발 간 등 록 번 호
33-9750040-000245-07

세계헌법재판 조사연구
2022-E-7

2022 제7호(통권 제57호)

세계헌법재판 조사연구보고서

Constitutional Research Institute

헌법재판소
헌법재판연구원

목 차

세계헌법재판 조사연구보고서 2022년 제7호 소개 / 비교헌법연구팀장 정유진

최신 세계헌법판례

미국

뉴욕주 총기규제법 위헌 판결/ 책임연구관 임기영 ····· 3

고등학교 미식축구 코치의 종교적 행위를 금지한 교육구 정책의 종교의 자유 침해 / 책임연구관 장효훈 ····· 31

오스트리아

자녀의 출생신고 시 여성 동성 커플에게만 부과되는 증명의무의 위헌성 / 책임연구관 이지효 ····· 57

문화시설 출입을 금지하고 불특정 다수의 예술 관련 회합을 허용하지 않는 코로나19 긴급조치시행령의 위법 여부 / 책임연구관 이지효 ····· 68

유럽인권재판소

국적국에 입국할 권리 / 책임연구관 임기영 ····· 81

세계헌법재판기관 소개

몰디브 대법원 ····· 101

세계헌법재판 관련 논문 목록

▌세계헌법재판 관련 논문 목록(최신호) ····· 107

국외통신원 소식

▌오사카지방재판소의 동성혼 관련 입법부작위에 대한 합헌 판단(일본) ····· 111

알 림

「세계헌법재판 조사연구보고서」 2022 제7호(통권 제57호)는 헌법재판연구원에서 2022년 10월에 메일로 보내드린 「세계헌법재판 조사연구」를 책자로 발간한 것임.

세계헌법재판 조사연구보고서 2022년 제7호 소개

❑ 최신 세계헌법판례

미국 연방대법원은 <뉴욕주 총기규제법 위헌 판결>에서, 공공장소에서 총기를 휴대할 수 있는 무제한 면허를 발급받으려는 사람에게 '정당한 이유(proper cause)'를 입증하도록 한 뉴욕주의 법률이 무기소지의 권리를 규정하고 있는 헌법 수정 제2조에 위배된다고 판단하였습니다.

미국 연방대법원은 <고등학교 미식축구 코치의 종교적 행위를 금지한 교육구 정책의 종교의 자유 침해> 사건에서, 공립 고등학교 미식축구 코치였던 상고인이 경기 후 경기장 중앙에서 무릎을 꿇고 침묵 기도를 하였다는 이유로 상고인을 징계한 교육구(school district)의 조치가 헌법 수정 제1조의 종교의 자유 및 표현의 자유를 침해하였다고 판단하였습니다.

오스트리아 헌법재판소는 <자녀의 출생신고 시 여성 동성 커플에게만 부과되는 증명의무의 위헌성> 사건에서, 자녀의 모친과 등록된 동반자관계에 있는 여성이 '다른 한 쪽의 양친'으로 법적 인정을 받으려면 모친에게 의학적 보조생식이 시행되었음을 자녀의 출생 신고 시 증명하도록 한 일반민법전 조항이 평등원칙에 관한 헌법 제7조 제1항 및 가정생활의 보호에 관한 유럽인권협약 제8조 제1항에 위배된다고 판단하였습니다.

오스트리아 헌법재판소는 <문화시설 출입을 금지하고 불특정 다수의 예술 관련 회합을 허용하지 않는 코로나19 긴급조치시행령의 위법 여부> 사건에서, 문제된 시행령이 청구인들의 예술의 자유를 침해하는 것은 아니지만, 집회 및 종교행사 관련 회합을 허용하면서 예술 관련 회합을 전적으로 금지하여 평등원칙에 반하여 법률에 위배된다고 판단하였습니다.

유럽인권재판소는 <국적국에 입국할 권리> 사건에서, 급진 수니파 무장단체인 '다에시(Daesh)'에 가담하기 위해 시리아와 이라크에 갔다가 시리아민주군에 체포되어

수감된 프랑스 여성들과 그 자녀들에 관한 본국송환 요청을 프랑스가 거부한 것이 국적국의 영토에 입국할 권리를 규정하고 있는 유럽인권협약 제4추가의정서 제3조 제2항에 위배된다고 판단하였습니다.

❑ 세계헌법재판기관 소개

이번 호에서는 몰디브 대법원을 소개하였습니다.

❑ 세계헌법재판 관련 논문 목록

최신 학회지에 실린 세계헌법재판 관련 논문들을 정리해 놓았습니다.

❑ 국외통신원 소식

일본 통신원의 <오사카지방재판소의 동성혼 관련 입법부작위에 대한 합헌 판단>에서는, 동성혼 제도를 두고 있지 않은 입법부작위가 법 앞의 평등을 규정한 헌법 제14조 제1항에 위배되지 않는다고 판단한 오사카지방재판소의 판결을 소개하였습니다.

미국

뉴욕주 총기규제법 위헌 판결
/ 책임연구관 임기영

고등학교 미식축구 코치의 종교적 행위를 금지한 교육구 정책의 종교의 자유 침해
/ 책임연구관 장효훈

뉴욕주 총기규제법 위헌 판결[1)]

Ⅰ. 사건개요

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

집이나 사업장에서 총기를 소지하기를 원하는 총기면허 신청자는 자신이 도덕적 성품(good moral character)을 지녔으며, 범죄나 정신질환 이력이 없고, 면허를 거부할 정당한 이유가 없다는 점을 면허 담당 공무원 -보통 판사나 경찰- 에게 증명해야 한다.[5)] 만일 집 밖이나 사업장 밖에서 총기를 휴대하기를 원한다면 -뉴욕주에서는 타인의 눈에 띄는 상태로 총기를 휴대하는 것은 전혀 허용되지 않으므로- 신청자는 권총이나 리볼버(회전식 연발 권총)의 은닉(concealed)[6)] 소지 및 휴대를 위한 무제한 면허(unrestricted license)를 취득해야 한다.[7)] 그러한 무제한 면허를 취득하기 위해서는

---

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

2) **미국 헌법 수정 제2조 (무기소지의 권리)**
규율 있는 민병대는 자유로운 주의 안보에 필수적이므로 무기를 보유하고 휴대하는 개인의 권리는 침해될 수 없다.

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

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

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

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

7) §400.00(2)(f).

신청자가 그 발급에 '정당한 이유(proper cause)'가 있음을 증명해야 한다.[8] 만일 그러한 증명을 하지 못하는 경우 신청자는 사냥, 과녁사격, 직업상의 필요 등의 제한된 목적에 한하여 공공장소에서의 총기휴대가 허용되는 제한적 면허(restricted license)만 받을 수 있다.[9]

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

Ⅱ. 쟁점 및 판단

1. Thomas 대법관의 법정의견(6인 의견)[11]

뉴욕주의 '정당한 이유' 요건은 일반적인 자기방어의 필요성이 있는 준법시민이 공공장소에서 무기를 보유하고 휴대할 권리를 행사하지 못하게 함으로써 헌법 수정

8) §400.00(2)(f).

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

10) **미국 헌법 수정 제14조 (공민권)**
제1항. 미국에서 출생하거나 귀화하고, 미국의 관할권에 속하는 모든 사람은 미국 시민이자 그 거주하는 주의 시민이다. 어떠한 주도 미국 시민의 특권과 면책권을 제한하는 법률을 제정하거나 시행할 수 없다. 어떠한 주도 적정한 법의 절차에 의하지 않고는 어떠한 사람으로부터도 생명, 자유, 또는 재산을 박탈할 수 없으며, 그 관할권 내에 있는 어떠한 사람에 대해서도 법률의 평등한 보호를 거부하지 못한다.

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

제14조에 위반된다.

가. 뉴욕주 총기면허제도

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

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

나. 2단계 심사에 대한 비판 및 역사적 분석의 타당성

1) 2단계 심사

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

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

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

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

15) 뉴욕, 캘리포니아, 하와이, 메릴랜드, 매사추세츠, 뉴저지.

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

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

두 번째 단계에서 법원은 종종 해당 법률이 헌법 수정 제2조의 핵심에 얼마나 가까이 갔는지, 그 권리에 법률이 부과하는 부담이 얼마나 과도한지를 분석한다. 연방항소법원들은 일반적으로 헌법 수정 제2조상의 권리의 핵심은 집에서의 자기방어에 한정된다고 하였다.[18] 만일 헌법 수정 제2조상의 권리의 핵심에 부담이 간다면, 법원은 엄격심사기준을 적용하여 정부가 해당법률이 긴절한 정부이익을 달성하기 위해 면밀하게 재단된 것임을(narrowly tailored to achieve a compelling governmental interest) 입증하도록 한다.[19] 만일 헌법 수정 제2조상 권리의 핵심에 부담이 되는 경우가 아니라면, 법원은 중간심사기준을 적용하여 정부가 해당 규제가 중요한 정부이익의 달성과 상당히 연관되어 있는지를(substantially related to the achievement of an important governmental interest) 입증하도록 한다.[20]

2) 2단계 심사 중 두 번째 단계에 대한 비판

이러한 2단계 심사는 한 단계가 불필요하게 많은 방식이다. 첫 번째 단계는 역사를 바탕으로 헌법 수정 제2조의 법문에 기초한 심사를 요구한다는 점에서 Heller 판결에 대체로 부합한다. 하지만 Heller 판결과 McDonald 판결은 수단-목표 심사를 적용하는 두 번째 단계를 뒷받침하지는 않는다. Heller 판결의 방법론은 헌법의 문언과 역사에

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

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

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

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

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

중점을 두고 있지, 엄격심사나 중간심사와 같은 수단-목적 심사를 원용하는 것이 아니며, 중간심사와 유사한 이익형량심사도 명백히 배척하였다.

3) 역사적 분석의 타당성과 헌법 수정 제2조의 우위성

역사적 분석은 때때로 어렵고 미묘할 수 있다. 그러나 헌법 문언의 의미를 확인하기 위해 역사에 의존하는 것은 판사에게 총기제한의 비용과 이익에 관한 실증적인 판단을 요구하는 것보다 - 그 분야에서 부족한 그들의 전문지식을 고려하건대 - 더 정당하고 집행가능한 방식이다.[21] 중간심사의 기치 아래 총기규제에 관한 실증적인 판결을 내려야 하는 어려운 과제를 맡은 연방법원들은 종종 입법부의 판단에 따르고 있다. 입법부의 이익형량에 대한 사법부의 존중은 이해할 수 있고 다른 경우라면 적절한 것일 수도 있지만, 여기서 헌법이 요구하는 바는 존중이 아니다. 헌법 수정 제2조는 바로 국민들의 이익형량의 산물이며, 자기방어를 위해 무기를 사용할 책임감 있는 준법시민들의 권리는 다른 이익들보다 우위에 있다.[22]

4) 역사적으로 유사한 규제가 있었는지 여부

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

총기규제가 헌법 수정 제2조에 부합하는지를 결정하기 위해 Heller 판결과 McDonald

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

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

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

24) 미국 헌법 수정 제14조가 비준된 해이다.

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

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

판결은 적어도 두 가지의 관련 기준을 들고 있는데, 첫째는 현재와 과거의 규제가 무장을 통한 자기방어권에 비슷한(comparable) 부담을 부과하는지 여부이고, 둘째는 그러한 규제가 부과하는 부담이 비슷하게 정당화되는지(comparably justified) 여부이다. 개인의 자기방어는 헌법 수정 제2조의 핵심적인 요소이기 때문에 이러한 두 가지 기준은 유추적 심리에 있어 핵심적인 고려사항이 된다.[27)]

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

다. 뉴욕주의 '정당한 이유' 요건에 대한 판단

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

1) 헌법 수정 제2조의 문언 해석

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

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

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

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

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

러한 대립상황은 당연히 집 밖에서도 일어날 수 있다.

2) 뉴욕주의 '정당한 이유' 요건을 정당화하는 역사적 전통의 유무

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

가) 영국의 역사와 관습

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

나) 영국 식민지 시대 및 초기 미국의 규제들

피상고인들은 영국 식민지 시대와 미국 초기의 역사를 언급하였지만, 식민지 시대에 존재하였던 무기의 공공휴대[33]에 대한 세 가지 규제만이 확인될 뿐이었다. 단지 식민지 시대의 세 가지 규제가 공공휴대에 대한 규제의 전통을 보여주기에 충분한지에 대해서는 의구심이 들지 않을 수 없다. 어쨌든 이러한 규제법률을 살펴보더라도

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

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

33) 공공장소에서의 휴대(public carry).

이 사건 뉴욕주의 법률과 비슷하게 무기의 공공휴대를 규제하였다는 확신이 들지는 않는다. 당시의 법률들은 '위험하고 비일반적인 무기'의 휴대를 포함하여 기본적으로 사람들에게 '두려움'이나 '공포'를 확신시키는 방식으로 무기를 휴대하는 것을 금지하였다.[34] 식민지 시대에 권총이 '위험하고 비일반적인 무기'로 여겨졌을 가능성이 어떻든 간에, 오늘날에 있어 권총이 자기방어를 위해 널리 사용되고 있다는 점에 이론이 없으며 실제로 이는 '전형적인 자기방어 무기'[35]라고 할 수 있다. 따라서 이러한 식민지 시대의 법률은 오늘날 의심할 여지없이 일반적으로 사용되는 무기의 공공휴대를 제한하는 법률을 정당화하지 못한다.

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

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

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

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

② 보증법(Surety Statutes) : 19세기 중반, 어떤 사람들에게는 공공장소에서의 무기휴대 전에 보증금을 내도록 요구하는 법률을 채택하는 곳이 많아지기 시작했다. 이 사건 피상고인들의 입장과는 반대로, 이러한 보증법은 절대 뉴욕주의 '정당한 이유' 요건의 직접적인 전조가 된다고 할 수 없다. 뉴욕주는 높은 필요성을 증명하지 않는

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

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

한 개인이 무기를 공공휴대할 권리가 인정되지 않는다고 추정하는 반면, 보증법은 개인이 공공휴대에 대한 권리를 갖는다고 추정되고 다만 다른 사람이 '부상이나 치안방해에 대한 우려'에 합리적인 이유[36]가 있다는 구체적인 입증을 하는 경우에만 부담이 부과될 뿐이다. 따라서 뉴욕주 제도와 달리, 특별한 필요의 입증은 개인이 타인을 상해하거나 치안을 방해하고자 하여 합리적으로 고소된 후에야 요구되는 것이었다. 그리고 특별한 필요의 입증은 단지 비용을 내지 않아도 된다는 것에 그치는 것이었다.

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

라) 남북전쟁 이후 재건시대의 규제들

미국 헌법 수정 제14조가 채택될 즈음의 증거들 역시 피상고인들의 입장을 뒷받침하지는 않는다. 무기를 보유하고 휴대할 권리에 대한 연방의회와 공적담론에서의 논의는 남북전쟁 이후 재건시대 동안 그 권리가 자기방어를 위해 평화적으로 권총을 휴대할 대중의 권리에 부합하는 한계를 가졌다는 점을 일반적으로 보여주고 있다. 두 개의 텍사스 주 판결들은 −English v. State, 35 Tex. 473 (1871)과 State v. Duke, 42 Tex. 455 (1875)− 무기의 공공휴대에 관하여 뉴욕주의 '정당한 이유' 요건과 유사한 '합리적인 근거(reasonable grounds)' 기준을 허용하였다. 그러나 텍사스 주 판결들은 예외적인 것으로서 남북전쟁 이후의 법원들이 공공장소에서 무기를 휴대할 권리를 바라보는 시각에 대한 통찰을 제공하지는 못한다.[37]

마) 19세기 후반의 규제들

마지막으로, 피상고인들은 19세기 후반에 약간 증가한 총기규제를 지적하였다. 그러나 연방대법원이 Heller 판결에서 주장하였듯이, 19세기 후반의 증거는 그것이 앞선 증거들과 모순되는 경우 헌법 수정 제2조의 의미에 대한 통찰을 그다지 제공해주지 못한다. 게다가 피상고인들이 원용한 대다수의 법률들은 서부 준주(Western Territories)[38]들에서 온 것이다. 이렇게 가까스로 존재하는 국지적인 규제들은 공공휴

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

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

38) 준주(準州)는 주의 자격을 얻지 못한 행정구역으로 미국 독립 이후 중서부와 서부, 태평양・대서양

대를 허용하였던 오랜 미국의 전통에 대한 압도적인 증거를 뛰어넘지 못한다.[39] 게다가 이러한 준주 법률들은 사법심사의 적용을 거의 받지 않았으며, 모든 공공휴대에 대한 전례 없는 금지가 헌법 수정 제2조에 부합되는 것으로 해석되는 이유에 대한 설명도 없었다. 결국 이러한 준주 규제들은 준주 정부의 과도적 성격에 따라 짧은 기간 동안만 존재했기 때문에 큰 비중을 갖지 못하는 것이 당연하다. 그 중 일부는 법률이 통과된 직후 위헌으로 판결되기도 하였고, 일부는 준주가 미합중국의 주로 승격되며 살아남지 못하였다.

바) 소결

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

라. 법정의견의 결론

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

2. Alito 대법관의 보충의견(1인 의견)

나는 법정의견에 전적으로 동의하며, 반대의견에 대해 다음과 같은 언급을 추가

연안의 여러 지역들이 준주의 형태로 편성되었다.

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

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

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

한다.

가. 연방대법원 판결내용, 반대의견의 통계의 무관성, 자기방어의 실례

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

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

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

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

연방대법원의 실제 판결 내용에 비추어볼 때, 반대의견이 제시한 수단으로 정당한 목적이 도모될 수 있다고 보기는 어렵다. 예를 들어, 반대의견은 왜 최근의 총기난사 사건을 이야기하는 것이 적절하다고 생각하는가? 반대의견은 뉴욕주의 규제법률과 같은 법률이 그러한 잔혹행위를 방지할 수 있다고 생각하는가? 총기난사를 결심한 사람이 집 밖에서 권총을 휴대하는 것이 불법이라는 점을 알았다고 그 결심을 그만둘까? 최근 총기난사 사건 중 하나가 뉴욕주 버팔로에서 발생[44]하였던 것은 어떻게 설명할 것인가? 이 경우 뉴욕주법은 범인을 멈추지 못하였음이 분명하다.

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

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

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

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

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

사적으로 소지되고 있는 4억 개의 총기 중 어느 정도가 범죄자의 손에 있는지 정확히 알 수는 없지만, 수많은 강도와 강간범들이 총기로 무장하고 있으며 뉴욕주법 때문에 이를 그만두지 않음은 분명하다. 경찰이 모든 범죄자를 무장해제시킬 수도 없고, 뉴욕주의 2천만 주민, 뉴욕시의 880만 시민들에게 경호원을 제공할 수도 없다. 이들 중 어떤 사람들은 범죄율이 높은 지역에 살고 있고, 어떤 사람들은 퇴근 후 집에 가기 위해 어둡고 위험한 길을 지나야 하고, 어떤 사람들은 특히 취약한 그룹에 속해 있기도 하다. 이들 중 어떤 사람들은 공격을 받는 상황에서 총을 내두르거나 필요한 경우 사용하지 않으면 강도나 강간을 당하거나 심각한 부상을 입을 것이라고 합리적으로 생각할 수 있다.

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

45) 18 U. S. C. §§922(x)(2) - (5).

46) 18 U. S. C. §§922(b)(1), (c)(1).

나타났다.[47]

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

우리는 헌법 수정 제2조가 자기방어를 위하여 준법시민이 집 밖에서 총기를 휴대할 권리를 보호하며, 대부분의 뉴욕 사람들에게 이를 사실상 불가능하게 하는 뉴욕주법은 위헌이라고 판결하였을 뿐이다.

나. 총기휴대허가의 어려움

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

다. 반대의견의 분석법이 갖는 문제점

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

---

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

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

Heller 판결은 헌법 수정 제2조가 총기를 소지하고 필요한 경우 사용함으로써 치명적인 폭력으로부터 자신을 보호할 준법시민들의 권리를 성문화한 것이라고 올바르게 인지하였다. 헌법 수정 제2조가 채택되었던 1791년, 경찰국은 존재하지 않았고 많은 가족들이 외떨어진 농장이나 변경지역에 홀로 살았으며, 이런 사람들이 공격을 받는 경우 그들뿐이 없었다. 만일 연방정부나 주가 그들에게서 자기방어를 위해 필요한 총기를 빼앗아가려고 했다면 그들이 분출하였을 분노는 상상하기 힘들다.

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

3. Kavanaugh 대법관의 보충의견(2인 의견)[48)]

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

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

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

반면 43개주에서는 객관적인 '의무적 발급' 면허제도가 채택되고 있다. 이러한 의

48) Kavanaugh 대법관, Roberts 대법원장의 의견.

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

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

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

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

위와 같은 언급을 추가하며, 나는 법정의견에 동의하는 바이다.

4. Barrett 대법관의 보충의견(1인 의견)

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

첫째, 법정의견은 헌법 비준 이후의 관행이 헌법의 원의(原義, original meaning)와 관련되는 방식이나 상황을 확실하게 판단하지 않았다. 학자들은 이러한 분석을 위해 청산(liquidation), 전통, 선례를 포함한 상충적이고 잠재적으로 모순적인 틀(framework)을 제시해왔다.[50] 역사의 사용이 허용되는 범위는 이러한 틀에 따라 다양할 수 있다. 몇 가지 예를 들면, 비준 이후 얼마나 오랫동안 후속 관행이 원래의 공적 의미를 밝혀줄 수 있는가?[51] 헌법적 분석에 있어 관행이 설득력을 가지려면 어떤 형태를 취해야 하는가?[52] 그리고 관행이 통치구조 조항뿐만 아니라 개인의 기본권의 의미도 결

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

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

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

정하는가?[53] 이 사건에서는 역사적 심리가 이러한 질문에 답할 것을 요하지는 않았지만 다른 사건에서는 다를 수 있다.

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

5. Breyer 대법관의 반대의견(3인 의견)[56]

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

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

---

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

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

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

56) Breyer, Sotomayor, Kagan 대법관의 의견.

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

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

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

나는 법정의견이 몇 가지 심각한 실수에 근거하였다고 생각한다.

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

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

가. 총기폭력의 심각성

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

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

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

---

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

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

62) Ibid.

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

64) Ibid.

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

총기가 야기하는 위험은 다양한 형태를 띤다. 2022. 6. 5. 펜실베니아주 필라델피아의 오락구역(3명 사망, 11명 부상), 2022. 5. 24. 텍사스주 유밸디의 초등학교(21명 사망), 2022. 5. 14. 뉴욕주 버팔로의 슈퍼마켓(10명 사망, 3명 부상), 2022. 3. 16. 조지아주 애틀란타의 스파들(8명 사망), 2019. 8. 4. 오하이오주 데이턴의 오락구역 내 번화가(9명 사망, 17명 부상), 2016. 5. 12. 플로리다주 올랜도의 나이트클럽(50명 사망, 53명 부상), 2015. 6. 17. 사우스캐롤라이나주 찰스턴의 교회(9명 사망), 2012. 7. 20. 콜로라도주 오로라의 극장(12명 사망, 50명 부상), 2012. 12. 14. 코네티컷주 뉴타운의 초등학교(26명 사망)에서 일어난 총기난사 사건들과 이보다 훨씬 더 많은 사건들이 신문에 실렸다.

총기난사 사건은 문제의 일부에 불과하다. 총기에 대한 쉬운 접근은 미국인의 삶의 다른 여러 측면을 더욱 위험하게 만들 수 있다. 2021년 매월 평균 44명이 도로에서 운전자의 난폭 행동으로 총에 맞아 사망하거나 부상을 당했다.[67] 이 중 일부는 차에 장전된 총이 없었더라면 피할 수 있었을 죽음이었다.[68] 시위의 경우도 마찬가지이다. 2020년 1월에서 2021년 6월 사이에 있었던 3만 건의 시위를 조사한 연구에 따르면 무장시위는 비무장시위보다 폭력적이거나 파괴적으로 될 가능성이 6배 가까이 된다고 한다.[69] 가정불화에 있어서도 관련 연구는 파트너가 총기에 접근가능한 경우

65) CDC, Fast Facts.

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

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

68) Ibid.

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

여성이 폭력적인 파트너에 의해 죽을 가능성이 5배라고 밝혔다.[70] 자살의 경우, 권총을 소유한 남성은 그렇지 않은 남성보다 자살할 가능성이 3배 더 높으며, 권총을 소유한 여성은 그렇지 않은 여성보다 7배가 더 높다고 한다.[71]

경찰과의 상호작용을 살펴보면, 총기의 민간 소지는 경찰과 민간 양측 모두에게 위험을 증가시킨다. 총기소유율이 높은 주에서는 경찰이 공무수행 중 사망할 확률이 총기소유율이 낮은 주에서보다 3배가 높다.[72] 또한 총기소유율이 높은 주에서는 민간인이 경찰이 쏜 총에 맞아 사망할 확률이 총기소유율이 낮은 주에서보다 4배가 높다.[73]

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

나. 법정의견의 '정당한 이유' 기준 비판에 대한 반론

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

법정의견은 뉴욕주의 면허제도가 담당 공무원에게 너무 많은 재량을 주며, 그들의 결정에 대한 사법심사가 너무 제한적이라고 생각하고 있다. 또한 '정당한 이유' 기준을 충족하기가 너무 어렵고, 이러한 특성들이 다른 대다수의 주들과 비교했을 때 뉴

76) 약 784.5㎢.

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

78) Kachalsky, 701 F. 3d, at 85–86.

79) N. Y. Penal Law Ann. §400.00(3).

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

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

욕주를 이례적인 경우로 만들었다고 보고 있다.

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

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

둘째, 법정의견은 뉴욕주의 '정당한 이유' 기준을 충족되기 어려운 기준으로 규정한다. 그러나 다시 한 번 이야기하건대, 그러한 기준이 실제로 어떻게 적용되는지를 설명하는 증거기록은 없다. 그러므로 법정의견의 위와 같은 규정이 잘못될 수 있음은 당연하다. 법정의견은 '정당한 이유' 기준이 충족되기 어려운 기준이라는 주장을 뒷받침하기 위해 뉴욕시에서 유래한 사건들만을 인용하였는데,[84] 뉴욕시 사건은 뉴욕주의 다른 지역(예를 들어 상고인들이 거주하는 렌셀러 카운티)에서 '정당한 이유' 기준이 어떻게 적용되는지를 정확히 보여주지는 못할 것이다. 법정조언자 기록에 따르면 뉴욕주의 면허제도는 의도적으로 유연하게 규정되어 있어 카운티와 시가 각 지

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

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

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

역에 맞게 대응할 수 있도록 허용하고 있다. '정당한 이유'나 '특별한 필요'는 지역에 따라 덜 엄격하게 해석될 수 있으며, 뉴욕시의 경우 인구가 밀집되어 높은 총기폭력의 위험이 내재하고 있어 이 기준을 비교적 엄격하게 적용해 왔다. 반면 다른 시골 카운티들은 은닉휴대 면허를 도시보다 더 자유롭게 발급하곤 한다. 같은 주 안에서도 지리적 다양성이 있음을 고려하건대, 증거기록도 없이 뉴욕시의 기준이 어려우므로 렌셀러 카운티에서도 그러할 것이라고 치부하는 것은 너무 포괄적인 태도이다.

마지막으로, 법정의견은 뉴욕주의 면허제도를 다른 주들과 비교하였다. 그러나 '의무적 발급' 면허제도와 '재량적 발급' 면허제도를 구분함에 있어, 법정의견은 그 범주 사이의 다양한 변주를 무시하였다. 예를 들어, 3개 주(코네티컷, 델라웨어, 로드아일랜드)는 재량적인 법규정을 갖고 있지만 실무에서는 의무적 발급에 가깝게 운용된다는 이유로 의무적 발급 제도를 채택한 43개 주에 포함시켰다. 또한 의무적 발급 제도에 해당하는 주들 중 일부 주들(앨라배마, 콜로라도, 조지아, 오리건, 버지니아 등)은 면허 담당자에게 일정 부분 재량권을 부여하고 있다. 따라서 의무적 발급과 재량적 발급 사이의 구분선은 법정의견의 주장처럼 명료한 것이 아니다. 설사 이를 옳다고 인정하더라도, 이러한 현상은 비교적 최근에 국한된 것에 불과하다. 1980년대까지는 재량적 발급 제도가 지배적이었으며, 주들이 의무적 발급 제도로 넘어온 것은 최근 몇십 년뿐이다. 게다가 재량적 발급 제도를 채택한 곳의 숫자만 세고 그러한 제도의 적용을 받는 인구수를 세지 않는 것은 불완전한 설명이 된다. 재량적 발급 제도를 채택한 곳은 뉴욕, 캘리포니아, 하와이, 메릴랜드, 매사추세츠, 뉴저지 6개 주와 워싱턴 D.C.로 총 7곳이다. 그러나 이 7곳의 인구는 8440만 명으로 미국 전체 인구의 1/4을 넘는다.[85] 그리고 이 7곳이 재량적 발급 제도를 선택한 타당한 이유가 있다. 이곳들은 미국에서 가장 인구밀도가 높은 곳들로 꼽히며,[86] 뉴욕시, LA, 샌프란시스코, 워싱턴 D.C. 호놀룰루, 보스턴과 같이 미국의 가장 밀집되고 인구가 많은 도시를 포함하고 있다.[87]

인구가 밀집된 도시는 총기폭력이 야기하는 위험의 종류와 정도가 시골 지역과는

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

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

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

다르다. 그렇기 때문에 재량적 발급 제도를 둔 7곳이 다른 곳보다 총기의 휴대를 더 엄격하게 규제하는 것이다. 뉴욕주는 재량적 발급 제도의 유지를 정당화하는 상당히 많은 데이터를 제시하였다. 이 데이터에 따르면 엄격한 총기규제는 총기 관련 부상 및 사망률을 낮춘다는 점을 알 수 있다.[88]

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

다. 역사에만 의존하는 심사에 대한 비판

1) 수단-목적 심사기준 배제의 변칙성

법정의견은 뉴욕주법이 실제로 실무에서 어떻게 운용되고 있으며 그 목적이 무엇인가를 고려함 없이 어떻게 뉴욕주법의 파기를 정당화하였는가? 법정의견은 거의 전적으로 역사에만 의존하였다. 법정의견은 '수단-목적' 심사기준의 채택을 거부하였지만, 연방항소법원들 중 어느 곳에서도 거의 전적으로 역사에만 의존하는 방식을 채택한 경우는 없다는 점에는 동의하였다. 모든 연방항소법원은 2단계 심사를 적용해 왔다. 오늘 법정의견은 이러한 연방항소법원들의 합의를 역사에만 의존하는 접근법으로 대체하고 있다. 이는 일반적이지 않은 일이다.

Heller 판결은 "*열거된 헌법상의 권리들에 적용되는 어떤 심사기준*에 따르든, 자신의 집과 가정을 보호하기 위해 이 국가에서 가장 선호되는 총기를 집에 보유하고 사용하는 것을 금지하는 것은 헌법적 기준을 통과하지 못할 것이다."[89]라고 판시하였다. 이러한 용어의 사용은 어떤 형태로든 수단-목적 심사기준이 적용된 것임을 명확히 보여준다. 그럼에도 불구하고 법정의견은 Heller 판결이 수단-목적 심사기준을 배제하였다고 주장하고 있는데 이는 잘못된 해석에 근간한 것이다.

우리는 표현의 자유를 비롯하여 많은 다른 헌법 조항이 포함된 사건에서 자주 수단-목적 심사기준을 사용한다. 따라서 무기를 휴대할 헌법 수정 제2조상의 권리를 규제하는 법률에 수단-목적 심사기준을 적용하는 것이 헌법상 변칙을 만들어내지는 않

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

89) Heller, 554 U. S., at 628–629.

을 것이다. 오히려 법정의견이 수단-목적 심사기준을 배척하고 엄격하게 역사에만 의존하는 접근법을 채택하는 것이 더 변칙적이다.

2) 역사에만 의존하는 심사의 문제점

거의 전적으로 역사에만 의존하는 법정의견의 방식은 불필요할 뿐만 아니라 비현실적이다. 이러한 방식은 하급심 법원에 쉽게 달성할 수 없는 과제를 부과한다. 판사들은 법률의 목적과 그 수단을 어떻게 형량할 것인지는 잘 알고 있지만, 난해한 역사적 문제를 해결하는 데에는 익숙하지 않다. 결국 법원은 역사가들이 아닌 법률가들로 구성되어 있는 조직이다.

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

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

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

있다.

둘째, 오늘 법정의견은 현대의 헌법 문제를 어떻게 거의 전적으로 역사에만 기반하여 해결할 것인가에 대한 지침을 거의 주고 있지 못하다. 법정의견은 어떤 역사적 법률과 판결들에 대해서는 그것이 예외적인 것이어서 현대의 규제를 정당화하지 못한다고 하였다. 그러나 얼마나 많은 사건이나 법률이 제시되어야 공공휴대에 대한 규제의 전통을 입증하기에 충분할 것인가? 또 어떤 법률들은 뉴욕주의 면허제도와 유사하지 않으므로 관계가 없다고 하였다. 그러나 어떤 대표적인 역사적 유사성이면 충분할 것인지에 대해서는 언급이 없다.

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

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

따라서 오직 역사에만 의존하는 기준은 정당성이 없고 실현불가능하다.

라. 역사적 분석의 적용

실제로 역사에만 의존하는 법정의견의 심사를 이 사건에 적용하면 위에서 설명된 문제점들을 잘 알 수 있다. 역사적 증거는 일반적으로는 총기의 공공휴대, 구체적으로는 은닉되거나 은닉될 수 있는 총기를 규제했던 700년의 영미 전통을 드러냈다. 법정의견의 절반 이상이 이러한 전통의 신빙성을 떨어뜨리는 데 사용되었지만, 나는 그러한 전통의 강력한 증거를 쉽게 얼버무릴 수는 없다고 생각한다. 무기의 공공휴

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

91) Ibid.

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

대를 규제하는 법률은 13세기 영국에도 존재하였고, 미국 건국 이전부터 이 대륙에도 존재하였다. 비슷한 법률들은 헌법 수정 제2조와 수정 제14조의 비준을 거쳐 오늘날에 이르기까지 그 기록이 남아 있다. 이러한 역사적 규제들 중 많은 규제들이 현재 뉴욕주 면허의 요건보다 훨씬 더 엄격하게 무기의 공공휴대를 제한하였다. 따라서 역사에만 의존하는 법정의견의 분석에 따르더라도, 뉴욕주법은 분명히 유지될 수 있을 것이다. 건국 이전과 그 당시, 그리고 그 이후부터 계속된 역사적 선례가 비슷한 규제의 전통을 분명히 밝히고 있기 때문이다.

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

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

마. 반대의견의 결론

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

뉴욕주법을 파기한 법정의견은 거의 전적으로 역사적 '유추적 논증'에 근거하고

93) Heller, 554 U. S., at 626–627.

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

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

뉴욕주 입법부는 총기폭력에 관한 실증적 증거를 고려하여 뉴욕주민의 안전을 위해 권총의 은닉휴대를 규제하는 합리적인 면허법을 채택하였다. 법정의견은 주에 이 법률을 채택한 이유와 실제로 이 법률이 운용되는 방식을 보여주는 증거 제시의 기회를 주지 않은 채 이 법률을 파기하였다. 또한 이러한 중요한 고려요소들을 인정조차 하지 않았다. 나는 법정의견이 디스커버리 절차나 증거기록의 제시 절차 없이, 총기폭력을 방지하고 시민의 안전을 보호할 주의 긴절한 이익을 고려함 없이, 그리고 그 결정이 가져올 치명적인 잠재적 결과에 대한 고려 없이 뉴욕주법을 파기한 결정에 동의할 수 없기 때문에 법정의견에 정중히 반대하는 바이다.

Ⅲ. 판결의 의의

연방대법원은 이 판결에서 공공장소에서 총기를 휴대할 수 있는 면허를 발급받기 위해서 '정당한 이유'를 증명해야 하는 뉴욕주법이 헌법 수정 제2조에 위배된다고 판시하였다. 이 판결은 개인이 자기방어를 위해 집에 총기를 소지할 권리를 보장하였던 2008년 Heller 판결 이후 가장 광범위한 총기 권리의 확대라고 평가되고 있다. 이 판결로 인해 뉴욕주와 유사한 총기규제법을 갖고 있는 캘리포니아, 뉴저지, 메릴랜드 등 다른 6개 주도 영향을 받을 것으로 보인다. 이 판결에서 뉴욕주의 총기규제법에

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

대한 위헌의견은 6명, 합헌의견은 3명으로, 보수 6인과 진보 3인으로 보수화된 연방대법원 구성의 특성을 그대로 보여주고 있다.

한편 이 판결이 선고된 2022년 6월 23일 당일, 미국 연방상원은 29년만에 총기규제법을 통과시켜 연방대법원과 큰 대비를 이루었다. 그간 총기규제법안은 상원을 통과하지 못하고 번번이 좌절되어 왔지만, 한 달 전인 2022년 5월, 10명이 사망한 뉴욕주 버팔로 슈퍼마켓 총기난사 사건과 어린이 19명을 포함해 총 21명의 목숨을 앗아간 텍사스주 유밸디 초등학교 총기참사 사건이 연달아 일어나자 총기 소유를 옹호해 온 공화당 일부가 규제의 필요성에 공감하여 초당적 합의에 이르게 된 것이다. 찬성 65명, 반대 33명으로 연방상원을 통과한 법률안은 이튿날 연방하원에서도 찬성 234명, 반대 193명으로 신속하게 통과되었다. 해당 법안에는 ◆ 18-21세의 총기 구매 시 미성년 범죄기록 조사 ◆ 21세 미만 총기 구매자의 정신건강 검토 ◆ 위험 인물의 총기 일시 압류(이른바 '레드 플래그 법') 제정 촉진 ◆ 총기 밀매 금지 및 처벌 강화 ◆ 학교 안전, 지역 정신건강 프로그램 강화 ◆ 연인·배우자에 대한 폭력 전과자에게 총기 판매 금지 등이 포함되었다.

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

고등학교 미식축구 코치의 종교적 행위를 금지한 교육구 정책의 종교의 자유 침해[1)]

Ⅰ. 사건개요

Bremerton 교육구(School District)[2)] 내의 Bremerton 공립 고등학교 미식축구 코치였던 상고인 Joseph Kennedy(이하 '상고인')는 경기 후 경기장 중앙에서 무릎 꿇고 침묵 기도를 한 것으로 인해 징계를 받았다. 이 사건에서 연방대법원은 "헌법 수정 제1조의 표현의 자유와 종교의 자유 조항은 개인적인 종교 의식에 참여하는 개인을 정부의 보복으로부터 보호하고, 헌법은 정부가 해당 종교적 표현을 억압하도록 명령하거나 허용하지 않는다."라고 판시하였다.

다른 미식축구 선수들이나 코치들과 마찬가지로, 상고인에게는 경기가 끝나고 경기장 중앙에서 감사기도를 하는 습관이 있었다. 상고인은 경기 후 코치와 선수들과 인사를 나누고 경기장 중앙에서 무릎을 꿇고 30초 정도 침묵 기도를 했다. 처음에는 상고인 혼자 기도했지만, 시간이 지나면서 몇몇 선수들이 기도에 참여하기 시작했다. 다수의 선수들이 기도에 참여하면서, 상고인은 선수들에게 동기를 부여하는 대화 시간에도 함께 기도하는 시간을 가지기 시작했다. 한편, 상고인의 미식축구 팀에는 상고인이 부임하기 전부터 경기 전후에 라커룸에서 기도를 하는 전통이 있었다. 상고인은 어떠한 학생에게도 위와 같은 종교적 행위에 참여할 것을 독려하지 않았다고 주장했다. 특히, 경기가 끝난 후 경기장에서 개인적인 기도를 드리는 것에 대해 학생들에게 전혀 부담을 주지 않았다고 주장했다.

이러한 종교적 행위가 계속 되던 중, 타 학교 직원이 Bremerton 교장에게 이러한 사실을 알리고 나서야 교육구 감독관은 상고인의 종교적 행위에 대해 인지하게 되었다. 교육구는 상고인의 행위에 대해 빠르게 반응했다. 2015년 9월 17일, 교육구는 상고인에게 문제가 될 수 있는 두 가지 행위에 대해 서면으로 통지했다. 하나는 상고인

1) *Kennedy v. Bremerton School District*, 597 U. S. ____ (2022)(No. 21-418)(2022. 6. 27.).

2) 미국에서는 각 주마다 관할 지역을 교육구라는 행정 단위로 분할하여 각 교육구에게 초·중등 교육에 대한 권한을 위임한다.

이 학생들에게 동기를 부여하는 대화 시간에 공공연하게 종교적인 언급을 했다는 것이었고, 나머지 하나는 그가 학생들과 직원들로 하여금 라커룸에서 기도하도록 유도했다는 것이었다. 교육구는 상고인의 기도에 학생들이 동참하는 경우에는 해당 행위를 “비공개적(nondemonstrative)”으로 했어야 한다고 통보했다.

해당 서신을 받은 후, 상고인은 선수들에게 동기를 부여하는 대화 중 종교적 언급을 하던 것을 그만두었다. 또한 그가 부임하기 전부터 계속되어 온 라커룸에서 기도하던 전통을 중단시켰다. 하지만 그는 경기가 끝나고 경기장 위에서 혼자 하는 침묵 기도를 금지당한 것에 대해 불만을 느꼈고, 이에 대해 교육구에 서신을 보냈다. 상고인은 서신에 자신의 “신실한 신앙(sincerely-held religious beliefs)”으로 인해 경기장 위에서 혼자 침묵 기도를 하여야 할 의무감을 느낀다고 썼다. 그는 경기장 위에서 개인적인 종교적 표현을 계속할 수 있도록 허가해 달라고 요청하면서, 경기가 끝나고 선수들이 경기장을 떠난 후에 경기장에 올라 짧게 개인 기도를 하겠다고 강조했다.

교육구는 10월 16일 상고인에게 서면으로 보낸 회신에서, 상고인이 교육구가 이전 서면에서 지시한 사항을 제대로 이행했다고 인정했다. 하지만 선수들이 떠난 뒤 경기장에서 개인적인 기도를 하는 것 또한 명시적인 종교적 행위이기 때문에 금지한다고 통지했다. 해당 통지를 받은 후에도, 상고인은 경기가 끝난 뒤 경기장에 남아 혼자 기도를 했고, 그의 팀과 상대팀 선수들은 기도에 동참했다.

이후에도 교육구는 상고인에게 경기가 끝난 뒤 경기장 위가 아닌 개인적 공간에서 기도하도록 지시했지만 그는 계속해서 경기장 위에서 침묵 기도를 했다. 결국, 교육구는 상고인에게 유급 정직을 명하고 미식축구 프로그램에 참여하지 못하도록 막았다. 상고인은 코치 재직 기간 동안 꾸준히 긍정적인 업무 평가를 받아왔지만, 교육구는 이 사건 이후 그에게 낮은 업무 평가를 내렸다. 낮은 업무 평가의 근거는 상고인이 교육구의 정책을 따르지 않고 경기 후 선수들을 제대로 감독하지 못했다는 점이었다.

이 사건 이후, 상고인은 헌법 수정 제1조에 명시된 표현의 자유와 종교의 자유가 침해당했다고 주장하며 연방지방법원에 소를 제기했다. 또한 그는 교육구로 하여금 자신을 코치로 복직 시키도록 해달라는 가처분 신청을 했다. 연방지방법원은 이 신청을 기각했고 제9연방항소법원은 해당 결정을 유지했다.

Ⅱ. 판결요지

1. Gorsuch 대법관의 법정의견(6인 의견)[3]

가. 법정의견의 개괄

상고인은 교육구의 징계가 헌법 수정 제1조에서 보호하는 종교의 자유와 표현의 자유를 침해했다고 주장한다. 헌법에 따르면, 종교적 행위가 종교의 자유 조항의 보호영역에 속한다면 종교적 행위의 의사전달 여부와 관계없이 표현의 자유 조항도 해당 종교적 행위를 보호한다.[4] 즉, 헌법 수정 제1조는 종교적 표현을 중첩적으로 보호한다. 이는 정부가 종교를 통제하지 못하도록 한 헌법 제정자들의 의도가 발현된 것이다.[5]

연방대법원의 선례에 따르면, 청구인은 종교의 자유 조항과 표현의 자유 조항에 의하여 보장되는 자신의 권리가 침해되었다는 사실을 입증할 책임을 부담한다. 만약 청구인이 권리 침해를 입증하는 데 성공한다면, 입증책임은 정부의 부담으로 전환된다. 정부는 침해 행위가 정당했고 판례법을 준수했다는 것을 입증하여야 한다.[6] 따라서 연방대법원은 이번 사건에서 상고인이 종교의 자유 조항과 표현의 자유 조항에서 보호하는 권리를 침해당했다는 사실을 입증했는지 먼저 확인한다.

나. 종교의 자유 침해 여부

종교의 자유 조항은 "연방의회는 자유로운 종교 활동을 금지하는 법을 만들 수 없다."라고 명시하고 있다.[7] 연방대법원은 헌법 수정 제14조[8]를 통해 해당 조항을 주

3) Roberts 대법원장, Gorsuch, Thomas, Alito, Barrett 대법관 전체의견, Kavanaugh 대법관 일부의견.

4) *Widmar v. Vincent*, 454 U.S. 263, 269 (1981); *Rosenberger v. Rector and Visitors of Univ. of Va.*, 515 U.S. 819, 841 (1995).

5) A Memorial and Remonstrance Against Religious Assessments, in Selected Writing of James Madison 21, 25 (R. Ketcham ed. 2006).

6) *Fulton v. Philadelphia*, 593 U.S. __, __-__, __ (2021) (slip op., at 4-5, 13); *Reed v. Town of Gilbert*, 576 U.S. 155, 171 (2015); *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410, 418 (2006); *Church of Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah*, 508 U.S. 520, 546 (1993); *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398, 403 (1963).

7) 헌법 수정 제1조.

8) 헌법 수정 제14조
"... 어떠한 주도 적정한 법의 절차에 의하지 않고는 어떠한 사람으로부터도 생명, 자유, 또는 재산을 박탈할 수 없으며, 그 관할권 내에 있는 어떠한 사람에 대해서도 법률의 평등한 보호를 거부하지 못한다."

(State) 정부에도 적용할 수 있다.[9)]

종교의 자유 조항은 내면의 종교적 신념뿐만 아니라, 종교적 신념을 가진 사람이 일상에서 물리적 행위를 통해 그 신념을 표현하는 것까지 보호하고 있다.[10)] 연방대법원의 선례에 따르면, 원고는 예컨대 정부가 "중립적(neutral)"이지 않거나 "보편적으로 적용(generally applicable)"되지 않는 정책을 통해 신실한 종교적 행위를 제한하였음을 입증하는 것과 같이 다양한 방식으로 종교의 자유 침해를 입증할 수 있다.[11)] 만약 원고가 이와 같이 침해를 입증하고, 정부가 해당 침해 행위가 (i) "긴절한 국가 이익(compelling state interest)"에 의해 정당화되고, (ii) 그 이익을 위해 "면밀히 재단(narrowly tailored)"되었다는 점을 증명해야 하는 "엄격심사기준(strict scrutiny)"을 통과하지 못한다면, 연방대법원은 정부가 헌법 수정 제1조를 위반했다고 판단할 것이다.[12)]

상고인이 종교의 자유 침해 주장에 관한 입증책임을 다하였다는 것에 대해서는 논란의 여지가 없다. 상고인은 경기가 끝나고 선수들이 모두 떠나간 뒤 경기장에서 짧은 사적인 기도를 하겠다고 반복해서 이야기했다. 쟁점이 되는 종교적 행위는 팀과 함께하는 기도를 이끌거나 관중들로 하여금 어쩔 수 없이 참여하도록 하는 것이 아니었다. 상고인은 학생들을 포함한 다른 사람들이 기도에 참여하도록 독려하지 않았다. 하지만 교육구는 그가 선수들이 없는 자리에서 조용히 기도하였다는 이유만으로 그에게 징계를 내렸다.

교육구는 상고인의 간단한 기도를 금지함으로써 정부의 정책이 "중립적"이고 "보편적으로 적용"될 수 있어야 한다는 원칙을 위반했다. 만약 정부의 정책이 특별히 종교적 행위를 겨냥한다면 "중립적"이라고 볼 수 없다.[13)] 즉, 정부의 정책이 "표면적으로 차별적"이거나 종교적 행위를 "표적"으로 삼는다면 "중립성" 심사를 통과할 수 없다.[14)] 또한 정부의 정책이 세속적 행위는 허가하면서 유사한 방식의 종교적 행위를 금지하거나, "개별적 예외를 두는 구조"를 제공한다면, "보편적 적용" 심사를 통과할 수 없다. 둘 중 어느 하나의 요건이라도 충족하지 못한 정부의 정책은 엄격심사

9) *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296, 303 (1940).

10) *Employment Div., Dept. of Human Resources of Ore. v. Smith*, 494 U.S. 872, 877 (1990).

11) *Employment Div., Dept. of Human Resources of Ore. v. Smith*, 494 U.S. 872, 879-881 (1990).

12) *Church of Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah*, 508 U.S. 546 (1993).

13) *Employment Div., Dept. of Human Resources of Ore. v. Smith*, 494 U.S. 872, 878 (1990).

14) *Church of Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah*, 508 U.S. 520, 533 (1993).

기준의 대상이 된다.[15]

이번 사건에서 대상이 되는 교육구의 방침은 중립적이지 않았고 보편적으로 적용된 것도 아니다. 교육구가 인정했듯이, 교육구는 종교적 성격을 근거로 상고인의 행위를 규제하려 했다. 합리적인 사람이라면 학생들이 자발적으로 기도에 참여한 것으로 보았을 경우에조차, 교육구는 이와 관련한 상고인의 명시적 행위를 금지했다. 즉, 상고인의 종교적 행위를 금지하는 것은 논란의 여지없이 교육구 당국의 "표적"이었다.

교육구의 방침은 보편적 적용 심사도 통과하지 못한다. 사건 이후 교육구는 상고인이 경기 후에 학생들을 제대로 감독하지 못했다고 평가했다. 하지만 사실 이는 상고인의 종교적 행위를 겨냥해 만들어진 평가기준에 따른 것이었다. 교육구는 다른 코치들이 경기 후 학생들을 감독하지 않고 다른 일을 한 것에 대해서는 문제삼지 않았다. 즉, 경기 후 학생들을 제대로 감독했는지에 대한 평가기준은 모든 코치들에게 보편적으로 적용되지 않았다.

다. 표현의 자유 침해 여부

연방대법원 선례들은 헌법 수정 제1조 표현의 자유 조항의 보호 대상이 교사와 학생들까지 확장된다고 보았다.[16] 교사와 코치는 시민이면서 동시에 정부를 대신해서 발언하고 정부의 의사를 전달하며 급여를 받는 정부기관의 직원이다. 표현의 자유와 정부기관의 직원 사이에 복잡하게 얽힌 관계를 설명하기 위해, 연방대법원은 두 가지 단계의 심사기준(이하 '*Pickering-Garcetti* 심사기준')을 제시했다.[17]

첫 번째 단계는 해당 표현의 본질에 대한 질문이다. 만약 정부기관의 직원이 "그의 공적인 업무에 따른(pursuant to [his or her] official duties)" 발언을 했다면, 연방대법원은 해당 표현을 정부 기관의 표현으로 보기 때문에 표현 당사자인 개인을 정부의 징계나 규제로부터 보호하지 못한다. 하지만 정부기관의 직원이 "공적인 주제에 대해 시민으로서 표현을 했다면(speaks as a citizen addressing a matter of public concern)" 연방대법원은 두 번째 단계로 넘어가야 한다.[18]

---

15) *Church of Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah*, 508 U.S. 520, 546 (1993).

16) *Tinker v. Des Moines Independent Community School Dist.*, 393 U.S. 503, 506 (1969); *Lane v. Franks*, 573 U.S. 228, 231 (2014).

17) *Pickering v. Board of Ed. of Township High School Dist. 205, Will Cty.*, 391 U.S. 563 (1968); *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410 (2006).

18) *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410, 423 (2006).

두 번째 단계에서, 연방대법원의 선례는 법원이 “표현과 그 결과를 둘러싼 상충하는 이익들을 정교하게 형량해야 한다(a delicate balancing of the competing interests surrounding the speech and its consequences).”라고 보았다.[19] 이 단계에서 법원은 때때로 정부기관 직원의 표현의 자유가 “직원을 통하여 제공하는 공공서비스의 효율성을 제고하기 위한 정부의 공익”보다 더 큰지를 고려한다.

Garcetti 판결[20]에서 연방대법원은 검사가 상급자에게 보고하는 내부 문건을 그의 공적인 업무에 따른 표현으로 보고 이는 헌법 수정 제1조에 의해 보호받지 못한다고 판단했다.[21] 해당 결론을 내리기 위해 연방대법원은 검사의 표현이 사건을 진행하는 방식에 대해 상급자에게 보고할 의무를 이행한 것이라는 사실에 주목했다.[22] 다시 말하면, 해당 문건은 정부에서 만들었고 검사가 그 직무를 수행하는 과정에서 교부한 문건이었기 때문에 정부의 표현에 해당한다는 것이다.[23]

반면, *Lane* 판결[24]에서 정부는 정부기관의 직원이 형사재판에서 정부의 고용과 관련된 사항을 증언했다는 이유로 해당 직원을 해고하려 했다.[25] 이에 대해 연방대법원은 해당 증언이 헌법 수정 제1조에 의해 보호된다고 판단했다.[26] 연방대법원이 제시한 기준은 쟁점이 된 표현이 정부기관 직원의 통상적인 업무 범위 내에 있는 것인지 여부였다.

선례의 법리를 이번 사건에 적용한다면, 상고인의 표현이 정부의 표현이 아닌 사적 표현이라는 것은 분명하다. 상고인의 기도는 통상적인 코치 업무에 포함되는 것이 아니었다. 상고인이 기도했던 시점과 주변 상황이 이를 증명한다. 경기가 끝난 뒤 상고인이 기도하는 시간 동안 다른 코치들은 자유롭게 개인적인 용무를 봤고, 학생들은 응원가를 부르는 등 다른 활동을 하였다. 상황을 종합해보면 상고인의 표현은 코치의 공적인 업무로서 이루어진 것이 아니었다.

이와 달리 제9연방항소법원은 상고인이 코치로서 학생들에게 지식과 지혜를 전달

19) *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410, 423 (2006).
20) *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410 (2006).
21) *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410, 421 (2006).
22) *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410, 421 (2006).
23) *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410, 421-422 (2006).
24) *Lane v. Franks*, 573 U.S. 228 (2014).
25) *Lane v. Franks*, 573 U.S. 228, 233 (2014).
26) *Lane v. Franks*, 573 U.S. 228, 239-240 (2014).

하는 본보기 역할을 하므로 경기 후에도 계속해서 공적인 업무를 수행하는 것으로 간주해야 한다고 강조했다. 하지만 이러한 주장은 업무 공간에서 이루어지는 교사와 코치의 모든 표현이 정부의 통제를 받아야 한다는 것을 의미한다.[27] 이에 따르면, 학교 당국은 교실에서 히잡을 썼다는 이유로 이슬람 교인인 교사를 해고하거나 학교 식당에서 조용히 식사기도를 드린다는 이유로 기독교 교인인 교사를 해고할 수 있게 된다.

상고인의 기도가 정부의 표현이 아닌 사적인 표현이라 하더라도, *Pickering-Garcetti* 심사기준에 따라 법원은 종교적 표현으로 인해 상충하는 이익들을 형량해야 한다.

종교의 자유 조항과 표현의 자유 조항 중 어느 조항에 의한 심사를 하더라도, 이 시점에서 입증책임은 교육구의 부담으로 전환된다. 종교의 자유 조항에 따라 정부의 침해 행위는 통상적으로 엄격심사기준을 통과해야 한다. 엄격심사기준을 통과하기 위해 정부는 (i) "긴절한 국가 이익(compelling state interest)"을 위해 (ii) "면밀히 재단(narrowly tailored)"된 방식으로 원고의 권리를 제한했다는 것을 입증해야 한다.[28] 표현의 자유 조항에서도 유사한 심사를 적용한다.[29]

교육구는 상고인의 청구에 대하여 완화된 *Pickering-Garcetti* 2단계 심사기준 또는 중간심사기준(intermediate scrutiny)을 적용해 줄 것을 요청하였다. 그러나 결론적으로, 어떤 심사기준을 적용하든 교육구는 자신의 입증책임을 다하지 못하였다.

라. 국교설립금지 조항(Establishment Clause) 위반 여부

교육구는 정직 조치가 국교설립금지 조항을 지키기 위해 어쩔 수 없는 선택이었다고 주장한다. 상고인의 기도는 종교의 자유 조항과 표현의 자유 조항의 보호 대상이 될 여지가 있으나, 국교설립금지 조항과는 상충하는 긴장관계에 놓이게 된다. 이에 교육구 당국은 긴장관계를 해소하기 위해 상고인의 권리가 희생되어야 한다고 주장한다. 제9연방항소법원도 이와 같은 입장을 취했다.

연방대법원이 때때로 종교의 자유 조항, 표현의 자유 조항과 국교설립금지 조항을 별개의 요소로 언급해 온 것은 사실이다. 하지만 세 조항은 헌법 수정 제1조[30]에 함

27) *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 421, 424 (2006).

28) *Church of Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah*, 508 U.S. 520, 533 (1993).

29) *Reed v. Town of Gilbert*, 576 U.S. 155, 171 (2015).

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

께 규정되어 있다. 헌법 수정 제1조를 자연스럽게 해석하기 위해서는 세 조항이 상충하는 것이 아니라 상호보완적인 목적을 가지고 있다고 보아야 한다.[31]

교육구는 "합리적인 목격자(a reasonable observer)"가 정부가 종교를 "지지(endorse)"한다고 결론내릴 수 있는 경우라면 언제나 국교설립금지 조항 위반에 해당한다고 전제하고, 나아가 합리적인 목격자라면 교육구가 관행을 금지시키지 않음으로써 상고인의 종교적 행위를 지지하였다고 생각할 것이라는 관점을 취하였다. 교육구의 입장에서 종교의 자유 조항이 상고인의 기도를 보호하는지 여부나 그의 기도가 표현의 자유 조항에 의하여 보호되는 표현에 해당하는지 여부는 중요하게 여기지 않았다. 또한 교육구가 실제로는 상고인의 표현을 지지한 바 없고 이를 지지하였다고 지적받은 바도 없으며 오히려 상고인의 기도가 금지된 이후에야 대중의 강한 반응이 뒤따랐다는 점도 중요하지 않았다. 교육구는 합리적인 목격자가 '교육구가 상고인의 기도를 허용함으로써 이를 지지하였다'고 오해하여 받아들일 여지가 있다는 이유로, 헌법 수정 제1조를 통해 보호되는 다른 권리를 침해하더라도 상고인의 종교적 행위를 금지해야 한다고 보았다. 결국, 교육구 당국은 한쪽에는 국교설립금지 조항을, 다른 한쪽에는 종교의 자유와 표현의 자유 조항을 두고 스스로를 그 가운데에 위치시킨 후, 스스로 만든 함정에서 빠져나오기 위하여 어느 한 쪽을 선호하는 방식을 택한 것이다.[32]

자신들의 주장을 뒷받침하기 위해 교육구는 *Lemon* 판결[33] 및 그 후속 판결에 의지했고, 제9연방항소법원은 이에 동의했다. *Lemon* 판결에서, 연방대법원은 국교설립금지 조항에 대한 주장을 다루기 위한 심사기준을 제시했다.[34] *Lemon* 심사는 법률의 목적, 효과 그리고 종교와의 잠재적인 연관성을 고려해 법률의 국교설립금지 조항 위반 여부를 가려야 한다는 것이었다.[35] 이후 해당 심사는 합리적인 목격자가 쟁점이 된 정부의 행위를 종교에 대한 지지 행위로 간주하는지에 대한 평가로 발전하게

수 있는 권리를 제한하는 법률을 제정할 수 없다."

31) *Everson v. Board of Ed. of Ewing*, 330 U.S. 1, 13, 15 (1947).

32) *Capitol Square Review and Advisory Bd. v. Pinette*, 515 U.S. 753, 768 (1995) (다수의견); *Shurtleff v. Boston*, 596 U.S. __, __-__ (2022).

33) *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971).

34) *American Legion v. American Humanist Assn.*, 588 U.S. __, __ (2019) (다수의견).
(관련하여, 헌법재판연구원, 제1차 세계대전 전사자를 기리는 대형 십자가상의 국교설립금지조항 위반 여부, 세계헌법재판 조사연구보고서, 2020 제3호, 11-21쪽 참고.)

35) *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602, 612-613 (1971).

되었다.[36]

하지만 교육구와 연방항소법원이 근거로 하고 있는 *Lemon* 심사는 연방대법원이 이미 폐기한 이론이다.[37] 연방대법원은 *Lemon* 심사가 하급심 법원들을 혼란스럽게 만들었고, 동일한 본질을 가진 문제들에 대해 다른 판결을 야기하는 결과를 가져왔다고 보았다.[38] 공립학교나 공공기관이 개인의 종교적 표현을 검열하지 않는다고 해서 반드시 국교설립금지 조항을 위반하는 것은 아니다.[39] 국교설립금지 조항이 정부로 하여금 합리적인 목격자가 종교에 대한 정부의 지지 또는 참여로 받아들일 만한 행위를 공공의 영역에서 추방하도록 하는 것도 아니다.[40] 최근에도 연방대법원은 *Lemon* 판결을 근거로 종교적 표현을 검열하려는 정부기관의 주장을 전원일치의 의견으로 배척하였다.[41] *Lemon* 판결을 대신해서, 연방대법원은 국교설립금지 조항이 "역사적인 관행과 이해에 대한 참고(reference to historical practices and understandings)"를 바탕으로 해석되어야 한다고 판시했다.[42] 법원과 정부는 허용되는 표현과 허용되지 않는 표현 사이의 경계를 나눌 때, 대상 표현이 역사와 부합하고 미국 헌법 제정자들의 이해를 충실하게 반영하는지 여부를 확인해야 한다.[43] 하지만 교육구와 제9연방항소법원은 새로운 기준을 따르지 않았다.

교육구는 상고인의 종교적 행위를 규제하지 않으면 학생들에게 기도를 강요한 것에 대한 책임을 져야 하므로 국교설립금지 조항에 의해 종교적 행위에 대한 규제가 정당화된다고 주장한다. 하지만 증거는 이러한 주장을 뒷받침하지 못한다. 국교설립금지 조항의 역사적 이해에 부합하게, 연방대법원은 정부가 종교의식에 대한 참여를 강요할 수 없다고 판시해 왔다.[44] 정부는 시민들로 하여금 교회에 참석하도록 하거

---

36) County of Allegheny v. American Civil Liberties Union, Greater Pittsburgh Chapter, 492 U.S. 573, 593 (1989); *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602, 630 (1971); *Shurtleff v. Boston*, 596 U.S. __, __ (2022).

37) *American Legion v. American Humanist Assn.*, 588 U.S. __, __ (2019) (다수의견); *Town of Greece v. Galloway*, 572 U.S. 565, 575-577 (2014).

38) *Capitol Square Review and Advisory Bd. v. Pinette*, 515 U.S. 753, 768-769 (1995) (다수의견).

39) *Board of Ed. of Westside Community Schools (Dist. 66) v. Mergens*, 496 U.S. 226, 250 (1990) (다수의견).

40) *Van Orden v. Perry*, 545 U.S. 677, 699 (2005) (보충의견).

41) *Shurtleff v. Boston*, 596 U.S. __, __ (2022).

42) *Town of Greece v. Galloway*, 572 U.S. 565, 576 (2014); *American Legion v. American Humanist Assn.*, 588 U.S. __, __ (2019) (다수의견).

43) *Town of Greece v. Galloway*, 572 U.S. 565, 577 (2014).

44) *Zorach v. Clauson*, 343 U.S. 306, 314 (1952).

나 공식적인 종교 행사에 참여하도록 강요할 수 없다.[45] 하지만 이번 사건에서 상고인의 종교적 행위는 금지된 정부의 강요 행위와는 거리가 멀다. 교육구가 상고인에게 보낸 회신에서 강요 행위에 관련한 부분은 전혀 찾아볼 수 없다. 학생들이 상고인의 기도에 참여하도록 직접적으로 강요당하였다는 점에 관한 증거가 없다는 것이 공식 문서에서 드러난다. 상고인 또한 자신이 학생들에게 어떠한 종교적 행위에도 참여하도록 강요하거나 요청한 적이 없다고 반복적으로 주장했다. 오히려 그는 교육구 당국이 라커룸에서의 기도와 동기를 부여하는 대화 중 종교적 발언의 중단을 요청했을 때 기꺼이 그 요청을 받아들였다. 상고인은 오직 학생들이 응원가를 부르는 데 집중하고 있거나 라커룸이나 버스로 돌아간 후에 혼자 경기장 위에서 기도하기를 원했다. 다시 말해 상고인은 다른 학생들이 자신의 종교적 행위에 동참하도록 강요한 적이 없다는 것이다.

물론 상고인이 경기장 위에서 조용히 기도를 하게 된다면 몇몇 사람들이 그의 종교적 표현을 목격하게 될 것이다. 하지만, 다른 사람의 표현이나 기도를 용인하는 것은 다원주의 사회에서 살아가면서 배워야 하는 것이다. 연방대법원은 "중학생들은 종교를 차별하지 않기 위해 허용되는 표현들이 곧 종교를 지지하거나 강요하는 것이 아니라는 것을 이해할 정도로 충분히 성숙했다."라고 판단한 바도 있다.[46] 어떤 사람들은 어느 표현이나 기도에 대해 불쾌감을 느낄 수 있지만, 그렇다고 해서 이를 그 행위에 참여할 것을 강요당하는 것과 동일시할 수는 없다.[47]

교육구는 이에 대해 상고인이 코치로서 학생들에게 엄청난 권위와 영향력을 행사하였고, 학생들이 기도에 참여해야 한다는 부담감을 느꼈을 가능성이 있다고 반박한다. 이를 뒷받침하기 위해 교육구는 상고인이 정직당한 후 몇몇 학부모들이 자신의 자녀가 오직 팀에서 고립되지 않기 위해 종교행위에 참여했다고 교육구의 직원들에게 말했다는 내용의 증거를 제시했다. 하지만 교육구의 이러한 주장은 잘못되었다. 교육구는 입증을 위해 전문 증거(hearsay)를 증거로 삼고 있다. 또한 학부모들이 진술하였다는 종교적 행위는 라커룸에서 했던 기도와 경기 후에 했던 동기를 부여하는 대화 중의 종교적 언급으로, 상고인이 오기 전부터 전통적으로 행해졌던 것이거나 상고인이 정직되기 전 이미 그만두었던 것이다. 상고인이 경기 후 조용히 혼자 기도

45) *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 589 (1992).

46) *Board of Ed. of Westside Community Schools (Dist. 66) v. Mergens*, 496 U.S. 226, 250 (1990) (다수의견).

47) *Town of Greece v. Galloway*, 572 U.S. 565, 589 (2014).

하는 것에 대해 학생들이 부담을 느꼈다는 증거는 어디에서도 찾아볼 수 없다. 오히려 상고인이 2015년 10월에 했던 세 번의 침묵 기도에는 어떠한 Bremerton 학생도 참여하지 않았다. 따라서 상고인의 침묵 기도에 의해 학생들이 부담감을 느꼈다는 교육구의 주장은 받아들일 수 없다.

마지막으로, 교육구는 교사나 코치에 의해 보여지는 모든 종교적 행위는 허용될 수 없는 강요 행위로 보아야 한다고 주장한다. 교육구는 본질적으로 교사나 코치의 모든 공개적인 종교적 표현은 허용될 수 없다고 주장한 것이다. 이러한 주장은 국교설립금지 조항의 법리가 정상적으로 기능하지 못하고 있다는 점을 확실하게 보여준다. 교육구는 종교의 자유를 보호한다는 미명하에 법원으로 하여금 오히려 종교의 자유를 억압하도록 하고 있다. 헌법 수정 제1조가 이중으로 보호하는 종교적 표현을 보호하는 것이 아니라, 법원으로 하여금 세속적 표현을 선호하도록 유도하고 있다. 교육구가 주장하는 법리에 따르면, 학교는 점심시간에 조용히 식사 기도를 하는 교사, 학교에서 야물커(yarmulke)[48]를 쓰고 있는 교사, 쉬는 시간에 기도를 드리는 교사를 모두 징계할 수 있을 뿐만 아니라, 징계해야 한다. 교육구의 주장은 사적인 표현을 허용하는 것이 다른 사람들을 그 표현에 참여하도록 강요하는 것은 아니라고 보는 연방대법원의 전통적인 관점에 반하는 것이다.[49] 또한 다양한 표현행위를 용인하는 것이 다원주의 사회에서 배워야 할 것들 중 일부라는 헌법적 전통을 무시하는 것이다.[50]

이번 사건은 공립학교에서의 기도가 학생들에게 강압적이었다고 판단한 선례들과는 매우 다르게 보인다. *Lee* 판결[51]에서, 연방대법원은 학교 졸업식에서 성직자가 기도를 낭독하도록 한 것은 학생들의 참여를 직접적으로 강요한 것으로 국교설립금지 조항 위반에 해당한다고 보았다. 또한, *Santa Fe* 판결[52]에서 연방대법원은 미식축구 경기 전에 매번 공공 방송 설비를 통해 기도를 방송한 것이 국교설립금지 조항 위반에 해당한다고 판단했다. 상고인이 받은 징계의 원인이 된 종교적 행위는 위 판결들의 사안과는 구별된다. 그의 기도는 방송되지도, 대중들 앞에서 낭독되지도 않았다. 또한 이번 사건에서 학생들은 종교적 행위에 참여하도록 요구받거나 기대되지 않았다. 사실 상고인의 학생들은 징계의 원인이 된 2015년 10월의 세 번의 기도 중 어느

48) 유대인 남자들이 머리 정수리 부분에 쓰는, 작고 동글납작한 모자이다.

49) *Town of Greece v. Galloway*, 572 U.S. 565, 589 (2014).

50) *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 590 (1992).

51) *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577 (1992).

52) *Santa Fe School Dist. v. Doe*, 530 U.S. 290 (2000).

것에도 참여하지 않았다.

마. 법정의견의 결론

교육구의 주장은 종교의 자유와 표현의 자유를 포함하는 헌법 수정 제1조의 자유와 같은 조문에 규정된 국교설립금지 조항에서 명시하는 의무 사이의 갈등 관계와 왜 헌법 수정 제1조의 어느 한 조항이 다른 두 조항보다 우위에 있는지에 대한 논거를 제시하는 데 집중했다. 하지만 어떠한 논거도 국교설립금지 조항에 따른 의무가 종교의 자유 및 표현의 자유보다 중대하다는 것을 보여주지 못했다. 위와 같은 갈등은 국교설립금지 조항에 대한 잘못된 이해를 바탕으로 형성된 것으로, 사실은 존재하지 않는 것이다.[53]

자유롭고 다원적인 국가에서 종교적 표현에 대한 존중은 그 표현이 사적인 공간에서 이루어진 것이든 경기장 위에서 이루어진 것이든 관계없이 필수적이다. 이번 사건에서 정부는 짧고 개인적인 종교 의식을 근거로 개인을 제재하려 했다. 정부가 제시한 유일한 근거는 종교 의식을 색출하고 이를 규제하여야 한다는 – 이에 상응하는 세속적 표현이 허용되는 경우라 하더라도 - 잘못된 관점에서 비롯되었다. 연방헌법은 그러한 차별을 강제하지도 용인하지도 않는다. 따라서 상고인의 헌법 수정 제1조 위반에 관한 청구는 약식판결(summary judgment) 절차를 통해 인용되어야 한다. 연방항소법원의 판결을 파기한다.

2. Thomas 대법관의 보충의견(1인 의견)

법정의견이 Bremerton 교육구가 상고인의 헌법 수정 제1조의 권리를 침해했다고 판단한 것에 동의한다. 하지만 법정의견은 상고인의 종교의 자유 침해 주장에 관한 두 가지 쟁점을 해결하지 못했다.

먼저, 연방대법원은 정부기관 직원의 종교의 자유가 일반 시민의 종교의 자유와 다른지, 다르다면 어떻게 다른지에 대해 설명하지 않았다. 정부기관 직원의 헌법상 권리와 고용 상황의 현실 사이의 균형을 맞추기 위해 연방대법원은 쟁점이 된 해당 직원의 권리가 관련 헌법 조항의 근본적인 문제를 내포하고 있는지 또는 그 권리가 고용주로서의 정부의 요건보다 후순위가 될 수 있는지 여부를 고려해 왔다.[54] 위와

53) *School Dist. of Abington Township v. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963).

54) *Engquist v. Oregon Dept. of Agriculture*, 553 U.S. 591, 600 (2008).

같은 질문은 연방대법원으로 하여금 예컨대 표현의 자유 측면에서는 표현의 종류를 나누어 보도록 했다. 연방대법원은 헌법 수정 제1조가 정부기관 직원의 표현 중 공적인 주제를 다루는 표현만을 보호한다고 판시한 바 있다.[55] 하지만 이와 유사한 분류 기준이 종교의 자유에 관한 청구에도 적용되는지 또는 적용되어야 하는지 여부는 여전히 미결의 문제로 남아있다.

다음으로, 이 사건에서는 어느 심사기준이 적용되는지 여부와 관계없이 교육구가 상고인에 대한 징계를 정당화할 수 있는 헌법적 근거를 전혀 제시하지 못하였기 때문에, 연방대법원은 정부가 정부기관 직원의 종교적 표현 제한을 정당화하기 위해 정부가 어떠한 입증책임을 부담하는지를 정하지 않았다. 연방대법원은 많은 판결에서 표현의 자유와 관련하여 *Pickering-Garcetti* 심사기준을 적용했지만, 종교의 자유와 관련해서는 해당 심사기준을 적용한 적이 없다. 그러므로 고용주인 정부기관의 입증책임은 정부기관 직원의 청구가 헌법 수정 제1조 중 어느 조항에 기초한 것인지에 따라 달라질 수 있다.

3. Alito 대법관의 보충의견(1인 의견)

이번 사건의 대상이 되는 표현은 이전의 정부기관 직원의 표현의 자유와 관련한 판례에서의 표현과는 다른 것이다. 이번 청구인의 표현은 업무 공간에서 이루어졌지만 업무 시간이 아닌 잠깐 주어지는 사적인 시간에 발생했다. 해당 표현 행위 당시 청구인은 완전히 사적인 영역에 있었다. 연방대법원은 이러한 표현에 대해 어떠한 심사기준을 적용할지 결정하지 않았고 어떠한 심사기준에 의하더라도 해당 표현에 대한 징계가 어떠한 기준에도 정당화되지 않는다고만 판결했다. 이러한 이해를 전제로, 법정의견에 모두 동의한다.

4. Sotomayor 대법관의 반대의견(3인 의견)[56]

가. 반대의견의 개괄

이번 판결의 쟁점은 공립학교가 학교 직원이 학교 행사 중 무릎 꿇고 머리 숙이고 기도를 하도록 허락해야 하는지에 관한 것이다. 미국 헌법은 공립학교가 해당 행동을

55) *Engquist v. Oregon Dept. of Agriculture*, 553 U.S. 591, 600 (2008).

56) Sotomayor, Breyer, Kagan 대법관의 의견.

수용할 수 없도록 하고 있다.[57] 연방대법원은 지금까지 학교 직원이 기도를 인도하는 것은 위헌이라고 일관되게 판단해 왔다. 학교 직원이 인도하는 기도는 헌법 수정 제1조의 학생들과 학부모들의 종교의 자유에 대한 헌법적 보호를 깨뜨리는 것이다.

최근 연방대법원은 이전과는 다른 논증으로 개인의 종교적 표현을 보호하는 종교의 자유 조항에 거의 배타적인 초점을 맞추고 있다. 반면, 국교 수립을 금지하는 국교설립금지 조항에 대해서는 소홀히 하고 있다.[58] 법정의견은 상고인의 기도를 조용하고 개인적인 것으로 묘사하고 있지만, 이는 사실을 잘못 해석하는 것이다. 사건 기록은 상고인이 미식축구 경기장 중앙에서 남들에게 보이는 기도를 오랜 시간 동안 해 왔다는 것을 보여준다. 상고인은 학생들이 기도에 참여하도록 독려해 왔고 같은 시간에 같은 장소에서 다년간 학생 선수들의 기도를 인도해 왔다. 법정의견은 이러한 사실들을 무시하고 있다. 만약 이 사건에서 교육구가 종교를 지지하는 것으로 비춰지는 것을 피하기 위해서 상고인을 징계한 것이 아니라 그가 반복적으로 학교 프로그램을 방해하고 학교 정책을 위반하여 징계한 것이라고 주장하였다면 이번 판결은 달라졌을 것이다.

이번 판결은 단순히 사건 기록을 잘못 해석한 것을 넘어, *Lemon* 판결을 뒤집고 수십 년 동안 쌓인 판례들에 대하여 의문을 제기했다. 이 과정에서 법정의견은 정부가 종교를 지지하는 것에 대한 오랜 논의들을 무시하고 “역사와 전통” 심사(“history and tradition” test)라는 것으로 판단의 기준을 만들어버렸다. 또한 법정의견은 국교설립금지 조항이 정부가 종교 활동에 참여하도록 강요하는 것을 금지한다는 것을 확인하면서도 강요 해당 여부에 대해서는 학생들이 학교 지원 활동에 참여함에 있어 직면하게 되는 고유한 부담감을 간과한 채 형식적인 심사만을 하였다. 이번 판결은 학교와 학생들뿐만 아니라 국교 분리를 약속한 우리 국가에 대한 폐해이다. 이에 법정의견에 정중히 반대한다.

나. 법정의견과 다른 사실관계

교육구가 상고인을 처음 고용할 때, 그의 업무는 경기가 끝나고 학생들이 집에 돌아갈 때까지 그들의 활동을 감독하는 것을 포함했다. 교육구는 상고인이 코치로서 항상 체육인다운 모습을 보여주며 선수들의 조언자나 모범이 될 것과 교육구의 정책

57) *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962).

58) *Carson v. Makin*, 596 U.S. __, __ (2022) (Breyer 대법관 반대의견).

과 규정을 준수할 것을 요청했다. 교육구의 “종교 관련 활동과 관행” 정책에 따르면, 학교 직원은 학생들이 기도나 다른 종교적인 활동에 참여하는 것을 독려하거나 금지하지 말아야 한다. 또한, 교육 시간동안 학교 시설에서 행해지거나 학교의 지원을 받는 활동이나 학교와 관련된 활동과 연계된 일체의 종교 행사나 모임은 금지된다.

이번 사건에서 상고인은 경기가 끝나고 상대팀과 악수를 하자마자 경기장 중앙에서 무릎을 꿇고 기도했다. 상고인은 처음에는 혼자 기도했고, 학생들에게 참여를 요구한 적이 없다고 주장했다. 하지만 시간이 지나며 팀의 대부분이 기도에 참여하기 시작했다. 상고인의 종교적 행위는 경기 후 동기를 부여하는 대화 시간 중에 학생들이 주변에 무릎을 꿇고 있는 동안 공개적으로 종교적 언급을 하는 정도까지 확장되었다. 또한 상고인은 자신이 부임하기 전부터 이어져 오던 라커룸 기도를 인도하기 시작했다.

이에 9월 17일 경기가 시작되기 전, 교육구 감독관은 상고인이 경기장과 라커룸에서 기도를 인도하는 것이 국교설립금지 조항을 위반할 위험이 있다는 내용의 의견을 서면으로 전달했다. 교육구는 상고인이 학생들을 종교적 행위에 참여하도록 직접적으로 요구하거나 독려하지는 않았다는 것은 인정했지만, 학교 직원이 간접적으로라도 학생들이 종교적 행위에 참여하도록 요구하거나 독려하면 안 된다고 강조했다. 또한 업무시간 동안 항상 종교적인 중립성을 유지해야 한다고 말했다. 교육구는 종교적 행위가 업무를 방해하지 않는 선에서는 자유롭게 행해질 수 있다고 설명했다. 하지만 상고인은 교육구 감독관과 팀 수석코치의 제지를 받은 이후에도 2경기 동안 경기장 위에서 계속해서 기도했고 교육구는 이에 대해 우려를 제기했다.

이후 상고인은 라커룸에서 기도를 이끌던 것을 멈췄고, 경기 후 동기부여 대화를 하는 동안 종교적 언급을 하지 않았다. 그리고 그는 업무가 모두 끝나고 다른 사람들이 경기장을 떠난 후 경기장에 돌아가 혼자 기도를 했다. 교육구는 이에 대해 아무런 이의를 제기하지 않았다. 하지만 상고인은 10월 14일 변호사를 통해 자신의 기도가 신실한 신앙에서 비롯된 것이라고 설명하는 서신을 교육구에 보냈다. 해당 서신에는 상고인이 경기가 끝난 뒤 다시 경기장 위에서 기도를 할 것이라는 내용이 포함되어 있었다. 그리고 다음 경기가 있기 전, 상고인은 다수의 기자들을 초청해 자신이 경기가 끝나고 경기장 위에서 계속해서 기도할 것이라고 발표했다. 이에 대해 교육구는 10월 16일 회신을 통해 상고인이 중대한 오해를 하고 있다고 반박했다. 해당 회신에서 교육구는 상고인이 9월 17일 경기에서는 다른 학생들이 기도에 참여하도록 독려

하지는 않았지만 이전에 이미 다른 학생들을 기도에 참여하도록 한 사실이 있다고 인정하였음을 확인하였다. 또한 경기가 끝나더라도 학생들이 모두 해산할 때까지는 상고인에게 학생들을 감독할 책임이 있다는 것을 지적하였다. 하지만 상고인이 학생들이 해산한 뒤 경기장으로 돌아와서 기도를 하는 것에 대해서는 전혀 반대하지 않는다고 언급하였다.

10월 16일 상고인은 경기가 끝나고 상대팀과 악수를 마친 뒤, 학생들이 응원가를 부르는 동안 경기장 위에 올라가 기도하기 위해 무릎을 꿇었고, 상대팀 선수들과 코치들이 상고인의 기도에 합류했다. 이후 10월 23일 교육구는 10월 16일 경기 후 상고인이 한 행동이 자신들의 지시사항과 맞지 않는다는 내용의 서신을 보냈다. 상고인이 경기 후에 학생들을 제대로 지도하지 않았다는 것과 상고인의 기도가 국교설립금지 조항을 위반할 수 있다는 것이 그 이유였다. 교육구는 다시 한 번 상고인에게 업무에 방해되지 않고 국교설립금지 조항에 어긋나지 않는 선에서 기도할 것을 요청했다. 또한 더 이상 지시사항을 어기게 된다면 징계나 해고가 있을 것이라고 경고했다. 이후 상고인은 언론을 통해 자신은 경기 직후에 경기장 위에서 계속해서 기도할 것이라고 발표했고, 이후 10월 23일 경기와 26일 경기에서 경기 후 활동이 이루어지는 동안 경기장 위에서 기도를 했다. 10월 23일에는 선수들이 근처에 서 있는 동안 혼자 기도를 했고, 10월 26일에는 관중들에 둘러싸여 기도를 했다. Bremerton 학생들은 상고인이 기도를 마치고 자리에서 일어난 후에 합류했다. 결국 10월 28일 서신에서, 교육구는 상고인이 10월 16일, 10월 23일, 10월 26일 경기 후에 경기장 위에서 무릎 꿇고 기도한 것을 근거로 유급 정직 명령을 내렸다. 교육구는 상고인과 종교적 행위에 관해 논의하기를 원했지만 상고인이 이를 거부했기 때문에 이런 결정을 내린 것이라고 설명했다.

다. 국교설립금지 조항의 위반 여부

이번 사건은 단순히 직장에서 하는 개인적인 기도를 제한하는 것에 관한 것이 아니다. 이번 사건은 학교 직원이 학교 행사에서 개인적인 종교적 신념을 드러내고 그것이 학생들에게 종교를 옹호하는 오랜 전통으로 비추어질 가능성이 있을 때, 교육구가 직원이 해당 행위를 하도록 허락해야 할지에 관한 것이다.

국교설립금지 조항은 국가가 국교를 설립하는 법을 제정하는 것을 금지하고 있다.[59] 헌법 수정 제1조의 종교의 자유 조항은 국가가 종교의 자유를 억압하는 법을

59) *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 38, 49 (1985).

만드는 것을 금지하고 있다. 두 조항을 함께 보면, 종교적 신념과 행위는 매우 중요하기 때문에 국가가 규정하거나 금지할 수 없다는 관점이 드러난다.[60] 대신, 종교적 신념이나 예배를 지키고 전파하는 것은 소명을 추구할 자유가 있는 개인의 영역에 있다는 것을 알 수 있다.

국교설립금지 조항은 국가와 종교의 분리를 명함으로써 자유를 보호하고 있다.[61] 연방대법원은 초등학교와 중학교에서 국교설립금지 조항을 준수하는 것에 대해 특별한 관심을 기울이고 있다.[62] 그 이유는 학교의 본질과 그들이 교육하는 학생들 때문이다. 먼저, 공립학교가 사회에서 하는 역할로 인해 공립학교에서의 종교적 중립성은 매우 중요하다. 공립학교에서 학부모는 학생들이 개인의 종교적 신념에 반하는 종교적 관점을 주입시키는 교육이 이루어지지 않을 것이라는 믿음에 기반하여 학교에 자녀들의 교육을 맡긴다. 두 번째 이유로, 학교는 다른 정부기관의 경우에 비하여 학생들을 종교나 종교적 행위에 위헌적으로 참여시킬 위험성이 더 높다.[63] 학교는 미묘한 압박감에 취약한 어린 학생들에게 큰 영향력을 행사하기 때문이다.[64] 이러한 점들에 비추어 볼 때, 지금까지 연방대법원이 공립학교의 활동에 기도를 결합시키는 행위에 대해 학생의 참여가 필수적인 경우가 아니거나 해당 기도가 침묵 속에서 이루어진 경우라 하더라도 이를 위헌이라고 판단한 것은 당연하다.[65] 심지어 연방대법원은 학교 미식축구 경기에서 직원이 아니라 학생들이 자발적으로 시작한 기도에 대해서도 위헌이라는 판결을 내렸다.[66]

이러한 선례들에 따르면 이번 사건에서 국교설립금지 조항이 위반되었다는 것은 분명하다. 연방대법원은 학교 행사에서 종교적 행위를 지시하는 정부기관의 직원은 학생들의 기도와 관련한 법을 위반한 것이라고 판단한 바 있다.[67] 이번 사건에서 상고인은 정부가 후원하는 학교 관련 행사에서 공개적으로 단체 기도를 하는 동안 학

60) *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 589 (1992).

61) *Cutter v. Wilkinson*, 544, U.S. 709, 719 (2005).

62) *Edwards v. Aguillard*, 482 U.S. 578, 583-584 (1987).

63) *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 587 (1992).

64) *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 588 (1992).

65) *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 38 (1985); *School Dist. of Abington Township v. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963); *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421, 424 (1962).

66) *Santa Fe Independent School Dist. v. Doe*, 530 U.S. 290 (2000).

67) *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 586-587 (1992).

교 직원으로서 국유지에 있었다.[68] 비록 미식축구 경기 자체는 끝났다고 하더라도 행사는 종료된 것이 아니었고, 상고인 스스로 선수들이 집으로 돌아갈 때까지 자신의 직무에 충실해야 한다는 점을 인정했다. 경기가 끝난 직후 경기장 위에서 기도를 하는 것은 학교 당국의 허가를 받은 학교의 전통으로 보일 수밖에 없다.

또한 상고인의 기도는 연방대법원의 국교설립금지 조항 관련 법리의 핵심인 강요성을 내포하고 있다. 연방대법원은 이전부터 학교 직원과 관련된 사건에서 더 큰 강요의 위험성을 인식해 왔다. 학교 직원들이 기도를 관찰·감독하는 것이 학생들에게는 다른 경우였다면 참여를 거절하였을 기도를 이끄는 것처럼 느껴질 수 있기 때문이다.[69] *Santa Fe* 판결에서, 연방대법원은 선수들이 미국 고교 미식축구 행사를 통해 동료로부터 더 큰 사회적인 압박감을 받는다는 것을 인정했다.[70] 연방지방법원은 몇몇 학생들이 사회적인 압박감으로 인해 상고인의 기도에 참여했다는 증거를 발견했다. 상고인은 혼자서 조용히 기도를 했다고 주장했지만, 다수의 학생들이 참여하며 상고인의 종교적 행위는 다른 학생들에게 부담감을 주게 되었다.

한편, 상고인은 정직당하기 전 마지막 3경기에서의 공개적인 기도는 혼자 침묵하며 했기 때문에 사적인 것으로 국교설립금지 조항을 위반하지 않는다고 주장했다. 하지만 연방대법원의 선례는 쟁점이 되는 정부의 행위를 전후 사정과 분리해서 보지 않는다. 오히려 연방대법원은 국교설립금지 조항과 관련된 심사는 사실인정에 중점을 두는 것이고(fact specific), 행위의 원인과 실질적인 현실을 고려해야 한다고 보았다.[71] *Santa Fe* 판결에서, 연방대법원은 미식축구 경기에서의 기도와 관련한 정책을 새로 시행하는 것이 “해당 기도의 재개를 헌법적 심사로부터 배제(insulates the continuation of such prayers from constitutional scrutiny)”하는지 여부를 결정하는 방법에 대하여 구체적으로 다루었다. 해당 판결에서 정부의 종교적 행위가 국교설립금지 조항을 위반했는지 여부는 개별 사실이 아닌 사회적 사실관계(social facts)를 법적으로 해석한 것을 기초로 판단되어야 한다고 보았다.[72] 연방대법원은 이러한 쟁점을 검토함에 있어서는 반드시 정책 변화를 둘러싼 주변상황, 정책 변화 전의 전통, 그리

68) *Santa Fe Independent School Dist. v. Doe*, 530 U.S. 290, 302 (2000).

69) *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 590 (1992).

70) *Santa Fe Independent School Dist. v. Doe*, 530 U.S. 290, 311 (2000).

71) *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 597 (1992).

72) *Santa Fe Independent School Dist. v. Doe*, 530 U.S. 290, 315 (2000).

고 해당 학교의 특별한 상황을 고려해야 한다고 판시했다.[73]

상고인의 마지막 세 번의 기도는 완전히 새로운 것이 아니라 이전부터 있었던 전통의 동일 선상에 있었다. 학생들은 마지막 세 번의 경기에서 상고인이 지난 몇 년 동안 그들의 기도를 이끌었던 것과 같은 시간에 같은 장소에서 기도를 하는 것을 목격했고, 상대팀 선수들이 자신들이 했던 것처럼 상고인의 기도에 참여하는 것을 보았다. 세 번의 기도에서 Bremerton 학생들이 참여하지 않았다는 사실이 위 기도들을 국교설립금지 조항을 준수한 것으로 만들지는 않는다. 상고인의 기도가 학생들에게 부담감을 주었다는 것이 분명하기 때문이다. 상고인 스스로도 그의 계속되는 기도 관행이 학생들의 참여를 유도할 것을 분명히 예상하였고, 그는 교육구에 앞으로 학생들이 자신의 기도에 참여하는 것을 방해하지 말 것을 요청하였다.

마지막으로 상고인은 자신이 명시적으로 학생들에게 기도에 참여도록 독려하지 않았음을 강조한다. 하지만 연방대법원의 선례는, 특히 학생들이 관련되어 있을 때에는 강요가 반드시 명시적일 필요는 없다고 보고 있다. 오히려 연방대법원의 국교설립금지 조항에 대한 법리는 정부가 종교를 강요하기 위해 사회적 압력을 이용해서는 안 된다는 것을 확인한다.

헌법상 권리는 절대적인 것이 아니다. 권리는 때때로 충돌하고 권리를 보호하기 위해 이익형량을 해야 하는 경우도 있다.[74] 이번 사건에서 드러난 표현의 자유와 관련한 정부의 이익과 직원의 이익 사이에서의 갈등관계, 그리고 공공기관의 종교적 중립성과 개인의 종교적 표현의 갈등관계는 전혀 새로운 것이 아니다. 연방대법원의 선례에 비추어 볼 때, 국교설립금지 조항을 위반하지 않으려는 교육구의 이익은 상고인의 표현과 종교적 자유의 행사를 시간적, 공간적으로 규제하는 것을 정당화한다. 먼저, 상고인의 표현의 자유 주장과 관련하여, 상고인은 정부에 고용되는 시점부터 자신의 표현의 자유에 대한 일정한 제한을 수락한 것이다.[75] 연방대법원은 다른 사적 고용주와 같이 정부도 공공 서비스의 효율적인 제공을 위하여 직원들의 표현과 행동에 대하여 상당한 정도의 통제를 할 권한이 있다고 보았다.[76] 선례는 '공적인 주제에 대한 언급과 관련한 교사의 시민으로서의 이익과 직원들을 통해 공공서비스의

73) *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 597 (1992).

74) *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. __, __ (2022). (Bremeyer, Sotomayor, Kagan 대법관의 반대의견).

75) *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410, 418 (2006).

76) *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410, 418 (2006).

효율성을 제고하기 위한 정부의 고용주로서의 이익'을 형량하여 어느 쪽의 이익이 우선해야 할지를 결정할 것을 요구한다.[77] 마찬가지로, 상고인의 종교의 자유 주장을 판단함에 있어서는 그가 학교의 직원이라는 점과 따라서 그의 종교적 표현이 국교설립금지 조항 위반에 해당할 수 있다는 점을 염두에 두어야 한다. 다시 말해, 그가 직무를 수행하고 있는 동안 그가 원하는 시간에 그가 원하는 장소에서 기도할 자유는 절대적인 것이 아니다.[78]

이번 사건에서 상고인의 종교적 행위를 금지하는 교육구의 지침은 국교설립금지 조항을 준수하기 위해 면밀하게 재단되었다. 교육구의 정직 조치는 상고인의 오랜 시간 계속된 행동에 따른 것이었다. 교육구는 상고인이 계속 일을 할 수 있도록 방안을 찾아보고 그가 경기 관련 업무 중 또는 이후에 기도할 수 있도록 허락했지만, 상고인은 교육구의 제안을 거절하고 소통하기를 거부했다.

따라서 교육구의 조치는 엄격심사기준의 요건을 충족하는바, 상고인의 종교의 자유 침해 주장은 배척되어야 한다.

라. 법정의견에 대한 비판

이번 연방대법원의 판결은 국교설립금지 조항 및 종교의 자유 조항에 대한 잘못된 이해에서 비롯된 것이다. 이번 사건은 헌법 수정 제1조에 규정된 세 가지 조항과 관련되어 있다. 문제를 다루기에 앞서, 법정의견은 두 가지 오해로부터 출발한다.

먼저, 법정의견은 종교의 자유와 표현의 자유가 협력적인 관계(working in tandem)로서 종교적 표현에 대한 중첩적인 보호를 제공한다고 설명한다. 하지만 헌법 수정 제1조는 종교의 자유와 표현의 자유를 각각 상당히 다른 방식으로 보호한다.[79] 헌법 수정 제1조는 정부가 표현에 참여한 경우라 하더라도 모든 표현을 보호함으로써 표현의 자유를 보호한다.[80] 하지만 종교의 자유를 보호하는 방식은 그 반대이다. 정부가 종교적 논쟁이나 표현의 영역에서는 주된 참여자가 아닌 반면, 표현의 자유 영역에서는 중요한 표현의 대상이 된다는 점에서 그러하다.[81] 국교설립금지 조항으로 인해, 헌법 수정 제1조가 종교의 자유를 보호하는 방식은 표현의 자유를 보호하는 방식

77) *Pickering v. Board of Ed. of Township High School Dist. 205, Will Cty.*, 391 U.S. 563, 568 (1968).
78) *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 587 (1992).
79) *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 591 (1992).
80) *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 591 (1992).
81) *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 591 (1992).

과 다르다고 보아야 한다.

두 번째로, 법정의견은 하급심 법원이 종교의 자유 조항과 국교설립금지 조항의 긴장관계를 언급한 것이 잘못되었다고 보았다. 하지만 연방대법원은 오랫동안 두 조항이 상호보완적인 가치를 표현하면서도 종종 갈등을 일으킨다고 보아 왔다.[82] 법정의견은 상고인의 종교의 자유 주장에 집중하기 위해 갈등관계에 있는 다른 권리들을 인정하지 않았다. 두 조항 간의 긴장관계가 문제가 될 때 적절한 대응은 이를 무시하는 것이 아니라, '문제가 되는 행위가 종교적 신념이나 행위를 지지하거나 방해하기 위해 의도된 것인지 또는 그러한 효과를 가져오는 것인지 여부'에 대한 면밀한 심사를 통해 긴장관계를 확인하고 갈등하는 이익 사이의 균형을 맞추는 것이다.[83]

수십 년간 연방대법원은 국교설립금지 조항에 따라 이익형량을 할 때, 객관적인 목격자가 그 행위를 정부가 공립학교에서 기도를 지지한 것으로 인식할 것인지를 기준으로 판단해 왔다.[84] 하지만 이번 사건에서 법정의견은 처음으로 이 기준이 중요하지 않다고 하며 *Lemon* 판결에서 정립된 심사기준을 폐기했다. 하지만 선례에 의해 확립된 정부의 지지 여부에 관한 심사기준은 상충하는 이익들을 처리할 수 있도록 고안된 명확하고, 실용적이고, 적용가능한 것이다.

Lemon 판결을 뒤집으면서, 법정의견은 새로운 기준을 제시한다. 그 기준은 국교설립금지 조항의 위반 여부를 판단하기 위해서 "역사적 관행과 이해를 참고"해야 한다는 것이다. 하지만 연방대법원은 역사적 관행을 구체적 사건에서 국교설립금지 조항의 위반 여부를 판단하기 위한 하나의 요소로 고려하여 왔을 뿐, 이것을 일반적인 심사기준이나 배타적인 기준으로 공표한 적이 없다.[85] 법정의견은 '역사와 전통 심사'에 대한 의미 있는 설명을 장래로 미루고 이번에는 제대로 된 설명을 제시하지 않고 넘어갔다. 현재로서는 연방대법원의 역사와 전통 심사가 본질적으로는 학교 직원들에게 아무런 지침도 제공하지 않는다고 봐야 한다.

마지막으로, 법정의견은 국교설립금지 조항이 정부가 시민들에게 종교적 행위에 참여하도록 강요하는 것을 금지한다는 점을 확인하였으나, 강요 여부를 심사함에 있어서 기록과 선례를 잘못 해석했다. 교육구가 '학생들이 종교적 행위에 참여하도록

82) *Cutter v. Wilkinson*, 544, U.S. 709, 719 (2005).

83) *Walz v. Tax Comm'n of City of New York*, 397 U.S. 664, 668 (1970).

84) *Santa Fe Independent School Dist. v. Doe*, 530 U.S. 290, 308 (2000).

85) *American Legion v. American Humanist Assn.*, 588 U.S. __, __ (2019) (보충의견).

직접적으로 강요당하였다고 인정할 만한 증거는 없다'고 인정하였다는 이유만으로, 법정의견은 교육구가 강요성에 관한 주장을 하지 않았다고 보았다. 국교설립금지 조항 위반 여부가 문제되려면 강요가 직접적이어야 한다는 법정의견의 설명은 지금까지의 선례들과는 상반되는 것이다. 연방대법원은 지금까지 간접적인 강요 또한 국교설립금지 조항에 위반될 가능성이 있다고 판단해 왔다. 특히, 초등학교와 중학교에서 이루어지는 간접적인 강요에 대해서는 더 높은 수준의 우려를 보여 왔다.[86]

법정의견은 상고인의 기도가 '공개적으로 방송되거나 그 자리를 뜰 수 없었던 관중들을 대상으로 한 것'이 아니었다는 이유로 이 사건과 *Santa Fe* 판결을 구분하였다. 그러나 기도는 반드시 다른 사람들에게 전파되어야만 강요적인 것이 아니다. 이번 사건에서 상고인의 행동은 그의 말보다 더 큰 영향력을 갖는다. 그의 기도는 학생들이 경기 후 대화를 위해 기다리는 동안 의도적으로 관중들에게 영향을 주었고 학생들은 어쩔 수 없이 영향을 받는 상황에 처했다. 특히, 상고인의 기도는 학생의 기도가 아니라 경기 후 활동을 위해 여전히 직무를 수행하고 있던 코치의 기도였기 때문에 학생들에게 더 강요적일 수 있었다.

이번 사건은 코치가 경기장에서 무릎을 꿇고 기도한 것이 어떠한 상황에서도 국교설립금지 조항 위반에 해당하는지 여부에 대한 것이 아니라, 상고인이 종전에 수년간 부적절하게 학생들을 기도로 인도하여 학생들에게 참여를 강요한 바로 그 시간에, 바로 그 장소인 미식축구 경기장에서 공개적인 기도를 계속할 수 있도록 허용하는 것이 국교설립금지 조항에 위반되는지 여부에 관한 것이다. 법정의견은 이러한 맥락을 무시한 채 단순히 상고인의 세 번의 기도가 혼자 조용히 한 것이라는 이유만으로 다른 판례의 사안들과 이를 달리 취급하였다.

마. 반대의견의 결론

종교의 자유 조항과 표현의 자유 조항은 공동체에서 종교적 자유를 지키는 데 동등하게 필수적인 역할을 한다. 종교의 자유 조항은 정부로부터의 약속이고, 표현의 자유 조항은 정부가 자유를 억압하지 못하도록 막는 방어벽이다.[87]

이번 판결로 인해 법정의견은 그 방어벽을 약화시켰다. 한 개인의 종교적 자유를 증진시키기 위해 종교와 정부를 분리하는 사회 전체의 이익을 후퇴시켰다. 이번 판

86) *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 592 (1992).

87) *Trinity Lutheran Church of Columbia, Inc. v. Comer*, 582 U.S. __, __ (2017) (반대의견).

결은 공적 고용과 그로 인해 수반되는 제한에 자발적으로 동의한 공립학교 직원의 종교적 자유를, 공립학교에 출석하도록 강제되고 연방대법원이 오랫동안 특별히 보호해야 할 필요가 있다고 인정하여 온 학생들의 자유보다 우선하였다는 점에서 특히 잘못되었다. 이번 판결은 종교의 자유를 위한 승리가 아니다. 이에 법정의견에 정중히 반대한다.

Ⅲ. 판결의 의의

미국 헌법은 헌법 수정 제1조에서 “연방의회는 국교를 수립하거나 또는 자유로운 신앙 행위를 금지하는 법률을 제정할 수 없다. 또한 언론·출판의 자유나 평화로이 집회할 수 있는 개인의 권리 및 고충의 구제를 위하여 정부에 청원할 수 있는 권리를 제한하는 법률을 제정할 수 없다.”라고 명시하고 있다. 이는 국교설립금지 조항과 종교의 자유 조항, 표현의 자유 조항으로 분리해서 볼 수 있다. 이번 판결에서 연방대법원은 청구인의 표현의 자유 조항 침해 여부를 판단하는 과정에서 국교설립금지 조항 위반 여부를 판단하기 위한 기준을 재정립한다. 정부는 표현의 자유 침해를 정당화하기 위해 국교설립금지 조항이 위반되었다는 것을 입증하는 과정에서 *Lemon* 판결을 인용하였지만, 연방대법원은 이를 받아들이지 않았다.

국교설립금지 조항은 정부가 특정한 종교를 보호하거나 특권을 부여하지 못하도록 한다. 위 조항의 위반 여부를 판단하기 위해 그동안 연방대법원은 *Lemon* 판결에서 제시한 3가지 심사기준을 따라왔다. *Lemon* 판결에 따르면, 정부의 정책이 국교설립금지 조항을 위반하지 않기 위해서는 그 목적이 세속적이어야 하고, 주요 효과가 특정 종교를 발전시키거나 금지시키는 것이 아니어야 하며, 종교와 정부의 과도한 연관성을 조성해서는 안 된다. 하지만 이번 판결을 통해 연방대법원은 약 40년간 적용해오던 *Lemon* 심사를 명시적으로 폐기했다. 대신 “역사적 관행과 헌법 제정자들의 이해”에 근거한 심사를 도입할 것을 선언했다. 하지만 연방대법원은 반대의견에서 Sotomayor 대법관이 언급한 것처럼 해당 심사에 대한 상세한 지침을 제시하지 않고 있다. 이번 판결에서는 상고인의 종교적 행위에 강요성이 없었다는 것을 근거로 국교설립금지 조항을 위반하지 않다고 설명하며, 역사와 전통에 근거한 심사기준이 종교적 행위의 강요성에 관한 것이라는 것을 보여준다. 하지만 이번 판결에서 강요성이 없다고 판단된 이유는 관련된 증거가 법원에 제출되지 않았기 때문이었다. 즉, 연

방대법원은 어떤 기준으로 종교적 행위의 강요성을 판단할지에 대해 구체적으로 제시하지 않았다. 결론적으로 연방대법원은 이후 판결을 통해 국교설립금지 조항에 대한 심사 기준을 제시할 것으로 보인다.

우리나라에서는 헌법 제20조 제2항에서 정교분리의 원칙을 규정하고 있다.[88] 이를 근거로 교육기본법 제6조 제1항에서는 "교육은 교육 본래의 목적에 따라 그 기능을 다하도록 운영되어야 하며, 정치적·파당적 또는 개인적 편견을 전파하기 위한 방편으로 이용되어서는 아니 된다."라고 명시하고 있다.[89] 즉, 공립학교에서 교사는 학생들에게 본인의 종교적 신념을 전파할 수 없는 것이다. 대법원은 2010. 4. 22. 선고 2008다38288 전원합의체 판결[90]에서 공교육체계에 편입된 종립학교의 학교법인이 가지는 종교교육의 자유의 한계에 대하여 판시한 바 있지만, 공립학교에서 금지되는 종교적 표현에 대한 기준을 법률이나 판례에서 구체적으로 정하고 있지는 않다.

88) 헌법 제20조 2항
국교는 인정되지 아니하며, 종교와 정치는 분리된다.

89) 성낙인, 헌법학 제20판, 법문사, 2020, 1225쪽.

90) 대법원은 위 판결에서, 공교육체제에 편입된 종립학교에서 신앙과 무관한 학생들을 상대로 종교교육을 실시할 경우에는 "그 종교교육의 구체적인 내용과 정도, 종교교육이 일시적인지 아니면 계속적인 것인지 여부, 학생들에게 그러한 종교교육에 관하여 사전에 충분한 설명을 하고 동의를 구하였는지 여부, 종교교육에 대한 학생들의 태도나 학생들이 불이익이 있을 것을 염려하지 아니하고 자유롭게 대체과목을 선택하거나 종교교육에 참여를 거부할 수 있었는지 여부 등의 구체적인 사정을 종합적으로 고려하여 사회공동체의 건전한 상식과 법감정에 비추어 볼 때 용인될 수 있는 한계를 초과한 종교교육이라고 보이는 경우에는 위법성을 인정할 수 있다."라고 보았다.

오스트리아

▌자녀의 출생신고 시 여성 동성 커플에게만 부과되는 증명의무의 위헌성
/ 책임연구관 이지효

▌문화시설 출입을 금지하고 불특정 다수의 예술 관련 회합을 허용하지 않는 코로나19 긴급조치시행령의 위법 여부 / 책임연구관 이지효

자녀의 출생 신고 시 여성 동성 커플에게만 부과되는 증명의무의 위헌성[1)]

Ⅰ. 사실관계

이 위헌법률심사 사건의 배경이 된 재판소원(E 4420/2020) 사건의 청구인(이하 '청구인')은 2018년 4월부터 동성 파트너와 등록된 동반자관계를 맺고 있다. 그녀의 파트너는 2019. 12. 18. -의학적 보조생식[2)]이 아닌 다른 방식으로- 자녀를 출산하였다.

2019. 12. 24. 청구인과 그녀의 파트너는 관할 가족관계등록청에 자녀의 출생을 신고하면서 '부친' 항목에 청구인을, '모친' 항목에 그녀의 파트너를 기입하여 청구인을 중앙가족관계등록부에 양친 중 한쪽으로 등재하여 줄 것을 신청하였다. 2020년 2월, 비엔나 시 당국은 청구인의 위 신청을 기각하였다. 청구인이 자녀의 출생 당시 모친과 등록된 동반자관계에 있었던 점은 확인되지만 모친에게 의학적 보조생식이 시행되었다는 증거를 첨부하지 않았다는 이유에서였다. 청구인은 위 기각결정에 대해 비엔나 행정법원에 이의를 제기하였으나 이 역시 동일한 이유로 2020년 10월에 기각되었다. 모친에게 출산 전 180일부터 출산 전 300일까지의 기간 내에 의학적 보조생식이 시행되지 않았으므로 청구인은 일반민법전[3)] 제144조[4)] 제2항에 따라 다른 한 쪽

1) 오스트리아 헌법재판소 2022. 6. 30. 결정, G230/2021-20.

2) 오스트리아 생식의학법(Fortpflanzungsmedizingesetz)은 제1조 제1항에서 의학적 보조생식을 임신을 초래하기 위해 성교가 아닌 의학적 방법을 적용하는 것이라고 규정하고 있다.

3) Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, JGS 946/1811, idF BGBl. I 35/2015.

4) **[오스트리아 일반민법전 제144조]**
(1) 자녀의 부친은 다음 각 호의 남성이다.
1. 자녀의 출생 시점에서 그 모친과 혼인관계에 있거나 모친의 배우자로서 자녀의 출생 전 300일 이후에 사망한 자 또는
2. 부친임을 인정한 자 또는
3. 법원이 부친임을 확인한 자
(2) 출생 전 180일 이후 출생 전 300일까지의 기간 내에 모친에게 의학적 보조생식이 시행되었다면 다음 각 호의 여성이 다른 한 쪽의 양친이다.
1. 자녀 출생 시점에서 그 모친과 등록된 동반자관계에 있거나 모친의 등록된 동반자로서 자녀의

의 양친이 될 수 없고, 따라서 자녀의 부모로서 가족관계등록부에 등록될 수 없다는 것이다.

청구인은 행정법원의 결정으로 인해 헌법상 보장되는 권리가 침해되었다고 주장하며 헌법재판소에 재판소원을 제기하였다. 오스트리아 헌법재판소는 해당 재판소원 사건을 다루면서 일반민법전 제144조 및 동법 제145조 제1항[5]의 문언이 헌법에 합치되는지 여부에 관한 의구심을 갖게 되어 직권으로 해당 법률 규정의 위헌 여부를 심사하기로 하였다. 특히 여성이 양친 중 한 명으로 인정받기 위해서는 모친에게 출산 전 180일 이후 출산 전 300일까지의 기간 내에 의학적 보조생식이 시행되었어야만 한다는 요건은 성적 지향에 따른 차별금지에 위배되어 유럽인권협약 제8조[6]와 연계한 동 협약 제14조[7] 및 연방헌법 제7조 제1항[8]에 위배될 수 있다고 보았다.

출생 전 300일 이후에 사망한 자 또는
2. 부모임을 인정한 자 또는
3. 법원이 부모임을 확인한 자

(3) 이 여성에 대해서는 부친 및 부자관계와 관련 있는 동법의 규정 및 다른 연방법률 조항을 의미에 맞게 적용한다. 부모와 자녀 간의 관계 및 양친 간의 관계에서 특별한 권리와 의무가 적용된다면, 이러한 권리와 의무는 동일한 방식으로 적용된다.

(4) 제1항 제1호에 따라 여러 명의 남성이 부친으로 고려된다면, 그 중 모친과 가장 최근에 혼인관계를 맺은 남성이 부친이다. 제2항 제1호에 따라 여러 명의 여성이 고려된다면, 그 중 모친과 가장 최근에 등록된 동반자관계를 결성한 여성이 양친 중 한 명이다.

5) **[오스트리아 일반민법전 제145조 제1항]**

(1) 부친 또는 부모로서의 신분은 국내의 공식문서 또는 공식으로 공증을 받은 문서에 개인적으로 의사표시를 함으로써 인정된다. 부모로서의 신분이 인정되려면 모친에게 시행된 의학적 보조생식(제144조 제2항)에 관한 증명을 첨부해야 한다. 해당 문서 또는 해당 문서의 공증 받은 사본을 필수적인 증명과 함께 가족관계등록 공무원에게 전달하면 의사표시의 시점부터 인정의 효력이 발생한다.

6) **[유럽인권협약 제8조]**

(1) 모든 사람은 그의 사생활, 가정생활, 주거 및 통신을 존중받을 권리를 가진다.

(2) 법률에 합치되고, 국가안보, 공공의 안전 또는 국가의 경제적 복리, 질서유지와 범죄의 방지, 보건 및 도덕의 보호, 또는 다른 사람의 권리 및 자유를 보호하기 위하여 민주사회에서 필요한 경우 이외에는, 이 권리의 행사에 대하여는 어떠한 공공당국의 개입도 있어서는 아니된다.

7) **[유럽인권협약 제14조]**

성, 인종, 피부색, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 소수민족에의 소속, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 차별도 없이 이 협약에 규정된 권리와 자유의 향유가 확보되어야 한다.

8) **[연방헌법 제7조 제1항]**

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

입법자는 부친과 '양친 중 한 쪽'을 다르게 규정한 의도를 설명한 입법 취지서에서 동성 커플을 이성 커플과 동등하게 대할 경우 필연적으로 법적 부모와 생물학적 부모 사이의 구분이 붕괴될 것이며, 위와 같은 의학적 보조생식 요건은 생식의학법(Fortpflanzungsmedizingesetz) 제20조 제2항[9]과 같은 규정처럼 자녀가 자신의 유전적 뿌리에 대해 알 권리를 보장할 수 있도록 한다고 하였다(생식의학법 개정법 2015 정부발의안 주석, 445 BlgNR 25. GP, 12 이하 참조). 즉, 일반민법전 제144조 제2항의 의학적 보조생식을 시행할 의무는 생식의학법 제20조 제2항에 따라 동성 커플의 자녀가 14세 이상이 되었을 때 자신의 생물학적 부친에 관한 정보를 취득할 수 있도록 보장하기 위한 조치라는 것이다.

Ⅱ. 주문

1. 일반민법전 제144조 및 제145조 제1항 제2문의 '필요한 증명과 함께'라는 문언은 위헌이므로 폐지된다.
2. 폐지의 효력은 2023. 12. 31.이 경과한 날부터 발생한다.
3. 이전의 법률 규정은 다시 효력을 갖지 아니한다.
4. 연방총리는 이 판결을 연방 법률관보 Ⅰ에 지체 없이 게재할 의무를 진다.

Ⅲ. 관련 법률 규정과 쟁점

1. 일반민법전 제143조 내지 제145조

제143조

모친은 당해 자녀를 출산한 여성이다.

[...]

9) **[오스트리아 생식의학법 제20조 제2항]**
제3자의 정자 또는 난자로 수태된 자녀는 연령이 14세에 달한 이후 그가 요청할 경우에 제15조 제1항에 따른 기록을 열람하고 그로부터 정보를 얻을 권리를 보장받는다. 자녀의 복리를 위해서 의학적으로 근거 있는 예외적인 경우에는 자녀의 부양과 교육을 수탁받은 법적 대리인에게 열람권과 정보를 제공해야 한다.

제144조

(1) 자녀의 부친은 다음 각 호의 남성이다.

1. 자녀의 출생 시점에서 그 모친과 혼인관계에 있거나 모친의 배우자로서 자녀의 출생 전 300일 이후에 사망한 자 또는

2. 부친임을 인정한 자 또는

3. 법원이 부친임을 확인한 자

(2) 출생 전 180일 이후 출생 전 300일까지의 기간 내에 모친에게 의학적 보조생식이 시행되었다면 다음 각 호의 여성이 다른 한 쪽의 양친이다.

1. 자녀 출생 시점에서 그 모친과 등록된 동반자관계에 있거나 모친의 등록된 동반자로서 자녀의 출생 전 300일 이후에 사망한 자 또는

2. 부모임을 인정한 자 또는

3. 법원이 부모임을 확인한 자

(3) 이 여성에 대해서는 부친 및 부자관계와 관련 있는 동법의 규정 및 다른 연방법률 조항을 의미에 맞게 적용한다. 부모와 자녀 간의 관계 및 양친 간의 관계에서 특별한 권리와 의무가 적용된다면, 이러한 권리와 의무는 동일한 방식으로 적용된다.

(4) 제1항 제1호에 따라 여러 명의 남성이 부친으로 고려된다면, 그 중 모친과 가장 최근에 혼인관계를 맺은 남성이 부친이다. 제2항 제1호에 따라 여러 명의 여성이 고려된다면, 그 중 모친과 가장 최근에 등록된 동반자관계를 결성한 여성이 양친 중 한 명이다.

제145조

(1) 부친 또는 부모로서의 신분은 국내의 공식문서 또는 공식으로 공증을 받은 문서에 개인적으로 의사표시를 함으로써 인정된다. 부모로서의 신분이 인정되려면 모친에게 시행된 의학적 보조생식(제144조 제2항)에 관한 증명을 첨부해야 한다. 해당 문서 또는 해당 문서의 공증 받은 사본을 필수적인 증명과 함께 가족관계등록 공무원에게 전달하면 의사표시의 시점부터 인정의 효력이 발생한다.

(...생략...)

2. 쟁점

여성으로만 이뤄진 커플에게만 출생 자녀의 부모로서 중앙가족관계등록부에 등재되기 위한 요건으로 의학적 보조생식이 시행되었다는 증명을 요구하는 일반민법전 규정이 위헌인지 여부가 쟁점이다.

Ⅳ. 판단

1. 일반민법전 제144조 제1항에 따르면 자녀의 부친은 자녀의 출생 시점에서 그 모친과 혼인관계에 있거나 모친의 배우자로서 자녀의 출생 전 300일 이후에 사망한 자(제1호), 부친임을 인정한 자(제2호), 또는 법원이 부친임을 확인한 자(제3호)이다. 일반민법전 제144조 제2항에 따르면 자녀 출생 시점에서 그 모친과 등록된 동반자관계에 있거나 모친의 등록된 동반자로서 자녀의 출생 전 300일 이후에 사망한 여성(제1호), 부모임을 인정한 여성(제2호), 또는 법원이 부모임을 확인한 여성(제3호)은 양친 중 한 명으로 인정된다. 어떤 경우이건 모친이 아닌 여성이 '양친 중 한 명'으로 인정받기 위해서는 일반민법전 제144조 제2항 전단에 따라 '출생 전 180일 이후 출생 전 300일까지의 기간 내에 모친에게 의학적 보조생식이 시행'되었어야 한다.

'부모 중 한 명'에 관한 규정은 헌법재판소의 VfSlg. 19.824/2013 결정에 대응하여 입법된 생식의학법 개정법 2015[10]를 통해 일반민법전 규정에 도입되었다. 규정의 목적은 당시 법 발전 상황을 고려할 때 등록된 동반자관계 또는 생활공동체 속에서 함께 사는 여성들을 위해 '여성들이 어떤 방식으로 모친 외의 양친 중 한 명의 지위를 획득할 수 있는지'에 대해 확정하는 것이었다. '본질적인 차이'로 의학적 보조생식 시행의 필요성이 언급되었다(생식의학법 개정법 2015 정부발의안 주석, 445 BlgNR 25. GP, 1 및 12 참조). 원칙적으로 여성 동성 커플 중 '다른 한 쪽의 양친'에 관한 규정은 일반민법전 제144조 제1항에 따른 부친의 혈통에 관한 규정을 표본으로 삼고 있다. 그리하여 동법 제144조 제3항에서는 부친 및 부자관계와 관련 있는 법률조항을 의미에 맞게 '다른 한쪽의 양친'인 여성에 대해 적용한다고 규정한다. 부모와 자

10) Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz 2015 (FMedRÄG 2015), BGBl. Ⅰ 35/2015.

녀 간의 관계 및 양친 간의 관계에서 특별한 권리와 의무가 적용된다면, 이러한 권리와 의무는 여성 동성 커플과 그 자녀의 경우에도 동일한 방식으로 적용된다. 예컨대 부양과 관련된 규정인 일반민법전 제231조 이하와 상속에 관한 규정인 동법 제731조 및 제731조가 여기에 해당한다. 여러 명의 남성이 일반민법전 제144조 제1항 제1호에 따라 친부(親父)로 고려되는 경우에 대응하는 여러 명의 여성이 양친 중 한 명으로 고려되는 경우의 규정은 동조 제2항 제1호이다.

친부와 '다른 한 쪽의 양친' 간의 결정적인 차이는 후자로 인정되려면 일반민법전 제144조 제2항에 따라 출산 전 모친에게 법률로 정해진 기간 이내에 의학적 보조생식이 시행되어야 한다는 점이다. 이 경우에 모친과 등록된 동반자관계에 있는 여성이 동조 동항 제1호에 따라 '다른 한 쪽의 양친'이 된다. '다른 한 쪽의 양친'으로 중앙 가족관계등록부에 등재되기 위해서는 의학적 보조생식을 시행했다는 확인증을 가족관계등록 공무원에게 제출해야만 한다. 이는 의학적 보조생식 시술을 한 의사가 생식의학법 제18조에 규정된 사항을 기재하여 부모에게 발행하는 증명서이다. 일반민법전 제145조 제1항은 '다른 한 쪽의 양친'으로서 인정되려면 동법 제144조 제2항 제2호에 따라 그러한 증명을 첨부해야 한다고 규정하고 있다. 국내의 공식문서 또는 공식으로 공증을 받은 문서에 부모로서의 신분에 관한 의사표시를 하고 해당 문서 또는 해당 문서의 공증 받은 사본을 위와 같은 증명과 함께 가족관계등록 공무원에게 제출하면 의사표시의 시점부터 부모로서의 신분 인정의 효력이 발생한다.

자녀 출산 시점에 모친과 혼인관계에 있는 남성(또는 모친의 배우자로서 자녀의 출생 전 300일 이후에 사망한 남성)은 법률에 의해 친부로 간주되며, 이는 생물학적 정황상 불가능한 경우에도 같다. 남성은 해당 자녀가 제3자의 혈통인 경우에도, 또한 의학적 보조생식이 아닌 방식으로 자녀가 생긴 경우에도 친부로 인정될 수 있다.

그러므로 일반민법전 제144조 제1항의 친자관계법은 부친에 대해서는 사회적 혈통(soziale Abstammung)이라는 관점을 취하고 있다. 혼인 중 자녀가 태어나면 남성 배우자가 부친으로 간주된다. 혼외 자녀에 대해 남성이 자신이 친부임을 인정한다면 그는 이를 통해 부친이 된다. 두 경우 모두 '공적으로' 진위를 가릴 방법은 존재하지 않으며, 부정확한 혈통관계를 변경하는 것은 당사자들의 자발적 의사에 달려 있다.[11]

11) 가족법 및 상속법 개정법 2005(Famlien- und Erbrechts-Änderungsgesetz 2005) 정부 발의안 주석, 471

법질서는 일반민법전 제144조 제1항에 따라 확정된 부자관계를 '망가뜨리는' 생물학적 부친의 인정을 자녀의 동의(미성년자의 경우에는 사회복지사와 친모의 동의)하에서만 가능하도록 하고(일반민법전 제147조 제2항[12]), 생물학적 부친에게 법원의 혈통 확인을 신청할 권한을 주지 않고 자녀에게만 그러한 권한을 줌으로써 생물학적 부친의 '난입'으로부터 사회적 가족을 보호한다.

생식의학법 규정(특히 제3조, 제8조 및 제11조 이하)에 따르면 제3자에 의한 정자 기증의 경우에 친자 관계에 관한 규정의 접점은 기증자의 정자로 자녀를 얻는데 대한 남편의 동의이며, 이는 필수적으로 공증인의 공증을 받은 문서로 제출되어야 한다. 이 경우에 부친으로서의 신분은 자발적 의사를 통해 획득되며, 혈족관계를 근간으로 하지 않는다.

2. 가. 평등원칙은 입법자도 기속한다(VfSlg. 13.327/1993, 16.407/2001 참조). 평등원칙은 입법자에 대하여 객관적 근거 없는 차별을 규정하는 것을 금지하는 제한을 가한다(가령 VfSlg. 14.039/1995 참조). 이 때 연방헌법 제7조 제1항 제2문 또는 유럽인권협약 제14조에 열거된 차별기준과 관련 있는 법적 차별의 경우 특히 매우 중요한 근거를 필요로 한다(VfSlg. 19.942/2014, VfSlg. 20.225/2017 참조). 유럽인권재판소 판례(특히 EGMR 24.7.2003, Fall *Karner*, Appl.40.016/98 [Z37]; 22.7.2010, Fall *P.B und J.S.*, Appl. 18.984/02 [Z 38])와 헌법재판소의 판례에서도 성별이나 성적 지향과 연관된 구분이 유럽인권협약 제14조와 연계한 해당 협약상 권리, 특히 유럽인권협약 제8조를 침해하는 차별이 되지 않으려면 매우 중요한 근거가 있어야 한다고 하였다(VfSlg. 19.758/2013, 19.824/2013, 20.277/2018 참조).

나. 유럽인권재판소 판례에 따르면 사실상 동반자관계에 있고 동거 중인 동성 커

BlgNR 12. GP, 7.

12) **[일반민법전 제147조 제2항]**
친자관계가 다른 남성에게 확정된 시점에 제출된 친부인정은 자녀가 이 인정을 공식문서 또는 공식으로 공증을 받은 문서로 동의할 경우에만 법적 효력을 갖는다. 자녀가 미성년인 경우, 이에 대한 인정은 의사결정 능력이 있는 모친이 상기 형식의 문서로 친부인정을 한 남성을 부친으로서 직접 표시하는 경우에만 법적 효력을 갖는다. 인정은 해당 의사표시 및 인정에 대한 동의와 필요한 경우 인정을 한 남성을 부친으로 표시한 문서 또는 공식으로 공증을 받은 사본이 가족관계등록 공무원에게 전달되면 의사를 표시한 시점부터 효력을 갖는다.

플은 유럽인권협약 제8조 제1항에 따른 '가정생활'의 보호 대상에 해당한다(EGMR 24.6.2010, Fall *Schalk und Kopf*, Appl. 30.141/04, EuGRZ 2010, 445 [Z 94]; Fall *P.B. und J.S.*, Z 30; 19.2.2013, Fall *X ua.*, Appl. 19.010/07 [Z 95]; VfSlg. 19.623/2012, 19.758/2013 참조). '가정생활'로서 유럽인권협약 제8조 제1항의 보호를 받는 관계의 자녀는 출생 시부터 가정생활의 일부가 된다(EGMR 13.7.2000, Fall *Elsholz*, Appl. 25.735/94 [Z 43]; 27.10.1994, Fall *Kroon ua.*, Appl. 18.535/91 [Z 30] 참조).

자녀를 갖고자 하는 소망과 이를 위한 자연적 생식 또는 의학적 보조생식의 이용은 가족의 지위와 마찬가지로 유럽인권협약 제8조의 보호영역 내에 있다(EGMR 3.11.2011, Fall *S.H. ua.*, Appl. 57.813/00, RdM 2012, 70 [Z 82]; VfSlg. 15.632/1999, 19.824/2013 참조).

3. 가. 일반민법전 제144조 제1항 제1호와 동법 제2항 제1호가 - 혼인 관계이건 등록된 동반자관계이건 무관하게 - 남녀로 이뤄진 커플과 동성 여성 커플을 달리 대우하고 있다는 점을 연방정부는 인지하고 있다. 모친의 남편 또는 등록된 남성 동반자는 일반민법전 제144조 제1항 제1호에 따라 부친으로 간주된다. 의학적 보조생식의 경우에는 생식의학법 규정이 보완적으로 적용된다. 생식의학법 제8조는 제3자의 정자를 기증받아 시행되는 의학적 보조생식에 남편 또는 등록된 남성 동반자의 동의를 요구하며, 이 동의에 대하여 공증인의 공증을 받도록 한다. 의학적 보조생식이 아닌 예컨대 소위 가정생식(Heiminsemination)[13]과 같은 경우에는 생식의학법의 적용을 받지 않으므로 별다른 어려움 없이 일반민법전 제144조 제1항 제1호에 따라 모친의 남편 또는 등록된 남성 동반자가 부친이 된다. 이에 반해 동성 여성 간의 관계에서는 일반민법전 제144조 제2항 제1호가 적용되어 모친의 등록된 여성 동반자는 의학적 보조생식의 요건하에서만 '다른 한 쪽의 양친'이 될 수 있다. 이른바 가정생식을 시행하여 자녀가 출생하였다면 남성의 경우와는 달리 모친의 동성 동반자가 '다른 한 쪽의 양친'이 될 수 없는 것이다.

이와 같이 동성 커플과 이성 커플 간에 서로 다른 법적 결과를 가져오는 규정에 대하여, 연방정부는 일반적으로 '남성이 자연적인 생식에 원칙적으로 적합'하므로 사

13) 의료진의 도움 없이 주사기와 같은 기구를 사용하여 정자를 여성의 몸 안에 주입함으로써 체내 수정을 유도하는 방식이다.

실상의 차이가 존재하고, 자녀를 출산하지 않은 여성에 비해 덜 엄격한 요건을 충족하여도 남성을 부친으로 인정하는 것이 정당화될 수 있다고 하였다.

연방정부는 연방헌법 제7조 제1항 제2문과 유럽인권협약 제14조에 규정된 성별과 성적 지향에 따른 차별금지의 보호 효력 및 이에 해당하는 헌법재판소의 우려에 대해 오인하고 있다. 이러한 보호 효력과 헌법재판소의 우려는 남성과 여성 간에 차이가 있고 그 결과 이성 간의 관계와 동성 간의 관계 사이에 남성의 자연적 생식능력의 관점에서 사실상의 차이가 있다는 점을 부인하지 않는다. 하지만 차별금지는 입법자로 하여금 이러한 성별에 특화된 구분으로부터 성적 지향에 따라 다른 법적 결과를 도출하는 것을 금지한다. 법질서는 성별과 성적 지향에 무관하게 인간을 동등하게 대해야 한다는 것이 연방헌법 제7조 제1항 제2문과 유럽인권협약 제14조의 차별금지가 담고 있는 중점적인 내용이다.

나. 따라서 위에서 언급한 유럽인권재판소와 헌법재판소의 판례에서와 같이 성별과 성적 지향에 따라 달리 규정한 일반민법전 제144조가 연방헌법 제7조 제1항 또는 유럽인권협약 제14조와 연계한 동 협약 제8조를 침해하는 차별적 규정에 해당하지 않으려면 매우 중요한 근거가 있어야 한다.

연방정부는 두 여성 간에 혼인 관계나 등록된 동반자관계가 지속되는 중에 자녀가 출생하는 경우 사회적 가정과 자신의 뿌리를 알고자 하는 자녀의 이익을 합당하게 보호하는 법률 규정(예컨대 생식의학법 제20조 제2항)의 필요성으로부터 그러한 근거를 찾고 있다. 그러한 규정은 모친이 생식의학법 규정에 따라 의학적 보조생식을 시행한 경우에만 존립할 수 있다는 것이다. 의학적 보조생식을 시행하는 경우에는 생식의학법 제15조[14]에 따라 정자나 난자를 제공한 사람의 정보 및 시술이 시행된

14) **[오스트리아 생식의학법 제15조]**
(1) 병원은 정자 또는 난자를 제공한 제3자에 관해 다음의 사항을 기록하여야 한다.
1. 이름, 생년월일 및 출생지, 국적과 거주지
2. 부모의 이름
3. 정자 또는 난자의 양도 시기
4. 제12조에 따라 시행한 검사의 결과.
(2) 그 밖에도 병원은 어떤 부부나 등록된 동반자관계에 있는 사람 또는 생활동반자에게 정자 또는 난자가 사용되었는지 기록해야 한다.
(3) 제1항과 제2항에 따른 기록은 병원에서 30년 동안 보관해야 한다. 이 기간이 지난 후 또는 그 전에

사람에 관한 정보를 영구히 보존해야 하므로 자녀가 동법 제20조 제2항에 따라 자신의 생물학적 부모에 관해 알 권리를 보장받을 수 있다는 취지이다. 그렇지만 모친이 (그리고 그녀의 여성 동반자가) 의학적 보조생식을 시행하기로 결정한 경우에만 그러한 규정이 적용된다는 사실이 다른 생식 방법을 택한 경우에는 모친의 동반자가 공동의 양친이 되지 못함을 정당화할 수 없다.

헌법재판소는 이미 VfSlg. 19.824/2013 결정에서 인공 수정은 생식의학법이 발효되기 전부터 널리 보급된 생식 방법을 의미하며, 그러한 방식이 여성의 건강에 특별한 위협이 되지 않는다고 판시한 바 있다(VfSlg. 19.824/2013에서 생식의학법 입법취지에 관한 설명 RV des FMedG, 216 BlgNR 18. GP, 15 참조). 당면한 위헌법률심사 사건에서도 연방정부는 그러한 관점을 고려하지 않았다.

따라서 모친의 생식(종류와 방법)에 관한 자기결정권을 보호하는 유럽인권협약 제8조의 배경하에서는 모친이 그녀의 여성 동반자와 함께 동성혼 또는 (등록된) 동반자 관계 속에서 사회적 가족의 보호를 실현하고자 하는 경우에 입법자가 생식의학법에 따른 의학적 보조생식을 강요하고 다른 생식의 가능성을 금지하는 것을 정당화하는 이유를 찾을 수 없다. 자녀의 복리라는 관점에서도, 부친과 모친 사이의 자녀에게는 생물학적 부친인지 여부와는 무관하게 친자관계법상의 부친에 대해 상속법상 (부양) 청구가 인정되지만, 동성 여성 커플의 자녀가 '가정생식'을 통해 출생한 경우 모친의 (혼인관계에 있거나 등록된) 여성 동반자에 대해서 상속법상 (부양) 청구를 허용하지 않는 점에 대해 객관적이거나 유럽인권협약 제8조 제2항에 따라 정당화되는 근거를 찾을 수 없다.

다. 따라서 문제된 일반민법전 제144조와 제145조의 문언은 연방헌법 제7조 제1항과 유럽인권협약 제14조와 연계한 동 협약 제8조 및 유럽인권협약 제8조 자체에도 위배된다.

병원이 문을 닫을 경우에는 해당 문서를 주정부의 장에게 양도해야 한다. 주정부의 장은 이 기록을 영구히 보관해야 한다.

Ⅴ. 결정의 의의

오스트리아 헌법재판소는 이 결정에서 여성으로 이뤄진 동성 커플에게만 자녀 출생 신고 시에 의학적 보조생식을 시행하였다는 증명을 요구하는 일반민법전 규정이 성적 지향에 따른 차별이며 유럽인권협약 제8조 제1항의 가정생활의 보호 보장에 위배된다고 보았다. 또한 모친이 자녀를 얻는 생식 방법과 종류를 선택할 자유를 갖는다고도 판시하였다.

문화시설 출입을 금지하고 불특정 다수의 예술 관련 회합을 허용하지 않는 코로나19 긴급조치시행령의 위법 여부[1)]

Ⅰ. 사실관계

청구인들은 문화·예술 계통 종사자 또는 관련자로서 코로나19로 인한 위기상황 방지를 위한 특별 보호조치를 규정한 연방 사회·보건·보육·소비자보호장관(이하 연방장관)의 시행령[2)](이하 제5차 코로나19 긴급조치시행령) 제7조 제1항 제4호[3)] 또는 동 시행령 동조와 연계한 제18조 제1항 제7호[4)] 및 이와 연계한 제14조 제1항 제2호[5)]가 위법하거나 위헌이므로 폐지되어야 한다는 청구를 하였다. 이와 더불어 동 시행령 제14조 제1항 제9호[6)]의 '관중 없이'라는 문언 또는 해당 문언과 연계한 동 시행령 제14조 제1항 제2호 및 이와 연계한 제18조 제1항 제7호 또는 제7조(전체)와 연계

1) 오스트리아 헌법재판소 2022. 6. 30. 결정, V 312/2021-15.

2) Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, mit der besondere Schutzmaßnahmen zur Verhinderung einer Notsituation auf Grund von COVID-19 (5. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung – 5. COVID-19-NotMV, BGBl. Ⅱ Nr. 475/2021). 해당 시행령은 연방 전체에 대한 록다운(Lockdown)을 규정하는 내용을 담고 있으며, 2021. 11. 22.부터 2021. 12. 1.까지 시행되었고 1차 개정(BGBl Ⅱ 511/2021)을 통해 2021. 12. 11.까지 연장되었다.

3) **[제5차 코로나19 긴급조치시행령 제7조 제1항 제4호]**
(1) 다음 각 호의 고객 영역에 출입하는 것은 금지된다.
4. 문화시설에서의 서비스를 이용하기 위한 문화시설

4) **[제5차 코로나19 긴급조치시행령 제18조 제1항 제7호]**
(1) 이 시행령은 다음 각 호의 경우에는 적용되지 않는다.
7. 종교행사를 위한 회합

5) **[제5차 코로나19 긴급조치시행령 제14조 제1항 제2호]**
(1) 자신의 사적 거주 영역을 벗어나 거주지 외의 곳에서 회합 참여를 목적으로 체류하는 것은 다음 각 호의 회합에만 허용된다.
2. 집회법 1953, BGBl. Nr. 98/1953에 따른 집회

6) **[제5차 코로나19 긴급조치시행령 제14조 제1항 제9호]**
(1) 자신의 사적 거주 영역을 벗어나 거주지 외의 곳에서 회합 참여를 목적으로 체류하는 것은 다음 각 호의 회합에만 허용된다.
9. 관중 없이 고정된 인원으로 직업상 수행하는 연습 공연 및 예술 공연

한 제18조(전체) 및 이와 연계한 제14조(전체)가 위법하거나 위헌이므로 폐지되어야 한다는 청구를 하였다.

청구인들은 해당 조항으로 인해 직업으로서 예술을 행하는 행위와 문화·예술 행위, 예술과 문화의 소비 및 관련 교육과 의견 수렴이 불가능해진다고 하였다. 해당 조항이 실제로 효력을 발함으로써 청구인들은 수많은 공연과 행사를 취소해야만 했다고 하였다.

연방 장관은 시행령 제정의 근거가 되는 자료를 제출하였으며, 이 사안에서 문제되는 기간 동안 오스트리아의 역학적 상황과 이에 대응하는 법적으로 허용된 조치를 어떻게 내렸는지에 관해 설명하였다.

Ⅱ. 주문

1. 제5차 코로나19 긴급조치시행령 제18조 제1항 제7호는 법률에 위배된다. 연방장관은 이 판결을 연방법률관보 Ⅱ에 지체 없이 게재할 의무를 진다.
2. 제5차 코로나19 긴급조치시행령 제7조 제1항 제4호 및 제14조 제1항 제2호와 제9호에 대한 청구인1 내지 청구인5 및 청구인7의 청구는 기각한다.
3. 그 밖의 청구는 각하한다.

Ⅲ. 관련 법령과 쟁점

1. 제5차 코로나19 긴급조치시행령

제7조

(1) 다음 각 호의 고객 영역에 출입하는 것은 금지된다.

1. 물품 구매를 목적으로 하는 상점
2. 신체와 밀접한 서비스를 받기 위한 서비스 업장
3. 여가 서비스를 이용하기 위한 시설
4. 문화시설에서의 서비스를 이용하기 위한 문화시설

제1호와 제2호는 사업자 간 거래를 목적으로 하는 경우에는 적용되지 않는다. 제1호와 제4호는 문화시설에서 제5항 제7호에 따라 사전에 주문한 물품을 수령하는 경우에는 적용되지 않으며, 이 경우 마스크를 착용해야 한다.

(...생략...)

(5) 제1항 제4호의 문화시설에는 문화를 창설하고, 문화생활에 참여하는 데 기여하는 시설, 특히 다음 각 호의 시설이 해당한다.

1. 극장
2. 실내 콘서트홀과 야외 콘서트 극장
3. 영화관
4. 버라이어티 극장
5. 카바레 공연장
6. 박물관, 문화전시관 및 미술관
7. 도서관 및 기록보관소

(...생략...)

제14조

(1) 자신의 사적 거주 영역을 벗어나 거주지 외의 곳에서 회합 참여를 목적으로 체류하는 것은 다음 각 호의 회합에만 허용된다.

1. 연기할 수 없는 직업상 회합, 이 회합이 직무 유지를 위해 필요하고 디지털 형식으로 수행될 수 없는 경우
2. 집회법 1953, BGBl. Nr. 98/1953에 따른 집회
3. 제15조에 따른 고도의 기량이 요구되는 운동 종목에서의 회합
4. 연기할 수 없는 정치 정당 기관의 회합, 디지털 형식의 개최가 불가능한 경우

(...생략...)

9. 관중 없이 고정된 인원으로 직업상 수행하는 연습 공연 및 예술 공연

(...생략...)

제18조

(1) 이 시행령은 다음 각 호의 경우에는 적용되지 않는다.

1. 제16조, 제18조 제2항 내지 제4항 및 제19조 내지 제21조를 제외한 기초 교육기관, 탁아소, 학교기관법에 따른 학교 및 사립학교법에 따른 사립학교, 농

업 및 산림업학교, 정규 수업과 학교 밖 아동 보육을 위한 시설 차원에서의 스포츠 시설 이용

2. 각 시설 도서관을 포함한 종합대학법 2002에 따른 종합대학, 사립대학법에 따른 사립대학, 전문대학법에 따른 전문대학, 단과대학법 2005에 따른 교육대학
3. 자치규정이 달리 존재하지 않는 한 입법기관의 영향력이 미치는 영역에서의 활동
4. 자치규정이 달리 존재하지 않는 한 제3호에 포함되지 않는 일반 대의기관의 영향력이 미치는 영역에서의 활동
5. 자치규정이 달리 존재하지 않는 한 행정법원에서의 당사자 행정업무를 제외한 법원의 영향력이 미치는 영역에서의 활동
6. 자치규정이 달리 존재하지 않는 한 -제7조 제9항 제1호, 제8조, 제18조 제3항 내지 제6항 및 제19조 내지 제21조를 제외한- 집행기관에서의 영향력이 미치는 영역에서의 그 밖의 활동
7. 종교행사를 위한 회합

(...생략...)

2. 쟁점

문제된 시행령이 예술의 자유를 침해하는지 여부와, 예술과 관련된 회합을 전적으로 금지하는 반면에 집회 및 종교행사에 관한 회합은 허용하는 것이 평등원칙에 위배되는지 여부가 쟁점이다.

Ⅳ. 판단

1. 제5차 코로나19 긴급조치 시행령의 제정 배경과 내용

코로나19조치법[7] 제3조 제1항, 제4조 제1항, 제4a조 제1항, 제5조 제1항 및 제6조

7) COVID-19-Maßnahmegesetz, BGBl. Ⅰ 12/2020, 시행령 제정 당시 BGBl. Ⅰ 183/2021. 해당 법률에서는 코로나19 확산을 방지하기 위한 보건 조치를 규정하고 있다. 동 법 제3조 내지 제4a조에서는 코로나19 발생 시 특정한 장소의 출입에 관해, 제5조에서는 회합의 제한에 관해, 제6조에서는 외출의 제한에 관해 시행령을 통해 규율할 수 있다고 규정하고 있다.

제1항을 근거로 국민의회 중앙위원회의 동의를 얻어 제5차 코로나19 긴급조치시행령이 제정되었고, 2021. 11. 22.부터 2021. 12. 11.까지 효력을 발하였다. 이 시행령을 통해 연방장관은 코로나19 확산을 막기 위해 접종자와 코로나19로부터 치유된 사람까지 포함하는 연방 차원의 록다운을 명하여 해당 기간 동안 시행되었다.

제5차 코로나19 긴급조치시행령 제7조 제1항 제4호는 문화시설에서의 서비스를 이용하기 위한 문화시설 출입을 금지하였다. 제5항에서는 문화시설에 해당하는 시설에 관해 구체적으로 명시하고 있다.

제5차 코로나19 긴급조치시행령 제14조 제1항은 자신의 사적 거주 영역을 벗어나 거주지 외의 곳에서의 회합 참여를 목적으로 하는 체류를 집회법 1953에 따른 집회(제2호)나 관중 없이 고정된 인원으로 직업상 수행하는 연습 공연 및 예술 공연(제9호) 등 위 규정에 열거된 회합에만 가능하도록 하였다.

제5차 코로나19 긴급조치시행령 제18조 제1항 제7호는 종교행사를 위한 회합을 동 시행령의 적용범위로부터 제외하였다.

2. 국가기본법[8] 제17a조[9]에 따른 예술의 자유

헌법재판소가 이미 2021. 10. 6. 결정(V 86/2021)에서 총체적으로 설명하였다시피 현재 청구인이 이의를 제기하고 있으며 종전 결정의 심판대상과 결과적으로 대체로 동일한 내용을 규정한 제5차 코로나19 긴급조치시행령은 특히 군중의 결집을 방지하여 코로나19의 확산을 예방하고, 생명과 건강을 보호한다는 정당한 목적을 추구하는 규정의 총체 중 일부이다. 당국의 설명에 따르면 이를 통해 의료 기반 시설의 기능 유지 또한 보장되어야 한다. 제5차 코로나19 긴급조치시행령 제7조 제1항 제4호에 따른 문화시설의 출입금지와 동 시행령 제14조 제5항에 언급된 회합 외의 다른 회합의 금지는 그러므로 예술 행위 자체에 대한 규제가 아니라 군중의 결집을 방지하려는 일반적인 조치이다. 군중의 결집을 방지하는 것이 코로나19 확산 방지라는 최우선 목표에 부합한다는 사실은 충분히 증명되었다.

8) Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger, StGG, RGBl. Nr. 142/1867.

9) **[국가기본법 제17a조]**
예술가의 창작, 예술의 중개 및 교육은 자유이다.

문제된 조항이 문화 부문에 대해 단독으로 취해진 예외적 조치가 아니라환대 산업[10](Gastgewerbe), 숙박 시설 및 스포츠 시설과 생필품이 아닌 물품에도 적용되는 포괄적인 조치들(제5차 코로나19 긴급조치시행령 제7조 제1항 제1호와 연계한 동조 제6항 및 제9조 내지 제11조 참조) 중 하나이며, 제5차 코로나19 긴급조치시행령 제정 당시 존재한 역학적 정보는 제7조 제1항 제4호에 따른 문화시설 출입금지명령 및 동 시행령 제14조 제5항에 따른 회합에의 제한은 앞서 언급한 목적을 달성하기에 적합한 수단이라는 당국의 설명에 이의를 제기하기 어렵다. 헌법재판소의 견해에 따르면, 문화시설 방문은 방문자 간의 교류 및 소통에도 기여하므로 논쟁의 여지가 있는 금지조치는 어쨌든 이 법안에 따라 추구되는 접촉의 감소로 이어진다. 해당 시점에서는 시행령 제정자가 '기본적 생계'에 포함하지 않거나 시스템적으로 중요한 시설로 간주하지 않은 거의 모든 사회 영역에서 이러한 접촉을 줄이기 위한 조치가 시행되었다.

청구인들은 가령 업장 면적에 따른 출입자 수 제한과도 같은 더 완화된 조치를 통해서 목적(접촉 감소를 통한 코로나19 확산 방지)을 달성할 수 있었을 것이라고 주장한다. 시행령 제정 당시 역학적 상황은 감염력이 높은 바이러스 종류인 '델타'의 확산으로 불안정하였고, 의료 기반 시설이 최대치로 가동되어 개별 연방 주들은 이미 시스템 과부하에 당면하거나 그러한 상황이 임박한 위기 상태였다. 제5차 코로나19 보호조치시행령[11]에서 완화된 조치로서 명령한 '미접종자를 위한 록다운[12]'은 당시 필요한 의료 기반 시설의 부담을 더 이상 경감할 수 없었다. 시행령 제정자는 입법자가 규정한 전문가 집단인 코로나 위원회가 시행한 상황 평가를 고려하여 생명과 건강 보호를 위한 출입금지와 집합 관련 제한을 예술 영역에 대한 규제를 포함하는 총체적인 코로나 조치로 포괄하여 규정하였다. 시행령 제정자는 코로나19조치법 제3조[13]와 제6조[14]에 규정된 법률상 권한을 행사하였으며, 해당 조항은 집결 제한을 목

10) 주로 관광 산업 또는 호텔 산업의 동의어 개념으로 사용되고 있으나, 실질적인 환대 산업은 포괄적인 서비스 산업으로서 숙박 산업, 관광 산업, 식음 산업, 레스토랑 산업을 포함한다.

11) 5. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung, BGBl. Ⅱ 465/2021.

12) 오스트리아 정부는 코로나19 확산을 방지하기 위해 2021. 11. 15.부터 2022. 1. 30.까지 코로나19 백신 접종을 완료하지 않았거나 치유되지 않은 사람에게 외출과 특정 업장 이용을 제한하는 '미접종자를 위한 록다운(Lockdown für Ungeimpfte)'을 시행하였다.

13) 코로나19조치법 제3조에서는 코로나19 발생 시 영업장이나 직장에의 출입 제한을 시행령으로 규율할 수 있다고 규정하고 있다.

14) 코로나19조치법 제6조에서는 코로나19 확산 방지를 위해 특정 요건 하에서 외출의 제한을 시행령으로 규율할 수 있다고 규정하고 있다.

적으로 하는 특정 시설에의 출입금지를 규정하고 있다. 시행령 제정자가 결정재량 내에서 조치로 인한 침해의 최소성을 고려하였다는 사실은 특히 이전에 제5차 코로나19 보호조치시행령을 통해 명령한 '미접종자를 위한 록다운'과 문제된 규정이 총 20일 동안이라는 시간적으로 제한된 기간 동안만 적용되었다는 점에서 알 수 있다(VfGH 24.6.2021, V 592/2020 참조). 그러므로 제5차 코로나19 긴급조치시행령 제7조 제1항 제4호에 따른 문화시설 출입금지와 동 시행령 제14조 제1항 제9호에 따른 집결과 관련한 제한은 적절하고, 필요하였으며 비례의 원칙에도 부합한다(VfGH 6.10.2021, V 86/2021 참조). 따라서 해당 조항은 국가기본법 제17a조에 따른 예술의 자유를 과도하게 제한하지 않았으므로 이에 관한 청구인들의 권리는 침해되지 않았다.

3. 연방헌법 제7조[15]와 국가기본법 제2조[16]에 따른 평등원칙

이 밖에도 청구인들은 예술 행사와 집회 또는 종교행사를 위한 집결을 달리 대우하는 것이 평등원칙에 위배된다고 주장하고 있다.

이에 대해 연방장관은 청구인들이 규정의 총체적 구조를 오해하고 있다고 대응하였다. 제5차 코로나19 긴급조치시행령 제14조 제1항 또는 제18조 제1항의 예외는 역학과 관련된 사실상의 차이에 근거하지 않는다는 것이다. 후자의 조항에서 예외를 객관적으로 정당화하는 것은 오히려 특히 위기의 시대에 '공동체에서 종교행사를 시행하는 기본적 필요로서 중점적이고 매우 개인적인 중요성'에 있다고 하였다. 또한 종교공동체의 특별한 위상이 예외를 인정하는 것에 대한 이유이기도 한데, 자체적으로 코로나19의 확산을 방지하기 위해 그에 상응하는 효과적인 조치를 취하도록 할 수 있기 때문이라고 하였다. 종교공동체가 자치권을 유지하는 것은 특권을 의미하는 것이 아니라 주어진 '구조, 조직화 능력 및 집행 권한'과 함께 이를 자제하는 것에 대

15) **[연방헌법 제7조]**
(1) 모든 국민은 법 앞에서 평등하다. 출신, 성별, 신분, 계급 및 신앙에 따른 특권은 인정되지 않는다. 누구도 장애로 인해 불이익을 받아서는 안 된다. 공화국(연방, 주, 지방자치단체)은 장애인과 비장애인에게 일상생활의 모든 분야에서 평등한 대우를 보장한다.
(2) 연방, 주 및 지방자치단체는 남성과 여성이 실질적으로 동등함을 시인한다. 여성과 남성의 사실상 동등을 장려하기 위해 특히 실질적으로 존재하는 차별을 제거하는 것은 허용된다.
(...생략..)

16) **[국가기본법 제2조]**
법 앞에서 모든 국민은 평등하다.

한 합의를 배경으로 발생한다는 것이다. 제5차 코로나19 긴급조치시행령 제14조 제1항 제2호와 제5호의 예외는 민주 사회에서 집회의 자유가 갖는 중요성을 고려한 것이라고 하였다.

평등원칙은 시행령 제정자도 기속한다(VfGH 5.6.2014, V 44/2013; 24.6.2021, V 592/2020). 평등원칙은 입법자에 대해 실질적 차이를 통해 정당화될 수 없는 차별을 금지하고, 서로 다른 사안을 같은 것으로 취급하거나 객관적으로 근거 없는 규정을 제정하는 것을 금지함으로써 내용적 제한을 가한다.

이 사안에서 문제되는 제5차 코로나19 긴급조치시행령의 조치들은 위에서 언급하였다시피 총체적인 규정 중 일부이며, 특수한 위기 상황에서 특히 의료 기본 시설이 기능할 수 있도록 군중의 집결을 막고 이를 통해 코로나19가 확산되는 것을 방지하는 역할을 위한 것이다. 이 목적을 위해 시행령 제정자는 제한되는 회합을 열거하여 규정하였다. 이 제한은 부분적으로는 다양한 목적을 갖고 함께 모이거나 함께 특정한 장소를 방문하는 자유를 제한하게 된다. 다른 이들과 함께 모이는 자유는 그 회합의 목적에 따라 다양한 기본권을 통해 보호된다. 이 사안에서는 특히 유럽인권협약 제11조[17]나 국가기본법 제12조[18]에 따른 집회의 자유, 유럽인권협약 제9조[19]에 따른 종교적 회합의 보호 및 국가기본법 제17a조에 따른 예술적 목적을 위한 회합의 보호가 문제된다.

---

17) **[유럽인권협약 제11조]**
(1) 모든 사람은 자신의 이익을 보호하기 위하여 노동조합을 조직하고, 이에 가입하는 권리를 포함하여 평화적인 집회 및 다른 사람과의 결사의 자유에 관한 권리를 가진다.
(2) 이 권리의 행사에 대하여는 법률에 의하여 규정되고, 국가안보 또는 공공의 안전, 무질서 및 범죄의 방지, 보건 및 도덕의 보호, 또는 다른 사람의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에서 필요한 것 이외의 어떠한 제한도 가하여져서는 아니된다. 이 조는 국가의 군대, 경찰 또는 행정부의 구성원이 이러한 권리를 행사하는 데 대하여 합법적인 제한을 부과하는 것을 방해하지 아니한다.

18) **[국가기본법 제12조]**
오스트리아 국민은 회합하고 결사를 결성할 권리를 갖는다. 이 권리의 행사는 특별한 법률로 규정된다.

19) **[유럽인권협약 제9조]**
(1) 모든 사람은 사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 권리를 가진다. 이러한 권리는 자기의 종교 또는 신념을 변경하는 자유와 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로, 공적 또는 사적으로 예배, 선교, 행사와 의식에 의하여 그의 종교 또는 신념을 표명하는 자유를 포함한다.
(2) 자기의 종교 또는 신념을 표명하는 자유는 법률에 규정되고, 공공의 안전, 공공질서, 보건, 또는 도덕, 또는 다른 사람의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에 있어서 필요한 경우에만 제한받을 수 있다.

헌법재판소는 본 사안에서 문제된 시행령의 조치와 비교될 만한 규제에 관한 지금까지의 판례에서 그러한 기본권을 통해 보호되는 군중의 집결에 대한 제한이 기본권에 비례적이어야 한다는 점에만 초점을 맞추지 않았다. 헌법재판소는 기본권에 의해 동등하게 보호되는 자유 활동에 대한 제한이 평등의 원칙과 양립할 수 있는 방식으로 수행되어야 하며, 부적절한 특혜나 불이익을 초래해서는 안 된다는 측면을 항상 강조해 왔다(다양한 영업장에 대한 출입금지에 관해서는 VfSlg. 20.399/2020; VfGH 1.10.2020, V392/2020; VfGH 24.6.2021, V 592/2020; 24.6.2021, V 593/2020; VfGH 24.6.2021, V 2/2021 참조). 이는 본 사안에서의 유럽인권협약 제9조에 따른 종교의 자유, 동 협약 제11조나 국가기본법 제12조에 따른 집회의 자유 또는 동법 제17a조에 따른 예술의 자유처럼 그 중 어느 한 기본권의 보호를 받는 자유 활동이 다른 기본권의 보호를 받는 자유 활동보다 더 보호받을 가치가 있는 일반적인 '우위'를 갖는다고 할 수 없다는 점에서 볼 때에도 그러하다.

국가가 제한을 가하는 상황에서 특정한 경우에는 개별 기본권으로 보호되는 자유의 행사에 시혜를 주는 것이 객관적으로 정당화될 수 있으며, 때로는 기본권의 측면에서 명령되기도 한다. 민주적 관점에서 집회의 자유에 관한 기본권은 자유에 대한 국가의 제한에 반대하는 시민사회의 항의를 분명히 할 때 특히 중요하다. 이 측면은 또한 시행령 제정자가 집회법 1953(BGBl. 98/1953)에 따른 집회를 특별히 강조하여 그 개최를 제한하지 않은 점을 정당화한다(집회가 일반적으로 야외에서 개최되는 점도 고려해야 함).

시행령 제정자는 제5차 코로나19 긴급조치시행령 제18조 제1항 제7호에서 '종교행사를 위한 회합'을 시행령의 적용 범위로부터 제외하였다. 시행령에 따르면 그러한 회합은 야외이건 실내이건, 종교 예배이건 기도 또는 다른 종교적 예식이건 간에 참여 인원의 수와 무관하게 허용된다. 시행령 제정자는 공동체 내에서 다른 이들과 함께 하는 종교 활동을 특정한 제한 하에 허용하는 것이 아니라, 연방 당국의 표현에 따르자면 위기의 시대에 본질적이고 기본적인 요구로서 공동체 내에서의 종교 활동이 가능하도록 제5차 코로나19 긴급조치시행령 제18조 제1항 제7호를 통해 그러한 형태의 회합을 종교 행사의 형식과 무관하게 해당 시행령의 적용범위로부터 제외하고 있다.

이에 반해 제5차 코로나19 긴급조치시행령은 고정된 인원으로 직업상 수행하는 경우를 제외하고는 다른 이들과 함께 하는 예술 활동과 다른 이들에게 예술의 창작을 전달하는 활동을 완전히 금지하고 있다.

유럽인권협약 제9조와 국가기본법 제17a조의 보호목적에 비춰볼 때 헌법재판소는 이러한 범주적인 차별에 대한 객관적인 정당화 사유를 찾을 수 없다. 종교와 더불어 예술은 –서로가 독립적으로, 하지만 많은 경우에 서로 얽힌 상태로– 문명화된 사회의 기본적 요구에 속한다. 두 경우 모두 다른 사람과 함께 또는 다른 사람 앞에서 해당 기본권을 행사하는 것이 매우 중요하다. 이러한 배경에서 제5차 코로나19 긴급조치시행령에서 군중의 결집을 가능한 한 방지한다는 목표에 비춰본다면, 종교적 목적을 가진 결집과 예술적 목적을 가진 결집 사이에는 별다른 차이가 없으며, 그러한 차이가 국가기본법 제17a조의 보호영역에 있는 결집을 실질적으로 광범위하게 금지하고, 유럽인권협약 제9조의 보호영역에 있는 결집은 전적으로 가능하게 하는 것을 정당화할 수 없다.

헌법재판소는 특정한 경우에 유리한 예외와 함께 자유 행사에 대한 불평등한 대우를 정당화할 수 있는 특별한 근거가 있을 수 있다는 점을 간과하지 않는다. 제5차 코로나19 긴급조치시행령 제18조 제1항 제7호가 명하는 종교 행사를 위한 회합의 한계 없는 예외에 대해서는, 필연적으로 관중 앞에서 시행되고 여기에 의존하는 예술 공연까지 포함하여 광범위하게 금지된 예술 행위와는 달리 이를 허용할 객관적 정당성을 찾을 수 없다.

제5차 코로나19 긴급조치시행령의 보호목적을 감안하면 시행령 제정자에게 회합 개시에 관해 매우 광범위한 재량을 부여할 수는 없으므로, 동 시행령 제18조 제1항 제7호는 유럽인권협약 제9조의 보호영역에서의 모임과 국가기본법 제17a조의 보호영역에서의 모임에 대한 정당화될 수 없는 불평등한 처우를 규정하고 있다. 따라서 헌법재판소는 제5차 코로나19 긴급조치시행령 제18조 제1항 제7호가 평등원칙에 위배되어 법률에 위배된다고 확인할 수밖에 없다.

Ⅳ. 결정의 의의

오스트리아 헌법재판소는 이미 2021. 10. 7 결정(V 86/2021-19)에서 당시 제4차 코로나19 보호조치시행령[20]의 유사한 규정에 관하여 판단한 바 있다. 당시 결정에서도 헌법재판소는 예술의 자유에 관한 제한이 생명 보호를 위한 의료 기반 시설 보장을 위해 정당화될 수 있다고 하였다. 하지만 당시 종교 행사와의 차별에 관하여서는 해당 규정에 대한 취소 청구를 제기하지 않았다는 이유로 본안에서 자세한 판단이 이뤄지지 않았다. 이번 결정에서는 종교의 자유와 예술의 자유 간에 우열이 존재하지 않으므로 종교 행사를 광범위하게 용인하고 예술 영역에서의 결집을 거의 전적으로 금지하는 시행령 규정이 평등원칙에 위배된다고 한 점에서 이전 결정과 차이가 있다.

20) 4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung, BGBl Ⅱ Nr. 58/2021.

최신 세계헌법판례

유럽인권재판소

국적국에 입국할 권리

/ 책임연구관 임기영

국적국에 입국할 권리[1)]

Ⅰ. 사건개요

가. 사건의 배경

청구인들은 프랑스인들로 H.F.와 M.F., 그리고 J.D.와 A.D.이며 이들의 딸인 L.과 M.은 2014년과 2015년에 각각 자신의 파트너와 함께 프랑스를 떠나 소위 'ISIL(Islamic State in Iraq and the Levant, 이라크 레반트 이슬람 국가) 또는 'ISIS(Islamic State of Iraq and al-Sham, 이라크 알-샴 이슬람 국가)'로 불리는 '다에시(Daesh)'[2)]에 합류하기 위해 프랑스를 떠나 시리아와 이라크로 갔다. 1991년생인 L.은 2014년 7월 파트너와 함께 시리아의 ISIL 점령지로 떠나 두 아이(2014년생, 2016년생)를 낳았다. 2016년 12월 프랑스에서는 테러음모 혐의로 그녀에 대한 수사가 시작되어 영장이 발부되었고, 2018년 그녀의 파트너는 사망하였다. 한편, 1989년생인 M.은 2015년 7월 파트너와 이라크로 떠났고 그로부터 1년 후에는 시리아로 옮겼다. 2016년 프랑스에서는 그녀에 대한 수사가 시작되었다. 2019년 1월 그녀는 아이를 낳았다.

청구인들의 딸들이 프랑스를 떠날 무렵, 다에시는 이라크와 시리아에서 최대의 영토확장을 이루고 있었다. 2014년, 프랑스를 포함한 76개국이 참여한 국제 연합군이 만들어져 다에시와 전투중인 지역군에 군사적 지원을 하였는데 그 중 하나가 '시리아민주군(SDF: Syrian Democratic Forces)'[3)]이었다. 2017년 시리아민주군은 다에시의

1) H.F. and Others v. France [GC], Applications nos. 24384/19 and 44234/20 (2022. 9. 14.).

2) 우리나라에서는 흔히 'IS'로 지칭되는 급진 수니파 무장단체이다. '다에시'는 '이라크 레반트 이슬람 국가(ISIL)'의 아랍어 단어의 머리글자를 딴 약어이다. '레반트'는 시리아, 요르단, 레바논 등 지중해 동부 중동지역을 가리키는 말로 아랍어의 '알-샴'과 같은 의미이다. ISIL은 2003년 알카에다의 이라크 조직으로 출발하여 이후 시리아로 거점을 옮기며 크게 기세를 확장하였고, 2014년 6월 'IS(Islamic State, 이슬람 국가)'로 명칭을 변경하였다. 그러나 정상적인 국가로 인정할 수 없기 때문에 이 용어를 그대로 사용하는 것은 문제로 지적되기도 한다. 프랑스 정부도 그러한 이유로 공식적으로 'IS'라는 용어 대신 '다에시'라는 용어를 사용하고 있다. 다에시는 파리 등 유럽의 주요 도시를 비롯한 여러 곳에서 테러를 자행하고 잔혹한 동영상을 올리는 등 전 세계에 공포를 확산시켰다. 그러나 2017년 미국이 주도하는 국제 연합군에 의해 패배를 거듭하며 급격히 쇠락하였고, 2019년 3월 23일 시리아민주군(SDF)이 이들의 마지막 점거지였던 바구즈를 점령하고, 2019년 10월 IS의 지도자인 아부 바르크 알바그다디가 미국 특수부대의 작전으로 사망하면서 현재는 잔당세력들만 남아있는 상태이다.

3) ISIS에 대항하는 쿠르드족 민병대가 이끄는 지역군.

수도인 락까(Raqqa)를 점령하였고, 2019년 3월부터 유프라테스강 동쪽의 모든 시리아 영토를 점령하였다. 이 과정에서 수많은 사람들(대다수가 다에시 전사들의 가족들)이 시리아민주군에게 체포되어 그들이 관리하는 al-Hol 캠프로 보내졌다. L.과 그 자녀들도 2019년 2월 체포되어 al-Hol 캠프에 보내진 뒤 다시 다른 캠프 내지 감옥으로 이송된 것으로 보이고, M.과 그 자녀도 2019년 3월에 체포되어 al-Hol 캠프로 보내진 후 다시 Roj 캠프로 이송된 것으로 보인다.

시리아 북동쪽에 위치한 al-Hol 캠프와 Roj 캠프는 매우 열악한 상태로 국제적십자위원회(ICRC: International Committee of the Red Cross) 지역국장이 '종말적'이라고 묘사할 정도로 처참하였다. 2019년 9월 기준 al-Hol 캠프에는 70,000명의 사람들이 수용되어 있었고, 2021년 3월 기준으로는 62,000명이 수용되어 있는데 그 중 2/3가 어린이들이고 그 중 다수가 고아이거나 가족과 떨어진 상태로 매우 혹독하고 위험한 상황에 처해 있었다. Roj 캠프는 훨씬 작은 캠프로 2020년 al-Hol 캠프의 과밀도를 줄이기 위해 사람들을 이곳으로 이송하였다. 이곳 역시 아이들이 지내기에는 영양, 위생, 안전 모두 처참한 상황이다. 2019년 1월 31일 국제보건기구(WHO)는 2달 사이 al-Hol 캠프에서 29명의 아동 및 신생아들이 사망하였고 이들 대다수가 저체온증에 시달렸다고 밝혔다. 한 비정부기구는 이곳 캠프들에서 외국 국적의 여성과 어린이가 겪는 여건은 고문으로 정의될 수 있다고 결론짓기도 하였다. 청구인들의 딸들도 매우 마르고 고열에 시달리는 등 건강상의 문제가 있으며, 그 자녀들도 파편에 맞은 상처를 치료받지 못하거나 심각한 심리적 불안과 전쟁으로 인한 트라우마를 겪고 있고 심장 이상증세를 겪기도 하였다. 이들은 프랑스로의 송환을 원하고 있다.

2019년 3월에서 2021년 1월 사이 프랑스는 사안별(case-by-case)로 시리아 북동쪽 캠프들에서 어린이들을 데려오는 본국송환 조치를 시행하여 프랑스 국적의 35명의 미성년자와 16명의 어머니들을 데려올 수 있었다. 그러나 이 중에 청구인들의 딸들과 그 자녀들은 포함되어 있지 않았다.

한편 시리아 쿠르드족 자치구역 행정부인 '시리아동북부자치행정부(AANES: Autonomous Administration of North and East Syria)'는 2021년 3월 성명을 통해 수많은 ISIS 가족들을 수용하는 것이 큰 부담이 되고 있다며, 국제사회를 향해 ISIS의 희생자였던 여성들과 그 자녀들을 본국으로 송환해줄 것을 강력히 촉구하였다.

나. 본국송환 신청 국내절차

우선 L.과 그 자녀들에 관하여, 청구인들은 2018년 10월 31일 이메일로 프랑스 외교부에 본국송환 조치를 요청하였으나 답을 듣지는 못하였다.

청구인들의 대리인은 시리아 캠프에 수용되어 있는 다른 몇몇 여성과 어린이들을 대신하여 프랑스 대통령에게 본국송환 조치를 요청하였고, 대통령 수석보좌관은 이에 대한 대답으로 이들은 프랑스가 참여한 연합군과 교전 중인 테러단체에 합류하기 위해 의도적으로 떠났으며, 이들의 범죄에 대한 책임 여부는 지역 당국의 판단에 달려있고, 만일 이들에게 아무런 책임이 없다면 프랑스는 그들 상황에 적절한 조치를 취할 것이라고 설명하였다. 그리고 이들의 본국송환은 그 지역의 전쟁 상황과 따로 생각할 수 없는데 시리아의 경우 전쟁이 끝나지 않았고 상황도 불안정하며, 프랑스는 시리아와 외교관계를 맺고 있지 않아 프랑스의 개입도 국제적십자위원회 등 국제기구들을 통해 이루어지고 있다고 밝혔다.

2019년 4월 5일 L.의 부모인 청구인들은 딸과 손주들이 비인도적이고 모멸적인 대우에 노출되어 있고 생명권에 대한 심각하고 불법적인 침해를 받고 있다고 주장하며, 파리행정법원에 긴급신청[4]으로 외교부가 이들에 대한 본국송환에 착수하도록 명할 것을 촉구하였다. 청구인들은 국가는 국가의 적극적 의무로서 국가 관할권하의 개인들을 보호할 책임이 있다고 주장하였다. 그리고 이러한 국가의 책임은 국가영토 내에 있는 개인들과(속지주의) 실질적으로 통제권을 행사할 수 있는 경우 영토 밖의 국민들(속인주의) 모두에게 미친다고 주장하였다. 청구인들은 시리아 캠프로부터 어린이들을 데려온 것은 아이들의 본국송환 계획을 수립하고 수행할 외교부의 의사결정능력 및 작전능력을 보여준 것이라고 생각하였다. 2019년 4월 10일 파리행정법원 긴급신청 담당 판사는 청구인들의 신청을 각하하며, 프랑스 밖에서 외국군의 통제하에 있는 구역에 수용되어 있는 프랑스 국민을 송환해 달라는 요청은 프랑스의 대외적 행위와 불가분의 관계가 있으며, 따라서 행정법원의 관할권 밖에 있는 행위에 해당한다고 밝혔다.

청구인들은 이 결정에 대해 프랑스 최고행정법원인 국사원(Conseil d'État)에 항소하였다. 변론과정에서 외교부는 청구인이 요청한 조치는 외교관계와 불가분의 관계에 있어 법원의 심사를 받을 수 없는 국가행위에 속하고 법원이 명령할 수 없는 문

4) 프랑스 행정법원규칙 제L. 521-2조에 따른 절차이다.

제라고 주장하였다. 또한 프랑스는 시리아에 수용된 국민들에 대한 관할권이 없으며, 이들이나 이 지역에 대한 통제권도 없고, 청구인들이 주장하는 본국송환에 대한 국가의 적극적인 의무도 국제법적 근거가 없으며, 앞선 아동 본국송환 조치는 인도적 차원에서 사안별로 이루어진 것이라고 강조하였다. 2019년 4월 23일 프랑스 국사원은 이 사건을 각하하며 청구인들이 요청한 송환조치는 외국 당국과의 협의 개최나 외국 영토에 대한 침범을 요하고 프랑스의 국제관계 행위와 불가분의 관계이므로 법원은 이 사건을 심리할 관할권이 없다고 판시하였다.

한편 M.과 그 자녀에 대한 소송에서도 같은 취지로 긴급신청 및 항소가 받아들여지지 않았다.

다. 유럽인권재판소 제소

청구인들은 프랑스가 본국송환 조치를 거부한 것은 청구인 가족을 비인도적이고 모멸적인 대우에 노출시켜 유럽인권협약 제3조[5]를 위반한 것이고, 국적국 영토로의 입국권을 보장한 유럽인권협약 제4추가의정서 제3조 제2항[6]을 위반한 것이며, 가족생활을 존중받을 권리를 규정한 유럽인권협약 제8조[7]에도 위배된다고 주장하였다. 또한 실효적 구제를 받을 권리를 규정한 유럽인권협약 제13조[8]상의 실효적 조치도 받지 못하였다고 주장하였다.

이 사건은 소재판부 제5부에 배당되었으나 소재판부는 이 사건을 대재판부의 관할로 이양하는 결정을 내렸다. 이에 대재판부가 이 사건을 결정하게 되었다.

---

5) **유럽인권협약 제3조 (고문의 금지)**
어느 누구도 고문, 비인도적이거나 모멸적인 대우나 처벌을 받지 아니한다.

6) **유럽인권협약 제4추가의정서 제3조 (국적국에 입국할 권리)**
2. 어느 누구도 자기의 국적국의 영토에 입국할 권리를 박탈당하지 아니한다.

7) **유럽인권협약 제8조 (사생활 및 가족생활을 존중받을 권리)**
1. 모든 사람은 그의 사생활, 가족생활, 주거 및 통신을 존중받을 권리를 가진다.
2. 이 권리의 행사에 대하여는 무질서와 범죄의 방지, 보건 및 도덕의 보호 또는 타인의 권리 및 자유를 보호하기 위하여, 민주사회에서 국가안보, 공공의 안전 또는 국가의 경제적 복리에 필요하여 법률에 따른 경우 이외에는 어떠한 공공당국의 개입도 있어서는 아니 된다.

8) **유럽인권협약 제13조 (실효적 구제를 받을 권리)**
이 협약에 규정된 권리와 자유를 침해당한 모든 사람은 그 침해가 공무집행중인 자에 의하여 자행된 것이라 할지라도 국가당국 앞에서 실효적 구제를 받는다.

Ⅱ. 쟁점 및 판단

1. 법정의견

가. 사건의 병합, 청구인적격, 심리범위

청구인들의 딸들에 관한 각각의 청구의 법적·사실적 배경의 유사성을 고려하여 두 사건을 병합한다.

이 사건에서 청구인들은 그들의 딸들과 손주들이 직접 제소하는 것이 사실상 불가능하기 때문에 그들을 대신하여 소송을 진행하는 것이라고 밝혔다. 프랑스 정부는 청구인들에게는 청구인적격이 인정되지 않는다고 주장하였다. 그러나 유럽인권재판소는 직접적인 피해자가 그의 권리에 대한 실효적 보호를 박탈당할 위험이 있고 피해자와 청구인 사이에 아무런 이해관계의 충돌이 없는 예외적인 경우, 제3자가 취약자를 대신하여 소송할 수 있다고 판시한 바 있다.[9] 또한 딸들과 손주들을 대신하여 소송하는 청구인의 청구인적격과 관련하여 국내법원에서 이의가 제기된 적이 없다. 위와 같은 사항을 고려하건대, 이 사건 청구인의 경우는 청구인적격이 인정되는 예외적인 상황이라고 판단된다.

청구인들은 유럽인권협약 제3조(고문의 금지), 제8조(가족생활을 존중받을 권리), 제13조(실효적 구제를 받을 권리), 제4추가의정서 제3조 제2항(국적국에 입국할 권리)을 원용하였으나, 이 사건에서는 제3조와 제4추가의정서 제3조 제2항 위반 여부만을 검토하는 것이 적절하다고 생각한다. 이것으로도 청구인이 제기한 모든 문제를 판단할 수 있기 때문이다.

나. 유럽인권협약 제1조상 관할권 문제

프랑스 정부는 청구인들의 가족들이 유럽인권협약 제1조[10]상 프랑스의 관할권 내에 있지 않다고 주장하였다.

유럽인권재판소는 첫째, 청구인의 가족들과 피청구국 사이에는 국적 연결성이 있고, 둘째, 피청구국이 청구인의 가족들을 송환하지 않을 것이고 따라서 그들에 대해

9) Lambert and Others v. France ([GC], no. 46043/14, §102, ECHR 2015).

10) **유럽인권협약 제1조 (인권존중의 의무)**
체약국은 그 관할권 내의 모든 사람들에 대하여 이 협약 제1절에 규정된 권리와 자유를 보장해야 한다.

서는 외교적 또는 영사적 관할권을 행사하지 않을 것이라고 결정했기 때문에 그들이 유럽인권협약 제3조 및 제4추가의정서 제3조 제2항의 목적에 따라 피청구국의 관할권 내에 포함될 수 있는지 여부를 확인할 필요가 있다.

유럽인권재판소의 선례들은 체약국들이 자신의 영토 밖에서 관할권을 행사할 수 있게 하는 몇 가지 특별한 사정을 인정해왔다. 이러한 사정이 있는지 여부는 사건의 구체적인 사실관계를 참고하여 결정되어야 한다. 이 사건의 경우 유럽인권협약의 해당 조항들이 적용가능한지를 결정하기 위해 우리는 다음의 세 가지 사항들을 살펴보고자 한다.

1) 프랑스가 관련 지역에 통제권을 행사하였는지 여부 (소극)

프랑스는 시리아 북동부 지역에 실효적 통제권을 행사하지도 않았고 그 지역에 위치한 캠프에 수용되어 있는 청구인의 가족들에 대한 어떠한 권한이나 통제권도 갖고 있지 못한 상태이다.

2) 국내 소송절차의 개시로 관할권적 연결이 형성되었는지 여부 (소극)

청구인들의 딸들이 테러조직에 참여한 것에 대해 프랑스 당국이 제기한 형사절차는 이 사건에서 주장되고 있는 유럽인권협약의 위반과는 관련이 없고, 따라서 주장되고 있는 사실이 프랑스의 관할 내에 있는지 여부와는 무관하다. 만일 반대로 해석한다면(즉, 수사의 개시로 유럽인권협약상의 관할권이 인정된다고 하면) 당사국은 선뜻 수사를 개시할 수 없을 것이다. 게다가 청구의 요지를 고려하면 본국송환 절차는 청구인들의 청구가 프랑스의 관할권 내에 있는지 여부의 문제에 직접적인 영향을 주지 않는다. 따라서 역외관할적(extraterritorial jurisdictional) 연결이 촉발되기에 충분하다고 할 수 없다.

3) 피청구국과의 관련성 유무 (적극)

가) 유럽인권협약 제3조(고문의 금지) 관련 (소극)

쿠르드 통제하의 시리아 캠프 내에서 겪는 혹사와 관련하여, 청구인들 가족들의 프랑스 국적도, 프랑스 당국이 그들을 송환하지 않기로 한 결정도 그들을 프랑스 관할권의 범위 내로 데려오지 않는다. 유럽인권협약의 범위에 대한 그와 같은 확장은 판례법에서 그 근거를 찾을 수 없다. 첫째, 국내 차원에서 이루어진 결정이 외국에 거주하는 사람의 상황에 영향을 주었다는 사실만으로는 그들에 대하여 당사국이 영

토 밖에서 관할권을 형성하였다고 볼 수 없다. 둘째, 국내법이든 국제법이든 당사국이 그 국민을 대신하여 행동하고 그들을 송환하도록 요구하고 있지 않다. 게다가 유럽인권협약은 외교적 또는 영사적 보호에 대한 권리를 보장하고 있지 않다. 셋째, 지역 비국가 당국(local non-State authorities)이 관련 국가들에게 그 국민들을 송환해 갈 것을 촉구하였음에도 불구하고, 프랑스는 불가피하게 시리아에서 일어날 수밖에 없는 그러한 작전의 원칙과 조건에 관해 그들과 협상해야 할 것이고 그 수행을 준비해야만 할 것이다.

따라서 청구인들의 딸들과 손주들은 유럽인권협약 제3조와 관련하여서는 프랑스의 관할권 내에 있지 않다고 판단된다. 그러므로 제3조 위반에 관한 청구는 심리부적격으로 판단된다.

나) 유럽인권협약 제4추가의정서 제3조 제2항(국적국에 입국할 권리) 관련 (적극)

유럽인권협약 제4추가의정서 제3조 제2항이 오직 국민에게만 적용된다는 사실만으로는 프랑스의 관할권이 형성되기에 충분한 상황은 아니다. 국적은 일반적으로 국가의 관할권의 역외 행사의 근거로 여겨짐에도 불구하고 관할권의 독립적인 근거가 될 수는 없다. 이 사건에서 청구인들의 가족들에 대한 프랑스의 보호는 이들을 수용하고 있는 쿠르드 당국과의 협상이나 쿠르드 족이 관할하는 영토에 대한 개입까지 필요로 할 수 있는 문제이다.

청구인들의 요청을 승인하지 않는 것이 공식적으로 프랑스에 입국할 권리를 박탈하거나 그들이 입국하려는 것을 막은 것은 아니다. 그럼에도 불구하고 그들의 상황이 프랑스의 속지주의 및 속인주의 관할권에 영향을 미쳤을 수도 있었는지 문제가 제기된다.

제4추가의정서 제3조 제2항은 본디 국민이 국적국의 영토나 국적국이 실효적으로 통제권을 행사하는 지역 밖에 있을 때에 국가와 국민 사이의 관계에 적용되는 권리라고 할 수 있다. 만일 입국할 권리가 이미 국가의 영토나 그 실효적 지배를 받는 지역 내에 있는 국민에게 한정되는 것이라면 그러한 권리는 실효성이 없을 것이다. 이 조항의 보호를 가장 필요로 하는, 국적국으로 입국하기를 원하는 사람들에게 아무런 실질적인 보호를 제공하지 못할 것이기 때문이다. 제4추가의정서 제3조 제2항상의 권리의 목적과 범위를 고려하건대, 이 조항은 당사국의 관할권 밖에 있는 그 국가의 국민에게 유익해야 한다. 또한 해당 조항의 해석에 있어 현대의 글로벌화와 국제적

이동 현상의 맥락을 고려해야 한다. 이러한 현상은 국가들에게 외교적 및 영사적 보호, 국제인도법, 국제 협력의 영역에서 안보와 국방에 관한 새로운 도전이 되고 있다. 입국할 권리는 테러와의 전쟁과 국가 안보에 관한 최근 이슈의 핵심에 놓여있다. 제4추가의정서 제3조 제2항이 국경에 도착한 국민이나 여행서류(여권, 비자 등)가 없는 국민에게만 적용되는 것이라면, 현대 상황에서 그 효용성이 박탈될 것이다.

따라서 자신의 국적국에 입국하고자 하는 개인의 어떤 상황은 유럽인권협약 제1조의 목적에 따라 국가와의 관할권적 연결을 야기할 수도 있다. 그러한 상황은 추상적으로 정의내리기보다는 사례별로 판단할 필요가 있다.

이 사건의 경우 국가와 그 국민 사이에 법적 연결성이 있으며, 시리아 북동부 캠프의 상황과 관련된 많은 특별한 사정이 있고, 제4추가의정서 제3조 제2항과 관련하여 프랑스의 관할권 형성이 가능하게 할 만한 특징들이 존재한다. 예를 들어, 청구인들은 공식적으로 본국송환 신청을 하였다. 그리고 그러한 청구는 민주사회의 근본적 가치에 기반한 것이었다. 청구인들의 가족들은 인간존엄성에 어긋나는 캠프에서의 생활여건 및 안전상의 우려와 그들의 건강 및 어린 아이들의 극도의 취약성으로 인해 생명과 신체적 안녕에 대한 실제적이고 임박한 위험에 당면해 왔다. 그들이 프랑스 당국의 지원 없이 캠프(또는 연락이 단절된 채 갇혀 있었을지도 모르는 여타 장소)를 떠나 프랑스나 다른 나라의 국경에 다다르는 것은 물리적으로 불가능하였고, 쿠르드 당국은 수용중인 프랑스 여성과 아동들을 프랑스 당국에 인도할 의지를 표명하였다.

따라서 이 사건에서는 유럽인권협약 제4추가의정서 제3조 제2항에 따라 제기된 청구에 관하여, 유럽인권협약 제1조상 프랑스의 관할권이 인정될 수 있는 특별한 사정이 존재한다고 할 수 있다. 그러므로 제4추가의정서 제3조 제2항에 관해서 프랑스의 관할권이 인정되며, 따라서 심리적격이 인정된다.

다. 유럽인권협약 제4추가의정서 제3조 제2항(국적국에 입국할 권리) 위반 여부 (적극)

1) 유럽인권협약 제4추가의정서 제3조 제2항의 해석

유럽인권협약 제4추가의정서 제3조 제2항상의 청구는 국민이 국가 영토를 자발적으로 떠난 후 재입국을 거부당한 상황이나 외국에서 태어나 처음으로 입국하기를 원하는 아이들의 경우처럼 해당 국가에 발을 들여놓은 적이 없는 경우에도 가능하다. 이에 대한 제한은 해당 조문의 문구나 그 입법과정 어디에도 근거가 없다.

제4추가의정서 제3조 제1항(자국민의 추방 금지)[11]은 국민의 추방을 금지하는 것이지 범죄인 인도를 금지하는 것이 아니다. 따라서 국적국에 입국할 권리는 영토에 남아있을 권리와 혼돈되어서는 안 되며, 영토 내에 남아있을 절대적인 권리를 부여하는 것도 아니다. 예를 들어 범죄인이 그 국적국에 의해 다른 나라에 인도되어 그 나라에 수감되어 있다가 탈출하여도 국적국에 망명을 신청할 무조건적인 권리가 있는 것은 아니다. 국적국 영토에 입국할 권리는 범죄인 인도 명령을 무효화하는 데 이용될 수 없다. 게다가 적절한 경우, 단지 일시적으로만, 예외적인 수단의 형태로서 제한의 여지가 있을 수 있다. 예를 들어 코로나 19 팬데믹에 의한 세계 보건 위기의 맥락에서 이러한 상황을 생각해볼 수 있을 것이다.

문언 그대로 해석하자면, 제4추가의정서 제3조 제2항의 범위는 국가의 소극적 의무에 상응되며 자국으로 입국하려는 국민을 막는 형식적 수단에 한정된다. 그러나 사실상 국민의 권리의 유효한 행사를 박탈하는 비형식적 또는 간접적 수단이 –상황에 따라– 이 규정과 양립할 수 없는 상황도 배제될 수는 없을 것이다.

한편, 국가 영토에의 입국을 유효하게 보장하기 위하여 이 조항에 내재된 적극적 의무들이 오랫동안 국가들에 부과되어 왔다. 이는 전통적으로 국민에게 여행서류를 발급할 국가의 의무에서 유래한 수단들에 상응한다. 입국의 권리의 시행과 관련하여, 적극적인 의무의 범위는 당사국의 다양한 상황에 따라, 그리고 자원과 우선순위에 관한 결정에 따라 다양할 수밖에 없다. 이러한 적극적인 의무들은 당국에게 불가능하거나 비례적이지 않은 부담을 부과하는 방식으로 해석되어서는 안 된다. 당사국에게 적극적인 수단을 취하도록 요구될 때 그러한 수단의 선택은 원칙적으로 '판단의 재량(margin of appreciation)' 내에 속하는 문제이다.

2) 본국송환에 대한 권리가 있는지 여부 (소극)

유럽인권협약은 체약국의 외교적 보호에 대한 권리를 보장하지 않는다. 국가는 관련 비엔나협약에 따라 영사적 지원의 주역이 된다. 따라서 이 사건 청구인들의 가족들과 같이 비국가 무장단체의 통제 하에 있는 캠프에 억류되어 있고, 시리아에 영사관을 두고 있지 않은 국가의 국적을 가진 개인들은 원칙적으로 영사적 지원에 대한 권리를 주장할 권리가 없다. 시리아민주군이 관련 국가들에게 해당 국민들을 송환할

11) **유럽인권협약 제4추가의정서 제3조 (자국민의 추방 금지)**
1. 어느 누구도 자신의 국적국의 영토로부터 개별적 또는 집단적 조치에 의해 추방당하지 아니한다.

것을 촉구하였고 많은 송환 사건 -특히 프랑스에 의한 송환- 에서 협력하였다는 사실은, 관련성이 있을 수는 있지만, 청구인의 가족들에게 송환에 대한 권리가 부여되었다는 근거를 제공하지는 않는다. 또한 그러한 근거는 현재 외교적 보호에 관한 국제법에서도 찾을 수 없다. 유럽 차원에서 유럽인권협약 제4추가의정서 제3조 제2항 상 국가 영토에의 입국을 목적으로 한 일반적인 송환의 권리를 뒷받침하는 합의도 없었다. 요컨대, 국가에게는 그 국민을 송환할 국제법상의 의무는 없다. 결과적으로 시리아 북동부 캠프에 억류된 프랑스 국민은 국적국의 영토에 입국할 권리를 근거로 일반적인 송환의 권리를 주장할 수는 없다.

3) 유럽인권협약 제4추가의정서 제3조 제2항에서 유래한 다른 의무들

유럽인권협약 제4추가의정서의 입법과정에서 알 수 있듯이 국적국 영토에 입국할 권리의 목적은 국민의 추방을 막는 것이다. 이러한 관점에서, 이 사건의 특성들을 고려하여, 국가가 아무런 조치를 취하지 않는 것이 사실상 국민의 추방에 맞먹는 상황에 내버려두는 것과 같은 경우 제4추가의정서 제3조 제2항에 의해 국가에게 적극적인 의무가 부과될 수도 있을 것이다. 그러나 그러한 의무는 매우 좁게 해석되어야 하고, 예외적인 상황 -예를 들어 극도로 취약한 상황에서 역외(extraterritorial) 요소들이 아이의 생명과 신체적 안녕을 직접적으로 위협하는 경우 등- 에서만 국가를 구속할 수 있을 것이다. 또한 그러한 예외적인 상황이 존재하여 국가에게 주어진 적극적인 의무를 수행하였는지 그러지 못하였는지를 검토함에 있어 그 검토는 실효적 보호가 자의적이지 않도록 보장하는 것에 한정될 것이다. 입국권 행사의 불능은 국가의 귀국정책과 그 결과를 고려하여 평가되어야 한다.

가) 예외적인 상황이 존재하는지 여부

첫째, 비국가 무장단체인 시리아민주군의 통제 하에 있는 문제의 캠프는 그 상황이 외교적 또는 영사적 보호와 형사법상 협력 메커니즘의 전형적인 사례들과는 구별되는 법적 공백 상태에 가깝다. 청구인들의 가족들에게 제공될 수 있는 적용가능한 법은 국제인도법상의 최소한의 보호 정도에 불과하기 때문이다.

둘째, 캠프의 일반적인 여건은 국제인도법하의 기준에 전혀 부합하지 못한다. 제네바협약[12] 제1조에 따르면 해당 협약의 모든 당사국 -프랑스도 포함- 은 캠프의 생

12) 제네바협약은 전쟁 희생자 보호를 위해 1949년 제네바 회의에서 채택된 조약으로 '전투지역에 있는 군대의 부상자 및 병자의 상태개선에 관한 조약', '해상에 있는 군대의 부상자・병자・난선자의 상태

활여건에 직접 책임이 있는 쿠르드 당국이 국제인도법 위반을 종결시키기 위해 그들의 합리적 권한 내의 모든 일을 다해야 하는 의무에 따르도록 해야 한다.

셋째, 지금까지 캠프에 구금된 여성들을 다루는 재판소나 여타 국제수사기구가 설립되지 않았고, 임시국제형사재판소의 설립도 유보된 상태이다. 시리아 북동부에서 이 여성들이 재판을 받을 가능성 역시 없다. 한편, 프랑스에서 청구인들의 딸들에 대해 제기된 형사절차는 해외 테러리즘에 관여한 개인들을 수사하고 기소할 당사국의 국제적 의무와 일부 관련되어 있다.

넷째, 쿠르드 당국은 적절한 생활여건의 보장 불능, 구금 및 재판의 조성 문제, 그리고 안전문제를 거론하며 관련 국가들에게 각 국민들을 송환해갈 것을 반복적으로 촉구하였다. 실제로 그들은 이와 관련하여 협력하였으며 프랑스에도 협조하였다.

다섯째, 많은 국제기구들과 지역기구들이 캠프에 수용되어 있는 자국민들을 송환할 것을 유럽 국가들에게 촉구하였다. 유엔 아동권리위원회(United Nations Committee on the Rights of the Child)는 프랑스가 캠프의 프랑스 어린이들에 대한 보호의 책임을 다해야 하며, 그들의 송환을 거부하는 것은 비인도적이고 모멸적인 대우 금지 및 생명권에 대한 위반이 된다고 언급하였다.

여섯째, 프랑스는 공식적으로 이라크와 시리아에 있는 프랑스 미성년자들에게 프랑스의 보호를 받을 권리가 있으며 이들을 송환할 수 있다고 언급한 바 있다.

위와 같은 사항들을 고려하고, 청구인들의 가족, 특히 아이들의 생명과 신체적 안녕에 대한 위험을 뒷받침하는 역외 요소들을 고려하건대, 이 사건에는 예외적인 상황이 존재한다고 판단된다.

나) 자의성 방지책

유럽인권재판소는 국가들이 테러 범죄로부터 시민들을 보호하는데 겪는 실제적인 어려움들과 근년의 테러 공격들로 촉발된 심각한 우려에 대해 절실히 인지하고 있다. 그럼에도 불구하고, 위에서 기술된 것과 같이 예외적인 상황에서 본국송환에 대한 개인의 요청에 대한 심사는 -테러리즘과 싸우는 과정에서 내려진, 유럽인권재판소의 심사 대상에서 벗어나 있는 정치적 선택들과는 달리- 원칙적으로 해당 권리에 대한 존중과 직접적인 관련이 있는 범주에 속한다.

청구인들의 가족들은 인도주의적 긴급상황에 놓여있고, 따라서 그들의 요청에 대한

개선에 관한 조약', '포로 대우에 관한 조약', '전시의 민간인 보호에 관한 조약'의 4개 조약으로 이루어져 있다.

심사가 요구된다. 이들의 요청과 관련하여 의사결정과정에서 자의성을 배제하기 위한 적절한 보장책을 마련할 의무는 프랑스 당국이 진다. 적법성과 법치주의의 개념에 따르면 기본권에 영향을 미치는 조치는 그 결정의 이유와 관련 증거에 대한 심사 권한이 있는 독립된 기구에 의해 일종의 대립적인 심사절차를 받아야 하고, 국가안보가 위태로운 경우, 필요하면 기밀정보의 사용에 적절한 절차적 제한을 둘 수 있다.

그리고 긴절한 공익적 고려에서든 법적, 외교적 또는 물리적 어려움에서든, 행정당국이 적법하게 신뢰할 수 있는 근거로 자의성이 없었다고 확인할 수 있는 메커니즘이 있어야 한다.

이 사건에서 청구인들에게 제공된 자의성 방지책들은 적절하지 못하였다.

청구인들은 그들의 요청에 관하여 행정부가 내린 결정의 바탕이 된 선택에 대해 어떠한 설명도 듣지 못하였다. 또한 청구인들은 의사결정과정의 투명성을 높일 수 있었을 정보를 획득하지도 못하였다. 관할권이 없다고 언급하였던 국내법원의 관점에서 보자면, 청구인들은 그들의 본국송환 요청을 거부하는 암묵적인 결정에 대한 독립적인 심사에 대한 접근권이 없었다.

권한 있는 당국이 청구인들의 송환요청을 거부한 공식적인 결정이 없는 상황에서, 국내법원에 의해 그들에게 제시된 관할권의 면제는, 제4추가의정서 제3조 제2항상의 권리에 의존하는 청구인들의 주장과 동 조항에 의해 국가에 부과된 적극적인 의무와의 관계에서, 당국이 원용한 근거들에 대해 유의미하게 다퉈볼 가능성과 그러한 근거들이 적법하고 합리적이며 자의적이지 않은 근거였다는 것을 확인해 볼 가능성을 청구인들에게서 빼앗았다. 그러한 심사의 가능성이 반드시 해당 법원이 당시 송환명령을 내릴 관할권을 갖고 있었음을 뜻하는 것은 아니다.

따라서 청구인들의 가족들을 대신하여 청구인들이 제기한 본국송환 요청에 대한 심사는 적절한 자의성 방지책으로 보호되고 있지 않았다.

결론적으로, 이 사건 청구인들의 가족들의 경우 ① 예외적인 상황이 인정되며(특히 어린 자녀들), ② 의사결정과정이 자의성을 배제하는 적절한 보호장치가 마련된 상황 속에서 이루어지지 못하였기 때문에 유럽인권협약 제4추가의정서 제3조 제2항의 위반이 인정된다.

라. 주문

위와 같은 이유로, 유럽인권재판소는

1) 전원일치로, 두 청구의 병합을 결정한다.
2) 전원일치로, 유럽인권협약 제3조에 관한 청구의 심리부적격을 선언한다.
3) 다수의견으로, 유럽인권협약 제4추가의정서 제3조 제2항에 관하여 청구인들이 그들의 딸들과 손주들을 대신하여 제기한 청구의 심리적격이 인정됨을 선언한다.
4) 14대 3의 표결로, 유럽인권협약 제4추가의정서 제3조 제2항의 위반이라고 판결한다.
5) 15대 2의 표결로, 협약 위반 판결은 그 자체로 청구인이 입은 모든 비금전적 손해에 대한 정당한 보상(just satisfaction)[13]이 된다고 판결한다.
6) 14대 3의 표결로, 다음과 같이 판결한다.
   (a) 피청구국은 프랑스 영토에 입국할 수 있도록 해달라는 요청을 재심리해야 하며, 적절한 자의성 방지책이 제공되어야 한다.
   (b) 피청구국은 3개월 내로 청구인 H.F.와 M.F.에게 총 18,000 유로를 지급하고, A.D.와 J.D.에게 총 13,200 유로를 지급하며, 가격과 비용의 측면에서, 청구인에게 과세될 세금을 더하여 지급한다.
   (c) 위에서 언급된 3개월의 지급기일 만료시부터 실제 지급시까지는 체납기간 동안의 유럽중앙은행 한계대출금리와 동일한 금리에 3 퍼센트 포인트를 더한 금리로 위 금액에 대한 단리이자가 지급되어야 한다.
6) 15대 2의 표결로, 정당한 보상에 대한 청구인의 나머지 청구를 기각한다.

2. Pavli and Schembri Orland 재판관의 공동보충의견(2인 의견)

법정의견은 유럽인권협약 제4추가의정서 제3조에 의해 보장되는 자국 영토에서 추방되지 않을 권리와 입국할 권리에 관한 우리의 드문 법리에 중요한 기여를 하였다. 우리는 법정의견에 동의하면서, 그 논증에 있어 절차주의적 접근법을 공유하고, 이 사건 협약 위반의 성격이 절차적일뿐만 아니라 실체적이기도 하다는 의견을 제시하고자 보충의견을 작성한다.

법정의견에 따르면 자국 영토 밖에 있으나 자유롭게 다시 되돌아오지 못하는 국민들을 위한 일반적인 본국송환권이 유럽인권협약 제4추가의정서 제3조에서 도출되는

13) **유럽인권협약 제41조 (정당한 보상)**
협약 또는 의정서의 위반이 있었으나 해당 체약국의 국내법이 부분적인 보상만을 허용하고 있는 경우, 재판소는 필요하면 피해 당사자에게 정당한 보상을 제공해야 한다.

것은 아니지만, 자국민의 목숨에 심각한 위험이 있는 경우 등을 포함하여 예외적인 상황에는 국가가 국민의 귀국을 돕는 조치를 거부하는 것이 사실상 국민의 추방에 이를 정도가 될 수도 있다. 이러한 경우, 국민의 입국권 행사를 보장할 국가의 적극적인 의무가 촉발되기도 한다.

귀국할 권리의 시행은 - 얼마나 예외적인 상황이든 - 필연적으로 실체적, 절차적 성격의 적극적인 의무를 의미한다. 만일 본국송환 조치의 거부가 자의적이라고 판단되는 경우, 당사국은 국민의 귀국을 도모하기 위해 합리적인 조치를 취해야 한다. 그렇지 않으면 유럽인권협약상 추방되지 않을 실체적 권리는 심각하게 훼손될 것이다.

또한 자의성으로부터의 보호는 실체적 요소와 절차적 요소를 모두 가지고 있음이 분명하다. 의사결정과정은 공정해야 할 뿐만 아니라 조치를 취하지 않는 결정을 정당화하는 근거도 유럽인권협약에 부합해야 한다.

법정의견의 매우 절차적인 접근방식은 법정의견이 채택한 심사기준에서 보다 명확히 드러난다. 법정의견의 심사는 의사결정과정이 적절한 자의성 방지책들로 보호되고 있는지 여부에 한정되었다. 이러한 판단의 주된 전제는 본국송환의 적극적인 의무가 예외적인 상황 - 국가의 부작위가 사실상 추방에 이르는 경우 - 에만 발생한다는 것이다. 단순히 자의성을 배제할 의무는 현대사회에서 국민의 추방에 대한 거의 절대적인 금지와 어울리지 않는다.

자의적이지 않은 추방은 어떤 모습일까? 예외적인 상황으로 국가의 적극적인 송환의무가 발생하였음에도 송환조치의 실패를 정당화하는, 협약에 부합하는 근거는 무엇일까? 법정의견은 절차적 시각을 통해 다음과 같이 대답하였다. "*긴절한 공익적 고려에서든 법적, 외교적 또는 물리적 어려움에서든*, 행정당국이 적법하게 신뢰할 수 있는 근거로 자의성이 없었다고 확인할 수 있는 메커니즘이 있어야 한다." 첫 번째로 고려하여야 할 사항(긴절한 공익적 고려)은 해당 국민의 송환이 국가적 이익에 위협이 되어 배제되어야 하는지 여부이다. 두 번째로 고려하여야 할 사항(법적, 외교적 또는 물리적 어려움)은 위험에 처한 국민의 안전한 송환의 보장 가능성을 의미한다.

21세기 유럽 국가들은 테러리즘에 참여한 혐의가 있는 국민을 실효적으로 추방하는 선택을 할 수 있는가? 이 질문은 추후 다른 날 결정되도록 남겨져있다. 보다 긴급성을 갖는 문제는 특히 취약한 상황에 있는 미성년자들에 관한 것이다. 법정의견은 그 심사를 절차적 자의성을 방지하는 데에만 한정하다보니 국가가 미성년 국민들을 보호할 실체적인 의무를 수립하는 데에는 못 미치고 말았다. 법정의견은 조금 더 나

아갔어야 한다.

이 사건의 진행 과정에서 프랑스 정부는 ISIS 전사들의 가족들을 허용하는 것이 위험한 일이라고 일반적으로 주장하였지만 이 특정 개인들(청구인들의 딸들)이 프랑스의 국가 안보에 야기하는 구체적인 위협에 대한 사실이나 주장을 제시하지는 못하였다. 이 사건의 상황을 고려하면 프랑스 당국의 부작위는 청구인 가족에게 사실상의 추방의 형태와 마찬가지이다.

위에서 제시한 의혹들에도 불구하고 우리의 의도는 법정의견의 전체적인 중요성을 손상시키고자 함이 아니다. 법정의견은 관할권 문제, 국민의 송환과 관련하여 적극적인 의무가 발생하는 상황, 기타 유럽인권협약 제4추가의정서 제3조의 새로운 측면들에 대하여 중요한 설명을 제공하였다.

3. Yudkivska, Wojtyczek, Roosma 재판관의 공동일부반대의견(3인 의견)

우리는 유럽인권협약 제4추가의정서 제3조 제2항이 보장하는 권리의 범위에 대해서는 법정의견에 정중히 반대한다. 우리는 청구인들이 그들의 가족의 송환을 요청하는 것이 이 조항의 범위 밖에 있다고 생각하며, 이 조항이 적용될 수 없으므로 그 위반도 있을 수 없다고 생각한다.

우리는 시리아 북동부 캠프의 심각한 상황을 결코 경시하는 것이 아님을 강조하고자 한다. 캠프의 생활여건은 혹독하고 위험하다. 이러한 상황은 정치적 해결과 인도주의적 노력을 요청하고 있다. 그러나 이것이 법정의견처럼 자국에 입국할 권리의 범위를 광범위하게 해석하는 것을 정당화하는지는 의문이다. 더구나 이 권리의 부당한 확장에도 불구하고 청구인들의 가족들과 같은 상황에 처한 사람들에게 현실적인 도움을 제공할 가능성은 희박하다. 또한 법정의견이 정말로 제4추가의정서 제3조 제2항의 의미를 명확히 하였는지는 의문이다.

우선 관할권 문제와 관련하여 그 근거를 매우 납득하기 힘들다. 프랑스 당국에 본국송환 요청을 보낸 가족이 있는 시리아 캠프 수용자의 경우 관할권적 연결이 있고, 그렇지 않은 수용자에게는 관할권적 연결이 없다는 것은 자의적으로 보인다. (관할권 형성을 위한 예외로서) 특별한 취약성과 생명 및 안녕에 대한 심각한 위험을 고려하는 것은 제4추가의정서가 아닌 유럽인권협약 제3조(고문의 금지)에 더 적절한 것으로 보인다. 프랑스 당국의 도움 없이 프랑스 국경에 다다를 수 없다거나 쿠르드 당국이 협조하기로 한 사실들은 완전히 무관한 사항들이다.

제4추가의정서 제3조 제2항은 국가의 소극적 의무로서 작성되어 있다. 그럼에도 불구하고 어떤 적극적인 의무가 내재되어 있다는 점에는 우리도 동의한다. 그러나 이러한 적극적인 의무는 이 권리를 행사하는 동안 개인이 당면하게 될 모든 사실적 어려움을 제거할 의무에 이르지는 않는다.

이 사건과 같은 상황에서 다양한 국가들의 작전 능력은 모두 다르고 시간에 따라 변한다. 국가의 인도주의적 노력을 법적 의무로 변화시키는 것은 불확실성과 불평등을 만들어낼 위험이 있고 역효과를 낳는다.

또한 인도주의적 참사가 *오직 자국민에 대한* 국가의 법적 의무의 확장 근거로 언급되는 것은 우려스럽다. 국제인도법 위반을 멈출 수 있는 모든 조치를 다할 의무는 국적에 따라 과도하게 차별적이어서는 안 된다. 프랑스나 다른 나라들이 이러한 인도주의적 참사를 종료시킬 능력이 있다면, 제네바협약 제1항에 따라 피해자의 국적과 상관없이 그 의무를 다하여야 한다. 청구인들의 딸들과 그 자녀들은 생명과 신체적 온전성에 대한 권리를 가지며 이는 그들이 프랑스에서 태어났기 때문이 아니라 인간이기 때문이다.

법정의견의 자의성 방지책에 관해서도, 우리는 그것이 잘 논증되고 명확한 것인지 의구심이 들고, 그 원칙의 적용이 실제로 청구인의 가족들과 같은 상황에 놓인 사람들에게 유익할지도 의문이다.

충분한 사실적 근거가 없거나 아동 최선의 이익(children's best interests)을 고려하지 않고 본국송환을 거부하는 결정은 제4추가의정서 제3조 제2항의 위반이라고 보인다. 그런데 이는 적절한 자의성 방지책으로 의사결정과정을 둘러싸는 것보다 더 부담이 큰 비례성 분석과 마찬가지로 보인다. 또한 본국송환에 대한 실체적 권리로까지 보이기도 한다.

마지막으로, 예외적이지 않은 상황에서 제기되는 본국송환 요청은 이 사건과 같은 수준의 보장을 필요로 하지 않을 것으로 보인다. 법정의견은 의무가 촉발되는 예외적인 상황의 형성에 관해 구체적이고 명확하게 설명하지 못하고 있다.

4. Ktistakis 재판관의 일부반대의견(2인 의견)[14)]

나는 협약 위반 판결이 그 자체로 청구인이 입은 모든 비금전적 손해에 대한 정당

14) Ktistakis 재판관, Pavli 재판관의 의견.

한 보상이 된다는 부분에 대해서는 법정의견에 반대한다.

청구인들은 오랜 자의적 대응으로 인해 분명히 고통을 받았으며 협약 위반 판결만으로는 정당한 보상이 될 수 없다고 생각한다.

Ⅲ. 판결의 의의

그간 유럽인권재판소에서 유럽인권협약 제4추가의정서 제3조 제2항(국적국에 입국할 권리)에 관한 문제를 다룬 경우는 거의 없었다. 이 사건은 유럽인권재판소가 해당 조항 하에서 국가와 그 국민 사이에 관할권적 연결이 존재하는지를 결정하도록 한 첫 번째 사례였다는 점에서 중요한 의의를 갖는다. 또한 이 사건을 통해 유럽인권재판소는 이 조항의 의미를 분명히 하고 그 범위를 검토할 수 있는 기회를 가졌다.

시리아 북동부에 수용되어 있는 ISIS와 관련된 사람들에 대한 본국송환은 수년간 유럽 및 기타 국가들에서 곤란한 문제로 남아있었다. 이곳에서 일어나는 자의적 구금과 인권침해에 대하여 국제적 차원에서 문제가 제기되고 각국의 조치가 촉구되었으나, 이미 자국에서 ISIS에 의해 자행된 심각한 테러의 피해를 경험한 국민들의 부정적 여론과 국가안보의 문제로 본국송환 조치를 거부하는 사례들이 많았기 때문이다.

그러나 이번 결정을 통해 이들에 대한 본국송환은 새로운 전환점을 맞게 되었다. 제4추가의정서 제3조 제2항과 관련하여 당사국의 관할권이 인정되고, 송환조치를 거부하는 의사결정과정에 자의성을 배제할 수 있는 보장책이 마련되어야 하므로 그 동안과 같이 시리아에 수용되어 있는 자국민에 대한 송환조치를 거부하기가 한층 어려워졌기 때문이다. 이 결정은 유럽인권협약의 모든 체약국을 구속하기 때문에 더욱 그 영향력이 크다고 할 것이다.

몰디브 대법원

몰디브 대법원

국 가 개 요

1. 국명 : 몰디브공화국(Republic of Maldives)
2. 수도 : 말레(Male)
3. 인구・면적 : 58만명 추산(2022년), 298㎢(한반도의 1/700)
4. 공용어 : 디베히어, 영어
5. 1인당 GDP : 8,994달러(2021년)
6. 독립일 : 1965. 7. 26.(영국으로부터)
7. 정부형태 및 의회 : 공화제, 대통령중심제, 단원제

1. 명칭 : 대법원

○ Supreme Court of the Maldives

2. 연혁

○ 1968. 11. 11. 헌법 발효

○ 2008. 8. 8. 헌법 개정을 통해 삼권 분립을 규정하고, 사법부의 권한을 대법원, 고등법원 및 하위 법원에 부여

○ 2008. 9. 18. 대법원 설립

3. 구성

○ 대법원장을 포함한 7인의 대법관으로 구성됨(헌법 제145조 a항, 사법제도법 제5조)

○ 대법원장은 사법위원회와의 협의를 거쳐 국회(People's Majlis)에서 의원 다수의 동의를 얻어 대통령이 임명함(헌법 제147조)

○ 대법관은 사법위원회와의 협의를 거쳐 국회의원 다수의 동의를 얻어 대통령이

임명함(헌법 제148조 a항)

○ 대법관 자격(헌법 제149조 c항)
- 30세 이상이면서 70세 미만인 자
- 법관 또는 변호사로서 적어도 7년 이상의 경력을 가진 자. 이 기간은 누적 가능함
- 이슬람 샤리아 또는 법률 교육을 받은 자

4. 권한

○ 헌법과 법률, 법적 분쟁에 관한 최종적 해석 권한을 가짐(헌법 제145조 c항)

○ 국회에서 제정한 법률의 합헌성 여부에 대한 판단[1](헌법 제143조, 제144조)

○ 국회의원의 자격 또는 탄핵, 결원에 관한 쟁점에 대한 판단(헌법 제74조, 사법제도법 제10조 a항)

○ 대통령 후보 및 그의 러닝메이트의 자격 또는 결격 사유, 선거, 지위에 관한 분쟁 및 국회에 의한 대통령 탄핵에 관한 분쟁에 대한 판단(헌법 제113조, 사법제도법 제10조 b항)

○ 비상사태 선언의 효력 또는 해당 선언에 따라 제정된 법률 또는 법령의 효력에 대한 판단(헌법 제258조, 사법제도법 제10조 c항)

○ 국회가 헌법의 해석과 어느 법령의 합헌성 여부를 비롯한 법적 질의를 하는 경우, 근거를 제시하여 조언(헌법 제95조, 사법제도법 제13조)

5. 심리 및 결정

○ 대법원의 합의체는 홀수로 구성되어야 하고(헌법 제145조 b항), 원칙적으로 합의체 내 대법관 다수의 찬성으로 결정함(헌법 제141조 b항, 사법제도법 제6조). 합의체를 구성하는 대법관은 대법원장이 지명함(사법제도법 제26조)

○ 헌법이나 법률이 침묵하는 사안에 대해 결정할 경우, 법관은 이슬람 샤리아를 고려해야 함(헌법 제142조)

1) 대법원과 고등법원뿐만 아니라 하급심 법원도 헌법조항의 해석 및 적용에 관한 문제를 결정할 권한을 가지나, 하급심 법원의 판단이 대법원과 고등법원의 판단에 저촉되어서는 안 됨(헌법 제143조 b항, 제144조)

6. 연락처

❍ 주소 : Supreme Court of the Maldives
Theemuge, Orchid Magu, Malé, 20208

❍ 전화번호 : +960 3009990

❍ 이 메 일 : info@supremecourt.mv

❍ 홈페이지 : https://www.supremecourt.mv/en

※ 출처 : 몰디브공화국 헌법
사법제도법(Act No: 22/2010)
몰디브 대법원 홈페이지

(2022. 10. 작성)

세계헌법재판 관련 논문 목록(최신호)

▌세계헌법재판 관련 논문 목록(최신호)▐

강광문, 2018년 중국의 헌법 개정과 감찰제도 개혁에 관한 고찰 - 중국식 법치의 개념을 중심으로 - , 중국법연구 제49권, 2022. 7. 1-28쪽.

강승식, 헌법개정 위헌심사에 대한 비교법적 고찰, 미국헌법연구 제33권 제2호, 2022. 8. 35-62쪽.

공영호, 미국 수정헌법 제2조와 총기 소지 분쟁에 대한 연구 - D.C. v. Heller와 New York Pistol & Rifle Assoc. v. Bruen 대법원판례를 중심으로 - , 홍익법학 제23권 제3호, 2022. 9. 105-138쪽.

김나루, 미등록 이주아동의 기본권 보장에 관한 연구 - 유럽 국가를 중심으로 - , 유럽헌법연구 제39호, 2022. 8. 217-248쪽.

김동균, 독일 헌법상 재정준칙과 안정성위원회에 관한 소고, 유럽헌법연구 제39호, 2022. 8. 153-187쪽.

김선희, 캐나다 연방대법원의 권고의견 관할권에 관한 연구, 아주법학 제16권 제2호, 2022. 8. 89-113쪽.

김성배, 미국 남북전쟁후 재건시대에 대한 고찰과 통일법제에 대한 시사점, 유럽헌법연구 제39호, 2022. 8. 1-42쪽.

김연진, 국가의 손실보상법에 관한 비교법적 고찰 - 독일과 한국의 비교를 중심으로 - , 유럽헌법연구 제39호, 2022. 8. 111-152쪽.

김지영, 미국 헌법상 새로운 기본권 도출의 근거와 판단기준, 유럽헌법연구 제39호, 2022. 8. 249-282쪽.

김지영, 프랑스 지방자치단체의 공법상 쟁송에 관한 연구, 공법학연구 제23권 제3호, 2022. 8. 109-142쪽.

문재완, 미국 낙태죄 논쟁 - 미국 보수주의 법률가들은 Roe v. Wade 판결을 어떻게 뒤집었나? - , 세계헌법연구 제28권 제2호, 2022. 8. 1-30쪽.

박재윤, 독일 베를린주 임대차 규제에 관한 공법적 검토 – 독일 헌법재판소 결정을 중심으로 - , 집합건물법학 제43집, 2022. 8. 37-58쪽.

밧사이항 밧쳉겔, 박경철, 몽골 권력구조의 문제점과 개선방안 - 국가최고회의, 대통령 및 내각간의 견제와 균형을 중심으로 - , 세계헌법연구 제28권 제2호,

2022. 8. 95-126쪽.

신정규, 독일 기본법상 재정법제 관련 독일연방헌법재판소의 결정과 평가, 공법학연구 제23권 제3호, 2022. 8. 81-107쪽.

이무선, 여성수형자 처우에 대한 국제기준과 법적과제: 인권과 차별금지, 교정담론 제16권 제2호, 2022. 8. 73-95쪽.

이상혁, 사생활 언론보도에 의한 인권침해의 사법적 판단기준: 유럽인권재판소의 '카롤린 공녀' 관련 판결례를 중심으로, 강원법학 제68권, 2022. 8. 39-82쪽.

이창원, 공소제기 후 피고인신문의 적법성 여부 및 허용범위, 동북아법연구 제16권 제2호, 2022. 7. 353-377쪽.

이형석, 유럽인권협약 제6조 공정한 재판을 받을 권리에 관한 연구 -외국판결의 승인・집행에 관한 유럽인권재판소 판례를 중심으로-, 전남대학교 법학연구소, 법학논총 제42권 제3호, 2022. 8. 293-320쪽.

장진숙, 미연방헌법상 조약권한과 주권의 균형적 조율방안에 관한 연구, 미국헌법연구 제33권 제2호, 2022. 8. 95-138쪽.

전상현, 미국연방대법원의 돕스 판결에 나타난 헌법해석 논쟁, 세계헌법연구 제28권 제2호, 2022. 8. 31-66쪽.

전　훈, 공공서비스와 행정법 -프랑스 공공서비스 이론을 중심으로-, 유럽헌법연구 제39호, 2022. 8. 43-64쪽.

최지연, 미 연방대법원 Roe v. Wade 판결 폐기의 함의와 향후 주별 입법 전망, 미국헌법연구 제33권 제2호, 2022. 8. 63-93쪽.

국외통신원 소식

▌오사카지방재판소의 동성혼 관련 입법부작위에 대한 합헌 판단(일본)

오사카지방재판소의 동성혼 관련 입법부작위에 대한 합헌 판단

고베대학교 법학연구과 연구조수 서누리*

1. 일본에서 동성혼의 입법화를 위한 소송 중 두 번째 판결

2022년 6월 20일 오사카(大阪)지방재판소는 동성혼을 인정하지 않는 것은 합헌이라는 판결을 내렸다.[1] 필자가 소개했었던 작년 3월 17일 삿포로(札幌)지방재판소의 위헌 판결과는 상반된 결론을 내린 것이다.[2] 해당 소송들은 동성혼에 대한 입법운동의 일환으로 수행되고 있는 것으로, 일본 각지에서 동성커플들이 동성혼을 인정하지 않는 일본 민법과 호적법[3](이하 '본건제규정')이 위헌임을 주장하면서 제소한 사건이다.[4] 오사카지방재판소의 판결(이하 '본건 판결')은 작년의 삿포로지방재판소에 이은 두 번째 판결로, 원고 측은 즉시 항소할 의사를 표명하였다.[5]

이하에서는 작년의 삿포로지방재판소의 판결과의 비교를 염두에 두면서, 오사카지방재판소 판결의 내용을 소개한다.

---

* 법학박사

1) 大阪地判令和 4年 6月 20日 公刊物未登載(平成31年（ワ）第1258号)

2) 서누리, 삿포로지방재판소의 동성혼의 입법부작위에 대한 위헌 판단, 세계헌법재판 조사연구보고서 2021 제4호, 헌법재판연구원, 2021, 151면 이하.

3) **일본 민법 제739조**(혼인신고) ① 혼인은 호적법이 정하는 바에 의하여 신고를 함에 의하여 그 효력이 생긴다.
일본 호적법 제74조 혼인을 하려는 자는 다음의 사항을 신고서에 기재하여 그 취지를 신고해야 한다.
1. 부부를 칭하는 성씨
2. 그 외 법무성령으로 정하는 사항

4) 원고들은 입법부작위에 대하여 1인당 100만엔 국가배상을 청구하였으나, 삿포로지방재판소 판결과 마찬가지로 본건 판결에서도 인정되지 않았다. 그러나 이 소송들은 입법운동의 일환으로 수행되고 있는 것이라 해석되는바, 국가배상의 청구는 구체적 사건성의 성립을 위한 소송기술적인 청구로 해석된다.

5) MARRIAGE FOR ALL JAPAN 홈페이지 참고(https://www.marriageforall.jp/blog/20220620/).

2. 오사카지방재판소 판결이유의 요지

(1) 본건제규정이 헌법 제24조 제1항에 위반되는지 여부

원고들은 혼인을 할 자유(婚姻をするについての自由)는 헌법 제24조 제1항[6]에 근거하여 이성 간뿐만 아니라 동성 간의 혼인에 대하여도 보장되고 있는 것이어서, 혼인제도에서 동성 간의 혼인을 배제하고 있는 본건제규정이 헌법 제24조 제1항에 위반된다는 주장을 한다.

헌법 제24조 제1항에는 혼인은 '양성(両性)의 합의'에 근거하여 성립한다는 취지가 정하여져 있고,[7] 혼인을 하는 당사자에 대하여는 '부부(夫婦)'라는 문언이 사용되고 있으며, 동조 제2항에서도 '양성의 본질적 평등'이라는 문구가 사용되고 있다. 이러한 '양성'이나 '부부'라는 문구는 혼인이 남녀로 이루어지는 것이라 해석하는 것이 통상의 해석이다.

1947년 헌법이 제정되어 개인의 존중과 양성의 본질적 평등에 입각한 혼인제도를 확립하기 위하여 헌법 제24조가 규정되었지만, 동조의 기안과정에서도 'both sexes'를 번역하여 '남녀 양성'이나 '남녀'라는 문구를 사용하게 되었다는 점 등에서도 이 시점에서 혼인은 남녀 간의 것이라는 것이 당연한 전제였다 사료된다.[8] 또한 1947년 민법개정에서도 그 기안과정에서 동성 간의 혼인에 대하여 논의된 흔적은 없다.

위와 같은 헌법 제24조의 문구와 제정경위 등에 비추어 보면, 동조 제1항에서 '혼인'은 이성 간의 혼인만을 나타내고 동성 간의 혼인은 포함하지 않는 것이라 인정하

---

6) **일본국헌법 제24조** ① 혼인은 양성의 합의에 의해서만 성립하고 부부가 동등한 권리를 가지는 것을 기본으로 하여 상호협력에 의하여 유지되어야 한다.

7) 다음은 본건 판결의 인정사실에서의 메이지민법에서의 혼인제도에 대한 서술이다.
"메이지민법에서 혼인은 특정의 의식을 요하지 않고 국가에 대한 신고에 의하여 성립하는 법률혼으로 정비되었다. 그러나 종래 가(家)를 중심으로 하는 가족주의의 개념을 답습하여 가장인 호주(戸主)에게 가를 통솔하기 위한 호주권을 부여하여, 혼인은 가를 위한 것으로서 호주나 부모의 동의를 요건으로 하여, 당사자 간의 합의만으로는 성립할 수 없는 것으로 되어 부(夫)의 처(妻)에 대한 우위가 인정되어 왔다. 또한 이러한 메이지민법에서의 혼인은 일생동안 공동생활을 하고자 하는 남녀의 도덕 및 풍속 상의 요구에 합치하는 결합관계, 또는 이성 간의 결합에 의하여 정해진 남녀 간의 생존결합을 법률에 의하여 공적으로 인증한 것으로, 혼인은 남녀 간의 것임이 당연한 것으로 되어 왔다. 따라서 동성 간의 혼인을 금지하는 규정을 두지 않았지만, 동성 간의 혼인은 혼인의사를 결하여 무효인 혼인으로 해석되었다. 또한 입법 당시에 입법담당자들이 동성애가 정신질환에 해당한다는 것을 특히 의논하였던 사실은 엿볼 수 없다."

8) 1946년 2월 13일의 GHQ(General Headquarters, 연합군 최고사령부)초안 참고, 출처: 일본국회국립도서관 홈페이지(https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/03/076a_e/076a_e010l.html).

는 것이 상당하다. 헌법 제24조 제1항의 '혼인'은 이성혼을 말하는 것으로 혼인의 자유가 동성혼에 미치지 않는다고 해석하는 것이 상당하므로, 본건제규정이 동성혼을 인정하지 않는 것이 동항 및 동조 제2항에 위반되지 않는다고 해석할 수 있다.

'양성'이라는 문구가 있는 이상, 헌법 제24조 제1항이 이성 간의 혼인을 대상으로 하고 있는 것이라는 점은 부정할 수 없다. 그러나 이 점이 동항이 동성 간의 혼인을 적극적으로 금지하는 의미를 포함하고 있다고 해석해야 한다는 것은 아니다. 도리어 혼인의 본질은 영속적인 정신적・육체적인 결합에 공적 승인을 얻어 공동생활을 영위하는 것을 목적으로 하는 것이어서, 누구와 혼인할 것인가의 선택은 개인의 자아실현 그 자체라고 할 수 있는 점에서 동성애와 이성애는 단순한 성적 지향에 차이에 지나지 않는다는 것이 의학적으로 확실해진 오늘날 동성애자에게도 이성애자와 같이 혼인 또는 이에 준하는 제도를 인정하는 것은 헌법의 보편적인 가치인 개인의 존중이나 다양한 사람들의 공생의 이념에 따르는 것 그 자체라 할 수 있고, 이와 저촉되는 것이라 할 수 없다. 최근의 각종 조사결과에 의하면, 일본에서도 동성애에 대하여 이해가 진전되어 동성커플에 어떠한 법적 보호를 제공해야 한다는 견해를 지닌 국민이 상당한 수까지 증가하고 있다는 점을 엿볼 수 있다.

제24조 제1항이 이성간의 혼인만을 정하고 있는 것이라고 하여도 동성 간의 혼인에 있어 이에 준하는 제도를 구축하는 것을 금지하는 취지라고까지는 할 수 없다. 따라서 본건제규정이 헌법 제24조 제1항에 위반되지 않는다고 하여도, 제24조 제2항에 적합한지를 검토하는 것이 상당하다.

(2) 본건제규정이 헌법 제13조에 위반되는지 여부

원고들은 동성 간의 혼인을 할 자유가 헌법 제24조 제1항에서 규율되고 있는 것은 아니라 하여도, 이러한 자유는 자기결정권의 중요한 내용으로 헌법상의 권리로서 보장되어야만 하는 것으로 동성 간의 혼인이 인정되지 않는 것은 헌법 제13조[9]에 위반된다는 취지의 주장을 한다.

혼인 및 가족에 관한 사항은 헌법 제24조 제2항에 근거하는 법률에 의하여 구체적인 내용을 규율하는 것이어서, 혼인 및 가족에 관한 권리이익 등의 내용은 헌법상 일의적인 것이 아닌, 헌법의 취지에 근거하여 법률에 의하여 정해진 제도에 의해 구체

9) **일본국헌법 제13조** 모든 국민은 개인으로서 존중된다. 생명, 자유 및 행복추구에 대한 국민의 권리는 공공의 복지에 반하지 않는 한 입법과 그 밖의 국정에서 최대한 존중되어야 한다.

적으로 정해지는 것이다. 그렇다고 한다면, 혼인을 할 자유는 헌법이 정하는 혼인을 구체화하는 법률에 의한 제도에 의하여 처음으로 개인에게 부여되는 것이고, 또한 그것을 전제로 하는 자유여서, 생래적, 자연권적인 권리 또는 이익이라 할 수 없다.

따라서 헌법 제24조가 이성 간의 혼인을 정하고 있어, 그것을 전제로 하는 혼인제도밖에 존재하지 않는 현행법에서는 동성 간의 혼인을 할 자유가 헌법 제13조에서 보장되는 인격권의 내용이라고는 할 수 없다.

따라서 동성혼을 인정하지 않는 본건제규정은 헌법 제13조에 위반된다고 할 수 없다.

(3) 본건제규정이 헌법 제24조 제2항에 위반되는지 여부

1) 헌법 제24조 제2항의 의의

혼인 및 가족에 관한 사항은 관련 법제도에서 그 구체적인 내용이 정해지고 있는 것이다. 따라서 해당 법제도의 설계가 중요한 의미를 지니는 바, 헌법 제24조 제2항[10]은 구체적인 제도의 구축을 제1차적으로 국회의 합리적인 입법재량에 맡김과 동시에 그 입법에 있어서 동조 제1항도 전제로 하면서, 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등에 입각해야만 한다는 요청, 지침을 나타내는 것에 의해 그 재량의 한계를 둔 것이라 할 수 있다.

2) 이성 간의 혼인만을 대상으로 하는 혼인제도의 취지

일본에서는 메이지시대 이전부터 공동체를 이루고 가족을 형성해 온 남녀관계가 존재해 왔고, 그 관계는 관습상으로도 결혼 내지 혼인으로서 사회에서 인정되어 왔다. 메이지민법에서 법제도의 근대화에 따라, 이와 같은 관습이 법률혼으로서 제도화되었다. 메이지민법에서 혼인은 남녀 간의 것이어서, 현행 민법에서도 헌법이 요청하는 개인의 존엄의 관점에서 필요한 개정이 행해지면서도, 혼인은 남녀 간의 것이라는 점에 대하여는 별다른 논의 없이 계승되어 현재의 혼인제도가 정비되었다.

이렇게 성립한 현재의 혼인제도는 민법에서 혼인당사자인 부부의 권리의무에 대하여 정하는 규정뿐만 아니라, 친생자추정제도 등 친자관계를 정하는 규정이나 친권을 정하는 규정 등 혼인한 부부와 그 사이의 아이에 대하여 정하는 규정을 두고 있다. 호적법에는 부부의 혼인신고 외에 아이의 출생신고나, 아이의 부모의 호적에의 입적 등에 대한 규정도 있다.

10) **일본국헌법 제24조** ② 배우자의 선택, 재산권, 상속, 주거의 선정, 이혼과 혼인 및 가족에 관한 그 밖의 사항에 관하여 법률은 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등에 입각하여 제정되어야 한다.

그렇다고 한다면 본건제규정이 이성 간의 혼인만을 대상으로 하고 있는 것은 혼인은 혼인한 양 당사자의 관계뿐만이 아닌, 공동생활을 하며 다음세대에 계승해 가는 관계라고 하여, 이러한 남녀가 공동생활을 영위하고 아이를 부양하는 관계를 사회의 자연・기초적인 집단단위로 식별, 공시하는 기능을 지니고, 법적 보호를 부여하려는 취지로 생각된다. 이러한 혼인의 취지는 일본에서 역사적, 전통적으로 사회에 정착되어, 사회적인 승인을 얻고 있다 할 수 있다.

3) 헌법 제24조 제2항에서 고려해야 하는 권리이익

애초에 혼인이란, 두 당사자가 영속적이고 진지한 정신적·육체적 결합관계에 대한 법적 승인을 부여받는 것과 동시에, 그 지위에 응하여 법률상의 효과가 생기는 것에 의하여 다양한 법적 보호 등의 이익을 향유할 수 있는 제도라는 점에서 혼인을 한 당사자가 향유할 수 있는 이익에는 상속이나 재산분할 등 경제적 이익뿐만 아니라, 해당 인적 결합관계에 대하여 공적 승인을 받아 공증되는 것에 의해 사회 안에서 커플로서 공적으로 인지되어 공동생활을 영위할 수 있는 것에 대한 이익(이하, '공적인증에 관한 이익') 등이 포함된다. 특히, 공적인증에 관한 이익은 혼인을 한 당사자가 생애에 걸쳐 안정된 공동생활을 안심하고 영위하는 것으로 이어진다. 일본에서 법률혼을 존중하는 의식이 침투하고 있다는 점, 근래 혼인에 관한 가치관이 다양화하고 있는 점 등을 검토하여도 공적인증에 관한 이익은 자기존중감이나 행복감의 원천인 인격적 존엄에 관한 중요한 인격적 이익이라 할 수 있다. 이러한 인격적 이익의 가치는 이성애자인지 동성애자인지에 따라 다른 것이 아니다. 그렇다고 한다면, 동성애자에 대하여 동성 간에 혼인을 할 것인지에 대한 자유가 헌법상 보장되고 있다고 할 수는 없지만, 해당 인적 결합관계에 대한 공적인증에 관한 이익은 그 인격적 존엄에 관련된 중요한 인격적 이익으로 존중되어야만 하는 것이라 할 수 있다. 이러한 인격적 이익은 본건제규정이 헌법 제24조 제2항에서 인정되고 있는 입법재량의 범위를 넘는 것인지 아닌지를 검토함에 있어 고려해야 하는 사항이다.

4) 공적인증에 관한 이익

가. 혼인 외의 민법상 제도의 활용 시 동성커플들이 받는 불이익

본건제규정이 이성 간의 혼인제도만을 규정하고, 동성 간의 혼인을 규정하고 있지 않기 때문에, 이성애자는 자유로이 이성과 혼인할 수 있으나 동성애자는 바람대로 동성과 혼인할 수 없다는 중대한 영향이 생기고 있다.

그러나 본건제규정에 의하여 동성애자가 바라는 동성파트너와 혼인과 유사한 결합관계를 구축, 유지하거나, 공동생활을 영위할 자유가 제약되는 것은 아니다. 게다가 혼인에 의하여 생기는 법률상의 효과에 대하여도 가령, 동거, 협력 및 부조의 의무에 대하여 계약에 의하여 동등한 효과를 발생시키는 것이 가능하고, 당사자 일방의 사후에 그 재산을 타방당사자에게 귀속시키는 것이 계약이나 유언에 의하여도 가능한 것 외에 포괄수증자가 되는 경우 상속인과 동등한 권리의무를 지니는 등 다른 민법상의 제도 등을 이용하여 일정한 범위에서는 혼인과 동등한 효과를 받는 것이 가능하다.

이러한 방법은 애초에 사전에 유언이나 계약 등을 하지 않는다면 그 효과를 향유할 수 없는 것이고, 세법상의 우대조치, 재류자격, 공영주택의 입주자격 등, 계약 등에 의하여도 향유하기 어려운 법적 지위도 상당수 존재한다는 점에서도 동성커플이 향유할 수 있는 이익이 이성커플이 혼인에 의하여 향유할 수 있는 법률상의 효과에 미치지 않는 것은 확실하다.

또한 이러한 불이익이 개별적인 입법이나 운용의 개선 등에 의하여 해소될 수 있다고 하여도, 관련 개별 입법에 의해서는 동성커플이 사회 안에서 공적으로 인지되어 안심하고 안정된 공동생활을 영위하기 위하여 필요한 인격적 이익인 공적인증에 관한 이익을 충족시킬 수는 없다.

나. 공적인증에 관한 불이익 해소의 방법

본건제규정이 이성 간의 혼인만을 대상으로 하고 있는 것에 대하여는 그 취지에 합리성이 있으며, 그 영향에 있어서도 동성커플과 이성커플 간 향유할 수 있는 이익의 차이는 계약 등에 의하여 일정한 범위에서 완화할 수 있지만, 공적인증에 관한 이익과 같은 개인의 존엄과 관련된 중요한 이익을 동성커플이 향유할 수 없다는 문제가 존재한다고 할 수 있다.

그러나 동성커플에 대하여 공적인증에 관한 이익을 실현하는 방법은 현행의 혼인제도의 대상에 동성커플을 포함하는 방법에 한하는 것이 아닌, 이것과 별도의 새로운 혼인과 유사한 법적 승인 제도(이것은 '등록파트너쉽제도'라 할 수 있지만, '동성혼'이라고도 할 수 있다)를 창설하는 등의 방법에 의하여 가능하다. 그리고 현행의 혼인제도를 구성하고 있는 본건제규정은 단순히 이성 간의 혼인제도를 정한 것에 지나지 않는다는 점에서 동성 간에 있어서는 혼인 이외의 혼인과 유사한 공적 승인제도를 창설하는 것을 방해하는 것이 아니다. 일본에서도 이미 많은 지방자치단체에서

는 동성커플에 대하여 등록파트너쉽제도라고 불리는 공적승인 및 부분적 보호제도가 도입되어, 많은 동성커플이 이를 공인의 방법으로서 희망하고 이용하고 있다는 점이 인정된다. 이것은 법률상의 제도는 아니지만, 국민들 사이에서도 하나의 사회제도로서 인지되고 있다고 할 수 있다.

이렇게 개인의 존엄의 관점에서 동성커플에 대하여도 공적인증에 관한 이익을 실현할 필요가 있다고 할 수 있지만, 그 방법으로는 다양한 방법을 생각할 수 있는 것이어서 그 가운데 어떠한 제도가 적절한가에 대하여는 현행법상의 혼인제도뿐 아니라 혼인과 유사한 제도도 포함하여, 국가의 전통이나 국민감정을 포함한 다양한 요인과 각 시대에서 부부나 친자관계에 대한 전체적 규율에 입각하여 민주적인 과정에 의해 결정되어야 하는 것이다.[11)12)]

11) 원고들은 혼인에 준하는 제도의 구축을 요구하고 있는 것이 아니다. 원고들은 본건제규정이 정하는 현행의 혼인제도에의 접근 외의 별도의 제도를 두는 것은 오히려 동성애자에 대한 차별을 조장하는 것이라 주장한다. 이에 대하여 오사카지방재판소는 다음과 같이 판시하고 있다.
"애초에 혼인을 할 자유는 언제 누구와 혼인을 할지를 자유로이 결정하는 것이 가능한 자유이어서, 혼인당사자에게 혼인제도의 내용을 자유로이 정할 권리가 보장되고 있는 것은 아니다. 동성커플을 위한 공적인증에 관한 이익을 실현하기 위한 제도에 있어서도 당사자가 그 내용을 자유로이 정하는 것은 아니다. 공적인증에 관한 이익을 실현하기 위해서는, 현행의 혼인제도, 혼인에 준하는 혼인 유사한 별개의 제도 그 외 어떠한 제도가 적절한가는 민주적 과정에서 논의되어 판단될 필요가 있다는 것은 전술한 바와 같다.
도리어 현행의 혼인제도에서는 친생추정의 규정 등 그 중요부분에서 부부의 자연생식이 가능한 것을 전제로 만들어진 규정도 있어, 이러한 규정의 존재는 혼인제도 전체와 밀접불가분하게 이어져 있는 것이라 생각해야 한다면, 본건제규정을 위헌무효로 하는 것에 의해, 현행의 혼인제도를 현상의 법제도 그대로 동성커플에게 개방하는 것이 상당하다고 하기 어렵다. 현재 '동성 사이의 결혼' 내지 '동성혼'에 찬성하는 국민의 의견이 비교적 다수가 되고 있다는 취지의 조사결과가 다양한 통계에서 나오고 있지만, 이러한 조사에서도 반드시 '동성 사이의 결혼'이나 '동성혼'의 의미 내용이 일의적으로 정의되어 있다고 할 수 없는 이상, 찬성의견 가운데는 현행법상의 '혼인'제도 혹은 혼인과 유사한 제도인지가 엄밀하게 구분하지 않고 찬성답변에 포함되어 있을 가능성을 부정할 수 없다. 또한 동성애자나 LGBT를 대상으로 한 앙케이드조사에서도 법적보호의 모습에 대하여는 다양한 의견이 있다는 것이 인정된다. 게다가, 동성커플의 법적 승인이나 보호의 제도가 있는 외국이나 지역에서도 그 보호의 방법은 동성 간의 혼인제도를 채용한 국가도 있지만, 등록파트너쉽제도 등을 채용한 국가, 양자를 병용하는 국가 등 다양하다. 따라서 반드시 일률적이지 않다.
이에 더하여, 별도의 제도를 창설한다고 하여도 원고들이 주장하는 것과 같이 반드시 동성애자에의 차별이 조장되고 있다고 할 수 없다. 실제, 일본에서도 근년 지방자치단체의 등록파트너쉽제도가 증가하고 있지만, 원고들의 주장에 의하여도 이러한 제도에 의하여 동성커플에 대한 차별이나 편견이 해소되어가고 있다고 한다. 차별이나 편견의 진정한 의미에서의 해소는 오히려 민주적 과정에서 자유로운 논의를 거친 후에 제도가 구축되는 것에 의하여 실현되는 것이라 생각된다.
이상과 같은 점에서 동성커플의 공적인증에 관한 이익의 실현을 위해서는 현행법상의 혼인제도 그 자체를 적용하는 방법뿐만 아니라 혼인과 유사한 제도를 포함하여 폭넓은 검토가 필요하다. 동성애자들 안에서도 다양한 의견이 있다는 점에 비추어 원고들이 희망하지 않는다는 이유만으로 혼인과 유사한 제도를 구축한다는 선택지를 검토할 여지가 없어진다고는 할 수 없다."

12) 원고들은 동성애자는 소수여서, 그 보호를 위한 제도의 구축을 입법과정에서 기대할 수 없다고 주장

5) 아이를 낳고 기르는 관계의 보호라는 혼인의 목적의 오늘날의 의의

원고들은 혼인의 목적은 부부의 공동생활의 법적 보호이고, 생식과는 관계가 없으며, 아이를 낳고 기르는 관계를 보호한다는 본건제규정의 취지에는 합리성이 없다는 취지의 주장을 한다.

분명히 부부가 아이를 둘 것인가는 본래 개인의 자기결정에 맡겨져야 하는 사항이고, 민법에서도 아이의 유무나 장래 아이를 둘 의사의 유무 등에 의하여 부부의 법적 지위를 구별하고 있지 않다(또한 메이지민법의 제정 경위에서의 논의에서도 혼인에 대하여 반드시 아이를 남기는 것만이 목적이 아니라고 되어 있다). 특히 근래 가족의 형태나 부부의 모습이 다양화되고, 사람들의 의식에서도 혼인을 아이의 양육을 위한 것이 아닌 개인의 자기실현 또는 행복추구에 이바지하기 위한 것으로 보는 경향이 증가하고 있다. 그러나 그러한 가치관의 변화가 있어도, 남녀가 안정된 관계에서 공동생활을 하며 그 사이에 태어난 아이를 양육하는 것을 보호하는 혼인의 목적의 의의가 현재 상실되는 것이 아니다. 이러한 목적과 개인의 자아실현 등의 수단으로서의 혼인은 모순되는 것이 아니라 서로 양립할 수 있는 것이다. 그렇다면, 이러한 취지나 목적 자체가 역사적・사회적 의미를 잃었다고 할 수 없다.

6) 소결: 동성혼제도의 불비는 입법재량의 범위

동성간의 혼인 등 제도의 도입에 있어 어떠한 법적 조치가 취해지지 않고 있다는 입법부작위가 앞으로의 사회상황의 변화에 의해 장래에 헌법 제24조 제2항에 위반되는 것으로 위헌이 될 가능성이 있다고 하여도, 본건제규정이 동항이 인정하고 있는 입법재량의 범위를 일탈하고 있다 할 수 없다.

한다. 이러한 경우에 사법은 소수자의 권리 보호의 관점에서 적극적으로 위헌심사를 하여 본건제규정이 위헌임을 선언하는 것에 의하여 동성애자를 구제해야 한다는 취지의 주장을 한다. 이 점은 삿포로지방재판소에서는 민주적 과정에 맡겨두는 것이 아닌 적극적으로 동성혼은 사법판단의 대상으로 해야하는 근거로 작용하였으나 오사카지방재판소는 다음과 같이 판단하고 있다.

“동성 간에 혼인을 할 자유가 헌법상 보장되고 있다고까지는 할 수 없는 이상, 동성 간의 혼인이 인정되지 않는 것이 헌법상 보장되는 소수자의 기본적 인권이 침해되고 있는 것과 동등하다 생각할 수는 없다. 더하여 동성커플의 혼인 또는 혼인과 유사한 제도를 구현하는 것과 이성커플이 혼인을 할 자유가 이익이 상반되는 관계도 아니라고 한다면, 다수결의 원리에 입각하더라도 동성 간의 혼인 등의 제도 구축을 전혀 기대할 수 없는 것은 아니다. 실제 근년의 조사에 의하면 동성커플에 혼인 등의 법적 보호의 제도를 인정해야 한다는 답변을 하고 있는 사람들이 상당 정도까지 증가하고 있는 취지의 결과도 나타나고 있다. 이렇게 민주적 과정에서의 논의의 여지가 있는 이상, 현시점에서 사법이 적극적으로 본건제규정에 대하여 위헌을 선언해야 하는 상황이라고는 할 수 없다.”

(4) 본건제규정이 헌법 제14조 제1항에 위반되는지 여부

본건제규정은 이성 간의 혼인만을 정하여 동성 간의 혼인을 정하고 있지 않다. 원고들은 이성애자가 혼인을 할 수 있는 것에 비하여 동성애자는 혼인을 할 수가 없고, 혼인의 효과를 향유할 수 없다는 차별적 취급이 생기고 있는 것으로 헌법 제14조 제1항[13]에 위반된다는 취지의 주장을 한다.[14]

헌법 제14조 제1항은 법 앞에 평등을 정하는 것이어서 그 규정은 사안의 성징에 따라 합리적인 근거에 의하는 것이 아닌 한 법적인 차별적 취급을 금지하는 취지라고 해석해야 한다.

헌법 제24조 제2항은 혼인 및 가족에 관한 사항에 대하여 구체적인 제도의 구축을 제1차적으로는 국회의 합리적인 입법재량에 맡김과 동시에 그 입법에 있어서는 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등에 입각해야 한다는 요청, 지침을 따르도록 함으로써 재량의 한계를 정하는 것이어서, 혼인제도에 관하여 본건제규정이 국회에 부여되어 있는 이러한 재량권을 고려하여도 그러한 구별을 하는 것은 합리적인 근거가 인정되지 않는 경우에 해당 차별적 취급은 헌법 제14조 제1항에 위반되는 것이라 해석하는 것이 상당하다고 해야 한다.

본건 차별적 취급은 이와 같이 성적지향이라는 본인의 의사나 노력에 의하여 바꿀 수 없는 사정에 의하여 혼인이라는 개인의 존엄과 관련된 제도를 실질적으로 이용할 수 있는가 아닌가에 대한 차별적 취급을 하는 것이어서, 본건 차별적 취급의 헌법적 합성에 대하여는 이러한 사정의 성질을 고려하여 보다 신중하게 검토할 필요가 있다.

본건제규정은 헌법 제24조 제1항이 이성 간의 혼인에 대하여만 명문으로 혼인제도

13) **일본국헌법 제14조** ①모든 국민은 법 앞에 평등하고 인종, 신조(信条), 성별, 사회적 신분 또는 문벌(門地)에 의해 정치적, 경제적 또는 사회적 관계에서 차별받지 아니한다.

14) 피고는 본건제규정은 객관적으로 동성애자인지 이성애자인지에 의하여 혼인제도의 이용할 수 있는지를 구별하는 것은 아니어서, 동성애자가 그 성적 지향에 합치하는 자과 혼인할 수 없는 결과가 생기고 있는 것은 본건제규정에 의해 생기는 사실상의 결과에 지나지 않고, 그러한 결과 입법재량이 보다 광범위해진다는 취지의 주장을 한다. 이에 대하여 오사카지방재판소는 다음과 같이 판시하고 있다. “분명히 본건제규정은 그 문언상 혼인의 성립요건으로서 당사자에 특정한 성적 지향을 지닐 것을 요구하는 것이 아니고 당사자가 특정의 성적 지향을 지니고 있는 것을 이유로 혼인을 금지하는 것은 아니어서, 그 취지, 내용이 성적지향에 응하여 혼인제도의 이용의 가부를 정하고 있는 것이라 할 수는 없다. 그러나 혼인의 본질은 자신의 원하는 상대와 영속적인 인적 결합관계를 맺고, 공동생활을 영위하는 것인 이상, 동성애자에게 있어서는 이성과의 혼인제도를 형식적으로 이용할 수 있다고 하여도 그것이 혼인의 본질에 따르는 것이라 할 수 없다. 이것은 단순한 사실상의 결과가 아니고 실질적으로는 혼인을 할 수 없는 것과 같은 것으로, 본건제규정은 동성애자인가 이성애자인가에 의하여 혼인을 할 수 있는가에 대하여 차별적 취급을 하고 있다고 해야 한다.”

를 입법화하려는 요청에 응하여, 개인의 존엄이나 양성의 본질적 평등을 배려하여 이성 간의 혼인제도를 구축한 것이라는 점이 인정된다. 그 취지와 목적은 헌법이 예정하고 있는 질서에 따르는 것으로 합리성을 지니고 있다는 것은 전술한 바와 같다. 본건제규정이 동성 간의 혼인제도에 대하여는 아무것도 정하고 있는 것이 없기 때문에 본건 차별적 취급이 생기고 있지만, 이것도 동조 제1항은 이성 간의 혼인에 대하여 명문으로 혼인을 할 자유를 정하고 있는 한편, 동성 간의 혼인에 대하여는 이것을 금지하고 있는 것이 아니라 할 수 있지만, 어떠한 정함도 없는 이상, 이성 간의 혼인과 같은 정도로 보장하고 있다고까지는 할 수 없다. 상기 입법목적과의 관련에서 합리성을 결하였다고 할 수 없다. 따라서 본건제규정에 동성 간의 혼인제도가 규정되어 있지 않는 것 자체가 입법재량의 범위를 넘어 헌법 제14조 제1항에 반하는 것이라 할 수 없다.

분명히 현시점의 일본에서 동성애자에게는 동성 간의 혼인제도, 이와 유사한 법제도조차 존재하지 않는 것이 현실이다. 그 결과 동성애자는 전술한 바와 같이 혼인에 의하여 이성애자가 향유하고 있는 다양한 법적 보호, 특히 공적인증에 관한 이익과 같은 중요한 인격적 이익을 향유할 수 없다. 따라서 이러한 동성애자와 이성애자 사이에 존재하는 스스로 원하는 상대방과의 인격적 결합관계에 대하여 향유할 수 있는 이익의 차이의 정도가 헌법 제14조 제1항이 허용하는 합리적인 입법재량의 범위를 넘는 것이 아닌가에 대하여 신중한 검토를 해야만 한다.

그러나 전술한 바와 같이 이성 간의 혼인은 남녀가 아이를 낳고 기르는 관계를 사회가 보호한다는 합리적인 목적에 의하여 역사적, 전통적으로 완전히 사회에 정착된 제도인 것에 비하여, 동성 간의 인적 결합관계에 어떠한 보호를 제공할 것인가에 대하여는 전술할 바와 같이 논의의 과정에 있다는 점, 동성애자도 바라는 상대방과 밀접한 관계를 맺을 자유에 관하여는 어떠한 제약도 받지 않고, 그 이외의 불이익도 민법상의 다른 제도(계약, 유언 등)를 이용하는 것에 의하여 상당 정도 해소 내지 경감되고 있는 점, 법제도로서 존재하지는 않지만, 많은 지방자치단체에서 등록파트너쉽 제도를 창설하는 움직임이 퍼지고 있고, 국민의 이해가 진전되고 있는 등 상기의 차이가 일정한 범위에서 완화되고 있다고 할 수 있는 점 등에서 현재의 차이가 바로 헌법 제14조 제1항이 허용하는 국회의 합리적인 입법재량의 범위를 넘는 것이라 하기 어렵다.

또한 가령 이러한 차이의 정도가 작다고 할 수 없다 하여도, 그 차이는 전술한 바

와 같이 본건제규정이 아닌 혼인과 유사한 제도나 그 외의 개별입법을 통하여 더욱 완화하는 것이 가능하여, 국회에 부여된 재량권에 비추어도 이러한 차별적 취급에 바로 합리적인 근거가 인정되지 않는다고 할 수 없다.

(5) 오사카지방재판소의 판시의 요약

오사카지방재판소는 헌법 제24조 제1항의 '혼인'은 이성혼만을 지칭하는 것으로 해석하고, 동성혼이라는 제도를 구비해 두지 않는 것도 헌법 제24조 제2항에서의 입법재량의 범위 내이며, 성적 지향에 의하여 실질적으로 혼인이라는 제도의 이용 가부를 정하게 되는 동성애자에 대한 차별적 취급에는 합리적인 근거가 있어 법 앞에 평등을 정하는 제14조 제1항에 반하지 않는다고 판단하였다.

3. 본건 판결과 삿포로지방재판소 판결과의 비교

(1) 혼인을 할 자유와 공적인증에 관한 이익

오사카지방재판소는 혼인을 함에 의하여 얻게 되는 법적 효과나 일본에서 법률혼이 선호되는 경향이 있다는 것을 근거로 혼인을 할 자유를 보호할 가치가 있다는 것을 인정하고 있다. 그러나 헌법 제24조 제1항에서 정하는 혼인은 남녀 간의 혼인만을 의미하고 동성 간의 혼인까지 동조 동항에서 보장되는 것은 아니라고 해석하고 있다. 이 점은 삿포로지방재판소와 같다.

다만, 오사카지방재판소의 판결에서는 동성혼이라는 제도 구축에 있어서 혼인에 의하여 생기는 '공적인증에 관한 이익'이라는 새로운 쟁점이 부각되었다. 즉, 동성 간의 혼인을 할 자유가 헌법 제24조 제1항, 제13조에 의하여 직접 보장되는 것은 아니나, 개인의 존엄과 관련된 중요한 이익인 공적인증에 관한 이익은 헌법 제24조 제2항에 근거하여 혼인이라는 제도를 구축함에 있어서 고려해야만 하며, 동성커플에 있어서도 공적인증에 관한 이익이 실현될 필요가 있음을 설시하고 있다.

그러나 본건 판결에서는 공적인증에 관한 이익을 실현하기 위한 방법은 다양하고 그러한 가운데 어떠한 방식을 택할 것인가는 "현행법상의 혼인제도뿐만 아니라, 혼인과 유사한 제도도 포함하여, 국가의 전통이나 국민감정을 포함한 다양한 요인과 각 시대에서 부부나 친자관계에 대한 전체적 규율에 입각하여 민주적인 과정에 의해

결정되어야 하는 것이다.”라고 하여 동성혼이라는 제도의 구축은 입법의 영역에 속하는 것으로 현시점에서 사법적 판단의 대상이 아니라 판시하고 있다.

이에 대하여 원고 측 변호인단은 사법부가 역할을 포기한 것이나 다름없다고 하면서 “동성커플에게는 공적인증에 관한 이익을 비롯한 혼인의 효과를 보장하지 않아도 된다고 판단하는 것으로 동성 간에 혼인할 수 없음으로 인해 입는 불이익의 크기를 경시하는 것으로 부당하다. 또한 동성애자와 이성애자 사이에는 차이가 있지만 다른 제도들에 의하여 그 차이가 해소되고 있어 국회의 입법재량의 범위 내라는 지적도 시시각각 침해되고 있는 동성애자들의 존엄이나 현실의 불이익을 문제로 삼고 있는 본건에서 국회에서 논의가 진전되기까지 이 사안을 방치하는 것을 재판소가 허용하는 것으로 인권보장을 무시한 논지이다.”[15]라고 강하게 비판하고 있다.

(2) 혼인의 본질과 생식관련규정

혼인의 본질을 남녀 간의 결합이 아닌 ‘공동생활의 보호’에서 구하고 있는 것은 오사카지방재판소와 삿포로지방재판소 모두 동일하다.

현재의 혼인제도 내에서 아이의 존재를 전제로 하는 생식관련규정은 동성혼와 이성혼의 질적인 차이라 할 것이다. 이러한 생식관련규정에 대하여 삿포로지방재판소는 아이의 출산・양육 그 자체보다 아이를 양육하며 형성되는 공동생활을 보호하는 것을 혼인제도의 주요한 목적으로 파악하여, 동성혼과 이성혼의 공통분모라 할 수 있는 공동생활의 보호에 보다 중점을 두었다.[16]

생식관련규정에 대하여 오사카지방재판소는 혼인을 아이의 양육을 위한 것이 아닌 개인의 자기실현 또는 행복추구를 위한 것으로 보는 가족상(橡)의 변화가 있으나, 이러한 혼인에 대한 인식의 변화는 남녀 사이에 태어난 아이의 양육의 보호라는 혼인의 목적과 양립 가능한 것으로서, 생식관련규정은 오늘날에도 그 의의를 유지하고 있음이 강조되고 있다.

(3) 제14조 제1항 위반의 심사기준

삿포로지방재판소에서 위헌판단의 근거가 된 것은 헌법 제14조 제1항의 ‘법 앞에

15) 오사카지방재판소 판결에 대한 변호인단의 성명 참조 (https://www.call4.jp/file/pdf/202206/2465bafe3b1008a63e4954eb44f898dd.pdf).

16) 서누리, 전게주 2, 158-160면.

평등'에 반한다는 것이었다. 오사카지방재판소는 혼인이라는 제도에의 접근에 있어서 차별적 취급이 존재함을 인정하였지만, 합리적 근거가 있는 것으로 판단하고 있다.

좀 더 자세히 비교해 보면, 성적 지향은 본인의 의사에 의하여 바꿀 수 있는 것이 아니라는 점에서 보다 신중한 접근이 필요하다고 설시한 것은 삿포로지방재판소와 오사카지방재판소 모두 같다. 또한 오사카지방재판소에서는 동성애자가 공적인증에 관한 이익과 같은 중요한 인격적 이익을 향유할 수 없다는 점에서도 신중한 검토의 필요성을 인정하였지만, 필요성을 강조한 것과 별개로 이것이 심사기준에 영향을 미치고 있는가에 대하여는 의문이 있다.

혼인제도에서 동성애자와 이성애자의 차별적 취급에는 합리적 근거가 있으며, 동성혼에 대하여 국가적 차원에서 제도를 구비해 두지 않는 것이 국회의 입법재량의 범위 내의 것으로 판단되는 근거로서 ① 이성 간의 혼인은 역사적, 전통적으로 완전히 사회에 정착된 제도인 점 ② 동성 간의 인적 결합관계에 어떠한 법적 보호를 제공할 것인지 불분명하다는 점 ③ 동성애자도 바라는 상대방과 밀접한 관계를 맺을 자유에 관하여는 어떠한 제약도 받지 않으며 그 이외의 불이익도 민법상의 다른 제도를 이용하는 것에 의하여 상당 정도 해소 내지 경감되고 있는 점 ④ 지방자치단체에서 등록파트너쉽제도를 창설하고 있는 점 ⑤ 동성 간의 결합에 대하여 국민의 이해가 진전하고 있는 점을 들고 있다.

②와 관련하여, 동성혼과 이성혼에 있어서는 아이를 낳고 기른다는 간과할 수 없는 차이가 있다고 할 것이다. 때문에 본건 판결에서 적절하게 지적하는 바와 같이 동성혼을 제도화함에 있어서는 민법 및 호적법에 근거한 혼인 외에 혼인과 유사한 제도를 구축하는 것을 고려할 필요가 있다고 할 수 있다. 그러나 어떠한 제도를 선택할 것인지는 국회를 통하여 판단될 필요성이 있다는 것이 현상의 불이익한 상태를 그대로 유지하는 것을 지지하는 근거가 되기는 어렵다고 생각한다. 가령, 위헌 판단을 하더라도 추후에 국회에서 동성혼에 있어서 어떠한 법적 보호를 제도화할 것인지 논의를 해 나가는 것을 방해하지 않을 것이다.

③과 관련하여, 민법상의 혼인 외의 다른 제도의 이용에 의하여도 해소되지 않는 공적 인증에 관한 이익이 존재할 수 있다. ④와 관련하여, 원고들은 지방자치단체에서의 제도의 정비와는 별개로 국가 차원의 제도 정비를 구하고 있다는 점에서 이를 합리적 논거로 들기는 어렵다고 생각된다. ⑤와 관련하여, 일본에서 동성혼에 대하여 찬성하는 국민들이 늘고 있는 등 국민들의 이해가 진전되고 있다는 점은 삿포로지방

재판소의 경우에는 오히려 위헌판단을 내리는 근거로 작용하였다.

4. 일본 전역에서 소송의 진행 상황

동성혼에 대한 제도적 불비에 대하여 삿포로지방재판소와 오사카지방재판소가 상반된 결론을 내린 가운데, 삿포로고등재판소, 도쿄지방재판소, 나고야지방재판소, 후쿠오카지방재판소에서 심리가 계속되고 있으며, 도쿄지방재판소에서는 올해 11월 30일에 판결의 선고가 예정되어 있는바, 앞으로의 판결의 추이가 주목된다.

세계헌법재판 조사연구보고서

(2022 제7호)

2022년 11월 16일 인쇄

2022년 11월 21일 발행

발 행 : 헌 법 재 판 소
헌법재판연구원

인 쇄 : 성 문 인 쇄 사
02) 2272-7553

<비매품>