

발 간 등 록 번 호

33-9750040-000245-07

세계헌법재판 조사연구  
2024-E-1

2024 제1호 (통권 제64호)

# 세계헌법재판 조사연구보고서



Constitutional Research Institute



헌법재판소  
헌법재판연구원



# 목 차

■ 세계헌법재판 조사연구보고서 2024년 제1호 소개 / 비교헌법연구팀장 정유진

## ◆ 최신 세계헌법판례

### ■ 독일

무죄가 확정된 사람의 불이익을 위한 재심 규정의 위헌성  
/ 책임연구원 이지효 ..... 3

난독증과 관련한 평가사항을 성적표에 기재하는 행정관행의 위헌성  
/ 책임연구원 이지효 ..... 18

### ■ 미국

미국 헌법상 선거조항의 해석 / 책임연구원 임기영 ..... 33

피고용인의 종교적 관행에 대한 고용주의 협조 의무 기준의 해석  
/ 책임연구원 임기영 ..... 50

### ■ 프랑스

법정 퇴직 연령을 62세 이상으로 정하는 것을 금지하는 내용의  
국민투표 법률안에 대한 위헌 결정 / 책임연구원 한동훈 ..... 63

방사성 폐기물의 심지층 처분방법을 규정하는 법률조항이 미래세대의  
권리를 침해하는지 여부 / 책임연구원 한동훈 ..... 74

## ◆ 세계헌법재판 관련 논문 목록

- 세계헌법재판 관련 논문 목록(최신호) ..... 87

## ◆ 국외통신원 소식

- 15세 미만 미성년자에 대한 의제강간죄를 신설하고 미성년자 근친강간죄의 대상을 모든 미성년자로 확대한 형법 조항의 위헌 여부 – 프랑스 헌법재판소의 2023년 7월 21일 n° 2023-1058 결정에 대한 분석을 중심으로 – ..... 91

### 알림

「세계헌법재판 조사연구보고서」 2024 제1호(통권 제64호)는 헌법재판연구원에서 2023년 12월에 메일로 보내드린 「세계헌법재판 조사연구」 뉴스레터를 책자로 발간한 것입니다.

## 세계헌법재판 조사연구보고서 2024년 제1호 소개

### □ 최신 세계헌법판례

독일 연방헌법재판소는 <무죄가 확정된 사람의 불이익을 위한 재심 규정의 위헌성> 사건에서, 새로운 사실·증거가 발견됨에 따라 무죄로 확정되었던 일부 범죄가 유죄로 인정될 유력한 사유가 있는 경우 재심을 허용하는 형사소송법 조항이 기본법 제103조 제3항의 일사부재리원칙 및 기본법 제103조 제3항과 연계한 제20조 제3항의 소급효금지에 위반된다고 판단하였습니다.

독일 연방헌법재판소는 <난독증과 관련한 평가사항을 성적표에 기재하는 행정관행의 위헌성> 사건에서, 장애를 이유로 일부 과목의 평가를 생략하였다는 내용을 성적표에 기재하는 것은 학생들 간의 균등한 기회 보장을 위해 원칙적으로 허용되나, 해당 사안에서 난독증의 경우에만 이러한 내용을 성적표에 기재한 것은 장애를 이유로 한 불이익을 금지하는 기본법 제3조 제3항 제2문에서 도출되는 기본권을 침해하였다고 판단하였습니다.

미국 연방대법원은 <미국 헌법상 선거조항의 해석> 사건에서, 연방헌법 제1조 제4항 제1호의 선거조항(Elections Clause)이 주의회에 연방선거 관련 규정을 제정할 독립적·독립적인 권한을 부여한 것은 아니므로, 주의회가 획정한 연방의회 선거구 지도가 주법에 합치되는지 여부가 주법원의 사법심사 대상에서 배제되는 것은 아니라고 판시하였습니다.

미국 연방대법원은 <피고용인의 종교적 관행에 대한 고용주의 협조 의무 기준의 해석> 사건에서, 1964년 민권법 제7장상 피고용인의 종교적 관행에 합리적으로 협조하여야 할 고용인의 의무에 관한 ‘과도한 어려움(undue hardship)’ 기준의 의미를 구체화하여, ‘최소허용기준을 초과하는(more than *de minimis*)’ 비용의 발생만으로는 부족하고, 사업상 전체적인 맥락에서 ‘상당한(substantial)’ 비용이 발생하는 경우 ‘과도한 어려움’이 성립한다고 보았습니다.

프랑스 헌법재판소는 <법정 퇴직 연령을 62세 이상으로 정하는 것을 금지하는 내용의 국민투표 법률안에 대한 위헌 결정>에서, 위와 같은 내용의 국민투표 법률안은 프랑스 헌법 제11조에 따라 국민투표의 대상이 될 수 있는 사항을 목적으로 하는 법률안에 해당하지 않는다는 등의 이유로, 위 법률안이 프랑스 헌법 제11조 및 관련 법률명령에 합치하지 않는다고 판단하였습니다.

프랑스 헌법재판소는 <방사성 폐기물의 심지층 처분방법을 규정하는 법률조항이 미래세대의 권리를 침해하는지 여부> 사건에서, 건강·안전 및 환경보호 등을 위한 규정들을 고려하여 방사성 폐기물의 심지층(深地層) 처분방법을 규정하는 환경법전 조항이 헌법에 합치한다고 판단하였으나, 입법자가 환경에 대한 심각하고 지속 가능한 침해를 초래할 수 있는 규정을 채택할 때는 미래세대의 역량을 위태롭게 하지 않도록 해야 한다는 점을 분명히 밝혔습니다.

## □ 세계헌법재판 관련 논문 목록

최신 학회지에 실린 세계헌법재판 관련 논문들을 정리해 놓았습니다.

## □ 국외통신원 소식

프랑스 통신원의 <15세 미만 미성년자에 대한 의제강간죄를 신설하고 미성년자 근친강간죄의 대상을 모든 미성년자로 확대한 형법 조항의 위헌 여부 - 프랑스 헌법재판소의 2023년 7월 21일 n°2023-1058 결정에 대한 분석을 중심으로 ->에서는, 연령 차이가 5년 이상인 15세 미만 미성년자와 성적(性的) 행위를 한 사람을 미성년자의 동의 여부와 무관하게 처벌하도록 하고, 미성년자 근친강간죄의 대상을 모든 미성년자로 확대한 형법 조항이 헌법에 합치한다고 판단한 프랑스 헌법재판소의 결정을 소개하였습니다.

최신 세계헌법판례

# 독일

▮ 무죄가 확정된 사람의 불이익을 위한 재심 규정의 위헌성

/ 책임연구원 이지효

▮ 난독증과 관련한 평가사항을 성적표에 기재하는 행정관행의 위헌성

/ 책임연구원 이지효



# 무죄가 확정된 사람의 불이익을 위한 재심 규정의 위헌성<sup>1)</sup>

## I. 사실관계

피고인의 불이익을 위한 형사사건의 재심은 형사소송법 제362조에 규정되어 있다. 2021년 12월에 ‘실체적 정의 수립을 위한 법률’<sup>2)</sup>을 통해 도입된 형사소송법 제362조 제5호에 따라 새로운 사실 또는 증거가 알려짐으로써 단독 또는 이전에 수집된 증거와 결합하여 무죄판결을 받은 피고인이 살인(형법 제211조)이나 특정한 국제형법상 범죄로 유죄로 인정될 수 있는 유력한 사유를 형성하는 경우에도 재심이 가능하게 되었다.

이 사건 청구인은 1983년에 강간과 살인 혐의로 기소되었다가 무죄 확정판결을 받았다. 2022년, 관할 검찰은 페르덴 주법원(Landgericht Verden)에 형사소송법 제362조 제5호에 따라 청구인에 대한 재심과 구속명령 발령을 신청하였다. 주법원은 청구인에 대한 재심을 허가하였고, 청구인의 구속을 명하였다(2022. 2. 25. 결정 - 1 Ks 148 Js 1066/22(102/22) -). 이에 대한 청구인의 이의제기를 첼레 주고등법원(Oberlandesgericht Celle)은 기각하였다(2022. 4. 20. 결정 - 2 Ws 62/22, 2 Ws 86/22 -). 청구인은 법원의 결정들과 형사소송법 제362조 제5호에 대해 헌법소원심판을 제기하면서 기본법 제103조 제3항<sup>3)</sup> 및 기본법 제2조 제1항<sup>4)</sup>과 연계한 동법 제20조 제3항<sup>5)</sup>에서 도출되는 권리가 침해되었다고 주장하였다.

1) 연방헌법재판소 2023. 10. 31. 결정, 2 BvR 900/22.

2) 정식 명칭은 ‘형사소송법 개정을 위한 법률 - 형사소송법 제362조에 따라 유죄판결을 받은 사람의 불이익을 위한 재심가능성의 확장 및 민법상 소멸시효 변경(실체적 정의 수립을 위한 법률)’(Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung - Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeiten zuungunsten des Verurteilten gemäß § 362 StPO und Änderung der zivilrechtlichen Verjährung (Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit)), 2021. 12. 21. (BGBl I S. 5252).

3) **[독일 기본법 제103조 제3항]**

누구도 동일한 행위를 이유로 일반형법에 의해 거듭 처벌받아서 안 된다.

4) **[독일 기본법 제2조 제1항]**

모든 사람은, 다른 사람의 권리를 침해하지 않고 헌법질서나 도덕률(道徳律)에 반하지 않는 한, 자신의 인격을 자유로이 실현할 권리를 갖는다.

5) **[독일 기본법 제20조 제3항]**

입법은 헌법적 질서에 구속되고, 집행과 사법은 법률과 법에 구속된다.

청구인의 가명령(einstweilige Anordnung) 발령 신청에 기해 재판부는 주법원의 구속 명령 집행을 두 차례에 걸쳐 유예하였다.

## II. 주문6)

1. 2021. 12. 21. 법률(Bundesgesetzblatt I S. 5252)을 통해 도입된 형사소송법 제362조 제5호는 기본법 제103조 제1항 및 헌법상 신뢰보호원칙(기본법 제20조 제3항)과 연계하여서도 합치되지 아니하며 무효이다.

2. 켈레 주고등법원의 2022. 4. 20. 결정 - 2 Ws 62/22, 2 Ws 86/22 - 과 페르덴 주법원의 2022. 2. 25. 결정 - 1 Ks 148 Js 1066/22(102/22) - 은 기본법 제103조 제3항에서 도출되는 청구인의 기본권유사적 권리<sup>7)</sup>(grundrechtsgleiches Recht)를 침해한다. 해당 결정들을 파기한다. 사건은 페르덴 주법원으로 환송한다.

## III. 심판대상 및 쟁점, 관련조항

### 1. 심판대상 및 쟁점

이 사건은 1983년에 강간 및 살인 혐의로 기소되었다가 무죄판결을 받은 청구인이 2012년에 새로운 증거가 발견되면서 심판대상 규정에 따라 재심을 받아야 할 상황에 이르자 이를 명한 법원들의 결정에 불복하여 연방헌법재판소에 헌법소원심판을 청구한 사안이다. 헌법소원은 새로운 사실 또는 증거를 근거로 확정판결을 통해 무죄를 선고받은 사람의 불이익을 위해 재심을 가능하게 하는 것이 기본법 제103조 제3항에 합치되는지 및 새로운 규정을 소급하여 적용할 수 있는지에 관한 질문을 담고 있다.

연방헌법재판소는 재심의 근거가 된 심판대상 규정의 위헌 여부를 판단하였다. 심판대상은 2021. 12. 21. ‘실체적 정의 수립을 위한 법률’을 통해 도입된 형사소송법 제362조 제5호이며, 해당 조문의 내용은 다음과 같다.

6) 주문 중 가명령 결정 및 소송비용에 관한 부분은 생략하였다.

7) 독일 기본법 제1절(제1조 내지 제19조)의 제목은 ‘기본권(Die Grundrechte)’이며 해당 조항들에 포함된 권리가 이에 해당한다. 그 외에도 그 구조와 역사상 기본권에 근사한 규범이 존재한다. 기본법 제93조 제1항 제4호 a목에서는 이 권리를 기본권들과 함께 다루고 있다. 즉, 헌법소원은 기본법 제20조 제4항, 제33조, 제38조, 제101조, 제103조 및 제104조에 포함된 권리들을 원용해서 제기할 수 있다. 이 권리들을 기본권유사적 권리(grundrechtsgleiches Recht)라고 칭한다.

**형사소송법 제362조 확정판결 받은 사람의 불이익을 위한 재심**

확정판결로 종결된 절차에 대하여 피고인의 불이익을 위한 재심은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 허용된다.

5. 새로운 사실 또는 증거가 알려짐으로써 단독 또는 이전에 수집된 증거와 결합하여 무죄판결을 받은 피고인이 살인(형법 제211조), 대량 학살(국제형법 제6조 제1항), 반인도적 범죄(국제형법 제7조 제1항 제1호와 제2호) 또는 사람에 대한 전쟁범죄(국제형법 제8조 제1항 제1호)로 유죄판결을 받아야 하는 유력한 사유를 형성하는 경우

**2. 관련 조항****형사소송법 제362조 확정판결 받은 사람의 불이익을 위한 재심**

확정판결로 종결된 절차에 대하여 피고인의 불이익을 위한 재심은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 허용된다.

1. 공판에서 피고인의 이익을 위하여 진정한 것으로 제출된 문서가 진정하지 않거나 변조되었던 경우
2. 증인 또는 감정인이 피고인의 이익을 위하여 증언이나 감정을 하면서 고의 또는 과실로 선서에 기한 의무의 위반죄 또는 선서 없는 고의의 허위진술죄를 저지른 경우
3. 본안과 관련하여 형사처벌의 대상이 되는 직무의무위반죄를 저지른 법관이나 참심원이 판결에 관여한 경우
4. 무죄판결 받은 사람이 법정에서 또는 법정 밖에서 범행에 대한 신빙성 있는 자백을 한 경우

**IV. 판단**

헌법소원은 적법하며 이유 있다. 청구인에 대한 형사절차의 재심은 위헌이다. 그 근거가 되는 조항인 형사소송법 제362조 제5호는 기본법 제103조 제3항에 위배된다.

1. 기본법 제103조 제3항은 유죄 또는 무죄판결을 받은 사람에게 주관적인 기본권유사적 권리를 보장하며, 그 권리는 우선 형사법원과 형사소추기관에 직접적으로 향한다.

누구도 동일한 행위로 인해 거듭 처벌받아서는 안 된다는 일사부재리의 원칙(*ne bis in idem*)은 공소권소멸의 원칙을 설명하고 있으며, 형사법원과 형사소추기관이 이를 형사절차의 모든 단계에서 직권으로 준수해야 하는 절차장애사유이다(BVerfGE 56, 22 <32>; 162, 358 <371 f. Rn. 46> 참조). 이 원칙에서 일반형법에 따른 재소추를 금지하는 부분은 기본법 제103조 제3항을 통해 헌법상 금지로 격상되었다(BVerfGE 3, 248 <251 f.>; 12, 62 <66>; 23, 191 <202>; 56, 22 <32> 참조). 동시에 기본법 제103조 제3항은 공소권소멸이라는 추상적인 원칙을 우선 기본권유사적 권리로 형성하고 있다. 당해 조항은 개인에게 보호를 보장하며 개인은 이를 개별적 법적 지위로서 주장할 수 있다(BVerfGE 56, 22 <32>; 162, 358 <371 Rn. 46>; BVerfGK 13, 7 <11> 및 BVerfGE 3, 248 <252> 참조). 이러한 보호는 유죄판결 및 무죄판결을 받은 사람에게 동일하게 적용되며 형사소추가 재개되는 것을 미연에 방지한다.

입법자가 형사절차의 재심을 통해 거듭 형사소추를 하는 법적 요건을 수립하는 경우에도 기본법 제103조 제3항은 그대로 적용된다(BVerfGE 15, 303 <307> 참조). 기본법 제103조 제3항은 기본권유사적 권리로서 기본법 제1장의 기본권들과 마찬가지로 기본법 제1조 제3항<sup>8)</sup>에 따라 입법자도 직접 구속해야 한다.

기본법 제103조 제3항에서 형사소추기관에 대해 확립된 일사부재리의 원칙은, 일반법에서 재심절차를 형성하여 거듭된 형사소추와 경우에 따라서는 새로운 판결까지 가능하게 한다면 실질적으로 효력을 잃게 될 것이다(BVerfGE 15, 303 <307>; BGHSt 5, 323 <331> 참조).

2. 기본법 제103조 제3항의 중복된 소추의 금지는 실질적 정의보다 법적 안정성에 우위를 부여한다. 기판력은 법치국가의 모든 결정에 영향을 미친다(BVerfGE 2, 380 <392 ff., 403 ff.>; 60, 253 <269 ff.> 참조). 특히 본안재판이 실체법상 부정확하거나 사실적 토대가 변함에 따라 부정확한 것이 되었을 때 기판력은 중요하다(BVerfGE 2, 380 <403 ff.>; 20, 230 <235>; 35, 41 <58>; 117, 302 <315> 참조). 국가행위, 특히 사법결정의 기판력은 법적 평온과 법적 안정성을 위해 그 내용의 정확성과 무관하게 파괴되어서는 안 된다(BVerfGE 2, 380 <403 ff.> 참조). 결정의 기판력이 특정 수취인

---

8) [독일 기본법 제1조 제3항]

이하의 기본권은 직접 효력을 가지는 법으로서 입법과 집행 및 사법을 구속한다.

에게 이익이 된다면 그 중요성은 신뢰보호의 관점을 통해 더욱 강화된다(Sommermann, in : v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 304 참조). 이러한 경우에는 기판력이 실체적 정확성 명령과 실체적 정의의 명령 간의 긴장관계에 놓이게 된다(BVerfGE 22, 322 <329>; BVerfG, 제2재판부 2006. 9. 14. 결정 - 2 BvR 123/06 등 참조).

가. 실체적 정의의 원칙과 마찬가지로 법적 안정성의 원칙 또한 헌법적 위상을 가지므로 구체적 사안에서 두 원칙 중 어느 것에 우선순위를 매길지는 입법자에게 달려 있다(BVerfGE 3, 225 <237>; 15, 313 <319>; 22, 322 <329>, 131, 20 <46 f.> 참조). 하지만 기본법에서 이미 이러한 결정을 자체적으로 내린 경우에는 이야기가 달라진다(기본법 제117조 제1항에 관하여 BVerfGE 3, 225 <238 f.> 참조). 이러한 결정을 기본법 제103조 제3항이 담고 있다. 해당 조항에서 동일한 행위로 인해 거듭 처벌되어서는 안 된다고 규정하면서 이 규정의 적용범위인 형사판결에 대해 기본법은 실체적 정의의 원칙보다 법적 안정성의 원칙이 우선한다는 결정을 내렸다.

나. 기본법 제103조 제3항에서 법적 안정성이 우선한다는 결정은 절대적이다. 이에 따라 해당 조항의 기본권유사적 권리는 형량할 수 없다. 이는 문언이나 발생사적 관점에서 도출되지는 않지만 해당 규정의 체계와 의미 및 목적에서 이 결정이 엄격히 적용되어야 함을 알 수 있다.

(1) 기본법 제103조 제3항은 법치국가의 원리에 기반한 신뢰보호의 특성을 나타내며 형사절차에만 적용된다. 자체적 내용을 가진 특별규정으로서 기본법 제103조 제3항은 보호내용에 있어서 일반원칙을 넘어 기판력 있는 결정에 대한 신뢰를 보호하고 개인의 이익이 과도하게 침해되는 것을 방지한다. 이러한 광범위한 신뢰보호는 입법자가 법의 제정 또는 개정 관해 갖는 이익보다 절대적으로 우선한다.

이러한 무조건성과 관련하여 기본법 제103조 제3항은 기본법 제103조 제2항<sup>9)</sup>에 상응한다. 이 규범 또한 형법에 한정되는 일반적 헌법원칙에 대한 특별규정이다. 일반적 소급금지의 특수한 경우로서 이 규정은 형법 입법자가 소급하는 형법을 제정하

9) [독일 기본법 제103조 제2항]

행위가 행해지기 전에 가벌성이 법률에 정해져 있는 경우에 한하여 처벌될 수 있다.

는 것을 예외 없이 금지하고 있다. 이러한 소급금지는 절대적으로 작용하며 형량의 여지가 없다(BVerfGE 30, 367 <385>; 95, 96 <132>; 109, 133 <171 f.> 참조). 동시에 기본법 제103조 제3항을 형량이 불가한 권리로 이해하게 되면 형법 영역의 절차 단계에서 개인의 실체권적 보호가 보완된다.

기본법 제103조 제2항과 제3항은 형사절차에서 준수되어야 할뿐만 아니라 형사절차 이전에도 법률로의 이행 없이도 기본권의 주체를 보호해야 하는 자유권에 가깝다. 이 점에서 기본법 제103조 제2항과 제3항은 예컨대 기본법 제103조 제1항<sup>10)</sup>의 청문권 보장과 그 결을 달리한다. 모든 절차에서 적용되는 청문권은 입법자를 통한 절차법상의 형성을 요한다(BVerfGE 75, 302 <313 f.>; 89, 28 <35 f.>; 119, 292 <296> 참조).

(2) 기본법 제103조 제3항의 의미와 목적 또한 해당 규범이 절대적으로 적용됨을 시사한다. 개인의 권리적 측면에서건 사회적 목적의 측면에서건 기본법 제103조 제3항은 법적 안정성을 위해 상대적 보호를 허용하지 않는다.

개인의 권리로서 기본법 제103조 제3항의 목적은 무엇보다도 법적 안정성을 위해 국가의 처벌권을 제한하는 것이다(BVerfGE 56, 22 <31 f.>; BVerfGE 3, 248 <253 f.> 참조). 개인은 판결 후에 문제된 사실관계 때문에 다시 기소될 수 없다는 점을 신뢰할 수 있어야 한다(BVerfGE 56, 22 <31 f.> 참조). 따라서 이 기본권유사적 권리는 기본법 제103조 제2항(BVerfGE 109, 133 <171 f.> 참조)과 마찬가지로 당사자의 자유와 인간의 존엄에 기여한다. 이는 개인이 실체적 진실의 발견을 위해 단순한 대상으로 전락하는 것을 방지한다. 그렇기 때문에 규정된 절차가 본안판단을 통해 종결되었다면 동일한 행위에 대한 더 이상의 형사소추가 배제되는 것이다. 이처럼 기본법 제103조 제3항은 기소법정주의(Legalitätsprinzip)를 관철하는 것을 제한한다(BVerfGE 56, 22 <31 f.> 참조).

(3) 그 외에도 판결의 기판력은 법적 평온을 보장하는 역할을 한다(BVerfGE 2, 380 <403>; 56, 22 <31>; 115, 51 <62> 참조). 개인적 측면과는 별도로 사회적 측면에서도 법적 상황에 관한 종국적인 확정을 필요로 한다(Greco, *Strafprozessstheorie und materielle Rechtskraft*, 2015, S. 346 ff. 참조). 그러므로 현대 법치국가 질서는 절대적 진실이라

---

10) [독일 기본법 제103조 제1항]

누구든지 법정에서 법적 진술권을 갖는다.

는 이상을 달성하는 대신에 법적 절차를 통해 결정될 수 있는 단순히 상대적인 진실을 선택하기로 결정하였다. 형법 또한 ‘어떤 대가를 치르더라도’ 진실을 조사할 것을 요구하는 것은 아니다(BGHSt 14, 358 <365>; 31, 304 <309> 참조).

이처럼 기본법 제103조 제3항은 재심법을 형성하는 입법자에 대해 절대적이고 형량 불가한 금지를 제시한다.

**다.** 형량불가한 금지를 명하는 기본권유사적 권리로서 기본법 제103조 제3항은 일반적 법치국가의 보장과 비교하여 좁게 해석해야 한다. 이러한 보호내용이 충족되는 경우, 입법자는 새로운 사실이나 증거의 발견으로 기본권의 주체에게 불이익을 주는 재심을 개시하는 것을 허용할 수 없다.

(1) 형사재판에서 실체적 결과를 변경하는데 중점을 두지 않고 법치주의원리와 양립할 수 없는 판결을 무효화할 목적의 재심절차를 두는 것은 기본법 제103조 제3항에 의해 금지되지 않는다. 이는 특히 형사소송법 제362조 제1호 내지 제4호에 따른 형사절차의 재심에 해당한다(Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 103 Rn. 32, 35; Nolte/Aust, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 103 Rn. 222 f. 참조). 사법 형식적·법적 절차 요건을 충족하지 않는 심각한 결함이 있는 것으로 판명된 판결을 반복하고 절차를 반복할 수 있는 가능성은 판결의 타당성과 형사소송의 법치국가적 권위를 보장한다(BVerfGE 133, 168 <199 ff. Rn. 56 ff.> 참조). 형사소송법 제362조 제4호 또한 무죄판결의 변경을 우선적인 목적으로 하지 않는다. 오히려 법치국가의 형사소송의 권위를 문제 삼는 행위를 방지하는 것에 주된 목적이 있다(Frister, in SK-StPO, 5. Aufl. 2018, § 362 Rn. 1; Temann, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 362 Rn. 1a, 26; Kaspar, in: Satzger/Schluckebier/widmaier, StPO, 5. Aufl. 2023, § 362 Rn. 7; Weiler, in: Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. 2022, § 362 StPO Rn. 6 참조; 다른 견해로 Kubiciel, GA 2021, S. 380 <392>; Schöch, in: Festschrift für Manfred Maiwald, 2010, S. 769 <779 f.>).

(2) 이에 반해 기본법 제103조 제3항은 새로 발견된 사실이나 증거에 근거하여 내용상 ‘더 정확한’ 결정을 우선으로 하는 재심을 재개하는 것을 금지하고 있다. 내용

상 ‘더 정확한’ 즉 실체적 정의에 근접한 결정을 내리기 위한 형사판결의 수정은 기본법 제103조 제3항이 예정하는 실체적 정의보다 절대적 우위에 있는 법적 안정성과 합치되지 않는다.

사법적 형태로 완성된 판결을 통해 만들어진 법적 안정성은 새로운 사실이나 증거가 등장함으로 인해 반복되지 않는 것에까지 미친다(BVerfGE 56, 22 <31>; 65, 377 <383>, <385> 참조). 법치국가는 법적 안정성을 위해 개별 사건에서 부정확한 결정을 내릴 가능성을 감수한다(BVerfGE 2, 380 <403> 참조). 새로운 사실이나 증거는 기존 형사절차의 범형식성이나 법치국가원리의 위반 여부에 대해 의문을 제기하는 것이 아니므로, 기존 결정의 중대한 결함을 구성한다고 볼 수 없다. 그러므로 새로운 사실이나 증거에 기반한 재심을 허용하는 것은 기존 결정의 타당성을 강화하는 것이 아니라 오히려 이를 재평가하는 것을 목적으로 하는 것이다. 그렇지만 무엇보다도 무죄선고의 경우에는 기판력 있는 판결의 권위가 요구된다. 판결과 기판력의 과제 및 기능은 법원이 판결을 내리는 시점에서 결정 내용의 법적 영속성을 통해 법적 상황을 구속력 있게 확정하고 이를 통해 법적 안정성과 법적 평온을 수립하는 데에 있다(BVerfGE 47, 146 <161>).

**라.** 기본법 제103조 제3항의 의미가 변경되지 않았으므로 입법자는 새로운 사실이나 증거에 기반한 재심절차를 형성할 수 없다. 물론 형법과 형사소송법은 항상 변화에 직면해 있다. 특히 합의(Verständigung)의 허용은 형사소송에서 진실규명 기능에 영향을 미쳤다(BVerfGE 133, 168 <204 ff. Rn. 65 ff.> 참조). 그렇지만 이러한 전개가 형사절차의 헌법적 요건에 변화를 일으키지는 않았다(BVerfGE 133, 168 <225 ff. Rn. 100 ff.> 참조).

독일의 안정적인 민주주의 및 법치국가적 발전이 헌법 원칙으로부터 이탈하거나 헌법원칙의 약화를 더 이상 두려워하지 않아도 됨을 의미하지 않으므로 입법자에 대한 헌법상 요건을 축소할 수는 없다.

**마.** 형사절차의 재심 규정에 대한 입법자의 형성의 여지 확대는 피해자 및 그 친지의 이익에 기초할 수도 없다.

물론 기본법 제2조 제2항 제1문 및 제2문과 연계한 동법 제1조 제1항 제2문에 따른 국가의 보호의무는 특정 요건하에서 국가에 효과적인 형사소추를 청구할 수 있게 한다(BVerfG, 2014. 6. 26. 제2재판부 1지정재판부 결정 2 BvR 2699/10, Rn. 10; 2014. 10. 6. 제2재판부 3지정재판부 결정 2 BvR 1468/12, Rn. 11; 2015. 5. 19. 제2재판부 3지정재판부 결정 2 BvR 987/11, Rn. 20; 2020. 1. 15. 제2재판부 2지정재판부 결정 2 BvR 1763/16, Rn. 35 f.; 2022. 12. 21. 제2재판부 2지정재판부 결정 2 BvR 378/20, Rn. 53 참조). 그러나 효과적인 형사소추를 청구할 수 있는 권리는 구체적인 결과를 보장하는 것이 아니라 형사소추기관이 (효과적인) 조치를 취하도록 의무를 부과할 뿐이다(BVerfG, 2022. 12. 21. 제2재판부 2지정재판부 결정 2 BvR 378/20, Rn. 56 참조). 새로운 사실이나 증거로 피고인에게 불이익을 주는 재심은 형사소추의 중대한 결함에 기반하고 있지 않으며 특히 범죄행위의 불소추를 이유로 한 것도 아니다. 법적 형태를 통해 시행된 형사절차의 끝에 있는 것은 유예가 아니라 무죄선고이다.

특히 수사방법이 지속적으로 개선되었다고 하여 이전 형사소추의 법치국가성에 대해 의문이 제기되는 것은 아니다. 미해결 사건이 이전에는 이용할 수 없었던 인지적 수단을 통해 가능해진다면 이는 이전 사안의 결과가 완전하지 않더라도 해당 사안이 법치국가적으로 무해함을 입증하는 것이다. 기술의 발달을 감안하면 추후 현대적 방식으로 사건을 조사하여 더 잘 규명할 기회를 얻을 수 있을 것이다. 그러나 첫 번째 절차와 관련된 모든 증거가 두 번째 절차에서도 여전히 이용 가능하지 않거나 첫 번째 절차에서만 생산적이지 않다는 사실로 인해 부담이 될 수도 있다. 새로운 사실이나 증거가 항상 출현하기 때문에 원칙적으로 결코 끝나지 않는 형사재판은 피해자나 그 유족에게 상당한 심리적 부담을 안겨줄 것이며, 이로 인해 범죄 후 시간이 흐를수록 올바른 해명과 재판의 필요성이 점점 더 줄어들게 될 것이다.

3. 이 사안에서 간접적으로 논쟁이 된 규범인 형사소송법 제362조 제5호는 기본법 제103조 제3항의 일사부재리 원칙에 위배된다.

가. 형사소송법 제362조 제5호의 규정은 일반형법을 대상으로 한다. 형사법전 제211조의 살인죄 구성요건 뿐만 아니라 형사소송법 제362조 제5호에서 담고 있는 국제형법에 따른 범죄도 기본법 제103조 제3항의 일반형법에 해당한다.

나. 나아가 형사소송법 제362조 제5호는 독일 법원의 형사 확정판결을 대상으로 하며, 여기에는 무죄선고도 해당한다. 해당 규범은 무죄선고를 받은 사람에게 불이익이 되는 재심을 허용함으로써 이미 최종판결을 받은 범죄행위의 거듭된 형사소추를 허용한다.

다. 형사소송법 제362조 제5호에 따른 재심 사유는 새로운 사실 또는 증거이다. 이러한 재심의 목적은 무엇보다도 무죄선고의 내용적 수정이다. 해당 규정의 도입법률의 부제인 ‘실체적 정의 수립을 위한 법률’부터 이러한 재심사유 도입의 목적을 시사한다(BGBl I 2021 S. 5252). 입법취지에서도 새로운 사실이나 증거에 기반한 재심이 배제될 경우에 ‘불충분한’ 내지 ‘전적으로 감내할 수 없는’ 결과의 수정이라는 목적만을 시사하고 있다(BTDruucks 19/30399 S. 1, 9).

이처럼 형사소송법 제362조 제5호는 기본법 제103조 제3항에서 정하고 형량이 불가한 실체적 정의에 대한 법적 안정성의 우위 결정을 무력하게 만들고 있다.

4. 또한 형사소송법 제362조 제5호를 이 규정이 발효되기 전에 무죄 확정된 절차에 까지 적용하게 되면 죄형법정주의에 따른 소급효금지(기본법 제103조 제3항과 연계한 기본법 제20조 제3항)에 위배되는 결과를 초래한다.

가. 연방헌법재판소는 판례에서 ‘진정’소급효와 ‘부진정’소급효를 구분해 오고 있다. 규범은 그 법적 결과가 공포되기 전에 이미 완료된 행위요건에 대해 부담이 되는 법적 결과를 적용하는 경우 법적 결과에 대한 소급을 초래하는 형태로서 ‘진정한’ 소급효를 발현한다. 대조적으로, 규범이 현재 완료되지 않은 앞으로의 사실관계와 법적 관계에 영향을 미치고 이와 동시에 해당 법적 지위의 감축을 초래한다면 이는 구성요건에 대한 소급적 연결 형태로서 ‘부진정한’ 소급효로 보아야 한다(BVerfGE 101, 239 <263>; 123, 186 <257>; 148, 217 <255 Rn. 136> 참조). 법적 결과에 대한 소급효과(‘진정한’ 소급효과)는 원칙적으로 헌법상 용인될 수 없다(BVerfGE 13, 261 <271>; 95, 64 <87>; 122, 374 <394>; 131, 20 <39>; 141, 56 <73 Rn. 43>; 156, 354 <405 Rn. 140> 참조).

나. 형사소송법 제362조 제5호는 발효시점에서 이미 기판력 있게 종결된 절차의 재심을 가능하게 하므로 이것은 ‘진정’ 소급효에 해당하며 예외적으로도 허용되지 않는다.

형사소송법 제362조 제5호는 그 발효시점인 2021년 12월 21일 전에 선고된 무죄확정판결도 포함한다. 이 규범은 경과규정 없이 제정되었으며 입법자의 의도를 명확히 인지할 수 있으므로 달리 해석될 여지가 없다. 입법취지에서도 계쟁 사안과 피해자의 아버지가 함께 제기한 독일 연방의회에의 청원에 대해 명시적으로 언급하고 있다 (BTDrucks 19/30399, S. 10 참조).

다. 형사소송법 제362조 제5호가 발효되기 전에 이미 기판력이 생긴 무죄판결에 대해서까지 이를 적용하는 것은 법적 결과에 대한 소급효로서 ‘진정’소급효가 된다. 형사절차에서 무죄선고는 형사절차의 계기가 된 범죄 혐의가 확인되지 않았다는 중 국적이며 선언적인 내용을 담고 있다. 추후에 발효된 규범을 통해 재심이 재개된다면 이는 무죄선고의 법적 결과를 변경하게 된다.

형사소송법 제362조 제5호를 규정함으로써 도입되는 ‘진정’소급효는 헌법상 예외적으로 허용되지 않는다. 연방헌법재판소가 판례에서 인정한 예외의 요건이 존재하지 않는다. 무죄선고를 받은 사람은 무죄판결의 기판력이 지금까지의 법적 상황을 토대로만 파기될 수 있음을 신뢰할 수 있어야 한다. 일사부재리의 원칙은 무죄선고에 대한 신뢰의 보호 필요성을 인정하고 있으며 기본법 제103조 제3항은 이러한 신뢰보호에 헌법적 지위를 부여한다.

형사소송법 제362조 제5호에 포함된 범죄들에 시효가 배제된다는 사실도 결과에 영향을 미치지 않는다. 시효가 배제되는 범죄들에 대한 무죄선고는 추가적인 형사소추를 할 수 없게 한다. 무죄선고는 시효(BVerfGE 25, 269 <286 f.>; 156, 54 <413 Rn. 158 f.> 참조)와는 달리 특정 행위에 대한 처벌의 요건이 충족되지 않았다는 것에 관한 국가의 명시적인 결정이며, 이로써 추가적인 형사소추가 배제됨과 연결된다. 그러므로 무죄선고는 공소시효의 만료보다 훨씬 더 강한 분기점의 역할을 한다(Gerson, StV 2022, S. 124 <128 f.> 참조).

라. 당사자가 무죄선고의 시점에서 해당 판결이 실체법상 잘못되었다는 것을 알았는지 여부는 중요하지 않다. 무죄추정의 원칙(in dubio pro reo)에 따라 일사부재리의

원칙 및 기본법 제103조 제3항은 무죄선고를 받은 사람을 그의 실제범상 유죄 여부와 무관하게 보호한다(Kaspar, GA 2022, S. 21 <35> 참조).

**마.** 입법자가 형사소송법 제362조 제5호의 규정을 통해 의도한 실제적 정의의 원칙 실현은 법치국가에서 중요한 법적 안정성을 밀어내지 못한다. 유죄일 수도 있는 사람에게 무죄를 선고하고 이 무죄판결을 유지하는 것은 공동선의 관점에서 볼 때 ‘견딜 수 없는’ 것이 아니라 무죄추정의 원칙이 핵심 역할을 하는 법치국가의 형사법 질서의 결과이다.

5. 연방헌법재판소법 제95조<sup>11)</sup> 제3항에 따라 형사소송법 제362조 제5호는 폐지 선언되어야 한다. 해당 조항에 기반하고 있는 주고등법원과 주법원의 결정은 연방헌법재판소법 제95조 제2항에 따라 파기하고 사건을 주법원에 환송해야 한다.

## V. 재판관 뮐러(Müller)와 랑엔펠트(Langenfeld)의 반대의견

우리는 기존 재심사유에 피고인에게 불이익이 되는 사유를 보충하는 것이 기본법 제103조 제3항에 원칙적으로 위배된다는 재판부의 의견을 따를 수 없다.

1. 기본법 제103조 제3항의 보장 내용은 이와 대립하는 헌법적 가치와의 형량 및 그 결과로서 기존 재심사유를 보충하는 것에 원칙적으로 열려 있다.

**가.** 만약 기본법 제103조 제3항이 절대적으로 형량이 불가하다면 무죄선고를 받은 사람의 불이익을 위한 모든 재심은 원칙적으로 허용되지 않을 것이다. 재판부의 다

---

### 11) [연방헌법재판소법 제95조]

- (1) 헌법소원이 인용된 경우에는 위반된 기본법의 조항과 당해 조항을 위반한 작위 또는 부작위를 확인해야 한다. 연방헌법재판소는 심판대상이 된 처분의 반복은 기본법에 위배된다는 취지를 선고할 수 있다.
- (2) 결정(Entscheidung)에 대한 헌법소원이 인용된 경우, 연방헌법재판소는 당해 결정을 취소하고, 제90조 제2항 제1문의 경우에는 사건을 관할법원에 환송한다.
- (3) 법률에 대한 헌법소원이 인용된 경우에는, 당해 법률이 무효임을 선고한다. 헌법소원이 제2항에 따라 취소된 결정이 위헌인 법률에 기인하였기 때문인 경우에도 이와 동일하다. 제79조의 규정을 준용한다.

수의견도 무죄선고를 받은 사람의 불이익을 위한 형사소송법 제1호 내지 제4호에 따른 재심이 헌법상 문제가 없다고 보고 있다.

우리의 견해에 따르면 입법자는 기본법 제103조 제3항에서 도출되는 좁은 헌법적 한계를 고려하여 당사자에게 불이익을 주는 기존의 재심사유를 보충할 수 있다. 해당 규정은 유보 없이 보장되는 기본권유사적 권리이다. 이러한 규정은 헌법내재적 제한을 받는다.

**나.** 재판부의 다수가 기본법 제103조 제3항이 형량 불가하다는 근거로 제시한 규정의 체계는 설득력이 떨어진다. 기본법 제103조 제3항은 재판부가 바르게 언급한 것처럼 형사절차에만 적용되는 법치국가의 원칙에 기반한 신뢰보호의 특별한 표현이다. 하지만 이러한 특별한 신뢰보호가 입법자의 수정이익에 대해 무조건적인 우위를 갖는다는 것은 헌법제정자가 그러한 절대적인 법적 안정성이 헌법상 보장되는 실제적 정의원칙에 대하여 우위에 있다는 결정을 실제로 내렸다는 점을 전제로 한다. 그런 적은 없다. 오히려 헌법제정자는 일반법에 규정된 재심요건에 관여하지 않았다. 입법자가 어째서 이로 인해 일사부재리 원칙의 또 다른 예외 - 그 예외들이 그러한 제한을 허용하는 헌법상 요건을 충족하고 기본법 제103조 제3항의 내재적 제한이 허용되는 구체성을 제시함에도 불구하고 - 를 규정하는 것에 방해받아야 하는지 알 수 없다. 재판부가 언급하는 기존 형사소송법 제362조 제1호 내지 제4호의 재심사유와 계쟁 규범인 형사소송법 제362조 제5호 간의 차이는 형량이 불가하다는 것에 관한 어떤 범주적인 차이를 설명할 수 없다.

**다.** 우리의 관점에서 볼 때, 만약 재심의 사유와 그 배경이 되는 실제적인 죄에 대한 적절한 처벌이 효과적인 형사재판의 표현으로서 원칙적으로 기판력 있는 판결의 존속보다 예외적으로 더 중요할 때 기판력 있게 종결된 형사재판의 피고인의 불이익을 위한 재심이 고려될 수 있음을 기존의 규정들은 확인해 준다. 형사소송법 제362조 제1호 내지 제4호에 규정된 구성요건은 헌법제정자가 그러한 우위가 있음을 이론의 여지가 없이 전제하였다는 점을 보여준다. 이는 그러한 상황에서는 기본법 제103조 제3항에 규정된 법적 안정성이 항상 우위에 있지 않은 헌법상 이론의 여지가 없는 상황이 있다는 점을 증명한다.

라. 형사소송법 제362조 제1호 내지 제3호의 전통적인 재심사유는 절차상 중대한 하자가 있는 경우의 재심을 규정하고 있다. 해당 사유들은 실질적으로 결함이 있는 논증과정의 수정을 가능하게 한다. 형사소송법 제362조 제5호의 경우에도 추후에 와서야 드러난 이전의 공판에서의 증거 결함으로 인해 내려진 무죄판결의 수정을 다루고 있다.

이는 특히 형사소송법 제362조 제4호와 관련하여 적용된다. 이에 따르면 추후에 신빙성 있는 자백을 하는 경우에 무죄선고를 받은 사람에게 부담이 되는 방식으로 증거상황은 변경되며 그 결과 재심이 가능하게 된다. 새로운 사실 또는 증거가 유죄판결을 형성하는 긴박한 사유를 형성할 것을 요건으로 하는 형사소송법 제362조 제5호의 경우에도 이와 다르지 않다.

재판부 다수의 견해는 해결하기 어려운 가치평가의 모순과 연결된다. 특히 경제사범 형사절차에서 위조(스스로 위조할 필요도 없었음)된 문서로 이익을 얻었고 무죄판결을 받은 사람이 다시금 기소되어야 하는(예시는 Hörnle, GA 2022, S. 184 <188> 참조) 반면에 살인죄로 기소되어 분자유전학 감정서로 범죄행위가 드러난 사람은 기소되지 않는 점을 어떻게 설명할 것인지 의문이다. 또한 무죄선고를 받은 후 전쟁범죄를 자백한 피고는 다시 기소될 수 있지만 역시 무죄선고를 받은 그의 동료는 자백하지 않음으로써 새로운 증거가 발견되더라도 무죄를 유지하는 경우도 받아들이기 어렵다.

마. 기본법 제103조 제3항의 의미와 목적도 - 재판부 다수의 견해와 달리 - 형량이 불가함을 요청하지 않는다. 개인의 권리로서 기본법 제103조 제3항의 목적은 개인의 법적 안정성을 위해 국가의 처벌권을 제한하는 것이다. 그 외에도 기본법 제103조 제3항은 법적 평온을 보장하는 역할도 한다. 이러한 기본법제정자의 결정은 예외적인 경우에 실제적 정의 수립을 위해 국가의 처벌권에 우위를 두는 기본법 제103조 제3항의 제한을 통해 파기되지 않는다. 형사소송법 제362조 제5호상의 중대한 범죄행위의 경우 압도적인 증거에도 불구하고 당사자의 무죄가 유지된다면 입법자는 법적 평온이 피해를 입더라도 이를 고려할 수 있다. 이러한 경우에 가능한 한 공백 없이 국가의 처벌권을 행사해야 하는 필요성을 입법자는 해당 범죄에 공소시효가 적용되지 않도록 규정함으로써 보여주었다.

바. 그러므로 기본법 제103조 제3항에 따른 공소권 소멸은 형사소송법 제362조 제5호를 통해 재심사유를 추가하는 제한에 대해 원칙적으로 대립 관계에 있는 것은 아니다. 해당 규범이 매우 중하고 공소시효가 없는 범죄행위에 한정하고 있으며 요건을 좁게 두고 있는 면에 비추어 볼 때 ‘제방 붕괴(Dammbruch)’의 위험은 없다. 형사소송법 제362조 제5호에 따른 재심 가능성은 매우 적은 수의 중대한 범죄에 대한 국가의 처벌권 행사에 기여한다. 그 배후의 목적은 법적 평온을 공고히 하고 안정시키며 가장 우위에 있는 주관적 법적 이익과 근본적인 국제법의 이해를 보호하기 위한 규범의 시행이다.

2. 제정 규범인 형사소송법 제362조 제5호의 구체적 형성이 모든 측면에서 협의의 비례성을 충족하며 충분히 명확하게 규정되었는지 여부는 더 자세한 심사를 요한다.

3. 이와는 논외로 제정 규정은 기본법 제103조 제3항과 연계한 기본법 제20조 제3항에서 도출되는 죄형법정주의에 따른 소급효금지에 위배된다.

## VI. 결정의 의의

이 사건은 1983년에 강간 및 살인 혐의로 기소되었다가 무죄판결을 받은 청구인이 2012년에 발견된 새로운 증거를 근거로 심판대상 규정에 따라 재심을 받아야 할 상황에 이르자 이를 명한 법원들의 결정에 불복하여 연방헌법재판소에 헌법소원심판을 제기한 사안이다. 독일 연방헌법재판소 제2재판부는 살인이나 전쟁범죄로 기소되었다가 무죄판결을 받은 피고인에 대해 새로운 사실이나 증거 발견에 따라 재심을 허용하는 2021년에 도입된 형사소송법 조항 제362조 제5호에 대해 일사부재리 원칙(기본법 제103조 제3항)과 죄형법정주의에 따른 소급효금지(기본법 제103조 제3항과 연계한 제20조 제3항)에 위배된다고 보고 해당 조항을 폐지하였다.

# 난독증과 관련한 평가사항을 성적표에 기재하는 행정관행의 위헌성<sup>1)</sup>

## I. 사실관계

전문의를 의해 난독(Legasthenie)을 진단받은 세 명의 청구인들은 2010년에 바이에른 주에서 대학입학자격시험(아비투어, Abitur)을 치르고 합격하였다. 청구인들이 고등 과정(Oberstufe)이 시작되기 전에 신청을 하는 경우, 당시 행정관행<sup>2)</sup>상 정서법 수행(Rechtschreibleistung)에 대한 평가는 독일어(Deutsch) 과목이나 외국어 과목 점수에 포함되지 않거나 제한된 비중으로만 포함되었다. 이러한 내용은 청구인들의 아비투어 성적표에 다음과 같이 기재되었다. “전문의를 진단한 난독증을 이유로 정서법 성과는 평가되지 않았다.” 청구인 3의 경우에는 추가적으로 외국어 과목에서 필기와 구두시험 성적의 비중이 1:1로 이루어졌다는 점이 기재되었다.

민원 행정법원(1심)은 2013년 2월 26일 판결(청구인 1과 청구인 2의 사건번호 M 3 K 11.2963, 청구인 3의 사건번호 M 3 K 11.2692)을 통해 바이에른 주에 대하여 청구인들에게 난독증이 있다는 내용을 제거한 성적표를 발급할 의무를 부과하였다. 성적표의 기재사항을 완전히 제거해 달라는 청구는 관철되지 못하였다. 항소심 법원인 바이에른 행정재판소가 2014년 5월 28일 판결(청구인 1과 청구인 2의 사건번호 7 B 14.23, 청구인 3의 사건번호 7 B 14.22)을 통해 바이에른 주로 하여금 기재사항을 완전히 제거하라는 의무를 부과하였으나 연방행정법원은 2015년 7월 29일 본 사안에서 문제된 판결(청구인 1과 청구인 2의 사건번호 6 C 33.14, 청구인 3의 사건번호 6 C 35.14)을 통해 바이에른 행정재판소의 판결을 수정하고 기재사항을 남겨 놓을 것을 명하는 판결을 선고하였다.

청구인들은 다른 장애를 가진 학생들이 평가 과정에서 받는 고려는 성적표에 기재되지 않는 반면에 난독증이 있는 학생들의 경우에는 이를 기재하는 당시 관행과 연

1) 연방헌법재판소 2023. 11. 22. 결정, 1 BvR 2577/15, 1 BvR 2578/15, 1 BvR 2579/15.

2) Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums für Unterricht und Kultus vom 16. November 1999, 이후 2000. 8. 11. 수정(KWMBI I 2000, S. 403).

방행정법원의 제정 판결이 장애인 차별금지(기본법 제3조 제3항 제2문<sup>3)</sup>) 및 기회균 등의 명령(기본법 제3조 제1항<sup>4)</sup>)과 연계한 기본법 제12조 제1항<sup>5)</sup>)에 위배된다고 주장하면서 연방헌법재판소에 재판소원심판을 제기하였다. 이를 통해 청구인들은 바이에른 주에서 취득한 아비투어 성적표에서 정서법수행을 평가하지 않았다는 기재 내용을 제거하고자 한다.

## II. 주문<sup>6)</sup>

1. 연방행정법원의 2015. 7. 29. 판결들 - BVerwG 6 C 33.14, 6 C 35.14 - 은 청구인들의 기본법 제3조 제3항 제2문에서 도출되는 기본권을 침해한다. 해당 판결들을 폐지한다.
2. 이로써 연방행정법원의 2015. 10. 7. 결정들 - BVerwG 6 C 38.15, 6 C 39.15 - 은 대상이 존재하지 않게 된다.

## III. 심판대상 및 쟁점

심판대상은 연방행정법원의 판결들로, 해당 판결로 인해 유지된 청구인들의 아비투어 성적표에 기재된 특정 과목에서 정서법을 평가하지 않았다는 내용 내지 필기시험과 구두시험의 비율에 관한 내용이 장애인 차별금지와 기회균등의 명령에 위배되는지 여부가 쟁점이다.

---

### 3) [독일 기본법 제3조 제3항 제2문]

누구도 장애를 이유로 불이익을 받아서는 안 된다.

### 4) [독일 기본법 제3조 제1항]

모든 사람은 법 앞에 평등하다.

### 5) [독일 기본법 제12조 제1항]

모든 독일인은 직업, 직장 및 직업훈련장을 자유로이 선택할 권리를 갖는다. 직업행사는 법률에 의하여 또는 법률에 근거하여 규제될 수 있다.

### 6) 주문 중 소송비용에 관한 부분은 생략하였다.

## IV. 판단

문제된 연방행정법원의 판결의 토대가 된 성적표의 기재 내용은 청구인들의 기본법 제3조 제3항 제2문에서 도출되는 기본권을 침해한다. 기본법 제3조 제1항과 연계한 기본법 제12조 제1항에서 도출되는 평가법상 기회균등의 명령은 위반되지 않았다.

### 1. 기본법 제3조 제3항 제2문

시험과 관련된 성과를 평가하지 않았다는 내용을 성적표에 기재한 것은 청구인들의 기본법 제3조 제3항 제2문에서 도출되는 권리를 침해한다.

#### 가. 장애로서의 난독증

난독증은 기본법 제3조 제3항 제2문상의 장애에 해당한다. 헌법상 장애는 신체나 정신 또는 심리적 상태가 일반적이지 않아서 개별적이고 독립적인 생활을 영위할 수 있는 능력에 장기간에 걸쳐 제약을 받음을 의미한다. 경미한 제약은 장애에 포함되지 않으며 중대한 제약만을 장애로 본다. 장기간 동안 중대한 제약을 받는 만성질환 또는 정신질환을 앓는 경우에도 장애로 본다(BVerfGE 96, 288 <301>; 99, 341 <356 f.>; 151, 1 <23 f. Rn. 54>; 160, 79 <111 f. Rn. 90> 참조).

이에 따르면 읽기와 쓰기 장애(난독증)의 경우에도 기본법 제3조 제3항 제2문이 적용된다. 난독증은 신경생물학적 뇌기능장애로 인한 읽기와 쓰기 능력에서의 결함을 의미하며 평생 동안 지속되는 발달장애이다. 이러한 기능적 결함은 읽기, 쓰기 및 텍스트 이해에서 뚜렷한 속도 저하로 발현되며 정서 능력이 현저하게 떨어지게 된다. 난독증의 진단에는 명시적인 기준이 있다. 읽기와 쓰기 수행 능력이 평균보다 떨어지고 학습의 어려움이 지적 수준이나 교정되지 않은 시력 또는 청력 또는 다른 질병으로 인한 것이 아니어야 한다. 뇌구조의 결함은 자기공진단층촬영을 통해 인지할 수 있다.

읽기 장애에 대한 치료적 효과는 낮은 것으로 평가되며 정서법에 대한 치료 효과는 중간 정도로 알려져 있다. 학교에서의 지원 효과는 현저히 떨어진다. 그럼에도 불구하고 가능한 한 조기에 난독증이 있는 아동을 학교에서 지원해 주는 것이 중요하다. 난독증의 결과는 아동들에게 매우 가혹하다. 중증 난독증이 있는 아동 중 20-30%

는 불안장애, 우울증, 주의력결핍, 행동장애 등 정신질환을 앓고 있다. 이는 난독증이 없는 아동에 비해 4, 5배나 높은 질병발생 비율이다. 정신질환은 외부적으로는 학교에 대한 두려움, 사회에 대한 기피, 흥미의 상실, 우울한 기분 및 시험에 대한 엄청난 두려움 등으로 나타난다. 난독증이 없는 아동의 40-75%가 인문계 고등학교에 진학하는 반면에 난독증이 있는 아동은 동일한 재능을 갖고 있음에도 불구하고 그 비율이 12-27%에 불과하다. 난독증이 있는 아동은 학교를 그만둘 확률이 6배 더 높다. 난독증이 있는 청소년의 자살률도 훨씬 높다. 이러한 상당한 심리적 부담으로 인해 난독증이 있는 많은 젊은이들이 자신의 재능에 맞는 훈련과 전문 활동을 하지 못하고 있다.

#### 나. 난독증으로 인한 불이익

난독증으로 성적표에 기재된 학생은 성적표에 기재가 되어 있지 않은 학생들에 비해 불이익을 받는다. 후자의 학생들은 우선 정서법 수행의 평가를 받은 학생(비교집단 1), 다음으로 난독증 외의 다른 평가와 관련된 장애로 인해 정서법 수행이나 다른 영역에서의 시험에서 평가를 받지 않았으나 이 내용이 성적표에 기재되지 않은 경우(비교집단 2), 마지막으로 교사의 재량에 근거하여 정서법 수행의 평가가 이뤄지지 않은 경우(비교집단 3)로 나눌 수 있다.

기본법 제3조 제3항 제2문상의 불이익은 장애와 관련한 지원조치를 통해서도 적절하게 보상되지 않는 장애로 인해 개인이 다른 이에게는 열려 있는 발전 및 활동의 기회를 거부당하는 때에 발생한다(BVerfGE 128, 138 <156>; 160, 79 <112 Rn. 91> 참조).

이러한 불이익은 존재한다. 성적표에 평가와 관련한 사항을 기재하는 관행은 난독증을 가진 학생의 경우에만 해당되었다. 그러한 기재가 이 장애를 외부로 기록하기 위한 목적에서 이뤄진 것은 아니고 난독증이 있는 학생들의 권리를 배제하기 위한 것도 아니다. 신청에 기해서 정서법을 평가하지 않았다는 점을 기록하여 독일어와 외국어 과목에서 일반적인 평가기준에서 벗어나 성과를 평가하였다는 점을 아비투어 성적표에 투명하게 표기하고자 함이다. 그렇지만 문제된 시점에서 난독증이 있는 학생들의 경우만 정서법 성과를 평가하지 않았으므로, 성적표에 이러한 사항이 기재된 경우는 난독증이 있는 학생에게만 해당되었다.

#### (1) 비교집단 1

기재된 성적표로 인해 난독증을 가진 학생들은 정서법 평가를 받은 학생들에 비해

불이익을 받는다. 성적표를 보게 되는 사람들은 그러한 표기가 일반적인 것이 아니며 일반적으로 적용되는 요건에서 벗어나서 예외적으로 정서법 수행을 평가하지 않았음을 쉽게 알 수 있다. 이를 통해 성적표 보유자에게는 다른 시험 참가자에게는 없는 결함이 있다는 결론을 내릴 수 있다. 게다가 일반적으로 이러한 경우는 주로 난독증이 있는 사람으로 추정된다. 이처럼 성과에 결함이 있음과 장애가 존재함을 공개하는 것은 기본법 제2조 제1항<sup>7)</sup>과 연계한 기본법 제1조 제1항<sup>8)</sup>에 따른 일반적 인격권을 제한한다. 이는 개인적 삶의 영역에서의 경과와 상황에 관해 스스로 자신을 어떻게 드러낼지 여부를 결정할 수 있는 권리를 포함한다(BVerfGE 35, 202 <219 ff.>; 54, 148 <153 f.> 참조). 성적표의 표기는 이 권리를 제한한다. 정서법 성과를 평가하지 않았다는 성적표의 표기는 비록 그러한 조치의 목적이 의도한 바는 아니라고 할지라도 동의 없이 당사자의 개인적 상황을 드러낸다. 다른 한편으로 성적표의 표기는 당사자의 지원이 성공할 수 있는 확률을 떨어뜨리는 데 적합하다. 지원자가 원하는 교육이나 직업과의 구체적 연관성이 없더라도 정서법적 능력이 결여되었다는 점으로부터 일반적으로 쓰기와 언어능력의 결함을 연관 짓기 때문이다.

## (2) 비교집단 2

청구인들이 아비투어 시험을 치른 시점인 2010년의 관행에 따라 난독증이 아닌 다른 장애가 있으며 정서법이나 다른 영역의 성과가 평가되지 않은 학생들의 경우와 비교해도 청구인들에 대한 성적표의 기재는 기본법 제3조 제3항 제2문상의 불이익에 해당한다. 가령 신체적 장애로 인해 이와 결부된 결함으로 일반적인 기준에서 벗어난 기준에 따라 평가를 받거나 평가를 받지 않은 학생의 경우에는 이러한 내용이 성적표에 기재되지 않았다. 당시 관행상 난독증이 있는 학생의 경우에만 성적표에 관련 내용이 기재되었다.

서로 다른 장애를 갖고 있는 집단 간의 차별대우 또한 기본법 제3조 제3항 제2문의 적용범위에 해당한다. 일부 학자들은 해당 기본권이 장애가 있는 사람들의 상황을 장애가 없는 사람에 비해 개선하는 것에 중점을 두고 있으므로 장애가 있는 집단

---

### 7) [독일 기본법 제2조 제1항]

모든 사람은, 다른 사람의 권리를 침해하지 않고 헌법질서나 도덕률(道徳律)에 반하지 않는 한, 자신의 인격을 자유로이 실현할 권리를 갖는다.

### 8) [독일 기본법 제1조 제1항]

인간의 존엄성은 훼손될 수 없다. 이를 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다.

간의 불이익은 기본법 제3조 제1항의 기준에 따라 심사해야 한다고 주장한다(Boysen, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 199; Nußberger, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 315 참조).

그렇지만 이러한 적용범위의 제한은 그 문언에 위배된다. 장애로 인한 차별은 기본법 제3조 제3항 제2문의 문언에 따라 누구에 대해서건 금지된다. 또한 이러한 제한은 해당 기본권의 특별한 보호내용에도 모순된다. 특정한 장애 유형이 불이익의 시작점이라면 다른 장애를 가진 사람들과의 차별대우가 해당 장애와 관련된 특수한 이유를 통해 정당화될 수 있는지가 문제된다. 기본법 제3조 제3항 제2문의 특별한 기본권이야말로 양측의 장애와 관련된 권리에의 요청이 비례의 원칙이라는 기준을 통해 상호 형량될 수 있는 기준을 부여한다.

또한 기본법 제3조 제1항이 적용된다고 해서 기본법 제3조 제3항 제2문에서 도출되는 가능하고 합리적인 지원조치 의무가 반드시 적용되는 것은 아니다(BVerfGE 96, 288 <303>; 151, 1 <25 Rn. 57>; 160, 79 <112 Rn. 93> 참조). 결론적으로 장애인이 다른 장애인에 비해 불리한 입장에 있다면 보상 의무가 어떤 식으로든 장애인의 법적 지위에 부정적인 영향을 미치지 않으므로 해당 장애인에 대한 보호를 철회할 이유가 없다.

난독증을 가진 학생들의 성적표에만 평가와 관련된 내용을 표기하고 다른 장애를 가진 학생들의 성적표에는 일반적 평가기준에서 벗어난 내용을 기재하지 않는 차별은 특별한 차별대우를 야기한다. 난독증이 있는 경우에만 성적표에 기재함으로써 이 장애는 학교와 직업훈련 및 직장에서의 제한된 수행 능력에 대한 고유한 특징이 되며, 해당 장애를 특히 두드러지게 만들고 특별히 부정적인 방식으로 다른 장애와 구분되게 한다. 이러한 차별은 난독증이 일반적으로 쓰기 및 말하기 능력이 부족한 것과 연관되어 있다는 널리 퍼져 있는 인식에 의해 더욱 강화된다.

### (3) 비교집단 3

마지막으로 다른 모든 학생들에 비해 난독증을 가진 학생들의 차별대우가 존재한다. 난독증을 가진 학생들의 경우에는 성적표에 정서법 수행을 평가하지 않았다는 내용을 기본적으로 기재하게 되고, 다른 학생들의 경우에는 설령 특정 과목에서 교사가 재량을 사용하여 정서법 수행을 평가하지 않았다 하더라도 해당 내용이 기재되지 않는다.

#### 다. 차별의 정당화 가능성

이러한 차별은 구체적인 사안에서 정당화되지 않는다.

이 사안에서처럼 장애와 관련된 특수성이나 다른 강력한 이유로 조치를 취해야 함이 필수적이지 않은 경우, 장애와 관련된 차별은 상충하는 다른 헌법조항과의 형량과 기본법 제3조 제3항 제2문에서 도출되는 지원조치 명령을 고려한 엄격한 비례원칙 심사를 통해서만 정당화될 수 있다(BVerfGE 151, 1 <25 f. Rn. 57, 59> 참조). 그러므로 차별대우는 최소한 동등한 가치를 갖는 다른 헌법적 이익을 보호하는 데에 적합하고, 필요하며 상당해야 한다(BVerfGE 151, 1 <26 Rn. 59> 참조). 이에 따르면 아비투어 성적표에 일반적인 평가기준에서 벗어나고 다른 방식으로는 인지할 수 없는 난독증이 있는 학생들의 정서법 수행을 평가하지 않은 점을 기재하는 것은 원칙적으로 정당화된다. 그럼에도 불구하고 이 사안에서 문제된 성적표의 표기는 기본법 제3조 제3항 제2문에 위배된다. 당시의 행정관행이 난독증이 있는 학생들을 정당한 사유 없이 차별하였기 때문이다.

##### (1) 목적의 정당성

평가와 관련된 내용을 성적표에 기재한 것은 헌법적 지위를 갖는 정당한 목적을 갖는다.

아비투어 성적표에서 정서법을 고려하고 해당 내용을 평가하지 않았음을 성적표에 표기하는 것은 허용되며 헌법적 지위를 갖는 목적에 기여한다. 기본법 제7조 제1항<sup>9)</sup>은 모든 청소년들에게 자신의 능력에 따라 오늘날 사회에서의 삶에 상응하는 교육을 받을 수 있는 학교체계를 보장하는 목적하에 국가에 전체 학교제도에 관한 감독과 더불어 학교제도의 기획 및 조직에 관한 권한을 부여한다. 이러한 국가의 형성 영역에는 교육과정과 수업의 목표를 확립하는 것도 포함된다(BVerfGE 34, 165 <181> 참조). 비록 난독증을 가진 학생들의 아비투어 시험 성공 확률을 실질적으로 악화시키는 하지만 정서법도 아비투어 시험의 대상이 될 수 있다. 정서법 수행을 단일한 평가기준에 따라 평가하는 것은 기본법 제7조 제1항과 연계한 기본법 제12조 제1항의 헌법적 과제로서 졸업생들이 그들이 수행한 성과에 걸맞게 교육을 받고 직업을 가질 균등한 기회를 갖게 하는 데에 기여한다.

---

##### 9) [독일 기본법 제7조 제1항]

모든 학교제도는 국가의 감독을 받는다.

성적표에 평가기준에서 벗어났다는 내용을 기재하는 것은 성과와 관련된 교육과 직업에 대한 균등한 기회를 보장하기 위해 실제로 수행한 성과에 관한 투명성을 담보하므로 헌법적 위상을 갖는 정당한 목적을 갖는다.

## (2) 지원조치를 통한 성적표 기재의 회피 가능성

정서법 수행에 대한 평가를 기재하기 전에 선행되어야 하는, 난독증으로 인한 정서법 수행상의 장애요인을 제거하기 위한 학교 측의 조치가 있었다라도 난독증으로 인한 성적표 기재는 불가피하였을 것이다.

장애인에게 불리한 법적 지위는 지원조치와 지원체계를 통해 장애와 관련된 불이익을 제거하고 그들에게 비장애인과 동일한 개발 및 활동 기회를 제공하는 것이 불가능하거나 불합리할 때에만 정당화될 수 있다(BVerfGE 96, 288 <303>; 151, 1 <25 Rn. 57>; 160, 79 <112 Rn. 93> 참조).

이러한 통합의무는 졸업시험의 경우에도 준수되어야 한다. 이에 따르면 장애로 인한 수행의 결함은 이러한 결함이 학교의 지원조치를 통해 제거될 수 없는 경우에만 평가결과에 부정적으로 영향을 미칠 수 있다. 그러나 그러한 지원조치는 인적·물적 비용이 합리적이고 제3자의 보호이익과 충돌하지 않을 경우에만 요구될 수 있다(BVerfGE 96, 288 <305 ff.> 참조).

시험에서 장애 학생과 비장애 학생 간에 균등한 기회를 보장하기 위한 조치로는 가령 특수한 보조수단을 허용하거나 특수한 공간을 마련하는 것, 구두시험을 필기시험으로 대체하거나 그 반대의 경우로 대체하는 것 등이 포함될 수 있다. 의무적인 통합조치는 장애가 있는 학생이 비장애 학생처럼 지식과 능력을 증명해야만 하는 때에 성립한다.

이는 일반적인 시험의 요건에서 벗어나는 장애와 관련된 제한으로 인한 수행 평가의 포기나 구분되어야 한다. 수업 참여 면제나 특정 교과목의 부분 또는 전체 평가나 성취의 면제(예컨대 독일어와 외국어에서의 정서법 수행 면제)가 수행 평가의 포기에 해당된다. 이러한 조치는 장애 학생이 비장애 학생과 동일한 방식으로 시험에 참여하는 것을 가능하게 하지 않는다. 오히려 장애로 인해 제한된 성과가 성적표에 부정적으로 반영되지 않음으로 인해 특별한 시험 기준이 만들어지며 이를 통해 동급생보다 우대된다. 그러한 특혜는 기본법 제3조 제3항 제2문에 따라 허용되지만 제한 없는 명령으로 이어지지 않는다(BVerfGE 96, 288 <302 f.> 참조). 특혜조치는 장애 학

생과 비장애 학생 간의 기회균등을 보장하기 위한 지원조치보다 후순위로 시행되어야 한다.

청구인들이 갖고 있는 난독증의 경우는 학교에서의 지원조치를 통해 다른 학생들과의 동등한 경쟁을 할 수 있을 정도로 나아질 수 있는 성격의 장애가 아니다. 난독증은 신경생물학적 장애에 기반하고 있으므로 지원을 통해 난독증이 없는 사람과 동일한 정도의 수행을 위한 상태로 나아질 가능성이 없다.

### (3) 성적표 기재의 적합성 및 필요성

성적표에 성과를 평가하지 않았음을 기재하는 것은 성과와 관련된 교육 및 직업을 가질 기회에의 균등한 접근권이라는 헌법상 목적을 장려하는 데에 적합하며 필요하다.

### (4) 성적표 기재의 상당성

시험과 관련된 성과를 평가하지 않았다는 성적표의 기재 내용은 그렇지 않고서는 알 수 없으며, 원칙적으로 정당화될 수 있을 뿐만 아니라 아비투어 시험의 구체적 형성의 측면에서 헌법상 요구된다. 이러한 방식을 통해서만 기본법 제7조 제1항과 연계한 기본법 제12조 제1항과 제3조 제1항의 모든 졸업생이 동등한 기회를 갖고 그들이 수행한 학교에서의 성과와 개인적 능력에 따라 교육과 직업을 찾도록 하는 졸업시험을 형성해야 하는 국가적 과제와 기본법 제3조 제3항 제2문을 통해 보호되는 장애로 인해 제한된 수행 능력이 졸업시험에서 불리하게 작용하지 않도록 하는 이익 간의 조정이 이뤄질 수 있다(BVerfGE 93, 1 <21> 참조).

앞서 언급하였다시피 성적표에 관련 내용을 기재하는 것은 일반적으로 이와 연관된 장애로 인한 성과의 결함을 공개하는 것과 연결되고 이로써 자신을 드러내는 권리에 제한을 가져오며 입학이나 취업을 지원하는 때에 불이익을 받을 수 있다. 다른 한편으로는 성적표의 기재 내용을 감안하고서도 평가가 이뤄지지 않는 편이 더 나은 시험결과를 가져오므로 그러한 이익을 통해 입학이나 취업시에 더 유리할 것이라는 예상을 통해 사전에 신청을 한다는 점을 고려할 수 있다. 총체적으로 보았을 때 성적표에 해당 내용이 기재되는 불이익에 비해 아비투어 시험에 합격하고 더 나은 기회를 얻을 수 있다는 장점이 더 큰 것이다.

이에 반해 기본법 제7조 제1항과 연계한 기본법 제12조 제1항과 제3조 제1항에서도 출되는 공익인 모든 졸업자가 학교에서의 수행 결과에 상응하여 입학과 취업에서

동일한 기회를 갖는다는 이익은 성적표의 표기가 없으면 제한된다. 성적표에 표기가 되지 않는다면 모든 응시자들이 일반적인 기준에 따라 학교에서 성취한 지식과 능력을 통해 평가받고 그러한 평가가 단일한 기준을 통해 고려된 것으로 간주될 것이다. 그렇게 된다면 아비투어 성적표는 총체적으로 신빙성과 비교가능성을 잃고 능력과 관련된 교육 및 직업에 대한 균등한 기회를 가능하게 하는 헌법적 목적을 제한적으로만 충족할 수 있게 될 것이다.

따라서 실제로 수행한 성과에 관한 투명성 확립에 대한 공익이 장애로 인한 성과의 미평가로 공개되는 불이익을 받지 않도록 하려는 당사자들의 반대이익보다 더 중하다. 그러므로 균일하게 작성되고, 장애로 인한 성과의 평가 여부를 당사자와 보호자의 결정에 맡기는 성적표의 표기는 원칙적으로 상당하다.

이에 따라 비교집단 1에 대한 불이익은 정당화된다.

#### (5) 구체적 사안에서의 정당화 가능성

그렇지만 비교집단 2와 3의 경우에는 성적표의 기재가 정당화될 수 없다. 당시의 행정관행상 난독증이 있는 학생의 경우에만 성적표에 관련 내용을 기재한 것은 다른 장애를 가진 학생들이나 교사의 재량으로 정서법 평가에서 면제된 학생들과 비교하면 정당화될 수 없는 차별이다.

## 2. 국제법

장애로 인한 수행 능력의 제한으로 성과의 일부를 평가하지 않는 경우에 이에 관한 내용을 성적표에 기재하는 것은 해석을 위해 보조적으로 참조(BVerfGE 111, 307 <317 f.>; 128, 282 <306> 참조)해야 하는 UN 장애인권리협약(UN-Behindertenrechtskonvention - BRK)의 요청에도 부합한다.

UN 장애인권리협약 제24조 제1항은 ‘차별 없이 균등한 기회에 기초한’ 교육을 받을 권리의 실현을 요구한다. 협약국들은 장애인들이 동등하게 모든 인권과 기본적 자유를 향유하거나 수행할 수 있도록 보장하기 위해 ‘적절한 방지책’을 취해야 할 의무를 진다. 여기에는 평가와 관련한 균등한 기회의 창출이 포함되지만, 평가와 관련된 성과를 평가하지 않을 의무가 협약국에 부여되지는 않는다. 즉, 이러한 경우는 협약국이 취할 수는 있지만 취할 의무는 없는 ‘긍정적 조치’에 해당한다. 따라서 장애

로 인해 제한된 성과를 신청에 기해 평가하지 않는 관행은 UN 장애인권리협약의 의무를 넘어서는 것으로서 이러한 내용을 성적표에 기재하는 것은 국제법 규정과 충돌하지 않는다.

### 3. 기본법 제3조 제1항과 연계한 기본법 제12조 제1항

기본법 제3조 제1항과 연계한 기본법 제12조 제1항에 따른 기회균등의 명령의 위반은 확인되지 않는다. 정서법 수행을 평가하지 않은 것은 시험 참여자들 간의 균등한 기회를 보장하기 위한 것이 아니라 반대로 교육과 직업에서의 기회 균등을 제한하는 행위에 해당한다.

### 4. 결론

문제된 연방행정법원의 판결들이 청구인들의 기본법 제3조 제3항 제2문에서 도출되는 기본권을 침해하므로 해당 판결들은 파기되어야 한다(연방헌법재판소법 제95조 제2항 제1문<sup>10)</sup>). 이로써 바이에른 주 행정재판소의 2014년 5월 28일 판결들(7 B 14.22와 7 B 14.23)이 확정되며, 그에 따라 바이에른 주는 청구인들에게 정서법 수행을 평가하지 않았다는 내용 - 청구인 3의 경우에는 외국어 과목들에서 필기와 구두 수행이 1:1로 평가되었다는 내용도 포함 - 을 기재하지 않은 아비투어 성적표를 발행할 의무를 진다.

연방행정법원에 사건을 환송하는 것은 적절치 않다. 법원에 전문적인 고려사항에 관한 여지가 존재하지 않기 때문이다. 연방행정법원은 연방헌법재판소의 결정을 되풀이할 수밖에 없다(BVerfGE35, 02<244>; 79, 69 <79>; 104, 357 <358> 참조).

## V. 결정의 의의

대학입학과 직결되는 성적표에 장애로 인하여 특정 과목의 일부를 평가하지 않았다는 내용을 기재하는 것은 원칙적으로는 균등한 기회라는 공익을 위해 요구되지만,

---

10) [연방헌법재판소법 제95조 제2항 제1문]

결정(Entscheidung)에 대한 헌법소원이 인용된 경우에는, 연방헌법재판소는 당해 결정을 취소하고, 제90조 제2항 제1문의 경우에는 사건을 관할법원에 환송한다.

구체적인 사건에서 당시 행정관행을 고려할 때 난독증이 있는 학생에게만 이러한 내용을 기재하였다는 점 때문에 연방헌법재판소는 결과적으로 청구인들에게 기재 내용 없는 성적표를 발급하라는 판결을 내렸다.



최신 세계헌법판례

# 미국

■ 미국 헌법상 선거조항의 해석 / 책임연구관 임기영

■ 피고용인의 종교적 관행에 대한 고용주의 협조 의무 기준의 해석  
/ 책임연구관 임기영



## 미국 헌법상 선거조항의 해석<sup>1)</sup>

### I. 사건개요

2020년 인구조사 이후 노스캐롤라이나 주의회는 새로운 연방하원의원 선거구(congressional district) 지도를 획정하였다. 그러나 노스캐롤라이나주의 시민 단체와 개인 유권자 등으로 구성된 원고들은 이 선거구 지도가 당파적 게리맨더링(partisan gerrymander)으로 허용될 수 없다고 주장하며 소송을 제기하였다.

이들은 노스캐롤라이나 주헌법 제1조 제10항의 “모든 선거는 자유로워야 한다.”라는 규정을 비롯하여 주헌법상의 평등보호, 표현의 자유, 집회의 자유 조항을 원용하였고, 노스캐롤라이나 주대법원은 원고들의 손을 들어주며 노스캐롤라이나 주의회가 만든 선거구 지도를 파기하였다. 주대법원은 주의회가 고의적으로 연방하원의원 선거구를 공화당 후보에게 유리하도록 획정하였다고 판단한 것이었다.

노스캐롤라이나 주의회는 연방하원의원 선거구를 획정할 당시 연방헌법상 선거조항(Elections Clause, 연방헌법 제1조 제4항 제1호2)의 권한을 행사하였다. 이 조항은 각 주의 의회가 연방선거의 시간, 장소, 방식을 정하도록 명시적으로 규정하고 있다.

일련의 소송과정을 거쳐 연방대법원에 올라온 이 사건에서 연방대법원은 주의회가 연방헌법의 선거조항에 따라 연방선거를 운용하는 규정을 정함에 있어 주법에 의한 제한을 받지 않는 전적인 권한을 부여받은 것인지를 판단하게 되었고 아래와 같은 이유로 그렇지 않다고 판단하였다.

1) Moore v. Harper, 600 U. S. 1 (2023) (2023. 6. 27. 선고).

2) 미국 헌법 제1조 제4항 제1호 (art. I, § 4, cl. 1)

상원의원과 하원의원을 선거할 시기, 장소 및 방법은 각 주에서 그 주의회가 정한다. 그러나 연방의회는 언제든지 법률에 의하여 그러한 규정을 제정 또는 개정할 수 있다. 다만, 상원의원의 선거 장소에 관하여는 그렇지 않다.

## II. 쟁점 및 판단

### 1. Roberts 대법원장의 법정의견(6인 의견)<sup>3)</sup>

#### 가. 소송의 전개

미국 연방헌법상 선거조항은 “상원의원과 하원의원을 선거할 시기, 장소 및 방법은 각 주에서 그 주의회가 정한다. 그러나 연방의회는 언제든지 법률에 의하여 그러한 규정을 제정 또는 개정할 수 있다. 다만, 상원의원의 선거 장소에 관하여는 그렇지 않다.”라고 규정하고 있다. 이 조항은 주의회에 연방선거에 관한 규정을 정할 의무를 부과하고 있다.<sup>4)</sup> 또한 연방의회 스스로 그러한 규정을 정하도록 함으로써 주가 연방하원의원 선거의 실시를 거부하는 것을 방지하기 위한 것이기도 하다.<sup>5)</sup>

2020년 인구조사 이후 노스캐롤라이나 주의회는 새로운 연방하원의원 선거구 지도(이하 ‘2021 선거구 지도’라 한다)를 확정하였다. 이에 원고들은 이 선거구 지도가 당파적 게리맨더링으로서 허용될 수 없다고 주장하며 주법원에 제소하였다. 제1심 법원은 2021 선거구 지도가 공화당에 유리하도록 의도적이고 면밀하게 만들어진 것이라고 인정하면서도 당파적 게리맨더링 문제는 주헌법상 사법심사의 대상으로는 부적절하다고(nonjusticiable) 판단하였으나,<sup>6)</sup> 노스캐롤라이나 주대법원은 이를 뒤집었다(Harper v. Hall, 380 N. C. 317, 868 S. E. 2d 499 (2022), 이하 ‘**Harper I 판결**’이라 한다). 주대법원은 당파적 게리맨더링 문제가 연방법원의 심사대상이 아니라는 점은 인정하였지만,<sup>7)</sup> 노스캐롤라이나 주법원의 심사대상의 범위를 벗어난 것은 아니라고 설시하였다. 또한 연방헌법상 선거조항이 주의회에 연방하원의원 선거구를 확정할 독점적이고(exclusive) 독립적인(independent) 권한을 부여한 것이라는 주장을 배척하였다. 주대법원은 2021 선거구 지도의 사용을 금하고 사건을 제1심 법원으로 환송하여

3) Roberts 대법원장, Sotomayor, Kagan, Kavanaugh, Barrett, Jackson 대법관의 의견.

4) Arizona v. Inter Tribal Council of Ariz., Inc., 570 U. S. 1, 8 (2013).

5) Ibid.

6) 관련하여 미국 연방대법원은 2019년 6월 27일 Rucho v. Common Cause, 588 U. S. \_\_\_\_ (2019) 판결을 통해 기존의 입장을 뒤집어 당파적 게리맨더링은 ‘연방법원의 관할을 벗어난 정치문제(political question)’라며 사법심사적합성(justiciability)을 부정하는 판결을 내렸다(이에 관한 내용은 ‘헌법재판연구원, 당파적 게리맨더링 사건에 대한 연방대법원의 관할권 유무 여부, 세계헌법재판동향 2019 제6호, 11-30쪽’ 참고). 따라서 현재 이 사건은 ‘주법원’에서의 당파적 게리맨더링 심사를 바탕으로 하고 있다.

7) Rucho v. Common Cause, 588 U. S. \_\_\_\_ (2019).

주의회의 선거구 재획정을 감독하거나, 필요하다면 법원이 재획정하도록 하였다. 주 대법원의 판결로부터 이틀 후인 2022년 2월 17일, 주의회는 수정된 선거구 지도를 채택하였다. 제1심 법원은 이 선거구 지도를 받아들이지 않고 대신 2022년 연방하원의원 선거에 사용하기 위해 특별 전문가들이 만든 잠정적인 선거구 지도를 채택하였다. 2022년 2월 25일, Tim Moore 주하원의장을 비롯한 주의회 측 피고들<sup>8)</sup>은 연방대법원에 긴급신청서(emergency application)를 제출하며 연방헌법 선거조항을 언급하고 노스캐롤라이나 주대법원의 판결을 중지시켜줄 것을 요청하였다. 연방대법원은 긴급 중지명령을 내리는 것은 거부하였지만 이후 상고를 허가하였다.

연방대법원이 상고를 허가한 이후, 노스캐롤라이나 주대법원은 제1심 법원이 채택한 수정된 선거구 지도에 관한 판결을 내렸는데, 이 판결에서 주대법원은 주의회가 수정한 선거구 지도는 Harper I 판결에서 정한 요건을 충족하지 못하였다는 제1심 법원의 판단에 동의하였다(Harper v. Hall, 383 N. C. 89, 125, 881 S. E. 2d 156 (2022), 이하 ‘**Harper II 판결**’이라 한다). 이후 주대법원은 주의회 측 피고들의 요청에 따라 Harper II 판결 일부를 재심리(rehearing)<sup>9)</sup>하였고, 결국 Harper II 판결에서 내렸던 수정된 선거구 지도에 관한 판단을 철회하고,<sup>10)</sup> 당파적 게리맨더링이 노스캐롤라이나 주 헌법 하에서 사법심사적합성을 갖는다(justiciable)고 판단하였던 Harper I 판결을 연방대법원의 Rucho 판결 등을 근거로 하여 파기하였다(Harper v. Hall, 384 N. C. 292, 299, 886 S. E. 2d 393, 399 (2023), 이하 ‘**Harper III 판결**’이라 한다). 그러나 주대법원은 Harper I 판결이 배척하였던 2021 선거구 지도를 복귀시키지는 않았다.<sup>11)</sup> 대신 주대법원은 주의회에 새로운 선거구 지도를 만들 수 있는 기회를 주었다.

8) 이 피고들은 연방대법원 상고심에서는 상고인이 된다.

9) 재심리(rehearing)는 소송당사자의 신청에 의해 동일한 법원에서 논점을 재고하는 것으로, 주로 새로운 증거의 발견, 의도치 않은 결과의 발생, 상황의 변화, 판사의 오류 등을 이유로 신청된다. ‘노스캐롤라이나 주 상소절차에 관한 규칙(North Carolina Rules of Appellate Procedure)’ Rule 31.(a)에 따르면, 재심리를 신청할 때에는 법원이 사실이나 법률을 간과하였거나 잘못 해석하였다는 점을 자세히 명시하고, 그러한 신청인의 신청을 뒷받침하는 주장을 포함해야 한다.

10) 수정된 선거구는 사법심사적합성 여부에 관한 잘못된 판단의 산물이므로 합헌적으로 성립되지 않으며 따라서 효력이 없다고 보았다.

11) 주의회 측 피고들도 2021 선거구 지도가 복귀되지 않는다고 보았다. 이미 2021 선거구 지도는 한 달여 만에 파기되어 한 번도 사용되지 못하였고, 2022년 선거를 위해 만들어진 2022 선거구 지도를 기반으로 선거가 완료되어 새로운 주의원들이 주의회를 구성하고 있는 상황에서, 향후 선거에 2021 선거구 지도가 사용된다면 많은 현직 주의원들에게 피해가 갈 것이라고 보았다. 참고로 ‘현직의원의 보호(incumbency protection)’는 전통적인 선거구 획정 원칙 중 하나로 꼽힌다.

## 나. 관할권 여부 판단

본안에 들어가기에 앞서 우리는 연방대법원이 관할권을 갖는지에 대한 문제를 결정해야 한다. 연방헌법 제3조 제2항<sup>12)</sup>은 ‘사건(Cases)’과 ‘쟁송(Controversies)’에 대하여 연방법원의 관할을 인정하고 있으며, 결과적으로 당사자들이 개인적인 이해관계(personal stake)를 가질 것과,<sup>13)</sup> 사건의 청구 단계에서만 아니라 심사의 모든 단계에서 다툼이 존재할 것을 요한다.<sup>14)</sup>

노스캐롤라이나 주대법원이 Harper II 판결에서의 판단을 철회하고 Harper I 판결을 뒤집었다고 해서 이 사건의 쟁송성이 상실(moot)되는 것은 아니다. 주대법원은 Harper I 판결을 파기하였지만 2021 선거구 지도의 사용을 금지하였던 결론을 바꾸고자 한 것은 아니었다. 만일 연방대법원이 Harper I 판결을 뒤집는다면 2021 선거구 지도는 다시 효력을 갖게 될 것이므로 당사자들은 소송의 최종적인 결과에 지속적으로 개인적인 이해관계를 가진다.<sup>15)</sup>

또한 연방대법원의 관할권에 ‘결정이 내려질 수 있는 주의 최고법원에 의해 내려진 최종판결’을 포함시키는 연방법률 28 U. S. C. § 1257(a) 규정에 따라 연방대법원은 Harper I 판결을 심사할 관할권을 갖는다. Cox Broadcasting Corp. v. Cohn, 420 U. S. 469 (1975) 판결은 하급심 법원에 의한 추가적인 소송과정이 예상됨에도 불구하고 연방대법원이 28 U. S. C. § 1257(a)의 목적상 주 최고법원의 연방문제에 관한 판결을 최종판결로 대했던 사건들을 적어도 네 가지 유형으로 상술하였다. 그 중 하나가 주 최고법원에 의해 연방문제가 최종적으로 결정된 사건이 장래 주법원의 소송절차의 결과에 상관없이 유지되고 연방대법원의 판결을 요하는 경우이다.<sup>16)</sup> Harper I 판결이 그러한 경우에 해당된다. 하급심 법원의 후속 소송절차가 연방문제에 관한 Harper I

### 12) 미국 헌법 제3조 제2항 (사법권과 관할권)

사법권은 이 헌법과 합중국 법률 그리고 합중국의 권한에 의하여 체결되었거나 체결될 조약으로 인하여 발생하는 모든 보통법상 및 형평법상의 사건, 대사과 그 밖의 외교 사절 및 영사에 관한 모든 사건, 해사 재판 및 해상 관할에 관한 모든 사건, 합중국이 한 편의 당사자인 쟁송, 2개의 주 및 그 이상의 주 사이의 쟁송, 한 주와 다른 주의 시민 사이의 쟁송, 상이한 주의 시민 사이의 쟁송, 다른 주로부터 부여받은 토지의 권리를 주장하는 같은 주의 시민 사이의 쟁송, 그리고 어떤 주나 그 주의 시민과 외국, 외국 시민 또는 외국 신민과의 사이의 쟁송에 미친다. (\* 밑줄 친 부분은 헌법 수정 제 11조에 의해 개정되었다.)

13) Baker v. Carr, 369 U. S. 186, 204 (1962).

14) Genesis HealthCare Corp. v. Symczyk, 569 U. S. 66, 71 (2013).

15) Chafn v. Chafn, 568 U. S. 165, 172 (2013).

16) Cox Broadcasting Corp. v. Cohn, 420 U. S. 469, 480 (1975).

판결의 분석을 바꾸지도 않고 2021 선거구 지도를 배척하였던 Harper I 판결의 효과를 무효화하지도 않기 때문이다.

Harper I 판결은 연방헌법상 선거조항 문제에 대해 최종적으로 판단하였고 그 판단은 당사자들을 계속하여 구속하고 있으며, 우리가 Harper I 판결을 뒤집는다면 노스캐롤라이나에서 2021 선거구 지도는 다시 효력을 갖게 될 것이다. 따라서 연방대법원은 연방헌법 제3조 및 28 U. S. C. § 1257(a) 규정에 따라 관할권을 갖는다.

#### 다. 사법심사의 역사

Marbury v. Madison, 1 Cranch 137 (1803) 판결에서 연방대법원은 연방헌법을 위반한 법률을 심사하고 위헌인 법률을 무효화할 권한을 선포하였다. 그러나 Marbury 판결 이전에도 미국 역사의 초창기부터 법원은 법률의 합헌성을 판단할 책무를 받아들여 왔다. 주법원들은 1787년 헌법제정회의(Constitutional Convention) 이전부터 주의회가 제정한 법률에 제한을 가하기 시작하였다.<sup>17)</sup> 사법심사는 조심스럽게 생겨났으나 건국 시대 동안 계속하여 성숙되었다. 제임스 매디슨은 사법심사를 헌정제도의 핵심 덕목 중 하나로 극찬하였다. 알렉산더 해밀턴은 법원이 사법심사의 의무를 가졌다고 주장하며, 이러한 사법심사의 원리는 대부분의 주정부에도 똑같이 적용된다고 보았다.<sup>18)</sup> 이러한 사법심사의 개념은 Marbury 판결 즈음에는 견고히 자리 잡아 Marshall 대법원장은 사법심사를 ‘우리 사회의 기본원칙 중 하나’라고 지칭하기도 하였다.

#### 라. 선거조항상 주의회가 주헌법의 제한을 면제 받는지 여부

우리는 선거조항이 이와 같은 기본원칙의 예외인지를 판단하도록 요청받았다. 선거조항은 주의회를 일반적인 주의 사법심사로부터 격리시키지 않는다.

##### (1) 관련 선례 검토

우리는 우선 주헌법 조항과 연방헌법상 선거조항에 따른 주의회의 권한 행사 사이의 상호작용에 대해 살펴보고자 한다.

Ohio ex rel. Davis v. Hildebrandt, 241 U. S. 565 (1916) 판결에서 연방대법원은 주의 유권자들이 대중투표(popular vote)<sup>19)</sup>로 주의회가 제정한 주법률을 승인하거나 불승

17) G. Wood, The Creation of the American Republic 1776-1787, pp. 454-455 (1969).

18) The Federalist No. 78, pp. 466, 482 (C. Rossiter ed. 1961).

인하도록 허용하는 오하이오 주헌법 규정과 연방헌법상 선거조항의 적용 문제를 검토하였다. 연방대법원은 연방헌법상 선거조항이 동조항에 따른 주의회의 행위를 주민 투표에 따르도록 하는 것을 배제하지 않는다는 오하이오 주대법원의 판결을 유지하였다. 그리고 주민투표를 허용하는 것이 선거조항에 대립된다는 주장을 배척하였다.

Hildebrant 판결로부터 16년 후, 연방대법원은 *Smiley v. Holm*, 285 U. S. 355 (1932) 판결에서 주지사의 선거구 획정안에 대한 거부권 행사의 효과에 대해 살펴보았다. 당시 인구조사에 따라 미네소타 주는 한 개의 연방하원의원 의석을 잃게 되었고 주의회는 연방하원의원 선거구를 재획정하였다. 그러나 주지사는 주헌법이 그에게 부여한 권한에 따라 이 선거구 획정안을 거부하였다. 그럼에도 불구하고 이 선거구 지도가 시행되자 시민은 주지사의 거부권 행사로 선거구안이 무효화된 것이라고 주장하며 소송을 제기하였다. 미네소타 주대법원은 이러한 주장을 배척하며 연방헌법상 선거조항에 의해 부여된 권한은 무제한, 무한정의 절대적인 권한이라고 판단하였다. 주대법원은 선거조항이 주의회에 선거구를 획정할 전적인 권한을 주었으며 주의회의 이러한 행위는 사법부의 관할 밖이라고 판단하였다. 그러나 연방대법원은 전원일치로 주대법원의 이러한 판결을 뒤집었다. 연방대법원은 주지사의 거부권 행사가 연방헌법상 선거조항을 위반하지 않았다고 판단하였다. 선거조항에 따른 주의회의 권한 행사는 주가 규정한 방식을 따라야 한다고 보았던 것이다.<sup>20)</sup> 연방대법원은 연방헌법 어디에도 주의회에 주헌법 규정을 벗어난 법률제정권을 부여하는 조항은 찾아볼 수 없다고 강조하였다.<sup>21)</sup> *Smiley* 판결은 건국시대의 규정과 헌법 구조, 역사적 관행에 근거하였으며, 이는 우리도 타당하다고 생각하는 바이다.

최근 연방대법원은 *Arizona State Legislature v. Arizona Independent Redistricting Comm'n*, 576 U. S. 787 (2015) 판결에서 Hildebrant 판결과 *Smiley* 판결의 판시를 보강하였다. 해당 사건은 주헌법을 개정하여 선거구 획정 권한을 독립된 위원회에 부여하는 방안을 주민투표에 회부하는 주민발의의 합헌성 여부에 관한 사건이었다. 애리조나 주의회는 위원회가 채택한 연방하원의원 선거구 지도를 문제 삼으며 선거조항은 독립된 위원회에 선거구 획정을 맡기는 것을 금지한다고 주장하였다. 그러나 연

19) popular vote는 유권자 투표라고도 하며, 예를 들면 대통령 선거의 선거인단 투표(electoral college vote)와 비교될 수 있다.

20) *Smiley v. Holm*, 285 U. S. 355, 367 (1932).

21) *Id.*, at 368.

방대법원은 이러한 주장을 받아들이지 않았다. 연방대법원은 선거조항이 주헌법의 입법권 행사 견제 권한을 박탈한다는 주장을 배척하였다. 연방대법원은 건국시대의 사전들은 ‘의회(Legislature)’라는 단어를 폭넓게 정의하였고<sup>22)</sup> 애리조나 주민들은 선거구 재획정의 입법권을 독립된 위원회에 부여함으로써 대안적인 입법 절차를 만들 권한을 보유하고 결론 내렸다.<sup>23)</sup> 즉, 연방대법원은 선거조항이 명시적으로 주의회를 지칭하기는 하였지만, 그렇다고 다른 기구에 선거구 재획정 권한을 부여하는 것을 금지하는 않는다고 보았다. 연방대법원은 주가 자신의 정치적 과정을 수립할 자치권을 보유하고 실시하였다.<sup>24)</sup> 연방대법원은 Hildebrant 판결과 Smiley 판결에서 옹호한 핵심원칙을 수용하였다. 어떤 기관이 선거구 획정의 임무를 맡든지 간에 그 기관은 주헌법에 정해진 제한을 받는다는 것이다.

우리는 계속해서 Smiley 판결에서 연방대법원이 전원일치로 수용한 논증을 존중해야 한다. 즉, 주의회는 법률의 제정에 관하여 주헌법이 부과한 요건으로부터 독립되어 연방하원의원 선거구를 획정할 수는 없다.<sup>25)</sup>

## (2) 피고들과 반대의견이 인용한 선례와 이 사건의 차이

주의회 측 피고들과 반대의견은 연방헌법이 주의회에 연방하원의원 선거를 규정할 권한을 주었기 때문에 연방헌법만이 그 권한을 제한할 수 있다고 주장하였다. 그러나 이러한 주장은 앞서 살펴본 선례들을 무시하는 것일 뿐이다. Hildebrant 판결, Smiley 판결, Arizona State Legislature 판결은 주의회가 연방선거를 운영하는 규칙을 정함에 있어 선거조항이 주의회에 독점적이고 독립적인 권한을 부여하였다는 주장을 배척하였다.

주의회 측 피고들과 반대의견은 의회가 법률을 제정할 때 의회는 자신을 있게 한 바로 그 문헌의 규정에 구속된다는 건국자들의 해석을 설명하지 못한다. 따라서 주의회가 연방선거를 규율할 연방헌법상의 권한을 수행할 때, 주의회는 주헌법에 의해 만들어지고 주헌법에 의해 구속되는 법 제정 기구로서도 기능하는 것이고, 동시에 연방헌법이 특별한 권한을 부여한 기관으로서도 기능하는 것이다. 주헌법과 연방헌법 모두 주의회의 권한 행사를 제한한다.

22) Arizona State Legislature v. Arizona Independent Redistricting Comm'n, 576 U. S. 813, 814 (2015).

23) Id., at 817.

24) Id., at 816.

25) Smiley, 285 U. S., at 373.

피고들은 연방대법원의 *McPherson v. Blacker*, 146 U. S. 1 (1892) 판결에서의 선거인조항(Electors Clause, 연방헌법 제2조 제1항 제2호<sup>26)</sup>)에 대한 분석을 인용하였다. 대통령 선거에 관한 선거인조항은 선거조항과 유사하게 “각 주는 그 주의 주의회가 정하는 바에 따라, 그 주가 연방의회에 보낼 수 있는 상원의원과 하원의원의 총수와 같은 수의 선거인을 임명한다”라고 규정하고 있다. *McPherson* 판결에서 연방대법원은 미시간 주의회가 주의 대통령 선거인단에 부여된 투표권을 주 전체가 아닌 각 연방하원의원 선거구를 기준으로 배분하여 각 선거구에서 이긴 쪽이 주의 선거인단 표 중 하나를 획득하도록 한 것<sup>27)</sup>에 대해 이를 유지하는 판결을 내렸다. 연방대법원은 대통령 선거인단을 선출함에 있어 선거인조항은 주의회에 목적 달성 방법을 독점적으로 규정할 수 있도록 하었다고 실시하였다.

그러나 *McPherson* 판결은 주헌법 규정과 주의회의 행위 사이의 갈등 - 현재 우리가 직면한 문제 - 과는 무관한 사건이었다. *McPherson* 판결은 주의회 자신이 선거인조항을 위반하였는지에 관한 사건이었다. 또한 피고인들이 강조한 내용은 일부에 불과하였다. 실상 해당 사건에서 Fuller 연방대법원장의 법정의견은 “입법권은 주헌법에 의해 제한되는 경우를 제외하고는 최고의 권한이다”<sup>28)</sup>라고 실시하였다.

피고들과 Thomas 대법관은 연방대법원 판결인 *Leser v. Garnett*, 258 U. S. 130 (1922) 판결도 인용하였다. *Leser* 판결에서 연방대법원은 ‘주헌법 규정이 주의회의 비준을 무효로 만들기 때문에 여성의 투표권을 규정한 연방헌법 수정 제19조<sup>29)</sup>는 무효’라는 주장을 받아들이지 않았다. 연방대법원은 주의회가 연방헌법 수정조항을 비준할 때

#### 26) 미국 헌법 제2조 제1항 제2호

각 주는 그 주의 주의회가 정하는 바에 따라, 그 주가 연방의회에 보낼 수 있는 상원의원과 하원의원의 총수와 같은 수의 선거인을 임명한다. 다만, 상원의원이나 하원의원, 또는 합중국의 위임 또는 유급 공직에 있는 자는 선거인이 될 수 없다.

27) 현재 미시간 주를 포함한 미국 대부분의 주들은 그 주의 전체 유권자 투표에서 이긴 대선후보가 소속된 정당의 선거인단 명부를 채택한다(승자독식 제도). 단, 메인 주와 네브라스카 주는 선거인단을 뽑는 보다 복잡한 제도를 갖고 있다. 주 전체 투표에서 이긴 쪽이 2명의 선거인 자리를 가져가고, 각 연방하원의원선거구마다 이긴 쪽이 각 1명의 선거인 자리를 가져가는 방식이다. 예를 들어, 네브라스카 주 전체에서 공화당 후보자가 유권자 투표에서 승리하고, 주의 세 개의 연방하원의원선거구 중 두 곳은 이기고 한 곳에서 민주당에 졌다면, 공화당은 총 4명의 선거인을, 민주당은 총 1명의 선거인을 갖게 된다.

28) *McPherson v. Blacker*, 146 U. S. 25 (1892).

#### 29) 미국 헌법 수정 제19조 (여성의 투표권)

<sup>1</sup> 미국 시민의 투표권은 성별을 이유로 합중국이나 주에 의하여 거부 또는 제한되지 않는다.

<sup>2</sup> 연방의회는 적절한 입법에 의하여 이 조를 시행할 권한을 가진다.

연방헌법에서 도출된 연방 기능을 수행하며, 이는 주민들이 가하고자 하는 제한을 뛰어넘는다고 판단하였다.<sup>30)</sup>

그러나 Leser 사건에서 주의회는 전통적인 입법 행위가 아니라 비준 기능을 수행하였던 것이고, 현재 이 사건은 - Hildebrant 판결과 Smiley 판결처럼 - 주의회의 입법권 행사에 관한 것이다. 그리고 주의회가 선거조항에 따른 입법 행위를 할 때 주의회는 그러한 입법 행위에 대한 주헌법상의 일반적인 제한을 받는다.

이처럼 연방대법원 선례들은 ‘선거조항에 따른 주의회의 행위는 순전히 연방적 성격을 가지며 연방헌법상의 제한에 의해서만 통제된다’는 주장을 오랫동안 배척해 왔다.

### (3) 절차적 제한과 실체적 제한을 구분하는 해석에 대한 비판

피고들은 적어도 일부 주헌법 규정들은 주의회의 선거조항상의 권한 행사를 제한할 수 있다는 데 동의하였지만, Smiley 판결과 Hildebrant 판결은 절차적 제한과 실체적 제한을 구분하는 것이라고 해석하였다. 이들의 주장에 따르면 주헌법은 주의회가 연방 선거에 관해 규정함에 있어 절차적 제한만 할 수 있다는 것이다. 그러나 이들 선례들은 그러한 구별을 한 적이 없고 피고들도 설득력 있는 구별기준을 제시하지 못하였다. 예를 들어, 주지사가 법률안이 가져올 정책적 결과에 동의하지 못하기 때문에 법률안 거부권을 행사하는 경우, 주지사는 입법에 절차적 제한을 가한 것인가, 실체적 제한을 가한 것인가? Smiley 판결은 그런 애매한 질문을 지지하지 않았으며, 지금도 명확한 구분선을 찾을 수 없다.

### (4) 역사적 관행의 뒷받침

역사적 관행 역시 주의회가 선거조항에 따른 권한을 행사할 때 주헌법에 의한 제한을 받는다는 점을 뒷받침한다. 건국 직후 두 개의 주헌법(델라웨어 주헌법과 메릴랜드 주헌법)은 명시적으로 선거조항상의 주의회의 행위를 제한하였다. 그리고 건국 무렵 여러 주헌법들은 연방선거의 방식을 규제하였다.

건국자들은 선거조항을 백지상태에서 작성한 것이 아니었다. 그들은 “대표자들은 각주가 정하는 방식에 따라 매년 지명되어야 한다”라는 연합규약(Articles of Confederation)<sup>31)</sup>의 규정을 차용하였다. 연합규약이 채택되었을 당시, 여러 주들은 대표자의 지명을

30) Leser v. Garnett, 258 U. S. 130, 137 (1922).

31) 미국 연합규약(Articles of Confederation)은 미국 독립전쟁에서 13개 식민지의 동맹과 연합을 정한 것으로 1777년에 채택되어 1781년에 발효되었고, 이후 1789년 미국 헌법이 제정될 때까지 유지되었다.

규율하였고, 이는 건국자들이 위 규정을 해석함에 있어 주의회의 행위를 주헌법 규정으로부터 단절시키는 것으로 보지 않았음을 드러낸다.

#### 마. 연방대법원의 의무

비록 선거조항이 주의회를 주법에 의한 일반적인 제한으로부터 면제시키는 것은 아닐지라도, 주법원들이 무제한의 자유를 갖는 것은 아니다. 동시에 선거조항은 명시적으로 각 주의 주의회에 이 조항을 수행할 권한을 부여하였고 연방대법원은 이를 존중해야 한다. 연방대법원은 주법률에 관한 주법원의 해석이 연방법률을 벗어나지 않도록 해야 할 의무를 진다. 주법원들은 연방선거에 관하여 규정할 주의회의 권한을 회탈하는 식으로 일반적인 사법심사의 한도를 벗어나서는 안 된다.

또한 연방대법원은 노스캐롤라이나 주대법원이 선거조항에서 도출된 한계를 벗어난지 여부에 대해 판단할 필요가 없다. 피고들은 이 쟁점에 대해 상고허가신청서나 준비서면에 유의미하게 제시한 바가 없으며, 구두변론에서도 주장한 바가 없기 때문이다.

주법원은 주의회가 선거조항이 주의회에 부여한 권한 하에서 입법 행위를 할 때 주헌법상의 제한을 적용할 권한을 보유한다. 그러나 연방법원도 사법심사의 임무를 포기해서는 안 된다. 주법원들은 주법률을 해석함에 있어 연방헌법 제1조 제4항의 선거조항에 의해 주의회에 특별히 유보된 역할을 위헌적으로 침범해서는 안 된다. 이 사건에서 그러한 일이 있었는가를 판단할 필요가 없기 때문에 노스캐롤라이나 주대법원의 판결은 유지된다고 판결하는 바이다.

### 2. Kavanaugh 대법관의 보충의견(1인 의견)

나는 법정의견에 전적으로 동의한다. 오늘 연방대법원은 연방선거에 관한 주법률은 주법원의 일반적인 심사의 대상이 된다고 옳게 판단하였다. 그러나 선거조항이 주의회에 연방선거를 규정할 권한을 부여했기 때문에 주법원들이 무제한의 자유를 갖는 것은 아니라는 연방대법원의 판결 역시 옳다. 따라서 선거조항에 관한 사건에서 주법률에 대한 주법원의 해석은 연방법원의 심사를 받는다. 이러한 연방법원의 심사는 주법원에 대한 무시가 아니라 헌법상 규정된 주의회의 역할에 대한 존중을 의미한다.<sup>32)</sup>

문제는 연방법원이 선거조항에 관한 사건에서 주법률에 대한 주법원의 해석을 심사하는 데 있어 어떠한 기준을 적용해야 하는가이다. *Bush v. Gore*, 531 U. S. 98, 115 (2000) 사건에서 보여진 *Rehnquist* 대법원장의 기준은 직설적이다 : 주법원이 공정한 해석이 요구하는 바를 넘어 용인할 수 없이 주법률을 왜곡하는가.<sup>33)</sup> *Souter* 대법관의 기준 역시 비슷하다 : 주법원이 주법률의 합리적인 해석의 한계를 넘어섰는가.<sup>34)</sup> 송무차관도 또다른 비슷한 접근법을 제시하였다 : 주법원이 주법률에 대한 진정으로 일탈된 해석에 이르렀는가.<sup>35)</sup>

세 가지 기준 모두 근본적으로 동일한 논지를 전달한다. 연방법원이 연방선거 사건에서 주법률에 대한 주법원의 해석을 심사할 때 그 심사는 존중적이어야 한다는 것이며, 그러나 존중이 포기는 아니라는 것이다. 나는 *Rehnquist* 대법원장의 기준을 채택하고자 한다. 이 기준은 주법률에 대한 주법원의 해석뿐만 아니라 주헌법에 대한 주법원의 해석에도 적용되어야 한다.

그러나 피고들은 노스캐롤라이나 주대법원이 주헌법이나 기타 주법률을 잘못 해석하였다고 주장하지 않았다. 따라서 연방대법원은 특정한 기준을 채택할 필요가 없었고 채택하지 않았다. 대신 오늘 법정의견은 단지 “주법원들이 무제한의 자유를 갖는 것은 아니다”라고 말하며 “주법원들은 일반적인 사법심사의 한도를 벗어나서는 안 된다”라고 판시하였다. 즉, 법정의견은 연방선거 사건에서 주법원의 판단에 대한 연방법원의 심사에 관한 일반원칙들을 인식하고 설명하였다. 장래에는 아마도 연방대법원이 그러한 일반원칙에서 보다 구체적인 기준을 추출해내게 될 것이다.

### 3. Thomas 대법관의 반대의견(3인 의견)<sup>36)</sup>

연방대법원은 문제(questions)와 쟁점(issues)이 아니라 ‘사건(Cases)’과 ‘쟁송(Controversies)’을 해결하기 위해 심판한다.<sup>37)</sup> 그 필연적인 결과로 연방대법원은 쟁송성이 상실된

32) *Bush v. Gore*, 531 U. S. 98, 115 (2000) (*Rehnquist*, C. J., concurring).

33) *Ibid.*

34) *Id.*, at 133 (dissenting opinion).

35) Brief for United States as Amicus Curiae 27.

36) *Thomas*, Gorsuch, Alito 대법관의 의견. 다만 Alito 대법관은 파트 I 부분(본문 3. 가.)에 대해서만 합류하였다.

37) *Arizona Christian School Tuition Organization v. Winn*, 563 U. S. 125, 132 (2011).

문제를 판단할 권한이나 소송당사자들의 권리에 영향을 주지 못하는 권고적 의견을 제공할 권한이 없다.<sup>38)</sup>

오늘 법정의견은 이러한 맥락을 깨뜨렸다. 법정의견은 주법원의 최종판결에 의해 파기되고 대체된 중간판결을 확정하였다. 주법원의 최종판결은 모든 주장에 있어 상고인들(제1심의 피고들)에게 유리하게 결론이 내려졌다. 법정의견이 의견을 밝힌 쟁점은 더 이상 이 소송의 결과에 영향을 미치지 않는다. 따라서 문제는 반론의 여지없이 쟁송성을 상실하였으며 법정의견도 명백히 권고적 성격을 가질 뿐이다. 상고허가 신청은 기각되었어야 했기 때문에 나는 법정의견에 정중히 반대한다.

#### 가. 이 사건 쟁송성의 상실 - 상고허가 신청 기각 의견 (I)<sup>39)</sup>

이 사건은 간단명료하다. 원고들은 주법에 따라 여러 주공무원들을 상대로 제소하였고, 상고인들은 주법과 연방법상의 변론을 펼쳤다. 하급심 법원의 중간판결에서 주대법원은 두 가지 변론을 모두 배척하고 후속 소송절차를 위해 사건을 환송하였다. 우리는 상고인들의 연방법상의 변론을 검토하기 위해 심사를 허가하였다. 그러나 이후 소송에서 주법원은 상고인들의 대안적인 주법상의 변론을 재논의하였고 그것이 실체상의(meritorious) 항변이라고 판단하였다. 결과적으로 주법원은 최종적으로 사건 전체를 상고인들에게 유리하게 판결하였고, 원고의 청구를 확정적으로 기각하였다(dismissing with prejudice).<sup>40)</sup>

이 사건은 쟁송성에 관한 간단한 사건이다. 연방법적 항변은 더 이상 이 사건에 차이를 가져오지 못한다. 우리가 그 항변에 동의하든 동의하지 않든 아니면 침묵을 지키든 간에 이 소송의 최종 판결은 똑같은 것이다. 법정의견은 이러한 사실에 진지하게 반박하지 않았다. 그럼에도 법정의견은 관할권을 갖는다고 주장하였다. 법정의견은 연방헌법 제3조상의 법원으로서가 아니라 주의회의 특별기관(ad hoc branch)으로 행동하고 있다. 이는 결코 우리의 업무가 아니다.

Harper I 판결은 상고인들의 주법상 사법심사적합성 항변과 연방헌법상 선거조항 항변을 모두 받아들이지 않았다. 그러자 상고인들은 연방대법원에 연방헌법에 관한

38) St. Pierre v. United States, 319 U. S. 41, 42 (1943) (per curiam).

39) 각주 36)에서 설명하였듯이 Alito 대법관은 파트 I 부분에 대해서만 의견을 함께 하였기 때문에 식별이 용이하도록 이하 반대의견 부분에서는 각 목차 끝에 괄호로 원문의 목차를 병기하였다.

40) 여기서 확정적으로 기각(dismissing with prejudice)하였다 함은 재소가 허용되지 않은 기각을 의미한다.

항변에 한해 Harper I 판결을 심사해 줄 것을 청구하였다. Harper I 판결 이후 환송심에서 제1심 법원은 2022년 선거를 위한 수정된 선거구 지도를 채택하였다. 이에 상고인들은 다시금 이 사건을 주대법원에 가져갔고 주대법원은 Harper I 판결을 적용하여 제1심 법원의 명령을 유지하였다(Harper II 판결). 그러나 그 후 상고인들의 요청에 따라 주대법원은 Harper I 판결과 Harper II 판결의 근본적인 근간이자 중요한 쟁점인 ‘당파적 게리맨더링 주장이 주헌법 하에서 사법심사적합성을 갖는가’에 대해 재심리하였고 당파적 게리맨더링은 정치문제로서 사법심사의 대상이 되지 않는다고 판결하였다(Harper III 판결).

즉, 이렇게 이 사건은 끝났고 상고인들이 승리하였다. 따라서 연방대법원에는 더 이상 당면한 쟁송이 남아있지 않게 되었다. 상고인들은 Harper I 판결의 판결로 받은 피해가 없고 우리가 바로잡을 수 있는 것도 없다. 우리가 선거조항에 대한 상고인들의 항변을 받아들이든 거부하든 피상고인의 청구는 영구기각되었다. 이 사건에서 연방대법원이 어떤 변화를 가져올 결정을 할 수 있는 것은 아무 것도 없는 것이다.

연방대법원이 관할권을 갖기 위해서는, 법정의견은 상고인들의 연방 차원의 항변이 어떻게 여전히 이 사건 당사자들의 권리에 영향을 미치는지를 설명해야 한다.<sup>41)</sup> 그러나 법정의견은 그러지 못하였다. 연방대법원이 이 소송의 결과에 영향을 미치는 어떠한 문제도 존재하지 않고, 쟁점사항(question presented)<sup>42)</sup>은 쟁송성을 상실하였으며, 상고허가 신청은 기각되어야 한다.

## 나. 법정의견의 본안 논증에 대한 비판 (II)

나는 기쁘게 여기서 멈출 수도 있을 것이다. 나는 우리가 관할권을 갖지 않은 문제에 대해 장황하게 논하길 원치 않는다. 그럼에도 불구하고 나는 법정의견의 본안에 대한 논증이 설득력 있다고 생각하지 않는다.

이 사건의 쟁점사항은 주의 주민들이 주의회가 규정할 권한을 가진 연방하원의원 선거의 시간, 장소, 방식에 대하여 주헌법상의 한계를 둘 수 있는지 여부이다. 상고인들은 아니라고 주장하였다. 상고인들의 주장은 세 가지 전제에 근거한다.

첫 번째 전제는 한 주의 주민들은 미국 전체 시민들에 의해 부여된 권한을 제한할

41) North Carolina v. Rice, 404 U. S. 244, 246 (1971) (per curiam).

42) 쟁점사항(question presented)은 미국 연방대법원에 제출하는 상고허가 신청서와 본안에 대한 준비서면 첫 페이지에 반드시 기재되어야 할 내용으로 연방대법원은 이를 통해 확정된 쟁점사항에 대해서만 심판한다.

능력이 없다는 것이다.<sup>43)</sup> 이 생각은 연방헌법과 연방법률의 우위성의 필연적 결과이므로 논란의 여지가 없다.<sup>44)</sup>

두 번째 전제는 연방하원의원 선거의 시간, 장소, 방식을 규정하는 것은 주권한의 본래의 특권(original prerogative)이 아니므로 그러한 권한은 주가 보유하는 것이 아니라 주에 위임된 것이라는 것이다. 이 전제는 연방대법원의 선례들에 의해서도 확고하게 지지된다. 연방대법원은 주에 연방하원의원 선거에 관한 권한을 주는 다른 헌법 조항이 없으므로 선거조항이 그러한 권한의 배타적 위임이라고 판단해 왔다.<sup>45)</sup>

세 번째 전제는 선거조항의 ‘각 주의회(the Legislature thereof)’가 주의 주민들을 뜻하거나 획일적인 정치적 통일체로서의 주를 의미하는 것이 아니라 주헌법 하에서 존재하는 입법권을 의미한다는 것이다. 이러한 전제는 ‘주’와 ‘의회’라는 단어의 일반적인 헌법적 의미에도 부합하고 연방대법원의 선례들과도 조화를 이룬다. 주와 주의회는 매우 다른 정치적 존재로, 주가 주헌법에 의해 승인되고 제한되는 정부 아래 조직된 자유로운 시민들의 정치적 공동체라면, 주의회는 법률을 만드는 대의기관을 의미한다.<sup>46)</sup>

이러한 전제들을 바탕으로 상고인들은 자신들의 결론에 다다른다. 연방하원의원 선거의 시간, 장소, 방식을 규정함에 있어 주의 입법 기관이나 권한은 연방헌법에서도 출된 연방 기능을 수행하며, 따라서 이는 주의 주민들이 가하고자 하는 제한을 뛰어넘는다.<sup>47)</sup> 이처럼 각 전제는 연방대법원 선례들에도 쉽게 들어맞는다. 상고인들의 결론은 McPherson 판결에서의 선거인조항의 비슷한 법문에 대한 연방대법원의 해석도 잘 반영한다.

법정의견은 상고인들의 결론을 배척하였지만 그러한 결론의 근거가 된 전제들을 배척하지는 않은 것처럼 보인다. Hildebrant 판결, Smiley 판결, Arizona State Legislature 판결이 상고인들의 주장을 배척하였다는 법정의견의 논증은 지지할 수 없다. 해당 사건들에서의 쟁점과 이 사건에서의 쟁점사항 사이의 원칙적인 차이를 무시하기 때문이다. Hildebrant 판결, Smiley 판결, Arizona State Legislature 판결에서 관련된 주헌

---

43) McCulloch v. Maryland, 4 Wheat. 316, 429 (1819).

44) Id., at. 436.

45) Cook v. Gralike, 531 U. S. 510, 522, 523 (2001); United States v. Classic, 313 U. S. 299, 315 (1941).

46) Smiley, 285 U. S., at 365 (quoting Hawke v. Smith, 253 U. S. 221, 227 (1920)).

47) Leser, 258 U. S., at 137.

법 조항은 주 내에서의 입법권의 배분에 관해 다루었고, 어떠한 행위가 입법권의 행사가 되는지를 정하였다. 즉, 이 판결들은 각 주의회를 어떻게 식별하는지에 대해 다루었던 사건들이었다. 그러나 이 판결들은 주의 주민들이 절차적으로 완전한 입법권의 행사로 유효하게 규정된 시간, 장소, 방식에 실제적인 제한을 부과할 수 있는지에 대해서는 전혀 언급하지 않았다. 이는 그야말로 다른 문제이다. 어떻게(how)와 무엇(what) 사이에는 차이점이 있다.<sup>48)</sup>

이 사건에서 누구도 선거조항이 주의회를 만들었다거나 주의 입법과정을 규정한다고 주장하지 않았다. 따라서 만일 상고인들의 전제가 유지된다면, 주헌법은 누가(who) 의회를 구성할 것인지 명시하고 입법권이 어떻게(how) 행사되는지는 규정할 수 있지만, 연방 선거를 위해 무슨(what) 실제적 법률이 제정될 수 있는가는 통제하지 못한다.

법정의견은 실제적 규정과 절차적 규정 사이의 차이를 알기 어렵다고 지적하였다. 법정의견은 주지사가 법률안이 가져올 정책적 결과에 동의하지 못하기 때문에 법률안 거부권을 행사하는 경우, 주지사는 입법에 절차적 제한을 가한 것인지 실제적 제한을 가한 것인지 질문하였다. 답은 단순명료하다. 법률안을 승인하거나 거부하는 권한은 입법과정의 한 부분이다. 이 문제는 무엇(what)이 아닌 누구(who)의 문제이며 따라서 주의 통치조직의 문제<sup>49)</sup>이다.

그러나 입법권이 할 수 있는 것(what)에 대한 실제적 제한은 전혀 다른 정당화 이유를 요한다. 그러나 법정의견은 이를 제시하지 않았다. 실제로 법정의견은 선거조항에 규정된 권한의 근원이나 그러한 권한을 받는 사람에 대해서는 거의 관심을 기울이지 않는다.

대신 법정의견은 선거조항 관련 입법에 대한 주법원의 '사법심사' 권한에 초점을 두고 있다. 그러나 그러한 권한은 이 사건 쟁점사항에는 해결의 실마리를 던져주지 못한다. 상고인들의 주장은 연방하원의원 선거의 시간, 장소, 방식에 관한 법률은 - 이를 규정할 권한이 주의 주민들이 아니라 연방헌법에서 나왔기 때문에 - 주헌법에 의해 제한받지 않는다는 것이다. 이것이 옳든 그르든, 이 문제는 주법원이 사법심사를 수행할 권한을 갖는지와는 무관하다.

48) J. Kirby, *Limitations on the Power of State Legislatures Over Presidential Elections*, 27 *Law & Contemp. Prob.* 495, 503 (1962).

49) Smiley, 285 U. S., at 368.

### 다. 법정의견이 가져올 효과에 대한 우려 (III)

법정의견은 주법원 및 연방 하급법원이 선거조항에 관한 사건에서 어떻게 사법심사를 할지에 대한 일반적인 조언으로 의견을 마무리하였다. 법정의견은 선거조항에 대한 해석에 명확한 논증을 제공하지 못하였기 때문에 그러한 해석의 결과가 어떠한지는 확신할 수 없다. 그러나 법정의견이 그린 간략한 밑그림에 비추어 판단하건대, 오늘 법정의견이 앞으로 사법부에 닥칠 심각한 문제의 전조가 될까 우려된다.

법정의견은 *Bush v. Gore* 결정을 인용하였지만, 이는 이상한 유추이다. *Bush* 판결과 *Harper I* 판결 사이에는 중대한 차이점이 있기 때문이다. *Bush* 판결에서 주법원의 판결은 주법률의 해석에 기초한 것이었고, 따라서 주요 문제는 주법원이 명백히 표명된 의회의 의도에서 벗어나 공정한 해석이 요구하는 바를 넘어 용인할 수 없이 주법률을 왜곡하는가<sup>50</sup>였다. 반면, *Harper I* 판결에서 주법원은 명백히 표명된 의회의 의도에서 벗어난 것이 틀림없었다; 주법원은 의회의 입법을 위헌이라고 판단하였다.

법정의견은 *Harper I* 판결이 그 자체로는 오류를 저지르지 않았다고 결론내렸다. 선거조항이 주법원에 실제적인 주헌법 조항을 연방선거의 시간, 장소, 방식에 적용하는 것을 허용한다고 보았기 때문이다. 동시에 주법원들은 연방선거를 규정할 주의회의 권한을 횡탈하는 식으로 일반적인 사법심사의 한도를 벗어나지 않도록 연방법원의 감독을 받아 운용되어야 한다고 주의를 받았다. 따라서 법정의견은 *Bush* 판결에서 예상된 법률해석에 대한 심사가 주헌법에까지 확장된다고 보는 것이 분명해 보인다.

이렇게 법정의견은 주선거법에 관한 *Bush* 판결 스타일의 쟁송이라는 새로운 - 그리고 훨씬 더 불분명한 - 영역을 열었다. 법정의견의 틀에 따르면 연방법원이 ‘일반적인 사법심사의 한도’의 어떤 일반화된 개념을 발전시켜야 하는 것처럼 보인다. 그러나 연방대법원은 *Rucho* 판결로 당파적 게리맨더링 문제를 아예 판단할 수 없다고 판단하였다. 따라서 연방대법원은 주법원의 당파적 게리맨더링 판단이 ‘일반적인 사법심사의 한도’를 넘었는지 여부를 판단하지도 못할 것으로 보인다.

사법심사적합성의 부조화에 관한 사건이 아니더라도, 법정의견의 조언은 방대한 범위의 문제들을 끌어들인다. 무엇이 ‘일반적인 사법심사의 한도’인가? 이에 따르면 어떤 헌법해석 방법이 허용되는가? 그러한 방법은 주마다 다른가? 선례구속은 어떻게 되는가?

50) *Bush*, 531 U. S., at 115 (Rehnquist, C. J., concurring).

마지막으로 나는 이러한 법정의견의 틀이 잠재적으로 주헌법의 넓은 범위에서 연방문제의 성격을 띠게 하는 효과를 낳고, 연방법원이 이에 대한 유의미하거나 원칙적인 재판을 할 수 없게 될까 우려된다. 대부분의 사건에서 ‘일반적인 사법심사의 한도’는 실제에서는 관대한 기준이 될 것이고, 이러한 주헌법의 연방화는 주헌법 문제로 연방법원 사건부(docket)를 늘어나게 하여 주법원에 대한 존중이라는 포괄적인 설명으로 빠르게 해결하게 될 것이다. 한편 예외는 반드시 있기 마련이다. 그러한 예외는 빠르게 진화하고 정치적으로 가열된 논쟁의 한복판에서 우연히 나타날 것이고, 연방선거의 승자들은 주법원이 주헌법의 해석에 있어 ‘일반적인 사법심사의 한도’를 넘었다는 연방법원의 신속한 판결에 의해 결정될 것이다.

나는 쟁송성을 상실한 사건에서 권고적 의견으로 연방사법부를 이러한 불확실한 길로 인도하지는 않을 것이다.

위와 같은 이유로 나는 법정의견에 정중히 반대한다.

### Ⅲ. 판결의 의의

이 사건은 미국 헌법의 선거조항이 연방선거의 시간, 장소, 방식을 각 주의회가 정하도록 규정하고 있기 때문에 주법원 등의 다른 기관들에 의한 견제와 심사를 받지 않는다는 ‘독립 주의회 이론(independent state legislature theory)’의 인정 여부를 주목을 받았다. 만일 이 이론이 받아들여지면 주의회가 연방선거에서 절대적인 힘을 갖게 되고, 대통령 선거의 선거인조항도 선거조항과 유사하게 규정되어 있어 주의회가 대통령 선거인단을 원하는 대로 선출하는 결과로 이어질 수도 있기 때문이었다.

이에 연방대법원은 주의회가 선거조항에 따른 입법 행위를 할 때에는 주헌법상의 일반적인 제한을 받는다고 판시하여 독립 주의회 이론을 배척하였다. 또한 연방법원도 사법심사의 의무를 다하여야 한다고 하여 주법원에 대한 연방법원의 감독 역할도 언급하였다.

이 판결로 연방대법원은 연방하원의원선거와 대통령 선거인단 선출에 대한 주의회의 독점적이고 독립적인 권한 주장을 지지하였으며, 주의회의 게리맨더링 시도에 제동을 걸고, 향후의 연방선거에도 중대한 영향을 미치게 되었다고 평가된다.

# 피고용인의 종교적 관행에 대한 고용주의 협조 의무 기준의 해석<sup>1)</sup>

## I. 사건개요

1964년 미국 민권법 제7장(Title VII of the Civil Rights Act of 1964, 이하 ‘민권법 제7장’이라 한다)은 피고용인의 종교적 관행에 협조(accommodation)<sup>2)</sup>하는 데 고용주의 사업 경영(conduct of the employer's business)에 ‘과도한 어려움(undue hardship)’이 부과되는 경우가 아닌 한 고용주는 그러한 협조를 해야 한다고 규정하고 있다(42 U. S. C. §2000e(j)).

연방대법원의 *Trans World Airlines, Inc. v. Hardison*, 432 U. S. 63 (1977) 판결을 기초로, 이 사건 제3연방항소법원을 비롯한 많은 하급심 법원들은 ‘과도한 어려움’을 ‘최소허용기준을 초과하는(more than de minimis)’ 노력이나 비용을 의미하는 것으로 해석해 왔다. 그러나 이 사건에서 상고인 Gerald Groff와 피상고인 미국 우정국장(Postmaster General) - 연방송무차관(Solicitor General)에 의해 대리됨 - 모두 *Hardison* 판결의 최소허용기준 해석이 오류라는 데 동의하였다.

이에 연방대법원은 민권법 제7장이 요구하는 바를 명확히 하기 위해 상고를 허가하였다.

## II. 쟁점 및 판단

### 1. Alito 대법관의 법정의견(전원일치 의견)<sup>3)</sup>

#### 가. 사건의 전개

상고인 Gerald Groff는 복음주의 기독교인(Evangelical Christian)으로, 종교적인 이유

1) *Groff v. DeJoy*, 600 U. S. 447 (2023) (2023. 6. 29. 선고).

2) “accommodation”은 협조, 배려, 편의제공 등을 뜻하며 이하에서는 ‘협조’로 번역한다.

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

로 일요일은 속세의 노동과 세속적인 재물의 운송이 아닌 예배와 휴식을 위해 봉헌되어야 한다고 믿고 있다. 2012년, 상고인은 60만 명 이상의 피고용인을 둔 USPS (United States Postal Service, 미국우정국)에 고용되었다. 상고인은 우편물 배달 업무에서 정집배원(regular carrier)을 돕는 지방 부집배원(Rural Carrier Associate)이 되었다. 그가 이 직책을 맡았을 때는 일반적으로 일요일 업무가 포함되지 않았었다. 그러나 2013년, USPS는 아마존사(社)와 계약을 맺고 일요일 배송도 시작하게 되었다. 2016년, USPS는 관련 노동조합과 양해각서(MOU)를 체결하여 일요일 및 휴일에 우편물 배달을 어떻게 처리할지에 대해 정하였다. 2달간의 성수기 동안은 각 우체국이 자체 직원들을 활용하여 우편물을 배달하고, 나머지 다른 기간 동안은 일요일과 휴일 배달을 지역 허브에서 일하는 직원들(상고인과 같은 지방 부집배원들 포함)이 처리하게 되었다.

양해각서에는 성수기가 아닐 때 USPS 직원들이 일요일 및 휴일 근무를 요청받는 순서가 명시되어 있다. 첫 번째는 각 허브의 ‘지방 보조집배원들(Assistant Rural Carriers)’로 이들은 허브에 배정되어 일요일과 휴일 업무만 담당하는 파트타임 직원들이다. 두 번째는 순환교대로 배정된 지역 지원자들이다. 세 번째는 나머지 모든 집배원들로 순환교대로 의무적으로 업무를 맡게 된다. 상고인은 이 세 번째 범주에 해당되었고, 양해각서가 채택된 후 일요일에도 근무하게 될 것이라는 이야기를 들었다. 그러자 상고인은 당시 일요일 배달 업무가 없던, 직원이 7명인 Holtwood의 작은 시골 우체국으로의 전근을 요청하였고 이 요청이 받아들여져 업무지를 이동하였다. 그러나 2017년 3월, 이 지역에도 아마존 배송이 시작되었다. 일요일 근무를 원치 않았던 상고인에게 USPS는 다른 방안을 주었다. 성수기 동안 상고인이 해야 할 배달 업무를 우체국장을 포함한 Holtwood 우체국의 다른 직원들이 맡고 - 일반적으로 우체국장의 업무에 배달 업무는 포함되어 있지 않다 - 나머지 기간 동안은 지역 허브의 다른 집배원들이 맡는 것이었다. 이 기간 동안 상고인은 일요일 결근을 이유로 계속하여 징계를 받았다. 결국 2019년 1월, 상고인은 퇴사하였다.

몇 달 후, 상고인은 USPS가 사업 경영상의 과도한 어려움 없이 상고인이 일요일을 안식일로 지키는 관행에 협조할 수 있었다고 주장하며 민권법 제7장상의 소송을 제기하였다. 제1심 법원은 약식판결(summary judgment, 사실심생략판결)로 USPS의 손을 들어주었고, 제3연방항소법원도 이를 유지하였다. 항소법원 재판부의 다수의견은 재판부가 Hardison 판결에 구속된다고 판단하였고, Hardison 판결에서 고용주가 종교

적 협조를 제공하는 데 최소허용기준을 초과하는 비용을 감내하도록 하는 것이 과도한 어려움이라고 보았다고 해석하였다. 항소법원의 선례에 따르면 이것은 통과하기 어려운 기준은 아니었고, 항소법원은 이 사건이 이 낮은 기준을 충족한다고 판단하였다. 재판부는 상고인을 일요일 근무에서 면제하는 것이 그의 동료들에게 부담을 주었고, 직장과 업무 흐름에 지장을 주었으며, 직원들의 사기를 떨어뜨렸다고 판단하였다. 항소법원의 반대의견은 지역 허브나 우체국 직원들에게 미치는 악영향은 그것만으로는 고용주의 사업상의 어려움을 증명하기에는 충분하지 않다고 주장하였다.

이에 연방대법원은 상고인의 상고허가 신청을 인용하였다.

#### 나. Hardison 판결의 배경, 내용, 해석

이 사건은 거의 50년 만에 Hardison 판결의 개략을 설명하는 첫 번째 기회이기 때문에 그 배경을 이야기하는 것으로 시작하고자 한다.

##### (1) 민권법 제7장의 초기 규정, EEOC 규칙, 연방의회 개정

민권법 제7장은 개인의 종교 때문에 고용주가 그 사람을 고용하지 않거나 해고하거나 그 외에 고용에 관한 보상, 기간, 조건, 또는 특혜에 관하여 그를 차별하는 경우 이를 고용주의 불법 관행으로 규정하고 있다(42 U. S. C. §2000e-2(a)(1)).<sup>4)</sup> 민권법 제7장이 처음 제정될 때, ‘종교 때문에’ 차별한다는 의미가 무엇인지 상세히 설명되지는 않았다. 이후 EEOC(Equal Employment Opportunity Commission, 고용평등위원회)<sup>5)</sup> 규칙들은 피고용인의 종교적 요구가 고용주의 사업 경영에 과도한 어려움을 초래하지 않는다면 고용주는 항상 그러한 요구에 합리적으로 협조하도록 하였다(29 CFR §1605.1 (1968)).

#### 4) 42 U. S. Code § 2000e-2 - 불법 고용관행

##### (a) 고용관행

아래와 같은 경우는 고용주의 불법적인 고용관행이다.

- (1) 개인의 인종, 피부색, 종교, 성별, 출신민족 때문에 고용주가 그 사람을 고용하지 못하거나, 고용하지 않거나 해고하거나 그 외에 고용에 관한 보상, 기간, 조건, 또는 특혜에 관하여 그를 차별하는 경우; 또는
  - (2) 개인의 인종, 피부색, 종교, 성별, 출신민족 때문에, 개인의 고용 기회를 박탈하거나 박탈하는 경향이 있거나 그 외에 피고용인으로서의 지위에 악영향을 주는 방식으로 피고용인 또는 지원자를 제한, 차별, 또는 구분하는 경우.
- 5) 미국 EEOC(고용평등위원회)는 개인의 인종, 피부색, 종교, 성(임신, 성전환 상태 및 성지향성을 포함), 국적, 연령, 장애 또는 유전 정보로 인하여 취업지원자 또는 피고용인을 차별하는 것을 금지하는 연방법의 집행을 담당하고 있다.

그러나 1970년, 제6연방항소법원은 고용주가 안식일 종교관행에 따르거나 협조하는 것이 심각한 국교금지조항(Establishment Clause)상의 문제를 일으킬 수 있기 때문에 민권법 제7장이 고용주에게 이러한 종교적 관행에 따르거나 협조할 것을 요구하지는 않는다고 판단하였다.<sup>6)</sup> 연방대법원은 동수로 나뉘어<sup>7)</sup> 이 판단을 유지하였다(Dewey v. Reynolds Metals Co., 402 U. S. 689 (1971)). 이 Dewey 판결과 피고용인의 안식일 준수에 협조할 고용인의 의무를 인정하지 않았던 다른 판결들에 대응하여, 1972년 연방의회는 민권법 제7장을 개정하였다. 연방의회는 EEOC 규칙의 문언을 따라 “고용주의 사업 경영에 대한 과도한 어려움의 부과 없이는 피고용인 또는 예비 피고용인의 종교적 의식이나 관행에 합리적으로 협조할 수 없는 경우가 아닌 한, ‘종교’라는 용어는 신앙뿐만 아니라, 모든 종교적 의식과 관행을 포함한다.”라고 규정하였다(42 U. S. C. § 2000e(j) (1970 ed., Supp. II)).

## (2) Hardison 사건의 검토

Hardison 사건은 EEOC의 ‘과도한 어려움’ 규칙 공포와 1972년의 민권법 제7장 개정 사이에 발생하였던 고용 분쟁에 관한 것이었다. 트랜스월드 항공(Trans World Airlines)은 Larry Hardison을 고용하여 1년 365일 하루 24시간 운영되는 부서에서 일하도록 하였다. 해당 부서는 비행기를 유지·보수하는 데 필요한 부품들을 제공하여 트랜스월드 항공에 필수적인 역할을 수행하였다.<sup>8)</sup> 이후 Hardison은 개종하여 안식일을 지키고자 결근하기 시작하였다. Hardison의 근무 일정상의 첫 갈등은 해결되었지만, 그가 다른 자리로 옮겨가면서 안식일 결근이 가능한 연공서열(seniority)을 잃게 됨에 따라 갈등이 다시 떠올랐다. 트랜스월드 항공은 협조에 실패하였고 불복종을 이유로 Hardison을 해고하였다.

Hardison은 트랜스월드 항공과 노동조합을 상대로 소송을 제기하였고, 제8연방항소법원이 Hardison의 손을 들어주었다. 제8연방항소법원은 트랜스월드 항공이 합리적인 협조를 할 수 있었다고 판단하였고, 피고들의 국교금지조항상의 주장을 배척하였다. 트랜스월드 항공은 민권법 제7장의 개정이 제8연방항소법원의 해석을 적용할 때 - 특히 제8연방항소법원이 종교적 관행에 대한 협조가 관련 노사단체협약이 부여한 연공

6) Dewey v. Reynolds Metals Co., 429 F. 2d 324, 334.

7) Harlan 대법관이 참여하지 않아 8명이 심리와 판결(per curium 판결)에 참여하였다.

8) Hardison, 432 U. S., at 66.

서열 권리보다 우선한다고 승인하는 한에 있어 - 국교금지조항을 위반하는지 여부를 결정해 줄 것을 요청하며 연방대법원에 상고허가 신청을 하였다. 연방대법원은 상고를 허가하였다. 당시 일부 사람들은 지금은 폐기된 연방대법원의 *Lemon v. Kurtzman*, 403 U. S. 602 (1971) 판결 - 국교금지조항과 관련하여 *Lemon* 심사기준<sup>9)</sup>을 채택하여 법률의 주된 또는 주요한 효과가 종교를 향상시키는 것이라면 그 법률은 위헌이라고 판단<sup>10)</sup>하였던 판결 - 이 민권법 제7장의 1972년 개정에 심각한 문제를 제기한다고 생각하였다. 그러나 결국 헌법적 우려는 *Hardison* 사건에서 연방대법원의 결정에 아무 역할도 하지 못하였다. 대신 *Hardison* 판결의 법정의견이 주된 문제라고 밝힌 것은 연공서열 제도에 동의한 고용주 및 노동조합이 근속년수가 낮은 직원들의 종교적 관행에 협조하기 위해 고참 직원들의 연공서열 권리를 박탈하는 것이 민권법 제7장이 요구하는 바인가였다.<sup>11)</sup> 그리고 연방대법원은 민권법 제7장은 그러한 요구를 하지 않는다고 판결하였다.<sup>12)</sup> 연방대법원은 이러한 결론은 연공서열 제도가 민권법 제7장 자체에서 특별 취급을 받는다는 사실에 의해서도 뒷받침된다고 보았다.<sup>13)</sup> 연방대법원은 민권법 제7장의 이러한 해석을 적용하였고, 제8연방항소법원의 사실인정에 동의하지 않았으며, 트랜스월드 항공이 연공서열 권리의 침해 없이 안식일 근무를 면제해 달라는 *Hardison*의 요구에 협조하는 것은 불가능하다고 보았다.

소송당사자들은 연공서열 문제와는 별개로, 민권법 제7장하에서 증가된 비용이 언제 ‘과도한 어려움’에 이르는가에 초점을 맞추었다. 그러나 *Hardison* 판결의 법정의견은 자주 인용되는 다음 문장을 언급하였다. “*Hardison*에게 토요일 휴무를 주기 위해 트랜스월드 항공에 최소허용기준을 초과하는 비용을 감내하도록 요구하는 것은 과도한 어려움이다.” 비록 이후 많은 하급심 법원들이 이 문장을 ‘과도한 어려움’이라는 법률 용어의 권위 있는 해석으로 보았지만, 사실 이처럼 큰 역할을 떠맡을 의도였는지는 의심스럽다. 법정의견은, *Marshall* 대법관의 반대의견에 대응하여, ‘상당한(substantial)’ 비용 또는 지출을 수반하는 경우 협조는 요구되지 않는다고 세 번씩이나 언급하며 그 기준에 대해 상당히 다른 설명을 하였다.<sup>14)</sup>

9) *Lemon* 심사기준에 따르면, 문제가 된 정부행위가 국교금지조항의 위반이 되지 않으려면 (1) 세속적인 법적 목적을 지녀야 하고, (2) 그 주된 또는 주요한 효과가 종교를 향상시키거나 억누르는 것이어서는 안 되며, (3) 정부가 과도하게 종교에 관계하는 것을 조장해서는 안 된다.

10) *Lemon*, 403 U. S., at 612-613.

11) *Hardison*, 432 U. S., at 83, and n. 14.

12) *Ibid.*

13) *Id.*, at 81.

### (3) ‘최소허용기준의 초과’에 대한 법원 및 EEOC의 해석

비록 Hardison 판결의 ‘최소허용기준’에 대한 언급이 상충되는 언어에 의해 약화되었고, 연공서열 권리라는 주된 문제의 논의와 비교해 볼 때 순식간에 지나가는 하였지만, 하급심 법원들은 ‘최소허용기준’을 지도적인 기준으로 붙들어 왔다.

다양한 종교 단체들은 ‘최소허용기준’이 종교적 관행에 대한 사소한 협조조차 거부하는 데 이용되어 왔다고 말하였다.

EEOC도 Hardison 판결을 ‘최소허용기준 초과 비용’ 심사를 제시한 판결로 받아들여 왔다.<sup>15)</sup> 그러나 EEOC는 Hardison 판결의 문구가 스케줄 재조정에 드는 행정비용, 대체인력을 위한 부정기적·일시적 수당 지급, 그리고 연공서열 제도에 상충되지 않는 자발적인 대체인력이나 교대인력 등도 포함시키는 식으로 확장되지 않도록 유의하며 Hardison 판결의 영향을 완화하고자 노력해 왔다.

그럼에도 불구하고 몇몇 법원들은 EEOC의 최소허용기준에 대한 해석조차 배척하였다. 어떤 사건들에서는 법원들이 복장규정의 완화와 간혹 있는 결근과 같이 EEOC의 지침상 일반적으로 요구된다고 여겨지는 협조를 거부하기도 하였다.<sup>16)</sup>

이 사건에서 송무차관은 Hardison 판결이 법원에 ‘최소허용기준의 초과’ 기준을 문자 그대로 해석하거나 Hardison 판결이 언급했던 ‘상당한 비용’을 훼손하는 방식으로 해석할 것을 강요하지 않는다고 주장하였다. 그리고 우리도 이에 동의하는 바이다.

#### 다. ‘과도한 어려움’에 대한 해석의 명확화

‘최소허용기준을 초과하는 비용’을 증명하는 것으로는, 그 문구의 일반 어법상의 용례처럼, 민권법 제7장하의 과도한 어려움이 성립될 만큼 충분하지 않다. Hardison 판결은 그 한 문구로 축약될 수 없다. 고용주의 ‘과도한 어려움’ 항변을 설명함에 있어, Hardison 판결은 반복적으로 ‘상당한 부담’을 언급하였고 그 표현이 판결을 보다 잘 설명한다. 따라서 우리는 소송당사자들과 마찬가지로, Hardison 판결이 의미하는 바는 ‘고용주의 사업상의 전체적인 맥락에서 그 부담이 상당한 경우’에 ‘과도한 어려

14) Id., at 83, n. 14.

15) 29 CFR §§ 1605.2(e)(1), (2).

16) 예를 들어, Wagner v. Saint Joseph's/Candler Health System, Inc., 2022 WL 905551, \*4-\*5 (SD Ga., Mar. 28, 2022); Camara v. Epps Air Serv., Inc., 292 F. Supp. 3d 1314, 1322, 1331-1332 (ND Ga., 2017); El-Amin v. First Transit, Inc., 2005 WL 1118175, \*7-\*8 (SD Ohio, May 11, 2005); EEOC v. Sambo's of Ga., Inc., 530 F. Supp. 86, 91 (ND Ga., 1981).

움'이 입증된다는 것이라고 생각한다. 이것은 Hardison 판결과 일상 담화에서의 '과도한 어려움'의 의미에 모두 부합된다.

### (1) '과도한 어려움'의 일반적 의미 및 EEOC의 사용례 검토

종교적 협조의 거부를 변호하기 위하여 고용주가 입증해야 할 것을 결정하기 위해서는 우선 민권법 제7장의 법문을 살펴보는 것이 합리적이라고 생각한다. '어려움(hardship)'이라는 용어는, 적어도 견디기 힘든 것을 지칭하고, 단순한 부담(burden)보다 더 혹독한(severe) 무언가를 의미한다.<sup>17)</sup> 따라서 민권법 제7장이 단지 고용주에게 어려움을 감내하게 할 필요가 없다고 말했을 뿐이라도, 고용주는 종교적 관행에 대한 협조가 추가비용을 발생시킨다는 점을 보여주는 것만으로는 책임에서 벗어날 수 없을 것이다. '과도한(undue)'이라는 수식어의 추가는 부담이나 역경이 지나치거나(excessive) 정당화할 수 없는(unjustifiable) 수준에 이르러야 함을 의미한다.<sup>18)</sup>

이렇게 해석한다면 '과도한 어려움'은 단순히 최소 - 즉, 매우 작고 사소한<sup>19)</sup> - 허용기준을 초과하는 부담과는 매우 다른 의미가 된다. '과도한 어려움'의 일반적인 의미는 Hardison 판결이 언급했던 '상당한 추가비용'이나 '상당한 지출'에 더 가깝다.<sup>20)</sup>

더구나 연방대법원의 해석은 협조에 상당한 비용이 수반될 것을 요구했던 1972년 이전의 EEOC 결정들과도 조화된다. 민권법 제7장의 '과도한 어려움'이 그 일반적인 사용상의 의미보다 더 적은 것을 의미한다고 해석되어야 한다는 주장은 이러한 역사를 고려하건대 타당하지 않다.

요컨대, 소송당사자들이 논했던 어떠한 요소도 - '과도한 어려움'의 일반적인 의미, Hardison 판결이 1972년의 개정으로 비준되었다고 판단한 EEOC 지침,<sup>21)</sup> 그러한 개정 이전에 EEOC의 용어 사용례, 그리고 다른 법률에서의 해당 용어의 일반적인 사용례 모두 - Hardison 판결을 '최소허용기준 초과' 기준으로 몰아가는 것을 뒷받침하지 않는다.

### (2) 대안적 표현 및 관련 요소의 고려

소송당사자들은 '최소허용기준' 심사는 옳지 않다는데 동의하였지만 그들이 제시한

17) Random House Dictionary of the English Language 646 (1966) (Random House).

18) Random House 1547.

19) Black's Law Dictionary 388 (5th ed. 1979).

20) Hardison, 432 U. S., at 83, n. 14.

21) Id., at 76, n. 11.

대안적인 문구는 조금 달랐다. 상고인은 ‘중대한 어려움이나 비용(significant difficulty or expense)’이라는 문구를 선호하였다. 피상고인은, Hardison 판결의 파기를 주장하던 이전의 입장을 변경하여, Hardison 판결이 반복적으로 ‘상당한 지출’이나 ‘상당한 추가비용’을 언급하였다고 강조하였다. 우리는 ‘고용주가 입증해야 할 것은 협조의 제공이 특정 사업 경영과 관련하여 상당한 추가비용을 야기할 것이라는 점이다’<sup>22)</sup>라는 말로 충분하다고 생각하였다.

‘과도한 어려움’에 대한 선호 표현보다 더 중요한 것은 법원들이 그 심사를 적용함에 있어 해당 사건의 관련 요소들을 고려해야 한다는 점이다. 여기에는 문제가 된 특정한 협조와 - 성질, 규모, 고용주의 운영비용에 비춘 - 현실적 영향이 포함된다.

### (3) 소송당사자들의 확대적 의도에 대한 경계

상고인은 ‘중대한 어려움이나 비용’이라는 문구를 미국 장애인법(Americans with Disabilities Act, ADA)에서 차용했을 뿐만 아니라, 연방대법원으로 하여금 하급심 법원들에 수십 년간의 미국 장애인법 판례를 의지하도록 지시하게 하려 했다. 다른 한편으로, 정부는 EEOC가 Hardison 판결에서 언급된 ‘최소허용기준을 초과하는 비용’을 일종의 ‘상당한 비용’으로 이해해 왔다고 보고, 우리가 Hardison 판결에 대한 EEOC의 해석이 기본적으로 옳다는 의견을 밝혀주길 요청하였다.

상고인과 정부의 의견들은 둘 다 너무 멀리 나갔다. 우리는 이 영역에서 EEOC의 많은 지침이 합리적이고, 심중팔구 오늘 이 판결에 의해 영향을 받지 않을 것이라는 데 아무런 이의가 없다. 결국 많은 EEOC의 지침은 어떤 것들이 협조되어야 하는가에 초점을 두고 있다. 그러나 오늘 우리가 채택하는 설명에 이익을 갖지 않는 EEOC 해석 전체까지 모두 승인하는 것은 신중하지 못한 일이 될 것이다. 무엇보다 중요한 것은 민권법 제7장의 ‘과도한 어려움’은 말 그대로를 의미한다는 것이고, 법원들은 고용주의 사업적 맥락에서 어려움이 상당한지 여부의 문제를 상식적인 방식으로 풀어야 한다는 것이다.

### (4) 관련 문제의 명확화

‘최소허용기준’의 잘못된 해석은 몇 가지 반복되는 문제에 관하여 법원들이 민권법 제7장의 실제 범문이 무엇을 의미하는지에 대해 충분히 관심을 기울이지 못하게

22) Id., at 83, n. 14.

하는 결과를 가져왔다. 이제 우리가 Hardison 판결의 그러한 오류적 관점을 털어냈기 때문에 그러한 문제들도 명확하게 되었다.

첫째, 소송당사자들도 동의하였듯이, 민권법 제7장은 종교적 관행에 대한 협조가 ‘고용주의 사업 경영’에 미치는 영향에 대한 평가를 요한다. ‘동료 직원들’에게 미치는 영향은 사업 경영에 영향을 미치게 되는 한도 내에서만 관련성을 갖는다. 종교적 관행에 대한 협조가 동료 직원들에게 미치는 영향은 고용주의 사업 경영에도 영향을 미칠 수 있지만, 법원은 여기서 분석을 멈춰서는 안 되고 그러한 추가적인 논리적 단계가 증명되었는지를 검토해야 한다. 또한 특정 종교나 종교 일반, 또는 종교적 관행에 협조한다는 생각 자체에 대해 동료 직원들이 갖는 반감에 기인한 어려움은 ‘과도한’ 것으로 판단되어서는 안 된다. 만일 종교적 관행 또는 종교적 협조에 대한 편견이나 적대감이 합리적인 협조 주장에 대한 항변이 될 수 있다면, 민권법 제7장은 내분을 겪고 있었을 것이다.

둘째, 민권법 제7장은 고용주가 피고용인의 종교적 관행에 ‘합리적으로 협조’할 것을 요구하는 것이지 단순히 가능한 특정 협조의 합리성을 평가할 것을 요구하는 것이 아니다. 상고인의 요청과 같은 협조 요청이 있을 때, 고용주는 다른 직원들에게 초과근무를 강제하는 것이 과도한 어려움이 될 것이라고 결론내리는 것 이상의 조치를 취해야 한다. 다른 선택지에 대한 고려 역시 필요할 것이다.

## 라. 법정의견의 결론

우리가 민권법 제7장의 ‘과도한 어려움’ 기준을 명확히 한 이상, 이렇게 명확해진 기준을 특정 맥락에 들어맞게 이 사건에 적용하는 일은 제1심 법원에 맡기는 것이 적절하다고 생각한다.

이에 원심을 파기하고 사건을 이 판결에 부합하는 후속 소송절차를 위해 환송한다.

## 2. Sotomayor 대법관의 보충의견(2인 의견)<sup>23)</sup>

이 사건 양 당사자들이 동의하였듯이, Hardison 판결의 ‘최소허용기준을 초과하는 비용’이라는 문구는 느슨한(loose) 말이다. 고용주가 피고용인의 종교 의식이나 관행에 합리적으로 협조하는 데 실패한다면, 그 고용주는 그러한 협조가 고용주의 사업

---

23) Sotomayor, Jackson 대법관의 의견.

경영에 대한 과도한 어려움을 야기할 것이라고 입증하지 못하는 한 민권법 제7장을 위반한 것이 된다. 법률상의 기준은 ‘과도한 어려움’이지 사소한 비용이 아니다.

Hardison 판결은 ‘최소허용기준’이라는 말로 축약되어서는 안 된다. 대신 Hardison 판결은 사실관계와 연방대법원의 논증을 고려하여 이해되어야 한다. Hardison 재판부는 원고가 제안한 협조가 고용주의 사업 경영에 과도한 어려움을 가할 것이라고 결론 내렸다. 그러한 협조가 고용주로 하여금 직원들의 연공서열 권리를 박탈하거나, 상당한 추가비용을 발생시키도록 할 것이기 때문이라는 것이다.<sup>24)</sup> EEOC는 레이건 대통령부터 바이든 대통령까지 연이은 일곱 번의 정권 동안 민권법 제7장의 과도한 어려움 기준을 이러한 방식으로 해석해 왔다.

상고인은 연방대법원에 Hardison 판결을 파기하고 그 대신 ‘상당한 어려움 또는 비용’ 기준으로 바꾸어 줄 것을 요청하였다. 그러나 우리는 그렇게 하지 않았다. 선례 구속은 법률 사건에 있어서는 그 힘이 더 강화되기 때문에<sup>25)</sup> 우리의 판단이 현명한 것이라 하겠다. 연방의회는 연방대법원의 법률 해석을 자유롭게 변경할 수 있다. 연방의회가 개입하지 않기로 한 결정에 대한 연방대법원의 존중은 권력분립을 고취시킨다. 법률적 선례구속의 정당성은 이 사건에서 특히 더 강하다. 연방의회가 Hardison 판결을 뒤엎을 수차례의 기회를 일축해 왔기 때문이다. 게다가 Hardison 판결이 선고된 후 수십 년 동안 연방의회는 연방대법원의 다른 판결들에 대응하여 민권법 제7장을 여러 차례 개정하였다. 그러나 Hardison 판결에 대응하여 개정한 적은 없다.

또한 상고인은 민권법 제7장에 따르면 USPS가 자신의 ‘사업(business)’에 대한 과도한 어려움 - 상고인의 동료 직원들에 대한 것이 아니라 - 을 증명해야 한다고 주장하였다. 그러나 연방대법원은 민권법 제7장이 고용주의 사업 ‘경영(conduct)’에 대한 과도한 어려움을 요구한다고 보았다(42 U. S. C. § 2000e(j)). ‘사업의 경영(conduct of a business)’에는 직원들의 관리와 성과도 포함되는 것이 분명하기 때문에 사업 경영에 미치는 과도한 어려움에는 직원들에게 미치는 과도한 어려움도 포함된다.<sup>26)</sup> 실제로 많은 사업에서 노동은 다른 어떤 요소들보다도 사업의 경영에 있어 중요하다.

분명 동료 직원들에게 미치는 영향의 일부는 민권법 제7장의 과도한 어려움에 이르지 못할 것이다. 예를 들어 피보호 집단을 향한 적대감은 어떠한 차별금지법에

24) Hardison, 432 U. S., at 79-81, 83-84, and n. 14.

25) Kimble v. Marvel Entertainment, LLC, 576 U. S. 446, 456 (2015).

26) Hardison, 432 U. S., at 79-81.

서도 ‘어려움’으로 인식될 수 없다. 자발적인 근무 교대를 편성하는 노동 비용과 같은 일부 어려움은 사소한 것으로 ‘과도한’ 것이 아니다. 그렇지만 만일 고용주의 사업 경영에 대한 과도한 어려움이 있다면 - 그것이 직원들에게 부과되는 어려움이라 할지라도 - 그것으로 충분히 과도한 어려움이 된다.

이와 같은 의견으로, 나는 법정의견에 합류하는 바이다.

### Ⅲ. 판결의 의의

민권법 제7장은 고용주의 사업 경영에 ‘과도한 어려움(undue hardship)’이 부과되지 않는 한 고용주는 피고용인의 종교적 관행에 합리적으로 협조해야 한다고 규정하고 있다. 1977년 연방대법원의 *Hardison* 판결은 ‘최소허용기준을 초과하는(more than de minimis)’ 비용이 부과되는 경우 ‘과도한 어려움’이 성립된다고 보는 듯하였고, 이후 많은 하급심 법원들도 그러한 해석을 따랐다. 하지만 이에 대해 민권법 제7장의 법문을 잘못 해석한 것으로 노동자들의 종교적 권리를 제대로 보호하지 못한다는 비판이 뒤따랐다.

그리고 *Hardison* 판결로부터 거의 50년이 지난 2023년 6월 29일, 연방대법원은 전원일치 판결로 종교적 관행에 대한 협조에 있어 ‘과도한 어려움’의 의미를 재정립하였다. 연방대법원은 *Hardison* 판결을 재검토하여, ‘과도한 어려움’의 의미를 종교적 협조의 부담이 ‘고용주의 사업상의 전체적인 맥락에서 상당한 경우’, 즉 종교적 협조가 ‘상당한 추가비용’을 발생시키는 경우에 ‘과도한 어려움’이 성립된다고 보았다. 또한 단순히 동료 직원들에게 부담이 된다는 것으로는 부족하고 그러한 부담이 고용주의 사업 경영에 직접적으로 관련성이 있다는 것을 증명해야 한다고 보았다.

이번 판결에서 ‘과도한 어려움’ 기준을 구체적으로 재정립함에 따라 사업체의 종교적 협조의 풍광은 크게 달라지게 되었다. 고용주로서는 피고용인들의 종교적 관행에 대한 협조를 거부하는 것이 한층 어려워진 반면, 피고용인들의 종교적 권리는 더욱 강화된 보호를 받게 되었다.

최신 세계헌법판례

## 프랑스

- 법정 퇴직 연령을 62세 이상으로 정하는 것을 금지하는 내용의 국민투표 법률안에 대한 위헌 결정 / 책임연구관 한동훈
- 방사성 폐기물의 심지층 처분방법을 규정하는 법률조항이 미래세대의 권리를 침해하는지 여부 / 책임연구관 한동훈



# 법정 퇴직 연령을 62세 이상으로 정하는 것을 금지하는 내용의 국민투표 법률안에 대한 위헌 결정<sup>1)</sup>

## I. 사건개요

프랑스의 에마누엘 마크롱 대통령(Emmanuel Macron)은 2020년에 연금개혁을 추진하였지만, 노동계의 강력한 반대와 코로나19 팬데믹의 발생으로 연금개혁을 중단하였다. 이후 마크롱 대통령은 재선을 위한 선거운동 기간 동안 연금개혁을 핵심적인 공약으로 계속 주장하였으며, 2022년 4월 24일 대통령 선거 결선 투표에서 승리하였다.

재임에 성공한 마크롱 대통령은 법정 퇴직 연령을 62세에서 64세로 단계적으로 연장하는 등의 내용을 담은 ‘2023년 사회보장 재정수정법률안’(Projet de loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2023)을 2023년 1월 23일에 의회에 제출하였다. 의회의 입법과정에서 엘리자베스 보른(Élisabeth Borne) 수상은 프랑스 헌법 제49조 제3항<sup>2)</sup>의 규정을 적용하여 법률안에 대한 일반적 입법절차를 생략하고, ‘2023년 사회보장 재정수정법률안’을 신속하게 가결되도록 하였다.<sup>3)</sup>

이에 프랑스의 상원의원들과 하원의원들은 프랑스 헌법 제61조 제2항<sup>4)</sup>의 규정에 근거하여 ‘2023년 사회보장 재정수정법률’(Loi de financement rectificative de la sécurité

1) Décision n° 2023-4 RIP du 14 avril 2023; 프랑스 헌법재판소는 의원발의 국민투표 법률안에 대한 청구를 원어인 ‘Référéndum d’initiative partagée’의 약자인 ‘RIP’로 표기하고 있다. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-decisions/decisions-par-type>, 2023. 12. 05. 방문

2) 프랑스 헌법 제49조 “③ 수상은 국무회의의 심의를 거친 후 정부제출 재정법률안 또는 사회보장 재정법률안의 표결과 관련하여 하원에 대해 책임을 진다. 이 경우 24시간 이내에 제출된 불신임안이 전향에서 정하는 요건에 따라 가결되지 아니하는 한 정부제출 재정법률안 또는 사회보장 재정법률안은 채택된 것으로 간주한다. 뿐만 아니라, 수상은 회기마다 하나의 정부제출 법률안 또는 의원발의 법률안에 대해서도 이 절차를 사용할 수 있다.”

3) ‘2023년 사회보장 재정수정법안’에 대한 프랑스 헌법 제49조 제3항의 적용에 대한 소개와 관련하여 오창룡, 2023년 프랑스 연금개혁과 헌법 제49조제3항, 외국 입법·정책 분석 제35호, 국회입법조사처, 2023. 05. 25. 참조.

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.”

sociale pour 2023)에 대해서 프랑스 헌법재판소에 사전적 위헌법률심판을 청구하였다. 프랑스 헌법재판소는 2023년 4월 14일 결정<sup>5)</sup>을 통해서 ‘2023년 사회보장 재정수정법률’의 일부 규정에 대해서만 위헌으로 판단하고, 법정 퇴직 연령을 62세에서 64세로 단계적으로 연장하는 규정 등에 대해서는 합헌으로 판단하였다.<sup>6)</sup>

한편, ‘2023년 사회보장 재정수정법률’에 대한 사전적 위헌법률심판의 청구와 별도로 진보적 성향의 정당들의 연합인 ‘새로운 생태 및 사회인민연합’(Nouvelle Union populaire écologique et sociale, Nupes) 소속 252명의 하원의원 및 상원의원은 ‘퇴직연령을 62세 이상으로 정하는 것을 금지하기 위한 국민투표 법률안’(Proposition de loi visant à affirmer que l’âge légal de départ à la retraite ne peut être fixé au-delà de 62 ans, 이하 ‘심판대상법률안’이라 한다)을 발의하였고, 2023년 3월 20일에는 의원발의 국민투표절차에 관한 프랑스 헌법 제11조<sup>7)</sup>의 규정에 근거하여 심판대상법률안이 헌법에 합치하는지에 대한 판단을 프랑스 헌법재판소에 청구하였다.

1958년에 제정된 프랑스 제5공화국 헌법 제11조<sup>8)</sup>는 대통령의 국민투표부의권에 관해 규정하였으며, 이는 대통령이 국민에게 직접 의견을 구할 수 있는 수단을 가져야 한다는 샤를 드골(Charles de Gaulle) 전(前) 대통령의 의지가 반영된 규정이다. 따

5) Décision n° 2023-849 DC du 14 avril 2023.

6) 프랑스 헌법재판소의 2023년 4월 14일 결정의 내용에 대해서는 김지영, 프랑스 사회보장제도 재정통제에 관한 공법적 고찰 - 프랑스 헌법재판소 “퇴직제도개혁사건”에 관한 결정을 논의의 토대로 하여 -, 공법연구 제51집 제4호, 2023, 255-261 참조.

7) 프랑스 헌법 제11조 “① 대통령은 공화국 관보에 공표된 의회 회기중에 진행된 정부의 제안 또는 양원의 공동제안에 따라, 공권력의 조직, 국가의 경제·사회 또는 환경정책에 관한 개혁과 이와 같은 정책에 기여하는 공역무에 대한 개혁, 또는 헌법에 위반되지는 않으면서 제도의 기능에 영향을 미칠 조약의 비준동의를 목적으로 하는 모든 법률안을 국민투표에 붙일 수 있다.

③ 제1항에서 규정한 사항에 대한 국민투표는 의원 1/5의 발의와 이와 같은 발의에 대한 선거인명부에 등록된 유권자의 1/10의 지지로 조직될 수 있다. 이러한 발의는 의원발의 법률안의 형식을 띠며, 공포된 후 1년이 지나지 않은 법률규정의 폐지를 목적으로 할 수 없다.

④ 국민투표안의 제출조건과 헌법재판소가 전항의 규정에 대한 준수를 통제하는 조건은 조직법률에 의해 규정된다.

⑥ 프랑스 국민이 의원발의 국민투표법률안을 채택하지 않을 경우, 이전의 의원발의 국민투표법률안에 대한 투표일 이후 2년의 기간이 만료되기 전에 동일한 사항에 관한 새로운 의원발의 국민투표법률안이 제출될 수 없다.”

8) 2008년 헌법개정 이전의 프랑스 헌법 제11조는 “① 대통령은 의회의 회기중 관보에 공표된 정부의 제안 또는 양원의 공동제안에 따라, 공권력의 조직에 관하거나, 공동체의 결정의 승인을 필요로 하거나, 헌법에 위반하지는 않으나 제도의 기능에 영향이 있을 조약의 비준을 동의함을 목적으로 하는 모든 법률안을 국민투표에 부칠 수 있다.

② 국민투표에 의하여 법률안이 채택이 확정된 때에는 대통령은 전조에 정하는 기간 내에 이를 공포한다.”고 규정한다. 성낙인, 프랑스 헌법학, 법문사, 1995, p. 372.

라서 프랑스 헌법 제11조는 원래 의회의 통제를 회피하기 위한 대통령의 통치수단 또는 집행권의 우월성을 담보하는 수단으로서 설계되었다.

그러나 2008년에 있었던 헌법개정은 1/5의 의원들의 발의에 의해서도 국민투표가 조직될 수 있는 절차를 새롭게 도입하였으며, 이 사건에서 ‘새로운 생태 및 사회인민연합’ 소속의 의원들이 사용한 절차도 바로 2008년의 헌법개정으로 도입된 ‘의원발의 국민투표’(référéndum d’initiative partagée)<sup>9)</sup>이다.

아래에서는 프랑스 헌법상 의원발의 국민투표제도가 생소한 제도라는 점을 고려하여 프랑스 헌법 제11조의 의원발의 국민투표제도를 먼저 살펴본 다음 ‘퇴직연령을 62세 이상으로 정하는 것을 금지하기 위한 국민투표 법률안’에 대한 프랑스 헌법재판소의 판단을 살펴보고자 한다.

## II. 프랑스 헌법상 의원발의 국민투표제도

### 1. 법적 근거

프랑스 헌법상 의원발의 국민투표제도의 헌법적 근거는 프랑스 헌법 제11조이며, 프랑스 헌법 제11조에서 규정한 국민투표안의 제출조건과 헌법재판소의 국민투표안의 제출과 관련된 통제의 구체적인 사항은 ‘헌법재판소에 관한 조직법률을 규정하는 1958년 11월 7일의 법률명령’(ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel)이 규정하고 있다.

#### 가. 프랑스 헌법

제11조: ① 대통령은 공화국 관보에 공표된 의회 회기 중에 진행된 정부의 제안 또는 양원의 공동제안에 따라, 공권력의 조직, 국가의 경제·사회 또는 환경정책에 관한 개혁과 이와 같은 정책에 기여하는 공역무에 대한 개혁, 또는 헌법에 위반되지 않는 으면서 제도의 기능에 영향을 미칠 조약의 비준동의를 목적으로 하는 모든 법률안을 국민투표에 부칠 수 있다. …

9) ‘의원발의 국민투표’(référéndum d’initiative partagée)는 ‘공동발의 국민투표’라고도 번역하며, 원래 브델 교수(Georges Vedel)가 위원장으로 활동했던 1993년의 헌법개정자문위원회(Comité consultatif pour la révision de la Constitution)의 제안에서 유래한다. <https://www.vie-publique.fr/fiches/23968-en-quoi-consiste-le-referendum-dinitiative-partagee-rip>, 2023. 12. 05. 방문.

③ 제1항에서 규정한 사항에 대한 국민투표는 의원 1/5의 발의와 이와 같은 발의에 대한 선거인명부에 등록된 유권자의 1/10의 지지로 조직될 수 있다. 이러한 발의는 의원발의 법률안의 형식을 띠며, 공포된 후 1년이 지나지 않은 법률규정의 폐지를 목적으로 할 수 없다.

④ 국민투표안의 제출조건과 헌법재판소가 전항의 규정에 대한 준수를 통제하는 조건은 조직법률에 의해 규정된다.

⑤ 의원발의 국민투표 법률안이 조직법률이 정한 기간 내에 양원에서 심사되지 않는 경우, 대통령은 해당 의원발의 국민투표 법률안을 국민투표에 붙인다.

⑥ 프랑스 국민이 의원발의 국민투표 법률안을 채택하지 않을 경우, 이전의 의원발의 국민투표 법률안에 대한 투표일 이후 2년의 기간이 만료되기 전에 동일한 사항에 관한 새로운 의원발의 국민투표 법률안은 제출될 수 없다.

#### 나. ‘헌법재판소에 관한 조직법률을 규정하는 1958년 11월 7일의 법률명령’

제45-2조: 헌법재판소는 의원발의 국민투표 법률안을 접수받은 후 1개월 내에 다음과 같은 사항을 심사한다.:

1° 의원발의 국민투표 법률안이 최소 1/5의 의원들에 의해 제출되었는지. 여기서 1/5은 헌법재판소가 청구를 접수한 날에 실제로 참석한 의원의 수로 계산하며, 소수점 이하인 경우 다음으로 높은 숫자로 반올림한다.

2° 의원발의 국민투표 법률안의 목적이 헌법 제11조 제3항 및 제6항에서 규정한 조건을 준수하였는지. 여기서 헌법 제11조 제3항 및 제6항에서 규정한 기간은 헌법재판소가 청구를 등록한 날을 기준으로 계산된다.

3° 의원발의 국민투표 법률안의 어떠한 규정도 헌법에 반하지 않는지.

제45-6조: 헌법재판소는 의원발의 국민투표 법률안이 선거인명부에 등록된 유권자 가운데 최소 1/10의 찬성을 획득하였는지에 대해 선언한다. 헌법재판소의 결정은 공화국 관보에 공포된다.

## 2. 의원발의 국민투표제도의 구체적 절차

의원발의 국민투표를 위한 구체적 절차는 다음과 같다.

첫째로, 의원발의 국민투표 법률안을 제출하기 위해서는 최소한 의원 1/5의 발의가

있어야 한다(프랑스 헌법 제11조 제3항). 현재의 프랑스 의회를 기준으로 전체 925명의 의원(하원의원 577명, 상원의원 348명) 가운데 최소 185명의 발의가 필요하다.<sup>10)</sup>

둘째로, 헌법재판소가 심판청구된 날부터 1개월 내에 의원발의 국민투표 법률안이 헌법에 합치하는지에 대해 판단해야 한다.

셋째로, 청구된 의원발의 국민투표 법률안이 헌법에 합치하는 경우, 국민들은 9개월 동안 해당 의원발의 국민투표 법률안에 대한 지지를 인터넷 플랫폼 또는 일정한 장소에서 할 수 있다.<sup>11)</sup>

넷째로, 헌법재판소는 해당 의원발의 국민투표 법률안에 대한 국민들의 지지가 선거인명부에 등록된 유권자의 1/10에 해당하는지를 확인한다.

마지막으로, 의회가 6개월 내에 해당 의원발의 국민투표 법률안을 심사하지 않는 경우, 대통령은 이를 국민투표에 부친다(프랑스 헌법 제11조 제5항).<sup>12)</sup>

### 3. 의원발의 국민투표 절차에 대한 프랑스 헌법재판소의 통제

의원발의 국민투표 법률안과 관련된 절차에서 프랑스 헌법재판소는 다음과 같은 점을 판단한다.

첫째로, 프랑스 헌법재판소는 형식적인 측면에서 청구된 의원발의 국민투표 법률안이 1/5의 의원들에 의해 제출되었는지 판단한다.

둘째로, 프랑스 헌법재판소는 청구된 의원발의 국민투표 법률안이 프랑스 헌법 제11조 제1항에서 규정한 국민투표의 대상에 해당하는지를 심사한다. 즉 프랑스 헌법재판소는 청구된 의원발의 국민투표 법률안이 공권력의 조직, 국가의 경제·사회 또는 환경정책에 관한 개혁과 이와 같은 정책에 기여하는 공역무에 대한 개혁, 또는 헌법에 위반되는 않으면서 제도의 기능에 영향을 미칠 조약의 비준동의에 해당되는지를 판단한다.

10) 의원발의 국민투표 법률안은 하원의 사무국 또는 상원의 사무국에 제출되며, 하원의원들 및 상원의원들이 서명한다. 하원의장 또는 상원의장이 의원발의 국민투표 법률안의 위헌 여부에 대한 심판을 헌법재판소에 청구하면 해당 의원발의 국민투표 법률안에 대한 심사와 관련된 의회 내의 절차는 중단된다(Décision n° 2013-681 DC du 5 décembre 2013). Commentaire de la Décision n° 2023-4 RIP du 14 avril 2023, p. 2.

11) 의원발의 국민투표 법률안에 대한 실무적 관리는 내무부가 담당하며, 프랑스 헌법재판소는 이를 통제한다. Commentaire de la Décision n° 2023-4 RIP du 14 avril 2023, p. 3.

12) <https://www.vie-publique.fr/fiches/23968-en-quoi-consiste-le-referendum-dinitiative-partagee-rip>, 2023. 12. 05. 방문.

셋째로, 프랑스 헌법재판소는 청구된 의원발의 국민투표 법률안이 공포된 후 1년이 지나지 않은 법률규정의 폐지를 목적으로 하는지(프랑스 헌법 제11조 제3항) 또는 프랑스 국민이 앞선 2년 전에 국민투표를 통해 거부한 법률안과 동일한 주제에 대한 것인지를 심사한다(프랑스 헌법 제11조 제6항).

마지막으로, 프랑스 헌법재판소는 청구된 의원발의 국민투표 법률안이 재정적 차원의 부담을 초래하는지(프랑스 헌법 제40조<sup>13)</sup>)와 전체 헌법에 반하지 않는지(1958년 11월 7일 법률명령 제45-2조 3°)를 확인해야 한다.<sup>14)</sup>

### Ⅲ. 주문

심판대상법률안은 헌법 제11조 및 ‘헌법재판소에 관한 조직법률을 규정하는 1958년 11월 7일의 법률명령’ 제45-2조가 정하는 조건에 부합하지 않는다.

### Ⅳ. 심판대상법률안 및 관련조항

의원발의 국민투표 법률안에 대한 통제의 심판대상법률안은 다음과 같다.

#### 심판대상법률안

퇴직연령을 62세 이상으로 정하는 것을 금지하기 위한 국민투표 법률안

제1조: 사회보장법전(code de la sécurité sociale) 제L. 351-1조 제1항, 농업 및 어업법전(code rural et de la pêche maritime) 제L. 732-18조, 민간 및 군대 퇴직연금법전(code des pensions civiles et militaires de retraite) 제L. 24조 I의 1°과 제L. 25조 1°에 규정된 퇴직연금의 지급 연령은 62세 이상으로 규정될 수 없다.

---

13) 프랑스 헌법 제40조 “공공 자원의 감소 또는 공공부담의 신설 내지 증가를 수반하는 의원발의법률안 개정안은 접수될 수 없다.”

14) Commentaire de la Décision n° 2023-4 RIP du 14 avril 2023, pp. 3-4.

## 관련조항

### ‘사회보장법전’

제L. 351-1조 제1항: 노령 보험은 사회보장법전 제L. 161-17-2조에서 규정한 연령부터 그 결제를 요구하는 모든 피보험자에게 퇴직 연금을 보장한다.

제L. 161-17-2조: 사회보장법전 제L. 351-1조 제1항, 농업 및 어업법전 제L. 732-18조, 민간 및 군대 퇴직연금법전 제L. 24의 I의 1°과 제L. 25조 1°에서 규정한 퇴직연금에 대한 권리의 개시연령은 1955년 1월 1일부터 태어난 피보험자의 경우 62세이다.

이 연령은 1955년 1월 1일 이전에 출생한 피보험자의 경우 제1항에서 규정한 연령의 한도 내에서, 1951년 7월 1일에서 1954년 12월 13일 사이에 출생한 피보험자의 경우 … 데크레(décret)<sup>15)</sup>로 정한다.

### ‘농업 및 어업법전’

제L. 732-18조: 노령 보험은 사회보장법전 제L. 161-17-2조에서 규정한 연령부터 그 결제를 요구하는 모든 피보험자에게 퇴직 연금을 보장한다.

### ‘민간 및 군대 퇴직연금법전’

제L. 24조 I의 1°: 연금의 결제는 해당 공무원이 사회보장법전 제L. 161-17-2조에서 규정한 연령에 도달할 때 개시된다.

제L. 25조 1°: 제L. 24조에서 규정한 공무원 이외의 민간 공무원의 경우 연금의 결제는 … 사회보장법전 제L. 161-17-2조에서 규정한 연령 이전에 개시될 수 없다.

15) ‘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.

## V. 판단

1. 헌법재판소에 청구된 심판대상법률안은 헌법 제11조 제3항의 규정에 따라 하원 사무국에 제출되었다(판시이유 1).

2. 프랑스 헌법 제11조 제1항, 제3항, 제4항, 및 제6항은 다음과 같이 규정한다.: 《 ① 대통령은 공화국 관보에 공표된 의회 회기 중에 진행된 정부의 제안 또는 양원의 공동제안에 따라, 공권력의 조직, 국가의 경제·사회 또는 환경정책에 관한 개혁과 이와 같은 정책에 기여하는 공역무에 대한 개혁, 또는 헌법에 위반되지는 않으면서 제도의 기능에 영향을 미칠 조약의 비준동의를 목적으로 하는 모든 법률안을 국민투표에 붙일 수 있다.

③ 제1항에서 규정한 사항에 대한 국민투표는 의원 1/5의 발의와 이와 같은 발의에 대한 선거인명부에 등록된 유권자의 1/10의 지지로 조직될 수 있다. 이러한 발의는 의원발의 법률안의 형식을 띠며, 공포된 후 1년이 지나지 않은 법률규정의 폐지를 목적으로 할 수 없다.

④ 국민투표안의 제출조건과 헌법재판소가 전항의 규정에 대한 준수를 통제하는 조건은 조직법률에 의해 규정된다.

⑥ 프랑스 국민이 의원발의 국민투표 법률안을 채택하지 않을 경우, 이전의 의원발의 국민투표 법률안에 대한 투표일 이후 2년의 기간이 만료되기 전에 동일한 사항에 관한 새로운 의원발의 국민투표 법률안이 제출될 수 없다. 》(판시이유 2)

3. ‘헌법재판소에 관한 조직법률을 규정하는 1958년 11월 7일의 법률명령’ 제45-2 조는 다음과 같이 규정한다.: 《 헌법재판소는 의원발의 국민투표 법률안을 접수받은 후 1개월 내에 다음과 같은 사항을 심사한다.

1° 의원발의 국민투표 법률안이 최소 1/5의 의원들에 의해 제출되었는지. 여기서 1/5은 헌법재판소에 청구를 등록한 날에 실제로 참석한 의원의 수로 계산하며, 소수점 이하인 경우 다음으로 높은 숫자로 반올림한다.

2° 의원발의 국민투표 법률안의 목적이 헌법 제11조 제3항 및 제6항에서 규정한

조건을 준수하였는지. 여기서 헌법 제11조 제3항 및 제6항에서 규정한 기간은 헌법재판소에 청구가 등록된 날을 기준으로 계산된다.

3° 의원발의 국민투표 법률안의 어떠한 규정도 헌법에 반하지 않는지. »(판시이유 3)

4. 첫째로, 심판대상법률안은 1958년 11월 7일의 법률명령 제45-2조 1°의 규정에 부합하게 헌법재판소가 청구를 접수한 날짜에 최소한 의원 1/5에 의해 제출되었다(판시이유 4).

5. 둘째로, 1958년 11월 7일의 법률명령 제45-2조 2°의 규정 및 2019년 5월 9일의 헌법재판소 결정에서 판시한 바와 같이, 헌법재판소가 청구를 접수한 날에 의원발의 국민투표 법률안의 목적이 헌법 제11조 제3항 및 제6항에서 규정한 조건을 준수하였는지를 확인하는 것은 헌법재판소의 권한이다. 헌법재판소는 2019년 5월 9일의 결정 및 2022년 10월 25일 결정에서 판시한 바와 같이, 청구된 의원발의 국민투표 법률안이 공권력의 조직, 국가의 경제, 사회 또는 환경 정책에 관한 개혁 및 이들 정책에 기여하는 공역무의 개혁, 또는 제도의 기능에 영향을 미칠 수 있는 조약의 비준을 허용하는 것을 그 목적으로 하는지를 확인한다(판시이유 5).

6. 이 사건에서 청구된 심판대상법률안의 유일한 조항은, 일반적인 피보험자에게 적용되는 사회보장법전 제L. 351-1조 제1항, 농업에 종사하는 피보험자에게 적용되는 농업 및 어업법전 제L. 732-18조 및 민간 공무원에게 적용되는 민간 및 군대 퇴직연금법전 제L. 24조 I의 1°과 제L. 25조 1°에 규정된 퇴직연금의 수급연령은 62세 이상으로 규정될 수 없다고 규정한다(판시이유 6).

7. 그런데 헌법재판소가 심판대상법률안을 접수한 날 현재에 사회보장법전 제L. 161-17-2조는 사회보장법전 제L. 351-1조 제1항, 농업 및 어업법전 제L. 732-18조 및 민간 및 군대 퇴직연금법전 제L. 24조 I의 1°과 제L. 25조 1°의 퇴직연금 수급연령은 62세로 정한다는 점을 규정한다(판시이유 7).

8. 따라서 헌법재판소가 심판대상법률안에 대한 청구를 접수한 날 현재에, 퇴직연금 수급연령은 62세 이상으로 규정될 수 없다는 점을 규정한 심판대상법률안은 현재의 법 상태를 변경하는 것은 아니다(판시이유 8).

9. 뿐만 아니라, 입법자는 이전의 법률규정이 의회에 의해 가결되었거나 또는 국민투표라는 수단으로 제정된 사정과 무관하게 이전의 법률규정을 언제든지 변경하거나, 보충하거나 또는 폐지할 수 있다. 따라서 법률규정이 국민투표라는 수단으로 가결된다는 상황이나 입법부를 구속할 수 있는 상한선을 설정한다는 사실만으로는 현재의 법 상태에 대한 변화를 가져오는 것으로 간주될 수 없다(판시이유 9).

10. 따라서 심판대상법률안은 헌법 제11조가 규정하는 사회 정책에 관한 ‘개혁’(réforme)에 해당되지 않는다(판시이유 10).

11. 요컨대, 심판대상법률안은 헌법 제11조 제1항에서 규정하고 있는 다른 국민투표의 대상에 해당되지 않으며, 헌법 제11조 제3항 및 1958년 11월 7일 법률명령 제45-2조 2°조가 정하는 요건에 부합하지 않는다(판시이유 11).

## VI. 결정의 의의

법정 퇴직 연령을 64세로 단계적으로 연장하는 것을 주요내용으로 하는 연금개혁의 문제는 2023년 프랑스 사회에서 가장 논쟁적인 문제였다. 재선에 성공한 마크롱 대통령은 프랑스 제5공화국 헌법이 제정될 무렵부터 학계로부터 비판적인 평가를 받아온 프랑스 헌법 제49조 제3항을 적용하여 연금개혁을 신속하게 완수하고자 하였다. 이와 같은 정부의 입장을 반대하는 정치세력은 프랑스 헌법 제11조의 의원발의 국민투표제도를 통해 연금개혁을 저지하고자 하였지만, 프랑스 헌법재판소는 이를 인정하지 않고 정부 측의 입장을 지지하였다.

2008년의 헌법개정 이후 의원발의 국민투표 법률안에 대한 4번째 청구로 분류되는 이 사건에서 프랑스 헌법재판소는 프랑스 헌법 제11조와 ‘헌법재판소에 관한 조직법을 규정하는 1958년 11월 7일의 법률명령’ 제45-2조 이외에도 프랑스 헌법재판소의 선례인 2019년 5월 9일 결정<sup>16)</sup>과 2022년 10월 25일 결정<sup>17)</sup>에도 근거하여 이 사건을 판단하였다. 이와 같은 프랑스 헌법재판소의 입장은 ‘청구를 접수한 날’(à la date

---

16) Décision n° 2019-1 RIP du 9 mai 2019.

17) Décision n° 2022-3 RIP du 25 octobre 2022.

d'enregistrement de la saisine)을 기준으로 프랑스 헌법 제11조 및 1958년 11월 7일의 법률명령 제45-2조가 규정하는 요건을 판단한 점<sup>18)</sup>과 프랑스 헌법 제11조 제1항의 '국가의 경제 정책에 관한 개혁'의 개념을 폭넓게 인정하지 않는 점<sup>19)</sup>에서 확인할 수 있다.

- 
- 18) '파리 공항 활주로 운영의 국가공역무로서의 성격을 규정하는 것을 목적으로 하는 의원발의 국민투표 법률안'(Proposition de loi visant à affirmer le caractère de service public national de l'exploitation des aéroports de Paris)에 대한 2019년 5월 9일 결정(Décision n° 2019-1 RIP du 9 mai 2019)에서 프랑스 헌법재판소는 "청구를 접수한 날 현재 해당 법률안은 공포된 지 1년 미만인 법률조항의 폐지를 목적으로 하지 않는다." (판시이유 7)라고 판시하였다.
- 19) '대기업의 예외적 이익에 대한 추가적 세금을 창설하는 의원발의 국민투표 법률안'(proposition de loi portant création d'une contribution additionnelle sur les bénéfices exceptionnels des grandes entreprises)에 대한 2022년 10월 25일 결정에서 프랑스 헌법재판소는 "이 의원발의 국민투표 법률안은 일정한 회사에 대한 현재의 징수의 수준을 높이는 것에 그치는 조치를 2025년 12월 31일까지 도입함으로써 국가의 예산을 풍부하게 하는 효과를 초래한다. 따라서 이 법률안은 헌법 제11조의 국가의 경제 정책에 관한 개혁에 관한 것으로 볼 수 없다." (판시이유 5)라고 판시하였다. 이와 관련하여 2022년 10월 25일 결정에 대한 프랑스 헌법재판소의 공식적인 해설은 위 국민투표 법률안이 경제 정책의 전통적 목적을 변경하지 않는다는 점과 조세구조에 대한 중요한 변화를 가져오지 않는다는 점을 근거로 헌법 제11조의 '국가의 경제 정책에 관한 개혁'에 해당되지 않는다고 판단하였음을 설명하고 있다 (Commentaire de la décision n° 2022-3 RIP du 25 octobre 2022, pp. 5-6).

# 방사성 폐기물의 심지층 처분방법을 규정하는 법률조항이 미래세대의 권리를 침해하는지 여부<sup>1)</sup>

## I. 사건개요

방사성 폐기물(déchets radioactifs, radioactive waste)이란 방사성 핵종<sup>2)</sup>이 규정치 농도 이상 함유되어 있거나 방사성 핵종에 오염된 물질로서 재사용하지 않고 폐기시키는 것을 말하는데, 이는 원자력 발전소 및 관련 시설 또는 방사성 동위원소를 이용하는 병원, 연구기관, 산업체 등에서 발생한다.<sup>3)</sup> 방사성 폐기물은 건강 및 환경에 심각한 위험을 초래하기 때문에 방사성 폐기물의 처리와 관리는 원자력 발전소를 이용하는 국가들의 경우 반드시 해결해야 하는 중요한 문제이다.

따라서 원자력 발전소를 이용하는 국가들은 방사성 폐기물의 종류에 따라 다른 처분 방법을 사용하고 있으며, 프랑스의 경우 고준위 방사성 폐기물(déchets de haute activité) 및 중준위 장수명 방사성 폐기물(déchets de moyenne activité à vie longue)<sup>4)</sup>에 대해서 심지층(深地層) 처분방법(stockage en couche géologique)을 사용하고 있다.<sup>5)</sup>

청구인인 ‘뫼즈 자연환경협회’(association Meuse nature environnement) 등은 고준위

1) Décision n° 2023-1066 QPC du 27 octobre 2023.

2) 방사능을 가지는 핵종이다. 핵 내에 불안정한 수의 양성자와 중성자를 포함하는 핵종으로서 방사성 붕괴에 따라 방사선을 방출한다. 자연에 존재하는 것은 천연 방사성 핵종, 인공적으로 만들어낸 것은 인공 방사성 핵종이라 한다. 실용원자력용어사전, 한국원자력산업협회, 2011(<https://terms.naver.com/list.naver?cid=42434&categoryId=42434&so=st3.asc&viewType=&categoryType=&index=%E3%85%82&page=13>, 2023. 12. 21. 방문).

3) 한국원자력안전기술원, <https://www.kins.re.kr/wacid/rw01>, 2023. 12. 18. 방문.

4) 프랑스의 경우 방사성 폐기물을 방사능의 강도와 방사성 물질이 시간에 따라 방사능 강도가 약해지는 것을 의미하는 방사능 붕괴(décroissance radioactive)를 기준으로 구분하며, 고준위 방사성 폐기물의 경우 방사능의 강도가 가장 강한 것을, 중준위 장수명 방사성 폐기물의 경우 고준위 방사성 폐기물 다음으로 방사능의 강도가 강하고, 방사능 붕괴기간이 가장 긴 방사성 폐기물을 말한다. <https://www.vie-publique.fr/eclairage/18465-nucleaire-comment-traiter-les-dechets-radioactifs>, 2023. 12. 18. 방문.

5) 심지층 처분은 지하 깊은 곳의 안정한 지층구조에 천연방벽 또는 공학적 방벽으로 방사성폐기물을 처분하는 방식이다. 고준위폐기물(사용후 핵연료 포함)의 처분을 위해 보통 지하 300~1,000미터 깊이의 암반에 처분시설을 만들어 위해도가 높은 방사성폐기물을 안전하게 처분하는 영구처분의 개념이다. <https://www.kins.re.kr/wacid/rw01>, 2023. 12. 18. 방문.

및 중준위 장수명 방사성 폐기물을 위한 심지층 저장시설을 공공의 이익에 부합하는 것으로 선언하는 2022년 7월 7일의 데크레(décret)<sup>6)</sup>에 대해 월권소송(recours pour excès de pouvoir)<sup>7)</sup>을 제기하였으며, 소송이 계속 중인 2023년 5월 12일 및 6월 29일에 ‘환경법전’(Code de l’environnement) 제L. 542-10-1조에 대해 국사원(Conseil d’État)에 사후적 위헌법률심판을 청구하였다.

프랑스 국사원은 2023년 8월 2일 결정<sup>8)</sup>을 통해 ‘환경법전’ 제L. 542-10-1조가 프랑스 환경헌장 제1조 내지 제4조<sup>9)</sup> 등에 근거한 균형 잡히고, 건강을 존중하는 환경에서 생활할 미래 세대의 권리 및 세대 간의 연대의 원칙(principe de solidarité entre les générations)과 헌법 전문, 헌법 제2조<sup>10)</sup> 및 제72-3조<sup>11)</sup> 등에 근거한 박애의 원칙(principe de fraternité)에 반할 소지가 있다는 점을 이유로 새로운 성격이 있다고 판단하고, 프랑스 헌법재판소에 ‘미즈 자연환경협회’ 등이 청구한 사후적 위헌법률심판사건을 제청하였다.

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) 월권소송(recours pour excès de pouvoir)은 행정행위의 위법성을 이유로 행정법원에 대해 일방적 행정행위의 취소를 구하는 사법적 권리구제의 방법이다. 한국법제연구원, 프랑스 법률용어집, 2008, 629면.

8) 프랑스 국사원은 2023년 8월 2일의 결정(décision n° 454045)에서 “... 미즈 자연환경협회 등은 환경헌장 제1조 내지 제4조 및 환경헌장 전문 제1항 및 제7항에 근거한 균형 잡히고, 건강을 존중하는 환경에서 생활할 미래세대의 권리 및 세대 간의 연대의 원칙과 헌법 전문, 헌법 제2조 및 제72-3조, 환경헌장 전문에 근거한 박애의 원칙을 인용하면서 환경법전 제L. 542-10-1조가 헌법이 보장하는 권리와 자유를 침해한다고 주장한다. 이와 같은 청구이유는 헌법재판소에 관한 조직법률을 규정하는 1958년 11월 7일의 법률명령 제23-5조가 규정하는 새로운 성격을 가지는 문제이다. ...”라고 판단하였다.

9) 환경헌장 제1조 “각자는 균형 잡히고, 건강을 존중하는 환경에서 생활할 권리를 가진다.”; 환경헌장 제2조 “모든 사람은 환경을 보존하고, 개선하는 데 참여할 의무가 있다.”; 환경헌장 제3조 “모든 사람은 법률에 의해 정해진 조건에 따라 환경에 야기할 수 있는 피해를 예방하거나, 그렇지 않으면 환경 침해로부터 발생하는 결과를 제한해야 한다.”; 환경헌장 제4조 “법률에 의해 정해진 조건에 따라 모든 사람이 환경에 야기한 손해를 배상하는데 기여해야 한다.”

10) 프랑스 헌법 제2조 “④ 프랑스 공화국은 자유·평등·박애를 국시로 한다.”

11) 프랑스 헌법 제72-3조 “① 프랑스 공화국은 자유·평등·박애의 공통적 이상에 입각하여 해외영토 주민을 프랑스 국민으로 인정한다.”

## II. 주문

고준위 및 중준위 장수명 방사성 폐기물을 심지층에 가역적으로 저장하는 시설의 설치방법을 규정하고 있는 환경법전 제L. 542-10-1조 제2항, 제3항 및 제14항의 제3문과 제4문은 헌법에 합치한다.

## III. 심판대상조항 및 관련조항

사후적 위헌법률심판사건의 심판대상조항(밑줄 친 부분)과 관련조항은 다음과 같다.

‘환경법전’

제 L. 542-10-1조<sup>12)</sup>:

(1) 방사성 폐기물을 심지층에 저장하는 시설은 고정된 핵 시설이다.

(2) 가역성(réversibilité)은 다음 세대가 저장시설을 연속적으로 건설 및 운영하고자 하거나, 이전에 한 선택을 재평가하고 관리방안을 발전시키는 능력이다.

(3) 가역성은 기술적 발전을 통합하고, 특히 에너지 정책의 변화에 따른 방사성 폐기물의 목록 변화에 대응할 수 있는 방사성 폐기물의 심지층 저장소의 점진적 건설, 구상의 적응성 및 운영의 유연성에 의해 실현된다. 가역성은 저장소의 운영 및 폐쇄 전략에 부합하는 방법과 기간에 따라 이미 저장된 방사성 폐기물 패키지의 회수 가능성이 포함한다.

(4) 심지층 저장소의 가역적 성격은 제L. 593-1조<sup>13)</sup>에서 규정하는 이익의 보호를 고려하면서 보장되어야 한다. 심지층 저장소 내의 가역성 원칙의 실현에 대한 검토는 제L. 593-18조<sup>14)</sup>에서 규정한 주기적 재심사와 부합되게 최소한 5년마다 이루어진다.

12) ‘환경법전’ 제 L. 542-10-1조는 ‘고준위 및 중준위 장수명 방사성 폐기물을 심지층에 가역적으로 저장하는 시설의 설치방법을 규정하는 2016년 7월 25일 법률’(LOI n° 2016-1015 du 25 juillet 2016 précisant les modalités de création d'une installation de stockage réversible en couche géologique profonde des déchets radioactifs de haute et moyenne activité à vie longue) 제1조에 의해 개정되었음.

13) 환경법전 제L. 593-1조 “제L. 593-2조에서 열거하는 고정된 핵 시설은 공공 안전, 보건 및 위생 또는 자연 및 환경 보호에 미칠 수 있는 위험 또는 불편으로 인해 본 편 제III장 및 제VI장의 법체계를 따른다. ... ”

14) 환경법전 제L. 593-18조 “고정 핵 시설의 운영자는 최선의 국제적 관행을 고려하여 자신의 핵 시설을 주기적으로 재심사해야 한다. ... ”

(5) 심지층 저장소 시설이 존속하는 동안 시민의 참여를 보장하기 위해서, ‘국립 방사성 폐기물 관리기관’(Agence nationale pour la gestion des déchets radioactifs)은 관련 당사자 및 국민들과 협력하여 심지층 저장소 시설의 운영에 관한 기본 계획을 5년마다 작성 및 수정한다.

(6) 심지층 저장소의 운영은 특히 현위치 시험계획을 통해 심지층 저장소 시설의 가역적 성격 및 안전적 시연을 견고하게 할 수 있는 산업적 시범단계부터 시작된다. 일체의 폐기물 패키지는 이 단계 동안 쉽게 회수될 수 있어야 한다. 산업적 시범단계는 폐기물 패키지의 회수 테스트를 포함한다.

(7) 다른 고정된 핵 시설에 적용되는 규정에 대한 예외로:

(8) - 설치를 위한 허가신청은 지하 실험실에서 연구되는 지질층에 관한 것이어야 한다.

(9) - … 허가의 발급은 운영자가 지하 공사를 포함하는 지표 및 하층토의 설비의 토대로 사용되는 토지의 소유자이거나, 운영자가 … 부여되는 의무를 토지 소유자가 준수하겠다는 약정을 획득한 경우에만 이루어질 수 있다.

(10) - 본 권, 제IX편의 적용과 관련하여, 지하 공사를 포함하는 하층토는 지하공사의 토대로 사용되는 토지를 대신할 수 있다.

(11) - 심지층 저장소 시설의 설치를 위한 허가신청서를 제출하기 전에 … ‘국립 방사성 폐기물 관리기관’(Agence nationale pour la gestion des déchets radioactifs)이 작성한 서류를 근거로 … 공개 토론이 진행된다. …

(12) - 심지층 저장소 시설의 설치를 위한 허가신청이 있는 경우 제L. 542-3조<sup>15)</sup>에 규정된 국가위원회의 보고서, ‘프랑스 원자력 안전청’(Autorité de sûreté nucléaire)<sup>16)</sup>의 의견 및 데크레가 정하는 의견 조사 지역에 전체 또는 부분적으로 위치한 지방자치단체의 의견이 수집된다.

(13) - 공적 토론의 보고서, 제L. 542-3조에 규정된 국가위원회의 보고서 및 ‘프랑스

15) 환경법전 제L. 542-3조 “국가위원회는 제L. 542-1-2조에 규정하는 국가 계획이 정한 방향을 참조하여, 방사능 물질 및 폐기물의 관리에 관한 연구 및 조사의 발전 상태를 매년 평가하는 임무를 담당한다. …”

16) ‘프랑스 원자력 안전청’(Autorité de sûreté nucléaire)은 민간의 원자력 활동과 방사선 방호를 통제하는 독립행정청이며, 원자력 안전과 관련된 일체의 행정명령안에 대해서 자문활동을 한다. [- 77 -](https://www.vie-publique.fr/eclairage/272644-surete-nucleaire-prevention-et-gestion-des-risques#:~:text=L'ASN%20est%20une%20autorit%C3%A9,relatif%20%C3%A0%20la%20s%C3%BBret%C3%A9%20nucl%C3%A9aire,,2023. 12. 18. 방문.</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

원자력 안전청'의 의견이 첨부된 심지층 저장소 시설의 설치를 위한 허가신청서는 '과학적 및 기술적 선택의 평가에 관한 의회 사무국'(Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques)에 전달되며, '과학적 및 기술적 선택의 평가에 관한 의회 사무국'은 이를 평가하며, 하원과 상원의 관계 상임위원회에 평가한 사항을 보고한다.

(14) - 심지층 저장소 시설의 설치를 위한 허가신청을 심사할 때, 심지층 저장소 시설의 안전성은 최종적인 폐쇄를 포함한 시설 관리의 여러 단계의 관점에서 평가된다. 법률을 통해서만 심지층 저장소 시설의 최종적 폐쇄를 허용할 수 있다. 심지층 저장소 시설의 설치를 위한 허가는 예방적 조치로 저장 시설의 가역성을 보장해야 하는 최소 기간을 정한다. 이 기간은 100년 이상이어야 한다. 심지층 저장소 시설의 설치를 위한 허가는, 계획이 본 조가 정하는 조건을 준수할 것을 조건으로, 제L. 593-8조17)에 규정된 방법에 따라 국사원의 테크레로 부여된다.

(15) - 제L. 593-11조18)에 규정된 운영의 허가는 산업적 시범단계로 제한된다.

(16) 산업적 시범단계의 결과에 대해서는 '국립 방사성 폐기물 관리기관'의 보고서, 제L. 542-3조에 규정된 국가위원회의 의견, '프랑스 원자력 안전청'의 의견 및 테크레가 정하는 의견 조사 지역에 전체 또는 부분적으로 위치한 지방자치단체의 의견이 수집된다.

(17) 제L. 542-3조에 규정된 국가위원회의 보고서 및 '프랑스 원자력 안전청'의 의견이 첨부된 '국립 방사성 폐기물 관리기관'의 보고서는 '과학적 및 기술적 선택의 평가에 관한 의회 사무국'에 전달되며, '과학적 및 기술적 선택의 평가에 관한 의회 사무국'은 이를 평가하며, 하원과 상원의 관계 상임위원회에 평가한 사항을 보고한다.;

(18) - 정부는 저장소의 가역성의 실현조건을 채택하고, 필요한 경우 '과학적 및 기술적 선택의 평가에 관한 의회 사무국'의 권고사항을 고려한 정부제출 법률안을 제출한다.

(19) - '프랑스 원자력 안전청'은 심지층 저장소 시설의 완전한 운영에 대한 허가를 한다. 법률이 규정한 조건에 따라 심지층 저장소 시설의 가역성을 보장하지 않는 방사성 폐기물의 처리를 위한 심지층 저장소 시설에 대해서는 허가할 수 없다. ...

17) 환경법전 제L. 593-8조 “허가는 원자력 안전청의 의견제출 및 공청회의 개최 후에 발급된다...”

18) 환경법전 제L. 593-11조 “원자력 안전청은 고정된 핵 시설의 운영을 허가한다. 원자력 안전청을 이를 원자력 안전을 담당하는 장관에게 통지한다. 운영은 부분적으로 이루어질 수 있다.”

‘환경법전’

제L. 542-1조:

(1) 방사능 원 또는 방사성 물질을 사용하는 시설의 운영 또는 폐기에 따른 모든 성격의 방사성 물질 및 방사성 폐기물의 지속가능한 관리는 인간의 건강, 안전 및 환경을 보호하면서 이루어져야 한다. ...

#### IV. 판단

1) 청구인들은 심판대상조항이 방사성 폐기물의 처리를 위한 심지층 저장 시설의 가역성을 100년 이상 보장하지 않는다고 주장하였다. 청구인들은 환경 특히 수자원에 대한 돌이킬 수 없는 침해가 있음에도 불구하고, 미래 세대가 이와 같은 선택을 변경할 수 없으며, 미래 세대의 수요를 만족시키기 위한 미래 세대의 역량을 위태롭게 할 수 있다고 주장하였다. 따라서 청구인들은 심판대상조항이 균형 잡히고, 건강을 존중하는 환경에서 생활할 미래 세대의 권리 및 ‘세대 간의 연대의 원칙’(principes de solidarité et de fraternité entre les générations)에 반한다고 주장하였다(판시이유 2).

2) 따라서 이 사건의 심판대상조항은 환경법전 제L. 542-10-1조 제2항, 제3항 및 제14항 제3문과 제4문이다(판시이유 3).

3) 환경헌장 제1조는 “각자는 균형 잡히고, 건강을 존중하는 환경에서 생활할 권리를 가진다.”라고 규정한다(판시이유 4). 환경헌장 전문 제7항은 “지속가능한 발전을 보장하기 위하여, 현재의 수요에 부합하기 위한 선택은 미래 세대와 다른 사람들 그 자신의 수요를 만족시키기 위한 미래 세대와 다른 사람들의 역량을 위태롭게 해서는 안 된다.”라고 규정한다(판시이유 5).

4) 환경헌장 전문 제7항에 의해 그 의미가 보다 명확하게 된 환경헌장 제1조로부터, 입법자가 균형 잡히고, 건강을 존중하는 환경에 대한 심각하고, 지속가능한 침해를 초래할 수 있는 규정을 채택할 때, 현재의 수요에 부합하기 위한 선택이 미래 세대와 다른 사람들 그 자신의 수요를 만족시키기 위한 미래 세대와 다른 사람들의 역

량을 위태롭게 하지 않고, 미래 세대와 다른 사람들의 관련된 선택의 자유를 존중해야 할 의무가 도출된다(판시이유 6).

5) 균형 잡히고, 건강을 존중하는 환경에서 생활할 권리에 대한 입법자의 제한은 헌법적 요청과 관련성이 있거나, 공익에 의해 정당화되어야 하며, 추구하는 목적에 비례적이어야 한다(판시이유 7).

6) 환경법전 제L. 542-10-1조는 방사성 폐기물의 심지층 저장 시설의 설치 및 운영에 대해 규정한다(판시이유 8). 심판대상조항은 심지층 저장 시설에서의 방사성 폐기물의 저장은 최소한의 기간 동안 구체적인 방법에 따라 실현되는 가역성의 요청에 따라야 한다는 점을 규정하고 있다(판시이유 9). 심판대상조항은 지하 시설에 방사성 폐기물을 저장하는 것을 허용함으로써 방사성 폐기물의 위험성과 존속 기간의 관점에서 환경에 대한 심각하고, 지속가능한 훼손을 초래할 수 있다(판시이유 10).

7) 그렇지만, 다음과 같은 사항이 고려되어야 한다.

첫째로, 심판대상조항의 제정 과정을 고려해 볼 때, 입법자는 심판대상조항을 채택하면서 방사성 폐기물이 방사성 물질의 확산이라는 장기적 위험에 대처하도록 환경과 건강을 보호할 수 있는 조건에 따라 저장되기를 원했으며, 방사성 폐기물의 관리 부담은 미래 세대에게만 전가되지 않기를 원했다. 따라서 입법자는 환경 보호 및 건강 보호라는 헌법적 가치를 가지는 목적을 추구했다. 법률을 통해 채택한 방법이 현재의 과학적·기술적 지식에 비추어 입법 목적에 명백히 부적절하지 않다면, 입법자가 스스로 설정한 목적을 다른 방법으로 달성할 수 있었는지를 심사하는 것은 헌법 재판소의 권한이 아니다(판시이유 11).

8) 둘째로, 환경법전 제L. 542-1조에 따르면, 방사성 폐기물의 관리는 인간의 건강, 안전 및 환경을 보호하면서 이루어져야 하며, 방사성 폐기물의 최종적 저장에 필요한 수단의 실천은 미래 세대가 감당해야 하는 부담을 방지하거나, 제한해야 한다(판시이유 12).

9) 이와 같은 목적을 위해서, 환경법전 제L. 542-10-1조는 방사성 폐기물의 심지층

저장 시설의 설치 및 운영과 관련하여, 이와 같은 요청을 준수하는데 적합한 여러 보장 또한 규정하고 있다(판시이유 13).

10) 첫째로, 방사성 폐기물을 심지층 저장 시설에 저장하는 것은 다음 세대가 방사성 폐기물의 연속적인 저장층을 건설 및 운영하고, 이전의 선택을 재평가하고, 관리 방안을 발전시키는 역량을 보장해야 한다. 이와 같은 가역성은 저장 시설에 대한 건설의 점진성, 설계의 적합성 및 운영의 유연성에 의해 실현되며, 방사성 폐기물 저장 시설의 운영 및 폐쇄 전략에 부합하는 방법 및 기간 동안에 이미 저장된 방사성 폐기물 폐기지의 회수 가능성을 포함한다(판시이유 14).

11) 둘째로, 방사성 폐기물의 심지층 저장 시설의 설치에 특별한 허가 절차를 따라야 한다. 허가 신청은 지하 실험실에서 연구되는 심지층을 대상으로 하여야 한다. 허가 신청서를 제출하기 전에 ‘국립 방사성 폐기물 관리 기관’이 작성한 서류를 근거로 공개 토론이 진행되어야 한다. 허가 신청이 있는 경우 환경법전 제L. 542-3조에 규정된 국가위원회의 보고서, ‘프랑스 원자력 안전청’의 의견이 제출되며, 관계 지방자치단체의 의견이 수렴된다. 그리고 허가 신청서는 ‘과학적 및 기술적 선택의 평가에 관한 의회 사무국’에 전달되며, ‘과학적 및 기술적 선택의 평가에 관한 의회 사무국’은 허가 신청서를 평가하며, 하원과 상원의 관계 상임위원회에 평가한 사항을 보고한다(판시이유 15).

12) 허가 신청서를 심사할 때, 방사성 폐기물의 심지층 저장 시설의 안전성은 최종적인 폐쇄를 포함하여 시설 운영의 여러 단계의 관점에서 평가된다. 발급된 허가는 예방적 조치로 저장 시설의 가역성이 보장되는 100년 이상의 최소 기간을 정한다(판시이유 16).

13) 뿐만 아니라, 운영 허가는 특히 현위치 시험계획(*programme d'essais in situ*)을 통해 심지층 저장소 시설의 가역적 성격 및 안전적 시연을 견고하게 할 수 있는 시범단계로 제한된다. 일체의 방사성 폐기물은 이 단계 동안 쉽게 회수될 수 있어야 한다(판시이유 17).

14) 시범단계의 결과에 대해서 ‘국립 방사성 폐기물 관리기관’이 보고서를 작성하며, 허가 절차에 개입한 기관들과 동일한 기관에 전달된다. 저장소의 가역성의 실현 조건을 채택한 정부제출 법률안이 제출된 다음에, 심지층 저장소 시설의 가역성을 법률이 정하는 조건에 따라 보장하는 것을 조건으로 ‘프랑스 원자력 안전청’은 저장소 시설의 완전한 운영에 대한 허가를 한다(판시이유 18). 그리고 법률을 통해서만 저장소 시설의 최종적 폐쇄를 허용할 수 있다(판시이유 19).

15) 마지막으로, 5년마다 관련 당사자 및 국민 전체와 협력하여 심지층 저장소 시설 운영의 기본계획을 수정하는 방법을 통해서 심지층 저장소 시설이 존속하는 동안 시민들의 참여가 보장된다(판시이유 20).

16) 위에서 실시한 보장들을 고려해 볼 때, 심판대상조항은 환경현장 제1조의 요청에 반하지 않는다(판시이유 21).

17) 심판대상조항은 헌법이 보장하는 다른 권리 또는 자유를 침해하지 않았다. 따라서 헌법에 합치한다(판시이유 22).

## V. 결정의 의의

프랑스 헌법재판소는 이 결정에서 방사성 폐기물의 심지층 처분방법을 규정하는 심판대상조항에 대해서 인간의 건강, 안전 및 환경보호라는 목적 등을 위한 여러 보장들이 규정되어 있다는 점을 이유로 헌법에 합치하는 것으로 판단하였다.

그렇지만 프랑스 헌법재판소는 이 결정에서 “입법자는 균형 잡히고, 건강을 존중하는 환경에 대한 심각하고, 지속가능한 침해를 초래할 수 있는 규정을 채택할 때, 현재의 수요에 부합하기 위한 선택이 미래 세대와 다른 사람들 그 자신의 수요를 만족시키기 위한 미래 세대와 다른 사람들의 역량을 위태롭게 하지 않도록 주의해야 한다.”라고 판시함으로써 입법자가 미래 세대의 권리를 보호해야 한다는 점을 처음으로 인정하였다.<sup>19)</sup>

---

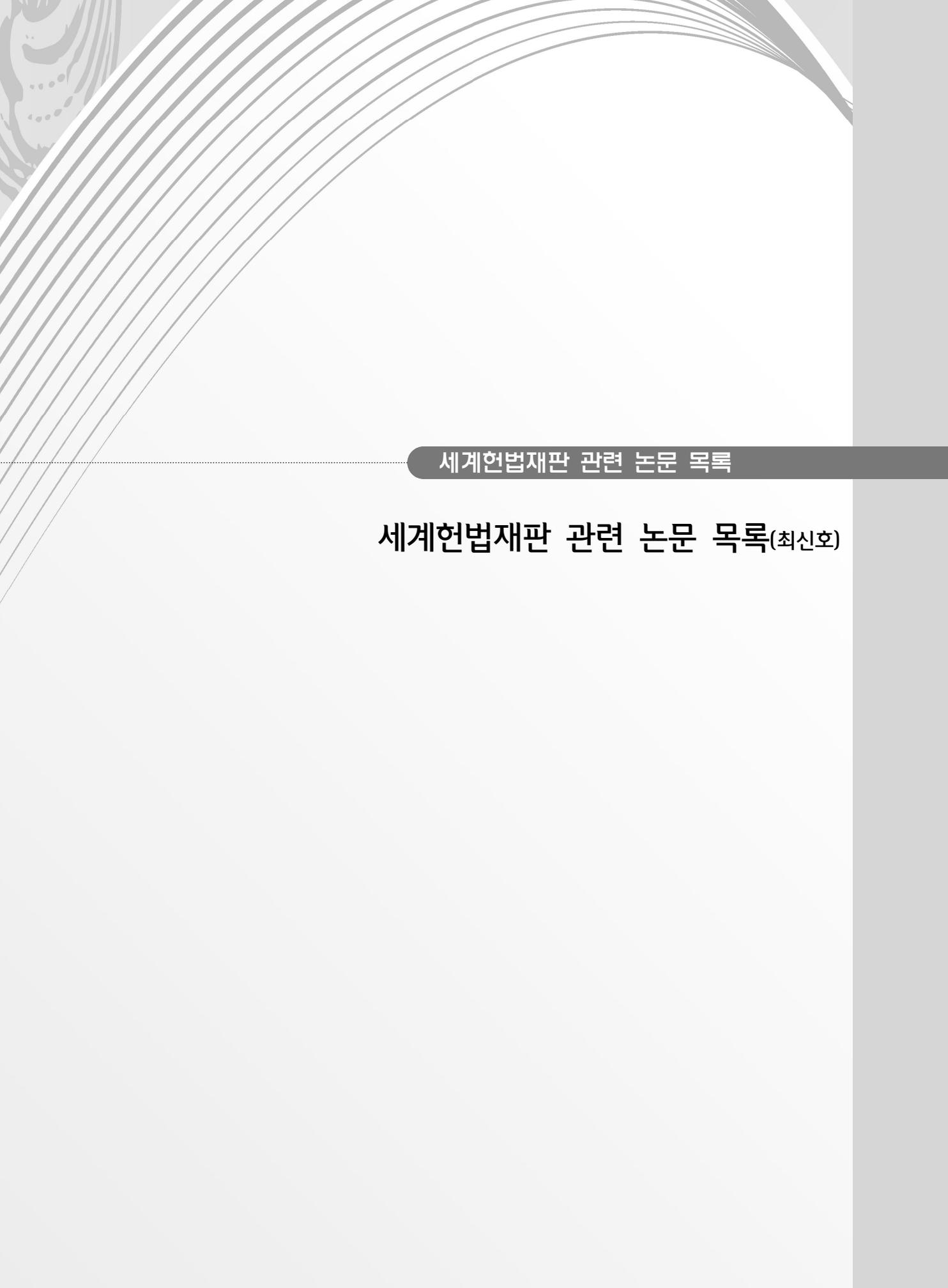
19) <https://www.vie-publique.fr/en-bref/291601-dechets-nucleaires-le-droit-des-generations-futures-reconnu>, 2023. 12. 18. 방문.

이와 같은 프랑스 헌법재판소의 태도는 심사기준으로 환경현장 전문의 미래 세대에 관한 표현을 언급한 것에 그친 종래의 결정들<sup>20)</sup>과 다른 진일보한 입장이라고 평가할 수 있다.

---

20) Décision n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020; Décision n° 2022-843 DC du 12 août 2022.





세계헌법재판 관련 논문 목록

세계헌법재판 관련 논문 목록(최신평)



## Ⅰ 세계헌법재판 관련 논문 목록(최신평) Ⅰ

- 공영호, 소수인종 우대정책과 미국 대학 입시제도의 변화 - Students for Fair Admission v. Harvard, 법학연구 제34권 제4호, 충남대학교 법학연구소, 2023. 11. 57-94면.
- 구량옥, 우토로 방화사건과 혐오범죄를 통하여 보는 일본의 국제인권법위반과 과제, 인권과 정의 제515호, 2023. 8. 151-173면.
- 김은환, 윤소라, 중국 환경법상 단체소송에 관한 고찰, 환경법연구 제45권 제3호, 2023. 11. 101-134면.
- 김재희, 장애인학대방지 대책에 관한 제언 - 일본 장애인학대방지법의 비교법적 검토를 중심으로 -, 법학연구 제34권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 2023. 6. 63-86면.
- 김효권, 강영선, 벤담의 법실증주의와 국적취득권의 조우 - 벤담은 국적을 가질 인간의 권리를 부정하는가, 인권과 정의 제517호, 2023. 11. 197-222면.
- 박재현, 프랑스 지방자치단체의 권한과 그에 대한 통제에 대한 시사점, 홍익법학 제24권 제3호, 2023. 9. 135-158면.
- 박종현, 미연방헌법 수정 제4조의 영장주의와 행정영장 제도, 법학논총 제56집, 숭실대학교 법학연구소, 2023. 5. 207-242면.
- 서창배, EU의 데이터 이용 관련 법제와 우리 법에의 시사점 - 독일의 최근 사례를 중심으로 -, 동북아법연구 제17권 제3호, 2023. 10. 143-177면.
- 쉬칭용, 쟁진량, “디지털인권”의 딜레마 및 보호에 관한 연구 - 중국에서의 논의를 중심으로 - The Dilemma and Protection of “Digital Human Rights”, 법학논총 제47권 제3호, 단국대학교 법학연구소, 2023. 9. 75-97면.
- 승이도, 튀니지 민주주의 위기와 베니스위원회의 대응, 인권과 정의 제518호, 2023. 12. 6-30면.
- 신봉근, 재산으로서의 가상화폐에 관한 고찰 - 영국법의 현황을 중심으로 -, 동북아법연구 제17권 제3호, 2023. 10. 179-196면.
- 완혼신, 진엽니, 모덕승, 개인정보의 잊혀질 권리에 대한 형사규제 이념에 관한 연구, 중국법연구 제53권, 2023. 11. 75-99면.
- 유기훈, 의사능력에 기반한 후견제도와 정신건강복지법의 융합 - 북아일랜드 정신능력법[Mental Capacity Act (Northern Ireland) 2016]의 제정 과정과 그 의의를 중심으로 -, 의료법학 제24권 제3호, 2023. 9. 155-206면.

- 유은정, 미국연방대법원의 고등교육 입학정책으로서의 소수인종 우대조치 위헌결정에 관한 몇 가지 생각 - SFFA v. PRESIDENT AND FELLOWS OF HARVARD COLLEGE 사건을 중심으로 -, 아주법학 제17권 제2호, 2023. 8. 277-320면.
- 이부하, 안전권에 대한 헌법적 고찰 - 독일 헌법이론을 중심으로 -, 법학논총 제43권 제4호, 전남대학교 법학연구소, 2023. 11. 1-26면.
- \_\_\_\_\_, 장애인의 미디어 접근권에 관한 법적 연구 - 영국 주문형 비디오(VOD) 서비스에의 장애인 접근을 중심으로 -, 법과 정책연구 제23권 제3호, 2023. 9. 205-227면.
- 이아남, 중국 안면인식 규제에 대한 법적 고찰 - 한국 개인정보 보호의 시사점을 포함하여 -, 중국법연구 제53권, 2023. 11. 1-51면.
- 이준서, 환경공익소송 활성화를 위한 법제적 접근 - 호주의 환경공익소송 사례 연구 -, 법제연구 제64호, 2023. 6. 65-106면.
- 이환경, 미국 연방헌법상 대통령의 전쟁권 범위와 연방의회의 전쟁권 결의안에 관한 연구, 법학논총 제43권 제4호, 전남대학교 법학연구소, 2023. 11. 27-51면.
- \_\_\_\_\_, 미국의 대통령선거제도에 관한 연구 - 2016년 선거를 중심으로 -, 법학연구 제34권 제4호, 충남대학교 법학연구소, 2023. 11. 11-55면.
- 임현희, 기후위기와 헌법소송 - 외국의 주요 기후소송사례와의 비교를 중심으로 -, 환경법연구 제45권 제3호, 2023. 11. 135-168면.
- 정광현, 독일 기본법 제103조 제1항의 법적청문 청구권, 외법논집 제47권 제4호, 2023. 11. 1-34면.
- 정해빈, 범죄피해자 식별정보 보도금지의 헌법적 쟁점에 대한 비교법적 연구 - 대한민국과 미국의 판례 비교를 중심으로 -, 법조 제72권 제5호, 2023. 10. 44-88면.
- 정재도, 프랑스 개인정보보호법의 미성년자의 잊혀질 권리의 성립에 관한 비교법적 연구, 서강법률논총 제12권 제2호, 2023. 6. 117-150면.
- 최우용, 일본 지방자치단체의 자치조직권에 관한 최근 동향과 시사점, 지방자치법 연구, 제23권 제3호, 2023. 9. 157-187면.
- 허진성, 국민주권과 대의민주주의에 관한 고찰 - 스위스의 경우를 소재로 하여 -, 공법연구 제52집 제1호, 2023. 10. 1-32면.
- Shahin Borhanian, A Comparative Study on the Constitutionalization of Abortion in Korea, On The Busy Intersection of Morality and Law, 법학논총 제30집 제2호, 조선대학교 법학연구원, 2023. 8. 297-378면.

## 국외통신원 소식

- 15세 미만 미성년자에 대한 의제강간죄를 신설하고 미성년자 근친강간죄의 대상을 모든 미성년자로 확대한 형법 조항의 위헌 여부 - 프랑스 헌법재판소의 2023년 7월 21일 n° 2023-1058 결정에 대한 분석을 중심으로 -



# 15세 미만 미성년자에 대한 의제강간죄를 신설하고 미성년자 근친강간죄의 대상을 모든 미성년자로 확대한 형법 조항의 위헌 여부

- 프랑스 헌법재판소의 2023년 7월 21일

n° 2023-1058 결정에 대한 분석을 중심으로 -

벨기에 브뤼셀 자유 대학교 철학 박사 과정 및 프랑스 툴루즈 카피톨 대학교 법학 박사 과정  
이 은 설

## 1. 들어가며

프랑스 경찰 및 헌병대에 의해 기록된 범죄 데이터베이스(SSMSI, base des crimes et délits enregistrés par la police et la gendarmerie)에 따르면 2021년 신고된 성범죄(violences sexuelles)가 급격하게 증가했다.<sup>1)</sup> 이에 따르면 2012년 이후 신고된 성범죄는 증가 추세에 있으며 특히 2020년 57,100건이 신고된 것에 비해 2021년에는 75,800건이 신고되어 33%가 증가하였다. 이러한 증가는 2021년에 기록된 강간(viols) 및 강간 미수(tentatives de viols)의 증가와도 관련이 있는데 2020년 강간 및 강간 미수가 26,000건 신고된 것에 반해 2021년에는 34,300건이 신고되어 32%의 증가를 보였다. 특히 신고된 성범죄 피해자의 절반 이상인 58%가 미성년자라는 점과 모든 종류의 성범죄 중 29%가 가족 내에서 발생했다는 점을 주목해 볼 만하다. 프랑스 경찰과 헌병대에 따르면, 강간 또는 강간 미수의 피해자로 기록된 사람은 인구 1,000명당 0.5명(2020년과 2019년과 동일)이며, 피해자의 35%는 가족 내 강간의 피해자이다.

이처럼 성범죄가 급격하게 늘어났음에도 불구하고 일반적인 강간에 대한 법률 조항이 미성년자의 존엄까지 충분히 보장하지 못한다는 문제점을 해결하기 위해 2021

1) Service Statistique Ministériel de la Sécurité Intérieure (SSMSI), *Insécurité et délinquance en 2021 : Bilan Statistique*. <https://www.interieur.gouv.fr/Interstats/Actualites/Insecurite-et-delinquance-en-2021-bilan-statistique>. 관련 pdf 자료는 본 주소를 통해 받아볼 수 있다.

년 법률 제2021-478호(Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste)를 비롯하여 미성년 피해자 보호와 관련된 법안들이 신설 및 개정되었다. 국가가 법의 테두리 안에서 국민의 인권과 자유를 충분히 보호해야 함에도 불구하고, 강간 문제에 있어 지금까지 사회적 약자인 미성년자가 법의 보호를 충분히 받지 못하였음을 짐작할 수 있다.

이 글에서는 프랑스에서 최근에 개정된 2021년 법률 제2021-478호에 대한 헌법재판소의 2023년 7월 21일 n° 2023-1058 결정(Décision n° 2023-1058 QPC du 21 juillet 2023)을 살펴볼 것이다.<sup>2)</sup> 이 결정과 관련한 전후 상황과 배경을 검토하고, 헌법재판소가 어떠한 근거를 토대로 미성년자를 성범죄 및 근친 강간으로부터 보호하기 위해 2021년 4월에 개정된 형법(Code pénal) 제222-23-1조 제1항 및 제222-23-3조가 헌법에 보장된 권리와 자유를 침해하지 않았다고 판단하였는지 확인할 것이다.

## 2. 제반 상황

프랑스에서는 2020년 11월 26일 상원의원 아닉 빌롱(Annick Billon)이 상원 의장에게 제출한 ‘청소년을 성범죄로부터 보호하기 위한 의원발의법률안158호’(Proposition de loi visant à protéger les jeunes mineurs des crimes sexuels, n°158)를 토대로, 2021년 4월 21일 미성년자를 성범죄 및 근친 강간으로부터 보호하기 위한 형법 조항들이 법률 제2021-478호(LOI n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste)에 의해 개정 및 신설되었다.<sup>3)</sup> 본 조항들은 15세 미만의 미성년자와 15세에서 18세 사이의 미성년자를 구분하여 어린 미성년자들을 성폭력의 위험에서부터 더 효과적으로 보호하고자 하였으며, 15세에서 18세 사이의 미성년자를 근친 강간의 피해로부터 제도적으로 보호하고자 했다.

이러한 법률의 개정 및 신설 이전에도 관련 법률은 존재하였다. 1810년 형법(Code pénal de 1810) 제331조에 따르면 강간죄를 범하거나 기타 추행을 범한 자, 남녀를 불문하고 폭력을 동반한 기타 강제추행죄를 저지르거나 미수한 사람은 징역형에 처하

---

2) Décision n° 2023-1058 QPC du 21 juillet 2023.

3) Proposition de loi visant à protéger les jeunes mineurs des crimes sexuels, n 158, déposée le 26 novembre 2020. 다음의 pdf 파일 참조: <http://www.senat.fr/leg/ppl20-158.pdf>.

며, 제332조에 따르면 15세 미만의 아동을 대상으로 성범죄를 저지른 경우 유죄를 선고받은 자는 가중처벌 (이 경우에는 노역)을 받는다.

1810년 형법이 강간과 강제추행을 분명하게 정의하지 않았기 때문에 1980년까지 강간은 성기에 의한 질 삽입, 즉 출산 위험이 있는 완전한 성행위로만 정의되었으며 구강 성기 삽입 행위는 성추행으로 규정되었다.<sup>4)</sup> 이 법률은 피해자를 효과적으로 보호하기에는 충분치 않았던 것이다.

뿐만 아니라 법률의 개정 및 신설 이전에는 강간죄의 성립을 위해서 성적 행위에 대한 피해자의 비동의와 본 행위가 폭력을 동반하여 이루어졌음을 증명하는 것이 필수적이었다. 그러나 특히 아동 강간의 경우 눈에 보이는 폭력이 없었다는 이유로 피고인이 무죄를 선고받거나 가벼운 처벌만을 받는 경우가 많았다.<sup>5)</sup> 따라서 형사 관행에서 아동 강간은 1810년부터 1980년 사이에 거의 존재하지 않았으며 대부분의 사건은 강간이 아닌 강제추행으로 간주되었다.<sup>6)</sup>

이처럼 법률의 개정 및 신설 이전에 미성년자 성범죄에서 가장 중요하게 다뤄진 요소는 첫째, 미성년자의 “동의” 여부와 둘째, 강간의 명확한 정의였다. 동의 여부와 관련해서 법은 폭력(violence), 강압(contrainte), 위협(menace) 또는 기습(surprise)이 없는 경우에만 성관계에 대한 동의로 정의하고 있어 이 개념은 상대적으로 모호했다.<sup>7)</sup> 2005년 12월 7일에 내려진 파기원 형사부의 판결(Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 7 décembre 2005, 05-81.316)은 만 15세 이전에는 성이 무엇인지 알 수 있을 만큼 나이가 많지 않아 성범죄 행위의 본질과 심각성을 깨닫지 못할 수 있다는 점을 지적하며 만15세가 넘어야만 성관계에 동의를 할 수 있다는 점을 판시한다. 이어서 2008년 12월 5일에 내려진 파기원 형사부의 판결(Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 5 décembre 2007, 07-80.068)에 따르면 만 16세가 되어서야 성범죄에 동의하거나 반대할 수 있는 능력을 지닐 수 있다. 이처럼 몇몇의 판례가 동의 기준 연령을 제시하고는 있지만 입법화되지 않아 미성년자의 인권을 보호하지 않는다는 점에서 과거의 법률은 미흡하다고 볼 수 있다.

4) Ambroise-Rendu, Anne-Claude, “Attentats à la pudeur sur enfants : le crime sans violence est-il un crime? (1810-années 1930)”, *Revue d'histoire moderne & contemporaine*, n° 56-4, 2009, p. 166.

5) Ibid., p. 166.

6) Ibid., p. 167.

7) <https://www.village-justice.com/articles/loi-avril-2021-visant-protoger-les-mineurs-des-crimes-delits-sexuels-inceste,39183.html>.

강간의 정의와 관련해서 1994년 3월부터 2021년 4월23일까지 강간은 모든 종류의 성적 삽입 행위로만 규정되었다. 개정 전에는 강간의 범주에 구강 성교 행위가 포함되지 않았던 것이다. 이를 통해 개정 전 조항이 피해자의 성 결정권을 충분히 보장하지 못했음을 파악할 수 있다.

그 결과 2021년 신설된 형법 제222-23-1조(Code pénal, article 222-23-1) 제1항에 따르면, 제222-23조에 규정된 경우를 제외하고, 성인이 15세 미만의 미성년자에게 가하거나 미성년자가 가해자에게 가한 모든 종류의 성적 삽입 행위(acte de pénétration sexuelle) 또는 구강 성교 행위(tout acte bucco-génital) 는 강간을 구성한다. 또한 성인과 미성년자의 나이 차이가 5년 이상인 경우에 이루어진 위와 같은 성적 행위들도 강간의 범주에 포함된다. 이 경우에 15세 미만 미성년자의 동의 여부와 관계없이 성적 행위 자체가 위법으로 간주된다.

5살이라는 나이 차이에 대한 입법의 근거로는 ‘로미오와 줄리엣 조항’(clause Roméo et Juliette)을 들 수 있다. 이는 10대 청소년의 사랑을 보호하기 위해 미성년자와 성인의 나이 차이가 5세 미만인 경우 처벌 대상에서 제외하는 조항이다. 성인과 자신보다 나이가 어린 10대 사이의 관계를 자동으로 범죄화하는 것은 기본권의 심각한 침해를 가지고 올 수 있다고 입법부는 판단한 것이다.<sup>8)</sup> 입법부는 이 조항을 통해 13세 또는 14세 소녀와 막 18세 생일을 맞이한 청년 사이의 청소년기 연애가 잔인하고 과도한 방식으로 범죄화되는 것을 방지하고자 했다.<sup>9)</sup> 에릭 뒤퐁-모레티(Eric Dupond-Moretti) 프랑스 법무부 장관이 언급한 바와 같이 17세 6개월의 청년이 14세 6개월 소녀와 이성적 관계를 맺는다고 해서 18세 1일이 되자마자 범죄자가 되게 할 수는 없다는 것이 이 조항의 취지인 것이다.<sup>10)</sup>

또한 신설된 형법 제222-23-3조에 따르면 제222-23-1조 및 제222-23-2조에 정의된 강간은 20년 징역형에 처할 수 있다. 형법 제222-23-2조에 의하면 제222-23조에 규정된 경우를 제외하고 근친 강간은 성인이 미성년자에게 저지르거나 미성년자가 가해자에게 행한 모든 종류의 성적 삽입 행위 또는 구강 또는 성기 행위를 의미하며, 여기서 성인은 친권자 또는 미성년자에 대해 법적(autorité de droit) 또는 사실상의 권한

8) <https://www.leparisien.fr/politique/loi-contre-les-violences-sexuelles-la-clause-romeo-et-juliette-veut-preserver-les-couples-dados-13-03-2021-UW55KZO6VFFGBNMBZS6CP3IXHE.php>.

9) [https://www.lagbd.org/La\\_nouvelle\\_definition\\_du\\_viol\\_apres\\_la\\_loi\\_du\\_21\\_avril\\_2021#cite\\_note-21](https://www.lagbd.org/La_nouvelle_definition_du_viol_apres_la_loi_du_21_avril_2021#cite_note-21).

10) <https://www.leparisien.fr/politique/loi-contre-les-violences-sexuelles-la-clause-romeo-et-juliette-veut-preserver-les-couples-dados-13-03-2021-UW55KZO6VFFGBNMBZS6CP3IXHE.php>.

(autorité de fait)을 가진 제222-22-3조에 언급된 기타 사람이다.<sup>11)</sup> 제222-22-3조에 따르면 프랑스에서는 1) 직계존속(ascendant)이나 2) 형제(frère), 자매(sœur), 삼촌(oncle), 이모나 고모(tante), 증조부(grand-oncle), 증조모(grand-tante), 조카(neveu) 그리고 조카딸(nièce) 혹은 3) 1과 2에 언급된 사람 중 한 사람의 배우자(conjoint), 동거인(concubin) 또는 1, 2에 언급된 사람 중 한 사람과 동거계약(pacte civil de solidarité)을 체결한 파트너가 피해자에 대해 법적 또는 사실상의 권한이 있는 경우, 이들이 강간(viols) 및 성추행(agressions sexuelles)을 저지른다면 이를 근친 강간으로 분류한다.<sup>12)</sup>

이처럼 2021년 4월 21일에 시행된 개정은 네 가지 위반 행위를 새로운 범죄로 규정했다.<sup>13)</sup> 첫째, 15세 미만 미성년자와 성관계를 맺는 것은 동의 여부와 관계없이 강간으로 처벌받을 수 있으며, 둘째, 미성년자에 대한 근친 강간(viol incestueux) 범죄는 모두 20년 징역형에 처해질 수 있으며, 셋째, 형법 제222-22-2조의 개정을 통해 15세 미만 미성년자에 대한 추행죄(délit d'agression sexuelle)가 추가로 신설되었고, 마지막으로 미성년자에 대한 근친 간 추행죄가 새로 제정되었으며 근친의 범주가 더 확장되었다. 여기서 성추행은 폭력(violence), 강압(contrainte), 위협(menace) 또는 기습(surprise)을 통해 제3자의 성적 간섭을 받도록 강요하거나 해당 사람에게 그러한 간섭을 행하는 행위가 모두 포함된다.<sup>14)</sup>

### 3. 프랑스 헌법재판소의 판단

신설된 형법 제222-23-1조 제1항 및 같은 법 제222-23-3조가 헌법에 보장된 권리와 자유를 침해한다는 이유로 아노탕 변호사 사무실(SAS Hannotin Avocats)과 파리변호사협회(Barreau de Paris)의 루이 엘룬(Louis Heloun)과 앙투안 오히(Antoine Ory)는 사후적 위헌법률심사를 청구한다. 이들은 우선 15세 미만 미성년자에 대한 강간죄를 폭력, 강압, 위협 또는 기습으로 성행위를 했다는 증거 없이도 가해자를 처벌할 수 있도록 함으로써 미성년자의 동의 부재를 범죄의 구성 요소 중 하나로 삼지 않는 해당 조항

11) 개정 전에는 근친 강간 미성년 피해자의 나이를 18세가 아닌 15세로 규정했었다.

12) Code pénal, article 222-22-3.

13) <https://www.village-justice.com/articles/loi-avril-2021-visant-protoger-les-mineurs-des-crimes-delits-sexuels-inceste,39183.html>.

14) Code pénal, article 222-23-2.

들이 무죄 추정의 원칙(*principe de la présomption d'innocence*) 및 방어권(*droits de la défense*)에 위반하는 반박할 수 없는 유죄 추정(*présomption irréfragable de culpabilité*)을 확립하고 있다고 주장한다.<sup>15)</sup>

또한 1) 성인이 미성년자에게 성행위를 강요할 의도가 있었다는 사실을 검찰이 증명할 필요 없이 성행위가 이루어졌다는 사실만으로도 가해자의 유죄가 인정되며, 2) 피해자가 15세 미만이라는 점이 죄의 구성 요건(*élément constitutif*)이자 형의 가중 사유(*circonstance aggravante*)가 된다고 주장하며 이는 죄형법정주의(*principe de légalité des délits et des peines*)를 위반하는 결과를 초래할 수 있다고 주장한다.<sup>16)17)</sup> 청구인은 이 조항에서 규정하는 연령 기준이 비슷한 상황에 처한 다른 사람들을 다르게 대우하는 결과를 초래할 수 있다고 주장한다. 15세라는 명시적인 법적 나이를 설정함으로써 인해 15.1세나 15.2세인 피해자와 14.9세인 피해자를 보호하는 법률이 다를 수 있다는 점을 지적하는 것이다. 뿐만 아니라, 피해자와 가해자 사이의 나이 차이가 5세 이상인 경우에 20년 이하의 징역형을 부과하는 것은, 나이 차이가 4.9세거나 5.1세인 사람들 사이의 불평등을 초래할 수 있다. 이는 범죄와 형벌의 필요성 원칙(*principe de nécessité des délits et des peines*) 및 법 앞의 평등 원칙(*principe d'égalité devant la loi*)을 위반하는 결과를 발생시킨다는 것이 청구인의 주장이다.<sup>18)19)</sup> 마지막으로, 새로운 법률에 따르면 성인이 폭력을 행사하지 않고 15세 미만의 미성년자와 성관계를 맺거나 혹은 미성년자와 성인 사이의 나이 차이가 5세 이상이라면 이 두 가지 경우와 반

15) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 3번째 단락.

16) 죄형법정주의 원칙은 형사 법정에서 개인의 권리를 근본적으로 보장하는 원칙이다. 이 원칙에 따르면 법이 없으면 범죄도 없고, 법이 없으면 처벌도 없다는 격언으로 표현된다. 이 원칙은 유럽 인권 협약(*Cour européenne des droits de l'homme*) 제7조 제1항과 1958년 10월 4일 헌법(*Constitution*)에도 명시되어 있다. 유럽 인권 협약에 따르면, 누구도 범행 당시 국내법 또는 국제법에 따라 범죄를 구성하지 않는 행위 또는 부작위를 이유로 형사 범죄에 대해 유죄를 선고받을 수 없다. 헌법적 지위를 부여 받은 1789년 인간과 시민의 권리 선언 제8조에 따르면 누구든지 범죄를 범하기 전에 제정, 공포되어 적법하게 적용된 법률에 의하지 않고서는 처벌을 받을 수 없다. 뿐만 아니라, 프랑스 형법 제111-3조(*article 111-3 du Code Pénal*) 제1항에 따르면 누구도 범죄 또는 법률에 정의되지 않은 요소 또는 규정에 정의되지 않은 위반으로 처벌받을 수 없으며, 제2항에 따르면 누구든지 위반 행위가 중범죄 또는 경범죄인 경우 법률에 규정되지 않은 형벌로 처벌받을 수 없으며, 위반 행위가 규정 위반인 경우 규정에 의해 처벌 받을 수 없다.

17) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 4번째 단락.

18) 1789년 인간과 시민의 권리 선언 제8조에 따르면 법은 엄격하고 명백하게 필요한 형벌만을 정해야 한다. 형법에서 필요성의 원칙은 부당한 억압이 없어야 하고 처벌은 저지른 범죄에 비례해야 한다는 형법의 기본 원칙과 연결된다. <https://www.benoit-avocat.com/le-principe-de-necessite-en-droit-penal/>.

19) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 5번째 단락.

대되는 상황에서 보통 징역 7년형을 선고받는 데에 비해 3배 더 무거운 처벌을 받게 된다.<sup>20)</sup> 그러나 성인과 15세 미만 미성년자 간의 성행위에 대해 폭력, 협박, 강요, 기습 여부에 관계없이 20년 징역형을 동일하게 부과하는 것은 형벌의 비례성 원칙 (principe de proportionnalité des peines)에 반한다는 것이 청구인들의 주장이다.<sup>21)22)</sup>

이러한 주장에 맞서 프랑스 헌법재판소는 성범죄 및 근친 강간으로부터 미성년자를 보호하기 위한 2021년 4월 21일 법률 제2021-478호에 따른 형법 제222-23-1조 제1항 및 같은 법 제222-23-3조는 합헌이라고 판단하였다.<sup>23)</sup> 헌법재판소가 합헌 결정을 내린 이유는 다음과 같다.

첫째로, 1789년 인간과 시민의 권리 선언(Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789) 제9조에 따르면 모든 사람은 유죄가 입증될 때까지 무죄로 추정되고, 따라서 원칙적으로 입법부는 형사 사건에서 피고인의 유죄를 추정할 수 없다.<sup>24)25)</sup> 프랑스 형법 제222-23조에 따르면 강간은 15년의 징역형에 처해질 수 있으며, 같은 법 제222-24조 제2항에 따라 15세 미만의 미성년자를 강간한 경우 20년 징역형에 처해질 수 있다.<sup>26)</sup> 새로운 법은 성인이 15세 미만의 미성년자에게 모든 종류의 성적 삽입 행위 혹은 구강 성교 행위를 하거나 또는 미성년자가 가해자에게 앞의 행위를 하는 경우, 그리고 미성년자와 성인의 나이 차이가 5년 이상인 경우 20년의 징역형을 선고받을 수 있음을 명확히 규정한다.<sup>27)</sup>

입법부는 이 조항을 채택함으로써 성인과 15세 미만 미성년자 사이의 연령 차이가

20) <https://www.sudouest.fr/justice/la-loi-visant-a-protger-les-mineurs-des-violences-sexuelles-validee-par-le-conseil-constitutionnel-16020326.php>.

21) 형법 제130조 제1항에 따르면 비례의 원칙은 사회의 보호를 보장하고 새로운 범죄의 범행을 방지하며 사회 균형을 회복하는 동시에 피해자의 이익 존중의 필요성 등을 반영하여 형량을 부과해야 한다는 원칙이다. 형벌은 범죄의 심각성이나 범죄자의 상황, 사회 복귀 능력 등을 고려한다. 이 형법은 피고인에게 불합리하게 과도한 형량을 임의로 부과할 수 있는 자의성으로부터 죄형법정주의를 지키려는 노력의 일환이다. 따라서 선고는 시행 중인 법률의 적법성에 근거해야 하며 피고인에게 내려지는 처벌의 정도가 국가의 형법에서 규정하는 법적 최대 형량을 초과해서는 안 된다.

22) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 6번째 단락.

23) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 29번째 단락.

24) 모든 사람은 범죄자로 선고되기 전까지 무죄로 추정되는 것이므로, 체포할 수 밖에 없다고 판단되더라도 안전을 보장하기 위해 필요하지 않은 모든 강제 조치, 가혹 행위는 법에 의해 준엄하게 제압된다. 이는 무죄추정의 원칙의 기초가 된다.

25) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 13번째 단락.

26) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 14번째 단락.

27) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 15번째 단락.

최소 5세 이상인 경우 모든 종류의 성적인 행위 또는 구강 성교 행위를 금지하였다. 이 조항에 따르면 이 유형의 범죄는 폭력, 강압, 위협 또는 기습에 의한 행위일 필요가 없으며, 피해자의 동의가 없었다는 간단한 추정에만 근거하는 것도 아니며 여전히 모든 구성 요소를 증명하는 것은 검찰 당국의 책임이다.<sup>28)</sup> 따라서 청구된 조항들은 유죄 추정(*présomption de culpabilité*)의 목적이거나 그 효과를 갖지 않는다. 충분하고려를 통해 미성년자가 성행위에 동의했다고 하더라도 그들의 인지 및 사고 능력이 성인만큼 발달되지 않았다는 점을 기본 전제로, 피해자가 15세 미만이면 본인의 결정이 미래에 가져올 결과에 대해 합리적으로 예측할 수 없다는 점에서 이는 자동적으로 성행위에 대한 비동의를 나타내는 것이다. 앞의 이유로 형법 제 222-23-1조 제1항이 무죄 추정의 원칙(*principe de la présomption d'innocence*)을 침해한다는 청구인의 주장은 배척되어야 하며 같은 이유로 피고인의 방어권을 침해하였다는 주장도 배척되어야 한다.<sup>29)</sup>

실제로 이러한 법률 개정 전에는 검사가 미성년 피해자가 동의하지 않았음을 입증할 수 없는 경우에 강간죄가 아닌 7년 징역형과 10만 유로의 벌금이 부과되는 미성년자 폭행죄로 기소했어야 했다.<sup>30)</sup> 1810년부터 개정 전까지 형법에서는 강제 추행(*attentat à la pudeur*)의 경우 미성년자의 동의 능력이 처벌에 있어 중요한 역할을 했던 것이다. 그러나 법의 개정에서 가장 큰 변화는 성인과 15세 미만 미성년자 간의 성관계 사건에 있어 검사가 더 이상 피해자가 성관계를 동의했는지 혹은 동의하지 않았는지에 대한 여부를 증명하지 않아도 된다는 점이다. 피해자가 15세 미만이라는 점에서 성관계에 비동의한다는 점이 간주되는 것이다.<sup>31)</sup>

둘째, 입법부는 헌법 제34조와 1789년 인권선언 제8조에 규정된 죄형법정주의에 따라 형법이 고려해야 할 법률의 범위를 스스로 결정하고 자의성을 배제할 수 있을 만큼 명확하고 정확한 용어로 중죄(*crimes*)와 경범죄(*délits*)를 정의해야 할 의무가 있다.<sup>32)</sup> 한편으로, 이 사건에서 사후적 위헌법률심사의 대상이 되는 조항은 형법 제

28) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 16번째 단락.

29) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 17번째 단락.

30) 1994년 *Code pénal*, article 227-25. 이에 따르면 “강간이나 기타 성폭행의 경우를 제외하고 성인이 15세 미만의 미성년자를 성폭행하면 7년 징역과 10만 유로의 벌금형에 처해진다.”

31) [https://www.lagbd.org/La\\_nouvelle\\_definition\\_du\\_viol\\_apres\\_la\\_loi\\_du\\_21\\_avril\\_2021#cite\\_note-21](https://www.lagbd.org/La_nouvelle_definition_du_viol_apres_la_loi_du_21_avril_2021#cite_note-21).

32) 법은 엄격히, 그리고 명백히 필요한 형벌만을 설정해야 하고 누구도 행위에 앞서 제정, 공포되고, 또 합법적으로 적용된 법률에 의하지 아니하고는 처벌할 수 없다. 이는 죄형법정주의를 구성한다.

121-3조에 규정된 원칙을 위반하지 않는다. 형법 제121-3조에 따르면 범죄를 저지르려는 의도가 없으면 범죄는 성립하지 않으며, 처벌의 대상이 되는 행위의 단순한 귀속 가능성만으로 피고인의 범죄사실을 인정하기에는 충분하지 않다.<sup>34)</sup> 뿐만 아니라, 심사의 대상이 되는 조항의 문언에 비추어 볼 때, 해당 범죄의 구성 요소인 미성년 피해자 나이가 15세 미만이라는 사실이 동시에 동일한 범죄의 가중 요건이 아니라는 점이 자명하다.<sup>35)</sup> 따라서 죄형법정주의를 위반했다는 주장은 배척되어야 한다.<sup>36)</sup>

실제로 프랑스는 성관계에 있어 상대방이 미성년자라는 사실이 범죄의 구성 요소가 될 수 있으며 형의 가중 사유가 될 수도 있다는 점을 통해 미성년자를 보호하려고 한다. 이는 미성년자의 연령, 즉 15세라는 법적 기준에 의한 명시적인 가중 상황과 관련이 있을 수도 있고, 가해자의 지위나 피해자와의 관계로 인해 발생하는 암시적인 상황과 관련이 있을 수도 있다.<sup>37)</sup> 실제로 프랑스 형법 제132-1조에 미루어 보아 법원은 범죄의 상황에 따라 선고되는 형의 성격, 양형 및 체계를 결정할 수 있다.<sup>38)</sup> 이를 미루어 보아, 미성년 피해자가 15세 미만이라는 점에서 법원은 피해자의 나이 뿐만 아니라 피해자와 가해자 사이에서 발견되는 수직적 상하관계와 같은 특수성까지 고려하는 것이다.

셋째로, 1789년 인권선언 제6조에 따르면, 법은 보호하든 처벌하든 모든 사람에게 동일해야 하며 형법상 평등 원칙은 입법부가 다른 성격의 행위를 구별하는 것을 방해하지 않는다.<sup>39)40)</sup> 사후적 위헌법률심사의 대상이 되는 조항으로 처벌되는 행위는 형

33) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 18번째 단락.

34) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 19번째 단락.

35) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 20번째 단락.

36) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 21번째 단락.

37) <https://www.senat.fr/rap/r17-289/r17-2892.html#fnref41>.

38) 형법 제132-1조 제1항에 따르면 법률 또는 규정으로 처벌할 수 있는 위반 행위가 있는 경우, 부과될 수 있는 벌칙은 법률에 달리 규정되어 있지 않는 한 이 장에 명시된 규칙에 따른다 ; 제2항에 따르면, 법원에서 선고하는 모든 판결은 개별적으로 이루어져야 한다 ; 제3항에 따르면 법원은 법이 정한 한도 내에서 제130-1조에 명시된 형벌의 목적과 기능에 따라 범죄의 상황과 범죄자의 성격, 그의 물질적, 가족적, 사회적 상황에 따라 부과되는 형벌의 성격, 양형 및 체계를 결정해야 한다.

39) 1789년 인권선언 제6조에 따르면 “법은 일반 의사의 표명이다. 모든 시민은 스스로 또는 대표자를 통하여 그 작성에 협력할 수 있는 권리를 가진다. 법은 보호를 부여하는 경우에도 처벌을 가하는 경우에도 모든 사람에게 동일한 것이어야 한다. 모든 시민은 법 앞에 평등하므로 그 능력에 따라서, 그리고 덕성과 재능에 의한 차별 이외에는 평등하게 공적인 위계, 지위, 직무 등에 취임할 수 있다.”

40) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 22번째 단락.

법 제222-23조 및 제222-24조에 규정된 15세 미만 미성년자에 대한 가중강간죄(*crime de viol aggravé*)의 범위에 포함될 수 있으나, 가중강간죄의 적용에 의하여 처벌되는 행위와는 달리 폭행, 강요, 협박 또는 기습 없이 행하여지는 경우에도 처벌되며, 성인 가해자와 미성년 피해자 사이에 최소 5살 이상의 연령차가 있음을 전제로 하는 경우에도 처벌된다.<sup>41)</sup> 따라서 이 두 범죄는 서로 다른 성격의 행위를 처벌하기 때문에 형법상 평등 원칙 위반을 주장하는 이 사건의 청구는 기각되는 것이 마땅하다.<sup>42)</sup> 형법 제222-23조에서 규정된 강간죄에 대한 일반적인 처벌과 같은 법 제222-24조에서 나타나는 미성년자 보호 조항이 서로 다른 성격의 범죄 행위인 것이다.

마지막으로, 1789년 선언 제8조에 따르면 “법률은 엄격하고 명백하게 필요한 형벌만을 제정해야 한다.” 헌법 제61조 제1항은 헌법재판소에 의회와 동일한 성격의 일반적인 평가 및 결정 권한을 부여하지 않고, 헌법재판소에 심사를 위해 제출된 법률 조항이 헌법에 보장된 권리 및 자유에 부합하는지를 판단할 관할권만 부여하고 있다. 범죄에 대한 처벌의 필요성은 입법부가 결정할 문제이지만, 범죄와 그에 따른 처벌 사이에 명백한 불균형이 없는지 확인하는 것은 헌법재판소가 해야 할 일이다.<sup>43)</sup> 성인이 15세 미만의 미성년자에게, 혹은 미성년자가 가해자에게 행하는 성적 또는 구강성교 행위 중 두 사람의 나이 차이가 5년 이상인 행위에 대해 20년 이하의 징역형을 부과함으로써 성범죄의 피해자인 미성년자에 대한 보호를 강화하고자 했던 입법부는 명백히 불균형한 형벌을 도입하지 않았다.<sup>44)</sup>

결과적으로, 이 위반 행위를 처벌하는 절차는 1789년 인권선언 제8조에 따라 판사에게 위임된 형벌의 개별화 원칙(*principe de l'individualisation des peines*), 즉, 넓은 의미에서 각각의 범죄자에 따라 형량을 달리하는 원칙에 벗어나는 목적이나 효과를 갖지 않는다.<sup>45)</sup> 오히려 그 반대이며, 이를 통해 인간 개개인의 기본권이 보장되는 것이다. 따라서 형벌의 필요성 및 비례성 원칙에 반한다는 청구이유는 배척되어야 한다.<sup>46)</sup>

41) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 23번째 단락.

42) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 24번째 단락.

43) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 25번째 단락.

44) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 26번째 단락.

45) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 27번째 단락.

46) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 28번째 단락.

## 4. 나오며

2023년 1월 31일 프랑스 내무부 통계청의 발표 내용에 따르면 2022년에는 성폭력(violences sexuelles)과 관련해 총 84,500건의 범죄가 발생했다.<sup>47)</sup> 이들 중 대부분은 신체적 성폭력 피해자(73%)였으며, 피해자의 대다수는 여성(86%)이며, 절반 이상이 미성년자(55%)라는 점에 주목해야 한다.

이처럼 성범죄와 관련한 피해자 중 미성년자가 총 피해자의 절반을 넘는다는 점에서 본 헌법재판소의 결정은 사회가 직면한 문제를 해결할 수 있는 실마리를 제공하는 것 같다. 실제로 에릭 뒤퐁-모레티 법무부 장관은 본인의 엑스(舊 트위터) 계정에서 헌법재판소의 결정이 “법치를 존중하면서 우리 아이들을 더 잘 보호하기 위해 국회의원들이 찾은 균형을 입증했다”고 언급하며 이 결정을 환영하였다. 미성년자에게도 성적 자기결정권이 존재하지만 그들이 이 권리를 충분히 행사하기 어려운 나이임을 고려했을 때 미성년을 강간 및 성폭행 한 가해자에게 가중 처벌을 하는 것은 피고인의 권리를 침해하는 것이 아니라는 것이 본 결정의 논거인 것이다. 성적 자기결정권은 성행위의 여부나 성행위의 상대방 혹은 방법을 다 포함하는 기본권임에도 불구하고 성인에 비해서 미성년자가 피해를 입게 되었을 때 거부 의사를 표현하기 어렵다는 점에서 법은 더 적극적으로 미성년 피해자를 보호해야 할 필요가 있다.

이 뿐만 아니라, 2020년 11월 입소스(Ipsos) 조사에 따르면 프랑스인 10명 중 1명은 어렸을 때 성적 학대를 당한 경험이 있다고 한다. 그 중 80%는 가족 내에서 발생한 것으로 나타났다. 국제 근친 강간 피해자 협회(Association internationale des victimes de l'inceste)의 창립 회장인 이자벨 오브히(Isabelle Aubry)는 “프랑스인 세 명 중 한 명은 근친상간 피해자를 알고 있다”고 말한다.<sup>48)</sup> 미성년자 근친 강간이 프랑스 사회가 직면하고 있는 문제점 중 하나임이 이번 통계 및 법률 개정을 통해 수면 위로 드러난 것이다. 근친 강간의 큰 문제 중 하나는 피해를 입는 아이가 그 심각성을 파악하기 어렵다는 점에 있다. 가해자와 피해자 사이의 긴밀한 관계가 피해자로 하여금 가해자에게 충성을 하도록 만들고 가해자가 원하는 행위를 하지 않았을 때 아이는 쉽게

47) Service Statistique Ministériel de la Sécurité Intérieure (SSMSI), *Insécurité et délinquance en 2022 : Bilan Statistique*, p. 9.

48) [https://www.francetvinfo.fr/replay-radio/le-monde-d-elodie/un-francais-sur-dix-se-dit-victime-d-inceste-pour-isabelle-aubry-c-est-un-scandale-de-sante-publique\\_4169105.html](https://www.francetvinfo.fr/replay-radio/le-monde-d-elodie/un-francais-sur-dix-se-dit-victime-d-inceste-pour-isabelle-aubry-c-est-un-scandale-de-sante-publique_4169105.html).

죄책감을 갖게 된다. 미성년자들은 이러한 관계에 문제가 있음을 인지함에도 불구하고, 가해자가 자신과 가까운 가족이라는 점에서 본인이 겪는 성적 피해에 대해 직접적으로 언급하거나 거절할 수 없는 것이다.

따라서 미성년자를 성범죄로부터 보호하는 법을 제정하는 것은 이들을 향한 성폭행과 성추행의 심각성을 인정하는 것임을 알 수 있다. 미성년자와 성인 사이의 성적 관계는 둘 사이에 상호적 합의나 동의를 기반으로 한다고 하더라도 범죄로 규정된 것이다. “상호간의 동의”라는 개념이 법적으로 명확히 정의되어 있지 않아 발생했던 미성년 피해자의 심적 고통이 이번 결정을 통해 경감되는 효과를 얻게 된 것이다.

미성년자의 권리 보호와 관련된 법률의 발전이 법률 시스템 안에서 자정작용을 통해 나온 것이 아닌, 사회에서 실제로 일어난 역사적 사건으로 인함은 여전히 안타까운 일이다.<sup>49)</sup> 그럼에도 불구하고 입법부의 노력과 사법부의 판단을 통해 미성년자가 본인의 권리를 충분히 보장받을 수 있게 된 점에서 프랑스 사회가 법률의 불완전성이 조금이나마 보완되었다고 결론지을 수 있다. 이 지점에서 본 결정과 법률은 큰 사회적 의의를 지닌다고 할 수 있을 것이다.

---

49) 미성년자 강간과 관련된 법률들의 개정과 신설이 급 물결을 타게 된 이유로는 전 프랑스 정치인이자 유럽 의회 의원이었던 올리비에 뒤아멜(Olivier Duhamel)이 자신의 양자를 성적으로 학대한 일이 수면 위로 드러났기 때문이다.

# 세계헌법재판 조사연구보고서

(2024 제1호)

2024년 1월 17일 인쇄

2024년 1월 22일 발행

발행: 헌법재판소  
헌법재판연구원

인쇄: 크리커뮤니케이션  
02) 2273-1775

<비매품>

