

## 도덕의 법적 강제에 관한 소고

- 낙태, 동성애 그리고 간통에 대한 판결검토를 중심으로 -

조 해 현\*

### < 목 차 >

- I. 들어가면서
- II. 도덕의 법적 보호에 관한 논의
- III. 낙태에 관한 Roe v. Wade 판결
- IV. 동성애에 관한 두 판결
- V. 간통죄에 대한 헌법재판소 결정
- VI. 나가면서

### I. 들어가면서

법철학자 루돌프 폰 예링(Rudolf von Jhering)은 일찍이 법과 도덕의 관계에 관하여 ‘법철학의 케이프 혼(Cape Horn der Rechtsphilosophie)’이라고 지적하였다. 법철학적인 관점에서 법과 도덕의 관계는 통상 두 가지 차원, 즉 법개념론과 법효력론의 차원에서 중요한 물음이 제기되는데, 도덕의 핵심을 법개념에 포함시킬 것인가 및 도덕의 핵심을 위반하는 법은 법으로서 효력이 있는가 하는 것이 첫 번째 차원의 물음이고, 어떤 도덕을 법적 강제에 의하여 보호해야 하는가 하는 것이 두 번째 차원의 물음이라고 한다.<sup>1)</sup>

이러한 물음에 대하여 정확한 해답을 구하기란 매우 어려운 일일 뿐만 아니라, 법실증주의로 향할 것인가 또는 법이성주의로 향할 것인가의 방향성을 설정하는 것조차도 그리 쉬운 일이 아니다. 좌로 돌면 태평양, 우로 돌면 대서양

\* 대구지방법원장

1) 최종고, 『법철학』, 제4판, 박영사, 2009, 126면.

이 되는 ‘케이프 혼’을 빗대어 표현한 예링 또한 이 물음은 영원히 해결하기 어렵다는 것을 동시에 지적한다.<sup>2)</sup> 하지만 이러한 물음들은 국경의 제한없이 우리 인간의 현실에 존재하고 있으며, 실제 판결에도 가감없이 영향을 끼치고 있다.

올해 2월 헌법재판소는 「형법(1953.9.18. 법률 제293호로 제정된 것) 제241조는 헌법에 위반된다」고 결정하여,<sup>3)</sup> 우리의 형법상 간통죄가 폐지되는 근거를 마련하면서, 간통죄가 탄생한지 62년 만에 역사 속으로 사라지게 되었다. 그런데 이번 헌법재판소의 결정은 오늘날 우리 국민의 법감정과는 그 차이가 두드러지는 것으로 나타나고 있다.<sup>4)</sup> 헌법재판소 역시 이번 위헌결정에 이르기까지 간통죄에 대하여 4차례에 걸쳐 합헌결정을 한 바 있다.<sup>5)</sup>

미국에서는 연방대법원이 2003년의 *Lawrence v. Texas* 사건<sup>6)</sup>에서 동성간의 ‘비자연적인 성행위(sodomy)’를 금지하는 Texas주법에 대하여 위헌판결을 한 바 있다. 이 위헌판결에도 불구하고 동성애를 법률적으로 제약하고자 하는 시도가 아직까지도 끊이지 않고 있다. 대표적으로 최근 California주 변호사인 Matthew McLaughlin이 California주에서는 동성애자가 공직을 맡을 수 없도록 하고 동성애자가 되는 것 자체를 형사처벌하도록 하는 한편, 시민들에게 동성애자를 총기나 기타 편의한 방법으로 처형할 수 있는 권한을 부여하는 규정을 포함한 ‘남색자금압법(男色者禁壓法, Sodomite Suppression Act)’이라는 법안을 발의하였다고 한다.<sup>7)</sup> 또한 인디애나주와 아칸소주가 종교의 자유를 이유로 들어 동성애자·양성애자·성전환자 등 성적소수자를 차별할 소지가 큰 ‘종교자유

2) 위의 책, 97면.

3) 헌법재판소 2015.2.26. 선고 2009헌바17 결정.

4) 2014년 6월 한국여성정책연구원이 전국의 성인남녀 2000명을 대상으로 실시한 여론조사에서 응답자의 60.4%가 ‘간통죄는 있어야 한다’고 답변하였고, 헌법재판소 결정 이후에 성인남녀 1003명을 대상으로 실시한 한국갤럽의 여론조사에서는 응답자의 53%가 헌법재판소의 위헌결정이 ‘잘못된 판결’이라고 답하고, 34%가 ‘잘된 판결’로 답하였다(대한가정법률복지상담원, 「법률복지」 제57호, 2015, 7면).

5) 헌법재판소 1990.9.10. 선고 89헌마82 결정; 헌법재판소 1993.3.11. 선고 90헌가70 결정; 헌법재판소 2001.10.25. 선고 2000헌바60 결정; 헌법재판소 2008.10.30. 선고 2007헌가17 결정.

6) *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

7) California주는 무의미한 시간낭비를 방지하기 위해 이 법안을 투표에 회부하지 않고 곧바로 폐기할 수 있도록 소송을 제기할 예정이라고 하는 등, 법안 발의가 전혀 진지하게 받아들여지지 않고 있기는 하지만, 위 변호사의 모교인 George Mason 로스쿨에서는 의견을 묻는 기자의 질문에, 학교가 답할 사항은 아니라고 하면서도, 정상적인 시민의 예의를 지키지 못한 것이 분명하다고 해도 자신의 의견 자체는 표현할 수 있는 헌법적 권리가 있다고 덧붙였다(FindLaw, 2015년 3월 27일자 기사([http://blogs.findlaw.com/greedy\\_asociates/2015/03/cal-lawyer-authors-initiative-to-kill-gays-and-lesbians.html](http://blogs.findlaw.com/greedy_asociates/2015/03/cal-lawyer-authors-initiative-to-kill-gays-and-lesbians.html))).

보호법'을 제정하여 논란을 불러일으키고 있다는 보도도 있었다.<sup>8)</sup> 미국 연방대법원도 1986년의 *Bowers v. Hardwick* 판결<sup>9)</sup>에서는 동성간의 성행위 금지에 관하여 합헌판결을 한 바 있다.<sup>10)</sup>

나아가 미국 연방대법원은 40년 전인 1973년에 연방대법원의 가장 유명한 결정이라는 *Roe v. Wade* 판결로<sup>11)</sup> 산모의 생명을 살리기 위한 경우 외의 모든 낙태를 범죄로 규정한 Texas주의 낙태법을 7:2로 위헌이라고 결정한 바 있다.<sup>12)</sup> 이 위헌결정에 대하여 여성들이 크게 기뻐하였지만,<sup>13)</sup> 이때부터 다양한 종교그룹 등 '생명옹호론자(pro-life)' 그룹들과의 이른바 낙태전쟁이 시작되어, 위 판결이 계속 위협받고 있다고 한다.<sup>14)</sup> 위 판결 선고 직후 실시된 갤럽 여론조사에서 임신 초기 3개월 동안의 낙태에 관하여 여성과 의사가 결정하는데 대하여, 찬성과 반대가 46% 대 45%로 팽팽하게 나타났는데, 이는 낙태에 관한 논쟁이 그 후로도 의회나 법정에서 계속 이어질 것임을 예고한 것이라고 보기도 한다.<sup>15)</sup> 이에 비하여 우리의 헌법재판소는 2012.8.23. 선고 2010헌바402 결정에서 형법 제269조 제1항의 자기낙태처벌 규정은 합헌이라고 결정한 바 있

8) 사업체나 개인이 종교적 신념에 따라 성적소수자의 요구를 거절해도 처벌받지 않도록 하고 있는 인디애나주의 종교자유보호법은 2015. 7월 발효되는데, 애리조나주에서는 비슷한 법안에 대하여 주지사가 거부권을 행사한 것과 대조된다고 한다(연합뉴스, 2015년 4월 2일자 기사 (<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2015/04/02/0200000000AKR20150402157000009.HTML>)).

9) *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

10) 한편, 우리의 헌법재판소는 2011.3.31. 선고 2008헌가21 결정에서 “계간 기타 추행한 자는 1년 이하의 징역에 처한다.”라고 규정한 구 균형법 제92조 중 “기타 추행”에 관한 부분에 관하여 합헌결정을 한 바 있으나, 이는 군이라는 공동사회의 특수성이 주로 문제된 사안 이어서 미국 연방대법원의 위헌결정 및 합헌결정과는 사안이 다르다고 할 수 있다.

11) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). 이에 대하여 사법심사에 관한 1803년의 *Mabury v. Madison* 판결, 노예를 사유재산으로 보아 남북전쟁을 촉발시킨 1857년의 *Dred Scott v. Sanford* 판결, 학교의 흑백분리를 위헌으로 선언한 1954년의 *Brown v. Board of Education* 판결 보다 더 유명하다고 한다(로널드 드워킨(박경신·김지미 역), 『생명의 지배 영역: 낙태, 안락사 그리고 개인의 자유』, 로도스, 2014, 172면).

12) 다만, 모자보건법상 산모가 건강을 해하거나 부모에게 유전적 질환이나 전염병이 있거나 강간으로 임신한 경우 등의 사유가 있으면 낙태가 허용되는 것으로 규정되어 있는 우리나라와 비교하면, Texas주법이 훨씬 엄격하게 낙태를 금지하고 있었다.

13) 미국은 공식적으로는 정교분리의 입장을 취하고 있지만, 실제로는 근대 서구 국가들 중 가장 종교적인 국가이고, 강력한 종교그룹들의 목소리를 기준으로 할 때 가장 근본주의적인 국가인 반면, 전통적으로 종교가 여성에 대해 부과한 의무와 성(性)으로부터 여성들을 해방시키려는 진보적인 여성운동은 다른 어느 나라에서보다 강력한 나라라고 보기도 한다(로널드 드워킨(박경신·김지미 역), 위의 책, 43면).

14) 위의 책, 46면.

15) Peter Irons, *A people's history of the Supreme Court*, New York: Viking, 2000, p.449.

어,16) 미국 연방대법원의 판결과 다른 결과를 나타내고 있다.

간통죄에 대한 우리의 헌법재판소의 위헌결정과 낙태·동성애에 관한 미국 연방대법원의 위헌판결은 그 자체로도 순탄치 않은 과정을 거쳤던 어려운 결정이었고, 그 결정 이후에도 각각의 반대에 부딪치고 있는 점에서 공통점이 있다고 할 수 있다. 이러한 논란은 아마도 위 세 위헌결정 모두 한 개인의 가장 사적인 영역에서 문제되는 도덕에 관한 결정에 대하여 법이 적용되기 때문일 것이다. 특히 법호력론 차원에서 제기되는 물음인 어떤 도덕을 법적 강제에 의하여 보호해야 할 것인가가 문제된 사안이라 할 수 있다. 아래에서는 위 결정의 과정과 판결문의 주요 텍스트(text)를 가능한 한 그대로 살펴봄으로써 그 통찰의 깊이를 확인해보고, 나아가 세 결정 간에 어떤 차이점이 있는지, 그러하다면 그것이 어디에서 연유한 것인지를 고찰하기로 한다. 그에 앞서 법적 강제에 의한 도덕의 보호에 관한 그간의 논의를 정리하기로 한다.

## II. 도덕의 법적 보호에 관한 논의

구체적인 판결의 검토에 앞서, 법과 도덕과의 관계에서 법을 통하여 어떠한 도덕을 보호해야 할 것인가에 관한 논의의 전개 과정을 살펴보기로 한다.

우선 19세기의 존 스튜어트 밀(John Stuart Mill)이 ‘자유론(On Liberty)’에서 제시한 ‘해악의 원칙(harm principle)’이 그 출발점이 되었다. 즉 “문명사회의 각 구성원에 대하여 그의 의지에 반하여 강제력을 행사하는 것이 정당화되는 경우는 그 강제력의 행사의 목적이 타인에 해악을 방지하기 위한 때 뿐”이라는 것인데,17) 이에 따르면 국가는 개인에게 도덕을 강제해서는 안 되고, 개인의 부도덕한 행동이 타인의 이익과 관련되지 않는 한, 국가는 그것에 개입할 수 없다고 본다.18) 1957년도에 출판된 영국의 울펜덴 보고서(the Wolfenden Report)<sup>19)</sup>

16) 그렇지만 이 판결에 대하여는 4인의 반대의견이 있었다.

17) 이는 ‘자유론’의 시작 부분에서 나오는 것으로, 그 앞부분은 다음과 같은 내용을 담고 있다. “사회가 개인을 강제하고 제어하는 방식을 절대적으로 규제할 수 있는 하나의 매우 단순한 원칙은 이렇다. 즉, 인류가 개인적으로든 집단적으로든, 구성원들 가운데 다른 어떤 사람의 행위의 자유를 방해하는 것을 허용하는 유일한 목적은 자기보호이다.”(로널드 드워킨(염수근 역), 『법과 권리』, 한길사, 2010, 487면).

18) 김정오·최봉철·김현철·신동룡·양천수, 『법철학:이론과 쟁점』, 박영사, 2012, 66면.

19) Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution, Cmd. no. 247, 1957.

에서 “우리가 아는 것처럼 이 영역에서 그것[법]의 기능은 공공질서의 품위를 보존하고, 시민들에게 위해를 가하고 피해를 입히는 것으로부터 보호하고, 다른 사람들에게 의해 이용을 당하거나 피해를 입지 않도록 충분한 안전장치를 제공하는 것이다. (중략) 우리의 견해로는 시민들의 사적인 삶에 개입하거나 특정한 유형의 행위를 강요하고자 하는 것은 법의 기능이 아니며, 우리가 개괄한 목적들을 실현시키기 위해 필요한 것을 넘어선다. 요약해 간단하게 말하자면, 법이 관여하지 않는 사적인 도덕과 부도덕의 영역은 남아 있어야”한다고 한 것<sup>20)</sup>도 동일한 입장에 선 것이라 할 수 있다.

이러한 자유주의적 입장에 대하여는 스티븐(J. F. Stephen)의 비판<sup>21)</sup>에 이어서 데블린 Lord P. Devlin) 판사에 의한 강한 비판<sup>22)</sup>이 있었다. 즉 “사회는 이념들의 공동체를 의미하며, 정치, 도덕, 윤리에 대한 공유된 이념들이 없이는 어떠한 사회도 존재할 수 없다.”, “안락사, 동의에 의한 살인, 자살, 자살미수, 동반자살, 결투, 낙태 등은, 모두 타인에 대한 침해없이 사적으로 일어날 수 있는 행위들”이지만, “지금까지 어느 누구도 이러한 범죄들이 사적 도덕의 문제이기 때문에 형법에서 배제되어야 한다고 주장하지 않았다.”, “법에 의해서 처벌되지 않는 무수한 부도덕이 존재하지만, 법에 의해서 용인되는 부도덕은 없다.”, “동성애에 관한 기존의 법규정에 대해서 불만족스러운 사람들은 그러한 법의 개혁에 반대하는 사람들이 혐오감에 휘둘리고 있다고 말한다. (중략) 나는 만약 그러한 혐오감이 조작된 것이 아니라 마음속에서 우리나온 감정이라면 그 사람들의 혐오감을 무시해서는 안된다고 생각한다.”<sup>23)</sup>는 것이다. 요컨대, 어떤 행위가 타인에게 직접 피해를 주지는 않지만 지배적 공공도덕을 훼손한다면 사회는 사회의 존립을 위해서 필수적인 질서를 보호하려고 법을 사용하는 것과 마찬가지로 이 공공도덕을 유지하기 위하여 법을 사용할 수 있다는 것이다.<sup>24)</sup>

이에 대하여 하트(H. L. A. Hart)는 데블린의 입장을 ‘전형적인 영국 사법부

20) 로널드 드워킨(염수균 역), 앞의 책, 456면.

21) 그가 “자유·평등·우애”(Liberty, Equality, Fraternity)라는 책을 통해 “밀(Mill)의 학설은 도덕적 방임주의의 한 형태이다. (중략) 역사에서 문명의 진보는 도덕적·종교적·법률적 강제를 형편에 따라 이용하면서 이루어졌다”고 한 것이 비판 요지라고 한다(김정오·최봉철·김현철·신동룡·양천수, 앞의 책, 68~69면).

22) 이는 데블린이 1958년 영국학술원에서 한 도덕의 강요(The Enforcement of Morals)라는 주제의 강의(Maccabean Lecture)에서 제시된 비판이라고 한다(로널드 드워킨(염수균 역), 앞의 책, 454면).

23) 김정오·최봉철·김현철·신동룡·양천수, 앞의 책, 71~75면.

24) 최종고, 앞의 책, 127~128면.

의 논리'라고 하면서 '비판적 도덕(critical morality)'과 '관행적 도덕(positive morality)'을 구분하지 않은 채 막연히 공동도덕의 핵심이 법에 의하여 보호되어야 한다고 주장한다고 비판하면서, '도덕'이 광범위하게 공유된 분개심, 편협성, 혐오감이라면 이러한 편견에 법의 보호를 부여할 정당한 근거가 없다고 지적하였다.<sup>25)</sup> 그리고 드워킨(Ronald Dworkin)도 “공동체의 도덕이 중요하다하는 데블린의 생각이 문제가 아니라 무엇이 공동체의 도덕으로 간주되어야 하는가에 대한 데블린의 생각이 문제이다.”라고 비판하면서,<sup>26)</sup> 최소한 도덕이란 감정이 아니라 이성에 기초해야 하며 증거와 논변의 기준을 통과하는 비판적 도덕의 요소를 가지고 있어야 한다고 지적하였다고 한다.<sup>27)</sup>

이러한 논의 과정을 거쳐 근자에 와서는 공공도덕을 입법을 통해서 보호·강제할 수 있다는 이른바 '완전주의(perfectionism)'의 입장, 즉 국가는 무엇이 올바른 삶인가에 대한 여러 견해들 중에서 특정한 견해를 장려할 관심을 가져야

25) 밀(Mill)이 생각하는 인간은 “중년에 접어든 사람, 즉 그다지 기복이 없는 요구를 가지고, 외부의 자극에 휩쓸리지 않고, 자신이 원하는 것 내지 자신을 행복하게 해 주는 것에 대하여 잘 알고 있고, 가능한 경우에만 그것을 추가하는 인간”이지만, 하트가 보기에 현실의 인간은 그러한 존재가 아니어서 경우에 따라서는 후견주의가 법적 처벌의 근거가 될 수 있음을 인정하여야 한다는 것이다(김정오·최봉철·김현철·신동룡·양천수, 앞의 책, 77면).

26) 드워킨은 데블린의 주장을 다음과 같은 세 가지 즉, 첫째 현대사회에는 어떤 사람들이 자신을 지도하기 위해서는 받아들이고 다른 사람들에게는 부과하려 하지 않는 도덕원칙들과 지키지 않는 사람들에게 다수가 관용을 베풀지 않고 그들에게 부과하는 도덕적 기준들이 있다. 특정한 종류의 명령들은 전자에 속하고, 일부일처제는 후자에 속한다. (중략) 모든 사회는 자기 자신의 존재를 보존할 권리를 갖기 때문에 두 번째 도덕적 기준들에 대하여는 복종을 요구할 권리를 갖는다. 둘째, 만일 사회가 그런 권리를 갖는다면, 그 권리를 행사하기 위해서 그것의 제도와 형법의 제재를 이용할 권리를 갖는다. 셋째, 법으로 부도덕을 처벌할 수 있는 사회의 권리는 모든 종류의 부도덕과 모든 경우의 부도덕을 막기 위해 반드시 행사될 필요는 없다. 사회의 통합과 일치하는 최대한의 개인의 자유를 용인해야 한다는 것으로 정리한 후, 데블린은 입법자들이 하나의 도덕적 문제에 대하여 결정해야 할 때, 그들은 공동체 전체가 도달한 도덕적 입장에서 총의가 어떤 것이든 그것에 따라야 한다고 주장하지만, 편견이나, 합리화, 개인적 혐오는 그러한 것들이 다른 사람의 자유를 제약하는 것을 정당화하지 않는다는 믿음이 우리의 대중적 도덕에서 중요하고 기본적인 위치를 차지하고 있고, 그러한 것들에서는 공동체의 다수라고 하여도 자신의 생각을 따를 자격이 없으며, 공동체는 그 특권을 편견과 합리화와 개인적 혐오에 따라 행위하는 사람에게까지 주지 않기 때문이라고 한 후, 이러한 것들과 차별적 의미에서의 도덕적 신념들 사이의 구별은 대체로 존재하는 것이며, 전자는 우리가 추구할 자격이 없는 종류의 입장으로 구별된다고 분석한 다음, 그렇기 때문에 데블린의 주장은 무분별하고 가설적인 심각한 헛소리이고, 놀랄 만큼 잘못된 것은 공동체의 도덕이 중요하다하는 그의 생각이 아니라 공동체의 도덕으로서 무엇이 중요한가에 대한 그의 생각이라고 결론을 맺었다(로널드 드워킨(염수근 역), 앞의 책, 457~479면).

27) 최종고, 앞의 책, 128면. 다만, 하트도 '공공도덕'은 법에 의하여 보호되어야 한다는 입장이었다고 한다.

하며, 입법을 통해서 정당한 공공도덕을 보호한다고 해서 결코 정의원리와 정치적 도덕원리가 침해당한 것은 아니라는 입장이 제시되고 있고, 그 중에서도 강한 완전주의적 입장이 이른바 공동체주의론(communitarianism)이라고 하는데,<sup>28)</sup> 오늘날에 와서는 개인의 자유를 최우선시하는 밀(Mill)적인 소극적 입장보다는 인간의 행복을 강조하면서 이를 위하여 국가가 적극적인 도덕적 후견주의를 취할 수도 있다는 입장이 점점 설득력을 얻고 있는 추세라고 한다.<sup>29)</sup>

### Ⅲ. 낙태에 관한 Roe v. Wade 판결

#### 1. 판결에 이르기까지의 경과

Roe v. Wade 판결은 우선 판결에 이르기까지 공개변론을 두 번이나 여는 등의 이례적인 경과를 거쳤던 것으로 알려져 있다. 1970년 10월에 연방대법원에 사건이 접수된 후 14개월이 경과한 1971년 12월 13일에 첫 번째 공개변론이 열렸을 때는, 원고 측의 주장이 헌법의 어느 조항에 근거한 것인지, 낙태금지에 관한 주의 이익이 무엇인지와 함께 생명이 언제부터 시작되는지에 관한 변론이 있었지만, 양측 대리인들은 대법관들의 관련 질문에 그다지 명쾌한 답변을 하지는 못했던 것으로 보인다.<sup>30)</sup> 그 후 다소간의 곡절을 거쳐 1972년 10월 11일

28) 알레스테어 매킨타이어(Alasdair MacIntyre), 마이클 월저(Michael Walzer), 찰스 테일러(Charles Taylor) 등과 함께 공동체주의의 4대 이론가 중 한 명으로 꼽히는 마이클 샌델(Michael J. Sandel)은 자신의 책 「자유주의와 정의의 한계(Liberalism and Limits of Justice)」가 권리지향적인 자유주의에 대한 ‘공동체주의’의 비판서로 인정받고 있지만, 공동체주의가 다수결주의의 다른 명칭, 즉 권리가 어떤 특정한 시대, 특정한 공동체에서 우세한 가치에 의거해야 한다는 관점을 말하는 명칭이라면, 그것은 그가 지지하는 견해가 아니며, 개인의 요구와 공동체의 요구에서 어느 것이 더 큰 영향력을 지녀야 하는지 여부가 아니라 사회의 기본구조를 다스리는 정의 원칙들이 시민들이 지지하는 여러 도덕적·종교적 신념에 관해 중립을 지킬 수 있는냐가 문제이며, 이러한 점에서 보면 권리에 대한 옹호론은 실질적인 도덕적·종교적 문제에 대해 중립적이어야 한다고 생각하는 자유주의자들과 권리가 사회의 지배적인 가치에 의거해야 한다고 생각하는 공동체주의자들 모두 비슷한 실수를 저지른 것인데, 이는 모두 권리가 증진하는 목적의 내용에 대해 판단을 내리려하지 않은 점에서 그러하며, 따라서 자유주의와 공동체주의가 유일한 대안은 아니라고 하면서, 권리의 정당성을 그 권리가 기여하는 목적의 도덕성에 의존하는 제3의 방법을 제시하고 있다(마이클 샌델(안진환·이수경 역), 「왜 도덕인가?」, 한국경제신문사, 2011, 321~324면).

29) 최종고, 앞의 책, 128~129면.

다시 공개변론이 열렸고, 이 때는 주로 태아가 수정헌법 제14조상의 사람인지 여부를 중심으로 변론이 진행되었다고 한다. 그 후 평의를 열어 최종적으로 7:2로 위헌결정을 하기로 결론이 내려졌고, 판결은 Blackmun 대법관이 작성하여 1973년 1월 22일 선고되었다.<sup>31)</sup> 이 판결에 대하여 “안타깝게도 판결문 전체에서 단 하나의 설명다운 설명도, 단 하나의 법적 논증다운 법적 논증도 찾을 수 없었다. 이와 같은 설명의 부재는 1973년 판결을 내린 후 (중략) 지속되어 왔고, 앞으로도 지속될 수밖에 없을 것이다. 낙태할 권리는 헌법 어디에도 언급되어 있지 않기 때문이다.”라는 비판도 있었지만,<sup>32)</sup> Blackmun 대법관은 자신이 1994년 퇴임할 때까지 쓴 500여건의 판결 중에서 이 판결을 가장 소중하게 여겼던 것으로 보인다.<sup>33)</sup>

## 2. 주요 판시 요지

(1) Blackmun 대법관은 다수의견을 다음과 같은 글로 시작하였다. 「우리는, 낙태논쟁이 가지는 민감하고도 감정적인 성격과, 심지어 의사들 사이에서도 강경하게 대립하고 있는 여러 견해와, 이 주제에서 느끼게 되는 거의 절대적인 깊은 신념을 우리가 의식하고 있다는 것을 먼저 인정한다. 한 사람의 철학과 한 사람의 경험과 인간존재의 한 생생한 단면에 대한 한 사람의 체험과, 종교적 훈련과 삶과 가족과 가치관에 대한 태도, 그리고 한사람이 수립하고 준수하고자 하는 도덕 기준들이 모두, 낙태에 대한 생각과 결론에 영향을 미치고 그 색깔을 결정한다. 게다가, 인구성장과 환경오염과 가난과 인종적인 배경은 이 문제를 단순화시키는 것이 아니라 오히려 복잡하게 만든다. 우리의 과제는, 물론, 감정과 선입견을 배제한 채 헌법적 측도로 결정하는 것이다. 우리는 진실로 그렇게 하고자 하고, 그렇기 때문에 우리는 의학과 법의학의 역사, 그리고 그 역사가 지난 수세기 동안 낙태에 대한 사람들의 태도에 대하여 무엇을 드러내 주었는지를 탐구하였고, 우리의 판결이유 실시에서도 이 부분에 상당한 중점을

30) Peter Irons, Id., pp.438~439.

31) Peter Irons, Id., pp.436~449.

32) 대법관 지명을 받았으나 상원 인준을 통과하지 못한 Robert Bork 변호사가 한 말이라고 한다(로널드 드워킨(박경신·김지미 역), 앞의 책, 173면).

33) Blackmun 대법관 자신의 표현으로 “이 판결을 무덤까지 가지고 가게 될 것 같다(I suppose I'll carry Roe to my grave)”고 하였다고 한다(Peter Irons, Id., p.437).



두게 되었다. 우리는 또한, Holmes 대법관이 Lochner v. New York 사건<sup>34)</sup>의, 오늘날에는 옳은 것으로 확인된 당시의 반대의견에 담긴 충고에 유념한다. “(헌법)은 근본적으로 다른 견해를 가진 사람들을 위하여 만들어졌다. 어떤 견해를 자연스럽고 친숙하게 보는 것, 또는 창의적이거나 충격적으로 보는 것의 유연성이 그러한 견해를 구현하고 있는 법률이 헌법에 저촉되는지를 묻는 물음에 대한 우리의 판단을 결론짓게 해서는 안된다.”<sup>35)</sup>

(2) 그리고 그 이후의 논증도 첫머리에서 피력한대로 ‘감정과 선입견을 배제한 채 헌법적 측도’로 진행되었다. 낙태에 대한 고래(古來)의 태도,<sup>35)</sup> 히포크라테스의 선서,<sup>36)</sup> 보통법,<sup>37)</sup> 영국법,<sup>38)</sup> 미국법,<sup>39)</sup> 미국의료협회와 미국공중보건협회 및 미국변호사협회의 입장을 광범위하고도 상세하게 살핀 다음, 19세기에 들어선 이후의 낙태금지법의 시행을 역사적으로 설명하고, 그 이후의 존속을 정당화하기 위하여 제시되어 왔던 세 가지 논거에 대하여 다음과 같이 판단하였다.

첫째, 낙태금지법이 부정행위를 감소시켜야 한다는 빅토리아 시대의 사회적 걱정거리의 산물이었다는 주장은, 이 사건에서 주장되지 않고 있고, 그러한 것은 법률의 목적으로서도 적절하지 않으며, 이 사건에서 문제되는 Texas주법이 그런 목적을 가졌다면, 결혼한 여성과 결혼하지 아니한 여성을 구별하지 않은 점에서 과잉입법이 된다.

34) 근로자의 노동시간에도 계약자유가 인정된다고 본 판결로 Lochner v. New York, 198 U.S. 45, 76, 25 S.Ct. 539, 49 L.Ed. 937 (1905).

35) Greece-Roma에서는 태아에 대한 보호가 거의 없었고, 낙태가 처벌되는 경우에도 후손을 가질 아버지의 권리를 침해한 것이라는 관념에 근거한 것이었으며, 고대 종교도 낙태를 금지하지 않았다는 점을 자세히 설명하였다.

36) 그 내용은 “나는 그 누가 요청하더라도 죽음을 초래할 수 있는 약물을 제공하지 않겠다. 그렇게 권고하지도 않겠다. 마찬가지로 여성에게 낙태약을 제공하지도 않겠다.”임이 분명하다고 하면서도, 피타고라스 학파의 서약일 뿐 의료행위의 절대적 기준을 표현한 것은 아니라는 의사의 견해도 소개하고 있다.

37) 태동 이전의 낙태는 처벌할 수 있는 범죄가 아니었고, 태동하는 태아의 낙태가 범죄가 되는지는 여전히 논란이 된다고 하였다.

38) 1803년의 낙태금지법에서부터 1967년의 낙태법에 이르기까지의 낙태금지와 허용범위를 설명하였다.

39) 19세기 중엽까지는 몇 개주를 제외하고는 거의 영국 보통법이 적용되다가, 1860년에 이르러 코네티컷주에서 태동 이전의 낙태가 형사범죄가 되었다고 한다. 19세기 중엽 이후 점차 태동에 따른 구분이 없어지면서 처벌이 강화되었고, 1950년대 말에 이르러서는 대부분의 주에서 여성의 생명을 구하거나 보호하려는 경우가 아니면 언제 어떤 방식으로 행하여지든 상관없이 낙태가 금지되었다고 한다.

둘째, 의료시술로서의 낙태와 관련하여, 낙태금지법이 처음 시행될 당시에는 낙태시술이 여성에게 위협하였고, 소독술이 발달하기 전에는 특히 그러했으나, 현대의술에 의해 상황이 바뀌었다. 초기 삼분기동안의 낙태는 위협이 전혀 없는 것은 아니지만 이제는 비교적 안전하게 되었다. 결론적으로 여성이 낙태를 하지 않으면 위태로울 수 있는 경우를 제외하고는 여성을 본질적으로 위협한 시술로부터 보호하려고 한다는 국가의 이익은 크게 사라졌다.

셋째, 태아의 생명 보호에 관한 국가의 이익 혹은 임무와 관련해서는, 생명의 보호에 관한 국가의 이익과 일반적 임무는 태아의 생명에도 미친다는 것이나, 낙태금지법의 입법목적이 대체로 여성의 보호를 위한 것이었고, 계수된 보통법이나 제정법상의 태동에 의한 구분은 암암리에 임신후기의 낙태에 내재된 위협을 더 크게 인정하면서 생명이 수태의 순간부터 시작된다는 이론을 묵시적으로 배척하고 있다.

(3) 그 후 사생활 보호권(the right of privacy)에 관하여 다음과 같은 요지로 판단하였다. 첫째, 헌법은 그 어떤 사생활 보호권도 명시적으로 언급하고 있지 않다. 그러나 사생활 보호권은, 수정헌법 제14조<sup>40)</sup>의 개인의 자유와 국가행위에 대한 제한에 기초를 둔 것이든, 아니면 제1심에서 판단한 바와 같이 수정헌법 제9조<sup>41)</sup>의 국민에게 유보된 권리들에 기초를 둔 것이든, 임신의 지속 여부에 대한 여성의 결정권을 포섭할 수 있을 정도로 범위가 넓다. 결론적으로 개인의 사생활 보호권은 낙태에 관한 결정권을 포함한다. 다만 그 권리는 무제한한 것이 아니고, 중요한 국가의 규제권에 견주어서 판단되어야 한다. 어떤 지점에서는 건강의 보호와 의료기준과 태아생명의 보호에 관한 국가의 이익이 우위가 될 때가 있다. 이에 대하여는 우리도 동의한다. 둘째, 헌법은 ‘사람(person)’을 그렇게 많은 용어로 규정하고 있지 않다. 그 어디서도 태아에게 적용될 수 있는 가능성을 어느 정도라도 나타내고 있는 것은 없다. 19세기의 대부분의 기간

40) Amendment XIV (1868): Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

41) Amendment IX (1791): The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.

동안 널리 시행된 합법적인 낙태시술이 오늘날보다 훨씬 자유로웠다는 것은 당시의 수정헌법 제14조에 사용된 사람이라는 단어가 출생 전에는 적용되지 않는다는 것을 알게 해준다. 그러나 이것이 모든 답이 될 수 없다. 임신한 여성은 자신의 사생활에서 혼자일 수가 없다. 배아(embryo)와 태아(fetus)가 있다. 그러므로 상황은 Eisenstadt, Griswold, Stanley, Loving, Skinner and Pierce and Meyer 사건에서 각각 문제되었던 내밀한 부부관계나 결혼 혹은 침실에서의 음란물소지, 출산, 교육과는 본질적으로 다른 것이다. 어떤 시점에서는 건강과 모성과 잠재적 인간생명과 같은 다른 이익이 중대하다는 것을 국가가 결정하게 하는 것이 합리적이고 적절하다. 여성의 사생활은 더 이상 독점적인 것이 아니고, 여성이 보유하고 있는 사생활 보호권은 그에 맞게 조정되어야 한다. 결론적으로 이 사건에서 문제되는 Texas주법과 같이, 임신의 단계와 상관없이 다른 관련 이익을 고려함이 없이 단지 여성의 생명보호를 위한 시술의 경우에만 형사처벌을 면제하는 낙태법은 수정헌법 제14조의 적법절차 조항을 위배한 것이다. 우리는 이러한 판단이 각각의 관련이익의 상대적 중요성과도 조화되고, 의료 및 법의 역사가 보여주는 교훈과 선례, 보통법의 관대한 입장, 그리고 오늘날의 심각한 문제가 요구하는 바와도 조화된다고 느낀다.

(4) 이에 대하여 Rehnquist 대법관은 낙태시술이 계약에 의하여 이루어진 이 사건에는 사생활 보호권(right of privacy)이 인정될 수 없고, 일종의 자유(liberty)가 인정될 뿐이며, 이때는 수정헌법 제14조의 적법절차와 관련해서 타당한 입법목적과 합리적 관계가 있느냐가 문제되는데, 여성의 생명이 위험한 경우에는 낙태를 금지하고 있는 Texas주법은 그러한 합리적 관계가 없다고 볼 수 없고, 나아가 다수의견에서 임신을 세 기간으로 나누어 그 각 기간 동안 국가가 가할 수 있는 제약을 규정하는 것은 수정헌법 제14조의 입법의사를 확인하는 것이라기보다 사법적 입법(judicial legislation)에 관여하는 것이라는 이유로 반대의견을 내었다.

(5) 이 판결은 앞서 본 것처럼 선고 후부터 많은 공격을 받았고, 특히 공화당의 레이건 대통령과 부시 대통령은 선거공약에서 낙태를 금지하는 헌법 개정안을 약속하여 당선된 후, Roe판결의 번복을 염두에 두고 대법관을 임명하기까지 하였으나 1992. 6.의 Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey

판결<sup>42)</sup>은 Roe판결을 유지하였다.<sup>43)</sup> 그렇지만 21세기인 오늘날에 와서도 미국에서는 2013년에 Texas주와 North Dakota주에서 낙태방지법이 통과되는 등 낙태에 관한 찬반논의가 여전히 사회적 쟁점이 되고 있다.<sup>44)</sup> 우리나라에서도 낙태의 예외적 허용범위가 다르기는 하지만, 앞서 본 바와 같이 헌법재판소 2012.8.23. 선고 2010헌바402 결정에서 다음과 같은 이유로, 형법 제269조 제1항의 자기낙태 처벌규정이 합헌이라고 결정하였다. 「인간의 생명은 고귀하고 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간 존재의 근원이며, 이러한 생명에 대한 권리는 기본권 중의 기본권이다. 태아가 비록 그 생명의 유지를 위하여 모(母)에게 의존해야 하지만, 그 자체로 모(母)와 별개의 생명체이고 특별한 사정이 없는 한 인간으로 성장할 가능성이 크므로 태아에게도 생명권이 인정되어야 하며, 태아가 독자적 생존능력을 갖추었는지 여부를 그에 대한 낙태 허용의 판단기준으로 삼을 수는 없다.»<sup>45)</sup> 「자기낙태죄 조항으로 제한되는 사익인 임부의 자기결정권이 위 조항을 통하여 달성하려는 태아의 생명권 보호라는 공익에 비하여 결코 중하다고 볼 수 없다. 따라서 자기낙태죄 조항이 임신초기의 낙태나 사회적·경제적 사유에 의한 낙태를 허용하고 있지 아니한 것이 임부의 자기결정권에 대한 과도한 제한이라고 보기 어려우므로 자기낙태죄 조항은 헌법에 위반되지 아니한다.»

### 3. 검토

법과 도덕에 관한 논의의 전개를 염두에 두고 Roe판결을 검토하면, 이 사건의 주된 의미는 태아의 생명권과 임신 여성의 자기결정권이 도덕적으로 같등하는 사안에 관한 결정이라는 점에 있다고 할 수 있다.<sup>46)</sup> 이러한 사안에서 Roe판결의 다수의견은, 개인의 사생활 보호권은 낙태에 관한 결정권을 포함하고, 다

42) Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U.S. 833, 112 S.Ct. 2791, 120 L.Ed.2d 674 (1992).

43) 로널드 드워킨(박경신·김지미 역), 앞의 책, 44~46면.

44) 성중탁, “낙태문제 해결을 위한 대안의 제시”, 「인권과 정의」 통권 제441호, 대한변호사협회, 2014.5, 7면.

45) 헌법재판소 2008.7.31. 선고 2004헌바81 결정에서도 태아의 생명권에 관하여 같은 취지로 판시한 바 있다.

46) 이른바 ‘도덕적 같등설’ 외에도 ‘비교형량설’, ‘인간존엄성설’, ‘양심의자유설’, ‘관계성설’ 등이 있다. 이에 관한 상세한 내용은 성중탁, 앞의 논문, 12~13면 참조.

만 연방대법원의 판결에서 사생활 보호권이 인정된 다른 사례<sup>47)</sup>와는 달리, 잠재적 인간생명 등과 같은 다른 이익이 더 중요할 수 있다는데 대하여 국가가 결정할 수 있고 그 범위 내에서 여성이 보호하고 있는 사생활 보호권은 조정되어야 하는데, 문제된 Texas주법은 여성의 생명이 문제되는 경우 외에는 낙태를 일률적으로 금지하고 있어 수정헌법 제14조의 적법절차 조항을 위배한 것이라고 판단한 것이다.

우리 헌법재판소 2012.8.23. 선고 2010헌바402 결정에서는 태아에게도 생명권이 인정되고 이는 독자적 생존능력을 갖추었는지 여부와 상관없이 인정된다고 판단하였는데, 이는 말하자면 미국 연방대법원이 여성의 낙태에 관한 결정권을 원칙적으로 보호하려는 자유주의적 입장에서 서면서 태아의 생명권과 사이에서는 조정을 피하고자 한데 비하여, 헌법재판소는 태아의 생명권이라는 도덕 가치를 우선적으로 보호하려는 입장을 취한 것이라고 볼 수 있다.<sup>48)</sup>

그렇지만 앞서 본 것처럼, 미국에서도 낙태제한을 위한 사회적 노력이 끊임 없이 이어지고, 우리나라에서도 현실적으로 낙태가 가장 많이 이루어지는 사유인 사회·경제적 사유에 의한 낙태가 허용되지 않는 점을 둘러싸고 사회적 논의가 지속되고 있는 것은 결국, 한 사회가 추구하는 가치가 도덕적으로 서로 충돌하는 도덕적 갈등 상황에서는 어떠한 원리적 접근법도 궁극적 해결책이 되기가 어렵다는 것을 나타내주고 있는 것이라고 볼 수 있을 것이다.<sup>49)</sup>

47) 내밀한 부부관계나 결혼 혹은 침실에서 음란물소지, 출산, 교육 등이 문제된 Eisenstadt, Griswold, Stanley, Loving, Skinner and Pierce and Meyer 사건 등.

48) 다만 모자보건법에 의하여 허용되는 낙태의 범위가 Texas주법보다 상당히 넓은 것은 앞서 본 바와 같다.

49) 성중탁, 앞의 논문, 20~21면 참조. 여기서는 대안으로 이른바 ‘result-open counseling’을 제공하여 국가로 하여금 태어나지 아니한 생명체 보호라는 국가의 기본권 보호의무를 성실히 수행하도록 함과 동시에 임신 여성 스스로 낙태에 관한 결정을 내릴 수 있는 건전한 사고능력을 제도적으로 배양하도록 하는 방안을 제시하고 있다.

## IV. 동성애에 관한 두 판결

### 1. Bowers v. Hardwick 판결 (1986)

#### 1) 판결에 이르기까지의 경과

미국 연방대법원은 1973년에 위 Roe v. Wade 판결을 한 후, 1978년의 Regents of University of California v. Bakke 판결<sup>50)</sup>에서 인종적·민족적 소수자에 관하여 판결을 하였고, 그 후 1986년 Bowers v. Hardwick 판결에서 동성애자라는 성적소수자에 관한 판결을 하게 되었다.<sup>51)</sup>

1986년 3월 31일 열린 공개변론에서 검찰측은 쟁점을 연방헌법 하에서 합의에 의한 사적 동성애 행위를 할 수 있는 기본권(fundamental right)<sup>52)</sup>이 있는지 여부라고 규정한 후, 사생활 보호권(right of privacy)은 “결혼과 가족, 출산과 낙태, 자녀 양육과 교육”을 넘어서 까지는 미치지 않는다고 주장하면서, sodomy 법을 폐기하게 되면 일부다처제, 동성애, 동성혼, 간통 등을 금지하는 법률에 대한 일제 공격을 열어주는 역할을 하게 될 것이라고 주장하였다. 이에 대하여

50) Regents of University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978).

51) 미국에서도 동성애자들은 직업과 주거 및 경찰의 대우에서 여러 가지 사회적 차별을 받아오다가 1969년 6월 29일의 이른바 Stonewall Riots 사건(Greenwich Village에 있는 Stonewall Inn이라는 gay bar에서 경찰의 해산요구를 거부하면서 촉발된 유혈사태)을 계기로, 자신들의 사회적 주장을 공개적으로 하기 시작하였고, 그 주된 목표는 장기징역형을 규정하고 있는 sodomy법을 폐기하는 것이었다고 한다. Hardwick 사건은 그가 1982년 8월 공연음주로 적발되어 벌금 50불을 납부하였으나, 이를 간과한 경찰이 즉결심판에 무단 불출석한 것으로 알고 그의 집으로 찾아갔다가 동성애 행위 중인 것을 발견하고 체포한 것이 발단이 되었고, 그 후 Hardwick은 보석으로 석방되었으나, ACLU 소속 변호사들의 권유로 최대 20년의 징역형을 규정하고 있는 Georgia주의 sodomy법을 헌법적으로 다투기로 하였다. 이를 안 검찰이 sodomy에 대한 기소를 포기하였으나, ACLU의 변호사들은 Georgia주의 검찰총장인 Michael Bowers를 상대로 수정헌법 제14조 적법절차 위배에 대한 소원을 연방법원에 제기하였다. 제1심 판사인 Robert Hall은 Virginia주 연방항소법원의 1975년 판결(Doe v. Commonwealth's Attorney, 이 판결은 동성애자의 sodomy는 결혼과 가정과 가족생활의 구성요소가 아니어서 헌법적 보호를 받지 못한다고 판단하였고, 이에 대하여 연방대법원은 상고를 허가하지 않았다)에 따라 기각하였으나, 항소심 판사인 Frank M. Johnson은 성인들 사이의 합의에 의한 것이고 내밀한 결혼생활과 같은 것이어서 형사처벌할 수 없다고 판결하였다. 이에 대한 검찰의 상고에 따라 연방대법원은 최초로 동성애자의 권리에 관한 판결을 하게 되었다.

52) Fundamental right는 헌법에 명시되어 있는지 여부를 떠나 중요한 권리라는 의미에서의 근본적인 권리를, basic right는 헌법문언에 명시되어 있는 기본권을 가리키는 것으로 이해하고 있다. 여기서는 쉽게 이해하기 위하여 일단 기본권이라고 한다(로널드 드워킨(박경신·김지미 역), 앞의 책, 47면, 역자 주6) 참조).

Hardwick의 변호인인 Laurence Tribe 하버드대 교수는 정부의 권한이 어디까지 미칠 수 있는지의 문제를 쟁점으로 보아, 혼인 여부를 떠나 모든 성인에 대하여 모든 침실에서, 다른 성인과의 가장 긴밀하고 친밀한 인적 유대관계 속에서 어떻게 행동해야 할지를 Georgia주가 명령할 수 있는 권한이 있는지의 문제라고 규정하였다.<sup>53)</sup> 연방대법원은 1986년 6월 30일 5:4로 동성애 행위를 처벌하는 Georgia주법은 합헌이라고 결정하고, 항소법원 판결을 과기하였다.<sup>54)</sup>

## 2) 주요 판시 요지

(가) 결론적으로 Georgia주의 sodomy법<sup>55)</sup>은 헌법에 위반되지 않는다고 판단한 이 판결의 다수의견<sup>56)</sup>은 White 대법관<sup>57)</sup>이 작성하였다. 판시 요지는 다음과 같다.<sup>58)</sup>

첫째, 헌법은 동성애자에게 sodomy에 관한 기본권(fundamental right)을 부여하지 않았다. 가족관계, 결혼 혹은 출산과 관련하여 그와 같은 권리가 인정된 어떤 선례와도 이 사건에서 주장되는 권리는 유사점이 없다.

둘째, 많은 주가 sodomy를 형사처벌해 왔고, 또 하고 있는 역사적 배경에서 보면, 그와 같은 행위를 할 권리가 이 나라의 역사와 전통에 깊이 뿌리를 두고 있다거나 질서있는 자유의 개념에 함축되어 있다고 주장하는 것은, 선해를 하

53) 검찰 측에서는 동성애자의 권리의 존부로 접근하여 그러한 권리가 없으면 처벌할 수 있다고 본 데 비하여, 주의 처벌 권한의 범위를 바로 문제 삼은 것이다.

54) 주목되는 것은 Roe v. Wade 판결에서는 낙태에 관한 여성의 자유를 인정하였고, University of California v. Bakke 판결에서도 아슬아슬한 표차이기는 해도 대학입시에서의 인종적 소수자에 대한 우대정책을 인정한데 비하여, 동성애자에 대한 이 판결에서는 성적소수자의 자유를 인정하지 않은 것이다.

55) Georgia Code Ann § 16-6-2(1984): (a) A person commits the offense of sodomy he performs or submits to any sexual act involving the sex organs of one person and mouth or anus of another (이하생략), (b) A person convicted of the offense of sodomy be punished by imprisonment for not less than one nor more than 20 years (이하 생략).

56) White, Burger, Powell, Renquist, O'Connor 대법관.

57) Roe 판결에서도 Rehnquist와 함께 반대의견을 낸 2인 중 1명이었다.

58) 대법관은 모두에서 이 사건에서의 판단대상은 Georgia주법에서 합의하에 한 동성애자의 sodomy를 처벌하는 부분에 한하고, 다른 sodomy 부분은 판단하지 않는다고 한 후, 여기서의 쟁점은 연방헌법에서 동성애자에게 sodomy에 관한 기본적인 권리를 부여하였는지, 그래서 그와 같은 행위를 오랫동안 불법으로 하여 왔고 또 하고 있는 많은 주의 법률들을 무효로 할 것인지 여부와 법원이 헌법적 임무를 수행함에 있어 그 역할의 한계가 어디까지인지라고 먼저 정리한 후, 본 판단에 들어갔다.

더라도, 우스꽝스런 주장일 뿐이다.

셋째, 새로운 기본적인 권리를 포섭하기 위해 적법절차 조항의 적용범위를 확장하는 것은 상당히 억제하여야 할 부분이다. 그렇지 않으면 사법부는 헌법적 근거없이 이 나라를 다스릴 권한을 스스로 확대하는 것이 된다. 이 사건에서 주장된 권리는 그와 같은 억제를 극복하기에 크게 모자란다.

넷째, 동성에 행위가 가정의 사생활에서 이루어지는 것은 결론에 영향을 미치지 않는다.

다섯째, sodomy가 비도덕적인 것이라는 다수의 믿음이 sodomy법을 지지할 충분한 근거가 되지 못한다는 일방적인 주장만으로는 sodomy법의 효력을 부정할 수 없다.

(나) Burger 대법원장은 다수의견에 대한 보충의견을 제시하였다. 그 요지는 다음과 같다. “sodomy를 처벌하는 것은 오랜 뿌리를 갖고 있다. 동성에 행위와 관련된 개인의 결정은 서구 문명의 진 역사를 통하여 국가의 개입을 받았다. 그러한 행위에 대한 비난은 유대-기독교의 도덕과 윤리기준에 뿌리를 두고 있는 것이다. 로마법에서는 동성애자의 sodomy는 사형에 처해질 수도 있는 범죄였다. 교회법정의 권한이 왕의 법원으로 이관되었던 종교개혁 시기에 sodomy를 범죄로 규정한 영국의 첫 번째 법률이 통과되었다. Blackstone은 이 ‘자연에 반하는 치욕적인 범죄’를 강간보다 더 깊은 악의의 범죄이자, 언급하는 것 자체가 인간의 본성에 대한 수치인 가증스런 행위이며, 이름을 붙일 수도 없는 범죄라고 묘사하였다. 영국의 common law는 sodomy 금지를 포함하여 Georgia주와 다른 식민지 주에 계수되었고, Georgia주 의회는 1816년 여기서 문제되는 법률을 통과시켰으며, 그 법률은 그 후 여러 형태로 계속 적용되어 왔다. 동성애자의 sodomy 행위가 어떠한 기본적인 권리로 보호된다고 보는 것은 천년에 걸친 도덕적 가르침을 내팽겨치는 것이다.”

(다) Powell 대법관은 다수의견에 대한 보충의견에서, 적법절차 조항 상으로는 sodomy에 대한 기본적인 권리가 인정되지 않는다고 하면서도 수정헌법 8조<sup>59)</sup>의 문제를 제기하였다. 그 요지는 다음과 같다. “문제가 된 Georgia주법 규정은

---

59) Amendment VIII (1791): Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.



단 한 번의 사적이고 합의에 기한 sodomy 행위에 대하여 20년의 징역형에 처할 수 있도록 하고 있다. 나의 견해로는 그와 같은 행위에 대한 장기의 형기는 심각한 수정헌법 8조의 문제를 제기한다. Georgia주법 아래서는 심지어 가정이라는 사적인 공간에서의 단 한번의 sodomy 행위도 특수폭행, 1급 방화, 강도와 같은 심각한 중죄와 법정 형기의 면에서는 비슷한 중죄(felony)인 것이다. 그렇지만 이 사건에서는 피고인이 재판을 받지 않았고 유죄판결이나 형을 선고받지도 않았다.<sup>60)</sup> 더욱이 피고인은 수정헌법 제8조의 문제를 제기하지 않았다. 그러므로 이 문제는 판단대상이 아니다.”

(라) 반대의견<sup>61)</sup>은 Blackmun 대법관<sup>62)</sup>이 작성하였다. 대법관은 “이 사건은 동성애자의 sodomy에 대한 기본권에 관한 사안이 아니다. 오히려, 가장 포괄적인 권리, 문명인들이 가장 소중히 여겨온 권리, 즉 ‘the right to be let alone’에 관한 사안이다.”라고 규정한 후, 다수의견을 반박하고 있다. 그 요지를 대략 정리해 보면 다음과 같다.

첫째, 문제된 Georgia주법은 sodomy를 처벌하고자 할 뿐이고, 그와 같은 행위를 하는 사람의 성(性)과 지위는 관련이 없다. 다수의견이 문제된 Georgia주법 조항이 수정헌법 제8조, 제9조 또는 제14조의 평등원칙 조항에 위배되는지 여부를 심판대상으로 삼지 않으려는 것에 반대한다.

둘째, 많은 선례가 오래전부터 정부의 관여가 미칠 수 없는 개인의 사적 자유영역을 넓게 보전하고자 하는 약속을 연방헌법이 구현하고 있음을 인정하여 왔다. 연방대법원은 이러한 사생활 보호권(right of privacy)을 낙태와 같은 ‘결정’에 관하여, 그리고 ‘장소’에 관하여 인정하여 왔다. 다수의견은 이 사건에서 주장되는 권리가 사생활 보호권이 인정된 어떤 선례와도 유사점이 없다고 한다. 그러나 “가족이 사생활 보호권에 의하여 보호를 받는 것은 그것이 일반적 공익에 기여하기 때문이 아니라, 한 개인의 삶에 가장 중심이 되는 부분을 형성하기 때문이다.”, “privacy라는 개념은 한 개인은 자기 자신에 속할 뿐, 다른 사람, 혹은 전체로서의 사회에 속하는 것이 아니라는 도덕적 사실을 구현하고

60) 검찰측이 기소를 포기함에 따라 이 사건은 피고인이 범물의 효력을 다투는 ‘declaratory judgment’를 구하는 소송으로 제기된 것임은 앞서 본 바와 같다.

61) Blackmun, Brennan, Marshall, Stevens 대법관.

62) Roe판결의 다수의견을 작성한 대법관임은 앞서 본 바와 같다.

있다.”, “결혼에 관한 결정을 보호하는 것은, 결혼이, 대의가 아니라 삶의 방식을, 정치적 신념이 아니라 삶에서의 조화를, 상업적 혹은 사회적 계획이 아니라 서로간의 성실을 향상시키기 때문이다.”, “자녀를 가지는데 관한 결정을 보호하는 것은, 부모가 된다는 것이 한 개인의 자기규정에 극적인 변화를 주기 때문이지 인구론적 고려나 성경의 명령 때문이 아니다.”, “가족을 보호하는 것은 전형적인 세대구성을 선호하기 때문이 아니라 그것이 개인의 삶에 강력한 기여를 하기 때문이다.”, “모든 자유의 개념에 핵심을 이루는 자신의 정체성을 스스로 규정할 수 있는 능력은 진공 속에서 행사될 수 있는 것이 아니다. 우리 모두는 타인과의 긴밀한 유대에서 오는 정서적 풍요로움에 의존하고 있다.”, “성적으로 친밀한 관계는 한 인간존재에게 가장 예민한 핵심 관계이고, 가족생활과 공동체의 복리, 그리고 인격의 발달에 중심이 된다는 사실을 외면하는 것은 가장 고집스런 맹목이다.” 한 개인이 다른 사람과의 성적인 관계를 통하여 스스로를 의미있게 규정한다는 사실은, 미국과 같은 다양성의 나라에서는 그와 같은 관계를 이뤄내는 많은 ‘옳은’ 방법이 있다는 것을 의미하고, 한 관계가 갖는 풍요로움의 많은 부분이 긴밀한 인격적 유대의 형태와 특성을 개인이 ‘선택’할 수 있는 자유를 가지는데서 비롯된다는 것을 의미한다. 개인에게 자신의 삶을 어떻게 영위할 것인지를 선택할 수 있는 자유를 부여하는 데 필요한 전제는 서로 다른 개인들은 서로 다른 선택을 한다는 사실을 받아들이는 것이다.

셋째, 다수의견은 이 사건에서 쟁점이 되는 자유 이익(liberty interests)의 중요성을 제대로 파악하지 못함으로써 이러한 이익에 대한 Georgia주의 침해가 정당화되는지에 관한 문제를 가볍게 보고 말았다. 검찰측이 제시하는 두 일반적 논거 중 어느 것도 피고인의 주장이 법률적 주장으로 성립되지 못한다고 하여 배척할 수 있는 확실한 근거가 되지 못한다. 첫 번째, 전반적인 공중 보건과 복지에 반하는 결과를 초래한다는 주장은 증거가 없다. 합의에 기한 은밀한 성적 행위와 다수의견이 특정해서 지적하고 있는 간통과 근친상간이라는 성적 범죄 사이에는 분명하고도 확실한 구분이 가능하다. 예를 들어 결혼은 정신적 측면에 더하여 국가로부터 쌍방에게 여러 혜택이 주어지는 민사계약이다. 국가는 충실의무를 포함해서 국가의 혜택을 받을 수 있는 자격을 갖는데 필요한 계약상의 의무를 규정할 수 있고, 이를 깨뜨리면 처벌할 수 있다. 게다가 국가는 간통이 제3자, 특히 배우자와 자녀에게 상처를 입힌다고 결론을 내릴 수도 있다. 다수의견은 합의에 기한 은밀한 동성애 행위를, (중략) 왜 간통이나 근친상간과

같이 보기로 선택하였는지에 대하여 아무런 설명노력도 하고 있지 않다. 검찰측의 보다 핵심적인 주장은 문제된 조항에서 금지되는 행위를 하는 것은 품위 있는 사회를 유지하기 위한 국가의 권리 행사를 침해한다는 것이다. 문제된 조항에 규정된 행위가 수천년은 아니더라도 수백년 동안 계속 비도덕적인 것으로 비난되어 왔다는 것이 오늘날 국가에 의한 금지의 충분한 이유가 된다는 것이 검찰측의 주장이고, 다수의견도 이에 동의하고 있다. 그러나 다수가 단죄해온 시간의 길이나 그 단죄를 지켜내기 위해 기울여온 열정 같은 것이 당해 법에 대한 사법심사를 배제할 수 있다는데 대하여 나는 동의할 수 없다. Jackson 대 법관이 West Virginia Board of Education v. Barnette<sup>63)</sup>에서 웅변적으로 써내려간 것처럼, “우리는 지적으로 정신적으로 다양해질 수 있는 자유, 심지어 반대의 입장을 취할 수 있는 자유가 사회조직을 해체할 것이라는 두려움없이 헌법의 한계를 적용한다. 서로 다를 수 있는 자유(Freedom to differ)가 별로 중요하지 않은 것에 한하는 것이 아니다. 그것은 자유의 단순화된 걸모습일 뿐이다. 그 내용의 진정한 시금석은 존재질서의 핵심을 건드리는 것에 대하여 다를 수 있는 권리인 것이다.” 이 사안에서 제기된 쟁점이 개인들을 자기 자신일 수 있게 하는 핵심적인 사항을 건드리고 있다는 바로 그 이유에서 우리는 다수의 마음을 뒤집어버리는 선택을 하는 사람들의 권리에 특별히 민감하여야 하는 것이다. 전통적인 유대-기독교 가치관이 문제된 행위를 금지하여 왔다는 주장은 이 조항의 정당성에 충분한 근거를 제공하지 못한다. 모든 종교집단도 아닌, 어떤 종교집단들이 문제된 행위를 죄악시하여 왔다고 해서 국가가 모든 시민에 대하여 그들의 판단을 강요할 권한을 부여받게 되는 것은 아니다. 세속 입법의 합법성은 그것이 아니라 국가가 종교적 교의에 대한 순응을 넘는 그 어떤 정당화 근거를 제시할 수 있는지 여부에 달려있다. 국가는 내밀한 사적 행위를 인종적 반감 때문에 처벌할 수 없는 것과 마찬가지로 종교적 불관용에 때문에 처벌할 수도 없다. “헌법은 그와 같은 편견을 통제할 수 없지만, 수용할 수도 없다. 개인적 편향성은 법으로 어쩔 수 있는 것이 아니지만, 그렇다고 법이 직접 혹은 간접적으로 그에 효력을 부여할 수도 없다.” 어떤 집단이 아무리 다수의견을 불편하게 하더라도 단순한 대중의 불관용이나 반감이 한 개인에 대

63) 국기에 대한 경례거부 처벌을 합헌으로 판단한 *Minersville School District v. Gobitis* 판결 (1940)을 뒤집은 판결로 *West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 1, 87 S.Ct. 1178, 1187, 87 L.Ed. 1628 (1943).

한 육체적 자유의 박탈을 헌법적으로 정당화할 수는 없다. 이 조항이 공공의 환경을 보호할 수 있는 주의 도덕적으로 중립적인 권한의 행사로서 정당화될 수도 없다. 확실히 특정 사적 행위는 전체 사회조직에 영향을 미칠 수 있다. 합리적인 사람은 어떤 성적 행위가 도덕적인지 비도덕적인지에 대하여 서로 다르게 볼 수 있다. 그러나 사람들이 혐오하는 행위가 법에 의해 처벌되지 않는다는 이유만으로 사람들이 도덕성을 포기하거나 살인이나 잔혹행위 혹은 부정직을 좋게 생각하게 되는 것은 아니라는데 대하여는 아주 풍부한 증거가 있다. 검찰측과 다수의견은 공공의 감각(sensibility)을 보호하는 법과 사적 도덕성을 보호하는 법 사이의 차이를 식별하는데 실패했다.

Blackmun 대법관은 위와 같은 장문의 반대의견을 다음과 같은 말로 끝맺었다. “연방대법원은 *Minersville School District v. Gobitis* 사건<sup>64)</sup>에서 다수의견의 잘못을 발견하고 국기에 대한 경례의 거부가 야기하는 국가적 일치에 대한 위협 보다는 국기에 대한 경례를 강요하는데서 야기되는 같은 가치에 대한 위협이 훨씬 더 크다는 것을 확인하는데 불과 3년이 걸렸다. 나는, 여기서, 다수의견이 곧 자신의 해석을 다시 생각해서, 개인에게서 그들의 내밀한 관계를 어떻게 영위할 것일가를 선택할 수 있는 권리를 박탈하는 것이, 불일치를 관용하는 것이 야기하는 것 보다, 이 나라의 역사에 가장 깊이 뿌리박고 있는 가치들에 훨씬 더 큰 위협이 된다고 결론을 내려주기를 희망한다. 오늘 다수의견은 그러한 가치를 배반하였다고 생각하기 때문에, 나는 반대한다.”

이 판결에서 다수의견에 속하였던 Powell 대법관은 퇴임 후 1990년에 한 로스쿨강연에서 Roe판결과 Hardwick판결에서 취한 Powell 대법관의 입장이 어떻게 서로 조화될 수 있느냐는 질문에 대하여, “아마도 Hardwick판결에서는 실수한 것 같다. Hardwick판결 후 몇 달이 지나 판결문을 다시 읽어보니 소수의견이 더 타당한 것으로 생각되었다.”고 답하였다고 한다.<sup>65)</sup> Blackmun 대법관은 연방대법원이 조기에 입장을 바꾸기를 희망하였고, Powell 대법관은 판결을 하고나서 몇 달 후 자신의 의견이 잘못되었음을 깨달았다고 하였지만, 연방대법원의 판례변경은 2003년에 이르러서야 이루어졌다.

64) *Minersville School District v. Gobitis*, 310 U.S. 586, 60 S.Ct. 1010, 84 L.Ed. 1375 (1940).

65) Peter Irons, *Id.*, pp.457~462.

## 2. Lawrence v. Texas 판결 (2003)

(1) Lawrence v. Texas 판결은<sup>66)</sup> 5:3으로 1986년의 Hardwick판결을 뒤집고,<sup>67)</sup> 동성의 두 사람이 내밀한 특정 성행위를 하는 것을 처벌하는 Texas주법은, 사적 주거공간내에서 합의에 의해 남색(男色, sodomy) 행위를 한 성인 남성을 처벌하는 것으로는 위헌이라고 판단하였다.

(2) 다수의견은 Kennedy 대법관이 작성하였다. 대법관은 “자유는 국가가 영장없이 주거공간이나 다른 사적 장소에 침입하는 것으로부터 개인을 보호한다. 집(home)이라는 곳에서는 국가가 어디에나 있을 수 있는 존재가 아니라는 것이 우리의 전통이다. 그리고 우리들에게는 집을 넘어서도 국가가 들어가 지배할 수 없는 삶과 존재의 영역이 있다. 자유는 공간적 한계를 넘어서까지 미친다. 자유는 사상, 믿음, 표현, 그리고 특정의 친밀한 행위에 관한 자유를 포함하는 자아의 자율성을 전제하고 있다. 이 사안은 공간 차원과 그 보다 더 높은 차원 두 가지 영역에서의 개인의 자유에 관한 사안이다.”라고 전제한 후 다음과 같은 요지로 판단하였다.

첫째, 이 사건은 동성의 두 사람이 특정의 내밀한 성적 행위를 하는 것을 범죄로 규정하고 있는 Texas주법의 효력이 문제되는 사안이다. 쟁점은, 동성간의 성적 행위는 처벌하면서 이성간의 같은 행위는 처벌하지 않는 Texas주법에 의한 처벌이 수정헌법 제14조가 보장하는 평등보호를 위반한 것인지 여부, 성인이 집안에서 합의에 의한 성적 행위를 하는 것을 형사처벌하는 것이 수정헌법 제14조의 적법절차에 의해 보호되는 자유와 사생활에 관한 극히 중요한 이익을

66) 이 판결의 사안은 Houston 경찰이 총기소란신고를 받고 Lawrence의 아파트에 들어갔다 가 그가 Garner라는 다른 성인 남성과 합의에 기한 내밀한 성적행위를 하고 있는 것을 발견하고, 동성의 두 사람이 특정 성행위를 하는 것을 금지하고 있는 Texas주법에 위반되는 변태적 성행위를 한 혐의로 체포되어 처벌받은 사안이다. 여기서 문제되는 조항은 다음과 같은 Texas Penal Code Ann. § 21.06(a)이었다. “A person commits an offense if he engages in deviate sexual intercourse with another individual of the same sex.” 동성간의 행위로 규정하고 있는 점에서 앞서 본 Georgia주법과 다르다.

67) 다수의견은 Kennedy, Stevens, Souter, Ginsburg, Breyer 5인, 소수의견은 Scalia, Rehnquist, Thomas 3인이었다. Hardwick판결에 따라 합헌이라고 판단한 연방항소법원 판결을 파기하였다. Hardwick판결에서 다수의견에 속했던 O'Connor 대법관은, Texas 주법이 위헌이지만, 그 근거를 다수의견처럼 수정헌법 제14조의 적법절차 조항에 두는 것이 아니라 평등보호조항에 두었다. 결과적으로 Hardwick판결을 파기하는 데에는 반대하였다.

침해하는 것인지 여부, Hardwick판결<sup>68)</sup>이 변경되어야 하는지 여부 세 가지이다.

둘째, 이 나라의 역사에서 동성애 행위를 특이한 것으로 보는 법은 오래된 것이 아니다. 초기의 sodomy법들은 동성애 자체를 겨냥한 것이 아니라 자녀출산과 무관한 성적행위를 보다 일반적으로 금지하고자 한 것이었다. 이것이 동성애를 승인하였다는 의미는 아니다. 이러한 형태의 특정 행위가 이성애자 사이의 비슷한 행위와 구분되는 유형의 것으로 생각되지 않았다는 것을 보여주는 것이다. sodomy 행위를 처벌하는 법도 합의에 의해 사적공간에서 행하는 성인들에 대하여는 집행되지 않았다. 기록이 남아있는 소추와 유죄판결의 상당수는 미성년자나 폭력의 희생자인 경우처럼 동의할 수 없거나 동의하지 않는 상대방에 대한 강압적인 행위에 대한 것이다. 동성 커플을 겨냥한 미국법은 오랜 뿌리를 갖고 있는 것이 아니라 20세기의 마지막 삼분기에 와서야 전개되기 시작하였다. 어떤 주가 동성애를 형사처벌의 독립한 유형으로 구분하기 시작한 것은 1970년대에 와서 이다. 그것도 9개 주에서만 그렇게 했다. 요컨대, Hardwick판결에서 의존하고 있는 역사적 근거는 다수의견이나 Burger 대법관의 보충의견에서 제시하고 있는 것 보다 훨씬 복잡하다. 그들의 역사적 전제는 의심의 여지가 없는 것이 아니고, 적어도 과장된 것은 분명하다. Hardwick판결이 수세기 동안 동성애를 비도덕적인 것으로 죄악시하는 강력한 목소리가 있었다는 것을 광범위하게 지적했던 것은 물론 인정하여야만 한다. 그 단죄는 종교적 믿음과 옳고 바람직한 행동에 대한 관념, 그리고 전통적인 가족에 대한 존중에 의하여 형성되었다. 많은 사람들에게 그런 것들은 사소한 관심사가 아니라, 그들이 열망하는, 그리하여 그들의 삶의 행로를 결정짓는 윤리적 도덕적 원리로 받아들여지는 심오하고 깊은 신념이다. 그러나, 이러한 생각이 우리 앞의 문제에 답을 해주는 것이 아니다. 문제는 다수가 국가의 힘을 그들의 견해를 형법의 적용을 통해 사회 전체에 강요할 수 있느냐하는 것이다. “우리의 의무는 모든 사람의 자유를 규정하는 것이지, 우리 자신의 도덕률을 강요하는 것이 아니다.” Burger 대법원장은 다수의견에 찬동하여 그의 견해를 설명하면서 “동성애와 관련된 개인의 결정은 서구문명의 전 역사를 통해 국가의 개입을 받아왔다. 이러한 행위습관에 대한 단죄는 유대-기독교 도덕과 윤리기준에 확고하게 뿌리박고 있다.”라고 하였다. 여하튼간에 가장 관련이 있는 것은 지난 반세기동안의 우리의 법률과 관습일 것이다. 이를 보면 성인인 개인에 대하여는 성과 관련하여 사적 삶을

68) 이 판결문에서는 주로 ‘*Bowers*’ 라고 약칭되는 경우가 많지만 혼란방지의 편의를 위해 계속 Hardwick판결로 표시한다.

어떻게 영위할 것인지를 결정할 수 있는 자유가 실질적으로 보호되어 왔다는 인식이 점차 떠오르고 있다. 역사와 관습은 실제적인 적법절차 심사의 출발점이지만, 결코 종착점은 아니다. Burger 대법원장이 거침없이 언급한 서구문명의 역사와 유대-기독교 도덕 및 윤리적 기준은 반대방향을 가리키고 있는 다른 대가의 설명을 고려하지 못했다. 영국의회자문 위원회는 1957년 동성에 행위를 처벌하는 법률들을 폐기할 것을 권고하였다. 그 보고서가 동성에 범죄와 매춘에 대한 위원회 보고서인 Wolfenden 보고서이다. 의회는 10년 후인 1967년 그 권고안의 내용을 그대로 시행하였다. Casey판결은, 우리의 법률과 관습이 결혼, 출산, 피임, 가족관계, 자녀 양육 및 교육에 관한 개인적 결정을 헌법적으로 보호하여왔음을 다시 한번 확인하였다. 이러한 결정을 하는데 있어서의 개인의 자율성에 대하여 헌법이 요구하는 존중을 설명하면서, 우리는 다음과 같이 말해왔다. “이러한 것은, 개인의 존엄과 자율성에 핵심이 되는 선택인, 한 개인이 인생에 걸쳐하는 가장 내밀하고 개인적인 선택을 포함해서, 수정헌법 제14조에 의하여 보호되는 자유의 핵심이 된다. 자유의 중심에는 존재와 의미와 우주와 삶의 신비에 대한 자기자신의 관념을 규정할 권리가 있다. 이러한 것들에 대한 믿음은 그것이 국가의 강제에 의해 형성되었다면 한 개인의 특성을 규정할 수 없었을 것이다.” 동성에 관계에 있는 사람들은 이성애자인 사람들이 그런 것처럼, 이를 위한 자율성을 구할 수 있다. Hardwick판결은 이러한 권리를 부정한 것이다.

셋째, 보호되는 행위가 범죄로 되고, 그렇게 한 법률이 그 실질적 정당성에 대한 심사를 받지 않은 채 유지된다면, 비록 그 법률이 평등보호의 이유에서 문언대로 집행되지 않는다고 하더라도 그로 인한 오명은 남는다. 동성에 행위가 국가의 법률에 의하여 범죄가 되고 있다면 그렇다는 자체로 동성애자들로 하여금 공적 영역이나 사적 영역에서 차별을 받게 만든다. Hardwick판결의 핵심 판단은 이 사건에서 의문시 되고 있고, 그것은 선언되어야 한다. 그것이 선례로서 지속된다는 것은 동성애자의 삶의 품위를 떨어뜨린다. 선례구속의 원칙(stare decisis)은 재판의 존중과 법률의 안정성에 본질적인 부분이다. 그러나 절대 움직일 수 없는 명령은 아니다. Hardwick판결은 결정 당시에 잘못되었고, 오늘날도 잘못되었다. 선례로 남아 있어서는 안 된다.

(3) 이에 대하여 Scalia 대법관은 다음과 같은 요지로 반대의견을 내었다. 첫째, “의문의 법학에서는 자유가 있을 곳이 없다.”<sup>69)</sup>는 것은, Roe 판결을 뒤집고

자 한 사람들에게 대하여 연방대법원이 불과 10년 전 내보인 격언같은 답변이었다. 연방대법원이 Hardwick판결을 뒤집고자하는 17년에 걸친 십자군전쟁에 참전한 사람들에게 오늘 제시한 답변은 그와는 크게 다르다. 안정성과 확실성의 필요는 장애가 되지 않는다. 다수의견은 불과 17년 전에 Hardwick판결에서 내린 결정을 놀라울 정도로 기꺼이 재고하려고 하고 있다. 헌법재판에서는 stare decisis가 엄격하게 고수될 수 있는 것은 아닐 것이다. 그러나 그 교의에 호소함에 있어서 교묘한 재주를 부리기보다는 일관성을 유지해야 할 것이다. 오늘 선례를 뒤집는 것을 지지하는 다수의견은 그 중 3명이 Parenthood v. Casey사건에서 공동집필했던 stare decisis에 대한 찬가를 애써 찾아보려고 하지도 않고 심지어 언급조차 하지 않는다. stare decisis가 법원이 고안한 낙태권의 보전을 의미하는 때에는 Roe에 대한 광범위한 비판은 오히려 그 판결을 다시 확인하여야 할 강한 이유가 되었다. “사법의 임무를 수행함에 있어 법원이 Roe사건에서 드러난 것과 같은 극히 분열된 논쟁을 결정하는 경우에는 그 결정이 통상적인 사건은 가지지 못하는 차원을 가진다. 달리 어쩔 수 없는 이유가 없음에도 격렬한 논쟁 중에 번복을 하는 것은 법원의 정통성을 의문의 여지없이 무너뜨린다.”는 것이다. 그러나 Roe 사건 만큼이나 극히 분열적인 쟁점을 결정한 Hardwick판결에 대한 광범위한 반대는 오늘, 그것을 뒤집을 이유로서 제시되고 있다. 둘째, 수많은 법원의 결정과 입법이, 특정 성적 행위가 부도덕하고 받아들일 수 없는 것이라는 지배적인 다수의 믿음이 그에 대한 규제에 대한 합리적인 기초를 구성한다는 오랜 믿음에 의존하여 왔다. 중혼과 동성혼, 매춘, 간통 등을 금지하는 국가의 법은 Hardwick판결에서 도덕적 선택에 기초한 법률의 효력을 인정할 것에 따라 법으로서 존속할 수 있었다.

### 3. 판결 이후

위와 같이 낙태에 관하여는 Roe판결에서 바로 위헌결정이 내려졌고, 그에 대한 사회 일각의 거센 반대에도 불구하고 1992년 6월의 Casey 판결에서도 그대로 유지되었던데 비하여, 동성애에 관하여는 먼저 1986년의 Hardwick판결에서 합헌결정이 내려졌다가 2003년의 Lawrence판결에 와서 위헌결정이 내려졌다.

69) 기존 판례에 대하여 자꾸 의문을 가지게 되면 결과적으로 자유의 인정범위가 축소될 수 있다는 뜻으로 이해할 수 있다.



이에 대하여도 앞서 본 것처럼 아직 주의 입법 등에서 상당한 반대가 끊이지 않고 있기는 하지만, Massachusetts주 대법원이 2003년 11월 18일 Goodridge v. Department of Public Health 사건에서<sup>70)</sup> 미국 최초로 동성혼을 법적으로 인정한 이래, 2013년 6월 연방대법원에서 United States v. Windsor판결로<sup>71)</sup> 연방법상 혼인을 이성혼으로 한정하였던 결혼보호법(Defence of Marriage Act)에 대하여 위헌결정을 하기까지, 특히 동성혼을 중심으로 Lawrence판결의 취지에 따른 판결이 이어졌다.<sup>72)</sup>

#### 4. 검토

낙태에 관한 Roe판결이 태아의 생명권과 여성의 자기결정권이 서로 충돌하는 사안에 관한 것이라면, 동성애에 관한 1986년의 Hardwick판결과 2003년의 Lawrence판결은 동성애를 비도덕적으로 보는 다수의 도덕적 견해가 형사처벌의 헌법적 근거가 될 수 있느냐가 문제되는 사안이라고 할 수 있다.

Hardwick판결에서는 sodomy를 처벌해온 오랜 역사, sodomy를 죄악시해온 오랜 유대-기독교의 도덕과 윤리기준, 그리고 sodomy가 비도덕적인 것이라는 다수의 믿음을 들어 그에 대한 형사처벌이 합헌이라고 판단하였고, sodomy와 같은 내밀한 사적행위를 인종적 반감, 종교적 불관용, 개인적 편향성으로 인해 처벌할 수는 없고, 합리적인 사람은 어떤 행위가 도덕적인지 비도덕적인지에 대해 서로 다르게 볼 수 있다는 견해는 소수의견이었다.

이에 비하여 Lawrence판결에서는 다수가 국가의 힘을 그들의 견해를 형법의 적용을 통해 사회전체에 강요할 수 없고, 역사적으로 보더라도 성인인 개인에 대하여는 성과 관련하여서도 사적 삶을 어떻게 영위할 것인지를 결정할 수 있는 자유가 실질적으로 보호되어 왔으며, 이러한, 존재와 의미와 우주와 삶의 신비에 대한 자신의 관념을 규정할 권리는 동성애 관계에 있는 사람들에게도 인정된다고 판단하여, 종전의 합헌판결을 뒤집었다. 동성애에 관하여도 사생활 보호권으로서 헌법적 보호가 인정된다고 본 위와 같은 Lawrence판결은 우선 다

70) Goodridge v. Department of Public Health 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003).

71) United States v. Windsor, 133 S.Ct. 2675 (2013).

72) 김지혜, “동성혼에 관한 미국 판례의 전개”, 『법과 사회』 제46호, 법과사회이론학회, 2014.6, 269~274면.

수가 그의 도덕적 입장을 형법적 제재를 통해 강요할 수는 없다고 본 점에서 이른바 자유주의적 입장을 취한 것이고, 이 점에서 그것이 가능하다고 보았던 데블린적 입장을 취한 Hardwick판결과 대비된다고 할 수 있지만, 여기서는 또 다른 측면에서의 쟁점, 즉 동성애를 비도덕적으로 보는 다수의 도덕적 입장의 실체가 무엇인지가 보다 근본적인 문제가 된다고 볼 수도 있다.

즉 앞서 본 데블린의 견해는 “사회의 공동도덕은 어느 때라도 관습과 신념의 혼합이고, 이성과 감정의 혼합이며, 경험과 편견의 혼합이다.”라고 본 Rostow의 견해에 동의하면서도, “만일 합리적인 사람이 하나의 관행이 부도덕하다고 믿는다면, 그리고 그 사회에서 올바른 정신을 지닌 어떤 사람도 다르게 생각할 수 없다고 믿는다면 - 그 믿음이 옳은 것이든 그른 것이든 그것은 정직한 것이고 냉철한 것이라고 해두자 - 법의 목적상 그것은 부도덕하다고”고 본 입장이었지만<sup>73)</sup>, 편견과 개인적 혐오와 합리화는 도덕적 신념과는 구별되고, 전자에 근거하여서는 다른 사람의 자유를 제약하는 것이 정당화되지 않는다고 본 드워킨은 조심스럽기는 하지만, 동성애의 경우 편견이나 개인적 혐오 혹은 합리화가 아닌 도덕적 신념이라고 보기 어렵고 그에 대한 형사처벌에 관하여 도덕적 총의가 인정된다고 볼 수 없다는 입장을 취하였다.<sup>74)</sup>

이러한 관점에서 보면, 동성애에 대한 다수의 도덕적 판단이 실은 다수의 편견이나 개인적 혐오에 기한 것이어서 다른 사람에 대한 형사처벌의 근거가 될 수 없다는 것이, Hardwick판결에서는 소수의견이었지만, Lawrence판결에서는 다수의견의 배경이 된 것이라고 볼 수 있다. 이렇게 보면 위와 같이 먼저 합헌 판결을 거쳐 위헌판결에 이르게 된 것도, 사회적 편견이 하나의 도덕적 판단에 이르게 되면, 그 편견을 바로 벗어내기가 쉽지 않은 것임을 보여주는 대목이라고 이해할 수도 있을 것이다.

어떻든 위와 같이 2003년의 Lawrence판결이 있는 후, 앞서 본 바와 같이 2003년 11월 Massachusetts주 대법원에서 동성혼을 법적으로 인정하자, 그 다음 해인 2004년 5월 17일 Massachusetts주가 동성혼에 대한 신고를 수리하였고, 그 후 지금까지 36개주에서 동성결혼이 가능하게 되었는데, 이와 같이 빠른 속도로 동성혼이 허용되어 온 것은 입법의 역사에서 하나의 극적인 변화였으며, 여론 역시 그와 같이 빠른 속도로 변화해 오고 있다고도 한다.<sup>75)</sup> 76) 편견

73) 로널드 드워킨(염수균 역), 앞의 책, 476면.

74) 위의 책, 477~479면.

이 벗겨지기까지는 어느 정도의 시간이 걸리지만, 일단 벗겨지고 나면 보다 빠른 속도로 소멸되어 간다는 것을 보여주는 것일 수도 있다.

## V. 간통죄에 대한 헌법재판소 결정

### 1. 네 차례의 합헌결정

- 1) 헌법재판소 1990.9.10. 선고 89헌마82 결정, 헌법재판소 1993.3.11. 선고 90헌가70 결정, 헌법재판소 2001.10.25. 선고 2000헌바60 결정

간통죄에 대하여 헌법재판소가 한 4번의 합헌결정 중 시기적으로 가장 앞선 것은 헌법재판소 1990.9.10. 선고 89헌마82 결정이다. 이 결정은 6:3으로 합헌결정을 하였다. 헌법 제10조에서 보장되는 개인의 인격권과 행복추구권에는 성적 자기결정권이 포함되고, 간통죄는 이를 제한하는 것이지만, 선량한 성도덕이나 일부일처주의 혼인제도의 유지, 가족생활의 보장, 배우자에 대한 성적 성실의무의 수호, 간통으로 야기되는 사회적 해악의 사전예방의 면에서 보면 간통죄의 규정이 개인으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 부당하게 침해하는 법률이라고 할 수 없다고 본 것이다.

2인<sup>77)</sup>의 보충의견에서는 법에 의한 도덕의 강제라는 측면에서 아래와 같이 판단하였다. 「특정의 인간행위에 대하여 그것이 불법이며 범죄라 하여 국가가 형벌을 행사하여 이를 규제할 것인지, 아니면 단순히 도덕률에 맡길 것인지의 문제는 인간과 인간, 인간과 사회와의 상호관계를 함수로 하여 시간과 공간에

75) 2015년 4월 27일자 FindLaw에 실린 AP 기사 참조. 이 기사에 따르면 화요일인 같은 날 나머지 14개주의 동성혼 금지법에 대한 연방대법원 사건(Obergefell v. Hodges)의 공개변론이 같은 날 열리게 되었는데, 이는 미국 동성 부부들에게 하나의 중요한 분수령이었고, 실제로 이 공개변론 방청을 위해 그 전주 금요일부터 줄을 서기 시작하여 월요일 오전에는 그 행렬이 연방대법원 청사를 둘러싸게 되었다고 한다. 이 사건은 2015년 6월 말 판결 선고가 예정되어 있다고 한다.

76) 앞서 본 바와 같이 인디애나주는 2015년 7월 주로서는 20번째로 종교자유보호법을 시행하고자 하지만, 이에 대하여 기업들은 인디애나주에 대한 투자계획을 취소하거나 보류했다고 한다. 백악관에서는 남성용이나 여성용이 아닌 ‘성 중립(gender neutral)’ 화장실을 설치했다는 보도도 있었다.

77) 조규광, 김문희 재판관.

따라 그 결과를 달리할 수밖에 없는 것이고, 결국은 그 사회의 시대적인 상황·사회구성원들의 의식 등에 의하여 결정될 수밖에 없다. 단순히 도덕률에 맡겨야 할 사항에 대하여 국가가 이를 형사처벌의 대상으로 삼아 형벌권을 행사하여 개입하는 것은 헌법에 위반된다. 왜냐하면 국가가 국민을 도덕적으로 개선시키려는 의도만을 가지고 형사적 제재조치를 하는 것은 헌법상 정당성을 가지지 못하기 때문이다. 그러나 우리는 간통에 대한 형사적 처벌이 아직은 단순한 도덕적 영역에 대한 국가의 형사적 제재인 것으로는 판단하지 않는다.」<sup>78)</sup> ‘단순히 도덕률에 맡겨야 할 사항’에 대한 형사처벌은 헌법에 위반되지만, 간통은 ‘단순한 도덕적 영역’의 문제만은 아니라고 본 것이다.

헌법재판소 1993.3.11. 선고 90헌가70 결정은 별도의 판시 없이 위 합헌결정을 그대로 유지하였고, 2001.10.25. 선고 2000헌바60 결정도 「간통행위에 대하여 민사상의 책임 외에 형사적 제재도 가할 것인지의 여부 등은 입법정책의 문제로서 입법권자의 자유에 속한다」고 보아 합헌결정을 하였다.<sup>79)</sup>

78) 반대의견 중에서는 「형법의 본질적 기능은 개인의 생명·신체·재산 등 개인적 법익의 보호에 그 제1차적 목표가 있는 것이며 사회 윤리 도덕을 강제하거나 고양하는 것을 직접적 목적으로 하지 않는다. 국민의 도덕적 개선을 강요하는 것은 국가의 헌법적 권리도 의무도 아니며 윤리 도덕적으로 비난받을 수 있는 행위를 전부 형벌로서 다스린다면 형법만능주의에 빠지게 되어 국가는 윤리 도덕의 보호를 방자해서 필요 이상으로 국민의 자유와 권리를 제한하는 사태가 일어날 수 있는 것이다. 이것은 형법의 법익보호주의 또는 검역주의에 반하기 때문에 반사회적·반도덕적 행위라고 할지라도 일정영역은 윤리·도덕·사회여론·평판에서 규율하는 분야로 남겨두는 것이 온당하다」고 보면서 「간통죄는 헌법 전문과 제10조, 제17조에 의하여 보호되고 있는 국민의 사생활 은폐권을 침해하고 있으며, 그것이 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 국민의 성질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 제한이라고 할 수 없기 때문에 위헌」이라고 판단한 부분이 주목을 끈다.

79) 이에 대하여는 권성 재판관 1인의 반대의견이 있었는데, 가부장적 가족제도에서의 간통죄 처벌과 관련하여 판단한 점이 주목을 끈다. 요지는 다음과 같다. 「간통죄의 처벌은 원래가 유부녀를 대상으로 한 것이다.」 「유부녀의 간통은 민법상의 계약에 따른 성적 성실의무를 위반하는 계약위반의 행위이다. 그에 대한 책임의 추궁 내지 제재는 계약법의 일반원리에 따라 계약의 해소와 손해배상으로 그쳐야 하고, 형벌을 포함하여서는 아니된다.」 「유부녀의 간통은 윤리적 비난과 도덕적 회오의 대상이지 형사처벌의 문제는 아니다.」 「간통죄는 범죄의 당벌성이 없는 것은 법률이 범죄로 규정하여 처벌하는 것」이다. 간통에 대한 형사처벌이 생긴 것은 「남편의 과도한 사적 응징이 가져오는 폐단을 방지하기 위하여 남성지배사회의 공권력이 대신 그 응징을 떠맡은 것이 형사처벌의 출발이었으므로 이는 결국 공적 보복 내지 공개적 보복」이었다. 「헌법 제10조는 인간의 존엄과 가치가 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 있다. 이 기본적 인권의 기초는 수단이 아닌 목적적 존재로서의 인간이 갖는 자기결정권이며, 공동사회의 존립을 위하여 그 자유에 제약이 이루어지더라도 언제나 인격의 자주성 그 자체만은 보유되지 않으면 아니된다. 그런데 간통에 대한 형사처벌은, 이미 애정과 신의가 깨어진 상대 배우자만을 사랑하도록 국가가 강제하는 것이 되는데 이것은 그 당사자의 인격적 자주성, 즉 성적 자기결정권」

2) 헌법재판소 2008.10.30. 선고 2007헌가17,21, 2008헌가7,26, 2008헌바21,47 (병합) 결정

위와 같은 3번의 합헌결정 후에 나온 이 결정에서는 재판관 4인이 합헌의견이고, 나머지 5인 중 4인이 위헌의견, 1인이 헌법불합치 의견이었으나, 위헌결정에 필요한 정족수 6인에 미달하여 합헌결정을 하였다. 앞선 3번의 합헌결정이 안정적 다수였던 것에 비하면, 이미 많은 변화가 생긴 것이라고 할 수 있다.

위헌의견 중 3인<sup>80)</sup>은 「도덕적으로 비난받을 만한 행위 모두를 형사처벌의 대상으로 삼는 사회가 반드시 정의로운 사회라고 할 수 없고, 국가가 형벌로써만 국민을 도덕적으로 개선시키려는 시도는 성공하기도 어려울 뿐 아니라 바람직하지도 않기 때문이다.」라고 판단하였고, 나머지 1인<sup>81)</sup>은 간통죄에 대하여 징역형만을 규정한 것은 책임과 형벌간 비례의 원칙에 합치되지 아니하여 위헌이라는 입장을 취하면서도, 성적 자기결정권에 대하여는 다음과 같이 의문을 제시하였다. 「개인의 ‘자기결정권’은 원하는 것은 언제든지, 무엇이든 할 수 있다는 의미에서의 무제한적 자유를 포함하는 것은 아니다. 개인의 자기결정이 타인과의 관계를 결정하거나 타인에 대하여, 또는 사회에 대하여 영향을 미치게 되는 때에 타인과의 공존을 부정하는 자기결정은 사회적 존재로서 자신의 인격을 발현시키고 자아를 실현하기 위한 자기결정권의 순수한 보호영역을 벗어나게 된다. 이는 성적 자기결정권에 있어서도 마찬가지로, 성적 공동생활을 포함한 공동의 삶의 목적과 가치를 실현하기 위하여 일부일처제에 기초한 혼인이라는 사회적 제도를 선택하는 자기결단을 한 자가 배우자에 대한 성적 성실의무에 위배하여 간통행위로 나아가거나 또는 그러한 점을 알면서 상간하는 것은 간통행위자의 배우자 및 사회적·법적 제도로서의 혼인을 보호하는 공동체에 대한 관계에서 타인과의 공존을 부정하는 것이라는 점에서 ‘성적 자기결정권’의 보호영역에 포섭될 수 없다고 볼 것이다. 따라서 개인의 성적 자기결정권이라는 개념은 일반적인 성폭력범죄, 성희롱 등의 문제 및 배우자 상호간에 있어서도 일방통행적인 성관계는 허용될 수 없다는 등의 문제에 관련하여서는 핵심적 내념이 될 것이지만, 배우자의 고소를 전제로 간통행위를 처벌함으로써 인하여 침해되는

정권을 박탈하여 성적인 예속을 강제하는 것이므로 인간의 존엄성을 침해한다.」

80) 김종대, 이동흡, 목영준 재판관.

81) 송두환 재판관.

주된 기본권으로 삼는 것은 적절하다고 보기 어렵다.」

## 2. 헌법재판소 2015.2.26. 선고 2009헌바17 등 위헌결정

위와 같은 경과를 거쳐서 드디어 헌법재판소는 위 결정에서 위헌결정을 하였다. 위헌의견 7인, 반대의견 2인으로 결정된 것이다.

위헌의견은, 「오늘날 우리 사회는 가치판단에 있어서 전통적인 성 도덕의 유지 내지 부부간 정조의무 보호라는 법익 못지않게 성적 자기 결정권을 자유롭게 행사하는 것이 개인의 존엄과 행복추구의 측면에서 더 한층 중요하게 고려되는 사회로 변해가고 있다는 점도 무시할 수 없다. 이러한 사회 구조의 변화, 결혼과 성에 관한 국민의 의식 변화, 그리고 성적 자기결정권을 보다 중요시하는 인식의 확산에 따라, 배우자 있는 사람이 배우자 아닌 사람과 성관계를 하였다고 하여 이를 국가가 형벌로 다스리는 것이 적정한지에 대해서는 이제 더 이상 국민의 인식이 일치한다고 보기 어렵게 되었다.」 「도덕적으로 비난받을 만한 행위 모두를 형벌의 대상으로 삼는 것은 사실상 불가능하다.」<sup>82)</sup> 「인간의 어떤 행위를 법익침해행위로 보아 국가가 형벌권을 행사하여 이를 규제할 것인지, 아니면 단순히 도덕률에 맡겨 도덕적 비난, 질책, 분노와 도덕적 회오의 대상으로 삼을 것인지의 여부는 전체 법질서의 흐름과 사회구성원들의 경험적 인식의 변화에 따라 달라질 수 있다.」<sup>83)</sup>고 판단하였다.

반대의견은<sup>84)</sup> 「헌법상 기본권으로 보장되는 자기생명결정권은 인격의 주체가 자기의 인격을 형성하고 발현하기 위하여 자기 자신에 관한 사항을 자율적으로 결정할 수 있는 인격적 자율권을 말하는 것이고, 이는 이성적이고 책임감 있는 사람을 전제로 하는 것이다. 두 개인이 스스로의 자유로운 의사에 따라 형성하여 공동으로 영위하는 가족생활에 있어서 부부는 혼인에 따르는 의무와 책임을 부담하여야 한다.」 「그런데 배우자 있는 자의 간통은 혼인이라는 사회적 제도를 선택하는 자기결단을 한 자가 혼인에서 비롯된 성에 대한 성실의무를 위배하는 행위라는 점에서, 그리고 그러한 점을 알면서 상간하는 것은 사회적·법적 제도로서의 혼인을 보호하는 공동체를 부정하는 것이라는 점에서, 이

82) 박한철, 이진성, 김창중, 서기석, 조용호 재판관.

83) 김이수 재판관.

84) 이정미, 안창호 재판관.

러한 행위까지 성적자기결정권의 보호영역으로 포섭하는 다수의견에는 선뜻 동의하기 어렵다. 이성이 서로 사랑하고 정교관계를 맺는 것은 자기결정권의 보호영역이라고 할 수 있지만, 간통 및 상간행위는 자신만의 영역을 벗어나 다른 인격체나 공동체의 법익을 침해하는 행위이기 때문에 성적자기결정권의 내재적 한계를 벗어나는 것이 아닌가 하는 의문이 든다. 「일부일처제에 기초한 혼인이라는 사회적 제도를 훼손하고 본인·배우자 및 가족의 인격권·행복추구권의 실현을 위한 기본적 토대가 되는 가족공동체의 유지·보호에 파괴적인 영향을 미치는 행위를 인격권·행복추구권에서 연유하는 개인의 성적 자기결정권이라는 범주아래 용인하는 것이 과연 타당한가에 대해서는 강한 의문을 표하지 않을 수 없다.」고 판시하였다.

### 3. 검토

헌법재판소는 형법상의 간통죄에 대하여 4번의 합헌결정을 거쳐 위헌결정에 이르게 되었다. 간통행위가 부도덕한 것에 대하여는 아무런 이론이 없을 것이다. L. Fuller가 논하는 바와 같이 도덕을 ‘열망의 도덕(morality of law)’과 ‘의무의 도덕(morality of duty)’로 나눌 때, 구약성서의 십계명에서도 금지되고 있는 간통행위는 사회생활에서 지켜야할 최소한의 근본적 요청으로서의 ‘의무의 도덕’에 해당하고, 따라서 그에 대한 형사처벌은 원리적으로는 긍정될 수도 있을 것이다.<sup>85)</sup>

Hardwick판결에서 sodomy의 처벌이 헌법적 근거가 없다는 입장을 취한 Blackmun 대법관도 그 소수의견에서, “합의에 기한 은밀한 성적 행위와 다수의견이 특정해서 지적하고 있는 간통과 근친상간이라는 성적 범죄 사이에는 분명하고도 확실한 구분이 가능하다. 예를 들어 결혼은 정신적 측면에 더하여 국가로부터 쌍방에게 여러 혜택이 주어지는 민사계약이다. 국가는 충실의무를 포함해서 국가의 혜택을 받을 수 있는 자격을 갖는데 필요한 계약상의 의무를 규정할 수 있고, 이를 깨뜨리면 처벌할 수 있다. 게다가 국가는 간통이 제3자, 특히 배우자와 자녀에게 상처를 입힌다고 결론을 내릴 수도 있다. 다수의견은 합의에 기한 은밀한 동성애 행위를 (중략) 왜 간통이나 근친상간과 같이 보기로

85) 최종고, 앞의 책, 110~111면.

선택하였는지에 대하여 아무런 설명노력도 하고 있지 않다.”고 보아 동성애와 간통은 같지 않다는 것을 분명히 하였다. 헌법재판소의 위 위헌결정의 소수의 견에서, 간통행위가 다수의견이 인정하는 성적자기결정권의 범위에 속한다는데 여전히 의문을 품고 있는 것도 같은 이유에서라고 할 수 있을 것이다.<sup>86)</sup>

그럼에도 불구하고, 헌법재판소가 간통죄에 대하여 결국 위헌결정을 한 것은, 종래의 합헌결정에서 간통이 ‘단순한 도덕적 영역’의 문제가 아니라고 보거나 ‘입법정책의 문제’에 속한다고 본 것과는 달리, 기본적으로 자유주의적 입장을 서는 형태를 취하고 있기는 하지만, 그와 같은 입장변경의 주된 계기는 ‘전체 법질서의 흐름과 사회구성원들의 경험적 인식’이 변화하였음을 받아들인 데에 있다고 볼 수도 있을 것이다. 간통행위에 대한 사회의 도덕적 판단은 네 차례의 합헌결정을 이끌어내는데 그친 것이다.

## VI. 나가면서

이상으로 낙태와 동성애 그리고 간통에 대한 우리 헌법재판소와 미국 연방대법원의 위헌결정들을 살펴보았다. 이는 모두 도덕의 법적 강제라는 문제를 풀어내야 하는 헌법적 결정이었고, 쟁점이 된 도덕이 한 개인의 삶의 정체성과 관련된 도덕이었던 점에서 공통점이 있다고 할 수 있다. 그렇지만, 낙태에 관한 판결에서는 태아의 생명권과 여성의 자신의 삶에 대한 자기결정권이 서로 충돌하는 도덕적 갈등에 관한 사안이었고, 동성애에 관한 판결은 도덕적 판단에 있어서의 주관성이 문제되는 사안이었으며, 간통죄에 관한 판결은 도덕의 법적 강제라는 헌법 문제에서 사회 구성원들의 경험적 인식 등의 변화가 위헌 판단의 주된, 혹은 결정적 계기가 될 수도 있다는 것을 보여준 사안인 점에서 헌법 재판관으로서도 각각 독립된 장르를 갖는다고 할 수 있다.

이러한 측면에서 살펴보면 각각의 장르적 특성이 위헌결정에 이르기까지의

86) 헌법 제10조에 기초한 성적 자기결정권이 인정되고, 간통죄 처벌은 헌법 제37조 제2항에 기한 성적 자기결정권의 제한이라고 보게 되면, 간통죄 처벌을 위헌으로 결정할 경우 간통행위도 성적 자기결정권의 행사로 인정되게 되는데, 부도덕한 행위가 헌법적 기본권의 행사로 인정된다는 것은 의문이라는 것으로 이해된다. 권리의 정당성을 그 권리가 기여하는 목적의 도덕성에 의존하는 제3의 방법(주28 참조)에 서면 같은 의문을 가질 수 있을 것이다.



과정과 그 이후의 경과에서 위 세 위헌결정이 나름대로 고유한 궤적을 보여준 원인(遠因)이 되었던 것으로 이해할 수도 있다. 말하자면, 낙태에 관한 위헌결정과 같이 도덕적 가치의 충돌이 문제된 사안에서 헌법적 판단으로는 하나의 결론이 내려질 수 있지만, 그와 같은 헌법적 판단이 가치충돌이라는 갈등 상황 자체를 종식시킬 수 있는 것은 아니어서 그 위헌결정 자체가 끊임없이 위협받고 있는데 비하여, 동성애에 관한 위헌결정에서는 편견이나 주관적 선호에 기인한 도덕적 판단이라고 하더라도 다수의 도덕적 판단을 형성하게 되면, 그와 같은 편견이나 주관적 선호에서 벗어나기가 대단히 힘들지만, 그럼에도 불구하고 그에 대한 헌법적 결론으로서 위헌결정이 내려진 상태에서는 사회적 논란이 이어지더라도 하나의 가치판단으로서의 위헌결정 자체가 흔들릴 가능성은 거의 없다고 할 수 있다. 간통죄에 있어서도 위헌결정에 이르기까지는 사회 구성원들의 경험적 인식 등의 변화가 법적 판단으로까지 이어지는데 긴 과정이 필요하지만, 일단 위헌결정이 내려진 상태에서는 법적 상황을 종식시킬 수 있는 규정력을 행사하게 되는 것으로 볼 수 있다. 법과 도덕이라는 본질적 문제에 관한 가치판단으로서의 헌법재판도 각 사안에 있어서의 고민과 결과가 결코 단순하지 않은 것이다.

투고일 : 2015.5.8. / 심사완료일 : 2015.6.10. / 게재확정일 : 2015.6.20.

[참고문헌]

- 김정오·최봉철·김현철·신동룡·양천수, 「법철학:이론과 쟁점」, 박영사, 2012.
- 김지혜, “동성혼에 관한 미국 판례의 전개”, 「법과 사회」 제46호, 법과사회이론학회, 2014.
- 대한가정법률복지상담원, 「법률복지」 제57호, 2015.
- 로널드 드워킨(박경신·김지미 역), 「생명의 지배영역: 낙태, 안락사 그리고 개인의 자유」, 로도스, 2014.
- 로널드 드워킨(염수균 역), 「법과 권리」, 한길사, 2010.
- 마이클 샌델(안진환·이수경 역), 「왜 도덕인가?」, 한국경제신문사, 2011.
- 성중탁, “낙태문제 해결을 위한 대안의 제시”, 「인권과 정의」 통권 제441호, 대한변호사협회, 2014.
- 최종고, 「법철학」, 제4판, 박영사, 2009.
- Irons, Peter, A people's history of the Supreme Court, New York: Viking, 2000.
- Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution, Cmd. no. 247, 1957.

[국문초록]

도덕의 법적 강제에 관한 소고  
- 낙태, 동성애 그리고 간통에 대한 판결검토를 중심으로 -

조 해 현\*

주지하다시피 법은 도덕의 최소한이다. 그러나 모든 인간 사회에서는 예외없이 어떤 도덕을 효과적인 규범이 되게 하기 위해 법적 강제를 통하여 보호해야 하는가에 대하여 정확한 해답을 구하기 어렵다. 도덕의 법적 강제는 법 실무에서 하드케이스가 될 수밖에 없다.

본고는 가장 사적인 영역에서 문제되는 도덕에 대하여 우리 헌법재판소와 미국 연방대법원이 내린 법적인 결정 내지 판단을 살펴봄으로써 도덕이 법적 판단에 미치는 영향을 살펴보고자 하는 작은 시도라고 볼 수 있다.

낙태, 동성애 그리고 간통에 관한 위헌결정 및 합헌결정에 대한 텍스트를 가능한 한 그대로 자세하게 살펴봄과 아울러 법과 도덕에 관한 그간의 법철학적 논의의 전개 과정을 살피고, 이를 기초로 각각의 사안을 적용하여 검토하였다. 결론적으로 도덕의 영역에 대한 법적 강제를 일률적인 기준으로 말할 수는 없고, 각각의 특성에 따른 나름대로 고유한 궤적이 있음을 보여준다. 법과 도덕에 대한 본질적 문제에 관한 가치판단으로서의 헌법재판도 마찬가지이다.

주제어 : 낙태, 동성애, 간통, 법과 도덕, 도덕의 법적 강제

---

\* 대구지방법원장

[Abstract]

Study on the legal enforcement of morals

- Abortion, Sodomy and Adultery around the review of the judgment -

Cho, Hae-Hyun\*

As well known, law is the minimum of morals. But in a human society without exception, we have some cases about which we cannot be sure if certain morals needs legal enforcement to be a effective norm. So the legal enforcement of morals cannot but be a hard case of legal practice.

This article is a small attempt to see how morals affects the legal conclusion of the constitutional cases in which some provisions of the criminal law prohibiting and punishing certain human doings usually regarded as immoral were at issue.

Specifically in the three cases at which whether the punishment of abortion, sodomy and adultery can be permitted constitutionally was argued, we can say that the liberalism has presided gradually and for the time being we cannot detect any notice of change. But the orbits each of the cases have shown were different. To ascertain the reason why it occurred is the main topic of this article.

To conclude, the difference might come from that of the essential attribution of the argued morals at each case has.

Key words : abortion, sodomy, adultery, law and morals, legal enforcement of morality

---

\* Daegu District Court, Chief Judge