

民主法治主義의 實質化를 위한 適法節次

安 京 煥*

◇ 차 례 ◇

I. 머리말	III. 우리 사회에서 통념화된 사실과 적법절차의 적용
II. 적법절차의 개관	
1. 개념과 연혁	1. 사법행위와 관련한 문제
2. 적법절차개념의 법발전문적 고찰	2. 입법의 영역에서 제기되는 문제
3. 제 6 공화국 헌법에서의 적법절차의 관념과 그 해석	3. 행정의 영역
	4. 사인에 의한 적법절차 위반의 문제

I. 머리말

1. 우리는 대내외적으로 일대 변환기에 서 있다. 인류사의 한 페이지를 장식해온 이데올로기 논쟁이 역사의 장 저편으로 이동하면서 세계사의 조류는 전환기적 징후를 곳곳에 드러내고 있다. 구소련의 혼란, 유럽통합을 둘러싼 우여곡절, 일본의 정치적·군사적 부상, 지역분쟁의 심화, 경제전쟁의 가속화 등등. 그러나 이러한 세계사적 지각변동도 제도론적 시각으로 보면 서두에 어떤 수식어를 달든 ‘법치주의’ 혹은 ‘법의 지배’가 시대적 요청임을 부인할 수 없게 되었다.

* 서울대학교, 법과대학 教授

기존의 자유민주주의국가에서는 법의 지배가 당연한 요청이었고 공산권의 몰락도 사회적 법치주의의 건설이라는 명분하에 추진되었다. 물론 주류에서 이탈해 있는 일부에서 후기산업사회의 대두와 함께 근대적 의미의 법의 지배가 형식화하고 그 물질 토대인 민주주의가 발전하기 보다는 오히려 형해화하면서 새로운 법의 지배의 개념을 재구성할 것을 요구하고 있기도 하다. 그러나 이러한 주장들 또한 현대적 혹은 포스트 모던적이라는 수식어를 달기는 하지만 법의 지배를 완전히 부정하는 것은 아니라는 점에서는 예외가 아니다.

우리의 헌정사 또한 세계사의 흐름에서 그리 벗어나 있지 않다. 해방 후 민주주의의 정착과정은 한국적 특수성의 그림자를 짙게 드리우는 것이기도 하지만 세계사가 보편적으로 걸어 온 시행착오를 축소시켜 놓은 것에 불과하다. 하지만 근대적 법치주의의 기초도 제대로 마련하지 못한 상황에서 법이 정치의 시녀의 지위에서 벗어나지 못하고 온갖 모욕을 감내해야 하는 딱한 지경인 것은 세계화·국제화·인간화를 소리 높혀 외치는 현실을 감안할 때 자괴가 앞서는 점이 없지 않다. 더구나 갈수록 공동체의 분해현상은 가속화 되어 가고 그 주요한 원인으로 규범의 상대화 혹은 무시화가 운위되는 현실은 규범학을 업으로 삼는 이들에게 반성의 기회를 제공한다.

이 글은 이와 같은 대내외적 요청에 직면하여 법치주의의 의미를 적법절차의 실현이라는 측면에서 살핌에 목적이 있다.

2. 강학상 국가권력은 국민의 의사를 대표하는 의회가 제정한 법률에 따라 발동되어야 한다는 원리로 설명되는 법치주의는 역사상 피의 혁명으로 세계사에 등장한 시민국가의 산물이다. ‘人’에 의한 지배 혹은 ‘힘(力)’에 의한 지배로 설명되는 구체제를 전복하고 개인의 자유와 권리를 불가양의 자연권으로 상정한 가운데 주권자 스스로의 의사에 의해서만 스스로를 속박할 수 있다는 문명화된 관념의 제도적 표현이 법치주의이다.

법치주의 실현의 제도적 요체는 국가 권력의 분립이며 분립된 권력들은 궁극적으로 주권체의 의사결정인 법에 의거해서 그 법에 따라 실현되는 것이다. 즉, 법치주의는 국가권력 발동의 근거로서의 기능과 국가권력을 제한하고 통제하는 기능을 가지는 것으로 일반적으로 설명된다.

2차대전 이전까지의 세계사는 국가권력 발동의 근거로서의 법치주의는 형식적 법치주의로서 불법적 법률에 의한 합법적 지배를 용인하는 상황을 인류가 경험하게 하였는 바 그 이후의 세계사는 국가권력을 제한하고 통제하여 국민의 기본권을 보

장하는 것을 임무로 하여 법률의 목적과 내용까지도 문제삼는 실질적 법치주의를 지향하였다. 그런데 실질적 법치주의는 적법절차를 그 기본강령으로 하는 바 민주 법치국가의 실현을 요망하는 우리는 적법절차의 전통을 수립하는 것이 당연한 과제라 할 수 있다.

II. 적법절차의 개관

1. 개념과 연혁

제 6 공화국 헌법은 제12조제 1 항제 2 문에 “누구든지… 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌, 보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”, 동조 제 3 항제 1 문에 “체포, 구속, 압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다”라고 규정하여 헌정사상 처음으로 적법한 절차라는 개념을 사용하고 있다. 그러나 후술하듯이 이 조항의 해석은 여러 면에서는 논란을 낳고 있는바 결론부터 말해서 실질적 법치주의의 기본강령으로서의 적법절차의 관념은 이 규정으로부터 역지로 유추할 필요 없는, 헌법상의 기본정신 내지 기본권보장과 관련한 일반조항으로부터 도출되는 헌법규범으로 파악하여야 할 것이다.

그 이유는 적법절차의 관념은 단순히 문자 그대로의 의미만으로 파악되는 것이 아니고 역사적 고찰하에서만 그 정확한 실체를 알 수 있기 때문이다. 사실 적법절차를 “마법의 상자”로 사용하여 인권의 보루로서의 지위를 유감없이 구가한 선구자격인 미 연방대법원의 태도는 공시적인 논리적 추론의 결과라고 보기는 어렵다. 그 보다는 미국헌법이 가진 특수성, 즉 硬性憲法의 대표적인 예로서 18세기에 채택된 문헌의 테두리 내에서 기본권을 보장해야 하는 헌법의 흠결을 법원이 해석을 통해 치유하는 과정에서 적법절차의 개념을 이용한 것이다.

적법절차 개념의 원조로 일반적으로 인정되는 Magna Carta상의 ‘나라의 법’(the law of the land)조항¹⁾은 이후 시대의 법학자들에 의해 단순히 ‘법의 적정한 절차와 과정에 의한’(by due course and process of law)이라는 의미로 파악되었고 그

1) “자유인은 동료의 적법한 판결에 의하거나 나라의 법(per legem terrae)에 의하지 아니하고는 체포구금되지 아니하며, 재산과 법익을 박탈당하지 아니하고 추방되지 아니하며, 또한 기타 방법으로 침해되지 아니한다.”는 조항. 대헌장이 라틴어로 최초로 제정되었을 때는 이 조항은 제39장에 자리하고 있었다. 그러나 1225년 헨리 3세때 전문 63장이 37장으로 줄면서 제29

주요한 성질도 사법절차상의 원칙을 의미하는 것으로 인식되었다. 이런 해석은 대헌장의 이 조항을 계승한 에드워드 3세 치하의 법률과 권리청원(Petition of Rights)조항에서 ‘나라의 법에 의한’이라는 문구를 대체한 ‘적정한 법의 절차에 의한’(due process of law)이라는 문구의 해석에도 그대로 적용되었다²⁾. 따라서 여러 문헌을 통해 추론 하건대 애초에 적법절차의 관념은 오늘날 미연방대법원이 확립시켜온 것과 같은 실제적 내용까지 포함하는 것이 아닌 순수한 절차적인 개념이었을 개연성이 크다³⁾. 우선 대헌장상의 규정이 형사절차에 관한 규정이었으며 미국법이 이를 수용하는 형태도 형사절차상의 규정에 포함된 형태였기 때문이다.

그러나 이와 같은 적법절차의 관념을 계승한 미국은 신생국의 활력으로 새로운 법관념을 발전시켰다. 애초 미연방헌법의 소위 권리장전속에 포함되기 이전에도 적법절차조항은 적정한 법의 절차 혹은 “나라의 법” 조항의 형태로 주헌법들에 포함되어 있었다. 드디어 1791년 우여곡절 끝에 권리장전이 미합중국헌법의 명문으로 등장하였고 그 제 5조는 “누구든지 적정한 법의 절차에 의하지 아니하고는 그의 생명(life) · 자유(liberty) · 재산(property)을 박탈당하지 아니한다”고 규정하였다.

남북전쟁이라는 전환기적 상황을 극복하고 주의 재통합(Reconstruction)을 통한 연방재건의 기원이 드높을 때 통과된 수정헌법 제14조는 “어떠한 주도 적정한 법의 절차에 의하지 아니하고는 어떠한 사람으로부터도 생명 · 자유 또는 재산을 박탈할 수 없다”고 규정하여 연방정부 뿐만 아니라 주정부도 예외가 될 수 없음을 명문으로 명확히 하였다. 미국에서 헌법규범으로 화려하게 재등장한 적법절차의 관념은 (연방대법원이 주도한) 그 역사적 발전과정을 통하여 과거 영국법에 뿌리를 둔 절차적 정의의 관념과는 또다른 관념으로 발전하였다.

코크(Edward Coke)와 블랙스톤(William Blackstone) 등이 정도의 차이는 있으

장에 자리하게 되었고 그후 1354년 에드워드 3세때 영문으로 공포되었다. 이 조항이 유명해지기 시작한 것은 코크 경을 비롯한 17세기의 법률가들이 왕당파가 왕권신수설을 기초로 국왕의 재판통제권을 주장하는 것을 역사적 전통을 들어 반대하면서 그 예증으로 인용하여 주석을 달기 시작하면서 부터이다. C. Miller, “The Forest of Due Process of Law : The American Constitutional Tradition,” *Nomos XVIII : Due Process* ed. by R. Rennock et al.(N.Y. : New York Univ. Press, 1977), pp.4-6.

2) R. Smith, *Liberalism and American Constitutional Law*(Cambridge : Harvard Univ. Press, 1985), pp. 71-72.

3) 이와 같은 해석에 강한 집착을 보이는 문헌은 R.Berger, *Government by Judiciary*(Cambridge : Harvard Univ. Press, 1977), p. 195.

나 절차적 정의의 관념에 초점을 둔 데 비하여 미연방대법원의 대법관들은 실제적 정의를 포섭하는 관념으로 적법절차를 파악하였던 것이다. 그 대표적인 예로 두가지 들 수 있다. 그 첫째는 Lochner시대라고 통칭되는 1937년의 이른바 “헌법 혁명” 이전의 시기에 연방대법원이 적법절차조항을 근거로 일련의 사회경제입법을 무효화시킨 예이다⁴⁾. 그 둘째는 1960년대 사회개혁의 바람을 타고 연방대법원이 앞장서서 프라이버시권, 여성의 자율적 낙태권 등의 권리를 헌법의 구조와 정신속에서 도출해 낸 예이다⁵⁾. 이러한 제 2의 경향은 1980년대에 미국헌법학계를 풍미한 헌법해석논쟁의 실마리가 되었다⁶⁾. 이 논쟁의 주요쟁점은 적법절차(혹은 평등보호조항)가 실제적 내용을 가질 수 있느냐 혹은 법원이 적법절차조항(내지는 평등보호조항)의 확대해석을 통해 의회의 입법을 무효화할 수 있느냐 하는 것이었다.

이른바 역사적 연구방법론에 기초한 원래의 의도(original intent)의 파악을 통해 법원의 헌법해석권을 제한하려는 원전주의(textualism)적 입장에 선 논자들은 적법절차를 영국법적 기원으로부터 유추하여 절차적 개념(극단적인 경우 사법절차에만 해당하는)으로 파악하고 연방대법원의 일련의 판결을 비난하였다. 이에 대항하여 주로 진보진영을 대변하는 보충주의(supplementalism)적 입장에 선 논자들은 기능주의적 정책론에 입각하여 적법절차를 창조적으로 재해석하는 시도를 통해 실제적 적법절차의 관념을 수용하여야 한다는 반론을 폈다.

4) Lochner v. New York, 198 U.S. 45(1905)[근로자의 1일 최고 노동시간을 10시간으로 제한한 뉴욕주의 법률을 실제적 적법절차(substantive due process)위반으로 위헌 선언한 판결]로 대표되는 이 시기에 미국의 연방대법원은 각종 경제, 사회입법을 적법절차조항으로부터 도출되는 계약의 자유를 침해하였다는 이유로 위헌선언하였다. 자세히는 러셀 겔로웨이, 안경환 역, 개정판 법은 누구편인가, 교육과학사(1992), 132-143면 : 안경환, “마법의 상자, 적법절차조항”, 법은 사랑처럼, 대학출판사(1988), 100-106면 참조.

5) 미국의 조야에 가장 격렬한 논쟁을 불러 일으켰고 오늘날까지도 그 정당성 논쟁이 계속되고 있는 1973년의 미연방대법원판결 Roe v. Wade, 410 U.S. 113(1973)는 주지하다시피 여성의 낙태권을 헌법상의 적법절차 조항 또는 암묵적으로 인정된 헌법정신에서 찾고 있다. 이 판결은 이후 헌법해석논쟁의 이면으로서의 본질적 권리논쟁을 촉발시켰다. 적법절차조항등 일반조항을 통한 기본권 인정의 범위와 관련한 분석을 내포하고 있는 본질적 권리논쟁에 대하여는 P. Brest, “The Fundamental Rights Controversy : The Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship,” 90 Yale L. J. 1063(1981) 참조.

6) 상세히는 블랙(Black)대법관과 더글라스(Douglas)대법관의 사법철학의 비교를 헌법해석관의 차이를 통해 구명해 본 안경환, “Hugo Black의 사법철학-William Douglas와의 대비”, 동서의 법철학과 사회철학(무애 서문각 박사 고회기념논문집), 법문사(1990), 320-337면과 김종철, 미국의 헌법해석논쟁-적법절차조항을 그 예로-, 서울대학교 석사학위논문(1990) 참조.

그런데 최근의 보수화된 법원은 보충주의적 입장이 추구하는 실체적 적법절차관념의 확대를 제한하면서도 연방주의(연방과 주의 권한배분문제)의 문제로 이슈를 전환시켜 문제의 본질을 우회하려는 경향을 보이고 있다. 여하튼 아직까지는 적법절차조항이 실체적 내용을 포섭하는 것이라는 입장이 포기된 것은 아니다.

그리고 원전주의자들도 거부하지 않고 있는 절차적 개념의 적법절차도 1970년 이른바 복지수급권관련판결(Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254[1970])을 통해 새로운 전개를 보이고 있다. 즉 고전적으로 단순한 사법절차적 권한으로 파악하는 것이 아니라 행정절차적으로 적법절차문제를 사고하는 경향이 강화되어 소위 ‘적법절차의 혁명’(modern procedural due process revolution)이 일어났다.

기존에는 적법절차조항을 둘러싼 논의가 적정한 법의 절차가 무엇이나에 초점이 주어졌다면 새로운 논쟁축은 적법절차의 대상인 생명·자유·재산이 무엇을 의미하느냐로 전환되었다. 따라서 단순히 특권(privilege)으로 인식되었던 복지수급권(welfare right)을 철회하는 경우에 청문(hearing)·고지(notice) 등의 절차를 거치지 않을 경우 그 처분은 무효인 것으로 선언되었다. 이른바 새로운 자유, 새로운 재산의 개념이 적법절차조항의 내용으로 등장하였다⁷⁾.

이상에서 적법절차의 관념을 구체적으로 역사적 발전과정을 통해 살펴보았다. 다음에는 적법절차의 관념을 우리 법질서내로 포섭하기에 앞서 적법절차의 관념이 법사상사적으로 어떤 당위성을 가지고 있는가를 간단히 살피고 그 외연의 확대가능성을 살펴 보도록 하자.

2. 적법절차개념의 법발전론적 고찰

최근 미국의 법사회학계에서는 새로운 법진화론에 관한 논의가 활발하게 진행되

7) 이 개념은 복지국가화 경향에 따라 국가가 사회계약설에 따른 개인의 집합체의 합의에 의한 피조적 존재 내지는 개인과 동격일 뿐인 지위에서 국민의 후견인적 지위로 변모한 이상 개인이 국가에 대하여 가지는 의존성(예를 들어 복지혜택수급)을 기존의 ‘재산’(property)과 같은 성질의 것으로 파악하고 그 박탈에는 일정한 제한을 가하여야 한다는 주장을 법원이 수용함으로써 법적 논의의 장속으로 포섭되었다. 그 최초의 저술은 C.Reich, “The New Property,” 73 Yale L. J. 733(1964)이다. 그 의의와 한계에 대하여 자세히는 H. Monaghan, “Of ‘Liberty’ and ‘Property,’” 62 Cornell L. Rev. 405(1977) ; Van Alstyne, “Cracks in ‘The New Property’: Adjudicative Due Process in the Administrative State”, 62 Cornell L. Rev. 445(1977) ; E. Rubin, “Due Process and the Administrative State,” 72 Cal. L.Rev. 1044(1984) 참조.

고 있다. 필자는 이 논의과정이 법의 절차적 합리성을 결론으로 하고 있다고 보고 적법절차 관념의 현대적 변화가능성을 시사해 줄 수 있는 것으로 생각하여 간단히 살펴보고자 한다.

인류가 법이라는 규범을 통해 자신들의 사회조직을 발전시키기 시작하여 오늘날에 이르기까지 법관념에는 수많은 변화가 있었다. 그런데 이 변화를 발전 내지 진보의 과정으로 파악할 것인가에 대하여는 논의가 있을 수 있다. 변화가 보다 낮은 단계에서 보다 높은 단계로 진행된다 하더라도 규범적 가치판단적 요청에 의하면 보다 낮은 단계가 더 소망스러운 것일 수 있기 때문이다. 그러나 베버식의 형식적 합리성을 법의 최고단계로 파악하는 고전적 관념이 근대적 법의 지배의 토대를 이루고 그 성격파악에 유용한 도구로 되어 왔으며 실질적 법치주의도 이 개념과 불가분의 관계에 있음은 두말할 필요가 없다. 그러나 최근의 법진화론적 논의는 후기산업사회 혹은 후기 자유사회로 전환되면서 법을 근대적 관념으로서의 형식적 합리성 개념으로 파악해서는 복잡 다양해진 사회문제 해결의 기준이 될 수 없게 되어 새로운 법관념이 형성되어야 할 필요성이 대두되었다고 진단한다.

그 대표적인 논객이 비관법학의 중추에 있는 웅거(R. Unger)⁸⁾이다. 그는 근대사회에서 지배의 근간을 이루던 '법의 지배'의 원칙이 후기산업사회로 들어서면서 복지국가적 양상과 조합국가적 양상이 지배적으로 되면서 붕괴된다고 파악한다. 웅거가 파악하는 법의 지배의 개념은 특정의 법주체에 예외를 인정하지 않는 즉 일반적이고 통일적인 효력을 가지는 법을 상정한다. 즉 베버식의 형식적 합리성이 근대법의 기본이다. 동시에 근대법은 법주체들의 동의를 요구한다는 의미에서 자율성을 가진다.

그러나 후기산업사회의 양상은 일반성·자율성을 저해하는 방향으로 전개되는데 일반조항(open-ended clause)에의 의존도의 증가라는 현상을 띤 실질적 정의의 추구으로 나아간다. 이는 베버식의 법진화론에서 보면 후진단계로 복귀하는 것을 의미할 수도 있다. 그런데 웅거는 여기서 그치지 않고 이와 같은 후기산업사회의 법의 관념 즉 실질적 정의로의 추구-절차적, 실체적 정의의 모색은 실패가 예정된 것이므로 그 이론적 토대가 되는 민주주의의 기본개념을 변화시켜 상부구조와 하부구조가 긴밀하게 유기적 관계를 유지하는 '권능화된 민주주의'(empowered democracy)

8) R. Unger, *Law in Modern Society*(N. Y. : Free Press, 1976) : R. Unger, "The Critical Legal Studies Movement," 96 Harv. L. Rev. 611(1983) : 양건, **법사회학**, 민음사(1986), 186-195면.

와 새로운 권리체계를 창출할 것을 주장한다.

적법절차의 관념의 발전과정을 예로 하면 이해는 쉬어진다. 미연방대법원에서 실제적 적법절차의 재등장에 의한 본질적 권리논쟁의 촉발, 절차적 적법절차의 혁명이 이론 복지수급권의 재산권성 인정 등은 단순한 합법적 민주적 과정에 의해 선출된 의회나 행정부의 행위라도 그 행위의 내용에 대한 정당성을 문제삼을 수 있게 하였다. 형식적 합리성이 아닌 구체적 실질적 합리성-정을를 추구하고 있는 것이다.

그러나 지나치다시피 진행될 일반조항의 기본권수권규범화는 법제도의 일반적 운용을 해쳐 법적 안정성에 위협을 가함으로써 안정을 추구하는 보수세력의 끊임없는 비판의 대상이 된다. 또한 안정된 법질서내에서 기득권의 아성을 붕괴시키고 나눠가지는 것을 목표로 하는 진보세력의 일단으로부터도 비난을 받게 된다. 이 점에서 근대사회의 유지를 인정하는 선에서 새로운 절차주의적 관념을 재구성하려는 사상적 실천적 요구가 제기된다.

헌법해석논쟁에서 중립적 위치에서 참여강화적 대표유지적 이론을 표방하였던 일리교수의 주장⁹⁾은 정치과정에서 소외된 집단에 참여의 가능성을 최대한 보장하고 이 참여가능성을 저해할 수 있는 절차적 흠결에 대해서만 일반조항을 통한 엄격한 통제를 인정하려는 태도이다. 이 태도는 베버·옹거의 법진화관을 비판적으로 재구성한 튜브너의 반영적 법이론(reflexive law theory)¹⁰⁾이 주창하는 절차적 합리성의 개념과 상통한다. 이로써 절차적 합리성은 근대적 개념과 현대적 개념의 두 가지 뉘앙스를 가지는 것으로 파악됨을 알 수 있다. 근대적 절차적 합리성은 절차는 법의 핵심이라는 자연적 정의관에 뿌리를 둔 개념으로 기존의 적법절차가 가지던 형식적인 절차적 공정성의 의미이고 현대적 절차적 합리성은 튜브너식의 반영적 법이론의 추구하는 합리성이다.

즉 현대사회처럼 기능적 분화가 고도로 전개된 사회에서는 일반성을 내용으로 하는 근대법은 변화에 적용할 수 없고 그렇다고 도덕 내지 일반조항을 원용하여 자의성이 강한 실질적 정의를 추구하는 것도 보수세력의 반발을 무마할 수 없어 갈등이 증폭되고 법이 사회통합의 기능을 수행할 수 없게 된다. 따라서 기능적으로 분화된 사회구성체의 하위조직들에 자율성을 강조하는 구조체계를 인정하고 이 하위조직들

9) J. H.Ely, *Democracy and Distrust*(Cambridge : Harvard Univ. Press, 1980)과 그 유사이론을 편 J. Choper, *Judicial Review and the National Political Process*(Chicago : Chicago Univ. Press, 1980).

10) 양건, 전계서, 200-206면 : G. Teubner, "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law," 17*Law & Society Rev.* 239(1983).

이 사회체제 전체와 다른 하위조직들에 대하여 가지는 관계를 권리와 능력의 배분의 측면에서 규율하는 절차규범을 본질로 하는 것이 법이라는 시각이 튜브너식의 법관념이다. 이른바 새로운 절차주의가 현대적 절차적 합리성의 내용과 특질이라 할 것이다.

그러나 선진화된 국가들의 경우 근대법의 한계를 넘기 위해 현대적 절차적 합리성에 규범의 본질을 둘 것이나 근대법을 계수하여 전근대적 법체계가 여전히 실효성을 발휘하며 권위주의적 정치형태로 말미암아 형식적 법치의 개념에서 한치도 벗어나지 못하고 있는 것이 한국의 법현실인 이상 근대적 의미의 절차적 합리성이 우선적으로 요청된다는 사실을 강조하지 않을 수 없다. 선진화된 국가들에서는 근대적 의미의 절차적 합리성이 오랜 기간을 거쳐 정착되다보니 오히려 지나치게 고착화되어 변화하는 사회의 새로운 요청에 제대로 대응하지 못하는 부작용의 폐해가 크진데 대한 처방으로 현대적 절차적 합리성을 모색하는 것이다.

따라서 서양법을 계수한 처지로 공동체의 현실적 형태(전통)가 가지는 전근대적 법관념의 폐해로 법 무시주의의 상처가 깊은 우리에게서 근대적 절차적 합리성의 개념을 통한 법형식주의의 장점을 최대한 발현하는 것이 최대현안임은 당연하다. 근대화와 현대화의 문제를 동시에 해결해야만 하는 우리에게 법의 근대적 인식—그리고 그 내용으로서의 적법절차는 소위 포스트 모던적 법해체주의 보다 더 절박한 과제(전혀 도외시할 것은 아니지만)이고 현대적 적법절차보다는 근대적 적법절차가 더 가까와 보일 수 밖에 없다.

3. 제 6 공화국 헌법에서의 적법절차의 관념과 그 해석

그렇다면 우리나라에서 적법절차의 관념은 법적으로 어떤 위치에 있는가를 간단히 살필 차례가 왔다.

앞서 언급하였듯이 제 6 공화국헌법은 여야의 합의에 의해서 헌법을 개정하면서 헌정사상 처음으로 신체의 자유와 관련한 기본권 규정속에 적법절차에 관한 규정을 두고 있다. 이의 해석을 두고 헌법학자들간에 다소간의 논란이 있다. 제12조의 적법절차에 관한 규정들이 영미법상 인정되어왔던 적법절차의 원리를 그대로 도입한 것으로 해석할 수 있는가의 문제에서부터 그 적용대상을 명문의 규정에 한정할 것인가 아니면 해석상 확대할 것인가, 적용범위에 행정절차를 포함시킬 것인가 아닌가가 문제된다.

우선 기본권규정이 잘 정비되어 있는 우리의 경우와 이의 불비를 헌법해석의 과정을 통해 구체적 재판에서 해소해 온 영미의 경우는 헌법구조상 동일시하기 어려

은 점이 있다. 즉 영미의 헌법판례를 통해서 인정되어 온 여러 기본권들은 우리 헌법이 거의 명문으로 규정하고 있어 적법절차를 마법상자로 원용할 필요성은 적다고 할 수 있다. 따라서 우리 헌법상 새로 신체의 자유와 관련된 규정에 삽입된 적법절차조항을 영미의 그것과 동일시할 필요는 없다. 그러나 기본권보장의 내용으로서의 적법절차관념은 자유민주적 기본질서를 기본이념으로 하고 있는 우리 헌법의 정신상 당연히 헌법규정속에 내포된 것으로 파악하여야 할 것이다. 그리고 명문상의 근거규정은 모든 기본권의 근거규범으로서의 지위에 있는 제10조 ‘인간으로서의 존엄과 가치’규정과 그 구체적 보완규정으로서의 제37조제1항의 일반규정을 들면 된다.

따라서 제12조상의 적법절차개념은 이와 같이 일반적 규정들에 내포된 내용을 우리 헌정사의 인권유린의 경험을 되새겨 누구도 어떤 근거에서건 부정할 수 없도록 예시적으로 규정한 것으로 볼 수 있다.

그리고 그 적용범위에 있어서도 적법절차를 궁극적으로는 일반규정에 의해 인정되고 신체의 자유규정에 포함된 것은 그 예시로 파악하는 이상 굳이 형사절차에만 국한 시킬 것은 아니다. 행정절차 뿐만 아니라 최근 미국 일부에서 논의되고 있는 것처럼 입법에서의 적법절차문제¹¹⁾ 나아가 사인간의 관계에서도 절차적 합리성을 무시하는 경우 최소한 사법에 의한 구제의 길을 보장하는 것으로 보아야 할 것이다. 그리고 그 보호의 정도에 있어서도 단순한 절차의 적정성뿐만 아니라 실체의 적정성까지 담보하고 있는 것으로 파악하여야 할 것이다.

다만 행정절차와 입법절차, 그리고 사인간의 관계에서의 적법절차는 합목적적 고려를 충분히 고려하여 침해된 이익의 보장과 공익간의 충분한 비교형량을 통해 이루어질 필요성이 사법절차의 경우보다 더 두드러질 가능성을 배제할 수 없고 이를 위해서 세분화된 기준의 정립이 어느정도 요청된다.

III. 우리 사회에서 통념화된 사실과 적법 절차의 적용

이상에서 민주법치국가에서의 기본강령으로서의 적법절차의 보장이 가지는 당위

11) Sager, "Insular Majorities Unabated : *Warth v. Seldin* and *City of Eastlake v. Forest City Enterprises, Inc*", 91 Harv. L. Rev. 1373(1978) ; M. Miller, "The Justitiability of legislative rules and 'political' political question doctrine," 78 Cal. L. Rev. 1341(1990).

성을 언급하고 우리 헌법상으로도 그 관념은 인정되고 있는 것임을 살폈다. 이제 우리의 현실에서 절차적 합리성이 이른바 통념화된 사실의 고리에 얽매어 무시되고 있는 예들을 살핌으로써 민주법치국가의 실질화를 위해 구체적으로 어떤 대응이 필요한 지를 각론적으로 살펴보자.

1. 사법행위와 관련한 문제

사법행위에 대한 적법절차는 명문규정으로 예시되어 있으므로 그 존재에 대한 해석의 필요성없이 철저히 보장되어야 한다. 또 과거의 인권유린의 경험에 대한 철저한 보장의 의미에서 형사절차에 대한 기본권은 헌법에 세세하게 규정되어 있다. 하지만 국가최고규범인 헌법에의 무시가 그 헌법에 의해 존재의의를 가지는 공권력에 의해 노골적으로 무시되고 있는 것이 우리 사회의 관행이다.

가. 사법절차상의 적법절차 위반의 제도적 토양

필자는 사법제도의 운영과정에 있어서 적법절차의 원리가 무시되는 관행은 그 원초적 이유가 사법조직상의 결합에서 유래한다고 믿는다. 행정관료적 성격을 가지는 검찰의 경우는 특수성을 인정하더라도 그 독립성이 강조되는 법원의 판사임명·승진·전보제도는 생각해 볼 점이 많다고 본다. 판사의 직급이 지나치게 세분화 단계화되어 상급법원에의 승진을 목표로 판사들이 업무를 수행할 때 시민적 권리의 최후의 보루로서의 제몫을 해내기는 어려우리라는 생각을 하지 않을 수 없다.

또 법조인의 등용문인 사법시험의 과정과 그 연수과정이 지나치게 기계적이고 법자체의 자기 논리에의 집착성만을 요구하다 보니 특히 헌법문제 등에 관해 등한시하게 되고 절차적 합리성의 요구보다는 행정적 편의성에 경도될 수 있는 토양이 생성된다고 보고 싶다. 이 점과 관련하여 과거 법조전문지에 사건을 토로한 내용을 문제삼아 새로 발령된 임지에서 하루만에 다른 임지로 재차 발령을 낸 것이라든지 최근 지방법원 지원에 근무중인 한 판사를 그 관례에 어긋나게 다른 임지로 전보시킨 것은 일반적인 상식을 가진 사람이라면 전후 사정을 감안하건대 누구나가 보복적 인사로 볼 수 있고 이와 같은 절차적 합리성을 무시하는 관행이 그 보호에 누구보다도 앞장 서야 할 법원에서 행해지고 있는 것은 우리 사회에서 적법절차 무시의 현주소가 어디쯤인가를 알 수 있게 한다.

또한 이와 관련하여 사법부처가 법에 명시된 재결기간을 어기는 태도도 문제삼지 않을 수 없다. 최근 지방자치단체장 선거와 관련한 헌법소원 등에서 보듯 헌법재판소가 법이 정해놓은 기일을 의도적으로 어기는 등의 행위는 기본권침해를 주장하는 원고측에 대한 불공정한 처사로 법집행기관이 스스로 적법한 절차를 어기고 있

음을 보여주는 예가 되기에 충분하다.

나. 형사절차상의 적법절차 위반

고문을 받지 않고 불리한 진술을 거부할 권리, 변호인의 조력을 받을 권리, 체포 또는 구속시 헌법상의 기본적 권리를 고지받을 권리, 구속이유 등을 고지받을 권리, 구속적부심사청구권 등은 수사기관의 자의와 편의에 의해 무시되기 일쑤다. 특히 소위 '시국사건'의 경우는 헌법상 명시적으로 보장된 변호인의 조력을 받을 권리 등을 노골적으로 무시하는가 하면 헌법정신을 구현한 형사소송법상의 필요적 구금시간에 대한 제한도 사실상 사문화되다시피한 실정이었다.

이러한 관점에서 볼 때, 피의자를 연행한 뒤 48시간 이내에 긴급구속영장이 아닌 통상의 영장을 발급 받아왔던 지금까지의 수사관행이 영장주의에 어긋나는 불법구금에 해당하므로 국가가 이에 대한 손해를 배상하여야 한다는 내용의 최근의 지방법원 판결¹²⁾은 대단히 고무적인 일이다. 그러나 역설적으로 보면 이와 같은 헌법무시의 경지에 대한 공권력의 기본권침해사례가 버젓이 적법한 관행인 것처럼 통용되어 오고 있다는 점을 시사한다고도 할 수 있다. 이점과 관련하여 통칭 '별건수사'의 위험성을 생각하지 않을 수 없다.

행정편의주의적 발상에 젖어 구성요건해당성을 갖추기 쉬운 경미한 사건의 증거는 손쉽게 확보할 수 있는 점을 악용하여 시국사건 등 중요한 사건에 대한 증거의 부족을 별건수사를 통해 시간을 확보함으로써 해결하려는 관행이 만연하고 있다. 이는 법관의 사전심사를 회피하는 결과가 될 뿐만 아니라 체포, 구속사유의 고지제도에도 위반된다.

또한 “도주 또는 증거인멸의 우려가 있는” 예외적인 경우로 규정되어 있는 구속제도를 너무나 ‘원칙적인’ 경우로 사용하는 것도 피의자의 무죄추정의 원칙을 무시하고 신체의 자유를 부당하게 침해하는 것으로 법치주의의 실질화를 위하여 시급히 시정되어야 할 사항이다. 최근 사회적 물의를 일으키고 있는 마광수교수 구속사건도 구속제도가 사실상의 처벌로 악용되고 있는 관행의 한 징표라 할 수 있다.

사안이 외설물에 관한 문제인 이상 증거인멸의 위험은 없는 것이고 문제는 도주 가능성인데 그가 자진출두한 점, 또 그가 국내 유수의 사립대학 교수로 1000여명에 이르는 학생들이 이번 학기에 그의 강의를 수강하고 있는 점을 고려할 때 그를 구속한 것은 구속제도의 남용이라 볼 수 있다. 또한 최근 광주지법 목포지원의 한 판사가 당한 경우처럼 헌법상의 영장주의를 의도적으로 무시하여 판사에 의해 기각된

12) 중앙일보 10월 15일자 23면.

영장을 그대로 재청구하거나 다른 판사에게 재차 청구하는 것도 적법절차를 위반한 대표적 사례로 지적될 수 있다.

형사절차상의 기본권을 침해하는 수사기관의 관행을 종식시킬 수 있는 첩경은 이러한 불법적인 방법으로 취득한 증거, 즉 적법절차를 위반한 증거의 증거능력을 전면적으로 부정하는 방법이나, 지난날의 우리 법원의 관행은 절차상의 하자는 실제적 판단에 거의 영향을 미치지 않는다는 태도라고 할 수 있다. 근자에 들어와서 헌법재판소와 일반법원이 수사기관의 불법적 관행에 대해 제동을 거는 일련의 판결을 내려주는 것은 중대한 변화로 주목된다.

2. 입법의 영역에서 제기되는 문제

입법의 영역에서 특히 문제삼을 수 있는 것은 우선 입법부의 구성과 관련된 문제들이다. 국회가 진정한 의미에서 국민의 대의기관이 되기 위해서는 각계 각층의 국민의 정치적 신조와 경제적 이익이 대변될 수 있는 체제를 구비하여야만 한다. 조직과 금력이 뒤지는 소수정당도 실질적으로 균등한 기회가 보장되는 선거에 참여할 수 있어야 한다.

국회의원 선거에서 무소속 후보에게는 정당추천입후보자의 경우보다 많은 금액의 기탁금을 규정하는 것은 평등권의 침해라고 선언한 헌법재판소의 결정¹³⁾은 이러한 정신을 간접적으로 천명한 것으로 해석된다. 금품수수 등 선거법을 공공연히 위반하는 사례에 대해서도 강력한 행정적·사법적 조치를 취하지 못한 것은 궁극적으로는 우리나라 국민의 정치적 의식 수준과도 연관이 있지만 은연중에 기존 정당에 대한 불법적인 특전을 인정하는 과거의 관행을 답습하는 결과가 되었다.

현행 전국구의원제도의 폐해도 심각하다. 통상의 선거절차를 통해서 충분히 대표되기 힘든 직능집단의 이익을 대변함과 동시에 지역구 주민이 아닌 전 국민의 이익을 총체적으로 대변함에 목적이 있는 전국구의원제도는 본래의 취지는 전면적으로 망각되고 오로지 특정정권에 대한 충성의 논공행상 내지는 공공연한 매관매직의 수단으로 전락했다. 현실이 어떠했던 전국구의원은 정당투표의 결과로 선출된 의원이기에 당선 후에 임의로 탈당하거나 소속정당을 변경하는 것은 의원자격 보유의 전제조건을 위반한 것이다. 따라서 이러한 경우에는 의원자격을 상실하도록 하여야 할 것이다.

정당간의 합당은 또다른 적법절차의 문제를 제기한다. 강학상의 정당국가화 운운

13) 1988. 9. 8 헌가 6.

의 표현을 빌지 않더라도 오늘날의 선거는 특정인물에 대한 투표에 그치지 않고 그 인물이 소속된 정당에 대한 투표의 성격이 강하다. 투표의 결과 다수당과 소수당이 탄생하고 각각의 정당에 대해 국민이 부여한 임무가 다르다. 그런데 민자당의 탄생의 예에서 보듯이 인위적인 3당의 합당을 통하여, 여·야의 역할을 스스로 변경하는 것은 구체적인 실정법의 조문에는 저촉되지 않을지 모르나 보다 근본적인 의미의 적법절차에 위반되는 행위임에 분명하다. 이렇듯 자의적이고도 편의적인 정당의 이합집산을 막아 진정한 의미의 정당정치가 확립되도록 유도하는 제도적 장치가 요청된다.

또한 불가피한 과도기적 상황에서 정정의 불안을 틈타 정상적인 헌정질서가 파괴된 상태에서 국민에 의해 구성되지 않은 “비상입법기구”에서 제정한 각종 입법은 그 실제적 정당성은 물론 절차적 정당성에 대해서도 정상의 헌정질서가 회복된 후에는 일단 헌법재판의 대상으로 삼아야 할 것이다.

입법과정상의 적법절차도 준수되어야 한다. 적정한 입법예고와 이해관계인의 실질적인 참여의 기회가 보장된 공청회가 보장되어야 한다. 특히 소위 ‘날치기 입법’은 아무리 헌법이 국회의 자율권을 존중하는 태도를 취하고 있다라도 적법절차에 위반한 것으로서 정당화될 수 없다¹⁴⁾. 적법절차에 위반하여 통과된 법률이 국민의 권리와 의무를 규율한다는 관념이 일반 국민들에게 접해질 때 사회관념은 절차적 합리성을 요구를 조소하는 방향으로 전개되고 이는 사회 전체에 법을 무시하고 회의를 분위기를 만연시키게 되어 법치주의를 위협하는 간접적 원인이 된다.

또한 논란이 되었던 남북합의서의 국회 동의 여부를 둘러싼 논쟁에서 보듯이 입헌민주주의국가에서 국민의 권리의무에 관련되고 국가 정책에 중대한 사안으로 설명될 수 있는 것을 행정부의 독자적 판단에만 맡긴 것은 입법과 관련한 적법절차위반이라 볼 수 있는 여지가 많다.

3. 행정의 영역

현대복지국가에서 행정의 역할은 그 어느 시대보다 비대해져 법치주의에 대한 전면적 재검토론까지 문제되고 있음은 살핀 바와 같다. 우리에게 있어서도 권력구조가 대통령중심제(강력한 대통령제)로 계속되어 온 특수성에 비추어 보더라도 행정

14) 정중섭, “우리나라 입법과정의 문제상황과 그 대책”, *반년간 법과 사회* 제6호, 창작과 비평사 (1992), 6-32면; 정재황, “국회의 날치기 통과 등 졸속입법에 대한 통제”, *상계서*, 33-57면 참조.

부에 의한 법집행이 민주법치국가실현에서 중요한 부분을 차지함은 중언을 요하지 않는다.

특히 연혁에서 살핀 바와 같이 법치선진국에서도 행정절차의 중요성이 인정된 것은 그리 오래되지 않았음을 감안할 때 행정절차의 적정성을 담보하기 위한 노력을 게을리 하지 않고 있음을 저의기 우려되는 점이라고 생각하지 않을 수 없다. 일반적으로 행정처분은 국민의 권리·의무와 직접적으로 맞닿아 있다는 점에서 행정의 합목적성에 입각한 편의성을 일견 인정하더라도 최소한의 절차적 요구인, 사전통지, 청문, 결정이유의 개시, 관련정보의 공개 등을 준수하는 것이 실질적 법치의 요체가 될 것이다.

최근에 전교조가임교사의 해직사태 등과 관련하여 직위해제처분등이 본인에게 소명권마저 인정하지 않은 채 결정되는 것은 적법절차에 대한 중대한 위반이라 할 것이다. 그리고 헌법상 인정된 총리의 내각임명제청권이 무시되어온 관행이 중립내각의 출범을 계기로 어느 정도 제 절차를 밟는 것은 다행스런 일이다.

4. 사인에 의한 적법절차 위반의 문제

현대 국가에서는 공권력뿐만 아니라 사적 영역이 공권력 못지 않게 실질적인 권력기관화하여 국민의 기본권을 침해하는 것이 가능하기 때문에 이에 대한 법적 규제에 관한 이론이 제시되고 실현되기도 한다. 특히 소위 정보화사회를 맞아 개인정보가 컴퓨터처리됨으로써 개인의 프라이버시권이 사기업들에 의해 침해되는 일 또한 무시할 수 없는 수준에 이르러 이에 대한 적절한 규제가 요청된다.

구체적으로 증명된 바는 없으나 일반 사기업들이 일반행정기관이 보유한 개인정보를 입수하여 입사기준이나 기타 사기업활동에 이용하는 경우가 많은 것으로 추정되는 바 이는 사기업활동에서 최소한 요구되는 적법절차를 위반하는 것으로 생각해 볼 수 있겠다.

