

State Action 이론과 기본권의 제3자적 효력

도회근
법학과

<요 약>

미국의 state action 이론은 헌법을 사인간의 관계에 적용하기 위하여 판례를 통하여 발전된 이론이지만, 최근에는 적용범위가 제한되고 있다. 우리나라에서도 공법인 헌법은 원칙적으로 사인간에는 적용되지 않지만, 예외적으로 사법의 일반조항을 통하여 간접적용된다고 보고 있다.

이 글에서는 미국의 state action 이론의 성립과정과 내용을 살펴보고, 우리나라에도 이 이론이 적용가능한가를 알아보기 위하여 미국판례에서 나타난 사례들을 우리나라 상황에서 재해석하여 보았다. 우리나라는 미국과 달리 공법과 사법의 구별이 분명하고, 위헌법률심사제도 및 각종 소송제도도 다르며, 노동·경제·남녀평등 문제 등에 관한 단행법률들이 제정·시행되고 있으므로, state action 이론을 적용할 수 있는 가능성은 매우 작으며, 기존의 다수설에 따라 간접적용설이 더 타당하다고 생각된다.

State Action Doctrine and 'Drittwirkung' of Constitutional Rights

Do, Hoe-Kun
Dept. of Law

<Abstract>

State action doctrine is developed through the Court decisions in the U.S.A. in order to apply the constitutional law to relationship between private persons, but in recent days it is applied limitedly. In Korea, the constitutional law is a public law. So it is, as a rule, not applied to private relations. But exceptionally it is applied indirectly

through the general provisions of civil law.

I study the history and content of state action doctrine and reinterpret the state action cases of the U.S.A. in Korean context to find out applicability of the doctrine to Korea.

In Korea, differently in the U.S.A., there are a sharp distinction between public and private law, different litigation systems, and various statutes on labor, economy and equal protection of women. Therefore applicability of the doctrine to Korean cases seems very low, and I thought the indirect application theory more appropriate than majority of Korean scholars support.

I. 머리말

헌법의 수범자가 누구인가 하는 문제는 궁극적으로 헌법이란 무엇인가 하는 질문을 내포하고 있기 때문에 쉽게 결론을 내리기에는 복잡한 문제이다. 그러나 일단 헌법을 국가권력 제한규범이라고 보는 관점에서 출발하면, 헌법의 주요 규율대상, 즉 수범자는 국가와 공권력이라고 말할 수 있다. 따라서 몇가지 예외를 제외하면 헌법이 국민의 기본권을 보호한다는 것은 그것이 특히 자연권으로 불리우는 평등권과 자유권적 기본권의 경우 일차적으로는 ‘국가권력으로부터의’ 침해나 제한을 금지한다는 뜻이라는 것이 분명하다.

그러므로 국가나 공권력이 아닌 사인에 의한 다른 사인의 기본권 제한이나 침해에 대해서는 원칙적으로 헌법이 간여할 문제가 아닌 것이다. 더구나 영미법과 달리 대륙법체계를 가지고 있는 우리나라의 경우 공법과 사법을 나누어 그 각각에 적용되는 법체계와 원리를 달리하고 있기 때문에, 공법인 헌법이 사법관계인 사인간의 관계에 당연히 적용되는 것은 아니다.

기본권이론이 생성되던 근대 초기에는 사회·정치·법이론이 국가권력에 대한 시민사회의 지향이라는 이데올로기의 형태를 통해서 형성되었으며, 국가와 시민사회의 분리를 통해서 국가권력에 대하여 시민사회의 상대적 자율성을 확보하려는 노력의 한 갈래로서 헌법의 기본권사상이 발전하였다는 것도 부인할 수 없는 사실이다. 이와 같은 역사적 경험과 사회적 상황은 기본권을 국가에 대한 소극적·방어적 성격은 가지는 권리로 성격지우게 하였다.

국가부문이 명령과 강제라는 제도화된 폭력을 주축으로 하는 권력관계임에 비하여 시민사회는 상호존중과 계약을 근간으로 하는 자율관계를 기초로 하고 있었다. 그리고 이러한 시민사회에 적용되는 법관계는 사법관계로서 이른바 사적 자치, 사소유권 절대, 자기책임이라는 3대 근대민법원리가 적용되는 관계이며 이러한 법관계는 국가권력의 간섭을 최대한 배제하는 가운데 성립되었다. 공권과 사권의 준별도 결국 이러한 배경 아래서 굳게 유지되었다. 그러므로 사인관계에서 발생한 기본권침해나 제한에 대하여 헌법은 속수무책일 수밖에 없었는데, 근대적 법원리에 의하면 그것은 당연한 것이었다.

그러나 사회의 발전은 근대 초기의 사회적·정치적·경제적 토대를 기초로 이루어진 기존의 법제도와 이론을 더 이상 그대로 유지할 수 없도록 하였다. 기본권분야에서의 각성도 당연히 나타났는데 기본권의 대 사인적 효력 또는 제3자적 효력이론이 그 가운데 하나

었다. 헌법상 기본권조항의 수범자를 국가에서 사인에게까지 확장하자는 것인데, 이는 지난 수세기동안 형성된 기존의 법원리와 제도를 거슬러 올라가야 하는 어려움이 뒤따르게 된다. 보수적인 효력확장 부정이론이 있을 수 있음은 물론이지만, 혁명적인 전면적 직접적 용론도 이론상 가능한 것이었다. 그러나 이때에는 정치하게 발전된 사법이론의 틀을 깨뜨림으로써 사법관계의 혼란을 초래할 가능성이 대단히 높아진다. 결국 독일에서는 일종의 타협이론으로서 헌법의 기본권조항은 사법의 일반조항을 통해서 사법관계에도 적용된다는 간접적용설이 등장하여 통설로 자리잡았으며, 우리나라도 대체로 이를 따르고 있는 형편이다.

우리는 헌법의 기본권조항이 사인간에도 적용되어야 한다는데 동의한다. 그것은 첫째, 오늘날과 같은 거대산업사회에서 국가권력 못지 않게 또는 오히려 더 사인간에 기본권침해나 제한이 발생할 수 있으며, 둘째, 그것을 방지한다면 사인에 의해 침해되는 기본권의 양은 더욱 증대될 것이고, 셋째, 그 결과 기본권보장규범인 헌법의 이념은 더 이상 실현되지 않을 것이라는 점 때문이다. 그러나 동시에 사적 관계에 헌법의 무제한적 적용은 불가능하다는 데에도 동의한다. 사적 관계에서 존중되어야 할 자율의 영역도 또한 보장되어야 할 헌법상의 가치이기 때문이다.

한편 법체계를 달리하는 미국에서는 전혀 다른 접근방법과 이론을 발전시켰는데, 결국 사인에게도 헌법의 기본권조항을 적용한다는 점에서 독일이나 우리나라와 비슷한 결론에 도달하였다. 이른바 주행위 또는 국가행위 이론(state action doctrine)이 그것이다¹⁾.

이러한 입장에서 이 글은 미국의 state action 이론의 내용과 논리를 정리해 보고²⁾, 우리나라의 헌법실시에서 미국의 사례들은 어떻게 해결될 수 있는가를 살펴 봄으로써 우리나라에 있어서 state action 이론의 의미와 한계를 드러내고, 우리나라 이론형성을 위한 교훈을 얻고자 하는 의도를 가지고 있다³⁾.

II. State Action 이론의 형성과 개념

1. State Action 이론의 형성과정

미국에서 state action⁴⁾이라 함은 그 주(state)의 입법, 행정, 사법부에 의해 취하여진 공

- 1) 우리나라 교과서들 중에는 이를 따로 국가유사설(doctrine of looks like government)이라고도 한다고 소개하고 있으나 이 용어는 미국에서는 거의 사용되지 않고 있는 듯하며, 판례와 거의 모든 학자들이 state action이라는 용어를 사용하고 있다.
- 2) 이 글에서는 미국의 대표적인 교재인 Gerald Gunther, *Constitutional Law*, 12th ed., (Westbury, N.Y.: The Foundation Press, 1991) and 1993 Supplement; William Cohen and Jonathan D. Varat, *Constitutional Law, Cases and Materials*, 9th ed., (Westbury, N.Y.: The Foundation Press, 1993); Ronald D. Rotunda and John E. Nowak, *Treatise on Constitutional Law, Substance and Procedure*, 2nd ed., 4 Vols., (St.Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992) and 1994 Pocket Part 등이 제시하고 있는 판례와 이론을 따랐다.
- 3) 미국에서도 state action에 관하여는 많은 비판이 있다. 그러나 이들은 원칙적으로 미국법체계내에서의 문제이므로 이 글에서는 그러한 논의들에 대하여는 언급하지 않기로 한다.
- 4) 우리나라에서는 이를 주의 행위 또는 국가행위라고 번역하고 있다. 미국헌법 수정 제14조에서 말하고 있는 state란 우리말로 하면 연방정부에 대비되는 '주'를 가리키는 말이 분명하지만, 미국이 연방국가라는 점에서 나온 용어상의 구별이기 때문에 우리말로 어느 어떤 말로 표현하든지 의미전달에는 차이가 없다고 생각된다. 이 글에서는 원어 그대로 state action이라고 표기한다.

식적 행위를 뜻한다⁵⁾. 이 개념이 사적 행위(private action)와 구별되는 개념으로서 헌법적 의미를 가지게 된 것은 미국헌법에 남북전쟁 수정조항(Civil War Amendment)이라고 불리는 수정 제13조(1865)·제14조(1868)·제15조(1870)가 채택되고 난 이후부터였다. 그 중에서 특히 수정 제14조와 제15조가 state action과 관련하여 문제되었다. 특히 주차원에서 적법절차와 평등보호를 보장한 조항으로 유명한 수정 제14조 제1항이 state action과 관련하여 가장 많이 논의되었는데, 이 조항은 다음과 같이 규정되어 있다.

“...어떠한 주도 미국 시민의 특권과 면책권을 박탈하는 법률을 제정하거나 실시할 수 없으며, 적법절차에 의하지 않고는 어떤 사람으로부터 생명, 자유, 재산을 박탈할 수 없고, 그 관할권내에 있는 어떤 사람에 대하여서도 법률에 의한 평등보호를 거부할 수 없다.”⁶⁾

이와 같이 “주는 ~을 할 수 없다”라는 수정 제14조의 조문형식은 적어도 이 조항의 수범자를 주(state), 즉 국가권력으로 제한하고 있다. 이에 따라 미국법원에서는, 주의 수정 제14조 위반행위는 당연히 사법심사의 대상, 즉 위 헌법조항의 적용대상이 되지만, 사인의 이와 같은 위반행위는 그것이 아무리 차별적이고 잘못된 것일지라도 수정 제14조의 적용대상이 되지 않는다고 해석해 왔던 것이다. 대륙법계와는 달리 공사법의 구별이 분명치 않은 미국이지만, 헌법조문의 위와 같은 규정형식 때문에 대륙법계 국가와 같이 사법관계에 대한 헌법조항의 적용이 제한된 것이다.

흑백 인종차별이 남북전쟁의 한 요인이었던 미국에서 남북전쟁 수정조항들에 의하여 연방차원은 물론 주차원에서 공권력에 의한 인종차별의 철폐를 규정하는 데까지는 나아갈 수 있었으나, 사회내에서 개인간에 벌어지는 차별문제에 대하여 어떻게 대처할 것인가에 관하여는 아직 확고한 원칙이 없었다. 그에 대한 책임은 의회에 넘어가 있었다. 의회는 수정 제14조 제5항⁷⁾에 따라 공무원이나 사인의 행위로부터 흑인을 보호하기 위하여 폭넓은 민권법(the Civil Rights Acts)을 제정하였다⁸⁾. 이 민권법들 때문에 생긴 몇개의 사건들은 사인에 의한 흑인의 인권, 즉 평등보호권을 침해함으로써 state action의 개념을 형성하는데 기여하게 된다.

흑인에 대한 린치와 기차·호텔·극장에서의 차별문제로 각각 형사·민사소송이 제기되었는데, 여기서 미연방대법원은 문제의 권리침해행위들은 주(state)와 무관한 순전히 사적인 행위들이며, 의회가 이러한 사적 활동을 직접 규율하는 입법을 제정한 것은 주의 행위에만 적용하도록 규정된 수정 제14조를 위반한 것이라고 하여 해당 민권법규정들을 위헌으로 판시하였다⁹⁾.

5) 헨리 J. 에이브러햄, 윌후정(윌김), 미국 대법원 판례: 기본적 인권과 재판, (이화여대, 1992), 473; Rotunda & Nowak, 353 참조.

6) 강조는 필자의 것임. 참고로 영어 전문을 소개하면 다음과 같다. “...No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”

7) “의회는 적절한 입법으로써 이 조항을 시행할 권한을 가진다.”

8) 1866년의 민권법을 시작으로 1870, 1871, 1875년에 일련의 민권법이 제정되었으며, 20세기에 들어서도 1957, 1960, 1964, 1968년에 각각 민권법이 제정되었다. 민권법이란 이름 외에도 인종평등을 위하여 각종 선거법(1965, 1970, 1975)과 1972년의 교육개혁법, 1975년의 연방차별금지법 등의 많은 민권관계법들이 있다.

9) U.S. v. Cruikshank, 92 U.S. 542, 23 L.Ed. 588 (1875); the Civil Rights Cases, 109 U.S. 3, 3 S.Ct. 18, 27 L.Ed. 835 (1883). Cruikshank사건은 흑인에 대한 린치에 가담한 자를 1970년 민권법 제6조 위반으로 기소한 사건인데, 대법원은 연방시민의 권리인 의회에 대한 고충처리를 위한 청원권 같은 권리에 대한

이 일련의 민권사건(the Civil Rights Cases)들에서 헌법규정의 사인관계에 대한 적용은 거부되고 흑인들은 모두 패소하였으나, 주정부 또는 그 기관이 직접 개인의 권리를 박탈하거나 타인에게 그러한 권리침해의 권한을 부여하였을 때에는 헌법규정을 적용할 수 있으며, 의회도 헌법상 규정된 연방의 권한에 기초하였을 때에는(예컨대 헌법 제1조 제8항과 같은 경우) 사인의 활동에 대하여 정당하게 규제할 수 있다는 점을 인정함으로써 state action의 개념형성을 향한 가교를 마련하였던 것이다.

법원이 사적인 권리침해에 대하여 위헌임을 처음 인정한 것은 주의 정당 예비선거에서 흑인을 배제시킴으로써 위헌이 선언된 1920년대였지만¹⁰⁾, state action의 개념을 법원이 폭넓게 인정하기 시작한 것은 1940년대에 들어서였다. 이때의 사건들도 역시 대부분이 수정 제14조와 제15조에 관련된 인종차별문제로부터 야기된 것들이었다. 이때부터 사인에 의한 차별행위에 대하여 법원은 공식적으로 주공무원의 행위와 연결되지 않았을지라도 수정 제14조 위반임을 선언하기 시작하였고, 이로써 사인의 행위가 정부의 활동과 연결되어 위헌이 된다는 이론이 개발되었다.

이후에도 몇차례 예비선거에서의 인종차별사건에서 state action이 언급되다가 1940년대에 들어서 Marsh 사건(1946)을 통하여 state action 이론이 하나의 확고한 이론으로 정립되게 되었다. 선거의 실시, 도시와 마을의 통치 같은 것은 주와 공식적으로 견련관계가 없는 사인에 의하여 이루어진다 할지라도 전통적으로 주권적인 정부의 기능이며, 이러한 공적 기능을 수행하는 사인은 헌법의 제약에 따라야 한다는 것이었다. 이로부터 다음 장에서 자세히 살펴보게 될 ‘공적 기능’ 이론이 정립되었다.

끝이어서 다양한 사건들을 통하여 사적 관계에 주의 입법부나 집행부, 사법부가 어떤 형태로든 관련을 맺게 되면 그 사적 관계에서 일어난 권리침해나 제한에 대하여 헌법조항을 적용할 수 있다는 이론이 나타났다. 이 이론들은 우리나라에도 이미 소개된 바와 같이 주의 명령, 조상, 허가, 협조, 보조 등의 다양한 형태를 띠며 오늘날까지도 state action의 주된 내용으로 인식되고 있다.

2. State Action 이론의 개념

관련사건들로부터 state action 이론의 개념을 정리해 보면 다음과 같다. state action 이론이란, 원칙적으로 헌법이 적용되지 않는 사인간에 행하여진 권리의 침해 또는 제한행위에 있어서, 그 행위가 정부의 기능과 같은 공적 기능의 성격을 가지고 있거나, 주의 공식적인 입법·집행·사법행위와 어떤 형태로든 의미심장하게 연결관계에 있게 되면, 그 사인의 권리침해 또는 제한행위는 state action으로서 헌법규정의 적용을 받게 된다는 것이다.

이 개념에서 다음과 같은 점을 분명히 할 필요가 있다. 첫째, ‘사인’에 의한 권리침해 또는 제한행위라는 점이다. state action 사건에서는 직접 행위자가 사인이라는 점에서 주 당

침해가 아니라 단순히 다른 합법적 목적을 위한 회합을 방해하기 위하여 공모한 행위를 연방형사범죄로서 기소하는 것은 법률을 잘못 적용한 위헌이라고 판시하였다. 민권사건(the Civil Rights Cases)은 기타 호텔이나 극장에서 차별당한 흑인들이 1875년의 민권법 제1조 위반으로 제기한 4개의 형사소송과 1개의 민사소송을 한데 묶어 심리한 사건이다. 대법원은 여기서, 수정 제14조는 오직 주의 행위만을 대상으로 하며 의회가 사적 활동에 대하여 직접 규율하는 것은 개인에 대한 연방권력의 부당한 확장이라고 판시하였다.

10) Nixon v. Herndon (1927). 자세한 내용은 III. 1.(1) 참조.

국에 의한 행위와 구별된다.

둘째, 주는 '직접' 권리침해행위를 하지 아니하였다는 점이다. 주 당국에 의한 행위일 때에는 당연히 state action이 되어 헌법의 적용을 받게 되는 것이지만, state action 사건에서 주는 직접 권리침해 행위자가 아니며 다만 간접적으로 그 행위 또는 행위자와 연결관계를 맺고 있거나, 때로는 아무 관계도 없는 경우도 있을 수 있다.

셋째, 사인에 의한 모든 권리침해행위가 모두 헌법의 적용을 받는 것은 물론 아니다. 헌법에 의하여 정당하게 권한을 위임받아 행하여진 입법이 급하고 있지 않은 한, 사인은 타인의 '권리를 침해'할 수 있는 합법적인 자유의 영역이 있다.

넷째, 주는 합법적으로 타인의 권리를 침해하는 사적 당사자의 침해행위에 대하여 중립을 지킬 수 있다. 즉, 그 침해를 당하는 당사자를 보호할 헌법상 의무를 가지지 않는다는 것이다.

III. State Action 이론의 내용

미국에서 state action을 인정하는 때에는 이미 살펴본것처럼 크게 두 가지 유형이 있다. 그 하나는 공적 기능(Public Function)론이고 다른 한 가지는 기타 여러가지 형태의 결연관계(Nexus)론이다. 각각에 해당되는 이론과 사례들을 검토해 본다.

1. 공적 기능(Public Function)론

사적 단체 또는 기업이 행사하는 기능의 성격이 주정부가 행사하는 기능과 충분히 비슷하여 본질적으로 공적 기능으로 볼 수 있을 때, 그 사적 단체나 기업의 해당활동은 헌법상의 제한에 따라야 한다는, 즉 헌법의 적용을 받는다는 이론이다.

여기에서 문제는 어떤 행위가 공적 기능에 포함되느냐 하는 점이다. 공적 기능으로 볼 수 있는 것은 전통적으로 그리고 거의 독점적으로 주정부에 의하여 수행되어온 활동과 기능들을 가리키는데, 선거제도의 운영, 도시나 마을의 통치, 공원 등의 공공시설의 운영, 배심원의 선정 등이 이에 해당된다고 본다.

(1) 정당의 예비선거

처음 공적 기능론이 적용된 분야는 정당의 예비선거(Primary)과정에서였다¹¹⁾.

최초의 사건인 *Nixon v. Herndon*¹²⁾에서는 흑인을 민주당 예비선거에서 투표할 수 없도록 한 Texas주법이 수정 제14조 위반이라고 선언되었다. 이에 따라 Texas주는 정당의 집행위원회에게 예비선거에서 투표인사격을 결정할 수 있는 권한을 부여하는 법률을 제정하였는데, 이 법률 또한 *Nixon v. Condon*¹³⁾에서 정당의 집행위원회를 주의 기관(agent)이

11) 이는 수정 제14조보다는 제15조의 선거권문제로 볼 수 있기 때문에 공적 기능론과 구별된다고 보는 입장으로서: Gunther, 898 참조.

12) 273 U.S. 536, 47 S.Ct. 446, 71 L.Ed. 759 (1927).

13) 286 U.S. 73, 52 S.Ct. 484, 76 L.Ed. 984 (1932).

되도록 하였기 때문에 수정 제14조 위반으로 인정되었다.

그러자 주는 아무 행위도 취하지 않았고 대신 주 정당의 전당대회가 흑인을 배제한 채 개최되었다. 이 전당대회는 주와는 무관한 사적이고 자발적인 기관으로 인정되어 위헌선언을 피할 수 있었으나¹⁴⁾, 9년 후 *Smith v. Allwright*¹⁵⁾ 사건에서 결국 번복되고 말았다. 이 사건에서 선거제도와 투표인 자격결정은 누가 실제로 선거를 실시하느냐에 상관없이 헌법에 따라야 하는 공적 기능이라며 백인만의 전당대회에 의한 예비선거는 수정 제15조 위반이라고 선언되었다.

그 사이에 나온 *U.S. v. Classic*¹⁶⁾은 선거의 실시가 공적 기능임을 분명히 하였다. 여기서 대법원은, 헌법 제1조 제4항에 의하여 의회에 예비선거 통제권이 부여되었고, 예비선거는 법에 의하여 선거제도의 일부가 된다고 밝히면서, 예비선거에서의 투표인 자격인정권을 추가 정당에게 위임하는 것은 주의 기능을 위임하는 것, 즉 정당을 주의 기관이 되도록 하는 것이라고 하였다.

이러한 논지는 더욱 발전하여 *Terry v. Adams*¹⁷⁾에서는 정당 예비선거 진행도중에 백인들의 자발적 클럽에서 실시한 사적인 사전 예비선거도 비록 이 클럽에 대한 주의 개입이 완전히 결여되어 있다 할지라도 수정 제15조의 제한을 받아야만 한다고 판시되었다.

(2) 마을·도시의 통치

공적 기능론의 대표적인 판례는 *Marsh v. Alabama*¹⁸⁾로 알려져 있다. 개인회사(the Gulf Shipbuilding Corporation) 소유의 마을(Chikasaw)에서 종교전단을 배부하던 여호와 의 증인교 신도에게 주의 가택침입법에 따라 이 행위를 중지하고 떠나라고 명령한 회사의 기관의 행위는 수정 제1조, 제14조 위반이라고 판결된 사건이다. 회사가 주와는 아무 건련 관계 없이 마을을 소유·통치하고 있기는 하지만, 회사 소유의 교량·철도·페리선박 등의 시설물들은 1차적으로 공공의 편익을 위해서 설치·운영되는 것이고, “이의 운영은 본질적으로 공적 기능”이기 때문에 주의 규율에 따라야 한다는 것이다. 즉, 통상 시에 속하는 기능과 활동을 회사가 대신하도록 허용되어 있는 것이고 그 지역의 영업지구는 회사소유라는 점 외에는 다른 도시의 쇼핑지구와 구별될 수 있는 것이 아무것도 없으므로 그 마을에서 일어나는 모든 활동은 언론, 종교의 자유를 보장한 수정 제1조가 완전히 적용된다는 것이다.

(3) 공원의 운영

*Evans v. Newton*¹⁹⁾에서는 공원의 관리, 운영이 사인에게 위임될 수 없는 본질적인 시의 기능이라고 판시되었다. 1911년, Georgia주의 Macon시에 Bacon상원의원의 유언에 따

14) *Grovey v. Townsend*, 295 U.S. 45, 55 S.Ct. 622, 79 L.Ed. 1292 (1935).

15) 321 U.S. 649, 64 S.Ct. 757, 88 L.Ed. 9879 (1944), rehearing denied 322 U.S. 769, 64 S.Ct. 1052, 88 L.Ed. 1594 (1944).

16) 313 U.S. 299, 61 S.Ct. 1031, 85 L.Ed. 1368 (1941).

17) 745 U.S. 461, 73 S.Ct. 809, 97 L.Ed. 1152 (1953). Jaybird Democratic Association이라는 이 백인만의 사적 클럽에서 선출된 후보자는 민주당 예비선거에서도 거의 반대없이 선출되었다고 한다.

18) 326 U.S. 501, 66 S.Ct. 276, 90 L.Ed. 265 (1946).

19) 382 U.S. 296, 86 S.Ct. 486, 15 L.Ed.2d 373 (1966).

라 백인만이 사용할 수 있는 공원(Baconsfield)이 설치·운영되고 있었는데 시당국이 공원이 사회의 이사로 참여하고 있었다. 1954년, ‘분리하되 평등’(seperate but equal) 원칙도 위헌이라고 선언된 유명한 *Brown v. Board of Education*²⁰⁾ 판결 이후 시는 이사직을 사임하고 사인으로 대처하도록 하였다. 그럼에도 불구하고 위의 사건에서는 시가 이 공원의 유지관리에 계속 관련을 맺고 있었으며, 공원은 사적 소유라 할지라도 본질상 시의 기능에 속하는 것이라고 하여, 공원의 인종차별은 수정 제14조 위반이라도 판시되었다²¹⁾.

(4) 배심원의 선정

최근 미연방대법원은 배심원에서 소수인종의 배제를 기도한 사건에서 배심원의 선정은 전통적인 정부기능이라는 이유로 state action의 존재를 인정하였다.

*Edmonson v. Leesville Concrete Co., Inc.*²²⁾에서, 피고가 배심원의 인종을 이유로 그들을 배심원에서 배제하기 위하여 전면적 배심원기피(Peremptory jury challenge)를 사용한 것은 민사사건 조정에 있어서 정부의 전통적 기능과 결부되며, 따라서 평등보호조항 위반이라고 판시하였다.

*Georgia v. McCollum*²³⁾에서도 형사피고인이 인종을 이유로 배심원에서의 배제를 구하기 위하여 전면적 배심원기피를 사용한 것이 평등보호조항이 적용될 state action으로 판단되었다²⁴⁾.

(5) 공적 기능을 부인한 사례

미국에서 1968년에서 1976년 사이에 다운타운의 영입지역을 대체하고 있던 사유의 쇼핑센터지역에서 수정 제1조의 표현의 자유가 적용되는가 하는 것이 문제되었다. 최초의 판결인 *Amalgamated Food Employees Union v. Logan Valley Plaza*²⁵⁾에서는 사실 쇼핑센터도 Marsh사건의 회사소유 마을과 똑같이 취급되어 헌법규정이 적용된다고 판시되었으나, 그 후 이 판결은 번복되었다.

*Lloyd Corp. v. Tanner*²⁶⁾에서는 이전 사건과 구별하여 반전운동가들이 사유 쇼핑센터에서 전단을 배포하려던 행위는 센터의 사용목적과 아무 관계도 없는 행위로서 수정 제1조

20) 347 U.S. 483, 74 S.Ct. 686, 98 L.Ed. 8732 (1954).

21) 이 공원은 이후 Bacon의 상속인에게 인종차별적 공원 이외의 용도로 사용하는 조건 아래 반환되었다. 대법원은 이 조치를 *Evans v. Abney*, 396 U.S. 435, 90 S.Ct. 628, 24 L.Ed.2d 634 (1970)에서, 인종차별의 계속을 약속한 것이 아니므로 수정 제14조 위반이 아니라고 판시하였다. 유언과 관련한 인종차별 사건으로는 다음 절의 *Pennsylvania v. Bd. of Trusts* (1957) 참조.

22) 500 U.S. 614, 111 S.Ct. 2077, 114 L.Ed.2d 660 (1991).

23) 505 U.S. ___, 112 S.Ct. 2348, 120 L.Ed.2d 33 (1992).

24) 여기서 법원은 피고인이 주정부와 대립하는 위치에 서 있음에도 불구하고 다음과 같은 논리에서 state action의 주체라고 판결하였다. 첫째, 소수인종과 그 사회에 가하여진 해악은 그 근원이 주법에 있는 피고인의 전면적 배심원기피권의 행사의 결과이다. 둘째, 그가 전면적 기피권을 사용할 때에는 반드시 사법체도의 보조를 포함한다. 셋째, 형사사건에서 배심원의 선정은 독특하고 헌법상 강행되는 정부의 기능이다. 넷째, 인종차별적 배심원선정으로 소수인종에게 가해진 해악은 그 인종차별이 기초행위의 결과인가 방어행위의 결과인가에 관계 없이 같다.

25) 391 U.S. 308, 88 S.Ct. 1601, 20 L.Ed.2d 603 (1968). 여기서 파업노동자들은 그들과 노동본쟁상태에 있는 쇼핑센터 안에서 피켓팅할 권리가 있다고 판시되었다.

26) 407 U.S. 551, 92 S.Ct. 2219, 33 L.Ed.2d 131 (1972).

의 보호를 받지 못한다고 하였고, *Hudgens v. National Labor Relations Board*²⁷⁾에서 이를 더욱 명확히 하여, 주가 언론자유 의 억압을 돕거나 명령, 장려하지 않은 한 쇼핑센터의 운영은 사인에 의한 공적 기능의 수행이 아니므로 노동쟁의를 위한 피케팅이라 할지라도 헌법의 보장을 받지 못한다고 함으로써 *Logan Valley* 판결을 명시적으로 번복하였다²⁸⁾.

*Jackson v. Metropolitan Edison Co.*²⁹⁾에서는 사실상 독점이며 주로부터 면허를 받았다 할지라도 사실 전기회사의 운영은 공적 기능이 아니라고 판시되었다³⁰⁾.

*Flagg Brothers, Inc. v. Brooks*³¹⁾는 채권·채무자간의 분쟁해결절차는 '전통적, 독점적' 주의 기능이 아니라고 판시된 사건이다³²⁾.

*Bell v. Maryland*³³⁾는 흑인이라는 이유로 봉사를 거부한 식당주인에 대한 항의로써 식당을 떠나지 않은 흑인이 가택침입혐의로 기소된 사건인데, 대법원은 무혐의 처리하고 새 주법에 따라 재심하도록 함으로써 state action 문제의 결정을 회피하였다. 여기서 Douglas 판사는 반(semi) 공적 기능을 가진 사인의 재산의 사용은 수정 제14조의 제한에 따라야 한다는 입장을 보였으나, Black 판사는 더 깊은 정부와의 관련성이나 기본적인 공적 기능이 없는 한 헌법상의 제한에 따르도록 해서는 안된다고 주장하였다.

2. 권련관계(Nexus)론

주가 명령, 조장, 협조, 결합, 보조금부여, 허가, 규율 등 여러가지 형태로 사인 또는 사인의 행위와 충분한 접촉관계를 가지고 있을 때, 그 사인의 행위는 state action이 되어 헌법상의 제한을 받는다는 것이다. 여기서 문제는 어느 정도 주가 개입 또는 결부되어 있어야 사인의 행위를 주의 행위로 볼 수 있는가 하는 점이다. 이를 유형별로 살펴보기로 한다. 다만 여기서 정부의 개입 또는 관련은 여러가지 형태로 서로 맞물려 있을 수 있기 때문에 엄격하게 유형화시키기는 어렵다는 점을 미리 밝혀 둔다.

(1) 명령(Commandment) 또는 조장(Encouragement)

27) 424 U.S. 507, 96 S.Ct. 1029, 47 L.Ed.2d 196 (1976).

28) 그러나 *Prune Yard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74, 100 S.Ct. 2035, 64 L.Ed.2d 741 (1980)에서는 쇼핑센터에서 평화롭게 전단을 배포하는 행위를 제지하지 못하도록 한 캘리포니아주 헌법을 합헌이라고 하였는데, 이는 각 주가 자신의 헌법으로 주민의 자유를 확대할 수 있기 때문이라고 한다.

29) 419 U.S. 345, 95 S.Ct. 449, 42 L.Ed.2d 477 (1974).

30) 최종 청문 없이 전기공급을 중단당한 여인이, 정부기관이 혜택을 정지하려 할 때처럼 전기회사도 통지와 청문이 필요하다고 주장하였으나 받아들여지지 않았다. 그러나 나중에 법원은 정부기관에 의하여 운영되는 공급회사는, 공급중단을 규정하고 있는 주법이 있다면, 공급중단 이전에 정당한 통지와 재심 청구절차를 알려주어야 한다고 판시하였다. *Memphis Light, Gas, and Water Divison v. Craft*, 436 U.S. 1, 98 S.Ct. 1554, 56 L.Ed.2d 30 (1978).

31) 436 U.S. 149, 98 S.Ct. 1729, 56 L.Ed.2d 185 (1978).

32) 창고보관료를 내지 않은 자의 상품에 대한 유치권을 가지고 있는 창고업자가 그의 점유하에 있는 채무자의 물건을 연방통일상법전(Uniform Commercial Code)에 따라 판매해 버린데 대하여, 채무자는 주가 전통적 독점적으로 주에게 유보되어온 권한을 창고업자에게 위임하였으며, 사적분쟁의 해결절차는 전통적인 분권정부의 기능이라고 주장하였다. 법원은, 많은 기능들이 전통적으로 정부에 의하여 수행되어 왔으나 '독점적으로 주에 유보된' 것은 극히 적다고 하며 이 주장을 배척하였다. 반면에 채권자의 권리 행사과정에서 주의 사법제도가 압류영장을 발부함으로써 개입하였고 영장의 집행에 정부관리가 개입한 경우(*Lugar v. Edmonson Oil Co.; Soldal v. Cook County*)에는 이 합동행위로 인하여 state action이 된다고 한다. 다음 절의 '명령 또는 조장'과 '협조관계' 참조.

33) 378 U.S. 226, 84 S.Ct. 1814, 12 L.Ed.2d 822 (1964).

사인의 권리침해행위가 정부에 의하여 명령 또는 조장되었다고 판단되는 경우이다. 이에는 입법·사법·집행의 모든 정부부서가 다 해당된다.

1) 주의 입법에 의한 명령 또는 조장

*Peterson v. City of Greenville*³⁴⁾과 *Robinson v. Florida*³⁵⁾에서 각각, 식당에서의 인종분리를 규정한 입법에 따라 소수인종을 차별한 식당주인의 행위와, 소수인종에게 별도의 화장실을 사용토록 한 입법에 따라 별도 화장실을 사용토록 한 사인은 모두 state action에 해당된다고 판단되었다.

2) 주의 집행기관을 통한 명령 또는 조장

*Lombard v. Louisiana*³⁶⁾는 식당주인의 인종차별적 서비스에 대하여 항의하는 연좌시위자들을 가택침입혐의로 기소한 사건인데, 시의 공무원이 시위 이전에 연좌농성에 대하여 비난하고 시가 가택침입법의 적용을 준비하고 있다고 언급하였으면, 이는 법규를 차별적으로 적용하도록 식당주인을 공식적으로 조장한 것이라고 보고, 연좌시위자들의 가택침입혐의는 부인되었다.

*Skinner v. Railway Labor Executives' Association*³⁷⁾에서는, 연방철도청(Federal Railroad Administration)이 규정으로 사실 철도회사에게 강제는 아니지만 특정 안전규칙을 위반한 철도원에게 호흡 및 소변검사를 실시할 수 있는 권한을 위임한 경우, 사실 철도회사의 그러한 약물검사행위는 그 절차와 정책이 수정 제4조의 제한에 따르도록 하기에 충분할 만큼 연방정부와 관련되어 있다고 판단되었다³⁸⁾.

3) 사법부의 명령 또는 조장

우리나라에 사법부관여설이라고 알려져 있는 바와 같이 사법부가 사인에게 주에 의해서 행하여지면 헌법위반이 될 수 있는 특정의 행위를 하도록 명령함으로써 타인의 헌법상 권리에 대한 침해가 발생하면 state action이 존재한다는 것이다.

*Shelley v. Kraemer*³⁹⁾가 대표적인 사건인데, 백인들만의 토지거래를 허용하는 제한적 약관에 가입한 사람들 중의 한 사람이 이 약관을 어기고 흑인에게 토지를 팔았을 때, 다른 약관가입자들인 토지소유자들이 흑인 매수인을 상대로 토지소유금지 소송을 제기한데 대하여, 대법원은 그와 같은 차별적 계약의 이행을 강제하는 법원의 명령은 인종차별을 허용하는 사법부의 명령이 되므로 수정 제14조 위반이라고 판시하였던 것이다.

*Barrows v. Jackson*⁴⁰⁾에서도 인종차별적 계약문제가 다시 제기되었다. 소수인종에게 토

34) 373 U.S. 244, 83 S.Ct. 1119, 10 L.Ed.2d 323 (1963).

35) 378 U.S. 153, 84 S.Ct. 1693, 12 L.Ed.2d 771 (1964).

36) 373 U.S. 267, 83 S.Ct. 1122, 10 L.Ed.2d 338 (1963).

37) 489 U.S. 602, 109 S.Ct. 1402, 103 L.Ed.2d 639 (1989).

38) 그러나 이 사건에서 회사의 약물검사정책과 집차는 헌법심사에 따라야 하지만, 대법원은 그 정책과 절차가 위헌이 아니라고 판단하였다. 그것은 철도원의 프라이버시보다 정부의 중대한 이익(compelling interest)이 더 크기 때문이라고 하였다.

39) 334 U.S. 1, 68 S.Ct. 836, 92 L.Ed. 1161 (1948).

지를 판 백인에게 다른 제한적 약관가입자가 계약위반에 기한 손해배상청구소송을 낸데 대하여, 법원은, 손해배상을 강행하도록 허용하거나 요구하는 것은 소수인종에게 대한 판매를 거부토록 명령 또는 조장하는 것과 동일하며 이는 수정 제14조 위반의 state action 이라고 판시하였다.

일련의 Girard 대학 사건은 state action과 관련된 여러가지 관점을 보여주었다. 처음에, Girard의 유언으로 설립된 가난한 백인남자고아들을 위한 사립학교(Girard College)가 필라델피아시 이사회에 의하여 관리되는 것은 주에 의한 인종차별이라고 판시되었다⁴¹⁾. 이에 따라 관할법원인 주의 고아법원(the Orphans' Court)의 명령에 의하여 이사회를 사인으로 대체한 후 여전히 인종차별적으로 운영되었는데, 이에 대한 소송에서 하급법원은 고아법원의 명령을 정당한 것으로 받아들였고 이에 대한 상고에서 대법원도 사건이송(certiorari)을 거부함으로써 하급법원의 판결을 지지하였다⁴²⁾. 그러나 10년후에 제기된 또 다른 사건에서 항소법원은, 고아법원의 이사교체 지시가 인종차별에 의미심장하게 개입됨으로써 위헌적인 state action이 되었다고 판시하고 대법원도 이를 인정함으로써 앞의 결정은 번복되었다⁴³⁾.

Lugar v. Edmondson Oil Co., Inc.⁴⁴⁾에서는, 버지니아주의 식유회사가 채무자에게 소송을 제기하여 채무자의 재산에 대한 가압류 영장을 발부받아 지구 보안관에 의하여 그 영장을 집행하였는데, 이때 가압류절차에서 주법원과 공무원이 개입한 것이 채무자에 대한 적법절차 위반의 state action이 된다고 판시되었다⁴⁵⁾.

반면, 사법적 명령에서 state action을 부인한 사례로서 Martinez v. California⁴⁶⁾가 있다. 주의 가식방위위원회의 결정으로 가식방된 자가 5개월 후 한 소녀를 살해한 데 대하여, 가식방위위원회의 결정은 소녀의 죽음과 관련된 state action이 아니라고 판시되었다⁴⁷⁾.

(2) 허가(Licensing)와 규제(Regulation)

미국에서는 허가기업이나 개인에게 그의 활동이나 정책의 일부가 정부에 의하여 규율된다고 하는 이유만으로는 헌법상의 제한에 따르게 할 수 없다고 보고 있다. 이 절에서는

40) 346 U.S. 249, 73 S.Ct. 1031, 97 L. 1586 (1953).

41) Pennsylvania v. Board of Trusts, 353 U.S. 230, 77 S.Ct. 806, 1 L.Ed.2d 792 (1957).

42) Pennsylvania v. Board of Trusts, 391 Pa. 434, 138 A.2d 844 (1958), appeal dismissed and certiorari denied, 357 U.S. 570, 78 S.Ct. 1383, 2 L.Ed.2d 1546 (1958).

43) Pennsylvania v. Brown, 392 F.2d 120 (3d Cir. 1968), certiorari denied, 391 U.S. 921, 88 S.Ct. 1811, 20 L.Ed.2d 657 (1970).

44) 457 U.S. 922, 102 S.Ct. 2744, 73 L.Ed.2d 482 (1982).

45) 이 사건에서 법원은 2 부분 검증법(two part test)을 적용하였다. 첫째, 권리침해가 주가 창설한 권리 또는 특권의 행사에 의해서, 또는 주가 부과한 행위규제에 의해서, 또는 주의 책임하에 있는 자에 의해서 야기된 것이어야 한다. 둘째, 문제의 권리침해자는 그가 주공무원이거나, 주공무원으로부터 중대한 도움을 받았거나, 그와 함께 행위하였기 때문에, 또는 그의 행위가 그렇지 않았다면 주에게로 책임이 돌아갈 행위였기 때문에 정당하게 state actor라고 불리워질 수 있는 사람이어야 한다. Lugar 사건은 첫째, 법률이 창설한 가압류의 절차적 체계가 state action의 산물이며, 둘째, 재산압류에서 주공무원과 합동행위를 하였기 때문에 이 두 부분 검증법을 만족시켰다. 앞 절에서 Flagg Brothers 사건은 이점에서 Lugar 사건과 구별된다. 한편, 채권자의 채무자에 대한 권리행사에서 경찰관리의 도움을 얻었을 때 state action을 인정한 Soldal v. Cook County는 뒤의 '협조관계' 참조.

46) 444 U.S. 277, 100 S.Ct. 553, 62 L.Ed.2d 481 (1980).

47) 가식방위위원회의 결정 자체는 state action이지만, 가식방자의 상태를 정확히 판단하지 못했다는 사실이 직접 타인의 헌법상 보호된 이익을 침해한 사실과 연결되는 것은 아니라는 것이다.

주로 state action을 부인한 사례를 살펴 본다.

다만, *Public Utilities Commission v. Pollak*⁴⁸⁾에서, 대법원은 워싱턴 D.C.에서 허가받은 버스·전차회사가 버스·전차 안에 방송시설을 한데 대하여 승객이 프라이버시 침해물 이 유로 제소했을 때, 정부의 회사에 대한 규제가 그 회사의 행위를 헌법적 제약에 따르게 하는 정부행위를 구성한다고 하면서도, 방송행위 자체는 헌법과 모순되지 않는다고 판결한 바 있다⁴⁹⁾.

*San Francisco Arts & Athletics, Inc. v. U.S.Olympic Committee*⁵⁰⁾에서는 미국 올림픽 위원회에만 ‘올림픽’이란 말과 상징을 독점적으로 사용하도록 하고 위원회의 허락 없이 다른 사람들은 이의 사용을 금지한 연방법률의 합헌성이 문제되었다. 여기서, 올림픽위원회가 연방정부에 의해 특허와 규율을 받고 있고 연방정부로부터 기금 일부를 보조받고 있다 할지라도, 위원회의 용어와 상징사용허가 또는 철회행위에는 연방정부의 개입이 없으며, 그 행위는 정부기능도 아니고 그의 결정이 정부에 의하여 직접 영향받는 것도 아니므로 수정 제5조의 적법절차 조항의 적용을 받지 않는다고 판시되었다.

*Moose Lodge Number 107 v. Irvis*⁵¹⁾에서는, 주의 주류취급면허를 받은 사설 클럽의 인종차별행위에는 주정부의 개입이 없으며, 면허부여행위가 인종차별을 조장하거나 소수인종에게 해악을 야기시키지는 않았다고 판시되었으며, *CBS, Inc. v. Democratic National Committee*⁵²⁾에서는, 반전단체의 광고를 거부한 방송국의 행위는 수정 제1조 위반이 아니라고 판시되었다⁵³⁾.

(3) 협조관계(Multiple Contacts or Symbiotic Relationships)

개인이 정부와 다양한 물리적·경제적 접촉을 가질 때, 그 사인의 행위가 정부행위로 취급되는 경우가 많이 있다. 정부와의 접촉이 어느정도 의미심장해야(significant) state action이 되는가에 대한 명백한 기준은 없다. *Burton v. Willmington Parking Authority*⁵⁴⁾에서 Clark판사가 언급하였듯이 “사실들을 걸러내고 상황을 저울질함으로써만이(only by sifting the facts and weighing the circumstances) 사적 행위에 대한 주의 분명치 않은 개입에서 그 진정한 의미심장성을 판단할 수 있을 뿐이다.”

*Burton v. Willmington Parking Authority*는 상호접촉 또는 협조관계의 대표적 사례로 일컬어지고 있다. 정부(Delaware주 Willmington시)의 주차시설의 일부를 임차한 개인식당이 흑인에게 서비스를 거부한 이 사건에서, 식당활동이 정부와 충분한 접촉을 보여 주었으므로 그 인종차별행위는 헌법적 제약에 따라야 하는 state action이라는 것이다. 이 판결은 사인과 정부와의 접촉의 강도를 측정함에 있어서, ① 공유의 재산의 임대, ② 임대조건

48) 343 U.S. 451, 72 S.Ct. 813, 96 L.Ed. 1068 (1952).

49) 이 판결은 state action의 존재를 인정하면서도 문제행위를 지지한 유일한 판례라고 한다. *Rotunda & Nowak*, 576.

50) 483 U.S. 522, 107 S.Ct. 2971, 4 L.Ed.2d 427 (1987).

51) 407 U.S. 163, 92 S.Ct. 1965, 32 L.Ed.2d 627 (1972).

52) 412 U.S. 94, 93 S.Ct. 2080, 36 L.Ed.2d 772 (1973).

53) 이 판결에서 방송국에 대한 연방정부의 허가나 규제가 state action이 되느냐에 대한 다수의견은 없었으나 3명의 판사는 연방의 규제가 문제행위를 조장 또는 승인한 것이라고 하였고, 2명의 판사는 수정 제1조 위반의 정부행위와 관련이 있다고 하였으며, 나머지 3명은 약간의 정부행위를 추정할 수 있다 할지라도 광고를 거부할 수 있는 편집의 자유가 있다고 하였다.

54) 365 U.S. 715, 81 S.Ct. 856, 6 L.Ed.2d 45 (1961).

에서 정부목적과의 부합여부, ③ 정부의 후원, ④ 정부와의 상호이윤획득 등을 검토함으로써, state action의 결정에 하나의 기준을 제시한 판례로 평가되고 있다.

Reitman v. Mulkey⁵⁵⁾에서는 주민발의로 개정된 캘리포니아주 헌법의 수정 제14조 위반 여부가 논란이 되었다. 1964년, 캘리포니아 주민의 발의로, 완전한 재량하에 선택한 자에게 부동산의 매매와 임대를 거절할 수 있는 권리를 추가 거부할 수 없도록 하는, 즉 차별적 주택매매 및 임대차를 가능하게 하는 헌법개정법안(Proposition 14)이 채택되었다. 이 법은 개인에게 인종차별을 할 수 있는 권리를 부여하였고, 주로 하여금 사적인 인종차별을 조장하고 의미심장하게 개입하도록 하였으므로 위헌이라고 판시되었다.

Soldal v. Cook County⁵⁶⁾에서는 경찰관이 채권자를 도와 채무자의 재산을 압류할 때, 이 경찰관과 채권자의 합동행위는 state action이 된다고 판시되었다. 이 합동행위에 의한 재산압류는 그것이 헌법상 합리적인 재산압류에 요구되는 적절한 보장과 함께 수행되지 않으면 적법절차와 수정 제4조 위반이라는 것이다⁵⁷⁾.

한편, 협조관계가 부인된 사례로는 다음과 같은 것들이 있다.

NCAA v. Tarkanian⁵⁸⁾에서는 전국대학체육협회(NCAA)의 state action을 부인하였다. 사적 당사자인 NCAA가 감사결과 네바다주립대학 라스베가스분교(UNLV)의 농구프로그램의 부적절함을 발견하고, UNLV에게 농구팀 코치(Tarkanian)에 대한 2년간 자격정지를 지시하자 UNLV측은 이를 받아들였으나 코치는 이에 불복, 적법절차 없이 자신의 자유와 재산이 박탈되었다고 제소하였다. 이때 사적 행위자인 NCAA의 행위를 state actor인 UNLV의 행위로 돌릴 수 있는 공모나 합의와 같은 아무런 요인도 없기 때문에 NCAA의 징계지시는 state action이 아니라고 판시되었다.

Deshaney v. Winnenbago County Department of Social Services⁵⁹⁾에서는 적법절차조항이 정부로 하여금 어떤 사인의 생명, 자유 또는 재산을 다른 사인의 침해로부터 보호해 주도록 하지는 않는다고 선언하였다. 공무원인 사회사업국 직원이 이혼한 아버지의 보호하에 있는 아동(Deshaney)이 학대받고 있다는 사실과 상해사실을 확인, 보고는 하였으나 그를 보호하기 위한 아무런 조치도 하지 않은데 대하여 적법절차 위반으로 제소되었는데, 법원은 아동이 정부의 보호(후견) 아래 들어오지 않은 이상 사인과의 공모를 인정할 수 없다며 이 주장을 배척하였다.

(4) 보조(Subsidies or Aid)

정부가 사적 행위자에 대하여 직접적인 보조를 하거나 일반적이 아닌 특정한 보조금을 주는 경우 그 사인의 행위는 state action이 된다. 이때 보조가 일반화된 서비스의 양보다

55) 387 U.S. 369, 87 S.Ct. 1627, 18 L.Ed.2d 830 (1967).

56) 506 U.S. —, 113 S.Ct. 538, 121 L.Ed.2d 450 (1992).

57) 이는 이동주택(mobile home) 소유자가 정당하게 발부된 영장 없이 이동주택 주차장 주인이 보안관보의 협조를 얻어 자신의 이동주택을 주차장 밖으로 끌어낸데 대하여 수정 제4조 위반으로 제소한 사건이다. 여기서 대법원은 만장일치로 보인관보와 채권자의 합동행위가 state action을 구성하는데 충분한 공모의 증거라고 판단하였다. 채권자가 정부의 집행기관이나 사법제도를 통하여 채무자의 재산을 압류할 때는 state action을 수반하며 적법절차에 따라야 한다는 그밖의 판례로는 이미 언급한 Lugar 외에도 Connecticut v. Doehr, 501 U.S. 1, 111 S.Ct. 2105, 115 L.Ed.2d 1 (1991); Peralta v. Heights Medical Center, Inc., 485 U.S. 80, 108 S.Ct. 896, 99 L.Ed.2d 75 (1988) 등이 있다.

58) 488 U.S. 179, 109 S.Ct. 454, 102 L.Ed.2d 469 (1988).

59) 489 U.S. 189, 109 S.Ct. 998, 103 L.Ed.2d 249 (1989).

이느정도 더 커야 하는가를 결정하는 기준은 없다.

Moose Lodge 사건의 판결을 전후하여 하급 연방법원들은 인종차별적인 사적 결사에 대하여 현금보조와 동일한 '특정한' 세금면제는 할 수 없다고 판결하였다(60).

Norwood v. Harrison⁶¹)에서 교재를 무상공급하도록 되어 있는 주립 아래에서 인종차별 학교 재학생에 대한 무상교재공급은 무효라고 판시되었다. 종교학교에 대한 무상교재공급은 종교의 자유라는 헌법적 가치를 지니고 있으나 인종차별학교는 헌법적 보호를 받을 만한 중대한 이익을 가지고 있지 않기 때문이라고 한다.

Gilmore v. City of Montgomery⁶²)에서는 일시적이라 할지라도 인종분리집단에게 공공 시설의 독점적 사용을 허가하는 것은 그에 대한 보조금을 주는 효과를 주므로 위헌이라고 판시되었다.

반면, 미연방대법원은 정부로부터 보조금을 지급받는다고 하여 반드시 그 사인의 행위가 헌법적 제약을 받는다고는 생각하지 않는듯하다. 즉 더 깊은 정부와의 견련관계가 있지 않으면 안된다는 것이다. 이와 같은 이유로 보조를 받아도 state action이 부인된 사례로는 다음과 같은 것들이 있다.

Rendell-Baker v. Kohn⁶³)의 경우, 학교운영예산의 90% 이상이 공공기금으로 충당되며, 공권력의 규제를 받고 있는 문제학생을 위한 사립전문학교에서, 교사를 해임한 행위는 state action이 되지 않는다고 하였다. 이 학교는 영업을 주로 정부와의 계약관계에 의존하는 개인회사들과 근본적으로 다르지 않으며, 사적 계약자가 공적 계약을 수행하는데 의미심장하게 또는 전적으로 매달린다고 하는 이유 때문에 그의 행위가 정부의 행위로 되는 것은 아니라는 것이다.

Blum v. Yaretsky⁶⁴)에서, 주로부터 의료보호를 받는 환자의 간호를 위해 기금상환을 받고 있는 사설 간호기관이 그 환자를 더 열악한 의료혜택을 받는 기관으로 이전시키도록 한 조치는 수정 제14조의 실차적 적법절차 문제를 야기시키지 않는다고 판시되었다. 간호기관의 환자이전결정은 주가 세운 기준에 의한 것이 아니라 전문가적 기준에 의한 사적 당사자의 의료상의 결정으로서, 이 결정에 주가 강제력이나 의미심장한 조장을 가하지 않은 이상 주의 책임으로 돌릴 수 없다는 것이다.

IV. 우리나라의 관점에서 본 State Action 판례 분석

우리 나라에서는 아직 기본권의 제3차적 효력에 관한 판례가 거의 축적되어 있지 않기 때문에 이 문제가 어떻게 해결되고 있는지를 분석할 자료가 거의 없는 형편이며, 다만 이론적으로만 대체로 독일 이론을 받아들이고 있는듯하다. 이 자리에서는 미국의 state

60) Pitts v. Department of Revenue, 333 F.Supp. 662 (E.D.Wiss. 1971); McGlotten v. Connally, 338 F.Supp. 448 (D.D.C. 1972); Falkenstein v. Department of Revenue, 350 F.Supp. 887 (D.Or. 1972), 항소기각, 409 U.S. 1099, 93 S.Ct. 907, 34 L.Ed.2d 681 (1973). 그러나 이 클럽들은 경찰, 소방과 같이 일반화된 정부의 서비스는 다른 사적 길사들과 마찬가지로 받을 수 있으며 이는 금지된 state action을 구성하지 않는다.

61) 413 U.S. 445, 93 S.Ct. 2804, 37 L.Ed.2d 723 (1973).

62) 417 U.S. 556, 94 S.Ct. 2416, 41 L.Ed.2d 304 (1974).

63) 457 U.S. 830, 102 S.Ct. 2764, 73 L.Ed.2d 418 (1982).

64) 457 U.S. 991, 102 S.Ct. 2777, 73 L.Ed.2d 534 (1982).

action 판례에 나타난 사례들과 비슷한 사건이 우리 나라에서 발생할 경우에 어떻게 해결하는 것이 바람직한지를 살펴 보려고 한다.

1. 공적 기능론 사례

미국 판례 중 배심원 선정이나 마을·도시의 통치 같은 문제는 우리 나라의 상황과 무관하지만, 정당이나 공원의 운영 같은 문제는 어느 정도 비슷한 상황이 벌어질 가능성이 있어 보인다.

정당내의 각종 공직선거 후보자를 추천 또는 선출하는 과정에서 정당이 당원의 기본권을 침해하는 경우가 있을 수 있다. 정당의 당헌·당규에 그러한 규정이 있거나 또는 그러한 규정이 없더라도 실제로 기본권을 침해하는 형태로 후보자가 선정되었다면, 이 때에 기본권을 침해당한 자는 정당을 상대로 위헌소송을 제기할 수 있는가, 아니면 민사소송으로 해결하여야 할 것인가?

이러한 경우, 첫째, 우리 나라에는 정당의 공직선거 입후보자 공천과정을 규율하는 법규가 없고, 둘째, 정당은 국가기관이 아니므로, 헌법이 직접 적용될 가능성은 거의 없다. 따라서 민사소송을 통해 권리구제를 받을 수밖에 없다고 보면 헌법의 기본권규정은 민사법규정을 통해 간접적용된다고 보아야 할 것이다.

사실 공원의 이용차별과 같은 경우가 우리 나라에서 일어날 수 있을지 모르겠으나, 만약 그러한 경우 지방자치단체가 사실 공원의 설치에 단순히 허가나 특허 처분 이외에 다른 조치가 없었다면 그 차별은 공원소유자의 자유에 해당되어 사법적으로 다룰 수 없다고 생각되지만, 그러한 차별이 지방자치단체의 조례나 처분 등에 기초한 것이라면 그 조례나 처분이 위헌명령규칙처분심사의 대상이 되는 것은 다음에 살펴 볼 당국의 입법·집행에 의한 명령 또는 조장과 마찬가지로 보아야 할 것이다.

결국 '공적 기능'이라는 개념은 우리 나라에서는 아직 낯선 개념으로서, 이 개념으로 기본권의 사인간의 효력을 다루는 것은 대단히 어렵고, 만약 이러한 사례들이 일어난다 하더라도 우리 나라에서는 민사소송을 통한 헌법의 간접적용 또는 위헌명령규칙심사로 해결하는 것이 오히려 더 나을 것이라고 생각된다.

2. 견련관계론 사례

미국에서 견련관계로 분류되는 사례들은 우리에게도 충분히 일어날 수 있는 사례들이다.

우선 명령과 조장의 경우를 살펴보면, 우리 나라에서 사인이 정부의 입법 또는 집행에 의해 타인의 기본권을 침해한 경우, 피해자는 그 입법이나 처분에 대해 헌법소원, 위헌법률 또는 명령규칙처분심사를 청구해야 할 것이다.⁶⁵⁾

사법부의 관여로 분류되는 제한적 약관 사례의 경우, 우리 나라에서라면 이 소송은 전형적으로 민법의 일반조항, 즉 공서조항이나 불공정 법률행위 조항을 적용하여 간접적으로 헌법을 적용시킬 수 있는 사례에 해당된다고 생각된다.

65) 이 때 침해행위자는 법규나 정부의 처분에 따라 침해행위를 하였을 뿐 고의나 과실 또는 위법성이 없었으므로 손해배상 등의 책임은 없다고 보아야 할 것이다.

정부의 허가나 규제를 받는 사인이 타인의 기본권을 침해하는 경우에 그 침해행위를 정부의 책임으로 돌릴 수 없다고 하는 것이 미국판례의 태도인데 이 점은 우리의 경우에도 그러하다고 보아야 할 것이다. 따라서 이 경우에는 사인간의 민사관계 여하에 따라 해결되어야 할 문제이므로 만약 위헌요소가 있다면 간접적용설이 적용될 가능성이 있을 뿐이다.

정부와의 협조관계 사례는 우리 나라의 경우 사인이 정부시설내에서 정부와 임대계약하에 영업행위를 하는 구내식당이나 매점 같은 경우와 매우 비슷할 것 같다. 이 경우에도 우리 나라에서는 구내식당의 기본권침해를 사인간의 민사관계로 보는 것이 일반적이라고 생각되며, 설사 이를 정부기관의 행위라 보더라도 이는 이른바 행정법관계가 아닌 정부기관에 의한 사법관계로 보는 것이 우리 나라의 태도이므로 헌법문제가 아닌 민사법문제로 취급될 것이다. 이 경우 역시 간접적용 문제로 귀착될 수 있을 뿐이다.

일반적이 아닌 특별한 정부의 보조나 면세를 받는 사인의 행위는 state action이 된다는 것이 미국의 입장인데, 우리의 경우 이와 비슷한 사례로 정부의 보조를 받는 사립학교나 사설 복지단체들을 생각해 볼 수 있을 것이다. 이들은 특별법의 적용을 받고 있는 경우가 대부분이며 그렇다 하더라도 그들과 사인간의 기본적인 관계는 공법이 아닌 민사법관계로 본다. 그러므로 그 안에서 기본권침해가 일어날지라도 1차적으로는 그들을 규율하는 특별법과 일반민사법의 적용을 받게 될 것이므로 이 경우에도 헌법은 간접적용될 수 밖에 없을 것이다.

V. 맺는말

지금까지 state action 이론의 내용을 미연방대법원의 판례를 통하여 살펴보았다. 미국에서 어떠한 이론을 가지고 헌법규정을 사적 관계에까지 확장 적용하였는가를 살펴보았는데, 매우 다양한 접근을 해왔음을 확인할 수 있었다. 그러나 1980년대 초의 Rendell-Baker와 Blum 판결 이후, Rehnquist 대법원장이 이끄는 미연방대법원은 오히려 state action에 관하여 엄격한 입장을 고수하고 있음도 알 수 있었다. 그래서 state action의 문제를 전통적인 접근방법에서 떠나 기본권간의 비교형량문제로 접근하려는 이론, 즉 침해된 기본권과 침해한 자의 자유 사이의 형량의 문제로 이해하려는 이론도 대두되고 있는 형편이다⁶⁶⁾.

공사법의 구분이 불분명하고 헌법조문의 규정형식이 우리 나라와 다른 미국에서 기본권 규정의 효력을 확장하기 위하여 개발한 state action 이론이 우리 나라에서도 설명력이 있을까를 알아보기 위하여, 미국에서 일어나는 사례들과 비슷한 사건들이 우리 나라에서 일어난다면 우리 법체계내에서는 어떻게 처리해야 할 것인지를 대략적인 방향만 살펴 보았다.

우리 나라는 미국과 달리 공법과 사법의 구별이 분명하고 이에 따라 소송체계에서도 위헌법률·명령규칙처분심사제와 헌법소원 등의 헌법소송, 행정소송, 민사소송이 엄격히 구분되어 있다. 또 행정상의 법률관계라 하더라도 그것이 공법관계인가 사법관계인가에 따라 행정소송과 민사소송의 대상을 구분하고 있다. 그리고 노동이나 경제, 남녀고용평등 등

66) Rotunda and Nowak이 대표적인 학자들이다. 위의 책(주2), 573 이하 참조.

에 관한 많은 단행법들을 제정하여 시행하고 있다. 그러므로 우리 나라에서 사인간에 기본권침해 문제가 일어난다면, 예컨대 고용에서의 성차별 문제 같은 경우에는 우선적으로 남녀고용평등법이나 노동관계법 등의 단행법들의 적용을 받게 되며, 그 범위내에서 대부분의 문제가 해결될 수 있다. 그래도 기본권구제가 불충분하다면 해당법규의 위헌성 여부를 헌법재판소에 문의해 볼 수 있을 것이다.

만약 해당법규가 없다면 그 때에는 일반 민사법관계의 적용을 받게 된다. 이 때 state action 이론 등 기본권의 제3자적 효력 문제가 등장할 수 있는데, 헌법의 규정형식, 법체계, 소송제도 등이 다른 우리 나라에서는 위에서 살펴 본 바와 같이 state action 이론을 적용할 수 있는 가능성이 매우 작으며, 기존의 다수설대로 간접적용설이 더 설명력을 갖는다고 생각된다.

물론 헌법이 사법관계에 직접 적용될 수 있다면 가장 바람직스럽지만, 이 글에서는 논외로 하고 우리 나라에서 state action 이론의 한계만을 밝히는데 그치기로 한다.

참 고 문 헌

- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 1996
 김철수, 헌법학신론, 박영사, 1996
 허영, 한국헌법론, 박영사, 1996
 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 1995
 헨리 J. 에이브러햄 지음, 윤후정 옮김, 미국 대법원 판례; 기본적 인권과 재판, 이화여자대학교 출판부, 1992
 William Cohen and Jonathan D. Varat, Constitutional Law, Cases and Materials, 9th ed., Westbury, N.Y.: The Foundation Press, 1993
 Gerald Gunther, Constitutional Law, 12th ed., Westbury, N.Y.: The Foundation Press, 1991 and 1993 Supplement
 Ronald D. Rotunda and John E. Nowak, Treatise on Constitutional Law, Substance and Procedure, 2nd ed., 4 Vols., St.Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992 and 1994 Pocket Part
 United States Reports