

미국 연방대법원의 사건이송명령에 관한 연구*·**

김형남***

I. 들어가는 말	III. 사건이송명령의 기능
II. 사건이송명령에 대한 일반이론	1. 사법적 기능
1. 사건이송명령의 개념과 의의	2. 정치적 기능
2. 사건이송명령의 청구요건	IV. 한국 헌법재판소에 주는 시사점
3. 사건이송명령의 심사절차	

I. 들어가는 말

미국의 Bickel 교수는 연방대법원(the Supreme Court)이 정점이 되는 미국의 사법부를 '위험성이 가장 덜한 부서'(The Least Dangerous Branch)¹⁾라고 표현한 바 있다. 아마도 이는 그가 시민들의 인권을 해할 가능성이 가장 적은 부서이며 인권을 옹호하기 위해 막강한 권한을 행사하는 부서라는 뜻일 것이다. 여기에서 연방대법원을 비롯한 미국의 사법부가 가진 강한 권한은 바로 사법심사권(the power of judicial review)을 지칭한다.

사법심사라는 용어는 원래 영국의 '法の支配'(rule of law)원칙을 표현한 것으로 이

* 이 논문은 필자가 캐나다 UBC 법대 객원교수로 재직하는 동안 Faculty of Law의 큰 도움을 입어 저술되었음을 밝힙니다(This article was written by great help of Faculty of Law in University of British Columbia).

** 이 논문은 2004학년도 경성대학교 학술연구지원비에 의해 연구되었음.

*** 경성대학교 법학과 부교수, 캐나다 UBC Law School 객원교수, 법학박사.

1) Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, (Indianapolis: Bobbs-Merill Publishing Co., 1962), p.1.

해되고 있다. 즉 행정부의 전권적인 행위를 영국의 사법부가 보통법(common law)에 의해 통제한다는 뜻을 내포하고 있다. 그러나 미국에서는 영국의회에 대한 강한 반발 심리 때문에 의회가 제정한 제정법을 법원이 심사하는 독특한 형태로 전환된 것이다.

특히 이러한 미국 법원의 사법심사 중에서 최고 수장인 연방대법원의 그것이 가장 강한 효과를 가진다는 것은 자명한 사실이다. 그래서 연방대법원은 사법심사권을 가진 덕분에 미국의 연방헌법이나 연방제도를 지키는 수호자²⁾라는 칭호를 부여받게 되었다고 평가된다.

이와 더불어 미국의 사법체계상 연방대법원을 최정점으로 이끈 권한인 ‘사건이송 명령’(certiorari)이라는 것이 있다. 이는 영국에서 유래한 용어로 하급법원의 소송절차를 더 확실하게 하거나 보다 나은 정보를 얻고자 하는 경우에 상급법원의 명령에 의하여 사건기록 전부를 상급법원으로 송부하도록 하는 제도를 말한다.³⁾ 결국 이 사건이송명령에 의하여 연방대법원은 사법체계상 首長의 지위를 구가하게 되었다고 할 수 있다. 이 논문에서는 우선 연방대법원을 미국 사법체계상 수장으로 유도해 준 사건이송명령의 개념과 내용에 대해 탐구하고, 나아가 우리 헌법재판소에 시사하는 바가 있는 지에 대해서도 조명해 보도록 하겠다.

II. 사건이송명령에 대한 일반이론

1. 사건이송명령의 개념과 의의

(1) 개념

과거 미국 연방대법원이 항소심으로 기능하는 경우를 살펴보면, 먼저 재심명령(writ of error)에 의한 것과 각 하급법원에서의 상고에 의한 것, 두 가지를 들 수 있었다. 하지만 전자의 경우는 오로지 법률심에 한정되어 연방대법원에서 심리될 가능성이 별로 없었고 후자의 경우는 주로 卅 법원에서 확정되는 경우가 많았기 때문에 실제로 연방대법원이 항소심으로 심리하는 경우는 많지 않았다고 볼 수 있다.⁴⁾

2) Henry J. Abraham, *Freedom and the Court*, (New York: Oxford University Press, 1998), p.97.

3) C. Herman Pritchett, *The American Constitution*, (McGraw-Hill Book Co., 1988), p.153.

그러나 1914년부터 현재에 이르기까지 연방대법원에게 자신이 심리할 필요가 있는 사건이면 하급법원에 계류되어 있더라도 임의로 선택할 수 있는 막강한 권한을 부여하게 되었는데 이를 사건이송명령(certiorari)이라고 지칭하고 있다.

또한 사건당사자가 연방대법원에게 ‘사건이송명령 영장’(writ of certiorari)을 발하여 줄 것을 청구하는 경우도 있는데, 만약 동 법원이 당사자의 청구를 수용하게 되어 사건이송명령 영장을 발급하게 되면 하급법원은 반드시 계류 중인 사건을 연방대법원으로 송부하여야만 한다.⁵⁾ 처음에 사건이송명령은 주 하급법원의 판결에만 발하여졌으나 그 뒤에는 주 최고법원이나 연방항소법원의 판결에도 발하여지게 되었다.

(2) 의의

연방대법원의 사건이송명령은 넓게는 소송요건 심사단계에 속하는 것이라고도 말할 수 있고, 좁게는 연방대법원이 심리할 사건을 최종적으로 선택(case selection)⁶⁾하는 것이라고 설명할 수도 있다.

연방대법원도 법원의 일종이므로 이에 소송을 제기하려면 일반 법원에 소송을 제기하고자 할 때에는 다음과 같은 요건들을 갖추어야만 한다.

첫째, 연방대법원에 소송을 제기하고자 하는 자는 반드시 당사자적격(standing to sue)을 가지고 있어야 하고 둘째, 연방대법원은 이에 대한 관할권을 가지고 있어야 하며, 셋째, 연방대법원의 대법관들 스스로가 이 사건을 심리해야만 하는지에 대해서 심사숙고를 해야만 하는 것이다. 일반적으로 사건이송명령은 이 세 번째 단계에 속하는 것이라고 판단할 수 있다.⁷⁾

결론적으로 이 세 번째 단계에서 연방대법원이 심리를 담당하게 되는 두 가지의 경우를 발견할 수 있다. 먼저 연방의회가 사법부법(The Judiciary Act)에 의해 필요적 심리사항으로 규정한 것은 ‘일반상고명령’(writ of appeal)에 의하는 경우와 동법상 명문규정이 없고 단지 연방대법원의 재량사항으로 정해져 있는 것이 바로 이 논문에서 집중적으로 논의할 ‘사건이송명령 영장’(writ of certiorari)에 의한 경우가 그것이다.

4) Stephen L. Wasby, *The Supreme Court in the Federal Judicial System*, (Chicago: Nelson-Hall Publishers, 1993), p.73.

5) Wasby, op. cit., p.73.

6) Jeffrey A. Segal & Harold J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model*, (New York: Cambridge University Press, 1993), p.179.

7) Segal & Spaeth, op. cit., p.165.

사건이송명령은 이런 이유에서 연방대법원의 ‘재량적 관할권’(discretionary jurisdiction)⁸⁾에 속한다는 표현을 사용하기도 한다.

2. 사건이송명령의 청구요건

일단 하급심에서 패소한 자라야 연방대법원에 사건이송명령을 청구할 수 있다. 또한 연방의회가 명문규정으로 연방대법원에게 사건을 심리하도록 강제할 수 없는 경우이어야만 한다. 즉 사건이송명령을 심사하여 그 사건을 심리할 것인지의 여부는 전적으로 연방대법원의 재량사항이라는 뜻이다.⁹⁾

사건이송명령의 청구를 심사하는 연방대법원은 1971년 더글러스(Douglas) 대법관이 제안한 이후로 사건이송명령의 청구의 허가(grant)요건으로 9명의 대법관 중 4명 이상이 찬성하여야 한다는 ‘4인의 찬성 원칙’(the Rule of Four)을 유지하고 있다.¹⁰⁾

제정법인 사법부법이나 연방대법원을 비롯한 각 주의 대법원 규칙들에 의하면 일정기간의 불변기간을 명시하고 있는 경우가 많다. 이를 비롯한 각종 요건에 대해서는 연방대법원 규칙 제19조(Supreme Court Rule 19)가 이를 다루고 있다.¹¹⁾ 同 규칙은 사건이송명령의 청구인(petitioner)이 사건이송명령 영장을 청구하기 위한 일정 양식을 규정해 놓고 있으며, 피 청구인에게도 연방대법원의 심리에 필요하다고 판단되는 소송적요서(briefs)를 제출할 기회를 제공하고 있다.

더 나아가 제3자나 이해관계인에게도 사건이송명령을 청구할 기회를 제공하기도 한다.

3. 사건이송명령의 심사절차

(1) 法院 書記(the Clerk of the Supreme Court)에 의한 형식적 심사

연방대법원의 서기는 사건이송명령의 청구인과 피청구인이 제출한 소송적요서를 비롯한 각종 서류들을 하급 법원의 공식 기록들과 함께 검토를 하게 된다.

만약 서기가 그 청구를 却下되어야 한다고 판단하면 즉시 이를 연방대법원장에게

8) Thomas B. Marvell, *Appellate Courts and Lawyers*, (Connecticut: Greenwood Press, 1978), p.16.

9) Segal & Spaeth, *op. cit.*, p.180.

10) Justice Douglas' opinion in *Pryor v. United States*, 404 U. S. 1242(1971), at 1243.

11) J. Woodford Howard, Jr., *Courts of Appeals in the Federal Judicial System*, (New Jersey: Princeton University Press, 1981), p.67.

고지하여야 한다.

(2) 사건이송명령 事前審査 委員會(Certiorari Pool)¹²⁾에 의한 심사

사전심사를 위해 2명의 대법관과 그의 재판연구관(law clerk)¹³⁾들, 그리고 다른 재판관들의 재판연구관들도 위원회를 구성하게 되는데 이것이 바로 사건이송명령 사전심사 위원회이다. 이들은 서로 합의하여 이 사건청구를 대법관회의에 상정할 것인지 아니면 却下할 것인지를 결정하게 된다. 사전심사 위원회에 소속된 재판연구관들은 이에 대한 요지를 기술한 메모를 전체 대법관이 회람할 수 있도록 배포할 의무를 지고 있다. 메모를 받은 대법관 중 어느 한 사람이라도 却下에 반대하면 이 청구는 일단 대법관회의(conference)에 상정된다. 이렇게 전체 請求 중 請求가 却下될 확률은 50%가 넘는다.¹⁴⁾

(3) 대법관회의(conference)에서의 심사

청구가 却下되지 않은 모든 사건이송명령은 대법관회의에서 정식으로 심사되어 진다. 이 사건들은 주로 토론목록(discuss list)에 등재되는데 이에 대한 심사가 진행되고 나면 최종적으로 대법관들은 赴任 順¹⁵⁾으로 투표를 하게 된다. 전체 대법관 중 4명 이상이 찬성표를 던지게 되면 청구된 사건은 연방대법원에서 정식으로 심리된다. 물론 그 다음에는 이 사건을 위한 구두변론(oral argument)이 책정된다.

12) Certiorari Pool을 직역하면 '사건이송명령의 심사를 위한 집합체'이지만 편의상 '사건이송명령의 사전심사 위원회'라고 번역한다. 이 위원회는 2명의 대법관과 다수의 law clerk들로 구성된다. 과거에는 모든 대법관들과 모든 law clerk들이 다 참여하던 사전 심사를 업무의 과중함으로 인해 동 위원회에게 위임하고 있다. 이들은 사건이송명령의 청구요지를 일일이 다 메모지에 작성하여 전 대법관들에게 나누어주는 역할을 담당하고 있다. 대법관들은 그들의 업무가 역시 과중하기 때문에 현실적으로 이 사건이송명령의 청구요지 메모만을 읽어보고 심사하는 업무만 전담하는 law clerk도 여러 명 두고 있는 실정이다. 이에 대해서는 Wasby, op. cit., p.210. 참조.

13) 이 Law Clerk은 전술한 법원 서기(Clerk)와 같은 단어이지만 이는 변호사 자격을 가진, 연방대법원의 대법관이나 하급법원들의 법관의 재판연구를 돕는 역할을 담당하는 자들이므로 본질적으로 행정공무원인 법원 서기와 다르다. 이 Law Clerk를 지낸 자들 중에는 저명한 law school 교수나 법관들이 다수 포함되어 있다.

14) Segal & Spaeth, op. cit., p.181.

15) 이를 'on the basis of seniority'라고 하는데 굳이 우리 식으로 번역하자면 연장자 우선방식이라고 할 수 있을 것이다. 하지만 매끄러운 번역을 위해 부임 순이라고 하였다. 이에 의하면 연방대법원장이 최우선 순위이고 나머지는 부임 순에 의해 투표가 진행된다.

통계에 의하면 연방대법원의 한 개정기(a term)에 약 5000여건 이상의 사건이송명령 청구가 있고 이 중에서 약 150건 정도의 사건에 심리가 허용된다고 한다.¹⁶⁾ 아마도 그 이유는 사건이송명령의 청구를 却下하느냐 허용하느냐의 결정권은 전적으로 연방대법원의 재량권이기 때문이다.¹⁷⁾

사실 사건이송명령의 청구를 허용하느냐의 여부에 대해 재량의 여지가 많기 때문에 聯邦大法院이 이를 남용하고 있는 것이 아니냐는 비판도 있다.¹⁸⁾

이하에서는 事件移送命令의 採擇 절차를 검토해보도록 하겠다.

가. 사건이송명령의 採擇(selection)

연방대법원이 사건이송명령을 채택하는 기준들은 다음의 세 가지로 간단하게 요약될 수 있다. 첫째, 사건이송명령이 청구된 사건과 충돌하는 다른 연방항소법원이나 주 대법원 또는 연방대법원의 사건들을 집중적으로 검토함으로써 사건이송명령을 채택할 것인지를 결정한다.¹⁹⁾ 둘째, 사건이송명령이 청구된 사건이 기존 판례의 흐름과 배치되는 것인지를 심사한다. 셋째, 사건이송명령이 청구된 사건이 연방법과 관련된 중요한 사안을 다루는 것이어서 반드시 연방대법원에 의해 심리되어야 하는지를 심사하게 된다.

하지만 이는 추상적인 기준으로 보아야 한다. 연방대법원의 사건이송명령을 채택하느냐의 여부는 재량사항이기 때문에 위 세 가지 기준에 그렇게 엄격하게 구속되지 않기 때문이다.²⁰⁾ 이러한 뜻에서 과거 인권 판결을 이끌었던 워런(Earl Warren) 대법원장도 “사건이송명령을 채택할 것 인지의 여부에 대한 심사기준은 지극히 대법관 개개인의 재량에 속하기 때문에 이에 대한 기준을 정형화한다는 것은 거의 불가능하다”²¹⁾라고 표현한 바 있다.

한편 이러한 기준들조차 일반적인 상고심으로 채택할 것 인지의 여부를 심사하는 기준들과 거의 차이가 없다는 점²²⁾에서도 어려움이 있다. 한마디로 말하면 우리 식의

16) Linda Greenhouse, “「Pauper」 Cases Reshape High Court's Caseload,” New York Times, Jan.28, 1991, p. A13.

17) Wasby, op. cit., p.208.

18) Wasby, loc. cit. 이를 Wasby 교수는 “연방대법원은 낚시를 잘할 수 있는 모든 능력을 갖추고 있는데 정작 스스로 낚가에 물고기를 풀어놓지 않는다”는 적절한 비유를 하고 있다.

19) Supreme Court Rule 17.1.

20) H. W. Perry, Jr., Deciding to Decide: Angela Setting in the United States Supreme Court, (Cambridge: Harvard University Press, 1991), pp.32-40.

21) Wasby, op. cit., p.212.

정형화된 기준을 발견하기는 힘들다는 뜻이다. 이런 어려움을 다소라도 해결하기 위해 연방대법원은 ‘聯邦大法院規則 第10條’에서 나름대로의 기준인 ‘사건이송명령의 심사에 관한 유의사항’(Considerations Governing Review on Certiorari)을 아래와 같이 규정하고 있다.

“ 1. 사건이송명령의 심사는 법적 권리의 문제가 아니라 사법재량(judicial discretion)의 문제이기 때문에 다음과 같은 특별하고 명백한 근거가 있는 경우에만 사건이송명령을 허가한다.

전적으로 통제될 수도 없고 그렇다고 전적으로 허용될 수도 없는 적절한 재량권을 가진 연방대법원은 사건이송명령에 다음과 같은 세 가지 사항들이 포함되어 있으면 이를 채택할 수 있을 것이다.

(a) 같은 사안(same matter)에 대하여 미합중국 연방항소법원의 판결이 다른 연방항소법원의 판결과 불일치할 때; 연방항소법원이 연방문제와 관련하여 주 대법원과 충돌할 때; 비정상적인 방법으로 관할법원이 변경되는 경우; 관할법원의 비정상적인 변경에 대해 연방대법원이 감독권을 행사해야 됨에도 불구하고 하급법원이 감독권을 행사한 경우

(b) 연방문제에 대해 주 대법원의 판결이 다른 주 대법원의 판결 또는 연방항소법원의 판결과 다른 경우

(c) 사실 연방대법원이 처리해야되는 것인데도, 주 지방법원이나 항소법원 혹은 연방항소법원이 연방법과 관련된 매우 중요한 문제에 대해 판결을 내린 경우; 주 지방법원이나 항소법원 혹은 연방항소법원의 판결이 연방문제와 관련하여 연방대법원의 판결들과 충돌할 때”²³⁾

하지만 이러한 기준은 어디까지나 추상적이며 불완전한 기준임은 부인할 수가 없다.²⁴⁾

22) Robert L. Stern and Eugene Gressman, *Supreme Court Practice*, 5th ed. (Washington: Bureau of National Affairs, 1978), pp.374-377.

23) Wasby, *op. cit.*, p.213.

24) *Loc. cit.*

나. 사건이송명령의 却下(denial)

일단 형식적으로 사건이송명령의 却下는 연방대법원이 하급법원의 판결에 대해 하급법원의 의견을 존중하는 의미에서 그 사건을 접수하지 않는다는 뜻이다.²⁵⁾ 즉 사건이송명령의 却下는 한 마디로 연방대법원이 本案判斷을 하지 않는다는 것이다. 주지하는 바와 같이 사건이송명령을 却下할 것 인지의 여부는 완전히 연방대법관의 재량에 속하는 문제이기 때문에 이를 어떻게 적절히 통제하느냐가 관건으로 남는다. 이런 차원에서 마샬(Marshall) 대법관도 “어떠한 문제를 놓고 심각하게 논의하지도 않은 채, 자신들의 사건이송명령 却下 권한에만 의지하는 것은 그동안 우리가 재판에서 행사해온 재량권을 위축시키는 결과를 초래할 것”²⁶⁾이라고 경고한 바 있다. 또한 워런(Warren) 대법원장은 퇴임 후의 한 저술에서 “사건이송명령의 각하는 미국 헌법체계에 엄청난 충격을 가한 것이다. 법 이론적으로 너무 중요하고도 잠재력을 가진 판례 이론들이 사건이송명령의 각하에 발전되지 못하고 좌절되었기 때문”²⁷⁾이라고 회고한 바 있다.

한 가지 아쉬운 것은 연방대법원은 사건이송명령을 채택할 때보다 却下할 때 그 이유조차 공개하지 않는다는 것이다. 최근 20년 간 却下된 3,000 여건의 사건이송명령의 신청 중에서 그 각하이유를 밝힌 것은 겨우 40여 건에 불과하다는 통계²⁸⁾를 보더라도 이를 잘 알 수 있다.

Ⅲ. 사건이송명령의 기능

1. 사법적 기능(Judicial Function)

사건이송명령이 허가되었다는 것은 州 법원이나 聯邦의 하급법원에서는 도저히 갈등(conflict)이 해결될 수 없다는 것을 뜻하며 소송 당사자가 그 전에는 관심도 없었던 연방문제 또는 연방헌법에 대해 새로운 관심을 가지게 되었다는 것을 뜻한다. 이와 같이 사건이송명령이 허가되면 이를 신청한 소송 당사자나 그의 변호인들, 그리고 하급법원의 소송능력이 향상될 수밖에 없다.²⁹⁾

25) Wasby, op. cit., p.215.

26) United States v. Kras, 409 U. S. 434, at 443, 461.

27) Earl Warren, "Retired Chief Justice Warren Attacks....", quoted in: Wasby, op. cit., p.216.

28) Tanenhaus, "Cue Theory", p.114.

29) Wasby, op. cit., p.212.

특히 주 법원에 계류 중인 소송에서 당사자가 사건이송명령을 신청하여 허가를 얻어내었다면 연방대법원은 하급법원인 주 법원의 판결문을 보완하거나 명확하게 해명하라는 명령을 함께 하달할 수 있다. 이런 차원에서 同 법원은 1983년 Michigan v. Long 사건에서도 주 법원들은 그들이 州 법에 근거하여 재판하였다는 사실을 疏明하여야만 한다고 說示한 바 있다.³⁰⁾

또한 사건이송명령은 이들에게 소송능력의 향상을 가져다 줄 뿐만 아니라 연방대법원을 비롯한 각급 법원들이 소송법상 당연한 당사자적격 개념 외에 소송 요건으로서의 공익(public interest)개념을 도입하는 계기를 만들었다는 데 의의가 있다.

바로 이러한 점에 대해서 최근 사망한 렌키스트(Rehnquist) 대법원장은 “사건이송명령이 허가되었다는 말은 적어도 몇 명의 대법관들은 하급법원의 판결에서 소송법상 문제점을 발견하였다는 것을 뜻하는 것이지만 그러나 그러한 문제보다 중요한 무엇인가가 숨겨져 있다”고 밝힌 바 있고, 빈슨(Vinson) 대법원장도 “연방대법원은 단순히 하급법원의 오류를 시정하기 위하여 사건이송명령을 허가하는 것이 아니라 그것보다 한 차원 높은 효과를 기대하면서 사건이송명령 영장을 발부하는 것이다. 즉 특정한 사실관계나 당사자들에 관한 문제보다 더욱 시급하게 해결되어야만 하는 중요한 문제를 해결하기 위해 사건이송명령이 허가되는 것”이 말한 적이 있으며, 할란(Harlan) 대법관도 “연방대법원에 주어진 사건이송명령에 관한 관할권(jurisdiction)은 단순히 연방항소법원에서 패소한 당사자에게 또 한 번의 재판기회를 부여하는 것이기보다는 소송 당사자들의 이익보다 더 큰 공익에 관한 문제를 해결하기 위해 주어진 것”이라고 덧붙이고 있다.³¹⁾

2. 정치적 기능(Political Function)

일반적으로 사건이송명령은 사법적 기능 외에도 정치적 기능을 행한다고 표현할 수 있다. 그래서 워런(Warren) 前 연방대법원장은 “소송일람표(docket)³²⁾를 통제한다

30) Wasby, op. cit., p.214.

31) Wasby, loc. cit.

32) docket이란 용어를 적절하게 번역하고 있는 국내 학자가 드물다. 연방대법원은 엄청난 양의 소송을 소화해야 하기 때문에 사건이송명령이 신청되는 대로 이를 다 심리할 수는 없다. 그래서 이에 대한 심사를 거쳐 허가할 것 인지의 여부를 결정하게 되는 것이다. 허가가 결정된 사건들, 앞으로 연방대법원이 심리해야만 되는 사건들을 신청된 날짜별로 정리해 놓은 문서가 바로 docket이다. 이를 편의상 ‘소송일람표’라고 번역하기로 한다. 이에 대해서는 Segal & Spaeth, op. cit., pp.185-186. 참조.

는 목적도 있지만 헌법적 차원에서 국가에게 우선권을 인정하려는 특별한 목적을 가지고 연방의회는 연방대법원에 사건이송명령의 관할권을 부여한 것³³⁾이라고 밝힌 적이 있다. 그의 표현을 음미해보면, 연방대법원의 사건이송명령의 허가는 사전에 정치적인 외압에 영향을 받을 수도 있으며 사후엔 그 자체가 정치적이며 전략적인 기능을 행한다고 말할 수 있다.

이러한 사건이송명령의 심사에 대한 정치적인 측면은 1947년부터 1958년까지의 통계자료를 보면 더욱 잘 알 수 있다. 이 기간동안 연방정부가 연방대법원에 신청한 사건 중 사건이송명령이 허가된 확률이 49.1% 임에 반해, 일반 시민들이 신청하여 사건이송명령을 허가받은 확률은 겨우 5.8%에 그치고 있는 것³⁴⁾은 이와 같은 사실을 잘 나타내 주는 자료라고 할 수 있다.

심지어 연방 법무성의 송무실장(the Solicitor General)³⁵⁾이 대법관들을 대법원의 잘못된 판결하나가 국가의 중요한 계획을 망칠 수도 있다고 사전에 설득함으로써 결국 사건이송명령의 허가를 얻어내는 경우도 있었다.³⁶⁾ 이것은 정치적인 외압이 사건이송명령의 심사에 강하게 작용한다는 점을 잘 부각시켜 준 한 예라 하겠다.

이러한 점에 대하여 비평가들은 “연방송무실장은 연방대법원으로 하여금 법무성의 정책에 이끌려 다니며 법무장관의 실수나 수습해주는 역할을 하도록 강요하고 있다”³⁷⁾고 혹평하기도 하였다.

물론 과거 프랭크휘터(Felix Frankfurter) 대법관의 “연방대법원이 지나치게 정치적 덩불 속으로 들어가면 안 된다”는 지적처럼 대법관 몇 명은 연방송무실장의 요청에 대한 대법원의 호의적인 반응을 비판하기도 하였지만³⁸⁾ 연방대법원이 원래 사법심사권을 행사함으로써 정치적 기능을 행하고 있기 때문에, 어떻게 보면 사건이송명령의 이러한 정치적인 측면은 내재적인 것이라고 볼 수도 있다.

33) Warren, op. cit., p.728.

34) Joseph Tanenhaus, Marvin Schick, Matthew Muraskin, Daniel Rosen, "The Supreme Court's Jurisdiction: Cue Theory," *Judicial Decision-Making*, ed. Glendon Schubert(New York: Free Press, 1963), p.123.

35) 미국의 법무성 내에서 제3위의 직급으로서 미국을 당사자로 하는 소송에서 국가를 대리하여 소송을 전담하는 역할을 담당한다. 부실장 5명과 연방송무실장보 20명이 그를 도와 소송을 진행하게 된다.

36) Hellman, "The Supreme Court, the National Law," p.632.

37) Wasby, op. cit., p.146.

38) DeMarco v. United States, 415 U.S. 449(1974); Alvarado v. United States, 110 S. Ct. 2995 at 2997(1990) (Rehnquist dissenting); Diaz-Albertini v. United States, 110 S.Ct. 776 at 777(1991) (Rehnquist dissenting).

IV. 한국 헌법재판소에 주는 시사점

주지하다시피 일반 시민이 우리 헌법재판소에서 헌법문제에 대해 소송당사자가 되어 심리를 받는 경우는 두 가지가 있는데, 첫 번째는 민·형사소송에서 소송당사자가 재판부에 위헌법률심판제청신청을 하여 재판부가 이를 수용하였을 때³⁹⁾이고 두 번째는 국가기관에 의해 자신의 기본권이 침해되었다고 주장하는 당사자가 헌법소원심판을 청구하여 지정재판부에서 심판회부결정을 받았을 때⁴⁰⁾이다. 이 중에서도 그나마 직접 헌법재판소에 당사자가 심판을 청구하는 경우는 헌법소원심판의 경우에만 한정된다.

즉 우리는 미국 연방대법원에서 행하고 있는 사건이송명령의 신청처럼 폭넓게 헌법재판을 신청할 수 있는 길이 제한되어 있다고 볼 수 있다.

현실적으로 진행되는 재판에서 당사자가 되어야만 위헌법률심판제청신청을 할 수 있기 때문에 위헌법률심판에 참여하는 경우는 드물고, 헌법소원심판의 경우에도 아무나 헌법소원심판을 청구할 수 있는 것이 아니라 헌법소원인 적격⁴¹⁾을 갖추어야만 이를 행할 수 있고, 또한 이 자격을 갖추었다 하더라도 다시 재판관 3인으로 구성되는 지정재판부의 사전심사도 거쳐야되기 때문에 그러하다.

물론 위에서 살펴본 사건이송명령의 신청도 연방대법원의 사건이송명령 사전심사 위원회를 통과해야만 되기 때문에 쉽지 않은 과정이라고 평가할 수 있지만 우리 시민들의 소송참여율이나 헌법소원심판 청구의 경우 지정재판부에서 기각되는 확률⁴²⁾을 고려한다면 미국이 상대적으로 개방되어 있다고 볼 수 있다.

또한 미국 연방대법원은 최고 헌법해석기관으로서 연방헌법과 관련된 사건이면 직권으로 하급법원에 사건이송명령을 발할 수가 있지만 우리 헌법재판소는 아직 그러한 권한을 소유하고 있지 않다. 그러나 이 권한이 우리 헌법재판소의 기본권보장적 역할을 보다 충실하게 하고 최고 헌법해석기관으로서의 위상을 정립해 줄 것임은 자명하다. 이렇게 볼 때 헌법재판소로 하여금 지정재판부에서 각하되는 수많은 청구들

39) 헌법재판소법 제47조 참조.

40) 헌법재판소법 제72조 제4항.

41) 자기관련성, 직접관련성, 현재관련성 등을 갖추어야만 헌법소원심판을 청구할 수 있다.

42) 우리의 경우 약 80-90%의 경우가 지정재판부에서 각하되지만 사건이송명령의 사전심사에서 기각되는 경우는 약 50%라고 한다. Segal & Spaeth, op. cit., p.181. 참조.

은 보정명령을 발하여 다시 정식으로 청구하게 하거나 일반 법원에서 위헌법률심판 제청신청을 하였으나 이를 법원이 기각하였을 때 헌법재판소가 직권으로 위헌법률심판을 진행하는 명령권⁴³⁾을 가지게 하는 것도 한 방법이라고 생각된다.



▶ 김형남

연방대법원(the U.S. Supreme Court), 사건이송명령(Certiorari), 사건이송명령 영장(Writ of Certiorari), 재량적 관할권(Discretionary Jurisdiction), 사건이송명령 사전심사위원회(Certiorari Pool)

43) 이들을 ‘헌법소원심판청구명령’과 ‘위헌법률심판제청명령’이라고 칭하고자 한다.

[Abstract]

A Study on Certiorari of the U. S. Supreme Court

Prof. Dr. Kim, Hyung-Nam

In General the Supreme Court's power to grant or deny certiorari, which means an order to a lower court to send up the records in a case, is fully discretionary. But the Court's choice of cases is not random. This leads one to question whether, as is sometimes claimed, the Court is a passive body waiting until somebody brings a 'case or controversy' for decision.

A discretionary jurisdiction court like the Supreme Court is active. The ability to pick and choose cases makes it like fisherman of cases. The Court can't place fish in the stream: that is, it can't create a lawsuit where none exists, but it may stimulate others to stock the stream when the Court's pattern of granting review or the justices' statements prompt litigation to resolve previously undecided or currently unsettled issues.

By custom, the Supreme Court's certiorari is granted by a vote of at least four justices. This is called the Rule of Four that had been also applicable to decisions to note probable jurisdiction in an appeal.

After all the granting of certiorari is discretionary but not random. In the sense of protecting wide suing for constitutional matter, the Supreme Court's certiorari is so well accepted. So I would like to suggest the Korean Constitutional Court should adopt not certiorari's style but it's value.