

이화여자대학교 대학원
2003학년도
석사학위 청구논문

미국헌법상 적법절차 법리와 전개에 관한 연구
: 실체적 적법절차를 중심으로

법 학 과
유 승 하
2004

미국헌법상 적법절차 법리와 전개에 관한 연구
: 실체적 적법절차를 중심으로

이 논문을 석사학위 논문으로 제출함

2004년 7월

이화여자대학교 대학원
법 학 과 유 승 하

유 승 하 의 석사학위 논문을 인준함

지도교수 석 인 선 _____

심사위원 _____

이화여자대학교 대학원

목 차

I. 서론	1
A. 문제 제기와 연구 목적	1
B. 연구 방법과 범위	4
II. 미국헌법상 적법절차의 의미와 개념	7
A. 미국헌법상 적법절차 조항의 의미	7
1. 미국헌법상 적법절차규정	7
2. 수정헌법 제5조의 성립과 제14조의 발전	10
3. 수정헌법 제5조와 제14조의 관계	11
4. 적법절차의 보호법익	14
가. 생명	14
나. 자유	15
다. 재산	16
B. 적법절차의 개념	17
1. 적법절차 개념의 불확정성	17
가. 일반적 정의	18
나. 사법 절차적 정의	19
다. 입법적 정의	19
2. 적법절차의 두 측면	20
가. 실체적 적법절차	22
나. 절차적 적법절차	25

III. 미국헌법상 실체적 적법절차 법리의 전개	28
A. 실체적 적법절차 법리의 등장 및 변천	28
1. 건국으로부터 남북전쟁(1861-1865)이전까지	28
2. 실체적 적법절차론의 등장	31
3. 남북전쟁이후부터 1900년까지의 실체적 적법절차 개념의 성장	34
B. 1900년대부터 1936년까지의 경제적 실체적 적법절차 시대	42
1. Lochner 판결과 경제규제 (실체적 적법절차 이론의 확립)	43
가. Lochner 판결의 내용	44
나. Lochner 판결의 비판	46
2. Lochner 판결 이후의 경제적 실체적 적법절차 판결	48
C. 경제적 실체적 적법절차의 퇴조	53
1. New Deal 정책의 등장과 사법심사	55
2. New Deal 정책 이후의 법원의 태도	57
가. West Coast Hotel Co. v. Parrish 사건 (1937)	59
나. United States v. Carolene Products Co. 사건 (1938)	61
3. 1937년 이후의 실체적 적법절차	62
IV. 미국헌법상 새로운 실체적 적법절차와 본질적 권리	68
A. 새로운 실체적 적법절차의 의미	68
1. 새로운 실체적 적법절차 법리의 등장	68
2. 새로운 실체적 적법절차 법리의 발전	70
가. 개인의 “자유”를 보호하는 실체적 적법절차 법리	72
나. 실체적 적법절차 심사기준의 변화	75

B. 새로운 실체적 적법절차와 본질적 권리의 내용	79
1. 출산여부에 대한 결정권 (피임 및 낙태)	81
가. Griswold v. Connecticut 사건 (1965)	81
나. Roe v. Wade 사건 (1973)	83
다. Planned Parenthood v. Casey 사건 (1992)	87
라. Casey 판결 이후의 낙태판결	90
2. 성행위 (동성애)	93
가. Bowers v. Hardwick 사건 (1986)	94
나. Lawrence v. Texas 사건 (2003)	97
3. 소수자(약자)의 권리와 실체적 적법절차	99
V. 결론	101
참고문헌	103
Abstract	110

논 문 개 요

근대적 시민사회가 성립된 이래 인류는 기본적인 자유와 권리의 쟁취를 통해 ‘인간의 존엄성’을 실현하고자 부단한 노력을 기울여왔다. 영미법 상으로는 국가 권력의 자의적 행사로부터 개인의 인권을 보장하기 위한 제도적 장치로 도출된 것이 이른바 ‘적법절차’ 조항이었다. 미국 연방헌법은 수정 제5조와 제14조에서 명문으로 이를 규정함으로써 인권신장을 위한 중요한 헌법적 도구로 사용되어 왔다. 이러한 적법절차는 현대헌법의 중요한 기본권보장의 핵심역할을 하고 있다. 우리나라에 있어서 인권신장을 위한 중요한 도구로서 적법절차가 사용되어 왔는지 생각해본다. 인권에 관련된 여러 가지 문제들의 해결책과 방향제시에 있어서 미국의 적법절차법리가 도움을 줄 수 있다고 생각되므로, 미국의 적법절차 개념과 그 법리의 전개를 살펴보는 것이 우선 필요하다. 우리나라의 경우 법조문으로 명시되어 있지만, 미국의 적법절차법리를 받아들여 명문으로 수용한 것이므로, 미국에 있어서 그 학설과 논리의 전개와 역사를 살펴볼 필요가 있고, 이것이 선행되어야 적법절차법리의 보호를 더욱 구체적, 실질적으로 실현할 수 있게 되는 것이다. 미국의 판례들과 적법절차 법리의 전개를 살펴보는 것이 ‘적법절차’라는 추상적인 단어에 머물지 않고 구체적으로 현실에 적용될 수 있게 더 가까이 나아갈 수 있다는 것이다.

미국에서의 적법절차를 절차적 적법절차와 실체적 적법절차로 나누어보고, 그 범위를 줄여 실체적 적법절차를 중심으로 보았다. 미국에 있어서의 실체적 적법절차는 초기에 “계약의 자유”를 보호함으로 발전되었다. 계약의 자유, 재산권을 보호한다는 허울아래, 결국 재산을 가진 사람(부유한 자)에게 더 이득이 되는 방향으로 실체적 적법절차법리가 전개되고, 이용되어졌다. 적법절차라는 테두리 안에서 보호되는 것은 크게 신체, 자유, 재산으로 볼 수 있겠다. 신체와 자유는

누구에게나 있지만, 재산은 없는 사람도 있다. 그러면 재산이 없는 사람에게 있어서는 무엇을 보호한다는 것인가라는 의문이 생긴다. 이 경우 경제적 약자나 피고용자들의 입장에서는 경제적 실체적 적법절차가 ‘계약의 자유’를 보호한다고 말할 수 없다. 자본주의 헌법으로 기득권, 경영자의 권리를 보호하기 위해 실체적 적법절차법리를 악용했다고 여겨진다. 초기에 적법절차는 국가와 개인의 관계에서 비롯되어져 나왔다. 즉, 국가에 대하여 개인의 기본권보장, 인간의 존엄성보장, 행복추구권을 보호하는 목적(자연법적인 권리)으로 시작되었다. 그 처음의 의도가 그러하다면 경제적 실체적 적법절차의 적용과정에서도 그러하여야 할텐데 모순점이 드러나는 것이다. 역사적 과정에서 이러한 상황이 발생한 것이고, 앞으로도 여러 가지 측면에서 다른 방향으로 강자위주로 법과 적법절차가 나아갈 수 있음을 경계하는 의미에서 이 실체적 적법절차 법리의 전개과정과 흐름을 살펴보는 것이 도움이 될 것이다.

실체적 적법절차는 경제적 영역에서는 그 모습을 점점 감추어갔지만, 자유의 영역에서, 비경제적 영역에서 본질적 권리와 관련하여 다시 그 모습을 드러내기 시작하였다. 자유의 여러 부분 중 출산여부에 대한 결정권(피임 및 낙태)과 동성애를 중심으로 실체적 적법절차 법리가 소수인권 보호를 위해 어떻게 사용되어왔는지를 검토해 보았다. 출산여부에 대한 결정권이나 동성애 판결들에 있어서 실체적 적법절차 법리와의 연관성에 초점을 두고 살펴보았다. 실체적 적법절차의 법리는 소수인권보호에 도움을 줄 수 있다고 여겨진다.

우리나라의 경우에 있어서는 아직까지 ‘적법절차’라고 하면 형사처벌이나 형사절차에 한정하여 절차적 적법절차로만 생각하는 경향이 강하다. 우리나라에서 아직까지 실체적 적법절차법리가 적용되어져야하고 실체적 적법절차 법리를 근거로 논쟁되어져야하는 사건들이 없기 때문이라고 여겨지지는 않는다. 우리 헌법현실에 헌법규정의 해석이 따라가지 못하는 경우라고 여겨진다. 양비론이 아닌, 극단적인 어느 한 쪽의 보호가 아닌 방향으로 나아간다는 것이 쉬운 문제는 아니다. 그러한 역할이 헌법해석에서 요구되어지고 논리적, 법리적으로 풀어 나가야하는 것이 이 시대가 요구하는 것이라고 생각되어진다. 미국 헌법상 적법절차의 법리는 기본권조항과 더불어 인간의 존엄성과 행복추구권 실현에 큰 이바

지를 하고 있다. 적법절차는 절차적 적법절차와 실체적 적법절차로 구분되어, 근본적인 권리를 자연권이라는 추상적인 이름이 아닌 실체적 적법절차 법리를 근거로 보장하고 있다. 이를 근거로 많은 분쟁과 논의들이 있어왔고 그러한 과정들을 통하여 개인의 권리보장은 더욱 한 단계씩 업그레이드되어 구체적으로 발전해왔다. 헌법해석 등에 있어서도 헌법이라는 실정법의 틀에 갇혀있는 헌법이 아니라, 실체적 적법절차 법리를 통해 헌법현실과의 조화를 이루어내었다. 실체적 적법절차 법리, 적법절차 법리라는 것이 항상 개인의 권리를 보장하고 사회를 올바른 방향으로 유도해나가는 원리라고 말할 수는 없다. 그 해석 과정에 있어서 계속되는 긴장과 비판이 요구된다. 실체적 적법절차의 법리는 다소 추상적인 개념이라고도 말할 수 있겠다. 그것이 구체적으로 적용되어 해석될 때, 어떠한 가치관을 근거로 해석되어야하는가는 중요하다. 미국에서는 새로운 실체적 적법절차 법리를 근거로 여성의 출산여부에 관한 결정권이나 성행위에 관한 권리(동성애에 있어서도)등 본질적 권리들이 보호를 받는 방향으로 나아가고 있음을 판례를 통해 살펴보았다. 실체적 적법절차의 법리는 소수인권에 있어서 그 진가를 발휘할 수 있다. 법이라는 것이 다수의 승인된 규칙으로 성립되는 것이라 말할 수 있는데 그 전제하에 소수의 인권은 무시되는 경우가 많았다. 우리나라의 경우, 소수인권관련 문제들은 실제 생활에서는 일어나고 있지만 법정에서는 아직 등장하지 않고 있다. 숨겨진 상태로 문제들이 실생활에서는 계속 일어나고 있고, 소수인권은 존중받지 못하고 있다. 새로운 실체적 적법절차법리를 근거로 본질적 권리들에 대한 강한 보호가 요청되는 시대이다.

I. 서론

A. 문제 제기와 연구 목적

근대적 시민사회가 성립된 이래 인류는 기본적인 자유와 권리의 쟁취를 통해 ‘인간의 존엄성’을 실현하고자 부단한 노력을 기울여왔다. 영미법 상으로는 국가 권력의 자의적 행사로부터 개인의 인권을 보장하기 위한 제도적 장치로 도출된 것이 이른바 ‘적법절차’ 조항이었다. 미국 연방헌법은 수정 제5조와 제14조에서 명문으로 이를 규정하였으며 인권신장을 위한 중요한 헌법적 도구로 사용되어 왔다.¹⁾ 이러한 적법절차는 현대헌법의 중요한 기본권보장의 핵심역할을 하고 있다.

우리나라에 있어서 인권신장을 위한 중요한 도구로서 적법절차가 사용되어져 왔는지 생각해 본다. 미국과의 법제는 다르지만 그 기본원리는 다른 형태로 적용될 수 있고, 인권에 관련된 여러 가지 문제들의 해결책과 방향제시에 있어서 미국의 적법절차의 법리가 충분히 유용한 도움을 줄 수 있다. 이러한 근거로 미국의 적법절차 개념과 그 법리의 전개를 살펴보는 것이 우선 필요하다고 생각된다. ²⁾ 우리나라의 경우 법조문으로 명시되어 있지만, 미국의 적법절차법리를 받아들여 명문으로 수용한 것이므로, 미국에 있어서 그 학설과 논리의 전개와 역사를 살펴볼 필요가 있고, 이것이 선행되어야 적법절차법리의 보호를 더욱 구체적, 실질적으로 실현함이 가능하게 되는 것이다. 즉 우리나라의 법조문으로도

1) 윤명선, 적법절차의 원리, 『경희법학』 제26권 제1호(1992. 2), 경희법학연구소, 65면
2) 우리 헌법은 제12조 1항 2문에서 “누구든지...법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌, 보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”고 규정하고, 제3항에서 “체포, 구속, 압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다”고 규정하고 있다. 헌법 제 37조 1항은 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다”라고 규정하고 있고, 2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용은 침해할 수 없다”고 규정하고 있다.

명백히 규정되어 있지만 미국의 판례들과 적법절차 법리의 전개를 살펴보는 것이 ‘적법절차’라는 추상적인 단어에 머물지 않고 구체적으로 현실에 적용될 수 있게 더 가까이 나아갈 수 있다는 것이다. 그 기준과 범위 성립 등에 있어서 더욱 그러하다. 3) 이 글에서는 미국에서의 적법절차를 중심으로 살펴보겠다. 절차적 적법절차와 실체적 적법절차로 나누어보고, 그 범위를 줄여 실체적 적법절차를 중심으로 깊이를 두고 전개해 나아가고자 한다.

미국에 있어서의 실체적 적법절차는 초기에 ‘계약의 자유’를 보호함으로 발전되었다. 계약의 자유, 재산권을 보호한다는 허울아래, 결국 재산을 가진 사람(부유한 자)에게 더 이득이 되는 방향으로 실체적 적법절차법리가 전개되고, 이용되어졌다. 적법절차라는 테두리 안에서 보호되는 것은 크게 신체, 자유, 재산으로 볼 수 있겠다. 4) 신체와 자유는 누구에게나 있지만, 재산은 없는 사람도 있다. 5) 그러면 재산이 없는 사람에게 있어서는 무엇을 보호한다는 것인가라는 의문이 생긴다. 6) 이 경우 경제적 약자나 피고용자들의 입장에서는 경제적 실체적 적법절차가 ‘계약의 자유’를 보호한다고 말할 수 없다. 교섭력의 크기가 평등하지 않기 때문에, 재산을 가진 자 위주로 유리하게 상황이 돌아갈 수밖에 없는 것이다. 7)

3) 헌법 제12조 1항과 3항의 규정은 처음으로 영미법상 “적법절차”의 원칙을 도입한 것이다. 종래 일부 학자들에 의해 헌법의 해석론으로 주장되어 오던 적법절차 조항을 명문으로 채택하게 되었다. (‘절차적 적법절차’중심이라고 여겨진다.) 또한 헌법 제37조는 “적법절차”의 원리를 이미 채택하고, 내포하고 있다고 여겨진다. 우리 헌법은 미국대법원의 판례를 통해 확립된 적법절차의 원리를 거의 명문으로 규정하고 있으며, 새로운 인권의 보장 필요성이 있는 경우에는 ‘헌법에 열거되지 아니한 자유’와 권리 조항에 의해 이를 확인, 선언함으로써 “실체적 적법절차”의 원리 또한 명문상으로는 포함, 수용하고 있다고 볼 수 있겠다. 판례나 실생활에서의 적용은 우선 뒤로 하고 말이다. 이 글에서는 이 원리들이 우리 헌법에 존재하지 않는다는 것이 아니라 이 절차적 적법절차와 실체적 적법절차에 대해 정리를 해보고, 실체적 적법절차를 더 깊이 살펴보겠다는 것이다. 인권보장의 확대에 있어서 더 구체적인 방향과 방법제시를 위해서 그 흐름과 원리에 대해 더 깊이 보고자 한다.

4) 자본주의 사회에서 재산의 의미는 상당히 크다.

5) 생명, 자유, 신체는 본질적 권리에 더 가깝다고 여겨진다. 재산은 무언가 다른 측면이 있는 것이다. 본질적 권리에 있어서는 엄격심사를 행하였고, 비본질적 권리에 있어서는 덜 엄격한 단순한 합리성 심사를 행하였다.

6) 여기서 없다는 것은 전혀 없다는 것이 아니라, 현저히 적거나 상대적으로 약자의 위치에 놓인 것을 말한다고 할 수 있겠다.

7) 또한 이러한 문제도 생각해 볼 수 있겠다. 절차적 적법절차에 있어서도 그러하다. 개인의 권리보장의 이익과 국가적 기능수행의 능력을 어떻게 조화시킬 것인가의 문제이다. 엄격한

여기서 적법절차의 법리에 대해 의문을 던지게 된다. 초기에 적법절차는 국가와 개인의 관계에서 비롯되어져 나왔다. 8) 즉, 국가에 대하여 개인의 기본권보장, 인간의 존엄성보장, 행복추구권을 보호하는 목적(자연법적인 권리)으로 시작되었다. 그 처음의 의도가 그러하다면 경제적 실체적 적법절차의 적용과정에서도 그러하여야 할텐데 모순점이 드러나는 것이다. 경제적 약자의 기본권은 무시되는 것과 마찬가지로, 기본권보장을 축으로 발전되어온 적법절차가 기본권을 해하고 있다면 아이러니한 현실이고 고쳐나가야 한다. 물론 지금은 그러하지 아니다. 역사적 과정에서 이러한 상황이 발생한 것이고 앞으로도 여러 가지 측면에서 다른 방향으로 강자위주로 법과 적법절차가 나아갈 수 있음을 경계하는 의미에서 이 법리의 전개과정과 흐름을 살펴보는 것이 도움이 될 것이다.

덧붙여서 실체적 적법절차에 근거하여 경제규제입법을 광범위하게 무효화하느냐의 정도와 범위 등의 문제에 대해서도 구체적으로 살펴볼 필요가 있겠다. 즉 실체적 적법절차의 원리의 적용에 있어서의 문제들은 엄격한 기준(엄격심사요구)이 문제였던 것이다. 결국에는 완화된 방향으로 나아갔는데 이 과정들 또한 살펴보고 검토해보도록 하겠다. 9) 즉 교섭력의 재조정이 항상 계약의 자유를 제한한다고만 엄격하게 볼 것이 아니라 이것이 정당한 제한이 될 수 있다는 것이다. 10) 경제적 실체적 적법절차에 있어서 엄격한 합리성의 심사를 포기하게 되고 적법절차 위반의 의심을 받는 경제규제사건에 합헌성 추정의 심사를

적법절차 준수요구가 행정능률을 해칠 수 있다는 것이다.

8) 적법절차의 기원은 영국의 1215년의 대헌장(Magna Carta)에서 비롯된다. John왕은 제후들이 주장한 ‘봉건적 권리’를 승인하는 가운데 제 39장에서 “국가의 법”에 의하지 아니하고는 체포, 구속, 법외방치 또는 추방당하지 아니한다고 선언하였다. 적법절차에 관한 해석은 군주에 대한 영국민의 ‘자유’의 연원으로 발전해나갔으며, 영국의 법의 지배 내지 입법주의 발전에 지대한 영향을 미쳤다. 미국에 있어서 적법절차의 제도적 의의는 개인의 자유와 권리의 보장을 넘어 국가기관의 자의적 권력행사에 대한 견제장치라는 점에서 찾았고, 의회의 입법권 행사에 대한 제한까지도 포함하고 있어 위헌법률의 사법심사에의 길을 열어 놓았다.

9) 앞서도 언급하였지만, 이러한 전개와 발달과정을 살펴보는 것이 우리나라에 있어 실체적 적법절차를 적용하는데 있어서 도움이 된다고 여겨진다. 우리나라와 미국의 법제가 다르지만, 그 원리와 전개를 제대로 알면 도움이 되게 우리나라에 적용할 수 있고 충분한 도움을 받을 수 있다.

10) Coast Hotel v. Parrish 사건에서 대법원은 여성을 위한 주의 최저 임금법을 지지하였다. 여성근로자의 열등한 교섭력의 재조정은 계약의 자유에 대한 정당한 제한이 된다고 결론지었다.

완전히 포기해 버리는¹¹⁾ 과정까지 나아가 결국에 있어서 실제적 적법절차의 적용이 변화하여 어느 방향으로 나아갔는지 알아보도록 하겠다. ¹²⁾ 실제적 적법절차는 경제적 영역에서는 그 모습을 점점 감추어갔지만, 자유의 영역에서, 비경제적 영역에서 본질적 권리와 관련하여 다시 그 모습을 드러내기 시작하였다. 자유의 여러 부분 중 출산여부에 대한 결정권(낙태)과 동성애를 중심으로 실제적 적법절차 법리가 소수인권 보호를 위해 어떻게 사용되어 왔는지를 검토해보도록 하겠다.

여기서 미국에 있어 적법절차의 법리와 그 변천, 실제적 적법절차 원리의 전개과정을 살펴보는 것이 우선되어야 하고, 실제적 적법절차 법리가 앞으로 어떻게 나아가야 하는지 그 방향성을 검토해보도록 하겠다.

B. 연구 방법과 범위

우선 첫째로 미국헌법상 적법절차의 의미와 개념을 살펴보도록 하겠다. 미국헌법상 적법절차 조항의 의미를 알아본다. 미국헌법에 있어서 연방헌법의 적법절차 규정이 어떠한지 살펴보고, 주 헌법과의 관계에 대하여 살펴보기로 하겠다. 수정헌법 제5조의 성립과 수정헌법 제14조의 발정과정을 보고, 제5조와 제14조의 관계를 정리하도록 하겠다. 그 다음으로 적법절차의 개념과 의의에 대해 정의 내려보는 작업이 필요하다고 하겠다. 일반적인 정의가 어떠한지, 사법절차적인 정의가 어떠한지, 입법적인 정의가 어떠한지 크게 나누어 살펴본 후에, 적법절차의 두 측면 즉 절차적 적법절차와 실제적 적법절차에 대해 중점적으로 비중을 두어 정리하는 작업이 필요하다. 이 둘의 관계에 대해서도 보충적으로 언급해야겠다. 적법절차의 개념에 대한 간단한 정리를 한 이후에, 적법절차의 보호법익을 살펴보아야 한다. 연방대법원에 의하면 적법절차는 절차적 측

11) 대법원은 입법부의 현명함을 저울질하는 등의 ‘초입법부’로서의 역할을 거절하였던 것이다. 사법소극주의.

12) 경제에서 사생활을 중심으로 전개, 발전되었다고 할 수 있겠다. 새로운 실제적 적법절차로서의 ‘사생활권’은 14조가 보장하는 ‘자유’의 일부로 본다. 실제적 적법절차론은 1930년대 후반부터 경제규제영역에서 퇴조하였고, 1960년대 중반부터 경제규제 이외의 영역 즉 사생활영역에서 더욱 발전해 나아갔다.

면에서의 개인의 자유와 권리를 보장하는 것만이 아닌, 시대의 변화에 따라 실제적 측면에서의 보장까지 포함하는 것으로 확대되었다. 절차적 적법절차 법리로만으로 부족한 기본권 보장에 실제적 적법절차법리가 그 자리를 보완해 주고 있다고 여겨진다. 실제적 적법절차 법리를 자세하게 살펴볼 이유가 여기에 존재한다. 사법심사와의 관계와도 연관 지어서 살펴보겠다.

둘째로, 범위를 좁혀 미국헌법상 실제적 적법절차의 법리의 전개를 살펴본다. 미국헌법사의 적법절차의 법리를 이해하는 방법에는 여러 가지가 있을 수 있겠지만 가장 좋은 방법 중의 하나는 역사적 접근방법이다. 미국 헌법의 적법절차라는 용어는 고정되거나 불변의 내용을 담은 말이 아니며, 미국 연방헌법이나 주 헌법도 구체적 시대상황하에서 법적 분쟁을 해결하면서 일정한 절차 또는 가치를 수용하거나 배제함으로써 적법절차의 의미와 그 적용범위를 확인하는 경향이 있으며¹³⁾ 따라서 미국의 적법절차법리는 그 헌정사의 맥락 위에서만 이해될 수 있는 것이기 때문이다. ¹⁴⁾ 실제적 적법절차 법리의 등장의 배경을 판례를 중심으로 알아보고, 그 이후 실제적 적법절차의 법리가 어떻게 전개되어나갔는지 그 변천과정을 살펴본다. 건국으로부터 남북전쟁이전까지를 처음으로 보고, 남북전쟁이후부터 1900년까지의 실제적 적법절차법리가 성장한 것을 판례를 중심으로 살펴본다. 1900년대부터 1936년까지의 경제적 실제적 적법절차 시대의 판례들은 다소 비판적인 시각으로 검토해보도록 하겠고, 그 1937년 이후 실제적 적법절차가 어떠한 모습으로 변화되어 가는지를 알아보겠다. 경제적 실제적 적법절차법리의 퇴조는 뉴딜정책의 등장과 뉴딜 정책이후 법원의 태도를 중심으로 정리해보도록 하겠다. 실제적 적법절차론의 등장과 기능에 대하여 언급을 한 후에, Lochner 판결을 통해 실제적 적법절차이론이 확립되었는데 그 판결의 배경과 쟁점, 내용, 심사기준을 통해 정리하고 이 판결에 대한 비판들도 살펴보아야 할 필요가 있다. 경제규제에 대한 현대적 접근을 뉴딜정책과 경제적 실제적 적법절차의 종말(쇠퇴, 퇴조)과정을 살펴봄으로써 다시 정리하고, 새로이 등장한 현대적 실제적 적법절차와 본질적 권리에 대해 언급하겠다.

13) Wolfe v, People of the State of Colorado, 19 S. Ct 1359 (1949)

14) 윤명선, 앞의 논문(주1), 65-84면

셋째로, 미국헌법상 새로운 실체적 적법절차법리와 본질적 권리로 다시 범위를 좁힌다. 새로운 실체적 적법절차 법리의 의미를 살핀다. 현대적, 새로운 실체적 적법절차가 등장하게 된 과정을 간단히 정리하고, 새로운 실체적 적법절차법리와 본질적 권리의 내용으로는 “자유” 보호를 중심으로 출산여부에 대한 결정권(낙태)과 동성애로 범위를 한정하여 미국판례를 중심으로 알아보겠다. 다음으로 소수자, 약자의 권리보호와 실체적 적법절차법리에 관해 언급하겠다.

마지막으로 우리나라에서 실체적 적법절차 법리 적용을 검토하는 데에 있어 지금까지 살펴본 미국연방대법원상의 적법절차의 성격 및 실체적 적법절차 법리의 전개와 새로운 실체적 적법절차법리와 본질적 권리들을 간단히 정리하고, 소수자 인권보호 및 권리 확장에 있어 우리나라의 경우 실체적 적법절차 법리의 원용이 요구되는 시대임을 말한다.

II. 미국헌법상 적법절차의 의미와 개념

A. 미국헌법상 적법절차 조항의 의미

1. 미국헌법상 적법절차 규정

인간의 기본적인 자유와 권리를 추구하는 운동은 본격적으로 근대 시민혁명으로 시작되어 그 이후 지속적인 인권운동이 전개되고 점차 향상되었다. 그러나 당시 인간의 기본적 자유와 권리의 추구는 이론상의 논란에 한하고 있을 뿐이었고 그 실질적인 이행은 미비하였다. 15) 인류의 역사가 보여주듯이 인간은 국가라는 공동체 속에서 개인의 자유를 희생시켜 왔으며, 개인의 자유와 그 희생은 국가안정과 질서추구라는 전제권력의 독단적인 권력행사의 명분 속에서 잊혀져 온 것이 사실이다. 중세 봉건시대의 계급적인 한계를 지닌 자유를 극복하기 위해 발발된 근대 시민혁명은 이런 점에서 인류사에 새로운 획을 긋는 계기가 된 것이다. 시민혁명 속에서 성숙되어 온 독립적인 자유의식으로 자유와 권리를 추구하기 위한 노력이 활발히 전개되었고 또는 그 결실을 향유하기도 하였다. 이러한 역사적 배경은 개인의 자유와 권리를 위한 실정법적 근거를 마련하는데 그 이유를 제시한다. 인권의 문제는 현실에서 어떻게 하면 사람이 정치권력의 자의적 지배로부터 해방되고, 실제로 시민계급이 어떻게 사회적으로 자유와 평등을 누리는가하는 문제였기 때문에 법률의 관계이고 권력의 관계이며 결국 국가권력과의 문제가 되었다. 따라서 각 국가는 국민 각자 개인의 기본적인 자유와 권리를 보장하기 위한 ‘법적 문서’(성문법적 근거)를 제정하기에 이른 것이다. 이것은 결국 권력의 한계를 규정하고 개인의 내심의 자유와 사생활의 자율적 영역을 확보하고자 하는 것이다. 나라의 권력이 가급적이면 개인의 내심, 양심, 사상문제나 사사로운 생활영역에는 간섭, 개입하는 것을 배제하고 권

15) 국가형성과 개인의 자유와의 상호관계에 대한 많은 논쟁에서 알 수 있듯이 실제로 어떠한 가치가 더욱 중요한 것인가는 여전히 문제가 되고 있으며, 그 자체 우열이 불가능한 것이다.

리침해나 사회질서가 문란할 때에 비로소 개입토록 한 것이다. 이는 역사적으로 개인의 자유를 위한 발전의 결실이며, 그 구체적 제도의 완성은 ‘시민적 법치국’이나 ‘법의 지배’로 이루어졌다. 각국의 헌법은 인권의 국내법적인 제정이며 최고법규정으로서 기본권 보장을 위한 초석이 되어왔다. 특히 미국 연방헌법은 2세기 이상 지속되어 온 성문헌법으로 개인의 기본적인 자유와 권리를 보장하기 위한 최후의 보루로서 그 가치를 지니고 있으며, 세계 각국의 헌법제정에 상당한 영향을 끼치고 있다.

근대자연법론의 성과에 힘입어 미국헌법은 적법절차에 의하지 아니하고는 어느 누구도 생명, 자유 또는 재산을 박탈당하지 아니한다는 취지를 선언하였지만, 구체적으로 어떠한 내용의 법리를 적법절차의 ‘가치’에 포섭시킬 것인가에 대해서는 명확한 기준이 존재하지 아니하였다. 또한 미연방 제1회 의회에서 Madison에 의하여 제출된 헌법수정안이 채택됨으로써 확정된 연방헌법 수정 제5조에 ‘누구든지 ... 적정한 법의 절차에 의하지 아니하고는 생명, 자유 또는 재산을 박탈당하지 아니 한다’라고 규정하여 적법절차에 관한 문언을 명시한 이래 많은 주 헌법들이 적법절차 조항을 규정하게 되었다.

1868년 미국헌법에 추가된 수정헌법 제14조 중 그 제1항은 “합중국에서 출생 또는 귀화하고, 합중국의 관할권에 속하는 모든 사람은 합중국 및 그 주거하는 주의 시민이다. 어떠한 주도 합중국 시민의 특권과 면책권을 박탈하는 법률을 제정하거나 시행할 수 없다. 어떠한 주도 적법절차에 의하지 아니하고는 어떠한 사람으로부터도 생명, 자유 또는 재산을 박탈할 수 없으며, 그 관할권 내에 있는 어떠한 사람에 대하여도 법률에 의한 평등한 보호를 거부하지 못한다”는 다소 긴 규정이다. 이 중 “어떠한 주도 적법절차에 의하지 아니하고는 어떠한 사람으로부터도 생명, 자유 또는 재산을 박탈할 수 없으며” 부분이 적법절차 조항을 구성한다. 또한 남북전쟁 이전에 미국헌법에 추가된 권리장전조항들 중 수정헌법 제5조도 “누구라도, 대배심에 의한 고발 또는 기소가 있지 아니하는 한, 사형에 해당하는 죄 또는 과렴치죄에 관하여 심리를 받지 아니한다. 다만, 육군이나 해군에서 또는 전시나 사변 후에 복무 중에 있는 민병대에서 발생한 사건에 관하여서는 예외로 한다. 누구라도 동일한 범행으로 생명이나 신체에 대

한 위협을 제차 받지 아니하며, 어떠한 형사사건에 있어서도 자기에게 불리한 증언을 강요당하지 아니하며, 누구라도 적법절차에 의하지 아니하고는 생명, 자유 또는 재산을 박탈당하지 아니한다. 또 정당한 보상 없이, 사유재산을 공공용으로 수용당하지 아니한다”라는 다소 긴 규정 속에 “누구라도 적법절차에 의하지 아니하고는 생명, 자유 또는 재산을 박탈당하지 아니한다”라는 적법절차조항을 갖고 있다. 수정헌법 제5조와 수정헌법 제14조의 이 부분들이 바로 미국헌법상의 ‘적법절차조항’이라 불리우는 조항들이다. 16)

‘적법절차조항’라 불리우는 부분만 간단히 정리하면 이러하다. 미국헌법상 적법절차조항은 1789년 9월 25일에 발의되고 1791년 7월 15일에 비준된 수정헌법 제5조¹⁷⁾와 1866년 6월 13일에 발의되고 1868년 7월 9일에 비준된 수정헌법 제14조 1항, 그리고 각주의 헌법에 규정되어 있다. 즉 연방을 대상으로 한 전자에서는 「...누구든지 적법절차에 의하지 아니하고서는 생명, 자유 또는 재산을 침해당하지 아니하며...」라고 규정되어 있고, 각주를 대상으로 한 후자에서는, 「...어느 주든지 적법절차에 의하지 아니하고서는 어느 누구로부터든지 생명, 자유 또는 재산을 침해할 수 없으며...」라고 규정되어 있어서 적법절차에 관한 헌법상의 대원칙을 선언하고 있다. 18) 어느 주든지 적법절차에 의하지 아니하고서는 어느 누구로부터든지 생명, 자유 또는 재산을 침해할 수 없다는 것이다. 주 헌법이 적법절차를 따라야하고 적법절차에 위반되면 연방대법원에서 해당하는 그 주의 법률은 위헌판결을 받게 된다. 생명, 자유, 재산이라는 카테고리 안에서 개인의 기본권을 보장하고 있다고 말할 수 있다. 1868년의 수정헌법

16) 임지봉, “미국헌법상의 적법절차조항과 그 운용”, 『미국헌법연구』 제13호(2002. 11), 미국헌법연구소, 271-312면

17) 수정헌법 제5조는 5가지의 절차상의 보호를 규정하고 있다. “누구든지 대배심의 고발 또는 공소제기에 의하지 아니하면 사형에 해당하는 죄 또는 기타의 파렴치한 범죄에 대한 처벌의 책임을 지지 아니한다. 다만 육군 또는 해군에서 일어난 사건과 전쟁 또는 공공의 위협에 있어서 현재 복무중의 민병간에 일어난 사건은 예외로 한다. 누구든지 동일범행에 대하여 제차 생명 또는 신체에 대한 위협을 강요당하지 아니한다(nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself). 누구든지 적법절차에 의하지 아니하고는 생명, 자유 또는 재산을 박탈당하지 아니한다. 정당한 보상 없이는 그 사유재산은 공용을 위하여 수용당하지 아니한다.

18) 유정복, “미국헌법과 적법절차의 발전”, 『헌법학연구』 제2권 (1996. 11), 한국헌법학회, 234면

제14조의 채택은 인권보장의 새로운 전기를 마련하였다. 수정헌법 제14조는 평등권의 헌법상의 보장과 함께 ‘시민권의 연방화’라는 중요한 결과를 가져왔다. 즉, 수정헌법 제5조의 적법절차조항은 연방정부만을 구속할 뿐이어서 주정부는 자유로이 개인적 권리를 침범할 수 있는데 반해, 수정헌법 제14조의 적법절차조항은 모든 주를 구속하여 인권의 연방적 보장을 명문화시킨 것이다.¹⁹⁾

2. 수정헌법 제5조의 성립과 수정헌법 제14조의 발전

적법절차조항은 국가에 의한 자의적인 침해로부터 국민의 생명, 자유 및 재산을 보호하기 위하여 제정되었다. 적법절차는 수정헌법 제5조에 규정되어 있으며, 수정헌법 제14조가 이를 다시 규정하고 있다. 적법절차의 원칙은 17-18C 영국 식민지 시대의 헌법문서에 여러 형태로 이입되었다. 1776년의 버지니아헌법과 독립선언문 등에도 여러 권리가 추가되긴 하였으나 적법절차의 문언 자체는 도입되지 않았다. 그러나 독립선언 이후의 각 주 헌법들에서는 적법절차조항을 각기 두게 되었다. 연방헌법은 인신 보장령, 계약조항, 소급입법의 금지 등의 조항을 두었지만 주 헌법에 상응하는 권리장전을 채택하지는 못하였다. 이러한 연방헌법을 비준하는 과정에서 인권논쟁이 일어났으며 헌법개정을 통해 인권조항을 추가한다는 양해 하에서 연방헌법은 비준을 받게 되었다. 그 후 탄생된 권리장전 즉 일련의 수정조항들 중 제5조에서 드디어 적법절차가 규정되게 되었다.

제정당시의 연방헌법에는 법의 평등보호를 확인해 주는 규정이 없었는데, 이것은 흑인들이 노예였고 여성들은 차별당하고 있던 사회의 문서로서 놀랄만한 일은 아니다. 남북전쟁 후 전에 노예였던 흑인들에 대한 광범위한 차별은 수정헌법 제14조가 제정되게 된 원인이 되었다. ²⁰⁾ 권리장전(Bill of Rights)²¹⁾ 이후의 모든 수정조항들 중에서 제14조가 가장 중요하다고 할 수 있다. 수정헌법

19) 김미영, 실체적 적법절차의 원리, 한남대학교 석사학위논문, 1999

20) Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law*, Aspen Law & Business, 1997, 526면

21) 수정헌법의 제1조부터 제10조.

제14조의 적법절차조항은 남북전쟁의 결과로서 채택되었다. 남북전쟁(1862-865)은 미국 역사에 여러 가지 큰 영향을 미쳤지만, 연방헌법과 관련하여서도 그 영향은 중요하였다. 연방헌법의 “남북전쟁 수정조항”(The Civil War Amendments)의 채택이다. 22) 수정헌법 제14조 1항의 문언은 광범위하고 포괄적이다. 수정헌법 제14조는 주로 하여금 “미국시민의 특권과 면책권을 축소시키는” 어떤 조치도 만들거나 시행하지 못하게 금하였다. 게다가 동 조항은 수정헌법 제5조의 적법절차조항을 채택하여 위 내용을 주에도 적용할 수 있게 하였다. 마지막으로, 동 조항은 어떤 주도 “그 관할 내에 있는 어떤 사람에게 법의 평등한 보호를 부인하지 못하도록”하였다.

3. 수정헌법 제5조와 제14조의 관계

미국 건국헌법²³⁾은 기본권에 관한 직접적인 조항들은 갖고 있지 못했다. 기본권조항이 없는 헌법은 무의미하다는 비판이 일자 1791년에 표현의 자유와 종교의 자유 등 중요한 기본권들을 담고 있는 수정헌법 제1조를 필두로 하여 주로 기본권에 관한 10개의 조항들이 한꺼번에 미국헌법에 수정헌법 제1조에서 제10조에 걸쳐 추가되었으며, 따라서 이 기본권에 관한 조항들은 따로 권리장전이라 부르게 되었다. 그러나 이 권리장전조항들은 연방정부를 그 규율대상으로 할 뿐, 주에 대해 직접 주장될 수는 없다는 한계를 안고 있었다. 이러한 문제를 해결해 준 것이 바로 수정헌법 제14조의 적법절차조항이다. 동 조항은 “어떤 주도” 적법절차에 의하지 않고 주민의 생명, 자유, 재산을 박탈하지 못한다고 규정함으로써, “주”를 그 규율대상자로 명시해 놓고 있으며, 이 조항의 “자유” 속에 권리장전상의 기본권들을 편입시킴으로써, 이 조항을 통해 권리장전상의 기본권들이 “주”에 대해서도 주장될 수 있게 된 것이다. 즉, 수정헌법

22) 남북전쟁수정조항(Civil War Amendment)은 1865년 비준된 수정 제13조(노예제도 폐지), 1868년 비준된 수정 제14조(적법절차와 평등보호 그리고 특권과 면제 등), 1870년 비준된 수정 제15조(인종에 의한 투표권차별폐지)의 3개조를 말한다.

23) 입법부의 구성 및 권한에 관한 제1조, 대통령을 수반으로 하는 행정부의 구성 및 권한에 관한 제2조, 연방대법원을 필두로 하는 연방사법부의 구성과 권한에 관한 제3조를 중심으로 하는 7개의 조항으로 이루어져 있었다.

제14조의 적법절차조항이 수정헌법 제1조에서 제10조 즉, 권리장전상의 기본권을 주에게도 주장할 수 있게 하는 “편입조항”의 구실을 하게 된 것이다. 이것은 수정헌법 제14조상의 적법절차조항이 “연방주의”를 채택하고 있는 미국헌법 하에서 기본권 조항들의 적용이 연방정부를 넘어 주로 확대되어 나가는 통로로서의 구실을 하는 중요한 조항임을 의미한다. 24)

건국초기의 과도적 상황이 어느 정도 극복되고 연방국가로서의 기틀이 다져지자 연방의 권한확대가 시도되었으며, 이 과정에서 권리장전의 적용범위를 둘러싼 헌법논쟁이 시작되었다. 권리장전이 증보로서 채택됨에 따른 문제는 연방 대법원내의 헌법재판으로까지 비화되었으며, 이에 관한 헌법상의 의문점들을 말끔히 정리해 준 판결이 Barron사건²⁵⁾이다. 존 마셜 대법원장이 주심을 맡은 이 판결은 “권리장전의 기초자들이 동 증보로써 주 정부의 권한에 제한을 가하려 하였다면 그들은 분명히 그 같은 의도를 명백하고 이해하기 쉬운 용어로 표현하였을 것이다”라고 함으로써 그 대연방 적용성을 분명히 하였다. 이 판례에 의해서 주 정부와 개인간의 관계에 대한 연방헌법의 규범력은 남북전쟁의 결과, 제13조, 제14조 및 제15조를 통하여 비로소 새로운 국면을 맞이하게 된 것이다. 따라서 수정헌법 제14조를 통하여 연방헌법의 적용범위를 주법에까지 확대하게 되었고, 이로부터 대두되는 것이 제14조의 제5조 수용의 문제가 있고 이에 관하여는 선별적 수용론, 전부 수용론 이 두 개의 입장이 대립하고 있다. 권리장전이 주에 적용된 것은 이 수정헌법 제14조²⁶⁾를 통해서이다.²⁷⁾ 이 수정헌

24) 임지봉, 앞의 논문(주16), 271-312면

25) Barron v. The Mayor and City Council of Baltimore, 32 U. S 243(1833)

26) 1866. 6. 13. 제안되어 1868. 7. 28. 효력이 발생한 수정헌법 제14조 제1항은 크게 4부분으로 구성되어 있다. 흑인의 시민권을 통일적으로 규정한 부분, 특권과 면책조항, 적법절차조항, 평등보호조항이 그것이다.

27) 모든 수정조항들 중에서 제14조는 그 비준절차의 측면에서 볼 때 가장 문제있는 조항이라고 한다. 수정헌법 제 14조가 제안되자, Georgia, North Carolina, South Carolina 주 의회는 이를 거부하였다. 연방의회는 발끈하였고, 이것은 남북전쟁에서 북측이 승리한 것을 무너뜨리려는 남부 주들의 기도라고 간주하였다. 그리하여 연방의회는 남부재통합법(the Reconstruction Act) 제5조에서, “반역 주는 연방에 재가입할 수 없으며 수정헌법 제14조를 비준할 때까지 연방의회에 대표를 보낼 수 있는 자격도 없다”고 규정하였다. 그 후 이들 주에는 새로운 정부가 들어서, 대부분의 다른 남부 주들과 같이 제14조를 비준하였다. 그러나 Ohio와 New Jersey의 주 의회는 자신들의 비준을 철회하는 결의안을 통과시켰다. 그럼에도 불구하고 1868년 7월 20일, 국무장관은 수정헌법의 통과에 필요한 4분의 3의 주

법 제14조 제1항은 미국 연방대법원에 제기되는 헌법소송 중 거의 모든 사건의 법적 근거가 되고 있다.

미국 헌법은 헌법상 명문으로 보장된 기본권이 권리장전의 내용에 한할 수밖에 없다는 한계를 갖게 되었으며, 28) 권리장전상 보장된 기본권 이외의 개인의 자유와 권리를 보장하기 위한 근거가 무엇인가에 대한 논쟁을 계속해 왔다. 이러한 논쟁과 관련하여 법원은 입법의 내용이 개인의 기본적인 자유와 권리를 침해하고 있지 않는가를 심사하게 된 것이다. 즉, 미국 연방대법원은 주 내지는 연방입법이 개인의 기본권을 제한하고 있지는 않는가를 심사해 왔다. 이러한 연방대법원에 의한 위헌법률심사로 다양한 심사기준이 제시되었으며, 연방 수정헌법 제5조 및 제14조에 근거한 적법절차조항은 그 핵심적 심사기준의 하나로 기능하여 왔다. 미국 수정헌법 제5조와 제14조는 ‘적법절차’의 보장을 규정한 조항으로 오늘날까지 개인의 기본권 보장을 위한 중요한 근거가 되고 있는바, 연방대법원은 적법절차조항의 적용범위에 대하여 절차적 측면뿐만 아니라 실체적 측면에까지 미치는 것으로 해석하여 결국 적법절차조항의 범위를 확대하였다.

앞에서 전개된 제5조와 제14조의 관계를 간단히 정리하면 이러하다. 1791년에 채택된 권리장전 제5조에서 “누구든지...적법절차에 의하지 아니하고는 생명, 자유, 재산을 박탈당하지 아니한다”²⁹⁾고 규정함으로써 비로소 연방수준에서 적법절차의 원리가 채택되었다. 그러나 이들 인권조항은 연방정부에 대해서만 적

들이 수정헌법 제14조를 비준하였다고 공표하였고, 다음날인 1868년 7월 21일, 연방의회는 수정헌법 제14조가 연방헌법의 일부가 되었음을 선언하는 결의안을 통과시켰고, 연방 상원은 이를 동의하였다. 70여 년이 지난 후, *Coleman v. Miller*, 307 U. S. 433 (1939) 사건에서 연방대법원은 이러한 역사를 인용하면서, ‘수정헌법 제14조의 유효성에 대한 입법부의 판단은 승인되어 왔다’고 판시하였다. Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law*, Aspen Law & Business, 1997, 14면

28) 미국의 기본권 보장체계는 1789년 헌법 제정시에 헌법에 명문으로 규정되지 않았다. 따라서 법원의 관례에 의존하였으며, 1791년 이후 권리장전이 제정됨에 따라 새로운 보장체계를 갖추게 되었다. 그러나 권리장전으로 보장받을 수 있는 기본권은 매우 제한적이었으며, 남북전쟁 이전까지는 그 범위에 변화가 없었다. 남북전쟁 이후, 수정의 형식을 통한 헌법개정은 미국민이 제도적으로 기본권을 광범위하게 보장받을 수 있는 계기가 되었으며, 특히 1868년 제정된 수정헌법 제14조는 개인의 자유와 권리보장을 위한 가장 광범위하면서도 확실한 근거가 되었다.

29) “... nor shall any person ..., nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law ...”

용되고 주정부에 대해서는 적용되지 아니하였기 때문에 권리장전으로서의 기능을 다하지 못하였다. 그러다가 1868년에 수정헌법 제14조³⁰⁾를 채택, 연방헌법상의 인권조항이 주정부를 구속하게 됨으로써 ‘인권의 연방적 보장’을 실현하게 되었다. 즉 연방헌법상의 인권목록은 수정된 법 제14조(제1항)의 ‘적법절차’ 조항을 매개로 주 시민에게 적용될 수 있는 길을 터놓은 것이다. 새로 채택된 권리장전은 연방정부에 대해서만 적용되고 주 정부에 대해서는 적용되지 않았기 때문에 권리장전으로서의 기능을 다할 수 없었으나 남북전쟁 이후 수정 제14조를 채택하여 연방헌법상의 권리장전이 주정부에게도 적용되게 되었다. ³¹⁾

4. 적법절차의 보호법익

주 정부와 연방정부가 국민의 기본권보장에 있어 적법절차의 보장의무자가 되고, 주의 행위와 연방정부의 행위는 절차적 적법절차와 실제적 적법절차를 따라야한다. 전통적으로 연방대법원은 본질적인 가치를 침해한다고 여겨질 때에는 입법이 자의적이거나 불합리하다고 보았다.

가. 생명

미국연방대법원은 1972년 *Furman v. Georgia* 사건³²⁾에서 미국에서 합헌으로 인정되어 온 사형이 수정헌법 제8조상의 참혹하고 정상적이지 못한 형벌에 해당한다고 하여 5대 4의 다수의견으로 위헌이라고 판시하였다. 법정의견에 가담하여 찬성의견을 개진한 Douglas 대법관은 사형이 흑인이나 가난한 사람에게만 차별적으로 부과되고 있는 사회적 현실에 중점을 두고, 이것은 참혹하고 정상적이지 못한 형벌을 금지하는 수정 제8조와 법의 평등보호를 보장하는 수정

30) “ ... nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law ...”

31) 연방정부에 대한 평등조항 적용은 수정 제5조의 적법절차가 수정 제14조의 평등권 조항을 역편입한 것이다.

32) *Furman v. Georgia*, 408. U. S. 238 (1972)

제14조에 위반되어 위헌이라고 판시하였다.

생명권과 관련하여 안락사 및 식물인간의 문제를 살펴볼 수 있다. 안락사 및 식물인간의 문제는 ‘죽음의 권리’ 또는 ‘죽음의 시기’를 내용으로 하는데, 어느 것이나 당사자의 생명권을 부정한다는 측면을 안고 있다. 적법절차에서 ‘죽음의 권리’와 관련하여 안락사 또는 식물인간의 문제는 적법절차의 보호법익으로서 ‘생명’의 분야에서 보다 ‘자유’의 분야에서 다루어져야함이 타당하고 미국의 판례들도 ‘자유’의 분야에서 이 문제를 다루고 있다. 낙태와 관련하여 태아의 생명권에 관한 논의가 있을 수 있으나 미국의 법원은 Roe 판결에서 태아는 수정 제14조의 사람이 아니라고 판시하여 낙태를 태아의 생명권적 측면에서 보다는 여성의 출산에 대한 자기결정권을 중점으로 다루었다. 33)

나. 자유

연방대법원은 권리장전상의 여러 가지 자유에 대하여 수정 제14조의 적법절차가 보장하는 자유를 곧바로 구성하는 것은 아니지만, 권리장전상의 자유 가운데 ‘질서정연한 자유를 구성하는 핵심적 요소’가 되는 자유는 수정 제14조의 적법절차 조항에 편입되어 주에 적용될 수 있다는 선택적 편입설을 취하고 있다. ‘자유’에 대한 관점이 자주 문제가 되고 있는 것 중의 하나는 명예이다. 보안관이 상인들에게 활동 중인 들치기 명단을 배포하여 주위를 촉구한 경우에 그 명단에 낀 사람이 명예훼손으로 소송을 제기한 사건³⁴⁾에서 연방대법원은 단순한 명예훼손만으로는 자유의 박탈이 되지 않는다고 판시하였다. 그러나 정부의 공무원이 허위정보를 유포한다면 그 행위는 일반적인 선택 또는 행동의 자유를 현저하게 축소시키는 자유권의 박탈에 해당한다고 한다. 명예훼손이 증대하여, 사교와 고용의 기회를 광범위하게 했을 경우는 자유의 침해가 있다고 한다. 35)

Meyer v. Nebraska³⁶⁾사건에서, 연방대법원은 어린아이들에게 외국어를 가

33) 박정희, 미국헌법상 적법절차의 법리에 관한 연구, 이화여자대학교 석사학위논문, 1993.

34) Paul v. Davis, 424 U. S. 693 (1976)

35) Goss v. Lopez, 419. U. S. 565 (1975)

36) Meyer v, Nebraska, 262 U.S. 390 (1923)

르치지 못하도록 한 주법³⁷⁾을 위반하였다는 이유로 실형을 선고받은 독일어 교사의 유죄판결을 파기했다. 연방대법원은 그 법이 자녀의 교육을 감독할 수 있는 부모 또는 보호자의 권리를 부당히 침해했다고 판결했다. McReynolds대법관은 수정헌법 제14조가 규정하고 있는 개인적 “자유”의 의미를 넓게 해석할 수 있는 기초에 대해 ‘확실히 그것은 신체적 제약으로부터의 자유뿐만 아니라 계약을 체결하고 어떤 형태의 직업에 종사하며 유용한 지식을 얻고 결혼하여 가정을 이루고 자녀를 양육하며 자신의 양심에 따라 신앙을 누릴 수 있는 개인의 권리이며, 일반적으로 그러한 권리를 향유하는 것은 보통법상 행복추구에 필수적인 것으로 인식되어 왔다’고 말했다.

Roe v. Wade(1973)판결에서 연방대법원은 수정헌법 제14조 적법절차조항의 “자유” 속에서 프라이버시권을 도출하고 있다. 현대에 적법절차의 보호법익으로서의 ‘자유’는 프라이버시권을 중심으로 전개되고 있다고 말할 수 있다. 피임, 결혼, 가족관계, 낙태, 동성애 등에서 실체적 적법절차 법리에 근거하여 ‘자유’의 보호를 확대, 강화하고 있다.

다. 재산

연방대법원은 1930년대 이후 점차로 복지급여, 교육 등을 포함하여 시민들이 정부로부터 받는 이익을 재산권으로 인식하기 시작하였는데 종종 법원은 이러한 이익을 재산이라고 하는 대신 자유라고 부르기도 하였다. 연방대법원은 Goldberg 사건³⁸⁾의 판결을 통하여 정부의 복지급여는 법률상 자격이 있는 사람에게 주어지므로 재산에 가깝다고 따라서 그 이익의 박탈은 곧 재산권의 박탈이며 적법절차의 적용을 받게 된다고 판시하였다. 1972년의 Roth 사건³⁹⁾ 판결 이후 연방대법원은 재산개념을 자격 중심으로 인정하고 있다. 따라서 어느

37) 문제의 주법은 제1차 세계대전 중에 미국이 독일과 싸우고 있던 때에 제정되었으며, Nebraska주의 소수민족인 독일인들의 문화를 억압하는 것이 목적이었다. Laurence H. Tribe, *Abortion The Clash of Absolutes*, W.W.Norton & Company, 1990, 92면

38) Goldberg v. Kelly, 397. U. S. 254 (1970)

39) Board of Regents v. Roth, 408. U. S. 564 (1972)

개인이 이익을 받을 자격이 있는 것으로 간주될 경우 이 이익을 헌법상 재산으로 인정하는 것이다.

적법절차의 규정과 성립, 발전들을 간단히 보았다. 여기서 적법절차라는 용어 그 자체가 상당히 추상적으로 느껴짐을 알 수 있다. 적법절차란 개념은 가장 포괄적인 것으로 불확정적 개념에 속한다. 그 개념은 정의 내릴 수 없는 것인지 적법절차의 개념에 대해 검토해보도록 하겠다.

B. 적법절차의 개념

1. 적법절차 개념의 불확정성

미연방대법원의 초기 판례는 적법절차를 “개인의 권리를 보호하고 실현하기 위하여 확립되어 온 규칙과 원칙에 적합한 법률절차⁴⁰⁾라고 정의를 내리기도 했으나, 20세기에 접어들면서 그 태도를 변경하여 ‘법률에 있어서 적법절차처럼 정확하게 이해하여 파악하는 것만큼 어려운 구절은 없다. 이 법원은 언제나 적법절차에 대한 포괄적인 정의를 내리려고 하지 않으며, 그 충실한 의미라는 것은 제기된 사건의 심판에 있어서 적용, 배제되는 과정을 거쳐 점차적으로 확립되어 갈 것이라는 것을 기대한다’⁴¹⁾라고 함으로써 적법절차에 관한 확정적 개념 모색이 사실상 어렵다는 것을 인정하였다. 이와 같이 적법절차는 명확한 개념을 제시하기 어려우나 Harlan 대법관은 1884년의 *Hurtado* 사건⁴²⁾ 판결의 반대이견에서 가장 간략하게 이 개념의 정의를 내렸는데, “우리들의 시민적, 정치적 제도의 기반이 되고 있는 자유, 정의라는 기본적 원칙”이라 하고, “어떤 주도 생명, 자유 또는 재산 등과 관계있는 절차에 있어서는 연방헌법 수정 제14 조가 요구하고 있는 절차를 침해할 수 없다”고 하였다. 이러한 Harlan 대법관의 소수의견에서의 주장은 1937년의 *Palko* 사건⁴³⁾에서 Cardozo 대법관 등에 의

40) *Pennoyer v. Neff*, 95 U.S. 714 (1877)

41) *Twinning v. New Jersey*, 211 U.S. 78 (1908)

42) *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516 (1884)

43) *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937)

해 다수의견으로 받아들여지게 되었다. 44)

미국 헌법에서의 “Due Process of Law”의 개념이 무엇을 의미하는지는 그 조항을 채택한 당시의 관점으로 돌아가 이해하는 것이 적법절차를 이해하는 데 도움이 될 것이다. 권리장전 채택 당시의 적법절차 관념에 대해 수정 제14조의 적법절차 조항의 원래의 의도는, 권리장전상의 다른 여러 권리와 마찬가지로 오로지 연방정부에 대해서만 적용되는 수정 제5조의 적법절차 조항을 각 주에 적용하는 것이다. 수정 제14조의 적법절차 조항을 둔 원래의 의도가 무엇인가 하는 것을 알려면, 수정 제5조 적법절차 조항을 둔 원래의 의도가 무엇인가 하는 것을 탐구하는 데로부터 출발점을 삼아야 한다. 사람의 생명, 자유 혹은 재산을 박탈하는 법률이 적정 또는 적절한 입법절차에 의해서 제정되어야 한다는 것, 다시 말하면 법률은 진정한 법률이어야 한다는 것이다.

적법절차의 개념은 그 성격상 일의적으로 정의될 수도 없고 사회발전에 따라 가변적 내용을 포괄할 수밖에 없다. 따라서 적법절차는 법원이 구체적 사건에서 법적 논쟁을 해결함에 있어서 일정한 절차 또는 가치를 수용 또는 배제함으로써 점진적으로 확립되어 왔다. 적법절차의 포괄적이고 일의적인 개념을 도출하기 위해서는 선례들을 종합적으로 검토해야 한다.

가. 일반적 정의

1884년의 *Hurtado*판결⁴⁵⁾의 반대의견에서 Harlan 대법관은 적법절차란 "자유와 정의의 원칙들을 유지하기 위한 법적 절차"로서 국가권력의 행사에 있어서 공정성의 원리를 성취시키기 위한 '공정한 처우의 원칙'이라고 정의하였다. 이 정의는 완벽한 것은 아니지만, 그 후 판결들에 하나의 모델을 제시하였고, 1937년의 *Palko*판결⁴⁶⁾에서 다수의견으로 수용되었다. Cardozo 대법관은 이 사

44) Henry J. Abraham and Barbara A. Perry, *Freedom and the Court ; Civil Rights and Liberties in the United States*, 4th ed, Oxford University Press, 1982, 94면; Gerald Gunther, *Constitutional Law; Cases and Materials*, 10th ed., Mineola Foundation Press, 1980, 480-481면

45) *Hurtado v. People of the State California* 110 U. S. 516 (1884)

46) *Palko v. Connecticut*, 302 U. S. 319

건에서 적법절차란 ‘우리들의 전통과 양심 속에 근본적인 것으로 자리 잡고 있는 자유와 정의의 원칙’이며, 나아가 ‘우리들의 모든 시민적, 정치적 제도의 기반이 되는 자유와 정의의 기본원칙’이라고 하였다. 그 기본원칙은 궁극적으로 인간의 존엄성을 실현하기 위한 ‘형평의 원리’로 이해되고 있다.

나. 사법 절차적 정의

1819년의 Bank of Columbia 사건에서 적법절차의 원칙이란 국가권력의 자의적 행사로부터 개인을 보호하며, 나아가 확립된 사적 권리와 배분적 정의의 원칙을 준수할 것을 요구하였다. 1884년의 Corfield사건⁴⁷⁾에서 Washington 대 법관은 적법절차에는 생명, 자유, 재산의 향유와 행복과 안전의 추구를 그 내용으로 하는 “실체적” 측면과 인신보호영장과 형사재판에 접근, 향유할 수 있는 “절차적” 측면이 포괄된다고 판시하였다. 적법절차에 관한 판례들을 종합해 보면, 그 목적은 개인의 생명, 자유, 재산 등을 보장하는 데 있으며, 그 수단으로서 국가권력의 자의적 행사를 금지하는 데 있다.

다. 입법적 정의

적법절차는 적정한 법의 절차를 통해 개인의 자유와 권리를 보장하기 위한 입헌주의의 근본을 이루고 있다. 적법절차 개념은 구체적인 사건 판결에서 “자유, 정의의 기본규칙”, “정의의 원칙”, “정의개념을 표현하는 예절과 형평의 기준” 등의 표현으로 나타나고 있는데, 대체로 그들 문명사회의 오랜 전통과 양식 속에 자리 잡고 있는 자유와 정의의 기본원칙을 내포하고 있다고 하겠다. 적법절차가 이와 같이 정의의 기본원칙을 의미한다고 할 때, 정의는 무엇인가 하는 문제가 여전히 남게 된다. ‘적법절차’가 이런 문제를 안고 있기는 했지만, 어쨌든 적법절차 법리는 보통법의 일부로서 미국에 전래되어 자유와 정의를 구현하는 중요한 법 원리로서 발전해 오고 있다.

47) Corfield v. Coryell 6 Fed. Cas. at 552-53

이상을 정리하면 『적법절차라 함은 국가권력의 자의적 행사를 금지하고 개인의 생명, 자유와 재산을 보장하기 위한 ‘자유와 정의의 일반원칙’으로서 이들 가치를 제한하는 경우에는 ‘적정한 법의 절차’를 거쳐 행함으로써 궁극적으로 인간의 존엄성을 실현하기 위한 법의 지배 내지 입헌주의의 기본원칙을 말한다.』⁴⁸⁾ 라고 개념정의를 내릴 수 있겠다. 이렇게 정의 내린 적법절차는 크게 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 이에 대해 자세히 보도록 하겠다.

2. 적법절차의 두 측면- 절차적 적법절차와 실체적 적법절차

적법절차조항은 처음에는 영국에서처럼 보통법의 일반적인 원칙을 수용하여 법집행의 형식적인 절차에 대한 제약으로서 흑인의 자유 보장과 주 권력 제한 등 주로 형식적인 절차적 정의의 보장을 본래의 기능으로 해석하였으나, 19세기 말에는 동 조항이 단지 형식적인 절차만이 아니고 실체적 내용까지도 제한하는 것이라고 보는 확대해석의 입장이 확립되었다. 이것은 산업혁명 이후 고도의 자본주의로 발전하는 과정에서 실체적 정의에 위배된 법률의 개인 기본권에 대한 침해가 빈번해지자 적법절차를 통해 올바른 법적 개념을 정립하고 새로운 역사적 상황에 부응하는 법해석의 태도가 요청되기에 이른 것인데, 따라서 1880년대부터 연방대법원은 적법절차를 토대로 하여 정의에 반한 법의 내용과 집행절차는 물론 국가권력행위에까지도 적법절차의 의미를 확대해석하게 되었다.⁴⁹⁾

적법절차조항의 제정 의도는 공민권을 보장하기 위한 것이었지만, 초기(19세기말- 20세기 초)에 그 영향은 거의 ‘경제적’인 것으로 Thomas Colley는 이를 가리켜 “기업을 위한 대헌장”(a magna carta for business)⁵⁰⁾을 의미한다고 하였으며, 이는 적법절차조항의 순기능보다는 역기능 측면이 팽배함에 따라 적법절차의 보장은 ‘정치적 및 사회적’ 영역에서 시민운동, 빈곤퇴치운동 및 여성

48) 윤명선, 앞의 논문(주1), 66-67면

49) 유정복, 앞의 논문(주18), 234면

50) 정진홍, 적법절차의 법리와 적용론, 청우문화사, 1994, 72면, 재인용

해방운동과 같은 모습으로 나타났다. 이러한 시대조류에 부응하여 1960년대에는 형사 분야에서 그리고 1970년대에는 행정 분야에서 ‘절차적 적법절차의 절정’을 이루었다. 그러나 적법절차조항의 중요성이 더욱 부각된 것은 연방대법원의 적법절차조항의 실제적 해석에서 찾을 수 있다. 적법절차 여성의 사생활 보호라는 측면으로 다양화되었다. 결국 적법절차조항은 ‘실체적 적법절차 법리’라는 새로운 법 원리를 형성하였다. 영국에서 오랜 역사를 통하여 확립된 자연적 정의(Natural Justice)의 법리에 그 연원을 두고 있는 적법절차가 미국에 있어서는 지난 2세기 동안 판례와 학설을 통하여 꾸준히 발전해 오면서 국가권력의 전통적인 행사를 억제하여 개인의 권익을 보호하는 토대로서의 구실을 충실히 이행해 왔다. 즉 매우 추상적인 표현으로 규정된 미국 연방헌법상의 적법절차는 구체적인 개념과 적용범위를 그때마다의 구체적 사정에 따라 법원의 해석과 운용을 통하여 틀이 잡혀 온 것이다. 연방대법원에 의하면 적법절차는 절차적 측면에서의 개인의 자유와 권리를 보장하는 것이 아닌, 시대의 변화에 따라 실체적 측면에서의 보장까지 포함하는 것으로 확대되었다. 이러한 적법절차의 실체적 보장을 강조하는 것은 헌법상의 ‘본질적인 가치’에 해당하는 범익의 범위를 점차 확대, 인식하고자 하는 것이며, 그 근거조항으로서 적법절차조항을 이해하고자 하는 것이다.

수정 헌법 제5조와 14조의 적법절차조항에 따르면 ‘어느 누구도 법의 적정한 절차 없이 생명, 자유 또는 재산을 박탈당하지 않는다.’고 한다. 19세기 후반에 연방대법원은 수정헌법 제5조와 제14조의 적법절차조항으로부터 “실체적 경제적 적법절차”의 법리를 공식화하였다. 실체적 경제적 적법절차의 공식화와 응용은 *Lochner v. New York* 사건⁵¹⁾에서 재판부의 판결으로부터 발달되기 시작하였다. *Lochner* 판결에서 재판부는 사람이 제빵 공장에서 노동하는 시간에 한계를 둔, 뉴욕주법이 실체적 적법절차에 위반되기 때문에, 헌법에 위배된다고 하였다. 그러나, 재판부는 또한 어떤 고도의 사회정책을 위해 경제적 관계를 규제하는 제한된 힘을 주가 가지고 있다고 결론을 내렸다. ⁵²⁾

51) *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 1905

52) Donald C. Guy, James E. Holloway, "The Direction of Regulatory Takings Analysis in the Post-*Lochner* Era", *102 Dick. L. Rev.* 327, 1998

이상을 정리하면 이렇다. 적법절차조항을 주정부나 연방정부가 개인들에게 ‘근본적 공정성’을 갖고 행동할 것을 요구하는 조항이라고 봤을 때, 그 요구를 두 가지 다른 측면에서 볼 수 있다. 실제적인 면과 절차적인 면이 그것이다. 절차적인 면에서의 적법절차는 주가 공정하게 행위하는 한, 헌법이 명시적으로 금하는 것이 아니면 주는 무엇이든 할 수 있다는 것을 뜻한다. 즉, 실제적인 면에서의 적법절차는 주정부나 연방정부의 권한에 묵시적인 한계를 드리우는 것이다. 이것이 ‘실체적 적법절차법리’의 기본적 의미이다.⁵³⁾

가. 실체적 적법절차

미국에서는 Marbury v. Madison 판결 이후 연방대법원에 의한 입법과 행정의 합헌성의 심사가 헌법적 전통으로 계승되면서 연방대법원은 적법절차조항을 국가행위의 실질을 심사하는 근거로 사용하였다. 연방대법원이 의회의 행위와 행정부의 행위에 대한 절차적 공정성을 심사하고(절차적 적법절차 심사) 나아가 공정한 내용을 가진 특정한 헌법조항에 위배하는 것으로 선언하는 것은 상대적으로 반대가 거의 없는 영역이지만, 내용의 공정성을 적법절차조항(실체적 적법절차 심사)과 평등조항 위배로 위헌을 선언하는 것에 대해서는 많은 비판이 있어 왔다.

실체적 적법절차(substantive due process)는 적법절차를 절차 면에서 실체 면으로 확대해석한 것인데, 시대적으로 남북전쟁을 계기로 한 1890년대에 확립되었다. 남북전쟁은 국내시장을 확대하고 대규모의 공업생산을 가능하게 하였으며, 한편으로는 경제, 사회적인 새로운 문제가 제기되었으므로 정부는 이에 대응하기 위한 새로운 입법의 조치를 취하였다. 이와 같은 상황에서 기업가들은 그와 같은 법률이 자유를 부당하게 침해하는 것이라고 하여 법원에 구제를 요구하였는데, 법원은 적법절차조항이 그들을 보호하는 가장 유력한 무기인 것을 발견하고 “적법절차는 법률의 내용도 제한할 수 있다”는 것으로 해석하게 되었다. ⁵⁴⁾ 실체적 심사는 법률의 실체적 내용을 심사하는 사법부의 권한에 관한

53) 임지봉, 앞의 논문(주16), 271-312면

것이다. 여기서 “실체적 심사”란 어떤 법률이나 정부행위의 실체적 내용이 연방 헌법에 합치하는지에 대한 사법적 판단을 의미한다. 절차적 적법절차가 관련된 것 이외의 모든 형태의 심사는 실체적 심사이다. 예를 들면, 연방대법원이 출판의 자유를 제한하는 어떤 법률이 수정헌법 제1조를 위반하였다는 이유로 무효화하는 경우, 이 사건은 연방대법원에 의하여 실체적 심사가 이루어졌음을 의미한다. 55) 여기에서 실체적 적법절차란 첫째, 절차상의 공정성보다도 더 자유 또는 권리의 실체적 내용의 집행이 보장되는 것이 요청되는 것이며, 둘째 공공정책상의 쟁점에 있어서 입법적 판단에 우선하는 사법적 판단의 대치가능성을 인정하는 내용을 갖는다고 본다. 56) 실체적인 적법절차는 연방대법원이 자의적이거나 부당히 국가권력을 남용한 입법과 정부의 조치를 무효로 하는 데 사용되고 있다.

프라이버시사건들에서 연방대법원은 실체적인 적법절차를 수용해 왔다. 실체적인 적법절차에 있어서의 문제점은 명문의 규정이 없다는 점이다. 57) 개인의 여러 가지 권리들이 기본적인 타당한 것처럼 보이지만 많은 비평가들은 자연권에 만족하지 않는다. 그것은 재판을 통한 입법과 비슷하다. 실체적인 적법절차는 선거에 의해 선출되지도 않았고 책임을 지지도 않는 연방대법원의 다수의 대법관들에게 사회의 정책을 결정할 수 있는 권리를 부여한다. Black Hugo 대법관은 그러한 사법적 정책결정을 “만약 ‘사법적 정의’에 기초한 이러한 원칙들이 ... 만연해 있다면, 그러한 원칙들은 법관들로 하여금 법이 잘못되거나 불필요한지를 자신의 판단에 따라 결정하도록 요구한다. 그러한 결정권은 물론 입법

54) 유정복, 앞의 논문(주18), 254면

55) Ronald D. Rotunda/ John E. Nowak, *Treaties on Constitutional Law*, Vol 2. West Publishing Co, 1992, at 356

56) 유정복, 앞의 논문(주 18), 234면

57) 실체적 적법절차법리의 맹점은 그 불확정성에 있다. ‘적법절차’란 애매모호한 용어이다. ‘근본적 공정성’도 더 구체적인 용어가 못 된다. 법원이 적법절차의 법리를 합헌성 심사에 사용하고 때때로 정부의 공권력 행사를 위헌무효화 시킬 때, 법원은 정부 행위에 대한 실체적 한계로서의 ‘근본적 권리’들을, 또한 정부 행위의 정당성의 측정수단으로서의 ‘근본적 권리’들을 어떻게 또 헌법상의 어느 조항에 근거해서 도출하느냐의 문제가 발생한다. 그리고 그런 ‘근본적 권리’들이 명시적인 규정이 없는 묵시적인 것이기 때문에, 판사가 헌법상의 제한이라는 미명하에 자기 자신의 가치선택을 판결에서 강요하려할 때 무엇이 이를 막을 수 있는가의 문제도 발생한다.

부의 것이다”⁵⁸⁾라고 비판했다. White 대법관과 Rehnquist대법관은 만약 법이 기본적인 것처럼 보이지만 헌법상 명문의 규정이 없는 경우에는 정치체도가 불균형을 시정할 것이며, 적어도 그래야만 한다고 주장한다. ⁵⁹⁾ 또한 John Hart Ely교수가 지적하듯이, 실제적인 적법절차는 Lochner 시대⁶⁰⁾와 같이 모호한 헌법의 개념들에 따라 고찰될 때에는 잘못될지도 모르지만, Roe 사건에 적용된 방식은 매우 교묘하다. 여성이 자신의 신체기능을 통제할 수 있는 신성한 권리는 헌법에 합치되는 것처럼 보이지만, 무언가 다른 느낌이 든다고 한다. ⁶¹⁾ Douglas 대법관은 권리장전(Bill of Rights)의 조항들을 포괄하는 완벽한 구조를 만들어서 실제적 적법절차법리가 헌법상 근거가 없다는 비난을 피하고자 하였다. Douglas 대법관에게 있어서 헌법상 명문의 규정이 있는 권리들은 자유를 보호하는 기초였다.

실체적 적법절차 법리에 대해 헌법규정이 없음 등을 이유로 사법심사의 남용이라고 하는 주장은 다소 설득력이 약하다고 여겨진다. 물론 예전에 로크너 시대에 있어서는 고용자의 이득만을 위하여 실체적 적법절차법리가 남용되었다는 것은 인정한다. 그러나 현대에는 새로운 실체적 적법절차법리로 나아가고 있고, 이는 개인의 자유 신장에 있어서 큰 기여를 하고 있다. 자연법이라는 추상적인 규정이 아닌 수정헌법 제5조와 제14조에 근거를 두고 실체적 적법절차법리라는 이름으로 개인의 기본권 신장에 도움을 주고 있다. 실체적 적법절차법리를 원용

58) *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, Black 대법관의 반대이견.

59) White대법관과 Rehnquist대법관의 반대이견은 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973)사건과 *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973)사건에서 같았는데, “나는 연방대법원의 판결을 지지하는 헌법조항이나 헌법의 역사를 발견하지 못했다. 연방대법원은 어떠한 이유나 정당성도 없이 오로지 임신한 부녀자를 위하여 새로운 헌법상의 권리를 만들었으며, 대부분의 주들이 가지고 있는 낙태금지법을 파기하기에 충분한 권리를 만들어 냈다 ... 사건에 의하면 그러한 판결은 경솔한 것이며, 사법심사권의 남용이다”라고 하였다.

60) Lochner 시대는 경제상의 실제적인 적법절차를 포함한 사건들의 발단과 관계가 있다. 연방대법원은 경찰의 개입을 광범위하게 허용(예를 들어, 최장근무시간을 규정하고 있는 법률)하고 있는 일련의 주법을 위한 선언했으며, 오로지 고용주와 피고용자사이의 계약의 자유를 지지하는 판결에 의해서만 파기될 수 있었다. *Lochner v. New York*, 98 U.S. 45 (1905), *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915), *Adair v. United States*, 208 U.S. 161 (1908)

61) John Hart Ely, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, *The Yale Law Journal* 82, 1973,

함에 있어서 무조건적인 수용이 아닌 사건과 상황과 역사의 흐름 가운데 긴장과 비판의 시선을 도모한 채 이 법리를 수용한다면 큰 무리는 없을 것이고, 이 법리를 헌법에 규정이 없다고, 사법심사의 남용이라는 것을 근거로 사용하지 않는다면, 더욱 큰 테두리 안에서 볼 때, 헌법이 추구하는 개인의 기본권보장과 행복추구에 어긋나는 판결들이 내려질 가능성이 더 높아질 것이라고 여겨진다. 헌법이나 법을 무시한다는 개념이 아니라 법의 한계를 인정해야 한다는 것이다. ‘법의 개념’의 저자인 하버트 하트의 법에 대한 정의개념⁶²⁾을 인용해 볼 때, 법이라는 것이 다수의 승인된 규칙이라고 하는 경우, 소수자의 인권이나 기본권은 무시되는 경우가 있을 수 있다는 것이다. 이러한 법의 한계를 인정하고 나아가감에 있어 실체적 적법절차법리는 법의 한계를 인정하고, 법이 추구하는 목표에 맞게 법을 수정할 수도 있고, 법을 판단할 수도 있는 근거가 된다는 것이다. 법의 혜택을 받지 못하는 소수자의 기본권, 인권보호에 있어 실체적 적법절차 법리를 원용하면, 그 법의 한계로 인한 공백을 메꿀 수 있다.

나. 절차적 적법절차

적법절차에는 2가지 종류가 있다. 절차상의 적법절차란 “비난하기에 앞서 귀 기울이는 것이며, 조사에 근거하여 절차를 진행시키고 오직 재판을 통해서만 판결을 내리는” 것⁶³⁾을 말한다. 분명히 피고의 권리는 “법적 조치가 문명세계의 정의의 관념에 반한다고 여겨질 때에 침해된다.”⁶⁴⁾ 절차적 적법절차라 함은 정부의 권력이 행사되는 ‘방법’에 관련된 것이다. 그 방법에 절차적 공정성이 있는지의 여부가 이 절차적 적법절차의 핵심이 된다. 만약 그 ‘방법’이 위헌판결을

62) 법이라는 것이 ‘명령’이라는 것에만 초점을 맞추는 것이 아니라는 것이다. H.L.A. Hart, 오병선 옮김, 법의 개념, 아카넷, 2001.

63) Jack C. Plano and Milton Greenberg, The American Political Dictionary, 5th ed, New York: Holt, Rinehart and Winston, 1979, p.66.

64) Benjamin Cardozo대법관은 Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319 (1937) 사건에서 주가 수정헌법 제14조의 적법절차조항에 의해 보호되는 권리들을 침해했는지의 여부를 판단하는 기준을 제시했다. 그는 이 사건에서 수정헌법 제5조의 이중위험금지의 원칙(double jeopardy)이 수정헌법 제14조를 통해 주에 적용되지 않았다고 판결했으며, 그렇게 보호된 권리들은 “공정한 처벌제도에 필수적”이라고 하였다.

받는다면 그 절차에 실제적 적법절차의 위반이 없는 한, 정부는 다른 절차적 방법을 사용할 수 있다. 어떤 경우이든 간에 정부의 의사결정에 대한 절차의 공정성을 법원이 활발하게 심사하는 역할을 하는데 대해서 이론적인 비판은 거의 없다. 왜냐하면 그러한 일을 하는 데는 사법부만큼 적합한 데가 없는 것이기 때문이다.

여기에서는 적법절차의 절차적 측면을 심사하는 그 범위가 제한되어 있다는 것을 인식하는 것이 중요하다. 절차적 적법절차는 절차의 근거가 되는 법률의 내용이 자의적인 것에 대하여는 아무런 보호나 보장이 되지 못한다. 즉 절차적 적법절차에는 어떠한 공정한 의사결정의 절차만 사용되면 되고, 궁극적으로 그러한 절차를 통해서 집행되어야 하는 법률의 내용이 공정하거나 정당할 필요까지는 없는 것이다. 절차적 적법절차(procedural due process)는 절차상 합법성을 의미하는 경우인데, 절차적 정의를 존중하는 것이다. 즉, 법적 분쟁을 해결하기 위해서는 그 결정이 객관적인 신뢰를 받도록 절차적으로 편견과 불공정의 우려를 없애야 한다는 생각이 적법절차 개념의 기초를 이루고 있는 것이며, 이는 곧 ‘절차와 적정’임을 의미한다. 절차적 심사는 그 범위가 한정되어 있다는 점을 인식하는 것이 중요하다. 절차적 적법절차는 단지 정부가 개인의 생명, 자유 또는 재산을 직접 침해하는 행위를 하기 전에 공정한 결정과정이 있어야 한다는 것을 보장할 뿐이다. 예를 들면, 주 의회가 자동차를 2열로 주차한 죄에 대하여 배심재판(trial by jury)과 상소심재판(appellate review)을 거쳐 확정된 사람에게 사형을 부과하는 법률을 제정한 경우, 그 법률이 적법절차조항이 요구하는 절차적 요건들을 위반한 것이 아님은 분명하다. 이 법률은 잔인하고 비정상적인 형벌에 해당한다는 점에서, 수정헌법 제14조를 통하여 주에 적용되는 수정헌법 제8조⁶⁵⁾를 위반한 것일 수는 있다. 사실 이 법률은 또한 교통 혼잡에 따른 위험을 막기 위하여 정부의 권한을 비합리적이고 자의적인 방법으로 남용한 것이라는 점에서 수정헌법 제14조 적법절차조항의 실제적 보장에도 위반될 것이다. 그렇지만 사형선고가 내려지는 결정과정이 공정한 것인 한, 그 법

65) 수정헌법 제8조(1791. 12. 15. 공포): 과도한 보석금을 요구하거나 과도한 벌금을 부과하거나 잔혹하고 비정상적인 형벌을 가할 수 없다. (Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.)

를 “절차적” 적법절차에 근거해서 위헌 선언할 수는 없다는 것이다. 66)

절차적 적법절차와 실체적 적법절차는 그 내용이 명백히 다른 것이므로, 이 두 가지 측면을 구별하는 것은 매우 중요한 현실적인 문제가 된다. 그리고 이러한 구별의 중요성은 그 유효성이 문제된 특정한 법률에 있어서 적법절차의 절차적 측면과 실체적 측면이 혼합되어 있는 경우에도 마찬가지이다. 이 글에서는 범위를 좁혀 미국헌법상 실체적 적법절차법리의 전개를 살펴보고자 한다.

66) Ronald D. Rotunda/ John E. Nowak, *supra* note 55, at 356

Ⅲ. 미국헌법상 실체적 적법절차 법리의 전개

A. 실체적 적법절차 법리의 등장 및 변천

1. 건국으로부터 남북전쟁(1861-1865)이전까지

미합중국 건국초기의 연방대법원은 연방제 수호를 위해 존립했고 19세기에 들어와서는 사유재산권의 보호를 위해 헌신했다. 이를 위하여 의회가 제정한 법률 또는 대통령이나 주정부의 조치에 대하여 위헌심사를 할 수 있었다. 마셜 법원이 설정했던 최초의 경계선은, 주정부에 대하여 연방정부를 보호하고 연방정부가 기능을 다하도록 그 권능을 조성하고 촉진함으로써, 신생국가인 미합중국의 성격을 규정하고 힘을 강화시키고자 한 것이었다. 그 경계선은 또한 개인의 재산권상의 이익을 보호하기 위하여 설정된 것이기도 하다.⁶⁷⁾

보수주의적인 강력한 위헌심판을 하는 경향은 19세기 전반에 걸쳐서 미국사회를 지배하고 있었다. 건국초기에는 완전한 연방제를 확립하기 위하여 사법적 위헌심사가 시작되었으나 19세기 초, 중반의 태니 법원의 시대에 와서는 다소 조잡한 판결이라고 평하고 있지만 개인의 기본권보장을 위하여 위헌심판을 하는 데에까지 확대하였다. 이때의 연방대법원의 주요한 업적은 사법부의 권위를 확립한 것과 헌법재판을 통하여 보수적인 사법부가 미국을 지배하는 시대를 만들었다는 것이다.⁶⁸⁾ 당시의 대법원은 또한 토지와 노예에 대한 소유권을 계속 옹호하는 한편, 주에 부분적으로 유리하도록 균형을 맞추기 위하여 다양한 방법으로 노력하였다. *Dred Scott v. Sanford*⁶⁹⁾ 판결은 그들의 입장에 대한 마지막 입증이었다.

미국 연방대법원이 연방정부가 제정한 법률의 실체를 심사하여 그 효력을 잃게 할 수 있는 선례를 확립한 것은 1803년 *Marbury v. Madison* 사건의 판결

67) H. Abraham, *Freedom and the Court: Civil Rights and Liberties in the United States*, 1982, 17면, 윤후정 옮김, 「기본적 인권과 재판」, 이화여자대학교 출판부, 1992,

68) 한병채, 미국 위헌심사의 정치적 배경과 헌법재판의 동향, 「헌법논총 제1집」 1990, 26면

69) 60 U.S. 393, 1856

을 통해서이다. 이어서 1810년에는 연방대법원은 이러한 권한을 주정부가 제정한 법률에 대해서까지 확대시켰다. 연방대법관들이 자연법에 근거하여 법률을 무효화 할 수 있는냐 하는 최초의 논쟁을 하게 된 것은 *Calder v. Bull* 사건에서였다. 70) 연방대법원은 형식상으로는 Iredell 대법관의 견해를 취해서, 법원은 오로지 연방헌법의 특정한 규정에 근거해서만 연방정부 또는 주정부의 입법부와 행정부의 행위를 무효화 시킬 수 있다고 판결하였다. 그러나 실질에 있어서는 법원이 정부의 다른 부분의 행위를 심사하는 기초를 계속적으로 확대하여 오면서 Chase 대법관의 견해가 우세한 지위를 차지하여 왔다.

미국이 건국된지 초기 몇 년 동안 연방대법원은 연방정부 행위를 무효화하는 것을 억제하였다. 재산권 행사의 자유는 연방 법률에 의해서보다는 주 법률에 의하여 제한되었다. 당시의 많은 주의 분위기는 주정부의 대표에 의해서 제정된 주의 법률은 연방대법원이 심사할 수는 없다는 것이었다. 이러한 상황 하에서 연방대법관들은 그들이 주정부의 입법행위나 행정행위를 무효화하려면 헌법에 명시적 근거도 없는 추상적인 자연법보다는 훨씬 구체적인 규정이 필요하다는 사실을 깨달았다. 당시 권리장전에는 구체적인 근거규정이 될 만 한 것이 있기는 하였지만, 1833년 연방대법원에 의하여, 권리장전은 연방정부에만 적용될 뿐 주정부의 행위에 대하여는 적용이 없다는 판결이 확정되었다. 71) 연방대법관들은 개정하기전인 최초의 헌법전에서 주의 행위를 제한하는 근거가 될 수 있는

70) 이 사건이 중요한 의미를 가지는 것은 Iredell과 Chase 두 대법관의 반대의견 때문이었다. Chase 대법관은, 연방헌법이나 주 헌법을 기초한 사람들은 제한된 권력을 가진 정부를 건설하려한 것이며, 그리하여 성문헌법의 특정한 규정뿐만 아니라 자연법도 정부권한을 제한하고 규제하였다고 믿었다. 그는 사법부의 역할은 자연법 아래에 있는 국민의 권리를 정부가 침해하기 못하도록 보호하는 것이며, 따라서 연방대법원의 임무는 어떤 법률이 자연법이 국민에게 준 권리를 침해한다고 믿어지면 이 법률을 무효화하는 것이라고 주장하였다. Chase 대법관의 자연법 철학은 후세의 대법관에게 많은 영향을 줌으로써, 실제적 적법 절차 원리 발전에 깊은 영향을 끼쳤다. Iredell 대법관은, 사법적 제한을 주장하였다. 그는 자연법이 우월한 것이라 하더라도, 사법부에 의해 정부의 또 다른 부분인 입법부에서 국민의 의사로 제정한 법률위에 자연법을 강제할 수는 없는 것이라고 주장했고, 국민은 연방의 회나 주의 행위에 대하여 헌법안에 특정한 견제장치를 설치하였는데 그러한 견제장치가 침해된 경우에만 법원은 법률의 무효를 선언할 수 있다고 말하였다. 또한 그는 자연법 원리를 강요하는 것은 국민을 대법관의 개인적인 견해에 종속시키는 결과가 되기 때문에 그런 역할을 해서는 안 된다고 하였다.

71) *Barron v. Mayor and City Council of Baltimore*, 32 U.S 243, (1833)

몇 개 안되는 구체적 헌법규정에 주목하기 시작하였다. 연방대법원이 주 법률을 심사하기 위하여 근거로 삼은 구체적 규정이 헌법 제1조 제10항 제1호에서 “어떤 주든지 계약상의 의무를 침해하는 법률을 제정할 수 없다”고 명시한 이른바 계약 조항(the Contract Clause)이다. 정부행위에 대한 개인의 권리보호를 위한 논거로서 발전해온 자연법 이론과 계약조항을 주로 정부로부터 아무런 제한을 받지 않고 개인의 재산권을 이용할 수 있게 하는 데에 초점을 맞추고 있었다.⁷²⁾ 미국 연방대법원은 “주어진 권리 이론”을 받아들이고 있으면서 동시에, 이와 상충되는 또 다른 개념을 발전시키고 있었는데, 그것은 각각의 주정부가 개인들이 아무런 제약도 받지 않고 마음대로 자유권을 행사하는 것으로부터 그들 시민의 안전과 복지를 보호해야 할 고유한 필요성이 있다는 내용이다. 이러한 필요성은 “경찰권”(police power)이라고 알려지게 되었다. ⁷³⁾ 경찰권의 필요에 의한 주의 입법의 합헌성이 인정되기 시작하면서, 주의 입법의 실체를 심사하는 도구로서 계약조항의 역할은 현저히 감소되었다. ⁷⁴⁾ 남북전쟁 이전에, 주의 법률 심사근거로 사용된 헌법 규정에는 최고법 조항(제6조 2항, The Supremacy Clause)이 있다. 이에 의하면 연방법률에 저촉되는 주정부나 지방정부의 법률은 무효가 되는 것이다. 연방대법원이 남북전쟁 이전에 주의 법률을 심사하는 구체적인 근거로 사용한 또 다른 헌법규정이 상업조항(The Commerce Clause)이다. 연방대법원은 주와 주 사이의 자유로운 상업 활동을 불합리하게 방해하는 주의 법률은 헌법의 상업조항에 위반되어 무효라고 판시하였다. ⁷⁵⁾ 상업조항은, 연방정부의 권한을 확대하고 “주어진 권리”를 보호하기 위하여 연방대법원에 의해 폭넓게 해석되었다. ⁷⁶⁾

72) Corwin 교수는 그의 저서에서 이것을 “주어진 권리 이론”(the doctrine of vested rights)이라고 불렀다.

73) 경찰권이라 함은, 주정부나 지방정부가 그들의 관할 범위 내에서 그들 시민의 건강, 안정, 도덕 또는 일반복지를 보호하기 위한 법률을 제정할 수 있는 고유한 권한을 가지고 있다는 것을 의미하는 것이다.

74) 1827년 미국연방대법원은 Charles River Bridge 대 Warren Bridge 사건 판결을 통해서 주정부와 지방정부는 그들 시민의 건강, 안정, 복지와 도덕을 보호하기 위한 고유한 경찰권을 가지고 있으며 따라서 합리적인 경찰권의 행사는 계약조항을 침해하는 것이 아니라는 것을 인정하였다.

75) McCulloch v. Maryland, 17 U.S. 316, (1819)

76) 이태훈, 워런(Warren)대법원장시대 이전까지의 미국에서의 적법절차 법리의 변천(상),

영국의 적법절차 개념이나 초기 미국 법률이론가들의 적법절차 개념은 적법절차의 절차적 형태에 초점이 맞추어져 있었다. 그러나 자연권 철학이 등장함에 따라서 어떤 법률이론가들은 적법절차는 또한 실체적 내용을 반드시 가져야 한다는 것을 암시하였다. 주 사법부가 실체적 적법절차를 가장 분명하게 수용한 것은 1856년 New York 고등법원에서의 *Wynehamer v. People* 사건⁷⁷⁾에서였다. New York주 고등법원은 술의 소유를 금지하는 법률이 그 법률 제정 전에 이미 소유하고 있는 술에도 적용되는 범위에 있어서 그 법률은 New York주 헌법상의 적법절차 조항에 위배되는 것이라고 판시하였다. ⁷⁸⁾

2. 실체적 적법절차론의 등장

수정헌법 제14조 적법절차조항에 일정한 의미를 부여하기 위해 연방대법원은 권리장전상의 기본권들 이외에 몇몇 자연권개념, 일반적인 공평성의 이념, 역사, 전통, 그리고 일반적인 미국의 관행이나 미국민의 합의 등을 동 조항에서도 출해내었다. 많은 판결들에서 수정헌법 제14조 적법절차조항의 “자유”는 권리장전상의 기본적 자유들과 함께 연방헌법에 명시적으로 규정되지 않은 일련의 암시된 기본권들을 상징하게 되었다. 미국 헌법의 근저에는 항상 자연권사상이 자리잡고 있었다. 그 자연권사상은 비록 헌법에 명시적으로 규정되어 있지는 않지만 정부가 침범할 수 없는 본질적 권리가 있다고 보았다. ⁷⁹⁾ 그러한 자연권 사상의 본질적 권리에 대한 논의가 바로 수정헌법 제14조의 적법절차조항에서 그 등지를 찾은 것이다. ⁸⁰⁾

미국 연방수정헌법 제5조 및 제14조의 적법절차조항을 문언 그대로 이해한다

『법조』 (1993. 9), 3-45면

77) *Wynehamer v. People*, 13 NY 378 (1856)

78) 판결은 이 법에서 금지하고 있는 수단이 술 소유자의 ‘주어진 권리’를 침해하였고 그것은 주가 그 시민들과 체결한 사회 계약 하에서 그 주의 입법부에게 준 권한을 초과하였다는 것이다. 실체적 적법절차 원리는, 비록 천천히 발전하기는 하면서도, 미국 역사의 다음 국면에 있어서 헌법 재판을 지배하게 되는 것이다.

79) *Fletcher v. Peck* 10 U.S. 87, 1810

80) 임지봉, 앞의 논문(주16), 271-312면

면, 이는 국가권력의 자의적인 행사를 다만 절차적인 측면에 국한시켜 제한한다는 헌법상의 보장인 것으로 단순히 이해하기 쉽다. 그러나 이 조항은 여러 다양한 경제적 및 비경제적 생활영역을 실제적으로 규제하는 연방의 권한에 일정한 한계를 설정하는 것으로 해석되어져 왔다.⁸¹⁾ 입법을 통한 주의 경찰권행사로부터 연방헌법차원에서 개인의 자유와 재산을 보호하기 위한 일반적이고 본격적인 실체적 적법절차의 전개는 주를 그 적용대상으로 하는 수정헌법 제14조가 신설된 남북전쟁이후부터라 할 것이다. 수정 제14조를 중심으로 한 일반적인 실체적 적법절차의 보장은 1873년의 Slaughter House Cases⁸²⁾ 에서 처음 시사되었다. 이 판결의 내용은 뒤에서 살펴보도록 하겠다.

연방대법원은 1897년의 *Allegeyer v. Louisiana*⁸³⁾ 사건에서 Louisiana 주정부의 인가를 받지 않은 보험회사와의 보험계약을 체결하는 것을 금지한 Louisiana 주 법률을 위헌이라고 판결하였다. 연방대법원은 이 사건에서 적법절차조항을 주 법률의 실질적인 내용을 심사하는 근거로 삼았을 뿐만 아니라(실체적 적법절차) 헌법에 열거되지 않은 계약의 자유를 수정헌법 제14조의 “자유”에 포함시켰다. 이 사건에서는 보험증권을 발행한 보험회사가 Louisiana 주의 법률에 따르지 않는 경우 Louisiana주 소재의 재산에 대하여 해상보험을 취급하는 것을 금지하는 Louisiana 주 법률이 문제가 되었다. Louisiana 주는 *Allgeyer*가 New York 보험회사에게 피보험상품의 선적에 관하여 통지하는 내용의 편지를 부쳤다고 하여 그에게 유죄판결을 내렸다. New York 보험회사는 Louisiana 주에서 영업을 위한 등록절차를 밟지 않고 있었다. 연방대법원은 주법원의 유죄판결을 파기하고, 위 법률은 실체적 적법절차에 어긋나게 피고인

81) 권영철, “미국헌법상 적법절차의 법리와 그 전개”, 미국헌법연구 제1호 (미국헌법연구소, 1990), 154면

82) 83 U.S. 36 (1872). 다음의 세 사건이 병합된 판결이다. : (1) *The butchers' benevolent association of New Orleans v. The crescent city live-stock landing and slaughter-house company*, (2) *Paul Esteben, L. Ruch, J. P. Rouede, W. Maylie, S. Firmberg, B. Beaubay, William Fagan, J. D. Broderick, N. Seibel, M. Lannes, J. Gitzinger, J. P. Aycock, D. Veges, The live-stock dealers' and butchers' association of New Orleans, and Charles Cavaroc v. The State of Louisiana, S. Belden, attorney-general*, (3) *The Butchers' benevolent association of New Orleans v. The crescent city live-stock landing and slaughter-house company*.

83) 165 U.S. 578 (1897)

(Allgeyer)의 자유를 박탈하였기 때문에 수정헌법 제14조를 위반하였다고 판시하였다. 실제적 적법절차 심사는, 정부가 정당한 목적과 합리적인 관계를 갖는 수단(입법)을 채택해야 한다는 것이다. 시장에서의 자유와 계약의 자유는 적법절차조항에 의하여 보호되는 자유로 간주되었다. 연방대법원의 재판관들은 노동규제, 가격통제, 기타의 경제적 조치를 그 자체로서 정당한 목적으로 보지 않았기 때문에 기업규제의 일부만이 이 심사기준을 통과할 수 있었다. 재판관들은 그 규제가 실제로 공중의 건강, 안전 또는 다른 중요한 공익을 증진시킨다고 확신할 때에만 그 법률을 지지하였다. 84)

실체적 적법절차라 함은 입법, 사법, 행정의 어느 기관이든 간에 일반적으로 시민의 생명, 자유 또는 재산에 관하여 권한을 행사함에 있어서, 자의적이거나 불합리하게 행사해서는 안 된다는 것을 의미한다. 특히, 실제적 적법절차는, 국민의 생명, 신체, 자유, 재산이라는 특정사항에 대한 국가(입법부)의 제정 법률이 실제적으로 정당한가를 걸러내는 법 원리이다. 즉, 위의 특정사항들에 대해서 국가 법률이 어느 범위 내에서 어떻게 규율할 수 있는가의 문제에 관한 법 원리이다. 이와 같은 실제적 적법절차를 뒷받침하는 것이 미국의 위헌법률심사제도이다. 그러나 초기 자유방임주의 시대에 있어서 실제적 적법절차는 헌법제정권자의 의사에 따른 경제적 자유를 보장하기 위한 것으로서 기업가의 이익, 기득권자의 이익을 보장하는 수단에 불과하였다. 그러나 1930년대 경제공황과 더불어 실제적 적법절차는 경제적 자유를 규제하는 수단으로 변천하여 공동체 이익을 중시하였고, 반면 1960년 이후에는 비경제적 자유를 보장하는 수단으로 변천하면서 개인의 권리를 중시하게 되었다. 따라서 실제적 적법절차는 대립하는 개인의 이익과 공동체의 이익을 조절하는 수단으로서, 그것이 실현시켜야 할 실제적 정의의 본질은 자유이며, 그것의 기본이념의 입헌주의이다. 85) 자유방임주의적 중상주의 시대이던 19세기 후반 미국은 산업의 혁신과 더불어 운송수단과 통신의 급속한 발달을 이루었고, 다른 한편으로는 개인주의가 지나치게 확산되어 일반시민의 생활을 위협하게 되었다. 이에 여러 주에서는 이들 산업에 대

84) Ronald D. Rotunda/ John E. Nowak, supra note 55, at 389-390.

85) 홍익표, “미국헌법상의 적법절차법리에 관한 연구”, 『대학원 논총』 제11권(1996. 10), 경남대학교대학원, 191-216면

한 통제를 기도하기에 이르렀고, 이에 대하여 기업가들은, 정부로부터의 간섭이 없는 경제활동을 위하여, 당시의 연방헌법 수정 제14조의 적법절차 조항을 사회, 경제적 규제입법으로부터 사유재산권과 천부의 권리를 보호하기 위한 유력한 도구로 삼고자 하였다. 연방대법원 또한 이러한 당시의시대적 조류 앞에 저항할 수 없는 분위기였다. 그리고 이때의 연방대법관들은 자유방임주의의 신봉자들로서, 미국 연방헌법 수정 제14조의 적법절차 조항을 ‘실체적’으로 해석함으로써 기업가의 이익, 기득권자의 이익을 보호하는 데 판결의 중점을 두었다.

3. 남북전쟁이후부터 1900년까지의 실체적 적법절차 개념의 성장

남북전쟁에서 북부의 승리(1865년)는 연방의회의 활성화를 초래하였다. 남북전쟁이 끝나면서 연방의회는 다수의 법률을 제정하였는데 그 내용은 주로 연방에서 탈퇴해 나가려고 하였던 남부의 여러 주를 처벌하고자 하는 것이었다. 또한 연방의회는 남부 여러 주의 흑인들의 고통을 덜어 주기 위한 법률도 통과시켰다. 수정 14조가 채택될 당시 연방의회 안에서도 “적법절차”(due process of law)와 같은 모호한 내용의 일반적인 용어를 가지고 주의 권력행사에 대하여 어떤 종류의 구체적인 제약을 가할 수 있는가에 관하여 혼란과 의견다툼이 있었다. Howard 상원의원은 수정 14조의 목적이 “연방헌법의 최초수정 8개 조항에 의해 보장되는 개인의 자유를 포함하여 연방헌법에 의해서 보장되는 여러 가지 특권(Privileges)과 면제(Immunities)가 주정부에 의해 침해되는 것을 방지하기 위한 것”이라고 말했다. 실제에 있어서 미국연방대법원이 Howard 의원이 이해한 것과 거의 같은 범위로 적법절차의 적용범위를 넓히는 데는 100년 가까운 세월을 필요로 하였다.

남북전쟁 동안과는 달리, 수정 제14조가 채택될 당시에는 연방대법원의 활동은 소극적이었고, 법률에 대한 사법적 심사도 거의 하지 않았다. 법률에 대한 합헌성 여부를 심사하는 경우에도, 연방과 주의 법률이 미국헌법의 명시적이고 구체적인 규정에 위반되는 경우에 한해서 몇몇을 무효화 하였을 뿐이지, 자연법(natural law)이나 기본권(fundamental rights)과 같은 개념을 무효화의 수단으

로 채용하지를 아니하였다. 연방대법원은 연방정부나 주정부의 행위를 견제함에 있어서 미국헌법의 구체적인 용어나 구체적인 금지규정을 사용하기 시작하였다. 연방대법원이 미국 헌법을 해석함에 있어서 확대해석을 꺼렸다는 것이 가장 극적으로 드러난 것은 연방대법원의 최초로 수정 제14조 조항을 해석하고 적용하려고 시도한데서 였다.⁸⁶⁾ 연방대법원은 수정 제14조 제1항을 해석함에 있어서 자유로이 재량권을 행사할 여지도 있었다. 그러나 맨 처음, 연방대법원은 수정 제14조 제1항의 해석이 쟁점이 된 1873년의 도살장 사건(Slaughter House Case)을 통해서, 확대해석 방향이 아닌 제한적 해석을 선택하였다. 도살장 사건은 New Orleans시 안에서 가축을 수용하고 도살하는 시설을 Crescent City 회사라는 1개의 회사에게만 독점하도록 한 Louisiana주의 법률의 유효성이 문제된 사건이었다. ⁸⁷⁾ 연방대법원은, 이 법률의 수정 제14조의 적법절차 조항을 위반하였다는 도살업 종사자들의 주장을 배척하였다. 연방대법원은 적법절차 조항은 주로 하여금 오직 절차적 적법절차가 명령하는 바에 따라서 법률을 제정하도록 보장하고 있는 것이기 때문에 문제된 법률은 적법절차에 의하지 아니하고 도살업 종사자들로부터 그들의 재산이나 자유권을 박탈한 게 아니라고 판시하였다. 수정 제14조의 적법절차조항은 주 입법부에 의해 제정된 법률의 실제

86) 수정 제14조 제1항의 용어는 넓고 포괄적이었다. 수정 제14조 제1항은 미국에서 출생하거나 귀화하고 미국의 지배권에 복종하는 모든 사람은 미국 및 그 거주하는 주의 시민임을 밝히고 나서, 어떠한 주도 미국 시민의 특권과 면제를 박탈하는 법률을 제정하거나 시행할 수 없다고 하였다. 거기에 더하여 수정 제14조 제1항은 수정 제5조에서 채택하고 있는 적법절차의 용어를 그대로 채택하여 그것이 주에 적용되도록 하였다. 또한 동 조항은 어떠한 주도 그 관할에 속하는 어떠한 사람에 대하여도 법률에 의한 평등한 보호를 거부해서는 안 된다고 의무를 지우고 있었다.

87) 독점권을 받은 회사의 도살장에서만 일정한 수수료를 지불하고 도살을 해야 했던 다른 지역의 많은 백정들은 이 법률이 미국 헌법에 위반되어 무효라고 주장하였다. 그들의 1차적 주장내용은 문제의 주 법률이 New Orleans의 백정들이 합법적으로 그들의 직업에 종사할 권리를 불합리하게 간섭하였다는 것이었다. 불합리하고 특히 독점적인 간섭으로부터 자유로이 합법적인 직업에 종사할 수 있는 권리는 수정 제14조의 특권과 면제조항(Privileges and Immunities Clause)에 의해 보호되는 미국시민의 특권이라고 그들은 주장하였다. 보충적으로 그들은 문제의 법률이, 수정 제14조에 위반하여 백정들의 자유와 재산을 적법절차에 의하지 아니하고 박탈하였고, 백정들에게 법률의 평등한 보호를 거부하였으며, 수정 제13조에 위반해서 그들에게 강제적인 노역을 부과한 것이라고 주장하였다. 그러나 연방대법원은 5대4의 다수의견으로 수정 제13조 위반주장 및 제14조 위반주장 모두를 배척하였다.

적 공정성을 보장하지는 아니한다는 것이다. 그러나 연방대법원장 Chase와 연방대법관 Field, Bradley 그리고 Swayne은 다수의견이 수정 제14조를 좁게 해석하는 것에 반대하였다. Field 연방대법관은, 수정 제14조의 특권과 면제조항을 다수의견처럼 해석하는 것은 결국 동 조항을 무용지물로 만드는 것과 다름없다고 주장하였다. 이들 연방대법관들은 수정 제14조는 모든 시민의 “자연권”(natural rights)과 “양도할 수 없는 권리”(inalienable rights)를 보장한 것이라고 믿었다. 그들의 견해에 의하면, 수정 제14조는 여러 주로 하여금 이러한 자연권을 제한하는 자의적인(arbitrary) 법률을 제정하는 것을 금지시켰다는 것이다. 수정 제14조의 적법절차 조항은 절차적인 적법절차 뿐 만이 아닌 실체적 적법절차를 보장하는 것이라는 연방대법관의 견해는 도살장 사건의 반대의견에서 최초로 등장하였지만, 당시 연방대법원의 견해로서는 채택되지 못하였다.

적법절차가 미국인들의 법률생활을 왕성하게 규율하기 시작한 것은 남북전쟁 후 연방헌법 수정 제14조가 채택되어(1868), 주의 법률관계에 대한 적법절차의 적용이 명시적으로 요구된 이후의 일이다. 이때부터 연방대법원은 주체정법의 실체에 주목하기 시작하였으며, 이에 의하여 실체적 적법절차가 눈부신 발전을 하였는데, 이러한 발전은 실제, 남북전쟁 이후의 사회분위기와 자유시민들의 경제적 욕구를 법률상 뒷받침해 주기 위한 것에 기인하는 것이었다.⁸⁸⁾ 적법절차 보장에 대한 이때의 시대적 요구라는 것도 사실은 사업가 내지 기업들이 바라는 바의 요구였다. 새로운 미국의 기업적 세력들은 정부의 간섭이라는 것에 대한 두려움이 없이 확대, 성장하기를 염원하였다. 이러한 이의세력들의 요구는 자유방임주의를 신봉하는 영향력 있는 변호사들에 의하여 대변되었고, 연방헌법 수정 제14조의 적법절차 조항을 ‘불합리한’ 사회적 입법으로부터 사유재산과 기득의 이익들을 보호하기 위한 유력한 도구로 삼고자 하였다. 1868년에 이루어

88) 적법절차는 19세기 후반의 가장 신망 받을 만한 이념적 소재로부터 형성되었다. 그것을 형성한 관념은 당시의 지배적인 사상과 거의 부합하였다. 그것은 곧 철학적으로는 개인주의, 통치에 있어서는 자유방임, 경제에 있어서는 자연적인 수요공급의 법칙, 법률분야에서는 계약의 자유이었다. 이러한 시대조류는 저항할 수 없는 것이었고, 헌법은 불가피하게 이를 수용할 수밖에 없었다. (Wilton H. Hamilton, "The Path of Due Process of Law", in Conyers Read, *The Constitution Reconsidered*, Columbia U.P., 1938, 189면; Martin Shapiro and Rocco J. Tresolini, *American Constitutional Law* 6th. ed., MacMillan, 1983, 198-299면)

진 연방헌법 수정 제14조 1항은 “어떠한 주도 합중국시민의 특권과 면책권을 박탈하는 입법이나 조치를 금하고”있으며, “어떠한 주도 적법절차에 의하지 아니하고는 어느 누구로부터도 생명, 자유 또는 재산을 박탈할 수 없다”고 하여, 종래의 연방헌법 수정 제5조와 같은 적법절차를 규정하였고, 끝으로 “그 관할권 내에 있는 어떤 인민에게도 법의 평등한 보호를 거부하지 못한다”라고 규정하였다. 이 제14조의 규정으로 연방대법원은 자유로운 재량권의 행사와 해석으로 주정부를 견제할 수 있게 되었다. 89) 1856년 연방대법원이 적법절차는 행정, 사법만 아니라 입법기관까지도 규율한다고 제시한 이래 실체적 적법절차를 최초로 시사한 것은 1873년의 ‘도살장 사건’(Slaughter House-Cases)판결⁹⁰⁾에서 표명된 소수 의견에서였는데, 이후 실체적 적법절차가 최초로 적용된 것은 1890년이 되어서였다.

초기에 연방대법원은 수정헌법 제14조를 제한적으로 해석하는 길을 택하였다. 남북전쟁에 이르기까지의 미국사회는 청교도의 시대였다. 그래서 미국법의 형성기에 청교도가 우세함으로 인하여, 개인의 이익과 재산에 관한 사항은 그 자유인의 지성과 양심에 맡겨야 한다는 인식이 팽배하고 있었던 바, 이는 극단적인 개인주의와 계약자유라는 관념으로 귀결되었다. 봉건사회제도로부터의 해방은, 곧 각자는 이성에 따라 행동하고, 그 결과에 대해 책임져야 한다는 측면에서, 개인주의로 자연스럽게 연결되었고, 신분적 제약에서 벗어난 자유인들이 의지할 것은 자신의 이성과 신체와 재산 밖에 없었으므로, 이 재산을 획득할 수 있는 자유로운 수단이 보장되어야 한다는 측면에서, 계약자유가 실천적으로 요청되었지만, 봉건적 사회제도와 그 이데올로기로부터 완전히 벗어난 개척민들을

89) Benjamin F. Wright, *The Contract Clause of the constitution*, Havard U.P., 1938, 28면

90) 1869년에 제정된 Louisiana주의 한 법률을 New Orleans에 있는 어느 도살회사에 대해 25년간의 독점권을 부여하였다. 주의 조치에 의하여 사업기회를 박탈당한 New Orleans의 도살업자들의 주의 조치에 대해 이것이 그들의 특권과 면책을 위축시키고 평등보호를 부인하여 적법절차를 위반하였다고 공격하였다. 이 사건에 관한 연방대법원의 판결에서의 다수 의견은 이 주장을 배척하였지만, Joseph P. Bradley 판사는 다수의견에 대한 반대의견을 통해, “다수 시민집단으로 하여금 적법한 생업에 종사하지 못하도록 막는 법률은 시민들의 자유와 재산을 적법절차에 의하지 아니하고 박탈하는 것이다”라고 하여 원고들의 주장에 찬동하였다. (*Slaughter v. Houses*, 83 U.S. 36, 1873)

이념적 공동체로 연결시켜 주고, 자유주의와 개인주의의 신념을 확고히 해준 토양은 그들이 모국에서 익혀온 청교도 정신이었다. “실체적 적법절차”가 그 핵심적 내용으로서 그토록 집요하게 추구하였던 “재산적 보장”과 “계약의 자유”는 바로 이러한 청교도적 사고방식으로부터 상당한 영향을 받은 것이다.

태니(Taney)다음으로 연방대법원장으로 재임한 체이스(Chase Court, 1864-1874), 웨이트(Waite Court, 1874-1888) 법원 시기에 나온 판결들은 개인에 대한 주의 권한과 주간적용에 대한 연방정부의 권한을 확고히 하는데 보다 현저한 관심을 보였다. 전체적으로 그러한 판결들은 그 후 플러(Fuller Court, 1888-1910), 화이트(White Court, 1910-1921), 태프트(Taft Court, 1921-1930)가 연방대법원장으로 재직한 50여년 동안에 주요 관심사는 재산권의 불가침성을 보호하는 것이었다. 최저임금, 최대노동시간, 소년노동규제 등과 같은 입법부의 사회경제적 시도에 대해 연방대법원의 다수와 재판관들은 거의 확고부동하게 반대를 하였다.⁹¹⁾

수정헌법 제14조 제1항의 문언은 광범위하고 포괄적이다. 수정헌법 제14조는 주로 하여금 “미국시민의 특권과 면책권을 축소시키는” 어떤 조치도 만들거나 시행하지 못하게 금하였다. 게다가 동 조항은 수정헌법 제5조의 적법절차조항을 채택하여 위 내용을 주에도 적용할 수 있게 하였다. 마지막으로, 동 조항은 어떤 주도 “그 관할 내에 있는 어떤 사람에게 법의 평등한 보호를 부인하지 못하도록” 하였다. 수정헌법 제14조의 문언에 대하여는 광범위하고도 확장적인 해석이 가능했지만, 이를 의결한 연방의회의 의도는 매우 애매모호하였다. 그 결과 연방대법원은 수정헌법 제14조의 문언을 제한적으로 해석하는 길을 택하였다.⁹²⁾ 1873년의 Slaughter-House Cases⁹³⁾ 사건에서 연방대법원은 수정헌법 제14조의 적법절차조항과 평등보호조항에 근거한 도축업자들의 주장을 배척하였다. 적법절차조항은 주가 ‘절차적’ 적법절차의 요청에 맞게 법률을 제정, 시행하도록 하는 것만을 보장하는 것이고, 이 사건에서 문제된 Louisiana 주 법률은 적법절차 없이 도축업자들의 재산이나 권리를 박탈한 바 없다는 것이 그 이유

91) H. Abraham, *supra* note 44, at 12.

92) Ronald D. Rotunda/ John E. Nowak, *supra* note 55, at 383.

93) 83 U.S. 36 (1872)

였다. 요컨대, 연방대법원의 견해에 의하여 수정헌법 제14조의 적법절차조항은 주 의회가 제정한 법률의 실제적 정당성을 보장하는 것이 아니었던 것이다. 94)

19세기 후반은 영국 산업혁명이 꽃피우고 식민지정책으로 서구열강들이 세계 문화를 새로이 창조하는 때이다. 이 때인 1884년 22대 대통령으로 당선된 Cleveland는 뉴욕 주지사로서 남북전쟁 후 처음으로 민주당출신 대통령으로 탄생한 것인데 철저한 보수주의자인 Melville Fuller(1888-1910 연방대법원장 재임)를 연방대법원장으로 임명했다. 당시는 불황이 심각하여 파업과 실업자의 급증 등 사회불안이 증대되고 농산물가격의 하락으로 농민의 분노와 물가를 안정 시켜야 한다는 소리가 높았는데, 1894년 철도파업이 심해지자 군대를 동원하는 등 정국은 강력한 보수주의로 바뀌었다. 이 때부터 연방대법원은 수정헌법 제 14조를 당시 유럽의 정치 사상가이며 철학자인 몽테스키외나 로크의 영향을 받아 절대적인 개인주의와 자유방임주의 원칙에 입각하여 파악함으로써 개인의 사유재산과 자유를 절대적으로 보장하는 보수적인 철학으로 헌법을 해석하기 시작하였다. 95) 남북전쟁 직후의 연방대법원은 정책적 문제에 관하여 기꺼이 주 의회의 판단을 존중하여 주 의회는 그 영역내의 사업에 대하여 규제조치를 부과할 폭넓은 권한을 가지고 있음을 인정하였으나 서서히 불간섭주의 철학을 포기하기 시작했다. 19세기 후반의 경제적, 사회적, 지적 사고는 연방대법원이 정부의 통제로부터 산업적 이익을 보호하기 위하여 더 많은 역할을 해야 한다고 주장했다. 그리하여 실제적 적법절차의 관념은 연방대법원이 산업을 정부규제로부터 보호하기 위한 법 이론으로서 채택하기에 가장 유용한 개념이 된 것이다. 연방대법원은 세기가 바뀔 때까지는 그 개념을 완전히 포용하였고, 이를 기업의 계약의 자유(the freedom of business to contract)를 제한하고자 하는 법률을 무효로 하기 위한 원리로서 사용하기 시작하였다. 96)

미국은 남북전쟁 전부터 19세기 후반까지 산업혁명을 경험하게 되었다. 미국의 산업혁명은 연방대법원의 사법심사(judicial review) 권한의 성장에 커다란 영향을 미쳤다. 이 기간동안에 있어서의 교통과 통신의 급속한 발달은 많은 주

94) Ronald D. Rotunda/ John E. Nowak, supra note 55, at 385.

95) 한병채, 앞의 논문(주68), 27면

96) Ronald D. Rotunda/ John E. Nowak, supra note 55, at 89.

로 하여금 이들 산업을 법률로써 규율하게끔 하였다. 여러 주에서 이들 사업을 통제하려고 하게 되자, 규제대상인 기업에서는 주의 규제적인 여러 가지 조치가 헌법위반이라고 주장하고 나섰다. 연방대법원은 주의 규제적 수단을 사법적으로 무효화시키려는 시도에 대해서 자제하는 반응을 보였다. 연방대법원은 주는 주가 가지고 있는 고유한 경찰권(police powers)하에서 그들의 관할 안에 있는 기업 활동을 통제할 수 있는 합법적인 권한을 가지고 있다는 것을 인정하였다. 연방대법원은 주의 여러 가지 규제적 조치가 오로지 미국헌법의 특별한 규정에 위반되는 경우에 한해서 이를 무효화하였다. 97) 정부의 기업규제에 대해 연방대법원이 이를 사법적으로 심사하여야 한다는 압력을 대기업 측으로부터 받고 있는 무렵에, 한편 당시의 법률사상은 적법절차 조항을 실체적으로 해석해야 한다는 쪽으로 활발해지기 시작했다. 1877년의 *Munn v. Illinois*⁹⁸⁾ 사건에서 연방대법원은 일리노이 주가 곡식을 나르는 승강기의 요금을 규제할 수 있는지 여부에 관한 문제에 직면하였다. 곡물 승강기 업자들은 곡물승강기 요금은 당시의 통용요금보다 훨씬 낮은 가격으로 규정해놓고, 이에 위반하는 높은 요금을 받는 사람을 형사처벌하도록 한 Illinois주 법률이 미국헌법의 상업조항(the Commerce Clause)뿐만 아니라 수정 제14조의 적법절차 조항도 위반했다고 주장하였다. 연방대법원은 이 법률이 주 경계 내에서만 배타적으로 상업 활동을 규정하고 있기 때문에 상업조항 위반 주장은 근거가 없다고 배척하였다. 적법절차 조항 위반이라는 주장에 대하여 연방대법원은 “공공의 이익에 영향을 미치는” 기업은 규제할 수 있다는 보통법의 원칙에 근거하여, Illinois 법률을 지지하였다. 99) 1866년에 연방대법원은 수정 제14조가 보호하는 “사람”에는 자연인

97) 실제로, 1874년부터 1898년까지 사이에 오직 65개 사건에만 있어서 연방대법원은 주의 법률이 위헌이라고 판결하였는데, 그 대부분의 경우에 그의 법률이 미국헌법상 연방의회가 상업조항(the Commerce Clause)을 통하여 가지고 있는 권한을 침해하였기 때문이라고 하였다.

98) *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113(1877)

99) 연방대법원은 실체적 적법절차 개념을 전면적으로 거부하지는 않았다. “공공의 이익에 영향을 미치는 기업”은 주의 경찰권에 의한 규제대상이 될 수 있다고 하면서, 연방대법원은 “단순한 개인간의 계약에 있어서, 공공의 이익과 아무런 이해관계가 없는 사항에 있어서는, 무엇이 합리적(reasonable)인 것이냐 하는 것은 반드시 법원에 의해서(judicially) 확인되어야 한다”라고 판시함으로써 어떠한 종류의 경제규제행위는 적법절차 조항 하에서 법원에 의해 제한될 수 있음을 암시하였다.

뿐만 아니라 법인도 포함된다고 판시하였다.¹⁰⁰⁾ 연방대법원은 정부규제로부터 기업을 보호하는데 수정 제14조를 사용할 수 있는 기초를 다졌던 것이다. 1887년의 *Mugler v. Kansas* 사건에서 연방대법원은 술의 판매를 금지한 Kansas의 법률을 지지하였는데 그 이유는 주는 주민의 건강, 도덕, 또는 안전을 보호하기 위한 경찰권의 범위 내에서 어떤 행위를 금지하는 법률을 제정할 수 있기 때문이라는 것이었다. 그러나, 이 사건에서의 연방대법원은 그 부수적 의견에서 실체적 적법절차가 더 넓게 적용될 수 있는 가능성을 시사하였다. ¹⁰¹⁾ 1897년에 이르러 연방대법원은 *Allgeyer v. Louisiana* 사건¹⁰²⁾에 대한 분명한 판결을 통해 실체적 적법절차를 완성시켰다. 이 사건은 Louisiana 주정부에 대하여 영업 신고를 하지 않은 보험회사와 Louisiana주에 있는 재산에 대한 보험계약을 체결하는 것을 금지시킨 Louisiana법률이 수정 제14조의 적법절차조항에 위반되어 무효인지 여부가 문제된 사건이다. ¹⁰³⁾ 연방대법원은 수정 제14조의 적법절차 조항이 보장하는 자유에는 단순한 신체의 자유만 포함되는 것이 아니라 보다 광범위한 자유가 포함되는 것이며, 그것은 사람의 모든 능력을 향유할 수 있도록, 사람이 원하는 곳에서 일하고 생활할 권리, 합법적인 직업을 통해서 생계를 유지할 권리 그리고 이들 목적을 달성하기 위하여 필요한 계약을 체결할 권리(right to enter contracts)를 포함하는 것이라고 판시하였다. 결국 문제된 Louisiana 법률은 의회가 방지할 권한이 없는 대상인 “계약체결의 자유”를 박탈함으로써 Allgeyer로 하여금 적법절차에 의하지 아니하고 자유를 빼앗은 것

100) *Santa Clara Country v. Southren Pacific R.R.Co.* , 118 U.S. 394

101) 법률제정에는 한계가 있으며 입법부가 그 한계를 일탈하였는지의 여부를 판단하는 것은 사법부(judiciary)의 의무이다. 또한 법원은 입법부의 권한 일탈여부를 심사하기 위하여 입법부가 제정한 법률의 실체(substance)를 심사하여야 하며, 그 방법으로 법률과 법률이 주장하는 목적과의 관계를 평가하여야 하는데, 법원이 문제된 법률의 주의 유효한 경찰권의 행사라고 인정하기 위해서는 그 법률과 그 법률이 보호하려는 건강, 도덕 또는 안전의 보장사이에 반드시 실질적, 본질적인 관계(substantial relation)가 있어야 한다고 판시하였다.

102) *Allegeyer v. Lousiana*, 165 U.S. 578(1897)

103) New York의 보험회사 직원인 Allgeyer는 Louisiana에서 영업등록을 하지 않은 채, New York에서 Louisiana주 영토 내에 있는 상품에 대한 보험계약을 체결한 혐의로 Louisiana 주정부에 의해 기소되고 또한 유죄판결을 받게 된다. Allgeyer는 연방대법원에 상고하게 되고 연방대법원은 Allgeyer에게 선고된 Louisiana주 법원의 유죄판결을 파기하면서 문제된 법의 무효를 선언하였다.

으로서 무효라는 것이었다. 104)

1890년 이후 사적 권리보호수단으로서의 계약조항은 차츰 빛을 잃었다. 이 쇠퇴는 주로 천부의 재산적, 경제적 이익을 보호하는 보다 중요한 도구로서 연방헌법 수정 제14조의 적법절차조항의 적용이 확장된 데에서 기인하였다.

B. 1900년부터 1936년까지의 경제적 실체적 적법절차 시대

1890년대 실체적 적법절차가 일반화된 후 1936년에 이르기까지 연방대법원은 경제입법으로써, 사유재산권의 제약을 초래하는 모든 경우에 그 규제의 타당성에 대하여 심사를 하였다. 그리하여 자유기업의 수호자임을 자처한 연방대법원은 자유방임주의에 반하는 많은 입법들에 대하여 적법절차에 위반한다는 이유로 위헌판결을 내렸다. 이 기간동안 적법절차의 주된 기능은 절차적 적정정보다도 법적규제의 실체적 적정성을 담보하는 데에 있었다. 그렇기 때문에 연방대법원은 법령심사권을 최고도로 행사하여 ‘초입법자’ 또는 ‘제3의 의회’이니 하는 칭호를 받기도 했다. 연방대법원은 실체적 적법절차를 원용하여 주의 권한 행사에 관한 모든 규제입법들을 심사함으로써 본래 연방에 위임되지 아니한 모든 권한을 행사하게 되어있는 주의 권한에 한계를 설정하고, 주의 지위를 연방대법원이 인정하는 범위내의 권한을 행사할 수 있는 위치로 끌어내렸다. 105) 이와 같은 상황 하에서 실체적 적법절차가 일반화되면서 주의 경찰권 행사에 관한 수많은 법률들이 적법절차를 위반하였다는 도전을 받았으나, 결국 연방대법원은 웨이트(Waite)대법원장이 Munn사건(1877)에서 제시한 바와 같은 공익이론에 근거하여 이들에 대하여 대개 합헌의 판정을 내렸다. 예컨대, 보험, 임시가축수용소 등의 영역에서도 주의 규제입법들이 ‘공익’개념 아래 지지되었다. 요컨대 연방대법원은 주경제규제의 실체를 판단하는 새로운 역할을 수행하면서 “공익과 관련된 사업은 주의 적절한 규제를 받아야 하되, 주정부는 개인의 계약자유를 침해해서는 아니 된다.”는 원칙을 근간으로 삼았다. 그러다가 1920년대 이후

104) 이태훈, 앞의 논문(주 76), 3-45면

105) Carl B. Swisher, American Constitutional Development, Houghton Mifflin Company, 1954, 525면

연방대법원은 공익이론의 범주에 적절히 포함될 수 있는 경제활동의 분야를 점차 축소시켜 나갔다.

1900년경부터 1936년까지 미국 연방대법원은 *Allegeyer v. Louisiana* 사건에서 확립한 수정 제14조의 실체적 적법절차 법리(the substantive due process doctrine)를 사용하여 여러 주가 제정한 많은 수의 각종 경제 규제법을 무효화하게 된다.¹⁰⁶⁾ 1873년 *Slaughter House* 사건 판결에서 수정 제14조의 적법절차 조항을 적용하여 주 법률의 실체의 적정에 대한 심사를 거부하였던 연방대법원이 적법절차 위반을 이유로 주 법률의 위헌여부를 심사하는 쪽으로 태도를 변경하게 된 배경에는 미국독립 이전부터 미국의 지식인들이 선봉하여 온 자연법 이론(natural law doctrine)과 남북전쟁을 전후하여 급속하게 이룩된 경제발전 및 이를 이론적으로 뒷받침하고 있던 당시의 자유방임주의 경제철학 등이 있었기 때문이라고 할 수 있다. ¹⁰⁷⁾

1. Lochner 판결과 경제규제 (실체적 적법절차 이론의 확립)

미국에서 자유방임적 경제발전에 사법적 전기를 마련한 것이 1905년의 *Lochner v. New York*¹⁰⁸⁾ 사건이었다. *New York*에서 과자공장을 소유하고 있던 *Lochner*는 과자공장 종업원에게 1주일에 60시간을 초과하여 일하게 하거나 하루에 10시간을 초과하여 일하게 하는 것을 금지하는 *New York*의 법률에 위반되어 주 법원에 의하여 유죄판결을 받았다. *Lochner*는 이 법률의 헌법위반을 이유로 연방대법원에 상고하였다. 연방대법원은 5:4의 다수의견으로 문제된

106) 이 기간동안 무효화시킨 여러 법률은 주로 기업 활동을 규제하는 경제, 사회적 내용의 법률이었기 때문에 경제적 실체적 적법절차라고 부른다. 학자에 따라서는 1960년대 중반에서 현재까지 발전해오고 있는 비경제적(non-economic) 권리, 특히 기본권(fundamental rights)을 보장하기 위한 새로운 실체적 적법절차와 구별하여 이 기간동안의 적법절차를 “옛날의 실체적 적법절차”라고도 부른다.

107) 연방대법원은 이 시대에 들어와서 권리장전상의 몇몇 권리는 “어떠한 주도 적법절차에 의하지 아니하고는 어떠한 사람으로부터도 생명, 자유 또는 재산을 박탈할 수 없다”는 수정 제14조의 적법절차 조항을 매개체로 하여 주에 적용된다고 판결하기 시작하였다. 이러한 문제를 권리장전의 주에 대한 적용문제 또는 권리장전의 전국화(nationalization of bill of rights)라고 한다.

108) *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45

New York 법률이 수정 제14조의 적법절차에 의해 보장되는 계약과 자유를 침해하는 것이라는 이유로 이 법률의 무효를 선언하였다. 109) 연방대법원은 기본권을 법률로 제한하려고 할 때 무제한적으로 허용되는 것이 아니라 일정한 목적이 있을 때만 허용된다고 하였고, 건강과 안전을 위하여 계약의 자유라는 기본권을 법률로 규제하는 것은 가능하지만 경제력의 재조정이라는 목적을 위하여는 안 된다고 하였다. 문제의 New York 주의 법률은 사용자 근로자간의 교섭력을 재조정하는 단순한 노동법(labor law)에 불과한 것으로 결국 이 법은 허용될 수 없는 목적에 봉사한다는 것이다.

Lochner 사건 판결을 둘러싼 미국연방대법원의 의견 대립은 이 시기에 있어서의 헌법 해석의 양대 산맥을 보여주고 있다. Lochner 사건 판결 이후, 실체적 적법절차의 심사기준으로서 법률에 의한 기본적 권리제한의 “목적”과 규제의 “수단” 사이에 엄격한 또는 강도 높은 “합리적 관계”를 요구하였던 이 판결의 법리는 1936년까지 약30년간 미국연방대법원을 지배하였다. 110) 이 Lochner 시대라고 불리우는 기간은 실체적 적법절차에 근거하여 경제규제 입법을 광범위하게 무효화시킨 시대로 특징지어 지지만, 이 기간동안에도 연방대법원은 상당수의 경제규제 입법을 합헌이라고 하였다. 지하광산에서의 일하는 시간을 제한하는 법률을 포함하여 보호적 조치를 규정한 많은 법률들이 살아남았다.111)

가. Lochner 판결의 내용

109) 이 법률은 건강을 위한 조치(health measure)로서 취급될 수 있었다. 그러나 연방대법원은 과자 굽는 이들은 특별히 건강에 해로운 직업에 종사하는 것이 아니므로 이런 식으로 규제될 수 없다고 판시하였다. 또 다른 관점은 이 법률이 근로 관련 조치(labor measure)라는 것이다. 따라서 이 법은 사용자와 근로자의 힘에 있어서의 불평등을 시정하여 근로자를 보호하려는 목적이 있다 할 수도 있을 것이다. 그러나 연방대법원은 간단히 이러한 법의 목적이 합법적이라는 것을 인정하기를 전적으로 거부하였다. 연방대법원은, 제과공들은 모두 어른들이며 따라서 자기 일을 자신이 처리할 수 있는 능력이 있다고 하면서, 추가 사용자와 근로자간에 자발적으로 맺은 관계에 간섭할 근거가 없다고 판시하였다.

110) 이렇게 실체적 적법절차 조항에 근거하여 사회, 경제적 입법의 흐름을 차단하려고 했던 사법부의 보수적인 간섭시대를 상징하는 말로써 “로크너주의”와 “로크너주의자”라는 용어가 유행하였다.

111) Holden v. Hardy, 169 U.S. 366(1898)

이 사건은 미국 연방대법원이 사회, 경제적인, 즉 경제적 영역 혹은 주민의 복지에 관련된 주의 입법에 대하여 실제적 적법절차라고 불리는 심사기준을 매우 적극적으로 적용하여 엄격한 사법심사를 행한 대표적인 사례이다. 112)

실체적 적법절차조항을 통하여 최초로 주 입법을 무효화 시켰던 Allgeyer판결(1897)이후 40 여년동안 연방대법원은 적법절차조항 및 다른 헌법적 근거를 기초로 무수한 주 입법들을 파기시켜 왔다. 오늘날의 관점에서 볼 때 가장 악명 높은 판결이 Lochner v. New York, 198 U. S.45(1905)이다. 이 판결의 논점은 제과업종사 노동자의 최고 노동시간을 1일 10시간으로 제한한 New York주의 법이 유효하냐 하는 것이었다. 뉴욕 주는 제빵업에 종사하는 노동자의 근로시간을 일주일에 60시간 또는 하루에 10시간까지로 제한한 법률을 제정하였는데, 그 법률의 위헌 여부가 연방대법원에 제기되었다. 연방대법원은 5:4의 판결로, 위 법률은 수정헌법 제14조에 의하여 보호되는 사용자와 피용자간의 계약의 자유에 대한 자의적이고 불필요한 간섭이기 때문에 위헌이라고 판시하였다. 뉴욕 주는 “사용자와 피용자가 고용관계에 관하여 계약할 자유”를 불합리하게 침해하였다는 것이다. 다수의견은 뉴욕 주 의회가 노동자들의 건강을 보호하기 위하여 합리적으로 이러한 조치를 취했다는 주장을 받아들이지 않았다. 113) 여러 해에 걸친 경제개혁운동의 가장 지속적이고 핵심적인 요구사항이 바로 최저 임금 및 최고노동시간을 규제하는 법률의 제정이었던 것인데 반하여, 보수주의자들은 임금 및 노동시간 문제야 말로 계약자유와도 같은 것으로 국가의 규제대상일 될 수가 없다고 생각했다.

Lochner 판결에서 대법원은 5:4의 근소한 차이로 New York 주의 최고 노동시간 규제법은 계약자유에 대한 위헌적인 침해라 하여 파기시켰다 Lochner 판결은 최고 노동시간을 규제한 주 법률의 합리성을 심사함에 있어 두 가지 테스트를 사용하고 있다. 첫째, 대법원은 주의 규제입법과 그 목적 간에 엄밀한 정합성을 요구하고 있다. 판결의 표현을 빌린다면, 규제입법과 그것이 추구하는

112) 198 U.S. 45 (1905). 이명웅, 헌법재판에서 사실인식의 문제, 헌법논총 제10집, 헌법재판소, 1999, 264면

113) Ronald D. Rotunda/ John E. Nowak, supra note55, at 390-391.

목적 간에는 “사실상 실제적인”관계가 있어야 한다. 그러나 본건에서 제과공장 노동자의 건강과 안전은 보다 덜 제한적인 수단에 의해 보호되어질 수 있기 때문에 이 같은 엄격한 ‘정합성’이 존재하지 않는다는 것이다. 둘째, 기본권의 제한이 허용되는 입법의 목적은 무제한적인 것이 아니라 일정한 목적만이 허용된다. 즉, 건강과 안전을 규제하는 것은 허용 가능하지만, ‘경제력의 재조정’이라는 목적은 허용되지 않는다. 따라서 문제의 New York 주 법은 교섭력을 재조정하는 단순한 노동법에 불과한 것으로 결국 동법은 허용될 수 없는 목적에 봉사한다는 것이다.

나. Lochner 판결의 비판

Holmes 재판관과 Harlan 재판관은 이에 반대하였다. 먼저 Holmes 재판관은, 다수의견은 이 법률을 무효화함으로써 적절한 경제정책에 관한 자신들의 이론을 뉴욕 주에 대하여 강요하고 있으나 헌법은 연방대법원이 국가에 대하여 어떤 경제적 개념을 강요하도록 허락하지 않았다고 언급하였다. 그는, 연방대법원은 “합리적이고 공정한 사람이라면 당해 법률이 우리 국민과 우리 법의 전통에 의하여 근본적인 원칙이라고 이해되는 것들을 침해하였다고 인정할 때”만 그 법률을 무효화해야 한다고 주장했다. Harlan 재판관의 반대의견은 Holmes 재판관과는 약간 다른 분석을 따랐다. 그는 위 법률을 ‘보건을 위한 유효한 조치’로 받아들였다. 그는 제빵업에 종사하는 노동자의 노동시간을 제한하는 것이 전국평균에 미달되는 건강수준을 가진 이들의 복지를 보호한다는 주장을 뒷받침하는 증거를 제시하며 그 법률이 보건을 위한 조치라고 논증될 수 있는 한, 연방대법원은 그 법률을 지지해야 한다고 주장했다. 114)

비판들을 정리해보면 이러하다. 첫째, Lochner 판결이 보호하는 계약의 자유는 실제에 있어 환상에 불과하다는 것이다. 이 사건에서의 제과공장 노동자는 어느 의미에 있어서도 주당 60시간이 아닌 40시간으로 노동계약을 체결할 수 있을 정도로 자유롭지 못하다. 적어도 노동력 부족현상이 일어나지 않는 한, 그

114) Ronald D. Rotunda/ John E. Nowak, supra note55, at 391.

리고 실효성 있는 노동조합이 존재하지 않는 한 그러하다. 둘째, Lochner 판결은 허용 가능한 입법목적에 부당하게 제한시켰다. 피고용자가 진정으로 계약의 자유를 갖지 못하는 한에 있어 그 같은 교섭력의 재조정은 허용가능한 입법의 기능에 속하는 것이다. 셋째, 입법의 목적(노동자 및 공공의 건강과 안전)과 책정된 수단(최고노동시간규제)간의 관계를 평가함에 있어 대법원은 지나치게 '엄격심사'기준을 적용시켰던 바, 본건에서는 그러할 만한 충분한 이유가 존재하지 않는다.

Lochner 사건의 다수의견과 반대의견은 1900년대에서 1937년 사이에 연방대법원이 경험했던 문제를 드러내고 있다. 주 의회와 연방정부는 미국인의 경제적, 사회적 생활을 규제하는 법률을 지속적으로 제정하고 있었다. 연방대법원 재판관의 다수는 자신들이 자유방임의 개념으로 표현되는 자유기업 체제를 보호할 책무가 있다고 믿었다.¹¹⁵⁾ 그들은 어떤 법률에 대하여는 건강이나 안전을 위하여 필요하다고 느끼는 경우 일부 사건에서 이를 지지하기를 하였다. 예컨대 1898년의 Holden v. Hardy 사건¹¹⁶⁾에서 연방대법원은 광산과 제련소의 남성 노동자가 일할 수 있는 시간(하루 8시간)을 제한한 Utha 주 법률에 대하여, 대단히 위험하고 비위생적인 광산의 상황을 지적하고 나서 Utha 주가 규제법안을 통과시킨 것은 이러한 종류의 직업과 관련한 주의 규제권한의 합리적인 행사라고 판결하였고, Lochner 사건에 대한 결정이 있는 지 3년 후에 선고된 1908년의 Muller v. Oregon 사건¹¹⁷⁾에서는 공장에 고용되어 있는 여성의 최대노동시간(하루 10시간)을 규제한 Oregon 주 법률을 합헌이라고 지지했다. 그러나 연방대법원은 계약의 자유와 시장에서의 자유를 완전히 보장하려는 경향을 가지고 있었기 때문에 이들은 Lochner 사건의 다수의견에서 예시된 바와 같이, 불합리하게 자유기업을 침해한다고 생각하는 법률을 무효화하기 위하여 실제적법절차 개념뿐만 아니라 통상규제조항, 계약조항, 평등보호조항도 기꺼이 사용하였다. 그 후 30 여년동안 연방대법원은 Lochner 판결에서 정립된 원칙을

115) Benjamin F. Wright, *The Growth of American Constitutional Law*, Chicago University of Chicago Press, 1942, 109-112면

116) 169 U.S. 366 (1898)

117) 208 U.S. 412 (1908)

따라, 많은 법률을 계약의 자유를 침해하였다면 위헌이라고 판결하였다. 거의 200여건의 주법이 수정헌법 제14조의 적법절차위반으로 위헌판결을 받은 것으로 추산된다. 118) Lochner 사건의 반대의견이 보여주는 바와 같이, 연방대법원은 역사적으로 합헌성의 한계 내에 있는 것으로 논증될 수 있는 법률을 지지했다.

Lochner판결법리에 대한 비판들에도 불구하고 실체적 적법절차 심사기준으로서 수단-목적 관계에 강도 높은 합리성을 요구하였던 Lochner법리는 이후 약 30 여년간 경제규제 분야에 있어서 Lochner시대를 구가하였다. 이 시기는 실체적 적법절차에 근거하여 경제규제입법을 광범위하게 무효화시킨 것으로 특징지어진다. Lochner 판결에 의해 공식화된 실체적 경제적 적법절차법리아래에서, 재판부는 연방과 주 입법의 실체적 내용의 분석과 경제적 활동과 관계 등을 규제하는 정부의 권력을 재검토, 재심리함으로써 연방과 주입법의 정당성을 숙고하였다. 재판부는 이 실체적 경제적 적법절차분석을 초기 주의 노동법에 적용하였고, 이 법들을 일반적으로 위헌이라고 하였다. 그 결과, 이 분석은 주의 경찰권의 실행을 제한(한정)하였다. 재판부는 1930년대까지 이 법리를 계속해서 사용하였고, 초기 "New Deal" 입법은 실체적 적법절차를 어기는 것이라는 판단을 유지하였다. 1930년대 후반에, 재판부는 경제적 권리와 재산권을 보호하기 위해 실체적 적법절차법리를 적용하는 것을 그만두었다.¹¹⁹⁾ 그러나 본질적 권리를 보호하기 위해 실체적 적법절차법리를 사용하는 것이 계속되었다. ¹²⁰⁾

2. Lochner 판결 이후의 경제적 실체적 적법절차 판결

연방대법원은 Lochner 판결을 한 후 3년이 지난 1908년, Muller v. Oregon 사건¹²¹⁾에서 여자들의 근로시간을 규제하는 Oregon 주의 법률의 유효성을 승

118) Erwin Chemerinsky, *supra* note 20, at 482.

119) United States v. Carolene Prods. Co., 304 U.S. 144 (1938); West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937); Nebbia v. New York, 291 U.S. 502 (1934)

120) Donald C. Guy, James E. Holloway, "The Direction of Regulatory Takings Analysis in the Post-Lochner Era", *102 Dick. L. Rev.* 327, 1998

121) Muller v. Oregon 208 U.S. 412 (1908)

인하였다. 122) Lochner 판결이 있는 후 13년 뒤인 1917년 Bunting v. Oregon 사건¹²³⁾에서 Lochner 판결은 묵시적으로 번복되었다. 연방대법원은 이 사건에서, 특정 산업에 있어서 남자들의 근로시간을 규제하는 Oregon 주의 법률을 유효하다고 판시하였다. 이러한 예외에도 불구하고, 이후 30년동안 연방대법원의 기본적 태도는 시장에서의 자유경쟁을 규제한 입법적 간섭에 대해 비우호적인 것이었고, 여자근로자에게 최저임금을 보장하는 법률¹²⁴⁾조차도 무효라고 판시하는 등 그 밖의 가격(price) 또는 임금(wage)규제법률 등은 거의 위헌이라고 선언하였다. 125) 또한 연방대법원은 이 시기에 있어서 주의 법률의 주와 주 사이에 상업 활동(interstate commerce)에 지장을 주는 것이라는 이유로 상당수 무효화 시켰다.¹²⁶⁾ 1913년의 Minnesota 주 요금(rate) 사건¹²⁷⁾에서 연방대법원은 연방의회가 주와 주 사이의 교통을 규제할 권한을 가지고 있음을 인정하였다. 1903년의 복권(Lottery)사건¹²⁸⁾에서 연방대법원은 연방정부가 주와 주 사이의 상업에서 어떤 물건의 교역을 금지할 권한이 있다고 판시하였다. 129) 1934년의 Nebbia v. New York사건¹³⁰⁾에서 연방대법원은 공공의 이익계열의

122) 당시 Oregon 주를 위한 소송대리인으로 활약하였던 Brandeis 변호사는 여자들이 과도한 노동시간으로부터 보호받을 필요성이 충분함을 입증하기 위하여 법적 선례뿐만 아니라, 유럽과 미국의 여러 위원회, 공장의 감독들, 위생학위원회 위원들의 각종 보고서와 통계국의 연구 자료를 망라한 준비서면을 제출하였고, 연방대법원은 이 준비서면이 Oregon 주법이 여자근로자의 건강을 위해 합리적인 규제를 하고 있다는 것을 인정하는데 중대한 기여를 하였다고 지적하였다.

123) Bunting v. Oregon, 243 U.S. 426 (1917)

124) Adkins v. Children's Hospital, 261 U.S. 525(1923)

125) 연방대법원은 이 시대에 노동입법이라 견제입법의 합헌성 여부를 심사하는데 있어서 적법절차 조항에만 의존한 것이 아니라 수정 제14조의 법의 평등보호 조항(equal protection of law)을 사용하였다.

126) 그러나 연방의회가 헌법상의 상업조항(the Commerce Clause)에 근거하여 제정한 연방 법률은 상대적으로 위헌이 문제되어 연방대법원에 제소되는 것이 그리 많지 않았고 연방대법원은 보통 이들 법률을 지지하였다.

127) The Minnesota Rate Cases, 230 U.S. 352 (1913)

128) The Lottery Case, 188 U.S. 321(1903)

129) 이 시기에 연방대법원은 어떤 기업에 대하여 손님에게 요구할 수 있는 요금을 규제한 상당수의 법률들을 무효로 하였다. 20세기 초반에 있어서 연방대법원은 그 규제대상인 기업이 “공공의 이익과 관련”(affected with public interest)되어 있는 경우에는 규제 법률의 유효성을 인정하여왔다. 그러나 1923년에 들어와서 부터를 시작으로 연방대법원은 입법적 규제조치를 무효로 하기 위하여 공공이익 개념을 부정적으로 사용하기 시작하였다. “공공의 이익과 관련”된 경제생활의 범주를 점차 축소해감으로써 자유의 영역을 확대해 갔다.

사건들을 번복하였다. 이 사건에서 연방대법원은 New York주가 주의 우유가격을 안정시키기 위하여 우유가격의 최저한도를 설정할 수 있는 권한을 우유가격 규제위원회에 부여한 법률을 주 경찰권의 합법적 행사로서 유효하다고 판시하였다. 131) 다수의견은 또한 “어떤 경제정책이 공공복리를 증진시킬 것인지를 결정하는 것과 그 목적에 맞게 입법으로 그 정책을 시행하는 것은 각 주의 자유라고 판시함으로써 연방대법원은 더 이상 경제입법이나 복지입법(welfare legislation)을 무효화하기 위하여 실제적 적법절차를 사용하지 않을 것임을 시사하였다. 132)

1908년의 New Jersey 주의 신탁회사법은, 신탁회사의 임원 대리인 또는 직원이 신탁회사의 상태를 조사할 권한이 있는 사람을 기망할 의도로써 고의적으로 허위의 문서를 행사하는 행위를 범죄로 규정하고 있었다. Monmouth 신탁회사의 사장인 Albert Twining과 회사 회계직원인 David Cornell은 은행감독관인 Vreedenberg에게 위조된 신탁회사 이사회 회의록을 고의로 제출한 혐의로 New Jersey 주 대배심에 의하여 기소되었다. 이 사건 심리 중 검사는 재판배심원에게 이 사건을 요약해서 설명하는 과정에서 검찰 측은 피고인들의 유죄를 입증할 수 있는 증거를 배심원에게 제출하였다는 이야기를 하면서, 피고인들이 증인자격으로 선서하고 그들의 혐의를 부인하는 진술을 하지 못했다고 주장하였다. 주에서의 상소가 기각되자 피고인들은 연방대법원에 상고하였다.¹³³⁾ 피고인의 변호인들은 검사와 판사가 배심원들에게 피고인들이 증인으로서 선서하고 증언할 수 있었는데도 증언하지 못하였다고 강력하게 언급한 것은, 형사사건에서 자기 자신에게 불리한 진술을 강요당하지 않는다는 연방헌법 수정 제5조의 권리를 침해한 것이며 이 권리는 수정 제14조가 주의 침해를 금지한 미국시민의 “특권”이나 “면제”중의 하나이며, “자기에게 형사상 불리한 진술을 강요하는 것”은 적법절차 위반이라고 주장하였다. 그러나 8대1의 연방대법원의 다수의견

130) *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502(1934)

131) *Nebbia*는 우유 산업은 공공의 이익과 관계있는 사업이 아니며 따라서 New York 주는 우유의 소매가격을 규제할 수 없다고 주장하였다.

132) 그러나 연방대법원은 *Nebbia*사건 이후에도 경제입법을 무효화 하는데 실제적 적법절차 관념을 사용함으로써 우리를 혼란케 하고 있다.

133) *Twining v. New Jersey*, 211 U.S. 78(1908)

을 대변한 William H. Moody 대법관은 New Jersey 주에 승리를 안겨주면서 Twining과 Cornell의 유죄를 확정하였다. 134) 연방대법원은 권리장전을 주에 적용하여야 한다는 주장은 거부하였지만, 이 사건에서 앞으로 수정 제14조의 적법절차 조항에 의해서 권리장전상의 권리와 유사한 몇 가지 권리는 주의 행위에 대하여 보호될 수 있을 것이라는 점을 인정하였다. Harlan 대법관은 이 사건에서도 혼자 반대의견을 개진한다. 그는 권리장전의 모든 권리는 수정 제14조를 통하여 주에도 적용된다고 주장하였다. 135) 이상의 3개의 사건에서 Harlan 판사만이 일관되게 수정 제14조의 목적은 권리장전 “전체”를 주에 편입(incorporation)하기 위한 것이라는 주장을 하였다. 그의 근거는 권리장전상의 “모든” 권리가 “기본적”인 것이기 때문에 수정 제14조의 적법절차 조항을 통하여 각 주에 적용될 수 있다는 것이었다.

Twining 사건에서 보여준 가능성에도 불구하고 연방대법원은 그 후 권리장전의 주에의 적용문제에 대해 그 이상 발전을 시키지 않았다. 권리장전상의 권리가 주에도 적용될 수 있다는 판결이 비록 부수의견(dictum)의 형식이기는 하지만 연방대법원에 의해서 최초로 내려진 것은 1925년 *Gitlow v. New York* 사건¹³⁶⁾에서였다. *Gitlow*는 패소하였다.¹³⁷⁾ 그러나 연방대법원의 의견을 대변한

134) 연방대법원은 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 않을 권리는 주의 침해로부터 수정 제14조에 의하여 보호되는 미국시민의 특권이나 면제가 아니라고 판시하였다. 또한 연방대법원은 이러한 권리가 수정 제14조의 적법절차에 의해 보호되는 권리인지 아닌지를 결정하는 기준은 그 권리가 “자유로운 정부라는 이념에 본래부터 내재해 있던 자유와 정의의 기본원칙인가 하는 것과 그러한 정부의 시민이 가지는 양도할 수 없는 권리인가 하는 것이다”라고 하면서 영국법과 미국헌법을 최초로 기초할 때까지 자기에게 불리한 진술을 거부할 수 있는 권리의 역사를 살핀 후, “이 권리는 기본적으로 양도할 수 없는 인류의 권리(fundamental and inalienable rights of mankind) 가운데는 들어있지 않았고, 적법절차에 내재해 있는 것으로도 관념되지 않았으며 이와 반대로 적법절차와는 분리되고 독립적인 적법절차의 밖에 있는 하나의 권리로 관념되었다”고 판시하였다.

135) 그는 New Jersey 주가 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니할 연방적인 권리를 침해하였다고 하면서 “독립전쟁 초기에 만약 어떤 법률가가 형사피고인은 적법하게 그에게 불리한 진술을 강요받을 수도 있다고 주장하였다면 그는 영국이나 미국에서 그의 동료 법률가들로부터 비웃음을 당했을 것이다”라고 이 사건에서의 연방대법원의 역사적 분석을 비판하였다.

136) *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652

137) *Gitlow*는 급진좌익 사회주의 기관지인 “혁명의 시대”에 “좌익선언서”를 출판함으로써 폭력에 의한 정부 전복을 옹호하고 권유하고 교육시켰다는 혐의로 New York 주 검찰에 의해 기소되었다. 배심원들은 유죄의 평결을 하였다. *Gitlow*는 연방대법원에 상고하였다.

Sanford 대법관은 부수의견에서 권리장전의 권리인 언론출판의 자유조항이 수정 제14조를 통하여 주에 적용된다는 견해를 최초로 공식적으로 채택함으로써 적법절차 법리의 발전에 새로운 역사를 창조하였다. Holmes 대법관과 Brandeis 대법관은 적법절차 조항이 주의 경제적, 사회적 입법을 무효로 하는 수단이 되는 것에는 반대하였지만, 수정 제14조의 적법절차 조항이 주정부의 행위에 대하여 표현자유를 보호하는 데까지 확장되는 것에는 찬성하였다. 138)

Gitlow 사건의 부수의견에서 인정된 권리장전의 주에의 적용이론은 2년 뒤에 다시 확인되었다. 1927년 연방대법원은 Fiske v. Kansas 사건¹³⁹⁾에서 언론자유의 적용범위를 전국화(nationalization)할 것을 만장일치로 확인했다. 연방대법원은 법원의견(Opinion of the Court)으로서는 최초로 권리장전상의 권리가 수정 제14조의 적법절차 조항을 통하여 주에도 적용될 수 있음을 밝힌 것이다. 수정 제1조의 언론자유가 수정 제14조의 적법절차를 통하여 주에도 적용된다는 것을 더욱 명확하게 확립한 것은 1931년의 Stromberg v. California 사건¹⁴⁰⁾이었다. ¹⁴¹⁾ 같은 해인 1931년 연방대법원은 Near v. Minnesota 사건에서 수정 제1조의 출판의 자유도 주에 적용됨을 인정하였다. 출판의 자유가 주에 적용된 지 1년 뒤인 1932년 연방대법원은 이제까지 연방정부에 대해서만 적용되어 오던 수정 제6조의 변호인의 도움을 받을 권리가 주에 대해서도 적용됨을 인정하게 된다. 이 과정은 Powell v. Alabama 사건¹⁴²⁾을 통해서 이루어지며, 이 판

그는 New York 주의 “범죄적 무정부주의법” 이 수정 제14조의 적법절차 조항과 수정 제1조의 언론자유의 보장 조항을 위반했다고 주장했다. Gitlow는 패소하였다.

138) 이태훈, 앞의 논문(주 76), 3-45면

139) Fiske v. Kansas, 274 U.S. 380(1927)

Fiske는 세계산업노동자동맹 회원이었는데 IWW현장의 전문을 휴대한 것이 Kansas 주에 의해 기소되고 유죄판결을 받았다. Fiske는 절차를 거쳐 마침내 연방대법원에 상고하였다. 연방대법원은 Kansas 주법에 따른 피고인의 유죄판결은 “주의 경찰권 행사가 자의적이고 불합리하게 된 것이며 수정 제14조의 적법절차 조항에 위배하여 피고인의 언론의 자유를 권한 없이 제한하는 것”이라고 판시하였다.

140) Stromberg v. California, 283 U.S. 359(1931)

청년공산주의 동맹 회원이 19세 소녀 Yetta Stromberg는 40명의 10-15세의 어린이에게 붉은 깃발에 대한 충성서약을 하도록 교육하였다. 그녀는 붉은 깃발 계양을 금지한 California 주법을 위반한 혐의로 기소되어 유죄판결을 받았고, 연방대법원에 상고하였다.

141) 7대2의 다수의견을 대표하여 법원의견을 작성한 Hughes 대법원장은 Gitlow 사건과, Fiske 사건을 인용하면서 “수정 제14조의 적법절차 조항의 자유개념에는 언론의 자유가 포함된다(enbrace)”라고 판시하였다.

결에서 권리장전상의 권리의 주에의 적용이 최초로 공정한 재판의 보장이라는 영역으로 들어갔다. 7대 2의 다수의견을 대변한 Sutherland 대법관은 사형에 해당하는 범죄에 있어서 변호인의 도움을 받을 권리는 수정 제14조의 적법절차 조항에 의하여 주에도 적용된다고 판시하였다. 1934년에는 종교의 자유가 전국화되었다. 이는 Hamilton v. California 대학교 재판 사건¹⁴³⁾을 통해 결정되었다.

C. 경제적 실체적 적법절차의 퇴조

1929년 10월에 New York 증권시장에서의 주식가격의 폭락을 첫 징조로 하여 갑작스럽게 경제공황(the Great Depression)이 불어 닥쳤다. Franklin D. Roosevelt 대통령이 1933년 대통령으로 취임하면서 “새로운 정책”(New Deal)으로 알려진 공황타개 정책을 실시하였다. 이 정책은 연방정부의 적극적 개입과 통제를 통한 강력한 규제경제의 원칙을 수용함으로써 기존의 자유방임적 자본주의 경제체제를 대폭 수정하는 것을 핵심으로 하고 있었다. 1934년부터 1936년에 걸쳐 이들 New Deal 입법의 합헌성 여부가 문제되자, 연방대법원의 다수의견은 이러한 법률이 “자유기업”(free enterprise) 관념에 대한 최대의 위협으로 된다고 생각하고서 헌법의 상업조항(the Commerce Clause)를 좁게 해석함

142) Powell v. Alabama, 287 U.S. 45(1932)

이 사건에서 Powell을 비롯한 흑인 소년들이 백인 소녀2명을 강간한 혐의로 기소되었고, 가난하여 변호인을 선임하지 못한 채, 군중심리가 지배하는 가운데 유죄판결을 선고받았다.

143) Hamilton v. Regents of the University of California, 293 U.S. 245(1934)

California 주립대학교의 모든 학생들은 군사훈련을 받아야 했으며 이를 이수하지 않으면 제적당하게 되어 있었다. 전쟁에 반대하는 종교적 신념을 가진 Hamilton은 훈련을 거부하여 제적되었고, 그는 대학의 학칙이 미국 헌법 수정 제1조의 종교의 자유 조항과 제14조의 적법절차에 위반되었다고 주장하면서 연방대법원에까지 상고하였다. 연방대법원의 전원일치 법원의견을 대변한 Butler 대법관은 Hamilton의 종교적 자유가 권리장전에 의해 보장되었고 이제부터 종교의 자유는 수정 제14조의 적법절차에 조항을 통하여 편입되었다(incorporated)고 간주되어야 한다고 판결하였다. 그러나 연방대법원은 편입적용 판결에도 불구하고, Hamilton이 강제적으로 California 대학에 다닌 것이 아니기 때문에, 주정부의 군사훈련 요구로부터 면제될 권리가 없다고 판결하였다. 그가 그의 자유의사에 따라 주립대학에 다니기로 하였으므로, 재학 중에는 California 주의 규정과 규정에 따라야 한다는 요건 때문에 적법절차가 침해되지는 않았다는 것이다.

으로써 이들 New Deal 법률의 대부분을 무효화시켰다. 1936년 선거에서 압도적인 차이로 대통령에 재선된 Roosevelt는 이를 그의 “새로운 정책”에 대한 국민의 전적인지지 표시로 해석하였고 이를 배경으로 그의 정책 추진에 최대의 장애물인 연방대법원을 자기편 사람으로 물갈이하기로 계획을 세웠다. 그러나 “법원을 자기사람으로 채우는 계획”(court-packing plan)은 실패로 끝났다.

연방대법원은 1930년대 중반에 와서 ‘계약의 자유’나 넓게는 ‘경제규제’에 관한 법들의 위헌심사기준을 크게 완화시키는 대반전을 보인다. 1934년에 시작된 일련의 판결들에서 연방대법원은 경제규제에 관한 법의 합헌성심사에 훨씬 완화된 기준인 ‘합리성 심사’ 기준을 채택하기 시작했다.

경제규제와 관련하여 재산권의 경우, 연방대법원은 이 실체적 적법절차법리로 재산권을 보호하려 애썼지만 많은 논란을 낳자, 위에서 본 Blaisdell 판결과 Casuby 판결에서와 같이 눈을 돌려 헌법 제1조 제10항의 계약조항¹⁴⁴⁾과 수정헌법 제5조의 수용조항¹⁴⁵⁾을 적용해 재산권을 보장하려 노력하게 되었다. 그 중에서도 특히 수용조항이 현대의 연방대법원 판례에서 재산권 보장의 원칙적인 근거규정으로 크게 활용되었다. 수용조항은 실체적 적법절차법리와는 달리 주정부나 연방정부의 규제를 무효화시키지 않고 단지 수용된 재산에 대한 ‘정당한 보상’을 주정부나 연방정부에 요구한다. 그러나, 때때로 그 보상이 규제를 경제적으로 비현실적인 것으로 만들기도 한다. ‘수용’이 발견되는 가장 명확한 방법은 개인 재산에 대한 물리적 침입이 있을 때였다. 초기의 실체적 적법절차법리의 수용기와는 달리, 수용조항을 원용할 때에 비록 경제규제와 물리적 수용의 구분선을 선명하게 가르기가 어렵다는 것이 일찍이 증명되었지만, 연방대법원은 수용조항을 자주 원용함으로써 경제규제 자체를 무효화시키는 것을 피해왔다.
146)

144) 헌법 제1조 제10항의 계약조항은 “어느 주라도 ... 계약상의 의무에 해를 주는 법률 등을 제정하거나 ... 할 수 없다.”라고 규정하고 있다.

145) 수정헌법 제5조의 수용조항은 “누구라도 ... 정당한 보상 없이 사유재산을 공공용으로 수용 당하지 아니한다.”라고 규정하고 있다.

146) Norman Redlich, John Attanasio & Joel K. Goldstein, Understanding Constitutional Law 177, Mathew Bender & Company, 1999

1. New Deal 정책의 등장과 사법심사

전례 없는 미국경제의 대공황의 탈출구로써 미국민이 선택한 1932년 대통령 선거에서 루즈벨트의 당선은 연방대법원의 사법심사에 중대한 영향을 주었다. 1933년 루즈벨트는 국민과의 약속을 지켜 경제부문에 전례 없는 정부의 간섭을 허용하는 무더기 법안을 제출했다. 이러한 New Deal 입법은 경제문제에 있어 대규모의 정부개입을 필연적으로 결과할 것이기에 Lochner 판결이 표방했던 “계약의 자유”철학과는 분명히 모순되는 것이었다. 연방대법원은 New Deal 초기에는 New Deal 입법에 대해 상당히 우호적이었다. 그러나 1935년-1936년 기간 New Deal 입법에 대한 헌법적 도전소송이 줄을 이었다. New Deal을 분쇄하기 위해 대법관들은 헌법상 무기로서 경제적 실체적 적법절차 조항을 사용 하였던 것이다. 실체적 적법절차가 자유방임적 계약자유를 옹호하였으나, 1930 년대의 경제공황과 이에 대한 루즈벨트 대통령의 뉴딜정책에 따라 연방대법원은 경제규제입법에 대한 실체적 적법절차의 원용을 단념하지 않으면 아니 될 상황에 직면했다. 루즈벨트 대통령은 자본주의 경제제도에 대한 국가의 통제를 근간으로 여러 사회경제적 입법조치들을 취하여, 세금과 재산에 대하여 많은 의무를 부담하고 제한을 받게 된 부유층의 미움을 샀는데 반하여, 노동자, 빈곤층, 학대받는 소수파, 그리고 일반대중들로부터는 전폭적인 지지를 받았다.

1932년의 대통령선거에서 당선된 루즈벨트(Franklin D. Roosevelt)가 내세운 New Deal 정책은 대규모의 공공사업과 광범한 농민의 보호조치 등으로 실업계의 반발을 사기는 하였으나, 노동자, 농민, 흑인 등 저소득층의 절대적인 지지를 얻고 있어서 1936년 선거에 60.8% 득표하는 미국 대통령선거사상 최대의 승리를 기록하는 정치적 이변을 일으킨 정책이다. 그러함에도 불구하고 연방대법원은 이러한 역사적인 정치적 요구와 사회적 흐름마저 거부하였다. 보수주의 재판관들이 주도하는 당시 휴즈 법원(Hughes Court, 1930-1941)은 1935-1936년 사이에 무려 13개의 뉴딜입법을 개인의 자유와 소유재산권의 침해라는 이유로서 위헌 무효화시켰다. 뉴딜정책이 연방대법원에 의해 위협을 받게 되자 Roosevelt 대통령은 1937년 3월일 “법원개혁안(Court Packing Plan)을 제시하

여 뉴딜정책에 반대하는 보수적인 재판관을 몰아내고 새로운 연방대법원을 만들려고 시도하였다. 즉, 루즈벨트 대통령은 연방대법원의 70세가 넘는 재판관을 재판을 하지 않아도 되고 그 수만큼 재판관을 새로 추가 임명할 수 있게 하는 내용의 개혁안을 연방의회에 제출하였다. 결국 의회가 연방대법원의 편에 서서 이 개혁안을 받아들이지 않아 실패가 되고 말았지만, Edward S. Corwin 교수와 같은 저명한 학자를 비롯한 학계도 루즈벨트 대통령과 뉴딜정책을 지지하여 보수적인 연방대법원을 비판하는 여론조성에 큰 성공을 일으키고 있었고, 이로 인하여 연방대법원의 판례동향에도 크게 영향을 미치게 되었다.¹⁴⁷⁾ 이러한 여론과 정치적 위협 속에서 다소 중도적 견해를 대변해 오기도 한 Hughes 대법원장과 Roberts 재판관이 뉴딜정책을 지지하는 진보파에 합세하여 West Coast Hotel Co. v. Parrish 사건¹⁴⁸⁾에서 Washington주의 최저 임금법을 5:4로 합헌이라고 판결하였다. 연방대법원은 바로 1년 전에 Morehead v. People of State of New York 사건¹⁴⁹⁾에서 이와 유사한 New York 주노동법을 위헌이라고 판결했었는데, 이를 번복하는 새로운 판결을 내림으로써 연방대법원은 비판세력과 대통령 및 의회와의 정치적 충돌을 피할 수 있게 되었다. 이로써 당시의 정치적 상황을 무마하는 계기가 되었기 때문에 이 재판은 “9명의 재판관을 구한 적시의 전환(Switch-in-time that Saved Nine)¹⁵⁰⁾이라는 평을 들었다.¹⁵¹⁾ 이러한 연방대법원재판논쟁은 연방대법원에서 실체적 적법절차 개념을 적용함에 있어 영구적인 변화를 가져오는 계기가 되었다. 1937년부터 연이은 수년간의 연방대법원의 판결은 재판관들이 정부의 규제와 통제로부터 재산적 이익을 보호할 수 있는 헌법이론으로서의 실체적 적법절차라는 마술에서 깨어났음을 나타내 주는 것이었다. 이러한 판결들은 연방대법원이 더 이상 경제적인 문제는 헌법적으로 크게 중요한 것은 아니라고 믿었을 뿐만 아니라, 재판관들은 경제관련 법률의 위헌여부를 심사하기 위한 새롭고 객관적인 헌법적 기준(완화된 심사

147) 한병채, 앞의 논문(주 68), 31면

148) 300 U.S. 379 (1937)

149) 298 U.S. 587 (1936)

150) H. Abraham, *supra* note 44, at 18.

151) Jeffrey M. Shaman, *Cracks in the Structure: The Coming Breakdown of the Level of Scrutiny*, 45 *Ohio State Law Journal* 161, 1984.

기준)을 적용할 준비가 되어 있다는 것을 드러내는 것이었다. 152) 그리하여 루즈벨트 대통령 및 그의 뉴딜정책과의 충돌에 따른 헌법적 위기와 그 극복과정을 통하여 연방대법원은 훗날 다중 심사 기준론(multi-level system of scrutiny)이라고 불리우는 심사체계를 세우게 되었다. 153) 즉, 연방대법원은 국가의 다른 두 부(행정부 및 의회)에 대하여 극단적인 존중의 자세를 취하게 되었고, 154) 따라서 이제부터는 이들의 행위에 합헌성을 추정하여 그들이 명백하게 비이성적이거나 불합리하다는 입증이 없는 한 기꺼이 합헌판결을 하였다. 155) 이는 곧 그러한 행위(법률)의 위헌을 다투는 자가 그러한 행위가 정부의 정당한 목적에 아무런 관련이 없다는 것을 증명해야 하는 매우 어려운 입증책임을 부담함을 의미했고, 이는 나중에 최소한의 심사기준(minimal scrutiny)이라고 불리웠다. 156)

2. New Deal 정책 이후의 법원의 태도

뉴딜이라 불리는 일련의 정책들은 자유방임적 자본주의경제에 대한 국가의 개입과 제한을 의미하는 것으로 연방대법원은 오랫동안 뉴딜정책을 반대하였다. 이러한 반대는 전국산업 부흥법(NIRA)과 농업조정법(AAA)에 관한 위헌결정으로 표면화되었다. 그뿐만 아니라 보수적인 법관들은 더 많은 법안들을 무효화시키겠다고 하였다. 이에 대하여 루즈벨트 대통령은 연방대법원관사의 정원을 늘려 사법부의 보수주의를 누르고 판례를 변경시키려는 의도에서 대법원개혁계획

152) R. McClosky 1960, 183-184면, Rotunda/ Nowak, *Constitutional Law*, 1992, 405면

153) Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, The Foundation Press, 1978, 450-455면

154) Williamson v. Lee Optical Co., 348 U.S. 483 (1955); Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951); Railway Express Agency v. New York, 336 U.S. 106 (1949); Minersville School Dist. v. Gobitis, 310 U.S. 586 (1940); South Carolina State Highway Dept v. Barnwell Bros., Inc., 303 U.S. 177 (1938)

155) Jeffrey M. Shaman, The Rule of Reasonableness in Constitutional Adjudication: Toward the End of Irresponsible Judicial Review and the Establishment of a Viable Theory of the Equal Protection Clause, 2 Hasting Constitutional Law Quarterly 153, 1975, 163-166면

156) Jeffrey M. Shaman, supra note 151.

안(court-packing plan, 1937)을 제출했다. 그리하여 결국 1937년 3월에 West Coast Hotel v. Parish 사건에서 뉴딜입법에 대한 첫 지지판결이 내려졌다.¹⁵⁷⁾ 이 판결을 고비로 하여 연방대법원은 실체적 적법절차를 원용하여 경제입법에 대하여 엄격하게 규제하던 태도를 버리게 되었고, 법관들은 입법의 현명함을 저울질하거나, 입법정책이 공공복지에 반하는지 여부를 결정할 만한 ‘초입법부의 지위’에 있지 아니함을 제천명함으로써 입법부의 판단을 거의 완전히 존중하는 입장을 취하였다. 경제입법에 대한 이와 같은 심사태도와는 대조적으로 법원은 다른 한편으로는 민권과 자유권에 영향을 주는 입법에 대하여는 점점 더 엄격하게 심사해 나갔다.

연방 대법원의 잇따른 New Deal입법에 대한 위헌 선언은, 경제회생에 대한 미국민의 열광적인 바람으로 재선된 루즈벨트 대통령은 경제문제에의 입법적 개입을 존중하는 방향으로 사법부의 철학을 변경시키기에 이른다. 경제적 실체적 적법절차 원칙은 제거되고 1937년에 법원을 지배했던 기본적인 헌법철학은 오늘날에 이르기 까지 주류가 되고 있다. 이 철학에 의하면 입법부가 소정의 절차를 밟아 제정한 법률은 대법관들이 생각하기에 경제적 자유나 주의 권한을 침해하는 것 같다는 이유로 법원에 의해서 무효가 되어서는 안 된다는 것이었다. 현대적 상황에 접어들어서 대법원은 실체적 적법절차위반을 이유로 주의 경제규제입법을 심사하는 일에서 거의 완전히 손을 떼었다.

Lochner 시대 동안, 연방대법원 또한 실체적 적법절차 분석아래에서 경제적 권리와 재산권에 관한 정부의 몇몇 규제들이 허용되어질 수 있다는 것을 또한 유지하였다. 그러나, 재판부의 실체적 경제적 적법절차의 적용은 사법부의 판단

157) 1913년에 워싱턴 주는 여자와 미성년자에 관한 최저 임금법을 제정했다. 법의 규정에 따라, 산업사회위원회라 명명된 행정위원회는 주의 부녀와 아동들에 관한 최저임금과 근로 조건을 설정하도록 위임받았다. Eilsie Parris는 West Coast Hotel 회사에 하녀로 고용되었다. 그녀와 그 남편은 위원회가 정한 최저임금과 호텔 측이 그녀에게 지급한 임금간의 차액을 받기 위하여 소를 제기하였다. 그녀의 최저임금은 주 48시간에 14.50달러였다. 제1심 법원은 Parris부인에게 패소판결을 내렸다. 그러나 워싱턴 주 최고법원은 제1심 판결을 번복하고 주법을 지지하였다. 이에 호텔 측은 연방대법원에 상소하였다. 한편, 이 사건 판결이 워싱턴 주 여성 최저 임금법을 지지함으로써, 같은 법을 무효화시켰던 전년도 재판관의 5:4판결을 뒤엎고 종래의 Adkins 사건 및 Morehead 사건의 판결을 파기하였다. [West Coast Hotel v. Parris, 300 U.S. 379 (1937)]

이 입법부의 판단을 대신한다는 비판을 받게 되었다. 결국 이 이론은 경제대공황의 경제적 그리고 사회적 고통을 덜기 위해 필요한 사회적 입법을 막음으로써, 평판이 나빠지게 되었다. West Coast Hotel Co. v. Parrish 판결¹⁵⁸⁾에서 재판부는 실체적 적법절차법리를 더 이상 경제적 권리에 있어서 적용하지 않았다. 실체적 적법절차의 법리는 근본적 권리들에 적용됨으로써 United States v. Carolene Products Co 사건¹⁵⁹⁾에서 소생되어졌다. Carolene Product 사건에서, 연방대법원은 연설의 자유, 인쇄의 자유, 종교의 자유와 같은 근본적 권리들을 보호하기 위해 실체적 적법절차법리를 적용하는 것을 유지하였다.¹⁶⁰⁾ 그러나, 재판부는 경제적 권리와 재산권을 보호하기 위해 실체적 적법절차법리를 소생시키지는 못했다. ¹⁶¹⁾

가. West Coast Hotel Co. v. Parrish 사건¹⁶²⁾ (1937)

경제입법의 위헌여부에 대한 심사에 있어서 연방대법원이 실체적 적법절차의 사용을 포기했다는 첫 번째 중요한 표지는 1937년의 West Coast Hotel Co. v. Parrish 사건에서 나타났다. 이 사건에서 연방대법원은 여성들을 위한

158) West Coast Hotel v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937)

이 사건에서 연방대법원은 주정부의 위원회에 여러 가지 직업에 종사하는 여성근로자의 최저임금(minimum wage)을 정할 수 있는 권한을 부여한 Washington 주의 법률의 합헌이라고 판시하였다. 이 판결에서는 종전에 정부가 인민의 자유를 제한할 수 있는 근거를 주민의 건강, 안전 또는 도덕에 한정시켰던 것을 더 넓게 해석하여 “인민의 복리”(welfare of the people) 및 “지역사회의 이익”(the interest of the community)까지도 포함시켰다.

159) 304 U.S. 144 (1938)

160) Donald C. Guy, James E. Holloway, "The Direction of Regulatory Takings Analysis in the Post-Lochner Era", *102 Dick. L. Rev.* 327, 1998

몇몇 법학자들은 West Coast Hotel과 Carolene Products 사건을 결정함에 있어서, 연방대법원이 크게 길을 잘못 들었다고 말한다. 그들은 오늘날 현존하는 몇몇 거래와 성장 문제들은 자유의 이분법아래서 재산권과 경제적 권리들을 보호할 여유가 있는 보다 못한 편의 보호로부터 지지한다고 한다. 재산권과 개인적인 권리들 사이에 차별은 땅 소유주와 택지개발업자들이 헌법 아래 재산권과 경제적 권리들의 보호에 관한 불평에 있어서 의미 있는 이유였다. James W. Ely Jr 교수는 명백하게 이 차별상태를 비판했다.

161) Dolan 사건에서, Stevens 판사는 재판부가 수용조항(Taking Clause)아래에서 실체적 적법절차 법리를 다시 주장하고 있다고 말했다. Dolan v. City of Tigard, 512 U.S. 374, 1994

162) 300 U.S. 379 (1937)

Washington 주의 최저 임금법을 합헌이라고 지지하였다. 호텔의 소유주인 상고인은, 그 법률은 자기로부터 계약의 자유를 박탈했기 때문에 수정헌법 제14조의 실제적 적법절차를 위반한 것이라고 주장하였다. 상고인의 주장은 연방대법원이 1923년의 *Adkins v. Children's Hospital*¹⁶³⁾ 사건에서 Washington D.C.의 같은 내용의 법률을 위헌판결하면서 받아들였던 주장을 상기시키는 것이었다. 그리고 이 *Adkins* 판결은 1936년의 *Morehead v. New York ex rel. Tipaldo*¹⁶⁴⁾ 판결에서도 재확인되었던 것이다. 즉 *Adkins* 사건에서와 같이 *Morehead* 사건에서 연방대법원은, 여성을 위한 최저 임금법은 정당한 주의 규제행정부적(police purpose)에 이바지하지 못하기 때문에 계약의 자유를 부당하게 침해하는 것이라고 판시하였다.¹⁶⁵⁾ 그러나, *Parrish* 사건에서 연방대법원은 실제적 적법절차에 근거한 위헌주장을 배척하였다. *Parrish* 판결에 나타난 연방대법원의 견해는 경제입법에 대한 사법심사에 있어서 실제적 적법절차의 개념에 입각한 엄격심사의 종말의 시작을 알리는 것이었다. 연방대법원은 실제적 적법절차 개념이 형성된 절정기에 내려진 판결뿐만 아니라, 실제적 적법절차에 근거하여 확고하게 선고되었던 판결들도 정면으로 파기하였다.¹⁶⁶⁾ 그리하여 1937년 이후 연방대법원은 정부의 경제적 규제를 존중하였고, 그로 인하여 연방헌법 제1조 제10항 제1문의 계약조항¹⁶⁷⁾은 주와 자치단체의 법을 무효화하는데 거의 사용되지 않았다. 사실상, 1937년 이후 연방대법원이 법률이 헌법의 계약조항을 위반하였다고 판단한 것은 1977년의 *United States Trust v. New Jersey*¹⁶⁸⁾ 사건과 1978년의 *Allied Structural Steel Co. v. Spannaus*¹⁶⁹⁾ 사건의 단 2차례뿐이었다.¹⁷⁰⁾

163) 261 U.S. 525 (1923)

164) 298 U.S. 587 (1936)

165) Erwin Chemerinsky, *supra* note 20, at 484.

166) Ronald D. Rotunda/ John E. Nowak, *supra* note 55, at 405.

167) 연방헌법 제1조 제10항 제1문: “어떤 주도 … 계약상의 의무이행을 해하는 법률을 제정할 수 없다.” (“Section 10: No State … pass … law impairing the obligation of contracts ….”)

168) 431 U.S. 1 (1977)

169) 438 U.S. 234 (1978)

170) Erwin Chemerinsky, *supra* note 20, at 495.

나. United States v. Carolene Products Co. 사건¹⁷¹⁾ (1938)

Parrish 판결 1년 후에 연방대법원은 United States v. Carolene Products Co. 사건에 대한 판결을 선고하였다. 연방의회는 “filled milk(치환유:탈지유에 식물성 지방을 가한 우유)의 주간수송을 금지하는 법률을 통과시켰다. 피상고인 (Carolene Products Co.)은 그 법률은 수정헌법 제5조의 적법절차 규정을 위반하였다고 다투었다. 연방대법원은 Stone 재판관이 집필한 판결문을 통하여 “입법자의 판단이 문제된 경우에 그에 대한 심사는, 알려져 있거나 합리적으로 가정할 수 있는 (입법)기초사실이 당해 입법을 뒷받침하고 있는지 여부에 한정되어야 한다”고 하였다. Carolene Products 사건에서 연방대법원은 그 법률에서 취한 수단에 대한 합리적 근거가 될 수 있는 충분한 사실들을 인정하였다. 치환유가 공중의 건강에 해롭다는 입법기초사실은 그 법률을 제정한 연방의회의 합리적 논거를 보여준다는 것이었다.¹⁷²⁾ 그러나 Stone 재판관은 이러한 입법기초사실이 없다고 하더라도 연방대법원은 이 법률을 합헌 선언할 것이라고 강조했다. 그 이유는 “입법자의 판단을 뒷받침하는 입법사실의 존재는 추정되고, 보통의 통상거래에 영향을 미치는 규제입법은 그것이 합리적인 토대에 근거하고 있다는 가정을 배제할 만한 그러한 성격의 것이 아닌 한 위헌이라고 할 수 없기 때문...”이라는 것이다. 여기서 Stone 재판관은 ‘일반적 규제입법’과 ‘근본적인 헌법적 가치에 대한 정부의 제한조치’사이의 구별에 대한 언급을 하였다. 위 문장의 끝에 추가한 “4번 각주”(footnote 4)¹⁷³⁾에서 Stone 재판관은 어떤 정부행위에 대하여는 계속적이고 독립적인 사법심사를 해야 하는 이유를 제시하였다. 174) “법률이 수정헌법의 첫 10개 조항(권리장전)과 같이 헌법이 특별히 금지하는 영역을 규율하는 것으로 문면상 보일 때에는, 법률의 합헌성이 추정되는 범

171) 304 U.S. 144 (1938)

172) Ronald D. Rotunda/ John E. Nowak, *supra* note 55, at 405-406.

173) Wellington은 이 사건 자체는 대수로운 것이 아니었기 때문에 판결문에 붙어 있는 “각주4”가 없었더라면, 쉽사리 망각되었을 것이라고 하였다. Harry H. Wellington, *The Nature of Judicial Review*, 91 *Yale Law Journal*, 486, 1982

174) Ronald D. Rotunda/ John E. Nowak, *supra* note55, at 406.

위는 더욱 좁아질 것이다. ... 통상 바람직하지 않은 법률의 폐지를 야기할 것으로 기대될 수 있는 정치적 과정을 제한하는 법률이, 수정헌법 제14조의 일반적 금지에 근거하여 더욱 엄격한 사법심사를 받아야 하는지 여부에 대하여는 이제 고려할 필요가 없다. ... 또한 분리되고 고립된 소수인종에 대한 편견이, 통상 소수인종을 보호하기 위하여 요구되는 정치적 과정의 작동을 심각하게 방해하는 경향이 있고 따라서 더욱 엄격한 사법심사를 요청하게 되는 특별한 조건이 되는지 여부에 대하여도 조사할 필요가 없다.¹⁷⁵⁾ 다시 말하면, 법원은 일반적인 경우 법률이 합헌이라고 추정해야 한다.

3. 1937년 이후의 실체적 적법절차

1937년 연방대법원은 법원 재조직 법안이 제출되었던 때로부터 시민의 경제적 자유 문제를 심사하는 입장에서 손을 떼기 시작하였다. 최초의 명백한 방향 전환은 1937년의 *West Coast Hotel v. Parrish*¹⁷⁶⁾ 사건에서 시작되었다. *Parrish* 판결을 통해서 “헌법해석상의 혁명”(revolution in constitutional interpretation)이 초래되었다. 이 혁명은 적법절차조항(Due Process)과 상업조항(the Commerce Clause)의 해석에 변경을 가져왔다. 1937년 초반의 또 하나의 사건은 연방대법원이 의회의 월권행위가 문제된 1935년에 제정된 전국노동관계법(The National Labor Relational Act)을 5대4의 다수의견으로 합헌으로 판결한 것이었다. ¹⁷⁷⁾ 일반적인 최저임금과 최고노동시간을 규정한 법률, 가격 규제법률, 집회의 자유를 보장하고 집단적 교섭을 요구하는 노동관계법률 등이 그 후 합헌으로 인정된 법률의 내용이 된다.

1938년 연방대법원은 *U.S. v. Carolene Products Co.* 사건¹⁷⁸⁾에서는 한걸음 나아가 위헌심사의 대상인 법률을 “일반적 규제입법”과 “기본적인 헌법가치

175) 304 U.S. 144, n.4 (각주 4)

176) *West Coast Hotel v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937)

177) *National Labor Relations Board v. Jones and Laughlin Steel Corporation*, 301 U.S. (1937)

178) *U.S. v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144(1938)

에 대한 정부의 제한”의 2가지로 구별하여 각각 다른 심사기준을 적용하여야 한다는 입장, 즉 이중기준(double standard) 이론을 제시하였다.¹⁷⁹⁾ Carolene 제조회사 사건 판결을 통하여 경제입법의 합헌성 추정(presumption of constitutionality) 논리에 의하여 수단과 목적간의 엄격한 합리성 심사를 면제 받게 되었다.¹⁸⁰⁾ “일반적 규제입법”에 대하여는 합헌성을 추정하여야 한다고 판시한 Stone 대법관은 이와는 구별되어 연방대법원의 엄격한 심사(strict scrutiny)를 받아야 할 범주의 권리와 이유를 열거하였다. 그는 “우선적 자유권”은 수정 제1조의 종교, 언론, 출판, 집회, 청원의 자유이며 이와 같은 자유를 제한하는 입법은 오로지 경제적 권리만 문제되는 경우보다 “훨씬 정밀하게”(more critically) 심사되어야 한다(inspected)고 주장하였다. 또 정치적 절차에 관련된 권리에 관하여 “매우 특별하고 적극적인 엄격사법심사”(a special judicial scrutiny of assaults)를 할 것을 요구하고 있다. ¹⁸¹⁾ 마지막으로 그는 인기 없는 인종적, 종교적 그리고 정치적 소시민 및 기타의 작고 무력한 집단을 위해 사법상 특별보호를 해야 한다고 “이중기준”을 상세히 설명했다. ¹⁸²⁾ 1928년 이중기준 등장이후 점차로 연방대법원은 경제적 입법영역에서는 입법부의 판단을 존중해주고 비경제적 영역에서 기본적인 권리와 자유를 억제하는 모든 입법적 또는 행정적인 시도에 대하여는 엄격한 사법심사를 하는 방향으로 정책을 전환하게 되었다. ¹⁸³⁾ 연방대법원의 주된 관심은 개인의 기본적 권리 및 개

179) Carolene 제조회사 사건은, 1923년에 제정된 연방법률이 첨가우유법(Filled Milk Act)을 다룬 사건이었다. 연방대법원을 탈지우유에 식물성 지방(fat)을 넣은 우유(filled milk)dml 주 사이의 수송을 금지시킨 연방법률은 지지하면서, 적법절차 위반의 의심을 받는 경제규제법이 문제된 사건에는 그 법은 연방대법원에 대해 합헌성을 추정 받는다는 것을 명백히 하였다.

180) 경제적 입법에 대한 실체적 적법절차에 있어서 Lochner 판결이 요구하였던 심사기준, 즉 수단과 목적간의 “사실상 및 본질적인 관계”(real and substantial relation)는 Nebbia 판결에서는 명시적으로, 서부해안호텔 사건에서는 묵시적으로 유지되고 있었다.

181) 후보자 지명과 선거에서의 동등한 접근기회 등 이러한 “정치적 절차”는 진정한 의미에서 우리 민주사회에서 그 밖의 다른 모든 권리를 가능하게 해주는 것이기 때문이다. 정치적 절차의 범주에 속하는 권리는 기본적 이익에 영향을 미치는 권리라고도 불리운다. 정치적 절차에 관련된 권리에 관하여 엄격한 사법심사가 행하여진 사건으로는 1941년의 U.S. v. Classic, 313 U.S. 232 (1921) 사건이 있다.

182) 이들 집단이 헌법상 보장된 자신들의 시민권을 충분히 누릴 수 있으려면 특별한 도움과 보호가 필요하기 때문이다.

183) 이렇게 시민적 권리 또는 기본적 권리분야에서 사법심사의 근거가 된 적법절차를, 경제

인이 속해 있는 공동체의 권리 및 자유 사이의 균형을 모색하는 일이었다.

권리장전상의 권리의 주에의 적용문제는 1937년 이후에 들어와서도 계속되었다. 1937년 연방대법원은 De Jonge v. Oregon 사건¹⁸⁴⁾을 통하여 수정 제1조의 집회의 자유(freedom of assembly) 및 고통의 구제를 위하여 정부에 청원하는 자유(freedom to petition the Government for a redress of grievances)가 주에 적용됨을 인정하였다. De Jonge 사건 판결을 통하여, 연방대법원은 수정 제1조가 보장하는 권리장전상의 권리 전부와 수정 제6조의 변호권중 적어도 사형에 해당하는 형사사건에 대한 변호권의 보장을 주에 대해 명할 수 있게 되었다. 연방대법원은 수정 제1조에 규정된 권리장전상의 권리가 주에도 적용되는 이유가 무엇인지, 같은 권리장전상의 권리임에도 불구하고 일부 형사절차규정(예컨대, 사형에 해당하는 형사사건에서의 변호인의 도움을 받을 권리)은 주에 적용을 인정하면서 다른 형사절차규정은 주에의 적용을 인정하지 않는지에 대한 이론적인 설명을 하여야 할 필요가 있었다. 이에 대한 최초의 이론적 설명은 1932년 Powell v. Alabama 사건¹⁸⁵⁾에서 연방대법원의 법원의견을 작성한 George Sutherland 대법관에 의해 시도되었다. 그는 법원의견을 통해 이 사건에서 문제된 수정 제6조의 변호인의 도움을 받을 권리가 수정 제14조의 적법절차 조항의 개념 속에 포함된다고 보기는 어렵다고 하였다. 그러나 연방대법원은 여전히 왜 같은 형사절차상의 권리 중 변호인의 도움을 받을 권리와 그 밖의 배심에 의한 기소를 받을 권리, 배심재판을 받을 권리를 차별대우를 해야 하는지에 관한 원리를 잘 설명하지 못하였다. 그리고 왜 수정 제1조의 권리들이 권리장전상의 다른 권리들보다 더 기본적인가 하는 것에 대한 설명을 하지 아니하였다. 이러한 문제에 대한 연방대법원의 답변은 1937년 Palko v. Connecticut 사건¹⁸⁶⁾에서 Benjamin N. Cardozo 대법관에 의해 본격적으로

적 규제입법에 대한 사법심사의 근거가 되었던 적법절차를 “옛날의 실체적 적법절차”라고 부르던 것과 구별하여, “새로운 실체적 적법절차”라고 부르기도 한다.

184) De Jonge v. Oregon, 299 U.S. 353(1937)

185) Powell v. Alabama 287 U.S. 45(1932)

186) Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319(1937)

Frank U. Palko는 2명의 경찰관을 미리 휴대하고 있던 총으로 쏘 죽인 혐의로 Connecticut 검찰당국에 의하여 1급 살인죄로 기소되었다. 그러나 배심재판 과정에서 판사가 배심원들에게 1급 살인죄의 구성요소인 사전모의에 관해 배심원에게 부적절하게 설명한

설명되었다. Cardozo 대법관은 어떤 권리장전의 권리들은 적법절차에 의하여 보호되고(주에 적용되고) 어떤 권리들은 보호되지 않느냐(주에 적용되지 않느냐)하는 것을 합리화시키는 원칙은 문제된 특별한 권리가 “질서정연한 자유를 구성하는 핵심적 요소”이나 여부에 있다고 하였다. 그는 사상과 언론의 자유가 바로 본질상 이러한 자유이며, “거의 모든 형태의 다른 자유에 없어서는 안될 조건이며 또한 모체”라고 하였다. Palko 사건에서 문제는, Palko를 2번 재판받게끔 한 “그런 종류의 이중위험이 너무 충격적이어서 우리의 정치체도가 참지 못할 정도인가 또 그것은 우리의 모든 시민적, 정치적 제도의 근저에 있는 자유와 정의의 필수적 원리를 위반하는 것인가”하는 것이며, 그에 대한 대답은 “확실히 아니다”가 되어야 한다고 판시하였다. Cardozo 대법관은, 형사상 자기에 불리한 진술을 하지 않을 권리, 민사, 형사상 배심재판을 받을 권리, 이중위험에 처해지지 않을 권리 등을 “질서정연한 자유의 묵시적 구성요소”가 아니기 때문에 분명하게 적법절차의 보호를 받을 수 없다고 판시하였다. 이와는 대조적으로 그는, 언론의 자유, 출판의 자유, 종교의 자유 그리고 형사피고인의 변호인의 도움을 받을 권리는 모두 적법절차 조항에 의해서 보호된다고 판시하였다. 이러한 선택적 편입설(selective incorporation theory)은 연방대법원에 막대한 권한과 재량권을 부여하였다.

선택적 편입이론이 연방대법원의 공식 입장임에도 불구하고 연방대법관중의 소수는, 수정 제14조의 적법절차는 연방헌법의 권리장전의 모든 권리를 편입시켜(incorporation) 주에 권리장전의 권리 전체를 적용하도록 한다는 견해를 강력히 주장하고 있다. 전체적 편입설의 최초의 주창자는 John Marshall Harlan 대법관(1877-1911)이었다. 그러나 그의 대법관 재직시에는 권리장전의 전국화는 전혀 이루어지지 않았다. 연방대법원에 의해 권리장전의 일부 권리에 대하여 전국화가 인정된 후 다시 본격적으로 권리장전상의 “모든”권리가 적법절차 조

결과 배심원들은 Palko에게 2급 살인죄로 평결하였고 그 결과에 따라 판사는 그에게 무기징역을 선고하였다. 검사는 상소하였고 주대법원은 검찰의 상소를 받아들여 새로 재판할 것을 명령하였고 Palko는 새 재판결과 배심원에 의하여 1급 살인죄의 평결을 받았고, 사형을 선고받았다. Palko는 연방대법원에 상고하였고 Palko의 변호인은 Palko가 2번 재판받은 것은 이중위험(double jeopardy)을 구성하며 이중위험에 처해지지 않을 권리는 변호인의 도움을 받을 권리만큼의 기본적 권리라고 주장하였다.

항을 통하여 주에 적용되어야 한다고 주장한 대법관은 F. Roosevelt 대통령이 1937년에 임명한 최초의 대법관인 Hugo Lafayette Black이었다. Black 대법관이 권리장전의 주에의 적용문제에 관한 전체적 편입설을 주장하는 계기가 된 것은 1947년의 Adamson v. California 사건¹⁸⁷⁾이었다. 주에서 원심이 그대로 확정되자 Adamson의 무료변호를 맡은 Morris Lavin 변호사는 연방대법원에 상고하여, California의 이러한 재판절차는 자기에게 불리한 진술의 강요를 금지하는 수정 제5조를 위반하였으며 이 권리는 수정 제14조의 적법절차를 통하여 주에도 적용되어야 한다고 주장하였다. 5대4의 다수의견을 작성한 Staneley F. Reed 대법관은 Adamson에게 패소판결을 내리면서, 수정 제5조의 형사상 자기에게 불리한 진술 금지조항은 주에 적용되지 않으며, California 주는 “형사재판의 가장 능률적인 운영이라는 주 자체의 이념에 따라 이러한 문제를 다룰 수 있다”라고 판시하였다. 다수의견에 대해 Black 대법관은 전체적 편입설을 본격적으로 전개하였다. 그는 법원에 너무 많은 재량을 주는 Cardozo식의 선택적 편입설의 기준이 너무 애매모호하기 때문에 곤란하다고 배척하였다. 그는 연방법원과 주법원에서 권리장전을 주에 적용하는데 일관성을 유지하는 길은 최초의 수정헌법 8개조항의 모든 권리를 적법절차를 통하여 주에 적용하는 것이라고 주장하였다.¹⁸⁸⁾ 연방대법원은 Black 대법관의 전체적 편입설을 결코 채택한 적이 없다. 연방대법원은 적어도 이론상으로는 Cardozo 대법관의 선택적 편입설을 따르고 있다. 그러나 1960년대에 이르러서 Warren 대법원장이 이끄는 연

187) Adamson v. California, 332 U.S. 46(1947)

Adamson 사건에서는 Twining 사건과 마찬가지로 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니할 권리가 주에도 적용되느냐 하는 것이 문제되었다. 43살의 Admiral Dewey Adamson은 Los Angeles에서 64세의 Stella Blauvelt라는 미망인을 살해하고 물건을 가져간 사실로 제1급 강도살인죄로 사형을 선고받았다. 그러나 재판과정에서 Adamson은 자기에게 유리한 증인을 부르지도 못하였고, 선서를 하고 증인자격으로 증언하지도 못하였는데 그 이유는 증언을 하면 검찰 측이 증언을 탄핵하기 위하여 Adamson의 절도, 강도 등의 전과를 배심원에게 누설할까 두려워서였다. 배심원은 Adamson에게 유죄의 평결을 가하였고 판사는 사형을 선고하였다.

188) Black 대법관의 시민적 자유에 대한 직관적인 헌신은 그의 대중적 배경으로부터 유래하였다. 경찰법원 판사로부터 미국 상원의원이 될 때까지의 그의 경력을 통해, 국민이 그들의 정부를 장악할 수 있을 때에만 민주주의가 가능할 수 있다는 것을 확신하였다. 그는 법원의 임무는, 개인적이거나 정부이거나간에 이들의 이해가 관련된 권력적인 행동으로부터 일반국민이 좌절하지 않도록 보장해주는 것이라는 생각을 가지고 있었다.

방대법원은 공식적으로 Palko 판결을 번복하지는 않았지만 실제에 있어서는 Black의 입장을 채택하였다. 즉 현재의 연방대법원은 권리장전의 거의 모두를 주에 적용하였고, 권리장전상의 권리의외의 것까지에도 확대하였다. Cardozo 대법관의 “질서정연한 자유를 구성하는 핵심적 권리”이론을 확장시킨 것으로 주에 대하여 적용되고 있는 종교의 자유와 관련하여, 종교와 국가의 분리를 주에 적용시킨 것¹⁸⁹⁾과, 수정 제6조의 공개재판을 받을 권리를 주에 확대 적용한 것¹⁹⁰⁾을 들 수 있다. 연방대법원은, 프라이버시를 헌법이 보호하는 가치라고 선언한 1965년의 Griswold v. Connecticut 사건판결 이후, 프라이버시를 중심으로 하여 법의 실체에 다시 주목하기 시작했다. ¹⁹¹⁾

실체적 적법절차 법리는 초기에 경제적 실체적 적법절차법리를 중심으로 발달해왔다. 계약의 자유를 보호하고 주의 법이, 주의 경찰력이 개인의 재산과 관계된 경제규제입법에 대하여 엄격하게 심사함으로써 경제적 실체적 적법절차법리는 확립되었고 발전되어 나아왔다. 그러나 이 법리는 판결들을 통해 많은 모순점을 드러내었고, 적법절차법리가 실체적 적법절차법리가 근본적으로 추구하는 개인의 기본권 보장, 행복추구권의 보장과 거리가 먼 방향으로 나아감에 따라 판결들을 통해 밝혀졌고 경제규제에 있어서 그 합헌성의 심사가 완화되었다. 자본주의 사회에서 복지사회로의 변화와 맞물려 전개되어졌고 적법절차법리의 본질, 근본을 생각할 때, 이 변화와 더불어 경제적 실체적 적법절차법리는 퇴조하였고, 새로운 실체적 적법절차법리의 등장은 타당한 것이다.

189) Everson v. Board of Education of Ewing Township, 330 U.S. 1

190) In re Oliver, 333 U.S. 257(1948)

191) 윤명선, “실체적 적법절차”, 『경희행정논총』 제3권 제1호(1988. 10), 경희대학교 행정대학원, 59-75면

IV. 미국헌법상 새로운 실체적 적법절차와 본질적 권리

A. 새로운 실체적 적법절차의 의미

1. 새로운 실체적 적법절차 법리의 등장

실체적 적법절차론은 워렌 법원(Warren Court, 1953-1969) 후반기인 1960년대부터 본질적 권리라는 개념을 확대하면서 이들 영역을 제한하는 법률에 대한 엄격심사기준을 적용하면서 다시 등장하게 된다. 연방대법원은 1930년대 후반 이래 경제적 권리의 영역에서 사실상 의미 있는 적법절차심사를 자제해왔다. 그러나 1960년대부터는 실체적 적법절차에 새로운 생명을 불어넣기 시작하였다. 즉 연방대법원은 중요한 비경제적 권리들을 침해하였다고 판단되는 입법에 대해 무효를 선언했다. 1960년대 중반부터 미연방대법원이 비경제적 영역에서 이른바 ‘본질적 권리’들을 찾아낸 것을 새로운 실체적 적법절차라고 한다.

1960년대 중반부터 미연방대법원은 비경제적 영역에서 “본질적 권리”들을 탐색해내기 시작하였던 것이다. 60년대 중반 이래 미연방대법원이 “본질적”이라고 판시하여온 권리는 주로 성생활, 결혼, 출산 및 자녀양육 등 이른바 사생활(privacy)을 중심으로 하였다.¹⁹²⁾ “새로운” 실체적 적법절차 법리의 등장은 개인의 “자유”보장, 자치권, 자율권보장을 중심으로 등장하였고, 가족관계나 기존의 제도, 도덕성 등에 억눌려 피해 받고 고통 받는 소수자의 인권을 보호하는 방향으로 전개되어 갔다. 주의 법률 등에 있어서, 사회의 질서유지 등 도덕성에 기초하여 제정된 법률이 개인의 가치, 인간존엄, 자유 등을 위배하는 경우를 면밀히 검토하고 위헌판결을 내리기 시작하였다. 재산이나 신체에 한정하는 것이 아니라, 법률 그 자체의 실체성을 판결하기 시작하였다. 개인을 전체로서의 사회의 구성원으로 보기보다는 그 개인 각자 각자에 초점을 맞추어 판결들이 내려졌다고 여겨진다.

프라이머시권 혹은 자기결정권에 속하는 권리들은 모두 결혼, 출산, 자녀 양

192) 권영설, 앞의 논문(주 81), 147-190면

육에 관련된 것들이다. 따라서 피임약이나 피임기구를 사용할 권리, 가족과 함께 살 권리, 자녀 양육과 교육을 감독할 권리, 결혼의 자유 등이 적법절차조항의 실체적 적법절차법리에서 말하는 ‘본질적 권리’에 해당하게 된다. 193) 1970년대 후반부터 연방대법원은 자신의 가족생활을 어떻게 운영해 나갈 것인지에 대한 개인의 결정은 흔히 “본질적 권리”의 수준에 이르는 것이라고 판시하여 왔다. 따라서 주가 그 같은 결정에 간섭할 수 있기 위해서는 그러한 간섭이 공공의 이익을 충족시키는데 필수적인 수단임을 입증해야만 한다고 하였다. 1977년 Moore v. East Cleveland 사건¹⁹⁴⁾에서 연방대법원은 직계가족의 구성원만을 함께 살 수 있도록 허용한 도시계획조례를 파기시켰다. 또한 연방대법원은 Parham v. J. R. 사건¹⁹⁵⁾에서 자신들의 자녀를 정신병원에 보내고자 하는 부모의 결정권을 인정하였다. 그리고 Zablockin v. Redhail 사건¹⁹⁶⁾에서 연방대법원은 “결혼의 권리”가 “본질적인” 것임을 인정하였다.

연방대법원은 시민의 본질적 권리를 보호하기 위하여 특정한 유형의 권리와 자유가 관련된 차별이 문제된 사건들을 단지 일반적 규제권한(police power)이나 사회복지(social welfare) 분야에서의 차별만이 문제된 사건들과 구분하였다. 연방대법원은 어떤 자유들은 매우 중요하기 때문에 그들은 본질적인 권리로 보아야 하고 따라서 일반적으로 정부가 이들 권리를 침해하려면 엄격한 심사기준을 만족시켜야 한다고 하였다. 적법절차조항은 인간생활의 어떤 부분을 규율하는 주의 실체적 권한도 제한한다는 면에서 실체적 적법절차법리를 발전시킨다. 그런데 이 실체적 적법절차의 원칙은 주로 수정헌법 제5조와 제14조의 “자유”의 해석을 통해 발전해왔다. 인간행동에 대한 어떤 유형의 주의 제한들은 중요한 인간 권리를 너무도 불합리하게 간섭하는 것이어서 “자유”에 대한 불합리한 부정에까지 이른다는 것이며 이것이 실체적 적법절차법리에 반해서 위헌이라는 것이다. 197) 연방대법원이 본질적인 권리인지 여부를 다룬 자유의 유형에는 가

193) 임지봉, 앞의 논문(주 16), 271-312면

194) Moore v. East Cleveland, 431 U.S. 494 (1977)

195) Parham v. J. R. , 442 U.S. 589 (1977)

196) Zablocki v. Redhail, 434 U.S. 589 (1978)

197) 적법절차조항은 인간생활의 어떤 부분을 규율하는 주의 실체적 권한도 제한한다는 면에서 실체적 적법절차법리를 발전시킨다. 그런데 이 실체적 적법절차의 원칙은 주로 수정헌

정의 자율성, 생식권, 성적인 행위, 치료를 받을지 여부를 결정할 권리, 여행할 권리, 투표권, 법원에의 접근권 등이 있고, 언론의 자유, 종교의 자유 등도 근본적 권리로 보았다. 이들을 다른 사건에서는 모두 문제가 된 그 자유가 본질적인 권리로 간주되어야 하는지 여부가 중요한 쟁점으로 야기되었다. 연방대법원은 이들 대부분의 영역에서 본질적인 권리를 인정하였고, 따라서 정부가 이들 자유를 침해하려면 그러한 정부행위가 정부의 불가피한 이익을 달성하기에 꼭 필요한 수단이었음을 입증해야 한다고 하였다. 198) 오늘날 연방대법원은 “본질적인” 헌법적 권리의 행사를 제한하는 정부행위에 대하여는 적법절차조항과 평등보호조항에 근거하여 엄격한 사법심사를 하고 있다. 본질적인 헌법적 권리들은 미국 사회에서 개인의 자유에 필수적인 가치를 가지고 있다고 연방대법원이 인정하는 권리들을 말하는데, 그 때문에 재판관들이 다른 국가기관(입법부, 행정부)의 행위를 심사하는데 있어 1937년 이전의 실제적 적법절차 접근법과 아주 유사한 방식으로 심사하는 것이 정당화된다고 한다. 199)고 한다. 200)

2. 새로운 실제적 적법절차 법리의 발전

-
- 법 제5조와 제14조의 “자유”의 해석을 통해 발전해왔다. 인간행동에 대한 어떤 유형의 주의 제한들은 중요한 인간 권리를 너무도 불합리하게 간섭하는 것이어서 “자유”에 대한 불합리한 부정에까지 이른다는 것이며 이것이 실제적 적법절차법리에 반해서 위헌이라는 것이다.
- 198) Erwin Chemerinsky, *supra* note 20, at 638.
- 199) Rotunda/Nowak은 본질적 권리의 본질을 정확하게 설명하는 것은 쉽지 않은데 그 이유는 본질적 권리 분석이라는 것은 1798년의 *Calder v. Bull*(3 U.S. 386, 1798) 사건에서 Chase 재판관에 의해서 처음으로 제기된 자연법개념의 현대적 인식(재발견)에 다름 아니기 때문이라는 것이다. 그리하여 프라이버시나 여행, 결혼, 또는 가정생활과 같이 헌법에 명시적으로 표현되지 않은 이익을 보호하는데 본질적 권리라는 측면에서 접근하는 것은 새로운 옷을 입은 실제적 적법절차에 다름 아니며, 이러한 영역에서의 사법심사권한의 사용은 새로운 형태의 자연법론에 불과하다는 비판이 있다.
- 200) 1942년 *Skinner v. Oklahoma* 사건(*Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535, 1942)에서 더글라스 대법관은 도덕적으로 비열한 행위를 포함해서 적어도 3번 이상의 중범죄를 저질러 유죄판결을 받은 사람이 단종될 수 있다고 규정한 오클라호마 주 법을 위헌 선언했다. 연방대법원은 수정헌법 제14조의 평등보호조항을 근거로 하여 판결하였다. 왜냐하면 화이트 칼라범죄자가 재판을 받는데 있어서 더 유리하기 때문이다. 그러나 더글라스 대법관의 판결내용은 기본적 인권의 침해를 강조하면서 실제적인 적법절차를 되풀이했다. 더글라스 재판관은 개인의 자유는 오로지 그 개인에게 있음을 인정했다.

1938년의 *United States v. Carolene Products Co.*²⁰¹⁾ 판결에서의 Stone 재판관의 유명한 각주 4번에는 이렇게 쓰여져 있다.: “법률이 수정헌법의 첫 10개 조항(권리장전)과 같이 헌법이 특별히 금지하는 영역을 규율하는 것으로 문면상 보일 때에는, 법률의 합헌성이 추정되는 범위는 더욱 좁아질 것이다. … 통상 바람직하지 않은 법률의 폐지를 야기할 것으로 기대될 수 있는 정치적 과정을 제한하는 법률이, 수정헌법 제14조의 일반적 금지에 근거하여 더욱 엄격한 사법심사를 받아야 하는지 여부에 대하여는 이제 고려할 필요가 없다.” 처음 Stone 재판관의 의도는 수정헌법 제1조의 종교, 언론, 출판, 집회 및 청원의 자유라는 5가지를 중심으로 하여 합헌추정의 범위가 좁아지는 중요한 권리가 있음을 주장한 것이었다.²⁰²⁾ 1942년의 *Skinner v. Oklahoma*²⁰³⁾ 사건이 있다. Oklahoma주의 상습범 단종법은 “성범죄”로 3번 이상 유죄판결을 받은 자에 대하여 단종 수술을 실시하도록 규정하였다. 연방대법원은 이 법률을 위헌이라고 선언하였는데, 그 이유는 이 법률이 생식권이라는 본질적 자유를 행사할 권한을 차별하기 때문이라는 것이었다. 법정의견을 집필한 William Douglas 재판관은 “우리는 인간의 기초적인 시민권의 하나와 관련된 입법을 다루고 있다. 혼인과 생식은 인류의 존속과 생존에 본질적인 것이다. 만일 단종이 실시된다면 파악하기 어렵고 광범위하며 파괴적인 효과를 가져오게 될 것이다”라고 판시하였다. 즉 연방대법원은 생식권을 본질적 권리로 인정하였고 엄격심사를 적용하였다. 204) 생식권의 행사는 현대의 실체적 적법절차가 보호하는 ‘자유’의 하나라고 보아야 할 것이다.

본질적 권리의 대부분은 수정헌법 제5조, 제14조의 적법절차에 의한 보호를 받는다. 1990년의 *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health* 사건²⁰⁵⁾에서 연방대법원은, 의사능력 있는 성인은 적법절차조항에 의해 보호받는 자유의 일부로서 치료를 거부할 권리를 갖는다고 판시함으로써 치료를 거부할

201) 304 U.S. 144 (1938)

202) H. Abraham, *supra* note 44, at 28.

203) 316 U.S. 535 (1942)

204) Erwin Chemerinsky, *supra* note 20, at 532-533.

205) 497 U.S. 261 (1990)

헌법상의 권리를 적법절차에 의해 보호되는 자유의 측면에서 고려하였다.²⁰⁶⁾ 본질적인 권리를 보호하는 근거로서 적법절차조항을 사용하는 것과 평등보호조항을 사용하는 것 사이의 중요한 차이는 헌법재판에 있어 논증을 어떻게 하느냐 하는 점이다. 만약 어떤 권리가 적법절차조항에 의해 보호되는 것이라면, 헌법재판에 있어서의 쟁점은 정부의 그 권리에 대한 “침해”가 충분한 입법목적(공익)에 의해 정당화될 수 있는가 하는 점에 있다. 그리고 만일 그 권리가 평등보호조항에 의해 보호되는 것이라면 쟁점은 누가 그 권리를 행사할 수 있는가에 대한 정부의 “차별”이 충분한 입법목적에 의해 정당화될 수 있는가 하는 점에 있게 된다. 이것은 표현의 차이에 불과한 것처럼 보이지만 헌법소송에 있어 실제적인 차이가 존재한다. ²⁰⁷⁾ 즉 만일 어떤 법률이 모든 사람으로 하여금 어떤 권리를 행사하지 못하도록 부인하는 것이라면 적법절차가 가장 좋은 분석근거가 되고, 그 법률이 누구에게는 권리행사를 부인하고 반면에 다른 누구에게는 이를 허용하는 경우에는 그러한 ‘차별’에 대하여 평등보호를 침해한다고 주장하거나 그러한 ‘권리침해’가 적법절차에 어긋난다고 주장할 수도 있다는 것이다. ²⁰⁸⁾

가. 개인의 “자유”를 보호하는 실체적 적법절차 법리

실체적 적법절차는 현대의 헌법에 있어 기본의 구성요소가 되어왔다. 실체적 적법절차법리에서 파생되어 나온 “근본적 자유 권리” 또는 “열거되지 아니한 권리”는 최근의 연방대법원이 최소한 형식적으로 수용함으로써 놀랄만한 단계에 이르렀다. 1992년 *Planned Parenthood v. Casey*²⁰⁹⁾ 사건의 판결에서 실체

206) 몇몇 사건들에서 재판관들은 문제가 된 권리가 적법절차에 의해 보호되는지 또는 평등보호에 의해 보호되는지에 대해 의견의 일치를 보지 못했다. 예컨대 1978년의 *Zabloski v. Redhail* (434 U.S. 374, 1978) 사건에서 다수의견은 결혼할 권리는 적법절차조항에서 보호하는 자유에 해당한다고 보았으나, Powell 재판관은 동조의견에서 평등보호조항으로 접근하였다.

207) Ira C. Lupu, *Untangling the strands of the Fourteenth Amendment*, 77 *Michigan Law Review* 981, 1979.

208) Erwin Chemerinsky, *supra* note 20, at 639.

209) 505 U.S. 833 (1992)

적 적법절차 원리는 역사 가운데 확실하게 자리매김하였다. 2000년 *Troxel v. Granville* 사건²¹⁰⁾에서 법원은 워싱턴 주가 자녀의 양육에 관한 부모의 결정권에 있어 실체적 적법절차를 위배하였다는 것을 근거로 위헌이라고 선언하였다. “새로운” 실체적 적법절차의 권리들이 법정 의견으로 인식되어질 때, 실체적 적법절차 법리는 자율 또는 개인적 특질에 관련된 권리들이 주로 등장하였다.²¹¹⁾ 개인의 자유를 중심으로 해서 새로운 실체적 적법절차 법리가 등장하고 발전되어 갔다고 말할 수 있겠다.

Rotunda/Nowak은 연방대법원이 지금까지 본질적인 것이라고 판단한, 그리하여 엄격심사를 받게 되는 권리는 별로 많지 않은데, 대체로 다음의 6가지 실체적 범주로 나누어 볼 수 있다고 설명한다. ²¹²⁾ 첫째, 연방대법원은 “결사의 자유”는 수정헌법 제1조에서 명시적으로 인정하고 있는 것은 아니지만 동 조항의 보장에 내포되어 있는 본질적 가치에 해당한다고 판단한다. ²¹³⁾ 둘째, 연방대법원은 “선거권 및 선거과정참여권”은 수정헌법의 몇몇 조항에 들어 있고, 또 두 가지 적법절차조항(수정헌법 제5조, 제14조)에서 보장되는 자유의 한 형태로 인정되는 본질적인 헌법적 가치라고 판시해 왔다. ²¹⁴⁾ 셋째, 연방대법원은 “주간 여행의 자유”를 본질적 권리로 인정해 왔다. 이 권리를 개인적으로 이동할 수 있는 권리로서 오래 전부터 인정되어 왔는데, 연방헌법의 몇몇 규정에 그 근거를 두고 있다. ²¹⁵⁾ 넷째, 연방대법원은 “형사절차에서 공정한 재판을 받을 권리”가 특정의 사건에서 그 근본적 권리로서 암묵적으로 승인하였다. ²¹⁶⁾ 다섯째, 연방대법원은 “개인의 생명, 자유 또는 재산을 침해하는 정부행위를 다루는

210) 530 U.S. 57 (2000)

211) Peter J. Robin, "Substance due process, procedural due process, and the bill of rights", *103 Colum. L. Rev.* 833, 2003

212) Ronald D. Rotunda/ John E. Nowak, *supra* note 55, 434-436면

213) *NAACR v. Alabama ex rel. Patterson*, 357 U.S. 449, (1958); *Bates v. Littlelock*, 361 U.S. 516, 1960

214) *Harper v. Virginia Board of Election*, 383 U.S. 663 (1966); *Carrington v. Rash*, 380 U.S. 89 (1965)

215) *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969)

216) *Douglas v. California*, 372 U.S. 353 (1963); *Mayer v. Chicago*, 404 U.S. 189 (1971); *Bonnds v. Smith*, 430 U.S. 817 (1977); *Murray v. Giarratano*, 492 U.S. 1 (1989)

소송절차에서 공정한 재판을 받을 권리”가 있음을 인정하였다. 이 권리 또한 특정의 사건에서 명시적으로 실시된 적은 없지만, 연방대법원은 절차적 적법절차에 관한 권리를 다른 사건에서 적법절차조항의 본질적 성격을 인정함으로써 암묵적으로 이를 승인하였다. 217) 여섯째, 연방대법원은 개인이 그의 사적 생활에 관련된 문제를 자유로이 선택할 수 있다는 “프라이버시권”을 본질적인 권리로 인정하였다. 이 프라이버시권에는 결혼에 관한 선택의 자유,²¹⁸⁾ 출산 및 낙태에 관한 선택의 자유,²¹⁹⁾ 자녀양육에 관한 선택의 자유²²⁰⁾ 등이 있다.

워렌 법원(1953-1969) 시대에 “실체적 적법절차의 대용물”로 부활한 본질적 권리에 의한 기본권보호는 그 이후 버거 법원에 이르러 더 이상의 확대노력을 중단한 느낌이다. 예컨대 1971년의 *Boddie v. Connecticut* 사건에서, 혼인관계의 해소를 위하여 법원에 접근하고자 하는 자를 단지 수수료를 지불할 능력이 없다는 이유로 거부하는 주 법률을 위한 선언하였던(8:1) 연방대법원은 1973년의 *Ortwein v. Schwab* 사건에서는, 자신에게 불리한 복지위원회의 결정에 대한 불복절차에 부과되는 수수료를 합헌이라고 판결하였다.(5:4) 그런데 *Boddie* 사건의 경우와 마찬가지로 *Ortwein* 사건에서도, 주는 문제되는 분쟁을 해결하는데 독점적 지위를 가지고 있었다. 즉 법원을 통한 불복절차(소송)만이 자기에 불리한 복지급여결정을 시정할 수 있었음에도 불구하고 연방대법원은 소송 수수료를 낼 돈이 없다는 이유로 법원에의 접근을 거부하는 것은 위헌이 아니라고 한 것이다. 221)

법원이 지지해온 실체적인 적법절차는 개인적인 자유를 인정하는 원동력이

217) *Santosky v. Kramer*, 455 U.S. 745 (1982) ; *Youngberg v. Romeo*, 457 U.S. 307 (1982)

218) *Boddie v. Connecticut*, 401 U.S. 371 (1971); *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967)

219) *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Carey v. Population Services International*, 431 U.S. 678 (1977)

220) *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390, 399 (1923); *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510, 535 (1925); *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158, 160 (1944)

221) McReynolds대법관은 수정헌법 제14조가 규정하고 있는 개인적 “자유”의 의미를 넓게 해석할 수 있는 기초에 대해 ‘확실히 그것은 신체적 제약으로부터의 자유뿐만 아니라 계약을 체결하고 어떤 형태의 직업에 종사하며 유용한 지식을 얻고 결혼하여 가정을 이루고 자녀를 양육하며 자신의 양심에 따라 신앙을 누릴 수 있는 개인의 권리이며, 일반적으로 그러한 권리를 향유하는 것은 보통법상 행복추구에 필수적인 것으로 인식되어 왔다’고 말했다.

되었다. 실제적인 적법절차는 합헌성을 인정받게 되었으며, “기본적”인 것 혹은 “자유의 관념 속에 묵시적”²²²⁾으로 내포되어 있다고 인정되는 권리들은 실제적 적법절차 법리 속에 포함되어있다. ²²³⁾ 이러한 권리들은 결혼²²⁴⁾, 피임²²⁵⁾, 출산²²⁶⁾, 가족관계²²⁷⁾ 및 자녀양육과 교육²²⁸⁾과 관련된 활동들이다. 무엇보다도 여성이 낙태를 할 수 있는 권리는 수정헌법 제14조의 적법절차에 근거하여 기본적인 것으로 여겨졌다. ²²⁹⁾

나. 실제적 적법절차 심사기준의 변화

전통적으로 미연방대법원은 적법절차심사를 행함에 있어 그 제한의 ‘목적’과 규제 ‘수단’간에 합리적 관계가 존재할 것을 요구하여 왔다. 이 목적과 수단간의

222) Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319 (1937)

223) Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)

224) Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967). 연방대법원은 흑인과 백인간의 결혼을 금지한 버지니아 주의 법률(Virginia miscegenation statute)을 적법절차와 평등보호위반을 이유로 위헌 판결했다. 이 사건에서 Warren 대법원장은 “결혼할 자유는 자유인이 행복을 추구하는 데 있어서 필수적인 중요한 개인의 권리들 중의 하나이다”라고 판시하였다.

225) Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438 (1972). 연방대법원은 미혼자들에게 피임기구의 배포를 금지한 Massachusetts주의 법률을 적법절차와 평등보호위반을 이유로 위헌 판결했다. “만약 프라이버시권이 무엇인가를 의미하는 것이라면, 결혼여부를 불문하고, 임신 혹은 출산여부를 결정하는 것과 같이 인격에 깊이 관련되는 문제에 있어서 부당한 국가의 침해로부터 자유로울 수 있는 권리이다”라고 Brennan대법관은 말했다.

226) Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. 535 (1942), 연방대법원은 중범죄로 세 번의 유죄판결을 받은 범죄자에게 강제로 단종(sterilization)을 명하는 Oklahoma주법을 위헌 판결하였다.

227) Prince v. Massachusetts, 321 U.S. 158 (1944), 연방대법원은 여호와의 증인을 믿는 소녀가 자신의 종교적인 의무 때문에 그렇게 했음에도 불구하고, 18세 이하의 소녀가 공공 장소에서 신문, 잡지 혹은 물품을 파는 것을 범죄로 규정한 법률을 지지했다.

228) Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925), 연방대법원은 아이들을 공립학교에 보내도록 규정한 Oregon주법을 위헌 판결하였다. Meyer사건에서 언급된 권리들에 비추어 볼 때, “자녀의 양육과 교육을 감독할 수 있는 부모와 보호자의 권리를 그 법은 침해했다”고 McReynolds대법관은 판결했다.

229) Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 연방대법원은 산모의 생명을 구하기 위하여 의사의 지시에 따른 경우를 제외하고, 낙태행위를 처벌하도록 규정한 Texas주법을 위헌 판결하였다. “수정헌법 제14조의 개인의 자유와 국가행위의 제한 속에 포함되어 있든지 아니면 지방법원이 결정한 바와 같이 수정헌법 제9조의 권리들 속에 포함되어 있든지 간에, 실제적 적법절차 법리는 여성이 임신을 단속할 것인지의 여부를 결정할 수 있을 정도로 광범위하다”라고 Blackmun대법관은 판결했다.

‘합리성’ 분석이 바로 미국헌법상의 기본권보장체계의 하나인 실체적 적법절차 심사의 핵심적 측면을 구성하는 것이다. 결국 실체적 적법절차의 핵심은 정부권력의 ‘자의적인’ 행위로부터 개인을 보호하는 데에 있다고 할 수 있겠다. 앞에서 살펴보았듯이 경제규제에 관한 법률에 대해서 Lochner 판결은 미국의 기본권보장체계에 있어서 기본적인 목적과 권리를 제한하는 규제입법의 합헌성(수정 제 14조의 적법절차위반 여부)평가에 일반적으로 적용되는 test인 ‘수단-목적분석’을 엄격하게 적용한 전형적인 사례로 평가되고 있다. 그러나 West Coast Hotel 사건 이후 대법원은 합헌성 추정의 논리에 의하여 경제규제입법에 있어 요구되던 수단-목적관계의 엄격한 합리성 심사를 포기하게 된다. 1938년의 U.S. v. Carolene Products Co. 사건에서 대법원은filled milk(탈지유에 식물성 지방을 넣은 우유)의 주간수송을 금지시킨 연방의 조치를 적법절차 위반 주장에도 불구하고 이를 지지하면서, 적법절차 위반의 의심을 받는 경제규제사건에 합헌성 추정의 심사를 적용할 것임을 분명히 하였다. 이같은 심사는 합헌성의 추정과 연계되는 “최소한의 합리성”기준이라고 그 성격을 규정지을 수 있겠다. 230)

경제규제 법률에 있어서 실체적 적법절차 심사기준은 초기에 매우 엄격한 심사기준이었으나 경제적 실체적 적법절차의 퇴조와 같이하여 심사기준 또한 완화되었다. 그러나, 실체적 적법절차 법리가 경제적인 측면에서 비경제적인 측면(본질적 권리, 새로운 실체적 적법절차법리)으로 이동하면서 심사기준 또한 다시 변화하게 되었다.

연방대법원은 ‘본질적인 권리’의 행사를 침해하는 경우에 엄격한 심사를 해왔다. 연방대법원은 새로운 실체적 적법절차의 내용으로서 프라이버시권을 인정하고 이를 침해하는 법률에 대하여 엄격한 심사를 하고 있다. 연방대법원이 본질적 권리로 인정한 영역은 피임기구의 사용, 결혼할 권리, 여성의 낙태권²³¹⁾,

230) 권영설, 앞의 논문 (주 81), 147-190면

231) Roe 판결에서 연방대법원은 낙태규제법을 심사함에 있어서 ‘엄격심사기준’이 적용되어야 한다고 보았다. 즉법원은 낙태에 대한 여성의 권리는 기본적 권리가기 때문에 필요불가피한 주의 이익을 증진시키기 위해 협소하게 규정된 규제에 의해서만 가능하다고 선언하였다. 법원은 이와 같이 엄격심사기준을 적용함으로써 여성의 낙태권을 제한하려는 주의 시도 중 상당부분을 위헌으로 판단하였다. Casey 판결에서는 낙태규제에 대하여 필요불가피한 이익을 요구하며 ‘엄격심사기준’을 적용하던 이전과는 달리 ‘부당한 부담심사기준’을 채택하여 주의 다양한 규제를 합헌이라고 판단하였다. 공동의견은 주의 낙태규제의 합헌성을

가족생활의 자율성 등이 있다. 연방법률 또는 주 법률이 개인의 본질적인 권리의 행사에 제한을 가하는 경우에 법원은 합리성심사기준을 버리고 좀 더 엄격한 심사기준을 택하게 된다. 그렇지만 본질적인 권리의 영역에서도 심사기준을 언제나 동일한 것은 아니다. 본질적 권리가 관련된 많은 사례에서 연방대법원은, 주(국가)는 법률이 필수불가결한 이익의 달성에 꼭 필요한 수단이라는 것을 입증해야 한다고 판시하고 있으나 다른 사례에서는 심사기준이 약해지는 경우도 있다. 일반적으로 말하자면, 정부가 그 법률을 정당화해야 하는 정도는 그 법률이 개인의 본질적인 권리에 제한을 가하는 타격의 정도에 따라 증가한다고 할 수 있다. 예를 들어, 본질적 권리의 행사를 완전히 금지하는 법률은 그 권리의 행사방법을 제한하는 경우보다는 더 엄격한 심사를 받는다는 것이다.

Carolene Products는 경제적 권리, 재산권들을 본질적 권리들과 구별하였다. 입법의 현명함에 경의를 포함이나, 복종 없이 재판부는 본질적 권리들을 포함하는 분쟁에 있어서는 엄격한 심사기준을 적용하였다. 그와 대조적으로, 경제적 권리와 재산권들을 방해하거나 제한하는 입법부의 결정들에 대해서는 합리성 심사기준을 적용하였다.²³²⁾ 경제적 권리가 관련된 사건에서는, 대법원은 단지 규제입법이라는 수단과 주의 “정당한” 목적 간에 “합리적인 관계”가 존재하여야 할 것만을 요구하였다. 그러나 규제입법에 의해 “본질적 권리”가 침해되었다고 판단되는 경우에는, 대법원은 엄격한 심사기준을 적용하였다. *Roe v. Wade* 판결은 실제적 적법절차 심사에 중요한 심사기준을 제시하였다. *Lawrence* 판결²³³⁾에서 법정의견은 심사기준과 관련해서, “텍사스주법은 개인의 사적 삶에 대한 침해를 정당화할 수 있는 어떠한 합법적인 주의 이익도 증진하지 않는다”고 말했다. 문제된 법이 ‘합법적인 주의 이익을 증진시키는 가에 대한 질문과

심사하는 새로운 기준인 ‘부당한 부담’심사기준에 대하여 동 기준이 여성의 헌법상 자유와 주의 이익을 조정하기에 적합한 수단임을 간조하였다. 그리고 임신을 중지시킬지 여부를 결정할 권리에 대한 모든 부담이 부당한 것은 아니며, ‘법의 목적이나 효과가 태아가 생존 능력을 갖기 전에 낙태하고자 하는 여성에게 실질적 장애가 되는’ 경우에만 부당한 부담이 된다고 보았다. 이와 같이 낙태규제의 목적과 효과를 고려하는 새로운 기준이 선언됨에 따라, 중전의 엄격심사기준은 좀더 완화된 기준으로 대체되었다.

232) Donald C. Guy, James E. Holloway, "The Direction of Regulatory Takings Analysis in the Post-Lochner Era", *102 Dick. L. Rev.* 327, 1998

233) *Lawrence v. Texas* 123 S. Ct 2472 (2003)

답변에서 보듯이 이는 종래 '필요불가피한 이익'을 요구하는 엄격심사기준이 아니라도 동 법이 이를 통과할 수 없다고 보았기 때문일 수 있지만, 과거 낙태, 피임과 같은 사적 결정을 근본적 권리의 문제로 보아 이를 금지하기 위해서 적극적으로 필요불가피한 이익을 요구한 것에 비하면 다소 소극적인 태도라 하겠다. 234)

법률이 개인의 권리를 침해하거나, 바람직하지 않은 법률을 폐지하는 정치적 과정의 능력을 제한하거나, 구별되고 고립된 소수인종을 차별하는 경우에는 “더욱 강화된 사법심사”(엄격심사)가 적용되어야 한다. 일반적으로 사법부가 입법부를 존중하는 것이 기본적 구조이나, 특별한 경우에는 강화된 사법심사가 필요하다. 235) 여기에서 ‘구별되고 고립된 소수’란 다수로부터 외면당하고 정치적인 주류로부터 벗어난 집단이어서 법원이 이들을 보호하기 위하여 각별한 노력을 기울여야만 하는 집단을 말한다. 왜냐하면, (주류에 의한) 정치적인 시스템은 이들을 보호하기를 원하지 않기 때문이다. 왜 연방대법원은 소수자들에게 불이익을 주는 정부행위에 대하여 엄격한 심사를 하는가? 그룹들은 일반적으로 정치적인 과정의 사용을 통하여 자기들을 스스로 보호하기 마련이다. 그러나 이러한 소수자 그룹은 과거의 그들에 대한 차별로 인하여 투표시스템에 참여할 수 없었기 때문에 보통 정치적 역량이 매우 부족하고, 비록 그들이 자기들의 인구비례에 따라 투표를 한다 하더라도, 다수자들이 소수자들에 대한 극도의 비호의 때문에 소수자들에 반대하는 투표를 하여 소수자들을 고립시키는 경향이 있기 때문이다.

주정부나 연방정부의 규제가 본질적 권리들에 간섭하는 비경제규제일 때, 연방대법원은 적법절차조항 위배이냐를 따짐에 있어 합헌성 심사 기준으로 엄격 심사를 채택해왔다. 엄격심사를 통과해 합헌이 되려면 그 규제의 목적이 그냥 ‘정당한’것으로는 안 되고, ‘필요불가피한’ 것이어야 하며, 주정부나 연방정부가 선택한 수단이 그 긴절한 목적 달성에 ‘필요한’ 것이어서 피해가 경미한 다른 수단이 있어서는 안 되고, 입증책임이 전환되어 그 법이 위헌임을 주장하는 측

234) 최희경, 미국의 동성애에 관한 연방대법원판례, 공법이론판례연구회, 2003

235) Erwin Chemerinsky, *supra* note 20, at 415.

이 아니라 그 법이 합헌임을 주장하는 주정부나 연방정부가 여러 증거의 제출 등으로 그 법이 합헌임을 입증해야 한다. 236)

B. 새로운 실체적 적법절차와 본질적 권리의 내용

본질적으로 사적인 문제에 있어서 국가의 규제에 대한 비난이 표면에 떠오르게 된 것은 *Griswold v. Connecticut* 사건²³⁷⁾에서였다. 실체적 적법절차와 관련하여 ‘본질적 권리’로 인식되어온 유일한 권리들은 바로 ‘프라이버시권’이라는 다소 그 보호범위가 불확정적인 기본권과 관련된 것들이었다. 때때로 이 분야는 자기결정권과 관련된 것이라 이야기되어지기도 한다. 즉, 고도로 개인적인 문제들에서 자신에 의한 결정을 내릴 권리에 관한 것인 것이다. *Roe v. Wade*(1973)판결의 *Blackmun* 대법관의 다수의견에서 연방대법원은 수정헌법 제14조 적법절차조항의 “자유” 속에서 프라이버시권을 도출하고 있다. 미국연방헌법에는 프라이버시권에 대하여 명시적으로 규정한 것은 없지만 연방대법원은 1965년의 *Griswold v. Connecticut*사건 이래로 계속하여 이러한 권리는 특별한 헌법적인 보장에 의해 창설되는 “사생활의 영역”에 포함되어 있는 것이라고 판시하여 왔다. 프라이버시권과 관련 있는 분야는 피임, 결혼, 낙태, 동성애(남색), 성, 가족생활²³⁸⁾, 생식권, 치료받을(받지 않을)권리, 죽을 권리²³⁹⁾ 등의

236) 임지봉, 앞의 논문(주 16), 271-312면

237) 381 U.S. 479 (1965)

238) 가족관계에 관련된 사항은 실체적 적법절차에 의해 보호받는 ‘본질적 권리’에 해당하는 경우가 많다. 우선 가족이나 친척들은 ‘같이 살 권리’를 가진다. 이 권리는 *Moore v. East Cleveland* 판결(*Moore v. East Cleveland* 431 U.S. 494, 1977)서 판시된 바와 같이 ‘본질적 권리’에 속한다. 그러나 연방대법원은 *Belle Terre v. Boraas* 416 U.S. 1, 1974 판결에서 혈연관계나 결혼으로 인한 가족이나 친척이 아닌 사람과 같이 살 권리는 여기에 해당하지 않음을 분명히 했다. 연방대법원은 자녀양육과 교육에 관련된 부모의 권리도 ‘본질적 권리’로 인식했다. 부모들은 자녀들이 어떻게 교육받을 것인가를 결정할 본질적 권리를 가지기 때문에, 주는 부모들이 자녀들을 공립학교에 보내게 강요할 수 없다고 선언한 1925년의 *Pierce v. Society of Sisters* 판결(*Pierce v. Society of Sisters* 268 U.S. 510, 1925)이 대표적 판결이다. 부모로서 양육을 계속할 권리도 이 권리에 속한다. 비록 친부모에 의한 아동학대가 있더라도 본질적 권리로서 친부모의 양육권은 계속 존속하는 것이며, 따라서 ‘본질적 권리’인 친부모의 양육권을 제한하여 주가 아이를 다른 양육모 가정에 맡기기 위해서는 그 아동의 보호에 관한 주의 이익이 ‘긴절한’것이어서 엄격심사를 통과해야만 한다. 양육부모의 반대에도 불구하고 아동의 친부모가 아동 접견권을 가질 수 있느냐를 다

영역이 있다. 이러한 프라이버시권이 보호받는 근거로는 적법절차조항이 사용된다.

새로운 실체적 적법절차 법리는 ‘자유’부분에 있어서 많은 발전을 보이고 있다. 출산여부에 대한 결정권(낙태)과 동성애를 중심으로, 미국의 판례에 있어 실체적 적법절차 법리가 사용되어진 경우를 살펴보고, 소수자(약자)의 권리와 실체적 적법절차에 대해 정리해보도록 하겠다. 실체적 적법절차의 법리는 소수자, 약자였던 여성의 권리 신장에 있어서 큰 기여를 하였다. 여성의 실체적 적법절차 법리의 발전이라고 말할 수 있겠고, 이로부터 힘을 얻어 발달한 실체적 적법절차는, 현재에는 더 확장하여 소수자의 실체적 적법절차 법리의 발전으로 나아가고 있다고 할 수 있겠다. 이 부분을 언급함에 있어서는 낙태나 동성애에 대해 찬성한다거나 그러한 입장이 아니라, 낙태와 동성애에 관련되어 제정된 법률들이 개인의 자유를 침해하는 측면에 초점을 맞추어 살펴보도록 하겠다.²⁴⁰⁾ 개인의 자유 보호에 있어 실체적 적법절차 법리가 기여하고 있는 부분을 살펴보겠다.

문 Troxel v. Granvill 530 U.S. 57 (2000)이 있다. 결혼의 자유도 가족관계와 관련된 ‘본질적 권리’에 속한다. 전혼으로부터 파생된 모든 경제적 부담을 이행하지 않고 있는 경우가 아닌 한, 주는 재혼을 금할 수 없다고 한 Zablocki v. Redhail판결(Zablocki v. Redhail 434 U.S. 374, 1978)이 있다.

239) 원하지 않는 의료서비스를 거부할 권리라고도 한다. 행위능력이 있는 성인은 수정헌법 제 14조의 적법절차에 의해 인위적인 생명연장조치와 같은 원치 않는 의료서비스 제공을 받지 않을 이익을 가진다. 하지만, 그것이 ‘본질적 권리’이냐의 여부는 아직까지 논란이 진행 중이다. 이와 관련해 주도 생명을 유지시킬 충돌되는 이익을 가진다. 이익충돌의 해결이론으로 연방대법원은 Cruzan v. Director, Mo. Dept. of Health 497 U.S. 261(1990) 판결에서 ‘명백하고 설득력 있는 증거’를 제시해 놓고 있다. 즉, 뇌사상태에 빠진 환자가 생명 연장조치를 자발적으로 거부했을 것이라는 ‘명백하고 설득력 있는 증거’가 존재하지 않는다면, 생명 유지를 위한 주의 이익은 주로 하여금 생명 연장 장치를 제거하지 말라고 말할 수 있게 한다는 것이다. 그러나 이 ‘죽을 권리’ 혹은 ‘원하지 않는 의료서비스를 거부할 권리’는 ‘자살의 권리’와 구분된다. 연방대법원은 희생가능성이 없는 환자도 실체적 적법절차로부터 도출되는 “자유”로서 자살할 권리를 가지지는 못한다고 보았다. Washington v. Glucksberg 521 U.S. 702 (1997) 판결에서 환자가 그의 자살을 도울 제3자를 모집할 권리도 없다고 판시했다.

240) 단체성이나 사회성, 도덕성을 빌미로 그 법률의 합리성을 주장하는 것은 개인의 자유의 침해에 비해 비례성의 원칙에 의해 따져보아도 이는 너무도 약한 주장이다. 이러한 사고방식은 역사가운데에도 잘못되어졌음이 증명되어져 왔다.

1. 출산여부에 대한 결정권 (피임 및 낙태)

먼저, 새로운 실체적 적법절차의 이정표라고 볼 수 있는 Griswold 판결을 살펴해보도록 하겠다. 241) 이 판결은 비경제적 영역에서 본질적 권리를 보호하기 위하여 실체적 적법절차의 법리를 적용하였던 최초의 판결이다.

가. Griswold v. Connecticut 사건²⁴²⁾ (1965)

비경제적 영역에서 본질적 권리를 보호하기 위하여 실체적 적법절차의 법리를 적용하였던 최초의 주요한 판결이 “Connecticut주 산아제한 사건”이라고 명명된 1965년의 Griswold v. Connecticut(381 U.S. 479)사건이다. Connecticut주에서 1879년에 피임금지법²⁴³⁾을 제정하였는데 20세기 이후까지 폐지하지 않고 있었다. 1965년에 Connecticut주의 가족계획협회의 Estelle Griswold는 동법을 위반한다고 대대적으로 광고하고서 실제로 기혼자에게 피임방법에 관한 정보와 설명을 해주었다. 이에 대법원은 유죄를 인정하여 100달러의 벌금형에 처해졌다. 이들은 소송적격이 생기자 연방대법원에 동법이 수정헌법 제14조의 위반임을 이유로 상소하였다. 이에 연방대법원의 다수의견을 쓴 더글라스 대법관은 “기혼부부의 피임기구의 사용을 금지하는 법률은 헌법상 보호되는 실체적

241) Griswold 사건 이후의 최근의 실체적 적법절차 법리 판결을 살펴보면 이리하다. Roe v. Wade (410 U.S. 113, 1973), Moore v. City of East Cleveland (431 U.S. 494, 1977), Bowers v. Hardwick (478 U.S. 186, 1986), Michael H. V. Gerald D. (491 U.S. 110, 1989), Planned Parenthood v. Caesy (505 U.S. 833, 1992), Washington v. Glucksberg (521 U.S. 702, 1997), Troxel v. Granville (530 U.S. 57, 2000), Stenberg v, LeRoy (530 U.S. 914, 2000).

242) Griswold v. Connecticut, 381, U.S. 479, 1965

243) 문제의 법(General Statutes of Connecticut)은 다음과 같이 규정하고 있었다. Section 53-32 "Any person who uses any drug, medical article or instrument for the purpose of preventing conception shall be fined not less than fifty dollars or imprisoned not less than sixty days nor more than one year or be both fined and imprisoned.", section 54-196 "Any person who assists, abets, causes, hires or commands another to commit any offense may be prosecuted and punished as if he were the principal offender.", Wallace Mendelson, The American Constitution and The Judicial Process, 1983, 224면

적법절차법리에 근거한 프라이버시권을 침해하는 것으로 위헌이다”라고 선언하였다. 이 판결에서 헌법은 출산의 문제에 있어서의 개인의 결정은 주정부의 부당한 개입으로부터 보호하고 있다고 말하고 있다. Griswold 사건에서 문제가 된 Connecticut주법은 피임기구의 사용을 금지함과 피임기구의 사용 시에는 형사처벌하며 이를 타인에게 권유나 상담하는 것도 금지하는 것을 내용으로 하고 있었다. 대법원은 실제적 적법절차원리를 명시적으로 채택하는 대신 권리장전의 수정 제 3, 4, 5, 9조등은 사생활권을 보호하며 사생활영역을 만들어 낸다고 판시하면서 기혼자가 피임기구를 사용할 권리는 이 같은 영역 내에 포함되는 것이라고 하면서 동법률을 파기시켰다.²⁴⁴⁾

Griswold v. Connecticut사건에서 더글라스 대법관은 권리장전이 특별히 보호하는 권리들의 주위에는 이들 권리들에 대하여 생명력과 실체를 부여하는 다른 권리들로 이루어진 ‘반영’(penumbras)이 있다고 판시하였다. 이와는 달리, Black대법관은 반대의견을 통해 “사회의 발전에 따라 헌법규정과 헌법 현실 간에 괴리가 발생하는 것은 불가피하다. 따라서 다수의견은 헌법조문의 의미를 확장하여 현실에 적응시키자는 것이 다수의견이나 이에 찬성할 수 없다”고 주장하였다. ²⁴⁵⁾ Black 대법관과 Robert Bork 판사가 헌법에 명문의 규정이 없

244) 반대자인 Black 재판관은 적법절차에 대한 자연법적 접근방법에 반대하면서, 권리장전의 문언에서 프라이버시권에 대한 명확한 근거를 찾을 수 없다는 이유로 다수의견에 반대하였다. R. H. Bork는 이 판결을 비판하면서, “연방대법원이 본질적 가치를 선택하는 것은 정당화될 수 없다. 헌법이 우선적인 가치를 명시적으로 선언하고 있지 않는 한 경쟁중의 가치가 다른 여타의 가치보다 우선한다는 명제를 취할 수는 없는 것이다. 재판관은 헌법의 문언, 그 역사, 그리고 그에 명확히 함의되어 있는 것에 대해서만 충실하여야 할 뿐, 새로운 권리를 창조하여서는 안 된다”고 하면서, 이 사건에서 선언된 새로운 프라이버시권은 재판관 자신의 가치판단에 불과한 것으로 헌법의 문언이아 그의 성립사 또는 헌법의 구조보다도 재판관 자신의 도덕철학을 논거로 하여 창조된 것이며 이는 대의 민주주의적 정치원리가 아닌 사법에 의한 통치를 야기하는 것이라고 평가하였다.

245) 또한 원본충실주의자인 Robert Bork판사는 더글라스 대법관이 기적을 행하였고 실제적인 적법절차를 변질시켰다고 주장하였다. 그는 Griswold 판결이 원칙을 무시한 판결이며, 실제적 적법절차 법리의 범위를 알 수 없고, 앞으로 그것이 적용될 사건인지 아닌지를 알 수 없으며, 실제적 적법절차 법리는 원래 법적으로 정의하기가 어렵기 때문에, 개인이나 집단이 헌법상 보호받는지 선택함에 있어서, 보다 많은 사법적인 편견이 있을 것이기 때문에 재판관이 자신의 도덕적인 성향에 따라 판결하는 것을 허용할 것이라고 주장하였다. Robert Bork, Neutral Principles and Some First Amendment Problems, Indian Law Journal 47, 1971, 1-35면, Robert Bork, Judicial Review and Democracy, Encyclopedia of the American Constitution, vol. 3, ed. Leonold Levy, New York:

음을 이유로 프라이버시권을 반대하는 반면에, 다른 사람들은 헌법기초자들의 철학이 법해석에 중요한 역할을 할 것이라고 주장한다.

피임약이나 피임기구를 사용할 권리는 본질적이다. 따라서 성인남녀는 결혼여부에 관계없이 피임에 본질적 권리를 향유하며 주정부나 연방정부는 엄격심사를 통과할 정도가 아니면 그 피임할 권리에 간섭하지 못한다. 이것은 본 판결에서 확인되었고, 이후 발전되어 낙태에 관한 판결에서도 깨지지 않고 지속되고 있다. 연방대법원은 여러 판례들을 통해 성인남녀의 피임에 관한 권리만을 ‘본질적 권리’로 보아왔기 때문이다. 246)

나. Roe v. Wade 사건²⁴⁷⁾ (1973)

다음으로 Roe v. Wade 판결을 보도록 하겠다. 이 판결은 텍사스 주법이 임신기간을 불문하고 오로지 임부의 생명을 구하기 위한 경우 이외에는 임신중절을 전면적으로 금지한 것은 그 규제가 너무 광범위한 까닭에 수정헌법 제14조의 적법절차조항에 위배된다고 판시하였다. ‘임신중절’을 절대적으로 금지한 텍사스 주법을 위헌이라고 선언하였다. 적법절차조항을 근거로 법원에 입법의 실체에 직접 개입하였다는 의미에서 실체적 적법절차를 재생시킨 것으로 평가되고 있다. 248) 재판부는 Griswold 사건에서 명확하게 헌법상에 존재하는 프라이버시를 상술하지 않은 반면에, 1970년대 초기의 판사의 다수는 특유한 수정헌

Macmillan, 1986, 1061-1064면

246) 임지봉, 앞의 논문(주 16), 271-312면

247) 410 U.S. 113 (1973)

248) Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438 (1972)에서 연방대법원은 항소법원의 판결을 지지하였으며 피임금지인 Griswold v. Connecticut 사건에서 인정된 “기본적 인권”에 상충된다고 판결하였다.

Carey v. Population Services International, 431 U.S. 678 (1977). 뉴욕 주의 교육법은 “16세 이하의 미성년자에게 피임기구를 배포하는 약제사 이외의 자, 약제상을 포함하여, 피임기구를 선전하거나 전시하는 자”를 처벌하고 있었다. 이 사건에서 연방대법원은 부분적으로 이 문제에 대해 언급하였다. 7명의 대법관을 대표하여 의견을 집필한 Breenan 대법관은 의사의 경우를 제외하고 피임기구의 배포를 금지한 뉴욕 주의 법률은 수정헌법 제14조의 적법절차에 의해 부여된 프라이버시권의 보호에 위반된다고 판결하였다. 그러나 16세 이하의 미성년자에게 피임기구를 배포하는 경우에도 적용된다고 하지는 않았다.

법 제14조의 적법절차 조항에 근거하여 프라이버시 권리를 더 깊이 발전시켜나갔다.

1973년 미 연방대법원은 여성은 낙태여부를 스스로 결정할 권리를 가지며, 이는 수정헌법 제14조를 근거로 보호된다고 선언했다. 1969년 어느 날 텍사스주 댈러스 시의 여행사 대표원이던 맥코비(Noma McCorvey)라는 21세 여성이 3인에 의해 운간을 당함으로서 이 사건이 시작되었다. 그녀는 운간으로 인해 임신까지 하게 되는 불행을 안게 된다(그러나 이 여성은 1987년에 강간당해서 임신하였다는 주장은 낙태를 위한 거짓말이었다고 실토했다). 이른바 악의 씨를 지우기 위해 병원을 찾은 맥코비에게 의사는 텍사스 주법이 임신부의 생명이 위태로운 경우가 아니면 낙태를 허용하지 않는다는 규정을 근거로 임신중절 수술을 거부했다. 이에 맥코비는 제인 로우(Jane Roe)라는 가명으로 댈러스 연방 검사 헨리 웨이드(Henry Wade)를 상대로 텍사스 주법의 위헌을 주장하는 소송을 제기했다(소송이 3년 이상이 걸렸기 때문에 이미 그녀는 여아를 분만한 상태에서 소송을 진행하였다). 연방대법원은 이 사건에서 너무나도 유명한 삼분기 원칙을 제시했다. 출산여부를 선택할 부녀의 프라이버시권과 태아의 생명 및 부녀의 건강을 보호해야 한 정부의 이해관계는 3단계로 나누어 정립할 수 있다는 것이다. 임신 최초 3분기 동안 부녀는 스스로 선택에 의해 낙태할 수 있으며, 국가는 이와 같은 임신부의 프라이버시권을 제한하지 못하고, 두 번째 삼분기 동안에는 임신부의 건강을 고려하여 낙태의 절차를 규율할 수 있으며, 마지막 삼분기 동안에는 정부는 임부의 생명을 구하기 위해 불가피한 경우를 제외하고는 낙태를 금지할 수 있다는 것이다. 이 판결에서 가장 문제로 된 것은 태아의 생명권에 관한 것인데 연방대법원은 태아가 법적 보호를 받을 주체로 되기 위하여는 모체로부터 분리하여도 생존 가능하여야 한다고 했다. 즉 모체 외에서 생존할 수 없는 태아는 모체의 일부에 불과하고 독립한 주체성은 가지지 않는다고 보았다. 249)

Blackmun 대법관에 의해 집필된 다수의견은, 헌법상의 기본권인 프라이버시권은 임신여성이 임신상태를 중단할지 여부를 선택할 수 있는 권리를 포함한다

249) 이상돈 외 공저, 여성과 법, 이진출판사, 2003, 139-140면.

고 판시했다. 연방헌법이 프라이버시권에 관해 명시적 규정을 두고 있지는 않지만, 프라이버시권은 과거로부터 인정되어왔다. 이 프라이버시권은 본 법원이 생각하듯 수정헌법 제14조의 인간의 “자유”에 근거하고 있건, 수정헌법 제9조의 열거되지 않은 국민의 권리에 근거하고 있건, 아주 넓은 포괄적 권리여서 여성의 임신 중단 여부를 결정할 권리도 포함된다. 프라이버시권과 같은 본질적 권리를 제한하는 주법조항은 필요불가피한 주의 이익에 의해서만 정당화될 수 있으며, 이 때에도 그 주법은 좁게 구체적으로 규정되어야만 한다. 여기서 텍사스 주는 태아가 수정헌법 제14조에 의해 생명권이 보장되는 “인간”에 포함된다고 주장한다. 그러나 아직 연방대법원은 그런 취지의 판결을 내린 적이 없다. 태아는 아직까지 법에 의해 대체로 인간으로 인정받지 못하고 있다. 주는 임신여성의 건강을 보호할 정당한 이익을 가지며 잠재적 생명을 보호할 정당한 이익도 가진다. 이 두 이익들은 임신기간이 진행되면서 점점 더 커지며, 어느 시점에서는 각각의 이익들이 모두 긴절한 것이 된다. 임신 첫 3개월동안, 낙태로 인한 사망자수가 출산으로 인한 사망자수보다 더 적다. 임신 4개월째부터 주는 임신여성 건강 보호라는 이익을 증진하기 위해 임산부의 건강에 관련된 방법으로(의사에게 면허를 준다든지 일정한 시설을 갖추게 한다는 등) 낙태절차를 규제할 수 있다. 임신 4개월부터 6개월까지의 세 달 동안 의사는 임신여성과의 상의하여 낙태할 것인가의 여부를 주의 간섭 없이 자유롭게 결정할 수 있다. 임신 마지막 석 달인 임신 7개월부터 9개월까지는, 태아가 모체 밖으로 나와도 일반적으로 사실상의 생존능력을 가질 수 있는 시기로서, 주는 잠재적 생명의 보호라는 주의 이익을 증진시킨다는 의미에서 임신여성의 생명을 구하기 위한 낙태를 제외한 모든 유형의 낙태를 규제하거나 금지할 수 있다. 텍사스 주법은 임신 초기단계에서의 낙태와 그 후 단계에서의 낙태를 구분하지 않고 너무 광범위하게 낙태를 규제하고 있어서 위헌무효이다. 250)이 사건의 판시내용은 연방대법원이 같은 해의 *Doe v. Bolton*²⁵¹⁾ 사건에서 Georgia 주의 낙태규제법을 위헌 선언하는데 인용되었다. 연방대법원이 여성들은 생존가능성 이전에는 낙태할 헌법적

250) 임지봉, 앞의 논문(주 16), 271-312면

251) 410 U.S. 179 (1973)

권리를 갖는다고 판시한 이상, 만약 주가 임신의 계속이 임신모의 건강에 위험하다거나 태아가 심각한 기형아이거나 임신이 강간에 의한 경우를 제외하고는 낙태할 수 없다고 금지한다면 그 법률은 위헌일 수밖에 없는 것이다. 252)

Roe 판결은 사회의 변화와 헌법의 기본정신에 따라(실체적 적법절차 법리를 근거로) 근거가 박약한 법률을 무효화 한 것이다.²⁵³⁾ 이 판결이후 대부분 주의 엄격한 낙태법이 파기되었으며, 이 판결자체에 대하여 적법절차조항에 기초한 프라이버시권의 헌법적 근거가 박약하다는 점, 판결의 기초원리가 유동적인 의학적 사실에 기초하고 있다는 점 등을 이유로 비판이 가해져 왔다. 그러나 Roe 판결은 법적으로 낙태권이 결혼, 출산, 피임관계, 자녀양육 등과 마찬가지로 실체적 적법절차 법리에 기초한 개인의 기본적 권리로서 공권력의 개입이 허용되지 않는 영역임을 확실히 한 것이다. 이후 계속적인 일련의 판례들을 통하여 법원은 낙태를 금지하는 법률이 실체적 적법절차법리에 의해 보호되어지는 권리를 침해하여 위헌임을 확고히 하였다. 법원은 여성의 프라이버시권리는 “임신을 중지시킬 것인지 여부에 대한 결정을 포함하기에 충분할 만큼 광범위하다”고 보았으며, 이러한 프라이버시권리를 수정헌법 제14조로부터 도출하였다.

미국사회에서 낙태문제가 가지는 중요성 때문에 Roe v. Wade 판결에 대하여는 많은 학술적 논쟁이 있었다. 첫째, 낙태의 권리는 헌법전에 규정되어 있지 않고 헌법기초자들이 의도한 바도 아니므로 이를 법원이 보호하는 것은 잘못이라는 것이다. 그러나 Roe 판결에 대하여 찬성하는 사람들은, 연방대법원이 미국에서 보호해온 가족과 임신에 관한 다른 권리에 대해 언급하며 이러한 비판에 맞섰다. 연방대법원은 결혼할 권리, 가족보호의 권리, 가족과 함께 살 권리, 자녀를 통제하고 기를 권리, 자식을 낳을 권리, 피임약을 사거나 사용할 권리 등을 - 비록 이들이 헌법전에 명시되어 있지 않고 헌법기초자들이 의도하지 않았었다 하더라도 - 보장해왔다. 따라서 연방헌법이나 그 기초자들이 낙태에 대해 단순히 침묵하였다는 이유로 Roe 판결을 비판할 수는 없을 것이다. 둘째, Roe 판결에 대한 두 번째 주요 비판은, 연방대법원이 태아의 생명을 보호하고자 하

252) Erwin Chemerinsky, *supra* note 20, at 665.

253) Perry, "Abortion, the Public Morals, and the Police Power: The Ethical Function of Substantive Due Process", 23 *UCLA L. Rev.* 689, 1976

는 주의 이익을 충분히 고려하지 않았다는 것이다. 이에 대하여 Roe 판결을 찬성하는 사람들은 다음의 반응을 보이고 있다. 하나는 태아가 언제부터 인간이 되는지에 대한 문제에 대해 법원이 판단하지 않은 것은 옳았다는 것이다. 연방 대법원이 태아보호에 거의 무게를 두지 않았다는 주장에 대해, 태아가 사람으로 간주되더라도 법은 여성을 그녀의 의사에 반하여 태아를 키우는 인큐베이터가 되도록 강요해서는 안 된다는 것이다. J. Thomson은, 태아는 임신의 순간부터 사람이라는 것을 인정한다 하더라도 사람은 다른 사람의 생명을 유지하기 위하여 그의 몸이 사용되도록 강요되어서는 안 된다고 주장하였다. 254) Thomson의 주장에 의하면, 예컨대 그것이 한 생명을 살리는 유일한 방법이라 하더라도 법은 한 사람으로 하여금 다른 사람과 육체적으로 결부되어 있으라고 강요할 수 없다는 것이다. 부모들도 그들의 장기나 피를 기증하도록 요구되지 않는다. 255) 이러한 견해에 의하면, 여성들도 태아의 생명을 유지하기 위해 그들의 자궁이나 몸을 기증하라고 강요되어서는 안 된다는 것이다. 256)

다. Planned Parenthood v. Casey 사건²⁵⁷⁾ (1992)

낙태권은 실제적 적법절차에 의해 보호되는 본질적 권리의 대표적인 예이다. Roe v. Wade 판결에서 임신기간에 대한 3분기이론으로 형성된 낙태권은 그 후의 Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey 판결에서 다소간 후퇴를 보게 된다. Casey 판결 이후 연방대법원이 파악하는 낙태권의 범위와 내용은 다음과 같다. 임신여성은 태아가 생존능력을 갖추기 이전에는 낙태여부를 자유롭게 결정할 수 있는 헌법상의 프라이버시권을 가지지만, 그 기간에도 주정부는 ‘잠재적 생명’을 보호해야 할 이익, 즉 임신여성의 낙태권과 상충하는 이익을 가진다. 따라서, 비록 주는 태아가 생존능력을 갖추기 이전 기간에는 일반적으로 낙태를 금할 권한을 가지지 못하지만, 전반적으로는 Casey 판결

254) Judith J. Thomson, A Defence of Abortion, 1 Phil. & Pub. Aff. 47, 48-49, 1971

255) Donald H. Regan, Rewriting Roe v. Wade, 77 Michigan Law Review 1579, 1979

256) Erwin Chemerinsky, supra note 20, at 482.

257) 505 U.S. 833 (1992)

이전보다도 훨씬 더 강력한 낙태절차에 대한 규제권한을 가지게 된다. 심지어 태아가 생존능력을 갖추기 이전에도 주의 규제가 임신여성의 낙태권에 대한 “부당한 부담”이 되지 않을 때에는 낙태에 대해 규제할 수 있게 되는 것이다. 이 때 “부당한 부담”이란 태아가 생존능력을 갖추기 이전에 낙태를 하려는 임신여성에게 “낙태시술에 실질적 장애를 주겠다는 목적이나 효과를”²⁵⁸⁾ 주의 규제가 가지는 경우를 뜻한다. Casey 판결로 임신여성의 낙태권은 더 이상 ‘본질적 권리’가 아니게 되었고 따라서 이에 대한 합헌성 심사가 더 이상 엄격심사를 받지 않게 되었다. 낙태권도 Roe v. Wade(1973) 판결 이래로 본질적 권리의 하나로 인식되어 왔지만, Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey 판결은 낙태권을 준 본질적 권리로 격하시켰다.²⁵⁹⁾

문제가 된 Pennsylvania 주 낙태규제법²⁶⁰⁾은 1988년과 1989년에 새로 개정하면서 임신한 여성이 낙태를 원할 경우 “사전 동의”와 “시술 전 24시간대기”등을 규정하고 있었다. 즉 그녀가 미성년자인 경우 부모 중 일방의 동의를, 기혼자인 경우에는 남편에게 낙태의사를 통고해야만 했다. 이러한 규정에 대하여 몇몇 낙태병원과 의사들이 소송을 제기하였다. Webster 판결 후 이 사건이 연방대법원에 접수된 1989년과 1992년 사이에 Brennan 재판관과 Marshall 재판관이 사임하여 Souter 재판관과 Thomas 재판관이 새로 임명되었다. 이들 중 한 명, 특히 Thomas 재판관은 Roe 판결을 폐기하는 다섯 번째 표를 던질 것으로 생각되었다. 그러나 연방대법원은 그렇게 하지 않았다. 연방대법원은 5:4의 의견으로, 주는 태아의 생존가능성 시기 이전의 낙태를 금지할 수 없다는 것을 다시 확인했다. 그러나 복수의견은, Roe 판결에서 사용된 3분기 분석틀과 주의 낙태규제에 대하여 “엄격심사”를 적용하여 판단하는 것을 폐기하였다. 그 대신 복수의견은, 생존가능성 이전의 낙태규제는 그것이 낙태에 대한 “과도한 부담”

258) 505 U.S. 833, 840

259) 임지봉, 앞의 논문 (주 16), 271-312면

260) 동법의 조항들은 관련 부분에서 낙태를 원하는 여성은 낙태시행 전에 낙태에 대한 사전 동의를 해야 하며, 낙태시행 최소 24시간 전에 낙태에 관한 일정한 정보제공을 받아야 하고(3205항), 미성년 여성의 낙태시 그 부모의 동의가 있어야 하며(법원이 필요하다고 판단할 경우 이 요건은 생략될 수 있음, 3206항), 임신부가 태아의 부에게 낙태를 알려야 하고(3209항), 낙태시술을 제공하는 병원은 신고서를 작성해야함을(3207항, 3214항) 규정하고 있었다.

이 아닌 한 허용되어야 한다고 판시했다. 그리고 Blackmun 재판관과 Stevens 재판관은 판결주문에는 일부 동의하였지만 3분기 분석들과 “엄격심사”를 지지하였다. 즉, Blackmun 재판관은 “이러한 분석들의 적용은 그것이 Roe 판결에서 연방대법원의 7명의 재판관들에 의해 적용되었을 때와 마찬가지로 보장되어야 한다. 출산 여부의 선택에 관한 주의 제한에 대하여 엄격심사를 하는 것은 출산여부에 관하여 주의 강제 없이 스스로 결정할 여성들의 권리를 가장 확실하게 보장하는 것이다. … 3분기 분석들의 사실적 전제도 훼손되지 않았다”라고 언급했다. Roe 판결을 집필했던 Blackmun 재판관은 문제가 된 Pennsylvania 주 낙태규제법의 모든 조항을 무효화하고자 한 것이다.²⁶¹⁾ 이 판결에서 연방대법원은 낙태를 제한하는 법률의 위헌여부를 결정함에 있어 새로운 기준을 제시하였다. “과도한 부담”이라고 불리우는 이 기준은 “태아가 생존가능성을 획득하기 전에 낙태를 원하는 여성에게 실질적인 방해를 부과할 목적을 가지거나 그러한 효과를 야기하는 경우”에는 그 법은 무효라는 것이다.

여성 대법관인 O’Conner 대법관에 의해 집필된 다수의견은, 주가 임신을 중단할 여성의 권리에 부당한 부담을 부과하는 경우에만 주의 권한이 연방헌법상의 적법절차조항에 의해 보호되는 자유의 핵심에 이른다고 판시했다. 판결요지 가운데 적법절차와 관련된 부분을 보면 이렇하다. ‘부당한 부담’이 있었음을 입증하면 “낙태를 원하는 여성의 낙태시술에 실질적 장애를 주겠다는 목적이나 효과를” 주의 규제가 가지게 된다는 결론에 금방 이르게 된다. 여성의 임신중단 결정에 대한 헌법상의 보호는, 어떤 주도 적법절차에 의하지 않고 주민의 생명, 자유, 재산을 빼앗을 수 없음을 선언한 수정헌법 제14조의 적법절차조항에서도 출된다. 신체의 자유뿐만 아니라 가족과 부모가 될 것인가와 같이 개인의 가장 기본적인 결정들에 주가 간섭할 권리에 대해 연방헌법은 제한들을 두고 있다는 것이 확립된 정설이다. 그러나, 주는 의사가 낙태를 원하는 여성에게 낙태가 태아에게 가져오는 결과와 관련된 정보가 이용가능하다는 점을 알려주도록 요구할 수 있고, 24시간의 대기기간이 태아의 생명을 보호하는 주의 이익을 실현하는 합리적 수단이며 부당한 부담에도 이르지 않는다.²⁶²⁾ 여성의 낙태결정

261) Erwin Chemerinsky, *supra* note 20, at 669.

권은 그 인정여부 및 범위를 둘러싸고 다소간 변화를 보여 왔지만,²⁶³⁾ 연방대법원은 이 판결에서 여성의 낙태에 대한 결정권을 재선언했다. 연방대법원은 과거에는 낙태금지법에 대하여 엄격심사기준을 적용했으나, Casey 판결에서 이보다 완화된 ‘부당한 부담심사기준’을 적용했다. 이때 법원은 임신을 중지시킬지 여부를 결정할 권리에 대한 모든 부담이 부당한 것은 아니며, “법의 목적이나 효과가 태아가 생존능력을 갖기 전에 낙태하고자 하는 여성에게 실질적 장애”가 되는 경우에만 부당한 부담이 된다고 보았다.²⁶⁴⁾ 비록 법원이 낙태에 대한 심사기준을 이전보다는 완화시키고 3개월 기간 구분법을 더 이상 채택하지 않았지만, “여성은 태아가 생존능력을 가지기 전에는 낙태를 할 권리가 있으며, 그리고 주의 부당한 간섭 없이 낙태를 할 권리를 가진다”는 것을 다시 한번 확인해주었다. 그 외에도 주는 다른 유형의 수술에 공적 자금을 지원할 수 있지만 낙태에 관해서는 의료보험 등의 공적 자금 지원을 거부할 수 있다. 또한, 가족계획 관련 병원들에 공적 지원을 하는 대가로, 주는 그 병원들의 의사가 낙태를 권하지 않고 다른 낙태시술자에게 환자를 소개시켜주지 않을 것을 요구할 수 있다.²⁶⁵⁾ 또한 주는 낙태를 허용할 경우에도 그 시술되는 낙태의 유형에 관해 규제권한을 가진다. 예를 들어 2번째 분기인 임신 4개월에서 6개월 사이의 낙태에 대해 반드시 병원에서 이를 하도록 요구할 수 있다. ²⁶⁶⁾ 그러나, 주가 낙태의 유형을 규제할 때에도 임부의 생명과 건강을 보호하기 위한 것이어야 한다. ²⁶⁷⁾

라. Casey 판결 이후의 낙태판결

1994년 연방대법원은 *Madsen v. Woman's Health Center, Inc.* 사건²⁶⁸⁾에

262) 임지봉, 앞의 논문 (주16), 271-312면

263) *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989)

264) 최희경, Casey 판결상의 ‘부당한 부담심사기준’, 헌법학연구, 제8집 제3호, 2002년 10월 호.

265) *Rust v. Sullivan* 500 U.S. 173 (1991)

266) *Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.* 462 U.S. 416 (1983)에서는 반대의 결론을 내렸다.

267) *Sternberg v. Carhart* 530 U.S. 914 (2000) 판결에서, 주는 ‘부분출산’(partial birth) 낙태 방식이 임부를 위해 가장 안전한 방법인 경우, 이 방식을 금할 수 없다고 판시했다.

서, 특정 단체나 개인이 클리닉접근을 봉쇄, 간섭하거나 또한 클리닉에 출입하는 사람을 폭행, 위협하거나 괴롭히는 것 등을 금지하기 위하여 클리닉 입구 주변 36피트까지를 “buffer zone”으로 정한 플로리다주법원의 영구적 금지명령을 지지하였다. 연방대법원은 동 금지명령이 사전제약이 아니며, 그 내용이 중립적이라고 보았다. Casey 판결이후에도 낙태절차를 규제함으로써 여성의 낙태를 제한하려는 주의 시도는 계속되었다. 1997년 연방대법원은 Mazurek v. Armstrong 판결²⁶⁹⁾에서, 의료보조인에게 낙태수술을 할 수 없도록 금지하는 몬타나주법을 지지하였다. 또 다른 낙태규제 절차는 낙태수술방법을 제한함으로써 임신 제2기 3개월 간의 낙태를 규제하려는 시도가 문제되었다. 200년 6월 28일 결정된 Stenberg v. Chahart 판결에서, 연방대법원은 “부분출산낙태”로 알려진 논쟁적 절차를 금지하는 Nebraska 주법을 폐기하였다. 통상적으로 확장적 출로 알려진 낙태방법은 “부분출산낙태”라는 용어와 결부되어 있는데, 동 판결에서 문제된 네브래스카 주법은 모의 생명을 구하기 위하여 필요한 경우를 제외하고는 “부분출산낙태”를 금지하고 있었다. 동 판결은 5대4라는 근소한 차이로 결정되었으며, 법정의견을 개진한 Breyer 판사는 Casey 판결에서 확립된 원리들을 문제된 네브래스카주법에 적용하였다. 첫째 동 법은 이전에 연방대법원판결에서 요구된 모의 건강보호를 위한 예외를 두지 않고 있다고 지적하였다. 둘째 동 법에서 사용된 용어는 자연확장흡입방법과 확장적출출방법을 구별할 수 없도록 하고 있다고 보았다. 즉 동 법상의 금지는 법이 대상으로 삼고 있는 확장적출 방법뿐만 아니라 훨씬 흔한 수술방법인 자연확장흡입 방법이 관계된 낙태까지 포함할 수 있으므로, 지나치게 광범위한 것이라고 주장하였다. 따라서 그는 네브래스카주의 금지가 여성에게 “불필요한 위험을 줄 수 있으며”, 헌법상 보장되는 낙태를 결정할 여성의 권리에 “부당한 부담”을 주므로 위헌이라고 판시하였다. 동 판결이 내려짐에 따라, 버지니아주를 포함하여 다른 30개 주에서 제정된 유사한 법이 폐기되었다.²⁷⁰⁾

268) 512 U.S. 753 (1994)

269) 117 S. Ct. 1865 (1997)

270) 최희경, 미국헌법상 여성의 프라이버시권리에 관한 연구, 이화여자대학교 대학원 박사학위 논문, 2000.

그러나, 생명이 위태로운 임신 후반부의 임부에게만 시술되는 이른바 부분출산 낙태를 금지하는 법안(Partial-birth abortion ban act²⁷¹)이 2003년 미국 상원에서 64대 34의 압도적 지지로 통과되었고, 부시행정부는 낙태를 옹호하는 가족계획 단체들에 대한 연방기금 지원을 금지시켰고 3개월 이상 된 태아의 경우에는 낙태를 엄격히 금지하는 “부분 출산 낙태 금지법안”과 임신부 몸속에 있는 태아에게 한 개인으로서 법적인 권리를 부여하는 연방법안 등에 서명했다. 이 법은 1973년 여성의 낙태 권리를 헌법으로 인정한 대법원 판결 이후 연방 차원에서 처음 내려진 특정 낙태술 금지 조치로 위헌 소송이 잇따르게 되었다.

미국 샌프란시스코 지방법원은 2004년 6월 1일 임신 말기 낙태를 금지하고 있는 연방법은 위헌이라는 판결을 내렸다. 필리스 해밀턴 담당판사는 “이 법이 여성이 임신 3-6개월에 낙태를 선택할 수 있는 권리에 과도한 부담을 주고 있으며 용어적으로도 모호할 뿐만 아니라 산모의 건강을 보호하기 위한 예외 사항을 결여해 위헌”이라고 결론지었다. 2003년 만들어진 ‘부분 출산 낙태 금지법’은 ‘주간 또는 외국간 교섭의 차이를 이용해 알면서도 고의로 부분 출산 낙태를 시행해주는 의사’에 대해 형사 민사상의 형벌을 부과해왔다. 비슷한 소송이 내브래스카 주와 뉴욕에서도 제기되었다. 금지 법안의 위헌 소송을 낸 원고 미국 가족계획연맹(PPFA)은 성명서를 통해 ‘부분 출산 낙태 금지법’은 오히려 임신 12-15주에 낙태를 하는 불법을 만연하게 했다고 지적했다. 글로리아 펠트 PPFA 회장은 “오늘 판결은 여성의 건강과 의료에서의 프라이버시의 손을 들어 준 획기적인 사건”이라고 소감을 밝혔다. ‘부분 낙태 금지법’은 전체 40주의 임신 기간 중 태아가 생존 가능한 전단계의 말기에 시술하는 낙태를 금지하는 법이다. ‘부분 낙태 시술’은 주로 임신 3-6개월에 행해지는 낙태 수술로, 태아가 산모 몸 밖으로 부분적으로 출산되었을 때, 두개골을 부숴 낙태시키는 방법이다. 의사들은 이를 ‘경관 확장 및 만출술’로 불러왔으나 이에 반대하는 이들은 ‘부분 출산 낙태’라고 부른다. 대부분 의료 단체들은 금지법안에 반대했다. 의회에 제출된 자료를 보면 미국 의료단체 가운데 중 가장 큰 2곳인 미국의료연합(AMA)와 미국산부인과학회(ACOG)는 ‘부분 출산 낙태’에 동의하지는 않지만,

271) 18 USCS §1531

이를 금지하는 법안에는 반대한다고 밝힌 바 있다. 미국의료연합은 윤리적인 이유 때문에 부분 낙태 시술에 반대한다고 밝혔다. 해밀턴 판사는 판결문에서 ‘산부인과 조합은 부분 출산 낙태가 산모의 건강과 생명을 살리기 위한 가장 적절하고 안전한 방법일지도 모른다는 신념을 밝혔다’고 적었다. 금지법 지지자들은 부분 출산 낙태 시술이 결코 산모의 건강보호에 필수적이지 않다고 오히려 심각한 위험을 가져올 수 있다고 주장했다. 해밀턴 판사는 “의회 역시 금지 법안이 임신 중절이 가능한 시기의 낙태에 대해서도 적용될 것이라는 점을 알고 있었다”고 말하며 의도적으로 용어를 모호하게 썼다는 점을 지적했다.²⁷²⁾

여성의 낙태할 수 있는 권리는 여전히 헌법상의 권리로 여겨지고 있다. 그러나 태아의 이익과 상충될시 미국의회는 ‘부분낙태금지법’이라는 법안을 통과시킴으로써 이 문제를 해결하려 하였다. 낙태를 옹호하거나 지지하는 의견은 아니지만 이러한 방법으로 낙태를 금지하는 법을 제정하여 낙태를 금지하고 연방차원의 낙태시술 지원을 금지하는 것은 법을 윤리적, 도덕적인 가치관과 생각에 끼워 맞추는 것이라 생각된다. 물론 법이 그 사회와 시대의 흐름을 대변하고 그에 맞추어 변해나가는 것으로 사회와 윤리, 즉 도덕과 동떨어질 수 없다는 의견에는 동의한다. 그러나 “법”이라는 것으로 제정되어지려면 위 판결에서 지적하는 바와 같이 용어의 명확성의 요구되고, 예외사항에 대한 단서들이 요구되어진다. 인간 생활의 현상들과 기본권들이 상호 충돌되는 상황들이 선으로 획을 그을 수 있는 상황들만 존재하지 않기 때문이다. 사각지대라고 말할 수 있는 영역이 삶 속에서는 항상 존재하고 법은 그러한 부분까지도 보호할 수 있어야 한다. 실체적 적법절차 법리는 법률에 있어서 그 법의 “실체성”을 검토한다. 위 법안은 개인의 특히 여성의 실체적 적법절차의 보호법칙으로서 “자유”영역을 침해하여 위헌이다. 다만 이 부분에서 발생할 수 있는 태아의 생명권 문제나 의사에게 있어 시술의 문제(양심상의, 윤리적인 문제)등은 더 생각하고 고민해 보아야 하겠다.

2. 성행위 (동성애)

272) CNN News, 2004. 6. 7

Hardwick 판결은 처음으로 동성애에 관련된 헌법적 쟁점을 판단하였지만, ‘동성애’에 대해 다소 도덕적인 시각에서 판단을 내렸다고 여겨지고, Lawrence 판결은 ‘동성애’ 문제를 도덕성이라는 면을 배제하고 헌법적으로 조명하고 있다고 여겨진다.

가. Bowers v. Hardwick 사건²⁷³⁾ (1986)

1986년 연방대법원은 Bowers v. Hardwick 사건에서 처음으로 동성애와 관련된 헌법적 쟁점을 판단하게 되었다. 이 사건에서 연방대법원은 남성 간 성행위를 형사처벌하는 주 법률을 합헌이라고 판결하였는데, 이 법률은 성인 남성간의 합의하에 ‘은밀하게’ 이루어지는 성행위까지도 처벌의 대상으로 하고 있었다. 다수의견을 집필한 White 재판관은 동성간 성행위를 형사처벌로부터 보호할 수 있는 본질적 권리를 사법적으로 창출할 만한 아무런 근거가 없다고 하였다. White 재판관은 아기의 출산, 양육, 그리고 가족관계에 관한 권리가 본질적 권리에 포함된다고 확인했던 이전의 연방대법원의 판결들은 “남성 간 성행위를 할 동성애자의 헌법적 권리가 있다”고 주장하는 이 사건과는 어떤 유사한 점이 없다고 판단하였다. 다수의견은, 남성간 성행위를 할 권리는 “이 나라의 역사와 전통에 뿌리박힌 것이어서 사법적으로 보호되어야 하는” 그러한 성격의 권리도 아니라고 보았다. 이 판결에서는 그러나 동성애자를 차별하는 입법이 평등보호를 위반하는지 여부에 대하여는 판단하지 않았다. ²⁷⁴⁾

1982년 8월 3일 조지아 주 아틀란타시에 거주하는 29세의 Michael Hardwick이 동성애행위를 이유로 자신의 침실에서 경찰에게 체포되었다. 조지아 주 남색(비역)금지법²⁷⁵⁾에 따라 그의 행위는 형사처벌의 대상이 되었으나,

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

274) 최희경, 앞의 논문 (주 234), 35-40면

275) 당해 법은 다음과 같이 규정하고 있다.

Section 16-6-2(1984)

(a) 한 사람의 성기와 다른 사람의 구강 또는 항문을 포함한 어떠한 성행위를 한 것은 비역행위 범죄에 해당한다. 타인의 의사에 반하여 억압적 방법으로 비역행위를 행하는 경우에는

지방검찰은 정식으로 기소하지는 않았다. 그러나 Hardwick은 이를 계기로 동성애자의 권리를 헌법상 보호받으려 동 주의 검찰총장인 Bowers를 상대로 연방지방법원에 소를 제기했다. 제1심법원인 연방지방법원은 원고의 청구를 기각했으나, 항소법원인 연방 제11순회법원은 하급법원의 판결을 파기하였다.²⁷⁶⁾ 결국 이 사건은 연방대법원에서 최종적으로 결정되어졌다. ²⁷⁷⁾

법정의견은 동성애행위에 대한 권리라는 새로운 기본적 권리를 발견하기 위해 수정헌법 제14조상의 실체적 적법절차개념을 확대하는 것을 거부했고, 소도미금지법²⁷⁸⁾이 고대에 뿌리를 둔 것임을 강조하며, 이러한 금지의 오랜 역사에 대하여 논하였다. 즉 소도미는 보통법상 범죄로 여겨졌고, 또한 1868년 수정헌법 제14조가 통과되던 당시에도 5개 주를 제외한 모든 주가 소도미금지법을 가지고 있었다. 그리고 1961년까지 미국 50개주 모두가 소도미를 불법으로 규정했으며, 1986년에도 24개의 주와 콜롬비아 지구가 소도미에 대해 형벌을 부과했다. 법원은 이러한 사실을 동성애가 기본적 권리로 선언될 수 없는 증거로 제시했으며, 이를 근거로 동성애 행위에 대해서 헌법상의 보호를 거부했다. 스티븐(Stevens) 판사는 문제의 법률을 동성애자에게만 선택적으로 적용한 것은 정당하지 않다는 별도의 반대의견을 제시했다.²⁷⁹⁾ 그는 주정부가 단지 전통적 견

비역행위 중범죄에 해당한다.

(b) 비역행위에 유죄선고를 받은 자는 1년 이상 20년 이하의 감금형에 처한다. 비역행위 중범죄의 유죄선고를 받은 자는 평생감금형 또는 1년 이상 20년 이하의 감금형에 처한다.

276) 연방항소법원은 Hardwick의 행위가 '출산을 목적으로 한 것은 아니지만, 이는 '결합에 있어서 중요한 이익'을 내포하고 있다고 하면서 Griswold 사건에서는 '전통적인 부부관계를 벗어난 영역'에서의 출산뿐 아니라 '친밀한 결합'까지도 보호하였다고 주장한다. 다수의견은 마지막 결론 부분에서 "Griswold 판결, Eisenstadt 판결, Stanley 판결에서의 프라이버시권에 대한 분석은, 본 사건에서 조지아 주 비역금지법은 Michael Hardwick의 기본적 권리를 함축하고 있다고 결론을 내리도록 한다. 그가 희망하는 행위는 주 규제의 정당한 통제가 미치지 아니하는 친밀한 결합에 기초한 것이다. 이러한 권리는 연방헌법 증보 제9조(헌법에 열거되지 아니한 권리), 그리고 증보 제4조(적법절차)에 구체화된 기본적 형평성에 의해 보호된다"고 판시하였다. 결국 이 사건에서 연방항소법원은 동성애 행위는 실체적 적법절차에서 보장하는 기본적 권리에 포함된다고 해석한 것이다.

277) 이 사건에서 연방대법원은 5대4로 원고의 실체적 적법절차 항변을 받아들이지 않고 조지아주법을 합헌이라고 판결하였다. 다수의견은 이 사건의 논점을 '연방헌법이 동성애 행위에 대하여 기본적 권리를 인정할 것인가의 여부'에 두었다. 즉 서로 동의한 성인간, 특히 동성애자간의 비역을 금지한 법이 현명하고 바람직한 것인지의 여부를 판단할 필요가 없다고 판단하였다.

278) Georgia Code Ann. § 16-6-2 (1984)

해에만 근거해서 비전통적인 모든 성행위를 금지하는 것은 옳지 못하며, 개인의 은밀한 성관계에 대한 선택은 연방헌법의 적법절차조항에 의해 보호된다고 보았다. 즉 “주의 대다수가 특정한 관행을 부도덕한 것으로 인정해 왔다는 사실만으로는 그러한 관행을 지지하는 법을 정당화시킬 수 없다”는 것을 강조했다. Hardwick 판결은 동성애자에게 우호적인지 않은 입법에 대해 헌법상의 보호를 얻기 위해서 적법절차조항을 사용할 수 없도록 만들었다.

이 사건에서 다수의견은 적법절차에 구체화될 수 있는 새로운 기본적 권리를 창출함에 대하여 다음과 같이 그 견해를 개진하였다. “본 법원은 적법절차조항에서 새로운 기본적 권리를 찾아내어 관점을 보다 확장시키지는 않을 것이다. 헌법의 언어와 구조 내에서 인정할 만한 근거가 거의 없는 판례헌법을 다루는 경우에 연방대법원은 가장 약점이 드러나기 쉽고 불합리하게 된다. ... 따라서 연방헌법 증보 제5조와 제14조의 적법절차조항의 실제적 접근을 확장함에 있어, 특히 기본적이라 할 수 있는 권리의 범위의 재정의를 요구하는 경우에는 큰 어려움이 있다”고 판단하면서, “이 사건에서 주장되는 권리는 이러한 어려움을 극복할 수 없는 단점이 있다”고 판시하였다.²⁸⁰⁾ 이 판결은 ‘연방대법원의 성적 프라이버시권에 관한 개념의 축소’라고 일컬어졌고²⁸¹⁾, “다수의견에 있어서의 그 판결이유의 불충분함은 동성애라는 논제에 대한 5명 판사의 감정적 반응, 그들의 ‘단순히 싫어한다’는 반응에 따른 것이라는 것을 강하게 보여준다”고 주장되어졌다.²⁸²⁾

279) 그들은 결국 “연방대법원이 실제로 단순히 동성애 행위에 대하여 기본적 권리를 인정하는 것을 거부한 것이라고 주장하였지만, 그 의도는 모든 개인이 가지고 있는 타인과 친밀한 결합을 원하는 본성을 통제할 수 있는 자유에 대한 기본적 이익을 거부한 것이다”고 주장하였다. 이들은 Stanley 판결이 오직 프라이버시 영역이 아닌 연방헌법 증보 제14조에 근거한 것이라는 다수의견의 주장을 반박하면서, 그러한 판결은 넓게는 연방헌법 증보 제14조로부터 가정을 보호하기 위하여 도출되었다고 주장하였다. 따라서 이는 명백하게 증보 제14조에 의해 부여된 것이므로 “가정에 홀로 있을 권리는 명백하게 증보 제14조에 의해 부여된 것이므로 ”가정에 홀로 있을 권리는 프라이버시권에 관한 한, 우리의 이해 속에 형성되어 있는 많은 헌법조항에서 가장 ‘명시적’이어야 하고, ... 개인자신의 가정에서의 친밀한 관계를 유지할 권리는 헌법이 보호하고 있는 프라이버시권의 핵심“이라고 주장하였다.

280) 강달천, “동성애자의 기본권에 관한 연구”, 중앙대학교 대학원 박사학위논문, 2000

281) Leading Cases, *Bowers v. Hardwick*, 100 *Harvard Law Review* 100, 1986

282) Toni M. Massaro, *Gay Rights, Thick and Thin*, 49 *Stanford Law Review* 45, 1996

나. Lawrence v. Texas 사건²⁸³⁾ (2003)

Lawrence 판결에서 연방대법원은 Bowers 판결은 죽었다고 했고, 심지어 그 결정된 판결이 잘못된 것이라고 했다. 사법부의 시민권 판결들에 있어 분수령이 된 Lawrence 판결은 적법절차의 영역 안에서 성적 태도의 표현을 분명하게 보호한다. 이 판결은 동성애 행위가 헌법적으로 보호받지 못한다는 좁은 개념을 버리는 것뿐 아니라, 동성애자의 근본적 권리까지 포함(보장, 보호)한다는 더 넓은 개념으로 나아가고 있다. 법원은 전의 판결을 뒤집었다. 다수의견을 쓴 Kennedy 판사는 수정 헌법 제14조의 적법절차조항의 실체적 갈래아래서 이 사건을 다룸으로써 더 광대한 구조를 만들어냈다. 재판부는 “Bowers 판결은 그 결정이 내려진 때에도 옳지 못한 것이었고, 현재에 또한 옳지 못하다. 그리고, 동성애 행위법이 수정헌법 제14조의 적법절차 조항의 위배로서 위헌이라고 선언하였다.”²⁸⁴⁾

2003년 6월 26일 연방대법원은 이전의 Hardwick 판결에서 다루어진 것과 유사한 법안에 대해서 상이한 판단을 내렸다. 동성간의 내밀한 성행위를 범죄로 규정한 텍사스 주법²⁸⁵⁾에 대하여 6대3의 찬성으로 적법절차조항을 침해하여 위헌이라고 판시했다. 법정의견은 Hardwick 판결에서의 기본적인 논거가 타당하지 않으며, 이는 반복되어야 한다고 보았다. 법정의견은 특히 Hardwick 판결의 반대의견을 쓴 스티븐스 판사의 결론을 언급했다. 즉 “첫째, 주의 지배적 다수가 특정한 관행에 대하여 전통적으로 부도덕하다고 보아 온 사실이 그 관행을 금지하는 법을 지지하는 것은 아니다. 둘째, 신체적 관계의 내밀함에 관련된 개인의 결정은 비록 출산을 가져오지 않을 때조차도 적법절차에 의해서 보호되는 자유의 형식이다.”²⁸⁶⁾ 따라서 법정의견은 “Bowers v. Hardwick 판결은 파기되어야 하며, 이제 이를 파기한다”²⁸⁷⁾고 선언했다. 법정의견은 적법절차조항

283) Lawrence v. Texas 123 S. Ct 2472 (2003)

284) “The Supreme court, 2002term: leading cases”, 117 Harv. L. Rev. 297, 2003

285) Tex, Penal Code Ann. §21.06(a) (2003)

286) 478 U.S. at 216

을 근거로 동 사건을 판단했으며, 동성간의 성행위만을 규제하는 것이 평등보호 조항의 침해라는 주장은 직접적으로 문제삼지 않았고, 심사기준과 관련해서, “텍사스주법은 개인의 사적 삶에 대한 침해를 정당화할 수 있는 어떠한 합법적인 주의 이익도 증진하지 않는다”고 말했다. 문제된 법이 ‘합법적인 주의 이익’을 증진시키는 가에 대한 질문과 답변에서 보듯이 이는 종래 ‘필요불가피한 이익’을 요구하는 엄격심사기준이 아니라도 동 법이 이를 통과할 수 없다고 보았기 때문일 수 있지만, 과거 낙태, 피임과 같은 사적 결정을 기본적 권리의 문제로 보아 이를 금지하기 위해서 적극적으로 필요불가피한 이익을 요구한 것에 비하면 다소 소극적인 태도이다. 또한 법정의견은 동성애행위가 헌법상 보호되는 자유임을 인정하면서도, 미성년자가 관련되어서는 안 된다는 것, 강제성이 없어야 한다는 것, 공적 행위나 매춘과 관련이 없어야 한다는 것, 서로 충분한 동의가 있어야 한다는 것 등을 조심스럽게 강조하고 있다. 법원이 판단하기에 가장 확실한 헌법상의 보호가 부여될 수 있는 행위는 사적 장소에서, 성인간의, 동의에 의한 동성애행위인 것이며, 동성애행위의 사적 측면이 존중되더라도 일정한 한계가 있음을 지적하고 있는 것이다. 288)

Lawrence v. Texas 사건에서 대법원의 결정은 게이 피플을 위한 헌법적 권리를 창조했다기보다 모든 미국인들을 위해 성인의 sexual intimacy(성적 친밀함)에 대한 본질적인 적법절차권리를 훨씬 더 넓게 공포했다고 볼 수 있다. “gay person”이 아니라 “인간”의 권리에 초점을 둠으로써, 법원은 적법절차원칙에 의해 보호되는 자유는 “certain intimate conduct”(어떤 친밀한 행위)에 관여하는 자유를 포함한다고 명백하게 판정했다. 289) 법정은 적법절차조항에 근거하여 판단을 내리고 있다. 평등보호결정이 프라이버시권리를 보호하는데 있어서, 동성애 금지 입법 등에 있어서 충분히 보장해주지 못해왔기 때문이다.

287) 123 S. Ct at 2484

288) 최희경, 앞의 논문(주 234), 46-51면

289) N.Y.U Annual Survey of American Law, 2003-2004. J.D. candidate, "Lawrence v. Texas and family law", 60 N.Y.U. Ann. Surv. Am. L. 53, 2004- 헌법의 적법절차원칙에서 보호되는 자유에 동성애도 포함시켜야 한다고 주장한다. 그래서 게이 피플도 부모로써 문제될 것이 없는 그냥 피플일 뿐이라는 것을 강조하였다. 헌법의 적법절차원칙에서 추상적으로 열거하고 있는 것들을 좀더 구체화시키면 인간의 성적 취향도 당연 보호되는 권리라는 취지의 글.

3. 소수자(약자)의 권리와 실제적 적법절차

미연방대법원은 *Bowers v. Hardwick* 판결에서 도덕성은 법에 있어 불충분한 것이라는 논쟁을 거절했다. *Bowers* 판결을 거절함으로써 *Lawrence v. Texas* 판결에서 법원은 “주의 지배하는 다수가 가진 전통적인 견해로 어떤 특별한 행동이 비도덕적이라는 이유만으로는 그 행동을 법으로 금지하는 것이 불충분 사유가 된다고 하였다”²⁹¹⁾

낙태나 동성애 등에 있어서 미국의 판례의 변화는 소수자권리에 있어 실제적 적법절차원리를 근거로 한 소수자권리보호의 강화를 보여준다. 기존의 법은 다수의 승인된 규칙으로 이루어져왔고, 다수를 위해 입법이 이루어졌고, 다수의 권리행사에만 초점을 맞추어 사용되어져 온 경향이 있다. ‘법’이라는 것의 특성상 그럴 수밖에 없다는 점은 인정한다. 그러나 소수자 보호 또한 경시되어져서는 안 된다. 낙태나 동성애에 있어서의 판례의 변화는 시대의 변화와 법이 그에 맞추어 변화하여야함을 시사한다. 낙태나 동성애를 장려하는 차원이 아니라, 이러한 것들은 법으로 금지할 종류의 것이 아니라는 것이다. 법으로 금지한다고 하여도 그 개인개인에게 있어 그 개인의 기본권 향유에 있어, 소수를 무시한 다수의 기본권 향유는 바람직하지 못하다. 또한 낙태나 동성애의 문제는 도덕성을 기준으로 판단되어져 왔고 헌법적 시각에서의 재조명이 필요했고 미국의 판례는 이것들을 이루어내었다. 낙태나 동성애를 금지하는 법률이 실제적 적법절차 법리에 위배된다는 것이고, 낙태에 있어서는 그 엄격한 심사기준, 합리적인 기준들을 제시하고 있다. 또한 이 문제를 언급함에 있어 미성년자들에 대해서는 예외로 하고 있다. 낙태나 동성애를 장려하는 판결들이 아니라는 것을 강조한다. 소수자의 권리를 보호함에 그 권리보호의 이유제시에 있어 실제적 적법절차 법리가 가장 근본적인 법리, 사유로 판결들에서 나타남을 볼 수 있었다. 즉 낙

290) Sherry F. Colb, "The Supreme Court Overrules *Bowers v. Hardwick*", 2003

291) Arnold H. Loewy, "Moral Legislation and the Establishment Clause", *55 Ala. L. Rev.* 159, 2003

태나 동성애를 금지하는 법률들이 헌법에 위배되는 측면을 넘어서서 실체적 적법절차 법리를 근거로 본질적 권리가 적극적으로 보호되어야 한다는 것이다.

V. 결론

우리나라의 경우에 있어서는 아직까지 ‘적법절차’라고 하면 형사처벌이나 형사절차에 한정하여 절차적 적법절차로만 생각하는 경향이 강하다. 우리의 법조문에 명시되어 있는 것만 보고서는 대부분의 사람들이 그렇게 생각할 수 있다고 여겨진다. 우리나라에서 아직까지 실체적 적법절차법리가 적용되어야하고 실체적 적법절차 법리를 근거로 논쟁되어야하는 사건들이 없기 때문이라고 여겨지지는 않는다. 우리 헌법현실에 헌법규정의 해석이 따라가지 못하는 경우라고 여겨진다. 헌법의 해석문제는 고도의 어려운 문제이다. 양비론이 아닌, 극단적인 어느 한 쪽의 보호가 아닌 방향으로 나아간다는 것이 쉬운 문제는 아니다. 그러한 역할이 헌법해석에서 요구되어지고 논리적, 법리적으로 풀어 나가야 하는 것이 이 시대가 요구하는 것이라고 생각되어진다. 292)

미국 헌법상 적법절차의 법리는 기본권조항과 더불어 인간의 존엄성과 행복추구권 실현에 큰 이바지를 하고 있다. 적법절차는 절차적 적법절차와 실체적 적법절차로 구분되어, 근본적인 권리를 자연권이라는 추상적인 이름이 아닌 실체적 적법절차 법리를 근거로 보장하고 있다. 이를 근거로 많은 분쟁과 논의들이 있어왔고 그러한 과정들을 통하여 개인의 권리보장은 더욱 한 단계씩 업그레이드되어 구체적으로 발전해왔다. 헌법해석 등에 있어서도 헌법이라는 실정법의 틀에 갇혀있는 헌법이 아니라, 실체적 적법절차 법리를 통해 헌법현실과의 조화를 이루어내었다. 다만 여기서 법적 안정성과 정당성중 어느 곳에 손을 더 들어주고 어느 곳에 무게를 더 둘 것인지의 결정이 필요하다. 이러한 것에 대한 판단은 미국에서 연방대법원이 주도해왔고, 연방대법원의 판단에는 그 시대의

292) 실체적 적법절차는 우리 헌법상의 기본권제한의 한계를 규제하고 있는 제37조 제2항과 제38조 제1항을 같이하는 것임에 주목해야 할 것이다. 즉 ‘국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위해서 필요한 경우에 그리고 기본권의 본질적인 내용을 침해하지 않는 범위 내에서 모든 기본권을 법률로서 제한할 수 있도록’ 규정하고 있는 우리 헌법상 기본권보장의 제한원리 및 그 정신은 미국헌법에 있어서는 ‘법의 적정한 절차에 의하지 않고는 개인의 생명, 자유 또는 재산을 박탈할 수 없다’는 적법절차법리보장의 법리로서 전개되고 있는 것이다. 또한 평등권조항이나 행복추구권조항으로 접근하였을 때 해결이 되지 아니하는 사건들이 존재할 수 있다. 이러한 사건들에 있어 실체적 적법절차법리가 다른 각도로 객관적으로 그 개인의 자유를 중심으로 하여 기본권 보장에 해결점을 마련해줄 수 있다고 여겨진다.

흐름과 시민들의 의견이 반영된 적도 있었지만, 대부분 연방대법관 개인의 가치관에 근거하여 다수의 의견으로 판결들이 내려졌다고 여겨진다. (사법소극주의, 사법적극주의) 또한 미국이 자본주의 국가이기 때문에 헌법 또한 자본주의 헌법의 특색을 많이 갖추고 있다. 초기에 경제적 자유에 대한 판결들을 보면 그러하다. 가진 자나 유산계급을 위해 실체적 적법절차는 악용되었고, 그들의 권리를 보호한다는 미명아래, 노동자들은 합당치 못한 의무들을 부담해야했다. 그러므로 실체적 적법절차, 적법절차라는 것이 항상 개인의 권리를 보장하고 사회를 올바른 방향으로 유도해나가는 원리라고 말할 수는 없다. 그 해석 과정에 있어서 계속되는 긴장과 비판이 요구된다. 실체적 적법절차의 법리는 다소 추상적인 개념이라고도 말할 수 있겠다. 그것이 구체적으로 적용되어 해석될 때, 어떠한 가치관을 근거로 해석되어야하는가는 중요하다. 미국에서는 새로운 실체적 적법절차 법리를 근거로 여성의 출산여부에 관한 결정권리나 성행위에 관한 권리(동성애에 있어서도)등 본질적 권리들이 보호를 받는 방향으로 나아가고 있음을 판례를 통해 살펴보았다. 실체적 적법절차의 법리는 소수인권에 있어서 그 진가를 발휘할 수 있다. 법이라는 것이 다수의 승인된 규칙으로 성립되는 것이라 말할 수 있는데 그 전제하에 소수의 인권은 무시되는 경우가 많았다. 물론 이들의 인권보장을 보호할 목적으로 나아갈 때 우리 사회에 (법적)안정성을 해치는 문제들이 생겨날 수 있다. 그러나 그 문제는 그 개인의 생명, 인권, 인격을 존중하는 것과 조화를 이루어야 한다고 여겨진다. 이와 더불어 발생할 문제들에 대한 법리적 방어벽이나 논거 등을 통한 해결책등의 모색이 함께 추구되어야 한다. 우리나라의 경우, 소수인권관련 문제들은 실제 생활에서는 일어나고 있지만 법정에서는 아직 등장하지 않고 있다. 숨겨진 상태로 문제들이 실생활에서는 계속 일어나고 있고, 소수인권은 존중받지 못하고 있다. 새로운 실체적 적법절차법리를 근거로 본질적 권리들에 대한 강한 보호가 요청되는 시대이다.

참 고 문 헌

I. 국내 단행본

- 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2004
김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 2004
허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2004
법무부, 『미국의 사법제도』, 법무부 법무과, 2001
법무부, 『미국적법절차론』, 법무부, 1990
법무부, 『인권보호의 법리』, 법무부, 1988
윤후정 옮김, 「기본적 인권과 재판」, 이화여자대학교 출판부, 1992
이상돈, 『미국의 헌법과 연방대법원』, 학연사, 1983
이상돈 외 공저, 여성과 법, 이진출판사, 2003
한국법제연구원, 『입법심사의 체계와 방법론』, 한국법제연구원, 1996
한상범, 『인권- 민중의 자유와 권리』, 교육과학사, 1993
R. V 예링, 심윤중, 이주향 옮김, 『권리를 위한 투쟁(외)』, 범우사, 2001
Russell W. Galloway, 안경환 옮김, 『법은 누구 편인가』, 교육과학사,
1992

II. 국내 논문

- 강달천, “동성애자의 기본권에 관한 연구”, 중앙대학교 대학원 박사학위논문,
2000
곽노현, “국가인권위원회의 법과 현실”, 『헌법학 연구』 제8집 제4호, 2002
권영설, “미국 헌법상 적법절차의 법리와 전개”, 『미국헌법연구』 제1호
(1990. 11), 미국헌법연구소, 147-190면
김명규, “헌법상의 적법절차”, 『단국대학교논문집』 제28권(1994. 6), 단국
대학교, 175-185면

- 김명규, “헌법상의 인권보장과 적법절차”, 『법학연구』 제2권 1호 (1990. 11), 충북대학법과대학법학연구소, 129-142면
- 김미영, “실체적 적법절차의 원리”, 한남대 석사학위논문, 1999
- 김종철, “미국의 헌법 해석 논쟁”, 서울대 석사학위논문, 1990
- 김주환, “구조화 법규범리론과 그 방법론”- 실천적 기본권해석론의 정초, 『헌법논총』, 제12집(2001), 443-473면
- 김주경, “적법절차원리에 관한 연구”, 연세대 석사학위논문, 1999
- 김철수, “세계화와 인권국가”, 『세계헌법연구』(제7호), 2003
- 김춘환, “미국의 적법절차에 있어서 청문의 시기를 결정하기 위한 고려사항”, 『토지공법연구』 제10호(2000. 8), 한국토지공법학회, 231-250면
- 김현철, “미국헌법판례상 기본적 권리”, 『헌법논총』 제12집(2001), 헌법재판소(편), 341-386면
- _____, 미국 헌법상 평등보호와 엄격심사기준에 관한 연구, 연세대 박사학위논문, 2001.
- 김형남, “헌법재판과 헌법해석의 상호관계에 관한 연구”, 『헌법학연구』 제9집 제2호, 2003
- 도희근, “정치권력과 국민의 기본권보장의 과제”, 『헌법학 연구』 제8집 제4호, 2002
- 류시조, “헌법의 개방성과 폐쇄성”, 『헌법학 연구』 제9집 제3호, 2003
- 문홍주, “최근 미국연방대법원 기본권 판례(1991.10- 2000.6)”, 『미국헌법연구』
- 박정훈, “미국 Zooning 제도와 절차적 적법절차에 관한 소고”, 『토지공법연구』 제15호 2002, 한국토지공법학회, 285-312면
- 박정희, 미국헌법상 적법절차의 법리에 관한 연구, 이화여자대학교 석사학위논문, 1993
- 서경석, “국가의 기본권 보호의무 비판”, 『헌법학 연구』 제9집 제3호, 2003
- _____, “기본권의 객관법적 성격”, 『헌법학 연구』 제9집 제1호, 2003

- _____, “국가와 사회: 이원론과 일원론”, 『헌법학 연구』 제8집 제3호, 2002
- 소진운, 이상현, “헌법상의 적법절차에 관한 고찰”, 『법학연구』 제5권 (1993. 12), 충북대학교법과대학법학연구소, 285-294면
- 손미경, “적법절차에 관한 연구: 한국법제에 미친 영향을 중심으로”. 인천대 석사학위논문, 1996
- 양건, “한국 인권보장의 현황과 과제”, 『세계헌법연구』 (제7호), 2003
- 유정복, “미국헌법과 적법절차의 발전”, 『헌법학연구』 제2권 (1996. 11), 한국헌법학회, 233-258면
- 윤명선, “적법절차의 원리”, 『경희법학』 제26권 제1호(1992. 2), 경희법학 연구소, 65-84면
- 윤명선, “실체적 적법절차”, 『경희행정논총』 제3권 제1호(1988. 10), 경희대학교 행정대학원, 59-75면
- 윤재만, “기본권구성요건 개념”, 『헌법학 연구』 제9집 제2호, 2003,
- 윤후정 율김, 「기본적 인권과 재판」, 이화여자대학교 출판부, 1992,
- 은승표, “민주국가에서의 정치와 법”, 『헌법학 연구』 제9집 제3호, 2003, 39-56면
- 이성환, “한정위헌결정의 기속력”, 『세계헌법연구』 (제2호), 1997
- 이영록, “유진오 헌법사상의 형성과 전개”, 서울대 박사학위논문, 2000
- 이충일, “적법절차에 관한 연구: 적법절차원리의 근거와 적용범위를 중심으로”, 대전대 석사학위논문, 1996
- 이태훈, 워런(Warren)대법원장시대 이전까지의 미국에서의 적법절차 법리의 변천(상), 『법조』 (1993. 9), 3-45면
- _____, 워런대법원장시대 이전까지의 미국에서의 적법절차 법리의 변천(중), 『법조』 (1993. 10), 3-37면
- _____, 워런대법원장시대 이전까지의 미국에서의 적법절차 법리의 변천(하), 『법조』 (1993. 11), 3-37면
- 임지봉, “미국헌법상의 적법절차조항과 그 운용”, 『미국헌법연구』 제13호

- (2002. 11), 미국헌법연구소, 271-312면
- 조병윤, “프랑스인권제도의 발전의 근원과 실질적 민주주의 헌법철학 및 정치철학사상”, 『헌법학 연구』 제9집 제1호, 2003
- 정경수, “국제인권법의 국내 적용에 관한 비판적 분석”, 『헌법학연구』 제8집 제4호, 2002
- 조재현, “동성애에 관한 법적 고찰”, 『헌법학연구』 제8집 제3호, 2002
- 지석재, “기본권의 법적 성격”- 자연권인가, 실정권인가, 『세계헌법연구』 (제5호), 2000, 459-483면
- 최대권, “헌법학론 및 헌법학 교육”, 『헌법논총』 제16호, 헌법재판소, (1995), 153- 236면
- _____, “헌법의 해석”, 『헌법해석에 관한 연구』, 헌법재판소, (1994. 6), 11-190면
- 최용기, 박현조, “국가의 기본권보장의무”, 『헌법학연구』 제9집 제1호, 2003
- 최희경, 미국헌법상 여성의 프라이버시권리에 관한 연구, 이화여자대학교 대학원 박사학위 논문, 2000
- _____, 미국의 동성애에 관한 연방대법원판례, 공법이론관계연구회, 2003
- 토마스 뷔르텐베르거, 김상겸 역, “헌법해석의 방법론”, 『헌법학연구』 제8집 제3호, 2002
- 표명환, “독일에서의 헌법해석방법론에 관한 논의”, 『헌법학연구』 제9집 제1호, 2003
- 한병채, 미국 위헌심사의 정치적 배경과 헌법재판의 동향, 「헌법논총 제1집」 1990, 26면
- 홍성찬, “적법절차의 원리와 적용”, 『사회과학연구』 제10집(1999. 8), 건국대학교 사회정책연구소, 1-20면
- 홍익균, “한국헌법상 적법절차의 수용에 관한 연구”, 경남대 석사학위논문, 1998
- 홍익표, “미국헌법상의 적법절차법리에 관한 연구”, 『대학원 논총』 제11권

(1996. 10), 경남대학교대학원, 191-216면

III. 외국 문헌

Arnold H. Loewy, "Moral Legislation and the Establishment Clause", *55 Ala. L. Rev.* 159, 2003

Christopher J. Schmidt, "Revitalizing the quiet ninth amendment: Determining unenumerated rights and eliminating substantive due process", *32 U. Balt. L. Rev.* 169, 2003

Chsrles H. Mallwin, "Due Process of Law in Magna Carta", *14 Colum. L. Rev.* 1914

Daly, Erin, "Reconsidering Abortion Law: Liberty, Equality, and the New Rhetoric of Planned Parenthood v. Casey," *45 American University Law Review.* 77, 1995

Donald C. Guy, James E. Holloway, "The Direction of Regulatory Takings Analysis in the Post-Lochner Era", *102 Dick. L. Rev.* 327, 1998

Donald H. Regan, *Rewriting Roe v. Wade*, *77 Michgan Law Review* 1579, 1979

Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law*, Aspen Law & Business, 1997

Erwin Chemerinsky, "October Term 2002: Value Choices by the Justices, not Theory, Determine Constitutional Law," *6 Green Bag 2d*, 2003

Fallon, Jr., Richard H., "Some Confusions about Due Process, Judicial Review, and Constitutional Remedies," *93 Colum. L. Rev.* 309, 1993

Gavision, Ruth, "Privacy and the Limits of Law," *89 Yale L.J.* 421, 1980

Geoffrey R. Stone, Louis H. Seidman, Cass R. Sustein, Mark V. Tushnet *Constitutional Law*, Aspen Pub, 1996

H. Abraham, *Freedom and the Court: Civil Rights and Liberties in the United States*, 1982

Judith J. Thomson, "A Defence of Abortion," 1 *Phil. & Pub. Aff.* 47, 48-49, 1971

Laurence Tribe, *Abortion: The Clash of Absolutes*, W.W.Norton & Company Inc, 1990

Lupu, Ira C., "Understanding the Strands of the Fourteenth Amendment," 77 *Mich. L. Rev.* 981, 1979

Marvin Meyers, *The Mind of the Founder: Source of the political thought of James Madison*, New York: The Bobbs-Merrill Company, Inc, 1973

Norman Viera, "Hardwick and the Right of Privacy", 55 *U. Chi. L. Rev.* 1181, 1988

Perry, "Abortion, the Public Morals, and the Police Power: The Ethical Function of Substantive Due Process", 23 *UCLA L. Rev.* 689, 1976

Peter J. Robin, "Substance due process, procedural due process, and the bill of rights", 103 *Colum. L. Rev.* 833, 2003

Robert Bork, *Judicial Review and Democracy*, Encyclopedia of the American Constitution, vol. 3, ed. Leonold Levy, New York: Macmillan, 1986

Ronald D. Rotunda/ John E. Nowak, *Treaties on Constitutional Law*, Vol 2. West Publishing Co, 1992

Schneider, Carl E., "State-Interest Analysis in Fourteenth Amendment "Privacy" Law: An Essay on the Constitutionalization of Social Issues." 51 *Law & Contemp. Prob.* 79, 1988

Schwarzchild, Hannah, "Same-Sex Marriage and Constitutional Privacy: Moral Threat and Legal Anomaly," 4 *Berkeley Women's L.J.* 94, 1988-89

Scott P. Johnson Robert M. Alexander, "The Rehnquist court and the

devolution of the right to privacy", 105 W. Va L. Rev. 621, 2003

Sherry F, Colb, "The Supreme Court Overrules *Bowers v. Hardwick*", 2003

Stoddard, Thomas B., "*Bowers v. Hardwick*: Precedent by Personal Predilection" 54 U. Chi. L. Rev. 648, 1987

Sustein, Cass R., "Sexual Orientation and the Constitution: A Note on the Relationship Between Due Process and Equal Protection," 55 U. Chi. L. Rev. 1161, 1988

"The Supreme court, 2002term: leading cases", 117 *Harv. L. Rev.* 297, 2003

Toni M. Massaro, Gay Rights, Thick and Thin, 49 *Stanford Law Review* 45, 1996

Tribe, "Toward A Mode of Roles in the Due Process of Life and Law", 87 *Harv. L. Rev.* 1, 1973

Williams, "Liberty" in the Due Process Clause of the Fifth and Fourteenth Amendments, 53 *Colo. L. Rev.* 117, 1981

IV. 인터넷 사이트

국회도서관	www.nanet.go.kr
대법원	www.scourt.go.kr
헌법재판소	www.ccourt.go.kr
Lexis	www.lexis.com
West Law	www.westlaw.com

ABSTRACT

Study on doctrine and development of due process
in American Constitution
: focusing on Substantive due process of law

Yu, Seung-ha

Department of law

Graduate School

Ewha Womans University

Since the establishment of modern civil society, people have tried to realize human dignity by gaining their basic freedom and rights. In Anglo - American law, articles on due process have been brought about as a systematic device for the state power to protect its people's individual rights. Due process, being stipulated in Fifth and Fourteenth Amendment of Federal constitution, has been a critical tool to enhance human rights. Such due process has an essential role in guaranteeing important basic rights of the modern constitution. We will find out whether the due process has been utilized as an important tool to enhance human rights in Korea as well. In addressing various issues related to human rights, I believe that American principles of due process will be helpful, so it is necessary to understand the concept of American due process and its development. In Korea, it is clearly stated in legal text, whereas in United States, the principle of due process has being adopted prior to

actual stipulation on the text. Therefore, one must examine the theories, its development and history, then the principle of due process can specifically and substantially be protected. By examining the judicial law and principles of it, due process can be applied in our reality.

We will divide the American due process into procedural due process of law and substantive due process, We will be focusing on the substantive due process. Substantive due process was used to protect the freedom of contracts in its early days. Under the name of protecting the freedom of contracts and property rights, substantiate due process ultimately has developed to serve the wealthy only. The body, freedom and property have been protected under the substantive due process. All people have a body and freedom, but there are people with no property. Then what can be protected in case of these people with no property. In this case, from the perspective of the poor and the employed, economical and substantive due process can not protect the freedom of contract. It might seem that constitution of capitalism has manipulated substantive due process in order to protect the rights of the established and managers. Due process has first emerged from the relationship between the state and the people. In other words, it has started off under the purpose of securing individual's basic rights, guaranteeing human dignity and pursuing happiness. If that was the original intention, it should remain so when applying economic and substantive due process, but we have seen much contradictions in the process. Such thing occurred in historic process, and being aware that law and due process can be developed to a direction that serve the strong, It is important that we take a look at the development and the trend of substantive due process principle.

Substantive due process has diminished from the economic arena, but

it has been reappearing in regard to essential rights in areas such as freedom and non-economic. We have taken a careful look at how substantive due process principles have served minorities related to rights to decide about pregnancy and homosexuality. I have focused on the relation of the due process with precedents on decision rights on child bearing and homosexuality. I believe that substantive due process can help protect the minority's human rights.

Still many Koreans link due process to criminal punishment or criminal process. This is because there are many areas where the substantive process must be applied and cases which are discussed based on substantive process are actually absent. I think this is resulted from the fact that Korean constitution interpretation does not well reflect the reality of Korea's constitutional is difficult to comprehensively protect both sides equally. This is what the constitutional interpretation is asking and I believe that it is the challenge posed in this era. Along with provisions on basic human rights, Due process in America is contributing greatly in realizing human dignity and rights to pursue happiness. Due process is categorized into procedural due process of law and substantive due process, and it is protecting natural rights through substantive due process principles. There have been great deals of discussions and strifes related to this and during all that process, protection of individual's rights have been strengthened. Not only as a positive law, but through substantive due process, it has rendered harmony with reality of constitution. we cannot say that substantiate due process and due process of law can always guarantee individuals' rights and direct the society to the right way. We need to continuously review the interpretation and criticize it. We can say that substantive due process is somewhat an abstract concept. Interpreting it when it is

applied, which viewpoint is taken is very important. Through many precedents, we have found out that new substantive due process is gradually helping the protection of essential rights. Law is an agreement made by the majority of the people, so human rights of the minority can be dismissed in the process. In Korea, though problems related to human rights of the minority exist, they are not dealt at the court level yet. Such problems are rising in covert manner, rights of the minority are not respected. Such a new substantive due process is required to strongly protect people's basic rights.