헌법상 적법절차 원칙*

- 헌법재판소 결정에 나타난 적법절차 원칙 적용의 문제를 중심으로 -

정문식**

목 차

Ⅰ. 서론: 헌법재판소의 적법절차 원칙 이해의 변화
Ⅱ. 미국헌법상 적법절차(due process of law) 원칙
Ⅲ. 헌법재판소 판례에 나타난 적법절차 원칙과 문제
Ⅳ. 결론: 우리 헌법상 적법절차 원칙 운용의 방향

국문요약

적법절차 원칙은 영미법계에서 인권보장을 위한 헌법원칙으로 발전하였고, 미국헌법 수정 제5조 및 수정 제14조에 규정되었다. 미국 연방대법원은 수정 제14조의 해석을 통해 각 주민의 자유와 권리를 연방정부뿐만 아니라 주정부의 공권력 행사로부터 보호하였다.

절차적 적법절차는 국가가 개인의 생명, 자유, 재산을 제한할 경우 일정한 보호장치로서 권리의 제한에 대한 고지와 자신의 권리를 충분히 방어할 수 있는 의미 있는 청문절차를 보장하도록 요구한다. 절차적 적법절차는 기본권 제한 시 사전에 규정된 절차에 따라야 할 뿐만 아니라, 그 절차도 기본권 보호를 위해서 적정한 절차이어야 함을 요구하는 것이다. 이 때 절차의 적정성은 제한되는 기본권 주체의 사익과 절차에 소요되는 공익을 형량하여 구체적인 경우마다 개별적으로 정할 수 있다.

실체적 적법절차에 따르면, 수정 제14조를 통해 보장되는 자유와 권리의 내용은 단순히 수정 제1조 내지 제8조에 규정된 자유와 권리뿐만 아니라, 미국의 역사와 사회에 뿌리내린 자유와 정의의 원칙 또는 헌법상 본질적 자유로부터 도출되는 권리를 의미하는 것이다. 이에 경제적 자유뿐만 아니라 사생활처럼 헌법상 열거되지 않은 권리라도 수정 제14조의 적법절차에 의해 보장된다. 본질적인 자유와 권리는 입법자에 의하여 함부로 제한받는 것이 아니라, 긴절한 공익을 위하여 필수적인 경우에 제한될 수 있는 것이다.

헌법재판소는 헌법 제12조 제1항, 제3항의 적법절차를 우리 헌법의 독자적 원칙으로 해석하였다. 적법절차 원칙에 따르면 국가 공권력 작용은 형식적인 절차뿐만 아니라 실체적인 법률내용도 합리성과 정당성을 갖추어야 한다. 적법절차의 적용대상도 형사소송절차에 국한하지 않고, 모든 국가작용 특히 입법작용 전반에 적용된다. 헌법재판소는 적법절차가 기본권의 제한여부와 무관하고, 비례원칙이나 과잉금지원칙과는 다른 것이라고 보았다.

그러나 헌법 조문과 체계적 해석에 따르면, 모든 국가작용에 대해서 적법절차를 적용하기보다 주로

* 이 논문은 한양대학교 교내연구지원사업으로 연구되었음(HY-2018년도).

** 한양대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

www.kci.go.kr

신체의 자유를 제한하는 국가작용에 적용되어야 한다. 우리 헌법 조문체계상 실체적 기본권 제한은 법률유보, 비례원칙 등에 의해서 보장되고 있으므로, 주로 절차적 기본권을 보장하는데 절차의 적정성을 판단하는 심사기준으로서 절차적 적법절차 원칙이 활발히 논의되고 확대되어야 적정한 헌법해석에 따른 적법절차가 운용될 수 있다.

주제어: 절차적 적법절차, 실체적 적법절차, 연방대법원, 미국헌법, 헌법재판소, 본질적 권리, 과잉금지

Ⅰ. 서론: 헌법재판소의 적법절차 원칙 이해의 변화

1992년 헌법재판소는 적법절차 원칙을 "독자적인 헌법원리"로 인정하면서, 그에 따라 국가작용은 "형식적인 절차뿐만 아니라 실체적 법률내용이 합리성과 정당성을 갖춘 것이어야 한다"고 해석하였다. 적법절차 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 적용되는 것이다.[1] 하지만 이후 2004년 노무현대통령 탄핵심판에서는 적법절차 원칙을 "국가기관이 국민과의 관계"에서 공권력을 행사함에 준수해야 할 법원칙으로 보아서, 국가기관으로부터 헌법을 수호하는 탄핵소추절차에는 적법절차를 적용할 수 없다고 설시하였다.[2] 여기까지 본다면 적법절차는 모든 국가작용에 적용되는 헌법 원리이지만, 국가기관과 국민 사이에서만 적용되는 원칙이다.

그런데 2009년「게임산업진흥에 관한 법률」의결안의 정리문제와 관련하여 헌법재판소는 입법작용에도 적법절차 원칙이 적용된다고 하면서, 본회의 의결안과 개정 법률안의 내용이 형식이나 체계가 다소 상이하더라도 입법절차가 적법절차 원칙을 위반한 것은 아니라고 설시하였다.[3] 본회의 의결안과 개정 법률안의 내용이 문구상 일치하는지 문제는 국가기관과 국민 간 관계가 아님에도 적법절차 원칙이 문제 된다며 심사하였다. 심지어 2018년「일제강점하반민족행위진상규명에 관한 특별법」부칙에 대한 위헌소원에서는 적법절차 원칙이 "국가작용으로서 기본권 제한과 관련되든 아니든" 모든 입법작용 및 행정작용에도 광범위하게 적용된다고 해석하였다.[4] 이러한 헌법재판소 표현을 문언 그대로 이해한다면, 이제 적법절차는 국민의 기본권 침해 여부와 상관없이 모든 국가작용에 적용되는 헌법 원칙이 된 것인가? 만일 적법절차가 그런 헌법상 원칙

1) 헌재 1992.12.24. 92헌가8, 4, 853(876-877).
2) 헌재 2004.5.14. 2004헌나1, 16-1, 609(632).
3) 헌재 2009.6.25. 2007헌마451, 21-1하, 872(887-888).
4) 헌재 2018.4.26. 2016헌바453, 30-1상, 587(591).

www.kci.go.kr

이라면, 그 구체적인 내용은 무엇인가?

적법절차(due process)라는 용어는 미국 연방헌법 수정 제5조와[5] 수정 제14조에서[6] 표현된 법의 적정한 절차(due process of law)에서 연원하는 것으로 본다.[7] 비록 현행 헌법 제12조에서 표현된 "적법한 절차"는 문면상 미국연방헌법의 수정조항과 동일한 것으로 보기는 쉽지 않으나,[8] 우리 헌법상 '적법한 절차'라는 표현과 적법절차 원칙의 내용과 법리 등이 미국 연방헌법의 적법절차 조항에 근거한 것으로 보는데 이견이 없는 것으로 보인다.[9] 이 때문에 헌법재판소가 적법절차 원칙을 이해하는 내용이나 의미는 미국 연방대법원이 적법절차조항의 해석을 통해 발전시킨 법리에 바탕을 둔 것으로 볼 수 있다.[10] 그렇다면, 헌법체계나 입헌주의 발전의 역사가 다른 두 나라에서 적법절차 원칙이 동일한 내용을 가진 것인지, 그렇다면 그런 태도가 타당

---

5) 수정 제5조: 누구도 대배심에 의한 고발 또는 기소 없이 사형에 해당하는 죄 또는 기타 중범죄에 대하여 심문받지 아니하되, 육군이나 해군에서 발생한 사건, 전시 또는 공중에 위험이 발생하여 민병대에서 복무 중에 발생한 사건의 경우에는 그러하지 아니하다. 누구도 동일한 범죄에 대하여 거듭 생명이나 신체에 대한 위험을 당하지 아니하며, 어떤 형사사건에서도 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다. 누구도 **적법절차에 의하지 아니하고(without due process of law)** 생명, 자유 또는 재산을 박탈당하지 아니한다. 정당한 보상없이 사유재산을 공용으로 수용당하지 아니한다. (강조는 필자에 의함)

6) 수정 제14조: (1) 미합중국에서 출생했거나 귀화하고, 미합중국의 관할권에 속한 모든 사람은 미합중국과 거주하는 주의 시민이다. 어떤 주도 미합중국 시민의 특권과 면책권을 박탈하는 법률을 제정하거나 시행할 수 없다. 어떤 주도 **적법절차에 의하지 아니하고(without due process of law)** 어떤 사람으로부터 생명, 자유 또는 재산을 박탈할 수 없으며, 관할권 내에 있는 어떤 사람에 대하여도 법의 평등한 보호를 거부할 수 없다. (강조는 필자에 의함)

7) 적법절차 개념의 원조는 마그나 카르타(Magna Carta)상의 "자유인은 동료의 적법한 판결에 의하거나 나라의 법(per legem terrae)에 의하지 아니하고는 체포, 구금되지 아니하며, 재산과 법익을 박탈당하지 아니하고 추방되지 아니하며, 또한 기타 방법으로 침해되지 아니한다"는 조항으로 본다. 이 조항이 권리청원(Petition of Rights)에 규정되면서 "나라의 법"이 "법의 적정한 절차(due process of law)"로 대체되었고, 이 표현이 미국연방헌법에 계수된 것으로 본다. 이에 대해서는 대표적으로 권영설, 미국 헌법상 적법절차의 법리와 그 전개, 미국헌법연구 창간호, 1990, 151-154면; 안경환, 민주법치주의의 실질화를 위한 적법절차, 법제연구 제3호, 1992, 91-92면; 유희일, 미국 헌법상 적법절차 조항의 한국적 수용, 미국헌법연구 제16권 제1호, 2005, 33-34면 등 참조.

8) 제12조 (1) 모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포, 구속, 압수, 수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 **적법한 절차에 의하지 아니하고는** 처벌, 보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다. (중략) (3) 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 **적법한 절차에 따라** 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다. (강조는 필자에 의함)

9) 이에 대해서 최근 문헌으로는 대표적으로 김종철, 적법절차원리의 헌법화에 대한 소견, (전남대) 인권법평론 제20호, 2018, 3면; 박종보, 미국헌법이 한국헌법에 미친 영향, (한양대) 법학논총 제24권 제2호, 2007, 60면 등 참조.

10) 이런 입장은 헌법재판소 판례에 직접 언급되었다. "현행 헌법 제12조 제1항 후문과 제3항은 위에서 본 바와 같이 적법절차의 원칙을 헌법상 명문규정으로 두고 있는데 이는 개정전의 헌법 제11조 제1항의 "누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구금·압수·수색·처벌·보안처분 또는 강제노역을 당하지 아니한다."라는 규정을 1987.10.29. 제9차 개정한 현행헌법에서 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 자리잡고 모든 국가작용을 지배하는 일반원리로 해석·적용되는 중요한 원칙으로서, 오늘날에는 독일 등 대륙법계의 국가에서도 이에 상응하여 일반적인 법치국가원리 또는 기본제한의 법률유보원리로 정립되게 되었다." 헌재 1992.12.24. 92헌가8, 4, 853(876).

www.kci.go.kr

한지도 문제가 될 뿐만 아니라,[11] 과연 그 내용이 우리 헌법 체계에 맞는 것인지 더 나아가 제대로 작동할 수 있는지도 살펴보아야 한다. 따라서 여기서는 헌법재판소가 헌법상 가장 중요하고도 최고의 원리이며 모든 국가작용에 적용할 수 있는 것처럼 표현한[12] 적법절차 원칙이 미국 헌법에서는 어떠했는지 살펴본다(II). 그리고 헌법재판소는 적법절차 원칙을 어떻게 형성하고 있는지, 헌법재판소의 적법절차 원칙 내용구성은 문제가 없는지, 그 내용은 헌법의 체계와 해석 측면에서 적절한 것인지 살펴보고(III), 앞으로 어떤 방향으로 적법절차를 운용하는 것이 바람직한지 몇 가지 방향을 제시한다(IV).

Ⅱ. 미국헌법상 적법절차(due process of law) 원칙

미국 헌법상 적법절차는 연방헌법 수정 제5조와 제14조에 명문화된 내용을 근거로, 연방이든 주든 간에 개인의 생명(life), 자유(liberty), 재산(property)을 박탈(deprivation)할 때에는 법의 적정한 절차(due process of law)에 의해야 한다는 것이다.[13] 이 때 생명, 자유, 재산을 박탈한다는 의미가 무엇인지, 적법절차 조항이 보호하는 자유와 재산의 의미가 무엇인지, 적정한 절차가 무

11) 이런 입장에서, 미국 연방헌법상 적법절차 내용을 한국 헌법상 적법절차 내용으로 파악할 수 있는지 대한 의문과 비판에 대해서는 대표적으로 김종철, 앞의 논문, 5면 이하 참조.

12) 대표적으로 헌재 1992.12.24. 92헌가8, 4, 853(877): "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 기본권제한법률의 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 점**에서 입법권의 유보적 한계를 선언하는 과잉입법금지의 원칙과는 구별된다고 할 것이다. 따라서 적법절차의 원칙은 헌법조항에 규정된 **형사절차상의 제한된 범위내에서만 적용되는 것이 아니라 국가작용으로서 기본권제한과 관련되든 관련되지 않든 모든 입법작용 및 행정작용에도 광범위하게 적용된다**고 해석하여야 할 것이고, 나아가 형사소송절차와 관련시켜 적용함에 있어서는 형벌권의 실행절차인 형사소송의 전반을 규율하는 기본원리로 이해하여야 하는 것이다." (강조는 필자에 의함)

13) Erwin Chemerinsky, Constitutional Law Principles and Policies, 4th ed., 2011, p.557. 물론 적법절차의 개념을 정확히 알려면 미국 헌법사에 대한 세심한 이해가 필요하고, 적법절차 조항이 관여하는 영역의 광범위성 때문에, 적법절차 의미를 짧게 서술하는 것은 결코 간단한 문제가 아니다. 하지만 여기서는 적법절차의 의미를 깊이 다루는 것이 목적이 아니므로 개략적으로 서술하는 것에 그친다. 적법절차와 관련된 우리나라에서 간행된 논문도 다 열거하기 어려울 정도로 많으나, 이하 내용서술과 관련하여 앞에서 언급한 참고문헌 외에, 미국헌법상 적법절차에 대한 내용을 다룬 국내문헌으로 대표적인 것만 간략하게 언급하면, 강승식, 미국헌법학강의, 2007, 440-493면; 강승식, 절차적 적법절차의 본질에 관한 연구, 미국헌법연구 제25권 제2호, 2014, 1-34면; 성기용, 미국헌법상 실체적 적법절차의 법리, 미국헌법연구 제18권 제1호, 2007, 149-186면; 이상경, 미국 연방헌법상의 적법절차조항과 경제적 자유권과의 관계 및 함의, 헌법학연구 제19권 제4호, 2013, 301-330면; 이종근, 실체적 적법절차 원리의 헌법적 기능, 아주법학 제9권 제1호, 2015, 11-36면; 임종훈, 한국헌법상의 적법절차원리에 대한 비판적 고찰, 헌법학연구 제14권 제3호, 2008, 355-384면; 임지봉, 미국헌법상의 적법절차조항과 그 운용, 미국헌법연구 제13호, 2002, 271-312면; 임지봉, 적법절차조항의 우리 헌법에의 도입과 그 운용, 헌법학연구 제11권 제3호, 2005, 263-301면; 표명환, 현행 헌법상의 적법절차조항의 규범적 의미와 가치, 토지공법연구 제56집, 2012, 505-526면 등 참조.

www.kci.go.kr

엇인지 논란이 된다.

1. 자유와 권리의 박탈

먼저 미국 연방대법원은 국가의 공권력 행사가 자유나 권리를 박탈한다는 것은, 국가나 정부가 과실(negligent act) 이상의 적극적인 공권력 남용(affirmative abuse of power)을 의미한다고 보았다.[14] 박탈이 인정되려면 공권력 행사는 어느 정도 자유 박탈의 의도가 있고(intentional) 실질적이어야(actual) 한다.[15] 둘째로 사인(私人)에 의한 자유나 재산의 침해는, 국가에게 이에 대한 개입의무가 없다면, 기본적으로 국가에 의한 자유나 재산의 박탈에 해당하지 않아서 적법절차가 적용되지 않는다.[16] 셋째로 자의적이고 권한이 없는(random and unauthorized) 공권력 행사가 사전적 적법절차 없이 자유와 권리를 침해하더라도, 사후에 적정한 주(州)의 권리구제절차(adequate state remedies)가 있다면 박탈은 인정되지 않는다.[17]

자유와 권리의 박탈을 우리 기본권 이론 측면에서 본다면 기본권 제한과 비교해 볼 수 있다. 전통적인 기본권 제한의 개념은 일반적으로 법적 행위로서 명령·강제적 내용을 가지고 직접 개인의 자유나 권리의 제한을 목적으로 하는 국가행위를 의미한다.[18] 적법절차를 적용하는 전제로서 자유와 재산권의 박탈을 인정하는데 공권력 행사의 의도성을 요구하는 것은, 기본권 제한의 요건으로서 목적성(Finalität)을 요구한 것으로 볼 수 있다. 그러나 사인에 의한 권리나 자유의 침해, 사후 권리구제절차가 갖추어진 경우를 자유와 재산권의 박탈로 인정하지 않는 것은, 기본권 보호의무를 인정하는 우리 판례나[19] 기본권 이론과 비교하면 자유와 권리의 제한을 좁게 이해하고 있는 것으로 보인다.[20]

---

14) Daniels v. William, 474 U.S. 327, 328-330 (1968).
15) County of Sacramento v. Lewis, 523 U.S. 833, 851 (1998).
16) DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services, 489 U.S. 189, 195-197 (1989); Town of Castle Rock v. Gonzales, 545 U.S. 748, 766 (2005).
17) 이에 대한 의미나 문제점에 대해서는 대표적으로 Chemerinsky, op. cit., pp.566-569 참조.
18) 한수웅, 헌법학, 2016, 453-454면; 정문식, 독일헌법 기본권 일반론, 2009, 116-117면.
19) 예컨대 미국산 쇠고기 수입위생조건에 관한 고시는 소비자의 생명과 신체를 제한하기 위한 것이 아니라 안전을 보호하기 위한 조치임에도 소비자인 국민들의 기본권 침해와 자기관련성을 인정하여 본안판단을 한 경우가 이에 해당한다고 볼 수 있다. 헌재 2008.12.26. 2008헌마419등, 20-2하, 960(974). 그 외에 헌법재판소가 기본권 제한의 개념을 확장한 사례에 대해서는 한수웅·정태호·김하열·정문식, 주석 헌법재판소법, 2015, 1083-1084면 참조.
20) 물론 미국 연방대법원의 그러한 다수 견해에 대해서 공권력행사를 작위와 부작위로 구분하는 것은 순전히 형식적 논리라는 반대의견도 있다. DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services, 489 U.S. 189, 212 (Blackmun J., dissenting).

www.kci.go.kr

2. 적법절차를 통해 보장되는 권리와 자유

(1) 권리와 특권의 구별 포기

1960년대 이전까지 미국 연방대법원은 적법절차 조항을 통해 보장되는 자유(liberty)와 재산권(property)에는 권리(right)만 포함되고 국가나 정부로부터 받는 수혜 등은 특권(privilege)으로서 적법절차의 보장범위에 포함되지 않는다고 보았다.[21] 그러나 현대국가에서 개인 시민은 실제로 국가나 정부로부터 지원과 혜택 없이 생활하기 어려워, 권리와 특권을 구별하는 것은 적법절차 조항을 통한 자유와 권리보장의 의미를 퇴색시켰다.[22] 이에 1970년부터 연방대법원은 적법절차의 보장범위에 포함되는 자유와 재산권의 내용을 이해하는데 권리와 특권을 구별하지 않게 되었다.[23] 연방대법원은 이러한 입장에서 적법절차 조항을 통해 보장되는 자유와 권리를 형사절차에서 보장되는 자유와 권리 이상을 의미하는 것으로 보았다.[24]

(2) 권리장전(the Bill of Rights)의 수용 문제

수정 제5조는 연방정부에 적용되고, 수정 제14조는 각 주(State)에 적용되는 규정이다. 수정 제1조부터 제10조까지를 연방정부에 적용되는 중요한 권리라고 보아 권리장전이라 일컫는데,[25] 수정 제14조의 자유와 재산권에 연방에 적용되는 권리장전의 모든 내용이 포함되는가(전체 수용론: total incorporation),[26] 아니면 전통에 뿌리내리고 본질적인(fundamental) 것으로 간주되는 정의의 원칙(principle of justice)으로서 확립된 자유(ordered liberty) 개념에 내포된 일부 수정조항만 포함되는가(선별적 수용론: selective incorporation)[27] 논란이 있었다.[28] 이후에는 수정 제14조의 자유와 재산에 해당되는지 여부는 관련된 권리가 “시민사회와 정치제도에 근간이 되는 자유와 정의의 본질적인 원칙”에 속하거나, “법제도의 기초”가 되는지, “공정한 소송제도에 필수적인 본질적 권리(fundamental right, essential to a fair trial)”인지 등으로 판단하였다(본질적 권리설: fundamental right incorporation).[29]

---

21) 예컨대 Barsky v. Board of Regents, 347 U.S. 442, 451-453 (1954); Fleming v. Nestor, 363 U.S. 603, 610-611 (1960).
22) Charles A. Reich, Individual Rights and Social Welfare, 74 Yale L. J. 1245, 1255 (1965). 허순철, 스마트폰 비밀번호 해제와 진술거부권, 공법연구 제48집 제1호, 2019, 203면, 각주 27.
23) 예컨대 Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254, 262 n.8. (1970); Board of Regents v. Roth, 408 U.S. 564, 571 (1972).
24) Board of Regents v. Roth, 408 U.S. 564, 572 (1972).
25) 강승식, 앞의 책, 369-371면.
26) 대표적으로 Adamson v. California, 332 U.S. 46, 92-123 (1947) (Black, J., dissenting). 수정 제9조는 열거되지 않은 이유로 경시되지 않는 해석의 기준을, 수정 제10조는 연방에 위임되지 않은 내용은 주의 시민에게 위임이 추정되는 원칙을 규정한 것으로, 수용문제는 주로 수정 제1조 내지 제8조의 구체적인 권리들이 논의 대상이 된다.
27) 대표적으로 Twining v. New Jersey, 211 U.S. 78, 99 (1908); Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319, 325 (1937).
28) 적법절차조항에 대한 선택적 수용론과 전체 수용론에 대한 논쟁에 대해서는 대표적으로 Chemerinsky, op. cit., pp.512-515; 강승식, 앞의 책, 383-390면 참조. Incorporation을 ‘편입’이라고 사용하고 있는 경우도 많지만, 여기서는 수용이라고 번역하였다.

www.kci.go.kr

미국 연방대법원의 다수견해가 전체 수용론의 입장을 취한 적은 없다. 그러나 지금까지 연방대법원은 수 많은 판례들을 통해 수정 제1조부터 제8조의 대부분 내용을 수정 제14조의 내용에 해당하는 것으로 인정해 왔다. 따라서 결과적으로 본다면 권리장전 내용 대부분이 수용되었다고 보인다.[30] 특히 2010년 판결에서는 아직 수정 제14조에 공식적으로 수용되지 않은 내용을 수정 제3조 평화 시 민간시설에서 군대의 숙영(宿營: quartering of soldiers) 금지, 수정 제5조 대배심 기소(indictment), 수정 제7조 민사소송에서 배심재판, 수정 제8조 과도한 벌금 금지라고 구체적으로 밝히기도 했다.[31]

수정 제1조 내지 제8조의 권리와 자유가 수정 제14조의 적법절차에 수용되는지 논란은 각 주의 공권력 행사로부터도 보장되는 각 주민의 자유와 권리의 범위에 대한—실체적 내용뿐만 아니라 연방주의 측면에서—문제라고 볼 수 있다. 연방대법원은 기본적으로 선택적 수용론의 입장에서 자유와 재산의 의미를 구체적인 사건마다 개별적으로 밝혀온 것으로 볼 수 있다. 하지만, 연방대법원이 수정 제1조부터 제8조의 권리장전만을 적법절차 조항으로 보장되는 자유와 권리의 내용으로 인정한 것은 아니다. 연방헌법에 명시적으로 열거되지 않았지만, 자유와 정의의 원칙으로서 본질적인 권리들도 적법절차 조항이 보장한다고 본다. 그렇다면 적법절차 조항이 보장하는 자유와 재산의 내용은 어디까지 확대될 수 있는지 확인하는 것이 필요하다.[32]

(3) 재산권 이익(property interest)

적법절차 조항이 보장하는 자유와 권리의 내용이 형사절차상 자유와 권리 이외의 내용으로까지 발전하면서 권리와 특권을 구별하지 않게 된다면, 정부나 국가가 개인에게 제공한 여러 가지 형태의 이익이 언제 적법절차에 의해서 보장되는 자유나 권리가 되는지 그 기준이 문제 된다.[33]

---

29) 대표적으로 Duncan v. Louisiana, 391 U.S. 145, 148-149 (1968).

30) Chemerinsky, op. cit., pp.515-518; Geoffrey Stone et al., Constitutional Law, 7th ed., 2013, pp.740-741. 권리장전의 내용이 수정 제14조에 수용된 순서와 내용에 대해서 상세한 것은 강승식, 앞의 책, 388-390면 참조.

31) McDonald v. City of Chicago, 130 S.Ct. 3020, 3035, n.13 (2010). 물론, McDonald 판결이 논란을 정리한 것이 아니라, 정치적으로 보수주의적인 연방대법원이 새롭게 수용론을 제기한 것이라고 평가하는 견해는 대표적으로 Colin P. Starger, Exile on Main Street: Competing Traditions and Due Process Dissent, 95 Marq. L. Rev. 1253 (2012) 참조.

32) 수정 제14조는 자유, 재산과 함께 "생명(life)"도 보장내용으로 포함하고 있지만, 실제로 생명의 개념이 적법절차 조항의 보장대상으로서 중대한 논란이 된 경우는 드물다. 논란이 된다면 낙태의 경우 산모의 사생활에 대립되는 이익으로서 태아의 생명이나, 사형제도 그리고 생명 연장조치의 거부 등에서 논란이 된다. 생명은 적법절차의 보호대상으로서 그 개념보다 생명 제한에 대한 절차적 요건이 주로 문제되는 것으로 보이므로, 여기서 적법절차 조항의 보장대상으로서 다룰 때는 주요 논의주제로 삼지 않았음을 밝힌다. Chemerinsky, Principles and Policies, pp.590-591 참조.

33) 미국 헌법 교재에서 적법절차 조항이 보장하는 자유와 권리의 내용으로 서술하는 재산권이나 자유는 보통 절차적 적법절차의 내용으로서 다루어지고, 본질적인 헌법상 권리(fundamental constitutional right)는 실체적 적법절차로 다루어진다. 예컨대 Chemerinsky, op. cit., pp.572-591; Stone et al., op. cit., pp.953-962; Kathleen M. Sullivan & Noah Feldman, Constitutional Law, 18th ed., 2013, pp.562-566 등 참조. 그러나 여기서는 미국헌법상 적법절차 조항이 보장하는 자유와 권리를 '내용'면에서 다루고, 이후에 우리 헌법상 기본권의 내용과 비교할 것을 전제하고

www.kci.go.kr

연방대법원은 수정 제14조에서 규정한 재산권(property)을 개인 생활에 있어서 중요한 재산적 이익이나 혜택을 주장할 수 있는 정당한 권원(權原: entitlement)이라고 보았다.[34] 정부가 부여한 재산적 이익이나 혜택이 개인의 생활에 중요한 의미를 가지게 되면, 국가나 정부에 의한 고용(employment)이나 복지혜택(benefit)도 재산권의 내용에 포함될 수 있다.[35] 다만 이러한 재산적 이익이나 혜택을 인정하는 권원은 주법률(state law) 같은 독자적인 법적 근거가 있어야 한다.[36]

적법절차와 관련된 재산권의 개념에 대한 연방대법원 판례에서 의미를 찾는다면, 국가가 개인에게 부여한 고용의 이익이나 수혜는—비록 그것을 부여한 주체가 국가라 할지라도—개인에게 중요한 의미를 가지는 경우, 함부로 또는 자의적으로 박탈할 수 없다는 것이다. 물론 연방대법원은 적법절차가 포함된 수정 제5조의 수용(收用: taking)의 경우에는, 정부의 복지혜택이 수용의 대상인 재산권에 해당되지 않는다고 보았다.[37] 재산권의 개념에 대한 일관성 측면에서 본다면 연방대법원의 판례는 문제가 될 수 있다.[38] 그러나 이를 우리 기본권적 시각에서 본다면, 수용의 대상이 되는 전통적인 (수용 대상으로서) 재산권과 (법률에 의해 보장되는) 사회권으로서 정부의 복지혜택은 기본권이라는 점에서는 같고, 다만 그 보호의 정도에서는 다를 수 있는 것으로 이해할 수 있다.[39]

있기 때문에, 조문상 표현인 자유와 재산의 내용(절차적 적법절차)으로 설명하되 본질적인 헌법상 권리(실체적 적법절차) 내용도 여기에 포함시켜 서술한다. 그 밖에 자유(liberty)와 본질적 헌법상 권리(fundamental constitutional right)의 개념 구별의 불필요성 내지 무용성(?)을 위헌심사기준이나 정도, 평등보호와의 관계 등에서 서술하는 것에 대해서는 대표적으로 Ronald D. Rotunda & John E. Nowak, Treaties on Constitutional Law, 5th ed., Vol. 2, 2012, pp.846-850 참조.

34) Board of Regents v. Roth, 408 U.S. 564, 577 (1972). 여기서 entitlement를 권한, 수혜자격 등으로 번역할 수 있지만, 권리의 존재근거 정도의 의미로 보아 權原으로 번역하였다.

35) 예컨대 고용의 경우에는 대표적으로 Arnett v. Kennedy, 416 U.S. 134, 155 (1974), 수혜에 대해서는 복지혜택의 경우 앞에서 언급한 Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254, 262 (1970), 자동차 운전면허의 중요성 때문에 정부가 부여한 면허를 중요한 권리로 인정한 것은 대표적으로 Bell v. Burson, 402 U.S. 535, 539 (1971) 참조.

36) 최근 판결에서 이를 다시 확인한 것으로 보이는 것은 예컨대 Town of Castle Rock v. Gonzales 545 U.S. 748, 756 (2005).

37) 정부가 제공한 동일한 복지혜택(welfare)이라 하더라도, Goldberg사건에서는 적법절차(수정 제5조, 제14조)에 의해 보장되는 재산권임을 인정한 반면, 수정 제5조의 수용(收用: taking)으로부터 보장되는 재산으로는 인정하지 않은 경우가 있다. Bowen v. Gilliard, 483 U.S. 587, 604-605 (1987).

38) 이에 대한 비판적 시각에 대해서는 대표적으로 Chemerinsky, op. cit., pp.677-678 참조.

39) 헌법재판소에 의하면 구체적 권리로서 사회권은 국가의 재정 등을 종합적으로 고려하여 "법률을 통하여 구체화할 때" 인정되는 법률적 권리이며(헌재 1995.7.21. 93헌가14, 7-2, 1(3)), 이에 대한 위헌심사기준은 기본적으로 "입법을 전혀 하지 아니하였다든가"(최소한의 내용도 보장하지 않은 경우) 입법내용이 헌법상 용인되는 "재량의 범위를 명백히 일탈한 경우"(현저히 자의적)인지를 판단하여 일반적으로 과잉금지원칙이 적용되는 재산권보다는 완화된 심사기준이 적용된다고 할 수 있다(대표적으로 헌재 1997.5.29. 94헌마33, 9-1, 543(552-555); 2001.4.26. 2000헌마390, 13-1, 977(989)). 자유권과 사회권의 차이 등에 대해서는 대표적으로 양건, 헌법강의, 2020, 1018-1022면; 한수웅, 앞의 책, 960-962면 참조. 사회권 영역에서 미국식 적법절차 원칙 적용가능성을 연구한 것으로는 대표적으로 김지혜, 국민기초생활보장법상의 급여변경 및 중지절차의 적정성에 대한 법적 고찰, 사회복지연구 제42권 제4호, 2011, 239-262면 참조.

www.kci.go.kr

(4) 자유 이익(liberty interest)

적법절차 조항에 의해서 보장되는 자유는 가장 기본적으로 수정 제1조에서 제8조에 걸쳐 열거된 권리들과 형사절차에서 보장되는 신체의 자유 외에,[40] 정의의 원칙 중에 본질적 권리로 인정될 수 있는 것으로 확대되었다.[41] 그렇다면 정의의 원칙으로서 본질적 권리로 인정될 수 있는 자유의 내용과 범위가 문제이다. 연방대법원이 판례를 통해 적법절차 조항으로 보호하는 자유의 내용을 모두 열거하기는 어렵지만, 우리 헌법상 기본권과 관련지어 개략적으로 분류하면 크게 경제적 자유(economic liberties)와 사생활(privacy)로 구분해 볼 수 있다.

연방대법원은 경제적 자유를 보장하는데 적법절차 조항을 적용하지 않다가,[42] 1870년대부터 빈부 간 경제적 격차를 해소하려는 경제규제입법에 엄격한 심사기준을 적용하면서 적법절차 조항을 근거로 제시하였다. 이 때 적법절차 조항의 자유는 형사절차에서 신체의 자유뿐만 아니라 거주이전의 자유, 직업의 자유, 계약의 자유 등도 포함된다고 보았다.[43] 특히 1905년 Lochner v. New York 사건에서 제빵근로자(baker)의 최대근로시간을 제한하는 뉴욕주 법률을 합리적 근거가 없다며 위헌으로 선언하는데 적법절차 조항을 사용했다. 이후 연방대법원은 경제규제 법률을 위헌으로 선언하는데 적법절차 조항을 적극적으로 이용했다.[44] 그러나 1929년부터 시작된 대공황(Great Depression)에 대처하기 위하여 경제규제입법이 증가하자, 연방대법원은 1937년 West Coast Hotel Co. v. Parrish 판결부터는 경제적 자유를 제한하는 법률에 대하여 적법절차 조항을 더 이상 적극적으로 사용하지 않게 되었다.[45]

1960년대 이후 다시금 적법절차 조항이 사생활에 대한 규제법률을 위헌으로 선언하는데 이용되었다.[46] 연방대법원이 실체적 적법절차를 통하여 보장한 자유는 사생활 외에 낙태,[47] 혼인

---

40) 신체(구속)의 자유와 관련된 판례에 대해서는 Chemerinsky, op. cit., pp.578-580, 수용자들의 권리와 관련된 판례에 대해서는 Ibid., pp.583-589 참조.

41) Twining v. New Jersey, 211 U.S. 78, 99 (1908); Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319, 325 (1937); Duncan v. Louisiana, 391 U.S. 145, 148-149 (1968)

42) 초기 이런 경향에 대해서는 대표적으로 Chemerinsky, op. cit., pp.626-627 참조.

43) 대표적으로 Allgeyer v. Louisiana 165 U.S. 578, 589 (1897).

44) Lochner v. New York, 198 U.S. 45, 57 (1905). Lochner 판결에 대해서는 대표적으로 권영설, 앞의 논문, 164-170면 참조. 이후 노조가입제한 근로계약 규제법률, 최대근로시간 제한 법률, 최저임금 법률, 소비자보호법률 등 약 200여개의 법률을 위헌으로 결정하면서 Lochner 판결의 내용을 인용하여 보통 이 시대를 로크너 시대(Lochner era)라고 한다. 다만 로크너 시대에도 경제규제 법률을 모두 위헌으로 결정한 것은 아니다. 이 당시 판결들과 평가에 대해서는 대표적으로 Chemerinsky, op. cit., pp.632-639 참조.

45) West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379, 391 (1937). 이 사건에서 연방대법원은 연방헌법 조문이 계약의 자유(freedom of contract)가 아니라 자유(liberty)라고 표현했다고 지적하면서, 적법한 절차에 따른 자유의 박탈을 금지한다면서도, 입법목적이 합리적이고 공동체의 이익으로 받아들일 수 있으면 적법한 절차라고 인정하였다. 이 때부터 연방대법원은 경제적 자유 제한에 대해서는 완화된 심사기준을 적용하기 시작했다. 이후 연방대법원의 경제적 규제입법에 대한 사법존중적 태도와 비판에 대해서는 대표적으로 Chemerinsky, op. cit., pp.641-645 참조. 특히 Ferguson v. Skrupa, 372 U.S. 726, 729-732 (1963) 판결에서는 연방대법원이 계약의 자유나 직업의 자유 등에 대해서 적법절차 적용을 포기했고, 명시적인 헌법규정이나 법률규정에 위반이 없다면 선거를 통해 선출된 대표기관이 제정한 법률상 이념을 사법부가 대체할 수 없다고 명시적으로 설시했다.

www.kci.go.kr

과[48] 가족생활,[49] 부모의 자녀에 대한 권리,[50] 명예권[51] 등이 포함되었다.[52] 이 때 보장된 사생활 등은 수정 제1조 내지 제8조의 반영부(penumbra) 또는 헌법상 보장된 권리들이라거나(fundamental constitutional guarantees),[53] 열거되지 않은 권리를 언급한 수정 제9조에 근거하거나 사회에 깊이 뿌리내린 기본적이고 본질적인(basic and fundamental and so deep-rooted in our society) 권리로 보거나,[54] 확립된 질서 개념에 내포된 기본 가치(basic values implicit in the concept of ordered liberty)라고 인정했다.[55] 연방대법원은 적법절차 조항에서 사생활 등 헌법에 열거되지 않은 권리들을 도출할 때, 이를 적법절차 조항이 보장하는 자유(liberty) 또는 본질적인 권리(fundamental right)라고[56] 표현하였다.[57]

---

46) 대표적으로 Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

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

48) 대표적으로 Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967). 특히 동성혼을 인정한 최근 판례는 대표적으로 Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644 (2015).

49) 대표적으로 Moor v. City of East Cleveland, 431 U.S. 494, 502-505 (1977).

50) 예컨대 Santosky v. Kramer, 455 U.S. 745, 758-759 (1982). 물론 여기서 연방대법원은 부모의 자녀에 대한 양육권이나 교육권이 재산권보다 중요하다고 보았다. "(...) a natural parent's (...) right (...) is an interest far more precious than any property right."

51) 예컨대 Goss v. Lopez, 419 U.S. 565, 574-575 (1975). 이 사건은 학생에 대한 정학처분을 다룬 것인데, 학생이 학교로부터 징계를 받고 기록에 남을 경우 학생의 명예(reputation)가 훼손될 수 있어서 절차적 적법절차가 필요하다는 것이었다. 한 가지 유의할 점은 연방대법원이 교육 받을 권리(right to education)를 본질적 권리나 자유로 인정하지 않았다는 것이다. 예컨대 San Antonio School District v. Rodriguez, 411 U.S. 1, 29-39 (1973); Kadrmas v. Dickinson Public School, 487 U.S. 450, 457-460 (1988). 다만 이 판결들은 교육을 본질적 자유로 인정하지 않았을 뿐, 교육의 중요성까지 부인한 것은 아니다. 이에 대해서는 Chemerinsky, Constitutional Law, pp.1184-1185 참조.

52) 이에 대해서는 권영설, 앞의 논문, 175-184면 참조.

53) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479, 482-485 (1965).

54) Ibid., at 490-491. 미국 헌법상 실체적 적법절차와 수정 제9조의 관계를 통해 헌법에 열거되지 않은 권리의 도출에 대한 연구는 대표적으로 권혜령, 미국 연방헌법상 헌법에 열거되지 아니한 권리의 분석방법, 공법학연구 제10권 제1호, 2009, 3-28면 참조.

55) Ibid., at 500.

56) fundamental right은 근본적 권리(예컨대 김종철, 박종보, 임지봉) 또는 기본적 권리(예컨대 석인선)로 번역되기도 한다. 여기서는 기본적으로 연방대법원의 입장대로 본질적 권리(fundamental right)와 본질적 자유(fundamental liberty)를 구분하지 않는다. 미국에서 보장되는 권리와 자유의 내용이 우리와 비교할 때 기본권의 내용을 중심으로 다루게 될 것이므로 구별에 큰 의미가 없기 때문이다. 양자의 구별에 의미를 두는 견해는 대표적으로 강승식, 앞의 책, 466-471면 참조. 다른 한편 본질적인 권리는 연방대법원 판례에서 언급한 대로 수정 제14조를 근거로 하되 적법절차뿐만 아니라 평등보호(equal protection)를 통해서 도출되기도 한다. 다른 한편 본질적 권리가 수정 제14조의 적법절차와 평등보호를 근거로 할 뿐만 아니라 종종 수정 제9조에 의해서도 도출되는 것으로 언급되기도 하는데 이에 대해서는 Chemerinsky, op. cit., pp.812-814; 석인선, 미국헌법상 기본적 권리론의 전개와 평가, 세계헌법연구 제13권 제1호, 2007. 281-292면 참조. 이 때문에 사생활에 대한 권리와 관련된 판례가 어떤 교재에서는 실체적 적법절차의 내용으로(대표적으로 Sullivan & Feldman, op. cit., pp.491-561; Stone et al., op. cit., pp.841-953), 어떤 교재에서는 본질적 권리로서 다루어지기도 한다(대표적으로 Erwin Chemerinsky, op. cit., pp.955-1097). 동성혼을 자유로 인정하면서도 평등보호의 내용으로 다룬 것은 예컨대 Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644, 661-662 (2015) 참조. 이 판결에 대한 분석은 대표적으로 송현정, 동성결혼 합법화 과정에서 나타난 미국 연방 대법원의 위헌시사기준 변화에 대한 논의, 공법학연구 제17집 제2호, 2016, 54면 참조. 이 논문은 케네디 대법관이 적법절차와 평등보호의 구별을 허물고 둘의 상호관계를 명백히 인정하였다고 평가한다.

57) 대표적으로 동성애가 헌법상 기본권인지 논란이 된 사건에서 연방대법원은 동성애가 헌법이 인정하는 본질적

www.kci.go.kr

적법절차 조항이 보장하는 자유와 권리의 확대는, 연방대법원이 적법절차 조항—의 해석—을 통하여 헌법에 열거된 형사절차에서 신체의 자유뿐만 아니라, 헌법에 열거되지 않은 자유와 권리를 주(state)의 공권력 행사로부터 보호하는데 노력한 결과이다.[58] 또한 연방대법원이 적법절차 조항을 통해 인정한 자유와 본질적 권리는 창조적으로 도출해 낸 것이 아니라 그 시대 경제적·사회적으로 인정된 자유와 권리의 내용을 바탕으로 하고 있음도 확인할 수 있다. 연방대법원은 20세기 말부터 대공황 때까지 팽배했던 소위 자유방임주의(laissez-faire)를 기반으로 경제적 자유를 적법절차에 의해 보장되는 자유라고 보았고,[59] 1960년대 이후 자유주의 사상이 팽배하자 사생활을 본질적 자유로 인정하였다.[60] 물론 이러한 자유와 권리의 확대는—경제적 자유에 대한 적법절차 보장이 보여주는 것처럼—사회변화에 따라 바뀔 가능성도 배제할 수 없다.[61] 이 때문에 연방대법원은 적법절차에 의해 보장되는 자유와 권리를 함부로 확장하지 않는 것으로 보인다.[62]

다른 한편 연방대법원이 적법절차 조항을 통해 본질적 자유나 권리 등으로 도출하거나 언급하는 것은 일반적으로 위헌 심사에 있어서 엄격심사기준이 적용되는 것을 의미하기도 한다.[63] 즉, 제한당하는 자유와 권리가 적법절차에 의해 보장되는 본질적인 것이라면, 정부가 법률을 통해 달성하려는 공익은 긴절한(compelling) 공익이어야 한다. 반면 제한당하는 권리나 자유가 본질적인 것이 아니라면, 이를 규제하는 법률에 대해서는 달성하려는 공익이 정당하며(legitimate) 수단이 공익 달성에 합리적으로 관련(rationally related)되어있는지 여부를 중심으로 심사한다.[64]

3. '적정한(due)' 절차의 의미

적법절차의 마지막 문제는 무엇이 적정한 절차인가 하는 것이다. 연방대법원은 기본적으로 자

권리(fundamental right)인지 문제로서 다루었는데(Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186, 190 (1985), 물론 여기서 연방대법원은 동성애가 사생활에 포함되지 않는 것으로 보았음), Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558, 562-570 (2003)에서 법정 다수의견을 집필한 케네디(A. Kennedy) 대법관은 동성애를 적법절차 조항의 자유(liberty)로 언급하였다. 케네디 대법관은 Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644, 658 (2015)에서는 동성혼을 본질적 자유(fundamental liberty)라고 표현했다.

58) 이에 대해서는 대표적으로 강승식, 앞의 책, 369-383면 참조.

59) 이에 대해서는 예컨대 Chemerinsky, Principles and Policies, pp.627-630; 이상경, 앞의 글, 311-316면 참조.

60) 사생활을 비롯한 동성애까지 판례를 통해 인정된 자유는 단순히 연방대법원이 발견해 내거나 만들어 낸 것이 아니라, 당시 미국인들의 생활 속에서 인정되었던 것들로서, 불문헌법의 내용으로 충분히 인정할 수 있다는 주장에 대해서는 대표적으로 Akhil R. Amar, America's Unwritten Constitution, 2012, pp.117-124 참조.

61) 예컨대 Roe v. Wade 판결을 통해서 연방대법원이 낙태의 자유를 인정했을 때에도 미국의 거의 모든 주에서는 낙태를 금지하는 법률을 제정하였다. Laurence H. Tribe, Abortion: The Clash of Absolutes, 1992, p.12. 그 뒤에 Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833 (1992); Gonzales v. Carhart, 550 U.S. 124 (2007) 판결을 통해서 낙태의 자유가 부침을 겪고 있고, 이는 앞으로도 법원의 헌법적 판단을 통한 해결보다 사회적·문화적·정치적 합의를 통한 해결이 필요한 것으로 보인다. Stone et al., Ibid., pp.907-909.

62) 예컨대 Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702, 720 (1996).

63) Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702, 721 (1996); 강승식, 앞의 책, 474-476면 참조.

64) Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702, 722 (1996).

www.kci.go.kr

유와 권리를 제한하는데 충분한 보호조치로서 고지(notice)와[65] 불편부당한 결정권자 앞에서[66] 자신의 자유와 권리를 주장하고 설명할 수 있는 의미 있는 청문(hearing) 절차가 보장되어야 한다고 보았다.[67] 그러나 고지의 경우에도 개별적으로 통지해야 하는지 아니면 일반적인 공지를 통해서도 충분한지, 청문의 경우에도 반드시 사법절차와 유사한 대심적 절차(adversarial hearing)를 요구하는지, 사전절차이어야 하는지 사후절차로도 충분한지, 변호인의 조력을 받을 수 있어야 하는지, 무자력자에게는 국선변호인의 도움이 필요한지, 청문절차의 결정은 법관에 의한 판단을 요구하는지 전문가의 판단이면 충분한지 등, 절차의 적정성 요구는 다양한 측면에서 판단하게 된다.[68]

이렇게 다양한 측면에서 적정성을 판단한다면, 적정성에 대한 일반적이고 일괄적인 답변은 불가능하다. 이 때문에 연방대법원은 기본적으로 적정한 절차를 고정된 개념이나 기준이 아니라 조건과 상황에 따라 요구 정도가 다를 수 있는 유연한 심사기준으로 보았다.[69] 연방대법원은 어느 정도가 적정한 절차인지를 판단할 때, 제한되는 자유나 권리의 가치(사익), 절차적 보장이 없을 때 자유나 권리의 박탈 위험, 절차적 보장을 갖추기 위한 공적인 부담 등 을 고려한다.[70] 이것은 관련된 이익 간 형량 문제로서, 제한된 권리가 중대할수록 절차적 보장의 필요성이 증가하고, 제한된 권리가 중요할수록 적정한 절차를 갖추는데 투입되는 공적 부담이나 비용을 강하게 요청할 수 있다.[71] 예컨대 복지혜택을 중단할 때는 사법적 절차에 이르는 정도의 청문이 요구되지는 않지만 증인이나 증거를 제시할 수 있는 기회는 부여되어야 한다거나,[72] 개인의 재정상황에 중대한 영향을 미치지 않는다면 반드시 사전 청문절차가 요구되지 않는다거나,[73] 사후적인 사법적 권리구제절차가 있으면 적정한 절차성이 인정될 수도 있다.[74]

절차적 적법절차의 특징은 제한되는 자유와 권리의 정도에 대한 위헌심사가 아니라, 그 과정에서 적정한 보호가 이루어졌는지에 대한 판단이다. 자유와 권리의 제한 정도가 아니라, 그 과정이 공정한지(fair process)에 대한 위헌심사 문제인 것이다.[75] 우리 헌법상 절차적 기본권은 주로 재판받을 권리에 의해서 보장되고 있는데, 미국 헌법상 적법절차 조항은 사법적 재판 외에 행정과정에서

65) 대표적으로 Mullane v. Central Hanover Tr. Co., 339 U.S. 306, 314 (1950).
66) 예컨대 Caperton v. A.T. Massey Coal Co., 129 S.Ct. 2252, 2259-2264 (2009).
67) 대표적으로 Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254, 260-266 (1970).
68) Chemerinsky, op. cit., pp.593-595.
69) Mathews v. Eldridge, 424 U.S. 319, 334 (1976).
70) Mathews v. Eldridge, 424 U.S. 319, 335 (1976).
71) 이 때문에 Mathews 판결에서 제시된 기준은 실질적인 기준을 제시하는 것이 아니라 개별적인 사례를 평가하는 주관적 가치판단에 따라 판단한다는 비판이 따른다. Cleveland Board of Education v. Loudermill, 470 U.S. 532, 562 (1985) (Rehnquist, J., dissenting).
72) 예컨대 Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254, 266 (1970).
73) 예컨대 Mathews v. Eldridge, 424 U.S. 319, 349 (1976).
74) 예컨대 Lujan v. G & G Fire Sprinklers, 532 U.S. 189, 197 (2001). 그 밖에 자유와 권리 제한과정에서 어떤 형태의 고지와 청문절차가 보장되어야 적정한 적법절차가 인정되는지에 대한 다양한 판결 내용에 대해서는 Chemerinsky, op. cit., pp.597-609; 강승식, 앞의 논문, 10-21면 참조.
75) Chemerinsky, op. cit., pp.597-609; Rotunda & Nowak, op. cit., p.722; 강승식, 앞의 책, 477-482면 참조.

www.kci.go.kr

도 적용된다는 점에서 우리보다 헌법적 보장이 확대되어 있다고 볼 수 있다. 우리 헌법상 확립된 일반적인 위헌성심사 기준이나 절차 등과 비교해 본다면,[76] 미국 헌법상 절차적 적법절차에 관한 내용에 해당하는 부분이 우리에게는 부족한 것으로 보인다. 따라서 미국 헌법상 절차적 적법절차 내용은 우리 헌법상 기본권 보장체계에서 부족한 부분을 메워줄 수 있는 의미있는 것으로 평가할 수 있다.

4. 미국 헌법상 적법절차 조항의 헌법적 의미

첫째, 수정 제14조의 적법절차 조항은 연방 차원의 공권력 행사뿐만 아니라 주정부의 공권력 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보호하기 위하여 헌법적 통제권한을 확대하는데 중요한 역할을 한 것으로 볼 수 있다.[77] 이는 연방국가 내에서 연방과 주 간 권한문제 때문에 자칫 경시될 수 있는 주민들의 권리와 자유보장에 의미가 있는 것이다. 다른 한편 주민들의 기본권 보장에 있어서 연방과 주 간 권한문제에 다툼이 있을 수 있으므로 점진적으로 그 보장내용을 확장했다고도 볼 수 있다.[78]

둘째, 개별적 기본권이 상세히 규정되지 않은 미국 연방헌법의 특성상 새롭게 보장의 필요가 있는 권리와 자유들을 보호하는데 적법절차 조항은 소위 일반조항(open-ended clause)으로서의 역할을 담당했다.[79] 이 때 적법절차의 해석을 통해서 도출된 소위 본질적 자유와 권리들은 무작정 확대된 것은 아니며, 역사와 전통을 근거로 당시 미국 사회에서 보편적으로 인정될 수 있는 자유와 권리들이었다고 평가할 수 있다. 따라서 경제적 자유는 1930년대까지 강력한 보장을 받다가 대공황과 뉴딜정책 도입 이후 점차 보장의 정도가 완화되었으며,[80] 1970년대 이후 사생활이 중요해지면서 그 내용이 점차 넓게 인정되고 있다.

셋째, 본질적 자유를 보장하는 근거로서 적법절차 조항은 위헌심사 기준과 관련해서는 엄격한 심사의 근거가 되고, 사법권에 의한 적극적 판단의 근거를 이룬다.[81] 다만 절차적 적법절차의 경우에는 구체적인 경우마다 개별적으로 형량에 따라 절차의 적정성을 판단하기에 반드시 엄격한 심사라고 보기는 어렵다.

---

76) 일반적으로 기본권 제한 심사절차와 기준으로 제시되는 것으로 법률유보, 명확성, 위임입법, 과잉금지 등을 제시할 수 있는데, 이에 대해서는 대표적으로 양건, 앞의 책, 287-332면; 전광석, 한국헌법론, 2017, 251-282면; 한수웅, 앞의 책, 472-523면 참조.

77) 대표적으로 박종보, 미국헌법상 기본권 체계와 이론적 특징, 미국헌법연구 제17권 제1호, 2006, 49-52면 참조.

78) 연방주의 측면에서 적법절차의 의미에 대해서는 김종철, 앞의 논문, 28-30면 참조.

79) 박종보, 미국헌법이 한국헌법에 미친 영향, 60면; 안경환, 미국헌법이 한국헌법에 미친 영향, 미국학 제10호, 1993, 10면, 각주36.

80) 미국과 달리 우리나라는 경제적 자유를 완화해서 보장해야 한다는 원칙이 인정될 수 없고, 과잉금지원칙에 의하여 개별적 사안마다 달리 판단해야 한다는 주장은 대표적으로 이상경, 앞의 글, 322-326면 참조.

81) 엄격심사를 통해 사법 적극주의의 실현을 위한 수단으로서 적법절차 조항을 이용한 의미에 대해서는 김종철, 앞의 논문, 27면 참조.

www.kci.go.kr

Ⅲ. 헌법재판소 판례에 나타난 적법절차 원칙과 문제

1. 헌법재판소 판례에 제시된 적법절차 원칙의 내용

(1) 모든 국가작용에 적용되는 헌법상 원칙

적법절차에 관한 대표 결정으로 제시되는 92헌가8 사건에서 헌법재판소는 통설적 견해를 근거로, 적법절차 원칙을 독자적인 헌법원리로 보았다. 또한 적법절차 원칙은 법률의 위헌여부에 관한 심사기준으로서 그 적용대상을 형사소송절차 뿐만 아니라 모든 국가작용, 특히 입법작용 전반에 대하여 문제된 법률의 실체적 내용이 합리성과 정당성을 갖추고 있는지 여부를 판단하는 기준으로 적용된다고 설시하였다.[82] 그리고 실제로 헌법재판소는 국회의장이 본회의에서 의결된 법률안을 본회의 위임 없이 다르게 정리한 것을 입법절차의 하자 문제로 보고 적법절차 원칙을 적용하였다.[83] 헌법재판소는 형사절차 뿐만 아니라 모든 기본권 제한 과정, 그리고 입법과 행정 등 모든 국가작용에 대해서 적용되는 헌법상 원칙으로서 적법절차의 원칙적 성격을 인정하고 있는 것으로 보인다.[84]

(2) 기본권 제한의 형식적 절차에 대한 적정성 판단

먼저 헌법재판소가 인정하는 적법절차 원칙은 절차적 측면에서 단순히 그 형식을 지켰는지 여부뿐만 아니라 그 과정이 적정한지 여부까지 심사하는 기준으로 확립되었다. 예컨대 최근 헌법재판소는 제3자가 특정공무원범죄에 대해 그 정황을 알면서 불법재산을 취득한 사실이 밝혀진 경우 당해 제3자에 대하여 몰수판결로 불법재산을 몰수할 수 있도록 규정한 「공무원범죄에 관한 몰수 특례법」 제9조의2에 대하여 절차적 적법절차의 내용을 설시하면서, 재산권을 제한하는 절차에 대해서 주어진 상황을 고려하여 그 절차의 적정성을 판단하였다.[85] 또한 의견제출 기

82) 헌재 1992.12.24. 92헌가8, 4, 853(876-877).

83) "헌법 제12조 제1항 후문과 제3항에 규정된 적법절차의 원칙은 형사절차상의 제한된 범위뿐만 아니라 국가작용으로서 모든 입법 및 행정작용에도 광범위하게 적용된다(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 876-877 참조)." 헌재 2009.6.25. 2007헌마451, 21-1하, 872(883). 2018년도 '여객자동차 운수사업법' 개정안이 입법절차의 하자에 해당하는지와 관련하여 반대견해가 적법절차 원칙 위반이라고 본 반면(헌재 2018.5.31. 2016헌바14등, 30-1하, 121(134-138)), 다수견해는 입법절차의 하자가 아니라서 적법절차 원칙이 문제되지 않는다고 본 것도(헌재 2018.5.31. 2016헌바14등, 30-1하, 121(128-129)) 이와 같은 맥락에서 이루어졌다.

84) 물론 이렇게 본다면, 탄핵심판에서는 적법절차 원칙을 적용하지 않는다는 설시는 변경된 것인지, 아니면 여전히 특수한 예외로 인정해야 하는지 문제가 남는다. 이에 대해서는 III. 2. (1)에서 후술한다.

85) "적법절차원칙에서 도출할 수 있는 중요한 절차적 요청 중의 하나로 당사자에게 적절한 고지를 행할 것, 당사자에게 의견 및 자료 제출의 기회를 부여할 것을 들 수 있다. 그러나 **적법절차원칙이 구체적으로 어떠한 절차를 어느 정도로 요구하는지는 일률적으로 말하기 어렵고, 규율되는 사항의 성질, 관련 당사자의 사익, 절차의 이행으로 제고될 가치, 국가작용의 효율성, 절차에 소요되는 비용, 불복의 기회 등 다양한 요소들을 형량하여 개별적으로**

www.kci.go.kr

한 내 감경된 과태료를 자진 납부한 경우, 해당 질서위반행위에 대한 과태료 부과 및 징수절차를 종료토록 규정한 「질서위반행위규제법」 제18조 제2항에 대해서도, 당사자가 자신의 행위에 대한 의견제출 또는 이의제기를 하거나 감경된 과태료를 기한 내에 자진 납부하여 절차를 종료하도록 선택할 수 있으므로 적법절차원칙을 위반하지 않았다고 보았다.[86] 이러한 헌법재판소의 판단은 기본권을 제한하는 과정에 대하여 단순히 형식적인 절차의 요구뿐만 아니라 제시된 절차의 적정성을 비례원칙에 따라 심사한 것이라고 볼 수 있다.

(3) 기본권 제한의 실체적 합리성 및 정당성 요구

헌법재판소는 신체의 자유에 대한 제한을 판단하는데 있어서 적법절차 원칙은 실체적 법률내용의 합리성과 정당성을 판단하는 실질적 의미를 가진다고 보았다. 또한 이러한 실체적 적법절차는 모든 국가작용에 적용됨에 반하여 과잉금지원칙은 입법권을 제한하는 것으로 양자는 구별된다고 보았다.[87] 다만 헌법재판소가 적법절차를 기본권 제한의 실체적 합리성과 정당성을 판단하는 기준으로 어떻게 적용했는지는 약간 불명확해 보인다. 예컨대 92헌가8 결정에서는[88] 기본권 제한의 합리성이나 정당성을 상세히 심사했다기보다, 헌법상 보장되는 영장주의 원칙에 근거하여 구속영장의 효력이 검사에 의해 좌우되는 것이 적법절차 원칙에 위배된다고 보았다.[89] 92헌가14 결정에서는[90] 행정명령에 대한 위반을 형벌로 다스린 것에 대해 "정의"에 반하고 "형평"을 잃었으며, "형벌보다 덜 무거운 방법으로도 가능하다"고 하여 "적법절차의 원리에 반하고 과잉금지의 원칙에도 저촉된다"고 평가했다.[91] 어떤 부분이 적법절차 위반이고 어떤 부분이 과잉

판단할 수밖에 없다." 헌재 2020.2.27. 2015헌가4, 공281, 359(363)(강조는 저자에 의함). 물론 절차적 적법절차 원칙을 적용하는데 있어서 상황에 따른 비례적(?) 적용을 인정한 이전의 판례는 대표적으로 헌재 2003.7.24. 2001헌가25, 15-2상, 1(18) 참조.

86) 헌재 2019.12.27. 2017헌바413, 31-2하, 104(110-111).

87) 헌재 1992.12.24. 92헌가8, 4, 853(876-877).

88) 이 결정에서는 구 형사소송법 제331조가 심판대상이었고, 대상조문에 따르면 판사가 무죄 등을 선고하면 구속영장이 효력을 잃는 것이 원칙인데, 검사가 사형이나 무기(無期) 또는 10년 이상 징역이나 금고형에 해당한다는 취지의 의견진술을 한 경우에는 영장의 효력을 인정하는 것이 문제되었다.

89) "헌법 제12조 제3항 본문에서 "체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다."라고 하여 인신구속에 관한 영장주의의 대원칙을 규정하고 있는데, 이는 동조 제1항의 규정과 함께 영미법계에서 발달하여 미국헌법에 명문화된 적법절차원리의 일반조항에 해당하는 것으로서, 형사절차상의 영역에 한정되지 않고 입법, 행정 등 국가의 모든 공권력 작용에는 절차상의 적법성뿐만 아니라 법률의 실체적 내용도 합리성과 정당성을 갖춘 실체적인 적법성이 있어야 한다는 적법절차의 원칙을 헌법의 기본원리로 명시하고 있는 것이므로 **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 위배된다.**" 헌재 1992.12.24. 92헌가8, 4, 853(885).

90) 이 사안은 노동위원회로부터 부당노동행위 구제명령(행정명령)을 받았음에도 이행하지 않으면 형사처벌되도록 규정한 구 노동조합법 제46조 규정이 적법절차와 과잉금지원칙에 위반하여 위헌인지가 문제가 된 것이다.

91) 헌재 1995.3.23. 92헌가14, 7-1, 307(320-322).

www.kci.go.kr

금지 위반에 해당하는지는 명확해 보이지 않는다.[92]

(4) 기본권 제한과 무관한 공권력 행사 통제

헌법재판소는 초기에 적법절차 원칙을 기본권 제한과 관련 없이 모든 국가작용에 적용하는 것처럼 보았다가, 대통령 탄핵심판에서 기본권 관련성을 요구하였다.[93] 최근 결정에서는 92헌가8 결정 등을 원용하며 적법절차 원칙 적용에 기본권 제한 관련성을 요구하지 않았다.[94] 이는 헌법소원심판이나 위헌법률심판 외에 기본권 제한과 무관한 권한쟁의심판과 탄핵심판에서도 적법절차 원칙이 적용된다고 이해될 수 있다.

2. 연방대법원과 헌법재판소의 적법절차 내용의 차이

(1) 기본권 제한 관련성

연방대법원의 적법절차 조항이 생명, 자유, 재산 등 기본권을 자의적인 공권력 행사로부터 보호하기 위하여 적용된 반면, 헌법재판소의 적법절차 원칙은 기본권 제한과 관련 없이 모든 국가작용에 적용된다는 점에서 차이가 있다. 미국 헌법상 적법절차는 기본권 제한과 관련된 중요한 원칙인데, 헌법재판소의 적법절차 원칙은 "독자적인 헌법의 기본원리"로서 미국 헌법상 적법절차보다 그 범위가 넓다는 것을 의미할 수 있다. 그렇다면 미국 헌법상 적법절차의 내용 외에 어떤 내용이 한국 헌법상 적법절차의 특유한 내용인가? 현재로서는 국회의장의 의안정리에 대한 입법절차상 하자(위반)가 독자적인 한국 헌법상 적법절차의 내용이라고 할 수 있다.[95]

---

92) 연방대법원이 실체적 적법절차의 내용을 정의의 원칙에서 도출하는 것을 근거로 한다면(Twining v. New Jersey, 211 U.S. 78, 99 (1908); Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319, 325 (1937); Duncan v. Louisiana, 391 U.S. 145, 148-149 (1968)), 정의의 원칙에 위반되거나 형평성을 잃은 것을 적법절차 위반으로 보고, 덜 제한적인 방법을 고려한 것은 침해의 최소성(과잉금지) 심사기준을 적용한 것으로 볼 수 있다.

93) 헌재 2004.5.14. 2004헌나1, 16-1, 609(632).

94) "적법절차의 원칙(due process of law)은 공권력에 의한 국민의 생명·자유·재산의 침해는 반드시 합리적이고 정당한 법률에 의거해서 정당한 절차를 밟은 경우에만 유효하다는 원리로서, 그 의미는 누구든지 합리적이고 정당한 법률의 근거가 있고 적법한 절차에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색을 당하지 아니함은 물론, 형사처벌 및 행정벌과 보안처분, 강제노역 등을 받지 아니한다고 이해되는바, 이는 형사절차상의 제한된 범위 내에서만 적용되는 것이 아니라 **국가작용으로서 기본권 제한과 관련되든 아니든 모든 입법작용 및 행정작용에도 광범위하게 적용된다**고 해석하여야 한다(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8; 헌재 2001. 11. 29. 2001헌바41 등 참조)." 헌재 2018.4.26. 2016헌바453, 30-1상, 587(591).

95) 헌재 2009.6.25. 2007헌마451, 21-1하, 872(883); 2018.5.31. 2016헌바14등, 30-1하, 121(128-129; 134-138). 그 밖에 권한쟁의심판에서 적법절차를 중요한 심사기준으로 적용한 사례는 찾기 어렵다. 외교통상통일위원회 위원장이 회의장의 출입문을 폐쇄한 상태에서 안건을 사임위원회에 상정한 것에 대하여, 청구인(국회의원)이 국회법상 절차를 위반하여 적법절차 위반이라고 주장했는데, 헌법재판소는 적법절차 원칙으로 다루지 않았다(헌재 2010.12.28. 2008헌라7등, 22-2하, 567(609). 최근 국회의원과 국회의장 등 간 권한쟁의(소위 사법개혁특별위원회 의원 개선 등)에서는 청구인들에 의해 그러한 주장이 제기되지도 않았고, 헌법재판소도 입법과정에서 국회의원의

www.kci.go.kr

다른 한편 적법절차 원칙이 기본권 제한과 관련이 없어도 적용될 수 있는 것이라면, 기본권 제한과 적법절차는 분리된 것으로 볼 수 있다. 양자가 독자적인 성격을 가진다면, 기본권 심사를 가지고 적법절차 원칙을 대체할 수 없음을 의미할 것이다. 적법절차가 과잉금지원칙과도 다른 것이라면 과잉금지를 심사하지 않아도 적법절차로 심사할 수 있을 것이다. 그런데 헌법재판소는 최근 결정에서 청구인이 법관에 의해 재판받을 권리와 적법절차 원칙 위반을 주장했는데도, 적법절차를 독립적으로 판단하지 않고 개인정보자기결정권의 침해여부를 살펴보는 것으로 적법절차 원칙의 위반여부를 대체하였다.[96]

헌법재판소가 최근 결정에서[97] 적법절차는 기본권 제한과는 무관하게 모든 국가작용에 적용된다고 했기 때문에, 헌법소원이나 위헌법률심판 외에 권한쟁의나 탄핵심판에서도 적법절차가 중요한 심사기준으로 작동할 것인지 문제가 된다. 권한쟁의심판에서는 입법절차상 하자가 적법절차 문제로 다루어졌으므로 긍정적으로 볼 수 있다.[98] 그런데 2017년 대통령 탄핵심판에서는 여전히 적법절차 원칙은 적용되지 않는다고 밝히고 있다.[99] 이 결정은 2004년 대통령 탄핵심판 결정과 서술상 차이가 있긴 하지만,[100] 기본적으로 적법절차 원칙 적용 시 기본권 관련성 요구도 그대로 유지되는 것으로 보인다. 그렇다면 적법절차 원칙 적용 시 기본권 제한 관련성이 탄핵심판에서는 요구되는데, 권한쟁의심판에서는 요구되지 않는다고 볼 수 있다.[101]

심의표결권에 대한 침해 여부를 적법절차로 다루지도 않았다. 헌재 2020.5.27. 2019헌라3등, 공284, 770 참조.

96) "청구인은 심판대상조항이 재범의 위험성 등을 고려하지 않고 보안처분에 해당하는 신상정보 등록을 하도록 함으로써 법관에 의해 재판을 받을 권리를 침해하고, 적법절차원칙에도 위배된다고 주장한다. 그러나 이는 신상정보 등록 여부에 관하여 재범의 위험성 등에 대한 별도의 판단 절차 없이 등록대상범죄로 유죄판결이 확정되기만 하면 신상정보 등록대상자가 되도록 한 것이 지나친 기본권 제한에 해당한다는 것으로, 개인정보자기결정권 침해 여부에서 이와 관련한 부분을 살펴보는 이상 별도로 판단하지 아니한다." 헌재 2020.6.25. 2019헌마699, 공285, 1021(1023).

97) 헌재 2018.4.26. 2016헌바453, 30-1상, 587(591).

98) 이에 대해서는 후술하는 III. 3. (3) 참조.

99) "탄핵소추절차는 국회와 대통령이라는 헌법기관 사이의 문제이고, 국회의 탄핵소추의결에 따라 사인으로서 대통령 개인의 기본권이 침해되는 것이 아니며 국가기관으로서 대통령의 권한행사가 정지될 뿐이다. 따라서 국가기관이 국민에 대하여 공권력을 행사할 때 준수하여야 하는 법원칙으로 형성된 적법절차의 원칙을 국가기관에 대하여 헌법을 수호하고자 하는 탄핵소추절차에 직접 적용할 수 없다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1)." 헌재 2017.3.10. 2016헌나1, 29-1, 1(18-19).

100) 2014년 결정에서는 "피청구인이 주장하는 적법절차원칙이란, 국가공권력이 국민에 대하여 불이익한 결정을 하기에 앞서 국민은 자신의 견해를 진술할 기회를 가짐으로써 절차의 진행과 그 결과에 영향을 미칠 수 있어야 한다는 법원리를 말한다. 국민은 국가공권력의 단순한 대상이 아니라 절차의 주체로서, 자신의 권리와 관계되는 결정에 앞서서 자신의 견해를 진술할 수 있어야만 객관적이고 공정한 절차가 보장될 수 있고 당사자간의 절차적 지위의 대등성이 실현될 수 있다는 것이다."(헌재 2004.5.14. 2004헌나1, 16-1, 609(631))라는 서술이 더해졌고, 2017년 결정에서는 이런 설시가 없다.

101) 이와 달리 국가작용으로 인한 기본권 제한의 결과와 관련 없이 "국민에게 일체의 불이익을 줄 때" 자의적인 국가작용의 절차를 독립적으로 통제한다는 것을 헌법재판소의 독자적인 적법절차 내용으로 파악하는 견해는 대표적으로 강승식, 앞의 논문, 27-30면. 그러나 이 논문이 비판하고 있는 헌법재판소 결정들과 관련해서도, 기본권에 해당하지 않는 일체의 불이익이 기본권이 아니라면 어떻게 헌법재판소 판단대상이 될 수 있을지 소송법적 관점에선 의문이며, 신상공개도 기본권 관련성이 없이 순수하게 절차적 평가만 가능한 것인지도 의문이 들 수 있다.

www.kci.go.kr

(2) 적법절차의 일반조항 성격

연방대법원이 적법절차 조항을 본질적 권리로서 헌법상 보장되어야 할 기본권을 도출하는 일반조항으로 사용하는 반면, 헌법재판소는 적법절차 원칙을 헌법의 일반원칙으로 사용한다는 점에서 차이가 있다. 연방대법원이 적법절차 조항을 일반조항처럼 사용하는 이유는 개별 기본권 조항의 부족 때문이다. 기본권 조항이 다양하게 잘 마련되어 있는 우리 헌법체계에서는 적법절차 조항을 일반조항으로 사용할 필요성이 상대적으로 적다. 연방대법원이 본질적 권리로서 인정한 경제적 자유나 사생활은 헌법 제12조 외에서 도출되는 기본권이다.

(3) 적법절차와 과잉금지 원칙

연방대법원은 적법절차 원칙 적용에 있어서, 절차적 적정성을 판단할 때는 이익형량(balancing test)을, 본질적 권리 제한의 실체적 정당성 등을 판단할 때는 엄격 심사(strict scrutiny)를 적용한다. 헌법재판소는 적법절차가 과잉금지원칙과 다르다고 보며, 적법절차 원칙을 비례원칙과 독립적으로 적용하여 심사한다고 볼 수 있다.

연방대법원이 실체적 적법절차든지 절차적 적법절차든지 비례원칙을 사용하는 것으로 본다면, 헌법재판소가 적법절차를 과잉금지원칙과 다르다고 주장하는 것은 생각해 볼 필요가 있다. 실제 헌법재판소가 과잉금지원칙과 다르다며 적법절차 원칙을 적용했다는 내용이 얼마나 과잉금지원칙과 구분되는 것인지 분명하게 확인되지 않고 있다. 예컨대 치료감호에 대한 충분한 이의제기 절차가 마련되어 있지 않아 적법절차가 적절한 심사기준으로 보이는 경우에도 과잉금지(침해의 최소성) 위반으로 판단한 사례가 있다(과잉금지의 적법절차 대체?).[102] 다른 한편 과잉금지와 적법절차가 다르다고 설시한 92헌가8 사건을 원용하면서, 적법절차 원칙은 비례원칙(과잉입법금지)에 위반 여부에 따라 결정된다고 설시한 경우도 있다(적법절차의 비례원칙 종속?).[103]

연방대법원의 절차적 적법절차상 형량심사 내용이 헌법재판소가 절차의 적정성을 판단하는 과정에서 유사하게 적용되는 것을 볼 때,[104] 실제로 적법절차 원칙은 과잉금지(또는 비례원칙)

---

102) "피치료자가 치료명령의 집행 시점에서 치료감호에 의한 치료 등으로 치료의 필요성이 달라졌다고 주장하며 그 치료에 이의를 제기하는 경우 치료의 필요성에 관하여 다시 법원의 판단을 거치게 하는 등 불필요한 치료가 이루어지는 것을 막을 수 있는 절차가 마련되어 있지 않음에도, 그 선고 시점에서 치료명령의 요건이 충족된다고 판단하는 때에는 성충동 약물치료를 명하도록 하는 것으로서, 위와 같은 범위에서 침해의 최소성이 인정되지 아니한다." 헌재 2015.12.23. 2013헌가9, 27-2하, 391(408).

103) "적법절차의 원칙이 법률의 위헌여부에 관한 심사기준으로 작용하는 경우 특히 형사소송절차에서는 법률에 따른 형벌권의 행사라고 할지라도 신체의 자유의 본질적인 내용을 침해하지 않아야 할 뿐 아니라 비례의 원칙이나 과잉입법금지의 원칙에 반하지 아니하는 한도 내에서만 그 적정성과 합헌성이 인정된다는 의미를 가지므로(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 877 참조), 결국 이 사건 법률조항의 적법절차원칙위반은 피의자로 입건되어 신문을 받는 자들에게 인적 사항에 대한 자료를 수집하는 수사기관에게 협력할 것을 처벌로서 강제하는 것과 나아가 이를 거부하는 경우 벌금, 과료, 구류의 처벌을 하는 것이 비례의 원칙이나 과잉입법금지의 원칙에 위반되는지 여부에 따라 결정되어야 할 것이다." 헌재 2004.9.23. 2002헌가17등, 16-2상, 379(390).

www.kci.go.kr

와 다른 것이 아니라 같은 내용을 공유한다고 보는 것이 적절하다.[105] 이는 실체적 적법절차가 과잉금지와 유사하여 불필요하다는 것이 아니라, 절차적 적법절차에서 비례원칙이 절차에 의한 기본권 보호의 적정성 판단에 의미있게 활용될 것임을 기대하는 것이다.[106]

3. 적법절차 조항의 해석상 문제들

(1) 연혁적 해석상 문제

헌법재판소의 적법절차 원칙에 대한 내용은 헌법해석 측면에서 몇 가지 의문을 제기한다. 먼저 연혁적 측면에서, 현행 헌법 개정논의 시 제12조의 보안처분이 가지는 문제점 때문에 여·야 간 개헌협상은 난항을 겪었다.[107] 이 때 여·야 간 타협의 산물로 "적법한 절차"가 삽입되어 보안처분의 헌법상 명시적 근거를 유지하되, 적법한 절차에 의하여야 한다는 제한규정을 부가한 것이다.[108] 결국 적법한 절차는 보안처분과 관련하여, 어떤 것이 적법한 보안처분인지를 입법과 헌법해석에 맡긴 것이다. 헌법재판소는 이런 배경을 가진 헌법 규정의 내용을 우리 헌법상 독자적인 원리라고 밝히고 있는 것이다.

(2) 체계적 해석상 문제

헌법조문 체계상 헌법 제12조는 자유권적 기본권 중에 신체의 자유를 보장하는 내용을 담고 있다. 제1항은 신체의 자유 중에 체포·구속·압수·수색·심문으로 인한 제한과 처벌·보안처분·강제노역으로 인한 제한을 규정하고 있다. 이 중에 적법한 절차는 처벌·보안처분·강제노역에 따른 제한으로부터 신체의 자유를 보호하는 요건이다. 제3항은 체포·구속·압수·수색으로 인한 신체의 자유 제한 시 검사의 신청과 법관의 판단에 의해 발부된 영장제시를 적법한 절차로 요구하는 것이다. 즉, 형사절차에서 신체의 자유에 대한 제한이 실질적으로 과도했는지(필

104) 헌재 2020.2.27. 2015헌가4, 공281, 359(363); 2019.12.27. 2017헌바413, 31-2하, 104(110-111); 2003.7.24. 2001헌가25, 15-2상, 1(18).

105) 실체적 적법절차와 과잉금지와의 관계에 대해서 대표적으로 김종철, 앞의 논문, 31-35면 참조.

106) 최근 절차에 의한 기본권 보호의 필요성이 강조되고 있는데(예컨대 정광현, 법치국가원리의 재구성, 2016년도 공법학회 공동학술대회 발제집, 57-58면; 한수웅, 절차와 조직에 의한 기본권 보장, 중앙법학 제18집 제1호, 2016, 96면), 연방대법원의 절차적 적법절차의 내용이 이러한 절차에 의한 기본권 보장에 어느 정도 의미있는 내용을 제시해 줄 것으로 기대해 볼 수 있다.

107) 당시 보안처분은 실질적으로 행정기관의 결정으로 부과될 수 있는 것이어서 야당에서는 폐지를, 여당에서는 존속을 주장하였다. 처음에는 야당안이 채택되어 '법원의 판결에 의하여' 보안처분을 할 수 있도록 규정하였으나, 전두환대통령이 완강히 반대하여 합의개헌 자체가 불가능하게 되었다. 김상철, 헌법 제12조의 적법절차, 대한변호사협회지, 1988.10., 67면.

108) 이로써 여당은 법원의 판결에 의해서만 보안처분을 해야 하는 명문의 구체화를 막은 것이고, 야당은 적법절차의 내용에 관하여 후에 헌법해석과 입법을 통해 해결할 가능성을 유보한 것이다. 김상철, 앞의 논문, 68면. 양건, 새 헌법의 기본권조항, 고시계, 1987.11., 36-39면 참조.

www.kci.go.kr

요한 경우에 해당하는지)는 제37조 제2항의 과잉금지원칙으로 심사하지만, 그 제한의 부과 절차가 적정했는지는 제12조 제1항이나 제3항에 의해 심사하는 것이다. 그런데 헌법재판소는 제12조 제1항(처벌, 보안처분, 강제노역)과 제3항(영장주의)에 규정된 적법한 절차를 모든 국가권력을 통제하고 심사하는 일반적 헌법원리의 근거로 보는 것이다.[109]

(3) 논리적 해석상 문제

헌법재판소 스스로 92헌가8 결정에서 적법절차가 "국민의 인권을 보장하기 위한 기본원리의 하나로 발달되어 온" 원칙이라고 설시하면서도[110] 왜 기본권 제한과 관련성이 없어도 적용된다고 보는지[111] 의문이다. 또한 적법절차는 "미국 수정헌법 제14조"에 명문화 된 헌법의 기본원리라고 언급했으면서도,[112] 연방대법원이 축적한 내용과 다른—과잉금지원칙과는 다르다거나 자유와 권리의 제한과는 무관하다는—내용을 구축하려고 노력하는지[113] 이해하기 어렵다. 또한 적법절차 원칙이 일반적인 법치국가원리 또는 법률유보원리에 상응하는 것처럼 표현했는데,[114] 구체적으로 적법절차가 헌법상 법치국가원리 또는 법률유보와 어떻게 구별되는지, 아니면 양자는 같은 의미인지, 최소한 어떤 관계인지에 대해서도 불분명한 것으로 보인다.[115]

다른 한편 헌법재판소는 적법절차 원칙이 입법작용에도 적용된다고 하면서 그 적용범위를 넓히고 있는데, 왜 적법절차 원칙이 입법작용에까지 확대되어야 하는지에 대해서 명확한 근거나 이유를 제시하지 않고 있는 것으로 보인다.[116] 특히 입법절차상 하자를 적법절차 위반문제로 보

---

109) 적법절차의 헌법적 근거를 헌법 제12조 제1항, 제3항에서 찾는 견해, 헌법 제37조 제2항에서 찾는 견해 등에 대해서는 대표적으로 홍익표, 한국헌법에 있어서 입법절차상의 적법절차, 공법학연구 창간호, 1999, 167-172면 참조.

110) 헌재 1992.12.24. 92헌가8, 4, 853(876).

111) 헌재 2018.4.26. 2016헌바453, 30-1상, 587(591).

112) 헌재 1992.12.24. 92헌가8, 4, 853(876).

113) 헌재 1992.12.24. 92헌가8, 4, 853(876-877); 2018.4.26. 2016헌바453, 30-1상, 587(591).

114) 헌재 1992.12.24. 92헌가8, 4, 853(876).

115) 예컨대 사법경찰관이 위험발생 염려가 없음에도 사건종결 전에 압수물을 폐기한 행위에 대하여 헌법재판소는 "단지 압수물에 대한 소유권포기가 있다는 사유만으로 임의로 압수물을 폐기한 것은 기본권제한의 법률유보원리로서의 적법절차원칙을 위반한 것으로서 헌법에 위반되고, 청구인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한 것이다."(헌재 2012.12.27. 2011헌마351, 24-2하, 601(611))라고 설시하였는데, 이 때 "기본권제한의 법률유보원리로서 적법절차원칙"은 적법절차 원칙에 법률유보가 개별적 내용으로 포함된다는 의미로 이해될 수 있다. 다만 이후의 설시내용은 적법절차가 공정한 재판을 받을 권리와는 구분되는 것으로 보았는데, 기본권 제한의 형식적 요건으로서 법률유보 측면에서 본다면, 재산권의 제한이나 재판받을 권리 모두 (헌법재판소의 설시에 따르면) 법률유보라는 적법절차는 동일하게 적용되는 것이 아닌지 의문이 든다.

116) 미국에서 입법영역에서 적법절차 적용가능성에 대한 논의는 예컨대 Lawrence G. Sager, Insular Majorities Unabated, 91 Harv. L. Rev. 1373 (1978); Michael B. Miller, The Justiciability of Legislative Rules and the "Political" Political Question Doctrine, 78 Cal. L. Rev. 1341 (1990) 등 참조. 흥미롭게도 홍익표, 앞의 논문, 172-182면에서는 의회의 위기 내지 국회에서의 법률 의결절차가 형식적으로 흐르고, 토론과 타협을 전제로 한 다수결 원칙이 실질적으로 적용되지 않는 것을 이유로, 실질적인 법률안 심사가 이루어질 것을 입법절차의 정의(justice)로 이해하며, 실질적인 입법절차가 실현될 수 있도록 입법과정을 적법절차로 통제하는 것을 요구하고 있다. 그러나 이러한 주장은 미국에서 적법절차가 발전한 배경과도 다르며, 무엇보다 의회 내부절차에 사법권이 개입하는 것은 권력분립원칙에 위반되는

www.kci.go.kr

았는데, 어떤 이유 때문에 적법절차 위반인지 명확하지 않다. 헌법재판소가 적법절차로 다루었던 입법절차상의 하자는 공교롭게도 국회의장의 의안정리(국회법 제97조)에 관한 문제인데, "서로 저촉되는 조항·자구·수자 기타의 정리를 필요로 할 때" 국회의장은 본회의 위임이 없더라도 의결된 법률을 "내용이나 취지를 변경하지 않는 범위 안에서" 정리할 수 있다.[117] 즉, 국회의장의 법률안 '정리'가 법률안의 '변경'에 해당하는지 여부를 판단한 것으로 볼 수 있는데, 이는 입법절차가 적정했는지(due) 보다 국회의장의 정리가 법률조항을 준수했는지(lawful) 문제가 아닌지 의문이 든다.[118]

(4) 해석방법론상 문제

헌법재판소가 헌법 제12조 제1항, 제3항의 '적법한 절차'를 우리 헌법상 독자적인 기본원리로 인정하면서 그 의미를 확대하려고 하는 것은 해석방법론적 측면에서 보면 분해의 오류(the fallacy of dis-integration)와 유사하다. 헌법 규정 가운데 어느 하나의 규정을 선택해서 그것만을 고려대상으로 삼고, 그에 대해 가능한 가장 넓은 해석을 하면서, 그 조문이 전체 헌법의 일부를 구성하고 있음을 무시하는 것을 분해의 오류라고 한다.[119] 조문상 적법절차는 신체의 자유라는 기본권과 관련된 것이고, 절차적 차원이든지 실체적 내용이든지 비례원칙에 따른 심사기준으로 적용할 수 있는 것이다. 그런데도, 적법절차를 우리 헌법상 독자적인 기본원리로 높이면서, 기본권 제한에 관계없이 모든 국가작용에 적용된다며, 과잉금지와는 다르다고 해석하는 것은 방법론적으로도 적절하다고 보기는 어렵다.[120]

것인데, 그에 관한 문제는 어떻게 해결할지 설명이 없다. 입법영역에 적법절차를 실현하기 위하여 헌법소송법적으로는 추상적 규범통제를 제안하고 있다. 전체적으로 입법과정에 대한 통제는 이상적(ideal)이긴 하지만 현실적인 측면에서 뿐만 아니라 이론적으로도 설득력이 약한 것으로 보인다. 입법과정에 대한 헌법재판소의 통제를 요청하는 것이라면, 현재는 권한쟁의심판으로 해결해야 하는 문제이기 때문이다. 헌법과 법률의 준수 이외에 입법과정에서 혼돈이나 다수결에 의한 일방적 의사진행에 대해서 헌법재판소가 어느 정도 절차적 적정성을 판단하여 개입할 수 있을지도 의문이다. 비교법적으로도 어느 국가에서 이 정도의 사법적 통제를 가하는지도 살펴보아야 한다.

117) 헌재 2009.6.25. 2007헌마451, 21-1하, 872(885-886).

118) 헌법재판소는 적법한 절차(due process)를 법령을 준수한 절차(lawful process)로 이해했을 가능성을 배제하기 어렵다. 예컨대 최근 헌법재판소 결정을 보면 "심판대상조항에서의 **'적법한 절차'는** 위와 같은 '군사기밀 보호법'을 비롯한 법률조항들 및 그 위임에 따라 이를 구체화하는 **하위법령을 준수한 절차를 의미한다**고 봄이 상당하다. 이렇듯 복잡하고 다양한 절차를 하나의 조항에 한정적으로 나열한다는 것은 입법기술상 현저히 곤란하므로 '적법한 절차'와 같은 일반적 용어를 사용하는 것은 부득이하다." 헌재 2019.11.28. 2018헌바298, 공278, 1296(1299). 하지만 일반적으로 법의 준수는 기본적인 전제가 되고, 적법절차 문제는 절차를 준수했더라도 규정 내용이 적정한 절차인지의 문제이고, 실체적 적법절차의 내용을 어떻게 형성할 것인지의 문제이기 때문에, 만일 입법절차상 하자를 적법절차 문제로 표현했다면 이는 독자적인 헌법상 원칙을 안이하게 다루는 것이라고 볼 수 있다. 반대로 국회의원의 심의표결권 침해여부를 다룰 때에는, 입법절차상 하자(내지 법률 준수 여부)를 논의하면서도 왜 적법절차 원칙을 적용하지 않는지 의문이 든다.

119) 이에 대해서는 양건, 헌법해석의 기본문제, 헌법재판의 이론과 실제(금랑 김철수 교수 화갑기념 논문집), 1993, 31-32면; Laurence H. Tribe & Michael C. Dorf, On Reading the Constitution, 1991, pp.21-23 참조.

120) 적법절차 조항에 대한 확장 해석에 대한 비판적 검토는 예컨대 김해원, 헌법상 적법절차원칙과 영장주의, 공법학연구, 제18권 제3호, 2017, 60-62면 참조.

www.kci.go.kr

4. 헌법재판소의 적법절차 원칙에 대한 평가

연혁적으로 헌법 제12조 제1항과 제3항의 '적법한 절차'는 현행 헌법 개정 시 타협의 산물로 삽입되었지만, 헌법재판소가 적극적인 목적론적・비교법적 해석을 통해서 적법절차를 한국 헌법의 중요한 헌법 원리로 발전시킨 것은 바람직하고 긍정적인 것으로 평가할 수 있다. 특히 처벌, 보안처분, 강제노역 등에 의한 신체의 자유와 체포, 구속, 압수, 수색 등의 형사절차에서 신체의 자유에 대한 보호기준으로서 '적법한 절차'라는 심사기준을 단순히 절차와 규정의 준수 이상으로 절차의 적정성까지 확대시켜 판단한 것은 헌법개정자들이 기대하지도 않았을 뿐만 아니라 예상하지도 못했을 것이다. 적법절차 원칙을 고양시킨 헌법재판소의 노력이, 신체의 자유 보장 수준을 실제로 높이는데 가장 크게 기여한 것으로 평가할 수 있다. 또한 이러한 절차적 적정성에 대한 심사기준을 확대한 것은, 재판을 중심으로 한 우리 헌법상 절차적 기본권 보장 체계를 재판 이전 단계에서도 절차적 권리보장이 가능하도록 확장시킨 것으로 평가할 수 있을 것이다.

다른 한편 헌법재판소가 신체의 자유보장에 규정된 적법절차를 중요한 헌법 원칙으로 확대시키는 과정은 헌법조문의 명문상 표현이나 체계, 미국 헌법과의 차이 등으로 일정한 문제점을 노정하고 있다. 신체의 자유를 절차적으로 보장하는 적법절차가 왜 입법작용까지 포함하는 모든 국가작용을 통제하는 원칙으로 확장될 수 있는지 논리가 빈약해 보인다. 본래 기본권 보장을 위하여 적용되던 원칙이 왜 기본권과 관련이 없는 영역까지 확대되어야 하는지도 마찬가지이다. 특히 적법절차가 실체적 위헌성을 판단하는 비례원칙과 얼마큼 독자적으로 구별될 수 있는 것인지도 명확하지 않다. 물론 이러한 문제점들은 헌법재판소가 적법절차 원칙의 내용을 확장할 때 억제요소로 작동할 순 있어도,[121] 신체의 자유가 실질적으로 보장되도록 발전시킨 헌법재판소의 적법절차 관련 판례들을 부정적으로 평가하는 이유가 될 수는 없다.

Ⅳ. 결론: 우리 헌법상 적법절차 원칙 운용의 방향

이상에서의 내용을 기반으로, 앞으로 헌법상 적법절차 원칙을 어떻게 운용하는 것이 바람직한지 세 가지 방향을 제안함으로써 결론을 갈음할 수 있을 것이다.

첫째, 제12조 제1항과 제3항에 규정된 적법절차 원칙을 좋은 것들로 가득채운 보물상자 같은 헌법원칙으로서 확대할 때에는 신중한 자세를 취하는 것이 적절할 것으로 보인다. 조문의 문리적 내용이나 기본권 체계에 비추어 볼 때 신체의 자유와 관련된 내용에는 당연히 적용될 수 있

121) 적법절차 원리는 국가의 기본권 제한 목적이 정당하더라도 그 절차상 적정성 내지 공정성을 요청하는 것이기 때문에, 기본권 보장이나 합헌적인 국가권력 행사를 지향한다는 목적이 정당하다는 이유로 위헌심사기준으로서 적법절차 원리를 전가의 보도처럼 사용한다면 그 자체 또는 그러한 헌법재판소의 입장이나 태도는 아마도 적법절차 원리의 본래 정신에 반하는 역설일 것이다.

www.kci.go.kr

다.[122] 그러나 기본권과 관련 없는 국가작용에까지 확대시킬 때, 특히 권한쟁의와 관련하여 입법절차상 하자에 대하여 적법절차를 적용할 때는 왜 입법절차상 하자가 적법절차의 문제인지 논리적 해명이 요구된다.

둘째, 적법절차의 경우 기본권 제한 관련성을 요구하는 것이 기본권 보장의 실현이라는 적법절차 본래 이념에 더욱 부합하는 것임을 유념해야 한다.[123] 적법절차는 그 자체가 독자적인 헌법 원리로 발전한 것이 아니다. 영미법상 발전과정과 연방대법원의 이론 전개에서도 나타난 것처럼, 헌법에 의해 보장되어야 하는 중요한 기본권 실현을 위해 역사적인 발전과정에서 출현한 이론과 논리의 결과물이자 심사기준이다.[124]

셋째, 우리 헌법 체계에서 적법절차는 실체적 위헌성 심사기준보다 절차적 적정성의 위헌심사기준으로서 적합하고, 발전 가능성이 클 것으로 보인다.[125] 예컨대 기본권 제한과 보장에 관한 일반이론에서 열거되지 않은 기본권의 도출이나 비례원칙 심사에 큰 도움을 줄 것같지 않다.[126] 이미 확립된 기본권 이론을 적법절차 원칙으로 대체하는 것은 기존의 헌법이론 체계를 별 생각 없이 무너뜨릴 뿐만 아니라, 우리 헌법의 조문 체계 등에도 맞지 않는 것이다. 우리 헌법에는 기본권을 절차적으로 보장할 수 있는 헌법적 기제가 많지 않은데, 행정절차의 적정성까지 심사할 수 있는 절차적 적법절차는 이러한 우리 헌법 체계의 부족함을 메울 수 있는 충분한 가능성을 가진 이론체계로 보이기 때문이다.[127]

---

122) 예컨대 최근 헌법재판소가 제12조 제4항의 변호인의 조력을 받을 권리를 문리해석과 체계적 해석을 통해 행정절차상 구속을 당한 사람에게도 확장시켰는데(헌재 2018.5.31. 2014헌마346, 30-1하, 166(174-176)), 이는 긍정적으로 평가할 수 있다. 다만 연방대법원에 의하면 변호인의 조력을 받을 권리는 적법절차로도 다루어질 수 있는데(예컨대 Walters v. National Association of Radiation Survivors, 473 U.S. 305, 321 (1985)), 변호인의 조력을 받을 권리를 신체의 자유를 제한받은 기본권 주체의 절차적 권리보장(적법절차)의 내용으로도 설시할 수도 있었을 것이다. 변호인의 조력을 받을 권리와 적법절차의 내용에 대해서는 대표적으로 문재완, 변호인의 조력을 받을 권리와 법률자문의 보호, 인권과 정의, 2004.7., 79-80면 참조. 이와 달리 적법절차 조항을 변호인의 조력을 받을 권리나 재판을 받을 권리와 관련해서도 확대하는 것을 경계하는 견해는 대표적으로 박종보, 73-74면 참조.

123) 윤영미, 절차적 적법절차의 적용대상, (한양대)법학논총 제24집 제2호, 2007, 147-148면은 기본권 이익의 관련성을 엄격히 요구하지 않으면서도 실질적으로 이익의 관련성이 필요하다고 서술하는데, 사회권을 염두해 둔 것으로 보인다.

124) 김종철, 앞의 논문, 37-38면; 임지봉, 적법절차조항의 우리 헌법에의 도입과 그 운용, 277-279면. 실제로 적법절차를 기본권과 관련된 각 영역에서 적용하고 확대하려는 노력은 판례 뿐만 아니라 학계에서도 지속적으로 연구되고 있다. 예컨대 앞에서 제시된 문헌 외에 김태명, 적법절차 원칙과 행형에 대한 사법적 통제, 교정연구 제54호, 2012, 153-183면; 엄주희, 유전자 프라이버시와 적법절차, 저스티스 제173호, 2019.8., 435-459면; 조성제, 피의자신문에 있어서 헌법상 적법절차원리의 구현, 세계헌법연구 제14권 제1호, 2008, 345-384면 등 참조.

125) 해석론적 결론에서 유사한 견해는 예컨대 김해원, 앞의 논문, 64-66면 참조.

126) 대표적으로 박종보, 앞의 논문, 68-72면 참조.

127) 최근 행정절차 영역에서 적법절차원칙의 적용에 대한 논의는 대표적으로 정영철, 행정법의 일반원칙으로서의 적법절차원칙, 공법연구 제42집 제1호, 2013, 579-613면; 홍준형, 적법절차와 행정절차법, 공법연구 제47집 제1호, 2018, 71-100면; 황의관, 미국행정법상 적법절차원리의 의미와 적용범위에 관한 연구, 행정법학 제17호, 2019, 35-87면 등 참조.

www.kci.go.kr

▌참고문헌

강승식, 미국헌법학강의, 2007.
강승식, 절차적 적법절차의 본질에 관한 연구, 미국헌법연구 제25권 제2집, 2014, 1-34면.
권영설, 미국 헌법상 적법절차의 법리와 그 전개, 미국헌법연구 창간호, 1990, 147-190면.
권혜령, 미국 연방헌법상 헌법에 열거되지 아니한 권리의 분석방법, 공법학연구 제10권 제1호, 2009, 3-28면.
김상철, 헌법 제12조의 적법절차, 변호사협회지 1988.10., 67-79면.
김종철, 적법절차원리의 헌법화에 대한 소견, (전남대)인권법평론 제20호, 2018, 3-43면.
김지혜, 국민기초생활보장법상의 급여변경 및 중지절차의 적정성에 대한 법적 고찰, 사회복지연구 제42권 제4호, 2011, 239-262면.
김태명, 적법절차 원칙과 행형에 대한 사법적 통제, 교정연구 제54호, 2012, 153-183면.
김해원, 헌법상 적법절차원칙과 영장주의, 공법학연구 제18권 제3호, 2017, 57-81면.
문재완, 변호인의 조력을 받을 권리와 법률자문의 보호, 인권과 정의, 2004.7., 77-98면.
박종보, 미국헌법이 한국헌법에 미친 영향, (한양대) 법학논총 제24권 제2호, 2007, 60면.
박종보, 미국헌법상 기본권 체계와 이론적 특징, 미국헌법연구 제17권 제1호, 2006, 41-74면.
석인선, 미국헌법상 기본적 권리론의 전개와 평가, 세계헌법연구 제13권 제1호, 2007, 273-300면.
성기용, 미국헌법상 실체적 적법절차의 법리, 미국헌법연구 제18권 제1호, 2007, 149-186면.
송현정, 동성결혼 합법화 과정에서 나타난 미국 연방 대법원의 위헌시사기준 변화에 대한 논의, 공법학연구 제17집 제2호, 2016, 31-63면.
안경환, 마법의 상자 적법절차조항, 사법행정 1987.9., 95-98.
안경환, 민주법치주의의 실질화를 위한 적법절차, 법제연구 제3호, 1992, 89-103면.
안경환, 미국헌법이 한국헌법에 미친 영향, 미국학 제10호, 1993, 1-25면.
양 건, 새헌법의 기본권조항, 고시계 1987.11., 36-42면.
엄주희, 유전자 프라이버시와 적법절차, 저스티스 제173호, 2019.8., 435-459면.
유희일, 미국 헌법상 적법절차 조항의 한국적 수용, 미국헌법연구 제16권 제1호, 2005, 33-34면
윤영미, 절차적 적법절차의 적용대상, (한양대)법학논총 제24집 제2호, 2007, 127-150면.
이상경, 미국 연방헌법상의 적법절차조항과 경제적 자유권과의 관계 및 함의, 헌법학연구 제19권 제4호, 2013, 301-330면.
이종근, 실체적 적법절차 원리의 헌법적 기능, 아주법학 제9권 제1호, 2015, 11-36면.
임종훈, 한국헌법상의 적법절차원리에 대한 비판적 고찰, 헌법학연구 제14권 제3호, 2008, 355-384면.
임지봉, 미국헌법상의 적법절차조항과 그 운용, 미국헌법연구 제13호, 2002, 271-312면.
임지봉, 적법절차조항의 우리 헌법에의 도입과 그 운용, 헌법학연구 제11권 제3호, 2005, 263-301면.

www.kci.go.kr

정광현, 법치국가원리의 재구성, 2016년도 공법학회 공동학술대회 발제집, 2016, 45-59면.
정영철, 행정법의 일반원칙으로서의 적법절차원칙, 공법연구 제42집 제1호, 2013, 579-613면.
조성제, 미국헌법상의 실체적 적법절차와 근본적 권리, 경찰연구논집 제2호, 2008, 251-277면.
조성제, 피의자신문에 있어서 헌법상 적법절차원리의 구현, 세계헌법연구 제14권 제1호, 2008, 345-384면.
표명환, 현행 헌법상의 적법절차조항의 규범적 의미와 가치, 토지공법연구 제56집, 2012, 505-526면
한상운, 적법절차에 있어서의 적정성 요소 및 분석방법, 미국헌법연구 제17권 제2호, 2006, 285-319면.
한수웅, 절차와 조직에 의한 기본권 보장, 중앙법학 제18집 제1호, 2016, 95-138면.
허순철, 스마트폰 비밀번호 해제와 진술거부권, 공법연구 제48집 제1호, 2019, 195-220면.
홍준형, 적법절차와 행정절차법, 공법연구 제47집 제1호, 2018, 71-100면.
홍익표, 한국헌법에 있어서 입법절차상의 적법절차, 공법학연구 창간호, 1999, 159-190면.
황의관, 미국행정법상 적법절차원리의 의미와 적용범위에 관한 연구, 행정법학 제17호, 2019, 35-87면.

Chemerinsky, Erwin, Constitutional Law Principles and Policies, 4th ed., 2011.
Chemerinsky, Erwin, Constitutional Law, 5th ed., 2017.
Reich, Charles A., Individual Rights and Social Welfare, 74 Yale L. J. 1245 (1965).
Rotunda, Ronald D. & Nowak, John E., Treaties on Constitutional Law, 5th ed., Vol. 2, 2012.
Starger, Colin P., Exile on Main Street: Competing Traditions and Due Process Dissent, 95 Marq. L. Rev. 1253 (2012).
Stone, Geoffrey et al., Constitutional Law, 7th ed., 2013.
Sullivan, Kathleen M. & Feldman, Noah, Constitutional Law, 18th ed., 2013.

논문투고일 : 2020. 08. 10.
심 사 일 : 2020. 08. 25.
심사완료일 : 2020. 08. 31.

www.kci.go.kr

▌Abstract

Due Process of Law under the Constitution of Korea*

Munsik JEONG**

The due process of law has evolved into a constitutional principle for the protection of human rights in the Anglo-Saxon legal history, and is stipulated in the Fifth and Fourteenth Amendments to the US Constitution. The U.S. Supreme Court, through the interpretation of the 14th Amendment, has protected the liberties and rights of each citizen against the exercise of arbitrary power by the federal and state governments.

Procedural due process requires the State to ensure a notice of the deprivation of liberties and rights and a meaningful hearing procedure to fully defend his rights as a certain safeguard in case the State restricts the life, liberty or property of an individual. The procedural due process requires that not only the procedures prescribed in advance should be followed when the basic rights are restricted, but the procedures must also be appropriate to protect the fundamental rights. However, at this time, the appropriateness of the procedure may be determined individually for each specific case by the importance of the private interests of the subject of the fundamental rights to be restricted, the ability of additional procedures to increase the accuracy of the fact-finding and the public burdens required for the procedure.

Substantive due process requires that the liberties and rights guaranteed by the 14th Amendment are not only the Bill of Rights stipulated between the First and Eighth Amendments, but also the liberties and justice deep-rooted in American history, culture and society. It means fundamental rights derived from fundamental constitutional liberties. Accordingly, not only economic liberties but also rights not listed in the Constitution, such as privacy, are guaranteed by the due process of law of the 14th Amendment. These fundamental constitutional liberties and rights are not unjustly restricted by legislators, but can be restricted in cases necessary for the compelling public interest.

The Korean Constitutional Court interpreted the due process of Article 12 (1) and (3) as an independent principle of our Constitution. According to the principle of due process, the sates action by public authority requires not only formal procedures but also substantive legal content to be rational and justified. The subject of due process is not limited to criminal

* This work was supported by the research fund of Hanyang University(HY-2018).

** Professor, Hanyang University School of Law

www.kci.go.kr

proceedings, but applies to all state actions, especially legislative actions. The Korean Constitutional Court considered that the law enforcement procedure was irrelevant to the limitation of constitutional rights, and was different from the proportionality.

However, according to the textual and systematic interpretation of the constitutional provisions, due process should be applied primarily to the freedom of the body. Rather than applying due process for all state operations, due process should be applied to the limitation of constitutional rights, especially related to the limitation of the body. In our constitutional system, limitation of constitutional rights are guaranteed by the retention of laws and the principle of proportionality. Therefore, the principle of procedural due process must be actively discussed and expanded as a screening criterion for judging the appropriateness of procedural basic rights. It will be the operation of due process according to its nature.

Key Words: procedural due process, substantive due process, Supreme Court, US Constitution, Korean Constitutional Court, fundamental liberty, proportionality

www.kci.go.kr

www.kci.go.kr