

발 간 등 록 번 호

33-9750040-000245-07

ISSN 3022-943X

세계헌법재판 조사연구
2024-H-5

2024 제5호 (통권 제68호)

세계헌법재판 조사연구보고서



Constitutional Research Institute



헌법재판소
헌법재판연구원

목 차

■ 세계헌법재판 조사연구보고서 2024년 제5호 소개 / 비교헌법연구팀장 최규환

◆ 최신 세계헌법판례

■ 미국

- 쉐브론 원칙 파기 판결 / 책임연구관 임기영 3
- 소송의 대상이 된 사실행위를 중단했을 경우 권리보호이익의 상실 여부
/ 책임연구관 장효훈 73

■ 프랑스

- 「이민을 통제하고, 통합을 개선하기 위한 법률」에 대한 사전적 위헌법률심판
/ 책임연구관 한동훈 83
- 「디지털 공간의 안정 및 규제를 위한 법률」에 대한 사전적 위헌법률심판
/ 책임연구관 한동훈 102

■ 독일

- 생부(生父)의 헌법적 지위 / 책임연구관 이지효 119
- 연방선거법 개정과 예외 없는 저지조항의 위헌성 / 책임연구관 이지효 131

■ 일본

- 삿포로고등재판소의 동성혼 입법부작위에 대한 위헌 판단
/ 책임연구원 서누리 145
- 최고재판소 재판관 임명에 대한 재외국민의 국민심사에 관한
규정을 두지 않은 입법부작위의 위헌성 / 책임연구원 서누리 160

■ 스페인

안락사를 규제하는 조직법에 대한 위헌법률심판(上)
/ 책임연구원 임윤정 181

◆ 세계헌법재판 관련 논문 목록

■ 세계헌법재판 관련 논문 목록(최신호) 201

◆ 국외통신원 소식

■ 병가 중인 직원의 유급휴가에 대한 권리 205

알림

「세계헌법재판 조사연구보고서」 2024 제5호(통권 제68호)는 헌법재판연구원에서 2024년 8월에 메일로 보내드린 「세계헌법재판 조사연구」 뉴스레터를 책자로 발간한 것입니다.

세계헌법재판 조사연구보고서 2024년 제5호 소개

□ 최신 세계헌법판례

미국 연방대법원은 <쉐브론 원칙 파기 판결> 사건을 통해 선례로서 미국 행정법의 중요한 근간을 이루었던 쉐브론 원칙을 파기하였습니다. 쉐브론 원칙이란, 법률이 모호한 경우 법원은 그 법률을 집행하는 행정기관의 해석이 허용가능한 해석인 한 그 해석을 따라야 한다는 원칙을 말합니다. 권력분립원칙 속에서 사법부의 역할과 권한에 대한 연방대법원의 치열한 고민을 법정의견과 반대의견의 팽팽한 대립 가운데 들여다볼 수 있고, 선례구속의 원칙에 관한 자세한 법리 전개를 살펴볼 수 있습니다.

미국 연방대법원은 <소송의 대상이 된 사실행위를 중단했을 경우 권리보호이익의 상실 여부> 사건에서, 피고가 소송을 당한 후 문제된 행위를 중단하는 단순한 편법을 통해 자동적으로 권리보호이익을 없앨 수는 없고, 피고의 ‘문제된 행위의 자발적 중단’은 해당 행위가 ‘재발하지 않을 것이 합리적으로 기대된다는 것’을 보여줄 경우에만 권리보호이익을 소멸시킬 수 있다고 실시하였습니다. 피고가 사건의 권리보호이익이 진정으로 상실되었다는 것을 증명하기 위해서는 그 사건이 이전의 상태로 돌아갈 것이라는 ‘합리적인 기대가 없음’을 입증해야 한다고 판시하였습니다.

프랑스 헌법재판소의 <「이민을 통제하고, 통합을 개선하기 위한 법률」에 대한 사전적 위헌법률심판>은, 최근 프랑스에서 커다란 이슈가 되고 있는 불법체류자의 범죄행위에 강하게 대처하고 필요한 부문의 노동수요를 충족시키기 위한 목적으로 마련된 정부제출법률안이 상원의 상당한 수정을 거친 후 다시 상하원 양원동수위원회의 타협안으로 도출되어 가결된 「이민을 통제하고, 통합을 개선하기 위한 법률」에 대한 사전적 위헌법률심판 사건입니다. 이 사건에서 프랑스 헌법재판소는 헌법 제45조 제1항 제2문과 같은 입법절차에 관한 규정을 위반하여 도입된 법률규정이 헌법에 반하는지를 선언하는 것은 헌법재판소의 권한이라고 판시하면서, 심판대상법률의 상당수 조항을 위헌으로 판단하였습니다. 이 사건을 통해 입법절차에 관한 프랑스 헌법재판소의 심사기준뿐만 아니라 선택적 이민정책에 대한 프랑스 사회의 고민까지 들여다볼 수 있습니다.

프랑스 헌법재판소는 <「디지털 공간의 안정 및 규제를 위한 법률」에 대한 사전적 위헌법률심판> 사건에서, 현재의 통신수단과 일반화된 온라인 대중통신서비스의 발달 그리고 민주적 생활에 대한 참여 및 사상·견해의 표현을 위한 통신서비스의 중요성을 고려할 때, 「1789년 인간과 시민의 권리선언」 제11조의 권리는 온라인통신서비스에 접근해서 자기 생각을 표현할 자유를 의미한다고 실시하였습니다. 다만, 인터넷을 사용하여 표현·통신의 자유를 남용하는 행위를 처벌하는 규정이 이미 프랑스의 법체계에 충분히 마련되어 있기 때문에 새롭게 인터넷모욕죄를 창설할 필요는 없다고 판단하였습니다.

독일 연방헌법재판소는 <생부의 헌법적 지위> 사건에서, 어머니와의 자연적인 수정행위에 기초한 자녀와의 유전적 연결로 인해 헌법상 부모가 되는 생부는 부모로서의 기본권의 보유자이므로 기본법 제6조 제2항 제1문의 보장을 받을 수 있는데, 부모로서의 기본권의 보유자가 2명보다 많은 경우 기본법 제6조 제2항 제1문에 규정된 의미에서의 친권 책임을 모두가 행사할 수 있도록 보장하는 것은 입법자의 의무 중 하나라고 보았습니다. 따라서 법적 친권의 형성에 있어서 기본권의 보유자가 어머니, 생부, 법적 아버지인 경우에 입법자가 그들 모두에게 법적 친권을 인정하더라도 헌법에 저촉되지 않는다고 판시하였습니다.

독일 연방헌법재판소는 <연방선거법 개정과 예외 없는 저지조항의 위헌성> 사건에서, 연방의회 선거의 중심인 제2투표의 비례성을 더욱 강화하여 제2투표 결과의 비례성에 합치하는 한도 내에서만 제1투표의 최다득표자에게 의석이 배분되도록 하는 ‘비례대표성 보장’은 헌법에 합치하지만, 5%-저지조항은 선거의 평등에 영향을 주므로 기본의식조항을 통해 보완되어야 한다고 판시하였습니다.

삿포르고등재판소는 <삿포르고등재판소의 동성혼 입법부작위에 대한 위헌 판단> 사건에서, 동성혼을 인정하지 않는 호적법과 민법의 규정이 위헌이라고 판시하면서 그 판단의 근거로 일본 헌법 제14조 제1항 법 앞의 평등과 제24조 혼인과 가족에 관한 규정을 제시하였습니다. 성적 지향 및 동성 간에 혼인할 자유는 헌법 제13조를 통해서도 인격권과 같은 중요한 법적 이익으로 해석되고 제24조는 제13조와의 연관 속에서 규정된 것이며 제24조 제2항이 규정한 대로 개인의 존엄이 가족을 단위로 하는

제도보장을 통해 사회생활에서 실현가능하기 때문에, 비록 제24조 제1항이 동성 간의 혼인을 문언상 직접 보장하고 있지는 않더라도 이 조항은 사람과 사람 사이에 혼인할 자유를 규정한 것으로 보아야 하고 동성 간의 혼인도 이성 간의 혼인과 같은 정도로 보장하는 취지로 해석되어야 한다고 판시하였습니다.

일본 최고재판소는 <최고재판소 재판관 임명에 대한 재외국민의 국민심사에 관한 규정을 두지 않은 입법부작위의 위헌성> 사건에서, 최고재판소 재판관의 파면에 대해 국민이 직접 투표하는 일본 헌법상의 국민심사제도와 관련하여 재외국민이 국민심사권을 행사할 방법을 전혀 규정하지 않는 것은 위헌임을 확인하였습니다. 국민심사제도는 헌법이 최고재판소의 헌법상 지위와 권능에 비추어 주권자인 국민의 권리로서 보장한 것이므로, 선거권과 마찬가지로 모든 국민이 국민심사권을 행사할 기회를 평등하게 보장받아야 한다고 판시하였습니다.

스페인 헌법재판소의 <안락사를 규제하는 조직법에 대한 위헌법률심판(上)>은, 치명적이고 만성적인 장애를 앓는 질병 또는 견딜 수 없는 고통을 초래하는 심각한 불치병 환자의 의식적인 요청에 따라 의료전문가가 환자의 생명을 종료시키는 적극적인 안락사를 허용하는 「안락사를 규제하는 조직법」에 대한 위헌법률심판 사건입니다. 스페인 헌법재판소는, 헌법이 생명권 및 생명권의 보호를 개인의 의사와 분리하여 자신이 언제, 어떤 방식으로 죽을지 결정하는 것과 전혀 무관한 것으로 보고 있지는 않다고 실시하였습니다. 자신의 삶에 대한 의식적이고 책임 있는 자기결정권은 주로 신체와 정신의 완전성에 대한 권리로 구체화되는데, 생명권은 다른 헌법개념과 연계해서 해석되어야 하고 다른 권리 및 정당한 이익의 보호를 위해 제한되는 경우 외에는 개인의 자율성이 행사되는 내용으로 해석되어야 하므로, 생명에 관한 결정에서는 더 이상 견딜 수 없고 인간의 존엄성과 개인의 완전성에 관한 권리에 영향을 미치는 객관적으로 극심한 개인의 고통 상황도 고려되어야 한다고 판시하였습니다. 이는 자율적인 영역에 속하고, 헌법이 인정하는 다른 권리와 이익의 한계 내에서 국가는 이를 존중하고 그 실효성을 지원해야 하므로, 안락사 상황에서 자신의 죽음에 대한 자기결정권에는 자신의 존엄성과 완전성에 부합하는 방식으로 자신의 결정이 수행되는데 필요한 제3자의 도움을 요청하고 사용할 수 있는 개인의 권리도 포함된다고 판시하였습니다.

□ 세계헌법재판 관련 논문 목록

최신 학회지에 실린 세계헌법재판 관련 논문들을 정리해 놓았습니다.

□ 국외통신원 소식

프랑스 통신원의 <병가 중인 직원의 유급휴가에 대한 권리>에서는, 유급휴가를 월별로 산정하여 근로자가 실제로 근무한 기간에 대해 매월 2.5일의 유급휴가를 줌으로써 12개월을 일한 근로자의 경우 총 30일의 유급휴가를 사용할 수 있게 하는 현행 법과 관련하여, 업무상 사고·질병으로 근로계약이 중단된 경우와 업무 외의 질병으로 휴직한 경우 사이에 유급휴가를 차별하는 것은 근로자의 휴식권 및 법 앞의 평등 원칙에 위반되지 않는다는 프랑스 헌법재판소의 결정을 소개하였습니다. 프랑스 헌법재판소는, 근로자의 휴식권이 실제 근무기간에 따라 달라지도록 하면서 근로계약의 수행과는 무관한 질병 등의 사유로 고용계약이 중단된 기간을 유급휴가의 산정에서 제외하도록 한 입법자의 결정은 입법재량의 범위 내에 있는 것으로 판단하였습니다.

최신 세계헌법판례

미국

■ 쉘브론 원칙 파기 판결 / 책임연구관 임기영

■ 소송의 대상이 된 사실행위를 중단했을 경우 권리보호이익의 상실 여부
/ 책임연구관 장효훈

쉐브론 원칙 파기 판결¹⁾

I. 사건개요

미국 연방대법원의 ‘쉐브론 판결’(Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc. (1984))²⁾ 이후 미국 연방대법원은 법률의 해석과 관련하여 그 법률을 집행하는 행정기관의 해석이 ‘허용가능한’(permissible) 해석인 경우 법원들은 -설사 해당 법률에 대해 법원의 해석이 다른 경우에도- 행정기관의 해석을 따르도록 요구하곤 하였다. 이것을 ‘쉐브론 원칙’(Chevron doctrine)이라고 하는데, 이 사건은 이 원칙을 파기한 판결이다.

쉐브론 원칙은 연방행정기관이 집행하는 법률의 해석에 있어 법원이 두 단계 틀을 이용하도록 요구한다. 우선 쉐브론 판결에서 연방대법원이 제시한 다양한 전제조건들이 충족된 사건이라고 판단되면, 법원은 첫째로 연방의회가 쟁점이 된 바로 그 문제를 직접적으로 논하였는지를 판단해야 한다.³⁾ 그리고 만일 의회의 의도가 분명하다면⁴⁾ 그것으로 문제는 종결된다. 그러나 만일 법원이 판단하기에 문제가 된 특정 쟁점에 대하여 법률이 침묵하고 있거나 모호(ambiguous)하다면, 법원은 쉐브론 원칙의 두 번째 단계에 따라, 행정기관의 해석이 법률의 허용가능한 해석에 기반한 경우 그 행정기관의 해석을 따라야 한다.⁵⁾ 이 사건을 담당했던 원심법원들은 동일한 행정기관 규칙에 대한 각 소송들에서 쉐브론 원칙에 따라 정부 측의 손을 들어주었다.

1. 「매그너슨-스티븐스 어업보존관리법」 및 옵서버 비용에 관한 규칙

1976년 이전 미국 해안 근처의 공해(公海)는 규제를 받지 않는 외국 선박들로 점령되었다. 공해가 시작되는 곳은 해안 기선으로부터 12해리⁶⁾ 거리에 불과하다.⁷⁾ 연방

1) *Loper Bright Enterprises v. Raimondo*, 603 U. S. ____ (2024) (2024. 6. 28. 선고).

2) *Chevron U. S. A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U. S. 837 (1984).

3) *Chevron*, 467 U. S., at 842.

4) *Ibid.*

5) *Id.*, at 843.

의회는 그 결과 나타난 남획과 건전한 어업자원 관리의 필요성을 인식하여 「매그너슨-스티븐스 어업보존관리법」(Magnuson-Stevens Fishery Conservation and Management Act, MSA)⁸⁾을 제정하였다. 「매그너슨-스티븐스 어업보존관리법」과 뒤이은 개정조항들은 미국의 영해를 넘어 ‘배타적 경제 수역’(exclusive economic zone)⁹⁾으로 알려진 200해리까지를 미국의 관할구역으로 확대하고, 그 구역 내에서는 모든 어종에 대한 배타적 어업 관리 권한을 갖는다고 주장하였다.¹⁰⁾ 미국 국립해양수산청(National Marine Fisheries Service, NMFS)은 상무부 장관의 위임을 받아 「매그너슨-스티븐스 어업보존관리법」을 집행하고 있다.

「매그너슨-스티븐스 어업보존관리법」은 8개의 지역 어업관리위원회를 세웠다.¹¹⁾ 이 위원회들은 어업관리계획(fishery management plans)을 수립하며, 국립해양수산청은 이를 승인하고 최종 규칙으로 공포한다.¹²⁾ 관련 규정에 따르면 미국 선박에는 어업의 보존과 관리를 위해 필요한 데이터의 수집을 목적으로 한 명 이상의 옵서버(observer, 감시·관측·참관인)가 탑승하여야 한다.¹³⁾ 「매그너슨-스티븐스 어업보존관리법」은 (1) 배타적 경제수역 내에서 조업하는 외국어선(이 경우 옵서버 탑승이 필수)¹⁴⁾, (2) 제한적 접근 특권 프로그램에 참여하여 수확량 쿼터의 적용을 받는 어선,¹⁵⁾ (3) 미국 내에서 가장 크고 가장 성공한 어업회사들이 많이 조업하는 북태평양 위원회(North Pacific Council) 관할구역 내의 어선,¹⁶⁾ 이렇게 세 그룹의 경우에는 옵서버와 관련된 인건비 등의 비용을 부담할 것을 명시하고 있다. 그리고 (2), (3)의 경우 관련 비용의

6) 해리(nautical mile)는 바다에서의 거리 단위이며, 1해리는 위도 1분(1/60도)에 해당하는 1,852m이다. 일반적으로 영해는 기선으로부터 12해리의 범위까지로 설정된다.

7) S. Rep. No. 94-459, pp. 2-3 (1975).

8) 90 Stat. 331 (codified as amended at 16 U. S. C. §1801 et seq.).

9) ‘배타적 경제 수역’(exclusive economic zone)은 영해 기선으로부터 200해리에 이르는 수역 중 영해를 제외한 수역으로, 어업 활동뿐만 아니라 해양 자원과 해양 환경에 관한 권한을 갖는다. 다만 영해가 아니므로 다른 국가의 선박과 항공기는 자유롭게 통행할 수 있다.

10) 16 U. S. C. §1811(a); Presidential Proclamation No. 5030, 3 CFR 22 (1983 Comp.); §§101, 102, 90 Stat. 336.

11) 16 U. S. C. §§1852(a), (b).

12) 16 U. S. C. §§1852(h), 1854(a).

13) 16 U. S. C. §1853(b)(8).

14) 16 U. S. C. §§1821(h)(1)(A), (h)(4), (h)(6).

15) 16 U. S. C. §§1802(26), 1853a(c)(1)(H), (c)(2), 1854(d)(2).

16) 16 U. S. C. §1862(a).

한도를 해당 어선의 어업 수확 가치의 2 또는 3%로 명시하여 규정하고 있다.¹⁷⁾ 또한 이러한 비용이 지급되지 않는 경우 상무부 장관은 제재를 가할 수 있다.¹⁸⁾

그러나 『매그너슨-스티븐스 어업보존관리법』은 대서양 청어잡이 어선의 경우에는 필수 옵서버 관련 비용 부담 여부에 관한 유사한 규정을 두고 있지 않다. 한때는 국립해양수산청이 뉴잉글랜드 어업관리위원회(New England Fishery Management Council)가 대서양 청어잡이 어선에 요구한 옵서버 비용을 전부 부담하기도 했다.¹⁹⁾ 그러나 2013년, 위원회는 연방 자금이 이용불가능해질 경우 어선에 옵서버 비용을 부담시킬 수 있도록 어업관리계획을 개정하였고, 몇 년 후 국립해양수산청은 이러한 개정을 승인하는 규칙을 공포하였다.²⁰⁾

대서양 청어잡이 어업의 경우, 규칙에 따라 ‘산업 자금지원 프로그램’(industry funded program)을 만들어 특정 유형의 허가증을 지닌 어선의 경우 항해의 50%에 대해 옵서버 비용을 부담해주도록 하였다. 이 프로그램 하에서 어선 대표는 출항 전에 국립해양수산청에 어업신고를 하여 항해 사실과 수확하려는 어종을 알려야 한다. 만일 국립해양수산청이 옵서버가 필요하다고 판단하지만 정부 비용 부담의 옵서버를 배정해 주지 않는 경우, 어선은 정부가 공인한 제3자 옵서버와 계약하고 비용을 지불해야 한다. 국립해양수산청은 그러한 옵서버 비용을 하루 최대 \$710로 추산하였는데 이는 선박소유주의 연간 수익을 20%까지 감소시키는 금액이다.²¹⁾

2. 소송의 전개

청구인 ‘로퍼 브라이트 엔터프라이즈’(Loper Bright Enterprises, Inc.) 외 3개 회사(H&L Axelsson, Inc., Lund Marr Trawlers LLC, Scombus One LLC)는 대서양 청어잡이에 종사하는 가족회사이다. 청구인들은 국립해양수산청이 옵서버 비용을 청구인들에게 부담시킬 권한이 없다고 주장하였다. 『매그너슨-스티븐스 어업보존관리법』은 국립해양수산청에 그러한 권한을 부여하지 않았다는 것이었다. 2020년 2월 이들은 제소하였고, 제1심 법원은 정부 측의 손을 들어주면서 비록 청구인들의 주장이 법률 문언의

17) 16 U. S. C. §§1854(d)(2)(B), 1862(b)(2)(E).

18) 16 U. S. C. §1858(g)(1)(D).

19) 79 Fed. Reg. 8792 (2014).

20) 85 Fed. Reg. 7414 (2020).

21) Id., at 7417-7418.

모호성 문제를 제기하기에 충분하더라도 쉘브론 원칙에 따라 행정기관의 해석에 대한 존중(deference)이 보장되어야 한다고 실시하였다.²²⁾ 항소심에서 D.C.연방항소법원도 이러한 입장을 유지하였다.²³⁾ D.C.연방항소법원은 연방의회의 의도에 일부 의문점이 남아있기 때문에 쉘브론 원칙의 두 번째 단계에 따라 「매그너슨-스티븐스 어업보존관리법」에 대한 행정기관의 해석을 합리적인 해석으로 존중한다고 밝혔다.²⁴⁾

한편 청구인 Relentless Inc., Huntress Inc.와 Seafreeze Fleet LLC는 대서양 청어잡이 조업을 하는 두 개의 선박²⁵⁾을 소유하고 있다. 이 선박들은 작은 그물망의 저인망 어구를 사용하고 해상에서 어류를 냉동할 수 있어 더 많은 어종을 수확할 수 있고 다른 선박들이 2~4일 정도 항해하는 것과 달리 약 10~14일까지의 긴 항해가 가능하다. 따라서 그들은 보통 한 번 출항할 때마다 다양한 어종을 신고하는데, 설사 그들이 청어를 다른 어종보다 적게 수확하거나 아예 수확하지 못했더라도 대서양 청어 조업으로 신고하였으면 읍서버를 탑승시켜야 한다. 이 청구인들도 위의 D.C.연방항소법원 청구인들과 마찬가지로 이러한 규칙은 「매그너슨-스티븐스 어업보존관리법」이 허용한 바 없는 것이라고 주장하며 제소하였다. 제1심 법원과 제1연방항소법원은 위의 D.C.연방항소법원과 마찬가지로 쉘브론 원칙을 들어 정부 측의 손을 들어주었다.²⁶⁾ 제1연방항소법원은 행정기관이 해상 감시요원을 요구하며 선박소유주에게 그 비용을 부담하게 하는 권한을 갖는지에 대한 행정기관의 해석은 허용가능한 범위를 넘어선 것이 아니라고 결론 내렸다.²⁷⁾

연방대법원은 ‘쉘브론 판결이 파기 또는 명확히 되어야 하는지’의 문제에 한정하여 두 사건 모두에 대해 상고를 허가하였다.

22) 544 F. Supp. 3d 82, 107 (DC 2021); id., at 103-107.

23) 45 F. 4th 359 (2022).

24) Id., at 370.

25) 선박명은 F/V Relentless 와 F/V Persistence이다. F/V는 fishing vessel(어업 선박)을 의미한다.

26) 561 F. Supp. 3d 226, 234-238 (RI 2021); 62 F. 4th 621 (2023).

27) Id., at 633-634.

II. 쟁점 및 판단

1. Roberts 대법원장의 법정의견(6인 의견)²⁸⁾

가. 사법부와 행정부의 법률해석권

(1) 전통적인 사법부의 법률해석권

미국 헌법 제3조는 연방 사법부에 ‘사건’(Cases)과 ‘쟁송’(Controversies)을 심판할 권한을 부여하고 있다.²⁹⁾ 건국자들(Framers)은 판사들이 이러한 분쟁을 해결하는 데 있어 반드시 적용하게 되는 법률이 항상 명확한 것은 아니라는 점을 충분히 인식하고 있었다. 그들은 인간의 언어와 예측이 갖는 한계를 인식하고, 모든 새로운 법률들은 – 비록 최고의 기교로 쓰이고 가장 성숙한 최대의 숙고 끝에 통과되었을지라도 – 일련의 구체적인 논의와 판결들을 통해 그 의미가 확립될 때까지는 다소간 모호하고 애매할 것이라고 예상하였다.³⁰⁾

건국자들은 법률의 최종 해석은 법원의 가장 적절하고 고유한 영역일 것이라고 생각했다.³¹⁾ 정치적 기관들과는 달리, 법원은 힘(Force)이나 의지(Will)를 행사하는 것이 아니라 판단을 내릴 뿐이다.³²⁾ 확고하고 곧으며 공정한 법률의 집행을 보장하기 위해³³⁾ 건국자들은 판사들이 정치적 기관의 영향으로부터 독립하여 그러한 판결을 내리도록 헌법을 구성하였다.

연방대법원은 초기부터 사법부의 기능에 대한 건국자들의 해석을 수용하였다. 연방대법원의 기본적 판결인 마버리 대 매디슨(Marbury v. Madison (1803))³⁴⁾ 사건에서

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

29) 미국 헌법 제3조 제2항 (사법권과 관할권)

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

30) The Federalist No. 37, p. 236 (J. Cooke ed. 1961) (J. Madison).

31) Id., No. 78, at 525 (A. Hamilton).

32) Id., at 523.

33) Id., at 522; id., at 522-524; Stern v. Marshall, 564 U. S. 462, 484 (2011).

마셜(Marshall) 대법원장이 “법이 무엇인지 말하는 것은 단연코 사법부의 영역이자 임무이다.”라고 선언한 것은 잘 알려진 사실이다.³⁵⁾ 또한 뒤이은 수십 년간 연방대법원은 법률을 해석하는 일은 최종적으로 사법부의 엄중한 임무라고 이해하였다.³⁶⁾ 법률의 의미가 문제가 된 경우, 사법부의 역할은 소송당사자의 권리를 확인하기 위해 의회의 법률을 해석하는 것이었다.³⁷⁾

그러나 처음부터 연방대법원은 독립적인 판단을 내리는 일에는 종종 연방법률에 대한 행정부의 해석에 합당한 존중을 부여하는 일도 포함된다는 것 역시 알고 있었다. 예를 들어, *Edwards’ Lessee v. Darby* (1827)³⁸⁾ 판결에서 연방대법원은 “의심스럽고 모호한 법률을 해석함에 있어, 법률에 따라 규정을 제정하도록 요청되고 그 조항을 실행하도록 지정된 사람들의 동시대 해석은 매우 큰 존중을 받을 자격이 있다.”라고 실시하였다.³⁹⁾ 그러한 존중은 행정부의 해석이 법률의 제정과 대략 동시대에 발표되어 시간이 흘러도 일관되게 유지되고 있는 경우 특히 더 보장된다고 생각되었다.⁴⁰⁾ 오래된 정부의 관행⁴¹⁾은 - 다른 해석적 도움과 마찬가지로 - 법이 무엇인가⁴²⁾에 대한 법원의 결정에 영향을 미칠 수 있기 때문이다.⁴³⁾ 그리고 연방대법원은 단순히 관련 공무원들이 일반적으로 유능하고 해당 주제에 정통하다는 이유로 행정부의 해석을 가장 존중하며 고려하기도 하였다. 관련 공무원들이 후에 자신들이 해석하게 될 법률의 입안자인 경우도 적지 않았다.⁴⁴⁾

그러나 존중은 존중일 뿐이다. 행정부의 관점이 사법부 판결에 영향을 미칠 수는 있지만 그것을 대체할 수는 없다. 행정부의 해석에 대한 합당한 존중이 무엇이든 간에 판사는 행정부의 해석을 채택할 의무가 없음이 분명하다.⁴⁵⁾ 그렇지 않다면 사법

34) *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137 (1803).

35) *Id.*, at 177.

36) *United States v. Dickson*, 15 Pet. 141, 162 (1841) (Story, J., for the Court).

37) *Decatur v. Paulding*, 14 Pet. 497, 515 (1840).

38) *Edwards’ Lessee v. Darby*, 12 Wheat. 206 (1827).

39) *Id.*, at 210; *United States v. Vowell*, 5 Cranch 368, 372 (1809) (Marshall, C. J., for the Court) 참조.

40) *Dickson*, 15 Pet., at 161; *United States v. Alabama Great Southern R. Co.*, 142 U. S. 615, 621 (1892); *National Lead Co. v. United States*, 252 U. S. 140, 145-146 (1920).

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

42) *Marbury*, 1 Cranch, at 177.

43) *NLRB v. Noel Canning*, 573 U. S. 513, 525 (2014).

44) *United States v. Moore*, 95 U. S. 760, 763 (1878); *Jacobs v. Prichard*, 223 U. S. 200, 214 (1912).

45) *Decatur*, 14 Pet., at 515; *Burnet v. Chicago Portrait Co.*, 285 U. S. 1, 16 (1932).

부의 판단은 전혀 독립된 것이라고 할 수 없을 것이다. 스토리(Story) 대법관이 언급하였듯이, 법원의 판단이 다른 고위 공무원들의 판단과 다른 경우 법원은 마음대로 자신의 판단을 양보하거나 포기할 수 없다.⁴⁶⁾

(2) 뉴딜 시대와 연방대법원의 전통적인 입장

뉴딜 정책으로 행정절차의 급격한 확대가 시작되었다.⁴⁷⁾ 그러나 새로운 권한을 가진 새로운 행정기관이 급증하는 동안 연방대법원은 ‘법문제는 독립적인 판단을 통해 법원이 결정하는 것’이라는 전통적인 해석을 계속 고수하였다.

이 기간 동안 연방대법원은 종종 행정기관의 사실(fact)에 대한 결정이 -사실을 뒷받침하는 증거가 있는 경우에는- 법원에 구속력을 갖는 것으로 여기곤 했다.⁴⁸⁾ 입법부 자신이 폭넓은 입법재량의 영역 내에서 입법할 때 그 결정은 결정적이다.⁴⁹⁾ 따라서 연방의회는 행정기관을 지정하여 입법부 권한의 범위 내에서 입법할 수 있도록 하고 결정적인 사실인정(findings of fact) 업무를 수행할 권한을 그 행정기관에 부여할 수 있을 것이다. 이는 공정한 심리를 허용하고, 자의적이 아니라 증거에 근거하여 행하는 등 그러한 행정기관에 특히 적용가능한 적법절차 요건이 충족되었을 것을 전제로 한다.⁵⁰⁾

그러나 연방대법원은 그와 유사한 존중을 행정기관에 의한 법문제 해결에까지 확대하지는 않았다. 대신 반복하여 “사법판단이 가능한 쟁송에 적용되는 법률의 의미에 대한 해석은 전적으로 사법부의 기능”임을 분명히 하였다.⁵¹⁾ 법률의 우위성(supremacy of law)에 따르면 잘못된 규칙이 적용되었는지 여부를 법원이 결정하도록 할 기회가 있어야 한다는 것이 연방대법원의 생각이었다.⁵²⁾ 또한 연방대법원은 오랫동안 그래왔듯이, 행정부의 정통(精通)한 판단(informed judgment)은 -특히 그 법률의 제정과 동시대에 발표된 해석의 형태라면- 큰 무게를 지닐 자격이 있다고 언급하였다.⁵³⁾

46) Dickson, 15 Pet., at 162.

47) United States v. Morton Salt Co., 338 U. S. 632, 644 (1950).

48) St. Joseph Stock Yards Co. v. United States, 298 U. S. 38, 51 (1936).

49) Ibid.

50) Ibid.

51) United States v. American Trucking Assns., Inc., 310 U. S. 534, 544 (1940); Social Security Bd. v. Nierotko, 327 U. S. 358, 369 (1946); Medo Photo Supply Corp. v. NLRB, 321 U. S. 678, 681-682, n. 1 (1944).

52) St. Joseph Stock Yards, 298 U. S., at 84 (concurring opinion).

특히 연방대법원은 *Skidmore v. Swift & Co.* (1944)⁵⁴⁾ 판결에서 “공무를 수행하기 위해 전문적인 경험에 근간하여 만들어진 관련 행정기관의 해석과 의견은 법원과 소송당사자들이 – 심지어 법적인 문제에 관해서도 – 지침으로 적절하게 삼을 수 있는 ‘경험 및 정통한 판단의 본체’(body of experience and informed judgment)를 이룬다.”고 실시하였다.⁵⁵⁾ 연방대법원은 특정 사건에서의 그러한 판단의 무게는 그 속고 속에서 분명하게 드러나는 철저성, 논증의 타당성, 사전 및 사후 선언과의 부합성, 그리고 설득력을 주는 모든 요소들에 달려있다고 말하였다.⁵⁶⁾

분명 가끔 연방대법원은 구체적인 사실에 적용되는 폭넓은 법률 문구를 어떻게 판단할 것인지 결정할 권한이 특정 법률에 의해 행정기관에 부여되었다고 판단하며 존중적인 심사를 적용하기도 하였다. 예를 들어, *Gray v. Powell* (1941)⁵⁷⁾ 판결에서 연방대법원은 몇몇 석탄 광산과 협약을 맺고 있는 철도회사는 1937년 「유연탄법」(*Bituminous Coal Act of 1937*)상의 석탄 ‘생산자’(producer)가 아니라는 행정기관의 판단을 따랐다. 연방의회는 명확히 행정기관에 그러한 결정을 내릴 수 있는 권한을 부여하였다.⁵⁸⁾ 따라서 연방대법원은 “이 사건과 같이 행정기관에 결정권이 있는 경우에는 그 행정기관의 결정이 합리적인(sensible) 판단의 행사를 이루는 한 이러한 위임은 존중될 것이고 행정적 판단은 유지될 것이다.”라고 실시하였다.⁵⁹⁾ 마찬가지로 *NLRB v. Hearst Publications, Inc.* (1944)⁶⁰⁾ 판결에서도 연방대법원은 신문배달원이 미국 「노동관계법」(*National Labor Relations Act*)상의 ‘피고용인’(employee)이라는 미국 노동관계위원회(*National Labor Relations Board, NLRB*)의 결정을 따랐다. 연방대법원은 미국 노동관계법이 ‘피고용인’이라는 문구를 둘러싼 명확한 한계를 긋는 일을 주로 노동관계위원회에 맡겼다고 판단하였다.⁶¹⁾ 따라서 연방대법원은 자신의 역할을 ‘노동관계위원회의 결정이 기록상 근거가 있고 법률에 합리적인 근거를 두는지 여부’를 판단하는데 한정되는 것으로 보았다.⁶²⁾

53) *American Trucking Assns.*, 310 U. S., at 549.

54) *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U. S. 134 (1944).

55) *Id.*, at 139-140.

56) *Id.*, at 140.

57) *Gray v. Powell*, 314 U. S. 402 (1941).

58) *Id.*, at 411.

59) *Id.*, at 412-413.

60) *NLRB v. Hearst Publications, Inc.*, 322 U. S. 111 (1944).

61) *Id.*, at 130.

그러나 이러한 존중적인 심사는 Gray 사건이나 Hearst 사건에서와 같이 사실인정 결정에 한정되었다. Gray 판결과 Hearst 판결 모두 법문제에 대한 오랜 사법적 접근법을 개조하고자 한 것이 아니었다. Gray 판결에서 연방대법원은 특정 단체가 석탄 생산자가 아니라는 행정기관의 결정을 따른 후, 자신의 문언 해석에 기초하여 다른 법률 문구인 ‘다른 방식의 석탄 처리’(other disposal of coal)에 소유권 이전이 없는 거래가 포함될 것인가 하는 문제를 판별하였다.⁶³⁾ 분명히 연방대법원은 순수한 법적 문제에 관해서는 행정기관을 따를 이유가 없다고 인식하였다. 또한 Hearst 판결에서 연방대법원은 “법률해석의 문제는 의심의 여지없이 법원이 해결할 문제이다. 법원은 문제가 된 법률을 집행할 특별한 임무를 지닌 사람들의 판단에 적절한 무게를 두며 이 문제를 해결한다.”라고 밝혔다.⁶⁴⁾ 따라서 연방대법원은 적어도 법률의 해석과 관련되어 있다고 여겨지는 문제에 대해서는 전통적인 원칙을 건드리지 않았다. 연방대법원은 단지 법률 문언의 적용이 행정기관의 사실인정과 밀접하게 관련된 경우에는 다른 접근법이 적용되어야 한다고 생각했을 뿐이었다.

어쨌든 연방대법원은 사실문제에 구속되는 법률에 관한 결정에서조차 한결같이 존중적이어야 한다는 입장과는 거리가 멀었다. 연방대법원은 앞에 놓인 법률을 단순히 해석하고 적용하곤 했다. Gray 판결 원칙의 적용가능성에 관하여 자신 있게 말할 수 있는 한 가지는 연방대법원은 이 원칙을 적용하기도 하고 적용하지 않기도 한다는 것이다.⁶⁵⁾ 당혹스러울 만큼 많은 수의 연방대법원 결정이 Gray 판결의 원칙을 고수하지 않고 있다.⁶⁶⁾ 일례로, 연방대법원은 특정 창고는 일반최고가규제(Administrator’s General Maximum Price Regulation)를 면제받을 수 있는 ‘공공사업’(public utility)에 해당된다는 ‘미국 물가관리국장’(U. S. Price Administrator)의 결정을 받아들이지 않았다. Gray 사건이나 Hearst 사건 속 행정기관의 결정과 매우 유사함에도 불구하고, 연방대법원은 물가관리국장의 입장을 받아들이지를 거부하였다.⁶⁷⁾ 연방대법원은 미국 물가관리국의 입장은 확립된 행정 관행으로 보기 어렵고 따라서 연방대법원이 법률의 적절한 해석에 관하여 제시한 고려사항들을 능가할 수 없다고 실시하였다.⁶⁸⁾

62) Id., at 131.

63) Gray, 314 U. S., at 416-417.

64) Hearst, 322 U. S., at 130-131.

65) K. Davis, Administrative Law §248, p. 893 (1951) (Davis).

66) B. Schwartz, Gray vs. Powell and the Scope of Review, 54 Mich. L. Rev. 1, 68 (1955).

67) Davies Warehouse Co. v. Bowles, 321 U. S. 144, 156 (1944).

따라서 뉴딜 시대나 그 이전을 살펴보아도 -연방대법원이 수십 년 후에 다양한 모든 행정기관의 법률해석에 적용하기 시작한- 존중의 원칙과 유사한 것은 찾아볼 수 없었다. 오히려 Gray 판결로부터 5년 후, Hearst 판결로부터는 단지 2년 후 연방의회는 정반대의 원칙-법원이 모든 관련 법문제를 결정해야 한다는 전통적인 해석-을 성문화하였다.⁶⁹⁾

(3) 행정절차법의 제정 및 §706 검토

1946년 연방의회는 행정부 공무원들에 대한 견제로서 「행정절차법」(Administrative Procedure Act, APA)을 제정하였다.⁷⁰⁾ 이러한 견제가 없었다면 행정부 공무원들의 열의가 과잉으로 치달았을 것이다. 그러한 과잉은 그들의 임무를 규정한 입법에서는 의도되지 않았던 것이다. 행정절차법은 분리되고 나뉜 권력 체제에서 행정기관의 위치에 대한 포괄적인 재고의 정점이었다.⁷¹⁾

행정절차법은 행정작용(agency action)⁷²⁾의 절차를 규정할 뿐만 아니라 그러한 행위에 대한 사법심사의 기본적인 윤곽을 보여준다. 이 사건과 관련하여, §706⁷³⁾는 “문제

68) Ibid.

69) 5 U. S. C. §706.

70) Morton Salt, 338 U. S., at 644.

71) Bowen v. Michigan Academy of Family Physicians, 476 U. S. 667, 670-671 (1986).

72) 미국 행정절차법상 행정작용(agency action)에는 행정 규칙, 명령, 라이선스, 제재, 구제, 또는 기타 그에 상당한 작용 또는 그러한 작용의 거부, 또는 불이행이 포함된다. (5 U. S. C. §551(13), “agency action” includes the whole or a part of an agency rule, order, license, sanction, relief, or the equivalent or denial thereof, or failure to act.)

미국의 ‘agency action’은 우리나라의 구분 방식으로는 설명하기 어려운 점이 있으나 이 글에서는 ‘행정작용’으로 번역한다. 다른 번역례로는 ‘행정행위’, ‘행정기관의 행위’ 등이 있다.

73) 5 U. S. C. §706 - 심사의 범위

문제가 제기된 경우 결정에 필요한 범위에서 심사법원은 모든 관련 법문제를 결정하고, 헌법과 법률 조항을 해석하고, 행정작용 용어의 의미와 적용가능성을 결정한다. 심사법원은

- (1) 위법하게 보류되거나 불합리적으로 지연된 행정작용을 강제하고,
- (2) 행정작용, 결정, 결론이 다음과 같은 경우 위법으로 판결하고 파기한다.
 - (A) 자의적이거나, 변덕스럽거나, 재량의 남용인 경우(arbitrary, capricious, an abuse of discretion), 또는 법률을 따르지 않는 경우,
 - (B) 헌법상의 권리, 권한, 특권, 또는 면책에 위반되는 경우,
 - (C) 법률상의 관할, 권한, 또는 한계를 넘는 경우, 또는 법률상의 권리가 없는 경우,
 - (D) 법률이 요구하는 절차를 위반한 경우,
 - (E) 이 타이틀의 §556과 §557의 적용을 받거나 또는 그 외에 법률에 규정된 행정기관의 청문 기록에 근거하여 심사를 받는 사건에서 실질적 증거(substantial evidence)에 의하여 뒷받침되지 않은 경우

가 제기된 경우 결정에 필요한 범위에서 심사법원은 모든 관련 법문제를 결정하고, 헌법과 법률 조항을 해석하고, 행정작용 용어의 의미와 적용가능성을 결정한다.”고 명하고 있다.⁷⁴⁾ 또한 법원이 “법률에 부합하지 않는...다고 판단되는 행정작용, 결정, 결론을 위법한 것으로 판결하고 파기”할 것을 요구하고 있다.⁷⁵⁾

따라서 행정절차법은 행정사건에 대해, 마버리(Marbury) 판결 이래 지속되고 있는 사법관행을 통해 반영된 특별할 것 없고 아직은 기본적인 명제—법원이 자신의 판단을 적용하여 법적 문제를 결정한다—를 성문화하고 있다. 행정절차법은 행정작용 심사에서 발생하는 ‘모든’ 관련 법문제를—모호한 법률이 관련된 문제를 포함하여—행정기관이 아니라 법원이 결정하고,⁷⁶⁾ 법원이 해석하기에 법률에 부합하지 않는 행정작용은 파기하도록 명시하고 있다. 또한 행정절차법은 그러한 ‘법적 문제’에 답하는 데 있어 법원이 채택해야 할 존중적 기준을 규정하고 있지 않다. 이 생략은 유효하다. 행정절차법 §706는 (‘법적 문제’와 달리) 행정기관의 ‘정책결정’이나 ‘사실인정’에 대한 사법심사는 존중적일 것을 명하고 있기 때문이다.⁷⁷⁾

만일 연방의회가 행정절차법이 제정되기 전에 확립된 해석—그러한 문제를 결정하는 것은 전적으로 사법부의 기능이라는 해석—과 결별하고자 했다면, ‘행정 국가의 기본 현장의 역할’⁷⁸⁾을 하도록 고안된 법률에서 법문제에 적용가능한, 비슷하게 존

(F) 사실관계(facts)가 심사법원에 의한 새로운 전면적 재심사(trial de novo)의 대상이 될 정도로 사실관계에 의해 뒷받침되지 않는 경우.

앞의 결정을 내림에 있어, 법원은 모든 기록 또는 소송당사자가 인용한 일부 기록을 검토해야 하고, 편파적인 오심의 원칙(rule of prejudicial error)을 적절히 고려해야 한다.

* 참고: ‘편파적 오심’(prejudicial error)은 하급심에서의 오류가 없었더라면 결과가 달랐을 정도의 오심으로, 항소법원은 편파적인 오심이 있었는가 여부를 가리는 곳이지 사실관계의 재결정을 위한 곳이 아니다. 사소하고 무해한 오심으로는 하급심 판결을 뒤집을 수 없으므로, 편파적인 오심이 없으면 하급심 판결은 유지된다.

74) 5 U. S. C. §706.

75) 5 U. S. C. §706(2)(A).

76) 5 U. S. C. §706.

77) 행정절차법 §706(2)(A)는 행정작용이 자의적이거나, 번덕스럽거나, 재량남용이라면 파기되어야 한다고 규정하고 있고(자의금지 기준), §706(2)(E)는 공식 절차에서 행정기관의 사실인정이 실질적 증거로 뒷받침되지 않는다면 파기되어야 한다고 규정하고 있다(실질적 증거 기준). 이 두 가지 기준(자의금지 기준, 실질적 증거 기준)은 ‘존중적’ 기준으로서 주로 ‘사실문제’에 적용된다. 반면, §706(2)(F)에서 법원에 의한 새로운 전면적 재심사(복심)의 적용을 받을 정도로 사실에 의해 뒷받침되지 않는 행정작용은 파기된다고 규정하고 있는데(de novo 심사 기준) 전통적으로 ‘법문제’의 경우 de novo 심사 기준(전면적 재심사 기준)이 적용된다.

78) Kisor v. Wilkie, 588 U. S. 558, 580 (2019) (plurality opinion).

중적인 기준을 분명히 규정했을 것이다. 그러나 행정절차법 어디에도 그러한 극적인 결별의 암시는 없다. 오히려 행정절차법 §706는 법원이 헌법과 법률 규정을 해석하도록 하면서 양자를 구분하지 않음으로써 법률에 대한 행정기관의 해석은 -헌법에 대한 행정기관의 해석과 마찬가지로- 반드시 따라야 하는 것은 아님을 명확히 하였다. 따라서 행정절차법 하에서 법률이 행정기관이 말한 바를 의미하는지 결정하는 것은 법원의 책임으로 남아있다.⁷⁹⁾

행정절차법의 문언은 그것이 말하는 그대로를 의미한다. 행정절차법의 역사를 보아도 그 명백한 의미를 강조할 뿐이다. 해당 입법에 관한 상원과 하원 보고서 모두 §706가 ‘법문제는 결국 행정기관이 아니라 법원이 결정할 문제’라고 규정하고 있다고 언급하였다.⁸⁰⁾ 해당 입법의 가장 저명한 지지자들 중 일부도 같은 관점을 나타냈다.⁸¹⁾ 심지어 -행정절차법에 대한 관점 중 행정부에 유리한 것을 지지할 동기로 가득한- 법무부조차 행정절차법 제정 후 §706는 사법심사의 범위에 관한 현재의 법을 재언급했을 뿐이라고 의견을 밝혔다.⁸²⁾ 앞에서 설명하였듯이, 그 ‘현재의 법’은 사법부의 기능에 대한 전통적인 관념을 고수하고 있었다.

동시에 여러 훌륭한 논평가들이 행정절차법은 심사법원이 법문제에 대하여 독립적인 판단을 내릴 것을 요구한다고 주장하였다. 예를 들어, 존 디킨슨(John Dickinson) 교수는 ‘모든 법문제는 심사법원 자신에 의하여, 자신의 독립적인 판단으로 결정되어야 한다’는 것이 행정절차법의 명백한 명령이라고 해석하였다.⁸³⁾ 버나드 슈와츠(Bernard Schwartz) 교수는 §706에 대하여 “‘법문제는 심사법원이 할 일’이라는 익숙한 심사원칙을 입법적으로 재언급한 것에 불과한 것으로 보이며, 각 사건에서 법문제가 무엇인지를 결정하는 일을 법원에 맡긴 것으로 보인다.”고 언급하였다.⁸⁴⁾ 또한 뉴딜 정책 초기에 몇몇 행정기관에 종사했던 루이스 제프(Louis Jaffe) 교수는 §706가

79) *Perez v. Mortgage Bankers Assn.*, 575 U. S. 92, 109 (2015) (Scalia, J., concurring in judgment).

80) H. R. Rep. No. 1980, 79th Cong., 2d Sess., 44 (1946); S. Rep. No. 752, 79th Cong., 1st Sess., 28 (1945).

81) 92 Cong. Rec. 5654 (1946) (statement of Rep. Walter); P. McCarran, Improving “Administrative Justice”: Hearings and Evidence; Scope of Judicial Review, 32 A. B. A. J. 827, 831 (1946).

82) Dept. of Justice, Attorney General’s Manual on the Administrative Procedure Act 108 (1947) (Dept. of Justice); *Kisor*, 588 U. S., at 582 (plurality opinion).

83) J. Dickinson, Administrative Procedure Act: Scope and Grounds of Broadened Judicial Review, 33 A. B. A. J. 434, 516 (1947).

84) B. Schwartz, Mixed Questions of Law and Fact and the Administrative Procedure Act, 19 Ford. L. Rev. 73, 84-85 (1950).

심사법원에 ‘문제가 된 법률이 구체적인 재량권을 행정기관에 위임하였는지 여부’를 법문제로서 결정하는 일을 맡겼다고 생각하였다.⁸⁵⁾

요컨대, 행정절차법은 법률규정의 의미를 결정함에 있어 법원이 독립적인 판단을 해야 한다는, 사법부의 기능에 대한 전통적인 해석을 받아들이고 있다. 그러나 그러한 판단을 함에 있어 법원은 -시작부터 그러했듯이- 특정 법률을 이행할 책임을 맡은 사람들의 해석으로부터 도움을 구한다. 그러한 해석은 행정절차법에도 부합하고 법원과 소송당사자들이 지침으로 적절하게 삼을 수 있는 ‘경험 및 정통한 판단의 본체’를 이룬다.⁸⁶⁾ 또한 해당 법률과 동시대에 발표되어 시간이 흘러도 일관되게 유지되어 온 해석은 그 법률의 의미를 결정함에 있어 특히 유용할 것이다.⁸⁷⁾

물론 행정기관이 관련된 경우, 법률의 의미는 ‘행정기관이 어느 정도의 재량권을 행사할 권한을 부여받았다’는 것일 수도 있다. 연방의회는 종종 그러한 법률을 제정해 왔다. 예를 들어, 어떤 법률들은 명시적으로 행정기관에 특정 법률 문구에 의미를 부여할 권한을 위임하고 있다.⁸⁸⁾ 어떤 법률들은 행정기관에 법제도의 세부사항들을 채우는 규칙들을 규정할 권한을 부여하거나,⁸⁹⁾ ‘적절한’(appropriate) 또는 ‘합리적인’(reasonable)과 같이 행정기관이 유연하게 해석할 수 있는 용어나 문구의 한계에 따라 규제할 권한을 부여하고 있다.⁹⁰⁾

법률이 행정기관에 재량권을 위임하였다고 해석하는 것이 가장 적절한 해석인 경우, 행정절차법 하에서 심사법원의 역할은 늘 그렇듯이 법률을 독립적으로 해석하고 헌법의 한계 내에서 연방의회의 의지를 발효시키는 것이다. 법원은 헌법상의 위임을 인식하고, 위임된 권한의 경계선을 정하고,⁹¹⁾ 행정기관이 그러한 경계선 내에서 조리 있는 정책결정⁹²⁾을 하도록 보장함으로써 그러한 역할을 이행한다. 그렇게 함으로써 법원은 행정절차법이 채택한 전통적 관념의 사법부의 기능을 유지한다.

85) L. Jaffe, *Judicial Control of Administrative Action* 570 (1965) (Jaffe).

86) *Skidmore*, 323 U. S., at 140.

87) *Ibid.*; *American Trucking Assns.*, 310 U. S., at 549.

88) *Batterton v. Francis*, 432 U. S. 416, 425 (1977).

89) *Wayman v. Southard*, 10 Wheat. 1, 43 (1825).

90) *Michigan v. EPA*, 576 U. S. 743, 752 (2015).

91) H. Monaghan, *Marbury and the Administrative State*, 83 *Colum. L. Rev.* 1, 27 (1983) (Monaghan).

92) *Michigan*, 576 U. S., at 750 (quoting *Allentown Mack Sales & Service, Inc. v. NLRB*, 522 U. S. 359, 374 (1998)); *Motor Vehicle Mfrs. Assn. of United States, Inc. v. State Farm Mut. Automobile Ins. Co.*, 463 U. S. 29 (1983).

나. 쉘브론 판결에 대한 비판

쉘브론 원칙이 행정작용을 심사하는 법원에 요구하는 존중은 행정절차법에 부합될 수 없다.

(1) 쉘브론 판결의 2단계 심사 검토

행정절차법 제정과 연방대법원의 쉘브론 판결 사이 수십 년의 기간 동안 일반적으로 법원들은 법률을 집행하는 행정기관의 법률해석을 심사함에 있어 법률의 의미를 결정하기 위해 각 법률을 독립적으로 검토하였다.⁹³⁾ 따라서 쉘브론 판결의 초기 지지자(이자 이후에는 비판가)⁹⁴⁾가 이야기하였듯이, 이 시기의 법원들은 법률별로(statute-by-statute) 행정기관에의 재량권 위임을 판별하였다.⁹⁵⁾

1984년, 가카스로 정족수⁹⁶⁾를 채운 6명의 대법관에 의해 판결된 쉘브론 사건은 전통적인 접근법으로부터의 뚜렷한 결별을 촉발시켰다. 쉘브론 사건에서 문제가 된 쟁점은 주가 오염물질을 배출하는 모든 장비들을 같은 산업군으로 보는 것을 허용하는 미국 환경보호국(Environmental Protection Agency, EPA) 규정이 「청정대기법」(Clean Air Act)에서 사용되는 ‘고정 오염원’(stationary source)이라는 용어에도 부합되는지 여부였다.⁹⁷⁾ 그 법률해석의 문제에 답하기 위해 연방대법원은 행정작용의 심사에 폭넓게 적용가능한, 지금은 친숙한 2단계(two-step) 접근법을 설명하고 이용하였다. 첫 번째 단계는 연방의회가 쟁점이 된 바로 그 문제를 직접적으로 논하였는지를 파악하는 것이다.⁹⁸⁾ 연방대법원은 만일 연방의회의 의도가 분명하다면 그것으로 문제는 종결되고,⁹⁹⁾ 따라서 법원들은 분명한 연방의회의 의도에 반하는 행정해석을 거부해야 한다.¹⁰⁰⁾ 연방대법원은 심사법원이 그러한 의도를 파악하기 위해 전통적인 법률해석의 도구(tools)를 이용한다고 언급하였다.¹⁰¹⁾

93) T. Merrill, *Judicial Deference to Executive Precedent*, 101 *Yale L. J.* 969, 972-975 (1992)와 비교.

94) 스킨리아(Antonin Scalia) 대법관을 지칭함.

95) A. Scalia, *Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law*, 1989 *Duke L. J.* 511, 516.

96) 연방대법원의 심리정족수(quorum)는 연방대법관 6명이며, 6명을 채우지 못한 경우 정족수에 달할 때까지 개정되지 않는다(미국 연방대법원 규칙 제4조 제2항 참조).

97) *Chevron*, 467 U. S., at 840.

98) *Id.*, at 842.

99) *Ibid.*

100) *Id.*, at 843, n. 9.

101) *Ibid.*

행정절차법을 언급하거나 원칙의 변화를 인정하지 않은 채, 연방대법원은 연방의회가 쟁점이 된 바로 그 문제를 직접적으로 논하지 않은 경우 적용되는 두 번째 단계를 설명하였다.¹⁰²⁾ 그러한 경우 - 즉, 문제가 된 특정 쟁점에 대하여 법률이 침묵하고 있거나 모호한 경우 - 심사법원은 행정기관의 해석이 없는 경우처럼 단순히 자신의 해석을 법률에 부여할 수 없다.¹⁰³⁾ 대신에 행정기관이 법률의 허용가능한 해석을 제공한 경우, 그 해석이 설사 문제가 처음부터 사법절차에서 발생했다면 법원이 도달했을 해석이 아니더라도, 심사법원은 전통적인 해석 도구는 제쳐놓고 행정기관의 해석을 따라야 한다.¹⁰⁴⁾ 연방대법원에 따르면, 집행법률이 정책 입안을 통해 법률의 공백을 채우도록 요구한다는 이해, 행정부의 해석에 상당한 무게를 부여하는 오랜 사법부의 전통, 그리고 많은 기타 고려사항들 - 규제 제도의 복잡성, 환경보호국의 상세하고 조리 있는 고려사항들, 아마도 요구되는 판례의 정책위주적 성격, 그리고 대통령을 통해 국민에 대해 갖는 행정기관의 간접적인 책임 등 - 에 의해 그러한 지시는 정당화 된다.¹⁰⁵⁾

연방대법원은 이러한 새로운 심사를 채택하면서, ‘연방의회는 필요한 수준의 구체성을 갖고 쟁점 문제를 논하지 않았고, 환경보호국의 해석은 존중받을 자격이 있다’고 결론지었다.¹⁰⁶⁾ 연방대법원이 보기에 연방의회가 왜 정면으로 그 문제를 논하지 않았는지의 문제나 행정기관이 때때로 그 해석을 바꾼다는 사실은 중요하지 않았다.¹⁰⁷⁾ 환경보호국의 가장 최근의 해석은 청정대기법에 대한 허용가능한 해석이었고 따라서 연방대법원의 새로운 원칙에 따라 그 해석이 적용되었다.

처음에 쉐브론 원칙은 모호한 것이 될 운명이었다.¹⁰⁸⁾ 연방대법원은 처음에는 쉐브론 판결을 분수령이 될 판결로 보지 않았고 (그러나 그렇게 될 운명이었다) 행정기관의 권한에 관한 법률문제를 포함한 사건들에서 거의 인용되지 않았다.¹⁰⁹⁾ 그러나 몇 년 내로 연방대법원과 항소법원들 모두 그러한 사건에서 일상적으로 쉐브론 원칙

102) *Id.*, at 843.

103) *Ibid.*

104) *Ibid.*, n. 11.

105) *Id.*, at 843, 844, and n. 14, 865.

106) *Id.*, at 865.

107) *Id.*, at 863.

108) T. Merrill, *The Story of Chevron: The Making of an Accidental Landmark*, 66 *Admin. L. Rev.* 253, 276 (2014) (Merrill).

109) *Ibid.*

의 2단계 틀을 지배적 기준으로 원용하게 되었다.¹¹⁰⁾ 그렇게 됨에 따라 연방대법원은 쉘브론 원칙을 정당화하는 근거들을 재검토하였다. 결국 연방대법원이 내린 결론은 쉘브론 판결은 연방의회가 행정기관에 의해 집행되는 법률에 모호한 부분을 남겨둔 경우, 연방의회는 그 모호한 부분이 누구보다도 행정기관에 의해 해결될 것이라고 보고 어느 정도든 간에 (법원보다는) 행정기관이 그 모호함이 허용하는 재량권을 갖기를 원한다는 추정에 근거하여 정당화된다는 것이었다.¹¹¹⁾

(2) 행정절차법과의 불일치

연방대법원의 쉘브론 판결이나 후속 판결들 모두 그 틀을 행정절차법과 조화시키려고 하지 않았다. 오히려 쉘브론 원칙의 근간 위에 연방대법원이 세운 ‘존중의 원칙’은 행정절차법의 원안을 고려하지 않은 것이었다.¹¹²⁾

(가) 모호성을 권한의 위임으로 추정하는 것에 대한 비판

쉘브론 원칙은 –법원이 심사하는 행위의 주체인 행정기관이 아니라– 심사법원이 모든 관련 법문제를 결정하고 법률조항을 해석한다는¹¹³⁾ 행정절차법의 명령을 거역한다. 쉘브론 원칙은 법원이 행정절차법이 요구하는 대로 독립적인 판단을 하였더라면 도달했을 해석¹¹⁴⁾을 따르는 것이 아니라 이를 무시하도록 요구하고 있다. 그리고 독립적인 판단을 내리는 것이 역사적으로 행정부에 대한 존중과 부합되더라도¹¹⁵⁾ 쉘브론 원칙은 그보다 훨씬 많은 것을 주장하고 있다. 쉘브론 원칙은 법원이 기계적으로 행정기관의 해석을 –시간이 흐르는 동안 일관성이 없던 해석이라도– 의무적으로 따를 것을 요구하고 있다.¹¹⁶⁾ 더 안 좋은 것은 기존의 법원 선례가 법률의 의미를 다른 의미로 판단했던 경우조차 –그 법원이 어쩌다 해당 법률이 모호하지 않다고 (unambiguous) 밝힌 경우가 아니라면¹¹⁷⁾– 쉘브론 원칙은 행정기관의 해석을 따르도

110) Id., at 276-277.

111) Smiley v. Citibank (South Dakota), N. A., 517 U. S. 735, 740-741 (1996); Cuozzo Speed Technologies, LLC v. Lee, 579 U. S. 261, 276-277 (2016); Utility Air Regulatory Group v. EPA, 573 U. S. 302, 315 (2014); National Cable & Telecommunications Assn. v. Brand X Internet Services, 545 U. S. 967, 982 (2005).

112) Perez, 575 U. S., at 109 (Scalia, J., concurring in judgment).

113) 5 U. S. C. §706.

114) Chevron, 467 U. S., at 843, n. 11.

115) 예를 들어, Edwards' Lessee, 12 Wheat., at 210; Skidmore, 323 U. S., at 140.

116) Chevron, 467 U. S., at 863.

록 강요한다는 것이다. 이러한 체제는 행정절차법이 규정하고 있는 유서 깊은 접근 법과 반대된다. 쉐브론 원칙은 법원 앞에 놓인 분쟁에서 법원의 법률해석이 행정기관의 법률해석보다 우선할 것¹¹⁸⁾이라는 기대를 해치며 행정작용에 대한 사법심사의 법제도를 거꾸로 뒤집고 있다.

쉐브론 판결은 법률의 모호성이 행정기관에의 무언의 위임이라고 추정함으로써 - 반대의견과 정부가 주장하는 것처럼 - 행정절차법과 조화될 수 없다. 법률해석에 있어 추정의 여지는 있지만 그것은 오직 실제에 가까운 범위에서만이다. 쉐브론 판결의 추정은 그렇지 못하다. 모호성은 그야말로 법률해석권의 위임이 아니기 때문이다. 쉐브론 판결은 양자를 혼동시키고 있다.¹¹⁹⁾ 쉐브론 판결이 언급하였듯이, 모호성은 연방의회 측이 당면한 문제에 정면으로 대답할 능력이 없었던 것에서 야기되거나, 정밀하게 문제를 고려하는 것조차 하지 못한 것에서 야기될 수도 있다.¹²⁰⁾ 어느 경우이든 모호성은 ‘법원이 아니라 행정기관이 해석문제를 해결한다’는 연방의회의 의도를 반드시 반영했다고 볼 수는 없다. 그리고 많은 혹은 대부분의 법률의 모호성은 의도된 것이 아니다. 건국자들이 인정하였듯이, 모호성은 대상의 복잡성, 인간 능력의 결함, 그리고 ‘어떤 언어도 모든 복잡한 생각에 들어맞는 단어와 문구를 제공할 만큼 풍부하지 않다’는 단순한 사실에서 비롯된다.¹²¹⁾ 어쨌든 법원들은 쉐브론 사건과 관련 없는 사건들 - 행정기관의 해석이나 권한 위임과 관련 없는 사건들 - 에서 일상적으로 법률의 모호성과 마주치고 있다. 물론 그러한 사건에서 법률의 모호성과 마주하는 경우, 모호성은 누구에게든 위임을 의미하는 것이 아니며, 어쨌든 법원은 독립적으로 법률을 해석해야 하는 의무에서 벗어나는 것이 아니다. 그러한 상황에서 법원들은 단념하지 않는다. 연방의회의 지시가 아마도 부족하여 법률에 공백을 남기기 때문이다. 오히려 법원들은 그러한 법률들이 얼마나 불가해하든 간에 단일한 최선의 의미(single, best meaning)를 갖는다고 - 사실은 가져야 한다고 - 생각한다. 그것이 우리가 성문의 법률을 갖는 중요한 이유이다. 모든 법률의 의미는 제정 당시에 정해져 있다.¹²²⁾ 따라서 법원들은 그러한 사건에서 특정 당사자의 해석을 허용가능한 것이

117) Brand X, 545 U. S., at 982.

118) Ibid.

119) C. Sunstein, Interpreting Statutes in the Regulatory State, 103 Harv. L. Rev. 405, 445 (1989).

120) Chevron, 467 U. S., at 865.

121) The Federalist No. 37, at 236.

122) Wisconsin Central Ltd. v. United States, 585 U. S. 274, 284 (2018).

라고 선언하는 대신, 법률의 가장 최선의 의미를 결정하고 모호성을 해결하기 위해 자신이 쓸 수 있는 모든 도구를 사용한다.

그러나 다른 사건들처럼 행정기관 사건에서도, 설사 일부 판사들이 해당 법률을 모호하다고 생각할 수 있을지라도, 여전히 최선의 해석—어떤 행정기관도 관여하지 않았다면 법원이 도달했을 해석¹²³⁾—이 존재한다. 따라서 모든 관련 해석 도구를 적용한 후 법원이 가장 최선이라고 결론을 내린 해석이 아닌 ‘허용가능한’ 해석에 대해 말하는 것은 타당하지 않다. 법률해석에 있어 최선이 아니라면 ‘허용가능’하지 않다.

가장 근본적으로, 쉘브론 판결의 추정은 잘못 이해되었다. 행정기관은 법률의 모호성을 해결할 특별한 권한이 없기 때문이다. 그러한 권한은 법원에 있다. 언급하였듯이, 건국자들은 법원이 종종 법률의 모호성과 마주칠 것이라고 예상하였고, 독립적인 판단으로 해결할 것이라고 기대하였다. 그리고 쉘브론 판결조차 사법부가 법률해석 문제의 최종 당국이라고 재확인하였으며, 행정기관의 해석이 없는 경우 법원이 법률에 법원 자신의 해석을 부여할 필요가 있다고 인정하였다.¹²⁴⁾ 그러나 쉘브론 판결은 단지 행정기관의 해석이 등장했다는 이유로 심리방식이 근본적으로 다르다는 결론을 내렸다는 점에서 중대하게 잘못되었다. 법원이 매일 사용하는 전통적인 법률해석의 도구는 법률의 모호성을 해결하는 것을 목적으로 한다. 이는 모호성이 행정기관의 권한 범위에 관한 것인 경우에도 마찬가지이다.

(나) 전문지식, 통일된 해석 조성, 정책결정 관련성을 내세운 정부 측 주장에 대한 반박

정부는 ‘연방의회는 일반적으로 행정기관이 법률의 모호성을 해결하도록 의도해야 한다’고 대답하였다. 행정기관은 그들이 집행하는 법률에 관하여 전문지식을 갖고 있고, 행정기관에 대한 존중은 연방법률의 통일된 해석을 조성한다고 알려져 있으며, 법률의 모호성을 해결하는 것은 —법원보다는 정치행위자들에게 맡기는 것이 가장 좋은— 정책결정과 관련될 수 있기 때문이다.¹²⁵⁾ 반대의견도 마찬가지이다. 그러나 이 중 무엇도 연방의회의 의도에 대한 쉘브론 판결의 전면적인 추정을 정당화하지는 못한다.

전문지식에 관해서부터 살펴보면, 최근 우리는 법제도와 관련하여 발생하는 해석

123) *Chevron*, 467 U. S., at 843, n. 11.

124) *Id.*, at 843, and n. 9.

125) Brief for Respondents in No. 22-1219, pp. 16-19.

의 문제는 종종 행정기관보다는 ‘판사의 전문분야로 하는 것이 더 자연스럽다’¹²⁶⁾고 언급한 바 있다. 따라서 우리는 “행정기관이 규제의 모호성을 해결할 상대적 전문지식이 없는 경우, 연방의회는 아마도 그러한 권한을 부여하지 않을 것”¹²⁷⁾이라고 언급하였다. 그러나 쉐브론 판결의 광범위한 존중의 원칙은 법원에게 정반대의 것을 추정하도록 요구한다. 쉐브론 원칙 하에서는 모든 종류의 모호성이 행정기관의 해석에 대한 존중을 촉발시킨다. 실제로 정부와 (아마도) 반대의견도 행정기관의 기술적인 전문지식과 거의 관련이 없는 경우에조차 쉐브론 원칙이 적용된다는 주장을 계속 옹호하고 있다.¹²⁸⁾

그러나 모호성이 어쩌다 기술적인 문제와 관련된 경우라도, 그것이 연방의회가 법원으로부터 법률해석권을 빼앗아 행정기관에게 주는 결과로 이어지는 것은 아니다. 연방의회는 법원이 기술적인 법률문제를 다룰 것이라고 기대한다. 많은 법률 사건들은 법원에 대다수의 기술적인 세부사항들을 해석하도록 요청하고 있고,¹²⁹⁾ 쉐브론 판결 이전의 행정기관 사건에서도 그렇게 하였다. 어쨌든 법원들은 그러한 문제를 맹목적으로 결정하지 않는다. 그러한 사건의 소송당사자들과 법정조언자들은 해당 문제를 잘 알고 있고, 심사법원들은 그들의 견해를 활용할 것이다. 특히 행정기관 사건에서 법원은 다른 정보들보다도 행정기관의 ‘경험 및 정통한 판단의 본체’를 이용하여 업무에 열중할 것이다.¹³⁰⁾ 또한 비록 행정기관의 법률해석이 법원을 구속할 수는 없더라도, 행정기관의 전문지식 내의 사실적 전제에 기초하는 범위에서는 특히 유익한 정보를 제공해 줄 것이다.¹³¹⁾ 그러한 전문지식은 항상 행정부의 해석에 특히 설득력을 주는 요소 중 하나였다.¹³²⁾

이러한 이유들에 비춰보면, 법률의 모호성을 해결함에 있어 최종적인 해석권을 행정기관에 위임하는 것이 ‘해당 주제의 전문지식에 정통한 해결’을 보장하는 데 결코 필수적인 것은 아니다. 따라서 연방의회는 법원이 행정부의 관점을 합당하게 존중하

126) Kisor, 588 U. S., at 578.

127) Ibid.

128) Brief for Respondents in No. 22-1219, p. 17.

129) Egelhoff v. Egelhoff, 532 U. S. 141, 161 (2001) (Breyer, J., dissenting).

130) Skidmore, 323 U. S., at 140.

131) Bureau of Alcohol, Tobacco and Firearms v. FLRA, 464 U. S. 89, 98, n. 8 (1983).

132) Skidmore, 323 U. S., at 140; County of Maui v. Hawaii Wildlife Fund, 590 U. S. 165, 180 (2020); Moore, 95 U. S., at 763.

며 법원의 일상 업무인 법률해석을 수행하기를 기대한다고 보는 것이 더 나은 추정이다. 그리고 물론 연방의회와 행정부는 그들이 특정 사건에서 법원이 그 업무를 수행해온 방식에 동의하지 않는 한에서 그 법률을 재검토함으로써 항상 자유롭게 입법할 수 있다.

연방법률의 통일된 해석에 대한 희망도 쉘브론 판결을 정당화하지 못한다. 판사들의 쉘브론 원칙 적용 방식의 불일치를 고려하건대, 쉘브론 원칙이 전체로서 (쉘브론 원칙의 매우 존중적인 두 번째 단계와는 반대로) 실제로 얼마나 많이 그러한 통일성을 조성하는지는 불명확하다. 어쨌든 법률의 해석이 틀린 것이라면, 법률의 균일한 해석을 적용하는 것은 무가치할 따름이다. 우리는 연방의회가 자신이 제정한 법률의 정확한 해석보다 통일성을 위한 통일성(uniformity for uniformity's sake)을 선호한다고 추정할 이유를 찾을 수 없다.

모호한 법률조항의 해석은 법원보다는 정치행위자들에게 적합한 정책결정과 마찬가지로 견해는 사법부의 역할에 대한 깊은 오해에 기초한 것이므로 특히 잘못된 것이다. 연방의회가 정책결정은 정치행위자들에게 맡겨두고자 했다는 추정은 합리적이다. 그러나 법률의 모호성을 해결하는 일은 법적 해석과 관련되어 있다. 그러한 업무는 단지 법원이 의지할 행정기관이 있다는 이유만으로 갑자기 정책결정이 되지 않는다.¹³³⁾ 법원들은 그 맥락이 어떻든 간에 개인의 정책 선호가 아니라 전통적인 법률해석의 수단에 기초하여 법률을 해석한다. 실제로 건국자들은 연방 판사들이 정치적 기관의 영향으로부터 자유롭게 판결을 내릴 수 있게 보장하도록 헌법을 만들었다.¹³⁴⁾ 그들은 법률에 없는 정책 선호를 향한 눈이 아니라(not with an eye to)¹³⁵⁾ 명료한 두뇌와 정직한 심장으로 법률을 해석해야 한다.¹³⁶⁾

그것은 연방의회가 행정기관에 재량권을 줄 수 없다거나 주지 않는다는 의미는 아니다. 연방의회는 헌법적 한도 내에서 그렇게 할 수 있고, 종종 그렇게 해 왔다. 그러나 정치적 기관에 맡겨진 재량적인 정책결정에 관여하지 않기 위해, 판사들은 그러한 권한 위임을 독립적으로 판별하고 존중할 행정절차법상의 자기 의무를 다하고, 행정기관이 그러한 위임의 법률상의 범위를 넘지 않는지 감시하고, 행정기관이 재량

133) Kisor, 588 U. S., at 575.

134) The Federalist, No. 78, at 522-525.

135) “정책 선호를 목적으로가 아니라”를 뜻한다.

136) 1 Works of James Wilson 363 (J. Andrews ed. 1896).

권을 행사함에 있어 행정절차법을 따르도록 보장하기만 하면 된다. 쉐브론 판결은 모호성이 필연적으로 위임이라는 주장을 법원에 강요함으로써, 판사들이 정책결정을 하지 못하게 막는 것이 아니라 판단을 하지 못하도록 막고 있다.

(다) 쉐브론 판결의 문제점

사실 쉐브론 판결을 정당화하는 추정은, 연방대법관들이 종종 인정해 왔듯이, 허구에 불과하다.¹³⁷⁾ 그래서 우리는 ‘연방의회가 실제로 행정기관에 구체적인 해석권을 위임하고자 했는지 의심스러운 경우 쉐브론 원칙은 적용불가능하다’¹³⁸⁾는 조건하에 쉐브론 원칙의 추정을 축소해가며, 40년 중 대부분의 시간을 쉐브론 원칙에 잇따라 제한을 부과하는 데 사용해 왔다.

쉐브론 판결의 추정을 현실과 맞추기 위한 노력으로 우리가 해 왔던 수많은 개선(refinements)을 생각해보라. 우리는 연방의회가 행정기관에 일반적으로 법률을 이행하는 규칙을 만들 권한을 위임한 것으로 보이고, 존중을 주장하는 행정기관의 해석이 그러한 권한의 행사로 공표된 것으로 보이는 경우에만 쉐브론 원칙이 적용된다고 말하였다.¹³⁹⁾ 실제로 한계 요건은 - 간혹 쉐브론 원칙 제0단계로 불리며 - 대체로 쉐브론 원칙을 ‘예고 및 의견수렴에 의한 규칙제정(notice-and-comment rulemaking)과 정식재결(formal adjudication)’¹⁴⁰⁾의 결과에 한정시킨다.¹⁴¹⁾ 그러나 그러한 과정이 이용

137) *Buffington v. McDonough*, 598 U. S. ___, ___ (2022) (GORSUCH, J., dissenting from denial of certiorari) (slip op., at 11); *Cuozzo*, 579 U. S., at 286 (THOMAS, J., concurring); Scalia, 1989 *Duke L. J.*, at 517.

138) *United States v. Mead Corp.*, 533 U. S. 218, 230 (2001) (quoting *Christensen v. Harris County*, 529 U. S. 576, 597 (2000) (Breyer, J., dissenting)); *Adams Fruit Co. v. Barrett*, 494 U. S. 638, 649 (1990).

139) *Mead*, 533 U. S., at 226-227.

140) 미국 행정절차법은 행정기관의 행위를 ‘규칙제정’(rulemaking)과 ‘재결’(adjudication)로 나누어 규정하고 있다. 미국 행정절차법상의 재결은 명령(order)을 내리기 위한 행정기관의 절차를 의미하며, 명령은 규칙제정을 제외한 행정기관의 최종 처분(disposition)이다. 즉, 행정기관의 최종 처분이 규칙이면 규칙제정, 그 외의 명령이면 재결이라고 정리할 수 있다. 규칙제정은 ‘정식규칙제정’(formal rule-making, 정형적 규칙제정)과 ‘약식규칙제정’(informal rule-making, 비정형적 규칙제정)으로 나뉘는데, 실제에서는 약식규칙제정이 대다수를 이룬다. 정식규칙제정은 근거법률이 청문을 거친 후 기록에 근거하여 규칙을 제정하도록 요구하는 경우에 채택된다. 약식규칙제정은 통상 ‘예고 및 의견수렴에 의한 규칙제정’(notice-and-comment rulemaking, 또는 ‘고지 및 의견제출에 의한 규칙제정’)이라고 하며 입법안을 예고하고 대중의 의견을 수렴하여 최종 규칙을 공포하는 과정을 거친다. 재결은 정식재결(formal adjudication, 정형재결)과 약식재결(informal adjudication, 비정형재결)로 구분되는데, 행정절차법의 적용을 받아 동법의 절차를 준수해야 하는 재결은 정식재결, 그 외에 행정절차법의 적용을 받지 않는 모든 재결은 약식재결이라고 할 수 있다. (이익현, 미국행정법의 기초개념

되는 경우조차 규정에 절차적 결함이 있는 경우 – 즉, 행정기관이 규정을 공포함에 있어 올바른 절차를 따르지 않는 실수가 있는 경우 – 행정기관의 해석에 대한 존중은 여전히 보장되지 않는다.¹⁴²⁾

그러한 절차적 장애물이 치워진 경우에조차 실체적 문제는 남아있다. 가장 주목할 만한 것은, ‘쟁점이 된 문제가 경제 및 정치적으로 깊은 중요성을 가진 경우’에는 쉘브론 원칙이 적용되지 않는다는 것이다.¹⁴³⁾ 규율 권한의 특별한 수여는 온건한 단어 나 모호한 용어, 미묘한 표어를 통해서도 달성되기 어려우므로 우리는 연방의회가 적어도 그러한 권한을 명시적으로 위임하기를 기대해 왔다.¹⁴⁴⁾ 또한 우리는 사법심사 조항에 대한 행정기관의 해석이나¹⁴⁵⁾ 해당 행정기관에 의해 집행되지 않는 법제도에는¹⁴⁶⁾ 쉘브론 원칙을 적용하지 않았다. 그리고 우리는 법률이 형사적으로 적용되는 경우 쉘브론 원칙을 적용할지에 대해서 애매한 태도를 보여 왔다.¹⁴⁷⁾

일부 법원들은 이러한 복잡미묘한 일련의 전제조건과 예외들에 직면하자 잇따른 이유들로 아무런 차이가 없다고 말하며 쉘브론 원칙을 우회해버렸다. 그리고 법원들은 쉘브론 원칙을 원용할 때조차 그 진화하는 원칙의 다양한 단계와 뉘앙스에 항상 주의를 기울이지는 않았다. 예를 들어, 현재 이 병합 사건 중 한 사건에서 제1연방항소법원은 제0단계를 건너뛰었고,¹⁴⁸⁾ 자신의 결론이 쉘브론 원칙 제1단계의 산물인지 제2단계의 산물인지 분류하기를 – 최종적으로는 제2단계 하에서 존중한 것으로 보이지만 – 거부하였다.¹⁴⁹⁾

(2)-재결(Adjudication)-, 법제자료, 법제처, 2010, 37, 40, 42면; 이익현, 미국행정법의 기초개념(3)-규칙제정(rulemaking)-, 법제자료, 법제처, 2010, 41-47면; 정하명, 미국 대통령의 대통령지시에 관한 연방대법원의 최근 판결례: *Dep't of Homeland Sec. v. Regents of the Univ. of Cal.*, 법학논고 제71호, 2020, 141-156면 참조.)

141) *Id.*, at 230.

142) *Encino Motorcars, LLC v. Navarro*, 579 U. S. 211, 220 (2016) (quoting *Mead*, 533 U. S., at 227).

143) *King v. Burwell*, 576 U. S. 473, 486 (2015).

144) *West Virginia v. EPA*, 597 U. S. 697, 723 (2022) (quoting *American Trucking Assns.*, 310 U. S., at 468).

145) *Adams Fruit Co.*, 494 U. S., at 649-650.

146) *Epic Systems Corp. v. Lewis*, 584 U. S. 497, 519-520 (2018).

147) *Abramski v. United States*, 573 U. S. 169, 191 (2014)와 *Babbitt v. Sweet Home Chapter, Communities for Great Ore.*, 515 U. S. 687, 704, n. 18 (1995)를 비교.

148) 62 F. 4th, at 628.

149) *Id.*, at 634.

연방대법원의 경우, 2016년 이래 행정기관의 해석에 대해 쉐브론 원칙상의 존중을 적용하지 않고 있다.¹⁵⁰⁾ 그러나 쉐브론 판결은 책 속에 계속 남아 있다. 따라서 소송 당사자들은 이 원칙과 계속 씨름해야 하고, 연방대법원의 허물어진 선례에조차 구속되는¹⁵¹⁾ 하급심 법원들도 당연히 이 원칙을 계속 적용해야 한다. 따라서 지난 40년간의 경험은 쉐브론 원칙을 회복시키는 데 거의 도움이 되지 않았다. 그 경험은 단지 연방의회의 의도에 대한 쉐브론 원칙의 허구적 추정이 항상 행정절차법의 요구-행정기관에 의해 집행되는 법률을 해석함에 있어 법원이 독립적인 판단을 내려야 한다는 요구-에서 벗어나 있었다는 것을 분명히 할 뿐이었다. 기껏해야 우리의 복잡한 쉐브론 원칙은 중요한 문제-법률이 문제의 행정작용을 허용하였는가?-로부터 주의를 흐트러뜨리는 것에 불과했다. 최악의 경우에는, 쉐브론 원칙이 심사법원에 부여된 ‘모든 관련 법문제를 결정하고 법률조항을 해석할’¹⁵²⁾ 명시적인 책임을 행정기관에 넘겨줌으로써 법원에 행정절차법을 위반하도록 요구했던 것이 된다.

다. 선례구속의 원칙의 적용 여부와 관련 고려요소들의 검토

한 가지 남은 문제는 선례구속의 원칙이 쉐브론 프로젝트를 고집하도록 요구하는가이다. 답은 그렇지 않다는 것이다. 선례구속의 원칙은 불변의 명령이 아니며,¹⁵³⁾ 선례를 파기할지 여부를 결정함에 있어 고려해야 할 요소들 중 여기서 가장 관련 있는 사항들 - 선례의 논증의 질, 선례가 세운 규칙의 실행가능성, 그리고 그 판결에 대한 신뢰¹⁵⁴⁾ - 모두가 쉐브론 원칙을 포기하는 데 무게를 싣고 있다.

쉐브론 판결은 근본적으로 잘못 이해되었음이 증명되었다. 행정작용에 대한 사법심사를 재편하였음에도 불구하고, 쉐브론 판결이나 쉐브론 판결을 적용하는 다른 연방대법원 판례 모두 - 그러한 심사가 어떻게 이루어지는지를 제시한 법률인 - 행정절차법에 대해 고심하지 않았다. 그 흠결은 시작부터 뚜렷하여 연방대법원이 그 근간을 수정하고 끊임없이 그 적용을 제한하도록 만들었다. 쉐브론 판결은 그 근거와 의미를 해독하려는 학자들의 가내수공업(cottage industry)을 개시시키고 유지하였다. 그리고 대

150) 가장 최근의 일로는 *Cuozzo*, 579 U. S., at 280.

151) *Agostini v. Felton*, 521 U. S. 203, 238 (1997).

152) 5 U. S. C. §706.

153) *Payne v. Tennessee*, 501 U. S. 808, 828 (1991).

154) *Knick v. Township of Scott*, 588 U. S. 180, 203 (2019) (quoting *Janus v. State, County, and Municipal Employees*, 585 U. S. 878, 917 (2018)).

법관들은 오랫동안 그 전제에 대해 의문을 가졌다.¹⁵⁵⁾ 웨브론 판결의 초창기 투사였던 스칼리아(Scalia) 대법관조차 웨브론 판결이 행정절차법과 조화될 수 있는지에 대해 심각하게 의심하게 되었다.¹⁵⁶⁾ 웨브론 원칙은 전체 존재기간 동안 – 조금이라도 원칙이라고 불릴 만큼 일관된 적이 있다면 – 그 정당화 이유를 찾고 있는 원칙¹⁵⁷⁾이었다.

경험을 통해서도 웨브론 원칙은 실행불가능한 것임이 밝혀졌다. 웨브론 원칙들의 본질적인 특징은 법률의 모호성을 판별하는 것이며, 이는 이 원칙의 두 번째 단계에서 행정기관에 대한 존중을 요구한다. 그러나 모호성의 개념은 항상 유의미한 정의에 의해 모면되었다. 웨브론 판결 이후 불과 5년 만에 스칼리아 대법관이 딜레마에 빠졌듯이, 얼마나 명확한 것이 명확한 것인가?¹⁵⁸⁾ 우리는 그 질문에 대한 답에 40년 전보다 더 가까워지지 못하였다. 모호성은 판사들마다 다른 의미를 가질 수 있는 용어이다.¹⁵⁹⁾ 어떤 판사는 어디에서든 모호성을 볼 것이고, 어떤 판사는 전혀 그렇지 못할 것이다.¹⁶⁰⁾ 따라서 전적으로 보는 사람의 생각에 달려있는 법치주의는¹⁶¹⁾ 비슷한 사건에서 다른 결과를 가져오고 따라서 실재상 자의적이다.¹⁶²⁾ 그러한 인상주의적이고 가변적인 개념은 법원과 행정기관 사이에 해석권을 배분하기 위해 매일 사용되는 심사기준으로서는 유효할 수 없다.¹⁶³⁾

반대의견이 이 점을 증명한다. 반대의견은 법원의 해석 업무 끝에 연방의회가 모호성 또는 공백을 남겨두었다고 판단될 경우 법원은 웨브론 원칙의 두 번째 단계에 들어가야 한다고 말하고 있다. (정부 역시 비슷한 심사기준을 제시하였다.)¹⁶⁴⁾ 이것은 전혀 지침이 되지 못한다. 다시 한 번 말하자면, 법률의 기본적인 성격과 의미는 우

155) *Pereira v. Sessions*, 585 U. S. 198, 219-221 (2018) (Kennedy, J., concurring); *Michigan*, 576 U. S., at 760-764 (THOMAS, J., concurring); *Buffington*, 598 U. S. ___ (opinion of GORSUCH, J.); B. Kavanaugh, *Fixing Statutory Interpretation*, 129 Harv. L. Rev. 2118, 2150-2154 (2016).

156) *Perez*, 575 U. S., at 109-110 (opinion concurring in judgment).

157) *Knick*, 588 U. S., at 204.

158) *Scalia*, 1989 *Duke L. J.*, at 521.

159) *Exxon Mobil Corp. v. Allapattah Services, Inc.*, 545 U. S. 546, 572 (2005) (Stevens, J., dissenting).

160) L. Silberman, *Chevron – The Intersection of Law & Policy*, 58 *Geo. Wash. L. Rev.* 821, 822 (1990) 와 R. Kethledge, *Ambiguities and Agency Cases: Reflections After (Almost) Ten Years on the Bench*, 70 *Vand. L. Rev. En Banc* 315, 323 (2017) 비교.

161) *Exxon Mobil Corp.*, 545 U. S., at 572 (Stevens, J., dissenting).

162) *Gulfstream Aerospace Corp. v. Mayacamas Corp.*, 485 U. S. 271, 283 (1988).

163) *Swift & Co. v. Wickham*, 382 U. S. 111, 125 (1965).

164) *Brief for Respondents in No. 22-1219*, pp. 7, 10, 14; *Tr. of Oral Arg.* 113-114, 116.

연히 행정기관이 관여된다고 바뀌는 것이 아니다. 또한 단지 행정기관이 우연히 존중받을 필요가 있는 종류의 절차를 통해 법률해석을 제시하였다는 이유만으로, 또는 쉐브론 원칙의 다른 전제조건들이 우연히 충족되었다는 이유만으로 바뀌는 것도 아니다. 법률은 여전히 최선의 의미를 가지며, 그 의미는 필연적으로 법원이 모든 해석 도구를 이용하여 판별하는 것이다.

따라서 반대의견의 심사기준이 어떤 의미를 갖기 위해서는, (다른 사건과 달리) 행정기관 사건에서 법원이 최선의 의미를 찾기 전에 법원의 해석 업무를 단념해야 한다는 점을 생각해야 한다. 하지만 언제 그렇게 해야 하는지 법원이 어떻게 아는가? 그 점에서 반대의견은 스스로 공백을 남긴다. 반대의견은 다른 해석 도구들도 모호한 문언에 적용된다고 주장할 뿐이다. 그러나 그 다른 해석 도구들 모두 쉐브론의 해석 수단보다 더 확고한 역사를 가지고 있고, 그 해석 도구들 모두 법원이 문언의 의미를 찾은 것을 - 행정부가 그것을 대체하는 것이 아니라 - 돕도록 만들어진 것이다. 쉐브론 원칙에 따라 모호성을 밝히고자 했던 40년간의 사법적 경험 후, 이것이 반대의견이 내놓을 수 있는 전부라는 사실은 쉐브론 원칙의 무익함을 드러낸다. 쉐브론 원칙은 원래의 2단계 방식이 너무 막연하고 광범위했기 때문에 그 원칙을 계속하여 명확히 할 것을 강요받아 왔다. 우리의 그런 시도는 원래의 2단계 방식을 ‘어지러운 브레이크 댄스’로 변화시키며 쉐브론 원칙의 실행불가능성을 증가시킬 뿐이었다.¹⁶⁵⁾ 쉐브론 원칙은 계속해서 어려운 문제를 야기했다. (정부는 쉐브론 원칙에 대한 의존을 포기해도 되는가? 쉐브론 원칙은 형사처벌을 부과하는 법률에 대한 행정기관의 해석에도 적용되는가? 쉐브론 원칙은 관용의 원칙(rule of lenity)¹⁶⁶⁾을 대체하는가?)¹⁶⁷⁾

따라서 쉐브론 원칙은, 이 원칙이 도입된 지 40년 후, 법이 무엇인지 말하는¹⁶⁸⁾ 기본적인 법원의 업무에 도움이 되기보다는 방해가 되었다. 그리고 쉐브론 원칙의 의미는 전혀 분명하지 않았다. 법원들은 종종 아무런 차이가 없다고 말하며 쉐브론 원칙에 관여하기를 거부하였다. 그리고 언급하였듯이, 연방대법원은 2016년 이후 쉐브론 원칙을 따르지 않고 있다. 이러한 동향은 새로운 것이 아니다. 수십 년 동안 우리

165) *Adams Fruit Co.*, 494 U. S., at 649-650; *Mead*, 533 U. S., at 226-227; *King*, 576 U. S., at 486; *Encino Motorcars*, 579 U. S., at 220; *Epic Systems*, 584 U. S., at 519-520 등등.

166) 관용의 원칙(rule of lenity)은 엄격해석의 원칙(rule of strict construction)이라고도 하며, 형법 규정이 모호하거나 불명확한 경우 피고인에게 유리하게 해석해야 한다는 영미 형법상의 원칙이다.

167) *Cargill v. Garland*, 57 F. 4th 447, 465-468 (CA5 2023) (plurality opinion).

168) *Marbury*, 1 Cranch, at 177.

는 종종 적용가능한 것으로 보이는 사건에조차 쉘브론 원칙을 원용하지 않아 왔다.¹⁶⁹⁾ 이제 쉘브론 원칙에서 남은 것은 뻔뻔한 허식과 부패해가는 겉껍질뿐이다.

또한 쉘브론 원칙은 유의미한 신뢰를 조성하는 안정적 배경을 가진 종류의 원칙도 아니다.¹⁷⁰⁾ 오히려 쉘브론 원칙에 대한 계속되는 땀질과 점차적인 외면, 그리고 하급심 법원에 의한 일관성 없는 적용을 고려하건대, 법원이 구체적인 사건에서 쉘브론 원칙을 적용하리라고 그 누구든 -연방의회를 포함하여- 합리적으로 기대하기 어렵다. 설사 법원이 언제 쉘브론 원칙을 적용할 것인지 정확하게 예측하는 것이 가능하다고 할지라도 쉘브론 원칙은 명확하거나 쉽게 적용가능한 기준을 제공하지 않으므로, 쉘브론 원칙의 명확성에 기반한 신뢰를 주장하는 것은 부적절하다.¹⁷¹⁾ 쉘브론 원칙에 기반하여 특정한 결과를 내는 계획은 쉘브론 원칙이 원용될 것인가 뿐만 아니라 쉽게 예측이 가능한 결과와 그로부터 오는 안정성을 만들어 낼 것인가에 대한 도박이다. 역사는 어느 쪽도 이기는 쪽이 아님을 증명하였다. 쉘브론 원칙은 신뢰이익을 보호하기보다는 적극적으로 파괴하였다. 쉘브론 원칙 하에서 법률의 모호성은, 그 존재의 이유에 상관없이, 행정기관이 원하는 만큼 입장을 바꿀 수 있도록 승인하는 면허가 되었고, 여기에는 기껏해야 해석이 자의적이고 변화가 심하다고 판단할 근거가 될 뿐인 설명되지 않는 비일관성이 함께 했다.¹⁷²⁾ 그러나 설명하였듯이, 법률의 모호성은 행정기관에 재량권을 실제 위임했다는 것을 의미할 믿을만한 지표가 아니다.

따라서 쉘브론 원칙은 연방의회가 행정기관에 권한을 주지 않은 경우에조차 행정기관이 진로를 바꾸는 것을 허용한다. 쉘브론 원칙은 그 순전한 광범위성으로 인해, 행정작용을 둘러싼 계획을 세우려는 사람들을 영원한 불확실성의 안개 속에 남겨두며 부당한 법적 불안정성을 조성한다.

따라서 쉘브론 원칙은 선례구속의 원칙이 보장하고자 하는 ‘법치주의’의 가치를 훼손시켜 왔다.¹⁷³⁾ 그리고 이는 법원들이 특별히 조심하도록 권고하거나 새로운 조건들을 덧붙임으로써 억제될 수 있는 것이 아니다. 우리는 다시 한번 그 현실적 결함을 치유하기 위해 이론적 기반을 수정할 필요가 있을 것이다.¹⁷⁴⁾ 선례구속의 원칙이

169) W. Eskridge & L. Baer, *The Continuum of Deference: Supreme Court Treatment of Agency Statutory Interpretations From Chevron to Hamdan*, 96 *Geo. L. J.* 1083, 1125 (2008).

170) *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*, 561 U. S. 247, 261 (2010).

171) *Janus*, 585 U. S., at 927 (quoting *South Dakota v. Wayfair, Inc.*, 585 U. S. 162, 186 (2018)).

172) *Brand X*, 545 U. S., at 981.

173) *Michigan v. Bay Mills Indian Community*, 572 U. S. 782, 798 (2014).

연방대법원에 이론적 기반의 수정을 요구한 것은 아니다. 우리가 하는 개선은 아마도 법원에 행정절차법상에서의 임무—모든 관련 법문제를 결정하고 법률조항을 해석할 임무¹⁷⁵⁾—로 돌아가라고 지적하는 데 그칠 것이기 때문이다. 그렇다고 연방의회가 연방대법원의 실수를 고쳐주기를 속절없이 기다릴 이유도 없다. 연방대법원은 연방의회가 입법적으로 뒤집을 수 있었던 많은 선례를 폐기해 왔다.¹⁷⁶⁾ 그리고 사법적 겸양(judicial humility)의 일부로 연방대법원의 실수가 시인되고 어떤 사건들에서는 정정되고 있는데, 특히 그러한 실수가 심각한 경우에 그러하다.

이 사건은 그러한 사건 중 하나이다. 쉐브론 원칙은 판사들에게 자신의 법률상의 의무를 무시하도록 요구하는 사법적 발명품이다. 그리고 법률이 그저 변덕스럽게 변하지 않고, 원칙적이고 이해될 수 있는 방식으로 발전할 것이라고 보장하는¹⁷⁷⁾ 우리의 유일한 방법은 쉐브론 판결을 뒤로 하고 떠나는 것이다.

그러나 그렇게 함에 있어 우리는 쉐브론 틀에 기초하였던 이전 판결들에 대해 이의를 제기하지 않는다. 구체적인 행정작용이 적법하다는 그러한 판결들의 판단—쉐브론 판결의 청정대기법 판단을 포함하여—은 우리의 해석방법론의 변화에도 불구하고 여전히 선례구속의 원칙을 적용받는다.¹⁷⁸⁾ 단순히 쉐브론 판결에 근거했다는 것만으로 그러한 판단을 뒤집을 ‘특별한 정당화 이유’(special justification)가 될 수 없다. 쉐브론 판결에 근거한 선례를 이야기하는 것은 기껏해야 선례가 잘못 판결되었다는 주장에 불과하기 때문이다.¹⁷⁹⁾ 그것으로는 법률에 관한 선례의 파기를 정당화하기에 충분하지 않다.

라. 법정의견의 결론

반대의견은 “판사들은 해당 분야의 전문가들이 아니다.”¹⁸⁰⁾라는 쉐브론 판결의 문구를 인용하며 끝을 맺고 있다.

174) *Montejo v. Louisiana*, 556 U. S. 778, 792 (2009).

175) 5 U. S. C. §706.

176) 예를 들어, *Patterson v. McLean Credit Union*, 485 U. S. 617, 618 (1988) (per curiam) (collecting cases).

177) *Vasquez v. Hillery*, 474 U. S. 254, 265 (1986).

178) *CBOCS West, Inc. v. Humphries*, 553 U. S. 442, 457 (2008).

179) *Halliburton Co. v. Erica P. John Fund, Inc.*, 573 U. S. 258, 266 (2014) (quoting *Dickerson v. United States*, 530 U. S. 428, 443 (2000)).

180) *Chevron*, 467 U. S., at 865.

물론 그 말은 그 분야가 어떤 분야인지에 따라 달라진다. 만일 법률해석의 분야라면, 이는 적어도 221년 동안 단호히 사법부의 영역이자 임무¹⁸¹⁾였다. 반대의견이 선포한 나머지 인용구는 “판사들은 양 정치적 기관의 일부가 아니다.”¹⁸²⁾는 것이다. 실제로 정치적 기관들이 제정한 법률을 해석할 때, 판사들은 항상 정치적 기관으로부터 독립적으로 그들의 판단을 적용할 것이라고 기대되어 왔다.¹⁸³⁾ 그리고 그러한 법률 중 하나인 행정절차법은 단지 행정기관이 해당 법률을 달리 본다는 이유만으로 판사들이 그러한 책임을 무시하지 못하도록 하고 있다.

쉐브론 판결은 파기되었다. 행정절차법이 요구하는 바와 같이, 법원들은 행정기관이 그 법률상의 권한 내에서 행위하였는지를 결정함에 있어 독립적인 판단을 내려야 한다. 행정부의 판단에 세심한 주의를 기울이는 것은 그러한 심사에 도움을 줄 것이다. 그리고 특정한 법률이 헌법상의 제한에 부합되는 한에서 행정기관에 권한을 위임한 경우에는, 법원은 행정기관이 위임받은 권한 내에서 행위를 하도록 하는 동시에 그러한 위임을 존중해야 한다. 그러나 법원들은 단지 법률이 모호하다는 이유만으로 행정기관의 법률해석을 따라야 할 필요는 없으며, 행정절차법 하에서는 따르는 안 된다.

D.C.연방항소법원과 제1연방항소법원은 이 사건 규칙을 유지할지 결정하면서 쉐브론 판결에 기초하였기 때문에, 그들의 판결은 파기되며 사건은 본 의견에 부합하는 추후의 절차를 위해 환송된다.

2. Thomas 대법관의 보충의견(1인 의견)

나는 법정의견에 전적으로 동의한다. 법정의견이 쉐브론 판결은 결국 파기되어야 한다고 올바르게 결론내렸기 때문이다. 쉐브론 원칙 하에서 판사는 행정기관의 해석이 ‘허용가능한’ 해석인 한 모호한 법률에 대한 그 해석을 채택해야 했다.¹⁸⁴⁾ 법정의견이 설명하였듯이, 그러한 존중은 행정절차법에 합치하지 않는다.

나는 보다 더 근본적인 문제를 강조하기 위해 별도로 의견을 작성한다. 즉, 내가 이전에 상세히 설명한 바 있듯이, 쉐브론 원칙상 행정기관의 해석에 대한 존중(이하

181) *Marbury*, 1 Cranch, at 177.

182) *Chevron*, 467 U. S., at 865.

183) *The Federalist* No. 78, at 523.

184) *Chevron*, 467 U. S., at 843.

‘쉐브론 존중’(Chevron deference)은 헌법상의 권력분립에 위반된다는 것이다.¹⁸⁵⁾ 또한 나는 우리가 쉐브론 판결을 파기함에 있어 쉐브론 원칙의 헌법적 결함을 간과해서는 안 된다는 고서치(Gorsuch) 대법관의 의견에도 동의한다. 건국자들은 개인의 자유에 대한 현실적이고 실제적인 보호를 제공하기 위하여 입법, 행정, 사법권을 세 개의 국가기관에 나누는 헌법을 입안하였다.¹⁸⁶⁾ 쉐브론 존중은 이러한 권력분립을 두 가지 방식으로 손상시킨다. 우선 쉐브론 원칙은 법원에 부여된 사법권을 억누르고, 동시에 행정기관의 행정권을 헌법적 한계를 넘어 확대시킨다.

쉐브론 원칙은 판사들이 그들의 헌법 제3조상의 사법권을 포기하게 만든다. 원래 이해되었듯이, 사법권은 법률을 해석하고 해설함에 있어 법원이 독립적인 판단을 내릴 것을 요구한다.¹⁸⁷⁾ 건국자들은 법률 문언에는 종종 모호한 부분이 포함되며 사법권에는 이러한 모호성을 해결할 권한이 포함된다고 생각하였다.¹⁸⁸⁾ 그러나 쉐브론 원칙 하에서 판사들은 모호한 법률에 대한 행정기관의 해석과 다른 해석이 맞다고 생각할지라도 행정기관의 해석을 받아들여야만 한다. 쉐브론 존중은 판사들이 모호성을 해결하기 위한 독립적인 판단을 수행하지 못하게 한다.¹⁸⁹⁾ 쉐브론 원칙은 판사들의 손을 묶어놓음으로써 사법부가 행정부에 대한 헌법상의 견제를 수행하지 못하게 한다. 쉐브론 원칙은 행정부가 잘못된 해석을 통해 도출된 사건의 결과를 명할 수 있게 허용한다.¹⁹⁰⁾ 사법권은 판사들에게 독립적으로 판단할 것을 요구하기 때문에 쉐브론 원칙이 요구하는 존중은 헌법 제3조의 명령에 위배된다.

또한 쉐브론 존중은 행정부가 자신에게 부여되지 않은 권한을 행사하도록 허용한다. 연방정부에 입법, 행정, 또는 사법권의 행사가 필요한 역할이 요구되는 경우, 그 권한을 부여받은 기관만이 이를 행사할 수 있다.¹⁹¹⁾ 헌법은 행정부에게 행정권만을

185) Baldwin, 589 U. S., at ___ - ___ (dissenting opinion) (slip op., at 2-4); Michigan, 576 U. S., at 761-763 (concurring opinion); Perez, 575 U. S., at 115-118 (opinion concurring in judgment).

186) Perez, 575 U. S., at 118 (opinion of THOMAS, J.).

187) Ibid.

188) Ibid.

189) Baldwin, 589 U. S., at ___ (opinion of THOMAS, J.) (slip op., at 3); Michigan, 576 U. S., at 761 (opinion of THOMAS, J.); Perez, 575 U. S., at 123 (opinion of THOMAS, J.).

190) Baldwin, 589 U. S., at ___ (opinion of THOMAS, J.) (slip op., at 4); Michigan, 576 U. S., at 763, n. 1 (opinion of THOMAS, J.); Perez, 575 U. S., at 124 (opinion of THOMAS, J.).

191) Department of Transportation v. Association of American Railroads, 575 U. S. 43, 68 (2015) (THOMAS, J., concurring in judgment).

주었기 때문에 행정기관은 오직 그 권한만을 합헌적으로 행사할 수 있다. 그러나 쉘브론 원칙은 행정기관에 사법권을 행사할 면허증을 주고 있다. 쉘브론 원칙은 법률이 모호한 한, 행정기관이 법률을 명확히 해석할 수 있도록 허용함으로써 사법부의 해석적 판단 권한을 행정기관에 이동시키고 있다.¹⁹²⁾

쉘브론 존중은 행정기관의 ‘정책형성’에 대한 존중으로 재구성한다고 추출될 수 있는 것이 아니다.¹⁹³⁾ 만일 그렇다면 쉘브론 원칙은 ‘연방의회에 부여된 입법권을 행정기관이 위헌적으로 행사하고 있다’는 것을 뜻할 것이다.¹⁹⁴⁾ 어떤 그럴듯한 핑계를 더해도, 쉘브론 판결은 다른 국가기관(입법부, 사법부)에 맡겨진 권한을 행정기관이 행사할 수 있게 허용함으로써 헌법 제2조¹⁹⁵⁾의 한계를 넘어 행정기관의 권한을 확장시키고 있다.

쉘브론 존중은 무해한 권한이동이 아니다.¹⁹⁶⁾ 헌법은 모든 세 국가기관에 대하여 세심하게 구조적 제한을 두고 있고, 그러한 부수적 제한을 받지 않는 권력 행사는 헌법 비준자들의 계획을 전복시킨다.¹⁹⁷⁾ 특히 건국자들은 법원이 법률의 올바른 해석을 적용함으로써 행정부를 견제할 것이라고 계획하였다.¹⁹⁸⁾ 따라서 쉘브론 원칙은 우리의 권력분립을 근본적으로 파괴시킨다. 쉘브론 원칙은 법원에게서 부당하게 사법권을 박탈하고, 동시에 행정기관의 권력을 증대시킨다. 쉘브론 판결을 파기함으로써 우리는 권력분립의 이런 측면을 복구시켰다. 개인의 자유를 보호하는 데 있어 권력구조는 매우 중요하다(structure is everything).¹⁹⁹⁾ 비록 연방대법원은 결국 쉘브론 존중과의 40년의 불운을 끝냈지만, 쉘브론 원칙의 더 중대한 문제를 간과해서는 안 된다. 법률이 뭐라고 이야기하든, 쉘브론 원칙이 요구했던 유형의 존중은 헌법에 위반되는 것이다.

192) Perez, 575 U. S., at 124 (opinion of THOMAS, J.); Baldwin, 589 U. S., at ___ (opinion of THOMAS, J.) (slip op., at 4); Michigan, 576 U. S., at 761-762 (opinion of THOMAS, J.).

193) Baldwin, 589 U. S., at ___ (opinion of THOMAS, J.) (slip op., at 3).

194) Ibid.

195) 미국 헌법 제2조는 행정부에 관한 내용을 규정하고 있다.

196) Baldwin, 589 U. S., at ___ (opinion of THOMAS, J.) (slip op., at 3).

197) Ibid.

198) Id., at ___ (slip op., at 4).

199) A. Scalia, Foreword: The Importance of Structure in Constitutional Interpretation, 83 Notre Dame L. Rev. 1417, 1418 (2008).

3. Gorsuch 대법관의 보충의견(1인 의견)

연방법률의 의미에 대한 개인과 정부 간의 분쟁에서 연방법원들은 전통적으로 어느 쪽도 편들지 않고 “법이 무엇인가”에 대해 독립적인 판단을 하려고 했다.²⁰⁰⁾ 그러나 1980년대 중반부터 연방대법원은 연방법률의 의미에 대해 행정기관 공무원의 견해를 존중하는 쉐브론 원칙을 적용하면서, 근본적으로 다른 접근법을 실험하였다. 그러나 시간이 지나면서 이 접근법의 오류가 널리 알려졌고, 연방대법원은 2016년 이후로 쉐브론 존중을 적용하는 것을 거부해 왔다. 오늘 연방대법원은 모두에게 쉐브론의 끝을 알린다. 그렇게 함으로써 연방대법원은 국가가 건국된 이래로 연방법원들을 인도해 온 해석 원칙으로 돌아간다. 나는 왜 선례구속의 원칙을 적절히 적용하는 것이 그 과정을 뒷받침하는지를 논하기 위해 별도로 의견을 작성하는 바이다.

가. 커먼로, 건국 초기의 관점, 선례구속의 원칙과 사법적 검양에 대한 검토

(1) 커먼로(common law)상 판사의 역할과 선례의 위치

커먼로(common law) 체계에서 판사가 사건을 판결하는 임무는 일반적으로 새로운 법을 만들 수 있는 권한이 아니다. 영국 초기 역사의 대부분 동안 다른 통치자와 다양한 법률 체계가 서로 다른 지역을 지배했다. 영국이 단일 법률 체계에 의해 통치되는 단일 왕국으로 통합되면서, 판사의 임무는 기존의 법적 전통을 검토하고 개인에게 제기된 분쟁에 ‘전 국토와 모든 영국인에게 공통된’(common to the whole land and to all Englishmen)²⁰¹⁾ 법적 규칙을 적용하는 것이었다. 그것이 커먼로 판단이었다.

판사의 역할에 대한 이러한 관점은 사법적 결정에 주어질 수 있는 권한에 영향을 미쳤다. 판사의 직무는 법을 만드는 것이 아니라 법을 찾아내 적용하는 것이었기 때문에 ‘판사의 의견’과 ‘법’은 ‘하나이자 동일한 것’으로 간주되지 않았다.²⁰²⁾ 판사의 결정은 해당 사건의 당사자를 구속할 수 있지만,²⁰³⁾ 이는 판사가 사회 전체를 위해 법을 제정할 권한이 있다는 것을 의미하지는 않았다. 그것은 왕과 의회만이 할 수 있는 것이었다.²⁰⁴⁾

200) Marbury, 1 Cranch, at 177.

201) F. Maitland, Equity, Also the Forms of Action at Common Law 2 (1929).

202) 1 W. Blackstone, Commentaries on the Laws of England 71 (1765) (Blackstone).

203) M. Hale, The History and Analysis of the Common Law of England 68 (1713) (Hale).

204) Ibid.

이러한 관점은 선례가 미래의 사법 절차에서 수행하는 역할에도 영향을 미쳤다. 과거의 판결은 ‘법보다는 못한 것’(less than a Law)이었기 때문에 미래의 판사를 구속하지 못했다. 동시에, 매튜 헤일(Matthew Hale)이 말했듯이, 미래의 판사는 과거의 판결에 대해 법의 ‘증거’로서 ‘가중치’를 부여할 수 있었다.²⁰⁵⁾ 같은 생각으로 윌리엄 블랙스톤(William Blackstone) 또한 법원의 선례를 ‘커먼로’의 ‘증거’로 보았다.²⁰⁶⁾ 다른 형태의 증거와 마찬가지로, 커먼로의 선례는 그에 따른 가중치가 다르다고 여겨졌다. 일부 과거 판결은 미래의 법원에 상당한 지침을 제공할 수 있지만, 다른 판결은 덜 중요하다고 여겨질 수 있었다. 이는 특히 판사도 다른 사람과 마찬가지로 실수를 저지할 수 있으며, 때때로 법이 요구하는 것을 ‘오해’할 수 있기 때문이다.²⁰⁷⁾ 이 두 사람은 이러한 경우 미래의 판사는 과거의 실수를 반복해서는 안 되며, 대신 잘못으로부터 법을 바로잡아야 한다고 생각했다.²⁰⁸⁾

과거 판결을 법의 증거로 검토할 때, 커먼로 판사들은, 광범위하게 말해서, 어떤 단일 선례에도 압도적인 가중치를 부여하지 않는다.²⁰⁹⁾ 대신, 이전 판결의 설득력은 대체로 ‘이전 시대의 결의 및 결정과의 일치성 및 조화’²¹⁰⁾에 달려 있다. 개별 판결은 특정 시점의 한 법원의 견해를 반영하지만, 여러 세대에 걸친 일관된 판결은 일반적으로 법의 의미에 대한 더 강력한 증거로 간주되었다.²¹¹⁾

맨스필드(Mansfield) 경은 특정 사례를 일반 원칙 위에 두지 말라고 경고했다. 그는 커먼로가 변칙적인 판결을 폐기하고 대신에 과거 판결의 주류를 추구함으로써 시간이 지남에 따라 순수하게 작용하는 경향이 있다고 언급하였다.²¹²⁾ 비슷한 생각을 반영하여 에드먼드 버크(Edmund Burke)는 과거 법원의 판결을 평가하기 위한 다섯 가지 원칙을 다음과 같이 제시했다 첫째, 여러 건이어야 하고 흩어져 있지 않아야 한다. 둘째, 동시에 발생하고 모순되지 않으며 상호 파괴적이지 않아야 한다. 셋째, 적절하고 합헌적인 시기에 이루어져야 한다. 넷째, 한 사건을 위해 만들어져서는 안 된다. 다섯째, 법적 원칙의 일반적인 흐름에 부합해야 한다.

205) Ibid.

206) 1 Blackstone 69, 71.

207) Id., at 71.

208) Id., at 70.

209) J. Baker, *An Introduction to English Legal History* 209-210 (5th ed. 2019).

210) Hale 68.

211) Ibid.

212) *Omychund v. Barker*, 1 Atk. 22, 33, 26 Eng. Rep. 15, 23 (Ch. 1744).

판결들만 서로 다른 무게를 지니는 것이 아니라, 판결 내의 언어도 서로 다른 무게를 지닌다. 판결의 주된 주장과 그에 필수적인 판결이유(ratio decidendi)는 주의 깊게 살펴볼 가치가 있다. 격언, 옆길로 새 발언, 방론은 덜 중요한 것으로 그 무게가 덜하다.²¹³⁾ 이것들은 ‘법의 증기와 연기’(vapours and fumes of law)에 불과했다.²¹⁴⁾

(2) 건국 초기 사법권에 대한 이해

앞의 내용은 판사의 역할과 선례의 위치에 대한 전통적인 커먼로적 이해를 간략히 개괄한 것이다.

헌법은 이러한 이해를 바탕으로 채택되었다. 그리고 그 이해는 건국자들이 ‘사법권’에 대해 말했을 때 뜻했던 의미의 증거를 제공해준다. 헌법의 다른 많은 구체적인 조항들은 커먼로가 그러했듯 입법 기능과 법 집행 기능의 구분을 반영하며, 이러한 조항이 특정한 민주적 절차를 통해서만 수정될 수 있다고 규정한다(미국 헌법 제5조).²¹⁵⁾ 연방법률 제정 권한은 오직 국민에 의해 선출된 의회에만 부여된다(미국 헌법 제1조 1항).²¹⁶⁾ 한편, 헌법은 사법권을 ‘사건과 쟁송’(cases and controversies)을 해결하는 권한으로 설명한다(미국 헌법 제3조 제2항 제1절). 또한 이 권한을 종신재직 판사에게 위임한다(미국 헌법 제3조 1항).²¹⁷⁾ 만약 판사가 주기적으로 선출되는 의회에 부여된 입법권을 찬탈할 수 있다면, 이러한 권한 배분은 말이 되지 않았을 것이

213) N. Duxbury, *The Intricacies of Dicta and Dissent* 19-24 (2021) (Duxbury).

214) F. Bacon, *The Lord Keeper’s Speech in the Exchequer* (1617), in 2 *The Works of Francis Bacon* 478 (B. Montagu ed. 1887) (Bacon).

215) 미국 헌법 제5조 (헌법 개정 절차)

연방의회는 상·하 양원의 3분의 2가 이 헌법에 대한 개정의 필요성을 인정할 때에는 헌법 개정을 발의해야 하며, 모든 주의 3분의 2 이상의 주의회의 요청이 있을 때에도 개정 발의를 위한 헌법회의를 소집해야 한다. 어느 경우에도 연방의회가 제의하는 비준의 방법으로서 모든 주의 4분의 3의 주의회의에 의한 비준, 또는 모든 주의 4분의 3의 주 헌법회의에 의한 비준 중 어느 하나에 따라 비준되는 때에는 사실상 이 헌법의 일부로서 효력이 발생한다. 다만, 1808년 전에 이루어지는 개정은 어떠한 방법으로도 제1조 제9항 제1호 및 제4호에 변경을 가져올 수 없다. 어느 주도 그 주의 동의 없이 상원에서의 동등한 투표권을 박탈당하지 않는다.

216) 미국 헌법 제1조 제1항 (입법권)

이 헌법에 의하여 부여되는 모든 입법 권한은 미국 연방의회에 속하며, 미국 연방의회는 상원과 하원으로 구성된다.

217) 미국 헌법 제3조 제1항 (사법권, 법원, 법관)

미국의 사법권은 1개의 연방대법원에, 그리고 연방의회가 수시로 제정·설치하는 하급 법원들에 속한다. 연방대법원 및 하급 법원의 법관은 부적절하게 처신하지 않는 한 그 직을 유지하며, 그 직무에 대하여는 정기적으로 보수를 받으며, 그 보수는 재임 중에 감액되지 않는다.

다. 그러나 다른 사람들 간의 분쟁에서 편파 없이 법을 ‘해석하고 적용’할 중립적 당사자를 추구하는 것이라면, 완벽하게 말이 된다.²¹⁸⁾

미국 헌법에 반영된 사법권에 대한 제한적 관점은 건국자들도 인정한 익숙한 개념이다. 예를 들어, 제임스 매디슨(James Madison)은 판사나 그들의 선례가 법률을 폐지하거나 변경할 수 있다고 주장하는 것은 오류라고 선언했다. 제임스 윌슨(James Wilson) 또한 이전의 법원 결정은 미래의 분쟁에서 법률의 적절한 해석에 대한 증거로만 사용될 수 있다고 말했다.²¹⁹⁾

또한 건국자들은 과거 판결에 구현된 ‘증거’를 평가함에 있어서는 구별권한(이자 구별의무)(power (and duty) of discrimination)을 인정하였다. 예를 들어, 매디슨(Madison)은 반복적으로 확인된 법원 판결이 단발적이거나 변칙적인 판결보다 법의 의미에 대한 더 나은 증거를 제공할 수 있다고 보았다.²²⁰⁾ 이에 더해, 토마스 제퍼슨(Thomas Jefferson)은 새로운 법률의 의미가 진정으로 확립되려면 수많은 판결이 필요하다고 믿었다.²²¹⁾

초기부터 미국 법원들은 이전 판결에서 판단된 모든 내용이 동일한 무게를 지닐 수 없음을 인정하였다. 과거 법원이 사건의 범위를 넘어선 견해를 제시한 경우, 이러한 표현은 이후 사건에서 존중될 수는 있지만 판결을 지배해서는 안 된다.²²²⁾ 마셜 대법원장은 그 명백한 이유 중 하나로 미국이 영국으로부터 계승한 당사자주의 체제를 언급했다. 그는 “문제를 설명하는 데 도움이 될 수 있는 다른 원칙들은 해당 사건과의 관련성을 기준으로 고려되지만, 다른 사건에 미칠 수 있는 영향은 거의 고려되지 않는다.”라고 설명했다.²²³⁾

에이브러햄 링컨(Abraham Lincoln)은 스티븐 더글러스(Stephen Douglas)와의 토론에서 이러한 전통적인 이해를 옹호했다. 판결이 헌법과 상충할 경우, 링컨은 해당 판결을 확립된 것으로 인정하지 않았다.²²⁴⁾ 남북전쟁 이후 연방대법원은 이러한 점들을 재확인하였다.

218) 2 The Works of James Wilson 161 (J. Andrews ed. 1896) (Wilson); *Osborn v. Bank of United States*, 9 Wheat. 738, 866 (1824).

219) *Id.*, at 160; accord, 1 J. Kent, *Commentaries on American Law* 442-443 (1826).

220) Letter to C. Ingersoll (June 1831), in 4 *Letters and Other Writings of James Madison* 184 (1867).

221) Letter to S. Jones (July 1809), in 12 *The Writings of Thomas Jefferson* 299 (A. Bergh ed. 1907).

222) *Cohens v. Virginia*, 6 Wheat. 264, 399 (1821).

223) *Id.*, at 399-400.

224) *Id.*, at 400-401.

(3) 선례구속의 원칙 및 사법적 겸양에 관한 세 가지 교훈

오늘 이 판결에서 선례구속의 원칙과 관련된 적어도 세 가지 교훈을 발견할 수 있다. 각각은 사법적 겸양과 관련되어 있다.

첫째, 과거의 판결은 분쟁 당사자에게 구속력을 가질 수 있지만, 미래 사건에서 미국 헌법이나 법률의 규정을 벗어날 권한을 부여하지 않는다. 헌법은 미국 국민이 주권을 가지며 그들만이 민주적 절차를 통해 기초 헌장(foundational charter)을 수정하거나 연방법률을 개정할 수 있도록 보장한다. 비선출직인 판사에게는 이러한 권한이 부여되지 않는다.

이 점을 인식하여, 대법원은 선례구속의 원칙이 불변의 명령이 아니며, 때때로 과거의 실수를 바로잡을 필요가 있다고 설명해 왔다.

이러한 점은 최근 판결에서 두드러지게 드러난다. 워렌(Warren)과 버거(Burger) 대법원장 시절 동안 연방대법원은 회기당 평균 3건의 판결을 뒤집었으며, 1960년대와 1980년대 사이에는 약 50건의 법적 선례가 변경되었습니다. 이들 판결 중 상당수는 오늘날과 마찬가지로 중대한 상황에서 내려졌다. 최근 몇 년 동안에는 전임자들처럼 많은 판결을 뒤집지는 못했으며, 회기당 평균 1~2건의 판결만을 뒤집었다. 그러나 핵심은 성문법에 부합하지 않는 법원 판결은 불변적으로 지배할 수 없다는 것이다.

둘째, 다음 교훈은 첫 번째 교훈을 완화한다. 법원의 판결이 헌법이나 연방법률을 대체하거나 개정할 수는 없지만, 이러한 판결은 이전에 있었던 사람들의 사려 깊은 견해를 구체화한 것으로서 우리의 존중을 받을 만하다. 선례는 과거 세대의 학습을 축적하고 전수하는 방법이며, 어떤 단일 판사나 합의체에서 찾을 수 있는 것보다 더 풍부하고 확립된 지혜의 원천이다.

물론, 과거의 판결은 상황에 따라 선례로서 더 크거나 작은 권위를 가질 수 있다.²²⁵⁾ 선례의 중요성은 논증의 질, 관련 판결과의 일관성, 실행가능성, 그리고 그 판결을 둘러싸고 형성된 신뢰이익에 따라 달라질 수 있다.

셋째, 법원의 의견을 법률처럼 해석하는 것은 실수일 수 있다. 강력하고 민주적인 절차를 거쳐 채택된 법률은 대부분 모든 사람에게 적용된다. 반면에 판사들이 당사자주의 체계에서 판결을 내릴 때, 그들은 당사자들이 선택한 사실 기록과 법적 주장에만 근거하여 판결을 내린다. 따라서 이후의 법원이 과거 판결을 평가할 때, 다른

225) Lincoln Speech 401.

사실이나 법적 주장이 다른 결과를 초래할 수 있다는 점을 인식해야 한다. 또한, 방론은 귀중한 조언을 포함할 수는 있어도 ‘법의 증기와 연기’에 불과하며, 이후 소송에서 구속력을 가지지 않는다.

이 원칙들은 오랫동안 대법원과 다른 법원들을 이끌어 왔다. 이스티브룩(Easterbrook) 판사가 말하였듯이, 판결문은 포괄적인 규범이 아니라, 법원의 결정에 대한 설명일 뿐이다. 법원의 의견을 법률과 혼동해서는 안 되며, (판결문에 나오는) 일반적인 표현도 해당 주제에 비추어 읽어야 한다.²²⁶⁾ 선례구속의 원칙은 앞선 판사들의 사고방식에 대한 존중을 요구하는 동시에, 그들의 모든 말에 지나치게 의존하여 그들의 명성에 누를 끼치지 말 것을 권고한다.²²⁷⁾ 그렇지 않으면 선례구속의 원칙을 사법적 겸양(judicial humility)의 도구에서 사법적 오만(judicial hubris)의 도구로 바꿀 위험이 있다.²²⁸⁾

나. 세 가지 위반 사항 검토 - 행정절차법 위반, 권력분립 및 적법절차 위반, 방론 구별 위반

이제 웨브론 존중이 어떤 선례구속의 효과를 보장하는지에 대한 질문으로 바로 넘어가보자. 이 교훈들은 각각 다음과 같은 이유로 오늘 법정의견의 방향을 확고히 지지한다. 첫째, 웨브론 존중이 연방의회가 행정절차법에 규정한 원칙을 위반하기 때문이다. 둘째, 웨브론 존중이 권력분립, 적법절차, 그리고 이러한 헌법적 의무를 강화하는 수 세기 동안 확립된 해석원칙에 반하기 때문이다. 셋째, 그렇지 않다고 판단하는 것은 웨브론 판결의 방론에 법률 용어의 권위를 부여하고, 같은 판결에서 더 신중하게 고려된 언어와 경험의 교훈을 무시하는 결과를 낳기 때문이다.

(1) 웨브론 원칙의 행정절차법 위반

첫 번째 교훈부터 시작하자. 1946년 「행정절차법」은 심사법원에 모든 관련 법문제를 결정하고 관련 헌법 및 법률 조항을 해석하도록 지시한다. 그러나 웨브론 존중을 적용할 경우, 심사법원은 ‘모든 관련 법률조항을 해석하고 모든 법문제를 결정’하지 않게 된다. 대신 판사는 행정기관의 공무원에게 유리하게 자신의 책임의 상당 부분을 포기한다. 모호한 법률에 대해 내리는 행정기관의 해석이 독립적인 심사법원이

226) United States v. Skoien, 614 F. 3d 638, 640 (CA7 2010) (en banc); Reiter v. Sonotone Corp., 442 U. S. 330, 341 (1979); Nevada v. Hicks, 533 U. S. 353, 372 (2001).

227) Steel, 1 Bl. H., at 53, 126 Eng. Rep., at 33.

228) Brown v. Davenport, 596 U. S. 118, 141 (2022).

내릴 수 있는 가장 공정한 법률해석과 상충될 때도 우선한다. 행정기관 공무원들은 연방의회가 관련 법률용어를 수정하지 않았더라도 법률의 의미를 언제든지 변경할 수 있으며, 공무원 자신의 과거 법률해석뿐만 아니라 법원의 과거 해석 또한 동의하지 않고 이를 무시할 수 있다.²²⁹⁾ 이 모든 것은 행정절차법의 명확한 요구사항과 일치하지 않는다.

엄연한 사실은 쉐브론 판결이 행정절차법을 적용하려고 시도하지 않았을 뿐더러 인용조차 하지 않았다는 사실이다.²³⁰⁾ 대신, 심지어 가장 열렬한 지지자들조차 인정하듯이, 쉐브론 존중은 입법부의 희망에 대한 허구적(fictionalized) 진술에 기반을 둔다.²³¹⁾ 즉, 연방의회가 아무 말도 하지 않았더라도 연방의회는 암묵적으로 판사들이 행정기관의 법률해석을 따르기를 바란다는 법원의 가정이다. 지지자들은 이 허구가 ‘무엇이 좋은 정부에 기여하는지’에 대한 정책적 판단을 나타낸다고 본다.²³²⁾ 그러나 민주주의에서 비선출직인 판사는 국가의 선출된 대표자들이 채택한 법률보다 자신의 허구를 우선시할 권한이 없다. 우선시되는 것은 판사의 견해가 아니라 연방의회의 ‘좋은 정부’에 대한 견해이다.

(2) 쉐브론 원칙의 권력분립, 적법절차 위반

두 번째 교훈도 쉐브론 존중과 맞지 않다. 만약 선례구속의 원칙이 성문법에 대한 사법적 검양을 요구한다면, 이는 현재의 결론을 전임 대법관들의 업적과 신중히 비교하고 검토하라는 경고이기도 하다. 동시에, 이 두 번째 형태의 검양은 여러 세대에 걸쳐 판사들의 지지를 얻고, 우리의 넓은 법체계와의 일관성을 보여주며, 시간과 경험의 시험을 견뎌낸 선례가 그렇지 않은 선례보다 더 큰 고려를 받을 자격이 있다는 점을 상기시킨다. 이러한 관점에서 볼 때, 쉐브론 존중은 더욱 약해질 수밖에 없다.

(가) 전통적인 사법권의 이해 및 선례와의 불일치

우선, 전임대법관들이 법의 의미를 둘러싼 분쟁에서 법원의 역할을 전통적으로 어떻게 이해했는지 살펴보자. 건국 이래로 그들은 법의 해석을 ‘법원의 적절하고 고유한 영역’으로 여겼다. 마셜 대법원장은 ‘법이 무엇인지 말하는 것은 사법부의 영역이

229) Brand X, 545 U. S., at 982-983.

230) Mead, 533 U. S., at 241 (Scalia, J., dissenting).

231) D. Barron & E. Kagan, Chevron’s Nondelegation Doctrine, 2001 S. Ct. Rev. 201, 212 (Kagan)

232) Ibid.

자 의무’라고 단호히 선언했다.²³³⁾ 판사들은 힘(Force)이나 의지(Will)를 행사하는 것이 아니라 판단을 내릴 뿐이고, 그 판단을 독립적으로 수행할 의무가 있다.²³⁴⁾ 연방 대법원은 “그 의무가 아무리 불쾌하더라도 판사는 양보하거나 포기할 자유가 없다.”라고 실시하였다.²³⁵⁾

분명히 연방대법원은 법률 문언에 대한 대등한 국가기관의 동시대적이고 일관된 견해에 대해 오랫동안 큰 존중을 표명해 왔다.²³⁶⁾ 그러나 전통적으로 이것은 법원이 모호한 법률에 대한 행정기관의 합리적인 견해를 따라야 한다는 의미가 아니었다. 행정부의 일관된 동시대적 견해는 존중받을 만하나, 그것이 소송당사자의 권리와 관련하여 법을 해석하는 연방대법원의 행위나 의견을 통제하지는 않았다.²³⁷⁾

정부와 반대의견은 웨브론 판결이 법의 의미에 대한 분쟁에서의 법원의 역할을 다룬 오랜 선례들과 얼마나 상충하는지를 감지하고, 이에 대한 대응책을 찾기 위해 애쓰고 있다. 그들이 제시할 수 있는 최선은 1940년대 초반의 몇 가지 사례로, 이 시기에 대법원이 처음으로 존중 원칙을 실행에 옮겼다고 주장하는 것이다. 대법원이 일시적으로 법과 사실의 혼합 문제에 대해 웨브론과 유사한 형태의 존중을 적용한 적이 있다는 점은 인정하지만(예를 들면, Gray 판결과 Hearst 판결), 대법원이 자세히 설명했듯이, 그 제한적인 실험은 오래가지 못했다. 로버츠(Roberts) 대법원장은 Gray 판결의 반대의견에서 이러한 판결들이 심사법원의 기능을 포기하게 하고 법률을 해석하는 정상적이고 통상적인 방법을 완전히 뒤집었다고 비판했다. 그리고 불과 몇 년 후, Skidmore 판결에서 법원은 오랜 전통으로 돌아갔다.

오래되고 주류적인 판례에 대한 특별한 존중을 요구하는 한, 웨브론 판결은 낮은 평가를 받을 수밖에 없다. 웨브론 판결은 오랜 판결의 연속이 아닌, 오히려 그것들과의 단절을 의미한다. 더욱이, 웨브론 판결은 단순히 선례에서 벗어난 것이 아니라, 선례들에 정면으로 반하였다.

233) Marbury, 1 Cranch, at 177.

234) The Federalist No. 78, at 465.

235) Dickson, 15 Pet., at 162.

236) Edwards’ Lessee, 12 Wheat., at 210; McCulloch, 4 Wheat., at 401; Stuart v. Laird, 1 Cranch 299, 309 (1803).

237) Irvine v. Marshall, 20 How. 558, 567 (1858); A. Bamzai, The Origins of Judicial Deference to Executive Interpretation, 126 Yale L. J. 908, 987 (2017).

(나) 기타 법원칙들과의 불일치

다음으로, 쉐브론 존중이 우리의 다른 많은 확립된 법원칙과 얼마나 불일치하는지 살펴보자. 식민지 시절 판사들에 대한 영국 왕의 영향력과 통제 시도를 직접 목격한 건국자들은 사법부의 독립을 헌법 설계에 신중하게 반영했다. 그들은 판사들에게 중신재직권을 부여하고, 판사 임기 동안의 급여를 정치적 통제에서 벗어나게 했다. 또한 정치행위자가 법원의 판결을 심사하도록 하는 제안은 모두 거부했다.²³⁸⁾ 이 모든 것은 ‘공정한 재판소에서의 공정한 재판’(A fair trial in a fair tribunal)을 보장하기 위한 것이다.

쉐브론 원칙은 이 모든 것을 훼손한다. 이 원칙은 법원이 제3조에 의해 부여된 사법권을 행사하여 법이 무엇인지 말하는 것을 금지한다. 판사들은 현재 행정부를 장악하고 있는 사람들의 견해를 지지하기 위해 최상의 법률해석을 포기하고, 정부의 요구에 따라 법률해석을 바꾸고 또 바뀌어야 하는 상황에 놓인다. 그 과정에서 쉐브론 원칙은 현재 행정 권력을 장악한 정당에 유리한 ‘체계적 편향’(systematic bias)을 보장한다.

쉐브론 존중은 법률의 확립된 다른 측면도 훼손한다. 이 나라에서 우리는 헌법의 적법절차에 대한 약속이 “누구도 자신의 사건에서 재판관이 될 수 없다”(nemo iudex in causa sua)는 원칙을 의미한다고 자랑스럽게 생각한다. 그러나 쉐브론 체제에서는 행정기관이 사실상 자기 권한의 범위를 스스로 정할 수 있기 때문에 이 모든 원칙은 크게 의미가 없다.

전통적으로 법원은 법률이 제정될 당시의 문맥을 고려하여 법을 합리적으로 해석하려고 해왔다. 오늘날 이를 ‘문언주의’(textualism)라고 부르기도 한다. 하지만 이는 실제로 매우 오래된 개념으로, 판사가 입법 역할이 아니라 법률 발견 역할을 수행하도록 제한하며, 법조문, 언어적 맥락, 다양한 해석 기준에 중점을 둔다. 이러한 방식으로 문언주의는 공정한 예고에 대한 적법절차의 약속을 수호한다. 만약 판사가 법률조항의 기존 의미를 버리고 새로운 의미를 부여할 수 있다면, 사람들은 자신을 구속하는 규칙이 무엇인지 어떻게 확신할 수 있을까? 블랙스톤은 이 경우 사람들이 ‘판사의 노예’가 될 것이라고 경고했다.

이제 ‘판사’를 ‘관료’로 바꾸어보자. 법원이 쉐브론 원칙을 적용하면 블랙스톤이 우려한 상황이 현실이 될 것이다. 그리고 합리적인 관료는 해마다, 선거 때마다 생각을

238) The Federalist No. 81, at 482; United States v. Hansen, 599 U. S. 762, 786-791 (2023) (THOMAS, J., concurring).

바꿀 수 있기 때문에 사람들은 자신들에게 어떤 새로운 해석이 적용될지 결코 확신할 수 없다.

오래된 ‘관용의 원칙’ 역시 웨브론의 희생자 중 하나이다. 설립 이래로 미국 법원들은 형법의 모호성을 정부에 불리하게, 영향을 받는 당사자에게는 관대하게 해석해 왔다. 이 원칙은 모호한 법률 앞에서 개인의 자유를 보호하여 적법절차를 지지하며, 처벌 권한을 사법부가 아닌 입법부에 확고히 유지함으로써 권력분립을 강화한다. 그러나 권력은 권력을 낳는다. 웨브론 원칙이 적용되면서, 정부는 때때로 성문법의 모호성을 이용해 연방의회가 명확히 금지하지 않은 행위를 처벌했다. 오랫동안 헌법 제3조에 한정된 것으로 여겨졌던 권한이 헌법 제2조로 이전되고, 정의의 저울이 가장 강력한 자에게 유리하게 체계적으로 기울어지며, 법은 바뀌지 않았으나 법적 요구 사항은 선거 때마다 바뀌고, 사람들은 자신의 법적 권리와 책임을 추측해야 하는 상황에 부닥친다.

(다) 실행불가능성과 반(反)신뢰성

마지막으로, 실행가능성과 신뢰성을 고려해 보자.

웨브론 원칙의 ‘실행가능성’에 대해 살펴보면, 연방대법원은 웨브론 판결 이후 그 짧은 기간 동안 웨브론 원칙을 너무나 여러 번 보완하고 수정해야 했다. 그 결과, 몇 개의 단계가 필요한지, 각 단계가 무엇을 의미하는지에 대해 아무도 합의할 수 없었다. 일부는 분석이 “제0단계”에서 시작된다고 제안하는데, 이는 *United States v. Mead Corp.* (2001) 판결에서 도출된 개념이다. *Mead* 판결은 법원이 웨브론 원칙을 적용하기 전에 ‘연방의회가 특정 분야에서 법률해석권을 행정기관에 위임하려는 의도가 있는지’를 먼저 판단해야 한다고 주장했다. 그러나 웨브론 원칙은 입법적으로 명시된 위임에 근거한 것이 아니기 때문에 이 원칙을 언제 적용해야 하는지에 대한 문제가 발생한다. 웨브론 원칙의 제1단계에서 판사는 해당 법률이 모호한 경우 행정부의 해석을 존중해야 한다. 그러나 오늘날에도 웨브론 원칙의 주요 수혜자인 연방정부는 법률이 존중을 유도할 만큼 충분히 모호한지 판단할 수 없다. 법원은 제2단계에 대해서도 동의하지 않는다. 여기서 판사는 행정기관의 모호한 법률에 대한 해석이 ‘합리적’인지 여부를 평가해야 한다. 일부 법원은 비교적 면밀한 검토를 진행하는 반면, 다른 법원은 거의 반사적으로 기관의 견해를 존중한다. 여기에서도 법원은 매우 다른 접근 방식을 취하며 유사한 사건에서 매우 다른 결론에 도달한다.

이 사건의 하급심에서 D.C.연방항소법원의 다수의견은 「매그너슨-스티븐스 어업보존관리법」을 모호하다고 판단하고 행정부의 규제를 ‘허용가능한’ 것으로 보았다. 그러나 D.C.연방항소법원의 반대의견은 법률이 모호하지 않다고 주장하며, 행정기관의 새로운 규칙을 명백히 배제한다고 밝혔다. 또, 제1연방항소법원은 규정에 대한 명확한 문언상의 근거가 있다고 확인했지만, 그 결론이 쉐브론 원칙의 제1단계 또는 제2단계 중 어느 단계의 결과로 분류되는지에 대해서는 언급을 피했다. 이러한 사례들에서 볼 수 있듯이, 쉐브론 원칙은 법률해석을 눈을 가린 채 하는 빙고게임처럼 만들어, 당사자들이 상자가 몇 개이며 자신의 사건이 궁극적으로 어느 상자에 속할지 추측하게 했다.

다음으로 신뢰성에 대해 살펴보자. 쉐브론 원칙은 신뢰이익을 보장하기는커녕 이를 방해한다. 쉐브론 원칙에 따르면, 행정 공무원들은 언제든지 한 가지 합리적인 해석을 다른 해석으로 바꿀 수 있으며, 이 모든 것이 법 개정 없이 가능하다. 그 결과, 영향을 받는 개인들은 법적 권리와 의무를 결코 확신할 수 없다.²³⁹⁾

문제가 얼마나 심각하지 한 가지 예를 들어보자. *National Cable & Telecommunications Assn. v. Brand X Internet Services* (2005) 사건은 광역 인터넷 서비스를 규제하는 법률과 관련이 있다. 이 사건에서 연방대법원은 조지 W. 부시(George W. Bush) 대통령 행정부가 채택한 행정규칙을 ‘합리적인’ 법률해석에 근거했다고 판단하여 유지했다. 이후 버락 오바마(Barack Obama) 대통령 행정부는 이 규칙을 폐지하고 다른 규칙으로 대체했으며, 그 후 도널드 트럼프(Donald J. Trump) 대통령 행정부에서 또 다른 규칙으로 바뀌었다. 그리고 조셉 바이든(Joseph R. Biden, Jr.) 대통령 행정부는 네 번째로 방향을 바꾸겠다고 선언했다.²⁴⁰⁾ 그때마다 정부는 새로운 규칙이 이전 규칙과 마찬가지로 ‘합리적’이라고 주장했다. 쉐브론 존중은 법률의 의미를 확정하여 신뢰성을 높이기보다는, 법률 자체가 변경되지 않았음에도 불구하고 지속적인 불확실성과 급격한 변화를 발생시켰다.

이러한 반(反)신뢰성의 피해는 균등하게 분배되지 않는다. 일부 기업과 그들의 변호사는 권리와 책임에 영향을 미치는 규칙 변동에 발맞출 수 있다. 그들은 새로운 ‘합리적인’ 행정기관의 해석을 위해 로비하거나 심지어 이를 공표하는 행정기관을

239) *Buffington*, 598 U. S., at ___ (slip op., at 12).

240) *Safeguarding and Securing the Open Internet*, 88 Fed. Reg. 76048 (2023); *Brand X*, 545 U. S., at 981-982.

장악할 수도 있다. 그러나 일반 사람들은 이러한 일을 할 수 없으므로 쉘브론 원칙이 초래하는 최악의 규제적 혼란을 겪게 된다.

정부는 쉘브론 원칙이 정부에 유리하게 작용하고, 많은 범주의 개인들에게는 그 반대로 작용한다고 인정하고 있다.²⁴¹⁾ 그러나 정부는 쉘브론 존중이 너무나 중요한 혁신이기에 이를 철회할 수 없다고 주장한다. 정부는 쉘브론 원칙이 짧은 기간 동안 ‘국가의 세 기관이 함께 운영되는 방식에 대한 기본 원칙’이 되었다고 주장한다.²⁴²⁾ 하지만 실제로 헌법, 행정절차법, 그리고 오랜 선례가 이미 이러한 기본 원칙을 정립해왔다. 이에 따라 행정기관은 판사가 만든 허구를 이용해 개인이 판사 앞에서 정부와 동등한 입장에서 공정하게 법의 요구에 대해 주장할 권리가 있다는 국가의 약속을 훼손할 수 없다.

(3) 방론에 대한 권위 부여의 부당성

200년 동안 마셜 대법원장의 모범을 따라온 법원이 어떻게 행정절차법과 유사 깊은 선례, 그리고 관련 법률들과 충돌하는 반(反)마버리적(counter- Marbury) 혁명을 받아들일 수 있었을까? 이러한 질문에 답하려면 세 번째 교훈으로 넘어가, 판결문의 방론에 과도한 권한을 부여하려는 유혹을 살펴봐야 한다.

쉘브론 사건은 혁명이 시작될 만한 곳이 아니었다. 이 사건은 주 경계 내의 대기오염의 고정 오염원을 규제해야 한다는 청정대기법과 관련이 있었다. 당시 공장 전체가 고정 오염원으로 간주되는지 아니면 그 구성 부분이 고정 오염원으로 간주되는지 명확하지 않았다. 환경보호국은 공장 전체를 오염원으로 정의했는데, 이 접근 방식은 기업이 새로운 오염원에 대한 허가 요건을 자동적으로 발생시키지 않고 개별 공장 부분을 교체할 수 있도록 했다.

연방대법원은 환경보호국의 정의가 해당 법률과 일치한다고 판단했다. 동의나 반대이견 없이 간신히 정족수를 채운 상태에서 내려진 이 판결은 ‘잘 확립된 원칙’을 적용했다고 주장하였다. 쉘브론 판결은 “법원이 법률해석의 전통적인 수단을 이용하여 연방의회가 해당 쟁점에 대해 명확한 의도를 가지고 있었다고 확인하면 ... 그 의도는 법이 되며 반드시 시행되어야 한다”고 규정했다. 쉘브론 판결이 인용한 사례들 중 다수는 법원이 행정부의 법해석을 존중해야 한다는 전통적인 원칙을 지지했

241) Tr. of Oral Arg. in No. 22-1219, p. 133 (Relentless Tr.).

242) Relentless Tr. 102.

다.²⁴³⁾ 또한, 이 판결이 유일하게 인용한 법학자는 오랫동안 de novo 사법심사²⁴⁴⁾를 옹호해 온 로스코 파운드(Roscoe Pound) 교수였다.

물론, 이 판결은 다른 방향을 암시하는 단편적인 내용도 포함하였다. 이 판결은 “법률이 특정 문제에 대해 침묵하거나 모호한 경우, 법원이 판단해야 할 문제는 행정기관의 답변이 허용가능한 법률해석에 근거하는지 여부이다.”라고 명시하였다.²⁴⁵⁾ 그러나 정부가 이 내용을 서면에 제시하지 않아 이에 대한 대립적인 논쟁은 없었다.²⁴⁶⁾ 또한, 앞에서 살펴보았듯이, 연방대법원은 행정절차법을 고려하거나 언급하지도 않았다. 연방대법원은 설립 이후 내려진 상반된 선례들 중 하나라도 뒤집으려고 하지는커녕, 그에 대해 논의하지도 않았다. 또한 그 새로운 존중 원칙이 다른 법률들과 어떻게 조화를 이룰 수 있을지 논하려고 하지도 않았다. 그 지지자들조차 “쉐브론 판결은 존중의 원칙을 정당화하는데 거의 신경을 쓰지 않았으며, 이 문제에 대한 몇몇 간략한 구절은 서로 다른 방향을 가리켰다.”라며, 논쟁의 질도 높지 않다고 인정했다.²⁴⁷⁾ 쉐브론 판결의 작성자인 스티븐스(Stevens) 대법관은 이 판결은 “기존 법을 단순히 재진술한 것일 뿐, 그 이상도 그 이하도 아니다”라고 설명했다.²⁴⁸⁾ 직후 회기 동안 ‘연방대법원이 행정기관의 법률해석을 존중해야 하는지’에 관한 19건의 사건들 중에서 연방대법원이 쉐브론 판결을 인용한 것은 단 한 건에 불과했다.²⁴⁹⁾ 어떤 이들은 쉐브론 판결은 잊힐 운명이라고 보았다.

불과 3년 후, 스칼리아 대법관이 보충의견을 작성하면서 혁명이 형태를 갖추기 시작했다. 그는 법률이 침묵하거나 모호할 때마다 법원이 행정기관의 법률해석에 따르도록 요구하는 새로운 원칙을 주장했고,²⁵⁰⁾ 결국 과반수의 대법관들이 그의 의견을 따랐다.²⁵¹⁾ 처음부터 스칼리아 대법관은 자신의 야망을 숨기지 않았다.²⁵²⁾ 그가 옹호

243) Burnet, 285 U. S., at 16; Moore, 95 U. S., at 763; R. Pound, *The Place of the Judiciary in a Democratic Polity*, 27 A. B. A. J. 133, 136-137 (1941).

244) ‘De novo 심사’는 하급심이나 행정기관의 결정을 존중하지 않고 처음부터 새롭게 심리하는 것을 의미한다.

245) Chevron, 467 U. S., at 843.

246) Merrill 253, 268.

247) C. Sunstein, *Chevron as Law*, 107 Geo. L. J. 1613, 1669 (2019)(Sunstein).

248) Merrill 255, 275.

249) Merrill 276.

250) *NLRB v. Food & Commercial Workers*, 484 U. S. 112, 133-134 (1987) (opinion of Scalia, J.).

251) *Buffington*, 598 U. S., at ___ (slip op., at 8).

한 규칙은 이전 관행과 너무나 큰 차이를 나타내어, 당시 많은 판사들이 이전 기준이 더 이상 관련이 없다는 것을 이해하지조차 못했다.²⁵³⁾ 그럼에도 스칼리아 대법관은 새로운 존중 규칙이 따르기가 더 쉬울 것이므로 과거를 전복시키는 것이 가치가 있다고 주장했다.²⁵⁴⁾

그러나 실재는 그렇지 않았다. 시간이 흐르면서 웨브론 원칙에 대한 법원의 새로운 해석이 점차 실행불가능하고, 불공평하며, 권력분립에 맞지 않는다는 것이 드러났다. 스칼리아 대법관은 웨브론 원칙에 더욱 집중할 수 있었으나 그러지 않았다. 그는 선례구속의 원칙이 ‘어제 그렇게 생각했던 것이라면 내일도 그렇게 생각해야 한다’는 규칙이 아니라는 것을 인지하고, 선례에 대한 개인적인 자부심에 매달리는 대신 자신이 확립하려 했던 바로 그 규칙에 대해 의심을 표하기 시작했다.²⁵⁵⁾ 웨브론의 상승이 그의 독창성에 대한 증거라면, 그 몰락은 그의 겸손에 대한 더 큰 헌사이다.

웨브론 원칙을 재고한 것은 스칼리아 대법관만이 아니었다. 수년간 웨브론 판결을 이해하고 작동하게 하려 애쓰던 연방대법원 대법관들이 차례로 그 규칙에 의문을 제기했다.²⁵⁶⁾ 결국 연방대법원은 웨브론 원칙을 포기했다. 반복적인 요청에도 불구하고, 2016년 이후 연방대법원은 웨브론 존중을 적용하지 않아 왔다. 따라서 1980년대 중반에 시작된 이 실험은 8년 전에 사실상 종료된 셈이다. 그 과정에서 이례적으로 많은 연방항소법원 판사들이 웨브론 원칙에 대해 사려 깊고 광범위한 비판을 제기했다.²⁵⁷⁾ 여러 주(州)법원들 역시 웨브론 존중을 주 행정법 판례에 도입하는 것을 거부했다.

지난 8년 동안 연방대법원은 웨브론 존중 없이도 매우 복잡한 사건들을 해결해 왔다. 내가 아는 한, 연방대법원의 어느 대법관도 그러한 문제들을 지능적으로 해결하

252) Scalia, 1989 Duke L. J., at 521.

253) Ibid.

254) Ibid.

255) Perez, 575 U. S., at 109-110 (opinion concurring in judgment); Decker v. Northwest Environmental Defense Center, 568 U. S. 597, 617-618, 621 (2013) (opinion concurring in part and dissenting in part).

256) Pereira, 585 U. S., at 219-221 (Kennedy, J., concurring); Michigan v. EPA, 576 U. S. 743, 760-764 (2015) (THOMAS, J., concurring); Kisor, 588 U. S., at 591 (ROBERTS, C. J., concurring in part); Gutierrez-Brizuela, 834 F. 3d, at 1153; Buffington, 598 U. S., at ___-___ (slip op., at 14-15); Kavanaugh 2150-2154.

257) Buffington, 598 U. S., at ___-___ (slip op., at 14-15) (collecting examples).

는 데 쉐브론 존중이 필요하다고 주장한 적은 없다. 오히려 연방대법원은 쉐브론 존중을 유지할지를 논의하기 전에 쉐브론 원칙에 휴지기를 부여함으로써, 대법관들이 그 선례의 적절성을 시험하고 그것이 우리의 더 넓은 법체계에 얼마나 잘 맞는지 더 깊이 고민할 시간을 가졌다.

물론, 이 중 어느 것도 연방대법원이 오늘날 쉐브론 존중 자체가 존중받을 만한 가치가 있는지 결정해야 하는 의무에서 벗어나게 해주지는 않는다. 하지만 연방대법원과 전국의 많은 전·현직 사법부 동료들이 우리의 원칙이 잘못되었다고 말하고, 연방대법원이 수 세기 동안 쉐브론 원칙 없이도 잘해왔으며 지금도 잘 해내고 있다는 점에서, 선례구속의 원칙의 핵심인 ‘겸양’은 우리에게 잠시 멈추어 그 경험에 담긴 지혜를 신중하게 성찰할 것을 요구한다. 결국, 경험의 교훈은 쉐브론 판결의 방론과 여담에 계속 의존하지 말라는 것이다. 연방대법원이 우연히 마음에 드는 구절을 골라 이를 영구히 절대적으로 따르도록 요구하는 것은 선례구속의 원칙을 겸양의 원칙에서 사법적 기회주의의 도구로 전락시키는 일이 될 것이다.²⁵⁸⁾

다. 보충의견의 결론

선례에 대한 적절한 존중은 ‘정의의 저울을 고르고 안정되게 유지’하는 데 이바지한다.²⁵⁹⁾ 그러나 이러한 존중은 실수를 바로잡는 것을 완강히 거부하지도, 이를 쉽게 용납하지도 않는다. 과거의 결정을 재고하는 일은 연방대법원의 모든 구성원이 때때로 직면해야 하는 과제이다.

미국 역사상 연방대법원에서 가장 오랫동안 재직 한 인물인 윌리엄 O. 더글라스(William O. Douglas) 대법관은 선례에 대한 호소가 과장되거나 때로는 지나치게 부풀려질 수 있음을 보았다. 그는 판사들이 가끔 ‘새롭고 놀라운 판결’을 먼저 내린 다음, 나중에 그 새로운 현상을 위해 공격적으로 방어하며 급격한 보수성을 습득한다고 회고했다. 이 과정에서 가장 새롭고 가장 장래성이 없는 판결조차도 모두가 열망하는 정박지(anchorage)가 되었고, 아이러니하게도 선례구속의 원칙이라는 깃발 아래 열렬히 방어되었다.

이것은 쉐브론 판결의 이야기이다. 그러나 이 나라는 1980년대 중반 쉐브론 혁명이 형성되기 훨씬 전부터 다양한 행정기관과 함께 해왔다. 오늘의 판결은 앞으로 연

258) Brown, 596 U. S., at 141.

259) 1 Blackstone 69.

방대법원이 2016년 이후 그래왔던 것처럼, 그리고 1980년대 중반 이전, 그리고 건국 이후로 해왔던 것처럼, 연방법원들이 정부에 유리한 ‘체계적 편향’ 없이 사건과 쟁송을 해결할 것임을 의미한다.

선례에 대한 적절한 존중은 성문법에 대한 존중, 일탈보다 일관된 가르침에 대한 고수, 그리고 연방대법원의 방론을 법률처럼 취급하려는 유혹에 대한 저항을 권장한다. 이러한 각각의 교훈들은 오늘 동일한 결론을 가리킨다. 즉, 쉘브론 존중은 연방의회가 행정절차법에서 법원에 내린 지침과 일치하지 않는다는 것이다. 쉘브론 원칙은 역사적인 사법 관행의 범위에 비추어 볼 때 심각한 변칙성을 나타내고, 법치주의의 핵심가치를 훼손한다. 쉘브론 원칙은 실행불가능하며, 신뢰이익을 증진시키기보다는 오히려 훼손하는 데 사용되었다. 그리고 처음부터 쉘브론 원칙은 판결의 단편적 부분과 방론을 지나치게 공격적으로 사용하였다. 오늘, 선례구속의 원칙의 진정한 교훈은 우리가 쉘브론 원칙을 존중해야 하는 것이 아니라 폐기해야 한다는 것이다.

4. Kagan 대법관의 반대의견(3인 의견)²⁶⁰

40년 동안 쉘브론 판결은 법률해석의 책임을 법원과 행정기관 사이에 분배하여 행정법의 초석 역할을 하였다. 쉘브론 판결에 따라 법원은 모든 통상적인 해석 수단을 활용하여 연방의회가 해당 문제에 대해 이야기했는지 여부를 판단한다. 연방의회가 그렇게 했다고 법원이 판단할 경우 해당 문제는 그것으로 종료되며, 행정기관의 견해는 문제가 되지 않는다. 그러나 법률해석 후 연방의회가 모호함이나 공백을 남겼다고 판단되면 선택이 필요해진다. 연방의회의 지시가 없는 경우 누가 법률에 내용을 부여하는가? 법원인가? 아니면 연방의회가 법률을 집행하도록 위임한 행정기관인가? 쉘브론 판결이 내린 답은, 합리성을 벗어나지 않는 한, 일반적으로 행정기관이어야 한다는 것이다. 이 원칙은 규제 대상 당사자와 대중뿐만 아니라 연방의회, 법원, 행정기관이 수십 년 동안 활동해 온 배경을 형성하고, 수천 건의 사법 판결에 적용되었다. 이 원칙은 현대 정부의 씨실과 날실의 일부가 되어, 대기와 수질의 청정, 식품과 약물의 안전, 금융시장의 공정 등 모든 종류의 규제 노력을 지원했다.

그리고 그 원칙은 옳다. 연방대법원은 쉘브론 존중이 연방의회가 원하는 것을 반

260) Kagan, Sotomayor 대법관과 No. 22-1219 사건에 한해 Jackson 대법관의 의견. Jackson 대법관은 이 병합 사건 중 No. 22-451 사건의 심리와 결정에는 참여하지 않았다.

영하고 따라서 입법부의 의도에 대한 추정에 근거한 것이라고 오랫동안 이해해 왔다. 연방의회는 완벽한 규제 법률을 작성하지 못하며, 사실상 작성할 수 없는 것을 알고 있다. 또한, 그러한 법률이 필연적으로 다른 행위자가 해결해야 할 모호성과 다른 행위자들이 채워야 할 공백을 포함할 것임을 알고 있다. 그리고 연방의회는 일반적으로 그 행위자가 법원이 아닌 담당 행정기관이기를 선호할 것이다. 규제 맥락에서 발생하는 일부 해석 문제에는 과학적 또는 기술적 주제가 포함된다. 행정기관은 해당 분야에 대한 전문지식을 가지고 있지만 법원은 그렇지 않다. 일부 문제는 복잡하고 상호의존적인 규제 프로그램에 대한 자세한 이해를 요구한다. 행정기관은 해당 프로그램에 대한 이해도가 높으나 법원은 그렇지 않다. 그리고 일부 문제는 경쟁 상품 간의 거래를 포함한 정책 선택을 필요로 한다. 행정기관은 대통령에게 보고하고, 대통령은 정책 요구에 대해 대중에게 답변할 수 있으나, 법원은 그러한 책임이 없고 정책을 만들 적절한 근거도 없다. 그리고 물론 연방의회는 그 전문적이고 경험이 풍부하며 정치적으로 책임이 있는 행정기관에 모호성이나 공백을 야기하는 법률을 집행할 - 관련 규칙을 만들고 이행할 - 권한을 부여했다. 종합하자면, 행정기관에 대한 존중은 법률해석권에 대한 암묵적인 연방의회의 위임에 근거한 거의 확실한 선택이다. 연방대법원은 ‘연방의회가 (법원이 아닌) 행정기관이 법률이 허용하는 범위 내의 재량권을 행사하기를 원했을 것’이라는 추정 때문에 행정기관의 해석을 존중한다고 설명했다.²⁶¹⁾

그러나 오늘 법정의견은 말을 뒤집었다. 이제 연방의회가 해석 재량권 영역을 남겨 놓았을 때 권한을 행사하는 것은 (행정기관이 아니라) 법원이 될 것이다. 사법적 겸양의 원칙은 사법적 오만의 원칙으로 대체되었다. 최근 몇 년 동안 연방대법원은 연방의회가 행정기관에 위임한 의사결정 권한을 너무 자주 떠맡았다. 연방대법원은 직장 내 건강에 대하여 산업안전보건국의 판단을 대법원의 자체 판단으로 대체했고, 기후변화에 대하여는 환경보호국의 판단을 대법원의 자체 판단으로, 학자금 대출에 대하여는 교육부의 판단을 대법원 자체의 판단으로 대체했다.²⁶²⁾ 그러나 그것은 분명히 단편적이다. 오늘 다수의견은 규제 법률의 의미와 관련된 모든 미확정 문제에 - 얼마나 ‘전문성 주도적’(expertise-driven)이든 ‘정책위주적’(policy-laden)이든 간에 -

261) Smiley, 517 U. S., at 740-741.

262) National Federation of Independent Business v. OSHA, 595 U. S. 109 (2022); West Virginia v. EPA, 597 U. S. 697 (2022); Biden v. Nebraska, 600 U. S. 477 (2023).

대한 독점적인 권한을 일거에 자신에게 부여하고 있다. 마치 할 일이 충분하지 않은 듯, 다수의견은 스스로를 국가의 행정 차르(Czar)로 변모시켰다. 다수의견은 그 움직임 (거의 80년 된) 행정절차법에 의해 (갑자기) 요구된 것이라고 옹호한다. 하지만 행정절차법은 그런 요구를 하지 않는다. 오늘의 판결은 연방의회가 지시한 것이 아닌, 전적으로 다수의견이 선택한 것이다.

선례구속의 원칙은 판사들에게 종종 전임 판사들이 한 일에 지혜가 담겨있다는 것을 상기시키는 방법이다. 이 원칙은 모든 새로운 판사의 의견을 새로운 규칙이나 제도로 바꾸려는 충동에 대한 제동이다.²⁶³⁾ 다수의견도 인정하듯이, 웨브론 판결은 선례구속의 원칙의 보호를 받을 자격이 있는 확립된 판례이다. 웨브론 원칙은 연방의회가 언제든지 결정을 뒤집을 수 있고, 많은 정부 및 사적 행위자가 오랫동안 이를 의존해 왔기 때문에, 다수의견이 이를 변경하려면 ‘특별한 정당화 이유’가 필요하다.²⁶⁴⁾ 하지만 다수의견에게는 그러한 정당화 이유가 없다. 그들은 연방대법원이 선례를 뒤집기 위해 통상적으로 원용하는 요소들을 내세우지 않고 있다. 그들은 결국 법원이 규제에 대해서 - 의료 제공, 환경 보호, 소비자 제품의 안전, 효율적인 교통 시스템 등에 대해서 - 더 많은 발언권을 가져야 한다고 주장한다. 따라서 행정 통치의 핵심에 있는 오랜 선례는 법원의 권한에 대한 노골적인 주장의 희생양이 되었다. 다수의견은 자제를 무시하고 권력을 붙잡았다.

가. 여러 규제 법률의 해석에 있어 행정기관의 특별한 역량

웨브론 판결(그리고 웨브론의 선구적 선례들)이 생겨난 문제부터 시작하자. 연방의회가 통과시킨 규제 법률에는 종종 모호성과 공백이 있다. 이는 때로는 의도적이다. 아마도 연방의회는 규제 전문가가 입법자들보다 더 나은 입장에 있을 것이라고 믿고, 행정기관이 법제도를 채우기를 의식적으로 바랐을 것이다. 또는 연방의회가 이 문제와 관련하여 어느 한 쪽과도 연합을 형성하지 못해, 대립 정당들이 행정기관의 결정에서 기회를 얻기로 결정했을 수도 있다. 그러나 때때로 공백이나 모호함은 예측가능한 사고이다. 이는 입법 과정에서 때때로 발생하는 영성한 초안 작성의 결과일 수도 있고, 언어나 선정지명의 한계에서 비롯될 수도 있다. 법률조항의 주제는 너

263) *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U. S. 215, 388 (2022) (joint opinion of Breyer, SOTOMAYOR, and KAGAN, JJ., dissenting) (quoting Blackstone 69).

264) *Kisor*, 588 U. S., at 588.

무 전문적이고 다양하여 모든 세부사항을 포착할 수 없다.²⁶⁵⁾ 또는 이 조항은 수년 또는 수십 년 후에 연방의회가 예상하지 못했던 문제를 야기할 수 있다. 어떤 경우이든 이유가 무엇이든 조항의 의미에 대한 불확실성이 초래된다.

판례에서 몇 가지 예를 살펴보자. 이는 전형적인 쉐브론 질문이 어떤 것인지 보여 주는 데 도움이 될 것이다. 어떤 종류의 질문을 주로 법원에 던져야 할지 아니면 행정기관에 던져야 할지 선택할 때, 추상적인 분석은 한계가 있기 때문이다. 실제로 추상적인 분석은 가장 중요한 것을 모호하게 만들 수 있다. 그러므로 구체적인 것부터 시작하겠다.

- 「공중보건법」(Public Health Service Act)에 따라 식품의약국(FDA)은 ‘단백질’(proteins)을 포함한 ‘생물학적 제품’(biological product)을 규제한다.²⁶⁶⁾ 알파 아미노산 폴리머(alpha amino acid polymer)는 어떤 경우에 ‘단백질’이라고 할 수 있는가? 특정한 아미노산 서열(sequence of amino acid)이 있어야 하는가?²⁶⁷⁾
- 「멸종위기종보호법」(Endangered Species Act)에 따라, 어류 및 야생동물 관리국(Fish and Wildlife Service)은 멸종 위기에 처한 ‘척추어류 또는 야생동물’ 중 그리고 해당 종의 구별되는 개체군 범위를 지정해야 한다.²⁶⁸⁾ 무엇이 어떤 개체군을 다른 개체군과 구별되게 하는가? 관리국은 워싱턴 주 서부 회색 다람쥐 개체군을 다른 서부 회색 다람쥐와는 지리적으로 분리되어 있기 때문에 구별되는 것으로 취급해야 하는가? 아니면 관리국은 워싱턴 개체군의 유전적 구성이 나머지 개체군과 크게 다르지 않다는 사실을 고려할 수 있는가?²⁶⁹⁾
- 메디케어(Medicare) 프로그램에 따라 병원에 대한 보험급여는 ‘지리적 지역’(geographic area) 간 병원 임금 수준의 차이를 반영하여 조정된다.²⁷⁰⁾ 보건복지부(Department of Health and Human Services)는 ‘지리적 지역’을 어떻게 측정해야 하는가? 도시별로? 카운티별로? 대도시권별로?²⁷¹⁾

265) Kisor, 588 U. S., at 566 (plurality opinion).

266) 42 U. S. C. §262(i)(1).

267) Teva Pharmaceuticals USA, Inc. v. FDA, 514 F. Supp. 3d 66, 79-80, 93-106 (DC 2020).

268) 16 U. S. C. §1532(16), §1533.

269) Northwest Ecosystem Alliance v. United States Fish and Wildlife Serv., 475 F. 3d 1136, 1140-1145, 1149 (CA9 2007).

270) 42 U. S. C. §1395ww(d)(3)(E)(i).

271) Bellevue Hospital Center v. Leavitt, 443 F. 3d 163, 174-176 (CA2 2006).

- 연방의회는 내무부(Department of the Interior)와 연방항공국(Federal Aviation Administration)에 그랜드캐년 국립공원 위를 비행하는 항공기의 소음을 줄여 ‘자연적 고요함’(natural quiet)을 ‘실질적으로 회복’(substantial restoration)하도록 지시했다.²⁷²⁾ 어느 정도의 소음이 ‘자연적 고요함’에 부합하는가? ‘실질적 회복’ 요건을 충족하려면 공원의 얼마나 많은 공간이 하루에 몇 시간 동안 조용해야 하는가?²⁷³⁾
- 아니면 웨브론 판결 자체를 살펴보자. 청정대기법 개정안에서 연방의회는 주에 대기 오염의 ‘고정 오염원’을 수정하거나 건설하기 위해 허가를 요구하도록 지시했다.²⁷⁴⁾ ‘고정 오염원’이라는 용어는 공장 내의 오염을 배출하는 각 장비를 의미하는가? 아니면 공장 전체를 의미하므로 한 장비의 배출량 증가가 다른 장비의 감소로 상쇄될 때 허가 요건에서 벗어날 수 있는 것인가?²⁷⁵⁾

각 경우에서 법률조항은 두 가지 이상의 합리적인 해석이 가능하며, 연방의회는 그 중 하나를 선택하지 않았다. 즉, 연방의회는 제정 당시 ‘단일한 최상의 의미’를 확정하지 않았다. 그렇다면 가능한 해석 중 어떤 것을 적용해야 할지 누가 결정해야 할까?

연방대법원은 선택권이 일반적으로 행정기관에 있으며, 법원은 폭넓게 그들의 판단을 존중해야 한다고 오랫동안 생각해 왔다. 지난 40년 동안 이 원칙은 1984년 판결에서 공식화된 후 웨브론 존중이라는 이름으로 통하였다. 웨브론 판결에서 연방대법원은 행정기관의 법률해석을 검토하기 위한 간단한 2단계 분석법을 제시하였다. 첫 번째 단계로, 법원은 ‘연방의회가 쟁점문제에 대해 직접 언급했는지’를 모든 전통적인 법률해석 도구를 이용하여 엄격히 판단해야 한다. 그리고 그 의미, 즉 단일한 정답을 찾을 수 있을 때, 그것으로 문제는 종료된다. 이때 법원은 연방의회의 명확한 의도를 실행해야 하므로 행정기관의 법률해석을 존중할 수 없다. 그러나 법원이 모든 법적 도구를 사용한 후 ‘해당 법률이 쟁점이 되는 특정 문제에 대해 침묵하거나 모호하다’고 결론 내리면, 법원은 주된 해석의 역할을 양보해야 한다. 두 번째 단계에서 법원은 행정기관의 해석이 ‘합리적인’ 해석의 범위 내에 있는지만 검토한다. 합리적이라고 판단되면, 그 법률을 매일 집행하는 해당 행정기관의 법률해석이 우선된다.

연방대법원은 오랫동안 웨브론 원칙이 입법 의도에 대한 추정에 근거한다고 설명

272) §3(b)(1), 101 Stat. 676; §3(b)(2).

273) Grand Canyon Air Tour Coalition v. FAA, 154 F. 3d 455, 466-467, 474-475 (CADDC 1998).

274) 42 U. S. C. §7502(c)(5).

275) 467 U. S., at 857, 859.

했다. 즉, 연방의회가 행정기관에 이행을 명령한 법률에 모호성이나 공백이 있을 때, 연방의회가 원하는 바에 대한 추정이다. 앞서 언급했듯이, 제정 당시 연방의회는 불확실성이 정확히 어떤 모습으로 나타날지는 알지 못하더라도, 불확실성이 발생할 것이라는 점은 알고 있다. 가끔 연방의회는 주요 책임을 법원이나 행정기관에 배분하여 이러한 우발 사태를 처리하기 위한 명확한 지침을 제공한다. 그러나 대체로 침묵하는 경우가 훨씬 더 많다. 따라서 이러한 사건에서 어떻게 해야 하는지에 대한 기본 원칙(default rule)이 필요하다. 법률의 침묵이나 모호함은 법원에서 해결되어야 하는가 아니면 행정기관에서 해결되어야 하는가? 연방대법원은 오랫동안 연방의회가 행정기관을 선택하고, 법원은 행정기관이 가능한 해석 중에서 합리적인 선택을 하도록 돕는 보좌역할을 할 것이라고 생각하였다. 달리 말하면, 연방의회는 행정기관을 선정하여, 법률의 명확성이나 완전성의 부족이 허용하는 범위 내에서 재량권을 행사할 수 있게 할 것이다. 물론 연방의회는 이러한 추정적 선택을 언제든지 변경하여 법원이 그 재량권을 행사하도록 할 수 있다. 그러나 그때까지는 추정이 행정기관에 유리하게 작용한다. 다음 질문은 그 이유이다.

먼저, 행정기관은 종종 법원이 알 수 없는 법률의 주제에 대해 알고 있으며, 이는 특히 법률이 과학적 또는 기술적 성격을 띠 때 명확하게 드러난다.²⁷⁶⁾ 행정기관에는 해당 분야의 전문가가 있으며, 이들은 자신의 훈련과 지식을 공개된 법적 문제에 집중시킬 수 있다.²⁷⁷⁾ 예를 들어, 위의 첫 번째 사례를 살펴보자. 알파 아미노산 폴리머는 어떤 경우에 ‘단백질’이라고 할 수 있는가? 이 문제를 해결할 수 있다고 확신하는 판사들은 많지 않을 것이다. (우선 알파 아미노산 폴리머가 무엇인지조차 모를 것이다.) 그러나 식품의약국에는 이 문제에 대한 지식을 갖춘 수많은 과학자들이 있으며, 이들은 상세한 점에 대해 협력하여 합리적인 답을 도출할 수 있다. 또는 더 쉬워 보이는 멸종위기종보호법과 관련된 두 번째 사례를 살펴보자. 언제 다람쥐 개체군이 다른 다람쥐 개체군과 ‘구별되는지(그래서 보호가 필요한지)’ 판단하려면 해당 종에 대해 사전에 찾아보는 것보다 더 많은 지식이 있어야 한다. 어느 - 지리적, 유전적, 형태적, 또는 행동적 - 종류의 어느 범위가 요구되는가? 법원은 그 문제를 단순히 처리하고 결과를 발표할 수 있다. 하지만 모든 특별 전문지식을 갖춘 ‘어류 및 야생동물 관리국’이 종 보호의 맥락에서 ‘구별되는’이 무엇을 의미하는지 더 잘 해석할 수

276) Kisor, 588 U. S., at 571 (plurality opinion).

277) Chevron, 467 U. S., at 865.

있지 않겠는가. 쉘브론 원칙의 첫 번째 취지는 -관리국에 해당 법을 이행하도록 권한을 위임한- 연방의회가 이 질문에 ‘그렇다’라고 확실하게 대답할 것이라는 점이다.

두 번째 취지는, 연방의회가 복잡한 규제 체제가 어떻게 기능하는지, 그리고 그것을 효과적으로 운영하는 데 무엇이 필요한지에 관한 행정기관의 경험을 존중할 것이라는 점이다. 다람쥐 사례를 잠깐 이야기해 보자. 다람쥐 사례에서 ‘구별되는’이라는 용어를 해석할 때, 관리국은 이 용어가 다른 종의 개체군과 관련해서 어떻게 적용되었는지에 대한 역사적 숙지(熟知, familiarity)로부터 답을 얻을 가능성이 크다.²⁷⁸⁾ 커먼로 법원이 한 주제에 대한 여러 가지 변주(variation)를 보고 더 나은 판결을 내리는 것처럼, 행정기관은 해당 법적 용어가 적용되는 모든 관련 방식에 노출되어 있다는 점을 통해 용어 해석에 있어 이점을 얻는다. 규제적 숙지가 중요한 또 다른 예로, 지리적 임금 차이에 대한 메디케어 보험급여 조정에 대한 선례를 살펴보자. 사전에 따르면 ‘지리적 지역’이라는 용어는 여러 주에 걸친 지역만큼 넓거나 인구조사 구역만큼 작을 수 있다. 이 경우, 각 접근 방식이 어떤 보험급여 수준을 생성할지에 대한 확실한 정보를 수집하고, 전국적 차원에서 각각을 관리하는 용이성을 탐색하며, 규제기관이 과거에 유사한 문제를 어떻게 처리했는지 조사하고, 무엇이 합리적인지에 대해 병원들과 협의하는 것이 합리적일 것이다.²⁷⁹⁾ 연방의회는 보건복지부가 이러한 모든 작업을 수행할 수 있지만 법원은 할 수 없다는 것을 알고 있다.

더욱이 쉘브론 추정은, 연방의회가 잘 알고 있듯이, 법적 모호성을 해결하는 것이 법률적 문제라기보다는 정책의 문제라는 점을 반영한다.²⁸⁰⁾ 이 과정은 법률의 문자를 해석하는 것보다는 충돌하는 목표와 가치의 균형을 맞추는 것이다. ‘그랜드캐년의 자연적 고요함을 실질적으로 회복’하라는 법적 지침을 살펴보자. 누군가는 조항에서 말하는 캐년 위의 항공 교통이 정확히 무엇을 의미하는지 결정해야 할 것이다. 어떤 장소에서, 어떤 시간에, 얼마나 많은 비행이 자연적 고요함을 회복하기에 충분할 것인가? 이는 행정기관에는 익숙한 정책적 균형의 문제이지만 판사에게는 적합하지 않다. 아니면 쉘브론 판결 자체를 살펴보자. ‘고정 오염원’을 공장 전체로 정의할 것인지, 오염 배출 장치로 정의할 것인지 선택하는 것은 두 가지 명백히 충돌하는 이해관

278) *Martin v. Occupational Safety and Health Review Comm’n*, 499 U. S. 144, 153 (1991); *Center for Biological Diversity v. Zinke*, 900 F. 3d 1053, 1060-1062 (CA9 2018) (arctic grayling); *Center for Biological Diversity v. Zinke*, 868 F. 3d 1054, 1056 (CA9 2017) (desert eagle).

279) *Kisor*, 588 U. S., at 571 (plurality opinion).

280) *Pauley v. BethEnergy Mines, Inc.*, 501 U. S. 680, 696 (1991).

계를 조정하는 방법에 대한 선택이다.²⁸¹⁾ 공장 전체로 정의하면 경제성장을 촉진하기 위해 허가 요건을 완화하는 것이 되고, 장치별로 정의하면 대기 오염을 더 많이 줄이기 위해 허가 요건을 강화하는 것이 된다.²⁸²⁾ 다시 말하자면, 이는 판사가 해서는 안 되고, 행정기관이 적절하게 할 수 있는 선택이다. 행정기관은 대통령의 관리 감독을 받으며, 대통령은 대중에게 답해야 한다.²⁸³⁾ 따라서 법률적 모호성에 직면했을 때, 연방의회가 정책결정 책임을 위임한 행정기관은 현명한 정책에 대한, 책임 있는 행위자의 견해에 기대어 판단에 도움을 받을 수 있다.²⁸⁴⁾

이 중 어느 것도 행정기관에 대한 존중이 항상 적절하다는 것을 의미하지는 않는다. 연방대법원은 시간이 지남에 따라 쉐브론 원칙을 미세 조정하여, 연방의회가 법원보다 행정기관을 선호할 이유가 없는 경우, 행정기관 해석에 대한 존중을 거부했다. 다수의견은 이러한 개선을 체계의 결함으로 취급하지만, 전혀 그렇지 않다. 행정기관에 집행의 책임이 없는 법률을 해석하는 경우 행정기관이 존중을 받지 못한다는 원칙을 생각해 보라.²⁸⁵⁾

물론, 연방의회가 행정기관에 법률을 이행할 책임을 맡기지 않았다면, 행정기관에 법률을 해석하는 특별한 역할을 부여하지 않았을 것이다. 아니면, 행정기관이 규칙제정 또는 재결 권한을 사용하지 않고 (또는 적절하게 사용하지 않고) 결정을 내린 경우 존중을 받지 못한다는 원칙을 생각해 보라.²⁸⁶⁾ 다시금 말하지만 그것은 놀라운 일이 아니다. 연방의회는 법률의 의미에 대한 권위 있는 선언이 ‘공정성과 숙고’를 촉진하기 위해 제정한 행정기관의 의사결정 절차에서 나오길 바란다.²⁸⁷⁾ 혹은 마지막으로, 법원이 존중하기를 거부한, 경제적 및 정치적으로 막대하게 중요한 문제를 포함하는 특별한 사례들을 생각해 보라.²⁸⁸⁾ 이 이론은 연방의회가 그러한 중요한 문제를 행정기관에 맡기지 않았을 것이고, 대신 통제권을 유지하기를 고집했을 것이라는 논리이다. 따라서 쉐브론 원칙의 개선은 원래의 원칙과 같은 곳에서 기인했다. 종합

281) *Chevron*, 467 U. S., at 865.

282) *Id.*, at 851, 863, 866.

283) *Kisor*, 588 U. S., at 571-572 (plurality opinion).

284) *Chevron*, 467 U. S., at 865.

285) *Epic Systems*, 584 U. S., at 519-520.

286) *Mead*, 533 U. S., at 226-227; *Encino Motorcars*, 579 U. S., at 220.

287) *Mead*, 533 U. S., at 230.

288) *King*, 576 U. S., at 485-486.

하자면, 행정기관은 연방의회가 위임한 권한 내에서 행동할 때에만 법률해석에 대한 우선권을 가진다.

이 신중하게 조정된 틀은 정치적 기관과 사법기관의 적절한 역할에 대한 민감성을 반영한다.²⁸⁹⁾ 연방의회가 언급한 경우에는 연방의회의 판단만이 중요하다. 그리고 법원만이 ‘연방의회가 해당 문제를 다루었는지’ 여부를 모든 통상적인 해석 도구를 사용하여 결정한다. 하지만 법원이 ‘연방의회는 그렇게 하지 않았다’고 결정했을 때, 선택의 여지가 생긴다. 연방의회의 지시가 없는 경우, 행정기관이나 법원이 주도권을 잡아야 하는데, 그 문제는 행정기관에 더 적합하다. 이에 대한 결정은 행정기관의 해당 주제에 대한 전문지식과 관련되고, 규제 경험의 영역 내에 포함되고, 비용편익 평가 및 상충되는 가치 간의 균형을 포함하는 정책 선택에 관련되어 있을 가능성이 높다. 따라서 관련 전문지식이나 경험이 없고 정책결정을 내릴 권한이 없는 법원은 적절하게 물러나야 한다. 그러나 법원은 여전히 할 역할이 있다. 법원은 행정기관이 합리적인 선택의 범위 내에서 행동하도록 감독한다. 하지만 행정기관의 ‘전문성 주도적’, ‘정책위주적’ 기능에 개입하지 않는다. 이는 모든 행위자가 적절한 레인(lane)에 있도록 하고, 연방의회의 법률이 연방의회가 의도한 대로 작동하도록 하는 데 가장 적합한 조치이다.

다수의견은 설득력이 없는 두 가지 요점을 제시한다. 첫째, 다수의견은 규제법의 공백을 메우거나 모호성을 해결함에 있어 행정기관은 특별한 역량(special competence)이 없으나 법원은 있다고 주장한다. 자신감은 좋으나 자기 성찰이나 이해는 썩 좋지 않다. 물론 법원은 종종 법률언어를 잘 해석한다. 그리고 쉘브론 원칙의 첫 번째 단계는 그 재능을 최대한 활용한다. 법원은 가장 복잡하거나 난해한 법제도에서도 연방의회가 의미하는 바를 알아내려고 한다. 쉘브론 존중은 법원이 그러지 못하는 경우에만 – 즉, 법원이 표준적인 법률도구로는 법률상의 공백을 메우거나 모호한 용어에 내용을 부여할 수 없다고 인정할 수밖에 없는 경우에만 – 적용된다. 그것은 위에서 논했던 문제들과 같은 경우이다. 언제 알파 아미노산 폴리머가 ‘단백질’이 되는가? 다람쥐 개체군이 구별되려면 어느 정도로 구별적이어야 하는가? 어떤 크기의 ‘지리적 지역’이 적절한 병원 보험급여를 보장하는가? ‘고정 오염원’에 대한 두 가지 가능한 해석 사이에서 환경을 더 보호하는 것을 선택해야 할까, 아니면 경제 성장에

289) Pauley, 501 U. S., at 696.

더 유리한 것을 선택해야 할까? 법원은 이러한 문제를 결정하는 데 ‘특별한 역량’이 있는 반면 행정기관은 ‘전혀’ 없다는 생각은 터무니없는 것이다. 이러한 질문에 올바르게 답하는 데는 주로 법원이 보유한 해석 기술이 필요하지 않다. 대신, 주제에 대한 전문지식, 규제 제도에 대한 장기적 참여, 정책 선택 중 하나 이상이 필요하다. 이러한 것들이 필요한 결정에서 특별한 역량이 –또는 정당성조차– 없는 것은 (행정기관이 아니라) 법원이다.

둘째, 다수의견은 법률적 모호함이 반드시 행정기관이 주요 해석 권한을 가져야 한다는 연방의회의 의도를 반영하는 것은 아니라고 항의했다. ‘반드시’ 그렇지는 않다는 점에는 동의한다. 쉐브론 판결은 추정에 기반을 두고 있다. 이 판결은 연방의회가 모든 경우에 법원이 아닌 행정기관이 공백을 메우기를 원한다고 주장하지는 않는다. 이 판결은, 연방의회가 법원과 행정기관 중 하나를 명확하게 선택하지 않을 때 우리는 기본 원칙이 필요하며, 최상의 기본 원칙(즉, 행정기관인지 법원인지)은 ‘연방의회가 일반적으로 원하는 쪽’이라는 것이다. 그리고 그 답은 위에서 언급한 연방의회의 행정기관에의 규제 권한 위임과 행정기관의 특별한 역량에 있다. 다수의견은 많은 법률상의 공백과 모호성이 ‘의도치 않은’ 것이라고 지적한다. 그러나 일단, 많은 것이 그렇지 않고 그 비율도 불명확하다. 그리고 마지막으로, 어쨌든 그것이 왜 중요한가? 연방의회가 의도적으로 법률에 공백이나 모호성을 남기지 않았을 수도 있지만, 연방의회는 자신이 초안하는 거의 모든 것이 언젠가 그러한 ‘결함’을 포함하는 것으로 판단될 것이라는 점을 알고 있다. 그 사실을 감안할 때, 쉐브론 원칙은 연방의회는 무엇을 원할 것인지 묻는다. 추정되는 답은 다시 한 번 (같은 이유로) ‘행정기관’이다. 그리고 모든 기본 원칙과 마찬가지로, 연방의회가 달리 결정하고 싶으면 말하기만 하면 된다.

그 점에서, 정말 백문이 불여일견이다. 연방의회는 기본적으로 다른 의견을 제시한 바가 없으며, 이는 쉐브론 원칙이 입법 의도와 일치(또는, 다수의견의 표현대로 ‘실제에 근접’)함을 시사한다. 지난 40년 동안 연방의회는 수백 건의 법률을 승인하거나 재승인했다. 해당 법률의 입안자는 쉐브론 원칙에 대해 모두 알고 있었다.²⁹⁰⁾ 따라서 그들이 해석 책임에 대한 다른 지정을 원했다면 그러한 조항을 삽입했을 것이다. 하지만 내가 아는 두 가지 예외를 제외하고는 그렇게 하지 않았다. (첫 번째 예외는 12 U.

290) A. Gluck & L. Bressman, *Statutory Interpretation From the Inside—An Empirical Study of Congressional Drafting, Delegation, and the Canons: Part I*, 65 *Stan. L. Rev.* 901, 928 (fig. 2), 994 (2013).

S. C. §25b(b)(5)(A)이고, 두 번째 예외는 15 U. S. C. §8302(c)(3)(A)이다.) 마찬가지로 연방의회는 쉘브론 원칙을 전면적으로 폐지하려는 법안의 제정도 거부했다.²⁹¹⁾ 따라서 다수의견은 쉘브론 추정이 ‘허구’ –모든 법적 추정이 어떤 의미에서 그렇듯이– 라고 우려를 표하지만, 40년 동안 점점 덜 그렇게 되어 왔다. 연방의회의 반응은 쉘브론 판결의 재판부가 연방의회의 뜻을 올바르게 읽었다는 것을 무엇보다 잘 보여준다.

나. 행정절차법 및 당시의 법 상황 검토

다수의견의 주된 주장은 다른 맥락에 있다. 행정절차법이 제정된 지 약 80년, 쉘브론 판결이 내려진 지 40년 후에, 다수의견은 전자가 후자를 무효화한다고 결정했다. 다수의견은 행정절차법 §706가 행정기관의 법률해석이 존중받을 자격이 없다는 것을 명확히 한다고 한다. 그리고 다수의견은 그 조항은 동시대의 법을 성문화한 것이며, 그 동시대 법도 마찬가지로 존중을 허용하지 않았다고 주장한다. 하지만 행정절차법이나 행정절차법 이전의 법은 다수의견이 주장하는 바와 같지 않으며, 둘 다 쉘브론 원칙과 완벽하게 양립할 수 있다.

1946년 행정절차법의 나머지 조항과 함께 제정된 §706는 행정작용에 대한 사법심사를 규정하고 있다. 해당 조항은 “문제가 제기된 경우 결정에 필요한 범위에서 심사법원은 모든 관련 법문제를 결정하고, 헌법과 법률 조항을 해석하고, 행정작용 용어의 의미와 적용가능성을 결정한다.”고 규정되어 있다.²⁹²⁾

다수의견과 달리, 해당 문구는 쉘브론 문제를 해결하지 못한다.²⁹³⁾ 혹은 약간 다르게 말하면, §706는 존중의 문제에 대해 미확정적이다.²⁹⁴⁾ 다수의견은 ‘모든 관련 법문제를 결정’한다는 문구를 강조하며(‘모든’을 강조표시하며), 해당 조항이 그러한 문제를 결정하기 위한 ‘존중 기준’을 규정하지 않는다고 언급하였다. 그러나 해당 조항은 존중 심사기준 뿐만 아니라 *de novo* 심사기준도 규정하지 않고 있다(*de novo* 기준에 따르면 법원이 행정기관의 해석에 대한 존중 없이 법원이 처음부터 시작한다). 사실, §706는 법률을 해석하기 위한 어떠한 심사기준도 명시하지 않고 있다.²⁹⁵⁾²⁹⁶⁾ 그

291) S. 909, 116th Cong., 1st Sess., §2 (2019) (아직 법률은 아니고 법안임); H. R. 5, 115th Cong., 1st Sess., §202 (2017) (마찬가지로 아직 법안임).

292) 5 U. S. C. §706.

293) Sunstein 1642.

294) A. Vermeule, *Judging Under Uncertainty* 207 (2006) (Vermeule).

295) Kisor, 588 U. S., at 581 (plurality opinion).

리고 법원이 존중 기준을 사용하는 경우 - 이 사건에서는 행정기관의 해석이 합리적인지 결정함으로써 - de novo 기준을 사용할 때와 마찬가지로의 정도로 관련 법문제를 결정해야 한다. 이때 해당 법원은 ‘행정기관이 할당된 재량권의 범위 내에 머물렀는지 여부, 즉 그 행정기관이 자신이 집행하는 법률을 합리적으로 해석했는지 여부’를 결정함으로써 §706를 준수한다.²⁹⁷⁾

다른 맥락에서의 심사기준에 대한 §706의 언급은 다수의견의 주장을 더욱 약화시킬 뿐이다. 다수의견은 §706가 행정기관의 사실인정 및 정책결정에 대해 존중적인 심사를 요구한다고 지적하고 있다. 또한 다수의견은 연방의회가 de novo 심사에서 벗어나고자 했다면 법문제에 적용할 수 있는 유사한 존중 기준을 분명히 언급했을 것이라고 주장하고 있다. 그러나 §706의 다른 부분(§706(2)(F))에서 연방의회는 de novo 심사를 명시적으로 언급했다. 존중 기준이든 아니든 심사기준에 대한 모든 언급이 §706에 포함된 상황에서 주목할 만한 것은, 행정기관의 법률해석을 심사하기 위한 기준이 전혀 없다는 점이다. 위에서 언급한 바와 같이 이러한 침묵은 문제를 일반적으로 미확정적인 상태로 남겨 두었다. §706는 쉐브론 존중을 강요하지도 금지하지도 않는다.²⁹⁸⁾

그리고 다수의견과 달리, 대부분의 존경받는 평론가들은 §706를 그러한 방식으로 - 즉, 존중을 요구하지는 않더라도 허용하는 것으로 - 이해해 왔다. 당대 최고의 행정법 학자들(그 시대의 매닝(Manning), 선스타인(Sunstein), 베르물(Vermeule) 교수²⁹⁹⁾

296) 이 부분에 대해 법정의견은 판결문(slip opinion 기준) 15면 각주4에 아래와 같이 반박하였다.

“반대의견은 §706가 ‘법원은 de novo 심사기준을 사용하여 법적 문제를 결정해야 한다’고 명시적으로 말하지 않았다고 지적하였다. 그것은 사실이다. 하지만 문언을 문맥 속에서 검토해야만 법률을 합리적으로 해석할 수 있다. *Pulsifer v. United States*, 601 U. S. 124, 133 (2024). 우리 공화국의 시초부터 법원들은 법문제를 결정하고 헌법과 법률 조항을 해석함에 있어 법원 자신의 판단을 적용해 왔다. 반대의견의 Gray 판결과 *Hearst* 판결에 대한 부적절한 의존은 차치하고, 반대의견은 그러한 전통을 부정하지 않았고 부정할 수도 없었다. 그러나 그럼에도 불구하고 반대의견은 그러한 전통을 성문화하기 위해서는 법원이 그 이전에 적용한 적이 없었고 이후 수십 년간 적용하지 않을 종류의 존중을 연방의회가 명시적으로 거부할 필요가 있었다고 주장하였다. 연방의회는 그러지 않았다. “어떤 것들은 ‘말할 필요도 없다’는 개념은 일상에도 그러하듯 입법에도 적용된다.” *Bond v. United States*, 572 U. S. 844, 857 (2014).”

297) J. Manning, *Chevron and the Reasonable Legislator*, 128 Harv. L. Rev. 457, 459 (2014); *Arlington v. FCC*, 569 U. S. 290, 317 (2013) (ROBERTS, C. J., dissenting).

298) Vermeule 207.

299) 이 판결에서 인용한 현시대 헌법·행정법학자들로 존 매닝(John Manning), 캐스 선스타인(Cass Sunstein), 아드리안 베르물(Adrian Vermeule) 교수를 가리킨다. 이들은 모두 하버드 로스쿨 교수이고, 1940년대 당시의 저명한 학자들에 대응하는 현시대의 저명한 학자들로 거론된 것이다.

라고 하자)은 분명히 그렇게 이해했다. 루이스 제프 교수는 쉐브론 원칙의 2단계 방식과 매우 흡사한 심사방식을 행정절차법 하에서 행정기관의 해석을 심사하는 바람직한 방식이라고 설명하였다. 그는 우선 법문제로서 법원이 그 전제가 되는 ‘재량권’ 유무를 결정해야 한다고 말했다.³⁰⁰⁾ 이는 제1단계와 유사하다. 연방의회가 해당 문제에 대해 직접 말하였는가 아니면 미확정적으로 남겨두었는가? 만일 후자인 경우, 제프 교수는 행정기관의 해석이 합리적이라면 이를 통제할 수 없다고 말하였다.³⁰¹⁾ 이는 합리적이면 존중하라는 쉐브론 원칙의 제2단계와도 유사하다. 제프 교수는 만약 이와 같은 설명이 너무 복잡한 경우, 그의 요점을 다음과 같이 표현했다. 즉, 마치 행정기관이 존재하지 않는 것처럼 법원이 모든 법문제를 결정해야 한다는 주장은 타당하지 않다는 것이었다.³⁰²⁾ 마찬가지로 당시 저명한 행정법 논문의 저자인 케네스 컬프 데이비스(Kenneth Culp Davis) 교수는 행정기관의 해석에 대한 ‘합리성’ 심사가 행정절차법과 일치한다고 언급하였다.³⁰³⁾ 다른 동시대 학자와 전문가들도 이에 동의했다.³⁰⁴⁾ 그들은 그 당시에 오늘 다수의견이 언급한 문제를 지적하지 않았다.

연방대법원 역시 마찬가지였음이 분명하다. 행정절차법 제정 이후 몇 년 동안 연방대법원은 §706가 행정기관의 법률해석에 대한 법원의 존중을 거부한다고 언급한 바 없었다. 실제로 단 한 명의 대법관도 행정절차법에 대한 그러한 견해를 제시한 바 없다. 반대로, 연방대법원은 그 시기에 여러 차례 행정기관의 법률해석을 존중하는 판결을 내렸으며,³⁰⁵⁾ 이는 쉐브론 판결이 있기 전까지 계속되었다.³⁰⁶⁾ 명확히 하자면, 쉐브론 원칙 하에서는 받았을 존중이 그 당시에는 항상 주어지는 것은 아니었다. 당시의 관행은 이후보다 더 일관성이 없고 덜 정교했다. 핵심은 당시 연방대법원은 행정절차법에 대한 오늘 다수의견과 전혀 일치하지 않았다는 것이다. 다수의견이 가장 많이 의존하는 §706의 문구를 살펴보자. “모든 관련 법문제를 결정한다.” 행정

300) Jaffe 570.

301) Ibid.

302) Id., at 569.

303) Davis 880, 883, 885.

304) R. Levin, *The APA and the Assault on Deference*, 106 Minn. L. Rev. 125, 181-183 (2021).

305) *Unemployment Compensation Comm'n of Alaska v. Aragon*, 329 U. S. 143, 153-154 (1946); *NLRB v. E. C. Atkins & Co.*, 331 U. S. 398, 403 (1947); *Cardillo v. Liberty Mut. Ins. Co.*, 330 U. S. 469, 478-479 (1947).

306) *Mitchell v. Budd*, 350 U. S. 473, 480 (1956); *Zenith Radio Corp. v. United States*, 437 U. S. 443, 450 (1978).

절차법 제정 후 10년 동안 이 문구는 연방대법원 판결에서 (각주까지 모두 포함하여) 단 4번만 사용되었으며, 법원이 행정기관의 해석을 존중할 수 없다고 전혀 주장하지 않았다.³⁰⁷⁾

마찬가지로 §706에 대한 다수의견의 견해는 행정절차법 이전 수년간 사법심사가 어떻게 이루어졌는지를 살펴봐도 그 근거를 찾을 수 없다. 이전의 역사는 중요한데, 다수의견도 인정하였듯이, §706는 일반적으로 사법심사의 범위에 관한 현재의 법을 재언급한 것으로 이해되었다.³⁰⁸⁾ 다수의견의 문제는 행정절차법 이전에도 법원들은 행정기관의 해석에 대해 점점 더 많은 존중을 부여했다는 것이다. 그 시점에 뉴딜 행정 프로그램이 성공하면서, 연방대법원과 다른 법원들은 비교적 짧은 시간 안에 초기의 저항적 입장을 버리고 이를 수용했다. 행정법 학자인 브라이어(Breyer) 대법관은 행정절차법 이전의 시기를 다음과 같이 설명했다. “행정작용에 대한 사법심사가 축소되었으며, 특정 행정기관의 결정은 종종 행정기관이 가진 전문지식의 신비에 대한 사법적 순종으로 유지되었다.”³⁰⁹⁾ 그리고 이 설명은 행정기관의 법률해석에 대한 심사에도 적용된다. 행정절차법 제정 5년 전에 발표된 행정 관행에 대한 영향력 있는 연구는 상황을 다음과 같이 설명한다. “사법심사는, 적어도 어떤 경우에는, 행정기관의 해석이 허용가능한 것인지 여부에 대한 검토로 제한될 수 있다.”³¹⁰⁾ 다시 말해, 법률에 대한 두 가지 이상의 해석이 가능한 경우, 법원은 행정기관의 해석을 받아들일 수 있다.³¹¹⁾

1940년대의 두 가지 저명한 연방대법원 판결은 이러한 원칙을 실행에 옮겼다. Gray 판결은 당시 행정기관 해석의 심사에 대한 선도적 판례(leading case)로 널리 이해되었다. 그 사건에서 연방대법원은 가격 통제에 대한 법적 면제에서 사용된 ‘생산자’라는 용어에 대한 행정기관의 해석을 존중하였다. 연방대법원은 연방의회가 행정기관에 면제 범위를 위임한 이유는 해당 분야에서의 경험이 상충하는 이해관계를 더 잘 알고 공정하게 조정할 수 있게 하기 때문이라고 설명했다.³¹²⁾ 따라서 연방대법원은

307) Sunstein 1656.

308) Dept. of Justice 108.

309) S. Breyer et al., *Administrative Law and Regulatory Policy* 21 (7th ed. 2011).

310) Final Report of Attorney General’s Committee on Administrative Procedure (1941), reprinted in *Administrative Procedure in Government Agencies*, S. Doc. No. 8, 77th Cong., 1st Sess., 78 (1941).

311) Id., at 90-91.

312) Gray, 314 U. S., at 412.

행정기관의 판단을 법원이 대신하는 것은 법원의 영역이 아니라고 결론지었다.³¹³⁾ 3년 후, 연방대법원은 또 다른 선도적 판례인 *Hearst* 판결을 내렸다. 이번에는 노동관계법에서 ‘피고용인’이라는 용어에 대한 행정기관의 해석을 존중했다. 연방대법원은 해당 용어의 범위는 행정기관이 – 법률 집행에 대한 일상 경험에 근거하여 – 답변할 문제라고 설명했다. 따라서 연방대법원은 법원의 심사를 ‘행정기관의 해석이 기록상 근거가 있고 법률에 합리적인 근거를 두는지’에 대한 것으로 제한했다.³¹⁴⁾ 여기서 다수의견조차 §706가 사법적 검토에 관한 현재 법을 재진술하기 위한 것이라고 인정했음을 상기해보자. 어떠한가? 분명 해당 조항이 행정기관의 해석에 대한 존중을 허용하는 것처럼 보일 것이다.

다수의견은 이 두 가지 주요 판결을 피할 방법이 없다. 다수의견은 처음에 ‘순수한 법적 문제’와 *Gray* 사건 및 *Hearst* 사건에서처럼 법적 문제를 사실에 적용하는 ‘혼합 문제’를 구별하는 것처럼 보인다. 만약 다수의견이 이러한 구별을 통해 판결을 순수한 법적 문제로 범위를 제한하려는 의도라면 – 즉, 법과 사실이 얽혀 있을 때 법원이 행정기관의 해석을 존중하려는 의도라면 – 그러한 접근 방식에 동의한다. 그러나 다수의견은 그럴 의도가 없는 것으로 보인다. 그러한 접근법은 현재 웨브론 원칙 영역의 상당 부분을 보존할 것이기 때문이다.³¹⁵⁾ 법률용어의 범위가 정립되고 그 의미가 정의되는 것은 ‘혼합 문제’를 고려할 때인 경우가 많다.³¹⁶⁾ *Hearst* 사건의 경우처럼, 법률해석자는 ‘피고용인’이 무엇인지 어떻게 결정하는가? 대부분 특정 직무를 수행하는 사람들이 포함되는지 (*Hearst* 사건의 경우 ‘신문배달원’이 포함되는지) 묻는 사례들을 통해 결정된다. 또는 위에 제시한 예 중 하나를 고려해 보자. 법률해석자는 ‘어떤 종의 개체군이 다른 개체군과 언제 구별되는지’에 대해 어떻게 결정하는가? 종종 서부 회색 다람쥐와 같은 특정 종과 관련된 조건 사항을 고려함으로써 결정한다. 따라서 다수의견이 제시한 ‘구별’은 현실적으로 (심지어 이론적으로도) 말이 되지 않는다. *Hearst* 재판부가 ‘피고용인’이라는 용어에 신문배달원이 포함되는지 여부에 관하여 행정기관의 해석을 존중하였다면, 이는 ‘피고용인’이라는 용어의 범위와 의미에 대해서도 행정기관의 해석을 존중하는 것이다.

313) *Ibid.*

314) *Hearst*, 322 U. S., at 130.

315) *Wilkinson v. Garland*, 601 U. S. 209, 230 (2024) (ALITO, J., dissenting). (이민과 관련하여, 혼합 문제의 세계는 순수한 법적 문제의 세계를 집어삼킨다고 언급하였다.)

316) *Monaghan* 29.

다수의견의 다음 반박, 즉 “법원이 존중에 있어서 일관성이 전혀 없었다.”라는 주장도 마찬가지로 설득력이 부족하다. 행정절차법 이전 시기에 존중 기준이 아직 완전히 자리 잡지 않았다는 점은 완전히 인정한다. 더 나아가보자. 존중이 당시에 (다수의견이 주장하는 바와 같이) 적용되었다 안 되었다 종잡을 수 없었다고 가정해 보자. 그러한 가정 하에서도, §706가 존중적인 심사를 금지한다는 다수의견의 주된 주장은 성립되지 않는다. 다시 한 번 말하지만, 다수의견은 §706가 당시의 법을 변경하려는 의도는 아니었다는 점에 동의하고 있다. 설령 일관성이 부족하더라도 그 법은 존중을 금지했던 것으로 볼 수는 없다. 다른 말로 하면, §706가 (우리가 오랫동안 인정해 왔듯이) 사법심사의 법리를 변경하지 않았다면, 당시 알려지고 사용되던 존중적 기준을 금지하지 않았다는 것이다.³¹⁷⁾

다수의견이 쉐브론 판결을 뒤집으려는 주장 전체는 행정절차법 §706에 의존하고 있다. 그러나 §706의 문구는 이러한 결론을 지지하지 않는다. 또한, 그 문구가 반영했을 것으로 여겨지는 당시의 관행 역시 이를 지지하지 않는다. 따라서 오늘의 판결은 다수의견이 관련 있다고 주장하는 유일한 법률에 아무런 근거를 갖지 못하고 허공에 떠 있을 뿐이다.

다. 선례구속의 원칙 검토

더 안 좋은 점은, 쉐브론 원칙을 포기하면 선례구속의 모든 주지의 원칙들이 무너지게 된다는 점이다. 물론, 선례를 존중하는 것이 불변의 명령은 아니다.³¹⁸⁾ 그러나 판례를 뒤집기 위해서는 다수의견이 제시한 것보다 훨씬 더 많은 것이 필요하다. 쉐브론 판결은 가장 강력한 형태의 선례구속의 보호를 받을 자격이 있다. 따라서 다수의견이 이 판결을 뒤집기 위해서는 단순히 그 판결이 잘못되었다고 생각하는 것을 넘어서 특별히 강력한 이유가 필요하다. 그리고 다수의견은 쉐브론 원칙의 ‘실행불가능성’에 대한 당혹스러운 이론만을 제시할 뿐, 그러한 정당화에 근접한 이유조차 제시하지 못하고 있다. 불과 5년 전, *Kisor v. Wilkie* (2019) 사건에서 연방대법원은 행정기관이 자체 규정을 해석하는 데 대한 사법적 존중을 요구한 *Auer v. Robbins* (1997)³¹⁹⁾ 판결을 파기해달라는 요청을 거부하였다.³²⁰⁾ 쉐브론 판결의 파기를 반대하는

317) *Kisor*, 588 U. S., at 583 (plurality opinion).

318) *Payne*, 501 U. S., at 828.

319) *Auer v. Robbins*, 519 U. S. 452 (1997).

사건은 적어도 그만큼 강력하다. 특히, 오늘 다수의견의 결정은 법제도에 엄청난 충격을 줄 것이며, 많은 확립된 법률해석에 의문을 제기하고 수년간 이에 의존해 온 많은 당사자의 이익을 위협할 것이다.³²¹⁾

선례를 고수하는 것은 ‘법치주의의 초석’이다.³²²⁾ 선례구속의 원칙은 법원칙의 공정하고 예측가능하며 일관된 발전을 촉진하며,³²³⁾ 사람들이 법원의 판결을 신뢰하여 자신의 삶을 질서 있게 만들 수 있도록 해준다. 또한, 이러한 판결이 판사의 개인적 선호가 아니라 법에 근거하도록 보장함으로써 사법절차의 실제적인 도덕성(integrity)에 기여한다.³²⁴⁾ 다른 무엇보다 선례구속의 원칙은 ‘사법적 겸손의 원칙’(doctrine of judicial modesty)이다.³²⁵⁾ 이러한 점에서 웨브론 원칙과 중요한 공통점을 가지고 있다. 두 원칙 모두 판사들에게 그들이 모든 것을 알지는 못하며, 다른 사람들의 의견에 귀 기울이는 것이 중요하다고 말한다. 따라서 오늘 다수의견은 사법적 겸양이 권고하는 것을 한 번도 아닌 두 번이나 거부하고 있다.

그리고 웨브론 판결은 두 가지 별개의 이유로 선례구속의 원칙이 특히 강력하게 적용된다. 첫째, ‘연방의회는 법원이 한 일을 변경할 자유가 있다’는 점이 중요하다.³²⁶⁾ 헌법 사건에서는 연방대법원만이 오류를 수정할 수 있으나, 여기서는 그렇지 않다. 연방대법원의 존중 판결은 연방의회에 던져진 공이며, 연방의회가 수용할지 말지 결정한다.³²⁷⁾ 그리고 여러 세대에 걸쳐 연방의회는 수용을 선택해 왔다. 그동안 연방의회는 행정절차법을 개정하여 쉽게 웨브론 원칙을 전면적으로 폐기할 수 있었다. 또는 오래된 법률을 개정하거나 새로운 법률을 제정하여 각 영역에서 사법적 존중을 제거할 수도 있었다. 그러나 대신 연방의회는 웨브론 원칙을 포괄적으로 거부할 수 있는 여러 기회를 거절하였고, 특정 영역에서만 제한적으로 거부했다.³²⁸⁾ 더 긍정적으로 표현하자면, 연방의회는 웨브론 원칙을 40년 동안 그대로 유지해왔다. 연

320) Kisor, 588 U. S., at 586-589.

321) Id., at 587.

322) Bay Mills Indian Community, 572 U. S. at 798.

323) Payne, 501 U. S., at 827.

324) Id., at 828; Dobbs, 597 U. S., at 388 (dissenting opinion).

325) Id., at 363.

326) Patterson, 491 U. S., at 173; Kisor, 588 U. S., at 587.

327) Id., at 587-588.

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

방대법원 대법관들이 쉐브론 원칙에 의문을 제기하기 시작했을 때에도 연방의회는 그 입장을 유지했다. 모든 정황을 볼 때, 연방의회는 일부 대법관들의 -대법관들과 다른 판사들이 더 많은 권한을 가져야 한다는- 견해에 동의하지 않는 것으로 보인다.

둘째, 쉐브론 판결은 이제 단일 판결 이상의 의미를 지니고 있다. 연방대법원만 보더라도 쉐브론 원칙에 따라 행정기관의 합리적인 법률해석을 적어도 70회 이상 지지해왔다.³²⁹⁾ 하급심 법원들 또한 쉐브론 원칙을 수천 건에 걸쳐 적용해왔다(18,000건 이상의 연방법원 판결에서 인용됨).³³⁰⁾ Kisor 판결에서 연방대법원은 Auer 판결을 지지하면서 “모호한 규칙에 대한 행정기관의 합리적인 해석을 존중하는 것은 행정법 전체에 깊이 뿌리내리고 있다.”고 언급하였다.³³¹⁾ 모호한 법률에 대한 행정기관의 합리적인 해석을 존중하는 것 역시 마찬가지다. 쉐브론 원칙은 법에 깊숙이 자리 잡고 있다.

그러나 다수의견은 다른 견해를 표명했다. 연방대법원이 최근 쉐브론 원칙을 무시해왔기 때문에 이제 쉐브론 판결에서 남은 것은 뻔뻔한 허식과 부패해가는 걸쭉질뿐이라는 것이다. 이 말을 D.C.연방항소법원에 해보자. D.C.연방항소법원은 행정기관의 해석의 상당 부분을 심사하는 법원이며, 이곳에서는 쉐브론 원칙이 여전히 살아있고 유효하다.³³²⁾ 그러나 핵심은 다수의견의 주장이 자기모순적 자구책이라는 점이다. 연방대법원은 쉐브론 원칙을 무효화하기 위해 2016년 이후 쉐브론 존중을 피해 왔다. 이렇게 선례를 뒤집기 위한 일종의 자구책 과정은 연방대법원에서 거의 일상이 되어 버렸다. 판결을 적용해야 할 경우에 적용하지 않고, 몇 가지 의견에서 불필요한 비판을 제기하며, 판결의 전제에 의문을 제기하는 별도의 의견을 몇 번 작성하고, 이 과정을 몇 년 동안 지속하면 결국 판결을 무효화할 정당성이 생기는 것이다.³³³⁾ 다시 한 번 말하지만 이러한 ‘선례 약화를 통한 파기 전략’은 선례구속의 원칙을 조롱하는 것이다³³⁴⁾ 그리고 이러한 견해를 바꿀 이유가 없어 보인다.

329) Brief for United States in No. 22-1219, p. 27; App. to id., at 68a-72a.

330) K. Barnett & C. Walker, Chevron and Stare Decisis, 31 Geo. Mason L. Rev. 475, 477, and n. 11 (2024).

331) Kisor, 588 U. S., at 587.

332) 예를 들어, Lissack v. Commissioner, 68 F. 4th 1312, 1321-1322 (2023); Solar Energy Industries Assn. v. FERC, 59 F. 4th 1287, 1291-1294 (2023).

333) Janus, 585 U. S., at 950 (KAGAN, J., dissenting) (Abood v. Detroit Bd. of Ed., 431 U. S. 209 (1977) 판결의 파기를 논하며); Kennedy v. Bremerton School Dist., 597 U. S. 507, 571-572 (2022) (SOTOMAYOR, J., dissenting) (Lemon v. Kurtzman, 403 U. S. 602 (1971) 판결의 파기를 논하며); Shelby County v. Holder, 570 U. S. 529, 587-588 (2013) (Ginsburg, J., dissenting) (South Carolina v. Katzenbach, 383 U. S. 301 (1966) 판결의 파기를 논하며).

다수의견이 쉐브론 판결을 뒤집으려는 주된 이유 - 즉, 판결이 ‘실행불가능하다’는 주장- 역시 설득력이 없다. 그 점에 있어 다수의견의 첫 번째 논리는 ‘모호성’의 의미에 대한 단일한 답이 없다는 것이다. 즉, 어떤 판사들은 다른 판사들보다 ‘모호성’을 더 많이 발견하여 서로 다른 결과를 초래한다는 것이다. 그러나 그렇더라도 법제도는 수년간 다양한 맥락에서 이러한 변주를 완벽히 잘 처리해왔다. 예를 들어, 계약법을 살펴보자. 계약이 모호할 때 (단, 그러한 경우에만) 그 계약을 해석하는 법원은 외부 증거를 참조할 수 있는 것이 기본 원칙이다.³³⁵⁾ 그리고 모든 해석 도구를 사용했음에도 모호성이 남아 있을 때, 계약은 초안 작성자에게 불리하게 해석된다.³³⁶⁾ 그러면 50개 주의 계약 규칙이 현재 실행불가능하다고 해야 할까? 또는 연방대법원이 정기적으로 적용하는 원칙을 살펴보자. 정부가 ‘주권면제’(sovereign immunity)를 포기했는지를 결정할 때, 우리는 법률용어의 모호성을 주권면제에 유리하게 해석한다.³³⁷⁾ 마찬가지로 ‘관용의 원칙’에 따라 모호한 법률은 형사피고인에게 유리하게 해석된다.³³⁸⁾ ‘위헌 판단 회피 원칙’(constitutional avoidance)³³⁹⁾은 어려운 헌법적 문제를 회피하는 방향으로 모호한 법률을 해석하게 한다.³⁴⁰⁾ 그 밖에도 많지만 논지는 확실하다. 법 전반에 걸쳐 모호성의 문제는 촉발될 수 있지만, 어쨌든 모두가 그런대로 잘 헤쳐 나가고 있다는 것이다.

또한 쉐브론 원칙은 사법적 분열을 유발한다는 이유로 비판하기에 특히 당혹스러운 판결이다. 이에 대해서는 신뢰할 만한 실증적인 - 즉, 비(非)인상주의적인- 증거가 있다. 그리고 그 증거는 쉐브론의 2단계 원칙이 de novo 심사와 비교했을 때 판사들 간의 합의를 촉진한다는 것을 보여준다.³⁴¹⁾ 보다 구체적으로, 쉐브론 원칙은 사법적 의사결정에 있어 당파성에 대한 강력한 억제 효과를 발휘한다.³⁴²⁾ (쉐브론 판결을

334) Janus, 585 U. S., at 950 (dissenting opinion).

335) CNH Industrial N.V. v. Reese, 583 U. S. 133, 139 (2018) (per curiam).

336) Lamps Plus, Inc. v. Varela, 587 U. S. 176, 186-187 (2019).

337) FAA v. Cooper, 566 U. S. 284, 290 (2012).

338) United States v. Castleman, 572 U. S. 157, 172-173 (2014).

339) ‘위헌 판단 회피 원칙’(constitutional avoidance)은 법률의 해석에 있어 위헌 판단을 회피할 수 있는 해석을 선택해야 한다는 원칙으로, 사법부의 자제와 입법자에 대한 존중을 바탕으로 한다.

340) United States v. Oakland Cannabis Buyers’ Cooperative, 532 U. S. 483, 494 (2001).

341) K. Barnett, C. Boyd, & C. Walker, Administrative Law’s Political Dynamics, 71 Vand. L. Rev. 1463, 1502 (2018) (Barnett).

342) Barnett 1463.

파기함으로써 예상되는 효과는 법률해석에서 사법적 정책 선호가 훨씬 더 큰 역할을 할 것이고, 이념적 노선에 따른 분열이 더 일상적으로 발생할 것이라는 점이다.)³⁴³⁾ 따라서 판사들 간의 일관성이 중요한 지침이라면, 연방대법원은 쉐브론 판결을 파기하기보다 이를 계속 적용해야 할 것이다.

다수의견의 실행가능성에 대한 두 번째 이론 역시 마찬가지로 중요치 않은 주장이다. 다수의견은 쉐브론 원칙이 몇 가지 예외를 갖고 있고, 이 예외들은 적용하기가 어렵고 복잡하다고 주장한다. 법원들은 다음과 같은 경우에는 행정기관의 해석을 존중할 필요가 없다는 점을 상기하자. 즉, 법률을 해석하는 행정기관이 (1) 해당 법률을 집행하도록 위임받지 않은 경우, (2) 심의 절차, 즉 ‘예고 및 의견수렴에 의한 규칙제정’이나 ‘재결’을 이용하지 않은 경우, 또는 (3) 경제적, 정치적으로 중요한 ‘중요문제’(major questions)에 개입하는 경우에는 존중 의무가 없다. 앞서 설명한 바와 같이, 이러한 (다수의견이 ‘개선’이라고 부르는) 예외는 쉐브론 원칙의 논리에 잘 부합된다. 그 예외들은 연방의회가 행정기관의 해석에 따라 법을 적용하는 것을 원하지 않았을 것 같은 상황을 정의해준다. 그리고 난이도 측면에서도 어렵지 않다. 연방의회가 행정기관에 그 법률의 집행 권한을 위임했는가? 99%의 경우 모두가 금세 동의할 것이다. 행정기관이 해석을 내리기 전에 ‘예고 및 의견수렴에 의한 규칙제정’ 또는 ‘재결’ 절차를 이용했는가? 몇 가지 극단적인 사례를 생각해 낼 수 있지만, 대부분의 경우 쉽게 ‘그렇다’ 또는 ‘아니다’로 답할 수 있다. 중요문제 예외는 다르다고 인정한다(실제로 많은 판사가 그 본질과 범위에 대해 이의를 제기했다).³⁴⁴⁾ 그러나 이러한 의견 불일치는 모든 행정기관의 해석 중 아주 작은 일부의 경우에만 해당된다. 만약 이것이 다수가 말하는 ‘어지러운 브레이크 댄스’라면, 다수의견은 더 많은 사례를 살펴보아야 한다.

그리고 무엇과 비교해서 어렵다는 말인가? 다수의견이 규정한 방식도 쉬운 것이 아니다. 첫째, 다수의견은 일반적으로 Skidmore 존중이 계속 적용된다는 것을 분명히 한다. Skidmore 판결에 따라 행정기관의 해석은 ‘경험 및 정통한 판단의 본체’를 이루며, 이는 존중받을 자격이 있다.³⁴⁵⁾ 만약 다수의견이 ‘동일한 판사들이 오늘은 모호성이 어디에 있는지 논쟁하면서 내일은 존중이 요구하는 바에 대해서는 논쟁하지

343) Sunstein 1672.

344) West Virginia, 597 U. S., at 721-724와 id., at 764-770 (KAGAN, J., dissenting)를 비교.

345) Skidmore, 323 U. S., at 140.

않을 것'이라고 생각한다면, 그들은 크게 실망할 것이다. 둘째, 다수의견은 연방의회가 행정기관에 재량권을 위임하는 다양한 방식을 법원이 준수하도록 지시한다. 예를 들어, 연방의회는 행정기관에 법적 용어나 개념을 정의하거나 제한하거나 법제도의 세부사항을 채울 권한을 부여할 수 있다. 또는 연방의회는 '적절한' 또는 '합리적인' 과 같이 본질적으로 '유연한' 언어를 사용하여 행정기관의 규제 권한을 표현할 수 있다. 웨브론 원칙이 없는 세상에서는 다수의견이 말하였듯이 연방의회가 그러한 모든 위임을 건사해야 한다. 그러나 그러한 업무는 그 자체의 복잡성이 수반된다. 실제로 스칼리아 대법관이 웨브론 판결을 지지했던 한 가지 이유는 웨브론 원칙이 (불확실성과 소송의 원천이었던) 법률별(statute-by-statute) 평가를 일률적인(across-the-board) 추정으로 대체했기 때문이었다.³⁴⁶⁾ 원칙이 만들어내는 예측가능성의 애호가인 스칼리아 대법관은 후자가 의심할 여지없이 더 낫다고 생각했다.³⁴⁷⁾

저울의 반대쪽에서 볼 때, 가장 중요한 선례구속의 원칙 요인은 - 이를 '법제도에의 충격' 문제라고 하자³⁴⁸⁾ - 웨브론 판결의 파기를 반대하는 쪽으로 크게 기울다. 연방의회와 행정기관 모두 지난 40년 동안 그들의 수많은 업무에서 웨브론 원칙에 의존해 왔다. 그 기간 동안 통과된 법률은 웨브론 원칙에 따라 행정기관과 법원 간에 해석 권한이 배분될 것이라는 기대를 반영한다. 그 기간 동안 공포된 규칙도 마찬가지로 법률적 모호성은 행정기관이 (합리적으로) 해결할 일이라고 전제하였다. 이러한 행정기관의 해석은 규제 대상에게 혜택을 주거나 대중을 보호했다. 어느 쪽이든, 개인 당사자는 행정작용을 중심으로 그들의 사업 및 재정적 결정, 의료 결정, 교육 결정을 내려왔다. 그런데 갑자기 이것들이 도전을 받게 된 것이다. Kisor 판결에서 연방 대법원이 Auer 판결의 파기를 거부한 이유는 그렇게 하면 많은 오랜 규칙 해석에 의구심을 던져 확립된 기대를 뒤엎을 수 있기 때문이었다.³⁴⁹⁾ 웨브론 판결을 파기하고 행정기관의 법률해석에 새로운 의구심을 제기하는 것은 훨씬 더 파괴적인 결과를 가져올 것이다.

다수의견은 그러한 문제에 대한 우려를 경감시키고자 노력했다. 다수의견은 웨브론 판결에 따라 행정작용을 합리적이라고 판단한 법원 판결들이 그 이유만으로 뒤집

346) Scalia, 1989 Duke L. J., at 516.

347) Id., at 517.

348) Dobbs, 597 U. S., at 357 (ROBERTS, C. J., concurring in judgment).

349) Kisor, 588 U. S., at 587.

혀서는 안 된다고 명시하고 있다. 이는 무조건 환영할 일이다. 수천 건의 그러한 판결들이 수십 년 동안 자리 잡아 왔다. 그러나 쉐브론 원칙 하에서 한 번도 이의 제기를 받지 않았던 행정기관의 해석이 이제는 이의 제기를 받게 되었다. 따라서 그러한 해석을 중심으로 형성된 기대는 다수의견의 확언이 닿지 않는 방식으로 뒤집힐 수 있다. 다수의견은 단지 판결이 쉐브론 원칙에 의존했다는 것만으로는 선례구속 원칙의 힘을 상쇄하기에 충분하지 않다고 언급하며, 판결을 뒤집으려면 추가적인 ‘특별한 정당화 이유’가 필요하다고 강조한다. 다수의견은 낙관적이지만 나는 썩 그렇지 못하다. 연방대법원이 쉐브론 원칙에 기반을 둔 오래된 판결을 뒤집고자 하면 언제든지 ‘특별한 정당화 이유’를 내세울 수 있을 것이다. 법원은 ‘선례의 논증의 질’이 빈곤하다고 주장할 수도 있고, 판결에서 ‘실행불가능한’ 요소를 발견할 수도 있을 것이다. 법원은 오늘의 판결을 살펴보며 어떻게 이루어지는지 지켜볼 수밖에 없다.

라. 반대의견의 결론

“판사들은 해당 분야의 전문가들이 아니며, 양 정치적 국가기관의 일부도 아니다.”
- 쉐브론 판결 중에서³⁵⁰⁾

그 때는 연방대법원이 ‘우리가 무엇이 아닌지’를 알고 있던 때였다. 당시 연방의회는, 법원과 행정기관 중 규제 법률의 모호성을 해결하고 공백을 채움에 있어 일반적으로 행정기관이 더 나은 선택이라고 생각했다. 이는 행정기관이 ‘해당 분야의 전문가’이고, ‘정치적 국가기관의 일부’이기 때문이었다. 그리고 연방의회는 미확정 문제를 포함한 법률의 집행을 법원이 아닌 행정기관에 맡겼기 때문이었다. 쉐브론 원칙의 핵심은 이러한 책임의 배분 - 규제 문제에 대한 주요 권한을 법원이 아닌 행정기관에 부여하는 배분 - 을 존중하는 것이다.

오늘, 다수의견은 그러한 판단을 존중하지 않고 있다. 다수의견은 법원에 모든 종류의 과학적 및 기술적 판단을 내릴 권한을 부여할 뿐만 아니라, 경쟁하는 상품 및 가치의 평가 방법에 관한 정책을 포함하여 모든 종류의 정책결정을 내릴 권한을 부여한다. 규제 법률에는 항상 - 많은 경우 매우 중요한 - 공백과 모호성이 존재하기 때문에, 다수의견은 가능한 모든 주제에 관하여 법원을 행정절차의 꼭대기에 놓는다. 기후 변화나 기타 환경 문제를 해결하기 위해 어떤 조치를 취할 수 있는가? 앞으로

350) Chevron, 467 U. S., at 865.

수십 년 동안 국가의 의료 체계는 어떠한 것인가? 금융이나 교통 시스템은 어떠한 것인가? 어떤 규칙이 인공지능 개발을 제한할 것인가? 현재와 미래의 모든 연방 규제 영역에서 법원은 이제부터 주도적인 역할을 할 것으로 예상된다. 이것은 연방의회가 행정절차법이나 다른 법률에서 법원에 부여한 역할이 아니다. 이것은 오늘 연방대법원이 자신과 다른 판사들에게 부여한 역할이다.

그리고 이러한 주장은 연방대법원의 선례를 무시하는 것이기도 하다. 선례를 뒤집기 위해서는 보통 특별한 이유가 원용되어야 하는데 *쉐브론* 판결의 경우에는 *쉐브론* 존중을 제거해야 할 특별한 이유가 없다. 그리고 *쉐브론* 원칙이 만연하게 적용되어 왔음을 고려할 때, 이를 뒤집는 결정은 대규모 혼란을 초래할 가능성이 크다. 오늘의 판결은 *쉐브론* 판결이 잘못되었다는 다수의견의 믿음에 전적으로 근거하고 있다. 즉, *쉐브론* 판결이 행정기관에 너무 많은 권한을 주었고 법원에는 충분한 권한을 주지 않았다는 것이다. 그러나 규제 행위자와 그들의 업무의 가치에 대한 견해가 바뀌었다고 해서 행정법 초석의 재편이 정당화되는 것은 아니다. 그런 의미에서 오늘 다수의견은 법원의 적절한 역할을 망각하였다.

그리고 오늘의 판결이 행정기관에 대한 대우나 선례에 대한 대우에 있어 일회성이라고 주장하는 것은 불가능하다. 첫째, 바로 이번 회기만 해도 연방대법원이 연방의회의 반대 지시에도 불구하고 행정기관의 권한을 축소하려는 결정을 내린 또 다른 사례(*SEC v. Jarkesy* (2024)³⁵¹)가 있었다. 둘째, 선례구속의 원칙에 대한 나의 개인적인 옹호, 즉 연방대법원이 확립된 법리를 뒤집는 것에 대한 나의 반대의견도 상당한 분량이 된다.³⁵² 이에 다시 한 번 정중히 법정의견에 반대하는 바이다.

Ⅲ. 판결의 의의

쉐브론 원칙은 법률이 모호한 경우, 그 법률을 집행하는 행정기관의 해석이 ‘허용 가능한’ 해석이라면 법원이 그 행정기관의 해석을 따라야 한다는 원칙이다. *쉐브론* 원칙은 1984년에 판결된 이후 40년간 수많은 사건에 적용되며 미국 행정법의 중요한

351) *SEC v. Jarkesy*, 603 U. S. ____ (2024).

352) *Dobbs*, 597 U. S., at 363-364 (joint opinion of Breyer, SOTOMAYOR, and KAGAN, JJ.); *Edwards v. Vannoy*, 593 U. S. 255, 296-297 (2021); *Knick*, 588 U. S., at 207-208; *Janus*, 585 U. S., at 931-932.

근간을 이루었다. 하지만 이번 *Loper Bright Enterprises v. Raimondo* (2024) 판결을 통해 쉐브론 판결은 파기되었다.

이는 6:3의 구도로 보수성향을 띤 현재의 연방대법원 구성에서 이미 예견해볼 수 있는 결과였다. 대체로 거대한 정부를 경계하는 보수주의 경향상 연방정부에 너무 큰 권한을 안겨준다고 생각되는 쉐브론 원칙은 경계의 대상이 되었다.

쉐브론 원칙은 거의 모든 분야에서 미국 연방정부 정책의 바탕이 되었기 때문에 이번 연방대법원 판결로 교육·환경·노동·식약품·금융 등 수많은 정책이 영향을 받게 되었다. 미국 일간 워싱턴포스트는 이번 판결로 교육부의 학생 대출 상환과 탕감 관련 규정, 트랜스젠더 학생 보호 규정, 초과근무 수당 자격 확대, 직장 내 괴롭힘에 대한 지침, 프랜차이즈 브랜드의 노동법 위반 책임, 휘발유 차량에 대한 배출 규제와 상장 기업의 기후변화 영향 관련 공시, 연방통신위원회의 망 중립성 규정, 식품의약품의 실험실 자체 개발검사(LDT) 규제, 특허 침해나 지식재산권 관련 다툼 등 수많은 정책이 중대한 영향을 받게 되었다고 밝혔다.

이번 판결에 대해, 다양한 정책 문제를 판단할 인력과 전문지식이 현저히 부족한 사법부로 정책결정 권한이 이전되는 것을 우려하거나,³⁵³⁾ 연방의회에는 법안을 더욱 구체적으로 작성해야 하는 큰 책임이 부과되고 행정기관에는 규칙의 제정과 집행의 어려움이 증가될 것이라고 예상하거나,³⁵⁴⁾ 행정기관의 규제에 쉽게 이의를 제기할 수 있게 된 상황에서 판사마다 해석이 달라 큰 혼란이 초래될 수 있다고 우려하는³⁵⁵⁾ 등 여러 목소리가 제기되었다.

이번 *Loper Bright Enterprises* 판결에서도 언급된 저명한 헌법·행정법 학자인 아드리안 베르물(Adrian Vermeule) 하버드대 교수는 이 판결에 대해 과도하게 칭송할 것도 과도하게 비난할 것도 없다고 논평하였다.³⁵⁶⁾ 그는 이번 판결의 법정의견도 인정

353) Ian Millhiser, The Supreme Court just made a massive power grab it will come to regret, Vox, 29 Jun. 2024(<https://www.vox.com/scotus/357900/supreme-court-loper-bright-raimondo-chevron-power-grab>).

354) Margaret Anne Hill, Holli B. Packer, What Does This Mean for Environmental Regulation and Enforcement?, The National Law Review, 2 Jul. 2024(<https://natlawreview.com/article/supreme-court-ends-chevron-deference-what-does-mean-environmental-regulation-and>).

355) Leah Malone and Emily Holland, Simpson Thacher, What the Supreme Court's Loper Bright Decision Means for ESG, and Other Key Trends, Harvard Law School Forum on Corporate Governance, 4 Jul. 4 2024(<https://corpgov.law.harvard.edu/2024/07/04/what-the-supreme-courts-loper-bright-decision-means-for-esg-and-other-key-trends/>).

356) Adrian Vermeule, Chevron By Any Other Name - From "Chevron Deference" to "Loper Bright Delegation" -, The New Digest, 28 Jun, 2024(<https://thenewdigest.substack.com/p/chevron-by-any-other-name>).

하였듯이, 연방의회가 행정기관에 해석 권한을 위임하는 것은 가능하기 때문에 ‘쉐브론 존중’은 ‘로퍼 브라이트 위임’이라는 이름으로 재현될 것이라고 보았고 이미 그러하고 있다고 평했다.

40년의 기간 동안 미국 법원의 수많은 사건과 미국 정부의 수많은 정책들을 이끌었던 쉐브론 판결을 뒤집고 새로운 랜드마크 판결이 된 이번 판결이 향후 미국 정부의 정책과 법원의 판결에 어떠한 영향을 미치고 어떤 모습으로 나타날지는 지켜보아야 하겠다.

소송의 대상이 된 사실행위를 중단했을 경우 권리보호이익의 상실 여부¹⁾

I. 사건개요

2001년 9월 11일 테러 이후 연방정부는 신속하게 비행금지명단(No Fly List)의 대상을 확대하였다. 비행금지명단과 관련된 대부분의 정보는 대중에게 공개되어 있지 않으며, 그 일부는 기밀로 분류된다. 정부가 개인을 이 명단에 등재하거나 삭제하는 절차에서 활용하는 기준이 명시된 법령이나 관련하여 공개된 규정은 없는 것으로 보인다.

피상고인(원심 원고) Yonas Fikre(이하 ‘피상고인’)는 자신이 비행금지명단에 등재된 것에 관하여 소를 제기하였다. 아직 반박되지 않은 주장들, 즉 진위 여부가 검증되지 않은 주장은 다음과 같다.

피상고인은 어렸을 적 고국인 에리트레아에 전쟁이 발발하여 가족들과 함께 수단으로 이주했고, 결국 미국으로 이민을 오게 되었다. 얼마 후 피상고인은 미국 시민이 되었고, 성인이 되어 오리건주 포틀랜드에 거주하게 되었다. 피상고인은 미국 내 휴대폰 회사에서 일하던 중 그의 고향인 동아프리카에 전자제품을 유통하고 소매하는 사업을 시작하기로 결심했다. 이 새로운 사업을 위하여 그는 2009년 말 친척이 살고 있는 수단으로 이동하였다.

수단에 도착하고 나서 피상고인은 미국 정부에 수단에서의 사업 기회에 관심이 있음을 알렸다. 그리고 그는 미국 대사관의 오찬에 초대를 받았다. 그러나 피상고인은 미 대사관에서 FBI 요원 두 명이 있는 작은 회의실로 끌려갔다. 요원들은 그에게 정부가 그를 비행금지명단에 등재했기 때문에 미국으로 돌아갈 수 없다고 말하였다. 그런 뒤 요원들은 그가 참석했던 포틀랜드 모스크에 관하여 광범위하게 질문하였다. 요원들은 피상고인에게 FBI 정보원으로 활동하면서 그의 종교공동체에 속한 다른 신도들에 대하여 보고한다면 비행금지명단에서 삭제해 주겠다고 제안하였다. 피상고인

1) Federal Bureau of Investigation v. Fikre, 601 U.S. 234 (2024) (2024. 3. 19 선고).

은 이를 거절하고 그 자리를 떠났다. 다음날 한 요원이 전화를 걸어 ‘집에 가고 싶다면 대사관으로 와야 한다.’라고 말했다. 피상고인은 이를 자신이 비행금지명단에서 삭제되지 않았으며 FBI의 정보원이 되지 않는 이상 미국으로 돌아갈 수 없다는 의미로 이해했다.

몇 주 후 피상고인은 사업계획을 진행시키기 위해 아랍에미리트로 이동했다. 그러나 그 곳에 있던 미 정부 관계자들은 그를 ‘체포하고, 감금하고, 고문하였다.’ 그들은 포틀랜드의 모스크, 그 곳에서의 사건, 지도자, 모금 활동 등에 관하여 피상고인을 심문하였다. 106일 간의 억류 끝에 미 정부 관계자는 피상고인을 스웨덴으로 이동시켰다. 피상고인은 스웨덴에서 머무르다 2015년 2월 스웨덴 정부의 전용기를 이용해 포틀랜드로 돌아왔다.

스웨덴에 있는 동안 피상고인은 이 사건 소송을 제기하였다. 그는 소장에서 정부가 자신을 비행금지명단에 등재하는 데 대하여 의미 있는 통지를 하지 않았고 적절한 구제방법을 제공하지 않았으므로 절차적 적법절차에 대한 권리를 침해하였다고 주장하였다. 또한, 그는 정부가 인종, 출신국가, 종교 등 헌법적으로 허용되지 않는 이유로 자신을 비행금지명단에 등재했다고 주장하였다. 이에 대한 구제책으로 피상고인은 정부가 자신을 비행금지명단에 계속 등재하는 것을 금지시키는 법원의 금지명령(injunction)과 자신의 권리 침해를 확인하는 선언적 판결(declaratory judgment)을 연방지방법원에 청구하였다.

제1심 소송계속중이던 2016년 정부는 피상고인을 비행금지명단에서 삭제했다고 통지하면서, 이 행정행위(administrative action)로 인하여 원고(피상고인)의 권리보호이익이 상실되었으므로 소송이 각하되어야 한다고 주장하였다. 다만 이 통지에는 아무런 추가 설명이 덧붙여지지 않았다.

지방법원은 정부의 주장을 받아들이는 판결을 내렸지만, 제9연방항소법원은 다음과 같은 이유로 원심을 파기하였다. 제9연방항소법원에 따르면, 소송당사자가 문제된 행위의 자발적인 중단을 이유로 권리보호이익의 상실을 주장하기 위해서는 ‘그 문제된 행위’가 ‘재발하지 않을 것이 합리적으로 기대된다는 점’을 입증해야 한다는 것이다. 그런데 ‘피상고인이 비행금지명단에서 삭제되었다는 정부의 단순한 통지’는 이 기준을 충족하지 못한다는 것이 연방항소법원의 판단이었다.

파기환송심에서 정부는 “현재 입수 가능한 정보에 바탕을 두면, Fikre가 향후 비행금지명단에 등재되지는 않을 것이다.”라는 테러리스트 심사센터 운영부국장 대리

Christopher R. Courtright의 진술을 제출하였다. 이에 따라 지방법원은 재차 피상고인의 청구를 권리보호이익 없음을 이유로 각하하였다.

그러나 제9연방항소법원은 지방법원의 파기환송심 판단을 다시 파기하였다. 정부가 제출한 위와 같은 진술은 피상고인이 ‘과거에 한 일을 근거로 현재 비행금지명단에 등재되지 않을 것’이라는 의미일 뿐이라는 이유였다. 제9연방항소법원은 이 진술에는 어떠한 행위로 인해 피상고인이 비행금지명단에 등재되었는지 밝혀져 있지 않으며 향후 ‘동일하거나 유사한 행위에 관여할 경우’ 그가 비행금지명단에 등재되지 않을 것이라는 점을 보장하지도 않는다고 판단하였다. 결과적으로 연방항소법원은 정부가 여전히 소송대상이 된 문제의 행위가 ‘재발하지 않을 것이 합리적으로 기대된다는 점’을 입증하지 못했다고 결론지었다.

II. 쟁점 및 판단

1. Gorsuch 대법관의 법정의견(전원일치의견)

연방헌법은 ‘사건’(cases)이나 ‘다툼’(controversies)에 관하여 결정할 수 있는 관할권을 연방법원에 부여하고 있다.²⁾ 관할권이 있는 법원은 그 앞에 적절히 제기된 쟁점을 심리하고 해결해야 할 ‘사실상 불굴의 의무’(virtually unflagging obligation)를 진다.³⁾ 그러나 그 반대의 경우도 마찬가지이다. 법정 밖에서의 사건은 가끔 법정 내에

2) 연방헌법 제3조 (사법권, 법원, 법관).

- ① 미합중국의 사법권은 1개의 연방대법원에, 그리고 연방의회가 수시로 제정·설치하는 하급법원들에 속한다. 연방대법원 및 하급 법원의 법관은 부적절하게 처신하지 않는 한 그 직을 유지하며, 그 직무에 대하여는 정기적으로 보수를 받으며, 그 보수는 재직 중에 감액되지 않는다.
- ② 1. 사법권은 이 헌법과 합중국 법률 그리고 합중국의 권한에 의하여 체결되었거나 체결될 조약으로 인하여 발생하는 모든 보통법상 및 형평법상의 사건, 대사와 그 밖의 외교 사절 및 영사에 관한 모든 사건, 해상 재판 및 해상 관할에 관한 모든 사건, 합중국이 한 편의 당사자인 쟁송, 2개의 주 및 다른 주로부터 부여받은 토지의 권리를 주장하는 같은 주의 시민 사이의 쟁송, 그리고 어떤 주나 그 주의 시민과 외국, 외국 시민 또는 외국 신민 사이의 쟁송에 미친다.
2. 대사와 그 밖의 외교 사절 및 영사에 관한 사건과, 주가 당사자인 사건은 연방대법원이 원심 재판관할권을 가진다. 그 밖의 모든 사건에서는 연방대법원이 연방의회가 정하는 예외의 경우를 제외하고, 연방의회가 정하는 규정에 따라 법률 문제와 사실 문제에 관하여 상소심 재판관할권을 가진다.
3. 생략

3) Colorado River Water Conservation Dist. v. United States, 424 U.S. 800, 817 (1976).

서의 사건을 추월하고, 소송을 제기한 당사자가 소송에서 얻을 수 있었던 구제책을 소송 밖에서 확보하는 경우도 있다. 이러한 경우 연방법원은 권리보호이익이 없다고 보아 사건을 각하해야 한다.⁴⁾ 이는 연방법관들이 상담사나 학자가 아니기 때문이다. 그들은 당사자나 자신들의 호기심을 자극하는 가정적인 질문(hypothetical questions)을 제기할 자유가 없다. 연방법원이 사건이나 다툼에 관해서만 결정할 수 있는 제한된 권한을 부여받고 있다는 것은 법정 밖에서 ‘계속되는 효력’(continuing effect)을 미치지 않는 과거의 행위에 대하여 판결을 내리는 것이 판결을 회피하는 것만큼이나 불가능하다는 것을 의미한다.⁵⁾

그렇다고 해서 피고가 소송을 당한 후 문제된 행위를 중단하는 단순한 편법을 통해 ‘자동적으로 권리보호이익을 없앨 수 있다’는 의미는 아니다.⁶⁾ 선례에 따르면, 피고의 ‘문제된 행위의 자발적 중단’은 그 문제된 행위가 ‘재발하지 않을 것으로 합리적으로 기대된다는 것’을 보여줄 수 있는 경우에만 권리보호이익을 소멸시킬 수 있다.⁷⁾ 연방대법원은 이를 ‘막중한 부담’(formidable burden)이라고 묘사해 왔다.⁸⁾ 그 이유는 단순하다. 헌법은 전략(strategy)이 아닌 실체(substance)를 다루기 때문이다.⁹⁾ 이 원칙이 관대하게 적용되는 경우, 피고는 소송을 당한 후 문제된 행위를 중단하여 각하 판결을 받고 나서 다시 그 중단된 행위를 시작할 수 있으며, 심지어 ‘위법한 목적’을 완전히 달성할 때까지 필요에 따라 ‘이 사이클’을 반복할 수도 있다.¹⁰⁾ 진행 중인 사건이나 다툼은 그렇게 쉽게 무마될 수 없으며, 연방법원의 헌법적 권한은 그렇게 쉽게 휘둘릴 수 없다. 피고가 사건의 권리보호이익이 진정으로 상실되었다는 것을 증명하기 위해서는 그 사건이 이전의 상태로 돌아갈 것이라는 ‘합리적인 기대가 없음’(no reasonable expectation)을 입증해야 한다.¹¹⁾ 이는 사인뿐만 아니라 정부가 피고인 경우에도 마찬가지이다.¹²⁾

4) *Already, LLC v. Nike, Inc.*, 568 U.S. 85, 91 (2013).

5) *Spencer v. Kemna*, 523 U.S. 1, 18 (1998).

6) *Already, LLC v. Nike, Inc.*, 568 U.S. 85, 91 (2013).

7) *Friends of the Earth, Inc. v. Laidlaw Environmental Services (TOC), Inc.*, 528 U.S. 167, 189 (2000); and *United States v. W. T. Grant Co.*, 345 U.S. 629, 623-633 (1953).

8) *Friends of the Earth, Inc. v. Laidlaw Environmental Services (TOC), Inc.*, 528 U.S. 167, 190 (2000).

9) *Cummings v. Missouri*, 4 Wall. 277, 325 (1867).

10) *Already, LLC v. Nike, Inc.*, 568 U.S. 85, 91 (2013).

11) *United States v. W. T. Grant Co.*, 345 U.S. 629, 623-633 (1953).

이 사건의 당사자들은 이러한 원칙에 대하여 이의를 제기하지 않았으므로, 본 재판부가 판단해야 할 쟁점은 이 원칙의 적용에 관한 것이다. 본 재판부는 하급심 법원에서와 마찬가지로 이 소각하 청구를 검토하기 위해 피상고인의, 반박되지 않은 주장을 사실로서 받아들인다. 또한 본 재판부는 정부가 제출한 추가적인 증거자료, 즉 피상고인이 ‘현재 입수 가능한 정보에 근거할 때 향후 비행금지명단에 등재되지 않을 것’이라는 진술도 사실로서 받아들인다.

이러한 측면에서 검토할 때 이 사건에는 권리보호이익이 있다. 그 이유를 설명하는 데는 피상고인의 청구 내용을 살펴보는 것으로 충분하다. 피상고인은, FBI 요원들이 자신이 다녔던 포틀랜드의 모스크에 관하여 심문했으며 동료 종교인에 대한 정보원 역할을 하는 데 동의하지 않으면 비행금지명단 등재를 유지하겠다는 협박을 했다고 주장한다. 아직 반박되지 않은 이 주장을 받아들인다면, ‘현재 입수 가능한 정보’를 근거로 피상고인을 비행금지명단에 재등재하지 않겠다는 정부의 입장은 그의 과거 행적이 그를 명단에 재등재하기에 충분치 않다는 의미일 수 있다. 그러나 연방항소법원이 실시한 것처럼, 정부의 입장 중 어떠한 부분도 피상고인이 향후에 동일하거나 유사한 행위를 할 경우, 즉 특정 모스크에 다니거나 정보원 역할을 해 달라는 새로운 요청을 거부할 경우 정부가 그를 다시 비행금지명단에 등재할 것인지에 대해서는 언급하지 않았다. 간단히 말해서, 정부의 빈약한 진술을 받아들인다 하더라도 정부가 과거에 했던 것으로 혐의가 제기되는 행위를 미래에 다시 하지 않을 것이라는 점이 합리적으로 기대되지 않는다.¹³⁾

정부는 자신들의 진술이 충분하지 않다면 두 가지를 더 고려해 달라고 요청한다. 첫째, 정부가 2016년에 피상고인을 비행금지명단에서 삭제했다는 사실을 강조한다. 정부는 자신들이 소송을 당한 후에야 피상고인을 명단에서 삭제한 것은 인정하지만, 이 재판이 피상고인을 명단에서 삭제한 이후에도 몇 년 동안이나 이어져 왔음을 강조한다. 둘째, 정부는 재판이 진행되는 기간 동안에도 피상고인이 ‘아마도 종교조직에 참여해 왔을 것’이고 동료 종교인들과 교류해 왔을 것이라고 추측한다. 정부는 이러한 점들이 피상고인이 향후에 명단에 재등재될 가능성이 낮음을 증명한다고 주장한다.

12) *West Virginia v. EPA*, 597 U.S. 697, 719 (2022); *Trinity Lutheran Church of Columbia, Inc. v. Comer*, 582 U.S. 449, 457, n. 1 (2017); *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School Dist. No. 1*, 551 U.S. 701, 719-720 (2007).

13) *Friends of the Earth, Inc. v. Laidlaw Environmental Services (TOC), Inc.*, 528 U.S. 167, 190 (2000).

그러나 이러한 정부의 주장 또한 소각하 청구를 정당화하기에는 불충분하다. 피고가 소송에서 문제된 행위를 중단하고 일정 기간 동안 소송을 진행해 왔다고 해서 권리보호이익이 자동적으로 상실되는 것은 아니다. 또한 원고의 행동에 대하여 추측하는 것이 피고의 행위에 관한 부족한 보장을 채워줄 수도 없다. 해당 소송이 새롭게 제기되었든 오래 지속되었든 그리고 문제된 행위가 즉시 재발할 수 있든 향후 적절한 시점에 다시 발생할 수 있든, 문제된 행위가 재발하지 않을 것이라고 합리적으로 기대된다는 점을 증명하는 것은 모든 사건에서 피고가 ‘입증해야 할 부담’이다.¹⁴⁾ 이 사건에서 정부가 제출한 증거는 이 막중한 기준을 충족시키지 못한다.¹⁵⁾

다른 측면에서 정부는 제9연방항소법원이 권리보호이익에 대한 부분과 본안을 혼동하였다고 주장한다. 정부는, 항소법원의 설시를 따르게 되면 각하 판결을 받기 위해서 정부가 애초에 합법적인 근거 없이 피상고인을 비행금지명단에 등재하였다는 점을 인정해야 할 수밖에 없다고 보고 있다. 당사자가 과거의 행위에 대하여 부인하는 것은 때때로 해당 행위가 재발할 가능성이 없음을 입증하는 데 도움을 줄 수 있다.¹⁶⁾ 피고가 ‘소송을 촉발한 행위’가 적절했다는 점을 ‘격렬하게’(vehemently) 주장하는 경우에도 권리보호이익이 종종 상실될 수 있을 것이다.¹⁷⁾ 중요한 점은 피고가 자신의 과거의 행위를 부인하는지가 아니라, 그러한 부인이 향후 행위에 대하여 무엇을 입증할 수 있는가에 있다. 본 재판부는 이러한 사항, 즉 피고의 향후 행위에 대한 가능성만을 고려하여 판결을 내릴 수 있다.

본 재판부의 판결은 어쩔 수 없이 잠정적인 것이다. 정부가 권리보호이익이 없다는 점을 입증하지 못했다고 해서 미래에도 입증할 수 없다는 것은 아니다. 이 사건은 반박되지 않은 사실적 주장들과 간결한 진술만으로 구성된 채 사전심사단계에서 본 재판부에 도달하였다. 사건이 진행되면서 청구 내용이 그대로 사실로 인정되기보다는 검증될 것이며, 다른 사실이 드러나 다른 결론에 이를 수도 있다. 연방 헌법 제3조에 따른 연방법원의 관할권 확보 의무는 소송이 개시되면서 시작되고 소송계속중에도 유지되기 때문에, 법원은 이러한 가능성을 열어두어야 한다.¹⁸⁾

14) *West Virginia v. EPA*, 597 U.S. 697, 719 (2022).

15) *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School Dist. No. 1*, 551 U.S. 701, 719 (2007); and *City of Mesquite v. Aladdin’s Castle, Inc.*, 455 U.S. 283, 288-289 (1982).

16) *County of Los Angeles v. Davis*, 440 U.S. 625, 632-633 (1979).

17) *Already, LLC v. Nike, Inc.*, 568 U.S. 85, 91 (2013).

18) *Spencer v. Kemna*, 523 U.S. 1, 18 (1998).

현재로서는 ‘이러한 국가안보와 관련된 사건의 맥락에서 권리보호이익에 관한 전통적인 원칙을 준수하는 것이 특히 중요하다’라는 점에 관하여 양 당사자가 동의한 것을 인지한 것만으로 충분하다. 이 사건에서 앞서 서술한 원칙을 따른다면, 아직까지는 정부가 권리보호이익이 없다는 것을 입증할 ‘부담’을 다하지 못했다고 결론내릴 수 있다. 제9연방항소법원의 판결을 확정한다.

2. Alito 대법관의 보충의견(2인 의견)¹⁹⁾

나는 법정의견에 동의한다. 그러나 정부가 권리보호이익이 없다는 점을 입증하기 위해 피상고인, 피상고인의 대리인, 법원에 기밀정보를 공개해야 한다는 것을 의미하지는 않는다는 점을 분명히 하기 위해 보충의견을 작성한다. 적어도 몇몇 사건에서는 비행금지명단의 등재 및 삭제의 이유에 관한 민감한 정보를 정부에 요구하는 것이 항공 보안과 테러 예방이라는 정부의 중대한 이익을 훼손시킬 수 있다. 실제로 600개가 넘는 지방법원은 기밀문서를 다루는 데 익숙하지 않으며 대부분의 법원 직원은 기밀정보를 취급할 권한이 없다. 이러한 한계를 생각해 보았을 때, 기밀정보를 당연히 공개해야 한다는 법정의견을 이해할 수 없다. 기밀이 아닌 정보 또는 이 사건이나 다른 사건의 증거개시절차에서 원고로부터 입수한 정보만으로도 위법한 등재 행위가 다시 발생하지 않을 것이라는 것을 입증하고 권리보호이익이 없다는 것을 보여주기에 충분할 수 있다.

Ⅲ. 판결의 의의

이번 연방대법원 판결은 피고가 소송을 당한 후에 문제된 행위를 중단할 경우 권리보호이익이 자동적으로 상실되는지에 관하여 다루었다. 이 사건의 원고이자 피상고인인 Fikre는 적법한 절차 없이 비행금지명단에 등재되었고 이에 대한 구제절차 역시 통보받지 못하였다. 그는 명단에 등재된 것이 인종, 출신국가, 종교로 인한 것이라고 주장하며 정부의 행위에 대하여 소를 제기하였다. 정부는 소송을 당하자 피상고인을 비행금지명단에서 삭제한 후 법원에 권리보호이익 없음을 근거로 각하 신청을 하였다.

19) Alito, Kavanaugh 대법관의 의견.

법정의견은 정부가 피상고인을 비행금지명단에서 삭제한 행위만으로는 권리보호 이익이 상실되지 않는다고 판단하였다. 그러면서 권리보호이익 없음을 이유로 각하 판결을 받기 위해서는 피고가 문제된 행위를 중단하고 그 행위가 ‘다시 발생하지 않을 것이 합리적으로 기대된다’는 점을 입증해야 한다고 실시하였다. 법정의견은 이 사건에서 정부가 그러한 증거를 제출하지 못했기 때문에 피상고인의 권리보호이익이 여전히 존재한다고 보았다.

한편, 헌법재판소는 헌법소원심판에서 청구인의 권리보호이익을 적법요건으로 하고 있다. 권리보호이익을 요건으로 하는 것은 무익한 헌법소송제도의 이용을 통제하기 위한 목적을 가지고 있으며, 권리보호이익은 원칙적으로 헌법소원을 제기하는 시점뿐만 아니라 결정을 선고하는 시점에도 존재하여야 한다.²⁰⁾ 그러나 권리보호이익이 존재하지 않더라도 헌법재판소는 객관적인 헌법질서의 보장을 위하여 필요한 경우에는 예외적으로 심판청구의 이익을 인정하여 본안판단을 할 수 있다. 이러한 예외적인 경우는 (i) ‘침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나’ (ii) ‘당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 가지고 있는 경우’를 포함한다.²¹⁾

이번 연방대법원 판결은 정부의 행위가 다시 발생할 가능성이 있기에 피상고인에게 여전히 권리보호이익이 있다고 판단한 것으로, 헌법재판소가 말하는 ‘침해행위가 앞으로도 반복될 위험’이 있는 예외적인 상황에 해당할 것이다. 이러한 측면에서 피고가 문제된 행위가 ‘다시 발생하지 않을 것이 합리적으로 기대된다’는 점을 입증해야 한다고 실시한 법정의견은 참고할 가치가 있어 보인다.

20) 헌재 2016. 4. 28. 2015헌마1177등, 판례집 28-1하, 141, 142. 성낙인, 헌법학, 법문사, 2023, 912면.

21) 헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 51. 성낙인, 헌법학, 법문사, 2023, 914면.

최신 세계헌법판례

프랑스

- 「이민을 통제하고, 통합을 개선하기 위한 법률」에 대한
사전적 위헌법률심판 / 책임연구관 한동훈
- 「디지털 공간의 안정 및 규제를 위한 법률」에 대한
사전적 위헌법률심판 / 책임연구관 한동훈

「이민을 통제하고, 통합을 개선하기 위한 법률」에 대한 사전적 위헌법률심판¹⁾

I. 사건개요

프랑스 정부는 최근 프랑스 사회에서 문제가 되었던 불법 체류자의 범죄행위에 대한 대처를 강화하고, 건설 현장이나 식당 등과 같이 노동력을 구하기 어려운 분야의 노동력 수요를 충족시키게 하는 등의 목적을 위해 2023년 2월 1일에 ‘이민을 통제하고, 통합을 개선하기 위한 정부제출법률안’(Projet de loi pour contrôler l’immigration, améliorer l’intégration)을 프랑스 상원에 제출하였다.

프랑스 상원은 제1독회에서 이 정부제출법률안에 상당한 수정을 하였으며, 수정된 법률안은 2023년 11월 14일에 가결되어 하원(Assemblée nationale)으로 이송되었다. 그러나 하원은 2023년 12월 11일의 제1독회에서 이 수정법률안을 거부하였다. 이에 따라 하원과 상원은 타협안을 도출하기 위해 양원동수위원회(commission mixte paritaire)를 구성하였고, 양원동수위원회는 2023년 12월 19일 타협안을 도출하였다. 그리고 이 타협안에 대해서 상원과 하원이 2023년 12월 19일에 각각 가결함으로써 「이민을 통제하고, 통합을 개선하기 위한 법률」(LOI n° 2024-42 du 26 janvier 2024 pour contrôler l’immigration, améliorer l’intégration, 이하 ‘심판대상법률’이라 한다)²⁾이 제정되었다.

대통령, 하원의장 및 60인 이상의 하원의원들은 2023년 12월 26일에, 60인 이상의 상원의원들은 2023년 12월 27일에 각각 프랑스 헌법 제61조 제2항³⁾의 규정에 근거하

1) **Decision n° 2023-863 DC du 25 janvier 2024.**

2) 「이민을 통제하고, 통합을 개선하기 위한 법률」은 제1장 체류 수단의 통제 및 불법 이민의 방지(제1조에서 제19조), 제2장 노동 및 언어를 통한 외국인의 보다 나은 통합의 보장(제20조에서 제34조), 제3장 공적 질서에 심각한 위협을 나타내는 외국인 격리 조치의 개선(제35조에서 제46조), 제4장 격리 결정의 효과적 집행을 위한 규정(제47조에서 제52조), 제5장 외국인에 대한 착취의 제재 및 국경 통제(제53조에서 제61조), 제6장 망명 시스템의 구조적 개선(제62조에서 제71조), 제7장 외국인의 입국, 체류 및 격리에 관한 소송규정의 간소화(제72조에서 제79조), 제8장 해외령에 대한 규정(제80조에서 제86조)으로 구성된 방대한 법률이다.

3) 프랑스 헌법 제61조 ① 조직법률은 공포되기 전에, 헌법 제11조에서 언급된 법률안은 국민투표에 회부되기 전에, 의회의 의사규칙은 시행되기 전에 헌법재판소에 회부된다. 헌법재판소는 조직법률, 법률안, 의사규칙이 헌법에 합치되는지를 선고한다.

여 프랑스 헌법재판소에 사전적 위헌법률심판을 청구하였다. 청구인들은 심판대상법률의 일부 조항이 정상적인 가족생활을 영위할 권리, 법률 앞의 평등 원칙 등에 반하며, 특히 프랑스 헌법 제45조4)가 규정하는 입법절차에 반한다고 주장하였다.

프랑스 헌법재판소는 2024년 1월 25일의 결정을 통해 심판대상법률 가운데 35개 항에 대해서 위헌으로 판단하였으며, 이 가운데 32개 항에 대해서는 프랑스 헌법 제45조가 규정하는 입법절차에 반한다는 사유로 위헌으로 판단하였다. 아래에서는 프랑스 헌법재판소가 프랑스 헌법 제45조에 근거하여 위헌으로 판단한 부분을 중심으로 살펴보고자 한다.

II. 주문

1. 심판대상법률 제1조 1°의 제2항 및 2°, 제3조, 제4조, 제5조, 제6조, 제8조, 제9조, 제10조, 제11조, 제12조, 제13조, 제14조 IV의 제1항 마지막 문장의 ‘자동적으로’라는 표현, 제15조, 제16조, 제17조, 제18조, 제19조, 제22조, 제24조, 제25조, 제26조, 제32조, 제33조, 제38조, 제45조, 제47조의 III과 IV, 제48조, 제50조, 제58조, 제64조 1°, 제65조, 제67조, 제68조, 제69조 및 제81조는 헌법에 위반된다.

2. 심판대상법률 제14조 II는 판시이유 63에서 실시한 유보 하에 헌법에 합치한다. 심판대상법률 제42조에 따라 개정된 「외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전」(Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile) 제L.732-4조 제1항이 규정하는 ‘1년의’라는 표현, ‘외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전’ 제L.732-4조 제2항 첫 번째 문장의 ‘2’라는 표현 및 ‘외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전’ 제L.732-5조 제1항의 ‘1년의’라는 표현은 판시이유 155에서 실시한 유보 하에 헌법에 합치한다.

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

4) 프랑스 헌법 제45조 ① 동일한 법률을 채택하기 위해 모든 정부제출법률안 및 의원발의법률안은 양원에서 차례로 심의한다. 제40조와 제41조의 적용과 관계없이 모든 수정안은 비록 간접적이더라도 제출된 또는 이송된 법률과 관련성을 가지는 경우 제1독회에서 수리될 수 있다.(밑줄 역자 표시)

Ⅲ. 심판대상조항

사전적 및 추상적 규범통제의 심판대상이 된 조항은 다음과 같다.

이민을 통제하고, 통합을 개선하기 위한 2024년 1월 26일 법률

제1조 「외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전」 제I권 제II절 제III장은 다음과 같이 개정된다:

1° 제L. 123-1조는 다음과 같다:

《제L. 123-1조: 이민 및 통합 정책의 다년간의 방향 설정은 의회에서의 연례 회의의 대상이 된다.

정부는 매년 6월 1일 이전에 ... 에 관하여 의회에 보고서를 제출한다.

뿐만 아니라, 정부는 프랑스의 이민 및 통합 정책에 포함되는 인구통계학적, 경제적, 지정학적, 사회적 및 문화적 조건을 제시한다. 정부는 프랑스의 수용 능력을 구체적으로 제시한다. 정부는 이민 및 통합에 대한 유럽의 정책이 프랑스의 국익에 부합하도록 취한 행동 및 이민 및 통합에 관한 국가정책을 고려하여 지방자치단체가 행한 조치들을 보고한다. ...》

2° 다음과 같은 제L.123-2조가 추가된다:

《제L.123-2조: 의회는 망명을 제외하고 각각의 체류 분류에 대해서 프랑스의 국익을 고려하여 향후 3년간 프랑스에 영구적으로 정착하는 것이 허용된 외국인의 수를 결정한다. 가족 이민 분야의 목표는 이 권리와 관련된 원칙을 존중하면서 수립되어야 한다.》

제2조 「외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전」 제L.333-3조에 다음과 같은 사항이 추가된다:

《항공 또는 해운 운송회사가 어떤 외국인의 난폭한 태도를 이유로 해당 외국인을 재출발시킬 수 없을 때, 국경에서 사람을 통제할 수 있는 권한이 있는 기관만이 해당 외국인을 강제할 권한이 있다.》

제3조 「외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전」 제IV권 제III절 제IV장은 다음과 같이 개정된다:

1° 제L.434-2조는 다음과 같이 개정된다:

- a) 제1항에서 《18》은 《24》로 개정된다.
- b) 《마지막의》라는 표현 다음에, 1°의 끝은 《그리고 재결합될 것을 요구하는 외국인인은 나이가 최소한 21세이다.》라고 규정한다.⁵⁾

2° 제L.434-7조는 다음과 같이 개정된다:

- a) 1°에서 《안정적인》이라는 표현 다음에, 《, 합법적인》이라는 표현이 추가된다.
- b) 다음과 같은 4°가 추가된다: 《자기 자신 또는 자신의 가족 구성원을 위해 질병보험을 가진다.》⁶⁾

3° 제L.434-8조는 다음과 같이 개정된다:

- a) 두 번째로 등장하는 《그리고》는 《,》로 변경한다.
- b) 《그리고 건설 및 주택 법전 제L.821-1조에》라는 표현이 추가된다.⁷⁾

제4조 「외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전」 제L.434-7조 다음에 다음과 같은 제L.434-7-1조가 추가된다.:

《제L.434-7-1조: 가족재결합의 자격에 따른 프랑스에서의 체류 허가는 해당 외국인이 구체적인 필요를 충족시키기 위한 아주 단순한 진술과 친숙한 일상적 표현을 통

5) 심판대상법률 제3조 1°의 개정사항이 반영되면 「외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전」 제L.434-2조가 다음과 같이 개정된다.

외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전 제L.434-2조 본 법전 또는 국제협약에서 규정한 최소 1년의 유효기간이 있는 증서 중의 하나를 통해서 프랑스 내에서 최소 24개월 합법적으로 체류한 외국인은 1° 18세 이상의 배우자(그리고 재결합될 것을 요구하는 외국인은 나이가 최소한 21세이다) 또는 2° 18세 이상의 자신의 자녀에 의해 가족재결합에 대한 권리를 요구할 수 있다.

6) 심판대상법률 제3조 2°의 개정사항이 반영되면 「외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전」 제L.434-7조가 다음과 같이 개정된다.

외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전 제L.434-7조 가족재결합을 신청한 외국인은 다음과 같은 조건을 충족한 경우 가족재결합의 자격이 인정된다. 즉, 1° 신청한 외국인이 자신의 가족을 부양할 정도로 안정적이고, 합법적이며, 그리고 충분한 자력을 증명하고, 2° 자신의 가족이 프랑스에 도착할 때 동일한 지역에 살고 있는 비슷한 수준의 가족에게 정상적인 것으로 간주되는 주거를 보유하거나, 보유할 예정이며, 3° 공화국의 법률에 부합하게, 접수 국가인 프랑스에서의 가족생활을 규율하는 본질적 원칙을 따라야 하며, 4° 자기 자신 또는 자신의 가족 구성원을 위해 질병 보험을 가져야 한다.

7) 심판대상법률 제3조 3°의 개정사항이 반영되면 「외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전」 제L.434-8조가 다음과 같이 개정된다.

외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전 제L.434-8조 제L.434-7조 1°에 규정된 자력을 평가함에 있어서, 사회보장적 활동 및 가족 법전 제L.262-1조, 사회보장법전 제L.815-1조, 노동법전 제L.5423-1조 및 제L.5423-2조, 그리고 건설 및 주택 법전 제L.821-1조에 규정된 가족 수당, ... 기타 수당을 제외하고, 신청자 및 신청자의 배우자의 모든 자력이 고려된다.

해서 기초적으로 의사소통할 수 있는 프랑스어 지식을 일체의 수단을 통해서 사전에 최소한 관계 기관에 증명하는 것을 조건으로 해당 외국인에 대해서 발급된다.》

제5조 「외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전」 제IV권 제III절 제IV장 섹션 3은 다음과 같이 개정된다:

1° 제L.434-10조 다음에 다음과 같은 제L.434-10-1조가 추가된다:

《제L.434-10조: 해당 외국인이 거주하는 꼬뮌(commune)의 시장 또는 해당 외국인이 정착을 희망하는 지역의 시장은 제L.434-12조에서 규정한 국사원의 데크레(décret)⁸⁾가 정하는 기간 내에 해당 외국인의 주거 및 재산 상황을 확인한다. 이 기간 내에 시장의 의견이 없는 경우, 시장의 의견은 부정적인 것으로 간주된다.》

2° 제L.434-11조 다음에 다음과 같은 제L.434-11-1조가 추가된다:

《심리 과정에서 수집된 정보가 신청의 부정한 성격 또는 거짓 신고라는 의심이 들게 하는 경우에, 가족재결합 신청을 심리하는 관계 기관은 해당 외국인이 거주하는 시장에게 또는 해당 외국인이 정착을 희망하는 지역의 시장에게 해당 외국인의 주거 및 재산 상황을 현장에서 확인하도록 요구할 수 있다.》

제35조 I. 「외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전」은 다음과 같이 개정된다:

...

2° 제VI권 제III절 제I장은 다음과 같이 개정된다:

a) 제L.631-2조는 다음과 같이 개정된다:

- 마지막 항의 전항은 다음과 같다: 《본 조의 규정에 대한 예외로, 본 조 1°내지 4°에서 규정한 외국인이 이미 3년 이상의 금고로 처벌되는 범죄행위를 이유로 최종 판결의 대상이 된 경우에, 해당 외국인은 제L.631-1조의 적용에 따라 추방 결정의 대상이 될 수 있다.》
- 다음과 같은 3개의 항이 추가된다: 《본 조의 규정에 대한 예외로, 본 조 1°내지 4°에서 규정한 외국인의 추방 결정의 원인이 되는 행위가 자신의 배우자, 직계

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

존속, 자신의 자녀 또는 자신이 친권을 행사하는 일체의 자녀에게 행해진 경우
에, 해당 외국인은 제L.631-1조의 적용에 따라 추방 결정의 대상이 될 수 있다.

본 조의 규정에 대한 예외로, 본 조 1°내지 4°에서 규정한 외국인의 추방 결정의
원인이 되는 행위가 … 선출직 공직자 및 형법전 제222-12조 4° 및 4°의 2와 형법전
제L.222-14-5조가 규정하는 일체의 사람에게 행해진 경우에, 해당 외국인은 제L.631-1
조의 적용에 따라 추방 결정의 대상이 될 수 있다.

본 조의 규정에 대한 예외로, 체류의 불법성이 제L.432-4조에 따른 체류증 취소 결
정 또는 제412-5조 또는 제L.432-3조 1°에 근거한 체류증 갱신 거부 결정에 근거하는
경우를 제외하고, 체류의 관점에서 불법적인 상황에 있는 본 조 1°내지 4°에서 규정
한 외국인은 제L.631-1조의 적용에 따라 추방 결정의 대상이 될 수 있다.》

b) 제L.631-3조는 다음과 같이 개정된다:

- 제1항에서 《국가》라는 말 다음에, 《제L. 412-7조에 규정된 공화국의 원칙에 대
한 고의적 위반 및 특별한 위험》이라는 표현이 추가된다.⁹⁾
- 5°에서 《실제로》라는 말은 삭제된다.
- 마지막 항의 전항에서 《3°과 4°》는 《1°내지 5°》로 변경되며, 《배우자》 다음에
《직계존속》이 추가된다.
- 마지막 항은 다음과 같은 3개의 항으로 대체된다:

《본 조의 규정에 대한 예외로, 본 조 1°내지 5°에서 규정한 외국인이 이미 5년 이
상의 금고로 처벌되는 범죄행위 또는 동일한 형벌로 처벌되는 범죄행위의 반복을 이
유로 최종 판결의 대상이 된 경우에, 해당 외국인은 제L.631-1조의 적용에 따라 추방
결정의 대상이 될 수 있다.

본 조의 규정에 대한 예외로, 본 조 1°내지 5°에서 규정한 외국인의 추방 결정의
원인이 되는 행위가 … 선출직 공직자 및 형법전 제222-12조 4° 및 4°의 2와 형법전
제L.222-14-5조가 규정하는 일체의 사람에게 행해진 경우에, 해당 외국인은 제L.631-1
조의 적용에 따라 추방 결정의 대상이 될 수 있다.

9) 심판대상법률 제35조 1 2° b)의 개정사항이 반영되면 「외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전」 제
L.631-3조 제1항은 다음과 같이 개정된다.

외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전 제L.631-3조 제1항 그 행위가 국가의 근본적 이익을 침해할
수 있거나, 제L.412-7조에 규정된 공화국의 원칙에 대한 고의적 위반 및 특별한 위험을 초래하거나,
테러 행위에 관계되는 행동, 또는 특정한 사람 또는 단체에 대한 차별, 증오 또는 폭력을 조장하는
명시적 및 고의적 행위가 있는 경우에만 추방결정의 대상이 될 수 있다.

본 조의 규정에 대한 예외로, 체류의 불법성이 제L.432-4조에 따른 체류증 취소 결정 또는 제412-5조 또는 제L.432-3조 1°에 근거한 체류증 갱신 거부 결정에 근거하는 경우를 제외하고, 체류의 관점에서 불법적인 상황에 있는 본 조 1°내지 4°에서 규정한 외국인은 제L.631-1조의 적용에 따라 추방 결정의 대상이 될 수 있다.》

제38조 「외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전」은 다음과 같이 개정된다:

1° 다음과 같은 하나의 항이 제L.331-2조에 추가된다:

《2016년 3월 9일의 유럽의회 및 유럽연합 이사회 규칙 2016/399 제6조에 규정된 입국 조건을 충족하지 않고, 외부 국경을 통과할 때 검사를 받는 외국인이 제L.142-1조 3°에 규정된 지문채취 및 사진촬영에 따르는 것을 명백히 거부하는 경우에, 사법경찰관 및 사법경찰관의 통제 하에 있는 사법경찰리는 검사에게 사전에 이를 알린 다음에 해당 외국인의 동의 없이 지문채취 및 사진촬영을 진행한다. 해당 외국인은 자신이 거부할 경우의 결과를 정식으로 통지받아야 한다. 18세 이상의 외국인에만 해당될 수 있는 이와 같은 강제력의 사용은 본 조항의 목적에 부합하고, 엄격하게 비례적이며, 해당 외국인의 취약성을 고려해야 한다. ...》¹⁰⁾

10) 이외의 심판대상법률의 주요내용은 다음과 같다. 즉 i) 제6조 및 제8조는 가족적 사유를 통해서 체류증을 발급받기 위해서 해당 외국인이 프랑스 국민 또는 프랑스 체류증을 소지하는 외국인과의 관련성에 관한 일부 조건을 개정하는 규정이며, ii) 제9조 및 제10조는 해당 외국인의 건강상태와 관련된 사유로 체류증을 발급받는 일부 조건을 개정하는 규정이며, iii) 제11조, 제12조 및 제13조는 학업적 동기를 이유로 체류증을 발급받는 일부 조건 및 일부 고등 교육 시설에 대한 외국 학생의 등록비에 관한 규정이며, iv) 제15조는 불법적 상황에 있는 외국인의 경우 일 드 프랑스(Île de France) 지역에서 일정한 기준을 충족하는 사람들에게 부여하는 교통비 혜택을 제외하는 규정이며, v) 제16조는 프랑스에 별장을 소유한 영국인의 경우 장기 체류 비자가 자동적으로 발급되도록 하는 규정이며, vi) 제17조는 성년인 외국인의 불법 체류에 대해서 벌금을 부과하는 규정이며, vii) 제19조는 비유럽연합 국가 출신의 외국인의 경우 주거권의 혜택, 개인 주택 지원 등에 관한 자격을 최소 5년 이상 프랑스에 거주하거나, 최소 30개월 이상 직업 활동에 종사할 것을 조건으로 규정하고 있으며, viii) 제24조, 제25조, 제26조 및 제81조는 국적에 관한 프랑스 민법전의 일부 규정을 개정하고 있으며, ix) 제47조 III과 IV는 국제 개발 원조(aide internationale au développement)는 불법 이민 퇴치와 관련된 국가 간의 협력의 정도를 고려해야 한다는 규정이며, x) 제67조는 일정한 부류의 노숙자 또는 조난자에 대한 긴급 숙소 제공 조건을 개정하는 규정이다.

IV. 판단

1. 심판대상법률 제1조에 대한 판단

1) 심판대상법률 제1조는 이민 정책에 대한 연례 회의의 개최를 규정하고, 정부가 의회에 제출하는 이민 정책에 대한 연례 보고서에 포함되는 내용을 보충하기 위해서 「외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전」 제L.123-1조를 개정한다. 그리고 심판대상법률 제1조는 의회가 프랑스에 정착할 수 있는 외국인 수를 정할 수 있도록 규정하는 제 L.123-2조를 「외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전」에 새롭게 추가한다(판시이유 3).

2) 하원의장은 정상적인 가족생활을 영위할 권리(droit de mener une vie familiale normale), 사생활에 대한 존중권(droit au respect de la vie privée), 법률 앞의 평등 원칙(principe d'égalité devant la loi), 의회의 의사일정을 규정하는 헌법적 요청에 반한다고 주장하였다. 하원의원들 및 상원의원들은 의회의 의사일정을 규정하는 헌법적 요청에 반한다고 주장하였다(판시이유 4).

3) 상원의원들은 심판대상법률 제1조가 이민 분야에서 구속력이 없는 목표를 규정함으로써 법률의 규범성(normativité de la loi)의 요청을 위반하였다고 주장하였다. 그리고 상원의원들은 심판대상법률 제1조가 설사 규범적인 효력을 가진다고 하더라도, 프랑스가 정하는 쿼터에 도달하기 전과 후로 외국인의 체류 신청을 구분하기 때문에 외국인들을 부당하게 차별적으로 취급한다고 주장하였다(판시이유 5).

4) 심판대상법률 제1조는 이민 및 통합정책에 관한 다년간의 방향설정에 대해서 의회에서 연례 회의를 개최하도록 하며, 정부가 의회에 관련 보고서를 제출할 것을 규정하고 있다. 그리고 심판대상법률 제1조는 의회가 망명을 제외하고 각각의 체류 분류에 대해 국익을 고려하여 향후 3년간 프랑스에 영구적으로 정착할 수 있는 외국인 수를 정할 수 있도록 하고, 가족적 이민 분야의 경우 가족 이민에 부과된 원칙을 존중하면서 그 목표를 수립할 것을 구체적으로 규정하고 있다(판시이유 6).

5) 헌법 제48조¹¹⁾ 및 다른 어떤 헌법적 요청도 의회(Parlement)가 본회의에서의 회

11) 프랑스 헌법 제48조 ① 의회의 의사일정은 제28조의 마지막 3개항(제2항·제3항·제4항)과 별도로, 양원이 각각 결정한다.

의의 조직 또는 이민 분야에서 수량화된 일정한 목표를 정할 수 있다고 규정하지 않는다. 이와 같은 권한은 정부의 권한 또는 하원과 상원이 각자 의사일정을 정하는 헌법상의 권한을 침해할 수 있다(판시이유 7).

6) 따라서 다른 청구이유를 살펴볼 필요 없이, 심판대상법률 제1조 1°의 제2항 및 2°는 헌법에 반한다(판시이유 8).

7) 의회의 정보제공을 보장하기 위해 보고서의 제출을 규정하고 있는 심판대상법률 제1조의 나머지 항은 앞에서 언급한 헌법적 요청 및 다른 헌법적 요청에 반하지 않았으며, 따라서 헌법에 합치한다(판시이유 9).

2. 심판대상법률 제2조에 대한 판단

1) 심판대상법률 제2조는 일정한 조건 하에 외국인의 경로변경의 조건을 구체적으로 규정하기 위해서 「외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전」 제L.333-3조를 개정한다(판시이유 10).

2) 하원의원들은 심판대상법률 제2조가 제1독회에서 헌법 제45조에 반하는 절차에 따라 도입되었기 때문에 심판대상법률에 규정될 수 없다고 주장하였다(판시이유 11).

3) 헌법 제45조 제1항 제2문은 《제40조와 제41조의 적용과 관계없이 모든 수정안은 비록 간접적이더라도 제출된 또는 이송된 법률과 관련성을 가지는 경우 제1독회에서 수리될 수 있다.》라고 규정한다. 이와 같은 절차적 규정을 위반하여 도입된 법률규정이 헌법에 반하는지에 대해 선언하는 것은 헌법재판소의 권한이다. 헌법재판소의 일관된 판례에 따르면, 헌법재판소는 수정안의 목적과 의회 사무국에 처음 제

② 4주의 회기 중 2주는 정부가 정한 순서에 따라 정부가 의사일정에 등록을 요구하는 법안의 검토와 토의에 우선적으로 할애된다.

③ 또한, 재정법률안과 사회보장제도 자금조달법률안, 다음 항의 규정의 유보 하에 다른 원에서 회부된 지 최소한 6주 이상된 법안, 위기상황과 관련된 법률안 및 제35조에서 관련된 허가요구는 정부의 요구가 있을 시 우선적으로 의사일정에 등록된다.

④ 4주의 회기 중 한 주는 각각의 원에 의해 정해진 순서에 따라 정부행동의 통제와 공공정책의 평가에 우선적으로 할애된다.

⑤ 한 달 중의 하루의 회기는 관련된 의회의 반대 그룹, 소수와 그룹의 발의로 각각의 원에 의해 결정된 의사일정에 할애된다.

⑥ 제29조에 정해진 임시회기를 포함하여 최소한 매주 1회의 회기는 의회구성원의 질문과 정부의 답변에 우선적으로 할애된다.

출된 법률안의 규정 가운데 적어도 하나의 규정의 목적과 관련성이 있는지를 판단한다. 헌법재판소는 이와 같은 관련성이 간접적으로라도 확인될 수 없는 경우에만 해당 법률규정이 헌법 제45조에 반하는 것으로 선언한다. 헌법재판소는 최초의 법률안을 서술한 다음, 위헌으로 선언되는 각각의 법률규정에 대해서 최초의 법률안과 간접적인 관련성조차 없다고 보아야 하는 이유를 서술한 후 이와 같은 관련성의 존재에 대해서 평가한다. 이 경우에 헌법재판소는 이들 법률규정의 내용이 다른 헌법적 요청에 합치하는지에 대해서 미리 판단하지 않는다(판시이유 12).

4) 심판대상법률은 8장, 86개 조항으로 구성되어 있지만, 상원의 사무국에 2023년 2월 1일에 제출된 원래의 정부제출법률안(Projet de loi pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration)은 6장, 27개 조항으로 구성되어 있었다(판시이유 13).

5) 정부제출법률안 제I장은 일정한 체류증의 경우 최소한의 프랑스어 능력이 있는 자에게만 발급된다는 점, 프랑스어를 사용하지 않는 외국인 노동자의 언어교육에 대한 사용자의 기여에 관한 사항, 노동력을 구하기 어려운 분야에서 일하는 외국인을 위한 임시체류증에 관한 사항, 일정한 망명권 신청자의 노동시장에 대한 접근방법의 개정에 관한 사항, 전문직에게 발급되는 '재능'(talent)이 기재된 체류카드에 관한 개정과 관련된 사항, 일정한 의료직에 대한 체류카드의 창설에 관한 사항 등을 규정하고 있다(판시이유 14).

6) 정부제출법률안 제II장은 추방조치 또는 프랑스 영토를 떠나도록 하는 결정을 받는 외국인의 조건에 대한 개정사항, 불법적 상황에 있는 외국인의 지문채취 및 사진촬영을 위한 강제력의 허용에 관한 사항, 16세 미만의 미성년자를 동반한 외국인의 경우 행정적 구금시설에 구금을 금지하는 것에 관한 사항, 일정한 체류 관련 서류의 발급 또는 취소와 관련하여 공화국의 원칙을 존중할 것이라는 약속, 프랑스 내에서 실제적 및 상설적 거주지의 확립, 공적 질서에 대한 심각한 위협이 없다는 것과 같은 새로운 기준을 도입하는 것에 관한 사항을 규정하고 있다(판시이유 15).

7) 정부제출법률안 제III장은 조직범죄의 형태로 프랑스 국내로 불법적인 입국하는 것을 방조한 행위에 대한 형사처벌의 강화, 취약한 사람들에게 부적합한 주택을 제공하는 사람들에 대한 형사처벌의 강화, 관광객에 대한 정보제공 및 승인에 관한 유럽연합의 법률과 프랑스 국내법과의 조화, 국경지역의 경찰에 대한 특정 차량에 대

한 수색의 허용, 새로운 비자 발급 거부 및 프랑스로의 입국 금지 사유의 창설 등에 관한 사항을 규정하고 있다(판시이유 16).

8) 정부제출법률안 제IV장은 프랑스 지방에 ‘프랑스 망명센터’(France asile)의 설립 및 ‘망명권 법원’(Cour nationale du droit d’asile)의 조직의 개정에 관한 사항을 규정하고 있다(판시이유 17).

9) 정부제출법률안 제V장은 출입국과 관련한 외국인의 소송에 관한 규정을 개정하는 내용을 포함하고 있다(판시이유 18).

10) 정부제출법률안 제VI장은 정부가 법률명령(ordonnance)¹²⁾을 통해서 일정한 프랑스 해외령의 경우 본 법률의 규정에 적용조치를 규정하고 실행을 위한 조건을 정할 수 있다는 점을 포함하고 있다(판시이유 19).

11) 심판대상법률 제2조는 외국인이 입국이 거부된 이후에, 항공 또는 해운 운송회사가 난폭한 태도를 이유로 해당 외국인을 재출발시킬 수 없는 경우에는 국경에서 사람을 통제할 권한이 있는 기관만이 해당 외국인을 강제할 권한이 있다고 규정하고 있다(판시이유 20).

12) 제1독회에서 도입된 심판대상법률 제2조는 추방조치 또는 프랑스 영토를 떠나도록 하는 결정의 대상이 되는 외국인의 조건에 관한 사항을 규정하고 있는 최초의 정부제출법률안 제9조 및 제10조의 규정과 비록 간접적이라도 관련성이 없다고 볼 수는 없다. 따라서 헌법 제45조 제1항의 규정에 반한다는 청구이유는 배척되어야 한다(판시이유 21).

13) 따라서 심판대상법률 제2조는 헌법에 합치되는 절차에 따라 채택되었다(판시이유 22).

12) ‘법률명령(ordonnance)’에 대해서 프랑스 헌법 제38조 제1항은 “정부는 국정수행을 위하여 법률의 소관사항에 속하는 조치를 일정한 기간 동안 법률명령으로써 행할 수 있도록 승인해줄 것을 의회에 요구할 수 있다.”고 규정한다. 법률명령은 법률사항에 개입하여 법률을 개폐할 수 있는 행위이며 국가원수의 정치적 의견을 반영하는 조치로서의 성격을 가진다. 한국법제연구원, 프랑스 법령용어집, 2008, 568면.

3. 심판대상법률 제3조, 제4조 및 제5조에 대한 판단

1) 심판대상법률 제3조, 제4조 및 제5조는 가족재결합의 혜택을 볼 수 있는 조건에 관한 규정이다(판시이유 23).

2) 하원의원들 및 상원의원들은 심판대상법률 제3조, 제4조 및 제5조가 제1독회에서 헌법 제45조에 반하는 절차에 따라 도입되었기 때문에 심판대상법률에 규정될 수 없다고 주장하였다(판시이유 24).

3) 하원의장은 내용적인 측면에서 심판대상법률 제3조가 정상적인 가족생활을 영위할 권리, 사생활에 대한 존중권 및 법률 앞의 평등 원칙에 합치하는지에 대해 헌법재판소가 판단해 줄 것을 청구하였다. 또한, 하원의원들 및 상원의원들은 심판대상법률 제3조가 정상적인 가족생활을 영위할 권리 및 법률 앞의 평등 원칙 등에 반한다고 주장하였다(판시이유 25).

4) 심판대상법률 제3조는 가족재결합의 혜택을 볼 수 있는 조건을 개정하기 위해서 「외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전」 제L.434-2조, 제L.434-7조 및 제L.434-8조를 개정한다(판시이유 28).

5) 심판대상법률 제4조는 가족재결합의 자격으로 프랑스에서 체류 허가증을 발급받기 위해서는 해당 외국인이 사전에 일정한 수준의 프랑스어 능력을 증명할 것이라는 조건을 부여하기 위해서 「외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전」에 새로운 제L.434-7-1조를 추가하는 규정이다(판시이유 29).

8) 심판대상법률 제5조는 가족재결합과 관련된 신청의 범주에서 해당 외국인이 거주하는 코뮌(commune)의 시장 또는 해당 외국인이 정착을 희망하는 코뮌의 시장은 일정한 기간 내에 해당 외국인의 주거 및 재산 상황을 확인하며, 이 기간 내에 시장의 의견이 없는 경우 부정적인 의견으로 간주한다는 점과 이와 같은 신청에 부정한 성격 또는 거짓이 있었는지에 대해서 의심이 드는 경우 관계 기관이 시장에게 그 확인을 요구할 수 있다는 점을 규정하는 제L.434-10-1조와 제L.434-11-1조를 「외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전」에 추가하는 것이다(판시이유 30).

9) 제1독회에서 새롭게 들어온 심판대상법률 제3조, 제4조 및 제5조는 합법적인 상

황에 있는 어떤 외국인이 가족재결합의 자격으로 자신의 가족과 다시 결합하는 것을 허용하는 일부 조건을 수정하는 것을 그 목적으로 한다. 심판대상법률 제3조, 제4조 및 제5조는 프랑스에 합법적으로 체류하는 외국인의 경우에 다년 체류카드의 발급을 위해서 최소한의 프랑스어 수준을 요구하는 최초의 정부제출법률안 제1조의 규정, 노동력을 구하기 어려운 분야에서 일하는 외국인에게 발급되는 임시체류증에 관한 사항을 규정하는 최초의 정부제출법률안 제3조의 규정, 전문직에게 발급되는 ‘재능’(talent)이 기재된 체류카드에 관한 사항을 규정한 최초의 정부제출법률안 제6조의 규정 또는 일정한 의료직에 대한 체류카드의 창설에 관한 사항을 규정한 최초의 정부제출법률안 제7조의 규정과 간접적인 관련성조차 없다. 이들 규정은 상원 사무국에 제출된 정부제출법률안의 다른 규정과도 비록 간접적이라도 관련성이 없다(판시이유 31).

10) 헌법재판소는 다른 청구이유를 살펴볼 필요가 없으며, 심판대상법률 제3조, 제4조 및 제5조의 내용이 다른 헌법적 요청에 합치하는지에 대해서 미리 판단하지 않는다. 헌법재판소는 심판대상법률 제3조, 제4조 및 제5조가 헌법에 반하는 절차에 따라 채택되었으며, 헌법에 반한다는 점을 확인한다(판시이유 32).¹³⁾

4. 심판대상법률 제35조에 대한 판단

1) 심판대상법률 제35조 I의 2°는 「외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전」 제L.631-2조 및 제L.631-3조를 개정하여, 일정한 부류의 외국인이 추방결정의 대상이 될 수 있는 경우를 확대한다(판시이유 111).

2) 하원의원들 및 상원의원들은 심판대상법률 제35조 I의 2°가 일정한 부류의 외국인의 경우 추방조치에 대한 보호의 예외를 과도하게 확대한다고 주장한다. 하원의원들은 심판대상법률 제35조 I의 2°가 《공화국의 원칙에 대한 고의적 위반 및 특별한 위협》이 있는 경우 추방결정이 내려질 수 있다고 규정하고 있는데 이는 명확성이 결여된 규정이며, 심판대상법률 제35조 I의 2° 전체는 형벌개별화원칙(principes d'individualisation

13) 프랑스 헌법재판소는 심판대상법률 제6조, 제8조, 제9조, 제10조, 제11조, 제12조, 제13조, 제15조, 제16조, 제17조, 제18조, 제19조, 제24조, 제25조, 제26조, 제32조, 제33조, 제45조, 제48조, 제50조, 제58조, 제65조, 제67조, 제68조, 제69조, 제81조 등에 대한 판시에서도 동일한 판례이론을 적용하여 위헌으로 판단하였다.

des peines), 무죄추정원칙 및 법률 앞의 평등 원칙 등에 반한다고 주장하였다. 그리고 상원의원들은 해당 외국인은 비록 프랑스와 특별한 관계를 증명한다고 하더라도 선고 형이 아닌 법정형에 근거하여 추방이 결정될 수 있으며, 이는 정상적인 가족생활을 영위할 권리, 사생활에 대한 존중권 및 왕래의 자유를 침해한다고 주장하였다.

[심판대상법률 제35조의 규정에 따라 변경된 「외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전」 제L.631-2조 제6항 및 제L.631-3조 제9항과 관련하여]

3) 헌법적 효력을 가지는 어떠한 원칙 및 규정도 외국인에게 프랑스 영토에 입국하고 체류할 수 있는 일반적 및 절대적 성격의 권리를 보장하지 않는다. 외국인의 입국 및 체류 조건은 행정 질서를 위한 조치에 의해 제한될 수 있으며, 이와 관련하여 공권력은 확대된 권한을 가진다. 공적 질서에 대한 침해의 방지와 프랑스 영토에 거주하는 모든 사람에게 인정된 권리 및 자유에 대한 존중 사이의 조화를 보장하는 것은 입법자의 권한이다. 왕래의 자유, 사생활에 대한 존중권 및 정상적인 가족생활을 영위할 권리는 프랑스 영토에 거주하는 모든 사람에게 인정된 권리 및 자유에 속한다(판시이유 113).

4) 입법자는, 헌법적 차원의 보장을 박탈하지 않는 한, 언제든지 필요한 경우 다른 법률규정을 통해서 이전의 법률규정을 개정하거나, 폐지할 수 있다(판시이유 114).

5) 「외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전」 제L.631-1조에 따르면, 행정 기관은 외국인의 프랑스 내 체류가 공적 질서에 대한 심각한 위협이 되는 경우 「외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전」 제L.631-2조 및 제L.631-3조에서 규정하고 있는 외국인에 대한 적합한 조건에 따라 추방을 결정할 수 있다(판시이유 115).

6) 「외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전」 제L.631-2조에서 규정하는 분류 중의 하나에 속하는 외국인은 국가의 안전 또는 공적 안전을 위한 절대적인 필요성이 있는 경우에만 그리고 「외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전」 제L.631-3조가 이를 막지 않는 경우에만 추방결정의 대상이 될 수 있다. 「외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전」 제L.631-3조에서 규정하는 분류 중의 하나에 속하는 외국인은 국가의 근본적 이익을 침해할 수 있는 행동을 하거나 테러 행위에 관계되는 행동을 하거나 특정한

사람 또한 단체에 대한 차별, 증오 또는 폭력을 조장하는 명시적 및 고의적인 행동을 하는 경우에만 추방결정의 대상이 될 수 있다(판시이유 116)

7) 심판대상법률 제35조는 「외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전」 제L.631-2조 및 제L.631-3조의 예외로 「외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전」 제L.631-2조 및 제L.631-3조에서 규정하는 분류 중의 하나에 속하는 외국인은 범죄행위를 이유로 형의 선고를 받는 경우 추방결정의 대상이 될 수 있다고 규정한다(판시이유 117).

8) 우선, 비록 행정기관이 「외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전」 제L.631-2조 및 제L.631-3조에서 규정하고 있는 분류 중의 하나에 속하여 보호되는 외국인의 추방을 결정할 수 있다 하더라도, 행정기관의 결정은 결정의 근거가 되는 사유에 의해 정당화되고 비례적이어야 한다. 이와 관련하여, 행정기관은 명확하고, 정확한 사실에 근거하여 외국인의 프랑스 내 체류가 해당 외국인에 대한 형의 선고일에 여전히 공적 질서에 대한 심각하고 현존하는 위협이 된다는 점을 증명해야 한다. 뿐만 아니라, 행정기관은 해당 외국인의 개인적 및 가족적 상황을 고려해야 한다(판시이유 118).

9) 그리고 해당 외국인은 행정법원에서 추방결정을 다룰 수 있으며, 특히 「행정소송법전」(code de justice administrative) 제L.521-1조 및 제L.521-2조에 근거하여 추방조치의 집행을 정지시킬 수 있고, 기본적 자유의 보호에 필요한 일체의 조치를 명할 수 있는 법원에서 추방결정을 다룰 수 있다. 행정법원의 판사는 이와 같은 추방조치가 그 목적에 적합하고, 필요하고 그리고 비례적인지를 확인한다(판시이유 119).

10) 따라서 입법자는 공적 질서에 대한 침해의 예방이라는 헌법적 가치를 가지는 목적과 왕래의 자유, 사생활에 대한 존중권 및 정상적인 가족생활을 영위할 권리 간에 조화를 보장하였으며, 이와 같은 입법자의 조화는 명백히 불균형적이지 않다. 이와 같은 헌법적 요청을 침해하였다는 청구이유는 배척되어야 한다(판시이유 120).

11) 요컨대, ‘외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전’ 제L.631-2조 제6항 및 제L.631-3조 제9항은 다른 헌법적 요청에 반하지 않으며, 헌법에 합치한다.

[심판대상법률 제35조의 규정에 따라 변경된 「외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전」 제L.631-3조 제1항의 규정과 관련하여]

12) 우선, 「1789년 인간과 시민의 권리선언」 제4조,¹⁴⁾ 제5조,¹⁵⁾ 제6조¹⁶⁾ 및 제16조¹⁷⁾에서 도출되는 법률의 접근가능성 및 명확함이라는 헌법적 가치를 가지는 목적은 입법자가 충분히 명확한 법률규정을 채택하고, 모호하지 않은 표현을 사용할 것을 명한다. 따라서 입법자는 헌법에 반하는 해석 또는 자의의 위협으로부터 권리의 주체를 보호해야 하며, 헌법이 단지 법률에만 부여한 사항을 확정하는 노력을 행정기관 및 사법기관에게 전가하지 않아야 한다(판시이유 122).

13) 「외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전」 제L.631-3조 제1항의 규정은 공화국의 원칙에 대한 고의적 위반 및 특별한 위험은 국가의 근본적 이익을 침해할 수 있는 행동임을 규정한다(판시이유 123).

14) 「외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전」 제L.631-3조 제1항의 규정은 ‘외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전’ 제L.412-7조에 규정된 공화국의 원칙을 언급하고 있으며, 이는 불명확하지 않다(판시이유 124).

15) 그리고 추방결정은 형벌적 성격의 제재가 아니라 행정질서적 조치이다. 따라서 형벌개별화원칙 및 무죄추정원칙에 반한다는 청구이유는 배척되어야 한다(판시이유 125).

16) 따라서, 「외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전」 제L.631-3조 제1항의 규정에 있는 《제L.412-7조에 규정된 공화국의 원칙에 대한 고의적 위반 및 특별한 위험이 되는》이라는 표현은 법률 앞의 평등 원칙에 반하지 않으며, 다른 어떤 헌법적 요청에도 반하지 않았다. 따라서 헌법에 합치한다(판시이유 126).

14) 1789년 인간과 시민의 권리선언 제4조 자유는 타인을 해하지 않는 모든 것을 할 수 있는 것이다. 따라서 인간의 자연권의 행사는 사회의 다른 구성원들에게 동일한 자연권의 향유를 보장하는 한도에서만 인정된다. 이와 같은 한계는 단지 법률을 통해서만 정해질 수 있다.

15) 1789년 인간과 시민의 권리선언 제5조 법률은 사회에 유해한 행위만을 금지할 수 있다. 법률로서 금지되지 않은 것은 방해받을 수 없으며, 어느 누구도 법률이 명하지 않은 것을 하도록 강요받을 수 없다.

16) 1789년 인간과 시민의 권리선언 제6조 법률은 일반의사의 표현이다. 모든 시민은 누구나 자신이 직접 또는 그의 대표자를 통해서 법률의 제정에 참여할 권리를 가진다. 법률은 보호하든지, 처벌하든지, 만인에 대해서 동일해야 한다. 법률 앞에 평등한 모든 시민은 덕성과 재능에 의한 차별 이외에는 누구나 그의 능력에 따라서 공적인 고위직, 지위, 직무에 동등하게 임명될 수 있다.

17) 1789년 인간과 시민의 권리선언 제16조 권리보장이 확보되어 있지 않고, 권력분립이 규정되어 있지 아니한 모든 사회는 헌법을 가진 것이라고 할 수 없다.

5. 심판대상법률 제38조에 대한 판단

1) 심판대상법률 제38조는 동의 없이 외국인의 지문채취 및 사진촬영을 허용하기 위해서 「외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전」 제L.331-2조 및 제L.813-10조를 개정한다(판시이유 135).

2) 하원의원들은 심판대상법률 제38조가 지문채취 및 사진촬영을 할 때 변호인의 입회, 당사자에게 거부할 경우의 결과에 대한 고지, 당사자가 소수자이거나 취약한 경우에 대한 고려와 같이 신체에 대한 강제력의 사용과 관련된 충분한 보장책을 제공하지 않는다고 판단하였다. 하원의원들은 심판대상법률 제38조가 개인적 자유(liberté individuelle), 인간의 존엄성에 대한 보호 원칙 및 「1789년 인간과 시민의 권리선언」 제9조¹⁸⁾의 요청에 반한다고 주장하였다(판시이유 136).

3) 「1789년 인간과 시민의 권리선언」 제2조,¹⁹⁾ 제4조 및 제9조를 통해 불필요한 가혹함으로 개인적 자유(liberté personnelle)를 구속해서는 안 된다는 원칙이 도출된다(판시이유 137).

4) 「외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전」 제L.142-1조 3°에 따르면, 프랑스에서 불법적인 상황에 있는 외국인의 지문 및 사진은 기록되고, 저장되며, 개인정보의 자동화된 처리의 대상이 될 수 있다(판시이유 138).

5) 심판대상법률 제38조는 외국인에 대해서 국경에서 검사를 할 때 또는 프랑스 영토에서 외국인의 이동 및 체류와 관련된 권리를 확인하기 위한 목적으로 구금되어 있는 경우에 해당 외국인이 지문채취 및 사진촬영을 명백히 거부하는 경우 사법경찰관이 외국인의 지문채취 및 사진촬영을 진행함에 있어 강제력을 사용할 수 있도록 규정한다(판시이유 139).

6) 입법자는 심판대상법률 제38조를 채택함으로써 불법적 상황에 있는 외국인의 신분확인을 용이하게 하고자 하였다. 따라서 입법자는 헌법적 가치를 가지는 목적인

18) 1789년 인간과 시민의 권리선언 제9조 누구든지 유죄로 선고되기 전까지는 무죄로 추정되기 때문에, 체포하는 것이 불가피하다고 판단되는 경우라도 그 신병을 확보하기 위하여 필요하지 않은 모든 가혹행위는 법률에 의해서 엄중하게 억제되어야 한다.

19) 1789년 인간과 시민의 권리선언 제2조 모든 정치적 결사의 목적은 인간의 자연적이며, 훼손할 수 없는 권리를 보전하는 것이다. 이러한 권리는 자유, 재산, 안전 및 압제에 대한 저항이다.

공적 질서의 보호로 이해될 수 있는 불법적 이민의 방지라는 목적을 추구하였다(판시이유 140).

7) 그렇지만, 심판대상법률 제38조는 사전에 해당 외국인의 동의 없이 지문채취 및 사진촬영을 진행하는 것을 결정하는 사법경찰관이 검사에게 사전에 이를 알리는 것만 규정하고 있다. 따라서 이와 같은 지문채취 및 사진촬영 활동에 대해서는 사법적 통제가 없으며, 이와 같은 지문채취 및 사진촬영 활동이 이를 거부하는 외국인의 신분을 확인하는 유일한 수단이라는 증명 또한 존재하지 않는다(판시이유 141).

8) 그리고 심판대상법률 제38조 및 다른 어떤 법률규정도 검사를 받거나 구금되어 있는 외국인이 변호인의 조력을 요구할 때, 해당 외국인의 동의 없는 지문채취 및 사진촬영이 변호인의 입회 하에 진행되어야 한다고 규정하고 있지 않다(판시이유 142).

9) 따라서 심판대상법률 제38조는 개인적 자유(liberté individuelle), 인간의 존엄성에 대한 보호 원칙 및 「1789년 인간과 시민의 권리선언」 제9조의 요청 등에 반한다(판시이유 143).

10) 요컨대, 다른 청구이유를 살펴볼 필요 없이 심판대상법률 제38조는 헌법에 반한다(판시이유 144).

V. 결정의 의의

심판대상법률인 「이민을 통제하고, 통합을 개선하기 위한 법률」은 2000년대 중반부터 전개된 프랑스의 선택적 이민정책을 분명하게 확인할 수 있는 법률이다.

사전적 위헌법률심판의 청구인들은 정상적인 가족생활을 영위할 권리, 사생활에 대한 존중권, 법률 앞의 평등 원칙 등과 같은 내용적 관점 이외에도, 프랑스 헌법 제45조의 수정안 제출과 관련된 절차적 관점에서 심판대상법률의 위헌성을 다투었지만, 프랑스 헌법재판소는 주로 수정안의 제출과 관련된 입법절차의 관점에서 심판대상법률의 상당수 조항을 위헌으로 판단하였다.

프랑스 헌법재판소의 이와 같은 입장은 의회에 제출된 법률안에 대한 수정안의 합헌성은 토의 중인 법률안과의 관련성만으로 판단해야 한다는 2001년 6월 19일 결정

(Décision n° 2001-445 DC du 19 juin 2001)의 태도를 따른 것으로 판단된다. 2008년 헌법개정을 통해 프랑스 헌법 제45조 제1항의 표현이 수정권에 대한 제한을 완화하는 방향으로 추가되었지만,²⁰⁾ 이 결정에서 살펴본 바와 같이 프랑스 헌법재판소의 수정안에 대한 엄격한 입장은 여전히 유지되고 있는 것으로 판단된다.

20) 2008년 헌법개정 이전의 프랑스 헌법 제45조 제1항은 “동일한 법률을 채택하기 위해 모든 정부제출 법률안 및 의원발의법률안은 양원에서 차례로 심의한다.”라고만 규정하였다. 수정안에 대한 규정인 “제40조와 제41조의 적용과 관계없이 모든 수정안은 비록 간접적이더라도 제출된 또는 이송된 법률과 관련성을 가지는 경우 제1독회에서 수리될 수 있다.”는 부분은 2008년 헌법개정으로 추가되었다.

「디지털 공간의 안정 및 규제를 위한 법률」에 대한 사전적 위헌법률심판¹⁾

I. 사건개요

프랑스 정부는 포르노와 같은 인터넷 상의 불법정보로부터 아동을 보호하고, 디지털 공간에 대한 규제를 강화하는 등의 목적을 위해 2023년 5월 10일에 ‘디지털 공간의 안정 및 규제를 위한 정부제출법률안’(Projet de loi visant à sécuriser et réguler l’espace numérique)을 프랑스 상원에 제출하였다.

프랑스 상원은 제1독회에서 정부가 제출한 법률안에 일부 수정을 하였으며, 수정된 법률안은 2023년 7월 5일에 가결되어 하원(Assemblée nationale)으로 이송되었다. 그러나 하원은 2023년 10월 17일의 제1독회에서 상원이 이송한 법률안을 상당히 수정하였다. 이에 따라 하원과 상원은 타협안을 도출하기 위해 양원동수위원회(Commission mixte paritaire)를 구성하였고, 양원동수위원회는 2024년 3월 26일 타협안을 도출하였다. 그리고 이 타협안에 대해서 상원이 2024년 4월 2일에, 하원이 2024년 4월 10일에 각각 가결함으로써 「디지털 공간의 안정 및 규제를 위한 법률」(LOI n° 2024-449 du 21 mai 2024 visant à sécuriser et à réguler l’espace numérique, 이하 ‘심판대상법률’이라 한다)²⁾이 제정되었다.

60인 이상의 하원의원들은 2024년 4월 17일과 2024년 4월 19일에 프랑스 헌법 제 61조 제2항³⁾의 규정에 근거하여 프랑스 헌법재판소에 사전적 위헌법률심판을 청구

1) **Decision n° 2024-866 DC du 17 mai 2024.**

2) 「디지털 공간의 안정 및 규제를 위한 법률」은 인터넷 상의 불법정보로부터 아동을 보호하기 위한 조치, 인터넷 상의 정보조작, 증오표현 등을 막기 위한 조치, 인터넷 상의 불법정보 등에 대처하기 위한 규제기관의 권한 등의 내용을 포함하고 있으며, 전체 8개의 장과 64개의 조항으로 구성된 방대한 법률이다.

3) **프랑스 헌법 제61조** ① 조직법률은 공포되기 전에, 헌법 제11조에서 언급된 법률안은 국민투표에 회부되기 전에, 의회의 의사규칙은 시행되기 전에 헌법재판소에 회부된다. 헌법재판소는 조직법률, 법률안, 의사규칙이 헌법에 합치되는지를 선고한다.

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

하였다. 청구인들은 심판대상법률의 일부 조항이 표현 및 통신의 자유를 과도하게 제한하며, 죄형법정주의 등에 반한다고 주장하였다.

프랑스 헌법재판소는 2024년 5월 17일 결정을 통해 심판대상법률 가운데 5개 항에 대해서 위헌으로 판단하였다. 아래에서는 심판대상법률 가운데 가장 논란이 많았던 규정인 심판대상법률 제2조와 제19조에 대한 프랑스 헌법재판소의 판단을 살펴보고자 한다.⁴⁾

II. 주문

1. 심판대상법률 제10조, 제11조, 제18조, 제19조 및 제58조는 헌법에 위반된다.
2. 심판대상법률 제42조는 판시이유 107에서 실시한 유보 하에 헌법에 합치하며, 심판대상법률 제64조 I의 제1문은 판시이유 124에서 실시한 유보 하에 헌법에 합치한다.

III. 심판대상조항 및 관련조항

사전적 및 추상적 규범통제의 심판대상이 된 조항은 다음과 같다.

[심판대상조항]

디지털 공간의 안정 및 규제를 위한 법률

제2조 「디지털 경제에서의 신뢰를 위한 2004년 6월 21일 법률」 제10조 다음에 다음과 같은 제10-1조 및 제10-2조가 추가된다:

《제10-1조 I. 그 활동이 편집 책임을 지면서 인터넷 서비스를 제공하거나, 동영상 공유 플랫폼 서비스를 제공하는 자가 형법전(code pénal) 제227-24조를 위반하여 미성

4) 2024년 5월 17일 결정에 대한 프랑스 헌법재판소의 보도 자료 또한 심판대상법률 제2조와 제19조를 중심으로 소개하고 있다(Décision n° 2024-866 DC du 17 mai 2024 - Communiqué de presse, 2024. 08. 20. 방문).

년자에게 포르노 콘텐츠를 접근할 수 있게 하는 경우, ‘시청각 디지털 통신 규제청’(Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique)은 이들에게 … 서신을 통해 이유가 기재된 의견을 알린다. 이 서신을 수신한 사람은 서신을 수령한 날부터 15일 내에 자신의 의견을 제출한다.

이 기간이 만료된 다음에 ‘시청각 디지털 통신 규제청’은 본 조 I에서 규정한 자에게 미성년자가 포르노 콘텐츠에 접근할 수 없게 하는 일체의 조치를 15일의 기간 내에 취할 것을 명할 수 있다. ‘시청각 디지털 통신 규제청’은 이와 같은 명령을 공개한다.

II. 본 조 I에서 규정한 자가 … 15일의 기간이 만료된 이후 ‘시청각 디지털 통신 규제청’의 명령을 거부하는 경우, ‘시청각 디지털 통신 규제청’은 「통신의 자유에 관한 1986년 9월 30일 법률」(loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication) 제42-7조⁵⁾가 규정하는 조건에 따라 금전적 제재(sanction pécuniaire)을 명할 수 있다.

금전적 제재의 액수는 위반행위의 성격, 중대성, 기간, 위반행위를 통한 이익 및 이전의 위반행위를 고려한다. …

III. 본 조 I에서 규정한 명령을 집행하지 않는 경우, ‘시청각 디지털 통신 규제청’은 … 본 조 I에서 규정한 편집 책임을 지는 인터넷 서비스 및 동영상 공유 플랫폼 서비스 그리고 동일한 콘텐츠를 전부 또는 상당 부분 복제하는 서비스 및 동일한 접

5) 「통신의 자유에 관한 1986년 9월 30일 법률」 제42-7조 제42-1조, 제42-3조, 제42-4조, 제42-6조, 제42-15조, 제48-2조 및 제48-3조에서 규정한 제재처분은 다음 각 호의 조건에 따라 선고할 수 있다. 1° 이전 규정에서 정한 제재처분이 선고되기 전 제소 절차의 개시 및 예심은 시청각최고위원회의 의견을 수렴한 후에 국참사원 부원장이 한 차례 연임이 가능한 4년의 임기로 행정법원 현직 법관 중에 임명한 심사관이 담당한다. 2° 심사관은 제재 절차의 개시를 정당화할 수 있는 모든 사실을 검토할 수 있다. 3° 심사관은 그가 확인할 사실이 제재 절차의 개시를 정당화할 수 있는지를 결정한다. 해당 사실과 관련하여 제재 절차의 개시가 정당하다고 판단하는 경우 심사관은 제소 관련 자료를 열람할 수 있으며 1개월 이내에 소명서를 제출할 수 있는 예심대상자에게 위반 사실을 통지한다. … 4° 예심은 필요에 따라 모든 심문 및 조회 절차를 실행할 수 있는 심사관이 담당한다. 시청각최고위원회는 협약으로 정한 조건에 따라 이러한 업무를 수행하는 데 필요한 모든 수단을 심사관에게 제공한다. … 5° 예심 절차가 끝나면 심사관은 예심대상자와 시청각최고위원회에 근거 자료와 함께 보고서를 전달한다. 이러한 문서의 전달 또는 열람이 예심대상자의 방어권 행사에 필요한 경우를 제외하고 심사관은 타인의 영업비밀과 관련된 문서 또는 이 문서에 포함된 특정 정보를 전달하거나 열람하는 것을 거부할 수 있다. … 6° 심사관은 예심대상자가 소환되는 회의 시에 그가 확인한 사실과 통지된 위반 사실에 근거하여 시청각최고위원회에 의견을 제시할 수 있다.
(국회도서관, 통신의 자유에 관한 1986년 9월 30일 제86-1067호 법률, 2020, 144-147면.)

근 방법을 보여주는 서비스의 전자 주소를 제12조 II가 규정하고 있는 인터넷 서비스 제공자 또는 도메인 이름 확인 시스템 제공자(fournisseurs de systèmes de résolution de noms de domaine)에게 통지할 수 있다. 제12조 II가 규정하고 있는 인터넷 서비스 제공자 또는 도메인 이름 확인 시스템 제공자는 48시간 내에 이와 같은 주소에 대한 접근을 봉쇄해야 한다. …

이 봉쇄조치의 이유 및 내용을 알리는 ‘시청각 디지털 통신 규제청’의 안내 페이지를 통해 접근이 봉쇄된 편집 책임을 지는 인터넷 서비스 및 동영상 공유 플랫폼 서비스의 사용자에게 경고한다.

또한, ‘시청각 디지털 통신 규제청’은 편집 책임을 지는 인터넷 서비스 및 동영상 공유 플랫폼 서비스 그리고 동일한 콘텐츠를 전부 또는 상당 부분 복제하는 서비스 및 동일한 접근 방법을 보여주는 서비스의 전자주소를 검색엔진 또는 디렉토리(annuaires)에게 통지하며, 이들은 48시간 내에 문제의 서비스에 대한 검색활동을 중단시킨다.

인터넷 서비스 제공자, 도메인 이름 확인 시스템 제공자, 검색엔진 및 디렉토리에 전달되는 통지의 복사본은 그 활동이 인터넷 서비스를 편집하거나, 관련된 동영상 공유 플랫폼 서비스를 제공하는 자에게도 동시에 전달된다.

III에서 규정한 조치는 최대 2년의 기간 동안 내려질 수 있다. 직권 또는 신청에 따라 최소 일 년에 한 번씩 이와 같은 조치의 필요성을 재평가한다. …

V. 행정소송법전(code de justice administrative) 제L.521-1조 및 제L.521-2조와 관계 없이, I 내지 III에서 규정한 자는 행정법원장 또는 행정법원장의 위임을 받은 법관에게 관련된 명령을 받은 후 5일 내에 I 내지 III에서 규정한 조치의 무효를 청구할 수 있다.

청구가 접수된 후 1개월 내에 봉쇄 및 링크삭제 조치의 적법성에 대해 선고가 이루어진다. 변론은 공개된다.

본 V의 제1항과 제2항이 적용됨에 따라 내려지는 판결에 대해 통지된 후 10일 내에 항소할 수 있다. 항소가 이루어지는 경우, 항소법원은 접수를 받은 후 3개월 내에 판결한다. …

제10-2조 제10조 및 제10-1조는 프랑스 내 및 유럽연합 밖에서 설립된 인터넷 서비스 편집자 및 동영상 공유 플랫폼 서비스를 제공자에게 적용된다. …》

제19조 형법전 제II권 제II절 제II장 섹션 4 다음에 다음과 같은 섹션 4-2조가 추가된다:

《섹션 4-2 인터넷 모욕죄

제222-33-1-2조 I. 본 법전 제222-17조, 제222-18조, 제222-33-1-1조 및 제222-33-2조 내지 제222-33-2-3조 및 「언론의 자유에 관한 1881년 7월 29일 법률」 제33조 제3항 및 제4항이 규정하는 경우 이외에, 인터넷 상에서 인간의 존엄성을 침해하거나, 인간에 대해서 모욕적이고, 품위를 떨어뜨리거나 굴욕적인 성격을 표현하거나, 또는 인간에 대해서 위협적인, 적대적이거나 모욕적인 상황을 창출하는 일체의 콘텐츠를 유포하는 행위는 3,750유로의 벌금 및 1년의 금고에 처한다.

「디지털 경제에서의 신뢰를 위한 2004년 6월 21일 법률」 제6조 I의 4에서 규정된 인터넷 플랫폼 서비스, 「2022년 9월 14일의 유럽연합 이사회 및 유럽의회의 규칙」이 규정하는 인터넷 사회연결망 서비스 또는 동영상 공유 플랫폼 서비스를 수단으로 전파된 일체의 콘텐츠는 본 조가 규정하는 것과 같이 인터넷 상에 배포된 것으로 간주된다. ...

II. 본 조 I에서 규정한 범죄행위의 경우, 형사소송법전 제495-17조 내지 제495-25조⁶⁾가 규정하는 조건에 따라 300유로의 범칙금(amende forfaitaire)을 납부하는 경우 기소권이 소멸될 수 있다. ...

제222-33-1-3조 I. 제222-33-1-2조에 규정된 범죄행위는 다음과 같은 경우 7,500유로의 벌금 및 1년의 금고에 처한다.

- 1° 자신의 직에 부여된 권한을 남용하는 자에 의해서;
- 2° 미성년자에 대해서 행해지는 경우;
- 3° 연령, 질병, 나약함, 신체적 또는 정신적 장애, 그리고 임신 상태를 이유로 한 특별한 취약성이 명백하거나, 행위자가 알고 있는 사람에 대해서 행해지는 경우;
- 4° 경제적 또는 사회적 불안정성으로 인한 특별한 취약성 또는 의존성이 명백하거나, 행위자가 알고 있는 사람에 대해서 행해지는 경우;
- 5° 여러 사람이 행위의 주체 또는 공모자로 행동하는 경우;
- 6° 피해자의 진정한 또는 추정된 성적 지향 또는 성 정체성을 이유로 한 경우

6) 프랑스 형사소송법 제L.495-17조 내지 제L.495-25조는 일정한 범죄에 적용되는 범칙금과 관련된 절차를 규정하고 있다.

7° 제132-11조 제2항에 규정된 조건에 따라 누범으로 동일한 범죄행위를 한 사람에게 의한 경우 …》

[관련조항]

형법전

제222-17조 ① 미수범을 처벌하는 중죄나 경죄를 범하겠다고 사람을 협박하는 행위는 반복되거나 문서나 영상 기타의 물건으로 표출된 경우 6월의 구금형 및 7,500유로의 벌금에 처한다.⁷⁾

제222-18조 ① 사람에게 대하여 중죄나 경죄를 범할 것을 여하한 방법에 의하여 협박한 행위는 요구충족의 지시를 수반한 경우 3년의 구금형 및 45,000유로의 벌금에 처한다.⁸⁾

제222-33-1-1조 I. … 어떤 사람에게 품위를 떨어뜨리거나 굴욕적인 성격을 이유로 인간의 존엄성을 침해하거나, 인간에 대해서 위협적인, 적대적이거나 모욕적인 상황을 창설하는 성적 또는 성차별적인 암시를 하는 언어나 행동을 … 을 통해 강요하는 행위는 3,750유로의 벌금에 처한다.

제222-33-2조 타인의 권리 및 존엄성을 침해하거나, 신체적 및 정신적 건강을 해치거나, 직업적 미래를 위태롭게 할 수 있는 노동 조건의 악화를 목적으로 하거나, 그와 같은 효과를 초래할 수 있는 반복적인 언어나 행동을 통해서 타인을 괴롭히는 행위는 2년의 금고 및 30,000유로의 벌금에 처한다.

제222-33-2-3조 동일한 교육 시설 내에서 공부하거나, 직업 활동을 수행하는 사람이 학생을 상대로 형법전 제222조의33-2-2의 처음 4개의 항에서 규정한 정신적 학대 행위를 한 것은 학교 내의 학대에 해당된다.

제227-24조 ① 폭력성 또는 포르노그래피의 성질을 띠거나 인간의 존엄성을 현저히 침해하는 메시지를 방법이나 매체 여하를 불문하고 제작, 전달 또는 배포하거나 상업적으로 이를 이용하는 행위는 미성년자가 이 메시지를 볼 수 있거나 알아볼 수 있는 경우에 3년의 구금형 및 75,000유로의 벌금에 처한다. ② 문자나 시청각매체에

7) 법무부, 프랑스 형법, 2008, 114면.

8) 법무부, 프랑스 형법, 2008, 114-115면.

의하거나 유선의 대중통신서비스에 의하여 본 조의 죄를 범한 때에는 그 책임자의 결정은 이 분야를 규제하는 법률의 특별규정에 의한다.⁹⁾

행정소송법전

제521-1조 행정결정이 계쟁 행정결정의 취소 또는 변경청구소송의 대상이 되는 경우, 가처분 판사는 그 집행 등을 정지할 긴급성이 인정되고, 행정결정의 적법성에 대한 근거 있는 의심을 불러일으킬 만한 이유가 있는 경우에 행정결정의 집행 또는 그 효력의 일부 정지를 명할 수 있다. …

제521-2조 공법인 또는 공역무 관리를 담당하는 사인이 그 권한을 행사함에 있어서 기본적 자유에 대해 중대하고 명백히 불법적인 침해를 하였고, 이와 관련된 긴급한 청구가 제기되었을 때 가처분 판사는 기본적 자유의 보호에 필요한 일체의 조치를 명할 수 있다. 가처분 판사는 48시간 내에 결정한다.

언론의 자유에 관한 1881년 7월 29일 법률

제33조 … 그 출신이나 소속을 이유로 삼거나 특정 민족, 국가, 인종 또는 종교에 속하지 아니한다는 이유로 전술한 같은 수단을 통하여 개인 또는 집단을 모욕한 사람은 1년의 징역 또는 45,000유로의 벌금에 처한다.

성별, 성적 지향, 젠더정체성 또는 장애를 이유로 전술한 같은 조건에서 개인 또는 집단을 모욕한 사람은 이전 문단에 규정된 형벌에 처한다.¹⁰⁾

IV. 판단

1. 심판대상법률 제2조에 대한 판단

1) 심판대상법률 제2조는 「디지털 경제에서의 신뢰를 위한 2004년 6월 21일 법률」

9) 법무부, 프랑스 형법, 2008, 181면.

10) 국회도서관, 언론의 자유에 관한 1881년 7월 29일 법률(2021.12.22 개정), <https://law.nanet.go.kr/lawlibrary/totalsearch/list.do?outerTlawView=Y&cn=TLAW1202200719#n>, 2024. 08. 18. 방문.

에 제10-1조를 추가하여 인터넷 통신 서비스를 제공하는 자 또는 동영상 공유 플랫폼 서비스를 제공하는 자가 미성년자에게 포르노 콘텐츠에 접근할 수 있게 하는 경우 ‘시청각 디지털 통신 규제청’이 일정한 조건 하에 봉쇄 및 링크삭제 조치를 명할 수 있게 한다(판시이유 16).

2) 하원의원들은 심판대상법률 제2조가 ‘시청각 디지털 통신 규제청’에게 지나치게 오랜 기간 동안 봉쇄 및 링크삭제 조치를 명하는 것을 허용하며, ‘시청각 디지털 통신 규제청’의 결정에 대한 무효를 얻기 위한 청구 기간이 지나치게 짧다고 판단하였다. 따라서 하원의원들은 심판대상법률 제2조의 규정이 표현 및 통신의 자유를 과도하게 제한하며, 공정한 재판을 받을 권리(*droit à un procès équitable*) 및 죄형법정주의 원칙(*principe de légalité des délits et des peines*)에 반한다고 주장하였다(판시이유 17).

3) 「1789년 인간과 시민의 권리선언」 제11조는 “사상 및 견해의 자유로운 통신은 인간의 가장 귀중한 권리 중의 하나이다. 그러므로 모든 시민은 자유롭게 말하고, 저작하고, 출판할 수 있다. 단, 모든 시민은 법률에 규정된 경우에만 이러한 자유의 남용에 대하여 책임을 진다.”라고 규정한다. 현재의 통신수단의 상태에서 그리고 일반화된 온라인 대중 통신 서비스의 발달 및 민주주의적 생활에 대한 참여 및 사상과 견해의 표현을 위한 통신 서비스의 중요성을 고려할 때, 1789년 인권선언 제11조의 권리는 온라인 통신 서비스에 접근해서 자기 생각을 표현할 자유를 의미한다(판시이유 18).

4) 헌법 제34조는 “법률은 시민적 권리 및 공적 자유의 행사를 위해 시민에게 부여된 기본적 보장 … 에 관한 규정을 정한다.”라고 규정한다. 헌법 제34조에 근거하여 입법자는 자유로운 통신에 대한 권리 및 말하고, 저작하고, 출판하는 자유의 행사에 관한 규정을 제정할 수 있다. 또한 입법자는 공적 질서 및 타인의 자유를 침해하는 것과 같은 표현 및 통신의 자유의 행사가 남용되는 것을 막는 규정을 제정할 수 있다. 그렇지만 표현 및 통신의 자유는 민주주의의 조건 중의 하나이며, 다른 권리 및 자유에 대한 존중을 보장하는 방법 중 하나인 만큼 더욱 소중하다. 따라서 표현 및 통신의 자유의 행사에 가해지는 제한은 추구하는 목적에 필요하고, 적합하며, 비례적이어야 한다(판시이유 19).

5) 「디지털 경제에서의 신뢰를 위한 2004년 6월 21일 법률」 제10-1조 I 에 따르면, 그 활동이 편집 책임을 지면서 인터넷 서비스를 제공하거나, 동영상 공유 플랫폼 서

비스를 제공하는 자가 형법전 제227-24조를 위반하여 미성년자에게 포르노 콘텐츠에 접근할 수 있게 하는 경우 ‘시청각 디지털 통신 규제청’은 미성년자가 이 콘텐츠에 접근을 막는 일체의 조치를 명할 수 있다(판시이유 20).

6) 이 명령을 집행하지 않는 경우 「디지털 경제에서의 신뢰를 위한 2004년 6월 21일 법률」 제10-1조 Ⅲ은 ‘시청각 디지털 통신 규제청’이 인터넷 서비스 제공자 또는 도메인 이름 확인 시스템 제공자에게 문제가 되는 전자주소에 대한 접근을 48시간 내에 봉쇄할 것을 요청할 수 있는 권한이 있으며, 검색엔진 및 디렉토리에게는 48시간 내에 문제가 되는 서비스에 대한 검색을 봉쇄할 것을 요청할 수 있는 권한이 있다고 규정하고 있다(판시이유 21).

7) 심판대상법률 제2조는 이 조치가 최대 2년 동안 내려질 수 있으며, ‘시청각 디지털 통신 규제청’으로부터 명령을 받은 당사자는 명령받은 후 5일 내에 행정법원장에게 조치의 무효를 청구할 수 있다고 규정하고 있다(판시이유 22).

8) 첫째로, 입법자는 ‘시청각 디지털 통신 규제청’에게 봉쇄 및 링크삭제 조치를 명할 수 있는 권한을 부여함으로써 미성년자가 인터넷 상의 포르노 콘텐츠에 접근할 수 없게 하는 규정을 강화하고자 하였다. 따라서 입법자는 아동의 우월적 이익의 보호라는 헌법적 요청을 실천하고, 공적 질서에 대한 침해의 방지라는 헌법적 가치를 가지는 목적을 추구하고자 하였다(판시이유 23).

9) 둘째로, 비록 이 조치들이 최대 2년의 기간 동안 내려질 수 있다 하더라도, 이 조치들은 형법전 제L.227-24조를 위반하여 미성년자가 포르노 콘텐츠에 접근하도록 하는 인터넷 사이트에게만 적용된다. 그뿐만 아니라, ‘시청각 디지털 통신 규제청’은 문제의 인터넷 사이트를 활용하는 자에게 이유가 기재된 의견을 전달한 후에만 이 조치들을 명한다. 문제의 인터넷 사이트를 활용하는 자들은 ‘시청각 디지털 통신 규제청’의 의견을 받은 후 15일 내에 자신의 의견을 제출할 수 있으며, 이 기간이 만료된 다음에 문제의 사이트의 접근을 봉쇄하는 일체의 조치를 15일 내에 취할 것을 명한다(판시이유 24).

10) 그리고 심판대상법률 제2조에 따르면 이 조치들의 필요성은 당사자가 신청하는 경우 또는 직권으로 최소 일 년에 한 번씩 재평가된다. ‘시청각 디지털 통신 규제

청'은 이 조치를 명령한 기초 사실이 더 이상 존재하는 않는 경우 이 조치를 해제할 의무가 있다(판시이유 25).

11) 따라서 '시청각 디지털 통신 규제청'이 명할 수 있는 봉쇄 및 링크삭제 조치의 최대 기간은 입법자가 추구하는 목적을 고려할 때 과도하지 않다(판시이유 26).

12) 둘째로, 이 조치들은 심판대상법률 제2조에 근거하여 특별한 무효소송을 통해 다룰 수 있다. 이 경우 행정법원장에게 '시청각 디지털 통신 규제청'의 명령을 받은 후 5일 내에 무효소송을 제기하여야 하며, 행정법원장은 봉쇄 및 링크삭제 조치의 적법성에 대해서 1개월 내에 선고한다. 이 판결에 대해 항소하는 경우, 항소법원은 3개월 내에 판결해야 한다(판시이유 27).

13) 따라서 심판대상법률 제2조는 '시청각 디지털 통신 규제청'의 조치의 적법성에 관한 판단이 가능한 한 빨리 이루어지도록 규정하였다(판시이유 28).

14) 이와 같은 점을 고려할 때 표현 및 통신의 자유를 침해하였다는 청구이유는 배척되어야 한다(판시이유 29).

15) 그리고 미성년자가 포르노 콘텐츠에 접근하는 것을 막을 목적으로 하는 봉쇄 및 링크삭제 조치는 형사적 제재가 아니라, 행정적 성격의 조치이다. 따라서 죄형법정주의 원칙에 반한다는 청구이유는 배척되어야 한다(판시이유 30).

16) 요컨대, 「디지털 경제에서의 신뢰를 위한 2004년 6월 21일 법률」 제10-1조 III의 마지막 항과 「디지털 경제에서의 신뢰를 위한 2004년 6월 21일 법률」 제10-1조 V의 제1항은 공정한 재판을 받을 권리 및 다른 어떤 헌법적 요청에도 반하지 않았으며 헌법에 합치한다(판시이유 31).

2. 심판대상법률 제19조에 대한 판단

1) 심판대상법률 제19조는 인터넷 모욕죄를 처벌하고, 인터넷 모욕죄에 대해 범칙금 절차를 규정하기 위해서 「형법전」에 제222-33-1-2조 및 제222-33-1-3조를 추가한다(판시이유 69).

2) 하원의원들은 심판대상법률 제19조가 헌법 제45조¹¹⁾의 규정에 반하는 절차에 따

라 규정되었으며, 인터넷 모욕죄는 이미 형법의 여러 규정에 의해 처벌되기 때문에 표현 및 통신의 자유에 대한 불필요한 제한이라고 주장하였다. 그리고 하원의원들은 인터넷 모욕죄는 그 적용영역이 충분히 명확하게 규정되어 있지 않고, 피해자의 관점에서 범죄행위를 평가해야 하기 때문에 처벌되는 행위의 적법성에 대한 판단이 불명확하다는 점을 이유로 입법자가 추구하는 목적에도 적합하지 않으며, 죄형법정주의에도 반한다는 등의 주장을 하였다(판시이유 70).

3) 「1789년 인간과 시민의 권리선언」 제11조는 “사상 및 견해의 자유로운 통신은 인간의 가장 귀중한 권리 중의 하나이다. 그러므로 모든 시민은 자유롭게 말하고, 저작하고, 출판할 수 있다. 단, 모든 시민은 법률에 규정된 경우에만 이러한 자유의 남용에 대하여 책임을 진다.”라고 규정한다. 현재의 통신수단의 상태에서 그리고 일반화된 온라인 대중 통신 서비스의 발달 및 민주주의적 생활에 대한 참여 및 사상과 견해의 표현을 위한 통신 서비스의 중요성을 고려할 때, 1789년 인권선언 제11조의 권리는 온라인 통신 서비스에 접근해서 자기 생각을 표현할 자유를 의미한다(판시이유 71).

4) 헌법 제34조는 “법률은 시민적 권리 및 공적 자유의 행사를 위해 시민에게 부여된 기본적 보장 … 에 관한 규정을 정한다.”라고 규정한다. 헌법 제34조에 근거하여, 입법자는 자유로운 통신에 대한 권리 및 말하고, 저작하고, 출판하는 자유의 행사에 관한 규정을 제정할 수 있다. 또한 입법자는 공적 질서 및 타인의 자유를 침해하는 것과 같은 표현 및 통신의 자유의 행사가 남용되는 것을 막는 규정을 제정할 수 있다. 그렇지만, 표현 및 통신의 자유는 민주주의의 조건 중의 하나이며, 다른 권리 및 자유에 대한 존중을 보장하는 방법 중 하나인 만큼 더더욱 소중하다. 따라서 표현 및 통신의 자유의 행사에 가해지는 제한은 추구하는 목적에 필요하고, 적합하며, 비례적이어야 한다(판시이유 72).

5) 심판대상법률 제19조가 규정하는 「형법전」 제222-33-1-2조는 인터넷 상에서 인간의 존엄성을 침해하거나, 인간에 대해서 모욕적이며, 품위를 떨어뜨리거나 굴욕적인 성격을 표현하거나, 또는 인간에 대해서 위협적인, 적대적이거나 모욕적인 상황을

11) 프랑스 헌법 제45조 ① 동일한 법률을 채택하기 위해 모든 정부제출법률안 및 의원발의법률안은 양원에서 차례로 심의한다. 제40조와 제41조의 적용과 관계없이 모든 수정안은 비록 간접적이더라도 제출된 또는 이송된 법률과 관련성을 가지는 경우 제1독회에서 수리될 수 있다.(밑줄 역자 표시)

창설하는 일체의 콘텐츠를 유포하는 행위를 1년의 금고 및 3,750유로의 벌금에 처한다(판시이유 73).

6) 심판대상법률의 제정과정을 살펴볼 때, 입법자는 심판대상법률 제19조를 가결함으로써 공적 질서 및 타인의 권리를 침해하는 것과 같은 표현 및 통신의 자유를 남용하는 행위를 금지하고자 하였다(판시이유 74).

7) 첫째로, 프랑스의 법체계에는 이미 표현 및 통신의 자유의 행사를 남용하는 행위를 처벌하는 여러 형법규정이 있으며, 이 형법규정에는 인터넷 통신 서비스를 사용해서 표현 및 통신의 자유를 남용하는 행위를 처벌하는 규정도 있다(판시이유 75).

8) 특히, 「언론의 자유에 관한 1881년 7월 29일 법률」 제32조¹²⁾는 어떤 사람의 명예 또는 존경을 침해하는 일체의 주장 또는 비난이 공개적으로 이루어진 경우 처벌한다. 「언론의 자유에 관한 1881년 7월 29일 법률」 제33조는 사실의 적시를 포함하지 않는 일체의 모욕적 표현 등이 공개적으로 이루어진 경우를 처벌한다. 「형법전」 제222-13조¹³⁾는 일정한 대상에게 행위가 이루어져서 정신적 폭행을 포함하여 8일 이하의 노동불능 상태를 초래하거나, 어떠한 노동불능 상태를 초래하지 않는 폭행을 처벌한다. 「형법전」 제222-33조는 품위를 떨어뜨리거나 굴욕적인 성격을 이유로 인간의 존엄성을 침해하거나, 인간에 대해서 위협적인, 적대적이거나 모욕적인 상황을 창설하는 성적 또는 성차별적인 암시를 하는 언어나 행동을 어떤 사람에게 반복적으로 강요하는 행위를 성적 학대행위죄로 처벌한다. 「형법전」 제222-33-2조는 어떤 사람의 생활 조건을 저하시키는 것을 목적으로 하거나, 그와 같은 결과를 초래하는 반복적인 언어나 행동을 통해서 어떤 사람을 괴롭히는 행위 등을 처벌한다. 「형법전」 제

12) 「언론의 자유에 관한 1881년 7월 29일 법률」 제32조 제23조에서 열거한 수단 중 하나를 통하여 개인의 명예를 훼손한 사람은 12,000유로의 벌금에 처한다. 그 출신이나 소속을 이유로 삼거나 특정 민족, 국가, 인종 또는 종교에 속하지 아니한다는 이유로 전술한 같은 수단을 통하여 개인 또는 집단의 명예를 훼손한 사람은 1년의 징역 또는 45,000유로의 벌금에 처한다. … 성별, 성적 지향, 젠더 정체성 또는 장애를 이유로 전술한 같은 수단을 통하여 개인 또는 집단의 명예를 훼손한 사람은 이전 문단에 규정된 형벌에 처한다. 국회도서관, 언론의 자유에 관한 1881년 7월 29일 법률(2021.12.22 개정), <https://law.nanet.go.kr/lawlibrary/totalsearch/list.do?outerTlawView=Y&cn=TLAW1202200719#n>, 2024. 08. 18. 방문.

13) 프랑스 형법전 제222-13조 ① 사람을 폭행하여 1주일 이하의 노동불능 상태를 초래하거나 어떠한 노동불능 상태를 초래하지 않은 경우 다음 각 호에 해당하는 때에는 3년의 구금형 및 450,000유로의 벌금에 처한다. 법무부, 프랑스 형법, 2008, 110면.

222-33-1-1조는 품위를 떨어뜨리거나 굴욕적인 성격을 이유로 인간의 존엄성을 침해하거나, 인간에 대해서 위협적인, 적대적이거나 모욕적인 상황을 창설하는 성적 또는 성차별적인 암시를 하는 언어나 행동을 어떤 사람에게 강요하는 행위가 일정한 상황에서 이루어진 경우 이와 같은 행위를 처벌한다. 『형법전』 제222-16조는 전자 통신적 수단을 통해서 악의적 메시지를 반복적으로 전송하는 행위를 처벌한다.¹⁴⁾ 『형법전』 제226-1조¹⁵⁾는 방법을 불문하고, 당사자의 동의를 받지 않고, 대화, 사진, 위치를 기록, 녹음, 전파 등을 통해 어떤 사람의 사생활의 은밀성을 침해하는 행위를 처벌한다(판시이유 76).

9) 비록 인터넷 모욕죄가 협박, 성적 침해, 정신적 학대 및 차별적 성격을 나타내는 모욕에 해당되는 행위에는 적용되지 않는다고 규정하였지만, 심판대상법률 제19조는 다른 범죄 구성요건이 규율하는 행위를 처벌할 수 있다(판시이유 77).

10) 둘째로, 심판대상법률 제19조는 인터넷 플랫폼 서비스, 인터넷 사회연결망 서비스 및 동영상 공유 플랫폼 서비스를 수단으로 전달되는 일체의 콘텐츠를 인터넷상에서 단순히 유포하는 행위를 처벌함으로써 모욕적인 행위에 대한 행위자의 책임을 요구하지 않는다. 그리고 심판대상법률 제19조는 유포된 콘텐츠가 인간의 존엄성을 침해하거나, 인간에 대해서 모욕적이고, 품위를 떨어뜨리거나 굴욕적인 성격을 표현하거나, 또는 인간에 대해서 위협적인, 적대적이거나 모욕적인 상황을 창설하는 경우에 인터넷 모욕죄가 성립되는 것으로 규정함으로써 범죄의 성립을 피해자 관점에 따른 주관적 요소의 평가를 따르지 않을 수 없게 하였다. 따라서 심판대상법률 제19조는 처벌되는 행위의 적법성과 관련하여 명확성이 없다(판시이유 78).

11) 따라서 심판대상법률 제19조는 표현 및 통신의 자유에 대한 불필요하고, 부적합하고, 과도한 제한을 하였다(판시이유 79).

14) **형법전 제222-16조** 타인의 평온을 해할 목적으로 반복적인 악의적 전화호출, 전자 통신적 수단을 통한 악의적인 메시지의 반복적 전송 또는 소리를 통한 공격은 1년의 금고 및 15,000 유로의 벌금에 처한다.

15) **형법전 제226-1조 ①** 방법 여하를 불구하고 다음 각 호의 행위로 타인의 사생활의 은밀성을 고의로 침해하는 자는 1년의 구금형 및 45,000유로의 벌금에 처한다. 1. 당사자 승낙을 얻지 않고 사적이거나 비밀로 이뤄진 대화를 기록하거나, 녹음하거나 또는 전파하는 행위 2. 당사자의 승낙을 얻지 않고 사적 장소에 있는 당사자의 사진을 찍거나 녹음하거나 또는 전파하는 행위 법무부, 프랑스 형법, 2008, 161-162면.

12) 요컨대, 다른 청구이유를 심사할 필요 없이, 심판대상법률 제19조 제4항은 헌법에 반한다. 그리고 심판대상법률 제19조 제4항과 분리할 수 없는 심판대상법률 제19조의 나머지 부분도 헌법에 반한다.

IV. 결정의 의의

심판대상법률인 「디지털 공간의 안정 및 규제를 위한 법률」은 포르노 산업 및 디지털 주권에 관한 의회 보고서¹⁶⁾의 권고사항을 반영하고, 「디지털 시장에 관한 유럽 연합 규칙」¹⁷⁾과 「디지털 서비스에 관한 유럽연합 규칙」¹⁸⁾을 프랑스 국내법으로 반영한 법률이다.

인터넷 모욕죄를 새롭게 도입하는 심판대상법률 제19조에 대해서 청구인들은 표현 및 통신의 자유에 대한 불필요한 제한이며, 죄형법정주의에도 반한다는 등의 주장하였다.

이에 대해 프랑스 헌법재판소는 인터넷상의 표현의 자유를 제한하는 법률에 대해서는 엄격한 심사를 한다는 2009년 6월 10일 결정(Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009)에 근거하여 판단하였으며, 특히 인터넷을 사용해서 표현 및 통신의 자유를 남용하는 행위를 처벌하는 규정이 프랑스의 법체계에 충분히 있기 때문에 새롭게 인터넷 모욕죄를 창설할 필요는 없다고 판단하였다.

16) Sénat, Rapport d'information sur l'industrie de la pornographie - Tome I : rapport, Tome II : comptes rendus, 2022; Assemblée nationale, Rapport d'information (...) sur le thème « Bâtir et promouvoir une souveraineté numérique nationale et européenne » - Tome I rapport, 2021.

17) RÈGLEMENT (UE) 2022/1925 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828.

18) Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE.

최신 세계헌법판례

독일

Ⅰ 생부(生父)의 헌법적 지위 / 책임연구원 이지효

Ⅱ 연방선거법 개정과 예외 없는 저지조항의 위헌성
/ 책임연구원 이지효

생부(生父)의 헌법적 지위¹⁾

I. 사실관계

청구인은 혼외 동거 관계에서 2020년에 태어난 아들의 생부(生父, leiblicher Vater)이다. 아들 출생 후 청구인은 아들의 모친과 결별하였지만 짧게나마 거의 매일 아들과 만날 수 있었다. 청구인은 2020년 6월 가족관계공무원에게 부자관계를 인지(Vaterschaftsanerkennung)하는 신청을 내었으나 아들의 모친으로부터 동의를 얻지 못하였다.²⁾ 이에 청구인은 같은 해 7월 가정법원에 자신이 친부임을 확인해 달라는 청구를 하였다. 그러자 아들의 모친은 청구인이 앞으로 아들과 교류할 수 없을 것이라고 통보하였고, 모친의 새로운 파트너(이하 'C'로 표기)는 2020년 8월 모친의 동의를 얻어 부자관계를 인지하였다. 청구인은 같은 해 10월 C와 아들 간의 부자관계 취소와 함께 자신이 아들의 법적 아버지라는 확인을 법원에 청구하였다. 1심 가정법원은 2021년 5월 청구인이 아들의 법적 아버지임을 확인하는 결정을 내렸다. 하지만 아들의 모친과 C는 고등법원에 항소하였고, 고등법원은 연방법원 판례³⁾를 언급하며 부자관계에서 사회적 가족관계가 존재하는지 여부를 판단하는 시점은 사실심 종결시이므로 C가 법적 아버지라고 판단하였다(Az. 8 UF 95/21).

청구인은 이 고등법원 결정으로 인해 기본법 제6조 제2항 제1문이 보장하는 부모로서의 기본권이 침해되었다며 헌법소원심판을 청구하였다. 청구인은 해당 고등법원이 민법전 제1600조 제2항과 제3항을 적용하면서 자신이 생부임에도 불구하고 자녀의 법적 아버지로서의 지위를 얻는 것을 불가능하게 했다고 주장하였다.

1) 연방헌법재판소 2024. 4. 9. 판결, 1 BvR 2017/21.

2) 민법전 제1595조 제1항은 아버지의 자녀 인지에 모(母)의 동의를 요구한다.

3) BGH 2021. 3. 24. 결정 - XII ZB 364/19.

II. 주문⁴⁾

1. 민법전 제1600조 제2항, 제3항 제1문은 기본법 제6조 제2항 제1문에 합치되지 않는다.
2. 민법전 제1600조 제2항, 제3항 제1문은 새로운 규정이 발효되기 전까지 늦어도 2025년 6월 30일까지 계속 적용된다.
3. 나움부르크 고등법원의 2021년 7월 28일 결정 -8 UF 95/21-은 기본법 제6조 제2항 제1문에서 도출되는 청구인의 권리를 침해한다. 해당 결정을 파기하고 사건을 나움부르크 고등법원으로 환송한다.

III. 관련 주요 조항 및 쟁점

1. 주요 조항

기본법 제6조 제2항 제1문

자녀의 부양과 교육은 부모의 자연적 권리이며 일차적으로 부모에게 부과된 의무이다.

민법전 제1592조 부자관계

자녀의 아버지는

1. 출생 당시 자녀의 어머니와 혼인한 남성,
2. 부자관계를 인정한 남성 또는
3. 제1600d조 또는 「가정사건 및 비송사건에 관한 절차법」 제182조 제1항에 따라 그의 부자관계가 법원에서 확인된 경우이다.

민법전 제1593조 사망으로 인한 혼인 해소 시 부자관계

혼인이 사망으로 인해 해소되고 혼인 해소 후 300일 이내에 자녀가 출생하는 경우에 제1592조 제1호는 준용된다. 자녀가 출생 전 300일 이상 전에 수태되었음이 확인된다면 이 기간이 기준이 된다. 재혼한 여성이 자녀를 출산하여 제1문과 제2문

4) 주문 중 소송비용에 관한 부분은 생략하였다.

에 따라 전 남편의 자녀가 될 수 있고, 제1592조 제1호에 따라 새로운 남편의 자녀도 될 수 있는 경우에는 새로운 남편의 자녀로만 간주한다. 부자관계가 취소되고 확정력 있는 판결을 통해 새로운 남편이 자녀의 아버지가 아님이 확정된다면 자녀의 아버지는 전 남편이 된다.

민법전 제1594조 부자관계의 인지

- ① 이 법에서 달리 규정하고 있지 않은 한 인지의 법적 효력은 인지의 발효 시점부터 주장될 수 있다.
- ② 다른 남성과 부자관계가 존재하는 한 부자관계의 인지는 효력이 없다.
- ③ 조건부 또는 시한부 인지는 무효이다.
- ④ 인지는 자녀의 출산 전부터 허용된다.

민법전 제1595조 인지에의 승인 필요성

- ① 인지에는 어머니의 동의가 필요하다.
- ② 어머니에게 친권이 없는 경우, 인지에는 자녀의 동의도 필요하다.
- ③ 동의에는 제1594조 제3항과 제4항이 준용된다.

민법전 제1599조 부자관계의 부존재

- ① 제1592조 제1호와 2호 및 제1593조는 부자관계의 취소에 근거하여 그 남자가 아버지가 아님이 확정된 경우에는 적용되지 아니한다.
- ② (생략)

민법전 제1600조 취소 청구권자

- ① 부자관계를 취소할 권리가 있는 사람은:
 1. 제1592조 제1호와 제2호, 제1593조에 따라 부자관계가 존재하는 남자,
 2. 수태 기간에 자녀의 어머니와 함께 있었다는 것을 선서하여 보증하는 남자,
 3. 어머니 그리고
 4. 자녀이다.
- ② 제1항 제2호에 따른 취소는 자녀와 제1항 제1호상의 아버지 간에 사회적 가족관계가 존재하지 않았거나 그의 사망 시점에 그러한 관계가 존재하지 않아야 하고 취소를 구하는 남자가 자녀의 생부여야 함을 전제로 한다.
- ③ 제2항에 따른 사회적 가족관계는 제1항 제1호상의 아버지가 해당 시점에 자녀

를 위해 실질적인 책임을 부담하거나 부담하였다면 존재한다. 실질적인 책임의 부담은 일반적으로 제1항 제1호상의 아버지가 자녀의 어머니와 혼인하였거나 오랫동안 같은 집에서 자녀와 함께 거주한 경우에 존재한다.

④ (생략)

2. 쟁점

이 사건 헌법소원은 법적인 아버지는 아니지만 생부인 사람이 가지는 기본법 제6조 제2항 제1문상의 헌법적 지위에 관해 다루고 있다. 청구인의 헌법소원은 직접적으로는 자신이 생부이자 법적인 아버지이기도 함을 확인하는 신청을 기각한 고등법원의 결정에 대한 것이다. 이와 더불어 법적 아버지와 부자관계를 취소하는 생부의 권리를 규정하고 있는 민법전 조항이 생부의 친권을 헌법적으로 충분히 보장하고 있는지에 관해서도 의문을 제기하고 있다.

민법전에서는 법적 아버지와 부자관계 취소를 청구하기 위한 요건 중 하나로 자녀와 법적 아버지 사이에 사회적 가족관계의 부존재를 규정하고 있다(민법전 제1600조 제2항). 사회적 가족관계는 일정한 기준 시점에 자녀에 대해 실질적 책임을 부담하였거나 부담하는 때에 존재(민법전 제1600조 제3항 제1문)하는데, 이러한 실질적 책임의 부담은 법적 아버지가 자녀의 어머니와 혼인관계에 있는 경우나 그가 자녀와 상당 기간 같은 집에서 함께 생활하였던 경우에 인정된다(민법전 제1600조 제3항 제2문). 이에 따라 생부는 법적 아버지가 자녀와 상당 기간 한 집에서 함께 생활하였다면 부자관계의 취소를 청구할 수 없게 되는 것이다.

IV. 판단

민법전 제1600조 제2항 전단과 동조 제3항 제1문은 기본법 제6조 제2항 제1문에 합치하지 않는다. 문제된 고등법원의 결정이 위 조항을 적용하고 있으므로 해당 결정은 기본법 제6조 제2항 제1문에서 도출되는 청구인의 친권을 침해한다. 기본법 제6조 제2항 제1문은 부모가 자녀를 돌보고 양육할 권리를 보호하며, 국가는 이를 존중해야 한다. 자녀의 생부는 법적 아버지가 아니더라도 이 기본권을 향유할 자격이 있다. 민법전 제1600조 제2항 전단과 동조 제3항 제1문은 생부의 친권에 관한 요청을

충분히 고려하지 않고 있으며 이를 제한한다. 이러한 제한은 헌법상 정당화되지 않는다.

1. 기본법 제6조 제2항 제1문상의 권리와 입법자의 형성 의무

기본법 제6조 제2항 제1문을 통해 부모에게 보장되는 자녀를 돌보고 양육할 권리는 입법자의 형성을 요한다. 기본법 제6조 제2항 제1문은 누가 부모로서 친권의 소유자이고 또 부모로서의 책임을 갖는지에 관해서 명시하지 않고 있으며, 부모가 자신의 책임을 다하기 위해 요구되는 행위가 무엇인지에 관해서도 구체적으로 정하고 있지 않다. 부모가 이러한 책임을 지각할 수 있도록 친권에 관한 입법자의 전문적인 법형성이 요구된다.⁵⁾ 또한 입법자는 부모의 범위에서 어떤 사람이 기본법 제6조 제2항 제1문상의 자녀에 대한 부모의 책임을 지는지⁶⁾에 관해 규정해야 한다.⁷⁾ 규정의 필수적인 설계 시에 입법자는 기본법 제6조 제2항 제1문상의 부모의 기본권을 특징짓는 구조적 특성을 고려해야 한다(BVerfG, 2023. 2. 1. 결정 - 1 BvL 7/18, Rn. 113 ff.). 기본법 제6조 제2항 제1문상의 부모의 자연권은 국가가 부여하는 것이 아니라 이미 주어졌으므로 국가가 인지하는 것이다.⁸⁾ 이는 해당 기본권을 보유한 개인에 대한 국가의 제한뿐만 아니라 친권의 ‘근본적인 변형’⁹⁾도 할 수 없게 한다. 무엇보다도 부모가 자녀를 돌보고 양육할 권리를 강화하기 위해 부모로서의 책임을 법적으로 이행할 수 있도록 입법자는 전문적인 법규를 제정해야 한다.¹⁰⁾ 기본법 제6조 제2항 제1문에서 도출되는 헌법상 친권의 구조적 특징은 부모의 기본권과 부모의 책임 간에 원칙적으로 존재하는 연관성이기도 하다.¹¹⁾ 이러한 연관성은 기본법 제6조 제2항 제1문상의 부모로서의 지위를 부여하는 이유가 생물학적 혈통인지 또는 전문법에 의해 지

5) BVerfGE 121, 69 <94>; BVerfGE 84, 168 <180> 및 양육권에 관해서는 BVerfGE 162, 378 <408 f. Rn. 68, 70> 참조.

6) 부모가 이러한 책임을 준수하는지에 관해서는 기본법 제6조 제2항 제2문에 따라 국가공동체가 감독한다.

7) BVerfGE 108, 82 <100>; 133, 59 <81 Rn. 58>; BVerfGE 127. 132 <146> 참조.

8) BVerfGE 59, 360, 376>; 108, 82 <100> 참조.

9) Jestaedt/Reimer, in: Bonner Kommentar zum GG, [12/2018], Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 153.

10) Britz, JZ 2014, S. 1069 <1070>; Höfling, in: Isensee/Kirchhof, Hnadbuch des Staatsrechts, Band VIII, 3. Aufl. 2009, § 155 Rn. 24; Jestaedt/Reimer, in: Bonner Kommentar zum GG, [12/2018], Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 153.

11) BVerfGE 61, 358 <372>; 108, 82 <102> 참조.

정된 것인지와 무관하게 적용된다.¹²⁾ 하지만 기본법 제6조 제2항 제1문에서 도출되는 기본권의 보유와 자녀에 대한 부모로서의 책임 간의 구조적 연관성이 입법자가 전문법 영역에서 헌법상 모든 부모에게 부모로서의 책임을 전혀 부과하지 않거나 이를 동일하게 부과해야 함을 의미하지는 않는다.¹³⁾

나아가 입법자는 입법형성을 할 때 기본법상의 다른 보장을 고려해야 한다. 이러한 보장에는 특히 부모의 돌봄과 양육을 국가로부터 보장받는 자녀의 권리, 즉 기본법 제2조 제1항¹⁴⁾과 연계한 기본법 제6조 제2항 제1문으로부터 도출되는 국가의 의무가 해당된다. 이는 부모와 자녀의 지위법적 지정에 관한 형성과 부모의 주요한 권한에도 적용된다. 그 밖에도 가족의 기본권(기본법 제6조 제1항¹⁵⁾)과 인격을 자유로이 발현할 권리(기본법 제2조 제1항)로부터 헌법상 고려해야 하는 모친의 지위와 부모가 아님에도 자녀와 특별히 가까운 관계에 있는 사람의 지위를 고려해야 함이 도출된다.

2. 기본법상 부모와 생부의 권리

헌법상 친권은 기본법 제6조 제2항 제1문상의 부모로서 자녀를 돌보고 양육할 권리를 보장한다. 헌법상의 친권은 원칙적으로 포괄적으로 이해되어야 한다. 기본법 제6조 제2항 제1문상의 부모로서의 책임을 지는 사람은 자녀의 총체적인 삶과 성장의 요건에 관해 영향력을 행사하는 것을 헌법상 보호받는다. 부모로서의 기본권은 원칙적으로 전문법에 규정된 법적 친권을 획득할 청구권을 포함한다.¹⁶⁾ 또한 이는 부모로서의 지위가 존속됨을 보장하는데 혈연관계뿐만 아니라 전문법상의 지정에 의해 부모가 된 경우에도 마찬가지이다.¹⁷⁾

전문법적 분류 규정과 관계없이 기본법 제6조 제2항 제1문이 의미하는 부모는 어떤 경우에도 전통적 의미에서의 친부모이다. 즉, 자신들의 생식세포로 성관계를 통해 수정된 아이를 낳은 여성과 그와 관계한 남성을 의미한다.¹⁸⁾

12) BVerfGE 79, 203 <210>; 80, 286 <295>; 108, 82 <102>; BVerfGE 133, 59 <81 Rn. 59> 참조.

13) BVerfGE 92, 158 <179>; 107, 150 <169>; 127, 132 <146 f> 참조.

14) **기본법 제2조 제1항** 모든 사람은, 다른 사람의 권리를 침해하지 않고 헌법질서나 도덕률(道德律)에 반하지 않는 한, 자신의 인격을 자유로이 실현할 권리를 갖는다.

15) **기본법 제6조 제1항** 혼인과 가족은 국가질서의 특별한 보호를 받는다.

16) BVerfGE 108, 82 <104>; 133, 59 <77 Rn. 47> 참조.

17) BVerfGE 135, 48 <83 Rn. 91 f>; BVerfGE 108, 82 <107> 참조.

헌법상 모든 부모는 원칙적으로 기본법 제6조 제2항 제1문이 규정하는 부모로서의 기본권을 행사할 수 있다(Rn. 39). 부모로서의 기본권은 공동으로 보유될 필요가 없고 각자가 보유자(BVerfGE 99, 145 <164>; 133, 59 <78 Rn. 51> 참조)이므로 자녀의 생부도 이 기본권의 보유자이다. 부모로서의 기본권의 특징은 부모가 자녀에 대한 책임을 떠맡는다는 점이다. 여기에는 양육권 등 아동과의 관계나 교섭과 관련된 권리뿐만 아니라 아동을 돌보고 양육할 의무도 포함된다. 이러한 의무에는 아동의 신체적, 정신적, 경제적 복지에 대한 책임 외에도, 기본법 제2조 제1항에 따라 인격의 자유로운 발달에 대한 권리를 행사하여 아동이 공동체 사회에서 자기책임적인 인격으로 발전하도록 보장하는 것도 포함된다. 부모로서의 기본권이 부모의 책임과 연관되어 있다면, 부모는 원칙적으로 기본법 제6조 제2항 제1문의 의미 내에서 이 책임을 유지하고 행사할 수 있어야 한다. 이를 보장하는 것은 법을 설계하는 입법자의 의무 중 일부이므로, 부모로서의 기본권을 특징짓는 구조적 특성도 고려되어야 한다. 이는 기본법 제6조 제2항 제1문에 따른 친권 책임 및 기본권의 보유가 처음부터 두 명의 부모에게만 국한되어야 한다는 의미는 아니다.

연방헌법재판소의 이전 판례(BVerfGE 108, 82 <102 ff.>; 133, 59 <78 Rn. 52>)와는 달리, 어머니와의 자연적인 수정행위에 기초한 자녀와의 유전적 연결로 인해 헌법상 부모가 되는 생부는 부모로서의 기본권의 보유자이므로 기본법 제6조 제2항 제1문의 보장을 받을 수 있다. 이는 전문법상 분류에 따라 아동의 어머니와 법적 아버지가 모두 해당 기본권의 보유자인 경우에도 적용된다. 부모로서의 기본권의 보유자가 두 명 보다 많은 경우, 기본법 제6조 제2항 제1문에 규정된 의미에서의 친권 책임을 모두가 행사할 수 있도록 보장하는 것은 입법자의 의무 중 하나이다. 이 사안에서처럼 법적 친권의 형성에 있어서 기본권의 보유자가 어머니, 생부, 법적 아버지인 경우에 입법자가 그들 모두에게 법적 친권을 인정한다고 해도 헌법에 저촉되지 않는다.

기본법 제6조 제2항 제1문의 부모로서의 기본권과 관련된 부모의 책임을 형성할 때 입법자는 부모-자녀의 관계뿐만 아니라 자녀에 대한 부모의 구체적인 권리 및 의무에 대해서도 판단의 여지를 갖는다.¹⁹⁾ 현행 전문법과 같이 입법자가 법적 친권을 2

18) BVerfGE 24, 119 <150>; 133, 59 <78 f. Rn. 53>.

19) Landenberg-Roberg, Elternverantwortung im Verfassungsstaat, 2021, S. 790; Brosius-Gersdorf, in: Dreier, GG, Bd. I, 4. Aufl. 2023, art. 6 Rn. 383; Jestaedt/Reimer, in: bonner Kommentar zum GG, [12/2018], Art. 6 m. 149 참조.

인에게만 제한하기로 결정한 경우, 원칙적으로 자녀의 혈통을 기준으로 친권을 부여해야 한다. 생부가 아닌 다른 남성이 자녀의 법적 아버지인 경우, 전문법상 부모가 2인으로 제한되는 법적 친권은 기본법 제6조 제2항 제1문에 따른 생부의 기본권을 제한한다. 본 사안의 경우처럼 법적 아버지가 여러 명인 경우를 전문법으로 배제한다면 생부에게 법적 부권을 획득할 수 있는 절차가 마련되어야 한다. 그러한 절차는 생부의 부모로서의 기본권에 비추어 충분히 효과적인 것이어야 한다.

3. 민법상 부자관계 취소권과 생부의 지위

민법전 제1600조 제2항 전단, 제3항 제1문은 기본법 제6조 제2항 제1문에서 도출되는 기본권의 보유자인 생부의 지위에 부합하지 않는다. 이 규정은 생부의 부모로서의 기본권에 영향을 미치며 기본법 제6조 제2항 제1문을 구성하는 특성들의 구조와 합치됨에도 불구하고 해당 기본권을 지나치게 제한한다. 부모로서의 기본권은 부모로서의 책임과 떼어 수 없이 결합되어 있다. 하지만 부모로서의 기본권은 기본법 제6조 제2항 제1문상의 모든 부모에게 동일한 정도로 양육권을 위임해야 함을 요구하지는 않는다. 또한 부모로서의 기본권은 3인의 부모가 법적 친권을 보유하는 것보다 대립되지 않지만 전문법적 형성에 대해 이를 강요하지도 않는다. 입법자가 전문법에서 부모를 2인에 한정한다면, 부모로서의 기본권은 부모로서의 책임을 다하려는 생부에게 부모의 책임 행사를 위한 전제조건으로서 법적 친권 보유를 가능하게 해야 한다. 이는 민법전 제1600조 제1항 제2호와 제2항의 취소권을 통해서 가능하다.

가. 언급된 규정은 기본법 제6조 제2항 제1문에 의해 보장되는 법적 아버지는 아닌 생부의 친권 보호에 영향을 미치며, 여기에는 부모로서의 책임을 얻을 자격도 포함된다. 민법전 제1600조 제3항 제1문의 기준 시점에 존재하는 자녀와 법적 아버지 간의 사회적 가족관계는 민법전 제1600조 제2항 전단에 따라 생부가 법적 아버지의 자격을 얻는 것을 배제한다. 이러한 배제는 생부가 자신의 자녀와 사회적 가족관계를 갖고 있었거나 갖고 있는 경우 또는 일찍부터 지속적으로 법적 아버지의 지위를 얻기 위해 노력한 경우에도 적용된다. 법적 아버지라는 지위는 전문법상 양육권을 보유하기 위한 전제조건이자 부모로서의 책임을 행사하기 위한 법적 도구이므로, 생부가 법적 아버지와 자녀 간의 부자관계 취소에 실패한다면 친권을 결정짓는 부모로서의 책임을 다할 수 없게 된다. 이는 취소를 배제시킨 법적 아버지와 자녀 간의 사회

적 가족관계가 추후 더 이상 존재하지 않는 경우에도 적용된다. 제3자, 특히 어머니의 협력과 동의 없이는 생부가 법적 아버지가 되는 것이 더 이상 가능하지 않다. 그로 인해 그가 법적인 부모로서의 책임을 행사하는 것은 영구히 불가능해진다.

나. 그럼에도 불구하고 민법전 제1600조 제2항 전단과 제3항 제1문은 부모로서의 기본권의 구조를 형성하는 구조적 특성에 합치한다. 입법자가 부모의 자격을 2인에 한정하는 것을 고수한다면, 부모의 기본권은 부모로서의 책임을 이행할 준비가 된 생부가 이를 가능하게 하는 전제조건인 법적 친권 획득을 원칙적으로 가능하게 할 것을 요구한다. 현행법(민법전 제1600조 제1항 제2호, 제2항)은 이를 기본적으로 허용하고 있다. 전문법에 따르면 생부도 법적 아버지의 자격을 얻은 후에 양육권을 (공동) 보유할 수 있다.

다. 본 사안에서 검토되는 생부의 취소권 제한을 통해 입법자는 지위의 안정 및 명백성과 자녀, 모친 그리고 법적 아버지로 이뤄진 사회적 가족의 보호라는 헌법상 정당한 목적을 추구하고 있다. 하지만 민법전 제1600조 제2항 전단, 제3항 제1문은 기본법 제6조 제2항 제1문에서 도출되는 생부의 부모로서의 기본권을 지나치게 제한한다.

민법전 제1600조 제2항 전단과 제3항 제1문은 생부의 부모로서의 기본권을 상당한 정도로 제한한다. 이는 민법전 제1600조 제3항 제1문의 기준 시점 이전이나 당시에 존재한 생부와 자녀 간의 사회적 가족관계가 취소의 요건을 판단하는 데에 아무런 영향을 줄 수 없는 것에서 기인한다. 또한 민법전 제1600조 제2항 전단의 소극적 요건이 기준 시점 당시 생부가 법적인 아버지의 지위를 얻거나 자녀와의 교류를 위해 기울였던 노력의 종류나 범위를 고려할 수 없도록 하고 있기 때문에 기본권이 상당한 정도로 제한된다.

자녀와 법적 부모 사이의 사회적 가족공동체를 보호하고 친자 관계의 법적 명확성과 법적 안정성을 위한 노력의 맞은편에는 생부의 부모로서의 기본권의 이해가 있다. 입법자가 추구하는 목적이 중요함에도 불구하고, 언급된 규정은 생부의 권리와 법적 부모 및 자녀 간의 권리 사이에 적절한 균형을 제시하지 못하였다. 간접적으로 문제된 해당 조항은 생부와 자녀 간의 이전 및 현재의 사회적 가족관계가 거의 고려되지 못하며, 조기에 지속적으로 법적 아버지의 지위를 얻으려던 노력도 거의 고려되지 않기 때문에 생부의 부모로서의 기본권을 지나치게 제한한다. 나아가 민법전

제1600조 제2항 전단의 소극적 전제조건이 충족되어 법적 아버지와 자녀 사이에 사회적 가족관계가 존재하게 되면 이러한 관계의 취소가 지속적으로 불가능해지기 때문에 생부의 기본권은 과도하게 제한된다. 생부와 자녀 간의 사회적 가족관계는 기본법 제6조 제1항에서 도출되는 생부의 부모로서의 기본권을 강화한다. 하지만 현재의 소극적 전제조건 형태로는 기본법 제6조 제1항 및 부모의 기본권이 충분히 고려될 수 없다. 기본법 제6조 제2항 제1문과 동조 제1항도 생부이지만 법적인 아버지가 아닌 사람에게 자녀에 대한 책임 있는 행동을 이어나갈 청구권을 부여하지는 않는다. 하지만 그러한 경우에도 생부와 자녀 간의 개인적인 혈연으로서의 연결은 존속된다.

생부가 자신의 행위를 통해 민법전 제1600조 제2항 전단의 요건에 영향을 미치기 어렵기 때문에, 문제된 규정은 입법자가 추구하는 목적과 부모로서의 책임을 이행하려는 생부의 부모로서의 기본권 간에 적절한 균형을 제시하지 못하고 있다. 법적 아버지와 자녀 간의 부자관계 취소 신청의 성패는 사안의 시간적 경과, 모친의 의지, 청소년청의 개입가능성 및 가정법원의 업무량 등 여러 우연들에 의해 결정되고 법적 아버지의 지위를 건 ‘경주’가 되어 버리기 십상이다.

4. 결론

가. 문제된 고등법원의 결정은 기본법 제6조 제2항 제1문에 합치되지 않는 민법전 제1600조 제2항 전단과 제3항 제1문의 적용에 근거한 것이므로 청구인의 부모로서의 기본권을 침해한다.

나. 연방헌법재판소는 민법전 제1600조 제2항 후단에까지 헌법불합치결정을 내린다. 민법전 제1600조 제2항 전단의 위헌 사유는 동조 동항 후단에 규정된 법적 아버지의 사망 시점에 자녀와의 사회적 가족관계가 존재하였는지에 관한 소극적 전제조건에 대해서도 동일한 방식으로 적용된다.

다. 심사된 조항들은 부모의 기본권과 합치되지 않음에도 불구하고 입법자에 의해 새로운 규정이 발효될 때까지 기존 법에 근거하여 생부들이 승소할 수 있다고 판단하는 경우에 법적 아버지와 부자관계 취소가 가능할 수 있도록 계속 적용된다. 그렇지 않은 경우에는 새로운 규정이 도입될 때까지 생부들은 청구인처럼 관할 전문법원에 이미 시작된 취소소송절차의 연기를 신청할 수 있다.

V. 결정의 의의

앞으로 법적 부모가 두 명에 한정되는 것이 아니라 더 많은 수가 될 수도 있다는 연방헌법재판소의 암시는 가족법의 혁명이자 연방헌법재판소가 이전의 판례를 변경함을 의미한다.²⁰⁾ 연방헌법재판소는 2003년에 법적 부모가 양친(兩親)에 제한됨은 자녀의 복지를 위한 것이라고 판결한 바 있다(2003. 4. 9. 판결, Az. 1 BvR 1493/96, 1 BvR 1724/01).

하지만 제1재판부가 이번 판결을 통해 입법자가 법적 부모를 2인에 한정할 필요는 없다고 실시함으로써 입법자는 자녀의 보호 및 가정의 평화와 안정성을 해치지 않음과 동시에 생부의 권리를 강화할 수 있는 적절한 해법을 내어 놓아야 하는 과제를 떠안게 되었다. 연방 법무부는 이미 2024년 1월에 주요 이슈 보고서를 통해 연방헌법재판소의 판결과 일치하는 의견을 제시한 한 바 있다.²¹⁾ 해당 보고서에서는 부자관계 확인 절차가 진행 중인 경우 다른 남성이 부자관계 인지를 할 수 없도록 하는 방안과 법적 아버지와 생부 모두 자녀와 사회적 가족관계를 갖고 있는 경우에 법원이 어떤 관계가 더 확정적인지를 판단하여 법적 아버지를 지정하는 방안을 제시하고 있다.

그렇지만 법적 아버지의 변경은 자녀의 인격권에 대해 매우 큰 영향을 미친다는 점에서 생부의 권리를 강화해야 한다는 연방헌법재판소의 판결은 비판의 여지를 남기고 있다. 생물학적 혈통 외에도 상황에 따라 성(姓)과 국적의 변경까지 초래할 수 있는 법적 관계는 정체성 형성에 매우 중요하기 때문이다. 또한 가령 두 여성 간의 결합에서 정자 기증을 통해 자녀를 얻은 경우에는 생부가 취소절차를 통해 법적 아버지의 지위를 주장할 위험도 간과할 수 없다.²²⁾

이미 오래 전부터 많은 아동들이 이혼/재혼 가정, 두 어머니 그리고/또는 두 아버지와 함께 살고 있으며 양육의 책임 또한 혼인 여부에만 달려 있지도 않다. 자녀의 출생과 양육에는 관여하는 사람은 두 명에만 한정되지 않는 것이다.²³⁾ 생부의 법적 지

20) <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/1BvR201721-bverfg-vaterschaft-kinder-familie-vaterschaftsanfechtung-leiblicher-biologischer-vater> (최종 방문일: 2024. 8. 21.).

21) https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2024_Reform_Abstammungsrecht.html (최종 방문일: 2024. 8. 21.).

22) Heiderhoff, Bettina, Ein großer Lobgesang des BVerfG auf den biologischen Vater als irritierendes Störgeräusch, in: NJW 2024, S. 1700 (1702).

위 강화는 현대의 부모의 권리가 당면한 많은 도전과제 중 하나에 불과하다. 이러한 맥락에서 부모와 자녀와의 관계뿐만 아니라 가족관계 전반에 관해 법적으로 새롭게 구상하고 형성해야 할 필요가 있다.

23) Langer, Pascal, Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Regelung des Anfechtungsrechts des biologischen Vaters, NZFam 2024, S. 543 (554).

연방선거법 개정과 예외 없는 저지조항의 위헌성¹⁾

I. 사실관계

2023년 3월 17일 독일 연방의회는 연방선거법(Bundeswahlgesetz, BWahlG) 개정을 결의하였다. 이에 따르면 연방의회 선거에서 모든 투표자는 2개의 투표수를 부여 받는다. 제1투표는 해당 지역구의 후보 1인을 선택하고, 제2투표로는 주(州)비례대표명부(Landesliste)상의 정당을 선택하게 된다. 먼저 총 630석의 연방의회 의석(연방선거법 제1조 제1항 제1문)이 정당과 주비례대표명부에 따라 분배된다. 모든 정당은 연방 전체에 걸친 제2투표 결과에 따라 배정되는 의석을 분배받는다(연방선거법 제4조 제2항). 그런 다음 이 의석들은 연방 전체의 제2투표 결과의 각 몫을 기준으로 각 정당의 주비례대표명부에 배포된다(연방선거법 제4조 제3항). 그런 다음 이 의석 할당량을 채우는 순서가 결정된다. 각 선거구의 당선자, 즉 해당 선거구에서 가장 많은 제1투표를 받은 후보자는 투표 점유율 순위에 따라 정당의 주비례대표명부 상단으로 이동되고 의석 배정 시에 우선적으로 고려된다. 제2투표 결과에 따라 주비례대표명부에 부여된 의석의 수가 해당 선거구 후보자 수를 초과하는 경우 나머지 의석은 명부상의 후보자에게 부여된다. 주비례대표명부에서 선거구 당선인의 수가 제2투표에 포함된 의석수를 초과하는 경우, 제1투표에서 가장 낮은 몫을 얻은 선거구 후보자에게는 의석이 할당되지 않는다(비례대표성의 보장절차, Zweitstimmendeckungsverfahren, 연방선거법 제6조 제1항, 제4항 제1문, 제2문).

연방선거법 제4조 제2항 제2문 제2호에 따라 연방 전체에서 제2투표의 수를 5%이하로 획득한 정당들은 의석 배분에서 고려되지 않는다(5%-저지조항, 봉쇄조항). 이에 따라 해당 정당의 후보들은 연방의회에 입성할 수 없다. 2023년의 개정 전까지 연방선거법에서는 제2투표에서 연방 전체에 걸친 유효투표총수의 5%에 미달되더라도 제1투표를 통해 최소한 3개 이상의 지역선거구에서 의석을 획득한 경우에는 의석할당 자격을 부여하는 기본의석조항(Grundmandatsklausel)을 두고 있었으나, 이를 삭제함으

1) 연방헌법재판소 2024. 7. 30. 판결, 2 BvF 1/23, 2 BvF 3/23, 2 BvE 2/23, 2 BvE 9/23, 2 BvE 10/23, 2 BvR 1523/23, 2 BvR 1547/23.

로써 5% 미만의 제2투표를 획득한 정당은 제1투표를 통해 3개 이상의 지역구에서 승리하더라도 의석배분에 참여할 자격을 얻지 못하게 되었다.

의석배분절차 참여에 장애물이 된 제2투표의 비례대표성 보장절차와 5%-저지조항에 대해 바이에른 주정부와 195인의 독일 기독교민주연합(Christlich Demokratische Union Deutschlands, 이하 'CDU')/기독교사회연합(Christlich Soziale Union in Bayern e. V., 이하 'CSU) 연방의회 원내교섭단체가 규범통제심판을 청구하였다. CSU는 정당으로서 연방선거법 개정법을 제정한 연방의회에 대해 기관쟁의심판을 청구하기도 하였으며 문제된 조항들에 대해 규범통제심판을 청구하였다. CDU는 해당 기관쟁의심판 청구에 참가하였다. 이어서 좌파당(DIE LINKE)과 당시 연방의회 원내교섭단체였던 DIE LINKE가 연방의회에 대해 두 개의 기관쟁의심판을 청구하였으며 이들의 선거인 내지 동조자들 212인이 기본의석조항 없는 저지조항에 대한 헌법소원심판을 청구하였다. 이러한 저지조항에 대해 4,242인이 헌법소원심판을 청구하였다.

II. 주문²⁾

1. 사건들은 공동의 결정을 위해 병합된다.
2. 2023 연방선거법 제1조 제3항, 제6조 제1항, 제4항 제1문 및 제2문은 기본법에 합치한다.
3. 2023 연방선거법 제4조 제2항 제2문 제2호는 기본법 제21조 제1항과 제38조 제1항 제1문에 합치되지 않는다.
4. 새로운 규정이 제정될 때까지 연방선거법 제4조 제2항 제2문 제2호는 의석배분시에 3개보다 적은 선거구에서 제1투표를 최다 득표한 후보자들이 있는 경우에만 유효한 제2투표의 득표수 5%에 미달한 정당을 고려하지 않는다는 조건하에 적용된다.
5. 헌법소원은 청구인 VI.1. 내지 3.과 VII.1. 내지 25., 27., 28.의 경우를 제외하고는 각하한다.
6. 연방선거법 제4조 제2항 제2문 제2호는 청구인 VI.1. 내지 3.과 VII.1. 내지 25., 27., 28.의 기본법 제38조 제1항 제1문에서 도출되는 기본권유사 권리를 침해한다.
7. 신청인 V.의 기관쟁의심판 청구는 각하한다.

2) 주문 중 소송비용에 관한 부분은 생략하였다.

8. 독일 연방의회는 2023. 3. 17. 연방선거법 개정법 결의를 통해 신청인 III.의 기본법 제21조 제1항으로부터 도출되는 권리를 침해하였다.

III. 관련 주요 조항 및 쟁점

1. 주요 조항

기본법 제21조

- ① 정당은 국민의 정치적 의사형성에 참여한다. 정당의 설립은 자유이다. 정당의 내부질서는 민주주의의 기본 원칙을 존중해야 한다. 정당은 자금의 출처와 용도 그리고 재산 상황을 공개하여야 한다.
- ② 정당의 목적이나 추종자의 행태를 기준으로 자유민주적 기본질서를 침해 또는 부인하거나 독일연방공화국의 존립을 위태롭게 하는 정당은 위헌이다. 위헌 여부 대해서는 연방헌법재판소가 판단한다.
- ③ 이에 관해 자세히는 연방법률에서 정한다.

기본법 제38조

- ① 독일연방의회 의원은 보통·직접·자유·평등 및 비밀선거에 의하여 선출된다. 연방의회 의원은 국민 전체의 대표자이고, 위임과 지시에 구속되지 않으며, 오로지 양심에 따른다.
- ② 만 18세 이상인 사람은 선거권을 갖는다. 성년인 사람은 피선거권을 갖는다.
- ③ 이에 관해 자세히는 연방법률에서 정한다.

연방선거법 제1조 독일 연방의회의 구성과 선거 원칙

- ① 독일 연방의회는 630인의 의원으로 구성된다. 이들은 선거권이 있는 독일인들의 보통·직접·자유·평등 및 비밀선거에 의하여 선출된다.
- ② 독일 연방의회의 선거에는 비례선거의 원칙이 적용된다. 모든 유권자는 2개의 표를 갖고 제1투표로 선거구 후보를 선택하며 제2투표로 선거참여 허가를 받은 정당이 후보를 기재한 주비례대표명부를 선택한다.
- ③ 주비례대표명부에 속하는 의석의 배분에는 제6조의 규정에 따라 299개의 지역구 선거에서 결정된 후보들에게 우선권이 부여된다. 모든 정당은 개별 주에서

해당 주의 선거구에서 가장 많은 제1투표를 얻은 후보자에게 해당 정당의 제2투표로 보장된 의석을 할당하는데, 의석의 수는 해당 정당에 배분되는 제2투표의 수와 일치해야 한다(비례대표성의 보장).

- ④ 지역구 선거는 이 법의 요건에 따라 정당이 지명하지 않은 지원자에게 개방되어 있다.

연방선거법 제4조 정당 간 의석 배분에 관한 원칙

- ① 전체 의석수(제1조 제1항)는 비례선거의 원칙에 따라 먼저 전체 선거구에서 정당별로 배분되고 다음으로 각 정당의 주비례대표명부에 따라 배분된다. 전체 의석수에서 제6조 제2항에 따른 지역구 선거의 당선자의 수를 차감한다.
- ② 정당 간 의석은 지역선거구에서 정당의 주비례대표명부에 투표한 제2투표에 비례하여 제5조에 따라 배분한다(상위배분). 이때 다음의 사항은 고려되지 않는다.
1. 제6조 제2항에 따라 당선된 후보에게 제1투표를 행사한 유권자의 제2투표,
 2. 선거구에서 유효한 제2투표의 5% 미만을 득표한 정당들.

제2문 제2호는 소수민족 정당이 제출한 명부에는 적용되지 않는다.

- ③ 제2항에 따라 개별 정당에 배분된 의석은 제5조에 따라 주비례대표명부의 제2투표 수에 비례하여 해당 정당의 주비례대표명부에 배분된다(하위 배분).
- ④ 의석 배분 시, 고려되는 모든 정당의 제2투표 총수의 절반 이상을 얻은 정당이 전체 의석의 절반을 초과하지 못할 경우, 해당 정당에 추가 의석이 할당되어 전체 의석의 절반보다 1석 더 많아지도록 한다. 이러한 경우 전체 의석 수(제1조 제1항)는 그 차이만큼 증가한다.

연방선거법 제6조 후보에 대한 의석 배분

- ① 정당의 지역구후보자(제20조 제2항)는 제1투표에서 최다 득표를 하고 비례대표성의 보장절차(제4문)에서 의석을 할당받는 때에 의원으로 선출된다. 모든 주에서는 특정 정당의 후보들은, 그들이 지역선거구에서 최다 제1투표수를 획득하였다면, 제1투표수의 몫에 따라 내림차순으로 배열된다. 제1투표의 몫은 후보자가 득표한 제1투표수를 해당 선거구에서의 유효한 제1투표수 전체로 나누어서 산출한다. 제4조 제3항에 따라 정당의 주비례대표명부에 산출된 의석은 제2문에 따라 형성된 지역구 후보의 순서에 따라 배분된다(비례대표성의 보장절차).

- ② 제20조 제3항에 따라 추천된 후보자는 가장 많은 제1투표를 득표한 때에 해당 선거구의 의원으로 선출된다.
- ③ 투표가 동수일 경우와 제1투표의 몫이 동일한 때에는 추첨으로 결정한다. 선거구 후보 간(제1항 제1문, 제2항)에는 구역선거관리위원장이, 비례대표성 보장절차 후보 간(제1항 제4문)에는 연방선거관리위원장이 추첨을 한다.
- ④ 비례대표명부 후보자는 주비례대표명부 의석의 배분 시(제4조 제3항) 비례대표성 보장절차에 따라 남은 의석을 얻는 경우 의원으로 선출된다; 배분은 주비례대표명부의 순서대로 이뤄진다. 제1항 제1문에 따라 선출된 후보는 주비례대표명부에서 고려되지 않는다. 주비례대표명부에 명시된 후보자 수보다 더 많은 의석이 할당되는 경우, 해당 의석은 공석으로 남게 된다.

2. 쟁점

판단의 대상은 독일 연방의회의 의석배분에 관한 연방선거법 조항들이다. 신청인들과 청구인들은 특히 의석배분 시 비례대표성의 보장절차와 연방의회 입성을 가로막는 저지조항이 기본법에 합치되는지 여부에 관한 심사를 요청하고 있다.

IV. 판단

1. 적법성

규범통제심판은 적법하다. 기관쟁의심판과 헌법소원심판은 부분적으로 적법하다. 특히, 좌파당 원내교섭단체의 기관쟁의심판 신청은 적법하지 않다. 2023년 12월 6일에 원내교섭단체가 해체된 것이 이전에 신청된 기관쟁의심판에 어떤 영향을 미치는지에 관해서는 판단을 내릴 필요가 없다. 왜냐하면 신청 자격에 결격사유가 있기 때문이다. 원내교섭단체는 다음 선거 후에도 연방의회에 대표로 남을 권리를 가지는 것은 아니며, 또한 원내교섭단체로서 연방의회에서의 협의 및 결의권을 규정한 기본법 제38조 제1항 제2문에 근거한 의원의 권리를 주장할 수 없다.

2. 판결의 이유

제2투표 비례대표성 보장절차의 규정은 기본법 제38조 제1항 제1문, 3항 및 제21조 제1항과 합치한다. 5%-저지조항은 이러한 기준과 합치되지 않는다.

가. 형식적 측면

형식적인 측면에서 볼 때, 문제된 규범들은 헌법적으로 문제되지 않는다. 특히 입법절차에서 독일 연방의회가 의회에서의 심의절차를 규정하는 데 있어 그 재량권을 남용하였음을 시사하는 정황은 없다. 선거법 개정은 합의가 아닌 정부 여당의 다수결로만 통과되었지만, 이는 기본법 제38조 제3항과 제42조 제2항 제1문에 의해 입법자에게 명백히 허용된 것이다.

또한, 법안에서 예견된 ‘조정된 기본의석조항’이 최종 위원회의 심의 과정에서 삭제된 것도 의원의 권리나 공공성 원칙을 무시한 것으로 볼 수 없다. 의회 심의는 법안을 수정할 수 있는 기회를 제공하기 위해 존재한다. 이번 입법절차에서는 ‘조정된 기본의석조항’ 또는 선거구 조항과 그 부재의 중요성에 대해 충분한 정보가 의원들에게 제공되었다.

나. 실체적 측면

규범통제심판 청구는 부분적으로 이유 있다.

(1) 기본법 제38조 제3항은 선거법에 대해 입법자에게 구체적인 규정의 제정을 맡기고 있다. 입법권의 한계는 기본법 제38조 제1항 제1문에 규정된 선거원칙들에 의해 제한된다. 이에 따라 독일 연방의회 의원들은 보통·직접·자유·평등 및 비밀선거에 의하여 선출된다. 선거 평등의 원칙은 모든 유권자가 가능한 한 형식적으로 동등한 방식으로 능동적 및 수동적 선거권을 행사할 수 있어야 함을 요구한다.

또한, 입법자는 정당의 기회균등(기본법 제21조 제1항)을 보장해야 한다. 따라서 모든 정당은 선거 절차 전반에서 기본적으로 동일한 기회를 부여받아야 하며, 의석 배분 시 동일한 기회가 주어져야 한다. 정당의 기회균등은 선거의 일반성과 평등성 원칙과 밀접하게 연관되어 있다.

선거 평등과 정당의 기회균등 원칙은 절대적인 차별 금지에 종속되지는 않는다. 입법자는 선거법을 규정함에 있어 일정한 범위 내에서 차별을 허용할 수 있는 좁은 재량권을 갖는다.

(2) 이러한 기준에 따라, 제2투표의 비례대표성 보장절차는 기본법에 합치된다. 입법자는 기존 선거법과 다른 새로운 규정을 도입할 수 있으며, 유권자와 후보자, 정당에게 생각의 전환을 요구할 수 있다. 선거법을 개혁하려는 입법자의 결정은 특별한 전제 조건에 구속되지 않는다.

제2투표 비례대표성 보장절차는 기존 선거법의 기본 틀에서 벗어나지 않는다. 입법자는 넓은 재량권 내에서 선거구 선거와 주비례대표명부에 따른 비례대표제를 유지하기로 결정하였다. 이와 함께 필연적으로 수반되는 선거구 선거와 비례대표제 간의 결과를 조정하는 방식을 입법자는 다시금 넓은 재량권 내에서 새롭게 설계하였다. 과거의 법에 따르면, 연방의회 의석은 선거구 선거 결과와 비례대표명부 선거 결과 모두에 따라 배분되었다. 우선, 선거구에서 당선된 후보자는 직접 선출직(Direktmandat)으로서 의석을 확보했고, 그 후 비례대표명부 의석배분절차에서 정당의 선거구 의석수가 비례대표명부 의석수에 반영되었다.

제2투표 비례대표성 보장절차에서는 조정 전에 의석이 배분되지 않는다. 먼저 630개의 의석이 정당 및 주비례대표명부에 배분된다. 그 후 각 의석 할당분에 대한 우선순위가 결정된다. 이때 최다 득표한 선거구 후보자가 그들의 득표 비율에 따라 주비례대표명부의 최상단으로 올라간다. 마지막 단계에서 이 순서에 따라 모든 후보자가 의석을 확보하게 된다.

입법자가 순수한 다수대표제 또는 순수한 비례대표제를 선택하지 않았다는 비판은 연방헌법재판소의 지속적인 판례에 따라 비례대표제를 인물선거 요소와 결합할 수 있다는 점을 간과하고 있다. 비례대표제와 선거구 선거의 결합을 유지한다는 것은 기존의 조정 절차를 반드시 유지하고 새롭게 설계될 수 없음을 의미하지 않는다. 입법자는 다른 결합 방식을 선택할 수 있다. 제2투표 비례대표성 보장절차가 지역화(Regionalisierung) 또는 선거구 대표성의 원칙에 위배된다고 주장하는 것은 이러한 원칙의 근거를 기본법이나 기존 선거법에서 찾을 수 없기 때문에 의미가 없다. 또한, 새 규정이 모순을 포함하고 있으며 제2투표 비례대표성 보장절차의 일관성이 결여되었다는 비판은, 기존 조정 규정의 원칙에 집착한 사고에 기반하고 있기 때문에 무의미하다.

일부 선거구에서 가장 많은 표를 얻은 후보자가 연방의회에 진출하지 못하고 대신 비례대표명부상의 다른 의원이 해당 선거구를 대표하는 경우는 선거구의 유권자들이 선거구 선거를 의석 배분을 위한 유일한 결정적 선거로 간주하는 때에만 모순으로

인식될 수 있다. 그러나 제2투표 비례대표성 보장절차에서는 선거구 선거가 의석 확보에 있어 유일한 결정 요소가 아니며, 오히려 각 연방의회 의원이 자신의 정당에 대한 제2투표를 통해 정당성을 부여받는다라는 점을 강조하고 있다.

제2투표 비례대표성 보장절차는 기본법 제38조 제1항 제1문에 따른 선거 평등을 침해하지 않는다. 무소속 후보가 당선된 경우, 그에 대한 선거표가 정당의 선거구 후보자에 대한 선거표와 다르게 처리됨은 사실이다. 특히 무소속 후보는 제2투표 결과에 따른 의석배분절차와 관계없이 연방선거법 제6조 제2항에 따라 연방의회 의석을 확보하게 된다.

그러나 이러한 차별은 정당화될 수 있다. 연방선거법의 제2투표제도는 제1투표와 제2투표 결과 간의 조정을 고려한다. 선거구 후보자와 주비례대표명부 간의 조정이 불가능한 경우, 이러한 상황을 특별히 고려하는 것이 필수적이다. 무소속 선거구 후보를 제안할 수 있는 가능성은 정당에 관계없이 모든 선거권자의 선거 제안권을 보장하며, 이는 선거에 대한 시민의 능동적 참여 권리의 핵심이다.

더 나아가 제2투표 비례대표성 보장절차는 선거표 간의 차별을 초래하지 않는다. 모든 선거표는 동일한 집계가치를 지닌다. 유권자가 제1투표로 정당의 선거구 후보자를 선택하는 경우, 이 표는 해당 후보자에 대한 표로 집계된다. 또한 제1투표의 성공 가능성은 동일하다. 선거구 후보자가 선거구 내에서 가장 많은 제1투표를 얻고, 소속 정당의 주비례대표명부에서 충분한 제2투표를 확보하여 선거구 후보자를 위한 의석 할당이 가능할 때 비로소 의석이 확보될 수 있다. 이 두 조건은 전적으로 선거 결과에 의해 결정된다. 제2투표 비례대표성 보장절차에서 의석을 얻는 최다 득표한 선거구 후보자에 대한 표와 의석을 얻지 못한 다른 선거구의 최다 득표 후보자에 대한 표는 차별적으로 취급되지 않는다. 제2투표 비례대표성 보장이 없는 최다 득표 후보자에게 의석이 배정되지 않는 것은 입법자가 선택한 할당 방식의 결과이며, 이는 두 가지 조건(선거구 내에서 가장 많은 제1투표를 얻고 주비례대표명부에 대한 제2투표로 비례대표성 보장을 얻음)에 따라 결정된다. 선거표의 성공 가치는 전적으로 이 두 가지 조건에 달려있다.

(3) 제2투표 비례대표성 보장절차는 또한 기본법 제38조 제1항 제1문에 따른 선거의 직접성 원칙을 침해하지 않는다. 이 절차는 각 유권자의 제1투표가 특정 선거구 후보자에게 귀속될 수 있다는 점을 변경하지 않는다. 투표 시점에 확실하지 않은 것

은 단지 투표의 결과일 뿐이며, 이는 전적으로 일관된 선거 과정과 그에 따른 법적으로 규정된 의석배분절차에 따라 결정된다. 최다 득표한 선거구 후보자가 어떤 순서로 의석을 얻거나 제2투표 비례대표성 보장이 없어서 의석을 얻지 못하는지는 오로지 선거 결과와 선거법에 의해 결정된다.

(4) 제2투표 비례대표성 보장절차는 정당의 기회균등(기본법 제21조 1항)을 침해하지 않는다. 이 절차가 야당에 특별히 불리하다는 의견에는 재판부가 동의하지 않는다. 제2투표 비례대표성 보장절차는 기존의 의석 조정체계와 마찬가지로 정당 비례에 따른 연방의회 구성을 목적으로 한다. ‘상한선’이라는 용어가 시사하는 바와 달리, 제2투표 비례대표성 보장절차는 이미 할당된 의석수를 줄이지 않는다. 이 절차에 따라 연방의회의 법정 규모를 유지하게 되며, 그 결과로 다가오는 독일 연방의회에서는 동일한 선거 결과를 전제로 할 때 기존 선거법에 따른 것보다 각 정당의 의원 수가 줄어들게 될 것이다.

(5) 연방선거법 제4조 제2항 제2문 제2호의 저지조항은 현행 형태로는 기본법에 합치되지 않는다. 이 조항에 따르면, 제2투표 결과에 따라 연방의회 의석을 받을 수 있는 정당이라도, 전국적으로 유효한 제2투표의 5% 미만을 얻은 경우 의석 배분에서 제외되게 된다. 이는 제2투표 결과가 더 높은 정당에 비해 차별적인 대우를 받게 되는 것이다.

비례대표제에서 저지조항은 의회의 업무 및 기능의 수행능력을 보장하기 위한 정당한 근거가 될 수 있다. 독일 연방의회 선거에서의 저지조항을 평가할 때는 기본법 질서에서 부여된 중추적인 기능이 중요한 판단 기준이 된다.

저지조항은 연방의회의 기능 수행능력을 보장하는 데 적합하다. 저지조항은 의회가 여러 개의 작은 그룹으로 분열되는 것을 방지하며, 이를 통해 연방의회의 기능 및 업무 조건을 보장한다. 이 조항은 정치적으로 동일한 목표를 가진 의원들이 연방의회에서 일정한 최소 규모의 의원단(원내교섭단체)을 형성할 수 있는 조건을 형성한다. 전국적으로 유효한 제2투표의 5%라는 저지조항의 기준은 이 목적에 부합한다. 이 기준은 지속적인 판례에 의해 확립된 평가이며, 법적 및 실제적 변화가 일어났음에도 불구하고 유효하다.

그러나 현재의 실제적 및 법적 여건 하에서 연방선거법 제4조 제2항 제2문 제2호의 저지조항은 완전한 정도로 필요하지는 않다. 연방의회의 업무 및 기능 수행능력

을 보장하기 위해 다른 정당과 공동으로 5% 조건을 충족하여 원내교섭단체를 형성할 수 있는 경우, 의석 배분에서 한 정당을 배제할 필요가 없다. 실제로, CSU가 다음 연방의회 선거에서 전국적으로 5% 지지조항을 넘지 못해 의석 배분에서 제외될 가능성이 있다. 그러나 위의 사항이 고려된다면, CSU의 의원들은 CDU의 의원들과 함께 충분히 안정적인 공동 원내교섭단체를 형성할 것이다. 이는 두 정당 간의 장기적인 협력을 근거로 한다. CSU와 CDU 간의 협력은 다음 세 가지 요소로 특징지을 수 있다. 첫째, 동일한 정치적 목표를 기반으로 원내교섭단체를 형성하려는 의도, 둘째, 과거에도 그러한 공동 원내교섭단체가 존재해 왔다는 사실, 셋째, 각 정당이 서로 경쟁하지 않고, 주비례대표명부를 서로 다른 지역에만 제출한다는 점이다. CDU와 CSU는 독일 연방공화국 창립 이후 선거운동에서 자신들이 동일한 목표를 추구하며 공동 원내교섭단체를 형성하려 한다는 점을 명확히 해왔다. 특히, CSU는 정기적으로 CDU의 대표 후보를 지지해 왔다. 1976년부터 양 정당은 연방의회 선거를 위해 명시적으로 공동 선거 프로그램을 수립해 왔다. 1949년 이후, 두 정당의 의원들은 연방의회에서 공동 원내교섭단체를 형성해 왔다. CSU는 바이에른주에서만 출마하며, CDU는 그곳에서 출마하지 않는다.

저지조항의 목표는 이러한 형태의 협력을 고려하여 달성될 수 있다. 이로 인해 발생하는 불평등한 대우는 정당화될 수 있다. 이러한 협력은 저지조항이 목표로 하는 의회의 업무 환경을 변화시키지 않는다. 그 목표는 원내교섭단체 공동체를 형성하는 것이다. 이는 단순한 선거 동맹을 넘어서며, 단순히 두 정당이 의회에서 대표되는 것 이상의 의미를 갖는다. 또한, 정부를 구성할 경우에만 협력하는 것이 아니라, 야당이 될 경우에도 적용된다. 따라서 이 협력은 연방의회의 활동 자체와 직접적으로 관련이 있으며, 모든 의회 기능을 포함한다. 공동 원내교섭단체를 형성함으로써, 협력하는 정당의 의원들은 개별이 아닌 공동으로 원내교섭단체의 권리와 의무를 수행하며, 이를 통해 의회 내에서 공동의 정치적 흐름을 대표하려는 목적을 갖는다.

이러한 형태로 협력하는 정당들이 저지조항 적용 시 공동으로 고려되는 경우, 다른 정당들과 비교해 불평등한 대우를 초래한다. 이들은 다른 정당들과 달리 각 정당이 연방선거법 제4조 제2항 제2문 제2호의 요건을 충족하지 못해도 연방의회 의석을 얻게 된다. 세 가지 조건 중 일부만 충족되는 경우에 저지조항에 대해 정당들을 공동으로 고려하는 것이 정당화될 수 있는지의 결론은 열어둘 수 있다. 어쨌든 이 세 가

지 조건이 함께 충족된다면, 현재의 법적 및 실제적 조건 하에서 CSU와 CDU의 실무를 고려한 우대는 정당화될 수 있다.

입법자는 저지조항을 현재의 법적 및 실제적 조건에 맞게 조정하여 연방의회의 기능을 보장하는 데 필요한 범위를 넘지 않도록 할 의무가 있다. 그러나 입법자는 두 개의 협력 정당을 공동으로 고려할 수 있는 방법을 도입하는 것에 국한되지 않고, 저지조항을 다른 방식으로 수정할 수도 있다.

다. 결론

(1) 헌법 소원은 적법한 범위 내에서 타당하다. 연방선거법 제4조 제2항 제2문 제2호는 헌법소원심판 청구인의 기본법 제38조 제1항 제1문의 권리를 침해한다.

(2) CSU의 기관쟁의소송 신청은 타당하다. 2023년 3월 17일 연방의회가 연방선거법 개정 법안을 채택한 결정은 CSU의 기회균등권을 침해한다. 저지조항에서 연방의회의 기능을 보장하기 위해 필요한 범위를 초과한 조건이 CSU에 적용되었다.

(3) 좌파당의 기관쟁의소송 신청은 타당하지 않다. 확인된 헌법의 위반은 좌파당의 권리를 침해하지 않았다. 좌파당의 의원들은 다른 정당과 공동으로 원내교섭단체를 형성하지 않으며, 그러한 의도가 있다는 증거도 없다.

V. 결정의 의의

연방헌법재판소의 이번 결정은 정치적 상황에 대한 일종의 절충안으로 보인다.³⁾ 입법자의 연방선거법 개정의 첫 번째 핵심 원칙인 제2투표를 통한 비례대표성의 보장 원칙은 유지되었다. 그러나 두 번째 핵심인 기본의식 조항의 무조건적인 삭제는 유지되지 않았다.

비례대표성의 보장을 통해 독일 연방의회가 축소될 것이다. 여러 해 동안 거의 모든 선거법 개정안의 공통 목표는 734명까지 증가한 연방의회 의원 수를 줄이는 것이었다. 이번 개정으로 연방의회의 규모가 630명으로 고정되며, 이 과정에서 비례대표성의 보장이라는 수단이 사용된다. 연방헌법재판소는 의원들이 특정 선거구의 대표가 아니라 ‘국민 전체’의 대표라는 점을 분명히 하였다.

3) <https://www.zdf.de/nachrichten/politik/deutschland/wahlrecht-reform-bundesverfassungsgericht-urteil-100.html> (최종방문일: 2024. 8. 27.).

그렇지만 이른바 기본의석조항은 판결을 통해 폐지되지 않았다. 연방헌법재판소는 최소한 현재의 5%-저지조항이 유지되는 한, 선거의 평등성에 대한 이 조항의 영향을 보완할 장치가 필요하며, 예컨대 기본의석조항이 그 역할을 할 수 있어야 한다고 판결하였다. 기본의석조항은 독일 연방선거법에 따른 특별 규정으로, 정당이 전체 의원 수를 유지하면서 연방의회에 진출할 수 있는 두 가지 방법 중 하나를 제공한다. 첫 번째 방법은 제2투표(정당 투표)에서 5%-저지조항을 넘는 것이다. 두 번째로 더 드문 경우지만 동등하게 인정되는 방법은 세 개의 직접 의석(지역구 승리)을 얻는 것이다. 이 두 번째 방법이 바로 기본의석조항이다.

일례로, 2021년 연방 의회선거에서 좌파당은 이 규정을 통해 전체 의원 수를 유지하며 의회에 진출할 수 있었다. 당시 좌파당은 제2투표에서 4.9%만을 득표하였지만, 베를린에서 두 개, 라이프치히에서 하나의 지역구에서 승리하며 세 개의 직접 의석을 확보했다. 이처럼 기본의석조항은 특정 상황에서 정치적 전략의 일부로 활용될 수 있는 중요한 제도이다. 그러나 예외 없는 저지조항은 연방헌법재판소의 관점에서 그 목적을 넘어선다고 판단되었다. 특히 CSU의 경우, CDU와 이미 공동으로 원내교섭단체를 형성하고 있기 때문에 이 점이 분명해진다. 기본의석조항은 5%-저지조항을 헌법에 맞게 설계하기 위한 여러 방법 중 하나이다. 연방헌법재판소의 이번 판결로 인해 CSU뿐만 아니라 좌파당도 안도할 수 있게 되었다. 만약 이 규정이 삭제되었다면, 두 당 모두 향후 의회 진출이 불투명해졌을 것이다. 그러나 이제 이 조항은 새로운 규정이 마련될 때까지는 계속해서 유효하게 적용될 것이다.

최신 세계헌법판례

일본

▮ 삿포로고등재판소의 동성혼 입법부작위에 대한 위헌 판단
/ 책임연구원 서누리

▮ 최고재판소 재판관 임명에 대한 재외국민의 국민심사에 관한
규정을 두지 않은 입법부작위의 위헌성 / 책임연구원 서누리

삿포르고등재판소의 동성혼 입법부작위에 대한 위헌 판단¹⁾

I. 사건 배경

일본 전국에서 동성혼에 대한 입법부작위를 다투는 소송이 진행 중이다.²⁾ 동성혼의 법제화를 위한 집단행동에 착수한 것으로 이 소송들은 동성혼의 법제화를 위한 입법운동의 일환으로 해석된다.

해당 소송들은 공통적으로 동성 간의 혼인을 인정하지 않고 있는 일본 민법 및 호적법의 규정³⁾이 일본국헌법 제13조, 제14조 및 제24조에 반함에도 불구하고, 국가가 필요한 입법조치를 강구하지 않는 것은 국가배상법 제1조 제1항의 적용상 위법이 있다고 주장하며 국가에 1인당 100만 엔의 국가배상을 청구하였다.

그 가운데 제1심으로 가장 먼저 나온 판결이 2021년 3월 17일 삿포르지방법재판소의 위헌 판결이었다. 해당 판결에서는 동성혼에 대한 입법부작위가 헌법 제13조와 헌법 제24조에 반하지 않으나, 헌법 제14조 제1항⁴⁾에 반한다는 것이 위헌 판단의 근거가 되었다.⁵⁾ 그리고 해당 판결에 대한 항소심 판결이 2024년 3월 14일 선고되었다. 삿포

1) 札幌高判 令和6年3月14日(2024년 3월 14일) 公刊物未登載(令和3年(ネ)第194号).

2) MARRIAGE FOR ALL JAPAN 홈페이지 참고(<https://www.marriageforall.jp>).

3) 참고로, 일본 민법 제739조 제1항은 혼인은 호적법이 정하는 바에 의하여 신고를 함에 의하여 그 효력이 생긴다고 정하고 있다. 호적법 제74조 제1호는 혼인하려는 자는 부부(夫婦)를 칭하는 성씨 등을 혼인신고서에 기재하여 신고하도록 정하고 있는 바, 혼인에 관한 민법 및 호적법의 제규정에서는 이성 간의 혼인만을 인정하고, 동성 간의 혼인에 대하여는 별도의 규정을 두고 있지 않다.

4) **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.

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

제24조 ① 혼인은 양성의 합의에 의해서만 성립하고 부부가 동등한 권리를 가지는 것을 기본으로 하여 상호협력에 의하여 유지되어야 한다. ② 배우자의 선택, 재산권, 상속, 주거의 선정, 이혼과 혼인 및 가족에 관한 그 밖의 사항에 관해서는 법률은 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등에 입각하여 제정되어야 한다.

5) 해당 판결에 대하여는 서누리, 삿포르지방법재판소의 동성혼 입법부작위에 대한 위헌 판단, 세계헌법조사연구보고서 2021 제4호, 151-164면 참고.

로고등재판소는 동성 간의 혼인을 허용하지 않는 호적법과 민법의 규정은 위헌이라는 원심 판단의 결론을 그대로 유지하였다. 다만, 위헌 판단의 근거로 헌법 제14조 제1항뿐만 아니라 헌법 제24조도 들고 있다는 점에서 원심과 차이가 있다.

II. 판결 주문

1. 본 건 항소를 모두 기각한다.
2. 항소비용은 항소인의 부담으로 한다.

III. 판결이유

1. 사실관계

동성애자인 항소인(원심 원고들)은 거주지에서 각각 혼인신고서를 제출하였으나, 신고자들이 동성이라는 이유로 혼인신고서는 불수리되었다. 이에 항소인들은 민법 및 호적법이 동성 간의 혼인을 허용하지 않는 것이 헌법 제13조, 제14조 제1항, 제24조에 위반되고, 국회는 필요한 입법조치를 강구해야할 의무가 있음에도 이것을 해태하고 있는 입법부작위에 의하여 항소인들이 혼인을 할 수 없는 정신적 고통을 입고 있다고 주장한다. 이에 따라 피항소인(원심 피고)인 국가에 국가배상법 제1조 제1항에 근거한 손해배상으로 100만 엔 및 2019년 2월 28일(소장 송달 다음날)부터 연 5%의 지연손해금을 청구한 사건이다.

원심은 민법 및 호적법의 혼인에 관한 규정(이하, ‘본 건 규정’)이 동성 간의 혼인을 허용하고 있지 않은 것은 헌법 제24조와 제13조에 위반되지 않으나 헌법 제14조 제1항에 위반된다고 설시하였다. 다만, 본 건 규정의 위헌성을 국회가 즉시 인식하는 것은 용이하지 않기 때문에 국가배상법 제1조 제1항의 적용상 위법하다는 평가를 받지 않는 것으로 항소인들의 청구를 기각했다.

항소인들은 이에 불복하여 본 건 항소를 제기한 것이다.

2. 삿포로고등재판소의 판단

가. 본 건 규정이 헌법 제13조에 위반된다는 주장에 대하여

(1) 항소인들은 본 건 규정이 헌법 제13조에 위반된다고 주장한다. 헌법상의 권리로서 보장된 인격권의 내용 중 하나인 ‘동성인 자들 사이의 혼인할 자유’를 부당하게 침해하거나 ‘동성인 자 사이에 혼인할 자유’에 근거하는 ‘성적 지향’을 부당하게 침해한다고 주장한다. 항소인들의 주장은 본 건 규정이 이성 간의 혼인만을 정함으로써 동성 간의 혼인을 허용하지 않고 있다는 해석을 전제로 이것이 헌법의 각 조항에 위반된다는 취지로 보이므로, 이러한 이해에 입각하여 판단한다.

(2) 성적 지향이란 사람이 다른 사람에게 정서적, 감정적, 성적인 의미에서 매력을 느끼는 것으로, 이러한 연애 혹은 성애의 대상이 이성을 향하는 것을 이성애, 동성을 향하는 것을 동성애라고 한다. 성적 지향이 결정되는 원인 또는 동성애가 되는 원인은 아직 해명되지 않았다. 유전적 요인, 생육환경 등 복수의 요인이 조합되어 작용하고 있을 가능성이 지적되고 있으나, 정신의학에서 대부분의 전문가 단체는 사람의 경우에 성적 지향은 인생의 초기나 출생 전에 결정되기 때문에 선택할 수 있는 것이 아니라고 한다. 심리학계의 주류적 견해에 따르면 성적 지향은 자신의 의사에 의해 선택할 수도, 바꿀 수 없는 것이라고 한다. 성적 지향을 장애나 질환의 일종으로 여기는 사고방식도 수용되지 않게 되었다.

이러한 성적 지향의 특성에 비춰보면, 생물학적으로 남성 혹은 여성으로 출생하지만 그 생물학적 기능과는 다른 성적 지향을 지닐 수 있기 때문에, 이성을 사랑하는 경우든 동성을 사랑하는 경우든 태생적인 지향에 차이가 있는 것에 지나지 않는다. 그렇다고 한다면, 연애나 성애는 개인의 존중에서 중요한 요소이고, 이에 관련된 성적 지향은 생래적인 정체성이다. 그러므로 이성애자가 개인의 존중과 관련된 법령상의 보호를 받고 있다면, 동성애자도 이를 동등하게 향유해야 한다. 따라서 성적 지향은 중요한 법적 이익이라고 할 수 있다. 동성애뿐만 아니라 성애의 대상이 이성과 동성 쌍방인 경우나 자신의 성을 인정할 수 없는 경우 등도 같은 식으로 생각할 수 있으나, 본 건에서는 항소인들의 주장에 근거하여 동성애와 이성애, 동성혼과 이성혼에 대하여 검토한다.

이상과 같이 성적 지향은 생래적인 지향이고, 이성애자와 동성애자를 사회적으로

달리 취급할 본질적인 이유는 없다. 해당 개인의 입장에서 본다면, 성적 지향은 그 개인의 인격적 표상이자 인격권의 하나의 내용을 구성하는 내용이라 할 수 있다.

그러나 이러한 성적 지향 나아가 동성 간의 혼인의 자유가 인격권의 하나의 내용으로 구성될 수 있다고 하더라도, 혼인제도는 법제도의 일부로서 법률에 의해 그 구체적인 내용이 규율되는 것이므로, 성적 지향 및 동성 간의 혼인할 자유와 관련된 인격권의 내용은 헌법상 일의적으로 확정되어야 하는 것이 아니라 헌법의 취지에 입각하여 규정되는 법제도와의 관계를 통해 비로소 구체적으로 확정될 수 있는 것이라고 해석해야 한다. 따라서 구체적인 법제도와는 괴리된 채 동성 간에 혼인할 수 없다는 것 자체가 바로 인격권을 침해하여 위헌인지 여부를 논하는 것은 상당하지 않다.

이성혼만을 상정하고 동성혼은 허용하지 않는 본 건 규정에 대하여 검토한다. 본 건 규정은 헌법 제24조에 따라 혼인 제도를 규율하고 있는데, 종래 헌법 제24조는 이성 간의 혼인을 정한 것으로 해석되어 왔다. 따라서 본 건 규정은 헌법 제24조의 사고방식에 입각하여 혼인 및 가족에 관한 법제도의 구체적인 일부의 내용을 정하는 것이어서 이성 간의 혼인에 대하여는 위헌의 문제가 생기지 않는다.

그런데 본 건에서 문제가 되고 있는 것은 이성애자뿐만 아니라 동성애자에게도 혼인이라는 신분관계의 변동이자 사회적인 제도를 향유하게 할 것인지 이다. 헌법해석상 이제까지 사회에서 그리고 법령에서 상정되어 온 이성애자에 대한 혼인제도에 동성혼을 포함하는 것이 용인되는가의 문제이다. 그렇다고 한다면 헌법 제13조뿐만 아니라 헌법 제24조 나아가 각종 법령, 사회상황 등에 입각하여 검토하는 것이 상당하다. 이러한 관점에서 헌법 제13조가 곧바로 성적 지향 및 동성 간 혼인할 자유를 인격권으로서 보장하고 있는 것이라고 할 수 없으므로, 본 건 규정이 헌법 제13조에 위반된다고 할 수 없다.

(3) 무엇보다도 성적 지향 및 동성 간 혼인할 자유는 인격권의 하나의 내용을 구성할 수 있는 중요한 법적 이익이라 할 수 있다. 사회적으로 이성애자와 동성애자를 본질적으로 구별할 이유가 없으며, 성적 지향은 인간이 개인으로서 존중되는 기초이며, 그 개인의 인격적 요소이기도 한다. 그러므로 사회 제도 상 불이익이 있다면 그에 의해 이른바 정체성의 상실감을 안고 인간으로서의 존재가 부정되었다는 생각에 이르고 만다는 것을 용이하게 이해할 수 있다.

항소인들은 인간으로서 동등하게 인간인 동성 파트너를 사랑하고 가족으로서 생활

할 것을 바라고 있음에도 불구하고, 파트너가 이성인 아닌 동성이라는 이유로 당사자 이외의 가족 사이에서, 직장에서, 사회생활에서 자신의 존재 의의를 상실하는 상실감에 시달리고 있다(원심원고번호 1, 2, 4, 5, 6 본인심문결과). 개인의 존중에 대한 의식이 높아진 현재에도 이러한 성적 지향에 의한 구별을 이유로 이와 같은 대우를 받는 것은 개인의 존중에 걸맞은 대우라고 할 수 없다. 그리고 이것은 헌법이 보장하는 개인의 존중과 관련된 문제라고 할 수 있다.

성적 지향 및 동성 간 혼인할 자유는 인격권의 하나의 내용을 구성할 수 있는 중요한 법적 이익이므로, 후술하는 바와 같이 본 건 규정이 동성혼은 허용하지 않고 있는 것이 헌법 제24조에서 정하는 입법재량의 범위를 넘는 것인지를 검토할 때 고려해야 할 사항이라 생각된다.

나. 본 건 규정이 헌법 제24조에 위반된다는 주장에 대하여

(1) 항소인들은 본 건 규정이 이성 간에 혼인을 할 수 있게 하면서도, 동성 간의 혼인을 허용하지 않는 것은 실질적으로 혼인의 자유를 침해하고 있으며, 이것은 국회의 입법재량의 존재를 고려하여도 개인의 존엄을 침해하는 것이어서 헌법 제24조에 위반한다고 주장한다.

(2) 헌법 제24조 제1항은 “혼인은 양성의 합의에 의해서만 성립하고 부부가 동등한 권리를 가지는 것을 기본으로 하여 상호협력에 의하여 유지되어야 한다.”고 규정하고 있는데, 이것은 양성 간 즉, 남녀 간에 혼인할지 안 할지, 언제 누구와 혼인할지를 당사자 사이의 자유롭고 평등한 의사결정에 맡겨야 한다는 것을 명확히 정한 것으로 해석된다.

본 건 규정은 헌법 제24조에 입각하여 양성(兩性) 즉 이성 간의 혼인을 정한 것으로 해석되고 있다. 본 건 규정이 헌법 제24조 제1항의 취지에 거스르는 것이라 평가할 수 없다. 혼인 및 가족에 관한 법제도의 내용을 정하는 국회의 입법재량의 한계는 넘었는지를 검토할 때 어떠한 법제도의 내용으로 인해 혼인의 자유가 제약되고 있는지 고려되어야 한다고 생각한다.

헌법 제24조 제2항은 “배우자의 선택, 재산권, 상속, 주거의 선정, 이혼 과 혼인 및 가족에 관한 그 밖의 사항에 관하여 법률은 개인의 존중과 양성의 본질적 평등에 입각하여 제정되어야 한다.”고 규정하고 있다. 혼인 및 가족에 관한 사항은 관련 법제

도를 통해 구체적인 내용이 정해지는 것이므로 그 법제도의 설계가 중요한 의미를 지닌다. 헌법 제24조 제2항은 그 구체적인 제도의 구축을 제1차적으로는 국회의 합리적인 입법재량에 맡기면서도 그 입법을 함에 있어 동조 제1항을 전제로 하는 동시에 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등에 입각해야 한다고 하는 요청을 나타내어 의해 입법재량에 한계를 설정하는 것이라 할 수 있다. 입법작용이란 본질적으로 다양한 요소를 검토해서 행해지는 것인데도 헌법 제24조가 굳이 입법에 대해 요청 내지 지침을 명시하고 있다면, 그 요청 내지 지침은 단순히 헌법상 권리인 인격권을 부당하게 침해하지 말 것에 그치는 것이 아니라 양성의 형식적 평등이 유지되도록 충분히 배려하는 법률을 제정할 것을 구하는 것이므로, 여기에서 입법재량을 헌법 제24조가 이성 간의 혼인뿐만 아니라 동성 간의 혼인까지도 보장하고 있는 것인지를 검토한다.

동조는 그 문언상 이성 간의 혼인을 정한 것으로, 제정 당시에도 동성 간의 혼인까지는 상정하고 있지 않았다고 생각된다. 혼인과 가족제도에서 구 헌법의 가(家)제도에 따른 제약을 개정하여 대등한 당사자 간의 자유로운 의사에 근거한 혼인을 정하는 취지에서 양성이라는 문언이 채택되었다고 해석된다. 또한 그 당시 동성애를 질환이나 장애라고 인식해 온 사정도 있었다고 생각된다. 그러나 법령을 해석하는 경우에는 문언과 표현만이 아니라 그 목적하는 바에 입각하여 해석하는 것이 일반적으로 행해지고 있다. 이러한 해석방법은 법인이나 외국인의 인권이 문제가 된 경우에 처음으로 행해졌다.⁶⁾ 이것은 헌법해석에 있어서도 다르지 않다고 생각된다. 게다가

6) 판결문은 最高裁昭和41年(オ)第444号同45年6月24日大法院判決·民集24卷6号625頁, 最高裁昭和50年(行ツ)第120号同53年10月4日大法院判決·民集32卷7号1223頁 등을 참조하고 있다.

첫 번째 참조판결인 최고재판소의 1970년 6월 24일 대법정 판결은 회사가 정당에 정치자금을 기부한 경우 그 권리능력이 논해진 판례이다. 일본 민법 제34조에서는 “법인은 법령의 규정에 따라 정관 그 외 기본 약관에서 정해진 목적의 범위 내에서 권리를 지니고 의무를 진다”고 정하고 있다. 해당 회사의 정관에서는 “철강의 제조 및 판매 이에 준하는 사업”을 목적으로 하는 회사라고 정하고 있었다. 이 회사가 정관에 정해진 것이 아닌 정당의 정치자금의 기부를 할 수 있는 권리능력을 지니고 있는가가 다투어졌다. 이하는 판결문 본문이다.

“회사는 일정한 영리사업을 운영하는 것을 본래의 목적으로 하고, 회사 활동의 중점이 정관 소정의 목적을 달성하기 위하여 직접 필요한 행위에 존재하는 것은 당연하다. 그러나 다른 면에서 회사는 자연인과 동등하게 국가, 지방자치단체, 지역사회 그 외의 구성단위인 사회적 실재이므로, 그러한 사회적 작용을 부담시켜야 하는 것이다. 어떠한 행위에 일견 정관의 목적이 엿보이지 않더라도 회사에 사회통념상의 기대 내지 요청된 것이 있는 한, 그 기대 내지 요청에 응하는 것은 회사가 당연히 할 수 있다고 해야 한다. 그리고 또한 회사에 있어서도 일반적으로 관련된 사회적 작용에 속하는 활동을 하는 것은 무익 무용한 것이 아닌 기업체로서의 원활한 발전을 도모한다는 상당한 가치와 효과를 인정할 수 있다는 점에서 그 의미에서 이러한 행위도 또한 간접적이라 하여도 필요한 것이라 할 수 있다.

가 가령 입법 당시에는 상정되지 않았다고 하더라도 사회상황의 변화에 따라 입법이 목적하는 바에 맞추어 다시 변화된 사회생활에 적합하게 해석하는 것도 행해지고 있다. 따라서 헌법 제24조에 대해서도 오로지 그 문언에만 구애될 필요 없이 개인의 존중을 보다 더 명확하게 인식하게 되었다는 배경에 입각하여 해석하는 것이 상당하다.

오늘날에 이르러 성적 지향 및 동성 간의 혼인할 자유는 헌법 제13조에 근거한 인격권의 내용 중 하나로 구성될 가능성이 있고 충분히 존중되어야 할 중요한 법적 이익으로 해석된다는 것은 앞서 서술한 바와 같다. 헌법 제24조 제1항은 혼인 여부와 언제 누구와 혼인할지를 당사자 사이의 자유롭고 평등한 의사결정에 맡겨야 한다는 취지를 명확히 한 것으로 해석되므로 이와 같은 혼인의 자유는 동항의 규정에 비추어 충분히 존중할 가치가 있는 것으로 해석할 수 있다. 그리고 헌법 제24조 제2항은 혼인 및 가족에 관한 사항의 입법이 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등에 입각해야 한다고 규정하고 있다. 그렇다고 하면 성적 지향 및 동성 간의 혼인할 자유는 개인의 존중 및 이와 관련된 중요한 법적 이익으로서, 헌법 제24조 제1항은 인간과 인간 사이의 자유로운 연결로서의 혼인을 정하는 취지를 포함하는 것이므로, 동성 간의 혼인도 이성 간의 경우와 같은 정도로 보장된다고 생각하는 것이 상당하다.

(3) 한편 혼인 및 가족에 관한 사항은 국가의 전통이나 국민감정을 포함한 사회상황의 다양한 요인을 고려하면서 부부관계나 부모와 자녀관계에 대한 각 시대의 규율 전체를 확인하는 종합적인 판단을 통해 정해져야 한다. 특히, 헌법이 명시적으로 내지는 직접적으로 보장한 권리라고까지는 할 수 없는 인격적 이익이나 실질적 평등은 다양한 내용을 생각해 볼 수 있기 때문에, 그 실현의 바람직한 모습은 해당 시대의 사회적 조건과 국민생활의 상황, 이상적인 가족의 모습 등과의 관계 속에서 정해져야 한다.

따라서 헌법상 권리인 인격권을 부당하게 침해하여 헌법 제13조에 위반됨에도 불구하고 이에 대한 입법조치를 강구하지 않는 것은 당연한 것이라고 할 수는 없지만,

재해구조자금의 기부, 지역사회에의 재산상의 보상, 각종 복지사업에의 자금 면에서의 협력 등이야말로 적절한 예라 할 것이다. 회사가 그 사회적 역할을 다하기 위하여 상당 정도의 출산을 하는 것은 사회통념상 오히려 당연한 것으로 주주 그 외 사회구성원의 예측에 반하는 것이 아니다. 따라서 이러한 행위는 회사의 권리능력의 범위 내에 속하는 것으로 해석하여도 주주 등의 어떠한 이익을 해할 우려가 없다.”

두 번째 참조판결인 최고재판소의 1978년 10월 4일 대법정 판결은 외국인인 일본에 재류할 권리 혹은 계속하러 재류할 것을 요구할 수 있는 권리의 헌법 보장 여부가 문제되었으나, 최고재판소는 헌법상의 권리가 아니라고 판단하였다.

헌법 제24조의 요청, 지침에 응하여 어떠한 입법조치를 구체적으로 강구할 것인가의 선택은 국회의 다방면에 걸친 검토와 판단에 맡겨져 있는 것이다. 그렇다고 한다면 혼인 및 가족에 관한 법제도를 정하는 법률의 규정이 헌법 제24조에 부합하는지 여부는 해당 법제도의 취지나 동 제도를 채용함으로써 인해 발생하는 영향을 검토하고, 해당규정이 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등 요청에 비추어 합리성이 결여되었는지 그리고 국회의 입법재량의 범위를 넘은 것으로 보아야 할 경우에 해당하는가라는 관점에서 판단하여야 한다.

(4) 이상의 관점에 따라 본 건 규정이 헌법 제24조에 합치하는지를 검토한다.

본 건 규정은 헌법 제24조에 따라 이성 간의 혼인을 정하는 일본의 법제도로 채용되어 일본 사회에 정착했다. 본 건 규정은 이성(異性)인 부부로 이루어진 가족을 사회의 자연스럽게 기초적인 집단으로 다루고 있다. 이에 대하여는 합리성이 인정되어 왔다고 할 수 있다.

그러나 성적 지향 및 동성 간의 혼인할 자유는 헌법 제13조를 통해서도 인격권과 같은 중요한 법적 이익으로 해석된다. 그리고 헌법 제24조는 헌법 제13조와의 연관 속에서 규정된 것이므로, 비록 동조 제1항이 동성 간의 혼인을 문언상 직접 보장하고 있지 않다고 하더라도, 동조 제2항이 규정한 대로 개인의 존엄이 가족을 단위로 하는 제도보장을 통해 사회생활에서 실현이 가능하다. 이러한 점에서 볼 때, 동조 제1항은 사람과 사람 사이에 결혼할 자유를 규정한 것으로 보아야 하므로 동성 간 혼인도 이성 간의 혼인과 같은 정도로 보장하는 취지라고 해야 한다.

그런데 본 건 규정은 동성 간의 혼인을 인정하지 않고 있으므로, 동성애자는 혼인이라는 사회생활상의 제도보장을 받지 못한다. 이로 인한 사회생활상의 불이익을 받아 그 정도가 현저하다고 할 수 있을 뿐만 아니라 정체성의 상실감을 안고 자신의 존재 의의를 느낄 수 없게 되며, 개인의 신용, 평가, 명예감정 등을 유지하는 것도 곤란해지는 등 개인의 존엄을 이루는 인격이 상실되는 사태가 벌어지고 있다. 동성 간의 혼인을 사회적인 법제도로 규정하는 경우에 그 사회적인 영향을 포함한 사회상의 불이익·병폐가 발생한다고 할 수 없다.

비율적으로 볼 때 동성애자는 사회에서 소수이다. 동성혼을 인정하는 것이 사회에 큰 변화를 불러일으키므로 그 영향을 고려할 필요가 있다는 주장에 적합한 근거가 있다고 볼 수 없다. 무엇보다도 동성애자는 비율적으로는 소수라고 하더라도 수적으

로는 상당한 대상자가 상정된다. 따라서 동성혼 인정이라는 현존 제도의 예외를 설정하는 것은 비록 소수의 비율이지만 상당한 수에 달하는 동성애자에 대한 권리를 보장하고 개인으로서 존중하는 의의를 지닌다고 생각한다.

작금의 사회의 흐름에는 다음과 같은 사정이 있다.

동성혼이 가능한 국가나 지역이 30개를 넘고 있다. 유엔인권위원회는 일본정부보고서에서 레즈비언, 게이 등의 사람들이 일본에서 법률적 혼인 등への 접근에 있어 차별 취급에 직면해 있다면서, 이들이 동성혼을 포함하여 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약에 규정된 모든 권리를 규약 당사국의 모든 영역에서 향유할 수 있도록 할 것을 지적하였다. 동성혼 제도나 그에 관한 판례의 법리의 확립시키거나 이에 준하는 등록 파트너십 제도를 도입한 다수의 국가가 존재한다. 일본의 지방자치단체(대략 1,700여개) 가운데 260개를 넘는 곳에서 파트너십 인정 제도가 도입되어 이를 적용받는 인구가 65%에 달하고 있다.

동성혼의 법제화에 찬성하는 기업이나 단체가 가시화되고 있으며 그 수가 현재 360개를 넘고 있다. 일본가족<사회와 법>학회(日本家族<社会と法>学会)와 일본학술회회는 동성혼 규정의 신설 혹은 민법 개정을 제안하고 있다. 각종 여론조사에서도 동성혼 인정의 답변이 증가하고 있고, 최근에는 거의 반수를 넘는 국민이 동성 간의 혼인을 용인한다고 답한 바 있다. 최근에 실시된 신문사의 여론조사에서는 동성혼을 용인한다는 회답이 최저 54%에서 최고 72%에 달하고 있다. 국회 역시 동성혼 법제화를 둘러싼 논의를 이어가고 있다.

동성 간 혼인을 반대하는 입장의 입장에 대하여 검토한다.

첫째, 역사적으로나 제도적으로 이성혼이 일반적으로 길게 존속해 왔고 생식기능의 다른 남녀의 부부를 기본단위로 하는 가족제도가 계속 이어져왔다는 점에서 볼 때, 동성혼에 관하여는 동성애에 대한 위화감, 이에 더하여 혐오감, 편견을 지닌 경우가 있다고 생각한다. 그러나 이것은 감정적인 이유에 불과하다고 할 수 있다. 따라서 동성애가 생래적인 기질, 성질이기 때문에 동성애와 이성애를 차별할 합리적인 이유가 없다는 것은 현재에 실시되고 있는 계몽활동을 통하여 해소될 가능성이 있다.

둘째, 다음 세대를 이어갈 아동의 육성이라는 관점에서 볼 때, 남녀 간의 혼인에 대하여만 사회적인 제도로써 보장을 하는 것이 상당하고, 동성혼은 그러한 보장이 필요하지 않다고 하는 의견이 생각된다. 사회제도, 혼인제도에 관해서는 다양한 의견이 있을 수 있다. 그러나 인간의 생래적 자유와 권리 및 이와 관련된 개인의 존중 실

현에는 가족과 그에 관한 사회적인 제도의 보장이 불가결하므로 동성혼 금지의 불이익을 해소할 필요성이 매우 높다. 또한 이성혼에 일정한 의의를 인정하는 것이 반드시 동성혼 불허로 연결되는 것도 아니라고 해야 한다.

일부 지방자치단체는 파트너십 인정 제도를 두고 있는데, 점차 이 제도가 확산되고 있다. 이 제도는 동성 간의 혼인할 수 없는 경우에 생기는 불이익을 일정 정도 완화하면서 국민들이 동성혼에 대한 긍정적인 시각을 갖도록 하는데 일조하고 있다고 평가할 수 있다. 그러나 파트너십 인정 제도는 해당 지방자치단체의 제도에 불과하다는 점에서 제약이 존재하며, 본 건 규정이 이성 간의 혼인 외는 일체 고려하지 않는다는 점을 감안할 때, 파트너십 인정 제도에 의하여 동성혼을 할 수 없는 것에 의한 불이익이 해소되고 있다고 할 수 없다. 따라서 파트너십 인정 제도의 보급으로 인하여 본 건 규정의 재검토의 필요성이 없어졌다고 해석하기는 곤란하다.

동성 간의 혼인을 인정하는 경우 제도설계에는 몇 가지 방식이 있을 수 있다. 가령, 파트너십 인정 제도를 먼저 도입한 후 그 영향을 확인한 후 동성혼 제도를 두는 방식을 고려해 볼 수 있다. 그런데 혼인제도는 부부뿐만 아니라 부모와 자녀, 상속 등의 민법 제규정과 이와 관련한 각종 법령을 검토해야 하는 문제이다. 또한 동성혼을 인정하는 경우에도 남녀 간의 혼인과 완전히 동일하게 할 것인지, 혼인 및 가족법 제도의 다른 많은 개별 규정을 어떻게 설계할 것인지 등 검토되어야 할 사항이 많다. 이러한 사항은 법률의 제정에 관한 국회의 재량에 맡겨진 것으로 국회의 검토 과정이 필요하다. 그러나 동성 간에 혼인할 수 없다는 불이익이 현저하다는 점뿐만 아니라 많은 국민이 동성혼을 용인하고 있고 동성혼을 제도로 정하는 국가가 많다는 점을 감안하면, 비록 상기의 제도설계에 국회의 검토가 필요하다는 것은 국가배상법 제1조 제1항의 적용에 있어서는 고려될 수 있으나, 헌법 위반의 관점에서 볼 때에는 동성혼을 일체 허용하고 있지 않는 본건 규정에 합리적인 이유가 있다고 볼 수 없다.

혼인과 가족에 관한 법제도는 다양한 것이므로 법령상 또는 사회상의 일부 규정에서의 혼인을 이성 간의 혼인뿐만 아니라 동성 간의 혼인을 포함하는 것으로 해석한다면 동성혼을 할 수 없는 불이익을 일정 정도 해소할 수 있다.

이상의 점을 종합적으로 고려할 때, 이성 간의 혼인만을 정하고 동성 간의 혼인을 허용하지 않고, 이를 대신하는 조치에 대하여도 일체 정하고 있지 않은 본건 규정은 개인의 존엄에 입각한 성적 지향과 동성 간의 혼인할 자유를 보장하는 것이라 해석되는 헌법 제24조의 규정에 비추어 합리성을 결하고 있고, 적어도 현시점에서는 국

회의 입법재량의 범위를 넘은 상태에 있는 것이라 판단하는 것이 상당하다. 따라서 본 건 규정은 헌법 제24조에 위반된다.

해당 판단은 민법 및 호적법상의 혼인에 관한 제규정이 동성혼을 인정하지 않는 것이 헌법에 위반됨을 문제로 삼는다는 점에서 개별 조문을 특정할 필요가 없다고 해석된다.

다. 본 건 규정이 헌법 제14조 제1항에 위반된다는 취지의 주장에 대하여

(1) 항소인들은 본 건 규정이 이성애자의 혼인만을 정함으로써 동성애자의 혼인을 허용하지 않는 규정이라는 점에서 헌법 제14조 제1항에 위반된다는 취지의 주장을 하고 있다.

(2) 헌법 제14조 제1항은 법 앞에 평등을 정하고 있으며 이 규정은 사안의 성질에 따른 합리적인 이유에 근거하지 않은 법적인 차별 취급을 금지하는 취지로 해석되어야 한다는 것이 최고재판소의 판례이다.⁷⁾

혼인제도는 혼인당사자들의 의사에 따라 가족의 기본단위가 되는 배우자로서의 신분관계를 형성하고, 신분에 다양한 권리의무에 따르는 법적 지위가 부여되는 구조를 국가에서 정하는 것이다. 다만, 국가가 혼인제도를 정할 때에는 각각의 국가의 전통, 사회사정, 국민감정 등도 고려되어야만 한다. 더구나 혼인제도는 가족이라는 것을 어떻게 생각하는가와 밀접한 관계가 있는 것으로 해당 국가의 혼인 내지 부모와 자녀 관계에 대한 규율, 국민의 의식 등과 괴리되어 이를 정할 수는 없다. 이를 종합적으로 고려하여 혼인제도를 어떻게 정할 것인가는 입법부의 합리적인 재량에 맡겨져 있다고 해야 한다.

이성과 혼인할 수 있다는 점에서 동성애자에게 성별에 의한 차별이 있는 것은 아니다. 그러나 본 건 규정이 동성혼을 허용하고 있지 않기 때문에, 이성애자는 이성과 혼인하여 호적에 의한 공증이나 다양한 권리의무가 따르는 법적 지위의 부여받고 다양한 사실상의 서비스를 제공 등을 받을 수 있는 반면, 동성애자는 동성과 혼인하여 이러한 효과를 향유할 수 없다. 혼인제도에서 이러한 성적 지향과 관련된 취급의 구별(이하, ‘본 건 구별 취급’)이 합리적인 이유가 없는 차별 취급에 해당하자는 것

7) 最高裁昭和37年(オ)第1472号同39年5月27日大法院判決·民集18卷4号676頁, 最高裁昭和45年(あ)第1310号同48年4月4日大法院判決·刑集27卷3号265頁等参照.

이다. 입법부에 부여된 재량권을 고려하여도, 본 건 구별 취급을 하는 것에 합리적인 근거가 인정되지 않는 경우에는 해당 구별 취급은 헌법 제14조 제1항에 위반되는 것으로 해석하는 것이 상당하다.⁸⁾

(3) 본 건 구별 취급의 합리적 이유의 유무에 대하여 검토한다. 성적 지향이 개인 존중과 관련된 인격권의 내용을 구성하는 중요한 법적 이익이지만 그 내용을 일의적으로 규정할 수 있는 것은 아니고, 동성 간의 혼인을 이성 간의 혼인이나 이를 토대로 한 가족제도와 완전히 동일한 제도로 정해야 하는 것으로 귀결되는 것은 아니다. 그러나 이러한 국회의 입법재량을 고려하더라도 이성애자와 동성애자의 차이는 스스로의 의사로 선택하거나 변경할 수 없는 성적 지향 밖에 없다. 그런데 자유롭고 평등한 혼인을 통해 가족을 형성할 수 있도록 이를 제도적으로 보장하는 것은 이를 통해 개인의 존중과 인간 존엄을 실현하고자 하는 헌법 제24조의 목적이다. 따라서 성적 지향과 무관하게 동일한 제도적 보장을 향유할 지위가 있는 것이며, 이를 구별할 합리적인 이유가 없다고 보아야 한다. 그렇다고 한다면 본 건 구별 취급에는 합리적인 이유가 없다.

동성애자의 혼인에 관한 제도는 이미 많은 국가에서 채용하고 있다. 유엔인권위원회는 일본정부보고서에서 동성애자 등이 법률혼 등에 접근하는데 있어 차별에 직면하고 있고, 이들이 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약에 규정된 모든 권리를 모든 영역에서 향유할 수 있어야 한다고 밝혔다.

일본의 많은 지방자치단체가 파트너십 인정 제도를 도입하여 동성애자의 결혼할 수 없는 불이익을 완화하고 있다. 여론조사에서도 동성혼을 용인하는 비율이 거의 반수를 넘는 등 동성혼에 부정적인 의견이나 가치관을 가진 국민이 적어지고 있다. 동성혼에 부정적인 것은 대부분 감정적인 이유에 연유하는 것으로 이성혼과의 구별에 대하여 합리적인 설명이 있는 것은 아니다.

본 건 규정이 동성혼을 허용하지 않기 때문에, 동성애자는 혼인할 수 없고 이에 따라 제도적 보장을 받을 수 없다. 따라서 이성혼의 성립에 의하여 향유할 수 있는 다양한 제도적 혜택을 누리지 못하는 현저한 불이익을 받고 있다. 이것은 일상생활, 직장 관계, 사회의 각 영역에서 그러하고, 불우한 사건이 일어난 경우에도 마찬가지이다. 즉 인간으로서의 삶을 영위하는 데 지장이 생기고 있는 것이다.

8) 最高裁平成24年(ク)第984号, 第985号同25年9月4日大法院決定·民集67卷6号1320頁参照.

동성애자가 혼인을 할 수 없더라도 계약이나 유언을 통하여 어느 정도까지는 혼인과 유사한 효과를 일정정도 받을 수 있다. 그러나 혼인의 법적 효과는 민법 외에도 각종 법령을 통해 다양하게 정해져 있는 것이므로, 계약이나 유언과 같은 대체적 조치를 통해 불이익을 일정 정도 완화할 수 있다는 것이 차별의 합리적 이유가 된다고 할 수 없다.

(4) 이상에서 본다면, 국회의 광범위한 입법재량을 고려하더라도 본 건 규정이 이성애자에 대하여는 혼인을 정하고 있음에도 불구하고 동성애자에 대하여는 혼인을 허용하고 있지 않은 것은 현시점에서는 합리적 이유가 결여된 차별 취급이다. 따라서 본 건 규정은 헌법 제14조 제1항에 위반된다.

IV. 본 건 판결의 의의

1. 일본국 헌법 제24조에 입각하여 위헌 판단

지금까지는 “양성(兩性)”, “부부(夫婦)”와 같은 단어에 비추어 일본국 헌법 제24조가 상정하고 있는 혼인은 남녀 간의 결합, 즉 이성혼이라고 판단되어 왔다. 일본국헌법 제24조가 보호하는 혼인은 이성혼만을 의미하며, 동성혼까지 보호대상으로 하는 것은 아니라고 해석해 왔던 것이다.

그런데 삿포로 고등재판소는 동성혼 입법부작위의 위헌성을 검토하면서 헌법 제24조의 해석할 때 “헌법상의 문언에 반드시 구애될 필요는 없다.”라는 대담한 판시를 내보였다. 헌법 제24조의 “양성”, “부부”와 같이 남녀를 나타내는 문구에 구속되는 것이 아니라, 헌법 제24조에 규정된 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등 그리고 그 취지에 입각하여 동조는 사람과 사람이 결혼할 자유를 보장하고, 동성 간의 혼인에 대하여도 이성 간의 혼인과 같은 정도로 보장하는 취지라고 해석하고 있다. 동성혼관련판례에서 헌법 제24조 혼인의 해석에 있어 원의주의(Originalism)를 탈각한 최초의 판례라고 생각된다.⁹⁾

헌법 제24조 제2항에 따라 가족제도를 구축하는 법률의 제개정에는 국회의 광범위한 입법재량이 인정된다. 그럼에도 불구하고 동성혼을 일체 인정하지 않는 것은 입

9) 원의주의와 살아있는 헌법에 대한 논의에 대하여는 김문현, 헌법해석, 법원사, 2024년, 19-110면 참고.

법부에 부여된 입법재량의 한계를 벗어났다는 것이 삿포르 고등재판소의 판단이다. 나아가 “법률해석에 의하여 동성혼을 할 수 없는 불이익이 일정 정도 해소될 수 있다”고 실시하며 혼인에 대한 사법부의 적극적인 해석을 촉구하고 있다.

2. 일본국 헌법 제14조에 입각하여 위헌 판단

삿포르 고등재판소는 동성혼의 불허용에 대하여 제24조 뿐만 아니라 제14조에 입각하여 위헌판단을 하고 있다. 삿포르 지방재판소도 제14조에 입각하여 위헌판단을 내렸으나, 제14조의 합리성 심사기준에서는 약간의 온도의 차이가 있다.

두 재판소 모두 최신의 정신의학을 참조하여 성적 지향은 스스로의 의사에 의하여 선택할 수 없는 것이라 실시하고 있다. 삿포르 지방재판소에서는 이러한 스스로의 의사로 선택할 수 없다는 점에서 성적 지향에 의한 구별취급의 심사에 있어 엄격한 합리성 심사기준을 채택하고 있다.¹⁰⁾

삿포르 고등재판소는 혼인에 있어 이성애자와 동성애자가 향유할 수 있는 법적 이익에는 차이가 있다는 점을 확인하고 난 후, 이성애자와 동성애자의 차이는 스스로의 의사로 선택할 수 없는 성적 지향뿐이며, “성적 지향과 무관하게 동일한 제도적 보장을 향유할 지위”가 있으므로 혼인에서 이성애자와 동성애자의 구별 취급은 합리적 이유를 결하고 있다고 판단하고 있다. 즉, 삿포르 고등재판소는 엄격한 합리성 기준을 제시 및 적용하지 않으면서도, 자유롭고 평등한 혼인을 통하여 개인의 존중과 인간 존엄을 실현하고자 하는 헌법 제24조의 목적에 비추어 혼인을 통하여 법적 이익의 향유를 성적 지향에 따라 구별하는 것은 헌법 제14조에 위반하는 차별 취급이라 판단하고 있다.

3. 왜 동성‘혼’인가?

최근 동남아시아에서 태국이 최초로 동성 간의 혼인을 법적으로 인정하였다.¹¹⁾¹²⁾

10) 서누리, 앞의 글(5), 163면.

札幌地判令和 3年 3月 17日(2021년 3월 17일) 判時2487号3頁(平成 31年(ワ)第 267号)

“이러한 사람의 의사에 의하여 선택·변경할 수 없는 사정에 근거한 차별적 취급이 합리적 근거를 지니고 있는지는 그 입법사실의 유무·내용, 입법목적, 제약된 법적 이익의 내용 등에 비추어 정말로 불가피한 차별적 취급인지의 관점에서 신중하게 접근해야 한다.”

11) 유재인, “태국, 동남아시아 국가 최초로 동성 결혼 합법화”, 조선일보, 2024년 6월 20일(https://www.chosun.com/international/international_general/2024/06/19/5RR65PW2AFE7XLLAZUGAHOZICY/).

판결문에서 적시하는 것과 같이 동성커플의 결합에 법적 효력을 인정하는 것이 전 세계적으로 확대되고 있다. 그 가운데 일본에서도 동성혼의 법제화를 위한 운동이 전개되고 있다. 일본에서는 동성혼의 법제화뿐만 아니라 가족관계 전반에 걸친 변화의 움직임이 일고 있다. 부부강제동성제의 위헌성에 대하여도 이미 여러 차례 최고 재판소에서 다투어진 바가 있으며,¹³⁾ 오늘날에 이르러는 일본의 호적제도에 변화가 필요한 것이 아닌가라는 의문이 제기되고 있다.

혼인 외에서 현재 일본의 지방자치단체 차원에서 두고 있는 파트너십 인정 제도에 불구하고 시민단체 등이 동성혼의 법제화를 위해 노력하고 있는 것은 호적제도의 영향이라 생각한다. 일본에서는 호적을 기본으로 가족관계가 구성되지만, 호적에서 규율하는 가족관계는 부부, 부모와 자녀관계뿐이다.¹⁴⁾ 호적법은 그 외의 방식으로 가족관계가 형성되는 것을 상정하고 있지 않다. 이러한 호적법이 지닌 한계가 동성혼의 법제화가 요구되고 있는 이유 중에 하나라고 생각된다.

한국은 호주제의 위헌성을 인정한 헌법재판소 결정¹⁵⁾을 계기로 2008년 1월 1일 호적법이 폐지되고 「가족관계등록에 관한 법률」이 제정되어 시행되고 있다. 그러나 그 과정에서 유림 등의 반발이 있었던 것과 마찬가지로, 호적제도를 개편함에 있어 일본에서도 전통적 가치관에 지닌 사람들의 강한 반발이 있을 것으로 예상된다.

향후 유사한 사건이 계류되어 있는 다른 고등재판소의 판결, 그리고 최고재판소 판결의 추이가 주목된다. 다만, 기시다 총리는 2013년 6월 13일의 기자회견에서 여전히 신중한 자세를 취하고 있는 바,¹⁶⁾ 앞으로 최고재판소의 판결 나온 후 일본 국회가 어떻게 대응할 것인지도 지켜볼 필요가 있다.

12) 본 건 판결에서는 동성혼이 가능해진 국가 혹은 지역을 다음과 같이 정리하고 있다.

2000년 네덜란드, 2003년 벨기에, 2005년 스페인 및 캐나다, 2006년 남아프리카, 2008년 노르웨이, 2009년 스웨덴, 2010년 포르투갈, 아이슬란드 및 아르헨티나, 2012년 덴마크, 2013년 우루과이, 뉴질랜드, 프랑스, 브라질 및 영국(잉글랜드 및 웨일즈), 2015년 룩셈부르크 및 아일랜드, 2016년 콜롬비아, 2017년 대만, 몰타, 독일, 오스트리아, 호주, 2018년 코스타리카, 2019년 에콰도르, 영국(북아일랜드), 2021년 스위스, 칠레, 2022년 슬로베니아, 쿠바, 2023년 안도라.

동성혼을 인정하는 국가가 세계의 GDP에서 정하는 비율을 약 52% 이상으로 추산되고 있다.

13) 헌법재판연구원, 부부동성제의 합헌성, 세계헌법재판 조사연구보고서 2021 제6호, 79-87면 참고.

14) **일본 호적법 제2조** 시정촌장은 자신 또는 그 배우자, 직계존속 혹은 직계비속에 관한 호적 사건에 대하여 그 직무를 행할 수 있다.

15) 현재 2005. 2. 3. 2001헌가9등, 판례집 17-1, 1.

16) ‘岸田首相, 同性婚に慎重姿勢「法制化は影響出る」’, 일본경제신문, 2024년 6월 13일(<https://www.nikkei.com/article/DGXZQOUA13CKM0T10C23A6000000/>).

최고재판소 재판관 임명에 대한 재외국민의 국민심사에 관한 규정을 두지 않은 입법부작위의 위헌성¹⁾

I. 사건의 배경: 재외국민의 국민심사에 대한 입법의 공백

일본에는 헌법상의 제도로 최고재판소 재판관의 파면에 대하여 국민이 직접 투표하는 국민심사제도(이하, ‘국민심사’)가 존재한다. 최고재판소 재판관은 내각이 임명하고, 최고재판소의 장인 재판관은 내각의 지명에 따라 천황이 임명한다. 최고재판소의 재판관의 임명은 그 임명 후 처음으로 실시되는 중의원의원 총선거에 회부되어, 국민의 직접 투표를 통하여 최고재판소 재판관의 파면이 결정되는 제도를 두고 있고, 이를 국민심사라고 한다.²⁾ 국민심사의 구체적인 방법은 『최고재판소 재판관 국민심사법』(最高裁判所裁判官国民審査法, 이하, ‘국민심사법’)에서 정하고 있다.

재판관의 이름이 기재된 투표용지가 배부되고, 파면하고자 하는 재판관이 있는 경우 그 재판관의 이름 위에 ×를 기재한다(국민심사법 제14조). 파면을 인가(可)하는 투표의 수가 파면을 인가하지 않는 수보다 많은 경우, 그 재판관은 파면이 인가된 것으로 한다(국민심사법 제32조 본문).

1) 最判 令和4年5月25日(2022년 5월 25일) 判時2536号44頁(令和2年(行ツ)第254号).

2) 일본국헌법 제79조 ① 최고재판소는 그 장(長)인 재판관과 및 법률에서 정하는 수의 다른 재판관으로 구성하고, 그 장인 재판관 이외의 재판관은 내각이 임명한다.

② 최고재판소의 재판관의 임명은 그 임명 후 처음으로 시행되는 중의원의원 총선거에서 국민심사에 부친다. 그 후 10년을 경과한 후 처음으로 시행되는 중의원의원 총선거에서 다시 심사에 부치고, 그 후에도 같다.

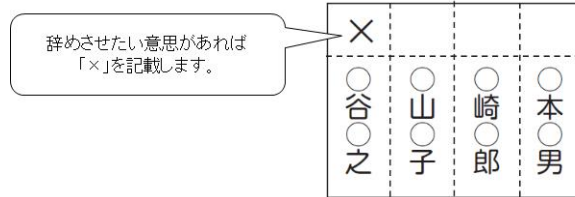
③ 천황의 경우에는 투표자의 다수가 재판관의 파면을 인가(可)로 하는 때에는 그 재판관은 파면된다.

④ 심사에 관한 사항은 법률에서 정한다.

⑤ 최고재판소의 재판관은 법률에서 정하는 연령에 달하는 때 퇴관한다.

⑥ 최고재판소의 재판관은 모두 정기적으로 상당액의 보수를 받는다. 그 보수는 재임 중 감액할 수 없다.

일본국헌법 제6조 ② 천황은 내각의 지명에 따라 최고재판소의 장인 재판관을 임명한다.



〈그림〉 최고재판소 재판관 국민심사 투표용지의 기재방식³⁾

일본에서는 1998년 공직선거법 개정으로 재외국민 선거제도가 창설되었다. 그러나 이 개정 후에도 재외국민은 중의원의 소선거구 선거 및 참의원의 선거구 선거에 대하여는 투표를 할 수 없었다. 이것이 재판에서 다투어졌고 2005년 최고재판소는 위헌판결(이하, ‘2005년 대법정 판결’)을 내렸다.⁴⁾ 이에 공직선거법이 개정되어, 재외국민은 2007년 6월 1일부터 중의원·참의원 선거에서 비례대표 선거뿐만 아니라 중의원의 소선거구 선거 및 참의원의 선거구 선거에서도 투표할 수 있게 되었다(재외선거인 명부 등록신청 필요).

그러나 동 개정 후에도 재외국민의 최고재판소 재판관에 대한 국민심사는 공백인 채로 있었다. 본 건 판결은 재외국민이 국민심사권을 행사할 수 있는 방법을 전혀 규정하고 있지 않은 국민심사법의 위헌성이 다투어진 사건이다. 최고재판소는 재외국민에게 최고재판소 재판관의 국민심사권을 인정하고 있지 않는 국민심사법은 헌법 제15조 제1항, 제79조 제2항과 제3항에 반한다고 판결하여 그 입법부작위의 위헌성을 확인하였다. 본 건 판결 후 재외국민이 국민심사를 할 수 있도록 국민심사법이 개정되었다(2022년 법률 제86호, 2023년 2월 17일 시행).

II. 판결 주문

1. 원판결 주문 제1항(3)을 파기한다.
2. 제1심 피고의 항소를 기각한다.
3. 제1심 원고들의 그 밖의 상고, 제1심 피고의 상고 및 1심 원고 X1의 부대상고를 기각한다.

3) 출처: 총무성 홈페이지(https://www.soumu.go.jp/senkyo/kokuminshinsa/seido_point.html).

4) 最判 平成17年9月14日(2005년 9월 14일) 判時1908号36頁.

4. 소송의 총비용은 이를 이분하여 받은 제1심 피고의 부담으로 하고 그 나머지를 제1심 원고들의 부담으로 한다.

Ⅲ. 판결이유

1. 사건의 배경

(1) 본 건은 국외 거주 일본국민으로서 국내의 시정촌에 주소를 가지고 있지 않는 ‘재외국민’에 대하여 최고재판소 재판관의 임명에 대한 국민심사와 관련된 구체적인 법률 규정을 두고 있지 않아 재외국민의 국민심사권을 행사할 수 없는 것의 위헌성이 다투어진 사안이다.

재외국민인 제1심 원고는 제1심 피고에 대하여 주위적으로 다음 번 국민심사에서 국민심사권을 행사할 수 있는 지위의 확인을 구하고(이하, ‘본 건 지위확인’의 소), 예비적으로 제1심 피고가 제1심 원고에 대하여 국외에 주소를 지닌 경우에 다음 번 국민심사에서 국민심사권의 행사를 할 수 있도록 하지 않는 것이 헌법 제15조 제1항, 제79조 제2항과 제3항 등의 위반하여 위법이라는 것의 확인을 구하였다(이하, ‘본 건 위법확인’의 소). 또한 2017년 10월 22일 당시 재외국민인 제1심 원고들은 제1심 피고에 대하여 국회가 재외국민에게 국민심사권의 행사를 인정하는 제도(이하, ‘재외국민심사제도’)를 창설하는 입법조치를 취하지 않은 것(이하, ‘본 건 입법부작위’)에 의해 같은 날 실시된 국민심사(이하, ‘2017년 국민심사’)에서 국민심사권을 행사할 수 없는 정신적 고통을 입었다며 국가배상법 제1조 제1항을 근거로 손해배상을 청구하였다.

원심은 본 건 지위확인’의 소는 각하, 본 건 위법확인’의 소는 인용, 손해배상청구는 기각하였다.

(2) 관계법령

(가) 국민심사에 관한 헌법의 규정

헌법 제79조 제2항에 따르면, 최고재판소의 재판관의 임명은 그 임명 후 처음으로 시행되는 중의원의원 총선거에서 국민심사에 부친다. 그 후 10년을 경과한 후 처음으로 시행되는 중의원의원 총선거에서 다시 심사에 부치며, 이후에도 같다. 동조 제3항은 투표자의 다수가 재판관의 파면을 인가(可)하는 때에는 그 재판관은 파면된다

고 규정하고 있다. 국민심사에 관한 사항을 법률로 정하도록 한 동조 제4항에 따라 국민심사법이 제정되어 있다.

(나) 국민심사권 및 심사인의 명부에 대하여

국민심사법 제4조는 중의원의원의 선거권을 지닌 자는 국민심사권을 지닌다고 규정하고 있고, 제8조는 국민심사에 공직선거법에서 규정하는 중의원의원 총선거에서 사용하는 선거인명부를 사용한다는 취지를 규정하고 있다.

공직선거법 제19조 제2항에 따르면, 시정촌의 선거관리위원회가 선거인명부의 작성 및 보관을 담당한다. 동법 제21도 제1항 및 제2항은 선거인명부의 피등록자격을 해당 시정촌의 구역 내에 주소를 지닌 만 18세 이상의 일본국민일 것으로 정하고 있다. 한편, 제30조의3 제1항은 시정촌의 선거관리위원회가 선거인명부 외에 재외선거인명부의 작성·보관하도록 정하면서 제30조의4 제1항에서 재외선거인명부의 피등록자격으로서 만 18세 이상의 일본국민으로 그 자의 주소를 관할하는 영사관의 구역 내에서 3개월 이상 계속하여 주소를 지니고 있을 것 등을 요구하고 있다.

(다) 투표용지의 제작 및 투표의 방식에 대하여

국민심사법 제14조는 투표용지에 국민심사에 부쳐진 재판관의 서명을 인쇄함과 동시에 그 서명이 인쇄된 자 각각에 대하여 ×기호를 기재하는 란을 두는 것으로 하고, 도도부현의 선거관리위원회가 투표용지를 제작하도록 정하고 있다.

그리고 국민심사법 제15조 제1항은 파면을 인가(可)하는 재판관에 대해서는 투표용지의 해당 재판관 기재란에 ×의 기호를 기재하고, 파면을 인가하지 않는 재판관에 대해서는 투표용지의 해당 재판관 기재란에 아무런 기재를 하지 않고 투표함에 넣도록 규정하고 있다(이러한 투표 방식을 ‘기호식 투표’라고 한다). 한편 동법 제16조 제1항은 국민심사투표를 접자로 하는 경우에 파면을 인가하는 재판관이 있을 때에는 그 재판관의 성명을 기재하고 파면을 인가하는 재판관이 없는 때에는 아무런 기재를 하지 않고 투표함에 넣어야 한다고 규정하고 있다(이러한 투표 방식을 ‘자서식(自書式) 투표’라고 한다).

(라) 국민심사에 부쳐진 재판관의 성명 고시 등에 대하여

국민심사법 제4조의2 제1항은 중앙선거관리회가 중의원의원의 임기만료일 전 60일에 해당하는 일 또는 중의원 해산일 중 빠른 날짜를 기준으로, 이후 처음으로 행해

지는 중의원의원 총선거의 기일에 국민심사에 부쳐질 것으로 예상되는 재판관의 성명 등을 도도부현의 선거관리위원회에 통지해야 한다고 규정하고 있다. 그리고 동법 제5조 제1항은 중앙선거관리회가 중의원의원 총선거 기일의 공시일에 국민심사의 기일 및 국민심사에 부쳐진 재판관의 성명을 관보에 고시해야 한다고 규정하고 있다.

국민심사법 제4조의2는 2016년 법률 제94호 국민심사법 개정으로 추가된 것이다. 동 개정 전의 국민심사법 제5조는 중앙선거관리회가 국민심사의 기일 12일 전까지 국민심사의 기일 또는 국민심사에 부쳐진 재판관의 성명을 관보에 고시해야 한다고 규정하고 있다(2016년 법률 제94호 가운데 국민심사법 제4조의2 및 동법 제5조의 개정규정은 2017년부터 시행되었다).

2. 사실관계의 개요

(1) 원고 X1은 재외국민으로 2017년 국민심사가 실시된 당시 재외선거인 명부에 등록되어 있었다. 원고 X1외의 원고들은 2017년 국민심사가 시행될 당시 재외국민으로 재외선거인명부에 등록되어 있었지만 그 후 귀국하였다.

(2) 2017년 9월 28일 중의원이 해산됨에 따라, 중의원의원 총선거가 동년 10월 10일 공시되어 10월 22일 시행되었다. 이에 따라 2017년 국민심사가 10월 10일 공시되어 10월 22일 시행되었다.

3. 재외국민의 국민심사권 행사 불인정의 위헌성

(1) 원심은 국민심사법이 재외국민에게 국민심사권 행사를 전혀 인정하지 않은 것은 헌법 제15조 제1항, 제79조 제2항 및 제3항에 위반된다는 취지의 판단을 하였다.

(2) 국민심사법 제4조는 중의원의원 선거권을 가진 자는 국민심사권을 가진다고 정하고 있으나 이와는 별도로 동법 제8조가 국민심사에 사용되는 심사인의 명부에 대하여 정하고 있다는 점에서 보면, 동법은 심사인의 명부에 등록되어 있는 자가 아니면 국민심사권을 현실적으로 행사할 수 없음을 전제로 하고 있는 것으로 해석된다.

그리고 국민심사법 제8조는 심사인의 명부에 관하여 공직선거법에서 규정하는 선거인명부로서 중의원의원 총선거에 대하여 사용되는 것을 사용한다고 정하고 있다. 공직선거법은 선거인명부와 재외선거인명부를 구별하고 있으며, 재외선거인명부를

선거인명부로 보는 등의 규정을 두고 있지 않다. 또한 국민심사법은 재외국민의 국민심사권 행사방법 등에 관한 규정을 전혀 두고 있지 않다. 그렇다면 국민심사법 제8조에서 말하는 선거인명부에 재외선거인명부가 포함된다고 해석할 수 없다.

따라서 국민심사법 제4조, 제8조에 따라 재외국민에게 국민심사권의 행사가 인정된다고 해석할 수 없으므로, 현행법상 재외국민에 대하여 국민심사권의 행사를 인정하는 규정이 결여된 상태에 있다.

(3) 헌법은 전문 및 제1조에서 주권이 국민에게 있다는 것을 명백하게 하고 있으며, 제15조 제1항에서 공무원을 선정하고 파면하는 것은 국민의 고유한 권리라고 하면서, 제79조 제2항에서 최고재판소의 재판관 임명에 관하여 중의원의원 총선거 시 국민심사에 부치는 취지를 규정하고 동조 제3항에서 투표자의 다수가 재판관의 파면을 인가(可)한다고 하는 때에는 그 재판관은 파면된다고 규정하고 있다. 이 국민심사제도는 국민이 최고재판소의 재판관을 파면할 것인지 여부를 결정하는 취지의 것인바,⁵⁾ 헌법은 모든 법률, 명령, 규칙 또는 처분이 헌법에 적합한지를 결정하는 권한을 가진 중심재판소(헌법 제81조)인 최고재판소의 지위와 권능에 비추어 이 제도를 둠으로써, 주권자인 국민의 권리로서의 국민심사권을 보장하고 있다. 그리고 국민심사권이 국민주권의 원리에 기초하여 헌법에 명기된 주권자의 권능의 한 내용이라는 점에서 선거권과 같은 성질을 지닌다는 것에 더하여 헌법이 중의원의원 총선거 시에 국민심사를 실시하도록 하고 있는 것에도 비추어 보면, 헌법은 선거권과 마찬가지로 국민에 대하여 국민심사권을 행사할 기회를 평등하게 보장하고 있는 것으로 해석함이 상당하다.

국민심사권 또는 그 행사를 제한하는 것은 원칙적으로 허용되지 않으며, 국민심사권 또는 그 행사를 제한하기 위해서는 그러한 제한을 하는 것이 부득이하다고 인정되는 사유가 있어야 한다. 그리고 그러한 제한을 하지 않고서는 국민심사의 공정을 확보하면서 국민심사권의 행사를 인정하는 것이 사실상 불가능 내지 현저히 곤란하다고 인정되는 경우가 아닌 한 위와 같은 부득이한 사유가 있다고 할 수 없고, 이러한 사유 없이 국민심사권의 행사를 제한하는 것은 헌법 제15조 제1항, 제79조 제2항, 제3항에 위반된다고 할 수밖에 없다. 이는 국가가 국민심사권의 행사를 가능하게 하는데 필요한 입법조치를 취하지 않는 부작용에 의해 국민이 국민심사권을 행사할 수 없는 경우에도 같다.

5) 最高裁昭和24年(オ)第332号同27年2月20日大法廷判決·民集6卷2号122頁参照.

현행법상 재외국민의 국민심사권 행사를 정하는 규정을 결여한 상태에 있기 때문에 재외국민은 국민심사권을 행사할 수 없다. 재외국민도 헌법에 의하여 국민심사권을 보장받고 있으므로, 국민심사의 공정을 확보하면서 재외국민의 국민심사권 행사를 가능하게 하기 위해 필요한 입법조치를 취하는 것이 사실상 불가능하거나 현저히 곤란하다고 인정되는 경우에 한하여 해당 입법조치를 취하지 않는 것에 대하여 위 부득이한 사유가 있다고 해야 한다(2005년 대법정 판결 참조).

(4) 국민심사법은 중의원의원 총선거 기일의 공시일에 국민심사에 부처지는 재판관이 정해지고 그 성명이 고시되는 것을 전제로 하여 도도부현의 선거관리위원회가 국민심사에 부처지는 재판관의 성명과 각각의 재판관에 대해 ×의 기호를 기재하는 란을 인쇄한 투표용지를 제작한다. 그리고 투표의 방식은 투표용지를 이용한 기호식 투표를 원칙으로 하고 있다. 이러한 투표용지의 작성이나 투표방식 등을 고려하면, 재외국민심사제도의 창설에는 재외국민에 의한 국민심사에 필요한 기간을 충분히 확보하기 어렵다는 운용상의 기술적인 어려움이 있음을 부정할 수 없다.

그러나 국민심사권과 같은 성질을 지니는 선거권에 대해서는 1998년 공직선거법 개정을 통해 재외국민선거제도가 창설되었고 2005년 대법정 판결을 거쳐 2006년 공직선거법이 개정된 후에도 여러 차례에 걸쳐 국정선거가 실시되었던 점을 감안하면, 위와 같은 기술적인 어려움 외에 재외국민심사제도를 창설하는 것 자체에 대해 특별한 제도적인 제약이 있다고는 말하기 어렵다. 그리고 국민심사법 제16조 제1항이 점자에 의한 국민심사 투표를 실시하는 경우에는 기호식 투표가 아니라 자서식 투표에 의하도록 하고 있는 것에 비추어 보더라도, 재외국민심사제도에 있어서 위와 같은 기술적인 어려움을 회피하기 위해서 투표용지의 제작이나 투표의 방식 등에 현재와는 다른 방식을 채용할 여지가 없다고 단정하기 어렵고, 국민심사의 공정을 확보하면서 재외국민의 국민심사권 행사를 가능하게 하는 입법조치를 취하는 것이 사실상 불가능하거나 현저히 곤란하다고는 해석되지 않는다. 재외국민심사제도의 창설과 관련하여 검토되어야 할 부분이 있다고 하더라도, 재외국민의 국민심사권 행사를 가능하게 하기 위한 입법조치가 취해지고 있지 않은 것에 부득이한 사유가 있다고는 도저히 말할 수 없다.

따라서 국민심사법이 재외국민에게 국민심사권의 행사를 전혀 인정하지 않는 것은 헌법 제15조 제1항,⁶⁾ 제79조 제2항, 제3항을 위반하는 것이라 해야 한다.

4. 본 건 지위확인소의 소와 관련된 부대상고

(1) 원심은, 본 건 지위확인소의 소와 관련된 법적 지위는 새로운 입법 없이는 구체적으로 인정될 수 없는 것이므로 확인을 구하는 대상으로서 유효적절하지 않기 때문에 본 건 지위확인소의 소는 부적법하다고 판단하여 각하하였다.

(2) 본 건 지위확인소의 소는 공법상의 당사자소송 중 공법상의 법률관계에 관한 확인소의 소로 해석된다. 제1심 원고 X1의 청구 취지는 헌법의 취지에 입각한 해석을 해야 한다는 것 등을 전제로 하면서도 국민심사법 제4조, 제8조의 해석에 기초하여 다음 번 국민심사에서 국민심사권을 행사할 수 있는 지위에 있음을 확인해 줄 것을 요구하고 있는 것으로 해석된다.

2017년의 국민심사에서 국민심사권을 행사할 수 없었던 제1심 원고 X1이 다음 번 국민심사에 앞서 국민심사권을 행사할 수 있는 지위를 가지고 있음의 확인을 구하는 것은 그 지위의 존부에 관한 법률상 분쟁을 해결하는 데 유효적절한 수단이라고 인정된다. 따라서 현재 재외국민인 제1심 원고 X1과 관련된 본 건 지위확인소의 소가 부적법하다고 본 원심의 판단에는 법령의 해석 적용을 그르친 위법이 있다고 할 수밖에 없다.

(3) 그러나 국민심사법 제4조, 제8조에 따라 재외국민에게 국민심사권의 행사가 인정되고 있다고 해석할 수는 없으므로, 상기 각 규정의 해석에 기초하여 제1심 원고 X1이 다음 번 국민심사에서 국민심사권을 행사할 수 있는 지위에 있다고 하는 제1심 원고 X1의 주장을 채택할 수 없다. 따라서 본 건 지위확인소의 소와 관련된 청구는 이 유가 없어 기각해야 하는 것이지만, 불이익변경금지의 원칙⁷⁾에 따라 본 건 지위확인소의 소와 관련된 부대상고를 기각하는 것에 그친다.

-
- 6) **일본국헌법 제15조** ① 공무원을 선정하고 파면하는 것은 국민의 고유한 권리이다
 ② 모든 공무원은 국민 전체를 위한 봉사자이며 일부를 위한 봉사자가 아니다.
 ③ 공무원 선거는 성년에 의한 보통선거가 보장된다.
 ④ 모든 선거에서 투표의 비밀은 침해되어서는 아니 된다. 선거인은 그 선택에 대해서 공적으로도 사적으로도 책임을 지지 아니한다.
- 7) 상소인에게 불이익하도록 원판결을 변경할 수 없는 원칙이다. 구두변론은 당사자가 원판결의 변경을 구하는 한도에서만 한다고 정하는 일본 민사소송법 제296조와 원판결의 변경은 불복신청의 한도에서만 한다고 정하는 일본 민사소송법 제304조에 근거한다. 해당 소송은 행정소송인 당사자소송으로 다루어지고 있다고 해석되는 바, 행정사건소송법에서 정하고 있지 않은 사항에 대하여는 민사소송법의 예에 따른다(행정사건소송법 제7조).

5. 본 건 위법확인 소와 관련된 부대상고

(1) 원심은 본 건 위법확인 소가 공법상 당사자소송 중 공법상의 법률관계에 관한 확인 소로서 적법하다는 취지의 판단을 하였다.

(2) 제1심 원고 X1은 국민심사법이 재외국민에게 국민심사권의 행사를 전혀 인정하지 않은 것이 위헌임을 본 건 위법확인 소에서 주장하였다. 주소를 국외에 두는 것에 따라 다음 번 국민심사에서 국민심사권의 행사하지 못하게 되는 것이 위법하다고 주장하며 그 확인을 구한 것이다. 본 건 위법확인 소는 공법상의 당사자소송 중 공법상의 법률관계에 관한 확인 소로 해석된다.

헌법 제79조 제4항은 국민심사에 관한 사항은 법률로 정한다고 규정하고 있다. 동조 제2항은 최고재판소의 재판관 임명을 중의원의원 총선거 시 국민의 심사에 부친다고 정하고 있다. 또한 제3항에서는 투표자의 다수가 재판관의 파면을 인가(可)한 때에는 그 재판관은 파면된다는 취지를 규정하고 있어 국민에게 보장된 심사권의 기본적인 내용 등이 헌법에 일의적으로 정해져 있음이 분명하다. 국민심사법이 재외국민에게 심사권의 행사를 전혀 인정하지 않아 재외국민이 구체적인 국민심사에서 심사권을 행사할 수 없는 사태가 발생하는 경우에는 개별 재외국민이 가지는 헌법상 권리와 관련된 법적 지위에 현실의 위협이 발생하고 있다고 볼 수 있다.

또한 국민심사권은 선거권과 마찬가지로 국민주권의 원리에 기초한 것으로서 구체적인 국민심사의 기회에 이를 행사하지 못하면 의미가 없는 것이라고 할 수밖에 없고, 침해 받은 후에 다투어서는 권리행사의 실질을 회복할 수 없는 성질을 갖고 있다.

나아가 국민심사법이 재외국민의 심사권의 행사를 전혀 인정하지 않는 것이 위헌임을 이유로, 국가가 개개의 재외국민에 대하여 다음 번 국민심사의 기회에 심사권의 행사하지 못하게 하는 것이 위법하다고 주장한다. 이 점에 관하여 다툼이 있는 경우에 그 위법함을 확인하는 판결이 확정된 때에는 국회가 법원이 내린 위헌 취지의 판단을 존중해야 한다고 해석되는 점(헌법 제81조, 제99조⁸⁾ 참조)도 고려하면, 해당 확인판결을 구하는 소는 위 다툼을 해결하는 데 유효한 적절한 수단이라고 인정된다. 위와 같이 국민에게 보장된 심사권의 기본적인 내용 등이 헌법상 일의적으로 정

8) **일본국헌법 제81조** 최고재판소는 모든 법률, 명령, 규칙 또는 처분이 헌법에 적합한지를 결정하는 권한을 가지는 중심재판소이다.

제99조 천왕이나 섭정 및 국무대신, 국회의원, 재판관 그 밖의 공무원은 이 헌법을 존중하고 옹호할 의무를 진다.

해져 있음이 명백하다는 점 등에 비추어 보면, 이와 같이 해석하더라도 국회의 입법 재량에 부당하게 영향을 미치게 된다고 볼 수 없다.

따라서 현재 재외국민인 제1심 원고 X1에 관한 본 건 위법확인 소는 공법상의 법률관계에 관한 확인 소로서 적법하다고 할 수 있다. 선거권에 관하여 그 행사가 제한되어 있던 재외국민이 공법상의 법률관계에 관한 확인 소를 통해 구제를 청구하는 것이 인정된다는 취지(2005년 대법정 판결 참조)를 따르는 것이다.

(3) 이상에 의하면 원심의 판단은 정당한 것으로 인정된다. 국민심사법이 재외국민에게 심사권의 행사를 전혀 인정하지 않은 것은 위헌이므로, 제1심 피고가 제1심 원고 X1에 대하여 주소를 국외로 둔에 따라 다음 번 국민심사에서 심사권을 행사하지 못하게 하는 것은 위법하다. 그렇다면, 본 건 위법확인 소와 관련된 청구는 이유가 있고, 이를 인용하여야 한다.

6. 입법부작위에 대한 국가배상

(1) 원심은, 재외국민의 국민심사제도에 관한 논의 상황 등에 비추어 보면 2017년 국민심사 당시에 국회에서 국민심사법이 재외국민에게 심사권의 행사를 전혀 인정하지 않은 것에 위헌성이 명백했다고 할 수 없고, 본 건 입법부작위는 당시 국가배상법 제1조 제1항의 적용상 위법한 평가를 받는 것이 아니라고 판단하여 제1심 원고들의 손해배상청구를 전부 기각하여야 한다고 판결하였다.

(2) 국가배상법 제1조 제1항은 국가 또는 공공단체의 공권력의 행사에 임하는 공무원이 개개의 국민에 대하여 부담하는 직무상의 법적의무를 위반하여 해당 국민에게 손해를 가한 때에 국가 또는 공공단체가 이를 배상할 책임을 진다고 규정하고 있다. 국회의원의 입법행위 또는 입법부작위가 국가배상법의 적용상 위법이 되는지 여부는 입법과정에서 국회의원의 행동이 개개의 국민에 대하여 지는 직무상의 법적의무를 위반하였는지의 문제로서 입법내용의 위헌성 문제와는 구별되어야 할 것이다. 그리고 상기 행동에 대한 평가는 원칙적으로 국민의 정치적 판단에 맡겨져야 할 사항으로서, 설령 당해 입법의 내용이 헌법의 규정에 위반되는 것이라고 하더라도 국회의원의 입법행위 또는 입법부작위가 바로 국가배상법의 적용상 위법하다는 평가를 받는 것은 아니다. 다만, 법률의 규정이 헌법상 보장되거나 보호되고 있는 권리·이익을

합리적인 이유 없이 제약하는 것으로서 헌법의 규정에 위반되는 것임이 명백함에도 불구하고 국회가 정당한 이유 없이 장기간에 걸쳐 그 개폐 등의 입법조치를 게을리하는 경우 등에 있어서는 국회의원의 입법과정에서의 행동이 위 직무상의 법적 의무를 위반한 것으로서 예외적으로 그 입법부작위는 국가배상법의 적용상 위법하다는 평가를 받는 경우가 있다고 해야 할 것이다. 국민에게 헌법상 보장되어 있는 권리행사의 기회를 확보하기 위한 입법조치를 취하는 것이 필요불가결하고, 그것이 명백함에도 불구하고 국회가 정당한 이유 없이 장기간에 걸쳐 이를 게을리할 때에는 위의 예외적인 경우에 해당하는 것으로 해석함이 상당하다.⁹⁾

(3) 재외국민인 제1심 원고들에게도 심사권을 행사할 기회는 헌법상 보장되고 있는 것이다. 국회가 그 권리행사의 기회를 확보하기 위한 입법조치를 취할 필요가 있었다고 해석된다. 그리고 현재까지 국회에 제출된 재외국민심사 제도의 창설에 관한 법률안은 없지만, 1998년 공직선거법 개정과 관련하여 재외국민심사제도에 대한 질의가 행해졌다. 또한, 2005년 대법정 판결에서 재외국민에 대한 선거권 제약의 헌법 적합성에 대해서 판단이 제시되었다. 이에 2006년 공직선거법 개정으로 인해 재외국민선거제도의 대상이 확대되었다. 2007년에는 헌법에 명시된 주권자의 권능의 하나라는 점에서 국민심사권과 같은 성질을 지닌 국민투표권의 행사를 재외국민에게 인정하는 국민투표법¹⁰⁾이 제정되기에 이르렀다. 그러한 가운데 재외국민심사제도의 창설을 검토해야 했으나, 국회는 재외국민심사제도의 창설에 필요한 입법 조치를 취하지 않았다. 운용상의 기술적 어려움은 있으나, 재외국민심사제도의 창설이 사실상 불가능하거나 현저히 곤란하다고 할 수 없다. 국회에서 재외국민의 심사권에 관한 헌법상 문제를 검토할 계기가 있었음에도 불구하고, 국회는 2006년 공직선거법 개정이나 2007년 국민투표법 제정부터 2017년 국민심사의 시행까지 약 10년이라는 오랜 세월동안 재외국민심사제도의 창설에 필요한 입법 조치를 아무것도 취하지 않았다.

이상의 사정을 감안하면, 늦어도 2017년 국민심사 당시에는 재외국민심사제도를

9) 最高裁昭和53年(オ)第1240号同60年11月21日第一小法廷判決·民集39卷7号1512頁, 平成17年大法廷判決, 最高裁平成25年(オ)第1079号同27年12月16日大法廷判決·民集69卷8号2427頁.

10) ‘국민투표법’은 통칭이고, 정식명칭은 ‘일본국헌법의 개정 절차에 관한 법률(日本国憲法の改正手続に関する法律)’이다.

창설하는 입법조치를 취하는 것이 불가결했으며, 그것이 명백함에도 국회가 정당한 이유 없이 장기간에 걸쳐 이를 게을리한 것이다.

그렇다면 2017년 국민심사 당시 본 건 입법부작위는 국가배상법 제1조 제1항의 적용상 위법하다는 평가를 받는다.

(4) 제1심 원고들의 손해배상청구에 대해 제1심 각 피고에게 5000엔 및 이에 대한 지연배상금의 지불을 요구하는 한도에서 이를 인용하고 나머지를 기각한 제1심 판단은 적절하다.

7. 재판관 우가 카츠야(宇賀克也)의 보충의견

나는 법정의견에 찬성하지만, 법정의견의 3. 4. 5.에 대하여 보충적으로 의견을 서술하고자 한다.

(1) 법정의견 3.에 대하여

국민심사제도(헌법 제79조 제2항, 제3항)는, 최고재판소가 위헌법령심사권을 지닌 중심재판소이고(헌법 제81조) 소송에 관한 절차 등에서 규칙을 정하는 권한을 지니고 있고(헌법 제77조 제1항) 하급재판소의 재판관을 최고재판소가 지명한 자의 명부에 따라 내각이 임명(헌법 제80조 제1항)하는 등의 그 권능을 감안하여 헌법 제15조 제1항이 정하는 국민에 의한 공무원의 선정·파면권의 일환으로 정해진 것이라고 생각된다. 그렇다고 한다면 국민심사에 참가할 권리는 간접적인 참정권에 위치한다고 할 수 있으며, 헌법 제15조 제3항의 취지는 국민심사에 참가할 권리를 주권자인 국민의 권리로서 평등하게 보장하는 것이므로, 국가는 국민심사의 공정을 확보하는 동시에, 재외국민도 국민심사에 참가할 수 있는 제도를 둘 책무가 있다고 생각된다. 따라서 재외국민의 심사권을 제약하는 것은 원칙적으로 허용되지 않으며, 그 제약이 예외적으로 허용되는가에 대한 합헌성 심사에는 그 권리의 중요성을 감안하여 엄격한 심사기준이 적용된다. 제약이 불가피한 사유로는 국민심사의 공정을 확보하면서 재외국민심사제도를 두는 것이 사실상 불가능하거나 현저히 곤란한 경우로 한정된다고 생각된다.

본 건에서 불가피한 사유가 있는가에 대하여 검토를 하면, 1998년 공직선거법 개정에 의하여 재외국민선거제도가 부분적으로 창설되어 2005년 대법정 판결을 거쳐

2006년 공직선거법 개정으로 중의원 소선거구 선출의원의 선거 및 참의원 선거구 선출의원의 선거도 재외국민선거제도의 대상이 된 것, 2007년 제정된 국민투표법에서도 재외국민에게 국민투표권을 인정하고 있는 것, 헌법 제79조 제4항이 국민심사에 관한 사항을 법률로 정하도록 하고 있는 것, 국민심사법 제16조 제1항이 점자에 의한 자서식 투표를 인정하고 있는 것처럼 기호식 투표 이외의 투표방법도 선택지가 될 수 있는 것, 정보통신기술이 급속하게 발전하여 국제적 통신에 요하는 시간이 단축됨과 더불어 통신할 수 있는 정보의 질이나 양도 비약적으로 향상되고 있는 점 등에 비추어 보면, 재외국민의 심사권 행사를 일률적으로 부정하는 것에는 불가피한 사유가 있다고 할 수 없다. 위헌이라고 해야 한다.

또한 헌법 제79조 제2항은 국민심사를 “중의원의원 총선거 시”에 실시하도록 하고, 국민심사법 제13조는 “심사투표는 중의원 소선거구 선출의원 선거의 투표소에서 그 투표와 동시에 실시한다.”고 정하고 있다. 이는 전국에서 일제히 실시되는 중의원의원 총선거의 기회를 이용하여 투표소에 가는 국민의 부담을 경감하는 동시에 투표사무의 행정비용을 절감한다는 점에서도 합리적인 방법이라고 할 수 있다. 다만, 이론적으로 생각하면 국민심사의 투표나 그 결과의 확정과 중의원의원 총선거의 투표나 그 결과의 확정과 동시에 실시되는 것이 불가결한 요청이라고까지는 말할 수 없다. 따라서 재외국민에 대하여 만약 기술적인 이유로 중의원의원 총선거와 국민심사 사이에 투표일이나 그 결과의 확정일에 약간의 차이가 발생한다고 하더라도 헌법 제79조 제2항에 위반된다고 할 수는 없는 것이 아닌가 생각된다.

(2) 법정의견 4.과 5.에 대하여

제1심 원고 X1은 국민심사에 참가할 수 없는 상태에 있고, 주권자로서의 권리를 부분적으로 부정받고 있는 이상 이미 권리가 침해되었다고 할 수 있다. 그리고 제1심 원고 X1은 주위적으로 본 건 지위확인의 소를 제기하여 다음 번 국민심사에서 국민심사권을 행사할 수 있는 법적 지위에 있는지 여부에 대해 판단을 구하고 있으며, 이는 당사자 간의 구체적인 권리의무 내지 법률관계의 존부에 관한 분쟁으로서 법령의 적용에 의해 종국적으로 해결할 수 있는 것으로 법률상 쟁송의 요건을 충족한다고 생각된다. 또한 확인의 이익에 대해서도 다음 번 국민심사 전에 심사권을 행사할 수 있는 지위를 지닌다는 것을 확인하는 것은 유효하며, 확인의 이익도 인정된다고 생각한다.

다음으로, 예비적 청구로 제기된 본 건 위법확인 소를 검토한다. 이 청구도 추상적으로 법령의 위헌심사를 구하는 것이 아니라 다음 국민심사에서 자신의 국민심사권을 행사할 수 없는 것의 위법의 확인을 구하는 것으로서 법률상의 소송이라고 할 수 있다. 따라서 제1심 원고 X1에게는 헌법 제32조¹¹⁾에 따른 실효적인 재판을 받을 권리가 보장되어야 하며, 그것은 입헌주의의 요청이라 할 수 있다. 그리고 국민심사권은 이를 행사하지 못하면 의미가 없고 침해받은 후 쟁송을 통해 회복될 수 없는 성질의 것이며, 국민심사법 제36조¹²⁾의 심사무효소송도 사전 구제가 아니고, 그리고 애초에 현행 국민심사법상 재외국민은 동조의 심사인에 해당하지 않으므로(동법 제8조) 이 소송을 이용할 수도 없다고 생각된다. 그리고 위법확인소송과 관련된 청구를 인용하는 판결의 행정사건소송법상의 구속력이 국회에 미치지 않는다고 하더라도, 최고재판소가 모든 법률이 헌법에 적합한지를 결정하는 권한을 가지는 중심재판소라는 헌법 제81조 그리고 국회의원이 헌법 제99조에 따라 헌법준중·옹호의무를 지는 이상 국가가 이 판결을 존중하여 입법할 것이라고 기대할 수 있고, 분쟁의 해결에 유효하다고 생각된다.

또한 2005년 대법정 판결에 따르면, 위법확인 소에 대하여 다른 적절한 소송으로 그 목적을 달성할 수 있는 경우에는 확인의 이익을 결하여 부적법한 것이라고 해야 하고, 해당 사건에서는 예비적 확인청구인 지위확인 소가 더 적절한 소라는 점에서 위법확인 소는 부적법하다고 해야 한다고 판시하였다. 이 판시 부분은 위법확인 소도 법률상 쟁송이고 보다 적절한 다른 소로 그 목적을 달성할 수 없는 경우에는 확인의 이익이 인정되지만, 해당 사건에서는 지위확인 소가 더 적절한 소이므로 확인의 이익이 부정된다는 취지라고 해석하는 것이 자연스럽다고 생각된다. 그렇다고 한다면, 본 건에서는 지위확인 소과 관련된 청구는 인용할 수 없고 다른 적절한 구제방법이 없는 이상, 위법확인 소와 관련된 확인의 이익이 인정된다고 해석하는 것이 2005년 대법정 판결의 취지에도 적합하다고 생각된다. 그리고 재외국민의 국민심사에 참가할 권리와 같이 아무런 입법조치가 취해지지 않은 전면적 입법부작위를 2005년 대법정 판결 당시의 재외국민이 국정선거에 참가할 권리의 일부를

11) **일본국헌법 제32조** 누구든지 재판소에서 재판받을 권리를 박탈당하지 아니한다.

12) **최고재판소 재판관 국민심사법 제36조(심사무효소송)** 심사의 효력에 관하여 이익이 있는 때에는 심사인 또는 파면이 인가된 재판관은 중앙선거관리위원회를 피고로 제33조 제2항의 규정에 의한 고소가 있던 날로부터 30일 내에 도쿄고등재판소에 소를 제기할 수 있다.

행사할 수 없다는 부분적 입법부작위와 비교하면, 전자는 입법부작위에 의한 권리침해의 정도가 보다 더 큼에도 불구하고, 후자에 대하여는 적극적인 지위확인에 의하여 구제를 구할 수 있음에도 전자에 대하여는 권력분립의 관점에서 보다 더 겸양(謙抑)적이라고 할 수 있는 위법확인의 소를 인정하지 않는 것은 균형을 결한 것으로 생각된다.

이전의 사법제도 개혁에서는 행정소송의 활성화가 개혁의 큰 축으로 여겨졌다. 2004년 행정사건소송법 개정에서는 동법 제4조에 확인의 소를 명시하여, 처분성이 없는 사안에 대한 구제에 대하여도 실질적 당사자소송으로서의 확인의 소의 활용을 촉구하였다.

민사소송에서도 분쟁의 근본적 해결에 필요한 경우에는 과거의 법률관계나 과거의 사실 확인도 가능하다고 해석되고 있는바, 실질적 당사자소송으로서의 확인의 소의 경우에도 현재의 권리의무관계를 다투는 것보다 입법이나 행정활동의 작위 또는 부작위의 위법확인의 소가 현재의 분쟁해결에 있어서 유효적절한 경우에는 입법이나 행정활동의 작위 또는 부작위의 위법확인의 소가 배제된다고 생각해서는 안 되며, 이러한 소송을 인정하는 것은 실질적 당사자소송으로서 확인의 소를 명기한 위 개정 취지에도 적합하다고 생각된다.

IV. 본 건 판결의 의의

1. 일본의 국민심사제도

국민이 직접 최고재판소 재판관의 파면을 결정할 수 있도록 하는 국민심사는 다른 나라에서는 보기 어려운 일본의 특수한 제도이다. 2021년 10월 31일 실시된 국민심사를 기준으로 대부분의 도도부현에서 각 재판관에 대한 파면에 인가(可)를 투표한 투표의 수는 10%이하였다.¹³⁾ 그 이전의 국민심사에서는 적극적으로 파면에 투표하는 비율이 훨씬 낮았기 때문에 사실상 유명무실한 제도라는 비판도 있었다.

고베대학의 키노시타 마사히코(木下昌彦)는 국민의 직접 투표로 헌법재판의 방향을 결정한다는 일본국헌법의 특수한 가치판단이 국민심사제도에서 발견된다는 점에서 그 의의를 찾고 있다.¹⁴⁾ 또한 국민심사제도가 채택된 경위에 대해서도 “일본국헌

13) 총무성 홈페이지(https://www.soumu.go.jp/senkyo/kokuminshinsa/seido_point.html) 참고.

법에서 재판관의 임명에 국회의 승인을 채택하지 않는 대신에 채택된 것이 국민심사 제도이다. 일본국헌법 제정 당시에는 국회의 승인으로 인해 최고재판소 재판관의 임명이 고도로 정치화되는 것을 염려하였다. 한편, 내각만으로 재판관을 임명할 수 있도록 하면 남용적·자의적인 임명이 이루어질 가능성이 있다. 이러한 딜레마가 있는 가운데 주권자에게 최종적인 거부권을 부여하는 국민심사제도를 채용한 것은 불합리한 것이 아니다.”¹⁵⁾ 그리고 국민심사는 그것을 행하는 것 자체가 재판관의 남용적 선임을 억지하고 최고재판소에 민주적 정당성의 부여하는 기능을 수행한다. 남용적 선임이 행해진 경우에 국민심사에 의한 파면은 안전장치가 될 수 있을 뿐만 아니라 다른 중요한 기능도 수행한다. 국민심사는 사실상 여론조사적 기능도 담당한다. 파면에 이르지 않더라도 국민심사의 결과는 국민의 다양한 의사를 전하는 것이다. 이 여론조사적 기능은 최고재판소 재판관의 행동에 영향을 미칠지도 모른다.¹⁶⁾

키노시타 마사히코는 본 건 판결의 의의에 대해 다음과 같이 설명한다. 국민심사는 헌법정치에 직접적으로 그리고 정기적으로 기여할 것을 국민에게 기대하는 제도이다. 다만, 지금까지는 그 취지가 분명하지 않아서 국민심사의 방법이나 운영도 국민에게 기대되는 본래의 역할을 저해하는 방식으로 작동해 왔다. 본 건 판결을 통해 일본에서 왜 국민심사가 존재하는지, 왜 국민심사를 하는지가 분명해졌다.¹⁷⁾

2. 헌법소송으로서 공법상 확인소송

본 건 판결에서는 국민심사권이 국민의 권리로서 보장되고 있으며, 선거권과 같은 성질을 지닌 것으로 보고 있다. 국민주권의 원리에 기초하여 헌법에 명기된 주권자의 권능인 이상 이러한 국민심사권 또는 그 행사를 제한하는 것은 원칙적으로 허용되지 않으며, 국민심사권 또는 그 행사를 제한하기 위해서는 제한을 하는 것이 부득이하다고 인정되는 사유가 있어야 한다고 보고 있다. 그리고 국가가 재외국민심사제

14) 木下昌彦, 国民審査の憲法理論に向けて, 法律時報94卷9号, 2022년 8월, 5면.

15) 출처: 키노시타 교수의 2022년 4월 20일 최고재판소 변론 방청기(https://researchmap.jp/blogs/blog_entries/view/146175/df646cff62cfabd3f0a6bf4c83044490?frame_id=667499).

16) 키노시타 교수는 구체적인 예로 부부동성제를 합헌이라 한 재판관의 파면율이 1% 정도이지만 위헌이라고 한 재판관의 파면율은 2% 이상을 상회하고 있다는 점을 지적한다. 또한, 마스크에 의한 보도나 SNS 등을 통해 충분한 정보가 제공되어 재판관 사이의 차이가 국민의 시각에서 더 명료화된다면, 이러한 여론조사적 기능이 더 강화될 지로 모른다고 지적하고 있다(木下昌彦, 앞의 논문(13), 5면).

17) 木下昌彦, 앞의 논문(14), 6면.

도를 두고 앓은 데에 부득이한 사유가 있다고 할 수 없어 헌법 제79조 제2항, 제3항 그리고 헌법 제15조 제1항에 반한다고 판결했다.

입법부작위에 대한 국가배상청구는 별론으로 하고, 이 사건에서 원고의 주장은 주위적으로 다음 번 국민심사에서 국민심사권을 행사할 수 있는 지위의 확인을 구하고, 예비적으로 제1심 피고가 제1심 원고에 대하여 국외에 주소를 지닌 경우에 다음 번 국민심사에서 국민심사권의 행사를 할 수 있도록 하지 않는 것은 헌법 제15조 제1항, 제79조 제2항과 제3항 등에 위반되어 위법이라는 확인을 구했다. 즉, 입법부작위에 대한 구제수단으로써 확인소송을 청구하였는데, 동 확인의 소는 공법상 당사자소송으로 해석된다.¹⁸⁾¹⁹⁾²⁰⁾

해당 사건에서 확인청구에 대한 각급 재판소의 판단을 고베대학의 오키즈 유키오(興津 征雄)는 다음의 <표>와 같이 정리하였다. 최고재판소는 지위확인 소에 대해서는 다음 번 국민심사에 앞서 국민심사권을 행사할 수 있는 지위를 가짐을 확인하는 것은 그 지위의 존부에 관한 법률상의 분쟁을 해결하기 데 유효적절한 수단이라고 판시하면서 확인의 이익을 긍정하고 있다.²¹⁾ 다만, 그 이유가 없어 기각되어야 한

18) 독립된 헌법재판소 그리고 헌법소송제도를 두고 있지 않은 일본에서는 행정소송이 헌법소송의 역할을 일부 수행하고 있다. 그리고 확인소송을 통해 헌법상의 쟁점이 다투어지기도 한다. 가령, 졸업식 등에서 국가(君が代)를 제창하지 않을 의무가 없다는 것이 확인소송을 통해 일본국헌법 제19조의 사상 및 양심의 자유가 다투어졌다(最判 平成24年2月9日(2012년2월9일) 判時2152号24頁). 전술한 2005년 대법정 판결인 재외국민 선거권소송에서 최고재판소는 재외국민인 상고인들이 다음에 실시되는 선거구선거에서 투표할 수 있는 지위를 확인하였다.

19) **일본 행정사건소송법 제4조(당사자소송)** 이 법률에서 ‘당사자소송’이란 당사자 간의 법률관계를 확인하고 또는 형성하는 처분 또는 재결에 관한 소송으로 법령의 규정에 의하여 그 법률관계의 일방 당사자를 피고로 하거나 공법상 법률관계에 관한 확인의 소 그 외 공법상 법률관계에 관한 소송을 말한다.

20) 2004년 행정사건소송법 개정에서 제4조 후단의 공법상 당사자소송에 “공법상 법률관계에 대한 확인의 소”가 포함됨을 명시하였다. 개정 전에도 실질적 당사자소송에 급부소송과 함께 확인소송이 포함된다는 것은 명백하였으므로 이 개정은 확인적 의미만을 지니고 있다고 평가된다(山田洋, 当事者訴訟, 南博方편, 条解行政事件訴訟法[第5版]. 弘文堂, 2023년 8월, 151면). 이 개정에서 입법자의 의도는 이 명문화를 통하여 종래 확인소송이 활용되지 않았던 분야에도 적극적으로 활용할 것을 촉구하고, 취소소송을 중심으로 한 항고소송을 통해 해결이 어려운 행정입법이나 행정지도와 같은 행정활동을 둘러싼 분쟁에서 당사자소송을 활용하기 위한 것이라 한다(山田洋, 確認訴訟の行方, 法律時報 77(3), 2005년 3월, 45면).

21) 공법상 확인소송에서도 그 소가 적법하기 위해서는 확인의 이익이 필요하다. 그 판단기준에 대해서는 일본 민사소송법상 일반적으로 논해지는 확인의 이익에 관한 기준이 적용되는 것으로 해석되고 있다. 일반적으로 확인의 이익에 관한 기준으로는, ① 분쟁해결방법으로서 확인소송에 의하는 것이 적절한지, ② 확인의 대상으로 선택된 소송물이 적절한지, ③ 즉시 확정 이익(분쟁의 성숙성)이 고려되고 있다.

다고 보면서도 불이익변경금지의 원칙에 따라 항소심의 각하 판결을 유지했다. 위법 확인의 소는 인용했다.

〈표〉 각급 재판소의 확인청구에 관한 판단²²⁾

	제1심	항소심	상고심
지위확인청구	각하 (법률상 쟁송성 없음)	각하 (확인 이익 없음)	기각 상당
위법확인청구	각하 (법률상 쟁송성 없음)	인용	인용

공법상 확인소송과 관련하여 학계에서 논해졌던 것은 확인판결에 의해 헌법상의 권리가 확인되더라도 그 권리가 어떻게 실현·회복될 수 있는가이다. 특히 입법부작위에 의한 권리침해의 경우에 입법부의 제도형성이 전제되므로, 확인판결에 의해 바로 권리의 실현이 가능해지는 것이 아니다. 취소판결의 기속력이 당사자소송에 준용되나,²³⁾ 이 기속력이 입법기관에게도 미치는가에 대하여 견해의 나뉘어져 있다.²⁴⁾

본 건 판결에서는 기속력에 대해 언급하지는 않았으나, 헌법 제81조, 제99조를 참조하여 “위법함을 확인하는 판결이 확정된 때에는 국회에서 법원이 한 위헌이라는 취지의 판단이 존중된다”고 실시하여, 확인판결의 형태라고 하더라도 헌법적합성에 대한 판단 권한이 부여된 최고재판소의 위헌 판단을 헌법준중의무를 지닌 국회가 존중할 것을 명시하고 있다.

22) 興津征雄, 立法不作為の救済手段としての確認訴訟, Jurist 1576, 2022년 11월, 113면.

23) 행정사건소송법 제33조(취소판결 등의 효력) ① 처분 또는 재결을 취소하는 판결은 그 사건에 대하여 처분 또는 재결을 한 행정 그 외 관계행정청을 기속한다.

제41조(항고소송에 관한 규정의 준용) ① 제23조, 제24조, 제33조 제1항 및 제25조의 규정은 당사자소송에 대하여, 제23조의2 규정은 당사자소송에서 처분 또는 재결의 이유를 분명하게 하는 자료의 제출에 대하여 준용한다.

24) 興津征雄, 違憲審査における確認訴訟の意義 (特集 憲法訴訟の潮流を読む), 法学セミナー56(2), 2011년 2월, 24면. 한편, 오키즈는 “공법의 세계에서 어떠한 국가권력(입법·행정)의 작용이 다른 국가권력(사법)이 통제한다는 통치기구의 구조상 당사자의 행동을 일의적으로 의무지우는 판결보다는 법적으로 준수·존중되어야 한다는 관점을 나타내고 안건을 다시 처리하도록 촉구하는 판결이 보다 더 권력의 상호 억제와 균형의 관점에서 적절하다고 생각된다.”고 보고 있다(興津, 같은 논문. 24-25면).

최신 세계헌법판례

스페인

■ 안락사를 규제하는 조직법에 대한 위헌법률심판(上)

/ 책임연구원 임윤정

안락사를 규제하는 조직법에 대한 위헌법률심판¹⁾(上)²⁾

I. 사건개요

스페인에서 2019. 11. 총선 이후에 2020. 1. 정식으로 의회가 개원하였고 좌파 연립 정부가 출범한 이래, 2021. 2. 사회당은 세 번째로 이른바 적극적 안락사를 허용하는 법안을 의회에 제안하였다.³⁾ 적극적 안락사(*la eutanasia activa*)는 치명적이고 만성적인 장애를 앓는 질병 또는 견딜 수 없는 고통을 초래하는 심각한 불치병으로 인해 환자의 의식적인 요청에 따라 의료전문가가 환자의 생명을 종료하는 행위이다. 이 법안은 2021. 3. 18. 스페인 하원에서 찬성 202표, 반대 141표, 기권 2표로 가결되었다.⁴⁾

법안이 통과되고 당시 3개월 뒤 시행을 앞두고 있었음에도 스페인 우익 정당, 가톨릭 교회와 일부 의료진은 계속해서 반대하였다.

이에 50명의 스페인 우익의 복스당(Vox) 소속 의원들은 「안락사를 규제하는 조직법」⁵⁾에 대해 2021. 6. 16. 헌법재판소에 위헌법률심판(추상적 규범통제)을 청구하였다. 동법과 더불어 동법의 특정 조문들에 대해서도 위헌청구가 있었다. 구체적인 조문들은 다음과 같다: 제1조, 제3조 b), c), d), e), h), 제4조 제1항, 제5조 제1항 c), 제5조 제2항, 제6조 제4항, 제7조 제2항, 제8조 제4항, 제9조, 제12조 a), 제16조, 제17조, 제18조 a), 추가규정 첫째 및 여섯째, 최종규정 셋째(제16조 제1항, 추가규정 여섯째와 관련).⁶⁾

1) **STC 19/2023, de 22 de marzo de 2023 (2023. 3. 22. 결정).**

2) 이번 글에서는 이 사건 위헌법률심판 청구의 개요와 법정의견 중에서 구체적인 쟁점 ①에 해당되는 내용까지 소개하고, 다음 세계헌법재판동향 조사연구보고서에서는 상기 결정의 나머지 구체적인 쟁점과 재판관 3인의 반대이견 그리고 「안락사를 규제하는 조직법」의 내용을 정리해서 소개하고자 한다.

3) 주스페인 대한민국 대사관, “안락사 관련 스페인 입법 동향”, 2020. 3. 10. 정세 내용 참조(https://overseas.mofa.go.kr/es-ko/brd/m_8100/view.do?seq=1345464, 검색일자 2024. 7. 23.)

4) BBC 뉴스, “스페인도 안락사 합법화... 올해 6월부터 시행”, 2021. 3. 19. 기사 참조(<https://www.bbc.com/korean/international-56454155?xtor=AL-73-%5Bpartner%5D-%5Bnaver%5D-%5Bheadline%5D-%5Bkorean%5D-%5Bbizdev%5D-%5Bisapi%5D>, 검색일자 2024. 7. 23.)

5) *Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.*

6) 심판대상법률의 개별 조문의 내용은 II. 결정요지 부분에서 구체적으로 살펴보도록 하겠다.

청구는 두 가지 다른 이유에 기초하였는데, 하나는 형식적인 부분이고 다른 하나는 실질적인 부분에 기반을 두고 있었다.

① 형식적인 부분에서, 청구인들은 「안락사를 규제하는 조직법」이 의회에서의 초안 작성과 승인 과정에서 형식적으로 결함이 있었다고 주장하였다. 「안락사를 규제하는 조직법」이 정부제출법률안이 아니라 조직법 형식의 제안으로, 의회의 처리 과정에서 「사법부조직법」 제561조 제1항7)에 따라 정부와 의회의 다수 사이에 ‘기능적 동일성’(identidad funcional)을 고려하여 사법부총평의회(Consejo General del Poder Judicial)의 사전 보고서가 있어야 했다. 그렇지 않은 상황에서 이루어진 법안은 행정부가 의회의 다수결을 이용해서 한 법적 횡포이고, 사법부총평의회의 개입을 회피하면서 입법절차에서 관련 정보를 소수에게 차단시킴으로써 헌법 제23조8)의 권리를 침해하는 것이다. 또한, 이 법안 처리가 비상상황에서 신속하게 이루어져서, 인간의 생명과 기본권의 본질에 대한 개념을 완전히 바꾸는 것에 대해 시민과 의원들이 토론할 수 있는 기회를 박탈하였다.

② 실질적인 부분에서, 청구인들은 「안락사를 규제하는 조직법」이 특히 제1조, 제4조 제1항 및 제13조에 의해 “국가에 자신의 죽음을 돕도록 요구할 권리”를 담고 있어서 “절대적인” 성격을 지닌 생명권(헌법 제15조9))을 직접적으로 침해하고 조문 전체에 영향을 미친다고 본다. 이와 관련하여, 청구인들은 -입법자의 설명이 내포하는

7) **사법부조직법 제561조** ① 다음의 사항을 다루는 법률안 및 일반 규정은 사법부총평의회의 보고서가 있어야 한다.

1. 사법부조직법의 개정
2. 사법적 경계와 자금의 결정 및 변경
3. 판사와 재판관의 조직 설치 및 변경
4. 판사와 재판관의 조직제도
5. 사법행정 연구관 및 직원의 조직제도
6. 기본권 행사에 있어 일반법원에서의 보호와 관련된 절차적 규정 또는 헌법적 및 법적 측면에서 영향을 미치는 규정
7. 재판소의 구성, 조직, 운영 및 행정에 영향을 미치는 규정
8. 징계제도에 관한 형법 및 규정
9. 정부, 의회 또는 경우에 따라, 자치주의 의회에서 적절하다고 판단하는 기타 문제

8) **헌법 제23조** ① 시민은 직접적으로 또는 보통선거에 따른 정기선거에서 자유롭게 선출된 대표에 의하여, 정치에 참여할 권리를 가진다.

② 시민은 법률상의 요건을 충족하면 동등한 조건으로 공무에 종사할 수 있는 권리를 가진다.

9) **헌법 제15조** 모든 사람은 생명권, 신체와 정신에 대한 완전성의 권리를 가진다. 고문, 비인도적 혹은 굴욕적 형벌 또는 대우는 어떠한 경우에도 허용되지 아니한다. 사형은 폐지한다. 다만, 전시에 균형법에서 규정하는 경우 제외된다.

것과는 반대로- 안락사를 부정하는 것이 헌법적 근거에 기인하는 것이고, 이러한 내용을 규정하는 것이 위헌의 소지가 있다고 주장하였다. 또한, 생명권의 절대적 성격으로 인해 「안락사를 규제하는 조직법」 규정에 대한 비례성 심사가 허용되지 않는다. 추가적으로 비례성 심사 즉, 목적의 정당성, 방법의 적절성, 피해의 최소성, 법익의 균형성이라는 비례의 원칙의 요건을 충족하지 못할 뿐만 아니라 헌법 제43조¹⁰⁾, 제49조¹¹⁾, 제50조¹²⁾로부터 파생되는 헌법적 보호의무를 위반하는 것이다.

한편, 「안락사를 규제하는 조직법」의 구체적인 조문에 대해 청구된 내용은 다음과 같다.

① 「안락사를 규제하는 조직법」 제7조 제2항, 제8조 제4항, 제17조, 제18조 a) 넷째 단락 그리고 추가규정은, 죽음에 대한 지원 제공을 촉진하거나 인정하는 결정에 대한 적절한 통제를 보장하고 있지 않고, 필요한 사법적 통제를 단순히 행정적 통제로 대체하고 있으며, 관할권 내에 있는 시민의 사망원인을 조사해야 하는 국가의 의무에 어긋나므로 위헌이다. 이 내용은 헌법 제15조, 제24조¹³⁾, 제53조 제2항¹⁴⁾, 제106조¹⁵⁾ 및 제117조¹⁶⁾에 위반된다.

10) **헌법 제43조** ① 건강 보호의 권리는 인정된다.

② 예방적 조치, 급부 및 필요한 공적 역무를 통해 공중의 건강을 조직하고 장려하는 것은 공권력의 권한에 속한다. 이에 관하여 법률은 모든 사람의 권리와 의무를 규정한다.

③ 공권력은 보건교육, 체육 및 스포츠를 촉진한다. 또한 공권력은 여가의 적절한 편의를 제공한다.

11) **헌법 제49조** 공권력은 필요한 경우 특별한 관심이 요청되는 신체 및 정신적 약자의 예방, 치료, 사회 복귀 및 통합을 위한 정책에 초점을 맞추고, 모든 시민에 부여된 이 장의 권리들을 향유할 수 있도록 이들을 보호한다.

12) **헌법 제50조** 공권력은 노령의 시민에게 충분한 수입을 정기적으로 갱신되는 상당한 연금에 의하여 보장한다. 또한 공권력은 가족의 의무와는 관계없이 건강, 주택, 문화 및 여가 등 특정문제를 고려한 사회적 공적 의무제도를 통해 시민의 복지를 향상한다.

13) **헌법 제24조** ① 모든 국민은 자신의 적법한 권리와 이익의 행사를 위하여 법관 및 법원의 효과적인 보호를 받을 권리를 가지며, 어떠한 경우에도 무방어에 처하지 아니한다.

② 또한, 모든 국민은 법에서 정한 바에 따라 일반법관에게 재판받을 권리가 있고, 변호인의 변호 및 조력을 받고, 제기된 고소의 내용에 대해 통지받고, 모든 사항이 보장된 부당한 지연이 없는 공개재판을 받고, 적절한 증거수단을 변호에 이용하고, 스스로 아니라고 진술할 수 있고, 유죄라고 자백하지 않으며 무죄추정을 받을 권리가 있다.

법률은 친족관계 또는 직업상의 비밀을 이유로 유죄로 추정되는 사실에 관하여 표명할 것을 강요당하지 아니하는 경우를 정한다.

14) **헌법 제53조** ② 시민은 누구나 우선 및 약식의 제 원칙 절차에 의하여 일반재판소(법원)에 대하여 또 경우에 따라 헌법소원심판을 통해 헌법재판소에 대하여 제14조 및 제2절 제1관이 인정하는 자유와 권리의 보호를 요구할 수 있다. 헌법소원심판은 제30조가 인정하는 양심적 병역거부에도 적용된다.

15) **헌법 제106조** ① 재판소는 규칙제정권, 행정행위의 적법성 및 행정행위가 정당한 목표에 부합하는지 통제한다.

② 「안락사를 규제하는 조직법」 제3조 d), e) 및 h), 제5조 제1항 c), 제5조 제2항, 제6조 제4항, 제9조, 제12조 a) 넷째 단락, 그리고 추가규정 여섯째의 둘째 단락은 소위 ‘사실상 무능력한 상태’를 규정하고 있어서 위헌이다. 이 내용은 헌법 제15조, 제24조, 제53조 제2항에 위반된다.

③ 「안락사를 규제하는 조직법」 제5조 제2항 둘째 단락, 제17조 제5항, 추가규정 여섯째는 법 규정을 보완하기 위해 행정사건으로 바꾼다는 면에서 위헌이다. 이 내용은 헌법 제15조(헌법 제9조 제3항과 관련), 헌법 제53조 제1항 및 헌법 제81조 제1항¹⁷⁾에 위반된다.

④ 마지막으로 양심적 거부와 관련하여, 「안락사를 규제하는 조직법」 제16조 제2항과 최종규정 셋째는 헌법 제16조 제2항¹⁸⁾의 사상 및 종교의 자유, 헌법 제81조 제1항¹⁹⁾의 조직법유보에 반한다.

II. 결정요지

1. 절차적인 이유로 동법 전체에 대한 청구

청구인들은 「안락사를 규제하는 조직법」의 입법절차가 제대로 이루어지지 않아 위

② 개인은 법률이 정하는 바에 따라, 불가항력의 경우를 제외하고, 그 재산과 권리의 침해에 대하여 보상을 받을 권리를 가진다. 다만, 이러한 침해가 공무집행의 결과로 발생한 경우에 한한다.

16) **헌법 제117조** ① 사법은 국민으로부터 나오고, 사법부를 구성하는 법관과 재판관에 의해 국왕의 이름으로 운영되며, 이들은 독립적이고, 신분이 보장되고, 법의 지배에 의해서만 책임을 지고 복종한다.

② 법관과 재판관은 법률이 정하는 어떤 사유가 있는 경우와 법률의 보장이 있는 경우를 제외하고는 해임, 징직, 전임 또는 퇴직당하지 아니한다.

③ 모든 절차, 판결과 그 집행에 대한 사법권의 행사는, 권한과 절차 규정에 관하여 법률이 정하는 바에 따라 법원과 재판소에 배타적으로 속한다.

④ 법원과 재판소는 전항에 따른 것과 권리를 보장하는 법률에 의해 명시적으로 부여된 직무만을 관할한다.

⑤ 사법단일의 원칙은 재판소의 조직과 운영의 기본원칙이다. 법률은 엄격히 군사적 영역에 한해 그리고 헌법의 원칙에 따라 선포된 계엄령의 경우에 군사재판권의 행사를 규율한다.

⑥ 특별재판소의 설치 금지된다.

17) **헌법 제81조** ① 기본권과 공적 자유를 구체화하고, 자치주 현장과 일반선거제도 및 기타 헌법에서 규정된 사항을 승인하는 것을 조직법이라 한다.

18) **헌법 제16조** ② 누구든지 그 사상, 종교 또는 신념을 표명하도록 강요받지 아니한다.

19) **헌법 제81조** ① 기본권과 공적 자유를 구체화하고, 자치주 현장과 일반선거제도 및 기타 헌법에서 규정된 사항을 승인하는 것을 조직법이라 한다.

헌이라고 주장하고 헌법 제23조를 침해하는 것이라고 하였다. 또한, 상기 법안을 신속한 방식으로 그리고 국가의 비상상황에서 처리함으로써 모든 것에 기반이 되는 인간의 생명과 기본권의 핵심에 대한 개념을 전면적이고 급진적으로 변경하는 법안에 대해 시민들과 의회의 의원들이 토론할 수 없게 하였다고 주장하였다. 한편, 청구인들은 입법절차 과정에서 특정 보고서가 있어야 함에도 이것이 부당하게 누락되었다는 점도 피력하였다.

헌법재판소는 (코로나로 인한) 국가의 비상상황에서 「안락사를 규제하는 조직법」이 신속하게 처리되었다는 청구내용이 타당하지 않다고 본다. 주장은 헌법적 및 법적 근거가 결여되어 있다. 「안락사를 규제하는 조직법」의 법안은 긴급절차(하원규칙 제93조, 상원규칙 제133조 제2항)에 따라 처리되지 않았다. 또한 이와 관련하여 청구내용에서 국가의 비상상황으로 인해 특정한 입법절차에 참여할 수 있는 의원의 권리가 침해되었는지도 제기되지 않았고, 제기된 청구내용이 헌법재판소의 168/2021 결정과도 아무런 관련이 없다.

나아가, 「사법부조직법」 제561조 제1항에 따르면, 기본권 행사에 있어 일반법원에서의 보호와 관련된 절차적 규정 또는 헌법적 및 법적 측면에 영향을 미치는 규정(동조항 제6호), 징계에 관련된 형벌 규정(동조항 제8조)의 법안의 경우 사법부총평의회의 보고서가 있어야 하는데, 「안락사를 규제하는 조직법」은 이에 해당하지 않으므로 법안 처리과정에서 사법부총평의회를 거치지 않았다는 주장도 타당하지 않다.

「안락사를 규제하는 조직법」은 정부제출법안이 아니고, 하원에서 사회당(Grupo Parlamentario Socialista)이 제출한 법안이다. 하지만 「사법부조직법」 제561조 제1항 제6호와 제8호의 쟁점은 엄밀하게 법안의 보고서에 관한 것이다. 이러한 사전 보고서의 생략이 가지는 헌법적 중요성에 대한 논의는 각료회의(Consejos de Ministros)가 하원에 제출한 법안에 관련해서만 발생할 수 있고, 하나 이상의 의회에서 처리되는 법안에 대해서는 다른 기관의 보고서가 요청되지 않는다. 다만 양원이 사법부총평의회의 기관에 해당하는 책임이나 쟁점에 관해서는 보고서를 요청하는 것이 적절하다고 고려할 수 있다. 이 사안의 경우, 양원은 그렇게 판단하지 않았고, 헌법적으로나 법적으로 반대의 이의가 제기되지 않았다. 따라서 청구인들이 주장하는 헌법 제88조²⁰⁾, 제89조 제1항²¹⁾과 관련하여 하원규칙 제69조²²⁾, 제124조²³⁾에 위반된다고 볼 수 없다.

20) **헌법 제88조** 정부제출법률안은 각료회의에서 결정하고, 각료회의는 입법목적과 공표하여야 할 필요한 선례를 첨부하여 하원에 제출한다.

한편, 청구이유에서 헌법과 거리가 먼, 정부와 의회 다수의 ‘기능적 동일성’이라고 한 서술부분은 법적 표현이 아닌 정치적 평가이며 이는 의회민주주의의 합리성과 전혀 맞지 않는다. 또한 동일한 이유로 정부제출법안인데 의회제출법안으로 택한 것이 법적 횡포라는 주장, 그리고 정부제출법안에 대해 요구되는 사항을 의회제출법안에도 적용된다는 주장은 타당하지 않다.

살피건대, 「안락사를 규제하는 조직법」의 입법절차가 헌법 제23조나 청구인이 제기하는 다른 조문에 위반되지 않았으므로 해당 부분의 청구를 기각한다.

2. 실질적인 이유로 동법 전체에 대한 청구

청구인들은 생명권이 절대적인 성격을 가지며, 생명을 가진 자의 의사와 관계없이 국가는 생명을 보호할 의무가 있고, 이 기본권에는 자신의 죽음에 대한 권리가 포함되지 않는다고 주장하였다.

(1) 적극적 안락사가 헌법적으로 금지되는지 여부

1) 생명권의 범위

인간의 생명은 헌법 제15조에 명시된 기본권의 대상일 뿐만 아니라, 다른 권리의 발현을 가능하게 하는 조건이고, 개인과 그가 표현하는 것들의 전체가 된다. 그러므로 이는 공권력이 보호하고 존중해야 하는 객관적인 헌법적 선(un bien constitucional objetivo)으로 보아야 한다.²⁴⁾

생명권은 인간의 신체적 존재를 보호하는 권리로 이해되고, 이는 공권력에 대해 소극적 의무 또는 자제를 수반하며, 또한 공권력의 적극적 의무로서 제3자의 공격으로부터의 보호를 수반한다. 유럽인권재판소도 「인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약」 제2조 제1항²⁵⁾을 해석하고 적용할 때, 국가가 의도적으로 생명을 빼앗는 것

21) **헌법 제89조** ① 의원제출법률안의 심의는 의회규칙에 따라 규정되고, 정부제출법률안의 우위성은 제 87조의 규정에 정하는 바에 따라 입법제안권의 행사를 방해하지 아니한다.

22) **하원규칙 제69조** 정당하게 의회 또는 위원회의 집행부를 통해 결정되지 않는 한, 본 회의 또는 위원회에 참여할 권리가 있는 모든 의원에게 최소한 48시간 전에 보고서, 의견서 또는 문서를 사전에 배포하지 않고 토론을 시작할 수 없다.

23) **하원규칙 제124조** 법안에는 제안 이유와 이를 발의하는데 필요한 정보를 함께 제시되어야 한다.

24) SSTC 53/1985, de 11 de abril, FJ 3, y, entre otras, 32/2003, de 13 de febrero, FJ 7.

25) **인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약 제2조** ① 모든 사람의 생명권은 법에 의하여 보호된다.

을 자제할 의무(소극적 의무)뿐만 아니라 국가가 관할권 내에 있는 사람들의 생명을 보호하기 위한 적절한 조치를 취해야 할 의무(적극적 의무)를 지닌다고 실시하였다.²⁶⁾

그렇지만 이러한 고려사항이 “모든 사람은 생명권을 가진다.”는 헌법 제15조의 해석을 통해 생명에 절대적인 성격을 부여함으로써 역설적인 상황에서조차 살아야 할 의무를 내포하는 무조건적인 보호의무를 공권력에 부과한다고 볼 수 없고, 나아가 어떤 환자가 의학적으로 입증된 불치병을 앓고 있고 본인이 이를 감당할 수 없는 고통의 상황에서 자신의 죽음에 대해 자율적으로 내린 결정을 헌법적으로 인정받지 못하도록 방해할 수 없다.

우리는 청구인들이 인용하는 결정들에서 생명권의 절대적 성격을 반박하고 있다는 점을 처음부터 지적하고자 한다. 헌법재판소는 53/1985 결정에서 생명의 가치를 전제로 하면서 여러 경우에 있어 낙태의 합헌성을 확인하였다. 또한, 120/1990 결정은 단식투쟁 중인 수감자들에게 강제급식을 제공하는 것이 타당하다고 보았고, 생명에 영향을 미친다는 측면에서 이렇게 승인하는 것이 제한일 수밖에 없다고 실시하였다.

생명권과 특히 조력사와 같이 개인이 자신의 생명의 종기(終期)를 결정하는 것이 양립 가능한지 검토하기 위해 헌법 제15조의 해석은 체계적이고 진화적인 해석의 요청(las aludidas exigencias de interpretación sistemática y evolutiva)을 염두에 두어야 한다. 헌법 제15조는 자유를 법체계의 최고 가치로 하고(헌법 제1조 제1항²⁷⁾) 인간의 존엄성과 인격의 자유로운 발현을 정치질서와 사회평화의 기초로 하는(헌법 제10조 제1항²⁸⁾) 헌법적 가치론(una axiología constitucional)의 일부이다. 이러한 맥락에서, 헌법은 생명권과 이것의 보호를 개인의 의사와 분리해서, 그 결과 자신이 언제, 어떤 방식으로 죽을지에 관해 결정하는 것과 전혀 무관한 것이라고 보고 있지 않다.

법질서의 최고 가치로(헌법 제1조 제1항) 자유를 구체화하는 것은 “개인이 자신의 이익과 선호에 따라 자신에게 제시된 다양한 삶의 선택 중에 선택할 수 있는 개인의 자율성을 인정”한다는 것을 의미한다.

어느 누구도 법에 규정된 형벌이 부과되는 범죄의 유죄확정에 따른 법원의 판결을 집행하는 경우를 제외하고는 고의로 생명을 박탈당하지 아니한다.

26) STEDH de 5 de junio de 2015, asunto Lambert y otros c. Francia, § 117; en análogos términos, STEDH de 4 de octubre de 2022, asunto Mortier c. Bélgica, § 116.

27) **헌법 제1조** ① 스페인은 사회적·민주적 법치국가이며, 법질서의 최고의 가치는 자유, 정의, 평등 및 정치적 다원주의이다.

28) **헌법 제10조** ① 인간의 존엄, 인간의 고유한 불가침의 권리, 인격의 자유로운 발현, 법의 존중 및 타인의 권리 존중은 정치질서와 사회평화의 기본이다.

한편, 자기 자신의 존재 구성에 관한 자기결정권은 인간의 존엄성, 자유로운 인격 발현과 연결되고, 이 조문은 스페인의 기본권 체계에 있어 기초가 된다. 헌법재판소는 존엄성이 “개인에게 내재된 영적, 도덕적 가치이고, 이는 특별히 자신의 삶에 대한 의식적이고 책임감 있는 결정에서 나타나며, 다른 사람으로부터 존중받는 것이 요청된다.”고 확인하였다.²⁹⁾ 개인의 자유로운 인격 발현의 원칙은 헌법이 자신의 인생계획을 자율적으로 형성하는 것을 보호하고 자유로운 발현을 위해서 충분한 근거가 없이 이를 제한하는 특정한 방해나 공적인 개입을 배제하는 것이 중요하다.

자신의 삶에 대한 의식적이고 책임감 있는 자기결정권은 주로 신체와 정신의 완전성에 대한 권리(헌법 제15조)로 구체화된다. 이 권리는 자유롭고 자발적인 결정을 내릴 수 있는 주체로서 개인의 본질을 보호한다. 개인이 그 자체로 목적이라는 사실을 망각한 채 개인을 통제하거나 도구로 삼는 것은 이 권리를 침해하는 것이다.

이렇듯 생명권은 다른 헌법개념과 연계해서(en conexión con estos otros preceptos constitucionales) 해석되어야 하고, 다른 권리와 정당한 이익의 보호에 의한 제한 외에는 개인의 자율성을 행사하는 내용으로서 해석되어야 한다. 생명에 관한 결정에 있어서, 이러한 자기결정에 대한 존중은 개인이 더 이상 견딜 수 없고 인간의 존엄성과 개인의 완전성에 대한 권리에 영향을 미치는 객관적인 극심한 고통의 상황도 고려해야 한다. 생명권이 타인의 권리 침해로 전환되는 것을 피하고, 해당 주체에게 실질적인 존재를 부과해서 헌법적 정당성이 결여된 자유로운 인격 발현과 반대되는 상황을 방지하려면, 생명권의 내용은 해당 주체의 다른 기본권 및 이익과 일치해야 한다. 생명권에 영향을 미치는 기본권과 이익의 비중을 체계적으로 해석하면, 국가의 보호의무의 범위가 결정되고 이 권리의 제한 가능성이 정당화될 것이다.

2) 사회적·경제적 정책의 기본 원칙(헌법 제43조, 제49조, 제50조)

헌법 제49조와 제50조는 공권력에 대해 장애인과 노인에 특별한 보호를 요청하고 있다. 「안락사를 규제하는 조직법」은 장애인과 노인을 선택해서 그 대상으로 하고 있지 않고 -동법 제5조는 ‘요건을 충족하는 자’라고 되어 있을 뿐이다- 동법에 따른 조력사의 제공이 사회적·경제적 정책의 기본 원칙과 상충된다고 볼 수 없다.

헌법 제43조 제1항은 건강 보호의 권리에 관하여, 그리고 동조 제2항은 예방적 조치, 급부 및 필요한 공적 역무를 통해 공권력이 공중 보건을 조직하고 보호할 책임이

29) STC 53/1985, FJ 8 y, en sentido similar, por todas, STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 7.

있다고 명시하고 있다. 청구인들은 안락사가 헌법에 규정되어 있는 바와 같이 환자의 건강을 보호하는 것이 아닌 중국적으로 이를 해하려는 목적이 있다고 주장하였는데, 사실 이러한 주장은 안락사의 법적 규제를 다른 차원의 문제로 초점을 돌리는 것이다. 입법자가 조력사를 도입한 것은 환자를 치료하거나 고통을 완화시키는데 있어 의학적으로 실패한 (궁극적으로 불가피한) 경우를 상정한 것이고, 이것이 일반적인 의학기술과 치료를 통한 건강보호의 권리와 대치되는 것으로 볼 수는 없다.

3) 안락사에서 자신의 죽음에 관한 자기결정권

(a) 헌법재판소는 헌법 제15조의 신체적 및 정신적 완전성에 대한 권리에는 개인의 자기결정권(derecho de autodeterminación)이 포함되고, “신체적으로 건전한 상태”를 보호하는 것 외에도 “자유로운 인격 발현과 관련하여 완전히 발현되도록 하는 적극적인 측면도 있다.”고 확인해왔다.

헌법재판소는 “어느 주체가 영향을 받게 되는 의료행위에 대한 동의와 결정 권한을 완전히 자유롭게 행사하려면, 해당 환자가 치료방법에 대해 적절한 의료정보를 가지는 것이 중요하다. 이 정보가 있는 경우에만 여러 선택사항 중에서 자유롭게 동의할 수 있고, 의사가 제안하는 치료나 과정을 진행하지 않기로 완전히 자유롭게 결정할 수도 있다. 이러한 맥락에서 동의와 정보는 서로 밀접하게 얽혀 있는 권리로 나타나고, 어느 하나의 권리 행사는 다른 권리에 대한 사전적이고 정확한 이해에 달려 있다. [...] 따라서, 사전에 동의가 요구되는 이른바 사전정보는, 환자의 의사표시의 자율성 원칙과 의료행위에 영향을 받는 기본권, 특히 신체 및 정신의 완전성에 대한 권리에 관한 헌법적 원칙을 보장하는 절차나 수단으로 간주될 수 있고, 이것의 누락 또는 불완전한 이행은 기본권의 침해 여부를 판단하는 헌법적 중요성을 지닌다.”고 판시한 바 있다.³⁰⁾ 이는 『환자의 자율성과 의료정보 및 문서화에 대한 권리와 의무에 관한 기본법』³¹⁾에도 구체화된 내용이다.

환자의 자기결정권은 헌법 제15조의 신체 및 정신의 완전성에 대한 권리에서 구체적인 명시가 없더라도 『인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약』에서 보호되고 있다. 유럽인권재판소는 의료행위에 관한 자기결정권이 설령 환자가 이를 행사하는

30) STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 5.

31) Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

게 사망에 이르게 하는 것일지라도 「인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약」 제8조 제1항³²⁾의 사생활권의 일부임을 확인하였다.³³⁾

(b) 인간의 존엄성, 인격의 자유로운 발현의 원칙(헌법 제10조 제1항)과 관련하여, 헌법 제15조의 개인의 완전성에 대한 권리는 개인의 자기결정 영역을 보호하고, 의학적 기준에 따라 합리적이고 객관적으로 검증될 수 있는 임상적 증상으로 인해 극도의 고통을 겪고 있는 의식 있는 사람이 자유롭게 인식하여 내린 죽음에 이르려는 개인의 결정을 보호한다.

이러한 극단적인 상황에서, 자신의 존재를 언제, 어떻게 끝낼 것인지에 대한 결정은 해당 주체의 신체 및 정신의 완전성에 대한 권리는 물론 인격의 자유로운 발현, 특히 자신의 존엄성에 되돌릴 수 없을 만큼 중대한 영향을 미친다. 존엄성은 모든 사람에게 인정되지만, 헌법해석기관이 존엄성의 내용을 구체적으로 명시하고자 할 때 불치병이나 심각한 장애를 초래하는 질병으로 극심한 개인적 고통에 처한 비극적인 상황의 특수성을 간과할 수 없다.

다시 말해, 이러한 특수한 상황이 일종의 법으로부터 자유로운 영역에서 자신의 생명에 대해 내리는 일반적 행위라고 볼 수 없고, 신체 및 정신의 완전성에 대한 권리(헌법 제15조)와 인간의 존엄성 및 인격의 자유로운 발현의 원칙(헌법 제10조 제1항)의 보호를 받는 개인이 내리는 -극단적이고 치명적인- 생명에 관한 자기결정 내용 중의 하나이다. 여기에서 자기결정권은 극심한 고통의 상황에 처한 사람에게 자율적인 영역으로 보장되고, 개인의 존엄성, 자신의 신념과 그의 상태에 관한 진단에 따라 자신의 삶을 마치고자 하는 것을 의미한다. 이는 자율적인 영역에 속하고, 헌법이 인정하는 다른 권리와 이익의 한계 내에서 국가는 이를 존중하고 그 실효성을 지원해야 한다.

안락사에 국한된 쟁점은 아니었지만 유사한 사건에서 유럽인권재판소는 “개인이 자신의 생명을 어떤 방식으로, 언제 끝낼지 결정할 권리는 「인권 및 기본적 자유의

32) **인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약 제8조** 사생활 및 가족생활을 존중받을 권리

① 모든 사람은 그의 사생활, 가정생활, 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 아니된다.

33) SSTEDH de 29 de abril de 2002, asunto Pretty c. Reino Unido, § 63 y 65, y de 5 de junio de 2015, asunto Lambert y otros c. Francia, § 142 y 180.

보호에 관한 유럽협약」 제8조의 개인의 사생활권의 한 부분에 해당한다.”고 실시하였고, 이에 따라 공권력의 개입은 의식과 자유가 없었던 결정에 한정되어야 할 것이다.³⁴⁾ 상기 결정에서 유럽인권재판소는 “인간의 존엄성과 자유가 동 협약의 핵심”임을 확인하였다.

그리고 스스로 죽음을 결정하는 사람은 자신의 삶을 포기함으로써 존엄성과 자유를 상실한다는 청구인의 주장을 받아들일 수 없다. 자신의 삶을 마치겠다는 자유롭고 의식 있는 결정은 개인의 자율적인 표현에 해당하고, 이때 고통의 상황에 처해있는 사람의 존엄성과 상반되는 생명권에 대한 절대적인 요청을 고려해 볼 수 없으며, 이러한 결정을 보호하는 것은 개인의 측면에서 규범의 내용을 구체화하는 것에 해당한다.³⁵⁾

(c) 안락사 상황에서 자신의 죽음에 관한 자기결정권에는 자신의 존엄성과 완전성에 부합하는 방식으로 자신의 결정을 수행하는데 필요한 제3자의 도움을 요청하고 사용할 수 있는 개인의 권리(*el derecho de la persona a recabar y usar la asistencia de terceros*)도 포함된다. 이러한 도움은 궁극적으로 자신의 삶을 마치겠다는 의사를 실현하고, 안전하고 고통 없이 즉, 존엄하게 생을 마감할 수 있는 수단을 제공하는데 필요할 수 있다.

헌법은 비극적인 상황에서 자유롭고 의식 있는 사람이 결정한 죽음을 제3자가 도울 수 있도록 공권력-1차적으로 입법자-에 대해 요청한다. 이에 대해 국가가 직접 제공할 의무를 지지는 않더라도, 국가는 이 부문에서 책임을 회피할 수 없다. 자신의 권리를 효과적으로 행사하기 위해 제3자의 도움이 필요한 사람들의 이러한 구체적인 문제와 관련하여, 공권력이 이를 금지시키거나 입법적 (불완전한) 부재를 통해 외면할 수 없다. 만약 그렇게 하는 경우, 해당 주체를 굴욕적인 죽음으로 이끌 수 있고, 해당 주체가 자신의 죽음을 결정하고 실행할 때 신체적, 사회적, 경제적 및 가정적 조건에 의존하게 하는 것이어서 헌법 제10조 제1항 및 제15조와 양립한다고 볼 수 없다. 그렇지만 이러한 자기결정권을 실현하는 것에 관한 공권력의 의무는 제3자 조력사를 전면적이고 무차별적으로 허용하도록 하는 헌법적 요청을 수반하는 것은 아니다.

34) SSTEDH Haas c. Suiza, § 51; Koch c. Alemania, §52, y Mortier c. Bélgica, § 124, 135 y 136.

35) SSTC 194/1994, de 23 de junio, FJ 4; 113/1995, de 6 de julio, FJ 6; 133/2001, de 13 de junio, FJ 5, o 136/2006, de 8 de mayo, FJ 6.

유럽인권재판소는 생명을 어떤 방식으로, 언제 끝낼지 결정할 권리가 「인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약」 제8조에 포함되고, “개인이 자신의 입장에서 굴욕적이고 고통스러운 삶의 죽음을 피하기 위해 자신이 선택한 것의 행사를 법으로 차단하는 것”은 상기 권리에 대한 간섭이 될 수 있다고 실시하였다.³⁶⁾

(2) 기각

살피건대, 적극적 안락사가 헌법적으로 타당한 행위로 볼 수 없다는 청구인들의 주장에 기반을 둔 동법 전체에 대한 청구는 기각되어야 한다.

헌법과 「인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약」은 생명 소유자의 의식과 자유의사에 반할 수 있는 생명의 절대적인 보호를 요청하고 있지 않으며, 이러한 생명에 대한 이해는 헌법 본문 전체에서 도출되는 인간에 대한 고려와 양립하지 않는다. 특히, 심각하고, 돌이킬 수 없으며, 의학적으로 객관적인 입증이 가능한 원인으로 인해 극도의 고통을 겪는 상황에 처한 사람이 자신의 정신능력을 온전히 활용해서 자유롭게 의식적으로 채택한 자신의 죽음에 관한 결정은 인간의 존엄성, 인격의 자유로운 발현(헌법 제10조)과 관련하여 신체적 및 정신적 완전성에 대한 기본권(헌법 제15조)으로부터 파생되는 자기결정권으로 보호되어야 하는 중요한 결정 중의 하나이다. 자기결정권은 절박한 상황에 놓인 사람이 자유와 존엄에 의거하여 자신의 죽음에 관해 결정할 권리를 행사할 수 있게 제3자의 도움을 허용하기 위해 필요한 법적 수단을 도입하도록 하는 국가의 의무를 수반한다.

그렇지만, 안락사 상황에서 자신이 스스로 결정한 죽음과 관련하여 제3자에 의한 조력사에 대한 모든 규정이 그 자체로 헌법에 부합된다는 의미는 아니다. 이것이 헌법과 양립가능하기 위해서는 입법자가 안락사 상황에서 자신의 죽음에 관한 자기결정권에 실효성을 부여하는 절차를 마련하고, 자기결정권의 행사로 영향을 받는 헌법상의 권리, 원칙 및 이익에 대한 충분한 보호수단을 확립해야 한다.

3. 행정적, 사법적 보장제도에 관한 구체적인 쟁점

심판대상조문은 다음과 같다.

36) STEDH de 4 de octubre de 2022, Mortier c. Bélgica, § 135.

제7조 조력사 제공의 거부

[...]

2. 첫 번째 요청으로부터 최대 10일 이내에 거부가 이루어져야 하는데, 요청을 제출한 사람은 관할 보증평가위원회에 최대 15일 이내에 청구를 제기할 수 있다. 요청을 거부한 담당의사는 이러한 가능성을 알려줄 의무가 있다.

제8조 임종시 조력을 요청하는 경우 담당의사가 따라야 할 절차

[...]

4. 제5조 제1항의 조건의 확인과 관련하여 상담의사로부터 불리한 보고서를 받은 경우, 환자는 제7조 제2항에 규정된 조건에 따라 보증평가위원회에 이의를 제기할 수 있다.

제17조 [보증평가위원회의] 설치 및 구성

[...]

2. 자치주의 경우, 행정기관의 성격을 갖는 상기 위원회는 각 자치주 정부가 설치하고 법적 제도를 규정한다. 세우타 시와 멜리야 시의 경우, 보건부가 각 도시에서의 상기 위원회를 설치하고 법적 제도를 규정한다.

[...]

4. 각 보증평가위원회에는 내부규정이 있어야 하는데, 보증평가위원회에서 초안을 마련하고 자치주의 관할 행정기관의 승인을 받는다. 세우타 시와 멜리야 시의 경우, 상기의 승인은 보건부가 행한다.

5. 보건부와 자치주의 보증평가위원회의 위원장은, 보건부의 주관 하에, 국가보건의제도상의 안락사 제공에 관한 기준을 표준화하고 모범사례를 공유하기 위해 매년 회의를 개최한다.

제18조 기능

보증평가위원회의 기능은 다음과 같다.

a) [...]넷째 단락] 조력사 제공 요청에 우호적인 결정이 있는 경우, 보증평가위원회는 센터의 관리부서에 요청하여 최대 7일 이내로 다른 기관의 의사나 외부 의료전문가 팀을 통해서 신청한 것을 지원하도록 한다.

추가규정 첫째. 사망의 법적 판단

조력사 제공에 의한 사망은 수행된 절차와 관계없이 그 법적 효과에 있어서 자연사로 간주한다.

(한편, 심판대상조문은 아니지만, 청구인들이 주장하는 입법부작위로 인한 위헌 여부를 판단하는데 있어 동법 제7조 제1항, 제10조 제5항, 제18조 a) 다섯째 단락을 살펴볼 필요가 있다.)

제7조 조력사 제공의 거부

1. 조력사 제공의 거부는 항상 서면으로 이루어지고 담당의사의 이유가 제시되어야 한다.

제10조 보증평가위원회의 사전확인

5. 조력사 제공 요청에 대해 불리하다고 보고된 위원회의 결의에 대해 행정소송을 제기할 수 있다.

제18조 기능

보증평가위원회의 기능은 다음과 같다.

a) [...]다섯째 단락] 결의 결론이 내려지지 않은 채 20일의 기간이 경과된 경우, 조력사 제공의 요청이 거절되었다고 고려해서 신청자에게 행정소송을 제기할 가능성을 열어둔다.

(1) 청구인들은 담당의사가 조력사 제공 요청을 ‘거부’한 경우에만 보증평가위원회 (la comisión de garantía y evaluación)에 청구할 수 있고, 조력사 제공 요청에 우호적인 결정이 있는 경우에는 어떤 사법적 보장도 없으며 이유도 제시되지 않아도 된다고 주장하였다.

한편, 청구인들은 「안락사를 규제하는 조직법」이 생명권의 적절한 보호를 위한 최소한의 사법적 보장을 확립하지 않았다고 피력하였다. 왜냐하면 보증평가위원회에서 신청서에 반대하는 경우에만 행정소송을 통해 다룰 수 있도록 규정하였고(동법 제10조 제5항, 제18조 a) 다섯째 단락), 신청서에 우호적인 결정이 있는 경우에는 법적으로 다룰 수 있는 가능성을 보장하고 있지 않기 때문에, 생명권과 헌법 제24조, 제53

조 제2항, 제106조의 절차적 및 사법적 보장에 반하고, 유럽인권재판소의 법리에도 위반된다고 주장하였다. 그리고 청구인들은 동법 제18조 a) 넷째 단락에서 보증평가 위원회에서 조력사 제공을 확인하는 경우에 그 이행을 위해 매우 짧은 기간(7일)을 설정하고 있는데 행정기관이 내린 결정에 대해 사법적 통제가 불가능해지고, 조력사에 의한 죽음을 방지하고 생명권을 보호하는데 효과적인 권리 보호를 받을 수 없는 바, 헌법 제24조, 제53조 제2항, 제106조 제1항에 반한다고 하였다.

마지막으로, 동법 추가규정 첫째 조항이 생명권의 절차적 측면을 위반한다고 주장하였다. 청구인들은 동 조문이 완전한 조사를 통해 관할권 내에 있는 사람의 죽음의 원인을 판단해야 할 국가의 의무를 없애는 것이고, 사법적 조사의 결과를 입법적으로 미리 결정짓는 것이어서 헌법 제106조, 제117조, 제24조에 위반된다고 주장하였다

(2) 우선, 조력사 제공을 확인하는 보증평가위원회의 결의와 이를 이행하도록 하는 절차는 헌법과 사법적 통제에서 명백히 제외될 수 없다. 『안락사를 규제하는 조직법』에 따른 행정적 성격의 ‘사전통제’(동법 제8조 제5항)를 통해 조력사 제공을 신청하고 이를 받을 수 있는 권리가 올바르게 행사되기 위해서는 요건과 조건에 부합되는지 확인이 있어야 한다(동법 제10조 제1항). 의사가 수행하는 첫 번째 단계에서의 요건과 조건이 준수되었는지, 보증평가위원회에서 정확한 확인이 이루어졌는지 등 이러한 행정행위에 대해서 사법심사가 제외될 수 없다.

이는 헌법적 요청에 따른 것이다. 헌법 제106조 제1항은 행정행위와 이를 정당화하는 목적에 대한 법원의 통제를, 헌법 제24조 제1항은 무방어 상태에 처하지 않고 효과적인 사법 보호를 받을 권리를 규정한다. 두 조문은 밀접하게 연결되어 있는데, 행정기관이 법의 지배에 따르고 행정행위의 법 준수를 보장하기 위함이다. 중요한 것은 『안락사를 규제하는 조직법』 규정의 위반이 있었다고 가정하더라도 이로 인해 돌이킬 수 없는 영향을 받는 헌법적 권리와 이익에 대해 행정부가 최종 결정권을 가져서는 안 된다는 점이다. 행정부에 대한 사법적 통제는 불가피하고, 입법적으로 이를 전체적으로나 포괄적으로 배제하는 것은 명백히 헌법에 위배될 것이다.

청구인들이 주장하는 것과 달리 『안락사를 규제하는 조직법』에서는 보증평가위원회가 조력사 제공을 확인한 결의에 대해 행정소송에 의한 통제를 배제하지 않았는 바, 해당 청구를 기각한다.

(3) 또한, 「안락사를 규제하는 조직법」에는 보증평가위원회에서 확인한 조력사 제공에 대한 행정행위의 집행정지를 신청하고 이를 인용받을 가능성을 배제하는 요소가 없다. 일반법은 행정절차에 따른 방법(「공공행정에서의 공통의 행정절차에 관한 법」 제98조 제1항, 제108조, 제117조, 제120조)과 사법절차에 따른 방법(행정소송법 제129조 이하)을 규정하고 있다.

「안락사를 규제하는 조직법」이나 특히, 동법 제18조 a) 넷째 단락에서는 보건당국이 헌법 원칙을 준수하지 않도록 면제하는 내용이 없고, 행정행위의 즉각적인 집행이 사법적 보호를 위한 접근을 못하게 하는 것이라면 보호하려는 이익이 없어지거나 돌이킬 수 없는 손해가 발생할 수 있고 심지어 절차에서의 최종 결정을 예단하는 것이어서 실질적으로 무방어 상태를 초래할 수 있다. 이에 따라 사법적 보호는 행정행위의 집행정지에도 확대되어야 하고, 이것에 대한 이의제기가 상응하는 절차에 따라 이루어졌는지 재심사 받는 것도 허용되어야 한다.³⁷⁾

이와 관련하여, 청구인들의 주장과 달리 「안락사를 규제하는 조직법」 제18조 a)에서는 보증평가위원회의 확인을 받은 날로부터 확정적이고 매우 짧은 기간인 7일 이내에 안락사 제공이 이루어져야 한다고 규정하고 있지 않다.

청구내용은 ‘제공을 지원하는 것’과 의료전문가가 최종적으로 행하는 ‘조력사 제공을 실행하는 것’을 동일시하고 있다. 그렇지만, 「안락사를 규제하는 조직법」의 내부 시스템과 의회 처리절차를 보면, 동법 제18조 a) 넷째 단락에서 언급된 7일이라는 기간이 절차가 최종적으로 마무리되어야 하는 시기, 특히 ‘조력사 제공의 실행’을 의미하지 않는다는 것을 알 수 있다. 오히려 해당 심판대상조문은 조력사 제공에 대해 담당의사가 우호적인 결정을 내리는 경우에 보증평가위원회가 따라야 하는 법적 절차를 명시하고 있다. 해당 심판대상조문은 청구인들이 주장하는 것처럼 보증평가위원회가 최종적으로 조력사 제공 여부를 확인하는 것이 아니고, “다른 기관의 의사나 외부 의료전문가 팀을 통해” 법적인 절차를 진행하는 것이며, 이전에 담당의사나 상담의사의 거절이 있었던 것에 대해 입법자가 다른 전문가의 소견을 들을 수 있도록 하는 것이다.

(4) 한편, 유럽인권재판소는 「인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약」 제2조에서 필요한 경우에 의료전문가의 치료를 받는 환자가 사망하게 된 사건에 대해 발

37) STC 78/1996, de 20 de mayo, FJ 3.

생 가능한 책임을 결정하기 위한 조사의무를 확인하고 있다고 실시하였다.³⁸⁾ 그렇지만 이러한 법리가 일반적인 건강 목적의 치료 과정에서 발생하는 것이 아닌 『안락사를 규제하는 조직법』에서 정하고 있는 요건에 따라 환자가 요청하고 안락사 결정이 내려지는 전반에 걸쳐 의학적으로 입증된 경우에까지 (안락사에 의한 사망 원인에 대한 국가의 조사의무가) 적용된다고 보기 어렵다.

자연사는 신체에 대해 외부 세력이나 제3자가 개입하지 않은 질환의 결과이고, 사망의 원인이 범죄나 폭력에 의한 것은 아니다(형사소송법 제340조, 의학연구소 규정에 관한 칙령 제8조 제3항). 조력사에 의한 사망은 고전적으로 우리가 표현하는 사람의 명이 다해서 숨진 것이 아니라는 점은 분명하다. 그렇기에 추가규정 첫째 조항 내용은 안락사로 인한 사망의 법적 효과를 명시한 것이고, 『안락사를 규제하는 조직법』에 따라 안락사가 이루어졌다면 어떤 범죄수사로 이어지지 않으며, 그게 아니라면 동 조직법의 입법 목적에도 모순되는 결과일 것이다. 어떤 경우든 『안락사를 규제하는 조직법』은 보증평가위원회에 조력사가 동법에 규정된 절차에 따라 수행되었는지 [...] 확인하는 기능을 맡기고 있고(동법 제18조 b)), 만약 이와 관련된 위반이 있는 경우 형사법적인 책임과 제재가 발생할 수 있다(동법 최종규정 둘째 조항).

상기와 같은 이유로, 행정적, 사법적 보장이 없다는 주장과 국가가 제3자로부터의 보호의무를 준수하지 않아 생명권(헌법 제15조)이 침해된다는 주장에 대한 위헌청구를 기각한다.

Ⅲ. 주문

위의 판단이유를 고려하여, 헌법재판소는 스페인 헌법이 부여하는 권한에 따라 『안락사를 규제하는 조직법』에 대해 청구된 위헌법률심판을 기각한다.

38) STEDH de 11 de octubre de 2022, en el asunto Garrido Herrero c. España, § 71.



세계헌법재판 관련 논문 목록

세계헌법재판 관련 논문 목록(최신평)

Ⅰ 세계헌법재판 관련 논문 목록(최신호) Ⅰ

- 권정화, 캐나다의 의료진조력사망에 관한 헌법적 고찰 및 입법례, 동아법학 제103호, 2024. 5. 1-31면.
- 김용욱, 독일에서 기본권 제3자효 비판 및 제도적 보장의 진정한 의미: 기본권과 제도적 권리 및 일반 법률상 권리, 권리의 3단계 구분, 외법논집 제48권 제2호, 2024. 5. 23-49면.
- 김은아, 유럽인권재판소 판결을 통해서 본 친권상실사유와 그 심사기준, 가족법연구 제38권 제2호, 2024. 7. 207-246면.
- 김학경, 그루밍 성범죄 처벌 규정 입법 개선방안에 관한 연구: 영국 법제와의 비교 중심으로, 경찰학연구 제24권 제2호, 2024. 6. 5-38면.
- 남정아, 캐나다 헌법상 언론의 자유와 방송·통신 심의기구의 내용 규제에 대한 비교법적 연구, 유럽헌법연구 제44호, 2024. 4. 221-268면.
- 박노형/김효권, EU AI법 개인정보보호 관련 규정 검토, 사법 제68호, 2024. 6. 33-62면.
- 박인수, 국민통합의 헌법이론-시이에스의 이론을 토대로 하여-, 공법연구 제52권 제4호, 2024. 6. 1-13면.
- 안성조, 피고인 진술조력인제도 도입가능성에 관한 연구-영국 판례의 시사점을 토대로-, 경찰법연구 제22권 제2호, 2024. 6. 157-170면.
- 이권일, 독일에서의 규제 논의의 현황과 과제-독일 네트워크법(NetzDG)과 EU디지털 서비스법(DSA)를 중심으로-, 공법학연구 제25권 제2호, 2024. 5. 3-30면.
- 이권일, 독일의 조례와 법률유보의 관계에 관한 검토, 지방자치법연구 제24권 제2호, 2024. 6. 35-63면.
- 이원복, 미국의 의료 분야 차별금지법: 인공지능의 편향에 대한 대응과 시사점, 공법학 연구 제25권 제2호, 2024. 5. 175-203면.
- 이재목, 유럽연합 인공지능법(AI Act) 최종안의 주요 내용과 입법적 시사점, 과학 기술과법 제15권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 2024. 6. 125-152면.
- 이재훈, EU의 작용형식으로서의 결정에 대한 고찰-부관부 결정에 대한 법리를 포함 하여-, 유럽헌법연구 제44호, 2024. 4. 45-71면.
- 이지은, 혈통을 알 권리에 대한 유럽인권법원 판결의 동향, 법학논총 제59호, 숭실 대학교 법학연구소, 2024. 5. 197-236면.

- 이현정, 유럽인권재판소 판례 비교 분석을 통한 교차 차별에 관한 연구, 유럽헌법 연구 제44호, 2024. 4. 103-135면.
- 이혜진, 조례와 법률유보의 관계에 관한 법해석 및 입법정책적 과제-일본의 지방분권 개혁에서의 조례제정권확대를 중심으로-, 지방자치법연구 제24권 제2호, 2024. 6. 3-34면.
- 전학선, 프랑스 법령체계와 법령의 효력, 유럽헌법연구 제44호, 2024. 4. 137-178면.
- 정애령, 대리모에 의해 출생한 자녀의 친자관계-유럽인권법원 18.5.2021- 71552/17 (Valdís Fjölfnisdóttir ua/Island) 판결을 중심으로-, 유럽헌법연구 제44호, 2024. 4. 179-219면.
- 정재도, 해적피해예방에 관한 프랑스 법제 연구-‘사적 선박보호활동’(activités privées de protection des navires)을 중심으로-, 서강법률논총 제30호, 2024. 6. 109-146면.
- 조인성, 디지털 전환 시대 새로운 기본권으로서 아날로그적 삶에 대한 권리에 관한 독일에서의 논의와 시사점, 서강법률논총 제30호, 2024. 6. 147-176면.
- 차원일, 헌법재판에서의 비교법적 논증, 헌법재판연구 제11권 제1호, 2024. 6. 83-106.



국외통신원 소식

▮ 병가 중인 직원의 유급휴가에 대한 권리

병가 중인 직원의 유급휴가에 대한 권리

- 프랑스 헌법재판소의 2024년 2월 8일

n°2023-1079결정에 대한 분석을 중심으로 -

벨기에 브뤼셀 자유 대학교 철학 박사 과정 및 프랑스 툴루즈 카피톨 대학교 법학 박사 과정
이은설

1. 들어가며

프랑스에서 최초의 유급휴가는 1853년 11월 9일 나폴레옹 3세가 명령(décret du 9 novembre 1853)을 공포한 이후 공무원에게 적용된 것을 시작으로 한다. 이후 1936년 인민 전선(Front Populaire)이 선거에서 승리하자 노동자들 사이에서 노동조건 개선과 사회적 보호 강화에 대한 요구가 급증하였고 이에 따라 ‘유급휴가’(congé payé) 제도가 법적으로 도입되었다. 이에 따라 유급휴가 제도는 1936년 ‘마티농 협정’(Accords de Matignon)¹⁾의 일환으로 모든 근로자에게 보장된 권리로 자리를 잡는다. 이 협정은 근로자들에게 최소 2주간의 연속 유급휴가를 보장하며, 이 휴가 기간 동안 근로자가 자유롭게 휴식하고 가족 및 사회생활을 즐길 수 있도록 하려는 것이었다.²⁾ 근로자는 동일한 고용주 아래에서 연속적으로 1년간 근무한 경우 최소 14일간의 유급휴가를 받을 권리가 있었으며 이는 법적으로 강제된 공공정책의 일환이었다. 병가, 출산휴가, 군 복무 등의 이유로 근로자가 휴직하여도 그 기간이 근속기간에서 제외되지 않는다는 점이 초기부터 명시되었다.³⁾

1) 마티농 협정은 1936년 6월 인민 전선 의장인 레옹 블룸(Léon Blum)의 중재 하에 프랑스 생산총동맹(Confédération générale du patronat français), 프랑스 노동총동맹(Confédération du travail) 그리고 프랑스 정부 사이에 체결된 국가적 노동협정이다. 이 협정을 통해 임금 인상 외에도 최저임금 설정, 노동조합 권리 인정, 단체고용계약 및 직원대표 도입이 규정되었으며, 주40시간 근무, 유급휴가 또한 제정되었다.

2) 프랑스 헌법재판소의 2024년 2월 8일 n°2023-1079결정 해설집(commentaire) 2쪽 각주4)에 따르면, 마티농 협정 이전에는 “공무원, 철도노동자, 언론인만 법적으로나 규제조항에 따라 유급휴가를 받을 수 있었다. 다른 근로자들에게 이 권리를 부여하는 것은 고용계약의 규정이나 직업의 관행에 따라 결정되었으며, 육체노동자는 유급휴가를 받을 자격이 없었다.”

시간이 지나면서 유급휴가를 받기 위한 조건이 1년간의 연속 근무기간이 아닌 ‘실제 근무기간’(temps de travail effectif)으로 변경되었다.⁴⁾ 1940년의 법령(décret du 13 avril 1940 relatif aux congés payés)⁵⁾에 따르면 동일한 고용주 아래에서 12개월 중 최소 4개월 동안 실질적으로 근무한 근로자만 유급휴가를 받을 수 있었다. 그러나 초기 법령과는 달리 출산휴가만을 근로기간으로 간주하였고, 질병으로 인한 휴직기간은 근로기간으로 인정하지 못해 후자의 경우는 유급휴가 산정에 포함되지 못했다. 이러한 임시 조치는 ‘유급휴가에 관한 1942년 법률’(Loi n° 666 du 31 juillet 1942 relative au régime des congés payés) 제666조에 의해 영구화되었다.

제2차 세계대전 이후 수정된 ‘1946년 4월 18일 법률’(Loi n° 46-473 du 18 avril 1946) 제46-473조는 업무상 사고나 업무상 질병으로 인해 근로계약이 중단된 기간을 근로기간으로 다시 인정해 유급휴가 산정에 포함시켰다. 이는 근로자가 자신의 의지와 무관하게 발생한 사고나 질병 때문에 유급휴가 권리를 잃지 않도록 하려는 조치였다.⁶⁾

현행법은 초기 법률과는 달리 유급휴가를 월별로 산정하여 근로자가 실제로 근무한 기간에 대해 매월 2.5일의 유급휴가를 줌으로써 12개월을 일한 근로자의 경우 총 30일의 유급휴가를 사용할 수 있게 하고 있다. 실제로 2016년 8월 10일 버전⁷⁾의 노동법(Code du travail) 제L.3141-5조에 따르면 실제로 근무한 기간에는 다음과 같은 기간들이 포함되는데, 유급휴가 (제1항), 출산휴가·육아휴가·육아휴직·입양휴가 기간 (제2항), 제L.3121-30조·제L.3121-33조·제L.3121-38조에 규정된 휴식 형태의 강제보상휴가 (제3항),⁸⁾ 제L.3121-44조의 적용으로 체결된 단체협약에 따라 부여된 휴식일 (제4항), 업무상 사고 또는 업무상 질병으로 인해 고용계약의 이행이 중단된 최대 1년간

3) 위의 프랑스 헌법재판소 결정 해설집, 2쪽 2번째 단락.

4) 위의 프랑스 헌법재판소 결정 해설집, 2쪽 3번째 단락.

5) <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000877103>, 2024. 8. 24. 방문.

6) 위의 프랑스 헌법재판소 결정 해설집, 2쪽 4번째 단락.

7) Version en vigueur du 10 août 2016 au 24 avril 2024.

8) 노동법 제L.3141-5조 제3항으로 이 조항에 언급된 각각의 조항들은 다음과 같은 내용을 포함한다. 제L.3121-30조는 초과근무에 대한 보상으로 제공되는 휴식 시간에 관한 일반적인 규정, 제L.3121-33조는 초과근무에 대한 고용주와 근로자 또는 근로자단체 사이에 협약이 있는 경우의 규정들을 자세히 다룬다. 제L.3121-38조는 초과근무에 대한 고용주와 근로자 또는 근로자단체 사이에 협약이 없는 경우 어떤 식으로 보상이 이루어져야 하는지에 대한 내용을 포함한다. 이에 따르면, 20명 이하의 직원이 있는 기업의 경우 초과근무 시간에 대해 50%의 휴식시간이 보상되어야 하며, 20명 이상의 직원이 있는 기업의 경우 100%의 휴식시간이 보상되어야 한다.

의 연속적 기간 (제5항), 제6항에 따라 직원이 어떤 자격으로든 국가복무에 종사하거나 이를 위해 소집된 기간 (제6항)이 포함된다.

프랑스의 유급휴가 제도는 초기에는 노동운동의 성과로 도입되었지만, 시간이 지나면서 근로자의 복지와 건강을 보호하기 위한 중요한 사회적 제도로 자리 잡게 되었다. 즉 프랑스의 유급휴가 제도가 단순한 복지 차원을 넘어 노동자의 권리와 건강을 보호하고 일과 삶의 균형을 촉진하는 중요한 사회적 장치로 발전하게 된 것이다. 그러나 여전히 근로자가 유급휴가를 취득할 권리, 특히 노동법 제L.3141-5조 제5항 업무상 사고와 업무상 질병으로 인해 근로계약이 중단된 경우와 업무 외의 질병으로 인한 휴직 사이의 차별적 대우는 논란의 중심에 있다.

이 글에서는 프랑스 헌법재판소의 2024년 2월 8일의 결정(Décision n° 2023-1079 QPC du 8 février 2024)을 살펴보고자 한다. 이 결정과 관련한 전후 상황과 배경을 검토하고, 헌법재판소가 어떠한 구체적인 설시를 통해 프랑스 노동법 2016년 8월 10일 버전의 제L.3141-3조와 제L.3141-5조 제5항이 헌법에 보장된 근로자의 휴식권(droit au repos)과 법 앞의 평등 원칙을 침해하지 않았음을 판단하였는지 확인하고자 한다.

2. 사건 개요

헌법재판소는 2023년 11월 17일 파기원에 의해 노동법 제L.3141-3조 및 동법 제L.3141-5조 제5항이 헌법이 보장하는 권리와 자유에 부합하는지에 대한 사후적 위헌 법률심판을 요청받았다.

유급휴가와 관련하여 2009년 10월 13일부터 마자그랑 서비스(Mazagran Services)에서 근무한 레오폴디나(Léopoldina, 이하 ‘청구인’이라 함)는 2014년부터 2016년까지는 업무상 사고로, 2016년부터 2019년까지는 업무 외 질병으로 인해 휴직 중이었다.⁹⁾ 이후 업무 복귀 불가 판정을 받은 청구인은 다른 부서로의 재배치도 불가능하다는 의사의 판단에 따라 2020년 1월 해고되었다.¹⁰⁾

해고 이후 청구인은 2020년 12월 16일에 노동재판소(Juridiction prud’homale)에 고용 계약의 이행 및 해지와 관련된 여러 청구를 제기하였다.¹¹⁾ 2021년 12월 27일 노동재

9) 위의 프랑스 헌법재판소 결정 해설집 11쪽 첫 번째 단락.

10) 위의 프랑스 헌법재판소 결정 해설집 11쪽 2번째 단락.

판소는 이 해고가 실질적이고 중대한 사유 없이 이루어졌다고 판단하였으며, 특히 질병으로 인해 고용계약이 중단된 기간 동안 청구인이 받아야 할 유급휴가와 관련된 보상금을 포함한 다양한 금액을 지급할 것을 명령했다.¹²⁾ 그러나 부르주 항소법원 (Cour d'appel de Bourges)은 2022년 11월 18일 1심 판결을 일부 파기하고 유급휴가 보상금 지급 요청을 포함한 청구인의 대부분의 청구를 기각하였다.¹³⁾

이에 청구인은 2023년 4월 18일, 파기원(Cour de cassation)에 상고하면서, 첫째, 노동법 제L.3141-3조와 제L.3141-5조 제5항이 1946년 헌법전문 제11항¹⁴⁾에 보장된 건강과 휴식권을 침해하고; 둘째, 제 L.3141-5조 제5항이 평등 원칙을 반한다고 주장하며 사후적 위헌법률심판을 청구하였다.¹⁵⁾

2023년 11월 15일에 파기원(chambre sociale, arrêt n° 2124 du 15 novembre 2023)은 첫 번째 문제와 관련하여 노동법 제L.3141-3조와 제L.3141-5조 제5항이 직업 외적인 원인으로 인해 휴직 중인 근로자에게 유급휴가를 인정하지 않는다는 점에서 헌법적 쟁점을 제기한다고 판단하였다.¹⁶⁾ 파기원은 두 번째 문제 역시 노동법 제L.3141-5조 제5항이 업무상 원인과 업무 외적 원인에 따라 근로자에게 차별적으로 유급휴가를 부여한다는 점에서 헌법적 쟁점을 제기한다고 판단하였다. 이에 따라 파기원은 이 두 가지 심사를 헌법재판소에 회부하였다.¹⁷⁾

3. 제반 상황

프랑스 노동법 제L.3141-3조 제1항에 따르면 근로자는 동일한 고용주 아래에서 한 달을 만근할 경우 매달 2.5일의 휴가를 받을 권리가 있으며, 같은 조 제2항에 따르면 총 유급휴가 기간은 근무일 기준 30일을 초과할 수 없다. 또한 같은 법 제L.3141-5조

11) 위의 프랑스 헌법재판소 결정 해설집 11쪽 3번째 단락.

12) 위의 프랑스 헌법재판소 결정 해설집 11쪽 4번째 단락.

13) 위의 프랑스 헌법재판소 결정 해설집 11쪽 5번째 단락.

14) 국가는 모든 사람, 특히 어린이, 어머니, 고령 근로자에게 건강 보호, 물질적 안전, 휴식과 여가를 보장한다. 나이, 신체적 또는 정신적 상태, 경제적 상황 때문에 일할 수 없는 모든 사람은 사회로부터 적절한 생활 수단을 받을 권리가 있다.

15) 위의 프랑스 헌법재판소 결정 해설집 11쪽 6번째 단락.

16) 위의 프랑스 헌법재판소 결정 해설집 11쪽 7번째 단락.

17) 위의 프랑스 헌법재판소 결정 해설집 11쪽 8번째 단락.

는 근로자의 유급휴가 기간 산정 시 실제 근로시간으로 간주되는 기간에 대해 규정하고 있다. 특히 동조 제5항에 따르면, 근로계약의 이행이 업무상 사고¹⁸⁾ 또는 업무상 질병¹⁹⁾으로 인해 중단되는 경우 최대 연속적인 1년 동안의 기간만 근로시간으로 간주된다. 이는 근로자의 의지와 무관하게 업무 중 발생하는 사고나 질병으로부터 근로자를 보호하기 위한 조항으로 일정 기간 동안 일을 할 수 없는 경우에도 일한 것으로 간주하여 유급휴가를 산정하는 데 반영해야 한다는 뜻을 담고 있다.

한편 프랑스 자국법과 유럽연합 법규 사이에는 몇 가지 차이점이 보이는데, 주로 휴가의 최소보장기간과 산정방식, 병가와 관련된 규정에서 나타난다. 가령 근로시간 조정과 관련한 유럽연합 지침(Directive 2003/88/EC du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail) 제7조에 따르면 근로자는 연간 최소 4주의 유급휴가를 보장받아야 하는 반면, 프랑스는 30일을 제공하여 유럽연합 지침상의 최소 기준을 초과하는 더 긴 휴가를 제공한다. 각 국은 유럽연합 지침을 준수하거나 상회하는 기준을 토대로 자국 법을 제정할 수 있다. 실제로 유럽사법재판소(La Cour de justice de l'Union européenne)는 1993년 및 2003년 지침을 통해 연차 유급휴가에 대한 권리가 '유럽의 사회법의 원칙'(principe du droit social de l'Union)으로 간주되어야 하며, 이를 시행하는 국가 당국은 해당 지침에서 명시적으로 규정하고 있는 범위 내에서만 이를 시행할 수 있다고 평가한 바 있다.²⁰⁾²¹⁾

이처럼 모든 회원국이 유럽연합의 지침을 준수해야 하지만 때로는 유럽연합의 지침과 자국 법 사이에 충돌이 발생하기도 한다. 예를 들어, 프랑스 노동법은 업무상 사고나 업무상 질병으로 인한 병가는 유급휴가 산정에 포함되는 반면 비직업적 질병

18) 업무상 사고(accident du travail)는 근로자가 근무 시간 중이거나 업무와 관련된 활동을 하는 중에 발생한 갑작스럽고 예기치 못한 사고를 말한다. 사고로 인해 신체적, 정신적 피해가 발생한 경우를 말한다. 프랑스 법률은 업무상 사고와 업무상 질병(maladie professionnelle)을 구분한다. <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F178>, 2024. 8. 24. 방문.

19) 업무상 질병(maladie professionnelle)은 업무와 관련된 활동이나 업무 환경으로 인해 발생한 질병을 의미한다. 프랑스에서는 "Tableaux des maladies professionnelles"라는 업무상 질병 목록이 있으며, 여기에 등재된 질병이 근로자에게 발병했다면 업무상 질병으로 인정된다. 이 목록에 포함되지 않은 질병도 특정 조건을 만족하면 업무상 질병으로 인정될 수 있다. 보통 점진적, 반복적 노출로 인해 발생하는 질병들이 이에 해당된다. <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F31880>, 2024. 8. 24. 방문.

20) Directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993.

21) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 해설집, 6쪽 3번째 단락.

으로 인해 근로계약이 일시 중단된 경우 그 기간은 유급휴가 산정에서 제외될 수 있다. 그러나 유럽연합 지침에 따르면 근로자가 비직업적 질병으로 인해 병가 중이라고 하더라도 유급휴가를 취득할 수 있는 권리가 보장되어야 한다. 이는 국제노동기구(Organisation internationale du travail)의 유급연차 휴가에 관한 협약에도 규정된 내용이다.

실제로 유럽사법재판소는 병가 중에도 근로자가 유급휴가를 축적할 수 있어야 한다는 판결을 내린 바가 있다. 2009년의 *Schultz-Hoff* 판결²²⁾과 2012년 *Dominguez* 판결²³⁾에 따르면 유럽사법재판소는 유급휴가의 목적이 근로자가 휴식과 여가를 취할 수 있도록 하는 데 있음을 강조한다. 병가는 근로자가 건강을 회복하기 위해 주어지는 것으로 유급휴가와 목적은 다르다. 근로자가 통제할 수 없는 사유로 인한 결근은 근속 기간에 포함되어야 하는 것이다.²⁴⁾ 따라서 유럽사법재판소는 유급휴가에 대한 권리가 해당 국가가 정한 기준 기간 동안 근로자가 실제로 일을 했는지 여부에 따라 좌우될 수 없다고 판단한다. 그 결과, 근로자는 자신이 통제할 수 없는 예측 불가능한 사유로 1년 이상 결근한 경우라도 유급휴가에 대한 권리를 잃어서는 안 된다.

이처럼 유럽연합 지침은 병가가 유급휴가 기간 산정에 영향을 미치지 않도록 하는 규정을 통해 근로자 보호를 강화하고자 한다. 이와 같은 차이점을 통해 프랑스 법이 보다 더 보수적인 접근을 유지하는 반면 유럽연합 지침은 근로자의 권리를 더욱 폭넓게 보호하려는 경향이 있음을 파악할 수 있다.

4. 프랑스 헌법재판소의 판단

파기원이 판결에서 어떤 버전의 프랑스 노동법 제L.3141-3조 및 제L.3141-5조 제5항이 참조되었는지 명시하지 않았으나,²⁵⁾ 사후적 위헌법률심판은 제소된 소송에 적용될 규정을 대상으로 해야 하므로, 헌법재판소는 2016년 8월 8일 버전의 상기 노동법 법률조항들을 심사대상으로 하였다.²⁶⁾

22) CJUE, 20 janvier 2009, *Schultz-Hoff*, C-350/06.

23) CJUE, 24 janvier 2012, *Dominguez*, C-282/10.

24) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 해설집, 7쪽 3번째 단락.

25) 위의 프랑스 헌법재판소 결정 해설집 12쪽 4번째 단락.

26) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 첫 번째 단락.

청구인과 노동조합은 프랑스 노동법 제L.3141-3조와 제L.3141-5조 제5항이 다음과 같은 이유로 문제가 있다고 주장하였다. 첫째, 비직업적 질병으로 인해 휴직하는 근로자는 근로계약이 중단된 기간 동안 유급휴가를 받을 권리를 전혀 얻지 못하게 된다는 점; 둘째, 업무상 사고나 업무상 질병으로 휴직한 근로자의 경우 유급휴가산정에 포함될 수 있는 기간이 1년으로 제한된다는 점은 모두 근로자의 건강권(Protection de la santé)과 휴식권을 침해한다는 것이 그들의 핵심 주장이었다.²⁷⁾

그들은 또한 업무상 재해나 업무상 질병으로 인해 휴직한 근로자들만이 유급휴가를 받을 권리를 가지는 것은 이러한 이유로 휴직한 근로자와 비직업적 질병으로 휴직한 근로자들 사이에 부당한 차별을 초래한다고 주장하였다. 따라서 청구인과 노동조합은 이 조항들이 법 앞의 평등 원칙을 위반한다고 주장한다.²⁸⁾

이러한 주장들을 고려하였을 때, 헌법재판소는 노동법 제L.3141-3조를 제외한 제L.3141-5조 제5항만이 심판대상이라고 판단한다.²⁹⁾

첫째, 헌법재판소는 1946년 헌법전문 제11조를 참고하여, 유급휴가에 대한 권리와 이와 관련된 헌법적 요건의 범위를 분명히 하고자 했다. 1946년 헌법전문 제11조에 따르면, 국가는 “모든 사람에게 건강, 물질적 안전, 휴식 및 여가를 보장한다.”고 명시하고 있다.³⁰⁾ 이와 같이 유급휴가의 원칙은 근로자들에게 보장된 휴식권의 일환으로 인정된다. 유급휴가권과 헌법상 휴식권 사이의 관계를 고려할 때 헌법재판소는 2009년 직원의 주휴 원칙을 1946년 헌법전문 제11조에 연결시킨 것과 동일한 논리를 따랐다.³¹⁾³²⁾

노동법 제L.3141-3조에 따르면 동일한 고용주 아래에서 일한 경우, 한 달을 만근할 경우 매달 2.5일의 휴가를 받을 수 있으며 연간 최대 30일까지의 휴가를 받을 수 있다.³³⁾ 또한 동법 제L.3141-5조에 따르면 업무상 사고 또는 업무상 질병으로 인해 고용계약의 이행이 중단된 기간 중 최대 1년까지를 실제 근로한 기간으로 간주할 수 있다.³⁴⁾ 헌법재판소는 입법부가 이 조치를 1년의 연속된 기간으로 제한하여, 근로자

27) 위의 프랑스 헌법재판소 결정 2, 3, 4번째 단락.

28) 위의 프랑스 헌법재판소 결정 5번째 단락.

29) 위의 프랑스 헌법재판소 결정 6번째 단락.

30) 위의 프랑스 헌법재판소 결정 7번째 단락.

31) 위의 프랑스 헌법재판소 결정 해설집 20쪽 3번째 단락.

32) Décision n° 2009-588 DC du 6 août 2009 précitée, cons. 19 et 20.

33) 위의 프랑스 헌법재판소 결정 8번째 단락.

가 업무상 사고나 업무상 질병으로 인해 결근한 기간만을 실제 근로한 기간으로 간주하는 것이 근로자의 휴식권을 침해하지 않는지 검토하고자 했다.³⁵⁾

헌법재판소는 의회와 동일한 성격의 일반적인 평가 및 결정 권한을 가지고 있지 않다. 법률이 목표를 달성하는 방식이 명백히 부적절하지 않은 한, 헌법재판소는 의회의 판단을 대체할 수 없다.³⁶⁾ 따라서 헌법재판소는 1946년 헌법전문에서 파생된 권리인 사회적 권리에 대한 심사만을 할 것임을 명확히 한다. 앞서 언급한 1946년 4월 18일 법률의 제정과정에서, 입법자는 근로자가 업무상 사고나 업무상 질병으로 인해 근로계약이 중단된 경우에도 유급휴가권리를 잃지 않도록 보장하려 했음을 알 수 있다.³⁷⁾ 이러한 목적에 비추어 헌법재판소는 입법자가 업무상 사고 또는 업무상 질병으로 인한 결근기간만을 실제 근무한 기간으로 취급하고자 했고, 업무 외 질병으로 인한 휴직기간까지 그 혜택을 확대하지 않으려 했으며, 이러한 조치를 1년의 기간으로 제한하고자 했다고 추론하였다.³⁸⁾

헌법재판소는 휴식권 이행과 관련하여 입법자에게 부여된 입법재량의 여지를 고려할 때, 근로자의 휴식권이 실제 근무 기간에 따라 달라지는 것과, 근로계약 수행과 무관한 질병 등 근로자의 직업 활동과 관련이 없는 사유로 고용계약이 중단된 기간을 유급휴가 계산에 포함하지 않도록 한 입법부의 결정이 명백히 부적절한 것은 아니라고 판단하였다. 또한, 입법자는 일반규칙에 대한 예외를 도입할 수 있는데, 특히 업무상 사고나 업무상 질병으로 인한 휴직에 대하여 이러한 상황으로 인한 유급휴가권리의 상실이라는 이중의 불이익(double peine)을 피하기 위한 예외를 둘 수 있었다. 헌법재판소는 입법자가 해당 법률을 제정할 때 그에게 허용된 범위 내에서 적절한 판단을 내렸다고 보았다.³⁹⁾ 따라서 휴식권 침해를 주장하는 청구인의 주장은 기각되었다.⁴⁰⁾

둘째, 헌법재판소는 법 앞의 평등 원칙에 반한다는 주장을 검토하였다. 「1789년 인간과 시민의 권리 선언」 제6조⁴¹⁾에 따르면 법은 보호할 때나 처벌할 때나 모든 사람

34) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 9번째 단락.

35) 위의 프랑스 헌법재판소 결정 해설집 20쪽 6번째 단락.

36) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 10번째 단락.

37) 위의 프랑스 헌법재판소 결정 11번째 단락.

38) 위의 프랑스 헌법재판소 결정 12번째 단락.

39) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 해설집 21쪽 3번째 단락.

40) 앞의 프랑스 헌법재판소 결정 13번째 단락.

에게 동일하게 적용되어야 한다. 평등 원칙은 입법부가 서로 다른 상황을 다르게 규정하거나, 공공의 이익을 위해 평등에서 벗어나는 것을 배제하지 않는다. 이러한 경우, 결과적으로 발생하는 대우의 차이는 법 제정의 목적과 직접적인 관련이 있을 때만 정당화된다.⁴²⁾ 이러한 맥락에서, 업무상 사고 및 업무상 질병은 고용계약의 이행에서 비롯된 것으로서 근로자에게 영향을 미칠 수 있는 다른 질병이나 사고와는 구별된다고 판단하였다.⁴³⁾ 따라서 위에서 살펴본 법의 취지에 비추어 볼 때 입법부가 근로계약 중단 사유에 따라 병가 중인 직원의 유급휴가 수급권 취득에 관하여 달리 정할 수 있었다고 헌법재판소는 판단했다. 심판대상조항으로 인한 처우의 차이는 상황의 차이에 따른 것으로 법의 취지와 관련이 있다고 실시하였다.⁴⁴⁾ 그러므로 법 앞의 평등 원칙 위반을 주장하는 청구이유는 배척되어야 한다고 판시하였다.⁴⁵⁾ 결과적으로 해당 조항은 건강권이나 헌법이 보장하는 다른 권리나 자유를 침해하지 않으므로 헌법에 합치한다는 것이 프랑스 헌법재판소의 판단이었다.⁴⁶⁾

5. 나오며

유급휴가는 근로자의 건강과 삶의 질을 보장하는 중요한 권리이다. 프랑스는 오랜 역사를 통해 근로자의 유급휴가 권리를 발전시켜 왔으며, 현재 25일의 평일 근무일, 즉 토요일을 포함한 5주간의 유급휴가를 법적으로 보장하고 있다. 이 제도는 근로자의 재충전과 휴식을 보장하는 중요한 수단으로 자리 잡았다.

그러나 프랑스의 유급휴가 제도는 유럽연합(EU) 법규와 비교했을 때 몇 가지 중요한 차이점을 보인다. 유럽연합은 1993년과 2003년에 도입된 지침과 유럽사법재판소의 판례를 통해 근로자의 유급휴가 권리를 더욱 폭넓게 보호하고자 했다. 예를 들어,

41) 1789년 인간과 시민의 권리 선언 제6조 법은 일반 의사의 표명이다. 모든 시민은 스스로 또는 대표자를 통하여 그 작성에 협력할 수 있는 권리를 가진다. 법은 보호를 부여하는 경우에도 처벌을 가하는 경우에도 모든 사람에게 동일한 것이어야 한다. 모든 시민은 법 앞에 평등하므로 그 능력에 따라서, 그리고 덕성과 재능에 의한 차별 이외에는 평등하게 공적인 위계, 지위, 직무 등에 취임할 수 있다.

42) 위의 프랑스 헌법재판소 결정 14번째 단락.

43) 위의 프랑스 헌법재판소 결정 15번째 단락.

44) 위의 프랑스 헌법재판소 결정 17번째 단락.

45) 위의 프랑스 헌법재판소 결정 18번째 단락.

46) 위의 프랑스 헌법재판소 결정 19번째 단락.

유럽연합 법규는 근로자가 업무 외적인 문제로 병가 중인 경우에도 유급휴가를 축적할 수 있는 권리를 보장하며 이를 통해 근로자의 건강과 휴식에 대한 권리를 더욱 강화하고자 하는 모습을 보여준다. 반면 프랑스 노동법은 근로자에게 유급휴가를 받을 권리를 보장하고 있지만, 이 권리는 근로자가 실제로 근무한 기간에 따라 결정된다. 따라서 근로자가 업무와는 무관한 이유로 병가를 사용하게 될 경우, 그 기간은 유급휴가 산정에서 제외될 수 있다는 점에서 유럽연합의 법적 기준과 상충된다.

언뜻 보기에는 헌법재판소의 이번 결정이 「유럽연합 기본권헌장」(Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne) 제31조 제2항⁴⁷⁾에 위배된다는 이유로 유급휴가 산정과 관련된 프랑스 노동법 제L.3141-3조 및 제L.3141-5조의 문제점을 지적했던 2023년 9월 13일의 파기원 판결에 모순되는 것처럼 보일 수 있다.⁴⁸⁾ 파기원의 2023년 9월 13일 판결에 따르면, 업무 외적 병가 중에도 유급휴가를 축적할 수 있는 권리가 보장되어야 하며(Cass. soc. 13-9-2023 n°22-17.340; 22-17.341; 22-17.342), 업무상 질병으로 인한 병가기간이 1년을 초과하는 경우에도 근로자는 유급휴가를 축적할 수 있어야 한다(Cass. soc. 13-9-2023 n°22-17.638).

파기원의 이러한 판결은 프랑스 자국 법이 유럽연합 법규와 충돌할 때 유럽연합의 기준을 준수해야 한다는 점을 명확히 하였다. 유급휴가 권리를 가진 수혜자와 개인 자격의 고용주 간의 분쟁이 발생할 경우, 국내 법원은 유럽연합 기본권 헌장 제31조 제2항에서 도출되는 법적 보호를 보장하고, 필요시 해당 국내 규정을 적용하지 않으므로써 그 조항의 완전한 효력을 보장해야 한다.⁴⁹⁾ 다만, 파기원의 2023년 9월 13일 판결이 프랑스 법이 유럽연합 법규에 부합하는지를 판단한 것이라면, 이번 헌법재판소의 판결은 프랑스 노동법이 헌법과 일치하는지에 관한 것이므로 양자는 상호 모순적이지 않다고 말할 수 있다.⁵⁰⁾

프랑스와 유럽연합의 이러한 차이는 한국의 노동법과 비교했을 때 흥미로운 대조를 이룬다. 한국의 경우 유급휴가는 법적으로 보장되어 있지만, 프랑스나 유럽연합의 기준과 비교했을 때 상대적으로 적은 일수만을 보장한다. 근로기준법 제60조 제1항

47) 모든 근로자는 최대 근무 시간의 제한과 일일 및 주간 휴식 시간, 그리고 연간 유급휴가를 받을 권리가 있다.

48) Cass. soc. 13-9-2023 n°22-17.340; 22-17.341; 22-17.342, Cass. Soc. 13-9-2023 n°22-17.638

49) Cass. soc. 13-9-2023 n°22-17.340; 22-17.341; 22-17.342 결정 제14항.

50) <https://www.village-justice.com/articles/conges-payees-arret-maladie-quelle-est-portee-decision-conseil-constitutionnel,48900.html>, 2024. 08. 24. 방문.

에 따르면 사용자는 1년간 80퍼센트 이상 출근한 근로자에게 15일의 유급휴가를 주어야 하며, 같은 조 제2항에 따르면 사용자는 계속하여 근로한 기간이 1년 미만인 근로자 또는 1년간 80퍼센트 미만 출근한 근로자에게 1개월 개근 시 1일의 유급휴가를 주어야 한다. 또한 같은 조 제4항에 따르면 사용자는 3년 이상 계속하여 근로한 근로자에게는 제1항에 따른 휴가에 최초 1년을 초과하는 계속 근로 연수 매 2년에 대하여 1일을 가산한 유급휴가를 주어야 한다. 이 경우 가산휴가를 포함한 총 휴가일수는 25일을 한도로 한다.⁵¹⁾ 이처럼 한국은 근속 연수에 따라 휴가일수를 상대적으로 늘리는 반면, 프랑스는 근속연수와 관계없이 한 달 만근 했을 경우 2.5일을 받을 수 있다는 점에서 차이가 있다.

한편 한국도 프랑스와 같이 산재로 인한 병가의 경우에는 근로기준법 제60조 제6항에 따라 그 병가기간을 출근한 것으로 계산한다.⁵²⁾ 그러나 산재 이외의 병가의 경우 유급휴가가 비직업적 병가와 어떻게 상호작용하는지에 대해서는 명확한 기준이 존재하지 않는다. 이에 관하여 근로기준법이 규정되어 있지 않은 만큼 병가의 지급이나 유급 혹은 무급 휴가 여부는 사규에 따라 다르게 처리된다는 점에서 약정휴가에 해당하며, 유급휴가에 포함되지 않는 경우가 많다. 이는 프랑스와 유사한 방식이지만, 유럽연합의 기준에 비추어 볼 때 근로자의 권리 보호 측면에서는 상대적으로 미흡할 수 있다.

이번 사후적 위헌법률심판 결정은 프랑스 국내법과 유럽연합 법규 간의 조화가 앞으로 계속 논의와 법적 검토의 주제가 될 수 있음을 시사한다. 특히, 프랑스의 기존 노동법이 유럽연합의 기준을 충족하지 못할 경우, 근로자의 권리 보호를 위해 프랑스 국내법을 어떻게 변경해야 하는지에 대한 논의가 필요할 것이다. 또한, 유럽연합 법규 하에서 각국이 자국의 법적 전통과 노동정책을 유지하려는 노력이 중요하다는 점에서, 프랑스는 유럽연합의 지침과 규정을 수용하는 동시에 자국의 노동법에 대한 고유한 해석과 적용 방식을 유지하기 위한 적절한 균형을 찾아야 하는 복잡한 과제를 안고 있다.

51) 한국의 경우 1년 미만 근속한 경우 1개월당 1일, 2년 근속한 경우 15일, 4년 근속한 경우 16일 등 2년 단위로 휴가가 하루씩 늘어나며 21년 이상 근속한 경우 25일의 연차휴가를 사용할 수 있다.

52) 근로기준법 제60조 제6항에 따르면 다음과 같다 : 제1항 및 제2항을 적용하는 경우 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 기간은 출근한 것으로 본다. 1. 근로자가 업무상의 부상 또는 질병으로 휴업한 기간, 2. 임신 중의 여성이 제74조제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 휴가로 휴업한 기간, 3. 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 제19조제1항에 따른 육아휴직으로 휴업한 기간.

실제로 프랑스는 2024년 4월 24일 개정(Version en vigueur depuis le 24 avril 2024)을 통해 유럽연합의 기준에 더욱 부합하는 노동법을 마련하고자 했다. 개정된 노동법 제L.3141-5조에 따르면 2016년 버전에 있었던 제5항의 "최대 1년"이라는 문구가 삭제되었다. 따라서 업무상 사고 또는 업무상 질병으로 인해 고용계약의 이행이 중단된 기간 모두를 실제 근무기간에 포함하도록 수정되었다. 또한 제7항을 추가하여, 업무 외 사고 또는 질병으로 인해 휴직한 경우에도 고용계약이 중단된 이 기간을 실제 근무기간에 포함하도록 보장하였다. 이번 개정을 통해 노동법에 L.3141-5-1조 또한 추가되었는데 이 조항에 따르면 제 L.3141-3조 제1항에도 불구하고, 제L.3141-5조 제7항에 명시된 기간에 대해 근로자가 받을 권리가 있는 휴가 기간은 매달 2일의 근무일로 하며, 이는 제L.3141-10조에 명시된 기준 기간당 최대 24일의 근무일로 제한된다. 따라서 근로자가 업무상 사고 또는 업무상 질병으로 인해 휴직하는 경우, 기준 기간당 최대 30일까지 월 2.5일의 유급휴가를 받을 수 있다. 더 나아가 개정으로 인해, 직원이 업무 외적인 사고 또는 질병으로 인해 휴직하는 경우에도 기준 기간당 최대 24일까지 월 2일의 유급휴가를 받을 수 있게 되었다.⁵³⁾

이처럼 한국 또한 프랑스의 이번 결정을 참고하여 자국의 노동법을 글로벌 스탠다드에 맞게 조정할 필요가 있다. 특히, 병가와 유급휴가 간의 관계를 명확히 하고, 병가 중에도 근로자의 권익이 충분히 보호될 수 있는 법적 장치를 마련해야 할 것이다. 이는 근로자들이 병가를 사용하는 동안에도 경제적 안정을 유지하고, 복귀 후에도 충분한 휴식을 취할 수 있도록 보장하는 데 중요한 역할을 한다. 따라서 한국 역시 이러한 국제적 동향을 주의 깊게 살펴보고, 자국의 노동법 체계를 지속적으로 개선해 나가는 것이 필요하다.

53) <https://www.village-justice.com/articles/acquisition-des-conges-payés-arret-travail-les-nouvelles-regles-apres-loi-avril,49707.html>, 2024. 8. 24. 방문.

세계헌법재판 조사연구보고서

(2024 제5호)

2024년 9월 20일 인쇄

2024년 9월 26일 발행

발행: 헌법재판소
헌법재판연구원

인쇄: 크리커뮤니케이션
02) 2273-1775

<비매품>

