구 지

23) Wisconsin Legislature v. Wisconsin Elections Comm'n, 595 U. S. 398, 402 (2022) (per curiam).

24) 즉, 비슷하게 투표하는 경향을 띤 집단이어야 함을 의미한다.

25) Thornburg v. Gingles, 478 U. S. 30, 51 (1986).

26) Ibid.

27) Id., at 45 - 46.

28) Voinovich v. Quilter, 507 U. S. 146 (1993) (Ohio); Growe v. Emison, 507 U. S. 25 (Minnesota); Johnson v. De Grandy, 512 U. S. 997 (1994) (Florida); Holder v. Hall, 512 U. S. 874 (1994) (Georgia); Abrams v. Johnson, 521 U. S. 74 (1997) (Georgia); League of United Latin American Citizens v. Perry, 548 U. S. 399, 423 (2006) (LULAC) (Texas); Bartlett v. Strickland, 556 U. S. 1 (2009) (plurality opinion) (North Carolina); Cooper v. Harris, 581 U. S. 285 (2017) (North Carolina); Abbott v. Perez, 585 U. S. — (2018) (Texas); Wisconsin Legislature, 595 U. S., at 398 (Wisconsin).

29) 선거구 획정에 있어서 연속성(인접성, contiguity), 조밀성(밀집성, compactness), 행정구역의 보존(preserving political subdivisions), 이익공동체의 보존(preserving communities of interest), 현직의원 보호(protecting incumbents, 현직의원 간의 경쟁을 형성하는 새로운 선거구 획정은 피한다는 원칙),

도의 예시 11가지를 제시하였다. 이 예시들은 선거구간 평등한 인구수를 포함하고 조밀하고 연속적이며 카운티, 시티, 타운과 같은 기존 행정구역을 존중하는 등 전통적인 기준들을 충족시켰다. 따라서 원고들이 예시로 든 선거구 지도들은 합리적으로 획정된 제2선거구에서 앨러배머 주 흑인 유권자들이 과반수를 이룬다는 점을 강하게 보여준다.

그러나 앨러배머 주는 원고들이 제시한 지도들이 전통적인 이익공동체를 묶어두지 못했기 때문에 합리적으로 획정된 것이 아니라고 주장하였다. 앨러배머 주의 선거구 획정 가이드라인에 따르면 ‘이익공동체’란 민족적, 인종적, 경제적, 부족적, 사회적, 지리적, 또는 역사적 정체성 등 비슷한 이해관계를 갖는 지역을 의미한다. 앨러배머 주는 주 남서부의 멕시코만 지역이 그러한 이익공동체인데, 원고들이 제시한 선거구 지도는 이 지역을 2개의 선거구로 분리하여 잘못되었다고 주장하였다.

우리는 앨러배머 주의 주장이 설득력 있다고 생각하지 않는다. 연방지방법원은 설사 이 지역이 이익공동체라고 하더라도 블랙벨트(Black Belt)라고 불리는 다른 이익공동체를 묶어놓았기 때문에 여전히 합리적으로 획정된 것이라고 판단하였다. 비옥한 토양을 가리켜 명명된 블랙벨트는 시골 지역에서 빈곤과 정부 서비스에의 불평등한 접근성, 적절한 의료서비스의 부족을 겪는 흑인 유권자가 많은 지역이며, 이는 남북전쟁 전 많은 노예들이 노동을 위해 이곳에 끌려온 것과 관련이 있다.

또한 앨러배머 주는 ‘핵심지 유지(core retention)’ - 주가 선거구 지도를 변경할 때 남아있는 선거구 비율을 일컫는 용어 - 에 근간하여 HB1이 원고들의 지도보다 이를 더 잘 지켰다고 주장하였다. 그러나 연방대법원은 주가 기존의 선거구 지도를 고수한다는 이유로 투표권법 제2조의 적용을 면제받을 수 있다고 판결한 바가 없다. 투표권법 제2조는 주가 이전에 그렇게 하였다는 이유로 일부 유권자에게 정치적 과정에 참여할 기회를 더 적게 주는 것을 허용하지 않는다.

Gingles 판결의 두 번째 및 세 번째 요건과 관련하여, 연방지방법원은 흑인 유권자들이 정치적으로 결합되어 있다는 점 및 해당 선거구의 다수인종인 백인이 흑인 유권자들이 선호하는 후보자를 패배시킬 만큼 하나의 블록으로 투표한다는 점에 대

---

기존 선거구의 보호(protecting the cores of prior districts) 등은 전통적인 선거구 획정 기준으로 불린다. 주마다 채택하고 있는 원칙들이 다른데, 연속성은 모든 주에서, 조밀성과 지방행정구역의 보존은 40개 이상 많은 주들에서 채택되고 있는 원칙이다. 현직의원 보호와 기존 선거구의 보호 원칙에 대해서는 반대하는 의견들도 있고 대부분의 경우 앞에서 설명된 원칙들보다 후순위로 평가된다.

해서는 다툼이 없다고 판단하였다.

마지막으로, 원고들은 전체상황을 살펴보는 단계에서 입증책임을 부담하였다. 연방지방법원은 앨러배머 주에서의 선거가 인종적으로 양극화되어 있고, 흑인들은 주 전체 선거에서 사실상 전혀 성공하지 못하고 있으며, 정치 캠페인은 명시적이든 암시적이든 인종적 설득을 특징으로 해 왔으며, 앨러배머 주의 인종차별 및 투표차별의 방대한 역사는 부정할 수 없고 관련 증거가 많다는 점을 인정하였다.

우리는 연방지방법원의 신중한 사실 판단을 방해하거나 그 법적 결론을 뒤집을 이유가 없다. 연방지방법원은 우리의 선례를 충실히 적용하였고, 기존 법에 따라 HB1이 투표권법 제2조를 위반하였다고 올바르게 판단하였다.

#### 다. 앨러배머 주가 제시한 ‘인종중립적 기준’ 적용의 부적절성 (III)

이 사건의 핵심은 앨러배머 주의 투표권법 제2조의 법리를 새롭게 다시 만들려는 시도에 있다.

주는 ‘인종중립적 기준(race-neutral benchmark)’을 내세우려고 하였다. 이제 선거구 지도 작성자(mapmaker)들은 현대 컴퓨터 기술을 이용하여 가능한 수백만 가지의 선거구 지도를 생성해낼 수 있게 되었다. 이 선거구 지도들은 전통적인 선거구 획정 기준들에 부합하면서도 인종은 고려하지 않게 만들어질 수 있다. 선거구 지도 작성자들은 각 지도에 ‘소수인종이 과반수인 선거구(majority-minority district)’를 몇 개나 포함시킬지 결정할 수 있고, 수백만의 전체 지도들 중 그러한 선거구의 평균수를 산출할 수도 있다. 그러한 수를 ‘인종중립적 기준’이라고 부른다.

앨러배머 주는 이 기준이 투표권법 제2조 사건에서 비교 포인트로 활용되어야 한다고 주장하였다. 따라서 법원은 주의 선거구 지도에서 ‘소수인종이 과반수인 선거구’를 이 기준과 비교해야 한다는 것이다. 앨러배머 주는 만일 이 수들이 유사하다면, 주의 선거구 지도가 인종 때문에 투표권을 거부하거나 제한했을 리가 없다고 주장하였다.

앨러배머 주는 이러한 접근법이 두 가지 이유에서 채택되어야 한다고 주장하였다. 첫째, 인종중립적 기준은 투표권법 제2조의 법문에 가장 잘 들어맞는다는 것이다. 둘째, Gingles 기준은 결국 선거구 획정에 인종적 비례를 요구하는 것으로 끝나는데 이는 투표권법 제2조에 관한 연방의회의 타협안 및 헌법상 투표에서의 인종차별 금지에 부합하지 않는다는 것이다.

인종중립적 기준을 실제에 적용하기 위해서 앨러배머 주는 원고들이 적어도 세 가지 입증을 하도록 요구하고 있다. 첫째, 원고들이 첫 번째 Gingles 요건을 위해 제시한 선거구 지도 예시는 인종에 기반한 것이어서는 안 된다. 둘째, 원고들은 ‘전체상황’ 심사 단계에서 주가 제정한 선거구 지도가 인종을 고려하지 않고 그려진 평균 지도에서 벗어났음을 증명해야 한다. 마지막으로, 원고들은 주의 선거구 지도와 인종중립적 선거구 지도 사이의 차이가 오직 인종으로만 설명될 수 있음을 최종적으로 증명해야 한다.

이하에서 설명하듯, 우리는 앨러배머 주의 이러한 새로운 접근법이 이론상으로도 실제상으로도 설득력이 없다고 생각한다. 따라서 우리는 앨러배머 주가 요청한 대로 투표권법 제2조 판례법을 재구성하기를 거부하는 바이다.

### (1) 앨러배머 주의 새로운 접근법 채택 거부 (III-A)

#### (가) 투표권법 제2조의 법문 관련 (III-A-1)

투표권법 제2조의 법문은 주의 정치적 과정이 평등하게 열려있어야 함을 의미하며, 소수인종 유권자들이 정치적 과정에 참여할 기회와 자신이 선택한 대표를 선출할 기회를 다른 구성원들보다 더 적게 가지지 않아야 한다는 취지를 담고 있다.

우리는 투표권법 제2조가 차별의도가 아닌 차별효과의 존재에 초점을 둔다고 반복해 왔다.<sup>30)</sup> 그리고 연방의회는 ‘인종 또는 피부색 때문에’라는 말을 ‘인종 또는 피부색과 관련하여’를 의미하는 것으로 사용하였음이 명백하며, 어떠한 인종차별의 목적이 요구됨을 함축하는 것이 아니라고 설명하였다.<sup>31)</sup> 반면, 투표권법 제2조에 관한 앨러배머 주의 해석은 우리 선례를 성급하게 제대로 살피지 않았다. 앨러배머 주는 선거구 지도가 충분히 많은 인종중립적 대안들과 닮았다면 인종 때문에 투표권을 제한한 것이 아니라고 주장한다. 그러나 이 사건은 원고가 제시한 특정한 예시 지도들에 초점을 맞추고 있다. 그러한 지도에서 이탈하는 것은 주의 선거구 지도가 차별효과를 가질 가능성이 있음을 보여준다. 남은 Gingles 심사기준은 그러한 가능성이 실제인가를 결정하는 데 도움을 준다.

더구나 주의 책임은 ‘전체상황’에 기반하여 결정되어야 한다. 그러나 앨러배머 주는 오직 하나의 상황 - 주의 선거구 지도가 인종중립적 기준에 견줄 만한지 - 만이

30) 예를 들어, Chisom v. Roemer, 501 U. S. 380, 403 - 404 (1991).

31) Gingles, 478 U. S., at 71, n. 34 (plurality opinion).

중요하다고 주장하고 있다. 그러한 외골수적 관점은 보다 세련된 접근법에 대한 투표권법의 요구에 부합하지 않는다. 또한 우리는 40년 가까이 투표권법 제2조에 관한 법리의 기준선이 되어 온 Gingles 요건 심사를 변경하여 새로 만드는<sup>32)</sup> 해석을 채택하지 않을 것이다.

#### (나) 인종적 비례 요구 관련 (III-A-2)

앨러배머 주는 투표권법 제2조에 관한 기존의 법리가 필연적으로 선거구 획정에서 인종적 비례를 요구하여 투표권법 제2조 제b항에 위배되므로 인종중립적 기준이 필요하다고 주장하였다. 그러나 Gingles 심사기준을 적절히 적용하면 이 심사기준은 인종적 비례에 유의미한 제약을 가하며, 이는 *Shaw v. Reno*, 509 U. S. 630 (1993), *Miller v. Johnson*, 515 U. S. 900 (1995), *Bush v. Vera*, 517 U. S. 952 (1996) 등 여러 판결들에서 드러난다.

이들 사건들의 핵심은 인종 비례적 대표(proportional representation)가 불법이며, 연방대법원이 투표권법 제2조를 적용하는 접근법에도 맞지 않는다는 것이다. 연방하원 의원 선거구 차원에서, 현재 세 개 주를 제외한 모든 주에서 흑인들이 선호하는 후보가 이길 것으로 보이는 선거구 비율은 투표 가능 인구 중 흑인들이 차지하는 비율보다 낮다. 이는 1970년대 이후 인종적 거주 분리가 급감함에 따라 조밀성 요건과 같이 전통적인 선거구 획정 기준을 충족하는 것이 더 어려워졌기 때문이다.

그러한 이유로 최근 투표권법 제2조 소송에서 승소하기는 어려워졌다. 반면 수많은 하급심 법원들은 소수인종이 지리적으로 분산됨에 따라 원고들이 추가적으로 ‘소수인종이 과반수인 선거구’를 만들 수 없다거나 조밀성 요건을 충족하지 못하였다는 이유로 선거구 지도를 유지하는 판결을 내렸다.

#### (2) 인종중립적 기준의 실제 운용 및 이에 대한 비판 (III-B)

우리는 투표권법 제2조 및 관련 선례를 잘못 해석한 것에 근거하여 기존 법을 바꾸려는 앨러배머 주의 제안을 거절하였다. 우리는 아울러 인종중립적 기준이 실제로 어떻게 운용될 것인지에 대해서도 다루고자 한다. 이에 따르더라도 앨러배머 주의 접근법은 좋은 평가를 받을 수 없으며, 더욱 우리가 이를 채택할 수 없게 한다.

32) *Bartlett*, 556 U. S., at 16 (plurality opinion); *Wisconsin Legislature*, 595 U. S., at 405; *De Grandy*, 512 U. S., at 1018.

## (가) 인종의 인식과 인종의 지배적 요소성의 차이 (III-B-1)

앨러배머 주가 요구하는 첫 번째 변화는 원고들이 첫 번째 Gingles 요건을 충족시키기 위해 제시한 선거구 지도가 인종에 기반하는 것을 금지하는 것이다. 그러나 우리는 이러한 새 규칙을 시행할 이유가 없다.

선거구의 맥락에서 인종의 고려에 관한 한 우리는 인종적 고려를 인식하는 것 (being aware of)과 이것이 동기가 되는 것 (being motivated by) 사이에는 차이가 있음을 분명히 하였다.<sup>33)</sup> 전자는 허용되지만, 후자는 보통 허용되지 않는다. 왜냐하면 선거구 획정 입법은 거의 항상 인종적 인구통계를 인식할 것이지만,<sup>34)</sup> 그러한 인종 인식이 필연적으로 허용 불가능한 인종차별로 이어지는 것은 아니기 때문이다.<sup>35)</sup> 투표권법 제2조 자체가 인종의 고려를 요구하며,<sup>36)</sup> ‘소수인종이 과반수인 선거구’가 추가적으로 그려질 수 있는지 여부의 문제는 철저한 인종인식적 계산을 포함한다.<sup>37)</sup>

그러나 동시에 인종은 긴절한 이유가 없는 한 선거구 획정에 있어 지배적인 요소 (predominant factor)가 되어서는 안 된다.<sup>38)</sup> 인종중립적 고려사항들이 인종에 기초한 결정이 내려진 후에야 적용되기 시작하였다면, 인종은 지배적인 것이 된다.<sup>39)</sup> 다른 여러 지도 중 하나를 선택하는 데 인종이 그 자체로서 최우선적인 이유라면, 인종은 지배적인 것이다.<sup>40)</sup>

원고들은 자신들이 제시한 지도에서 인종이 고려될 수밖에 없었지만 다른 요소들도 고려되었고, 모두 같은 비중으로 고려되었으며 인종이 지배적이지 않았다고 밝혔다. 연방지방법원은 이에 동의하였다.

선거구 지도 제작자가 인종을 완전히 보지 않아야 한다는 주장은 투표권법 제2조

33) Miller v. Johnson, 515 U. S. 900, 916 (1995); North Carolina v. Covington, 585 U. S. ———, ——— (2018) (per curiam).

34) Miller, 515 U. S., at 916.

35) Shaw v. Reno, 509 U. S. 630, 646 (1993) (Shaw I).

36) Abbott, 585 U. S., at ———. Abbott 판결에 관해서는, 헌법재판연구원, 유권자수가 아닌 전체인구수를 기준으로 확정된 선거구가 1인1표의 원칙에 부합하는지 여부, 세계헌법재판동향 2016 제4호, 2016, 35-46쪽 참고.

37) De Grandy, 512 U. S., at 1020.

38) Cooper, 581 U. S., at 291.

39) Bethune-Hill v. Virginia State Bd. of Elections, 580 U. S. ———, (2017). Bethune-Hill 판결에 관해서는, 헌법재판연구원, 선거구 획정에 있어서의 인종 요소, 세계헌법재판동향 2017 제4호, 2017, 63-76쪽 참고.

40) Id., at 190.

에 관한 우리 판례법에 근거가 없다. 우리가 오랫동안 구분해 온 것은 인식과 지배성 사이의 차이일 뿐이다.

### (나) 컴퓨터로 만들어진 수많은 잠재적 지도들의 무의미성 (III-B-2)

두 번째로 앨러배머 주는 원고들이 ‘전체상황’ 심사 단계에서, 주가 제정한 선거구 지도가 인종중립적 기준보다 ‘소수인종이 과반수인 선거구’를 더 적게 포함하고 있음을 증명해야 한다고 주장하였다. 앨러배머 주는 원고 측 전문가 중 한 명인 Dr. Duchin이 알고리즘을 사용하여 인종을 고려하지 않은 2백만 개의 앨러배머 주 선거구 지도를 만들었음에 주목하였다. 이 2백만 개의 지도 중 ‘소수인종이 과반수인 선거구’가 아예 없는 지도는 많았지만, 2개인 것은 전혀 없었다. 다른 원고 측 전문가인 Dr. Imai는 3만 개의 잠재적 지도를 만들었지만 마찬가지로 ‘소수인종이 과반수인 선거구’가 2개인 지도는 없었다. 이에 앨러배머 주는 HB1이 충분히 인종중립적 지도와 닮았으므로 투표권법 제2조를 위반한 것이 아니라고 주장하였다.

그러나 앨러배머 주가 Dr. Duchin과 Dr. Imai가 만든 지도에 의존한 것은 잘못된 것이다. 이들의 지도는 앨러배머 주의 선거구 획정 과정을 정확하게 대표하고 있지 않았다. Dr. Duchin의 지도는 오래된 - 2020년이 아닌 2010년 - 데이터를 기초로 하였고, Dr. Imai의 지도는 앨러배머 주의 선거구 획정 가이드라인 - 이익공동체를 함께 묶고 지자체 경계선을 보존하는 등 - 을 포함시키지 못하였다.

설사 이들의 선거구 지도가 적절한 비교기준이라 하더라도, 우리는 이러한 비교 심사를 채택할 수 없다. 이 심사기준은 기본부터 결함이 있다. 선거구 획정에는 무수히 많은 요소들 - 조밀성, 연속성, 행정구역, 자연지리적 경계선, 카운티 경계선, 현직의원 보호, 이익공동체, 인구평등 등 - 이 고려된다. 이들 기준을 수량화하고, 측정하고, 우선순위를 매기고, 조화시키는 것은 선거구 획정자에게 어렵고 논쟁적인 선택을 하도록 만든다. 그리고 그러한 선택에 따라 중간점이 바뀌고 같은 지도가 합법이 되기도 하고 불법이 되기도 한다. 예를 들어 학술 문헌들은 밀집성에 관한 수십 개의 계량법을 제시하고 있다. 이 중 어느 것을 이용해야 하는가? 이렇게 만들어진 지도들이 다른 결과를 산출해내면 어떻게 되는가? 법원은 어떻게 판단해야 하는가? 앨러배머 주는 아무런 답도 하지 못한다. 투표권법 제2조도 마찬가지이다.

앨러배머 주는 원고들의 2백만 개의 지도들 중 ‘소수인종이 과반수인 선거구’가 2개 이상인 것은 하나도 없었기 때문에 HB1이 투표권법 제2조를 위반했을 리가 없다

고 반복적으로 강조하였다. 그러나 3명의 컴퓨터 선거구 획정 전문가들이 제출한 서면에 의하면, 가능한 앨러배머 주 선거구 지도의 수는 무수히 많으며(trillion trillions), 따라서 2백만은 전혀 많은 수가 아니다. 다음 백만 개의 지도는 무엇을 보여줄까? 다음 10억 개의 지도는? 다음 1조 개의 지도는? 전혀 답을 할 수 없는 문제이다.

#### (다) 폐기된 의도심사보다 난해한 심사 요구의 부당성 (III-B-3)

마지막으로 앨러배머 주는 원고들이 주의 선거구 지도와 인종중립적 선거구 지도 사이의 차이가 오직 인종으로만 설명됨을 증명해야 한다고 주장하였다.

이미 설명하였듯, 우리 선례와 1982년에 이루어진 입법적 타협안은 투표권법 제2조 위반 판단 시 차별의도를 기준으로 삼는 것을 명시적으로 거부하였다.<sup>41)</sup> 그런데 앨러배머 주는 연방의회가 이미 폐기한 ‘의도심사’보다 더 어려운 것을 요구하고 있다. 우리는 오랫동안 차별의도를 입증하기 위해 해당 행위가 오로지 인종차별적 목적에 기초한 것이어야 한다고 증명할 필요는 없다고 판시해 왔다.<sup>42)</sup> 앨러배머 주가 제안한 접근법은 이 모든 것에 반대된다. 이 접근법은 투표권법 제2조의 ‘효과심사’에 ‘증거기준’을 더하며 이는 의도적 차별 사건에서조차 피하는 것이다.

#### (3) 투표권법 제2조 적용금지 주장 배척 (III-C)

마지막으로 앨러배머 주는 이 사건과 같은 사건들에 투표권법 제2조를 적용하는 것을 전면적으로 멈춰야 한다고 주장하였다. 투표권법 제2조의 법문은 소선거구 획정에는 적용되지 않으며,<sup>43)</sup> 연방지방법원이 투표권법 제2조를 이 사건에 적용하는 경우에 한해서는 투표권법 제2조가 위헌이기 때문이라는 것이다. 우리는 두 가지 모두 동의하지 않는다.

우선 앨러배머 주는 투표권법 제2조가 소선거구 획정에는 적용되지 않는다고 주장하였다. 그러나 우리는 투표권법 제2조와 Gingles 판결이 소선거구에 관한 소송에도 분명히 적용된다고 전원일치로 판결한 바 있다.<sup>44)</sup> 투표권법 제2조를 적용하여 주의

41) Chisom, 501 U. S., at 403 - 404; Shaw I, 509 U. S., at 641; Reno v. Bossier Parish School Bd., 520 U. S. 471, 481 - 482 (1997).

42) Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp., 429 U. S. 252, 265 (1977); Bossier Parish School Bd., 520 U. S., at 488.

43) 앨러배머 주는 중·대선거구(multimember district)에서의 투표가치의 희석에 대한 판결이었던 Gingles 판결을 소선거구(single-member district)의 재획정 문제에도 확장하여 적용해 온 연방대법원의 태도에 비판적이었다.

44) Grove, 507 U. S., at 40.

소선거구 일부를 무효화한 적도 있다.<sup>45)</sup> 앨러배머 주의 접근법은 이러한 선례를 포기하도록 요구한다. 우리는 이를 거부한다.

우리는 투표권법 제2조를 선거구 획정에 적용하는 경우 헌법 수정 제15조에 의해 위헌이라는 앨러배머 주의 주장도 받아들이지 않는다. 앨러배머 주에 의하면 헌법 수정 제15조는 주의 의도적 차별의 경우에 한하여 연방의회가 이에 반대하는 입법을 할 수 있도록 허용하고 있다고 한다. 그러나 우리는 40년도 더 전에 *City of Rome v. United States*, 446 U. S. 156 (1980) 판결에서 “설사 헌법 수정 제15조 제1항<sup>46)</sup>이 오직 의도적 차별만을 금지한다 할지라도, 연방대법원의 이전 판결들은 ‘연방의회는 헌법 수정 제15조 제2항<sup>47)</sup>에 따라 차별효과를 갖는 투표 관행을 금지할 수 없다’는 주장을 배제한다”라고 판결하였다.<sup>48)</sup> 투표권법이 차별효과를 갖는 선거상의 변화를 금지하는 것은 헌법 수정 제15조의 목적을 고취시키는 적절한 방법이다.<sup>49)</sup>

또한 앨러배머 주는 헌법 수정 제15조가 투표권법 제2조의 ‘효과심사’를 허용하더라도 인종기반적 선거구 획정을 투표권법 제2조 위반에 대한 구제책(remedy)으로 허용한 것은 아니라고 주장하였다. 그러나 지난 40년 간, 연방대법원과 연방하급심법원들은 *Gingles* 판결에서 해석된 대로 ‘효과심사’를 적용하여 왔고, 어떤 경우에는 인종에 기초한 선거구 획정을 투표권법 제2조를 위반한 주 선거구 지도에 대한 구제책으로 허용하기도 하였다. *City of Rome* 등의 선례에 비추어 투표권법 제2조를 *Gingles* 판결에서처럼 해석하는 것은 연방의회의 구제 권한을 넘어서는 것이라는 앨러배머 주의 주장은 설득력이 없다.

투표권법 제2조가 주 안에서의 정치적 힘의 배분에 있어 인종을 허용할 수 없이 격상시킬 수 있다는 우려는 새로운 것이 아니다.<sup>50)</sup> 오늘 이 법정의견은 이러한 우려를 폄하하거나 무시하는 것이 아니다. 단지 우리 선례를 충실하게 적용하고 우리 앞의 기록을 타당하게 해석하면 그러한 우려는 여기에서는 지지받지 못한다고 판단하

45) *LULAC*, 548 U. S., at 427 - 429.

46) **미국 헌법 수정 제15조 제1항**

합중국 시민의 투표권은 인종, 피부색 또는 과거의 예측 상태로 인하여 합중국이나 주에 의하여 거부되거나 제한되지 않는다.

47) **미국 헌법 수정 제15조 제2항**

연방의회는 적절한 입법에 의하여 이 조의 규정을 이행할 권한을 가진다.

48) *City of Rome v. United States*, 446 U. S. 156, 173 (1980).

49) *Id.*, at 177.

50) 예를 들어, *Shaw I*, 509 U. S., at 657.

였을 뿐이다.

이에 원심의 결정을 유지한다.

## 2. Kavanaugh 대법관의 보충의견(1인 의견)<sup>51)</sup>

나는 앨러배머 주의 선거구 지도가 Gingles 판결의 해석에 따라 투표권법 제2조를 위반하였다고 판단한 법정외의견에 동의한다. 나는 네 가지 사항을 강조하기 위해 별도의 의견을 작성한다.

첫째, 앨러배머 주 주장의 결론은 연방대법원이 Gingles 판결을 파기해야 한다는 것이다. 그러나 연방대법원의 선례구속 기준 중 법률상의 선례( statutory precedent)를 파기하기 위한 것은 헌법상의 선례(constitutional precedent)를 파기하기 위한 것과 구분되어 보다 엄격하다. 헌법상의 선례와 달리, 연방의회와 대통령은 Gingles 판결과 같은 법률상의 선례를 바꾸기 위해 새로운 입법을 할 수 있다. 그러나 지난 37년 동안, 연방의회와 대통령은 Gingles 판결을 방해한 적이 없다. 비록 법률상의 선례구속의 원칙이 절대적인 것이 아니라 할지라도, 연방대법원은 보통 잘못된 법률상의 선례를 업데이트하거나 수정하는 일을 입법 절차에 맡겨두어 왔다.<sup>52)</sup>

둘째, 앨러배머 주는 Gingles 심사가 필연적으로 인구 비례적인 수의 ‘소수인종이 과반수인 선거구’를 요구할 것이고, 이는 수적 비례성을 부인한 투표권법 제2조 제b항에 대한 위반이 될 것이라고 주장하였다. 그러나 앨러배머 주의 전제는 잘못되었다. 연방대법원 선례들이 분명히 밝혔듯, Gingles 판결은 비례적인 수의 ‘소수인종이 과반수인 선거구’를 강제하지 않는다. Gingles 판결은 (i) 주의 선거구 지도가 지리적 으로 밀집되어 있고 규모가 큰 소수인종 인구를 가르거나(crack) 묶고(pack), (ii) 원고가 제안한 대안적 지도와 ‘소수인종이 과반수인 선거구’가 ‘합리적으로 확정된’ - 즉 조밀성의 원칙과 기타 전통적인 선거구 획정 기준을 존중하는 - 경우에만 ‘소수인종이 과반수인 선거구’의 생성을 요구한다.<sup>53)</sup>

만일 Gingles 판결이 비례적인 수의 ‘소수인종이 과반수인 선거구’를 요구한다면,

51) III-B-1 부분을 제외하고 법정외의견에 동조하는 Kavanaugh 대법관의 단독의견

52) Ramos v. Louisiana, 590 U. S. ———, ——— (2020) (Kavanaugh, J., concurring in part); Kimble v. Marvel Entertainment, LLC, 576 U. S. 446, 456 (2015); Patterson v. McLean Credit Union, 491 U. S. 164, 172 - 173 (1989); Flood v. Kuhn, 407 U. S. 258, 283 - 284 (1972); Burnet v. Coronado Oil & Gas Co., 285 U. S. 393, 406 (1932) (Brandeis, J., dissenting).

53) Cooper, 581 U. S., at 301 - 302; Voinovich, 507 U. S., at 153 - 154.

주들은 지리적으로 흩어져 있는 소수인종 유권자들을 비정상적인 모양의 선거구에 모아놓아야 할 것이다. 그러나 *Gingles* 판결과 이후의 연방대법원 판결들은 그러한 접근법을 단호하게 거부하였다.<sup>54)</sup>

셋째, 앨러배머 주는 법원이 컴퓨터 시뮬레이션으로 인종을 보지 않고 만든 선거구 지도들에 근거하여 주 선거구 지도가 인종 때문에 투표권을 제한하는지 여부를 평가해야 한다고 주장하였다. 컴퓨터 시뮬레이션이 고의적 차별의 존재 또는 부존재를 찾아내는 데 도움을 줄 수 있음은 사실이다. 그러나 연방대법원이 오랫동안 인정해 왔고 오늘 모든 연방대법관들이 동의하였듯이 투표권법 제2조는 ‘효과심사’를 확립하였다. 효과심사는 *Gingles* 판결에 따라 선거구 획정에 적용되는 경우, 지리적으로 밀집되어 있고 규모가 큰 소수인종 인구를 가르거나 묶는 것을 방지하기 위해 법원이 유권자의 인종에 대해 설명할 것을 요구하기도 한다.<sup>55)</sup>

넷째, 앨러배머 주는 ‘경우에 따라 인종에 기초한 선거구 획정이 요구된다’는 *Gingles* 판결의 해석에 따르면 투표권법 제2조가 헌법 수정 제14조<sup>56)</sup> 및 제15조상의 연방의회의 구체적 또는 예방적 권한을 넘어선다고 주장하였다. 그러나 연방대법원의 선례들에 비추어 이러한 앨러배머 주의 주장은 설득력이 없다.<sup>57)</sup> *Thomas* 대법관은 반대의견에서 1982년 연방의회가 인종에 기초한 선거구 획정을 얼마간의 기간 동안 헌법적으로 허용하였다 할지라도, 그것이 미래에까지 무기한적으로 확장될 수는 없다고 언급하였다. 그러나 앨러배머 주는 연방대법원에서 시간에 관한 주장을 제기하지 않았고, 따라서 나도 이번에는 그에 대해 고려하지 않을 것이다.

위와 같은 이유로, 나는 III-B-1 부분을 제외한 법정의견의 모든 부분에 동의하며

54) *Abbott*, 585 U. S., at ———; *Bush v. Vera*, 517 U. S. 952, 979 (1996) (plurality opinion); *Gingles*, 478 U. S., at 50; *Miller*, 515 U. S., at 917 - 920; *Shaw I*, 509 U. S., at 644 - 649.

55) *Abbott*, 585 U. S., at ———; *De Grandy*, 512 U. S., at 1006 - 1007, 1020; *Voinovich*, 507 U. S., at 153 - 154; *Brnovich*, 594 U. S., at ———; *Bossier Parish School Bd.*, 520 U. S., at 482; *Holder*, 512 U. S., at 923 - 924; *Chisom*, 501 U. S., at 394, 404; *Gingles*, 478 U. S., at 71, n. 34 (plurality opinion).

56) **미국 헌법 수정 제14조 제1항**

(생략) ... 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 못 한다.

**미국 헌법 수정 제14조 제5항**

연방의회는 적절한 입법에 의하여 이 조의 규정을 이행할 권한을 가진다.

57) 법정의견 중 III-C 부분 및 *City of Rome*, 446 U. S., at 177 - 178 참고.

원심의 유지에 표를 던지는 바이다.

### 3. Thomas 대법관의 반대의견(4인 의견)<sup>58)</sup>

이 사건은 연방대법원의 투표권 법리의 ‘처참한 불운’의 또 다른 속편일 뿐이다.<sup>59)</sup> 이 사건의 쟁점사항은 투표권법 제2조가 앨러배머 주로 하여금 오랫동안 유지되어 온 연방하원의원 선거구를 의도적으로 재획정하여 흑인들이 주 인구수에서 차지하는 비율에 비례적인 의석수를 지배할 수 있도록 요구하는지 여부이다. 투표권법 제2조는 그러한 요구를 하지 않는다. 또한 설사 그렇다 하더라도, 헌법이 이를 허용하지 않을 것이다.

#### 가. 선거구 채택에 투표권법 제2조를 적용하는 기존 법리에 대한 비판

투표권법 제2조 소송은 그 법문에 따라 투표 자격, 투표 요건, 기준, 관행, 또는 절차를 겨냥한 것이어야 한다. 나는 오랫동안 이러한 용어들의 범위가 오직 ‘투표 또는 개표과정에 대한 시민들의 접근권을 규율하는 입법’에만 미치며, 추가 여러 선거구 획정안 중 하나를 선택하는 것까지 포함하지는 않는다고 확신해 왔다.<sup>60)</sup> 따라서 투표권법 제2조는 선거구를 무효화하기 위한 근거를 제공할 수 없다.<sup>61)</sup>

법정의견은 투표권법 제2조가 소선거구에 적용되는 것이 선례구속의 원칙에 의해 뒷받침된다고 극단적으로 과장하였다.<sup>62)</sup> 그러나 투표권법 제2조가 소선거구를 무효화하는 데 적용된 경우는 한 사건 뿐이었고(League of United Latin American Citizens v. Perry, 548 U. S. 399 (2006) (LULAC)), 법정의견이 언급했던 *Grove v. Emison*, 507 U. S. 25 (1993) 판결은 투표권법이 소선거구에 적용되지 않는다는 주장에 대해 심리하지 않았다(따라서 이 주장을 거부한 바도 없다).

어쨌든, 처음부터 결함 있는 법률 해석 방식에 근거하였고, 40년 가까이 경험을

58) Thomas, Gorsuch, Barrett, Alito 대법관의 의견. 다만 Barrett 대법관은 II와 III에 대해서만, Alito 대법관은 II-A와 II-B에 대해서만 함류하였다.

59) Alabama Legislative Black Caucus v. Alabama, 575 U. S. 254, 294 (2015) (Thomas, J., dissenting).

60) Holder, 512 U. S., at 945 (opinion of Thomas, J.).

61) Abbott, 585 U. S., at ——— (Thomas, J., concurring).

62) Thomas 대법관은 각주로 자신은 투표권법 제2조의 법문이 중·대선거구(multimember district) 또는 단일선거구(at-large district, 주를 하나의 선거구로 하여 투표하는 경우)에 적용된다고 생각하지 않는다고 밝혔다.

통해 원칙에 입각한 적용이 불가능함이 밝혀진, 그리고 국가를 인종적으로 구획된 (racially designated) 선거구들로 분할하는 일에 연방법원을 밀어 넣는 일련의 사건들을 재고하는 데 있어 선례구속의 원칙은 장애물이 될 수 없다.<sup>63)</sup> 선례구속의 원칙이 현대적인 형태의 법률상(*de jure*) 인종 분할주의를 구해 내서는 안 된다.

## 나. 인종중립적 기준

설사 투표권법 제2조를 이 사건에 적용한다 하더라도 앨러배머 주가 승소해야 한다. 연방지방법원은 앨러배머 주의 선거구 지도가 ‘흑인이 과반수인 선거구’를 2개 획정할 수 있음에도 단지 하나만을 포함하고 있기 때문에 흑인 유권자들의 투표가치를 희석한다고 판단하였다. 그러나 모든 투표가치 희석 사건에서 핵심적인 질문은 이것이다. 어떤 기준과 비교하여 희석된 것인가? 투표권법 제2조의 법문과 투표가치 희석 주장의 법리는 유의미한 인종중립적 기준을 요구하며, 어떤 인종중립적 기준도 연방지방법원의 판단을 정당화하지 못한다. 연방지방법원의 판단을 정당화할 수 있는 유일한 기준은 인종에 기반하여 정치적 힘을 비례적으로 배분하는 비중립적 기준 뿐이다.

### (1) 인종중립적 기준의 필요성

우리가 오랫동안 인정해 왔듯이 투표가치 희석의 개념은 그러한 희석 사실이 비교되어 측정될 수 있는 ‘희석되지 않은’ 관행의 존재를 암시한다.<sup>64)</sup> 선거구 지도에 대한 소송에서 법원은 ‘주가 제정한 선거구 지도’와 ‘투표가치가 희석되지 않은 가상의 지도’<sup>65)</sup>를 비교할 수 있어야 하며, 그러한 가상의 지도는 객관적이고 실행가능한 기준에 의해 확인된 것이어야 한다.<sup>66)</sup>

확실히, 객관적이고 투표가치가 희석되지 않은 기준을 식별하는 것은 쉬운 일이 아니다. 만일 투표권법 제2조가 단지 고의적인 인종차별만을 금지하는 것이라면 명백하고 실행가능한 원칙을 찾는 것은 어렵지 않을 것이다. 그러나 연방의회가 투표권법 제2조에 적어 넣은 ‘결과심사(results test)’는 의도를 법적 책임의 기준으로 삼는

63) Holder, 512 U. S., at 945 (opinion of Thomas, J.).

64) Bossier Parish School Bd., 520 U. S., at 480.

65) Ibid.

66) Holder, 512 U. S., at 881 (plurality opinion); id., at 887 (opinion of O'Connor, J.).

것을 삼갔다.<sup>67)</sup> 따라서 투표권법 제2조상 투표가치 희석에 대한 주장은 단순히 인종 구분(racial classification)의 제거를 요구하는 것만이 아니라, 정치적 힘과 영향력의 공정한 배분을 요구하는 것이며, 이는 사법심사적합성(justiciability)의 난문제들을 수반한다. 그러나 투표권법 제2조가 소선거구에 적용되는 경우, 우리는 합리적인 기준을 고르기 위한 객관적이고 실행가능한 기준이 존재한다는 사실을 받아들여야 한다. 그렇지 않으면 소선거구는 투표권법 제2조하에서 투표가치가 희석되었다고 제소될 수 없다.<sup>68)</sup>

각기 다른 지역의 다양한 상황들을 고려할 때, 모든 경우에 통용되는(one-size-fits-all) 적절한 기준의 정의는 상상 속이나 가능할 것이다. 그러나 한 가지 가장 중요한 원칙은 분명하다. 올바른 선거구 획정 기준은 인종중립적이어야 한다는 것이다. 올바른 기준은 선거구 지도가 특정한 수 또는 특정한 비율의 ‘소수인종이 지배적인 선거구(minority-controlled districts)’를 포함해야 한다고 가정해서는 안 된다.

앨러배머 주는 이 사건의 주요 주장에서 이 원칙을 자신들의 논리적 결론에 관철시켰다. 모든 투표가치 희석 기준은 인종중립적이어야 한다는 것이다. 실제로 인종중립적이지 않은 기준은 투표가치 희석에 대한 심리를 근본적으로 순환논리 - 선거구 지도가 인종 면에서 이미 규정된 이상(ideal)에 부합하지 못하였으므로, 인종 때문에 소수집단의 투표가치를 희석시켰다고 판단하는 - 에 빠지게 만들 것이다.

인종중립적 기준을 강조하는 또 다른 설득력 있는 이유가 있다. 헌법은 인종에 근거한 구분을 혐오한다는 것이다.<sup>69)</sup> 선거구 획정에 있어서도 예외가 아니다. 따라서 우리 선례들은 ‘유권자들을 특정한 선거구 내 또는 외에 위치시키는 데 인종이 그 동기가 된 지배적인 요소인 경우’<sup>70)</sup>이거나 ‘인종이 선거구 형성에 있어 타협될 수 없는 기준인 경우’<sup>71)</sup>에는 모두 엄격심사기준을 적용하였다.

인종적 게리맨더링은 우리를 충돌하는 인종적 파벌로 분열시키고, ‘인종이 더 이상 중요성을 갖지 않는 정치 제도라는 목표’<sup>72)</sup>를 훼손시키기 때문에, 우리 선례들은 오

67) Bossier Parish School Bd., 520 U. S., at 482.

68) Holder, 512 U. S., at 881 (plurality opinion).

69) Grutter v. Bollinger, 539 U. S. 306, 353 (2003) (Thomas, J., concurring in part and dissenting in part).

70) Miller, 515 U. S., at 916.

71) Shaw v. Hunt, 517 U. S. 899, 907 (1996) (Shaw II).

72) Shaw I, 509 U. S., at 657.

랫동안 투표권법 제2조가 불필요하게 사실상 모든 선거구 지도에 인종을 주입시키는 것을 피해야 할 필요가 있다고 인정해 왔다.<sup>73)</sup> 그러나 명백히, 인종의 주입은 인종기반적 기준의 필연적인 결과이다. 투표권법 제2조가 헌법과 충돌하는 것을 피하기 위해, 법원은 선거구 지도가 위법하게 소수인종의 투표가치를 희석하였다는 주장을 평가함에 있어 인종중립적 기준을 적용해야 한다.

## (2) 인구 비례성 및 인종의 지배적 요소성

이 사건 원고들은 인종에 따른 정치적 힘의 비례적 배분<sup>74)</sup>을 추구하고 있다. 2020년 인구조사에 따르면 앨러배머 주의 흑인 인구수는 앨러배머 주 총 인구수의 27.16%이고, 투표연령 인구수의 25.9%이며, 두 비율 모두 7분의 2에 약간 못 미친다. 앨러배머 주의 기존 7개의 선거구 중 하나의 선거구(제7선거구)만이 ‘흑인이 과반수인 선거구’이다. 이 사건은 2개의 ‘소수인종이 과반수인 선거구’를 만들게 강제하려고 제기된 사건이다.

놀랍게도 법정의견은 2개의 ‘소수인종이 지배적인 선거구’가 인구 비례성을 의미할 것이라는 것을 인지하지 못하였고, 심지어 흑인 앨러배머 주민들이 주의 약 7분의 2를 차지한다는 것조차 인지하지 못하였다. ‘흑인이 과반수인 선거구’ 2개를 만들기 위해서는 앨러배머 주가 인종에 기반하여 유권자들을 분류해야 할 것이다.<sup>75)</sup>

원고들이 제시한 11개의 선거구 지도 예시들은 이를 분명히 보여준다. 모든 11개 지도들은 기존의 제2선거구를 ‘흑인이 과반수인 선거구’로 고쳐 만들었고, 현재 제7선거구에서 흑인이 과반수인 상황은 그대로 유지하였다. 선거구의 모양과 선거구 내 주민들은 거의 전적으로 제2선거구와 제7선거구를 ‘흑인이 과반수인 선거구’로 만들거나 유지시킬 필요성에 의해 정해졌다.

원고 측의 선거구 지도 작성자들이 그들이 만든 선거구 지도에서 중립적인 선거구 획정 기준들보다 인종을 우선순위로 두었음은 거의 의심할 여지가 없다. 그들의 발언들에서도 이를 유추할 수 있다.

통계학적인 증거들도 원고가 제시한 선거구 지도 예시들이 극단적인 인종 분류(racial sorting)임을 분명히 보여준다. 원고 측 전문가들은 컴퓨터로 만 가지, 2만 가

73) LULAC, 548 U. S., at 446 (opinion of Kennedy, J.); Bartlett, 556 U. S., at 21 (plurality opinion).

74) Holder, 512 U. S., at 936 (opinion of Thomas, J.).

75) Wisconsin Legislature, 595 U. S., at 401.

지, 2백만 가지 인종중립적 지도를 만들어냈지만, 어느 것도 두 번째 ‘흑인이 과반수인 선거구’를 포함하지는 않았다.

법정의견의 III-B-1 부분에 합류한 대법관들의 상대다수의견은 원고들이 인종이 지배적인 지도 예시들을 만듦으로써 첫 번째 요건 - 앨리배머 주의 흑인들이 2개의 ‘합리적으로 확정된’<sup>76)</sup> 선거구에서 과반수를 이룬다는 요건 - 을 증명할 수 없다는 데 동의하는 것으로 보인다. 원고들의 선거구 지도 예시들은 뚜렷한 인종적 게리맨더링이므로, 그것으로 이 사건은 끝나야 한다. 원고 측 전문가들은 제2선거구와 제7선거구 양쪽 모두 흑인이 과반수가 되도록 제시함으로써 ‘분명한 인종적 목표(express racial target)’<sup>77)</sup>을 적용하였다.

만일 주가 그렇게 했다면 우리는 그것을 인종적 게리맨더링이라고 불렀을 것이다. 우리는 유권자들을 제1선거구, 제2선거구, 제7선거구 내 또는 외에 위치시키는 데 인종이 그 동기가 된 지배적인 요소<sup>78)</sup>라는 것을 어렵지 않게 알 수 있을 것이다.

주는 그러한 선거구 지도가 단순히 육안으로 볼 때 다른 인종적 게리맨더링보다 덜 기묘한(bizarre) 형태라고 주장하는 것으로는 그 지도를 정당화할 수 없다. 우리가 Miller 판결에서 판시하였듯, 시각적 기묘함은 설득력 있는 정황증거일 뿐이지 헌법상의 잘못을 이루는 필수 요소는 아니다.<sup>79)</sup>

또한 그러한 선거구 지도는 블랙벨트 지역에 대한 존중으로 설명될 수도 없다. 나는 블랙벨트가 중요한 이익공동체라는 연방지방법원의 판단을 인정한다. 그러나 블랙벨트의 전체 흑인 인구는 약 30만 명으로, 2개는 고사하고 1개의 선거구에서도 과반수가 되기에는 너무 적은 수이다.

그럼에도 불구하고 연방지방법원은 원고들이 제시한 선거구 지도 예시들에서 인종이 지배적인 요소가 아니라고 판단하였다. 원고 측 전문가들이 - ‘흑인이 과반수인 선거구’의 수를 극대화하거나 특정 ‘흑인이 과반수인 선거구’ 내에서 흑인 투표연령 인구를 극대화하는 것과는 달리 - 2개의 합리적으로 조밀한 ‘흑인이 과반수인 선거구’를 확정하는 데 필요한 정도로만 인종에 우선순위를 매겼기 때문이다. 그러나 이러한 논증은 인종적 게리맨더링에 대한 우리 선례들을 심각하게 잘못 해석하였음을

76) Wisconsin Legislature, 595 U. S., at 402.

77) Bethune-Hill, 580 U. S., at 192.

78) Miller, 515 U. S., at 916.

79) Id., at 912 - 913

보여준다. 엄격심사기준을 적용하게 만드는 것은 상당한 수의 유권자들을 특정 선거구 내 또는 외에 위치시키는 데 인종적 구분을 고의적으로 사용하는 것이다.<sup>80)</sup> 따라서 그 지배적 목적이 ‘타협할 수 없고(nonnegotiable) 이미 규정된(predetermined)’ 수의 선거구 내에서 ‘타협할 수 없고 이미 규정된’ 인종적 목표를 달성하는 것이라면, 그러한 선거구 지도는 인종적 게리맨더링으로 엄격심사를 받아야 한다. 인종적 목표로 사용된 정확한 부분이나 그것이 적용된 선거구의 수는 관계없는 것들이다.

원고들이 제시한 선거구 지도들은 인종적 인구통계가 동기가 된 것이 아닌 선거구 지도 작성자가 인종적 인구통계를 알고 있다는 것만으로는 만들어질 수 없는 것들이다. 그 지도들은 선거구 지도 작성자의 지배적 동기가 ‘흑인이 과반수인 선거구’ 2개를 만든다는 ‘분명한 인종적 목표’의 달성인 경우에만 가능하다.

### (3) ‘합리적인 선거구 지도’와 ‘기준이 되는 선거구 지도’의 개념 차이

앞의 분석으로도 이 사건을 해결하기에는 충분하다: 앨러배머 주가 인종적 게리맨더링에 의존하지 않고 ‘흑인이 과반수인 선거구’가 2개가 되도록 만들 수 있음을 원고들이 증명하지 못한다면, ‘흑인이 과반수인 선거구’가 하나인 앨러배머 주의 선거구 지도가 어떤 유의미한 인종중립적 기준과 비교하여 흑인들의 투표 가치를 희석시킨다는 것 또한 증명할 수 없다는 것이다. 그러나 그 역은 성립하지 않는다: 설사 원고들이 제시한 지도들이 인종의 지배적 요소성을 요구하지 않은 것으로 보는 것이 가능하다 하더라도, 그것이 반드시 ‘흑인이 과반수인 선거구’가 2개인 지도가 적절한 기준이 된다는 의미는 아니다. 그것은 단지 선거구 지도 예시들이 합리적으로 확정되었다는 것 - 즉, 인종이 지배적 요소가 아니고 전통적인 선거구 획정 기준들이 합리적으로 적용되었다는 것 - 을 뜻할 뿐이다.<sup>81)</sup> 그러나 그러한 의미의 합리적인 선거구 획정안들은 수없이 많다. 원고들이 제시한 지도가 그 중 하나라는 사실만으로는 그 지도를 다른 지도들의 판단 기준으로 삼을 수 없다. ‘합리적’이라는 것과 ‘기준’이라는 것 사이의 개념적 차이는 이 사건에서 매우 중요하다.

### (4) 인구 비례성 기준의 적용 문제

연방지방법원은 어떤 기준으로 앨러배머 주의 선거구 지도가 희석되었다고 판단한

80) Miller, 515 U. S., at 916.

81) LULAC, 548 U. S., at 433.

것일까? 답은 간단하고도 위법적이다. 연방지방법원은 인종에 기반한 인구 비례적 기준을 적용하였다. 물론 그 기준은 Gingles 판결에서 유래된 투표가치 희석의 심사 기준에 감추어져 있다. 그러나 그러한 심사기준이나 연방지방법원의 논증 모두 연방지방법원의 요점 - ‘흑인이 과반수인 선거구’가 하나뿐인 앨러배머 주의 선거구 지도가 흑인 유권자들의 정치적 힘의 공정한 비율을 희석하였다는 주장 - 을 설명할 수 있는 대안적인 기준을 제공하지 못하고 있다.

Gingles 판결에 따르면 투표가치의 희석을 인정하기 위한 세 가지 요건이 존재하며, 이러한 요건들이 충족되면 법원은 전체상황을 고려하여 정치적 과정이 소수인종 유권자들에게도 평등하게 열려있는지를 결정해야 한다.<sup>82)</sup>

법정의견은 이러한 심사기준을 적용하며 연방지방법원은 잘 정립되고 확정적인 법원칙을 따랐을 뿐이라는 듯한 인상을 주고 있다. Gingles 판결이 투표가치의 희석에 대한 주장의 성격과 윤곽에 관한 상당한 의견충돌과 불확실성을 불러일으켜 왔음은 널리 알려진 사실이다. 평론가들은 투표권법의 ‘결과심리’를 이해하기 위해 필요한 기본적인 문제에 대한 권위 있는 해결이 결여되어 있다고 언급하였다.<sup>83)</sup> 풀리지 않은 퍼즐로 악명 높은 법 영역이 있다면 바로 이것이다.<sup>84)</sup>

우리는 한 번도 Gingles 심사기준을 희석되지 않은 기준을 식별하는 객관적이고 실행가능한 방법이라고 해석하는 데 성공한 적이 없다. Gingles 심사기준의 두 번째와 세 번째 요건은 이 작업과 무관하며, 첫 번째 요건만이 미미하게 유용할 뿐이다. 선거구 획정 사건의 기준은 희석되지 않은 가상의 지도여야 하는데,<sup>85)</sup> 첫 번째 요건은 적어도 원고가 어떤 가상적 대안 지도를 확인할 것을 요구하기 때문이다. 그러나 대안적 지도는 ‘합리적으로 획정된’ 것이기만 하면 되고, 위에서 설명하였듯이 합리적인 지도라고 말하는 것과 객관적인 공정의 기준을 세우는 것은 전혀 다른 것이다.

그렇다면 남은 것은 Gingles 심사기준의 마지막 단계인 전체상황의 고려이다. 그러나 여기에도 ‘평등하게 열려있는’ 제도란 어떠한 모습이어야 하는가, 즉 기준이 무엇

82) Gingles, 478 U. S., at 79.

83) C. Elmendorf, Making Sense of Section 2: Of Biased Votes, Unconstitutional Elections, and Common Law Statutes, 160 U. Pa. L. Rev. 377, 389 (2012).

84) J. Chen & N. Stephanopoulos, The Race-Blind Future of Voting Rights, 130 Yale L. J. 862, 871 (2021); M. Duchin & D. Spencer, Models, Race, and the Law, 130 Yale L. J. Forum 744, 758 (2021).

85) Bossier Parish School Bd., 520 U. S., at 480.

인가를 알아야 한다. 그리고 우리 선례들은 전체상황 단계에서 희석되지 않은 기준을 어떻게 식별해야 하는지에 대한 실질적인 지침을 제공하지 않고 있다.

실제로 *Gingles* 요건의 한계와 방향을 잃은 ‘전체상황에 대한 심리’는 연방지방법원에 분명하고 실행가능한 한 가지 선택만을 남겨놓았다. 바로 소수인종 집단의 인구 비율에 정비례하는 의석 배분 기준이다.<sup>86)</sup> 그러나 그러한 기준은 인구 비례성을 강하게 거부하는<sup>87)</sup> 투표권법 제2조 제b항에 부합되지 않으며, 중대한 헌법적 문제에 뛰어드는 것이 된다.

대안적인 기준이 없는 상황에서 결국 인구 비례성이 투표가치 희석 문제의 최종적인 기준이 되며, *Gingles* 판결의 첫 번째 요건은 그러한 기준이 실제에서 합리적으로 달성될 수 있는지를 판단하는 대용물이 된다.

요컨대, 연방지방법원이 알파하게 위장한 기준은 인구 비례성이다. 즉, 흑인 앨러배머 주민들이 주 전체 인구의 약 7분의 2이므로 그들이 주의 7개 연방하원의원 선거구에서 2개의 의석을 차지해야 한다는 것이다. 그것은 잘못이다. 앞서 이야기하였듯이 투표권법 제2조를 원칙에 입각하여 적용하려면 유의미하게 인종중립적인 기준이 필요하다.

### (5) 법정의견의 논증에 대한 비판

법정의견은 연방지방법원의 논증이 인구 비례에 기초한 논증임을 인식하지 않았다. 이러한 누락을 통해 법정의견은 이 사건의 중요한 문제를 흐렸다. 연방지방법원의 투표가치 희석 판단은 인종적으로 유도된 기준 - 특히 인종에 근거한 인구 비례성 기준 - 에 의해서만 정당화될 수 있다. 그것이 법률이 요구하는 기준인가? 법정의견은 이 질문을 정면으로 마주하지 못하였고, 관련하여 언급하는 것도 의도적으로 피하였다.

이와 같은 무대응은 법정의견의 분석에 영향을 미쳐 아무도 주장하지 않은 내용을 반박하는 데 많은 부분을 할애하였다.

법정의견의 말과는 달리, 앨러배머 주는 ‘인종중립적 기준’과 컴퓨터로 만들어진 많은 수의 인종불문적 선거구에서의 ‘소수인종이 과반수인 선거구의 중간 또는 평균

86) *Holder*, 512 U. S., at 937 (opinion of Thomas, J.).

87) *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School Dist. No. 1*, 551 U. S. 701, 730 (2007) (plurality opinion).

수'를 동일시하지 않았다.

앨러배머 주의 인종중립적 기준에 대한 주장은 투표가치의 희석 논리인 투표권법 제2조와 비중립적 기준이 갖는 헌법상의 문제에 기반하고 있다. 그 다음으로 앨러배머 주는 원고들이 인종중립적 기준과 비교되는 희석을 증명하지 못했다는 것을 주장하기 위해 컴퓨터 증거들을 들었다. 그러나 '인종중립적 기준'이 '컴퓨터가 만든 많은 지도들의 종합평균'을 의미한다는 것은 법정의견 혼자만의 생각이다.

물론 희석되지 않은 기준을 규정하는 것은 매우 어려운 일이다. 그러나 법정의견이 조바심냈던 '무수히 많은 고려요소들'과 '답을 할 수 없는 문제'는 투표권법 제2조를 소선거구에 적용함에 있어 필연적인 것이다. 법정의견이 컴퓨터 증거로 희석되지 않은 기준을 규정하는 일의 어려움에 대해 말한 모든 것은 컴퓨터 증거 없이 규정하는 일에도 똑같이, 또는 더 크게 적용된다.

결국 법정의견은 적절한 기준에 대해서는 할 말이 없고, 그나마 조금 이야기한 것은 법정의견이 연방지방법원의 인구 비례적 기준에 대한 실제 대안이 없다는 것을 - 비록 법정의견은 노골적으로 그렇다고 말하고 싶지 않은 것 같지만 - 보여준다. 법정의견은 Gingles 심사기준이 인구 비례성에 대한 유의미한 제약을 가한다고 주장하였다. 그러나 법정의견이 밝힌 인구 비례성에 대한 제약은 종종 달성이 어려운, 원칙에 입각하지 않은 제한일 뿐이다.

따라서 법정의견 논증의 최종 결론은 연방지방법원의 결론과 다르지 않다. 최종적인 기준은 인종적으로 인구 비례적인 의석 배분이라는 것이다. 원고들은 특정한 선거구 획정 기준과 선호하는 인종적 목표에 부합하는 지도들을 만들어내는 데 알고리즘을 이용하였다. 그리고 그 중 주의 선거구 지도가 희석적일 수 있다고 증명하기 위한 1개의 지도만 만들면 된다. 그러나 법정의견에 따르면, 주는 원고들의 지도가 비교하기에 부적절한 기준이라고 주장하기 위해 알고리즘 증거를 사용할 수 없다고 한다. 심지어 그런 예시적 지도가 수십억 또는 수조 개의 명백히 적절한 비교기준들 중 특이값(outlier)임을 증명할 수 있는 경우에도 알고리즘 증거를 사용할 수 없다고 한다. 이러한 자의적인 제한은 원고들에게 유리하게 속임수를 쓰는 것이 된다.

따라서 법정의견은 연방지방법원의 결정을 유지함으로써 인구 비례적 대조 기준을 허용하였으며, 우리의 투표가치 희석 범리의 가장 다루기 어려운 경향을 견고히 하였다.

#### 다. 투표권법 제2조와 헌법의 충돌

연방대법원은 오랫동안 사실상 모든 선거구 획정에 불필요하게 인종을 주입하여 심각한 헌법상의 문제를 야기하는 투표권법 제2조의 해석을 피해야 할 필요를 인정해 왔다.<sup>88)</sup> 그러나 오늘 원고들의 인종적 게리맨더링을 합리적으로 획정된 것으로 승인함으로써, 그리고 투표권법 제2조상 투표가치 희석의 주장을 인종중립적 기준에 근간하도록 하는 것을 거부함으로써, 그리고 인구 비례적 기준으로만 정당화될 수 있는 투표가치 희석 판단을 확정함으로써, 법정의견은 실질적으로 인종이 사실상 모든 선거구 획정에 포함된다고 판시한 것이다. 그렇게 연방대법원이 오랫동안 피하고자 했던 바로 그 헌법상의 문제에 뛰어들었다.

헌법은 인종의 고려를 제한하고 투표권법은 인종의 고려를 요구하기 때문에<sup>89)</sup> 주가 인종에 기반한 선거구 지도를 채택하거나 거부하도록 하기 위해 투표권법 제2조를 적용하는 경우에는 모두 엄격심사가 적용된다.<sup>90)</sup> 헌법은 법률보다 우위에 있다.<sup>91)</sup> 그러므로 연방법률이 주에 대하여 위헌적인 인종차별을 하도록 요구한다면 그에 대한 적절한 결론은 그 법률을 무효화하는 것이다. 만일 연방의회가 주에 대하여 유권자들을 인종에 기반하여 분류하도록 요구할 권한을 갖고 있다면, 그러한 권한은 적절한 입법에 의하여 헌법 수정 제14조와 제15조를 이행<sup>92)</sup>하기 위한 권한에서 비롯된 것이다. 1982년 연방의회는 ‘의도기준’을 ‘효과기준’으로 바꾸었기 때문에 투표권법 제2조의 위반은 더 이상 헌법 수정 제14조나 제15조의 위반이 아니게 되었다.<sup>93)</sup> 따라서 투표권법 제2조는 ‘헌법적 폐해를 막기 위한 예방적 법률을 합리적으로 제정할 연방의회의 권한’하에서만 정당화될 수 있다.<sup>94)</sup> 연방의회의 예방적 이행 권한은 실제적이기보다는 구제적(remedial)인 것이므로 ‘막거나 구제해야 할 피해’와 ‘그러한 목적을 위해 채택된 수단’ 사이에 ‘조화’와 ‘비례성’이 존재해야 한다.<sup>95)</sup> 그리고 연방

88) Bartlett, 556 U. S., at 21 (plurality opinion).

89) Abbott, 585 U. S., at ———.

90) Bartlett, 556 U. S., at 21 - 22 (plurality opinion).

91) Marbury v. Madison, 1 Cranch 137, 178 (1803).

92) 미국 헌법 수정 제14조 제5항 및 제15조 제2항

연방의회는 적절한 입법에 의하여 이 조의 규정을 이행할 권한을 가진다.

93) Bossier Parish School Bd., 520 U. S., at 482.

94) Allen v. Cooper, 589 U. S. ———, ——— (2020); City of Boerne v. Flores, 521 U. S. 507, 517 - 529 (1997).

95) Id., at 520.

의회가 선택한 방법은 헌법의 문언과 정신에 부합하여야 한다.<sup>96)</sup>

여기서 투표가치의 희석에 관한 우리 법리의 올바른 분석은 선거구 획정에서 투표권법 제2조상의 책임을 규정하는 분명한 원칙의 부재에 저당 잡혀 있다. 법률의 의미가 끊임없이 불확실의 상태에 있으면서 그 법률의 ‘조화’와 ‘비례성’을 검토하는 것은 어색한 일이다.

수단의 조화성과 비례성을 판단하기 위해 우리는 문제가 된 헌법상 권리의 범위를 정확히 확인하는 것에서부터 시작해야 한다.<sup>97)</sup> 재건국 헌법 수정조항들<sup>98)</sup>은 ‘정부는 시민들을 단순히 인종, 종교, 성별 또는 민족 집단의 구성요소로서가 아니라 개인으로 대해야 한다’고 명하고 있다.<sup>99)</sup> 이러한 원칙들은 헌법이 인종 지배적 선거구 획정을 - 구체적 목적이라 할지라도<sup>100)</sup> - 금지하는 이유이다.

마찬가지의 원칙에 따라 수정조항들이 인종적 소수집단 구성원들에게 그들이 선호하는 후보자가 선거에서 이기게 할 권한을 부여했다고 해석해서는 안 된다. 또한 수정조항들이 자신이 선호하는 후보를 지지할 인종적 다수집단 구성원들의 권리를 제한하는 것도 아니다.

나는 연방의회의 이행 권한이 헌법의 문언과 정신에 상충되는 법률을 정당화할 수 있는지 확신할 수 없다. 만일 정당화할 수 있다면 그것은 연방의회가 특별한 예방적 구제를 요구하는 실제 헌법 위반의 역사와 양상을 확인했기 때문이어야 한다.<sup>101)</sup> 그러나 1982년 투표권법 개정의 입법기록에는 그러한 사유가 보이지 않는다.

또한 투표권법 제2조가 미치는 범위는 동법의 ‘선거구 획정에 관한 명령’과 ‘소송을 제기할 수 있는 헌법적 잘못’ 사이의 조화 및 비례성과 모순된다. 동법의 적용범위는 동법이 모든 단계의 정부와 모든 선거제도에 개입할 수 있게 한다. 여기에는 종료일이나 종료 메커니즘이 없다. 전국적으로 인종에 따라 정치적 힘을 인구 비례적으로 배분하려는 법률을 정당화하기 위해서는, 법원이 관할권 내에서 이루어진 어떤

96) *Shelby County v. Holder*, 570 U. S. 529, 555 (2013); *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheat. 316, 421 (1819)); *Miller*, 515 U. S., at 927.

97) *Board of Trustees of Univ. of Ala. v. Garrett*, 531 U. S. 356, 365 (2001).

98) 남북전쟁 이후 노예제를 폐지하고 모든 사람들에게 적법절차와 법의 평등보호를 보장하며 모든 인종에 선거권을 부여한 헌법 수정 제13, 14, 15조를 일컫는다.

99) *Miller*, 515 U. S., at 911.

100) *Shaw I*, 509 U. S., at 657.

101) *Garrett*, 531 U. S., at 368.

정해지지 않은 양의 차별을 나열할 수 있다는 것만으로는 불충분하다. 만일 이로써 충분하다면, 법원은 과거와 미래를 향해 영속적인 인종기반적 구제책을 유지할 수 있을 것이기 때문이다. 제7선거구의 최초 설정이 수십 년간 제퍼슨 카운티를 분리하고, 앨러배머주에 흑인 정치 자치구역(political homelands)<sup>102)</sup>의 원형을 만들었던 것처럼, 우리가 현재 앨러배머 주에 가하는 인종기반적 선거구 획정은 먼 미래에 분열을 초래하는 결과를 낳을 것이다.<sup>103)</sup> 우리는 투표권법 제2조의 위반과 헌법의 위반이라는 상충하는 위협<sup>104)</sup>을 피하기 위해 얼마나 많은 인종적 분류가 필요한지를 형량해야 하는 불가능한 업무를 주들에 부과하고 있다. 심지어 우리는 스스로 ‘법률의 준수자가 헌법에 대한 불복종을 양해해줄 수 있다’는 우스꽝스러운 입장을 취하도록 만들고 있다. 최악인 것은 유권자들을 인종에 따라 분류하는 새로운 방식의 발견으로 정치적 이득을 얻을 수 있음을 분명히 밝힘으로써, 우리를 인종에 따라 분배하는 야비한 일<sup>105)</sup>이 더 이상 없을 그 날을 기약 없이 미루었다는 것이다. 이 중 어느 하나라도 요구하는 한도에서, 투표권법 제2조는 위헌이다.

법정의견은 투표권법에 관한 우리의 오래 전 판결 두 가지를 내세우며 이러한 결론을 피하였다. *City of Rome v. United States*, 446 U. S. 156 (1980) 판결과 *South Carolina v. Katzenbach*, 383 U. S. 301 (1966) 판결이 그것이다. 그러나 이 판결들은 투표권법 제2조를 전혀 다루지 않았고, 연방의회가 ‘결과심사’를 채택하기도 전이었다. 그러한 책략은 지지받을 수 없다. 사실 이 판결들은 연방의회의 이행 권한에 대한 한계를 확정하였고, 이는 투표권법 제2조에 대한 연방지방법원의 해석에 치명적이다.

즉, 연방지방법원이 해석하였듯이, 투표권법 제2조는 선거구 획정에 있어서 위헌적 차별을 치유하거나 막지 않는다. 반대로 이 규정은, 선거구 획정 과정이 우리 헌법 제도 하에서 적법하지 않은 목표 - 인종에 기반하여 정치적 힘을 인구 비례적으로 배분하는 것 - 를 추구하도록 강제함으로써, 위헌적 차별을 요구하고 있다. 그러한 법률은 구체적이고 예방적인 입법이라고 여겨질 수 없고, 그러한 법률이 명한 인종기반적 선거구 획정은 헌법 하에서 유지될 수 없다.<sup>106)</sup>

102) *Holder*, 512 U. S., at 905 (opinion of Thomas, J.).

103) *Ibid.*

104) *Abbott*, 585 U. S., at ———.

105) *LULAC*, 548 U. S., at 511 (Roberts, C. J., concurring in part, concurring in judgment in part, and dissenting in part).

106) *City of Boerne*, 521 U. S., at 532.

## 라. 정리

투표권법 제2조가 선출직에 대한 인구 비례적 지배력에 대한 인종적 권리에 지나지 않는다면, 연방대법원은 투표권법 제2조를 위헌이라고 판단해야 한다. 만일 투표권법 제2조의 의미가 그렇지 않다면, 그러나 선거구 획정에 적용되어야 한다면, 연방대법원은 투표가치의 희석 문제는 인종중립적 기준을 필요로 한다고 판단해야 한다. 한편 연방대법원이 인종중립적 기준을 불가능한 것으로 판단한다면, 투표권법 제2조는 합리적인 기준을 선택하기 위한 객관적이고 실행가능한 기준<sup>107)</sup>의 결여로 소선거구 지도에는 적용될 수 없다고 판단해야 한다. 아니면 연방대법원은 투표권법 제2조의 올바른 해석을 채택하여 소선거구 지도는 투표 자격이나 투표 요건이나 기준, 관행, 또는 절차가 아니라고 판단해야 한다. 어느 쪽이든 연방지방법원의 결정은 파기되어야 한다.

### 4. Alito 대법관의 반대의견(2인 의견)<sup>108)</sup>

지금 법정의견은 Gingles 판결에서 채택된 심사기준의 잘못된 이해에 근거하여 앨러배머 주의회가 채택한 연방하원의원 선거구 지도가 투표권법 제2조를 위반하였다고 판단하고 있다. 법정의견과 마찬가지로 나도 이 사건에 Gingles 판결을 기쁘게 적용하는 바이다. 그러나 나는 이 선례를 해석함에 있어 실제로 투표권법 제2조가 무엇을 말하고 있는지에 귀를 기울이고 헌법적 요구들을 고려하고자 한다. Gingles 심사기준을 이러한 방식으로 살펴볼 때 하급심 결정이 파기되어야 함은 분명하다.

#### 가. Gingles 심사기준의 첫 번째 요건 관련

내가 법정의견과 근본적으로 의견을 달리하는 부분은 Gingles 심사기준의 첫 번째 요건 - 합리적으로 획정된 선거구 내에서 소수인종이 과반수를 이룰 만큼 충분히 크고 지역적으로 조밀하게 밀집되어 있어야 한다 - 이다. 이 사건과 같이 투표권법 제2조가 추가적인 ‘소수인종이 과반수인 선거구’의 생성을 요구한다는 주장이 있는 경우, 첫 번째 요건은 원고가 그러한 선거구의 예시를 만들어야 한다는 것을 의미한다.<sup>109)</sup>

107) Holder, 512 U. S., at 881 (plurality opinion).

108) Alito, Gorsuch 대법관의 의견.

109) Cooper, 581 U. S., at 301; Wisconsin Legislature, 595 U. S., at 402; Gingles, 478 U. S., at 50.

법정의견의 잘못은 기본적으로 선거구가 ‘합리적으로 확정되었다’는 것이 어떤 의미인지 잘못 이해했다는 것이다. 합리적인 확정은 ‘조밀성’과 동의어가 아니다. 법정의견도 인정하였듯이 조밀성만으로는 충분하지 않으며, 다른 ‘전통적인 선거구 확정 기준’을 어기는 경우 합리적으로 확정되었다고 할 수 없다. 법정의견은 전통적인 선거구 확정 기준을 따르는 것이 왜 투표권법 제2조하에서 중요한지 설명하지 못하였다.

이를 설명하기 위해 아마도 가장 자주 언급되는 전통적인 선거구 확정 요소인 ‘조밀성’으로 시작해보자. 투표권법과 헌법 모두 조밀성 요건을 부과하지 않는다. 법정의견은 우리가 기묘하게 생긴 선거구를 무효화한 적이 있다고 언급하였다. 하지만 우리가 그렇게 했던 것은 미학적인 이유 때문이 아니다. 조밀성은 그 자체로는 법적 요건이 아니다. 다른 전통적인 선거구 확정 기준들도 마찬가지이다.

전통적인 선거구 확정 기준에 대한 뚜렷한 위반은 위헌성의 강력한 ‘정황증거(circumstantial evidence)’가 된다. 그리고 선거구의 확정이 지배적으로 인종에 기인하는 것임이 증명되는 경우, 그것은 그 선거구가 위법이라는 ‘직접증거(direct evidence)’가 된다.<sup>110)</sup>

만일 인종이 그러한 선거구를 만드는 데 지배적인 요소였다면, 원고는 ‘합리적으로 확정된 선거구’를 요구하는 우리 선례와 ‘평등하게 열려 있을 것’을 요구하는 투표권법 제2조의 용어를 모두 충족시키지 못한 것이 된다. 우리는 투표권법 제2조의 핵심적인 요구는 후보자 지명과 선거에 이르는 정치적 과정이 피보호 집단 구성원들의 참여에도 평등하게 열려 있어야 한다는 것이라고 설시한 바 있다.<sup>111)</sup>

선거구 지도가 추가적인 ‘소수인종이 과반수인 선거구’를 포함시키지 못하였다는 이유로 그 지도가 투표권법 제2조를 위반했다고 주장하는 원고는 인종을 지배적인 요소로 삼지 않고도 ‘소수인종이 과반수인 선거구’가 만들어질 수 있음을 처음부터 보여주어야 한다. 원고는 이 문제에 대해 (선거구 지도) 생성의 부담과 설득의 부담을 모두 진다.<sup>112)</sup> 그러나 전자의 경우 원고는 단순히 어떤 형태로든 인종이 지배적이지 않았다는 증거를 제시함으로써 그 부담을 충족시킬 수 있다.

원고가 컴퓨터 증거를 제공할 필요는 없다. 한 때 선거구 지도는 컴퓨터 없이 그려

110) Cooper, 581 U. S., at 292; Bethune-Hill, 580 U. S., at 191 - 192; Shaw II, 517 U. S., at 906 - 907; Miller, 515 U. S., at 920.

111) Brnovich, 594 U. S., at ———.

112) Voinovich, 507 U. S., at 155 - 156; White, 412 U. S., at 766.

졌으며, 어떤 것도 원고가 그러한 옛 방식으로 선거구 예시를 만들어내는 것을 막지 않는다.<sup>113)</sup> 그러한 경우 원고는 단순히 선거구 지도 작성자에게 그가 이용한 과정과 그 과정에서 인종의 역할에 대해 증언해줄 것을 요청할 수 있다. 만약 원고 측 지도 작성자가 컴퓨터 프로그램을 사용하였다면, 그 전문가는 그 프로그램이 인종에 부여한 가중치에 대해 증언할 수 있다. 일련의 과정들을 거친 후, 제1심 법원은 컴퓨터 프로그램이 인종에 지배적인 역할을 부여했는지 판단하게 된다.

이것은 전적으로 실행가능한 일이다. 당사자에게 컴퓨터 증거를 제공하라는 의무를 지우지 않으며, 투표권법이 요구하는 것과 헌법이 금지하는 것 사이의 충돌 가능성을 최소화한다. 우리는 오랫동안 투표권법 제2조가 헌법에 부합된다고 생각해 왔다.<sup>114)</sup> 그러나 그것이 투표권법 제2조에 대하여 생각할 수 있는 모든 해석이 합헌적이라는 뜻은 아니며, 나는 법정의견의 분석을 이해할 수 없다.

우리 선례들은 선거구를 획정함에 있어 인종을 지배적인 요소로 사용하는 것은, 까다로운 엄격심사 요건이 충족되지 않는 한, 위헌임을 분명히 하였고, 따라서 만일 투표권법 제2조가 인종에 지배적인 역할을 부여하는 과정을 통해 ‘소수인종이 과반수인 선거구’의 추가 채택을 요구하는 것으로 판단되는 경우, 투표권법 제2조와 헌법은 충돌할 것이다.

#### 나. 인종의 지배적 역할 및 인구 비례성 판단

원고가 첫 번째 Gingles 요건을 충족하였는지 여부를 분석함에 있어 연방지방법원은 전통적인 선거구 획정 기준에 많은 주의를 기울였다. 그러나 원고는 원고 측이 제시한 선거구 예시가 인종에 지배적인 역할을 주지 않고 생성되었음을 증명하였는지 여부는 고려하지 못하였다. 이러한 이유로 연방지방법원의 투표권법 제2조는 결함이 있다고 할 수 있다.

원고 측 전문가들인 Dr. Duchin과 Mr. Cooper는 원고들이 투표권법 제2조위반 주장을 할 수 있는지 여부를 결정할 목적으로, 그 한도 내에서만 인종에 우선순위를 두었고, 그 후에는 다른 전통적인 선거구 획정 기준들에 더 큰 가중치를 주었다고 증언하였다. 이러한 증언은 그들이 시작 단계에서는 인종에 우선순위를 줌으로써, 인종에

113) M. Altman, K. McDonald, & M. McDonald, From Crayons to Computers: The Evolution of Computer Use in Redistricting, 23 Soc. Sci. Computer Rev. 334, 335 - 336 (2005).

114) Cooper, 581 U. S., at 301; Shaw II, 517 U. S., at 915; Vera, 517 U. S., at 977 (plurality opinion).

지배적인 역할을 부여하였다는 점을 분명히 보여준다.

연방지방법원은 다음 단계로 Dr. Duchin이 2개의 ‘흑인이 과반수인 선거구’를 ‘타협할 수 없는’ 것으로 생각했다는 증언이 인종이 지배적인 역할을 했음을 보여주는 것은 아니라고 실시하였다. 그러나 어떤 목적을 달성하는 것이 ‘타협할 수 없는’ 것이라면 그러한 목적의 달성은 필연적으로 지배적인 역할을 하게 될 것이다.

마지막으로 연방지방법원은 선거구 지도에서 ‘흑인이 과반수인 선거구’가 차지하는 비율(14%)과 앨러배머 주 인구에서 흑인 투표연령 인구가 차지하는 비율(27%) 사이의 격차에 상당한 무게를 두었다. 그러나 투표권법 제2조는 어떠한 집단도 그들이 전체 인구에서 차지하는 비율에 맞는 수의 대표를 가질 권한은 갖고 있지 않다고 하였다. 이 조항은 1982년 개정안의 채택으로 이어진 타협안의 중요한 부분이었다.<sup>115)</sup> 연방지방법원의 논증은 이 법조항에 위배된다.

#### 다. 법정의견의 논지 이탈에 대한 비판

법정의견은 앨러배머 주의 주장을 사실상 Gingles 판결을 파기해야 한다는 것으로 보았다. 그러나 내가 도입부에 작성하였듯이 나는 이 사건을 Gingles 심사기준하에서 판단하고자 한다. 그러나 우리는 Gingles 심사기준이 법률 조항과 같은 것이 아니라는 점을 인식해야 한다.<sup>116)</sup>

연방대법원이 간혹 법률의 실제 문언보다 입법 과정에 더 관심을 갖는 때가 있었는데 Gingles 판결이 이러한 경우에 속한다. 그러나 오늘날 우리의 법률 해석 판결들은 정확히 법문에 초점을 두고 있다. 그리고 투표권법 제2조의 법문이 제시한 핵심적인 요구는 주의 선거 과정이 평등하게 열려있어야 한다는 것이다.

또한 우리가 무시하지 말아야 할 것은 인종적 지배적 요소성에 관한 우리의 판례 법이다. Gingles 판결 이후 Miller, Shaw II, Vera와 같은 판결들은 선거구에서 인종을 지배적인 요소로 사용하는 것이 위헌임을 명백히 밝혔다.

앨러배머 주의 주장에 대한 법정의견의 부수적인 비판도 마찬가지로 내 분석에는 적용될 수 없다. 법정의견은 고려될 수 있는 다른 인종중립적 지도들의 수가 방대하기 때문에 앨러배머 주의 기준은 실행불가능할 것이라고 주장하였다. 그러나 나의 분석은 그러한 문제를 만들지 않는다. 만일 원고가 선거구 예시를 만드는 데 컴퓨터

115) Brnovich, 594 U. S., at - - -, and n. 14; id., at - - -, n. 6 (Kagan, J., dissenting).

116) National Pork Producers Council v. Ross, 598 U. S. 356, 373 (2023).

프로그램을 사용하기로 하였다면, 법원은 그 프로그램이 인종에 지배적인 역할을 부여하였는지를 묻기만 하면 된다.

법정의견은 앨러배머 주가 인종중립적 지도에 중점을 두는 것은 ‘전체상황’ 심사에 부합하지 못한다고 주장하였다. 앨러배머 주는 오직 하나의 상황 - 주의 선거구 지도가 인종중립적 기준에 견줄 만한지 - 만이 중요하다고 주장하기 때문이라는 것이다. 그러나 내 분석은 단순히 Gingles 심사기준을 따를 뿐이다.

#### 라. 파기 환송의 정당성

우선 나는 Gingles 판결에 대한 올바른 해석을 적용시키고자 연방지방법원의 결정을 파기 환송해야 한다고 생각한다.

원고들의 선거구 지도 예시 생성 과정에서 인종이 지배적인 역할을 했고, 인종에 지배적인 역할을 부여하지 않고는 ‘흑인이 과반수인 선거구’가 2개 이상 만들어질 수 없을 것이라는 강한 증거가 있다. 원고 측 전문가들은 컴퓨터 알고리즘을 이용하여 3만장, 2만장의 지도들을 만들었지만 어떤 것도 두 번째 ‘흑인이 과반수인 선거구’를 만든 것은 없었다.

또한 법정의견은 2백만 개가 수조 개에 비하면 그렇게 많은 것이 아니기 때문에 Dr. Duchin의 2백만 장의 지도 연구로 추론될 것이 없다고 주장하였다. 이러한 주장을 함에 있어서 법정의견은 3명의 전문가들이 제출한 법정조언자 서면에 전적으로 의존하였다. 나는 법정의견이 이 서면에만 기초하여 그들의 주장을 우리의 판례법 일부로 만드는 것은 어리석은 일이라고 생각한다. 이 법정조언자 서면이 제출되었을 무렵은 반대되는 관점을 가진 다른 전문가들이 서면을 제출하기에는 너무 늦은 때였다. 만일 이 사건이 파기 환송된다면 당사자들은 원하는 경우 자신의 입장을 뒷받침해줄 전문가들을 부를 수 있을 것이다.

요컨대, 현재의 기록들을 살펴보면, 원고가 첫 번째 Gingles 요건을 통과할 수 있을지 의심스럽지만, 나는 연방지방법원이 환송심에서 이 사건을 해결할 수 있도록 하는 것이 옳다고 생각한다.

상대다수의견은 조밀성, 연속성, 선거구간 동일 인구수, 카운티 분리의 최소화 등 전통적인 선거구 획정 기준을 위반하는 선거구 지도가 아닌 한 인종이 선거구 형성에 지배적이지 않다고 보는 듯하다. 그러나 이와 같은 결론은 우리 선례들과 양립할 수 없다. 전통적인 선거구 획정 원칙들에 부합한다는 것이 반드시 선거구가 인종의

지배적 역할 없이 만들어졌음을 의미하지는 않는다.

‘주들은 무심결에 특정 집단의 투표가치를 희석시키지 말라’는 투표권법의 명령은 ‘한 인종 집단의 정치적인 힘의 고의적 확대를 피하라’는 헌법상의 명령과 조화되어야 한다.

법정의견의 Gingles 판결에 대한 대우는 투표권법 제2조의 법문, 인종적 지배 요소성에 관한 우리 선례들, 그리고 대부분의 경우 주들이 인종을 결정의 근거로 삼을 수 없다는 기본 원칙에 부합하지 않는다. 오늘 법정의견은 불필요하게 투표권법을 위협하고 유감스러운 길에 두었다. 이에 나는 정중히 반대한다.

### Ⅲ. 결정의 의의

2021년, 공화당 우위의 앨러배머 주의회는 전체 7개 선거구 중 하나의 선거구에 흑인들을 묶어놓은 선거구를 획정하였다. 전통적으로 앨러배머 주의 백인들은 공화당을, 흑인들은 민주당을 지지하기 때문에 6개 선거구에서 공화당이 승리할 것이 예상되었다. 이에 반발하여 앨러배머 주 전체 인구의 약 27%를 차지하는 흑인 비중을 고려하면 흑인에게 유리한 선거구가 2개는 되어야 한다는 주장이 제기되었고, 이 사건은 연방지방법원의 판단을 받게 되었다. 연방지방법원은 주의회가 획정한 선거구 지도 HB1이 투표권법 제2조를 위반했을 가능성이 높다고 보고 이 지도의 사용을 금지하는 예비적 금지명령을 내렸다. 이에 앨러배머 주는 연방대법원에 연방지방법원의 위 결정을 정지해달라고 신청하였고, 2022년 2월 이 신청이 받아들여져 HB1은 2022년 11월 중간선거에서 사용될 수 있게 되었다. 그리고 이 중간선거에서 예상대로 6개 선거구에서는 공화당이, 1개 선거구에서는 민주당이 승리하였다.

이후 이 사건은 연방대법원의 심리를 거쳐 2023년 6월에 최종 결정되었는데, 흑인들에게 유리한 판단을 내렸던 연방지방법원 판단을 유지하는 내용으로 예상 밖의 결정이라는 평가가 내려졌다. 최근 연방대법원은 보수와 진보의 이념적 구도가 6대 3으로 보수 쪽으로 기울었다는 평가를 받고 있는데, 이번 결정에서 보수 성향으로 평가되는 Roberts 대법원장과 Kavanaugh 대법관이 진보 성향의 대법관 3명과 같은 의견을 낸 것이다. 그동안 Roberts 대법원장은 보수 성향으로 평가되면서도 여러 사건에서 진보 성향의 대법관들과 의견을 같이 하며 균형추 역할을 해 왔는데, 이번 사건도

그러한 경우 중 하나가 되었다. 이번 결정으로 앨러배머 주는 새로운 선거구 지도를 만들어야 하게 되었다.

# 대중에 상품·서비스를 판매하는 사업자의 차별금지 의무와 표현의 자유: 동성 결혼을 위한 웹사이트 제작 거부<sup>1)</sup>

## I. 사건개요

상고인 Lorie Smith(이하 ‘상고인’이라 한다)는 웹사이트 제작 관련 사업을 하고 있으며, 상고인 303 Creative LLC(이하 ‘상고인 회사’라 하고, 상고인과 상고인 회사를 합하여 ‘상고인들’)를 통해 앞으로 커플들을 위한 웨딩 웹사이트 제작 사업을 시작할 계획을 갖고 있다. 상고인은 종교적 신념에 따라 결혼은 한 남성과 한 여성의 결합이라고 믿고 있으며, 이에 따라 동성 커플을 위한 웨딩 웹사이트는 제작할 수 없다는 입장이다. 한편, 콜로라도 주 차별금지법(Colorado Anti-Discrimination Act)은 업체가 고객의 성적지향(sexual orientation)을 이유로 상품과 서비스의 제공을 거부하는 것을 금지하고 있다. 상고인들은 미국 헌법 수정 제1조<sup>2)</sup>상 표현의 자유 침해를 주장하며 콜로라도 주가 자신에게 원치 않는 표현을 강제하는 것을 금지해 달라는 취지의 소송을 제기하였다. 연방지방법원과 제10연방항소법원은 모두 상고인들의 주장을 받아들이지 않고 콜로라도 주의 손을 들어주었다. 연방대법원은 이 사건에 대한 상고를 허가하였다.

## II. 쟁점 및 판단

### 1. Gorsuch 대법관의 법정의견(6인 의견)<sup>3)</sup>

다른 많은 주들과 마찬가지로, 콜로라도 주 역시 사업체가 대중에 상품과 서비스

---

1) 303 Creative LLC v. Elenis, 600 U. S. \_\_\_\_ (2023)(No. 21-476)(2023. 6. 30.).

2) 미국 헌법 수정 제1조

연방의회는 국교를 수립하거나 또는 자유로운 신앙 행위를 금지하는 법률을 제정할 수 없다. 또한 언론·출판의 자유나 평화로이 집회할 수 있는 개인의 권리 및 고충의 구제를 위하여 정부에 청원할 수 있는 권리를 제한하는 법률을 제정할 수 없다.

3) Gorsuch 대법관, Roberts 대법원장, Thomas, Alito, Kavanaugh, Barrett 대법관의 의견.

를 판매할 때 차별을 해서는 안 된다는 법을 가지고 있다. 이러한 법들은 모든 미국인들의 민권(civil rights)을 보장하는 데 큰 기여를 해 왔다. 그러나 이 사건에서 콜로라도 주는 평등한 상품 또는 서비스의 판매를 보장하려고 한 것만이 아니라 개인에게 그가 믿지 않는 표현을 하도록 강요하려고 하였다. 우리가 대면한 문제는 이러한 방침이 미국 헌법 수정 제1조의 표현의 자유 조항에 위반되는지 여부이다.

## 가. 사건의 개괄

### (1) 상고인의 웨딩 웹사이트 사업 계획

상고인은 그녀의 사업체인 상고인 회사를 통해 웹사이트와 그래픽 디자인, 마케팅 조언, 소셜 미디어 운영 서비스를 제공하고 있다. 최근 상고인은 영역을 확장하여 커플들을 위한 웨딩 웹사이트 서비스도 사업에 포함시키기로 결정하였다. 상고인은 웹사이트에서 커플의 결혼을 축하하고 이들의 특별한 사랑 이야기를 자세히 전하는 글, 그래픽 아트, 비디오를 제공할 계획이다. 이 웹사이트에서는 커플이 어떻게 만났는지 이야기하고, 그들의 배경, 가족, 장래 계획을 설명해주고, 다가올 결혼식에 대한 정보를 제공할 예정이다. 이 웹사이트의 모든 글과 그래픽은 독창적인(original) 주문 제작형(customized) 맞춤형(tailored) 창작물이 될 예정이다. 웹사이트는 성격상 표현적(expressive)이며 특정 메시지를 전달하도록 만들어질 것이다. 그녀의 모든 웹사이트에는 그녀가 단독으로 소유하고 운영하는 회사의 이름이 게시될 것이어서 방문자들은 해당 웹사이트가 상고인의 독창적인 작품임을 알게 될 것이다.

상고인은 새로운 사업의 준비 작업을 해 왔지만 아직 계획을 실행하지는 않았다. 그녀는 새로운 사업을 시작할 경우, 콜로라도 주가 그녀가 동의하지 않는 관점을 표현하도록 강제할 것을 우려하고 있다. 상고인은 그녀의 웹사이트와 그래픽 서비스를 고객들의 인종, 신념, 성별, 또는 성적지향에 관계없이 그들에게 제공하고 있다. 그러나 그녀는 결코 자신의 관점에 반하는 표현 - 폭력을 조장하거나 타인을 비하하거나 무신론의 홍보 등으로 그녀의 종교적 신념을 거스르는 저작물의 제작 - 은 하지 않았다. 그녀는 웨딩 웹사이트 사업을 시작할 경우 콜로라도 주가 ‘결혼은 한 남성과 한 여성의 결합이어야 한다’는 그녀의 믿음에 반하는 메시지를 전하도록 강제할 것을 우려하고 있다. 그녀는 결혼에 대한 이러한 믿음이 모든 방면에서 인기 있는(popular) 것이 아님을 알고 있다. 하지만 그녀는 헌법 수정 제1조의 표현의 자유 조항이 믿지

않는 것을 표현하도록 강요받지 않을 권리를 보장한다고 주장하고 있다.

## (2) 콜로라도 주 차별금지법

상고인은 자신의 권리를 분명히 하기 위해 연방지방법원에 이 소송을 제기하였다. 소송에서 상고인은 주가 그녀의 믿음에 반하는 결혼을 축하하는 웨딩 웹사이트의 제작을 강제하지 못하도록 하는 예비적 금지명령(preliminary injunction)을 구하였다.<sup>4)</sup> 그녀는 우선 당사자적격을 충족하기 위해 콜로라도 주가 실제로 그녀에게 원치 않는 표현을 강제할 것이라는 점에 대한 ‘믿을 만한 위협(credible threat)’<sup>5)</sup>이 존재함을 증명해야 했다.

이를 위해 상고인은 콜로라도 주 차별금지법을 문제 삼았다. 콜로라도 주 차별금지법은 ‘공공시설(public accommodation)’을 폭넓게 정의하여 주 내에서 대중이 접근 가능한 거의 모든 사업을 포함시키고 있다(Colo. Rev. Stat. §24 - 34 - 601(1) (2022)). 이 법은 ‘시설조항(Accommodation Clause)’<sup>6)</sup>으로도 불리는 규정을 두어, 공공시설이 고객의 인종, 신념, 장애, 성적지향, 기타 법으로 열거된 특성을 근거로 상품과 서비스의 완전하고 동등한 향유를 부정하는 것을 금지하고 있다(§24 - 34 - 601(2)(a)). 주 공무원이든 시민 개인이든 이 법률의 이행을 위해 소송을 제기할 수 있으며(§24 - 34 - 306, 24 - 34 - 602(1)), 위반에는 다양한 제재가 따른다(위반 건당 \$500 이하의 벌금 §24 - 34 - 602(1)(a), 정지명령 §24 - 34 - 306(9), 다양한 차별시정조치 §24 - 34 - 605; §24 - 34 - 306(9)). 과거에는 교육 프로그램 참석을 강제하거나 주 공무원에게 지속적으로 준수 보고서를 제출하게 하기도 했다.<sup>7)</sup>

4) 상고인은 1심 계속 중 연방지방법원에 예비적 금지명령(preliminary injunction) 신청과 약식판결(summary judgment) 신청을 하였다. 미국의 ‘약식판결’은 ‘약식재판’, ‘사실심생략판결’로도 번역되며, 당사자들 간에 주요사실에 대하여 진정한 다툼이 없는 경우, 공개된 법정에서 사실문제에 대하여 변론, 증거조사 등을 통해 결정하는 과정을 생략하고 법관이 서면으로만 간략히 판단하는 소송절차를 의미한다. 배심재판의 경우 사실문제에 대해서는 배심원이 판단하게 되는데 약식재판의 경우 불필요한 배심재판절차를 피하여 효율적인 사건해결을 도모할 수 있다.

5) Susan B. Anthony List v. Driehaus, 573 U. S. 149, 159 (2014).

6) 콜로라도 주 차별금지법 ‘시설조항’(Colo. Rev. Stat. §24 - 34 - 601(2)(a))

사람이 개인이나 그룹에 대하여 장애, 인종, 신념, 피부색, 성별, 성적지향, 젠더 정체성, 젠더 표현, 혼인 상태, 출신 민족, 또는 혈통을 이유로 공공시설에 해당하는 장소에서의 상품, 서비스, 시설, 특권, 혜택, 또는 편의의 완전하고 평등한 제공을 직·간접적으로 거절하거나, 보류하거나, 거부하는 것은 ... 차별적 관행이며 불법이다.

7) Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Comm’n, 584 U. S. \_\_\_, \_\_\_ (2018) (slip op., at 9).

상고인은 만일 그녀가 웨딩 웹사이트 사업을 시작한다면 콜로라도 주가 차별금지법을 적용하여 그녀가 지지하지 않는 결혼을 축하하는 웹사이트의 제작을 강제할 것이라는 믿을 만한 위험에 직면해 있다고 주장하였다. 그 증거로 그녀는 5년 전 연방 대법원이 선고하였던 *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Comm'n*, 584 U. S. \_\_\_, \_\_\_ (2018) 판결<sup>8)</sup>을 포함하여 콜로라도 주의 차별금지법 이행 조치 기록들을 들었다.

### (3) 하급심 법원의 판결

연방지방법원의 판결은 상고인들의 패소로 끝났고, 제10연방항소법원의 판결도 마찬가지였다. 연방항소법원의 다수의견은 상고인에게 금지명령을 받을 권리가 없다고 판단하였다. 연방항소법원은 상고인이 계획한 웨딩 웹사이트가 헌법 수정 제1조의 보호를 받는 ‘순수한 표현(pure speech)’<sup>9)</sup>에 해당한다는 점은 인정하였지만, 콜로라도주가 엄격심사기준을 충족하였다고 판단하였다. 엄격심사기준에 따르면 콜로라도주는 상고인에게 표현을 강요하는 것이 긴절한 정부의 이익(compelling governmental interest)에 이바지하고, 그러한 이익을 보장하기 위한 덜 제한적인 대안이 존재하지 않는다는 점에 대하여 입증책임을 진다. 연방항소법원은 콜로라도주가 ‘대중이 이용 가능한(publicly available) 상품과 서비스에 대한 평등한 접근권’을 보장할 긴절한 이익을 갖는다고 보았고, 상고인이 다른 곳에서는 이용 불가능한 ‘특유의(unique) 서비스’를 제공할 계획이기 때문에 그녀에게 표현을 강제하는 것 외에 그러한 이익을 충족할 다른 선택지는 없다고 판단하였다. 반면 반대의견을 낸 제10연방항소법원장은 특정인의 목소리, 표현, 또는 예술적 재능에 대한 접근권을 보장하는 것은 연방대법원 선례상 긴절한 주의 이익으로 인정된 바 없다고 주장하였다. 그는 연방항소법원의 다수의견의 접근법은 정부가 모든 예술가들이 전달하는 메시지를 규제할 수 있게 할 것이라고 경고하였다.

이에 연방대법원은 제10연방항소법원의 판단을 심사하기 위해 상고를 허가하였다.

8) 이 판결에 대해서는, 헌법재판연구원, 기독교인 제빵사의 동성결혼식 웨딩 케이크 판매 거부, 세계헌법재판동향 2018 제6호, 2018, 23-41쪽 참고.

9) ‘순수한 표현(pure speech)’은 구두나 문자로, 또는 생각의 전달을 위해 필요한 한도로 제한된 형태의 행위를 통해 생각을 전하는 것을 뜻하며 헌법 수정 1조의 가장 높은 수준의 보호를 받는다. 반면 ‘상징적 표현(symbolic speech)’은 비언어적 매체 또는 행위에 의한 사상·의사의 전달을 뜻한다.

## 나. 표현의 자유의 의의와 연방대법원 선례

헌법 제정자들은 ‘바라는 대로 생각하고 생각한 대로 표현할 자유’를 보호하기 위해 헌법 수정 제1조의 표현의 자유 조항을 만들었다.<sup>10)</sup> 왜냐하면 그들은 표현의 자유를 ‘목적이자 수단’으로 보았기 때문이다.<sup>11)</sup> 생각하고 표현할 자유는 양도할 수 없는 인권 중 하나이므로 ‘목적’이며,<sup>12)</sup> 정치적 진실의 발견과 전파에 필수적이므로 ‘수단’이다.<sup>13)</sup> 헌법 제정자들은 모든 관점이 번성하도록 함으로써 우리가 개인으로서 그리고 국민으로서 우리 자신의 생각을 시험하고 발전시킬 수 있다고 생각하였다. 만일 우리 헌법의 별자리에 불박이별(fixed star)이 있다면<sup>14)</sup> 그것은 정부가 제약 받지 않는 ‘사상의 자유시장(marketplace of ideas)’에 간섭해서는 안 된다는 원칙이다.<sup>15)</sup>

때때로 이 나라 정부는 이러한 기본원칙을 시험하곤 하였다. 예를 들어, *West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette*, 319 U. S. 624 (1943) 사건에서 웨스트버지니아 주는 어린 학생들에게 국기에 대한 경례를 강제하고 국기에 대한 맹세를 암송하도록 하였다. 그리고 학생이 이를 거부할 경우 퇴학시키거나 학부모에게 벌금 또는 감금형이 부과될 수 있다고 위협하였다. 이 사건에서 여호와의 증인 신앙을 가진 가족들은 주가 신앙에 어긋나는 관점을 아이들에게 강요하고 있다고 주장하였고, 연방대법원은 이를 인정하여 주 당국이 그 권한의 헌법적 한계를 넘어섰다고 판단하였다.<sup>16)</sup>

*Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, Inc.*, 515 U. S. 557 (1995) 사건에서는 보스턴에서 성 패트릭의 날(St. Patrick's Day) 퍼레이드를 조직하는 재향군인들이 그들의 행사에 게이, 레즈비언, 양성애자 그룹의 참여를 거부한 것이 문제되었다. 성소수자 그룹은 매사추세츠 주 공공시설법에 따라 그 퍼레이드에 참여할 권리가 있다고 주장하였으나, 연방대법원은 이 주장을 받아들이지 않았다. 연방대법원은 주법이 어떠한 간에 퍼레이드는 헌법상 보호되는 표현이며, 재향군인들에게 그들이 배제하기 원하는 목소리를 포함시키도록 요구하는 것은 퍼레이드의

10) *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U. S. 640, 660 - 661 (2000).

11) *Whitney v. California*, 274 U. S. 357, 375 (1927) (Brandeis, J., concurring); 12 *The Papers of James Madison* 193 - 194 (C. Hobson & R. Rutland eds. 1979).

12) 4 *Annals of Cong.* 934 (1794) (Rep. Madison).

13) *Whitney*, 274 U. S., at 375 (Brandeis, J., concurring).

14) *West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette*, 319 U. S. 624, 642 (1943).

15) *McCullen v. Coakley*, 573 U. S. 464, 476 (2014).

16) *Barnette*, 319 U. S., at 642.

표현적 내용을 바꾸도록 요구하는 것으로 허용될 수 없다고 판단하였다.<sup>17)</sup> 무엇을 말하고 무엇을 말하지 않을지에 대한 재향군인들의 선택이 인기 없는 것일 수는 있으나 그들은 자신들의 메시지를 보여줄 헌법 수정 제1조상의 권리를 갖고 있다.

*Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U. S. 640 (2000) 사건에서는 보이 스카우트가 피상고인이 게이라는 것을 알게 된 후 그를 제명하였고, 피상고인은 뉴저지 주의 공공시설법에 따라 보이 스카우트가 그를 다시 복귀시켜야 한다고 주장하였다. 연방대법원은 피상고인의 주장을 받아들이지 않았다. 연방대법원은 피상고인을 제명시키는 결정은 순수한 표현을 포함하지는 않지만 보이 스카우트는 헌법 수정 제1조의 보호를 받는 표현적 단체(expressive association)이며, 피상고인을 복귀시킬 것을 강요하는 것은 단체의 믿음에 반하는 관점을 내세우지 않겠다는 보이 스카우트의 선택에 간섭하는 것이 될 것이라고 판시하였다.

이러한 판결들에서 보듯이 헌법 수정 제1조는 정부가 개인의 표현이 합리적이고 좋은 의도를 갖고 있다고 여기든 매우 잘못된 것이고 고통과 막대한 비난을 야기할 것이라고 여기든 상관없이 자신의 생각을 표현할 개인의 권리를 보호한다. 마찬가지로 헌법 수정 제1조는 표현적 단체의 행위도 보호한다.<sup>18)</sup> 일반적으로 정부는 개인에게 정부가 선호하는 메시지를 표현할 것을 강제해서는 안 된다.<sup>19)</sup> 정부가 개인이 침묵하기를 원함에도 정부의 메시지를 표현하도록 개인에게 강요하거나 개인의 표현에 그가 포함시키고 싶지 않은 다른 생각을 포함시키도록 강요해서도 안 된다.<sup>20)</sup> 이는 모두 마찬가지로 헌법 수정 제1조를 위반하는 것이다.

#### 다. 하급심 판결 분석

제10연방항소법원은 상고인이 만들고자 하는 웨딩 웹사이트가 ‘순수한 표현’에 해당한다고 판단하였고 우리도 이에 동의한다.

100년 전이었다면 상고인은 펜과 종이를 이용하여 서비스를 제공했을 것이다. 이

17) *Hurley*, 515 U. S., at 572 - 573.

18) *Dale*, 530 U. S., at 647 - 656; *Hurley*, 515 U. S., at 568 - 570, 579.

19) *Tinker v. Des Moines Independent Community School Dist.*, 393 U. S. 503, 505 - 506 (1969); *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U. S. 241, 256 (1974); *Wooley v. Maynard*, 430 U. S. 705, 714 (1977); *National Institute of Family and Life Advocates v. Becerra*, 585 U. S. \_\_\_, \_\_\_ (2018) (NIFLA) (slip op., at 8).

20) *Hurley*, 515 U. S., at 568 - 570, 576; *Rumsfeld v. Forum for Academic & Institutional Rights, Inc.*, 547 U. S. 47, 63 - 64 (2006) (FAIR).

러한 서비스는 오늘날에도 역시 보호를 받는다. 모든 방식의 표현은 - 사진, 영화, 그림, 판화부터 구두발언과 인쇄된 말까지<sup>21)</sup> - 헌법 수정 제1조의 보호를 받으며 상고인의 웨딩 웹사이트와 같이 인터넷을 통해 전달되는 표현에 대해서도 마찬가지이다.

또한 우리는 상고인이 만들고자 하는 웨딩 웹사이트가 상고인 자신의 표현을 포함하고 있다는 제10연방항소법원의 판단에도 동의한다. 물론 최종 산물에는 그녀의 표현이 커플들의 표현과 결합되어 있을 수 있다. 하지만 헌법 수정 제1조의 목적상 그러한 사실은 중요하지 않다. 개인은 하나의 메시지에 다양한 목소리가 결합되어 있다는 이유만으로 헌법상의 보호를 빼앗기지 않는다.<sup>22)</sup>

우리가 제10연방항소법원과 입장이 갈라지는 것은 뒤따르는 법적 결론에 관해서이다. 연방지방법원은 상고인에게 표현을 강제하는 것이 헌법에 부합할 수 있다고 보았지만, 앞에서 살펴본 연방대법원의 선례들은 입장을 달리한다. Hurley 판결에서 연방대법원은 퍼레이드 조직자에게 그들의 메시지에 영향을 주는 참가자를 받아들이도록 강제하는 것이 헌법 수정 제1조의 위반이라고 보았다. Dale 판결에서는 뉴저지 주가 보이 스카우트 제명 결정에 개입하여 해당 단체의 믿음에 반하는 관점을 표현하게 하는 것은 헌법 수정 제1조의 위반이라고 판단하였고, Barnett 판결에서는 웨스트버지니아 주가 어린 학생들에게 처벌이나 퇴학으로 위협하여 학생들의 신념에 반하는 국기에 대한 맹세를 암송시키는 것이 허용될 수 없다고 판단하였다. 이 사건에서 콜로라도 주는 상고인에게 비슷한 선택을 강요하려고 한다. 만일 그녀가 표현하고자 한다면, 주가 요구하는 대로 표현하거나 아니면 자신의 믿음대로 표현하고 벌칙을 감수해야 한다. 우리의 선례에 따르면 이는 자유롭게 표현할 헌법 수정 제1조상의 권리를 침해하여 허용될 수 없다.

반대의 접근법이 무엇을 의미하는지 생각해보자. 콜로라도 주의 논리에 따르면, 어떤 주제가 ‘법적으로 보호받는 고객의 특성’(예를 들면, 성적지향)을 어떤 간에 내포하고 있는 경우 보수를 받고 해당 주제를 표현하는 모든 사람에게 정부가 동일 주

21) Kaplan v. California, 413 U. S. 115, 119 - 120 (1973); 그 외에도 Shurtleff v. Boston, 596 U. S. \_\_\_, \_\_\_ - \_\_\_ (2022) (slip op., at 7 - 8) (깃발); Brown v. Entertainment Merchants Assn., 564 U. S. 786, 790 (2011) (비디오 게임); Hurley, 515 U. S., at 568 - 570 (퍼레이드); Ward v. Rock Against Racism, 491 U. S. 781, 790 (1989) (음악); Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson, 343 U. S. 495, 501 - 502 (1952) (영화).

22) Hurley, 515 U. S., at 569.

제에 대한 모든 의뢰를 수용할 것을 강제할 수 있다. 이러한 원칙은 정부가 예술가, 원고 작성자, 기타 표현을 포함하는 서비스 제공자에게, 따르지 않으면 처벌이 따른다고 위협하며, 그들이 믿지 않는 내용을 표현하도록 강제하는 것을 허용하게 될 것이다. 정부는 원치 않는 무슬림 영화감독에게 시온주의<sup>23)</sup> 메시지를 담은 영화를 만들도록 요구하거나 무신론자 벽화가에게 복음주의적 열의를 기념하는 의뢰를 받아들이도록 요구할 수 있을 것이다. 마찬가지로 정부는 동성과 결혼한 웹사이트 디자이너에게 동성결혼을 반대하는 단체의 웹사이트를 디자인할 것을 강요할 수도 있다. 정부는 수많은 다른 전문 창작자들이 침묵하든지, 아니면 그들의 신념에 반하는 표현을 하든지, 아니면 그들의 생각을 말하고 그에 대한 벌칙을 받든지 중에 선택하도록 강요할 수 있을 것이다. 우리 선례가 인정하였듯이, 헌법 수정 제1조는 이 중 어느 것도 용납하지 않는다.

우리는 공공시설법이 모든 미국인들의 민권을 실현하는 데 있어 갖는 중요한 역할에 이의를 제기하지 않는다. 연방대법원은 이 나라의 정부가 공공시설에서의 차별을 없애는 데 긴절한 이익을 갖고 있음을 인정해 왔다.<sup>24)</sup>

시간이 흐르며 이 나라의 정부는 공공시설법을 눈에 띄게 확장시켰다. 이러한 법률은 처음에는 기존의 일반 운수업자 및 호텔이나 식당과 같은 전통적인 공공시설에 적용되는 것으로 시작되었다. 종종 이들 기업들의 서비스는 독점권의 행사와 유사하거나 수탁자에 가까운 것이었다.<sup>25)</sup> 시간이 흐르며 콜로라도 주를 포함한 몇몇 주들은 공공시설법의 범위를 사실상 대중을 대상으로 판매업을 하는 모든 사업장에 적용되도록 확장하였다.

중요한 것은 주들이 더 많은 형태의 차별을 금지하는 것으로 법을 확장하였다는 것이다. 예를 들어, 오늘날 전체 주들의 거의 절반이 콜로라도 주와 같이 성적지향에 근거한 차별을 명시적으로 금지하는 법률을 갖고 있다. 상고인은 콜로라도 주와 다른 주들이 동성애자를 보호하는 조항을 포함하여 그들의 공공시설법을 광범위한 사업 영역에 자유롭게 적용하고 있음을 인식하고 있다.

동시에 연방대법원은 어떠한 공공시설법도 헌법의 요구를 벗어날 수 없다고 밝혀

23) 시온주의(Zionism)는 유대인이 시온의 땅 팔레스타인에 귀환하여 유대 국가를 재건하려는 유대 민족주의 운동을 일컫는다.

24) *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U. S. 609, 628 (1984); *Hurley*, 515 U. S., at 571 - 572.

25) *Liverpool & Great Western Steam Co. v. Phenix Ins. Co.*, 129 U. S. 397, 437 (1889); *Primrose v. Western Union Telegraph Co.*, 154 U. S. 1, 14 (1894).

왔다. Hurley 판결에서 연방대법원은 매사추세츠 주의 공공시설법을 우호적으로 평했지만 위 법이 표현을 강제하기 위해 표현적 행위에 적용될 수는 없음을 분명히 하였다.<sup>26)</sup> Dale 판결에서는 뉴저지 주의 공공시설법이 적법하게 적용된 경우가 많지만 보이 스카우트의 표현적 결사의 자유를 그토록 심각하게 침해하는 것을 정당화하지는 못한다고 밝혔다. 이 사건도 마찬가지이다. 주의 공공시설법과 헌법이 충돌할 때 어느 쪽이 우위인지는 분명하다.<sup>27)</sup>

상고인의 서비스가 특유성(unique)을 가진다고 해서 주가 그것을 주의 목적을 위해 마음대로 쓸 수 있다는 뜻은 아니다. Hurley 사건에서 재향군인들의 퍼레이드는 눈에 띄고 두드러진 행사였고,<sup>28)</sup> Dale 사건에서 보이 스카우트는 누군가는 독자적이라고 생각할 경험을 제공하였다.<sup>29)</sup> 그러나 두 사건에서 연방대법원은 자신의 메시지의 내용을 선택할 화자의 권리를 부인하는 공공시설법을 적용할 수 없다고 판단하였다.<sup>30)</sup> 만일 그렇지 않았다면, 예술가와 작가들이 더 훌륭할수록, 그들의 재능이 더 특별할수록 그들의 목소리는 더 쉽게 정부의 선호 메시지를 퍼뜨리는 데 동원되었을 것이다. 이는 헌법 수정 제1조를 존중하는 것이 아니라 그 종말을 의미했을 것이다.

#### 라. 콜로라도 주의 주장

상고심에서 콜로라도 주는 제10항소법원의 논증과는 거리를 두려는 것으로 보인다. 콜로라도 주는 상고인에게 동성결혼을 지지하거나 그녀가 동의하지 않는 여타의 메시지를 표현하는 웹사이트의 제작을 강요하는 것은 헌법 수정 제1조에 의해 금지된다는 것을 알고 있는 것으로 보인다. 대신 콜로라도 주는 대부분의 노력을 대안적 이론을 전개하는 데 기울이고 있다.

주의 대안적 이론에 따르면, 콜로라도 주법을 준수하기 위해서는 상고인은 자신이 지지하는 결혼을 축하하기 위해 만든 웹사이트를 자신이 지지하지 않는 결혼도 축하하는 웹사이트로 용도변경해야 한다. 콜로라도 주의 논리에 따르면 그녀는 상품을

26) Hurley, 515 U. S., at 571, 578.

27) 미국 헌법 제6조 제2문

이 헌법과 이 헌법에 준거하여 제정되는 합중국의 법률 그리고 합중국의 권한에 의하여 체결되었거나 체결될 모든 조약은 이 국가의 최고법이며, 모든 주의 법관은, 어느 주의 헌법이나 법률 중 이에 반하는 규정이 있을지라도, 이 헌법에 구속된다.

28) Hurley, 515 U. S., at 560, 577 - 578.

29) Dale, 530 U. S., at 649 - 650.

30) Hurley, 515 U. S., at 573; Dale, 530 U. S., at 650 - 656.

일부 사람들에게 판매하기 때문에 같은 상품을 모든 사람들에게도 판매해야 한다. 실지로 콜로라도 주는 제10연방항소법원이 이 사건을 순수한 표현에 관한 것이라고 본 것부터 틀렸다고 생각하고 있다. 콜로라도 주는 이 사건을 단지 일반적인 상업적 제품의 판매에 관한 것이라고 보며, 상고인의 표현이 순전히 부수적인(incidental) 것에 불과하다고 말하였다. 따라서 표현은 사라지고 헌법 수정 제1조의 심사는 필요 없게 된다. 반대의견은 곳곳에서 이러한 주장을 펼치고 있는 것으로 보인다.

그러나 이러한 대안적 이론은 연방지방법원에서 양 당사자가 본안 해결을 용이하게 하고자 다툼이 없는 것으로 합의하였던 사실들(stipulations)<sup>31)</sup>과 맞지 않는다. 콜로라도 주는 상고인이 일반적인 상업 제품을 판매하고자 하는 것이 아니라 각 커플을 위해 주문제작으로 맞추어 표현을 만들어내하고자 하였음에 동의하였다. 또한 그녀의 웨딩 웹사이트가 성격상 표현적이 될 것이라는 점도 확인하였다. 콜로라도 주는 강제하고자 하는 표현이 자신의 권한 범위 밖에 있음에 암묵적으로 동의하고 있는 것이다.

콜로라도 주가 강조하였듯이 상고인은 보수를 받고 표현을 제공하였고, 이는 자신이 단독 구성원이자 소유자로 있는 상고인 회사를 통해 이루어졌다. 그러나 이러한 사실들 중 어느 것도 결론에는 영향을 미치지 못한다. 전 세계 수많은 위대한 문학과 예술 작품들이 보상을 기대하고 만들어졌다. 또한 연방대법원은 표현을 전파하기 위해 회사의 형태를 취하였다고 해서 화자가 헌법 수정 제1조상의 보호를 잃는다고 판시한 바가 없다.

콜로라도 주는 상고인이 표현을 거부하는 이유에 초점을 두어야 하며 그 이유는 특정 고객의 ‘보호 대상이 되는 특성(protected characteristics)’에 반대하기 때문이라고 보았다. 그러나 이는 연방지방법원 제1심 당시 양 당사자가 합의하였던 내용과 다르다. 당사자들은 상고인이 그녀의 믿음에 반하는 것이 아닌 한 게이, 레즈비언, 양성애자 고객이나 이들에 의해 운영되는 단체를 위해 그래픽과 웹사이트를 기쁘게 제작할 것이라는 점에 동의하였다. 당사자들이 인정하였듯이 이는 ‘모든 고객들’에게 적용되는 조건이다. 헌법 수정 제1조상의 보호는 정부가 가치 있다고 생각하는 동기를 가진 화자에게만 적용되는 것이 아니라 다른 사람들이 불쾌하게 생각하거나 잘못 알고 있다고 생각하는 동기를 가진 화자에게까지도 모두 적용된다.<sup>32)</sup>

31) stipulation은 약식판결을 신청할 때 다투지 않기로 합의한 사실을 뜻한다. 이렇게 다투지 않기로 합의한 사실은 약식판결 신청서에 자료로 첨부되어 제출된다.

콜로라도 주는 하는 수 없이 연방대법원의 *Rumsfeld v. Forum for Academic & Institutional Rights, Inc.*, 547 U. S. 47 (2006) 판결(이하 ‘FAIR’ 판결이라고 한다)을 원용하였다. FAIR 사건에서 몇몇 학교들은, 연방 기금 지급을 전제로 다른 고용주들의 경우와 같은 조건하에 군대 신병 모집자들의 캠퍼스 내 공간 사용을 허용하게 하는 법률을 문제 삼았다. 여기서 로스쿨들에게 요구된 표현적 행위는 단지 “미군 모집자는 오전 11시에 123호에서 관심 있는 학생들을 만날 것입니다”라는 공고를 게시하는 것뿐이었다. 연방대법원은 이러한 종류의 표현은 ‘부수적’인 성격을 가질 뿐이며, ‘표현의 자유는 정부가 사람들에게 무엇을 말해야 할지 정해주는 것을 금지한다’는 원칙을 확립한 대표적인 헌법 수정 제1조 선례들의 표현들과는 전혀 다른 것이라고 실시하였다.<sup>33)</sup>

그리고 FAIR 사건의 표현은 이 사건의 표현과도 전혀 다른 것이다. 정부는 때때로 순수하게 사실적이고 논쟁의 여지가 없는 정보를 전파할 것을 요구할 수 있고 특히 상업적 광고에서 그러하다.<sup>34)</sup> 그러나 이 사건은 전혀 그러한 경우가 아니다. 이 사건에서 콜로라도 주는 표현에 대해 어떤 부수적인 부담을 주는 것이 아니라, 정치적·종교적 중요성을 가진 문제에 대해 개인의 마음에 없는 내용을 말하도록<sup>35)</sup> 강요하려고 한다. 이는, FAIR 판결도 재확인하였듯이, 헌법 수정 제1조가 용납하지 않는 것이다. 어떠한 정부도 화자에게 다른 관점에 부응하도록 강요함으로써 화자의 메시지에 영향을 주어서는 안 된다.<sup>36)</sup> 어떠한 정부도 화자의 메시지의 표현적 내용을 바꾸어서는 안 되며, 화자가 원하는 메시지에 개입해서도 안 된다.<sup>37)</sup>

#### 마. 반대의견에 대한 비판

반대의견은 많은 부분을 공공시설법의 발전과정과 법 앞의 평등 보장을 향한 미국

32) *Federal Election Comm’n v. Wisconsin Right to Life, Inc.*, 551 U. S. 449, 468 - 469 (2007) (opinion of ROBERTS, C. J.) (“화자의 동기는 전혀 무관하다.”); *National Socialist Party of America v. Skokie*, 432 U. S. 43, 43 - 44 (1977) (per curiam) (나치 퍼레이드 참가자의 표현의 자유 인정); *Snyder*, 562 U. S., at 456 - 457 (군인 장례식의 시위자의 표현의 자유 인정).

33) *Forum for Academic & Institutional Rights, Inc. (FAIR)*, 547 U. S., at 61-62.

34) *Hurley*, 515 U. S., at 573; *NIFLA*, 585 U. S., at \_\_\_ (slip op., at 8); *Riley v. National Federation of Blind of N. C., Inc.*, 487 U. S. 781, 795 - 796 (1988).

35) *Barnette*, 319 U. S., at 634.

36) *Forum for Academic & Institutional Rights, Inc. (FAIR)*, 547 U. S., at 63.

37) *Id.*, at 64.

동성애자들의 발걸음에 초점을 맞추었다. 물론 여기서 갈채를 보내야 할 부분은 많지만, 오늘 우리가 직면한 문제 - 주가 표현적 서비스를 제공하는 사람에게 그 사람의 양심을 포기하고 대신 주의 선호 메시지를 표현하도록 강제할 수 있는가? - 에 대한 답은 아니다.

반대의견은 콜로라도 주가 상고인의 표현이 아니라 ‘행동’을 규제하려는 것이라고 주장하였다. 그러나 콜로라도 주는 상고인의 행위가 표현적이라고 인정하였고, 제10연방항소법원도 ‘순수한 표현’이라고 판단하였다. 반대의견은 주가 법을 집행하기 전에 제기된 사건에 대해 결정하는 것을 비판하였지만 이는 상고인이 주의 관점에 따르지 않으면 제재를 받을 것이라는 믿을 만한 위협에 직면해 있다는 제10연방항소법원의 판단을 무시하는 것이다. 반대의견은 이 사건에서 표현에 가해지는 부담이 ‘부수적인’ 것이라고 반복하여 주장하였지만, 제10연방항소법원은 콜로라도 주가 주의 생각과 다른 생각을 제거하려는 바로 그 목적을 가지고 상고인에게 그녀가 믿지 않는 메시지를 전달케 하고자 하는 것이라고 판단하였다.

반대의견은 법정의견이 “연방대법원의 역사상 처음으로, 대중에 개방된 사업체가 보호의 대상이 되는 집단(protected class)의 구성원에게 서비스의 제공을 거부할 권리를 부여하였다”라고 주장하였다. 우리는 그러지 않았으며, 콜로라도 주 자신도 상고인은 (콜로라도 주 차별금지법이 요구하듯이) 성적지향에 관계없이 모든 사람들과 함께 일하고자 한다고 인정하였다. 오히려 진정으로 연방대법원에 처음인 일을 하게 하려 했던 것은 정부의 생각과 다른 생각을 제거하기 위해 개인의 신념이 관련된 중요한 문제에 대해 개인의 믿음과 상반되는 표현을 하도록 강요할 수 있게 하는 반대의견이다.

반대의견은 오늘 우리의 결정이 ‘분리평등(separate but equal)<sup>38)</sup> 제도를 지지하는 것과 유사하다고 주장하기까지 하며, 이는 여성을 파트너로 인정하지 않는 로펌, 흑인들에게 서비스를 거부하는 식당, 직원에게 ‘백인만 지원 가능’과 같은 글을 게시하게 하는 사업체를 허용할 것이라고 주장하였다. 그러나 이는 순전히 허구이다.

반대의견은 실제로 우리에게 주어진 사건에 대해 당사자들이 다툼이 없는 것으로 합의한 사항들에 대해 살펴보는 대신 가설의 바다를 표류하며 이러한 표현적 서비스

38) 오늘날 잘못된 미국 연방대법원 판결로 비판받는 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896) 사건에서 연방대법원이 인종 분리정책에 대하여 각 인종에게 제공되는 시설이 질적으로 동등하다면 ‘분리하되 평등하다(separate but equal)’는 개념에 따라 분리정책이 위헌이 아니라고 판단한 것을 일컫는다.

들도 헌법 수정 제1조의 적용을 받는지 묻는 데 많은 시간을 쏟았다. 그러나 그러한 사건들은 이 사건이 아니다. 물론 무엇이 헌법 수정 제1조의 보호를 받는 표현적 행위가 될 수 있는지를 결정하는 일은 때때로 어려운 문제를 제기한다. 그러나 이 사건은 그러한 어려운 문제가 아니다. 당사자들은 상고인의 표현을 표현적 행위로 인정하였고, 제10연방항소법원은 이를 순수한 표현으로 인정하였다. 반대의견이 이를 바꿀 수는 없으며, 뒤따르는 헌법 수정 제1조상의 보호를 박탈할 수도 없다.

반대의견은 주요 선례들인 *Barnette*, *Hurley*, *Dale* 판결이 어린 학생들이나 비영리단체에게 한정된 것이고 상고인의 상업적 행위에도 적용되는 것은 아니라고 주장하였다. 그러나 헌법 수정 제1조는 영리를 추구하는 사람들을 포함하여 표현적 행위를 하는 모든 사람들에게 미친다.

아마도 반대의견은 정부가 ‘계몽된(enlightened)’ 표현만을 강제하므로 원치 않는 표현의 강제가 문제될 것이 없다고 생각할 것 같다. 그러나 만약 그렇다면 이는 정말 위험한 것이다.

반대의견은 연방대법원이 몇 번이고 되풀이하여 인정해 온 것 - 단지 일부의 메시지와 일부의 사람을 위한 표현에 대한 약속은 아무 약속도 아니다 - 을 포기하고 있다. 반대의견은 화자의 메시지가 호감이 간다고 생각되는 경우에만 헌법 수정 제1조의 가치를 보호하려는 유감스러운 경향을 상징적으로 보여준다. 그러나 “자유에 어떤 의미가 있다면, 그것은 사람들에게 그들이 듣고 싶지 않은 것을 말할 수 있는 권리를 의미한다.”<sup>39)</sup>

## 바. 법정의견의 결론

이 사건에서 콜로라도 주는 개인에게 주의 관점을 지지하는, 하지만 개인의 양심에는 반하는 방식으로 표현을 강제하려고 한다. 과거 *Barnette*, *Hurley*, *Dale* 사건에서 다른 주들도 당시 중요하다고 생각하였던 표현을 강제함으로써 비슷하게 헌법 수정 제1조의 경계선을 시험하였다. 그러나 오랫동안 연방대법원이 판시해 왔듯이, 스스로 생각하고 이 생각을 자유롭게 표현할 기회는 우리의 가장 소중한 자유 중 하나이며 우리 공화국을 강하게 유지시키는 한 부분이다. 물론 표현의 자유에 대한 헌법의 약속을 지키다보면, 우리 모두 매력 없거나, 잘못 되거나, 해롭기까지 하다고 생각되는

39) 조지 오웰(George Orwell)의 말 - “If liberty means anything at all, it means the right to tell people what they do not want to hear.” - 을 인용한 것이다.

생각과 마주칠 것이다. 그러나 우리 국가의 답은 강요가 아니라 관용이다. 헌법 수정 제1조는 미국을 모든 사람들이 정부가 요구하는 대로가 아니라 자신이 원하는 대로 자유롭게 생각하고 표현하는 풍요롭고 복합적인 곳으로 그렸다. 콜로라도 주가 이러한 약속을 부정하려 했기 때문에, 원심을 파기한다.

## 2. Sotomayor 대법관의 반대의견(3인 의견)<sup>40)</sup>

오늘 법정의견은 연방대법원의 역사상 처음으로, 대중에 개방된 사업체에 보호의 대상이 되는 집단의 구성원에 대한 서비스 제공을 거부할 권리를 부여하였다. 구체적으로는, 헌법 수정 제1조에 따르면 웹사이트 디자인 회사로 하여금 대중을 대상으로 웨딩 웹사이트를 판매하기로 선택한 이상 동성 커플에 대한 웨딩 웹사이트의 판매를 거부하지 못하도록 한 주법이 해당 회사에 적용되는 것을 배제한다고 판단한 것이다.

연방대법원에서뿐만 아니라 전국적으로 성적 소수자들의 자유와 평등을 향한 운동에 대하여 반발이 있었다. 새로운 형태의 포용은 반동적 배제를 맞닥뜨리게 되었다. 마음 아픈 일이다. 또한 슬프게도 익숙한 일이기도 하다. 시민과 여성의 권리를 위한 운동이 공적 생활에서의 평등을 추구하였을 때 일부 공공시설은 이를 거부하였다. 일부는 신실한 종교적 믿음에 근거하여 헌법상 차별할 권리를 주장하기도 하였다. 한때 이 연방대법원에 자리했던 용감한 대법관들은 결단력 있게 이러한 주장들을 배척하였다.

오늘 연방대법원은 유사한 시험을 마주하게 되었다. 이 사건의 사업체와 법정의견은 이 사업체가 주문제작 되는 표현적 서비스를 제공하기 때문에 헌법 수정 제1조의 표현의 자유 조항의 보호를 받아, 대중이 이용 가능한 상품과 서비스의 판매 시 차별을 금지한 법률의 적용이 배제된다고 주장하였다. 이는 매우 틀린 것이다. 이 사건 법률은 표현이 아니라 상품을 대상으로 한다. 그리고 차별 행위는 헌법 수정 제1조하에서 보호의 대상이 되는 표현이 된 적이 없다. 우리 헌법에는 비선호 집단에 대하여 서비스를 거부할 권한이 내포되어 있지 않다. 따라서 나는 법정의견에 반대한다.

40) Sotomayor, Kagan, Jackson 대법관의 의견.

## 가. 공공시설법의 의의, 역사, 관련 선례

### (1) 공공시설법의 의의

공공시설법은 모든 사람들이 공공시설에 해당하는 장소를 부당한 차별 없이 완전하고 평등하게 누릴 수 있도록 보장한다. 미국인들은 그들이 선출한 대표를 통해 정부의 모든 단계마다 그러한 법률을 제정하였다. 1964년 연방 민권법과 1990년 장애인법은 인종, 피부색, 종교, 출신민족, 또는 장애를 근거로 한 공공시설에 해당하는 장소에서의 차별을 금지한다. 5개 주를 제외한 모든 주에서 이러한 특성 및 나이, 성별, 성적지향, 젠더 정체성과 같은 특성들을 근거로 차별하는 것을 금지하는 비슷한 법률들을 갖고 있다. 그리고 수많은 지역의 법률들이 비슷한 보호를 제공하고 있다.

콜로라도 주민들도 콜로라도 주 차별금지법을 제정하였다. 이 주법은 “사람이 개인이나 그룹에 대하여 장애, 인종, 신념, 피부색, 성별, 성적지향, 젠더 정체성, 젠더 표현, 혼인 상태, 출신 민족, 또는 혈통을 이유로 공공시설에 해당하는 장소에서의 상품, 서비스, 시설, 특권, 혜택, 또는 편의의 완전하고 평등한 제공을 직·간접적으로 거절하거나, 보류하거나, 거부하는 것은 차별적 관행이며 불법이다(Colo. Rev. Stat. §24 - 34 - 601(2)(a))”라고 규정하고 있다. 이 규정은 ‘시설조항(Accommodation Clause)’으로도 알려져 있으며, 대중을 대상으로 하는 모든 판매업에 적용된다.

공공시설법은 두 가지 핵심적인 목적을 갖는다. 첫째, 이 법률은 대중이 이용 가능한 상품과 서비스에 대한 ‘평등한 접근권’을 보장한다.<sup>41)</sup> 차별을 받는 사회적 집단에 그러한 접근권은 필수적이다. 그 집단의 인원수가 적거나 그 집단에 대한 차별이 만연한 경우에는 더욱 그러하다.

둘째, 공공시설법은 시장 공동체(common market)에서 ‘평등한 존엄성’을 보장한다. 이 목적은 상품이나 서비스가 다른 곳에서도 이용 가능한지 여부에 달려있는 것이 아니다. 차별은 단순히 달러와 센트, 햄버거와 영화가 아니다. 차별은 그의 사회적 정체성 때문에 공공 구성원으로 받아들여질 수 없다는 이야기를 들었을 때 당연히 느낄 수밖에 없는 굴욕, 좌절, 당혹감이다. 동시에 어린이에게, 교육, 예의, 공손, 도덕과 무관하게, 평등한 대우를 받을 권리가 거부될 것이라고 설명해야 하는 무력감이다.<sup>42)</sup> 어린 유대인 소녀와 그녀의 부모가 “개와 유대인은 출입금지”라는 간판이 붙은 업체

41) *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U. S. 609, 624 (1984).

42) *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States*, 379 U. S. 241, 292 (1964) (Goldberg, J., concurring).

를 마주쳤을 때 다른 업체는 그 가족에게 서비스를 제공할 것이라는 사실로는 낙인의 상처가 치유되지 않는다.

대중이 이용 가능한 상품, 서비스, 기타 혜택의 공급에 있어 부당한 차별 행위가 야기하는 특별한 피해를 방지하는 것은 주의 긴절한 이익 중 최상위의 이익에 속한다.<sup>43)</sup> 또한 대중 사업체의 그러한 행위만을 금지하는 법률은 긴절한 이익을 달성하기 위해 면밀하게 재단된 것이다.

이 부분은 특히 강조될 필요가 있다. 해당 법률은 오직 상품과 서비스를 “일반 대중에” 판매하기로 선택한 업체만을 규제한다. 공공시설법은 어떠한 업체에 대해서도 특정한 상품이나 서비스를 판매하도록 강요하지 않는다. 하지만 만일 업체가 주에 의해 만들어지고 유지되는 공공시장에서 수익을 얻기로 선택하였다면, 주는 그 업체에 대하여 ‘비차별’이라는 법적 규범을 따를 것을 요구할 수 있다. 특히 주는 역사적으로 열등한 지위로 낙인찍혔던 집단에 상품과 서비스의 평등한 제공이 거부되지 않도록 보장할 수 있다.

따라서 공공시설의 개념에는 단순하지만 강력한 사회적 계약이 담겨 있다. 대중을 대상으로 판매하기로 결정한 업체는 부당한 차별 없이 대중에 상품과 서비스를 제공할 의무를 진다는 것이다.<sup>44)</sup>

## (2) 공공시설의 평등한 제공 의무의 역사

대중에 개방된 사업체가 부당한 차별 없이 대중에 서비스해야 할 법적 의무는 우리 역사에 깊이 뿌리를 둔 것이다. 그러나 이 원칙의 진정한 힘은, 사회가 더 다양한 형태의 부당한 차별을 인식함에 따라 진화하는 능력, 그럼으로써 보다 많은 사람들을 ‘대중’의 완전하고 평등한 구성원으로 포함시키는 능력에 있다.

### (가) 미국 초기의 커먼로

커먼로(common law)에서 여관 주인, 대장장이 등 공공 직업(public employment)을 업으로 하는 사람들은 정당한 이유 없이 고객을 거부하는 것이 금지되었다.<sup>45)</sup> 공공

43) Roberts, 468 U. S., at 624, 628; Board of Directors of Rotary Int'l v. Rotary Club of Duarte, 481 U. S. 537, 549 (1987).

44) J. Singer, No Right To Exclude: Public Accommodations and Private Property, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1298 (1996) (Singer).

45) Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, Inc., 515 U. S. 557, 571 (1995) (quoting Lane v. Cotton, 12 Mod. 472, 485, 88 Eng. Rep. 1458, 1465 (K. B. 1701) (Holt, C. J.)).

직업은 사업주가 거래 행위를 함으로써 대중에 제공할 준비가 되었음을 드러낸 사업을 의미한다.<sup>46)</sup> 원하는 모든 사람들에게 서비스해야 할 사업체의 의무는 대중에 서비스할 준비가 되었음을 드러내기로 한 자신의 결정에서 유래된 것이다. 이러한 원리는 초기 미국 법률에 확고하게 자리 잡게 되었다.<sup>47)</sup> 따라서 공공시설 또는 일반 운송업자가 역사적으로 원하는 모든 사람들에게 서비스할 의무를 진 것은 그들이 독점권을 행사하거나 다른 시장 지배력을 가졌기 때문이라는 법정의견의 분석은 잘못된 것이다.

### (나) 공공시설법 확대의 역사

남북전쟁 이후 일부 주들은 원하는 모든 사람에게 서비스할 커먼로상 공공시설의 의무를 성문화하였다.<sup>48)</sup> 1885년, 콜로라도 주는 ‘모든 시민들의 민권 보호법(An Act to Protect All Citizens in Their Civil Rights)’을 채택하였다. 연방의회도 1875년 민권법을 통과시켰다. 그러나 연방대법원은 1875년 민권법을 위헌으로 파기하였고,<sup>49)</sup> 남부 주들은 공공시설법들을 폐지하고 짐 크로우(Jim Crow)<sup>50)</sup> 법들로 대체하였다. 주법원들은 남아 있는 공공시설 접근권을 법률상·사실상의 인종분리정책을 도모하는 방식으로 해석하였다. 시설의 완전하고 평등한 향유는 ‘분리하되 평등한’ 향유를 의미하게 되었다.

이후 20세기 중반이 되자 민권운동이 다시금 공공장소에서의 인종적 평등을 요구하였다. 1963년 연방의회는, 연방대법원이 이전에 공공시설법을 위헌으로 선언했음에도 불구하고, 다시 한 번 공공시설에서의 차별을 없애고자 하였다. 연방의회는 공공시설에 해당하는 장소에서의 차별은 용광로(melting pot)의 나라이자 평등권의 나라, 한 국가 한 국민의 나라에서는 들어설 자리가 없다고 믿었다.<sup>51)</sup> 이에 연방의회는 1964년 민권법 제2장을 제정하여 “모든 사람은 인종, 피부색, 종교, 또는 출신민족에 근거한 차별을 받지 않고 완전하고 평등하게 공공시설에 해당하는 장소에서 상품,

46) Singer 1307; see, e.g., *Gisbourn v. Hurst*, 1 Salk. 249, 91 Eng. Rep. 220 (K. B. 1710).

47) 2 J. Kent, *Commentaries on American Law* 464 - 465 (1827); J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments* §§495, 591 (1832); *Markham v. Brown*, 8 N. H. 523, 528 (1837); *Jencks v. Coleman*, 13 F. Cas. 442, 443 (No. 7,258) (CC RI 1835) (Story, J.); *Dwight v. Brewster*, 18 Mass. 50, 53 (1822).

48) M. Konvitz & T. Leskes, *A Century of Civil Rights* 155 - 157 (1961).

49) *Civil Rights Cases*, 109 U. S. 3, 25 (1883).

50) 과거 미국의 흑인 차별 정책을 의미한다.

51) S. Rep. No. 872, at 8 - 9 (quoting President Kennedy, June 19, 1963).

서비스, 시설, 특권, 혜택, 편의를 누릴 권리를 갖는다(42 U. S. C. §2000a)”라고 선언하였다.

미국은 곧 공공시설에 관하여 사회의 절반인 여성이 오랫동안 배제되어 왔다는 것을 깨달았다. 여성해방운동에 대응하여 많은 주들이 공공시설에서 성별에 근거한 차별을 금지하였다. 콜로라도 주는 이를 실행한 첫 번째 주였다.<sup>52)</sup>

이후 수십 년간, 국가는 다른 불의에 눈을 떴다. 장애인들이 공공 생활의 많은 영역에서 배제되어 온 것이다. 이러한 배제는 그들의 생활수준뿐만 아니라 존엄성에도 해를 끼쳤다. 이에 연방의회는 다시 사회운동에 응답하여 장애에 근거한 차별을 금지하고 법으로 공공장소에 대한 장애인의 평등한 접근권을 보장하였다.<sup>53)</sup> 이러한 정치적, 사회적 조치의 가장 중요한 결실은 1990년 미국 장애인법(Americans with Disabilities Act of 1990)이었다.

공공시설법은 인종, 성별, 장애 등 보다 많은 형태의 부당한 차별을 인정하는 방향으로 확장되었을 뿐만 아니라, 보다 많은 상품과 서비스를 공공시설로 포함하는 방향으로도 확장되었다. 오늘날 콜로라도 주법과 같은 법들은 대중에 판매하거나 서비스하는 모든 사업 장소에 적용되고 있다.<sup>54)</sup>

이와 같이 더 넓어진 범주는 ‘부당한 차별 없이 서비스할 의무는 모두에게 있으며, 스스로 대중에 서비스할 준비가 되었음을 드러낸 모든 사업체에게 미친다’는 - 커먼로에 뿌리를 두었으나 성문법에서 꽃을 피운 - 기본적인 원칙에 부합된다.

#### (다) LGBT로의 확대

레즈비언, 게이, 양성애자, 트랜스젠더(LGBT)들은 다른 모든 사람들과 마찬가지로 존엄과 자유를 누릴 자격이 있다. LGBT 권리를 향한 운동과 그 결과 젠더 및 성적 소수자들이 완전하고 평등하게 대중이 이용 가능한 상품과 서비스를 누릴 권리를 보장하는 주 및 지방 법률의 확대는 이 위대한 미국 이야기의 가장 최근 챕터이다.

LGBT는 모든 인류 역사에 존재해 왔으나, 그들의 존재가 분명하였던 만큼 그들의 존재는 부정되고 공공 생활에서 배제되어 왔다. 그리고 그러한 배제에는 종종 법의

52) 1969 Colo. Sess. Laws ch. 74, p.200.

53) e S. Bagenstos, Law and the Contradictions of the Disability Rights Movement 13 - 20 (2009); R. Colker, The Disability Pendulum 22 - 68 (2005).

54) Colo. Rev. Stat. §24 - 34 - 601(1); 그 외의 주법들은 예를 들어, Ohio Rev. Code Ann. §4112.01(9). Ariz. Rev. Stat. Ann. §41 - 1441(2); Mass. Gen. Laws, ch. 272, §92A.

지원이 있었다. 미국 역사의 대부분 동안 동성 간 성행위를 처벌하는 법이 있어 왔고,<sup>55)</sup> 주 차원의 차별은 공공시설에서의 차별로 더욱 악화되었으며, 차별의 사회적 시스템은 성소수자들에게 안전하지 못한 환경을 조성하였다.

사회적으로 따돌림 받는 사람으로 살지 않기로 결심한 LGBT들은 결기하였다. 성적지향과 젠더 정체성이 공공시설법에 추가된 것은 중요한 변화였다. 2008년 콜로라도 주는 주 차별금지법을 개정하여 대중이 이용 가능한 상품이나 서비스를 ‘성적지향’을 근거로 거부할 수 없도록 하였다.<sup>56)</sup> 현재 미국 주들의 약 절반이 이와 같은 보호를 규정하고 있다. LGBT들이 원하는 것은 어떠한 특별대우가 아니다. 그들이 원하는 것은 대중으로 존재하는 것이다. 다른 모든 사람들과 같은 조건으로 공공장소에 있는 것이다.

### (3) 인종 및 성 차별과 표현 및 결사의 자유에 관한 선례

사업체들은 공공시설법의 적용을 면제받고자 했다. 민권과 여성해방 시대가 두드러진 예시이다. 인종과 성 평등에 대한 반발(backlash)은 차별할 권리를 법적으로 주장하기에 이르렀고 여기에는 헌법 수정 제1조상의 표현 및 결사의 자유에 근거한 주장들도 있었다. 연방대법원은 확고하게 그러한 주장들을 거부하였다. 특히 특정 사람들과의 거래나 서비스를 거절하는 것은 헌법 수정 제1조에 의해 보호되는 표현적 이익이 아니다.

#### (가) 인종차별 관련 선례

1964년 민권법의 반대자들은 이 법률이 사업주가 스스로의 신념을 거스르게 만들 것이라고 주장하였다. 그들은 이 법률이 그들의 종교적 신념이나 특정 부류의 사람들과 어울리거나 어울리지 않는 데 대한 그들의 뿌리 깊은 선호에 근거하여 표현하고 행동할 자유를 부정할 것이라고 주장하였다.<sup>57)</sup> 연방의회는 이와 같은 주장을 받아들이지 않았다. 특히 1964년 민권법 제2장이 적용되는 시설은 대중에 일반적으로 개방된 것이기 때문에 연방의회는 이 법률이 프라이버시권이나 결사의 자유를 침해하지 않는다고 판단하였다.<sup>58)</sup>

55) Obergefell v. Hodges, 576 U. S. 644, 660 - 661 (2015).

56) 2008 Colo. Sess. Laws. ch. 341, pp. 1596 - 1597.

57) 110 Cong. Rec. 7778 (1964) (remarks of Sen. Tower).

58) H. R. Rep. No. 914, 88th Cong., 1st Sess., pt. 2, p. 9 (1963); see also S. Rep. No. 872, at 92.

연방의회를 설득하는 데 실패하자 반대자들은 연방법원으로 방향을 돌렸다. *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States*, 379 U. S. 241 (1964) 사건에서 모텔 주인은 1964년 민권법 제2장이 고객 선택 및 서비스 제공과 관련하여 그가 옳다고 생각하는 대로 사업을 운영할 자유를 빼앗음으로써 헌법 수정 제5조<sup>59)</sup>상 적법절차의 권리가 침해되었다고 주장하였다. 연방대법원은 공공시설에서의 인종차별 금지는 개인의 자유를 방해하지 않는다고 판단한 여러 사건들을 근거로 이러한 주장을 받아들이지 않았다.

*Katzenbach v. McClung*, 379 U. S. 294 (1964) 사건에서 바베큐 식당 주인은 마찬가지로 민권법 제2장을 자신의 사업에 적용하는 것은 흑인들에 대한 테이블 서비스를 거부하는 자신의 신념을 지킬 권리에 위반된다고 주장하였다. 그가 흑인과의 거래를 모두 거부한 것은 아니었음에 주목하자. 그는 분리된 카운터에서 테이크 아웃 서비스는 기꺼이 제공하고자 하였다. 그는 흑인들에게 제한된 메뉴를 제공할 헌법상의 권리를 주장하였지만, 연방대법원은 이 주장을 받아들이지 않았다.

*Newman v. Piggie Park Enterprises, Inc.*, 390 U. S. 400 (1968) 사건에서 드라이브인(drive-in) 식당 주인은 자신에게 인종 통합에 기여할 것을 요구하는 것은 그의 종교적 자유를 침해하여 헌법 수정 제1조의 위반이 된다고 주장하였다. 그는 민권법 제2장을 자신의 사업에 적용하는 것은 신의 뜻에 위반되므로 적용할 수 없다고 주장하였다.<sup>60)</sup> 연방대법원은 이러한 주장을 매우 말도 안 되는 것으로 보았다.

마지막으로 *Runyon v. McCrary*, 427 U. S. 160 (1976) 사건에서 연방대법원은 영리적으로 운영되는 학교들이 인종차별을 금지하는 연방법률에도 불구하고 흑인 어린이들을 배제할 헌법 수정 제1조상의 권리를 갖는가 하는 문제를 맞닥뜨렸다. 해당 학교들은 판매를 목적으로 교육 서비스를 제공하였다. 그들은 인종차별을 금지하는 연방법률이 헌법 수정 제1조상 표현 및 결사의 자유에 대한 권리를 침해한다고 주장하였다. 그러나 연방대법원은 두 가지 이유에서 학교의 소수인종에 대한 교육 서비스의

#### 59) 수정헌법 제5조 (생명·신체·자유·재산의 보호)

누구라도, 대배심에 의한 고발 또는 기소에 의하지 않는 한 사형에 해당하는 죄 또는 중죄에 대하여 처벌받지 않는다. 다만, 전신나 사변(事變) 시 복무 중에 있는 육군이나 해군에서 또는 민병대에서 발생한 사건에 관해서는 예외로 한다. 누구라도 동일한 범행에 대하여 생명이나 신체에 대한 위협을 재차 받지 않으며, 어떠한 형사사건에 있어서도 자기에게 불리한 증언을 강요당하지 않고, 적법절차에 의하지 않고는 생명, 자유 또는 재산을 박탈당하지 않는다. 또 정당한 보상 없이, 사유 재산을 공공(公共用)으로 수용당하지 않는다.

60) *Piggie Park Enterprises*, 390 U. S., at 402 - 403, n. 5.

거부 관행은 헌법 수정 제1조에 의해 보호되지 않는다고 설명하였다. 첫째, 헌법은 차별에 아무런 가치를 두지 않는다.<sup>61)</sup> 둘째, 행위에 대한 정부의 규제는 학교가 자신이 선호하는 생각이나 신조를 가르칠 능력에 제약을 가하지 않는다.<sup>62)</sup> 학교에 차별 금지법을 따르도록 요구하는 것은 학교에 ‘인종분리정책이 바람직하다’는 학교의 신실한 믿음에 위반되게 가르칠 것을 강요하는 것과 같지 않다.

#### (나) 성차별 관련 선례

성차별을 금지하는 법률에 대해서도 헌법 수정 제1조상의 표현과 결사의 자유에 관한 문제가 제기되었다.

*Roberts v. United States Jaycees*, 468 U. S. 609, 624 (1984) 판결에서 미국 청년회의소(*United States Jaycees*)는 성별에 근거한 차별을 금지하는 미네소타 주법의 적용을 면제받기 원하였다. 시민단체인 미국 청년회의소는 당시까지 여성의 가입을 거부하여 왔다. 미국 청년회의소는 여성을 포함하도록 요구하는 법률을 적용하는 것은 단체 구성원의 헌법상 표현 및 결사의 자유를 침해하는 것이라고 주장하였다. 연방대법원은 미네소타 주법이 헌법 수정 제1조상 표현적 결사의 자유를 침해하지 않는다고 판단하였다.<sup>63)</sup> 왜냐하면 주의 공공시설법은 표현의 억압을 목적으로 하지 않으며, 관점에 근거하여 금지된 행동과 허용된 행동을 구분하지 않기 때문이었다.<sup>64)</sup> 해당 법률의 목적은 차별을 없애고 대중이 이용 가능한 상품과 서비스에 대한 평등한 접근권을 시민들에게 보장하는 것이다.<sup>65)</sup> 연방대법원은 그러한 목적이 표현의 억압과는 무관하며, 명백하게 긴절한 주의 최상위의 이익을 도모하는 것이라고 설명하였다.<sup>66)</sup>

*Hishon v. King & Spalding*, 467 U. S. 69, 78 (1984) 사건에서 연방대법원은 민권법 제7장에 따라 로펌의 파트너에서 여성을 배제할 수 없도록 한 것은 헌법상 표현 및 결사의 자유를 침해하지 않는다고 보았다. 민권법의 준수는 특정 생각이나 믿음을 지지할 파트너십의 능력을 제약하지 않기 때문이었다.<sup>67)</sup>

61) *McCrary*, 427 U. S., at 176.

62) *Ibid.*

63) *Roberts*, 468 U. S., at 622.

64) *Id.*, at 623 - 624.

65) *Ibid.*

66) *Ibid.*

67) *Hishon*, 467 U. S., at 78.

## 나. 이 사건에 대한 판단

차별과 싸우는 일은 히드라와 싸우는 일과 같다.<sup>68)</sup> 차별의 한 형태를 이길 때마다 다른 차별이 그 자리에 나타난다.<sup>69)</sup> 사업체와 상업적 기업들은 몇 번이고 헌법상 차별할 권리를 주장해 왔다. 그리고 연방대법원은 몇 번이고 용감하게 이러한 주장에 맞서 왔다. 오늘까지는 말이다. 오늘 연방대법원은 뒷걸음질을 쳤다. 법정의견은 사업체에게 폭넓은 주법의 면제를 허용하였고, 게이와 레즈비언들에게는 웨딩 웹사이트를 판매하지 않는다는 공고를 게시할 수 있게 하였다. 서비스의 거부와 보호 받는 표현을 하나로 합친 법정의견의 결정은 중대한 오류이다.

### (1) 상고인 주장의 문제점

상고인은 웨딩 웹사이트를 아직 누구에게도 판매한 적이 없다. 따라서 콜로라도 주도 해당 회사에 차별금지법을 집행한 적이 없다. 상고인의 집행전 소송(pre-enforcement challenge)의 폭은 경악할 만하다. 상고인의 주장에 따르면 헌법 수정 제1조상 표현의 자유 조항은 그녀의 업체에 동성 결혼을 위한 모든 웹사이트의 판매를 거절할 권리를 부여한다. 즉, 업체는 표현적 서비스를 판매한다는 이유만으로 공공시설법의 전면적인 면제를 주장한다. 법정의견은 이러한 주장의 지나치게 광범위한 속성을 거부했어야 한다.

### (2) 공공시설법의 적용

주법은 모든 사람들에게 똑같이 서비스를 제공할 것을 요구할 뿐이며, 헌법 수정 제1조는 상고인에게 특별히 이 주법의 적용을 면제받을 자격을 부여하지 않는다. 그러한 법은 직접적으로 상고인의 표현을 전혀 규제하지 않으며, 상고인은 차별에 관한 표현적 이익을 주장하며 해당 법의 적용으로부터 빠져나갈 수 없다.

#### (가) 행위에 대한 규제에 따르는 부수적 부담

연방대법원은 오랫동안 “헌법 수정 제1조는 상거래나 행위에 대한 제한이 표현에 대한 부수적인 부담을 주는 것을 막지 않는다”라고 판단해왔다.<sup>70)</sup>

United States v. O'Brien, 391 U. S. 367 (1968) 사건에서 연방대법원은 베트남 전쟁

68) Shelby County v. Holder, 570 U. S. 529, 560 (2013) (Ginsburg, J., dissenting).

69) Ibid.

70) Sorrell v. IMS Health Inc., 564 U. S. 552, 567 (2011).

에 반대하기 위해 징집영장을 불태운 것과 관련하여 징집영장의 파손을 금지하는 법률의 적용을 옹호하였다. 징집영장을 불태운 행위는 분명히 정치적 표현이었다. 그러나 연방대법원은 행위를 규제하는 정부의 이익이 표현에 부담을 주는지 여부에 초점을 두었다. 그리고 그렇지 않았기 때문에 해당 규제는 약한 헌법적 심사의 적용을 받았다.<sup>71)</sup> O'Brien 기준은 규제가 표현의 억압과 무관하고, 그러한 규제 없이는 중요한 정부의 이익(substantial government interest)이 덜 효과적으로 달성<sup>72)</sup>될 경우에 충족된다.

FAIR 사건에서 문제가 된 법률은 고등교육기관이 비군사 채용 모집자에게 제공하는 가장 좋은 수준의 접근권과 동일한 접근권을 군대 신병 모집자에게도 제공하지 않으면 연방 기금을 지급받을 수 없다고 규정하였다.<sup>73)</sup> 몇몇 로스쿨들은 이러한 법률이 헌법 수정 제1조상 표현의 자유를 침해한다고 주장하였다. 학교들은 모집을 도와 이메일, 게시판 공지, 전단지 등을 제공하였고, 연방대법원은 이러한 서비스들이 명백하게 표현을 포함한다고 보았다.<sup>74)</sup> 설사 학교가 이러한 표현을 하는 것에 깊이 반대하더라도 법률은 학교가 평등한 서비스를 제공할 것을 요구하였다. 그러나 서비스의 평등한 제공이 헌법 수정 제1조상 금지된 ‘강요된 표현’으로 바뀌는 것은 아니다. 오직 학교가 그러한 표현을 다른 모집자들에게도 제공하는 경우에만, 그 범위 내에서 학교의 표현이 강제되기 때문이다. 따라서 표현의 강요는 행위에 대한 법률의 규제에 부수적인 것일 뿐이다.<sup>75)</sup>

#### (나) 이 사건에의 적용

이 사건도 같은 원칙으로 해결된다.

콜로라도 주 차별금지법의 시설조항은 행위를 규제하는 것이다. 시설조항과 같은 공공시설법은 표현을 표적으로 하거나 내용을 근거로 차별하지 않는다는 것이 확립되어 있다.<sup>76)</sup> 오히려 공공시설법이 금지하는 것은 대중이 이용 가능한 상품, 특권, 서비스의 제공에 있어 개인을 차별하는 행위에 맞춰져 있다.<sup>77)</sup>

71) O'Brien, 391 U. S., at 376 - 377, 381 - 382; Clark v. Community for Creative Non-Violence, 468 U. S. 288, 294, 299 (1984).

72) FAIR, 547 U. S., at 67 (quoting United States v. Albertini, 472 U. S. 675, 689 (1985)).

73) Id., at 55; 10 U. S. C. §983(b).

74) FAIR, 547 U. S., at 60 - 61.

75) Id., at 62.

76) Hurley, 515 U. S., at 572.

법률의 이러한 특성을 이해하면, 상고인의 표현의 자유는 유의미하게 침해되지 않았다는 것이 분명해진다. 상고인은 동성결혼이 신의 법에 어긋난다는 생각을 계속 자유롭게 지지할 수 있다.<sup>78)</sup> 상고인은 대중에 상품이나 서비스를 제공하더라도 어떤 메시지를 포함시킬지 또는 포함시키지 않을지 결정할 수 있다. 업체가 할 수 없는 것은 단지 대중에 웹사이트를 제공하면서 게이나 레즈비언 커플들에게는 같은 웹사이트의 제공을 거부하는 일이다.

다른 예를 들면, 사진가는 무엇을 찍든 자유롭게 찍을 수 있지만, 만일 인물 사진을 연다면 인종, 성별, 출신민족 또는 기타 보호의 대상이 되는 특성 때문에 고객을 거부할 수 없다.

이는 성적지향에 근거한 차별에 있어서도 마찬가지이다. 사진사가 시청 밖에 사진 부스를 열고 “방금 결혼했어요”라는 문구를 넣은 신혼부부 사진을 판매한다면, 사진사가 동성결혼이 거짓된 것이라고 생각하더라도 신혼인 게이나 레즈비언 커플에게 서비스의 판매를 거절할 수 없다.

#### (다) O'Brien 심사기준의 적용

상고인의 표현에 대한 모든 부담은 상업적 행위에 대한 콜로라도 주 차별금지법의 중립적인 규제에 부수적인 것일 뿐이므로, 그러한 규제는 앞서 O'Brien 기준에서 제시된 기준의 적용을 받는다. 그러한 기준은 쉽게 충족된다. 규제 없이는 덜 효과적으로 달성되는 중요한 정부 이익을 해당 법률을 적용함으로써 도모할 수 있기 때문이다.<sup>79)</sup> 실제로 연방대법원은 ‘차별을 제거하고 대중이 이용 가능한 상품과 서비스에 대한 시민들의 평등한 접근권을 보장하는’ 주의 목적은 표현의 억압과는 무관하고 가장 높은 수준의 주의 긴절한 이익을 분명히 도모한다<sup>80)</sup>고 보았다.

#### (3) 문제의 성격 - ‘상업적’ 행위에 대한 ‘내용중립적’ 규제에 ‘부수되는’ 부담

연방대법원은 이 사건에서 잘못된 대답을 내놓았다. 왜냐하면 잘못된 질문을 했기 때문이다. 문제는 업체의 상품이 표현의 요소를 포함하느냐가 아니다. 업체가 표현을 대중에 제공하기로 결정한 경우, 콜로라도 주 차별금지법이 업체의 진정한 반대에도 불구하고 그에게 표현을 형성하고 판매하도록 요구하느냐의 문제도 아니다. 대신 주

77) Ibid.

78) FAIR, 547 U. S., at 60; Hishon, 467 U. S., at 78; Runyon, 427 U. S., at 176.

79) FAIR, 547 U. S., at 67.

80) Roberts, 468 U. S., at 624.

행위의 성격과 표현과의 관계에 초점을 맞추는 것이 적절하다. 업체의 표현은 업체가 그 표현을 대중에 제공하기로 결정한 경우에만 강제되므로, 표현에 가해지는 부담은 행위에 대한 내용중립적(content-neutral) 규제에 명백히 부수적인 성격을 띠 뿐이다.

법정의견은 FAIR 사건(군대 신병 모집자)의 이러한 분명한 판시를, FAIR 사건에서의 강요된 표현이 ‘군수적(logistical)’이므로 ‘부수적’이라고 주장하며 구별 짓고자 하였다. 이러한 시도는 두 가지 면에서 잘못되었다. 첫째, 법정의견은 왜 표현의 강제가 행위에 대한 법률의 규제에 부수적인가에 관한 연방대법원의 핵심적인 논증을 무시하였다. 표현의 강제는 규제를 받는 업체가 그러한 표현을 다른 사람들에게도 제공하는 경우에만 그 범위 내에서 일어난다는 것이다. 둘째, 법정의견은 이 사건 상고인이 주장하는 공공시설법 적용 면제의 전면적인 성격을 완전히 무시하였다. 상고인은 동성 커플에게는 모든 웨딩 웹사이트의 제작을 거부할 것이라고 주장하였다. (FAIR 사건의 예시와 비슷하게) 결혼식 시간과 장소를 공지하는 것조차 표현의 자유를 침해하는 것이라고 주장하였다. 실제로 상고인은 동성 커플이 이 업체의 이성 커플 웨딩 웹사이트에서 이름과 결혼식 날짜만 바꾸고 동일하게 제작해줄 것을 요청해도 이를 거절할 것이라고 밝혔다. 이것은 지위에 근거한(status-based) 차별이다.

법정의견은 상고인이 동성결혼 웹사이트를 판매하지 않을 뿐, 그녀의 상품과 서비스를 동성 커플에게도 기쁘게 판매할 것이라고 주장하였다. 물론 게이나 레즈비언 커플이 이성애자 친구들을 위해 웨딩 웹사이트를 구입할 수도 있겠지만 이러한 논리는 당혹스럽다. 이런 논리라면 Heart of Atlanta Motel은 흑인들이 여전히 그들의 백인 친구들을 위해 방을 빌릴 수 있다고 주장하였을 수 있다. 상고인이 게이와 레즈비언 고객에게 다른 웹사이트는 판매 가능하다고 대답했지만 이는 바베큐 식당이 흑인들에게 테이블 서비스는 거부하고 테이크 아웃 서비스만 제공한 것과 다를 것이 없다.

법정의견이 원용한 Hurley 판결(퍼레이드)과 Dale 판결(보이 스카우트)은 대중이 이용 가능한 상품의 제공에 있어 ‘명백히 상업적인 업체’에 의한 차별행위에 대한 것이 아니라 사적이고 비영리적인 표현적 단체에 대해 표현에 직접적으로 부담을 주는 방식으로 공공시설법이 적용된 것이므로 FAIR 사건과는 대비된다.

그러나 이 사건에서 상고인 회사는 명백히 상업적인 단체이다. 이 업체는 대중에 서비스를 판매하는 경우에만, 그리고 성적지향을 근거로 그러한 서비스의 평등한 제공을 거부하는 경우에만 콜로라도 주 차별금지법의 규제를 받게 될 것이다. 주는 이

업체가 어떤 서비스를 제공하기로 결정하든지 그 안에 어떤 메시지도 자유롭게 포함시키거나 뺄 수 있다고 확인하였다. 그리고 이 업체는 지위에 근거한 차별행위를 할 예정이라고 밝혔다. 따라서 업체의 표현에 가해지는 부담은 상업적 행위에 대한 주의 내용중립적 규제에 부수적인 것일 뿐이다.

법정의견은 콜로라도 주가 주법을 적용하고자 하는 목적을 ‘동성결혼에 대한 반대적 생각의 강압적 제거’라고 보았다. 그러나 이 주장과 반대로, 대중을 대하는 사업체는 원하는 모든 사람들을 받아들여야 한다고 규정한 법률은 중립적인 관점의 교본<sup>81)</sup>이다.

법정의견은 이 사건이 *Barnette* 판결(국기에 대한 맹세)과 닮았다고 주장하였지만, 평등한 접근권에 관한 내용중립적인 정책은 정부가 선택한 맹세를 지지하도록 강제하는 것과는 전혀 다르다.

#### 다. 법정의견이 가져올 폐해에 대한 비판

오늘은 미국 헌법과 LGBT의 삶에 있어서 슬픈 날이다. 연방대법원은 특정 종류의 사업이, 비록 대중에 개방되었을지라도, 보호의 대상이 되는 집단의 구성원에게 서비스를 거부할 헌법상의 권리를 갖는다고 선언하였다. 연방대법원의 역사상 처음 있는 일이다. 동성 커플에게 완전하고 평등한 서비스의 제공을 거부하는 업체가 제기한 소송에서 새로운 차별 허가증을 발급해 줌으로써 나타나는 즉각적이고 상징적인 효과는 게이와 레즈비언들을 열등한 지위로 낙인찍는 것이다. 이러한 낙인적 피해는 서비스의 거절이 야기할 수 있는 가장 높은 수준의 폐해이다.

LGBT 운동은 역사적인 발걸음을 해 왔고, 나는 그 역사에서 연방대법원이 최근 해온 역할을 자랑스럽게 생각한다. 그러나 오늘 우리는 뒷걸음질을 했다.

LGBT 공동체에게 가장 긴급한 것은 아마도 오늘 판결의 결과이겠지만, 그 논리는 성적지향이나 젠더 정체성에 근거한 차별에만 한정되지 않을 수 있다. 이 판결은 시장을 분열시키고 다른 집단을 많은 서비스에서 배제시킬 수 있다. 예를 들어, 웹사이트 디자이너는 마찬가지로 인종이 서로 다른 커플을 위한 웨딩 웹사이트의 제작을 거부할 수도 있다. 우리는 “전능하신 신께서 인종이 섞이는 것을 의도하지 않으셨다”<sup>82)</sup>라는 이유로 인종 간 결혼에 대한 반대가 빈번했던 것을 얼마나 빨리 잊었는가.

81) *Christian Legal Soc. Chapter of Univ. of Cal., Hastings College of Law v. Martinez*, 561 U. S. 661, 695 (2010).

문구점 주인은 장애인 커플에게 그들의 출산을 반대한다는 이유로 출생 알림 용품을 판매하지 않을 수 있다. 대형 소매점이 가족사진 서비스를 전통적인 가족들에게만 제공할 수도 있다.

웨딩 웹사이트, 출생 알림, 가족사진, 묘비. 이것들은 단순히 글과 이미지만이 아니다. 이들은 인간의 일생에서 가장 심오한 순간들이며, 삶에 개인적, 문화적 의미를 주는 순간들이다.

그러나 우리는 연방대법원의 판결에 무기력한 것만은 아니다. 우리 헌법의 의미는 법학 책이 아니라 헌법에 따라 살아가는 사람들의 정신에서 찾을 수 있다. 미국의 모든 사업주들은 헌법의 가치에 따라 살아갈지를 선택할 수 있다. 분명히 말하지만, 부당한 차별은 헌법의 가치가 아니다.

법정의견의 유쾌하지 못한 교훈은 내 것은 내 것이고 네 것은 네 것이라는 것이다. 그러나 공공시설법의 역사가 주는 교훈은 다르다. 자유롭고 민주적인 사회에서 사회적 계급제도는 존재할 수 없다. 이는 공공시장에서도 마찬가지여야 한다. 정부가 한 사람의 손에 쥐어진 1달러로 다른 사람의 손에 쥐어진 1달러와 같은 것을 살 수 있게 보장할 힘이 없다면 ‘자유의 약속’은 공허한 것이기 때문이다.<sup>83)</sup> 오늘 법정의견은 이 약속에서 후퇴하였기에 나는 법정의견에 반대한다.

### Ⅲ. 판결의 의의

이 판결은 연방대법원의 5년 전 판결인 Masterpiece Cakeshop 판결<sup>84)</sup>의 후속 판결이다. Masterpiece Cakeshop 사건에서 독실한 기독교인인 제빵사는 동성커플에게 결혼식 피로연을 위한 웨딩 케이크의 판매를 거부하였고, 콜로라도 주 민권위원회는 이를 콜로라도 주 차별금지법 위반으로 판단하였다. 연방대법원은 7대 2의 결정으로 민권위원회가 ‘법률은 종교에 중립적인 방식으로 적용되어야 한다’는 헌법 수정 제1 조상의 원칙을 위반하여 종교적 적대감을 갖고 제빵사의 표현의 자유를 침해하였다고 판단하였다. 다만, 위 사건에서는 콜로라도 주 민권위원회가 종교에 중립적인 방식으로 주법을 적용하였는지 여부가 주된 쟁점이었고, 당시 연방대법원은 성소수자

82) Loving v. Virginia, 388 U. S. 1, 3 (1967).

83) Jones v. Alfred H. Mayer Co., 392 U. S. 409, 443 (1968).

84) Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Comm'n, 584 U. S. \_\_\_, \_\_\_ (2018).

의 권리도 강조하며 종교적 신념이 차별금지법의 적용 면제 사유가 될 수 있는지에 대해서는 구체적인 판단을 유보하였다. 따라서 Masterpiece Cakeshop 판결에 대해서 양 당사자들은 모두 자신들의 승리로 해석하였다.

그러나 5년 후 이 판결을 통해 연방대법원은 표현의 자유의 손을 들어주었다. 콜로라도 주 차별금지법이 웹사이트 디자이너의 종교적 신념에 반하여 동성 커플에게도 맞춤형 웨딩 웹사이트를 제작해 주도록 강제하는 것은 표현의 자유를 침해한다고 판단한 것이다. 연방대법원의 이번 판결은 일부 사람들에게는 표현의 자유와 종교의 자유를 규정한 헌법 수정 제1조의 승리로, 일부 사람들에게는 공공시설에의 평등한 접근권과 성소수자 권리의 후퇴로 받아들여지고 있다.



최신 세계헌법판례

# 프랑스

Ⅰ ‘프랑스 공화국의 원칙에 대한 존중을 강화하는 법률’에 대한  
사전적 위헌법률심판 / 책임연구관 한동훈

Ⅱ ‘주택의 불법점거를 규제하는 법률’에 대한 사전적 위헌법률심판  
/ 책임연구관 한동훈



# ‘프랑스 공화국의 원칙에 대한 존중을 강화하는 법률’에 대한 사전적 위헌법률심판<sup>1)</sup>

## I. 사건개요

프랑스 의회는 ‘프랑스 공화국의 원칙에 대한 존중을 강화하는 2021년 8월 24일 법률’(LOI n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République, 이하 ‘심판대상법률’이라 한다)을 2021년 7월 23일에 최종적으로 가결하였다.

심판대상법률은 프랑스 내에서 급진적 이슬람주의의 성장에 대처하는 것을 주된 목적으로 하며, 이를 위해서 ‘교회와 국가의 분리에 관한 1905년 12월 9일 법률’(Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat)을 개정하고, 공화주의적 원칙에 대한 존중을 강화하는 여러 규정을 포함하고 있다.<sup>2)</sup> 특히 심판대상법률은 공화주의적 원칙에 대한 존중을 강화하기 위해 결사의 자유를 제한하는 여러 규정을 새롭게 도입하고 있다.

프랑스의 하원의원들과 상원의원들은 2021년 7월 26일에 프랑스 헌법 제61조 제2항<sup>3)</sup>의 규정에 근거하여 심판대상법률의 일부 조항에 대해서 프랑스 헌법재판소에 사전적 위헌법률심판을 청구하였다.

구체적으로 살펴보자면, 공화당(les Républicains), 민주당 및 무소속 연합(Union des démocrates et indépendants), 자유와 영토(Libertés et territoires) 소속 하원의원들은 심판대상법률의 가결절차가 헌법에 위반되고 심판대상법률 제49조가 교육의 자유를 침해

1) Décision n° 2021-823 DC du 13 août 2021.

2) 그러나 심판대상법률은 이와 같은 주된 목적과 직접적 관련성이 부족한 인터넷상의 혐오표현에 관한 규제, 홈스쿨링에 관한 규제에 대한 내용도 포함하고 있다. 심판대상법률은 전체적으로 제1절 공화국의 원칙과 사회생활에서의 최소한의 요청에 대한 존중을 강화하기(제1조에서 제67조), 제2절 종교의식의 자유로운 행사를 보장하기(제68조에서 제88조), 제3절 기타 규정(제89조에서 제90조), 제4절 해외령에 관한 규정(제91조에서 제103조)으로 구성되어 있다.

3) 프랑스 헌법 제61조 “① 조직법률은 공포되기 전에, 헌법 제11조에서 언급된 법률안은 국민투표에 회부되기 전에, 의회의 의사규칙은 시행되기 전에 헌법재판소에 회부된다.

② 이와 같은 목적을 위해 대통령 · 수상 · 하원의장 · 상원의장 · 60인의 하원의원 · 60인의 상원의원은 법률이 공포되기 전에 헌법재판소에 청구할 수 있다.”

한다는 주장을 하였다. 사회당 및 사회당에 연합한 의원들(Socialistes et apparentés), 굴복하지 않는 프랑스(La France insoumise), 민주 및 공화주의적 좌파(Gauche démocrate et républicaine) 소속 하원의원들은 심판대상법률 제9조, 제12조, 제15조, 제16조, 제26조 및 제36조의 일부 규정이 결사의 자유를 침해하고 법률의 접근가능성 및 명확함이라는 헌법적 가치를 가지는 목적 등에 반한다고 주장하였다. 한편 공화당(Les Républicains) 소속의 상원의원들은 심판대상법률 제49조가 교육의 자유를 침해한다고 주장하였다.

프랑스 헌법재판소는 2021년 8월 13일의 결정을 통해서 결사의 자유를 제한하는 심판대상법률의 일부 규정에 대해서 위헌 또는 조건부 합헌결정을 선고하였다. 아래에서는 심판대상법률 가운데 결사의 자유를 제한하는 규정을 중심으로 살펴보고자 한다.

## II. 주문

1. 심판대상법률 제16조 I의 3° 제3항 및 제4항과 제26조는 헌법에 위반된다.
2. 심판대상법률 제12조는 판시이유 25에서 실시한 유보 하에 헌법에 합치한다.<sup>4)</sup>

## III. 심판대상조항 및 관련조항

사전적 및 추상적 규범통제의 심판대상이 된 조항은 다음과 같다.

---

4) 프랑스 헌법재판소는 사전적 위헌법률심판의 결정의 유형으로 위헌결정, 단순기각결정(합헌결정) 이외에 일정한 조건 하에 합헌이라고 결정하는 조건부 합헌결정(décisions de conformité sous réserve) 형식도 사용하고 있다. 조건부 합헌결정은 제한적 해석결정(interprétations restrictives), 건설적 해석결정(interprétations constructives), 명령적 해석결정(interprétations directives)으로 세분화된다. 제한적 해석결정은 헌법재판소가 직접적으로 해당 법률의 효력을 제한하면서 법규 조항의 내용에 관하여 해석하는 결정이며, 건설적 해석결정은 헌법재판소가 법규범의 의미를 보충하거나 세분화하여서 그 효력을 확장함으로써 위헌선언을 피하는 결정이며, 명령적 해석결정은 헌법재판소가 행한 해석에 부합하도록 명령이나 지침을 내리는 결정형식이다. 본 결정의 주문 2는 제한적 해석결정으로 분류될 수 있다. 전학선, 프랑스 헌법소송론, 한국문화사, 2022, 422-442면

## 심판대상조항

프랑스 공화국의 원칙에 대한 존중을 강화하는 2021년 8월 24일 법률

제12조: ‘시민과 행정기관과의 관계에서 시민의 권리에 관한 2000년 4월 12일 법률’(Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations) 제10조 다음에 다음과 같은 제10-1조를 추가한다.:

« 제10-1조: 제9-1조의 규정에 따라 행정기관 또는 산업적 및 상업적 공역무를 담당하는 기관에게 보조금을 요청하는 일체의 결사 또는 재단은 공화주의 서약(contrat d’engagement républicain)의 서명을 통해서 다음과 같은 의무를 부담한다.

1° 자유, 평등, 연대 및 인간의 존엄성 원칙과 헌법 제2조<sup>5)</sup>가 규정하는 프랑스의 상징을 존중할 의무;

2° 프랑스의 세속국가적 성격에 대해 의문을 제기하지 않을 의무;

3° 공적 질서를 침해하는 일체의 행동을 하지 않을 의무

‘시민과 행정기관과의 관계에서 시민의 권리에 관한 2000년 4월 12일 법률’ 제25-1조에 따라 승인된 결사 및 공익성이 인정된 결사 및 재단은 이와 같은 의무를 충족한 것으로 간주된다.

자신이 서명한 공화주의 서약에 기재된 원칙을 준수할 의무가 있는 결사는 일체의 수단을 통해서 자신들의 구성원에게 공화주의적 약속을 알린다.

보조금의 지급을 요청하는 결사 또는 재단의 목적, 활동 또는 활동방법이 불법적이거나 서명한 공화주의 서약과 조화되지 않는 경우, 보조금을 요청받은 행정기관 또는 산업적 및 상업적 공역무를 담당하는 기관은 이를 거부한다.

보조금의 혜택을 받는 결사 또는 재단이 불법적인 목적을 추구하거나, 불법적인 활동을 하거나 또는 이들 결사 또는 재단의 활동방법이 서명한 공화주의 서약과 조화되지 않는다는 점이 명백한 경우, 보조금을 지급한 기관은 ‘국민과 행정기관과의 관계법전’(code des relations entre le public et l’administration) 제L. 122-1조가 규정하는 조건에 따라 보조금을 지급받은 결사 또는 재단이 자신의 의견을 제출할 기회를 준

5) 프랑스 헌법 제2조 : “① 프랑스 공화국의 국어는 프랑스어이다.

② 국가상징은 청·백·적의 삼색기이다.

③ 국가(國歌)는 라마르세이예즈(La Marseillaise)이다.

④ 프랑스 공화국은 자유·평등·박애를 국시로 한다.

⑤ 프랑스 공화국은 국민의, 국민에 의한, 국민을 위한 정부를 원칙으로 한다.”

다음에 이유가 부기된 결정을 통하여 보조금의 회수를 진행하며, 보조금의 수익자에게 회수결정이 내려진 때부터 6개월을 초과하지 않는 기간 동안에 지불된 금액 또는 현물 보조금의 경우에는 그 금전적 가치의 반환을 명한다.

본조 제1항에서 규정한 기관이 제8항에서 규정한 조건에 따라 보조금의 회수를 진행할 때, 이들 기관은 자신의 결정을 해당 결사 또는 재단이 소재하는 국가의 대표자에게 통지하며, 필요한 경우에 이들 결사 또는 재단의 재정에 기여하는 다른 기관에게도 통지한다.

국사원의 데크레(décret)<sup>6)</sup>는 본조의 구체적 적용방법을 정한다. >

제15조: ... II. ‘결사 계약에 관한 1901년 7월 1일 법률’(Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d’association) 제10조에 다음의 한 조항이 추가된다.: << 결사는 ‘시민과 행정기관과의 관계에서 시민의 권리에 관한 2000년 4월 12일 법률’ 제10-1조에서 규정하는 공화주의 서약의 원칙을 준수하는 경우에만 공익성이 인정될 수 있다. >>

III. ‘후원의 발전에 관한 1987년 7월 23일 법률’(Loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat) 제18조 제3항 다음에 다음과 같은 하나의 항이 추가된다.: << 재단은 ‘시민과 행정기관과의 관계에서 시민의 권리에 관한 2000년 4월 12일 법률’ 제10-1조에서 규정하는 공화주의 서약의 원칙을 준수하는 경우에만 공익성이 인정될 수 있다. >> ...

제16조: ... 2° 국내안전법전 제L. 212-1조는 다음과 같이 개정된다.:

a) 1°의 마지막의 << 거리에서 >>라는 용어는 << 또는 사람 또는 재산에 대한 폭력 행위 >>라는 용어로 대체된다. ...<sup>7)</sup>

3° 국내안전법전 제L. 212-1조 다음에 다음과 같은 제L. 212-1-1조 및 제L. 212-1-2

6) ‘데크레’(décret)는 대통령 또는 수상이 발동하는 명령이다. 데크레는 제정절차에 따라서 국사원의 심의를 거친 명령, 국무회의의 심의를 거친 명령, 단순한 명령으로 나눌 수가 있다. 이러한 데크레는 개입영역에 따라 헌법 제37조의 독자명령과 헌법 제21조의 집행명령으로 구분할 수 있다. 프랑스 헌법은 헌법에서 법률로 규정하도록 하는 사항 이외의 사항은 (법규)명령으로 규정하도록 하는데 이러한 것이 헌법 제37조에 의한 독자명령이고, 법률을 집행하기 위한 명령이 헌법 제21조에 의한 집행명령이다. 한국법제연구원, 프랑스 법령용어집, 2008, 283-284면.

7) 심판대상법률 제16조 2°의 개정사항이 반영되면 국내안전법전 제L.212-1조가 다음과 같이 개정된다. 국내안전법전 제L.212-1조: “다음에 해당하는 일체의 결사 및 사실상의 단체는 국무회의에서 내려지는 데크레를 통해 해산된다 : 1° 무장 시위 또는 사람 또는 재산에 대한 폭력행위를 선동하는 결사 및 사실상의 단체 ... ”

조가 추가된다: << 제L. 212-1-1조: 제L. 212-1조를 적용함에 있어서, 가용 수단을 고려하여 볼 때, 결사 또는 사실상의 단체의 지도자가 폭력행위와 관련된 정보를 전달 받았음에도 이와 같은 행위를 중단시키기 위해 필요한 조치를 취하지 않은 경우에, 결사 또는 사실상의 단체의 구성원이 이들 결사 또는 단체의 구성원의 자격으로 제L. 212-1조에서 규정하고 있는 폭력행위를 하거나, 제L. 212-1조에서 규정하고 있는 폭력행위가 결사 또는 사실상의 단체의 활동에 직접적으로 관련될 때, 제L. 212-1조에서 규정하고 있는 폭력행위의 책임을 결사 또는 사실상의 단체에게 물을 수 있다. >>

<< 제L. 212-1-2조: 내무부 장관은 긴급한 경우에 제L. 212-1조에 근거한 해산절차의 대상이 되는 결사 또는 사실상의 단체의 활동의 전부 또는 일부분의 정지를 임시적으로 최대 3개월의 기간 동안 명할 수 있으며, 이 기간은 1번 갱신될 수 있다.

본조 제1항의 적용에 따른 정지조치를 위반한 행위에 대해서는 1년의 금고 및 15,000 유로의 벌금에 처한다. >> ...

제26조: ‘외국인의 입국 및 체류 및 망명권에 관한 법전’(code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile) 제IV권은 다음과 같이 개정된다.:

1° 제L. 412-5조에서 << 공적(public) >>이라는 용어 다음에 << 또는 공화국의 원칙에 대한 거부를 표명한 것이 명백할 경우에 >>가 추가된다.

2° 제L. 432-1조 및 제L. 432-4조에 << 또는 공화국의 원칙에 대한 거부를 표명한 것이 명백할 경우에 >>가 추가된다.

## 관련조항

### ‘시민과 행정기관과의 관계에서 시민의 권리에 관한 2000년 4월 12일 법률’

제25-1조: 개별적 승인의 발급을 위해 요구되는 특별한 조건과 관계없이, 국가 또는 공공기관이 결사 계약에 관한 1901년 7월 1일 법률 또는 바랭(Bas-Rhin), 오랭(Haut-Rhin) 및 모젤(Moselle) 도에서 적용되는 지역 민법전이 규정하는 결사에 발급하는 일체의 승인은 다음과 같은 조건을 충족해야 한다.:

- 1° 공익적 목적에 부응할 것
- 2° 민주적 활동방법을 제시할 것
- 3° 재정적 투명성을 보장할 수 있는 규칙을 준수할 것

4° 공화주의 서약의 원칙을 준수할 것

공익성이 인정된 결사는 이와 같은 조건을 충족하는 것으로 간주된다.

승인을 발급받은 일체의 결사는 법률이 규정하는 일체의 승인 절차의 범주에서 5년의 기간 동안 이와 같은 조건을 충족한 것으로 간주된다. 국사원의 데크레는 본조의 적용조건을 정한다.

### ‘국내안전법전’

제L.212-1조: 다음에 해당하는 일체의 결사 및 사실상의 단체는 국무회의에서 내려지는 데크레를 통해 해산된다.:

1° 거리에서 무장 시위를 선동하는 결사 및 사실상의 단체

2° 또는 군사적 형태 및 조직을 통해서 군대 또는 민병대의 성격을 나타내는 결사 및 사실상의 단체

3° 또는 프랑스 영토의 완전성에 대한 침해 또는 폭력을 통해서 정부의 공화주의적 형태에 위해를 가하는 것을 목적으로 하는 결사 및 사실상의 단체

4° 또는 그 활동이 공화국의 합법성의 회복에 관한 조치를 저지하는 결사 및 사실상의 단체

5° 또는 적과 협력하여 국가원수를 비난하는 것을 목적으로 하는 사람들을 규합하는 것을 목적으로 하거나, 이와 같은 협력을 찬양하는 것을 목적으로 하는 결사 및 사실상의 단체

6° 또는 출신, 어떤 민족, 국가, 인종 또는 종교에 참여 또는 비참여를 이유로 어떤 사람 또는 단체에 대해 차별, 증오 또는 폭력을 선동하거나, 이와 같은 차별, 증오 또는 폭력을 정당화하거나 장려하는 사상 또는 이론을 선전하는 결사 및 사실상의 단체

7° 또는 프랑스 또는 외국에서 테러행위를 선동하기 위하여, 프랑스 영토에서 또는 프랑스 영토로부터 폭력행위에 전념하는 결사 또는 사실상의 단체 ... »

### ‘외국인의 입국 및 체류 및 망명권에 관한 법전’

제L. 412-5조: 어떤 외국인의 프랑스에서의 체류가 공적 질서에 위협이 되는 경우에는 임시 체류증, 다년 체류증, 제L. 425-4조 또는 제L. 425-10조에서 규정한 임시 체류 허가증의 발급 및 거주증 발급 및 “장기거주 - EU”라는 문구가 기재된 거주증의 발급이 금지된다.

제L. 432-1조: 임시 체류증, 다년 체류증 또는 거주증의 발급은 프랑스에서의 체류가 프랑스의 공적 질서에 위협이 되는 일체의 외국인에 대해 이유가 기재된 결정을 통해서 거부될 수 있다.

제L. 432-4조: 임시 체류증, 다년 체류증은 프랑스에서의 체류가 프랑스의 공적 질서에 위협이 되는 일체의 외국인에 대해 이유가 기재된 결정을 통해서 취소될 수 있다.

## IV. 판단

### 1. 심판대상법률 제12조에 대한 판단

1) 심판대상법률 제12조는 ‘시민과 행정기관과의 관계에서 시민의 권리에 관한 2000년 4월 12일 법률’에 제10-1조를 추가한다. ‘시민과 행정기관과의 관계에서 시민의 권리에 관한 2000년 4월 12일 법률’ 제10-1조는 공적 보조금을 요청하는 일체의 결사 또는 재단은 공화주의 서약에 서명해야 한다는 점을 규정한다(판시이유 16).

2) 청구인들은 입법자가 자신의 권한범위를 위반하였으며, 법률의 접근가능성(*accessibilité*)과 명확함(*intelligibilité*)<sup>8)</sup>이라는 헌법적 가치를 가지는 목적(*objectif de valeur constitutionnelle*)과 결사의 자유를 침해하였다고 주장하였다(판시이유 17).

3) 첫째로, 입법자는 헌법 제34조<sup>9)</sup>가 부여하는 권한을 완전히 행사해야 한다. 이와

8) 헌법적 가치를 가지는 목적에 해당되는 ‘법률의 접근가능성(*accessibilité*)과 명확함(*intelligibilité*)’은 입법자로 하여금 충분히 명확한 법률규정과 모호하지 않은 표현을 사용할 것을 명한다. Louis Favoreu/Loïc Philip/Laurent Domingo/Patrick Gaïa/Marc Guerrini/Ferdinand Mélin-Soucramanien/Éric Oliva/André Roux, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2022, p. 413.

9) 프랑스 헌법 제34조 : “① 법률은 다음 사항을 규정한다.

- 시민적 권리 및 공적 자유의 행사를 위해 시민에게 부여된 기본적 보장; 자유, 다원주의 미디어의 독립; 국방을 위해 시민에게 과하여진 신체 및 재산상 의무;
- 국적, 개인의 신분 및 법적 능력, 부부재산제, 상속 및 증여;
- 중죄 및 경죄 및 위법행위의 결정과 그에 대한 형벌; 형사소송절차; 사면; 새로운 심급의 법원 설치와 사법관의 지위에 관한 규정;
- 모든 주세의 과세기준, 세율, 징수방식; 화폐발행제도.

② 법률은 다음 사항에 대해서도 규정한다.

- 의회, 지방의회, 재외 프랑스인의 대표부, 지방자치단체의 심의회 구성원의 선거위임과 선거기능

같은 입법자의 권한의 완전한 행사와 ‘1789년 인간과 시민의 권리선언’ 제4조<sup>10)</sup>, 제5조<sup>11)</sup>, 제6조<sup>12)</sup> 및 제16조<sup>13)</sup>에서 도출되는 법률의 접근가능성과 명확함이라는 헌법적 가치를 가지는 목적에 따라 입법자는 충분히 명확한 법률규정 및 모호하지 않은 표현을 사용해야 한다(판시이유 18).

4) 심판대상법률 제12조는 공적 보조금을 요청하는 일체의 결사 또는 재단에 대하여 행정기관 또는 산업적 및 상업적 공역무를 담당하는 기관을 상대로 하는 공화주의 서약에 서명할 의무를 부담하게 한다. 심판대상법률 제12조는 보조금의 지급을 요청하는 결사 또는 재단의 목적, 활동, 활동방법이 불법적이거나, 공화주의 서약과 조화되지 않는 경우에 이들 행정기관 등으로 하여금 보조금 지급을 거부하거나 지급된 보조금을 회수하도록 규정한다(판시이유 19).

5) 심판대상법률 제12조의 문언에 따르면, 공화주의 서약에 규정된 의무는 자유, 평등, 연대 및 인간의 존엄성의 원칙 및 헌법 제2조에 규정된 공화주의적 상징 - 즉

의 행사조건;

- 공공기관의 설립;
  - 국가의 일반 공무원 및 군공무원의 신분보장;
  - 기업의 국유화 및 공기업의 민영화;
- ③ 법률은 다음 사항의 기본원칙을 정한다.

- 국방조직;
- 지방자치단체의 자유행정, 권한, 재원;
- 교육;
- 환경보존;
- 재산권, 물권, 민간채권, 상업채권;
- 노동권, 노동조합권, 사회보장권 …”

10) 1789년 인간과 시민의 권리선언 제4조 : “자유는 타인을 해하지 않는 모든 것을 할 수 있는 것이다. 따라서 인간의 자연권의 행사는 사회의 다른 구성원들에게 동일한 자연권의 향유를 보장하는 한도에 서만 인정된다. 이와 같은 한계는 단지 법률을 통해서만 정해질 수 있다.”

11) 1789년 인간과 시민의 권리선언 제5조 : “법률은 사회에 유해한 행위만을 금지할 수 있다. 법률로서 금지되지 않은 것은 방해받을 수 없으며, 어느 누구도 법률이 명하지 않은 것을 하도록 강요받을 수 없다.”

12) 1789년 인간과 시민의 권리선언 제6조 : “법률은 일반의사의 표현이다. 모든 시민은 누구나 자신이 직접하거나 또는 그의 대표자를 통해서 법률의 제정에 참여할 권리를 가진다. 법률은 보호하든지, 처벌하든지, 만인에 대해서 동일해야 한다. 법률 앞에 평등한 모든 시민은 덕성과 재능에 의한 차별 이외에는 누구나 그의 능력에 따라서 공적인 고위직, 지위, 직무에 동등하게 임명될 수 있다.”

13) 1789년 인간과 시민의 권리선언 제16조 : “권리보장이 확보되어 있지 않고, 권력분립이 규정되어 있지 아니한 모든 사회는 헌법을 가진 것이라고 할 수 없다.”

국가적 상징, 국가, 공화국의 국시(國是) - 을 존중하는 의무, 프랑스의 세속국가적 성격에 대해 의문을 제기하지 않을 의무 및 공적 질서를 침해하는 일체의 행동을 하지 않을 의무이다. 의회의 법률제정과정에서 따르면 공적 질서를 침해하는 일체의 행동을 하지 않을 의무는 공공의 안녕과 공적 안전에 대한 심각한 혼란을 초래할 수 있는 행위를 대상으로 한다. 그러므로 입법자는 공화주의 서약이 규정하는 의무를 명확하게 규정하였다(판시이유 20).

6) 따라서 입법자가 자신의 권한범위를 위반하였고, 법률의 접근가능성 및 명확성이라는 헌법적 가치를 가지는 목적을 위반하였다는 청구이유는 배척되어야 한다(판시이유 21).

7) 둘째로, 결사의 자유는 공화국 법률에 의해 인정된 기본적 원칙(principes fondamentaux reconnus par les lois de la République) 중의 하나이며, 헌법 전문에서 엄숙히 재천명되었다. 이와 같은 헌법적 근거에 따라 결사는 자유롭게 구성되며, 사전적 신고의 제출이라는 유일한 조건 하에서 공개될 수 있다(판시이유 22).

8) 결사가 공적 보조금을 요청할 때 공화주의 서약에 서명해야 하는 의무는 결사의 구성 및 결사의 활동조건을 규제하는 것을 목적으로 하지 않는다(판시이유 23).

9) 그러나 이미 지급된 공적 보조금에 대한 반환의무는 결사가 활동하는 조건에 영향을 미칠 수 있다(판시이유 24).

10) 심판대상법률 제12조는 공화주의 서약을 위반하는 경우 보조금을 지급받은 결사 또는 재단에 의견제출의 기회를 준 다음에 행정기관 등의 이유가 기재된 결정을 통하여 공적 보조금의 회수를 진행하며, 결사에 지급된 자금의 반환을 위해서 해당 결사에 6개월의 기간이 부여된다는 점을 규정하고 있다. 그렇지만, 결사의 자유를 과도하게 제한하지 않으면서 이와 같은 회수를 통해 공화주의 서약을 위반한 이전의 기간에 대해 지급된 공적 보조금을 반환받을 수는 없다(판시이유 25).

11) 그러므로, 판시이유 25에서 실시한 유보 하에 결사의 자유를 침해하였다는 주

장은 배척되어야 한다(판시이유 26).

12) 동일한 유보 하에 ‘시민과 행정기관과의 관계에서 시민의 권리에 관한 2000년 4월 12일 법률’ 제10-1조는 다른 어떤 헌법적 요청도 위반하지 않았다. 따라서 헌법에 합치한다(판시이유 27).

## 2. 심판대상법률 제16조에 대한 판단

심판대상법률 제16조는 결사 또는 사실상의 단체가 행정적인 해산결정의 대상이 되는 경우를 규정하는 국내안전법전 제L.212-1조를 개정한다. 심판대상법률 제16조는 국내안전법전에 새로운 규정인 제L.212-1-1조를 추가하며, 이를 통해서 결사 또는 사실상의 단체의 일부 구성원의 행위가 결사 또는 사실상의 단체의 행위로 인정될 수 있다는 점을 규정한다. 또한 심판대상법률 제16조는 제L.212-1-2조를 추가함으로써 긴급한 경우 결사 또는 사실상의 단체의 일시적 활동중단을 허용한다(판시이유 32).

### 가. 결사 또는 사실상의 단체의 행정적 해산과 관련하여

1) 청구인들은 심판대상법률 제16조가 결사 또는 사실상의 단체에 속하는 구성원의 행위를 이유로 결사 및 사실상의 단체를 해산할 수 있도록 규정함으로써, ‘법인의 형사책임을 지배하는 원칙’(principes gouvernant la responsabilité pénale des personnes morales)에 반하여 타인의 행위를 통한 책임의 추정을 도입하고 있다고 비판하였다. 따라서 청구인들은 심판대상법률 제16조가 결사의 자유의 행사에 대한 ‘과도한 제한’(des restrictions disproportionnées)을 초래한다고 주장하였다(판시이유 33).

2) 결사의 자유는 공화국 법률에 의해 인정된 기본적 원칙 중의 하나이며, 헌법 전문에서 엄숙히 재천명되었다. 결사의 자유에 대한 제한은 추구하는 목적에 필요하고, 적합하고, 그리고 비례적이어야 한다(판시이유 34).

3) 국내안전법전 제L.212-1조는 결사 또는 사실상의 단체가 해산되는 경우를 규정하고 있다. 심판대상법률 제16조는 국내안전법전 제L.212-1조의 1°에 사람 또는 재산에 대한 폭력행위의 선동과 관련된 새로운 해산사유를 추가하고 있다. 게다가 새롭

게 추가된 제L.212-1-1조는 결사 또는 사실상의 단체가 그 구성원의 행위를 이유로 해산될 수 있는 조건을 규정하고 있다(판시이유 35).

4) 첫째로, 이와 같은 심판대상 법률규정을 채택함으로써, 입법자는 공적 질서의 안전이라는 헌법적 가치를 가지는 목적을 추구하였다(판시이유 36).

5) 둘째로, 심판대상법률 제16조는 그 활동이 공적 질서를 심각하게 위태롭게 하는 결사 또는 사실상의 단체의 해산만 규정하고 있다. 한편으로는, 심판대상법률 제16조는 오로지 사람 또는 재산에 대해 폭력행위를 선동하는 결사 또는 사실상의 단체만을 대상으로 한다. 다른 한편으로는, 심판대상법률 제16조는 결사 또는 사실상의 단체의 구성원이 이들 결사 또는 단체의 구성원의 자격으로 폭력행위를 하거나, 이들의 행위가 결사 또는 사실상의 단체의 활동에 직접적으로 관련된 경우 그리고 이들 결사 또는 사실상의 단체의 지도자가 관련된 정보를 전달받았음에도, 자신들이 사용할 수 있는 수단을 고려해 볼 때, 이와 같은 행위를 중단시키기 위해 필요한 조치를 취하지 않은 경우에만 결사 또는 사실상의 단체의 구성원의 행위를 결사 또는 사실상의 단체의 행위로 인정한다(판시이유 37).

6) 셋째로, 문제가 되는 결사 또는 사실상의 단체에 대한 해산결정은 대통령의 데크레라는 형식으로 내려진다. 그리고 결사 또는 사실상의 단체에 대한 해산결정은 서면으로 작성되고, 이유가 기재되어야 하며, 해당 결사 또는 단체가 서면 또는 구두로 자신들의 의견을 제출한 다음에야 이루어질 수 있다(판시이유 38).

7) 마지막으로, 문제가 되는 결사 또는 사실상의 단체의 해산결정에 대해서 행정법원에 소송 - 가치분도 포함됨 - 을 제기할 수 있으며, 행정법원은 해당 결사 또는 사실상의 단체가 야기할 수 있는 불안의 중대성을 고려하여 해산결정이 공적 질서의 보호라는 목적에 적합하고, 필요하며, 그리고 비례적이라는 점을 확인한다(판시이유 39).

8) 그러므로, 이와 같은 점을 고려해 볼 때 입법자는 결사의 자유에 대한 불필요하고, 부적합하고, 과도한 제한을 하지 않았다(판시이유 40).

9) 게다가, 결사 또는 사실상의 단체의 행정적 해산은 행정적 경찰조치이지 형사처벌적 성격을 가지는 제재가 아니다. 따라서 자기책임의 원칙(*principe de personnalité des peines*)에 반한다는 청구이유는 배척되어야 한다(판시이유 41).

10) 요컨대, 국내안전법전 제L.212-1조 1°과 제L.212-1-1조의 ‘사람 또는 재산에 대한 폭력행위’(*agissements violents à l'encontre des personnes ou des biens*)라는 문언은 다른 어떤 헌법적 요청도 반하지 않았으며, 따라서 헌법에 합치한다(판시이유 42).

#### 나. 결사 또는 사실상의 단체의 활동정지를 위한 결정과 관련하여

1) 청구인들은 심판대상법률 제16조에 의해 도입된 결사 또는 사실상 단체의 활동정지 절차에 관한 규정은 지나치게 엄격하며, 따라서 결사의 자유를 침해한다고 주장한다(판시이유 43).

2) 심판대상법률 제16조에 의해 도입된 국내안전법전 제L.212-1-2조는 긴급한 경우 내무부 장관이 제L.212-1조에 근거한 해산절차의 대상이 되는 결사 또는 사실상의 단체의 활동정지를 최대 3개월의 기간 동안 명할 수 있는 권한을 부여하며, 이 기간은 한 번 연장될 수도 있다. 따라서 심판대상법률 제16조에 의해 도입된 국내안전법전 제L.212-1-2조는 결사의 자유를 제한한다(판시이유 44).

3) 그런데 심판대상법률 제16조에 의해 도입된 국내안전법전 제L.212-1-2조는 문제의 결사 또는 사실상의 단체가 공적 질서를 심각하게 위태롭게 한다는 점이 아직은 확실하지 않은 결사 또는 사실상의 단체의 활동을 정지시키는 것을 그 목적으로 한다. 또한 법률안 제정과정을 통해 볼 때, 내무부 장관의 결사 등에 대한 활동정지를 위한 결정은 관계 기관이 결사 등의 해산과 관련된 서류심사에 필요한 시간을 확보하도록 하는 것을 목적으로 한다(판시이유 45).

4) 따라서 입법자는 긴급함 이외의 다른 조건이 없이 결사 등에 대한 활동정지를 위한 결정을 내릴 권한을 내무부 장관에게 부여함으로써, 결사의 자유에 대한 불필요하고, 부적합하고, 과도한 제한을 하였다(판시이유 46).

5) 요컨대, 심판대상법률 제16조 I의 3°의 3항과 4항은 헌법에 반한다(판시이유 47).

### 3. 심판대상법률 제26조에 대한 판단

1) 심판대상법률 제26조는 ‘외국인의 입국 및 체류 및 망명권에 관한 법전’ 제IV권의 여러 조항을 개정하였으며, 이를 통해 외국인이 프랑스 내에서 체류하기 위해서는 프랑스 공화국의 원칙에 대한 거부표시를 하지 않았을 것을 요구하였다(판시이유 48).

2) 청구인들은 ‘공화국의 원칙’(principes de la République)은 모호한 표현이라는 점과 공화국의 원칙에 대한 거부표시를 식별할 수 있는 기준이 없다는 점을 이유로 심판대상법률 제26조가 법률의 접근가능성과 명확함이라는 헌법적 가치를 가지는 목적에 반한다고 주장하였다. 뿐만 아니라, 청구인들은 심판대상법률 제26조가 그 모호한 성격 때문에 ‘자의적인 행정적 또는 사법적 결정의 위협’을 방지하지 못하며, 그 결과 왕래의 자유, 개인적 자유 및 정상적인 가정생활에 대한 권리를 침해한다고 주장하였다(판시이유 49).

3) 어떠한 헌법적 가치를 가지는 원칙 및 규칙도 외국인에게 프랑스 국내에 입국 및 체류를 위한 일반적 및 절대적 성격의 권리를 보장하지 않는다. 외국인의 입국 및 체류의 조건은 공공기관에 확대된 권한을 부여하고, 특별한 규칙에 근거하는 행정경찰적 조치에 의해서 제한될 수 있다. 따라서 입법자는 자기 자신이 정한 공익을 실현할 수 있다. 법적인 범주에서 외국인은 국민과 다른 상황에 놓여 있다(판시이유 50).

4) 그렇지만, 비록 입법자가 외국인에 대해서 특별한 조치를 취할 수 있다 하더라도, 입법자는 프랑스에 거주하는 모든 사람들에게 인정되는 헌법적 가치를 가지는 기본적 자유 및 권리를 존중해야 한다. 이와 같은 자유 및 권리는 헌법적 가치를 가지는 목적인 공적 질서의 보호와 조화를 이루어야 하며, 이와 같은 자유 및 권리에는 특히 왕래의 자유 및 정상적인 가정생활을 할 권리가 포함된다(판시이유 51).

5) 1789년 인간과 시민의 권리선언 제4조, 제5조, 제6조 및 제16조에서 도출되는 법률의 접근가능성과 명확함이라는 헌법적 가치를 가지는 목적은 입법자로 하여금 충분히 명확한 법률규정 및 모호하지 않은 표현을 채택할 것을 명한다. 따라서 입법자는 헌법이 오직 법률을 통해 규율하도록 한 사항을 행정기관 또는 사법기관에 위임하지 않으면서, 기본권 주체를 헌법에 반하는 해석 또는 자의의 위험성으로부터 보호해야 한다(판시이유 52).

6) 심판대상법률 제26조는 어떤 외국인이 공화국의 원칙에 대한 거부를 표명한 것이 확실한 경우 이와 같은 외국인에 대해서 일체의 체류증 발급 및 갱신이 거부될 수 있다고 규정한다. 뿐만 아니라, 동일한 사유에 근거하여 발급된 체류증도 취소될 수 있다(판시이유 53).

7) 입법자는 이와 같은 목적을 위해서 행정 경찰적 조치를 규정할 수 있다. 그렇지만, 입법자는 다른 어떤 구체적인 표현을 사용하지 않고 ‘공화국의 원칙’(principes de la République)을 언급하면서 외국인이 ‘공화국의 원칙에 대한 거부를 표시하였다’(manifesté un rejet)는 것만 규정함으로써, 체류증 발급, 갱신의 거부 또는 체류증 취소를 정당화하는 행위를 충분히 명확하게 규정하지 않았다(판시이유 54).

8) 따라서 심판대상법률 제26조는 법률의 접근가능성과 명확함이라는 헌법적 가치를 가지는 목적에 반한다. 결론적으로, 다른 청구이유를 검토할 필요없이 심판대상법률 제26조는 헌법에 반한다(판시이유 55).

#### IV. 결정의 의의

심판대상법률인 ‘프랑스 공화국의 원칙에 대한 존중을 강화하는 2021년 8월 24일 법률’은 프랑스 내에서의 급진적 이슬람주의자들의 성장 - 이를 프랑스에서는 ‘이슬람주의자들의 공개매입’(l’OPA islamiste)라고도 표현한다 - 에 대처하기 위한 해결책으로서의 성격을 가진다.

프랑스 헌법재판소는 이 결정을 통해 심판대상법률의 두 조항이 헌법에 반한다고

판단함으로써 기본권 보장 기관으로서의 모습을 어느 정도 확인하였다. 우선, 프랑스 헌법재판소는 내무부 장관이 해산절차의 대상이 되는 결사 등에 대하여 최대 6개월 까지 활동정지를 명할 수 있도록 규정한 심판대상법률 제16조가 결사의 자유에 대한 불필요하고, 부적합하고, 과도한 제한을 하였다고 판단하였다. 또한 프랑스 헌법재판소는 외국인이 프랑스 공화국의 원칙에 대한 거부를 표명하는 것이 확실한 경우 이와 같은 외국인에 대한 체류증 등의 발급 및 갱신의 거부를 허용하는 심판대상법률 제26조가 법률의 접근가능성과 명확함이라는 헌법적 가치를 가지는 목적에 반한다고 판단하였다.

그렇지만, 프랑스 헌법재판소는 이 결정에서 공적 보조금을 요청하는 결사 등이 공화주의 서약에 서명해야 한다는 점을 규정한 심판대상법률 제12조가 결사의 구성 및 활동조건을 규제하는 것은 아니라고 판단하였다. 이를 통해 프랑스 헌법재판소는 심판대상법률의 가장 핵심적 규정에 대해서는 합헌으로 판단하였고, 그 결과 견해에 따라서는 불명확한 의무를 국민에게 부과하는 것으로 이해될 수도 있는 심판대상법률이 프랑스의 법질서 내에서 전체적으로 유효하게 기능할 수 있게 하였다.

# ‘주택의 불법점거를 규제하는 법률’에 대한 사전적 위헌법률심판<sup>1)</sup>

## I. 사건개요

프랑스 의회는 ‘주택의 불법점거를 규제하는 2023년 7월 27일 법률’(LOI n° 2023-668 du 27 juillet 2023 visant à protéger les logements contre l'occupation illicite, 이하 ‘심판대상법률’이라 한다)을 2023년 6월 14일에 최종적으로 가결하였다.

심판대상법률은 주택의 불법점거로부터 소유자를 보다 강하게 보호하기 위해 제정되었다. 주택의 불법점거의 경우 프랑스 형법에 이미 범죄로 규정되어 있으며, 2007년에는 ‘대항할 수 있는 주거권 및 사회 통합을 위한 여러 조치를 규정하는 2007년 3월 5일 법률’(Loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale)이 제정됨에 따라 도지사의 협력을 얻어 주거의 불법점거자를 강제적으로 퇴거하는 절차가 창설되었다. 그렇지만 프랑스의 입법자는 종래의 법체계가 불충분하다고 판단하고, 주택의 불법점거로부터 소유자(*petits propriétaires*)를 보다 강하게 보호하고자 심판대상법률을 제정하였다.

진보적 성향의 정당들의 연합인 ‘새로운 생태 및 사회인민연합’(Nouvelle Union populaire écologique et sociale, Nupes) 소속 일부 하원의원들은 2023년 6월 26일에 프랑스 헌법 제61조 제2항<sup>2)</sup>의 규정에 근거하여 심판대상법률의 일부 조항에 대해서 프랑스 헌법재판소에 사전적 위헌법률심판을 청구하였다.

청구인들은 심판대상법률의 일부 조항이 법률의 접근가능성(*accessibilité*)과 명확함(*intelligibilité*)이라는 헌법적 가치를 가지는 목적(*objectif de valeur constitutionnelle*), 형벌의 필요성 및 비례성에 반하며, 사생활에 대한 존중권과 주거의 불가침권 등을 침해한다고 주장하였다.

1) Décision n° 2023-853 DC du 26 juillet 2023.

2) 프랑스 헌법 제61조 “① 조직법률은 공포되기 전에, 헌법 제11조에서 언급된 법률안은 국민투표에 회부되기 전에, 의회의 의사규칙은 시행되기 전에 헌법재판소에 회부된다.

② 이와 같은 목적을 위해 대통령 · 수상 · 하원의장 · 상원의장 · 60인의 하원의원 · 60인의 상원의원은 법률이 공포되기 전에 헌법재판소에 청구할 수 있다.”

프랑스 헌법재판소는 2023년 7월 26일 결정을 통해서 심판대상법률의 일부 조항에 대해서 위헌 또는 조건부 합헌결정을 선고하였다. 아래에서는 프랑스 헌법재판소가 위헌 또는 조건부 합헌결정을 선고한 조항을 중심으로 살펴보고자 한다.

## II. 주문

1. 심판대상법률 제7조는 헌법에 위반된다.
2. 심판대상법률 제6조 I 에 따라 규정된 형법전 제L. 226-4조의 마지막 항은 판시 이유 49에서 실시한 유보 하에 헌법에 합치한다.
3. 심판대상법률 제1조, 제2조, 제3조 및 제6조 II는 헌법에 합치한다.

## III. 심판대상조항 및 관련조항

사전적 및 추상적 규범통제의 심판대상이 된 조항은 다음과 같다.

### 심판대상조항

주택의 불법점거를 규제하는 2023년 7월 27일 법률

제1조: 형법전 제III권 제 I 절에 다음과 같은 제V장이 추가된다.:

« 제V장 주거용 또는 상업적, 농업적 또는 직업적 용도의 건물에 대한 불법 점거

제315-1조: 법률이 허용하는 경우를 제외하고, 부정한 방법, 위협, 폭력행위 또는 강요를 통해서 주거용 또는 상업적, 농업적 또는 직업적 용도의 건물에 침입하는 행위는 2년의 금고 및 30,000유로의 벌금에 처한다.

법률이 허용하는 경우를 제외하고, 제1항에서 규정한 침입을 한 다음에 해당 건물에 거주하는 행위는 2년의 금고 및 30,000유로의 벌금에 처한다.

제315-2조: 해당 장소로부터의 퇴거를 명하는 법원의 최종적이며, 집행 가능한 결

정을 위반하면서, 주거용 건물에 권리나 자격이 없이 2개월 이상 거주하는 행위는 7,500유로의 벌금에 처한다. … »

제2조: 민사집행절차법전(Code des procédures civiles d'exécution) 제L. 412-3조에 다음과 같은 한 항이 추가된다.: « 본조 제1항 및 제2항은 퇴거 명령을 받은 점거자가 부정한 방법, 위협, 폭력행위 또는 강요를 통해서 건물에 들어간 경우에는 적용되지 않는다. »

제3조: 형법전 제L. 226-4조 제1항의 « 1년 »이라는 용어는 « 3년 »이라는 용어로 변경되며, « 15,000유로 »라는 용어는 « 45,000유로 »라는 용어로 변경된다.

제6조: I. 형법전 제L. 226-4조에 다음과 같은 한 조항이 추가된다.: « 사람에게 속하는 동산이 포함된 일체의 주거용 건물은, 사람의 거주 여부나 주된 거주지인지에 관계없이, 특히 본조가 규정하는 주거이다. »

II. ‘대항할 수 있는 주거권 및 사회 통합을 위한 여러 조치를 규정하는 2007년 3월 5일 법률’(Loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale) 제38조는 다음과 같이 개정된다.:

1° 제1항은 다음과 같이 개정된다.:

- a) « 주된, »이라는 용어 다음에 « 또는 주거용 건물에 »라는 용어를 추가한다;
- b) « 또는 주거가 점거된 사람의 이익을 위해 행동하는 사람과 주거가 점거된 사람을 대리하는 모든 사람 »이라는 용어 다음에 « 또는 점거된 건물의 소유자 »;
- c) « 자신의 주거 »라는 용어 다음에, « 또는 자신의 재산 »이라는 용어를 추가한다;

d) « , 시장이 또는 집행관이 »라는 용어가 추가된다;

2° 제1항 다음에 다음과 같은 한 항이 추가된다.:

« 소유자가 점거를 이유로 자신의 권리의 증거를 제시하지 못하는 경우에, 도의 국가의 대표자는 이와 같은 권리의 확증을 72시간 내에 세무기관에 요청한다. »;

3° 제1항, 제2항 제1문 및 제2문 및 마지막 항에서 « 도지사 »라는 용어는 « 중

양정부가 파견한 도지사 »라는 용어로 변경된다;

4° 제2항의 제1문에서 << 한(prise) >>이라는 용어 다음에, << , 점거자의 개인적 및 가족적 상황을 고려한 다음에 >>라는 용어가 추가된다;

5° 제3항 제1문 다음에 다음의 제2문이 추가된다.: << 점거된 건물이 신청인의 주거가 아닌 경우에, 이 기간은 7일로 연장되며, 행정법원법전 제L. 521-1조 내지 제L. 521-3조에 근거하여 가처분 신청을 하는 경우 국가 대표자의 결정의 집행은 중단된다. >>

제7조: 민법전 제L. 1244조에 다음 한 항이 추가된다.:

<< 부동산에 대한 권리나 자격이 없는 점거는 해당 부동산의 소유자에게 해당 부동산의 유지의무를 면제하며, 그 결과로 점거 기간 동안에 부동산을 유지하지 않아서 손해가 발생한 경우 소유자는 책임을 지지 않는다. 제3자에게 손해가 발생한 경우, 해당 부동산에 대한 권리나 자격이 없는 점거자가 그 책임을 부담한다. 제1항에서 규정한 책임면제의 혜택은, 소유자 또는 소유자의 대리인이 제공한 거주 조건이 형법전 제L. 225-14조가 규정하는 인간의 존엄성에 명백히 부합하지 않는 경우에는, 적용되지 않는다. >>

## 관련조항

### '대항할 수 있는 주거권 및 사회 통합을 위한 여러 조치를 규정하는 2007년 3월 5일 법률'

제38조<sup>3)</sup>: 주된 거주지인지 여부를 불문하고, 부정한 방법, 위협, 폭력행위 또는 강

3) 심판대상법률 제6조 II의 개정사항이 반영되면 '대항할 수 있는 주거권 및 사회 통합을 위한 여러 조치를 규정하는 2007년 3월 5일 법률' 제38조는 다음과 같이 개정된다.

'대항할 수 있는 주거권 및 사회 통합을 위한 여러 조치를 규정하는 2007년 3월 5일 법률' 제38조 : "주된 거주지 여부를 불문하고, 부정한 방법, 위협, 폭력행위 또는 강요를 통해서 타인의 주거 또는 주거용 건물에 대한 침입 및 주거가 있는 경우에, 자신의 주거가 점거된 사람 또는 주거가 점거된 사람의 이익을 위해 행동하는 사람과 주거가 점거된 사람을 대리하는 모든 사람 또는 점거된 건물의 소유자는 고소를 제기하고, 해당 건물이 자신의 주거 또는 자신의 재산임을 증명하고, 그리고 사법경찰관, 시장 또는 집행관이 주거에 대한 불법점거임을 확인한 다음에, 도지사로 하여금 점거자에게 해당 장소에서의 퇴거를 명령하도록 요구할 수 있다.

소유자가 점거를 이유로 자신의 권리의 증거를 제시하지 못하는 경우에, 도지사는 이와 같은 권리의 확증을 72시간 내에 세무기관에 요청한다.

요를 통해서 타인의 주거에 대한 침입 및 거주가 있는 경우에, 자신의 주거가 점거된 사람 또는 주거가 점거된 사람의 이익을 위해 행동하는 사람과 주거가 점거된 사람을 대리하는 모든 사람은 고소를 제기하고, 해당 주거가 자신의 것임을 증명하고, 그리고 사법경찰관이 주거에 대한 불법점거임을 확인한 다음에, 도지사로 하여금 점거자에게 해당 장소에서의 퇴거를 명령하도록 요구할 수 있다.

도지사는 퇴거명령에 대한 신청이 접수된 이후 48시간 내에 결정을 한다. 제1항에서 규정한 조건이 충족되지 않은 경우 또는 긴급한 공익적 사유가 있는 경우에만 도지사는 퇴거명령을 하지 않을 수 있다. 도지사가 신청을 거부하는 결정을 할 때, 필요한 경우에 결정의 이유를 지체 없이 신청자에게 통지한다.

도지사의 명령의 집행기간은 24시간 이상이어야 한다. 도지사의 명령은 점거자에게 통지되며, 시와 해당 장소에 게시된다. 필요한 경우에, 도지사의 명령은 신청자에게 통지된다.

### ‘형법전’

제L. 225-14조: 취약함 또는 의존상태가 분명하거나, 행위자에게 인식된 사람을 인간의 존엄성과 양립할 수 없는 노동 또는 주거 조건에 복종하도록 하는 행위는 5년의 금고 및 15,000유로의 벌금에 처한다.

제L. 226-4조: 법률이 허용하는 경우를 제외하고, 부정한 방법, 위협, 폭력행위 또는 강요를 통해서 타인의 주거에 침입하는 행위는 1년의 금고 및 15,000유로의 벌금에 처한다.

---

도지사는 퇴거명령에 대한 신청이 접수된 이후 48시간 내에 점거자의 개인적 및 가족적 상황을 고려한 다음에 결정을 한다. 제1항에서 규정한 조건이 충족되지 않은 경우 또는 긴급한 공익적 사유가 있는 경우에만 도지사는 퇴거명령을 하지 않을 수 있다. 도지사가 신청을 거부하는 결정을 할 때, 필요한 경우에 결정의 이유를 지체 없이 신청자에게 통지한다.

도지사의 명령의 집행기간은 24시간 이상이어야 한다. 점거된 건물이 신청인의 주거가 아닌 경우에, 이 기간은 7일로 연장되며, 행정법원법전(code de justice administrative) 제L. 521-1조 내지 제L. 521-3조에 근거하여 가치분 신청을 하는 경우 국가 대표자의 결정의 집행은 중단된다. 도지사의 명령은 점거자에게 통지되며, 시와 해당 장소에 게시된다. 필요한 경우에, 도지사의 명령은 신청자에게 통지된다.”

**‘민법전’**

제L. 1244조: 건물의 소유자는 건물의 파손이 유지의무의 위반 또는 건축의 하자로 발생한 경우 건물의 파손으로 인한 손해에 책임이 있다.

**‘민사집행절차법전’**

제L.412-3조: 퇴거명령을 받은 주거 또는 직업적 용도의 건물의 점거자가 새로운 거처를 마련하는 것이 정상적인 상황에서 불가능한 경우 법관은 이 점거자에게 새로운 거처의 마련을 위한 기간을 승인할 수 있으며, 이 기간의 연장도 승인할 수 있다.

퇴거를 명하는 법관은 동일한 조건 하에 퇴거 기간을 승인할 수 있으며, 퇴거 기간의 연장도 승인할 수 있다.

**IV. 판단****1. 심판대상법률 제1조에 대한 판단**

1) 심판대상법률 제1조는 형법전에 제315-1조를 추가한다. 새롭게 보충된 제315-1조는 부정한 방법, 위협, 폭력행위 또는 강요를 통해서 일정한 건물에 침입하는 행위 및 이와 같은 건물에 침입한 이후에 거주하는 행위를 처벌한다(판시이유 2).

2) 청구인들은 심판대상법률 제1조에서 사용된 “주거용 또는 상업적, 농업적 또는 직업적 용도의 건물”이라는 문언을 고려해 볼 때, 심판대상법률 제1조가 새롭게 규정한 범죄행위의 정의가 명확하지 않다고 주장하였다. 청구인들은 심판대상법률 제1조가 규정한 범죄행위와 주거침입죄를 규정한 형법전 제226-4조에 따른 범죄행위가 명확하게 구분되지 않으며, 따라서 법률의 접근가능성과 명확함이라는 헌법적 가치를 가지는 목적에 반한다고 주장하였다. 또한 청구인들은 심판대상법률 제1조가 범죄와 형벌의 필요성 및 비례성에 반한다는 주장도 하였다(판시이유 3).

3) 첫째로, 1789년 인간과 시민의 권리선언(Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789, 이하 ‘1789년 인권선언’이라 한다) 제8조는 “법률은 완전히 그리고

명백히 필요한 형벌만을 규정하여야 하며, 어느 누구도 범죄행위 이전에 제정 및 공포되고, 합법적으로 적용된 법률에 의하지 아니하고는 처벌받지 않는다.”라고 규정한다. 프랑스 헌법 제61조<sup>4)</sup>는 의회가 가지는 것과 동일한 일반적인 평가권 및 결정권을 헌법재판소에 부여하지 않았다. 범죄행위와 결부된 형벌의 필요성에 대해서는 입법자의 평가권에 속하지만, 범죄행위와 형벌 사이에 명백한 불균형이 없는지를 확인하는 것은 헌법재판소의 권한이다(판시이유 4).

4) 프랑스 헌법 제34조는 “법률은 중죄 및 경죄 그리고 중죄 및 경죄에 대한 형벌 … 을 정한다.”라고 규정한다. 프랑스 헌법 제34조와 1789년 인권선언 제8조<sup>5)</sup>에 따라 입법자는 스스로 형벌의 적용영역을 정하고, 자의를 방지하기 위해 충분히 명확한 표현으로 범죄행위를 정의해야 할 의무가 있다(판시이유 5).

5) 심판대상법률 제1조에 따라 보충된 형법전 제315-1조는 부정한 방법, 위협, 폭력 행위 또는 강요를 통해서 주거용 또는 상업적, 농업적 또는 직업적 용도의 건물에 침입하는 행위 및 이와 같은 건물에 침입한 이후에 거주하는 행위에 대해 2년의 금고 및 30,000유로의 벌금에 처한다(판시이유 6).

6) 한편으로, 주거용 또는 상업적, 농업적 또는 직업적 용도의 건물이라는 개념은 불명확하지도, 불확실하지도 않다(판시이유 7). 다른 한편으로, 심판대상법률 제1조를 통해 입법자는 재산을 침해할 수 있는 일정한 행위를 처벌하고자 하였다(판시이유 8).

7) 따라서 심판대상법률 제1조가 규정한 범죄행위는 죄형법정주의와 형벌의 필요성 및 비례성 원칙에 반하지 않는다(판시이유 9).

8) 둘째로, 1789년 인권선언 제6조는 “법률은 … 보호하든지, 처벌하든지, 만인에

---

4) 프랑스 헌법 제61조 “① 조직법률은 공포되기 전에, 헌법 제11조에서 언급된 법률안은 국민투표에 회부되기 전에, 의회의 의사규칙은 시행되기 전에 헌법재판소에 회부된다.

② 이와 같은 목적을 위해 대통령 · 수상 · 하원의장 · 상원의장 · 60인의 하원의원 · 60인의 상원의원은 법률이 공포되기 전에 헌법재판소에 청구할 수 있다.”

5) 1789년 인권선언 제8조 “법률은 완전히 그리고 명백히 필요한 형벌만을 규정하여야 하며, 어느 누구도 범죄행위 이전에 제정 및 공포되고, 합법적으로 적용된 법률에 의하지 아니하고는 처벌받지 않는다.”

대해서 동일해야 한다.”라고 규정한다. 형법 앞의 평등원칙에도 불구하고 입법자는 성격이 다른 행위들을 차별할 수 있다(판시이유 10).

9) 형법전 제226-4조는 부정한 방법, 위협, 폭력행위 또는 강요를 통해서 타인의 주거에 침입하는 행위 및 타인의 주거에 침입한 이후 거주하는 행위를 처벌한다(판시이유 11).

10) 심판대상법률 제1조가 처벌하는 행위는 형법전 제226-4조가 규정하는 범죄행위의 적용영역에 포함될 수도 있지만, 심판대상법률 제1조와 형법전 제226-4조가 규정하는 범죄행위는 구분된다. 왜냐하면, 심판대상법률 제1조의 주거용 또는 상업적, 농업적 또는 직업적 용도의 건물 개념이 반드시 형법전 제226-4조가 규정하는 주거를 의미하는 것은 아니기 때문이다(판시이유 12).

11) 따라서 재산적 법익을 침해하는 범죄로서의 성격을 가지는 일정한 건물을 불법점거하는 범죄행위와 개인적 법익을 침해하는 범죄로서의 성격을 가지는 주거를 침입하는 범죄행위는 다른 성격을 가진 범죄행위이다(판시이유 13).

12) 따라서 형법 앞의 평등원칙을 반한다는 청구이유는 배척되어야 한다(판시이유 14).

13) 그러므로 심판대상법률 제1조에 따라 보충된 형법전 제315-1조는 법률의 접근가능성과 명확함이라는 헌법적 가치를 가지는 목적에 반하지 않으며, 다른 어떤 헌법적 요청도 위반하지 않았다. 따라서 헌법에 합치한다(판시이유 15).

## 2. 심판대상법률 제2조에 대한 판단

1) 심판대상법률 제2조는 민사집행절차법전 제L. 412-3조를 보충하였다. 이를 통해 입법자는 퇴거 명령이 내려진 건물을 점거하는 사람이 부정한 방법, 위협, 폭력행위 또는 강요를 통해서 건물에 침입한 경우에 기간 연장의 혜택을 볼 수 없도록 하였다(판시이유 16).

2) 청구인들은 심판대상법률 제2조가 효과적인 사법적 구제를 받을 권리 및 방어권을 침해한다고 주장하였다. 또한 청구인들은 심판대상법률 제2조가 개인적 또는 가족적 상황을 고려하지 않고 빈곤층의 퇴거를 촉진하는 결과를 초래한다는 이유로 품위 있는 주거라는 헌법적 가치를 가지는 목적에 반한다고 주장하였다(판시이유 17).

3) 첫째로, 1789년 인권선언 제16조는 “권리보장이 확보되어 있지 않고, 권력분립이 규정되어 있지 아니한 모든 사회는 헌법을 가진 것이라고 할 수 없다.”라고 규정한다. 1789년 인간과 시민의 권리선언 제16조에 근거하여 효과적인 사법적 구제를 받을 권리 및 방어권이 도출된다(판시이유 18).

4) 민사집행절차법전 제L. 412-3조의 규정에 따르면, 퇴거명령을 내리는 법관은 건물을 점거하는 사람에게 갹신 가능한 기간을 부여할 수 있다. 민사집행절차법전 제L. 412-4조는 건물의 점거자 또는 소유자 각각의 개인적 또는 가족적 사정을 고려하여 정해지는 갹신 가능한 기간은 1개월 미만 또는 1년 이상으로 정해질 수 없다고 규정한다(판시이유 19).

5) 심판대상법률 제2조는 부정한 방법, 위협, 폭력행위 또는 강요를 통해서 건물에 침입한 점거자에게 이와 같은 기간을 부여하는 것을 금지한다(판시이유 20).

6) 퇴거명령이 내려진 점거자에게 적용되는 심판대상법률 제2조는 점거자가 퇴거 청구에 대한 판단을 하는 법관 앞에서 스스로 방어할 수 있는 권한을 제한하는 것을 그 목적으로 하지 않으며, 그와 같은 효과를 초래하지도 않는다. 그러므로 효과적인 사법적 구제를 받을 권리 및 방어권을 침해한다는 주장은 배척되어야 한다(판시이유 21).

7) 둘째로, 1789년 인권선언 제2조는 “모든 정치적 결사의 목적은 인간의 자연적이며, 훼손할 수 없는 권리를 보전하는 것이다. 이러한 권리는 자유, 재산, 안전 및 압제에 대한 저항이다.”라고 규정한다. 1789년 인권선언 제2조로부터 사생활에 대한 존중권과 특히 주거의 불가침성이 도출된다(판시이유 22).

8) 1946년 헌법전문(Préambule de la Constitution de 1946)은 “인간을 노예로 만들고, 품격을 떨어뜨리고자 했던 체제에 대해 자유로운 인민들이 승리를 쟁취한 다음날, 프랑스 인민은 인종, 종교, 믿음의 구별 없이 모든 인간은 양도할 수 없고 성스러운 권리를 가진다는 점을 새로이 선언한다.”라고 규정하면서 헌법적 권리, 헌법적 자유 및 헌법적 원칙들을 재확인 및 선언하였다. 1946년 헌법전문으로부터 모든 형태의 노예화 및 타락에 반대하는 인간의 존엄성에 대한 보호라는 헌법적 가치를 가지는 원칙이 도출된다(판시이유 23).

9) 한편으로, 입법자는 심판대상법률 제2조를 가결함으로써 퇴거명령을 신속하게 집행하는 것을 보장하고자 하였다. 심판대상법률 제2조는 재산권과 1789년 인권선언 제16조가 보호하고 있는 효과적인 사법적 구제를 받을 권리로부터 도출되는 법원의 결정의 집행을 획득할 권리를 구체화하였다(판시이유 24).

10) 다른 한편으로, 갱신 가능한 기간의 혜택은 점거자가 거주하는 장소 또는 직업적 사용을 하는 장소에 부정한 방법, 위협, 폭력행위 또는 강요를 통해서 침입한 경우에는 부여되지 않으며, 퇴거명령을 내린 법관은 이와 같은 상황을 통제한다(판시이유 25).

11) 따라서 입법자는 앞에서 언급한 여러 헌법적 요청들 간에 조화를 보장하였으며, 입법자가 보장한 이와 같은 조화는 명백히 불균형적이지 않다. 따라서 여러 헌법적 요청들을 위반하였다는 청구이유는 배척되어야 한다(판시이유 26).

12) 그러므로, 심판대상법률 제2조가 규정하고 있는 민사집행절차법전 제L. 412-3 조의 마지막 항은 다른 어떤 헌법적 요청도 위반하지 않았다. 따라서 헌법에 합치한다(판시이유 27).

### 3. 심판대상법률 제3조에 대한 판단

1) 심판대상법률 제3조는 주거를 침입하는 범죄행위를 처벌하는 형벌을 가중시키기 위해서 형법전 제L. 226-4조 제1항을 개정한다(판시이유 28).

2) 청구인들은 심판대상법률 제3조가 심각하지 않은 범죄행위를 지나치게 과도한 형벌로 처벌한다고 주장하였다. 따라서 청구인은 심판대상법률 제3조가 형벌의 필요성 원칙 및 비례성의 원칙에 반한다고 주장하였다(판시이유 29).

3) 개정 전 형법전 제L. 226-4조 제1항은 주거침입죄를 1년의 금고 및 15,000유로의 벌금에 처하는 것으로 규정하였다. 그러나 심판대상법률 제3조는 이와 같은 형벌을 3년의 금고 및 45,000유로의 벌금으로 강화하였다(판시이유 30).

4) 입법자는 심판대상법률 제3조를 통해 처벌되는 행위의 성격을 고려하였으며, 타인의 주거를 침입하는 행위에 대한 처벌을 강화하고자 하였다. 입법자는 명백히 과도한 형벌을 규정하지 않았다(판시이유 31).

5) 따라서 형벌의 비례성 원칙에 반한다는 청구이유는 배척되어야 한다(판시이유 32).

6) 요컨대, 심판대상법률 제3조가 규정하는 형법전 제L. 226-4조 제1항의 « 15,000유로 »라는 용어와 « 45,000유로 »라는 용어는 형벌 필요성의 원칙에 반하지 않으며, 다른 어떤 헌법적 요청도 위반하지 않았다. 따라서 헌법에 합치한다(판시이유 33).

#### 4. 심판대상법률 제6조에 대한 판단

##### [심판대상법률 제6조 I에 대한 판단]

1) 심판대상법률 제6조 I은 주거침입죄를 규정하고 있는 형법전 제L. 226-4조에 « 사람에게 속하는 동산이 포함된 일체의 주거용 건물은, 사람의 거주 여부나 주된 거주지인지에 관계없이, 특히 본 조가 규정하는 주거이다 »라는 조항을 보충한다(판시이유 44).

2) 청구인들은 ‘특히’ 및 ‘동산이 포함된 일체의 주거용 건물’이라는 표현이 주거

개념의 혼란을 가져왔으며, 그 결과 법률의 접근가능성과 명확함이라는 헌법적 가치를 가지는 목적에 반한다고 주장하였다. 또한 청구인들은 심판대상법률 제6조 I에 따른 주거침입죄의 확대가 형벌의 필요성 원칙 및 형벌의 비례성의 원칙에도 반한다고 주장하였다(판시이유 45).

3) 형법전 제L. 226-4조는 부정한 방법, 위협, 폭력행위 또는 강요를 통해서 타인의 주거에 침입하는 행위 및 침입한 이후 거주하는 행위를 처벌한다. 파기원의 일관된 판례에 따르면, 형법전 제L. 226-4조의 주거는 사람의 거주 여부를 불문하고, 어떤 사람이 자신의 집이라고 스스로 말할 권리가 있는 장소를 말한다(판시이유 46).

4) 심판대상법률 제6조 I은 특히 사람에게 속하는 동산이 포함된 일체의 주거용 건물을, 사람의 거주 여부나 주된 거주지인지에 관계없이, 주거로 인정한다(판시이유 47).

5) 첫째로, 입법자는 주거용 건물의 정의와 관련된 심판대상법률 제6조 I을 규정함으로써 주거침입죄의 객관적 구성요건에 해당하는 주거의 개념을 보다 명확하게 하였다(판시이유 48).

6) 입법자는 사람에게 속하는 동산이 포함된 일체의 주거용 건물을 주거로 규정할 수 있지만, 이와 같은 동산의 존재 그 자체만으로 주거침입죄가 성립될 수 있도록 하는 것은 형벌 필요성의 원칙에 반한다. 그러므로 이와 같은 동산의 존재가 어떤 사람이 자신의 집이라고 스스로 말할 권리가 있다는 점을 의미하는지에 대해서 판단하는 것은 법관의 권한에 속해야 한다(판시이유 49).

7) 판시이유 49에서 실시한 유보 하에, 심판대상법률 제6조 I은 형벌의 필요성 원칙에 반하지 않는다. 따라서 형벌의 필요성 원칙에 반한다는 청구이유는 배척되어야 한다(판시이유 50).

8) 둘째로, 입법자는 일정한 주거용 건물을 주거로 규정하면서, 불명확한 규정을 가결하지 않았다. 따라서 죄형법정주의에 반한다는 청구이유는 배척되어야 한다(판

시이유 51).

9) 마지막으로, 형법전 제L. 226-4조가 규정하는 범죄행위를 처벌하는 형벌을 가중하는 것은 심판대상법률 제6조 I이 아닌 심판대상법률 제3조에 근거한다. 따라서 형벌의 비례성 원칙을 위반하였다는 청구이유는 배척되어야 한다(판시이유 52).

10) 따라서, 형법전 제L. 226-4조의 마지막 항은 법률의 접근가능성과 명확함이라는 헌법적 가치를 가지는 목적 및 다른 어떤 헌법적 요청에도 반하지 않으며, 판시이유 49에서 실시한 유보 하에 헌법에 합치한다(판시이유 53).

#### [심판대상법률 제6조 II에 대한 판단]

1) 심판대상법률 제6조 II는 ‘대항할 수 있는 주거권 및 사회 통합을 위한 여러 조치를 규정하는 2007년 3월 5일 법률’ 제38조를 개정하였다. 입법자는 이와 같은 개정을 통해서 주거로부터의 퇴거에 관한 행정절차의 적용 대상을 일체의 주거용 건물로 확대하였다(판시이유 54).

2) 청구인들은 심판대상법률 제6조 II가 점거자의 개인적 또는 가족적 상황에 대한 고려 없이 도지사가 점거자의 즉각적 퇴거를 명하는 것을 허용한다고 판단하였다. 따라서 청구인들은 심판대상법률 제6조 II가 사생활에 대한 존중권과 주거의 불가침성을 침해하며, 평등 원칙 및 법률의 명확성 원칙에도 반한다고 주장하였다(판시이유 55).

3) 1789년 인권선언 제2조는 “모든 정치적 결사의 목적은 인간의 자연적이며, 훼손할 수 없는 권리를 보전하는 것이다. 이러한 권리는 자유, 재산, 안전 및 압제에 대한 저항이다.”라고 규정한다. 1789년 인권선언 제2조로부터 사생활에 대한 존중권과 특히 주거의 불가침성이 도출된다(판시이유 56).

4) ‘대항할 수 있는 주거권 및 사회 통합을 위한 여러 조치를 규정하는 2007년 3월 5일 법률’ 제38조는 자신의 주거가 불법적으로 점거당한 사람이 일정한 조건 하에

도지사에게 점거자의 퇴거를 명하도록 요구할 수 있다는 점을 규정한다. 점거자가 이와 같은 요구를 거부할 경우 도지사는 지체 없이 주거에 대한 강제적 퇴거를 진행해야 한다(판시이유 57).

5) 심판대상법률 제6조 II는 이와 같은 절차의 적용 대상을 일정한 조건 하에 일체의 주거용 건물로 확대하였다(판시이유 58).

6) 첫째로, 입법자는 심판대상법률 제6조 II를 가결함으로써 불법적으로 점거된 일체의 주거용 건물의 신속한 퇴거를 보장하고자 하였다. 그리고 이를 통해 입법자는 재산권을 보장하고자 하였다(판시이유 59).

7) 둘째로, 한편으로는 도지사의 퇴거명령은 부정한 방법, 위협, 폭력행위 또는 강요를 통해서 주거용 건물에 대한 침입 및 거주가 있는 경우에만 가능하다. 다른 한편으로는 도지사의 퇴거명령은 신청자가 고소를 제기하고, 해당 주거가 자신의 것임을 증명하고, 그리고 사법경찰관, 시장 또는 집행관이 불법점거라는 점을 확인한 경우에만 가능하다. 따라서 도지사는 문제가 되는 건물에 대한 부정한 방법, 위협, 폭력행위 또는 강요를 통한 침입 및 거주를 확인한 경우에만 점거자에게 퇴거명령을 내릴 수 있다(판시이유 60).

8) 셋째로, 심판대상법률 제6조 II는 도지사는 신청서가 접수된 후 48시간 내에 점거자의 개인적 및 가족적 상황을 고려한 후에 퇴거명령 결정을 내린다고 규정한다. 심판대상법률 제6조 II가 퇴거절차를 허용하는 조건이 충족되지 않거나, 긴급한 공익적 사유가 있는 경우에는 도지사가 퇴거명령을 하지 않을 수 있다는 점을 규정하고는 있지만, 프랑스 헌법재판소의 2023년 3월 24일 결정 판시이유 12<sup>6)</sup>에서 실시한

6) 프랑스 헌법재판소의 2023년 3월 24일 결정(Décision n° 2023-1038 QPC du 24 mars 2023)은 '대항할 수 있는 주거권 및 사회 통합을 위한 여러 조치를 규정하는 2007년 3월 5일 법률' 제38조를 심판 대상으로 한다. 이 결정의 판시이유 12에서 프랑스 헌법재판소는 "... '대항할 수 있는 주거권 및 사회 통합을 위한 여러 조치를 규정하는 2007년 3월 5일 법률' 제38조는 도지사가 긴급한 공익적 사유가 있는 경우에 퇴거명령을 내리지 않을 수 있다는 점을 규정한다. 그렇지만, 도지사가 퇴거의 요청을 받은 점거자의 개인적 또는 가족적 상황에 대한 고려 없이 퇴거명령을 진행할 수 있는 것으로 이 규정을 해석하는 것은 사생활에 대한 존중권 및 주거의 불가침권에 대한 과도한 제한을 하는 것이다."라고 판시하였다.

유보에 근거해서도 도지사는 점거자의 개인적 또는 가족적 상황을 고려하여 퇴거명령을 진행하지 않을 수 있다(판시이유 61).

9) 넷째로, 점거된 건물이 퇴거명령 신청자의 주거가 아닌 경우에, 도지사의 퇴거명령에 따르기 위해 점거자에게 부여된 기간은 7일 이상이어야 한다(판시이유 62).

10) 마지막으로, 행정법원법전 제L. 521-1조 내지 제L. 521-3조에 근거하여 가처분신청이 있는 경우 도지사의 퇴거 결정의 집행은 중단된다. 뿐만 아니라, 점거자에 대한 강제 퇴거를 명하는 행정적 결정에 위법성이 있는 경우 점거자는 행정법원에 손해배상소송을 제기할 수 있다(판시이유 63).

11) 따라서 위에서 언급한 여러 보장들을 고려할 때, 심판대상법률 제6조 II는 사생활에 대한 존중권 또는 주거의 불가침성을 침해하지 않았다(판시이유 64).

12) 요컨대, ‘대항할 수 있는 주거권 및 사회 통합을 위한 여러 조치를 규정하는 2007년 3월 5일 법률’ 제38조 제1항에서의 ‘또는 주거용 건물에서’, ‘또는 자신의 재산’ 및 ‘시장이 또는 집행관이’라는 용어, 같은 법 제38조 제3항 제1문과 제4항 제2문의 ‘점거자의 개인적 및 가족적 상황을 고려한 다음에’라는 용어는 평등 원칙 및 법률의 명확성 원칙에 반하지 않으며, 헌법이 보장하는 다른 권리 및 자유를 침해하지 않는다. 따라서 헌법에 합치한다(판시이유 65).

## 5. 심판대상법률 제7조에 대한 판단

1) 민법전 제 L. 1244조를 개정하는 심판대상법률 제7조는 불법적으로 점거된 부동산의 소유자에게 해당 부동산의 유지의무를 면제하고, 부동산의 유지의무 위반으로 인한 손해가 발생한 경우의 책임 또한 면제하고 있다(판시이유 66).

2) 청구인들은 부동산 소유자의 유지의무를 면제하는 심판대상법률 제7조가 대부분 물질적으로 궁핍한 상황에 있는 불법 점거자로 하여금 소유자의 유지의무를 부담하게 한다고 보았다. 따라서 청구인들은 심판대상법률 제7조가 품위 있는 주거를 향

유할 권리, 인간의 존엄성 보호 원칙, 정상적 가정생활을 영위할 권리 및 법률 앞의 평등 원칙에 반한다고 주장하였다(판시이유 67).

3) 1789년 인권선언 제4조는 “자유는 타인을 해하지 않는 모든 것을 할 수 있는 것이다.”라고 규정한다. 따라서 원칙적으로 타인에게 손해를 입힌 사람은 그 손해를 배상할 의무가 있다. 손해배상청구권은 이와 같은 헌법적 요청을 구체화한다. 그렇지만, 이와 같은 헌법적 요청은 입법자가 공익을 이유로 책임이 발생하는 조건을 변경하는 것을 금하지 않는다. 따라서 입법자는 공익을 이유로 책임의 배제 및 제한을 규정할 수 있지만, 이와 같은 입법자의 권한은 불법행위 피해자의 권리 및 1789년 인권선언 제16조에서 도출되는 효과적인 사법적 구제를 받을 권리를 과도하게 제한해서는 안 된다(판시이유 68).

4) 또한 이와 같은 헌법적 요청은 입법자가 공익을 이유로 엄격한 무과실 책임 체계를 도입하는 것을 금하지 않는다. 입법자가 소유자의 책임면제에 관한 규정을 도입하였다 하더라도, 손해배상을 받을 피해자의 권리를 과도하게 제한한 것으로 볼 수는 없다(판시이유 69).

5) 민법전 제L. 1244조의 규정에 따르면, 건물의 소유자는 건물의 파손이 유지의무의 위반 및 건축의 하자로 발생한 경우 건물의 파손으로 인한 손해에 책임이 있다. 그리고 건물의 소유자는 이와 같은 손해의 원인이 외부적 원인이라는 점을 증명하는 경우에만 자신의 책임으로부터 면제된다(판시이유 70).

6) 심판대상법률 제7조는 부동산이 불법적으로 점거된 경우에 소유자는 불법 점거 기간 중의 유지의무 위반으로 인한 손해에 대해서 책임을 부담하지 않으며, 제3자에게 손해가 발생한 경우, 해당 부동산에 대한 권리나 자격이 없는 점거자가 책임을 부담한다는 점을 규정하고 있다(판시이유 71).

7) 입법자는, 건물의 파손이 유지의무의 위반 및 건축의 하자로 발생한 경우, 건물의 파손으로 인한 손해에 책임이 소유자에게 있다는 책임 체계를 규정함으로써 피해자에 대한 배상을 촉진하고자 하였다. 따라서 입법자는 공익적 목적을 추구하였다(판

시이유 72).

8) 그렇지만, 다음과 같은 점이 고려되어야 한다. 첫째로, 심판대상법률 제7조는 불법점거 기간 중에 발생한 일체의 손해에 대한 책임면제의 혜택을 부동산 소유자에게 부여하였지만, 손해의 원인이 권리나 자격이 없는 점거자의 유지의무 위반에 있다는 점을 요구하지 않았으며, 책임 면제의 혜택을 보고 있는 소유자에게는 이와 같은 점거자의 행위가 필수적 보수공사의 진행을 막았다는 점을 증명할 것을 요구하지 않았다(판시이유 73).

9) 둘째로, 심판대상법률 제7조는 소유자의 책임 면제가 권리나 자격이 없는 점거자 이외에 제3자에게도 적용되도록 규정하고 있다. 따라서 심판대상법률 제7조가 규정하고 있는 책임 체계는 피해자의 배상을 촉진하는 것을 그 목적으로 하고 있음에도 불구하고, 제3자는 권리나 자격이 없는 점거자에 대해서만 손해배상을 받기 위한 소송을 제기할 수 있다(판시이유 74).

10) 따라서 심판대상법률 제7조는 건물의 유지의무 위반에 따른 손해배상을 획득할 피해자의 권리에 대한 과도한 제한을 초래한다(판시이유 75).

11) 요컨대, 청구인들이 주장하는 다른 청구이유를 검토할 필요 없이, 심판대상법률 제7조는 헌법에 반한다.

#### IV. 결정의 의의

심판대상법률인 ‘주택의 불법점거를 규제하는 2023년 7월 27일 법률’은 주택의 불법점거자로부터 소유자를 보다 강하게 보호하는 것을 그 목적으로 한다.

심판대상법률의 제정 과정에서 일부 의원들과 불충분한 주거에 대처하는 것을 설립목적으로 하는 시민단체들의 격렬한 반대가 있었다. 일부 상원의원들은 심판대상법률을 ‘가난의 진정한 범죄화’ 또는 ‘세입자 및 가장 취약한 계층에 대한 공격’으로 평가했으며, 일부 시민단체는 상원의 마지막 독회가 개최되었을 때, 상원 앞에서 ‘주

거는 범죄가 아니라, 권리이다!’(Se loger n’est pas un crime, c’est un droit!)라는 슬로건을 외치면서 집회를 개최하기도 하였다.<sup>7)</sup>

그렇지만 이와 같은 주장에도 불구하고, 프랑스 헌법재판소는 이 결정을 통해 심판대상이 된 심판대상법률의 조항 대부분이 헌법에 합치한다고 보았고, 한 조항에 대해서만 헌법에 반하는 것으로 판단하였다. 즉 프랑스 헌법재판소는 불법적으로 점거된 부동산의 소유자에게 해당 부동산의 유지의무를 면제하고, 부동산의 유지의무 위반으로 손해가 발생한 경우의 책임 또한 면제하는 심판대상법률 제7조가 1789년 인권선언 제4조에 근거하는 손해배상청구권을 과도하게 제한하는 것으로 판단하였다.

---

7) [https://www.lemonde.fr/politique/article/2023/07/26/loi-antisquat-le-conseil-constitutionnel-valide-le-texte-a-l-exception-d-un-article\\_6183514\\_823448.html?lmd\\_medium=al&lmd\\_campaign=envoye-par-appli&lmd\\_creation=android&lmd\\_source=default](https://www.lemonde.fr/politique/article/2023/07/26/loi-antisquat-le-conseil-constitutionnel-valide-le-texte-a-l-exception-d-un-article_6183514_823448.html?lmd_medium=al&lmd_campaign=envoye-par-appli&lmd_creation=android&lmd_source=default), 2023. 10. 16. 방문.



최신 세계헌법판례

# 오스트리아

▮ 대체 양육자 선정의 우선순위를 규정한 일반민법전  
조항들의 위헌성 / 책임연구관 이지효

▮ 사회복지부조금부에 관한 위헌법률 및 위법명령심사  
/ 책임연구관 이지효



# 대체 양육자 선정의 우선순위를 규정한 일반민법전 조항들의 위헌성<sup>1)</sup>

## I. 사실관계

오스트리아 최고법원은 연방헌법 제140조 제1항 제1호 a목<sup>2)</sup>에 기하여 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하였다. 자녀의 양육을 맡은 부모 중 한쪽 또는 양쪽 부모 모두 이를 지속할 수 없게 된 경우 대체 양육자를 법원이 지정하게 되는데, 이를 규정한 일반민법전(ABGB)의 조항이 융통성이 없고 아동의 복지에 위배될 소지가 있다는 이유였다.

이러한 제청의 배경이 된 사건은 다음과 같다. 세 명의 미성년 자녀를 둔 부모는 기관력 있는 결정을 통해 양육권을 박탈당하였고, 자녀들은 양부모와 함께 지내고 있다. 법원에서는 해당 자녀들을 앞으로 누가 양육할 것인지가 논란이 되었다. 티롤(Tirol) 주는 두 명의 자녀에 대해서는 소관 부서인 아동 및 청소년 보호처(Kinder- und Jugendhilfeträger)로 양육자를 변경하고 다른 한 명의 자녀에 대해서는 현재 그를 돌보고 있는 양부모를 양육자로 지정해 줄 것을 신청하였다. 이에 각각 1954년과 1956년 출생한 모친의 증조부모는 세 자녀의 양육권을 모두 자신들에게 이양하여 줄 것을 신청하였다.

1심 법원은 티롤 주의 신청에 따라 두 자녀에 대해서는 아동 및 청소년 보호처를 양육자로, 다른 한 명의 자녀에 대해서는 양부모를 양육자로 지정하였다. 1심 법원은 양부모가 자녀들을 잘 돌보았고 이 관계를 중단할 경우 자녀의 복지에 위협이 된다고 보았다. 증조부모가 자녀들을 돌보기에는 부담이 너무 크다고 판단하였다. 또한 법리적으로도 일반민법전(ABGB) 제178조에 따라 부모가 양육할 수 없게 된 경우 조

1) 오스트리아 헌법재판소 2023. 3. 9. 결정, G 223/2022-26.

2) [연방헌법 제140조 제1항 제1호 a목]

헌법재판소는 법원의 제청에 기하여 법률의 위헌성을 인정한다.

부모 또는 양부모가 양육을 맡아야 한다고 하였다. 이들이 양육을 맡지 못하는 경우에만 일반민법전 제204조에 따라 해당 조문에 열거된 다른 적합한 사람이 고려될 수 있다는 판단이다. 이러한 방식으로도 적합한 양육자를 찾지 못할 경우, 아동 및 청소년 보호처가 양육을 맡아야 한다고 하였다. 항소법원도 해당 결정을 유지하였다. 증조부모는 일반민법전 제178조에 규정된 대체 양육자의 범위에 포섭되지 않으므로 양부모가 양육을 맡아야 하며, 자녀의 복지에 대한 위협이 있으므로 아동 및 청소년 보호처가 개입해야 한다는 것이다. 이에 대해 증조부모는 최고법원에 상고하였고, 자신들을 세 자녀 모두의 양육자로 지정해 줄 것을 요청하였다.

최고법원은 해당 사안에 관하여 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하면서 다음과 같은 우려를 표하였다. 이 절차에서 결정적인 역할을 하는 규정의 주된 내용은 2001년 친자관계변경법(Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001, BGBl I Nr 135/2000)을 통해 도입되었으며, 2013년 KindNamRÄG, BGBl I Nr 15/2013의 개정에서도 그대로 유지되었다. 이에 따르면 양육권을 가진 부모 중 한쪽에 지장이 있을 경우 양육권자 선정 시에 명확한 순위가 성립한다.

만약 양육권이 부모 공동에게 있었다면 부모 중 다른 한쪽이 단독 양육권을 갖는다.

공동 양육권이 존재하지 않았다면 양육권자가 아니었던 부모 중 적합한 한쪽이 양육을 맡거나, 양부모(양부모 중 한쪽)나 조부모(조부모 중 한쪽) 중 적합한 사람이 양육을 맡는다. 후자는 양육권이 있는 부모 양 쪽에게 지장이 있는 경우에도 적용된다. 이러한 경우 자녀의 복지가 결정적인 역할을 한다.

부모 중 한쪽이나 양부모 또는 조부모 혹은 그 중 한쪽이 양육을 맡을 수 없는 경우에는 다른 적합한 사람에게 이를 맡겨야 한다.

아동 및 청소년 보호처를 통한 양육은 보충적으로만 이루어진다.

이러한 순위 규정은 구체적인 사안에서 선결적으로 작용한다. 이에 따라 양부모가 양육에 적합하다면 실질적으로 증조부모가 양육자가 될 가능성은 존재하지 않게 된다. 이처럼 일반민법전 제178조와 제204조가 함께 적용됨으로 인해 초래되는 결과는 최고법원의 견해에 따르면 아동의 권리를 침해한다. 아동의 권리에 관한 연방헌법(BVG über die Rechte von Kindern, BGBl Nr 4/2011) 제1조에서는 ‘모든 아동은 세대

간 공정성의 관점에서 자신의 복지, 최선의 발전과 발달, 이익 보호를 위해 필요한 보호와 보살핌을 받을 권리가 있다. 공공 및 민간 기관이 아동에 관한 모든 조치를 취함에 있어 아동의 최선의 이익이 최우선적으로 고려되어야 한다.’고 규정하고 있다. 헌법재판소의 선례(G 18/2014, Slg 19.941; G 152/2015, Slg 20.018)에 따르면 해당 규정은 입법과 집행에 대해 아동의 복지를 우선적으로 실현할 과제를 부여한다.

## II. 주문

1. 일반민법전 제178조 제1항 제2문 및 제3문과 동법 제204조의 ‘조부모 또는 양부모’ 및 ‘맡지 못하게 될 경우’라는 문언은 헌법에 위배되므로 폐지한다.
2. 2024년 9월 30일이 경과하면 폐지의 효력이 발생한다.
3. 이전의 법률 규정은 다시 발효하지 아니한다.
4. 연방총리는 이 결정을 연방법률관보 I 에 지체 없이 게재할 의무를 진다.

## III. 심판대상 및 쟁점, 관련조항

### 1. 심판대상 및 쟁점

심판대상조항은 일반민법전 제178조와 제204조이며, 해당 조항에 따라 부모를 대체할 양육자를 선정하는 경우 그 순위 규정이 엄격함으로 인해 아동의 복지가 최우선적으로 고려되지 못하여 아동의 권리가 침해될 여지가 있다는 점이 쟁점이다.

#### 일반민법전 제178조

(1) 공동으로 자녀의 양육을 맡은 부모 중 한쪽이 사망하거나 최소 6개월 이상 소재지를 알 수 없거나, 그와 연락이 되지 않거나 연락이 지나치게 어려운 경우 또는 양육권을 온전히 또는 부분적으로 박탈당한 경우에는 부모 중 다른 한쪽이 단독으로 양육을 맡는다. 단독으로 양육을 맡은 부모 중 한쪽이 위와 같은 상황에 처한 경우, 법원은 자녀의 복지를 고려하여 부모 중 다른 한쪽, 또는 조부모(조부모 중 한쪽)나 양부모(양부모 중 한쪽)에게 양육을 맡길 것을 결정해야 한다. 양쪽 부모 모두 이러한 상황에 놓인 경우에도 후자가 적용된다. 이때 양육과 관련된 규정은 해당 조부모

(조부모 중 한쪽)에게도 적용된다.

(2) 제1항 제1문에 따라 양육을 맡게 된 부모 중 한쪽의 신청에 기해 법원은 해당 경과를 확정해야 한다.

(...생략...)

### **일반민법전 제204조**

제3장<sup>3)</sup>(drittes Hauptstück)에 따라 부모나 조부모 또는 양부모가 양육을 맡지 못하거나 맡지 못하게 될 경우 및 제207조의 사안이 아닌 경우에 법원은 자녀의 복지를 고려하여 다른 적합한 사람에게 양육권을 맡겨야 한다.

## **2. 관련 조항**

### **일반민법전 제184조**

양부모는 자녀의 돌봄과 교육을 온전히 또는 부분적으로 도맡으며, 친생 부모와 자녀 간의 관계와 유사한 관계가 성립하거나 성립될 수 있는 사람들이다. 양부모들은 자녀 본인과 관련한 절차에서 신청을 제출할 권한이 있다.

### **일반민법전 제185조**

(1) 법원은 신청에 기해 양부모(양부모 중 한쪽)에게 자녀의 양육권을 온전히 또는 부분적으로 이양해야 한다. 돌봄 관계가 짧지 않은 시간 동안 계획되어 있고 그러한 이양이 자녀의 복지에 상응하는 경우 양육에 관한 규정은 해당 양부모(양부모 중 한쪽)에게 적용된다.

(2) 부모 또는 조부모에게 양육이 맡겨져 있고 이들이 양육권 이양에 동의하지 않는다면, 양육권 이양이 이뤄지지 않는 경우 자녀의 복지에 위협이 되는 때에만 양육권 이양이 허용된다.

(3) 자녀의 복지에 상응한다면 양육권 이양을 취소해야 한다. 동시에 법원은 자녀의 복지를 고려하여 양육권이 누구에게 이양되는지 선고해야 한다.

(4) 법원은 결정을 내리기 전에 부모, 법정대리인, 다른 양육권자, 아동 및 청소년 보호처와 10세 이상의 자녀를 청문해야 한다. 제196조 제2항은 그 의미에 맞게 적용

---

3) 부모와 자녀 간의 권리를 규정한 부분.

된다.

(...생략...)

#### **일반민법전 제205조**

(1) 양육권을 맡을 사람을 선정하는 때에는 특히 자녀의 복지를 고려해야 한다. 자녀와 부모의 소망과 제166조의 경우의 증여자의 소망은 자녀의 복지에 상응하는 한 고려되어야 한다.

(...생략...)

#### **일반민법전 제207조**

미성년 자녀가 국내에서 발견되고 그의 부모가 미상인 경우에는 법률에 따라 아동 및 청소년 보호처가 양육을 맡게 된다. 자녀가 국내에서 출생하였고 그의 미혼 모친이 미성년일 경우에는 재산관리와 대리 영역에도 동일하게 적용된다.

(...생략...)

## **IV. 판단**

### **1. 법적 상황**

헌법재판소는 최고법원의 제청이 이유 있다고 판단하였다. 판단의 기준이 되는 법적 상황은 다음과 같다.

#### **가. 일반민법전 제178조의 내용**

공동으로 자녀의 양육을 맡은 부모 중 한쪽이 사망하거나 최소 6개월 이상 소재지를 알 수 없거나, 그와 연락이 되지 않거나 연락이 지나치게 어려운 경우 또는 양육권을 온전히 또는 부분적으로 박탈당한 경우에는 일반민법전 제178조 제1항 제1문에 따라 부모 중 다른 한쪽이 단독으로 양육을 맡는다. 단독으로 양육을 맡은 부모 중 한쪽이 위와 같은 상황에 처한 경우, 법원은 일반민법전 제178조 제1항 제2문에 따라 자녀의 복지를 고려하여 부모 중 다른 한쪽, 또는 조부모(조부모 중 한쪽)나 양부모(양부모 중 한쪽)에게 양육을 맡길 것을 결정해야 한다. 양쪽 부모 모두 이러한 상황

에 놓인 경우에도 후자가 적용된다.

#### 나. 양육자 선정에 관한 순위체계

이처럼 양육자 선정에 관해서 법은 ‘엄격한’ 순위체계를 규정하고 있다. 양육권이 양쪽 부모 모두에게 있었다면 한쪽 부모의 사망 또는 지장이 있는 경우에 다른 한쪽 부모가 양육권을 갖는다. 이에 반해 한쪽 부모만이 양육권자였다면 법원은 자녀의 복지를 고려하여 다른 한쪽 부모나 조부모 또는 양부모에게 양육을 맡기게 된다. 구체적인 개별 상황에서 그들 중 누가 양육을 맡을지에 관해서는 법원이 자녀의 복지를 고려하여 결정한다. 다른 사람(가령 부모의 형제, 자매 또는 증조부모)은 일반민법전 제178조 제1항 및 제204조에 따라 다른 한쪽 부모 및 조부모와 양부모가 양육에 적합하지 않을 경우에만 양육자로 지정될 수 있다.

#### 다. 일반민법전상의 양부모 개념

일반민법전 제184조와 제185조상의 양부모 개념은 두 가지 특징과 결부되는데, 먼저 대내적 관계에서 실제로 전적인 또는 부분적인 돌봄과 교육이 이뤄져야 하며, 둘째로 친생 부모와 자녀 간의 관계와 유사한 개인적인 관계가 존재하거나 그러한 관계를 형성하고자 하는 의도가 있어야 한다(ErläutRV 296 BlgNR 21. GP, 69 f. 참조). 이는 법원의 결정 시점에서 아동이 이미 양부모의 가정과 생활의 일과 내지 삶의 관계 속에 편입되어 일상을 함께 함을 전제로 한다(OGH 21.10.2014, 10 ObS 68/14v; 27.11.2019, 5 Ob 143/19v; *Ondreasova*, § 184 ABGB, in: Rummel/Lukas/Geroldinger [Hrsg.], rdb.at, Stand 1.5.2022, Rz 4).

## 2. 아동의 복지

### 가. 아동의 권리에 관한 연방헌법 제1조

아동의 권리에 관한 연방헌법 제1조에 따르면 모든 아동은 ‘세대 간 공정성의 관점에서 자신의 복지, 최선의 발전과 발달, 이익 보호를 위해 필요한 보호와 보살핌을 받을 권리가 있다. 공공 및 민간 기관이 아동에 관한 모든 조치를 취함에 있어 아동의 최선의 이익이 최우선적으로 고려되어야 한다.’ 아동과 관련된 조치에서 아동의 복지를 우선적으로 고려해야 하는 헌법적 기준은 입법자가 그러한 조치를 규정한 규

법을 제정하는 때에도 입법자를 기속한다. 아동의 권리에 관한 연방헌법 제1조 제2문에 규정된 아동의 복지는 제1문에 규정된 아동의 최선의 발전과 발달을 위한 권리를 통해 결정된다(VfSlg 19.941/2014, 20.018/2015 참조). 헌법재판소의 선례에 따르면 해당 규정은 입법과 집행에 대해 아동의 복지를 우선적으로 실현할 과제를 부여한다(VfSlg 19.941/2014, 20.018/2015 참조).

#### 나. 아동의 복지에 관한 권리의 제한

아동의 권리에 관한 연방헌법 제1조 제1문의 권리의 제한은 (유럽인권헌장 제8조 제2항을 따라 규정된) 위 연방헌법 제7조4)에 따라 ‘법률로 규정되고 민주 사회에서 국가의 안전, 공공의 평화와 질서, 주의 경제적 이익, 질서의 방어와 범죄 예방, 건강의 보호 또는 타인의 권리와 자유 보호에 필요한 조치인 경우’에만 허용된다.

입법자는 문제된 규정을 통해 일반적인 경우에 아동의 복지에 상응하는 양육권 위탁 규정체계를 만들었다. 이에 따르면 법원은 단독으로 양육을 맡은 부모 중 한쪽에 지장이 있는 경우에 아동의 복지를 고려하여 양육권을 다른 (적합한) 부모 중 한쪽이나 조부모 또는 양부모에게 위탁할지를 결정해야 한다. 양쪽 부모 모두에게 지장이 있는 경우에도 그러하다. 해당 범주의 사람들 중에서 양육권을 수탁할 자를 정하는 것이 일반적인 경우에 아동의 복지에 상응한다면 이는 상기한 아동의 권리에 관한 연방헌법의 요청에 위배되지 않는다.

하지만 헌법재판소는 문제된 규정들이 일반민법전 제204조상의 ‘다른 적합한 사람’(부모 중 다른 한쪽이나 조부모 또는 양부모)을 (우대하여) 양육권을 위탁함으로써 입법자가 해당 범주를 좁게 정의하여 아동의 권리에 관한 연방헌법 제1조에 위배된다는 최고법원의 견해에 동의한다.

이러한 정의에 따라 예컨대 (나이 많은) 형제나 자매, 이모나 고모, 삼촌, 증조부모 또는 다른 적합한 (사회적) 가족의 일원은 부모 중 다른 한쪽이나 조부모 또는 양부

#### 4) [아동의 권리에 관한 연방헌법 제7조]

이 연방헌법 제1조, 제2조, 제4조 및 제6조에서 보장하는 권리와 청구권의 제한은 그러한 제한이 법률로 규정되고 민주 사회에서 국가의 안전, 공공의 평화와 질서, 주의 경제적 이익, 질서의 방어와 범죄 예방, 건강의 보호 또는 타인의 권리와 자유 보호에 필요한 때에만 허용된다.

모가 양육을 맡기에 적합하지 않은 경우에만 양육을 맡을 수 있다. 이러한 사람(형제나 자매, 이모나 고모, 삼촌, 증조부모 또는 다른 적합한 (사회적) 가족의 일원)은 원칙적으로 양부모로서 아동의 양육을 맡을 가능성이 있다. 그렇지만 이를 위해서는 해당 아동이 법원의 결정 시점에 이미 그의 가정에 편입된 상태여야 한다(OGH 1.12.2005, 6 Ob 215/05v; 14.12.2011, 3 Ob 165/11b; 21.10.2014, 10 ObS 68/14v; 27.11.2019, 5 Ob 143/19v; *Ondreasova*, § 184 ABGB, in: Rummel/Lukas/Geroldinger [Hrsg.], rdb.at, Stand 1.5.2022, Rz 4; *Weitzenböck*, § 184 ABGB, in: Schwimann/Kodek [Hrsg.], ABGB, 2018, Rz 7). 아동을 가정에 편입시키고자 하거나 앞으로 돌봄과 교육을 행사하고자 하는 단순한 의지가 있다는 것만으로는 일반민법전 제184조상의 양부모의 자격에 부합하지 않는다.

문제된 규정들은 법이 선호하는 범주의 사람들(부모 중 다른 한쪽, 조부모, 양부모)이 양육에 적합하다면 형제나 자매, 이모나 고모, 삼촌, 증조부모 또는 다른 적합한 (사회적) 가족의 일원이 아동의 양육을 맡을 가능성을 원칙적으로 봉쇄한다. 아동의 복지를 위해서는 법이 선호하는 사람이 아닌 다른 사람이 더 적합한 경우에도 마찬가지다.

#### 다. 아동의 복지에 관한 권리 제한의 정당화 가능성

이러한 규정은 아동의 권리에 관한 연방헌법 제7조상의 정당화를 통해서만 헌법적 요건을 충족할 수 있다. 헌법재판소는 절차상의 합리성이나 혈연관계에 있다는 단순한 사실만으로는 법적으로 보장되는 아동의 복지를 제한하는 것이 정당화될 수 없다는 최고법원의 견해에 동의한다.

양부모로부터 아동을 분리시키는 것이 아동의 복지에 위해가 될 수 있다는 주장은 원칙적으로 고려될 수 있다. 이는 많은 경우에 해당할 수 있지만, 양육자 선정 시 선호되는 사람들의 범주에서 상기 언급한 다른 사람들 전체를 법으로 배제하는 것을 정당화할 수는 없다.

따라서 헌법재판소는 최고법원이 문제삼은 규정들을 정당화하는 정당하고 반대되는 이익을 인지할 수 없다.

### 3. 결론

그러므로 입법자는 일반민법전 제204조의 의미 내에서 ‘다른 적합한 사람’을 선호함으로써 양육권을 위탁받을 사람의 범위를 너무 좁혔다. 문제된 조항들로 인해 발생하는 아동의 복지의 제한은 아동의 권리에 관한 연방헌법 제7조상 정당화될 수 없으므로 해당 조항들은 아동의 권리에 관한 연방헌법 제1조에 위배되며 위헌으로 폐지되어야 한다.

입법자는 새로운 규정이 마련되는 동안 아동의 복지에 상응한다면 지금까지 선호된 사람들(부모 중 다른 한쪽, 조부모, 양부모)에 더해 형제나 자매, 이모나 고모, 삼촌, 증조부모 및 다른 적합한 (사회적) 가정의 일원이 양육을 맡을 수 있도록 해야 한다. 또한 입법자는 객관적인 기준에 따라 선호되는 사람의 범주를 확장할 수 있는 여지가 있다.

## V. 결정의 의의

이 결정에서 오스트리아 헌법재판소는 부모가 양육을 하지 못하게 되는 경우에 자녀를 맡을 대체 양육자를 선정하는 순위를 규정한 일반민법전 조항이 너무 엄격하여 실질적으로 아동의 복지가 최우선으로 고려되지 못하는 상황이 초래될 수 있다고 보고 해당 조항을 폐지하였다.

## 사회부조급부에 관한 위헌법률 및 위법명령심사<sup>1)</sup>

### I. 사건개요

헌법재판소는 빈(Wien) 주 최소보장법<sup>2)</sup>(Wiener Mindestsicherungsgesetz, WMG, 이하 ‘빈최소보장법’)에 따른 급부에 관한 재판소원(E 3778/2021, E 4447/2021, E 888-890/2022)을 심사하던 중 몇몇 조항(빈최소보장법 제8조 제2항 제2호와 연계한 제7조 제2항 제2호 및 제9조)의 위헌 여부와 빈최소보장법에 관한 명령 2020 - 2022 (Verordnung zum Wiener Mindestsicherungsgesetz 2021, WMG-VO 2020 - 2022) 제1조 제3항과 제2조의 위법 여부에 대한 의구심을 가졌다. 이에 따라 헌법재판소는 2022년 10월 5일 직권으로 해당 규정의 위헌 내지 위법 여부를 심사하기로 결정하였다.<sup>3)</sup> 또한 이와 관련하여 사회부조원칙법 제5조 제5항과 제6조에서 총체적인 주거비용과 어려운 상황에서의 추가수당 지급 시에 예외 없이 현물급부로 지급해야 함을

1) 오스트리아 헌법재판소 2023. 3. 15. 결정, G 270-275/2022-15, V 223-228/2022-15.

2) 빈최소보장법은 빈 주에서 제정한 사회복지와 관련된 법률이다. 오스트리아의 경우 2010년에 연방과 연방주들 간에 연방주들의 사회복지체계를 조화시키기 위해 연방헌법 제15a조에 따른 협의를 체결하였다. 이에 따라 연방 전체에 사회복지에 관한 중요한 영역에 대해 통일된 기준이 정해졌고 연방주들은 이 협의를 최소보장법에서 최대한 고려하였다(가령 급부의 하한선, 재산평가의 기준 등). 2016년에 협의의 기간이 종료되자 연방주들은 해당 협의를 고려하지 않고 최소보장법을 설계할 수 있게 되었다. 그런데 2019년에 연방이 연방헌법 제12조 제1항 제1호에 따라 원칙법(Grundsatzgesetz)으로서 사회복지원칙법(Sozialhilfe-Grundsatzgesetz, SH-GG)을 제정하였다. 원칙법의 내용은 주법을 통해 구체적으로 시행(시행법, Ausführungsgesetz)되어야 하며 집행 역시 연방주들이 이행해야 한다. 원칙법은 연방주들이 이를 이행하면서 준수해야 하는 구속력 있는 기준 외에도 재량규정을 두어 연방주들에게 새로운 법 제정 시 많은 형성의 여지를 줄 수 있다. 사회복지원칙법은 2019. 6. 1.에 발효되었으며 연방주들이 7개월 이내에 시행법을 제정하도록 규정하였지만 아직까지 모든 주들이 이를 제정하지는 않은 상태이다. 2022. 6. 10. 사회복지원칙법이 개정되어 효력을 발하고 있으며, 개정을 통해 연방주들에 더 많은 형성의 여지가 주어지게 되었다. 개별 주들에서 시행법이 효력을 발하기 전까지는 각 주의 최소보장법이 적용된다. 빈 주의 경우는 사회복지원칙법의 일부 영역만 시행법으로 이행하였다.

3) 연방헌법 제140조 제1항 제1호 b목

헌법재판소는 헌법재판소에서 계속 중인 사법사건에서 해당 법률을 적용해야 하는 경우에 직권으로 법률의 위헌성을 결정한다.

연방헌법 제139조 제1항 제2호

헌법재판소는 헌법재판소에서 계속 중인 사법사건에서 해당 명령을 적용해야 하는 경우에 직권으로 명령의 위법성을 결정한다.

규정한 조항이 평등원칙에 위배되는지 여부도 심사하기로 결정하였다. 심사결정의 요지는 다음과 같다.

1. 시행법(Ausführungsgesetz)은 원칙법(Grundsatzgesetz)을 위반해서는 안 되며(VfSlg. 2087/1951, 2820/1955, 4919/1965 참조), 원칙법의 법적 효력을 변경(VfSlg. 3744/1960, 12.280/1990) 또는 제한(VfSlg. 4919/1965 참조)해서도 안 된다. 주의 법 규정이 존재하는 때에 연방이 원칙 규정을 제정한다면, 원칙법에 위배되는 주법을 기한 내에 적절하게 조정하지 않은 부작용은 해당 시행법 규정의 위헌성을 야기한다(VfSlg. 10.176/1984, 12.280/1990 참조). 사회부조원칙법은 2019. 6. 1. 발효되었고 주들에게는 7개월의 이행 기한이 있었다(사회부조원칙법 제10조 제2항). 빈 주의 입법자는 여러 측면에서 빈최소보장법을 기한 내로 사회부조원칙법에 맞추어 조정하지 못한 것으로 보인다.

2. 먼저 빈최소보장법 제8조 제2항 제2호와 연계한 동법 제7조 제2항 제2호 및 빈최소보장법에 관한 명령 2020-2022 제1조 제3항에 따른 월별 급부의 액수(최소보장)가 그러하다. 원칙법의 입법자는 사회부조원칙법 제5조 제2항 제1호 및 제2호에서 균등화보상체계(일반사회보험법 제293조)를 기준으로 하여 가계의 구성마다 다른 상한액을 규정하고 있다. 헌법재판소는 이미 균등화보상율에 따른 총체적 사회부조 급부 책정에 헌법적 우려가 없다(VfSlg. 20.244/2018; 20.359/2019 참조)고 확인한 바 있다.

사회부조원칙법 제5조 제2항 제2호 a목은 가계공동체의 독신자의 경우 매달 인당 순수균등화보상액의 70%(일반사회보험법 제293조 제1항 a목 bb)를 상한선으로 정하고 있다. 한 가계공동체는 특별한 사정으로 인해 전체 또는 부분적인 공동 경제관리가 불가능하지 않은 한 한 가구 또는 주거공동체에 사는 여러 사람들로 구성된다(사회부조원칙법 제5조 제2항).

빈최소보장법 제8조 제2항 제2호와 연계한 동법 제7조 제2항 제2호 및 빈최소보장법에 관한 명령 2020-2022 제1조 제3항에 따르면 다른 사람과 혼인, 등록 동반자관계 또는 생활공동체에서 사는 25세 이상의 성인은 일반사회보험법 제293조 제21항 a목 bb에 따른 순수균등화보상액의 75%를 최소보장금액으로 지급받는다.

이제까지 주들의 최소보장법과 사회부조법과는 달리 사회부조원칙법은 상한선 체계를 규정하고 있으며 사회부조급부의 최소보장 체계를 규정하고 있지 않다(VfSlg. 20.359/2019 참조). 따라서 빈최소보장법 제8조 제2항 제2호와 연계한 동법 제7조 제2항 제2호 및 빈최소보장법에 관한 명령 2020-2022 제1조 제3항에 따라 다른 사람과 혼인, 등록 동반자관계 또는 생활공동체에서 사는 사람이 일반사회보험법 제293조 제21항 a목 bb에 따른 순수균등화보상액의 70%가 아니라 75%를 최소보장금액으로 지급받게 되면 사회부조원칙법 제5조 제2항 제2호 a목에 위배될 수 있다. 위헌법률 및 위헌명령심사에서는 그러한 상한액을 초과하는 규정이 사회부조원칙법 제6조의 특별히 어려운 상황에 관한 규정(Härtefallklausel)을 통해 용인될 수 있는지도 심사되어야 할 것이다. 사회부조원칙법 제6조에 따른 급부 보장이 현물급부에만 제한되어 있으므로 사회부조원칙법의 상한액을 현금급부 형태로 초과하는 것은 불가능할 것으로 예상된다.

3. 빈최소보장법 제9조와 연계한 빈최소보장법에 관한 명령 2020-2022 제2조에 따른 임대보증금의 설계에 대해서도 이미 기술하였다시피 원칙법의 입법자는 사회부조급부에 관하여 최소보장이 아닌 상한액체계를 규정하고 있다. 사회부조원칙법 제2조 제5항에 따라 사회적 빈곤과 연관된 주거비 절감만을 위한 주법률 규정은 사회부조원칙법 규정의 적용을 받지 않는다. 주입법자는 이러한 급부(난방비지원금은 제외)와 사회부조원칙법 제5조에 따른 급부를 동시에 수급하는 일이 없도록 보장해야 한다.

사회부조원칙법 제5조 제5항에 따라 주입법자는 주거수요의 충족을 현금급부가 아닌 현물급부의 형태로 제공할 수 있다. 이 경우에 제2항에 따른 산정기준의 70%까지 주거수요 충족을 위해 현물급부 형태로만 제공될 수 있으며, 총체적으로는 40%로 평가되어 산정기준의 60%가 현금 또는 현물급부 형태로 일반적 생계 보조를 위해 쓰일 수 있게 된다(주거비용일괄지급, Wohnkostenpauschale). 그러므로 주거비용일괄지급은 사회부조원칙법 제5조 제2항에 따라 정해진 상한액을 높이게 되는 것이다. 그렇지만 주거수요 충족을 위해 제공되는 급부는 현물급부의 형태로만 제공되어야 한다. 이 경우에 제3자에 대한 대금 지급은 현물급부로 취급된다.

빈최소보장법 제9조와 연계한 빈최소보장법에 관한 명령 2020-2022의 임대보증금

은 이 시점에서 헌법재판소의 견해에 따르면 사회부조원칙법에 합치되지 않는 것으로 보인다. 빈최소보장법 제9조에 따르면 빈최소보장법 제8조 제1항과 연계한 빈최소보장법에 관한 명령 2020-2022 제1조 제3항에 따른 주거수요 충족을 위한 기본금액을 넘어서는 수요는 해당 수요가 자력 또는 제3자의 급부를 통해 충족될 수 없음이 증명된 경우 월별 현금급부(주거보조금) 형태로 승인된다. 빈최소보장법은 이러한 급부가 사회부조원칙법 제2조 제5항의 의미에서 사회부조급부로 산입된다는 규정을 두고 있지 않다. 임대보조금을 통해 사회부조원칙법 제5조 제2항에 따라 정한 상한액을 초과하게 되는 것이다. 사회부조원칙법 제5조 제5항과 제6조에서 특정 요건 하에 상한액을 초과할 수 있는 가능성을 규정하고는 있지만 헌법재판소는 해당 규정에 임대보조금이 해당되지 않을 것으로 보고 있다.

임대보조금을 사회부조원칙법 제5조 제5항의 주거비용일괄지급의 시행이라고 해석하여 동조 제2항에서 정한 상한액을 초과할 수 있다고 가정할 수도 있다. 그렇지만 우선 사회부조원칙법 제5조 제5항 제3문의 문언과 달리 임대보조금이 현물이 아닌 현금급부로 제공된다는 점이 우려스럽다. 다음으로 빈최소보장법 제9조와 연계한 빈최소보장법에 관한 명령 2020-2022 제2조가 임대보조금 액수의 산정을 위해 사회부조원칙법 제5조 제5항의 주거비용일괄지급과는 전혀 다른 산정방식을 규정하고 있어서 해당 조항의 기준과 괴리가 있다는 점이 우려스럽다.

빈최소보장법 제9조와 연계한 빈최소보장법에 관한 명령 2020-2022 제2조의 임대보조금이 사회부조원칙법 제6조에 합치되는지에 관한 심사도 필요하다. 해당 규정은 시행법을 통해 개별 연방주에서 특별히 어려운 상황을 방지하기 위해 추가적인 현물급부를 제공하는 규정을 제정할 수 있도록 하고 있다(VfSlg. 20.359/2019 참조). 헌법재판소는 이와 관련하여 몇몇 연방주의 주거비용이 다른 연방주에 비해 훨씬 높다는 점을 언급하였으며 사회부조원칙법 제6조에 따른 시행법제정 형성의 여지가 주거비용에만 한정되지 않고 어려운 상황을 방지하기 위한 다른 이례적인 급부(가령 중증장애로 인해 발생하는 비용, VfSlg. 20.359/2019 참조)도 포함할 수 있다고 확인한 바 있다. 사회부조원칙법 제6조에 따라 주의 입법자는 어려운 상황을 방지하기 위한 추가급부를 제공할 광범위한 형성여지를 갖게 된다. 그렇지만 사회부조원칙법 제6조가 현물급부에만 한정하고 있으므로 임대보조금은 해당 규정과 합치되지 않는다.

4. 헌법재판소는 이와 관련하여 사회부조원칙법 제5조 제5항과 제6조의 위헌 여부에 관한 의구심을 갖게 되었다. 헌법재판소는 연방헌법 제144조에 따른 재판소원을 처리하면서 빈 행정법원에서 적용해야 하는 주법률 규정뿐만 아니라 동시에 주법률인 시행규정의 기준이 되는 연방법인 원칙규정도 적용해야 한다고 본다(예컨대 VfSlg. 12.245/1989). 사회부조원칙법 제3조 제5항에 따르면 현물급부의 우위는 급부의 목표 달성의 효율성을 높일 수 있는 한에서 성립한다. 주거수요를 위한 급부는 비경제적이거나 목적에 위배되지 않는 한 현물급부로 제공되어야 한다(VfSlg. 20.359/2019 참조).

이에 반해 사회부조원칙법 제5조 제5항과 제6조에서는 주거비용일괄지급과 특별히 어려운 상황을 방지하기 위한 추가적 급부는 현물급부의 형태로만 제공해야 한다고 규정하고 있다. 사회부조원칙법 제3조 제5항이 예외에 대한 유보를 통해 현물급부의 우위를 규정하고 있다면 사회부조원칙법 제5조 제5항과 제6조는 주거비용일괄지급 및 특별히 어려운 상황에서의 추가급부에 대해서 현물급부를 예외 없이 강제하여 규정하고 있다.

사회부조원칙법 제5조 제5항 제2문은 그저 주거수요에서 현금급부 대신 현물급부를 규정할 수 있다는 주입법자의 권한에 관한 내용처럼 보인다. 그렇지만 동항 제3문(“이 경우”)의 존재로 인해 이 권한이 주입법자에 대한 제한이 됨을 알 수 있다. 주거비용일괄(즉 객관적 이유가 있는 주거비용의 추가수요)은 현물급부만으로 제공되어야 하는 것이다.

헌법재판소는 사회부조원칙법 제5조 제5항과 제6조에 따른 주거비용일괄 및 특별히 어려운 상황에서의 추가급부를 현물급부만으로 제공해야 한다는 점이 연방헌법 제7조4)의 평등원칙에 합치되는지에 관한 의구심이 생겼다.

---

#### 4) 연방헌법 제7조 제1항

모든 국민은 법 앞에서 평등하다. 출신, 성별, 신분, 계급 및 신앙에 따른 특권은 인정되지 않는다. 누구도 장애로 인해 불이익을 받아서는 안 된다. 공화국(연방, 주, 지방자치단체)은 장애인과 비장애인에게 일상생활의 모든 분야에서 평등한 대우를 보장한다.

평등원칙은 입법자를 구속한다(VfSlg. 13.327/1993, 16.407/2001 참조). 객관적 근거 없는 규정 제정을 금지함으로써 평등원칙은 입법자에게 내용적 제한을 부여한다(VfSlg. 14.039/1995, 16.407/2001 참조). 이러한 제한 범위 내에서 입법자는 정책적 목표를 적절하다고 여겨지는 방식을 통해 추구할 수 있다(VfSlg. 16.176/2001, 16.504/2002).

헌법재판소는 VfSlg. 20.229/2017 결정에서 당시 포랄베르크 최소보장명령 규정에 대해 현금급부 대신 현물급부 보장을 통해 최소보장이 더 잘 보장될 수 있다면 객관적 측면에서 해당 규정에 대한 우려가 없다고 판시한 바 있다. 이와 같은 관점에서 사회부조원칙법 제3조 제5항에 대한 의구심은 없다. 해당 규정은 급부의 목적을 충족하는 데에 더 높은 효율을 기대할 수 있거나 주거수요의 경우에는 현물급부 제공이 비경제적이거나 목적에 위배되지 않는 때에 현물급부가 우선한다고 규정하고 있기 때문이다.

사회부조원칙법 제5조 제5항과 제6조는 그러한 규정에 비견될 수 없다. 해당 규정들은 제3조 제5항과는 달리 주거비용일괄지급 및 어려운 상황에서의 추가급부에서 현물급부가 비효율적이고 비경제적이거나 목적에 위배되는 경우에만 이를 강제하고 있다. 헌법재판소는 이에 대한 객관적인 정당화 이유를 현재로서는 찾을 수 없다.

더하여 사회부조원칙법 제5조 제2항의 효율이 적용되는 필수적 기본수요인지, 아니면 사회부조원칙법 제5조 제5항과 제6조가 적용되는 초과적 수요인지에 따라 주거수요에는 다양한 형태의 급부보장이 적용된다. 전자의 경우에는 사회부조원칙법 제3조 제5항에 따라 효율적이고 경제적이며 목적에 부합하는 경우에만 현물급부가 우선되고, 후자의 경우는 사회부조원칙법 제5조 제5항과 제6조에 따라 예외 없는 현물급부가 강제된다. 하지만 두 경우 모두 본질적으로는 같은 주거수요의 충족을 위한 급부를 규정하고 있으므로 어떤 경우에는 더 높은 효율과 경제성 및 목적에의 부합성을 찾아야 하고 또 어떤 경우에는 예외 없이 현물급부만을 제공해야 하는지 알 수 없다. 목적에 위배되는 현금급부의 사용을 방지한다는 정당한 목적은 사회부조원칙법 제3조 제5항의 현물급부 우위를 통해 충분히 고려된 것으로 보인다. 사회부조원칙법 제5조 제5항과 제6조에 따른 현물급부 강제가 합리적인 행정을 위한 것이라는

점도 현재로서는 찾을 수 없다. 오히려 현물급부의 강제가 급부제공을 분절시키는 결과를 가져와서 예컨대 임대료의 일정 부분은 사회부조수급자가 내고 나머지 부분은 사회부조 소관 부서에서 개별 임대인에게 송금해야 하는 행정적 낭비가 우려된다.

## II. 주문

### 1.

가. 1) 사회부조원칙법 제5조 제5항 제2문의 ‘현금급부 대신 현물급부의 형태로’라는 문언과 동조 동항 마지막 문장의 ‘현물급부의 형태로만’이라는 문언은 위헌으로 폐지한다.

2) 이전의 법률 조항은 재효력을 발하지 아니한다.

3) 폐지된 조항은 더 이상 적용되지 않는다.

나. 사회부조원칙법 제6조의 ‘추가적인 현물급부 형태로’라는 문언은 위헌이다.

다. 연방총리는 이 결정을 연방법률관보 I 에 지체 없이 게재할 의무를 진다.

라. 사회부조원칙법 제5조 제5항의 다른 문언은 위헌이 아니므로 폐지되지 않는다.

### 2.

가. 1) 빈최소보장법 제8조 제2항 제2호는 위헌으로 폐지한다.

2) 2023년 12월 31일이 지나면 폐지의 효력을 발한다.

3) 이전의 법률 조항은 재효력을 발하지 아니한다.

4) 빈 주지사는 이 결정을 빈 주법률관보에 지체 없이 게재할 의무를 진다.

나. 빈최소보장법 제7조 제2항 제2호와 제9조는 위헌이 아니므로 폐지되지 아니한다.

### 3.

가. 1) 다음의 조항은 위법으로 폐지한다.

- 빈 주정부의 빈최소보장법에 관한 명령 2020 제1조 제3항

- 빈 주정부의 빈최소보장법에 관한 명령 2021 제1조 제3항

- 빈 주정부의 빈최소보장법에 관한 명령 2022 제1조 제3항
- 2) 빈 주정부는 이 결정을 빈 주법률관보에 지체 없이 게재할 의무를 진다.

나. 다음의 조항은 위법이 아니므로 폐지되지 아니한다.

- 빈 주정부의 빈최소보장법에 관한 명령 2020 제2조
- 빈 주정부의 빈최소보장법에 관한 명령 2021 제2조
- 빈 주정부의 빈최소보장법에 관한 명령 2022 제2조

### Ⅲ. 심판대상 및 쟁점, 관련조항

#### 1. 심판대상 및 쟁점

헌법재판소는 빈 행정법원의 결정에 대한 재판소원을 처리하면서 사회부조원칙법을 기한 내에 이행하지 않은 빈최소보장법의 위헌 여부 및 이에 관한 명령의 위법 여부에 의구심을 가졌다. 또한 연방의 사회부조원칙법에서 현물급부를 강제하는 조항이 평등원칙에 위배되는지 여부에도 의구심을 가지고 이를 심사하였다.

#### 사회부조원칙법 제5조 제5항

현물급부는 적절한 평가 범위 내에서 현금급부에 합산되어야 한다. 주입법부는 수급자의 신청에 기해 또는 직권으로 전체 주거수요 충족을 위한 급부를 현금급부 대신 현물급부의 형태로 제공하도록 규정할 수 있다. 이 경우 제2항과 제6항에 따른 책정기준의 70%까지 주거수요 충족을 위한 현물급부의 형태로만 제공되고 전체적으로는 40%로 평가되어 결과적으로 책정기준의 60%가 현금 또는 현물급부의 형태로 일반 생계 지원을 위해 남겨지게 된다(주거비용일괄지급).

#### 사회부조원칙법 제6조 특별한 어려움을 피하기 위한 추가 급부

실질적인 수요가 제5조에 따른 총체적 급부를 통해 충족될 수 없음이 개별적으로 증명된 경우에 한하여 개별 사안에서 특별한 어려움을 피하기 위해 필요한 경우 주입법부는 일반 생계 보조 또는 주거수요에서의 이례적인 비용 충당을 위해 추가적인 현물급부 형태로 추가 급부를 보장할 수 있다.

### 빈최소보장법 제7조 최소생계보장 및 주거수요에 관한 청구권

(2) 수요공동체에의 편입은 다음의 기준에 따라 결정된다.

2. 공동 가계에서 거주하는 혼인관계에 있는 성인들 또는 등록 동반자관계나 생활공동체 관계에 있는 성인들은 부모 또는 조부모와 같은 거주지에서 살더라도 독자적인 수요공동체를 이룬다.

### 빈최소보장법 제8조 최소보장기준

(2) 1개월의 책정기간의 최소보장기준은 다음과 같다.

2. 다른 사람과 혼인, 등록 동반자관계 또는 생활동반자관계에서 생활(제7조 제2항 제2호에 따른 수요공동체)하는 25세 이상의 성인은 제1호에 따른 금액의 75%.

### 빈최소보장법 제9조 임대보조금

(1) 제8조 제1항에 따른 주거수요 충족을 위한 기본금액을 초과하는 수요는 이러한 수요가 자비(自費)나 제3자의 급부를 통해 충족될 수 없음이 증명된다면 수요공동체로서의 청구권자에게 월별 현금급부(임대보조금) 형태로 승인된다. 임대보조금은 신청서를 제출한 다음 달부터 지급된다.

(2) 임대보조금은 이의 없는 서류로 입증된 주거수요를 충족하기 위해 실제로 더 높은 비용이 발생하는 경우에 부대비용까지 포함하는 총 임대비용으로 승인하고 다음과 같이 산정한다.

1. 시작가액은 제3항에 따른 임대보조금 상한선까지 기타 급부를 공제한 후 실제로 남는 주거비용이다.

2. 이 시작가액을 해당 거주지에 사는 성인의 수로 나누고 수요공동체의 성인의 수를 곱한다.

3. 수요공동체에 대해 결정된 가액으로부터 제8조 제2항에 따른 개별 최소보장기준의 금액이 다음과 같이 공제된다.

a) 부조를 구하거나 받는 성인에 대해 25%의 금액

b) 2014년 1월 1일을 기준으로 50세 이상이며 적어도 반년 동안 노동불능상태에 있는 부조를 구하거나 받는 사람, 일반사회보장법에 따라 정규 연금 수급 연령에 도달한 사람, 독신이거나 이러한 요건을 충족하지 않는 다른 사람과 수요공동체에서 사는 지속적으로 노동불능상태에 있는 모든 성인에 대해 13.5%의 금액

c) 2014년 1월 1일을 기준으로 50세 이상이고 최소 반년 동안 노동불능상태에 있으며 부조를 구하거나 받는 사람, 일반사회보험법에 따라 정규연금 수급 연령에 달한 사람, 영구적으로 노동불능상태에 있는 모든 성인, 수요공동체의 1인 이상에게 이러한 요건이 존재하는 경우에 대해 9%의 금액

(3) 임대료 보조금의 상한은 총체적으로 다른 보조금을 고려하여 거주지에 거주하는 사람의 수와 합리적인 주거비용을 기준으로 주정부의 법령으로 정한다.

**빈 주정부의 빈최소보장법에 관한 명령 2020(Verordnung der Wiener Landesregierung zum Wiener Mindestsicherungsgesetz 2020 - WMG-VO 2020, LGBI. 67/2019)**

### 제1조 최소보장기준, 주거수요를 충족하기 위한 기본금액과 세금감면혜택 한도

(3) 다른 사람과 혼인, 등록 동반자관계 또는 생활공동체(빈최소보장법 제7조 제2항 제2호에 따른 수요공동체)에서 사는 25세 이상의 성인의 최소보장기준 금액은 688.01유로이다.

이 최소보장기준 금액은 주거수요 충족을 위한 다음의 기본금액을 포함한다.

a) b목 또는 c목에 해당하지 않는 성인의 경우 171.99유로

b) 2014년 1월 1일을 기준으로 50세 이상이고 최소 반년 동안 노동불능상태에 있으며 부조를 구하거나 수급 받는 사람, 일반사회보험법에 따라 정규연금 수급 연령에 달한 사람, 지속적으로 노동불능상태에 있는 모든 성인이 이러한 요건을 충족하지 않는 다른 사람들과 수요공동체에서 사는 경우 92.88유로

c) 2014년 1월 1일을 기준으로 50세 이상이고 최소 반년 동안 노동불능상태에 있으며 부조를 구하거나 수급 받는 사람, 일반사회보험법에 따라 정규연금 수급 연령에 달한 사람, 영구적으로 노동불능상태에 있는 모든 성인, 수요공동체의 1인 이상에게 이러한 요건이 존재하는 경우 61.92유로

### 제2조 임대보조금의 상한

(1) 임대보조금의 상한은 다음과 같다.

1. 거주자 1인 내지 2인의 경우 342.84유로
2. 거주자 3인 내지 4인의 경우 359.46유로
3. 거주자 5인 내지 6인의 경우 380.80유로

4. 7인 이상의 거주자의 경우 400.98유로

(2) 임대보조금의 상한은 개별 주거수요 충족을 위한 기본금액을 포함한다.

**빈 주정부의 빈최소보장법에 관한 명령 2021(Verordnung der Wiener Landesregierung zum Wiener Mindestsicherungsgesetz 2021 - WMG-VO 2021, LGBl. 8/2021)**

**제1조 최소보장기준, 주거수요를 충족하기 위한 기본금액과 세금감면혜택 한도**

(3) 다른 사람과 혼인, 등록 동반자관계 또는 생활공동체(빈최소보장법 제7조 제2항 제2호에 따른 수요공동체)에서 사는 25세 이상의 성인의 최소보장기준 금액은 712.10유로이다.

이 최소보장기준 금액은 주거수요 충족을 위한 다음의 기본금액을 포함한다.

a) b목 또는 c목에 해당하지 않는 성인의 경우 178.02유로

b) 2014년 1월 1일을 기준으로 50세 이상이고 최소 반년 동안 노동불능상태에 있으며 부조를 구하거나 수급 받는 사람, 일반사회보험법에 따라 정규연금 수급 연령에 달한 사람, 지속적으로 노동불능상태에 있는 모든 성인이 이러한 요건을 충족하지 않는 다른 사람들과 수요공동체에서 사는 경우 96.13유로

c) 2014년 1월 1일을 기준으로 50세 이상이고 최소 반년 동안 노동불능상태에 있으며 부조를 구하거나 수급 받는 사람, 일반사회보험법에 따라 정규연금 수급 연령에 달한 사람, 영구적으로 노동불능상태에 있는 모든 성인, 수요공동체의 1인 이상에게 이러한 요건이 존재하는 경우 64.09유로

**제2조 임대보조금의 상한**

(1) 임대보조금의 상한은 다음과 같다.

1. 거주자 1인 내지 2인의 경우 354.84유로

2. 거주자 3인 내지 4인의 경우 372.04유로

3. 거주자 5인 내지 6인의 경우 394.13유로

4. 7인 이상의 거주자의 경우 415.01유로

(2) 임대보조금의 상한은 개별 주거수요 충족을 위한 기본금액을 포함한다.

**빈 주정부의 빈최소보장법에 관한 명령 2022(Verordnung der Wiener Landesregierung**

zum Wiener Mindestsicherungsgesetz 2022 - WMG-VO 2022, LGBI. 81/2021)

### 제1조 최소보장기준, 주거수요를 충족하기 위한 기본금액과 세금감면혜택 한도

(3) 다른 사람과 혼인, 등록 동반자관계 또는 생활공동체(빈최소보장법 제7조 제2항 제2호에 따른 수요공동체)에서 사는 25세 이상의 성인의 최소보장기준 금액은 733.46유로이다.

이 최소보장기준 금액은 주거수요 충족을 위한 다음의 기본금액을 포함한다.

a) b목 또는 c목에 해당하지 않는 성인의 경우 183.36유로

b) 2014년 1월 1일을 기준으로 50세 이상이고 최소 반년 동안 노동불능상태에 있으며 부조를 구하거나 수급 받는 사람, 일반사회보험법에 따라 정규연금 수급 연령에 달한 사람, 지속적으로 노동불능상태에 있는 모든 성인이 이러한 요건을 충족하지 않는 다른 사람들과 수요공동체에서 사는 경우 99.02유로

c) 2014년 1월 1일을 기준으로 50세 이상이고 최소 반년 동안 노동불능상태에 있으며 부조를 구하거나 수급 받는 사람, 일반사회보험법에 따라 정규연금 수급 연령에 달한 사람, 영구적으로 노동불능상태에 있는 모든 성인, 수요공동체의 1인 이상에게 이러한 요건이 존재하는 경우 66.01유로

### 제2조 임대보조금의 상한

(1) 임대보조금의 상한은 다음과 같다.

1. 거주자 1인 내지 2인의 경우 365.49유로
2. 거주자 3인 내지 4인의 경우 383.20유로
3. 거주자 5인 내지 6인의 경우 405.95유로
4. 7인 이상의 거주자의 경우 427.46유로

(2) 임대보조금의 상한은 개별 주거수요 충족을 위한 기본금액을 포함한다.

## 2. 관련조항

### 사회부조원칙법 제2조 수요의 범위

(1) 이 연방법에서 사회부조란 일반적인 생계를 보조하고 주거수요를 보장하는 금

전 또는 현물급부를 포함한다.

(2) 일반적인 생계는 식품, 의류, 신체 위생에 관한 정기적으로 반복되는 경비 및 기타 적절한 사회적·문화적 참여를 위한 개인적인 수요를 포함한다.

(3) 주거수요는 적절한 주거 상황을 보장하는 데 필요한 임대료, 가정용품, 난방 및 전기, 그밖에 일반적인 운영비용 및 지출비용을 포함한다.

(5) 사회적 빈곤과 연관된 주거비 절감에만 주력하는 주법률 조항은 이 연방법 규정의 적용을 받지 않는다. 주정부는 (난방보조금을 제외한) 이러한 수당과 제5조에 따른 월별 수당의 동시 수령이 배제되도록 주정부 법률에 명시해야 한다.

### 사회부조원칙법 제3조 일반원칙

(5) 사회부조 급부는 급부의 목표 달성의 효율성을 높일 수 있는 한 주로 현물급부로 제공되어야 한다. 비경제적이거나 목적에 위배되지 않는 한 주거 수요에 관한 급부는 현물 형태로 제공되어야 한다. 수혜자의 이익을 위해 현물로 다른 사람에게 직접적인 비용을 지불하는 것도 현물급부로 간주된다.

### 사회부조원칙법 제5조 월별 사회부조 급부

(1) 주정부는 생계를 지원하고 충분하고 적절하며 필수적인 수준에 부합하며 이를 초과하지 않는 주거수요를 충족하기 위해 현물 형태의 사회부조 급부 또는 연 12회 매월 지급되는 총체적인 현금급부를 규정해야 한다.

(2) 주입법자는 제1항에 따른 급부를 가계공동체를 기준으로 하여 단계별로 감축되도록 확정해야 한다. 한 가계공동체는 특별한 사정으로 인해 전체 또는 부분적인 공동 경제관리가 불가능하지 않은 한 한 가구 또는 주거공동체에 사는 여러 사람들로 구성된다. 제1항에 따른 현금 및 현물급부의 총액은 제2항 제1호 내지 제4호에서 독신자의 순수균등화보상기준액을 토대로 정한 인당 및 월별 상한액을 초과해서는 안 된다.

1. 독신 또는 단독양육자 100%
2. 가계공동체에서 생활하는 성인
  - a) 수급권자 당 70%
  - b) 3인 이상의 성인 수급권자 당 45%

**빈최소보장법 제3조 포함되는 수요의 범위**

- (1) 빈 최소보장은 생활, 주택, 질병, 임신 및 출산 분야의 최소보장기준을 다룬다.
- (2) 생계에는 음식, 의복, 개인위생, 가정용품, 난방 에너지에 관한 수요뿐만 아니라 기타 개인적 수요도 포함되며, 여기에는 사회적·문화적 참여도 포함된다.
- (3) 주거수요에는 적절한 주거환경에 필요한 임대료, 세금 및 일반 운영비용이 포함된다.

**빈최소보장법 제7조 최소생계보장 및 주거수요에 관한 청구권**

(1) 제4조 제1항과 제2항에 따른 요건을 충족하는 성인은 최소생계보장 및 주거수요에 관한 청구권을 갖는다. 최소생계보장 및 주거수요에 관한 청구권은 공동으로 주장되어야만 하며 수요공동체의 성인들에게 연대하여 주어진다. 수요공동체에 속한 미성년자의 수요는 해당 수요공동체의 청구권자의 적절한 최소보장기준을 승인함으로써 충족되도록 한다.

(2) 수요공동체에의 편입은 다음의 기준에 따라 결정된다.

1. 제2호 또는 제4호가 적용되지 않는 한 성인은 그가 다른 사람들과 함께 한 거주지에서 살더라도(주거공동체) 각기 독자적인 수요공동체를 이룬다.

**빈최소보장법 제8조 최소보장기준**

(1) 생계와 주거수요 충족을 위한 급부의 책정은 제2항에 따른 최소보장기준을 기준으로 하며, 성인의 경우 해당 최소보장기준의 25%에 해당하는 주거수요를 충당하기 위한 기본금액도 포함된다.

(2) 1개월의 책정기간의 최소보장기준은 다음과 같다.

1. 일반사회보험법 제293조 제1항 a호의 bb에 따른 순수균등화보상 기준액의 100%에서 의료보험료를 차감한 금액

a) 제7조 제2항 제1호에 따른 수요공동체에서 생활(독신자)하는 25세 이상인 성인의 경우

**빈최소보장법 제18조 현물급부**

(1) 재산적 가치를 가지는 모든 급부 및 제2항에 따라 제3자에게 지불하는 현금급부는 현물급부로 간주한다.

(2) 승인된 현금급부가 목적에 합치되지 않게 사용되었거나 사안의 특수성으로 인해 필요한 경우에는 빈 최소보장급부는 수요 충족을 위한 의무가 있거나 그러한 의무가 있었던 제3자에게 지불될 수 있다. 제3자에 대한 지불은 결정(Bescheid)을 통해 결정되어야 한다.

(3) 다음의 경우가 제2항에 따른 급부로 간주된다.

1. 주거비용 충족을 위한 급부
2. 에너지수요를 충족하기 위한 급부

(4) 결정이 법적 구속력을 갖게 된 후에 빈 시 당국이 승인한 급부가 목적에 합치되지 않게 사용되었다는 사실을 알게 된 경우에는 제2항의 의미상 법적 구속력을 갖게 된 후에도 결정을 변경할 수 있다.

#### **일반사회보험법 제293조 제1항 a목**

제2항과 관계없이 법으로 정해진 금액은

a) 자신의 연금보험이 있는 연금수급자의 경우

aa) 그가 배우자나 등록 동반자관계에 있는 사람과 공동 가계에서 생활하는 경우  
1,751.56유로<sup>5)</sup>

bb) aa의 요건에 해당하지 않는 경우 1,110.26유로<sup>6)</sup>

## **IV. 판단**

헌법재판소가 심사결정에서 가졌던 의구심은 부분적으로만 해소되었다.

### **1. 사회부조원칙법 제5조 제5항과 제6조**

가. 헌법재판소는 사회부조원칙법 제5조 제5항과 제6조에 따라 총체적 주거비용과 특별한 어려움을 피하기 위한 추가급부를 오로지 현물급부 형태로만 보장해야 한다는 점에 의구심을 가졌다. 이에 반해 동법 제5조 제2항에서는 높은 효율과 급부의 목

5) 2020년에는 1,472유로(BGBI. II Nr. 348/2019), 2021년에는 1,578.36유로(BGBI. II Nr. 576/2020), 2022년에는 1,625.71유로(BGBI. II Nr. 590/2021).

6) 2020년에는 966.65유로, 2021년에는 1,000.48유로, 2022년에는 1,030.49유로.

적 충족을 달성하는 것이 기대되는 경우에만 현물급부를 제공하도록 규정되어 있으며, 주거수요에 관한 급부의 경우는 현물급부가 비경제적이거나 목적에 위배되지 않는 경우에 제공한다고 되어 있다. 헌법재판소는 동법 제5조 제5항 내지 제6조의 예외 없는 현물급부 제공에 관한 규정이 연방헌법 제7조 제1항의 평등원칙과 합치하는지 여부에 대한 의구심을 가졌다.

나. 평등원칙은 입법자로 하여금 같은 것은 같게 다른 것은 다르게 취급할 것을 명하며 이를 통해 입법자로 하여금 수범자 간에 객관적 이유 없는 차별을 금지함으로써 내부적인 제한을 둔다(VfSlg. 17.315/2004, 17.500/2005, 20.244/2018, 20.270/2018 참조). 그러나 이러한 제한 내에서 입법자는 평등원칙에 따라 적절하다고 판단되는 방식으로 정치적 목표를 추구하는 것에 제약을 받지 않는다(가령 VfSlg. 16.176/2001, 16.504/2002 참조). 특히 사회적 수요상황을 판단하고 이러한 요구와 관련된 사회적 조치를 설계할 때 입법자는 법정책에 관해 더 넓은 형성의 여지를 갖는다(VfSlg. 18.885/2009, 20.270/2018, 20.244/2018, 20.359/2019 참조). 이러한 형성여지의 틀 안에서 입법자는 원칙적으로 자유롭게 현금급부 대신 현물급부를 규정할 수 있다(VfSlg. 20.229/2017 참조). 그렇지만 입법자는 그가 설계한 사회부조 체계가 원래의 목적 - 도움이 필요한 사람들의 사회적 난관을 예방하고 이를 극복하는 것 - 을 달성할 수 있도록 보장해야 한다(VfSlg. 19.698/2012, 20.300/2018 참조). 따라서 입법자가 설계한 체계는 그 목적에 상응해야 하며 그 자체로 객관적이어야 한다(VfSlg. 20.359/2019 참조).

다. 입법자가 사회부조급부 설계를 통해 목적에 위배되는 자금의 사용을 방지하고자 했던 점에는 이의가 없다. 그렇지만 입법자에게 부여된 형성여지는 객관적인 정당성이 없는 규정을 제정하는 것이 금지된다는 점에서 평등원칙에 의해 제한된다(VfSlg. 8073/1977, 16.542/2002; VfGH 7.3.2022, G 201/2021 등 참조).

라. 연방정부의 설명에 따르면 사회부조원칙법 제5조 5항에 따른 주거비용일괄지급 규정과 동법 제6조에 따른 특별한 어려움을 방지하기 위한 추가급부에 관한 규정은 동법 제5조 제2항에서 정한 상한액을 초과하는 급부를 제공할 수 있는 권한을 부여한다. 원칙법의 입법자는 이러한 권한을 예외 없는 현물급부명령과 결부시켜서 이러한 (상한액을 초과하는) 급부가 목적에 상응하게 사용되는 것을 보장하고자 한다.

마. 원칙법의 입법자는 이를 통해 정당한 목적을 추구한다. 그렇지만 사회부조원칙법은 제5조 제2항에 따른 기준요율급부와 이를 초과하는 동조 제5항에 따른 급부를 객관적으로 정당화할 수 없는 방식으로 구분하고 있다. 사회부조원칙법 제5조 제5항에 따른 더 큰 급부는 더 높은 수요의 대책점에 있으며, 그 정도는 도움이 필요한 사람의 개인적 통제를 벗어난 상황에 따라 달라진다. 따라서 급부의 액수만으로 그러한 수요가 현물급부를 통해서만 충족될 수 있다고 결론내리는 것은 헌법재판소로서는 이해할 수 없다. 기준요율급부와 마찬가지로 이를 초과하는 급부에도 우선적으로 현물급부를 통해 충족해야 하는 객관적인 이유가 있을 수 있다. 하지만 사회부조원칙법 제5조 제5항에 따라 추가적인 급부를 제공하는 때에 현금급부를 완전히 제외한 것에 대한 객관적인 근거는 찾을 수 없다.

바. 이는 사회부조원칙법 제6조에도 동일하게 적용된다. 여기서도 특별한 어려움을 방지하기 위해 특정한 경우에 현금급부 형태의 추가적 급부가 필요할 수 있다는 점을 완전히 배제해야 하는 명백한 이유는 없다.

사. 따라서 사회부조원칙법 제5조 제5항과 제6조의 예외 없는 현물급부명령에 관한 의구심은 타당한 것으로 판명되었으며 해당 조항은 연방헌법 제7조 제1항에 위배되므로 폐지해야 한다.

## 2. 빈최소보장법 제8조 제2항 제2호와 연계한 제7조 제2항 제2호 및 빈최소보장법에 관한 명령 제1조 제3항

가. 헌법재판소는 심사결정에서 빈최소보장법 제8조 제2항 제2호와 연계한 제7조 제2항 제2호의 위헌성 내지 빈최소보장법(2020, 2021, 2022)에 관한 명령 제1조 제3항의 위법성에 대해 의구심을 가졌다. 이에 따르면 다른 사람과 혼인, 등록 동반자관계 또는 생활공동체에서 사는 사람의 급부는 기준이 되는 순수균등화보상기준액의 75%에 해당하는 금액인데, 사회부조원칙법 제5조 제2항 제2호 a목에서 정한 가계공동체의 인당 월별 순수균등화보상기준액의 상한요율은 70%이기 때문이다.

나. 시행법은 원칙법에 위배되어서는 안 되며(예컨대 VfSlg. 2087/1951, 2820/1955, 4919/1965 참조), 그 법적 효력을 변경(VfSlg. 3744/1960, 12.280/1990)하거나 제한(VfSlg. 4919/1965)해서도 안 된다. 주의 규정이 존재할 때 연방에서 원칙을 발표한 경우, 주법을 적시에 조정하지 않으면 원칙법에 위배되는 해당 법조항이 위헌이 된다(VfSlg. 10.176/1984, 12.280/1990 참조).

다. 사회부조원칙법은 일반 생계에 관한 수요 범위와 주거수요에 관한 내용을 포함한다(사회부조원칙법 제1조 제1호, 제2조 제1항). 이러한 수요의 범위에서 연방입법자는 연방헌법 제12조 제1항 제1호<sup>7)</sup>에 따른 주입법자를 위한 빈민구제 영역에서의 원칙 수립이라는 권한을 행사하였다. 사회부조원칙법 제2조 제4항은 사회부조원칙법의 수요 범위에 해당하지 않는 분야를 명시하고 있다(가령 연령, 임신, 질병, 돌봄 또는 장애에 관한 특수한 수요).

라. 그러므로 빈 주입법자가 연방헌법 제12조 제1항 제1호에 따른 일반적 생계 및 주거수요 충족에 관한 급부를 제공하는 때에는 이러한 수요 범위 설계에 있어서 연방입법자

가 사회부조원칙법에 수립한 원칙에 기속된다.

마. 이전의 주들의 최소보장 및 사회부조법과 달리 사회부조원칙법은 상한액체계를 규정하고 있으며 사회부조급부의 최소보장체계를 규정하고 있지 않다(VfSlg. 20.359/2019 참조). 따라서 주입법자는 사회부조원칙법의 적용범위에서 동법 제5조 제2항이 정한 일반 생계의 수요범위와 주거수요에 관한 상한액을 그에 상응하는 권한 없이 초과해서는 안 된다. 사회부조원칙법 제6조 또한 개별 상황에서 동법 제5조 제2항이 정한 상한액을 초과하는 근거조항이 아니다.

바. 따라서 빈최소보장법 제8조 제2항 제2호 및 빈최소보장법에 관한 명령 2020-2022 제1조 제3항은 폐지해야 한다.

#### 7) 연방헌법 제12조 제1항 제1호

연방의 소관사항은 원칙에 관한 입법이며, 주의 소관사항은 시행법 제정과 다음 사안의 집행이다.

1. 빈곤문제; 의료 및 돌봄 시설

### 3. 빈최소보장법 제9조와 연계한 빈최소보장법에 관한 명령 제2조

가. 헌법재판소는 심사결정에서 임대보조금을 통해 권한 없이 사회부조원칙법 제5조 제2항에서 정한 상한액을 넘어서는 사회부조급부를 제공하는 것에 의구심을 가졌다. 먼저 임대보조금이 사회부조원칙법 제5조 제5항과 달리 현물이 아닌 현금급부로 제공된다는 점이 있었고, 또 하나는 빈최소보장법 제9조와 연계한 빈최소보장법에 관한 명령 2020-2022 제2조를 통해 사회부조원칙법 제5조 제5항에서 주거비용일괄지급을 위해 규정한 산출법과는 전혀 다른 산출법을 사용하게 되어 사회부조원칙법에서 규정한 급부의 제공이 아닌 다른 액수의 급부가 제공된다는 점이였다.

나. 이 결정을 통해 사회부조원칙법 제5조 제5항과 제6조는 폐지될 예정이고 이에 따라 법적 상황이 조정된 후에는 임대보조금을 원칙적으로 현금급부로 제공해야 한다는 점에 이의가 없을 것이다. 헌법재판소가 여러 차례에 걸쳐 내린 결정에서와 같이 원칙법을 해석할 때 의심스러울 경우 시행법에 더 넓은 여지를 주는 것이 타당하다고 보아야 한다(VfSlg. 20.359/2019). 사회부조원칙법 제3조 제5항의 기준에 따라 현물급부가 지속적으로 우선하므로 주입법자는 효율적이고 경제적이며 목적에 부합하는 경우에만 현물급부를 규정하도록 하는 형성의 여지를 갖는다(빈최소보장법 제18조 제2항).

다. 시행법입법자의 형성의 여지가 존재하므로 결과적으로 사회부조원칙법의 상한선을 초과하지 않는 한 임대보조금 산출에서 주거비용일괄지급과 다른 방식을 사용하는 것은 헌법에 위배되지 않는다. 임대보조금 산출의 기준이 되는 빈최소보장법 제9조와 연계한 빈최소보장법에 관한 명령 2020-2022 제2조는 사회부조원칙법의 주거비용일괄지급에서 더 높은 상한액을 초과하지 않으므로 위헌이 아니다.

## V. 결정의 의의

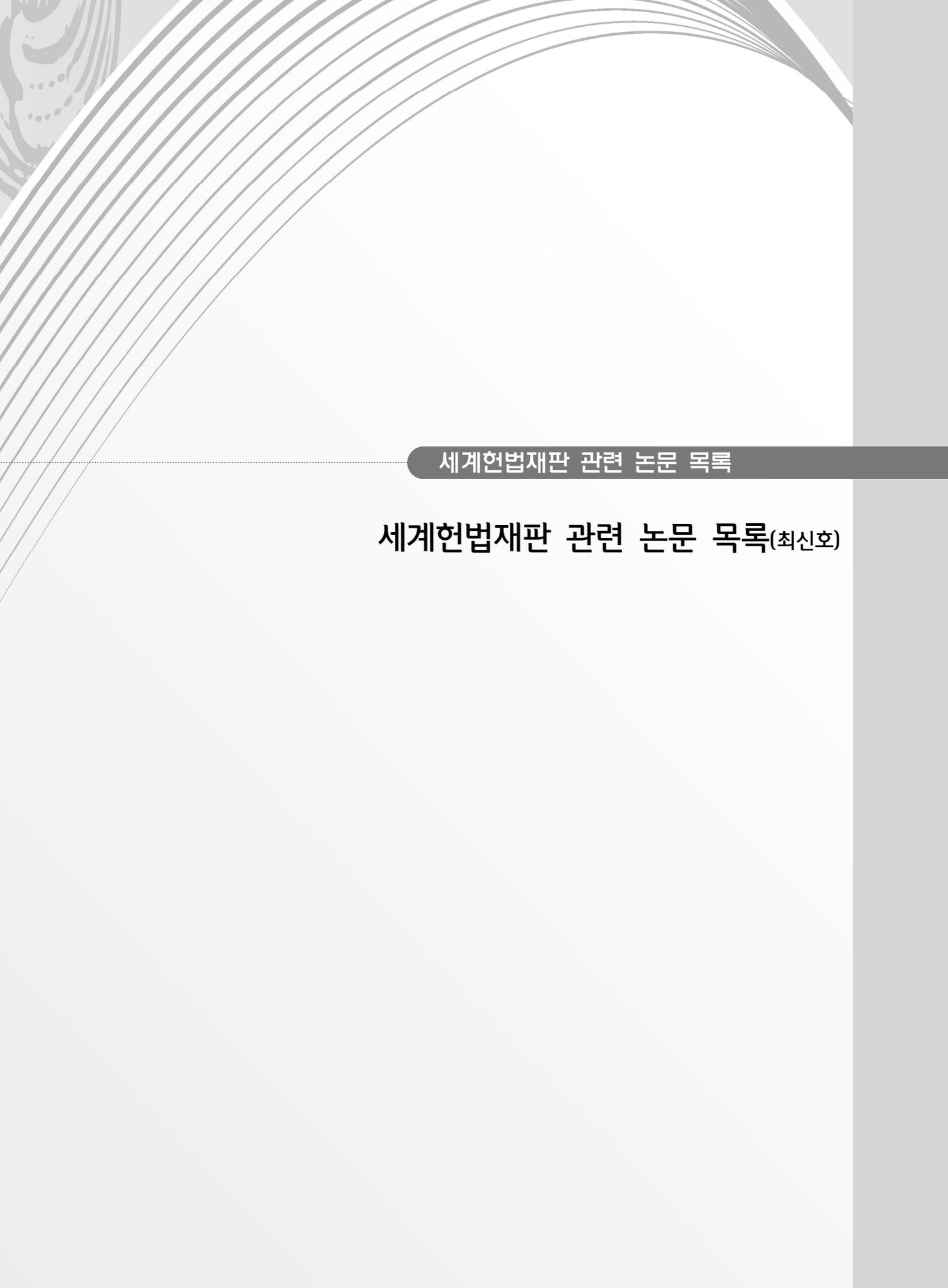
오스트리아 헌법재판소는 사회부조 급부를 예외 없이 현물로만 제공하도록 하는 사회부조원칙법의 규정이 평등원칙에 위배된다고 판단하였다. 또한 사회부조원칙법에 규정된 사회부조 급부의 상한을 넘는 급부를 지급할 수 있도록 규정한 빈최소보

장법 규정 및 이에 관한 명령이 위헌·위법이라고 보았다. 정치권에서는 이러한 헌법재판소의 결정을 대체로 환영하며, 특히 극심한 인플레이션과 치솟는 임대료로 고통 받고 있는 사회부조 수급자를 위해 사회부조체계를 개선해야 한다고 하였다.<sup>8)</sup>

---

8) ORF.at, Sozialhilfe; VfGH kippt Einschränkung auf Sachleistungen, 28.04.2023. <https://orf.at/stories/3310544/> (최종 방문일: 2023. 10. 18.)





세계헌법재판 관련 논문 목록

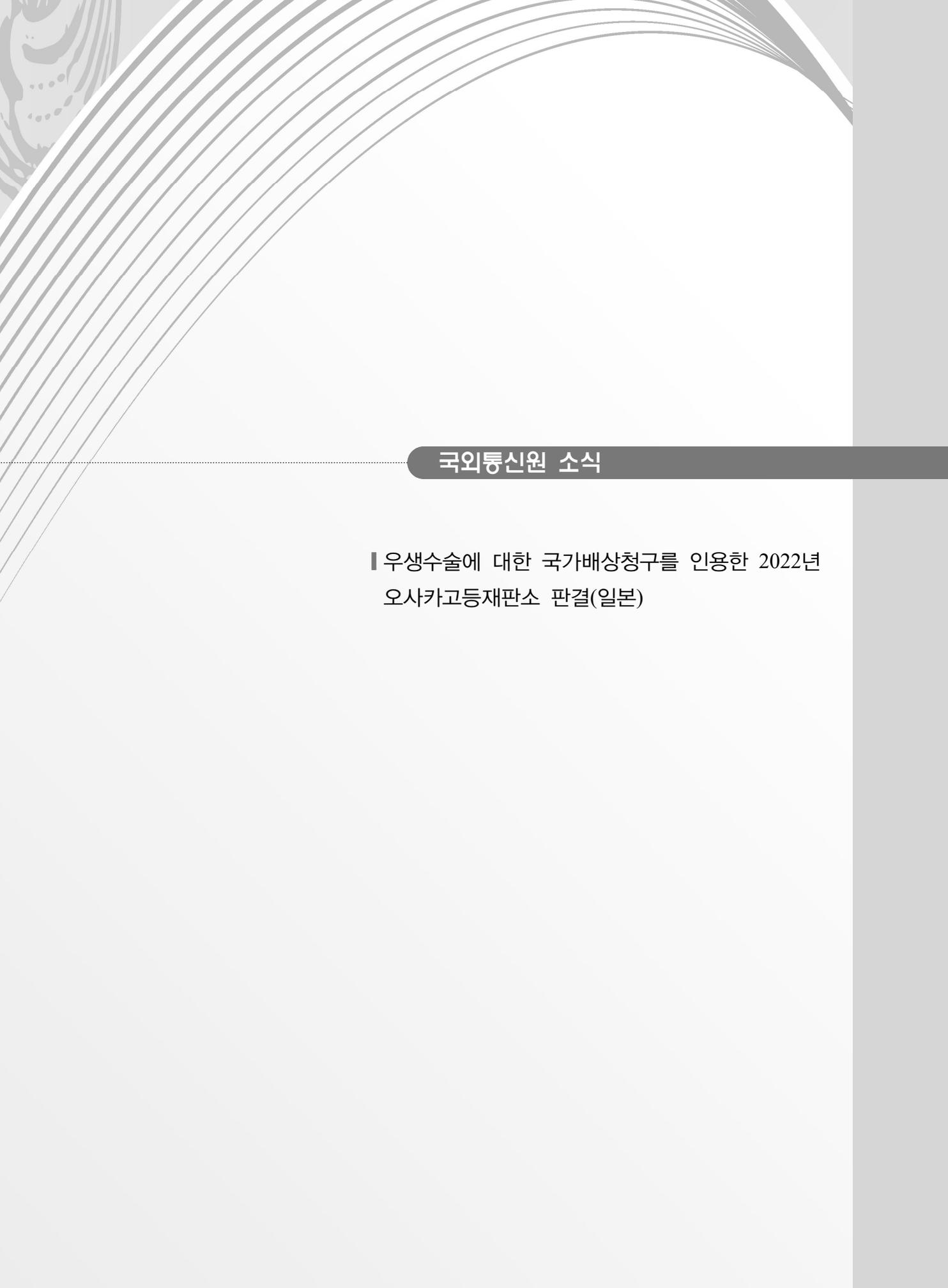
세계헌법재판 관련 논문 목록(최신평)



## Ⅰ 세계헌법재판 관련 논문 목록(최신호) Ⅰ

- 강승식, 권위주의 정부형태에서의 대통령의 헌법상 지위와 권한, 미국헌법연구 제 34권 제2호, 2023. 8. 39-69면.
- 김지영, 환경법상 역진금지원칙에 관한 시론적 연구 - 프랑스의 논의를 중심으로 -, 공법학연구 제24권 제3호, 2023. 8. 181-214면.
- 김하열, 캐나다의 헌법불합치 결정, 저스티스 통권 제198호, 2023. 10. 46-80면.
- 김학진, 법정에 선 헤르만 헬러: ‘사회적 법치국가’로 귀결되는 헬러의 헌법이론과 헌법해석에 관한 의의의 검토, 민주법학 통권 제82호, 2023. 7. 159-202면.
- 박한나, 기후위기 시대에 기본적 권리로서의 환경권- 미국의 판례를 중심으로 -, 법학논집 제28권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2023. 9. 135-168면.
- 박희영, 독일의 온라인 수색과 IT 기본권, 헌법학연구 제29권 제3호, 2023. 9. 81-123면.
- 배중화, 독일의 긴급지출승인권과 한국의 예비비 제도, 연세법학 통권 제42호, 2023. 7. 223-245면.
- 신상현, 헌법상 재판청구권의 관점에서 현행법상 비밀수사 관련 통지·불복절차의 개선 방안에 대한 연구 - 독일, 오스트리아, 스위스 법제와의 비교를 곁하여 -, 법학논집 제43권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2023. 8. 57-91면.
- 심현우, 캐나다에서의 ‘현실적으로 가석방 가능성이 없는 종신형’에 대한 위헌결정 - 평석 대상결정: R. v. Bissonnette, 2022 SCC 23 (2022.5.27. 선고) -, 아주법학 제17권 제2호, 2023. 8. 231-276면.
- 안문희, 벨기에 법정동거제도에 관한 연구, 법조 제72권 제4호, 2023. 8. 120-144면.
- 윤중행, 신앙의 자유 관련 미국과 우리나라 판례의 동향, 법이론실무연구 제11권 제3호, 2023. 8. 93-138면.
- 이상혁, 프랑스의 부르카 금지법을 둘러싼 유럽인권재판소와 자유권규약위원회의 판단에 관한 소고 - 판단의 여지 독트린 및 인권의 교차성에 대한 검토를 중심으로 -, 홍익법학 제24권 제3호, 2023. 9. 159-198면.
- 이우철, 유럽연합법의 자치성 원리와 기본권 보호에 관한 연구 - EU의 ECHR 가입 협상 재개와 전망을 중심으로 -, 세계헌법연구 제29권 제2호, 2023. 8. 149-180면.

- 이유정/김민호, 인공지능 학습데이터와 개인정보보호법상 동의제도에 관한 연구 - 미국의 사후동의(opt-out)제도를 중심으로 -, 미국헌법연구 제34권 제2호, 2023. 8. 1-37면.
- 이재홍, 유럽인권재판소의 공정한 균형 심사, 유럽헌법연구 통권 제42호, 2023. 8. 65-97면.
- 이형석, 유럽인권협약 제2조 생명권의 해석과 적용에 관한 연구 - 유럽인권재판소 결정례를 중심으로 -, 유럽헌법연구 통권 제42호, 2023. 8. 99-141면.
- 이황희, 애덤 스미스와 민주주의, 세계헌법연구 제29권 제2호, 2023. 8. 1-35면.
- 이효진, 우리 ‘인공지능법 제정안’의 인공지능 규율 방향에 관한 소고 - 유럽연합 인공지능법(EU AI Act) 규제 비교를 중심으로 -, 법학논문집 제47권 제2호, 2023. 8. 5-42면.
- 장지원, 일본의 헌법개정절차에 대한 연구 - 일본의 국회법과 헌법개정절차법을 중심으로 -, 입법학연구 제20권 제2호, 2023. 8.
- 전학선, 프랑스의 정당의 자유에 관한 연구, 외법논집 제47권 제3호, 2023. 8. 199-220면.
- 정수진, 사회 연대의식에 대한 소고 - 독일 헌법학계 논의를 중심으로 -, 법학연구 제33권 제3호, 연세대학교 법학연구원, 2023. 9. 137-182면.
- 주민호, 자동화된 의사결정에 대한 기본권의 실효적 보장- EU AI법 제54조와 GDPR 제22조의 관계를 중심으로 -, 법학논고 통권 제82호, 2023. 7. 63-88면.
- 최희경, 미국 헌법상 학생의 표현의 자유에 관한 연구, 법학논집 제28권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2023. 9. 1-29면.
- 한유진, 소수자 인권에 있어 Dobbs 판결의 의미와 반향 - 근본적 권리 분석틀의 경직된 적용과 소수자 보호 법리의 훼손을 중심으로 -, 세계헌법연구 제29권 제2호, 2023. 8. 69-110면.
- 홍석한, 지능정보사회에서 사회보장 영역의 정보화와 기본권 보호 - 네덜란드 SyRI 판결에 대한 분석과 평가 -, 헌법학연구 제29권 제3호, 2023. 9. 125-163면.
- 황지섭, 미국의 사법 우위(Judicial Supremacy)에 대한 주요 비판과 그 시사점, 법학논집 제26권 제3호, 인하대학교 법학연구소, 2023. 9. 51-78면.
- Wolfgang Benz, 김효전 옮김, [번역] 나치 독일 하의 유대인 법률가 - 박해와 말살을 위한 권리박탈에 대해서 -, 헌법학연구 제29권 제3호, 2023. 9. 451-526면.



## 국외통신원 소식

■ 우생수술에 대한 국가배상청구를 인용한 2022년  
오사카고등재판소 판결(일본)



# 우생수술에 대한 국가배상청구를 인용한 2022년 오사카고등재판소 판결

고베대학교 법학연구과 연구조수 서 누 리

## 1. 우생보호법 그리고 국가배상소송

일본에서는 우생(優生)사상에 기초하여 ‘불량한 자손의 출산을 방지하는 목적’(구 우생보호법 제1조)에서 장애인<sup>1)</sup>에 대하여 불임수술(이하, ‘우생수술’) 및 임신중절수술을 실시한 적이 있다. 이러한 일련의 과정은 ‘우생보호법<sup>2)</sup>이라는 실정법에 근거하여 실시되었다. 심지어는 본인의 동의 없이 우생수술을 실시할 수 있었으며,<sup>3)</sup> 실시되었다. 오늘날의 관점에서는 명백한 인권침해이자 불법행위이다. 후생노동성의 통계에 의하면, 우생수술의 피해자는 약 2만 5000명(이 중 본인의 동의 없이 수술을 받은 경우는 약 16,475명으로 추산), 임신중절수술의 피해자는 약 5만 9000명, 총 약 8만 4000명의 피해자가 있는 것으로 추산되고 있다.<sup>4)</sup>

- 1) 유전성질환뿐만 아니라 한센병, 정신장애가 있는 사람도 우생수술의 대상이 되었다.
- 2) 우생보호법은 1948년부터 1996년까지 48년 간 존속하였다. 1996년 6월 의원입법에 의하여 우생보호법의 약 6할을 철폐하고 있던 우생학적 규정과 표현이 삭제·변경되었다. 그 결과, 의학적·경제적·윤리적 이유에 의한 임신중절과 모체보호목적의 불임수술 규정만이 남아, 명칭이 모체보호법(母体保護法)이 되었다(米本 昌平 외 3인, 優生學と人間社會, 講談社, 2000년, 172면).
- 3) 구 우생보호법 제4조, 제12조에서는 다음과 같은 내용을 담고 있었다.  
제4조 의사는 진단결과 별표 제1호 및 제2호에서 열거하는 유전이 있다는 것을 확인한 경우, 그 질환의 유전을 방지하기 위해 그 자에 대하여 우생수술을 할 공익상 필요로 인정되는 경우에는 도도부현 우생보호심사회에 우생수술을 할 적부에 대한 심사를 신청해야 한다.  
제12조 의사는 별표 제1호 및 제2호에서 열거하는 유전질환 외에 정신병이나 정신박약이 있는 사람에 대해서 정신보건 및 정신장애자의 복지에 관한 법률 제20조(후견인, 배우자, 친권을 행하는 자 또는 부양의무자가 보호자가 되는 경우) 또는 동법 제21조(시정촌의 장이 보호자가 될 경우)에서 규정하는 보호자의 동의가 있는 경우에는 도도부현 우생보호심사회에 우생수술을 할 적부에 대한 심사를 신청할 수 있다.
- 4) e-stat 모체보호통계보고 참고  
(<https://www.e-stat.go.jp/stat-search/files?page=1&layout=datalist&toukei=00450029&tstat=000001024040&cycle=7&tclass1=000001030988&tclass2val=0>).

이에 현재 일본 전역에서 우생수술에 대한 국가배상소송이 진행되고 있다.<sup>5)6)</sup> 그러나 일련의 소송들에서 우생수술의 위법성은 인정되었지만, 우생수술이 행해진 지 약 50-60년이 경과한 시점이고, 손해배상청구권의 제척기간 경과를 이유로 원고들의 청구는 기각되어 왔다.

2022년 2월 22일의 오사카고등재판소의 판결(이하 ‘본건 판결’)<sup>7)</sup>은 우생수술에서 제척기간 적용의 예외를 인정하여 “혁신적인 청구인용판결”이라는 평가를 받고 있다.<sup>8)</sup> 본건 판결의 원심인 오사카지방법재판소의 판결<sup>9)</sup>에서는 우생보호법에 근거하여 실시된 우생수술로 인하여 중대한 인권침해가 있어 국가배상청구권이 발생하였다는 점은 인정되었지만, 역시 제척기간이 도과되었음을 이유로 원고들의 청구가 기각되었다. 본건 판결은 제척기간의 적용에도 예외가 있으며, 이 사건과 같이 국가에 의하여 조장된 차별·편견에 의하여, 사법에의 접근이 제약된 장애인이 소를 제기한 경우에는 그 예외에 해당한다고 하여 원고들의 국가배상청구를 인용한 판결이다.

## 2. 본건 판결의 내용

구 우생보호법에 근거하여 행하진 불임수술을 받은 본인 및 배우자(원고, 항소인)가 국가(피고, 피항소인)를 상대로 구 우생보호법이 성(性)과 생식에 대한 권리인 재생산권, 자기결정권, 평등권 등을 침해하여 위헌임에도 불구하고 ① 국회의원이 위헌적인 구 우생보호법을 입법한 것 ② 국회의원이 피해구제입법을 하지 않은 것 ③ 후생노동대신 및 내각총리대신이 피해구제조치를 강구하지 않은 것은 위법임을 주장하며, 국가배상법 제1조 제1항에 근거하여 손해배상을 청구한 사안이다.

원고들의 청구들 중 ①은 인정되어 우생보호법이 위헌으로 판단되었으나, ②,③은 불인정되었다. 이 점은 원심과 거의 유사한 내용이므로 간단히 소개하고(1), 손해배상청구권의 제척기간에 적용의 예외가 인정된 점이 원심 및 다른 우생수술에 대한

5) 우생수술에 대한 국가배상청구소송이 본격적으로 제기되기 시작한 시점은 2018년부터이다. 그 중의 하나로 2019년 5월 28일 선고된 센다이지방재판소의 판결에 대해서는 서누리, 국가적 차원에서 행한 우생수술에 대한 국가배상소송, 세계헌법재판 조사연구보고서, 2020년 제2호, 110면 이하 참조.

6) 우생수술에 대하여 현재 진행되고 있는 소송의 일람은 우생보호법 피해 변호단 홈페이지 참조 (<http://yuseibengo.starfree.jp/wp-content/uploads/2023/07/ichiran20230718.pdf>).

7) 令和4年2月22日 大阪高裁 判例時報2528号 5頁.

8) 卷 美矢, 旧優生保護法の合憲性と除斥期間の適用の例外, 法学教室501号, 2022년 6월, 125면.

9) 令和2年11月30日 大阪地裁 判例時報2506・2507号 合併号 69頁.

국가배상판결들과 다른 점이기에 때문에 이에 중점을 두고 소개한다(2).

## (1) 우생보호법의 위헌성 및 피해구제조치의 부작위의 위법성의 유무

### 1) 국회의원이 위헌적인 구 우생보호법을 입법한 것

#### 가. 국회의원의 입법부작위가 국가배상법상 위법의 평가를 받는 경우

국회의원의 입법행위 또는 입법부작위가 국가배상법 제1조 제1항 적용상의 위법이 되는가는 해당 입법의 내용 또는 입법부작위의 위헌성 문제와는 구별되어야 한다. 만일 해당 입법의 내용 또는 입법부작위가 헌법의 규정을 위반한 것이라 하더라도, 즉시 불법이라는 평가를 받을 것은 아니다. 그 입법 내용 또는 입법부작위가 헌법상 보장되거나 보호되는 국민의 권리 이익을 위법하게 침해하는 것임이 명백한 경우나, 헌법상 보장된 권리 행사의 기회를 확보하기 위해서 필요한 입법 조치를 취하는 것이 필수적이고, 그러한 점이 명백함에도 불구하고 국회가 정당한 이유 없이 장기간에 걸쳐서 이를 게을리하는 경우 등에는 국회의원의 입법 또는 입법부작위가 예외적으로 국가배상법 제1조 제1항의 규정의 적용상 위법의 평가를 받을 것이라 할 수 있다(最高裁平成17年9月14日大法廷判決·民集59卷7号2087頁、最高裁平成27年12月16日大法廷判決·民集69卷8号2427頁参照).

#### 나. 구 우생보호법 제4조~제13조의 위헌성

구 우생보호법 제4조~제13조(이하 ‘본건 각 규정’)의 입법목적은 우생이라는 관점에서 오로지 불량한 자손의 출생을 방지한다는 것(동법 제1조)이다. 그러나 이 목적은 특정한 장애 내지 질환이 있는 자를 일률적으로 ‘불량’하다고 단정하는 것으로 그 자체로 비인도적이고 차별적이므로, 개인의 존중이라는 일본 헌법의 기본이념에 비추어 인정될 수 없는 것이라 해야 한다. 본건 각 규정은 이와 같이 입법목적의 합리성이 결여되었으며, 수단의 합리성도 결여되어 있다. 특정한 장애 등이 있는 자가 우생수술을 받도록 강제하는 것은 자녀를 낳고 기를지에 대하여 의사결정을 할 자유 및 의사에 반하여 신체침습을 받지 않을 자유를 명백히 침해함과 동시에 특정한 장애가 있는 자를 합리적 근거가 없이 차별적 취급을 하는 것이므로, 공공의 복지에 의한 제약이라 정당화할 수 없으며, 명백히 헌법 제13조, 제14조 제1항<sup>10)</sup>에 반하여 위

10) **일본국헌법 제13조** 모든 국민은 개인으로서 존중된다. 생명, 자유 및 행복추구에 대한 국민의 권리는

현이다.

따라서 피고는 원고들에게 국가배상법 제1조 제1항에 근거하여 본건 각 규정과 관련된 위법한 입법행위로 인한 권리침해에 대하여 손해배상의무를 지는 것이라 해야 한다.

## 2) 국회의원이 피해구제입법을 하지 않은 것

장애인의 사법에 대한 접근 제약 등 원고들이 주장하는 사정을 감안하더라도, 후생노동대신이 2004년 3월 발언<sup>11)</sup>을 한 당시 국가배상청구권의 행사 기회를 확보하기 위해 우생수술 피해자에 1000만 엔이 넘는 금액의 금전적 보상이나 장애인인 피해자들에게도 쉽게 인식할 수 있는 수단 및 방법에 의하여 적극적인 홍보나 정보제공을 넘는 입법조치를 하는 것이 필수불가결하고, 그것이 명백하였다고는 할 수 없다. 입법조치를 해태한 것은 국가배상법 제1조 제1항의 적용상 위법의 평가를 받는다고 할 수 없다.<sup>12)</sup>

## 3) 후생노동대신 및 내각총리대신이 피해구제조치를 강구하지 않은 것

후생노동대신 및 내각총리대신의 피해구제조치 부작위의 국가배상법상의 위법성을 인정할 수 없다. 그 이유는 원심의 판결내용을 인용한다.

원고들은 우생수술을 받은 피해자를 구제하기 위한 법제도의 창설을 위한 후생노동대신이나 내각총리대신의 부작위의 위법을 말하는 것으로, 그것은 단적으로 말하면 오로지 역대 내각의 법률안이나 예산 미제출에 대한 위법을 말하는 취지로 해석

---

공공의 복지에 반하지 않는 한 입법과 그 밖의 국정에서 최대한 존중되어야 한다.

**제14조** ① 모든 국민은 법 앞에 평등하고 인종, 신조(信條), 성별, 사회적 신분 또는 문벌(門地)에 의해 정치적, 경제적 또는 사회적 관계에서 차별받지 아니한다.

11) 2004년 3월 24일 참의원 후생노동위원회에서 우생수술의 실태를 조사하고 구제제도를 도입해야 하는 것이 아닌가라는 국회의원의 질문에 후생노동대신이 “그러한 역사적인 경위가 있었다는 것만은 사실이라고밖에 할 수 없습니다. 그러한 사실에 어떻게 할 것인가는 우리도 향후 생각해 나가고 싶습니다.”이라 답변한 발언을 말한다. 제159회 참의원 후생노동위원회 제4호(2004년 3월 24일) 후생노동대신 사카구치(坂口)의 발언 참조(<https://kokkai.ndl.go.jp/txt/115914260X00420040324/220>).

12) 원심에서의 판단 내용은 다음과 같다.

“우생수술의 대상이 되는 장애는 정신질환, 신체질환 등 여러 종류에 이르는 것으로, 그 장애의 내용·정도에 있어서도 다양한데다 그 상태가 반드시 고정적인 것은 아니다. 우생수술 피해자를 구제하는 입법을 실현함에 있어서는 이러한 장애인의 특성이나 피해 실태 등도 배려하면서 실제법 및 절차법의 관점에서 입법조치의 기본방향을 폭넓게 검토할 필요가 있다. 이에선 일정한 입법재량이 인정되어야 하는 것이라고 할 수 있다.”

된다.

그러나 입법에 대해 고유한 권한을 갖는 것은 국회이며, 전술한 바와 같이 국회의원의 본건 입법부작위에 대해서 국가배상법상의 위법성을 긍정할 수 없는 본건에서 국회에 대해 법률안 제출권을 갖는데 그치는 내각의 법률안 등을 제출하지 않은 것에 대해서 역대 후생노동대신이나 내각총리대신의 부작위는 국가배상법 제1조 제1항 적용상 위법의 평가를 받지 않는다.

## (2) 제척기간의 적용과 그 예외가 인정되는 경우

### 1) 민법 제724조 후단의 성격: 제척기간

민법 제724조<sup>13)</sup> 후단의 규정은 불법행위에 의한 손해배상청구권의 제척기간을 정한 것으로 해석된다(最高裁平成元年12月21日第一小法廷判決·民集43卷12号2209頁参照).<sup>14)</sup>

### 2) 제척기간의 기산점

민법 제724조 후단은 그 제척기간의 기산점을 ‘불법행위 시’라 정하고 있다. 피고는 불법행위 시가 우생수술을 한 때라 주장한다.

1948년의 위법한 입법행위에 의하여 제정된 구 우생보호법 중 본건 각 규정에 따라 우생수술에 의하여 신체침습과 더불어 그 생식기능을 불가역적으로 상실시키는 구체적인 침해행위가 이루어진 것은 원고1에 대해서는 1965년 내지 1966년 경, 원고2에 대해서는 1974년 5월 24일 경이다.

13) **일본 민법 제724조** 불법행위에 의한 손해배상청구권은 피해자 또는 법정대리인이 손해 및 가해자를 안 날부터 3년 동안 행사하지 않은 경우, 시효에 의하여 소멸한다. 불법행위가 있는 날로부터 20년이 경과한 때에도 마찬가지이다.

**일본 국가배상법 제4조** 국가 또는 공공단체의 손해배상책임에 대해서는 제3항의 규정에 의하는 외에는 민법의 규정에 의한다.

14) 最高裁平成元年12月21日第一小法廷判決·民集43卷12号2209頁

“민법 제724조 후단의 규정은 불법행위로 인하여 발생한 손해배상청구권의 제척기간을 정한 것으로 해석함이 상당하다. 다만, 동조 전단에서 3년의 단기시효를 정하고, 또한 동조 후단에서 20년의 장기시효를 규정하고 있다고 해석하는 것은 불법행위를 둘러싼 법률관계의 조속한 확정을 의도하는 동조 규정의 취지에 부합하지 않는다. 오히려 동조 전단의 3년의 시효는 손해 및 가해자 인식이라는 피해자 측의 주관적인 사정에 의하여 그 완성이 좌우되지만, 동조 후단의 20년의 기간은 피해자 측 인식 여부를 불문하고 일정한 시간의 경과에 따라 법률관계를 확정시키기 위하여 청구권 의 존속기간을 확립적으로 정한 것으로 해석하는 것이 상당하기 때문이다.”

그러나 위법한 입법행위로 인한 원고1 및 원고2에 대한 권리침해는 신체기능에 대한 침습만으로 한정되는 것이 아니다. 구 우생보호법에서 일방적으로 ‘불량’하다 규정된 것과 마찬가지로 비인도적이고 차별적인 낙인이 찍혔다고도 할 상태에서 개인의 존엄성이 현저하게 훼손된 점도 위법한 입법행위로 인한 권리침해의 일부를 구성한다고 해야 하며, 그러한 위법한 침해는 우생보호법의 일부를 개정하는 법률(1996년 법률 제105호)의 시행일 전일인 1996년 9월 25일까지 계속되었다고 할 수 있다. 또한 원고3은 스스로 수술로 인한 신체적 침습을 받은 것이 아니지만 원고3에 대한 권리 침해는 아내인 원고2에 대한 권리침해와 불가분 일체의 관계에 있다고 보아야 한다.

위와 같은 구체적인 권리침해의 내용과 그 계속성에 비추어 보면, 이 사건의 ‘불법행위 시’는 원고들 모두에 대한 위법한 침해가 끝난 1996년 9월 25일이라고 할 수 있다. 따라서 피고의 주장은 채택할 수 없다.

### 3) 제척기간의 적용 제한의 인정가능성

원고들은 각자가 안고 있는 장애로 인해 우생수술의 위법성을 이해하고 법적 구제수단이 있음을 인식하여 소송을 제기하는 것이 불가능하거나 현저히 곤란했던 점, 장애인의 사법에 대한 접근에 대한 제약이 제거되지 않은 점이나 구 우생보호법 제정으로 사회적 차별이나 편견이 강화·증폭된 적이 있었던 바, 이것은 모두 피고에 의해 만들어진 것이다. 원고들은, 본건과 같이 국가가 중대한 인권침해를 한 경우에 제척기간 제도의 취지는 피해자인 원고들의 희생 아래 가해자인 피고의 이익을 보호하는 것을 허용하는 취지가 아니라는 것 등을 지적하며, 본건에 제척기간의 규정을 적용한다면 정의·공평에 반하는 결과가 되며, 그러므로 그 적용이 제한되어야 한다고 주장한다.

민법 제734조 후단의 규정은 불법행위를 둘러싼 법률관계의 조속한 확정을 위하여 일정한 시간의 경과에 따라 법률관계를 확정시키기 위하여 청구권의 존속기간을 획일적으로 정하는 것으로 해석된다. 불법행위를 둘러싼 권리관계를 오랫동안 불확실한 상태에 두면, 그동안에 증거자료가 흩어져 가해자가 아닌 자가 반증수단을 잃어 소송 상 가해자로 지목되는 등의 문제가 생길 수도 있다. 그래서 피해자 측의 인식여하를 막론하고 일정 시간의 경과에 따라 법률관계를 확정하여 피해자 보호와 가해자로 지목되는 자의 이해의 조정을 도모한 것이다. 이러한 제척기간의 제도목적·취지에 비추어 볼 때 피해자 측의 고유한 사정을 고려하여 제척기간 규정의 적용을 제

한하는 예외를 인정하는 것은 기본적으로는 상당하지 않다.

그러나 제척기간 규정이 예외를 일절 허용하지 않는 것은 아니다. [1] 불법행위의 피해자가 해당 불법행위를 원인으로 한 심신상실의 상황에 있는데도 법정대리인을 두지 아니한 경우(最高裁平成10年6月12日第二小法廷判決·民集52卷4号1087頁参照<sup>15)</sup>)나 [2] 피해자를 살해한 가해자가 피해자의 상속인이 피해자의 사망사실을 알 수 없는 상황을 특별히 만들어내어, 그로 인하여 상속인이 그 사실을 알 수 없었고 민법 제915조 제1항 소정의 숙려기간이 경과하지 않아 상속인이 확정되지 않은 채로 살해의 시점으로부터 20년이 경과한 경우 (最高裁平成21年4月28日第三小法廷判決·民集63卷4号853頁参照) 등 피해자나 피해자의 상속인에 의한 권리행사를 객관적으로 불능 혹은 현저하게 곤란하게 하는 사유가 있고, 게다가 그 사유가 해당 위법행위 자체에 기인하고 있는 경우와 같이, 정의·형평의 관점에서 시효정지 규정(민법 제158~160조<sup>16)</sup>)의 법의(法意) 등에 비추어 제척기간 적용이 제한된다는 것은 이것이 인정되는 경우가 상당히 예외적이라 하여도, 법 해석상 상당되고 있는 것이다.

15) 해당 사건은 예방접종에 의하여 중증의 심신장애가 생긴 자가 국가배상을 청구한 사건이다.

最高裁平成10年6月12日第二小法廷判決·民集52卷4号1087頁

“불법행위의 피해자가 불법행위 시부터 20년이 경과하기 전 6개월 내에 해당 불법행위를 원인으로 심신상실의 상황에 있음에도 법정대리인을 두지 아니한 경우, 그 후 해당 피해자가 급치산사고를 받고 후견인이 된 자가 그 때부터 6개월 내에 손해배상청구권을 행사하는 등 특단의 사정이 있는 때에는 민법 제724조의 법의(법의)에 비추어 동법 제724조 후단의 효과는 생기지 아니하는 것으로 해석함이 상당하다.”

16) **일본 민법 제158조**(미성년자 또는 성년피후견인과 시효의 완성유예) ①시효기간 만료 전 6개월 이내에 미성년자 또는 성년피후견인에게 법정대리인이 없는 때에는 그 미성년자나 성년피후견인이 행위능력이 된 때 또는 법정대리인이 취임한 때부터 6개월이 경과할 때까지는 그 미성년자 또는 성년피후견인에 대하여 시효는 완성하지 아니한다.

②미성년자 또는 성년피후견인이 그 재산을 관리하는 부, 모 또는 후견인에 대하여 권리를 갖는 때에는 그 미성년자 또는 성년피후견인이 행위능력이 된 때 또는 후임 법정대리인이 취임한 때부터 6개월이 경과할 때까지는 그 권리에 대하여 시효는 완성되지 아니한다.

**제159조**(부부간 권리시효 완성유예) 부부의 일방이 다른 일방에 대하여 가지는 권리에 대해서는 혼인 해소 시부터 6개월이 경과할 때까지는 시효는 완성하지 아니한다.

**제160조**(상속재산에 관한 시효의 완성유예) 상속재산에 관하여는 상속인이 확정된 때, 관리인이 선임된 때 또는 파산절차 개시 결정이 있는 때부터 6개월이 경과할 때까지는 시효는 완성하지 아니한다.

**제161조**(천재 등에 의한 시효의 완성 유예) 시효기간 만료 시 천재지변 기타 피할 수 없는 사유로 인하여 제147조제1항 각 호 또는 제148조제1항 각 호에 열거하는 사유와 관련된 절차를 밟을 수 없는 때에는 그 장애가 소멸한 때부터 3개월이 경과할 때까지는 시효는 완성하지 아니한다.

#### 4) 원고들의 구체적 사정(우생수술을 받게 된 경위)

##### 가. 원고1

원고 1은 중학생 때 일본 뇌염에 걸려 고열이 나서 그 후유증으로 지적 장애가 생겼다. 1960년 혹은 1961년경 산부인과에서 수술을 받고 나서, 그 후 얼마 지나지 않아 그 수술이 불임수술이었다는 것을 어머니로부터 들었다. 그러나 어머니가 불임수술을 받았다는 것을 말하지 않을 것을 당부하였기 때문에, 원고1은 언니 외에는 불임수술을 받았다는 것을 이야기하지 않았다. 원고1의 언니는 2018년 5월 21일 센다이에서 우생수술에 대한 국가배상소송이 제기되었고, 우생수술에 관한 법률상담이 실시됐다는 소식에 접하고, 다음날인 22일 오사카변호사회에서 법률상담을 했다. 이것이 계기가 되어 원고1에게도 뉴스 내용을 알렸다. 원고1은 스스로가 받은 불임 수술에 대해서 변호사에게 상담하고 2018년 9월 소송을 제기하였다. 그리고 원고 1은 변호사에게 상담할 때까지 자신의 받은 불임수술이 구 우생보호법에 의한 것인 줄은 몰랐다.

이러한 경위에 비추어 보면, 원고1은 늦어도 1966년경에는 자신이 불임수술을 받았다는 사실은 인식했지만, 그것이 우생수술이었다는 것을 어머니로부터 듣지 못했고, 또한 불임수술을 받았다는 사실을 제3자에게 말하지 않도록 당부 받았다. 언니 외에는 상담할 곳도 없었기 때문에, 센다이에서의 소송 제기를 알게 된 언니를 통하여 해당 소송의 제기를 알게 될 때까지 국가배상청구소송을 제기할 수 있다고 생각할 기회가 없었던 것이 원고1이 제소하지 못한 원인으로 인정된다. 그리고 원고1의 어머니가 원고1이 받은 수술에 대한 자세한 설명을 하지 않았으며, 제3자에게의 발설을 금지한 것은, 우생수술의 대상이 된 장애인에 대한 사회적 차별과 편견에 원고1이 노출되는 것을 우려한 것이 그 이유였다고 인정된다.

##### 나. 원고2와 원고3

원고2는 출생 시부터 양쪽 귀가 모두 들리지 않는 청각장애 및 언어기능상실의 장애를 가지고 있었다. 1974년 5월 제왕절개수술을 받은 이후 월경이 멈춘 것을 이상하게 생각하고, 농학교 선배에게 상담하여 불임수술이 실시된 것이 아닌지 의심하였다. 어머니에게 자신이 불임수술을 받은 것인지를 몇 차례 물었으나 명확한 답변은 얻지 못했다. 그러던 중 원고2는 우생수술로 인한 피해에 관한 소송이 효고현(兵庫縣)에서 제기된 것을 그 제기일인 2018년 9월 28일부터 얼마 지나지 않은 시기에 오사카청력장애인협회의 헬퍼로부터 수화를 통해 알게 되었다. 신문 기사를 읽고 그 사실을 확인

하고, 이를 계기로 오사카청력장애인협회 임원 등으로부터 조언을 얻어 남편인 원고3과 함께 변호사와 상담을 하여 2019년 1월 소송을 제기하였다. 그리고 원고 2는 헬퍼가 효고현에서 제기된 소송에 대해 알려주기 전까지 구 우생보호법의 존재를 몰랐다.

원고 2는 1974년 5월 제왕절개수술을 받은 후 월경이 멈춘 점 등에서 불임수술이 행해진 것이 아닌가 하는 의심을 했었지만, 어머니가 그 의문에 명확하게 답해 주지 않았기 때문에 효고현에서 우생수술로 인한 피해에 관한 소송을 제기한 날인 2018년 9월 28일부터 얼마 지나지 않은 시기에 헬퍼로부터 알게 될 때까지 국가배상청구소송을 제기할 수 있다고 생각할 기회가 없었던 것이 원고2와 원고3이 제소에 이르지 못한 원인이라고 인정된다. 그리고 원고2의 어머니가 원고2에게 우생수술 실시 여부 등에 대한 명확한 설명을 피한 것은 원고1의 경우와 마찬가지로 우생수술 대상이 된 장애인에 대한 사회적 차별이나 편견에 원고2가 노출될 것을 우려했기 때문이라 인정된다.

#### 다. 소결

원고들이 장기간에 걸쳐 본건 소송을 제기하지 못한 것은 자신이 받은 불임수술이 구 우생보호법에 근거한 것임을 알지 못했고, 2018년까지 국가배상을 청구하는 수단이 있음을 인식하지 못했기 때문이다. 더욱이 우생수술의 대상이 된 장애인에 대한 사회적 차별·편견이나 이를 우려하는 가족의 의식·심리로 인하여 원고들이 소송제기의 전제가 되는 정보나 상담기회에 접근하기가 현저히 어려운 환경에 있었기 때문이라고 할 수 있다.

그리고 사회적 차별·편견이나, 이를 염려하는 가족의 의식·심리는 구 우생보호법이 “우생상 견지에서 불량한 자손의 출생을 방지한다.”라는 목적에서 본건 각 규정에서 특정 장애 내지 질환을 가진 자를 일방적으로 ‘불량’으로 취급하여 본인의 동의 없는 우생수술을 법적으로 인정한 본건의 위법한 입법행위와 밀접한 관계가 있다고 이해된다.

#### 5) 본건은 제척기간의 적용의 예외에 해당

원고들은 지적장애나 청각장애 등의 장애가 있다는 점에서부터 비장애인과 비교하여 사법예외의 접근에 제약이 있었다. 그러나 원고들이 가진 장애 그 자체는 피고의 위법행위로 인한 것이 아니다. 또한 장애인 일반에 대한 차별이나 편견은 다양한 역사적·사회적 요인 등이 복합적으로 영향을 미쳐 창출·조장되는 것이라 생각되나, 피

고가 원고들이 우생수술과 관련된 국가배상청구소송을 제기할 수 없는 상황을 의도적·적극적으로 만들어 냈다고 할 수는 없다.

일본국헌법은 개인의 존중을 기본이념으로 하고, 특정한 장애 내지 질환을 가진 사람도 평등하게 취급된다는 것을 분명히 하고 있으며, 피고는 그 취지를 감안한 시책을 추진해 나가야 하는 지위에 있다. 그런데 앞서 설명한 바와 같이 삭제된 구 우생보호법 규정은 우생상의 견지에서 불량한 자손의 출생을 방지한다는 우생사상을 전면으로 하고(제1조), 일방적으로 특정한 장애 내지 질환이 있는 자를 불량으로 취급하여, 생식기능을 불가역적으로 상실시키는 우생수술을 본인의 동의가 없이도 법적으로 허용하고, 이를 추진하려는 비인도적 차별적 내용의 법률로서 그 인권침해 정도가 크다고 해야 한다. 그리고 국가의 이러한 입법 및 이에 기초한 시책이 그 규정의 법적 효과를 넘어서 사회적 심리적으로 영향을 미쳤다. 예를 들어, “열악한 유전적 소질이 있는 사람들에 대해서는 가능한 한 피임을 권장하고 필요한 경우 우생보호법에 따라 임신·출산을 제한할 수 있다. 또한 국민우생사상의 보급으로 사람들이 적극적으로 국민우생정책에 협력하여 열악한 유전병을 방지하는 것이 바람직”하고, “열악한 유전을 제거하고 건전한 사회를 만들기 위하여 우생보호법이 있으며”, “국민우생의 목표는 국민의 자질 향상을 도모함으로써 모체의 건강 및 경제적 보호와 불량한 자손의 출생을 예방한다는 두 가지 목적이 포함되어 있다.…제2목적은 국민우생 본래의 목적으로…악질의 유전성이 자손에게 나타나는 것을 예방하기 위하여, 우생보호법에 의하여 우생수술이나 인공중절수술을 할 수 있게 되었다.”라고 기술한 고등학교용 교과서(1950년경)를 비롯한 각종 자료 등이 역사의 기록·기억으로 남아 있다. 구 우생보호법의 존재와 피고의 우생보호정책이 동법의 우생수술 대상이 된 장애 내지 질환에 대해 이전부터 있었던 차별·편견을 정당화·고착화하고 이를 상당하게 조장해 왔음을 부정할 수 없다.

원고들이 우생수술과 관련된 국가배상청구소송 제기의 전제가 되는 정보나 상담기회에 대한 접근이 현저하게 어려운 환경에 있었던 것은 원고1 및 원고2의 장애를 기초로, 위법한 입법행위에 의해 제정된 구 우생보호법 본건 각 규정의 존재 및 이에 기초한 피고의 시책과 사회적 차별·편견이 맞물린 데 기인하는 것이라고 해야 한다.

구 우생보호법에 의한 인권침해의 정도가 강하고, 헌법의 취지를 감안하여 정책을 추진해 나가야 할 지위에 있던 피고가 상기 입법·정책에 의해 장애인 등에 대한 차별·편견을 정당화·고착화하는 등 조장해 왔다고 볼 수 있으며, 이로 인해 원고들

이 소송 제기의 전제가 되는 정보나 상담기회에 접근이 현저하게 곤란한 환경에 있었음에 비추어 보면, 원고들에게 제척기간의 적용을 그대로 인정하는 것은 정의·공평의 이념에 현저히 반한다고 해야 한다. 권리행사를 불능 또는 현저히 곤란하게 하는 사유가 있는 경우이다. 이 사건에서는 소송 제기의 전제가 되는 정보나 상담기회에 대한 접근이 현저히 곤란한 환경이 해소된 후 6개월을 경과할 때까지의 기간 동안 제척기간의 적용이 제한되는 것으로 해석하는 것이 상당하다.

따라서 원고들에 대하여 상기 6개월이 경과하기 전에 본건 소가 제기된 것으로 인정되는지 판단한다.

원고1은, 우생수술을 받은 이후 오랫동안 우생수술과 관련된 국가배상청구소송 제기의 전제가 되는 정보나 상담기회에 대한 접근이 현저하게 어려운 환경에 있던 중 원고1과 교류를 계속하고 있는 언니가 2018년 5월 21일 센다이 소송 제기로 변호사에 의한 우생수술에 관한 법률상담이 실시되고 있다는 소식을 접하고 얼마 지나지 않아 원고 1에게도 그 내용이 알려졌다는 경과 속에서, 6개월 이내인 2018년 9월 28일에 본건 소송을 제기하였다. 원고 1의 본소청구권에 대해서는 상기 시효정지 규정의 법의(法意)에 비추어 제척기간의 적용은 제한되고 그 효과는 발생하지 아니한다.

원고2는 우생수술을 받은 이후 오랫동안 우생수술과 관련된 국가배상청구소송 제기의 전제가 되는 정보나 상담기회 접근이 현저하게 어려운 환경에 있었던 것으로, 남편인 원고3도 원고2가 처한 상황에 따라 동일하게 이러한 접근이 현저히 곤란한 환경에 있었다고 할 수 있다. 원고2는 헬퍼로부터 우생수술로 인한 피해에 관한 소송이 효고현에서 제기되었음을 그 제기일인 2018년 9월 28일부터 얼마 지나지 않은 시점에 알게 되었다. 원고2 및 원고3의 본소청구권에 대해서도 상기 시효정지 규정의 법의(法意)에 비추어 제척기간의 적용은 제한되고 그 효과는 발생하지 아니한다.

원고들의 피고에 대한 국가배상법 제1조 제1항에 따른 각 손해배상청구권은 제척기간의 경과에 의하여 소멸한 것이라고 할 수 없다.

### 3. 본건 판결에 대한 분석

#### (1) 일본민법 제724조 후단의 제척기간 기산점인 ‘불법행위 시’의 해석

오사카지방법재판소의 원심 판결에서는 우생수술이 행해진 시기를 ‘불법행위 시’로

하고 기산점으로 삼고 있다. 반면, 본건 판결에서는 우생보호법이 폐지되고 난 후를 불법행위 시의 기산점으로 하고 있다.

오카야마대학의 호리구치(堀口)에 의하면 제척기간의 적용을 피하기 위하여 종래 학설상 논의되어 오던 방법은 i. 민법 제724조 후단을 제척기간이 아닌 소멸시효로 해석하고, 소멸시효의 주장을 신의칙 위반 내지 권리남용으로 배척하는 것, ii. 원고의 손해를 일회적인 우생수술에 의하여 생식능력이 상실된 것이 아닌 구 우생수술법의 영향에 의하여 존엄이 훼손된 상태가 지속된 ‘인생침해’로 파악하여 제척기간의 기산점을 보다 늦추는 것 또는 iii. 정의·공평의 이념이나 시효정지규정의 법의(法意)에 따라 제척기간의 적용을 제한한다는 것이다.<sup>17)</sup> 본건 판결은 “제척기간의 적용을 그대로 인정하는 것은 현저하게 정의와 공평의 이념에 반한다고 해야 한다.”라고 판시하고 있는 바, iii.설에 입각한다고 할 수 있다.<sup>18)</sup>

생각건대, 본건 판결은 iii.설에 입각해 있지만, ii설의 관점도 반영되어 있다. 우생수술의 경우 구체적인 신체에 대한 침습이 발생한 것은 우생수술이 행해진 때이다. 따라서 불법행위 시부터 일본에서는 20년 도과 후 제척기간이 완성되고, 그 때문에 손해배상청구권이 소멸하였다는 것이 원심판결의 내용이였다. 반면 본건 판결에서는 “구체적인 권리침해의 내용과 그 계속성에 비추어 보면, 이 사건의 ‘불법행위 시’는 원고들 모두에게 위법한 침해가 끝난 1996년 9월 25일”이라고 보고 있다. 즉, 우생수술에 대한 법적 근거를 제공하였던 우생보호법은 장애인에 대한 차별과 편견을 재생산해내고, 그에 따라 이 사건에서 우생보호법의 존재는 ‘권리침해의 일부’를 구성한다. 본건 판결은 우생보호법이 존속하고 있는 이상 위법상태가 지속되고 있는 것이라 본 것으로 해석된다.

## (2) 제척기간의 적용 제한: 제척기간의 취지를 넘어 시효정지 규정의 법의(法意)를 고려

원심판결인 오사카지방법재판소에서는 “원고들이 장기간 동안 소송을 제기하지 못했던 것은 자신이 받은 불임수술이 구 우생보호법에 근거한 것이었다는 것을 몰랐고, 2018년까지 국가배상을 청구할 수 있는 수단이 있다는 것을 인식하지 못했기 때문이

17) 堀口 悟郎, 旧優生保護訴訟大阪高裁判決, 新・判例解説WATCH31号, 2022년 10월, 32면.

18) 참고로 i.설은 한센병환자에의 불임수술에 대하여 대법원이 취한 입장이라고 할 수 있을 것이다(대법원 2017. 2. 15. 선고 2014다230535 판결).

다. 그 배경에는 우생수술의 대상이 된 장애인에 대한 사회적인 차별이나 편견이 있었다는 점이 엿보인다.”라고 하였다. 이에 따라 원심은 ‘원고들이 제소에 이르지 못한 것에 관하여 원고들을 탓할 수 없다’고 판시하며 원고들의 귀책사유가 없음은 인정하였지만, ‘피해자 측의 인식을 묻지 않고 일정한 기간의 경과로 법률관계를 확정하여 피해자의 보호와 가해자로 지목된 자의 이해관계를 조정이라는 제척기간의 목적, 취지에 입각하여 제척기간의 규정의 적용을 제한하는 예외를 인정하는 것은 상당하지 않다’는 이유로, 제척기간의 경과로 인해 국가배상청구권이 소멸되었다고 판단하였다.

반면, 본건 판결에서는 제척기간의 취지를 넘어서, 시효정지 규정의 법의(法意)를 고려하여 제척기간의 적용이 제한되는 것으로 해석하고 있다. 제척기간의 적용을 제한하는 것은 기본적으로 상당하지 않으나, 제척기간에 있어서 일절 예외가 인정되지 않는 것은 아니다. 과거 판례에서 예외가 인정되었던 사례를 들어 제척기간의 적용이 제한되는 예외의 인정 가능성이 열려 있음을 실시하고 난 후, 본건의 경우에는 그러한 예외에 해당한다고 판시하고 있다.<sup>19)</sup> 그 이유로는 “인권침해의 정도가 강하고, 헌법의 취지를 감안하여 정책을 추진해 나가야 할 지위에 있던 피고가 상기 입법·정책에 의해 장애인 등에 대한 차별·편견을 정당화·고착화하는 등 조장해 왔다고 볼 수 있으며, 이로 인해 원고들이 소송 제기의 전제가 되는 정보나 상담기회에 접근이 현저하게 곤란한 환경에 있었던” 경우에 제척기간의 적용을 그대로 인정하는 것은 정의·공평의 이념에 현저히 반한다고 해야 한다고 하였다. 그리고 “소송 제기의 전제가 되는 정보나 상담 기회에 대한 접근이 현저하게 곤란한 환경이 해소된 후 6개월을 경과할 때까지의 기간 동안 제척기간의 적용이 제한”된다고 실시하고 있다. 시효정지 규정의 법의(法意)를 고려하여 이 사건에서는 시효가 정지된 것과 같은 효력을 인정하고 있다.

조치대학의 마키(巻)는 원고가 소송제기의 전제가 되는 정보 등에의 접근이 현저하게 곤란한 상황에 있던 것은, 국가가 그것을 의도적으로 만들어 낸 것은 아니지만, 헌법의 취지에 입각하여 국가는 사회에의 장애인 등의 차별편견의 해소를 추진해야 할 ‘지위’가 있다는 점을 인정했다는 점에서 향후의 전개가 주목된다고 한다.<sup>20)</sup>

19) 堀口 悟郎, 앞의 논문(17) 33면. 堀口는 과거 판례에서 제시하고 있는 요소를 확장적으로 해석하고 있다고 평가하고 있다.

20) 巻 美矢, 앞의 논문(8) 125면.

### (3) 일시금 지급 등에 관한 법률과 우생수술 국가배상청구소송의 동향

2019년 4월 24일 ‘구 우생보호법에 기초하여 우생수술을 받은 자 등에 대한 일시금 지급 등에 관한 법률(旧優生保護法に基づく優生手術等を受けた者に対する一時金の支給等に関する法律)’이 제정, 시행되었다. 동법은 우생수술을 받은 자에게 일률적으로 320만 엔을 일시금으로 지급할 것을 정하고 있다(동법 제4조). 동법에 대하여 일본변호사연합회에서는 우생보호법의 위헌성이나 행정당국이 파악하고 있는 피해자에 대한 개별 통지의무가 명시되어 있지 않은 것, 지급 대상에 임신중절수술을 받은 사람이 포함되어 있지 않은 점에 비추어 충분한 내용이라 할 수 없다고 비판한 바가 있다.<sup>21)</sup>

본건 판결 이후 2022년 3월 11일 도쿄고등재판소, 2023년 3월 16일 삿포로고등재판소, 2023년 3월 23일 오사카고등재판소에서 우생수술에 대하여 국가배상을 명하는 판결을 내렸다. 그러나 국가는 각 소송에서 연이어 상고를 한바, 앞으로의 소송의 추이가 주목된다.

## 4. 우리나라 모자보건법 제14조 제1항 제1호에의 시사점

우생수술이 추진된 근거가 ‘공익’이라는 사실에 역사학자 후지노(藤野)는 주목한다. “타니구치(谷口)는 1948년 6월 19일 참의원 후생위원회에서 우생보호법의 강제불임수술은 ‘사회공공의 입장에서’ ‘공공을 위하여’ 행한다고 역설하고 있다.<sup>22)</sup> 불임수

21) 일본변호사연합회, 구 우생보호법에서 실시된 우생수술 등에 관한 전면적인 피해 회복의 조치를 요구하는 결의, 2022년 9월 30일

([https://www.nichibenren.or.jp/document/civil\\_liberties/year/2022/2022\\_3.html](https://www.nichibenren.or.jp/document/civil_liberties/year/2022/2022_3.html))

22) 藤野가 지목하고 있는 발언은 제2회 국회 참의원 후생위원회 제13호 (1948년 6월 19일) 谷口弥三郎의 다음의 발언이라고 생각된다.

“일본은 패전으로 영토의 40% 이상을 잃은 결과, 매우 좁아진 국토에서 8천만 국민이 생활하고 있기 때문에 식량 부족이 앞으로도 당분간 지속될 것입니다. (중략) 그렇다면 어떤 방법으로 정치적으로 대처할 것인가. 첫 번째로 생각할 수 있는 것은 이민의 요청이지만 매년 백만 명 이상이 이민을 하는 것은 도저히 불가능하다고 생각되기 때문에 단 몇 명이라도 좋으니 노력해서 요청해야 합니다. 두 번째 대책은 식량의 증가를 도모하기 위해 미개간지를 개척하고 수산어업의 발달을 촉진하여 증산 방면으로 전력을 다해야 합니다. 세 번째 대책으로 생각되는 것은 산아제한 문제입니다. 그러나 이에 주의해야 할 점은 아이의 장래를 생각하는 비교적 우수한 계급의 사람들이 보통 산아제한을 하고, 배움이 없는 자(無白覺者)나 발달장애인(低脳者) 등은 하지 않아 국민 소질의 저하 즉 민족의 역도태가 나타날 우려가 있습니다. 실제로 일본에서는 이미 역도태의 경향이 나타나기 시작했습니다. 예를 들어 정신병 환자는 1968년 약 6만 명, 1만 명 당 9.98명, 1948년 약 9만 명, 실명자도 마찬가지로 1만

술을 강제하는 것은 분명 개인에게 있어서는 인권을 제약하는 것이나, 이것이 ‘공익’을 위해서 허용된다는 생각이 나타나고 있다. 즉, “장애인이 태어나는 것은 국민의 소질을 저하시키는 것이어서 일본이 전후(戰後) 빠르게 부흥하려는 때에 장애인이 태어나는 것은 바람직하지 않다. 따라서 그것을 막기 위하여 유전이라 간주된 장애인, 병약자에게 불임수술을 해도 좋고, 그것이 ‘사회공공’을 위하여 ‘공익’을 위한 것”이란 주장이다.<sup>23)</sup> 그리고 우생보호법의 1949년 개정으로 동법상 임신중절이 허용되는 사유에 ‘경제적 이유’가 추가되었으나, 이는 전후의 인구 증가와 빈곤에 대응하기 위한 특례조치였다. 피임의 방법이나 교육이 불충분했던 시대에 빈곤 가정에서 아이가 연이어 태어나는 것을 막기 위한 것이었다. 일본은 형법에 낙태죄를 두고 여성의 임신중절을 금지해 왔다. 예외적으로 임신중절을 가능하게 했던 것이 우생보호법이었다.<sup>24)25)26)</sup> 때문에 여성이 아이를 낳을지 말지를 결정할 수 있도록 정하고 있다는 점에서 우생보호법은 여성을 보호하는 법이라는 이미지가 강해졌다.<sup>27)</sup>

우리나라는 임신중절수술의 허용 한계에 대하여 모자보건법 제14조에서 정하고 있다. 특히, 동조 제1항 제1호에서는 “본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 우생학

명 당 12.77명, 1931년에는 7천600명, 그 중 선천성이 2천260명, 1935년에는 6천800명, 그 중 선천성이 4천203명으로 증가하고, 또한 길에서 생활하는 아이(浮浪兒)도 종전에는 그 반이 정신박약 즉 발달장애인(低腦)이라 하였지만, 지난달 규슈 각지의 후생시설을 순시했을 때 후쿠오카의 모모치쇼후(百道松風) 및 사가(佐賀)의 수용소의 조사를 보면 발달장애인은 각각 80%로 증가하고 있습니다. 이 현상은 일본 식량의 상황을 나타내는 것이라고 생각합니다. 따라서 선천성 유전병자의 출생을 억제하는 것이 국민의 급속한 증가를 막는 데 있어서도, 민족의 역도태를 방지하는 점에서도 매우 필요하다고 생각하므로 우생보호법안을 제출한 바 있습니다.”

(<https://kokkai.ndl.go.jp/txt/100214237X01319480619/13>)

23) 藤野 豊, 強制不妊と優生保護法——“公益”に奪われたいのち, 岩波書店, 2020년, 17면.

24) 毎日新聞取材班, 強制不妊——旧優生保護法を問う, 毎日新聞出版, 2019년, 189-190면.

25) 현재는 모체보호법 제14조에서 임신중절이 가능한 경우를 정하고 있다. “임신의 계속 또는 분만이 신체적 또는 경제적 이유에 의하여 모체의 건강을 현저하게 해할 가능성이 있는 경우(동조 제1항 제1호)”이라 정하고 있다. ‘경제적 이유’도 임신중절의 가능한 사유로 인정되고 있으며, 통상 임신 만 22주 미만(후생사무차관통지)의 경우 임신중절이 가능하다.

26) 일본이 경제성장을 하면서 ‘경제적 이유’는 시대에 뒤쳐진 것이라는 생각이 정부나 국회의원들 사이에서 생겨났다(毎日新聞取材班, 앞의 책(24) 190-192면). 또한 “1960년대 말부터는 종교단체를 중심으로 우생보호법의 개정운동이 일어나, 1973년에는 개정법안도 제출되었다. 개정 내용은 임신중절수술의 조건에서 경제적 이유를 삭제하는 것, 그리고 출생 전 진단기술의 향상을 전제로 하여 태아가 중증의 장애나 병이 있는 경우 임신중절(이른바, 태아조항)을 인정하는 것이었다. 여성단체나 일본의 사회, 일본모성보호의협회 등에서는 경제적 이유를 삭제하는 것에 반대의 목소리를 냈고, 장애인단체에서는 태아조항에 반대의 목소리를 냈다.”(藤野 豊, 앞의 책(23) 47-48면) 이에 경제적 이유를 삭제하는 법 개정은 무산되었다.

27) 藤野 豊, 앞의 책(23) 24면.

적(優生學的) 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우”를 정하고 있다. 해당 내용은 법 제정 시부터 있었다. 모자보건법은 1973년 비상국무회의에서 만들어졌기 때문에 자세한 입법경위를 알아볼 수는 없었으나, “국가가 추진하는 가족계획사업을 일층 더 효과적으로 수행하여 복리국가발전에 기여”라는 동법의 제안이유에서 본다면, 당시 추진하였던 산아제한정책과 결부되어 있을 것이라 추측된다.

사건으로, 모자보건법 제14조 제1항 제1호에는 다음과 같은 문제점이 있다. 첫째, 오늘날 사어(死語)나 다름이 없는 ‘우생학’이라는 용어가 사용되고 있다.<sup>28)</sup> 둘째, 장애인에게 차별적인 내용을 담고 있다. 해당 규정은 ‘본인 또는 배우자’가 장애가 있는 경우에 임신중절을 할 수 있도록 하고 있다. 이러한 조문의 규정형식은 아직 태아의 장애를 진단하는 기술이 발전하기 전인 70년대에 제정된 내용이라는 것을 감안하고 본다면, 장애인은 태어나지 않는 것이 '복리국가발전'의 기여한다는 발상이 스며있다고 할 수 있다. 해당 내용을 삭제하는 모자보건법 개정이 필요하다.

---

28) 과거 우생학은 세계적으로 최선의 과학이었으며, 우생정책은 과학의 권위를 입각하여 추진되었다(毎日新聞取材班, 앞의 책(24) 86-87면. 엄운옥, 생명에도 계급이 있는가-유전자 정치와 영국의 우생학, 책세상, 2022년 참고). 그러나 오늘날에는 과거 행해진 단종 프로그램에 대한 반성과 함께 일본 외에도 독일, 스위스, 미국의 캘리포니아주, 노스캐롤라이나주, 버지니아주는 피해자에 대하여 보상을 하고 있다(衆・參議院厚生労働委員長, 旧優生保護法に基づく優生手術等を受けた者に対する一時金の支給等に関する法律第21条に基づく調査報告書 중 第3編 諸外国における優生学, 2023년 6월, 40면).

# 세계헌법재판 조사연구보고서

(2023 제6호)

---

2023년 11월 13일 인쇄

2023년 11월 16일 발행

발행: 헌법재판소  
헌법재판연구원

인쇄: 성문인쇄사  
02) 2272-7553

---

<비매품>

