

# 基本權의 對私人的 效力

- 美國 聯邦憲法上的 國家行爲理論을 중심으로 -

韓 柄 鎬\*

## 〈目 次〉

I. 序 論	1. 國家行爲理論과 우리나라의
II. 國家行爲理論의 概要	基本權效力理論의 差異
1. 國家行爲理論의 意味와 그	2. 國家行爲理論의 示唆點과
形成의 基礎	우리나라 理論에의 導入可能性
2. 國家行爲理論의 目的	IV. 結 論
3. 國家行爲理論의 展開過程	參考文獻
4. 國家行爲理論의 接近方法	
III. 國家行爲理論과 우리나라의	
基本權效力理論	

## I. 序 論

헌법상 보장된 개인의 基本權은 오랜 동안 國家에 대해서만 주장할 수 있는 對國家的 權利로 이해되어 왔다. 專制主義的 國家권력에 對항해서, 似而非立憲主義的 國家권력에 對항해서, 全體主義的 내지 과시증적 國家권력에 對항해서, 그리고 현대의 다양한 權威主義的이거

\* 本 大學校 海事法學科 副教授 法學博士(憲法)

호하는 데에는 對國家的 防禦權으로서의 기본권관념이 크게 기여했음은 부인할 수 없는 사실이다. 그리고 그러한 對國家的 權利로서의 基本權觀念은 國家權力에 의한 침해로부터 개인의 인권을 수호하는 데에는 오늘날에도 여전히 유효적절하다는 것도 사실이다.

그런데 개인의 기본권은 오늘날 國家가 아닌 다른 개인, 즉 私인에 의해서도 크게 위협받고 있다. 대기업, 노동조합, 정당과 같은 각종의 거대한 私的 組織體의 출현과 그러한 私的 組織體에 의한 통제의 집중은 그러한 위협의 커다란 요인이 되고 있다. 그렇지만 私인에 의한 基本權侵害 내지 그 위협은 현대에 들어와서 그리고 巨大私組織의 출현에 의하여 비로소 나타났다고 볼 수는 없다. 오히려, 오랜 투쟁과정을 거쳐 民主的 法治國家의 원리가 어느 정도 정착된 나라에서는 國家權力에 의한 침해로부터 개인의 기본권을 보장하기 위한 이론적 기초와 각종의 제도적 장치가 어느 정도 확립되었고, 그 결과 개인의 기본권보장을 위한 이론적 관심의 영역과 그 중심이 國家權力에 의한 침해로부터 私인에 의한 침해로 확대되고 상대적으로 이동한 것에 불과하다고 볼 수 있다<sup>1)</sup>. 물론 과거와는 달리 巨大私組織이 개인생활의 전반에 걸쳐 조직적이고도 체계적인 통제를 가하는 오늘날의 현상이 그러한 이론적 관심의 영역확대 내지 중심이동에 대한 중요한 계기가 되었을 것임은 부인할 수 없다.

어쨌든 私인에 의한 기본권의 침해 내지 그 위협에 대한 관심의 결과 私인 상호간의 관계에서의 基本權의 效力이라는 문제가 중요한 憲法問題로 부각되기에 이르렀다. 그러한 憲法問題는 오늘날 基本權效力擴張理論, 基本權의 第三者的 效力, 基本權의 對私人的 效力, 基本權과 私法關係 등등의 이름으로 논의되고 있다<sup>2)</sup>. 이것과 관련해서 독일과 일본 및 우리나라에서는 그 동안 다양한 이론이 전개되어 왔는데, 그 대표적인 학설로는 效力(適用)否認說, 間接效力(間接適用)說, 直接效力(直接適用)說을 들 수 있다. 그리고 특히 우리나라에서는 세부적인 차이는 있지만 대체로 원칙적인 間接效力說을 따르는 것이 다수의 입장이다<sup>3)</sup>.

그런데 이러한 논의와는 별도로, 우리나라에서는 基本權의 對私人的 效力問題와 관련해서 미국의 判例理論이 함께 소개되고 있다. 이른바 state action doctrine, 즉 國家行爲理論<sup>4)</sup>

- 1) 이러한 인식은 중요한 의미를 가진다고 본다. 종래의 이론이 對國家的 公權으로서의 基本權觀念을 그대로 유지한 채 단지 基本權의 效力範圍만을 확장하려고 하고 있지만, 그러한 인식은 기존의 基本權의 概念 자체에 대한 재검토와 그 이론적 재구성의 가능성도 담고 있기 때문이다.
- 2) 이들 각각의 제목이 포괄하는 주제의 외연이 언제나 같다고 볼 수는 없다. 예컨대 基本權效力擴張理論은 對國家的인 基本權效力에 입각하여 단지 그 범위를 확장하려는 것이고, '基本權의 第三者的 效力'은 基本權關係가 個人과 國家 상호간의 관계일 뿐이고 私인은 그러한 基本權關係의 當事者가 아니라 단지 第三者에 불과하다는 관념에 의거하고 있으며, '基本權과 私法關係'는 公法關係와 구별되는 私法關係(엄밀하게는 그 당사자가 私인에 국한되는 것은 아니다)에서의 기본권의 효력을 문제삼는 것이며, 基本權의 對私人的 效力은 私인(의 행위)에 대한 기본권의 효력을 문제삼는 것이다.
- 3) 우리나라의 對私人的 基本權效力理論에 대해서는 이 논문 후반부의 설명 참조.
- 4) 權寧星, 「新版 憲法學原論」(법문사, 1994), 355쪽에서는 國家類似(國家行爲擬制)論 또는 國家行爲說이라는 이름으로, 金哲洙, 「全訂新版 憲法學概論」(박영사, 1994), 271쪽에서는 state action의 이론 또는 政府同視說의 이름으로, 文鴻柱, 「第6共和國 韓國憲法」(해암사, 1992), 203쪽에서는 公的 關係擬制라는 이름으로, 許營, 「新訂版 韓國憲法論」(박영사, 1994), 251쪽에서는 國家作用擬制理論 또는 國家作用

이 그것인데, 그 가운데에서 私人的 基本權侵害에 대한 미국 聯邦大法院의 태도가 세부이론으로서 유형별로 소개되고 있다. 그러나 그러한 이론의 역사적 전개과정이나 구체적 내용에 관해서는 상세한 언급이 없다. 또한 그러한 이론이 우리나라 憲法解釋論에서 지니는 의미나 그러한 이론의 도입가능성 여하에 대한 논의도 거의 없다<sup>5)</sup>. 그 결과 國家行爲理論에 대한 오해의 여지를 남기고 있다. 그 뿐만 아니라 도대체 그러한 이론이 왜 소개되어 있는지조차 알 수 없을 지경이다. 이론구성방식만 다를 뿐 私人에 의한 基本權侵害의 문제가 그러한 이론으로 완벽하게 해결될 수 있다는 것인지, 그렇다면 왜 間接效力인가 直接效力인가를 따지고 다루어야 하는지를 알 수 없는 것이다.

이러한 인식을 바탕으로 해서 이 論文에서는 미국에서의 이른바 國家行爲理論에 관해서 고찰해 보기로 한다. 물론 이러한 고찰에서는 그러한 이론에 대한 정확한 理解가 선행되고, 우리나라의 憲法解釋論의 시각에서의 評價가 수반되어야 한다. 그런데 國家行爲理論은 구체적 사건의 재판을 통한 미국 聯邦大法院의 判例에 의하여 형성된 것이기 때문에, 그것에 대한 체계적이고 통일적인 이해에 난점이 있다. 또한 우리나라의 憲法解釋論의 경우에도 견해가 완전히 일치하지 않을 뿐 아니라 그 타당성에 대해서도 의문의 여지가 없지 않다. 그래서 여기서는, 國家行爲理論의 이해와 관련해서는 미국 연방대법원의 판례를 직접 분석하는 것이 아니라, 단지 그것을 분석·정리한 것을 개관함으로써 그 이론에 대한 종래의 소개가 불리일으킬 수 있는 오해의 소지를 불식하는 선에 그칠 것이다. 그리고 우리의 입장에서의 평가와 관련해서도, 우리나라 憲法解釋論에 대한 비판과 타당한 해석론의 제시는 다른 기회로 미루고, 여기서는 단지 國家行爲理論이 우리나라의 憲法解釋論의 구조 속에서 어떠한 기여를 할 수 있는가를 지적하는 선에 그칠 것이다.

## II. 國家行爲理論의 概要

### 1. 國家行爲理論의 意味와 그 形成의 基礎

國家行爲理論이란 미국 연방헌법상의 권리보장규정이 國家行爲(state action)에 의한 권리침해에 대해서만 적용된다는 이론이다. 즉 그것은 연방헌법상의 인권규정을 적용하기 위

는 이름으로, 許營, 「新訂版 韓國憲法論」(박영사, 1994), 251쪽에서는 國家作用擬制理論 또는 國家作用說 내지 國家同視說의 이름으로 소개하고 있다.

5) 다만, 崔大權, “基本權의 第三者的 效力”, 崔大權, 「憲法學 - 法社會學的 接近 -」(박영사, 1989)(이하에서는 “앞책”이라고 인용한다), 166쪽 이하; 崔大權, “基本權의 第三者的 效力 - 法社會學的 接近의 試圖 -”, 「公法研究」(한국공법학회) 1983. 7(이하에서는 “앞글”이라고 인용한다), 65쪽 이하.

한 전제로서 國家行爲라는 요건이 충족되어야 한다는 이론이다. 따라서 연방헌법상의 개인적 권리의 보호와 그 침해에 대한 사법적 구제는 오직 國家行爲에 의한 침해의 경우에만 인정된다는 것이다. 그런데 통상적으로 미국 연방헌법상 state라는 말은 좁게 聯邦에 대비되는 州를 의미하지만, “state action”이라고 할 때의 ‘state’는 오히려 연방과 주(및 그 하부기구인 지방)를 포괄하는 넓은 의미로 이해되기 때문에, 國家行爲란 곧 政府行爲(government action)<sup>6)</sup> 내지 통치작용을 뜻한다<sup>7)</sup>. 어쨌든 어떤 개인이 연방헌법상의 권리가 침해되었음을 이유로 사법적 구제를 청구한다면, 법원은 사법적 구제 여부를 결정하기 전에 먼저 그 침해가 國家行爲에 의하여 야기된 것인가 아니면 순수한 私的 行爲에 의하여 야기된 것인가를 판단하여야 한다. 國家行爲理論은 바로 이와 같이 특정의 구체적 侵害行爲가 國家行爲에 해당하는가 아니면 순수한 私的 行爲에 해당하는가 여부의 판단을 둘러싸고 형성되어 온 판례이론이다.

이러한 국가행위이론의 형성은 근본적으로 미국 연방헌법상의 기본권조항이 거의 대부분 연방이나 주와 같은 국가의 행위에만 적용된다는 것으로부터 연유한다. 사실 애초에는 미국 연방헌법에 權利章典이 포함되지 않았었다. 연방의 권한이 연방헌법에 개별적으로 열거된 것에 한정되며, 따라서 이러한 연방권한의 제한은 한편으로 州에 대한 관계에서는 州의 포괄적 管轄權을 의미하지만, 다른 한편으로 개인에 대한 관계에서는 개인의 自由領域의 확보를 의미한다고 보았던 것이다. 그러나 시행 후 얼마 되지 않아서 헌법개정을 통하여 새로이 기본권조항이 추가되었는데, 1791년에 채택된 첫 수정 10개조를 통상 연방헌법의 權利章典이라고 부른다. 그런데 이 권리장전은 일견 聯邦政府만을 구속하는 것이었고, 따라서 州政府은 이러한 권리장전에 따른 제한을 받지 않는 것으로 이해되었다. 그래서 이러한 권리장전에도 불구하고 여전히 인권침해(특히 노예제와 인종차별)의 현상은 개선되지 않았는데, 그 시정을 위하여 남북전쟁 후 채택된 것이 바로 修正 13조<sup>8)</sup>, 14조<sup>9)</sup>, 15조<sup>10)</sup>이다. 그런데 이들 규정의 文言에는 다소 차이가 있는데, 修正 14조(適法節次條項과 平等保護條項)는 州의 행위만을 제한하는 형태를 취하고, 修正 15조는 聯邦과 州의 행위를 제한하는 형태를 취하며, 修正

6) 물론 여기서의 政府란 입법부 및 사법부에 대비되는 執行府만을 가리키는 것이 아니라 그 모두를 포함하기 때문에, 그것은 좁은 의미의 정부가 아니라 넓은 의미의 정부를 뜻한다.

7) L.H. Tribe, *American Constitutional Law*(N.Y.: Foundation Press, 1978), 1147쪽; S. Emanuel, *Constitutional Law*(N.Y.: Emanuel Law Outlines, 1993), 370쪽.

8) 修正 13조 1항 : 奴隸制 또는 強制勞役은 당사자가 정당하게 유죄판결을 받은 범죄에 대한 처벌로서가 아니면 합중국 내에서 또는 그 관할권에 속하는 어떠한 장소에도 존재할 수 없다. 2항 : (생략)

9) 修正 14조 1항 : 합중국에서 출생하거나 귀화한 사람으로서 그 관할권에 속하는 모든 사람은 합중국의 시민이자 그가 거주하는 주의 시민이다. 어떠한 주(State)도 합중국의 시민의 特權이나 免除를 박탈하는 법을 제정하거나 시행할 수 없다; 또한 어떠한 주도 適法節次에 의하지 아니하고서는 어떠한 사람으로부터도 生命, 自由, 또는 財産을 박탈할 수 없다; 또한 그 관할권 내의 어떠한 사람에 대해서도 法の 平等保護를 부인할 수 없다. 2항~5항 : (생략)

10) 수정 15조 1항 : 합중국의 시민의 選舉權은 인종, 피부색, 또는 과거의 예종상황을 이유로 합중국이나 어떠한 주도 부인하거나 제한할 수 없다. 2항 : (생략)

13조는 합중국 내에서의 노예제 내지 강제노역의 금지를 규정함으로써 聯邦이나 州의 행위만이 아니라 私人的 행위도 제한하는 것으로 이해되고 있다. 국가행위이론과 관련해서는, 그 이후 選舉權의 확대(보통선거제도의 실시)를 위하여 장기간에 걸쳐 채택된 1920년의 修正 19조(性別에 의한 차별폐지), 1964년의 修正 24조(納稅 여하에 의한 차별폐지), 1971년의 修正 26조(18세 이상의 사람에 대한 年齡에 의한 차별폐지) 등도 연방과 주의 행위만을 제한하는 형식을 취하고 있다<sup>11)</sup>.

이와 같이 미국 연방헌법은 헌법개정을 통하여 개인적 권리의 헌법적 보장을 꾀하고 있으나, 그러한 權利保障規定의 적용범위는 修正 13조를 제외하고는 명시적으로는 오직 연방이나 주와 같은 정부행위에 의한 침해에만 국한되고 있다. 여기서 주목할 것은, 연방정부의 행위를 제한하게 되는 권리보장규정은 권리장전을 비롯하여 상당히 포괄적인 데 반하여<sup>12)</sup>, 주정부의 행위를 제약하게 될 권리보장규정은 奴隸制의 금지를 규정한 修正 13조 및 選舉權의 차별금지를 규정한 일련의 규정(수정 15, 19, 24, 26조)을 제외하고는 修正 14조밖에 없다. 여기서 나타나는 문제는 일차적으로 연방정부의 행위를 제약하는 權利章典(특히 구체적으로 열거된 수정 1조에서 수정 8조까지의 규정)이 주정부도 제약하게 되는가인데, 통상적으로는 그러한 권리장전이 修正 14조 1항의 適法節次條項에 의하여 편입·구현되는 것으로 보고 있다<sup>13)</sup>. 물론 修正 14조 1항에서의 特權免除條項에 의하여 구현된다고 볼 수 있는 여지가 없지 않지만<sup>14)</sup>, 거기서의 “合衆國市民의 特權免除”는 극도로 축소해석되어 왔기 때문에<sup>15)</sup>, 그 기능이 극히 미미할 수밖에 없었다.

어쨌든 이와 같이 修正 14조의 適法節次條項을 통하여 주정부는 연방정부와 동일한 정도로<sup>16)</sup> 권리장전의 구속을 받게 된다고 할 때, 인권침해(특히 인종차별)의 현실을 개선하기

11) 물론 처음부터 연방헌법 1조 9항과 10항은 연방과 주의 행위를 모두 제한하고 있다.

12) 특히 修正 9조는 “일정한 권리들의 헌법에서의 列擧가 인민이 보유하는 그 밖의 권리들(others)을 부인하거나 경시하는 것으로 해석되어서는 안 된다”라고 하여, 국민의 권리는 修正 1조에서 8조까지에 열거된 권리에 한정되는 것이 아니라 포괄적임을 밝히고 있다. 이것은 우리 헌법의 37조 1항의 규정과 흡사하다.

13) 수정 14조의 適法節次條項을 통하여 주정부에 적용될 수 있는 권리의 범위에 관해서는, 選擇的 編入說 내지 基本的 權利說(권리장전 전부가 아니라 그 가운데에서 기본적인 측면만 편입·구현된다는 견해)과 全面的 編入說(권리장전에서의 보장규정 전부가 편입·구현된다는 견해)이 대립되어 왔고, 나아가 권리장전상의 보장규정은 물론 그 밖의 보장규정들도 포함한다는 견해까지 있었으나, 판례의 입장은 選擇的 編入說 내지 基本權說을 취했다. 자세한 것은 S. Emanuel, 앞책, 125쪽 이하 참조.

14) G. Gunther, *Cases and Materials on Constitutional Law*(N.Y.: Foundation Press, 1991), 409쪽 참조.

15) 수정 14조의 특권면제조항은 주에 대하여 州市民의 權利의 침해가 아니라 단지 聯邦(合衆國)市民의 權利의 침해를 금지할 뿐이라고 한다. 그러한 聯邦市民으로서의 권리로 판례상 제시되었던 것으로는, 항구의 자유로운 접근이용권, 공해나 외국영해에서의 연방차원의 보호, 주 사이의 여행권, 연방의회에 대한 고충구제청원권, 연방선거에서의 투표권 등에 불과하다. S. Emanuel, 앞책, 124쪽 이하.

16) 주정부를 구속하는 헌법규정의 범위와 관련해서는 앞서 지적한 바와 같은 논란 속에서도 판례상으로는 대체로 選擇的 編入說이 채택되고 있으나, 일단 어떤 특정의 권리보장규정이 주에도 적용될 수 있는 것으로 판명된 경우에는, 주에 적용되는 그 규정내용은 연방에 적용되는 그 규정내용과 그 범위가 동일하

위해서는 또 다른 문제가 해결되지 않으면 안 된다. 즉, 이상에서 본 바와 같은 연방헌법상의 權利章典 및 修正 14조 등에 의할지라도 연방정부나 주정부에 의한 인권침해를 막을 수 있을 뿐이기 때문에, 미국 연방헌법이 聯邦政府나 州政府의 침해로부터 보호하려는 개인적 권익을 私人的 침해로부터도 보호하기 위한 방법이 모색되지 않으면 안 된다. 그러한 방법으로 먼저 생각할 수 있는 것은 聯邦議會에 의한 立法의 방식이다. 이러한 방법은 실제로 미국 연방의회가 人權法(Civil Rights Act)의 제정을 통하여 실행했던 방법일 뿐 아니라, 여기서는 특히 남북전쟁 후 채택된 修正 13조, 14조, 15조에도 일응 그 근거가 마련되어 있다고 볼 수 있는 방법이기도 하다. 즉 이들 각조는 그 마지막 항에서 “聯邦議會는 이 條(또는 이 條의 규정)를 적당한 입법에 의하여 시행할 권한을 가진다”고 규정하고 있는 것이다. 그러나, 여기에서도 특히 수정 14조의 경우 여전히 연방의회에 의한 立法的 規律對象이 주정부의 행위에 국한되는 것이 아니냐의 문제가 제기될 수 있다. 다른 한편으로 연방의회의 입법 이외의 방식으로 연방헌법상의 인권보장취지를 사인의 행위에 대해서까지 확대할 수 있는 관건은 聯邦法院이 쥐고 있다고 볼 수 있다. 즉 어떤 개인이 연방헌법상의 권리가 침해되었음을 이유로 司法的 救濟를 청구하는 경우에는, 사인에 의한 침해를 규제하는 合憲的인 聯邦法律이 없는 한, 聯邦法院은 修正 14조의 적용에 의한 司法的 救濟 여부를 스스로 결정할 수밖에 없는 것이다. 그러나 이 경우에도 聯邦法院은 수정 14조의 文言에 구속될 수밖에 없는 처지에 놓여 있다. 따라서 의견상의 침해행위자가 私人인 경우에도 연방법원은 그 침해행위가 州政府의 행위에 해당하는가 여부를 판단하여, 그 판단결과 여하에 따라 수정 14조의 적용에 의한 사법적 구제 여부를 결정할 수 있는 것이다<sup>17)</sup>.

國家行爲理論은 바로 이와 같이 한편으로는 미국 聯邦憲法의 明文規定 및 그것이 취하고 있는 독특한 構造(특히 聯邦主義)를 인식하면서도 다른 한편으로는 그 속에서나마 미국사회의 인권상황에서 직시된 憲法的 課題(인권보장)를 성취하려는 과정 속에서 우여곡절을 거치면서 형성된 이론인 것이다.

## 2. 國家行爲理論의 目的

國家行爲理論에서 국가행위의 요건을 부과함으로써 추구하는 목적이 무엇인가에 대해서 통상적으로는 두 가지가 지적되고 있다<sup>18)</sup>.

다는 것이다. S. Emanuel, 앞책, 127쪽 이하.

17) 수정 14조와 관련해서만 본다면 주정부(state)의 행위인가 여부가 문제될 뿐이지만, 이미 본 바와 같이 연방헌법상의 권리장전이 이미 연방정부를 구속하기 때문에, 구체적 사건의 재판에서는 법원은 침해행위가 연방과 주를 막론하고 government action에 해당하는가 여부를 판단하지 않으면 안 된다.

18) L.H. Tribe, 앞책, 1149쪽; S. Emanuel, 앞책, 371쪽. 최근에는 연방대법원도 명백히 國家行爲理論이 私的 自治와 聯邦主義를 증진한다고 한다. K.L. Karst, "State Action - Beyond Race", in: L.W. Levy(ed.), *Encyclopedia of the American Constitution*(N.Y.: Macmillan Publishing,

첫째는 個人的 自由의 영역을 보호한다는 것이다. 國家行爲理論은 침해행위가 國家行爲인 경우에 대해서만 연방헌법상 權利保護를 인정하는 것이기 때문에, 국가행위가 아닌 순수한 私的 行爲는 연방헌법상의 규제대상에서 배제된다. 즉 聯邦法院은 聯邦法律이 없는 한 國家行爲가 아닌 私的 行爲에 의한 침해로부터 연방헌법상의 個人的 權利를 보호하기 위한 판결을 할 수 없다는 것이다. 심지어는 聯邦議會조차 연방헌법상의 특별한 授權이 없으면 私人的 行爲를 직접 규율하는 입법을 할 수 없다고 한다. 그 결과 개인은 연방헌법에 의한 직접적인 규제를 받지 않고 자유롭게 활동할 수 있게 된다. 따라서 연방헌법상의 권리주체인 개인 상호간에서는 당사자의 自律, 즉 私的 自治가 지배하게 된다<sup>19)</sup>. 이와 같이 연방헌법상의 人權規定을 적용하기 위한 前提로서 국가행위라는 요건이 충족되어야 한다는 國家行爲理論은 私的 行爲에 대한 연방헌법상 인권규정의 적용으로 인하여 초래될 수 있는 個人的 自由의 제한을 막아 준다는 것이다. 이러한 것은 自由를 對國家的 防禦權으로만 이해한다는 점을 보여 준다. 연방헌법상의 인권규정의 적용이라는 형태도 결국 연방정부의 국가권력행사에 의한 규제를 의미하며, 따라서 그러한 규제를 받지 않게 되는 것이 개인적 자유를 증진시킨다고 보기 때문이다.

둘째는 국가행위이론이 聯邦主義와 權力分立의 원리를 강화한다고 한다. 우선, 국가행위이론은 연방헌법상 인권규정의 적용을 국가행위에 국한한다는 것이기 때문에, 연방의회나 연방법원 등 聯邦政府의 管轄權을 제한하는 결과를 낳는다. 즉 연방정부는 연방헌법상의 인권규정의 적용을 통하여 개인의 私的 行爲를 직접 규율할 권한이 없다는 것이다. 따라서 연방헌법상 인권규정의 적용의 전제로서의 국가행위라는 요건은 곧 州에 유보되어 있는 영역의 창출을 의미하게 된다<sup>20)</sup>. 이와 같이 國家行爲理論은 聯邦의 管轄權을 제한하고 州에 유보된 영역을 확보해 줌으로써, 中央集權化의 방지와 聯邦主義의 유지에 기여할 수 있다는 것이다. 다른 한편으로, 국가행위이론은 聯邦議會와 聯邦法院 상호간의 관계에서 權力分立이 유지되도록 한다는 것이다. 연방헌법상 권리의 침해에 대한 사법적 구제가 문제되는 사건에서 그것을 규율할 合憲的인 聯邦法律이 없다면, 聯邦法院은 연방헌법의 적용 여부를 스스로 판단할 수밖에 없게 된다. 그런데 국가행위이론은 연방헌법상 인권규정의 적용대상을 국가행위에 국한하는 것이기 때문에, 聯邦議會에 의한 立法이 없는 한, 聯邦法院이 인권침해를 시정할 수 있는 영역은 國家行爲에 한정된다. 따라서 설사 연방차원에서의 규율이 가능한 영역일지라도 연방의회의 입법이 없는 한 연방법원이 주도적인 위치에서 독자적으로 연방헌법상의 인권규정의 적용을 통하여 직접 私的 行爲를 규율할 수 없게 된다. 이것은 곧, 연방차

1986), 1736쪽.

19) 물론 사인의 행위는 州憲法과 法律에 의하여 규제될 수 있지만, 다른 한편으로 州도 수정 14조 등에 따라 연방헌법상 보장된 인권을 부인할 수는 없다.

20) 연방헌법 수정 제10조는 “헌법에 의하여 합중국에 위임되지도 않으면서 각 州에 금지되지도 않은 권한은 각기 각 州 또는 인민에 유보되어 있다”라고 하고 있다.

원에서의 규율이 가능한 경우에 聯邦議會가 더 잘 다룰 수 있는 영역에 대한 聯邦法院의 關與를 제한한다는 것을 의미한다. 즉 연방헌법에 의한 사적 행위의 규율이 연방차원에서 가능하다 할지라도 그것에 대한 一次的 管轄權은 연방의회에 귀속되며, 따라서 연방법률이 없음에도 불구하고 연방법원이 직접 연방헌법상의 인권규정을 사적 행위에 적용한다면 聯邦議會의 一次的 管轄權을 침해하게 된다는 것이다. 國家行爲理論은 이처럼 사적 행위에 의한 침해로부터 인권을 보호하기 위한 연방차원의 조치에 대하여 聯邦議會의 立法權을 보장함으로써, 權力分立原理의 유지에 기여할 수 있다는 것이다<sup>21)</sup>.

### 3. 國家行爲理論의 展開過程

國家行爲理論은 연방헌법상 인권규정(특히 수정 14조 1항의 평등보호조항과 적법절차조항)의 적용범위를 둘러싸고 특히 人種差別의 폐습과 그것의 철폐를 위한 鬭爭過程 속에서 전개되어 왔는데, 국가행위이론의 현대적 역사의 출발점은 바로 1883년의 人權事件<sup>22)</sup>이었다. 바로 거기서 최초로 聯邦大法院은 國家行爲가 존재하는 경우에만 修正 14조가 적용될 수 있다고 밝힌 것이다<sup>23)</sup>. 이 人權事件은 1875년의 人權法(Civil Rights Act)에 관련된 사건들이다. 연방법률인 人權法은, 모든 사람은 숙박시설, 공중수송시설, 극장, 기타 公衆便宜施設에 대하여 完全하고도 平等하게 接近利用할 수 있는 권리가 있음을 규정하고, 人種을 이유로 그러한 권리를 부인하지 못하도록 금지하고 있었다. 이러한 인권법규정은 명백히 私的 行爲에도 적용될 수 있는 것이었는데, 聯邦大法院에서의 爭點은 바로 그러한 법률을 聯邦議會가 제정할 권한을 가지고 있는가 여부였다. 연방대법원은, 첫째, 수정 14조 1항의 평등보호조항과 적법절차조항은 오직 州行爲에만 적용되며, 둘째, 수정 14조 5항이 연방의회에 수권하는 것은 州行爲의 규제에 한정되고 개인이나 기업의 私的 行爲의 규제를 포함하지 않으며, 셋째, 人權法은 수정 13조의 시행으로서도 정당화될 수 없다<sup>24)</sup>고 함으로써, 1875년의

21) 聯邦議會의 立法에 의해서도 권력분립원리가 훼손될 가능성도 있으나, 그러한 입법은 政治的 責任을 지는 기관에 의하여 能動的이고 積極的인 행위의 형태로만 나타나기 때문에, 司法作用의 경우보다 권력분립에 대한 침해의 위험성이 적다고 한다. S. Emanuel, 앞책, 371쪽.

22) Civil Rights Cases, 109 U.S. 3 (1883).

23) 물론 그 이전에도 국가행위의 문제가 제기된 사건도 있었다. 1880년의 Ex parte Virginia 사건이 그것이다. 그 사건은 陪審員에서의 인종차별적인 배제를 금지한 聯邦法律에도 불구하고 버지니아 判事가 그 법률을 위반한 사건인데, 그 판사의 행위는 버지니아주의 행위가 아니라 公務員 개인의 행위이고, 따라서 수정 14조는 그러한 행위를 금지하거나 연방의회로 하여금 그것을 형사처벌할 수 있도록 수권하지 않았다고 그 판사는 주장했다. 그러나 연방대법원은 헌법규정의 의미는 주의 어떠한 작용도 또는 그 권한을 행사하는 공무원이나 기관의 작용도 法的 平等保護를 부인하지 못한다는 것이라고 보면서도, 州는 그 공식적 立法에 의하여 활동하는 경우를 제외하고는 州로서 행위하는 것이 아니며, 따라서 公務員이 그 권한을 남용한 경우에는 州의 행위가 아니라고 보았다. Ch.L. Black, Jr., "State Action", in: L.W. Levy(ed.), *Encyclopedia of the American Constitution*(N.Y.: Macmillan Publishing, 1986), 1729쪽.



人權法을 違憲이라고 판단하였다.

이러한 판결에서 알 수 있듯이 연방대법원은 연방헌법상의 인권규정의 적용에 國家行爲의 要件을 요구하면서, 초기에는 그 요건을 아주 엄격하게 이해하였다. 그 결과 이러한 국가행위 이론은 국가에 의한 法制度的인 人種差別을 철폐하면서도 사회현실에서의 사적인 人種差別因習을 온존시키는 데 크게 기여했다. 그래서 이와 같은 國家行爲理論은 역설적으로, 人種分離(racial segregation)政策을 법제도적으로 시행했던 南部의 노골적인 人種主義의 유지에 대해서보다는 北部(공식적인 법에 의하여 인종분리정책을 널리 시행하지는 않았다)에서의 人種主義의 유지에 더욱 중요했으리라는 지적도 있다<sup>25)</sup>. 國家行爲理論은 개인이나 기업에 의한 人種分離의 因習을 시인하는 결과를 초래했기 때문이다<sup>26)</sup>.

그렇다고 해서 國家行爲理論이 南部의 人種主義의 유지에는 무용지물이었던 것은 아니다. 법에 의한 인종분리의 틈을 국가행위 이론이 다음과 같이 보충해 주었기 때문이다<sup>27)</sup>. 첫째로, 명목상 私的인 暴力이 人種主義體制의 최종적인 무기로서의 역할을 하고 있었으나, 國家行爲理論은 오랜 동안 수많은 私的 暴力으로부터 흑인을 보호하기는커녕 그러한 私的 暴力을 방임하였다. 둘째로, 법에 의한 노골적인 人種的 居住區域化가 연방대법원에 의해 파기당하자, 남부에서도 비록 북부에서처럼 만연하지는 않았을지라도 명목상 사적인 형태에 의한 人種區域化가 이용되기도 하였다. 그것은 남부나 북부 모두 人種居住制限協定の 형태로 행해졌다. 그러한 협정은 통상적으로는 최초행위에서 소유나 점유를 백인에게만 한정하는 부관을 두는 것이지만, 그러한 부관을 등기한 경우에는 다수의 주법률이 항구적으로 시행되도록 강제함으로써, 그 협정은 후속하는 모든 행위에도 삼입되어 구속하는 것이었다. 이러한

24) 연방대법원은 수정 13조가 국가행위와 사적 행위에 모두 적용될 수 있다는 데에는 동의하면서도, “奴隸制와 強制勞役”을 좁게 해석함으로써, 흑인에 대한 공중편의시설의 이용거부를 “奴隸制의 徵表(badge)”가 아니라고 보았다. 노예제에 관한 이러한 좁은 견해는 나중에 부분적으로 변경되었다. 즉 연방의회의 관련입법 없는 상태에서 聯邦法院이 노예제를 정의하는 경우에는 그대로 지속되었으나, 聯邦議會가 수정 13조를 시행하기 위한 立法을 할 수 있는 권한의 범위와 관련해서는 보다 확대된 것이다. S. Emanuel, 앞책, 400쪽 이하.

25) Ch.L. Black, Jr., 앞글, 1730쪽 이하.

26) 그 점에서 특히 주목할 만한 사건이 바로 *Dorsey v. Stuyvesant Town Corporation* (1949-1950) 사건이다. 사건의 개요는 다음과 같다. The Metropolitan Life Insurance Company는 뉴욕시의 방대한 구역을 아파트단지으로 전환하기로 뉴욕주 및 뉴욕시와 합의하고, 그 아파트단지는 그 자회사(Stuyvesant Town Corporation)가 소유하고 운영하기로 하였다. 이에 따라 뉴욕주와 뉴욕시는 법령으로 그 회사에 토지수용권을 인정하고, 아파트건물에 대한 25년간의 면세혜택을 주었다. 또한 일정한 도로에 대하여 공용폐지를 하여 그 통제권을 그 자회사에 이전하고, 상하수도 및 소방시설에 관한 규정을 사업계획에 맞게 변경하였다. 이 모든 것들은 공기업과 사기업의 합작의 형태로 공공연히 그리고 몇몇이 이루어졌다. 그런데 아파트건물이 완공되고 명의가 사인(Stuyvesant Town Corporation)에게 귀속되자, Stuyvesant Town Corporation은 흑인의 아파트청약을 거부하였고, 이에 흑인신청자들이 제소하였다. 그러나 뉴욕最高法院(4 : 3의 다수의견)은 수정 14조를 적용할 수 있을 만큼의 국가행위가 존재하지 않는다고 하였고, 이에 대하여 聯邦大法院은 事件移送命을 거부하였다. Ch.L. Black, Jr., 앞글, 1731쪽 참조.

27) Ch.L. Black, Jr., 앞글, 1731쪽 이하 참조.

협정도 오랫동안 國家行爲理論에 의거하여 사적 행위로 치부되고, 법원에 의해 강제되어 왔다. 셋째로, 남부특유의 것으로, 國家行爲理論은 오랫동안 남부의 人種主義的 政治의 기초로서 이용되었다. 그것은 選舉에서의 人種差別을 금지한 수정 15조와 관련된 것으로, 民主黨 豫備選舉가 사실상 구조적으로 正規選舉를 대체하는 것이었음에도 불구하고<sup>28)</sup>, 백인에 한정된 人種差別의 豫備選舉는 국가행위이론상 國家行爲가 아니라는 이유로 방임되었던 것이다<sup>29)</sup>.

이와 같이 國家行爲理論은 人種主義體制의 유지에 크게 기여하는 것이었는데, 1940년대에 들어서면서 기존의 이론에 대한 강력한 반대조류가 형성되기 시작했다. 國家行爲要件을 완화하는 일련의 판례가 나타나기 시작했던 것이다<sup>30)</sup>. 그리고 이러한 경향은 1950년대말에서 1960년대에 걸쳐 강력하게 전개된 흑인인권운동으로 더욱 촉진되었다. 미국의 人種主義體制를 지탱해 온 法的인 兩大支柱 중 하나는 공동사회에의 黑人參與의 法制度的 禁止(법적인 인종분리제도)이고, 다른 하나는 국가행위라는 요건을 요구하는 國家行爲理論이라고 할 수 있는데<sup>31)</sup>, *Brown v. Board of Education* (1954)사건에서 公立學校에서의 人種分離가 불법화됨으로써<sup>32)</sup> 人種主義의 법적 지주의 하나가 무너짐에 따라, 자연히 관심은 나머지 지주인 國家行爲理論에 쏠리게 되었다. *Martin Luther King, Jr.*의 주도로 수많은 흑인들이 私的 형태의 分離政策에 대한 저항운동을 하였으나, 연좌농성에 의한 저항이 權利侵害禁止法의 위반을 이유로 한 대다수의 형사처벌로 이어지자, 상당수의 사건은 聯邦大法院에까지 이르게 되었다. 그런데 1965년경까지는 聯邦大法院은 단지 國家行爲要件을 현실적으로 상당히 완화하는 데 그쳤을 뿐 이론적 재구성을 시도하지 않은 상태였기 때문에, 결국 私的인 人種分離에 대한 連坐籠城鬭爭에서 비롯된 1960년대의 人權事件에서 진퇴양난의 처지에 빠지고 말았다<sup>33)</sup>. 결국 연방의회가 직접 뛰어들어 1964년의 人權法을 통과시킴으로써 문제를 해결하였다. 즉 人權法에서는 거의 모든 差別的 排除를 불법화하였는데, 이로써 連坐籠城에

28) 민주당예비선거에서 투표한 모든 백인이 민주당예비선거에서의 지명자에게 투표할 것이 예상되고, 그렇게 되면 분산된 공화당표와 흑인표(흑인에게는 문맹검사, 까다로운 등록절차, 심지어 폭력적 방해 등 투표의 장애물이 많았다)를 압도하기에 충분하기 때문에, 민주당예비선거에서의 지명자가 11월의 정규선거에서 사실상 언제나 당선했다. Ch.L. Black, Jr., 앞글, 1732쪽.

29) 그러나 1944년의 *Smith v. Allwright*사건에서 예비선거는 국가행위에 해당한다고 하였다.

30) 백인만에 의한 민주당 豫備選舉를 불법화한 *Smith v. Allwright* (1944), 예비선거입후보자의 지명을 위한 地方豫備選舉에까지 이 법리를 확대한 *Terry v. Adams* (1953), 수정 14조에 편입되는 수정 1조는 會社村에서의 여호아증인교도의 종교서적배포를 막는 것을 금지한다고 한 *Marsh v. Alabama* (1946), 人種의 居住地域制限協定の 사법적 강제가 위법이라고 한 *Shelley v. Kraemer* (1948) 등을 들 수 있다.

31) Ch.L. Black, Jr., 앞글, 1733쪽.

32) 그 후 여러 판결에서, 법에 의해서 또는 논란의 여지없는 공적 행위에 의해 강요된 모든 형태의 분리에까지 확대 적용되었다.

33) 그 예로서 *Burton v. Wilmington Parking Authority* (1961), *Bell v. Maryland* (1964)에 관한 Ch.L. Black, Jr., 앞글, 1734쪽 이하 참조.

기인한 사건의 刑事訴追를 불가능하게 했을 뿐 아니라, Hamm v. City of Rock Hill (1964)에서는 人權法 시행전의 刑事訴追에 대해서도 기각해야 한다고 하였다. 그런데 여기서 특기할 것은, 聯邦議會가 1964년의 人權法의 憲法的 根據를 1875년의 人權法과는 달리 수정 14조가 아니라 通商條項에 두기로 선택했다는 점이다. 聯邦大法院이 1883년의 人權事件의 判例(수정 14조에 근거한 1875년의 人權법을 위헌이라고 하였다)를 변경할 것인지에 대한 불확실성을 반영한 것이지만, 여하튼 聯邦大法院도 通商條項을 授權規定으로 삼은 1964년의 人權法의 合憲性을 지지하였다. 1964년 후에도 중요한 문제가 계속 제기되었으나, 國家行爲의 요건은 완화되는 경향을 보여 주었으며<sup>34)</sup>, 심지어 성급하게 國家行爲理論의 소멸을 예측할 정도였다<sup>35)</sup>.

그러나 1970년대에 접어들면서 Nixon 大統領이 연방대법원 대법관을 다수 임명한 후에 조류가 바뀌기 시작했다. 다시 말하면 國家行爲의 요건이 다시 강화되고, 私人的 行爲에 대한 수정 14조의 적용가능성이 현저히 축소되기 시작한 것이다. 그에 따라 여러 사건에서 國家行爲의 존재가 부정되었다<sup>36)</sup>. 그것은 1970년대의 Burger大法院이 國家行爲의 존재 여부의 판단과 관련하여 1960년대의 Warren大法院과는 다소 상이한 분석방법을 사용했기 때문이다. 즉 이른바 “公共機能”(public function)理論은 “主權機能”(sovereign function)理論<sup>37)</sup>으로 부를 정도로까지 엄격하게 한정하고, 아울러 國家關聯性的 정도를 판단하는 경우에도 國家行爲와 私人的 行爲의 相關關係를 총체적으로 고려하는 것이 아니라 개별적으로 고려함으로써, 상대적으로 國家行爲의 존재를 부정하는 경향을 띠게 된 것이다<sup>38)</sup>. 이와 같이 1970년대 이래 Burger大法院은 國家行爲의 요건을 더욱 강화함으로써 부분적으로는 國家行爲理論을 과거로 회귀시킨 측면이 없지 않다. 그러나 다른 한편으로는, 私的인 人種差別類型을 금지하는 聯邦人權法을 보다 관대하게 해석하는가 하면, 國家行爲라는 제약을 받지 않는(따라서 私的 行爲에도 당연히 적용되는) 수정 13조(노예제 금지)의 “奴隸制”를 보다 넓은 의미로 파악함으로써, 사적 행위에 의한 침해로부터의 人權보호에 크게 기여한 측면도 있다. Burger大法院의 경향은 그 후 Rehnquist大法院에도 이어지고 있다.

#### 4. 國家行爲理論의 接近方法

앞에서 본 바와 같이 國家行爲理論은 1940년대 이전까지는 國家行爲의 개념을 엄격히 해

34) Evans v. Newton (1966); Amalgamated Food Employees v. Logan Valley Plaza (1968); Reitman v. Mulkey (1967); Hunter v. Erickson (1969) 등 참조.

35) K.L. Karst, 앞글, 1736쪽 참조.

36) 예컨대 Evans v. Abney (1970), Palmer v. Thompson (1971), Jackson v. Metropolitan Edison Company (1974), Hudgens v. National Labor Relation Board (1976) 참조.

37) Flagg Brothers, Inc. v. Brooks (1978).

38) K.L. Karst, 앞글, 1737쪽.

석했으나, 그 후 점차 확대하여 1960년대에 이르러서는 최대한 완화되었다. 그에 따라 國家行爲의 존재 여부를 판단하는 기준도 다양해지게 되었다. 이것은 특히 私인이 행한 행위와 관련해서 나타났다. 國家機關이나 公務員의 행위를 國家行爲라고 판단하는 데에는 문제의 소지가 없으나, 私인의 다양한 행위를 國家行爲로 인정할 수 있는가에 대해서는 의문이 제기될 수 있고, 따라서 그럴 만한 이유가 다양하게 제시될 수밖에 없기 때문이다. 그런데, 私인의 행위에 대해서 國家行爲의 성립 여부를 판단하는 방법은 크게 두 부류로 나눌 수 있다. 하나는, 私인의 행위 그 자체의 성질을 고찰한 다음, 그것을 國家行爲 여부를 판단기준으로 삼는 방법이다. 이 경우에는 국가의 특별한 관여 여하는 고려되지 않는다. 다른 하나는, 私인의 행위 그 자체가 아니라, 그 私인의 행위에 직접적으로 또는 간접적으로 관련있는 國家의 행위를 고찰함으로써, 그것을 기초로 하여 國家行爲 여부를 판단하는 방법이다. 이 경우에는 바로 私인의 행위에 대한 國家의 關與의 정도가 주로 고려된다. 대체로 전자에 해당하는 것이 公共機能(public function)理論이고, 후자에 해당하는 것이 國家의 連繫(nexus) 내지 關與(involve)ment)理論이다.

#### 1) 公共機能理論

公共機能理論이란, 私인이 公共機能 내지 統治機能을 위탁받아 그것을 수행하는 경우에는 그는 일종의 國家機關 내지 國家의 대행자이고 그 행위는 國家行爲를 구성한다는 이론이다<sup>39)</sup>. 즉 私인의 행위가 그 성질상 公共機能의 수행에 해당한다는 이유로 그 私인의 행위를 國家行爲로 인정할 수 있다는 것이다. 이러한 公共機能理論에서는 성질상 원래부터 公共機能에 속하는 것이 무엇인가라는 점이 가장 중요한 쟁점이 된다.

이러한 公共機能理論은 이른바 白人豫備選舉事件에서 나타나기 시작했다. 예컨대, 텍사스 민주당 전당대회에서는 豫備選舉(候補者指名選舉)에서 백인만이 투표할 수 있다는 규칙을 제정하였는데, 그것이 수정 15조를 침해하는 것이라고 주장된 사건<sup>40)</sup>에서, 연방대법원은 바로 이러한 公共機能理論을 논거로 삼았다. 즉, 첫째, 豫備選舉는 選舉制度의 필수적 부분이고, 둘째, 選舉運營은 統治(政府)機能이며, 셋째, 따라서 豫備選舉의 운영도 統治機能이기 때문에 政黨은 國家機關으로 취급되며, 따라서 豫備選舉에서의 투표에서 흑인을 배제할 수 없다고 하였다. 그러나, 政黨에 의한 여타의 행위도 國家行爲로 볼 것인지, 人種 이외의 이유에 의한 차별(심지어 예비선거에서조차)을 국가행위로 볼 것인지는 이 판례에 의할지라도 판명되지 않는다<sup>41)</sup>. 어쨌든 이러한 판례에 의하여 人種差別的 豫備選舉가 불법화되었는데,

39) 이러한 公共機能理論은 우리나라에서는 統治機能理論이라는 이름으로 소개되고 있다. 權寧星, 앞책, 355쪽; 金哲洙, 앞책, 272쪽; 文鴻柱, 앞책, 203쪽.

40) Smith v. Allwright, 321 U.S. 649 (1944).

41) S. Emanuel, 앞책, 374쪽.

그 취지는 그 후 정당 내의 정치단체에서 행해진 예비선거입후보자의 지명선거에까지 확대되었다<sup>42)</sup>.

公共機能理論이 적용된 두번째 분야는 會社村(company town)사건과 複合商街(shopping center)사건이다. 이들 사건은, 財産所有者가 州法律(권리침해금지법)을 이용하여 자기의 소유재산에서의 외부인의 일정한 행위(연설이나 전단배포 등)를 저지하려고 했는데, 재산소유자의 그러한 행위가 수정 1조<sup>43)</sup>에 위반되는 것이 아닌가와 관련된 사건이다. 우선, 會社村事件으로는, 어떤 회사(Gulf Shipbuilding Corporation)가 소유하고 운영하는 마을에서 여호아증인 교도가 종교서적을 배포한 이유로 기소된 사건<sup>44)</sup>을 들 수 있다. 이 사건에서 연방대법원은 부동산소유의 名義가 사기업이라는 점을 제외하고는 會社村도 여타의 마을과 같으며, 마을의 운영은 公共機能이라고 판단하여, 여타 마을의 경우처럼 會社村에도 수정 1조가 적용될 수 있다고 하였다. 여기서 법원은 마을이 住居에 한정된 것이 아니라 市內商街地域(외부인도 접근하여 자유롭게 이용할 수 있다)도 포함한다는 사실을 강조했는데, 이에 따라 一般公衆의 자유로운 접근이 허용되지 않는 순수한 住居用인 경우 公共機能이 아니라고 볼 여지가 있다. 또한 會社村의 관리·운영이 公共機能에 속한다고 하지만, 일정한 한정된 목적을 위한 관리·운영의 경우에만 公共機能을 인정할 가능성도 남아 있다<sup>45)</sup>. 다음으로 公共機能理論이 문제된 사건으로는 複合商街事件을 들 수 있다. 상가내의 한 상점과의 勞動爭議에서 평화적인 피케팅을 하고 있었는데, 이에 대해서 商街所有者 등이 피케팅의 금지를 청구한 사건<sup>46)</sup>에서, 연방대법원은 複合商街에도 會社村과 동등한 公共機能을 인정하면서, 수정 1조(표현자유) 위반을 이유로 州最高法院의 청구인용판결을 파기하였다. 그러나 복합상가지역에서 징병제와 월남전을 반대하는 집회에의 참가를 유도하기 위한 傳單의 배포를 상가소유자측으로부터 저지당한 사건<sup>47)</sup>에서는, 연방대법원은, 표현활동이 상가의 본래의 사용목적에 부합되고 그것과 직접적 관련성이 있을 것, 사상을 전달할 적절한 다른 대안이 없을 것 등의 조건을 들어, 그러한 조건을 갖추지 못한 이 사건의 경우에 財産權을 表現自由보다 우선시하였다. 더욱 나아가, 앞에서 公共機能理論이 적용된 사건과 유사하게, 상가 내의 한 상점과 勞動爭議를 벌이고 있던 노조원이 상가의 주차장 등에서 피케팅을 하자 상가소유자가 이를 금지하려고 한 사건<sup>48)</sup>에서는, 연방대법원은 자족적인 거대한 複合商街는 會社村

42) Terry v. Adams, 345 U.S. 461 (1953).

43) 수정 1조 : “聯邦議會는 宗教의 수립에 관여하거나 宗教의 자유로운 행사를 금지하는 법률, 또는 言論의 자유나 出版의 자유를 침해하는 법률, 또는 평화롭게 集會할 수 있는, 그리고 정부에 苦衷救濟를 請願할 수 있는 人민의 權利를 침해하는 법률을 제정할 수 없다.”

44) Marsh v. Alabama, 326 U.S. 501 (1946).

45) S. Emanuel, 앞책, 375쪽 이하.

46) Amalgamated Food Employees Local 590 v. Logan Valley Plaza, 391 U.S. 308 (1968).

47) Lloyd Corp. v. Tanner, 407 U.S. 551 (1972).

48) Hudgens v. NLRB, 424 U.S. 507 (1976).

과는 다르다고 하여 수정 1조가 적용될 수 없다고 하여 사실상 기존의 판례를 변경하였다.

公共機能理論이 적용된 세번째 분야는 公園運營과 관련된 사건이다. 그 예로는, 백인전용으로 할 것을 단서로 신탁된 公園을 처음에는 市가 직접 受託者로서 운영하다가 나중에 私인으로 受託者가 변경되었는데, 그 公園에서의 黑人差別이 문제된 사건<sup>49)</sup>을 들 수 있다. 이 사건에서 연방대법원은, 公園은 소방서나 경찰서처럼 “전통적으로 共同體에 봉사하는” 것이고, 따라서 公園이 제공하는 서비스는 본질상 市政에 속하기 때문에, 公園運營에서의 人種差別은 비록 私인이 운영할지라도 수정 14조에 위반된다고 하였다.

이와 같이 公共機能理論에 입각하여 사인의 행위를 國家行爲로 인정하는 경우에, 公共機能의 범위를 어떻게 보느냐에 따라 연방헌법의 적용범위가 달라지게 된다. 그런데 이러한 公共機能의 범위와 관련하여, 1970년대에 들어 Burger대법원과 Rehnquist대법원은 “排他性”(exclusivity)이라는 요건을 강화함으로써 그 범위를 현저히 축소하였다. 즉 公共機能이라고 할 수 있기 위해서는, 전통적으로 그것이 排他的으로(오로지) 國家가 수행하던 기능이여 한다는 것이다. 다시 말하면, 전통적으로 배타적으로(오로지) 국가의 관할영역에 유보되어 있는 것만이 公共機能理論에서의 公共機能이라는 것이다. 이러한 排他性 요건의 강화로 인하여 公共機能理論의 적용을 거부한 사례로는 다음과 같은 것을 들 수 있다.

첫째로, 주의 許可를 받고 또한 規制도 받는 사적 소유의 公益事業體의 운영은 公共機能의 수행으로 볼 수 없다고 하여, 사전통지와 청문절차를 거치지 않은 채 사용료채납을 이유로 전기회사가 전기공급을 중단한 사건에 수정 14조의 적용을 거부하였다<sup>50)</sup>. 둘째로, 倉庫業者가 留置權을 가지고 있던 보관중인 물건을 보관료미납을 이유로 매각한 것에 대하여, 私的紛爭의 解決은 전통적으로 排他的인 政府機能인 아니라는 이유로, 公共機能인 아니라고 하였다<sup>51)</sup>. 셋째로, 보다 광범하고 값비싼 療養保護를 행하는 專門療養施設에서 보호를 받을 수 있는 자격요건과, 수준이 낮고 값싼 療養保護를 행하는 一般健康關聯施設에서의 보호자격요건들을 상세히 규정한 州의 指針에 따라, 私設療養院 운영진이 환자를 전문요양시설에서 건강관련요양시설로 이송하거나 야에 요양원에서 퇴원시키는 결정을 하면서 상대방에 대한 통지나 청문절차를 거치지 않은 사건에서, 療養院의 운영은 公共機能인 아니라고 하였다<sup>52)</sup>. 이 사건에서는 公共機能理論의 적용요건이 더욱 강화되는 것처럼 보이는데, 법률이나 주 헌법이 주로 하여금 제공하도록 요구하는 그러한 활동만이 公共機能이라고 보기 때문이다<sup>53)</sup>. 넷째로, 教育施設은 통상적으로 公共資金으로 주가 제공하는 기능이라는 하지만 주의 排他的인 特權이 아니라는 이유로, 公共補助金を 주된 수입원으로 하는 私立學校의 운영을

49) Evans v. Newton, 382 U.S. 296 (1966).

50) Jackson v. Metropolitan Edison Co., 419 U.S. 345 (1974).

51) Flagg Bros., Inc. v. Brooks, 436 U.S. 149 (1978).

52) Blum v. Yaretsky, 457 U.S. 991 (1982).

53) S. Emanuel, 앞책, 378쪽.

公共機能이 아니라고 하였다<sup>54</sup>).

이렇게 볼 때, 사인의 행위를 公共機能의 수행이라는 이유로 國家行爲라고 볼 수 있는 경우는 크게 제한될 수밖에 없다. 즉 전통적으로 國家(주)의 排他的 特權에 속하는 기능으로서, 法律이나 州憲法이 실제로 국가(주)로 하여금 그것을 수행하도록 요구하는 그러한 기능만을 公共機能으로 볼 것이기 때문에, 현재의 연방대법원에서라면, 앞서 문제된 사건 중에서 두가지, 즉 會社村事件에서의 道路의 유지와 白人豫備選舉事件에서의 選舉制度의 유지만을 公共機能의 수행으로 판단할 것이라는 견해도 있다<sup>55</sup>).

## 2) 國家連繫理論 내지 國家關與理論

國家連繫理論 내지 國家關與理論이란, 國家가 私人的 어떤 행위를 교사 또는 방조하거나 그 행위로부터 이익을 받는 등 私人的 행위에 충분히 연루되어 있는 경우에는, 그러한 행위는 순수한 私的 行爲로 볼 수는 없고 오히려 國家行爲로 본다는 이론이다. 여기서의 핵심요소는 國家와 私的 行爲者 사이의 連繫性이며, 따라서 이 이론에서는 私人的 행위 자체의 성질이나 종류가 아니라, 그러한 사인의 행위에 관련되어 있는 國家의 행위의 종류와 그 관련 정도가 문제된다. 결국, 사인의 행위에 국가가 상당한 정도로 관여한 경우에는, 그러한 행위는 비록 외견상으로는 사인 단독의 행위로 보일지라도, 실질적으로는 사인과 국가의 共同行爲로서의 성질을 가진다는 것이다. 이 이론은 국가가 사인의 행위에 대한 關與方法과 關與程度에 따라 더욱 세분할 수 있다<sup>56</sup>).

① 첫째는 命命(commandment)에 의한 방법이다. 국가가 사인에게 예컨대 인종차별을 하도록 명령한다면, 그러한 命命 자체는 물론이고 그 명령을 수행한 私人的 행위도 國家行爲라는 것이다. 이러한 命命은 사인의 행위에 국가가 관여하는 가장 강력한 방법이라고 할 수 있다. 특히 문제가 되는 것은 법적용이라는 형식을 통한 법원의 司法的 強制的 형태이다. 그런데 외견상 인종차별적이지 않은 中立的인 法の 適用이라는 형태도 人種差別的 命命으로 해석될 수 있다는 것을 인정한 사례가 있다. 일정지역의 주택소유자 대부분이 향후 50년 동안 백인 이외의 어느 누구에게도 그들 재산을 매도하거나 임대하지 않도록 하겠다는 人種差別的 住居制限의 住民協定을 체결하였으나, 그러한 住民協定에도 불구하고 계약당사자인 어느 백인소유자가 자발적으로 흑인에게 주택을 매도하자, 역시 계약당사자인 다른 백인이 買受人인 흑인을 被告로 所有權取得 禁止請求訴訟을 주법원에 제기하였는데, 연방대법원에서

54) Rendell-Baker v. Kohn, 457 U.S. 830 (1981).

55) S. Emanuel, 앞책, 378쪽.

56) 우리나라에서는 대체로 國有財産理論, 國家援助理論, 司法執行理論, 特權賦與理論 등으로 분류하여 소개하고 있다. 權寧星, 앞책, 355쪽 이하; 金哲洙, 앞책, 271쪽 이하; 文鴻柱, 앞책, 204쪽 이하.

의 문제는, 州法院이 그 住民協定을 司法的으로 強制한다면(즉 백인인 原告의 청구를 인용하면) 그것이 수정 14조에 위반되지 않는가라는 것이었다<sup>57)</sup>. 이 사건에서 연방대법원은, 완전 무장한 국가권력의 지원을 받는 주법원의 積極的 介入이 없다면, 피고(흑인 매수인)가 문제의 소유권을 자유롭게 취득할 수 있을 것이라고 하여, 人種制限協定의 司法的 強制가 국가행위를 구성하며, 따라서 수정 14조에 위반된다고 하였다. 여기서 연방대법원은, 이 사건이 사인간의 인종차별에 대하여 주가 단순히 不作爲에 머물러 있었던 것이 아니며, 매수인뿐만 아니라 자발적인 매도인에도 관계되는 사건으로서, 인종차별을 야기하는 원인은 오직 주의 司法的 強制機構라는 점을 강조하였다. 한편 이와 동일한 상황에서 원고가 買受人인 흑인을 피고로 하여 所有權取得 禁止請求訴訟을 제기하는 것이 아니라, 賣渡人인 백인을 피고로 하여 契約違反을 이유로 損害賠償請求訴訟을 제기하는 경우에, 주법원이 원고의 청구를 인용하여 司法的 救濟를 인정하는 것도 國家行爲로서 수정 14조에 위반된다고 판단한 사례가 있다<sup>58)</sup>.

그런데 人種差別的 住民協定의 司法的 強制가 國家行爲를 구성한다는 이 판례의 취지들이 어느 정도로 받아들여야 하는지가 문제된다. 넓게 본다면 인종차별을 하는 단독행위나 계약은 중국적으로는 國家의 法制度에 의해 강제될 것이고 따라서 國家行爲가 존재하게 된다(그리고 수정 14조에 위반된다)는 결과가 될 것이지만, 실제로는 훨씬 좁게 이해되고 있다. 즉 自發的인 賣渡人과 買受人이 존재하고 그들의 매매가 성취되지 못하도록 적극적으로 막는데 주의 권한행사를 요청받고 있는 그러한 상황에 국한해서만 적용될 수 있다는 것이다<sup>59)</sup>. 그러한 사정은 1960년대의 흑인인권운동과정에서 비롯된 일련의 連坐籠城事件에서 볼 수 있는데, 거기서 연방대법원은 인종차별적이 아닌 中立的인 法(권리침해금지법)의 적용을 통하여 사인에 의한 차별을 사법적으로 강제하는 것이 위헌적인 國家行爲라고 보지 않았고, 그 결과 그 사건들은 결국 연방의회의 1964년 人權法의 제정에 의하여 해결되지 않으면 안 되었던 것이다<sup>60)</sup>. 또한 公共機能理論과 관련하여 앞에서 언급한 사건(Evans v. Newton)의 후속사건<sup>61)</sup>에서도, 인종차별이 실행불가능한 경우를 조건으로 하는 계약규정의 司法的 強制는 위헌적 國家行爲가 아니라고 하였다. 1980년대의 사건 가운데에는 사인의 특정행위에 대한 國家의 命命을 더욱 엄격하게 판단한 사건도 있다. 즉 公共機能理論과 관련하여 앞서 언급한 私設療養院事件(Blum v. Yaretsky)에서, 療養院의 보호수준의 결정(퇴원 또는 낮은

57) Shelley v. Kraemer, 334 U.S. 1 (1948).

58) Barrows v. Jackson, 346 U.S. 249 (1953).

59) S. Emanuel, 앞책, 380쪽 이하.

60) S. Emanuel, 앞책, 382쪽.

61) Evans v. Abney, 396 U.S. 435 (1970). Evans v. Newton사건의 판결 후 인종차별적인 公園運營이 불가능하게 되자, 州法院은, 신탁자의 의사의 성취가 불가능하다는 이유로, 신탁은 종료되고 주법률에 따라 재산은 신탁자의 상속인에게 반환한다는 판결을 했다. 이에 대하여 聯邦大法院은, 차별은 신탁자에 의한 것일 뿐이고 반환을 규정한 주법률에 의한 것이 아니며, 주법률은 차별을 강제하는 것이 아니라 공원이 흑인이든 백인이든 사용하지 못하게 함으로써 차별을 사실상 봉쇄하는 것이기 때문에 수정 14조에 위반되지 아니한다고 하였다.



수준의 시설에의 이송)이 州法律에 의해 엄격히 규제되고 있기 때문에 국가가 그러한 결정에 대한 책임이 있다는 주장에 대하여, 연방대법원은, 퇴원 또는 이송의 결정은 실제로 의학적인 판단에 기초한 것이고 그러한 의학적인 판단은 國家(주)의 통제를 받지 않는 독립적인 요양원전문가들이 내리기 때문에, 그러한 결정은 國家行爲가 아니라고 하였다. 이 판결에 따르면, 국가가 사인의 특정행위를 명령한 것으로 볼 여지가 있고 또한 실제로 사인의 행위가 그러한 命命의 상당히 엄격한 틀 속에서 행해졌다고 할지라도, 그 사인에게 실질적인 裁量權이 인정되는 경우에는 그 사인의 행위에 대한 국가의 책임은 인정할 수 없다는 것이 된다<sup>62)</sup>.

② 둘째는 國家에 의한 助長(encouragement)의 방법이다. 즉 국가가 사인의 인종차별적 행위를 조장하거나 촉진시키는 경우에 국가행위가 성립하고 따라서 헌법침해가 초래된다는 것이다. 이러한 이론이 적용된 사례로는, 주거용부동산의 매매나 임대에서의 私的인 差別에 정부가 간섭하지 못하도록 하기 위해 캘리포니아유권자들이 주헌법을 개정하려고 한 사건<sup>63)</sup>을 들 수 있다. 이러한 憲法改正의 직접적 효과와 목적은 일정한 종류의 私的인 住居差別을 금지하는 법률을 폐기하는 것이었는데, 그러한 憲法改正의 목적과 효과가 필연적으로 私的인 差別을 조장할 것이라고 캘리포니아주 대법원이 판단하였고, 연방대법원도 그러한 판단에 의거하여 國家行爲의 존재를 인정하였다.

③ 셋째는 국가와 사인 사이의 共生關係(symbiosis)에 의한 방법이다. 즉 국가와 사적 행위자 사이에 共生關係 내지 互惠關係가 존재하는 경우에는 사적인 차별에의 국가의 관여를 인정할 수 있다는 것이다. 그러한 사례로는, 주의 기관이 소유하고 운영하는 주차전물의 일부를 사인이 임차하여 음식점을 운영하면서 인종차별을 한 사건을 들 수 있다<sup>64)</sup>. 賃貸借契約에는 인종차별문제에 대해서 아무런 언급이 없었고, 국가가 임차인에게 차별권을 명시적으로 수여한 일도 전혀 없었다. 그런데 연방대법원은, 그 음식점이 주차장이라는 公共施設의 성공적 운영에 필수적이라는 여러가지 징표<sup>65)</sup>에 의거하여, 國家行爲의 존재를 인정하였다. 국가가 임대로부터 많은 이익을 받았고, 사실상으로는 人種差別 자체로부터 이익을 받았다고 볼 수 있다는 사실이 國家行爲의 존재를 인정하는 주요논거가 되었다고 볼 수 있다<sup>66)</sup>.

62) S. Emanuel, 앞책, 382쪽.

63) Reitman v. Mulkey, 387 U.S. 369 (1967).

64) Burton v. Wilmington Parking Authority, 365 U.S. 715 (1961).

65) 예컨대 음식점 따위의 임대료가 아니면 주차장사업의 재원조달이 불가능하다든가, 백인전용이 아니면 음식점영업이 수입격감 등 막대한 지장을 받을 것이라는 음식점측의 주장에 비추어 볼 때, 인종차별로 얻은 수입이 바로 주차장사업의 재정에 필요불가결하다는 것 등이다.

66) 여기서 연방대법원은 주가 임대차계약에 차별금지조항을 삽입할 적극적 의무가 있다고도 하였으나, 공공재산의 인종차별적 사용을 금지할 권한이 있는 경우에는 주는 그 권한을 행사해야 한다는 의미로 확대 해석할 수는 없다고 한다. S. Emanuel, 앞책, 385쪽.

그리고 국가와 사인의 共生關係 여하가 문제된 사건으로는, 公共機能理論과 관련하여 앞서 언급한 바 있는 私設療養院에 관한 사건(Blum v. Yaretsky)을 들 수 있다. 이 사건에서는, 국가가 療養院의 시설비와 운영비에 막대한 補助金을 지급하고 환자의 90% 이상의 의료비를 지급하며 요양시설을 허가하는 등의 이유로 국가와 요양원 사이에 共生關係가 존재한다는 주장을 연방대법원은 배척하였다.

④ 넷째는 국가의 關與(invovment) 내지 連累(entanglement)의 방법이다. 즉 국가가 사인의 행위로부터 이익을 받거나 사인의 행위를 조장하지는 않았을지라도, 사인의 행위에 국가가 심히 또는 상당한 정도로 관여하거나 연루되어 있는 경우에는, 그 사인의 행위를 국가에 귀속시킬 수 있다는 것이다.

그러한 國家의 關與 내지 連累로서 문제되는 것으로는 우선 국가에 의한 特許나 許可의 경우를 들 수 있다. 特許나 許可를 받은 경우에는 더구나 국가에 의한 광범한 規制나 監督이 수반되기 때문에 상당한 정도로 국가의 관여가 존재한다고 볼 여지가 많다. 이와 관련하여, 연방의회로부터 獨占的인 特許를 부여받고 연방기관(Public Utilities Commission)의 광범한 規制監督을 받으면서 영업하던 운수회사가 전차와 버스의 내부에 라디오방송설비를 한 데 대하여, 수정 1조(표현의 자유) 및 수정 5조(적법절차) 위반을 이유로 감독관청에 이의신청을 하였으나 기각당한 사건<sup>67)</sup>에서, 연방대법원은 결국 違憲이 아니라고 하였으나 연방헌법의 적용(국가행위의 성립)을 인정하였다. 이 판결은 넓게 보면 국가로부터 獨占權을 부여받고 따라서 광범한 規制를 받으면서 영업하는 경우에는 國家行爲의 존재를 인정할 수 있는 여지를 남기고 있는 것으로 해석될 수 있었다. 그러나 1970년대의 Burger대법원은 이 판결의 의미를 대체로 좁게 해석하였다. 우선, 주류취급허가를 받아 영업하는 사적인 사교클럽이 흑인고객에 대한 서비스를 거절한 사건<sup>68)</sup>에서, 연방대법원은, 비록 許可의 숫자가 제한되어 있을지라도(許可證의 稀少性), 국가의 허가라는 사실만으로는 사적 행위가 국가행위로 전환되지는 않는다고 하였다. 許可證의 稀少性(특히 일반주점의 영업을 금지된 시간에는 사교클럽만이 주류구매의 유일한 기회를 제공하는 상황에서)이 獨占을 인정한 것이 아닌가라는 문제가 제기되었으나, 다수의견은 부정하였다. 정부에 의한 準獨占狀態의 설정이 國家行爲를 구성하는가 여부가 더욱 문제되는 것으로는 放送許可制가 있는데, 연방통신위원회가 관리하는 방송허가제도 하에서 방송사가 반전단체의 논설광고의 게재를 거절한 사건<sup>69)</sup>에서 연방대법원은 獨占的 地位의 國家行爲 구성 여부에 대해서 어느쪽도 다수의견을 형성하지 못했다<sup>70)</sup>. 더구나 許可制에 따른 自然的 獨占의 경우에는, 비록 국가에 의한 고도의 規制가 가해

67) Public Utilities Commission v. Pollak, 343 U.S. 451 (1952).

68) Moose Lodge No. 107 v. Irvis, 407 U.S. 163 (1972).

69) Columbia Broadcasting System v. Democratic Nat. Com., 412 U.S. 94 (1973).

70) 즉 2명은 국가행위의 성립을 인정하였으나, 3명은 그것을 부정하였고, 3명은 국가행위 존재 여부의 문

질지라도, 그러한 獨占企業에 의한 행위가 일반적으로는 國家行爲로 인정되지 않고 있다. 예컨대, 사용료채납을 이유로 한 전기회사(自然的 獨占企業)의 단전조치가 통지와 공정한 청문 절차를 거치지 않았다고 주장한 사건<sup>71)</sup>에서, 연방대법원은, 국가가 그 전기회사에 獨占을 인정했다고는 볼 수는 없고(그 독점은 자연적인 독점이므로), 더구나 설령 獨占을 인정했다손 치더라도 전기회사의 당해행위와 그 獨占的 地位 사이에는 충분한 關聯性이 없기 때문에, 전기회사의 행위를 國家行爲로 볼 수 없다고 하였다.

다음으로 국가의 關與 내지 連累가 문제되는 것으로는 사인이 국가의 막대한 資金支援을 받는 경우이다. 그런데, 주로 공공자금을 주요수입원으로 하고 공공기관의 규제를 받는 私立學校가 피용자를 해고한 사건<sup>72)</sup>에서, 연방대법원은 국가의 막대한 資金支援을 받았다는 사실 자체만으로는 사인의 행위가 國家行爲로 전환되지 않는다고 하였다.

그 다음으로 문제되는 것은 사인과 공무원의 共同參與(joint participation)의 경우이다. 그 예로서, 채권자가 채무이행청구소송을 제기하면서 채무자의 재산에 대한 假押留를 신청하여, 假押留決定이 내려지고 그것이 집행된 것(가압류의 결정과 그 집행에 공무원이 관여함)과 관련된 사건<sup>73)</sup>을 들 수 있다. 거기서 연방대법원은, 공무원이 채권자와 공동으로 행위를 하였기 때문에, 가압류를 성취하는 과정에서의 채권자의 행위는 國家行爲이고, 따라서 가압류를 규정한 法律이 적법절차요건에 부합하지 않아서 違憲이라면, 채권자는 채무자의 헌법상 권리의 침해에 책임이 있다고 하였다. 그러나 法律의 가압류절차 자체가 違憲인 경우가 아니라 단지 사인이 合憲的인 法律을 남용했을 뿐인 경우에는 國家行爲가 성립될 수 없다.

그리고 提訴期限을 제한하는 법률이 제정된 경우도 문제된다. 그러한 경우에 예컨대 그 법률로 말미암아 재산권을 잃게 된 자는, 提訴期限制限法의 입법과 집행은 國家行爲이고, 재산권은 적법절차에 의하지 않고서는 박탈할 수 없는 것으로서, 이러한 제소기한의 제한은 적법절차에 위배된다고 주장할 가능성이 있다. 이와 관련하여 연방대법원은, 一般的인 提訴期限制限法의 단순한 운용에의 國家關與는 통상 國家行爲를 구성하기에 불충분하다고 하였다<sup>74)</sup>. 그러나 유산에 대한 청구는 채권자에 대한 공고 후 2월 이내에 유언검인법원에 제기하지 않으면 시간적으로 금지된다는 주의 遺言檢印節次는 國家行爲를 구성할 수 있다고 함으로써<sup>75)</sup>, 국가가 적극적으로 관리하는 특수한 소송의 경우에는 提訴期限制限法에 의한 청구 금지가 國家行爲를 구성할 수 있다고 한다.

제를 아예 쟁점으로 인정하지도 않았다.

71) Jackson v. Metropolitan Edison Co., 419 U.S. 345 (1974).

72) Rendell-Baker v. Kohn, 457 U.S. 830 (1982).

73) Lugar v. Edmondson Oil Co., 457 U.S. 922 (1982).

74) Texaco, Inc. v. Short, 545 U.S. 516 (1982).

75) Tulsa Professional Collection Services v. Pope, 485 U.S. 478 (1988).

그러나 마지막으로 문제가 되는 것은 국가의 默認 내지 認容의 경우이다. 그런데 연방대법원은 국가의 단순한 默認, 認容, 許容, 不作爲 등의 경우에는 國家行爲가 성립되지 않는다고 보고 있다. 사적 행위가 國家行爲로 되는 것은 국가가 그 사적 행위를 적극적으로 조장하거나 고무시킨 경우에 국한된다는 것이다.

끝으로 첨언할 것은, 피해를 일으키는 최종적인 행위를 국가가 하면서 사적인 행위의 사전적인 지원을 받는 경우이다. 보통 國家行爲問題는 피해를 야기하는 중극적인 행위가 사인의 행위이고 국가의 사전적인 관여가 있는 경우에 제기되지만, 그 반대의 경우도 생각해 볼 수 있는 것이다. 이와 같은 경우에 연방대법원은 사전적인 사적 행위가 국가의 사후적인 행위의 결과 國家行爲가 될 수 있는 가능성은 인정한다. 그러한 형태로 문제된 것으로는, 사실상 모든 공사립 종합대학과 단과대학(4년제)을 회원으로 하는 전국대학체육연맹(National Collegiate Athletic Association)이라는 사적 단체가, 그 회원인 한 주립대학의 농구코치가 선수충원규칙을 위반했다는 이유로, 그 대학에 직접 일정한 벌칙을 가하는 한편으로, 그 대학으로 하여금 그 농구코치에 대하여 코치자격을 정지시키도록 권고하자(불응시에는 그 대학에 추가벌칙을 가할 것임을 위협하면서)<sup>76)</sup>, 그 대학은 그 코치가 무혐의라고 생각하면서도 코치자격을 정지시킨 사건이다<sup>77)</sup>. 이 사건에서 연방대법원(5:4의 다수의견)은 결론적으로 그 대학의 관여가 그 단체의 행위를 國家行爲로 전환하기에는 불충분하다고 하였다<sup>78)</sup>.

### Ⅲ. 國家行爲理論과 우리나라의 基本權效力理論

#### 1. 國家行爲理論과 우리나라의 基本權效力理論의 差異

##### 1) 우리나라에서의 對私人的 基本權效力理論

우리나라에서는 일반적으로 基本權의 효력을 對國家的 效力과 對私人的 效力으로 구분한다. 그 가운데에서 對私人的 效力의 문제는 “私法關係”에서의 私人的 행위에 대해서 基本權規定이 어떠한 효력을 가지는가를 중심으로 다루어지고 있다. 이러한 문제와 관련하여 우리나라에서는 대체로 기본권의 對私人的 效力을 인정하면서<sup>79)</sup>, 문제의 초점을 기본권규정의

76) 이 단체는 체육선수충원에 관한 엄격한 제한을 포함한 각종의 체육규칙을 부과하면서, 회원인 대학의 피용자가 이들 규칙을 위반할 경우에는, 그 피용자를 직접 규율할 권한은 없었으나, 규칙위반의 소속피용자에 대한 규율을 거부하는 대학에 대해서는 자격정지나 제명을 할 수 있다.

77) National Collegiate Athletic Association v. Tarkanian, 488 U.S. 179 (1989).

78) 자세한 것은 S. Emanuel, 앞책, 390쪽 이하 참조.

79) 그러나尹世昌, 「全訂版 新憲法」(일조각, 1983), 104쪽 이하에서는 對私人和의 관계는 단지 反射的 地

直接效力(직접적용)이나 間接效力(간접적용)이나에 맞추고 있다. 그리고는 독일의 다수설에 따라 間接效力의 原則을 따르고 있는 것이 다수의 입장이다<sup>80)</sup>. 그러면서도 다른 한편으로는 기본권규정이 직접적용되는 경우도 있고 전혀 적용될 수 없는 경우<sup>81)</sup>도 인정한다<sup>82)</sup>. 그렇다면 우리나라의 다수의 견해는 기본권의 對私人的 效力問題와 관련하여 直接適用되는 기본권, 間接適用되는 기본권, 適用否認되는 기본권으로 기본권을 분류하고 있다고 볼 수 있다. 그러나 이들 각각의 유형에 구체적으로 어떤 기본권이 해당하는가에 관해서는 특히 直接適用되는 것과 間接適用되는 것의 구별기준과 관련하여 견해의 차이가 드러나고 있다. 즉 헌법상 明文의 규정이 있는 경우에만 사인에 대한 기본권의 直接的 效力을 인정하고 그 밖에는 모두 間接的 效力을 인정하는 견해가 있는가 하면<sup>83)</sup>, 明文의 규정이 있는 경우는 물론이고 기본권의 “性質上” 직접적용가능한 경우<sup>84)</sup>에도 直接的 效力을 인정하고 그 나머지의 경우

위에 불과하다고 하면서 기본권의 對私人的 效力을 부인하였다. 그리고 文鴻柱, 앞책, 209쪽 이하에서는, 適用否認說이라는 용어의 사용을 굳이 일부러 피하면서도, 사인관계에서는 특별한 보장규정 또는 금지규정(21조 4항, 31조 3항, 33조 등)이 있는 경우를 제외하고는 기본권규정이 적용되지 않는다(다만 국가의 구성원리로서의 성격을 가진 헌법의 근본규범으로서의 헌법 10조의 정신은 사인관계에도 적용된다)고 하고, 그러한 자신의 견해는 표현만 다를 뿐 실질적으로는 間接適用說과 동일하다고 주장한다.

- 80) 權寧星, 앞책, 356쪽 이하; 金哲洙, 앞책, 273쪽 이하; 朴一慶, 「新憲法」(법경출판사, 1990), 209쪽; 許營, 앞책, 257쪽.
- 81) 適用否認되는 기본권의 예로서, 金哲洙, 앞책, 274쪽에서는 국가배상청구권과 형사보상청구권을 들고 있고, 許營, 앞책, 257쪽에서는 생명권과 신체자유에 대한 제한시 입법자가 존중해야 할 헌법적 지도원리(죄형법정주의, 이중처벌금지원칙, 사전영장주의, 연좌제금지, 자백의 증거능력제한, 무죄추정원칙), 인신권 중에서 사법절차에서의 헌법적 권리(고문받지 않을 권리, 불리한 진술거부권, 영장제시요구권, 체포·구속이유를 알 권리, 변호인의 조력을 받을 권리, 법원에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리, 군사법원재판의 거부권, 신속한 공개재판을 받을 권리, 형사보상청구권), 소급입법에 의한 참정권제한과 재산권박탈의 금지, 청원권, 국가배상청구권, 범죄피해구조청구권, 형사피해자공판정진술권을 들고 있다.
- 82) 金哲洙, 앞책, 273쪽 이하; 許營, 앞책, 257쪽. 그러나 權寧星, 앞책, 356쪽 이하에서는 적용부인되는 기본권을 예시하지 않고 있다.
- 83) 許營, 앞책, 254쪽 이하; 鄭然宙, “基本權의 對私人的 效力”, 「고시계」 1991. 7, 71쪽. 許營 교수는 명문규정의 예로서 현행헌법 21조 4항을 들면서 言論·出版의 自由의 경우에만 直接效力을 인정한다. 그러나 일반적으로 기본권의 對私人的 效力의 문제는 사인 상호간의 관계에서 기본권(기본권적 이익)을 침해당하는 쪽(피해자)이 침해하는 쪽(가해자)에 대하여 자신(피해자)의 헌법상 기본권을 주장할 수 있는가의 문제로서 제기되는 데 반하여, 21조 4항에서 문제되는 것은 言論·出版의 自由를 가해자가 피해자에 대해서 주장하는 경우이다(그래서 그것에 대해 한계를 설정하고 있다). 따라서, 言論·出版의 自由의 對私人的 直接效力의 근거로서 헌법 21조 4항을 제시하는 경우에는 그러한 차이점을 올바르게 고려하여야 한다. 그런데, 만일 21조 4항이 사인 상호간의 관계에서의 기본권의 ‘直接的 效力’을 규정한 것이라고 한다면, 기본권의 대사인적 효력문제와 관련해서는 기본적으로 다음과 같은 해석가능성이 있다. 첫째는, 言論·出版의 自由의 대사인적 직접효력을 전제로 하면서 그 효력범위를 한정하고 있다(‘타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리’를 침해하지 않는 범위에서만)고 보는 것이다. 둘째는, 침해행위가 言論·出版의 형태인 한, 침해당하는 기본권이 어떤 것인지 불문하고(더욱 넓게 ‘명예나 권리’), 그 기본권의 直接的 效力을 사인에 대해서도 주장할 수 있다고 이해하는 것이다.
- 84) 그러한 예로서 權寧星, 앞책, 356쪽에서는 헌법 33조(근로3권)를 들고 있고, 金哲洙, 앞책, 274쪽에서는 근로3권, 언론·출판의 자유, 인간의 존엄과 가치·행복추구권, 참정권 등을 들고 있다. 그런데, 金哲洙 교수도 앞에서 지적한 許營 교수처럼 21조 4항을 言論·出版의 自由의 對私人的 ‘直接’效力을 인

에만 間接的 效力을 인정하는 견해가 있는 것이다<sup>85)</sup>.

아무튼, 이와 같이 구체적으로는 차이가 있지만, 원론적으로는 기본권은 특단의 사정이 없는 한 사인에 대해서는 間接的인 效力이 미친다고 보는 것이 다수의 견해라고 할 수 있다. 여기서 間接的 效力 또는 間接適用이라는 것은 기본권이 私法의 一般條項을 통하여(매개로 하여) 간접적으로 사인에게 적용된다는 것이다. 그러나 우리나라에는 이러한 독일식의 이론 구성과는 전혀 다른 이론구성을 시도한 것도 있다. 즉 法社會學的 觀點에서 기본권을 ‘生成中인 權利’로 보고<sup>86)</sup>, 따라서 기본권의 對私人的 效力도 生成中인 權利라는 측면에서 파악하는 견해가 그것이다. 이러한 생성과정에 있는 권리라는 관점에서 우선, 기존의 對私人的 效力理論이 지나치게 司法府에 대한 구속의 측면(解釋論)에 집착한 나머지 立法府에 대한 구속의 측면(立法論)을 무시하고 또한 私法關係에서의 적용만을 문제삼아 新生法分野(노동법, 정당법, 언론법, 환경법, 소비자보호법 등)에서의 적용을 고려하지 못한다고 비판하고, 또한 解釋論의 측면에서는 특히 間接適用說의 문제점을 비판한다<sup>87)</sup>. 그리고 生成中인 權利로서의 기본권의 對私人的 效力問題가 巨大私組織(사적 정부)과 관련하여 제기하는 문제영역이 평면적이 아닌 立體的인 것임을 지적하고<sup>88)</sup>, 결론적으로 기본권은 對私人的 關係에서도 生成中인 權利로서, 첫째, 立法論의 측면(입법부에 대한 구속)에서는, 대사인적 관계에서도 기본권을 실현할 의무를 입법자에게 부과하는 프로그램規定 내지 抽象的 權利라고 할 수 있고, 둘째, 解釋論의 측면(사법부에 대한 구속)에서는, 法的 確信과 實定化의 정도에 따라, 사법부도 구속하는 현실적이고 具體的인 權利가 된 것도 있고 아직은 프로그램規定이나 抽象的 權利에 불과한 것도 있다고 한다<sup>89)</sup>.

정한 明文規定으로 보고 있다(앞책, 267쪽). 그 반면에 權寧星 교수는 21조의 表現의 自由는 間接的 效力을 가질 뿐이라고 본다(앞책, 356쪽). 한편, 자신의 견해가 실질적으로 間接適用說과 다름없다고 하는 文鴻柱 박사는 21조 4항과 31조 3항 및 33조를 사인관계에서의 헌법의 특별한 보장규정 또는 금지 규정이라고 본다(앞책, 209쪽).

- 85) 權寧星, 앞책, 356쪽; 金哲洙, 앞책, 273쪽 이하.
- 86) 崔大權, 앞책, 154쪽 이하; 崔大權, 앞글, 59쪽 이하. “헌법상의 基本權은 거대사조직에 대한 관계에 있어서, 헌법명문상 또는 기본권의 성질상 직접 적용되는 것을 포함하여, 결국 立法 및 司法過程을 통하여 그리고 예컨대 정당이나 노동조합과 같은 단체에서의 관행이나 실행의 발달을 통하여 아직도 生成中인 權利이다”라고 한다. 崔大權, 앞책, 187쪽.
- 87) 私法關係에서의 解釋論에 시각을 한정시킨다는 것 외에도, 논리적으로는 효력부인설과 직접적용설만이 가능하다는 것, 실제적용에서는 (한정적)직접적용설과 간접적용설의 차이가 별로 없다는 것, 헌법적용의 실질적 기준을 제시하지 못한다는 것 등을 지적한다. 崔大權, 앞책, 163쪽 이하; 崔大權, 앞글, 62쪽 이하.
- 88) 巨大私組織과 관련하여 기본권의 對私人的 效力問題가 제기하는 문제영역은, 첫째, 거대사조직의 構成員이 자신의 헌법상 基本權을 어느 정도로 주장할 수 있고 제약당할 수 있는가의 문제, 둘째, 構成員이 그가 소속하는 거대사조직의 목적이나 활동 또는 조직에 대해서 어떠한 基本的 權利義務을 가지는가의 문제, 셋째, 구성원이 아닌 一般國民이 거대사조직에 대하여 어떠한 발언권과 통제권을 가지는가의 문제라고 한다. 崔大權, 앞책, 188쪽.
- 89) 崔大權, 앞글, 63쪽. 이러한 이론구성은 독일식의 기존이론의 재검토에 많은 점을 시사하고 있다고 보지만, 더 이상의 논의는 이 논문의 목적상 여기서는 피하기로 한다.

## 2) 國家行爲理論과 우리나라 理論의 差異

위에서 우리나라에서의 기본권의 對私人的 效力에 관한 이론을 살펴 보았는데, 이러한 이론에 비추어 미국의 國家行爲理論을 여러 측면에서 대비해 볼 수 있으리라 생각된다. 적어도 國家行爲라는 요건의 완화를 피한 현대적 國家行爲理論은 사인에 의한 침해로부터의 기본권 보호라는 憲法的 要請에 부응하려는 것이고, 또한 그러한 헌법적 요청은 사회현실에서의 심각한 私的 人權侵害現象의 인식에서 발단된 것이라는 점에서, 우리나라나 독일식의 기본권의 이른바 第三者的 效力理論과 궤도가 같다고 할 수 있다. 그렇지만 미국의 國家行爲理論은 우리나라의 이론과는 많은 차이점을 보여 준다.

첫째, 미국의 國家行爲理論은 적어도 이론상으로는 私的 行爲에 대해서는 연방헌법상의 인권규정을 적용하지 않는다는 입장에서 서 있다. 國家行爲의 요건이 없는 규정(수정 13조)을 제외하고는, 國家行爲로서의 요건을 갖춘 행위에 대해서만 인권규정을 적용하고, 國家行爲로서의 요건을 갖추지 못한 행위에 대해서는 인권규정을 적용하지 않기 때문이다. 어떠한 행위가 國家行爲에 해당하는가의 문제는 그 다음의 문제인 것이다. 다툼의 대상이 되는 특정의 행위를 놓고 볼 때, 그것을 실행한 구체적 행위자가 國家(연방정부나 주정부를 막론하고)인 경우에는 별로 의문이 없다. 그러나 그 구체적 행위자가 私人인 경우에는, 그것이 언제나 國家行爲가 아닌 私的 行爲에 불과한가라는 문제가 제기될 수 있다. 초기의 國家行爲理論은 私人의 행위를 모두 순수한 私的 行爲로 본 데 반하여, 현대의 國家行爲理論은 私人의 행위도 國家行爲일 수 있다는 점을 인정하고 있다. 그 결과 사인의 행위는, 國家行爲로서의 특성과 私的 行爲로서의 특성을 아울러 가지고 있는 이중적 성격의 행위와, 國家行爲로서의 특성이 없는 순수한 私的 行爲로 나눌 수 있게 된다. 그렇다면, 사인의 행위에 대해서 헌법상의 인권규정을 적용할지라도, 그것은 그 행위가 國家行爲로서의 특성을 지니고 있기 때문에 그러한 측면에 적용된 것이라고 할 수 있다. 따라서 연방헌법상의 인권규정은 國家行爲에만 적용된다는 논리가 여전히 유지되고 있다고 볼 수 있다. 이러한 논리는, 우리나라나 독일에서의 기본권의 對私人的 效力理論에 비추어 본다면, 效力否認說에 해당한다고 볼 수 있다. 그것은 특히 國家行爲의 요건을 엄격하게 다루었던 초기의 이론을 고려하면 더욱 명백히 알 수 있다.

둘째로, 미국의 현대적인 國家行爲理論은 그 현실적인 결과라는 측면에서 보면, 사인의 행위에 대해서도 연방헌법상의 인권규정이 적용될 수 있다는 입장에서 서 있다. 國家行爲要件을 필요로 하지 않는 인권규정(수정 13조)은 물론이고, 國家行爲要件을 필요로 하는 경우에도 그러한 요건을 갖춘 경우에는, 설사 현실의 구체적 행위자가 私人일지라도 인권규정이 적용된다는 것이다. 이와 같이 사인의 행위에 대해서도 헌법상의 인권규정이 적용될 수 있는 경우에는, 私法의 一般條項을 매개로 해서 비로소 적용하는 것이 아니라 바로 헌법을 적용하

는 것이다<sup>90</sup>). 우리나라나 독일식의 이론에서 주된 쟁점이 되고 있는 바 사인(의 행위)에 대한 기본권규정의 直接適用이나 間接適用이나의 문제는 國家行爲理論에서는 아예 제기되지 않고 있는 것이다. 이것을 우리나라나 독일식의 이론에 비추어 보면, 直接效力說에 해당한다고 볼 수 있다<sup>91</sup>).

셋째로, 미국의 國家行爲理論에서는 公法과 私法の 二元的 體系의 문제가 고려되지 않는 것으로 보인다. 우리나라나 독일식의 이론에서는 기본권의 對私人的 效力問題가 사인 상호간의 私法關係에 대한 기본권의 효력문제로서만 제기되고 있지만, 國家行爲理論에서는 반드시 그렇지 않는다는 것이다. 그것은 다수의 사건에서 公法的 問題, 특히 형사처벌의 문제와 관련하여 國家行爲의 문제가 제기되었던 것에서 알 수 있다. 이러한 현상은, 미국에서는 公法과 私法の 二元的 體系가 발달하지 않았고, 또한 國家行爲理論 자체가 國家行爲에의 헌법 적용이라는 형태로 나타난다(따라서 관념상으로는 순수한 사인상호간의 관계가 아니다)는 점에서, 그 단서를 찾을 수도 있으리라. 그러나 개인은 公法과 私法을 막론하고 법의 규율을 받고 있으며, 그러한 법적 규율 속에서 개인이 다른 개인에 대하여 그의 헌법상 인권을 침해하는 행위를 할 때, 그 침해행위는 公法的 效果(행정적 규제나 형사처벌 등)를 발생시킬 수도 있고 私法的 效果(행위의 무효나 손해배상 등)를 발생시킬 수도 있다. 이러한 점을 고려한다면, 사인에 의한 침해로부터의 기본권보호의 문제는 私法關係에서만 제기될 수 있는 것이 아니며, 미국의 國家行爲理論은 그러한 사실을 그대로 반영하고 있다고 볼 수 있다.

넷째로, 미국의 國家行爲理論에서 문제된 사건은 사인에 의한 인권침해행위가 주로 그 개인의 一方的 行爲라는 점을 지적할 수 있다. 이것은 우리나라나 독일식의 이론(특히 간접효력설)이 주로 契約에 의한 기본권침해를 문제삼는 것과는 전혀 다른 현상이다. 물론 미국의 國家行爲理論에서도 契約이 문제된 경우도 있고, 반대로 우리나라나 독일식의 이론에서도 不法行爲의 문제가 다루어지고 있기 때문에, 양쪽이 전면적으로 다르다고는 할 수 없다. 그러나 우리나라나 독일에서의 이론, 특히 間接效力說은 그 이론구성의 초점을 契約에 맞추고 있기 때문에, 개인의 一方的인 行爲에 의한 기본권침해의 문제를 부수적으로 다룰 뿐이라고 생각된다. 말하자면, 契約이 그 계약의 당사자 일방에 대하여 기본권침해를 야기하는 경우를 상정하여 이론구성을 한 다음, 그 결론, 즉 私法の 一般條項(예컨대 민법 103조)을 매개로 한 間接適用이라는 형식을 개인의 一方的 行爲(특히 불법행위)에도 그대로 원용하는 것이다. 그러나 실제로 사인에 의한 인권침해는 침해행위자의 一方的 意思에 기초한 행위가 주류를 이룰 것이며, 미국의 國家行爲事件도 그러한 사실을 보여 주고 있는 것이다.

90) 물론 다름의 대상이 되는 행위를 규율하는 합헌적인 聯邦法律이 있다면, 그 법률을 적용하는 것은 당연하다. 國家行爲理論은 특히 聯邦議會와의 관계에서는 연방법률이 없는 경우에 연방헌법상의 인권규정을 직접 적용하여 분쟁을 해결할 수 있는 聯邦法院의 管轄權의 범위에 관한 이론이라고 할 수 있다.

91) 崔大權, 앞책, 166쪽 이하; 崔大權, 앞글, 66쪽에서도 미국의 國家行爲理論을 시각에 따라 效力否認說로도 볼 수 있고 直接效力說로도 볼 수 있다고 지적한다.



다섯째로, 사인의 침해로부터의 기본권보호의 범위는 우리나라나 독일식의 이론보다는 일견 國家行爲理論에 의한 경우가 더 좁은 것처럼 보인다. 國家行爲理論의 경우에는 國家行爲에 해당하는 사인의 침해행위로부터만 기본권을 보호하는 데 반하여, 우리나라나 독일식의 이론은 國家行爲에 해당하는가 여부를 가리지 않기 때문이다. 물론 우리나라에서는 對私人的 效力이 인정되지 않는 기본권을 나열하는 견해도 있다. 그러나 그러한 效力否認이 단지 그러한 기본권의 경우에는 사인에 의한 침해의 여지가 전혀 없기 때문이라면, 對私人的 效力問題와 관련해서는 애초부터 논의의 대상조차 될 수 없다. 기본권의 효력 여부에 따른 기본권적 보호 여하의 문제는 언제나 그 기본권의 現實的 侵害可能性을 전제하고 있기 때문이다. 따라서 對私人的 效力이 부인되는 기본권이 나열된다고 해서 사인의 침해로부터의 기본권보호의 범위가 축소된다고는 볼 수 없다. 그 반면에, 間接效力說의 경우 구태여 私法의 一般條項이라는 매개를 통하여 적용하도록 하고 있는데, 그것은 헌법상 기본권규정에 의한 사적 행위의 규제를 直接效力說의 경우보다 축소하려는 것이라고 할 수 있다<sup>92)</sup>. 그렇다면, 國家行爲理論이 현실적 결과라는 면에서는 直接效力說에 해당한다고 볼 때, 사인에 의한 침해로부터의 기본권보호의 범위가 國家行爲理論보다는 오히려 間接效力說의 경우에 더 좁아질 수 있는 여지도 있다는 것도 생각할 수 있을 것 같다. 그러나 사인에 의한 침해로부터의 기본권보호의 범위는 실제로는 立法者의 태도 여하에 크게 좌우된다. 사인에 의한 인권침해의 방지 여하는 일차적으로 立法者의 권한행사(미국의 경우 연방법률이나 주헌법과 주법률, 우리나라의 경우 법률) 여하에 좌우되며, 따라서 立法者가 사인에 의한 침해로부터의 기본권보호라는 책무를 게을리하지 않는 한, 현실적으로 사인에 의한 침해로부터의 기본권보호의 범위가 크게 달라질 것 같지는 않다. 그 반면에, 立法者가 그러한 책무를 게을리하는 경우에는, 聯邦主義의 구조상 미국의 聯邦法院의 관할권이 우리나라의 司法府(법원과 헌법재판소)보다 제한되어 있기 때문에(국가행위이론도 그러한 현상의 하나이다), 이론상으로는 미국의 경우보다 우리나라나 독일식의 이론의 경우에 사인에 의한 침해로부터의 기본권보호의 범위가 더 광범할 수 있다. 물론 그것조차도 미국의 연방법원이 國家行爲의 요건을 얼마나 강화하느냐 또는 완화하느냐에 따라 크게 달라질 수 있다.

끝으로, 미국의 國家行爲理論에서는 國家行爲라는 요건의 부과는 연방헌법(특히 수정 14 조)이 수범자로서 國家(주)를 명시하고 있다는 데 근거하고 있다. 만일 그와 같은 명시적 규정이 없었다면 사인의 행위에 대한 헌법상 인권규정의 효력문제가 어떻게 다루어졌을 것인가를 상상해 보는 것도 우리나라의 이론구성에는 의미있는 일일 것이다. 우리나라의 이론 가운데에는 間接效力說을 취하면서 헌법이 특히 명시한 경우에만 直接的 效力을 인정하는 견해도 있는데, 이와같이 사인에 대한 直接的 效力을 헌법이 명시한 경우에만 인정된다고 하는

92) 이것은, 간접효력설의 입장에서 직접효력설이 사적 자치를 위태롭게 한다고 비판하면서 사적 자치를 보호하기 위해서는 간접적용이 타당하다고 내세우는 데서도 알 수 있다.

것은 미국의 國家行爲理論과는 상반되는 태도라고 볼 수 있기 때문이다. 연혁적인 측면에서 헌법(의 인권규정)이 國家權力을 수범자로 한다는 점을 공통적으로 인식하면서도, 우리나라나 독일식의 이론은 그러한 관념 자체를 전면적으로 또는 부분적으로 수정하여 사인에게까지 확대하려고 하는 데 반하여, 미국의 國家行爲理論의 경우에는 그러한 기존의 관념이 이론상 그대로 유지되고 있다. 그럼에도 불구하고 미국의 國家行爲理論의 경우 國家行爲의 요건이 헌법의 明文規定 때문에 인정되지만(그러한 가운데서도 사인의 행위에 대한 인권규정의 효력을 현실적으로 인정한다), 우리나라나 독일식의 이론(間接效力說)에서는 오히려 사인의 행위에 대한 直接的 效力를 긍정하기 위해서 헌법의 明文規定이 필요하다는 것이다. 이것은, 사인의 인권침해현상과 그에 따른 헌법상 기본권보호의 필요성을 인식하고, 그 결과 사인에 의한 인권침해현상에 대처하기 위한 발상의 전환을 기도하면서도, 그러한 발상전환의 과정에서는 오히려 시각의 차이 내지 방법론상의 차이를 드러낸 것이라고 할 수 있다.

## 2. 國家行爲理論의 示唆點과 우리나라 理論에의 導入可能性

미국의 國家行爲理論은 우리나라에서의 기본권의 對私人的 效力理論(특히 간접효력설)과는 앞에서 본 바와 같이 여러가지 측면에서 대비될 수 있는데, 그것은 곧 우리나라의 이론에 많은 示唆點을 던져 줄 수 있다고 본다.

우선, 直接效力이나 間接效力이라는 문제이다. 우리나라의 이론에서는 直接效力이나 間接效力이라는 주된 쟁점으로 삼아 直接效力說의 문제점을 지적하면서 間接效力說을 주장하는 것이 다수설이다. 그러나 그러한 쟁점이 제기되지 않는 미국의 國家行爲理論에 비추어 본다면(그리고 만일 그것이 현실적으로 별다른 문제점을 야기하지 않고서 소기의 목적을 성취할 수 있다면), 間接適用이라는 기발한 착상에 오히려 문제가 있는 것이 아닌가를 재검토해 보아야 할 것이다. 나아가 間接效力說은 그것이 效力否認說 또는 直接效力說에 비해서 과연 어느 정도의 실질적 차이를 초래할 수 있는지도 자문해 보아야 할 것이다.

둘째, 公法과 私法의 二元的 體系의 고려 여하의 문제이다. 우리나라나 독일식의 이론(간접효력설과 효력부인설)에서는 直接效力說에 대한 비판의 근거로서 公法과 私法의 二元性을 강조한다. 그러나 미국의 國家行爲理論에서 문제된 사건이 私法의 적용에 관련된 것에 국한되지 않는다는 것을 볼 때(그리고 만일 그것이 다른 특별한 이유가 없고 또한 별다른 문제점을 야기하지 않는다면), 公法關係에 대한 헌법상 기본권규정의 적용방식과 私法關係에 대한 적용방식이 필연적으로 달라야 하는지를 재고해 보아야 한다. 법의 효력이라는 관점에서는 憲法과 法律 사이의 상하관계가 명백한데도 불구하고, 국가의 법을 公法과 私法으로 양분하여 최고법인 憲法은 公法이기 때문에 私法關係에 대해서는 단지 私法(민법이라는 법률)의 一般條項을 매개로 해서만 적용될 수 있다거나 아예 적용될 수 없다고 보는 것이 과연 타당

할 것인가를 깊이 음미해 보아야 할 것이다. 또한 사인에 의한 기본권침해행위는 단지 私法의 규율대상이 되는 것만이 아니라 公法의 규율대상이 되는 것도 허다한데, 公法의 규율대상이 되는 사인의 행위의 경우에는 기본권의 적용방식이 어떠한가도 함께 고려해야 할 것이다.

셋째, 기본권의 對私人的 效力問題에서의 이론적 관심의 중심을 契約에 의한 기본권침해의 문제에 둘 것인가의 문제이다. 미국의 國家行爲理論에서 실제로 문제된 인권침해사례는 가해자와 피해자의 합의에 의한 契約의 형태가 아니라, 가해자의 一方的 意思에 기초한 행위(법률행위이든 사실행위이든)가 주류를 이루고 있음을 볼 수 있다. 사실 논리적으로 생각할 때 침해자가 일방적으로 인권침해행위를 감행하는 것이 통례일 것이라는 것은 불문가지의 사실이다. 그렇다면 契約(피해자의 동의나 승낙)이라는 형태에 의한 인권침해는 오히려 특수한 유형에 속할지도 모른다<sup>93</sup>). 따라서 그러한 점을 고려한다면, 契約이라는 행위에 의한 기본권침해의 문제를 주로 염두에 두고서 이론구성을 시도하고 그 결과를 여타의 경우에까지 통용시키는 것이 올바른 것일지를 재고해 보아야 한다.

끝으로, 間接效力說이 사인에 의한 침해로부터의 기본권보호문제에 대처하는 태도의 문제이다. 미국의 國家行爲理論에서는 헌법의 명문규정 때문에 기본권보호의 범위를 國家行爲에 국한할 수밖에 없다는 것을 인식하면서, 그러한 와중에서도 사인의 행위에 대해서까지 보호범위를 적극적으로(물론 정도의 차이는 있다) 확대하려는 태도라고 볼 수 있다. 그런데 우리나라의 間接效力說은 한편으로는 기본권의 對私人的 效力을 긍정한다(효력부인설을 비판한다)는 점에서는 사인의 침해로부터의 기본권보호에 적극적인 태도를 보여 주지만, 다른 한편으로 直接效力說을 비판하고 부인한다는 점에서는 오히려 소극적인 태도를 보여 주고 있다고 할 수 있다. 그러한 이중적 태도는 특히 직접효력이 인정되는 예외적인 경우를 오직 헌법의 명문규정이 있는 경우에 국한하려는 견해에서 더욱 강하게 나타난다. 사인에 의한 기본권 침해라는 사회현실에 대처하기 위하여, 과거에는 對國家的 效力밖에 인정하지 않던 基本權 觀念의 再構成을 시도하면서도(간접적 효력일지라도 그러한 효력이 헌법의 명문규정에 의해 비로소 인정되는 것은 아니다), 直接的 效力은 오히려 헌법의 명문규정이 없는 한 인정할 수 없다고 하고 있기 때문이다. 그 반면에 間接效力說을 취하면서도 直接效力의 예외를 기본권의 성질상 직접적용가능한 경우에까지 확대하는 견해는 그러한 태도의 이중성이 상대적으로 작으며, 나아가 “기본권의 성질상 직접적용가능한 경우”의 범위를 극대화하게 되면 종국적으로는 間接效力의 경우가 오히려 예외가 되거나 아예 소멸될 수 있는 여지까지도 안고 있다. 이와 같이 사인의 기본권침해에 대처하는 태도의 문제는 憲法政策的 次元을 고려할 경우에 더욱 극명하게 드러난다. 만일 포괄적으로 기본권의 對私人的 效力을 인정하는 명문의 규정을 삽입하는 憲法改正을 시도할 경우에<sup>94</sup>), 間接效力說의 입장에서는 찬성할 것인가 아니

93) 물론 오늘날 거대한 사적 조직체에 의한 인권침해의 문제가 비일비재하고, 그러한 사적 조직체와 그 구성원 사이에는 포괄적인 형식일지라도 계약관계가 기초를 이루고 있음도 사실이다.

면 반대할 것인가? 그리고 만일 그러한 憲法改正이 이루어졌다면, 그러한 改正憲法에 대해서도 여전히 間接效力說에 따른 解釋論을 부분적으로나마 시도할 것인가, 아니면 그것을 포기하고(헌법의 명문규정 때문이라는 이유로) 단지 헌법의 再改正(직접적 효력이 인정되는 경우를 축소하는 개정)을 주장할 것인가? 그리고 만일 포괄적으로 對私人的 效力을 인정하는 명문규정이 있는 헌법 아래에서는 直接效力說을 취할 수밖에 없다면, 그러한 경우에도 直接效力說의 입장에서 사회현실을 합리적으로 규율할 수 있는 이론구성이 도저히 불가능하다고 볼 것인가? 이러한 물음들을 間接效力說의 입장에서 숙고해 보아야 할 것이다.

이상과 같이 미국의 國家行爲理論은 우리나라에서의 對私人的 基本權效力理論에 대하여 반성의 기회를 제공할 수 있는 단서를 지니고 있다고 볼 수 있다. 이러한 측면에서 본다면, 앞에서 간략하게 언급한 새로운 이론구성시도<sup>95)</sup>는 높이 평가할 만하다고 본다. 이와 같이 미국의 國家行爲理論은 한편으로는 우리나라의 기존의 이론에 대한 재검토의 실마리를 제공하는 외에, 다른 한편으로 현재의 우리나라의 이론상황에서 전면적으로나 부분적으로 도입되어 일정한 기여를 할 수는 없을 것인가를 검토해 볼 수 있다. 그러한 도입검토는 우리나라의 이론 여하, 그리고 그것과 미국의 國家行爲理論의 相互補完性 여하에 따라 결론이 달라질 것이다. 그렇게 본다면, 우선, 效力否認說을 취하는 입장에서는 미국의 國家行爲理論의 도입이 유용할 수 있을 것이다. 國家行爲理論은 이론구조상으로는 사인에 대한 效力否認의 입장을 취하면서도 실제로는 直接效力이라는 효과를 보여 주고 있기 때문에, 效力否認說의 견해와는 전혀 이론적 모순도 없고, 또한 效力否認說이 지닐 수 있는 단점도 國家行爲理論이 보완해 줄 수 있을 것이기 때문이다. 그 반면에, 直接效力說의 입장에서는 그 이론구조상으로 미국의 國家行爲理論의 도입이 불필요하거나 오히려 문제를 야기할 가능성이 있다. 直接效力說의 경우 국가행위이든 사적 행위이든 기본권의 효력이 미치기 때문에, 國家行爲理論에 의한 사인행위의 국가행위화는 불필요한 이론구성이 될 것이다. 또한 근본적으로 國家行爲理論은 사인에 대한 效力否認說의 입장에서 있기 때문에, 사인에 대해서도 직접 효력이 미친다는 直接效力說과는 이론구조면에서 상충되는 측면을 지니고 있다. 다만, 순수한 사적 행위에 대한 기본권의 효력보다도 국가행위에 대한 기본권의 효력이 더욱 엄격하고 강력하다면, 그러한 한도 내에서 사인의 행위가 국가행위로서의 특성도 아울러 가지고 있는가를 심사하는 데에는 國家行爲理論이 기여할 수는 있다.

그런데 間接效力說의 입장에 서는 경우에는, 그 이론 자체의 이중성(효력부인설을 부정하면서도 직접 효력에도 반대한다)과 國家行爲理論의 이중성(효력부인의 논리 속에서도 직접 효력의 결과를 낳는다)이 서로 맞물려, 國家行爲理論의 도입가능성이나 그 필요성 여하에 대한

94) 예컨대 1976년의 포르투갈헌법 18조 1항은 “권리와 자유 및 그 보장에 관한 헌법조항은 공사조직체에 직접 적용되어 구속력을 가진다”라고 하고 있다.

95) 崔大權, 앞책, 154쪽 이하; 崔大權, 앞글, 59쪽 이하.

판단이 쉽지 않다. 이론구조상으로 본다면, 國家行爲理論은 間接效力說이 비판하는 이론적 요소(효력부인과 직접효력)를 모두 가지고 있기 때문에, 國家行爲理論을 도입할 여지가 없을 것같이 보인다. 그러나 다른 한편으로, 國家行爲理論의 현실적 결과는 전면적인 效力否認과 전면적인 直接效力의 선상에서 양극단이 아닌 그 중간의 어느 위치에 서 있고, 間接效力說도 效力否認說과 直接效力說의 중간에 자리잡고 있다고 본다면, 國家行爲理論이나 間接效力說은 서로 비슷한 처지에 놓여 있다고 할 수 있다. 다만, 間接效力說은 직접효력쪽의 극단에서 출발하여 적용규범(기본권)의 내용의 완화(기본권적 가치)를 거치면서 중간쪽으로 나아가는 형국인 데 반하여, 國家行爲理論은 효력부인쪽의 극단에서 출발하여 적용대상의 확대(사인행위의 국가행위화)를 거치면서 중간쪽으로 나아가는 형국이라고 할 수 있다. 따라서 비록 접근방식은 다를지라도 현실적인 결과면에서 별로 차이가 없다면, 間接效力說의 입장에서는 國家行爲理論의 도입이 무익하다고 볼 수 있는 가능성도 있다. 그런데, 間接效力說과 國家行爲理論을 좀더 면밀히 살펴 보면, 상호보완성의 여지가 있다는 것도 볼 수 있다. 間接效力說이 私法關係(사법관계를 발생시키는 사인행위)에 국한하여 契約에 의한 침해행위를 중심으로 하여 구성된 이론인 데 반하여, 國家行爲理論은 私法關係를 발생시키는 행위에 국한하지 않고 또한 契約보다는 一方的 意思에 의한 침해행위를 중심으로 전개된 이론이기 때문이다. 따라서 間接效力說이 상대적으로 취약한 부분을 國家行爲理論에 의하여 보완할 수 있는 여지가 있다고 볼 수 있다. 이와 관련하여 일본에서는, 事實行爲에 의한 사인의 기본권침해의 경우에 間接效力說이 부적합하다고 보고, 그러한 경우에 미국의 國家行爲理論을 원용할 것을 주장하는 견해도 있다<sup>96)</sup>.

#### IV. 結 論

이상에서 미국의 판례이론인 國家行爲理論을 개관하고, 그것을 우리나라에서의 對私人的 基本權效力理論과 대비시킴으로써, 우리나라에서의 이론구성에 대한 시사점과 도입가능성도 살펴 보았다.

우선 國家行爲理論의 전개과정이라는 측면에서 보면, 國家行爲의 要件 자체는 기본권의 對私人的 效力의 부인에서 출발하고 있음을 알 수 있다. 그러한 國家行爲理論의 목적은 한편으로는 個人的 自由領域의 보호와 다른 한편으로는 聯邦主義構造 및 權力分立原理의 유지에 있다는 것이다. 그러나 사적인 형태의 인권침해(특히 인종차별)에 대처하기 위해서 현대에

96) 芦部信喜(편), 「憲法 II. 人權 (1)」(東京: 有斐閣, 1983), 97쪽 이하.

들어와서는 國家行爲의 要件을 完化함으로써, 私人的 行爲에 대해서도 國家行爲의 존재를 인정하게 되고, 그 결과 國家行爲理論이 부분적으로 對私人的 基本權效力을 인정하는 이론 구성으로서도 이해할 수 있게 되었다. 그런데 國家行爲의 要件은 1960년대까지는 계속 完化되는 경향을 보여 주었지만, 1970년대 이후부터는 오히려 強化되는 경향을 보여 준다. 그래서 私人的 行爲가 직접 연방헌법의 인권규정의 적용을 받는 경우는 상대적으로 줄어들었다고 볼 수 있다. 물론 처음부터 國家行爲의 요건을 필요로 하지 않는 인권규정(수정 13조)도 있으며, 이러한 규정은 사인의 행위에 대해서도 국가행위의 경우와 마찬가지로 당연히 직접 효력이 미친다.

다음으로, 國家行爲의 구성 여부를 판단하기 위한 접근방법으로는 두 가지가 있는데, 하나는 公共機能理論이고 다른 하나는 國家連繫理論 내지 國家關與理論이다. 그 중에서 公共機能理論의 경우, 오늘날 公共機能의 요건이 엄격하게 強化됨으로써, 公共機能의 수행을 이유로 하여 사인의 행위가 國家行爲로 되는 경우는 현저히 줄어들게 되었다. 그러한 가운데에서도 國家行爲理論이 對私人的 基本權效力理論으로서의 역할을 제대로 수행하려면, 國家連繫理論 내지 國家關與理論의 분야에 기대를 걸 수밖에 없다. 그런데 이러한 國家連繫理論 내지 國家關與理論의 경우에도, 사인의 행위에 대한 국가의 관련성을 판단하는 데에는 다양한 요소가 고려되어 왔지만, 국가의 관련성을 판단할 수 있는 일반적인 통일적 기준은 확립되어 있지 않다. 그래서 특정의 어떤 행위가 國家行爲인가 여부는 구체적인 사정을 충분히 고려하여 개별적으로 판단할 수밖에 없다. 그리고 그러한 판단에는 법원의 태도(적극주의 또는 소극주의)가 커다란 영향을 미친다고 보아야 한다. 그런데 연방대법원의 태도는, 사인의 행위에 대한 국가관여의 다양한 형태를 종합적으로 고려하여 국가행위의 성립 여부를 판단하는 방식으로부터, 그러한 국가관여형태 각각을 하나씩 개별적으로 고찰하여 사인의 행위를 국가행위로 전환하는 데 충분한가를 판단하는 방식으로 변경되었다. 그 결과 사인의 행위에 대해 국가행위를 인정할 수 있는 경우가 현저히 줄어들고 있다. 그리하여 비록 과거에 國家行爲의 존재가 인정된 사건과 유사한 사건일지라도, 지금은 國家行爲가 부정될 가능성이 많다고 할 수 있다.

이와 같은 미국의 國家行爲理論은 基本權의 對私人的 效力이라는 측면에서 보면 매우 제한적인 기능만을 수행할 가능성이 많다. 사인의 행위가 국가행위로서 인정되는 경우에만 對私人的 效力이 긍정되고, 더구나 국가행위의 요건이 다시 強化되었기 때문이다. 나아가 오늘날에는 私인에 의한 침해의 경우에도 立法에 의한 기본권보호가 광범하게 시행되고 있다. 그래서 헌법의 직접적용에 의한 사건해결의 기회는 그만큼 줄어든다. 그럼에도 불구하고 미국의 國家行爲理論은 적어도 그 이론구조면에서 볼 때, 우리나라에서의 기본권의 對私人的 效力理論, 특히 間接效力說에 대해서 많은 것을 시사하고 있다. 直接效力이나 間接效力이나가 과연 중요한 쟁점일 수 있는가, 公法關係의 경우와 私法關係의 경우에 헌법의 적용방식이 과

연 달라야 하는가, 對私人的 基本權效力問題에서는 과연 契約에 의한 기본권침해를 중심문제로서 다룰 것인가 등등, 間接效力說이 과연 타당하고 적절한 것인가를 재고하도록 하는 데 많은 단서를 제공하는 것이다. 따라서 이러한 시사점을 염두에 두고서 우리나라에서도 기본권의 對私人的 效力理論을 근본적으로 재검토해 볼 필요가 있다고 생각한다. 그러나 이 논문에서는 서론에서도 밝혔듯이 이러한 작업을 더 이상 진행시키지 않고 다른 기회로 미룬다.

## 參 考 文 獻

- 權寧星, 「新版 憲法學原論」, 법문사, 1994.
- 金哲洙, 「全訂新版 憲法學概論」, 박영사, 1994.
- 文鴻柱, 「第6共和國 韓國憲法」, 해암사, 1992.
- 朴一慶, 「新憲法」, 법경출판사, 1990.
- 鄭然宙, “基本權의 對私人的 效力”, 「考試界」, 1991. 7.
- 崔大權, “基本權의 第三者的 效力 - 法社會學的 接近의 試圖 -”, 「公法研究」(韓國公法學會), 1983. 7.
- 崔大權, 「憲法學 - 法社會學的 接近 -」, 박영사, 1989.
- 許 營, 「新訂版 韓國憲法論」, 박영사, 1994.
- 芦部信喜, 「憲法 II. 人權 (1)」, 東京: 有斐閣, 1983.
- Black, Ch.L., Jr., “State Action”, in: L.W. Levy(ed.), *Encyclopedia of the American Constitution*, N.Y.: Macmillan Publishing, 1986.
- Emanuel, S., *Constitutional Law*, N.Y.: Emanuel Law Outlines, 1993.
- Gunther, G., *Cases and Materials on Constitutional Law*, N.Y.: Foundation Press, 1991.
- Karst, K.L., “State Action - Beyond Race”, in: L.W. Levy(ed.), *Encyclopedia of the American Constitution*, N.Y.: Macmillan Publishing, 1986.
- Kauper, P.G., *Constitutional Law. Cases and Materials*, Boston: Little, Brown and Company, 1966.
- Schwartz, B., *Constitutional Law*, N.Y.: Macmillan Publishing, 1979.
- Shapiro, M., *American Constitutional Law*, N.Y.: Macmillan Publishing, 1975.
- Tribe, L.H., *American Constitutional Law*, N.Y.: Foundation Press, 1978.

