

발 간 등 록 번 호

33-9750040-000245-07

ISSN 3022-943X

세계헌법재판 조사연구
2024-H-5

2024 제6호(통권 제69호)

세계헌법재판 조사연구보고서



Constitutional Research Institute



헌법재판소
헌법재판연구원

목 차

■ 세계헌법재판 조사연구보고서 2024년 제6호 소개 / 비교헌법연구팀장 최규환

◆ 최신 세계헌법판례

■ 캐나다

IP주소에 ‘프라이버시에 대한 합리적인 기대’를 인정한 판결
/ 책임연구원 임기영 3

■ 미국

비시민권자에 대한 비자거부가 그 배우자인 시민권자의 근본적 권리를
침해하는지 여부 / 책임연구원 임기영 19

■ 독일

공직채용절차에 대한 사법적 통제와 효과적인 법적 보호
/ 책임연구원 이지효 49

연방의회 위원회 위원장 선출과 관련된 독일대안당의 기관쟁의 사건
/ 책임연구원 이지효 59

■ 프랑스

국적취득의 집단적 효력을 남녀 간에 차별적으로 규정하는 조항이
평등원칙에 반하는지 여부 / 책임연구원 한동훈 73

불법체류 외국인을 법률부조의 대상에서 제외하는 법률조항이
평등원칙에 반하는지 여부 / 책임연구원 한동훈 78

■ 스페인

안락사를 규제하는 조직법에 대한 위헌법률심판(下)
/ 책임연구원 임윤정 87

■ 일본

구 우생보호법에 따라 시행된 불임수술에 대한 손해배상청구소송에
제척기간을 주장할 수 있는지 여부 / 책임연구원 서누리 113

◆ 세계헌법재판 관련 법령

■ 2024년 스페인 헌법 개정내용 145

◆ 세계헌법재판 관련 논문 목록

■ 세계헌법재판 관련 논문 목록(최신호) 149

◆ 국외통신원 소식

■ 2024년 구(舊) 동독지역 주의회 선거 결과와 그에 따른 여파 155

알림

「세계헌법재판 조사연구보고서」 2024 제6호(통권 제69호)는 헌법재판연구원에서 2024년 10월에 메일로 보내드린 「세계헌법재판 조사연구」 뉴스레터를 책자로 발간한 것입니다.

세계헌법재판 조사연구보고서 2024년 제6호 소개

□ 최신 세계헌법판례

캐나다 연방대법원은 <IP주소에 ‘프라이버시에 대한 합리적인 기대’를 인정한 판결> 사건에서, IP주소 그 자체에 대해 ‘프라이버시에 대한 합리적인 기대’를 인정하여 IP주소를 얻으려는 경찰의 요구가 캐나다 권리자유헌장 제8조상의 ‘수색’에 해당하므로 사법부의 사전승인이 필요하다고 판결하였습니다. IP주소는 인터넷 사용자의 사이버공간 여정에서 첫 번째 디지털 이동경로에 해당하며 사용자의 온라인 활동을 여는 열쇠이기 때문에, IP주소는 사용자 개인의 라이프스타일 중 은밀한 세부내용이나 개인의 사적 선택들과 직접 맞닿아 있어 매우 사적인 일련의 정보를 넘겨줄 수 있다고 보았습니다. 반면에 수사기관에 대해 IP주소를 얻기 전에 사법부의 사전승인을 받도록 요구하는 것은 수사절차에 지나친 부담을 주는 것도 아니고 이러한 범죄를 다루는 법집행 능력에 부당한 방해가 되지 않는다고 판시하였습니다. 다만 이러한 법정의견에 대해서는 4인의 재판관의 반대의견이 팽팽히 맞섰습니다.

미국 연방대법원의 <비시민권자에 대한 비자거부가 그 배우자인 시민권자의 근본적 권리를 침해하는지 여부>는, 엘살바도르 국적의 남편이 미국인 아내와 함께 살기 위해 미국 입국 비자를 신청했으나 영사담당관이 입국불허 이유를 제시하지 않은 채 비자발급을 거부하자 이를 미국인 아내가 다룬 사건입니다. 이 사건에서 법정의견은 외국인의 입국과 추방에 관한 행정공무원의 행위는 최종적이고 종결적인 것으로서 사법심사의 대상이 아니라는 ‘영사불심사권의 원칙’을 재차 확인하였습니다. 물론 비자거부가 미국 시민권자의 헌법상 권리에 부담을 준다고 주장되는 경우에는 영사불심사권에 예외가 인정될 수 있지만, 이 경우에도 법원은 행정부가 비자거부에 대한 ‘일견 적법하고 진실한 이유’를 제공하였는지 여부만을 고려하여 심사한다고 실시하였습니다. ‘비시민권자인 배우자와 미국에서 거주할 권리’ 내지 ‘비시민권자인 배우자를 미국에 데려올 권리’는 미국의 역사와 전통에 뿌리 깊게 자리 잡은 근본적 권리로 보기 어려우며, 연방의회는 비시민권자인 배우자를 특별히 배려할 수는 있지만 그러한 배려는 근본적 권리가 아니라 입법적 자비의 문제라고 보았습니다. 또한 타인의

비자거부에 대하여 시민권자의 독립된 헌법상 권리가 ‘일견 적법하고 진실한 이유’에 관한 절차적 적법절차상의 권리를 부여한다고 보기도 어렵다고 판시하였습니다.

독일 연방헌법재판소는 <공직채용절차에 대한 사법적 통제와 효과적인 법적 보호> 사건에서, 모든 독일 국민은 적격성, 능력, 전문적 성과에 따라 모든 공직에 평등하게 접근할 수 있는 기본권 유사적 권리를 가지므로, 공직자 선발절차는 직무에 가장 적합한 지원자를 선발할 수 있도록 조직되어야 하고, 기회의 평등을 제한하는 불합리한 사전결정을 피해야 하며, 임용권자 및 선발에 관여하는 사람은 모든 지원자에 대해 편견 없이 공정하고 객관적인 태도를 취하고 원칙적으로 지원자의 적격성, 능력, 직무상의 성과와 직접 관련된 요소만을 근거로 재량권을 합리적으로 행사해야 한다고 실시하였습니다. 승진 선발과 관련된 법적 분쟁은 해당 직책이 최종적으로 채워지면 원칙적으로 종결되므로, 법원은 공무원 임용경쟁 분쟁시 특히 긴급한 절차를 통해 효과적인 법적 보호를 충분히 고려해야 하고, 실효적인 법적 보호의 요구에 부응하도록 절차법을 해석·적용하되 만약 명백히 의심스러운 채용 정황이 제기되었다면 해당 사건에 대해 철저히 조사해야 한다고 판시하였습니다.

독일 연방헌법재판소는 <연방의회 위원회 위원장 선출과 관련된 독일대안당의 기관쟁의 사건>에서, 기본법 제38조 제1항 제2문에서 도출되는 의원 신분과 그에 따른 원내교섭단체의 법적 지위는 위원회 위원장직을 배정받을 권리를 보장하지 않으며, ‘본회의 반영 원칙’은 단순한 조직적 성격의 기능이나 직책에는 적용되지 않는다고 판시하였습니다. 위원회 위원장 배정 절차는 연방의회의 규칙자율권에 해당하므로 배정절차를 형성하는 것은 의회 내부의 문제로서 헌법질서 내에서 자율적으로 규율할 수 있는 사항인데, 연방의회의사규칙 해석상 원내교섭단체는 위원장을 지명할 권리가 없다고 보았습니다. 연방의회 위원회 위원장 배정에 원내교섭단체가 참여하는 것은 위원회 내에서의 자유선거를 전제로 하며, 원내교섭단체는 후보자를 제안할 수 있지만 자유선거가 적절하게 시행되도록 하는 데 그 권한의 한계가 있음을 강조하였습니다.

프랑스 헌법재판소는 <국적취득의 집단적 효력을 남녀 간에 차별적으로 규정하는 조항이 평등원칙에 반하는지 여부> 사건에서, 부모 중 한 명의 프랑스 국적취득과

결부하여 미성년의 친생자에게까지 그 국적취득의 효력이 미치는 ‘집단적 효력’과 관련하여, 아버지의 경우에는 어떠한 조건도 없지만 어머니의 경우 재혼하지 않을 것을 조건으로 규정한 것은 가족적 통일성의 유지라는 입법목적에도 불구하고 남녀 평등 원칙에 반하여 정당화되지 않는다고 판단하였습니다.

프랑스 헌법재판소는 <불법체류 외국인을 법률부조의 대상에서 제외하는 법률조항이 평등원칙에 반하는지 여부> 사건에서, 외국인이 프랑스에 합법적으로 거주하는지 여부에 따라 법률부조의 혜택을 차별적으로 부여하는 것은 법원 앞의 평등원칙에 반한다고 판시하였습니다. 이 결정에서 프랑스 헌법재판소는, 입법자가 거주적 적법성을 고려하면서 외국인에 대하여 특별한 규정을 제정할 수 있지만, 이러한 입법자의 권한은 프랑스 영토에 거주하는 모든 사람에게 인정된 헌법상 권리 및 자유를 존중해야 하며, 특히 법원 앞의 평등원칙에 부합하기 위해 모든 소송당사자에게 등가적인 보장책이 제공될 것을 조건으로 한다고 실시하였습니다.

스페인 헌법재판소의 <안락사를 규제하는 조직법에 대한 위헌법률심판(下)> 사건은, 치명적이고 만성적인 장애를 앓는 질병 또는 견딜 수 없는 고통을 초래하는 심각한 불치병 환자의 의식적인 요청에 따라 의료전문가가 환자의 생명을 종료시키는 적극적 안락사를 허용하는 「안락사를 규제하는 조직법」에 대한 위헌법률심판입니다. 지난 「세계헌법재판 조사연구보고서」 2024 제5호(통권 제68호)에서 소개해 드렸듯이, 스페인 헌법재판소는 헌법이 생명권과 이것의 보호를 개인의 의사와 분리하여 자신이 언제, 어떤 방식으로 죽을지 결정하는 것과 전혀 무관한 것으로 보고 있지는 않다고 실시하였습니다. 생명에 관한 결정에 있어서 개인이 더 이상 감내할 수 없고 인간 존엄성과 개인의 완전성에 영향을 미치는 객관적으로 극심한 고통의 상황도 고려되어야 한다고 판시하였습니다. 이는 자율적인 영역에 속하고, 헌법이 인정하는 다른 권리와 이익의 한계 내에서 국가는 이를 존중하고 그 실효성을 지원해야 하므로, 안락사 상황에서 자기 죽음에 대한 자기결정권에는 자신의 존엄성과 완전성에 부합하는 방식으로 자신의 결정을 수행하는 데 필요한 제3자의 도움을 요청하고 사용할 수 있는 개인의 권리도 포함된다고 판시하였습니다. 이 사건에서 문제되었던 기타 쟁점에 대한 스페인 헌법재판소의 판단과 함께 「안락사를 규제하는 조직법」의 주요 내용을 이번 호를 통해 소개해 드립니다.

일본 최고재판소의 <구 우생보호법에 따라 시행된 불임수술에 대한 손해배상청구 소송에 제척기간을 주장할 수 있는지 여부> 사건은, 약 48년간 존속했던 「우생보호법」을 근거로 불량한 자손의 출산을 방지한다는 목적 아래 장애인에 대해 심지어 본인의 동의 없이 불임수술 및 임신중절 수술이 자행된 것을 이유로 국가배상이 청구된 사안입니다. 일본 최고재판소는, 우생정책을 시행하고 우생수술을 적극적으로 독려했던 국가가 우생수술의 피해자들에 대해 손해배상청구권의 제척기간을 주장하는 것은 정의 및 공평의 이념에 현저히 반하고 도저히 용인될 수 없는 경우에 해당하여 신의칙에 반하는 권리남용으로서 허용될 수 없다고 실시하면서 국가배상책임을 인정하였습니다.

□ 세계헌법재판 관련 법령

스페인 헌법은 1978년 제정된 이래 총 3차례 개정되었는데, 2024년 2월에 이루어진 헌법개정은 장애인 보호에 관한 제49조만을 대상으로 한 것이었습니다. 스페인 헌법 제49조의 개정취지 및 이유와 구체적인 규정 내용을 소개하였습니다.

□ 세계헌법재판 관련 논문 목록

최신 학회지에 실린 세계헌법재판 관련 논문들을 정리해 놓았습니다.

□ 국외통신원 소식

독일 통신원의 <2024년 구(舊) 동독지역 주의회 선거 결과와 그에 따른 여파>는, 2019년 주의회 선거 결과에 따른 정치적·헌법적 사건들을 일별하고, 2024년 9월 구 동독지역 3개 주에서의 주의회 선거 결과와 그 의미를 법적 관점에서 분석하였습니다. ‘독일 대안당’(AfD)과 ‘독일민족민주당’(NPD, Die Heimat)이 관련되었던 법적 사건들을 종합적으로 간략히 정리하였습니다.

최신 세계헌법판례

캐나다

■ IP주소에 ‘프라이버시에 대한 합리적인 기대’를 인정한 판결

/ 책임연구관 임기영

IP주소에 '프라이버시에 대한 합리적인 기대'를 인정한 판결¹⁾

I. 사건개요

캐나다 연방대법원은 이 사건에서 IP주소(Internet Protocol address)에 '프라이버시에 대한 합리적인 기대'(reasonable expectation of privacy)를 인정하여, IP주소를 얻으려는 경찰의 요구가 캐나다 권리자유헌장(이하 '헌장')²⁾ 제8조³⁾상의 '수색'이 된다고 판결하였다.

IP주소는 고유한 식별번호이고 인터넷에 접속하는 데 필수적이다. IP주소는 인터넷에 연결된 행위를 식별하며 한 소스에서 다른 소스로 정보를 이동시킬 수 있게 한다. 인터넷 접속(access)을 제공하는 회사, 즉 인터넷서비스제공자(Internet Service Providers, ISP)들은 각 IP주소들에 부착된 사용자 정보를 추적한다.

상고인 안드레이 바이코벡츠(Andrei Bykovets)는 허락 없이 신용카드 데이터를 이용하여 온라인 기프트카드를 구입한 후, 그 기프트카드들을 이용하여 가게에서 상품을 구입하고, 신용카드 사기와 관련된 서류를 소지하였다. 켈거리 경찰청(Calgary Police Services)은 주류가게에서의 온라인 사기 구매에 대한 수사를 시작하였고 그 가게의 온라인 판매가 제3자결제(third-party payment) 처리회사인 모네리스(Moneris)사(社)에 의해 관리된다는 사실을 알게 되었다. 경찰은 거래에 사용된 IP주소를 얻고자 모네리스사에 연락하였고, 모네리스사는 자발적으로 두 개의 주소를 확인해 주었다. 경찰은 법원으로부터 해당 주소의 인터넷서비스제공자에게 각 IP주소 가입자의 거주지 주소와 이름의 공개를 강제하는 명령을 얻어냈다. 그 결과, IP주소 중 하나는 상고인, 다른 하나는 그의 아버지에게 등록되어 있었고, 경찰은 이 정보를 토대로 그들의 거주

1) **R. v. Bykovets, 2024 SCC 6 (2024. 3. 1. 선고)**

2) 캐나다 권리자유헌장(Canadian Charter of Rights and Freedoms)은 1982년 캐나다 헌법(Constitution Act, 1982) 제1장을 가리키며, 캐나다 헌법의 기본권 부분을 구성하고 있다.

3) **캐나다 권리자유헌장 제8조(압수와 수색)**

모든 사람은 불합리한 압수 또는 수색으로부터 보호받을 권리가 있다.

지에 대한 수색영장을 발부받아 집행하였다. 상고인은 체포되었고 제3자의 신용카드와 개인 신분서류를 소지 및 이용한 범죄로 기소되었다.

제1심 법원은 인터넷 사용자의 IP주소 자체는 인터넷 사용자와의 연결이나 기타 정보를 제공하지 않으므로 IP주소에 프라이버시에 대한 합리적인 기대가 없어 경찰의 요청은 수색에 해당하지 않는다고 보았다. 이에 상고인은 14건에 대해 유죄판결을 받았다. 항소심 역시 제1심 판결을 유지하는 판결을 내렸다. 이 사건은 캐나다 연방대법원에 상고되었다.

상고인은 모넨리스사로부터 IP주소를 얻으려는 경찰의 요청이 헌장 제8조상의 ‘불합리한 압수와 수색을 받지 않을 권리’를 침해하였다고 주장하였다. 이 사건의 핵심 쟁점은 상고인이 자신의 IP주소에 ‘프라이버시에 대한 합리적인 기대’를 갖는가이다.

II. 쟁점 및 판단

1. Karakatsanis 대법관의 법정의견(5인 의견)⁴⁾

캐나다 권리자유헌장 제8조는 불합리한 압수·수색으로부터 보호받을 권리를 규정하고 있다. 만일 헌장 제8조가 오늘날 압도적으로 디지털화된 세상에서 캐나다인들의 온라인 프라이버시를 유의미하게 보호하고자 한다면, 반드시 IP주소를 보호해야 한다. IP주소는 인터넷 사용자와 그들의 온라인 활동을 연결하는 핵심적인 고리이다. IP주소는 사용자의 인터넷 활동을 여는 열쇠이며, 결국 그들의 신원이라고 할 수 있다. 따라서 IP주소는 프라이버시에 대한 합리적인 기대를 얻으며, 주(state)가 IP주소를 요청하는 것은 헌장 제8조상의 수색에 해당된다.

가. IP주소의 개념

피상고인측 변호인은 포렌식 수사관의 전문가 보고서를 제출하였다. 이 보고서는 IP주소와 그 기능에 대한 기술적 요약내용을 담고 있었다. 이 보고서에 따르면 IP주소에는 외부IP주소와 내부IP주소가 있는데 외부IP주소는 인터넷서비스제공자로부터 대여 받은 모뎀을 통해 인터넷상 한 소스에서 다른 소스로 정보를 이동시키는 데 사용된다. 외부IP주소는 마치 개인집의 도로주소와 같다. 외부IP주소 없이는 사용자가

4) Karakatsanis 대법관, Martin 대법관, Kasirer 대법관, Jamal 대법관, Moreau 대법관의 의견.

데이터를 보낼 수도, 받을 수도 없다. 모뎀이나 공유기는 로컬 네트워크상의 각 장치들에게 내부IP주소도 배정하는데, 이는 대략 집 안의 개별 방들에 상응한다고 할 수 있다.

IP주소는 고정적일 수도 있고 변동적일 수도 있는데, 대부분의 IP주소는 변동적이다. 즉, 인터넷서비스제공자는 어떤 이유로든지 통지 없이 사용자의 외부IP주소를 바꿀 수 있다. 인터넷서비스제공자는 각 외부IP주소를 배정받은 가입자 및 그 시간에 대한 기록을 보관한다.

사용자의 IP주소를 IP검색 웹사이트에 입력하면 사용자의 인터넷서비스제공자를 특정할 수 있다. 그러면 경찰은 인터넷서비스제공자에게 해당 IP주소를 배정받은 가입자의 정보를 요청할 수 있다. 하지만 전문가에 따르면, 인터넷서비스제공자에 의존하지 않더라도 제3자회사의 웹사이트에 로그인된 정보를 통해 사용자의 신원을 특정하는 조치를 취할 수 있다. 구글이나 페이스북 같은 제3자회사들은 자신들의 사이트에 방문한 각 사용자의 외부IP주소를 추적할 수 있다. 이 회사들은 자신들의 사이트에서 이루어진 개인 사용자들의 인터넷 활동에 기반하여 이들의 신원을 특정할 수 있다. 다양한 사이트의 정보들이 모아지는 경우 그 효과는 더 커진다.

따라서 전문가의 관점에 따르면, 만일 특정 인터넷 사용자를 식별하고자 하는 사람이 제3자회사에 기록된 정보에 접근할 수 있다면, 인터넷서비스제공자가 갖고 있는 가입자의 정보를 획득할 필요는 없다.

나. 법체계

불합리한 압수·수색을 받지 않을 권리를 보장하는 헌장 제8조의 주된 목적은 프라이버시의 보호, 또는 개인의 간섭받지 않을 권리이다.⁵⁾ 개인 프라이버시는 개인의 존엄성, 자율성, 그리고 개인의 성장에 있어 매우 중요하다.⁶⁾ 개인 프라이버시의 보호는 자유롭고 건강한 민주주의를 번성시키는 데 기본 전제조건이다.

헌장 제8조의 위반을 성립시키기 위해서는 우선 이를 주장하는 사람(이하, ‘청구인’)이 압수 또는 수색이 있었다는 사실을 입증해야 한다. 수색은 주가 프라이버시에 대한 합리적인 기대를 침해하는 경우에 발생한다. 프라이버시에 대한 기대는 ‘정부로

5) R. v. Edwards, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 67.

6) R. v. Jones, 2017 SCC 60, [2017] 2 S.C.R. 696, at para. 38.

부터 간섭받지 않을 대중의 이익'이 '법집행 목적 등 정부의 목표를 달성하기 위해 개인의 프라이버시를 침범하는 정부의 이익'보다 더 큰 경우에 합리적이라고 할 수 있다. 법원은 프라이버시에 대한 기대를 분석함에 있어 서로 밀접하게 연관되어 있으면서도 종종 충돌하는 많은 요소들을 고려한다. 그러한 요소들은 다음의 네 가지 유형으로 묶을 수 있다. (1) 수색의 대상물, (2) 대상물에 대한 청구인의 이해관계, (3) 프라이버시에 대한 청구인의 주관적인 기대, (4) 프라이버시에 대한 주관적인 기대가 객관적으로 합리적인지 여부가 그것이다.

이 사건은 정보 프라이버시에 관한 사건이다. 정보 프라이버시는 개인, 그룹, 또는 기관이 언제, 어떻게, 어떠한 범위에서 자신에 관한 정보를 다른 사람들에게 알릴지 결정하려는 요구이다.⁷⁾ 다시 말해서 프라이버시의 이러한 측면은 '정보자기결정(informational self-determination)'과 관련되어 있다.⁸⁾

이 사건에서 당사자들은 상고인이 IP주소들에 직접적인 이해관계를 가지며, 그 IP주소의 정보적 내용에 대하여 프라이버시에 대한 주관적인 기대를 갖는다는 점에 동의하였다. 이하에서는 수색의 대상물과 그 대상물에 갖는 상고인의 프라이버시에 대한 기대가 합리적인지 여부를 살펴보도록 한다.

다. 수색의 대상물

수색의 대상물은 정보 그 자체만이 아니라 다른 개인정보와 연관되어 추론을 뒷받침하는 정보의 성향의 측면에서도 정의된다.⁹⁾ 예를 들어 Marakah (2017)¹⁰⁾ 사건에서 문자메시지의 발송자가 수신자의 휴대전화 속 문자메시지에 프라이버시에 대한 합리적인 기대를 갖는지 여부가 쟁점이었는데, 법정의견은 수색의 대상물이 수신자의 휴대전화도 아니고 심지어 문자메시지 그 자체도 아니고 바로 '전자적 대화'이며, 여기에는 그 정보로부터 이끌어낼 수 있는 유대관계나 활동에 대한 추론도 포함된다고 설시하였다.¹¹⁾ 법원은 대상물에 대하여 종합적인 관점(holistic view)에서 바라보아야 하고, 전자 데이터와 관련된 수색의 대상물을 설명할 때에는 특히 유의해야 한다. 그

7) R. v. Tessling, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 23, quoting A. F. Westin, Privacy and Freedom (1970), at p. 7.

8) Jones, at para. 39.

9) R. v. Spencer, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212, at para. 31.

10) R. v. Marakah, 2017 SCC 59, [2017] 2 S.C.R. 608.

11) Marakah, at para. 20.

접근법은 기계적이어서는 안 되며, 기술적 현실을 반영해야 한다. 이 사건 수색의 대상물은 IP주소가 밝혀낼 수 있었던 특정한 인터넷 사용자들에 관한 – 최종적으로는 그들의 신원을 포함한 – 정보였다. 법원은 경찰이 사용자에 대한 더 많은 정보를 얻기 위하여 – 특정 가입자와 그 위치와 특정 인터넷 활동 사이의 연결고리로서 – IP 주소를 얻기 원하였다는 점을 인식하여 이 IP주소가 ‘밝혀내는 경향이 있는’(tends to reveal)¹²⁾ ‘모든’ 정보와 관련하여 프라이버시에 대한 기대를 평가한다.

라. 프라이버시에 대한 기대가 합리적인지 여부

프라이버시에 대한 주관적인 기대가 객관적으로 합리적인지 여부와 관련하여, 법원들은 전체적 상황(*totality of the circumstances*)을 살펴보아야 한다. 확정적인 고려요소들의 목록이 있는 것은 아니지만, 법원들은 종종 대상물에 대한 통제력(*control over the subject matter*), 수색 장소(*place of the search*), 대상물의 사적인 성질(*private nature of the subject matter*)에 초점을 맞추었다.¹³⁾

(1) 대상물에 대한 통제력

정보 프라이버시의 맥락에서, 대상물에 대한 청구인의 통제력은 결정적이지 않다. 인터넷에 있어 익명성은 특히 중요한 프라이버시의 개념이다.¹⁴⁾

우리의 접근법은 미국과는 다르다. 미국의 소위 ‘제3자 이론’은 만일 정보를 제3자가 소지하고 있거나 알고 있다면 프라이버시에 대한 합리적인 기대를 인정하지 않는다.¹⁵⁾ 캐나다 연방대법원은 헌장 제8조 법제의 초기단계부터 미국식의 접근법을 인정하지 않았다.¹⁶⁾

통제력이 결정적인 성격을 갖지 않는 우리의 접근법은 인터넷과 특히 관련이 있다. 인터넷은 사용자들이 이 새로운 공적 광장(*public square*)에 참여하기 위해 가입자 정보를 인터넷서비스제공자에게 드러내도록 하고 있다. *R. v. Jones*, 2017 SCC 60 판결이 언급하였듯이 서비스제공자와의 관계에서 수색 대상물에 대한 통제력을 보유했

12) Spencer, at para. 27, quoting *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293.

13) Marakah, at para. 24.

14) Spencer, at para. 45. citing *A. F. Westin*, at p. 32.

15) T. Panneck, “Incognito Mode Is in the Constitution” (2019), 104 *Minn. L. Rev.* 511, at p. 520, quoting D. J. Solove, “A Taxonomy of Privacy” (2006), 154 *U. Pa. L. Rev.* 477, at p. 528.

16) *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 429-30, per La Forest J.

수 있는 유일한 방법은 그 제공자의 서비스를 아예 이용하지 않는 것뿐이다. 그러나 캐나다인들은 그들의 삶에서 프라이버시 비슷한 것이라도 유지하기 위해서는 디지털 은둔자가 되어야 한다고 요구받지 않는다.¹⁷⁾

(2) 수색 장소

그러한 맥락에서 수색이 발생한 장소도 프라이버시에 대한 합리적인 기대에 해가 되지 않는다. 이 요소는 일반적으로 영토 프라이버시의 맥락에서 발전한 것이며 디지털 대상물은 법학이 설정한 제약들에는 쉽게 들어맞지 않는다.¹⁸⁾ 온라인 공간은 물리적 공간과 질적으로 다르다.

인터넷의 구조는 우리 사회에 ‘전례 없이’¹⁹⁾ 폭넓고 정확하며 지속적으로 확대되는 영구적 기록들로 이어졌다. 인터넷 항구들이 밝힐 수 있는 정보는 물리적 공간의 제약을 받는 정보보다 훨씬 더 많다. 따라서 물리적 침범이 없었다는 사실이 프라이버시에 대한 기대의 합리성에 대해 알려주는 바는 거의 없다.

(3) 대상물의 사적인 성질

대상물의 사적인 성질과 관련하여, 헌장 제8조는 자유롭고 민주적인 사회 안의 개인이라면 주에 알리지 않고 유지·관리하길 원하는 핵심적인 개인신상정보를 보호하고자 한다.²⁰⁾ 핵심적인 신상은 신원에만 국한되지 않고, 라이프스타일의 은밀한 세부 내용이나 개인의 사적 선택들을 밝히는 성향이 있는 정보들도 포함된다.²¹⁾ 자유롭고 민주적인 사회 안의 개인이라면 주에 알리지 않고 유지·관리하길 원하는 정보에 대한 헌장 제8조의 강조는 프라이버시에 대한 합리적인 기대가 단순히 서술적으로 (descriptively) 평가되기보다는 규범적으로(normatively) 평가됨을 의미한다.²²⁾ 프라이버시에 대한 합리적인 기대는 단 한 번의 특정한 증거의 사용에 따라 평가될 수도 없고, 정보를 구할 때의 경찰의 구체적인 의도에 따라 그 범위가 결정될 수 있는 것

17) Jones, at para. 45.

18) Marakah, at para. 27.

19) R. v. Vu, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657, at para. 40, quoting A. D. Gold, “Applying Section 8 in the Digital World: Seizures and Searches”, prepared for the 7th Annual Six-Minute Criminal Defence Lawyer (June 9, 2007), at para. 3.

20) Plant, at p. 293.

21) Plant, at p. 293.

22) Spencer, at para. 27, quoting Plant, at p. 293.

도 아니다. 규범적으로 평가해보건대, 오히려 현장 제8조의 목적은 수사의 대상물이 밝혀낼 것 같은 정보가 무엇인지 묻기를 요구한다.

검찰은 영장 없이는 IP주소가 쓸모없다고 주장하고 있지만 이에 동의할 수 없다. 첫째, IP주소는 특정 인터넷 행위와 특정 위치를 연결하는 고리로서 심지어 경찰이 그 주소를 사용자의 신원과 연결시키려고 하기 이전부터 매우 개인적인 정보를 넘겨줄 수 있다. 둘째, IP주소와 관련된 활동은 주가 활용가능한 주소와 관련된 다른 온라인 활동과 연관성을 가질 수 있다. 셋째, IP주소는 고리를 타고 이어져 주가 사용자의 신원에 직접 연결되는 인터넷 활동을 추적하게도 할 수 있는데, 이는 인터넷서비스제공자에게 해당 IP주소 고객의 이름과 주소를 공개하도록 하는 영장 없이도 가능하다. 따라서 사법부의 사전승인 없는 IP주소에의 접근은 프라이버시에 대한 극심한 위협요소가 된다.

IP주소는 인터넷의 고유한 구조에서 매우 중요한 역할을 한다. IP주소는 인터넷이 연결된 기기가 데이터를 주고받을 수 있게 하는 수단이다. 그러므로 IP주소는 인터넷 사용자의 사이버공간 여정의 첫 번째 디지털 이동경로(breadcrumb)²³⁾로서 사용자의 온라인 활동을 여는 열쇠이다.²⁴⁾

결론적으로 IP주소는 사용자 개인의 라이프스타일의 은밀한 세부내용이나 개인의 사적 선택들에 직접 맞닿아, 매우 사적인 일련의 정보를 넘겨줄 수 있다.

(4) 이익형량

프라이버시에 대한 합리적인 기대를 정의하는 것은 형량의 문제이다. 이 사건에서 형량의 저울은 IP주소에까지 프라이버시에 대한 합리적인 기대를 확대하는 쪽으로 기울다. IP주소가 넘겨줄 수 있는 극도로 사적인 성질의 정보를 생각하면, 정부로부터 간섭받지 않을 공익이 정부의 법집행 목적을 달성하는 이익보다 중요하다.

인터넷은 인간의 가장 공적인 행위부터 가장 사적인 행위까지 모두 포괄하여 인터넷 사용자들에 관한 정보의 질과 양을 기하급수적으로 증대시켰다.²⁵⁾ 인터넷은 사기업들이 자신들의 인터넷 사용자들을 추적할 수 있게 허용하였을 뿐만 아니라, 사용

23) 이동경로를 뜻하는 'breadcrumb(빵부스러기)'는 동화 '헨젤과 그레텔'에서 남매가 집을 찾기 위해 뿌리는 빵부스러기에서 그 이름이 유래되었다.

24) Jones, at para. 42, citing S. Magotiaux, "Out of Sync: Section 8 and Technological Advancement in Supreme Court Jurisprudence" (2015), 71 S.C.L.R. (2d) 501, at p. 502.

25) R. v. Ramelson, 2022 SCC 44, at para. 45.

자들 스스로 공개하고 있다는 것조차 몰랐던 정보들로 가득한 사용자 정보 프로필을 구축할 수 있게 하였다. 인터넷은 사적 제3자들에게 이러한 대규모의 정보를 집중시킴으로써 현장상의 프라이버시 지형을 근본적으로 바꿔 놓았다. 인터넷은 개인과 주 사이의 수평적인 관계를 형성하며 제3자를 헌법적 생태계에 추가하였다. 비록 제3자 자신들이 현장 제8조의 적용을 받지 않는더라도, 직접 현장이 적용되는 관계-피고인과 경찰 사이의 관계-를 중개한다. 이러한 움직임은 정부의 정보적 능력을 강화시켰다.²⁶⁾

이러한 프라이버시에 대한 우려에 견주어지는 것이 안전과 안보의 요구에 대한 - 가끔은 상충되지만- 적법한 사회적 이익이다. 기술이 발전함에 따라 범죄가 행해지는 방식과 수사되는 방식 역시 발전하였다.²⁷⁾ 법집행의 이익을 정의하고 측정함에 있어 온라인 피해자, 특히 아동 피해자들에게 가해진 증폭된 영향과 피해의 영구성은 반드시 고려되어야 한다.²⁸⁾

경찰은 온라인에서 행해지거나 촉진되는 범죄를 다루기 위한 수사도구가 있어야 한다. 그러나 IP주소를 얻기 전에 사법부의 사전승인을 받도록 경찰에게 요구하는 것이 부담이 되는 수사절차라고 할 수 없고, 이러한 범죄를 다루는 법집행 능력에 부당한 방해가 되지 않는 것이다. IP주소나 가입자 정보가 범행과 충분히 관련된 경우, 사법부의 승인은 즉시 가능하다.

IP주소가 현장 제8조의 보호를 받는다고 인정하는 것은 경찰수사가 프라이버시의 관점과 범죄통제의 관점에서 합리적인 캐나다인들이 기대하는 바를 더 잘 반영하기 위함이다. 사법부의 감독은 주의 온라인 권한을 축소시키고 정보의 공개 및 공개범위를 정하는 결정을 사기업으로부터 현장의 권한으로 되돌려 놓는다.

현장 제8조를 IP주소에 확대시키는 것은 첫 디지털 이동경로를 보호하여 인터넷 사용자의 사이버공간 속 여정의 발자취를 감춰준다.

26) A. Slane, “Privacy and Civic Duty in R v Ward: The Right to Online Anonymity and the Charter-Compliant Scope of Voluntary Cooperation with Police Requests” (2013), 39 Queen’s L.J. 301, at p. 311.

27) R. v. Mills, 2019 SCC 22, [2019] 2 S.C.R. 320, at paras. 38-39.

28) R. v. Friesen, 2020 SCC 9, [2020] 1 S.C.R. 424, at paras. 1, 5 and 50-73; Magotiaux, at p. 502.

마. 법정의견의 결론

이와 같은 이유로 IP주소에는 프라이버시에 대한 합리적인 기대가 있으며, 경찰의 IP주소 요청은 현장 제8조상의 수색에 해당된다. 이에 상고이유를 인정하고 하급심의 유죄판결을 파기하며 새로운 재판을 명한다.

2. Côté 대법관의 반대의견(4인 의견)²⁹⁾

가. 서설

나는 상고가 기각되어야 한다고 생각한다. 신용카드 처리회사의 서버에 있고 인터넷서비스제공자가 밝힌 IP 주소에 대해 상고인은 프라이버시에 대한 합리적인 기대를 갖지 않는다. 경찰은 IP주소와 연관된 인터넷서비스제공자를 확정하기 위해 신용카드 처리회사에게 IP주소를 요청하기 전에 사법적 승인을 받을 필요가 없다. 그러나 이러한 결론은 누군가 다른 사실관계에서는 프라이버시에 대한 합리적인 기대를 가질 가능성을 배척하지 않는다.

나. 쟁점

이 사건의 단독 쟁점은 IP주소에 프라이버시에 대한 합리적인 기대가 있는지 여부이다. 만일 그렇다면, 검찰은 상고인의 현장 제8조상의 권리가 침해된 것이라고 인정하였다.

다. 분석

현장 제8조는 개인의 프라이버시를 주의 침범으로부터 보호하기 위한 것이다. 그러나 정부가 수행하는 모든 형태의 조사가 헌법적 목적에서의 '수색'이 되는 것은 아니다.³⁰⁾ 현장 제8조는 프라이버시에 대한 합리적인 기대가 수사기술에 의해 여하튼 축소된 경우에만 적용된다. 프라이버시에 대한 합리적인 기대 심사는 구체적 사실관계와 맥락에 따라 다르며, 특정 사건의 전체적인 상황에 따라 다르다. 그 심사는 서술적이 아니라 규범적이다. 그 목적은 어느 정도의 프라이버시를 가져야 하는가를 정하기 위함이지, 실제로 어느 정도의 프라이버시를 갖고 있는지를 정하기 위함이 아니다.

29) Côté 대법관, Wagner 대법원장, Rowe 대법관, O'Bonsawin 대법관의 의견.

30) R. v. Evans, [1996] 1 S.C.R. 8, at para. 11.

(1) 수색의 대상물

전체적인 상황 분석에 있어 핵심 문제는 수색의 대상물을 확정하는 일이다. 법원은 수색의 대상물을 확정하기 위해서 경찰 수사기술과 프라이버시 이익 사이의 관계를 검토해야 한다. 법원은 요구된 정보 그 자체의 성격뿐만 아니라 그것이 밝혀내는 정보의 성격도 고려해야 한다.

법원이 수색의 대상물을 평가할 때, 법원의 임무는 ‘경찰이 정말로 찾고 있는 것이 무엇인지’를 확정하는 일이다.³¹⁾ 이 질문은 수색의 대상물이 경찰이 획득한 바로 그 물건이나 정보를 넘어선 것일 수 있음을 강조한다. 법원은 ‘경찰이 정말로 찾고 있는 것이 무엇인지’를 조사할 때 형사수사에서의 경찰의 목표(예를 들어, 왜 경찰이 그 정보를 찾는지)에 관심을 두지 않는다. 법원은 그들의 주관적 의도에 관심을 두지도 않는다. 오히려 법원은 요구된 바로 그 정보가 추론을 이끌어 내거나 추가적인 정보를 밝혀낼 가능성에 관심을 둔다. 이 추론과 추가적인 정보가 진정한 수색의 대상물의 일부를 이룬다.

이 사건의 경우 IP주소와 IP주소로 밝혀진 인터넷서비스제공자가 수색의 대상물이라고 보는 것이 올바를 것이다. 법정의견은 용의자의 신분을 최종적으로 확인하기까지의 모든 단계마다 대상물을 포함시켰다. 기록상의 증거들에 따르면 그러한 정보가 IP주소 하나만으로 밝혀진 것이 아님에도 불구하고 말이다.

그러므로 나는 이 사건 수색의 대상물이 IP주소, 즉 일련의 숫자 모음과 IP주소들로 밝혀진 인터넷서비스제공자라고 생각한다.

(2) 프라이버시에 대한 기대의 객관적인 합리성

일단 수색의 대상물이 확정되면, 다음 문제는 그 수색 대상물에 프라이버시에 대한 주관적인 기대가 객관적으로 합리적인지 여부이다. 프라이버시에 대한 기대가 합리적인지 여부는 몇 가지 요소에 달려있다. 이러한 요소들에는 수색 장소, 수색 대상물에 대한 통제력, 대상물의 사적인 성질, 대상물이 대중에게 공개된 것이었는지, 대상물이 버려진 것이었는지, 대상물이 이미 제3자의 손에 있는지, 수사방식이 프라이버시 이익과 관련하여 침해적이었는지, 수사방식이 그 자체로 비합리적이었는지, 수색이 핵심적인 신상정보를 드러냈는지 등이 있다. 구체적인 사건에서 이 모든 요소들이 심사에 관련되는 것은 아니고, 어떤 요소도 결정적이지 않다.

31) Marakah, at para. 15, quoting R. v. Ward, 2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321, at para. 67.

이 사건에서 합리성 검토에 관련된 요소들은 대상물의 사적인 성질, 대상물에 대한 통제력, 수색 장소이다. 수색 대상물의 사적인 성질은 프라이버시에 대한 기대가 합리적이라는 판단을 뒷받침해줄 수 있다. 쟁점은 단순히 대상물 자체가 사적인가뿐만 아니라 그것이 다른 중요한 사적인 정보를 드러낼 수 있는가의 문제이기도 하다. 이 요소는 정보 프라이버시 이익과 관련하여 특히 중요하다. 정보 프라이버시만이 문제가 되는 경우, 프라이버시에 대한 합리적인 기대가 존재하기 위해서는 정보 그 자체가 사적이라는 점이 거의 핵심적일 것이다. 수색의 대상물에 대한 통제력은 일반적으로 프라이버시에 대한 합리적인 기대가 있다는 판단을 뒷받침할 것이다. 수색 장소는 프라이버시에 대한 기대의 합리성을 알려준다. 장소 개념은 본질적으로 영토적 프라이버시의 개념과 관련이 있고, 정보 프라이버시가 관련된 사건에서는 자연히 그 중요성이 떨어진다.

수색의 대상물에 대해 상고인이 갖는 프라이버시에 대한 기대는 객관적으로 합리적이라고 할 수 없다. 문제가 된 IP주소들은 사적인 것이 아니었고, 이 사건의 사실 관계를 보건대 사적인 정보를 드러내지도 않았다. 추가정보 없이 IP주소가 경찰에 밝혀주는 것은 사용자의 인터넷서비스제공자일 뿐이고, 이는 핵심적인 신상정보는 고사하고, 특별히 사적인 문제라고 하기도 어렵다. 덧붙여, 통제력 요소는 상고인의 프라이버시에 대한 기대가 합리적이라는 결론과는 동떨어진 방향을 가리킨다. 상고인은 인터넷서비스제공자들이 마음대로 통지 없이 바꿀 수 있는 IP주소들에 대한 통제력이 거의 없었다. IP주소 데이터를 떠난 인터넷 사용자는 그 숫자들에 일어난 일에 대해 통제권을 완전히 잃는다. 마지막으로 이 사건의 수색은 상고인의 집에서 수행되지 않았다. 수색 장소는 신용카드 처리회사의 데이터베이스였다. 수색 장소는 프라이버시에 대한 상고인의 주관적 기대의 객관적 합리성을 강화시켜주지 않는다.

라. 반대의견의 결론

연방대법원은 이 사건의 상황에서 상고인이 IP주소들에 대해 - 그 주소들과 인터넷 사용자로서의 상고인을 연결하는 '다른 정보 없이' - 프라이버시에 대한 합리적인 기대를 갖는지 여부를 결정해줄 것을 요청받았다. 그러나 법정의견은 IP주소와 다른 정보의 결합을 전제로 논증하였다. 법정의견의 논증은 이 사건에서는 쟁점이 되지 않은 사회적 문제를 다루기 위해서, 이 사건과는 다른 사실적 시나리오에 근간하

여, 제기되지도 않은 질문에 답변한 것이라고 생각한다. 나는 일어나지도 않은 일을 예단하지 않기 위해 이에 대해 더 언급하지 않겠다.

나는 이 사건의 상황에서는 상고인이 IP주소에 대해 프라이버시에 대한 합리적인 기대가 없다는 제1심 판사의 판결을 유지하였던 항소법원의 판단이 옳았다고 생각한다. 그러므로 나는 상고를 기각해야 한다고 생각한다.

Ⅲ. 판결의 의의

이 사건은 캐나다에서 IP주소가 프라이버시에 대한 합리적인 기대를 갖는지에 대한 오랜 논쟁을 해결한 중요한 사건이다. 이 사건에서 캐나다 연방대법원은 IP주소도 프라이버시에 대한 합리적인 기대가 인정되며, 따라서 IP주소의 요구는 헌장 제8조의 수색에 해당하고, 따라서 사법부의 사전승인이 필요하다고 판결하였다.

캐나다 연방대법원은 디지털 시대의 프라이버시권 보호를 위해 다양한 상황에서 프라이버시에 대한 합리적인 기대를 인정해 왔다.³²⁾ 이 사건은 2014년에 판결된 연방대법원 선례인 *R v Spencer*, 2014 SCC 43³³⁾ 판결을 토대로 한다. *Spencer* 사건의 쟁점은 경찰이 영장 없이 인터넷서비스제공자에게 IP주소와 연관된 ‘인터넷 가입자의 정보’를 요청할 수 있는지 여부였다. 이에 연방대법원은 전원일치로 영장 없이 인터넷 가입자의 정보를 요청하는 것은 헌장 제8조 위반이라고 판결하였다. *Spencer* 판결은 인터넷 사용자들이 인터넷서비스제공자가 갖고 있는 가입자 정보에 대해 프라이버시에 대한 합리적인 기대를 가진다고 판결하였다. 따라서 가입자 정보는 헌장 제8조에 따라 불합리한 압수·수색으로부터 보호되며, 인터넷서비스제공자는 그러한 정보를 경찰에게 자발적으로 공개해서는 안 된다.

이번 *R v Bykovets*, 2024 SCC 6 판결은 *Spencer* 판결에서 더 나아가 ‘IP주소 그 자

32) *R. v. Cole*, 2012 SCC 53 (고용주가 제공한 노트북 컴퓨터에 피고용인의 프라이버시에 대한 합리적인 기대 인정), *R v Spencer*, 2014 SCC 43 (인터넷서비스제공자가 보유한 인터넷 이용자의 신원정보에 이용자의 프라이버시에 대한 합리적인 기대 인정), *R. v. Marakah*, 2017 SCC 59 (수신자의 휴대폰에 저장되어 있는 문자메시지에 발신자의 프라이버시에 대한 합리적인 기대 인정), *R. v. Reeves*, 2018 SCC 56 (공유하고 있는 컴퓨터를 한 명의 공유자의 동의만 얻어 압수한 경우 다른 공유자가 그 컴퓨터에 갖는 프라이버시에 대한 합리적인 기대 인정).

33) 관련 내용은 ‘헌법재판연구원, 수사기관의 인터넷서비스제공자로부터 이용자 신원정보 무(無)영장 취득의 위헌성, 세계헌법재판동향 2015년 제1호, 2015, 41-51면’ 참고.

체'에 대해서도 프라이버시에 대한 합리적인 기대를 가질 수 있는지가 문제되었다. 연방대법원은 IP주소에도 프라이버시에 대한 합리적인 기대가 인정된다고 보았다. IP주소 자체만으로는 신원을 특정할만한 내용이 없을지라도, 다른 정보와 합쳐져 개인 신상정보를 드러낼 수 있기 때문이다.

또한 이번 판결을 통해 수색과 관련하여 인터넷서비스제공자와 같은 사적 기관의 역할도 점점 중요해지고 있음이 강조되었다. 연방대법원은 오늘날 디지털 사회에서 사적 기관의 복합적인 역할과 관련하여, 사적 기관이 헌법적 생태계에 추가되었으며, 개인과 주정부를 연결하지만 현장의 직접 적용을 받지 않는 중개자라고 설명하였다.

이번 판결은 IP주소에 대한 판단이었지만, 이번 판결의 영향을 받아 앞으로 다른 데이터들—예를 들어, 검색기록이나 쇼핑내역 등—에 대한 사건들도 제기될 수 있을 것이다. 이 경우 익명화된 정보라도 다른 정보와 결합함으로써 개인정보가 드러날 수 있는 데이터라면 프라이버시에 대한 합리적인 기대가 인정될 수 있다는 논증이 가능할 수 있을 것이다.

최신 세계헌법판례

미국

■ 비시민권자에 대한 비자거부가 그 배우자인 시민권자의
근본적 권리를 침해하는지 여부 / 책임연구관 임기영

비시민권자에 대한 비자거부가 그 배우자인 시민권자의 근본적 권리를 침해하는지 여부¹⁾

I. 사건개요

엘살바도르 국적의 루이스 아센시오-코데로(Luis Asencio-Cordero)는 그의 미국인 아내인 산드라 무뇨스(Sandra Muñoz)와 함께 살기 위해 미국에 입국하기를 원하고 있다. 그는 미국 입국에 필요한 비자를 얻기 위해 엘살바도르의 수도 산살바도르에 위치한 미국 영사관에 비자신청서를 제출하였다. 그러나 영사담당관(consular officer)은 아센시오-코데로가 국제범죄조직인 MS-13에 연루되어 있다고 판단하여 그의 비자신청을 거부하였다. 영사담당관은 국가안보상의 우려 때문에 판단의 근거를 공개하지 않았다.

아센시오-코데로는 미국 시민권자가 아니기 때문에 미국에 입국할 헌법상의 권리가 없어 그러한 정보를 얻거나 비자거부에 대해 다룰 수 없었다. 반면 그의 배우자 무뇨스는 미국 시민권자로서 영사담당관의 결정에 대해 그녀 자신의 권리에 기반하여 이의를 제기하였는데 그 이유는 다음과 같다.

- 미국에서 그녀의 비시민권자인 배우자와 함께 살 권리는 미국 헌법 수정 제5조²⁾ 상 보호되는 ‘자유’에 내포된 것이다.
- 남편의 비자를 거부하는 것은 그녀로부터 이 이의를 박탈하는 것으로, 적법절차(due process)에 대한 권리를 촉발시킨다.
- 영사담당관은 아센시오-코데로의 비자를 인정할 수 없다고 판단한 근거를 공개하지 않음으로써 무뇨스의 적법절차에 대한 권리를 침해하였다.

1) **Department of State v. Munoz, 602 U. S. ____ (2024) (2024. 6. 21. 선고).**

2) **미국 헌법 수정 제5조 (생명·신체·자유·재산의 보호)**

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

- 그리고 이것은 결국 사법심사를 가능하게 한다. (일반적으로 비자거부에 대해서는 법원이 심사할 수 없다.)

연방대법원은 이러한 주장을 받아들이지 않았다. 연방대법원은 미국 시민은 비시민권자인 배우자의 미국 입국에 대해 근본적 자유의 이익(fundamental liberty interest)을 갖지 않는다고 판결하였다.

1. 관련 규정의 내용

비시민권자가 미국에 입국하기 위해서는 일반적으로 비자가 필요하다.³⁾ 비자발급에 관한 결정은 정치적 기관들이 내린다.⁴⁾ 일반적으로 연방의회는 입국 요건을 정하고, 국무부(Department of State)가 해외 주재 미국 대사관이나 영사관을 통해 그 요건들을 시행한다.

연방의회는 미국에 직계가족을 둔 비시민권자의 비자발급과정을 간소화하였다. 시민권자의 가족은 우선 국토안보부(Department of Homeland Security, DHS) 산하 이민국(U. S. Citizenship and Immigration Services, USCIS)에 신청하여 직계가족으로 분류되어야 한다.⁵⁾ 만일 이민국이 이 신청을 허가하면, 비시민권자는 비자를 신청할 수 있다.⁶⁾ 이 절차의 일부로 비시민권자는 서류를 제출하고 해외 영사담당관과의 인터뷰를 거친다.⁷⁾

일반적으로 어떤 외국인을 입국불가로 판단하여 그의 비자신청을 거부한 영사담당관은 그 외국인에게 (A) 해당 결정과 (B) 구체적인 법률 근거조항 목록을 적시에 서면으로 통지해야 한다.⁸⁾ 그러나 범죄나 국가안보와 관련된 이유로 입국불허된 외국인에게는 설명을 제공할 필요가 없다.⁹⁾ 이 사건은 이 법률상의 예외가 적용되는 비시민권자에 관한 사건이다.

3) 66 Stat. 181, 8 U. S. C. §1181(a).

4) *Trump v. Hawaii*, 585 U. S. 667, 702 – 703 (2018); *Oceanic Steam Nav. Co. v. Stranahan*, 214 U. S. 320, 339 (1909).

5) *Scialabba v Cuellar de Osorio*, 573 U. S. 41, 46 – 47 (2014) (plurality opinion); 8 U. S. C. §§1151(b)(2)(A)(i), 1154(a)(1)(A).

6) 8 U. S. C. §§1201(a), 1202(a).

7) 8 U. S. C. §§1201(a)(1), 1202.

8) 8 U. S. C. §1182(b)(1).

9) 8 U. S. C. §1182(b)(3).

2. 소송의 전개

2010년 미국 시민권자인 산드라 무뇨스는 엘살바도르 국적의 루이스 아센시오-코데로와 결혼하였고, 수년 후 아센시오-코데로의 이민비자를 받기 위한 절차를 밟기 시작하였다. 무뇨스의 신청에 따라 이민국은 아센시오-코데로를 직계가족으로 인정하였으나, 그가 처음 미국에 들어올 때 불법입국을 했었기 때문에 일단 엘살바도르로 돌아가서 그곳 영사관에서 비자신청서를 제출해야만 했다. 그는 산살바도르에서 영사담당관을 만나 몇 번의 인터뷰를 거쳤다. 2015년 12월, 영사담당관은 8 U. S. C. §1182(a)(3)(A)(ii) 조항을 적용하여 아센시오-코데로의 비자신청을 거부하였다. 그 조항은 “영사담당관이 ‘비시민권자가 미국에 입국하려는 것이 전적으로, 주로, 또는 부수적으로 특정 범죄나 기타 위법행위에 연루되기 위한 것’이라는 것을 알거나 그렇게 믿을 합리적인 근거가 있는 경우 그 비시민권자의 입국은 불허된다”고 규정하고 있다(‘위법행위’ 조항). 영사담당관은 그 이상의 추가적인 세부내용은 제공하지 않았다. 하지만 비자거부의 이유를 고려하건대, 근거조항을 알려준 것만으로도 아센시오-코데로가 받을 수 있는 것보다 더 많은 정보를 알려준 것이었다.

아센시오-코데로에게 비자가 거부된 이유는 그가 국제범죄조직인 MS - 13의 조직원이었다고 판단되었기 때문이었고, 그 판단의 근거 중 하나는 그의 타투가 범죄조직원을 상징한다고 보았기 때문이었다. 아센시오-코데로와 무뇨스는 그가 MS - 13이나 다른 범죄조직에 연루되어 있지 않다고 주장하며 영사담당관의 판단을 재고해줄 것을 요청하였다. 영사담당관이 기존의 판단을 고수하자 그들은 국무부에 이의를 제기하였으나 국무부 또한 영사담당관의 결정에 동의한다고 통지하였다. 그리고 다음 날 산살바도르에서 영사(consul)는 아센시오-코데로의 신청이 여러 단계 및 부서를 거치며 수차례 검토되었지만 입국불가 판단을 변경할 근거를 찾지 못하였다고 통지하였다. 아센시오-코데로와 무뇨스는 국무부, 국무부장관, 산살바도르 주재 미국 영사(이하 통칭하여 ‘국무부’)를 대상으로 제소하였다. 이 부부는 국무부가 ‘위법행위’ 조항 하에서 아센시오-코데로의 입국이 왜 불허되는지 충분한 이유를 제시하지 않음으로써 무뇨스가 남편의 비자신청에 대해 갖는 헌법상의 자유를 침해하였다고 주장하였다.

아센시오-코데로의 입국불허 판단의 근거와 그를 MS - 13의 조직원으로 특정지은 기밀정보를 국무부로부터 제공받은 연방지방법원은 국무부의 손을 들어주었다. 반면

에 제9연방항소법원은 연방항소법원의 선례에 따라 무노스는 미국 시민권자로서 남편의 비자신청에 대하여 헌법상 보장되는 자유의 이익을 갖는다고 판단하며 연방지방법원의 판결을 파기환송하였다. 제9연방항소법원은 무노스의 그러한 헌법상 보장되는 자유의 이익을 근거로 국무부가 무노스에게 남편의 비자를 불허한 ‘일견 적법하고 진실한 이유(facially legitimate and bona fide reason)’를 적법절차조항의 요구에 따라 제공해야 한다고 실시하였다.¹⁰⁾ 비자거부는 ‘영사불심사권(consular nonreviewability)’ 원칙에 따라 법원의 심사를 받지 않는다. 그러나 제9연방항소법원은 국무부가 무노스에게 더 일찍 더 많은 정보를 제공하지 않았기 때문에 ‘비자결정에 대해 사법심사를 받지 않을 권한’이 박탈된다고 판단하였다. 연방대법원은 국무부의 청구로 이 사건에 대한 상고를 허가하였다.

II. 쟁점 및 판단

1. Barrett 대법관의 법정의견(5인 의견)¹¹⁾

무노스의 주장은 시작부터 실패이다. 그녀의 주장은 비시민권자인 그녀의 배우자를 미국으로 데려올 권리가 헌법상 열거되지 않은 권리¹²⁾임을 전제로 하고 있다. 이러한 전제가 성립되기 위해서는 해당 권리가 “이 국가의 역사와 전통에 뿌리 깊게 자리 잡은(deeply rooted in this Nation’s history and tradition)”¹³⁾ 것임을 증명해야 한다. 그러나 무노스는 이를 증명하지 못하였다. 오히려 실제로 연방의회는 배우자 이민을 오랫동안 규제해 왔다.

가. 영사불심사권의 원칙과 그 예외

한 세기가 넘도록 연방대법원은 외국인의 입국과 추방이 정부의 정치적 부서(political departments)에 의해 행사되는 것으로서 근본적인 주권적 속성을 가지며 일반적으로 사

10) 50 F. 4th 906, 916 (2022) (quoting *Kleindienst v. Mandel*, 408 U. S. 753, 766 - 770 (1972)).

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

12) 미국 헌법 수정 제9조 (열거되지 않은 권리)

이 헌법에 특정 권리를 열거한 사실이, 개인이 보유하는 다른 여러 권리들을 부인하거나 경시하는 것으로 해석되어서는 안 된다.

13) *Washington v. Glucksberg*, 521 U. S. 702, 720 - 721 (1997).

법적 통제로부터 면제된다고 판시해 왔다.¹⁴⁾ 연방의회는 행정부 공무원들에게 비시민권자의 입국을 사법적 심사나 간섭 없이 결정할 재량권을 위임할 수 있다.¹⁵⁾ 이 경우 외국인을 입국시키거나 추방하는 행정부 공무원의 행위는 최종적이고 종결적(final and conclusive)이다.¹⁶⁾ 사법부는 법률이 명백히 승인하는 경우가 아닌 한, 이에 관해 아무런 역할도 맡지 못한다.¹⁷⁾ 『이민국적법』(Immigration and Nationality Act, INA)은 영사담당관의 비자거부에 대해 사법심사를 허용하지 않고 있으며, 따라서 연방법원은 영사담당관의 비자거부 결정을 심사할 수 없는 것이 원칙이다. 이 원칙이 이른바 ‘영사불심사권의 원칙’이다.

연방대법원은 비자거부가 미국 시민권자의 헌법상 권리에 부담을 준다고 주장되는 경우 영사불심사권에 좁은 예외가 있을 수 있다고 상정하였다.¹⁸⁾ 그 경우 연방대법원은 행정부가 비자거부에 대한 ‘일견 적법하고 진실한 이유’를 제공하였는지 여부를 고려하였다.¹⁹⁾ 만일 그렇다면 심사는 끝난다. 연방대법원은 제공된 이유와 주장되는 헌법상의 권리를衡量하기보다는 비자거부에 관한 행정부의 재량권 행사에 대해 검토할 권한을 포기하였다.²⁰⁾ 아센시오-코데로는 비이민(입시입국) 또는 기타 사유로 미국에 입국할 헌법상의 권리가 없기 때문에 스스로 영사불심사권의 예외를 원용할 수는 없다.²¹⁾ 따라서 아센시오-코데로에 관한 한, 영사불심사권의 원칙이 적용된다. 그러나 무뇨스는 미국 시민권자이고, 남편의 비자거부가 그녀의 헌법상 권리를 침해하였다고 주장하고 있기 때문에 이는 사법심사를 가능하게 한다. 특히, 그녀는 자신의 국적국에서 그녀의 배우자와 함께 살 근본적 권리(fundamental right)가 국무부에 의해 침해되었다고 주장하였는데, 이는 국무부가 그녀에게 미국 헌법 수정 제5조에 보장된 공정한 절차를 제공하지 않았기 때문이라는 것이었다. 연방항소법원들 중에

14) Trump, 585 U. S., at 702 (quoting Fiallo v. Bell, 430 U. S. 787, 792 (1977)).

15) Harisiades v. Shaughnessy, 342 U. S. 580, 588 - 591 (1952).

16) United States ex rel. Knauff v. Shaughnessy, 338 U. S. 537, 543 (1950); Dept. of Homeland Security v. Thuraissigiam, 591 U. S. 103, 138 - 139 (2020); Mandel, 408 U. S., at 765 - 766; Nishimura Ekiu v. United States, 142 U. S. 651, 659 - 660 (1892).

17) Knauff, 338 U. S., at 543.

18) Trump, 585 U. S., at 703.

19) Kerry v. Din, 576 U. S. 86, 103 - 104 (2015) (Kennedy, J., concurring in judgment) (quoting Mandel, 408 U. S., at 770).

20) Din, 576 U. S., at 104.

21) Mandel, 408 U. S., at 762.

이런 식으로 주장된 권리를 받아들인 것은 제9연방항소법원이 유일하다.²²⁾ *Kerry v. Din* (2015)²³⁾ 판결에서 연방대법원은 이 문제를 고려하긴 했지만 해결하지는 않았다. 상대다수의견은 시민권자는 비시민권자인 배우자를 미국에 데려올 헌법상 근본적 권리를 갖지 않는다고 판단하였다.²⁴⁾ 두 명의 대법관은 그러한 쟁점에 이르지 않았고, 설사 그러한 권리가 존재하더라도 행정부가 제시한 근거법률은 ‘일견 적법하고 진실한 이유’가 된다고 설명하였다.²⁵⁾ *Din* 판결 이후 그러한 권리의 존재에 관한 연방항소법원들의 입장은 계속 나뉘어 왔다.

오늘, 우리는 이 열린 문제를 해결하고자 한다. 우리는 *Din* 판결의 상대다수의견과 같이 시민권자는 비시민권자인 배우자의 국내입국에 대하여 근본적 자유의 이익을 갖지 않는다고 판결한다.

나. 무노스가 주장한 권리의 분석

미국 헌법 수정 제5조의 적법절차조항은 정부가 누군가로부터 생명, 자유 또는 재산을 박탈하기 전에 적법한 절차를 제공할 것을 요구한다. 선례에 따라 적법절차조항은 공정한 절차 그 이상을 약속한다. 적법절차조항은 근본적 권리와 자유의 이익에 대한 정부의 방해로부터 강화된 보호 역시 제공한다.²⁶⁾ 헌법상의 근본적 권리가 위태로운 경우, 정부는 긴절한 주의 이익을 달성하기 위해 면밀하게 재단된 수단만을 이용할 수 있다.²⁷⁾ 열거되지 않은 권리를 확인하는 일은 사법적 월권행위가 될 심각한 위험이 있기 때문에 연방대법원은 이 분야에서 새로운 영역을 개척하도록 요청받을 때 극도의 주의를 기울인다.²⁸⁾ 그 목적을 달성하기 위해 *Washington v. Glucksberg* (1997)²⁹⁾ 판결의 2단계 심사는 실제적 적법절차에 대한 분석을 규율하였다. 이 심사

22) *Colindres v. U. S. Dept. of State*, 71 F. 4th 1018, 1021 (CADC 2023); *Baaghil v. Miller*, 1 F. 4th 427, 433 (CA6 2021); *Bakran v. Secretary, U. S. Dept. of Homeland Security*, 894 F. 3d 557, 564 (CA3 2018); *Bright v. Parra*, 919 F. 2d 31, 34 (CA5 1990) (per curiam); *Burrafato v. U. S. Dept. of State*, 523 F. 2d 554, 554 - 557 (CA2 1975); *Silverman v. Rogers*, 437 F. 2d 102, 107 (CA1 1970).

23) *Kerry v. Din*, 576 U. S. 86 (2015).

24) *Din*, 576 U. S., at 96.

25) *Id.*, at 105 (opinion of Kennedy, J.).

26) *Glucksberg*, 521 U. S., at 720.

27) *Id.*, at 721.

28) *Id.*, at 720.

29) *Washington v. Glucksberg*, 521 U. S. 702.

는 첫째로, 주장되는 근본적 자유의 이익에 대한 세심한 설명을 강하게 요구하였고³⁰⁾ 둘째로, 적법절차초향은 ‘객관적으로 이 국가의 역사와 전통에 뿌리 깊게 자리 잡은 근본적 권리와 자유’만을 특별히 보호한다고 강조하였다.³¹⁾

우선 ‘주장되는 근본적 자유의 이익에 대한 세심한 설명’부터 시작하자. 무뇨스는 ‘혼인에 대한 근본적 권리’를 주장하였지만, 국무부는 (이미 결혼한) 무뇨스가 ‘혼인에 대한 근본적 권리’를 가졌다는 것을 부인하지 않았다. 무뇨스는 약간 구별되는 주장을 하였는데, ‘비시민권자인 배우자와 미국에서 거주할 권리’였다. 이는 결혼이나 배우자와의 동거 이상의 것을 주장하는 것으로 그녀의 비시민권자인 남편을 미국에 들어오게 하는 (그리고 미국에 남도록 하는) 권리를 포함한다.

무뇨스가 주장하는 권리의 성격을 분명하게 정의하는 것은 어려운 일이다. 그녀의 논리는 아센시오-코테로를 미국으로 데려올 권리를 시사한다. 그렇지 않고는 어떻게 무뇨스가 그녀의 국적국에서 비시민권자인 남편과 함께 살 권리를 누릴 수 있겠는가? (상고인인 국무부는 무뇨스의 주장을 비자 자체에 대한 권리를 주장하는 것이라고 특징지었다.) 그러나 무뇨스는 그러한 성격을 부인하며 자신은 배우자의 이민에 대한 실제적 권리를 주창하는 것은 아니라고 주장하였다. 이는 현명한 일이다. 왜냐하면 그러한 주장은 일반적으로 엄격심사를 촉발시키고, 이는 정부를 엄격한 사법적 감독에는 맞지 않는 영역인 이민 분야에서 헌법상 가장 충족하기 힘든 심사기준의 적용을 받도록 할 것이기 때문이다.³²⁾

무뇨스가 이렇듯 한발 물러난 것은 이해할만한 일이지만 이로 인해 주장되는 권리의 특징을 규정하는 일은 개념상 더 어려운 일이 되었다. 그녀의 주장을 정리하면, 혼인에 대한 권리는 충분히 중요한 권리로서 그녀를 자신의 국적국에서 배우자와 함께 살지 못하게 막는 입국불허 판단에 관하여 절차적 적법절차가 있어야 하며, 적법절차 없이 그러한 권리에 과도하게 부담을 줄 수 없다는 것이다. 이런 식으로 주장되는 권리는 이도 저도 아니다. 즉, 그 권리는 ‘자유’에 포함될 수 있을 정도로 충분히 근본적이지만, 다른 내재적인 근본적 권리와 달리 그 권리의 박탈이 엄격심사를 촉발시키지는 않는다는 것이다. (Din 판결의 상대다수의견³³⁾)은 이러한 주장이 적법절

30) Id., at 721.

31) Id., at 720-721.

32) Fiallo, 430 U. S., at 792.

33) Din, 576 U. S., at 99 (plurality opinion).

차조항에 의해 보호되는 내재적 권리의 두 가지 유형을 가정한다고 실시하였다. 하나는 긴절한 주의 이익이 없다면 아예 박탈할 수 없는 정말로 근본적인 권리이고, 다른 하나는 절차적 적법절차가 지켜지면 박탈도 가능한 ‘그렇게까지 근본적이지는 않은(not-so-fundamental)’ 권리이다.) 이 권리는 절차적 적법절차의 보호만을 받는 실제적 적법절차상의 권리 유형에 속할 것이다.³⁴⁾

우리는 그러한 권리 유형이 존재하는지 판단할 필요가 없다. 왜냐하면 무노스의 주장은 *Glucksberg* 심사의 두 번째 단계를 통과할 수 없기 때문이다. 즉, 비시민권자인 배우자를 미국에 데려올 권리가 이 국가의 역사와 전통에 뿌리 깊게 자리 잡은 권리임을 입증하지 못했다. 오히려 그 반대로, 역사를 살펴보면 비시민권자의 입국과 추방을 관할하는 조건을 정할 정부의 주권을 인정해 왔음을 알 수 있다. 무노스는 비시민권자인 배우자의 경우에 정부의 이러한 권한을 제한하는 부수적 전통을 전혀 제시하지 못하였다.

처음부터 비시민권자의 입국은 권리가 아닌 호의(favor)로 그 특성이 규정되었다.³⁵⁾ 이러한 관점에 따라 「1798년 외국인에 관한 법률」(1798 Act Concerning Aliens)은 대통령이 판단하기에 미국의 평화와 안전에 위협이 된다고 생각되는 외국인을 추방할 전적인 재량권을 대통령에게 부여했다. 이 법률은 배우자나 가족들에 대한 예외를 두지 않았다.

미국은 19세기 말까지는 비교적 국경이 열려있었다. 그러나 연방의회가 이민에 제한을 두기 시작하면서 미국에 배우자를 데려오는 것을 매우 어렵게 하는 복잡한 규제가 제정되었다.³⁶⁾ 첫 번째 연방이민법률들 중 하나인 「1882년 이민법」(Immigration Act of 1882)은 행정부 공무원이 비시민권자를 심사하고, 기결수, 정신병자, 백치, 기타 생활보호대상자가 되지 않고는 스스로를 돌볼 수 없는 자의 입국허가를 거부하도록 하였다.³⁷⁾ 이 법률도 시민권자의 배우자에 대한 예외를 두지 않았다. 그리고 연방의회가 입국불허사유를 확대하는 후속 법률을 입안할 때에도 다시금 혼인관계에 대한 특별대우를 규정하지 않았다.³⁸⁾

34) Ibid.

35) J. Madison, Report of 1800 (Jan. 7, 1800), in 17 Papers of James Madison 319 (D. Mattern, J. Staggs, J. Cross, & S. Perdue eds. 1991); 2 Records of the Federal Convention of 1787, p. 238 (M. Farrand ed. 1911); Debate on Virginia Resolutions, in The Virginia Report of 1799 - 1800, p. 31 (1850).

36) *Din*, 576 U. S., at 96 (plurality opinion).

37) 22 Stat. 214.

다른 예들도 있다. 중국 여성의 이민을 제한하는 기능을 하였던 「1875년 페이지법」(Page Act of 1875)은 아내에 대한 예외를 포함하지 않았다.³⁹⁾ 또는 매년 입국이 허용되는 이민자의 수를 제한하였던 「1921년 긴급쿼터법」(Emergency Quota Act of 1921)⁴⁰⁾을 살펴보자. 비록 이 법이 시민권자의 아내들을 우대하긴 했지만, 일단 해당 연도의 쿼터가 다 차면 배우자라도 예외 없이 입국이 금지되었다.⁴¹⁾ 1924년, 연방의회는 결혼보다는 남성에게 대한 우대로서 비시민권자인 아내를 둔 남성 시민권자로 쿼터를 옮겼으나, 비시민권자인 남편을 둔 여성 시민권자들을 위한 길을 열어주지는 않았다.⁴²⁾ 이러한 성별에 따른 차이는 1952년까지 바뀌지 않았다.⁴³⁾ 이는 연방의회가 결혼에 우대를 적용한 적이 없다는 말은 아니다. 실제로 적용하기도 하였다. 예를 들어, 「1945년 전쟁신부법」(War Brides Act of 1945)은 제2차 세계대전 참전용사들의 비시민권자 배우자들은 입국제한이나 서류요건으로부터 면제될 수 있다고 규정하였다.⁴⁴⁾

아센시오-코테로의 비자신청은 무노스와의 결혼에 기반하고 있으며, 이 결혼이 그에게 해당 이민자 신분에 대한 자격을 부여한다. 그러나 연방의회는 배우자의 이민이 더 쉬울 수 있게 만들기는 했어도, 배우자의 이민을 권리의 문제로 만든 적은 결코 없다. 반대로, 오랫동안 자격요건을 설정하고 제한을 가하였던 것이 전형적인 모습이었다.⁴⁵⁾ 연방의회는 배우자들에게 「이민국적법」상의 위법행위 제한과 같은 입국 불허의 제한들을 면제시키지 않았다. 20세기 초부터 그러한 제한들은 존재해 왔다. 예를 들어 「1917년 이민법」은 유죄판결을 받았거나 중범죄, 기타 범죄, 또는 부도덕한 행위를 포함한 경범죄를 저질렀다고 인정한 자의 추방에 관하여 규정하고 있다.⁴⁶⁾ 영사담당관은 이 제한을 배우자에게도 적용하였고, 법원은 그러한 비자거부에 대해 심사하기를 거절하였다.⁴⁷⁾

38) Immigration Act of 1891, ch. 551, 26 Stat. 1084.

39) 18 Stat. 477 - 478; Colindres, 71 F. 4th, at 1023.

40) 42 Stat. 5 - 6.

41) Din, 576 U. S., at 97 (plurality opinion); C. Bredbenner, A Nationality of Her Own: Women, Marriage, and the Law of Citizenship 115 (1998).

42) K. Abrams, What Makes the Family Special? 80 U. Chi. L. Rev. 7, 12 (2013).

43) Id., at 13 - 14.

44) Ch. 591, 59 Stat. 659.

45) 예를 들어, Act of Aug. 9, 1946, ch. 945, 60 Stat. 975 (미국인의 중국인 아내에게 비쿼터 지위를 부여했지만, 오직 오랜 결혼생활을 한 이들에게만 부여했음).

46) Ch. 29, 39 Stat. 875.

연방대법원의 *United States ex rel. Knauff v. Shaughnessy* (1950)⁴⁸⁾ 판결은 그 두드러진 예시이다. *Knauff* 사건에서 미국 시민권자(이자 제2차 세계대전 참전용사)는 무노스와 비슷한 상황이었는데, 그의 비시민권자 아내는 기밀의 성격을 가져 그 공개가 공익에 해를 끼칠 수 있는 정보에 기반하여 안보상의 이유로 입국이 거부되었다.⁴⁹⁾ 연방대법원은 「전쟁신부법」이 법무부 장관이 근거한 법률을 대체하지 않는다고 판결하면서, 연방의회의 의도가 이민법률들의 안보조항들을 완화하는 것이라고 할 수 없다고 실시하였다. 따라서 모든 외국인이나 신청자들은 안보심사를 감수해야 한다는 것이다.⁵⁰⁾ 그리고 아내는 청문에 대한 권리가 없는데, 연방의회가 승인한 절차가 무엇이든 간에 입국이 거부된 외국인에 관한 것인 한 그것은 적법절차이기 때문이라고 판시하였다.⁵¹⁾ 법무부 장관의 결정은 ‘최종적이고 종결적’이며 그 결정의 이유를 알려줄 필요는 없다고 하였다.⁵²⁾

따라서 *Knauff* 판결은 ‘미국은 공공정책으로 외국인이나 외국인 집단을 국경 안에 들어오지 못하게 할 수 있으며, 법원은 그러한 권한에 제한을 둘 수 없다’⁵³⁾는 오랜 원칙을 재확인하였다. 비시민권자의 입국에 관한 정책을 형성할 연방의회의 권한은 우리 정부의 다른 측면들만큼이나 우리의 정치적 통일체(*body politic*)의 입법과 사법 조직에 확고하게 새겨지게 되었고, 이것은 단지 역사의 한 페이지가 아니라 역사서 전체를 대표한다.⁵⁴⁾ 연방대법원이 이러한 원칙을 일반적으로 재확인한 적은 매우 많았다.⁵⁵⁾ 이민신청자의 가족들은 분명히 입국허가에 대한 이익을 갖지만, 그러한 전체로부터 ‘미국 시민은 연방의회가 외국인을 받아들이거나 추방할 국가의 주권을 어떻게 행사할지에 제한을 가할 근본적 권리를 갖는다’는 결론으로 건너뛰는 것은 잘못된 생각이다.⁵⁶⁾

물론 연방의회는 이민에 관한 자신의 권한을 이민가족의 결합에 우선순위를 두는

47) 예를 들어, *United States ex rel. Ulrich v Kellogg*, 30 F. 2d 984, 985 - 986 (CADC 1929).

48) *United States ex rel. Knauff v. Shaughnessy*, 338 U. S. 537, 543 (1950).

49) *Id.*, at 541, 544.

50) *Id.*, at 547.

51) *Id.*, at 544.

52) *Id.*, at 543.

53) *Wong Wing v. United States*, 163 U. S. 228, 237 (1896).

54) *Galvan v. Press*, 347 U. S. 522, 531 (1954).

55) *Mandel*, 408 U. S., at 765 - 766.

56) *Fiallo*, 430 U. S., at 795, n. 6.

방향으로 사용할 수 있고,⁵⁷⁾ 종종 그렇게 해 왔다. 그러나 헌법이 그러한 결과를 요구하는 것은 아니며, 배우자 이민에 관한 연방의회의 관용은 항상 제한될 수 있고, 그 제한에는 입국금지도 포함된다. 이것은 가족결합 이상의 것이 작용되는 영역이며, 국가안보와 외교정책을 포함한 다른 쟁점들 또한 중요하다. 따라서 연방의회는 비시민권자인 배우자에게 특별한 배려를 보여줄 수는 있지만 그러한 배려는 근본적 권리가 아니라 입법적 자비(legislative grace)의 문제이다.⁵⁸⁾ 그리고 무노스는 이와 달리 주장할 증거를 제시하지 않았다.

다. 무노스 주장의 문제점과 Mandel(1972) 판결의 해석

국무부가 언급하였듯이, 타인의 법적 절차에 대해 무노스가 절차적 적법절차를 주장하는 것은 불안을 야기하는 부수적 결과를 가져올 것이다. 그녀의 논리가 이끄는 대로라면, 남편을 멀리 떨어진 교도소에 배치하거나 해외로 파병하는 경우, 수감자나 군인 자신은 이의를 제기할 수 없는 경우일지라도 그의 아내는 이러한 결정을 다룰 수 있는가? 시민권자는 배우자의 추방 과정에서 절차상의 권리를 주장할 수 있는가? 일반적으로 헌법은 시민의 법적 권리에 ‘간접적으로 또는 부수적으로’ 부담을 주는 정부의 행위를 막지 않으므로,⁵⁹⁾ 무노스의 입장은 헌법상 새로운 부담을 가져올 것이다.

O'Bannon v. Town Court Nursing Center (1980)⁶⁰⁾ 판결에서 요양원 거주자들은 정부가 자신들에게 청문의 기회를 제공하지 않고 요양원 인가를 취소하여 자신들의 자유이익이 침해당했다고 주장하였지만, 연방대법원은 그 요양원 거주자들의 자유에 대한 직접적인 제한이 없었던 상황에서 인가취소결정은 그들의 적법절차에 대한 권리와 관련이 없다고 판결하였다. 인가취소결정은 간접적인 피해만을 줄 뿐이기 때문이다. 이는 마치 범죄자인 아버지에 대한 형사절차의 결과로 그의 자유나 재산이 박탈될 때, 그의 가족들이 트라우마를 겪을 수는 있겠으나 가족들이 아버지의 재판이나 형의 선고 절차에 참여할 헌법상의 권리가 없음이 분명한 것과 마찬가지로이다.⁶¹⁾ 무노스는 아센시오-코데로의 비자거부로 피해를 보겠지만 그러한 피해가 남편의 영사상의 절차에 참여할 헌법상의 권리를 부여하는 것은 아니다.

57) Din, 576 U. S., at 97 (plurality opinion); §1151(b)(2)(A)(i) (직계가족을 특정 쿼터로부터 면제함).

58) Din, 576 U. S., at 97 (plurality opinion).

59) Castle Rock v. Gonzales, 545 U. S. 748, 767 (2005)

60) O'Bannon v. Town Court Nursing Center, 447 U. S. 773 (1980).

61) Id., at 788.

의구심을 남기지 않기 위해 언급하자면, *Kleindienst v. Mandel* (1972)⁶²⁾ 판결은 시민권자가 타인의 비자 절차에 대하여 절차적 적법절차의 권리를 가진다고 판결하지 않았다. 제9연방항소법원은 *Mandel* 판결을 그런 식으로 해석한 것으로 보인다. 그러나 이는 잘못된 해석이다.

Mandel 판결에서 법무부 장관은 입국불허결정을 면제하지 않았고, 자칭 혁명적 마르크스주의자인 Ernest Mandel에게 미국에서 열리는 학술회의에 참석할 수 있는 임시 비자를 발급해 주었다.⁶³⁾ 교수들은 면제를 결정할 행정부의 재량은 *Mandel*의 강연을 들을 청중이 가진 헌법 수정 제1조상의 권리에 의해 제한된다고 주장하며 제소하였다. 교수들은 적어도 면제거부에 대한 어떠한 정당화 이유도 개선되지 않은 상황에서는 헌법 수정 제1조상의 주장이 우위에 있다고 주장하였다.⁶⁴⁾ 법무부 장관은 이에 대한 답으로 연방의회는 행정부에 면제결정권을 위임하면서 독점적이고 자유로운 재량을 부여하였고, 어떤 이유라도 제공될 수도, 제공되지 않을 수도 있다고 주장하였다.⁶⁵⁾

그러나 연방대법원은 당시 법무부 장관이 *Mandel*의 변호인에게 그 이유를 알렸기 때문에 이 법률상의 주장은 판단하지 않기로 했다.⁶⁶⁾ 대신 행정부가 입국불가에 대한 면제거부에 대해 ‘일견 적법하고 진실한 이유’를 제공했다면 법원은 그러한 재량권의 행사에 대해 검토하지 않으며, 그 정당화 이유와 헌법 수정 제1조상의 이익에 대한 형량을 심사하지도 않을 것이라고 실시하였다.⁶⁷⁾ 연방대법원은 그 어떠한 내용 이든 정당화 이유가 개선되지 않은 재량권 행사를 공격하기 위해 헌법상의 청구가 가능한지에 관해서는 논하지 않음을 명확히 밝혔다.⁶⁸⁾

따라서 *Mandel* 사건에서 ‘일견 적법하고 진실한 이유’는 어려운 법률해석의 문제를 피하기 위한 정당화 이유였을 뿐, 절차적 적법절차와는 아무런 상관이 없었다. 실제로 절차적 적법절차 주장은 연방대법원 앞에 제기되지도 않았다. 교수들은 *Mandel*의 비자거부가 직접적으로 그들의 헌법 수정 제1조상의 권리를 침해한다고 주장했지만, 헌법 수정 제1조상의 권리가 *Mandel*의 비자신청 과정에서의 절차적 보호에 대한

62) *Kleindienst v. Mandel*, 408 U. S. 753, 766 - 770 (1972).

63) *Id.*, at 756.

64) *Id.*, at 769.

65) *Ibid.*

66) *Ibid.*

67) *Id.*, at 770.

68) *Ibid.*

권리를 부여한다고 주장하지는 않았다.⁶⁹⁾ 무뇨스가 자신의 주장을 이 교수들의 주장과 논리적으로 유사하게 만들기 위해서는 아센시오-코데로의 비자거부가 그녀의 비시민권자인 배우자를 미국에 데려올 그녀의 실체적 적법절차상의 권리를 침해하였다고 주장해야 할 것이다. 그리고 이것은 그의 비자를 거부한 것이 국가안보에 대한 정부이익을 달성하기 위한 최소침해적 수단임을 입증해야 할 국무부의 의무를 촉발시킬 것이다. 그러나 이미 설명하였듯이, 무뇨스는 이러한 주장을 거부하였다. 이렇게 주장된 권리는 이 국가에 뿌리 깊게 자리 잡은 오랜 전통이 아니기 때문에 어쨌든 성공할 수 없는 주장이다.

핵심은 절차적 적법절차는 무뇨스의 주장에 있어서는 이상한 수단이며, Mandel 판결도 이를 뒷받침하지 않는다는 점이다. Mandel 판결은 시민권자의 독립된 헌법상의 권리가 타인의 비자거부의 ‘일견 적법하고 진실한 이유’에 대한 절차적 적법절차상의 권리를 부여한다고 보지 않았다. 그리고 이 사건에서 무뇨스도 헌법상 그러한 권리를 갖지 않는다.

* * *

제9연방항소법원의 판결을 파기하며 이 의견에 부합하는 추후의 소송절차를 위하여 환송한다.

2. Gorsuch 대법관의 별개의견(1인 의견)

영사담당관은 산드라 무뇨스의 남편이 미국에 들어와 적법하게 살 수 있게 하는 비자발급을 거부하였다. 영사담당관은 그렇게 함에 있어 8 U. S. C. §1182(a)(3)(A)(ii) 규정만을 인용하였다. 이 『이민국적법』 조항은 영사담당관이 미국에의 입국이 위법행위에 연루되기 위한 것이라고 믿을만한 합리적인 근거가 있는 경우 입국을 불허할 수 있게 한다. 결국 무뇨스는 이 결정에 대한 추가적인 설명을 요구하며 제소하였다. 그녀는 정부가 결정의 근거법률만이 아니라 별도의 근거사실을 확인해 줄 필요가 있다고 주장하였다. 소송 진행 중 미국 정부는 무뇨스에게 그녀가 요구한 내용을 제공하였다. 제9연방항소법원이 인정하였듯이, 현재 미국 정부는 그녀의 남편에 대한 비자거부 결정의 근거사실을 공개하였다.⁷⁰⁾ 그리고 정부는 연방대법원에서도 무뇨스에

69) Id., at 754.

70) 50 F. 4th 906, 919 - 920 (2022).

게 그러한 정보를 이용하거나 그에 답할 수 있는 기회를 보장하였다. 그녀는 다시 남편의 입국허가를 시도할 수 있으며, 이 경우 지난 신청에서 정부가 거부한 이유에 대해 이해하고 대비할 수 있을 것이다.

이렇게 전개된 것으로 이 사건은 종결되어야 한다. 더 이상 밝힐 정보가 없고, 입국 재신청에 제한이 없는 상황에서 법원이 이 소송에서 다루어야 할 것은 아무것도 없다. 특히 정부에 의해 제기된 헌법적 문제는 이 사건에서는 더 이상 어떠한 실제적 관련성도 없다. 무뇨스가 그녀가 원하는 정보에 대한 헌법상의 권리를 갖든 갖지 않든 간에 정부는 이미 그 정보를 제공하였다. 그러므로 나는 정부의 헌법상의 주장에 이르지 않고 제9연방항소법원의 결정을 뒤집고자 한다.⁷¹⁾ 동시에 나는 사건을 종결시키지 않고 정부의 주장에 관해 논한 동료 대법관들을 비난하지 않는다. 그들은 나와 사건을 다르게 보았을 것이다. 그러나 그들의 결정과 논증은 본질적으로 송무차관과 국무부가 연방대법원에 채택을 촉구했던 것이다.

3. Sotomayor 대법관의 반대의견(3인 의견)⁷²⁾

혼인할 권리는 역사와 전통상 근본적인 권리이다.⁷³⁾ 정부가 미국 시민권자인 산드라 무뇨스에게 그녀의 엘살바도르인 남편이 더 이상 미국에 재입국할 수 없다고 통보한 것은 이들이 미국에서 5년간 결혼생활을 한 후였다. 만일 그녀가 남편과 그들 사이의 자녀와 함께 살기를 원한다면 그녀는 엘살바도르로 떠나야 할 것이다. 그 이유는 미국이나 엘살바도르에 범죄기록이 없는 그녀의 남편이 위법행위에 연루될 계획이라는 영사담당관의 단순한 주장 때문이다. 무뇨스는 그녀의 혼인에 대한 권리에 부담을 주고 있는 정부에 한 가지만을 주장했다. 바로 그녀의 남편을 추방한 근거사실이다.

법정의견은 이 사건을 오랜 선례에 따라 좁은 예외에 근거하여 해결할 수 있었다. 연방대법원은 이미 비시민권자를 추방하는 것은 그의 존재를 원하는 시민권자의 헌법상의 권리에 부담을 줄 수 있다고 인정한 바 있다.⁷⁴⁾ Mandel 재판부는 입국과 추방에 관한 정부의 권한을 인정하면서, 추방에 대한 ‘일견 적법하고 진실한 이유’라면 그러한 부담을 정당화하기에 충분하다고 판결하였다.⁷⁵⁾ 이번 사건에서 오래 지속된

71) *City of Mesquite v. Aladdin's Castle, Inc.*, 455 U. S. 283, 294 - 295 (1982).

72) Sotomayor 대법관, Kagan 대법관, Jackson 대법관의 의견.

73) *Obergefell v. Hodges*, 576 U. S. 644, 671 (2015).

74) *Mandel*, 408 U. S., at 765 - 770.

소송 후 정부는 마침내 무뇨스 남편의 비자를 거부한 이유를 설명하며 그가 MS-13 범죄조직과 관련이 있다고 믿었기 때문이라고 밝혔다. 그러한 믿음의 타당성과 상관 없이, 그것은 ‘일견 적법하고 진실한 이유’이다.⁷⁶⁾ 연방대법원의 선례에 따라, 그것으로 충분하다.

그러나 오늘 법정의견은 절차에 대한 좁은 판단이 아니라 결혼에 대한 폭넓은 판단을 내리기로 하였다. 법정의견은 정부가 무뇨스의 남편을 추방할 때, 결혼하고 남편과 함께 살며 곁에서 아이들을 키울 무뇨스의 권리가 그녀에게 아무런 권한도 주지 않는다고 판결하였다. 2회기 전 *Dobbs v. Jackson* (2022)⁷⁷⁾ 판결에서 다수의견이 낙태권의 파기가 ‘혼인할 권리’, ‘가족과 함께 살 권리’, ‘자녀의 교육에 관한 결정을 내릴 권리’와 같은 다른 확립된 실제적 적법절차상의 권리를 훼손시키지 않을 것이라고 장담하였음에도 불구하고,⁷⁸⁾ 첫 단계부터 실패하고 있다. 나에게서는 시민권자의 배우자를 추방하는 것이 시민권자의 혼인할 권리에 부담을 주고, 그러한 부담은 정부로 하여금 적어도 그 결정에 대한 근거사실을 제공하도록 요구한다는 데 의문의 여지가 없기 때문에, 법정의견에 정중히 반대한다.

가. 관련 제도 및 사실관계

(1) 관련 제도 및 영사 절차의 문제점

미국 시민과 결혼한다고 자동으로 영주권이 주어지는 것은 아니다. 시민권자-비시민권자 부부는 몇 단계의 행정절차를 거쳐야 적법한 영주권을 신청할 수 있다.

미국에는 입국시 조사를 받지 않고 밀입국하여 거주 중인 사람들이 적지 않으며, 정부는 이들 중 많은 사람을 공동체의 일원으로 포용하고 있다. 예를 들어, ‘미성년 입국자 추방유예(Deferred Action for Childhood Arrivals, DACA)’⁷⁹⁾ 프로그램의 적용을 받는 이가 2023년 기준 약 53만 명이고, 전쟁·자연재난 등의 상황으로 본국으로 돌아

75) *Id.*, at 770.

76) *Ibid.*

77) *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U. S. 215 (2022) 판결은 미국 헌법상 낙태권을 인정하였던 *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973) 판결을 뒤집고 낙태에 대한 규제 여부를 각 주가 결정하도록 한 판결이다.

78) *Id.*, at 256 - 257.

79) ‘미성년 입국자 추방유예(DACA)’는 2012년 버락 오바마 대통령이 발표한 정책으로, 불법입국한 부모를 따라 미국에 들어오면서 불법체류자 신분이 된 미성년자들이 안정적으로 학교와 직장을 다닐 수 있도록 추방을 유예한 행정명령이다.

가는 것이 인도주의적으로 어려운 경우 적용되는 ‘임시 보호 신분(Temporary Protected Status, TPS)’을 가진 사람도 약 68만 명 정도가 된다. 이들은 처음 입국시 조사를 받지 않았기 때문에 미국 시민과 결혼했는지라도 미국 내에서 신분조정을 할 수 없게 되어 있다.⁸⁰⁾

역설적이게도 밀입국 비시민권자인 배우자의 미국 체류기간이 길면 길수록 적법한 신분으로의 조정이 더 어려워진다. 첫 입국시 조사를 받지 않은 비시민권자는 불법 체류(unlawful presence) 기간이 축적되어 일단 미국을 떠나면 재입국이 금지될 수 있다.⁸¹⁾ 만일 미국에 체류한 기간이 180일 초과 1년 미만인 경우 3년간 재입국이 금지된다. 만일 미국에 체류한 기간이 1년을 초과할 경우 10년간 재입국이 금지된다.⁸²⁾

이러한 제도는 만일 비시민권자인 배우자가 조사를 받지 않고 입국한 경우라면 미국에서 만나 결혼한 부부일지라도 매우 곤란한 상황에 놓이게 만든다. 부부는 한쪽 배우자가 위태로운 신분인 채로 계속 함께 살거나, 안정적인 영주권을 신청하되 비시민권자인 배우자가 미국을 떠나 재입국을 신청할 때 거부될 가능성을 감수해야 한다.

이민국은 이러한 어려운 선택을 인식하여, 비시민권자인 배우자가 영사 인터뷰를 위해 미국을 떠나기 전, 누적된 불법체류로 입국불허가 되는 것에 대한 면제를 신청할 수 있도록 하였다. 그러한 면제를 획득하기 위해서 비시민권자인 배우자는 자신의 입국이 불허되면 시민권자인 배우자가 극심한 어려움을 겪게 될 것이라는 점을 입증해야 한다.⁸³⁾ 그 후 비시민권자인 배우자가 국적국으로 돌아가고, 그곳에서 영사담당관이 그의 비자를 승인하면, 그는 불법체류로 인한 입국금지의 제한을 받지 않고 미국에 재입국할 수 있게 된다.

영사담당관은 국무부 소속이지 이민국을 감독하는 국토안보부 소속이 아니다. 비록 국토안보부 공무원과 영사담당관이 동일한 실체법 규정⁸⁴⁾에 따라 입국결정을 내려도, 실제로 영사 절차에 따라 입국을 신청한 비시민권자는 국토안보부로부터 입국허가를 구하는 비시민권자보다 자의적으로 거부될 위험이 훨씬 더 크고, 그에 대한 심사의 기회는 훨씬 더 적다.

80) 8 U. S. C. §1255(a). 이 경우와 달리 처음에는 합법적인 비자를 갖고 미국에 들어왔다가 기간을 초과하여 체류하고 있는 경우에는 미국 시민권자와 결혼하면 미국 내에서 영주권을 신청할 수 있다.

81) 8 U. S. C. §1182(a)(9)(B).

82) 8 U. S. C. §1182(a)(9)(B)(i)(II).

83) 8 U. S. C. §1182(a)(9)(B)(v).

84) 8 U. S. C. §1182.

국토안보부 공무원들은 영사 절차에는 적용되지 않는 절차에 따라 제한을 받는다. 미국에서의 신분 조정⁸⁵⁾을 거부당한 비시민권자에게는 그 통지와 거부 이유가 제공되어야 한다.⁸⁶⁾ 그는 추방절차(removal proceedings) 중에 이민법정(immigration court) 앞에서 그의 신청서를 새로 교체할 수 있고,⁸⁷⁾ 국토안보부는 반박 증거를 제시해야 한다.⁸⁸⁾ 비시민권자는 이민항소위원회(Board of Immigration Appeals, BIA)에 심사를 청구할 수 있다.⁸⁹⁾ 그리고 최종적으로는 연방항소법원에 항소할 수 있다.⁹⁰⁾⁹¹⁾

반면에 영사 절차를 통해 입국을 거부당한 비시민권자는 영사담당관이 근거로 삼은 법률규정이 언급되는 정도 외에는 더 요구할 아무런 권리가 없다.⁹²⁾ 그는 행정심사나 사법심사를 받을 기회가 없고, 할 수 있는 일은 추가적인 증거를 제출하며 재고를 요청하는 일뿐이다.⁹³⁾ 전직 영사담당관은 연방대법원에 이러한 책임의 부재가 결합 있는 정보 및 일관성 없는 교육과 결부되어 종종 고정관념, 심지어 편견이나 불신에 근거하여 결정이 내려진다고 말하였다. 비자신청자들은 그들이 배정받은 외교관이나 영사담당관이 누구냐 라는 행운 또는 불운에 따라 다른 결과를 받게 될 수 있다.

(2) 사실관계 및 소송의 전개

무뇨스는 LA 출신의 유명한 노동권 변호사로 아센시오-코데로가 미국에 온 지 3년 후인 2008년에 만났다. 그들은 2010년에 결혼하여 자녀를 한 명 두고 있다. 2013년, 무뇨스는 남편을 직계가족으로 신청하였고 이민국은 이를 승인하였다. 아센시오-코데로가 처음 미국에 입국할 때 조사를 받지 않고 들어왔기 때문에, 정부는 그에게 이민비자 획득을 위한 영사 절차를 밟기 위해 국적국인 엘살바도르로 돌아갈 것을 요구했다. 그러나 조사 없이 들어온 초기 입국과 누적된 불법체류 기간으로 인해 그가

85) 예를 들어, 임시보호 신분에서 직계가족 신분으로의 조정 등.

86) 8 CFR §245.2(a)(5)(i); DHS, USCIS, Policy Manual, vol. 7, pt. A, ch. 11 – Decision Procedures (June 14, 2024).

87) 8 U. S. C. §1229b(b)(1).

88) 8 U. S. C. §§1229(a), 1229a(b)(4)(B).

89) 8 CFR §1003.1(b).

90) 8 U. S. C. §1252(a).

91) 이민법정과 이민항소위원회는 모두 행정기관이며, 이민항소위원회까지의 과정은 행정적 구제수단이다. 만일 이민항소위원회의 결정에 불복할 경우, 최종적으로 사법적 구제수단으로 연방항소법원에 항소할 수 있다.

92) 8 U. S. C. §1182(b)(1).2.

93) 22 CFR §42.81(e).

미국을 떠나면 재입국이 금지될 것이었다. 이에 국토안보부는 그에게 그러한 제한에 대한 면제를 부여하여, 영사담당관이 비자를 승인하면 불법체류로 인한 제한 없이 재입국할 수 있도록 하였다. 그가 추방되면 무뇨스가 ‘극심한 어려움’을 겪을 것이기 때문이었다.⁹⁴⁾ 2015년 4월 아센시오-코데로는 엘살바도르로 떠났고 그것이 그가 미국 땅을 밟은 마지막이 되었다.

아센시오-코데로는 범죄기록은 없었으나 10대 시절부터 몇 개의 타투를 갖고 있었는데, 타투 문양은 과달루페의 성모(Our Lady of Guadalupe), 지그문트 프로이드, 동물 발자국과 부족 패턴, 그리고 연극가면과 주사위와 카드 문양 등이었다. 일부는 라틴 아메리카 문화에서 깊은 중요성을 가진 그림이었고, 일부는 우연히 범죄조직원에게 나타날 수도 있는 것이었다. 무뇨스와 그녀의 남편은 비자거부의 이유를 추측하며 국무부에 보내는 편지에 법원이 승인한 범죄조직 전문가의 추가적인 증거를 포함시켰다. 전문가는 아센시오-코데로의 타투를 살펴보고 어떤 것도 범죄조직과 관련되어 있지 않다고 결론 내렸다. 그러나 국무부는 그 증거가 영사담당관의 결정을 뒤집을 만한 권위가 없다고 대답하였다.

무뇨스 부부가 마침내 비자거부의 근거사실을 받아 본 것은 그들이 연방지방법원에 정부를 상대로 소를 제기한 후였다. 거의 2년의 소송 후에야 정부는 국무부의 성명을 제출하였다.

연방항소법원은 무뇨스의 손을 들어주었다. 연방항소법원은 정부의 이유가 너무 적고, 너무 늦었다고 판단하였다. 남편의 비자거부는 무뇨스의 혼인에 대한 권리에 부담을 주고 정부는 부적절한 절차를 제공하였다. 비록 정부가 ‘일견 적법하고 진실한 이유’를 제공하였더라도, 그 이유가 적시에 제공되지 못하여 헌법상 적법절차의 요건을 충족하기에 충분치 않았다. 연방대법원은 정부의 상고를 허가하였다.

나. 쟁점 분석

이 사건을 해결할 간단한 방법이 있었다. 나는 Gorsuch 대법관의 의견에 동의한다. 미국 정부는 그녀의 남편에 대한 비자거부 결정의 근거사실을 공개하였고 따라서 그녀는 그녀에게 주어진 절차를 제공받았다. 그것으로 끝일 수 있었고, 그랬어야 했다. 그러나 법정의견은 그 대신 큰 한방을 노렸다. 법정의견은 이민의 맥락에서 혼인할 권리를 폐기하려는 정부의 초대를 이용하여 연방대법원의 오랜 선례를 뚜렷이 제한하였다.

94) 8 U. S. C. §1182(a)(9)(B)(v).

무뇨스는 남편의 비자신청에 관하여 헌법상 보호되는 이익을 갖는다. 비자거부는 그녀의 혼인할 권리에 부담을 주었기 때문이다. 그녀는 남편이 미국에서 그녀와 자녀 곁에 적법하게 있을 수 있도록 이민국에 그들의 결혼을 인정해 줄 것을 청구하였다. 이민국이 그녀의 남편의 불법체류 이력으로 인한 입국불허를 면제한 것은 남편의 추방으로 겪게 될 무뇨스의 극심한 어려움에 때문이었다. 그러나 법정의견은 무뇨스의 남편이 그러한 승인을 신뢰하여 미국을 일단 떠나면 그들의 결혼이 더 이상 중요하지 않다는 것이다. 갑자기 정부는 그녀에게 아무런 설명을 하지 않아도 되게 된다.

헌법상 혼인에 대한 권리는 그렇게 알팍한 것이 아니다. 정부는 미국 시민권자의 배우자를 추방하고 그 이유로 단지 근거법률만을 언급할 수는 없다. 법정의견은 남편을 추방한 근거사실을 요구할 무뇨스의 권리를 부인함으로써 오랜 선례로부터 떠나고 있으며, 이민 맥락에서의 혼인에 대한 권리를 매우 경시하고 있다.

(1) 혼인에 대한 권리의 의미와 관련 선례들

결혼에 대한 헌법상의 권리는 뿌리가 깊다. 연방대법원은 한 세기도 더 전에 “결혼은 단순한 계약 이상의 무언가이다.”⁹⁵⁾라고 말하였다. 그것은 인생에서 가장 중요한 관계이며⁹⁶⁾ 가족의 근간이다.⁹⁷⁾ 연방대법원은 *Loving v. Virginia* (1967)⁹⁸⁾ 판결에서 워싱턴 D.C.의 결혼허가서를 버지니아 주로부터도 인정받을 *Loving* 부부의 권리를 인정하며, 결혼은 우리의 존재와 생존에 핵심적인 ‘인간의 기본적인 시민적 권리’ 중 하나라고 강조하였다.⁹⁹⁾ 혼인에 대한 권리는 실제적 적법절차의 첫 번째 기본구성요소(building blocks) 중 하나이다.¹⁰⁰⁾

거의 10년 전, 연방대법원은 혼인에 대한 권리의 광범위성을 옹호하였다. 연방대법원은 *Obergefell v. Hodges* (2015)¹⁰¹⁾ 판결에서 메릴랜드 주에서의 결혼을 오하이오 주에서도 인정받을 *Obergefell* 부부의 권리를 옹호하였다. 연방대법원은 “결혼은 권리장

95) *Maynard v. Hill*, 125 U. S. 190, 210 - 211 (1888).

96) *id.*, at 205.

97) *id.*, at 211.

98) *Loving v. Virginia*, 388 U. S. 1 (1967). 이 판결은 다른 인종 간의 결혼금지를 무효화 했던 사건이다.

99) *Loving*, 388 U. S., at 12. (quoting *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U. S. 535, 541 (1942)).

100) *Roe v. Wade* (1973) 판결은 실제적 적법절차상의 권리는 결혼, 출산, 피임, 가족관계, 자녀양육, 교육에까지 이른다고 하였다.

101) *Obergefell v. Hodges*, 576 U. S. 644 (2015). 이 판결은 동성결혼을 인정한 판례이다.

전보다 더 오래되었다”¹⁰²⁾는 이유를 들었다. 결혼은 안도감에 대한 갈망, 안전한 안식처, 그리고 공통된 인류애를 표현하는 연결을 충족시켜 준다.¹⁰³⁾ 결혼은 외로운 인간이 큰 소리로 외쳐 불러도 아무도 없을지 모른다는 보편적 두려움에 대한 응답이다. 결혼은 동료애와 이해에 대한 희망을 주며, 살아있는 동안 다른 한쪽을 돌보는 누군가가 있을 것이라는 확약을 제공한다.¹⁰⁴⁾

법정의견은 이러한 선례들을 무시하며 *Dobbs* 판결에서 했던 치명적인 오류, 즉 ‘주장되는 근본적 자유의 이익에 대한 세심한 설명’을 다시 요구하였다. 법정의견은 무뇨스의 ‘결혼에 대한 근본적 권리’의 주장을 분명하게 정의하기 어려운 것이라고 흠잡았다. 그리고 그녀가 주장하는 권리를 ‘남편을 미국에 데려올 권리’로 규정하려 하였다. 무뇨스가 이를 부인하였음에도 말이다.

Obergefell 판결은 오늘 법정의견이 한 것에 대해 ‘결혼에 대한 근본적 권리를 논했던 연방대법원의 접근법에 맞지 않는 것’이라며 거부하였었다.¹⁰⁵⁾ *Obergefell* 재판부는 반세기 동안의 혼인에 대한 권리에 관한 선례들을 살펴보며 “*Loving* 사건은 ‘다른 인종 간에 혼인할 권리’에 관해 묻지 않았다. *Turner* 사건¹⁰⁶⁾은 ‘수감자의 혼인할 권리’에 관해 묻지 않았다. *Zablocki* 사건¹⁰⁷⁾은 ‘자녀부양의무를 다하지 않은 아버지의 혼인할 권리’에 관해 묻지 않았다. 이 사건들은 포괄적인 의미에서 혼인할 권리에 관한 질문이었고, 관련 계층을 혼인할 권리로부터 배제하는데 충분한 정당화 사유가 있었는지를 물었다.”라고 실시하였다. 마찬가지로 무뇨스 역시 결혼이 남편의 이민권을 부여한다고 주장하지 않았다. 대신 그녀는 미국에서 남편과 함께 사는 것을 막는 것이 ‘결혼하고, 가정을 이루고, 자녀를 양육할 그녀의 권리’에 부담을 준다는 합리적인 입장을 개진하였다.

연방대법원은 원고가 혼인에 대한 권리를 주장하기 전에 그 권리의 행사가 전적으로 막혀있어야 한다고 요구한 적이 없다. 문제는 정부의 행위가 그 권리에 부담을 주

102) *Obergefell*, 576 U. S., at 666, 678.

103) *Id.*, at 666.

104) *Id.*, at 667.

105) *Obergefell*, 576 U. S., at 671.

106) *Turner v. Safley*, 482 U. S. 78 (1987). 이 판결은 교도소 수감자의 결혼을 제한하는 규정이 혼인할 권리를 축소하는 것이라고 판결한 사건이다.

107) *Zablocki v. Redhail*, 434 U. S. 374 (1978). 이 판결은 자식 부양을 하지 않은 아버지의 결혼을 금지하는 법률이 혼인할 권리에 부담이 된다고 판결한 사건이다.

는지 여부이다. 시민권자의 배우자를 추방하는 것이 그 시민권자의 혼인에 대한 권리에 부담을 준다는 것은 의심의 여지가 없다. 연방대법원은 다른 곳으로 이사할 부부의 능력이 그들의 헌법상의 권리에 부과되는 부담을 제거한다고 판단한 적도 없다. Loving 판결은 상고인들에게 워싱턴 D.C에 머물라고 말하지 않았고, Obergefell 판결도 상고인들에게 메릴랜드에 머물라고 말하지 않았다. 연방대법원은 그들이 가정을 만들고 싶어 하는 어떤 곳에서도 혼인에 대한 권리를 행사할 수 있는 능력을 옹호하였다.

법정의견이 미국에서의 혼인에 대한 권리를 존중하지 않음으로써, 미국 시민은 ‘인간의 기본적인 시민적 권리’ 중 하나를 주장하기 위해, 그리고 배우자의 곁에서 살기 위해, 타국 이민법의 불안정한 자비에 의존하는 수밖에 없는 처지가 되었다.

(2) 무뇨스가 주장한 권리의 성격과 Mandel 판결의 적용

정부가 무뇨스의 남편을 추방함으로써 그녀의 혼인에 대한 권리에 부담을 주었음을 고려하건대, 문제는 그 부담에 대한 구제방안이다. 무뇨스는 이러한 부담이 남편의 비자거부에 대한 절차적 적법절차상의 보호를 촉발시킨다고 주장하였다. 법정의견은 일반적으로 혼인에 대한 권리와 같은 실체적 적법절차상의 권리는 엄격심사를 촉발한다고 강조하면서, 무뇨스가 ‘절차적 적법절차의 보호만을 받는 실체적 적법절차상의 권리 유형에 속하는 권리’를 만들어냈다고 비난하였다. 그러나 무뇨스는 그러한 유형의 권리를 만들어내지 않았다. 그러한 권리를 만들어낸 것은 연방대법원이다. Mandel 사건에서 연방대법원은 비시민권자의 추방에 관한 정부의 광범위한 권한 행사가 미국 시민권자의 헌법상의 권리에 부담을 주는 경우에 적용되는 기본원칙을 이미 설정하였다.¹⁰⁸⁾ 즉, 근본적 권리는 비시민권자의 추방에 대한 절차적 적법절차상의 보호를 촉발시킬 수 있지만 그러한 보호는 제한적이다.¹⁰⁹⁾

미국 밖에서 비자를 신청하는 비시민권자는 헌법상 미국에 들어올 권리가 없으므로, 일반적으로 비자신청에 있어 헌법상의 절차적 보호를 받지 못한다.¹¹⁰⁾ 반대로 정부가 이미 미국에 살고 있는 비시민권자를 추방하고자 하는 경우, 그 비시민권자는 추방이 진행되는 동안 절차적 적법절차상의 보호를 받는다.¹¹¹⁾ 만일 정부가 무뇨스

108) Id., at 770.

109) Ibid.

110) Landon v. Plasencia, 459 U. S. 21, 32 (1982).

111) Yick Wo v. Hopkins, 118 U. S. 356, 369 (1886); Zadvydas v. Davis, 533 U. S. 678, 693 (2001).

의 남편이 미국에 살고 있는 동안 추방하고자 했다면, 남편은 그 과정에서 자기 자신의 헌법상의 보호를 누렸을 것이다. 그러나 정부가 그에게 이민신분의 조정을 위해 미국을 떠났다가 다시 들어올 것을 강요하였고, 이에 따라 미국을 떠났기 때문에 그는 헌법상의 보호를 잃었다.

미국에 들어오고자 하는 비시민권자는 비자신청에 있어 헌법상의 절차적 권리가 없을 뿐만 아니라, 정부의 비자결정에 대해 사법심사를 받기도 어렵다. 연방대법원은 정부의 비자결정에 대해 심사하기를 거부함으로써 비자결정과 사법심사를 절연시켰다. 이렇게 법관들에 의해 만들어진 ‘영사불심사권의 원칙’은 외국인의 입국과 추방이 일반적으로 의회와 행정부의 강력한 권한 영역이라는 사법부의 인식을 반영한다. 그러나 비시민권자에 대한 비자거부가 미국 시민권자의 헌법상 권리에 부담을 주는 경우, 연방대법원은 그러한 권리의 중요성과 비자결정에 대한 정부의 권한을 조화시켜야만 했다.

Mandel 판결에서 연방대법원은 구제방안을 세웠다. 연방대법원은 비자거부가 시민권자의 권리와 관련되어 있는 경우, 비자거부에 대한 ‘일견 적법하고 진실한 이유’ 이상을 검토하지 않을 것이라고 판시하였다.¹¹²⁾ 다시 말해서, 비자거부가 헌법상의 권리에 부담을 주는 경우, 법원은 엄격심사기준 하에서 상충하는 이익을 형량하려고 하기보다는 (예를 들어, Mandel 사건의 경우 외국 학자의 강연을 들을 학술대회 청중들의 이익과 외국인의 입국 여부를 결정할 정부의 이익을 형량하기보다는) 정부의 ‘일견 적법하고 진실한 이유’를 받아들여야 한다. 그러한 최소한의 요건은 비시민권자의 입국과 추방을 관할하는 조건을 정하는 정부의 주권을 법원이 과도하게 침범하지 않도록 하면서도 정부가 자의적으로 시민권자의 헌법상 권리에 부담을 주지 못하게 한다.

연방대법원은 이민 분야에서 Mandel 심사를 반복하여 적용해 왔다.¹¹³⁾ 실제로 10년이 채 되지 않은 Din 사건에서 오늘 연방대법원이 마주한 바로 그 법적 문제에 대해 판결했던 6명의 대법관¹¹⁴⁾은 결혼의 맥락에서 Mandel 판결이 적용되거나 그 보호가 더 확대되어야 한다고 판단하고자 했다.¹¹⁵⁾

112) Id., at 765, 769.

113) 예를 들어, *Trump v. Hawaii*, 585 U. S. 667, 703 (2018); *Fiallo v. Bell*, 430 U. S. 787, 794, 799 (1977);

114) *Kerry v. Din*, 576 U. S. 86 판결은 9명의 대법관이 다수의견을 이루지 못하고 3인의 상대다수의견(Scalia, Roberts, Thomas), 2인의 별개의견(Kennedy, Alito), 4인의 반대의견(Breyer, Ginsburg, Sotomayor, Kagan)으로 나뉘었다. 여기서 6명의 대법관이란 별개의견과 반대의견을 낸 대법관들을 일컫는다.

연방대법원은 이민의 맥락 외에도 정부의 기본적 권한이 강화되는 상황에서 비슷한 심사를 하였다. 예를 들어, 연방대법원은 *Turner* 판결에서 교도소라는 맥락에서 혼인에 대한 권리를 심사하였다. 연방대법원은 비록 수감자가 그의 재소자 신분에 부합하지 않거나 교정제도의 행형상 목적에 맞지 않는 헌법상의 권리를 보유하긴 하지만, 다른 많은 권리와 마찬가지로 혼인할 권리도 수감으로 인해 실제적 제한을 받는다고 강조하였다.¹¹⁶⁾ 연방대법원은 그 사건에서 문제가 된 교도소 규정이 단지 행형상의 정부이익에 합리적으로 관련되어 있지 않았기 때문에 위헌이라고 판결했을 뿐이다.¹¹⁷⁾

Turner 판결이 교도소에 대한 정부의 통제를 존중하기 위해 혼인에 대한 권리에 부과되는 부담을 ‘행형상의 이익’이라는 좁은 렌즈를 통해 살펴보았듯이, *Mandel* 판결도 비시민권자의 추방에 대한 정부의 권한을 존중하기 위해 ‘일견 적법하고 진실한 이유’를 사용하였다. 두 사건 모두 문제가 된 헌법상의 권리를 삭제하지는 않았다. 단지 연방대법원은 정부가 특히 강화된 통제권을 행사하는 영역에에서는 헌법상의 권리가 실질적으로 제한될 수 있음을 인정하였을 뿐이다. 이 사건에 *Mandel* 판결과 *Turner* 판결을 적용하면 구제방안이 분명해진다. 정부가 무노스의 남편을 추방한 것은 그녀에게 적어도 *Mandel* 판결에서 요구되었던 구제방안, 즉 ‘일견 적법하고 진실한 이유’를 받을 수 있는 권한을 부여한다.¹¹⁸⁾

(3) 법정의견의 우려에 대한 반박

법정의견은 불안을 야기하는 부수적 결과를 우려하며 이러한 결론에 반대하였다. 법정의견은 무노스가 제안하는 제한적 권리를 인정하는 경우 초래될 일련의 가설들을 제시하며 우려하였다. 그러나 이러한 우려들은 근거 없는 것들이다.

첫째, *Mandel* 판결을 무노스의 혼인에 대한 권리에 적용하면 헌법소송의 ‘미끄러운 비탈길(slippery slope)’¹¹⁹⁾을 야기할 것이라는 법정의견의 우려는 근거 없는 것이다. 무노스의 권리는 제한된 절차적 보호만을 촉발시킬 뿐인데, 이는 정부가 그녀의 남

115) *Id.*, at 103 - 104 (2015) (Kennedy, J., concurring in judgment); *id.*, at 107 (Breyer, J., dissenting).

116) *Turner*, 482 U. S., at 95 (quoting *Pell v. Procunier*, 417 U. S. 817, 822 (1974)).

117) *Turner*, 482 U. S., at 95, 99.

118) *Mandel*, 408 U. S., at 770.

119) ‘미끄러운 비탈길 효과(Slippery Slope Effect)’는 사소한 것을 허용했을 때 연쇄 과정을 거쳐 결국 나쁜 결과를 가져온다는 이론이다.

편에게 미국을 떠날 것을 요구하였을 때 남편은 자기 자신의 절차적 보호를 잃었기 때문이기도 하다. 무뇨스의 혼인에 대한 권리는 그녀의 남편이 아무런 절차적 보호를 제공받지 못할 때 정부가 ‘일견 적법하고 진실한 이유’를 제공하도록 요구함으로써 아무것도 없는 바닥에서 약간 들어 올리는 것에 불과하다. 법정의견이 가정하였던, 남편을 멀리 떨어진 교도소에 배치한 것에 대한 아내의 소송은 아마도 남편이 이미 받았던 형사절차상의 보호에 의해 제약을 받게 될 것이다.

둘째, 법정의견이 O'Bannon 판결을 근거로 한 것은 잘못된 것이며, 법정의견의 우려가 추측에 근거한 것임을 잘 보여준다. 정부기금 요양원의 거주자들은 다른 요양원으로 옮겨지지 않기를 원했는데 이는 그 이동으로부터 받을 감정적 피해 때문이었다.¹²⁰⁾ 연방대법원은 심각한 트라우마를 피할 독립된 헌법상의 이익을 인정하지 않았다.¹²¹⁾ 그러나 무뇨스는 남편과의 분리가 가져올 막연한 감정적 피해를 근거로 삼은 것이 아니었다. 그녀는 남편과 결혼하고 함께 살며 가족을 양육할 그녀의 근본적 권리를 원용하였다. 그러한 권리는 연방대법원이 수 세기 동안 인정해 왔던 권리이다. 남편의 입국을 거부하는 것은 그러한 권리에 직접적으로 부담을 준다.

요컨대, 법정의견의 우려는 부적절하다. 무뇨스가 받고자 하는 제한된 구제가 가능한 경우는 거의 없을 것이다.

다. Knauff 사건의 실제 결말과 교훈

‘일견 적법하고 진실한 이유’는 근본적 권리에 부담을 주는 데 대한 빈약한 구제방안으로 보일 수 있다. 그러나 그러한 가장 기초적인 설명 요건도 강력할 수 있다. 법정의견은 Knauff 판결에 많이 의존하고 있다. 그러나 Ellen Knauff의 이야기를 자세히 들여다보면, 비자거부가 헌법상의 권리에 부담을 주는 경우 정부에 최소한의 증거를 요구하는 것이 중요함을 알 수 있다. Knauff의 미국 시민권자인 남편은 독일 파병 기간에 그녀와 결혼하였고, 그녀를 미국으로 데려오고자 했다. 비공개된 국가안보상의 이유를 근거로 한 그녀의 추방을 연방대법원이 옹호한 후, 격렬한 대중적 항의가 있었다.¹²²⁾ 연방의회 상·하원 모두 그녀를 구제하기 위한 개별 법안을 제출하였고, 이

120) O'Bannon 447 U. S., at 777 - 781, 784.

121) Id., at 788.

122) C. Weisselberg, The Exclusion and Detention of Aliens: Lessons From the Lives of Ellen Knauff and Ignatz Mezei, 143 U. Pa. L. Rev. 933, 958 - 964 (1995).

에 법무부 장관은 연방의회가 입법하기 전에 그녀를 서둘러 추방하려고 하였다. 그러나 연방대법원의 보류명령이 내려졌고, 광범위한 변호가 이루어진 후, 법무부 장관은 공무원에게 사건을 다시 검토할 것을 명하였다.¹²³⁾ 그리고 마침내 Knauff는 이민항소위원회에서 승리하였다.¹²⁴⁾ 이때 정부는 국가안보상의 우려를 입증하지 못했다. 결국 그녀는 합법적인 영주권자로서 입국이 인정되었다.¹²⁵⁾

법정의견은 ‘법무부 장관이 비시민권자를 추방할, 다룰 수 없는(unchallengeable) 권한을 가진다’는 Knauff 판결의 원칙에 많이 의존하고 있다. 그러나 Ellen Knauff의 전체 이야기는 대중과 연방의회가 그러한 종류의 날것 그대로의 권한이 행사되는 것을 탐탁지 않아 한다는 사실을 보여준다.¹²⁶⁾ 정부가 공개절차에서 실제적이고 믿을만한 증거로 추방결정을 정당화할 것이 요구되자 Knauff는 미국으로의 입국을 허가받게 되었다.¹²⁷⁾

Knauff는 자신의 추방을 다루는 그녀 자신의 청구를 제기하였다.¹²⁸⁾ 그녀의 남편은 그녀의 추방이 자신의 혼인에 대한 권리에 부담을 준다고 주장하지는 않았다. 그러나 Knauff 판결로부터 22년 후, Mandel 사건에서 그러한 청구와 대면한 연방대법원은 이 경우 정부가 ‘일견 적법하고 진실한 이유’를 제공해야 한다며 정당화 사유를 제한하였다.¹²⁹⁾ 오늘 법정의견은 그러한 좁은 근거로 이 사건을 해결하려 하지 않고, 대신에 정부가 전혀 스스로를 정당화할 필요가 없다고 풀어주었다. Knauff의 이야기는 왜 혼인에 대한 권리가 그 이상의 대우를 받을 자격이 있는지를 보여준다. 법정의견은 미국 시민권자에게 그들의 배우자가 추방되는 근거사실조차 남겨주지 않음으로써, 그간 연방대법원이 우리 국가에 있어 가장 중요한 권리들 중 하나라고 반복적으로 판단해 온 권리를 자의적으로 거부할 수 있는 길을 열고 있다.

* * *

2세기 전 미국을 찾았던 방문객¹³⁰⁾은 “세계에서 미국만큼 결혼의 결합이 존중되는

123) Id., at 961 - 962.

124) Id., at 961 - 962.

125) Id., at 964.

126) Weisselberg, 143 U. Pa. L. Rev., at 964.

127) Ibid.

128) Knauff, 338 U. S., at 539 - 540.

129) Mandel, 408 U. S., at 770.

130) 프랑스 학자인 ‘알렉시 드 토크빌(Alexis de Tocqueville)’을 지칭한다.

나라는 분명히 없을 것이다.”라고 적었다.¹³¹⁾ 오늘 법정의견은 이 수백 년 된 약속에 부응하지 않았다. 무뇨스는 엘살바도르에서 그녀의 남편과 함께 살 수 있을 것이지만, 이것은 미국 시민권자인 자녀를 미국 밖에서 키워야 함을 의미한다. 다른 사람들은 이보다 덜 운이 좋을 것이다. 가장 무거운 부담을 지게 되는 것은 동성 커플들이나 법적·재정적 이유로 비시민권자의 국적국에 가정을 꾸릴 수 없는 커플들이 될 것이다. 이러한 커플들에게 ‘살아있는 동안 다른 한쪽을 돌보는 누군가가 있을 것이라는 약속’¹³²⁾이라는 연방대법원의 결혼에 대한 비전은 공허하게 들릴 뿐이다. 이에 법정의견에 정중히 반대한다.

III. 판결의 의의 및 이후 상황

이 사건은 ‘미국 시민은 비시민권자인 배우자의 미국 입국에 대한 근본적 자유의 이익을 갖지 않는다’고 판단한 판결이었다. 이는 외국인의 입국과 추방에 대하여 ‘영사절대주의’(consular absolutism) 또는 ‘영사불심사권의 원칙’을 적용함으로써 이 영역에서의 정부의 강력한 주권행사를 인정하는 사법부의 입장을 보여준다. 반면에 반대 의견은 법정의견이 미국 시민의 혼인에 대한 권리에 부담을 주는 것이라며 비판하였다.

한편 이 판결이 선고되기 3일 전인 2024년 6월 18일, 조 바이든 미국 대통령은 미국 시민과 결혼한 미등록 이민자가 미국을 떠나지 않고도 합법적으로 영주권을 신청할 수 있도록 하는 새 이민정책 ‘Keeping Families Together’¹³³⁾를 발표하였다.¹³⁴⁾ 미국인과 결혼한 미등록 이민자는 약 50만 명으로 추정되며, 연방법률에 따라 이들이 합법적인 신분을 얻기 위해서는 일단 미국을 떠나야 했고 최대 10년까지 재입국이 금지될 위험을 감수해야 했다. 그러나 이제 새로운 정책에 따라 이러한 과정이 간소화된 것이다. 이 새로운 정책은 ‘미성년 입국자 추방유예(DACA)’ 프로그램 12주년을

131) Obergefell, 576 U. S., at 669 (quoting 1 A. de Tocqueville, *Democracy in America* 309 (H. Reeve transl., rev. ed. 1900)).

132) Obergefell, 576 U. S., at 667.

133) *Keeping Families Together*, U. S. Citizenship and Immigration Services(<https://www.uscis.gov/keeping-families-together>, 2024.10.22. 최종방문).

134) *President Biden Announces Plan for Undocumented Spouses on DACA Anniversary*, c-span, 2024-06-18 (<https://www.c-span.org/video/?536470-1/president-biden-announces-plan-undocumented-spouses-daca-anniversary>, 2024.10.22. 최종방문).

맞아 발표된 것으로, 2024년 여름부터 시행되었다. 이는 미국·멕시코 국경으로 유입 되는 미등록 이민자가 급증하면서 바이든 대통령이 2024년 6월 4일, 남부 국경을 통한 무단 입국자가 일주일에 하루 평균 2,500명을 넘는 경우 국경을 폐쇄한다는 행정 명령을 내린 데 따른 비판을 희석하기 위한 것이었다.

무뇨스 부부의 대리인 Eric Lee는 이번 판결로 헌법에 명시적으로 적혀있지 않은 다른 권리들—예를 들어 동성혼에 대한 권리 등—의 해체를 정당화하는 문이 열릴 것을 우려하였다.¹³⁵⁾ 또한 바이든 대통령이 이미 비자거부로 분리된 가족들에게도 새로운 정책의 보호를 확대해 줄 것을 요청하였다.¹³⁶⁾ 만일 아센시오-코데로가 미국을 떠나지 않았었다면 새 정책의 보호를 받았을 것이기 때문이다. 그는 새로운 정책적 구제방안이 가능한 한 많은 가족들에게 적용될 수 있기를 희망하면서, 만일 이것이 새로운 기준이라면, 왜 정부는 그렇게 오랫동안 최선을 다해 무뇨스와 아센시오-코데로 부부에 맞서 싸웠는지 묻지 않을 수 없다는 씩씩한 질문을 던졌다.¹³⁷⁾

반면, 텍사스주를 비롯한 16개 주는 바이든 정부의 새 정책이 헌법을 위반한다며 합동으로 소송을 제기하였고, 2024년 8월 26일 텍사스 연방지방법원(United States District Court for the Eastern District of Texas)은 정책 시행을 보류시켰다. 정책 시행 일주일 만에 연방법원이 제동을 건 것이다.¹³⁸⁾ 처음 2주의 기간으로 보류된 이 정책은 이후 연방지방법원의 추가적인 보류 명령으로 시행이 계속 멈춰있는 상태이다.¹³⁹⁾ 도널드 트럼프 전 대통령이 바이든 정부의 새 정책에 대해 ‘불법입국자를 대량 사면한 것이며, 재집권시 임기 첫날 이 정책을 폐기하겠다’고 강하게 비판한 상황에서 연방법원의 제동까지 걸리게 된 이 정책이 향후 어떠한 방향으로 나아갈지, 그리고 관련하여 무뇨스 판결이 어떤 영향을 미치게 될지 관심이 모아지고 있다.

135) Andrea Castillo, *Supreme Court rules against Los Angeles couple denied visa in part over husband's tattoos*, Los Angeles Times, 2024-06-21(<https://www.latimes.com/politics/story/2024-06-21/supreme-court-los-angeles-couple-denied-visa>, 2024.10.22. 최종방문).

136) Ibid.

137) Ibid.

138) 김은별, 바이든 정부 ‘불체 배우자 구제조치’ 제동, 미주중앙일보, 2024-08-28(<https://news.koreadaily.com/2024/08/27/society/generalsociety/20240827204600039.html>, 2024.10.22. 최종방문).

139) 가장 최근으로는 2024년 10월 4일 텍사스 연방지방법원의 명령이 있다. 텍사스 연방지방법원은 원래의 8월 26일 임시보류조치를 재적용하는 명령을 내렸으며 그 기한을 2024년 11월 8일까지로 설정하였다.

최신 세계헌법판례

독일

■ 공식채용절차에 대한 사법적 통제와 효과적인 법적 보호

/ 책임연구원 이지효

■ 연방의회 위원회 위원장 선출과 관련된 독일대안당의 기관쟁의 사건

/ 책임연구원 이지효

공직채용절차에 대한 사법적 통제와 효과적인 법적 보호¹⁾

I. 사실관계

청구인은 연방행정법원 판사이며, 노르트라인-베스트팔렌 주 고등행정법원장직에 지원했으나 임명되지 못했다. 그는 다른 지원자(이 사건 제3자 소송참가인)에게 예정된 해당 직책 임명에 대해 뮌스터 행정법원에 가처분 명령을 신청했다. 청구인은 법원장 선발 절차에 당파적인 사전결정이 있어서 조작이 의심되며, 여러 관점에서 선발 결정이 실질적으로 위법하다고 주장하였다.

뮌스터 행정법원은 2023년 9월 28일 결정(5 L 583/23)으로 청구된 가처분 명령을 발령하여, 법무부가 해당 직위에 소송참가인을 임명하는 것을 금지했다. 노르트라인-베스트팔렌 주 법무부는 이에 대해 이의신청을 제기하였고, 청구인은 반대입장을 표명했지만 고등행정법원에서 패소했다(노르트라인-베스트팔렌 주 고등행정법원 2024. 2. 29. 결정 1 B 1082/23).

청구인은 해당 결정이 무엇보다도 최우수자 선발(Bestenauswahl) 원칙에 따라서가 아닌, 당파적인 사전결정에 따라 그 임용 예정 지원자가 여성이라는 이유로 이루어졌다고 주장하였다. 청구인은 자신의 선서에 갈음한 보증(eidesstattliche Versicherung)에서, 2022년 9월에 어느 한 연방의회 의원이 자신에게 전화를 걸어 ‘뒤셀도르프 연합 측으로부터’ 여성이 고등행정법원장이 되기를 바란다는 희망을 전달했다고 진술하였다. 이는 주로 녹색당(Bündnis90/Die Grünen)의 바람이었고, 연합 측에서는 독일 기독교민주당 연합(Christdemokratische Union Deutschlands, CDU) 소속의 여성이라면 만족할 것이라고 했는데, 그 결과로 소송참가인이 선택되었다는 내용이었다. 법무부장관은 해당 지원자의 근무 평가가 완료되기 전, 청구인과의 개인 면담에서 해당 지원자가 “앞서 있다”고 언급하며 청구인에게 지원을 철회할 것을 시사했다고 한다. 청구인이 이러한 사실을 서약서로 제출했음에도 불구하고, 고등행정법원은 선발 과정의 상황을 제대로 조사하지 않았다.

청구인은 연방헌법재판소에 헌법소원심판을 청구하며 노르트라인-베스트팔렌 주

1) 연방헌법재판소 제2재판부 제1지정재판부 2024. 8. 7. 결정, 2 BvR 418/241.

법무부장관의 임용 결정으로 인해 자신의 공직에 평등하게 접근할 권리(기본법 제33조 제2항) 및 효과적인 법적 보호를 받을 권리(기본법 제19조 제4항)가 침해되었다고 주장하였다.

II. 주문2)

1. 노르트라인-베스트팔렌 주 고등행정법원의 2024. 2. 29. 결정 1 B 1082/23은 기본법 제33조 제2항과 연계하여 동법 제19조 제4항에서 도출되는 청구인의 권리를 침해한다. 해당 결정을 파기한다. 이 사안은 노르트라인-베스트팔렌 주 고등행정법원으로 환송한다.

2. 그 밖의 헌법소원은 결정에 회부되지 아니한다.

III. 관련 주요 조항 및 쟁점

1. 주요 조항

기본법 제33조 제2항

모든 독일인은 그 적성·능력 및 전문성에 따라 모든 공직에 동등하게 취임할 수 있다.

기본법 제19조 제4항

공권력에 의하여 권리를 침해당한 자에게는 권리구제 절차가 열려 있다. 다른 관할이 규정되어 있지 않은 한, 통상적인 권리구제 절차가 인정된다. 제10조 제2항 제2문은 영향을 받지 않는다.

2. 쟁점

공직 채용 시 청구인이 제기한 인사권자의 편향성과 사전 결정이 있었는지에 관한 사실관계 확인을 관할 법원이 제대로 하지 않음으로 인해 청구인의 기본권 유사적 권리(*grundrechtsgleiches Recht*)가 침해되었는지 여부가 문제된다.

2) 주문 중 소송비용에 관한 부분은 생략하였다.

IV. 판단

고등행정법원의 해당 결정은 청구인이 가진 기본법 제33조 제2항과 제19조 제4항에 따른 효과적인 법적 보호를 받을 권리를 침해하였다.

1. 채용절차에 대한 권리

기본법 제33조 제2항은 모든 독일 국민에게 적격성, 능력 및 전문적 성과에 따라 모든 공직에 평등하게 접근할 수 있는 기본권 유사적 권리를 보장한다. 이에 따라 승진을 신청한 사람은 그의 지원에 대해 재량 및 판단 오류가 없는 결정을 받을 권리(Bewerbungsverfahrensanspruch, 이른바 ‘채용절차에 대한 권리’)를 갖는다.

가. 임용권자의 재량권과 그에 대한 통제

기본법 제33조 제2항은 ‘적격성, 능력, 그리고 직무상의 성과’라는 개념을 통해 임용권자가 임용선택 결정을 내릴 때 예측적인 성격을 감안하여 일정한 재량권을 부여하고 있으며, 이 재량권은 행정법원의 제한적인 통제만을 받는다. 따라서 행정법원의 사법심사는 제한적이며, 행정기관이 절차 규정을 위반했는지, 적용해야 할 개념이나 자유롭게 행동할 수 있는 법적 범위를 오인했는지, 사실관계를 잘못 파악했는지, 일반적인 가치 기준을 무시했거나 부적절한 고려를 했는지 여부에 대해서만 다루어야 한다.³⁾

구체적인 공고와 그에 따른 선발 절차는 지원자들이 보유한 채용절차에 대한 권리를 절차적으로 보장하는 역할을 한다.⁴⁾ 기본법 제33조 제2항의 권리 실현을 보장하기 위해서는 채용절차가 적절하게 설계되어야 한다.⁵⁾ 선발 절차는 직무에 가장 적합한 지원자를 선발할 수 있도록 조직되어야 하며⁶⁾, 기회의 평등을 제한하는, 합리적 이유가 없는 사전결정을 피해야 한다. 임용권자는 모든 지원자에게 공정하고 객관적인 태도를 취해야 한다.⁷⁾ 이는 선발에 관여하는 사람이 지원자에 대해 편견 없는 태

3) BVerfGE 39, 334 <354>; 108, 282 <296>; 141, 56 <78 Rn. 56> 참조.

4) BVerfGK 10, 355 <357> 참조.

5) BVerfGK 10, 355 <357>; 독일 연방헌법재판소 제2재판부 제1지정재판부 결정, 2011년 11월 28일 -2 BvR 1181/11-, Rn. 21; 기본법 제12조 제1항과 관련하여 BVerfGK 5, 205 <215> 참조.

6) BVerfGE 110, 304 <326 ff.> 참조.

도를 유지해야 하며, 결정 과정에서 합리적인 고려에 기반을 두고 재량권을 행사해야 함을 뜻한다.⁸⁾ 마지막으로, 선발 결정은 원칙적으로 지원자의 적격성, 능력, 직무상의 성과와 직접 관련된 요소에만 근거해야 한다.⁹⁾

임용권자의 공정성을 담보하기 위해 일반법 규정인 「행정절차법」(Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG) 제21조¹⁰⁾의 편파성 우려에 관한 규정 및 이와 동일한 내용의 「노르트라인-베스트팔렌 주 행정절차법」(VwVfG NRW) 제21조의 규정이 적용된다. 이 규정에 따르면, 행정절차에서 직무를 수행해야 할 사람에게 편파적인 직무 수행에 대한 의심을 정당화할 이유가 있거나, 당사자가 이러한 이유가 있다고 주장하는 경우, 해당자는 기관장 또는 그로부터 위임받은 자에게 이를 통지하고, 그 명령에 따라 절차에 관여하지 않아야 한다. 만약 해당 의심이 기관장에게 제기된 경우, 기관장이 절차에서 자진하여 물러나지 않는 한, 감독기관이 이를 명하게 된다. 이때 중요한 기준은, 절차에 참여중인 합리적인 당사자가 그 주어진 상황에서 해당 공무원이 절차를 객관적이고 공정하게 처리하지 못할 것이라는 의심을 가질 수 있는지 여부이다.¹¹⁾

나. 탈락한 지원자의 사법적 구제 가능성

기본법 제33조 제2항과 제19조 제4항에 따르면, 탈락한 지원자는 법원 절차에서 자신이 기본법 제33조 제2항에 따른 주관적 공권을 침해당했는지 여부를 검토 받을 수 있다.¹²⁾ 지원절차에서의 권리는 선택된 경쟁자의 임명이 이루어지기 전에 「행정소송법」(VwGO) 제123조 제1항 제1문에 따른 가처분 명령을 통해서만 확보될 수 있다.¹³⁾

7) BVerwGE 145, 185 <192 Rn. 25>; 2024년 3월 26일 독일 연방행정법원 결정, -2 VR 10.23-, juris, Rn. 22 참조.

8) 독일 연방헌법재판소 제2재판부 제1지정재판부 결정, 2002년 8월 6일 -2 BvR 2357/00-, Rn. 32 참조.

9) BVerfGE 139, 19 <56 Rn. 76>; 141, 56 <68 Rn. 31>; BVerfGK 12, 284 <287> 참조.

10) 행정절차법 제21조 편파성 우려

① 공정한 직무 수행에 대한 불신을 정당화할 만한 이유가 있거나 관련자가 그러한 이유가 있다고 주장하는 경우, 행정절차에서 기관을 위해 활동하게 될 자는 기관의 장 또는 그로부터 지명된 자에게 이를 통지하고, 해당자의 지시에 따라 관여를 중단해야 한다. 기관장에 대한 편파성 우려가 있다면, 기관장이 스스로 관여를 포기하지 않는 한, 이러한 지시는 감독기관에서 내리게 된다.

② 위원회 위원들(제88조)에는 제20조 제4항이 유추 적용된다.

11) BVerwGE 141, 1 <9 f. Rn. 33>; OVG Nordrhein-Westfalen, 2022년 1월 26일 판결 -20 D 71/18.AK-, juris, Rn. 175) 참조.

12) BVerfGK 1, 292 <295 f.>; 11, 398 <402>; 12, 265 <268 f.>; 독일 연방헌법재판소 제2재판부 제1지정재판부 결정, 2011년 11월 28일 -2 BvR 1181/11-, Rn. 20 참조.

13) BVerwGE 118, 370 <372>; 145, 185 <187 Rn. 12>; BVerfGE 141, 56 <78 Rn. 57> 참조.

다툼의 대상이 된 직책이 이미 충원된 경우, 탈락한 지원자는 법원의 긴급 구제와 본안에서의 1차적 구제 조치를 원칙적으로 받을 수 없다. 승진 선발과 관련된 법적 분쟁은 해당 직책이 최종적으로 채워지면 원칙적으로 종결된다.¹⁴⁾ 기본법 제33조 제2항에 근거한 주관적 권리의 이러한 절차적 종속성으로 인해, 행정법원은 공무원 경쟁자 분쟁 시 특히 긴급절차를 통해 효과적인 법적 보호를 충분히 고려해야 한다.

기본법 제19조 제4항은 단순히 법원에 제청할 수 있는 형식적 권리나 이론적 가능성을 보장하는 것이 아니라, 실질적으로 효과적인 법적 통제를 보장한다.¹⁵⁾ 긴급구제가 거부될 경우 청구인이 심각하고 돌이킬 수 없는 기본권 침해할 위험이 있을 때, 본안에서 주장된 권리의 사실적·법적 검토가 필요하다면 긴급보호가 제공되어야 하며, 예외적으로 중요한 이유가 없는 한 이를 거부할 수 없다.¹⁶⁾ 이 과정에서 법원은 효과적인 법적 보호의 요구에 부응하도록 절차법을 해석하고 적용해야 한다.¹⁷⁾ 따라서 가치분 명령에 대해 지나치게 엄격한 입증을 요구하지 않아야 하며, 선발 결정의 오류에 대한 설명과 재결정 시 더 나은 결과가 나올 가능성 이상의 요구를 해서는 안 된다.¹⁸⁾ 또한, 기본권을 침해하는 조치에 대한 전문법원의 검토는 법치국가가 요구하는, 적용되는 법률 준수 및 해당 실체적 권리의 효과적인 보호 보장을 위해, 해당 사실관계의 충분한 조사에 근거해야만 가능하다.¹⁹⁾ 따라서 판단에 필요한 사실적 기초를 명확히 하기 위한 법원의 사실조사 조치는, 경우에 따라서는 이미 긴급구제 절차 단계에서 요구될 수 있다.²⁰⁾ 이와는 별개로, 법원이 그 결정에 기초로 삼는 사실이 타당한 이유로 논쟁 중인 사항일 경우 절차의 긴급성이 있다고 해서 이를 확정된 사실로 받아들일 권한은 없다. 따라서 사실관계를 밝혀야 할 필요성이 있는 경우 법원은 긴급구제 절차에서도 이를 시행할 수 있으며, 약식 심사가 원칙인 긴급절차라 하더라도 상당한 기본권 침해가 문제된 경우 사실적 측면에서도 법적 보호

14) BVerwGE 118, 370 <371 f.>; 138, 102 <109 f. Rn. 30 f.> 참조.

15) BVerfGE 40, 272 <275>; 103, 142 <156>; BVerfGK 11, 398 <401> 참조.

16) BVerfGE 141, 56 <78 Rn. 57> 참조.

17) BVerfGE 97, 298 <315>; BVerfGK 1, 292 <296> 참조.

18) 독일 연방헌법재판소 제2재판부 제1지정재판부 결정, 2002년 9월 24일 -2 BvR 857/02-, Rn. 11 ff. 참조.

19) BVerfGE 101, 275 <294 f.>; BVerfGK 4, 119 <127 f.>; 13, 487 <493>; 독일 연방헌법재판소 제2재판부 제3지정재판부 결정, 2013년 12월 3일 -2 BvR 2299/13-, Rn. 18 참조.

20) BVerfGK 3, 135 <140>; 독일 연방헌법재판소 제2재판부 제3지정재판부 결정, 2009년 3월 24일 -2 BvR 2347/08-, Rn. 9; 2013년 12월 3일 결정 -2 BvR 2299/13-, Rn. 18 참조.

의 요구를 검토하는 것이 필요하다.²¹⁾ 만약 경쟁자 분쟁 절차에서 명백히 의심스러운 채용 상황이 제기되었다면, 해당 사건에 대해 전문법원은 이를 철저히 조사해야 한다.²²⁾

2. 고등행정법원 결정에 따른 기본권 유사적 권리의 침해

이러한 기준에 따르면, 2024년 2월 29일에 내려진 고등행정법원의 결정은 기본법 제33조 제2항과 제19조 제4항에 따른 효과적인 법적 보호를 받을 권리를 침해하였다.

청구인은 자신의 진술서를 통해 명백히 의심스러운 채용 상황을 제시하였으며, 이는 부당한 사전결정과 임명권자의 편향성을 시사한다. 청구인은 자신의 진술서에서, 2022년 9월에 어느 한 연방의회 의원이 자신에게 전화를 걸어 ‘뒤셀도르프 연합 측으로부터’ 여성이 고등행정법원장이 되기를 바라는 희망을 전달했다고 진술하였다. 이는 주로 녹색당의 바람이었고, 연합 측에서는 독일 기독교민주연합 소속의 여성이라면 만족할 것이라 했는데, 그 결과로 소송참가인이 선택되었다는 내용이었다. 또한, 연합은 청구인과 다른 후보가 지원서를 철회하길 원한다고 전달했다. 다른 후보와는 장관이 직접 이야기할 것이고, 청구인과 이야기하는 것은 연방의회 의원인 자신에게 맡겨져 있다고 했다. 구체적인 보상을 제안할 수는 없지만, 협조적인 태도를 잊지 않겠다는 약속이 있었다. 청구인은 이후 의원과의 추가 대화에서 지원서를 철회할 의향이 없으며 우선 장관과 대화를 나누겠다고 밝혔다.

2022년 11월 11일 장관과의 대화에서 청구인은 먼저 해당 직책과 관련된 업무에 대해 논의했다. 이후 장관은 소송참가인이 우위를 점하고 있다고 말했고, 이어진 청구인의 질문에 그녀가 이미 지원서를 제출했다고 확인해 주었다. 또한, 장관은 청구인에게 지원서를 철회할 것을 요청했으며, 보상에 대해서는 긍정적으로 생각할 수 있다고 말했다.

청구인의 진술서는 장관의 인지와 개입 하에 정치적으로 조정된 행위의 정황을 시사하며, 이는 부적절한 기준(성별과 당적)에 따른 사전결정과 관련이 있을 수 있다. 청구인이 장관과 의회 의원, 그리고 다른 지원자와 대화를 나눈 사실과 그 시기는 고등행정법원 절차에서 다툼 없이 인정되었다. 특히, 2022년 11월 11일 청구인과 장관

21) BVerfGE 79, 69 <74 f.>; 93, 1 <13 f.>; BVerfGK 5, 135 <140>; 독일 연방헌법재판소 제2재판부 제3지정재판부 결정, 2013년 12월 3일 -2 BvR 2299/13-, Rn. 18 참조.

22) 독일 연방헌법재판소 제2재판부 제1지정재판부 결정, 2018년 7월 4일 -2 BvR 1207/18-, Rn. 12 참조.

의 대화 시점은 진술서 내용을 고려했을 때 장관의 편향성을 시사하는 중요한 요소로 작용할 수 있다. 초대된 후보자에 대한 평가가 해당 시점 이후인 2022년 11월 15일에 장관에게 도착했으므로, 장관이 해당 후보자가 우위를 점하고 있다고 발언한 데에는 타당한 근거가 없었을 가능성이 크다.

청구인이 제출한 장관의 부적절한 사전결정과 편향성에 대한 구체적인 주장에 대해서 고등행정법원은 이를 중요하지 않다고 판단하였다. 고등행정법원은 청구인이 주장하는 장관의 “(소송참가인인) 후보자가 앞서고 있다”는 발언에 대해, 이는 허용 가능한 범위 내에서의 단순한 사전 평가에 불과할 수 있기 때문에 장관의 사전결정이나 편향성을 증명하지 못한다고 판단하였으며, 이에 따라 추가적인 사실조사를 할 필요가 없다고 보았다.

이러한 판단에는 헌법적 의구심이 제기된다. 고등행정법원이 인사결정권자의 편향성에 대한 판단 기준을 기본법 제33조 제2항과 일치하지 않는 방식으로 적용했거나, 헌법적으로 타당한 기준을 적용하면서도 필요한 증거 평가나 추가적인 사실조사를 하지 않았을 가능성이 있다. 이러한 두 가지 해석 모두 고등행정법원의 결정이 기본법 제33조 제2항이 요구하는 효과적인 법적 보호를 위한 충분한 검토를 하지 못했다는 결론으로 이어진다. 기본법 제33조 제2항의 침해 가능성은 다른 이유로 배제되지 않는다.

고등행정법원의 논리를 임용권자가 선발 절차의 예상 결과에 대해 한 발언은 ‘단순한 사전 평가’로서 항상 무해한 것으로 간주해야 한다는 의미로 이해해야 한다면, 이는 독일 기본법 제33조 제2항과 양립할 수 없다. 인사 결정 과정에서 임용권자가 특정 지원자에게 지원의 성공가능성에 대한 사전 평가를 제공할 수는 있으나, 이 평가는 지원자의 자격, 능력 및 전문적 성과에 직접 기반해야 한다. 만약 평가가 이와 무관한 요소들에 기초한 것으로 판단된다면, 이는 임용권자의 부적절한 편견이나 사전 판단을 시사할 수 있다. 본 사건에서 청구인은 이러한 요소를 전문법원에 제기하였고, 이는 단순한 ‘사전 평가’가 일반적으로 허용된다고 하여 중요치 않게 취급되어서는 안 된다.

반대로, 고등행정법원의 주장이 특정 사건의 구체적 상황에서만 이 장관의 발언을 문제없는 것으로 간주할 수 있다는 것이었다면, 이는 실질적인 법적 보호를 위해 요구되는 심사의 깊이를 간과한 것이다. 이 경우 사건의 사실관계에 대한 법관의 독립

적 판단과 중요한 사실관계를 더욱 명확히 할 의무를 다하지 못한 것이다. 고등행정법원은 결론에 대한 증거 평가를 온전하게 하지 않았다. 장관이 동료 지원자가 ‘앞서 있다’고 한 발언이 단순한 사전 평가라고 고등행정법원이 언급한 것은 법관의 독립적 신념 형성이 결여된 여러 가능한 평가 결과 중 하나일 뿐이며, 추가적인 사실조사의 필요성에 대해 결정을 내리지 않은 것이다. 고등행정법원은 청구인의 진술이 장관의 발언과 공무원의 공개적인 설명으로 반박되었다고 판결하지 않았고, 단지 이러한 발언의 존재를 언급했을 뿐이다.

이와 같은 상반된 내용은 명확히 밝혀져야 했다. 청구인이 선언한 진술을 기준으로 볼 때 장관과 만났던 시점에 소송참가인에 관한 평가가 아직 이루어지지 않았기 때문에, 그 당시 지원자가 우위에 있다는 판단이 무엇에 기반할 수 있었는지 분명치 않았기 때문이다. 이 사건에서는 사실관계를 보다 깊이 검토하고 필요하다면 추가적인 조사를 통해 실질적 법적 보호를 위해 필요한 조치를 취해야 했다. 5개월간의 항고 절차 기간이 있었으므로, 추가 조사로 인해 절차 지연이 발생했다고 보기도 어렵다.

부적절한 사전결정과 장관의 편견으로 인해 독일 기본법 제33조 제2항이 위배되었을 가능성은 다른 이유로도 배제되지 않는다. 법무부는 조기에 편파성을 항의할 의무가 있다고 주장했으나, 고등행정법원은 이를 인정하지 않았다. 또한, 기본법 제33조 제2항이나 제33조 제5항에 따른 공무원제도의 기존 원칙에서 이러한 항의 의무가 헌법적으로 강제된다고 볼 수도 없다. 물론, 공무원이나 판사의 충성 의무에는 임용권자에 대한 배려의 일반적 의무가 포함되어 있어 특정 상황에서는 임용권자에 대한 권리 행사를 제한할 수 있다.²³⁾ 그러나 이 사건에서는 선발 절차가 공정하게 진행됨을 보장할 책임이 (여기서는 미래의) 임용권자에게 있으며, 선발 결정자의 편파성과 관련된 사실은 이미 공개되어 있으므로 이해관계를 조정할 필요성은 보이지 않는다.

또한, 권리의 소멸(Verwirkung)이라는 일반적인 법적 사고에서도 다른 결과가 나오지 않는다. 전문법원의 판례에 따르면, 지원절차청구권과 이로부터 파생되는 선발 결정에 대한 이의제기권은 원칙적으로 소멸되는 권리에 해당한다.²⁴⁾ 그러나 일반적으로 -이 사건에서도 그러하듯이- 지원서 제출 이후에는 지원자가 추가로 해야 할 절차가 없기 때문에, 임용권자가 청구인이 부당한 사전결정과 편견을 문제 삼지 않

23) BVerfGE 3, 58 <156 ff.>; 81, 363 <384 f.>; BVerwG, 2022년 2월 17일 판결 -2 C 5.21-, juris, Rn. 24 참조.

24) BVerwGE 163, 36 <41 ff. Rn. 15 ff.> 참조.

을 것이라는 신뢰를 가질 외부적 사유가 존재하지 않는다. 이 점에서, 이 사건은 편파성 사유를 인지한 채 행정절차에 적극 참여하는 경우와는 본질적으로 다르다.²⁵⁾

마지막으로, 지원 기록에 따른 적합성 예측에서 단지 소송참가인뿐 아니라 다른 경쟁 지원자도 청구인보다 우위를 점했다는 사실은 이 사안의 결정에 장애가 되지 않는다. 선발 절차의 오류로 인해 채용절차에 대한 권리가 침해되었음을 주장하려면, 재선발될 가능성이 열려 있는 것으로 충분하다.²⁶⁾ 여기서도 청구인이 해당 직위의 요건을 충족하고 매우 적합하다는 평가를 받은 만큼 기존 지원자들과의 관계는 문제가 되지 않으며, 선발 절차의 재 실시 시 지원자 풀을 구체적으로 예측할 수도 없다. 또한 지원자 순위는 임용권자의 평가 재량에 속하므로, 결과에 대한 선입견 없이 다시 평가해야 한다.

따라서 사건은 고등행정법원으로 환송된다. 고등행정법원은 실제로 장관이 부적절한 사전결정을 내렸는지 여부를 조사해야 할 것이다. 사실관계의 확인과 증거 평가의 책임은 연방헌법재판소가 아닌 전문법원의 역할이기 때문이다.

V. 결정의 의의

독일 연방헌법재판소는 이번 결정을 통해 채용 결정을 검토하는 사법 절차에서 비합리적인 기준을 바탕으로 한 사전 편향이 존재한다는 정황이 제기된다면, 법원은 기본법 제19조 제4항에 따른 효과적인 법적 보호를 위해 이러한 정황을 조사하고 합리적으로 평가해야 한다고 밝혔다. 채용절차에서 임용되지 못한 청구인이 재개되는 고등행정법원 심리에서 승소할지는 아직 불확실하다. 법원이 사실관계를 철저히 조사한 후에도 노르트라인-베스트팔렌 주 법무부장관의 인사 결정이 적법하게 이루어졌다고 판단할 가능성도 존재한다.

논란이 되고 있는 이 인사 문제는 주 의회의 조사위원회에서도 다루지고 있다. 야당 측은 이번 인사가 지원자의 역량이 아닌 당적과 사적 관계에 의해 결정되었다는 의혹을 제기하고 있다. 주 고등행정법원장 직책은 약 3년간 공석으로 남아 있다. 한

25) BVerwGE 90, 287 <290 f.> 참조.

26) BVerfGK 9, 1 <6>; BVerfG, 제2재판부 제1지정재판부의 2002년 9월 24일 결정 -2 BvR 857/02-, Rn. 13 참조.

편, 주 법무부는 향후 사법부 고위직 인사에 대해 ‘더 많은 법적 명확성’을 요청할 것이라고 하였다. 법무부는 “법무부장관이 지난 6월 사법부 고위직 인사 절차 개선을 위한 구체적 방안을 제시했다”고 밝혔다. 이에 따르면, 앞으로는 비공개 면접도 문서로 기록하고, 법무부가 인사 제안을 하기 전에 사법부 관련 공동 결정 기구들이 절차에 참여하도록 할 계획이다.²⁷⁾ 그러나 이러한 계획은 지금 현안이 된 주 고등행정법원장 인사 절차에 적용하기에는 이미 늦은 상황이다.

27) Druck auf NRW-Justizminister Limbach steigt, in: Legal Tribune Online, 29.08.2024, https://www.lto.de/persistent/a_id/55298 (2024. 10. 27. 최종 방문).

연방의회 위원회 위원장 선출과 관련된 독일대안당의 기관쟁의 사건¹⁾

I. 사실관계

독일 연방의회에서 전문위원회(Fachausschuss)는 본회의 업무 중 많은 부분을 수행한다. 본회의가 최종적으로 책임을 지게 되는 연방의회의 의사결정에 대한 준비와 전문적 논의의 많은 부분, 그리고 의회의 정보 제공·통제·조사 업무는 위원회에서 이루어진다. 위원회의 구성은 각 원내교섭단체의 의석 비율에 따라 결정되며(연방의회 의사규칙²⁾ 제12조³⁾ 제1문), 각 원내교섭단체는 위원회의 위원을 임명한다(연방의회 의사규칙 제57조 제2항 제1문).

위원회 위원장은 위원회의 운영 및 대표 역할을 수행한다. 위원장은 위원회 회의의 준비, 소집 및 주재와 위원회의 결정을 실행할 책임을 진다(연방의회 의사규칙 제59조 제1항). 위원장은 직무 수행 시 당파적 중립성을 유지해야 한다.

연방의회 의사규칙 제58조에 따르면, 위원회는 원로회의⁴⁾(Ältestenrat)의 합의(연방의회 의사규칙 제6조 제2항 제2문 및 제3문) 후에 위원장과 부위원장을 ‘결정(bestimmen)’한다고 규정되어 있다. 각 원내교섭단체가 어느 위원회의 위원장을 맡을지를 원로회의에서 합의하는 것은 연방의회 첫 입법 회기 때부터의 관례였다. 만약 원내교섭단체 간에 합의가 이루어지지 않을 경우, 이른바 ‘접근절차’(Zugriffsverfahren)에 따라 위원장직이 배분된다. 각 원내교섭단체는 의회 내 의석 비율에 따라 정해진 순서에 맞춰 비어 있는 위원장직을 선택하여, 순차적으로 모든 위원장직이 배정되도록 한다.

개별 위원회는 첫 회의⁵⁾에서 위원장을 선출하며, 이때 추천권을 가진 원내교섭단

1) 연방헌법재판소 2024. 9. 18. 판결, 2 BvE 1/20, 2 BvE 10/21.

2) Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages (GO-BT).

3) 연방의회 의사규칙 제12조 원내교섭단체별 의석 비율

원로회의(Ältestenrat)와 위원회들의 구성 및 위원회 위원장에 관한 규율은 개별 원내교섭단체의 비율에 따라 결정된다. 연방의회에서 시행되어야 하는 선거에도 이와 동일한 원칙이 적용된다.

4) 연방의회 의사규칙 제6조 제1항에 따르면 원로회의는 연방의회 의장과 부의장 및 연방의회 의사규칙 제12조에 따라 원내교섭단체들에 의해 임명되는 23인의 위원들로 구성된다.

체가 위원장 후보를 제안한다. 제18대 입법회기(2013-2017년)까지는 다음과 같은 절차가 진행되었다. 추천권을 가진 원내교섭단체의 제안에 대해 반대가 없거나 위원회의 일반적인 동의가 있다고 판단되면, 제안이 구두 동의로 확정되었다. 반대가 있을 경우 선거가 진행되었지만, 이러한 경우는 드물었다.

제19대 입법회기 동안 몇몇 위원회에서는 추천권을 가진 원내교섭단체 외의 위원들의 반대 의견 표명으로 위원장 선거가 실시되었다. 당시 이 사건의 청구인인 ‘독일 대안당’(Alternative für Deutschland, AfD) 원내교섭단체가 지명한 후보들은 필요한 다수표를 얻었는데, 여기에는 ‘법률 및 소비자 보호 위원회’(이하 “법률위원회”)의 브란트너(Brandner) 의원도 포함되어 있었다. 2018년과 2019년에 법률위원회의 일부 의원들은 브란트너 위원장이 2018년 2월 28일과 2019년 1월 15일에 독일 변호사협회 행사에서 보인 행태를 문제 삼았다. 이들은 위원장이 당파적 중립성을 지키지 않았으며, 그로 인해 위원회를 대표하는 역할을 제대로 수행하지 못했다고 비판했다. 2019년 하반기에 브란트너 의원은 소셜 미디어 플랫폼 ‘트위터’에 여러 게시물을 올려 공분을 샀다. 이러한 상황을 배경으로, 2019년 11월 13일에 법률위원회는 ‘독일 기독교 민주당과 기독교사회당 연합’(CDU/CSU), ‘독일 사회민주당’(SPD), ‘자유민주당’(FDP), ‘좌파당’(DIE LINKE) 및 ‘녹색당’(Bündnis 90/Die Grünen) 소속 대표 의원들의 요청에 따라 브란트너 의원의 위원장직 해임을 37대 6의 찬성표로 결정했다. 이후 법률위원회는 부위원장이 임시로 위원회를 주재하게 되었다.

제20대 입법회기에서도 위원장직 배분에 접근절차가 적용되었다. 이 절차에 따라 청구인에게는 ‘내무 및 국토위원회’(이하 “내무위원회”), ‘보건위원회’, ‘경제협력 및 개발위원회’(이하 “개발위원회”)의 위원장직이 배정되었다. 2021년 12월 15일에 열린 위원회의 첫 회의에서 정부 여당의 요청에 따라 위원장 선출을 위한 비밀투표가 진행되었다. 그러나 이 투표에서 청구인이 제안한 후보들 중 누구도 위원장으로 선출되는데 필요한 다수표를 얻지 못했다. 그 결과 위원장직은 공석으로 남았으며, 부위원장이 위원회를 임시로 주재하고 있다.

청구인은 해당 위원회들, 연방의회, 그리고 연방의회 의장 및 의장단이 청구인 자신의 정당으로서 동등한 대우를 받을 권리, 의사규칙을 공정하고 성실하게 적용받을 권리, 그리고 효과적인 야당 활동을 할 권리를 침해했다고 주장한다.

5) 이러한 회의는 연방의회 의장단 중 한 명이 주재한다.

II. 주문⁶⁾

1. 2 BvE 1/20 사건과 2 BvE 10/21 사건은 공동 결정을 위해 병합한다.
2. 적법한 범위 내의 청구는 기각한다. 그 밖의 청구는 각하한다.

III. 관련 주요 조항 및 쟁점

1. 주요 조항

기본법 제38조 제1항

독일 연방의회 의원은 보통·직접·자유·평등 및 비밀선거에 의하여 선출된다. 연방의회 의원은 국민 전체의 대표자이고, 위임과 지시에 구속되지 않으며, 오로지 양심에 따른다.

기본법 제40조

① 연방의회는 연방의회 의장, 부의장 및 서기를 선출한다. 연방의회는 의사규칙을 제정한다.

② 의장은 연방의회 내에서 가택권과 경찰권을 행사한다. 의장의 허가 없이 연방의회 내에서 수색이나 압수는 허용되지 않는다.

2. 쟁점

청구인인 독일대안당 원내교섭단체가 연방의회 내 세력분포에 따라 관례대로 연방의회 위원회의 위원장직을 맡을 ‘접근 권한’이 있는지 여부가 쟁점이다. 즉, 청구인 소속 구성원인 법률위원회 위원장을 해임하여 위원장으로서의 권리와 의무를 행사하지 못하게 한 것과 청구인이 위원장으로 추천한 소속 의원들이 위원장직을 수행할 수 없도록 선거를 통해 저지한 것이 기본법에 위배되는지 여부가 문제된다.

6) 주문 중 소송비용에 관한 부분은 생략하였다.

IV. 판단

1. 적법성

청구인이 법률위원회(2 BvE 1/20)와 내무위원회, 보건위원회, 개발위원회(2 BvE 10/21)를 상대로 하여 제기한 청구는 적법하다. 이는 연방의회의사규칙의 공정하고 성실한 적용을 받을 권리와 관련된 것으로, 위원장 해임결정 및 자유 다수결 선거의 실시가 원내교섭단체로서 평등한 대우를 받을 권리(기본법 제38조 제1항 제2문)와 결합하여 침해되었다고 주장한 범위 내에 해당된다.

그 외의 청구는 적법하지 않다. 심판청구가 연방의회를 전체 기관으로서, 그리고 2 BvE 10/21 사건에서는 연방의회 의장과 의장단을 추가적으로 대상으로 하는 한, 이들에 대해서는 당사자적격이 부인된다. 기관쟁의에서 당사자적격이 있고 따라서 적법한 피청구인은 문제된 조치에 대해 책임이 있는 자이다.⁷⁾ 2 BvE 1/20 사건에서 문제 삼은 해임결정은 법률위원회에서 이루어졌다. 이 해임결정을 연방의회 전체가 법적으로 책임진다고 볼 근거는 없다. 2 BvE 10/21 사건에서 문제 삼은 선거행위는 개별 위원회가 책임져야 한다. 연방의회 부의장이 위원회 첫 회의에서 선거를 진행하고 투표 결과를 확인하면서 단순한 조직적 역할을 담당했다고 하여, 연방의회나 연방의회 의장이 해당 선거의 실시에 대해 법적 책임을 져야 한다고 볼 수 있는 근거가 명시되지 않았으며, 다른 이유도 확인되지 않는다.

2. 판결의 이유

심판청구는 적법한 범위 내에서는 이유 없다.

가. 심사기준

심사기준은 오로지 기본법이며, 연방의회의사규칙은 기준이 되지 않는다. 의사규칙에 보장된 권리는 그 자체로 기관쟁의에서 주장될 수 없다.

자유롭고 동등한 위임을 규정하고 있는 기본법 제38조 제1항 제2문으로부터 의원의 포괄적인 지위에 관한 권한이 도출된다. 여기에는 무엇보다도 연방의회 회의에 참여할 수 있는 권리,⁸⁾ 충분한 정보를 바탕으로 협의할 권리,⁹⁾ 원칙적으로 위원회

7) BVerfGE 62, 1 <33>; 67, 100 <126 f.>; 118, 277 <322> 참조.

위원이 될 권리,¹⁰⁾ 법안발의권,¹¹⁾ 선거 과정에서 인사 제안을 할 권리,¹²⁾ 발언권,¹³⁾ 투표권,¹⁴⁾ 질의 및 정보요구권,¹⁵⁾ 다른 의원들과 함께 원내교섭단체나 결사체를 구성할 권리¹⁶⁾가 포함된다. 또한 기본법 제38조 제1항 제2문은 연방의회 의원들에게 의회에서의 의사형성과 의사결정 과정에 평등하게 참여할 수 있는 권한을 보장한다.¹⁷⁾ 이러한 권한은 단순히 의회에서 정치적 주제에 대한 협의 과정, 즉 입법 및 의회 통제 기능에만 국한되지 않으며, 연방의회가 내부 조직 및 운영 절차를 자율적으로 결정하는 과정에도 적용된다. 이와 관련하여 재판부는 이미 연방의회의 의원들에게 의회의 조직 결정에 참여할 권리가 있음을 확인한 바 있으며¹⁸⁾, 이러한 권리는 특히 연방의회 내 선거 행위 참여로 실현된다.¹⁹⁾

원내교섭단체의 법적 지위도 의원들의 법적 지위와 마찬가지로 기본법 제38조 제1항 제2문에서 도출된다. 단, ‘본회의 반영 원칙’(Grundsatz der Spiegelbildlichkeit)은 단순한 조직적 성격의 위원회나 직책에는 적용되지 않는다.

원내교섭단체는 의원들의 결사체로서 연방의회에서 활동하며,²⁰⁾ 원내교섭단체 활동은 독일 연방의회 의원들이 업무를 효율적으로 수행하는 데 중요한 전제 조건이다.²¹⁾ 따라서 원내교섭단체는 헌법상 인정된 기관으로, 연방의회의 상설 조직의 일부로서 국가 조직의 일부를 형성한다.²²⁾ 기본법 제38조 제1항 제2문에 따라 원내교섭단체는 의회의 의사결정 과정에 형식적으로 동등하게 참여할 권리를 갖는다.²³⁾ 기본

8) BVerfGE 80, 188 <218>; 160, 368 <382 Rn. 46> 참조.

9) BVerfGE 165, 206 <239 Rn. 93> 참조; BVerfGE 140, 115 <150 Rn. 92> 참조.

10) BVerfGE 80, 188 <222> 참조.

11) BVerfGE 80, 188 <218>; 130, 318 <342>; 140, 115 <151 Rn. 92>; 160, 368 <382 Rn. 46> 참조.

12) BVerfGE 160, 368 <391 ff. Rn. 66 ff.> 참조.

13) BVerfGE 10, 4 <12>; 60, 374 <379>; 160, 368 <382 Rn. 46> 참조.

14) BVerfGE 10, 4 <12>; 70, 324 <355>; 160, 411 <421 Rn. 32> 참조.

15) BVerfGE 13, 123 <125>; 57, 1 <5>; 67, 100 <129>; 160, 368 <382 Rn. 46> 참조.

16) BVerfGE 43, 142 <149>; 70, 324 <354>; 80, 188 <218>; 96, 264 <278>; 130, 318 <342>; 160, 368 <382 f. Rn. 46> 참조.

17) BVerfGE 160, 368 <384 f. Rn. 48>; 160, 411 <420 Rn. 28> 참조.

18) BVerfGE 160, 368 <384. Rn. 49 ff.>; 160, 411 <420 Rn. 28> 참조.

19) BVerfGE 160, 368 <384 Rn. 50> 참조.

20) BVerfGE 70, 324 <363>; 93, 195 <203 f.>; 135, 317 <396 Rn. 153>; 160, 411 <420 Rn. 28> 참조.

21) BVerfGE 112, 118 <135> 참조.

22) BVerfGE 20, 56 <104>; 70, 324 <362>; 112, 118 <135> 참조.

법 제38조 제1항 제2문에서 보장된 의원들의 결사체 결성의 자유로부터, 원내교섭단체는 의원들 간의 동등한 대우와 그 세력에 따라 다루어져야 한다는 결론이 도출된다.²⁴⁾ 의원들의 참여 권한은 연방의회의 위원회에도 적용된다. 기본적으로 각 위원회는 본회의의 역할을 수행하거나 그 결정을 준비할 때 본회의의 축소된 형태여야 하며, 그 구성이 본회의의 구성을 반영해야 한다. 이는 대표성 원칙을 충족시키기 위함이다.²⁵⁾ 이를 위해서는 본회의에서 대표되는 원내교섭단체의 세력을 가능한 한 정확히 반영해야 한다(본회의 반영 원칙).²⁶⁾

재판부의 판례에 따르면, 본회의 반영 원칙은 단순한 조직적 성격의 위원회나 직책에는 적용되지 않으며, 따라서 연방의회가 기본법에 따라 수행하는 임무에 대한 평등한 참여의 원칙에 의해 영향을 받지 않는다.²⁷⁾ 기본법 제38조 제1항 제2문 자체는 의회 의사 결정에 실질적으로 영향을 미치지 않는 간사직에 대한 접근권을 부여하지 않는다. 재판부는 연방의회의 위원장직 결정에 관한 규정이 본회의 자율권 범위 내에 있음을 추가로 결론지었다.²⁸⁾ 위원장직은 비록 연방의회의 의원직과 연관되어 있더라도 특정한 의원의 권리로 간주되지 않는다.²⁹⁾

제2재판부의 2022년 3월 22일 결정(BVerfGE 160, 411)도 이에 상응하는 결론을 내렸다. 이 결정에서 독일 연방헌법재판소는 연방의회의 의장단 구성에 관한 권리가 기본법 제38조 제1항 제2문과 관련되어 있으며, 의회의 하위 조직 및 지도직의 결정 및 배치에 평등하게 참여할 권리가 의장단에 대한 접근에도 적용된다고 확인했다.³⁰⁾ 그러나 이 권리는 기본법 제40조 제1항 제1문에 따른 의장과 부의장의 선거에 의해 제한되며, 지명권으로 이해되지 않는다. 연방의회의사규칙 제2조³¹⁾ 제1항 제2문에서

23) BVerfGE 96, 264 <278>; 112, 118 <133>; 135, 317 <396 Rn. 153>; 140, 115 <151 Rn. 92>; 154, 1 <12 Rn. 29>; 160, 411 <420 Rn. 28> 참조.

24) BVerfGE 140, 115 <151 Rn. 92> 참조.

25) BVerfGE 80, 188 <221 f.>; 84, 304 <323 f.>; 112, 118 <133>; 135, 317 <396 Rn. 153>; 140, 115 <151 Rn. 93>; 154, 1 <12 Rn. 29> 참조.

26) BVerfGE 130, 318 <354>; 131, 230 <235>; 140, 115 <151 Rn. 93>; 154, 1 <12 Rn. 29> 참조.

27) BVerfGE 96, 264 <280>; 140, 115 <151 f. Rn. 94>; 154, 1 <12 Rn. 29> 참조.

28) BVerfGE 84, 304 <328>; 140, 115 <151 f. Rn. 94>; 154, 1 <12 Rn. 29> 참조.

29) BVerfGE 84, 304 <328> 참조.

30) BVerfGE 160, 411 <420 Rn. 28> 참조.

31) 연방의회의사규칙 제2조 의장과 부의장의 선출

① 연방의회는 비밀투표지(제49조)를 사용한 별도의 선거절차를 통해 의회 임기 동안 의장과 부의장을 선출한다. 독일 연방의회의 각 원내교섭단체는 최소한 한 명의 부의장을 의장단에 대표로 둔다.

규정한 교섭단체의 부의장직 대표권은 각 교섭단체가 부의장을 임명할 절대적 권리로 해석되지 않고, 부의장 후보자를 지명할 권리로 해석된다.³²⁾ 이 결정은 기본법 제38조 제1항 제2문 및 연방의회의사규칙 제2조와 기본법 제40조 제1항 제1문에 따른 의장단 선거 간의 구체적인 상호작용에 관한 것이다. 기본법 제38조 제1항 제2문에서 원내교섭단체가 연방의회의 간사직에 접근할 권리를 직접적으로 도출할 수는 없다.

그러나 연방의회는 의원들과 그들의 결사체가 의회 의사결정 과정에 참여하거나 연방의회의 조직 결정에 참여하는 것과 무관하게, 기본법 제38조 제1항 제2문에서 규정된 평등 원칙을 준수해야 한다. 기본법 제38조 제1항 제2문은 의원들과 그들의 결사체의 형식적 평등 상태를 규정한다.³³⁾ 평등 원칙의 내용은 단순한 객관적 법률 규정에 그치지 않고, 의원들과 그들의 결사체의 지위에 영향을 미치며, 그들이 이 원칙에 따라 대우받을 권리를 부여한다.³⁴⁾ 이 헌법상 동등한 대우를 받을 권리는 특히 연방의회의사규칙을 공정하고 성실하게 해석하고 적용받을 권리에서 드러난다.³⁵⁾ 연방의회는 자율적으로 규정을 제정함으로써 스스로에게 구속을 부여하며, 부여된 권리를 공평하고 적절하게 적용해야 할 의무를 진다. 동등한 대우를 받을 권리는 따라서 의원들과 그들의 결사체가 기본법 제38조 제1항 제2문에서 도출되는 고유한 지위에 관한 권리를 넘어서는 참여 권리에도 적용된다. 그렇지 않으면 의회의 다수파와 그에 의해 지지받는 연방의회의 기관들이 자율적으로 제정한 규정을 무시하고, 기본법 제40조 제1항 제2문에서 규정된 의회의 자율성을 악용하여 소수파의 참여 권리를 제한할 가능성이 생기게 된다. 이는 기본법 제38조 제1항 제2문에 규정된 의원들의 평등한 지위 및 그로부터 도출되는 결사체들의 평등한 지위와 양립할 수 없다.

기본법 제40조 제1항 제2문에 따르면, 연방의회는 자율적으로 내부 조직과 절차에

② 연방의회 의원의 과반수 득표자가 당선된다. 첫 번째 투표에서 과반수가 나오지 않으면 두 번째 투표에서는 새로운 후보를 제안할 수 있다. 두 번째 투표에서도 과반수가 나오지 않으면 세 번째 투표가 이루어진다. 단일 후보일 경우, 그가 투표에서 과반수를 득표하면 당선된다. 여러 명의 후보가 있는 경우, 가장 많은 표를 얻은 두 후보가 결선 투표에 오르며, 더 많은 표를 얻은 자가 당선된다. 표가 같을 경우, 현직 의장이 추첨으로 당선자를 결정한다.

③ 세 번째 투표에서 실패한 후보가 추가 선거에 참여하려면 원로회의의 합의가 필요하다. 제2항에 따른 절차가 실패한 경우, 새로운 후보가 제안되면 제2항에 따른 선거 절차를 다시 시작한다.

32) BVerfGE 160, 411 <420 Rn. 29, 423 f. Rn. 39 f.> 참조.

33) BVerfGE 160, 368 <383 Rn. 47 f.>; 160, 411 <420 Rn. 28> 참조.

34) BVerfGE 160, 368 <383 Rn. 47.>; 160, 411 <420 Rn. 28> 참조.

35) BVerfGE 1, 144 <149.>; 154, 1 <12 f. Rn. 29.>; 160, 368 <389 f. Rn. 61.> 참조.

대해 결정할 권한을 갖는다. 이에 따라 연방의회 규정의 형성, 해석 및 적용은 헌법 재판소의 제한된 심사에만 종속된다.

연방의회가 기본법에 의해 부여된 임무를 수행하기 위해서는 모든 의원의 평등을 보장하고, 이로부터 도출된 의원 결사체의 평등을 유지하면서도 동시에 연방의회의 업무 및 기능적 효율성을 유지하는 규범적 틀을 필요로 한다.³⁶⁾ 이와 관련된 구체적인 사항은 의회의 자율적 규정 제정 권한에 따라 의회가 자체적으로 결정한다. 의회는 내부 조직과 업무 절차를 설계할 때 광범위한 재량을 갖는다.³⁷⁾ 규정의 제정뿐만 아니라 그 해석과 적용도 원칙적으로 연방의회에 의해 이루어진다.³⁸⁾

연방헌법재판소는 연방의회가 자율적 규정 제정 권한을 행사할 때 그 권한이 일정한 한계를 지키는지를 검토한다. 이때 연방헌법재판소는 의회의 내부 질서 형성에서의 자율성을 존중한다.³⁹⁾

의원들과 그들의 결사체가 자율적 규정에 따라 갖는 참여 권한에 대한 제한은 특별한 헌법적 정당화 요건을 충족해야 한다. 이러한 제한은 헌법적 가치와 관련된 다른 법익을 보호하기 위한 것이어야 하며, 해당 법익은 의원들의 자유로운 임무 수행과 동등하거나 더 중요한 가치여야 한다.⁴⁰⁾ 의회의 업무와 기능적 효율성은 이러한 헌법적 가치로 인정되며, 이는 의원들의 참여 기회에 대한 제한을 정당화할 수 있는 법익이다.⁴¹⁾ 연방헌법재판소 통제에의 시작점은 연방의회의사규칙을 연방의회가 자체적으로 해석하는 것에 있으며, 그 해석이 명백하게 의원들의 평등 상태를 침해하지 않는 한 이를 존중한다. 만약 해석이 명백히 불공정하거나 성실하지 않을 경우, 의회 의사결정에 대한 의원들의 참여 권리가 헌법적으로 충분히 정당화되었는지를 검토하고, 그 제한이 비례성 원칙을 준수하는지를 살펴본다.⁴²⁾

반면, 기본법 제38조 제1항 제2문에서 직접적으로 보장하는 의원의 고유 권리가 아닌 경우, 의원들의 평등 상태는 연방의회가 부여한 규정에 따른 법적 지위에 해당

36) BVerfGE 160, 368 <386 Rn. 54> 참조.

37) BVerfGE 10, 4 <19 f.>; 80, 188 <220>; 84, 304 <322>; 112, 118 <150>; 140, 115 <155 Rn. 102>; 160, 368 <388 Rn. 58> 참조.

38) BVerfGE 160, 368 <389 Rn. 60> 참조.

39) BVerfGE 160, 368 <389 Rn. 60> 참조.

40) BVerfGE 160, 368 <385 Rn. 53> 참조.

41) BVerfGE 80, 188 <219>; 118, 277 <324>; 130, 318 <348 ff.> 참조.

42) BVerfGE 160, 368 <385 Rn. 52> 참조.

한다. 이 경우 헌법재판소의 검토는 해당 규정이 명백하게 부적절하거나 자의적인지 여부에 중점을 둔다. 만약 규정이 자의적이지 않고, 의회의 업무와 기능적 효율성을 유지하기 위한 합리적인 목적에 부합한다면, 의원들의 평등 대우 요구는 충족된다. 의회 결정이 명백한 합리적 근거가 없을 때만 헌법상 평등 대우의 권리가 침해된 것으로 간주된다. 따라서 자의금지 원칙이 기준이 된다.⁴³⁾

나. 동등한 대우를 받을 헌법상 권리의 침해 여부

위 기준에 비추어 볼 때, 기본법 제38조 제1항 제2문 및 연방의회의사규칙의 공정하고 성실한 해석 원칙에 근거하여 청구인이 원내교섭단체로서 동등한 대우를 받을 권리가 침해되었다고 볼 수 없다.

기본법 제38조 제1항 제2문에서 도출되는 의원 신분과 그에 따른 원내교섭단체의 법적 지위는 위원회 위원장직을 배정받을 권리를 보장하지 않는다. 본회의 반영 원칙은 연방의회의 간사직처럼 순수한 조직적 성격의 기능에는 적용되지 않는다. 그러나 청구인은 기본법 제38조 제1항 제2문에서 도출되는 의원으로서 동등한 대우를 받을 권리 및 의원들의 결사체로서 동등한 대우를 받을 권리에 따라 위원회 위원장직의 배정에 있어서도 연방의회의사규칙을 공정하고 성실하게 해석하고 그러한 적용에 부합하는 방식으로 대우받을 권리를 주장할 수 있다. 연방의회의사규칙 제12조 제1문은 위원회 위원장을 원내교섭단체의 세력 비율에 따라 배정해야 한다고 규정하고 있으며, 동시에 제58조에서는 위원회가 그 위원장을 ‘결정’한다고 명시하고 있다.

연방의회의사규칙 제12조에 따라 원내교섭단체 의석비율상 원칙적으로 청구인에게 배정되었어야 할 내무·보건·개발 위원회 위원장직에 대해 선거를 실시한 것(2 BvE 10/21)은 청구인의 동등한 대우를 받을 권리를 침해하지 않는다. 각 위원회에서 다수결로 해당 위원회 위원장을 결정한다고 연방의회의사규칙 제12조, 제58조를 해석·적용한 것은 연방의회의사규칙에 대한 공정하고 성실한 해석 원칙을 준수한 것이며, 명백히 부적절한 것도 아니다.

위원회 위원장 배정 절차에 관한 규정은 연방의회의 규칙 자율권에 해당한다. 배정 절차를 형성하는 것은 의회 내부의 문제로서 헌법질서 내에서 자율적으로 규율할 수 있는 사항이다. 연방의회가 선택한 연방의회 운영방식에 관한 구상과 이를 규칙

43) BVerfGE 1, 14 <52>; 4, 144 <155>; 55, 72 <90>; 89, 132 <141>; 105, 73 <110>; 107, 27 <45 f.>; 110, 412 <431 f.>; 113, 167 <214>; 145, 106 <143 Rn. 101> 참조.

으로서 구현한 내용(연방의회의사규칙 제12조 및 제58조)이 이러한 범위를 벗어났다는 명백한 근거는 존재하지 않는다.

연방의회의사규칙 제12조와 제58조에 대한 관련 위원회의 해석은 헌법적으로 문제가 되지 않는다. 위원회들은 연방의회의사규칙 제58조가 위원회 스스로 위원장 선정에 관한 결정을 내릴 권한을 부여하고 있기 때문에 제한 없이 위원회 구성원이 위원장을 선출할 수 있다는 의미로 해석하고 있다. 그 해석에 따르면 원내교섭단체는 위원장을 지명할 권리가 없다. 이러한 해석은 명백히 부당한 것이 아니다.

의회 간사직 결정을 위해 연방의회의사규칙에 따라 허용되는 선거는 자유선거일 수밖에 없다. 어느 특정한 후보자를 선출해야만 할 의무가 있다면, 선거가 가지는 정당성의 부가가치(Mehrwert)는 실현될 수 없다. 또한, 어떤 특정의 선거 결과를 얻을 권리가 원내교섭단체에 있다고 보는 관점도 자유선거와 양립할 수 없다. 따라서 연방의회 위원회 위원장 배정에 원내교섭단체가 참여하는 것은 위원회 내에서의 자유선거를 전제로 하며, 원내교섭단체는 후보자를 제안할 수 있지만, 자유선거가 적절하게 시행되도록 하는 데 그 권한의 한계가 있다.

마지막으로, 이 사건에서 연방의회의사규칙 제12조와 제58조의 적용이 공정하고 성실한 규칙 적용 원칙에 위배된다는 근거는 존재하지 않는다.

2019년 11월 13일 법률위원회 위원장 해임(2 BvE 1/20) 역시 청구인의 동등한 대우를 받을 권리를 침해하지 않았다.

법률위원회는 원칙적으로 위원장 해임의 권한이 있다고 판단할 수 있었다. 법률위원회의 이러한 판단은 ‘선거검증·면책·규칙위원회’(Ausschuss für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung)의 의견과 일치한다. 해당 위원회는 2019년 11월 7일 해석 결정에서, 해임에 관한 명시적인 규칙이 없더라도 위원회가 의장을 결정하는 행위의 반대 행위(Actus contrarius)로서 해임이 연방의회의사규칙 제58조 및 제12조에 따라 허용된다고 보았으며, 본회의도 이에 동의했다. 의회 위원장직은 헌법적으로 해임을 막을 수 있을 정도로 보호되는 직위가 아니다. 따라서 이러한 규칙 해석은 명백히 부당한 것이 아니다.

이는 과거에 연방의회가 좌파당(DIE LINKE)이 제안했던 부의장을 좌파당 원내교섭단체의 해산을 이유로 해임하는 것을 불허한 사실⁴⁴⁾과 상충되지 않는다. 해임 가

44) https://www.bundestag.de/abgeordnete/biografien/L/loetzsch_gesine-857662

능성에 있어 의장단과 위원회 위원장 사이에 다른 기준을 적용하는 것이 명백히 부당한 것은 아니다. 의장단과 위원장의 직위는 본질적으로 다르기 때문에, 해임 가능성에 관한 연방의회의사규칙(제2조, 제58조 및 제12조)의 상이한 적용은 충분히 합리적이라고 할 수 있다.

법률위원회가 연방의회의사규칙에서 허용된 해임 권한을 행사한 것은 헌법적으로 문제가 되지 않는다. 위원회가 해임 결정의 주체라는 가정은 타당하며, 이는 연방의회가 의사규칙 제58조에 대해 가지고 있는 이해와 부합한다. 이에 따르면, 해임은 위원회 의장을 ‘결정’하는 법적 행위의 반대 행위로 간주되므로, 위원회가 해임을 결정해야 한다는 결론은 논리적이다.

해임에 대한 결정이 내리지기 전까지 법률위원회에서 진행된 절차도 헌법적으로 문제가 없다. 청구인의 소속 의원들은 위원회에서 의견을 표명할 기회를 가졌으며, 이를 통해 공정한 절차에 대한 권리가 보장되었다. 위원회는 37명의 찬성, 6명의 반대라는 압도적인 다수결로 해임을 결정했다. 해임에 필요한 단순 과반수(기본법 제42조 제2항 제1문⁴⁵⁾)를 충분히 초과하였다.

또한, 해임은 자의적이지 않았다. 위원장직의 적절한 수행능력과 무관한 사유가 해임의 원인이 되었다고 볼 수 있는 근거는 없다. 여러 사건들이 일반 대중뿐만 아니라 전문가 사회에도 상당한 혼란을 일으켰고, 이에 따라 위원회의 다수 의원은 법률위원장인 그 직무가 요구하는 방식에 합당하지 않게 위원장직을 수행하고 있으며, 그가 위원회의 업무에 부담을 준다고 판단했다. 위원회의 다수 의원은 위원장에 대한 신망과 직무적합성에 대한 신뢰를 명백히 상실하였으며, 그로 인해 위원회 내에서 건설적이고 효과적인 협력이 더 이상 불가능하다고 보았다.

V. 결정의 의의

독일 연방헌법재판소는 이번 판결을 통해 독일대안당은 연방의회 위원회 위원장직에 대한 청구권이 없다고 밝혔다. 법률위원회의 위원장 선정 및 해임 그리고 독일대안당 원내교섭단체가 추천한 위원장 후보를 선거를 통해 제지한 행위는 연방의회에

45) 기본법 제42조 제2항 제1문

기본법이 달리 정하고 있지 않은 한, 연방의회 의결에는 투표의 과반수가 필요하다.

부여된 의사규칙의 자율성 범위 내에서 이뤄진 것으로 본 것이다. 연방의회 위원회는 매 회기마다 새롭게 구성된다. 어떤 원내교섭단체가 어느 위원회의 위원장을 맡을 것인지는 연방의회의사규칙에 규정된 것처럼 본래 원로회의의 합의에 따라 결정되었다. 연방의회 선거 후에 원로회의 내에서 의견이 일치되지 않는 경우에는 접근 절차를 통해 각 원내교섭단체 의석 비율에 따른 순서로 개별 위원회의 위원장직에 후보를 추천할 수 있는 순서가 배정된다. 원내교섭단체들은 연방의회 내에서 원칙적으로 동등한 지위를 가지며 그 세력분포에 따른 대우를 받아야 한다. 의원의 참여권과 마찬가지로 원내교섭단체의 참여권 또한 연방의회의 위원회에서도 존중되어야 하므로 모든 위원회는 원칙적으로 본회의의 축소판 형태를 갖춰야 한다. 하지만 연방헌법재판소는 이러한 원칙이 단순히 조직적인 성격을 갖는 위원장직에까지 적용되지는 않는다고 보았다. 위원장직의 배분은 연방의회의 의사규칙 자율권을 통해 규율되므로 헌법상의 권리에 해당하지 않는다고 실시하였다.

최신 세계헌법판례

프랑스

- 국적취득의 집단적 효력을 남녀 간에 차별적으로 규정하는 조항이 평등원칙에 반하는지 여부 / 책임연구관 한동훈
- 불법체류 외국인을 법률부조의 대상에서 제외하는 법률조항이 평등원칙에 반하는지 여부 / 책임연구관 한동훈

국적취득의 집단적 효력을 남녀 간에 차별적으로 규정하는 조항이 평등원칙에 반하는지 여부¹⁾

I. 사건개요

프랑스 국적을 취득하면 개인적 효력과 집단적 효력의 적용을 받는다. 개인적 효력이란 국적을 취득한 당사자는 그 취득 이후부터 프랑스인의 자격과 결부된 일체의 권리 및 의무를 가진다는 점을 의미하며, 집단적 효력(*effet collectif*)은 프랑스 국적 취득의 효력이 국적을 취득한 당사자 이외에도 그의 미성년자인 자녀에게까지 미친다는 점을 의미한다. 프랑스 국적의 취득과 관련된 집단적 효력에 대한 법적 규율은 프랑스 가족법의 개정과 함께 변화되었다.²⁾

카메룬에서 태어난 청구인 메르세데스(Mercedes D.)는 국적 신고 소송(*action déclarative de nationalité*)을 제기하면서, 프랑스인과 재혼한 할머니의 프랑스 국적 취득에 따른 집단적 효력이 자신의 아버지에게 적용된다고 주장하였다. 그러나 청구인의 주장은 2016년 5월 13일에 기각되었으며, 항소법원은 2016년 5월 13일의 기각결정을 2019년 3월 19일 결정을 통해 확인하였지만, 프랑스 파기원(*Cour de cassation*)은 2021년 7월 7일의 결정을 통해 항소법원의 결정을 파기하였다. 그렇지만 파기환송법원은 2023년 3월 14일 결정을 통해서 항소법원의 2016년 5월 13일 결정을 재확인하였다.

이에 청구인은 프랑스 파기원에 새로운 상고를 하였으며, 소송계속 중에 「프랑스 국적법전에 관한 1945년 10월 19일 법률명령」(*Ordonnance n° 45-2441 du 19 octobre 1945 portant code de la nationalité française*, 이하 ‘심판대상법률’이라 한다)에 대한 사후적 위헌법률심판을 청구하였다.

파기원 민사 1부는 2024년 1월 31일 결정³⁾을 통해 부모 중 한 명의 프랑스 국적 취득과 결부하여 친생자에게 적용되는 집단적 효력과 관련하여, 아버지의 경우에는 어떠한 조건도 없지만 어머니의 경우 재혼하지 않을 것을 조건으로 규정한 것은 법

1) *Decision n° 2024-1086 QPC du 25 avril 2024.*

2) *Commentaire de la Décision n° 2024-1086 QPC du 25 avril 2024, p. 1.*

3) *Cass. civ. 1^{re}, 31 janvier 2024, n° 23-18.594.*

를 앞의 평등이라는 헌법 원칙과 남녀평등의 원칙에 반할 수 있다는 점에서 진지한 성격이 있다고 판단하고, 프랑스 헌법재판소에 청구인이 청구한 사후적 위헌법률심판사건을 제청하였다.

II. 주문

1. 심판대상법률 제84조 1°의 “어머니의 경우 재혼을 하지 않아야 한다.”라는 부분은 헌법에 반한다.
2. 위헌선언은 본 결정 판시이유 11내지 13에서 판시한 조건에 따라 효력이 발생한다.
3. 본 결정은 프랑스 공화국 관보에 공포되며, 「헌법재판소의 조직법률에 관한 1958년 11월 7일의 법률명령」(Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel) 제23-11조⁴⁾에 규정된 조건에 따라 통지된다.

III. 심판대상조항

사후적 위헌법률심판사건의 심판대상조항은 다음과 같다.

[심판대상조항]

프랑스 국적법전에 관한 1945년 10월 19일 법률명령

제84조 : 《 1° 아버지 또는 어머니 - 어머니의 경우 재혼을 하지 않아야 한다 - 가 프랑스 국적을 취득한 경우에 친생자인 미성년자 또는 친생자로 인정된 미성년자, 2° 친자관계가 처음부터 성립되었던 부모 또는 생존하고 있는 부모가 프랑스 국적을 취득한 경우에 혼인 외의 미성년자는 친자관계가 프랑스 민법에 따라 성립된 경우에 자신의 부모와 동일한 자격으로 당연히 프랑스인이 된다. 》

4) 「헌법재판소의 조직법률에 관한 1958년 11월 7일의 법률명령」 제23-11조 “(1) … 헌법재판소의 결정은 당사자에게 통보되며, 국사원, 파기원, 필요한 경우에는 사후적 위헌법률심판사건을 제청한 당해 법원에 통지된다. (2) 뿐만 아니라, 헌법재판소는 자신의 결정을 대통령, 수상, 하원의장, 상원의장 …에게 통지한다.”

IV. 판단

1. 청구인의 주장 및 심판대상의 확정

1) 청구인은 아버지가 프랑스 국적을 취득한 경우에는 그의 친생자인 미성년자 또는 친생자로 인정된 미성년자에게 일체의 제한 없이 프랑스 국적의 취득과 관련된 집단적 효과가 발생하지만, 어머니의 경우에는 재혼을 하지 않아야 한다는 것을 조건으로 그 프랑스 국적의 취득과 관련된 집단적 효과가 발생하도록 규정하고 있는 심판대상법률 제84조가 법률 앞의 평등원칙(principe d'égalité devant la loi) 및 남녀평등의 원칙에 반하는 차별적 취급을 하고 있다고 주장하였다(판시이유 2).

2) 따라서 본 사후적 위헌법률심판사건의 심판대상은 심판대상법률 제84조 1°의 “어머니의 경우 재혼을 하지 않아야 한다.”라는 부분이다(판시이유 3).

2. 본안에 대한 판단

1) 「1789년 인간과 시민의 권리선언」 제6조는 “법률은 … 보호하든지, 처벌하든지, 만인에 대해서 동일해야 한다. … ”고 규정한다. 평등원칙은 입법자가 다른 상황을 다른 방식으로 규정하거나, 차별적 취급이 차별적 취급을 규정하는 법률의 목적과 직접적 관련성을 가지는 경우 공익을 위해서 평등에 반하는 입법을 하는 것을 금지하지 않는다(판시이유 4).

2) 「1946년 프랑스 제4공화국 헌법 전문」 제3항은 “법률은 모든 영역에 있어서 여성에게 남성과 동등한 권리를 보장한다.”라고 규정한다(판시이유 5).

3) 심판대상법률 제84조 1°에 따르면, 아버지가 프랑스 국적을 취득하는 경우 친생자인 미성년자 또는 친생자로 인정된 미성년자는 당연히 프랑스인이 된다. 반면에, 어머니가 프랑스 국적을 취득하는 경우에는 재혼을 하지 않아야 친생자인 미성년자 또는 친생자로 인정된 미성년자가 프랑스인이 된다. 따라서 심판대상법률 제84조 1°은 친생자인 미성년자 또는 친생자로 인정된 미성년자 간에 그리고 어머니와 아버지 간에 차별적 취급을 하였다(판시이유 6).

4) 입법자는 심판대상법률 제84조 1°을 통해 동일한 부부의 친생자인 미성년자 또

는 친생자로 인정된 미성년자가 모두 동일한 국적을 가지는 것을 보장함으로써 가족적 통일성을 유지하고자 하였다(판시이유 7).

5) 그렇지만 이와 같은 이유는 아버지에게 의한 프랑스 국적 취득만이 아무런 제한을 받지 않고 부부의 미성년자인 자녀에게 효력을 발생시키는 것과 같은 차별적 취급을 정당화할 수 없다. 그리고 이와 같은 차별적 취급은 다른 상황이라는 이유에 의해서도 정당화되지 않는다(판시이유 8).

6) 따라서 심판대상법률 제84조 1°은 「1789년 인간과 시민의 권리선언」 제6조 및 「1946년 프랑스 제4공화국 헌법 전문」 제3항의 요청에 반하며, 헌법에 반하는 것으로 선고되어야 한다(판시이유 9).

3. 위헌결정의 효력과 관련하여

1) 프랑스 헌법 제62조 제2항은 “제61-1조에 근거하여 위헌으로 선언된 법률규정은 헌법재판소 결정의 공포시부터 또는 헌법재판소의 결정에 따라 정해지는 장래의 시기부터 폐지된다. 헌법재판소는 위헌으로 선언된 법률규정이 발생시킨 효력과 관련된 조건과 한계를 정한다.”라고 규정한다. 원칙적으로, 위헌선언의 효력은 사후적 위헌법률심판의 청구인에게 적용되어야 하며, 헌법에 반하는 것으로 선언된 법률규정은 헌법재판소의 결정이 공포될 때에 계류 중인 소송에 적용될 수 없다. 그렇지만 헌법 제62조는 위헌으로 선언된 법률규정의 폐지일을 정하고, 과거로 그 효력을 연장하며, 위헌선언이 있기 전에 위헌선언된 법률규정이 발생시킨 효력에 관한 사항을 정하는 권한을 헌법재판소에게 부여하였다. 또한 헌법 제62조는 위헌선언된 법률규정으로 인한 국가책임을 부담하지 않도록 하거나, 국가책임의 특별한 조건 또는 한계를 결정할 권한을 헌법재판소에게 부여하였다(판시이유 10).

2) 첫째로, 위헌선언된 법률규정은 더 이상 효력을 가지지 않는다(판시이유 11).

3) 둘째로, 재혼하지 않아야 한다는 조건을 충족시키지 못했다는 이유로 어머니의 프랑스 국적 취득의 집단적 효력이 부인된 친생자인 미성년자 또는 친생자로 인정된 미성년자의 모든 후손이 위헌으로 선언된 조항의 적용으로 인한 법적 상황에 문제를 제기할 수 있다면 명백히 과도한 결과를 초래할 것이다(판시이유 12).

4) 따라서, 자신이 미성년자였을 때 어머니가 프랑스 국적을 취득한 친생자 또는 친생자로 인정된 자만 위헌결정의 효력을 원용할 수 있도록 할 필요가 있다. 이들의 후손들은 본 위헌결정을 고려하여 이들이 프랑스 국적을 가지는 것을 인정하는 법원의 결정을 이용할 수 있다. 본 위헌결정은 새로운 사건 및 본 결정의 공포 시에 최종적 판결이 내려지지 않은 사건에도 적용된다(판시이유 13).

V. 결정의 의의

프랑스 헌법재판소는 이 결정에서 친생자인 미성년자 또는 친생자로 인정된 미성년자의 어머니가 프랑스 국적을 취득하는 경우, 어머니가 재혼을 하지 않은 경우에만 프랑스 국적을 취득할 수 있다고 규정한 심판대상조항에 대해서 「1789년 인간과 시민의 권리선언」 제6조 및 「1946년 프랑스 제4공화국 헌법 전문」 제3항이 규정하고 있는 남녀평등 원칙이라는 두 개의 조문을 근거로 판단하였다.

프랑스 헌법재판소의 이와 같은 입장은 남녀평등 원칙을 국적 분야에 적용한 선례(Décision n° 2013-360 QPC du 9 janvier 2014; Décision n° 2018-737 QPC du 5 octobre 2018; Décision n° 2021-954 QPC du 10 décembre 2021)의 입장을 따른 것으로 판단된다. 프랑스 헌법재판소는 2014년 1월 9일의 선례(Décision n° 2013-360 QPC du 9 janvier 2014)에서 국적과 관련하여 남성과 여성을 차별적으로 취급하는 것은 상황의 차이에 근거하거나, 법률의 목적과 직접적인 관련성을 가지면서 공익적 목적을 추구해야 할 뿐만 아니라, 「1789년 인간과 시민의 권리선언」 제6조 및 「1946년 프랑스 제4공화국 헌법 전문」 제3항의 관점에서 정당화되지 않으면 안 된다는 입장을 전개하였다.

프랑스 헌법재판소는 2014년 1월 9일의 선례에 따라 이 결정에서도 가족적 통일성의 유지라는 입법목적은 프랑스 국적의 취득과 관련하여 아버지와 어머니를 차별적으로 취급하지 않고서도 달성할 수 있다고 보았으며(판시이유 7), 이러한 차별적 취급은 상황의 차이에 의해서도 정당화되지 않는다고 보았다(판시이유 8). 또한 프랑스 헌법재판소는 심판대상조항이 「1789년 인간과 시민의 권리선언」 제6조 및 「1946년 프랑스 제4공화국 헌법 전문」 제3항의 관점에서 정당화되지 않는다고 판단하였다(판시이유 9).⁵⁾

5) Commentaire de la Décision n° 2024-1086 QPC du 25 avril 2024, pp. 6-10.

불법체류 외국인을 법률부조의 대상에서 제외하는 법률조항이 평등원칙에 반하는지 여부¹⁾

I. 사건개요

프랑스에서 법률부조(aide juridictionnelle)란 사법절차에서 자신의 권리를 주장하는데 필요한 자력이 없는 사람들에게 그 비용의 전부 또는 일부를 면제해 주는 제도를 말한다. 법률부조는 프랑스 국민의 법원에 대한 접근을 실질적으로 보장하는 수단으로 기능하고 있다.²⁾

말리 국적자인 청구인들(Diabe S., Cheickna F., Bakary B)은 2021년부터 2022년까지 Mistertemp Gestion Industrie의 직원이었지만, 같은 기간에 위협하지 않는 쓰레기를 수거하는 업체인 Propolys로 파견되었다. 이에 청구인들은 임시 노동계약을 정규직 노동계약으로의 변경해 줄 것을 요구하는 소송을 파리 노동법원(conseil de prud'hommes de Paris)에 제기하면서, 법률부조를 신청하였다.

그러나 법률부조의 요건에 합치하는지 여부에 대한 판단권을 가진 ‘법률부조국’(Bureaux d'aide juridictionnelle, BAJ)은 불법체류 외국인 노동자의 경우 법률부조의 혜택을 받을 수 없다는 점을 이유로 청구인들의 법률부조 신청은 요건을 충족하지 못하였다고 판단하였다. 이에 청구인들은 노동계약에 관한 소송계속 중에 불법체류 외국인 노동자의 경우 법률부조의 혜택을 받을 수 없다고 규정한 「법률부조에 관한 1991년 7월 10일 법률」(Loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, 이하 ‘심판대상법률’이라 한다) 제3조 제2항에 대한 사후적 위헌법률심판을 파리 노동법원에 청구하였고, 파리 노동법원은 2023년 11월 13일 결정을 통해 이 사건을 프랑스 파기원(Cour de cassation)으로 송부하였다.

파기원 민사 2부는 2024년 2월 29일 결정³⁾을 통해 외국인이 프랑스에 합법적으로

1) Decision n° 2024-1091/1092/1093 QPC du 28 mai 2024.

2) Commentaire de la Décision n° 2024-1091/1092/1093 QPC du 28 mai 2024, p. 1.

3) Cass. Civ. 2. arrêts n° 272, 274 et 275 du 29 février 2024.

거주하는지 여부에 따라 차별적인 취급을 하는 것은 법률 앞의 평등원칙에 반하며, 공정한 재판에 대한 권리를 침해할 수 있다는 점에서 진지한 성격이 있다고 판단하고, 프랑스 헌법재판소에 청구인이 청구한 사후적 위헌법률심판사건을 제청하였다.⁴⁾

II. 주문

1. 심판대상법률 제3조 제2항의 “... 그리고 합법적으로 ...”라는 부분은 헌법에 반한다.

2. 위헌선언은 본 결정 판시이유 18에서 판시한 조건에 따라 효력이 발생한다.

3. 본 결정은 프랑스 공화국 관보에 공포되며, 『헌법재판소의 조직법률에 관한 1958년 11월 7일의 법률명령』(Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel) 제23-11조⁵⁾에 규정된 조건에 따라 통지된다.

III. 심판대상조항

사후적 위헌법률심판사건의 심판대상조항은 다음과 같다.

법률부조에 관한 1991년 7월 10일 법률

제3조 제2항 : 《 프랑스에 일상적 그리고 합법적으로 거주하는 외국 국적자도 법률 부조의 혜택을 받을 수 있다. 》

4) Commentaire de la Décision n° 2024-1091/1092/1093 QPC du 28 mai 2024, pp. 8-9.

5) 『헌법재판소의 조직법률에 관한 1958년 11월 7일의 법률명령』 제23-11조 “(1) ... 헌법재판소의 결정은 당사자에게 통보되며, 국사원, 파기원, 필요한 경우에는 사후적 위헌법률심판사건을 제청한 당해 법원에 통지된다. (2) 뿐만 아니라, 헌법재판소는 자신의 결정을 대통령, 수상, 하원의장, 상원의장 ...에게 통지한다.”

IV. 판단

1. 청구인의 주장 및 심판대상의 확정

1) 3개의 사후적 위헌법률심판사건을 하나의 사건으로 병합할 필요가 있다(판시이유 1).

2) 심판대상법률 제3조 제2항은 “프랑스에 일상적 그리고 합법적으로 거주하는 외국 국적자도 법률부조의 혜택을 받을 수 있다.”고 규정하고 있다(판시이유 2).

3) 청구인들은 심판대상법률 제3조 제2항이 불법적 상황에 있는 외국인의 경우 원칙적으로 법률부조의 수혜자에서 제외한다는 점을 규정함으로써 ‘법률 앞의 평등원칙’(principe d’égalité devant la loi)에 반하는 부당한 차별적 취급을 하고 있다고 주장하였다(판시이유 3).

4) 그리고 청구인들은 심판대상법률 제3조 제2항이 소송을 제기하는 것과 관련하여 다른 소송당사자가 가지는 것과 동일한 보장을 불법적 상황에 있는 외국인의 경우에는 인정하지 않는다는 점에서 ‘법원 앞의 평등원칙’(principe d’égalité devant la justice)에 반한다고 주장하였다(판시이유 4).

5) 마지막으로, 청구인들은 심판대상법률 제3조 제2항은 불법적 상황에 있는 외국인이 소송에서 변호인의 조력을 받을 권리를 행사할 수 없게 한다는 점에서 ‘효과적인 사법적 구제를 받을 권리’(droit à un recours juridictionnel effectif), ‘방어권’(droits de la défense) 및 ‘공정한 재판에 대한 권리’(droit à un procès équitable)를 침해하였다고 주장하였다(판시이유 5).

6) 따라서 본 사후적 위헌법률심판사건의 심판대상은 심판대상법률 제3조 제2항의 “... 그리고 합법적으로 ...”라는 부분이다(판시이유 6).

2. 본안에 대한 판단

1) 『1789년 인간과 시민의 권리선언』 제6조는 법률은 “... 보호하든지, 처벌하든지, 만인에 대해서 동일해야 한다. ...”고 규정하며, 『1789년 인간과 시민의 권리선언』 제16조는 “권리보장이 확보되어 있지 않고, 권력분립이 규정되어 있지 아니한 모든

사회는 헌법을 가진 것이라고 할 수 없다.”고 규정하고 있다. 입법자는 사실, 상황 및 사람에 따라 다른 절차적 규정을 제정할 수 있지만, 이와 같은 차별적 취급은 부당한 차별을 초래하지 않고, 특히 소송을 제기할 권리 및 방어권과 관련하여 소송당사자에게 동등한 보장을 제공할 것을 그 조건으로 한다(판시이유 7).

2) 심판대상법률 제2조에 따르면, 법정에서 자신의 권리를 주장하는 것과 관련하여 자력이 충분하지 않은 사람은 법률부조의 혜택을 받을 수 있으며(판시이유 8), 심판대상법률 제3조에 따르면, 프랑스 국적자 및 유럽연합 회원국에 속하는 사람은 이와 같은 법률부조의 혜택을 받을 수 있다(판시이유 9).

3) 심판대상법률 제3조 제2항은 일정한 경우를 제외하고, 프랑스에 일상적으로 거주하는 외국인은 프랑스에 합법적으로 거주한다는 조건 또한 충족하는 경우에 법률부조의 혜택을 받을 수 있다고 규정하고 있다(판시이유 10).

4) 따라서 심판대상법률 제3조 제2항은 프랑스에 합법적으로 거주하는지 여부에 따라 외국인들 간에 차별적 취급을 하였다(판시이유 11).

5) 입법자는 특히 외국인의 거주가 적법한지 여부를 고려하면서 외국인에 대하여 특별한 규정을 제정할 수 있다. 그러나 이와 같은 입법자의 권한은 프랑스 영토에 거주하는 모든 사람에게 인정된 헌법상 권리 및 자유를 존중해야 하며, 특히 법원 앞의 평등원칙에 부합하기 위해 모든 소송당사자에게 동등한 보장을 인정해야 한다는 것을 그 조건으로 한다(판시이유 12).

6) 심판대상법률 제3조의 마지막 3개 항에 따르면, 프랑스에 합법적으로 거주하지 않는 외국인이라도 해당 외국인이 미성년자인 경우, 형사절차의 당사자가 된 경우, ‘민법전’(code civil) 제515-9조⁶⁾ 또는 ‘외국인의 입국 및 체류와 망명권 법전’(code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile)⁷⁾이 규정하는 일정한 조치⁷⁾의 대상

6) **민법전 제515-9조** 동반자 또는 과거의 배우자, 민사연대계약으로 결합된 과거의 동반자 또는 과거의 사실혼 배우자에 의하여 행해지는 폭력이, 피해자가 된 사람이나 1인 또는 수인의 자녀를 위협에 처하게 하는 경우, 가사담당 법관은 이들에게 긴급하게 보호처분명령을 내릴 수 있다. (사)한불민사법학회, 프랑스민법전, 박영사, 2023, 407면.

7) 즉, 석방구금판사의 결정에 따라 대기 장소에서 대기 중인 외국인, 체류증 발급이 거부된 자, 영토를 떠날 의무의 대상이 되는 사람, 프랑스 영토로의 복귀 및 프랑스 영토에서의 통행이 금지된 사람, 국경으로의 추방명령을 받은 사람 등을 말한다. *Commentaire de la Décision n° 2024-1091/1092/1093 QPC du 28 mai 2024*, pp. 7-8.

자에 해당하는 경우, 소송의 목적 및 예상되는 소송비용의 관점에서 해당 외국인의 상황에 대해서 특별히 관심을 가질 가치가 있는 경우에는 예외적으로 법률부조의 혜택을 받을 수 있다(판시이유 13).

7) 그런데 심판대상법률 제3조 제2항은 프랑스에서 합법적으로 거주하지 않는 외국인의 경우 자신의 권리를 법원에서 주장하기 위해 법률부조를 받을 일체의 가능성을 박탈함으로써 다른 소송당사자가 가지는 것과 동등한 보장을 인정하지 않는다(판시이유 14).

8) 따라서 심판대상법률 제3조 제2항은 법원 앞의 평등원칙에 반한다(판시이유 15). 다른 청구이유를 살펴볼 필요 없이, 심판대상법률 제3조 제2항은 헌법에 반하는 것으로 선고되어야 한다(판시이유 16).

3. 위헌결정의 효력과 관련하여

1) 프랑스 헌법 제62조 제2항은 “제61-1조에 근거하여 위헌으로 선언된 법률규정은 헌법재판소 결정의 공포시부터 또는 헌법재판소의 결정에 따라 정해지는 장래의 시기부터 폐지된다. 헌법재판소는 위헌으로 선언된 법률규정이 발생시킨 효력과 관련된 조건과 한계를 정한다.”라고 규정한다. 원칙적으로, 위헌선언의 효력은 사후적 위헌법률심판의 청구인에게 적용되어야 하며, 헌법에 반하는 것으로 선언된 법률규정은 헌법재판소의 결정이 공포될 때 계류 중인 소송에 적용될 수 없다. 그렇지만 헌법 제62조는 위헌으로 선언된 법률규정의 폐지일을 정하고, 과거로 그 효력을 연장하며, 위헌선언이 있기 전에 해당 법률규정이 발생시킨 효력에 관한 사항을 정하는 권한을 헌법재판소에게 부여하였다. 또한 헌법 제62조는 위헌선언된 법률규정으로 인한 국가책임을 부담시키지 않거나, 국가책임의 특별한 조건 또는 한계를 결정할 권한을 헌법재판소에게 부여하였다(판시이유 17).

2) 이 사건의 경우 위헌선언의 효력을 연장할 어떠한 정당한 근거도 없다. 따라서 본 위헌결정은 결정의 공포일부터 효력이 발생한다. 본 위헌결정은 결정의 공포일에 확정판결이 내려지지 않은 모든 사건에 적용된다(판시이유 18).

V. 결정의 의의

프랑스 헌법재판소는 이 결정에서 외국인은 일정한 경우 외에는 프랑스에 일상적으로 그리고 합법적으로 거주해야만 법률부조의 혜택을 받을 수 있다고 규정한 심판대상조항을 법원 앞의 평등원칙에 근거하여 위헌으로 판단하였다.

프랑스 헌법재판소는 「1789년 인간과 시민의 권리선언」 제6조 및 제16조에서 법원 앞의 평등원칙을 도출하고 있으며, 심사기준으로서의 법원 앞의 평등원칙은 일반적인 평등원칙과 달리 “입법자는 사실, 상황 및 사람에 따라 다른 절차적 규정을 제정할 수 있지만, 이와 같은 차별적 취급은 부당한 차별을 초래하지 않고, 특히 소송을 제기할 권리 및 방어권과 관련하여 소송당사자에게 동등한 보장을 제공할 것을 그 조건으로 한다.”는 원칙적 입장을 전개하고 있다. 따라서 프랑스 헌법재판소는 법원 앞의 평등원칙을 적용함에 있어서 차별적 취급이 상황의 차이에 의해 정당화될 뿐만 아니라, 다른 소송당사자에게도 인정되는 등가적인 보장책이 해당 소송당사자에게 제공되었는지를 확인한다.

이 결정에서도 프랑스 헌법재판소는 우선 차별적 취급이 부당한 차별을 초래하였는지를 확인한 다음에(판시이유 11 및 12), 심판대상법률 제3조 제2항이 불법적 상황에 있는 외국인에 대해서는 다른 소송당사자에게 인정되는 등가적인 보장책이 제공되지 않았다고 판단하여(판시이유 14) 위헌으로 선고하였다.

최신 세계헌법판례

스페인

■ 안락사를 규제하는 조직법에 대한 위헌법률심판(下)

/ 책임연구원 임윤정

안락사를 규제하는 조직법에 대한 위헌법률심판¹⁾(下)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 제출하였다.³⁾ ‘적극적 안락사’(la eutanasia activa)는 치명적이고 만성적인 장애를 앓는 질병 또는 견딜 수 없는 고통을 초래하는 심각한 불치병 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, 가톨릭교회와 일부 의료진은 계속해서 반대하였다. 이에 스페인 우익의 복스당(Vox) 소속 50명의 의원들은 「안락사를 규제하는 조직법」⁵⁾에 대해 2021. 6. 16. 헌법재판소에 위헌법률심판(추상적 규범통제)을 청구하였다. 동법과 더불어 동법의 특정 조문들에 대해서도 위헌심판청구가 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 지난 「세계헌법재판 조사연구보고서」 2024 제5호(통권 제68호)에 수록된 ‘안락사를 규제하는 조직법에 대한 위헌법률심판(上)’에 이어 동 결정의 구체적인 쟁점 ② 이후에 해당하는 판단 부분과 재판관 1인의 보충의견 및 2인의 반대의견을 다루고, 「안락사를 규제하는 조직법」의 주요 내용을 정리하여 소개하였다.

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 있다.

[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 비례성 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 보장하지 않고 있고, 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 ‘사실상의 무능력 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

4. 사실상의 무능력 상태에 있는 사람에 관한 구체적인 쟁점

심판대상조문은 다음과 같다.

-
- 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, 정직, 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.

제3조 정의

이 법의 규정에 따른 목적은 다음과 같이 이해된다.

[...]

d) 담당의사: 환자의 모든 정보와 건강관리를 담당하는 의사로서, 진료과정에서 환자의 진료 및 정보와 관련된 모든 사항에 있어서 환자를 대상으로 주된 대담자 역할을 하며, 다른 보조행위에 참여하는 다른 전문가의 의무를 방해하지 않는다.

e) 상담의사: 환자가 겪고 있는 병리학 분야의 훈련을 받은 의사로서, 담당의사와 동일한 팀에 속하지 않는 의사

[...]

h) 사실상의 무능력 상태: 법적 능력 행사를 위한 지원방법이 존재하는지 또는 채택되었는지 여부와 관계없이, 환자가 자율적이고 완전하며 효과적으로 자신을 통제할 충분한 이해와 의지가 결여된 상태

제5조 조력사를 받기 위한 요건

1. 조력사를 받으려면 다음의 요건을 모두 충족해야 한다.

[...]

c) 자발적으로 서면으로 또는 기록을 남기는 다른 수단을 통해 두 번의 요청이 있고, 이것이 외부 압력으로 인한 결과가 아니며 두 번의 요청 사이에 최소 15일의 간격을 둔다.

담당의사가 신청자의 동의 능력 상실이 임박했다고 판단하는 경우, 임상 상황에 따라 적절하다고 판단되는 더 짧은 기간을 고려할 수 있고, 이는 의료기록에 기재되어야 한다.

[...]

2. 환자가 자신의 능력을 행사하지 못하거나 자유롭게 자발적으로 의식을 가지고 동의할 수 없는 상태임을 담당의사가 증명하는 경우 이전 조항 1의 d)를 충족하면 동 조항 b), c), e)가 적용되지 않는다. 이때 사전 지침서, 생명 유언장²⁰⁾, 사전의사결정서 또는 법적으로 이와 동등하게 인정되는 문서에 서명한 경우, 해당 문서에서 정한 규정에 따라 조력사 제공을 할 수 있다. 해당 문서에 대리인이 기재되어 있는 경우, 대리인이 담당의사와 상담하는 유효한 대담자가 된다.

담당의사가 내린 사실상의 무능력 상태의 진단은 국가보건제도상의 지역협의회가 정한 업무처리 프로토콜에 따라 행한다.

제6조 조력사 제공의 신청 요건

[...]

4. 제5조 제2항의 경우, 환자가 이전에 서명한 사전 지침서, 생명 유언장, 사전 의사결정서 또는 법적으로 이와 동등하게 인정되는 문서를 첨부하여, 성인이고 완전한 행위능력을 갖춘 (다른) 자가 담당의사에게 조력사 제공의 신청을 제출할 수 있다. 환자를 대신하여 신청서를 제출할 사람이 없는 경우에는 담당의사가 안락사 신청서를 제출할 수 있다. 그러한 경우, 해당 담당의사는, 「사전 지침서의 국가 등록과 관련하여 자동화된 개인정보파일을 규율하는 칙령 124/2007」 제4조 제1항 d)에 따라, 해당 자치주의 보건당국 또는 보건부가 지정한 사람을 통해 (환자의) 사전 지침서, 사전의사결정서 또는 이와 동등한 문서를 요청하고 이에 대한 접근권을 얻을 수 있다.

제9조 사실상의 무능력 상태라고 판단되는 경우 따라야 할 절차

제5조 제2항의 경우, 담당의사는 사전 지침서 또는 이에 상응하는 문서의 내용을 이행할 의무가 있다.

제12조 조력사 지원 제공 후 보증평가위원회에 전달사항

조력사 제공이 이루어지고 나서, 담당의사는 영업일 기준 최대 5일 이내에 등록번호가 있는 다음 두 개의 문서를 자치주 또는 자치도시의 보증평가위원회에 전달해야 한다.

a) 담당의사가 날인한 첫 번째 문서(이른바 ‘첫 번째 문서’)에는 다음의 정보가 포함되어야 한다.

[...]

4) 신청인이 사전 지침서 또는 이에 상응하는 문서를 작성했었고, 거기에 대리인이 있다면 대리인의 성명. 그렇지 않은 경우, 사실상의 무능력 상태에서 환자를 대신하여 신청서를 제출한 사람의 성명.

추가규정 여섯째. 의료서비스를 통한 조력사 제공을 보장하기 위한 조치

[...]

마찬가지로, [법 시행 후 3개월] 같은 기간 내에 [국가보건의제도상의 지역협의회]는 제5조 제2항에 언급된 프로토콜을 준비해야 한다.

(1) 청구인들은 동법에서 규정한 “사실상의 무능력 상태”(situación de incapacidad de hecho)에 있는 사람에 대해 조력사 제공을 인정하는 데 법적인 충분한 보호가 없어서 헌법 제15조, 제18조, 제24조, 제53조 제2항에 반한다고 주장하였다. 이러한 법적 결함으로 인해 해당 규정을 적용하는 자들에게는 광범위한 재량권이 부여되고, 법률의 적용을 받는 대상자(환자)가 가진 현재의 의사를 무시한 채 사전에 사법적 개입이 없이 무능력 상태로 판단하여 안락사가 허용될 수 있다는 점을 지적하였다. 청구인들은 특히 그러한 법적 결함들로 인해 조력사를 인정하는 초기의 제한 요건들이 점차적으로 모호해지고, 나아가 노인이나 장애인에게 침묵의 사회적 압력을 가하는 결과가 야기될 것이라고 주장하였다.

(2) 우선 『안락사를 규제하는 조직법』에서 사실상의 무능력 상태에 있는 사람들을 위해 마련한 규정의 의미와 효과에 관한 선결적인 검토가 있어야 할 것이다. 이 부분에서 청구인들은 심판대상조항들을 잘못 해석하고 있다. 사실상의 무능력 상태에 있는 경우, 청구인들이 주장하는 것처럼 조력사 제공이 담당의사의 재량에 달려 있는 것이 아니고, 환자가 사전에 작성한 사전 지침서, 생전 유언장, 사전의사결정서 또는 법적으로 이와 동등하게 인정되는 문서가 있어야만 가능하며(제5조 제2항), 해당 문서의 내용에서 이를 허용하는 경우에만 가능하다(제5조 제2항 및 제9조). 따라서 사실상의 무능력 상태는 당사자의 동의를 무시하는 것이 아니라, 환자가 이전에 작성한 문서를 통해 동의를 확인하는 방식으로 이루어진다.

사실상의 무능력 상태에 관한 법 규정과 환자가 과거에 작성했을 수 있는 사전 문서 간에는 상호 관련성이 있다. 만약 그러한 문서가 존재하지 않는다면, “법적 능력이 있고 의식이 있는” 환자(제5조 제1항 a))가 아닌 사람은 어떤 경우에도 동법에 규

20) 여기서 ‘생명 유언장’(testamento vital)은 환자가 스스로 결정을 내릴 수 없을 정도로 위독한 상태가 되었을 때 존엄사를 할 수 있게 해달라는 뜻을 밝힌 것을 의미한다.

정된 조력사 제공을 받을 수 없다. 반대로, 법적 능력이 있는 환자의 경우 조력사 제공을 요청하지 않은 채 이러한 사전 문서만으로 해당 환자가 가진 현재의 의사를 대체할 수 없다.

입법자는 이러한 규정을 통해 현재 자율적으로 조력사 제공을 신청할 수 없는 환자라도 과거에 (조력사 제공의 신청을) 미리 결정하였고 법적 요건을 충족한 경우에는 조력사를 제공받을 수 있는 가능성을 열어둔 것이다. 이는 『환자의 자율성과 의료 정보와 문서에 관한 권리와 의무를 규정하는 법』²¹⁾ 제11조의 내용과도 일치하며, 동법의 상황과는 상이하지만(생명유지 장치의 제거와 관련된 판결이었는데) 유럽인권재판소도 중요한 판결을 내린 바 있다.²²⁾

(3) 헌법재판소는 환자의 사실상의 무능력 상태에 대한 정의와 관련된 청구(동법 제 3조 h), 제5조 제2항, 최종규정 여섯째 조문)는 기각되어야 한다고 본다. 입법자는 사실상의 무능력 상태의 개념을 정의하기 위해 구체적인 규정을 두었고, 이를 “법적 능력 행사를 위한 지원방법이 존재하는지 또는 채택되었는지 여부와 관계없이, 환자가 자율적이고 완전하며 효과적으로 자신을 통제할 충분한 이해와 의지가 결여된 상태”라고 설명하고 있다(제3조 h)). 현실적으로 사실상의 무능력 상태를 명확히 구체화하기 어려운 만큼, 일반적인 규정만으로 식별될 수 없고 일상의 상황 및 질병의 상황과 의학적인 기준에 따라 확인될 수밖에 없다. 실제로, 의학적인 분석 도구들은 환자가 인지할 수 없는 상태인지를 진단하는 데 사용되고 있다.

또한, 담당의사가 사실상의 무능력 상태를 평가하는 데 있어 국가보건의제도상의 지역협의회가 정한 프로토콜에 따라 수행하도록 규정한 것이 위헌이라는 청구인들의 주장도 타당하지 않다. 지역협의회가 행정기관에 불과하고, 이에 대한 사법적 개입이 없다는 비판은 그 자체로 충분한 또는 명확한 근거를 제공하지 못한다. 이러한 프로토콜의 채택은 사법당국의 역할이 아니고, 입법자에게 강제될 수 없다는 점은 의심할 여지가 없으며, 이것이 헌법적으로 금지된다고 볼 수도 없다. 법률유보 원칙이 이렇게 고도로 기술적인 문제에 대해 향후 위임하는 규정을 두는 것을 차단하는 것은 아니다.

21) Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

22) STEDH de 5 de junio de 2015, asunto Lambert y otros c. Francia, § 143, 178 y 179.

(4) 마찬가지로 사실상의 무능력 상태에 있는 사람에 대한 조력사 제공 신청을 제3자가, 특히 치료를 담당한 의사가 대신할 수 있는 가능성에 대해 제기된 위헌 주장도 기각되어야 한다. 청구인들은 이것이 개인의 사생활을 침해하는 것이라고(헌법 제18조 제1항) 주장하지만, 「안락사를 규제하는 조직법」은 제3자가 사실상의 무능력 상태에 있는 사람의 죽음을 “요청”할 수 있는 권리를 부여하고 있지 않다. 사실 법이 허용하는 것은 환자가 미리 서명한 사전 지침서(또는 이와 동등한 문서)가 첨부된 조력사 제공 신청을 제3자가 전달할 수 있도록 하는 것이다. 즉, 제3자는 환자가 사전에 표시한 의사를 전달할 수 있을 뿐이며, 이는 신청서를 제출하는 사람의 의사가 아니라 환자의 의사이다.

생명권에 대한 존중은 환자가 미리 (조력사 신청의) 의사표시를 하지 않았음에도 환자 대신에 제3자가 신청해 조력사가 진행되는 일이 없도록 하는 데 있을 것이다. 다만, 환자가 미리 작성한 문서를 통해 제3자에게 이 역할을 위임한 경우, 해당 대리인이 담당의사와 상담하는 유효한 대담자가 된다(제5조 제2항). 반대로, 환자의 사전 지침서가 있고, 이것이 「안락사를 규제하는 조직법」의 요건을 충족한다면, 그 누구도 환자가 결정한 의사에 반하여 행할 수 없다.

개인의 사생활권은 타인의 행동이 개인의 고유한 영역에 침해하지 못하도록 보호하고, 제3자가 이 사적인 영역에 대해 개입하거나 이용할 수 없도록 보장한다.²³⁾ 그러나 장차 의사표시를 할 수 없는 가능성을 고려해 조력사 신청을 미리 준비한 환자는 자신의 신청서를 알리고 의사에게 전달하려는 의도가 분명하고, 이는 제3자의 제출을 통해서만 가능한 것이다. 또한, 이것이 (청구서에 기재되어 있지 않았지만, 헌법 제18조 제4항으로부터 도출되는) 환자의 개인정보 보호에 관한 권리에 영향을 준다고 볼 수 없다. 사실상의 무능력 상태가 확인되면, 해당 환자를 치료하는 의사만이 사전 지침서에 접근하고 조력사 신청을 제출할 수 있기 때문이다(제6조 제4항). 이와 같은 이유로 이 부분의 위헌 주장도 기각되어야 하고, 「안락사를 규제하는 조직법」의 규정이 사실상의 무능력 상태에 있는 사람의 생명권과 관련해서 제3자의 간섭으로부터 헌법에서 요청하는 보호수준에 부합되지 않는다고 볼 수 없다.

23) STC 172/2020, de 19 de noviembre, FJ 4.

5. 「안락사를 규제하는 조직법」의 위임규정에 관한 구체적인 쟁점

심판대상조문은 다음과 같다.

제5조. 조력사를 받기 위한 요건

[...]

2. [...]

담당의사가 내린 사실상의 무능력 상태에 대한 평가는 국가보건제도상의 지역 협의회에서 정한 행정 프로토콜에 따라 수행된다.

제17조 [보증평가위원회] 설치 및 구성

[...]

5. 보건부와 자치주의 보증평가위원회 위원장은, 보건부의 주관 하에, 국가보건제도상의 안락사 제공에 관한 기준을 표준화하고 모범사례를 공유하기 위해 매년 회의를 개최한다.

추가규정 여섯째. 의료서비스를 통한 조력사 제공을 보장하기 위한 조치

조력사 제공의 동일성과 질을 보장하기 위해 국가보건제도상의 지역협의회는 법이 발효된 날로부터 3개월 이내에 동법의 올바른 시행을 안내할 수 있는 모범 사례 지침서를 작성해야 한다.

또한, 같은 기간 내에 제5조 제2항에 언급된 프로토콜을 준비해야 한다.

최종규정 셋째. 특정조항의 일반적 성격

동법에서 제12조, 제16조 제1항, 제17조, 제18조, 추가규정에서 첫째, 둘째, 셋째, 넷째, 다섯째, 여섯째 및 일곱째 및 경과규정은 일반법의 성격을 가지고, 이 조문들을 제외하고는 조직법의 성격을 가진다.

(1) 청구인들은 「안락사를 규제하는 조직법」 제5조 제2항과 제17조 제5항 그리고 추가규정 여섯째 조문이 인간 생명의 끝과 생명권의 종기에 관한 본질적인 사항을 불분명한 규정에 맡기고 있고 심지어 이것이 규칙(reglamentario)의 지위도 가지고 있지 못하여 법률유보(헌법 제53조 제1항) 및 조직법유보(헌법 제81조 제1항)에 반한다

고 주장하였다. 또한, 최종규정 셋째에 의거하여 별다른 근거 없이 추가규정 여섯째 조문의 조직법적 성격을 부인하고 있다고 지적하였다.

한편, 청구인들은 「안락사를 규제하는 조직법」 제5조 제2항과 추가규정 여섯째 조문이 위헌이라고 보았는데, 사전에 어떠한 규정 없이 국가보건제도상의 지역협의회에 사실상의 무능력 상태를 평가하는 행정 프로토콜을 만들도록 “백지위임”을 허용하기 때문이라는 것이다. 나아가 청구인들은 담당의사가 사실상의 무능력 상태라고 평가하면 환자의 직접적이고 자발적인 동의가 없어도 죽음에 이르도록 하는 것이라고 해석하였다. 청구인들은 이러한 사항들이 단순히 모범사례 지침서나 행정 프로토콜에 맡겨져서는 안 되고, 생명권의 종기와 같은 본질적이고 중요한 문제는 조직법에서 규율되어야 한다고 피력하였다.

(2) 사실상의 무능력 상태 평가를 행정 프로토콜에 맡기고 있다는 청구인들의 주장은 기각되어야 한다. 앞서 실시하였듯이 「안락사를 규제하는 조직법」 제5조 제2항은 “사실상 무능력 상태”라는 개념을 명확히 정의하고 있다. 이 상태는 청구인들이 주장하는 것처럼 환자의 동의 없이 이루어지는 것이 아니라 환자가 현재 동의를 할 수 없는 상황임을 확인하는 것을 의미한다. 심판대상조문에 언급된 “행정 프로토콜”은 사실상의 무능력 상태를 정의하는 것이 아니며, 담당의사가 개별 사례에서 이러한 상태에 해당하는지 평가하는 부분과 관련된다. 평가는 기술적인 판단이고 사례별로 이루어져야 하며, 이 조직법에서 규정한 것 이상의 구체적인 기준이 요청된다고 볼 수 없고, 조직법으로든 일반법으로든 입법자가 이 문제에 대해 구체적이고 기술적인 판단 기준을 정할 수도 없다. 그리하여 법률의 흠결이 있었다고 볼만한 이유가 없고, 행정기관이 안락사 제공에 있어서 본질적인 요소를 규율하는 역할을 위임받았다는 주장도 근거가 없다.

(3) 또한 「안락사를 규제하는 조직법」 제5조 제2항, 추가규정 여섯째 조문과 마찬가지로, 관련 조문들에서 법률로 규정해야 할 사항들을 행정기관에 위임하고 있지 않으며, 청구인들이 주장하는 것처럼 “법률의 흠결”을 내포하고 있지 않다. 동법 제17조 제5항과 추가규정 여섯째 조문은 입법자가 정한 규범적 적용에 관한 것이고, 법의 적용이 전국적으로 일관되고 조화롭게 이루어지도록 하는 것이다. 이것이 규범적 차원에서 「안락사를 규제하는 조직법」의 개정, 보완, 통합을 허용하는 것이라고 볼 수 없다. 심판대상조문의 내용이 헌법 제81조 제1항에 따른 조직법유보의 범위에 포

함되지 않고, 최종규정 셋째 조문에 대해서는 청구인들이 별다른 주장을 하지 않았으므로 청구는 기각되어야 한다.

6. 의료전문가의 양심적 거부에 관한 구체적인 쟁점

심판대상조문은 다음과 같다.

최종규정 셋째. 특정조항의 일반적 성격

동법에서 제12조, 제16조 제1항, 제17조, 제18조, 추가규정에서 첫째, 둘째, 셋째, 넷째, 다섯째, 여섯째 및 일곱째 및 경과규정은 일반법의 성격을 가지고, 이 조문들을 제외하고는 조직법의 성격을 가진다.

제16조 의료전문가의 양심적 거부

[...]

2. 보건당국은 조력사를 행하는 것에 양심적으로 거부하는 의료전문가를 등록한다. 등록시 양심적 거부의 선언을 기록하고, 보건당국에 필요한 정보를 제공하여 조력사 지원에 대한 적절한 관리가 이루어지도록 한다. 등록시 엄밀히 비밀유지의 원칙과 개인정보보호의 규정이 적용된다.

(한편, 심판대상조문은 아니지만, 이 청구내용을 검토하기 위해서는, 청구인들과 국가변호사가 주장하는 바와 같이, 동법 제3조 f)와 제16조 제1항을 살펴볼 필요가 있다.)

제3조 정의

이 법의 규정에 따른 목적은 다음과 같이 이해된다.

[...]

f) 보건상 양심적 거부: 자신의 신념과 양립할 수 없는 이유로, 동법이 규정하고 있는 의료행위를 수행하지 않을 의료전문가의 권리

제16조 의료전문가의 양심적 거부

1. 조력사 지원에 직접적으로 관여하는 의료전문가는 양심적 거부권을 행사할 수 있다.

상기의 조력사 지원을 양심상의 이유로 거부하거나 이를 수행하지 않는 것은, 해당 서비스 수행과 직접 관련된 의료전문가의 개별적인 결정이고, 이는 사전에 서면으로 표명되어야 한다.

(1) 청구인들은 안락사를 행하는 것에 대한 양심적 거부가 사상 및 종교의 자유의 행사에 핵심적인 부분을 구성하므로 「안락사를 규제하는 조직법」 최종규정 셋째에서 동법 제16조 제1항이 일반법의 성격을 가진다고 이해하는 것은 명백히 위헌이고, 헌법에서 기본권과 자유를 구체화하는데 있어서 본질적인 내용과 기본 조건이 조직법에 의해 규정되어야 함을 명시(헌법 제81조 제1항)하고 있다는 주장을 피력하였다.

한편, 청구인들은 동법 제16조 제2항에 따라 양심적 거부 의료전문가를 등록하도록 하는 것이 다음과 같은 이유로 헌법에 위반된다고 주장하였다. 첫째, 양심적 거부 등록을 조건으로 내세우는 것은 이러한 의사를 표시하는 자들을 차별하고 낙인하는 것이다. 둘째, 양심적으로 거부한다는 입장이 종국적이고 절대적인 것이 아니어서(의사 경력과 실무 과정에서 변경될 수 있고, 또한 사례에 따라 양심적 거부의 의사가 달라질 수 있는 바) 획일적으로 기록될 수 없다. 셋째, 의료전문가에 대해 사전에 양심적 거부를 선언하도록 의무를 부과하는 것은 헌법 제16조 제2항에서 누구든지 자신의 신념을 표명하도록 강요받지 않는다는 내용에 위배된다. 넷째, 양심적 거부자들을 등록하는 것이 비례의 원칙상 필요하거나 적절한 수단에 해당하지 않는다.

(2) 헌법재판소는 「안락사를 규제하는 조직법」 최종규정에서 동법 제16조 제1항이 일반법의 성격이라고 명시하고 있어 위헌이라는 청구인들의 주장을 받아들일 수 없다. 안락사를 행하는 것에 대한 양심적 거부(동법 제16조 제1항 둘째 단락)가 헌법 제16조 제1항의 기본권 보호 측면에서 재판상 다투어질 수 있지만, 그렇다고 하여 반드시 헌법 제81조 제1항에 따른 조직법유보의 형식이어야만 하는 것은 아니다. 하나의 쟁점은 (안락사 제공에) 반대하는 주장이 양심의 자유와 연결되었을 때 이것을 절차적으로 보장하는 제도에 관한 문제이고, 다른 쟁점은 (안락사 제공에) 반대하는 주장을 명시적으로 규정할 때 요청되는 규범적 근거에 관한 문제이다. 청구이유는 두 가지 사항을 혼동하고 있다. 이와 관련해서 헌법재판소의 선례는 헌법 제30조 제2항에 규정된 양심적 거부를 입법하는데 있어 조직법유보가 유일한 방법이 아니라고 하면서 헌법 제81조 제1항은 엄밀히 말하면 헌법 제1장 “기본적 권리와 의무” 제2절

“권리와 자유”에서 제1관 “기본권과 공적 자유”에 포함되는 권리에 관한 것이라고 확인한 바 있다. 한편, 보건상 양심적 거부는 안락사를 수행하라는 요청이 자신의 신념과 양립할 수 없는 의료전문가 개인의 권리로서 동법 제3조 f)가 조직법 성격을 가진다고 이해해야 한다.

(3) 또한 (안락사 제공을) 양심적으로 거부하는 의료전문가를 보건당국에 등록하도록 규정했기 때문에 위헌이라는 청구인들의 주장은 타당성이 없다. 이들을 등록하는 것은 양심적 거부권 행사에 조건을 부과하는 것이 아니고, “사전에 그리고 서면으로” 이러한 의사를 표시하는 것만으로 충분하다.

양심적 거부의 행사는 “수행해야 하는 행위로부터 면제되기 때문에 주체의 내밀한 영역에만 머무를 수 없고, 결과적으로 양심적 거부를 하는 자가 공권력에 대해 업무편의를 제공받으면서 자신의 권리를 실현하기를 바란다면 필요한 협력을 제공해야 한다. [...] 여기서 협력은 원칙적으로 권리 보유자(양심적 거부자)가 외부의 강제에 맞서 자신의 사생활에서 어떤 권리를 더 이상 행사하지 않겠다고 하는데서 시작되고, 누구도 자신의 사상, 종교 또는 신념을 표명하도록 강요받지 않는다(헌법 제16조 제2항).”²⁴⁾ 마찬가지로 상기 최근 결정의 결론 중에서 일부를 인용할 가치가 있다고 본다. “지방의 전문가를 등록하도록 만든 것은 [...] 조직적인 측면에서 자치행정에서 이를 알 수 있도록 하기 위함이고, 양심적 거부권을 행사하는 자들을 고려하여 해당 보건서비스의 적절한 지원을 위한 것이다. [...] 이 자체로, 양심적 거부권 행사가 제한된다고 볼 수 없고 [...] 이념의 자유와 사생활권에 대한 불합리하고 비례성을 상실한 제한이라고 할 수 없으며, [...] 양심적으로 거부하려는 자들을 차별하고 보복하려는 목적으로 이들의 명부를 생성했다는 점이 확인되지 않았으므로, 법적인 근거가 없어 위헌이라는 주장은 성립될 수 없다.”

Ⅲ. 주문

위의 판단이유를 고려하여, 헌법재판소는 스페인 헌법이 부여하는 권한에 따라 「안락사를 규제하는 조직법」에 대해 청구된 위헌법률심판을 기각한다.

24) STC 160/1987, FJ 4, en pasaje reiterado por la STC 151/2014, FJ 5.

IV. María Luisa Balaguer Callejón 재판관의 보충의견

헌법재판소법 제90조 제2항에 따른 권한을 행사하여 보충의견을 피력하고자 한다. 이는 평의에서 본인이 제기했던 몇 가지 주장을 기록으로 남기기 위함이며, 이러한 주장들이 결정이유에서 충분히 다루어지지 않았다고 생각한다. 주문에는 전적으로 동의한다.

나의 판단으로는, 논쟁의 초점을 헌법 제15조의 내용과 범위, 또는 자신의 죽음에 관한 자기결정권이 여기에 포함되는지에 두기보다는, 헌법 제10조 제1항의 인간의 존엄성에 관한 논의로 전개했어야 한다고 본다. 다시 말해, 성인이자 자유롭고 의식이 있으며 충분히 정보를 제공받은 사람이 자신의 삶을 어떻게 끝낼 것인지 결정할 수 있는 근거가 인간의 존엄성에서 도출된다고 판단했다면, 본 위헌법률심판 청구를 기각하는 두 개의 논거로 작용했을 것이다. 이러한 헌법적·이론적 구성은 미래의 입법자와 해석자가 존엄한 죽음에 대한 권리를 현행법이 규정하는 것보다 더 폭넓게 형성할 수 있는 강력한 기반을 마련하는 것이다. 현행법은 이른바 ‘안락사 상황’에서만 안락사와 조력사를 허용하는데, 여기에는 존엄하고 굴욕적이지 않은 방식으로 생을 마감하기를 원하는 모든 상황을 포괄하지 않는다.

인간 존엄성의 개념은 자율적인 결정을 내리는 것과 밀접하게 관련되어 있고, 개인의 자율성 존중으로부터 파생되는 국가의 의무를 규정함으로써 내용이 구체화된다. 이는 단지 개인에 대한 국가의 개입을 제한하는 것이 아니라, 자율성의 완전한 행사가 보장되기 위해서 국가가 이행해야 할 의무가 있다는 것을 내포하는 것이다. 다시 말해, 단순히 낙태나 조력사를 비범죄화함으로써, 억압적인 통제를 없애는 것이 아니라, 그러한 결정을 내린 사람이 의료 서비스에 관한 공공의 도움을 받을 수 있도록 보장하는 것이 중요하고, 이러한 선택이 안전하고 건강한 조건에서, 개인의 신체와 정신에 대한 완결성을 존중하며 모든 종류의 비인간적인 대우를 배제하는 가운데 실현될 수 있도록 해야 한다.

V. 반대의견

1. Enrique Arnaldo Alcubilla 재판관

내가 법정의견과 주문에 반대하는 이유는 크게 두 가지이다. 우선, 법정의견은 안락사 상황에서 자신의 죽음에 관한 “새로운” 기본권인 자기결정권을 제안함으로써 공권력(특히 입법부)이 그 기본권의 실효성을 보장할 의무가 있다는 논거를 전개하고 있다. 안락사를 규제하는 것이 헌법적으로 금지되지 않는다고 하더라도, 법정의견과 같이 도그마틱하게 해석하는 것은 이 민감한 문제에 대한 입법자의 정당한 선택을 제한한다고 본다. 헌법에서 명백하게 확립한 사항을 제외하고, 헌법이 입법자에게 부여한 선택의 다양성은 하나의 배타적인 방식을 부과하지 않고 다양한 대안을 허용하는 것이다. 헌법에 의해 열려있는 (입법자의) 선택의 다양성은 궁극적으로 최고의 가치인 정치적 다원주의를 나타내는 것이다(헌법 제1조 제1항).

또한, 자유롭고 의식적인 의사표현을 보장하는데 필요한 절차와 관련하여 제3자에 의해 조력사 신청이 이루어질 수 있다는 법정의견의 판단에 동의할 수 없다. 법정의견은 제3자에 의한 부당한 영향이나 남용을 피하기 위한 충분한 보호 조치가 없을 경우 기본권이자 객관적인 헌법적 선인 생명이 침해될 수 있다는 점을 확인하고 있지만, 심판대상법률에 제3자에 의한 부당한 영향이나 남용의 위험성이 없는지에 관한 판단은 없고, 기본권을 보호해야 하는 국가의 의무를 충족한다고만 결론짓고 있다.

2. Concepción Espejel Jorquera 재판관

우선, 헌법 제15조와 제10조 제1항에서 파생된 기본권으로서 법정의견이 설명하는 “안락사 상황에서 자신의 죽음에 관한 자기결정권”이라는 개념과 이에 상응하는 입법자의 의무 설정에 동의할 수 없다. 특히 판단이유 4에서 상기의 개념을 기본권으로 이해하는 논리 전개에 수긍할 수 없고, 인용이 되고 있는 유럽인권재판소의 결정들의 결론은 다르다고 생각한다. *Pretty c. Reino Unido*, *Koch c. Alemania*, *Lambert y otros c. Francia*, *Mortier c. Bélgica* 사건들에서 「인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약」 제8조 사생활권에 위반된다는 주문내용은 없었다.

또한, 법률의 흠결에 대한 주장, 특히 국가의 생명 보호의무에 영향을 주는 중요한 용어의 사용이 명확하게 규정되지 않아서 충분한 보장이 이루어지지 않았다는 청구

인들의 주장을 기각한 논리 일부에 동의하지 않는다. 이러한 부분은 생명권의 보호가 부재하거나 불충분하다는 이유로 비례성 기준을 충족하지 않는다고 판단할 수도 있었다고 생각한다. 사실상의 무능력 상태에 있는 경우 따라야 할 절차 내용에서 생명권의 충분한 보호가 이루어졌다고 볼 수 없다.

Ⅵ. 참고 - 「안락사를 규제하는 조직법」의 주요 내용

1. 목적

「안락사를 규제하는 조직법」 전문에 명시되어 있듯이, 동법은 의학적으로 “적극적이고 직접적인”(activa y directa) 안락사를 규율하는데 그 목적을 두고 있다. 즉, 이는 명시적이고 반복적인 환자의 요청에 따라 하나의 즉각적인 인과관계에 의해 직접적이고 의도적으로 생명을 종결시키는 행위이고, 안락사는 불치병에 따른 고통을 개인이 감내할 수 없고 다른 수단으로도 치료할 수 없는 상태인 경우에 발생한다.

동법은 “안락사”(eutanasia)(제6조 제4항, 제14조, 제17조 제5항)와 “조력사 제공”(prestación de ayuda para morir)(제4조 제1항, 제14조, 제14조 등)이라는 표현을 구분 없이 사용하고 있다. 제3조 g)에서 안락사의 두 가지의 “방식”을 규정하고 있는데, 첫째는 권한 있는 전문의가 환자에게 직접 치명적인 약을 투여하는 방식이고, 두 번째는 해당 전문의가 죽음을 도울 수 있는 약을 처방하거나 제공하는 방식이다.

동법은 적극적이고 직접적인 안락사 맥락에서 벗어나는 “소극적인 안락사”(즉, 생명을 연장하는 치료를 하지 않거나 이미 시작된 치료를 중단하는 것)와 “적극적이고 간접적인 안락사”(환자의 고통을 덜어주기 위해 약물 또는 치료법을 사용하는 것. 이른바 완화 치료)를 포함하지 않는다.

2. 근거

「안락사를 규제하는 조직법」 전문에 따르면, 동법은 안락사에 대한 “법적이고 체계적이고 균형적이며 보장적인 내용”을 규정하고자 하였다. 입법자는 “현대사회의 지속적인 요구”에 부응하면서 “대상자(환자)의 권리를 보호하고 존중하며, 이를 위해 공동체를 규율하는 규범을 조정”해야 한다고 밝히고 있다. 이러한 측면에서 「안락사

를 규제하는 조직법』에서 명시하고 있듯이, 안락사는 “헌법에 의해 보호되는 생명권과 연결되지만, 동시에 개인의 신체와 정신의 완전성에 대한 권리(헌법 제15조), 인간의 존엄성(헌법 제10조), 최고의 가치인 자유(헌법 제1조), 종교와 양심의 자유(헌법 제16조) 또는 사생활권(헌법 제18조 제1항)과 같이, 헌법적으로 보호되는 다른 권리와 가치와도 조화를 이루어야 한다.”

이러한 전제를 바탕으로 헌법상의 권리와 원칙을 조화하기 위해 전문에서는 특정한 경우에 안락사를 정당화하고 있다. 그 결과 입법자는 특정한 요건과 보장이 충족되는 경우에만 안락사를 법적으로 허용되는 행위로 규정하고, 환자의 명시적인 요청에 따라 조력사를 제공하는 행위에 대해 단지 비범죄화 하는 선택의 방식은 보장적인 측면에서 불충분하다고 고려하여 이를 배제하였다.

3. 조력사 신청 요건

『안락사를 규제하는 조직법』 제5조는 신청자가 충족해야 하는 요건을 열거하고 있고, 이러한 요건들이 모두 충족되어야 조력사 제공을 신청할 권리를 인정받을 수 있다. 즉, 신청자는 스페인 국적을 가지거나 스페인에 12개월 이상 거주한 사실을 증명하는 거주증이나 영주권을 소지해야 하고 성년이어야 한다. 나머지 요건들은 두 가지로 나눌 수 있는데, 첫째는 의학적으로 회복될 수 없는 객관적으로 입증 가능한 고통의 상황이고(입법자는 이를 “안락사 상황”으로 정의함), 둘째는 성인인 자가 생을 마감하고자 하는 자유롭고 의식적인 의사를 표시하고, 이에 관해 충분히 정보를 제공 받은 경우에 해당한다.

(1) “안락사 상황”(contexto eutanásico)의 존재와 관련하여, 제5조 제1항 d)에서는 “중증의 불치병” 또는 “중증, 만성, 회복 불가능한 고통”을 겪고 있을 것을 규정하고 있는데, 두 경우 모두 “동법에 규정된 요건”에 따라 이해되어야 한다. 제3조 c)에 따르면, 중증의 불치병이란 “본질상 지속적이고 견딜 수 없는 육체적인 또는 정신적인 고통이 계속되고, 본인이 견딜 수 있는 한계를 넘어서 이것이 완화될 가능성이 없으며, 생존의 예후가 제한된 매우 취약한 상황”을 의미한다. 또한 제3조 b)에 따르면, 중증, 만성, 회복 불가능한 고통은 “신체적 자율성과 일상생활 활동에 직접적으로 영향을 미치는 제한으로, 스스로를 돌볼 수 없으며, 의사표현과 대인관계에 영향을 미

치고, 고통 받는 자에게 지속적이고 견딜 수 없는 신체적 또는 정신적 고통을 초래하며, 이러한 제한이 치료되거나 개선될 여지가 없이 시간이 지나도 지속될 가능성이 높거나 확실하며, 경우에 따라 기술적 지원에 절대적으로 의존하는 상태”를 의미한다.

(2) 한편, 「안락사를 규제하는 조직법」 제4조 제2항에서는 조력사 제공을 신청하려는 결정이 “자율적으로” 내려진 것이어야 한다고 규정하고 있다. 즉, 이는 “담당의사로부터 적절하게 정보를 제공받은 후 자신의 의학적 경과에 대한 지식을 바탕으로 한 것”이어야 하며, 정보가 전달되고 환자가 이해했음을 환자의 의료기록에 명시해야 한다. 입법자는 궁극적으로 이 결정이 완전히 “자유롭고”, “개인적이며 성숙하고 진정한 것이어야 하고, 어떠한 간섭이나, 외압 또는 부당한 영향 없이” 이루어진 것이기를 강구했다.

이를 위해 제5조 제1항에서는 일반적인 원칙으로 신청자가 신청 당시에 법적 능력이 있고 의식이 있어야 한다고 규정하고 있다. 다만 예외적으로 제5조 제2항에서는 담당의사가 해당 환자가 “완전한 정신적 능력을 갖추고 있지 않고 자유롭게 자발적으로 의식을 가지고 (조력사 제공) 신청에 동의할 수 없는 상태”임을 확인하고, 해당 환자가 “사전 지침서, 생명 유언장, 사전의사결정서 또는 법적으로 이와 동등하게 문서에 서명한 경우, 해당 문서에서 정한 규정에 따라 조력사 제공이 이루어질 수 있다. 해당 문서에 대리인이 기재되어 있는 경우, 대리인이 담당의사와 상담하는 유효한 대담자가 된다.”고 규정하고 있다.

4. 절차와 운영

「안락사를 규제하는 조직법」은 조력사 요청에 있어 법적 요건을 충족하였는지 사전적으로 확인하고, 또 사후적으로 이를 통제하기 위한 행정적인 절차를 마련하고 있다. 여러 행정기관이 관여하는 이 절차는 다음과 같이 요약할 수 있다.

(1) 절차의 첫 번째 단계는 당사자가 신청서를 “담당의사”에게 제출함으로써 개시된다(제5조 제1항 c)). 그는 환자의 모든 정보와 건강관리를 담당하는 의사로서, 진료 과정에서 환자의 진료 및 정보와 관련된 모든 사항에 있어서 환자를 상대로 주된 대담자 역할을 하며, 다른 보조행위에 참여하는 다른 전문가의 의무를 방해하지 않는다. 첫 번째 신청서에 환자가 날짜를 기재하고 서명해야 하고 (또는 자신의 명확한

의사를 나타내는 다른 방법으로 기록되어야 함), 서명은 의료전문가의 입회하에 이루어져야 한다(제6조 제1항, 제2항).

신청서가 접수된 후 이 내용이 환자의 의료기록에 포함되어야 하고, 담당의사는 최대 2일 이내에 환자와 함께 진단, 치료 가능성 및 기대되는 결과에 대한 “숙의 과정”(proceso deliberativo)을 진행해야 하며, 완화 치료에 대해서도 논의해야 한다. 담당의사는 이 모든 정보를 환자가 이해하였는지 확인해야 하고, 최대 5일 이내에 서면으로 정보를 제공해야 한다(제8조 제1항). 숙의 과정을 진행하기 위해 담당의사는 환자의 국적 또는 거주 요건, 성년 여부, 능력과 의식(제5조 제1항 a)), 자율성(제5조 제1항 c)), 그리고 안락사 상황(제5조 제1항 d))이 충족되는지를 사전에 확인해야 한다.

첫 번째 신청서가 제출되고 15일이 경과하면, 환자가 자신의 (조력사 신청) 의사를 유지하는 경우 두 번째 신청서를 서면으로 담당의사에게 제출해야 한다(제5조 제1항 c)). 이후 담당의사는 2일 이내에 환자와 숙의 과정을 재개하여 “모든 의문이나 정보 제공 확대의 필요성”을 검토할 것이다(제8조 제1항). 다만 담당의사가 신청자의 동의 능력의 상실이 임박했다고 판단하는 경우, “임상 상황에 따라 적절하다고 판단”되는 더 짧은 기간을 고려할 수 있고, 이는 의료기록에 반영해야 한다(제5조 제1항 c)).

숙의 과정을 마치고 24시간이 지나면, 의사는 환자에게 계속 진행할 것인지 아니면 중단할 것인지에 대한 결정을 내리도록 요청해야 한다. 만약 환자가 계속 진행하기로 결정하고 죽음에 이르려는 의사가 세 번째로 확인이 되면, 담당의사는 이를 의료전문가 팀에 통보하고, 환자가 희망하는 경우 해당 가족이나 친지에게도 알린다. 이 시점에서 의사는 또한 동의서에 서명을 받아야 한다(제8조 제2항).

담당의사가 조력사 제공 신청을 “거부”할 경우 서면으로 이유를 명시해야 한다(제7조 제1항). 환자는 보증평가위원회에 최대 15일 이내에 “이의를 제기할 수 있고”, 이러한 가능성에 대해 담당의사는 환자에게 알려야 한다(제7조 제2항). 이의제기가 이루어졌는지 여부와 관계없이, 조력사 제공 신청을 거부한 담당의사는 거부를 통보한 후 5일 이내에 해당 위원회에 관련 서류를 제출해야 한다(제7조 제3항).

(2) 절차의 두 번째 단계는 “상담의사”와 진행된다. 즉, “환자가 겪고 있는 병리학 분야의 훈련을 받은 의사로서, 담당의사와 동일한 팀에 속하지 않는 의사”이다(제3조 e)).

환자가 동의서에 서명한 후, 담당의사는 상담의사에게 연락하여 환자의 병력을 검토하고 환자를 검사한 후 법적 요건이 충족되었는지 확인을 거쳐야 한다. 이 과정은

최대 10일 이내에 이루어져야 하며, 이에 따른 보고서를 작성하여 환자의 병력에 포함시키고 결론은 환자에게 전달되어야 한다(제8조 제3항).

상담의사가 (조력사 신청에 대해) 불리한 보고서를 제시한 경우, 환자는 제7조 제2항에 규정된 담당의사의 “거부”에 대한 절차와 마찬가지로 보증평가위원회에 “이의를 제기”할 수 있다(제8조 제4항).

(3) 절차의 세 번째 단계는 담당의사와 상담의사가 모두 우호적인 보고서를 작성한 경우에만 진행된다. 이 단계는 보증평가위원회에서 조력사 제공을 인정할 수 있는지 사전에 검토하는 것으로서, 보증평가위원회는 각 자치주(세우타와 멜리야 도시 포함)에 설치되어 있는 다학제 기관이며, 의사, 간호사 및 법률전문가를 포함해서 최소 7명으로 구성되어야 한다(제17조).

상담의사의 우호적인 보고서가 있을 후(제8조 제5항), 보증평가위원회의 위원장은 최대 2일 이내에 의료전문가 1명과 법률전문가 1명을 지정하여 이 권리의 행사를 위한 요건과 조건을 갖추었는지 검토하도록 한다(제10조 제1항). 이를 위해 해당 두 위원은 환자의 의료기록에 접근할 수 있고, 담당의사 및 신청자와 면담할 수 있다(제10조 제2항). 두 위원은 최대 7일 이내에 보고서를 제출해야 하는데, 우호적인 보고서는 조력사 제공의 실행을 뒷받침하는 근거로 사용된다(제10조 제3항). 이 보고서는 위원장에게 전달되며, 위원장은 이를 담당의사에게 전달하여 조력사 제공의 지원이 이루어질 수 있게 한다. 이 과정은 최대 2일 이내에 이루어져야 한다(제10조 제4항).

보증평가위원회의 상기 두 위원 중 하나라도 (조력사 제공 요청에 대해) 불리하다는 보고서 의견을 내는 경우, 이에 대하여 위원회에 이의를 제기할 수 있으며, 위원회는 최대 20일 이내에 이를 해결해야 한다. 이 절차는 담당의사나 상담의사로부터 신청이 거부된 경우에도 적용된다(제10조 제3항, 제18조 a)). 두 위원 간에 의견이 일치되지 않으면, 이 문제는 위원회의 전체 회의로 회부되어 최종 결정이 내려지게 된다(제10조 제3항).

조력사 제공 요청에 대해 불리하다고 결정된 위원회의 결의에 대해 행정소송을 제기할 수 있다(제10조 제5항). 한편 위원회가 20일 이내에 (최종) 결정을 내리지 않을 경우, 신청자는 조력사 제공의 요청이 거부된 것으로 간주하여 행정소송을 제기할 수 있다(제18조 a)).

(4) 앞서 제시된 절차상의 주요 단계들은 담당의사가 환자가 “사실상의 무능력 상태”에 있다고 확인하는 경우 다르게 전개된다. 사실상의 무능력 상태는 “법적 능력 행사를 위한 지원방법이 존재하는지 또는 채택되었는지 여부와 관계없이, 환자가 자율적이고 완전하며 효과적으로 자신을 통제할 충분한 이해와 의지가 결여된 상태”로 정의된다(제3조 h). 이러한 경우, 환자의 조력사 신청은 (앞서 언급된 성년에 해당하고 국적 또는 거주 요건을 충족하고) 의학적으로 입증된 안락사 상황에 처해있고 관련 사전 지침서를 작성한 경우에만 인정될 수 있다.

사실상의 무능력 상태의 경우, 신청서는 환자의 관련 사전 지침서를 첨부하여 성년이고 완전한 능력을 갖춘 사람이 담당의사에게 제출할 수 있고, 환자를 대신하여 신청서를 제출할 사람이 없는 경우에는 담당의사가 안락사 신청서를 제출할 수 있다(제6조 제4항). 또한 담당의사는 지침 문서에 명시된 내용을 이행할 의무가 있다(제9조). 사실상의 무능력 상태에서도 상담의사와 보증평가위원회는 법적 조건이 충족되었음을 확인해야 한다(제8조 제3항).

(5) 조력사 제공의 지원(제11조)은 보증평가위원회의 우호적인 결의가 있는 경우에만 진행되고, 신청자가 자신의 신청을 철회하거나 조력사 제공 실행의 연기를 요청하지 않는 때에만 가능하다(제6조 제3항). 안락사로 인한 죽음은 법적 효과에 있어서 자연사로 간주된다(추가규정 첫째).

조력사의 지원은 담당의사가 “최대한의 주의와 전문성을 갖추어” 수행하고, “제공 실행의 방식과 시기에 대한 기준이 포함된 관련 프로토콜”을 적용해야 한다(제1조 제1항). 조력사 제공의 장소는 공공, 민간 또는 계약된 의료기관이나 환자의 자택에서 진행될 수 있으며, 접근성이나 (조력사) 제공의 질이 저하되지 않아야 한다(제14조). 환자가 의식이 있는 경우, (환자는) 담당의사에게 제공의 실행 방식 - 안락사인지 아니면 조력사인지 -을 알려야 한다. 첫 번째 경우에는 담당의사와 팀이 환자가 사망할 때까지 함께 있어야 하고(제11조 제2항), 두 번째 경우에는 담당자와 팀이 “환자가 스스로 복용할 약을 처방한 후, 환자가 사망할 때까지 살펴보고 지원을 제공한다”(제11조 제3항).

제공의 실행이 완료된 후, 담당의사는 영업일 기준 최대 5일 이내에 보증평가위원회에 두 개의 문서를 제출해야 하고(제12조), 위원회는 해당 지원의 제공이 규정된 절차에 따라 이루어졌는지를 2개월 이내에 확인해야 한다(제18조 b).

5. 기타 사항

또한 「안락사를 규제하는 조직법」 제16조에서는 의료전문가의 양심적 거부에 관해 명시하고 있는데, 동법은 신청자의 개인정보 처리에 있어 비밀을 보장하고자 여러 규정(제15조, 제19조)도 포함하고 있으며, 장애인에 대해서도 법 적용에 필요한 자원과 지원 수단을 보장하는 내용(제4조 제3항, 추가규정 넷째)을 포함하고 있다.

「안락사를 규제하는 조직법」으로 도입된 안락사 제도로 1995. 11. 23.에 제정된 형법은 개정되었다. 형법 개정의 목적은 「안락사를 규제하는 조직법」에 명시된 전제와 요건을 충족하여 이루어진 안락사에 대해서만 비범죄화로 하려는 것이고, 그 외에 경우에는 여전히 범죄로서 처벌된다(최종규정 첫째). 한편, 「안락사를 규제하는 조직법」의 규정을 위반할 경우, 「일반 보건법」²⁵⁾ 제1편 제6장이 적용되고, 이에 따른 민사적, 형사적, 직업적 또는 규약상의 책임이 발생할 수 있다(추가규정 둘째).

25) Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

최신 세계헌법판례

일본

Ⅰ 구 우생보호법에 따라 시행된 불임수술에 대한 손해배상청구소송에
제척기간을 주장할 수 있는지 여부 / 책임연구원 서누리

구 우생보호법에 따라 시행된 불임수술에 대한 손해배상청구소송에 제척기간을 주장할 수 있는지 여부¹⁾

I. 사건의 배경: 우생보호법에 의거한 불임수술과 제소 시점

일본에서 「우생보호법」(優生保護法)은 1948년부터 1996년까지 약 48년간 존속했다.²⁾ 우생보호법은 불량(不良)한 자손의 출산을 방지한다는 명목으로 불임수술 및 임신중절 수술에 대한 법적 근거를 제공하였으며, 실제로 우생보호법에 근거하여 장애인에 대한 불임수술(이하, ‘우생수술’이라 한다)이 행해졌다. 심지어는 수술대상자 본인의 동의 없이도 우생수술이 이루어졌다. 즉 우생수술에는 원칙적으로 본인 및 배우자의 동의를 요구되었으나, 미성년자, 정신병자, 정신박약자에게는 이러한 동의가 필요하지 않았다(구 우생보호법 제3조 제1항 단서).³⁾⁴⁾ 본 건 사건의 피상고인 X1의 배우자 a와 피상고인 X2의 배우자 b에 대한 사실관계에서도 드러나듯이, 보호자의 동의만으

1) 最判 令和6年7月3日(2024년 7월 3일) 裁判所ウェブサイト(令和5年(受) 第1319号).

2) 우생보호법의 우생관련 규정과 표현을 1996년 개정으로 삭제하면서, 법의 명칭도 우생보호법에서 모체보호법(母体保護法)으로 변경되었다(임신중절의 법적 근거로서 작용하였던 우생보호법에 대하여는, 서누리, 우생수술에 대한 국가배상청구를 인용한 2022년 오사카고등재판소 판결, 세계헌법 조사연구 보고서, 2023 제6호, 154-156면 참고).

3) 구 「우생보호법」(1948년 7월 13일 법률 제156호) 제3조(의사의 인정에 의한 우생수술)

① 의사는 다음의 각호에 해당하는 자에 대하여 본인의 동의 및 배우자(사실상 혼인관계에 있는 자를 포함한다. 이하 같다)가 있는 때에는 그 동의를 받아 우생수술을 할 수 있다. 다만, 미성년자, 정신병자 및 정신박약자에 대하여는 그러하지 아니하다.

1. 본인 또는 배우자가 유전성 정신병질, 유전성 신체질환 및 유전성 기형을 가지거나 또는 배우자가 정신병 및 정신박약을 가지고 있는 경우
2. 본인 또는 배우자의 4촌 이내의 혈족관계에 있는 자가 유전성 정신병, 유전성 정신박약, 유전성 정신병질, 유전성 신체질환 또는 유전성 기형이 있는 경우
3. 본인 또는 배우자가 나병에 걸리고 자손에게 전염될 우려가 있는 경우
4. 임신 또는 분만이 모체의 생명에 위험을 미칠 우려가 있는 경우
5. 이미 자녀가 여럿이거나, 분만마다 모체의 건강이 현저히 저하될 우려가 있는 경우

② 전항 제4호 및 제5호의 경우에는 그 배우자에 대해서도 동항의 규정에 의한 우생수술을 할 수 있다.

③ 제1항의 동의는 배우자를 알지 못하거나 배우자가 의사를 표시할 수 없을 때에는 본인의 동의만으로 충분하다.

4) 구 우생보호법의 법조문은 리츠메이칸대학 생존학연구센터 홈페이지(<http://www.arsvi.com/0z/1948h156.htm>)를 참고하였다.

로 본인 및 배우자의 동의가 있는 것으로 간주하는 경우도 있었으며, 의사의 신청으로 우생보호심사회의 허가를 받아 우생수술을 행할 수도 있었다(구 우생보호법 제4조 및 제5조).⁵⁾

본 건은 우생수술을 받은 장애인들이 우생수술로 인하여 신체적·정신적 고통을 입었다고 주장하며 국가배상소송을 제기한 사건이다. 일본 최고재판소는 2024년 7월 3일 최고재판소 판결(이하, ‘본 건 판결’)을 통해 우생보호법 중 우생수술과 관련된 규정(구 우생보호법 제3조 제1항 제1~3호, 제10조 및 제13조 제2항)이 헌법 제13조 및 제14조⁶⁾에 위반됨을 인정하였고, 이에 따라 우생규정에 대한 국회의원의 입법행위는 국가배상법 제1조 제1항의 적용상 위법하다고 판단하였다. 우생규정의 불법성은 하급심에서도 인정되어 왔으나, 불법행위시라고 할 수 있는 직접적인 신체 침습의 우생수술이 있었던 시점으로부터 약 50~60년이 경과한 시점에 소를 제기하였기 때문에 우생수술로 인한 손해배상청구소송에서 주로 쟁점이 되어 온 것은 손해배상청구권의 존속 여부였다. 본 건 판결에서도 불법행위가 있는 날로부터 20년이라는 손해배상청구권의 시효가 제척기간인지 소멸시효인지, 그리고 시효의 이익을 주장할 수 있는지가 다투어졌다.

본 건 판결에서 법정의견은 불법행위가 있는 날로부터 20년이라는 기간은 제척기간이라고 봐야 하지만, 불법행위로 인한 손해배상청구권이 민법 제724조 후단의 제척기간 경과에 따라 소멸한 것으로 보는 것이 정의 및 공평의 이념에 현저히 반하고 도저히 용인될 수 없는 경우에는 제척기간 경과의 주장이 신의칙에 반하는 권리를

5) 구 「우생보호법」 제4조(심사를 요건으로 하는 우생수술의 신청)

의사는 진단의 결과 별표에서 열거하는 질환에 걸려 있다고 확인한 경우 그 자에 대하여 그 질환의 유전을 방지하기 위하여 우생수술을 하는 것이 공익상 필요하다고 인정하는 때에는 도도부현 우생보호심사회에 우생수술의 적부에 관한 심사를 신청할 수 있다.

구 「우생보호법」 제5조(우생수술의 심사)

① 도도부현 우생보호심사회는 전조의 규정에 의한 신청을 받았을 때에는 우생수술을 받아야 할 자에게 그 취지를 통지하는 동시에 동조에서 규정하는 요건의 구비 여부를 심사한 후, 우생수술의 적부를 결정하여 그 결과를 신청자 및 우생수술을 받아야 할 자에게 통지한다.

② 도도부현 우생보호심사회는 우생수술을 하는 것이 적당하다는 취지를 결정한 때에는 신청자 및 관계자의 의견을 듣고, 그 수술을 해야 할 의사를 지정하고 신청자, 우생수술을 받아야 할 자 및 해당 의사에게 이를 통지한다.

6) 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.

일본국헌법 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.

남용으로서 허용될 수 없다고 실시하면서, 손해배상청구권은 20년의 제척기간 경과로 당연히 소멸한다는 최고재판소 자신의 선례(最判平成元年12月21日判時1379号76頁, 판결문 본문에서 ‘1989년 판결’로 등장한다)를 변경하였다. 최고재판소는 이 사건에서 우생정책을 시행하고 우생수술을 적극적으로 독려하였던 국가가 우생수술의 피해자들에 대해 손해배상청구권의 제척기간을 주장하는 것이 바로 그러한 경우에 해당한다고 실시하면서 원고들의 손해배상청구를 인용하였다.

Ⅱ. 판결 주문

본 건 상고를 기각한다.

상고비용은 상고인의 부담으로 한다.

Ⅲ. 판결 이유

1. 피상고인들 및 그 피승계인들(이하, ‘제1심 원고들’이라 한다)은 자신 또는 배우자가 「우생보호법」(1948년 법률 제156호, 1996년 개정 후 「모체보호법」(母体保護法)이었다. 이하, ‘우생보호법’이라 통칭한다) 제3조 제1항 제1~3호, 제10조 및 제13조 제2항의 규정(단, 제3조 제1항 제1호, 제2호 및 제10조에 대해서는 1948년 9월 11일부터 1996년 9월 25일까지, 제3조 제1항 제3호에 대해서는 1948년 9월 11일부터 1996년 3월 31일까지, 제13조 제2항에 대해서는 1952년 5월 27일부터 1996년 9월 25일까지 시행되었다. 이하, ‘본 건 규정’이라 한다)에 따라 생식을 불가능하게 하는 수술(이하, ‘불임수술’이라 한다)을 받았다고 주장한다.

본 건은 피상고인들이 상고인에 대하여 본 건 규정이 헌법 제13조, 제14조 제1항 등에 위반되어 본 건 규정과 관련된 국회의원의 입법행위는 위법하고, 불임수술로 인해 정신적·육체적 고통을 입었다는 등을 주장하며, 국가배상법 제1조 제1항에 입각하여 손해배상을 청구하는 사안이다. 불임수술이 행해진 것을 이유로 한 제1심 원고들의 상고인에 대한 국가배상법 제1조 제1항의 손해배상청구권(이하, ‘본 건 청구권’이라 한다)이 2017년 법률 제44호에 의해 개정되기 전 민법(이하, ‘개정 전 민법’이라 한다) 제724조 후단⁷⁾의 기간 경과에 따라 소멸하였는지 여부가 쟁점이다.

2. 원심이 적법하게 확정한 사실관계 등의 개요는 다음과 같다.

(1) 우생보호법은 1948년 6월 28일 제정되어, 1948년 7월 13일 공포되고 1948년 9월 11일 시행된 법률이다.

제정 시 우생보호법 제1조는 이 법이 우생상의 견지에서 불량한 자손의 출생을 방지함과 동시에 모성의 생명과 건강을 보호하는 것을 목적으로 한다는 취지를 규정하였고, 동법 제2조 제1항은 이 법에서의 우생수술이란 생식선을 제거하지 않고 생식을 불가능하게 하는 수술이라고 정하였다. 그리고 우생보호법 시행규칙(1949년 후생성령 제3호) 제1조는 우생수술의 방법으로 정관절제결찰법, 정관이단변위법, 난관압좌결찰법 및 난관간질부형상절제법을 규정하고 있었다.

제정 당시 우생보호법 제3조 제1항에 따르면 의사는 동항 각호에 해당하는 자(단, 미성년자, 정신병자 및 정신박약자를 제외한다)에게 본인의 동의 및 배우자(사실상 혼인관계에 있는 자를 포함한다. 이하 같다)가 있는 때에는 그 동의를 받아 우생수술을 할 수 있었다. 이러한 우생수술의 대상자로는, ① 본인 또는 배우자가 유전성 정신변질증, 유전성 병적 성격, 유전성 신체질환 및 유전성 기형을 가진 자(제1호), ② 본인 또는 배우자의 4촌 이내의 혈족관계에 있는 자가 유전성 정신병, 유전성 정신박약, 유전성 정신변질증, 유전성 병적 성격, 유전자적 신체질환 또는 유전성 기형이 있고 또한 자손에게 이를 유전할 우려가 있는 자(제2호), ③ 본인 또는 배우자가 질병에 걸리고 자손에게 질병이 전염될 우려가 있는 자(제3호) 등을 정하고 있었다.

또한 제정 시 우생보호법 제4조에 따르면, 의사는 진단 결과 동법 별표에 열거된 질환이 있음을 확인한 경우 그 질환의 유전을 방지하기 위해 그 사람에게 우생수술을 하는 것이 공익상 필요하다고 인정되는 때에는 도도부현 우생보호위원회에 우생수술 여부에 관한 심사를 신청할 수 있었다. 동법 제5조부터 제9조는 이 심사 절차에 대하여 규정하였고, 동법 제10조는 우생수술을 하는 것이 적당하다는 결정에 이의가 없는 때, 또는 그 결정이나 이에 관한 판결이 확정된 때에는 도도부현 우생보호위원회가 지정한 의사가 우생수술을 시행한다고 규정하고 있었다. 또한 동법 별표는 유전성 정신병(제1호), 유전성 정신박약(제2호) 등의 질병이나 장애를 열거하고 있었다.

우생보호법은 1949년 법률 제154호(동년 6월 1일 시행), 같은 해 법률 제216호(동

7) 개정 전 민법 제724조 불법행위에 의한 손해배상청구권은 피해자 또는 법정대리인이 손해 및 가해자를 안 날부터 3년 동안 행사하지 않은 경우, 시효에 의하여 소멸한다. 불법행위가 있는 날로부터 20년이 경과한 때에도 마찬가지이다.

월 24일 시행) 및 1952년 법률 제141호(동년 5월 27일 시행, 이하 ‘1952년 개정법’)에 의해 개정되었다. 이러한 개정을 통해 우생보호법 제3조 제1항 제1호 및 제2호가 각각 [1] 본인이나 배우자가 유전성 정신병질, 유전성 신체질환 또는 유전성 기형을 가지고 있거나 배우자가 정신병 또는 정신박약을 가지고 있는 자(제1호), [2] 본인 또는 배우자의 4촌 이내의 혈족관계에 있는 자가 유전성 정신병, 유전성 정신박약, 유전성 정신병질, 유전성 신체질환 또는 유전성 기형을 가지고 있는 자(제2호)로 개정되었으며, 또한 “도도부현 우생보호위원회”를 “도도부현 우생보호심사회”로 바꾸고 동법 제4조의 “신청할 수 있다”를 “신청해야 한다”로 개정하고 동법 별표에 열거된 질환이나 장애에 대한 분류, 명칭 등을 개정하였다.

1952년 개정법에 따라 개정된 우생보호법은 제12조에서 의사는 동법 별표 제1호 또는 제2호에 열거된 유전성의 병 외의 정신병 또는 정신박약에 걸린 사람에 대해 「정신위생법」(精神衛生法, 1950년 법률 제123호) 제20조 또는 제21조에 규정된 보호의무자의 동의가 있는 경우에는 도도부현 우생보호심사회에 우생수술의 적부에 관한 심사를 신청할 수 있다는 내용을 규정하고 있었다. 그리고 우생보호법 제13조 제2항은 우생수술을 하는 것이 적당하다는 내용의 도도부현 우생보호심사회의 결정이 있었을 때 의사는 우생수술을 할 수 있다는 내용을 규정하고 있었다. 우생보호법 시행규칙은 1952년 후생성령 제32호에 의해 전부 개정되었으나 제1조에서 정하는 우생수술의 방법에 변경은 없었다.

(2) 후생사무차관은 1953년 6월 12일 “우생보호법 시행에 대하여”라는 제목의 통지(厚生省發衛 제150호. 이하 ‘1953년 차관통지’라고 한다)를 각 도도부현 지사에게 발송했다. 1953년 차관통지에는 심사를 요건으로 하는 우생수술에 대하여 본인의 의견에 반하여도 실시할 수 있다는 내용, 그리고 이 경우 강제방법은 수술에 필요한 최소한도의 것이어야 하므로 가급적 유형력의 행사는 삼가야 하지만 때에 따라서는 신체구속, 마취제 사용 또는 기망 등의 수단을 사용하는 것도 허용되는 것으로 해석해도 무방하다는 내용 등이 기재되어 있었다.

후생성 공중위생국 서무과장은 1954년 12월 24일 ‘심사를 요건으로 하는 우생수술 실시 추진에 대하여’라는 제목의 통지를 각 도도부현 위생부장에게 발송했다. 동 통지에는, 심사를 요건으로 하는 우생수술에 대한 해당 연도의 11월까지의 실시상황이 이전에 제출한 실시계획에 상당히 밀돌고 있으므로 계획대로 시행되게 노력할 것을

권유하는 취지가 기재되어 있었다. 또한 후생성 공중위생국 정신위생과장은 1957년 4월 27일 각 도도부현 위생주관부의 장에게 우생수술 실시 건수가 예산상의 건수를 밑도는 실정이므로 해당 연도의 우생수술 실시가 결실을 맺을 수 있도록 권유하는 취지를 통지했다.

(3) 피상고인 X1은 1932년생의 남성으로 출생 시부터 양쪽 귀가 들리지 않았다. a는 같은 해에 태어난 여성으로 3살 무렵 병으로 청력을 잃었다. 피상고인 X1과 a는 1960년 5월에 결혼식을 올리고 1961년 12월에 혼인신고를 했다. a는 1960년 7월 혹은 8월 경에 임신한 것으로 판명되었고, 다음날 어머니에게 이끌려 병원에서 인공임신중절 수술과 동시에 불임수술을 받았다. 이 불임수술은 a의 어머니의 동의로 a 및 피상고인 X1의 동의를 받은 것으로 하여 우생보호법 제3조 제1항 제1호(1952년 개정법에 따른 개정 후의 것)에 따라 행해진 것이었다.

b는 양쪽 귀에 만성 중이염이 악화되어 난청이 되었다. 피상고인 X2는 여성이고 출생 시부터 양쪽 귀가 들리지 않았다. b와 피상고인 X2는 1968년 예물을 교환하고 혼인신고를 했다. b는 1968년 1월 내지 3월 경 어머니에게 이끌려 병원에 가서 불임수술을 받았다. 이 불임수술은 b의 어머니의 동의로 b의 동의를 받은 것으로 하여 우생보호법 제3조 제1항 제1호(1952년 개정법에 따른 개정 후의 것)에 따라 행해진 것이었다.

피상고인 X3는 1955년에 태어난 여성으로 선청성 뇌성소아마비라는 의사의 진단을 받았다. 피상고인 X3는 1968년 3월 불임수술을 받았다. 이 불임수술은 우생보호법 제13조 제2항(1952년 개정법에 따른 개정 후의 것)에 따라 행해진 것이었다.

(4) 1996년 4월 1일, 「나병 예방법의 폐지에 관한 법률」(らい予防法の廃止に関する法律, 1996년 법률 제28호)이 시행되어 동법에 의해 우생보호법 제3조 제1항 제3호가 삭제되었다.

1996년 9월 26일, 「우생보호법의 일부를 개정하는 법률」(1996년 법률 제105호)이 시행되었다. 동법에 의한 우생보호법 개정(이하, ‘1996년 개정’이라 한다)을 통해 법령이 ‘모체보호법’으로 변경되었고, 동법 제1조 중 “우생상의 견지에서 불량한 자손의 출생을 방지함과 동시에”가 “불임수술 및 인공임신중절에 관한 사항을 정하는 등”으로 개정되어 동법 제3조 제1항 제1호, 제2호, 제4조부터 제13조까지의 각 규정이 삭제되기도 하였다.

후생노동성이 보관하는 자료에 따르면 1949년 이후 1996년 개정까지의 기간에 본 건 규정에 따라 불임수술을 받은 사람의 수는 약 2만 5천 명에 이른다.

(5) 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」에 근거해 설치된 자유권규약위원회는 1998년 11월 일본정부의 보고에 대한 총괄 소견(이하 ‘본 건 총괄 소견’이라 한다)을 채택했다. 본 건 총괄소견에 덧붙여 자유권규약위원회는 장애를 가진 여성에 대해 강제불임을 폐지한 것을 인식하였으나, 강제불임의 대상이 된 사람들의 보상을 받을 권리를 법률에 규정하지 않은 것은 유감이며 이에 필요한 법적 조치를 취할 것을 권고하였다. 2001년 11월 일본변호사연합회는 자유권규약위원회가 권고한, 우생보호법에 근거한 강제 불임수술에 대한 피해구제에 일본정부가 임해야 하며, 강제 불임수술을 받은 여성에 대해 보상 조치를 강구해야 한다는 취지의 의견을 공표하였다.

그러나 일본정부는 우생보호법에 근거하여 적법하게 행해진 수술에 대해 과거로 되돌아가 보상하는 것은 고려하지 않다는 보고를 2006년 12월 자유권규약위원회에 제출하였다.

이 일본정부의 보고에 대해 2007년 12월 일본변호사연합회는 과거에 발생한 장애를 가진 여성에 대한 강제 불임조치에 대해 정부 차원의 포괄적인 조사와 보상 실시 계획을 시급히 밝혀야 한다는 의견을 공표했다. 또한 자유권규약위원회도 2008년 10월 및 2014년 8월에 채택한 각 총괄소견을 통해 본 건 총괄소견에서의 권고를 일본정부가 실시하여야 한다고 하였다. 또한 여성차별철폐위원회는 2016년 3월 일본정부의 보고에 대한 최종 견해에서 우생보호법에 근거해 강제 불임수술을 받은 모든 피해자에게 지원의 손을 내밀어 피해자가 법적 구제를 받고 보상과 재활 조치를 제공 받을 수 있도록 구체적인 대응을 할 것을 권고했다.

그러나 2019년 4월까지 본 건 규정에 근거해 불임수술을 받은 자에 대한 보상조치는 강구되지 않았다.

(6) 2018년 9월 28일 피상고인 X1, a, b 및 피상고인 X2가 본 건 소를 제기하였고, 2019년 2월 27일 피상고인 X3이 본 건 소를 제기하였다.

본 건 소송에서 상고인은 본 건 청구권이 개정 전 민법 제724조 후단에 규정된 기간의 경과로 소멸되었다는 취지를 주장한다.

(7) 2019년 4월 24일 「구 우생보호법에 기초하여 우생수술 등을 받은 자 등에 대한

일시금 지급 등에 관한 법률』(旧優生保護法に基づく優生手術等を受けた者に対する一時金の支給等に関する法律, 이하 ‘일시금지급법’)이 제정되어 일부 규정을 제외하고 시행되었다.

일시금지급법 전문은 우생보호법에 근거하거나 동법의 존재를 배경으로 많은 사람이 특정 질병이나 장애를 가졌다는 이유로 1996년에 관련 규정이 삭제될 때까지 불임수술 등을 받을 것을 강요받아 심신에 큰 고통을 받아왔기에 이에 대해 진지하게 반성하고 진심으로 사과한다고 밝히고 있다.

일시금지급법은 제3조에서 국가는 본 건 규정에 따라 불임수술을 받은 자를 포함한 소정의 자에게 일시금을 지급한다고 규정하고, 제4조에서 일시금의 금액을 320만 엔으로 규정하였다. 제5조 제1항에서 내각총리대신은 일시금을 지급받으려는 자의 청구에 따라 해당 지급을 받을 권리를 인정하고, 그 인정을 받은 자에게 일시금을 지급한다는 취지를 정하고 있다. 그러나 동법은 일시금의 법적 성격을 분명히 하고 있지 않으며, 일시금 지급을 받을 자가 동일한 사유로 손해배상 및 그밖의 손해의 전보를 받았을 경우의 조정 등에 관한 규정도 두고 않는 등 상고인의 손해배상책임을 전제하지 않고 있다.

(8) 2020년 11월 b가 사망하고 피상속인 X2가 b의 권리의무를 승계했다. 2022년 6월 a가 사망하고 상속인인 피상속인 X1가 a의 권리의무를 승계했다.

3. 원심은 본 건 규정이 헌법 제13조 및 제14조 제1항에 위반되고, 본 건 규정과 관련된 국회의원의 입법행위는 국가배상법 제1조 제1항의 적용상 위법이며, 자신 또는 배우자가 본 건 규정에 근거하여 불임수술을 받아 제1심 원고들이 정신적·육체적 고통을 입었음을 인정하여 a 및 b의 위자료는 각 1,300만 엔, 피상고인 X1 및 X2의 위자료는 각 200만 엔, 피상고인 X3의 위자료는 1,500만 엔을 인정하는 것이 상당하다면 모든 피상고인의 청구를 다음과 같이 판단하여 일부 인용하였다.

개정 전 민법 제724조 후단의 규정은 불법행위에 의해 발생한 손해배상청구권의 제척기간을 규정한 것으로 해석되는 바, 본 건 청구권의 제척기간은 본 건 소가 제기되기 전에 경과하였다. 다만 제척기간 경과를 인정하는 것이 현저하게 정의·공평의 이념에 반하는 특별한 사정이 있는 경우에는 조리에 맞도록 시효 정지 규정(동법 제158조 내지 제160조⁸⁾)의 법의(法意) 등에 비추어 예외적으로 그 효과를 제한

할 수 있다고 해석해야 하는 바, 본 건 청구권에 대해서는 이러한 특별한 사정이 있으므로 본 건 규정이 헌법에 위반됨을 상고인이 인정했을 때와 본 건 규정의 헌법 위반이 최고재판소의 판결로 확정되었을 때 중 빠른 날부터 6개월 내에는 상기 효과가 발생하지 않는다고 해야 한다. 그리고 제1심 원고들은 상기 효과가 발생하기 전에 본 건 소를 제기하였다고 할 수 있으므로, 본 건 청구권이 제척기간의 경과로 소멸하였다고 할 수 없다고 판단하였다.

4. 最高裁昭和59年(オ)第1477号平成元年12月21日第一小法廷判決·民集43卷12号2209頁(이하, '1989년 판결'이라 한다)과 그 외 판례에 의하면, 본 건 청구권은 개정 전 민법 제724조 후단의 기간 경과로 소멸한 것으로 보아야 한다. 원심의 판단은 동조 후단의 해석을 잘못하였고 판례를 위반하였다.

5. 1989년 판결은 개정 전 민법 제724조 후단의 규정은 불법행위로 발생한 손해배상청구권의 제척기간을 정한 것이므로 불법행위를 이유로 손해배상을 청구하는 소가 제척기간 경과 후에 제기된 경우에는 재판소는 당사자의 주장이 없더라도 동 청구권이 제척기간의 경과로 소멸한 것으로 판단하여야 하며, 제척기간의 주장이 신의칙 위반 또는 권리남용이라는 주장은 그 주장 자체가 부당하다고 판시하고 있다.

그렇지만, 본 건 사실관계에서 제척기간의 경과에 의해 본 건 청구권이 소멸되어 상고인이 손해배상책임을 면하는 것은 정의·공평의 이념에 현저히 반하고, 도저히 용인할 수 없다. 1989년 판결이 제시한 위 법리를 그대로 유지할 수 없고 제척기간의

8) **일본 민법 제158조(미성년자 또는 피성년후견인과 시효정지)** ① 시효기간 만료 전 6개월 이내에 미성년자 또는 피성년후견인에게 법정대리인이 없는 때에는 그 미성년자나 피성년후견인이 행위능력자가 된 때 또는 법정대리인이 취임한 때부터 6개월 내에는 그 미성년자 또는 피성년후견인에 대하여 시효가 완성되지 아니한다.

② 미성년자 또는 피성년후견인이 그 재산을 관리하는 부, 모 또는 후견인에 대하여 권리를 갖는 때에는 그 미성년자 또는 피성년후견인이 행위능력자가 된 때 또는 후임 법정대리인이 취임한 때부터 6개월 내에는 그 권리에 대하여 시효가 완성되지 아니한다.

제159조(부부간 권리의 시효정지) 부부의 일방이 다른 일방에 대하여 가지는 권리에 대해서는 혼인 해소 시부터 6개월 내에는 시효가 완성되지 아니한다.

제160조(상속재산에 대한 시효정지) 상속재산에 대해서는 상속인이 확정된 때, 관리인이 선임된 때 또는 파산절차 개시 결정이 있는 때부터 6개월 내에는 시효가 완성되지 아니한다.

제161조(천재 등에 의한 시효정지) 시효기간 만료 시 천재지변 기타 피할 수 없는 사유로 인하여 제147조 제1항 각호 또는 제148조 제1항 각호에 열거된 사유와 관련된 절차를 밟을 수 없는 때에는 그 장애가 소멸한 때부터 3개월 내에는 시효가 완성되지 아니한다.

주장이 신의칙 위반 또는 권리남용이 되는 경우도 있을 수 있다고 해석해야 하며, 본 건에서 상고인의 제척기간 주장은 신의칙에 반하고 권리남용으로서 허용되지 않는다고 해야 한다.

6. (1) 본 건 소송에서 피상고인들은 본 건 규정이 헌법 제13조 및 제14조 제1항 등에 위반되고, 본 건 규정에 관한 국회의원의 입법행위는 국가배상법 제1조 제1항의 적용상 위법하다는 등의 주장하는 등 본 건 규정에 근거하여 불임수술이 시행됨으로써 발생한 손해의 배상을 청구하고 있다.

본 건 규정은 다음의 자를 대상으로 하는 불임수술을 정하고 있다. ① 우생보호법이 정하는 특정장애 질병이나 장애(이하, ‘특정장애 등’이라 한다)를 가진 자, ② 배우자가 특정장애 등을 가진 자, ③ 본인이나 배우자의 4촌 이내의 혈족관계에 있는 자가 특정장애 등을 가진 자이다.

헌법 제13조는 인격적 생존에 관한 중요한 권리로서 자기의 의사에 반하여 신체에 침습을 받지 않을 자유를 보장하고 있다(最高裁令和2年(ク)第993号同5年10月25日大法院決定·民集77卷7号1792頁 참조). 불임수술은 생식능력의 상실이라는 중대한 결과를 초래하는 신체침습이므로 불임수술을 받도록 강제하는 것은 신체에 침습을 받지 않을 자유에 대한 중대한 제약에 해당한다. 따라서 정당한 이유 없이 불임수술을 받도록 강제하는 것은 헌법 제13조에 반하여 허용되지 않는다고 해야 한다.

본 건 규정에 대해서 보면, 1996년 개정 전의 우생보호법 제1조의 내용 등에 비추어 본 건 규정의 입법 목적은 오로지 우생상의 관점, 즉 불량한 유전형질을 도태시키고 우량한 유전형질을 보존하여 국민 전체의 유전적 소질을 향상한다는 관점에서 특정장애 등을 가지는 사람은 불량으로 평가하고 그 사람 또는 그와 일정한 친족 관계에 있는 사람에게 불임수술을 받게 하여 질병이나 장애가 있는 자손의 출생을 방지하는 데 있다고 해석된다. 그러나 헌법 제13조는 개인의 존엄과 인격의 존중을 선언하고 있다. 본 건 규정의 입법목적은 특정장애 등을 가지는 사람은 불량이고, 그러한 사람의 출생을 방지할 필요가 있다는 것이다. 입법 당시의 사회 상황을 감안하더라도 이는 정당화될 수 없는 것임이 분명하며, 본 건 규정은 이와 같은 입법목적에 따라 특정 개인의 생식능력 상실이라는 중대한 희생을 요구한다는 점에서 개인의 존엄과 인격 존중의 정신에 현격히 어긋난다.

따라서 본 건 규정에 의거하여 불임수술을 시행하는 데 정당한 이유가 있다고 인

정되지 않으며, 본 건 규정에 따라 불임수술을 받도록 강제하는 것은 헌법 제13조에 반하여 허용되지 않는다고 해야 한다. 또한 본 건 규정 중 우생보호법 제3조 제1항 제1호부터 제3호까지의 규정은 본인의 동의를 불임수술 시행의 요건으로 하고 있다. 그러나 이것은 오로지 우생상의 이유로 특정인에게 중대한 희생을 치르도록 하는 것이며, 그러한 규정에 입각한 불임수술에 본인의 동의를 구하는 것 자체가 개인의 존엄과 인격 존중의 정신에 반하여 허용되지 않는다. 그러므로 동의가 있었으므로 해당 불임수술은 강제된 것이 아니라고 볼 수는 없다. 또한 우생상의 이유로 시행되는 불임수술을 본인 스스로 희망하는 상황을 통상적으로 생각하기 힘들지만, 주위의 압력 등으로 인해 본인의 진의에 반하여 불임수술에 동의하지 않을 수 없는 사태도 쉽게 상정된다. 본인의 동의가 그 자유로운 의사에 근거한 것임을 담보하는 규정이 동법에 존재하지 않았던 점도 감안하면, 본 건 규정 중 제3조 제1항 제1호부터 제3호까지의 규정에 따라 본인의 동의를 받아 행해지는 불임수술도 그 실질에 있어서는 불임수술을 받도록 강제하는 것과 다름없다고 해야 할 것이다.

헌법 제14조 제1항은 법 앞에 평등을 규정하고 있는데, 이 규정은 사안의 성질에 따른 합리적인 근거가 없는 법적인 차별 취급을 금지하는 취지로 해석해야 한다는 것이 최고재판소의 판례이다(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(ア)第1310号同48年4月4日大法院判決·刑集27卷3号265頁等). 그러나 본 건 규정은 ① 특정장애 등을 가진 자, ② 배우자가 특정장애 등을 가진 자 및 ③ 본인 또는 배우자의 4촌 이내의 혈족관계에 있는 자가 특정장애 등을 가진 자를 불임수술의 대상으로 정하고 있는데, 이 규정에 따라 불임수술을 실시하는 데 정당한 이유가 있다고 인정되지 않기 때문에 ①부터 ③까지의 자를 불임수술의 대상으로 정하여 그 외의 자와 구별하는 것은 합리적인 근거에 기초하지 아니한 차별적 취급에 해당한다고밖에 할 수 없다.

따라서 본 건 규정은 헌법 제13조 및 제14조 제1항에 위반된다고 해야 한다. 그리고 본 건 규정의 내용은 국민에게 헌법상 보장되고 있는 권리를 위법하게 침해하는 것이 명백했다고 해야 하므로, 본 건 규정과 관련된 국회의원의 입법행위는 국가배상법 제1조 제1항의 적용상 위법하다는 평가를 받는다고 해석하는 것이 상당하다(最高裁平成13年(行ツ)第82号, 第83号, 同年(行ヒ)第76号, 第77号同17年9月14日大法院判決·民集59卷7号2087頁参照).

(2) 개정 전 민법 제724조는 불법행위를 둘러싼 법률관계의 신속한 확정을 의도한 규정이라고 해석되는바, 입법이라는 국권 행위가 그것도 국민의 권리를 위법하게 침해하는 것이 명백하고, 이로 인하여 국민에게 중대한 피해를 입힌 본 건에서는 법률 관계를 조기에 안정시킴으로써 관계자의 이익을 보호할 요청은 크게 후퇴한다고 할 수밖에 없다. 국회의원의 입법행위라는 가해행위의 성질상 시간의 경과에 따라 증거가 없어지는 등에 의해 해당 행위의 내용이나 위법성 유무 등에 대한 입증이 곤란해진다고 할 수 없다. 그렇다면 본 건에는 동조의 취지가 적용되기에 타당하지 않은 면이 있다. 게다가 상고인은 헌법 제13조 및 제14조 제1항을 위반하는 본 건 규정에 근거해 1948년부터 1996년까지 약 48년의 장기간에 걸쳐 정당한 이유 없이 국가의 정책으로 특정장애 등을 가진 사람들을 차별하고, 그들에게 중대한 희생을 요구하는 시책을 실시해 왔다.

게다가 상고인은 심사를 요건으로 하는 우생수술을 실시할 때에는 신체의 구속, 마취제 시용 또는 기망 등의 수단을 사용하는 것도 허용될 수 있다는 내용의 1953년 차관통지를 각 도도부현지사 앞으로 발송하는 등 우생수술을 적극적으로 추진하고 있었다. 이러한 시책이 실시된 결과, 적어도 약 2만 5천 명의 사람들이 본 건 규정에 근거한 불임수술을 받았고, 이로 인해 생식능력을 상실하는 중대한 피해를 입었다. 이러한 점에 비추어 보면, 본 건 규정의 입법행위와 관련된 상고인의 책임은 매우 중대하다고 볼 수밖에 없다.

또한, 법률은 국권의 최고기관이자 국가의 유일한 입법기관인 국회가 제정하는 것이므로, 법률의 규정은 헌법에 적합하다는 추측을 국민들이 하게 된다. 본 건 규정에 따라 시행된 불임수술의 주된 대상자는 특정장애 등을 가진 자로 그 대부분이 권리 행사에 여러 제약이 있는 처지에 놓여 있었다. 이에 본 건 규정이 삭제되지 않은 시기에 본 건 규정에 근거한 불임수술이 행해져 손해를 입은 자가 본 건 규정이 헌법에 위반된다고 주장하면서 국가배상법 제1조 제1항을 근거로 손해배상청구권을 행사하는 것을 기대하는 것은 극도로 곤란하였다고 보아야 한다. 본 건 규정은 1996년에 모두 삭제되었지만, 그 후에도 상고인이 본 건 규정에 따라 시행된 불임수술은 적법하다는 입장을 계속 취해 온 것을 보면 특정장애 등을 가진 자들이 손해배상청구권의 행사한다는 것을 기대하기가 곤란했다는 점에는 변함이 없다. 제1심 원고들에게 본 건 청구권의 신속한 행사를 기대할 수 있었다고 해석해야 할 특별한 사정도 보이지 않는다.

덧붙여 국회는 입법에 재량권을 가지는 것이지만, 본 건은 국회가 입법재량권을 행사하여 헌법상 보장된 국민의 권리를 위법하게 침해하는 본 건 규정을 입법하였고 이로 인하여 다수의 사람에게 중대한 피해를 줬으므로, 공무원의 불법행위로 손해를 입은 사람이 국가 또는 공공단체에 그 배상을 요구하는 권리를 규정한 헌법 제17조의 취지에 입각해 보더라도 본 건 규정의 문제성이 인식되어 1996년 삭제된 후 국회가 입법재량권을 적절하게 행사하여 보상조치를 신속히 강구할 것이 강하게 기대되는 상황에 있었다고 해야 한다. 그럼에도 불구하고 상고인은 그 후에도 장기간에 걸쳐 본 건 규정에 따라 행해진 불임수술은 적법하며 보상은 하지 않는다는 입장을 계속 취해왔다. 본 건 소가 제기된 후인 2019년 4월에 일시금지급법이 입법되어 시행되었지만, 그 내용은 본 건 규정에 근거하여 불임수술을 받은 자를 포함한 일정한 자에 대한 상고인의 손해배상책임을 전제로 하지 않으며, 일시금 320만 엔을 지급하는 데 그치는 것이었다.

이러한 여러 사정에 비추어, 본 건 소가 제척기간 경과 후에 제기되었다는 것 하나로 본 건 청구권이 소멸된 것으로 보고 제1심 원고들에 대한 상고인의 손해배상책임을 면제하는 것은 정의·공평의 이념에 현저히 반하고, 도저히 용인할 수 없는 것이라고 해야 한다.

7. (1) 전술한 사정에 입각하여, 개정 전 민법 제724조 후단에 대하여 1989년 판결이 제시한 법리를 다시 검토한다.

불법행위를 둘러싼 법률관계의 신속한 확정을 의도하는 개정 전 민법 제724조의 취지에 비추어 보면, 동조 후단의 규정은 불법행위로 인하여 발생한 손해배상청구권의 제척기간을 정한 것으로, 동 청구권은 제척기간의 경과로 법률상 당연히 소멸하는 것으로 해석하는 것이 상당하고, 더 나아가 당사자의 주장이 없더라도 재판소는 제척기간의 경과에 따라 손해배상청구권이 소멸하였다고 판단해야 하며, 제척기간의 경과를 주장하는 것이 신의칙 위반 또는 권리남용이라는 주장은 그러한 주장을 하는 것 자체가 부당하다는 것이 1989년 판결이 제시한 법리이다. 그러나 불법행위를 둘러싼 법률관계의 신속한 확정이라는 민법 제724조의 취지에 비추어 보아도 본 건과 같은 사안에서는 이 법리를 유지하는 것이 현저하게 정의·공평의 이념에 반하고 도

9) **일본국헌법 제17조** 누구든지 공무원의 불법행위로 손해를 입은 때에는 법률이 정하는 바에 따라 국가 또는 공공단체에 그 배상을 요구할 수 있다.

저히 용인할 수 없는 결과를 초래할 수 있다. 민법 제724조의 취지에 비추어 제척기간의 주장이 신의칙 위반 또는 권리남용으로 되는 경우는 극히 한정적이라고 해석되지만, 그러한 경우가 있음을 부정하는 것은 상당하지 않다고 해야 한다.

이러한 견지에서 재판소가 제척기간의 경과에 따라 위 청구권이 소멸하였다고 판단하려면 당사자의 주장이 있어야 한다고 해석하여야 하고, 위 청구권이 제척기간의 경과에 의하여 소멸한 것으로 보는 것이 현저하게 정의·공평의 이념에 반하여 도저히 용인할 수 없는 경우에는 재판소가 제척기간의 주장을 신의칙에 반하거나 권리의 남용으로서 허용되지 않는다고 판단할 수 있다고 해석함이 상당하다. 이와 다른 취지를 실시한 1989년 판결 및 그 외 최고재판소의 판례는 모두 변경되어야 한다.

(2) 6.에서 전술한 바와 같이 본 건 사실관계에서 본 건 청구권이 제척기간의 경과로 소멸했다고 보는 것은 현저하게 정의·공평의 이념에 반하고, 도저히 용인할 수 없다. 따라서 제1심 원고들의 본 건 청구권 행사에 대하여 상고인이 제척기간 경과를 주장하는 것은 신의칙에 반하고, 권리남용으로서 허용되지 않는다고 해야 한다.

8. 이상에 의하면, 본 건 청구권이 제척기간의 경과에 의하여 소멸한 것으로 볼 수 없다고 한 원심의 판단의 결론은 적절하다 할 수 있다.

재판관 전원일치의 의견으로 주문과 같이 판결한다. 재판관 미우라 마모루, 재판관 쿠사노 코이치의 각 보충 의견, 재판관 우가 카츠야의 의견이 있다.

9. 재판관 미우라 마모루(三浦守)의 보충의견

(1) 판결을 변경해야 하는 범위에 대하여 보충적으로 의견을 서술한다.

1) 본 건 판결에 의하여 변경되는 판례는 最高裁平成20年(受)第804号同21年4月28日第三小法廷判決·民集63卷4号853頁¹⁰⁾로, 해당 판결은 개정 전 민법 제724조 후단의

10) 해당 사건은 살인사건의 피해자가 가지고 있던 권리의무를 상속한 피상고인들이 가해자인 상고인에 대하여 불법행위에 기인한 손해배상을 청구한 사건으로, 불법행위로부터 20년이 경과함으로써 민법 제724조 후단의 규정에 따라 손해배상청구권이 소멸했는지가 다투어졌다. 최고재판소는, “피해자를 살해한 가해자가 피해자의 상속인에게 피해자의 사망 사실을 알 수 없는 상황을 특별히 만들어 냈고, 그 때문에 상속인이 사망 사실을 알 수 없었다. 상속인이 확정되지 않은 채 제척기간이 경과한 경우에도 상속인에게 일체의 권리행사를 허용하지 않음으로써 상속인 불확정의 원인을 만든 가해자가 손해배상 의무를 면하는 것은 현저하게 정의·공평의 이념에 반한다. 이러한 경우에 상속인을 보호할 필요가 있다는 것은 전술한 시효의 경우와 같으며, 그 한도에서 민법 제724조 후단의 효과를 제한하는

기간이 제척기간임을 이유로 위 기간의 경과로 인한 청구권 소멸의 주장이 신의칙 위반 또는 권리남용이라는 취지의 주장은 그 주장 자체가 부당하다고 해석하였으나, 다하라 무츠오(田原睦夫) 재판관의 의견 외에 많은 학설이 이를 시효기간으로 해석해 왔다. 그리고 2017년 법률 제44호(이하 ‘민법개정법’이라 한다)에 의한 개정 후의 민법(이하 ‘개정 후 민법’이라 한다) 제724조¹¹⁾도 20년의 기간을 시효기간으로 규정하기에 이르렀다. 1989년 판결은 개정 전 민법 제724조 후단이 장기의 시효를 규정한 것이라고 해석하는 것이 동조의 취지에 따르지 않는 것이라 판시¹²⁾하고 있는 것의 합리성도 문제가 된다. 최고재판소가 동조 후단의 기간을 제척기간이라고 하는 점도 개선해야 하는 것이 아닌가에 대하여 검토한다.

2) 개정 전 민법 제724조 후단의 기간은 불법행위로 인하여 발생한 손해배상청구권의 제척기간을 정한 것이고, 동 청구권은 제척기간의 경과로 법률상 당연히 소멸한다는 법리는 판례로 확립된 것이다. 이에 따른 많은 판례가 쌓이고 사회에서도 그것이 규범으로 통용되어 왔다. 이는 불법행위를 둘러싼 법률관계의 신속한 확정을 의도하는 것이고, 그에 상응하는 합리성이 있다.

한편, 개정 후 민법 제724조는 20년의 기간을 시효기간으로 규정하였는데, 이 기간을 제척기간으로 하는 경우에는 중단이나 정지의 규정을 적용할 수 없다. 이에 따라 기간의 경과에 따른 권리의 소멸을 막을 수 없고, 또한 신의칙 위반이나 권리남용에 해당한다는 취지를 주장할 여지가 없다. 장기간에 걸쳐 가해자에 대해 손해배상청구를 하지 않은 것에 진정으로 부득이한 사정이 있다고 인정되는 사안에서도 피해자의

것은 조리에도 맞다고 해야 한다. 그렇다면 피해자를 살해한 가해자가 피해자의 상속인에게 피해자의 사망 사실을 알 수 없는 상황을 특별히 만들어 내고, 그 때문에 상속인은 그 사실을 알 수 없었으며, 상속인이 확정되지 않은 채 살해된 때부터 20년이 경과한 후 상속인이 확정된 때로부터 6개월 내에 상속인이 상기 살해와 관련된 불법행위에 근거한 손해배상청구권을 행사한 등 특별한 사정이 있는 때에는 민법 160조의 법의에 비추어 동법 제724조 후단의 효과는 발생하지 않는 것으로 해석함이 상당하다.”(最判平成21年4月28日判時2047号113頁)

11) **개정 후 민법 제724조(불법행위에 의한 손해배상청구권의 소멸시효)** 불법행위로 인한 손해배상의 청구권은 다음의 경우에는 시효에 의해 소멸한다.

1. 피해자 또는 그의 법정대리인이 손해 및 가해자를 안 날부터 3년 동안 행사하지 않은 때
2. 불법행위 시로부터 20년이 행사하지 않은 때

12) “게다가 동조 후단에서 20년의 장기의 시효를 규정하고 있는 것으로 해석하는 것은 불법행위를 둘러싼 법률관계의 신속한 확정을 의도하는 동조 규정의 취지를 따르지 않는 것이고, … 동조 후단의 20년의 기간은 피해자 측의 인식 여하를 불문하고 일정한 시간의 경과를 통해 법률관계를 확정하기 위하여 청구권의 존재를 확립적으로 정한 것이라고 해석하는 것이 상당하다.”(最判平成元年12月21日判時1379号76頁).

구제를 도모할 수 없을 우려가 있다고 생각됨에 따라 동 개정이 행해진 것으로 해석된다(2017년 4월 25일 및 2017년 5월 9일 참의원 법무위원회에서 법무대신 및 법무성 민사국장 답변 등 참조¹³⁾). 이것은 이와 같은 피해자 구제라는 입법정책상의 판단에 의한 것이라고 할 수 있고 그에 따라 판례로 확립되어 있는 위 법리의 합리성이 당연히 상실되는 것이라고 하기 어렵다.

또한 피해자의 구제에 관한 문제 중 소멸시효 중단 사유에 해당하는 사정이 있는 경우는 피해자가 손해 및 가해자를 알고 있는 것으로 3년의 소멸시효 적용의 문제가 된다. 20년의 기간 경과에 따른 권리의 소멸 저지가 문제되는 것은 사실상 극히 제한적인 사안이다. 또한 정지규정의 적용에 있어 개정 전 민법 제158조 또는 제160조의 법의(法意)에 비추어 개정 전 민법 제724조 후단의 효과가 생기지 아니하는 경우가 있다.

그리고 신의칙 위반이나 권리남용에 해당한다는 주장은 본 건 판결이 판례 변경을 하는 것과 관련된 문제인데, 불법행위에 관한 손해배상제도는 피해자에게 발생한 손해를 가해자에게 배상하게 함으로써 피해자가 입은 불이익을 보전하여 불법행위가 없었던 때의 상태로 회복시키는 것을 목적으로 하여 손해의 공평한 분담을 도모하는 것을 그 이념으로 하고 있다. 그러므로 개정 전 민법 제724조 후단의 기간이 제척기간이라고 하더라도 제척기간 경과의 주장에 민법 제1조¹⁴⁾의 기본원칙이 부정될 이유

13) 제193회 국회 참의원 법무위원회 제10호 2017년 5월 9일, 국무대신 가네다 가쓰도시(金田勝年)의 발언(<https://kokkai.ndl.go.jp/txt/119315206X01020170509/45>)은 다음과 같다.

“이번 개정법안에 대하여는 소멸시효에 관하여는 현행법 제724조 후단의 장기의 권리소멸기간을 소멸시효기간으로 개정하고, 또한 사람의 생명이나 신체의 침해에 의해 발생하는 손해배상청구권의 소멸시효의 특례에 관하여 정하는 규정을 신설하고 있습니다. 이는 모두 피해자 구제에 이바지할 것으로 기대하고 있습니다. 우선 전자의 불법행위로 인한 손해배상청구권의 기간을 정한 현행법 제724조 후단의 20년의 권리소멸기간에 대하여 판례는 시효기간보다도 피해자에게 엄격한 제척기간이라고 하고 있습니다. 그러나 장기의 권리소멸기간이 제척기간이라고 한다면, 장기간에 걸쳐 가해자에 대한 손해배상청구를 하지 않은 것이 진정으로 어쩔 수 없는 사정이 있다고 인정되는 사안에 대하여도 피해자 구제를 할 수 없게 될 우려가 있습니다. 이를 위하여 개정법안에서는 장기의 권리소멸기간을 제척기간이 아닌 소멸시효기간으로 하려는 것입니다. 또한 후자의 사람의 생명이나 신체의 침해에 의한 손해배상청구권에 대하여는 다른 이익의 침해에 의한 손해배상청구권보다도 권리행사의 기회를 확보할 필요성이 크고, 그리고 생명, 신체에 대하여 심각한 손해가 생긴 후, 시효완성의 저지를 위한 조치를 신속하게 행할 것을 기대할 수 없는 것도 적지 않습니다. 거기에서 개정법안에서는 생명, 신체의 침해에 의한 손해배상청구권에 대하여 시효기간을 보다 장기화하고 있습니다.”

14) **일본 민법 제1조(기본원칙)**

- ① 사권은 공공복지에 적합해야 한다.
- ② 권리의 행사 및 의무의 이행은 신의에 따라 성실하게 이루어져야 한다.
- ③ 권한의 남용은 허용되지 않는다.

는 없다. 이 경우 3년의 소멸시효와 달리 피해자의 인식 여하를 불문하고 20년이라는 기간의 경과에 따라 법률관계가 확정되지만 제척기간의 주장이 신의칙 위반 또는 권리남용으로 허용되지 않음에 따라 피해자 구제가 도모되게 된다.

나아가 민법개정법은 20년의 기간이 민법개정법 시행 시 이미 경과한 경우에 그 기간의 제한에 대하여는 계속 종전의 예에 따른다는 취지를 규정하고(부칙 제35조 제1항), 개정 전까지 형성된 법률관계는 그대로 유지되는 것으로 하고 있다. 개정 전 민법 제724조 후단의 기간을 제척기간으로 하는 법리까지 판례변경을 하는 경우에는 민법 개정법의 시행까지의 기간 동안에 소멸한 것으로 인식되어 온 청구권에 관하여 다시 시효에 관한 제반규정에 따라 그 존부를 확정하여야 하는데, 민법개정법이 이와 같은 법률관계의 소급적인 재검토를 의도한 것으로 해석되지 않는다.

3) 판례의 변경은 법의 안정과 발전이라는 양 측면과 관련된 문제이지만, 장기에 걸쳐 가해자에 손해배상청구를 하지 아니한 것에 정말로 부득이한 사정이 있는 경우에 피해자의 구제를 도모한다는 개정 후 민법의 취지 등을 고려하여도, 본 건 판결에 의한 판례 변경에 더하여 기간의 법적 성질이 제척기간이라는 점도 바꾸는 것이 상당하다고 할 수 없다.

(2) 본 건 판결에 입각하여 국가의 대응 등에 대하여 부언한다.

본 건은 입법부가 비인도적이고 차별적이며 명백하게 헌법에 위반한 입법을 하고, 이에 근거하여 장기에 걸친 행정부의 시책을 추진함에 따라 전국적이고도 조직적으로 개인의 존엄을 부정하고 헌법상의 권리를 침해하기에 이르러 그 피해의 회복에 관한 사안이다.

국가는 본 건 규정이 삭제된 후에도 장기에 걸쳐 피해자의 구제를 방치해 온 것으로 일시금지급법에 의한 일시금의 지급도 국가의 손해배상책임을 전제로 하는 것이 아니고, 그 액수도 충분하다고 할 수 없다. 또한 이제까지 그 지급의 인정을 받은 자는 불임수술을 받은 수에 비하여 매우 적은 비율에 그치고 있다.

이러한 상황에서 1989년 판결 등에서 나타난 법리가 오늘날까지도 유지되어 온 것은 국가가 손해배상책임을 지지 않는다는 취지의 주장을 유지하는 것을 용이하게 하는 등 문제의 해결이 늦어지게 하는 요인이 되었다고 생각되나, 국가의 입법조치 등에 의해 피해자의 구제를 도모하는 것이 가능해졌다.

이러한 사정에 더하여 많은 피해자가 고통이 되었고, 돌아가신 분도 적지 않은 상

황을 고려하면 가능한 한 신속하게 피해자에게 적절한 손해배상이 이루어지는 구조가 요구된다. 그렇기 때문에 국가가 필요한 조치를 강구하여 전면적인 해결을 조속히 실현할 것이 기대된다.

10. 재판관 쿠사노 코이치(草野耕一)의 보충의견

나는 다수의견의 결론 및 이유 모두에 찬성하지만, 다수의견이 제1심 원고들의 본건 청구권의 행사에 대하여 상고인이 제척기간의 주장을 하는 것은 신의칙에 반하고, 권리남용으로 허용될 수 없다는 취지(이하, 이를 ‘본 의견’이라 한다)에 대하여 보충하여 의견을 서술하고 싶다. 다수의견은 그 자체로도 충분히 설득력이 있다고 생각하지만, 개정 전 민법 제724조의 입법 취지에 대하여 고찰을 깊이 함에 따라 더욱 설득력을 갖추게 되는 것이라 생각하기 때문이다.

(1) 개정 전 민법 제724조 그 자체가 지닌 의의에 대해 생각한다. 이에 대해서는 다양한 방법이 고려할 수 있다고 생각하지만, 내가 보기에 동조가 보장하려고 하는 핵심적 이익은 다음의 두 가지에 수렴하는 것이라 생각된다.

1) 하나는 불법행위를 한 자가 불법행위를 했다고 인정될 가능성으로 인한 심리적·경제적 비용을 부담함에 따라 인생의 선한 방향을 구상(構想)하고 실현을 할 자유를 방해받지 않을 이익(이하, ‘자기실현을 방해받지 않을 이익’이라 함)을 보장하는 것이다. 왜냐하면 [1] 개정 전 민법 제724조가 존재함에 따라 확실하게 이익을 얻는 자는 불법행위를 행한 자뿐이다. 한편 [2] 불법행위를 행한 자일지라도 유한한 인생에서 보다 선한 것을 행할 것을 구상하고 실현을 할 자유는 존중되어야 한다. 불법행위를 행한 자가 이러한 비용을 평생 부담한다고 한다면, 남은 인생동안 선한 것을 구상하고 실현을 할 자유에 방해가 된다는 것은 부정할 수 없기 때문이다.

2) 개정 전 민법 제724조가 보장하려는 두 번째 핵심적 이익은 시간의 경과에 따라 불법행위의 존부에 관계되는 증거의 확보가 곤란해지는 것을 면할 수 있는 이익(이하, ‘증거확보의 곤란을 면할 수 있는 이익’이라 한다)이다. 증거확보의 곤란을 면할 수 있는 이익은 불법행위를 했다고 여겨지는 자가 향유할 뿐만 아니라, 재판을 받을 권리를 가진 국민 일반의 복리에도 미치는 것이라는 점에서 자기실현을 방해받지 않을 이익과는 성질을 달리하고 있다. 열화(劣化)한 증거 아래 사법부가 재판을 해야

한다면, 그로 인해 발생하는 것은 올바른 재판을 받을 수 있다는 국민의 기대의 저하라고 할 수 있기 때문이다.

(2) (1)에서의 서술에 입각하여 개정 전 민법 제724조를 국가배상법 제1조에 적용하는 것이 어떠한 의의를 발견할 수 있는가 생각해 본다.

1) 가장 먼저 말할 수 있는 것은 그 직무를 수행함에 있어 불법행위를 행한 공권력의 행사에 해당하는 공무원(이하, ‘불법행위를 한 공무원’이라 한다)의 자기실현을 방해받지 않을 이익을 보장하는 것에 그 의의를 찾을 수 없다는 점이다. 왜냐하면 원칙적으로 국가배상법상 불법행위를 한 공무원 개인은 손해배상책임을 지지 않는 것으로 해석되므로, 불법행위를 한 공무원의 자기실현을 방해받지 않을 이익을 국가배상법에 적용되는 개정 전 민법 제724조가 보장할 필요는 없기 때문이다.

2) 다음으로, 자기실현을 방해받지 않을 이익을 국가배상법상의 책임 귀속 주체인 국가 또는 공공단체(이하에서는 표현을 간략화하기 위해 ‘국가’만 언급한다)에 미치는 논리에 대해서 생각한다. 이 경우 자기실현을 방해받지 않을 이익은 ‘국가가 불법행위를 한 공무원에 대해서 불법행위가 있다고 인정될 가능성이 가져오는 심리적·경제적 비용을 부담함으로써 국가의 선한 방향을 구상하고 그 실현을 도모할 자유를 방해받지 않을 이익’이라 할 수 있을 것이다(이하, 이 이익을 ‘선한 국가의 구상·실현을 방해받지 않을 이익’이라 한다). 선한 국가의 구상·실현을 방해받지 않을 이익을 보장하는 것은 정당한 입법목적이라 할 수 있지만, 앞에서 언급한 심리적·경제적 비용은 국가의 수익자이기도 한 현재 및 장래의 국민으로 분산되어 부담하게 된다는 것을 감안하면, 문제되는 손해배상이 국가재정에 회복하기 어려운 정도의 부담을 주는 등의 특단의 사정이 있지 않는 한, 상기의 가능성이 존속하는 것으로 국가가 국가의 선한 방향을 구상하고 그 실현을 도모할 자유를 방해할 것이라고는 보기 어렵고 본 건에 대하여는 특단의 사정을 발견할 수도 없다.

3) 증거확보의 곤란을 면할 수 있는 이익은 국민 일반의 복리에 미치는 것이므로, 국가배상청구소송에서 이 이익이 균등하게 보장되어야 한다는 것은 의심의 여지가 없다. 그렇지만, 본 건에서 국회의원의 입법행위라는 공개의 장에서의 활동이 불법행위를 구성하고 있으므로, 설령 반세기 이상 전에 행해진 일이라고 해도 증거의 확보가 곤란해지는 사태에 이르렀다고는 할 수 없다.

(3) 개정 전 민법 제724조의 입법취지에 비추어 보면 본 건 청구권이 제척기간의 경과에 의해서 소멸했다고 하는 것에 적극적 의의를 발견할 수 없다는 것은 전술한 고찰에서 충분히 나타나고 있다고 생각된다. 그러나 제724조의 입법취지는 전술한 것에 그치는 것이 아니다. 동조의 입법 취지의 하나인 선한 국가의 구상·실현을 방해 받지 않을 이익의 보장은 본 건에서 상고인이 제척기간의 주장을 하는 것이 신의칙에 반하고, 권리의 남용으로서 허용되지 않는다고 해석해야 하는 것에 적극적 근거도 제공한다. 이하, 이 점에 대하여 자세히 밝힌다.

1) 본 건에서 주목해야 할 것은 본 건 규정의 위헌성이 명백함에도 불구하고, 본 건 규정을 포함하는 우생보호법이 중·참의원 양원 모두 만장일치의 결의에 의해 성립되었다는 사실이다. 이는 입헌국가인 일본에서 간과할 수 없는 사태이다. 입헌국가의 위정자가 구상해야 할 선한 국가란 항상 헌법에 적합한 국가이어야 할 것이다. 그럼에도 불구하고, 우생보호법에 만장일치의 결의가 있었다는 사실은 오늘날에는 위헌임이 명백한 국가의 행위도 다른 시대나 환경에서는 합헌이라고 믿어 의심하지 않았음을 시사하고 있기 때문이다.

2) 사법이 취할 수 있는 최선의 대응은 위정자의 헌법 적용이 잘못되었다고 확신하기에 이르렀을 때 그 판단을 역사에 각인하고, 입헌국가로서 일본의 본연의 자세를 보여주는 것일 것이다.

3) 그렇다면, 최고재판소는 숙연하게 본 건 규정이 위헌이라는 취지의 판결을 내려야 하고, 또한 본 건 청구권이 제척기간의 경과에 따라 소멸했다는 주장은 신의칙에 반하고, 권리남용에 해당한다고 판단해야 한다.

4) 이를 요약하면 본 건 청구권이 제척기간의 경과에 따라 소멸했다고 주장하는 것은 신의칙에 반하고, 권리남용에 해당한다고 하는 것은 개정 전 민법 제724조의 입법취지에 반하지 않을 뿐만 아니라, 그 입법취지의 일부이며, 선한 국가의 구상·실현이라는 이념을 적극적으로 추진하는 것이다.

11. 재판관 우가 카츠야(宇賀克也)의 의견¹⁵⁾

(1) 나는 본 건 규정이 헌법 제13조 및 제14조 제1항의 규정에 위반된다고 해석한다. 개정 전 민법 제724조 후단에 대하여는 기간의 경과에 의해 청구권이 소멸했다고 판단하기 위해서는 당사자의 주장이 있어야 한다고 해석하고, 또한 그 주장이 신의칙에 반하거나 권리남용으로서 허용되지 않는 경우가 있다. 바로 본 건과 같은 경우가 이에 해당하여 1989년 판결 등을 변경해야 한다는 점에 대해서는 다수의견에 찬성한다. 한편 개정 전 민법 제724조 후단의 기간을 제척기간으로 해석하는 점에 대해서는 最高裁平成20年(受)第804号同21年4月28日第三小法廷判決·民集63卷4号853頁(이하 ‘2009년 판결’이라 한다)에서 다수의견과 의견을 달리한 다하라 무쓰오(田原睦夫) 재판관의 의견과 같이 동조 후단은 소멸시효를 정하는 것으로 생각하므로 이하 그 이유를 서술한다.

(2) 첫째, 1989년 판결은 개정 전 민법 제724조 전단 및 동조 후단 모두에서 시효를 정하고 있다고 해석하는 것은 불법행위를 둘러싼 법률관계의 신속한 확정을 의도하는 동조의 취지에 어긋난다고 하고 있다. 동조 후단을 시효를 정한 것으로 해석하더라도 피해자가 손해 및 가해자를 인식하지 않더라도 불법행위 시부터 시효기간이 진행되기 때문에 동조 후단은 동조 전단과는 다른 의미에서 법률관계의 조기 확정에 기여하므로, 1989년 판결의 상기 논거는 박약하다고 생각된다. 이 점은 最高裁平成5年(オ)第708号同10年6月12日第二小法廷判決·民集52卷4号1087頁(이하 ‘1998년 판결’이라 한다)의 가와이 신이치(河合伸一) 재판관의 의견 및 반대의견에서 지적되었던 바가 있으며, 2017년 법률 제44호(이하 ‘민법개정법’이라 한다)에 의한 개정 후의 민법(이하 ‘개정 후 민법’이라 한다) 제724조 제2호가 소멸시효를 정하는 것으로 됨에 따라 이 점은 더욱 명확해졌다고 생각된다. 또한 불법행위채권의 소멸시효에 대해 단기시효와 장기시효를 정하는 입법례는 독일법을 비롯하여 비교법적으로도 드물지 않다.

둘째, 개정 전 민법 제724조 후단은 그 제정 시에 가장 참고한 독일 민법 제1초안, 제2초안 및 그에 영향을 준 프로이센 보통주법의 계보를 잇는 것으로, 일본의 법전조사회(法典調査会)에서의 논의에 비추어 볼 때도 동조 후단은 소멸시효를 정한 것이 입법자 의사임에는 의심의 여지가 없다. 개정 전 민법 제724조 후단의 20년의 기간이

15) 일본의 판결문에서 ‘보충의견’은 판결의 논리나 이유를 보충하여 설명하는 것을 나타낸다. ‘의견’은 결론은 같지만, 취하는 논리, 이유가 다른 경우를 칭한다.

장기인 것은 제척기간이기 때문이 아니라, 개정 전 민법 제167조의 기초가 된 민법전 원안 제168조의 20년의 소멸시효기간에 대응하는 것이었다. 그 후 민법 수정안 제 167조에서는 “소유권 이외의 재산권은 20년간 행사하지 않음에 따라 소멸한다”¹⁶⁾고 규정하고 있던 바, 거래상의 각종 채권에 대하여는 단기소멸시효로 하는 것을 염두에 두고 채권의 소멸시효기간을 10년으로 단축한 것이다. 시행 시 민법 제167조 제1항은 “채권은 10년간 행사하지 않음에 따라 소멸한다”¹⁷⁾로 규정하고 있었지만, 실질적으로는 거래상의 채권에 대하여 원칙적 시효기간을 반으로 줄인 것으로 볼 수 있다. 불법행위의 경우에는 가해자가 장기간 판명되지 않는 경우가 드물지 않다는 점에 비추어 개정 전 민법 제724조 후단이 일반채권과 비교하여 장기의 소멸시효기간을 정한 것에는 합리성이 있었다고 생각된다. 이와 같은 개정 전 민법 제724조의 연혁에 비추어 보면, 동조 후단이 오히려 원칙적인 시효기간이고, 동조 전단은 피해자가 손해 및 가해자를 안 경우의 특칙으로 단기소멸시효를 정한 것으로 하는 설명도 가능할 것으로 보인다.

셋째, 문리해석으로서도 개정 전 민법 제724조 후단의 “같은 것으로 한다(同様とする)”는 동조 전단의 “소멸한다”만을 가리키는 것으로 해석하기보다 “시효에 의하여 소멸한다”를 가리키는 것으로 해석하는 것이 자연스러워 보인다. 덧붙여 민법전의 현대어화(口語化) 전에는 “같은 것으로 한다(同様とする)”의 부분은 “또한 같다(亦同シ)”라고 하는 문언이었지만, 이에 대해서도 동조 전단의 “시효로 인하여 소멸한다(時効ニ因リテ消滅ス)”를 가리킨다고 해석하는 편이 자연스럽다. 법무성 민사국 참사관실의 ‘민법 현대어화안 보충 설명’(2004년 8월)에 의하면, “확립된 판례·통설의 해석으로 조문의 문언에 명기되지 않은 것을 규정에 포함시킨다”라고 되어 있고, 불법행위법 연구회에서는 개정 전 민법 제724조 후단에 상당하는 규정에 대해서 시효가 아닌 제척기간을 정한 것임을 명시하는 문언으로 개정하는 것이 제언되었지만, 이 제언은 받아들여지지 않았고, “또한 같다(亦同シ)”를 “같은 것으로 한다(同様とする)”라고 현대어화 하는 것에 그쳤으며, 또한 2004년 민법 개정으로 새로이 붙여진 조문의 표제도 제724조는 ‘불법행위로 인한 손해배상청구권의 시효 및 제척기간’이 아닌 ‘불법행위로 인한 손해배상청구권의 기간 제한’이 되었다. 이에 비추어 보면, 동 개정에서 1989년 판결이 취한 제척기간설이 확인되었다고는 할 수 없다고 생각한다.

16) 원문 “所有權以外ノ財産權ハ二十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス”

17) 원문 “債權ハ十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス”

넷째, 일본에서는 독일 민법과 달리 시효기간과 제척기간을 법문상 명확하게 구분하고 있지 않다. 제척기간에 준용되는 시효 규정도 명시되어 있지 않다. 개정 전 민법 제724조 후단의 기간을 제척기간으로 해석하는 판례나 학설에서 제척기간 경과 후의 채무의 승인·변제나 제척기간이 경과한 채권을 자동채권으로 하는 상계가 가능한지 등에 관하여 견해가 나뉘어졌다. 동조 후단을 제척기간을 정한 것으로 해석하는 경우 이러한 점에 관하여 재판소가 어떠한 해석을 취할지가 예견가능성이 결여된 상태가 계속되었다. 한편 개정 전 민법 제724조 후단의 기간을 소멸시효로 해석하면 이 문제는 해소된다.

다섯째, 개정 전 민법 제724조 후단의 기간을 시효기간으로 하여 그 중단을 인정한다 하더라도, 개정 전 민법 제147조 소정의 시효중단사유가 있는 경우에는 피해자가 손해 및 가해자를 아는 것으로 개정 전 민법 제724조 전단에 의한 단기소멸시효가 진행하게 된다. 때문에 소멸시효로 해석하는 것이 제척기간설을 취하는 경우와 비교하여 부동성을 배제하는 점에서 뒤떨어진다고 볼 수 없다.

여섯째, 개정 전 민법 제724조 후단의 기간을 제척기간으로 해석하지 않으면 단기의 소멸시효 중단을 반복함에 따라 손해배상청구권이 이론상 영속하는 경우도 있다는 의견도 있으나, 단기의 소멸시효 중단을 반복한다는 상황설정은 현실성이 떨어지는 것으로 보인다.

일곱째, 개정 후 민법 제724조 제2호에 대하여는 경과규정을 두었다. 민법개정법 부칙 제35조 제1항은 개정 전 민법 제724조 후단에서 규정하는 기간이 이 법률의 시행 시 이미 경과하고 있는 경우에 그 기간의 제한에 관하여는 계속 종전의 예에 의한다고 정하고 있는 바, 개정 전 민법 제724조 후단은 제척기간, 개정 후 민법 제724조 제2호는 소멸시효를 각각 정한 것이므로 이 경과규정을 두게 된 것으로도 보인다. 그러나 국회 심의에서 참의원법무위원회 위원이 개정 전 민법 제724조 후단의 기간이 제척기간인지 시효인지는 각 재판관이 판단하게 될 것이라고 생각하지만, 이번 개정의 취지로 보면 시효라고 보는 것이 적절하다고 생각되나 어떠한 것인가라고 질문한 것에 대해, 정부의 참고인은 개정 전 민법 제724조 후단의 기간이 제척기간임을 법적으로 확정시키는 것이 아님은 물론이고, 동조 후단의 해석은 여전히 여러 가지로 가능하다고 대답하고 있다(제193회 국회 참의원법무위원회 회의록 제9호(2017년 4월 25일) 15면). 즉, 개정 전 민법 제724조 후단의 기간이 제척기간이라고 법적으로 결정하는 것은 아니며 여전히 해석에 맡겨져 있다고 하는 것이 입법자 의사이므로,

동조 후단은 소멸시효를 정한 것이라고 판례를 변경하는 것이 민법개정법 부칙 제35조 제1항의 경과규정에 반한다고 볼 수 없다.

그렇다면 동일 혹은 유사 사건에서 원고 A와 원고 B에 대하여 개정 전 민법 제724조 후단의 기간이 경과하는 것이 민법개정법의 시행 전인지 후인지가 근소한 차이로 나뉘고, 개정 전 민법 제724조 후단의 기간을 제척기간으로 해석하면 원고 일방이 구제받지 못하게 되는 사태가 발생하는 것을 피하기 위하여 개정 전 민법 제724조 후단도 개정 후 민법 제724조 제2호와 마찬가지로 소멸시효를 정한 것으로 해석하는 것이 바람직하다고 생각된다.

(3) 본 건에서 개정 전 민법 제724조 후단이 소멸시효를 정하는 규정이라고 해석하는 경우에는 제척기간설을 전제로 하고 그 예외를 인정하는 1998년 판결, 2009년 판결도 함께 변경하게 될 것으로 생각된다.

한편, 제척기간의 기산점과 관련하여, 最高裁平成13年(受)第1760号同16年4月27日第三小法廷判決·民集58卷4号1032頁(이하, ‘치쿠요 진폐 최고재판소 판결’), 最高裁平成13年(オ)第1194号, 第1196号, 同年(受)第1172号, 第1174号同16年10月15日第二小法廷判決·民集58卷7号1802頁(이하, ‘미나마타 간사이소송 최고재판소 판결’), 最高裁平成16年(受)第672号, 第673号同18年6月16日第二小法廷判決·民集60卷5号1997頁(이하, ‘B형 간염 홋카이도 최고재판소 판결’), 最高裁令和元年(受)第1287号同3年4月26日第二小法廷判決·民集75卷4号1157頁(이하, ‘B형 간염 규슈 최고재판소 판결’)는 제척기간과 소멸시효의 기산점이 다르다는 전제에서 있는 것이 아니라 손해의 성질에 비추어 기산점을 판단하고 있다고 생각되므로 판례 변경은 불필요하다고 생각된다. 즉, 치쿠요 진폐 최고재판소 판결은 “사람의 건강을 해치게 되는 물질이 신체에 축적한 경우 그로 인한 손해나 일정한 잠복기간이 경과한 후에 증상이 나타나는 손해와 같이 해당 불법행위에 의해 발생하는 손해의 성질상 가해행위가 종료된 후 상당한 기간이 경과한 후에 손해가 발생하는 경우에는 해당 손해의 전부 또는 일부가 발생한 때가 제척기간의 기산점이 된다고 해석해야 한다.”고 판시하고 있으며, 미나마타 간사이소송 최고재판소 판결, B형 간염 홋카이도 최고재판소 판결, B형 간염 규슈 최고재판소 판결도 “신체에 축적되는 물질이 원인이 되어 사람의 건강을 해침에 의해 발생한 손해나 일정한 잠복기가 경과한 후에 증상이 나타나는 질병으로 인한 손해와 같이 해당 불법행위로 인하여 발생하는 손해의 성질상 가해행위가 종료된 후 상당한 기간이

경과한 후에 손해가 발생하는 경우에는 해당 손해의 전부 또는 일부가 발생한 때가 제척기간의 기산점이 된다”고 판시하고 있다.

이러한 판례는 소멸시효가 아니라 제척기간이라는 것을 이유로 기산점을 판단하고 있는 것이 아니라 신체에 축적됨으로써 사람의 건강을 해치는 물질로 인한 손해나 일정한 잠복기간이 경과한 후에 증상이 나타나는 손해와 같이 해당 불법행위에 의해 발생하는 손해의 성질상 가해행위가 종료된 후 상당한 기간이 경과한 후에 손해가 발생하는 경우라는 손해의 성질에 비추어 기산점을 판단하고 있는 것으로, 개정 전 민법 제724조 후단을 소멸시효를 정한 것으로 해석해도 그 사고방식은 타당하고, 동 판례들은 그 선례로서의 가치를 상실하지 않은 것으로 생각된다(이 점은 2009년 판결에서 타하라 무츠오 재판관의 의견에서도 지적된 바가 있다).

또한, 最高裁平成30年(受)第388号令和2年3月24日第三小法廷判決·民集47卷3号292頁(이하, ‘고정자산세 등 과세결정 최고재판소 판결’)은 개정 전 민법 제724조 후단의 기간을 제척기간으로 해석할 것인지, 소멸시효로 해석할 것인지와 관련된 것이 아니라, 고정자산세 등이 과대평가되었고 그 오류에 기초한 고정자산세 등의 과대평가가 장기에 걸쳐 계속된 경우에 있어서의 기간계산의 기산점에 관한 판례이다. 동조 후단을 소멸시효를 정하는 것으로 해석한다고 하더라도 고정자산세 등 과세결정 최고재판소 판결은 그에 따라 영향을 받지 않고, 선례로서의 의의를 잃지 않는다고 생각되기 때문에 판례 변경의 필요는 없다고 생각된다.

게다가 개정 전 민법 제724조 후단의 규정의 적용이 문제가 되는 사안은 근소한 것으로 생각되는 점(이 점은 2009년 판결에 있어서의 타하라 무츠오 재판관의 의견에서도 지적되고 있다), 동조 후단은 이미 개정되어 개정 후 민법 제724조 제2호는 소멸시효를 정하는 것으로 되어 있는 점, 이미 판결이 확정된 민사사건에 대해서는 그것을 시정하는 제도가 존재하지 않으며, 본 건에서 개정 전 민법 제724조 후단은 소멸시효를 정한 것으로 하는 판례를 변경하여도 확정판결에 법적 영향이 미치는 것은 아니라는 점, 본 건에서의 판례 변경은 동조 후단만을 대상으로 하는 것이고 이제까지 제척기간을 정한 것으로 해석해 온 다른 규정까지 대상으로 하는 것이 아니라는 점에 비추어보면, 법적 안정성의 배려는 필요하지만, 동조 후단은 소멸시효를 정한 것이라고 판례를 변경하더라도 그에 따른 혼란을 염려할 정도는 아니라 생각된다.

IV. 본 건 판결의 정리

1. 일본의 우생 정책과 산아제한 정책

우생수술 즉, 장애인에 대한 불임수술 및 낙태수술을 가능하게 하고, 조장해 온 국가의 행위가 불법이라는 것에 오늘날의 관점에서는 의문의 여지가 없다. 본 건 판결에서도 우생보호법의 우생수술과 관련된 규정은 헌법 제13조 및 제14조 제1항에 위반된다는 점, 그리고 우생보호법을 제정하고 우생수술을 조장해 온 국가의 행위는 위법하다는 점을 다시 한 번 확인하였다.

장애인의 단종은 오늘날의 관점에서는 명백한 인권침해이지만, 미우라 재판관이 지적하는 바와 같이 우생보호법이 양원을 통과하는 데 국회의원의 만장일치가 있었다는 사실은 그 당시 많은 사람들이 불량한 자손의 출생을 방지하는 것이 국익에 도움이 됨을 믿어 의심하지 않았다는 것으로 해석된다.

우생보호법이 제정된 것은 1948년이지만, 일본인들에게 우생사상이 자리를 잡게 된 것은 더 오래전이다. 메이지시대에 들어서 일본은 서구열강을 따라가고자 하는 서구화사상(歐化思想)에서 일본인의 육체적·정신적 개량이 필요하다는 인종개량론이 확산되었고, 러일전쟁을 거쳐 점차 민족주의적 색채가 강해졌다. 또한 산아제한운동과 우생학은 때에 따라서는 충돌하였지만, 때에 따라서는 결합하는 관계에 있었다. 1918년의 쌀 소동¹⁸⁾은 인구의 증가와 식량 사이의 균형이 무너진 것을 사람들에게 인식시키는 계기가 되었고, 일본에서 인구문제를 계획하는 계기가 되었다. 1920년대에는 우생학의 계몽운동이 번성하여, 생물학이나 유전학의 연구자뿐만 아니라 학계, 관계, 정계, 재계나 사회운동가까지 포함된 사회운동으로 발전하였다.¹⁹⁾

1930년부터 일본에서 단종의 법제화 움직임이 있었으며, 제국의회에는 민족우생보호법안 등이 제출되었다. 우생보호법 이전에 국민우생법이 1940년 제정되어 1948년까지 존속하였다. 그리고 1948년 우생보호법이 제정되었다.

18) 제1차 세계대전으로 인한 호경기는 물가 급등을 불러왔고, 실질임금 저하로 민중의 삶이 어려워졌다. 특히 쌀값이 급등하였다. 이는 흉작때문이 아니라, 시베리아 출병을 예상한 지주나 쌀 상인의 매점매석 때문이었다. 이 가운데, 1918년 7월 하순, 토야마만 연안 일대에서 쌀의 현 외로의 유출을 금지하고, 쌀 값에 판매를 요청하는 운동이 일어났다. 이 운동이 신문에 보도되고 ‘쌀 소동(米騒動)’이라고 불리는 민중운동이 전국 각지로 확산되었다(타카사키시 사이트 참고: <https://www.city.takasaki.gunma.jp/page/5148.html>).

19) 衆・參議院厚生労働委員長, 旧優生保護法に基づく優生手術等を受けた者に対する一時金の支給等に関する法律第21条に基づく調査報告書 중 第1編 旧優生保護法の立法過程, 2023년 6월, 1-3면.

일본의 우생정책은 전후의 인구 급증과 그에 따른 인구정책과 연관되어 있다. 제2차 세계대전 패전 후 일본경제가 궤멸적인 상태에 이르렀고, 심각한 식량난에 빠졌다. 그리고 해외에 체류하고 있던 군인, 민간인들이 철수 및 귀환하면서 인구가 증가하면서 식량난이 심화되었다. 전후 점령정책을 실시한 연합군 총사령부(General Headquarters, GHQ)의 공중위생관리국(The Public Health and Welfare Section) 국장 Crawford F. Sams 준장은 식량난에 대응하기 위해 ① 필요 식량의 수입을 위하여 공장제품을 수출할 수 있도록 고도로 공업화된 산업조직을 지닐 것, ② 일본의 과다한 인구의 해외이민, ③ 산아제한조치의 실시를 제안하였다. 이 제안이 일본에서 산아제한에 대한 논의에 불을 지폈다고 할 수 있다.²⁰⁾

인구조절이 필요하다는 인식 아래, 제국의회에서는 1946년 이후 국민우생법 개정에 의하여 우생수술을 적극적으로 실시하고 인공임신중절을 용인하는 것에 대한 질의가 이어졌다. 가령, 유전성 정신병 등을 가진 자들이 사회와 가정에 중대한 부담을 주고 있는 바, 그 부담을 경감하고 질환이 없는 우량한 국민을 위하여 당시 거의 활용되지 않던 국민우생법의 활용필요성을 실시하는 취지의 발언 등이 있었다.²¹⁾

장애인 스스로 우생수술을 받는 경우도 있었지만, 가족들에게 이끌려 수술대에 오른 경우도 적지 않다. 당시 사회의 분위기 그리고 압력으로 인하여 장애인은 자손을 남기지 않는 것이 국익에 ‘좋은 것’이라는 인식을 가지게 되었고, 국가는 그러한 인식을 적극적으로 조장하는 위치에 있었다. 후생노동성의 자료에 의하면 1949년부터 1996년까지 본인의 동의로 행해진 우생수술(우생보호법 제3조 제1항 제1~3호)은 8,518건, 우생보호심사회 결정으로 행해진 우생수술(동법 제4조)은 14,566건, 보호자 동의와 우생보호심사회 결정으로 행해진 우생수술(동법 제12조)은 1,909건이 행해진 것으로 추산되고 있다.

2. 불법행위가 있는 날로부터 20년

우생수술에 기인한 손해배상청구소송에서 쟁점이 된 것은 손해배상청구권이 존속하고 있는가이다. 소송이 제기된 것이 우생수술 시로부터 약 50~60년이 경과한 시점

20) 衆・参議院厚生労働委員長, 旧優生保護法に基づく優生手術等を受けた者に対する一時金の支給等に関する法律第21条に基づく調査報告書 중 第1編 旧優生保護法の立法過程, 2023년 6월, 71-73면.

21) 第90回帝国国会 衆議院 建議委員会 第11号 昭和21年10月3日, 田中たつの 발언(<https://teikokugikai-i.ndl.go.jp/simple/detail?minId=009011905X00619460801&spkNum=38>).

이었기 때문에 원고들의 손해배상청구권이 존속하고 있다고 할 수 있는지가 문제되었다. 즉, 불법행위가 있는 날부터 20년이라는 손해배상청구권의 시효가 제척기간인지 소멸시효인지, 그리고 시효의 완성으로 더 이상 손해배상청구권을 주장할 수 없는지가 다투어졌다.

가. 개정 전 민법 제724조 후단의 기간은 제척기간

다수의견은 개정 전 민법 제724조 후단은 제척기간을 정한 것으로 보고 있다. 우가 재판관의 보충의견은 2017년 개정 후 민법 제724조 제2호는 소멸시효를 정한 것으로, 개정 전 민법 제724조 후단도 소멸시효로 해석해야 한다고 한다. 제척기간으로 해석하는 것은 법률관계의 신속한 확정을 위한 것이라고 하지만, 가해자 및 손해불안 날로부터 3년이라는 단기시효와 불법행위 시로부터 20년이라는 장기시효는 각각 다른 의미로 법률관계의 확정에 기여하기 때문에 법률관계의 확정을 위하여 제척기간이라고만 해석할 이유는 없다는 것이다.

다만, 미우라 재판관의 보충의견은 개정 전 민법 제724조 후단을 소멸시효로 봐야 한다는 주장에 일응 합리성이 있음은 인정하지만, 법적 안정성의 측면에서 과거 제척기간이라 해석해 온 판례까지 변경하는 것은 어렵다고 판단하고 있다.

나. 최고재판소의 판례변경부분

원칙적으로 소멸시효의 경우에는 시효의 이익을 받는 자가 그 이익을 주장할 필요가 있지만, 제척기간의 경우에는 당사자의 주장이 없더라도 재판소가 제척기간의 경과에 따라 손해배상청구권이 소멸하였다고 판단한다.

1989년 판결은 국가공무원이 행한 불발탄 처리 작업 중에 발생한 사고로 인하여 부상을 입어 후유증이 있는 원고들이 국가에 대하여 사고발생 시점으로부터 28년 10개월 경과한 시점에서 국가배상소송을 제기한 사건이다. 국가 측은 개정 전 민법 제724조 후단 소정의 소멸시효 등을 원용하며 항변하였다. 이에 원고들은 소멸시효 내지 제척기간의 주장은 신의칙에 반하는 권리남용으로 허용되지 않는다고 주장하였다. 최고재판소는 민법 제724조 후단은 제척기간을 정한 것으로 해석하는 것이 상당하고, 손해배상청구권은 20년의 제척기간의 경과로 법률상 당연히 소멸하였다고 판단하여, 원고들의 주장을 받아들이지 않았다. 즉, 기간의 경과로 권리가 절대적으로 소멸한다

고 이해되어 온 제척기간의 성질에 입각하여 제척기간 경과의 주장이 신의칙 위반 또는 권리남용이라는 주장은 채용할 수 없다는 것이 최고재판소의 입장이었다.

그러나 본 건 판결에서는 제척기간의 경과에 의해 손해배상청구권이 소멸하여 상고인이 손해배상책임을 면하는 것이 정의·공평의 이념에 현저하게 반하고, 도저히 용인할 수 없는 경우에는 제척기간의 주장이 신의칙에 반하고 또한 권리를 남용하여 허용될 수 없다고 판시하였다. 제척기간이라고 하더라도 권리를 소멸시키는 것이 도저히 용납되지 않는 경우가 있고, 그러한 경우 제척기간의 주장은 신의칙에 반하고 권리남용에 해당한다는 것이다. 그리고 이 사건이 그러한 경우에 해당하여 국가의 국가배상책임을 인정하였다.



세계헌법재판 관련 법령

2024년 스페인 헌법 개정내용

2024년 스페인 헌법 개정내용

책임연구원 임윤정

스페인 헌법은 1978년에 제정된 이래 1992년, 2011년 그리고 2024년 총 세 차례 개정되었다. 2024년 2월에 이루어진 헌법 개정의 경우 제49조만 유일하게 개정되었는데, 장애인 보호에 관한 내용을 구체적으로 규정한 개정취지와 이유는 다음과 같다.¹⁾

1978년 스페인 헌법은 인간의 존엄성과 인격의 자유로운 발현을 사회적 민주적 법치국가의 핵심으로 규정하고 있다. 이러한 구체적인 내용 중의 하나가 특히 장애인 보호를 명시한 제49조이다.

(개정 전) 헌법 제49조는 장애인을 보호하는 일반규정으로서 이들에 대해 헌법 제1장에 규정된 권리를 명시적으로 인정하고 모든 공권력에 대해 이들을 보호할 것을 규정하고 있다. 이 조문은 공권력의 행위에도 상당한 영향을 미쳤지만, 입법적 개선의 주제가 되었다.

최근 몇 년간 장애인 보호가 국제법적으로 추진되어 왔는데, 2006. 12. 13. 유엔 총회(뉴욕)에서 채택되고 2007. 12. 3. 스페인이 비준하여 2008. 5. 3.부터 스페인에서 발효된 「장애인의 권리에 관한 협약」 내용이 그 중심축을 이루고 있다.

스페인 국가 및 자치주의 법 규정도 최근 몇 년간 국제 규정에 맞게 수정되었다. 특히, 국가적 차원에서는 2011년에 「장애인의 권리에 관한 협약을 이행하는 법」이 추가되었고, 2013년에는 장애인의 권리와 사회적 통합에 관한 일반법이 위임입법을 통해 개정되었다. 보다 최근인 2018년에는 모든 장애인의 선거권을 보장하기 위한 「일반선거제도의 조직법을 개정하는 조직법」이 입법되었고, 2021년에는 「장애인의 법적능력 행사를 지원하기 위한 민사법 및 절차법의 개정법」이 마련되었다.

이와 동시에 장애인 관련 시민단체에서는 사회 현실과 국제 규정에 맞게 (개정 전) 헌법 제49조를 조정할 필요성이 있음을 공권력에 제기해왔다. 이 분야에서 헌법과 법률이 공권력에 부과한 의무를 이행하는데 있어 (국민의) 대의기관이 수행하는 임무는 중요한 역할을 수행한다. 마찬가지로, 스페인 사회 내에서 장애가 있는 여성과 미성년자에 대한 특별한 보호요청의 인식이 분명히 커지고 있다.

1) <https://www.boe.es/boe/dias/2024/02/17/pdfs/BOE-A-2024-3099.pdf> 스페인 국가관보 (검색일자 2024. 10. 8.)

이러한 맥락에서 장애인의 권리와 자유에 대한 헌법제정권자의 약속을 담은 1978년 스페인 헌법 제49조의 원래 문구는, 국내적으로나 국제적으로 이 집단을 보호하려는 가치를 반영하기 위해 언어와 내용의 측면에서 개정될 필요가 있다. 따라서 헌법 제49조를 개정하여 다시 한 번 스페인에서 장애인의 권리를 보호하고 증진하는데 있어 기준이 되도록 하고자 한다.

헌법 제49조 개정사항	
<p>(舊)제49조 공권력은 필요한 경우 특별한 관심이 요청되는 신체 및 정신적 약자의 예방, 치료, 사회복지 및 통합을 위한 정책에 초점을 맞추고, 모든 시민에 부여된 이 장의 권리들을 향유할 수 있도록 이들을 보호한다.</p>	<p>Artículo 49. Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.</p>
<p>제49조 [전문개정 2024. 2. 17.] 1. 장애인은 실질적이고 효과적인 자유와 평등의 조건 하에서 이 장에 규정된 권리를 행사한다. 이러한 행사에 필요한 특별한 보호는 법률로 정한다. 2. 공권력은 보편적으로 접근 가능한 환경에서 장애인의 완전한 개인적 자율성과 사회적 통합을 보장하는 정책을 추진한다. 마찬가지로 공권력은 법률이 정한 조건에 따라 장애인 단체의 참여를 장려한다. 장애가 있는 여성과 미성년자의 특수한 필요를 특별히 고려한다.</p>	<p>Artículo 49. 1. Las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por ley la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio. 2. Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles. Asimismo, fomentarán la participación de sus organizaciones, en los términos que la ley establezca. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad.</p>



세계헌법재판 관련 논문 목록

세계헌법재판 관련 논문 목록(최신평)

Ⅰ 세계헌법재판 관련 논문 목록(최신호) Ⅰ

- 공영호, A Study on the Conflict Between the Anti-discrimination Laws and the Freedom of Expressive Association in the United States, 법학연구 제35권 제3호, 2024. 8. 53-97면.
- 공영호, 반이슬람 이민정책과 국경 장벽 건설 쟁점이 미국 이민법과 정책에 미치는 영향, 법학연구 제27권 제3호, 2024. 9. 145-180면.
- 김가을, 일본 (구)우생보호법에 따른 국가배상소송에서 ‘시간’이란 벽, 서울법학 제32권 제2호, 2024. 8. 123-169면.
- 김경덕, 일본에서 외국인의 공민권 및 주요 개별법상의 외국인의 법적 지위, 법학연구 제24권 제3호, 2024. 9. 1-26면.
- 김병록, 독일 집회법의 발전과 시사점, 법학논총 제31권 제2호, 2024. 8. 43-84면.
- 김승배, 예기치 않은 사건들과 일본의 헌법적 맥락 - 코로나19 팬데믹과 러시아의 우크라이나 침공 -, 일본학 제63집, 2024. 8. 35-59면.
- 김연진, 경찰착용기록장치에 관한 비교법적 고찰 - 미국과의 비교를 중심으로 -, 미국헌법연구 제35권 제2호, 2024. 8. 175-220.
- 김종구, 아동 범죄피해자 진술의 증거능력과 헌법상 반대신문권 - 미국법원 판례의 비교법적 고찰 -, 국가법연구 제20권 제3호, 2024. 8. 237-261.
- 김태진, 사상으로서의 일본 헌법 - 아즈마 히로키의 <일본 2.0>을 중심으로 -, 일본학 제63집, 2024. 8. 61-89면.
- 김현경, 유럽의 “위험 제로(zero risk)접근 방식”에 기반한 데이터 국외 이전 규범에 대한 비판적 검토, 성균관법학 제36권 제3호, 2024. 9. 161-209면.
- 김희철, 미국의 비편의 법정의 원칙(Doctrine of Forum Non Conveniens)에 관한 소고 - 사익적·공익적 요소를 중심으로 -, 상사법연구 제43권 제2호, 2024. 8. 595-622면.
- 문광진, 프랑스 행정작용법 체계의 특수성 검토 - 행정입법에 관한 고찰을 포함하여 -, 유럽헌법연구 제45호, 2024. 8. 163-196면.
- 박상돈, 행정부 외 헌법기관 사이버안보를 위한 행정부 역량 활용 제도의 발전 과제 - 미국 사례와 헌법이론의 검토를 중심으로 -, 미국헌법연구 제35권 제2호, 2024. 8. 221-250면.

- 박지용, 미국 헌법상 대통령의 법률안거부권의 역사적 기원, 미국헌법연구 제35권 제2호, 2024. 8. 281-316면.
- 배정훈, 선거공영제 관련 규정의 형성과 전개 - 선거운동 방법에 관한 일본과 한국에서의 논의를 중심으로 -, 헌법학연구 제30권 제3호, 2024. 9. 1-36면.
- 서세인, 기후변화소송을 통해 살펴본 사법의 역할 - 유럽인권재판소 기후변화결정을 중심으로 -, 법학논총 제60호, 2024. 9. 143-177면.
- 신우철, 헌법 제84조의 비교헌법사적 해석 : ‘재직 중’과 ‘형사상의 소추’의 의미를 중심으로, 법학논문집 제48권 제2호, 2024. 8. 85-118면.
- 심승범, 프랑스 형사상 디엔에이감식시료 채취 및 정보 보관에 대한 동의, 사법 제69호, 2024. 9. 507-536면.
- 오문완, 최한석, EU 기업 인권실사 지침과 그 시사점, 강원법학 제76권, 2024. 8. 201-248면.
- 이민영, 미국 AI 행정명령의 라벨링에 관한 연구, 미국헌법연구 제35권 제2호, 2024. 8. 61-96면.
- 이상학, 디지털 기반의 무작위적 대단위 감시에 대한 헌법적 쟁점과 기본권보호 - 유럽인권법원과 독일 연방헌법재판소의 판례를 중심으로 -, 세계헌법연구 제30권 제2호, 2024. 8. 31-55면.
- 이상학, 유럽연합에서의 통신데이터저장제도에 대한 유럽사법재판소의 판결 - 독일 통신데이터저장법률에 대한 판단(2022.9.20.)을 중심으로 -, 유럽헌법연구 제45호, 2024. 8. 131-162면.
- 이상훈, 명예훼손죄에서 사실의 범위 및 그 진실성과 공익성에 대한 소고 - 2021년 헌법재판소 결정 및 프랑스 명예훼손죄 규율의 시사점을 중심으로 -, 형사법연구 제36권 제3호, 2024. 9. 3-35면.
- 이수중, 독일 미디어국가협약(MStV)상 반론보도 청구제도에 관한 연구, 미디어와 인격권 제10권 제2호, 2024. 8. 81-136면.
- 이우철, 인공지능시대 알고리즘 의사결정에 의한 차별과 인권보호방안에 관한 연구 - 유럽의 법적 규제에 관한 논의를 중심으로 -, 세계헌법연구 제30권 제2호, 2024. 8. 97-125면.
- 이재홍, 아시아 헌법재판기관간 교류의 현황과 과제: 아시아헌법재판소연합(AACC)을 중심으로, 국가법연구 제20권 제3호, 2024. 8. 29-62면.

- 이정옥, 『통합 개선과 이민 통제를 위한 2024년 1월 26일 법』에 관한 연구, 프랑스 문화 연구, 제62권 제1호, 2024. 9. 105-127면.
- 이환경, 미국 연방의회의 입법에 관한 권한 및 한계에 관한 연구, 법과정책 제30권 제2호, 2024. 8. 215-246면.
- 이희옥, 미국의 저널리즘 지원법에서 살펴본 국내 저널리즘 지원정책의 방향성, 언론과 법 제23권 제2호, 2024. 8. 113-144면.
- 임효준, 전문직 광고 제한규범에 대한 위헌심사 - 유럽인권재판소 결정과의 비교를 중심으로 -, 유럽헌법연구 제45호, 2024. 8. 79-130면.
- 전 훈, 기후변화 대응에 대한 국가의 책임 - 프랑스 기후소송 판결의 함의(含意) -, 국가법연구 제20권 제3호, 2024. 8. 93-122면.
- 조동은, 헌법적 과도기와 과도기 헌법 - 2019 - 2023년 칠레의 신헌법 제정 시도와 그 시사점을 중심으로 -, 세계헌법연구 제30권 제2호, 2024. 8. 225-272면.
- 조성혜, 유엔장애인권리협약상 장애인의 자립생활과 발달장애인의 탈시설 - 유엔장애인권리위원회의 일반논평 제5호와 탈시설가이드라인을 중심으로 -, 사회법연구 제53호, 2024. 8. 379-446면.
- 최혜영, 중국의 헌법 변천사와 국민의 기본권 고찰, 성균관법학 제36권 제3호, 2024. 9. 125-159면.
- 최희경, 미국 연방대법원의 낙태에 관한 Dobbs 판결의 의미와 영향, 이화젠더법학 제16권 제2호, 2024. 8. 1-34면.
- 허경미, 뉴욕경찰청의 알고리즘 예측치안 전략의 논쟁점, 한국공안행정학회보 제33권 제3호, 2024. 9. 359-386면.



국외통신원 소식

▮ 2024년 구(舊) 동독지역 주의회 선거 결과와 그에 따른 여파

2024년 구(舊) 동독지역 주의회 선거 결과와 그에 따른 여파

독일 튀빙엔 대학교 법학 박사과정 김예동

I. 들어가는 말

2024년 9월 구 동독지역 세 개의 주(州)에서 주의회 선거가 실시되었다. 먼저 1일에는 작센(Sachsen)주와 튀빙엔(Thüringen)주에서, 그리고 22일에는 브란덴부르크(Brandenburg)주에서 선거가 치러졌다. 선거 결과를 요약하면, 극우정당인 ‘독일 대안당’(Alternative für Deutschland; 이하 “AfD”)이 이전 2019년 선거에 비해 더 많은 지지를 얻어 더 많은 의석을 획득했으며, 신생정당인 ‘자라 바겐크네히트 동맹’(Bündnis Sahra Wagenknecht; 이하 “BSW”)이 세 번째로 많은 의석을 차지하는 정당이 되었다.

이 글은 우선 이전 선거였던 2019년 주의회 선거 결과와 이번 선거 전까지 있었던 AfD와 BSW가 관련된 몇 가지 사안들을 간략히 살펴본다. 그 다음 2024년 9월에 주의회 선거가 치러지게 된 법적배경과 선거 결과를 정리한다. 마지막으로 이 선거 결과가 갖는 의미를 살펴본 후, 선거 이후 지금까지 진행된 사항과 아직 남아있는 문제들을 소개한다.

II. 2019년 주의회 선거 결과와 이후의 정치적·헌법적 사건들

1. 2019년 주의회 선거에서 AfD의 약진

2019년에 작센, 튀빙엔 그리고 브란덴부르크에서 치러진 주의회 선거에서 AfD는 큰 성과를 이뤄냈다. 세 곳 모두에서 다수당에 조금 못 미치는 지지를 얻어 두 번째로 많은 의석을 획득한 정당이 된 것이다. 작센주에서 (비례투표 기준) 27.5%의 지지를 받아 38개의 의석을, 튀빙엔주에서 23.4% 지지로 22석을, 브란덴부르크주에서 23.5% 지지로 23석을 얻었다.¹⁾

AfD가 선거에서 좋은 결과를 얻긴 했지만, 여러 사안에 영향력을 행사할 수 있는 재적의원 3분의 1에 이르지 못해 저지소수(Sperrminorität)를 구성하지 못했을 뿐만 아니라, 다른 정당들이 AfD와의 협력을 거부했기 때문에 주정부를 구성하는 데에도 참여하지 못했다.

2. AfD에 대한 헌법보호청의 견제

2019년 주의회 선거가 있기 전에도 연방헌법보호청(Bundesamt für Verfassungsschutz)은 AfD의 활동을 주시하고 있었다. 연방헌법보호청은 2019년 1월 15일 연방차원의 전체 AfD를 ‘검토대상’(Prüffall)으로²⁾, AfD의 청년조직인 ‘독일을 위한 젊은 대안’(Junge Alternative für Deutschland; 이하 “JA”)과 AfD 튀링엔주 대표인 비요른 회케(Björn Höcke)가 이끄는 당내 계파인 플뤼겔(Der Flügel)을 ‘극단주의 의심대상’(Verdachtsfall für extremistische Bestrebungen)으로 분류함으로써 AfD의 위험성을 경고하였다.³⁾

선거 직후인 2020년 연방헌법보호청은 더욱 강한 어조로 AfD의 반헌법적인 활동을 지적했는데, 회케를 극우주의자(Rechtsextremist)로 분류하며 그가 이끄는 플뤼겔을 ‘확실한 극우활동’(erwiesen rechtsextremistische Bestrebung)으로 규정하였고,⁴⁾ 결국 AfD는 2020년 4월 30일에 플뤼겔을 공식적으로 해체하였다.⁵⁾

2021년 2월경부터 연방헌법보호청은 전체 AfD를 극우의심대상으로 분류하고 전국적인 정보 수집을 통해 감시하기로 결정했다.⁶⁾ AfD는 이에 반발하여 쾰른행정법원

1) 작센주에서는 기독교민주연합정당(Christlich Demokratische Union Deutschlands; 이하 “CDU”)이 총 119석 중 45석을, 튀링엔주에서는 좌파당(Die Linke)이 총 90석 중 29석을, 브란덴부르크주에서는 독일사회민주당(Sozialdemokratische Partei Deutschlands; 이하 “SPD”)이 총 88석 중 25석을 획득하여 다수당이 되었다.

2) 헌법보호청은 반헌법적인 활동을 세 가지 단계로 분류하고 있다. 첫 번째 단계는 ‘검토대상(Prüffall)’으로 이 단계로 분류된 인물이나 집단을 헌법보호청이 감시를 할 만한 충분한 근거가 있는지 여부를 살핀다. 두 번째 단계는 ‘의심대상(Verdachtsfall)’으로 헌법을 위협하는 구체적인 정황이 있다고 판단되는 경우이다. 세 번째 단계는 ‘확정적 극단주의 활동(gesichert extremistisch)’으로 더 이상 의심의 여지없이 특정 인물이나 집단이 극단주의 활동에 연루되었다고 판단되는 경우이다. 이에 대한 자세한 내용은 <https://www.tagesschau.de/inland/afd-verfassungsschutz-verdachtsfall-gerichtsurteil-100.html>를 참고.

3) <https://www.dw.com/de/bundesverfassungsschutz-erkl%C3%A4rt-afd-zum-pr%C3%BCffall/a-47086892>;
<https://www.deutschlandfunk.de/afd-und-der-verfassungsschutz-unter-beobachtung-100.html>

4) <https://www.tagesspiegel.de/politik/sachsen-und-brandenburg-prufen-scharfere-beobachtung-der-afd-land-esverbände-6867094.html>

5) <https://www.welt.de/politik/deutschland/article207670791/AfD-Flügel-geht-offline-Verfassungsschutzchef-spricht-von-Scheinauflösung.html>

에 소를 제기했고, 2022년 3월 8일 쾰른행정법원은 연방헌법보호청이 AfD를 극우의 심대상으로 분류하고 감시해도 된다는 결정을 내렸다.⁷⁾ AfD는 이 결정에 항소하였고, 2024년 5월 13일 노르트라인베스트팔렌 주 고등행정법원은 연방헌법보호청이 비례성의 원칙을 준수했다고 판단하며 AfD의 주장을 받아들이지 않음으로써 헌법보호청의 지속적인 감시활동을 가능하게 하였다.⁸⁾

3. NPD에 대한 정당해산 기각결정과 국가재정지원 배제결정

독일연방헌법재판소는 2017년 ‘독일민족민주당’(Nationaldemokratische Partei Deutschlands; 이하 “NPD”)의 목표가 인간존엄에 반하고 자유민주적 기본질서를 폐제하려는 것이지만, 그러한 목표를 달성할 가능성이 없다는 이유로 NPD에 대한 정당해산심판청구를 기각하였다.⁹⁾ 동시에 독일연방헌법재판소는 헌법개정을 통해 정당해산보다는 약한 제재수단이 필요하다는 생각을 던지시 내비쳤고,¹⁰⁾ 연방하원은 2017년 6월 기본법 제21조 제3항에 국가재정지원 배제에 대한 규정을 새롭게 도입하였다.

결국 2024년 1월 23일 독일연방헌법재판소는 기본법 제21조 제3항에 근거해 NPD(현재는 이름을 변경하여 Die Heimat)에 대한 국가재정지원을 배제하는 결정을 내렸다.¹¹⁾

4. BSW의 창당

2023년 12월, 전 좌파당 원내대표였던 사라 바겐크네히트(Sahra Wagenknecht)는 새로운 정당을 창당하겠다는 뜻을 밝히며 자신과 뜻을 같이하는 좌파당 소속 연방의회 의원 9명과 함께 좌파당을 탈당하였다.¹²⁾ 그 결과 좌파당은 지난 18년 동안 누리고

6) <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/rechtsextremismus-verdachtsfall-verfassungsschutz-beobachtet-afd-nun-bundesweit-a-136d80ce-4549-4a23-8174-19ad70f20643>

7) <https://openjur.de/u/2395579.html>; https://www.vg-koeln.nrw.de/behoerde/presse/Pressemitteilungen/Archiv/2022/06_08032022/index.php

8) https://www.ovg.nrw.de/behoerde/presse/pressemitteilungen/23_240513/index.php

9) BVerfGE 144, 20. 이 결정에 대한 자세한 내용은 정문식, 독일에서 정당해산제도와 방어적 민주주의의 변화, 유럽헌법연구 제29호, 2019, 103쪽 이하; 박선영, 위헌정당해산사유로서의 ‘민주적 기본질서’, 공법연구 제46집 제1호, 2017, 87쪽 이하; 김희정, 2017년 독일민족민주당 해산기각결정과 통합진보당 해산결정 법리 비교, 공법학연구 제20편 제4호, 179쪽 이하 참고.

10) 가령 BVerfGE 144, 20, Rn.527과 Rn.625.

11) BVerfG Urteil vom 23.1.2024 - 2 BvB 1/19 (NJW 2024, 645).

12) <https://www.deutschlandfunk.de/sahra-wagenknecht-eigene-partei-linke-100.html>

있었던 독일연방의회에서의 교섭단체 지위를 상실하게 되었다.

새로운 정당은 ‘자라 바겐크네히트 동맹’(BSW)이라는 이름으로 2024년 1월 8일에 창당되었고, 1월 27일에 유럽의회선거를 위한 공약을 확정하였다.¹³⁾ 그 공약을 볼 때, BSW는 좌파 보수주의(Linkskonservatismus) 전략을 추구하고 있는 것으로 보인다. 경제 및 사회정책 측면에서는 이전 소속 정당인 좌파당과 유사하지만 사회 및 문화 정책적으로는 보수적인 입장을 대변하고 있기 때문이다. 대외적으로는 현재 형태의 유럽연합을 비판하며 국가가 더 많은 결정권한을 가질 것을 요구하고 있다. 뿐만 아니라 우크라이나에 대한 무기지원 중단과 러시아산 석유 및 가스의 수입 재개를 주장한다.

5. 2024년 유럽의회선거에서의 AfD와 BSW의 선전

2024년 6월 6일부터 나흘간 실시된 유럽의회선거에서 AfD는 15.9%의 지지를 받아 총의석 96석 중 15석을, BSW는 6.2%의 지지를 받아 6석을 획득했다. 동서독 전체로 보면 각각 두 번째, 여섯 번째로 많은 지지를 얻었으며,¹⁴⁾ 동독만 놓고 본다면 첫 번째, 세 번째로 많은 지지를 획득했다.¹⁵⁾

Ⅲ. 2024년 작센, 튀링엔 그리고 브란덴부르크 주의회 선거

1. 작센 주의회 선거

작센주 헌법에 따라 주의회 의원은 총 120명이며¹⁶⁾, 의원의 임기는 5년이다¹⁷⁾. 작센주 정부가 합의로 2024년 9월 1일을 선거일로 정하고, 이를 주의회가 확인함으로써 이날 선거가 치러졌다.

2019년 선거 때 제1당이었던 CDU는 지지율이 조금 하락했지만, 그래도 가장 많은 의석인 41석을 확보함으로써 여전히 제1당을 유지할 수 있었고, AfD는 CDU에 1.3%

13) <https://www.deutschlandfunk.de/wagenknecht-partei-buendnis-gruendung-100.html>

14) <https://www.bundeswahlleiterin.de/europawahlen/2024/ergebnisse/bund-99.html>

15) <https://www.wahlen-in-deutschland.de/beBundOst.htm>

16) 작센주 헌법 제41조 제1항. <https://www.revosax.sachsen.de/vorschrift/3975-Verfassung#vww3>

17) 작센주 헌법 제44조 제1항.

뒤진 40석을 얻어 아쉽게 제2당에 머무르게 되었다. 유럽의회선거에 이어 두 번째로 선거에 참여한 BSW는 11.8%의 지지를 얻어 15석을 획득함으로써 SPD(10석)와 녹색당(Bündnis 90/Die Grünen)(7석)을 이기고 제3당이 되는 기염을 토했다.

주목할 점은 AfD가 전체 의석 중 3분의 1에 달하는 의석인 저지소수(Sperrminorität)를 아슬아슬하게 확보하지 못했다는 것이다. 그렇지만 어떤 결정이 재적의원 3분의 2이상의 찬성이 필요한 사안이라면, AfD 혼자 힘으로 막기는 힘들지만 AfD를 제외한 다른 정당들에서 이탈표가 하나도 나오지 않아야만 그 결정이 통과될 수 있다. 또한 SPD와 녹색당이 획득한 의석수가 생각보다 적었기에, 과반수 의석인 60석을 확보해 안정된 정부를 구성하기 위해서는 BSW를 반드시 협력 파트너로 염두에 두어야 하게 되었다.

2. 튀링엔 주의회 선거

튀링엔주 헌법은 선출된 의원의 임기를 5년으로 규정하고 있다.¹⁸⁾ 튀링엔주 헌법 제50조 제2항에 따르면 주의회 전체 의원의 3분의 1이 요청하고 전체 의원의 3분의 2 이상이 찬성하여 의회해산 결정을 내린 경우 조기 선거가 가능하다. 튀링엔 주의회는 2019년 주의회 선거에서 총 90명의 의원을 선출했는데, 다수당인 좌파당(29석)이 연정파트너로 SPD(8석)와 녹색당(5석)을 선택함에 따라 과반수 의석을 확보하지 못했다. 2020년 2월의 정부위기를 겪은 후,¹⁹⁾ 위 세 정당은 CDU와 합의하여 2021년 4월 25일에 조기 선거를 치르기로 하였으나, 코로나 팬데믹으로 인해 선거가 2021년 9월 26일로 연기되었다. 2021년 7월, 새로운 선거를 치루더라도 세 정당이 과반수를 확보할 수 없다는 것이 명백해지자 조기 선거를 치루지 않고 2024년 가을에 선거를 실시하기로 변경하였고, 그 결과 2024년 9월 1일에 주의회 선거를 치르게 되었다.²⁰⁾

2019년 선거에서 제1당이었던 좌파당은 지난 선거의 절반도 안 되는 13.1%의 지지를 얻어 제4당(12석)으로 밀려났다. AfD는 32.8%의 지지로 전체 88석 중 32석을 확보함으로써 처음으로 다수당이 되었다. 뒤를 이어 CDU가 23석, BSW가 15석을 획득했다.²¹⁾

18) 튀링엔주 헌법 제50조. <https://landesrecht.thueringen.de/bsth/document/jlr-VerfTHV3Art50>

19) 2020년 튀링엔주 정부위기에 대한 더 자세한 내용은, <https://www.tagesschau.de/inland/thueringen-237.html>

20) <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/keine-neuwahlen-in-thueringen-alles-zurueck-auf-anfang-17441571.html>

튀링엔주에서 AfD는 지지소수를 확보하여 중요한 결정을 독자적으로 막을 수 있는 힘을 갖게 되었다. 뿐만 아니라 CDU가 BSW, SPD(6석)와 함께 연정으로 정부를 구성한다고 하더라도 과반수인 45석에서 한 석이 모자라기 때문에 매 표결시마다 최소한 야당의 한 표가 필요하게 되었다.

3. 브란덴부르크 주의회 선거

브란덴부르크 주의회 의원은 임기가 5년이며,²²⁾ 주의회의 합의에 따라 2024년 9월 23일에 선거가 치러졌다.

지난 선거와 동일하게 제1당은 SPD(32석)가, 제2당은 AfD(30석)가 차지했다. 신생 정당인 BSW가 13.5%의 지지를 얻어 전체 88석 중 14석을 확보하였고, CDU는 12.1%의 지지로 12석을 획득하였다. 녹색당과 좌파당은 5%봉쇄조항을 넘지 못해 의석을 얻지 못했다.

브란덴부르크 주에서도 AfD는 지지소수를 확보하였다. 또한 SPD는 BSW와 손을 잡으면 CDU 없이도 정부를 구성할 수 있게 되었다.

IV. 2024년 주의회 선거 이후의 문제점들

1. AfD 관련 문제들

AfD가 세 개의 주 모두에서 좋은 결과를 냈음에도 불구하고, AfD를 배제한 채 정부구성 논의가 이뤄지고 있다.²³⁾ 그렇다고 해서 AfD가 이룬 성과가 결코 작은 것이 아니다. 최근 AfD가 다수당이 된 튀링엔주에서는 달라진 AfD의 위상을 확인할 수

21) https://wahlen.thueringen.de/datenbank/wahl1/wahl.asp?wahlart=LW&wJahr=2024&zeigeErg=LAND&auswertung=4&wknr=&gemnr=&terrKrs=&gemteil=000&buchstabe=&Langname=&wahlvorschlag=&sort=&druck=&XLS=&anzahlH=-1&Nicht_existierende=&x_vollbildDatenteil=&optik=&aktual=&ShowLand=&ShowWK=&ShowPart=

22) 브란덴부르크주 헌법 제62조 제1항. <https://bravors.brandenburg.de/de/gesetze-212792#62>

23) 다른 정당들이 AfD와 협력하지 않는 이유에는 주헌법보호청이 AfD 각 지부의 위헌성에 대하여 지속적으로 경고하고 있기 때문이다. 작센주 AfD에 대해서는, <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/vg-dresden-afd-sachsen-einstufung-gesichert-rechtsextrem>; 튀링엔주 AfD에 대해서는, <https://www.mdr.de/nachrichten/thueringen/verfassungsschutz-afd-beobachtung-100.html>; 브란덴부르크주 AfD 산하단체에 대해서는, <https://www.zdf.de/nachrichten/politik/afd-brandenburg-rechtsextremistisch-100.html>

있는 사건이 있었다. 원래 튀링엔주 의회에서는 가장 세력이 강한 교섭단체가 주의회 의장 후보를 제안할 수 있는 권리를 가지고 있었다. 최고령자로 첫 번째 회의의 임시의장을 맡게 된 AfD 소속의 위르겐 트로이틀러(Jürgen Treutler)는 모든 정당이 의장 후보를 제안할 수 있도록 하자는 CDU와 BSW의 요청을 거부했을 뿐 아니라, 다른 의원들의 발언권을 박탈하고 회의의 의사정족수조차 확인하려 하지 않았다. 이에 CDU는 BSW, 좌파당, SPD와 함께 튀링엔주 헌법재판소에 가처분 신청(Eilantrag)을 하였고, 튀링엔주 헌법재판소는 이를 받아들였다.²⁴⁾ 튀링엔주 헌법재판소는 임시 의장 트로이틀러에게 세부적인 회의 절차를 명령하여 그가 본회의 의사 정족수를 확인한 후, 9월 중순에 제출된 기존 의사일정에 대한 투표를 실시하게 하였다. 결국 튀링엔 주의회는 의장을 선출하기 전 의사규칙(Geschäftsordnung)을 변경하는데 성공하였고, 변경된 의사규칙에 따라 CDU 소속의 타데우스 쾨니히(Thadäus König)가 튀링엔 주의회 의장으로 선출되었다.²⁵⁾

앞서 언급한 저지소수를 획득하거나 이에 준하는 지위를 확보했다는 것 또한 큰 의미를 가진다.²⁶⁾ 작센주와 튀링엔주에서는 주헌법을 개정하거나 주헌법재판소의 구성과 주의회의 해산을 위해서는 재적의원 3분의 2 이상의 찬성이 필요하다. 튀링엔주는 주의회 선거 전 어렵게나마 헌법을 개정했지만, 작센주는 2024년 봄 헌법개정을 추진하다가 실패했었기에, AfD의 선전에 더 큰 영향을 받게 될 것이다. 그리고 AfD의 입맛에 맞지 않는 신임 헌법재판관은 선출되기 힘들어질 것이다. 또한 튀링엔주에서는 몇몇 위원회의 구성에 가중다수결이 필요한데, 그 중에는 주헌법보호청을 감시하고 통제하는 의회 내 기관인 의회정보통제위원회(Parlamentarische Kontrollkommission)도 포함된다. 이전 주의회에서 좌파당과 AfD의 후보자들은 다수결을 확보하지 못해 위원으로 임명되지 못했었는데, 앞으로는 다른 정당의 후보자들이 임명되는데 있어 AfD와 좌파당의 눈치를 볼 수밖에 없는 상황이 되었다.²⁷⁾

최근 재론되고 있는 AfD에 대한 정당해산심판청구는 또 다른 문제를 발생시킬 수

24) ThürVerfGH, Beschluss vom 27.09.2024 - VerfGH 36/24.

25) 이에 대한 자세한 내용은, Redaktion beck-aktuell, Nach Eilbeschluss: Thüringer Landtag ändert Geschäftsordnung und wählt CDU-Präsidenten, becklink 2032069를 참고.

26) 세 개의 주에서 저지소수가 가지는 의미와 이로 인해 발생할 수 있는 문제점들에 대한 해결방안에 대해서는, Brandau, Anna-Mira/Talg, Juliana: Sperrminorität kommt vor dem Fall: Wie der Rechtsstaat in Thüringen, Sachsen und Brandenburg blockiert werden könnte, VerfBlog, 2024/8/30, <https://verfassungsblog.de/sperrminoritaet-kommt-vor-dem-fall/>를 참고.

27) <https://www.tagesschau.de/inland/innenpolitik/afd-landtag-sperrminoritaet-100.html>

있다.²⁸⁾ 정당해산 결정이 내려지는 경우, AfD의 빈자리를 메우는 과정에서 큰 혼란이 발생할 수 있다. 또한 계속되는 헌법보호청의 견제에도 불구하고 AfD가 높은 지지를 획득한 것을 생각해 보면, 연방헌법재판소가 정당해산결정을 내린다고 하더라도 시민들의 지지는 더욱 높아지는 괴리가 발생할 수도 있다.

2. BSW 관련 문제들

AfD가 많은 의석을 가져가면서, 기존 정당들이 의석을 많이 상실함에 따라 위 세 개의 주에서 정부를 구성하는데 BSW의 역할이 매우 중요해졌다. 문제는 BSW와 연정 파트너인 CDU나 SPD 사이에 존재하는 정책 차이를 어떻게 메울 수 있는지이다.²⁹⁾

물론 BSW가 이번 선거에서 이뤄낸 결과는 무척 성공적이지만, BSW에게는 내년 2025년에 실시되는 연방의회선거가 훨씬 더 중요하다.³⁰⁾ 따라서 연정논의 과정에서 우크라이나에 대한 무기 지원과 독일 내 중거리 미사일 배치에 대하여 언급하는 등 “연방 정책에 대해 주 차원에서 압력을 가하려는 시도”를 하고 있다.³¹⁾ 가령 BSW의 당대표인 자라 바겐그네히트는 작센주와 튀링엔주에서 CDU와 함께 연정을 논의할 때, 주CDU가 연방 당대표인 프리드리히 메르츠(Friedrich Merz)와 거리를 둘 것을 공개적으로 요구하기도 하였다.³²⁾ 브란덴부르크 주에서 BSW는 SPD와 이민 및 사회 정책에서 유사한 부분이 있어 협상이 비교적 수월할 것으로 보이나, 여전히 헌법수호청의 역할에 대해서나 우크라이나에 대한 무기 지원과 관련해서 서로 견해가 다르기에 협상이 잘 이루어질지 결과를 좀 더 지켜볼 필요가 있다.

28) <https://www.tagesschau.de/inland/verbotsverfahren-parteien-afd-100.html>; <https://www.deutschlandfunk.de/afd-verbot-102.html>; <https://www.zdf.de/nachrichten/politik/deutschland/afd-verbot-bundestag-verbotsverfahren-100.html>

29) <https://www.vorwaerts.de/inland/regierungsbildung-so-ist-der-stand-brandenburg-sachsen-und-thueringen>; <https://www.mdr.de/nachrichten/thueringen/cdu-bsw-spd-sondierungen-migration-bildung-100.html>

30) <https://www.deutschlandfunk.de/wagenknecht-bsw-ostdeutschland-koalitionsverhandlungen-100.html>

31) <https://www.tagesschau.de/inland/regional/brandenburg/rbb-sondierungsgespraech-zwischen-spd-und-bsw-viele-gemeinsamkeiten-und-eine-sollbruchstelle-100.html>

32) <https://www.mdr.de/nachrichten/thueringen/wagenknecht-merz-bsw-cdu-spd-koalition-102.html>

세계헌법재판 조사연구보고서

(2024 제6호)

2024년 11월 20일 인쇄

2024년 11월 26일 발행

발행 : 헌법재판소
헌법재판연구원

인쇄 : 크리커뮤니케이션
02) 2273-1775

<비매품>

