

미합중국 연방 정부와 대법원의 역학관계에 관한 연구

-특히 연방대법원의 판례를 중심으로-

김영수* · 이승문**

- I 서론
- II 미합중국의 탄생과 법체계의 특성
 - 1 미합중국의 탄생배경
 - 2 독특한 법체계를 가진 미국
 - 3 연방헌법과 연방대법원의 관계
- III 판례를 통해 본 미국과 연방대법원의 역학관계
 - 1 최초의 대법원(1790-1801)과 마셜 대법원(1801-1836)
 - 2 테니 대법원과 Dred Scott 사건
 - 3 남북전쟁과 그 이후의 대법원(1861-1888)
 - 4 F.W. Mott 대법원과 Lochner 사건
 - 5 현대적 대법원과 Carolene Products Co. 사건
 - 6 워렌 대법원(1953-1969)과 버거 대법원(1969-1986)
- IV 결론

I. 서론

종교의 자유를 갈망하던 영국 청교도 102명이 집단으로 이주한 곳은 우리가 이미 잘 알고 있는 미국 대륙이다. 종교의 자유를 찾아 신대륙을 찾아 나선진 했어도 일단 그들의 생활과 법률문화는 영국의 그것을 탈피할 수 없었던 것을 역사가들을 통해 잘 알고 있다.

그들의 본국인 영국은 역사적으로 1688년 명예혁명을 통하여 이미 '의회주

* 성균관대학교 법학과 교수, 법학박사

**성균관대학교 박사과정 수료, 세무사

권'(sovereignty of parliament)을 확립하였기 때문에 의회에서 제정된 제정법(statute)은 시민들의 자유의사로서의 總意를 대변한다고 믿었다 이런 이유에서 영국은 형식적인 성문 헌법은 불필요한 것으로 판단하였을 것이다

그러나 이에 반해 미국 헌법의 起草者들은 영국 의회가 제정한 제정법들이 자신들을 구속하는 식민지배의 도구로서 악용되었던 것을 이유로 하여 모국이며 불문헌법국가인 영국과는 달리 성문헌법의 제정을결의하게 되었다 이렇게 해서 탄생한 미합중국헌법은 몽테스키외의 삼권분립이론에 영향을 받아 세계에서 최초로 대통령제를 규정하였다. 이러한 이유 때문에 어느 나라보다 입법·행정·사법권의 균형이 잘 지켜지고 있다

특히 미국이 가지는 독특한 특색 중의 하나가 연방제도이다 이 연방제도를 유지하고 지탱하는 역할을 담당하는 국가기관이 바로 연방대법원이라고 말할 수 있겠다.

이하에서는 이러한 측면에 초점을 맞추어 미합중국의 탄생배경과 연방대법원의 설립과 그 역학관계를 연방대법원의 판례를 통해 살펴볼 것이다.

II. 미합중국의 탄생과 법체계의 특성

1. 미합중국의 탄생배경

아메리카 대륙을 공식적으로 대선단을 이끌고 가장 먼저 탐사한 자는 주지하다시피 크리스토퍼 콜럼버스(Christopher Columbus)이다 그는 이탈리아 제노바에서 직조공의 아들로 태어나 잠시나마 부친의 가업을 이어 받았다가 천문지리학을 배운 후에 해양에 대한 애착심을 가지게 되었다.¹⁾

여러 차례에 걸친 항해를 성공한 뒤 그는 포르투갈에 정착하면서 국왕에게 끊임없이 서방으로 항해하게 해 줄 것을 건의하였으나 당시 아프리카 식민지 건설계획에만 몰두해 있던 포르투갈 국왕은 이를 무시하였다.

할 수 없이 그는 인접 국가인 스페인의 페르디난도 국왕에게 자신의 계획을 설명하면서 서방항해를 지원해 줄 것을 요청하였다.

그러나 페르디난도 국왕마저도 시간을 끌기만 하면서 그의 요구를 들어주지 않았다. 이에 정치적 감각이 있었던 그는 새로이 발견하는 대륙의 이권을 넘겨주는 것을 조건으로 당시 고관대작들의 환심을 사게 되었고 결국 3척의 범선, 즉 100톤이나 되

1) 앙드레 모로아, 미국사, (신용석 역, 기린원, 1996), 24면.

는 산타마리아 호, 50톤의 핀타 호, 40톤의 니나 호를 타고 미국 대륙을 향해 나아갈 수 있었다

1492년 10월 12일에 결국 그는 지금이 바하마 군도의 하나인 산 살바도르(San Salvador)에 도착하였고 그 뒤에도 꾸준히 항해하여 푸에르토 리코, 자마йка 등을 발견하였다. 하지만 현재의 미국 대륙을 1497년에 직접 발견한 사람은 바로 피렌체 사람인 아메리고 베스푸치(Amerigo Vespucci)였다. 이를 기념하기 위해 샌트 디이 대학의 마르틴 밀러 교수가 그의 저서에서 미국 대륙을 처음 발견한 아메리고의 이름을 따서 아메리카(America)라고 명명한 뒤부터 오늘에 이르고 있다.

이후에는 스페인의 국왕이 특히 남미대륙에 많은 관심을 보이면서 대대적인 식민지 정복에 나서게 되었지만 북미대륙은 토착민인 인디언들이 상주하고 있었다. 그러나 막강한 해군력을 바탕으로 하는 스페인은 결국 북미대륙에도 발을 디디게 되어 그들의 식민지로 삼게 되었다. 당시 이러한 스페인이 아직 정착하지 않은 곳이 바로 버지니아였다. 이를 틈타 해군력이 급성장한 영국이 1606년 런던회사와 플리머스(plymouth)회사를 설립하여 북미 식민지를 최초로 개척하려는 계획을 수립하였다. 마침내 1606년 런던회사 소속의 선박 3척에 승선한 143명의 최초 이민자들은 버지니아에 도착하여 최초의 식민지인 제임스타운(Jamestown)을 건설하게 되었다.

그러나 극심한 풍토병과 기아에 허덕이던 그들 중의 반이 사망하였기 때문에 여의치 못해 철수하게 되어 영국의 북미대륙에로의 진출은 크게 활기를 떨 수가 없었다. 그러던 중 17세기 초 영국은 그리스도교의 3파인 국교파, 장로파, 청교도들인 분리파가 자신들 쪽으로 신자를 더욱 많이 끌어들이기 위해 치열한 싸움을 벌이고 있었다. 특히 정부를 등에 업은 국교파가 청교도들인 분리파를 심하게 학대함으로써 그들 중 102명이 드디어 1620년 9월에 메이플라워(Mayflower)라는 배를 타고 약 1개월간의 항해 끝에 지금의 메사추세츠 주의 조그마한 도시인 플리머스(plymouth)에 도착하게 되었다. 이들의 지도자가 당시 영국의 유명한 변호사였던 존 윈스롭(John Winthrop)이었을 정도로 그 청교도들은 상당한 수준의 사람들이었다. 이는 미국의 문화가 왜 법률문화를 중심으로 전개되고 있는 지를 여실히 보여주는 대목이라고 하겠다.

하여튼 그 뒤 1630년에도 영국에서 1천명의 이민자들이 속속들이 입국함으로써 초기 13개 주로 시작했던 미합중국이 서서히 위용을 갖추게 되었다.

2. 독특한 법체계를 가진 미국

관념적이면서 사변적인 대륙법체계와는 달리 실용적인 판례법을 위주로 하는 영미 법계는 역시 영국에서부터 출발한 것이었다. 원래 영국의 청교도인 분리파 102명이 미국 사회를 열었다고 해도 지나치지 않기 때문에 그들의 법체계나 법률문화는 처음엔 영국의 그것과 다를 바가 없었다. 하지만 그들은 본국인 영국의 지나친 식민지배에 반감을 품게 되었고, 특히 막강한 권한을 가진 영국의 의회에 대한 불신은 더욱 커져만 갔었다.

이러한 미국 시민들의 반감과 불신은 급기야 그들의 대표를 통해서 불문헌법 국가인 영국과는 달리 성문헌법인 미합중국 헌법전을 제정하게 된 원인이 됐다.

이 성문헌법을 제정한 헌법제정자들은 그들만의 특수한 정치이념, 주민의 인종적·종교적·문화적 다양성, 광활한 영토, 놀랄만한 사회적·경제적 발전 등에 의하여 미국의 법체계는 독특한 각종 방법론을 동원하여 독자적인 영역을 구축하였다. 특히 미국법 체계에서 영국과 비교해 독특한 것은 의회에서 제정된 제정법이 상위법인 헌법규정에 위반되면 이의 적용을 거부하는 사법심사(judicial review)²⁾라는 제도를 고안해 낸 것이다. 시민들의 기본권보장에 탁월한 효력을 발휘하는 이 제도는 그 이후 전 세계 모든 나라로 수출되어 지금도 위헌심사제도의 귀감이 되고 있다. 영국처럼 아직도 보통법체계를 가지고 있는 미국은 또 영국과는 달리 19세기에 대대적으로 성문법인 법전을 편찬하려는 운동인 ‘법전편찬운동’을 펼쳐서 판례법 못지않은 엄청난 양을 자랑하는 U. S. C.(United States Code, 미합중국 법전)라는 성문법체계를 갖추기도 하였다.

이 외에도 전 세계에서 최초로 판례법을 문답식(Socratic method)으로 강의하는 정규 교육기관인 로스쿨(law school)을 만들어 지금까지 약 120만 명의 변호사들을 양성해 오고 있다는 점과 연방제도를 시행하고 있기 때문에 생기는 주와 연방의 이원적 통치구조 등을 특징으로 내세울 수 있다.³⁾

3. 연방 헌법과 연방대법원의 관계

2) 미국의 이 사법심사제도의 역사적인 기원과 일반적인 개념설명을 비교적 자세히 설명하고 있는 자료로는 Sotiros A. Barber, *The Constitution of Judicial Power*, (The Johns Hopkins University Press, 1993), pp 26-38, Henry J. Abraham, *The Judiciary*, (New York University Press, 1996), pp 69-88, Henry J. Abraham & Barbara A. Perry, *Freedom and the Court*, (Oxford University Press, 1998), pp.3-6.을 참조

3) 김형남·최문기, *미국법강의*, 세종출판사, 2001, 25-47면

미국의 연방대법원과 연방헌법의 상관관계는 일단 다음의 세 가지로 나누어 고찰할 수 있다.

첫째, 연방대법원이 재판과정에서 부수적으로 법률의 위헌여부를 심사하는 경우에 있어서 미합중국 헌법은 그 척도규범 또는 기준으로 작용하게 된다. 둘째, 사법심사 과정에서 헌법의 의미와 내용을 구체적으로 파악하는 경우 연방대법원은 헌법을 해석 대상으로 삼게 된다 셋째, 연방대법원에 대하여 헌법은 연방대법원의 존립근거를 부여하는 수권규범으로서의 지위를 가지게 된다

미국이 영국처럼 성문헌법을 제정하지 않았다고 가정한다면 사법부에 의한 사법심사제도가 존재하지 않았을 것이다 그러했다면 연방대법원의 모습은 지금과는 상당히 다른 양상을 띠었을 것이다 이처럼 현재 영국과는 달리 미국은 성문헌법을 가지고 있기 때문에⁴⁾ 사법심사제도에 가장 중요한 척도규범으로 작용하게 되었다는 점이 가장 중요하다고 하겠다.

III. 판례를 통해 본 미국과 연방대법원의 역학관계

1. 최초의 연방대법원(1790-1801)과 마셜 대법원(1801-1836)

1) 최초의 연방대법원(1790-1801)

미국의 법원사를 파악해보면, 1790년부터 1799년까지의 10년 동안 연방대법원이 판결을 내린 사건은 겨우 약 50개 정도밖에 되지 않는 것으로 알 수 있다. 이는 처음 연방대법원의 활동이 비교적 느린 편이라고 생각할 수 있다.⁵⁾ 그러나 이중에서 몇 개의 판결은 중요한 의미를 지닌 것들도 있다. 특히 1793년의 *Chisholm v. Georgia* 사건에서는 연방대법원이 재판의 선결문제인 사건성과 분쟁성(cases and controversies)의 범위를 지나치게 넓혀서 어떤 주에 거주하는 시민 한 사람이 다른 주를 상대로 연방법원에 소를 제기할 수 있게까지 해석했었다 그러나 이 판결은 얼마 후 연방사법원이 그 범위까지는 효력이 미칠 수 없도록 하는 미합중국 헌법 수정 제11조의 제정으로 번복되었다.

이 시기에도 몇몇 대법관들은 연방법원이 사법심사권을 행사해야 한다고 주장하였

4) Archibald Cox, *The Court and the Constitution*, (Houghton Mifflin Company, 1987), p 34

5) Lawrence Baum, *The Supreme Court*, (Congressional Quarterly Press, 1981), p 18.

으나 현실적으로 사법심사가 이루어지지 않는 것이다. 그러므로 이때까지만 해도 연방대법원은 국가정책결정에 적극적으로 참여하지 못했다고 할 수 있다.

심지어 이 때에는 연방대법원의 활동이 얼마나 미미하였으면 존 제이(John Jay) 초대 대법원장은 대법원의 직무에 혐오감을 느끼며 영국과의 조약을 맺으려 외교사절로 영국으로 이주하였다가 1795년에 뉴욕 주의 주지사에 당선되자 연방대법원장직을 사임하는가 하면, 러트릿지(Rutledge) 대법관과 해리슨(Harrison) 대법관은 주법원 판사직으로 이직하기도 하였었다.

2) 마셜 대법원

미합중국 헌법은 연방 하급법원들의 창설에 대해서는 미합중국 의회에게 재량권을 부여하고 다만 연방대법원만을 직접 헌법상 규정하고 있다. 이 헌법은 연방의회나 대통령에 관한 규정은 상세하게 기술하고 있는 반면에 연방대법원을 포함한 법원에 대해서는 간단한 표현만을 하고 있는데 이는 특이한 것으로 여겨진다.

어쨌든 미합중국 헌법 제3조는 연방대법원의 제1심 관할권(original jurisdiction)만을 규정하고 항소심관할권(appellate jurisdiction)은 미합중국의회가 제정법을 제정하여 규정하는 것으로 위임하고 있다.

여기서 누락된 부분은 1789년에 제정된 司法府法(The Judiciary Act)에 의해 구체화하고 있는데, 일단 연방법원조직을 규정하고 있는 同法은 미합중국 헌법의 근거에 의해 연방대법원의 관할권을 비교적 광범위하게 인정하고 있다. 그런데 연방대법원이 안고 있는 난처한 문제는 과연 어떤 근거에 의해서 의회에서 제정된 제정법(statutes)들을 위헌이라고 판단할 수 있는지는 것이다. 이에 대해서는 일단 1803년 Marbury 사건과 1819년 McCulloch 사건을 분석해 봄으로써 검토해 보고자 한다.

가) 1803년 Marbury v. Madison 사건

㉠ 사건의 배경

이렇게 초기의 연방대법원의 기능이 부진한 시절이 계속되는 가운데 1801년부터 1835년까지 연방대법원장을 지낸 존 마셜(John Marshall)의 출현은 획기적인 사건이었다. 왜냐하면 그는 어느 연방대법원장보다 통솔력이 뛰어났기 때문에 미합중국 헌법상 명문 규정도 없고 그들의 모국인 영국에서는 상상조차 할 수 없었던 '사법심사권'을 유도해 낸 Marbury 사건의 판결문을 작성하였기 때문이다.

이 사건의 판결문에서 그는 1789년에 사법부법 제13조를 과감하게 위헌이라고 선

언하였고 추후 헌법을 해석하는데 있어서 사법부의 우월성을 나타내는 몇몇 근거를 제시하였었다 몇 년이 지난 뒤에도 마샬은 몇몇 州의 제정법들을 위헌이라고 판시하였으며 최종적으로 그의 임기동안 연방대법원은 십여 개의 州 제정법들을 위헌이라고 선언하였다. 이러한 그를 미합중국 의회와 그의 정치적 반대파인 제퍼슨(Jefferson) 대통령이 탄핵하려고 노력하였으나 그의 계획에 말려 결국 실패하고 말았다.

그러나 마샬의 이런 노력은 이후에 미국 역사상 연방대법원이 국가정책을 수립하는데 결정적이고도 중요한 역할을 담당하는 좋은 계기가 되었다.

㉠ 사건의 개요 및 평가

이 사건은 미합중국이 성립된 초기, 연방당의 애덤스(John Adams) 대통령과 공화당 소속의 현 부통령인 제퍼슨(Thomas Jefferson)이 맞붙은 1800년의 대통령 선거에 기인한 것이었다 이 선거에서 제퍼슨이 승리를 거두고 미국의 제3대 대통령에 당선되자, 애덤즈 대통령은 자신의 임기 만료 직전에 당시 국무장관이던 마샬(John Marshall)을 연방대법원장에 임명하게 된다. 또한 이 시점에 연방당을 지지하던 42명의 연방법원 법관후보들을 법관으로 급히 임명하였다. 이렇게 임명작업이 진행되었지만 이 과정에서 일부 임명장이 임기만료일인 1801년 3월 3일 자정 전까지 마베리를 비롯한 몇 명의 콜롬비아 지구 치안판사들에게 전달되지 못한 채 정권은 제퍼슨에게 넘어가고 말았다.

제퍼슨은 국무장관에 임명된 매디슨(James Madison)에게 이들의 임명장을 교부하지 못하게 지시하였고, 이에 분개한 마베리 등은 1789년에 제정된 ‘사법부법’(The Judiciary Act) 제13조에 의거하여 국무장관에게 자신들의 임명장을 교부하도록 지시해 달라는 ‘직무집행명장’(Writ of Mandamus)의 발부를 청구하는 소송을 제기하게 된 것이다.

이 사건의 개요를 잘 살펴보면 마샬(Marshall) 대법원장은 자신의 실수로 임명장을 교부받지 못한 마베리를 비롯한 몇몇 치안판사들에게 미안한 감을 느끼면서도 현직 대통령인 제퍼슨(Jefferson)과의 가시적인 충돌을 회피하려는 정치적 의도에서 사법심사제도를 발견해 낸 것이다.

그는 먼저 “헌법에 배치되는 제정법이 과연 유효한 국내법이 될 수 있는가의 문제는 미국 내에서는 아주 흥미 있는 문제”⁶⁾라고 전제하면서 다음과 같이 사법심사제도의 존재의의와 필요성을 강조하였다.

6) Abraham, op. cit., p 327.

“헌법에 위배되는 제정법은 유효하지 않으며, 법원에서조차 효력을 발휘할 수 없는 것이다. ……헌법도 불합리한 면이 없는 것은 아니지만 일단 상위법인 헌법과 하위법인 제정법이 충돌한다면 법원은 반드시 상위법인 헌법을 따라야만 한다”⁷⁾

이러한 마샬의 판결문을 파악해보면, 그가 사법심사의 정당성을 다른 판례나 학계의 이론을 원용하지 않고 단지 헌법과 일반 제정법의 위계질서에 관한 본질적인 논의만으로 전개해 나가고 있다는 사실을 알게 된다. 결국 그는 사법심사를 사법본질론으로부터 자연스럽게 도출해 내려는 의도를 지니고 있던 것으로 해석된다.⁸⁾

마샬의 의도는 적중하여 당시 제퍼슨 정부의 반발이나 마베리 등의 불평불만을 어느 정도 무마할 수 있었을 뿐만 아니라 미국 내 여론의 지지도 받게 되었다. 하지만 이 판결문은 다음과 같은 두 가지의 의문점을 자아내고 있다. 즉 첫째, 성문헌법상 하등의 명문규정도 찾아볼 수 없는데도 불구하고 단지 법원의 한 판례에 의하여 것처럼 중요한 사법심사권을 법원이 가진다는 것이 과연 합리적인가 하는 점이며, 둘째, 법원의 사법심사는 결국은 사법부에 의한 입법 또는 사법부에 의한 정책수립이 아닌가 하는 점이다.

나) 1819년 McCulloch v. Maryland 사건⁹⁾

㉠ 사건의 개요

이 사건은 메릴랜드 주 소재 미합중국 은행의 볼티모어 지점 출납담당자인 McCulloch가 메릴랜드 주 정부를 상대로 하여 연방대법원에 상고를 제기한 사건이다.

메릴랜드 주 의회(The General Assembly of Maryland)에 의하여 제정된 한 제정법은 메릴랜드 주에 거주하는 어떠한 은행이더라도 5불, 10불, 20불, 50불, 100불, 500불, 1000불 권의 지폐를 발행할 때에는 권 중마다 각각 10센트, 20센트, 30센트, 50센트, 1불, 10불, 20불을 메릴랜드 주 재무성에서 발행하는 화폐제작용 종이를 강제로 구입하게 하는 규정을 두고 있었다. 실질적으로 이는 당시 연방정부가 운영하는 국립은행인 미합중국 은행에 주 정부가 과세하는 결과를 초래하는 것이었다.

7) Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137(1803).

8) 김운용, 위헌심사론, 삼지원, 1998, 54-55면.

9) 4 Wheat 316, 4 L. Ed. 579(1819)

이에 미합중국 은행의 볼티모어 지점을 대표하여 McCulloch가 메릴랜드 주의 제정법이 연방정부의 권한을 침해한 것으로 위헌이라고 주장하면서 연방대법원에 상고한 것이다. 마샬대법원장을 비롯한 대법관 전원은 만장일치로 메릴랜드 주의 제정법을 위헌이며 무효하고 선언하였다.¹⁰⁾

2) 사건의 평가

이 사건이 발생한 1819년은 아직 연방체제가 확고하게 자리 잡지 못했던 시기였기 때문에 이 사건에서 살펴 볼 수 있듯이 메릴랜드 주 정부가 연방정부와 대등하게 대립하고 있는 것을 손쉽게 파악할 수 있다.

지금에 비해 주 정부의 강력한 권한을 그나마 억제할 수 있었던 기관은 연방대법원이 유일한 것이었을 것이다. 이런 차원에서 연방대법원을 대변하여 판결문을 작성한 마샬대법원장은 “...굳이 사실대로 말하자면 연방정부는 바로 우리 미합중국 전체 인민들의 정부인 것이다. 그러므로 미합중국 정부는 다소 제약이 따르긴 하지만 미합중국 내에서 최고의 정부이며, 연방의 헌법이나 제정법들도 주 정부의 그것들보다 우선할 수밖에 없다”¹¹⁾고 판시하면서 결국 미합중국 은행에 과세하는 결과를 초래한 메릴랜드 주 의회에서 제정된 제정법을 대법관의 만장일치로 위헌이라는 결론을 내리게 된 것이다. 이 사건도 앞선 마베리 사건 못지않게 미합중국의 연방제도를 뿌리내리게 하는 초석이 된다.

2. 테니(Taney) 대법원(1835-1863)과 Dred Scott 사건

1) 개설

이 시기에 연방 사법부와 행정부간의 반목이 항상 문제거리였다. 이 와중에 남 캐롤라이나(South Carolina) 주가 1832년에 벌인 ‘연방탈퇴운동’(Nullification Movement)은 그 지도자인 존 캘혼(John Calhoun)의 영향력 때문에 급속도로 번져 나갔으나 잭슨 대통령의 중재로 일단락 되기도 하였다

이러한 분위기 속에 1835년 마샬 대법원장이 사망하자 잭슨 대통령은 그 후임으로

10) 이 사건은 다음의 교재에서 인용한 것이다 Paul A. Freund, Arthur E. Sutherland, Mark D. Howe, Ernst J. Brown, Constitutional Law, (Little, Brown and Company, 1967), pp.133-142 이하에서는 Freund et al 로 약기함.

11) Freund et al., op. cit., p.135.

로저 테니(Roger Taney)를 임명하였다. 테니 대법원장은 잭슨 대통령의 예상과는 달리 자신의 정치적 견해를 그렇게 지지하고 나선 것은 아니었다. 하지만 남부와 북부의 첨예한 대립 속에서 미국 연방대법원 역사상 최악의 판결이라는 혹평¹²⁾을 현재까지 듣고 있는 Dred Scott사건의 판결문을 작성한 것을 계기로 최악의 대법원장으로 평가받고 있다. 이하에서는 Dred Scott 사건을 조명해 본다.

2) Dred Scott v Sandford 사건¹³⁾

가) 사건의 개요

현재 흑인 노예로 미주리 주로 주인을 따라 이주해 온 드레드 스캇(Dred Scott)은 과거 뉴욕 주의 시민이었던 현재의 주인인 존 샌드포드(John Sandford)가 자신의 법적인 권리인 자유권을 침해하였으므로, 자신은 노예에서 해방되어야 한다고 주장하면서 미주리 주 소재 미연방 항소법원에 소를 제기하였다. 이에 피고인 샌드포드는 스캇은 노예일 뿐, 미주리 주의 시민이 아니기 때문에 연방법원에 소를 제기할 수 있는 당사자자격(standing)을 인정할 수 없다는 이의를 제기하였다. 미연방 항소법원은 샌드포드의 의견을 받아들여 원고의 청구를 각하하기에 이르렀다. 억울하다고 판단한 드레드 스캇은 결국 연방대법원에 상고하게 되었다. 테니 대법원장이 판결문을 작성했지만, 그는 판결문에서 드레드 스캇은 미합중국 헌법의 해석 상 미주리 주의 시민이라고 볼 수 없기 때문에 연방법원에 소를 제기할 수 없다고 선언하였다.

나) 사건의 평가

이 사건은 전에 자유지역에 거주한 바 있던 드레드 스캇이라는 흑인이 자신을 소유한 주인인 샌드포드를 상대로 노예신분을 해방해 줄 것을 정식으로 요구한 사건이었다.¹⁴⁾ 소송을 접수한 미주리 주 소재 연방항소법원은 드레드 스캇이 미국 시민이 아니라는 이유로 소를 각하하였다. 이에 스캇은 최고의 재판기관인 연방대법원에 마지막 호소를 하기에 이르렀지만 메릴랜드 주 출신인 테니 대법원장은 “흑인들은 일단코 헌법전에 표시된 시민이 아니므로 그들에게는 어떠한 권리나 특권도 인정될 수 없다.

12) Geoffrey R Stone, Constitutional Law, (Little, Brown and Company, 1991), p 480.

13) 19 How. 393, 15 L. Ed 691(1857)

14) 앙드레 모로아, 앞의 책, 351면 참조

· 그러므로 흑인들은 과거 연방헌법전으로 승화되었던 13개 주의 독립선언문이 작성될 때에도 매매되던 일종의 재산으로 인식되어 왔던 것"¹⁵⁾ 이라고 선언함으로써 흑인 사회와 노예제도 폐지를 주장하던 북부 사람들의 내란과 유사한 엄청난 반발을 불러 일으켰다 즉 이 판결이 남북전쟁을 촉진하는 촉진제 역할을 했다고 해도 틀림이 없다. 말 그대로 연방대법원 역사상 최악의 판결을 만들어 낸 것이다.

3 체이스 대법원(1864-1873)과 웨이트 대법원(1874-1888)

1) 체이스(Chase) 대법원

1864년 링컨 대통령은 테너의 후임으로 체이스(Salmon Chase)를 대법원장에 임명하였다. 체이스는 원래 공화당에서 중직을 맡았으며, 1860년부터는 재무성장관을 역임하였다¹⁶⁾

체이스 대법원은 생각보다는 사법적극주의적인 태도를 보이면서 10년동안 무려 10개에 달하는 연방법률을 위헌이라고 선언하였다. 그래서 흑자들은 체이스 대법원 시대부터 연방대법원이 헌법체제 하에서 최종중재자로서의 역할을 시작하였다는 평가를 내리고 있다.¹⁷⁾

2) 웨이트(Waite) 대법원

1874년 그랜트(Grant) 대통령은 체이스 대법원장의 후임으로 웨이트(Morrison R Waite)를 임명하였다. 이 시기에는 연방헌법 수정 제14조의 기능이 사법적으로 무기력하게 변했다고 말 할 수 있다. 즉 연방대법원에 따르면 수정 제14조는 주에 의한 차별을 금지한다는 뜻이지 사인의 사인에 대한 차별은 규제대상이 아니라는 것이다. 또한 이 때에는 동부의 철도회사에게 중서부 농민이 대항하여 국내의 큰 혼란을 자아 내기도 하였다. 이 연방대법원이 내린 가장 중요한 판결 중의 하나가 *Munn v. Illinois* 사건¹⁸⁾인데 여기에서 연방대법원을 대표하여 웨이트 대법원장이 판결문을 작성하였다. 그는 공익과 관련되는 재산권을 규제하는 주의 권한을 인정하였다.

15) Freund et al, op cit., pp.918-920.

16) Friedman & Israel, The Justices of United States Supreme Court(1969), p.1118.

17) Kelly & Harbison, The American Constitution, (West Publishing Co., 1970), p. 485

18) 94 U S 113(1877)

4. FWTH(Fuller-Waite-Taft-Hughes) 대법원과 Lochner 사건

1) 개설

1888년 클레브랜드(Cleveland) 대통령은 풀러(Melville Fuller)를 대법원장으로 임명하였다. 풀러도 전임자인 웨이트처럼 법조계에 잘 알려진 인물은 아니었다. 풀러는 시카고 시 은행가의 사위였으며, 철도회사 등과 같이 대기업의 변호만을 담당하던 변호사로 약간 알려져 있는 인물이었다. 1888년에서 1910년에는 연방제정법에 대한 15건의 위헌판결이 있었다. 1910년에 단명한 풀러를 대신해서 연방대법원장에 임명된 인물이 바로 화이트(White)였고, 그가 재임하던 1910년에서 1920년에는 13건의 연방제정법에 대한 위헌판결이 있었다. 1920년에 또 연방대법원장에 임명된 태프트(Taft) 대법원장 재임기인 1920년부터 1930년 사이에도 연방제정법에 대한 13건의 위헌판결이 있었다. 1930년에 연방대법원장에 임명된 휴즈(Hughes) 대법원장 재임기간인 1930년부터 1937년에는 16건의 연방제정법에 대한 위헌판결이 있었다. 그러나 네 명의 대법원장이 교체되었던 이 시기에 가장 중요한 판결은 아마도 1905년의 *Lochner v. New York* 사건이라고 판단된다. 이하에서 검토해 보기로 한다.

2) *Lochner v. New York* 사건¹⁹⁾

뉴욕 주의회는 제빵업에 종사하는 근로자들이 주당 60시간 또는 일당 10시간 이상 근무하는 것을 금지하는 제정법을 제정하였다. 이 제정법은 주로 근로자들의 건강과 안전을 위협하는 근무조건들로부터 근로자들을 보호하기 위해 제정된 것이었다.²⁰⁾ 그러나 뉴욕에서 제빵업을 하던 라크너(*Lochner*)가 생각하기에 이 제정법은 더 일을 많이 하고 임금을 더 많이 받기를 원하는 근로자이나 경영자들의 헌법상 보장된 계약의 자유를 침해하는 것이었다. 이에 라크너는 연방대법원에 상고하였다.

연방대법원을 대신해 판결문을 작성한 페캠(Peckham) 대법관은 제빵산업의 최고 노동시간을 한정해 놓고 있는 뉴욕 주법을 연방헌법 제5조 적법절차(due process of law)의 원리에 근거를 두고 있는 근로자들과 경영자들의 계약의 자유를 침해하였다고 판시하였다. 이 후에도 연방대법원은 유사한 사건들에는 연방헌법 제5조 적법절차의

19) 198 U. S. 45(1905)

20) Louis Fisher, *American Constitutional Law*, (McGraw-Hill Publishing Co., 1990), p.514

원리를 내세워 위헌판결을 양산해 내었는데 이러한 경향을 보인 시대를 ‘라크너 시대’(Lochner Era)²¹⁾라고 말한다.

5. 현대적 대법원과 Carolene Products Co 사건

1) New Deal과의 충돌

경제규제입법에 대하여도 연방대법원은 라크너 판결의 경향을 그대로 적용하여, 경제규제입법의 지지자들에게 신랄한 비판을 받았고 그 중에서 미국의 경제공황을 극복 하겠다는 강한 의지를 피력한 루즈벨트(Franklin D. Roosevelt) 대통령과 그의 New Deal정책과 연방대법원은 정면으로 충돌하였다. 급기야 연방대법원은 1935년 Panama Refining Co v. Ryan 사건에서 대통령에게 과도한 권한을 부여하고 있는 전국산업진흥법(the National Industrial Recovery Act, 1933)의 일부조항을 무효라고 선언하였는가 하면, Railroad Retirement Board v. Alton Railroad 사건에서 철도직원퇴직법(the Railroad Retirement Act, 1934)을 위헌무효라고 판시하였고, 1936년 United States v. Butler 사건에서는 1933년 Roosevelt 행정부가 농산물의 공급과잉을 방지하고, 재배면적을 줄이고자 하는 농부에게 보조금을 지급하기 위한 가공농산품에 대한 課稅政策으로 급락한 농산물가격을 안정시키려는 농업조정법(the Agricultural Adjustment Acts)을 위헌이라고 판시함으로써 행정부에 선전포고를 가한 것이다.

이에 Roosevelt 대통령은 1937년 의회에 제출하는 특별법안에서 연방법원의 개편안(the Court-Packing Plan)을 주장하였는데 이는 70세 이상의 고령인 법관들은 스스로 사퇴하여야 하고 특히 평균연령이 70년 6월이나 되는 연방대법원 대법관들은 더욱 그러하다고 주장한 것이다. 그는 만약 연방대법관들이 스스로 용단을 내리지 못한다면 그 숫자(당시 6명)만큼 대법관들을 새로 채워 넣어야만 한다는 최종적인 의견을 제시하였다. 이 때문에 지금까지 ‘Court-Packing Plan’이라는 호칭으로 불린다. 이에 자신들의 정치적 위상을 각성하게 된 연방대법원은 1937년 West Coast Hotel Co. v. Parnish 사건²²⁾에서 처음으로 최저임금을 규정한 워싱턴주법을 합헌이라고 판시하게 되었다. 결국 이런 경향과 판례들이 축적되어 직접적으로 이중기준을 탄생시킨 1938년 U. S. v. Carolene Products Co. 사건을 유발하였다고 보아도 틀림이 없

21) Cass R. Sunstein, The Partial Constitution, (Harvard University Press, 1993), p.45

22) 300 U. S. 379(1937).

다

2) U S v Carolene Products Co 사건²³⁾과 현대적 대법원

가) 사건의 개요

이 사건은 1923년 3월 4일에 연방의회에서 제정된 ‘탈지우유에 관한 제정법’의 위헌여부에 관한 것이었다. 이 제정법은 filled milk란 용어를 다음과 같이 定義하고 있다. 즉 농축되었건 건조되었건 간에 유지방과 다른 어떤 지방이나 기름이 혼합되어 있는 우유, 크림, 탈지유(크림을 제거한 우유)를 말하며 결과적으로 이러한 제품은 유지방과 다른 어떤 지방이나 기름이 혼합되어 있지 않은 일반적인 농축, 탈지우유의 유사품을 filled milk라고 규정하고 있는 것이다²⁴⁾

同法은 filled milk가 공중보건에 유해한 불량식품이며 이것의 판매는 대중을 속이는 것이므로 형법상 사기죄를 구성한다고 명시하고 있다. 더군다나 同法은 이와 같은 탈지우유의 주끼리의 거래, 즉 주간통상에 있어서의 배에 신는 선적 자체까지 禁止하고 있으며, 이를 違反할 경우에는 형벌을 부과하는 것으로 되어 있다.

이 사건에서 피고인인 Carolene Products 회사는 공소장에 기재되어 있는 바와 같이 농축된 탈지유와 농축유 또는 농축크림의 모조품이나 유사품으로 제작된 코코넛 기름의 혼합물인 상품포장물을 州間에 船積(다른 州에 販賣)하였다는 이유로 기소 당하였으나, 그는 이에 불복하여 미연방제7순회항소법원에 항소하였다. 同 抗訴法院은 오랜 판례대로 同法條項은 미국 시민의 주간통상권을 부당하게 침해하는 것이므로 미합중국 헌법 수정 제5조 위반으로 위헌이며, 피고인은 무죄라고 판시하였다. 그러나 이에 반발한 기소권자인 미합중국 정부는 연방대법원에 上告하게 된 것이다.

나) 사건의 평가

이 사건의 판결문은 Stone 대법관이 작성하였는데, 이 사건은 외관적으로는 脫脂牛乳(filled milk)의 州間通商을 禁止하고 있는 ‘脫脂牛乳에 관한 제정법’ (Filled Milk Act)이 적법절차없이 타인의 재산을 박탈하지 못한다고 규정하고 있는 미합중국 헌

23) 304 U.S. 144(1938). 이 사건에 대한 상세한 설명은 김형남, “헌법재판에 있어서 이중기준에 관한 연구”, (성균관대학교 대학원 박사학위논문, 1996), 54-66면 참조

24) 김형남, “美國 聯邦大法院의 司法審査基準”, (헌법연구 제12호, 2001년 미국헌법학회 236면)

법 수정 제5조에 위반되는지의 여부에 관한 것이지만, 실질적으로는 미합중국의 사법 심사제가 출범한 이후 오랫동안 이어져 내려오던 적극적 보수주의라는 경향을 시민권과 권리장전을 적극적으로 보호하려는 신적극주의로 전환한 것이라고 평가된다.²⁵⁾

6. 워렌 대법원과 버거 대법원

1) 워렌(Warren) 대법원(1953-1969)

가) 개설

워렌(Earl Warren)은 1953년 아이젠하워 대통령에 의해 연방대법원장으로 임명된다. 이 시기에 연방대법원은 시민적 자유를 옹호하는데 가장 적극적이었다는 평가를 받고 있다. 이런 의미에서 동료였던 브레넌(William J. Brennan) 대법관은 그의 한 논문에서 워렌을 ‘대단한 대법원장’(Super-Chief Justice)이라고 격찬하였다.²⁶⁾ 그의 재임 기간에 탄생된 인권사에 있어 기념비적 판결이라고 할 수 있는 Brown v. Board of Education 사건이나 Miranda v. Arizona 사건 등은 그를 더욱 인권옹호에 적극적이었던 대법원장으로 기억하게 해준다. 이래서 한 마디로 워렌은 “미국의 상징적 인물”이라고 찬사를 보낸 자도 있다.²⁷⁾

과거 보수적인 사법적극주의에서 시민의 인권을 최대한 옹호하려는 이러한 변화에 대해 한 학자는 ‘헌법혁명’(Constitutional Revolution)이라는 표현을 하기도 하였다.²⁸⁾ 이하에서는 이 시기의 대표적인 판례인 Brown 판결을 중점적으로 검토해 보겠다.

나) Brown v. Board of Education 사건²⁹⁾

㉠ 사건의 개요

흑인 노예였던 조부를 둔 마샬(Thurgood Marshall)은 흑인대학인 하워드 로스쿨을

25) 김형남, 앞의 논문, 55면.

26) William J Brennan Jr., "Chief Justice Warren", 88 Harvard Law Review 1(1974)

27) John Hart Ely, "The Chief", 88 Harvard Law Review 11-12(1974)

28) Edward S Corwin, The Constitution and What it means today, (Princeton University Press, 1973), p245.

29) 347 U S 483(1954)

졸업한 뒤 변호사가 되었고, 1934년에 처음으로 전미유색인종권리증진협회(NAACP)에 참여하였다. 1940년 NAACP의 초대 이사장이 된 그는 그를 추종하는 변호사들과 함께 1950년대 초부터 공립학교에서의 흑인과 백인의 분리교육을 개선하는 노력을 기울였다. 이러한 결과 1952년에 연방대법원은 이들이 제기한 5건의 상소를 허가하기에 이르렀다. 이들은 캔사스(Kansas) 州 토페카(Topeka) 市 등 4개 주와 워싱턴 D.C.에서 상소된 것이었다.

NAACP측은 과거의 ‘분리하되 평등하다’는 원칙은 미합중국 헌법 수정 제14조 ‘법의 평등한 보호’(equal protection of law)에 위배된다고 주장하였다. 결국 NAACP측은 브라운(Brown)이 130명의 흑인 학생들을 대신하여 교육위원회를 상대로 소를 제기하게 된 것이다. 우여곡절 끝에 이 사건은 연방대법원에 상고되었고 신임 워렌 대법원장은 전원일치로 분리하되 평등하다는 원칙은 위헌이라고 선언하였다.

㉠ 사건의 평가

미국 사회에서 이 사건처럼 많은 반향을 불러일으킨 사건은 없을 것이다. 결국 이 판결은 ‘판도라의 상자’에 비유될 정도로 복잡하고 미묘한 것이었다.³⁰⁾ 그것은 미합중국 의회조차 연방대법원을 이 판례를 지지하고 나선 것이 10년 후의 일인 것을 보면 잘 알 수 있다.³¹⁾

어찌되었든 간에 이 사건의 영향으로 미국에서 분리교육이 철폐되었고 인권사에 큰 발전을 이루었기 때문에 이 사건의 영향력은 대단한 것이었다. 그만큼 이 판결은 워렌 대법원의 진보적 적극주의를 잘 대변하는 것이라 하겠다.

2) 버거(Burger) 대법원(1969-1986)

㉡ 개설

인권옹호론자이며 사법적극주의자인 워렌이 1969년에 사퇴하자 미합중국 상원은 닉슨(Nixon) 대통령이 임명한 버거(Warren E. Burger)를 74대 3으로 인준하였다. 버거는 1956년에는 콜롬비아지구 연방항소법원의 판사로 임명되어 계속 활동하였었다.

이 버거 대법원은 1973년 Roe v. Wade 사건과 1974년의 U. S. v. Nixon 사건을

30) J. Carter, "The Warren Court and Desegregation", 67 Michigan Law Review 237(1968).

31) 이상돈, 미국의 헌법과 연방대법원, (학연사, 1988), 70면 참조

제외한 거의 대부분의 소송에서 당사자적격(standing)요건을 아주 엄격하게 해석하는 등 소위 지나친 사법자제, 부정적 사법적극주의(연방보다 州權을 우선)을 표방하여 Warren 대법원이 쌓아온 인권옹호의 금자탑을 많이 훼손시켰다는 비판을 받기도 한다. 이러한 보수화의 물결은 현재 Rhenquist 대법원에까지 이어져 내려오고 있으며 특히 미국내 인권옹호의 가장 강력한 수단으로 작용하던 Affirmative Action원칙마저 허물어지는 듯한 모습을 보여주고 있어 진보주의자들의 큰 걱정거리가 되고 있다. 이하에서는 이 시기의 대표적인 판결인 Roe v Wade 사건을 조명해보고자 한다

㉠ Roe v. Wade 사건³²⁾

i) 사건의 개요

이 사건은 로(Roe)³³⁾ 등 다수인이 텍사스 주의 지방 검사인 웨이드(Wade)를 상대로 소송을 제기한 것이다 즉 낙태를 금지하고 있던 텍사스 주 형법이 자신들의 프라이버시권을 침해하였으므로 이는 위헌이라고 주장하고 나선 것이었다. 이들은 텍사스 주 연방지방법원에 소를 제기하였는데 동법원은 텍사스 주 형법규정이 연방헌법에 위배된다고는 판시하면서도 형법규정의 효력을 정지시키는 집행정지명령의 신청은 기각하고 말았다. 이에 이들은 연방대법원에 상고하게 된 것이다.³⁴⁾

ii) 사건의 평가

이 사건은 미국 내에서 유명한 판결이었기 때문에 많은 설명을 필요로 하지 않는다. 이 사건은 프라이버시권이라고 하는 것이 헌법상 명문규정으로 자리잡고 있는 것도 아닌데 이를 척도로 삼아 주의회에서 제정된 제정법을 쉽게 위헌으로 판결했다는 문제점이 있다. 또한 사법심사를 행하기 전 사전심사 단계에서 행하는 ‘의제성의 원칙’(mootness)마저도 지켜지지 않은 최악의 판결이라는 혹평을 받고 있다. 이런 의미에서 Ely 교수도 “Roe 사건은 형편없는 헌법이론이거나 헌법이론이라고 할 수 없을

32) 410 U. S. 113(1973)

33) 이는 익명을 나타내는 말로서, 한국어의 ‘모모’와 같다

34) 이 사건에 대한 더 자세한 내용은 Laurence H Tribe, *Abortion, The Clash of Absolutes*, (W.W.Norton & Company, 1992), pp 9-13 참조.

정도의 사건"³⁵⁾이라고 비판하였다

IV. 결론

미국의 연방대법원은 대륙법체계에 아직도 머물러 있는 한국의 입장에서는 도저히 이해하기 힘든 존재인지도 모른다.

전 세계에서 유례없이 성공하고 있는 연방제도, 강력한 힘을 가진 사법부, 엄격한 권력분립의 시행 등 우리는 상상도 할 수 없는 정치현실들이 엄연히 존재하는 미합중국의 뒤에는 묵묵하게 연방대법원이 서있었다. 바로 이것이 그들의 역학관계의 전부라고 해도 과언이 아니다.

거슬러 올라가 보면, 그들은 숙명과도 같았던 영국법체계, 즉 보통법과 불문헌법체계를 반드시 지켜야만 했던 1787년에 과감하게 성문헌법전을 제정하게 된다. 이 과감한 시도가 오늘의 연방대법원을 탄생시킨 원인이 되었다. 이러한 연방대법원이 탄생되었기에 1803년 Marbury 사건을 통하여 초유의 사법심사제도가 태어난 것이다. 그러나 연방대법원의 모습은 비단 사법심사에서만 찾을 수만은 없다. 일상적인 사법권의 행사에도 사건이송명령과 같은 특수한 기능을 행함으로써 연방제도를 굳건히 유지하고 있고, 판례법체계인 보통법체계를 유지하면서 또 하나의 입법부로서의 기능도 행하고 있으며, 연방대법원은 미국 시민들의 정신적 지주로서의 역할도 충분히 감당해내고 있다. 바로 이러한 여러 가지 미국 연방대법원의 모습은 지금까지도 미합중국을 유지시키고 발전시키는 요소라고 보여진다. 이러한 면은 앞으로 우리 헌법재판소가 나아갈 방향을 안내해 준다고 해도 지나치지 않을 것이다.



● 김영수·이승문

미합중국 연방대법원 역학관계 위헌대법원 비거대법원

35) John Hart Ely, "The Wages of Crying Wolf", 82 Yale Law Journal 947(1973).

[Abstract]

A Study on the Interrelationship between U. S. and the U. S. Supreme Court

Prof. Dr. Kim, Young Soo & Ph.D. Candidate Lee, Seung Moon

The United States Supreme Court receives much attention and adulation as well as much criticism. But the American public seems to know far more about it—whether about the interrelationship between U. S. and the Supreme Court or about how the Court functions—than it does about the Congress or the President. According to this viewpoint, the Court has been content to issue decisions of great import for American's national life. Also that basically has been a cornerstone of the American Federalism, as they know.

To understand interrelationship between them, one should know it's constitutional function and role at the top of their nation's judiciary, that is, how it fits into their system of separate national and state courts, a dual system. To go for more thing, we need historical access to the U. S. Supreme Court. The american people can realize after reviewing the Court's own cases about the interrelationship in the historical insight of different chief justices' court, for example, the Warren Court or the Burger Court.