



저작자표시-비영리-동일조건변경허락 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.
- 이차적 저작물을 작성할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



동일조건변경허락. 귀하가 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공했을 경우에는, 이 저작물과 동일한 이용허락조건하에서만 배포할 수 있습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

박 정 명 석사학위논문

미국 연방대법원의 사법권 행사에 관한 연구
-United States v. Windsor 판결을 중심으로-

2015년 2월

서울대학교 대학원
법과대학 법학과
박 정 명

요 약 (국문초록)

혼인보호법 제3조에 대한 위헌판결로 알려져 있는 *United States v. Windsor* 판결에서는 연방대법원이 본안 판단으로 나아갈 수 있는지에 관한 본안 전 판단이 중요한 부분을 차지한다. 피고 미국 정부가 문제 조항의 합헌성을 변호하지 않고 원심의 결론에 동의하는 상황에서 상고를 하였는데, 이 상황에서 분쟁성 및 당사자적격을 인정할 것인지에 대해 다수 의견과 소수 의견이 엇갈렸다.

다수의견은 당사자 간의 법률적 의견이 일치하더라도 정부가 원심 판결의 집행을 거부하며 상고한 이상 분쟁이 존재하며, 미국 정부에 당사자적격이 인정될 수 있다고 보았다. 양 당사자의 법률적 주장이 일치한다는 사정은 당사자적격의 헌법적 요건이 아니라 사법부의 자제에 관한 엄격 당사자적격에 해당할 뿐이기 때문에, 만약 사법권 행사를 필요로 하는 더 중요한 사정이 있다면 연방대법원은 본안 판단에 나아갈 수 있다는 것이다.

반면 반대의견을 작성한 스칼리아 대법관은 헌법 제3조를 근거로 법원의 권한은 실재하는 구체적인 분쟁에 대한 법률적 판단에 한정되어야 하고, 실재하는 분쟁이 없는 한 당사자적격은 어떤 경우에도 인정될 수 없다고 주장하였다. 스칼리아는 다수의견이 정치적인 사안에 대해 개입하려는 의도를 가지고 있음을 비판하였다.

엄격한 권력 분립 이론에 기초하여 사법 권한이 신중하게 행사되어야 한다는 스칼리아의 비판은 강력한 설득력을 가진다. 하지만 미국 정부가 당사자인 공법 소송에서 분쟁이 존재하는지의 여부는 사법 소송에서와 똑같이 판단될 수 없다. 미국 정부가 피고로서 법률의 합헌성을 변론하는 추상적인

역할을 온전히 수행하지 않는다고 하더라도, 이해 관계자들이 피고로 참가하여 실질적인 공방이 이뤄질 수 있도록 보장한다면 분쟁성이 충족될 수 있다. 이는 United States v. Interstate Commerce Commission 337 U.S. 426 (1949) 판결에서 그 선례를 찾을 수 있다.

스칼리아는 당사자적격은 권력분립의 원리에 근거하여 사법권의 행사를 통제하기 위한 이론으로서 존재한다고 주장한다. 하지만 권력분립은 각 기관 간의 역할이 명확하게 확정될 수 있고, 사법권이 행정부와 입법부의 권한을 침해하면 안 된다는 의미로만 존재하지 않는다. 사법부가 정치적인 사안에 대한 정책적인 판단을 하고, 정치권과 상호작용을 하는 점을 부인할 수 없으며, 권력분립은 기능적으로 이해되어야 한다. 행정법 상 원고적격이 확대되어 온 맥락을 검토하면 당사자적격은 사법부의 권한 통제뿐 아니라 사법부가 다른 기관의 권한 행사에 개입할 수 있는 근거로서 존재하기도 한다. 권력 분립에 관한 고려는 당사자적격의 판단에 있어 중요한 고려 사항이지만, 다른 원리들과 비교 형량될 수 있다.

당사자적격의 헌법적 요건은 당사자에게 사실상의 손해가 존재하고 문제된 행위와 손해 간에 인과관계가 존재하며, 판결에 의해 구제될 수 있으면 충족된다. 권력 분립에 관한 고려는 엄격 당사자적격을 판단함에 있어 다른 사정들과 비교 형량될 수 있다.

미국 정부에 대해 당사자적격을 인정한 다수의견의 판단은 연방대법원이 그 동안 당사자적격에 관하여 구성해 온 이론의 범위에서 현저히 일탈한다고 볼 수 없다. 다수 의견은 소수자의 권리 보호 및 사법적 판단에 대한 정책적 필요를 고려하여 본안 판단에 나아갔으나, 그 결단이 적절한 이익형량에 기초한 것이라면 정당화될 수 있다.

사법심사에 대해서는, 대상이 되는 문제들에 대한 가치 판단이 다양하게

이뤄질 수 있고 해석 기준이 되는 법규칙에 불확정성이 존재함에도 불구하고 국회에 의해 이뤄진 입법을 사법부가 무효화시킬 수 있기 때문에 반다수결주의적일 수 있다는 지적이 있다. 하지만 사회의 다원성을 보장하고 소수자를 보호하기 위해서는 다수자의 의지로부터 독립한 가치판단 방식이 필요하고, 입헌 민주주의 사회에서 일반적으로 기본권이 평등하게 보장될 수 있도록 하기 위한 헌법적인 제한이 필요하다. 사법심사는 사법부가 실제적으로 타당한 헌신결정을 할 수 있고, 여러 가지 이해관계에 스스로를 노출시켜 그 결정을 검증받을 수 있는 조건 하에서 사법 자제를 적절하게 수행한다면 정당화될 수 있다.

법원이 사법 자제를 수행함에 있어 필요한 원리에 관해서는 여러 가지 접근 방법이 있다. 어떤 원칙의 정형화도 거부하는 비원리주의적 접근은 사법부의 역량에 대한 한계를 제대로 고려하지 않는다는 한계가 있고, 형식주의적으로 사법부의 판단이 가능한 영역을 분리하려는 형식주의적 접근은 사법 자제가 필요한 정도를 제대로 밝히지 못하며 지나치게 도식적이다. 불확실성과 오류가능성을 수용한 가운데, 판결이 초래할 수 있는 시스템에의 영향을 고려하고 권력 기관 간의 협업과 상호작용을 전제한 가운데 점증주의적으로 판결을 내리고자 하는 맥락주의적 접근방식은 사법자제에 필요한 원리들을 적절하게 제시하고 있다.

Windsor 판결에서 연방대법원은 혼인에 관한 정의를 내릴 권한이 근본적으로 각 주에게 있음을 명확하게 하면서도, 소수자에 대한 차별을 주 목적으로 이뤄진 연방법 차원의 입법이 위헌이라고 선언하여 소수자의 기본권을 보호함과 동시에 다른 기관의 권한을 존중하는 판시를 하였다. 이 판결에는 맥락주의적 접근방식에서 중요하게 여겨지는 사법 자제의 원칙들이 적절하게 고려되어 있다고 평가할 수 있다.

주요어 : 혼인보호법, 연방대법원, 당사자적격, 분쟁, 사법심사, 사법자제

학 번 : 2012-23437

목 차

I. 서 론	1
II. Windsor 판결의 내용	4
1. 혼인보호법의 제정 및 입법 배경	4
2. 사실관계	6
(1) 소의 제기	6
(2) 법무부의 입장	6
(3) BLAG의 참가	7
(4) 하위 심급의 소송 진행	8
3. 연방대법원의 상고허가신청 인용에 관한 쟁점	9
(1) 분쟁성의 존재 여부	10
가. 다수의견	11
나. 반대의견	13
(2) BLAG의 참가로 인한 분쟁성의 보장 가능성	15
가. 알리토의 의견	15
나. 스칼리아의 의견	16
(3) 당사자적격에 대한 판단	18
가. 다수의견	18
나. 반대의견	21
(4) 권력 분립과 연방대법원의 위치에 대한 논의	23
III. 본안 전 판단에 관한 검토	26
1. 쟁점의 개관	26
2. 분쟁성의 충족 여부	27

(1) 분쟁성의 쟁점	27
(2) 분쟁성의 의미	28
(3) 분쟁성의 필요성에 관한 이론 검토	30
(4) 공법 소송에서 연방대법원의 분쟁성 요건 판단	32
(5) INS v. Chadha 판결의 선례로서의 역할과 BLAG의 당사자적격	35
(6) 소결	39
3. 당사자적격에 관한 판단	42
(1) 당사자적격과 소송요건	42
(2) 당사자적격 이론의 개별적·귀납적 발전.....	44
(3) 당사자적격 법리의 역사적 구성	45
1. 법적 권리구제설	46
2. 법적 보호이익설의 등장 및 확립	47
3. 당사자적격 법리의 자유화	51
(4) Windsor 판결의 당사자적격 요건	54
(5) 당사자적격의 존재이유	57
(6) 권력분립의 양상 변화와 연방대법원의 역할	60
가. 목적지향적 권력분립	60
나. 연방대법원의 역할	63
다. BLAG의 당사자적격 판단	65
(7) 소결	66
IV. 연방대법원의 사법권 행사	68
1. 사법 심사의 정립	68
(1) 연방 헌법의 구조와 사법부의 권한	68

(2) Marbury v. Madison 판결과 사법심사권의 정립	69
(3) 사법심사에 대한 전통적인 정당화 논변	71
(4) 전통적인 정당화 논변에 대한 비판.....	72
(5) 소결	74
2. 사법 심사에 대한 이론적 검토	76
(1) 사법부의 민주적 정당성과 사법 작용의 정당화	77
(2) 사법 심사에 관한 이론적 정당화	79
가. 문제 상황 : 반다수결주의와 불확정성 문제	79
나. 헌법적 이론들의 검토	83
1. 급진적 다수결주의	83
2. 사법자제와 최소주의	84
3. 절차 이론	86
4. 근본적 가치 이론	88
5. 원의주의	90
6. 비판이론	91
7. 절충주의	92
다. 소결	93
3. 사법 자제의 원칙 구체화	97
(1) 사법 자제에 대한 접근 방식들	98
가. 비원리적 접근	98
나. 형식주의적 접근	101
1. 법과 정치의 구별	102
2. 원리와 정책의 구별	103
3. 소송요건 이론	105
다. 제도적 접근	106

1. 제도적 접근의 일반적 특성들	107
2. 제도적 관점의 종류	109
3. 맥락적 제도주의에서의 사법자제	110
(2) 소결	114
V. 결 론	120
참고문헌	122
Abstract	126

1. 서론

2013. 6. 26. 미국 연방대법원에서는 혼인보호법 제3조에 대한 위헌 판결을 내렸다. 혼인보호법 제3조는 ‘의회가 제정한 법률 또는 판결 및 규정의 의미를 판단하고, 미국의 각 행정부 및 기관이 혼인을 해석함에 있어서 혼인은 남성과 여성의 법적 결합만을 의미한다’고 정의한 규정이다. 위 조항이 성 소수자들의 결합을 연방법상 혼인에서 배제하는 결과를 가져왔기 때문에, 위 조항에 대하여 연방대법원이 어떤 판결을 내릴지가 성 소수자들의 권리 인정에 관련하여 이목을 끌었다.

하지만 연방대법원이 위 조항에 대한 위헌심사의 권한을 갖는지, 대법원이 미국 정부의 상고를 적법하게 허가해야 할 것인지에 관한 문제에서부터 재판부의 의견이 엇갈렸다. 피고인 미국 정부의 대리인인 법무부장관이 혼인보호법 제3조의 합헌성을 변호하지 않으면서도 혼인보호법 제3조에 의한 행정적 조치들을 집행하겠다는 입장을 밝혔기 때문이다. 법률적으로 당사자 간의 입장이 같은데 판결에 의한 집행을 거부하며 연방대법원에는 ‘원심 판결을 유지해 달라’는 청구를 구한 정부의 입장 때문에 이 사건에 헌법 제3조 상의 ‘분쟁’이 존재한다고 할 수 있는지, 미국 정부가 상고심에서의 당사자적격을 갖는다고 볼 수 있는지가 문제되었다.

반대의견을 집필한 스칼리아(Scalia) 대법관은 미국 정부가 혼인보호법 제3조의 합헌성을 변호하지 않았기 때문에 제1심 법원이 판결을 내림으로써 이 사건은 종료되어 더 이상 분쟁이 존재하지 않으며, 미국 정부에는 소송요건의 하나인 당사자적격이 존재하지 않아 이 소가 각하되었어야 한다고 강력하게 주장하였다. 스칼리아는 대법원의 다수의견이 본안 판단에 나아가기로 결정한 것은 정치적 사안에 대해 법원이 개입하여 판단할 수

있다는 욕심에 의한 것이라고 강력하게 비판하였다.

사법부의 권력은 헌법 제3조로부터 발생하기 때문에 사법부의 판단 권한은 ‘분쟁성’이 있는 사안에 한정되며, 당사자적격의 범리는 권력 분립의 원리로부터 도출되는 것이기 때문에 분쟁성이 없는 사안에서 일방 당사자에게 당사자적격이 부인되어야 한다는 스칼리아의 의견은 일견 무척 명쾌하고 설득력이 있다. 당사자가 법률적으로 동의하고 있는 사안에 대해 사법부가 함부로 그 판단 권한을 확장하면 안 되고, 그렇기 때문에 이 사안에서 연방대법원이 본안 판단에 나아간 것이 월권이라는 스칼리아의 비판을 쉽게 내치기는 무척 어렵다.

그러나, 사법부의 역할이 오직 스칼리아가 구획지은 ‘분쟁’에만 한정될 수 있는가? 사법부가 객관적 법질서의 수호와 소수자 보호를 위해 존재하며, 기본권의 수호를 위해 적극적인 가치 판단을 해야 한다는 의견도 분명히 존재한다. 다수 의견이 이 사건에서 본안 판단에 나아간 데에는, 권리 수호 기관 및 정책결정 기관으로서의 사법부의 역할에 대한 인식과 결단이 존재하였다고 볼 수 있다.

따라서, 이 논문에서는 이 판결에서 연방대법원이 본안 전 판단을 함에 있어 문제가 되었던 쟁점들을, 사법부의 위치와 판단 권한에 비추어 가면서 검토하고자 한다.

사건의 분쟁성의 의미와 연방대법원이 공법 소송에서 분쟁성 요건을 어떻게 판단해 왔는지를 살핌으로써, 헌법 제3조상의 ‘분쟁’의 의미 범위가 어떻게 되며 사법부가 그 판단 권한을 행사함에 있어 특정 사건이 ‘분쟁성’을 띠고 있는지 여부가 얼마나 엄격하게 해석되었는지를 검토하고자 한다.

또한 당사자적격이 소송요건의 하나로서 어떤 체계상의 위치를 차지하고

있는지를 살피고, 연방대법원에서 당사자적격의 법리가 어떻게 발전해 온 것인지를 살핀 다음, 다수 의견이 이 사건에서 당사자적격을 인정하여 본안 판단에 나아간 것이 법리의 발전 과정에 비추어 정당화될 수 있는지를 살핀다.

스칼리아는 다수 의견의 결정을 비판하면서, 헌법적으로 법원에는 ‘민주적으로 채택된 법의 효력을 부정할 권한이 없다’고 주장하였다. 연방대법원의 사법심사 권한이 어떻게 정립되었으며 어떤 범위에서 정당화될 수 있는지를 살피는 것은, 권력분립 체제 속에서 사법부가 얼마나 적극적으로 그 권한을 행사할 수 있으며, 선출되지 않은 법관들로 구성된 사법부가 선거에 의해 민주적 정당성을 가진 의회의 입법에 대해 어떻게 판단하고 개입할 수 있는지에 관한 중요한 쟁점이므로 이에 관한 이론적 대립에 대해서도 살피고자 한다.

마지막으로, 사법부가 타 기관의 의견과 권한을 존중하는 사법 자체의 원리를 얼마나, 어떻게 고려하면서 행사해야 하는지에 관하여 살피고자 한다. 사법부가 월권을 저지르지 않고 그 권한을 적절하게 행사하기 위해서 얼마만큼 원리를 구체화시켜야 하며 어떤 사항들을 고려해야 하는지를 검토하면서, 법원이 본안 판단에 나아간 데에 관련된 요소들이 적절하게 고려되었는지를 살피고자 한다.

II. Windsor 판결¹⁾의 내용

1. 혼인보호법의 제정 및 입법 배경

1996. 9. 21. 미국의 연방 의회는 혼인보호법(Defense of Marriage Act, 이하 DOMA라고 한다)을 제정하였다. 이 법의 제3조(Section III)는 연방법 차원에서 “혼인”과 “배우자”를 정의한 것인데, 그 내용은 다음과 같다.

“의회가 제정한 법률 또는 기타 판결 및 규정의 의미를 판단할 때, 미합중국의 각 행정부 및 기관이 이 법률을 해석할 때, ‘혼인’이란 한 남자와 한 여자 사이의 법적 결합만을 의미하고, ‘배우자’란 서로 다른 성별을 가진 남편 또는 아내만을 지칭한다.²⁾”

DOMA 제3조의 규정에 따라 동성애자를 비롯한 성소수자들은 연방 법률상의 ‘배우자’로 인정받지 못하게 되었고, 이에 따라 연방법상 혼인에 주어지는 혜택과 권리를 누리지 못하게 되었다. DOMA의 입법은 1993. 5. 하와이주 대법원이 동성혼을 인정하지 않는 것은 위헌적 차별로서 주 헌법위반이라고 판결³⁾하며 동성혼을 인정함에 따라 연방법 차원에서 다른 주에서 이뤄진 혼인을 인정하지 않을 수 있게 하고 성소수자 간의 혼인을 배제하기 위한 맥락에서 이뤄졌다고 해석된다⁴⁾. 또한 1996. 연방대법원이 *Romer v. Evans* 판결⁵⁾을 내린 데에 대한 사회적인 반작용도 있었던 것으로 해석

1) *United States v. Windsor*, 570 U. S. ____ (2013)

2) 한편, Section II에서는 “어느 한 주의 법에 따라 이뤄진 동성 혼인을 다른 주가 인정하지 않을 수 있다.”고 규정하고 있다. (28 U.S.C. §1738 C 참조)

3) *Baehr. v. Lewin*, 852 P. 2d 44(1993)

4) 박승호, 미국헌법상 동성애자의 권리-Romer 사건과 Lawrence 사건 검토를 중심으로-, 미국헌법연구 제22권 제2호(2011), p.229.

된다. Romer v. Evans 결정은 성적 지향을 이유로 하는 차별을 금지하기 위해 제정되었던 시의 조례를 무효화하는 콜로라도 주 수정헌법 제2조가 연방헌법의 평등보호 조항에 위반된다고 확인한 사건이었다. 콜로라도 주 정부는 성적 소수자에 대해 입법, 행정, 사법적 보호조치를 취하지 못하도록 수정헌법 제2조를 개정하였는데, 연방대법원이 이를 평등권 조항 위반으로 판결한 것⁶⁾이다.

동성애자의 권리는 연방대법원에서 여러 차례에 걸쳐 다뤄진 바 있었는데, DOMA에 관한 판결을 내리기 전 가장 주목할 만하게 다뤄졌던 것은 2003년 연방대법원의 Lawrence v. Texas⁷⁾ 사건이었다. Texas 주 형법 §21.06(a)에서는 ‘동성의 타인과 일탈적 성행위를 하는 사람’에 대한 형사 처벌을 규정하고 있었고, 연방대법원에서는 이 조항이 적법절차의 원리에 의해 보호되는 자유를 침해한다고 판시하였다⁸⁾. 이 판결의 반대 의견에서 스칼리아는 ‘이 사건과 동성혼이 무관하다고 말하는 다수 의견의 주장은 거짓이다. 혼인과 출산 등에 관한 개인적 결정은 헌법의 보호를 받으며, 동성애자는 이성애자와 마찬가지로 이러한 목적을 위해 자율을 추구할 수 있다고 다수의견이 판시하고 있기 때문이다.’⁹⁾라고 하면서 Lawrence 판결이 결국 동성혼 인정에 대한 논쟁의 불씨를 지피게 될 것이라 전망하였고, 결국 이 사건 이후 실제로 미국 보수 진영에서는 동성혼의 금지를 연방헌법에 규정하기 위한 헌법개정운동이 시작되었다¹⁰⁾. DOMA의 제정 및 DOMA의 위헌 여부를 둘러싼 논쟁은 위와 같은 배경에서 진행되었다.

5) Romer v. Evans, 517 U.S. 620 (1996)

6) 류성진, 동성애에 대한 미국 연방대법원의 최근 결정과 시사점, 공법학연구 제14권 제4호, p.97.

7) Lawrence v. Texas, 539 U. S. 558(2003)

8) Ibid., pp.562~564.

9) Ibid., pp.604~605.

10) 박승호, op. cit., p.229. 각주 5.

2. 사실 관계

(1) 소의 제기

뉴욕 주민이었던 두 여성, 에디스 윈저(Edith Windsor)와 테아 스파이어(Thea Spyer)는 1963년 처음 만나 1965년 약혼한 이후 40년 간 동반자 관계를 유지해 오다가 1993년 뉴욕 시에서 시민 결합(domestic partner) 파트너로 등록하였다. 이후 스파이어의 건강이 나빠지자 2007년 캐나다 온타리오 주에서 혼인하고 뉴욕에 돌아와서 살았다. 스파이어가 2009년 사망하였고, 스파이어는 사망 전 자신의 전 재산을 윈저에게 유증하였다. 윈저는 유증에 대한 상속세로 363,053달러를 부과받았다. 윈저는 자신이 스파이어의 생존 배우자임을 이유로¹¹⁾ 상속세 면제를 청구하였으나, DOMA 제3조에 의해 윈저는 연방법상 스파이어의 배우자로 인정받지 못했다. 윈저는 상속세를 납부한 후 2010. 11. 9. 뉴욕 남부 지방법원(U.S. District Court for the Southern District of New York)에 미국 정부를 상대로 상속세 반환 및 DOMA 제3조의 합헌성을 다투는 소를 제기하였다¹²⁾.

(2) 법무부의 입장

2011. 2. 23. 법무부 장관 에릭 홀더(Eric Holder)는 DOMA 제3조의 합헌성을 다투는 사건 두 개(Windsor 사건 및 Pederson v. Office of Personnel Management)에 관한 입장을 하원 대표에게 전하였다. 28

11) 사망한 배우자가 생존 배우자에게 이전하는 재산상의 이익은 과세대상에서 제외된다.
26 U.S.C. §2056 (a)

12) Windsor, op. cit., pp.5~7.

U.S.C. § 530D¹³⁾에 의해 ‘스스로 위헌이라고 판단한 법률을 변호하지 않겠다’는 내용의 서면이었다. 법무부장관의 입장은, 오바마(Obama) 정부가 성적 지향에 대한 차별적 조치는 엄격한 심사(heightened scrutiny)의 대상이 되어야 한다고 결정하였기 때문에 DOMA 제3조의 합헌성에 대한 변론을 하지 않겠다는 것이었다¹⁴⁾. 하지만 법무부장관은 동시에 연방대법원에 의해 DOMA 제3조가 위헌이라는 판결이 내려지기 전까지는 위 조항에 기한 법의 집행을 계속하겠다고 밝혔다. “의회에도 해당 소송에 참가할 충분하고 공평한 기회가 주어져야” 하기 때문이었다. 행정부가 이와 같은 이중적인 입장을 견지한 이유는 “제기된 헌법적 쟁점에 관한 최종 결정권자가 사법부라는 점을 인정”하기 때문이라고 소송에서 밝혔다¹⁵⁾.

(3) BLAG의 참가

이에 2011. 4. 18. 연방 하원(House of Representatives) 소속의 초당적 법률 자문 위원회(Bipartisan Legal Advisory Group, 이하 ‘BLAG’라 칭한다)가 DOMA 제3조의 합헌성을 변호하기 위한 참가 신청을 하였다. 법무부는 BLAG의 개입신청에 반대하지 않았고, 연방 지방법원은 법무부가 미국을 이미 대표하고 있다는 이유로 BLAG가 당사자로서 참가할 권리를 인

13) 28 U.S.C. § 530D은 ‘Report on enforcement of laws’란 표제 아래 법무부장관이 다음과 같은 경우 의회에 대해 특정 법령의 집행 여부에 관한 의견을 보고할 의무를 규정하고 있다.

(a) (1) 법무부장관은 의회에 대하여 법무부장관이나 사법부(Department of Justice)의 구성원이 (A) 공식적 혹은 비공식적으로 특정한 연방 법령이나 규칙, 법정책의 실행이 위헌적이라고 판단하여 그 집행이나 적용을 하지 않기로 판단한 경우 (이하 생략)

14) Windsor, op. cit., p.7.

15) Ibid., p.8.

"The United States had an interest in providing Congress a full and fair opportunity to participate in the litigation of those cases." "The stated rationale for this dual-track procedure was to 'recognize the judiciary as the final arbiter of the constitutional claims raised."

정하지는 않았지만 이해관계자로 인정하여 소송참가를 허용하였다¹⁶⁾.

(4) 하위 심급의 소송 진행

2012. 6. 6. 제1심인 뉴욕 남부지방법원은 원고 승소 판결을 내렸다. DOMA 제3조는 수정헌법 제5조에 의해 보장되는 평등 보호의 원칙을 위반한다는 원고의 주장에 대하여, 위 조항이 합리성 심사를 통과할 수 없으므로 위헌이고, 피고인 미국 정부가 원고에게 세금을 반환하여야 한다는 판결이었다. 법무부와 BLAG는 모두 항소하였고, 원저와 법무부장관은 각각 항소심 절차 중 '판결선고 전 상고 허가 신청서(petition for certiorari before judgement)'를 제출하였다. 이 때 미국 정부는 원고에 대하여 세금을 환급하지 않았다.

연방 대법원이 위 신청에 대해 판단하기 전, 연방 제2순회 항소법원은 2012. 10. 18. 항소를 기각하는 판결을 선고하였다. 2심 판결은 “성적 소수자들은 역사적으로 차별을 받아 온 집단이기 때문에, 이들에 대한 차별적 조치에 대하여는 중간 단계의 심사(intermediate scrutiny)를 적용해야 한다¹⁷⁾. 그리고 DOMA 제3조는 이와 같은 심사 조건을 통과할 수 없기 때문에 위헌이다.”라고 판결하였다¹⁸⁾.

그리고 2012. 12. 7. 연방대법원은 법무부장관의 상고 허가신청을 받아들

16) Fed. Rule Civ. Proc. 24 INTERVENTION OF RIGHT

(a) (2) 법원은, 문제가 된 행동의 목적이 되는 재산이나 행위에 관련된 이익이 있음에 따라, 개입을 하지 못할 경우 참가하고자 하는 자의 이익을 해할 위험이 있는 경우, 소송의 당사자가 그 이익을 적절하게 대변하지 못하는 한도에서 참가하고자 하는 자의 참가를 허용하여야 한다.

17) 이와 같이 중간 단계의 심사 기준을 채택한 것은 이전까지 성소수자의 권리에 대한 판단을 함에 있어 이른바 '보다 강화된 수준의 합리성 심사'를 해 왔던 연방대법원의 기준 적용에서 한 걸음 더 나아간 것으로 평가된다. 류성진, op. cit., p.105.

18) 연방항소법원, Windsor v. United States, 699 F.3d 169 (2012)

였다. 연방대법원은 혼인보호법 제3조의 위헌성을 다투는 심사에 대한 상고를 허가하면서 두 가지 쟁점에 대한 석명을 요구하였다. 첫 번째는, 원저와 정부의 입장이 일치하는데도 이에 대해 법원이 판단을 할 수 있는지, ‘실질적 분쟁’이 없어서 법원에 재판권(jurisdiction)이 없다고 보아야 할 것인지 여부였다. 그리고 두 번째는 BLAG가 독자적으로 항소에 대해 다툴 이익이 있는지에 관한 것이었다¹⁹⁾.

3. 연방대법원의 상고허가신청 인용에 관한 쟁점

위에서 언급한 바와 같이, DOMA 제3조의 위헌성에 대한 “원저와 정부의 입장이 일치하는데도 이에 대해 법원에 재판권이 있는지 여부”는 “동성 혼인을 허용할 것인가 금지할 것인가”와 같은 가치 판단의 문제보다도 본 사안에서 첨예하게 다투진 부분이었다. 법원의 역할을 소극적으로 보고 그 존재 목적이 사건의 구체적인 분쟁 해결에만 있다고 볼 경우, 연방대법원은 사건의 분쟁성이 없다고 보고 사건을 각하해야 할 것이었다. 하지만 만약 법원의 역할을 국민의 권리 보호나 중요한 헌법적 쟁점에 대한 선언을 하는 것으로 이해한다면, 법원은 스스로 이 사건에 대한 재판권을 자임하고 본안 판단에 나아갈 수 있었을 것이다.

위와 같은 문제의식에 기반하여 이 사건 판결문에서 가장 첨예하게 대립한 것은 (1) 항소심 및 상고심에서 ‘분쟁’이 존재한다고 볼 수 있는가, (2) 이 사건에 당사자적격(Standing)이 구비되었다고 볼 수 있는가에 관한 문제였다. 당사자적격의 구비 여부와 관련하여 더 세부적인 문제로 제기된 것은 (3) 헌법 제3조로부터 도출되는 당사자적격과 이른바 ‘엄격 당사자적

19) Windsor, op. cit., pp.8~9.

격'(prudential standing)²⁰⁾의 구별 기준에 관한 것이었다.

(1) 분쟁성의 존재 여부

이 사건에서 피고인 미국 정부는 위에서 나타난 바와 같이 DOMA 제3조의 합헌성을 변론하지 않되, 법원에 의해 위헌의 판결이 내려지기 전까지는 해당 조항을 계속 집행하겠다는 태도를 보였다. 그럼에도 불구하고 제1심 절차에서 각 당사자 간에 분쟁이 있었다는 점은 분명하였다.

원저에게는 세금의 납부에 따라 실제적이고 즉각적인 경제적 손해, 구제 가능한 손해(redressable injury)가 발생하였다. 따라서 원저에게는 '납세자로서 특정 과세 조치가 위헌이라는 주장으로 소를 제기할 당사자적격'이 인정되었다.

또한 제1심 절차에서 정부가 DOMA 제3조의 합헌성을 변론하지 않았다 하더라도, 정부가 세금 반환을 거부하였기 때문에 원저에게는 여전히 구제되지 않은 손해가 있었고, 이에 대해 제1심 연방 지방법원이 재판권을 가진다는 점은 분명했다²¹⁾. 정부가 '법적으로 원고와 의견을 같이하나, 스스로 변론하지 못하는 조문의 집행을 계속하는' 애매한 태도를 취하였음에도 판결이 내려지기 전까지 원저가 납부한 세금 363,053달러를 환급받지 못할 것임은 분명하였다. 그렇기 때문에 제1심 절차에서 분쟁이 존재하였다는 점

20) Prudential Standing에 관하여는, '엄격 당사자적격'으로 번역하는 예와 '신중한 당사자적격'으로 번역하는 예가 각각 존재한다. 당사자적격(Standing) 중에서는 헌법 제3조로부터 도출되는 헌법 상의 당사자적격 요건이 있고, 그 외에 사법부가 정책적인 고려에 의하여 신중하게 사법권을 행사하기 위해 개발한 Prudential Standing의 요건이 있다. 사법부가 신중한 권한 행사를 위해 개발한 요건이라는 점에서 '신중한 당사자적격'으로 번역하는 것도 불가능하지는 않으나, 권력 분립을 위해 사법부가 스스로 엄격하게 권한 행사를 하기 위해 개발한 당사자적격이라는 취지를 '엄격 당사자적격'이라는 번역이 더 적절하게 반영한다고 생각되므로, 이하에서는 이를 '엄격 당사자적격'으로 번역하기로 한다.

21) Windsor, op. cit., pp.9~10.

에 대하여는 아무도 이의를 제기하지 않았다.

문제가 되었던 것은 항소심에서부터 분쟁성이 존재하였는지 여부이다. 법정 조연자였던 빅키 잭슨(Vicki Jackson) 교수는 다음과 같이 주장하였다²²⁾.

원고와 피고의 법률적 주장이 동일하고, 연방지방법원의 판결이 선고되었으므로 당사자 간에는 더 이상 대립하는 입장이 존재하지 않는다. 미국과 원저는 모두 승소한 당사자가 되었고, 미국은 이 사건에서 판결로 어떤 구제도 요청하지 않고 있다. 따라서 항소 법원이 본 사안을 각하했어야 했다²³⁾.

가. 다수 의견

다수 의견은 법정 조연자의 의견에 대해 ‘헌법 제3조의 재판권 요건’과 ‘엄격 당사자 적격’의 요건이 구분됨을 밝힌 후, 헌법 제3조에서 요구되는 요건이 다음과 같이 충족된다고 판단하였다.

제1심 판결이 미국에게 원저에 세금을 반환하라는 판결을 내린 것은 미국에게 ‘실제적이고 즉각적인 경제적 손해’를 발생시킨 것이며, 이 손해는 ‘행정부가 자신이 원하는 헌법적 판결이 나올 경우에만 그에 따라 세금을 반환하겠다’는 입장을 견지한다고 하여도 그대로 존재하기 때문에, 미국은 항

22) 본 사안에서 원고와 피고는 항소 및 상고를 하면서도 서로의 당사자적격에 대해 다투지 않았다. 따라서 연방 대법원은 상고의 허가 여부를 심리함에 있어 법정 조연자(amicus curiae)를 임명하여 그 당사자 적격 여부를 다투도록 하였다.

23) Windsor, op. cit., p.10.

소심 및 상고심 절차상 헌법 제3조의 재판권을 충족할 만한 이해관계(stake)를 가진다. 미국 정부가 DOMA 제3조의 합헌성을 변호하는지 여부와 상관없이 제1심 판결에서 실질적인 경제적 손해가 발생하였고, 미국 정부는 ‘DOMA 제3조가 위헌이라는 판결이 나기 전까지는 이와 같은 손해를 감수하지 않겠다.’는 입장이므로 분쟁성이 여전히 있는 것이다.

다수 의견은 INS v. Chadha, 462 U.S. 919(1983) 사건을 선례로 들었다. 이 사안에서 의회는 법률²⁴⁾을 근거로 이민귀화국(INS)에 피고 차다(Chadha)를 추방하도록 지시하였는데, 행정부는 문제 법률을 위헌으로 판단하였지만 해당 법률을 계속 집행하였다. 대법원은 “항소법원의 판결로 인해 INS는 자신이 취할 수 있는 조치를 취할 수 없게 되었으므로 INS는 위 판결에 따라 불이익을 받았고, 이러한 점은 INS가 항소법원 판결의 결론에 동의하는지 여부와 무관하다.”²⁵⁾고 판시하였다.

다수의견은 Chadha 사건을 선례로 보아 ‘행정부가 문제된 법령을 위헌이라 판단하여 변호하지 않으면서도, 계속 집행하고자 하는 사안에서’ ‘행정부와 상대방이 각각 법률의 위헌성에 동의하고 항소법원에서 행정부에 불리한 판결이 난 경우’에도 법원이 이에 대해 판단할 수 있다고 보았다. 다수의견은 “Chadha 판결의 결론은, 원고가 구하는 구제조치를 행정부가 거부한 것만으로도 헌법 제3조상의 분쟁이 존재한다고 볼 수 있다는 점”을 분명히 보여주며, “정부가 분쟁에 대해서 상대방과 대체로 의견이 일치하다

24) 동인도인 차다는 그의 학생 비자 체류 기간이 경과하여 국외로 추방될 위기에 놓여 있었다. 1974년 차다는 국외 추방에 따르는 생활의 어려움을 들어 이민 및 국적법(Immigration and Nationality Act)상의 규정을 근거로 법무부 장관의 추방 중지 명령을 청구하여 그 허가를 얻었다. 그러나 이 법에 따르면 상원이나 하원에 단순결의로 법무부 장관의 결정을 거부할 권한이 있었고, 하원이 법무부 장관의 추방 중지 명령을 거부하는 결의안을 통과시켜 1976년 차다가 최종적으로 추방 명령을 받게 되었다. 강승식, 미국헌법학강의, 제1판(2007), 도서출판 궁리, p.131.

이 사안에서 문제가 되는 법률은 위 이민 및 국적법상 양원 중 한 의회의 거부결의권한에 대한 조항이었다.

25) INS v. Chadha, 462 U.S. 919(1983), pp.939~940.

라도 분쟁은 존재하고, 정부가 소송의 대상이 되는 법을 상대방에게 집행할 의도가 있다는 사실만으로도 재판권의 근거가 된다.”고 하였다²⁶⁾.

나. 반대 의견

스칼리아는 헌법 제3조에서 사법부에 부여한 ‘사법권’은 ‘실재하는 구체적인 사건과 분쟁’에 대해 결정할 권한일 뿐 추상적인 문제에 대해 결정할 권한이 아니라는 전제 하에, 이 사건에서 원고와 정부는 원심 및 제1심이 정당한 결론을 내렸다는 점에 대해 의견을 같이하고 있으므로 더 이상 구체적인 사건 혹은 분쟁이 있다고 볼 수 없음에도 불구하고 연방대법원이 이를 판단하여서는 안 된다고 판단하였다.

불이익을 입은 당사자가 법원에 구제를 요청했을 때 이에 대해 판단하는 것, 실재하는 진정한 분쟁에 대해 판단하는 것이 법원의 권위의 시작이자 끝이라는 점이 스칼리아의 주장이다. 이 사안의 경우 원저는 제1심의 승소로 자신의 이익을 구제받았고, 미국 정부는 “원심법원의 판결이 유지되어야 한다”고 청구하고 있으므로 핵심적인 분쟁이 존재하지 않으므로, 원심법원은 재판권이 존재하지 않음을 이유로 항소를 각하했어야 한다는 것이다.

다수의견에서 근거가 되는 선례로 언급된 Chadha 판결에 대해서는, 스칼리아는 위 판결과 문제된 사안의 차이점을 다음과 같이 들었다.

먼저, 소송 당사자 중 두 당사자(하원 및 상원)가 원심법원의 판결 및 미국의 주장과 의견을 달리하였다는 점이다. Chadha 사건은 의회가 취한 행위(의회의 거부권 행사)의 유효성을 다투는 것이었기 때문에 상원과 하원은

26) Windsor, op. cit., pp.12~13.

각각 ‘헌법적 권한’이 항소판결로 인해 부인 당할 위험에 처해 있었다는 점이 달랐다는 것이다²⁷⁾.

다수의견은 Chadha 사건에서 ‘문제 법조항이 위헌이라는 점에 대해 행정부가 동의한다 하여도 불이익을 입은 당사자의 지위가 변하는 것이 아니라, 즉 행정부의 법률 집행행위에 의해 피해를 입은 원저 혹은 차다의 손해가 구제되는 것이 아니라’고 대법원이 판시한 점(Id. At 930~931)과 ‘의회가 참가하지 않았다고 하더라도 미국이 위 법률을 집행하려 하였기 때문에 법률이 사법심사의 대상이 된다’고 대법원이 판시한 점(Id at 939)을 근거로 들었으나, 스칼리아는 대법원이 ‘헌법 제3조에 의한 사안과 분쟁이 별도로 필요하다는 점’을 들어 첫 번째 설시의 한계를 지적하였고, 두 번째 설시에 관하여는 ‘이는 첫 심급에서 집행력 있는 판결이 부여되어야 하는 상황’에만 유효한 것이라고 지적하였다.

즉, Chadha 판결에서는 항소법원에 처음으로 소가 제기되었는데, ‘미국 정부가 문제된 법률의 합헌성을 변론하지 않으면서도 그 법률을 집행하려고 하고 있는 상황’은 제1심에서 분쟁성을 인정할 수 있는 상황은 되지만, 집행력 있는 판결이 이미 내려진 그 이상의 심급에서는 분쟁성을 인정하게끔 하는 상황이 되지 못한다는 것이다.

Chadha 판결에서는 미국과 차다가 법률의 위헌성 및 원심판결에 동의한다 하더라도 상원 및 하원이 그 판결에 의해 헌법적 권한을 부인 당할 위험을 입고 이에 대하여 취소를 요구하였기 때문에 상고 절차에 나아갈 타당성이 인정되지만, Windsor 판결에서는 기타의 이해 당사자에 대한 헌법적 권한이 문제되지 않으므로 분쟁이 존재하지 않는다는 것이 스칼리아의 설명이었다²⁸⁾.

27) Windsor, op. cit., SCALIA, J. dissenting, p.6 참조.

28) Ibid., pp. 6~7 참조.

(2) BLAG의 참가로 인한 분쟁성의 보장 가능성

이 사건에는 미국 행정부와 원저뿐 아니라 BLAG도 이해관계자로 참여하였다. 따라서 BLAG에게 당사자적격이 인정되어 상고심에서 BLAG와 원고 간의 분쟁이 존재한다고 볼 수 있는지 여부가 문제되었다.

다수 의견은 BLAG의 당사자적격에 대해서는 별도로 판단하지 않았다. 위에 밝힌 것과 같이 ‘정부가 행정적 조치를 거부한 것’만으로도 분쟁이 인정된다고 Chadha 판결에 의거하여 인정하였기 때문이다.

BLAG의 당사자적격에 대하여는 또 다른 소수의견을 낸 알리토(Alito) 대법관과 스칼리아 사이에서 논쟁이 이뤄졌다. 알리토는 BLAG가 이 사건 항소판결로 인하여 입법권을 침해당하였기 때문에 당사자적격이 있다고 주장한 반면, 스칼리아는 권력분립적 견지에서 BLAG에도 당사자적격을 인정할 수 없다고 주장하였다.

가. 알리토의 의견

알리토 대법관은 스칼리아와 같이 ‘원심 판결과 같은 내용을 다시 요구하고 있는 미국 정부에게는 적법한 상고인의 적격이 인정될 수 없다’고 보았다²⁹⁾. 하지만 알리토는 BLAG에게는 당사자적격이 인정될 수 있다고 보았다. 알리토는 DOMA에 대한 위헌판결과 같이 내려진 Hollingsworth v. Perry 판결에서 (원심에서 패소했던) 홀링스워스(Hollingsworth)의 소송참가인들에게 당사자적격이 인정되지 않는 것이 이해하기 어렵다고 본 다음³⁰⁾, DOMA와 Proposition 8³¹⁾의 합헌성을 변론하였던 각 소송참가인들

29) Windsor, op. cit., ALITO J., Dissenting, p.2.

30) Windsor 사건과 함께 미국 연방대법원은 동성 혼인에 대해 다루고 있는

에게는 당사자적격이 인정되었어야 한다고 주장하였다³²⁾.

Chadha 사건에서 문제가 되었던 것은 의회의 거부권이라는 헌법적 권한이었다. 그런데 알리토의 관점에 따르면 입법권은 연방의회의 핵심적인 기능이기에 때문에 그 기능에 대한 훼손은 의회에 추가로 부여된 거부권과 같은 권한에 대한 것보다 더 중대한 침해이며, 따라서 Windsor 사건에서 원심 법원이 연방 법률을 무효화하였을 때 BLAG에 의해 대표되는 하원은 헌법적 권한에 대한 침해를 당하였다는 것이다. Chadha 법원은 “의회는 정부가 법률을 방어하지 않기로 한 경우 그 법률을 다룰 당사자적격이 있다”고 천명하였으므로, 법원이 의회의 법률을 무효화하려 하고 행정부가 그 법률의 방어를 포기하는 특수한 경우에는 의회는 해당 법률을 방어할 이익이 있고 당사자적격이 있다고 알리토는 주장하였다³³⁾.

나. 스칼리아의 의견

스칼리아는 알리토의 견해가 “입법부의 권한을 확대”시키고 ‘권력분립의 원칙에 관한 헌법적 문제에 있어 법원을 우선적인 결정권자의 지위로 격상시킬’ 우려가 있다는 이유로 반대하였다³⁴⁾.

이 사안에서 행정부가 의회의 법률을 방어하지 않았기 때문에 의회의 권한이 침해가 있는 것이라면, ‘대통령이 법률을 방어했음에도 불구하고 법률이 위헌으로 선언되었을 때’, ‘대통령이 특정 법률을 위헌으로 선언하고 집

Hollingsworth v. Perry에 대한 캘리포니아 주 대법원에서의 상고를 같은 날 각하하였다.

31) 캘리포니아 주민발의안 제8호.

32) Windsor, op. cit., ALITO, op. cit., p.2.

33) Windsor, op. cit., ALITO, op. cit., p.3~4..

34) Windsor, op. cit., SCALIA, op. cit., p.11.

행하지 않았을 때’, ‘대통령이 단순히 법률을 집행하지 않았을 때’ 전부의 회의 입법권한에 대한 침해를 구성하게 되는 것이고, 이와 같은 사안에 대해 전부 법원의 심사 대상이 된다고 한다면, “의회와 행정부가 법률 집행에 관해 갈등이 있을 때마다 사법부를 드나들게 되는” 문제가 생겨나게 될 것이라고 스칼리아는 비판하였다³⁵⁾. 알리토의 당사자적격 개념에 따르게 될 경우 ‘법률에 대하여 법원이 행사하는 사법심사가 미칠 수 없는 영역’이 대단히 축소될 것이며, 의회 양원이 근소한 다수결만으로 행정부의 복지정책이 지나치게 관대하다며 이를 법원에 제소할 수 있게 될 것이라고 하였다. 지금까지 정치의 영역으로 유보되었던 분쟁이 법원으로 끌려오게 될 가능성이 끝없이 늘어나고 말 것이며, 이는 사법부에 유례없이 큰 권한을 집중 시킴으로써 권력분립을 훼손시키게 될 위험이 있다는 것이다.

스칼리아는 의회에는 알리토가 제안한 것과 같은 권한이 없고, 대통령과 직접 대립하게 될 수밖에 없는데, 미국의 정치 체제는 바로 그러한 대립을 위해 고안된 것이라고 주장하였다. 헌법에 예정된 정치적 씨름이 사법부의 영역으로 영구화되어 버리는 것이 체제에 도움이 되지 않을 것이기 때문에 알리토가 주장하는 것과 같이 BLAG에도 당사자적격을 인정해서는 안 될 것이라고 스칼리아는 주장하였다.³⁶⁾

스칼리아의 입장에 따르면 BLAG의 입법권 침해는 Chadha 사건에서와는 달리 정치적 문제로서, 권력 분립의 견지에서 BLAG에는 당사자적격이 인정될 수 없고, 이 사건에는 분쟁성이 존재하지 않아 사건을 각하해야 한다.

35) Windsor, op. cit., SCALIA, op. cit., pp.12~13.

36) Windsor, op. cit., SCALIA, op. cit., pp. 13~14 참조

(3) 당사자적격에 대한 판단

가. 다수의견

다수의견은 법정 조연자의 의견이 헌법 제3조의 재판권 요건과 엄격 당사자적격(prudential standing)의 차이점을 간과하고 있다고 판단하였다. 헌법 제3조의 재판권 요건과 엄격 당사자적격은 서로 별개의 것으로서, 후자는 본질적으로 사법부의 자율성에 관한 문제라는 것이다³⁷⁾.

헌법 제3조에서 도출되는 당사자적격 요건은 다음과 같다.

- (i) 원고는 ‘사실상의 손해’를 입었어야 한다. 이 손해는 (a) 법적으로 보호되는 이익에 대한 (b) 구체적이고 개별적인 침해로서 (c) 추측이나 가정에 의한 것이 아니라 ‘실제 발생한 혹은 발생할 것이 임박한’ 손해여야 한다.
- (ii) 소송에서 문제되는 행동과 손해 간의 인과관계가 있어야 한다.
- (iii) 손해는 개연적으로 ‘판결에 의해 구제 가능한’ 것이어야 한다.³⁸⁾

한편 엄격 당사자적격 요건은 ‘상소에 관한 연방법원의 관행적 규범’으로서 헌법 제3조로부터 도출되는 당사자적격 요건에 비해 더 유연하다. “다른 정부 기관이 해당 문제를 해결하는 데에 더 적합하거나 개별적 권리를 보호하기 위해 사법부의 개입이 불필요한 경우, 법원이 광범위한 공적 중요성을 갖는 추상적 문제에 대해 판단하지 않을 수 있도록” 마련된 규범이다³⁹⁾.

37) Windsor, op. cit., p. 9.

38) Lujan v. Defenders of Wildlife, 504 U. S. 555, 559~562, Windsor, op. cit., p. 9.

39) Deposit Guaranty Nat. Bank v. Roper, 445, U.S. 326, 333(1980), Warth 판결, Windsor, op. cit., p.9.에서 재인용

후술하겠지만 당사자적격은 연방대법원의 소송 요건(Justiciability)의 하나를 이루는 것인데, 소송 요건에는 헌법 제3조로부터 도출되는 헌법적 요건과 연방대법원이 신중한 사법권 행사를 위해 정책적으로 도출해낸 엄격 요건들이 있다. 당사자적격 요건에도 헌법 제3조로부터 도출된 헌법상의 당사자적격 요건과 엄격한 사법권 행사를 위해 인정된 엄격 당사자적격이 있는데, 당사자적격 요건을 그 도출근거에 따라 구별하는 실익은, 의회가 헌법 제3조로부터 직접 도출되는 소송요건 이론을 침해하는 입법을 할 경우 위헌이지만, 헌법적 근거가 없는 엄격 요건과 다른 내용의 입법을 할 경우 이는 위헌이 아니라는 점이다⁴⁰).

다수 의견은 “일반적으로 청구가 모두 인용된 당사자는 판결로 인해 불이익을 받는 것이 아니므로 이에 대해 항소할 수 없다.”는 원칙은 헌법 제3조로부터 도출되지 않은 엄격 당사자적격에 속하는 내용이므로, 본안에서 승소한 당사자가 헌법 제3조의 요건을 충족할 경우 상고의 이익을 인정받을 수도 있다고 판시했다.

승소한 당사자가 헌법 제3조의 요건을 충족하고 상고의 이익을 인정받을 수 있는 경우, 상고의 적법성이 인정될 수 있다는 것이다⁴¹).

양 당사자의 주장이 일치하는 상황에서 법원이 사법심사에 나아가는 것은, 의회에서 특정한 법률의 입법을 저지하지 못한 일방이 법원을 통해 그 의사를 관철시키는 비민주적인 결과를 야기할 우려가 있다. 다수 의견에 따르면, 난해한 헌법적인 문제를 법원이 다루게 될 때, 사건에 구체적인 다툼이 요구된다는 요건은 엄격 당사자적격 요건의 내용을 이룬다⁴²).

40) Erwin Chemerinsky, *Constitutional law - principles and policies -*, fourth edition, Wolters Kluwer Law & Business, pp.44-45.

41) *Deposit Guaranty Nat. Bank.*, op. cit., pp.333-334, *Windsor*, op. cit., pp. 7-8에서 재인용.

엄격 당사자 적격의 충족 여부를 판단함에 있어서는 ‘사법권을 신중하게 행사해야 하는’ 일반적 요구에 비해 ‘더 중요한 사정들이 있는지’를 비교형량함으로써 그 충족 여부를 살핀다. 엄격 당사자 적격은 ‘추상적 문제에 대해 사법부가 다루는 것이 구체적으로 불필요한지’ 여부를 판단하는 요건이기 때문이다⁴³⁾.

Chadha 사건에서 연방대법원은 법률의 합헌성을 주장하는 의회 양원으로 부터, Windsor 사건에서 연방대법원은 BLAG 및 법정 조연자로부터 법률의 합헌성을 주장하는 서면을 제출받아 검토하였다⁴⁴⁾.

다수의견은, 1) BLAG가 명확하게 대립적인 입장을 취하였고 2) 만약 이 사건을 각하함으로써 원심판결 역시 각하 판결을 선고했어야 했다고 본다면 대규모 소송이 뒤따를 것, 수많은 연방 법률 및 규칙에 관한 사건들에 관한 선례가 없어지는 것, 신중한 당사자적격을 만족하는 사건이 나올 때까지 수많은 사람들의 권리와 권한이 침해될 것, 이에 따른 비용의 합계가 엄청날 것 등의 사정을 고려할 때 본 사안에 대해서는 ‘긴급한 사정’이 인정되므로 엄격 당사자적격도 충족되었다고 보았다⁴⁵⁾.

다수의견은 위와 같이 판단하면서도 여러 가지 우려되는 가능성에 대해

42) *Ashwander v. TVA*, 297, U.S., 288, 346 (1936), *Baker v. Carr*, 369, U.S. 186, 204 (1962)

43) *Windsor*, op. cit., pp.10~11.

44) *Dickerson vs. United States*, 530 U.S. 428 (2000) 판결은 원고와 피고(미국)가 법적으로 다투지 않는 사안에 대해 법정 조연자의 의견제출을 받아서 연방대법원이 판단에 나아간 또 하나의 사건이다.

연방대법원이 *Miranda. v. Arizona* 판결에서 정립한 이른바 ‘미란다 원칙’을 부인하는 입법(18 U.S.C. §3501)이 1968년 입법되고 이에 따라 피의자로서의 권리를 고지받지 못한 피의자 디커슨(Dickerson)이 형사 절차에서의 권리 침해를 이유로 미국 정부를 상대로 제소하였으며 동시에 위 입법 제3501조의 위헌심사를 구하였다.

원심은 미란다 원칙이 헌법에서 곧바로 도출되는 원칙이 아니라는 이유로 의회가 이에 반하는 입법을 할 수 있다고 보았다. 원고는 상고하였지만, 미국 정부가 위 입법에 대해 합헌성 변론을 하지 아니하자 연방대법원은 Utah대학교 법학교수 폴 카셀(Paul Cassell)을 법정 조연자로 임명하여 그에게 합헌성 변론을 하도록 맡겼다.

45) *Windsor*, op. cit., pp.11~12.

판단했다.

일례로, 본 사안을 심리하고자 하는 대법원의 판단이 일반 사건에서도 관행처럼 이뤄질 경우 문제가 발생할 수 있다고 언급하였다. 다수의견은 확립되지 않은 헌법 이론을 바탕으로 의회가 제정한 법률의 합헌성을 변호하지 않은 정부의 입장으로 인해 절차적인 딜레마가 초래되었다는 점을 지적하였다. 하지만 ‘만약 행정부의 입장이 원고와 같다는 이유로 사법심사가 배제된다면 원고에게 피해를 준 법률의 합헌 여부를 결정할 대법원의 우선적 역할이 대통령의 역할에 부수적인 것으로 전락’해 버릴 우려가 있고, “의회의 법률이 헌법에 저촉되는 경우 무엇이 법인지를 선언하는 것이 사법부의 영역과 의무”인데 사법 심사가 배제될 경우 그와 같은 권력 분립의 원칙에 반하므로, 법원은 사법 심사를 피할 수 없다고 다수 의견은 밝혔다⁴⁶⁾.

“어려운 헌법적 문제를 법원의 판단에만 맡기면 정치적 절차의 완전성(integrity)에 부정적인 영향이 있을 수 있”지만, 본 사안은 일반적인 사안이 아니고 급박한 사안이며, BLAG가 이 법을 변호하고 있기 때문에, 엄격 당사자적격 요건만 가지고 “이처럼 중요한 본안의 본안 심리를 막을 수는 없다.”고 판단하였다.

나. 반대 의견

스칼리아는 다수의견이야말로 당사자적격 요건의 도출 근거에 대해 혼동을 하고 있다고 비판하였다. 헌법 제3조를 통해 ‘대립성’에 관한 요건이 당사자적격의 내용으로서 직접 도출되는데도 불구하고, 다수의견이 ‘대립성’의 요건을 엄격 당사자적격의 일부로 강등시켜 버려서, 사법부가 대립이 존

46) Ibid., p.12.

재하지 않는 사안에 대하여 언제든지 정책적으로 개입할 수 있도록 논리를 개발해 냈다는 것이다.

다수의견은 상고 허가에 있어 ‘미국이 항소심 및 상고심 절차상 헌법 제3조의 재판권을 충족할 만한 충분한 이해관계를 가지고 있는가’를 주 쟁점으로 살폈으나, 스칼리아는 ‘미국과 원저 사이에 실질적인 분쟁이라고 할 만한 것이 존재하지 않는 한’ 헌법 제3조상의 요건 결여로 인해 사법부가 개입할 수 없다고 보았다⁴⁷⁾.

스칼리아는 Windsor 판결에서 다수의견의 논리가 Flast v. Cohen, 392 U.S. 83,98~101(1968) 사건에서 연방대법원이 행사했던 월권과 정확히 상반되는 내용의 월권이라고 지적하였다. 납세자들에 대하여 당사자적격을 인정된 Flast v. Cohen 사건은 “당사자적격이야말로 헌법 제3조에 의해 요구되는 ‘대립당사자’ 요건의 일부 요소에 불과하다”고 주장하였는데, 이는 다수의견과 정반대라는 것이다.

다수의견이 근거로 들었던 선례들, 즉 Deposit Guaranty Nat. Bank v. Roper, 445 U.S. 326 (1980) 사건이나 Camreta v. Greene, 563 U. S. (2001) 사건의 경우 엄격 당사자적격 요건이 문제되었으나, 스칼리아는 위 두 사건에서 법원은 ‘분쟁이 존재함에도 항소를 허용하지 않는’ 방향으로 엄격 당사자적격 요건을 적용하였을 뿐, Windsor 사건과 같이 ‘분쟁이 존재하지 않음에도 항소를 허용하는’ 방향으로 위 요건을 적용하지 않았다고 지적하였다⁴⁸⁾.

분쟁이 존재해야 한다는 요건은 헌법 제3조에 의해 직접 요구되는 요건이지, 법원이 새로 발명해 낸 ‘신중함(prudential)’에 관한 요건이 아니기 때문이다. 스칼리아는 당사자들 간에 다툼이 없는 상황에서 법정 조언자가 참

47) Windsor, op. cit., SCALIA, op. cit., pp.7~8.

48) Ibid., pp.8~9.

여하여 ‘반대되는 견해를 적극적으로 개진한’ 경우 ‘대립적인 공방이 보장 되었으므로 판결의 대상이 될 수 있다’고 판시한 다수의견의 법리는 헌법 제3조에 관한 기존 연방대법원의 법리로부터 ‘숨이 넘어갈 정도의 혁명적인 변화(a breathtaking revolution)’라고 비난하였다⁴⁹⁾.

(4) 권력 분립과 연방대법원의 위치에 대한 논의

스칼리아가 상고의 인용에 관하여 다수의견과 거의 모든 논점에서 의견을 달리하였던 것은 연방대법원이 권력 분립 체제 안에서 차지해야 하는 역할에 대해 근본적으로 다수의견과 입장을 달리하기 때문인 것으로 해석된다. 스칼리아는 자신의 반대의견을 연방대법원의 ‘역할’에 관한 일반론과, 자신의 견해와 반대되는 다수의견에 대한 강한 비난으로 시작하였다. 위에서 언급된 당사자적격 충족 여부의 판단과 BLAG의 당사자적격 구비 여부를 판단함에 있어서도 스칼리아의 논리는 사법부의 판단권한에 대한 기본 이념으로부터 일관적으로 지속된다.

스칼리아는 반대의견의 첫 머리에서 이 사건에서 문제되는 두 가지 권한이 있는데, 그것은 “미국 국민이 스스로를 통치할 권한”과 “법원이 법에 대해 선언할 권한” 두 가지이며, 연방대법원의 본안심사를 허용할 것인지 여부에 관해 두 가지 권한은 서로 충돌하는 관계에 있다고 밝혔다. 연방대법원이 본안심사에 나아가면 ‘법원이 법을 선언할 권한’이 커지고 대신 ‘민주적 통치’의 여지가 줄어든다는 것이다⁵⁰⁾.

스칼리아는 연방대법원에는 이 사안에 관하여 판단할 권한이 없고, 헌법적으로 법원에는 ‘민주적으로 채택된 법의 효력을 부정할 권한’이 없다고 주

49) Ibid., p.9.

50) Ibid., p.1.

장한 다음, 연방대법원이 위 두 가지에 관하여 오류를 범한 것은 ‘법원의 역할이 매우 고귀하다’는 썩은 신념을 갖고 있기 때문(diseased root)이라고까지 강도 높게 비난하였다.

다수의견은 본안 판단으로 나아감에 있어 ‘법원에 법률의 합헌 여부를 결정할 우선적인 역할’이 존재하며, ‘의회가 법률이 헌법에 저촉될 경우 무엇이 법인지를 선언하는 것이 사법부의 영역과 의무’라고 주장하였다. 이는 그동안 적극적으로 사법 심사를 해 왔던 연방대법원의 역할을 긍정하는 입장으로 해석될 수 있으며, ‘사법부의 영역과 의무’에 대한 논평은 주지하다시피 사법심사 권한에 대해 처음 규정한 *Marbury v. Madison* 판결에서 마셜(Marshall) 대법관이 주장한 바이다.

스칼리아는 위와 같은 다수의견의 주장을 비난하며 다수의견의 논리대로라면 ‘사법부가 입법부와 행정부보다 우위에 있으며, 헌법적 쟁점에 관해 결정할 가장 우선적인 권한을 갖는 것’인데, 이는 헌법 제정자들의 의도에 정확하게 반대되는 것이라고 하였다⁵¹⁾.

헌법 제정자들은 특정한 부에 ‘우선적인’ 권한을 주어서는 안 됨을 숙지하고 있었기 때문에 국가권력을 나누어 담당할 다른 부를 창설하였으며, ‘어느 부도 각자의 권한의 경계를 확정함에 있어 배타적이거나 우월한 권한을 가져서는 아니 된다’고 적시하였기 때문이라는 것이 그의 설명이다⁵²⁾.

스칼리아에 의하면 ‘특정한 법률이 헌법에 저촉된다고 주장되는 경우’ 중 법원에게 법의 선언에 관한 권한이 주어진 것은, 이와 같은 주장이 소송의

51) Ibid., pp.2~3.

52) 스칼리아는 각 권력 기관 사이에는 엄격한 선이 있어 한 부가 다른 부의 권한을 침해하는 것에 대하여 무척 비판적이었다고 생각된다. 스칼리아의 권력분립 이론과 사법부의 역할에 관련한 분석 부분에서 후술한다.

결과에 영향을 미치고, 상대방에 의해 다투어질 경우뿐이다. 사법부에는 ‘법이 무엇인지를 선언하는 권한’이 부여된 적이 없고, 대법원에 ‘법의 합헌 여부를 결정할 우선적인 권한’이 부여된 적도 없다. 연방대법원에는 ‘주법 혹은 연방법의 합헌 여부를 선언하는’ 우선적인 역할은커녕 독립적인 역할도 부여되지 않았다. 대륙법계 국가 및 헌법재판소가 있는 사회와는 달리, 영미법계의 법원에는 법의 합헌 여부를 결정할 권한이 상정되지 않았으며, 당사자들이 사실관계를 다투지 않거나 사실관계와 함께 ‘적용 가능한 법이 무엇인지’를 다투는 경우에 한하여 - 마치 사고가 일어났을 때처럼 분쟁을 해결하는 과정에서 우연히 그래야 할 경우에 한하여 - ‘법이 무엇인지를 선언하는 것이 사법부의 영역이자 의무가 된다’고 하였다⁵³⁾.

따라서 이 사건에서 ‘제1심 소송 이후 진행된 소송 전체의 과정은, 제1심 법원의 판결을 미국 전역에 선례적 효과가 있는 판결로 격상시키기 위한 꼼수(contrivance)에 불과하다⁵⁴⁾’는 것이 스칼리아의 결론이다.

위와 같은 스칼리아의 비판으로부터 연방대법원의 지위에 대한 여러 가지 논점이 제기된다. 권력 분립 체계에서 사법부의 역할은 과연 분쟁의 구체적 해결에 제약되는 것인가, 미국의 역사를 통해 폭넓게 행해져 왔던 사법심사의 권한은 과연 정당화될 수 있는 것인가, 헌법적인 쟁점에 대해서 연방대법원에 사건이 제기되었을 때 사법부는 이에 대해 판단할 수 있는 정당한 권한을 지니는 것인가. ‘법이 무엇인지를 선언하는 것은 사법부의 권한이자 의무’이며, 사회적인 진보와 발전의 산물로 평가될 수도 있는 사법적극주의적 판결이 민주적인 정당성을 결하는 사법부의 ‘월권 행위’ 이상으로 해석되지 않을 여지는 전혀 없는 것인지와 같은 문제들 말이다.

53) Windsor, op. cit., SCALIA, op. cit., pp.3~4.

54) Ibid., p.5.

II. 본안 전 판단에 관한 검토

1. 쟁점의 개관

이 사건의 본안 전 판단에서는 먼저 이 사건에서 분쟁이 존재한다고 볼 수 있는지가 문제된다. 다수 의견은 ‘행정부가 DOMA의 합헌성을 변호하지는 않되 판결의 집행을 거부하고 상고한 것’에 대해 분쟁이 인정될 수 있다고 보았으나, Scalia는 당사자 간에 법적인 내용에 대한 다툼이 없으므로 분쟁이 없으므로 법원의 판단 권한이 존재하지 않는다는 것이다. 여기서 과연 ‘분쟁’이란 무엇을 의미하는지 및 사법권의 행사에 있어 ‘분쟁의 존부’가 얼마나 중요한 위치를 차지하는지가 문제된다. 이 사건이 일반적인 사적 소송이 아니라 국가가 당사자인 소송이기 때문에 달리 해석될 수 있는지 여부도 함께 문제된다. *INS v. Chadha* 사건의 선례로서의 가능성과 *BLAG*의 당사자적격 인정 여부가 관련 쟁점으로 검토될 피룡가 있다.

정부에게 당사자적격이 인정되는지 역시 본안 전 판단의 중요한 쟁점이었는데, 이를 검토하기 위해서는 당사자적격의 의미와 ‘헌법 제3조상의 당사자적격’ 및 ‘엄격 당사자적격’의 차이를 살필 필요가 있다. 스칼리아가 정부의 당사자적격을 부정하는 것은 사법부의 역할과 관련하여 당사자적격의 존재 이유에 대해 특정한 견해를 가지고 있기 때문인데, 그 견해의 정당함을 살피기 위해 당사자적격에 관한 연방대법원의 법리가 어떻게 형성되었는지를 살피는 것도 의미가 있다.

본안 전 판단에 대한 검토 이후 연방대법원의 사법심사권에 관하여도 살피고자 한다. 스칼리아는 ‘사법심사권이 의미가 있는 것은 오직 ‘구체적 분

쟁해결에 필요한 한도 내에서만' 가능하다고 주장하였으며, 헌법적으로 법원에는 '민주적으로 채택된 법의 효력을 부정할 권한'이 없다고 주장하였다. 연방대법원은 사법심사권을 가장 강력하고 중요한 권한으로 행사해 왔는 바, 그 권한이 어떤 과정을 통해 정립되었고 어떤 근거와 범위에서 정당화될 수 있는지를 살핀다.

마지막으로 사법부가 사법권을 행사함에 있어 다른 기관의 의견을 얼마나, 그리고 구체적인 단계에서 어떻게 존중해야 할 것인지에 관한 '사법 자제'의 원리에 대해 검토한다. 사법자제의 원리에 대해서는 별도의 자제 원리가 불필요하다는 비원리주의적 입장에서부터 모든 사건에서 지켜져야 할 체크리스트와 유사한 형식주의적 입장까지 다양한 입장이 존재하는데, 이 글에서는 법원이 제도적 관점에서 어떤 요소들을 어떤 단계에서 고려해야 할지에 관한 제도주의적 입장에 주목하여 사법자제의 원리를 살펴 보면서, 법원이 구체적인 사건의 해결에 있어 어떤 지점들을 어떻게 고려했어야 할 것인지를 살피고자 한다.

2. 분쟁성의 충족 여부

(1) 분쟁성의 쟁점

이 사건에서 피고인 미국 정부는 U.S.C. §530D 소정의 서면을 제출하여 DOMA의 합헌성에 대한 변호를 하지 않겠다고 밝혔다. 위 조항에 의하면 법무부장은 의회에 대해 특정한 법령이 위헌이라고 판단하여 집행이나 적용을 하지 않겠다는 의견을 제출할 수 있다. 분쟁성에 대한 문제는, 위와 같이 미국 정부가 DOMA의 합헌성에 대한 변호를 하지 않는 대신 '합헌성

에 대한 판결이 나기 전까지는 행정부는 스스로 위헌적이라고 판단한 DOMA 제3조를 집행할 것'이라고 하며 항소와 상고를 하였다는 데에서 발생하였다.

다수의견은 미국 행정부의 태도에서도 분쟁성이 실제로 도출될 수 있다고 보았다. 제1심 판결의 결과는 미국 정부에 대해 '실체적이고 즉각적인 경제적 손해'를 발생시킨 것이고 이는 미국 정부의 법률적 입장과 무관하게 항소심 및 상고심에서의 재판권을 충족시킬 이해관계에 해당한다는 것이다.

스칼리아는 이에 반해 분쟁이란 '실재하는 구체적인' 사항에 관한 것이고 추상적인 문제에 대해 결정할 권한이 아니라고 하였으며, 원고와 정부가 원심과 제1심의 법적 결론에 동의하고 있는 상태에서 구체적인 사건 혹은 분쟁이 있을 수 없다고 보았다.

(2) 분쟁성의 의미

'Controversy'에 대하여 Black's Law Dictionary는 "추상적이거나 이론적인, 혹은 추측에 근거한 사안이 아닌 실질적인 분쟁에 적용될 사안에 대한 법을 어떻게 정의할 것인지에 관한 문제를 담고 있는 사안⁵⁵⁾"이라고 정의를 내리고 있다.

한편 미국 연방대법원은 판례를 통해 '분쟁'의 의미를 구체화하였는데, *Muskrat v. United States.*, 219 U.S. 346 (1911) 판결⁵⁶⁾에서는 '사건 및

55) A case that requires a definitive determination of the law on the facts alleged for the adjudication of an actual dispute, and not merely a hypothetical, theoretical, or speculative legal issue.

Black's law dictionary, Abridged Ninth Edition, WEST(2010) p.301 'controversy' 항목 참조

56) By cases and controversies are intended the claims of litigants brought

쟁송'이란 '권리의 보호나 집행 또는 침해행위의 방지, 구제 혹은 처벌에 대해서, 법 또는 관습에 의해 확립한 것과 같이, 정규의 절차에 의한 결정을 요청하여 법원에 제출된 청구'를 의미한다고 판시하였고, *Aetna Life Ins. Co. v. Haworth*, 300 U.S. 260 (1937) 판결에서는 '서로 상반되는 법적 이익을 가지는 당사자들의 법적 관계에 관하여, 가설적이거나 추상적이지 않고 구체적인 관련성을 갖는, 특정한 결정을 통해 구체적인 구제를 피할 수 있다는 측면에서 현실적이고 실질적인 대립을 피하는 사법적 판단에 적절한 의견 차이 및 대립⁵⁷⁾'을 말한다고 판시된 바 있다.

천병태 교수는 위의 두 판결을 통해 '분쟁'이란 (i) 서로 대립하는 당사자가 (ii) 실질적인 법적 이익에 대한 (iii) 실재하는 사실을 바탕으로 하는 것으로 (iv) 강제적으로 집행할 수 있는 판결을 내릴 수 있는 대상으로 정리될 수 있다고 본 바 있다⁵⁸⁾. 위와 같은 정리에 의해 '사건 및 분쟁'의 의미가 온전히 구체화되었다고는 볼 수 없다. '실질적인 법적 이익'이나 '관련성 있는 이익', '서로 대립하는'과 같은 추상적인 관념들을 어떻게 해석할 것인지에 관하여는 불확실성이 남아 있기 때문이다⁵⁹⁾.

before the courts for determination by such regular proceedings as are established by law or custom for the protection or enforcement of rights, or the prevention, redress, or punishment of wrongs. (...) A case or controversy, in order that the judicial power of the United States may be exercised thereon, implies the existence of present or possible adverse parties whose contentions are submitted to the court for adjudication.

Muskrat v. United States., 219 U.S. 357 (1911)

57) 'A difference or dispute... that is appropriate for judicial determination, not hypothetical or abstract ... academic or moot ... [but] definite and concrete, touching the legal relations of parties having adverse legal interest. It must be a real and substantial controversy admitting of specific relief through a decree of a conclusive character.'

Aetna Life Ins. Co. v. Haworth, 300 U.S. 260 (1937)

58) 천병태, '미국연방최고법원의 판례를 통해 본 Standing 법리의 형성서설 (2)'(이하 '형성서설 (2)'), 법학연구 제24권 제1호 통권 제31호 (1981) 부산대학교 법학연구소, p. 184.

59) 그래서 프랑크푸르터(Frankfurter) 대법관은 *Joint Anti-Fascist Refugee Comm. v. McGratch* 341 U.S. 123 (1951) 판결에서 '법원은 특정한 행위의 본성이나 문제되는 손해나 당사자 간의 관계에 대하여 사법권의 행사가 헌법 제정 당시 식민지 법원이나 웨스'

스칼리아는 법률의 의미나 그 적용에 대해 의견대립이 분명히 있어야 ‘서로 대립하는’의 요건이 충족될 수 있다고 보지만, 다수 의견의 경우 법률의 의미나 합헌성에 대한 대립 없이 원심 판결의 적용에 대한 불복 여부 만으로도 ‘대립’이 인정될 수 있기 때문이다.

(3) 분쟁성의 필요성에 관한 이론 검토

미국의 사법권이 헌법 제3조를 그 헌법적 근거로 하고 있으며, 헌법 제3조에는 ‘Case and controversies’에 대해 사법권이 미친다고 규정되어 있다. 스칼리아는 헌법 제3조에 사법부의 권한을 한정지어, ‘이해관계가 대립하는 당사자 간의 실질적인 분쟁’이 있는 사안에 대해서만 법원이 사법권을 행사할 수 있다고 본다. 스칼리아는 헌법 제3조로부터 법원의 권한을 연역하여 한정적으로 해석하고 있으며, 이는 후술하게 될 그의 당사자적격에 관한 의견으로도 이어진다.

한편 연방대법원의 역할을 ‘분쟁’에 한정짓는 것은 현실적으로 불가능하고 타당하지도 않다는 의견도 존재한다. 분쟁성에 내포된 ‘이익 대립의 정도’란 상대적인 개념이기 때문에, ‘분쟁성’ 요건이 사법 자제를 위한 법정정책적

트민스터의 법원의 관행에 조응하지 않는다면 사법권을 행사하지 않을 것이다. 연방법원의 재판권은 오직 법조인의 ‘전문적인 감(expert feels)’에 의해 특정한 사안이 ‘사건 혹은 분쟁’을 구성한다고 판단될 때에만 인정된다’고 판시하여 분쟁성에 관한 판단의 불확실성을 토로하였다.

A court will not decide a question unless the nature of the action challenged, the kind of injury inflicted, and the relationship between the parties are such that judicial determination is consonant with what was, generally speaking, the business of the Colonial courts and the courts of Westminster when the Constitution was framed. The jurisdiction of the federal courts can be invoked only under circumstances which to the expert feel of lawyers constitute a ‘case or controversy’.

표현에 불과하다는 것이다⁶⁰). 케네스 컬프 데이비스(Kenneth Culp Davis)는 ‘대립하는 당사자가 쟁점을 명확하게 다투지 않은 이상 연방 법원에 사건을 다룰 권한은 없다’는 명제는 확립된 실무 관행들에 비추어 너무도 허점이 많음에도 불구하고 강조되고 있다고 주장하며 다음과 같은 반례들을 제시했다⁶¹). 먼저 Consent decree⁶²)는 ‘당사자 간의 대립이 없는 가장 명확한 예’임에도 불구하고 연방법원에서 다뤄지고 있으며, 소환장(subpoena)의 집행력이나 요건에 대해 소환당사자가 다투는지 여부와 상관없이 연방법원은 소환장을 심사하며⁶³), 형사사건의 피고인이 범행을 자백한다고 하여 법원의 판단 권한이 사라지지 않고, 상속재산 공증 절차(probate of decedent’s estates)나 파산사건의 당사자 간 합의가 있는 사건, (INS 설립 및 이민법 개정 이전의) 시민권 부여 사건에서 당사자 간의 대립 구도가 존재하지 않음에도 법원의 역할을 ‘대립당사자 간의 분쟁 판단’에 한정시키는 것이 비현실적이라고 주장했다⁶⁴). 사법부의 권한이 ‘분쟁’에 절대적으로 한정된다는 논리에 따라 법원이 판단이 곤란한 사건을 회피하는 경향이 있다는 지적도 있다.

위와 같은 반론에 의하더라도 분쟁성이 없는 사안에 대해 사법부가 무작정 권한을 행사할 수 있다는 의미는 아닐 것이다. 시민권 부여에 대한 판단은 INS 설립 이전에는 법원이 담당하였으나 전문성을 갖춘 행정청이 설립

60) Comments : Threat of enforcement - prerequisite of a justiciable controversy, 62. Colum. L. Rev. 106 (1962), pp.109~110.

61) K. C. Davis, ‘Ripeness of governmental action for judicial review’, 68 Harvard L. Rev. 1122 (1954-1955), pp.1123~1125.

62) 양 당사자 간의 합의에 근거하여 분쟁을 종식시키기로 한 결정. "Consent Decree." Blacks’s Law ictionary, op. cit., p.372.

63) 연방대법원은 ICC v. Brimson, 154 U.S. 447(1894) 사건에서 연방대법원이 이를 판단하는 것이 헌법 제3조상의 요건에 위배되지 않는다고 밝힌 바 있다. Davis, op. cit., p.1124., 각주 6.

64) Davis, op. cit., pp.1123~1125.

됨에 따라 법원이 더 이상 판단하지 않게 된 예에서 볼 수 있듯, 명확한 분쟁성을 갖추지 않은 사안에 대해서는 제도적 권한 분배와 정책적 판단에 따라 법원이나 행정 기관이 그 판단을 맡을 수 있다. 대부분의 경우, 당해 사안에 대해 어떤 기관이 일반적으로 더 전문성을 가지고 있는지에 의해 적절한 판단 권한이 분배될 것이며, 이와 같은 경우 소관 행정청의 설립에 따라 ‘분쟁 외의 사안’에 대해 법원이 이를 맡게 되는 경우가 줄어들게 될 것임을 예상할 수 있다. 스칼리아의 의견과 같이 ‘이해 관계자의 대립성’을 사법권 행사의 절대적인 조건으로 요구하기에는 실무적인 예외와 정책적 폐단이 존재할 수 있다는 것으로 이해하는 것이 적절할 것이다.

(4) 공법 소송에서 연방대법원의 분쟁성 요건 판단

연방대법원은 국가가 당사자인 공법 소송에서 ‘분쟁성’의 요부에 관하여 더 유연한 태도를 취했는데, 이것은 ‘분쟁성’에 관하여 정리된 위의 법리들은 전통적인 사적 common law 소송의 특질을 검토한 것으로서 공법상 소송의 특질까지 온전히 고려할 수 없기 때문이라는 분석이 존재한다⁶⁵⁾. 헌법 제3조 제2항의 문언 및 그에 대한 기존의 선례들만을 통해서는 국가가 관련된 사건의 분쟁성을 온전하게 판단할 수 없기 때문에, 연방대법원은 공법적 소송의 요소를 유연하게 판단함으로써 제 요소의 존부의 인정에 대해 광범위한 재량권을 행사해 왔다. 이러한 연방대법원의 태도에 대해 천병태 교수는 소송요건에 관한 제 법리는 헌법 제3조 제2항과 법원의 정책적 판단을 근거로 하여 이뤄지는 것이기 때문에 법원에 의해 창설될 영역이 많이 유보되어 있어 법원이 ‘분쟁성’ 요건을 적용할 때 넓은 재량을 가진다

65) 천병태, ‘형성서설 (2)’, pp. 185~186.

고 보았다⁶⁶⁾.

일례로 *United States v. Interstate Commerce Commission* 337 U.S. 426 (1949) 사건에서는 미국 정부가 원고이자 피고이고, 법무부장관이 양측을 대리하게 됨에도 불구하고 그 분쟁성이 인정되었다.

물자 운송이 활발하던 2차 세계 대전 중에, 철도 회사들은 공공연하게 운송료와 함께 선창 사용료(wharfage charges)를 함께 부과하였다. 미국 정부는 물자 운송을 위해 국유의 장비를 사용하였기 때문에, 철도 회사들에 대해 기존에 지급한 선창 사용료의 반환과 함께 선창 사용료의 공제를 요구하였으나 철도 회사들은 이를 거부하였다. 이에 미국 정부는 주간 통상 위원회(Interstate Commerce Commission, 이하 'ICC')에 대해 철도 회사들의 거부에 대한 불법의 확인과 손해 배상명령을 청구하였으나 ICC는 이를 기각하였다.

정부는 ICC의 결정에 불복하여 법원에 이를 제소하였고, 관련 법률인 28 U.S.C. 46에서 'ICC의 결정이 위법하다고 다투는 청구는 미국 정부를 그 당사자로 한다⁶⁷⁾'는 조항이 있었기 때문에 이 사건의 상대방 역시 미국 정부가 되었다. 법무부장관은 제1심에서 미국 정부를 원고로서, 그리고 피고로서 대리하였으며, 제1심에서는 '어떤 사람은 자기 자신을 상대로 소를 제기할 수 없다'는 common law 상의 법리에 따라 분쟁이 없음을 이유로 소가 각하되었다.

연방 대법원은 원고와 피고가 모두 미국 정부가 되어 'United States v. United States'로 불릴 수도 있는 가능성을 인정하고, '어느 누구도 스스로

66) Ibid., pp.188~191.

67) 'any action to set aside an order of the Interstate Commerce Commission shall be brought against the United States'

를 제소할 수 없다’는 일반적인 원칙이 존재함을 인정하면서도 위 원칙은 미국 정부에 대해 온전히 적용되지 않는다고 판시했다.

‘John Smith가 동명이인인 John Smith를 상대로 소를 제기할 수는 있다’는 비유 아래, 대법원은 ‘당사자명의 이면에 실질적인 분쟁이 존재하는지를 살펴야 한다’고 판시하였다. ICC의 결정에 대해 사인이 철도 회사의 조치를 다툼으로써 불복할 수 있는 만큼, 미국 정부 역시 이를 다룰 권리가 인정되어야 하고, 그 상대방이 미국 정부라는 이유로 분쟁성을 부정할 수는 없다는 것이었다.

비록 법무부장관이 양측을 대리해야 하는 것이 표면적으로 불합리(surface anomaly)할지라도, 법무부장관을 통해 철도회사와 ICC는 미국 정부의 주장에 대한 모든 강한 반론을 제기할 수 있다. 법무부장관이 피고로서의 방어권한을 수행하건 수행하지 않건, 철도회사와 ICC에게는 주장과 증거를 제출할 수 있는 권한이 인정되고 실제로도 소송의 진행 과정에서 미국 정부의 주장에 대해 강하게 다투었기 때문에, 이 사건에서는 분쟁이 인정된다고 보았다⁶⁸⁾.

이 판결은 ‘누구도 스스로를 직접 제소할 수는 없다’는 보통법상의 원칙이 법령상의 충돌에 의해 미국 정부가 당사자로서 문제될 때에는 수정될 수 있다는 점을 보여 준다. 미국 정부의 당사자적격과 미국 정부가 관련된 사안의 분쟁성은 법령상의 이유 및 공법 소송의 성질을 고려할 때 사인 간의 소송과 똑같이 취급될 수 없다는 점이 이 판결에서 확인된다⁶⁹⁾.

68) United States v. Interstate Commerce Commission 337 U.S. 426 (1949)

69) ‘법무부장관이 원고와 피고 양측을 대리해야 할 때’에도 양 측의 이해 당사자들의 주장 권한 및 증거 제출 권한 등에 따라 분쟁성이 보장될 수 있다는 점이 확인된 점은 Windsor 사건에서와 유사한 점으로 특기할 수 있다. 법무부장관이 행정부의 입장에 따라 방어 권한을 적극적으로 수행하지 않더라도, 이해 당사자들에 의한 주장의 기회가 보장되는 한 분쟁성을 인정할 수 있다는 법리 역시 유사하다.

한편 *Tutun v. United States*, 270 U.S. 558 (1926) 판결에서는 이방인이 국적부여를 거부당한 후 항소하는 것이 헌법 제3조 제2항에 의거한 ‘분쟁’으로서 법원에 의해 판단될 수 있는지 여부가 문제되었는데, 연방대법원은 이방인에 대한 국적부여절차는 연방 지방법원의 관할에 속하는 것인데, 그 판단 권한에 대한 문제제기는 이뤄진 적이 없었다고 실시했다⁷⁰⁾. 국적부여절차는 헌법 제3조 제2항 하의 ‘사건’이나 ‘분쟁’에 해당하며, 이로 인해 권력 분립상의 문제가 제기되지도 않는다는 것이다. 연방대법원은 ‘법률에 소송을 통해 구할 수 있는 구제 절차가 규정되어 있고 이에 의해 구제가 요청된 경우에는, 헌법상 의미에 따른 ‘사건’이 있다고 볼 수 있다. 소송 절차에서 구해지는 것이 재산권에 관한 것이든 지위에 관한 것이든, ‘사건’은 있는 것이다. 그리고 국적부여를 구하는 것은 명백히 그런 조건을 충족한다.’고 판시한 다음, ‘미국 정부는 항상 잠재적인 당사자(The United States is always a possible adverse party)’이기 때문에 국적부여절차가 법원이 판단할 수 있는 ‘사건’에 해당한다고 판단하였다⁷¹⁾.

(5) *INS v. Chadha* 판결의 선례로서의 역할과 BLAG의 당사자적격

다수의견이 *INS v. Chadha* 판결을 선례로 인용한 것은 “피고인 행정부가 문제된 법률을 위헌으로 판단하면서도 계속 집행하였다”는 점에서 *Windsor* 판결과 같고, INS가 항소심 판결에 의해 ‘자신이 취할 수 있는 조치를 취할 수 없게 되었다’는 점에 근거한 것이다.

하지만 스칼리아는 *Chadha* 사건에서 문제된 것은 의회의 ‘거부권’이지

70) 1952년 Immigration and Nationality Act가 통과되기 전까지는 법원에 의해 국적부여 절차가 판단되었다.

71) *Tutun v. United States*, 270 U.S. 558 (1926)

입법권이 아니기 때문에 이 사건에 온전히 선례로 작용할 수 없다고 주장하였다. 스칼리아의 의견에 따르면 Chadha 사건에서는 상원과 하원이 차다와 대립하는 당사자로서 분쟁이 존재했으나, 이 사건에서는 의회의 ‘입법권’이 문제될 뿐이고 BLAG에는 권력분립상의 이유로 당사자적격이 인정될 수 없으므로 분쟁이 존재하지 않아, Chadha 사건이 이 사건에 온전히 선례로 기능할 수 없다고 주장했다.

다수 의견이 정부와 원고 간의 분쟁성을 형식적으로 인정하고, ‘정부가 법률을 변호하지 않되 집행을 계속하는 것’만으로 Chadha 사건의 선례성을 인정한 것을 본안 판단에 나아가기 위한 정책적이고 형식적인 해석이었다고 본다면, Chadha 사건이 이 사건에 대해 실질적인 선례로 기능할 수 있는지를 살피기 위해서는 이 사건에서 BLAG의 참가가 Chadha 사건에서 의회 양원의 참가와 동일하게 평가될 수 있는지 여부가 문제된다.

BLAG와 원고 및 행정부 간에 DOMA의 합헌성에 대한 법리적인 다툼이 있었던 점은 분명하다. 한편 BLAG의 당사자적격에 대해서는 다수의견은 직접적으로 다루지 않았고, 알리토와 스칼리아 간에만 의견대립이 있었다.

BLAG의 당사자적격이 인정되는지를 보기 위해서는 의회에 원심 판결로 인해 ‘사실상의 손해’가 있었는지를 살펴야 하는데 여기서 문제가 되는 것은 의회의 ‘입법권’에 대한 침해가 ‘사실상의 손해’로 인정될 수 있는지의 여부이다.

알리토는 Chadha 사건에서 문제가 되는 권리가 법률상 의회의 거부권이 라면, Windsor 사건에서 문제가 되는 것은 의회의 핵심적인 헌법적 권한

을 이루는 ‘입법권’이기 때문에 더욱 중대한 침해를 받게 되는 것이라고 주장하였다. 알리토의 주장에 따르면 사법심사에 대하여 모든 경우 의회가 ‘입법권의 침해’를 주장하며 판결에 대한 당사자로 참여하게 되는 것은 아니다. Chadha 판결이 ‘정부가 법률을 방어하지 않기로 한 경우 의회가 법률을 다룰 당사자적격이 있다’고 본 만큼, 법원이 의회의 법률을 무효화하려 하고 행정부가 법률의 방어를 포기하는 특수한 경우 의회가 해당 법률을 방어할 이익이 있고 당사자적격이 있다는 것이다.

하지만 스칼리아는 행정부가 의회의 법률을 방어하지 않을 경우 전부의회의 권한에 대한 침해가 있다고 보아 법원의 심사대상이 될 경우 ‘행정부와 의회 간의 법률 집행에 대한 갈등이 있을 때마다’ 법원이 판단하게 되는 것은 부적절하고 권력 분립의 취지에 반한다면서 알리토의 주장에 반대하였다.

의회가 ‘입법권 침해’를 이유로 법원에 당사자로 서게 되는 것은 제도적인 측면에서 부당하다는 것이다. 스칼리아는 행정부가 의회의 입법에 대해 위헌이라고 판단하고 이를 적용하지 않는 점은 정치과정상의 정당한 고려에 의한 것으로서 오히려 바람직하기까지 한 것이지만, 이런 경우 발생하는 행정부와 의회 간의 대립은 정치적 과정에서의 대립 절차로 풀어야 할 것이고 양 당사자가 법원 앞에 당사자로서 서는 것이 사법부를 권력분립에 있어서 우월한 지위에 놓기 때문에 불가하다고 주장한다.

알리토는 특정 법률에 대한 사법심사가 문제가 되는 사안에서, 해당 법률을 옹호하는 의회나 특정한 법안의 발의자들에게 당사자적격이 인정되어야 한다고 주장한다. Windsor 사건과 같은 날 판단되었던 *Hollingsworth v.*

Perry 사건에서 연방대법원은 캘리포니아 주민발의안 제8호의 발의자들이 제출한 상고에 대하여는 5-4로 당사자적격의 결여를 이유로 상고를 각하하였지만⁷²⁾ 반대 의견은 “캘리포니아 주 헌법상 발의자들은 법안의 발의 과정에서 독특한 역할을 한다. 발의자들은 투표자들이 승인한 발의 과정에 불가결한 관계를 맺고, 이 절차에 의해 발의안이 실제 법으로 효력을 발생시킬 수 있도록 하는 법의 옹호자로서 기능할 수 있다.”는 이유로 상고 허가를 제출한 발의자들의 당사자적격이 인정되어야 한다고 논했다⁷³⁾.

따라서 알리토의 입장에 따르면 당사자적격을 판단함에 있어 인정될 수 있는 ‘사실상의 침해’의 기준이 되는 이익은 의회의 입법권, 발의안 발의자들의 발의권과 같이 폭넓게 이해될 필요가 있으며, 이는 후술하게 될 당사자적격은 ‘이익을 가장 잘 주장할 수 있는 자’에게 주어져야 한다는 대립성설과 연결하여 이해할 수 있다.

한편 스칼리아는 후술하다시피 당사자적격을 권력분립과 본질적으로 연결시켜 인정하기 때문에, 의회와 행정부를 당사자로 세운 사건에 법원이 판단자로 나서는 점을 극도로 경계하고 있다. 알리토의 의견대로 BLAG에 적격을 인정할 경우 스칼리아가 우려하는 ‘정치적 사건의 소송화’가 일어날 수 있다는 것이다⁷⁴⁾.

72) 이 사건의 다수의견은 동성 커플에 대해 혼인을 허용하지 않은 캘리포니아 주 헌법 주민발의안 제8호에 대한 캘리포니아 주 법원의 위헌 판결에 대해 캘리포니아 주 정부는 상고를 하지 않고 주민발의자들만이 상고를 하자, ‘주민발의자들’에게는 상고인적격이 인정되지 않는다고 보아 상고를 각하하였다. 상고인적격이 인정되지 않는 이유는, 발의자들에게 항소심이 파기됨에 따라 회복 가능한 손해가 인정되지 않는다는 것이 이유였다. Hollingsworth v. Perry, 570 U.S. _____ (2013), pp.1~2, 5~17.

73) Hollingsworth v. Perry, 570 U.S. _____ (2013), KENNEDY, J. dissenting, p.4.

74) 조흥식, “분산이익소송에서의 당사자적격”, 판례실무연구 [IV] 박영사 (2000), pp.445~446.

(6) 소결

‘분쟁’이란 (i) 서로 대립하는 당사자가 (ii) 실질적인 법적 이익에 대한 (iii) 실재하는 사실을 바탕으로 하는 것으로 (iv) 강제적으로 집행할 수 있는 판결을 내릴 수 있는 대상을 의미한다고 본 판례의 정리된 내용을 Windsor 판결에 대입할 경우 ‘정부와 원고 간에 분쟁이 존재한다.’고 확고하게 말하기는 어렵다. 만약 BLAG가 법안의 합헌성에 대해 다투고 있지 않다면, 정부와 원고의 주장만으로 DOMA 제3조에 대해 법원이 실제적인 판단을 내릴 수는 없을 것이다. 만약 이 소송이 사인 간의 것으로서 상고인이 피상고인의 법적인 주장은 아무것도 다투지 않으면서 ‘집행만을 거부’한다고 했다면 대법원은 상고를 각하하고 원심 판결의 집행을 명했으리라고 볼 수 있다.

따라서 이 사건에서 정부와 원고 간에 ‘실질적인 이익 대립’이 있다고 인정한 다수 의견의 논리가 일반적인 의미의 ‘분쟁성’에 비해 지나치게 형식적으로 분쟁성을 판단하였다는 비판을 피하기는 쉽지 않을 것이다. 아무리 ‘분쟁성’이 역사적으로 구성된 개념이고 분쟁성을 판단하는 것이란 ‘전문가의 감’에 의할 뿐이라고 그 의미를 축소하려 해도, ‘정부와 원고 간에 대립하는 분쟁이 존재한다’고 보기는 어렵다.

하지만 미국 정부가 관련된 공법 소송의 분쟁성을 Interstate 판결에서와 같이 넓게 본다면, 이와 비슷한 구조로 미국 정부와 원고 간에 분쟁이 존재한다고 보는 것은 가능하다. Interstate 판결에서 미국 정부는 ‘원고인 동시에 피고’였으며, 법무부장관이 양 측을 대리해야 했다. 충돌하는 역할 속에

서 법무부장관이 피고로서 방어권을 온전히 수행하지 못할 가능성도 있었지만, 철도회사와 ICC가 법무부장관을 통해 원고인 미국 정부의 의견에 대응할 수 있었고, 실질적으로 반론의 기회가 보장되었기 때문에 분쟁성이 인정될 수 있었다. Windsor 사건에서 피고인 미국 정부가 형식적인 당사자로서 그 방어 권한을 온전히 수행하지 못하게 되더라도, 만약 법률에 대한 이해 당사자인 BLAG가 그 의견을 개진하고 실질적으로 공방이 벌어질 가능성이 보장된다면, 분쟁성을 부정하는 것은 부당하다.

스칼리아는 권력분립상의 이유로 BLAG의 당사자적격을 부정하였지만, 사법부의 역할에 대한 권력분립상의 고려가 이 사건의 ‘분쟁의 존부’ 자체를 부인하는 근거가 되는 것은 적절하지 않다. 분쟁성의 존부는 권력분립의 원리와 분리되어 판단되어야 하며, Interstate 판결과 이 사안에서 모두 ‘피고로서의 정부가 방어 권한을 온전히 수행하지 않았음에도 불구하고 실질적인 공방의 기회가 보장되었다면 분쟁성이 인정될 수 있다’는 결론을 도출할 수 있다.

사법권 행사의 근거와 범위를 정하는 데에 있어 헌법 제3조가 하나의 중요한 근거라는 점은 분명하다. 사법부의 권한이 기본적으로 ‘분쟁’과 ‘사건’에 대한 판단에만 미치며, 그 외의 영역에 대해 함부로 권한을 확장하는 것에 대해서는 신중해야 한다.

하지만 위에서 본 바와 같이 ‘분쟁’의 의미가 불명확하기 때문에 특정한 사안의 분쟁성 여부를 쉽게 결정하기 어려운 경우가 존재할 것이고, 국가가 당사자가 되는 경우 사인 간의 소송과는 달리 ‘분쟁’의 의미를 확대하여 해석해야 하는 경우도 존재할 것이다. 또한 데이비스 교수가 위에서 제시한 예들에서 볼 수 있듯, 당사자 간의 이익 대립이 존재하지 않음에도 불구하고

고 관할할 행정청이 없고 사안에 대해 판단해야 할 공익이 존재하기 때문에, 혹은 사안에 대한 사법부의 전문성이 인정되기 때문에 사법부의 판단 권한이 인정되는 경우도 있다. ‘분쟁 없음’을 이유로 하여 사법권을 부정하기 전에, 고려할 수밖에 없는 요소들이 존재하는 것이다.

스칼리아가 분쟁성을 부인하기 위해 근거로 드는 BLAG의 당사자적격 부인 및 권력분립의 문제는, ‘헌법적 요건’으로서 분쟁성을 판단하는 단계에서 판단될 문제가 아니라, 분쟁성을 인정하고 난 이후 당사자적격을 판단하는 문제에서, 혹은 본안 판단에 나아간 이후 사법 자제의 원리 적용을 고민할 때 검토될 수 있는 문제라고 생각한다. BLAG가 당사자적격을 갖췄는지를 판단하기 위해서는 헌법상의 당사자적격 요건과 엄격 당사자적격 요건의 존부를 함께 판단해야 할 것이고, 엄격 당사자적격 요건의 존부 판단은 사법부가 그 권한을 신중하게 행사해야 할 것인지에 관한 정책적인 판단과 연결될 수밖에 없다. 당사자적격의 인정 및 권력분립의 원리에 대한 고려에 관하여는 후술하기로 한다.

IV. 당사자적격에 관한 판단

(1) 당사자적격과 소송 요건(Justiciability)

당사자적격(Standing, Locus standi)은 법정에서 일방이 소송의 당사자가 되기 위해 문제되는 행위나 법률과의 실질적인 연관성과 인과 관계 있는 손해를 입증할 수 있는 가능성을 말하는 것⁷⁵⁾이다. 당사자적격은 법원이 본안 판단에 나아가기 위해 갖춰져야 할 소송 요건의 하나이다.

소송요건에는 권고적 의견의 금지(prohibition against advisory opinions), 당사자적격(standings), 사건의 성숙성(ripeness), 협의의 소익(mootness), 정치적 문제(political question doctrine)와 같은 것들이 있다. 소송요건 중 헌법 문언에 명시된 것은 없다. 헌법 제정자들이 사법권의 제한에 대해 직접 언급한 문서도 없다. 즉, 소송요건 이론은 연방대법원이 사법권에 대한 자체적인 제한으로서 개발한 것이다⁷⁶⁾.

75) 미국 연방대법원은 Warth v. Seldin 사건에서 '당사자적격의 본질은 당사자가 법원에 대하여 특정한 분쟁이나 쟁점을 판단하도록 구할 자격이 있는지에 관한 것이다'라고 설명했다.

"In essence the question of standing is whether the litigant is entitled to have the court decide the merits of the dispute or of particular issues." Warth v. Seldin., 422 U.S. 490, 498 (1975)

76) 레아 브릴마이어(Lea Brilmayer) 교수는 당사자적격과 사건의 성숙성, 협의의 소익에 관한 예시를 다음과 같이 들었다. "만약 사유지에 정치적 캠페인 문구를 비치하는 것을 금지하는 법률이 입안되었는데, 어떤 시민이 (자신은 아무런 캠페인 문구를 설치한 적이 없지만) 이 법률이 위헌이라고 본다면 취할 수 있는 조치는 무엇일까? (1) 그는 이 법률이 '타인의 정치적 자유'를 침해한다고 다룰 수 있고 (2) 이 법률이 그의 '장래의 표현의 자유'를 침해한다고 주장할 수 있다. 만약 이 시민이 (3) 선전물을 설치하여 구속되었는데 행정청이 법률의 위헌성을 인지하고 시민에 대한 조치를 중단하였다면 어떻게 되는가?"

첫 경우 이 시민은 당사자적격(Standing)에 있어 문제를 겪을 것이고, 두 번째 경우 '성숙성'(Ripeness)을 이유로 재판이 각하될 수 있다. 마지막의 경우는 '이론의 여지'가 없어 협의의 소익이 없어졌기 때문에(moot) 소가 불허될 것이다."

Lea Brilmayer, The Jurisprudence of Article III perspectives on the 'case or

소송요건에 관한 이론은 크게 두 가지 근거에 의해 개발되었다.

하나는 헌법 제3조이다. 헌법 제3조의 제2절에서 ‘사건(cases)’과 ‘분쟁(controversies)’에 대하여 사법권이 미친다고 함에 따라, 이 조항을 근거로 재판이 불가능한 소송요건들을 구체화한 것이다. 이를 ‘헌법적 요건(constitutional requirements)’이라 부른다.

두 번째 종류는, 헌법에서 직접 도출되지는 않지만 사법권의 신중한 행사를 위해 연방대법원이 직접 인정한 영역이다. 헌법적으로는 연방대법원에 의한 심사가 허용되나 법원이 사법적 심사를 스스로 자제하는 영역에 관한 것이다. 이를 ‘엄격 요건(prudential requirements)’이라고 부른다.

헌법적 요건과 엄격 요건 간의 차이는, 의회가 위 요건에 충돌하는 입법을 할 수 있는지 여부에 있다. 의회는 헌법 제3조에 반하는 사항에 대해 연방 사법권을 확대시킬 수는 없다. 하지만 헌법에서 직접적으로 도출되지 않은 엄격 요건에 반하는 입법적 조치는 가능하다⁷⁷⁾. 케머린스키(Chemerinsky)는 헌법적 요건과 엄격 요건 모두 ‘연방 대법원의 결정의 산물’이라는 점을 강조한다. 특정한 소송요건이 ‘헌법적 요건’에 속하는지 ‘엄격 요건’에 속하는지 여부도 연방대법원이 결정한다. 당사자적격과 같은 요건은 헌법적 요건의 요소와 엄격 요건의 요소를 둘 다 갖추고 있다고 평가된다. 하지만 정치적 문제 요소와 같은 요건에 관해서는 법원이 그 제한이 ‘헌법적 요건’인지 ‘엄격 요건’인지에 관해 명확하게 밝힌 바가 없다.

소송요건에 관한 ‘헌법적 요건’ 및 ‘엄격 요건’의 여부를 명확하게 구별하기는 어려운데, 이는 둘 다 같은 정책적 고려에 기초한 것이기 때문이라고

controversy’ requirement., 93 Harv. L. Rev. 297 (1979) pp.298~299.

77) Warth v. Seldin, 422 U.S. 490, 501 (1975) (의회는 엄격 요건에 의한 당사자적격 이론에 의해 그 권리를 부인당할 당사자에게 소송에 관한 권리를 허용할 수 있다.), Chemerinsky, op. cit., p.48. 각주 1.

Chemerinsky는 평한다. 소송요건 이론은 권력 분립의 원리와 사법 역량 보호를 함께 고려한다. 사법부가 판단하기에 ‘정당하지 않은’ 사안과 ‘실질적으로 부담스러운’ 사안이 무엇인지를 고려하여, 사법적 결정이 가장 적합한 사안에 대해서 사법부가 개입하도록 하는 것이 소송요건 이론의 의도이다⁷⁸⁾.

(2) 당사자적격 이론의 개별적·귀납적 발전

미국 대법원은 당사자적격을 판단함에 있어 연역적 방법론이 아니라 귀납적인 방법론을 채택하여 왔다⁷⁹⁾.

당사자적격은 판사들과 학자들에 의해 ‘가장 많은 혼란을 초래한 분야 (one of the most confused areas of the law)’로 분류된다. 당사자적격에 대한 논의가 많이 이뤄지는 만큼 각 이론과 원리는 쉽게 공격의 대상이 되고, 지난 40년간 연방대법원에서는 당사자적격에 관한 이론들을 지속적으로 수정하고 구체화하여 왔다. 연방대법원은 *Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church and State*, 454 U.S. 464, 475 (1982) 판결에서 “이 법원에서 결정된 다양한 사건들에서 헌법 제3조에 의한 당사자적격 원리가 완전한 일관성을 갖지 못한다는 점을 우리는 인정해야 한다”고 자인한 바 있고, 많은 학자들이 ‘연방대법원의 당사자적격 이론은 개별적인 사건에서 사건을 다룰 이익에 의해 달리 판단되어 왔다’고 인정하는 바에서 드러난다. Gene Nichol은 그의 논문에서 연방대법원이 ‘지난 10년간 당사자적격의 관문은 연방주의와 권력분립, 적절한 자제 및 특정한 소에서 사건을 다룰 이익 등의 여러 가지 요소에

78) Chemerinsky, *op. cit.*, pp.48~49.

79) 조홍식, *op. cit.*, p.464.

의해 좁아졌다가, 높아졌다가를 반복하였다'고 비판한 바 있다⁸⁰⁾⁸¹⁾.

당사자적격이 귀납적이고 개별적으로 발전해 온 것은, 아래에서 볼 수 있
다시피 행정부의 역할이 커지고 헌법 제정당시 예정되지 못했던 새로운 사
회 문제들이 법원 앞에 주어졌을 때 법원이 그 개입 여부를 구체적인 사안
별로 따로 결정해야 했으며, 재판가능성에 관한 명문상의 근거가 없는 상태
에서 '일반론적인 법리'를 지속적으로 수정하면서 법원의 새로운 역할에 맞
게 고쳐 내야 했기 때문일 것이다. 아래에서 보듯 당사자적격의 법리는 당
시의 필요와 법원의 역할에 조응하여 구체화되어 왔다.

(3) 당사자적격 법리의 역사적 구성

1930년대부터 당사자적격 법리는 점진적으로 확대되어 왔다. 법적 권리가
있어야만 당사자적격이 인정된다는 '법적 권리구제설(the legal right test)'
에서부터 법적으로 보호되는 이익이 있으면 적격이 인정된다는 '법적 이익
구제설(the legally protected interest test)'을 거쳐 원고가 위법한 행정
처분으로 인해 구체적이고 개인적인 손해를 입었다면 그 손해가 법적 권리
이건, 법적으로 보호되는 이익이건 상관없이 처분의 취소를 청구할 수 있도
록 하는 '사실상의 이익구제설'(the injury-in-fact test)이 당사자적격의
근거에 관한 주도적인 입장으로 바뀌었고, 이는 당사자적격의 확대와 사법

80) Chemerinsky, op. cit., pp.49~53.

81) 에반 첸 리(Evan Tsen Lee)와 조세핀 메이슨 엘리스(Josephine Mason Ellis)는 심지
어 "The Standing Doctrine's Dirty Little Secret"이라는 논문에서 미국 연방대법원이
'헌법적 요건'으로 일반적으로 구별되는 당사자적격의 요소들에 대해서도 일관적이지 않
은 태도들을 보여 왔으며, 연방 법원이 의회가 '행정청의 일정한 결정에 대해 사법 심사
를 허용하도록 행정청을 강제하는' 절차적 권리를 창설하는 것과 같은 방식으로 당사자
적격에 관한 이론이 비일관적으로 발전되어 왔다고 지적한 바도 있다.

Evan Tsen Lee & Josephine Mason Ellis, "The Standing Doctrine's Dirty Little
Secret", 107 Northwestern L. Rev. 169 (2012) 참조.

권 행사의 확대를 가져왔다⁸²⁾.

동시에 당사자적격의 근거가 ‘헌법 제3조’와 ‘사법적 자제’의 원리로부터 도출된다는 점이 구체화되었고, ‘헌법 제3조’로부터 직접 도출되는 당사자적격의 요건이 무엇인지도 여러 사건에 관한 결정을 거치면서 정립되었다.

1. 법적 권리구제설

연방대법원은 처음에는 당사자적격이 당사자에게 법적인 권리가 있을 때에만 적격이 인정된다는 ‘법적 권리구제설’(The Legal right test)을 취했었다. ‘법적인 권리’란 당사자가 사안에 관하여 I) 재산권(property) II) 계약으로부터 발생한 권리 (contract) III) 불법행위로부터 보호받을 권리 (tort) IV) 제정법상의 특수한 권리 (privilege)를 가지고 있을 때에만 적격이 인정될 수 있다는 것이다.

Tennessee Electric Power Co. v. TVA, 306 U.S. 118(1939) 사건에서 연방대법원은 권리 침해에 의한 것이 아닌 단순한 사실상의 손해(damnum absque injuria)에 의한 소 제기는 기초가 없는 것이라고 판단하여 소를 각하하였다. 특정한 자가 정부의 행위로부터 직접, 그리고 특별한 손해를 입었다고 하더라도 그 침해행위가 위에서 언급된 피해자의 법률상의 권리를 침해한 것이 아닌 한 이를 다룰 수 없다는 것이다⁸³⁾.

82) 천병태, 미국연방최고법원의 판례를 통해 본 Standing 법리의 형성서설 (1), (이하 ‘형성서설 (1)’, 법학연구 제23권 제1권 통권 제30호 (1981), 부산대학교 법학연구소, pp.174~175.

83) TVA(Tennessee Valley Authority Act, 48 Stat., 58(1933)) Act에 의해 설립된 Tennessee 강 유역 개발공사가 강 유역에 수력발전소를 건설하고 인근 지역에 전력을 싸게 공급하려고 한 조치에 대해 주변의 전력회사가 연방정부의 공공사업에 대해 ‘주의 공공사업권 등을 침해하는 것’이라 주장하며 댐 건설과 전력공급사업의 금지를 요구하며 소를 제기하였다.
천병태, ‘형성서설 (1)’, pp.175~178.

이와 같은 연방대법원의 입장은 위법한 행정처분에 대하여 사법심사를 청구할 수 있는 당사자적격은 문제되는 행정처분을 하나의 사인의 행위로 본 경우 그것이 재판상의 청구 원인으로 인정될 사권의 침해가 될 경우에만 인정되는 것으로서, Common Law의 지배를 공법의 영역에서도 관철시킨 것으로 해석되었다.

2. 법적 보호이익설의 등장 및 확립

한편 연방 의회는 1920년대부터 사법심사를 청구할 수 있는 자를 제정법에 명시적으로 규정하여 일련의 행정행위나 결정을 법원의 감독 하에 둘 것을 의도하였다. 그런데 제정법에 사법심사를 청구할 수 있는 주체가 ‘any person aggrieved’나 ‘adversely affected’와 같이 추상적이고 개괄적으로 규정된 경우 원고적격을 어떻게 해석해야 할지가 문제되었고, 연방대법원은 위에 언급된 법적 권리가 없더라도 입법목적 상으로 당사자가 해당 제정법에 의해 보호받을 가치가 있다면 적격이 인정된다고 보아, 이른바 ‘법적 보호이익설’로 나아갔다.

연방대법원은 주간 통상위원회(Interstate Commerce Commission)의 명령을 다룬 일련의 사건들을 통해 이와 같은 변화를 보이기 시작하였다.

예를 들어 Chicago Junction Case, 264 U.S. 158 (1924) 사건에서 ICC가 Chicago Junction Railway에 대해 주식취득과 임차계약체결을 허가한 조치에 대해 6개 철도회사가 면허결정의 취소를 청구하였는데, 연방대법원은 원고들이 ‘법적 이익’을 가지고 있지 않다는 ICC의 주장을 기각하고 원고들의 원고적격을 인정하였다. 이 판결에서 원고들의 원고적격을 인정한 근거법률인 운송법(Transportation Act)은 지배권 획득이 ‘공익을 위하여

필요한(will be in the public interest)' 것이어야 한다는 내용을 규정하고 있었는데, 연방대법원은 이 규정으로부터 원고들의 '법률에 의해 인정된 철도 이용상의 기회균등의 원칙이 침해되었다'며 원고적격을 인정하였다.

또한 FCC v. Sanders Brothers Radio Station, 809 U.S. 470 (1940) 사건에서는 '법적 권리의 침해가 없음에도 불구하고' 당사자적격이 인정되었다. 이 사건에서는 FCC(Federal Communications Commission)가 지방 신문사에 대해 새로운 방송국의 면허를 부여하여 기존의 방송국들이 경쟁에 의한 경제적 손해를 이유로 FCC에 대해 소를 제기하였다. 이 사건에서 문제가 되었던 Communications Act 제402조 (b)는 면허신청을 각하된 자, 혹은 면허신청을 허가한 FCC의 결정 또는 각하한 결정에 의해 불이익을 받거나 이익이 침해된 자는 누구든지 소를 제기할 수 있다고 규정하였다. 연방대법원은 '이 규정에 의해 이익을 가지는 자는 결국 그 면허로부터 경제적으로 손해를 받은 자, 즉 기존 회사밖에 없을 것이기 때문에 그와 같은 자에게도 당사자적격을 부여하려는 의도에서 any other person aggrieved, or whose interests are adversely affected'라고 규정하였고 보아 당사자적격을 인정하였다. 이 판결에 따라 연방대법원은 Statutory-aid test, 즉 '법적 이익구제설'을 취하고 있다고 인정되기에 이르렀다⁸⁴⁾.

Sanders 판결의 결론은 '제정법이 행정처분으로부터 불이익을 받은 자에게 사법심사를 구하는 지위를 명문으로 인정하고 있는 경우에는 (비록 전통적인 법적 권리가 인정되지 않고) 그 불이익이 common law 상의 청구원인으로 인정될 수 없는 이익의 침해에 불과하더라도 당사자적격이 인정될

84) 천병태, '형성서설 (1)', pp.179~189.

수 있다’는 것인데, 이 판결에 의하면 기존의 ‘Tennessee Power rule’이 채택한 법적 권리구제설의 입장은 법원의 자기제한에 불과한 것이고 헌법상의 요청에 의한 것이 아니라는 해석이 가능했다⁸⁵⁾.

법적 권리구제설에서 법적 이익구제설로 연방대법원이 입장을 변경할 때에도, 당사자적격의 확대가 헌법 제3조 위반이 아닌지 여부가 문제된 바 있다. 의회가 법률로서 전통적인 소의 이익을 갖지 않은 자에 대하여 당사자적격을 인정하는 것이 헌법 제3조 제2항의 ‘Case and Controversy’ 조항 위반이라는 의견이었다.

예를 들어, Federal Communications Commission v. National Broadcasting Co., Inc (KOA), 319 U.S. 239 (1943)의 반대의견에서 더글라스(Douglas) 대법관은 다음과 같이 밝혔다⁸⁶⁾.

“우리가 만약 개인적으로 어떤 실제적인 권리를 갖지 않은 채 공익의 대표자인 자에 의해 청구되는 사법심사를 헌법적으로 허용하게 된다면, 우리는 그 자의 이익이 실제적이고 급박하게 문제된다는 것을 세심하게 검토해야 할 것이다. 그렇지 않다면 우리는 행정 절차가 사법 심사에 의해 가로막히는 것을 허용하게 될뿐더러, 사건 및 분쟁성에 대한 헌법적 요건을 위반하게 될 우려가 있다.”

이 문제에 대해서는 Associated Industries of New York, Inc v. Ickes

85) 천병태, ‘형성서설 (2)’, p.176.

86) But if we accept as constitutionally valid a system of judicial review invoked by a private person who has no individual substantive right to protect but who has standing only as a representative of the public interest, I then I think we must be exceedingly scrupulous to see to it that his interest in the matter is substantial and immediate. Otherwise we will not only permit the administrative process to be clogged by judicial review; we will most assuredly run afoul of the constitutional requirement of case or controversy.
Federal Communications Commission v. National Broadcasting Co., Inc (KOA), 319 U.S. 239 (1943)

134 F. 2d 694 (2nd Cir) 사건에서 프랭크(Frank) 판사가 ‘사적 법무부장관의 이론(Private Attorney General Doctrine)’를 통해 대응하였다.

행정위원회의 행정절차에 참가한 상공업자의 당사자적격이 문제된 이 사안에서 프랭크 판사는 ‘현실적으로 심사 가능한 쟁송이 존재하지 않는 한, 의회가 특정인에게 법률의 합헌성을 다툴 당사자적격을 부여하는 것은 헌법상 허용될 수 없다. 하지만 법무부장관과 같은 공무원에게 다른 공무원이 제정법상의 권한에 반하여 행동하는 것을 저지할 수 있는 적격을 헌법상 부여하는 것이 허용될 수는 있다. 의회는 특정 집단에게 공무원이 그 제정법상 권한에 반하여 행동하는 것을 저지하기 위해 쟁송을 제기할 수 있는 권한도 부여할 수 있다. 이런 경우 현실적인 쟁송이 존재하고, 의회가 이런 쟁송과 관련된 소송을 제기할 권한을 공인이나 사인을 불문하고 부여하는 것은 헌법상 금지되어 있지 않기 때문이다. 이와 같이 수권된 사람을 ‘사적 법무부장관’이라고 부를 수 있다.’고 판시하였다⁸⁷⁾.

이 판시내용은 ‘법적 보호이익설’을 당사자적격에 관한 기준으로 정착시켰고, 1946년 제정된 연방행정절차법(APA) 제10조 제a항은 Standing의 기준이 (i) 법적 권리구제설 (ii) 법적 이익보호설을 반영한 것임을 명확히 했다⁸⁸⁾.

87) 천병태, ‘미국연방최고법원의 판례를 통해 본 Standing 법리의 형성서설 (3)’(이하 ‘형성서설 (3)’, 법학연구 제25권 제1호 제32호 (1982), 부산대학교 법학연구소, p.106.

88) APA 제10조 제a항

(i) 행정관청의 행위에 의해 위법한 권리의 침해(legal wrong)를 받은 자

(ii) 관계법률의 의미에 있어서 ‘행정관청의 행위에 의하여 불이익 혹은 손해를 입은 자’(person adversely affected or aggrieved by such action)는 당 행정행위의 사법 심사를 청구할 수 있다.

3. 당사자적격 법리의 자유화

APA는 행정정책의 결정과정에 이해관계인의 참가를 널리 허용하고, 행정 절차를 엄격하게 정비하였다. 이에 따라 그동안 행정정책에의 참가 및 의견 개진이 제한되었던

‘공익의 대표들’에 의한 class action이 대거 제기되었고, 행정과 입법 작용에 대해 사법부가 적극적으로 판단하고 견제해야 한다는 사회적 요구가 급증했다.

불평등선거구재분할에 대해 사법재판의 적합성을 인정한 Baker v. Carr 369 U.S. 186 (1962) 판결, 납세자소송의 가능성을 인정한 Flast v. Cohen, 392 U.S. 83 (1968) 판결과 Data Processing 판결은 이와 같은 요구 아래 당사자적격의 자유화가 이뤄진 예이다.

Baker v. Carr 판결에서 법원은 유권자가 주 의회의 의원정수 불균형을 다룬 점에 대해 ‘정족수 불균형은 정치적 문제에 해당하지 않는다. 법원이 어려운 헌법 문제를 해결하기 위해서는 당사자가 필요한 쟁점을 예리하게 제시할 수 있어야 하고, 이는 당사자가 소송 결과에 대해 개인적 이해관계를 주장하여 대립성이 구체적으로 보장되는지에 따라 좌우된다. 여기에 당사자적격 이론의 핵심이 있다’고 판시하여 당사자적격에서 ‘개인적 이해관계’가 요구되는 것이 쟁점 제시를 위한 것이라고 판시하였다.

Flast v. Cohen 사건에서는 ‘개인적 이해관계’의 문제가 원고의 지위와 청구 내용 간에 논리적인 관련성(logical nexus)이 존재하는지 여부에 달려 있다고 본 다음, 교구 학교에 대한 보조금지급을 수정헌법 제1조의 국교수립조항위반이라고 다룬 납세자에게 당사자적격을 인정하였다⁸⁹⁾.

89) 1968년 이전까지 납세자소송의 흐름은 ‘주나 자치체의 납세자는 지출의 위헌성을 다룬 당사자적격을 갖지만, 연방의 납세자는 연방기금지출의 위헌성을 다룬 당사자적격이 없

위 두 판결은 ‘쟁송의 결과에 대한 개인적 이해관계의 존부’를 검토함으로써 법적 이익의 침해 유무를 문제삼지 않고 당사자적격을 인정했다는 점에서 대단히 기능적인 접근이었다. 제정법에 ‘person-aggrieved provision’이 없더라도 특정한 집단에 속하는 자의 이익을 보호하고자 하는 것이 입법의 취지라고 해석될 때에는 이런 자들에게 당사자적격을 인정할 수 있다는 측면에서 ‘암시된 법적 이익설(implied statutory-aid test)’을 취하여 당사자적격을 확대한 것으로 인정된다⁹⁰⁾.

그리고 Association of Data Processing Service Organization v. Camp, 397 U.S. 150 (1970) 사건에서 연방대법원은 당사자적격에 대해 다음과 같이 판시하였다.

“원고적격에 대한 일반론은 그 자체 무가치한 것이지만 하나의 일반론은 필요하고, ‘연방법원에 있어서 원고적격의 문제는 먼저 사법권을 사건 및 쟁송에 제한하고 있는 헌법 제3조의 테두리 안에서 고려되지 않으면 안 된다’는 일반론이 가능하다. 다툼의 대상이 되는 행정기관의 행위가 경제적 손해 또는 사실상의 손해를 자기에 대해 초래하고 있다고 원고가 주장하고 있는가가 첫째 문제이고, (...) 법적 이익의 판단은 본안 문제로서 원고 적격과는 다르다. 원고적격은 원고가 보호를 구하는 이익이 문제되는 법률 또는 헌법상의 보호에 의해 규제되는 이익영역 내에 있다는 논의가 성립해야 한

다고 이해되었다. 주나 자치체에 대해서 납세자가 갖는 이익은 직접적(direct and immediate)이었지만 연방정부에 대해서는 납세자가 갖는 관련성이 불충분하기 때문’이었다. ‘모든 사람이 일반적으로 공유하는 고충’만으로는 당사자적격이 인정될 수 없다는 법리도 이러한 판시태도와 관련이 있었다. Flast v. Cohen 판례는 연방납세자에게도 개인적 이해관계가 있으므로 당사자적격을 인정할 수 있다고 보았다. 세금의 지출에 대한 다툼이 수정헌법 제1조가 규정하는 ‘특별한 헌법상의 제한’을 근거로 할 때, 연방 납세자는 헌법 제3조의 ‘Case and Controversy’ 요건을 충족시킴에 필요한 개인적 이해를 가진다고 보아, ‘법적 이익의 침해 유무’에 관한 점을 판단하지 않았다. 천병태, ‘미국연방최고법원의 판례를 통해 본 Standing 법리의 형성서설 (4)’, 법학연구 제26권 제2호 제34호, 부산대학교 법학연구소 (1983), pp. 197~198.

90) 천병태, ‘형성서설 (3)’, pp.117~118.

다는 것이다. (...) 원고적격의 문제는 헌법 제3조상과 별개로 사법 자제의 원리를 내포하고 있다. 의회는 헌법 제3조상의 요건이 요구하는 점 이외의 것에 대해서는 이 문제를 해결할 수 있다.”

위 판시 내용에 따르면 당사자적격의 검증은 2단계로 이뤄진다. 첫 단계는 헌법 제3조의 ‘case and controversy’에 근거하는 것인데, 이 단계의 당사자적격 요건은 당사자에게 ‘사실상의 손해(injury in fact)’가 있으면 충족된다. ‘사실상의 손해’는 ‘법원이 인식할 수 있는 이익에 대하여, 위법이라고 주장되는 행위와 인과관계가 있는 명확한 손해(distinct and palpable injury)’여야 한다. ‘인식할 수 있는 이익’의 범위는 경제적, 환경적, 미적 가치에 대한 ‘극히 협소한 손해(trifling injury)’라도 인식될 수만 있으면 가능하다고 보아 적극적으로 인정되었다⁹¹⁾.

‘인과관계’ 역시 상당히 유연하게 판단되는데, 일례로 Duke Power Company v. Carolina Environmental Study Group Inc. 438 U.S. 59 (1978) 사건에서 법원은 이른바 ‘But ... for test’를 채용하였다. 원자력발전소가 호수 이용을 함에 따라 환경오염의 손해가 발생했는데, 원자력발전소 활동의 근거법률이 되는 Price Anderson 법률의 손해배상 상한액 규정을 (위 법률이 위험 선언을 당한다고 하여 발전소의 활동이 포기되었으리라는 가능성이 희박한 하에서) 다투는 원고들의 당사자적격이 인정된다고 보았다⁹²⁾. 이후 연방대법원은 헌법 제3조상의 당사자적격 요건으로 손해의 회복 가능성(redressability)를 추가하였다.

두 번째 단계의 요건은 사법 자제에 의한 것으로서 원고가 소송을 통해 보호하려는 이익이 법률 또는 헌법에 의해 보호되고 규제되는 이익영역

91) 천병태, ‘미국연방최고법원의 판례를 통해 본 Standing 법리의 형성서설 (6)’, 법학연구 제29권 통권 제37호, 부산대학교 법학연구소 (1987), pp.119~120.

92) 천병태, ‘형성서설 (4)’ pp. 199~200.

(zone of interest) 안에 있으면 된다는 것이다. 연방대법원은 이익영역의 요건을 판단할 때 “원고가 주장하는 이익이 당해 법률의 목시적 목적과 지나치게 무관하거나 상충해서 의회가 소송을 허용했다고 도저히 생각할 수 없는 경우가 아니라면” 이익영역의 요건이 충족된다고 해석하였다⁹³⁾, 연방대법원은 ‘일반적 고충(general grievance)’에 근거한 청구가 인정되어서는 안 된다는 요건도 새로 추가하였는데, 이 요건은 헌법상의 요건으로 파악되기도, 엄격 당사자적격 요건으로 파악되기도 한다.

연방대법원은 구체적인 사안의 성질에 따라 당사자적격을 엄격하게 판단하기도, 유연하게 판단하기도 하였다. 예를 들어 형사 불소추에 대한 다툼이나 타인의 납세의무에 대한 규제의 합헌성이 다뤄질 때 연방대법원은 인과관계 요건을 엄격하게 다뤘지만, 환경문제가 쟁점인 경우에는 인과관계를 엄격하게 인정하지 않았다. 인과관계 요건을 통해 법원은 권력분립 체계 내에서 스스로의 역할을 고려하고 쟁점에 대한 제 사정을 고려하여 소극적인 판단 및 적극적인 판단을 유연하게 내리는 것이다⁹⁴⁾.

(4) Windsor 판결의 당사자적격 요건

위에서 살펴 본 당사자적격의 법리는 Windsor 판결의 판시내용과 함께 다음과 같이 정리할 수 있다.

헌법상의 당사자적격 요건은 (i) 원고가 사실상의 손해를 입었고, (ii) 소송에서 문제되는 행동과 손해 간의 인과관계가 있어야 하며⁹⁵⁾ (iii) 손해는 개

93) 조흥식, *op. cit.*, p.465.

94) 천병태, ‘형성서설 (6)’, pp.122~123.

95) There must be a causal connection between the injury and the conduct complained of, so that the injury is fairly traceable to the challenged action of

연적으로 ‘판결에 의해 회복 가능할’ 것을 요건으로 한다.⁹⁶⁾ ‘사실상의 손해’는 (a) 법적으로 보호되는 이익에 대한 (b) 구체적이고 개별적인 침해로서 (c) 추측이나 가정에 의한 것이 아니라 ‘실제 발생한 혹은 발생할 것이 임박한’ 손해여야 하는데, 그 손해의 종류나 인과관계는 넓고 유연하게 판단된다.

엄격 당사자적격은 ‘상소에 관한 연방법원의 관행적 규범’으로서 ‘다른 정부 기관이 해당 문제를 해결하는 데에 더 적합하거나 개별적 권리 보호를 위해 사법부의 개입이 불필요한 경우, 법원이 광범위한 공적 중요성을 갖는 추상적 문제에 대해 판단하지 않을 수 있도록’ 마련된 법리이다⁹⁷⁾. (i) 원고가 주장하는 손해가 모든 혹은 대부분의 시민이 같은 비율로 공유하는 일반적 고충(general grievance)에 그쳐서는 안 되고, (ii) 원고는 제3자가 아닌 바로 자기의 법적 권리 또는 이익을 주장해야 하며, (iii) 원고의 주장은 관련 법규에 의하여 보호·규제되는 이익영역(zone of interest) 내로 포함될 수 있어야 한다⁹⁸⁾.

다수 의견과 같은 이유로, 혹은 앞서 본 Interstate 판결에서와 같은 이유로 미국 정부와 원고 간의 분쟁이 존재한다고 전제하면, 미국정부가 원심에

the defendant and not the result of the independent action of some third party who is not before the court.

Massachusetts v. Environmental Protection Agency, 549 U.S. 497 (2007)

96) Lujan v. Defenders of Wildlife, 504 U. S. 555, pp.559~562에서 재인용, Windsor, op. cit.,, p. 9.

97) 조홍식, op. cit., p.463.

98) ‘제3자의 권리주장 금지’에는 일정한 예외가 있는데, 만약 제3자가 손해를 받은 직접 당사자와 상호 교환 가능한 경제적 이익을 공유하고 있을 때, 혹은 특정 법률에 의해 보호받지 못하는 자가 이 법률이 다른 자에 대해 미치는 싹쓸이 영향(oversweeping)에 문제를 제기할 때, 피해를 받는 직접 당사자가 미성년자이거나 정신지체, 계약능력이 없는자인 경우 제3자에게 당사자적격이 인정될 수 있다. 일례로 Vermont Agency of Natural Resources v. United States ex rel. Stevens, 529 U.S. 765 (2000) 사건에서는 연방 대법원이 미국 정부를 대신하여 소를 제기한 사인들에 대해 False Claims Act에 근거하여 당사자적격을 인정한 바가 있다.

서 경제적으로 불이익한 내용을 포함한 판결을 받은 점(Windsor가 납부한 세액에 대한 환급 책임), 그리고 이 내용이 법적으로 보호되는 경제적 이익에 대한 구체적이고 개별적인 침해로서 실제 발생한 손해라는 점과, 이 판결의 내용이 DOMA 제3조의 위헌 선언에 의해 발생하였기 때문에 인과관계가 있다는 점, 그리고 만약 DOMA 제3조에 대한 위헌 선언이 다시 파기될 경우 이 손해가 구제 가능하다는 점이 인정되어 당사자적격을 인정할 수 있다. 물론 여기서 행정부가 구하는 것은 ‘원심 판결의 인용’이므로 대법원이 행정부의 상고를 받아들일 때 ‘손해가 회복되지 않을 것’이라는 점을 지적할 수도 있으나,

BLAG의 참가에 따라 실질적인 공방이 보장되어 연방대법원이 본안 판단에 나아갔는데 만약 원심이 파기되었다면 미국 정부가 경제적 손해를 구제받았으리라는 점에서 당사자적격이 인정될 수 있다.

BLAG의 당사자적격에 대해서는, 원심 판결에 의해 국회의 입법에 관한 권한이 침해되었고 원심 판결이 파기될 경우 그 권한 침해가 보전될 수 있다는 점에서 헌법상 당사자적격이 충족되었다고 볼 수 있다. 다만 알리토와 스칼리아의 의견대립이 있는 부분은 사법부가 BLAG을 하나의 당사자로 보아 우월적 지위에서 입법의 유효성을 심사할 때에 권력분립에 관한 문제가 발생하고, 이 문제가 당사자적격의 본질을 침해하는지에 관해서이다. 이 문제에 관해서는 당사자적격의 존재이유와, 당사자적격 이론과 분쟁성 요건의 체계상 관계에 대해 살펴보아야 할 것이다.

(5) 당사자 적격의 존재이유

당사자적격의 존재 이유에 관해서는 두 가지의 이론을 제시할 수 있다. 하나는 소송의 대립당사자 구조에서, 다른 하나는 권력분립의 원리에서 그 근거를 구하고 있다.

첫 번째로 대립성설 (adverseness rationale)은 원고적격이 취소소송에서 당해 처분을 다룰 가장 적합한 지위에 있는 자를 선정하기 위한 제도적 장치이기 때문에, ‘이해관계의 대립성(adverseness)’을 원고 적격 선발의 기준으로 보는 견해이다. 입법부처럼 대표성을 띠고 문제를 주도적으로 해결할 수 없으며, 행정부처럼 전문적으로 정보를 수집하고 판단할 수 있는 인력이 없는 사법부가 중립적으로 법을 적용하기 위해서는 쟁점에 대하여 가장 첨예한 이해관계를 가진 사람을 선발하는 것이 가장 적절하다는 것이다⁹⁹⁾.

하지만 이 견해에 대해서는 사실확정과 사건 해결의 미시적 관점에서는 타당성이 있으나, ‘대립성’만을 기준으로 원고적격을 인정할 경우 삼권 분립 원리와의 관계에서 심각한 문제를 제기할 수 있어서 문제라는 비판이 존재한다¹⁰⁰⁾.

두 번째로 권력분립설(seperation of power rationale)은 당사자적격을 ‘민주적인 사회에서 법원의 역할을 적절하게’ 유지되도록 하는 데 필수적인 장치, 즉 ‘헌법상 천명된 삼권분립의 원리를 실천하기 위한 법기제’로 보는 입장이다. 1920년대 및 1930년대에, 민주적으로 확정된 정책 결정을 번복하려는 의도가 명백한, ‘세금납입자의 자격에서 프로그램적 헌법조문을 근거로’ 정책결정을 뒤집으려고 한 사건(Massachussetts. v. Mellon, 262

99) Ibid., pp.443~444.

100) Ibid., p.445.

U.S. 447(1923))에 대해 당사자적격을 부인하기 위한 근거로 처음 제시된 것으로 평가된다¹⁰¹⁾.

스칼리아는 자신의 논문 *The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers*에서 당사자적격이론은 ‘권력분립 이론의 본질적이고도 분리할 수 없는 요소’로서, 정치적 사건의 소송화를 적절히 통제하지 아니하면 사법권의 과도한 행사(an overjudicialization of the processes of self-governance)와 비민주적 조직인 사법부를 통한 소수의 지배를 가져올 우려가 있다는 점에서, 원고적격이 인정되기 위해서는 원고 개인만이 개별·구체적으로 입고 있는 성질의 피해가 인정되어야 한다고 보았다. 헌법 제3조에 따라 사법권은 사건과 분쟁에만 미치는데, 개인적인 이해관계를 갖는 대립 당사자가 존재하지 않는 경우 사건 또는 분쟁이 존재할 수 없기 때문에, 개인적 이해관계를 갖는 대립 당사자가 존재하지 않는 경우에 사법권의 행사가 문제될 수 없다는 것이다. 법원이 당사자적격을 정함에 따라 입법부와 행정부의 권한 행사에 개입하는 범위를 조절할 수 있기 때문에, 당사자적격은 권력분립과 분리될 수 없다고 스칼리아는 본다¹⁰²⁾.

당사자적격은 사법부의 역할을 제한하기 위한 하나의 수단으로서, 법원의 역할을 “다수의 횡포로부터 개인과 소수를 보호하는 비민주주의적 역할에 한정”시키며, “입법부와 행정부가 다수의 이익을 위해 어떻게 기능해야 할지를 감히 처방하지 못하도록¹⁰³⁾”하는 것이다¹⁰⁴⁾.

101) Ibid., p.445~446.

102) Ibid., p.450.

103) Ibid., p.446.

104) 권력 분립 체제에 대한 스칼리아의 특징적인 견해는 *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654 (1988) 사건에서도 엿볼 수 있다. 이 사건은 Independent Counsel Act(특별검사제에 관한 법률)에 대해 연방대법원에서 7-1의 의견으로 합헌 판결을 내린 사건이었는데, 스칼리아는 홀로 반대 의견을 내면서 특별검사제가 (1) 헌법상 형사소추에 관한 권한은 ‘순수하게 행정권’에 속하는 것인데, (2) 이 법에 의해 대통령의 행정권에 대한 배타적

스칼리아의 당사자적격 이론에 의하면, 특정한 자가 어떤 법률의 ‘요구나 금지의 수범자(object of a law’s requirement or prohibition)’라면 소수자이므로 당사자적격을 갖지만, 만약 수익자(beneficiary)라면 행정기관에 불법하게 다른 자에게 요구나 금지를 명하지 않은 사실에 항의하는 것이므로 그는 자신이 다른 사람보다 피해를 입고 있음을 보여주지 못하는 한 당사자적격을 인정받을 수 없다. 이와 같은 다수자는 자신의 요구를 관철시키기 위해 사법부에 호소하는 것이 아니라 정치과정에서의 토론을 통해 다른 구성원을 설득시켜야 한다는 것이 스칼리아의 주장이다.

이 주장에 대해서는, “민주과정이 소수에 의해 조작 및 조정될 때, 즉 민주과정이 실패할 때 법원 이외에 어디에 호소해야 하는지”가 불분명하다는 비판이 제기된다. 정치과정에 의해 제대로 해결되지 않는 추상적 의제에 대해서 사법부가 판결을 회피할 때, 민주주의적 실패를 제어할 수 있는 방법이 없기 때문이다¹⁰⁵⁾.

지배권이 침해되었다고 논하였다.

이 사건에서 하원은 환경보호국(EPA)에 대하여 EPA와 법무부가 Superfund 법안을 집행하기 위해 기울인 노력에 대한 입증 자료를 내도록 요구하였고, 레이건(Reagan) 대통령은 당시 법무부 보좌관이던 테오도어 올슨(Theodore Olson)에 대해서 EPA가 소지하고 있는 문서에 대해서 ‘민감한 정보’를 가지고 있기 때문에 문서 제출을 거부하도록 지시하였다. 이에 의회의 사법위원회는 법무부장관에 대해서 특별검사로 하여금 올슨에 대한 사건 수사를 진행시키도록 할 예정이라고 주장하였다. 이에 올슨은 특별검사로 지정된 알렉시아 모리슨(Alexia Morrison)에 대해 소를 제기하면서 특별검사가 미국 대통령 아래 행정부의 집행권을 침해했으며 ‘네 번째 권력’을 창설하였다고 주장했으며, 모리슨은 이에 대해서 특별검사제도가 행정부의 권력 남용을 방지하기 위해 필요한 제도라고 주장하였다. 다수 의견은 특별검사제도가 ‘제4의 권력’을 창설하는 제도가 아니므로 권력 분립의 원리를 위반하는 것이 아니며, 특별검사는 여전히 행정부 소속으로서 사법부나 의회의 지배하에 있지 않다고 판시하였다. Morrison v. Olson, 487 U.S. 654 (1988)

스칼리아가 특별검사제에 대해서 위헌이라고 판단한 것도, 헌법적으로 형사소추가 행정부의 배타적 권한에 있는 사안임에도 불구하고 의회가 입법을 통하여 이와 같은 권한에 제한을 가하고 민주적 정당성을 갖지 않은 특별검사에게 강한 권한을 준다는 점에 대한 강한 반감에 기인한 것으로 보인다. 스칼리아는 이 사건에서 홀로 33쪽에 걸친 반대 의견을 냈고, New York Magazine에서 2013년에 했던 인터뷰에 의하면 자신에게 가장 고통스러웠던(wrenching) 판결은 Morrison v. Olson 판결이었다고 회고했다. (<http://nymag.com/news/features/antonin-scalia-2013-10/index5.html>)

105) 물론 스칼리아는 이에 대해서도 확고하게 ‘그럼에도 불구하고 의회와 정부 간의 알력 싸움으로 이러한 문제들이 해결되어야 하며 여기에 사법부가 개입한다고 하여 문제의 해

당사자적격의 근본적인 존재이유가 권력분립에 의해 법원의 역할을 제한하기 위한 적극적인 목적을 가지고 있는 것이라면, 권력분립상의 고려에 따라 BLAG에게 당사자적격을 부인해야 한다는 스칼리아의 주장은 옳다. 하지만 당사자적격 이론이 ‘사법부의 역할 제한’이라는 목적을 위해 존재한다는 것은 위에서 본 바와 같이 연방대법원이 당사자적격을 필요에 따라 점차 확장해 왔다는 점과, 권력분립이 그저 ‘각 부의 권한을 침해하면 안 된다’는 원칙만으로 이해될 수 없다는 점을 고려할 때, 스칼리아의 이론을 유일한 잣대로 적용하기는 쉽지 않다. 이하에서는 권력분립의 양상 변화와, 그 속에서 연방대법원이 취해 온 역할에 대해 검토해 보기로 한다.

(6) 권력분립의 양상 변화와 연방대법원의 역할

가. 목적지향적 권력분립

초기 민주주의에서는 의회가 제정한 법률이 주권의사의 표현이고, 행정부는 이를 집행하는 것으로 해석되었다. 전통적 행정법 모델 하에서 미국 행정법의 목표는 법률에 의하지 않고는 사인의 자유와 재산에 대한 공권력의 침해를 방지함으로써 정부와 사인 간의 상반된 주장을 조화시키는 데에 한정되었다. 그런데 행정부가 국민의 복리 실현을 위해 더 큰 재량권을 갖게 되고 비대화되었다. 산업화 진행에 따라 정부가 대응해야 할 것들이 많아졌는데 제정법이 구체적인 사안에 대해 전부 대응할 수 없게 되자, 국회는 행정위원회들에 사법 및 입법 기능을 대거 위임하였다¹⁰⁶⁾. 행정부의 역할이

결이 더 나아질 것이라는 보장은 없다.’고 주장한다. 조홍식, *op. cit.*, pp.445~450.
106) 뉴딜 정부 하의 의회는 극히 일반적인 법으로 포괄적인 권한들을 새로운 행정기관에 위임하게 됨에 따라 행정위원회들이 준사법적, 준입법적 역할까지 맡게 되었다.

이렇게 비대화된 것에 대해, 행정기관은 ‘관리자’ 혹은 ‘계획자’의 역할을 담당하며, 행정청이 전문성을 갖기 때문에 넓은 행정재량이 정당화될 수 있다는 이론적인 설명도 등장하였다¹⁰⁷⁾.

행정절차법에 의해 행정재량권의 통제가 시도¹⁰⁸⁾되었지만, 산업화가 급박하게 진행되었고 행정기관의 정책에 의해 문제가 되는 이익에 전통적인 ‘자유’나 ‘재산권’으로 포섭되지 않는 것(예컨대 복지혜택의 수혜나 입찰참가권, 교도소 수용에 의해 입는 사실상의 이익침해 등)들이 포함됨에 따라, 새로운 이익침해에 대응하기 위한 ‘전통적 모델’의 확장이 필요하게 되었다.

정책형성에 따라 문제가 되는 새로운 이익들을 조정하는 역할은 행정기관에 주어지는데, 전통적 모델 하의 행정법은 행정기관이 관련 기업이나 규제 기업의 이익과 같은 조직화된 이익에는 특혜를 주는 반면 조직화되지 않은 소비자, 환경보호단체, 빈민들의 이익을 희생시킨다는 ‘행정정책에서의 조직적 편견(systematic bias in agency policy)’에 대한 비판에 무력했다.

이와 같은 상황에서 ‘행정재량을 효과적이고 합리적으로 통제’하는 것이 미국 행정법의 새로운 중요한 과제로 떠오르게 되었고, 전통적인 행정법 모델이 수정되었다. 위에서 본 당사자적격의 확장은 이와 같은 맥락 속에 위치해 있다¹⁰⁹⁾.

행정국가화 현상은 전통적인 권력분립 이론에 대해서도 도전을 제기하였다. 피터 맥쿠첸(Peter B. McCutchen)은 “행정국가화 현상이 지금까지의

107) 천병태, 형성서설 (6), pp.112~114.

108) 법원은 행정기관의 사실인정의 기초가 된 증거의 실질성을 세밀하게 검토하고 절차의 보장을 엄격하게 감독하고자 하였으며, 행정기관에 행정결정에 대한 이유의 설명을 요구 하였으며, 개인의 기본권이 위협받을 경우 행정기관으로 하여금 입법취지의 분명한 해명이 요구되었다. 천병태, ‘형성서설 (6)’, p.114.

109) 이광윤, ‘Chadha 사건의 재조명을 통해서 본 미국의 권력분립이론 비판’, 미국헌법연구 제14호, 미국헌법학회(2003), p.145.

권력분립에 대한 접근으로는 온전히 설명하거나 정당화될 수가 없음에도 연방대법원이 뉴딜 이후의 행정국가를 위헌이라고 선언한 적이 없는 것은, 이미 행정국가화가 제도화되어 헌법상의 새로운 균형 상태를 가져왔기 때문”이라고 주장하였다. 또한 Peter L. Strauss는 ‘3권 분립의 원칙’은 의회와 행정부 및 법원 간의 관계에만 적용되는 것으로서 새로 등장한 행정위원회를 직접 규율하는 데 사용될 수 없다며 ‘권력분립이론의 포기’를 주장하였다¹¹⁰⁾. 요컨대, 각 부의 권한이 엄격하게 구분되어 있고 형식적으로 구분될 수 있다는 형식적 권력분립의 원리가 오늘날 그대로 적용될 수는 없다.

오늘날 대부분의 입법은 행정부의 발의에 따라 의회의 형식적인 심사를 거쳐 입법되는 경우가 많아졌고, 법원도 복잡한 사건에서 재판권을 행사하여 사실상 입법권을 행사하는 경우가 많아졌다. 법원은 위헌법률심사와 같은 소극적인 방식으로 입법권을 행사하기도 하고, 입법의 공백을 새로운 법리에 의해 보충하는 적극적인 방식으로 입법권을 행사하기도 한다. 의회가 민감한 정치적 현안에 대해 결정을 꺼리는 등의 이유로 충분히 입법을 하지 않을 경우, 법원이 적극적인 법해석을 통해 실질적인 입법 기능을 수행하는 것이다. 법원이 이렇게 입법 활동을 수행할 수 있는 여지는 행정부와 의회의 정치적 구성에 따라 달라지기도 한다. 루즈벨트 행정부는 뉴딜 정책의 실행을 위해 의회의 입법을 통해 판사를 증원하고 사법부의 구성을 바꾸어 (court-packing) 뉴딜 정책을 실행했으며, 이후 정권이 바뀔 때에 사법부의 구성원 변화가 빈번하게 시도되었다. 이와 같이 법원이 정치적 영역에 속하는 사안에 대해 정책적 결정을 하게 되고, 법원의 결정이 정치적 영역의 반향을 불러일으켜 권력 기관이 서로 영향을 주고받는 것은 권력분

110) 이광윤, *op. cit.*, pp.134~138.

립의 원리가 새로운 국면으로 실현되고 있음을 보여 준다¹¹¹⁾. 오히려 정치 권력과 사법판단이 서로 견제하면서도 상호작용을 하며, 사법부는 정치적으로 수용될 수 있는 범위 내에서 재량권을 행사하여 판단을 하고, 정치권력이 제도적 틀 내에서 사법부의 판단에 선호를 반영하려 하거나 그 판단에 사후적으로 반응한다는 점에서, 권력분립을 목적 지향적이고 유동적인 기능 분리의 차원으로 이해해야 할 필요성이 더 크다¹¹²⁾.

나. 연방대법원의 역할

스칼리아는 ‘법원의 역할은 당사자가 분쟁이 생겨서 이의 해결을 법원에 구할 때, 교통사고와도 같이 찾아온 사건에 대해 우연하게 판단을 맡게 되’며 ‘구체적 분쟁 해결에 필요한 선에서 법이 무엇인지 선언할 권한을 맡을 뿐’이라 주장했다¹¹³⁾.

하지만 적은 수의 기본권 목록을 가지고 있으며 헌법에 구체적으로 규정되지 않은 기본권의 내용을 연방대법원이 확인하고 선언해 온 역사와, 개별 사건의 정당성 보장 못지않게 ‘법과 판례의 통일’을 상고제도의 중요한 목

111) 허성욱, ‘정치와 법’, 서울대학교 법학 제46권 제2호 (2005), pp. 350~356 참조.

112) 판사들의 법률해석에 대해서 실증적 정치분석이론을 적용한다면, 법원은 법원의 판단이 ‘정치적으로 생존 가능한지’ 여부를 고려하여 판단을 내린다. 양원제 의회 체제에서 중도적인 의견을 가진 의원들의 입장이 있다면, 법원은 양원의 중도적인 입장이 수용할 수 있는 스펙트럼 안에서 정치적으로 생존 가능한 판결을 내릴 수 있다는 것이다. 만약 이런 스펙트럼 밖에서 법원이 판결을 내린다면, 의회는 새로운 입법을 하거나 법원의 인적 구성을 바꾸는 것과 같은 반응을 보일 것이다.

한편 과거의 의회의 의사와 현재의 의회의 의사가 다를 때 판사들은 자신의 법률해석이 현재 시점에서 생존가능성을 살피게 될 것이기 때문에 현재의 의회의 선호에 더 큰 비중을 두고 판단할 것이며, 현재의 법률을 제정한 과거 의회의 의사는 현재의 의회에 유지되고 있을 때에만 의미가 있을 것이다. 과거의 의회와 현재의 의회는 구성원의 변화와 선호의 변화에 따라 그 의사에 차이가 있을 수 있는데, 법원은 양자의 의사를 조화롭게 반영하여 법률해석을 해야 하고 그 과정에서 법원의 법률해석작용은 필연적으로 정치적 성격 가질 수밖에 없다.

허성욱, *op. cit.*, pp.360~373 참조.

113) Windsor., *op. cit.*, SCALIA., *op. cit.*, pp.2~4.

적으로 두고 상고허가제를 운용해 온 연방대법원의 실무를 생각해 보면 연방대법원의 역할의 한계를 스칼리아의 주장대로 제한하는 것이 적절한지 의문이 든다.

연방대법원에는 한 해 평균적으로 7000여 건의 사건이 접수되고 있으며 이 중 심리를 거쳐 선고되는 사건은 약 80~90건이다. 연방대법원은 자신의 관할에 속하는 사건들 중 어느 것을 심판할 것인지에 대해 광범위한 재량권을 갖는다¹¹⁴⁾, 이는 연방대법원규칙(Supreme Court's Rule) 제10조에 의해 재량에 따라 허가될 수 있는 사건이송명령(certiorari) 사건이 상고사건의 대부분이기 때문이다¹¹⁵⁾

연방대법원은 연방법 체계의 통일성¹¹⁶⁾과 사건이 가진 정치적·법적 중요성, 그리고 판결 이후 예상되는 국민적 여론을 고려하여 상고를 허가한다고 이해된다. 대법관 개인의 헌법관이 상고허가에 영향을 미친다는 의견도 존재하지만, 이것이 대법관 개인의 이념적 성향에 따라 판결의 내용이 바뀐다

114) 연방대법원은 대사와 그 밖의 외교사절 및 영사에 관계되는 사건과 주가 당사자인 사건에 대해 1심 관할권을 갖고, 연방 하급법원이나 주 법원에서 올라오는 사건들에 대해 연방대법원은 상소심 관할권을 가진다. 상소(appeal)의 경우 일정한 법적 요건이 충족되면 반드시 인정해야 함에 반해 사건이송명령(certiorari)은 연방대법원의 재량 사항으로 사건 심리 여부를 연방대법원이 자율적으로 정한다. 20세기 후반 들어 상소보다는 사건이송명령의 상고가 현저하게 증가하였다.

상소에 의해 상고되는 사건 중 대다수가 법적 쟁점이 없는 것으로 밝혀짐에 따라 연방대법원이 의무적으로 심리해야 하는 상소에 의한 상고 사건을 축소하고자 정치권에 로비 활동을 전개하였고, 의회가 1925년 Judiciary Act(법원조직법)을 개정하여 상소할 수 있는 범위를 크게 축소하였고 1988년 이를 한 번 더 크게 축소시켜, 연방대법원에 직접 상소할 수 있는 경우는 연방지방법원의 3인 판사가 심리, 판결을 내린 사건으로 제한되고 있으며(28 U.S.C. §1253) 단독판사 관할을 원칙으로 하는 연방지방법원에서, 3인의 판사가 사건을 심리하는 경우는 연방의회가 제정하는 법률에 특정한 규정이 있는 경우와 연방의회 의원 선거구 확정, 주의회 의원 선거구 확정에 대해 위헌 소송이 제기된 경우로 제한되게 되었다(28 U.S.C. §2284(a)). 강승식, op. cit., pp.33~36.

115) Ibid., pp.34~38.

116) 연방대법원규칙 제10조에 의하면 ① 연방 문제에 관한 중요한 사건으로서 연방대법원이 그 때까지 판결하지 않은 사건 ② 연방법해석에 대하여 하급심 간의 의견이 상반되는 사건 ③ 하급심 판결이 이전의 연방대법원 판결과 상반되는 사건 ④ 하급법원이 일반적으로 승인된 사법절차를 무시하고 판결한 사건 등에 해당할 경우 연방대법원에 의해 받아들여질 가능성이 높아진다.

는 것은 아니다. 선례와 법률에 근거하고 헌법 기관 사이에서 법원이 자리 잡은 제도적 입장을 고려하여 상고허가 및 사건에 대한 판단이 내려진다고 이해된다¹¹⁷⁾.

위와 같은 상고제도의 실무를 고려할 때 연방대법원의 존재목적이 ‘구체적 분쟁의 해결’ 이상의 ‘법체계의 통일성 보장’에도 존재한다는 점을 부인하기는 어렵다. 대법원 판결에 부여된 구속력과 그로 인해 주어진 넓은 재량권과 권한을 고려하면 연방대법원의 역할을 ‘구체적 사안의 분쟁해결’에만 한정지을 수는 없다¹¹⁸⁾.

다. BLAG의 당사자적격 판단

위와 같은 점들을 고려할 때, 당사자적격의 주된 존재이유가 엄격한 권력 분립의 원리와 사법부의 타 기관에 대한 개입 자제를 위해서만 존재한다고 보기에 어렵다. 사법부는 입법부와 행정부와 상호작용하는 가운데 정치적인 내용을 담은 정책적인 결정을 할 수도 있고, 행정부의 기능이 커지고 새로운 문제들이 발생함에 따라 그 판단 권한을 확장하기도 한다. 당사자적격이 인정되는 예들이 유연하게 확장된 것도 사법부가 사회적인 필요에 따라 그 판단 권한을 확장하게 된 맥락 속에서 존재한다. 권력분립 원리가 당사자적격이 무분별하게 확장되지 않게 그 범위를 적절히 제한하는 하나의 중요한 고려 요소임은 분명하지만, 그것이 당사자적격의 유일한 존재 이유라고 보기는 어려운 것이다. 따라서, 권력 분립의 원리에 따라 당사자적격을

117) 강승식, *op. cit.*, pp. 40~43, 51~52.

118) 정선주, 2014. 9. ‘바람직한 상고제도 개선방안’ (2014. 9.) 대법원 공청회 자료, pp. 4~6.

부인하게 되는 예가 있다면 이것은 헌법 제3조상의 당사자적격 요건이 아니라 엄격 당사자적 요건의 하나로 파악되어야 할 것이다. BLAG가 앞에서 본 바와 같이 헌법적 당사자적격 요건을 갖추고 있다면 원칙적으로 당사자적격을 갖추고 있다고 볼 수 있을 것이나, 사법 자제의 차원에서 그 당사자적격을 인정하는 것이 옳은지가 문제될 수는 있다.

다수 의견이 유사 당사자들의 권리침해와 소송 비용 및 사회적 해악 등의 정책적인 요소들을 열거한 다음 그와 같은 이유들을 기초로 본안 판단에 나아간 것은 그와 같은 측면에서 이해할 수 있다. BLAG나 정부가 헌법상의 당사자적격 요건을 충족하고 있다고 하더라도 권력분립의 차원에서 연방대법원이 본안 판단에 나아가는 것이 옳은지 의문을 제기할 수 있다. 하지만 이는 당사자적격의 헌법적 조건의 문제가 아니라 사법부가 사법 자제를 해야 할지에 관한 문제이기 때문에, 연방대법원은 정책적인 요소들과 권력 분립의 필요성을 형량한 다음 판단에 나아갈 수 있다. 이 사건이 성소수자들의 기본권 인정에 관한 중요한 정책적 의제를 담고 있으며, 기본권 침해에 대한 구제의 필요성이 심각하게 인정된다는 점을 고려하였을 때, 다수 의견이 적극적으로 본안 판단에 나아가기로 한 점은 정당화될 수 있다.

(7) 소결

스칼리아의 주장대로였다면 이 사건에는 분쟁이 존재하지 않고, 행정부 및 BLAG 중 누구에게도 당사자적격이 없기 때문에 이 사건은 각하되었어야 한다. 원저와 비슷한 처지의 동성 커플들은 지방법원에 소송을 제기하여 분쟁의 해결을 직접 피해야 할 것이고, 성소수자들의 혼인에 관한 권리는 행정부와 의회 간의 정치적 상호 작용에 따라 구체화되었어야 할 것이다.

민주적 정당성을 갖춘 기관들이 국민의 권리 및 의무에 관한 제반 사항을 궁극적으로 결정해야 한다는 측면에서, 정치 과정을 통해 이와 같은 문제들이 해결되었어야 한다는 스칼리아의 주장은 설득력이 있다.

하지만 연방대법원이 이 사건을 각하했어야 한다고 볼 수는 없다. 우선 이 사건은 특정한 소송 요건이 명백하게 흠결된 사안이 아니다. 행정부가 ‘법안을 변호하지는 않되 원심의 집행을 거부하고 있으므로’ 협의의 소익(Mootness)의 법리에 따라 사안을 각하할 수는 없고, 원고 및 행정부 모두 각자의 권리를 주장하고 있고 소송에 직접적인 경제적 이익이 관련되어 있기 때문에 당사자적격을 쉽게 부정할 수도 없다. 스칼리아가 행정부에 대해 의회와의 직접적인 대결을 피하고 연방대법원을 통해 정치적인 사안을 손쉽게 해결하기 위해 정치적인 꼼수를 썼다고 비판할 정도로, 이 사건의 소송요건에 관한 문제는 명백히 해결될 수 있는 문제가 아니라 미묘한 가치 판단의 영역 안에 있다.

공법 소송에서 미국 정부가 당사자인 사건에 대해 분쟁성을 넓게 인정할 수 있다는 점과, 헌법상의 당사자적격 요건을 충족하는 한 미국 정부나 BLAG의 당사자적격을 인정할 수 있다는 점을 고려하면, 다수 의견의 본안 전 판단이 그 동안 연방대법원이 분쟁성과 당사자적격에 관하여 귀납적으로 구성해 온 넓은 재량의 범위를 현저히 일탈한다고 볼 수도 없다.

사법부가 권력분립상의 고려에 따라 타 기관을 존중하고, 권한을 남용하여 정치적인 문제에 선불리 개입하지 않도록 자제하는 것은 중요하다. 하지만 소송요건에 대한 이론들이 구성될 때 권력분립의 원리는 이미 하나의 중요한 원칙으로서 작용하여 왔고, 이를 유일무이의 원칙이나 존재 근거로 판단하기에는 무리가 있다. 그리고 권력분립의 원리를 권리보호 및 법질서 수호를 위한 사법부의 역할과 형량이 가능한 원리로 파악할 때, 본안 판단에 나

아가기로 한 다수 의견의 결정은 충분히 납득할 수 있다.

스칼리아는 다수 의견의 본안 전 판단이 정치적인 사안에 대한 노골적인 입장 표명이라고 비판하고 있으나, 정치적인 사안에 관한 사법권의 행사는 (당연히 본질적으로 정치적이며) 정치권력과의 상호작용 가능성을 전제한 상태에서 이뤄진다. 사법권이 정당화될 수 있는 토대인 ‘헌법상의 가치를 수호하고, 소수자 및 국민의 기본권 보호’를 위해 그 판결이 내려졌으며 내용적으로 그 판결이 정당화될 수 있다면, 이런 사안에서 본안 판단에 나아간 것만으로 연방대법원이 월권을 행사하였다고 보기는 어려울 것이다. 따라서 다수 의견이 엄격 당사자적격에 대한 판단 단계에서 여러 가지의 제반 사정을 비교형량한 다음 본안 심사에 나아간 것은 정당화될 수 있다.

IV. 연방대법원의 사법심사

1. 사법 심사의 정립

(1) 연방 헌법의 구조와 사법부의 권한

미국 헌법 제정의 초기에 사법부가 입법부와 행정부에 비하여 약한 권력을 가지고 있다고 받아들여진 점은 여러 가지 면에서 확인할 수 있다. 사법부의 권한과 한계에 대해 정의한 미국 연방헌법 제3조가 제1조(입법부)와 제2조(행정부) 뒤에 위치하여 있으며, 그 규정 형식이 추상적이고 간결한 점, 헌법 조항의 배열 자체가 사법부의 중요도를 반영한 것이라는 제임스 윌슨(James Wilson)의 주장이나 ‘사법부에는 헌법상 권리를 침해할 위험성이나 능력이 가장 적다는 점은 자명하다’는 해밀턴(Hamilton)의 주장¹¹⁹⁾,

사법부의 권력을 ‘pouvoir nulle(null power)라고 부른 몽테스키외의 명명¹²⁰⁾은 이를 뒷받침한다. 본질적으로 수동적인 성격을 갖는 사법부는 입법부에 대한 통제수단으로서 설치되었지만, 사법부가 갖는 권리 침해의 위험성에 대한 우려가 크게 없었기 때문에 헌법 제3조로부터 도출되는 사법부의 ‘사법권’에 대한 상세한 규율은 없다.

특히 사법부의 권한 중 가장 강력하고 중요한 권한의 하나로 꼽히는 사법심사권(Judicial Review)에 대해서는 헌법에 직접 규정된 근거가 없다. 타 권력기관의 국가 행위 및 입법이 헌법에 위반된다고 판단한 경우 이를 무효로 하는 권한을 말하는 사법심사권은 명확한 헌법상 근거 없이 행사되었고, 헌법 제정시 예정된 것보다 사법부의 권한을 강력하게 만들었다.

(2) Marbury v. Madison¹²¹⁾ 판결과 사법심사권의 정립

연방대법원이 처음으로 사법심사권을 선언한 판결이 Marbury v. Madison 판결임은 주지의 사실이다. 이 판결은 사법부의 권한이 입법부와 행정부에 비해서 제대로 확립되지 못했고, 연방대법원이 연방주의자와 반연방주의자 간의 대립구도 속에서 그 권한 행사의 실효성을 보장할 수 없는 조건 하에서 사법부의 위상을 강화하고 입법부 및 행정부에 의해 함부로 무시될 수 없는 지위를 확립하기 위한 고민의 결과물로서 내려진 것이었다.

연방주의자와 반연방주의자들의 대립 구도 속에서 1800년 선거에 패배한 애덤스(Adams) 대통령은 임기 만료 2주 전에 존 마셜(Marshall)을 대법원장에 지명하고 연방파 인사들을 연방판사에 임명하였는데, 마셜은 반연방주

119) 강승식, op. cit., pp.70~71에서 재인용

120) 허성욱, op. cit., p.350.

121) Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803)

의자 대통령이었던 토머스 제퍼슨(Jefferson)의 취임 전날까지 새로 임명된 판사들에게 임명장을 작성하고 송달하였으나 윌리엄 마버리(William Marbury)를 비롯한 신규 판사 지명자들에게 임명장을 송달하지 못하였고, 제퍼슨 대통령은 연방주의자들의 사법부 장악을 막고자 제임스 매디슨(James Madison) 국무장관에게 임명장 송달을 하지 않도록 주문했다. 이에 원고인 마버리가 매디슨에 대하여 자신에게 임명장을 송달하도록 명하는 집행명령장의 발부를 청구하는 소송을 연방대법원에 제기한 것이 이 판결의 제기 배경이다.

당시 법원조직법에 의하면 연방대법원은 연방정부 공무원에 대한 집행명령장 사건에 관한 제1심 관할권을 갖고 있었으나, 매디슨은 사법부가 행정부의 업무에 관해 명령할 권한이 없다고 주장하면서 공판 출석을 거부하였다. 이에 따라 마샬 및 연방대법원은 난처한 딜레마에 놓이게 되었다. 집행명령장을 발부한다 해도 행정부에서 판결을 무시하도록 하면 법원의 무력함이 드러나는 결과가 될 것이며, 법원이 집행명령장을 발부할 수 없다는 이유로 청구를 기각하다면 헌법이 정한 사법부의 권한을 부인하는 결과가 될 것이기 때문이었다¹²²⁾. 마샬은 위와 같은 딜레마 상황에서 연방대법원의 사법심사권을 선언함으로써 사법부의 권한을 강력하게 규정함과 동시에 매디슨의 승소를 선언함으로써 사법부의 판결이 행정부에 의해 무시되도록 하는 상태를 피하였다.

원고에게는 유효하게 성립된 임명장을 요구할 권리가 있으나, 연방대법원의 제1심 관할권을 확대한 1789년 법원조직법 제13조가 연방헌법 제3조 제2항 제2호 위반이기 때문에 연방대법원은 이와 같은 사항에 대한 관할권을 갖지 않으므로 소를 각하한 것이다¹²³⁾.

122) 박철, “John Marshall 대법원장”, 민사법연구 제12집 제1호(2004. 6.) pp.183~188

123) 연방헌법 제3조 제2항은 연방대법원이 ‘대사, 기타의 외교사절 및 영사에 관한 사건과

(3) 사법심사에 대한 전통적인 정당화 논변

Marbury v. Madison 사건을 전후하여 사법심사를 옹호하던 대표적인 논거들은 다음과 같이 정리될 수 있다.

첫째로, 삼단논법에 입각하여 법 해석권은 사법부의 고유 권한이고 헌법도 법에 포함되기 때문에 헌법해석권도 사법부의 고유권한이라는 논리¹²⁴⁾이다. Marbury v. Madison 사건에서 마샬은 ‘법이 무엇인지를 선언하는 것은 단연코 사법부의 영역이자 의무이며, 헌법적 체계 하에서 사법부에는 사건을 해결해야 할 권위가 주어지기 때문에 위헌적인 법률에 대해 위헌 선언을 할 권한이 주어진다.’고 주장했고, ‘헌법은 최고의 상위법’이며, ‘위헌인 법률을 집행하는 것은 판사의 선서에 위배되는 것’이라고 주장하였다¹²⁵⁾.

둘째로, 본질적으로 헌법상 정치적 권리를 침해할 능력이 거의 없는 사법부의 제도적 한계 때문에 사법부에 사법 심사가 인정된다는 논리이다. 위에서 언급된 바와 같이 사법부는 본질적으로 수동적으로 사건 해결을 할 수 밖에 없는 ‘null power’였고, 적극적인 정책 결정을 할 수 없으며, 판결의 효력을 확보할 때에도 행정부의 협력에 의존해야 하는 취약한 기관으로 이해되었다¹²⁶⁾.

주가 당사자인 사건에서만 원심관할권을 가지고’ 그 밖의 경우에는 상소관할권만 가진다고 규정하고 있는데, 법관법이 이와 상치되게 연방대법원에 임명장 교부 등에 대한 직무 집행영장발부의 원심관할권을 인정하고 있으므로, 헌법과 법원조직법 간에 충돌이 발생하고 있다는 것이 위헌의 논지였다.

임지봉, '사법적극주의와 사법권 독립.', 철학과 현실사(2004), p.247.

124) 해밀턴은 연방주의자 논집 제78호에서 다음과 같이 주장했다. “법관들은 입법부가 제정하는 법률뿐 아니라 헌법에 대한 해석권도 갖는다. 헌법과 법률이 조화롭게 해석될 여지가 없는 경우 법적 구속력과 정당성의 관점에서 보다 상위의 규범이 우선적으로 고려되어야 한다. 다시 말해 이것은 헌법이 법률보다 우선적으로 고려되어야 하며 국민 대표의 의사보다는 국민의 의사가 우선되어야 한다는 의미이다.” 강승식, op. cit., p.74.

125) Chemerinsky, op. cit., pp.43~44.

126) 연방주의자 논집 제78호에서 해밀턴은 “행정부는 권력욕이 강할 뿐 아니라 사회를 위

셋째로 국가권력을 제한하는 제한 헌법(limited constitution)은 법원이 개입해야만 실효성이 있다는 주장이다. 사권박탈법이나 소급입법 금지와 같은 헌법상의 입법권 제한의 실효성 확보를 위해서는 법원이 헌법의 명시적 취지에 반하는 입법에 대해 무효로 선언할 권한이 필요하다는 것¹²⁷⁾이다.

위와 같은 사법심사에 대한 정당화 논변은, 헌법주의의 ‘본인-대리인(principal-agent) 모델’로 설명될 수 있다. 국민이 본인이고 정부 관료가 그 대리인이며, 헌법이 이 대리관계의 조건을 구체화하는 계약 또는 헌장이라는 것이다. 사법심사는 사법(私法)상의 본인-대리인 계약의 사법적 실행과 같이 대리권이 온전하게 실행되기 위한 조건이 되며, 따라서 사법심사는 민주주의에 대한 반대가 아니라 국민의 위임에 의해 일어나는 입법적 한계의 사법적 실행이라는 것이다¹²⁸⁾.

(4) 전통적 정당화 논변에 대한 비판

사법 심사를 국민과 정부관료 간의 ‘본인-대리인 모델’의 실행으로 보더라도, ‘사법부에’ 이와 같은 권한이 필연적으로 주어질 필요는 없다는 비판이 존재한다.

사법적 동기(motivation)를 살필 때, 종신 재직과 급여 삭감금지와 같은 헌법적 특권을 누리는 ‘법관들이’ 입법부에 비해 어떤 도덕적 우위를 가졌길래 ‘대리 계약의 실행’을 자임하는가? 또한 사법적 역량을 살피면 법관들

협하는 칼을 가지고 있고, 입법부는 돈을 가지고 있으며 모든 시민의 권리와 의무를 통제하는 입법권을 갖고 있다. 반면 사법부는 칼이나 돈에 대해 어떤 영향력도 행사할 수 없고, 적극적인 정책 결정도 할 수 없다. 사법부는 정치적 세력이나 의지를 갖지 못하며 단지 판결을 할 뿐이다. 나아가 그 판결의 효력을 확보할 때도 궁극적으로 행정부의 협력에 의존해야 한다.”고 주장했다. 강승식, op. cit., p.74.

127) Ibid., pp.74~76.

128) Adrian Vermeule, *Judging Under Uncertainty : An Institutional theory of legal interpretation*, Harvard University Press (2006), p.238.

에게 제한적 합리성과 오류의 가능성이 존재하는데, 만약 실수로 특정 입법을 위헌으로 선언할 경우 그로 인해 초래되는 사회적 손해를 어떻게 정당화할 것인가? 헌법에 불명확하게 규정되어 있어서 ‘원래의 본인-대리인 계약’만으로는 온전히 해결될 수 없는 사안에 대해 사법심사를 할 경우, 이는 대리권의 실행에 대한 감독으로 설명될 수 없지 않은가?¹²⁹⁾

버물(Vermeule)은 사법심사에 대한 ‘본인-대리인 모델’이 위와 같은 비판점에 대해 온전히 답할 수 없기 때문에 한계를 가진다고 비판한다.

‘법이 무엇인지 선언하는 것은 사법부의 권한이자 의무’라는 마샬의 주장에 대해서는 이는 하나의 ‘선언’이지 사법심사권을 옹호하는 논리적 근거가 아니라는 비판이 가능하다. 성문 헌법을 갖고 있는 국가들 중에서 사법심사에 대해서 규정하고 있지 않은 법체계들이 있으며, 사법부에 사건을 해결해야 할 권위를 인정한다 하더라도 반드시 법원에 특정한 법률을 무효화할 권한이 주어지는 것은 아니기 때문이다. “헌법은 최고의 상위법”이라는 명제에서 ‘헌법과 충돌하는 법률을 위헌 선언할 권한’이 사법부에 곧바로 주어지는 것 역시 아니다¹³⁰⁾.

버물은 헌법은 역사적으로 ‘법원과 법관 고유의 영역’에 속하는 것이 아니었다고 주장한다. 헌법은 대중이 통치자를 구속하기 위해 국민이 만든 법이었을 뿐 사법부의 지배를 받도록 정해진 적이 없다는 것이다. 헌법의 한계는 법원이 아니라 ‘시민들이 공화국 제도와 설립 문서에 대해 천명한 바’로서 실행될 예정일 뿐, 그 해석 권한이 법원에 주어진 근거는 없다는 것이다¹³¹⁾.

129) Ibid., pp.238~239.

130) Chemerinsky, op. cit., pp.43~44.

131) Vermeule, op. cit., pp.234~235.

(5) 소결

법원의 사법심사권에 대해 온전히 이해하기 위해서는 역사적인 맥락의 이해가 이론적인 정당화와 별개로 필요하다. 미국 헌정 초기 사법부는 입법부나 행정부에 비해 ‘가장 권력이 약한 기관’으로 예정되었을 뿐더러, 연방대법원의 위상은 초라하기 그지 없었고¹³²⁾, 법원의 위헌법률심사권에 대해서도 논란이 존재했다. 연방주의자들은 위헌법률심사권을 지지한 반면 공화주의자들은 위헌법률심사권에 반대했으며, 주 법원 차원에서 위헌법률심사권이 선언된 판결이 이미 20건 가량 있었다.

연방주의자들과 공화주의자들 간의 대립이 극심한 상황 하에서 헌법적으로 규율된 내용조차 적었던 사법부의 권한은 정치적 상황에 따라 현저히 달라질 수 있는 상태였는데, *Marbury v. Madison* 사건에서 연방대법원의 위헌법률심사권 선언은 이와 같은 격동 속에서 사법부의 위상을 독립적으로 세우기 위한 깊은 고민과 전략적 선택의 산물이었다. 하지만 연방대법원은 *Marbury vs. Madison* 판결의 54년 이후인 1857년 *Dred Scott v. Sandford* 사건까지 위헌심사권한을 다시 행사하지 않았다. 연방대법원은 이후 일련의 과정을 통해 주 법률에 대한 심사권한과 주 법원이 선고한 판결에 대한 심사권한 등으로 그 심사권한을 확대하여 나갔는데, 그와 같은 권한 확대는 신중하고 점진적으로 이뤄졌다¹³³⁾. 이와 같은 연방대법원의 권

132) 초대 대법원장 존 제이(John Jay)는 뉴욕 주지사가 되기 위해 대법원장을 사직하였고, 해밀턴은 지명을 거절하였으며, 존 러틀릿지(John Rutledge) 2대 대법원장은 South Carolina 주의 법원장이 되기 위해 대법관직을 사직하였다. 이와 같이 연방대법원의 위상은 무척 낮았고, 대법원의 판결에 대하여도 ‘정치적인 사건’이라는 이유로 국무장관이 출석을 거절하는 등 법원의 판결이 효력을 갖기 위한 조건이 제대로 정립되어 있지 않았다. 박철, *op. cit.*, pp.274~280

133) 연방대법원의 사법심사 권한 선언에 분노한 공화파 정부가 헌법상 요건을 갖추지 않고 제기한 체이스(Chase) 대법관에 대한 탄핵재판에서 마샬은 직접 증인으로 출석하여 기각 판결에 공헌하였으며, *Fletcher v. Peck* 사건에서는 주 법이 연방정부의 하위에 있음을 확인하였다. *Cohens v. Virginia* 판결에서는 연방법원이 연방의회 및 주의회가 제정한

한 확대는 헌법 제정 당시 구체적으로 예정되지 않은 점들에 대한 것들이었지만, 각 부의 독립성을 전제로 하는 권력분립의 실현을 위해서도 필요한 과정이었다.

그런 면에서 케머런스키는 *Marbury v. Madison* 판결에서 마샬의 판시내용에 비판할 만한 점들이 존재함에도 불구하고 그의 견해가 틀렸다거나 사법 심사의 정당성이 없다고 결론을 내릴 수는 없으며, 오히려 역사는 ‘마샬이 이상적인 결론을 내렸음’을 증명해 준다고 논평하였다. 정치적으로 사법부는 마버리의 청구를 인용할 수 없었으며(제퍼슨 행정부가 판결을 집행하지 않았을 것이 명백했기 때문이다), 제퍼슨에 의해 대법관의 탄핵이 이뤄질 가능성도 있었기 때문에 사법부의 영향력을 지키는 것은 필요한 일이었다. 마샬은 위와 같은 조건 하에서 구체적인 사건의 해결을 도모하는 한편 사법부의 권한을 정립하는 방향으로 판결을 내렸고, 그러한 면에서 마샬의 전략은 탁월했다는 것이다¹³⁴⁾.

사법심사권은 위와 같이 권력분립의 전제로서 사법부가 행정부 및 입법부와 상호 견제할 수 있는 영향력을 갖기 위한 유효하고 강력한 권한으로서 역사적으로 정당화될 수 있다. 또한 의회와 행정부가 사법부를 통제할 수단을 갖고 있으므로 사법부 역시 이들을 통제해야 한다는 주장을 끌어낼 수 있고, 연방주의의 차원에서는 연방헌법 제3조 제2항 제1호¹³⁵⁾와 제6조 제2항¹³⁶⁾에 대한 적극적인 해석을 통해 헌법이 국가의 최고법이고 연방대법원

법률의 합헌성을 모두 심사할 권한뿐 아니라, 주 법원이 선고한 판결의 합헌성까지 심사할 권한을 갖는다고 확인하였으며, *Gibbons v. Ogden* 사건에서는 주간 통상을 규제하는 연방의회 권한을 강화하여, 사법부가 심사할 수 있는 권한을 하나 하나씩 확대해 가며 확립시켰다고 평가된다.

박철, *op. cit.*, pp.288~295.

134) *Chemerinsky, op. cit.*, pp.44~45.

135) 사법권은 본 헌법과 합중국 법률과 합중국의 권한에 의해 체결되었거나 체결된 조약으로 인하여 발생하는 모든 보통법상 및 형평법상의 모든 사건 ... 에 미친다.

136) 본 헌법에 의거하여 제정되는 합중국의 법률 및 합중국의 권한에 의해 체결되거나 체결된 모든 조약은 이 국가의 최고법이다. 모든 주의 법관은 여기에 구속되며 한 주의 헌

의 헌법해석이 최고법에 관한 것으로 이해될 수 있다¹³⁷⁾는 것이다.

연방대법원이 사법심사권을 행사하면서 권력분립과 연방주의의 의미에 대해 확인함에 따라 권력분립과 연방주의가 사법심사에 의해 강화되어 왔다는 분석도 존재한다. *Plaut v. Spendthrift Farm, Inc.*, 514 U.S. 211(1995) 판결에서 연방대법원이 “권력분립원리는 3부 간의 권한 분쟁이 발생하였거나 발생할 위험이 있을 때 이를 사후에 교정한다기보다는 사전에 예방하는 구조적 보호 장치이다. (...) 판결의 종국성은 권한에 관한 분쟁을 방지하기 위한 예방적 조치로서, 의회가 판결의 종국성을 부인한 것은 3부 간의 권한 관계를 불분명하게 하여 앞으로의 권한 분쟁을 격화시킨다는 점에서 사법적으로 정당화될 수 없다.”고 보아 권력분립의 원리를 구체화하였으며, *Printz v. United States*, 521 U. S. 898 (1997) 판결은 사법심사를 통해 연방주의를 강화한 판례로 평가된다¹³⁸⁾.

결론적으로 사법심사는 미국의 헌정 체제에서 사법부의 권한을 확립시키고 권력 분립의 원리가 현재와 같이 기능하는 데에 커다란 역할을 하였다고 평가할 수 있으며, 연방주의와 권력분립주의에 의해 각각 정당화되면서도 동시에 각 원리들을 강화하는 것으로 평가할 수 있다. 사법심사를 위와 같은 맥락에서 기능적·역사적으로 정당화할 수 있는 것이다.

2. 사법심사에 대한 이론적 검토

위와 같은 역사적인 과정을 통해 사법심사가 미국의 법체계 내에 정착되었다고 하더라도, 헌법상의 근거가 명확하지 않은 사법심사권을 어떻게 이

법 또는 법률 중에 배치되는 규정이 있어도 그것에 구속되지 아니한다.

137) 강승식, *op. cit.*, pp.82~83.

138) *Ibid.*, pp.84~85.

론적으로 정당화할 수 있는지의 문제는 여전히 존재한다. 직접적인 민주적 정당성을 갖지 않은 사법부가 ‘다수의 의지’의 표현인 법률을 무효화할 권한을 어떻게 정당화할 수 있는지에 대해서 짚고 넘어가지 않는 한, Windsor 판결의 반대 의견에서 제시된 바와 같이 사법심사의 권한 자체에 대한 문제제기는 지속적으로 이뤄질 수 있기 때문이다.

(1) 사법부의 민주적 정당성과 사법 작용의 정당화

‘선거를 통해 정당성을 부여받았는지’를 기준으로 그 직접적 민주적 정당성을 판단할 경우 사법부가 민주적 정당성을 결하고 있거나 그 정당성이 약하다고 볼 수는 있다.

하지만 미국의 헌법학자들은 사법부의 민주적 정당성을 ‘제도적 정당성(Institutional legitimacy)’과 ‘기능적 정당성(Functional legitimacy)’의 차원에서 정당화하고자 하였다. 먼저 ‘제도적 정당성’은 판사 후보를 지명하고 이를 검증하며 판사를 임용하는 일련의 과정이 헌법과 법에 미리 규정되어 있으며, 이 절차는 판사 임명을 정당화하는 절차로서 기능한다는 것이다. 국민은 여론의 이름으로 간접적으로 임명에 관여하기 때문에, 사법부의 구성은 부분적으로나마 민주적 정당성을 제공받을 수 있다는 것이다.

‘기능적 정당성’은 재판에 쓰이는 법 그 자체로부터 주어지는 정당성을 의미하는 것으로서, 판사의 판결을 통해 법이 구체화됨으로써 주어지는 정당성이다. 판사는 법에 내포된 민주적 정당성을 재판을 통해 전달하는 역할을 하며, 이러한 기능적 정당성은 상위의 ‘법’으로부터 주어지는 것이다¹³⁹⁾.

139) 임지봉, op. cit., pp.236~237.

사법부의 '민주적 정당성'에 초점을 맞추지 않고 다른 차원에서 사법부의 권한 행사를 정당화하려는 입장도 있다. 사법부의 사법 작용이 법적·사회학적·도덕적인 차원에서 일응의 요건을 충족시킬 경우 정당화될 수 있다는 견해도 그 중 하나다.

법적 정당성은 사법부가 (1) 특정 쟁점에 대한 결정 권한이 있고 (2) 그 판단 과정에서 특정한 고려사항을 참작할 합법적인(lawful) 권한을 가졌다는 합리적인 믿음에 의거하여 결정을 내리고 (3) 그 결론이 합리적인 법적 범위 내에 있을 때 주어진다.

사회학적 정당성은 국민이 권력기관의 의사결정을 정당하고 적절하며, 사적인 이익을 초월한 근거로 합당하다고 여길 때 주어지는 것으로서 (1) 연방대법원이 존경받고 복종을 받기에 합당한 판결자라는 대중의 믿음에 근거한 제도적(institutional) 정당성과 (2) 판결의 내용에 대해 인정받을 수 있는 실체적(substantive) 정당성, 그리고 (3) 법원의 판결은 반드시 준수될 가치가 있다고 국민이 믿음에 따라 보장되는 권위적(authoritative) 정당성이 인정됨에 따라 주어질 수 있다.

마지막으로 도덕적 정당성은 그 판결의 내용이 도덕적으로 정당화될 수 있는지에 관한 것이다. 위와 같은 정당화 기준에 의하면, 사법부가 민주적 정당성을 직접적으로 가지고 있는지와 별개로 사법부의 권한 행사가 정당화될 수 있다.

사법부의 정당성이 단순히 기계적으로 엄격한 법의 적용에 대한 기대로서 인정되는 것이 아니라, '사법부가 일정한 원칙에 따라 제한된 재량권을 행사할 것'이라는 신념 하에서 사회적으로 인정될 수 있다면, 사법부가 직접적인 민주성을 결하고 있다는 것이 사법부의 판단을 부정하는 근거가 될 수는 없다는 것이다¹⁴⁰).

(2) 사법심사에 관한 이론적 정당화

가. 문제 상황 : 반다수결주의(counter-majoritarian)와 불확정성 문제

알렉산더 비켈(Alexander Bickel)은 사법심사가 근본적으로 ‘반 다수결적’이라는 점에서 문제를 지닌다고 지적하였다. 사법심사의 민주성을 정당화하는 입장에서 해밀턴은 ‘만약 법률을 통해 드러난 의회의 의지와 인민의 의지가 서로 반대일 때, 판사는 전자보다 후자에 의해 판단하는 것이 옳다¹⁴¹⁾’고 주장하나 ‘People’은 실질적인 인민이 아니라 법관이 창조해낸 수사에 그칠 뿐이라고 비켈은 주장한다.

비켈은 민주주의 체제의 중추적인 작동 방식이 ‘다수결로 선출된 다수에게 어떤 전환의 힘(power to reversal)을 주는 방식’임은 분명한데, 추상적인 ‘인민의 의지’라는 개념에 의해 실재하는 다수의 의사를 바꾸는 것은 반민주적이라는 것이다. 비켈은 행정부의 작동에 의해 구성원의 의지가 불균등하게 대표되는(over-representation and under-representation) 현상도 극복될 수 있다고 보아 다수결로 대표되는 민주주의에 대한 신념을 보이며, 사법심사권의 행사가 장기적으로는 의회 민주주의에 대한 신뢰를 손상시키며, 망가진 사회를 구할 수 있는 법원의 역할에 대한 낙관은 환상에 불과하다고 지적하였다.¹⁴²⁾

140) 유은정, “미국연방대법원, 사법심사, 그리고 국민” 강원법학 제36권 (2012. 6.) pp. 312~314.

141) “Where the will of the legislature declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former.” Alexander Bickel, ‘The Least Dangerous Branch : The Supreme Court at the Bar of Politics’, Yale University Press, Second Edition, (1986), p.16.

142) Bickel, pp. 16~23 참조. 이는 James B. Thayer의 논문 ‘The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional law’, 7, Harv. L. Rev. 129 (1893)의 마지막 문장으로부터 인용된 것이다. “Under no system can the power of courts go

선출되지 않은 사법부의 인원이 민주적으로 선출된 입법부의 행위를 무효화시킨다는 점의 문제를 지적한 비켈의 주장은 사법심사에 대한 강력한 반론이었으며, 헌법해석에 관한 각 이론들은 그 이론이 ‘반다수결주의적 어려움(Counter-majoritarian difficulty)에 관한 지적을 어떻게 극복하려 했는가’로 묶는 것도 가능하다¹⁴³⁾.

비켈의 문제제기에 대해서는 우선 실증적인 반박 시도들이 있었다.

마이클 도프(Michael C. Dorf)는 ‘사법심사 기록을 살펴 보면 공중의 의견(median of public opinion)에서 실질적으로 법원의 의사가 벗어나는 경우는 별로 없다.’고 주장했다. 배리 프리드먼(Barry Friedman)은 ‘연방 대법원의 판결에 대해 사회적 비판의 목소리가 높았던 때’를 기준으로 연방 대법원의 판결과 인민의 의사가 불일치했던 시기의 시간적 흐름을 추적하였는데, 대법원이 단기적으로는 사회 일반의 여론을 무시할 수 있지만 여론과 대법원의 판결이 다른 방향으로 이뤄지는 흐름이 길어질 경우 헌법 개정과 법관 인원구성, 그리고 법원칙의 변화로 법원의 의견과 공중의 의견 간의 간극이 좁혀질 수밖에 없고, 실증적으로 법원이 ‘반다수결주의적 기관’이기는 어렵다고 주장했다. 프리드먼은 1930년대 중반의 Court-packing에 따른 법원 구성변화가 ‘연방대법원의 오랜 반다수결주의적 결정에 뒤따르는 사회적 반응’이었다고 예시하였다¹⁴⁴⁾.

마이클 커먼(Michael Kharman)은 워렌(Warren), 버거(Burger), 렌퀴스

far to save a people from ruin, our chief protection lies elsewhere.” Thayer, *op. cit.*, p.156.

143) Michael Dorf, "Legal Indeterminacy and institutional design"(이하 'Indeterminacy), *New York University Law Review*, Vol. 78, No. 3 (2003), p.889.

144) Michael C. Dorf, The majoritarian difficulty and theories of constitutional decision making, (이하 'Majoritarian) 13 *U. Pa. J. Const. L.* (2010~2011) pp.283~284.

트(Rehnquist) 법원장 이하 연방대법원의 판례들을 분석한 다음, 사법심사의 예가 보인 ‘반다수결주의적 어려움’의 예는 미미(marginal)하였고, 역사적 실례들로부터 추론할 때에는 ‘법원의 정당성은 그 논증 과정의 안정성에서가 아니라 법원이 공중의 의견을 얼마나 잘 예측할 것인지를로부터 받아들여질 수 있다’고 논평하였다¹⁴⁵⁾.

오히려 도프는 법원이 ‘다수결의 문제(majoritarian difficulty)’ 즉 다수자의 횡포로부터 소수자의 권리를 보호하는 기능을 제대로 수행하고 있지 못한 것은 아닌지에 대해 의문을 제기하였다. 민주주의의 핵심이 기본권의 보호에 있다는 전제 아래에서는 만약 모든 개인과 소수자의 기본권이 다수자의 의사에 초점을 맞춘 의회와 행정부에 의해 보호되지 못한다면 체제가 정당화될 수 없기 때문이다. 도프는 (사법심사가 실제로 그다지 반다수결주의적인 역할을 수행하지 않는다는 전제 아래에서) 사법심사의 반다수결주의적 문제점에 착목하여 법원이 ‘정말로 위협받는 소수자의 인권을 보호하지 못하는 것’은 아닌지를 제기하였다¹⁴⁶⁾. 세계대전 하에서나 맥카시즘 하에서, ‘국가적 위기’에 대한 인식이 사회적으로 공유되고 있을 때 연방대법원에서 개인의 기본권이 적극적으로 옹호된 예를 찾기가 극히 힘들며, 연방대법원에서 소수 집단의 권리가 인정된 것은 그 소수집단에 기한 민권운동이 직접적으로 이뤄졌을 때야 가능했다는 것이다¹⁴⁷⁾. 이는 연방대법원이 그 시대 주류의 정치 사회적 엘리트의 의견에서 벗어나지 못하기 때문에 문제라는 주장과도 연결될 수 있다¹⁴⁸⁾.

145) Dorf, ‘Majoritarian’, p. 284, 각주 3.

146) Ibid., p.285.

147) Ibid., pp.286~287. 예를 들어 인종 차별의 평등권 위반을 인정한 판례가 성차별 및 성적 지향에 관한 차별금지보다 먼저 정립된 것은 여성 인권이나 성소수자의 인권 운동이 먼저 더 크게 일어났고, 차별에 관한 공중의 인식이 먼저 정립되었기 때문이라는 것이다. 도프는, 특정한 소수집단에 대한 차별의 인식이 ‘공공적으로 인식되기 전에’ 법원에서 선도적으로 이뤄진 예는 ‘반다수결주의의 문제’를 지적하는 학자들의 우려와 달리 찾기 힘들다고 주장한다.

하지만 비켈의 ‘반다수결적 문제’에 대한 우려가 실증적인 사례만으로 반박될 수 있는 것은 아니다. 사법부가 기본적으로 직접적 선출에 근거하여 성립된 기관이 아닌 만큼, 이론적으로 사법심사를 정당화할 수 있는 가능성에 대한 고려는 필요하다.

사법심사의 민주적 정당성에 대한 문제가 제기되는 것은 단순히 사법부가 ‘선거로 선출되지 않았기 때문’뿐이 아니라, 사법심사의 대상이 되는 문제들이 평가자에 따라 달리 인식될 수 있고, 이에 대해 적용되어야 하는 법규범이 특정한 해석 결과를 명징하게 보장하지 않는 ‘불확정성’이 존재하기 때문이다.

판사들에게 온전한 ‘민주적 정당성’이 인정되지 않는데 법의 해석이 여러 방향으로 가능하다면, 이런 조건 하에서 사법권의 적용이 어떻게 타당하게 정당화될 수 있는지의 문제는 중요하다. 연방대법원이 특정한 행위를 위헌이라 선언할 경우 그 행위에 관한 쟁점은 헌법이 개정되지 않는 한 정치영역에서 배제되어 버릴 수도 있기 때문이다¹⁴⁹⁾.

이하의 헌법적 이론들은 (1) 사법재량을 어떻게 제약할 것인지에 관한 방법론을 제시하여 헌법규범의 불확정성에 따른 파급효과를 최소화하거나 (2) 사법재량의 사회적 비용에도 불구하고 사법심사의 효용을 정당화하고자 하고 있다. 도프는 그의 논문 ‘법적 불확정성과 제도적 구상’에서 이런 이론들 중 반다수결주의적 어려움에 대해 온전하게 반박을 해 낸 이론은 보이지 않는다고 비판했으나¹⁵⁰⁾, 사법심사가 각 이론에 의해 어떤 기반 위에서 정당화되거나 비판받을 수 있는지 음미하는 것은 의미가 있다고 생각된다.

148) 유은정, *op. cit.*, p.325.

149) Dorf, ‘Indeterminacy’, p.889.

150) *Ibid.*, pp.889~890.

나. 헌법적 이론들의 검토

1. 급진적 다수결주의 (Radical Majoritarianism)

급진적 다수결주의 진영에서는 직접적인 민주적 정당성이 확보된 제도가 중요하기 때문에, 사법심사를 없애는 것이 해결책이라고 주장된다.

특정 법조문을 더 명확하게 입안한다고 법의 불확정성이 해결될 수는 없으며, 윤리적 쟁점에 관한 의견불일치 상황 속에서 의미가 명확한 문언을 초다수결적 합의를 통해 통과시키는 것은 불가능하고, 구체적 사안에 대해 합의가 이뤄진다고 하더라도 현실의 복잡다단함이 합의를 무용하게 만들 것이기 때문에 불확정성과 의견불일치 상황은 해결될 수 없을 것이며, 이런 상황에서 사법심사보다 입법부의 대표자들의 다수결에 의한 결정이 바람직하기 때문이다.¹⁵¹⁾

도프는 사법심사를 아예 부정하는 급진적 다수결주의자들의 비판은 실용적 해결책을 제시하지 못한다고 비판한다. 대부분의 시민들은 ‘민주주의와 사법 기관의 양립 가능성’에 대한 신념을 가지고 있다. 정치의 영역으로부터 독립하여 시민들의 권리를 보호하는 기관이 존재하는 것이 민주주의 체제에서 특정한 기능을 한다는 광범위한 신념이 존재하는데, 급진적 다수결주의자들은 이를 아예 부정하고 있다.

입헌주의적 민주주의 사회의 시민들은 기본권 보호와 헌법에 대해서는 신념을 가지고 있지만, 입법부에 대해 무조건적 신념을 갖는다고 할 수는 없다. 사법심사를 허용하는 입헌주의적 민주주의 사회에서 사법 심사는 입법부가 주어진 권한을 방기할 때 사회가 ‘최소한의 선’을 지키도록 붙들 수

151) Ibid., pp.890~891.

있도록 하는 사전서약(precommitment pact)과 같은 의미를 가질 수 있다. 급진적 다수결주의에서는 이와 같은 점이 아예 무시되었기 때문에 체제 내에서 입헌주의가 무시되고 민주주의가 손상될 가능성까지 있다. 급진적 민주주의자들은 불확정성의 해결을 포기했고, 문제를 선호 결집 (preference aggregation)만으로 해결하려는 한계를 갖는다¹⁵²⁾.

2. 사법자제와 최소주의

사법자제(Judicial Restraint)는 ‘법률을 검토하는 법원은 해당 법률에 합헌이라는 추정력(presumption of constitutionality)을 부여해야 한다’는 도그마틱에 따라 헌법 문언에 관해 하나 이상의 해석이 가능할 경우 법원은 관료들이 내린 해석을 존중해야 한다는 것이다. 이 대원칙은 그 취지에 있어 기본적으로 인정을 받고 있다¹⁵³⁾.

테이어(Thayer)는 ‘법원이 법률을 불인정할 수 있는 경우는 오직 입법권자들이 실수를 함에 그치지 않고 이성적인 차원에서 설명할 수 없을 정도로 명백한 실수를 했을 때뿐이다. (...) 정부의 거대하고, 복잡한 구조를 고려해 보면, 어떤 측면에서 위헌적으로 보이거나 어떤 측면에서 이성적이지 않게 보일 수 있는 부분도 있지만, (...) 그 조치에 대해서 합리적인 해석의 가능성이 남아 있다면, 그 합리적인 해석에 의해 조치는 합헌적으로 해석될 수 있다’고 주장하였다¹⁵⁴⁾. 최소한의 합리적 해석 가능성이 있을 때 사법부는 그 해석의 가능성을 최대한으로 존중해야 한다는 것이다.

이러한 관점에 의할 경우 사법심사에 의해 법원이 입법부의 법률을 위헌

152) Ibid., p.891.

153) Ibid., p.892.

154) Thayer, op. cit., p.144.

으로 판단하는 것은 불가능하지는 않으나, ‘도저히 법률을 합리적으로 해석할 수 없을 경우’에만 가능하기 때문에 그 범위가 매우 좁게 인정될 것이다.

선스틴(Sunstein)은 두 가지 관점에서 법원이 ‘최소주의적(minimalist)’ 역할을 수행해야 한다고 주장한다. 첫 번째는 법원이 정치 과정에 의해 특정한 의제가 결정될 수 있도록 여지를 남겨야 한다는 점이며, 두 번째는 ‘고차원적인 추상적인 원칙’에 그 결정 근거를 맡겨서는 안 된다는 점이다. 판사들이 추상적인 법원칙의 내용에는 서로 동의하지 않으면서도 구체적인 사안의 결론에 대해 동의할 수 있는데, 판결 이유가 추상적인 법원칙에 의존할 경우 성실한 논증이 안 되기 때문이다¹⁵⁵⁾.

하지만 사법 과정이 정당화되는 이유 중 하나가 결정의 논거가 다른 견해로부터 비판받을 수 있고 논리적으로 다른 견해들을 반박할 수 있는 가능성에 관한 것인데, 판사들이 자신들이 직관적으로 내린 판단이 다른 견해보다 낫다는 점을 논증하면서 추상적인 원칙에 의존하지 않을 수는 없다. 도덕적으로 의견이 충돌하는 상황에 대해 최소주의적인 법원이 그 판단을 회피하고자 할 때에도 추상적인 원칙에 의존하지 않을 수는 없다. 그런 면에서 선스틴의 최소주의는 모순에 부딪힐 수밖에 없다고 도프는 지적한다¹⁵⁶⁾.

도프는 사법자제에 대한 이론이 실증적으로도 온전히 일관적일 수 없다는 비판을 제기하였다. 대표적으로 사법자제적 태도를 취하는 것으로 평가되는 프랑크푸르터 대법관과 할란(Harlan) 대법관조차도 특정한 경우에는 정치 과정에 개입하고, 특정한 경우에는 사법 자제적 태도를 취하면서 이에 대해 ‘특정 사안에서는 개입하고 특정 사건에서는 개입하지 않은 이유’를 온전히 설명하지 못했기 때문에, ‘원칙적으로는 사법자제적 태도를 100% 내세우지

155) Dorf, Indeterminacy, pp.892~893.

156) Ibid., p.893.

만 실제 사안에서 20% 정도밖에 실천하지 않는' 모습을 보이게 된다는 것이다. 따라서 구체적 사안에 따라 결론을 내릴 것을 중시하는 사법자제적 태도는 결국 투박한 절충적 타협(split-the difference)에 불과하며, 판사의 기교에 의존할 수밖에 없는 한계를 지닌다¹⁵⁷⁾.

사법자제는 '입법을 존중하고, 사법부가 필요하지 않은 사안에 대해 무리한 개입을 시도하지 말아야 한다'는 측면에서는 일반적인 행동원리가 될 수 있겠지만, 여러 가지 제도적인 고려와 법체계에 대한 통합적인 고려가 불가피하게 포함될 수밖에 없는 특정한 판결을 '사법자제적이다' '정치 개입적인 판결이다'고 평하는 것은 대부분의 경우 쉽지 않을 것이다. 극단적인 경우를 제외하면, 대부분의 판결은 해석가능한 의미범위 속에서 적절한 재량을 발휘하여 이뤄진 것들일 것이기 때문이다.

3. 절차이론

연방대법원은 Lochner 판결 이후로 정치과정이 제대로 작동하지 않을 가능성이 높게 생각되는 범주의 사안들에 대해 권리보호와 다수결 사이의 조화를 꾀하기 위해 노력했다. 위와 같은 노력 중 대표적으로 언급할 만한 것은 United States v. Carolene Products Co. 304 U.S. 144 (1938) 판결의 네 번째 각주일 것이다. 이 판결에서 스톤(Stone) 대법관은 정치적 절차에서 소외되고 일반적인 보호를 받지 못하는 소수자들(discrete and insular minorities)에 대한 입법은 합헌성 추정을 받지 못하고, 더 엄격한 사법심사 기준이 적용되어야 할 것이라고 주장하였다¹⁵⁸⁾.

157) Ibid., pp.894~895.

158) United States v. Carolene Products Co. 304 U.S. 144, 153 n. 4 (1938)

위 각주에서 의회의 법률이 '합헌성 추정을 받지 못하는' 경우로 (1) 문언 자체로 조항의 내용이 헌법에 위반될 때 (2) 정치적 과정을 왜곡시키거나 조작할 때 (3) 정치 과정을

존 하트 일라이(John Hart Ely)는 민주주의에는 ‘인민에 의한 통제’와 ‘평등주의’가 함께 포함되는데, Caroline Products 판결의 각주는 ‘가치가 적절히 확인되고 조정되는 정치과정, 또는 조정결과에 참여할 기회가 제한되었는지 아닌지’, 민주주의 절차가 실제로 민주적으로 실행되고 있는지를 검증하는 데에 초점을 맞추기 위한 것이라고 주장한다¹⁵⁹⁾.

헌정 초기에는 ‘인민들’이 본질적으로 동질적인 집단이라는 가정이 있었기 때문에 소수자에 대한 불평등의 문제가 그렇게 크게 고려되지 않았으나, 소수자 보호를 위한 기존의 헌법적 장치들¹⁶⁰⁾이 충분하지 않다는 것이 명백해졌다. 실제적 가치를 선택하고 조정하는 일은 거의 전적으로 정치과정에 맡겨져 있었지만, 수정헌법 제14조 이래 헌법이 개정되어온 지배적인 과정은 ‘배제된 집단에 대한 투표권 확대’로서 정치 과정에의 폭넓은 참여를 보장하는 것이었다. 헌법은 개별적 분쟁 해결에서의 절차적 공정성과 정치 과정에서의 폭넓은 참여 보장을 염두에 두고 발전해 왔다.

이러한 입장에 의하면 사법심사는 ‘입법부의 다수파가 자기 확고화(self-entrenchment)로 인해 소수파를 분리시키고 배제시킴에 따라 발생하는, 선입견과 차별을 담은 입법’에 대해서 정책 변동의 경로를 정리하기 위해 존재하며, 법관은 헌법적인 사안에서 ‘시스템상 선출된 대표자들이 확실히 대표를 할 수 있도록 하는 메커니즘의 질서를 유지할 수 있도록’ 대표보

통해 손해의 회복을 구할 세력을 갖추지 못한 소수자에 대한 차별 조치 등이 있을 때가 언급되었다. 이를 아래에서 입법에 대한 ‘의심스러운 분류’(Suspicious Classification)라고 부른다.

1. On its face violates a provision of the Constitution (facial challenge).
1. Attempts to distort or rig the political process.
1. Discriminates against minorities, particularly those who lack sufficient numbers or power to seek redress through the political process

159) John Hart Ely, ‘민주주의와 법원의 위헌심사’ (Democracy and Distrust), 전원영역, 나남출판 (2006), pp.198~199.

160) 전통적인 헌법적 장치는 (1) 권리장전에서 열거적인 방식으로 권리를 규정하여 연방정부가 행할 수 없는 사항들을 나열하는 것과 (2) 다원주의를 보장하기 위해 다양한 목소리들이 발언될 수 있도록 표현의 자유를 보호하는 것이다. Ibid., p.204.

강적인 태도를 취할 수 있는 한계 내에서 인정될 수 있다¹⁶¹⁾.

도프는 절차이론의 주 목적인 ‘권리장전과 정치과정의 완전성 보장’에 대해서는 동의가 이뤄질 수 있겠지만, 구체적으로 어떤 쟁점이 ‘민주주의 원칙 위배’에 해당하는지에 관해서는 합의가 어려울 것이라고 비판했다. 선거구 획정이나 인종차별정책과 같이 무효화가 정당화되었던 법들도 사후적으로 비로소 악법이었다고 공감대가 형성되었던 것들이다.

일라이는 특정한 소수 집단에 대한 차별 법률이 ‘의심스러운 분류’에 해당하는지 여부를 살피고자 각종 소수집단의 특성에 대한 분석을 행하였다. 성소수자의 경우 ‘사회적 편견’의 대상이 되고 그들에게 스스로의 ‘은닉가능성’이 있기 때문에, 성소수자들이 사회 일반과 접촉한다 하더라도 성소수자에 대한 차별과 편견이 사라지지 않게 되므로 이들에 대한 차별은 ‘의심스러운 차별’에 해당하여 Carolene 판례의 각주가 해당될 수 있는 사안이라고 보았다¹⁶²⁾.

하지만 Windsor 판결의 본안판단에서도 성소수자의 권리가 ‘전통적으로 헌법질서에 의해 보호되는 권리인지’ 여부에 대해 의견충돌이 있었던 점을 생각하면, 절차이론의 취지에 맞춰 Windsor 판결을 정당화하기 위해서도 사후적인 가치 판단이 필요함은 불가피하다.

4. 근본적 가치(fundamental values) 이론

‘근본적 가치’ 이론은 ‘절차와 실제, 평등과 타 규범, 헌법상 명시된 권리와 명시되지 아니한 권리’에 대한 구분 없이 ‘헌법에서 보호하는 근본적인 가치’ 보호를 위해 사법 심사가 작용할 수 있다는 이론이다. 일라이가 사법

161) Ibid., pp.202~208, p.218, p.244. Vermeule, op. cit., p.240.

162) Ely, op. cit., pp.367~370.

심사는 절차적 참여의 문제에는 적절히 관여할 수 있으나 정치적 선택의 실제적 내용에 관여할 수 없다고 주장한 데 대해서, 근본적 가치 이론은 ‘절차’와 ‘실체’적 내용 간의 구분이 통합적이지 못하다고 비판한다¹⁶³⁾.

드워킨(Dworkin)은 헌법을 도덕규범으로서 독해해야 하며, 헌법의 의미에 대한 정답이 존재한다고 주장하였다. 드워킨은 구체적인 헌법적 권리들이 존재하고 이에 대한 보호가 이뤄져야 한다는 사실이 헌법을 통합적으로 파악할 경우 이론의 여지 없이 인정될 수밖에 없다고 보았다¹⁶⁴⁾. 이 이론에 의하면 사법부는 헌법의 통합적인 독해에 의해 도출된 정답에 의해 사법심사를 행할 수 있을 것이다.

도프는 ‘근본적 가치 이론’이 사회적 불일치 상황에서 구체적인 해답을 제시하기에는 부족하다는 점을 지적한다. 드워킨이 아무리 ‘도덕규범으로서 헌법을 독해할 때 헌법의 의미에 대한 정답이 존재한다’고 주장하더라도, 정답이 존재한다는 사실이 “무엇이 정답인가”를 알아내는 데에는 어떤 답도 제공하지 못하며, 사법부가 나서서 이런 의사결정을 할 만한 역량을 입증하지도 못하기 때문이다¹⁶⁵⁾.

버물은 이에 더하여 드워킨의 ‘정답’에 관한 각 논변은 정치적 도덕성의 차원에서는 반박하기 어려울지는 모르겠지만, 위와 같은 주장이 타당하며

163) 로렌스 트라이브(Laurence Tribe)는 ‘헌법재판에 있어 정치과정과 관련한 절차 보호를 중시하는 것은 반드시 그 배후에 있는 어떤 실제적 가치를 옹호하는 결과를 낳는다’고 언급한 바 있고 피터 웨스턴(Peter Western)은 실체를 갖고 있는 규범적 기본권이 없는 이상 평등 규범은 그 내용이 텅 빈 것이나 마찬가지라고 언급했다. (정답 테제를 철회하고 약한 의미의 정답테제로 법의 제국에서 선회한) 드워킨은 ‘헌법에 명시적으로 열거된 기본권과 그렇지 않은 기본권을 구별하는 입장’은 통합적이지 못한(incoherent) 해석의 견해라고 비판하였다. Dorf, Indeterminacy, p.897.

164) 예를 들어 드워킨은 안락사에 대한 헌법적 권리 여부를 심사하던 사건에서 다음과 같은 진술서를 제출하면서 의사조력자살에 대한 헌법적 권리의 인정을 촉구하였다. “자유 사회에서는 개인에게 스스로의 힘으로, 자신의 신념과 양심, 확신에 따라 자신의 생명에 대한 결정들도 내릴 수 있도록 허용되어야 한다. 모든 사람은 개인적 존엄과 자율성의 중심이 되는 가장 사적이고 개인적인 결정을 할 권리가 있다. 이 권리는 자신의 죽음의 시기와 방식에 대한 일정한 통제권을 포함한다” Vermeule, op. cit., p.242.

165) Dorf, Indeterminacy, p.898.

연방대법원이 이 주장에 대해 확신을 가진다 하더라도 ‘연방대법원에 위와 같은 판단을 해야 할 권한’이 곧바로 도출되지 않을 수도 있다고 주장한다. 연방대법원에 이러한 도덕적 논증을 판단할 만한 사법적 권리가 존재하지 않을 수도 있기 때문이다¹⁶⁶⁾.

도프의 설명에 의하면 드워킨은 버물이 지적하는 ‘정책 결정의 권한 배분’과 같은 문제들에 대해서는 ‘정책적인 문제에 불과’하다며 신경을 쓰지 않았다. 하지만 법원이 사법 심사의 권한을 가지며 불확정성을 해소할 수 있다는 점을 논증하기 위해서는 ‘법원에게는 통합적으로 존재하는 정답을 찾기 위한 사법 심사의 권한이 있다’는 선언 이상의 논거가 필요할 것이다.

5. 원의주의 (Originalism)

원의주의는 “헌법 제정자들의 생각을 반영하여 해석할 때 불확정성의 문제가 해결될 것”이라고 본다. 원의주의의 지지자들은 원의주의에 의할 경우 사법재량이 최소화되며 사회계약론적 관점에서 사법 심사가 정당화될 수 있다고 주장한다. 헌법은 시민들이 비준하여 법으로의 지위를 획득했기 때문에 채택 당시의 이해에 의해 해석되어야 하기 때문이다¹⁶⁷⁾.

스칼리아의 주장은 ‘차선적 원의주의’로 불릴 수 있다. 스칼리아에 의하면 최선의 이상은 ‘원의적 이해’와 ‘변화된 상황을 고려하여 헌법을 업데이트 할 필요’ 사이에서 타협을 하는 것인데, 법관들은 통상적으로 현재의 가치에 비추어 헌법을 업데이트하려는 과정에서 실수를 할 수 있고 헌법 본래의 의미를 판별해 내는 데 있어 실수를 할 수 있기 때문에 일반적으로 예측 가능한 해석적 오류들을 전부 쳐내고 ‘차선으로 이상적인’ 해석을 하는

166) Vermeule, op. cit., pp.242~243.

167) Dorf, Indeterminacy, p. 899.

것이라는 것이다¹⁶⁸⁾.

스칼리아의 주장은 결국 헌법의 ‘본래적 의미’를 해석해 냄에 있어서 현재의 법관들이 개입시킬 수 있는 ‘현대적 편견’을 최대한 배제시켜 보수적인 해석을 해야 한다는 것으로 읽힌다. 그러므로 사법심사권이 그대로 배제되는 것은 아니되, 헌법과 법률의 제정 당시의 의도를 중심으로 법률을 해석하고 이에 대해 존중할 때 사법심사의 권한은 상당히 줄어들 것으로 생각된다.

도프는 헌법조문에 대한 공통적인 해석을 판별해 내는 것이 거의 불가능하고, 현실적으로 발생하는 문제들이 헌법제정 당시 예상치 못했기 때문에 법적 흠결의 영역에 있는 문제인 경우가 많아 원의주의의 한계가 있다고 지적한다.

이와 같은 한계에 대응하여 주장되는 약한 형태의 원의주의는 “현재의 상황에 맞게 헌법 입안자들이 가치 있게 여겼던 사항을 번역하는 것”인데, ‘번역’ 과정을 포함한다는 점에서 원의주의가 표방하는 명확성을 포기하고 해석자의 기교나 해석을 정당화하기 위한 다른 이론에 의존할 수밖에 없다는 한계를 지닌다¹⁶⁹⁾.

6. 비판이론

20세기 초의 법현실주의에 뿌리를 둔 비판법학자들은 판사들이 결국 자신의 가치관과 정치성향에 가장 부합하는 결론을 내리게 마련이고 법원은 사회의 기득권을 강화시키고 다양한 억압을 야기하는 기제라는 전제 하에서, 결국 중립적인 해석이 불가능할 것이라면 법원은 자신이 가치판단을 한다

168) Vermeule, op. cit., pp.244~245.

169) Dorf, Indeterminacy, pp.900~901.

는 점에 대해 솔직하게 드러내고 더 나은 가치판단을 내려야 한다고 주장하였다¹⁷⁰⁾.

이와 같은 비판이론은 불확정성의 문제를 해결하려는 시도를 아예 하지 않는다는 점에서 이론적으로 다른 입장을 설득하기에는 부족하다.

7. 절충주의

연방대법원은 현실이 복잡하고 헌법에 의해 다양한 사회문제가 규율되므로 한 가지 방법론만으로는 모든 문제가 해결될 수 있지 않고 아예 여러 가지 해석방법론을 사용한다고 본다. 헌법실무가들과 이론가들은 특정한 사안의 결론을 결정하는 차원에서는 모두 일정한 부분 절충주의자이다. 그들은 여러 가지 형태의 법원을 참조할 필요가 있음을 받아들인다. 보다 강한 의미의 절충주의자(Wholehearted eclectics)는 어떤 형태의 총체적 입헌주의 이론도 사법심사를 정당화함과 동시에 법해석에 대한 지침을 내릴 수 없다고 생각한다. 절충주의 진영에서는 사법심사의 정당화 근거에 대해 고민을 할 필요가 없다는 주장도, 사법심사의 정당화의 근거를 법질서 밖에서만 찾으려 한다고 하는 입장도 있다.

반면 사법심사가 반다수결적이라는 문제제기에 대해 정면으로 대응하려는 입장도 있다. 이 입장은 다양한 근거를 바탕으로 사법심사가 정당화되고, 이런 접근방법은 판사들에게 상당한 제약으로 작용하게 된다고 주장한다. 여러 가지 근거에 의해 사법심사가 정당화되기 때문에 사법심사는 이러한 근거를 모두 만족시키는 방향으로 이뤄져야 하기 때문이다. 도프는 절충주의는 결국 판사들의 기교에 의하는 해결책이고 이에 대해서는 판사들의 기

170) Ibid., pp.900~901.

교에 대한 비판이 그대로 적용될 수밖에 없다고 지적한다¹⁷¹⁾.

다. 소결

사법부의 권한 행사가 다수결 민주주의의 행사를 제약할 수 있기 때문에 사법부의 전단에 의한 민주주의의 침해 가능성을 방지해야 하는 점은 분명하다. 하지만 대의제 민주주의가 질적으로 온전히 행사되지 못할 때에, 민주주의의 온전한 기능을 위해서 사법 심사가 정당화될 수도 있다.

대의제 민주주의는 공동체 구성원들의 의사가 자유롭고 충분하게 정치과정에서 반영될 때 정당화될 수 있는데, 공동체 구성원 일반과 대표간의 간극이 커진 상태에서 일반 시민의 정치적 참여가 선거권의 행사 이상으로 충분히 이뤄지지 못할 때, 정치과정에서 공동체 구성원간의 다양성의 표출 및 숙의 절차가 제대로 뒷받침되지 못할 때, 대의제 민주주의의 한계를 보충하기 위한 고민이 필요하다¹⁷²⁾. 비켈은 행정부의 작동에 의해 대표성의 문제가 해결될 수 있다고 주장하지만, ‘민주적 구성’만을 근거로 행정부의 기능에 대하여 무작정 신뢰할 수는 없다.

법원의 위헌법률심사는, (직접 민주주의의 도입과 함께) 대의제 민주주의의 이와 같은 한계를 극복하기 위한 시도로서 의의가 있다. 위헌법률심사에 대해서는 두 가지의 설명이 가능한데, 추상성과 개방성을 갖는 헌법조항의 해석에 있어 ‘합의된 공동체의 의사를 찾고’, ‘다수가 인정하는 가치가 진실하게 반영되도록 보장함으로써 다수의 권리를 보장하고자’ 위헌법률심사가 기능할 수 있다는 설명은 다수가 지지하는 가치를 찾아내고 집행하는 기관

171) Ibid., pp.901~903.

172) 이우영, 대의제민주주의에서 소수자 보호의 헌법적 의의와 구조, 서울대학교 법학 제 48권 제3호 (2007), pp.167~172.

으로서는 사법부보다 입법부가 명백히 낫다는 근거에서 설득력이 떨어진다. 하지만 다원주의를 보장하기 위해 소수자 보호를 포함시켜 사회적인 통합을 이뤄야 한다는 점을 고려하면, 소수자 보호를 위한 차원에서 위헌법률심사가 정당화될 수 있다¹⁷³⁾. 일라이는 사법부가 사회의 널리 공유되는 가치(Consensus)들을 참조하여 개방적으로 규정된 헌법 조항들에게 내용을 부여해야 한다는 생각은 다수자의 행위에 대항하여 개인 및 소수자 집단의 권리를 보호하기 위한 근거로 기능할 수 있다고 주장했다. 다수자의 의지가 제대로 관철되고 있는지를 살피고자 할 때에는 다수자의 의지 외의 ‘자연법’이나 ‘전통’과 같은 Consensus를 참조할 필요가 없다. 이러한 참조는 다수자의 의지가 견제 없이 행사되는 것을 막기 위한 것이며, ‘다수자의 가치판단으로부터 소수자를 보호하기 위한 도구로서 다수자의 가치판단을 사용할 수는 없기 때문에’ 필요한 것이다¹⁷⁴⁾.

사무엘 프리만(Samuel Freeman)은 ‘사법 심사의 근본적 문제는 판사들이 선거상 책임을 지지 않는다는 점’과는 상관이 없으며, 사법심사가 민주적으로 문제가 되는 지점은 사법심사가 시민들의 평등한 정치적 참여권을 제한한다는 점에 있다고 주장한다¹⁷⁵⁾.

하지만 민주주의는 다수결의 제도화로 온전히 보장되는 절차적인 개념이라기보다는¹⁷⁶⁾, 제도의 기저에 실체적인 가치와 이상을 가지고 있는 실체적

173) Ibid., pp.172~173.

174) Ely, op. cit., p.183.

175) Freeman., Samuel Freeman, Constitutional Democracy and the legitimacy of judicial review, Law and Philosophy, Vol. 9., No. 4. (1990~1991), pp.327~370, p.333. 프리만에 의하면 사법심사가 비민주적이라고 하는 주장은 다음 전제 위에서 이해되어야 한다. 롤즈(Rawls)의 ‘평등한 정치 참여의 원칙’, 즉 ‘민주 사회에서 시민들은 입법 과정에 참여하고 결과를 결정하는 데 있어 평등한 권리를 소유해야 한다’는 원칙을 민주주의의 헌법적인 요구사항이라고 가정하면, 사법 심사는 이 원칙에 따라 제정된 입법을 뒤엎을 권위를 포함하는 한 시민들의 평등한 참여권을 제한한다는 것이다. Freeman. op. cit., p.334.

인 개념이기 때문에 ‘다수결을 제한하여도 민주적인 경우’와 ‘다수결을 관철했음에도 비민주적인 경우’가 있으며, 사법심사가 민주적 절차 뒤의 이상들을 더 잘 보장할 수 있다면 사법심사는 민주주의 수호를 위해 필수불가결한 역할을 할 수도 있다고 주장한다.

프리만은 입헌민주주의적 사회에서 헌법 및 법률은 국민의 기본권 보호를 위해 정당화될 수 있는 기초 위에서 인정되는 것인데, 단순 다수결의 원칙은 ‘각 개인이 자유롭고 평등하고 이성적인 지위에 있다는 전제’ 하에서는 효율적인 방식일 수 있으나 이와 동시에 ‘일반적으로 기본권이 평등하게 보장될 수 있게 하기 위한 헌법적인 제한’은 필요하며 이는 입법의 실제적인 조건을 이룬다고 주장했다¹⁷⁷⁾. 사법심사는 단순 다수결에 대한 실제적인 제한을 보장하기 위한 절차로서 인정될 수 있으며, 마치 헌법개정의 경우 요구되는 특별 다수결과 같은 기능적 역할을 하기 때문에 단순 다수결에 의한 절차를 제한함에도 불구하고 정당화될 수 있다¹⁷⁸⁾.

사법심사가 ‘반다수결주의적’이라는 비판에도 불구하고 입헌민주주의적 관점에서 사법심사가 위와 같이 이론적으로 정당화될 수는 있다. 그럼에도 불구하고 사법심사에 관련된 ‘불확정성’ 문제와 사법심사의 범위는 여전히 남는다.

도프는 프랭크 마이클맨(Frank Michelman)이 불확정성에 대한 문제를 온전히 해결할지는 못할지라도 입헌민주주의적 관점에서 하나의 설득력 있

176) 민주주의를 순수한 절차적 용어로 이해할 경우, 정책 결정 과정에서의 평등한 참여권과 단순 다수결 원칙에 따른 결정이 민주주의와 동일시된다. 이에 반해 사법 심사에 대해 반대하는 입장 중 ‘민주주의에 실제적 가치가 포함되어 있다’고 볼 경우, 실제적인 가치에 기반한 제한과 해석은 평등한 참여와 다수결에 의해야 한다는 입장도 존재할 수 있다. 이런 주장은 ‘민주주의의 실제적 요구사항에 대한 최종적 해석이 입법권에게 있어야 한다’고 결론이 나와 일관적일 것이라고 프리만은 본다. Ibid., pp. 335~336.

177) Ibid., pp.337~348.

178) Ibid., pp.349~355.

는 틀을 제공한다고 평가한다.

드워킨의 작업을 통해 ‘실체적 원칙’의 내용을 확정짓는 것이 설령 가능하다 할지라도 그 원칙을 구체적인 사안에 대입하고자 하면 불확정성의 문제가 여전히 발생할 수밖에 없고, 그런 문제점을 피하고자 절차주의적 접근방법을 취하게 될 경우 절차를 이루는 각 과정에 대한 정당화가 필요한데 이 정당화 과정은 어쩔 수 없이 추상적인 원칙에 다시 의존해야 하므로 불확정성의 문제를 해결할 수 없다. 마이클맨은 ‘민주적 정당성이 인정될 만한 상황’의 기준을 다시 설정하여, (1) 추상적인 헌법 원칙에 대한 헌신결정(commitment)이 실제적으로 타당하게 받아들여질 수 있고 (2) 상위법에 대한 해석권한을 부여받은 기관이 여러 가지 의견과 이해관계에 스스로를 노출시킨다면 정당한 입헌민주주의 체제로서 정당화될 수 있다는 것이다. 마이클맨은 연방대법원의 대법관들이 사법권을 위의 두 가지 기준에 부합하는 형태로 행사할 경우 사법심사가 인정될 수 있으며, 최소한 브래넌(Brennan) 대법관 재임시에는 대법원이 반대파에게 표현의 기회를 기꺼이 제공하고 소수자들이 법원을 통한 구제수단을 추구하는 것을 허용하였으며 시민과 행정관료 간의 분쟁이 생겼을 때 전문가들의 공식적인 견해만을 무조건적으로 존중하지는 않았다는 면에서 비판을 수용할 수 있는 역량을 갖췄기 때문에 사법심사의 기능이 정당화될 수 있었다고 평가하였다¹⁷⁹⁾.

법해석의 불확정성에 관한 문제는 일반적인 이론으로 온전히 해소될 수는 없다. 법이 불명확하고 가치판단을 해야 하는 상황에서 대법원의 해석에 이론(異論)이 존재할 수밖에 없으며 그러한 판단에 대해서 ‘민주적 정당성이

179) Dorf, Indeterminacy, pp.904~908. 한편 도프의 견해에 따르면 입법부와 행정부가 광범위하게 의견을 내고 속의 절차가 이뤄질 가능성을 긍정할 수 없는 입장에서는 낭만적 입헌주의가 정당화될지 여부가 불확실하기 때문에 불확정성의 문제로 돌아갈 수밖에 없다.

없음'을 이유로 비판을 하는 것도 언제든 가능할 것이다. 다만, 사법부는 정치권력과 끊임없이 상호작용을 하면서 그 판결 내용에 대해 사회 일반 및 정치권으로부터 영향을 받는 위치에 있을 것이고, 사법 심사는 입헌주의적 관점에서 대의제 민주주의의 한계를 보완하기 위한 제도로서 정당화될 수 있다. 절차주의나 근본적 가치 이론에 의할 때, 사법 심사가 소수자를 보호하고 모든 시민의 정치적 참여가 온전하게 보장될 수 있게 함으로서 민주주의의 한계를 보강하는 역할을 할 수 있다는 점에 대해서도 일반적인 동의가 가능할 것이라고 생각된다. 그에 더하여, 뒤에서 보듯 사법부가 제도주의적 관점에서 다른 기관을 존중하고 적절한 사법 자제를 행할 수 있다면, 연방대법원이 사법심사를 행함에 있어 권력분립을 침해하고 민주주의를 훼손하는 전단적인 역할을 하리라는 점에 대한 우려는 상당 부분 극복될 수 있으리라 생각된다.

IV. 사법 자제의 원칙 구체화

사법부가 월권을 저지르지 않고 적정하게 권한을 행사하기 위해서 별도의 행동 원칙을 정하는 것이 필요한가? 만약 이러한 행동 원리를 정할 수 있다면, 사법부는 일종의 '체크리스트'처럼 이 원칙을 구체적인 사안마다 참조해야 할 것인가, 아니면 개별적인 사안의 중요성마다 고려되어야 할 원리들이 다르기 때문에 원칙의 구체적인 적용에 관한 사항은 사법부의 재량에 일정 부분 맡겨야 할 것인가?

사법 자제에 관한 일반적인 필요성에 대해 동의한다 하더라도, 사법 자제의 원칙을 어떻게 세우고 이를 법원이 실무적인 단계에서 얼마나 실현할 것인지에 관해서는 위와 같은 쟁점이 제기된다.

사법 자제(Judicial Restraint)는 법원이 공권력의 행사나 입법권의 행사에 대해 ‘사법심사의 대상이 되기에 부적절하다’고 판단하거나 ‘판단 권한이 없으므로 특정한 문제에 대해 타인의 판단을 존중’하는 방향으로 판단을 내리는 경향을 말한다.

제프 킹(Jeff A. King)은 자신의 논문 ‘사법 자제에 대한 제도적 접근¹⁸⁰⁾’에서 특정한 사건을 해결하기 위한 재판에서의 행동 원리로서 사법 자제에 대한 여러 가지 접근법을 소개한 다음, 이른바 ‘맥락주의적 제도주의’ 관점에서 사법 자제를 행할 경우의 행동 원칙 및 그 아래에서의 전망에 관하여 논했다. 킹은 ‘제도적 접근’이란 사법적 판단의 제도적 영향을 고려하고, 절대적 개념이라기보다는 구체적 사안에서 이익형량을 해야 하는 불확정적인 개념으로서의 권리에 대한 문제와 사법의 오류가능성을 화두로 하여 사법 자제의 방법론에 대해 고려하는 것¹⁸¹⁾이라고 밝혔다. 제도적 접근은, 뒤에서 보는 바와 같이 비원리적 접근과 형식주의적 접근에 대한 대안으로 주장되는 것이다.

(1) 사법 자제에 대한 접근 방식들

가. 비원리적 접근

비원리적 접근(Non-doctrinal Approaches)은 법원이 ‘사법 자제’를 위한 일반적인 원칙을 세울 필요성 자체를 부정하는 입장이다. 개별적인 사안별로 자제가 요구되는 수준이 전부 다르기 때문에, 사안별로 판사가 기교

180) Jeff A. King, "Institutional Approaches to Judicial Restraint", Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 28., No. 3 (2008), p.409.

181) Ibid., pp.410~411.

(craft)를 발휘하여 최적의 판단을 내리는 수밖에 없다는 것이다.

킹은 이와 같은 비원리적 접근이 전혀 ‘과격하거나 비정통적인’ 접근이 아니며, 어떤 면에서는 법원의 실무적 사고에 대한 가장 적절한 설명이라고 평가한다.

일례로, Huang v. Secretary of State for the Home Department [2007] UKHL 11, [2007] 2 AC 167사건에서 영국의 상원 사법위원회는 (양 당사자가 여러 가지 사법 자제의 원리를 제시하며 특정한 원리를 채택하기를 요구한 데에 대해) “(공공 기관의 의견에 대한 고려나 정책적 고려, 평등을 위한 고려를 별도로 개입시키는 것은) 적절하지 않다. 왜냐 하면, 일반적인 사법 심사의 과정에는 양 당사자에 관한 여러 가지 사항의 비중을 고려하고 이를 적절한 만큼 분배하는 과정(It is performance of the ordinary judicial task of weighing up competing considerations on each side and according weight)이 이미 포함되기 때문이다”라고 판시한 바 있다.

앨런(T.R.S. Allan)은 사법 자제에 대한 독립적인 원리를 새로 정립하는 시도에 대해 크게 두 가지 이유로 비판적이었는데, 첫 번째 이유는 권리 보호에 관한 사법적 책임이 ‘사법 자제’를 이유로 손쉽게 회피될 수 있다는 것이며, 두 번째 이유는 이미 ‘합리성 심사’나 ‘비례의 원칙’과 같이 다른 기관의 의견 존중에 관한 원칙들이 이미 사법 심사에 적용되고 있는데 자제에 관한 일반 원리를 더 추가하는 것은 오히려 자제의 원리를 과도하게 반영(double-counting)할 위험이 있다는 것이었다¹⁸²⁾.

182) 킹은 앨런이 사법 자제의 일반 원칙을 수립하는 데에 부정적이라고 하여 ‘철인 통치를 옹호하는 것’은 아니라고 보았다. 앨런이 강조하는 것은 ‘판사가 특정 사안에 대해 판단할 때 가장 중요한 것은 ‘항상 헌법적 권리에 합치되는 판단을 해야 한다’는 명령이며, 이러한 명령이 전문가나 다른 기관의 의견보다 중요하다는 점이다. 판사가 도달해야 할 ‘절대적인 권리나 정의’가 존재한다는 전제 아래, 판사가 여러 가지 이익형량을 거쳐 이와 같은 정의나 권리 실현의 명령에 도달하는 것을 다른 자제의 원칙이 구속해서는 안 된다

하지만 이와 같은 접근법은 자칫 판사에게 지나치게 넓은 재량을 주어 법원의 오류 가능성에 대해 아무런 대응을 할 수 없다는 점에서 한계가 있다. ‘사법 자제의 원리’ 자체를 부인하는 것은 법치주의에 대한 사회적 이상을 무시하고 사건 당사자에게 예측가능성을 보장하지 못할 위험이 있다고 킹은 지적한다. 비원리주의자들은 개별적인 ‘자제의 원리’들이 이미 사법적 판단 과정에서 이익형량에 고려되기 때문에 문제가 없다고 주장하지만, ‘필요한 고려 요소들이 전부 고려되지 않을 가능성’도 있기 때문에 한계가 있다는 것이다¹⁸³⁾.

권리의 의미에 대한 해석 가능성과 정의의 관념에 대한 입장이 다원적으로 존재하는데, 오류 가능성을 가진 법원이 아무런 자제의 원리 없이 이를 발견할 수 있다고 주장하는 것은 법원의 역량을 지나치게 이상주의적으로 본 것일 수 있다. 사실 인정과 가치 판단 과정에서 사법부는 항상 오류의 가능성을 가지는데, 이와 같은 오류의 가능성은 앨런이 주장하는 바와 같이 ‘헌법적 권리 실현’을 궁극적인 목적으로 두는 것만으로 해결되지 않기 때문이다¹⁸⁴⁾.

킹 역시 비원리주의적 접근에 대해 ‘절대적인 권리와 정의에 대한 신념’과 ‘사법부의 역량’에 대한 신념을 갖는 것은 적절하지 않고 사실 인정과 도덕적 이슈 판단 과정에서 오류의 가능성이 있다는 점을 고려했어야 한다고 비판하였다. 사실판단에 대해 사법부를 신뢰하고, 사법부가 사실판단에 근거하여 행동 원칙이나 사실을 예측하고, 증거를 평가하는 문제들은 판사가 단순히 “추상적인 권리”를 중심에 두고 생각하는 것만으로 해결될 수 있는 문제가 아니기 때문이다

는 것이 앨런의 입장이라고 킹은 분석한다. Ibid., pp.412~413.

183) Ibid., pp.411~414.

184) Ibid., pp.413~414.

나. 형식주의적 접근

한편 형식주의적 접근은 법원이 추상적인 카테고리를 분류하여, 의식적으로 권력 기관 간의 판단 권한을 분배해야 한다는 입장이다. (1) 법과 정치의 구별, (2) 원리와 정책의 구별, (3) 소송요건 이론과 같은 기준에 의해서, “사법부가 판단할 수 있는 문제”와 “그렇지 아니한 문제”를 개념적으로 구별할 수 있다는 것이다.

킹은 개념적 형식주의의 근거에 “추상적인 법규범이나 법원리로부터, 정치적 논란을 불러일으키지 않고 객관적이고 비정치적인 해답을 판사들이 도출해 낼 수 있음”에 대한 신념이 있다고 분석한다¹⁸⁵⁾.

하지만 이러한 개념적 형식주의는 ‘정책적 판단과 개인적 선호가 판결 과정에 실질적으로 반영될 가능성’을 간과한다는 점에서 ‘객관성에 대한 잘못된 환상’에 빠질 수 있다고 킹은 지적하였다.

또한 개념적 형식주의는 ‘합리적 객관성(rational objectivity)’을 지나치게 낙관한 나머지, 법원이나 학자들이 자신들의 결정이 실제로 야기할 수도 있는 불합리한 결과를 무시할 수 있다는 한계도 가진다. ‘이론적으로 합리적인 과정을 거쳐 결정을 내렸다’고 스스로의 결정을 정당화하기 때문에 불합리하고 부정의한 판결이 나와도 이에 대해 어떤 반성이나 숙고가 이뤄질 수 없다는 것이다.

‘합리적 객관성’에 대한 신념이 ‘선례 구속의 원칙(stare decisis)’과 합쳐질 경우 법제도는 극도로 보수화될 수 있다. 한 번 추상적인 법원칙이 세워졌고, 법원이 이에 구속되는 이상 구체적 사안을 유연하고 현실적으로 판단

185) Ibid.. pp.413~414.

할 수 있는 여지가 현저히 줄어들기 때문이다. 킹은 이와 같은 문제점이 아래의 형식주의적 접근법들에서 현저하게 나타난다고 지적하였다¹⁸⁶⁾.

1. 법과 정치의 구별

‘정치적 문제’는 의회와 행정부의 몫이므로 사법부에서 판단하지 않는 것이 적절하다는 견해는 ‘권력 기관의 기능이 서로 분리된 채 자율적으로 행사될 수 있다는 신념(strong notion of separate and autonomous functions)’에 근거한 것이다.

킹은 이와 같은 기준에의 해당 여부가 구체적 사안에서는 결국 ‘사법적 직관(judicial intuition)’에 의해 판단될 수밖에 없다는 점을 지적하였다. 특정 문제의 정치성을 판단하기 위한 ‘분석 방법’에 대한 기준이 없이는 법과 정치의 구별이 비일관적으로 적용될 수밖에 없다는 것이다. 이와 같은 원칙을 명시했던 Baker v. Carr 사건에서 법원은 ‘해당 문제를 담당할 정치적 기관이 헌법에 규정되어 있을 때 혹은 ‘문제 해결을 위한 법적인 표준이 없을 때’ 정치적인 문제에 해당한다고 판시하였으나, 그 기준이 지나치게 모호하기 때문에 구체적인 사안의 정치성을 판단하기 위한 분석 방법으로는 불충분하다는 것이다. ‘권리/특권(Rights/Privileges)’이나 ‘사법적/준사법적/행정적’(Judicial/Quasi-judicial/Administrative)’와 같은 개념에 따라 사법적 판단의 여부를 나누는 것 역시 유사한 문제에 봉착한다¹⁸⁷⁾.

권력 기관의 권한 행사를 개념적이고 기계적으로 나눌 수 있다는 권력분립 원리 역시 새로운 국면에서 검토될 필요가 있다는 점에서 위와 같은 견해의 한계를 생각할 수도 있다. 각 권력 기관의 권한 행사가 서로에게 영향

186) Ibid., p.414.

187) Ibid., p.415.

을 미치고, 각 권력 기관은 다른 기관의 결정 및 반응을 고려하면서 결정을 내린다는 측면에서 권력 분립에 기관간의 상호작용이 새로이 고려되어야 하기 때문이다. 정치적인 결정을 기계적으로 사법부가 의회나 행정부에 모두 맡기는 구조는 실질적으로 생각하기 어렵다.

2. 원리와 정책의 구별(Principle-Policy Distinction)

호프만(Hoffman) 대법관과 드워킨은 “법원은 법적 원리를 다루고, 민주적 정당성을 가진 기관에서 정책적 판단을 해야 한다”는 주장을 하였다.

드워킨은 ‘정책’이란 공동체가 사회적, 경제적, 정치적 차원 등에서의 진보를 위해 도달해야 할 목표이고 ‘원리’는 진보와 발전 여부와 상관없이 ‘정의와 공평, 혹은 다른 차원의 도덕적 목적’에서 필요하기 때문에 관찰되어야 할 기준이라고 정의했다.

정책적 문제는 사회적으로 특정한 목표를 달성하기 위한 것이기 때문에 (민주적 정당성을 가진) 관련 기관에서 판단할 것이지만, (다수의 선호가 선불리 침해해서는 안 되는) 권리의 문제는 법원에서 법적인 원리에 의해 판단되어야 한다는 것이다.

하지만 킹은 드워킨의 이론이 여러 가지 문제를 가지고 있다고 비판했다.

먼저 드워킨이 ‘법원은 원리에 의해 판단하는 기관이어야 한다’고 주장한 것은 ‘트럼프 패로서의 권리’ 이론에 따라 법원이 다수의 의견에 의한 결과주의적 고려와 상관없이 권리를 보호해야 한다는 맥락에 의한 것인데, 드워킨은 추종자들의 오해에 대해 자신의 견해를 설명하는 과정에서 ‘판사가 법적 원리의 적용을 결정하는 데에 있어 결과적 고려를 할 수 있다’고 하여 개념적으로 모순이 있다는 것이다. 결과적 고려가 개입될 가능성을 긍정함

에 따라 ‘트럼프 패’와 같이 권리가 관철될 수 있는 가능성은 약화된다.

킹은 또한 ‘정책과 원리’의 구별이 ‘불명확할뿐더러 바람직하지도 않다’고 비판했다. 사법부와 입법부 모두 정책적 고려와 원리에 기초한 고려를 함께 할 수밖에 없고 이를 조화시킬 것이 요구되는데, 명확하지도 않은 구별에 의해 기능이 엄격하게 분배될 경우 오히려 불합리한 결과를 야기할 수 있기 때문이다. ‘정책’과 ‘원리’의 구별 권한 및 의사결정권의 분배 권한을 판사들이 정한다는 것도 불공정하다.

권리의 설정에 대해 비례 원칙에 의한 제한, 입법부의 입법 과정에서의 이익형량과 같은 제한이 당연하게 여겨지는데 ‘원리’에 대한 문제를 법원이 전담해야 하는 언명만으로 복잡한 이해관계가 해소될 수 없다는 것, 특정한 문제를 원리로 보는지 정책으로 보는지에 따라 일도양단적인 결론이 날 뿐 혼합적인 성격을 띠고 있는 문제에 대해 온건하게 접근할 수 없는 분극효과(polarizing effect)가 생겨날 수도 있다는 것 역시 문제점으로 지적된다.

드워킨의 이론에 의하면 특정한 쟁점이 ‘원리이거나, 정책적 문제인지’를 구별할 수는 있지만 어떤 문제가 ‘정책적 쟁점’과 ‘권리에 관한 쟁점’을 어느 정도로 어떻게 내포하고 있는지, 그리고 그에 따라 문제의 결정에 필요한 ‘사법 자제’의 정도가 얼마나 요구되는지는 구체화되지 않는다. 이런 경우 ‘사법부가 결정을 하거나 하지 않거나’만이 문제되고 조화로운 해결책을 모색할 수 없기 때문에 사법부 우월주의에 의한 오만 혹은 사법소극주의의 폐해가 야기될 수 있다¹⁸⁸⁾.

188) Ibid., pp.417~418. 킹은 아울러 실제의 예에서 법원과 드워킨은 특정한 문제가 ‘원리인지, 정책인지’를 판단함에 있어 서로 상반되게 판단한 예들을 열거하였다. Bushell(Bushell v. Secretary of State for the Environment) 사건에서 ‘장관이 고속도로 건설과 관련된 설문 결과에 대한 반대심문을 공개하지 않은’ 것에 대해 드워킨은 이것이 ‘논쟁의 여지 없이 정책적인 문제’라고 보았으나 법원은 ‘내용에 대한 사법심사가 불가능한 일반적인 정책-사법심사가 가능한 개별적인 정책’을 구별한 다음 일반적인 정책에서도 정부는 공정성의 의무를 지니고 개별적인 정책의 경우 지는 의무의 정도가 달라진다고 판시하였다. 또한 Matthews(Matthews v. Eldgridge) 사건에서 ‘장애인에 대한

3. 소송요건 이론 (Justiciability)

소송요건은 사실적 측면(fact-stating)과 규범적 측면(prescriptive)에서 각각 문제가 된다. 사실적 측면은 의회의 절차에 대한 심사와 같이, 사법심사가 이뤄지더라도 절차상 집행력을 갖기 어려운 것이고, 규범적 측면은 제도적 능력(institutional capacity)이나 제도적 정당성(institutional legitimacy)의 측면에서 사법심사가 적합하지 않은 경우를 말한다.

소송요건 이론은 ‘사실상의 가능성’과 ‘제도적 능력’ 그리고 ‘규범적 판단’의 다원적인 요소를 가지고 사법 심사의 적합성을 판단하기 때문에 일견 구체적으로 타당한 사법 자제의 원리로 기능할 수 있어 보인다. King은 소송요건 이론에 따라 여러 가지 차원의 문제들이 다뤄진다는 측면에서 이 이론이 후술하는 ‘제도적 접근법’과 실질적인 차이가 없게 보일 수도 있다고 인정한다.

하지만 King은 소송요건 이론이 다음의 이유로 부족하다고 주장한다.

먼저 ‘소송요건’에 따라 사법심사가 가능한 영역을 일반적으로 배제해 버리는 것이 확실적일 수 있다는 것이다. 특정 영역이 ‘사법 심사에 부적합하다’고 인정되고 그것이 선례로 굳어지게 되는 순간 그 선례의 구속성이 지나치게 커져서, 특정한 영역에 대해 법적인 판단의 공백 상태가 생길 수밖에 없다. 또한 위에서 언급한 ‘분극 효과’의 가능성이 존재하는데, 소송요건 이론이 사법심사가 ‘적합한’ 영역과 적합하지 않은 영역을 나누긴 하지만 구체적인 사안에서 ‘얼마만큼의’ 사법 자제가 이뤄져야 하는지에 대해서는 전혀 말해 주는 바가 없기 때문이다¹⁸⁹⁾.

복지 정책을 종료하기 전 공청회를 거칠 권리를 보장하지 않은 것’에 대해 대법원은 적법절차의 원리에 어긋나지 않는다고 본 반면 드워킨은 이를 원리의 문제라고 보아 ‘법원이 공리주의적 관점에서 판단하지 말았어야 할’ 문제라고 보았다.
189) Ibid. pp.420~422.

다. 제도적 접근 (Institutional Approach)

위에서 본 비원리적 접근과 형식적 접근에 대한 문제제기를 토대로 제도적 접근법이 제기되었다. 이는 (1) 법원이 이성적인 토론과 원리에 따라 합리적인 사유의 장으로 기능할 수 있는 곳이라는 점에 대한 신뢰, (2) 소송 절차에서 이성적인 추론과 통합적인 논증을 통해 건전한 정책결정이 완성될 수 있으리라는 신뢰, (3) 이와 같이 적정한 절차를 통해 도출된 ‘제도적 합의’에는 시민들이 따라야 한다는 신념을 근거에 두고 있다. 이와 같은 명제들은 하트(Hart)와 삭스(Sacks)가 사법과정학파(Legal Process School)의 논리를 발전시키면서 정립되었다.

제도적 접근을 취하는 학자들은 개념적 형식주의와 소송요건 이론의 한계를 극복하고 대안적인 사법자제 이론을 만들고자 노력하였는데, 그 접근법에는 다음과 같은 점들에 공통적으로 동의한다고 분석된다.

(1) 판사에게는 어떤 것이 사법심사의 대상으로 적합한지에 대해 광범위하게 살필 의무가 있고(a culture of justification) (2) 판사들이 다른 정책결정자들의 의견에 충분한 존중을 부여해야 하며, (3) 사법 자제의 원리는 특정한 원리(principles)와 요소(factors)들에 의해 구조화되어야 한다는 것이다¹⁹⁰⁾.

카바나흐(Kavanagh)는 사법자제와 헌법상 법원이 갖는 제도적 역할을 연계하여 분석하였는데, 법원은 ‘인식상의 이유’(epistemic reasons)이나 ‘권위의 문제’(reason of authority)에 의해 사법 자제를 택할 수 있으며, 사법 자제에는 어떤 경우에도 항상 필요한 최소한의 존중(minimal deference)와, 법원에 제도적 역량의 한계가 인정되며 의사결정자의 결정

190) Ibid., pp.422~424.

에 실질적으로 존중을 부여할 가치가 있을 때 주어지는 실질적인 존중(substantial deference)의 두 가지가 있다고 분류하였다.

실질적인 사법 자제는 제도적 역량(institutional competence)과 전문성(expertise), 그리고 제도적·민주적 정당성(institutional or democratic legitimacy)이 부족할 때에 이뤄질 수 있으며, 위와 같은 부족함이 없더라도 법원이 스스로 신중하고자(prudential reasons) 사법 자제를 행할 수도 있다고 카바나흐는 정리하였다¹⁹¹⁾.

1. 제도적 접근의 일반적 특성들¹⁹²⁾

제도적 접근은 먼저 (i) 불확실성과 사법적 오류가능성을 수용한다. 사실 판단에서 법원이 오류를 범할 수 있는 가능성과, 가치 판단에서 ‘합리적 불일치’가 존재할 수 있는 상황이 재판에 고려될 수 있다. 불확실성과 사법적 오류가능성이 사법 심사에 어떻게 영향을 미쳐야 하는지에 대해서는 학자 별로 견해가 다르지만, 제도적 접근에서 이것이 하나의 전제로서 고려되며, 사법 역량이 신중하게 행사되고 대의기구들의 권한에 대한 존중이 필요하다는 점이 공통적으로 인정된다.

그 다음으로 제도적 접근은 (ii) 특정한 판결의 결과와 시스템에 미치는 영향을 고려한다. 불확실성과 오류가능성이 존재하는 상황에서 법원이 어떤 원리를 연역적으로 도출하여 필연적인 결론을 내도록 하는 것은 제도적 접근법의 목표가 아니다. 다원주의 사회에서 사안에 적용될 일반 원리에 대해서는 모두의 의견이 다를 수 있지만, 그래도 구체적인 해결책에 대해서는 합의가 이뤄질 수 있다는 이른바 ‘불완전하게 이론화된 합의(incompletely

191) Ibid., p.424.

192) Ibid., pp.425~430 참조 및 정리.

theorized agreements)’가 도출될 수 있다면 사법권이 성공적으로 행사된 것으로 볼 수 있다.

또한 제도적 접근법은 (iii) 권리에 대해서도 절대적인 효력을 부여하지 않고 권리에 대해 이익형량을 할 수 있다고 본다. 개개의 권리는 상당한 비중을 가지고 존중되어야 하는 원리 및 요소를 상징할 수 있지만, 권리 주장에 상충하는 다른 요소들과 함께 이익형량의 대상이 될 수 있다. 이는 트럼프 패로서 권리를 인식하는 형식주의적 접근을 극복하기 위한 것이다. 알렉시(Alexy)는 권리는 하나의 ‘원리’이며, 원리는 그에 반하는 결정을 내리기 위해서는 특정한 방식의 정당화를 필요로 하는 ‘최적화 요건(optimization requirement)’이라고 정리하여 개념적 형식주의와 권리 절대주의가 초래할 수 있는 결과적 오류를 극복하면서도 권리의 이면에 있는 ‘이익들’이 적절하게 고려될 수 있도록 시도하였다. 이러한 분석은 법원이 구체적인 사안에 따라 권리를 적극적으로 인정할 수도, 권리 절대주의에 속박되지 않도록 도울 수도 있다고 킹은 분석한다¹⁹³⁾.

제도적 접근법은 기계적 권력분립을 취하지 않고 각 권력기관이 공공이익을 증진시키기 위해 공통의 목표를 가지고 상호작용한다는 전제하에 (iv) 기관 간의 협업(comity and collaboration)을 강조한다. 각 권력기관 간의 이해관계의 충돌은 통치의 관점에서 해결될 수 있고, 각 기관 간의 불일치와 긴장이 현대 민주주의 체제에서의 의사결정 과정으로서 현대적인 모형의 견제와 균형으로 보는 것이다. 이와 같은 전제 하에서 판사들은 비원리적 접근에서보다는 좀 더 겸손하게 행동하도록, 그리고 형식주의적 접근에서보다는 좀 더 유연하게 행동하리라고 기대된다.

위와 같은 조건들과 전제들을 받아들인 상태에서 법원이 가능한 한 구체

193) Ibid., pp.426~428

적인 사안에서 점진적인 결론을 취하고 그 적용 범위를 최대한 명확하게 구체화시켜야 한다는 (v) 점증주의(Incrementalism)가 제도적 접근법의 관점으로 이해되기도 한다¹⁹⁴⁾.

2. 제도적 관점의 종류

제도적 접근법은 하나의 구체적인 ‘입장’이라기보다는 기존 법리학의 한계를 극복하고 문제점들에 대처하는 하나의 ‘흐름’으로서 수많은 학자들의 입장의 전제를 이루는 것이기 때문에, 사법 자제에 관한 구체적인 이론으로서 그 접근법은 또다시 여러 가지 양상들을 띤다. 킹은 사법 자제의 원리가 얼마나 구체적으로 고정되어야 하며, 사법부에게 얼마만큼의 재량이 실질적으로 인정될 것을 기준으로 하여 제도주의를 맥락적 제도주의와 엄격 제도주의로 구분한다.

맥락적 제도주의 (contextual institutionalism)는 판사들이 판결과정에서 미래에 대한 고려를 염두에 두어야 한다고 한다는 입장이다. 다른 공무원의 의견을 고려하거나 불확실성을 감수하거나, 각 과정의 쟁점을 맥락화하고 제도적인 요소들을 형량하는 역할을 판사들에게 맡긴다는 것이다. 사법자제의 원칙을 통해 사법재량을 구조화할 수 있으며, ‘인간의 권리와 공공의 가치’에 대해서도 안정적인 규범화가 가능하다는 전제 아래, 법원과 판사의 논증의 합리성에 판결을 맡기는 것이다.

엄격 제도주의 (Restrictive institutionalism)는 제도적인 권한을 기준으로 하여 특정한 영역이나 일반적인 사법자제의 영역에서 사법재량의 범위를 좁힐 만한 명확한 지침을 만들자는 주장이다. 엄격 제도주의는 사법적

194) Ibid., pp.425~430 참조 및 정리.

오류가능성과 불확실성에 대한 확고한 우려를 갖고 있으며, 따라서 사법부의 역할을 줄여야 한다는 입장이다.

엄격 제도주의적 입장에서는 입법부가 민주적 정당성으로 인해 우월하다고 볼 수 있으며, 기관 간의 협업 가능성은 그다지 낙관할 만하지 않다. 판사 한 명 한 명의 기량보다는 명확하고 일반적인 지침을 마련하는 것이 더 나을 것이라고 보는 것이

버물을 포함한 엄격 제도주의의 관점이다. 톰킨(Tomkin)과 같은 정치적 입헌주의자와 할로우(Harlow)와 같은 기능주의자도 이런 접근에 찬성할 것이나, 스펙트럼은 극단적으로 갈린다. 엄격 제도주의자 중 헌법적 권리에 대한 사법심사에 찬성하는 자도 반대하는 자도 모두 있을 수 있다는 것이 킹의 설명이다¹⁹⁵⁾.

3. 맥락적 제도주의에서의 사법자제

킹은 제도적 접근법에 대한 평가는 (i) 판결의 당사자 및 시스템에 대한 영향 (ii) 분석상의 일관성과 새롭게 제시된 법 이론의 가치에 대한 기능적 평가 (iii) 법외 영역의 영향 (iv) 이상적인 사법부의 태도 및 사법부의 현실과 같은 요소들을 고려하여 동적이고 실험적으로 이뤄져야 한다고 주장했다. 새로운 실험은 뒤로 미루고 역사적 경험을 더 중요하게 여기는 엄격 제도주의자들은 완전히 망가졌다고 볼 수밖에 없는 환경을 변화시키는 것의 중요성을 과소평가하며, 지나치게 운명론적이라고 킹은 비판한다.

한편 킹은 맥락적 제도주의자들이 지속적인 실패를 극복하려면 너무 낙관적인 태도를 취해서는 안 되고, 사법적 행동의 결과가 애매하다는 사실을

195) Ibid., pp.430~431.

직시해야 한다고 주장하였다¹⁹⁶⁾.

엄격 제도주의나 맥락적 제도주의 모두 상당히 구체화된 전제 위에서 유의미한 우려와 근거에 따라 입장을 달리하는 것이므로, 특정한 사법 자제의 원리가 얼마나 성공적으로 구현되는지의 여부는 결국 실제 사건에서 각 요소가 어떻게 종합적으로 작용하는지에 따라 결정될 것이고, 그에 대한 온전한 평가도 사후적으로 총체적 관점에서 이뤄질 수밖에 없다. 킹은 형식주의적 접근법이 가지는 일반론적 접근의 한계에 대해 비판적이었기 때문에 엄격 제도주의가 취하는 ‘일반적 원칙화’의 필요에 대해서도 상대적으로 회의적이었던 것으로 보인다.

따라서 킹은 (여러 가지 한계와 조건을 인정한 전제 위에서) 법원이 구체적인 사안에서 최선의 결정을 내릴 조건을 유연하게 구체화하고자 하는 것을 목표로 하여, 맥락적 제도주의를 발전시켜 사법자제의 이론을 최대한 구체화하고자 하였다.

킹은 자제의 원리가 맥락적으로 행해져야 한다는 점을 강조한다. 자제에 관련된 일련의 원리는 분명히 확인될 의미가 있지만, 그 적용 양태가 고정되어서는 안 된다. 법원은 일반적인 법적 기준을 가지고 주장을 판단하되 법적 이슈를 맥락화하고, 이 기준들이 적절한 경우 사법 자제의 원칙을 고려해야 한다는 것이다¹⁹⁷⁾.

킹이 제시한 원칙들은 다음과 같다.

(i) 먼저, 판사들은 (더 추상적이고 일반적인 수준의) 원리와 (세부적이고 구체적인 차원의) 요소를 층위에 따라 적절하게 배치하여 사법적 논증을 구

196) Ibid., pp.431~432.

197) Ibid., pp.438~440.

조화해야 한다.

(ii) 판사들은 상대적 전문성을 비교하고, 정치적 다원주의와 복잡성을 고려하는 것, 권리와 이익의 성격, 소외 계층에 대한 입법적 보호의 여부를 살피는 것, 사회과학적 증거와 사법적 오류의 가능성을 인정하는 것 등의 여러 가지 원리를 고려해야 하는데¹⁹⁸⁾, 소송물 및 사안에 따라 요구되는 사법 자제의 원칙과 요소가 다르다. 법원의 역량과 행정부의 필요, 청구인의 의지가 전부 다르기 때문이다.

킹은 최소한 다원주의(polycentricity), 전문성(법원이 특정한 증거를 얻고 다른 공무원의 입장에서 판단을 가늠하는), 유연성(입법과 정책결정의 최종 판단자로서 법원이 갖는 부담과 구속력의 관점), 민주적 정당성(도덕과 권리에 대한 사법적 오류의 가능성과 합리적인 불일치의 정당성의 문제에서)와 같은 네 가지 일반 이론이 제도주의적 접근에서 고려되어야 한다고 주장한다¹⁹⁹⁾.

(iii) 관련된 원리와 요소들이 하나의 적용 가능한 원칙으로 정제될 수 있는지도 살펴야 한다. 원칙이 너무 모호하다면 이를 구체화시켜야 한다. 예를 들어, *Carolene Products* 판결의 각주가 사법 재량을 통제하는 기준으

198) 예를 들어 *Laws L.J*는 *Human Right Act 1998*의 소수의견에서 유럽 협약의 권리에 대한 법적 해석을 어떻게 해야 하는지를 다음과 같이 논했다.

- (a) 의회의 행위에 대해 다른 기관의 행위보다 더 많은 존중이 필요하고
- (b) 권리가 소극적인 방법으로 규정되어 있거나 협약에서 형량을 요구한다면 사법적 자제가 필요하고
- (c) 의회의 헌법적 책임과 관련된 것이 소송물이 될 경우 민주적 정당성을 더 고려해야 하며
- (d) 사법 재량의 다과는 소송물이 실제로 혹은 잠재적으로 의회 혹은 법원의 전문 영역에 있는지 여부에 따라 달라진다.

또한 캐나다 대법원은 행정법적 사항을 판단함에 있어 (i) 축출조항의 유무 (ii) 기관의 전문성 (iii) 법조항의 목적 (iv) 문제의 성격(사실의 영역인가 법의 영역인가) 등을 기준으로 판단하는데, 만약 권리에 관한 논점들이 문제될 경우 권리장전에서 비례의 원칙과 같은 추가 요소가 더 필요하다. (i) 기초적 이익인지 (ii) 관계된 집단이 특별히 소외된 것인가 (iii) 문제가 복잡하여 전문성이 필요한지 여부 (iv) 규율의 민주적 근거 (v) 정책 결정에 있어 도덕적 결정이 얼마나 요구되는지 여부 등이 요건으로 고려된다.

King., *op. cit.*, pp.433~434 참조.

199) *Ibid.*, pp.433~435.

로 제대로 기능하려면 어떤 집단을 ‘소수자’로 간주할 수 있는지, 속의 민주주의와 공화주의 이론은 이 각주의 적용에 있어 어떤 영향을 미치는지, 등과 같은 관련 쟁점들이 구체적으로 정제되어야 한다는 것이다²⁰⁰⁾.

(iv) 갈등과 통약불가능성이 존재하는 이상 지침을 구체화하고 사안을 결정하는 것은 판사의 몫인 만큼, 판사는 그들 자신의 정의에 대한 직관과 다양한 원리 및 요소들을 고려하여, 일관적이고 균형잡힌 형량을 해야 한다.

(v) 시스템 차원에서 영향력이 크고 불확실성이 클수록, 원리 간의 갈등 첨예할수록 판사는 점진주의적 접근을 취해야 하며, 재판 초기 단계에서 논증이 정제되었으면 상급심에서는 하급심을 존중하는 것도 자제의 원리로 언급된다.

위와 같은 점들이 고려되어 사법권이 행사될 수 있다면 엄격 제도주의자들의 (사법부의 역량에 대한) 우려를 다소 희석시킬 수 있을 것이라고 킹은 전망한다²⁰¹⁾.

킹은 기존의 사법 자제의 원리가 개별적인 사안에서 판사의 접근 방식에 대한 지침을 제공할 수 있을 때에는 이를 사용하고, 원리가 유의미하지 않을 경우 및 선례가 제대로 기능할 수 없는 경우에는 선례의 적용을 재검토해야 한다고 주장한다.

입법부에 대해 얼마나 사법적 존중을 할 것인지의 문제는 기본권 침해에 대해 법률에 구제 수단이 있는지, 비례 원칙을 적용함에 있어 특정한 요건에 대한 문제가 얼마나 해소되었는지에 관한 논의로 이어진다. 하지만 사법 자제는 법원이 기본권 침해에 대한 비례 원칙 위반 여부를 판단하는 역할을 맡아, 문제된 기본권 침해가 정당화될 수 있는지를 결정하는 단계에서

200) Ibid., pp.435~436.

201) Ibid., pp.436~438.

필요한 것이며 이는 개별 연구 없이 선형적으로 이론화될 수 있는 문제가 아니라고 킹은 주장한다²⁰²⁾.

(2) 소 결

위에서 언급된 정의에서 사법 자제가 ‘사법 심사의 적합성 여부’ 및 ‘구체적인 사안을 판단하는 데에 있어 타 기관의 의견을 얼마나 존중할 것인지’의 영역을 두루 아우른다는 점을 생각하면, 사법 자제에 관한 이론은 ‘사법 심사 적합성’의 차원과 ‘구체적 사안 해결’의 차원에서 법원의 대응 방식에 관해 구체화되어야 할 것이다.

비원리적 접근은 판사가 구체적인 사안을 결정함에 있어 현실적으로 여러 가지 요소들을 직관적이고 총체적으로 형량할 수밖에 없다는 점을 고려하고, 사법권의 행사를 통제하기 위한 여러 가지 자제의 일반 원칙들이 있기 때문에 그 원칙들의 충분한 행사를 통해 사법 자제가 이뤄질 수 있다는 점을 신뢰할 경우 납득할 수 있다. 하지만 그럼에도 불구하고 이 접근법은 사법적 판단이 내포할 수 있는 불확실성과 각 결정이 일으킬 수 있는 문제들에 대해 어떤 대답도 하지 않는다.

형식적 접근은 기관 간의 의사결정권한이 ‘기계적으로 분리될 수 있으며’, 추상적인 차원에서 ‘정치적 문제’나 ‘원리적 문제’가 도출될 수 있으리라고 낙관한다는 점에서 한계가 있다. 오늘날의 권력분립은 각 권력기관이 유기적으로 연관된 상태에서 권한을 행사하고, 각 기관의 의사결정이 타 기관에 사전적으로 및 사후적으로 영향을 미칠 수밖에 없다는 점에서 기계적으로 이해될 수 없다.

202) Ibid., pp.438~440.

킹이 ‘분극효과’를 지적한 것과 같이, ‘구체적 사안 해결에서의 사법자제의 원리’에 대해 아무런 해답을 제시하지 못한다는 점 역시 형식적 접근의 한계이다.

다만 ‘소송요건 이론’에서 제시된 사법자제가 필요한 영역들에 대한 문제의식은 이후 제도적 관점에서도 유효하게 유지되므로, 형식주의적 이론들이 사법부의 권한 행사에 관해 우려를 제기하는 영역들에 대한 문제의식을 받아들이되 사법부의 역할을 확일적으로 제한하고자 하는 선부른 시도를 하지 않는 것이 중요할 것이다. 전문성과 민주적 정당성, 그리고 사법부의 역량 등에 관한 고려는 제도적 관점에서 사법자제를 행할 때에도 근간을 이루는 원칙이라는 점에서, 제도적 접근은 형식주의적 접근에 대한 부정이 아니라 각 접근법을 발전적으로 극복해낸 접근법이라고 생각된다. 특히 권력 분립을 유기적으로 이해하는 것이 더 적절하다는 측면에서 기관 간의 협업 및 예양의 가능성을 염두에 둔 제도적 관점은 형식주의적 접근에 따르면 규율상의 공백이 발생할 수밖에 없는 부분에 대해서도 다룰 수 있다는 점에서 더 발전적이라고 생각된다. 구체적으로 오류의 가능성과 불확실성을 고려하고, 법원의 역할의 한계를 인정하면서도 그 한계를 절대적으로 보지 않고 다른 기관과의 관계 속에서 보충할 가능성을 고려한다는 점에서 제도적 관점은 거시적 차원에서 법원의 역할과 구체적 타당성을 최대한 고려하여 조화시키고자 한 시도로서 인정받을 가치가 있다.

한편 제도적 접근법 중 엄격 제도주의와 맥락적 제도주의의 입장은 사법부의 역량 및 사법 결정의 민주적 정당성에 대해 어떻게 판단하는지에 따라 달라질 수 있는, 하나의 정답이 존재하지 않는 ‘신념의 차이’에 의해 결정되는 문제이다.

킹이 맥락적 제도주의의 관점에서 사법 자제의 원리를 구체화시킨 것은,

각 사안들이 전부 다름에도 불구하고 어떤 ‘일반적인 원칙’을 세우는 것이 가능하며 필요하다고 본 엄격 제도주의의 입장에 대해 (그가 형식적 접근법에 대해 비판적이었던 것과 비슷한 맥락에서) 회의적이었기 때문이었을 것으로 생각된다. 법적 영역과 소송물별로, 그리고 구체적 사안별로 적용되어야 할 원리와 고려 요소가 다른데, 일반론적으로 적용될 수 있는 ‘사법적 자제의 체크리스트’가 존재할 수 있다는 점에 대해 킹은 반대한다. 사법 자제에는 ‘구체적 사안 해결 단계’에서의 자제 원리도 중요한데, 이에 관한 ‘체크리스트’를 만드는 것은 ‘모든 사안의 해결을 위해 고려해야 할 요소 및 원리들에 대한 체크리스트’를 만드는 것만큼이나 방대한 일이며, 구체적 사안의 해결에 있어 ‘최소한으로, 공통적으로 고려해야 할 요소’들이 존재할지는 몰라도 ‘항상 일반적으로 고려해야 할 자제의 원칙들’을 정리하여 사법부를 이에 구속시키려는 시도는 사법부의 역량과 재량에 대한 불필요한 통제가 될 것이다.

그런 점에서 판사들이 구체적 사안에서 맥락에 따른 고려를 할 수 있는 가능성을 인정하되, 그 때 유연하게 고려될 수 있는 원리와 요소들을 귀납적으로 구체화시키고 비판적으로 검토하는 것이 더 의미가 있으리라고 생각된다.

위에서도 보았듯이 미국의 헌법 체계는 개방적이고 불명확하게 규정되어 있으며, 이에 관하여 사법부가 일정한 범형성의 재량을 갖는다는 점은 부인할 수 없는 사실이다. 법체계가 입법뿐 아니라 사법 작용에 의해 사후적이고 귀납적으로 구성되는 부분도 분명히 존재한다. 이와 같은 법체계 하에서 사법자제의 원리는 사법부의 한계와 조건들을 충분히 음미하고, 사법부가 지켜야 할 원리들을 최대한 구체화하고 사법부의 결정들을 비판적으로 검토하되, 맥락적으로 법체계가 구체화될 수 있는 여지를 둘 수밖에 없으리라

고 생각된다. 그런 점에서 킹이 구체적으로 발전시킨 맥락적 제도주의에 따른 사법 자제의 원리는 사법부의 권한 행사에 대한 유의미한 지침으로 작용할 수 있다.

Windsor 판결이 킹이 말한 맥락적 제도주의의 관점에서 정당화될 수 있는지를 살피기 위해서는, 본안 전 판단과 본안 판단의 내용을 함께 아울러 검토할 필요가 있다. 연방대법원이 법해석의 불확실성과 오류가능성을 얼마나 수용하였으며, 판결의 결과가 갖는 시스템상의 영향력, 권력 분립 하에서 타 기관과의 협업의 가능성을 얼마나 고려하여 얼마나 점진주의적인 판결을 내렸는지 여부 등이 그 검토의 기준이 될 것이다. 앞서 보았듯이, 다수 의견이 분쟁성과 헌법상의 당사자적격에 대해 기존에 형성되어 온 대법원의 법리 내에서 판단을 내렸다. 연방대법원은 만약 스스로 본안 판단에 나아가지 않을 경우 대규모의 소송이 뒤따르게 될 것이며, 혼인보호법이 적용되는 연방법률 및 규칙에 관한 사건들에 관한 선례가 없게 되리라고 판단하였다. 당시 연방제1순회항소법원에서는 *Massachusetts v. United States Dept. of Health and Human Services.*, 682 F.3d 1(CA 2012) 판결을 통해 보건복지부의 규칙에 관련하여 DOMA의 합헌성을 다뤘었는데, 이 판결의 선례로서의 가치가 파기됨과 함께 엄격 당사자적격을 갖춘 사건이 다시 제기될 때까지 수많은 관련 당사자들의 권리 침해와 소송에 따르는 비용이 제기될 것이라고 보았고, 연방대법원의 판단이 요구되는 공익이 존재한다고 보았다. 연방대법원은, 행정부가 법률의 합헌성을 변호하지 않음으로써 절차적인 딜레마가 초래되었으며, 자의적으로 행정부가 사법부의 판단 없이 의회의 제정법을 무효화하는 것이 권력분립에 대한 도전이 될 수 있다고 지적한 다음, 사법부가 이에 대해 판단을 하는 것이 정치적 절차의 완전성에 부정적인 영향이 있을 수도 있다고 보아 권력 분립 및 판결의

제도적인 영향에 대해서도 살폈다. 하지만 처음 언급한 것과 같이 연방대법원의 판단이 요구되는 공익이 존재하기 때문에 본안에 대해 심리하기로 한 것이 본안 전 항변에 대한 연방대법원의 판단이었다²⁰³⁾.

연방대법원이 ‘법이 무엇인지를 선언하는 것이 사법부의 권리이자 의무’라는 단순한 논리에 의하여 본안 판단에 나아간 것은 아니며, 연방대법원이 실시한 판단에 대한 ‘급박한 사실상의 필요’가 존재함도 인정할 수 있다. 따라서, 반대의견에도 불구하고 연방대법원이 사법판단에 나아간 것이 적극 주의적인 면을 갖고 있으나, 그 판단이 법해석의 오류가능성과 권력분립, 시스템상의 영향을 고려하지 않은 것은 아니다.

또한 다수 의견은 본안 판단에서 판결의 적용 범위와 판결의 근거를 실시하면서 그 적용 범위를 최대한 구체화하고자 하였다. 먼저 다수의견은 ‘개인의 헌법적 권리가 보장되는 이상 혼인을 정의하고 규제하는 것은 주의 독점적 영역에 속한다’고 밝힌 다음, 혼인보호법은 혼인의 정의를 주 법에 맡기는 역사 및 전통과 동떨어진 것이기 때문에 문제가 되고, 각 주의 혼인법에 의해 혜택을 받는 특정한 집단에 대해 제한과 불이익을 가한다는 점에서 문제가 된다고 밝혔다. 혼인의 의미와 정의에 대해 해석할 수 있는 기관이 ‘법원’이라는 것이 근거가 아니라, 그 정의를 내리는 것이 기본적으로 ‘주 의회’이고, 이 법률에 의해 ‘주로부터 특정한 혜택을 받게 된’ 집단의 권리가 연방법 적용의 차원에서 침해된다는 근거에서 혼인보호법에 대한 위헌 판단이 이뤄졌다²⁰⁴⁾. 다수의견은 의견의 마지막에서 ‘이 판결과 결론의 효력은 주법으로 적법하다고 인정된 혼인관계에 한정되어 적용된다.’²⁰⁵⁾고 하여, DOMA 제3조의 위헌 판결이 동성 혼인에 대한 전면적인 법제화

203) Windsor., op. cit., pp. 10~12.

204) Windsor., op. cit., pp.13~24

205) Ibid., p.26.

가 아니라, 혼인에 대해 온전히 정의할 권한을 주 의회에게 맡기는 것임을 분명히 하였다. 법률의 실제적 내용을 판단함에 있어서도, 평등권 위반에 대한 심사기준을 중간심사나 엄격심사로 높이지 않고 ‘합리성 심사기준’을 적용함에 그쳤기 때문에, Windsor 판결의 본안판단에 대해 ‘간접적이고 소극적인 사법자제적 판결’이라는 평가도 존재한다²⁰⁶⁾.

또한 연방대법원은 동성 혼인에 대한 주법상의 규율에 대해 판단하고 있는 *Hollingsworth v. Perry*의 상고허가신청을 같은 날 각하하여, ‘동성혼을 금지하는 주법’에 대한 실제적인 판단을 피했다. 이런 점을 고려하면, 연방대법원은 ‘혼인에 대한 정의를 내릴 주 의회의 권한’을 중점적으로 보호하고자 하였다고 볼 수 있다. 물론 실제적으로 연방대법원의 판결이 동성 혼인에 대한 연방법 차원의 배제를 무효화시켰고 후속적으로 이어지는 주 차원의 판결 및 동성혼 합법화의 움직임을 추동시킨 것은 분명하나, 이는 사법부가 소수자를 보호하고 기본권의 평등한 보장을 실현시켜야 한다는 역할을 수행한 것으로 읽을 수 있다.

위와 같은 면들을 볼 때, Windsor 판결의 다수의견에는 킹이 제시한 맥락적 제도주의 관점에서 사법부가 고려했어야 할 원칙들이 적절하게 고려되어 있다고 평가할 수 있다.

206) 류성진, *op. cit.*, p.106.

V. 결 론

Windsor 판결은 차별받아온 집단으로서의 성소수자들에 대하여 그동안 연방법 차원에서 금지되었던 결혼할 권리에 대한 금지를 해제하기 위한 큰 걸음이었다. 행정부가 DOMA의 합헌성을 변호하지 않았기 때문에 연방대법원이 본안 판단에 나아감에 관한 의견 대립이 있었으나, 분쟁성과 당사자적격의 법리가 구성된 맥락과 이 사건이 국가를 당사자로 하는 사건이며 소수 집단에 관한 것으로서 연방대법원의 판단이 정치적으로 요구되고 있었던 사건이라는 점을 생각하면 본안 판단에 나아간 점에 관하여 납득할 수 있다.

헌법 제3조로부터 사법부의 권한을 연역하고, 권력 분립과 민주주의에 대한 고려에 의해 사법부의 권한 확장을 우려하는 스칼리아의 논변은 강력한 설득력을 지닌다. 기존에 사법부가 재판하지 않았던 새로운 영역과 사건에 대해 사법부가 판단을 해야 할 때에, 스칼리아가 Windsor 사건에서 제시했던 반대 논변에 의해 사법부의 역할 제한이 필요한 경우는 상당수 존재할 것이다.

그러나 미국 연방대법원의 권한은 기존에 예정되지 않았던 새로운 사안들에 대해 법의 테두리 안에서 대응하면서 귀납적으로 형성되어 왔고, 그 형성 과정 안에서 민주주의 및 권력분립에 관한 고려들도 지속적으로 이뤄져 왔다. 재판적합성과 당사자적격에 관한 요건들을 충족한 사건에서 권력분립에 관한 고려는 사법자제의 차원에서 통합적인 맥락을 고려하여 이뤄지면 족할 것이다.

민주주의와 법치주의는 서로 대립적인 관계에 있다기보다는 ‘2인3각 달리기’를 하는 관계²⁰⁷⁾처럼 볼 수 있다. Windsor 판결은 정치적인 사안에 대

해 정치적인 결단을 담고 있는 판결이지만, 성소수자 인권 운동 및 대법원 판례의 변화 과정 및 이에 대한 미국 사회의 수용 정도를 고려한다면 정치적으로도 수용될 수 있는 실체적 내용을 가지고 있다. 이 판결에 뒤따르는 각 주 차원의 판결들 및 입법의 변화에 따라 성소수자들의 권리 인정에 대한 논의가 진전되고, 권리 인정의 범위도 구체화될 것이다.

207) 박은정, “있는 법”과 “있어야 할 법”의 연관성, 한국법철학회(2009) p. 284 참조.

참 고 문 헌

국내문헌

논문

류성진, 동성애에 대한 미국 연방대법원의 최근 결정과 시사점, 공법학연구 제14권 제4호

박승호, 미국헌법상 동성애자의 권리-Romer 사건과 Lawrence 사건 검토를 중심으로-, 미국헌법연구 제22권 제2호(2011)

박철, “John Marshall 대법원장”, 민사법연구 제12집 제1호(2004. 6.)

유은정, 미국연방대법원, 사법심사, 그리고 국민, “강원법학” 제 36권 (2012. 6.)

이광윤, ‘Chadha 사건의 재조명을 통해서 본 미국의 권력분립이론 비판’, 미국헌법연구 제14호, 미국헌법학회(2003)

이우영, 대의제민주주의에서 소수자 보호의 헌법적 의의와 구조, 서울대학교 법학 제48권 제3호 (2007).

조흥식, “분산이익소송에서의 당사자적격”, 판례실무연구 [IV] 박영사 (2000)

정선주, 2014. 9. ‘바람직한 상고제도 개선방안’ (2014. 9.) 대법원 공청회 자료

천병태, 미국연방최고법원의 판례를 통해 본 Standing 법리의 형성서설 (1), 법학연구 제23권 제1권 통권 제30호 (1981), 부산대학교 법학연구소

천병태, ‘미국연방최고법원의 판례를 통해 본 Standing 법리의 형성서설 (2)’, 법학연구 제24권 제1호 통권 제31호 (1981) 부산대학교 법학연구소

천병태, ‘미국연방최고법원의 판례를 통해 본 Standing 법리의 형성서설 (3)’, 법학연구 제25권 제1호 제32호 (1982), 부산대학교 법학연구소,

천병태, ‘미국연방최고법원의 판례를 통해 본 Standing 법리의 형성서설 (4)’, 법학연구 제26권 제2호 제34호, 부산대학교 법학연구소 (1983)

천병태, '미국연방최고법원의 판례를 통해 본 Standing 법리의 형성서설 (6)', 법학연구 제29권 통권 제37호, 부산대학교 법학연구소 (1987)
허성욱, '정치와 법', 서울대학교 법학 제46권 제2호 (2005)

단행본

강승식, 미국헌법학강의, 도서출판 궁리 (2007)
임지봉, '사법적극주의와 사법권 독립', '철학과 현실사, 2004
John Hart Ely, '민주주의와 법원의 위헌심사' (Democracy and Distrust), 전월열 역, 나남출판 (2006)

외국문헌

단행본

Adrian Vermeule, Judging Under Uncertainty : An Institutional theory of legal interpretation, Harvard University Press (2006)
Alexander Bickel, 'The Least Dangerous Branch : The Supreme Court at the Bar of Politics', Yale University Press, Second Edition, (1986)
Black's law dictionary, Abridged Ninth Edition, WEST(2010)
Erwin Chemerinsky, Constitutional law - principles and policies -, fourth edition, Wolters Kluwer Law & Business
Ring, Kevin (2004), Scalia Dissents: Writings of the Supreme Court's Wittiest, Most Outspoken Justice, Regnery Publishing, Inc,

논문

Comments : Threat of enforcement - prerequisite of a justiciable controversy, 62. Colum. L. Rev. 106 (1962)

Evan Tsen Lee & Josephine Mason Ellis, "The Standing Doctrine's Dirty Little Secret", 107 Northwestern L. Rev. 169 (2012)

Jeff A. King, "Institutional Approaches to Judicial Restraint", Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 28., No. 3 (2008)

James B. Thayer 'The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional law', 7, Harv. L. Rev. 129 (1893)

K. C. Davis, 'Ripeness of governmental action for judicial review', 68 Harvard L. Rev. 1122 (1954-1955)

Lea Brilmayer, The Jurisprudence of Article III perspectives on the 'case or controversy' requirement., 93 Harv. L. Rev. 297 (1979)

Michael Dorf, "Legal Indeterminacy and institutional design", New York University Law Review, Vol. 78, No. 3 (2003)

Michael C. Dorf, The majoritarian difficulty and theories of constitutional decision making, 13 U. Pa. J. Const. L. (2010~2011)

Samuel Freeman, Constitutional Democracy and the legitimacy of judicial review, Law and Philosophy, Vol. 9., No. 4. (1990~1991)

판례

Aetna Life Ins. Co. v. Haworth, 300 U.S. 260 (1937)

Allen v. Wright, 468 U.S. 737 (1984), at 752.

Ashwander v. TVA, 297, U.S., 288, 346 (1936), ,

Baehr. v. Lewin, 852 P. 2d 44(1993)

Baker v. Carr, 369, U.S. 186, 204 (1962)

Dickerson vs. United States, 530 U.S. 428 (2000)

Federal Communications Commission v. National Broadcasting

Co., Inc (KOA), 319 U.S. 239 (1943)
Hollingswerth v. Perry, 570 U.S. ____ (2013)
INS v. Chadha, 462 U.S. 919(1983)
Joint Anti-Fascist Refugee Comm. v. McGratch 341 U.S. 123
(1951)
Lawrence v. Texas, 539 U. S. 558(2003)
Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803)
Massachusetts v. Environmental Protection Agency, 549 U.S. 497
(2007)
Morrison v. Olson, 487 U.S. 654 (1988)
Muskrat v. United States., 219 U.S. 357 (1911)
Tutun v. United States, 270 U.S. 558 (1926)
United States v. Carolene Products Co. 304 U.S. 144, 153 n. 4
(1938)
United States v. Interstate Commerce Commission 337 U.S. 426
(1949)
United States v. Windsor, 570 U. S. ____ (2013)
Warth v. Seldin., 422 U.S. 490, 498 (1975)

Abstract

U.S. Supreme Court's Judicial Exercise

Focused on

United States v. Windsor 570 U.S. _ (2013)

Park, Jung Myong

College of Law

The Graduate School

Seoul National University

In the Supreme Court's ruling of United States v. Windsor, 570 U.S. (2013), whether Supreme Court could hear the petition on the merits was an important issue. Since the U.S. government as the defendant appealed without defending the constitutionality of DOMA(Defense of Marriage Act) Section III, there were arguments if there is an actual controversy, and if U.S. government had a standing.

The majority opinion ruled that there is a controversy, since the government refused to implement appellate court's decision, regardless of its defending the provision's constitutionality. The fact that both parties agree on appellate court's legal conclusion

did not affect the government's standing that is required by Article III, it is only relevant to prudential standing. The majority opinion stated that prudential standing is a matter of judicial restraint. If there were other important aspects making the court's ruling necessary, the court could proceed to judging the original bill.

However, Scalia argued that judicial power is limited to specific and actual controversies, since the judicial power stems from Article III, and there cannot be a standing as long as there is no controversy existing.

Scalia's dissenting opinion is very persuasive. Considering the separation of powers, judicial power has to be exercised with prudence. But since this case was a public law case that has the federal government as a party, it could not be taken as same as a private law case. Even though the government thoroughly defended the provision's constitutionality, if there are relevant parties making a sharp argument about the issues, there is a chance that a controversy exists. *United States v. Interstate Commerce Commission* 337 U.S. 426 (1949) can be a precedent.

Scalia argues that standing exists as a doctrine to limit judicial power based on the separation of power. But separation of power does not simply mean that there is a clear limit to each branch's power and each shall not infringe each other's power. Court does make political decisions and it interacts with other branches, so

the separation of power has to be understood functionally. Considering how the grounds of standing in U.S. administrative law has expanded, standing doctrines have to be understood under the perspective that court is not solely meant to be passive. Separation of power is indeed an important rule that has to be given consideration to, but there are other principles that should be taken into account and fairly compared with.

As long as a party is suffering an actual injury and the injury has a causal connection to the complained conduct, and the injury is redressable, the party has fulfilled the constitutional requirements of standing. Separation of power is to be considered when prudential standing is at stake, fairly compared with other aspects.

The majority opinion which acknowledged that the U.S. government has standing is not significantly apart from the standing doctrines that have been developed so far. Since BLAG(Bipartisan Legal Advisory Group) has made a sharp argument defending the clause, there is a chance that BLAG's standing could be acknowledged as well. The court's decision to proceed to hear the case could be construed as an intentional move getting involved in a political issue, but the decision could be justified as long as it is based on fair comparison, considering separation of power and other relevant necessities when determining if the court should hear the case.

The problem of judicial review lies on the possibility that it could be 'counter-majoritarian' as value judgements about certain issues can differ and there are uncertainty in the law's meaning. The idea that judicial review inherently has a 'counter-majoritarian difficulty' is based on concerns that the court's decisions would be an unjust intervention in the democratic process. In order to protect diversity and minorities, a way of value judgement that is independent from the majority's will, and a constitutional restriction to ensure that fundamental rights could be equally protected are both necessary. Judicial review could be justified as long as the court could make substantially justifiable commitments, and be subject to external opinions while considerable efforts for judicial restraint is made.

There are various theories considering how judicial restraint has to be exercised. The non-doctrinal approach does not take into full account of the judicial branch's limited institutional capacity, and formalist approaches can not explain the appropriate level of restraint that has to be exercised, since it only focuses on which is capable for court to exercise its power on.

Jeff A. King's contextual institutional approach could be an appropriate guide for which the principles court should consider. Courts have to be aware of its fallibility, and consider the systematic effects of its decision. The decisions have to be incremental, since collaborating with other branches are

important. It is highly difficult to compose a perfect checklist to unsure courts practice judicial restraint, but considering the basic principles above while giving respect to the court's incremental decisions would be meaningful.

It could be concluded that there was considerable judicial restraint that was made in the Windsor case. The Supreme Court did not hear the case of Hollingsworth v. Perry, making sure that the power to define marriage belongs to each state's congress, while it respectfully ruled that such attempts only to discriminate a certain group was unconstitutional.

Keywords: Defense of Marriage Act, Supreme Court, Controversy,
Standing, Judicial review, Judicial restraint

Student number : 2012-23437