

발간등록번호

11-1332522-000003-10

第 26 輯

ISSN 1738-2971

2010 *Police Science Journal*

治安論叢

第二十六輯

治安政策研究所

발 간 사

올해 경찰에서는 2010년을 '경찰 브랜드 제고의 원년'으로 선포하고 '고품격 치안서비스'를 제공하는 선진 일류경찰로의 도약을 앞에 두고 있습니다.

천안함 침몰과 올 11월 G20정상회의 개최 등 급변하는 국내외 정세 속에서, 우리 경찰은 세계 최고 수준의 민생치안과 법질서를 확립하여 대한민국 선진화를 앞당기기 위해 노력하고 있습니다.

우리 치안정책연구소도 이러한 치안환경 변화에 대응함은 물론, 중장기 치안 정책을 연구·개발하여 시의적절한 정책결정에 근거를 제공하고 있으며, 이에 '치안 성과평가체계 구축에 관한 연구' 등 4편의 논문을 엄선하여 『치안논총』 제26집을 발간하게 되었습니다.

그 동안 『치안논총』에 관심과 성원을 보내주신 분들께 항상 감사하는 마음을 가지고 있으며, 이번 제 26집에 대하여도 많은 사랑과 격려를 주시리라 믿고 있습니다.

아울러 실무부서에 알차게 활용되고 치안행정 및 경찰관련 연구 분야에서 노력하고 있는 전문가들에게도 귀중한 자료로서 도움이 되었으면 합니다.

끝으로, 그동안 연구에 전념하여 훌륭한 논문을 완성하여 주신 연구진과 논총발간에 애써주신 관계자 여러분들의 노고에 깊이 감사드립니다.

2010. 4. .

치안정책연구소장



총 목 차

- ◆ 치안성과평가체계 구축에 관한 연구5
- ◆ 공권력 발동에 있어서 엄정대응법리의 적용에 관한 연구109
- ◆ 수사초기단계 흉악범 신상공개 필요성 검토215
- ◆ 피의자 등 호송제도의 문제점 및 개선방안 연구355

공권력 발동에 있어서 엄정대응법리의 적용에 관한 연구



《 研 究 陣 》

연 구 위 원 : 박 민 영 (동국대학교)

목 차

제1장 서 설	115
제1절 문제의 제기	115
1. 최근의 상황	115
2. 엄정대응(get-tough)의 법리	116
제2절 연구의 범위와 방법	117
1. 연구의 범위	117
2. 연구의 방법	118
제2장 경찰개념의 확장과 경찰권발동	119
제1절 경찰개념	119
1. 경찰개념	119
2. 연방헌법상 기본권 조항	120
3. Mugler v. Kansas사건	122
4. Freund의 견해	123
5. 도축장 사건(Slaughter-House Case)	124
6. 소결	128
제2절 경찰권 발동의 범위	129
1. 경찰권 발동의 연혁	129
2. 대상이 되는 위해행위	130
3. 경찰주체의 지위	131
4. Lochner v. New York 사건	131
제3장 자유권 제한의 법리	135
제1절 Muehler v. Mena사건	135
1. 합리적 의심의 판단기준	135
2. 고도로 사실적이고 집약적인 심문	136
3. 대법원의 판단	137

4. 반대의견	137
제2절 경찰권 발동의 한계	138
1. Oregon v. Smith 사건	138
2. 자유권제한의 법리	142
3. 경찰권 발동의 확장	144
제4장 청소년 흉악범죄의 엄정대응의 법리	145
제1절 소년법원에서의 심리	146
1. 문제의 제기	146
2. 소년법원의 의의와 기능	147
제2절 이송방법	150
1. 소년법원의 심리포기(Judicial Waiver)	150
2. 검사의 포기(Prosecutorial Waiver)	152
3. 입법상 포기(Legislative Waiver)	154
제3절 일반법원에서의 심리	156
제4절 새로운 사법시스템	157
1. 청소년 범죄자 시스템(Youth Offender System)	157
2. 3단계 시스템	159
제5장 알코올 등 환각범죄에 대한 엄정대응의 법리	161
제1절 명정상태의 의의와 연혁	162
1. 자발적 명정상태의 의미	162
2. 변호할 적법절차상 권리	166
제2절 Montana v. Egelhoff	169
1. 사건개요	169
2. Montana 대법원의 판결	170
3. 연방대법원의 판결	171
4. 판결의 의미(주 입법부의 승리)	173

제6장	음주운전자 차량에 대한 차량몰수	175
제1절	헌법상 쟁점	175
1.	이중위험금지의 원칙	177
2.	과도한 벌금조항의 적용	180
3.	무고한 소유자를 위한 헌법상의 보호	183
4.	평석	185
제2절	주 법령상 차량몰수	185
1.	범죄자의 차량몰수에 관한 주의 법률	185
2.	New York City	186
3.	Iowa주의 경우	189
제3절	종합평가	190
제7장	사이버스페이스상 강경대응의 법리적용	191
제1절	범죄양상	191
1.	서설	191
2.	전화판매	192
3.	페이퍼콜 서비스	194
4.	인터넷·온라인 활동	195
제2절	강경대응의 법리적용	197
제8장	결론	200
1.	자유권보장의 기본원칙의 변화	200
2.	경찰개념의 확장과 공익우선의 원칙의 강화	201
3.	우리 법제에서의 엄정대응의 원칙의 적용	201
4.	평가와 전망	202
참고문헌		203

제1장 서 설

제1절 문제의 제기

1. 최근의 상황

최근 우리 사회는 경제위기에 편승한 경제범죄·생계침해 범죄의 증가와 경기 불황을 불법으로 타개하려는 조직적 범죄도 확산되고 있고, 기업 내지 산업별 구조조정 등을 둘러싼 노사관계 불안과 이익집단간의 갈등이 사회 각계각층의 대규모 집회시위 형태로 빈발이 나타나고 있는 한편, 정책 추진과정에서의 이해관계 충돌이나 이념대립이 집단행동 등 치안부담으로 이어지는 악순환이 반복될 가능성이 점증되고 있는 실정이다.

이에 대한 대책으로 정치적 논리나 여론 등과 같은 외부적 요소의 개입으로 인한 일관성이 결여된 공권력 행사는 단기적인 문제해결은 가능할 수 있으나, 장기적으로는 경찰 활동 전체에 대한 불신을 초래하게 되고, 경찰의 정치적 중립성과 독립성을 훼손시킬 수 있다. 나아가 법치주의의 근간을 손상시킬 수 있다.

최근에는 「준법질서 확립」을 위한 사회적 공감대가 확산되고 있음에도 여전히 후진적 불법 폭력시위가 잔존할 뿐 아니라, 전래에 없던 히스테릭한 반사회적 행위 내지 흉악범죄가 나타나고 있다. 치안수요의 현장에서 법집행력 강화의 필요성이 인식되고 있음에도 이를 위한 법·제도가 미비한 실정이다. 무엇보다 경찰권 발동의 기본 법리는 아직도 1960년대의 전통적인 소극목적의 원칙 등 동의 반복적 불확정개념에 치중하여 진전이 더딘 형편이고,¹⁾ 결과적으로 경찰작용에 대한 적법성 논란은 항상 제기되고 있다.

1) 전통적으로 불확정 개념에 의존하여 객관적 경험법칙을 기준으로 판단하고 있고, 그 양태와 구체적 적용한계에 대하여는 명확한 기준을 제시하지 못하고 있다 하겠다. 김용근, 집회 및 시위에 대한 경찰권 행사의 근거와 한계, 354-360(원광법학 제24권 제2호, 2008)이하 참조.

2. 엄정대응(get-tough)의 법리

우리나라와 달리 주요 선진국은 사회개혁과 법질서 확립을 위한 지속적인 노력으로 준법질서가 우리에게 비하여 월등하다 하겠다. 특히, 미국은 엄정한 법집행을 일관되게 추진함으로써 공권력에 대한 사회적 신뢰가 우리나라에 비하여 높고 불법폭력시위 등 집단분쟁 해결 및 반사회적 공격행위로부터 공공의 안녕질서를 보다 심도 있게 구축하고 있다고 평가된다.²⁾ 나아가 미국의 경찰법제는 준법질서의 확립이 경찰주체 단독의 책무로 보는 것이 아니라 통합적 국가작용의 결합체로 인식되고 있기 때문에 입법의 지침 내지 사법부의 판단기준이 될 수 있는 경찰권 발동에 관한 기본 법리의 연구가 진일보하라고 하겠다.

특히, 미국의 경찰권행사의 기조인 엄정대응의 법리(get-tough policy)는³⁾ 한국사회의 갈등해결 및 공공의 안녕질서확립을 위한 공권력발동의 법적 기준을 형성함에 있어 하나의 시론이 될 수 있다 하겠다. 특히 미국은 이질적 문화가 혼재되어 있고 무기소지가 허용되는 국가임에도 불구하고 공권력발동의 기본원칙은 철저한 응징과 강경대응을 근간으로 하는 엄정대응의 법리가 정착되어 왔다. 결과적으로 다민족국가로서의 기틀과 준법질서가 확립되었고, 최선진국가 수준의 기본권이 보장된 국가로 분류되고 있다. 요컨대, 엄정대응의 법리는 우리나라에서도 그 수용환경이 성숙되고 있고 적극적 연구검토가 필요하다고 생각된다.

2) 상세히는, Christopher Tomlins, *The Police Power: Patriarchy and the Foundations of American Government.*, Columbia University Press(2005); Santiago Legarre, *THE HISTORICAL BACKGROUND OF THE POLICE POWER*, 9 U. Pa. J. Const. L. 745(University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law February, 2007); James Stribopoulos, *In Search of Dialogue: The Supreme Court, Police Powers and the Charter*, 31 Queen's L.J. 1(Queen's Law Journal Fall, 2005); Randy E. Barnett, *THE PROPER SCOPE OF THE POLICE POWER*, 79 Notre Dame L. Rev. 429(Notre Dame Law Review February, 2004).

3) Emily A. Polachek, *Notes and Comments: JUVENILE TRANSFER: FROM "GET BETTER" TO "GET TOUGH" AND WHERE WE GO FROM HERE*, 35 Wm. Mitchell L. Rev. 1162(2009); Michael P. Rohan, *When Times Get Tough, the CBAs Here to Help* 23-MAR CBA Rec. 46 CBA Record (February/March, 2009); Brock Bosson, *SEARCH AND SEIZURE--THE EXPANSION OF POLICE POWERS UNDER THE FOURTH AMENDMENT--THE USE OF FORCE AND THE PROPRIETY OF POLICE QUESTIONING DURING A SEARCH*, 73 Tenn. L. Rev. 513(Tennessee Law Review Spring, 2006).

제2절 연구의 범위와 방법

1. 연구의 범위

이 연구는 미국의 경찰권 발동의 법리를 대상으로 한다. 이를 위하여 제2장에서는 영미법적 경찰개념을 분석하고, 경찰권 내지 공권력 행사의 의미와 법적 성격을 규명한다. 여기에서는 영미법적 경찰개념과 경찰권 발동의 범위를 고찰한다. 미국법제상 경찰이라 함은 개인적 공권은 일정한 제한이 있음을 전제로 하여 이러한 제한 중 국가 특히 '각 주(state)에서 시민에게 부과하는 기본권 제한의 권능'을 경찰이라 한다.⁴⁾ 미국의 경찰개념은 대륙법적 경찰개념과 달리 주로 사회의 수호자 내지 가부장적 권위를 토대로 형성되어 왔기 때문에 우리의 전통적인 경찰권 발동의 한계법리로 논의되는 소극목적의 원칙이 배제되는 경향이 강하다. 결과적으로 사회의 공동선(the common good)의 수호자 내지 조성자로서의 기능이 확장된 결과 발동대상도 다양한 점이 특징이라 하겠다.⁵⁾

제3장에서는 경찰권발동의 한계법리에 관하여 고찰한다. 일반적으로 미국에서의 경찰권 발동의 한계법리로는 미국연방헌법 수정 제1조의 자유권의 제한 법리를 들고 있다. 연방대법원 판례에 의하여 형성된 이 제한의 법리는 내용적 제한과 내용 중립적 제한을 들고 있는데, 전통적으로 자유방임주의적 이념을 토대로 "다른 사람의 권리를 침해하지 않는 한, 너 자신의 권리를 행사할 수 있다(sic utere tuo ut alienum non laedas)"는 명제에서도 출되고 있다.⁶⁾ 여기에서는 사회현상의 변화로 말미암아 전통적인 연방대법원의 기본권 제한원칙의 입장변화와 적극적 경찰권발동의 대상과 정도를 고찰하고, 궁극적으로 엄정대응의 법리전개과정을 분석한다.

제4장에서 제7장까지는 엄정대응의 법리의 구체적 적용범위를 검토한다. 엄정대응 내지 강경대응의 법리가 등장하기 시작한 것은 주로 종교적 신념과 관련하여 집회 및 결사와 관련한 쟁점이었는데, 정치적 중립성과 집행의 일관성과 단호한 공권력 발동이라는

4) The Supreme Court, 2002 Term —Leading Cases: Constitutional Law, 117 Harv. L. Rev. 226, 303 n.62(2003); Barnes v. Glen, 501 U.S. 560, 569(1991).

5) Randy E. Barnett, 앞의 주 2, 471.

6) Glenn H. Reynolds/David B. Kopel, THE EVOLVING POLICE POWER: SOME OBSERVATIONS FOR A NEW CENTURY, 27 Hastings Const. L.Q. 511(Hastings Constitutional Law Quarterly Spring 2000).

원칙이 도출된 것이다. 이 원칙이 강력범죄 내지 흉악범죄의 수사절차에 적용되기 시작하였고, 청소년흉악범죄, 명정상태 등 약물중독, 컴퓨터이용 범죄 등의 규제와 수사에 이르기까지 경찰권발동에 확대된 것이다.⁷⁾ 여기에서는 개별 근거법령별 특징과 쟁점도 일부 언급될 것이다.

제8장은 결론으로 전통적인 자유권 제한 법리에서 공익우선의 원칙을 제시한 “공공의 선이야 말로 최고의 법이다(salus populi est suprema lex)”라는⁸⁾ 결론을 토대로 엄정대응의 법리를 평가한다. 이를 토대로 우리 경찰법제에 엄정대응의 법리의 적용여부 및 그 범위를 고찰한다.

2. 연구의 방법

이 연구는 문헌분석기법을 근간으로 한다. 주로 미국의 Westlaw DB상 자료이다 (1890년부터 2009년 7월까지). 주로 학술논문을 토대로 하고 있고, 필요에 따라 유권주석집도 참조하였다. 연방대법원 판례는 법률가관을 인용하였고, 각 주의 판례 및 개별 법령은 필요한 경우 학술논문의 인용판례만 참조하였다. 다만, 미국 법조협회의 저널이나 고지문건 등은 주로 법제평가나 개정사항이나 변경판례만을 소개하고 있기 때문에 이 연구에서는 제외하였다.

연구기법은 전통적인 영미법적 분석기법은 귀납적 논리전개방식을 원칙으로 하였다. 이를 위해 경찰권발동의 대상과 정도와 관련한 대표적 판례가 비교적 상세히 언급될 수 있다.

7) Brock Bosson, 앞의 주 3, 513이하.

8) Glenn H. Reynolds/David B. Kopel, 앞의 주 6, 511.

제2장 경찰개념의 확장과 경찰권발동

제1절 경찰개념

1. 경찰개념

원래 경찰(police, Polizei)이라 함은 그의 어원을 희랍어·라틴어의 'politeia'에 두고 있는 바, 당시의 그것은 헌법 혹은 질서 있는 공동사회를 의미했다.⁹⁾ 그 후 중세 독일에 있어서는 봉건영주의 통치권과 결부되어 공공의 질서와 복리를 위한 특별한 통치권으로서의 경찰개념이 도출되었다.¹⁰⁾

16세기에 들어와서는 경찰이라는 의미는 교회행정의 권한을 제외한 일체의 국가의 행정을 의미하게 되어, 경찰은 세속적인 사회생활의 질서를 공권력에 의해 유지하는 작용 내지 집행권을 의미하였다. 17세기에 들어서면서 국가 활동의 확대와 그에 따르는 국가작용의 분화·전문화는 경찰개념을 내무행정에 국한하여 양적으로는 그 범위가 감소되었으나 질적으로는 오히려 강화되었으니, 경찰은 단순히 소극적인 치안유지를 위한 작용뿐만 아니라 적극적인 복리증진을 위한 작용까지 포함하게 되어 이른바 행정권 또는 집행권을 의미하는 광의의 관리권을 의미하게 되었다. 18세기 이후 법치국가가 성립함에 따라 유럽에서는 경찰의 임무를 소극적인 질서유지에 국한하고 적극적인 복리행정을 배제함으로써 근대 법치국가적 경찰개념이 확립되었다.¹¹⁾ 반면, 영미국가는 오늘날의 사회적 법치국가

9) Walter W. Skeat, *Etymological Dictionary of the English Language* 461-62 (new ed. rev. and enlarged 1935); Joan Corominas & José A. Pascual, *Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico* 548 (1981).

10) John Ayto, *Dictionary of Word Origins* 402 (1990); *Chambers Dictionary of Etymology* 812-13 (Robert K. Barnhart ed., 1988)

11) *Oxford English Dictionary* 22 (2d ed. 1989); Christopher L. Tomlins, *Law, Labor, and Ideology in the Early American Republic* 44(1993); M. Raeff, *The Well Ordered Police State and the Development of Modernity in Seventeenth- and Eighteenth-Century Europe*, 80 *Am. Hist. Rev.* 1221, 1235(1975).

는 단순한 위해의 방지만으로는 만족하지 않고, 오히려 사회적·경제적 발전을 적극적으로 형성하여야 할 국가적 의무를 지며 이에 따라 급부국가로 발전하게 되어, 소위 복리행정작용도 포섭하고 있으며, 사회의 도덕성을 형성하고 계도하는 집행 작용도 경찰에 속하게 되었다.¹²⁾

나아가 경찰권이라 함은 공동선의 추구 내지 공공의 안녕과 질서의 유지 등을 위하여 개인의 자유를 제한하는 법률적·사실적 행위를 할 수 있는 법률상의 힘을 뜻한다. 이러한 경찰권의 행사는 기본권의 제한을 전제로 한다. 기본권제한과 관련하여 연방헌법상 각 주의 경찰권이 기본권 내지 천부의 인권을 제한할 수 있는가가 제 일차적 쟁점이 되고 있다.¹³⁾

2. 연방헌법상 기본권 조항

최초 연방헌법 수정 제1조는 “연방의회는 국교를 정하거나 또는 자유로운 신앙행위를 금지하는 법률을 제정할 수 없다. 또한 언론·출판의 자유나 국민이 평화로이 집회할 수 있는 권리 및 불만 사항의 구제를 위하여 정부에게 청원할 수 있는 권리를 제한하는 법률을 제정할 수 없다.” 고 하여 자유권을 정의하고 있으며, 이 권리는 천부인권으로써 불가양의 권리인 자연권으로 보고 있다. 나아가 수정 제2조 내지 제10조는 구체적 기본권을 열거하고 있다(1791년 12월 15일 비준완료). 문제는 이러한 기본권조항이 있으나 그 제한의 의미와 정도에 대하여는 언급하고 있지 않고, 특히 경찰권발동의 한계를 근거할 수 있는 법제가 불비하였다. 이후 증보 수정 제14조가 기본권제한의 근거를 제시하게 되었으나 각 주의 경찰권 행사에 있어서 본조가 적용될 수 있는가와 적용될 수 있다면 어느 범위까지 경찰권이 발동될 수 있는가가 논의의 시원이다.¹⁴⁾

12) M. Raeff, *The Well Ordered Police State and the Development of Modernity in Seventeenth- and Eighteenth-Century Europe*, 80 *Am. Hist. Rev.* 1221, 1235 (1975).

13) Randy E. Barnett, 앞의 주 2, 430-31; Christopher G. Tiedeman, *A Treatise on the Limitations of Police Power in the United States Considered from both a Civil and Criminal Standpoint* 1-2 (St. Louis, F.H. Thomas Law Book Co. 1886).

14) Randy E. Barnett, *Constitutional Legitimacy*, 103 *Colum. L. Rev.* 111(2003).

가. Locke적 견해¹⁵⁾

Locke는 국가의 신성성(Great)를 전제로 국가야 말로 불편부당의 집행관으로 보고 있다. 이에 의하면 자연권의 확립은 시민에 의하여 사적 경찰로 보호되어야 하는 것이 이상적이기는 하나 이러한 권리는 개인적 경험에 한정하여 판단할 수밖에 없는 한계성과 이기적 속성으로 인하여 기본권 보호주체로서는 작용하기 어렵다고 한다. 때문에 사적 경찰은 혼돈과 무질서를 낳게 되므로 국가는 개인의 편협성과 폭력을 방지하기 위하여 작용하여 좋은 방식(good manners)와 선린(good neighborhood)의 원칙을 확립할 집행권이 불가피하며 이를 경찰이라 정의하고 있다.¹⁶⁾

Locke의 시민정부론에 의하면 문명사회의 시민정부야말로 혼돈된 상태의 무질서를 해소할 수 있는 유일한 대안이라고 하면서, 이를 위해 국가는 국민의 공복인 공무원을 통하여 공동선을 추구할 수 있는 토대를 마련해야 한다고 한다. 나아가 인간이 사회적 활동을 시작할 때부터 그들이 자연 상태에서 향유하고 있는 평등, 자유, 여기에서 파생된 천부인권을 포기할 수밖에 없으며, 궁극적으로 '사회적 선(the good of the society)'의 실현을 위하여 경찰권이 발동될 수 있다고 하였다.¹⁷⁾ 요컨대, 개인의 권리행사는 타자의 권리를 침해하지 않는 한 행사될 수 있고, 경찰권은 사인의 천부의 인권이라 하더라도 잘못된 행위를 금지하거나 적절하게 통제할 수 있는 권능이라 하였다.¹⁸⁾

나. Tiedman의 견해¹⁹⁾

15) Randy E. Barnett, *New Evidence of the Original Meaning of the Commerce Clause*, 55 Ark. L. Rev. 847, 863-65 (2003); Randy E. Barnett, *The Original Meaning of the Commerce Clause*, 68 U. Chi. L. Rev. 101, 139-43 (2001); Thomas M. Cooley, *A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest Upon the Legislative Power of the States of the American Union* (Boston, Little, Brown & Co. 1866).

16) Thomas M. Cooley, *Id.* at 572.

17) Randy E. Barnett, 앞의 주 2, 482; John Locke, *Two Treatises of Government* 326, 371(Peter Laslett ed., Cambridge Univ. Press 1988)(1690).

18) Randy E. Barnett, 앞의 주 2, 483-84; Charles Bufford, *The Scope and Meaning of Police Power*, 4 Cal. L. Rev. 269, 269, 272 (1916).

19) Randy E. Barnett, 앞의 주 2, 485-87; Christopher G. Tiedeman, *A Treatise on the Limitations of Police Power in the United States Considered from both a Civil and Criminal Standpoint* 1-2 (St. Louis, F.H. Thomas Law Book Co. 1886).

Locke적 경찰권 개념을 수용한 Tiedman은 천부의 자연권 관념에서 경찰권 발동의 한계를 구하고 있다. Tiedman은 국가의 목적은 자연권보장의 수호자로서 기능하고 있다고 하면서, 이를 위하여 국가는 인간활동의 어느 정도의 제한을 가하는 것을 필요로 하고 그래야 만이 일원적이고 합리적인 개인의 자연적 기본권을 보전하고 향유할 수 있다고 보았다. 여기에서 신성불가침의 자연권을 제한할 수 있는 정부의 권능을 경찰권이라 정의하고 있다.²⁰⁾

특히, Tiedman은 국가의 목적개념을 자유, 평등의 기본적 인권의 보장에서 확대하여 ‘일반 공중의 건강과 안전 나아가 도덕적 완결(health and safety of the general public, morals)’을 위하여 경찰권이 발동될 수 있다고 하였다.²¹⁾

3. Mugler v. Kansas사건²²⁾

19세기 후반 경찰권의 개념과 그 권한범위가 논란이 된 사건으로 Mugler사건이 있다. 이 사건은 Kansas주 정부가 주류의 제조 및 판매를 금지하는 단속처분을 한 것에 대하여, 이는 연방헌법 수정 제14조에 위반하였다는 이유로 제소한 것이다. 즉, 수정 제14에 의하면, “미국에서 출생하고 또는 귀화하고, 미국의 관할권에 속하는 모든 사람은 미국 및 그 거주하는 주의 시민이다. 어떠한 주도 미국 시민의 특권과 면책권을 박탈하는 법률을 제정하거나 시행할 수 없다. 어떠한 주도 정당한 법의 절차에 의하지 아니하고는 어떠한 사람으로부터도 생명, 자유, 또는 재산을 박탈할 수 없으며, 그 관할권 내에 있는 어떠한 사람에 대하여도 법률에 의한 동등한 보호를 거부하지 못한다.”고 하였음에도 Kansas주는 영업의 자유와 재산권 행사의 자유를 제한하고 있으므로 연방헌법에서 보장하고 있는 기본권을 침해하고 있을 뿐 아니라 주에게 부여하고 있지 않은 기본권 제한의 권한을 행사하였다는 것이다.²³⁾

상고인은 주류의 제조와 판매는 타자의 권리를 침해하는 것도 아니고, 더구나 경찰권 발동은 사회의 안전, 건강, 도덕성을 위하여 발동될 수 있는 것은 아니라 주장하였다. 이

20) Id. at 1.

21) Id. at 1-2.

22) Mugler v. Kansas, 123 U.S. 623(1887)

23) Id. at 664.

논거에 따르면 다른 사람의 자연권적 기본권을 직접적으로 침해하지 않는 한, 도박, 알코올의 소비, 매춘, 안식일에서의 영업활동 등은 보장되어야 하는 권리라 항변하였다. 때문에 피상고인이 도박을 금지하는 법령의 제정이나 이를 근거로 경찰권을 발동하였다면 이는 심각한 헌법적 훼손을 의미한다고 주장함과 아울러 경찰권 발동은 사인의 권리보호를 위하여 존재해야 함에도 불구하고 도리어 개인의 자유를 침해하였다는 것이다.²⁴⁾

연방대법원은 경찰권이 주의 권한 내에 발동될 수 있다는 점은 합헌이라 하였으나 경찰권이 발동되기 위해서는 공공에 대하여 직접적인 위해를 가하거나 제3자에게 손상을 가한 경우에 한하여 인정되는 것이라 하였다. 때문에 상업적 활동 내지 상업적 거래행위 그 자체에 대하여는 경찰권발동의 대상이 되지 않는다고 판시하였다. 나아가 주의 경찰권 발동이 기본적 인권을 제한할 수는 있으나 사회 전체를 위한 공동선(common good)을 위하여 필요하고도 적절한 범규에 근거하여 발동되어야 한다고 하였다. 따라서 공공의 복지나 통상의 사회 안전성을 위하여 경찰권은 발동될 수 없다고 하였다.²⁵⁾

4. Freund의 견해²⁶⁾

Freund는 상업 활동을 비롯하여 전적으로 사적인 개인의 보통법적 권리는 경찰권발동의 대상이 될 수 없다는 Locke적 견해를 비판하였다. Freund는 경찰권이라 함은 개인의 자연적 자유를 제한할 수 있는 권력을 의미하며, 구체적으로 어느 누구의 권리를 침해함이 없더라도 부주의하거나 비양심적인 그의 자유권을 행사하는 경우에는 이를 제한하거나 감소시킬 수 있다 하였다.²⁷⁾

요컨대, Tiedman 시절의 개인에 대한 직접적 침해가 있는 경우에 한하여 경찰권이 발동될 수 있다는 견해에 대하여 Freund는 경찰권 확장주의를 피력하고 있다.²⁸⁾ 경찰권

24) Christopher G. Tiedeman, 앞의 주 19, 260.

25) *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623, 661(1887).

26) Martin Shapiro, *The Supreme Court's "Return" to Economic Regulation*, 1 *Stud. Am. Pol. Dev.* 91, 134 (1986); Ernst Freund, *The Police Power: Public Policy and Constitutional Rights* 6(1904).

27) Howard Gillman, *The Constitution Besieged: The Rise and Demise of Lochner Era Police Powers Jurisprudence* 45-60(1993).

28) Glenn H. Reynolds & David B. Kopel, *The Evolving Police Power: Some Observations for a New Century*, 27 *Hastings Const. L.Q.* 511, 512 (2000).

확장주의는 위해의 방지를 위하거나 보통 법적 기준에서 보아 사회전체의 해당되지 않는 위해라고 하더라도 국가는 이를 제한할 수 있다는 것이다. 다만, 20세기에 들어와 그 경찰권 행사의 광범성에 대한 공감대가 형성되고 있으나 이는 법원에 의한 사법심사가 전면적으로 허용됨을 전제로 하여야 하고, 나아가 경찰권발동의 근거가 되는 입법에의 사법적 통제도 권력분립의 원칙에 위배되지 않음을 천명하고 있다.²⁹⁾ 또한 공동선의 추구를 위하여 전면적인 경찰권이 발동될 수 있다고 하더라도 경험적으로 보아 악을 위해서도 경찰권이 발동될 가능성을 경계해야 한다고 본다.³⁰⁾

5. 도축장 사건(Slaughter-House Case)³¹⁾

가. 사건개요

크레센트시회사(Crescent City Company)는 가금류의 도살업을 운영하고 있었다. 그런데 이 회사에서 지정하는 장소를 제외한 뉴올리언즈(New Orleans) 다른 지역에서의 가금류 도살을 불법으로 규정하는 주법이 1869년에 루이지애나(Louisiana) 주 의회를 통과하였다. 다른 도살업자들은 도살자체는 계속할 수 있었으나, 이 회사의 도살장에서만 일정한 수수료를 지불하고 도살을 할 수 있었다. 독립적인 시설을 운영하던 도살업자들은 수정헌법 제14조의 적법 절차 조항 아래서의 이 법의 합헌성을 다투는 소송을 제기하였으나 주 법원이 이를 기각하자, 동 사건을 대법원에 상고하였다.

원고들이 1차적 주장내용은 문제의 주 법률이 다음과 같은 이유로 인해 연방헌법에 위반되는 것이라고 주장하였다. 즉, 그 법률은 ① 연방 수정헌법 제13조에 의해 금지된 비자발적인 강제노역을 창출하고, ② 수정헌법 제14조 제1항이 인정한 연방 시민의 특권이 나 면책권(privileges or immunities)을 박탈하며, ③ 원고들에게 수정헌법 제14조 제1항이

29) Id. at 517.

30) Glenn H. Reynolds & David B. Kopel, 앞의 주 28, 514; W.G. Hastings, The Development of Law as Illustrated by the Decisions Relating to the Police Power of the State, 39 Proc. Am. Phil. Soc'y 359, 359-60(1900).

31) Slaughter-House Cases, 83 U.S. (16 Wall.) 36(1872); David S. Bogen, REBUILDING THE SLAUGHTER-HOUSE: THE CASES' SUPPORT FOR CIVIL RIGHTS, 42 Akron L. Rev. 1129 (Akron Law Review 2009).

인정한 법의 평등보호(equal protection of laws)를 부인하고, ④ 수정헌법 제14조 제1항의 규정에 반하여 원고들의 재산을 적법절차(due process of law)없이 박탈한다고 본 것이다.³²⁾

나. 판결요지

연방대법원은 5:4의 다수의견으로 수정헌법 제13조 위반 주장 및 수정헌법 제14조 위반 주장을 모두 배척하였다. 연방대법원의 다수 의견을 대표하여 판결문을 쓴 Miller 대법관은, 수정헌법 제13조의 유일한 목적은 노예제도를 철폐하는데 있으므로, 그 조항은 이 사건에 적용되지 않는다고 하였다.³³⁾

또한 수정헌법 제14조 위반이라는 주장에 대하여는 자세한 이유를 들어 설명하였는데 특히 “미국에서 태어난 모든 사람은 미국시민 및 그 거주하는 주(State)의 시민이다.”라고 규정된 동조 제1항 제1문에 초점을 맞추었다. 다수의견에 의하면 이 조문은 2가지 형태의 시민권이 존재한다는 것을 의미한다는 것이다. 즉 시민권에는 주시민권(State citizenship), 미국(연방)시민권(National citizenship)이 있다. 따라서 수정헌법 제14조 제1항의 특권과 면책규정은 주로 하여금 오로지 연방시민의 특권과 면제를 침해하는 법률을 제정하거나 시행하는 것을 금지하는 것이다. 그리고 미국 시민권에서 나오는 특권과 면책권으로 생각될 수 있는 여러 가지 권리를 다음과 같이 열거하였다. 즉, 정부에 출석하여 손해배상을 주장할 수 있는 특권, 미국의 항구에 자유로이 접근할 수 있는 권리, 연방 재무부의 여러 지부(sub treasuries), 국유지 관리소(land offices), 법원에 갈 수 있는 권리, 평화적으로 집회할 수 있고, 고통을 구제해 줄 것을 청원할 권리, 인신보호영장(writ of habeas corpus)을 신청할 수 있는 특권, 미국의 항해 가능한 수로를 사용할 권리, 미국이 체결한 조약에 의해 확보된 여러 가지 권리, 수정헌법 제13조, 제14조 및 제15조의 기타 규정에 의하여 확보된 여러 가지 권리 등이 미국시민의 자격에서 나오는 특권과 면책권에 해당된다는 것이다.³⁴⁾

32) Id. at 116.

33) 83 U.S. at 73.

34) Eugene Gressman, The Unhappy History of Civil Rights Legislation, 50 Mich. L. Rev. 1323, 1336-43 (1952).

또한 주가 지역사회의 건강, 복지 안전을 보호 하기 위하여 가지고 있는 경찰권(police power)이 이 사건에 있어서 New Orleans와 같은 대도시지역에서의 도살장 규제를 명백하게 정당화 한다고 판시하였다. 또한 New Orleans의 백정들은 이 법률에 따라 크레센트 회사 도살장 사용료로서 합리적인 수수료를 내고 그 회사의 시설에 가축을 내려놓고 도살하면 되는 것이므로 그들의 직업을 계속할 수 있고 따라서 이 루이지애나 법률은 New Orleans백정들의 권리를 박탈한 것이 없다고 판시하였다.³⁵⁾

사람이 누리는 기본권의 대부분은 그 사람의 주시민권으로부터 나오는 것이므로 그러한 권리는 연방헌법이 아니라 주 헌법에 의해서 보장되는 것이며, 주시민권에서 유래하는 여러 가지 권리는 정부가 시행하고 있는 모든 제도를 이용하고 여러 가지 보호를 받을 수 있는 시민권의 거의 모두를 포함하는 것이라고 판시하였다. 요컨대 연방대법원은 직업을 가질 자유는 연방시민권에서 나오는 권리가 아니라 주 시민권에서 나오는 권리며, 이 권리가 미국 시민권에서 나오는 것이라는 원고의 주장은 주 정부를 제한하고 격하시키는 것이 될 수 있다고 하면서 이 사건 루이지애나 법률은 미국헌법의 특권과 면책권 조항을 위반한 것이 없다고 판시하였다. 또 연방대법원은 이 법률이 수정헌법 제14조의 적법절차 및 평등보호 조항을 위반하였다는 도축업자들의 주장 역시 배척하였다. 연방대법원은 적법절차 조항은 주로 하여금 오직 절차적 적법절차가 명령하는 바에 따라서 법률을 제정하도록 보장하고 있는 것이기 때문에 문제된 법률은 적법절차에 의하지 아니하고 백정들로부터 그들의 재산이나 자유권을 박탈한 것이 아니라고 판시하였다. 즉, 수정헌법 제14조의 적법절차 조항은 주 입법부에 의하여 제정된 법률의 실제적 공정성을 보장하지는 않는다는 것이다. 연방대법원은 도축업자들의 평등보호 조항 위반 주장에 대해서도, 수정헌법 제14조의 목적은 오로지 주정부에 의한 흑인 차별대우를 방지하기 위한 것이라고 믿는다면서 이를 배척하였다.³⁶⁾

다. 반대의견³⁷⁾

35) 83 U.S. at 82.

36) *Bradwell v. State*, 83 U.S. (16 Wall.) 130, 139 (1872); *In re Taylor*, 48 Md. 28, 32-34 (1877)에서 원용.

37) David S. Bogen, 앞의 주 31, 1152-1154.

다수의견에 대하여 연방대법원장 Chase와 연방대법관 Field, Bredley 그리고, Swayne은 다수의견이 수정헌법 제14조를 좁게 해석하고 있다고 주장하면서 반대하였다.

Field 대법관은 수정헌법 제14조의 특권과 면책권조항을 다수의견과 같이 해석하는 것은 결국 이 조항을 무용지물로 만드는 것과 다름없다고 주장하였다. 그는 미국 헌법은 다수 의견이 열거한 것과 같은 특권과 면제를 이미 보장하였고, 수정헌법 제14조는 “모든 자유정부”(free government)의 시민들에게 권리로서 귀속되는 특권과 면제를 보호하는 것이라고 하면서, 이러한 특권 중에는 합법적이고 자유로이 직업을 선택할 권리가 포함된다고 주장하였다.³⁸⁾

Swayne대법관은 연방대법관이 특권과 면책권조항을 다수의견처럼 그렇게 좁게 해석하는 것을 비판하였다. 반대의견을 개진한 연방대법관들은 수정헌법 제14조는 모든 주에 있는 모든 사람들에게 법률 앞에 평등하게 보호받을 권리를 보장한 것이라고 주장하였고, 수정헌법 제14조의 기초자들은 평등보호 조항이 흑인인 시민에게만 적용되도록 제한하지 아니하였다고 믿었다. 나아가 이들 연방대법관들은 수정헌법 제14조는 모든 시민의 자연권(natural rights)과 양도할 수 없는 권리(inalienable rights)를 보장한 것이라고 믿었다. 그들의 견해에 의하면 수정헌법 제14조는 여러 주로 하여금 이러한 자연권을 제한하는 자의적인(arbitrary)법률을 제정하는 것을 금지시켰다는 것이다.³⁹⁾

라. 평석

수정헌법 제14조의 적법절차 조항은 절차적인 적법절차뿐 아니라 실체적인 적법절차를 보장하는 것이라는 연방대법관의 견해는 도살장 사건의 반대의견에서 최초로 등장하였다. 그러나 당시 연방대법원의 견해로서는 채택되지 못하였다. 또한 연방대법원은 오늘날까지도 도살장 사건에서 다수의견이 특권과 면제조항을 해석한 것과 같은 입장을 유지하고 있어서 특권과 면제조항은 주(State)법률을 심사하는 미국 헌법상의 수단으로서 전

38) Id. at 115.

39) Id. at 1153; *United States v. Cruikshank*, 92 U.S. 542, 555-56 (1875); *United States v. Reese*, 92 U.S. 214, 218 (1875); Deborah Jones Merritt, *The Guarantee Clause and State Autonomy Federalism for a Third Century*, 88 Colum. L. Rev. 1, 25(1988).

혀 기능을 하고 있지 못하고 있다.

이 판결은 1868년에 수정헌법 제14조가 제정된 4년 후인 1872년의 판결로서, 무엇보다도 미국 수정헌법 제14조에 대한 연방대법원의 첫 번째 해석이라는 점에서 큰 의의가 있다. 그러나 지금 우리가 다루고 있는 적법절차 조항 보다는 특권과 면책권조항에 초점을 맞춘 판결이었고, 이 판결이후 특권과 면책권 조항에 관한 이 판결의 좁은 해석은 그 후 수정헌법 제14조에 관한 해석론의 상당한 발전에도 불구하고 크게 손대어지지 않고 선도 판례로 존속하고 있다. 오히려 수정헌법 제14조의 해석을 통한 개인적 자유의 발전은 수정헌법 제14조의 적법절차 조항과 평등보호 조항을 통해 전개되었다. 즉, 이 판결은 수정헌법 제14조 적법절차조항 해석론의 발전에 첫걸음이 되는 판결이었다. 또한 경찰개념과 관련하여 직접적 개인의 권리침해 없는 경우라 하더라도 경찰권 발동의 대상이 될 수 있음을 허용하고 있는 경찰권 확장주의를 천명하였다는 데에 의미가 있다.

6. 소결

경찰개념과 관련하여 대륙법적 소극 목적에 의한 제한은 현재 미국법제에 따르면 이를 부인하는 경향이 지배적이라 하겠다. 물론, 경찰권발동의 핵심은 개인의 권리보호에 있는 것이라는 점에서는 맥락을 같이 하고 있지만, 이 판례에서는 공중의 보건 위생, 사회의 안전, 도덕성 함양을 위한 경찰권발동 근거가 되는 법률이 위헌이 아니라는 점을 주목할 필요가 있다.

다만, 최근의 연방대법원의 경향으로 동성 간의 성교를 금지하는 법규에 대하여 사적 영역에서의 동성 간의 성생활은 수정 제14조의 적법절차상 개인적 기본권에 속한다 하여 경찰권 발동의 대상이 아니라고 판단하고 있는데, 이는 타인의 구체적인 권리침해가 인정되어야만 경찰권 발동의 대상이 될 수 있다는 Locke적 견해를 수용하고 있는 사건도 있다.⁴⁰⁾

40) The Second Amendment, the Slaughter-House Cases (1873), and United States v. Cruikshank (1876), 1 Alb. Gov't. L. Rev. 365, 405-07 (2008).

제2절 경찰권 발동의 범위

1. 경찰권 발동의 연혁

경찰권 발동은 개괄 조항이든 개별 수권이든 의하든 법적 근거를 요한다. 연혁적으로 볼 때 경찰권 발동의 대상이 되는 행위는 반사회적 행위로서 공공의 안전과 대중의 건강, 도덕적 타락 등을 방지하거나 제거하기 위하여 발동되어 왔다. 다만, 최근의 Lawrence v. Texas사건에서는⁴¹⁾ 도덕성 함양을 위하여 경찰권을 발동하는 것은 기본권 침해라는 판례가 있음에도 불구하고 대다수의 주에 있어서는 도덕성을 보전하고 이에 대한 위해의 방지를 위하여 경찰권이 발동될 수 있다고 보는 것이 지배적이다.⁴²⁾

일반적으로 반사회적 위해행위는 그 대상에 따라 다음과 같이 분류할 수 있다.⁴³⁾

- ① 신성모독의 위해행위
- ② 연방 또는 각주에 대하여나 공공의 안위에 손상을 가하는 행위
- ③ 특정 사인에 대하여 위해를 가하는 행위 등이다.

여기에서 경찰권 발동의 대상이 되는 행위는 ②의 경우에 해당하는 것으로 현대의 경찰권 발동은 궁극적으로 국가의 풍요로움(the opulence of a state)을 제공하기 위함을 목적으로 한다.⁴⁴⁾

41) 123 S. Ct. 2472(2003); Randy E. Barnett, Justice Kennedy's Libertarian Revolution: Lawrence v. Texas, 2002-2003 Cato Sup. Ct. Rev. 21.

42) Gilbert Gunther & Kathleen M. Sullivan, Constitutional Law (13th ed. 1997); John E. Nowak & Ronald D. Rotunda, Constitutional Law (6th ed. 2000); Geoffrey R. Stone et al., Constitutional Law (3d ed. 1996); Laurence H. Tribe, American Constitutional Law (3d ed. 2000); Laurence H. Tribe, American Constitutional Law (2d ed. 1988).

43) John Erskine, An Institute of the Law of Scotland ¶16, at 705 (Edinburgh, J. Bell 1773)의 표현을 the Oxford English Dictionary에서 인용하였고, Blackstone 주석집에서 이를 확정, 12 Oxford English Dictionary(meaning 3.a); Santiago Legarre, 앞의 주 2. 751.

44) Adam Smith, Lectures on Jurisprudence 5(R. L. Meek et al. eds., Clarendon Press

2. 대상이 되는 위해행위

W. Blackstone의 유권 주석집 초판본에 의하면 경찰권 발동의 대상이 되는 행위로 다음과 같이 규정하고 있다.⁴⁵⁾

- ① 비밀결혼과 중혼
- ② 의무해태와 탈선(특히, 군사조직내에서의 인적구성요소와 관련하여)
- ③ 난맥행위
- ④ 도박
- ⑤ 동물사냥과 관련하여 법규가 정한 내기(혹은 도박)규정을 어긴 범법행위
- ⑥ 공공의 방해 행위,⁴⁶⁾ 구체적으로는 개인에 대한 위해행위가 아니고 사회전체에 대한 위해행위를 의미 한다⁴⁷⁾
- ⑦ 도로, 교량, 공용하천 등에서의 위해행위
- ⑧ 특정 사인이 아닌 공공 또는 사회 전체와 관련하여 교역이나 생산에 대한 위해행위
- ⑨ 숙박업소 또는 주점에서의 풍기문란행위
- ⑩ 복권운영과 관련된 위해행위
- ⑪ 폭발물질의 제조와 판매와 관련된 행위 등이다.

이후, 그 대상범위가 확대되어 공중의 보건위생(public health)에 손상을 야기하는

1978) (1896); Santiago Legarre, 앞의 주 2. 752.

45) William Blackstone, 1 Commentaries *43, *101; 4 id. at *7, *31; D. Benjamin Barros, The Police Power and the Takings Clause, 58 U. Miami L. Rev. 471 (2004); John J. Costonis, "Fair" Compensation and the Accomodation Power: Antidotes for the Taking Impasse in Land Use Controversies, 75 Colum. L. Rev. 1021 (1975); D. B. Fawcett III, Eminent Domain, the Police Power, and the Fifth Amendment: Defining the Domain of Takings Analysis, 47 U. Pitt. L. Rev. 491 (1986); Joseph L. Sax, Takings and the Police Power, 74 Yale L.J. 36 (1964); Arvo Van Alstyne, Taking or Damaging by Police Power: The Search for Inverse Condemnation Criteria, 44 S. Cal. L. Rev. 1 (1970).

46) William W. Crosskey, Politics and the Constitution in the History of the United States 1303 (Univ. of Chi. Press 1953); William J. Novak, The People's Welfare: Law and Regulation in Nineteenth-Century America, 167 (1996).

47) Id. at 167-68.

행위까지 확대되고 있다.⁴⁸⁾

3. 경찰주체의 지위

19세기 말까지는 경찰개념의 확장주의가 주류를 이루고 있고, 공공의 안녕질서유지, 사회의 통제와 조정, 시민의 사적 권리를 보호하는 경찰주체가 종래의 Locke적 국민의 공복 내지 국가의 대행자로서의 지위에서 소위 ‘국가의 아버지(parens patriae)’로 격상되었다고 하겠다.⁴⁹⁾

최근에 와서는 종래의 가부장적 지위에서 공동사회의 선을 형성하고 유지하도록 하는 사회적 관리자로서 집행권 향유주체를 경찰주체로 보아 적극적 경찰개념이 도입되고 있다. 요컨대, 미국의 경찰권 발동대상은 공중의 보건위생, 공서양속(good order), 사회적 설비를 유지함에 있어 공공의 평온함, 사회적 조화 등을 도출할 수 있는 법제 내지 정부적 장치와 관련된 사항이라고 포괄적으로 정리할 수 있다.⁵⁰⁾

4. Lochner v. New York 사건⁵¹⁾

가. 사건개요

뉴욕에서 제빵 공장을 소유하고 있던 Lochner는 제빵 공장 종업원에게 1주일에 60시간을 초과하여 일하게 하거나, 하루 10시간을 초과하여 일하게 하는 것을 금지하는 뉴욕 주 법률 위반으로 기소되어 주법원에서 유죄판결을 받았다. 이에 상고인은 당해 법률은 수정 헌법 제14조에 위반하였다는 이유로 제소한 것이다.

48) Gilbert Gunther & Kathleen M. Sullivan, *Constitutional Law* (13th ed. 1997); John E. Nowak & Ronald D. Rotunda, *Constitutional Law* (6th ed. 2000); Geoffrey R. Stone et al., *Constitutional Law* (3d ed. 1996); 1 Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* (3d ed. 2000); Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* (2d ed. 1988).

49) Gordon J. Schochet, *Patriarchalism in Political Thought: The Authoritarian Family and Political Speculation and Attitudes Especially in Seventeenth-Century England* 146 (1975).

50) Tribe, 앞의 주 42, 1361.

51) 198 U.S. 45 (1905).

나. 판결요지

연방대법원은 5:4의 다수의견으로 문제된 뉴욕 주 법률이 수정헌법 제14조의 적법 절차에 의하여 보장되는 계약을 자유를 침해하는 것이라는 이유로 이 법률의 무효를 선언하였다. 이 법률에는 2개의 서로 다른 논거가 있었는데 연방대법원은 이를 다르게 취급하였다.

- ① 이 법률은 건강을 위한 조치(health measure)로서 취급될 수 있었다. 그리고 연방대법원은 주의 경찰권의 일부로서 주의 건강관련 법률의 합헌성을 인정하는데 아무런 문제가 없었다. 그러나 연방대법원은, 건강보호라는 이 법의 목적과 그 목적을 달성하기 위한 수단으로서의 근로시간 제한사이에 합리적 관계(reasonable relation)가 없다고 판단하고 이 법률을 지지하기를 거부한 것이다. 연방대법원은 제빵 근로자들이 특별히 건강에 해로운 직업에 종사하는 것이 아니므로 이런 식으로 규제될 수는 없다고 판시하였다.⁵²⁾
- ② 이 법률이 건강관련 법률이라기보다 근로관련 조치(labor measure)라는 것이었다. 따라서 이 법은 사용자와 근로자의 불평등을 시정하여 근로자를 보호하려는 목적이 있다고 할 수도 있었을 것이다. 그러나 연방대법원은 이러한 법의 목적이 합리적이지 못하다고 보았다. 제빵 근로자들은 모두 성인들로 자기 일을 자기가 처리할 수 있는 능력이 있다고 하면서, 사용자와 근로자 사이에 자발적으로 맺은 계약에 간섭할 근거가 없다고 판시한 것이다. 즉, 기본권을 법률로 제한하려 할 때에는 일정한 목적이 있어야 한다는 것을 전제로, 건강과 안전을 위하여 계약의 자유라는 기본권을 법률로 규제하는 것은 가능하지만 경제력의 재조정이라는 목적을 위해서는 안 된다는 것이다. 따라서 문제의 뉴욕 주 법률은 사용자와 근로자 사이의 교섭력을 재조정하는 단순한 노동관련 법제에 불과한 것이므로 결국 이 법률은 헌법정신에 비추어 볼 때, 허용될 수 없는 목적에 기여한다는 것이다. 이러한 주법은 단지 주민의 권리에 대한 간섭에 불과하고 노동시간 제한이 없으면 주민이나 노동자의 건강에 중대한 위험이 발생한다고 말할 정당한 근거가 없다면, 그 주법은 위헌이며 따라서 무효라는 것이다.⁵³⁾

52) Id. at 54-55.

다. 반대의견

이 사건 판결 다수의견에 대하여 Holmes대법관과 Harlan대법관은 반대의견을 내었다.

Holmes대법관은 다수의견이 문제의 법률을 무효화시킴으로써 결과적으로 연방대법원에 무엇이 뉴욕 주를 위해서 적당한 경제정책이 될 것인가 하는 사법부의 견해를 나타낸 것이라고 하였다.

그래서 그는 “수정헌법 제14조는 Herbert Spencer의 사회정태학(Social Statics)을 입법화한 것이 아니다. 헌법은 그것이 간섭주의(paternalism)와 시민과 주의 유기적 관계라든지 자유방임주의와 같은 특정한 경제이론을 구체화 할 것을 의도하고 있지 아니다. 헌법은 기본적으로 견해를 달리하는 사람들을 위하여 제정된 것이다. 합리적이고 공정한 사람이면 누구나 문제의 법률이 우리 시민과 전통에 의하여 인정되고 있는 기본적 원칙들을 침해하는 것이라고 인정하지 않을 수 없게 되는 경우에 한해서만 수정헌법 제14조의 자유가 침해되었다고 판시해야 한다”는 취지의 반대의견을 제시하였다.⁵⁴⁾

즉, 합리적인 사람이 보아서 그 법이 국민의 기본적 권리와 법의 원칙들을 침해하는 것이라고 판단되어지지 않는 한, 수정헌법 제14조의 ‘자유(liberty)’가 주법을 무효화시키는 근거가 되어서는 안 된다고 주장하였다.

Harlan 대법관은 문제의 뉴욕 주 법률을 ‘건강을 위한 조치’로 보았고 이런 시각에서 연방대법원은 이 법률을 지지하여야 한다고 주장하였다. 그러면서 문제의 뉴욕 주 법률과 주의 정당한 목적 사이에 현실적이고 실체적(real and substantial)인 연관이 없다고 말하는 것은 불가능하다고 판단하면서, 이 판결은 주입법부에 전적으로 속해 왔던 문제들을 연방대법원의 심사사항으로 가지고 오는 오류를 범하고 있다고 지적하였다.⁵⁵⁾

라. 평석

이 판결 이후 1936년까지 미국 연방대법원은 경제규제 분야에 있어 상당한 수의 법들에 대하여 실체적 적법절차 위반을 이유로 위헌판결을 내렸는데, 그 법률에는 최소임금과

53) Id. at 75-80.

54) Id. at 71.

55) Id. at 75.

최장노동시간, 가격 등을 규제하는 법, 사업 활동을 규율하는 법들이 주를 이루었다.

즉, 실제적 적법절차의 심사기준으로서 법률에 의한 기본적 권리제한의 목적과 규제 수단 사이에 엄격한 합리적 관계를 요구하였던 것이다. 그러나 현재의 연방대법원은 이 Lochner판결의 원칙을 더 이상 따르지 않고 대부분의 경제영역에 있어 사법심사를 자제하고 있다. 그러나 비경제적 자유의 영역에서는 여전히 그 간섭을 유지해왔다. 어쨌든 Lochner판결의 원칙은 미국 수정헌법 제1조의 권리들을 수정헌법 제14조의 자유(Liberty)의 범위내로 흡수하는 토대를 마련하였고, 다른 비경제적 권리들을 정당화하는데에도 기여하고 있다.⁵⁶⁾

56) Barry Friedman, The History of the Barry Friedman, The Counter-majoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson of Lochner, 76 N.Y.U.L. Rev. 1383,1404(2001); Michael J. Phillips, The Progressiveness of the Lochner Court, 75 Denv. U. L. Rev. 453, 454 n.8 (1998); V.F. Nourse & Sarah Maguire, The Lost History of Governance and Equal Protection, 58 Duke L.J. 955 (2009).

제3장 자유권 제한의 법리

제1절 Muehler v. Mena⁵⁷⁾

이 사건은 수정헌법 제4조와 경찰권 발동의 한계에 관하여 다룬 사건이다. 이 사건은 수색영장의 집행과 심문 중에 Mena를 등뒤로 수갑을 채우고 진행한 경우에 수정헌법 제14에 위배된 과도한 경찰권행사인지가 쟁점이 되었다. 특히 불법체류여부에 대한 심문과정에서 Mena와 그의 아버지를 동시에 수갑을 채웠으며 불합리한 시간과 방법으로 집안을 수색하였으며 수색이후에도 두 세 시간 정도 그 상태로서 심문하였기에, 이는 수정헌법 제4조의 위반과 아울러 민권법을 위반하였다는 것이 청구취지이다.⁵⁸⁾

당시 집행을 담당하는 경찰관은 관계법령에 의거 명백한 요건과 진행절차 규정에 부합하여 이를 실행하였으며, 억류과정에서 등뒤로 수갑을 채우는 것은 수정헌법 제4조에 위반한 것이 아니라고 항변하였다.⁵⁹⁾

연방대법원은 구금이라는 개인적 자유의 제한과 경찰강제의 실현이라는 공공의 이익과의 합리적인 조화가 무엇인가가 화두가 되어, 쟁점으로 ① 경찰관은 수색영장의 집행 중에 대상자에 대하여 구금과 수갑을 채울 수 있는가, ② 수색대상자인 구금자에 대하여 영장의 기재사항이 아닌 불법체류 외국인이라고 의심할 만한 합리적인 이유가 없음에도 당해자의 시민권 소지여부에 대하여 심문할 수 있는가 이다.⁶⁰⁾

1. 합리적 의심의 판단기준

일반적으로 체포와 수색을 위해서는 영장을 요하고 이 경우 구체적인 원인(proble

57) Muehler v. Mena, 544 U.S. 93(2005).

58) Id. at 95-96.

59) Id. at 98.

60) Id.; Michigan v. Summers, 452 U.S. 692, 704-05 (1981); Terry v. Ohio, 392 U.S. 1, 30-31(1968).

cause)이 인정되어야 이를 집행할 수 있다. 이때에도 영장이 발부되는 단계에서 합리적인 의심이 인정되어야 함은 물론 영장의 실행과정에서도 이 의심이 지속되어야 할 것을 요하고 있다.⁶¹⁾

나아가 불필요하게 고통스럽게 하고, 모욕적이거나 품위를 낮추게 하거나, 시간을 끄는 수색집행, 혹은 과도한 사생활 침해의 경우에는 수정헌법 제4조에 침해된다는 법리가 전통적 견해였다.⁶²⁾

2. 고도로 사실적이고 집약적인 심문

심문과정과 절차에 있어서는 상대방이 분명히 인식할 수 있고, 혐의사실에 대하여만 집약적이고 명백하게 진술할 수 있는 심문이어야 할 것을 요구하고 있다. 예로 Terry 사건에서는 “경찰관이 한 개인에게 다가가는 과정에서 이를 인식한 개인이 당해 경찰관으로부터 멀리 떨어지기 위하여 반대방향으로 가려는 것을 정지시킨다면, 이때부터 당해 개인은 체포된 상태로 의제하여야 하며 민권법조항과 수정헌법 제4조에 의거하여 적법절차를 준수하여야 할 것”을 요하고 있다.⁶³⁾ 특히 수색이나 심문과정에서 그 이유와 범위를 적시하여 설명해 주지 않는다면 합리적이 영장집행이라 할 수 없는 ‘명백한 합리성의 원칙(objectively reasonable rule)’에 위배된다고 하였다.⁶⁴⁾ 관련하여 버스 안 승객의 가방검색의 경우에도 명백한 합리성의 원칙에 적용이 없이 이를 강제한다면 수정헌법 제4조에 위반된다고 함이 전통적이 연방대법원의 입장이었다.⁶⁵⁾

그러나 최근 연방대법원은 마약수색건의 활동은 수색영장이 필요한 집행이 아니며, 마약수색건이 검색을 하는 동안에 개인의 활동이 시간적으로나 공간적으로 제한된다고 하더라도 이는 합리적인 지연이라 할 수 있으므로 수정헌법 제14조에 반하지 않는다고⁶⁶⁾

61) *Henry v. United States*, 361 U.S. 98, 100 (1959)(The Virginia Declaration of Rights(U.S. 1776)에서 인용)(U.S. Const. amend. IV.); Brock Bosson, 앞의 주 3, 515-521.

62) *Tennessee v. Garner*, 471 U.S. 1, 7-8(1985); *Michigan v. Summers*, 452 U.S. 692, 694(1981); *United States v. Brignoni-Ponce*, 422 U.S. 873, 878 (1975).

63) *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1(1968).

64) *Id.* at 16.

65) *Florida v. Bostick*, 501 U.S. 429, 433(1991).

66) *Illinois v. Caballes*, 802 N.E.2d 202, 205 (Ill. 2003).

하여 점차 수색절차에서의 경찰권발동의 강화를 존중하게 되었다.

3. 대법원의 판단

이 사건에서 연방대법원은 경찰은 수사를 위하여 수색 등 광범한 권한을 갖고 있고, 시민권 지위에 관하여 특정한 의심이 없다고 하더라도 필요한 심문권은 허용된다고 하여 경찰권 행사의 확대를 허용하고 있다.⁶⁷⁾

특히, 급작스런 가택진입을 정당화할 수 있는 이유로는 ① 최근의 범죄경향은 유죄확정의 명백한 증거를 급격히 인멸할 수 있는 우려가 점증하고 있고, ② 예기치 않은 경찰관에 대한 공격 등에서 경찰관이 위험으로부터 노출될 수 있는 것을 최소화 할 필요가 있고, ③ 수갑을 미리 채워둠으로써 수색영장의 집행 중 돌발적으로 발생할 수 있는 불상사를 미연에 방지할 수 있고, 또한 등뒤로 수갑을 채우는 것은 예상치 못한 심각한 돌출행동에 대비할 수 있는 경찰직무집행상 규정하고 있는 지침에 따른 것이고, ④ 수색영장에 기재된 집행사항 등을 신중하고 적절히 진행시켜야 하므로 통상 두 세 시간의 등뒤로 수갑을 채운 구금기간은 일반적으로 허용될 수 있다고 보며,⁶⁸⁾ 이러한 국가의 이익이 사인의 이익에 비하여 더 우월하다고 하여 종래의 전통적 입장을 변경하게 된 것이다.⁶⁹⁾ 나아가 개인 신분증 제시를 요구하여 이를 조회하거나 단순 소지품을 조사하기 위하여 상대방의 동의를 구하는 등 단순 심문의 경우이고 그 심문과정이 과도하게 지체되고 있는 경우가 아니라면 영장주의가 적용되지 않는다고 하였다.⁷⁰⁾

4. 반대의견

경찰권강화를 허용하고 있는 다수의견에 대하여 ①단순 심문과정이라 하여 인신보호절차의 적용을 배제할 수 있도록 하는 것은 수정헌법 제4조의 해석을 너무 좁게 해석하는 것이고, ②집행 경찰관의 보호를 위한다는 국가적 이익이 너무 높게 평가되고 있으며, ③

67) *Muehler v. Mena*, 544 U.S. 93, 100-101(2005).

68) *Id.* at 95-98; *Michigan v. Summers*, 452 U.S. 692, 705 n.19 (1981)에서 원용.

69) *Id.* at 101-102 n.3; *Mena v. Semi Valley*, 332 F.3d 1255, 1267(9th Cir. 2003).

70) *Id.* at 98.

이 사건에서와 같이 항거불능의 왜소한 여자에게 극도의 공포감을 유발하였음을 도과하고 있고, ④궁극적으로 강경한 경찰권 발동을 허용하는 것은 수정헌법 제4조의 기본권보장을 무력화할 수 있다면서 반대의견을 개진한 것이다.⁷¹⁾

제2절 경찰권 발동의 한계

1. Oregon v. Smith 사건⁷²⁾

가. 사건개요

미국 원주민인 Smith는 종교의식 중에 환각제 마약인 peyote를 흡입한 이유로 그가 다니던 회사에서 해고를 당했다. 그 이유는 Oregon주는 이 마약의 흡입을 전면적으로 금하는 주법(州法)을 제정해 놓고 있었기 때문이다. 결국 Smith는 실업보상금을 신청했다. Oregon주 '인적 자원부'(Department of Human Resources)는 그가 비행(非行)으로 해고 당했고 따라서 신청자격이 없다며 그의 신청을 거부했다.⁷³⁾

그 후 Oregon주 주대법원은 종교적 의식에 Oregon주 주법을 적용하는 것은 종교의 자유조항에 위배된다고 판시하면서 인적 자원부의 결정을 뒤집었다. 연방대법원이 이 사건에 사건이송명령장을 발부해 이 사건은 연방대법원의 재판을 받게 되었다. Scalia대법관이 주심판사로 다수의견은 마약 등 흡입금지 품목을 흡입하는 것이 비록 종교적 동기에 의한 것이라 할지라도 종교적 동기가 마약의 흡입을 적법하게 만드는 것은 아니라고 판시한 것이다.⁷⁴⁾

71) Muehler, 544 U.S. at 99 (quoting Summers, 452 U.S. at 703); Muehler, 544 U.S. at 98; Michael P. O'Connor & Celia Rumann, Going Going Gone: Sealing the Fate of the Fourth Amendment, 26 Fordham Int'l L.J. 1234, 1249-55 (2003); Harold J. Krent, The Continuity Principle, Administrative Constraint, and the Fourth Amendment, 81 Notre Dame L. Rev. 53, 88 (2005).

72) 110 S.Ct. 1595(1990).

73) Id. at 1606-1616.

74) Id. at 1609, 1613; McConnell, The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion, 103 HARV.L.REV. 1410, 1419 (1990).

나. 판결요지

헌법상의 종교의 자유 조항이 어떤 주(州)가 특정 종교를 불법적인 것으로 만드는 것을 금하고 있다는 데에는 이론이 없다. 그러나 종교의 자유 조항이 어떤 주로 하여금 금지된 행위를 한 개인에게 그 행위가 종교적 이유에서 행해진 것이라는 이유로 일반적 형사법규 적용을 금하고 있는 것은 아니다. 그렇게 하는 것은 모든 국민들에게 법을 각자의 이해관계에 따라 자의적으로 적용할 수 있게 하는 헌법정신에 반하게 되기 때문이다. 법률규정이 종교적으로 중립적인 한 그 규정의 일반적 적용으로서 그것이 종교적 관행에 영향을 미친다는 단순한 사실이 그 법률규정을 위헌으로 만들지는 않는다. 이 사건에서 문제된 주법규정은 종교적으로 중립적이다. 따라서 헌법상의 종교의 자유 규정의 존재가 그 州法 규정이 Smith에게 적용되는 데 어떤 영향도 끼치지 않는다. 따라서 하급심 판결을 파기한다.⁷⁵⁾

일반적으로 적용 가능한 형법규정이 어떤 종교 관행을 금지하는 부수적 효과를 갖는다고 해서 그 규정이 바로 종교행위의 자유를 침해하는 것은 아니다. 오히려 그러한 종교 중립적 법률규정들은 합헌의 추정을 받는다. 즉, 엄격심사가 적용되지 않는 것이다. 그러나 종교에 어떤 실질적 부담을 지우는 법이 일반적으로 적용가능하지도 않고 중립적이지도 않으면 엄격심사가 적용된다. 이 판결은 주법으로 peyote이라는 마약의 흡입을 전면적으로 금하고 있는 Oregon주에서 종교의식 중에 이것을 흡입한 이유로 해고당한 미국 원주민 Smith의 실업보상금 신청을 거부한 것이 종교행위의 자유를 침해하지 않는다고 보았다.⁷⁶⁾ 종교 활동의 자유가 일반적 적용가능성을 가지는 유효하고 중립적인 법률을 준수할 의무를 개인에게서 없애주지는 않는다는 것이다.⁷⁷⁾ 특정형태의 행위를 포괄적으로 금지하는 형법규정에 대한 위헌심사에 엄격심사가 적용되는 것은 아니다. 1963년 *Sherbert v. Verner* 판결의 엄격심사주의는 실업수당의 문맥 밖에서는 정부행위를 무효화시키는데 결코 사용된 적이 없다.⁷⁸⁾ 엄격심사를 적용하는 것은 일반적으로 적용 가능한

75) Id. at 1602.

76) Id. at 1602-1603.

77) 동지의 판례로는, *Hobbie v. Unemployment Appeals Comm'n*, 480 U.S. 136 (1987); *Thomas v. Review Bd.*, 450 U.S. 707 (1981); *Sherbert v. Verner* 374 U.S. 398 (1963); *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205, 92 S.Ct. 1526, 32 L.Ed.2d 15 (1972).

78) 374 U.S. 398 (1963).

법률을 무시할 권리를 개인들에게 주는 것이 될 수 있다. 심지어 문제된 종교적 관행이 그 종교에서 중심적 위치를 차지하는 것이라 할지라도 엄격심사가 적용되지 않는다. 왜냐하면 어떤 관행이 그 종교에서 중심적 위치를 차지하는 것인가는 판사가 판단하기에 적절치 않기 때문이다.⁷⁹⁾

이 판결에서 미국 연방대법원은 비록 법률의 적용이 부수적으로 종교에 중대한 부담을 부과한다 하더라도 엄격심사의 기준은 일반적으로 적용 가능한 법률에 적용되지 않는다는 점을 강조하고 있다. 만약 이러한 접근법이 승리를 거둔다면 주요한 쟁점은 문제된 주정부의 행위가 간접적으로가 아니라 직접적으로 종교행위의 자유에 부담을 주는가가 될 것이다. 종교에 대한 간접적 부담들은 엄격심사를 적용하게 하기에는 불충분하다. 연방의회는 주정부가 종교에 실질적 부담을 부과하려 할 때마다 엄격심사를 적용할 수 있게 하는 연방법률들을 제정하곤 했다.⁸⁰⁾ 그 한 예로 '1993년의 종교의 자유 회복법'(Religious Freedom Restoration Act of 1993)에서 연방의회는 이 *Oregon v. Smith* 판결의 입장을 거부하고 *Sherbert v. Verner* 판결에서 제시된 '주정부의 긴절한 이익심사'를 다시 채택했다.⁸¹⁾ 그리고 종교행위의 자유가 실질적으로 제한되는 모든 사건들에 '주정부의 긴절한 이익심사'가 적용되게 했다. 이 법은 종교행위의 자유에 가해지는 부담이 ① 주정부의 긴절한 이익을 촉진하지 않고, ② 그러한 주정부의 긴절한 이익을 촉진하는 가장 덜 제한적인 수단이 아니라면 비록 그 부담이 일반적으로 적용 가능한 원칙의 결과라 하더라도 주정부는 어떤 개인의 종교행위의 자유에 실질적으로 부담을 부과할 수 없다고 규정했다. 이 법은 미국 연방헌법상의 정교분리조항에 영향을 미칠 의도로 만들어진 것이 아님을 법 자체에서 구체적으로 규정하고 있다. 이러한 도발적인 연방법률의 제정은 연방의회가 연방대법원의 판결들을 사실상 이런 방식으로 뒤집는 것이 합헌인가와 관련해 격렬한 논쟁을 낳았다. 선거에서 각종 종교인들의 표를 긁어모아야 하는 연방의회 의원들로선, 종교행위의 자유 '보장'보다는 '제한' 쪽에 무게를 두기 시작하는 임

79) *Employment Div. v. Smith*, 110 S.Ct. 1595, 1602 (1990); *Frazee v. Illinois Department of Employment Security*, 489 U.S. 829 (1989).

80) *Smith*, 494 U.S. at 886.

81) Honorable Arlin M. Adams, *Perspectives: Religion and the Law: Recent Decisions by the United States Supreme Court Concerning the Jurisprudence of Religious Freedom*, 62 U. Cin. L. Rev. 1581 (1994); Michael W. McConnell, *Free Exercise Revisionism and the Smith Decision*, 57 U. Chi. L. Rev. 1109, 1110 (1990).

명직 대법관들의 입장에 이런 법제정으로라도 제동을 걸고 나올 수밖에 없었던 것 같다.⁸²⁾

다. 평석

종교 활동의 자유를 포함한 헌법상 권리들의 제한을 정부가 제공하는 각종 수당 수령의 조건으로 삼을 수 없다는 것이 전통적인 대법원의 견해였다. 실업 수당과 같은 공적 수당의 수령에 이를 조건으로 삼는 것은 개인의 종교의 자유를 침해하고 종교행위의 자유에 중대한 부담을 부과한다. 헌법상의 가치들에 대한 덜 제한적인 수단들에 의해서는 실현될 수 없는 긴급하고 절실한 정부의 이익만이 그러한 강제를 정당화시킬 수 있을 뿐이라 한 것이 전통적인 견해인 것이다.⁸³⁾ 그러나 이 사건에서 연방대법원은 공적 수당의 지급 거절이 일반적으로 적용가능하고 그 이외의 면에서는 합헌인 유효한 형법규정을 적용한 부수적 결과에 지나지 않는다면 그 수당의 지급은 거부될 수 있는 것으로 보았다. 그러한 사건에서는 엄격심사가 적용되지 않는다는 것이다. 어떤 종교적 관행의 금지가 합헌이기 때문에 금지된 행위에 종사하는 사람들에게 실업수당의 지급을 거부하는 보다 가벼운 부담을 부과하는 것도 합헌이라 선언했다. 즉, 전반적으로 보아 공공의 필요가 인정되면 금지의 대상이 되고 지급거부라는 경찰권발동이 허용되고 있는 것이다.⁸⁴⁾ 여기에서 경찰권발동의 한계법리인 자유권제한의 기준이 실시될 수 있으며 구체적으로 종교행사의 자유 내지 자유권제한의 법리로 경찰주체의 '전반적으로 보아 제한의 필요성'이 인정되는 경우에 경찰권발동이 허용될 수 있는 법리인 포괄심사기준이 형성되었다.⁸⁵⁾

82) 494 U.S. at 890.

83) Angela C. Carmella, State Constitutional Protection of Religious Exercise: An Emerging Post-Smith Jurisprudence, 1993 B.Y.U. L. Rev. 275 (1993); Chun, A Decade After Smith : An Examination of the New York Court of Appeals' Stance on the Free Exercise of Religion in Relation to Minnesota, Washington, and California, 63 Alb. L. Rev. 1305 (2000).

84) 예로, N.Y.PENAL LAW § 125.25 (McKinney 1987); MODEL PENAL CODE § 210.2 (1962); N.Y.PENAL LAW § 160.00; MODEL PENAL CODE § 222; N.Y.PENAL LAW § 155.05; MODEL PENAL CODE § 223.2. 등이 이러한 취지의 입법이다.

85) Gregory H. Fuller, CONSTITUTIONAL LAW--FREE EXERCISE OF RELIGION--STRICT SCRUTINY AND THE RELIGIOUS FREEDOM RESTORATION ACT, 74 Tenn. L. Rev. 129(2007); James E. Ryan, Note, Smith and the Religious Freedom

2. 자유권제한의 법리

기본적으로 자유권을 제한하기 위해서는 앞에서 언급한 바와 같이 개인의 자유라는 이익과 국가의 이익과의 이익형량의 법리를 토대로 하고 있다. 위 Oregon사건에서 보듯이 경찰주체의 판단우선권을 허용함으로써 상당한 이유가 인정될 때에는 주정부 내지 경찰주체의 공권력발동을 용인하는 길의 폭을 넓이고 있는 것이다. 그 기준은 다음과 같다.⁸⁶⁾

가. 전반적으로 보아 금지의 필요성

개괄적 판단의 여지를 경찰주체에 부여하면서 구체적 세부사항을 열기하면,

- ① 전반적으로 보아 범죄 내지 반사회적 행위의 금지 필요성인정⁸⁷⁾
- ② 전반적으로 보아 당해 반사회적 행위에 대한 방어의 필요성인정⁸⁸⁾
- ③ 금지와 허용사이의 이익형량⁸⁹⁾
- ④ 범죄 내지 반사회적 행위의 실행의사가 있음에 상당한 이유가 있을 것⁹⁰⁾
- ⑤ 경찰권발동이외의 다른 수단이 인정될 수 없을 것 등이다.⁹¹⁾

나. 표현의 자유에 대한 제한법리

앞의 개괄적 심사기준에 의거하여 자유권의 제한 필요성이 인정됨과 동시 종교 내지 정치활동의 자유에 대한 부수적 제한기준으로는 표현내용을 기준으로 하여 내용적 제한

Restoration Act: An Iconoclastic Assessment, 78 Va. L. Rev. 1407, 1409-10 (1992).

86) Thomas C. Berg, The Permissible Scope of Legal Limitations on the Freedom of Religion or Belief in the United States, 19 Emory Int'l L. Rev. 1277, 1282 (2005).

87) N.Y.PENAL LAW §§ 160.05, 160.15; MODEL PENAL CODE § 222.1.

88) N.Y.PENAL LAW § 35.15; MODEL PENAL CODE §§ 3.04, 3.05; H. BERMAN, LAW AND REVOLUTION, THE FORMATION OF THE WESTERN LEGAL TRADITION 187-90 (1983).

89) J. DELANEY, CRIMINAL LAW: A PROBLEM SOLVING APPROACH 102 (1986).

90) Frazee v. Illinois Dep't of Employment Sec., 489 U.S. 829, 830 (1989); Hobbie v. Unemployment Appeals Comm'n, 480 U.S. 136, 137 (1987); Thomas v. Review Bd., 450 U.S. 707, 709 (1981); Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398, 399 (1963).

91) Employment Div. v. Smith, 110 S.Ct. 1595, 1600 (1990).

(content-based prohibition)과 내용 중립적 제한(content-neutral porhibition)으로 분류할 수 있다.⁹²⁾

내용적 제한의 판단기준으로는,

① 명백하고 현존하는 위협의 기준⁹³⁾

일반적으로 정치적, 경제적, 사회적인 제도를 전복시키기 위한 표현 내지 활동, 나아가 중요한 국가적 이념이나 이익을 타도하고자 하는 표현이나 활동이 이에 해당한다.

② 전투적인 표현⁹⁴⁾

사회의 건전하고 평온한 상태를 일거에 전복하고자 하거나 이를 고무하는 공격적 표현 내지 활동

③ 음란성⁹⁵⁾

문학적, 예술적, 과학적, 정치적 가치평가에서 동 떨어진, 평균인의 기준에서 보아 그 전반적이 표현 등이 외설성에 절대적으로 의존하고 있는 표현 등.

내용 중립적 제한의 판단기준으로는,

① 국가목적 위배⁹⁶⁾

자유권 행사의 내용은 별론으로 하고 당해 자유권 행사가 공공의 평화, 안전, 건강, 또는 사회질서에 위배되는지 여부에 따라 판단하되, 주로 그 자유권 행사에 있어서 합리적인 시간, 장소, 수단 등에 의하여 이뤄지고 있는지 여부로 판단

92) Nagel, *The Formulaic Constitution*, 84 MICH.L.REV. 165, 187 (1985).

93) *Brandenburg*, 395 U.S. at 447; *Mendelson*, *On the Meaning of the First Amendment: Absolutes in the Balance*, 50 CALIF.L.REV. 821, 821 (1962).

94) *Houston v. Hill*, 482 U.S. 451, 461-62 (*Gooding v. Wilson*, 405 U.S. 518, 525 (1972)에서 인용).

95) *Miller v. California*, 413 U.S. 15, 24 (1973).

96) *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972); *Adderley v. Florida*, 385 U.S. 39 (1966); *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946).

② 개별적 구체적 판단⁹⁷⁾

자유권 행사 특히 종교의 자유권 행사에 있어 다양한 종교적 융합을 토대로 한 국가에서 편향적 종교 활동에 대한 중립적 공권력행사의 필요성이 강하게 표출되고 있고, 이와 관련하여 특정한 경우에 국익을 고려해야 하는지 여부에 대한 구체적 개별적 판단이 허용될 수 있다.

3. 경찰권 발동의 확장

“공공의 선이야 말고 최고의 법이다(Salus populi est suprema lex)”의 이념은 전통적 자유권 사상의 제한 범리로 나타나게 되었고, 이를 위해 국민의 생명, 신체, 건강, 편안함과 모든 사람들의 평온 및 재산권보장을 위한 경찰권 발동으로 까지 확대되어 가고 있다.⁹⁸⁾

최근에는:

- ① 냉동배아에 대한 부모의 친권을 허용할 것인가에 대한 친권 및 임신에 대한 규제 가능성,⁹⁹⁾¹⁰⁰⁾
- ② 공공의 도덕성 및 윤리성 보호를 위한 동성애 허용여부에 대한 판단,¹⁰¹⁾
- ③ 동성결혼 및 동성부부의 입양여부에 대한 판단 등이 문제로 대두되고 있다.¹⁰²⁾¹⁰³⁾

97) Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 *YALE L.J.* 943, 946 (1987)

98) Glenn H. Reynolds/David B. Kopel, 앞의 주 6, 511.

99) *Davis v. Davis*, 842 S.W.2d 588 (Tenn. 1992).

100) *Kass v. Kass*, 673 N.Y.S.2d 350, 354 (Ct. App. 1998); *Kass v. Kass*, 663 N.Y.S.2d 581, 586 (A.D. 2d Dept. 1997); *Janicki v. Hospital of St. Raphael*, 744 A.2d 963, 970 (Conn. Super. Ct. 1999); *Hecht v. Superior Court*, 16 Cal. App. 4th 836, 846 (1993).

101) *Commonwealth v. Wasson*, 842 S.W.2d 487, 490-97 (Ky. 1993).

102) *Baker v. State*, 744 A.2d 864 (Vt. 1999).

103) 상세히는, Frances Lee Ansley, *Stirring the Ashes: Race, Class and the Future of Civil Rights Scholarship*, 74 *Cornell L. Rev.* 993 (1990); Glenn Harlan Reynolds, *Is Democracy Like Sex?* 48 *Vand. L. Rev.* 1635 (1995); Glenn Harlan Reynolds, *Chaos and the Court*, 91 *Colum. L. Rev.* 110 (1991); J.B. Ruhl, *The Arrow of the Law in Modern Administrative States*, 30 *U.C. Davis L. Rev.* 405 (1997);

제4장 청소년 흉악범죄의 엄정대응의 법리

◎ Matthew Niedere사건¹⁰⁴⁾

2005년 10월 15일 Matthew와 그의 친구 Clayton Keister는 공모하여 Matthew의 부모 피터와 패트리샤를 가게에서 살해하였다. 당시 이들의 나이는 17세였다. 살해당시 Matthew는 반자동권총을 가지고 모든 총알이 소진될 정도로 그의 아버지를 향하여 발사하였고, 겁에 질려 도망가는 그의 어머니를 Keister는 추적하여 가게 뒤에서 무참히 살해하였다. 이들은 Matthew의 부모를 살해하기로 이전에 미리 공모하였고, 살해 후에는 태연히 졸업 무도회에 참석하여 춤을 추기도 하였다.¹⁰⁵⁾

이들은 일급 살인죄가 인정되었다. 원래 일급 살인죄는 가석방 적용이 없는 종신 내지 무기징역형을 선고받게 되어 있으나, 법상 이들이 청소년이라는 이유로 30년 형에 가석방 적용대상이 될 수밖에 없었다. 여기에서 이러한 잔혹한 청소년 범죄에 대하여 관대한 선고를 내려야만 하는 것인가가 사회적 이슈가 된 것이다.

본래 청소년범죄는 소년법원의 관할로 하여 형사사건심리에 있어서는 이들이 범죄의 인식이 박약하다는 이유로 형사책임을 경감하거나 면제하도록 하는 것이 일반적이다. 관련 법규에 의하면 대체로 14세에서 16세까지는 소년법원이 심리를 관장하였고, 7세 이하의 형사책임이 면제되었으며, 18세 이하의 청소년 범죄자에 대하여는 주로 사회 복귀형을 부과하도록 하고 있다.¹⁰⁶⁾

1994년 이후 청소년 범죄의 흉포성(흉포성)이 만연되기 시작하자 종래의 교육형 내지 교화형의 선고 관행에서 응보형으로 전환되기 시작하였다. 이 사건 이후 법원은 청소년

J.B. Ruhl, Complexity Theory as a Paradigm for the Dynamical Law-and-Society System, 45 Duke L.J. 849 (1996).

104) Attorney: Teens Got Ready for Dance After Murders, WCCO News, Oct. 12, 2005, <http://wcco.com/topstories/Matthew.Niedere.Clayton.2.351831.html>.

105) Id.: Jim Adams, Two Teens, Two Tales of Hastings Murders, Star Trib. (Minneapolis), June 2, 2006, <http://www.startribune.com/local/11584826.html>.

106) Minn. Stat. § 260B.125 (2006).

범죄에 대하여 응보형 내지 철저응징의 과형이 증가하게 되었다.¹⁰⁷⁾

구체적으로 강경대응의 수단은 청소년 형사피의자를 성인 의제하여 재판관할을 일반법원으로 이송하여 심리함으로써 청소년 범죄자에 대하여도 성년자의 같은 지위에서 심리받도록 하고 있다. 즉, 소년법원에의 심리청구를 배제되며, 과형상의 특례를 배제한다는 것이다.¹⁰⁸⁾

제1절 소년법원에서의 심리

1. 문제의 제기

1998년 11월 플로리다 잭슨빌에서 경찰은 8세 여아인 Maddie Clifton의 시신을 발견하였다. Maddie의 이웃인 14세의 소년은 전과기록은 없었으나 이후 이 아이를 구타하고 칼로 찔러 죽였다고 자백하였다. 1998년 3월에는 4세의 여아와 영어선생님이 존스버러의 아칸소 초등학교 교정에서 13세 소년과 11세 소년이 가한 총격으로 사망하였다. 당시 13세의 동급생은 바로 총격을 가한 친구가 여자친구와 헤어졌다고 증언하였다. 1997년 12월에는 퍼두커의 케네디 고등학교 현관에서 기도 서클 학생들에게 무차별 총격을 가하였는데, 감성적으로 미성숙한 14세의 학생이 현행범으로 체포되었다.¹⁰⁹⁾

최근 많은 수의 범죄행위가 청소년에 의해 범해진다. FBI의 보고서에 의하면 살인, 성폭행(forcible rape), 절도, 가중된 폭행을 저지르는 청소년들이 지난 10년 동안 99% 증가하였고, 이에 대하여 사회는 소년법원의 본래 목적과 다르게 청소년에 대해 엄중하게 대응할 것을 요구하며, 주들 역시 이에 부응하는 실정이다.¹¹⁰⁾

여기에서는 소년범죄의 사법시스템(juvenile justice system)을 중심으로, 소년법원

107) Sharon Cohen, Prosecuting Kids as Adults: Some States Ponder Changes, USA Today, Dec. 2, 2007, http://www.usatoday.com/news/nation/2007-12-01-tryingkids_N.htm.

108) Deanie C. Allen, Trying Children as Adults, 6 T.G. Jones L. Rev. 27, 28 (2002).

109) Police: Boy Took a Killing Break They Say His Father Came Home as Teen Was Beating 8-Year-Old, ORLANDO SENTINEL, Nov. 12, 1998, at D1.

110) Five Die in Arkansas School Attack, BALTIMORE SUN, Mar. 25, 1998, at 1A; Recent Shootings at U.S. Schools, SEATTLE TIMES, May 21, 1998, at A22.

의 역사, 청소년 범죄자를 위한 분리된 체계에 대한 창설 이면의 철학, 연방대법원 관련 선도판례를 고찰한다. 무엇보다 청소년들을 일반법원으로 이송하는 법리 등에 중점을 둘 것이다.

2. 소년법원의 의의와 기능

최초의 소년법원은 1899년 일리노이의 쿡 카운티에서 창설하였다. 소년법원은 국가친권사상(*parens patriae*)¹¹¹⁾에 기반을 두고 있으며, 이는 국가가 그들 자신을 돌볼 수 없는 이들을 보살피야 한다는 이념이다. 소년법원은 일반형사법원과는 보통 범죄를 저지른 청소년들을 교화시키는 수단으로서 형벌을 거부한다. 대신 소년법원은 아동을 회복시키고, 아동을 주류사회로 복귀시키는 것을 전제로 아동에 대한 조력, 대우, 지도를 위한 판단과 집행을 담당한다.¹¹²⁾ 이를 위해 소년법원은 광범위한 재량을 허용하고 있고, 일반 형사법정에서의 준수되어야 할 심리절차를 생략할 수 있도록 하고 있다.

그러나 소년법원의 형벌배제의 원칙, 재량적 판단 등의 자의성 등은 문제점을 노출하고 있다. 즉, 범죄로 인해 기소된 청소년들이 일반법원에서 준수되어야 할 적법절차상의 보호를 제공받지 못할 수 있는 경우이다.¹¹³⁾ 결국 범죄로 기소된 청소년들이 종종 자의적이고 공정하지 못한 심리와 처벌을 받을 수 있다는 점이다. 연방대법원은 청소년에 대한 적법절차의 보호를 확대시켜 청소년 법원의 본질을 변화시킨 두 사건을 판시하였다.

가. *Kent v. United States*¹¹⁴⁾

이 사건은 소년법원 시스템을 극적으로 변화시킨 첫 번째 연방대법원의 판례이다. 피고인은 피해자의 아파트에 침입하여 그녀의 지갑을 훔치고 강간하여 기소되었을 당시 16세였다. 피고인은 일반법원으로 이송될 것이라고 예상하고, 실제로 이송에 관한 청문절차

111) 법의 도덕적 의무는 국가가 스스로 보호할 능력이 없는 시민을 보호하는 데에 있다는 사상이다. 상세히는, Charles J. Aron & Michele S.C. Hurley, *Juvenile Justice at the Crossroads*, CHAMPION, Jun. 1998, at 10, 11.

112) Eric K. Klein, Note, *Dennis the Menace or Billy the Kid: An Analysis of the Role of Transfer to Criminal Court in*, 35 AM. CRIM. L. REV. 371, 376-77 (1998).

113) *Id.* at 376.

114) 383 U.S. 541(1966).

를 소년법원에 신청하였다. 피고인의 신청에 대하여 소년법원의 심리법관은 이유설시 없이 이송적부에 관한 청문절차를 생략하고 일반법원으로 이송하였고, 일반법원에서는 피고인의 유죄를 인정하고 단기 30년에서 장기 90년의 징역형을 선고받았다.¹¹⁵⁾

재심에서 켄트주 대법원은 몇몇 소년법원이 인원과 시설, 그리고 국친의 자격에서 적절하게 행위 할 기술이 부족하다는 점을 인식하였다. 즉, 주 대법원은 소년법원 시스템에서, 청소년들이 성인에게 주어지는 보호 뿐 아니라 아동을 위한 배려와 대우 모두를 받을 수 없다는 점을 인정하였다. 주 대법원은 소년법원의 판단을 파기하였고, 사법절차상 기본권은 일반법원으로서의 이송에 관한 심리와 결정의 경우에도 적용되어야 한다고 판시하였다.¹¹⁶⁾

나. Gault 재정신청¹¹⁷⁾

Kent판결이 있는 1년 후 연방대법원은 Gault 재정신청에 대하여 또 다른 판단을 한다. 이 사건은 청구인 Gault가 이웃에게 15세 때에 음란전화를 하여 체포됨으로써 비롯하였다. 청구인은 구류되었고, 그의 부모는 체포에 대해 통보를 받지 않았으며, 소년법원은 증거와 관련 문건들이 미처 확보되지 않은 상태에서 비공식적인 심리를 개시하였던 것이다. 심리 중 고소했던 증인은 전혀 나타나지 않았으며, 청구인은 변호인을 접견할 권리도 제공받지 않았다. 심리법관은 청구인에게 증거 없이 주장된 음란전화에 대해 심문하였다. 이어 법관은 청구인에게 그가 21살이 될 때까지 주립 실업학교에서 강제교육을 받도록 판시하였다.¹¹⁸⁾

재정사건 상고심에서 대법원은 청구인이 비행소년이었다는 선입견을 전제로 판결을 이끌었던 소년법원 심리과정에서 사법상 적법절차가 보장되지 않았는지의 여부가 쟁점이 된 것이다. 대법원은 소년법원 시스템이 지나치게 심리재량을 부여하고 있는 한편, 개인적인 대우는 더 나아진 절차에 의하지 않고 자의적이고, 결과적으로 일반적으로 준수되어야 할 적법절차의 적용이 해태되었다는 이유로 청구를 인용한 것이다.¹¹⁹⁾ 즉, 소년들

115) Id. at 550.

116) Id. at 566-567.

117) 387 U.S. 1(1967).

118) Id. at 6-7.

119) Id. at 33.

도 성인과 같은 정도에서 적법절차의 권리를 보장받아야 한다고 판시하였다. 이 권리는 혐의를 고지 받을 권리, 변호인을 접견할 권리, 증인을 대면하고 반대 심문할 권리, 그리고 불리한 진술을 강요받지 않을 권리 등이다.¹²⁰⁾

다. 현행 소년법원제도의 의미

많은 이론가들은 앞의 선도 판례가 사법절차상의 기본권의 준수를 촉진하였다는 데에는 의견을 같이 한다고 보고 있다. 나아가 소년법원의 본래의 목적을 위한 탄력적인 심리재량이 많이 축소되어 형벌을 부과하고 집행하는 과정이 일반 형사법원과 같은 시스템으로의 변화를 촉진하였다고 주장한다.¹²¹⁾ 때문에 절차적인 보장이 도리어 소년법원의 본래의 목적을 방해한다고 주장하였다.¹²²⁾ 혹은 여전히 청소년들이 소년법원에서 적법절차의 보호를 충분히 향유하지 못한다고 주장하기도 한다.¹²³⁾ 또는 청소년들이 충분한 적법절차의 보호를 받을 수 있는 일반 사법시스템에서 모든 범죄자에게 동일한 보호가 가능하도록 소년법원 시스템을 완전하게 폐지해야 한다고 주장도 있다.¹²⁴⁾

소년법원에서 일어나는 심리패턴의 절차법적 변화와 별도로 사회적 관심은 청소년 범죄자들을 보호해야 한다는 시각에서 청소년 범죄자로부터 사회를 보호해야 한다는 시각으로 변하게 되었다. 대중매체도 청소년 범죄자들을 폭력적이고 흉악한 범죄를 범한 사람으로 부각하고 있고, 정치인들은 “범죄에 대해 엄중하게 대응하는” 입장이 선거에서 승리하는데 도움이 된다는 사실을 알았으며, 전반적인 사회분위기는 범죄를 저지른 청소년들에 대해 보다 엄중한 처벌을 요청하게 된 것이다.¹²⁵⁾

120) Id. at 55-56.

121) Eric K. Klein, Note, Dennis the Menace or Billy the Kid: An Analysis of the Role of Transfer to Criminal Court in Juvenile Justice, 35 AM. CRIM. L. REV. 371, 376-77 (1998); John B. Mattingly, JUVENILE JUSTICE INITIATIVE (JJI) FACT SHEET, 218 PLI/Crim 239(2009).

122) Id. at 381.

123) Catherine R. Guttman, Note, Listen to the Children: The Decision to Transfer Juveniles to Adult Court, 30 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 507, 514-15 (1995).

124) Id. at 514-15; Patricia J. Arthur/Regina Waugh, STATUS OFFENSES AND THE JUVENILE JUSTICE AND DELINQUENCY PREVENTION ACT: THE EXCEPTION THAT SWALLOWED THE RULE, 7 Seattle J. for Soc. Just. 555(2009).

125) Charles J. Aron & Michele S.C. Hurley, Juvenile Justice at the Crossroads,

거의 모든 주가 지난 수 년 동안 많은 청소년 범죄자를 성인과 동등하게 다루는 것을 허용하는 내용으로 주법을 개정하였다.¹²⁶⁾ 주된 내용은 많은 청소년 범죄자들을 일반 형사법원으로 이송하는 것이며 아마 그들은 같은 형벌의 조건하에서 엄격한 판결을 받도록 하는 것이다. 구체적으로 세 가지 방법의 선택적 병합으로 청소년을 일반 법원으로 이송하는 것을 허용하는 내용이다. 이는 소년법원의 심리포기(judicial waiver), 검사의 포기, 입법상의 포기 등이다.¹²⁷⁾

제2절 이송방법

1. 소년법원의 심리포기(Judicial Waiver)

소년법원의 심리포기(이하: 심리포기)는¹²⁸⁾ 이송의 방법으로 가장 보편적이다. 심리포기는 소년법원의 심리법관이 청소년 사건을 성인 법원으로 이송여부와 관련하여 재량권을 행사할 수 있음을 전제로 한다. 다만 심리포기를 결정함에 있어서는 범죄를 행한 청소년의 사회적 위험성의 정도, 사회복귀의 가능성여부 등을 고려하여 판단하여야 한다. 이 기준은 대부분의 주들에 의해 이송여부를 결정하는 데에 적용하고 있다.¹²⁹⁾

가. State v. Green

North Carolina의 대법원은 State v. Green 사건에서¹³⁰⁾ North Carolina의 심리포기의 합헌성이 쟁점이 되었다. 이 사건은 피해자는 뒷문이 세계 닫혔을 때 잠들어

CHAMPION, Jun. 1998, at 10, 11.

126) Id.; Sarah Eschholz, The Media and Fear of Crime: A Survey of the Research, 37-38(1997); Stacey Sabo, Rights of Passage: An Analysis of Waiver of Juvenile Court Jurisdiction, 64 Fordham L. Rev. 2425, 2430 (1996).

127) Charles J. Aron & Michele S.C. Hurley, 앞의 주 125, 12; William Hannan, JUDICIAL WAIVER AS THE ONLY EQUITABLE METHOD TO TRANSFER JUVENILE OFFENDERS TO CRIMINAL COURT, 22 Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y 193(2008).

128) Id.

129) Id.

130) 502 S.E.2d. 819(N.C. 1998).

있는 상태였다. 이상한 소리로 들리자 피해자가 911로 전화하는 동안 13살의 남성인 피고인은 피해자의 침실로 들어왔고, 자루걸레를 들고 있었다. 피해자는 최근 누군가가 현관 벨을 누르고 문과 창문을 두드리는 등 괴롭힘이 계속되어 왔기 때문에 골프채를 들었다. 피해자와 피고인은 각자 그들의 무기를 휘두르기 시작하였다. 이후 피고인은 벽의 전화선을 뽑아버렸고 피해자의 침실 문을 잠갔다. 피고인은 피해자를 강간하고 성폭행하였으며, 그녀에게 폭로하겠다고 협박하였다. 피고인은 경찰이 뒷문에 도착할 때까지 강간 등 성폭행을 계속하였다. 피고인은 앞문을 통해 도주하였지만 이후 바로 체포되었다.¹³¹⁾

이 사건에서 피고인은 1급 강간, 1급 성범죄, 1급 강도죄혐의로 소년법원에서 심리를 개시하였으나 심리법관은 제반사정을 고려하여 심리를 포기하고 성년법원으로 사건을 이송하게 한 사건이다.¹³²⁾ 결국, 1심에서 피고인은 1급 강간, 1급 강도죄, 그리고 1급 성범죄혐의의 유죄를 인정하였다. 법원은 피고인에게 1급 강간죄에 대해서는 종신형, 1급 성폭행에 대해서는 6년 형, 그리고 1급 강도죄에 대해서는 15년의 징역을 선고하였다. 항소심법원이 하급심판단을 인용하자 피고인은 헌법적인 근거를 이유로 North Carolina의 대법원으로 상고한 것이다.¹³³⁾

이 사건에서 North Carolina의 대법원은 피고인의 소년법원의 심리포기가 적절한 청문절차를 거치지 않았다는 항변에 대하여 적법절차와 법의 평등한 보호를 위반하지 않았다고 판시하였다. 대법원은 소년법원이 심리포기를 판단을 하는데 있어서 청소년의 책임과 한계는 물론 범죄의 심각성과 공격에 고의가 있었는지를 고려해야 한다고 적시하였다.¹³⁴⁾

이 사건에서 대법원에서는 13세의 청소년이 1급 성범죄로 종신형을 선고받은 것은 잔인하고 보통의 수준과는 다른 처벌을 구성하지 않는다고 판시하였다. 법원은 오늘날 사람들이 청소년 범죄자들을 사회의 안전과 복리에 상당한 위협이라고 인식될 수 있음에 동조하면서, 피고인의 처벌이 사회의 질서유지에 대한 현재, 그리고 발전된 기준에 부응한다고 피력하였다.¹³⁵⁾

131) Id.

132) Id. at 822.

133) Id. at 822-823.

134) Id. at 822.

135) Id.

나. 평석

심리포기를 지지한 대법원도 몇 가지 고려사항을 필요적으로 검토해야 할 것을 지지하고 있는 바, 청소년의 개인적인 성격과 이전의 위법행위 등의 증거제출을 요하고 있다. 법원은 청소년이 사회공동체에 대하여 내포하고 있는 위험성과 소년법원의 판단에 의해 사회로 복귀할 수 있는 가능성을 판단해야 하지만, 일반 형사법원으로 이송하는 것이 적절한지의 여부를 판단하는 데에는 전적으로 심리재량을 가진다.¹³⁶⁾

이 사건은 심리포기의 필요성을 인정한 대표적 사례로 볼 수 있다. 즉, 청소년 개인에 한정된 엄격한 국가친권주의의 입장에서 후퇴하여 사회 안전이라는 이익을 고려해야 할 것을 시사하는 것이라 하겠다.¹³⁷⁾ 다만, 대법원은 청소년의 주된 개인적 특성을 고려하였는데, 당해 청소년이 학교에서 싸웠던 일이나 나쁜 기질에 대해 스스로 기술한 자료 등을 포함한다. 또한 법관은 범죄의 죄질과 함께 피해자가 청소년과 알지 못하는지 여부를 고려하였다.¹³⁸⁾

2. 검사의 포기(Prosecutorial Waiver)

검사의 포기는¹³⁹⁾ 검사가 소년법원에 기소하는 것을 포기하고 일반 형사법원에 기소하는 방법을 의미한다. 이러한 이송방법은 청소년이 소년법원의 본래를 취지를 살려 심리받을 수 있는 기회를 원천적으로 봉쇄할 수 있는 위험성이 있고, 포기여부의 재량이 배타적으로 검사에게 부여되어 있기 때문에 쟁점이 되고 있다.¹⁴⁰⁾

가. Hansen v. State¹⁴¹⁾

와이오밍 대법원은 이 사건에서 와이오밍의 검사포기 절차에 대한 합헌성을 심사하였다. 사건은 16세인 피고인의 계모는 새벽 그녀의 위에 있는 피고인을 느끼고 깨어났는

136) Id. at 827-828.

137) Aron & Hurley, 앞의 주 125, 62.

138) Id. at 12.

139) 904 P.2d 811(Wyo.1995)..

140) Id. at 814.

141) Id. at 815.

데, 그는 끈으로 그녀를 묶으려고 시도하면서 비롯되었다. 피해자를 결박하지 못한 피고인은 그녀를 베개로 질식시키려고 하였다. 피해자는 지쳐버려 발버둥을 치던 것을 그만 두었다. 이 시점에서 피고인은 피해자의 속옷을 벗기고, 강간하였으며 이불로 질식사시켰다. 결국 피고인은 집에서 도망쳤으나 이후 체포되었다.¹⁴²⁾

검사는 죄질의 흉포성을 이유로 소년법원의 기소를 포기하고 일반 형사법원을 상대로 피고인을 1급 강간죄로 기소한 것이다. 피고인 소년법원에서 심리 받을 수 있는 사법상 적법절차와 평등권 등 헌법상의 기본권을 침해받았다는 이유로 항소하게 되었다. 즉, 쟁점은 일반법원과 소년법원 사이의 선택에 있어 검사가 행하는 재량이 합헌성 여부이다. 주 대법원은 “청소년으로 대우받는 것은 헌법상의 권리가 아니다.”라고 판시하였다.¹⁴³⁾ 동법원은 청소년이 기소에 있어서 권리로서가 아닌 특권을 누려왔기 때문에 입법부가 그 특권을 제한할 수 있다고 설명하였다. 법원은 검사의 포기가 위헌적이지 않다고 판시하였고, 더 나아가 검사의 포기를 허용하는 입법부의 판단이 범죄자의 관리를 위한 책임, 안전, 그리고 공동체의 보호라는 공적 목적을 충족한다고 하였다.¹⁴⁴⁾

나. 평석

검사의 포기에 대한 비판자들은 이 방법에 의해 청소년을 일반법원으로 이송하는 것은 원칙적으로 소년법원 시스템을 붕괴하고 있다고 주장한다.¹⁴⁵⁾ 비판자들은 검사의 포기가 청소년의 주위 환경이나 개인적인 성품을 보다 객관적이고 중립적으로 고려하지 않는다고 보았다. 본질적으로 검사는 청소년이 성인 법원으로 이송되어야 하기 때문에 입증 책임을 부담하지 않는다.¹⁴⁶⁾

그러나 검사의 포기가 자의적인 절차에 의하지 아니하고 “예비 포기(reserve waiver)” 심리를 조건으로 하는 와이오밍의 이송법규에 의거하여야 하고, 이 예비포기를 위해서는 중립적 심리를 요구하고 있다는 점에서 합헌이라 하고 있다.¹⁴⁷⁾ 특히, 예비포기

142) Id. at 816.

143) Id. at 818 (Jahnke v. State, 692 P.2d 911, 928-29 (Wyo. 1984에서 인용)).

144) Id. at 820-823.

145) Aron & Hurley, 앞의 주 125, 63.

146) Id.

147) Hansen, 904 P.2d at 814.

심리에서는 범죄의 심각성, 범죄자의 폭력적인 경향, 청소년이 성숙하였는지의 여부, 청소년의 사회 복귀 가능성을 포함하여 일곱 가지 요소를 고려하도록 하고 있다. 이러한 요소들은 법원의 심리포기에서 고려되는 사항과 실질적으로 동일하다는 점도 지적되었다.¹⁴⁸⁾

3. 입법상 포기(Legislative Waiver)

입법상 포기는 주법이 심각하거나 폭력적인 범죄의 경우 자동으로 일반법원에 이송하도록 명시하고 있는 경우이다.¹⁴⁹⁾ 판례에서 포기는 재량이 아니며, 단지 법규의 기준에 의할 뿐이고, 이는 청소년 범죄자는 위험하며 사회로 복귀될 수 없다는 전제에 비롯한 것이다.

가. State v. Angel C.

코네티컷의 대법원은 State v. Angel C. 사건에서¹⁵⁰⁾ 입법상의 포기 법규에 대한 합헌성을 심사하였다. Angel C. 는 두 개의 사건에 기인하여 네 개의 병합된 사건이 판명되었다. 첫 번째 사건은 14살짜리 세 명이 길을 가던 행인에게 말을 걸어 강도질을 한 것이다. 피고인들 중 한 명은 마스크를 쓰고 있었고, 나머지들은 총을 가지고 있었으며 이를 이용해 협박하였다고 진술하였다. 피고인들은 현금을 요구하였고 피해자의 몸을 뒤졌다. 피해자는 해를 입지 않은 채로 피하였다. 곧 피고인들은 같은 방법으로 또 다른 피해자에게 말을 걸었고, 7달러를 빼앗았다. 피고인들은 이 사건이 있는 후에 체포되었다. 경찰은 마스크와 피고인의 소지품에서 7달러를 찾았지만 총은 없었다. 이 사건에 연루된 피고인들은 1급 강도죄, 공모, 그리고 1급 강도 미수로 기소되었다. 피고인들은 코네티컷의 입법상의 포기 법규에 의거하여 일반법원으로 자동 이송되었다. 피고인들은 2년에서 5년의 징역형을 선고받았고 형집행을 유예함과 동시 3년의 보호관찰이 선고되었다.¹⁵¹⁾

또한 두 번째 Angel C. 사건에는 14세의 피고인이 포함되어 있다. 피해자는 어린 여

148) Id.

149) Aron & Hurley, 앞의 주 125, 12.

150) 715 A.2d 652, 656(Conn. 1998).

151) Id. at 656-57.

성을 성폭행한 다섯 명의 가담자 중 한명을 피고인과 동일시하였다. 피고인은 체포되었고, 1급 납치와 1급 강간죄, 기타 혐의로 기소되었다. 피고인은 법령에 의거 일반법원으로 자동 이송되었고, 법원은 8년의 징역형을 선고하였으나 집행은 2년 후로 연기하였고 5년의 보호관찰을 선고하였다.¹⁵²⁾

Angel C. 사건에서 네 명의 피고인들은 코네티컷의 입법상의 포기 법규가 적법절차와 평등한 보호에 위반된다고 주장하였다. 피고인들은 "청소년으로서의 그들 지위와 이러한 지위에 수반되는 특별한 이익에 있어서 자유를 가진다."고 주장하였다. 코네티컷의 대법원은 이에 동의하지 않았으며, 청소년이 특별한 대우를 받을 일신상의 또는 헌법상의 권리는 없으며, 입법부에 의해 청소년에게 제공되는 어떤 특별한 대우도 합리적으로 취소하거나 제한할 수 있다고 판시하였다. 법원은 입법상의 포기 법규가 피고인의 헌법상 권리 중 어떤 것도 위배하지 않는다고 하였다.¹⁵³⁾

나. 평석

검사의 포기와는 달리 입법상의 포기는 검사들에게 소년법원이나 일반법원에서 청소년을 기소할지의 여부에 대한 판단에 있어 그들의 권한을 남용할 기회를 허용하지 않는다. 입법상의 포기는 재량적이지 않고, 단지 법령의 규정에 근거를 두기 때문이다. 반대로 검사의 포기과 같이 입법상의 포기는 청소년들이 일반법원으로 이송되기 전에 별도의 심리를 요구하지 않는다.¹⁵⁴⁾

이 사건에서도 대법원은 예비 포기심리의 불참이 피고인의 헌법상 권리를 위배하지 않았다고 판시하였다. 만약 피고인이 이송에 있어서 입법부의 판단에 동의하지 않는다면, 그 구제는 법원이 아니라 입법부로부터 구해야 할 것이고, 법원의 판시는 일단 입법부가 자동이송에 있어서 지침을 설정하게 되며 재량의 여지는 없다고 하겠다.¹⁵⁵⁾

152) Id. at 667-73.

153) Id.

154) Aron & Hurley, 앞의 주 125, 63.

155) Angel C., 715 A.2d at 667-73.

제3절 일반법원에서의 심리

일반법원으로 이송되는 청소년이 같은 범죄를 저지른 성인과 동일하게 대우받아야 하는지에 대한 것이 쟁점이다. 사실 청소년은 종종 소년법원에 있는 것보다 일반법원에서 더 관대하게 대우받을 수 있다. 일반법원에서 청소년들은 더욱 빈번하게 무죄를 선고받으며 우호적인 판결을 받았다. 일반법원에서 유죄를 선고받은 많은 청소년들은 징역보다는 벌금이나 보호관찰을 명하기도 한다. 결국 많은 판례들에서 청소년 범죄에 엄중하게 대응하려는 사회의 목적은 일반법원으로 청소년 범죄자들을 이송하는 것만으로는 성취되지 않는다.¹⁵⁶⁾

사건이송을 통하여 청소년 범죄에 엄중하게 대응하려는 사회의 목적은 예상보다 기대에 미치지 못하고 있다. 또 검사의 포기와 입법상 포기라는 방법으로 비폭력적인 범죄를 저지른 많은 청소년들은 일반법원으로 이송되기도 한다. 예로 청소년들은 종종 소지와 판매와 같은 마약법 위반을 이유로 일반법원으로 이송된다. 마약의 사용이 폭력적인 범죄와 연결되는 것이 아닌 한, 마약의 단순 소지나 판매는 폭력적인 범죄로 분류되지 않는다.¹⁵⁷⁾ 심리포기는 법관에게 마약 범죄로 기소된 청소년이 일반법원으로 이송되어야 하는지의 판단에 있어 지난 범죄에 대해 고려할 것을 요구하는데, 법관이 단지 청소년이 마약을 소지하였거나 판매하기만 하였다면 법관은 일반법원으로 이송을 배척할 것이다. 그러나 주가 마약 범죄 사건에 있어서 청소년에 대한 검사의 포기나 입법상 포기를 허용하였다면, 소년법원 시스템이 더욱 적절할 때에도 청소년이 일반법 시스템 안에 빠질 수 있다.¹⁵⁸⁾ 이 때 청소년에 대한 일반법원으로서의 이송은 사회에 더욱 심각한 문제를 야기한다. 결국 성인의 복역 기간을 선고받은 많은 수의 청소년들은 사회복귀를 위한 대우 없이 길거리로 석방된다. 청소년 구류 프로그램(juvenile detention program)이 사회복귀와 개인적인 대우에 중점을 두는 것과 반대로, 성인 교도소는 처벌을 강조한다. 일반적으로 성인 교도소의 교도관들은 청소년을 거의 상담하지 않는다. 반대로 청소년 구류 프로그램은 개인적인 목표 설정의 중요성과 가족관계의 개선을 검토한다.¹⁵⁹⁾

156) Guttman, 앞의 주123, 529.

157) Id. at 524.

158) Shari Del Carlo, Comment, Oregon Voters Get Tough on Juvenile Crime: One Strike and You Are Out!, 75 OR. L. REV. 1223, 1243 (1996).

성인 교도소에서의 생활은 청소년 구류 프로그램에서의 생활보다 훨씬 폭력적이다. 성인 교도소의 청소년들은 교도관이나 다른 수감자들에 의해 폭력의 희생자로서 고통을 받는 개연성은 훨씬 높다. 연구에 의하면 성인 교도소에 수감된 청소년들이 폭력적인 상황에 의해 더욱 폭력적으로 변한다는 점을 시사한다. 성인 교도소에 청소년을 수감하는 것에 대한 비판자들은 이와 같은 청소년들이 폭력적인 세계에 강하게 영향을 받으며, 이 세계는 사회복귀와 교육보다는 속임수와 보복의 성격을 가진다.¹⁶⁰⁾

결국 성인 교도소에서 청소년들이 받는 가혹한 대우는 청소년을 일반법원으로 이송하는 궁극적인 목표가 범죄의 감소라는 효과를 기대하지 못하고 있다 하겠다. 플로리다 대학의 연구에 의하면 일반법원으로의 이송이 "청소년 범죄를 감소시키지 못할 뿐 아니라 공공의 안전을 강화하지 못한다."는 결과가 나왔다. 사실 1995년 플로리다에서는 거의 7000명의 청소년들이 일반법원으로 이송되었다. 이렇게 높은 이송 비율은 플로리다의 포기법의 규정상 당연하며, 동법에서는 심리포기, 검사의 포기, 입법 상 포기라는 포기의 세 가지 방법을 모두 허용하고 있다.¹⁶¹⁾

궁극적으로 청소년 범죄자들이 일반법원에서 재판을 받고, 청소년들이 청소년 제도 안에서 다뤄지는 것보다 석방된 후에 더욱 빨리 범죄를 하는 생활로 되돌아가게 되는 경향이 강하다.¹⁶²⁾

제4절 새로운 사법시스템

1. 청소년 범죄자 시스템(Youth Offender System)

소년법원시스템에 있어 문제점에 대한 과감한 접근은 성인과 청소년 모두를 위한 통합된 형사사법시스템을 위하여 소년법원 시스템을 폐지하는 것이다. 무엇보다 소년법원 시

159) Id.

160) Id. at 1244.

161) Fla. Stat. § 985.226 (1997).

162) Donna M. Bishop et al., *Juvenile Justice Under Attack: An Analysis of the Causes and Impact of Recent Reforms*, 10 U. FLA. J.L. & PUB. POL'Y 129, 155, 177(1998).

시스템이 청소년들을 적절하게 다루는데 열악하고, 청소년 범죄자들의 생활을 개선하는데 필요한 사회적 서비스를 공급하는데 필수적인 요소들이 부족하다고 한다.¹⁶³⁾

피고인 각자의 실제적인 성향에 대해 바로 반응할 수 있는 통합된 시스템을 만들 것이 제안되었다. 콜로라도 주는 이러한 접근을 취하였다. 콜로라도는 폭력적인 중범죄를 저지른 청소년을 다루기 위한 혼성 청소년 범죄자 시스템을 만드는 것으로 청소년을 일반법원으로 이송하는데 있어 야기될 수 있는 고유의 문제점을 해결하였다. 청소년 범죄자 시스템은 청소년의 구금과 성인 교도소 사이의 중간단계이다.¹⁶⁴⁾ 성인법원으로 이송되었고 폭력적인 중범죄로 인해 유죄가 선고된 청소년들은 청소년 범죄자 시스템에서 2년 내지 6년간의 형집행을 일시정지 시킬 수 있다.¹⁶⁵⁾

청소년 범죄자 시스템의 기간은 엄중하면서도 사회로 복귀시킬 수 있는 것이다. 이 기간은 한 달 정도 군대의 형태, 미니보트캠프로 시작된다. 미니보트캠프는 “갱과의 결합을 끊고 질서를 확립하는 것”으로 기획된다. 미니보트캠프에 따르면, 청소년 참여자들은 또래 집단의 상담 부문과 교육에 있어 8개월에서 거의 5년까지 계속될 수 있다. 이러한 상담과 교육 프로그램의 목적은 청소년들에게 고등학교의 졸업장과 동일한 증서를 부여하고 직업을 통하여 그들의 길을 가는데 도움을 주려는 것이다. 결국 청소년들은 6개월에서 1년 동안 관리를 받고 일단 석방된다.¹⁶⁶⁾

163) Janet E. Ainsworth, *Youth Justice in a Unified Court: Response to Critics of Juvenile Court Abolition*, 36 B.C. L. REV. 927, 929 (1995); Janet E. Ainsworth, *Re-Imagining Childhood and Reconstructing the Legal Order: The Case for Abolishing the Juvenile Court*, 69 N.C. L. REV. 1083 (1991); Barry C. Feld, *Abolish the Juvenile Court: Youthfulness, Criminal Responsibility, and Sentencing Policy*, 88 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 68, 69 (1997).

164) Irene Merker Rosenberg, *Essay, Leaving Bad Enough Alone: A Response to the Juvenile Court Abolitionists*, 1993 S. L. REV. 163, 175; Michael Kennedy Burke, *This Old Court: Abolitionists Once Again Line Up the Wrecking Ball on the Juvenile Court When All It Needs Is a Few Minor Alterations*, 26 U. TOL. L. REV. 1027(1995); Hon. Lawrence L. Koontz, Jr., *Reassessment Should Not Lead to Wholesale Rejection of the Juvenile Justice System*, 31 U. RICH. L. REV. 179(1997).

165) Gordon Witkin, *Colorado Has a New Brand of Tough Love: Helping Young Offenders Shape Up and hip Out*, U. S. EWS & WORLDREP., Mar. 25, 1996, at 38.

166) *Id.*

물론 콜로라도의 통합 사법시스템은 무조건적으로 청소년에게 관대한 것은 아니고, 법관은 청소년들을 성인법원에서 재선고할 권한을 유보하도록 하였다. 심리결과 특정 청소년이 프로그램에 적합하지 않다는가, 정신 병력이 있는 성범죄로 기소된 청소년들이나 살인과 같은 심각한 중범죄를 저지른 청소년들은 성인의 선고로 복역하도록 하고 있다.¹⁶⁷⁾

2. 3단계 시스템

이상적인 세계에서는 모든 피고인들을 법원이 청소년 범죄자 개개인을 독특한 성품과 배경을 가진 독립적 개체로 보아 심리하는 통합적인 시스템이 가장 좋은 해결책이다. 이 경우 심리포기, 검사의 포기, 입법상 포기는 통합적인 시스템에서 존재하지 않는다. 그러나 우리는 이상적인 세계에서 살고 있지 않다. 심지어 통합된 시스템에서, 법원의 소송기록은 혼잡이 계속되고 있다.¹⁶⁸⁾

최근의 해결책으로 3단계 시스템이 제안되고 있다.¹⁶⁹⁾ 3단계 시스템은 소년법원과 성인법원의 중간 단계에서 사회복귀에 대한 기회를 얻은 청소년에게 부여된다. 그러나 만약 청소년이 사회복귀에 실패한다면, 청소년은 성인의 형기를 채워야 할 것이다. 3단계 시스템의 한 가지 장점은 청소년들의 형기가 너무 약하지도 않고 너무 가혹하지도 않을 것이란 점인데, 왜냐하면 이 시스템은 최종적이지 않기 때문이다. 법관은 만일 청소년이 실패한다면 성인의 형기를 청소년에게 적용할 수 있다. 필수적으로 청소년은 선택권을 가지고 있으며, 이는 실제 세상과 직면하는 것과 유사한 선택이다. 청소년은 프로그램에서 규칙을 준수하고 참여할 수 있으며, 규칙을 어기고 성인 형기로 처벌을 받을 수도 있다.¹⁷⁰⁾

중간 단계는 청소년범죄자가 사회로 복귀할 가치가 있는지, 성인 교도소에서가 아닌 세상 밖에 소속될 수 있는지를 증명하는 기회이다.¹⁷¹⁾

167) Camille Diana Barbee, Law Putting Violent Teens in Adult Jails Challenged Indiana Supreme Court to Rule on State Law, COURIER-JOURNAL (Louisville), Dec. 9, 1997, at 1A.

168) Ainsworth, Youth Justice in a Unified Court, 앞의 주 163, 949.

169) Id. at 949-50.

170) Id. at 929

171) Irene Merker Rosenberg, 앞의 주 164, 17.

또한 3단계 시스템은 미성숙함이나 또래의 압력과 같은 청소년의 이유로 범죄를 저지른 청소년과 범죄자가 되기 쉬운 청소년 사이에 차이점을 인식할 수 있는 기회를 제공한다. 청소년 범죄자의 이와 같은 두 가지 범주는 3단계의 절차를 통해 자연적으로 선별된다. 미성숙으로 인해 범죄를 저지른 청소년들은 중간 단계의 처벌을 성공적으로 마치며 사회복귀를 목적으로 하는 상담과 교육을 받은 후 석방된다. 범죄자가 되기 쉬운 청소년들은 중간 단계의 처벌을 마칠 수 없으며 대신 성인의 형벌을 받게 될 것이다.¹⁷²⁾

172) Id.

제5장 알코올 등 환각범죄에 대한 엄정대응의 법리

약물남용과 범죄는 서로 밀접한 관련이 있다는 것은 명백하다. 매년 명정(酩酊)상태의 범죄자들이 매년 증가할 뿐만 아니라, 알코올은 많은 중한 범죄에 공헌하기도 하며 특히 중한 폭력사건에도 기여하고 있다.¹⁷³⁾

명정상태의 흉악범죄자들과 관련된 판례는 비명정상태의 범죄자들에게 적용되는 일반적인 기준을 명정상태의 범죄자들에게 동일하게 적용할 수 있는지 여부에 대해서 다양한 투영방법을 제시해 왔다.¹⁷⁴⁾ 19세기이후 법원은 이러한 문제를 해결하기 위해 많은 노력을 해왔다. 불행히, 오늘날 법원은 이러한 유형의 사건들과 관련된 문제를 해결하기 위해 어떠한 명백한 사법적 판단을 제시하지 못하고 있다. 명정상태의 범죄자들과 관련된 이러한 문제를 해결하는데 있어 법원은 동일한 범죄자들로부터 사회를 보호해야 하는 동시에 명정상태의 범죄자의 권리를 보호해야 한다는 딜레마에 종종 직면하게 된다.¹⁷⁵⁾

이러한 문제에 있어서는 명확하고 간결한 해답은 없을 것이다. 명정상태이던 아니던 범죄로 부터의 예방은 공공정책에 있어서 중요한 문제이다. *Montana v. Egelhoff* 사건에서¹⁷⁶⁾ 연방대법원은 몬타나 법령과 관련된 문제점들을 해결하려고 했다. 이러한 몬타나 법령은 피고인의 고의적인 살인에 있어서 자발적인 명정상태가 결정적인 단서라는 사실을 배심원들이 판단할 수 없도록 방해하고 있었다. 초기에 이러한 문제점은 피고인의 방어 전략으로서 명정상태임을 주장하려 했던 것으로 나타난다.¹⁷⁷⁾

173) Alton Travis Ellis, Note: MONTANA v. EGELHOFF: THE SUPREME COURT GIVES STATES THE GREEN LIGHT TO GET TOUGH ON INTOXICATED OFFENDERS 6 *Widener J. Pub. L.* 501(*Widener Journal of Public Law* 1997): Ebrahim J. Kermani & Ricardo Castaneda, *Psychoactive Substance Use in Forensic Psychiatry*, 22 *AM. J. OF DRUG & ALCOHOL ABUSE* 1, 4 (1996).

174) Note, *Alcohol Abuse & the Law*, 94 *HARV. L. REV.* 1660, 1681-82 (1981).

175) *Id.*

176) 116 S. Ct. 2013(1996).

여기에서는 Montana v. Egelhoff 사건에 있어 연방대법원의 결정에 초점을 두고 있다. 변호전략으로 명정상태주장을 검토하는 한편, 이와 관련 적법절차상 형사피고인의 권리를 조명하고 이 사건에서 제시하고 있는 엄정대응의 법리를 분석한다.

제1절 명정상태의 의의와 연혁

1. 자발적 명정상태의 의미

가. 자발적 명정상태에 대한 전통적 시각

오늘날 피고인이 형의 감경을 위하여 명정상태를 주장할 경우 법원의 처리는 일단 사물관할을 이전하는 것이다. 일부 관할법원은 배심원으로 하여금 피고인의 명정상태의 여부를 판단할 수 있도록 하고, 범죄의 수준과 등급을 낮추는 경우와 이러한 증거들을 배제하여야 할지에 대한 선택 또한 부담하도록 하고 있다.¹⁷⁸⁾ 미국 법원이 형의 감경을 위한 항변으로 피고인의 명정상태 여부판단을 인식하기 시작한 것은 19세기 초이다. 19세기 전에는 영국이나 미국 법원 시스템은 피고인의 항변사유로 명정상태의 인용을 강하게 거부하였다.¹⁷⁹⁾

일찍이 Blackstone, Coke, Hale과 같은 영국 법률가들은 명정상태에서 저지른 범죄자는 자신의 행동에 대해 책임을 져야 한다고 했다.¹⁸⁰⁾ 피고인이 유책감경사유로 명정상태라는 항변은 허용하지 않았다. 기본적으로 판례도 만취상태에 대해 엄격하게 접근하였다. 사실, Coke는 처음으로 만취상태라는 것은 감경항변사유가 아닌 '범죄의 도발'로서 처리하도록 제안했다. 훗날 많은 주석자들은 Coke의 견해를 확장했다. 예를 들면 Blackstone은 형법에 Coke의 견해를 받아들였다.¹⁸¹⁾ Blackstone은 "만취상태 또는

177) California v. Whitfield, 868 P.2d 272, 273 (Cal. 1994).

178) Stephanie Stone, U.S. Supreme Court Approves Montana's Bar on Using Voluntary Intoxication Evidence to Negate Mens Rea, WEST'S LEGAL NEWS, June 21, 1996, available in 1996 WL 339404.

179) R. U. Singh, History of the Defence of Drunkenness in English Criminal Law, 49 LAW Q. REV. 528, 536 (1933).

180) Id. at 531-534.

명정상태는 인간의 이성을 빼앗으며, 격분하게 함으로써 자발적으로 광기와 계약하는 것이며, 우리의 법률은 어떤 범죄적인 비행에 대한 변명보다는 오히려 범죄의 도발로서 파악해야 한다.”라고 적시하였다.¹⁸²⁾ 범죄자는 명정상태로 인하여 갑작스럽게 이성 또는 자제력이 상실될 수도 있지만, 형의 감경을 받기 위하여 자발적 명정상태를 이용할 수는 없을 것이다. 어쨌든, 범죄자의 명정상태는 범죄의 심각성을 악화시키고 있다는 시각이다. 더욱이 Hale은 “자발적으로 광기와 계약한 사람은 어떠한 특권도 없으며, 단지 맑은 정신의 일반인과 동일한 재판을 받아야 한다.”라고 하였다.¹⁸³⁾ Hale은 기본적으로 맑은 정신에 범죄를 저지른 범죄자와 명정상태의 범죄자를 동일하게 취급하는 것이다.

이 주석자들의 표현들을 종합해보면 시대의 상황을 나타내고 있다. 결국 그들의 사상이 반영됨으로서 ‘음주에 대항한 시대’로 불려졌다. 주석자들의 음주에 대한 접근방법과 명정상태의 범죄에 대한 법적용은 영국의 공통법의 접근방법과 매우 유사하다.¹⁸⁴⁾ 예를 들면 영국에서 최초로 만취상태의 범죄에 대한 법적용 사례인 *Reniger v. Fogossa*에서 법원은 이와 동일하게 적용하였다.¹⁸⁵⁾

음주로 인해 사람을 죽인 사람은 중죄로 처벌되거나, 교수형에 처해질 것이다. 왜냐하면 그는 기억이 없이 그러한 행위를 하였지만, 자신이 한 행동과 어리석음에 의해 유발된 무지이기 때문에 어떠한 특권도 줄 수 없다는 것이다.¹⁸⁶⁾

사실, *Fogossa*법원은 범죄는 자신의 의지로 인한 행동이므로 범죄자 명정상태여부의 고려를 배제한 것이다. 범죄자는 그의 행동의 결과에 대한 인식이 없었고, 자신이 범죄를 저지를 것에 대한 기억이 없다는 사실은 중요하지 않았다. 법원의 의견에 따라 범죄자는 유죄로 처벌되었다.¹⁸⁷⁾

1603년 *Beverley's Case* 사건에서도 법원은 “음주로 제정신이 아닌 그의 만취상태가 그의 행동 또는 범죄를 경감시켜 그를 이롭게 하지는 못하며, 스스로가 범죄를 악화

181) Id. at 533.

182) 4 WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES, 25-26 (1769).

183) 1 MATTHEW HALE, PLEAS OF THE CROWN, 32 (1847).

184) Singh, 앞의 주 179, 530.

185) *Fogossa*, 75 Eng. Rep. at 31.

186) Jerome Hall, Intoxication and Criminal Responsibility, 57 HARV. L. REV. 1045, 1047(1944)(1 FRANCIS WHARTON, CRIMINAL LAW § 66, at 95 (1932)에서 인용).

187) Id.

시킴으로서 그자체가 커다란 범죄이다.”라고 하였다.¹⁸⁸⁾

법원은 비록 범죄자가 평온한 마음상태가 아니었더라도, 그는 그 자신의 이익을 위하여 그의 명정상태를 이용할 수 없다고 판시한 것이다. 즉, 법원은 범죄자의 명정상태는 그 자체가 범죄라고 판시하였다. 그러므로 범죄자는 범죄를 경감시키기 보다는 자신이 바라던 대로 범죄를 더욱 악화시켰다고 판시하였다.¹⁸⁹⁾

이와 유사하게, 미국의 재판부는 일찍이 주석자들의 견해를 받아 들였고 그들의 의견에 주석자들의 견해와 비판을 수용하였다. 예를 들면 United States v. Cornell 사건에서¹⁹⁰⁾ Story 판사는 Blackstone과 Hale의 견해를 인용했고 “만취상태는 커다란 악이며, 우리의 몇몇 법률에서는 계획적 범죄로 본다.”고 판시하였다.¹⁹¹⁾ 결국, “변호로서 음주벽이 있다는 항변은 엄격히 배척된다는 것이 일찍이 미국의 법률에 정착되었다.” 법률의 초기발전단계에서는 여러 제도적인 사무변호사의 구절 또는 판례법에서 찾을 수 있듯이 명정상태를 감경사유를 위한 변호로서는 철저히 배제되었다.¹⁹²⁾ 근본적으로 “범죄 책임에 대한 이론이 너무 미숙하고 미개하여 예외적인 허용을 용납하기 않았다.”¹⁹³⁾

나. 감경항변사유로 명정상태

19세기 초반에 법원 판결은 형의 감경사유로 명정상태 항변을 일부 인용하기 시작하였다.¹⁹⁴⁾ 점차 법원은 피고의 명정상태가 범죄행위를 할 만한 정신적인 상태에 있었는지를 배심원이 고려할 수 있도록 예외적으로 인정하였다. 형의 감경사유로 만취상태를 인정하는 최초에 보고된 사법적인 판결은 1819년의 일이다. 법원은 범죄자의 자발적 만취상태는 변명의 여지가 없다고 판시했지만, 법원은 살인과 같은 범죄를 판단하는데 있어서 명정상태가 계획적인지 아니면 우발적인지에 따라 명정상태를 예외적으로 고려하기 시작했다.¹⁹⁵⁾ 더욱이 1835년 Pearson's Case 사건에서¹⁹⁶⁾ 판사 Park는 “만취상태는

188) 4 Co. Rep. 124 (1603).

189) Id.

190) 25 F. Cas. 650(C.C.D.R.I. 820).

191) Id. at 658.

192) Egelhoff, 116 S. Ct. at 218.

193) Singh, 앞의 주 179, 537.

194) Id.

195) 1 WILLIAM OLDNALL RUSSELL, CRIMES AND MISDEMEANORS 8 (1853)(Rex

우발적인 격분으로 저질러진 폭력사건에서 당사자의 의도를 파악하는데 있어서는 고려될 수 있다”고 하였다.¹⁹⁷⁾

법원이 새롭게 창출한 예외는 “정착하기 위해서는 천천히 하라.”였다. 그러나 당시에 중요한 변화들은 감경사유로 명정상태를 어떻게 적용할 것이냐 하는 법원의 이해에 있었다. 대부분의 미국 재판부는 19세기 말엽쯤에 이러한 새로운 견해 또는 예외를 받아들였다.¹⁹⁸⁾

더욱이 법원만이 피고의 자발적 명정상태를 배심원의 판단에 따라야 하는지 여부에 대한 문제점을 판단해 줄 수 있는 유일한 정부의 부서는 아니다. 연방과 주정부의 입법부는 명정상태의 범죄자와 관련한 법률의 발전에 있어서 중요한 역할을 해왔다. 피고의 자발적 명정상태의 문제점을 다루는데 여러 입법안들 중에서 가장 중요한 것 중의 하나가 형법전이다.¹⁹⁹⁾ 사실, 주석자들은 “초창기 형법전 이래로 거의 주의 3/4이 그들의 형법전을 개정해 왔다.”고 주목하고 있다. 법률 2.08(1)조항에 따르면 “비행자의 명정상태는 범죄의 요소를 부인하지 못하는 한 항변사유는 아니다.”²⁰⁰⁾ 소단락은 범죄행위에 있어서 명정상태는 항변사유를 구성하지 못한다고 규정하고 있다. 이러한 소단락은 그 시대에 피고의 자발적인 명정상태는 범죄에 대한 감경사유가 될 수 없다는 공통법의 접근방법을 반영하고 있다.²⁰¹⁾ 사실, 이와 같은 원칙은 그 당시 초창기 형법전에 나타나 있는 많은 주의 법률에 명확하게 서술되어 있다. 더욱이 법전은 “비행자의 경우 자발적인 명정상태 때문에 맑은 정신에는 인식할 수 있었던 위험을 인식하지 못한 무모함이 범죄를 구성하게 될 때의 그 무의식은 중요하지 않다.”고 규정하고 있다.²⁰²⁾ 법률의 제정이전에는, 정신

v. Grindley, Worcester Sum. Ass. (1819)에서 인용).

196) Pearson's Case, 168 Eng. Rep. 1108 (N.P. 1835).

197) Id. In Rex v. Thomas, 173 Eng. Rep. 356 (1837).

198) Jerome Hall, Intoxication and Criminal Responsibility, 57 HARV. L. REV. 1045, 1049 (1944); Missouri v. Cross, 27 Mo. 332, 337-38 (1858); Vermont v. Tatro, 50 Vt. 483, 487 (1878).

199) Mark D. Rosen, What Has Happened to the Common Law? Recent American Codifications, and Their Impact on Judicial Practice and the Law's Subsequent Development, 1994 WIS. L. REV. 1119, 1251 (1994).

200) Model Penal Code § 2.08(1) (1962).

201) Paul H. Robinson, A Brief History of Distinctions in Criminal Culpability, 31 HASTINGS L. J. 815, 815-16 (1980).

202) Model Penal Code § 2.08(1) cmt. 350-351.

적인 요소를 구성요소로 하는 범죄의 경우 법원은 고의의 범죄의 경우에만 범죄자의 명정상태를 고려했다. 범죄가 단지 일반적인 의사와 연관된 경우에는 법원은 증거로서 고려하지 않았다.²⁰³⁾ 그러나 이러한 접근방법에 대한 문제점은 구체적 의사와 추상적 의사 사이의 구별을 명확하게 하는 방법에 있다. 기소는 대부분의 범죄에 있어서 범죄자가 범의를 가지고 무모하게 행동했다는 것을 입증함으로써 할 수 있기 때문에, 법원은 범죄의 의식 또는 인식에 대한 전체적인 명정상태의 효과에도 불구하고 감경사유로서 범죄자의 명정상태를 인정하지 않는다.²⁰⁴⁾

초기 미국의 사법시스템은 영국의 공통법과 유사한 접근방법을 수용했다. 이때에는 범죄자가 명정상태에서 범죄를 저질렀다 하더라도 그들의 행위에 대한 형사상 책임은 부담해야 한다는 기본적 원칙의 기초에는 변화가 없었다.²⁰⁵⁾ 또한 입법부에 의해 발전했고, 입법부는 당시 명정상태에서 범죄를 저지른 범죄자를 어떻게 취급해야하는 지에 대한 방법에 있어 중요한 역할을 계속적으로 담당해 오고 있다. 수년간에 걸쳐 법원은 점차적으로 범죄행위에 대한 감경사유로 명정상태 항변사유를 인정하기 시작한다. 오늘날 많은 범죄자들은 적법절차의 조항에 따른 헌법상의 권리로서 자신의 명정상태임을 증명할 수 있는 기본권이 있음을 주장하고 있다.²⁰⁶⁾

2. 변호할 적법절차상 권리

수정헌법 제5조와 제6조는 형사 피고인의 여러 보호와 권리를 보장하고 있다. 그러나 헌법의 어떠한 부분도 피고인의 변호권을 보장한다고 명확하고 간결하게 서술하고 있지는 않다. 1787년 주들이 최초로 헌법을 제정한 이래로, 형사피고인들이 자신의 변호를 옹호하는 일정한 증거를 제시하는 것을 효과적으로 방해하거나 배척하는 새로운 증거와 소송상의 장애들은 발전을 어렵게 해왔다.²⁰⁷⁾ 대체로 연방대법원은 *Martin v. Ohio*사

203) *Id.* at 353.

204) *Id.* at 354.

205) *Egelhoff v. Montana*, 116 S. Ct. 2013, 2018.

206) *Singh*, 앞의 주 179, 536.

207) *Patterson v. New York*, 432 U.S. 197 (1977); *Mullaney v. Wilbur*, 421 U.S. 684 (1975); *Chambers v. Mississippi*, 410 U.S. 284 (1973); *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970).

건에서²⁰⁸⁾ 변호를 하는데 있어 피고인을 위한 권리를 제시하고 있다.

1970년 법원은 *In re Winship* 사건에서²⁰⁹⁾ 적법절차 조항은 합리적인 의심이 없도록 검찰이 입증하는 경우를 제외하고는 형사상 유죄판결에 있어서 형사피고인을 보호하는 권리로 작용한다고 판결하였다. 더욱이 법원은 “이 원칙은 설득의 방법으로 공통법 재판부에 지금 받아들여지고 있으며, 검찰은 유죄에 필요한 모든 요소들을 가지고 심사관을 설득시켜야 한다.”고 인정하였다.²¹⁰⁾ 법원은 합리적 의심이 없는 증명의 요구는 형사소송 절차에 있어 중요한 역할을 하고 있다고 인정했다. 형사소추 동안, 피고인은 유죄판결에 대해 자유로울 수 있는 그의 권리를 잃을 수 있다. 법원은 “적법절차의 원리는 모든 사람은 정부가 그의 유죄를 발견하는 자를 납득시키는 부담을 지지 않는 한 그의 자유를 잃지 않는다”고 결론을 내렸다.²¹¹⁾

Chambers v. Mississippi 사건에서²¹²⁾ 법원은 증거를 제시할 수 있는 범죄자의 권리를 수립함으로써 보다 더 피고인의 권리를 확장했다. *Chamber* 사건에서 “적법절차에 대한 형사재판에서 형사피고인의 권리는 사실 주의 기소에 대항할 수 있는 피고인의 공정한 기회의 권리이다”라고 판시하였다.²¹³⁾ 법원은 이 사건에서 피고인은 하급법원이 목격자와의 반대신문을 배척함으로써 중대한 증거를 제외시킴으로써 적법절차상 권리가 부정되었다고 하였다. 적법절차의 권리는 “주의 기소에 대항하여 변호할 수 있는 공정한 기회의 권리”를 포함한다.²¹⁴⁾ 왜냐하면 법원이 피고인의 목격자에 대한 반대신문을 막아, 피고인은 목격자의 증언을 부정할 수 있는 기회를 상실 당하였기 때문이다. 다시 말하자면, 이러한 권리의 부정은 피고인이 주의 기소에 대항하여 자신을 변호할 수 있도록 하는 것을 막았다는 것이다.²¹⁵⁾

1년 후 *Mullaney v. Wilbur* 사건에서²¹⁶⁾ 법원은 *In re Winship* 사건에서 수립된

208) 480 U.S. 228(1987).

209) 397 U.S. 358(1970).

210) *Id.* at 361.

211) *Id.* at 363.

212) 410 U.S. 284(1973)

213) *Id.* at 302.

214) *Id.* at 294.

215) *Id.* at 302.

216) 421 U.S. 684(1975); Anthony M. Doniger, Comment, Unburdening the Criminal Defendant: *Mullaney v. Wilbur* and the Reasonable Doubt Standard, 11 HARV.

선례를 잘 따랐는지 판단하기 위해 주된 법규를 검토했다. 법원은 주가 유죄판결을 얻어 내기 위해서는 합리적인 의심이 없도록 범죄의 모든 요소를 증명해야 한다고 판결했다. Mullaney 사건에서 피고인은 살인죄로 피소되었다.²¹⁷⁾ 주의 살인에 관한 법률에 따라 배심원은 피고가 고의살(murder)인지 과실치사(manslaughter)인지 판단해야 했다.²¹⁸⁾ 이 두 가지의 범죄는 위법하고 살해의 인식이 있음을 요구한다. 그러나 양자의 차이는 전자의 경우 계획적인 범행의사의 요소가 충족되어야 한다는 것이다. 심리계속 중 하급심법원은 배심원들에게 살인죄는 하나의 범죄이며, 계획된 범행의사는 단지 살인죄의 두 가지 종류를 구별하는데 사용된다고 교육시켰다. 이러한 접근방법에 따라 법원은 “피고인이 우발적인 격분으로 범죄행위를 했다는 것을 입증함으로써 계획적인 범행의사의 요소를 부정할 것”을 구하였다.²¹⁹⁾ 결국 배심원은 살인죄의 유죄판결을 내렸다. 유죄판결에 대하여 피고인은 연방대법원에 인신보호영장을 청구하였다. 피고인은 하급심법원이 계획적인 범행의사의 요소를 없었음을 피고인측에게 입증할 것을 요구하는 것은 주의 부담을 실질적으로 감소시키는 것이므로 그의 적법절차상의 권리를 침해하는 것이라 주장하였다.²²⁰⁾

항소심에서 법원은 “주가 피고인에게 입증책임을 적극적으로 전가시킬 때는 피고의 적법절차의 권리에 사실상 위반된다.”고 하고,²²¹⁾ 따라서 법원은 주가 적극적으로 피고인에게 입증책임을 전가시키는 것은 위헌이라 하였다. 결국, 법원은 주가 피고의 적법절차상의 권리를 축소시켰다고 한 것이다.²²²⁾

이후 Crane v. Kentucky 사건에서 법원은 연방헌법에 따라 형사피고인은 “완전한 변호를 하는데 있어 중요한 의미가 있는 기회는 보장된다.”하고,²²³⁾ 검찰의 기소는 문제되는 강도사건에 출석한 Crane 삼촌의 증언과 자백에 기초된 것이다. Crane이 범죄를 저질렀다고 제시할 수 있는 물리적인 증거물은 존재하지 않았음에도, 심리법원은 주위환경

C.R.-C.L. L. REV. 390-431 (1976).

217) Mullaney, 421 U.S. at 704.

218) Id. at 688.

219) Id. at 687.

220) Id. at 687-88.

221) Id. at 701.

222) Id. at 704.

223) 476 U.S. 683(1986).

에 따른 Crane의 자백만으로 하급법원이 유죄판결을 한 것은 사실상 가혹한 것이라고 하였다.²²⁴⁾ 법원은 정당한 주 재판부의 부재로 인하여 “무죄를 증명하는 증언의 종류”가 배심원의 고려에서 제외되었다면 피고의 기본권은 강탈되었다고 하였다.²²⁵⁾

반면, 형사심리에서 모든 관련 증거를 제시할 것을 형사피고인의 요구할 수는 없다는 전제하에 Taylor v. Illinois 사건에서 “형사피고인은 증거능력이 없는 또는 있는, 그 밖의 방법으로 증거의 일반규칙 하에서 허용되는 증거를 제시할 절대적인 권리를 가지고 있지는 않다.”고 하였다.²²⁶⁾ 즉, 법원은 제공된 증거가 증거능력이 있는지 아니면 없는지 판결하는 경우에 피고인의 헌법상 권리를 위반하지 않는 증거를 배제시킬 수도 있다 하였다.

나아가 Martin v. Ohio사건에서²²⁷⁾ 법원은 주가 긍정적인 자기변호의 입증책임 부담을 피고인에게 부여하는 것은 형사피고인의 적법절차상 보장되는 권리 침해가 아니라고 하였다.

제2절 Montana v. Egelhoff²²⁸⁾

1. 사건개요

1992년 7월 초, James Allen Egelhoff는 북서쪽 Montana의 Yaak 지역에서 캠핑하는 동안 Roberta Pavola, John Christenson과 친구가 되었다. 7월 12일, 일요일, 세 사람은 여러 병의 맥주를 사서 마시기 시작했다. 자정이 조금 지나, 여러 목격자들이 Lincoln County Sheriff's Department에 음주운전 사고를 신고하였다. 이 신고에 에 따라 경찰관들이 출동하여 Christenson의 차를 U.S. Highway 2에 따라 놓여진 수로에서 발견했다. 경찰관들은 이 차량을 수색하면서 Pavola와 Christenson의 시신을 앞좌석에서 발견

224) Id. at 690: (California v. Trombetta, 467 U.S. 479, 485 (1984)에서 인용); see also Strickland v. Washington, 466 U.S. 668, 684-85 (1984).

225) Id. at 690-91.

226) 484 U.S. 400(1988).

227) 480 U.S. 228(1987).

228) Montana v. Egelhoff, 900 P.2d 260, 261-63 (Mont. 1995).

했다. 경찰당국은 그들은 각각 머리에 한발의 총격으로 사망했다고 발표했다. Egelhoff은 차량의 뒷좌석에 산채로 작은 신음을 하면서 누워있었다. 경찰은 브레이크 페달바닥 가까이 38구경 Egelhoff의 권총을 발견했다. Egelhoff은 그의 손에 탄환의 발사흔적을 있었다. 후에 경찰조서에 따라 그가 병원으로 후송된 후 Egelhoff의 혈중알콜농도는 36%로 드러났다.²²⁹⁾

Egelhoff는 두 개의 고의적인 살인죄의 혐의를 받았다. 재판에서 Egelhoff는 문제가 되었던 밤에 일어났던 일을 기억하지 못한다고 주장했다. Egelhoff는 더 나아가 그는 극도로 취해 있었기 때문에 범죄를 저지를 수가 없었다고 항변하였다. 재판이 종료될 무렵에 Montana주 법률 45-2-203조에 근거하여 배심원은 고의적인 살인죄의 요소인 필수적인 온전한 정신 상태를 소유했는지 여부를 결정하는데 있어서 Egelhoff의 명정상태가 범죄의 구성요건 인정여부의 고려대상에서 배제될 수 있다고 하고, 결국 배심원은 유죄평결을 한 것이다.²³⁰⁾

2. Montana 대법원의 판결

Egelhoff는 몬타나 대법원에 항소했다. 그는 법령이 그의 사법절차상 기본권을 침해했다고 주장하면서 45-2-203조의²³¹⁾ 합헌성여부를 다투게 되었다. 특히 Egelhoff는 법령이 “피고인의 자발적 명정상태의 고의적인 살인죄를 입증할 때에는 주가 이를 입증해야 한다는 원칙을 부정하는 결과를 가져왔다.”고 항변하였다.²³²⁾ 더욱이 하급법원은 배심원의 고려에서 Egelhoff의 명정상태를 배척했기 때문에, 동조는 “정신적인 요소에 대한 입증책임부담을 검찰에서 피고인으로 이전시켰기 때문에 위헌이다.”라고 하였다.²³³⁾

대법원은 주 법령상 범죄의 유책판단에 명정상태를 고려하지 않을 수 있도록 한 조항이 헌법정신에 부합하는지를 판단하게 되었다. 대법원은 동조는 혐의가 있는 범죄를 구성하는데 필요한 모든 사실을 합리적인 의심 없이 입증해야함에도 불구하고 법령에 의거

229) Id.

230) Id.

231) Mont. Code Ann. § 45-5-102(1)(a) (1995)

232) Egelhoff, 900 P.2d at 263.

233) Id.

이를 배제하는 것은 입증책임상의 적법절차 조항에 위반된다는 취지로 하급심 법원의 결정을 파기환송 하였다.²³⁴⁾

반면, 반대취지로 Nelson 판사는 주의회는 “혐의 있는 범죄행위에 있어 무엇이 적용 가능한 고려사항 인지를 규정할 수 있는 권한을 유보할 수 있다”고 하면서, 실제로 동법의 1987년 수정조항은 주가 합리적인 의심 없이 범죄의 각 요소를 입증하도록 요구하지 않음은 입법 재량이고,²³⁵⁾ 자신의 의지의 결과로서 명정상태가 된 피고인들은 여전히 그들의 행위에 대하여 형사적인 책임이 있다고 지적했다.

동조가 위헌적이라는 몬타나 대법원의 판결에 불복, 주는 주법원의 판결에 대해 재심사할 수 있도록 연방대법원에 소청했다. 연방대법원은 적법절차조항을 위반한 “범죄의 요소인 정신상태의 존재를 결정하는데 있어서 동 조항이 자발적 명정상태를 고려대상에서 배제할 수 있는 것이 적법절차상의 기본권을 침해하는지 여부를 판단할 수 있는지 여부”를 결정하는 이송명령서를 발하였다.²³⁶⁾

3. 연방대법원의 판결

연방대법원은 몬타나 주 법률 45-2-203조항은 연방헌법상 적법절차조항을 위반하지 않았다고 판시, 몬타나 대법원 판결을 파기환송 하였다.²³⁷⁾ 주심판사 Scalia는 몬타나 대법원 판결의 논거는 “적법절차 조항은 혐의 있는 범죄의 모든 요소에 대한 주의 증거를 반박할 수 있는 모든 관련 증언을 제시할 수 있고, 이러한 증언이 배심원이 고려할 수 있게 하는 권리를 피고인에게 보장하고 있다”는 명제로 하고 있다 하였다.²³⁸⁾ Scalia는 “Egelhoff측도 인정하고 있듯이 적절한 증언을 할 수 있는 권리는 절대적인 것으로 전망되지는 않는다”고 하면서 “연방헌법상 적법절차조항은 실현할 수 있는 모든 증언을 할 수 있도록 하는 권리가 범죄자에게 절대적으로 보장된 것은 아니다”라는 취지에서 주문과 같이 판단하고 있다.²³⁹⁾

234) Id. at 264-65.

235) Id. at 266.

236) Id. at 268.

237) Montana v. Egelhoff, 116 S. Ct. 2013, 2016 (1996).

238) Id. at 2016-17.

239) Montana v. Egelhoff, 116 S. Ct. 2013 (1996).

또한 Scalia는 Patterson v. New York에서 지적했듯이²⁴⁰⁾ ‘기본적으로 사회적 가치가 부여된 우리 인간의 관습과 양심에 뿌리내린’ 정의의 원칙에 위배된 범죄에 대하여 무조건적으로 허용되는 변명이라면 이는 일정한 제한을 해야 한다고 하였다.²⁴¹⁾ 따라서 배심원이 피고인이 명정상태였다는 항변을 고려하기 위해서는 당사자는 정의의 원칙에 포함되는 사실에 대한 항변에 한정될 수 있을 것이라 하였다.²⁴²⁾

나아가 Scalia는 피고인의 정신상태가 문제될 때에 자발적 명정상태여부의 판단을 제한할 수 있는 법령을 부활시키기로 한 몬타나주 의회는 정당하고, 그렇다고 하여 연방헌법상 적법절차 조항에 의거하여 볼 때, 배심원의 피고인에 대한 명정상태 유무의 판단을 방해한 어떤 이유도 찾아볼 수 없다고 하였다.²⁴³⁾

동조의견으로 Ginsburg는 동법 제45-2-203조는 입증책임부담을 감소시키는 방법으로 보기 보다는 오히려 입법부가 범죄를 선택하는 방법으로 이해해야 한다면서,²⁴⁴⁾ 이 규정의 의미를 “개인들은 그들의 행위로 형사적 책임을 부담할 지도 모른다는 상황에 관한 입법적 판단을 구체화했다”고 지적하였다. 따라서 이러한 법률은 입법자의 재량권내에 있고, 범죄의사의 요소를 재정의 하는 일보로서 “위험적인 무리와는 일정한 거리가 있다”고 하였다.²⁴⁵⁾

반대의견으로 O’Connor는 이 법규를 주의 입증부담을 감소시킴으로서 주가 유죄판결을 얻어내는 것을 더 쉽게 만들고 있다는 인식하에, “사실 형사재판에서 있어 피고인의 적법절차상 권리는 주의 기소에 대항하여 변호할 공정한 기회의 권리이다.”고 하여 몬타나 대법원이 판단하였듯이 “적법절차상 권리가 배제되었다”고 이 법률의 의미를 해석하였다.²⁴⁶⁾ 또한 “피고인이 고의적 또는 의도적으로 범죄행위를 했다고 보여지지 않는 한, 고의적인 살인죄에 해당하지 않는다”고 하였다. Souter도 같은 취지의 반대의견에 동조하였다.²⁴⁷⁾

240) 432 U.S. 197, 202(1977).

241) Cooper v. Oklahoma, 116 S. Ct. 1373, 1377 (1996); Marshall v. Lonberger, 459 U.S. 422, 438 n.6 (1983)

242) Egelhoff, 116 S. Ct. at 2017.

243) Id. at 2024.

244) Id.

245) Id.

246) Id. at 2026.

247) Id. at 2034.

Breyer는 반대의견에 동조하는 취지로서 정신적요소를 새롭게 정의함으로써 명정상태 규정을 해석하는 것은 '비정상적인 결과들'을 도출할 수 있다고 하였다.²⁴⁸⁾ Breyer는 “법령은 명정상태를 의도 또는 인식과 법적으로 동일하게 만들고, 외부상황이 있는 경우에만 맑은 정신의 의도 또는 인식을 증명할 수 있을 것이며, 정신 상태에 의존하기보다 증거와 관련 없는 외부상황에 의존하여 유죄 또는 무죄를 바꿀 수 있다”고 지적하였다.²⁴⁹⁾ Breyer는 그 일례로 교차로에 멈춰선 음주운전자가 엄청나게 가속했다면 유죄판결이 전망될 것이다. 왜냐하면 명정상태에 대해 무지한 배심원은 인식 또는 의도를 추론할 것 같기 때문이다. 동일하게, 고속도로를 따라 달리는 음주운전자가 굉장한 속도로 다른 차의 옆을 스쳤다면 무죄판결이 내려질 것 같다. 왜냐하면 명정상태에 무지한 배심원은 과실을 추론할 것 같기 때문이라 하였다.²⁵⁰⁾

4. 판결의 의미(주 입법부의 승리)

이 사건에서 대다수 판사들은 “정부와 피고인 사이의 입증부담을 배분하고, 피고인들에게 무엇이 허용될지 결정하고, 범죄를 규정한다는 점에서 그들이 원하는 무엇인가를 하는 주 의회를 추방하기 위한 방법으로 헌법을 이용하는 것은 바람직하지 않다”고 평가하였다.²⁵¹⁾ 결과적으로 피고인의 자발적 명정상태라는 무분별한 항변사유를 제한하려는 입법의도를 사법부의 판결에 의하여 명정상태 범죄자들에게 좀 더 강한 법률을 제정할 수 있도록 주의회의 포문을 열게 하였다.²⁵²⁾ 무엇보다 주법원의 형사사건에 있어 그가 너무 취해서 그의 행동의 결과를 충분히 이해하지 못했다는 피고인의 주장을 다루는 방법을 변화시킬 수 있는 계기가 될 것이라 보고 있다. 피고인이 범죄를 범하는 동안 명정상태에 있는 경우에는 범죄의 정신적인 요소를 입증하는 주의 부담을 경감시킬 수 있는 몬타나 법령과 유사한 법령을 각 주 입법부가 제정할 수 있도록 한 것이다.²⁵³⁾

248) Id. at 2035.

249) Id.

250) Id.

251) Stephanie Stone, 앞의 주 178, 7.

252) Egelhoff, 116 S. Ct. at 2023-24.

253) John Sanko, 'Too Drunk' Defense May Be Outlawed in State, ROCKY MOUNTAIN NEWS, June 15, 1996, at 26A.

예컨대, 이 판결 후, Colorado 상원의원 Mike Coffman은 주 법령을 개정할 계획을 수립하기 시작했다.²⁵⁴⁾ Coffman 상원의원은 과거에 그는 몬타나 법령과 유사한 입법을 생각했었지만, 주 검찰의 지지를 얻는데 실패 했었는데,²⁵⁵⁾ 이제는 연방 대법원이 몬타나 사건에서 주 의회의 입법재량을 인정했으므로 Coffman은 그가 필요로 했던 지지를 가질 수 있게 되었다.²⁵⁶⁾

입법적 반응이라면, “알코올과 범죄에 관한 사회의 증가되고 있는 강력한 태도에 관한 신중한 정책적 의문을 일소하고 강경하고 단호한 대처를 분명히 할 수 있는 것이다”는 것이다.²⁵⁷⁾

이후 법원은 검찰이 범죄자의 합헌적인 권리가 있음을 인정하지 않고, 살인의 의사 없이 단지 무모하게 명정상태에서 살인한 사람을 청부살인업자와 동일하게 취급하는 경향을 보이고 있다.²⁵⁸⁾

254) Stephanie Stone, 앞의 주 178, 1.

255) Id. at 5.

256) Id.

257) Id. at 7.

258) Id. at 8; Susan F. Mandiberg, Protecting Society and Defendants Too: The Constitutional Dilemma of Mental Abnormality and Intoxication Defenses, 53 Fordham L. Rev. 221, 231-32 (1984); Thomas Webster, THE END JUSTIFIES THE MEANS? MONTANA V. EGELHOFF INTOXICATES THE RIGHT TO PRESENT A DEFENSE, 73 Chi.-Kent L. Rev. 425(1998).

제6장 음주운전자 차량에 대한 차량몰수

1997년 약 150만명이 약물 또는 음주상태에서 운전하다 체포되었다. 수많은 음주운전자들이 체포되었지만 1990년 이래로 그 수는 점차 증가하고 있다. 걱정되는 주위 음주운전자들은 여전히 남아있는 것이다. 매년 체포되는 150만명 이외에 매일 체포를 피하여 국도와 고속도로를 여행하는 대략 수백만 명의 음주운전자가 있다.²⁵⁹⁾

음주 운전자에 관한 염려와 그들이 야기한 문제점들은 증가된 단속결과를 가져오게 한다. 좀 더 광범위한 벌금, 좀 더 긴 면허취소, 그리고 증가된 구류선고와 동시에 좀 더 강한 제재가 필요하게 되었다. 범죄자 차량의 몰수가 이에 대한 해답이 될 수 있다. 몰수는 범죄자의 범죄 행위의 '방식'을 가져갈 뿐만 아니라, 범죄자가 약물 또는 알코올의 영향하에 같은 차를 가지고 운행하는 것을 막을 수 있다. 게다가 종종 값비싼 물건인 자신의 차가 몰수될 수 있다는 예상은 사람으로 하여금 음주운전하기 전에 두 번 생각하게 할지도 모른다.

여기에서는 음주 운전자에 대한 차량 몰수와 관련하여 헌법상 쟁점 즉, 이중위험금지의 원칙과의 충돌에 대한 해석, 수정헌법 제8조 과도한 벌금조항의 적용 등을 고찰한다. 각론적 분석으로 원인 없는 차량몰수와 보상범위, 대표적인 주의 차량몰수제도상 특성 등을 다룬다.

제1절 헌법상 쟁점

연방대법원은 지금까지 음주운전자의 차량몰수에 대해 합헌으로 보고 있다. 그러나 다른 재산몰수법령들의 헌법조항준수여부를 평가한 사례가 적지 않고²⁶⁰⁾ 특히, 금전징수처

259) Laura M. Maruschak, U.S. Dep't of Justice, DWI Offenders Under Correctional Supervision 1 <<http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/abstract/dwiocs.htm>> (June 1999).

260) United States v. Ursery, 518 U.S. 267 (1996); Bennis v. Michigan, 516 U.S. 442

분 불이행의 이행확보 내지 현물징수처분의 헌법상 다툼의 쟁점이 음주운전자의 차량몰수의 합헌성여부를 판단하는데 참고 될 수 있을 것이다.

연방대법원은 형사소송절차에 한정된 몰수조항들과 이외의 몰수조항들을 구별하여 헌법상 보호가 달리 적용된다는 입장을 지지해왔다.²⁶¹⁾ *Austin v. United States* 사건에서는²⁶²⁾ 헌법상 보호가 재산몰수를 포함하는 경우와 그렇지 않은 경우를 분리하여 상황을 설정하고 있다.

연방대법원은 비이성적인 수색과 체포에 대항하기 위한 수정헌법 제4조를 재산몰수조항에 적용하고 있지만, 수정헌법 제6조의 대립조항은 적용하지 않는다고 한다. 또한 형사소송절차에서 합리적인 의심 없이 입증되어야 유죄가 된다는 적법절차의 요구는 재산몰수절차에는 적용되지 않는다는 입장을 지지하고 있다.

이중위험금지조항은 재산몰수절차에 적용되지 않지만, 재산몰수가 형벌으로서 특정화될 수 있는 경우에는 적용될 수 있다고 한다. 반대로, 원문에 따라 형사사건들에 한정된 수정헌법 제5조의 자기부죄거부조항(Self-Incrimination Clause)은 재산몰수소송절차에 적용되지만, 재산몰수법령은 소유자의 유죄와 관련한 경우 또는 소유자가 연속적인 형사소송절차의 가능성에 직면한 경우에만 적용된다. 그리고 물론, 그것이 너무 형벌적이어서 소송절차가 상당히 형사사건으로 고려되어야 하는 경우에 형사사건들과 연관된 그들의 보호들은 재산몰수절차에 적용될 가능성도 있다.²⁶³⁾

이들 각각의 헌법상의 보호들은 재산몰수의 전후관계를 세밀하게 따짐으로서 판단되어야 하지만, 특히 무고한 소유자의 보호에 관한 네 가지의 보호들은 법원의 많은 주의가 요구되었다. 미국 수정헌법 제5조 이중위험금지조항,²⁶⁴⁾ 수정헌법 제8조 과도벌금금지조항,²⁶⁵⁾ 수정헌법 제5조와 제14조의 적법절차조항,²⁶⁶⁾ 수정헌법 제5조의 취득조항²⁶⁷⁾ 등이 각각의 중요한 보호들과 재산몰수와의 일반적인 연관성, 그리고 특히 음주운

(1996).

261) *Austin v. United States*, 509 U.S. 602, 608, n. 4 (1993).

262) *Id.*

263) *Id.*

264) U.S. Const. amend. V.

265) U.S. Const. amend. VIII.

266) U.S. Const. amend. V.

267) U.S. Const. amend. V.

전자의 차량몰수 요건에 관하여 검토한다.

1. 이중위험금지의 원칙

미연방헌법은 “어떠한 사람도 동일한 범죄로 인하여 두 번의 생명 또는 신체의 위험에 놓이게 해서는 아니 된다.”고 규정하고 있다.²⁶⁸⁾ 이 조항의 적용은 연속적인 처벌뿐만 아니라 연속적인 기소도 제한하고 있다.²⁶⁹⁾ 따라서, 이 조항에 위배되지 않는 차량몰수를 인정하기 위해서는 우선 이 몰수가 처벌임을 전제로 해야 한다.²⁷⁰⁾ 최근 *United States v. Ursery* 사건과²⁷¹⁾ *Hudson v. United States* 사건에서²⁷²⁾ 이 조항의 확대적용이 쟁점이 되었다.

가. *United States v. Ursery*

이 사건은 몰수와 연관된 두 개로 분리되는 경우를 언급하고 있다.²⁷³⁾ 첫 번째는 제 6번째 순회법원은 이중위험금지의 원칙에 위반이라 하면서 *Ursery*의 유죄판결을 뒤집었고,²⁷⁴⁾ 두 번째로는 유죄판결로 재산몰수가 되었지만, 제9번째 순회법원은 이 원칙을 들어 재산몰수 판결만을 파기하였다.²⁷⁵⁾

법원은 “국가의 초기이래로 민사상 불법영득의 반환이라는 취지에 입각한 법리체계를 근간으로 재산몰수제도가 형성되었고, 형사소추는 동일한 범죄행위에 기반을 두고 이중위험을 금지하도록 하는 데에 의미를 부여한다.”는 것을 전제로 하고 있다.²⁷⁶⁾ 이를 토대로 한 ‘판례들의 오랜 경향’과 모순되지 않게 일사부재리조항을 재산몰수에는 적용하지 않았다.²⁷⁷⁾

268) *Id.*

269) *United States v. Ursery*, 518 U.S. 267, 273 (1996) (*United States v. Dixon*, 509 U.S. 688, 696 (1993); *North Carolina v. Pearce*, 395 U.S. 711, 722 (1969)에서 원용).

270) *Id.*

271) 518 U.S. 267(1996).

272) 522 U.S. 93(1997).

273) *United States v. Ursery*, 518 U.S. at 271.

274) *Id.*

275) *Id.* at 272.

276) *Id.* at 274

In Various Items of Personal Property v. United States 사건에서²⁷⁷⁾ 법원은 대인적인 범죄자제재와는 다른 법체계를 유지해야 한다는 신념을 재천명하고 있다. 따라서 “전에는 형벌을 과할 수 없었지만 어떠한 상황에서는 후에 형벌을 과할 수 있다고 하더라도 대물소송으로 재산몰수와 대인소송으로 벌금과 같은 민사상 처벌을 분명하게 구별하고 있다”²⁷⁹⁾

One Lot Emerald Cut Stones v. United States 사건에서는²⁸⁰⁾ 일사부재리조항은 단지 동일한 범죄에 대한 두 개의 형사재판 또는 두 개의 형사처벌만을 금한다고 좁게 해석하고 있다.²⁸¹⁾ 나아가 처벌이 형사적인 것인지 또는 민사적인 것인지 결정하는 것은 법령상의 구조의 문제라고 하였다.²⁸²⁾ 법원은 “처벌들은 분리되어 그 목적을 명확하여 재산몰수의 특성을 결정하는데 기준이 되므로 의회는 그것들을 명확하게 구별하여 민·형사 처벌을 명하기도 한다. 이러한 구조를 방해할 이유는 없었다”고 하였다.²⁸³⁾

United States v. One Assortment of 89 Firearms 사건에서는²⁸⁴⁾ 만장일치로 앞선 형사상 소송절차는 후행의 재산몰수를 방해하지 않는다고 천명하고 있다.²⁸⁵⁾ 대체로 보아 의회는 특히 논쟁 중에 재산몰수를 교정적인 민사상 제재로 인식하고 있고, 법원도 재산몰수조항이 이중위험금지조항의 범위밖에 있다고 판결함으로써 재산몰수조항은 광범위한 교정적 행정목적으로 발전하였다.²⁸⁶⁾

그러나 법원은 Department of Revenue v. Kurth Ranch 사건과²⁸⁷⁾ Ursery 판결을 구별하고 있다.²⁸⁸⁾ Kurth Ranch 사건에서 법원은 동일한 행위에 대한 형사상 처벌 후에 부과된 불법적인 약물의 소유에 따른 부과금은 일사부재리조항의 위반이라고 판시

277) Id. at 274-78; Various Items of Pers. Prop. v. United States, 282 U.S. 577 (1931); One Lot Emerald Cut Stones v. United States, 409 U.S. 232 (1972); United States v. One Assortment of 89 Firearms, 465 U.S. 354 (1984).

278) Various Items of Pers. Prop. v. United States, 282 U.S. 577 (1931).

279) Id. at 581.

280) One Lot Emerald Cut Stones v. United States, 409 U.S. 232 (1972).

281) Id. at 235-36.

282) Id. at 237.

283) Id. at 236-37.

284) United States v. One Assortment of 89 Firearms, 465 U.S. 354 (1984).

285) Id. at 362.

286) Id. at 363-64.

287) 511 U.S. 767(1994).

288) United States v. Ursery, 518 U.S. at 281-82.

하고 있다.²⁸⁹⁾ 법원은 *Ursery* 사건의 논쟁 중에 대물소송에 있어 재산몰수는 형벌도 아니고 이중위험금지조항의 적용대상이 되는 형사상 처벌도 아니라고 결론지었다.²⁹⁰⁾

나. *Hudson v. United States*²⁹¹⁾

이 사건은 은행자금의 오용에 대한 형사상 혐의와 함께 금전적인 형벌과 직업상의 업무담당 금지를 명한 것이 이중위험금지에 위배되었는지를 구한 것이다.²⁹²⁾

특히, 이 사건에서는 민사법적 구조를 이루는 제재법규가 그 내용이 너무 가혹해서 실질적으로는 형사처벌로 보아 이중위험금지의 원칙을 적용할 수 있음을 적시하고 있다.²⁹³⁾ 그 기준으로는 *Kennedy v. Mendoza-Martinez* 사건에서²⁹⁴⁾ 원용한 바와 같이 ① 구금처벌이 구체적 무자력과 관련성, ② 연혁적으로 형벌로서 간주되었는지 여부, ③ 자금운동 등 활동의 고의성, ④ 제재가 형벌(응보와 방해)의 전통적 목적에 부합하는지 여부, ⑤ 심리대상의 행위가 이미 범죄가 성립되었는지 여부 등이다. 이 사건에서 이 기준을 적용한다면 금전적 형벌들과 직업상의 처벌들은 당연히 민사적이고, 이중위험금지의 원칙에 의하여 보호되지 않는다고 하였다.²⁹⁵⁾

다. 음주운전자 차량에 대한 재산몰수의 적용

연방대법원에서 확립된 이중위험금지의 원칙의 기준을 적용한다면 음주운전자 차량의 몰수는 합헌적 기준을 충족한 것으로 볼 수 있다. 앞에서 제시한 논거에 의하면 일단적으로 법원은 차량몰수제도에 대하여 의회가 민사적 또는 형사적인 법령을 의도했는지를 판단해야 한다.²⁹⁶⁾ 앞선 사례들에서 승인된 법령들처럼, 그러한 법령은 사람보다는 재산에 규제될 것이다.²⁹⁷⁾

289) 511 U.S. 767, 776(1994).

290) *United States v. Ursery*, 518 U.S. at 282.

291) *Hudson v. United States*, 522 U.S. 93, 95-105 (1997).

292) *Id.* at 95-98.

293) *Id.* at 95.

294) 372 U.S. 144(1963).

295) 522 U.S. 93, 103 (1997).

296) *United States v. Ursery*, 518 U.S. 267, 288-92 (1996) (*United States v. One Assortment of 89 Firearms*, 465 U.S. 354, 366 (1984)에서 원용).

“대인소송은 본질적으로 형사상 행위에 관한 다툼이라는 시각과 달리, 대물소송에 있어서의 행위들은 전통적으로 사법부가 물질적인 목적물의 반환에 의지하는 민사상 소송절차로 보여졌다.”²⁹⁸⁾ 더욱이 법령체계가 원천적으로 민사상의 절차적 실행 매카니즘을 확립하고 있다면, 재산몰수는 민사적이라는 확신을 부여하고 있다.²⁹⁹⁾ 사실상 음주운전자 차량에 영향을 미치는 차령몰수 법령은 *Ursery*사건의 선례를 적용하여 민사적 제재이고 따라서 이중위험금지의 원칙의 적용대상이 되는 것은 아니라 하겠다.³⁰⁰⁾

두 번째 단계는 차량몰수를 민사법 체계에 두려는 의회의 의도에도 불구하고 당해 소송절차가 너무 가벌적이기에 민사적인 것으로 보는 것은 불합리한지 여부의 판단이다.³⁰¹⁾ *Hudson* 사건의 판단기준은 이 때 적용될 수 있는데, 음주운전자 차량몰수는 이 기준에 의하면 가벌적 요소가 충분히 있으므로 이중위험금지의 원칙의 적용대상이 될 수 있다고 할 수 있다. 그러나 입법자의 재산몰수 법령의 구도와 설계 방법이 민사법 체계에 두고 있다는 것이 결정적 논거라 하겠다.³⁰²⁾ 나아가 처벌을 가함에 있어서 책임요건인 지식의 역할인 범죄자의 정신 상태와 재산몰수 절차와는 무관하다는 것을 지적함으로써 이를 배제할 수 있다.³⁰³⁾

2. 과도한 벌금조항의 적용

음주운전자의 차량몰수를 허용하고 있는 법령은 이중위험금지의 원칙을 쉽게 뛰어넘지만, 수정헌법 제8조의 과도한 벌금 금지조항의 적용여부가 또 다른 문제이다.³⁰⁴⁾ 수정헌법 제8조는 “과도한 보석금은 요구되지 않아야 하며, 과도한 벌금은 부과되지 말아야 하며, 잔인하고 이상한 형벌로 고통 받지 말아야 한다.”라고 규정하고 있다.³⁰⁵⁾ 이 조항

297) *United States v. Ursery*, 518 at 288-89.

298) *United States v. One Assortment of 89 Firearms*, 465 U.S. at 363 (*Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co.*, 416 U.S. 663, 684 (1974)에서 원용).

299) *United States v. Ursery*, 518 U.S. at 288 (*United States v. One Assortment of 89 Firearms*, 465 U.S. at 363에서 원용).

300) *Id.*

301) *Id.*

302) *Hudson v. United States*, 522 U.S. at 100 (*United States v. Ward*, 448 U.S. 242, 249 (1980)에서 원용).

303) *Hudson v. United States*, 522 U.S. at 99, 104-05.

304) U.S. Const. amend. V; U.S. Const. amend. VIII.

은 형벌을 부과하는 정부의 권력으로부터 피고인을 보호하기 위한 취지이나 1993년에 연방대법원은 이 조항을 또한 재산몰수에도 적용될 수 있다고 하였다.³⁰⁶⁾

가. Austin v. United States³⁰⁷⁾

Ursery 사건 약 3년 전에 판결된 이 사건에서 연방대법원은 처음으로 수정헌법 제8조의 과도한 벌금 금지 조항이 재산몰수에도 적용할 수 있다고 하였다.³⁰⁸⁾ 법원이 수정헌법 제8조의 원문과 역사를 검토하면서,³⁰⁹⁾ “권리장전은 명확하게 형사사건에 제한된다”고 규정하고 있는 반면, 수정헌법 제8조는 형사적인 상황에 제한된다고 표현하고 있지는 않고,³¹⁰⁾ 연혁상 형사사건에만 적용이 제한되어 있지는 않다고 하였다.³¹¹⁾ 당시 연방대법원은 “한쪽에 보석금 조항을 놓은 수정헌법 제8조의 목적은 형벌을 부과하는 정부의 권력을 제한하는 것이다”라고 하여 재산몰수가 형벌을 구성할 수 있는지를 판단해야 했다.³¹²⁾ 대법원은 재산몰수가 “명확하게 교정의 목적으로만 수행한다고 말해지기보다 오히려 응보적 또는 제재적인 목적으로만 수행하는 것으로 설명되어질 수 있다”면 형벌로 구성된다고 하였다.³¹³⁾

나. 과도한 벌금의 판단기준

Austin사건 판결에 의할 때 음주운전자의 차량몰수는 수정헌법 제8조의 의도에 적합한 과도한 벌금일 수 있다.³¹⁴⁾ 확실히 이와 같은 법령은 교정적인 목적으로 수행하기 보다는 오히려 응보적이고 제재적인 요인을 가지고 있다.³¹⁵⁾ 그러나 수정헌법 제8조의 위

305) U.S. Const. amend. VIII.

306) Austin v. United States, 509 U.S. 602, 606-07 (1993).

307) Id. at 621-22.

308) Id. at 606-14.

309) Id. at 607-08; U.S. Const. amend. VIII.

310) Id.

311) Austin v. United States, 509 U.S. at 608.

312) Id. at 610-11.

313) Id. at 610 (United States v. Halper, 490 U.S. 435, 448 (1989)에서 인용).

314) Id. at 619-22.

315) Id. at 610.

반에 충족하기 위하여 요구되는 '과도한' 형벌이 무엇인지를 결정하기 위한 기준이 아래와 같이 오스틴 판결에서 제시하고 있다.³¹⁶⁾

- ① 범죄에 비례한 형벌이 균형을 이루고 있는지 여부이다. 그 판단요소로는 범죄의 질과 형벌의 가혹함이 합리적인 비례관계를 이루고 있는가, 형의 선고는 다른 관할의 법원에서도 총체적 균형이 이루어지고 있는가이다.³¹⁷⁾
- ② 매개적 접근방법으로 "전통적인 기준하에서 '유죄'이고 따라서 몰수할 수 있는 재산과 충분한 밀접성이 있었는가?"이다. 즉, 재산몰수와 범죄사이의 관련성 평가이다.³¹⁸⁾ 이러한 접근방법은 재산자체가 유죄라는 전제에서 비롯한다.³¹⁹⁾ 재산과 범죄사이의 밀접성을 판단하는 요소로는 재산이 불법적인 목적으로 충분히 사용되었는가?³²⁰⁾ 재산이 불법적인 활동에 필수적이었는가? 이다.³²¹⁾
- ③ 매개와 비례의 두 개의 분석방법으로 ①과 ②의 접근방법의 결합이다.³²²⁾

위의 기준을 근거하여 법원은 몰수된 재산이 불법적인 행위에 정말 조력했는지를 판단하고, 재산이 조력되었다고 판단될 경우, 정부는 재산몰수의 가치와 교정비용 사이의 합리적인 관련성이 인정되는 범위에서 과도한 벌금의 한계가 설정된다.³²³⁾ Bajakajian사건에서 법원은 30만 달러 이상의 몰수는 수정헌법 제8조의 과도한 벌금에 해당한다고 하였다.³²⁴⁾

음주운전자의 차량몰수를 평가하기 위하여 위 기준을 적용할 경우에 재산몰수는 심하게 불균형을 이룰 수 있는 것처럼 보인다. 법원이 제시하는 기준은 범죄가 야기하는(심각한 사건들, 상해, 그리고 죽음) 잠재적이고 실제적인 해악까지 포함되기 때문이다. 반

316) Id. at 622-23.

317) Michael J. Munn, Note, The Aftermath of Austin v. United States: When Is Civil Forfeiture an Excessive Fine?, 1994 Utah L. Rev. 1255, 1273-81 (1994).

318) Austin v. United States, 509 U.S. 602, 628 (1993).

319) Id. at 626.

320) Douglas S. Reinhart, Note, Applying the Eighth Amendment to Civil Forfeiture After Austin v. United States: Excessiveness and Proportionality, 36 Wm. & Mary L. Rev. 235, 265 (1994).

321) Id.

322) Michael J. Munn, 앞의 주 317, 1280.

323) Id.

324) U.S. v. Bajakajian, 524 U.S. 321, 334(1998).

면, 차량소유자가 주장하는 취지로는 차량의 관련성이 다른 합법적인 활동에도 있다는 것이다.³²⁵⁾ 즉, 차량은 불법적인 약물 또는 밀수품과 같은 법률상의 범죄적인 물건이 아니다. 어떤 경우이든 소유자는 음주운전보다 다른 목적을 위해 차량을 사용하기 때문이다. 그러나 대부분의 상황에서 다른 사람들에 대한 해악의 잠재성은 매우 높다. 따라서 소유자가 주장하는 취지는 요소만으로는 차량몰수가 음주운전의 범죄에 심하게 불균형을 이루고 있다고 주장하기에는 충분하지 않은 것 같다.

3. 무고한 소유자를 위한 헌법상의 보호

무죄라 함은 “유죄로부터 자유로운 것으로 유죄를 씌우는 상황에 대한 인식 없이 신뢰로 행동하는 것”으로 정의된다.³²⁶⁾ 따라서, 무죄의 소유자는 재산 몰수된 재산을 전부 또는 일부분을 소유하고 있는 사람이지만 재산몰수에 기초한 행위와는 관련이 없다.³²⁷⁾ 그러한 상황에서 재산은 몰수되어야 하는지가 쟁점이다. 우리의 기본적인 공평관념이 달리 지시할지도 모르지만, 연방대법원은 1996년 *Bennis v. Michigan* 사건에서 ‘예’라고 대답했다. 이 사건에서 재산의 무고한 소유자와 관련하여 두 가지의 헌법상 보호가 쟁점이 되고 있다.³²⁸⁾

가. 적법절차와 무고한 소유자

*Bennis*사건의 청구내용은 피상고인이 자신의 차량을 몰수하기 전에 사전통지를 결하였다는 것이 아니고, 상고인의 차량을 그녀의 남편이 외설법(*indecent law*)에 위반하여 사용하였던 것이고, 이를 상고인에게 통지하지 않았으므로 적법절차 조항 위반하였다는 이유로 제소한 것이다.³²⁹⁾

법원은 *Bennis*의 차량이 미시건 법령의 위반하여 이용되었다는 것을 상고인이 모르고 있었다 하나, 타자(남편)의 위반사항까지 직접적 통지대상이 되는가에 대하여는 적법절

325) *Id.*

326) *Black's Law Dictionary* 788 (6th ed. 1990).

327) *Id.*

328) 516 U.S. 442, 453(1996).

329) *Id.* at 446.

차상의 보호대상이 될 수 없다는 취지로 선례를 인용하여 청구를 기각하였다.³³⁰⁾ 범죄에 사용되었다는 것을 알지 못했지만, 오랜 깨어지지 않는 선례의 경향이 차량을 몰수되도록 판결했다고 주장하면 법원은 일찍이 Bennis의 요구를 기각했다.³³¹⁾ 즉, 재산몰수는 대물적 제재이므로 소유자가 범죄행위를 알았는지 알지 못했는지는 관련이 없다 하였다.³³²⁾

나. 취득조항과 무고한 소유자

Bennis의 다른 청구내용으로는 차량이 몰수된 이상 수정헌법 제5조의 취득조항에 의거하여 정당한 보상을 구한다는 것이다.³³³⁾ 법원은 재산몰수절차는 수정헌법 제14조의 위반도 아닐뿐더러, 몰수는 원시취득이고 공공필요에 의한 토지수용권의 발동이 아닌 이상 정당한 보상을 해주어야 할 대상이 아니라고 하였다.³³⁴⁾

다. Bennis 판결의 비판

Bennis 판결은 많은 비판을 받았다. 이 사건은 Bennis의 남편이 부인의 차량으로 운행도중 매춘부와 접촉하게 되었고, 차내에서 성행위를 하다가 적발되어 외설법에 위반하게 되었고, 이에 따라 차량몰수를 하게 된 것이다. 그러나 이 사건에서 인용한 선례는 차량이 실정범위반을 직접목적으로 한 운행이었음에 반하여, 이 사건에서는 정상적인 운행도중에 발생한 사건이었고, 당해 차량이 실질적이고 직접적으로 범죄를 촉진시킨 것이 아니므로 범죄와 차량사이의 밀접성도 박약할 뿐 아니라 형평에 어긋난다하여 논란이 되었다. 무고한 소유자 및 그의 재산몰수에 관한 다른 사건이 연방대법원 앞에 올 때까지, 소유자들은 남의 죄를 뒤집어 쓸 것이고, 다른 사람이 그것을 사용하도록 놓아두는 것은 그들의 재산을 단지 포기하는 것으로 나타날 것이라는 비판은 피할 수 없게 되었다.³³⁵⁾

330) Id.

331) Id. at 446-51.

332) Id; Calero-Toledo v. Pearson-Yacht Leasing Co., 416 U.S. 663, 683 (1974); Van Oster v. Kansas, 272 U.S. 465, 467 (1926); J.W. Goldsmith, Jr.-Grant Co. v. United States, 254 U.S. 505, 511 (1921); Dobbin's Distillery v. United States, 96 U.S. 395, 401 (1877).

333) Bennis v. Michigan, 516 U.S. at 449, 452..

334) Bennis v. Michigan, 516 U.S. at 452-53 (United States v. Fuller, 409 U.S. 488, 492 (1973); United States v. Rands, 389 U.S. 121, 125 (1967)에서 인용).

4. 평석

현재의 연방대법원의 일관된 판결을 볼 때, 재산이 몰수된 사람을 보호하기 위하여 연방헌법상 보장된 권리는 존재하지 않는 것 같다. 물론 음주운전자 차량몰수가 직접 쟁점이 되어 판시한 사례는 없지만 전술한 판례의 입장을 고려할 때 연방대법원의 입장을 충분히 추론할 수 있을 것이다. 요컨대 연방헌법상사례들은 법원이 무엇을 결정할 것인지를 시사는 하고 있다. 드문 특이한 상황을 제외하고, 재산 몰수된 소유자는 이중위험금지의 원칙, 과도벌금금지조항, 적법절차조항, 정당보상조항 등은 음주운전자 차량몰수에 대하여는 보장되지 못하고, 전적으로 각 주의 입법자의 의사에 의존한다고 하겠다.

제2절 주 법령상 차량몰수

개별 주에 따라서 음주운전자의 처벌에 관한 규정은 그 종류와 내용이 다양하다. 일부 주는 가혹하게 특징지어질 수 있지만, 어떤 주의 경우에는 처벌의 내용이 대단히 관대한 경우도 있다. 특히, 각주 사이에 있어 가장 중요한 차이점 중의 하나가 음주운전자의 처벌에 규정이다.

1. 범죄자의 차량몰수에 관한 주의 법률

28개 주는 음주운전자의 처벌에 있어 차량몰수조항을 가지고 있지 않다. 그러나 이들 주중 네 개의 주(Florida, Iowa, Maryland, Utah)는 명정상태 범죄시에 운전하는 것에 대해서 체포하고 압수하는 절차를 가지고 있다. 다른 비재산 몰수 주들(Delaware, Vermont, Nebraska, Virginia)은 최근에 차량 압수 또는 운행정지와 관련한 입법을 고려하고 있다.

335) Joseph G. Callella, Note, Front Seat Adventures: Forfeiting Fundamental Fairness & A 1977 Pontiac, 28 Seton Hall L. Rev. 1262 (1998); Ann K. Johannes, Casenote, Bennis v. Michigan: Civil Forfeiture and Innocent Owners, 1997 Det. C.L. Mich. U. L. Rev. 229, 260-63 (1997) ; Charlena Toro, Note Comment, From Piracy to Prostitution -State Forfeiture of an Innocent Owner's Property: Bennis v. Michigan, 11 BYUJ. Pub. L. 209(1997)

22개 주는 음주운전 법령들에서 차량몰수에 대하여 규정하고 있다. 이들 중 4개주(Illinois, New York, North Dakota, Tennessee)는 음주운전에 관한 형사절차가 종료되어 유죄판결을 받지 않더라도 차량몰수를 허용하고 있다. 다른 6개 주(Alabama, Florida, Louisiana, Pennsylvania, South Carolina, Vermont)는 최근에 차량몰수 입법을 제정하고 있다.³³⁶⁾

2. New York City

각 주가 재산몰수의 조건들과 적용에 있어 상당한 차이가 있지만, City는 미국에 있어서 선두적인 차량몰수의 규정을 두고 있다.

가. New York 주 법률

New York의 주 법률은 소유자가 중죄로 유죄판결을 받게 되면 범죄에 이용한 차량을 몰수할 수 있도록 하고 있다.³³⁷⁾ 그러나 음주운전자의 경우에는 일부에 한하여 중죄로 분류된다.³³⁸⁾ 운전자가 최근 십년 이내에 음주로 인한 차량충돌 또는 음주운전으로 과실치사의 유죄판결을 받은 경우에는 E등급 중죄로 유죄판결 받는다.³³⁹⁾ 최근 10년 이내에 음주운전으로 인한 차량충돌 또는 과실치사의 유죄판결을 받은 경우에는 D등급의 중죄에 해당한다.³⁴⁰⁾ 최근 10년 이내에 음주운전으로 전에 유죄판결 받은 사람은 E등급의 중죄의 책임이 있고, 전에 두 번 유죄판결 받았으면 D등급의 중죄에 해당할 것이다.³⁴¹⁾ 차량몰수 법집행은 음주운전자의 차량에 한정될 뿐만 아니라, 일단 형사소송절차상 유죄판결이 있어야 한다.³⁴²⁾

336) Mothers Against Drunk Driving, Key Legislation and Priority Laws(http://www.madd.org/pub_pol/rts2000/LAWS.pdf)(accessed Jan. 15, 2000).

337) N.Y. C.P.L.R. 1310(5), 1311(a) (McKinney 1997).

338) N.Y. Veh. & Traf. Law §§ 1192(1)-(6).

339) Id. § 1193(c)(i).

340) Id. § 1193(c)(ii).

341) Id. § 1193(d)(4)(i)-(ii).

342) N.Y. C.P.L.R. 1311(1)(a).

나. 차량몰수의 요건

New York 시장 Rudolph Giuliani는 음주운전에 대한 관대한 처벌을 금지를 하도록 의안을 제출한 바 있다.³⁴³⁾ 이미 행정법전 규정에 따라 1992년 2월 22일을 시점으로 하여, 음주운전으로 체포된 사람의(초범자포함) 차량을 압수하기 시작했다.³⁴⁴⁾ 이 개정안은 첫 번째로 음주 운전자를 체포한 후에 등록된 차량의 소유자가 누구인지를 결정하도록 하고, ³⁴⁵⁾ 운전자가 차량의 소유자라면, 체포한 경찰관은 차량몰수 절차를 시작하기 위해 우선 조서를 작성하도록 하고 있다.³⁴⁶⁾

운전자가 차량의 소유자가 아닌 경우에도 경찰관은 운전자가 차량의 '배타적 사용'을 하고 있는지, 소유자는 그 사람이 만취되어 있는 사실을 알면서도 차를 운행하도록 허락했는지에 따라 차량소유자를 체포할 수 있다.³⁴⁷⁾ 그러나 운전자가 법적으로 혈중알코올 농도 10 level일 경우에 차량은 바로 차량몰수 절차의 대상이다.³⁴⁸⁾ 혈중농도 06이상 10미만으로 '음주운전'을 하여 체포되었다면 운전자의 차량은 몰수의 대상이 되지 않는다.³⁴⁹⁾ 한편, 운전자가 음주측정검사를 거부한다면 그의 차량은 몰수된다.³⁵⁰⁾ 개정안중에 가장 논의되었던 부분은 차량몰수가 형사소송절차와 완전 독립적이라는 것이다.³⁵¹⁾

차량의 운전자 또는 소유자는 경찰서의 재물 관리원에게 차량을 반환 받기 위해 출두해야 한다. 당시 경찰서는 법원에 가서 소유자에게 차량을 반환하거나 폐차하는데 25일이 걸린다. 차량몰수절차는 다른 민사사건처럼 뉴욕최고법원에 의해 관리된다. 운전자는 형사소송절차에서 유죄가 판결되지 않더라도 그의 차량은 몰수될 수 있다.³⁵²⁾

343) Alice McQuillan & Patrice O'Shaughnessy, Rudy OKs DWI Plan-Safir: Car Grab a Go, N.Y. Daily News, Jan. 23, 1999, at 2.

344) Daniel Wise, City Confident its Seizure Law Will Survive Challenge, 221 N.Y.L.J. 11 (1999). The city code section 14-140(4)(b).

345) Philip Messing, Boose It & Lose It: DWI Car-Forfeit Begins, N.Y. Post, Feb. 22, 1999, at 7.

346) Id.

347) Graham Rayman & Karen Freifeld, City Police Take 3 Cars Off Street -Seizures From New Policy WI Arrests, Newsday, Feb. 23, 1999, at A30.

348) Id.

349) Id.

350) Id.

351) Id.

352) Robert Saiz Holguin, Seizures of DWI Suspects' Cars Begin, USA Today, Feb. 23,

다. Grinberg v. Safir³⁵³⁾

New York 시민자유연맹(NYCLU)은 애초부터 뉴욕시의 차량몰수의 집행계획을 반대하였다. 이 연맹은 Pavel Grinberg가 체포되었을 때 시험소송을 제기하였다.³⁵⁴⁾ 시립도서관의 정비근로자인 Grinberg가 산만하게 운전하는 것을 경찰이 발견한 후에 그를 체포하였고, 그의 혈중알코올농도는 11등급으로 측정되어 경찰은 즉시 그의 1988 Acura를 압수하였다.³⁵⁵⁾ 그가 체포될 당시에 뒷좌석에 타고 있던 Grinberg의 아내는 차량 없이 집에까지 갈 수 밖에 없었다.³⁵⁶⁾ 시민자유연맹은 취재원에게 Grinberg의 Acura의 압수는 가족의 고난을 창출했다고 말했고, 러시아의 이민자로서 Grinberg 신분의 영향에 관해 우려를 표현했다.³⁵⁷⁾ 예전에 유죄판결 받은 경력이 없고 체포당시에 낮은 등급의 혈중알코올농도를 나타낸 Grinberg를 대신하여 시의 차량몰수집행과 다투는 시민자유연맹은 소송을 제기한 것이다.³⁵⁸⁾

법원은 “시의 DWI정책은 형사소송의 판결 전에 기소된 음주운전자로 하여금 소유물을 사용하지 못하도록 막고 있지만, 음주운전을 단념시키고 뒤이은 차량몰수명령의 강제성을 확보하는 시의 이익이 분명히 개인의 사익보다 더 우월하다”고 판결하였다.³⁵⁹⁾

또한 법원은 몰수는 차량이 반복적으로 불법적인 활동에 사용되는 것을 막고 있다. 자동차는 DWI의 필수적인 부분이고, 그것이 범죄에 반복되게 ‘죽음의 수단’으로서 사용됨으로써 위압감을 준다. 살인피고인으로부터 비-밀수품 살인무기를 압수하는 것에 강한 공익이 있는 것처럼 DWI 피고인으로부터 차를 압수하는 데에도 강한 공익이 있다고 하여 청구를 기각하였다.³⁶⁰⁾

1999, at 3A.

353) Grinberg v. Safir, 694 N.Y.S.2d 316 (Sup. Ct. 1999).

354) Rocco Parascandola & Allen Salkin, NYCLU to Challenge DWI Car Seizures, N.Y. Post, Feb. 28, 1999, at 2.

355) Grinberg v. Safir, 694 N.Y.S.2d 316, 325 (Sup. Ct. 1999).

356) Id.

357) Id.

358) Id.

359) Id. at 325.

360) Id. at 326.

3. Iowa주의 경우

음주운전반대어머니모임(Mothers Against Drunk Driving: MADD)의 주의 최근 등급을 보면, Iowa주는 전반적인 등급에 있어 B등급을 받았다. 이 등급은 확실히 가혹하지는 않지만 MADD의 보고서에 의하면 법률과 입법의 영역에 있어서 개선할 필요가 있다.³⁶¹⁾ MADD보고서는 범죄자의 차량몰수를 허용하고, 면허정지 위반 하에서 운전하는 반복 범죄자들의 형벌을 높이는데 있어 최고로 높은 혈중알코올농도 등급인 08로 낮추는 법률을 Iowa주가 채택하는 것을 기피하고 있다고 지적하고 있다.³⁶²⁾

현재, 음주운전 초범은 경범죄로서 분류되고,³⁶³⁾ 유죄판결 받은 초범은 48시간의 군(郡) 교도소에 수감, 1000달러 벌금, 운전면허 취소, 약물남용평가, 음주운전자교육과정을 수반한다.³⁶⁴⁾ 음주운전으로 두 번째 유죄판결 받은 자는 일반범죄에 해당한다.³⁶⁵⁾ 두 번째 범죄에 대한 처벌은 7일 이하 수감, 1500달러~5000달러 벌금, 약물남용예방프로그램의 이수이다.³⁶⁶⁾ 음주운전으로 유죄판결 받은 D등급 중죄는 30일~1년간 수감, 2500달러~7500달러 벌금, 약물남용 치료를 위한 치료절차 이수를 수반한다.³⁶⁷⁾ 이러한 형벌에 더하여, Iowa주 법률은 두 번 또는 연속적으로 음주운전을 한 경우 즉시 수감하고 차량을 몰수한다.³⁶⁸⁾ 주는 면허 취소기간 또는 180일 간의 기간 동안 어느 쪽이 더 길든 피고인의 차량을 몰수하거나 보관할 수 있다.³⁶⁹⁾

361) Michael J. Langer, Note, Can Anyone Stop Big Brother? New York's Drunk Driving Laws Do Not Pass The Constitutional Test, 28 Hofstra L. Rev. 1147, 1148 (2000) ; Will Consovoy, Comment, Automobiles as Weapons: New York City's Misapplication of Civil Forfeiture, 10 Geo. Mason U. Civ. Rts. L.J. 397, 429-37 (2000) .

362) Mothers Against Drunk Driving, Rating the States 2000 Report(http://www.madd.org/pub_pol/rts2000/rtsil.htm#ia)

363) Iowa Code § 321J.2(2)(a)(2000).

364) Id. § 321J.2(2)(a)(1)-(4).

365) Id. § 321J.2(2)(a)(2)).

366) Id. § 321J.2(2)(b)

367) Id. §§ 321J.2(2)(b), .2(3)(c).

368) Id. § 321J.2(2)(c)

369) Id. §§ 321J.2(2)(c), .2(3)(c).

제3절 종합평가

미 연방대법원은 아직 음주운전자의 차량몰수에 대해 합헌성을 평가하지 않고 있지만, 대체로 차량몰수 법령들에 대하여는 합헌적이라는 견해가 지배적이라 하겠다. 일부 주는 차량몰수규정 또는 뉴욕시티의 전혀 관대하지 않은 법안만큼 엄격한 법안을 통과시키는 것을 주저하는 실정인 것 같으나, 음주운전에 대한 '강한 처벌'에 대하여 전향적이라는 것은 분명한 것 같다. 오늘날의 추세로 볼 때, 피고인의 권리들과 재산소유자를 보호해야 하지만, 음주운전자가 야기할 지도 모르는 잠재적 해악(중한 상해 또는 무고한 운전자 또는 승객의 죽음)에 더 비중을 두고 있다고 하겠다.³⁷⁰⁾

370) Mothers Against Drunk Driving, DUI/DWI Arrests and Convictions
(http://www.madd.org/stats/stat_dui.shtml)

제7장 사이버스페이스상 강경대응의 법리적용

제1절 범죄양상

1. 서설

정보통신과 온라인 서비스(정보통신 서비스)가 상용화되면서 소비자에게 많은 이익이 제공되고 있다. 이러한 서비스를 통해 집에서 쇼핑하고, 은행 업무를 보며, 일하고 공부할 뿐 아니라, 오락과 정보의 물결을 끝없이 제공받고 있다. 또한 컴퓨터상에서 기업이 정보 통신 서비스를 통해 상품과 서비스를 제공하는 기회가 제한이 없게 되었다.³⁷¹⁾

그러나 폭발적인 정보 통신 서비스에 따른 부작용도 적지 않다. 피라미드 사기 판매, 사기광고, 다른 사기나 부정 관행에 휘말리는 비용을 소비자에게 정보도 제공하지 않고 그저 돈을 버는 것으로 소비자를 현혹시키는 온갖 부적절한 활동 등이다.³⁷²⁾

예로, 사기 전화 판매(텔레마케팅)과 비도덕적인 페이퍼 콜(pay-per call) 등은 정보 통신 서비스의 부정행위와 사기의 잠재성을 드러내고 있는 것이다. 그 결과로, 정부, 산업 규제 기관은 정보 통신 서비스 분야에서 소비자 보호를 최우선 집행 과제로 삼고 있다.³⁷³⁾

1990년 이후 미의회는 전화 판매와 900개 정보통신 서비스망의 관리 통제를 위하여 특별 조항으로 '불공정 사기 거래 관행'을 처리하기 위하여 미연방공정거래위원회법(Federal Trade Commission Act) 제 5 항 하에서 FTC에 부여하는 규제와 단속을 포함하여 광범위한 권한을 부여하고 있다. 나아가 컴퓨터 범죄법은 해킹과 바이러스 침

371) Ilene Knable Gotts/StaceyM.Berg, DEVELOPMENTS IN CONSUMER PROTECTION: ENFORCERS GET **TOUGH** ON FRAUDULENT AND DECEPTIVE PRACTICES IN TELECOMMUNICATIONS SERVICES, 11-SUM Antitrust 39 Antitrust Summer, 1997.

372) Id.

373) FTC News Release, Mar. 14, 1996, available in <<http://www.ftc.gov>>.

투 후 개인 비밀번호의 유출 등의 컴퓨터 범죄를 예방하고 개인의 정보보호 등을 위하여 제정 시행되고 있으며, 강력한 단속 및 규제의 필요성이 입증하고 있다.³⁷⁴⁾

1994년 이후 FTC는 아래에 논의하는 바와 같이 인터넷 상의 불법 마케팅과 광고에 대한 감시 및 조사를 강화하였다. 주 당국, 외국 정부, 산업체도 노력을 강화하여 불법 온라인 관행을 탐지하며 수정하고 있다. 의회가 전화 판매와 페이퍼 콜 서비스의 규제법을 제정하였고, 온라인 산업의 문제점을 미디어 특별 규정의 통과를 목전에 두고 있다³⁷⁵⁾.

구체적으로 강력한 정책적 내지 물리적 대응이 필요한 영역으로는 전화판매, 페이퍼 콜, 소위 '피셔(phisher)'로 불리는 허위 웹사이트상 사기행위 등이다.

2. 전화판매

지난 10년 동안 '무허가 증권 중매소(Boiler rooms)'에서 나오는 시장 상품에 대한 전화 사용이 일반적인 관행이 됨에 따라, 당국은 이러한 행위를 동시 다발적으로 강력하게 단속했다. 1987년 이후, 전미검찰총장협의회(Joint National Association of Attorneys General: NAAG)와 FTC는 텔레 마케팅 사기 데이터베이스(FTC Telemarketing Fraud Database)는 부정한 전화 판매자를 식별하여 제재 및 처벌을 강화하고 있다.³⁷⁶⁾ 또한 상업개선위원회(Better Business Bureaus)와 전국 소비자 연맹(National Consumers League)이 하는 것처럼, 41명의 주 검찰 총장을 포함하여 100여 개 이상의 연방 및 주 사법기관이 사기 데이터베이스를 색출하여 형사처벌과 행정제재를 병행함과 아울러 민사적 구제를 용이하도록 하는데 집중하고 있다.³⁷⁷⁾

1988년 의회는 전화 판매 사기를 알리기 위한 첫 법안인, 1988년 전화판매 사기방지법(Telemarketing Fraud Prevention Act), H.R. 4101을 제출했다. 1988년의 제정된 법안은 1994년 전화판매와 소비자 사기 및 남용 방지법(Telemarketing and

374) FTC News Release, Apr. 15, 1996, availablein<<http://www.ftc.gov>>.

375) Janell Mayo Duncan, FTC Issues Final New Telemarketing Rules, Consumer Protection Update, Winter 1996.

376) FTC News Release, Apr. 15, 1996, 1996 WL 173406, availablein <<http://www.ftc.gov>>.

377) Id.

Consumer Fraud and Abuse Prevention Act), 15U.S.C.§§ 6101-08으로 발효된다. 전화 판매법은 특별히 주 검찰 총장과 D.C. 검찰총장(D.C. Corporation Counsel)에 영장 없는 압수·수색 및 압수, 확정판결 전 온라인망폐쇄라는 강력한 수단을 인정하는 집행권한을 부여하고 있다.³⁷⁸⁾

1995년 8월 전화판매법에 의거하여 FTC는 보완 규정, 전화 판매 규칙 (Telemarketing Rule), 16 C.F.R. pt. 301(1996)을 고시하였다. FTC 전화 판매 규칙 제 1 버전이 온라인 서비스를 포함하기 위해 '전화 판매'를 폭넓게 제한하고 있다.³⁷⁹⁾ 이 규칙은 전화건 목적을 앞에서 명백하게 실시하고, 전화를 할 수 있는 시간을 제한하도록 하며, 상품과 서비스에 대한 허위·과장기술을 금지하도록 하고 있다. 또 사기 전화 판매를 돕거나 활성화시키는 일체의 행위를 금지하며, 위반 시 10,000달러 민사 처벌을 규정하고 동시에 FTC 법. C.F.R. §§ 310.1-310.8(1996)하에서 일반적으로 적용 할 수 있는 공정한 구제 방법을 허용하고 있다.³⁸⁰⁾

지난 몇 년 동안 FTC는 분명히 우선하여 200여 건 이상에 이르는 소송 사건으로 사기 전화 판매의 제재와 피해자 구제에 공헌하고 있고 한다. 구체적으로는, 지나치게 비싼 허위 정수기 판매, 수하물 판매, 희귀한 동전, 준보석, 호화 휴가, 건강 및 다이어트 보조 식품, 투자 및 사업투자정보 등이 있다.³⁸¹⁾ 가장 일반적인 사기판매는 노인을 대상으로 하는 스테이크 경마의 판촉 등에 금지 및 부당이득 반환청구소송의 활성화이다.

규제당국은 사기 전화 판매에 적극적으로 대처하게 되었다. 1996년 1월, FTC와 주 단속청은 고기능 전화 판매 사기를 탄압하는 '프로젝트 바리케이트(Project Roadblock)'를 개시했다. FTC에 따르면, 사기 데이터베이스에 보고된 투자 금액 손실의 1/4 이상이 가장 일반적인 것 중에서 FCC 면허와 900개 협력 관계가 있는 고기능 인터넷 신용사기였다.³⁸²⁾ 1996년 9월까지, 85 건의 소송 사건이 이 프로젝트의 일부로 제기되었다.

1996년이후 수많은 '신종' 전화판매사기 수법이 폭발적으로 증가하고 있다. 구체적으로

378) Janell Mayo Duncan, FTC Issues Final New Telemarketing Rules, Consumer Protection Update, Winter 1996.

379) FTC News Release, Jan. 30, 1996, available in <http://www.ftc.gov>.

380) FTC News Release, Mar. 6, 1996, available in 1996WL95226.

381) Id.

382) FTC News Release, Apr. 15, 1996, 1996 WL 173406, available in <http://www.ftc.gov>.

는, ①고객이 확인하는 계좌에서 권한 없이 인출되는 일람불 환어음이 인데, 이는 신용 카드 사기 범죄자의 추적과 체포가 더욱 어려운 상황에 처하게 되고 있고,³⁸³⁾ ② 주로 고령 소비자를 현혹시키는 '회복실'로 소비자가 부정한 전화 판매자로부터 잃은 돈을 되 찾는 것처럼 현혹하여 원인 없는 수수료를 지불하도록 하는 수법이며,³⁸⁴⁾ ③지나치게 비싼 의학 및 사업 장비 판매,³⁸⁵⁾ ④경품 당첨의 새로운 변종으로 전화자금 지원금 사기수법,³⁸⁶⁾ ⑤사기 발명 또는 허위사업 투자유치 등이다.³⁸⁷⁾

3. 페이퍼콜 서비스

페이퍼 콜 기술의 출현은 새로운 컴퓨터 범죄 내지 신용사기사건을 발생시키고 있다. 전화사용상 불명확한 거래관행이 빈번한 사기행각을 가능하게 하고 합법적인 사업을 포함한 전 산업이 위협을 받고 있는 실정이다.

페이퍼 콜 서비스는 특정 전화번호로 전화할 때 시간 단위로 비용을 부과하면서 부당한 이익을 창출하거나 사기행위에 유입되도록 하는 기능을 한다. 초기 단속수준은 소비자에게 특정 전화번호로 걸면 회선이용비 이외의 요금이 부과됨을 사전 고지하는 수준이었다. 이후 이 서비스의 폐해를 막기 위하여 심리적 상황을 조언하여 소비자의 자제를 구하는 단계에서 전화선제공자에 대하여 불법 페이퍼 콜 서비스 업자를 색출 퇴출하는 의무를 부과하는 규제로 진전되었다. 최근에는 FTC가 사기 관행을 근절하기 위하여

383) Id.

384) FTC v. U.S.M. Corporation, CV-9-95-00668-LDG (LRL) (complaint filed July 12, 1995); FTC v. Fraud Action Network, Inc., CV-S-96-191-LDG (RJJ) (D. Nev. Mar. 16, 1996); FTC v. Meridian Capital Management Inc., CV-S-96-63 PMP (RL) (D. Nev. Oct. 15, 1996).

385) FTC v. Freedom Medical Inc., C-2-95-510 (S.D. Ohio stipulated final judgment, Jan. 5, 1996); FTC v. United Wholesalers, 94-8620-CIV-MOORE (S.D. Fla. final judgment and order issued Apr. 23, 1996).

386) FTC News Release, Mar. 6, 1996, available in 1996WL95226.

387) FTC v. Innovative Telemedia, Inc., No. 96-8140-CIV (S.D. Fla. complaint filed and ex parte TRO, asset freeze, and receivership order entered Mar. 4, 1996); FTC v. Bureau 2000 Int'l, Inc., Civ. No. 96-1473 DT-JR (C.D. Cal. complaint filed Mar. 1, 1996); FTC v. William Szabo, No. 96-226-CIV-ORL-19 (M.D. Fla. complaint filed Mar. 1, 1996); FTC v. Pioneer Communications of Nev., Inc., Civ. No. 96-1471 WMB (RMC) (C.D. Cal. complaint filed Mar. 1, 1996).

FTCA 제 5항에 의거 이 서비스의 운영자를 상대로 민·형사상의 제소가 이루어지고 있다.³⁸⁸⁾ 1991년과 1992년에 제정된 연방 법령은 FCC와 FTC에 페이퍼콜 산업의 다른 면에 추가적 제재를 가능하도록 하고 있다.³⁸⁹⁾ 1993년에 시행된 FTC '900 규정'(16 C.F.R. pt. 308)은 페이퍼 콜 서비스가 소비자에게 전화하는 비용을 공개하도록 하고; 신용카드,³⁹⁰⁾ 신용 및 대부 서비스,³⁹¹⁾ 다이어트 프로그램,³⁹²⁾ 자동차 옥션 정보,³⁹³⁾ 채용 서비스³⁹⁴⁾ 등에서 소비자를 현혹시킨 사기·횡령 등에 대하여 형사적 제재와 아울러 전산 망폐쇄 및 부당비용청구에 대한 반환을 강제하고 있다.

1997년 3월, FTC 는 FTC 900 규정을 일부 개정하였다. 1996년 전화판매법, Pub.L.No.104-104§ 701,110 Stat. 145-148(1996)에서 FTC에게 페이퍼 콜 서비스에 관하여 추가 단속 및 감독권한을 부여하였기 때문이다. 특히, 1996년 전화 판매법의 701(b)항은 초기 규정의 "페이퍼 콜 서비스"의 정의를 확대하여, FTC가 FTC 900 규정으로 금지하는 동일한 폐해의 대상이 되는 서비스가 된다고 결정할 경우, '청각 정보나 청각적 오락을 제공하는 다른 유사한 서비스'를 포함하도록 하였다.

4. 인터넷·온라인 활동

FTC의 인터넷 감시·규제활동은 주로 부정한 사업을 발견 이를 제거하는 함에 집중하고 있다.³⁹⁵⁾ 동시에 우편이나 전화주문 거래규정의 위반여부와 관련한 것이다.³⁹⁶⁾ 주

388) FTC v. Transworld Courier, 90-CV-1635-RHH (N.D. Ga. complaint filed July 26, 1970).

389) Telephone Disclosure and Dispute Resolution Act of 1992, 15 U.S.C. § 5701 et seq.

390) FTC v. American Standard Credit Systems, Inc., Civ. No. 93-CV-2623 (C.D. Cal. consent entered Sept. 13, 1994); FTC v. American Buyers Network, Civ. No. 94-CV-241 (D. Colo. consent Jan. 31, 1994).

391) FTC v. Interactive Communications Tech., Inc., Civ. No. 91-CV-18 (E.D. Cal.).

392) United States v. Wells, Criminal No. 94-CR-191-1 (S.D. Cal. sentenced Oct. 24, 1994).

393) United States v. Vlahos, Criminal No. 93-CR-360-AU, (N.D. Ill. sentencing order Dec. 6, 1994).

394) FTC News Release, June 20, 1996, available in <<http://www.ftc.gov>>.

395) FTC v. Audiotex Connection, Inc., Civ. No. C97-0726 (E.D.N.Y. complaint filed Feb. 1997).

396) the Mail or Telephone Order Merchandise Rule, 16 C.F.R. § 435 (1996).

로 허위광고와 인터넷과 전화 요금에서 다운로드한 이미지의 비용이 잘못 제시되는 청구서,³⁹⁷⁾ 온라인 서비스 제공자가 거짓으로 인쇄물, 우편으로 광고하는 내용, 심지어는 서비스를 취소하지 못할 경우 소비자에게 관련비용이 부과될 수 있다고 적절하게 정보를 주지 않는 인터넷 광고인 무료 시험 제안 등이다.³⁹⁸⁾

예로 FTC는 웹 홈페이지를 통해 피라미드 사기판매를 잘못 광고하여 FTCA 제 5항을 어긴 포트나 얼라이언스 L.L.C(Fortuna Alliance L.L.C)와 4명의 관리자에게 금지 및 배상을 청구하였다. FTC v. Fortuna Alliance L.L.C, Civ. No. C96-799M(1996. 5. 23. 소제기 W.D.)에서는 인터넷 광고는 “당신이 한 달에 250달러를 지불해서 매달 최소 5,250달러를 번다면 어찌시겠습니까?”와 같이 주장한다.³⁹⁹⁾ FTC는 조사에서 이러한 광고와 이와 유사한 광고를 보고 수천 명의 고객이 피라미드 사기매매에 연루되어 250달러에서 1,750달러까지 지불했다고 밝혔다.⁴⁰⁰⁾

더불어 포트나와 관련자들은 자료를 보유한 임직원에게 자신의 웹사이트를 만들도록 하여 다른 사람들을 모집하여 피라미드에 합류하도록 했다. 1996년 6월 12일, 법원은 포트나가 공판의 미해결 상태에서 추가 운영을 한 것에 대해 임시 폐쇄명령과 법정모독 혐의로 기소하였다. 마침내 FTC는 포트나에 소비자 배상으로 2,800,000달러를 제공하는 조건으로 화해하게 되었다.

인터넷활동을 포함하는 다른 소송 사건에서 FTC는 (주)품질 마케팅 연합(Quality Marketing Associates), Inc, (주)무한 멀티미디어(Infinity Multimedia, Inc.), 4명의 개인에 대하여 소송을 제기했는데 두 회사에서 사용한 웹 홈페이지에서 사람들에게 기업을 구매하도록 유도하기 위해 허위로 제시하여 프랜차이즈 규정(franchise rule)이 FTCA 제 5항을 위반했다고 주장하였다.⁴⁰¹⁾

1996년 6월 27일 법원은 QMA와 Infinity가 사전에 게시한 사업의 판매를 중지하는 임시 명령을 내렸다. 회사와 모두는 아니지만 대부분의 개인은 사건에서 화해를 협상했

397) See, e.g., FTC v. Audiotex Connection, Inc., Civ. No. C97-0726 (E.D.N.Y. complaint filed Feb. 1997); Statement of Jodie Bernstein, Director, FTC Bureau of Consumer Protection, Feb. 19, 1997, availablein<<http://www.ftc.gov>>.

398) Id.

399) Id.

400) FTC News Release, Feb. 24, 1997, availablein<<http://www.ftc.gov>>.

401) FTC v. William B. Chappie, Civ. No. 96-6671-CIV(1996. 6. 24. S.D. Fla.)

고 소비자 배상으로 40,000달러 이상을 지불하였다.⁴⁰²⁾ 흥미롭게도, 이 사건을 통해 FTC는 피고인의 홈페이지를 강제인수하고 재 디자인하여 소비자를 교육하는 새로운 전자 통신 미디어로 활용하고 있고, 이 홈페이지에 접속하는 소비자는 자동적으로 FTC 사건에 대한 정보에 연결되어 정확한 정보를 전달받을 수 있도록 하고 있다.

온라인상의 부정 혹은 사기 행위를 방지하는 다른 대책으로 다른 연방법상 관리 감독 기관, 주 사이버경찰관, 특별한 경우 국제 공무원과 연결하여 FTC가 시행하는 '썬데이즈(sun days)'가 있다. 날짜에 따라 행하는 썬데이즈 - 신용 수리 썬데이, 인터넷 피라미드 썬데이, 사업 기회 썬데이 - 동안 관리자들이 인터넷을 썬데이하여 현혹시키는 제시나 피라미드판매와 같은 사기행위 등을 찾아서, 주로 이메일로 위법행위를 자행하고 있다고 경고통보를 보낼 수 있도록 하고 있다.⁴⁰³⁾

제2절 강경대응의 법리적용

사이버상의 범죄행위의 특성을 고려하여 일반 형사소추절차와는 다른 신속성, 포괄성, 전문성을 전제로 한 수사권 위임 등을 통하여 이 영역의 범죄에 대하여 강경대응한다는 것이 그 기초를 이루고 있다.⁴⁰⁴⁾

예로 법원은 증언과 증빙서류의 확인절차를 위하여 FTC에게⁴⁰⁵⁾ 수색 및 압수 권한을 폭 넓게 인정하여 사전 통지 없이 동시 다발적으로 영장이 발부되는 것을 허용하기도 한다.

민사사건과 관련하여 증거를 확보하기 위해 수영장발부가 용이한 편이고, 형사사건과 관련 구체성이 결한 경우라 하더라도 불법 공모, 담합입찰, 약탈적 가격설정 내지 가격유지, 가격차별, 현혹시키는 광고 등에는 종래와 다른 신속한 수사절차의 진행을 입법적으로나 수사관행상 인정하고 있다.⁴⁰⁶⁾

402) FTC News Release, Feb. 24, 1997, available in <http://www.ftc.gov>.

403) Id.

404) Lori Valigra, Multimedia Peninsula, Global Telephony, June 1997, available in LEXIS, News Library, Iactl File.

405) Robert Sciglimpaglia Jr., Computer Hacking: A Global Offense, 3 Pace Y.B. Int'l L. 199, 202 (1991).

406) United Nations Centre for Soc. Dev. and Humanitarian Aff., Int'l Rev. of Crim.

건물 등 수색을 부여 받은 자가 수색하는 동안 “데이터를 수색하거나 컴퓨터 시스템을 이용하기 위하여 건물 내의 컴퓨터 시스템을 사용하거나 혹은 사용되도록 할 수 있다. 컴퓨터 시스템에서 발견된 데이터는 압수할 수 있는 인쇄나 지능적 출력의 형태로 재구성할 수 있다.

다만, 컴퓨터 검색의 권한 범위가 고려된 판례법은 거의 없는 실정에서 영장에 기재된 자에게 ‘컴퓨터 시스템을 사용하거나 사용되도록’ 허용하는 법령에 의한 의무가 어디까지 도움을 제공해야 하는지 명확하지 않다. 예를 들어, 컴퓨터 시스템에 로그인하도록 돕거나 비밀번호를 제공하거나 아니면 시스템이 작동하는 방법을 조사자에게 보여야 하는 등의 경우이다.⁴⁰⁷⁾

일반적으로 ‘원인 제공’을 로그인과 비밀번호 제공까지 확대할 수 있다고 본다. 하지만 일반적으로 수색의 대상이 되는 사람은 증거 수색에서 조사자를 도와줄 의무가 없기 때문에 컴퓨터 비밀번호 확인 요청을 거절할 법적 근거가 필요하다고 한다. 수색 영장 하에서 획득해야 할 기록물이나 다른 것을 파괴하거나 대체하는 자도 범죄행위가 인정된다.⁴⁰⁸⁾

수색·압수절차상 합헌성이 문제는 여전히 의문으로 남는다. 기업합병, 경영상 주도적 위치의 권한남용 등은 검토 대상이 되는 거래관행에 내재하는 행위인 경우가 많아서 자체적으로 불법적이지 않기 때문에, 검토 대상이 되는 관행 의문을 제기하기 위한 수색 압수의 사용은 사생활에 대한 개인의 권리에 불합리하게 침입하게 되어 헌장과 상반되는 것으로 만드는 경우가 강하다.⁴⁰⁹⁾ 이는 개인과 법인의 사생활 이익 보호가 상당함을 인식할 수 있는 것이기는 하나,⁴¹⁰⁾ 아직까지 형사상 혹은 규제 상황 밖에 있는 수색 압수가 실질적으로 합리적인가를 고려할 사례는 발견되고 있지 않다.

치외법권 지역 기록물의 컴퓨터 수색을 포함하는 압수에 대하여 법무부(Department

Pol’y, PP 4, 116-26, U.N. Doc. ST/ESA/SER.M/43-44, U.N. Sales No. E.94.IV.5 (1994).

407) Computer Crime Rising Against Financial Institutions, Fin. Service Online, May 1997, available in LEXIS, News Library, Fgray File.

408) Id.

409) Marc S. Friedman & Kenneth R. Buys, “Infojacking”: Crimes on the Information Superhighway, Computer Lawyer, Oct. 1996, at 1.

410) Networks: Internet Hackers on the Rise, Lan Mag., Jan. 1, 1997, available in LEXIS, Asiapc Library, Aiw File.

of Justice)와 연방거래위원회(Federal Trade Commission)와의 공조뿐 아니라에 ‘형사사법공조조약’(Treaty on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters:MLAT)하에서,⁴¹¹⁾ 형사범죄의 조사와 관계하여 다른 국가에게 도움을 요청할 수 있다는 절차에 합의 범위내에서 이를 사법심사의 범위에서 일단 제외하고 있는 실정이다.⁴¹²⁾

411) The Computer Crimes Act 1997 §§ 3-8.

412) Laurie L. Levenson, Good Faith Defenses: Reshaping Strict Liability Crimes, 78 Cornell L. Rev. 401, 404 (1993).

제8장 결 론

1. 자유권보장의 기본원칙의 변화

연혁적으로 볼 때, 인간의 존엄과 가치는 불가양의 천부인권으로 명제되어 왔다. 특히 미국의 연방대법원은 행복추구의 기본권으로서 자유권보장을 위한 최고 최후의 보루였다고 평가되고 있다. 보수주의적 사법가치는 20세기 후반부터 변화의 조짐을 나타내게 된다. 심각한 사회병리현상이 법원을 통하여 해결을 구하는 경향이 있게 된 것이다. 물론 사법 적극주의하에서 정치문제 내지는 사법자제론의 공감대가 약화된 점도 있겠지만, 재판을 통한 사회구조 개혁이라는 필요성도 연방대법원은 이해하기 시작하였다고 하겠다. 때문에 전통적으로 자유권을 비롯하여 자연권적 기본권은 철학적 이념적이 아닌 구체적 권리로 형성되기도 한 반면, 그 제한도 수반되는 당연한 것으로 받아들여진 것이다. 또한 최근 수년간 새로운 환경의 변화로 인하여 종래의 자유권 내지 자연권의 의미를 재평가하면서 지고의 천부인권인 자유권이 구가되었던 이면에는 혁명을 정당화하기 위한 논리적 도구로 활용되었으며, 정치적 혼돈 속에서 이념적 투쟁을 위한 도구로 전락되었던 시기에 대한 반성도 있게 되었다.⁴¹³⁾ 나아가 완성된 통치단계에 와서는 이 권리가 포기되거나 약화되기도 하였고 또 공리적 철학관에 입각하여 그래야 한다는 견해도 대두하기 시작하였다.⁴¹⁴⁾ 이에 따라 “다른 사람의 권리를 침해하지 않는 한, 너 자신의 권리를 행사할 수 있다(sic utere tuo ut alienum non laedas)”의 자유권 제한의 법리가 좀 더 넓게 확장된 국가목적에 위하여 새로운 법리의 도출을 모색하게 되었다.⁴¹⁵⁾

공권력 행사에 있어서 강경 내지 엄정 대응의 논리가 등장한 것도 이러한 사회적 분위기속에서 불가피한 선택이었다고 하겠다. 무엇보다 개인의 권리의식의 향상이 갖는 부작용으로 흉악범죄 특히 청소년흉악범죄의 증가, 컴퓨터범죄의 심각성, 환각범죄 내지 음주

413) Randy E. Barnett, 앞의 주 2, 449-450.

414) Id. at 450-451.

415) Santiago Legarre, 앞의 주 2, 745.

운전과 같이 죄의식이 박약한 생활 질서 사범의 만연은 법원으로 하여금 엄격한 법집행이라는 사회적 요청을 수용한 결과이고, 연방대법원의 선도 판례를 통하여 공권력발동의 기준으로 강경대응의 법리가 등장하게 된 것이다.

2. 경찰개념의 확장과 공익우선의 원칙의 강화

전통적 자유권보장의 법리는 행정수요의 확대, 국가의 역할의 증대에 따라 공익우선의 법리인 “공공의 선이야 말고 최고의 법이다(Salus populi est suprema lex)”라는 명제 하에 변모를 보이고 있고, 공권력 행사의 현장 나아가 입법과 사법적 판단에 확대·수용되기 시작하였다.⁴¹⁶⁾ 아울러 경찰개념도 확대되었다. 영미의 경찰개념의 기저에는 우리의 질서유지라는 소극적 경찰개념에 비하여 가부장적 경찰개념이 그 바탕을 두고 있다.⁴¹⁷⁾ 다만, 미국의 경우에는 주의 치안권과 연방정부의 규제 내지 조성의 권한이 분리되어 있어 좁은 의미의 경찰이라 하면 주로 주의 치안권을 의미할 수 있으나, 엄정대응의 법리가 적용되는 영역은 주 경찰에 한정되는 것은 아니다.

최근에 와서는 우리의 경찰개념과 그 구별이 상대적이지만 분명 도덕성의 함양을 위한 국가작용도 경찰권행사의 범주에 속하는 것으로 보고 있는 영미의 경찰개념하에서는 법집행의 엄격성이 다양한 계층의 이해 조정과 법적 안정성의 제고를 위한 대안으로 인식되고 있다고 하겠다.

3. 우리 법제에서의 엄정대응의 원칙의 적용

현행 우리법제상 경찰권 발동의 한계를 설정함에 있어 미국의 자유권 제한법리를 재조명할 필요가 있다. 앞에서 살펴본 바와 같이 강경한 경찰권 발동의 근거가 되는 법률이 최근 미국 연방대법원에서는 종래의 입장을 반복하여 합헌으로 보고 있는 사례가 늘고 있고, 이에 따라 강경대응의 경찰권발동의 점증되고 있고 입법 역시 이러한 추세에 맞추

416) Glenn H. Reynolds/David B. Kopel, 앞의 주 6, 511.

417) Id. at 537.

어 진행되고 있다.

구체적으로 종전의 자유권 제한의 법령이 법집행자의 판단의 여지를 충분히 부여하고 있는데, 특히 '내용적 제한'의 기준에 합목적성을 고려한 공권력 발동주체의 공익판단을 존중하고 있다고 하겠다.⁴¹⁸⁾

각론적으로 볼 때, 종교행사의 자유 내지 결사의 자유라는 기본권은 공익목적에 부합되는 범위에서 인정될 수 있으며, 예방경찰의 가능성도 종전에 비하여 폭 넓게 허용하고 있다. 공권력 발동의 방식에 대하여도 '엄격하고 분명하게 그리고 일관되게'라는 원칙을 고수하고 있으며, 컴퓨터범죄와 같은 경우에는 특수하고 전문적 영역에 있어서는 '전문가에게 확실하게 위임함으로써' 엄정한 법집행의 전통을 확립하고 있다.

우리 법제상으로도 엄정대응의 법리는 기존의 법집행의 명확성과 일관성을 공고히 함으로써 충분히 적용될 수 있다고 본다. 다만 입법론적으로 볼 때, 소년법원이 따로 존재하고 있지 않은 상황에서 청소년 흉악범죄에 대한 법원의 판단을 기대해 본다. 또 주목할 만 것으로는 음주운전자 차량몰수에 관한 것인데, 전향적 자세로 검토해야 하겠다.

4. 평가와 전망

엄정 내지 강경대응의 법리의 가장 중대한 문제로 지적되고 있는 것은 기본권보장이 무력화될 수 있다는 점이다. 이를 극복하기 위하여 공동의 선과 공익우선의 필요성이 인정되면서 기본적 인권을 보호하기 위한 제도적 장치로서 입법적 사법적 보완과 아울러 국민의 직접적 참여가 가능한 수단을 법제화할 필요성이 있고, 이를 위한 실체적·절차적 법제의 연구가 필요하다.

418) Santiago Legarre, 앞의 주 2, 768-771.

참 고 문 헌

- 김용근, 집회 및 시위에 대한 경찰권 행사의 근거와 한계, 354-360(원광법학 제24권 제2호, 2008).
- Christopher Tomlins, *The Police Power: Patriarchy and the Foundations of American Government.*, Columbia University Press(2005).
- Santiago Legarre, THE HISTORICAL BACKGROUND OF THE POLICE POWER, 9 U. Pa. J. Const. L. 745(University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law February, 2007).
- James Stribopoulos, In Search of Dialogue: The Supreme Court, Police Powers and the Charter, 31 Queen's L.J. 1(Queen's Law Journal Fall, 2005).
- Randy E. Barnett, THE PROPER SCOPE OF THE POLICE POWER, 79 Notre Dame L. Rev. 429(Notre Dame Law Review February, 2004).
- Emily A. Polachek, Notes and Comments: JUVENILE TRANSFER: FROM "GET BETTER" TO "GET TOUGH" AND WHERE WE GO FROM HERE, 35 Wm. Mitchell L. Rev. 1162(2009).
- Michael P. Rohan, When Times Get Tough, the CBAs Here to Help 23-MAR CBA Rec. 46 CBA Record (February/March,2009).
- Brock Bosson, SEARCH AND SEIZURE--THE EXPANSION OF POLICE POWERS UNDER THE FOURTH AMENDMENT--THE USE OF FORCE AND THE PROPRIETY OF POLICE QUESTIONING DURING A SEARCH, 73 Tenn. L. Rev. 513(Tennessee Law Review Spring, 2006).
- The Supreme Court, 2002 Term --Leading Cases: Constitutional Law,

- 117 Harv. L. Rev. 226, 303 n.62(2003); *Barnes v. Glen*, 501 U.S. 560(1991).
- Glenn H. Reynolds/David B. Kopel, THE EVOLVING POLICE POWER: SOME OBSERVATIONS FOR A NEW CENTURY, 27 *Hastings Const. L.Q.* 511(Hastings Constitutional Law Quarterly Spring 2000).
- Christopher L. Tomlins, Law, Labor, and Ideology in the Early American Republic 44(1993).
- M. Raeff, The Well Ordered Police State and the Development of Modernity in Seventeenth- and Eighteenth-Century Europe, 80 *Am. Hist. Rev.* 1221(1975).
- Christopher G. Tiedeman, A Treatise on the Limitations of Police Power in the United States Considered from both a Civil and Criminal Standpoint 1-2 (St. Louis, F.H. Thomas Law Book Co. 1886).
- Randy E. Barnett, Constitutional Legitimacy, 103 *Colum. L. Rev.* 111(2003).
- Randy E. Barnett, New Evidence of the Original Meaning of the Commerce Clause, 55 *Ark. L. Rev.* 847(2003).
- Randy E. Barnett, The Original Meaning of the Commerce Clause, 68 *U. Chi. L. Rev.* 101 (2001).
- Thomas M. Cooley, A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest Upon the Legislative Power of the States of the American Union (Boston, Little, Brown & Co. 1866).
- John Locke, Two Treatises of Government 326, 371(Peter Laslett ed., Cambridge Univ. Press 1988)(1690).
- Charles Bufford, The Scope and Meaning of Police Power, 4 *Cal. L. Rev.* 269 (1916).
- Christopher G. Tiedeman, A Treatise on the Limitations of Police Power

- in the United States Considered from both a Civil and Criminal Standpoint 1-2 (St. Louis, F.H. Thomas Law Book Co. 1886).
- Martin Shapiro, The Supreme Court's "Return" to Economic Regulation, 1 Stud. Am. Pol. Dev. 91 (1986).
- Ernst Freund, The Police Power: Public Policy and Constitutional Rights 6 (1904).
- Howard Gillman, The Constitution Besieged: The Rise and Demise of Lochner Era Police Powers Jurisprudence 45 (1993).
- Glenn H. Reynolds & David B. Kopel, The Evolving Police Power: Some Observations for a New Century, 27 Hastings Const. L.Q. 511 (2000).
- W.G. Hastings, The Development of Law as Illustrated by the Decisions Relating to the Police Power of the State, 39 Proc. Am. Phil. Soc'y 359 (1900).
- Slaughter-House Cases, 83 U.S. (16 Wall.) 36(1872): David S. Bogen, REBUILDING THE SLAUGHTER-HOUSE: THE CASES'SUPPORT FOR CIVIL RIGHTS, 42 Akron L. Rev. 1129 (Akron Law Review 2009).
- Eugene Gressman, The Unhappy History of Civil Rights Legislation, 50 Mich. L. Rev. 1323 (1952).
- Deborah Jones Merritt, The Guarantee Clause and State Autonomy Federalism for a Third Century, 88 Colum. L. Rev. 1 (1988).
- The Second Amendment, the Slaughter-House Cases (1873), and United States v. Cruikshank (1876), 1 Alb. Gov't. L. Rev. 365 (2008).
- Randy E. Barnett, Justice Kennedy's Libertarian Revolution: Lawrence v. Texas, 2002-2003 Cato Sup. Ct. Rev. 21.
- Gilbert Gunther & Kathleen M. Sullivan, Constitutional Law (13th ed. 1997); John E. Nowak & Ronald D. Rotunda, Constitutional Law

- (6th ed. 2000); Geoffrey R. Stone et al., *Constitutional Law* (3d ed. 1996).
- Adam Smith, *Lectures on Jurisprudence* 5(R. L. Meek et al. eds., Clarendon Press 1978) (1896).
- William Blackstone, 1 *Commentaries* *43, *101; 4 *id.* at *7, *31; D. Benjamin Barros, *The Police Power and the Takings Clause*, 58 *U. Miami L. Rev.* 471 (2004).
- John J. Costonis, "Fair" Compensation and the Accomodation Power: Antidotes for the Taking Impasse in Land Use Controversies, 75 *Colum. L. Rev.* 1021 (1975).
- D. B. Fawcett III, *Eminent Domain, the Police Power, and the Fifth Amendment: Defining the Domain of Takings Analysis*, 47 *U. Pitt. L. Rev.* 491 (1986).
- Joseph L. Sax, *Takings and the Police Power*, 74 *Yale L.J.* 36 (1964).
- Arvo Van Alstyne, *Taking or Damaging by Police Power: The Search for Inverse Condemnation Criteria*, 44 *S. Cal. L. Rev.* 1 (1970).
- William W. Crosskey, *Politics and the Constitution in the History of the United States* 1303 (Univ. of Chi. Press 1953).
- William J. Novak, *The People's Welfare: Law and Regulation in Nineteenth-Century America*, 167 (1996).
- Gilbert Gunther & Kathleen M. Sullivan, *Constitutional Law*(13th ed. 1997); John E. Nowak & Ronald D. Rotunda, *Constitutional Law* (6th ed. 2000).
- Geoffrey R. Stone et al., *Constitutional Law* (3d ed. 1996).
- 1 Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*(3d ed. 2000).
- Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*(2d ed. 1988).
- Gordon J. Schochet, *Patriarchalism in Political Thought: The Authoritarian Family and Political Speculation and Attitudes Especially in*

- Seventeenth-Century England 146 (1975).
- Barry Friedman, The History of the Barry Friedman, The Counter-majoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson of Lochner, 76 N.Y.U.L. Rev. 1383 (2001).
- Michael J. Phillips, The Progressiveness of the Lochner Court, 75 Denv. U. L. Rev. 453, 454 n.8 (1998).
- V.F. Nourse & Sarah Maguire, The Lost History of Governance and Equal Protection, 58 Duke L.J. 955 (2009).
- Michael P. O'Connor & Celia Rumann, Going Going Gone: Sealing the Fate of the Fourth Amendment, 26 Fordham Int'l L.J. 1234 (2003).
- Harold J. Krent, The Continuity Principle, Administrative Constraint, and the Fourth Amendment, 81 Notre Dame L. Rev. 53 (2005).
- McConnell, The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion, 103 HARV.L.REV. 1410 (1990).
- Honorable Arlin M. Adams, Perspectives: Religion and the Law: Recent Decisions by the United States Supreme Court Concerning the Jurisprudence of Religious Freedom, 62 U. Cin. L. Rev. 1581 (1994).
- Michael W. McConnell, Free Exercise Revisionism and the Smith Decision, 57 U. Chi. L. Rev. 1109 (1990).
- Angela C. Carmella, State Constitutional Protection of Religious Exercise: An Emerging Post-Smith Jurisprudence, 1993 B.Y.U. L. Rev. 275 (1993).
- Chun, A Decade After Smith : An Examination of the New York Court of Appeals' Stance on the Free Exercise of Religion in Relation to Minnesota, Washington, and California, 63 Alb. L. Rev. 1305 (2000).

Gregory H. Fuller, CONSTITUTIONAL LAW--FREE EXERCISE OF RELIGION--STRICT SCRUTINY AND THE RELIGIOUS FREEDOM RESTORATION ACT, 74 Tenn. L. Rev. 129(2007).

James E. Ryan, Note, Smith and the Religious Freedom Restoration Act: An Iconoclastic Assessment, 78 Va. L. Rev. 1407 (1992).

Thomas C. Berg, The Permissible Scope of Legal Limitations on the Freedom of Religion or Belief in the United States, 19 Emory Int'l L. Rev. 1277 (2005).

J. DELANEY, CRIMINAL LAW: A PROBLEM SOLVING APPROACH 102 (1986).

Nagel, The Formulaic Constitution, 84 MICH.L.REV. 165 (1985).

Mendelson, On the Meaning of the First Amendment: Absolutes in the Balance, 50 CALIF.L.REV. 821 (1962).

Aleinikoff, Constitutional Law in the Age of Balancing, 96 YALE L.J. 943 (1987).

Frances Lee Ansley, Stirring the Ashes: Race, Class and the Future of Civil Rights Scholarship, 74 Cornell L. Rev. 993 (1990).

Glenn Harlan Reynolds, Is Democracy Like Sex? 48 Vand. L. Rev. 1635 (1995).

Glenn Harlan Reynolds, Chaos and the Court, 91 Colum. L. Rev. 110 (1991).

J.B. Ruhl, The Arrow of the Law in Modern Administrative States, 30 U.C. Davis L. Rev. 405 (1997).

J.B. Ruhl, Complexity Theory as a Paradigm for the Dynamical Law-and-Society System, 45 Duke L.J. 849 (1996).

Deanie C. Allen, Trying Children as Adults, 6 T.G. Jones L. Rev. 27 (2002).

Police: Boy Took a Killing Break They Say His Father Came Home as

- Teen Was Beating 8-Year-Old, ORLANDO SENTINEL, Nov. 12, 1998, at D1.
- Five Die in Arkansas School Attack, BALTIMORE SUN, Mar. 25, 1998, at 1A; Recent Shootings at U.S. Schools, SEATTLE TIMES, May 21, 1998, at A22.
- Charles J. Aron & Michele S.C. Hurley, Juvenile Justice at the Crossroads, CHAMPION, Jun. 1998, at 10, 11.
- Eric K. Klein, Note, Dennis the Menace or Billy the Kid: An Analysis of the Role of Transfer to Criminal Court in , 35 AM. CRIM. L. REV. 371 (1998).
- Eric K. Klein, Note, Dennis the Menace or Billy the Kid: An Analysis of the Role of Transfer to Criminal Court in Juvenile Justice, 35 AM. CRIM. L. REV. 371 (1998).
- John B. Mattingly, JUVENILE JUSTICE INITIATIVE (JJI) FACT SHEET, 218 PLI/Crim 239(2009).
- Catherine R. Guttman, Note, Listen to the Children: The Decision to Transfer Juveniles to Adult Court, 30 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 507 (1995).
- Patricia J. Arthur/Regina Waugh, STATUS OFFENSES AND THE JUVENILE JUSTICE AND DELINQUENCY PREVENTION ACT: THE EXCEPTION THAT SWALLOWED THE RULE, 7 Seattle J. for Soc. Just. 555(2009).
- Charles J. Aron & Michele S.C. Hurley, Juvenile Justice at the Crossroads, CHAMPION, Jun. 1998, at 10, 11.
- Sarah Eschholz, The Media and Fear of Crime: A Survey of the Research, ,37 (1997).
- Stacey Sabo, Rights of Passage: An Analysis of Waiver of Juvenile Court Jurisdiction, 64 Fordham L. Rev. 2425 (1996).

William Hannan, JUDICIAL WAIVER AS THE ONLY EQUITABLE METHOD TO TRANSFER JUVENILE OFFENDERS TO CRIMINAL COURT, 22 Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y 193 (2008).

Shari Del Carlo, Comment, Oregon Voters Get Tough on Juvenile Crime: One Strike and You Are Out!, 75 OR. L. REV. 1223 (1996).

Donna M. Bishop et al., Juvenile Justice Under Attack: An Analysis of the Causes and Impact of Recent Reforms, 10 U. FLA. J.L. & PUB. POL'Y 129 (1998).

Janet E. Ainsworth, Youth Justice in a Unified Court: Response to Critics of Juvenile Court Abolition, 36 B.C. L. REV. 927 (1995).

Janet E. Ainsworth, Re-Imagining Childhood and Reconstructing the Legal Order: The Case for Abolishing the Juvenile Court, 69 N.C. L. REV. 1083 (1991).

Barry C. Feld, Abolish the Juvenile Court: Youthfulness, Criminal Responsibility, and Sentencing Policy, 88 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 68 (1997).

Irene Merker Rosenberg, Essay, Leaving Bad Enough Alone: A Response to the Juvenile Court Abolitionists, 1993 S. L. REV. 163.

Michael Kennedy Burke, This Old Court: Abolitionists Once Again Line Up the Wrecking Ball on the Juvenile Court When All It Needs Is a Few Minor Alterations, 26 U. TOL. L. REV. 1027(1995).

Hon. Lawrence L. Koontz, Jr., Reassessment Should Not Lead to Wholesale Rejection of the Juvenile Justice System, 31 U. RICH. L. REV. 179(1997).

Gordon Witkin, Colorado Has a New Brand of Tough Love: Helping Young Offenders Shape Up and Hip Out, U. S. EWS & WORLDREP., Mar. 25, 1996, at 38.

Camille Diana Barbee, Law Putting Violent Teens in Adult Jails

- Challenged Indiana Supreme Court to Rule on State Law, COURIER-JOURNAL (Louisville), Dec. 9, 1997, at 1A.
- Alton Travis Ellis, Note: MONTANA v. EGELHOFF: THE SUPREME COURT GIVES STATES THE GREEN LIGHT TO GET TOUGH ON INTOXICATED OFFENDERS 6 Widener J. Pub. L. 501(Widener Journal of Public Law 1997).
- Ebrahim J. Kermani & Ricardo Castaneda, Psychoactive Substance Use in Forensic Psychiatry, 22 AM. J. OF DRUG & ALCOHOL ABUSE 1 (1996).
- Note, Alcohol Abuse & the Law, 94 HARV. L. REV. 1660 (1981).
- Stephanie Stone, U.S. Supreme Court Approves Montana's Bar on Using Voluntary Intoxication Evidence to Negate Mens Rea, WEST'S LEGAL NEWS, June 21, 1996, available in 1996 WL 339404.
- R. U. Singh, History of the Defence of Drunkenness in English Criminal Law, 49 LAW Q. REV. 528 (1933).
- Jerome Hall, Intoxication and Criminal Responsibility, 57 HARV. L. REV. 1045 (1944).
- Mark D. Rosen, What Has Happened to the Common Law? Recent American Codifications, and Their Impact on Judicial Practice and the Law's Subsequent Development, 1994 WIS. L. REV. 1119 (1994).
- Paul H. Robinson, A Brief History of Distinctions in Criminal Culpability, 31 HASTINGS L. J. 815 (1980).
- Anthony M. Doniger, Comment, Unburdening the Criminal Defendant: Mullaney v. Wilbur and the Reasonable Doubt Standard, 11 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 390 (1976).
- John Sanko, 'Too Drunk' Defense May Be Outlawed in State, ROCKY MOUNTAIN NEWS, June 15, 1996, at 26A.

Susan F. Mandiberg, *Protecting Society and Defendants Too: The Constitutional Dilemma of Mental Abnormality and Intoxication Defenses*, 53 *Fordham L. Rev.* 221 (1984).

Thomas Webster, *THE END JUSTIFIES THE MEANS? MONTANA V. EGELHOFF INTOXICATES THE RIGHT TO PRESENT A DEFENSE*, 73 *Chi.-Kent L. Rev.* 425(1998).

Laura M. Maruschak, U.S. Dept' of Justice, *DWI Offenders Under Correctional Supervision* 1<<http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/abstract/dwioics.htm>> (June 1999).

Michael J. Munn, Note, *The Aftermath of Austin v. United States: When Is Civil Forfeiture an Excessive Fine?*, 1994 *Utah L. Rev.* 1255 (1994).

Douglas S. Reinhart, Note, *Applying the Eighth Amendment to Civil Forfeiture After Austin v. United States: Excessiveness and Proportionality*, 36 *Wm. & Mary L. Rev.* 235 (1994).

Joseph G. Callella, Note, *Front Seat Adventures: Forfeiting Fundamental Fairness & A 1977 Pontiac*, 28 *Seton Hall L. Rev.* 1262 (1998).

Ann K. Johannes, Casenote, *Bennis v. Michigan: Civil Forfeiture and Innocent Owners*, 1997 *Det. C.L. Mich. U. L. Rev.* 229 (1997).

Charlena Toro, Note Comment, *From Piracy to Prostitution -State Forfeiture of an Innocent Owner's Property: Bennis v. Michigan*, 11 *BYUJ. Pub. L.* 209(1997)

Alice McQuillan & Patrice O'Shaughnessy, *Rudy OKs DWI Plan-Safir: Car Grab a Go*, *N.Y. Daily News*, Jan. 23, 1999, at 2.

Daniel Wise, *City Confident its Seizure Law Will Survive Challenge*, 221 *N.Y.L.J.* 11 (1999).

Philip Messing, *Booze It & Lose It: DWI Car-Forfeit Begins*, *N.Y. Post*, Feb. 22, 1999, at 7.

- Graham Rayman & Karen Freifeld, City Police Take 3 Cars Off Street -Seizures From New Policy WI Arrests, *Newsday*, Feb. 23, 1999, at A30.
- Robert Saiz Holguin, Seizures of DWI Suspects' Cars Begin, *USA Today*, Feb. 23, 1999, at 3A.
- Rocco Parascandola & Allen Salkin, NYCLU to Challenge DWI Car Seizures, *N.Y. Post*, Feb. 28, 1999, at 2.
- Michael J. Langer, Note, Can Anyone Stop Big Brother? New York's Drunk Driving Laws Do Not Pass The Constitutional Test, 28 *Hofstra L. Rev.* 1147 (2000).
- Will Consovoy, Comment, Automobiles as Weapons: New York City's Misapplication of Civil Forfeiture, 10 *Geo. Mason U. Civ. Rts. L.J.* 397 (2000).
- Ilene Knable Gotts/StaceyM.Berg, DEVELOPMENTS IN CONSUMER PROTECTION: ENFORCERS GET TOUGH ON FRAUDULENT AND DECEPTIVE PRACTICES INTELECOMMUNICATIONS SERVICES, 11-SUM *Antitrust* 39 *Antitrust* Summer, 1997.
- Janell Mayo Duncan, FTC Issues Final New Telemarketing Rules, *Consumer Protection Update*, Winter 1996.
- Janell Mayo Duncan, FTC Issues Final New Telemarketing Rules, *Consumer Protection Update*, Winter 1996.
- Lori Valigra, Multimedia Peninsula, *Global Telephony*, June 1997, available in LEXIS, News Library, Iactl File.
- Robert Sciglimpaglia Jr., Computer Hacking: A Global Offense, 3 *Pace Y.B. Int'l L.* 199 (1991).
- United Nations Centre for Soc. Dev. and Humanitarian Aff., *Int'l Rev. of Crim. Pol'y*, PP 4, 116-26, U.N. Doc. ST/ESA/SER.M/43-44, U.N. Sales No. E.94.IV.5 (1994).

Computer Crime Rising Against Financial Institutions, Fin. Service Online, May 1997, available in LEXIS, News Library, Fgray File.

Marc S. Friedman & Kenneth R. Buys, "Infojacking": Crimes on the Information Superhighway, Computer Lawyer, Oct. 1996, at 1.

Laurie L. Levenson, Good Faith Defenses: Reshaping Strict Liability Crimes, 78 Cornell L. Rev. 401 (1993).

FTC News Release, Apr. 15, 1996, 1996 WL 173406, available in <http://www.ftc.gov>.

FTC News Release, June 20, 1996, available in <http://www.ftc.gov>.

FTC v. Audiotex Connection, Inc., Civ. No. C97-0726 (E.D.N.Y. complaint filed Feb. 1997); Statement of Jodie Bernstein, Director, FTC Bureau of Consumer Protection, Feb. 19, 1997, available in <http://www.ftc.gov>.

FTC News Release, Feb. 24, 1997, available in <http://www.ftc.gov>.

FTC News Release, Feb. 24, 1997, available in <http://www.ftc.gov>.

FTC News Release, Jan. 30, 1996, available in <http://www.ftc.gov>.

FTC News Release, Mar. 14, 1996, available in <http://www.ftc.gov>.

FTC News Release, Apr. 15, 1996, available in <http://www.ftc.gov>.

FTC News Release, Apr. 15, 1996, 1996 WL 173406, available in <http://www.ftc.gov>.

Mothers Against Drunk Driving, Rating the States 2000 Report <http://www.madd.org/pub_pol/rts2000/rtsil.htm#ia>

Mothers Against Drunk Driving, DUI/DWI Arrests and Convictions <http://www.madd.org/stats/stat_oui.shtml>

Mothers Against Drunk Driving, Key Legislation and Priority Laws <http://www.madd.org/pub_pol/rts2000/LAWS.pdf> (accessed Jan. 15, 2000).

治安論叢 (제26집)

2010년 4월 발행

2010년 4월 인쇄

발행인 : 이 종 우

발행처 : 치안정책연구소
경기도 용인시 기흥구 언동1길 29

인쇄처 : (주) 대한피앤디

이 책의 무단 복제를 금합니다.

이 책자에 게재된 내용은 연구자 개인 의견이며
치안정책연구소 공식 견해와 다를 수 있습니다.



Police Science Institute