

## 基本的人權研究

文鴻柱 博士 著

海巖社

1991

金 榮 秀

### I. 序 說

최근(1991년 9월)에 출간된 文鴻柱 博士의 「基本的人權研究」는 美國聯邦政府가 刊行하는 公式的인 判例集인 「United States Reports」<sup>1)</sup>의 事項索引(subject index)중 憲法(Constitutional Law)과 관련된 大法院의 判決을 體系的으로 分類· 敍述한 것이다. 소개 判例는 약 1,000여건에 이르는데 1953년 10월부터 1990년의 最近判例까지를 포함하고 있다. 停年退任한지 10년만에 74세의 老齡으로 과거에 연구해오던 基本的人權에 관한 美國大法院 判例研究를 최근 美國法學書籍을 참조하여 간단한 解說까지 실은 「基本的人權研究」를 刊行한 著者에 대하여 우선 그 學問的 執念에 경탄과 찬사를 표한다. 특히 美國 聯邦大法院의 大法官(Justice)<sup>2)</sup>들은 判決文을 작성할 때 단순한 논리조작이 아닌 長文의 수려한 철학적 에세이를 쓴다 는 것을 감안할 때 單純化 및 體系있는 敍述을 한 著者의 能力은 著書의 活用度를 한층 높이고 있다.

美國法의 理解는 判例의 解讀에서 비롯된다. 一例를 들자면, 刑事被告人(被疑者

---

金榮秀：成均館大學校 法科大學 教授

- 1) 聯邦大法院의 判決은 公式的인 判例集으로 美國聯邦政府가 刊行하는 「United States Reports」가 있고 非公式的인 判例集으로 「Supreme Court Reporter」, 「Supreme Court Reporter, Lawyers' Edition」 등이 刊行된다.
- 2) 大法院의 法官은 大法官(Justice)라고 부르며, 기타의 法官(Judge)과 구별한다.

포함)이 辯護人的 助力을 받을 權利에 관한 우리 憲法의 제12조 제4항(누구든지 逮捕 또는 拘束을 당한 때에는 즉시 辯護人的 助力을 받을 權利를 가진다)과 美國의 修正憲法(AMENDMENTS) 제6조(In all criminal prosecution, the accused……and the the assistance of counsel for his defense)의 規定은 거의 동일하다. 그러나 美國의 경우 被告人이 辯護人을 포기하지 않는 이상 반드시 모든 被告人에 公選辯護士을 붙여야 한다는 大法院規則의 明文規定(1946年), 被疑者 訊問時 辯護人이 入會하지 않은 陳述의 證據能力 상실, 眞實發見보다는 節次上的 合理性을 존중하는 不法蒐集證據의 排除原則 등은 오늘날 聯邦大法院判例의 입장이다. 이는 우리 현실과 판이하여 法規定上으로 美國의 法制度와 비교하는 것은 별 의미가 없게 된다. 美國의 Legal System의 理解에는 判例에 대한 研究가 先行되어야 한다. 「基本的人權研究」는 이러한 의미에서 보다 심층적인 韓·美 兩國의 比較法 研究에 충실한 길잡이가 될 것이다.

## II. 聯邦法院의 構造와 大法院의 判例

美國의 聯邦法院은 3審으로서 聯邦大法院(Supreme Court)·聯邦高等法院(Courts of Appeals)·聯邦地方法院(District Court)으로 구성되어 있으며 이외에 請求權法院(Court of Claims), 租稅法院(Tax Court), 國際貿易法院 및 軍事高等法院 등의 特別法院이 있다. 聯邦大法院에서 審理되는 事件은 1) 1審的 管轄事項<sup>3)</sup>, 2) 下級法院으로부터의 上訴<sup>4)</sup>, 3) 下級法院에 대한 移送命令(certiorari)에 의하여 移送되어 오는 事件 등 3種이다. 대부분의 事件은 移送命令申請, 즉 移審申請의 節次를 밟아 이루어진다. 이와같은 제도는 大法院의 自由裁量權에 의하여 上告가 좌우되며, 이는 義務的으로 上告를 받아야 하는 制度와는 근본적으로 다르다. 美國聯邦大法院은 비교적 자유로이 자기가 다룰 事件을 적절히 선택할 수 있으며, 上告 내지 移審申請을 不許하는 理由는 제시하지도 않는다.

또한 聯邦大法院의 司法審查權은 大法院이 奪取(usurp)한 것인가, 許與(granted)된 것인가에 대한 논의는 있으나 1803년에 헌법에도 없는 司法審查權을 大法院에 있다고 Marshall 大法院長이 선언한 이래 大法院의 判例는 여러 가지의 政治的

3) 美國憲法에 의하면 大使·公使·領事에 관한 事件과 州가 訴訟當事者인 事件은 大法院이 1審的 管轄權을 가진다.

4) 上訴는 절대적이 아니어서 大法院은 上告理由가 非實質的(insubstantial)일 경우 上告를 却下할 수 있다.

영향을 미쳐왔고 동시에 政治·經濟的 흐름을 반영하기도 하였다. 美國의 司法審査는 聯邦體制와 깊은 관련을 맺어 왔다. 즉 聯邦制가 司法審査를 필요로 하였으며, 또한 司法審査는 聯邦制를 수호하는데 기여하여 왔던 것이다.

大法院의 審理에서의 自由裁量權과 司法審査權외에 大法官의 獨立的이며 莫強한 地位保障은 政治環境에 좌우되지 않는 判決을 가능하게 하고 美國民의 基本權保障에 보다 철저해질 수 있게 한다. 일정한 절차를 밟아 終身職인 大法官에 任命되면 10년이상 근무하고 70세에 도달할 경우 退任하여도 死亡까지 退任時의 報酬를 보장받는다. 報酬는 法律로 一定하게 규정되고 在任중 減額되지 않는다. 이러한 大法官의 地位保障은 비로소 大法官으로 하여금 憲法과 法律에 의하여 그 良心에 따라 獨立하여 審判하게 한다. 아울러 身分保障이 철저해짐에 따라 大法官의 法律觀 및 世界觀이 法文化 및 法制 全般에 걸쳐 끼친 영향력은 절대적이다. 聯邦大法院의 立場과 그 變化는 美國의 歷史 내지 政治史라고 표현을 하여도 과언은 아닐 것이다.

1910년~1920년 당시 社會狀況과 法的 先例들은 大法院이 個人의 權利와 市民的 自由를 보호하는 自由主義의 立場을 취할 수 있는 可能性을 排除하였으며 화이트(Edward D. White ; 1910年~1921年)法院은 安保나 個人의 自由와 덜 관련된 문제에서는 비교적 중도적 입장을 취하였다. 다음 大法院長인 태프트(William H. Taft ; 1921年~1930年)는 社會改革者에게 쉼기를 박는 가장 효율적인 방법은 司法府를 통하는 것이라고 확신하였으며 그는 個人財產의 保護를 가장 중요한 것으로 보고 그에 따라 社會主義者, 共產主義者, 進歩主義者 그리고 勞動運動指揮者들을 위협하였다. 태프트法院은 수많은 州法律과 聯邦法律을 適法節次違反이라는 이유로 違憲判決을 내렸는데 이러한 保守的 司法積極主義는 당시의 社會·경제문제를 해결하려는 立法府의 노력을 무산시키는 것이었다.

휴즈(Charles E. Hughes ; 1930年~1941年)·스툼(Horlan F. Stom ; 1941年~1946年)法院은 契約自由原則을 지지·옹호하여 그 제한을 주장한 行政府의 經濟政策과 대립하였고, 이와는 별도로 國外의 소련과 國內의 공산주의운동에 대한 경계와 위협이 줄어들고 市民的 自由가 확대됨에 따라 國家安全保障과 관련된 사건에서는 判例上 國民의 基本權을 보장하는 쪽으로 변화의 조짐을 보였다.

1946년부터~1953年사이의 빈슨(Fred M. Vinson)法院은 司法消極主義哲學이 지배한 法院이라고 할 수 있다. 이 당시 국가적 상황과 議會의 적극적 활동하에서 司法消極主義에 입각한 것이 司法權을 보호하는 것이라 생각하고 議會와 行政府의 의견을 최대한 존중하고 그들과 원만한 관계를 유지하려고 하였다.

1953年~1960年사이의 大法院判決이 그 당시 시대상황으로 보아 종래의 기준을

너무 급격히 진보적인 방향으로 바꾸는 것처럼 보여서 많은 비난을 받았으나 케네디 행정부의 등장과 함께 워렌(Earl Warren; 1953년~1969년) 法院은 활기를 띠기 시작하였다. 그리하여 表現의 自由, 選舉區人口의 平等問題, 被疑者權利保護問題, 宗教의 自由 등에서 個人的 權利를 옹호하는 判決을 내렸다. 결국 워렌法院은 市民의 自由에 우월적 지위를 부여하여 경제적 조치들을 평가할 때보다도 더욱더 엄격한 司法審査基準을 適用하였던 것이다.

워렌法院과는 달리 버거(Warren E. Burger; 1969년~1986년)法院은 刑事節次와 平等問題 등에서 보수적 입장을 취하였는데 이러한 입장은 州에게 많은 裁量을 허용한 것으로 특히 修正憲法 제1조(주로 言論의 自由)와 관련된 문제에서는 워렌法院의 立場을 따르지 않았다. 버거는 강력하고도 효과적인 행정부를 위해서는 個人的 人權에 희생이 따를 수 밖에 없다는 司法哲學을 가지고 있었으며 특히 그는 刑事訴訟이 被告人의 人權保障이라는 이름하에 지나치게 지연되어 오히려 正義에 반한다면서 대대적인 제도의 개혁을 주장했다.

현재의 령퀴스트(William H. Rehnquist; 1986년~)法院에 대해서는 좀 더 두고 봐야 하겠지만 大法官의 구성으로 볼 때 버거法院보다도 더 保守的이라고 할 수 있다. 령퀴스트는 Nixon-Reagan 라인 保守哲學의 司法的 象徵人物로서 個人과 國家가 충돌할 경우나 州政府나 聯邦政府사이의 紛爭일 경우 가능한 한 國家나 州政府에 유리한 입장을 취하며, 聯邦司法權의 範圍와 관련된 문제가 발생할 때 그 權限을 縮小解釋하고 있다.

이상에서 살펴보았듯이 大法院長 및 大法官의 法律觀이나 世界觀이 美國法體系에 끼치는 영향은 지대하며 美國判例研究는 美國의 Legal System을 이해하는데 가장 本質的인 것이 된다. 聯邦大法院의 判決文은 우리와 같이 主文·要旨·理由의 형식이 아닌 事實·理由(意見)·主文(結論)의 형식을 취하고 있으며 多數意見(concurrent opinion)과 少數意見(dissenting opinion)을 全揭하고 있다.

### III. 主要內容

우리나라에서는 처음으로 美國聯邦大法院의 基本的人權과 관련된 判例의 研究書로서 1965년 出刊되었던 文鴻柱 博士의 「基本的人權研究」는 1976년까지의 聯邦大法院判例를 모은 第2版 이후, 1990년 10월까지의 새로운 基本的人權 관련 判例를 추가하여 그 分類體系를 全面的으로 改編하여 새로 出刊되었다.

新刊 「基本的人權研究」의 대략적인 體系는 第1章에서 美國憲法에 規定된 基本

의 人權에 관한 說明과 美國의 司法制度에 관한 入門的 解説을 하고 第2章 이하에서는 1953년부터 1990년까지의 美國聯邦大法院의 判決중 憲法과 관련된 약 1,000여건의 判例를 크게 8個 分野로 대별하여 第2章 法 앞의 平等保護, 第3章 自由權, 第4章 司法節次上的 基本權, 第5章 公共收用과 補償, 第6章 市民權과 國籍剝奪, 第7章 適法節次와 基本의 人權, 第8章 國會의 權限과 司法審查, 第9章 法院과 司法權 등으로 整理하고 각 主題別로 다시 細分하여 判例의 內容을 紹介한 후 그에 대한 評釋을 덧붙인 것이다.

이와같이 오랜 세월에 걸쳐 축적된 방대한 量의 美國聯邦大法院 憲法關聯判例를 主題別로 정리하고 다시 그 主題의 判例를 年度別로 配列한 「基本的 人權研究」는 著者의 表現처럼 “基本的 人權保障의 最高殿堂”인 美國聯邦大法院의 判例를 時代的 흐름에 따라 그 變化의 內容을 對比하여 보여줌으로서 判例의 傾向을 일별할 수 있도록 하였다. 특히 美國聯邦大法院이 先例를 반복하여 행한 黑白人 人種差別의 違憲宣言, 適法節次와 관련한 聯邦憲法規定의 州適用判決, 選舉區의 平等에 관한 司法審查 등의 새로운 判例의 樹立은 단순히 法律的 側面 뿐만 아니라 美國의 政治·社會分野에도 一大變革을 가져온 획기적 判決이었던 것이다. 또한 이 책에서는 우리나라를 포함한 世界各國의 裁判에 영향을 준 바 있는 平等權의 嚴格審查基準, 최대한의 言論·出版의 自由, 辯護人의 助力을 받을 權利, 不利陳述拒否權, 不法蒐集證據의 排除原則 등에 관하여 憲法教科書式의 原則紹介를 넘어서서 그 原則이 樹立된 重要判例의 상세한 內容을 紹介하고 分析함으로써 憲法學에 있어서 判例接近方式의 토대를 제공하여 주고 있다.

#### IV. 著書의 活用

제2차 세계대전의 戰勝國으로서 美國은 세계 각국에 政治·經濟·軍事的 側面이 외에 法制部門에도 많은 影響력을 행사하였는데, 우리나라 憲法도 美軍政期를 거치면서 탄생된 관계로 直·間接的으로 美國憲法의 影響을 받을 수 밖에 없었다. 그러나 韓·美 兩國의 傳統的인 法文化 및 法意識과 法體系上的 差異點은 法制의 實際運營面에서 큰 격차를 보여주고 있다. 특히 基本的 人權의 司法的 保護를 위한 美國聯邦大法院의 判例는 著者의 표현대로 마치 民主主義 花園을 연상케 한다. 소위 民主化의 轉換地帶에 들어선 오늘날 우리나라의 현실속에서 憲法과 司法府가 펼쳐 나가야 할 憲法上 基本的 人權의 保護方向에 대한 案內書로서 憲法學의 學問的 分野 뿐만 아니라 法律實務分野에서도 本 著書는 훌륭한 役割을 하게 될 것으로 기대된다.

다. 그리고 또한 辯護士의 人權保護機能提高을 위해서는 어떤 의미에서 必讀書로서 추천되어야 할 것이다.

著者인 文鴻柱 博士는 序文에서 자신의 執筆意圖와 著書의 活用方向을 다음과 같이 밝히고 있다.

“...美國判例가 바로 우리나라에 적용되기를 바랄 수는 없다. 몸에 맞는 옷이랴 좋은 옷인 것과 같이, 法도 우리 몸에 맞는 法이랴 한다. 그러나 앞질러 가는 民主主義의 꽃을 바라보며 그것에 한 걸음 한 걸음 가깝게 가려고 하는 마음가짐과 노력이 있어야 한다.

이런 見地에서 筆者는 이 冊을 쓰고 싶었고, 이것이 우리나라 民主化에 기여할 바가 있을 줄 믿는다.”