

미국헌법이 한국헌법에 미친 영향

—적법절차와 평등보호를 중심으로—*

박종보**

<目 次>

I. 논의의 범위
II. 적법절차

III. 평등권

I. 논의의 범위

‘미국헌법이 한국헌법에 미친 영향을 학문적으로 다룰 때, 한국헌법상의 조문이나 그 해석 원리, 제도 등의 연원을 분석하여, 그것이 한국 고유의 사상에서 나온 것인지, 앵글로 색슨족의 사고방식에서 유래한 것인지, 게르만족의 논리인지를 구별하는 것은 실제적 의미가 없는 일이다. 예컨대 한국의 현행 헌법재판소 제도는 독일의 영향을 직접 받은 것이지만, 미국의 사법심사가 최초의 헌법재판이었고, 이것이 유럽에 영향을 미친 것이므로, 한국헌법도 미국 사법심사제의 영향을 받았다는 논증은 별다른 실익이 없다. 그것은 위헌심사를 일반법원에서

* 이 논문은 2006년 한양대학교 교내연구비 지원으로 연구되었음.

* 이 논문은 2007년 7월 16일 국회법제실이 주최한 제헌절 기념 국제학술대회 『한국헌법과 미국헌법의 비교법적 고찰』에서 발표한 내용을 수정한 것임.

** 한양대학교 법학과 교수

담당하는 분산형인가 아니면 독립된 전담법원이 담당하는 집중형인가 하는 제도적 차이를 구명하는 차원이 아니라, 누가 헌법해석권을 보유하든 국민의 기본권 보장을 목적으로 하는 헌법재판기관이 존재하고 위헌심사가 활발하게 행해진다는 문화사적 의미를 논하는 것이기 때문이다.¹⁾ 한편, 미국헌법에 관한 체계적이고 총체적인 고찰을 한 후 거기에서 영향을 받은 우리 헌법 조문이나 법리를 지적하는 것은 오늘 다룰 수 없는 방대한 작업일 뿐만 아니라, 한국 헌법을 더 잘 이해하는 데 기여하는 정도가 상대적으로 낮을 것이다.

미국헌법이론의 발전은 주로 적법절차조항과 평등보호조항 등 이른바 일반조항(open-ended clause)을 매개로 이루어졌다.²⁾ 이 논문에서는 헌법사적인 의미에서나³⁾ 비교제도론적 측면에서 미국헌법이 한국헌법에 미친 영향은 제외하고, 헌법이념이나 실제 운용의 측면에서 미국헌법의 영향이 특별히 강해 보이는 적법절차와 평등권 분야에서 미국과 한국의 헌법이론을 비교해 보고, 그 의미를 되새겨 보는 데 초점을 맞추고자 한다. 이것은 어쩌면 역설적으로 미국헌법이 우리에게 많은 영향을 미치지 못하는 이유를 탐구하는 작업이 될 지도 모른다.

II. 적법절차

미국헌법이 현행헌법에 미친 영향을 단적으로 보여주는 것이 적법절차 조항이다. 한국헌법 제12조 제1항은 “...누구든지 ... 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌...을 받지 아니한다”고 하고, 같은 조 제3항은 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다”고 하여 신체의 자유에 관하여 적법절차를 명시적으로 규정하고 있다. 1987년 헌법에서 신설된 이들 조항의 ‘적법한 절차’라는 표현이 미국연방헌법 개정 제5조와 개정 제14조가 규정하고 있는 ‘due process of law’에서 유래한 것이라는 것을 부정하는 견해는 찾아보기 힘들다. 그러나 미국헌법의 고유한

1) 그런 의미에서 미국헌법이 세계에 보편적 영향을 끼친 독창성은 다음의 여섯 가지로 요약할 수 있다. 헌법제정회의(Constitutional Convention) 제도, 헌법의 성문화, 권리장전(기본권의 보장), 사법심사의 제도화, 권력분립주의, 진정한 연방주의의 구현 등이 그것이다. 권영설, “미국헌법의 사상적 및 역사적 기초,” 『미국헌법연구』 (제10권, 1999), 144 이하.

2) 안경환, “미국헌법이 한국헌법에 미친 영향,” 『미국학』 (제10호, 1993), 10, 주 36.

3) 헌법사적 의미에서 미국헌법이 가장 강력한 영향을 미친 것은 미군정기의 입법이 건국헌법 제정에 반영되었다는 점이다. 자세한 것은 김철수, “미국헌법이 한국헌법에 미친 영향 서설,” 한국공법학회(편), 『미국헌법과 한국헌법』 (1989), 63-78 참조. 건국헌법의 기초를 주도한 유진오 박사도 이 점을 시인하면서, 군정장관 하지 중장의 ‘조선인민의 권리에 관한 포고’를 집중적으로 반영하였다고 시인하였다. 유진오, 『헌법기초회고록』 (1980), 22.

체계에서 유래하고, 현실적 필요에 의해서 시대적으로 변용(變容)되어 온 적법절차 개념을 구조가 전혀 다른 우리 헌법에 편입한 것이기 때문에, 그 해석과 운용에 상당한 혼란을 초래하고 있다.

1. 미국헌법상 적법절차 조항의 의미

1791년 미국연방헌법에 추가된 처음 10개의 기본권 보장 조항들, 즉 권리장전(Bill of Rights)에 포함되어 있는 개정 제5조는 “누구도 적법절차에 의하지 아니하고는 생명, 자유 또는 재산을 박탈당하지 아니 한다”고 규정하였다. 남북전쟁 후 재건(Reconstruction) 시기인 1868년 채택된 개정 제14조는 “주정부는 적법절차에 의하지 아니하고는 누구로부터도 생명, 자유 또는 재산을 박탈할 수 없다”고 규정하고 있다. 이 두 조항에 규정된 적법절차 개념은 영국에서 오랜 시일에 걸쳐 발전시킨 자연적 정의(natural justice)의 법리를 구체화한 것이다. 1215년의 Magna Carta에서 ‘law of the land’라는 표현으로 처음 성문화된 이 법리는 미국연방헌법 개정 제5조에 의해 최초로 실정헌법에 규정되었고, 개정 제14조에 의해 주정부에도 적용되게 된 것이다.

적법절차는 미국헌법 이해에 있어서 가장 핵심적인 측면을 이루는 것이다.⁴⁾ 특히 개정 제14조의 적법절차조항은 연방헌법의 권리장전을 주정부에도 적용하는 매개체 역할을 수행하였다.⁵⁾ 연방대법원은 적법절차를 단순히 절차에 관한 원리로 보지 않고, 실체적 내용을 가진 정

4) 권영설, “미국 헌법상 적법절차의 법리와 그 전개,” 『미국헌법연구』 (제1권, 1990), 147.

5) 이 문제를 간략하게 설명하자면 다음과 같다. 헌법개정 제1조부터 제10조까지의 권리장전은 “연방의회는 일정한 내용의 법률을 제정할 수 없다”고 하여 연방정부의 권한을 제한하는 형식으로 작성되어 있다. 그러므로 연방헌법이 보장하는 권리장전은 직접 주정부를 구속하지는 않는다(Barron v. The Mayor and City Council of Baltimore, 32 U.S. 243 (1833)). 1868년 채택된 헌법개정 제14조는 “주정부는 연방 시민의 특권과 면제(privileges and immunities)를 박탈하는 법률을 제정하거나 집행하여서는 안 된다”고 규정하여, 명시적으로 주정부의 행위를 금지하였음에도 불구하고, 연방대법원은 이 조항에 의하여 권리장전이 바로 주정부에 적용되는 것은 아니라고 판시하였다(Slaughter-House Cases, 83 U.S. 36 (1873)). 20세기 초부터 연방대법원은 권리장전을 주정부로부터 보호하기 위한 대안을 모색하였는데, 그것은 적어도 권리장전의 일부 권리들은 헌법개정 제14조의 적법절차조항이 보호하는 생명, 자유, 재산 중 ‘자유’에 속한다는 것이다(예컨대 Gitlow v. New York, 268 U.S. 652 (1925); Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932) 등). 연방대법원은 적법절차조항이 권리장전의 모든 권리를 편입하여 주정부에 적용할 수 있게 한다는 전부 편입론(total incorporation)을 배척하고, 권리장전 중 미국법 질서에 근본적인(fundamental) 일부 조항만이 적법절차에 편입되어 주정부에 적용된다는 선별 편입론(selective incorporation)에 따랐다(가장 최근까지 발달한 기준은 Duncan v. Louisiana, 391 U.S. 145 (1968) 참조).

연방대법원은 차례차례 권리장전의 대부분의 권리를 적법절차조항에 편입하였는데, 아직까지 적법절차 조항에 편입되지 않아서 주정부에 적용되지 않는 권리들로는 개정 제2조의 무기를 보유할 권리, 개정 제3조의 군대 숙박을 거부할 권리, 개정 제5조의 형사사건에서 대배심에 의한 기소, 개정 제7조의 민사사건에서 배심재판을 받을 권리, 개정 제8조의 과도한 보석금과 벌금을 부과하지 않을 권리 등이 있다. 그 밖의 권리장전 조항도 이론상 주정부에 직접 적용되지는 않는다. 기술적으로는 개정 제14조의 적법절차조항을 통하여 주정부에 적용되는 것이다. 자세한 것은 박종보, “미국헌법상 기본권의 체

의 개념의 근거로도 파악하기 때문에, 미국에서 적법절차의 원리는 실체적 적법절차와 절차적 적법절차로 나뉘어 발전하였다.

(1) 실체적 적법절차

실체적 적법절차(substantive due process)란 요컨대 개인의 자유와 권리를 제한하는 연방 및 주의 입법에는 실체적 정당성(fairness)이 요구된다는 원리이다. 적법절차란 공정한 법에 정해진 절차를 준수한다는 의미이므로, ‘실체적 적법절차’란 용어는 그 자체가 모순이라고 볼 수도 있으나,⁶⁾ 법에 정해진 절차에 따르되 그 법의 내용도 정당하여야 한다는 의미로 사용되고 있다. 이러한 용어 사용은 미국헌법상 적법절차 조항의 기원을 살펴보면 다음과 같이 설명될 수 있다. 즉, 일찍이 미국 연방대법원이나 각 주 대법원은 연방헌법상의 ‘due process of law’를 Magna Carta 및 각 주 헌법에 사용된 ‘law of the land’와 동의어로 이해하고 있었다는 것이다.⁷⁾

그 다음 문제되는 것은 연방대법원이 이 실체적 심사를 연방헌법의 명시적 조항에 의해 보장되는 권리의 제한의 정당성을 판단할 때 적용하는 데 그치는 것이 아니라, 헌법에 명시되지 않은 권리를 보장하는 데 적법절차 조항을 이용하고 있다는 점이다. 이러한 입장의 근거에는 영국과 미국의 건국 초기 법학자들이 신봉하던 자연법론(natural law doctrine)이 자리 잡고 있다. 즉, 일정한 권리들은 또는 자연적 권리(natural rights)로서 헌법조항에서 나오는 것이 아니라 사물의 본성 그 자체에서 당연히 생겨난다는 것이다. 그런 자연적 권리를 침해하는 법률은 바로 적법절차에 의하지 않고 ‘자유’ 또는 ‘재산’을 박탈하는 것이 된다.⁸⁾

미국의 다른 헌법원리와 마찬가지로 실체적 적법절차도 시대 흐름에 따라 변천을 겪었다. 연방대법원이 자연법에 근거하여 입법을 무효로 할 수 있는지가 최초로 논의된 것은 1798년의 Calder 사건이었다.⁹⁾ 결론적으로 연방대법원은 합헌 판결을 선고했지만, 이 사건에서는 Chase 대법관과 Iredell 대법관의 반대의견이 더 중요하다.¹⁰⁾ Chase 대법관은 연방과 주정부의 헌법기초자들이 제한된 권한을 가진 정부(governments of limited powers)를 만들고자 했

계와 이론적 특징,” 『미국헌법연구』 (제17권 제1호, 2006), 49-52; 권영설(1990), 152-155 참조.

아무튼 연방국가인 미국에서 이것은 연방헌법의 적용범위에 관한 중요한 주제이지만, 한국헌법에 미친 영향과는 아무 상관이 없다.

6) 말하자면 ‘그린 파스텔조의 빨강’과 같이 자체모순(a contradiction in terms)이다. 성기용, “미국헌법상 실체적 적법절차의 법리,” 『미국헌법연구』 (제18권 제1호, 2007), 154; John H. Ely, *Democracy and Distrust*(1980), 18.

7) 권영설(1990), 162-63 및 주 25) 참조.

8) 권영설(1990), 160-61.

9) *Calder v. Bull*, 3 U.S. 386 (1798).

10) Nowak & Rotunda, *Constitutional Law*(7th. ed., 2004), 432.

으며, 성문헌법의 특정 조항과 마찬가지로 자연법이 정부의 권한을 제한하고 규율한다고 믿었다.¹¹⁾ Iredell 대법관은 오늘날의 사법자제(judicial restraint)에 가까운 주장을 하였다. 즉 연방대법원이 입법을 번복하기 위하여 자연법에 의존한다면 대법관들이 헌법이 부여하지 않은 권한을 가질 뿐만 아니라 민주적 절차를 훼손시키게 될 것이라고 하였다.¹²⁾

연방대법원이 개정헌법 제5조의 적법절차를 연방법률의 실제적 내용의 한계로 인정하기 시작한 것은 1857년의 Dred Scott 사건이¹³⁾ 최초이다.¹⁴⁾ 이 사건에서 연방대법원은 헌법개정 제5조가 자연권인 ‘재산권’을 보장한다고 판시하였다. 연방대법원이 연방헌법의 실제적 적법절차 조항에 근거하여 주 법률이 위헌이라고 선언한 최초의 사건은 1897년의 Allgeyer 사건이다.¹⁵⁾ 이 사건에서 연방대법원은 Louisiana 주정부의 허가를 받지 않은 보험회사와 Louisiana 소재 재산에 대한 보험계약을 체결하는 것을 금지시킨 주 법률이 ‘계약의 자유’를 침해하기 때문에 연방개정헌법 제14조의 적법절차조항을 위반하였다고 판시하였다. 1905년 연방대법원은 Lochner 사건에서 근로시간의 상한을 정한 New York 주 법률을 파기하였다.¹⁶⁾ 이와 같이 연방대법원이 계약의 자유를 옹호하고, 경제규제 법률들에 엄격한 심사기준을 적용하여 수많은 주 법률들을 파기한 ‘Lochner 시대’는 1937년 West Coast Hotel 사건에서¹⁷⁾ 연방대법원이 여성을 위한 최저임금법을 지지하는 반전을 보임으로써 종막을 고했다. 이후 연방대법원은 경제규제입법과 사회복지입법에 대한 엄격한 심사를 지양하고, 합헌성 추정의 원칙을 적용함으로써 위헌 선언을 자제하였다.¹⁸⁾

그런데 연방대법원은 1960년대 중반부터 실질적 적법절차에 의한 심사를 부활시켜 이를 비경제적 자유(non-economic liberty)에 적용하고 있다. 종래 연방대법원은 근본적 권리(fundamental rights)를 주로 재산권과 계약의 자유를 중심으로 이해하였으나, 이제 연방대법

11) 3 U.S. at 386-88. 오늘날 우리가 ‘근본적 권리’(fundamental rights)라고 부르는 것은 Chase 대법관이 말한 자연권의 다른 표현일 뿐이다.

12) 3 U.S. at 398-400.

13) Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1857). 1803년의 Marbury v. Madison 사건과 더불어 남북전쟁 이전에 연방법률을 위헌으로 선언한 단 두 건이 판결 중 하나이다. Dred Scott 사건은 도망 노예의 자유화에 관한 미주리 협정(Missouri Compromise)을 위헌이라고 선언한 논란이 많았던 판결이다.

14) 연방대법원은 그 이전인 1873년의 Slaughter-House 사건에서는 적법절차 조항은 ‘절차적’ 공정성만을 보장한다고 판시하였다.

15) Allgeyer v. Louisiana, 165 U.S. 578 (1897).

16) Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905). 이 사건에서 연방대법원은 제빵공장 근로자의 근로시간을 하루 10시간, 1주일에 60시간으로 제한하는 New York 주 법률이 ‘계약의 자유’를 침해한 것으로서 연방헌법 개정 제14조의 적법절차조항을 위반했다고 판시하였다.

17) West Coast Hotel v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937). 이 사건에서 연방대법원은 여성근로자의 건강을 보호하고 열등한 교섭력을 조정하기 위한 입법은 계약의 자유에 대한 정당한 제한이라고 판시하였다.

18) 1937년 이후 대부분의 ‘근본적 권리’에 관한 사건들은 적법절차원칙보다는 평등보호에 근거하여 판결하였다. 그 이유는 사실상 근본적 권리를 규율하는 모든 법률이 차별조항을 포함하고 있었기 때문이다. Nowak & Rotunda(2004), 452.

원은 경제규제 대신에 다양한 영역에서 연방헌법의 권리장전에 명시되어 있지 않은 권리를 근본적 권리로 인정하기 시작하였다. 일반적으로 그러한 권리로 인정되는 것들은 첫째, 피입, 19) 혼인, 20) 낙태를 21) 포함한 다양한 종류의 프라이버시권(right to privacy), 둘째, 선거권 및 선거참여권, 22) 셋째, 주간(州間) 이전의 자유(right to interstate travel), 23) 등이다. 논자에 따라서는 다음과 같은 3개의 범주가 묵시적으로 근본적 권리로 승인되었다고 보기도 한다. 24) 결사의 자유, 25) 형사절차에서 공정한 재판을 받을 권리(right to fairness), 26) 정부가 생명, 자유, 재산을 박탈하는 것을 다루는 소송절차에서 공정한 재판을 받을 권리 27) 등이 그것이다. 아래 보는 바와 같이 이러한 근본적 권리의 제한을 심사할 때에는, 적법절차에 의하든 평등보호에 의하든, 엄격심사기준이 적용된다.

(2) 절차적 적법절차

위에서 살펴본 바와 같이, 실체적 적법절차가 입법자가 개인의 자유를 제한하는 것에 대하여 한계를 설정하는 원칙인데 비하여, 절차적 적법절차(procedural due process)는 정부가 개인의 생명, 자유 또는 재산을 박탈할 때 적절한 절차에 따라 행해야 한다는 요청이다. 즉 개인에게 불리한 공권력 작용의 합법성을 판단하기 위한 공정한 절차를 부여받을 권리(right to a fair procedure)를 보장한다.

오늘날 절차적 적법절차는 개인에게 불리한 모든 공권력행사를 하기 전에 반드시 어떤 절차를 거치도록 일반적으로 요구하는 것으로 넓게 해석되지 않는다. 단지 “생명, 자유 또는 재산”이 침해될 수 있는 경우에 공정한 절차를 제공하라는 제한적 의미로 이해된다. 그러므로 절차적 적법절차를 적용할 때에는 ‘2단계 분석’(two-step analysis)을 하게 된다. 제1단계는 침해된 이익이 헌법개정 제5조와 제14조가 규정한 “생명, 자유 또는 재산”에 해당하는가를 심사하는 것이다. 이에 해당하는 경우에는 제2단계로 넘어가서 제공된 절차가 적법절차 조항이 요구하는 절차에 해당하는가를 심사한다.

19) *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

20) *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

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

22) *Carrington v. Rash*, 380 U.S. 89 (1965); *Harper v. Virginia State Bd. of Elections*, 383 U.S. 449 (1966).

23) *Shapiro v. Thomson*, 394 U.S. 618 (1969).

24) Nowak & Rotunda(2004), 471-72.

25) *NAACP v. Alabama ex rel. Patterson*, 357 U.S. 449 (1958); *Bates v. Little Rock*, 361 U.S. 516 (1960).

26) E.g., *Douglas v. California*, 372 U.S. 353 (1963).

27) E.g., *Youngberg v. Romeo*, 457 U.S. 307 (1982).

제1단계 심사에서 “생명, 자유 또는 재산” 중 ‘생명’은 의미가 비교적 명확하므로, 주로 ‘자유’와 ‘재산’ 침해가 문제된다. 가장 적용범위가 넓은 것은 ‘자유’이다. ‘자유’에는 신체의 자유(physical liberty)와 근본적 기본권들이 포함된다.²⁸⁾ 제2단계 심사에서 무엇이 적절한 절차인지는 일률적으로 말할 수 없으나 가장 일반적으로 적용되는 것은 고지(notice)과 청문(hearing)이다. 그러나 청문은 반드시 요구되는 것은 아니며, 법원은 그 필요성에 관하여 이익형량심사(balancing test)를 한다.²⁹⁾ 연방헌법 개정 제6조는 공정한 형사재판과 관련하여 신속한 공개재판을 받을 권리, 배심재판을 받을 권리, 혐의 내용을 통고받을 권리, 불리한 증인과 대심(對審)할 권리, 변호인의 도움을 받을 권리 등을 명시적으로 보장하고 있는데,³⁰⁾ 절차적 적법절차 조항은 민사재판에 관해서도 비슷한 절차적 권리를 보장하고, 형사재판에 관해서도 명시되지 아니한 다른 권리를 보장할 수 있다.

2. 한국헌법상 적법절차 조항의 의미

(1) 헌법재판소의 적용례

1) 실체적 적법절차

우리 헌법재판에서 적법절차조항이 핵심적 쟁점이 된 주요 사례를 살펴보기로 한다. 헌법재판소는 1992. 12. 24. 선고한 92헌가8 결정(구속영장실효 사건)에서 처음으로 적법절차 조항에 관한 일반이론을 피력하였다. 좀 길게 인용하면 다음과 같다.

적법절차의 원칙은 “헌행헌법에서 처음으로 영미법계의 국가에서 국민의 인권을 보장하기 위한 기본원리의 하나로 발달되어 온 적법절차의 원칙을 도입하여 헌법에 명문화한 것이며, 이 적법절차의 원칙은 역사적으로 볼 때 영국의 마그나 카르타(대헌장) 제39조, 1335년의 에드워드 3세 제정법률, 1628년 권리청원 제4조를 거쳐 1791년 미국 수정헌법 제5조 제3문과 1868년 미국 수정헌법 제14조에 명문화되어 미국헌법의 기본원리의 하나로 자리 잡고 모든 국가작용을 지배하는 일반원리로 해석·적용되는 중요한 원칙으로서, 오늘날에는 독일 등 대륙법계의 국가에서도 이에 상응하여 일반적인 법치국가원리 또는 기본권 제한의 법률유보원리로 정립되게 되었다.

우리 현행 헌법에서는 제12조 제1항의 처벌, 보안처분, 강제노역 등 및 제12조 제3항의 영

28) 더 자세한 것은 임지봉, “미국헌법상의 적법절차 조항과 그 운용,” 『미국헌법연구』 (제13권, 2002), 305-307; Nowak(2004), 594-630 참조.

29) 자세한 것은 Nowak, 635-640 참조.

30) 신속한 공개재판을 받을 권리, 배심재판을 받을 권리, 혐의 내용을 통고받을 권리, 불리한 증인과 對審할 권리, 변호인의 도움을 받을 권리 등이 그것이다.

장주의와 관련하여 각각 적법절차의 원칙을 규정하고 있지만 이는 그 대상을 한정적으로 열거하고 있는 것이 아니라 그 적용대상을 예시한 것에 불과하다고 해석하는 것이 우리의 통설적 견해이다. 다만 현행 헌법상 규정된 적법절차의 원칙을 어떻게 해석할 것인가에 대하여 표현의 차이는 있지만 대체적으로 적법절차의 원칙이 독자적인 헌법원리의 하나로 수용되고 있으며 이는 형식적인 절차뿐만 아니라 실체적 법률내용이 합리성과 정당성을 갖춘 것이어야 한다는 실질적 의미로 확대 해석하고 있으며, 우리 헌법재판소의 판례에서도 이 적법절차의 원칙은 법률의 위헌여부에 관한 심사기준으로서 그 적용대상을 형사소송절차에 국한하지 않고 모든 국가작용 특히 입법작용 전반에 대하여 문제된 법률의 실체적 내용이 합리성과 정당성을 갖추고 있는지 여부를 판단하는 기준으로 적용되고 있음을 보여주고 있다.”

이 사건의 심판 대상은, 검사로부터 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고의 형에 해당한다는 취지의 의견진술이 있는 사건에서는 법원이 무죄, 선고유예, 집행유예 또는 벌금 등을 과하는 판결을 선고한 경우에도 구속영장이 효력을 잃지 않고, 피고인이 계속 구속된 상태에서 상소심 재판을 받게 한 형사소송법 조항이었다. 헌법재판소는 결론적으로 심판대상 형소법 조항이 “첫째, 헌법의 명시된 적법절차의 원칙에 위배된다. … 헌법에 명문으로 규정된 영장주의는 구속의 개시시점에 한하지 않고 구속영장의 효력을 계속 유지할 것인지 아니면 취소 또는 실효시킬 것인지의 여부도 사법권 독립의 원칙에 의하여 신분이 보장되고 있는 법관의 판단에 의하여만 결정되어야 한다는 것을 의미하고 그 밖에 검사나 다른 국가기관의 의견에 의하여 좌우되도록 하는 것은 헌법상의 적법절차의 원칙에 위배되며, 둘째, 헌법상의 과잉입법금지의 원칙에 위배된다”고 하여 위헌결정을 내렸다.³¹⁾

헌법재판소가 1995. 3. 23. 선고한 92헌가14 결정(구제명령위반죄 사건)의 심판 대상은, 아직 확정되지 않은 지방노동위원회의 부당노동행위 구제명령에 위반하는 사용자를 형사처벌하는 노동조합법 조항이었다. 헌법재판소는 “행정형벌로서의 단기자유형과 벌금을 원칙적으로 행정질서벌로 전환하는 것이, 처벌법규는 절차면에서만 아니라 실체면에서도 합리성과 정당성이 있어야 한다는 적법절차의 원칙에 적합할 것”이라고 하였다. 헌법재판소는 미확정의 구제명령에 대한 신속한 이행확보수단으로 형벌보다 덜 무거운 방법, 즉 법원으로부터 가집행명령 등 즉시강제력을 부여받고, 법원의 그 명령에 위반한 경우에 처벌을 하는 방법이 있다고 지적하며, 심판대상 법률조항이 적법절차의 원리에 반하고 과잉금지의 원칙에도 저촉된다고 판시하였다.

2) 절차적 적법절차

31) 현재 1993. 12. 23. 93헌가2(보석허가결정 즉시항고 사건); 현재 2004. 9. 23. 2002헌가17·18(지문채취 사건)도 비슷한 취지이다.

헌법재판소가 실제적 적법절차와 절차적 적법절차원리를 명시적으로 구별하여 후자를 적용한다는 점을 분명히 한 것으로 다음과 같은 판례를 들 수 있다.

헌법재판소 2003. 7. 24. 선고 2001헌가25 결정(부당내부거래 과징금 사건)에서는 행정기관인 공정거래위원회가 과징금을 부과하는 것의 위헌 여부가 문제되었다. 이 사건에서 다수의견은 “적법절차원칙이 형사소송절차에 국한되지 않고 모든 국가작용 전반에 대하여 적용되므로, 국민에게 부담을 주는 행정작용인 과징금 부과 절차에 있어서도 준수되어야 한다”고 전제 하면서, “적법절차원칙에서 도출할 수 있는 가장 중요한 절차적 요청 중의 하나로, 당사자에게 적절한 고지(告知)를 행할 것, 당사자에게 의견 및 자료 제출의 기회를 부여할 것을 들 수 있으나, 이 원칙이 구체적으로 어떠한 절차를 어느 정도로 요구하는지는 일률적으로 말하기 어렵고, 규율되는 사항의 성질, 관련 당사자의 사익(私益), 절차의 이행으로 제고될 가치, 국가작용의 효율성, 절차에 소요되는 비용, 불복의 기회 등 다양한 요소들을 형량하여 개별적으로 판단할 수밖에 없다”고 설시하였다. 다수의견은 결론적으로 “과징금의 부과 여부 및 그 액수의 결정권자인 위원회는 합의제 행정기관으로서 그 구성에 있어 일정한 정도의 독립성이 보장되어 있고, 과징금 부과절차에서는 통지, 의견진술의 기회 부여 등을 통하여 당사자의 절차적 참여권을 인정하고 있으며, 행정소송을 통한 사법적 사후심사가 보장되어 있으므로, 과징금 부과 절차에 있어 적법절차원칙에 위반된다고 볼 수 없다”고 판시하였다.

이에 반하여 재판관 3인의 반대의견은 공정거래위원회의 과징금부과절차가 판단주체의 전문성, 독립성, 중립성에 대한 보장과 실제적 진실발견절차에 대한 보장이 모두 크게 미흡하여 적법절차의 원칙에 위배된다고 보았다. 반대의견은 절차적 적법절차의 일반원칙을 다음과 같이 설명하였다. “헌법상 적법절차의 보장은 광의로는 실제적 적법절차의 보장을 포함하는 것이지만 그 본래적 의미는 기본권을 제한하는 내용의 공권력 행사는 그 절차가 합리적이고 공정하여야만 한다는 절차적 적법절차의 보장에 있다. 이러한 절차적 적법절차의 원칙을 충족하기 위한 여러 절차적 요소 중에는 당사자에 대한 사전의 고지(notice), 공정하고 충분하며 합리적으로 행하여지는 청문(hearing) 등이 포함된다. 그러나 절차적 적법절차의 구체적 내용은 상황과 무관하게 고정된 것이 아니고 공권력으로 기본권을 제한하는 구체적인 경우에 나타나는 개별적인 여러 사정들을 고려하여 이에 적합한 절차적 보장이 주어질 것을 요청한다는 의미에서 신축성을 가지는 것이다. 따라서 구체적인 경우에 적법절차의 원칙상 어떠한 절차가 제공되어야 할 것인지를 판단하기 위해서는 문제된 기본권 내지 관계된 권리의 중요성, 기존 절차를 통하여 그러한 권리가 잘못 박탈될 위협의 정도, 절차를 대체함으로써 얻을 수 있는 효과의 정도, 절차의 대체에 수반될 재정적·행정적 부담 내지 공익 희생의 규모 등 여러 요소들을 종합적으로 형량하여 결정할 수밖에 없다. 대체로 보아 기본권의 제한이 중대하면 할

수록 적법절차의 요구도 비례하여 커지는 것이며 고도의 적법절차의 요구는 결국 사법절차의 내용에 접근·동화하는 것이 될 것이다.”

그러므로 다수의견이든 반대의견이든 절차적 적법절차 원리가 청문의 기회를 요청하며, 그 필요성의 정도는 이익형량심사를 적용하는 점은 같다. 그런데 반대의견은 “반독점과 공정거래에 위배되는 행위를 규제함에 있어서는 당해 사업에 관련된 경제적 상황, 위반행위가 시장에 미치는 경제적 영향, 개별 기업의 구체적 상태 등을 신속·정확히 파악하여 걱정하고 신속한 대책을 제시할 수 있는 전문성을 규제기관이 갖추어야 하므로 이 점에서는 규제기관의 행정적 전문화가 요청되고 다른 한편, 부당공동행위나 불공정거래행위의 규제가 대상 기업의 경제적 자유와 재산권에 미칠 수 있는 치명적 침해의 심각성에 상응하여 사전고지와 청문, 엄격한 사실인정과 공정한 판단 등을 보장하는 절차적 엄격성이 보장되어야 하므로 이 점에서는 규제기관의 사법적 엄격화가 요청된다”고 전제하고, 독립규제위원회인 공정거래위원회는 당연히 행정적 전문성과 사법절차적 엄격성을 함께 가져야 하며 그 규제절차는 당연히 ‘준사법절차’로서의 내용을 가져야만 한다고 보았다. 그리고 처벌적 성격을 가지는 과징금이 “당해 기업에게 사회적 이해를 가진 제재가 될 수 있을 뿐만 아니라 경제 전반에도 중요한 영향을 미칠 수 있는 것임을 생각할 때, 그 부과절차는 적법절차의 원칙상 적어도 재판절차에 상응하게 조사기관과 심판기관이 분리되어야 하고 심판관의 전문성과 독립성이 보장되어야 하고 증거조사와 변론이 충분히 보장되어야 하며 심판관의 신분이 철저히 보장되어야만 한다”고 판단하였다. 그런데 조사기관과 심판기관이 분리되어 있지 않고, 전문성과 독립성의 미흡하며, 증거조사와 변론이 불충분하기 때문에 공정거래법상의 과징금부과절차는 사법절차에 준하는 여러 내용을 결합함으로써 적법절차를 보장하지 못하고 있다고 결론지었다.

(2) 비판적 수용

1) 기본권 보장 체계의 차이

한국헌법의 적법절차조항을 해석하면서 미국헌법의 적법절차에 관한 법리를 참고할 때 주의하여야 할 사실은 양국 헌법의 기본권 보장 체계가 다르다는 사실이다. 위에서 본 바와 같이 미국헌법상 실제적 적법절차 조항은 첫째, 헌법상 보장된 기본권을 제한하는 정부행위의 한계를 설정하는 기능을 하고, 둘째, 헌법에 열거되지 않은 권리를 기본권으로 보장하는 기능을 한다. 그런데 한국헌법의 경우는 전자의 기능은 헌법 제37조 제2항이 수행하고, 후자의 기능은 헌법 제10조가 수행하고 있다. 한국헌법상의 적법절차조항의 위상은 미국헌법상 적법절차조항의 그것과는 다른 것이다. 그러므로 미국헌법상 적법절차를 보편적 원리로 이해하고 우리의 경우에 그대로 적용하려 한다면 오류에 빠질 수밖에 없다. 적법절차를 정확하게 파악하

는 것이 미국헌법사를 이해하는 첩경일 수는 있어도,³²⁾ 우리 문제 해결 기준으로 삼기에는 부적절한 것이다. 즉 미국에서 적법절차조항이 헌법에 명문화되지 않은 기본권을 인정하는 근거인 ‘마법의 상자’로 기능한다고 하더라도, 그것은 미국헌법의 문제일 뿐 우리 문제는 아닌 것이다. 미국 연방헌법 개정 제14조의 적법절차조항이 권리장전에 규정된 기본권을 주정부에도 적용되도록 편입(incorporation)함으로써 주정부에 의한 권리침해의 방패로서 기능하였다는 사실은 미국법에서는 큰 의미를 가지지만, 그것은 근본적으로 연방국가의 구조에 따른 법리일 뿐이고, 편입의 범위에 관한 논쟁은 우리와는 무관한 것이다.

사실 법률로서 기본권을 제한하더라도 이에 일정한 한계가 있다는 한국헌법 제37조 제2항의 정신이 제대로 실현되는 상태라면, 제12조 제1항이나 제3항의 규정도 “법률에 의하지 아니하고는”으로 충분하고, “법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는”이라고 중첩적으로 규정할 필요도 없었던 것이다.

2) 실체적 적법절차의 무용성

미국헌법상의 실체적 적법절차 조항은 구체적인 기본권을 광범위하게 규정하고 있지 않은 미국헌법 체계 안에서 다양하고도 중요한 역할을 수행해 왔다. 그러나 한국헌법은 전통적인 기본권을 비롯하여 비교적 새로운 기본권에 이르기까지 상당히 완비된 기본권 목록을 갖추고 있어서, 미국에서 발전한 실체적 적법절차의 법리가 적용되고 충분한 역할을 할 수 있는 여건이 거의 전적으로 결여되어 있다. 그러므로 한국헌법의 해석론으로서 미국헌법상의 실체적 적법절차 원리가 적용될 여지가 거의 없거나 있다고 하더라도 극히 제한적일 수밖에 없다.³³⁾

첫째, 미국헌법에서 적법절차원리는 기본권 제한의 한계로서 의미가 있지만, 한국헌법에서 기본권 제한의 한계를 설정하는 역할은 제37조 제2항의 기본권의 일반적 법률유보 조항이 수행하고 있다.³⁴⁾ 국민의 모든 자유와 권리는 “법률로써” 제한할 수 있다고 할 때의 ‘법률’은 형식적 의미와 실질적 의미를 가진다. 형식적 법치주의는 법률유보, 즉 국민의 기본권을 제한하는 데에는 법률상 근거가 필요하다는 원칙과³⁵⁾ 명확성의 원칙에³⁶⁾ 반영된다. 여기서 다시 법률유보를 제한하는 헌법원칙으로 포괄위임금지(헌법 제75조 및 제95조)와 일정한 사항은 국민의 대표자인 입법자 스스로 결정하여야 한다는 의회유보의 원칙이³⁷⁾ 작동한다. 실질적 법

32) 안경환, “마법의 상자 적법절차조항,” 『사법행정』 (제321호, 1987), 99.

33) 성기용(2007), 182.

34) 강태수, “미국연방대법원 판례와 우리 헌법재판소 결정의 교차점,” 『미국헌법연구』 (제10권, 1999), 291. 이러한 점이 양국헌법의 기본권 보장 체계가 다르다는 것을 말하여 주는 것이기도 하지만, 동시에 그 기본목적에 있어서는 크게 다르지 않음을 보여 주는 것이기도 하다. 권영설(1990), 149.

35) 적용된 예로 현재 2005. 2. 24. 2003헌마289(정벌방 집필 금지 사건).

36) 적용된 예로 현재 2002. 1. 31. 2000헌가8(보험모집인 업무정지 사건).

치주의는 신뢰보호의 원칙과³⁸⁾ 소급입법금지의 원칙,³⁹⁾ 그리고 과잉금지의 원칙 등에 반영되어 있다.

헌법재판소는 과잉금지의 원칙을 “국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서, 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 입법권자가 선택한 기본권 제한 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소화), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성)는 헌법상의 원칙”이라고 설명한다.⁴⁰⁾

법률의 실체적 정당성을 심사하는 이런 정밀한 기준들 외에 실체적 적법절차 원리가 독자적으로 기능할 여지는 거의 없다. 사실 헌법재판소는 당사자의 적법절차 위반 주장에 따라 실체적 적법절차를 심사기준으로 채택한 거의 모든 사건에서 과잉금지 원칙을 중복적으로 적용하고 있는데,⁴¹⁾ 과잉금지 원칙에 위배되지 않으면서 실체적 적법절차원리에 반하는 경우가 존재할 수 없다면 실체적 적법절차원리 위반 여부를 심사하는 것은 자원낭비가 될 것이다. 위에서 본 구제명령위반죄 사건의 경우 “행정형벌로서의 단기자유형과 벌금을 원칙적으로 행정질서벌로 전환하는 것이 실체적 적법절차의 원칙에 적합”하다고 하는 입법원칙은 쟁점과는 직접 관련이 없었다고 본다. 헌법재판소는 확정되지 않은 행정청의 재결을 위반한 행위를 처벌하는 것이 최소한의 제한이지만 심사해도 충분하였을 것이다.

헌법재판소는 “현행 헌법상 적법절차의 원칙을 위와 같이 법률이 정한 절차와 그 실체적인 내용이 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어야 한다는 것으로 이해한다면, 그 법률이 기본권의 제한입법에 해당하는 한 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보조항의 해석상 요구되는 기본권 제한 법률의 정당성 요건과 개념상 중복되는 것으로 볼 수도 있을 것이나, 현행 헌법이 명문화하고 있는 적법절차의 원칙은 단순히 입법권의 유보제한이라는 한정적인 의미에 그치는 것이 아니라 모든 국가작용을 지배하는 독자적인 헌법의 기본원리로서 해석되어야 할 원칙이라는 점에서 입법권의 유보적 한계를 선언하는 과잉입법금지의 원칙과는 구별된다고 할 것이다. 따라서 적법절차의 원칙은 헌법조항에 규정된 형사절차상의 제한된 범위 내에서만

37) 적용된 예로 헌재 1999. 5. 27. 98헌바70(KBS 수신료 사건).

38) 적용된 예로 헌재 2001. 9. 27. 2000헌마208(변리사 자격 사건).

39) 적용된 예로 헌재 1996. 2. 16. 96헌가2 등(5·18민주화운동특별법 사건).

40) 헌재 1990. 9. 3. 89헌가95(국세우선변제 사건).

41) 위헌 결정의 경우 대부분 “적법절차의 원리에 반하고 과잉금지의 원칙에도 저촉된다”는 것이 결론이다.

적용되는 것이 아니라 국가작용으로서 기본권 제한과 관련되든 관련되지 않은 모든 입법작용 및 행정작용에도 광범위하게 적용된다고 해석하여야 할 것이고, 나아가 형사소송절차와 관련시켜 적용함에 있어서는 형벌권의 실행절차인 형사소송의 전반을 규율하는 기본원리로 이해하여야 하는 것”이라고 설명하는데,⁴²⁾ 적법절차 조항이 “기본권 제한과 관련되든 아니든 적용된다”는 것이 무슨 의미인지를 이해하기 힘들다.

둘째, 한국헌법은 세계에 유례가 없을 정도로 상세한 기본권 목록을 가지고 있어서 헌법에 명시되어 있지 않은 권리를 인정할 필요성이 적다. 미국 연방대법원이 적법절차 조항을 통하여 기본권으로 인정한 권리들은 대부분 한국헌법에서 명문으로 보장되어 있다. 예컨대 낙태의 자유가 문제되는 경우 미국에서는 이것을 실제적 적법절차에서 파생하는 프라이버시권의 한 내용이라고 보지만, 한국헌법의 경우에는 이미 ‘사생활의 비밀과 자유’가 명문으로 보장되어 있다. 해석상 한국헌법상의 사생활의 자유에 낙태의 자유를 포함시키기 어렵다고 하더라도, 제36조 제1항의 가족생활에 관한 권리 등 적법절차 조항이 아닌 다른 기본권 조항의 해석으로 이를 인정할 여지가 충분하다. 위에서 본 구속영장실효 사건의 경우에도 헌법 제12조 제3항 중 “적법한 절차”를 적용할 것이 아니라, “법관이 발부한 영장”을 적용하여 같은 결론에 도달할 수 있었다고 본다.

셋째, 한국헌법에 명시되어 있지 않은 권리를 인정할 필요가 있는 경우에는 적법절차 조항이 아니라 헌법 제10조의 인간존엄성과 행복추구권 조항이 그 역할을 한다. “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다”는 헌법 제37조 제1항은 그 모태가 되는 미국연방헌법 개정 제9조와 마찬가지로 새로운 기본권을 인정하는 근거로 사용되지 않는다. 헌법 제10조 제1문은 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다”고 규정하고 있는데,⁴³⁾ 헌법재판소는 ‘인간으로서의 존엄과 가치’에서 (일반적)인격권을 인정하고,⁴⁴⁾ ‘행복추구권’을 포괄적 자유권으로 이해하면서⁴⁵⁾ 헌법에 열거되지 않은 권리를 인정하는 근거로 삼는다. 헌법재판소가 행복추구권에 속하는 것으로 승인한 권리

42) 헌재 1992. 12. 24. 92헌가8 결정(구속영장실효 사건).

43) 그 법적 성격, 즉 ‘인간의 존엄과 가치’와 ‘행복추구권’이 헌법이 지향하는 목적 또는 이념인가, 아니면 구체적 권리인가에 관해서 학자들의 의견이 일치하지 않는다. 학설의 경향은 ‘인간의 존엄과 가치·행복추구권’을 포괄적 주기본권(主基本權)으로 보는 견해[김철수, 『헌법학개론』(제19판, 2007), 372]; ‘인간의 존엄과 가치’는 목적과 이념 규정, ‘행복추구권’은 포괄적 권리로 견해[권영성, 『헌법학원론』(개정판, 2007), 308]; ‘인간의 존엄과 가치’와 ‘행복추구권’을 독자적인 기본권으로 보는 견해[성낙인, 『헌법학』(제7판, 2007), 320-321, 330]; ‘인간의 존엄과 가치’와 ‘행복추구권’ 모두의 기본권성을 부인하는 견해[허영, 『한국헌법론』(전정3판, 2007), 325, 328-29; 정종섭, 『헌법학원론』(제2판, 2007), 346, 361] 등으로 나눌 수 있다.

44) 헌재 2002. 7. 18. 2000헌마327(알몸 수색 사건); 2003. 6. 26. 2002헌가1(성매매범 신상 공개 사건) 등.

45) 헌재 2000. 6. 1. 98헌마216(국가유공자에우범 사건). 이렇게 이해하면 헌법 제37조 제1항은 일종의 주의적(注意的) 규정이며, 실제 헌법해석에서 독자적 의의가 크지 않다. 양건, 『헌법강의 I』(2007), 276.

들은 일반적 행동자유권,⁴⁶⁾ 성적자기결정권⁴⁷⁾ 등이 있다.

미국과는 달리 한국에서 헌법에 열거되지 아니한 권리의 인정 여부나, (fundamental constitutional right인지 아닌지에 따른)위헌심사의 기준이 적법절차와 관련되어 논의되지 않는 것은 지극히 당연한 것이다. 그리고 우리 헌법재판소가 적법절차를 재판의 준거로 삼는 경우가 드문 것도 이해할 수 있다.

3) 절차적 적법절차의 유용성

반면에 기본권 제한이 실제적으로 정당한가 하는 문제와는 별도로 국민의 기본권을 제한할 때 그 위법성을 다룰 수 있는 적절한 절차를 제공하여야 한다는 절차적 적법절차 원리는 우리가 수용하는 데 무리가 없다. 그러나 이때에도 적법절차 조항은 보충적으로 적용하여야 한다. 다시 말해서 헌법 개별조항의 해석으로 해결되는 문제를 적법절차에 회부할 필요는 없다. 심사를 중첩적으로 하면 자원 낭비가 될 것이고, 적법절차만 심사하면 명시적인 헌법을 도의시키고 일반조항에 도피하는 것이 되기 때문이다. 헌법이 열거한 관련 기본권의 보호영역에 포함되는 경우에는 최대한 그 조항의 해석에 의해 문제를 해결하기 위하여 노력하고, 헌법이 직접 보장하지 않는 어떤 절차를 어떤 경우에 제공하는 것이 절차적 적법절차를 보장하는 것인가를 탐구하는 것이 진정한 법문화의 발전방향이라고 믿는다.

초기 헌법재판소의 판례 중에서는 절차적 적법절차를 다른 헌법 조항과 중첩적으로 적용한 예를 자주 찾아 볼 수 있다. 헌법재판소는 일찍이 1990. 11. 19. 선고 90헌가48 결정(변호사업무정지 사건)에서 형사피고인이 된 변호사에 대하여 법무부장관은 판결이 확정될 때까지 업무정지를 명할 수 있도록 한 변호사법 조항은, 징계절차에 있어서와 같이 당해 변호사가 자기에게 유리한 사실을 진술하거나 필요한 증거를 제출할 수 있는 청문의 기회를 보장하지 아니하여 적법절차를 존중하지 않는 것이라고 판시한 바 있다. 마찬가지로 현재 1994. 7. 29. 선고한 93헌가3 결정(필요적 직위해제 사건)에서는 형사사건으로 기소된 사립학교 교원을 반드시 직위해제하도록 한 사립학교법 조항은 청문의 기회가 보장되지 아니하여 당해 교원은 자기에게 유리한 사실을 진술하거나 필요한 증거를 제출할 방법을 인정하지 않아 적법절차가 존중되고 있지 않다고 보았다. 그러한 판례이론 자체는 논리적으로 틀렸다고 할 수 없으나, 이들 사건에서는 위헌인 이유를 중복적으로 나열하지 말고, 헌법상 명시적으로 규정되어 있는 무죄추정의 원칙 위반만을 문제 삼았어도 충분했을 것이다. 더욱이 과잉금지원칙에 위반하여 직업

46) 현재 1991. 6. 3. 89헌마204(특약부 화재보험 사건); 1998. 5. 28. 96헌가5(기부금품모집금지법 사건); 2002. 1. 31. 2001헌바43(공정거래법 위반사실 공표명령 사건) 등.

47) 현재 1990. 9. 10. 89헌마82; 2001. 10. 25. 2000헌바60(간통죄 사건).

의 자유를 침해했다고까지 설명할 필요는 없었다.

헌법재판소가 1997. 11. 27. 선고한 92헌바28 결정(보안관찰 사건)에서는 보안관찰처분을 받은 자가 일정한 사항을 관할경찰서장에게 신고하도록 의무를 지우는 보안관찰법 조항이 문제가 되었는데, 헌법재판소는 청구인의 보안관찰제도 일반에 대한 위헌 주장에 대하여 다음과 같이 답하였다. 즉 “적법절차의 원칙에 의하여 그 성질상 보안처분의 범주에 드는 모든 처분의 개시 내지 결정에 법관의 판단을 필요로 한다고 단정할 수 없고, 보안처분의 개시에 있어 그 결정기관 내지 절차와 당해 보안처분으로 인한 자유침해의 정도와의 사이에 비례의 원칙을 충족하면 적법절차의 원칙은 준수된다고 보아야 할 것”이라고 하여 법무부내에 설치된 준사법적기관인 보호관찰처분심의위원회가 보안관찰처분을 심의·의결하는 것은 적법절차의 원칙 내지 법관에 의한 정당한 재판을 받을 권리를 침해하는 것은 아니라고 판시하였다. 이 경우에도 헌법 제27조가 보장하는 법관에 의한 재판을 받을 권리의 해석에 집중하면 되었고, 비례의 원칙과 더불어 적법절차 원칙까지 언급할 필요는 없었다.

헌법재판소가 적법절차의 그늘로 들어가지 않고, 1차적으로 적용되는 기본권 조항의 해석으로 문제를 해결한 대표적인 예로 2004. 9. 23. 선고 2000헌마138 결정(불구속 피의자 변호인 참여 사건)을 들 수 있다. 이 사건에서는 불구속 피의자 신문에 변호인들이 참여하여 조력할 수 있도록 해 줄 것을 요청하였으나, 검사가 이를 거부한 채 피의자 신문을 강행한 것이 문제되었다. 핵심 쟁점은 헌법 제12조 제4항은 명시적으로 체포·구속된 피의자·피고인에게 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하고 있는데, 불구속 피의자·피고인에게도 이 권리가 인정되는가 하는 것이었다. 헌법재판소는 “불구속 피의자의 경우에도 변호인의 조력을 받을 권리는 우리 헌법에 나타난 법치국가원리, 적법절차원칙에서 인정되는 당연한 내용”이라고 간단히 처리하지 않고, “헌법 제12조 제4항 단서는, 국선변호인의 조력을 받을 권리에 관하여는(구속 여부를 불문하고) 피고인에게만 이를 보장하고 있으므로, 그 본문인(사선[私選])변호인의 조력을 받을 권리는(구속 여부를 불문하고) 피의자·피고인 모두에게 인정됨을 전제로 하는 규정이라고 해석해야만 본문과 단서의 관계가 자연스럽고 논리적이다. 따라서 헌법 제12조 제4항 본문이 ‘체포 또는 구속을 당한’ 경우 변호인의 조력을 받을 권리가 있다고 규정한 것은 불구속 피의자·피고인에 대한 변호인의 조력을 받을 권리를 배제하기 위해서가 아니라 이를 전제로 하여 체포 또는 구속을 당한 피의자·피고인의 변호인의 조력을 받을 권리를 특별히 더 강조하기 위한 것이라고 보아야 한다”고 하면서 명문조항의 해석에 근거하여 판단하였다. 이런 태도가 바람직해 보인다.

또 다른 긍정적인 예로는 현재 2001. 6. 28. 선고 99헌가14 결정(구속기간제한 사건)을 들 수 있다. 이 사건의 심판대상은 구속기간을 제한하는 형사소송법 규정이었다. 이 사건의 쟁점

은 피고인이 적극적으로 공격·방어권을 행사하는 때에는 제한된 구속기간 내에 필요한 모든 심리를 마칠 수 없는 경우가 생길 수 있는데, 법원이 구속기간에 쫓겨 서둘러 심리를 종결한 다음 구속기간에 맞추어 판결을 선고할 가능성이 많기 때문에, 구속기간을 제한하고 있는 법률조항이 결과적으로 피고인의 공격·방어권까지 제한함으로써 결국 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부였다. 이 사건에서 헌법재판소는 헌법이 명시하지 않은 ‘公正한 裁判을 받을 권리’를 기본권으로 승인하였는데, 이 권리를 헌법 제27조 제1항이 규정한 “법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리”의 해석으로부터 도출해 내었다. 즉, “공개된 법정의 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회를 보장받을 권리, 즉 원칙적으로 당사자주의와 구두변론주의가 보장되어 당사자에게 공소사실에 대한 답변과 입증 및 반증의 기회가 부여되는 등 공격·방어권이 충분히 보장되는 재판을 받을 권리가 파생되어 나온다”고 판시하였는데, 이러한 헌법재판소의 태도는 바람직한 것이다.

Ⅲ. 평등권

1. 미국헌법상 평등보호와 위헌심사기준⁴⁸⁾

헌법개정 제14조의 평등보호조항은 ‘주(州) 정부’가 그 관할권에 속한 사람에게 법의 평등한 보호를 부인하지 못한다고 규정하고 있다. ‘연방정부’에 적용되는 헌법 조문 중에는 평등보호를 규정한 것이 없음에도 불구하고 연방대법원은 개정 제5조의 ‘적법절차’ 조항이 평등보호의 요소를 포함하고 있어서, 개정 제14조가 주정부에 요구하는 것과 같은 정도의 제한을 연방정부에도 부과한다고 판시하였다.⁴⁹⁾

연방대법원은 법률의 위헌 여부를 판단하는 기준으로 심사단계(level of scrutiny)라는 도구를 사용한다. 심사단계는 일종의 법익형량(balancing) 방법으로서, 특정한 법률의 위헌 여부를 평가할 때 헌법적 척도의 균형추를 미리 조정하는 방법이라고 할 수 있다. 연방대법원은

48) 이하의 서술은 박종보(2006), 57-71을 요약한 것이다.

49) *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954). 개정 제5조와 개정 제14조는 적법절차조항은 공유하고 있으나, 평등보호조항은 개정 제14조에만 있다. 그러므로 헌법조문의 엄격한 문언에 집착하면 연방대법원의 해석은 부조리하다.

Carolene 판결의 주석에서 헌법적 주장의 종류에 따라 다른 심사기준을 적용할 수도 있다는 견해를 구체적으로 표방하였다.⁵⁰⁾ 이 견해에 따르면 법원은 일반적으로 법률이 합헌이라고 추정하여야 한다. 그러나 법률이 시민의 기본권을 제한하거나, 바람직하지 않은 법령을 폐지시키는 정치과정을 제한하거나, 소수인종을 차별하는 경우에는 좀 더 엄격한 사법심사가 필요하다는 것이다. 그것은 일반적으로는 입법을 존중하면서도 특정영역에서는 철저한 사법심사를 관철하는 태도이다. 특정한 입법이나 정부행위가 법의 평등한 보호를 부인하는지 여부를 판단할 때 다음과 같은 세 가지 기준이 적용된다.

(1) 합리적 근거 심사

가장 낮은 심사단계는 “합리적 근거 심사”(rational basis test)이다. 이 심사단계에서는 법률이 정당한 공익 목적에 합리적으로 관련되어 있으면(rationally related to a legitimate government purpose) 합헌이다. 부연하자면 법률의 목적은 정부가 추구할 만한 정당한 목적이면 되고, 선택된 수단은 그 목적을 달성하는 데 합리적으로 요구되는 것이면 된다.

이 심사단계에서는 원고가 입증 책임을 진다. 그러므로 원고가 문제의 법률이 정당한 목적을 달성하기 위한 것이 아니라든가 법률이 그 목적을 달성하기 위한 합리적인 수단이 아니라든 점을 입증하지 못하면 그 법률은 합헌으로 판결된다. 연방대법원이 합리적 근거 심사를 채택하고도 위헌으로 판결한 법률은 흔치 않다.

근본적 기본권(fundamental [constitutional] rights)의 행사 또는 인종과 같은 위헌성 짙은 구별(suspect classification)과 관련 없는 경우라면, 경제, 영업, 사회복지 등에 관한 규제와 관련된 모든 구별에는 합리적 근거 심사가 적용된다. 이 심사기준을 적용 받는 법률은 그것을 정당화할 만한 사실관계가 어느 정도 인정되지만 하면 유효하기 때문에 합헌성이 추정되는 효과와 같다. 예컨대 연방대법원은 14세부터 18세까지의 청소년이 댄스홀에 입장할 수 없도록 제한하는 시 조례는 평등보호를 침해하지 않는다고 판결하였다.⁵¹⁾ 연방대법원은 이 조례가 헌법개정 제1조가 보장하는 집회의 자유를 제한하는 내용이 아니라는 점을 먼저 확인한 다음, 성인들의 불건전한 영향으로부터 청소년을 보호하려는 시당국의 목적에 비추어 보면 롤러스케이팅장과 같은 다중이 모이는 장소와 댄스홀을 구별할 합리적 근거가 없다는 당사자의 주장에 대하여, 연방대법원은 그 차이가 현저하지는 않지만 합리적 근거 심사를 통과하는 데는 양자의 차이가 현저할 필요는 없다고 하여 합헌성을 인정하였다.

(2) 엄격심사

50) United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144, 152 n.4 (1938).

51) Dallas v. Stanglin, 490 U.S. 19 (1989).

가장 높은 단계의 심사기준은 “엄격심사”(strict scrutiny)이다. 이 심사기준에 따르면, 법률이 기절(緊切)한 공익 목적을 달성하기 위하여 필수불가결한(necessary to achieve a compelling government purpose) 경우에 합헌이다. 법률이 추구하는 공익목적이 “긴절한” 것이어야 하고, 선택된 수단은 그 목적을 달성하기 위하여 상세하고 정교하게 맞추어져야 한다(specifically and narrowly tailored to accomplish that goal). 여기서 문체의 법률이 가장 덜 제한적인 수단(the least restrictive alternative)이라는 입증이 필요해진다. 그 법률이 가장 덜 제한적인 수단이 아니라면, 그것은 목적달성에 ‘필수불가결한’ 것이 아니라고 인정된다.

엄격심사에서는 정부가 입증책임을 진다. 엄격심사 기준은 다음 영역의 위헌성을 심사할 때 사용된다. 위헌성 짙은 구별, 즉 인종,⁵²⁾ 민족성,⁵³⁾ 외국국적(예외 있음)⁵⁴⁾ 의한 구별과, 근본적 기본권의 행사에 영향을 미치는 경우에 적용한다.⁵⁵⁾ 엄격심사기준이 적용되면 심판대상 법률은 일반적으로 위헌으로 선언된다.

(3) 중간단계 심사

1970년대 이전까지 연방대법원은 위헌 심사의 기준으로 엄격심사와 합리적 근거 심사 두 가지만을 사용하였다. 사실 중간단계 심사 기준은 성별에 의한 구별의 위헌 여부를 다루는 사건은 점증하는데 위 두 기준만으로 심사하기에는 애매한 경우를 경험하면서 연방대법원이 새로 발전시킨 심사기준이었다.

“중간단계 심사”(intermediate scrutiny)에 따르면, 법률이 중요한 공익 목적에 상당한 정도로 관련되어 있으면(substantially related to an important government purpose) 합헌이다. 환언하면 법률의 목적은 단순히 정부가 추구할 만한 정당한 목적 이상의 것이어서 법원이 “중요하다”고 인정할 만한 것이어야 한다. 선택된 수단은 그 목적을 달성하는 데 합리적으로 요구되는 것을 넘어서 법원이 목적 달성과 상당히 관련된 것이라고 인식할 만한 것이어야 한

52) *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303 (1880): 흑인은 대배심이나 소배심을 맡을 수 없도록 규정한 법률.

53) *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356 (1886): 차별적 의도로 중국인에게 세탁소 허가를 계속 거부한 행위.

54) *Hernandez v. Texas*, 347 U.S. 475 (1954): 멕시코계 미국인은 배심을 맡을 수 없도록 배제한 행위.

55) 연방대법원이 중요한 기본권을 적용하는 영역은 헌법개정 제14조가 적용되는 두 영역, 즉 평등보호와 실체적 적법절차이다. 중요한 기본권에 관한 평등권과 실체적 적법절차의 법리는 정확하게 겹쳐진다. 다만, 어떤 법률이 일부 국민에게는 적용되고 다른 국민에게는 적용되지 않는다면 평등보호조항에 의거할 것이고, 어떤 법률이 적용되는 모든 국민의 근본적 기본권을 제한한다면 적법절차조항에 의거할 것이다.

근본적 기본권에 관한 평등보호의 법리가 잘 나타나 있는 예로 *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942) 사건을 들 수 있다. 이 판결에서 연방대법원은 일정한 범죄의 상습범을 거세할 수 있도록 허용하는 주법이 평등보호조항을 위반하였다고 판결하였다. 그 이유는 이 법률이 절도, 강도 등 일정한 범죄의 상습범에게만 적용되고 사기와 같은 다른 범죄의 상습범에게는 적용되지 않기 때문이다.

다.

이 심사단계에서는 정부가 입증책임을 진다. 중간단계 심사는 다음 영역들에서 법률의 위헌성을 심사할 때 채택된다. 성차별,⁵⁶⁾ 혼인외 출생자의 차별,⁵⁷⁾ 등이 그것이다. 중간단계 심사와 관련하여 미해결인 문제는 엄격심사에 적용되는 최소침해성 분석(less restrictive alternative analysis)이 필요한 지 여부인데, 판례는 일관성이 없다.

2. 한국헌법상 평등권과 위헌심사기준

한국헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”고 규정하고 있다. 미국과 마찬가지로 평등 문제는 동일한 속성을 가진 일정한 집단에 속한 국민을 분류 또는 구별(classification)하여 일부를 다르게 취급하는 데서 발생한다. 평등은 곧 그 구별 기준의 정당성의 문제이다. 그 구별기준이 부당하다면 위헌적 차별(discrimination)이 되는 것이다. 평등권의 침해 여부에 대한 심사는 그 심사기준에 따라 자의금지원칙에 의한 심사와 비례의 원칙에 의한 심사(엄격심사)로 크게 나누어 볼 수 있다.

(1) 자의금지의 원칙

헌법재판소는 평등 위반에 관한 위헌심사의 기준으로 처음에 자의금지의 원칙을 채택하였다. 자의(恣意, arbitrariness)란 명백한 부당성 또는 비객관성을 말한다. 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게 취급하거나 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것은 평등원칙에 위배된다. 헌법재판소는 이를 “평등의 원칙은 입법자에게 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금하고 있다. 그러므로 비교의 대상을 이루는 두 개의 사실관계 사이에 서로 상이한 취급을 정당화할 수 있을 정도의 차이가 없음에도 불구하고 두 사실관계를 서로 다르게 취급한다면, 입법자는 이로써 평등

56) 예컨대 *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976): 18세 미만의 여성과 21세 미만의 남성의 음주를 금지하는 법률; *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71 (1971): 유산관리인이 되는데 남성에게 우선적 지위를 부여하는 법률; *Mississippi University for Woman v. Hogan*, 458 U.S. 718 (1982): 주립간호학교에 여학생만 입학자격을 인정하는 정책; *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996): 여성의 입학을 허용하지 않는 주립사관학교의 정책 등을 들 수 있다.

57) 예컨대 *Trimble v. Gordon*, 430 U.S. 762 (1977): 부친으로부터 상속받을 권리; *Weber v. Aetna Casualty & Surety Co.*, 406 U.S. 164 (1972): 근로자 보상금을 받을 권리; *Levy v. Louisiana*, 391 U.S. 68 (1968): 부모의 사망으로 인한 손해배상을 청구할 권리; *New Jersey Welfare Rights Organization v. Cahill*, 411 U.S. 619 (1973): 사회복지 급여를 받을 권리; *Gomez v. Perez*, 409 U.S. 535 (1973): 생부로부터 양육보조금을 받을 권리 등을 들 수 있다.

권을 침해하게 된다”고 설명한다.⁵⁸⁾

이렇게 이해하면 자의금지에는 여러 가지 수단 중에서 가장 목적에 적합하고 정당한 수단을 택하여야 한다는 것이 아니라, 같거나 다르게 취급하는 것이 객관적인 근거를 가지고 있어야 한다는 것을 의미한다. 그러므로 자의금지 원칙은 입법자에게 상당히 넓은 재량을 부여하고 있으며, 사실상 헌법재판소에 사법자제(judicial restraint)를 요구하는 근거가 되고 있다.⁵⁹⁾ 헌법재판소는 “평등원칙은 행위규범으로서 입법자에게 객관적으로 같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 규범의 대상을 실질적으로 평등하게 규율할 것을 요구하나, 헌법재판소의 심사기준이 되는 통제규범으로서의 평등원칙은 단지 자의적인 입법의 금지기준만을 의미하게 되므로 헌법재판소는 입법자의 결정에서 차별을 정당화할 수 있는 합리적인 이유를 찾아 볼 수 없는 경우에만 평등원칙의 위반을 선언하게 된다. 다시 말하면, 헌법에 따른 입법자의 평등실현의 무는 헌법재판소에 대하여는 단지 자의금지원칙으로 그 의미가 한정축소되므로 헌법재판소가 행하는 규범에 대한 심사는 그것이 가장 합리적이고 타당한 수단인가에 있지 아니하고 단지 입법자의 정치적 형성이 헌법적 한계 내에 머물고 있는가 하는 것에 국한될 수밖에 없다”고 판시하였다.⁶⁰⁾

(2) 비례의 원칙

헌법재판소는 1999. 12. 23. 98헌마363(제대군인 가산점 사건)에서 명시적으로 평등 심사기준을 두 가지로 구별하였다. 헌법재판소는 출범 이후 1999년까지 평등심사에 있어 원칙적으로 자의금지원칙을 기준으로 하여 심사하여 왔고, 이따금(묵시적으로) 비례의 원칙을 기준으로 심사한 것으로 보이는 경우에도 비례심사의 본질에 해당하는 ‘법익의 균형성(협의의 비례성)’에 대한 본격적인 심사를 하는 경우는 찾아보기 힘들었다. 그런데 제대군인 가산점 사건에서 평등위반심사를 함에 있어 ‘법익의 균형성’ 심사에까지 이르는 본격적인 비례심사를 한 것이다.

이 사건에서 헌법재판소는 엄격한 심사를 하여야 할 경우로서 첫째, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우(즉, 헌법이 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준 또는 차별을 금지하고 있는 영역을 제시하고 있음에도 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별의 경우)와, 둘째, 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우를 들면서, 제대군인 가산점 제도는 위 두 경우에 모두 해당한다고 하여 비례심사를

58) 헌재 1996. 12. 26. 96헌가18(자도[自道]소주구입명령제도 사건, 핵심 쟁점은 직업수행의 자유 침해 여부였다); 2001. 11. 29. 99헌마494(제외동포법 사건) 등.

59) 강태수(1999), 272-73.

60) 헌재 1998. 9. 30. 98헌가7(금융기관의연체대출금에 관한특별조치법 사건).

하고 있다.⁶¹⁾ 여기서 “엄격한 심사를 한다는 것은 자의금지원칙에 따른 심사, 즉 합리적 이유의 유무를 심사하는 것에 그치지 아니하고 비례성원칙에 따른 심사, 즉 차별취급의 목적과 수단 간에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준으로 한 심사를 행함을 의미한다”고 설명하였다.⁶²⁾ 헌법재판소는 이 사건에서 제대군인이 공무원 채용시험에 응시한 때에는 필기시험의 각 과목별 득점에 각 과목별 만점의 35퍼센트만큼 가산하도록 한 것은 위헌이라고 선언하였다.

헌법재판소는 제대군인 가산점 사건에서 “차별적 취급으로 인하여 ‘관련 기본권에 대한 중대한 제한’을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것”이라고 판시한 취지를 2003. 9. 25. 2003헌마30 결정(기사자격자 가산점 사건)에서 다음과 같이 부연 설명하였다. “이러한 판시는 차별적 취급으로 인하여 기본권에 중대한 제한을 초래할수록 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 한다는 취지이며, 기본권에 대한 제한이기는 하나 중대하지 않은 경우에는 엄격한 심사척도가 적용되지 않는다는 취지는 아니”라는 것이다. 입법자가 설정한 차별이 국민들 간에 단순한 이해관계의 차별을 넘어서서 ‘기본권에 관련된 차별’을 가져온다면 헌법재판소는 그러한 차별에 대해서는 자의금지 내지 합리성 심사를 넘어서 목적과 수단 간의 엄격한 비례성이 준수되었는지를 심사하여야 하고, 이 경우 사람이나 사항에 대한 불평등 대우가 기본권으로 보호된 자유의 행사에 불리한 영향을 미칠 수 있는 정도가 크면 클수록 입법자의 형성의 여지에 대해서는 그만큼 더 좁은 한계가 설정되므로, 헌법재판소는 더 엄격한 심사척도를 적용한다고 한다.

(3) 비판적 수용

제대군인 가산점 사건은 종래의 독일식의 자의성 단일 심사기준과 결별하고 미국식의 다중 심사기준을 도입한 것으로 평가된다⁶³⁾. 심사기준의 차등화가 지닌 이점은 이를 통해 상당한 정도의 예측가능성과 법적 안정성을 준다는 점이다. 그러나 한국판례에서는 그러한 기능이 매

61) 즉 헌법 제32조 제4항은 “여자의 근로는 특별히 보호를 받으며, 고용·임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다”고 규정하여 근로 내지 고용의 영역에 있어서 특별히 남녀평등을 요구하고 있는데, 제대군인가산점제도는 바로 이 영역에서 남성과 여성을 달리 취급하는 제도이기 때문이고, 또한 제대군인가산점제도는 헌법 제25조에 의하여 보장된 공무원임권 또는 직업선택의 자유라는 기본권의 행사에 중대한 제약을 초래하는 것이기 때문이라고 한다.

62) 자의심사의 경우에는 차별을 정당화하는 합리적인 이유가 있는지 만을 심사하기 때문에 그에 해당하는 비교대상간의 사실상의 차이나 입법목적(차별목적)의 발견·확인에 그치는 반면에, 비례심사의 경우에는 단순히 합리적인 이유의 존부 문제가 아니라 차별을 정당화하는 이유와 차별간의 상관관계에 대한 심사, 즉 비교대상 간의 사실상의 차이의 성질과 비중 또는 입법목적(차별목적)의 비중과 차별의 정도에 적절한 균형관계가 이루어져 있는가를 심사한다. 헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25(국가유공자 등 가산점 제도 사건).

63) 양건(2007), 299.

우 낫다.⁶⁴⁾ 그 이유로는 다음과 같은 것을 꼽을 수 있겠다.

첫째, 엄격한 심사가 적용되는 경우가 불확실하기 때문이다. 헌법재판소는 “헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우”를 제시하고 있지만, 이후 판례에서 그 의미를 더 구체화하지는 못한 것으로 보인다. 아마도 “헌법이 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준 또는 차별을 금지하고 있는 영역으로 제시하고 있다”는 것은 헌법 제11조 제1항의 일반적 평등원칙 외에 헌법이 개별영역에서 따로 평등을 규정하고 있는 경우를 말하는 것으로 보인다. 예컨대 근로관계에서 여성차별금지(제32조 제4항), 혼인과 가족생활의 양성평등(제36조 제1항), 교육의 기회균등(제31조 제1항), 선거에서의 평등(제41조 제1항, 제67조 제1항) 등이 이에 해당한다. “누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니 한다”고 규정한 헌법 제11조 제1항 제2문의 사유와 영역은 이에 해당한다고 보기 힘들다.⁶⁵⁾

둘째, “차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 (대한 중대한) 제한을 초래하게 되는 경우”는 더 막연하다. 헌법재판소가 제대군인 가산점 사건에서는 “관련 기본권에 대한 ‘중대한’ 제한”이라고 밝혔기 때문에, (1)차별로 인하여 입는 피해가 법률상의 권리나 단순한 이해관계가 아니라 헌법이 보장하는 기본권과 관련되어야 하고, (2)그 손해가 중대한 수준에 이르러야 엄격한 심사기준이 적용된다고 이해할 수 있었다. 그런데 기사자격자 가산점 사건결정의 부연 설명에 따르면 “단순한 이해관계의 차별을 넘어서서 ‘기본권에 관련된 차별’에 해당하는 경우에는 엄격한 비례원칙에 의한 심사를 한다는 것이다. 그런데 이렇게 이해하면 위에서 본 “헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우”는 독자적 의미를 잃게 된다.

셋째, 심사기준과 심사결과간의 상관관계가 희박하기 때문이다. 제대군인 가산점 사건 이후 헌법재판소는 엄격심사를 한 두 사건에서 합헌결정을 내렸다. 2001. 2. 22. 2000헌마25(國家有功者 등 加算點 사건)에서 헌법재판소는 국가유공자와 그 유족 등 취업보호대상자가 국가기관이 실시하는 채용시험에 응시하는 경우에 10%의 가산점을 주는 것은, 비교집단이 일정한 생활영역에서 경쟁관계에 있는 경우로서 공무담임권 또는 직업선택의 자유에 대한 중대한 침해를 의미하게 되므로, 비례의 원칙에 따른 심사를 하여야 할 두번째 경우인 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에는 해당한다고 보아 엄격한 심사기준을 적용하였다. 그런데 결론적으로 국가유공자와 그 유족 등에 비하여 그 이외의 자를 비례의 원칙에 반하여 차별하는 것으로는 볼 수 없다고 판시하였다.⁶⁶⁾

64) 양건(2007), 300.

65) 양건(2007), 297-98.

66) 헌법재판소는 이 결정에서 헌법 제32조 제6항이 “국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다”고 규정한 것에 주목하였다. 그래서 원칙적으로 비례심사를 하여야 하지만, 구체적인 비례심사의 과정에서는 헌법에서 차별(우대)명령 규정을

위에서 본 2003년의 기사자격자 가산점 사건에서 문제된 것은 국가공무원 7급 시험에서 정보관리기술사, 정보처리기사, 정보처리산업기사 자격 소지자에 대해서는 만점의 2~3%에 해당하는 가산점을 부여하면서, 정보처리기능사의 경우에는 아무런 가산점을 부여하지 않는 공무원임용및시험시행규칙 조항이었는데, 헌법재판소는 같은 유사한 분야에 관한 자격증의 종류에 따라 가산점에 차이를 둬으로써 정보처리기능사 자격을 가진 응시자가 공무원임권을 행사하는데 있어 차별을 가져오는 것이므로, 그러한 차별을 정당화할 수 있을 정도로 목적과 수단 간의 비례성이 존재하는지를 검토하였다. 결론적으로는 이 사건 조항은 공무원 업무의 전문성을 강화하기 위한 입법목적을 달성하기 위한 것으로서 7급 공무원 시험에 있어서 임용희망자의 능력·전문성·적성·품성을 기준으로 하는 능력주의를 벗어난 것이 아니며 입법목적과 수단 간의 적정한 비례성을 벗어난 것이라 할 수 없다고 하여 청구를 기각하였다. 헌법재판소는 엄격한 심사척도가 적용됨을 애써 논증하였지만 결론적으로 합헌결정을 하였다. 이와 같이 심사기준과 심사결과간의 상관관계를 발견하기 힘들기 때문에 과연 심사기준을 차등화할 현실적 필요성이 무엇인지 묻지 않을 수 없다.

넷째, 헌법재판소는 1999년에 평등 심사기준을 차등화한 이후에도 이를 일반이론으로 정립하는 노력을 기울여 왔다. 평등권 침해가 주장되는 모든 사건에서 먼저 심사기준을 선택하는 이유를 밝힌 후 구체적 심리에 착수하는 것이 바람직한데, 대부분의 사건에서 특별한 이유를 제시하지 않고 바로 심사기준만 선언한다. 예컨대 헌재 2001. 11. 29. 선고 99헌마494 결정(재외동포법 사건)에서는 “헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적 근거 없는 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적 평등을 뜻하고 따라서 합리적 근거 있는 차별 내지 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니다. 그리고 합리적 근거 있는 차별인가의 여부는 그 차별이 인간의 존엄성 존중이라는 헌법원리에 반하지 아니하면서 정당한 입법목적의 달성을 위하여 필요하고도 적정한 것인가를 기준으로 판단되어야 한다”는 기준을 제시하면서, 결론적으로 외국국적 동포 등에게 광범한 혜택을 부여하는 재외동포법의 적용대상에서 정부수립이전이주 동포를 제외한 것이 평등원칙에 위반된다고 하여 헌법불합치 결정을 내렸다. 그런데 헌재 2007. 4. 26. 선고 2006헌바71 결정(협외수용 양도소득세 과세 사건)에서는 “평등의 원칙은 입

두고 있는 점을 고려하여 보다 완화된 기준을 적용한다고 하였다.

이 합헌결정의 결론 중 국가유공자 본인인 아닌 가족에게 10%의 가산점을 부여하는 부분은 헌재 2006. 2. 23. 2004헌바675 결정에서 헌법불합치로 선언되었다. 종전 결정에서 헌법재판소는 헌법 제32조 제6항의 “국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다”는 규정을 넓게 해석하여, 이 조항이 국가유공자 본인뿐만 아니라 가족들에 대한 취업보호제도(가산점)의 근거가 될 수 있다고 보았다. 그러나 2004헌바675 결정에서는 위 조항을 엄격하게 해석하여 “국가유공자”, “상이군경”, 그리고 “전몰군경의 유가족”이라고 봄이 상당하다고 판시하였다.

법자에게 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금하고 있다. 그러므로 비교의 대상을 이루는 두 개의 사실관계 사이에 서로 상이한 취급을 정당화할 수 있을 정도의 차이가 없음에도 불구하고 두 사실관계를 서로 다르게 취급한다면, 입법자는 이로써 평등권을 침해하게 된다”고 선언하고, 바로 자의금지 원칙을 적용하여 합헌결정을 내리고 있다.

미국의 평등보호 판례는 어느 심사기준이 적용되는가에 따라 위헌 여부가 결정되는 경향을 보여주고 있다. 반드시 그런 것은 아니지만 대체로 합리성 심사기준이 적용되면 합헌판결이, 엄격심사기준이 적용되면 위헌결정이 나오는 것이 일반적이고, 어떤 경우에 어떤 심사기준이 적용되는지가 비교적 분명하다. 한국에서도 평등권 심사기준을 좀 더 명확히 할 필요가 있다. 예컨대, 자의심사기준에서는 목적-수단의 상관성, 즉 입법 목적의 정당성과 차별 기준의 적합성만을 심사하고, 비례심사기준에서는 차별로 인한 피해의 최소성과 법익의 균형성까지 심사한다는 원리를 분명하게 정립하는 것이다.⁶⁷⁾ 그리고 어떤 심사기준이 적용되는지를 차별 기준이나 차별영역에 따라 유형화함으로써 평등권 심사의 예측가능성을 높이는 것이 바람직하다.

(논문게재 확정일자 : 2007. 07. 25)

주제어: 미국헌법, 적법절차, 평등권, 위헌심사 기준, 과잉금지의 원칙, 자의금지의 원칙, 비례의 원칙

67) 이때 미국과 같이 엄격심사에 입법 목적이 긴절한 것이어야 한다는 요소를 추가할 수도 있을 것이다

< 참고 문헌 >

- 강태수, “미국연방대법원 판례와 우리 헌법재판소 결정의 교차점,” 『미국헌법연구』, 제10권(1999).
- 권영철, “미국 헌법상 적법절차의 법리와 그 전개,” 『미국헌법연구』, 제1권(1990).
- 권영철, “미국헌법의 사상적 및 역사적 기초,” 『미국헌법연구』, 제10권(1999).
- 권영성, 『헌법학원론』 (개정판), 법문사, 2007.
- 김철수, “미국헌법이 한국헌법에 미친 영향 서설,” 한국공법학회(편), 『미국헌법과 한국헌법』, 대학출판사, 1989.
- 김철수, 『헌법학개론』 (제19판), 박영사, 2007.
- 박종보, “미국헌법상 기본권의 체계와 이론적 특징,” 『미국헌법연구』, 제17권 제1호(2006).
- 성기용, “미국헌법상 실체적 적법절차의 법리,” 『미국헌법연구』, 제18권 제1호(2007).
- 성낙인, 『헌법학』 (제7판), 법문사, 2007.
- 안경환, “마법의 상자 적법절차조항,” 『사법행정』, 제321호(1987).
- 안경환, “미국헌법이 한국헌법에 미친 영향,” 『미국학』, 제10호(1993).
- 양건, 『헌법강의 I』, 법문사, 2007.
- 유진오, 『헌법기초회고록』, 일조각, 1980.
- 임지봉, “미국헌법상의 적법절차 조항과 그 운용,” 『미국헌법연구』, 제13권(2002).
- 정종섭, 『헌법학원론』 (제2판), 박영사, 2007.
- 허영, 『한국헌법론』 (전정3판), 박영사, 2007.
- Ely, John H., Democracy and Distrust, Harvard University Press, 1980.
- Nowak, John E. & Rotunda, Ronald D., Constitutional Law(7th. ed.), West, 2004.
- Tribe, Lawrence H., American Constitutional Law, Vol. 1(3rd ed.), Foundation Press, 2000.
- Tribe, Lawrence H., American Constitutional Law(2nd ed.), Foundation Press, 1988.

<Abstract>

The Influence of the U.S. Constitution on that of Korea: Due Process and Equal Protection

Jong-Bo Park

Korean Constitution has long been influenced by that of the United States since 1945 when Korea was liberated from Japan after 36 years' occupation. Korean constitutional theories are continuously nourished in abundance from the U.S., though the framework of the them resemble those of Germany.

Art. 12 Par. (1)(physical liberty) and Par. (3)(requirement of a warrant for arrest, custody, search or seizure) of the Korean Constitution, amended most recently in 1987, added the phrase "due process of law," which is obviously originated from the U.S. Constitution. Many constitutional scholars have introduced every aspect of the U.S. caselaw and theories with respect to due process. Korean Constitutional Court held that the due process clause applies not only to the criminal procedure, but also to all other government actions and that it requires both the procedure and substance of government actions to be reasonable and fair.

In my humble opinion, however, the substantive due process is not so useful in Korean constitutional context. First of all, most of the "fundamental rights" U.S. Supreme Court derives from the due process clause are enumerated in Korean Constitution. Secondly, Art. 12 Par. (1) of Korean Constitution(human dignity and pursuit of happiness) functions as the gateway through which the Constitutional Court incorporates natural rights, or unenumerated fundamental rights into the Constitution. Thirdly, the limitations on governmental power that restricts constitutional rights are set by Art. 37 Par. (2) of Korean Constitution, which the Constitutional Court recognizes to include the principle of proportionality, or non-excessiveness.

On the other hand, the procedural due process is very helpful in Korea. When applying the procedural due process, however, we should be careful to avoid overlapping. The rights to a fair procedure enumerated in the Constitution should be applied first; the procedural due process is supplementary. In some cases the Court referred to the presumption of innocence(Art. 27 Par. (4)), for example, the Court did not need to mention the due process.

The Korean Constitutional Court had applied only the "non-arbitrariness doctrine," or reasonableness doctrine to equal protection cases until 1999. The Court then introduced another level of scrutiny. The more strict scrutiny is called "proportionality doctrine," which requires the classification to be the least restrictive means to achieve the government purpose. Commentators suppose that the Court has adopted the American-style level of scrutiny.

From my perspective, however, the Constitutional Court seems to select the reasonableness doctrine as a general rule and the strict scrutiny as an exception. The Court has decided only a few equal protection cases applying the strict scrutiny. It is vague yet what factors are to be considered to select the level of scrutiny. Furthermore, the Court declared some provisions of statutes constitutional, even though it applied the strict scrutiny. The merit of level of scrutiny the U.S. Supreme Court has developed is that it enables us to predict which level is likely to be selected and what the result will probably be. The Korean Constitutional Court should devise more elaborate level of scrutiny in order to be able to furnish us predictability and stability.

Key words: U.S. Constitution, due process of law, equal protection, level of scrutiny, principle of proportionality, non-arbitrariness doctrine