

미국 대통령의 공식적 행위에 대한 면책특권의  
범위와 정당성\*  
-Trump v. United States 사건을 중심으로-  
The Scope and Legitimacy of Immunity for Official  
Acts of the President of the United States  
-With an Analysis of Trump v. United States-

공 영 호\*\*  
Kong, Young Ho

목 차

- |                                   |                              |
|-----------------------------------|------------------------------|
| I. 서론                             | IV. 검찰기소에 대한 대법원의 판단         |
| II. 대통령 면책특권의 범위와 적용<br>및 삼권분립 원칙 | V. 한국 대통령의 형사상 불소추특권과의<br>비교 |
| III. 민사사건과 형사사건                   | VI. 결론                       |

2023년 8월 미국 연방 대배심은 도널드 J. 트럼프 전 대통령을 4가지 혐의로 기소했다. 형사 기소장에 따르면, 트럼프는 2020년 11월 대선에서 패배한 후 부정 선거를 주장하는 허위 정보를 유포하고, 선거 결과의 수집, 개표 및 인증을 방해하려는 음모를 꾸며 실행한 혐의를 받고 있다. D.C. 연방지방법원과 연방항소법원은 어떤 형태의 대통령 면책특권도 전면적으로 부인했기 때문에, 기소된 행동이 공식적 행위로 분류되어야 할지, 비공식적 행위로 분류되어야 할지 분석하지 않았다. 그러나 연방대법원은 *Trump v. United States*에서 하급법원 판결을 뒤집고, 삼권분립이라는 헌법적 원칙을 고려할 때, 전직 대통령이 결론적이고 독점적인 헌법적

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2025..60.3>

투고일: 2025. 3. 29. / 심사완료일: 2025. 4. 23. / 게재확정일: 2025. 4. 26.

\* 이 연구는 2023학년도 충남대학교 학술연구비에 의해 지원되었음

\*\* 충남대학교 법학전문대학원 교수

Professor, Chungnam National University Law School

권한 내에서 수행한 행동에 대해 형사 기소로부터 절대적인 면책 특권을 가질 수 있다고 판시했다. 또한 비공식적 행위에 대해서는 면책특권이 없지만, 모든 공식 행위에 대해 대통령은 최소한 추정적인 면책특권을 가질 자격이 있다고 판시했다. 공식적 행위의 기준은 대통령의 행동이 “명백히(manifestly) 또는 분명히(palpably)” 대통령의 권한을 벗어나지 않는 한, 공식 직무의 “외곽 범위(outer limit)” 내에 있다고 간주된다. 대통령의 행동이 공식적 행위로 간주되어 추정적 면책특권으로 보호되는 경우, 다음으로 검토할 사항은 그 면책특권이 반박될 수 있는지 여부이다. 반박할 수 없는 절대적 면책특권과 달리, 추정적 면책특권은 형사 기소가 행정부의 권한과 기능에 침해할 가하지 않는다면 반박될 수 있다. 그러나 반대로, 형사 기소가 행정부의 권한과 기능을 침해할 위험이 있다면, 추정적 면책특권은 반박될 수 없다. 연방대법원은 트럼프 대통령의 행동 중에서 어떤 부분이 공식적인지 아니면 비공식적인지를 판단하도록 D.C. 연방지방법원에 이 사건을 환송시켰다.

본 논문은 *Trump v. United States* 사건에서 제기된 헌법적 쟁점을 중심으로 다음과 같은 내용을 분석한다. 첫째, 절대적 면책특권과 추정적 면책특권의 적용에 관하여 다수의견과 소수의견 간의 해석 차이를 분석하고, 삼권분립 원칙 하에서 대통령 면책특권을 상이하게 해석한 양자의 입장을 논의한다. 둘째, 대통령 면책특권 부여와 관련하여 민사사건과 형사사건 간의 차이를 논의한다. 셋째, 2020년 대선 직후 트럼프 대통령이 법무부, 부통령, 주 정부 관리들과 관련하여 행한 행위들에 대하여 면책특권의 적용 여부에 대한 다수의견과 소수의견을 비교·분석한다. 마지막으로, 한국에서 대통령의 형사불소추에 관한 법적 기준을 검토하고, ‘한국형 대통령 면책특권’ 도입 가능성에 대해 분석한다.

대통령이 강력한 법 집행권을 발휘하여 대담하고 신속한 결정을 내릴 필요성이 존재하는 반면에, 대통령의 공익적 책임성과 자제 및 공정한 형법의 집행을 통해 공공의 이익을 추구할 필요성도 있다. 대통령 면책특권의 범위를 지나치게 확대할 경우, 권력 남용을 효과적으로 견제하기 어려워질 위험이 있다. 하지만 대통령은 일반인은 물론이고 고위 공직자와 달리 국가의 행정과 운영을 총괄하여 책임지고 있기 때문에, 공적인 업무 영역에 관해서는 형사 기소로부터 어느 정도의 면책특권이 보장되어야 한다고 본다. 그러한 원칙 위에 대통령의 면책특권과 책임성 사이에서 균형을 유지하는 것은 헌법적 원칙과 민주주의의 지속성을 위해 필수적이다. 이번 사건을 계기로 대통령의 권한, 면책특권, 선거 관련 행동과 책임성의 경계에 관한 보다 심도 있는 논의가 필요하다는 것을 보여주었다.

**[주제어]** 절대적 면책특권, 추정적 면책특권, 삼권분립, 대통령 법 집행의무 조항, 탄핵

## I. 서론

2023년 8월 미국 연방 대배심은 도널드 J. 트럼프 전 대통령을 4가지 혐의로 형사 기소했다. 기소장에 따르면, 트럼프는 2020년 11월 대선에서 패배한 후 부정 선거를 주장하는 허위 정보를 유포하고, 선거 결과의 수집, 개표 및 인증을 방해하려는 음모

를 꾸며 실행한 혐의를 받고 있다. 검찰은 이러한 행위 중 하나가 2021년 1월 6일 국회의사당 난입 폭동 사태로 이어졌다고 주장했다. 반면 트럼프는 대통령 면책특권을 근거로 기소 각하를 요청했다. 그는 대통령이 공식 직무의 범위 내에서 수행한 행동에 대해 형사 기소로부터 절대적인 면책특권을 가지며, 그의 행위가 대통령 공식 직무의 범주에 해당한다고 주장했다. *Trump v. United States* 재판에서 D.C. 연방지방법원은 트럼프의 각하 요청을 불허하며, 전직 대통령은 어떤 행동에 대해서도 연방 형사 면책특권을 가지지 않는다고 판결했으며, D.C. 연방항소법원은 이를 확정했다.

D.C. 연방지방법원과 연방항소법원은 어떤 형태의 대통령 면책특권도 전면적으로 부인했기 때문에, 기소된 행동이 공식적 행위로 분류되어야 할지, 비공식적 행위로 분류되어야 할지 분석하지 않았다. 그러나 연방대법원은 하급법원 판결을 뒤집고, 삼권분립이라는 헌법적 원칙을 고려할 때, 전직 대통령이 결론적이고 독점적인 헌법적 권한 내에서 수행한 행동에 대해 형사 기소로부터 절대적인 면책특권을 가질 수 있다고 판시했다.<sup>1)</sup> 또한 비공식적 행위에 대해서는 면책특권이 없지만, 모든 공식 행위에 대해 대통령은 최소한 추정적인 면책특권을 가질 자격이 있다고 판시했다. 연방대법원은 트럼프 대통령의 행동 중에서 어떤 부분이 공식적인지 아니면 비공식적인지를 판단하도록 D.C. 연방지방법원에 이 사건을 환송시켰다.<sup>2)</sup> 그러나 작년 11월 5일 대선에서 트럼프가 재선에 성공하였고, 그 후 담당검사는 소송을 취하했기 때문에 일단 이 쟁점은 일단락되었다.<sup>3)</sup>

*Trump v. United States* 재판에서 대법원이 전직 대통령의 재임 중 공식 행위에 대해 광범위한 면책특권을 인정하였지만, 이 면책특권이 형사 기소로부터 어느 정도

1) *Trump v. United States*, 603 U.S. 593, 144 S.Ct. 2312, 219 L.Ed.2d 991 (2024).

2) 대법원은 연방지방법원에 기소장의 혐의들을 세 가지로 분류하도록 명령했다. 첫 번째는 대통령의 헌법상 핵심 직무에서 비롯된 혐의는 면책특권에 따라 각하해야 한다. 두 번째는 순전히 비공식적 또는 사적 행위에서 비롯된 혐의, 이러한 혐의는 유지될 수 있다. 세 번째는 공식적 행위이지만 헌법상 핵심적 직무에 해당되지 않는 혐의인데 이 경우에는 추정적 면책특권이 부여되며, 추정적 면책특권은 관련 혐의로 기소하는 것이 행정부의 권한 및 기능에 침해를 초래하는지 평가해야 하며, 침해를 초래하지 않는다면 추정적 면책특권이 반박될 수 있으며, 또는 침해를 초래한다면 기소는 각하 되어야 한다. *Trump*, 603 U.S. at 624-628.

3) 소송 취하의 근거로는 현직 대통령이 공식 업무에 집중할 수 있도록 헌법이 암묵적으로 일시적 면책권을 부여한다는 법무부의 오랜 입장을 들었다. 그러나 담당검사는 트럼프가 퇴임한 후 기소를 다시 제기할 가능성을 열어두었지만, 그때까지 공소시효가 만료될 가능성이 높다. *New York Times*, Charles Savage, "End of Trump Cases Leaves Limits on Presidential Criminality Unclear", Nov. 15, 2024, <<https://www.nytimes.com/2024/11/25/us/politics/trump-cases-presidential-criminality.html?searchResultPosition=1>>, 검색일: 2025. 1. 10.

까지 보호를 제공하는지에 대해 명확한 답변을 내놓지 않았다. 본 논문에서는 *Trump v. United States*에서 제기된 헌법적 쟁점을 분석하고자 한다. 이 논문의 II장은 절대적 면책특권과 추정적 면책특권의 적용에 관하여 다수의견과 소수의견 간의 해석 차이를 분석하고, 삼권분립 원칙 하에서 대통령 면책특권을 상이하게 해석한 양자의 입장을 논의한다. III장은 대통령 면책특권 부여와 관련하여 민사사건과 형사사건 간의 차이를 논의한다. IV장은 2020년 대선 직후 트럼프 대통령이 법무부, 부통령, 주(州)정부 관리들과 관련하여 행한 행위들에 대하여 면책특권의 적용 여부에 대한 다수의견과 소수의견을 비교·분석한다. 마지막으로, V장은 한국에서 대통령의 형사 불소추에 관한 법적 기준을 검토하고, ‘한국형 대통령 면책특권’ 도입 가능성에 대해 분석한다.

## II. 대통령 면책특권의 범위와 적용 및 삼권분립 원칙

### 1. 절대적 면책특권

#### 1.1 다수의견

다수의견은 대통령이 형사 책임으로부터 보호받아야 하는 근거를 다음과 같이 제시했다. 첫째, 대통령은 헌법적으로 부여된 결론적이고 독점적인(conclusive and exclusive) 권한 내에서 수행한 행동에 대해 형사 기소로부터 절대적 면책특권을 가진다. 즉, 다수의견은 대통령이 “핵심적(core) 헌법 권한”—핵심적이란 결론적이고 독점적인 의미와 동일한 의미—을 행사한 경우에는 절대적 면책특권이 주어져야 한다고 주장한다. 또한, 절대적 면책특권은 추정적 면책특권과 달리 반박(Rebuttal)될 수 없다. 통상적으로 대통령의 핵심적 헌법 권한에는 사면권, 거부권, 임명권이나 해임권과 같은 권한이 포함되는데, 이 재판에서 쟁점이 되었던 트럼프의 행동 중에 어느 것도 이러한 헌법상 권한과 관련이 없다. 하지만 다수의견은 헌법 제2조(대통령 의무)의 “법의 성실 집행 의무(Take Care Clause)”<sup>4)</sup>에 근거해, 트럼프가 핵심적 헌법 권한을

4) U.S. Const. art. II, § 3: “[I]t is the President who is charged constitutionally to Take Care that the Laws be faithfully executed.”. 본 논문에서는 Take Care Clause를 “법의 성실 집행 의무”로 번역하였는데,

행사했으며 결과적으로 절대적 면책특권이 부여될 수 있다고 판시했다.<sup>5)</sup> 구체적으로 트럼프가 법무부와 부정선거 관련 범죄 및 수사·기소 가능성을 논의한 것은 “법의 성실 집행 의무”를 수행한 것으로 볼 수 있다고 판단했다. 즉, 트럼프가 법무부와의 상호 작용을 수사 및 기소 업무에 관련된 행위로 볼 수 있기 때문에, “법의 성실 집행 의무”하에서 절대적 면책특권을 가질 자격이 있다는 것이다.<sup>6)</sup>

## 1.2 소수의견

소수의견은 트럼프가 “법의 성실 집행 의무”에 따라 법을 성실히 집행할 의무를 수행한 것이 아니라, 법무부의 조사 권한을 악의적으로 이용하여 허위 선거 범죄 조사를 개시하려 했으며, 선거 범죄와 관련된 실질적인 증거는 존재하지 않았다고 주장했다. 한편, 다수의견은 이 사건의 사실관계가 “핵심” 헌법 권한에 해당한다고 판시했지만, 소수의견은 이러한 해석이 명확한 기준을 제시하지 않은 대신에 “핵심” 헌법 권한의 범위를 지나치게 확장하였다고 비판했다.<sup>7)</sup> 단순히 대통령의 요청에 따라 법무부가 조사 및 기소를 개시하고 개입해야 한다는 주장만으로, 대통령이 독점적 헌법 권한을 행사했다고 결론지을 수 없다는 것이다.

다수의견은 일부 “핵심” 헌법 권한의 예로 대통령의 사면권과 거부권 등을 들었지만, 트럼프는 행정부의 핵심 헌법 권한을 행사한 것이 아니라, 대통령 선거 결과를 전복하려는 공모 혐의로 기소되었다. 즉, 이 사건은 대통령이 사면권, 거부권, 임명권 또는 해임권을 행사한 것과 무관하며, 오히려 선거 관련 공모 혐의가 쟁점이다.<sup>8)</sup>

---

그 본질적 의미는 ‘법체계’ 자체의 성실집행 의무이므로 헌법을 포함한 법질서의 수호의무로 볼 수 있다.

- 5) 이 맥락에서 대통령의 면책특권을 판단할 때, 법원은 주로 다음 기준을 고려한다: (1) 권력 분립 원칙에 따른 대통령직에 대한 헌법제정자들의 설계, (2) 민사소송에서 대통령 면책특권에 관한 판례, (3) 대통령이 형사 사건에서 문서제출요구를 거부한 사례. *Trump*, 603 U.S. at 610.
- 6) *Take Care Clause*에서 도출되는 권한은 명시적인 것이 아니라 암시적인 권한으로 해석된다. 이는 사면권이나 거부권과 달리 *Take Care Clause*가 추상적인 개념이기 때문이다.
- 7) *Trump*, 603 U.S. at 659. 소토마이어 대법관과 함께 소수의견을 제출한 잭슨 대법관은 다수의견이 “핵심” 헌법 권한의 범위에 대한 명확하고 실용적인 정의를 제시하지 못했으며, 실제로 정의하는 것 자체가 불가능할 수도 있다고 지적했다. 603 U.S. at 698.
- 8) *Trump*, 603 U.S. at 679.

### 1.3 분석

이 사건의 핵심 쟁점은 트럼프가 법무부를 이용해 부정 선거 여부에 대한 조사 및 기소를 요구한 것이 과연 “법 성실 집행 의무”와 관련이 있는가이다. 트럼프는 부정 선거가 존재했으며, 따라서 법무부가 이를 조사하고 기소할 필요가 있었다고 주장했다. 다수의견은 범죄에 대한 조사와 기소가 본질적으로 행정적 기능임을 고려하여, 대통령이 법무부의 조사 및 기소 기능에 대해 독점적인 헌법 권한을 가진다고 판시했다. 그러나 부정 선거에 대한 명확한 증거를 제시하지 못한 상황에서 법무부의 조사·기소 기능을 발동하는 것은 대통령의 “법 성실 집행” 의무를 남용하는 것으로 간주될 수도 있으며, 다수의견이 “법 성실 집행” 의무를 항변 사유로 인정한 것은 “핵심 헌법 권한”의 범위를 지나치게 확장 해석한 것으로 보일 수도 있다.<sup>9)</sup> 하지만 연방 범죄에 대한 수사과 기소는 연방행정부의 고유 기능임으로 절대적 면책특권의 부여에 정당성을 찾을 수 있다. 트럼프 대통령이 부정 선거를 조사하기 위해 법무부의 조사·기소 기능을 사용하는 것은 헌법상 “법 집행 의무” 수행의 일부임으로, 이에 대한 절대적 면책특권 부여의 헌법적 근거를 찾을 수 있다고 본다.

## 2. 추정적 면책특권

### 2.1 다수의견

#### 2.1.1 공식 직무 수행과 추정적 면책특권 부여

다수의견은 대통령이 모든 공식적 직무 수행에 대해 최소한 추정적 면책특권을 가질 자격이 있다고 판시했다.<sup>10)11)</sup> 공식적 행위의 기준은 대통령의 행동이 “명백히

- 
- 9) 법원은 또한 탄핵 조항이 기소를 기각해야 한다는 트럼프의 주장을 받아들이지 않았다. 그는 해당 조항이 형사 소추가 이루어지기 전에 의회가 대통령을 탄핵하고 유죄를 선고해야 한다고 요구한다고 주장했다. 그러나 법원은 이 조항이 전직 대통령을 형사 소추로부터 보호하지 않는다고 판결했다. *Trump*, 603 U.S. at 631.
- 10) 대통령이 “헌법적 권한 또는 법률적 권한”에 따라 행동하는 경우, 이는 공식적 직무 수행으로 간주된다. 헌법적 권한에 따른 행위는 절대적 면책특권이 적용되며, 법률적 권한에 따른 행위는 추정적 면책특권이 적용된다.
- 11) 대통령은 의회와 공동 권한을 행사할 수 있는 “불명확한 권한 영역”에서 행동할 수도 있다. *Youngstown v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 635 (1952). 대통령이 의회와 공동 권한을 행사하는 영역에서는, 그의 행동이 절대적 면책특권으로 보호되지 않으며, 추정적 면책특권이 적용될 수 있다. 대통령의

(manifestly) 또는 분명히(palpably)” 대통령의 권한을 벗어나지 않는 한, 공식 직무의 “외곽 범위(outer limit)” 내에 있다고 간주하였다.<sup>12)</sup> 권력분립 원칙에 따라, 대통령의 공식적 책임 범위 내에서 이루어진 행동은 최소한 추정적 면책특권으로 보호되어서 형사 기소되어서는 안 된다는 것이다. 즉, 대법원이 인정한 추정적 면책특권은 대통령의 공식 책임 “외곽 범위”까지 확장되며, 트럼프는 대통령의 권한이 광범위하기 때문에 자신의 행동이 “명백히 또는 분명히” 권한을 벗어난 것이 아니라고 주장했으며, 다수의견은 이 주장을 수용했다.<sup>13)</sup>

대통령의 행동이 공식적 행위로 간주되어 추정적 면책특권으로 보호되는 경우, 다음으로 검토할 사항은 그 면책특권이 반박(Rebut)될 수 있는지 여부이다.<sup>14)</sup> 반박할 수 없는 절대적 면책특권과는 달리, 추정적 면책특권은 형사 기소가 행정부의 권한과 기능에 침해가 가하지 않는다면 반박될 수 있다. 그러나 반대로, 형사 기소가 행정부의 권한과 기능을 침해할 위험이 있다면, 추정적 면책특권은 반박될 수 없다. *Trump v. United States* 케이스에서 대법원은 이 사건을 하급법원에 환송하며, 추정적 면책특권의 반박 여부를 판결하도록 지시하였다.<sup>15)</sup>

## 2.1.2 대통령의 동기는 고려해서는 안 됨

다수의견은 대통령의 행동이 공식적 행위인지 비공식적 행위인지 판단할 때, 그 동기(motive)나 의도를 조사해서는 안 된다고 판시했다.<sup>16)</sup> 그 이유는 형사사건은 종종 동기 조사(motive inquiries)를 수반하며, 이는 대통령의 공식적 업무 수행에 “매우 침해적”일 수 있으며, 대통령의 동기를 침해적으로 조사하는 것은 면책특권의 효과를 사실상 무력화할 위험이 있기 때문이다.<sup>17)</sup> 닉슨 사건에서 법원은 행위가 “불법적이거나

---

독점적 권한 내에서 이루어진 행동이 형사 기소로부터 절대적 면책특권을 보장받는 이유는, 그것이 의회와 공유되는 권한의 범위까지 확장될 수 없기 때문이다. *Trump*, 603 U.S. at 609.

12) *Trump*, 603 U.S. at 618; *Blassingame v. Trump*, 87 F.4th 1, 13 (CADDC 2023).

13) *Trump*, 603 U.S. at 618.

14) 추정적 면책특권이 적용되는 경우, 검찰이 이를 반박해야 할 책임이 있다.

15) 다수의견은 여러 주요 쟁점을 명확히 규명하지 않은 채 하급법원에 환송하였다, 이 사건이 다시 한 번 대법원에 상고되어서 다뤄질 가능성을 염두에 둔 것으로 해석된다. 특히 만일 트럼프가 재선에 실패할 경우 그가 재판을 받을 가능성을 염두에 둔 것이다. 그러나 트럼프가 재선에 성공하면서 이 문제는 실익이 소멸되었다.

16) *Trump*, 603 U.S. at 618.

17) 예를 들어, *Fitzgerald* 재판에서 닉슨 대통령이 원고를 해고한 것이 원고가 닉슨 행정부에 비판한 것에 대한 보복 조치였으며, 대통령 직무의 “외곽 범위”를 초과했다고 주장했다. 그러나 대법원의

금지된 목적을 위해 이루어졌다고” 주장되더라도 면책이 발생한다고 판시하였다.<sup>18)</sup> 특히, 이러한 조사는 대통령의 공식 행동을 단순히 부적절한 목적이 있다는 주장만으로 사법적 검토 대상이 되게 할 위험이 있다. 다수의견은 대통령의 동기를 조사하는 것이 대통령의 모든 행위를 사법적 심사의 대상이 되도록 만들 수 있다는 점을 지적하면서, 대통령의 행위가 일반적으로 적용되는 법을 위반했다는 주장만으로 이를 비공식 행위로 간주해서는 안 된다고 주장했다. 만약 그렇게 한다면, 대통령이 부당한 동기를 가지고 위법하게 행동했다는 주장이 제기될 때마다 재판을 받아야 하므로 면책특권의 본래 취지를 무력화 할 수 있다.<sup>19)</sup> 행정부 수반으로서 대통령의 법 집행 의무에 대한 권한은 필연적으로 포괄적이며, 의회는 특정 사안을 그의 책임 범위에서 배제할 수 없다. 법적으로 자체적으로 적법한 행위라도, 외부 기관이 해당 공직자가 부적절한 주관적 동기를 가지고 있다고 판단하면 범죄가 될 위험이 있다. 그러나 동기와 그로 인해 적법한 행위에 미치는 영향에 대한 이러한 논쟁은 형사적 책임이 아니라 정치적 책임의 영역에 속하는 문제이기 때문에<sup>20)</sup> 대통령 권한의 범위는 대통령의 주관적 동기나 심지어 수행한 행위 자체에 의해 결정되어서는 안 되며, 그의 행동에 대한 공적 이유에 따라 좌우되어야 한다.<sup>21)22)</sup>

사법부에서 그들의 동기를 어떻게 인식하는지가 형사 처벌의 충분한 근거가 될 수 있다는 가능성 아래에서 업무를 수행해야 하는 공직자들은 필요하지만 논란이 될 수 있는 결정을 피하게 될 것이다. 법원은 특정 공직자가 해당 사안을 결정할 권한이 있는지를 판단할 수 있지만, 일단 그러한 권한과 그에 따르는 재량권이 특정 공직자의 손에 부여되었음이 인정되면, 공직자의 공식적 행위가 심사 대상이 되어서는 안 된다. 심사 가능성 자체가 재량권을 약화시키기 때문이다.<sup>23)</sup>

---

닉슨 면책특권을 인정하면서 대통령의 동기를 조사하는 것은 매우 침해적이라고 판시했다. Trump, 603 U.S. at 619; *Nixon v. Fitzgerald*, 457 U.S. 731, 745, 756 (1982).

18) *Fitzgerald*, 457 U.S. at 756; Amandeep S. Grewal, “The President’s Criminal Immunity”, *SMU L. Rev. Forum Vol. 77*, SMU Law Review Association, 2024.

19) Trump, 603 U.S. at 619.

20) Keith E. Whittington, “Presidential Immunity”, *Cato Sup. Ct. Rev. 2023-2024*, Cato Institute, 2024, at 304.

21) Keith E. Whittington, *Ibid.*, at 314.

22) 예를 들어 악의적 동기가 있다는 주장만으로 대통령을 재판에 회부하는 경우, 대통령은 광범위한 공판 전 디스커버리 절차의 부담을 떠안게 되며, 이는 불공정하고 비합리적이다. Keith E. Whittington, *Ibid.*; *Harlow v. Fitzgerald*, 457 U.S. 800, 817-818 (1982).

23) Keith E. Whittington, *op. cit.*, at 297; Bill Barr, “Memorandum(Re: Mueller’s “Obstruction” Theory)”, June 8, 2018, <<https://www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2018/12/June-2018-Barr-Memo-to-DOJ-Muellers->

더 나아가, 대통령이 면책특권으로 보호받는 공식 행동이 비공식적 행동과 관련된 혐의를 입증하기 위해 조사될 경우, 면책특권의 “의도된 효과”는 사라지게 된다.

## 2.2 소수의견

### 2.2.1 공식 행동과 비공식 행동의 구분 기준이 모호함

소수의견은 다수의견이 대통령이 자신의 권한을 “명백히 또는 분명히 벗어나지 않는” 범위에서 행동하는 경우, 이를 공식 행동으로 간주했는데, 이로서 다수의견이 모든 “공식적 행동”에 대해 지나치게 광범위하고, 불명확하며, 실질적인 의미 없이 현실성이 부족한 기준을 제시했다고 비판했다.<sup>24)</sup> 공식적 행위와 비공식적 행위의 기준이 모호하기 때문에, 재임 대통령이 자신의 행동이 비공식적인 것으로 판정될 가능성이 낮아져서 대통령은 이에 제약을 받지 않게 될 것이다.<sup>25)</sup>

### 2.2.2 부당한 동기의 고려

다수의견의 논리에 따르면, 대통령이 공식 권한을 어떤 목적으로 사용하든-설령 가장 부패한 목적이라 하더라도-형사 기소로부터 면책된다.<sup>26)</sup> 즉, 다수의견은 대통령의 모든 공식 행동이 동기나 의도와 무관하게 최소한 추정적이고 또는 절대적 면책 특권을 받을 자격이 있다고 판시했다. 그러나 소수의견은 이러한 입장이 헌법적 텍스트, 역사, 또는 기존 판례 어디에서도 확고한 법적 근거를 찾을 수 없다고 반박했다.<sup>27)</sup> 다수의견은 대통령의 동기를 조사해서는 안 된다고 주장했지만, 대통령이 공식 권한을 매우 부패한 목적과 의도로 사용했다는 객관적인 증거가 존재하더라도, 해당 행위는 공식적 행위로 간주되어 면책될 가능성이 크다.<sup>28)</sup> 소수의견은 대통령이 “부정한 목적”을 가지고 행동하는 것은 그의 적법한 권한 범위에 포함되지 않으며, 따라서 그러한 잘못된 목적을 가지고 수행한 모든 행위는 “비공식적” 행위로 간주되어야

Obstruction-Theory-1.2.pdf>, 검색일: 2025. 1. 10.

24) Trump, 603 U.S. at 699.

25) Trump, 603 U.S. at 702.

26) 소토마이어 대법관은 다수의견에 따르면 현직 대통령이 정치적 경쟁자를 암살하도록 해군 특수부대에 명령하거나, 사면을 행사하기 전에 뇌물을 받는 것도 공식적 행위로 간주될 수 있다고 주장하였다. Trump, 603 U.S. at 685.

27) Trump, 603 U.S. at 660; *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. 215 (2022).

28) Trump, 603 U.S. at 668.

한다고 주장했다.<sup>29)</sup>

### 2.2.3 추정적 면책특권에 대한 반박(Rebuttal)의 어려움

다수의견은 추정적 면책특권이 적용되는 경우, 형법을 대통령의 행동에 적용하는 것이 “행정부의 권한과 기능에 침해의 위험을 초래하지 않는다”는 점을 입증할 경우에만 반박될 수 있다고 판시했다.<sup>30)</sup> 그러나 대통령은 거의 모든 형태의 형사 기소에 대해서, 그것이 행정부의 권한과 기능에 침해를 초래할 위험이 있다고 손쉽게 주장할 수 있다. 검찰의 형사 기소 사실 자체로 인해서 행정부가 정상적으로 기능을 수행하는데 방해가 됨으로써 행정부의 권한과 기능이 침해될 수 있다고 가정할 수 있기 때문이다.<sup>31)</sup> 새로운 행정부가 전임 대통령에 대해 형사기소를 관행적으로 하게 되면, 그 자체가 행정부의 권한과 기능을 침해할 수 있다고 볼 수 있어서<sup>32)</sup> 추정적 면책특권을 반박하기는 더 어려워진다. 또한 소수의견은 전직 대통령에 대한 연방 형사 기소의 맥락에서는 행정부의 권한과 기능에 대한 침해의 위험이 존재할 수도 있지만, 진행 중인 형사 기소에 대한 공익은 그 균형을 따질 때 행정부 권한과 기능에 대한 침해의 위험을 상쇄할 수 있다고 주장한다.<sup>33)</sup>

## 2.3 분석

다수의견은 대통령이 그의 권한을 “명백히 또는 분명히 넘어선” 행동을 하지 않은 이상, 대통령 공식 직무의 “외곽 범위” 내에 포함된다고 판시했다. 그러나 대통령 권한의 경계 자체가 본래 명확히 정의되기 어려운 개념이며, 역사적으로 대통령들은 자신의 권한을 최대한 확장하려는 경향이 있었다. 게다가 “명백히”, “분명히” 또는 “외곽 범위”

29) Keith E. Whittington, *op. cit.*, at 306.

30) Trump, 603 U.S. at 698.

31) 트럼프 사건에서 제기된 대통령 면책특권과 관련하여 쟁점이 될 수 있는 행정적 직무는 무한하다. 형식주의적 관점에서 볼 때, 형사법이 대통령의 직무를 부당하게 간섭하는지를 판단하려면, 헌법이나 법률이 규정하는 대통령의 직무 범위가 어디까지인지 먼저 알아야 한다. 그러나 다수의견은 대통령의 직무 범위에 대해 애매모호한 기준을 제시했기 때문에 형사 기소가 행정부의 권한과 기능을 침해했는지 여부를 판단하기 어려우며, 결과적으로 추정적 면책특권을 반박하기 어렵게 되었다. Keith E. Whittington, *op. cit.*, at 309.

32) 추정적 면책특권을 반박하는 것은 극도로 어려우며, 추정적 면책특권은 실제로 거의 절대적인 것으로 보인다. Keith E. Whittington, *Ibid.*, at 299.

33) Trump, 603 U.S. at 669.

라는 용어는 추상적이고 주관적이어서 공식 직무의 범위가 지나치게 넓게 해석될 수 있으며, 대통령은 이를 남용할 수 있다.<sup>34)</sup> 그리고 이 기준은 특정 행동이 대통령의 권한을 초월했는지 여부를 판단하는 명확한 기준을 제공하지 못한다. 그 결과, 다수의견은 모든 “공식적 행동”에 대해 지나치게 광범위한 면책특권을 창출하였다고 본다.

또한, 다수 의견은 대통령의 동기를 조사해서는 안 된다고 판시했는데, 이는 대통령의 모든 공식 행동에 대해 지나치게 자의적인 추정적 면책특권을 부여하는 결과를 초래한다. 즉, 대통령의 동기나 의도가 전혀 조사되지 않기 때문에, 대통령은 심지어 부패한 목적을 위해서라도 공식 권한을 악용할 수 있게 된다. 따라서 공식 행동과 비공식 행동을 구분하기 위해 대통령의 동기를 조사할 필요가 있다고 본다. 다수의견은 추정적 면책특권이 반박될 수 있는 기준을 제시하였지만, 형사기소와 행정부 권한의 상관관계만을 판단하는 것은 너무 임의적인 기준이다. 그래서 추정적 면책특권의 반박 여부를 판단하기 전에 먼저 대통령의 동기가 고려되어야 한다고 본다. 만일 대통령 행위의 동기가 헌법질서를 파괴하거나 국가의 민주주의의 근간을 뒤흔들 경우에는—예를 들어 부당하게 정권을 연장하려고 하거나, 삼권분립 원칙을 심대하게 침해하려는 의도—그 행위를 공식적 행위로 간주하지 말든지, 아니면 설사 추정적 면책특권을 부여하더라도 이는 반박될 수 있다고 본다. 대통령의 동기가 매우 부적절할 경우에만 형사기소와 행정부 권한의 상관관계를 판단하여서 추정적 면책특권의 반박 여부를 결정하여야 한다고 본다. 그래서 대법원은 하급법원에 이 사건을 환송할 때 대통령의 동기를 먼저 검토하고 추정적 면책특권의 반박 여부를 결정하도록 지시하였어야 한다고 본다.

### 3. 공식적 행위에 대한 증거물의 추정적 특권 부여 여부

#### 3.1 다수의견

다수의견은 대통령의 공식적 행위와 관련된 증거물에도 추정적 특권(Presumptive Privilege)이 부여되어야 한다고 판시했다. 그 근거로 닉슨 워터게이트 사건에서 대법

34) 다수의견은 여전히 대통령의 행동 중 일부가 비공식적—예를 들어 정치적 지도자나 선거 후보자로서의 행동—일 가능성을 열어두었다. 그러나 다수의견은 공식적 직무의 범위를 명확하게 제시하지 않았기 때문에 대통령이 행정부 수반으로서 행동하는 것과 정치적 지도자로서 행동하는 것 사이의 차이를 모호하게 만들었다. Trump, 603 U.S. at 629; Keith E. Whittington, *op. cit.*, at 300.

원은 검찰이 공식 문서 및 대통령 의사소통 기록을 제출할 것을 요구한 것에 대해 대통령의 절대적 특권을 인정하지 않았지만 추정적 특권은 인정하였다.<sup>35)</sup> 이에 따라 대통령의 공식문서나 의사소통 기록과 같은 증거물은 면책특권이 인정되지 않는 비공식적 행동과 관련된 형사재판에서도 증거로 인정될 수 없다는 것이다. 다수의견이 이러한 결론을 내린 첫 번째 이유는, 대통령이 의사 결정을 내리는 과정에서 보좌관 및 관계자들과 솔직하고 객관적인 의사소통을 유지하는 것이 중요하다는 점을 법원이 인정했기 때문이다. 특히, 대통령과 보좌관 간의 비공개적 의사소통은 중요한 정책적 결정 과정의 일부분이라는 공익적(public interest) 요소가 크다는 점에서 추정적 특권이 부여되어야 한다고 다수의견은 주장했다.<sup>36)</sup>

다수의견이 대통령의 공식적 행위에 대한 증거물을 형사재판에서 배제해야 한다고 판단한 두 번째 이유는, 형사재판이 배심재판으로 진행될 가능성이 높기 때문이다. 다수의견은 배심재판에서 배심원들이 정치적 편향성을 가지고 재판에 임하는 경우가 많다는 점을 우려했다. 대통령의 공식적 행위에 대한 증거물이 형사재판에서 사용될 경우, 배심원들이 이를 단순한 법적 판단이 아닌, 특정 대통령의 정책 및 정치적 성과에 대한 평가를 위한 도구로 사용할 위험이 있다. 이로 인해 배심원 개개인의 정치적 성향이나 개인적 견해가 배심원 심의 및 판결 과정에 영향을 미칠 가능성이 높아진다. 결과적으로, 공식적 행위와 관련된 증거물을 형사재판에서 인정하는 것은 대통령의 공식 의사 결정이 왜곡되어 해석될 가능성을 높일 수 있다.<sup>37)</sup>

### 3.2 소수의견

소수의견은 다수의견이 대통령의 면책된 공식적 행동과 관련된 증거는 형사 기소에서 어떤 역할도 할 수 없다고 선언한 점을 비판한다.<sup>38)</sup> 다수의견은 대통령의 비공식 행동에 대한 형사 기소를 허용하면서도, 공식 행동과 관련된 증거를 엄격히 배제하는 방식은 비공식 행동에 대한 기소의 효과를 약화시킨다고 소수의견은 지적했다. 소수

35) Trump, 603 U.S. at 612.

36) *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683, 703, 707 (1974); Trump, 603 U.S. at 612.

37) Trump, 603 U.S. at 631; *Clinton v. Jones*, 520 U.S. 681 (1997). 트럼프가 재선에 성공함으로써 현재 진행 중인 형사재판은 중단되었지만, 미래의 대통령들이 형사 기소로 인해 동일한 위험에 처할 가능성이 있다는 점을 다수의견은 우려했다.

38) Trump, 603 U.S. at 659.

의견은 비록 전직 대통령이 공식적 행동에 대해 형사 책임을 지지 않는다 하더라도, 해당 행동은 비공식 행동과 관련된 형사 기소에서 대통령의 의도나 사실관계 인지 여부를 입증하는데 허용되어야 한다고 주장한다.<sup>39)</sup> 소수의견은 공식 행동과 관련된 증거가 비공식 행동과의 연관성을 증명하는 과정에서 무분별하게 남용되는 것을 방지하기 위해, 증거 규정 및 제한 지시를 통해 법원이 이를 적절히 관리할 수 있다고 보았다.

### 3.3 분석

다수의견은 대통령의 공식적 행동과 관련된 증거를 비공식 행동과 관련된 형사 재판에서 증거로 사용할 수 없다고 판시한 반면에, 소수의견은 공식 행동과 관련된 증거가 비공식 행동의 의도나 대통령의 사실관계 인지 여부를 입증하는 데 사용될 수 있어야 한다고 반박했다. 이 쟁점에 대해서 소수의견의 주장이 더 설득력이 있다고 본다. 첫째, 공식 행동과 관련된 증거를 완전히 배제하면, 대통령의 형사적 책임을 평가하는 과정에서 중요한 사실이 고려되지 못할 가능성이 커진다. 대통령의 공식 행동과 비공식 행동이 서로 밀접하게 연결된 경우, 특정 비공식 행동의 의도나 배경을 파악하는 데 공식 행동이 결정적인 역할을 할 수 있기 때문이다. 공식 행동과 관련된 증거를 제한적으로 인정하는 방법을 통해, 법원은 불필요한 침해적 조사를 방지하면서도 비공식 행동의 기소에 필요한 증거를 확보할 수 있다. 예를 들어, 특정 공식적 의사결정 과정에서 대통령이 부패한 의도를 가졌다는 사실이 확인될 경우, 이는 그의 비공식 행동에 대한 기소에서 중요한 증거가 될 수 있다. 둘째, 배심 재판에서 공식적 행동과 관련된 증거가 대통령의 정치적 성과에 대한 평가로 변질될 위험이 있다는 다수의견의 우려는 배심원들이 증거를 평가할 때 법원이 명확한 배심원 실시(Jury Instruction)와 지침을 제공하여 배심원들이 정치적으로 편향된 판단을 하지 못하도록 하여서 해소될 수 있다. 결과적으로, 이번 판결은 대통령의 공식 행동과 관련된 증거물을 지나치게 보호하여 비공식 행동에 대한 기소 과정까지 방해하는 결과를 초래했다고 본다.

---

39) Trump, 603 U.S. at 681.

## 4. 삼권분립 원칙

### 4.1 다수의견

다수의견은 삼권분립 원칙이 대통령의 면책특권을 옹호한다고 주장했다. 특히, 대통령이 헌법에서 독점적으로 부여된 권한에 따라 행동하는 경우, 삼권분립 원칙 하에서 의회는 그러한 행동을 규제할 수 없으며, 법원도 이를 사법 심사할 수 없는데, 소수의견은 이를 간과하였다고 주장했다.<sup>40)</sup>

다수의견을 작성한 로버츠 대법원장은 면책특권은 헌법제정자들이 강력한 대통령직을 유지하고자 했던 의도를 반영한다고 주장했다.<sup>41)</sup> 이번 사건을 단순히 트럼프의 행동에 국한해 해석해서는 안 되며, 특정 사건의 “일시적 결과(transient results)”에만 집중하면, 삼권분립 원칙과 공화국의 미래에 심대한 영향을 미칠 수 있다고 보았다.<sup>42)43)</sup>

### 4.2 소수의견

소수의견은 다수의견이 대통령 책임 모델을 통해 트럼프 대통령에게 지나치게 광범위한 면책특권을 부여한 것이 세 권력 간의 균형을 일방적으로 깨뜨리며, 의회와 사법부가 헌법에 따라 수행해야 할 역할을 방해하기 때문에, 삼권분립 원칙을 오히려 훼손한다고 주장했다.<sup>44)</sup> 특히, 대법원이 의회의 권한을 배제하고 대통령에게 광범위한 면책특권을 부여하는 것은, 국민이 직접 선출한 대표 기관인 의회의 권한을 침범하는 것이며, 어떤 행동이 법의 경계를 넘는지 판단할 권한은 의회에 있어야 한다는 것이 소수의견의 입장이다.<sup>45)</sup> 그러나 이번 판결에서 대법원은 대통령 특권 문제에

40) Trump, 603 U.S. at 636.

41) The Federalist No. 70, at 471-472; Trump, 603 U.S. at 613.

42) Trump, 603 U.S. at 641; Youngstown, 343 U.S. at 634.

43) 그러나 많은 법률 전문가들은 로버츠 대법관의 논리가 일관성이 부족하고 해석이 어렵다고 비판했다. New York Times, Jodi Kantor/Adam Liptak, “How Roberts Shaped Trump’s Supreme Court Winning Streak” Sep. 9. 2015, <<https://www.nytimes.com/2024/09/15/us/justice-roberts-trump-supreme-court.html?searchResultPosition=1>>, 검색일: 2025. 1. 15.

44) Trump, 603 U.S. at 700. 소수의견은 다수의견이 새로운 “대통령 책임 모델(Presidential Accountability Model)”을 도입하여, 단순히 법을 해석하는 역할을 넘어, 대통령에게 형법이 적용될 수 있는지 여부를 감독하는 특별한 게이트키퍼(gatekeeper) 역할을 자청했다고 비판했다. Trump, 603 U.S. at 695.

45) 다수의견은 대통령 면책특권 문제를 연방헌법 제2조에 근거한 권력 분립 원칙의 문제로 프레임화하

대한 판단 권한을 의회가 아닌 법원 스스로에게 부여함으로써, 사법부의 권한을 과도하게 확장하는 결과를 초래하여 삼권분립 원칙을 위배했다고 소수의견은 주장했다.<sup>46)</sup> 즉, 사법부는 전직 대통령이 일반 형법을 위반하였는지 여부를 결정할 권한을 사법부 자체에게 부여했으며, 이것은 의회 및 행정부 내 검찰의 권한을 배제하는 것을 의미한다.<sup>47)</sup>

다수의견은 현 행정부가 전직 대통령의 위법행위를 기소하는 것을 금지함으로써 전직 대통령이 법적 책임에서 벗어나도록 하는 것이 행정부 독립성을 강화하며 효율성을 높이는 것이라고 주장했다. 그러나 대통령 면책특권을 과도하게 확대하는 것은 오히려 행정부의 독립성을 약화시키는 결과를 초래할 위험이 있다. 대통령의 면책특권이 부당하고 비합리적인 경우, 대통령직 자체보다 대통령직의 점유자를 우선시하는 결과를 초래하며, 행정부의 독립성을 저해할 수 있다는 것이다.<sup>48)</sup>

#### 4.3 분석

소수의견은 삼권분립 원칙의 목적은 단순히 행정부의 효율성을 촉진하는 것이 아니라, 자의적 권력 행사를 방지하는 데 있다는 점을 강조했다.<sup>49)</sup> 소수의견은 형사 기소의 위협이 존재해야지만 대통령이 권한을 남용하는 것을 방지할 수 있다고 주장했다. 이것은 삼권분립 원칙상 세 권력 간의 견제와 균형을 유지하기 위해 중요한 요소라고 하였다.<sup>50)</sup> 그래서 과도한 수준의 면책특권은 삼권분립의 원칙에 어긋난다고 본다. 세 권력 간의 견제와 균형을 위해서 면책특권은 합리적이고 적정한 수준에서 정해져야 한다. 하지만 이번 *Trump v. United States* 케이스에서 대법원은 대통령 면책특권의 합리적인 기준을 정하는데 실패하였다. 물론 하급법원에 환송하여 사실

---

며, 마치 의회가 행정부의 특권을 범죄화할 수 있는지 여부가 쟁점인 것처럼 제시했다. 그러나 소수의견은 이 사건이 그러한 헌법적 문제가 아니라, 단순히 전직 대통령이 일반 형사법 위반을 위반했는지 여부에 관한 문제라고 주장했다. 즉, 의회가 대통령의 헌법상 독점적 권한 행사를 범죄화하는 법을 제정한 적이 없으며, 이 사건의 기소는 모든 시민이 준수해야 할 일반 형사법을 위반했다는 혐의에 기반하고 있다는 점을 강조했다. *Trump*, 603 U.S. at 691, n. 3.

46) *Ibid.*

47) *Ibid.*

48) *Trump*, 603 U.S. at 676.

49) *Trump*, 603 U.S. at 703.

50) Keith E. Whittington, *op. cit.*, at 306.

관계를 파악하고 여러 쟁점들을 정리하도록 지시하였지만, 트럼프가 재선되고 재판이 일단락되었기 때문에 그러한 기회가 없어져서 아쉬움을 남기게 되었다. 그러나 이번 사건이 앞으로 대통령 면책특권에 대한 적정 수준의 가이드라인을 마련하는 계기가 되기를 기대한다.

### III. 민사사건과 형사사건

이 장에서는 면책특권이 민사사건과 형사사건에서 다르게 적용된다는 점에 대해 다수의견과 소수의견이 어떻게 분석했는지를 논의한다.

#### 1. 다수의견

##### 1.1 형사사건에서의 침해

다수의견은 형사재판이 민사재판보다 대통령의 의사 결정을 왜곡할 가능성이 크며, 대통령에게 더 큰 부담이 되기 때문에, 형사사건에서 더 강력한 면책특권이 필요하다고 주장했다. 특히, 다수의견은 본 사건과 *Nixon v. Fitzgerald* 사건을 비교하면서, *Fitzgerald* 사건에서 대통령은 “공식 책임의 ‘외곽 범위’ 내에서의 행동에 대해 민사적 손해배상 책임으로부터 절대적 면책특권을 가진다”고 대법원이 판결한 점을 지적했다.<sup>51)</sup> 당시 법원은 대통령의 공식적 행위에서 비롯된 민사소송의 손해배상 가능성이 대통령의 의사 결정 과정에 방해가 될 수 있다는 점을 우려하며, 대통령의 정책 결정이 위축되지 않도록 보호할 필요가 있다고 판시했다.<sup>52)</sup> 다수의견은 형사 기소에서의 재판, 판결, 그리고 투옥의 위협은 민사소송에서의 손해배상금 부담보다 훨씬 더 강력한 억제력(deterrent)으로 작용하며, 대통령의 의사 결정에 더 큰 부정적 영향을 미칠 가능성이 높다고 우려했다. 또한 형사 책임의 가능성과 형사 절차로 인해 발생하는 공적 오명(public stigma)은 민사소송에서의 손해배상 책임보다 대통령의 의사 결정을 더욱 위축시킬 가능성이 크며, 대통령이 공익을 위한 결정을 내릴 때, 형사 처벌의

51) *Fitzgerald*, 457 U.S. at 731.

52) *Clinton*, 520 U.S. at 681.

두려움 때문에 정치적으로 “안전한” 결정을 내리게 될 위험이 있다.<sup>53)</sup>

다수의견은 대통령이 면책특권이 없는 상태에서 형사재판을 받을 경우, 최종적으로 무죄 판결을 받더라도 장기적인 형사소송 과정 자체가 대통령이 법 집행 성실 의무를 수행하는 데 부담을 줄 수 있다고 지적했다.<sup>54)</sup> 결론적으로 다수의견은 형사재판이 대통령의 법 집행 의무 수행에 심각한 장애를 초래할 수 있으며, 이는 공익적 책임 추궁에 대한 대중의 관심보다 더 중요한 문제라고 판단했다.

## 1.2 후임 대통령에 의한 보복 위험

다수의견은 소수의견이 행정부 내에서 자기 파괴적인 행위가 반복될 가능성을 간과하고 있다고 비판했다. 즉, 후임 대통령이 전임 대통령을 자유롭게 형사 기소할 수 있게 되면, 현직 대통령은 자신이 임기 후 기소될 수 있다는 두려움 때문에 과감한 정책 결정을 내리지 못하게 될 위험이 있다.<sup>55)</sup> 다수의견은 거의 모든 대통령이 연방법을 충분히 집행하지 않았다는 비판을 받아왔으며, 새로운 행정부의 검사가 이러한 문제를 포괄적인 법 위반으로 규정하여 기소를 시도할 가능성이 있다고 우려했다. 면책특권이 없다면, 전직 대통령에 대한 기소가 정치적 보복의 수단으로 남용될 위험이 있으며, 이러한 악순환이 반복되면 행정부의 기능과 권한이 약화될 것이라고 다수의견은 주장했다.

## 2. 소수의견

### 2.1 형사사건에서의 침해가 적음

소수의견은 전직 대통령에 대한 연방 형사 기소가 행정부 기능에 미치는 위험은 크지 않다고 주장했다.<sup>56)</sup> 특히, 민사사건에서는 수많은 개인 원고가 대통령의 행동에 대해 손해배상을 청구할 가능성이 있지만, 형사사건에서는 전직 대통령이 재임 중 저지른 각 범죄에 대해 연방 기소를 한 번씩만 직면할 위험이 있다는 점에서 차이가

53) Trump, 603 U.S. at 613.

54) Trump, 603 U.S. at 636; *Nixon v. Fitzgerald*, 457 U.S. at 752.

55) Trump, 603 U.S. at 640.

56) Trump, 603 U.S. at 669.

있다. 즉, 대통령의 의사 결정 과정에서 “불필요한 걱정으로 인한 주의 분산”을 방지할 필요는 있지만, 대통령이 연방 형법을 준수하는 데 주의를 기울이는 것이 민사소송에 비해 상대적으로 큰 부담이라고 보기는 어렵다는 것이다.<sup>57)</sup>

또한, 다수의견은 후임 대통령들이 전임 대통령을 근거 없이 형사 기소할 가능성이 있기 때문에, 현직 대통령이 법과 정책을 적극적으로 집행하는 것을 두려워할 수 있다고 주장했지만, 소수의견은 이러한 가능성이 현실적으로 매우 낮고, 지나치게 가설적인 위협에 불과하다고 반박했다.

## 2.2 공익적 책임

소수의견은 형사사건이 민사사건보다 더 큰 공익적 요소를 포함하고 있다고 강조했다. 그 이유는, 민사사건은 주로 개별적인 이해관계를 가진 당사자들 사이에서 이루어지는 반면, 형사사건은 공정하고 효율적인 형법 집행이라는 공공의 이익을 직접적으로 반영하기 때문이다. 대중은 형사사건이 민사사건보다 더 공정하고 효과적으로 처리되는 것에 더 큰 관심을 가진다. 특히, 기소 대상이 전직 대통령일 경우, 형사사건에 대한 공익적 관심도는 더욱 커질 수밖에 없다.<sup>58)</sup> 소수의견 중에서 잭슨 대법관은 형법이 “우리 사회에서 특정 행동이 금지되어야 한다”는 국민적 합의를 반영하는 법적 체계이며, 이는 국민의 대표인 입법부가 정한 기준이라는 점에서 중요하다고 강조했다.<sup>59)</sup>

또한, 다수의견이 주장한 바와 같이 “명백히 또는 분명히 권한을 넘어서는 행동이 아닌 한 대통령은 형사 기소 및 처벌에서 면제된다”는 해석은 미래의 대통령들에게 잘못된 인센티브를 제공할 위험이 있다.<sup>60)</sup> 이러한 면책 구조는 대통령이 재임 중 법 위반을 저지르도록 부추기는 결과를 초래할 수 있다. 특히, 공익적 측면에서 대통령을 포함한 모든 고위 공직자의 불법적 행위에 대한 책임을 묻는 것이, 대통령이 기소로 인해 부담을 느끼는 것보다 더 중요하다. 대통령이 자신의 공식 권한을 개인적 이익이나 범죄적 음모의 일부로 활용할 경우, 국민 전체가 그 형사 기소에 대한 공익적 관심을 가지게 되기 때문이다. 대통령의 자유롭고 강력하게 정책을 결정하고 집행할 수 있는 권한을 보호하는 것보다, 법 위반의 대한 공익적 책임이 훨씬 더 크며,

57) Trump, 603 U.S. at 670.

58) Trump, 603 U.S. at 674.

59) Trump, 603 U.S. at 688.

60) Trump, 603 U.S. at 703.

이는 면책특권을 인정하는 것보다 더 중요한 요소라고 소수의견은 주장한다.<sup>61)</sup>

### 2.3 형법적 보호 장치의 존재

소수의견은 연방 형사재판이 민사소송에서는 찾아볼 수 없는 “강력한 절차적 보호 장치”를 갖추고 있기 때문에, 대통령의 권리가 충분히 보호될 수 있다고 주장했다.<sup>62)</sup> 예를 들어, 배심 제도는 중죄 기소를 하기 전에 검사가 배심원의 승인을 얻도록 요구하므로, 정부와 피고인 사이에서 완충 역할을 한다. 또한, 전직 대통령이 형사 기소를 당하더라도 모든 형사피고인이 보장받는 헌법적 권리가 동일하게 보장된다.<sup>63)</sup> 소수의견은 이러한 강력한 절차적 보호 장치가 존재하기 때문에, 전직 대통령이 부당한 기소나 처벌을 당할 가능성이 크지 않다고 보았다. 특히, 다수의견이 주장한 “악의적인 단순한 주장”이 전직 대통령을 재판과 유죄 판결로 쉽게 이끌 것이라는 두려움은 근거가 없다고 소수의견은 반박했다.<sup>64)</sup>

## 3. 분석

대통령이 형사소송에서 직면하는 부담이 민사소송보다 훨씬 더 크다고 볼 수 있다. 소수의견은 형사사건이 공익적 요소를 포함하고 있으며, 공정하고 효과적인 형법 집행을 위해 대통령의 면책특권을 축소해야 한다고 주장했다. 그러나 형사소송이 민사소송보다 행정부의 권한과 기능에 훨씬 더 심각한 침해를 초래할 수 있으며, 형사재판이 대통령의 의사결정에서 불필요한 주의 분산을 초래하고, 정책 집행의 독립성을 저해할 가능성이 더 크므로, 민사소송보다 형사소송에서 대통령의 침해가 덜하다는 소수의견의 주장은 설득력이 부족하다고 본다. 또한, 강력한 면책특권이 없다면, 대통령의 직무 수행에 지장을 초래할 가능성이 커지므로, 민사소송에 비해서 형사소송에서 더 강력한 면책특권이 요구된다.

61) Trump, 603 U.S. at 673-674.

62) Trump, 603 U.S. at 670.

63) 전직 대통령도 모든 형사 피고인과 마찬가지로 다음과 같은 기본권을 보장받는다: (1) 신속하고 공개적인 재판을 받을 권리 (2) 배심원에 의한 재판을 받을 권리 (3) 변호인의 조력을 받을 권리 (4) 대면 심문권.

64) Trump, 603 U.S. at 672.

## IV. 검찰기소에 대한 대법원의 판단

### 1. 법무부에 관련된 혐의

#### 1.1 다수의견

다수의견은 범죄의 조사 및 기소가 본질적으로 행정부의 기능이며, 대통령은 법무부장관 및 기타 법무부 관계자들과 잠재적 범죄에 대한 조사 및 기소를 논의할 수 있으며, 이는 헌법상 “법이 성실히 집행되도록 보장할 의무” 수행의 일부라고 간주할 수 있다고 판시했다.<sup>65)</sup> 트럼프 대통령이 기소된 혐의 내용이 “법 성실 집행의무”의 일부로서 대통령의 결정적이고 독점적인 헌법 권한과 관련된 것이므로, 대통령이 이에 대해 절대적 면책특권을 가지며, 이 행동에 대해 형사 기소 될 수 없다고 판시했다.<sup>66)</sup> 특히, 행정부는 어떤 범죄를 조사하고 기소할지를 결정하는데 있어 독점적이고 확실한 재량권을 가지는데, 이 원칙은 선거법 위반과 같은 특정 범죄의 조사 및 기소에도 적용된다. 트럼프 측은 부정선거가 존재한다고 주장하면서, 법무부의 조사를 통해 부정선거를 입증할 수 있는 증거에 도달할 수 있다고 주장했다. 또한, 검찰도 기소 내용에서 트럼프와 법무부간의 소통 행위는 공식 권한에 포함된다는 점을 부인하지 않았다. 따라서 트럼프 대통령이 요청한 수사가 허위이거나 부적절한 목적을 가지고 있었다는 주장만으로도, 대통령이 법무부의 수사 및 기소 기능에 대해 독점적 권한을 가진다는 사실을 무효화 할 수 없다는 것이 다수의견의 입장이다.

#### 1.2 소수의견

소수의견은 다수의견이 트럼프가 법무부 관계자들과의 모든 행동에 대해 절대적 면책특권을 부여한 점을 강하게 비판했다. 특히, 다수의견이 대통령의 “결론적이고 독점적인” 권한의 범위를 지나치게 확장 해석했으며, 이로 인해 심지어 증거를 조작하거나 법무부에 이를 형사사건에 사용하도록 요구하는 행동까지도 면책될 수 있다고 지적했다.<sup>67)</sup>

65) Trump, 603 U.S. at 620.

66) Trump, 603 U.S. at 621.

그는 법무부의 권한과 권력을 이용해 “허위 선거 범죄 수사”를 지시했으며, 법무부가 선거 결과에 영향을 미칠 수 있는 중요한 우려 사항을 확인했다는 “허위” 주장이 담긴 공식 서한을 발송했다.<sup>68)</sup> 특히, 부정선거에 대한 명확한 증거도 없는 상태에서 법무부의 조사·기소 기능을 발동하는 행위가 대통령의 헌법적 권한에 기반을 둔 것이 아니라, 부적절한 권력 남용으로 간주되어야 하며, 트럼프 측이 주장하는 “법 집행 의무 수행”은 정당성이 없다고 소수의견은 주장하였다. 즉, 트럼프와 법무부 간의 논의는 “법 집행 의무” 행위의 일부가 아니라, 법 집행 시스템을 개인적 목적을 위해 남용한 사례로 해석될 수 있다고 판단했다.

### 1.3 분석

다수의견과 소수의견의 핵심적인 대립점은 대통령의 법무부 개입이 헌법적으로 보호받아야 하는 독점적 권한인지 여부와 대통령 권력의 남용 여부이다. 부정 선거에 대한 명확한 증거 없이 법무부의 수사와 기소 권한을 행사하는 것은 대통령의 “법 성실 집행” 의무를 오남용한 것으로 해석될 수도 있다. 그럼에도 불구하고 연방 범죄에 대한 수사와 기소는 연방 행정부의 고유한 기능이므로, 이와 관련하여 절대적 면책특권을 인정할 정당성이 존재한다. 트럼프 대통령이 부정 선거 의혹을 수사하기 위해 법무부의 수사·기소 기능을 활용한 것은 헌법상 “법 집행 의무” 수행의 일환으로 볼 수 있으며, 이에 대해 절대적 면책특권을 부여할 헌법적 근거가 있다고 판단된다.

## 2. 부통령과 관련된 혐의

### 2.1 다수의견

다수의견은 트럼프 대통령이 부통령에게 선거 인증 절차를 진행하지 못하도록 한 시도가 공식적 행동에 해당한다고 판시했다. 헌법 제1조에 따르면, 부통령은 상원의장 역할을 수행하지만, 이것은 행정부의 기능이 아니다.<sup>69)</sup> 그러나 대통령이 부통령과

67) Trump, 603 U.S. at 679.

68) Trump, 603 U.S. at 657.

선거 절차에 대하여 교류하는 것은 공식적 행동으로 분류될 수 있으며, 따라서 트럼프 대통령은 이에 대해 적어도 추정적 면책특권을 가진다고 판시했다.<sup>70)</sup>

두 번째 쟁점은 이 추정적 면책특권이 반박될 수 있는지 여부이다. 법원은 이 문제를 다시 D.C. 연방지방법원으로 환송하여, 부통령이 상원의장으로서 대선 결과를 인증하는 과정에서 트럼프가 관여하려고 한 시도에 대한 형사 기소가 행정부의 권한과 기능에 침해를 초래하는지 여부를 판단하도록 했다.<sup>71)</sup>

## 2.2 소수의견

대선 후 상원의 선거 인증 절차에서 부통령의 역할은 의례적(ceremonial)이고 상징적일 뿐이다. 그러나 트럼프 대통령은 2021년 1월 6일 상원 인증 절차에서 부통령이 선거 결과를 변경하도록 설득하려 했으며, 또한, 트럼프 대통령이 1월 6일 군중을 선동하기 위해 “부통령이 선거 결과를 변경할 수 있다”고 거짓 주장을 했다고 소수의견은 지적했다.<sup>72)</sup>

다수의견은 대통령과 부통령 모두 선거 표결 집계(Counting)에 대해 어떠한 헌법적 또는 법률적 역할도 가지고 있지 않다는 점을 인정하면서도, 대통령의 부통령과의 모든 상호작용이 공식적 행동에 해당하며, 트럼프가 부통령을 압박한 행위를 공식적 행동으로 분류했다. 그러나 소수의견은 트럼프가 선거 인증 과정에서 부통령을 압박한 것은 공식적 행동이 아니라, 개인적이거나 비공식적 행동으로 분류되어야 한다고 주장했다. 트럼프 대통령이 부통령의 단순한 의례적 역할을 악용하여 선거 결과를 변경하려 한 시도에도 면책특권이 적용될 수 있다고 보는 다수의견의 태도를 소수의견은 비판했다.<sup>73)</sup>

소수의견은 대통령이 선거 인증 절차에서 공식적 역할을 수행하지 않기 때문에, 추정적 면책특권이 허용되어서는 안 된다고 주장했다. 설사 추정적 면책특권이 있다

69) Trump, 603 U.S. at 624.

70) Trump, 603 U.S. at 623.

71) *Ibid.*

72) Trump, 603 U.S. at 658.

73) 소수의견은 다수의견이 기소장에서 명시된 어떤 행동에 대해서도 개인적이거나 비공식적 행동으로 분류되지 않는 점을 비판하면서, 다수의견이 사법적 자제(judicial restraint)보다는 사법적 적극주의(judicial activism)를 부당하게 적용하고 있다고 주장했다. Trump, 603 U.S. at 681, n. 5.

고 가정하더라도, 상원에서 부통령의 역할은 행정부 기능이 아니므로, 형사 기소가 행정부 기능을 방해하지 않으므로 추정적 면책특권은 반박될 수 있다는 것이다.

### 2.3 분석

다수의견은 부통령의 상원에서의 선거 인증 역할이 행정부의 고유 기능이 아님을 인정하면서도, 트럼프의 행위를 공식적 행위로 분류하고 추정적 면책특권을 인정했다. 이로 인해 공식적 행위의 범위가 확장되었으며, 대통령이 추정적 면책특권을 적용받을 가능성이 커져서 논란을 불러일으켰다. 그러나 다수의견은 형사 기소가 행정부 기능에 침해를 초래하는지의 여부-추정적 면책특권이 반박될 수 있는지 여부-를 하급법원에 환송하여 판단하도록 하였다. 상원에서 부통령의 역할이 행정부 기능이 아니더라도, 형사 기소는 행정부 수반인 대통령에 대한 것이므로 형사 기소의 행정부 기능·권한 침해 여부를 검토할 필요가 있는 것이다. 결과적으로, 다수의견은 공식적 행위의 범위를 확장 해석하여서, 대통령이 추정적 면책특권을 적용받을 가능성을 높이면서도, 추정적 면책특권이 반박될 여지를 남겨 두었다. 이러한 접근은 대통령의 공식적 행위의 범위를 확대 해석하는 동시에, 형사 책임에 대한 가능성을 완전히 배제하지는 않는 균형을 취하려는 시도로 보인다.

## 3. 주(州)정부와 관련된 행동

### 3.1 다수의견

다수의견은 트럼프 대통령이 연방 선거의 무결성(Integrity)과 관련해 주정부 공무원들과 소통한 것이 대통령으로서의 공식적 행동이라고 판시했다.<sup>74)</sup> 그러나, 트럼프 대통령이 기소된 여러 행위들이-예를 들어, 트럼프가 패배한 주에서 가짜 친-트럼프 선거인단을 모집하는 공모를 한 것-단순한 후보자의 비공식적 행위인지, 아니면 대통령으로서 연방 선거법 집행 책임의 일부로 간주되는 공식적 행위인지에 대해 명확한 입장을 밝히지 않았다.<sup>75)</sup> 그 대신 대통령이 주 선거법과 절차에 대해 행정부 외에

74) Trump, 603 U.S. at 626.

75) *Ibid.*

주정부 관계자들에 취한 행동이 공식적 행동인지 아니면 비공식적 행동인지 여부를 판단하도록 D.C. 연방지방법원으로 환송했다.<sup>76)</sup>

### 3.2 소수의견

소수의견은 트럼프 대통령의 주정부 공무원들과의 행동이 대통령의 “공식적 행동”이 아니라 “선거 캠페인 행동”에 해당한다고 주장했다. 특히, 부당한 방법으로 선거인단을 조직하는 행위가 트럼프 대통령의 공식 행위로 간주될 수 있거나, 적어도 “다른 주장된 공식 행위들과 밀접하게 연관되어 있어 보호를 받을 수 있다”는 다수의견의 해석이 정당한 근거를 결여하고 있다고 비판했다.<sup>77)</sup> 즉, 다수의견이 트럼프가 주정부에 선거인 명단을 허위 조작하도록 압박하여 선거 결과를 뒤집으려 했다는 혐의에 대해 면책특권을 부인하지 않은 점을 강하게 비난했다.<sup>78)</sup>

대통령의 “법이 성실히 집행되도록 보장할 의무”는 의회가 제정한 연방 선거법의 집행을 포함하지만, 트럼프는 연방 선거법 집행과 관련해 주정부 관계자들과 논의한 것이 아니라, 주 선거법과 관련된 논의를 했다. 주 선거법은 주 법률에 의해 통제되며, 대통령의 권한 범위를 넘어선다. 소수의견은 헌법 제2조 제1항을 인용하여, 주정부가 “입법부가 정하는 방식에 따라” 대통령 선거인을 임명할 권한을 부여받았다고 지적했다. 이 조항은 주정부가 대통령 선거인 임명에 대해 광범위한 권한을 가지며, 연방 정부의 역할이 제한적임을 의미한다. 연방 의회는 주정부가 임명한 선거인이 언제 모이는지를 정하고, 의회는 그들의 투표를 개수 및 인증하는 역할만 수행한다. 대통령은 이 과정에서 직접적인 역할을 하지 않으며, 주정부 관계자들을 통제할 권한도 없다.<sup>79)</sup>

76) *Trump*, 603 U.S. at 628.

77) *Trump*, 603 U.S. at 684. 트럼프 대통령이 주 공무원들이 허위 선거인단 인증서를 부통령에게 제출하라는 요청이 거부되자, 합법적인 선거 인증 과정을 방해하고 이를 대체하기 위한 계획을 세웠다고 소수의견은 주장했다.

78) *Trump*, 603 U.S. at 684. 헌법은 주 선거 절차에 대한 권한을 주정부에게 명확히 부여하고 있으므로, 대통령이 이를 좌우할 수 없다는 점에서, 소수의견은 트럼프 대통령의 행동을 공식적 행위로 인정하는 것은 부당하다고 지적했다.

79) 헌법제정자들은 “대통령직에 대한 지나친 충성을 의심받을 수 있는 모든 사람들”을 선거인 직에서 배제했으며, 이는 대통령이 선거인단 선출 과정에 영향을 미치지 못하도록 하기 위해 마련된 장치라고 소수의견은 강조했다. *Trump*, 603 U.S. at 627-28; *The Federalist No. 68*, at 459 (A. Hamilton); U.S. Const. art. II, § 1, cl. 2.

### 3.3 분석

트럼프의 주정부 공무원들에 대한 행동이 대통령직 수행과 관련된 공식적 행동이 아니며, 개인적으로 “선거 캠페인 행동”- 즉, 최소한 비공식적 행위-으로 간주되어야 하며, 면책특권으로 보호되지 않아야 한다는 것이 소수의견의 입장이다. 한편, 다수의견은 이 문제를 하급법원이 판단하도록 결정함으로써, 트럼프의 행동에 대한 공식적 또는 비공식적 분류를 명확히 하지 않았다. 그러나 트럼프 대통령이 주정부 관계자들과 선거에 관련된 전반적인 일들에 대해 교류하고 소통한 것은 공식적 행위의 일부로 간주할 수 있으며, 최소한 추정적 면책특권은 부여되어야 한다고 생각한다. 다만 추정적 면책특권의 반박 여부는 부통령과의 교류에 대한 판단과 마찬가지로 하급법원에 환송하여 사실관계를 심리하고 결정하도록 하였어야 한다고 본다.

## 4. 공적 발언 (Public Communications)

### 4.1 다수의견

다수의견은 대통령이 공적 관심사에 대해 발언할 수 있는 광범위한 권한을 가지며, 연방 선거의 공정성과 무결성에 관한 공적 발언도 재선에 출마했다는 이유만으로 공식적 행동에서 배제되지 않는다고 판시했다.<sup>80)</sup> 특히, 대통령의 대부분의 공적 발언은 그의 공식적 책임의 “외곽 범위”에 속할 가능성이 높다고 보았다. 공식적 행위의 광범위한 범위의 예를 들면, 대국민 담화 발표나 국민을 대표한 발언은 특정한 헌법 조항이나 법률 조항과 직접적으로 연결되지 않더라도 공식적 행동으로 간주될 수 있다. 그러나 대통령이 특정 맥락에서 후보자나 정당 지도자로서 대통령의 지위와 상관없이 비공식적으로 발언할 수도 있는 가능성을 인정했다. 이에 따라, 다수의견은 트럼프 대통령의 1월 6일의 대중 발언이 공식적 행동인지 비공식적 행동인지 여부를 하급법원으로 환송하여 판단하도록 하였다.<sup>81)</sup>

80) Trump, 603 U.S. at 627.

81) Trump, 603 U.S. at 630.

## 4.2 소수의견

소수의견은 대통령의 공적 발언이 언제나 공식적 책임의 일부로 보호될 수는 없으며, 특정 발언은 대통령의 개인적 이익이나 선거 캠페인과 관련된 행위로 간주될 수 있다고 주장했다. 특히, 대통령이 자신의 공식적 권위를 이용하여 허위 정보를 유포하거나, 선거 결과에 영향을 미치려는 시도가 있었다면, 이는 공식적 행동이 아니라 개인적 또는 정치적 행동이며 1월 6일 대중 발언은 비공식적 행위로 분류되어야 한다는 입장이다.

## 4.3 분석

대통령의 특정 발언이 면책특권의 보호를 받을 수 있는지 여부는 그 발언이 공식적 권한의 행사인지, 또는 개인적·정치적 맥락에서 이루어진 것인지에 따라 결정되어야 한다. 이를 판단하기 위해 고려해야 할 주요 요소는 다음과 같다. 첫째, 해당 발언이 이루어진 장소와 시점 및 발언의 목적이 국가적 업무 수행인지, 개인적 또는 정치적 이익을 위한 것인지 등 발언의 맥락을 고려해야 한다. 둘째, 발언의 대상이 공식적인 행정부 관계자 및 국가 기관을 대상으로 한 것인지, 아니면 특정 정당, 지지자 또는 정치적 지위 강화를 위해 이루어진 것인지를 고려한다. 셋째, 대통령의 헌법적·법적 권한과 직접 관련이 있는지, 아니면 선거 과정 개입, 허위 정보 유포 등의 성격을 지니는지 등 발언의 내용이 중요할 것이다. 즉, 대통령의 발언이 면책특권의 보호를 받을 수 있는지 여부는 단순히 대통령이 대중을 상대로 발언을 했다는 사실만으로 결정될 수 없으며, 그 발언이 공적 역할의 수행과 직접적으로 연관이 있는지 여부를 면밀히 검토해야 한다. 위와 같은 요소들을 고려하여서 하급법원은 트럼프 대통령의 대중 발언의 공식적 또는 비공식적 유무를 판단하여야 한다고 본다.

## V. 한국 대통령의 형사상 불소추특권과의 비교

우리나라 헌법 제84조는 “내란 또는 외환의 죄를 범한 경우에는 대통령의 재임기간이라고 하더라도 형사상 소추가 가능하다”고 명시하면서,<sup>82)</sup> 내란 또는 외환 죄 외의

경우에는 대통령의 형사상 불소추특권을 보장하고 있다. 대통령의 형사상 불소추특권의 입헌 취지는 첫째, 대통령의 직책의 원활한 수행을 보장하고, 둘째, 국가원수로서의 권위를 확보하여 국가의 체면과 권위를 유지하게 함이다.<sup>83)</sup>

그러나 이러한 불소추특권은 대통령 재직 중에만 형사상 소추를 받지 않는 것에 불과할 뿐 범죄 자체에 대해 형사책임이 완전히 면제되는 것은 아니다.<sup>84)</sup> 헌법 제45조에 의거해서 국회의원이 직무상 행한 발언과 표결에 관해 면책특권이 보장되어서 국회의원 퇴임 후에도 책임을 묻지 않도록 보장해서 형사책임에서 완전히 면제해주는 것과의 차이점이 존재한다.<sup>85)</sup> 즉, 우리나라 대통령은 국회의원과 달리 면책특권이 보장되지 않는다는 점에서 미국 대통령에게 절대적 또는 추정적 면책특권을 보장한 것과 큰 차이점을 보이고 있다. 이제는 우리나라에서도 내란 또는 외환 이외의 맥락에서 공식적 행위에 대한 면책특권이 보장되어야 하는 것이 아닌가라는 쟁점에 대해서 심도 있는 논의가 시작되어야 한다고 본다.

한국과 미국은 모두 민주주의 국가로서 대통령제를 채택하고 있으나, 역사적 배경, 정치문화, 제도 설계 방식에서 상당한 차이가 존재하므로, 양국 국민이 대통령제에 대해 가지는 정서나 태도 또한 다를 수밖에 없다는 점을 간과할 수 없다. 미국은 독립 이후 헌법 제정과 함께 대통령제를 수립하였으며, 민주주의 제도 역시 헌법과 동시에 출발하였기 때문에 제도에 대한 신뢰와 헌법 중심의 정치문화가 깊이 뿌리내려 있다. 대통령제는 권력분립의 전형으로 기능하면서, 입법·행정·사법 간 견제와 균형이 비교적 안정적으로 작동하고 있으며, 대통령의 권한도 법적으로 엄격히 제한되어 있다. 반면, 한국은 일제강점기와 군부독재 등 비민주적 시기를 거쳐 본격적인 민주주의가 정착된 비교적 짧은 역사를 가지고 있다. 민주주의 제도에 대한 국민의 의식 수준은 높아졌으나, 과거 권력 남용의 경험으로 인해 대통령에 대한 신뢰는 개인에 따라 크게 상이할 수 있다. 제도적으로는 민주주의를 표방하고 있으나, 정치문화 전반에는 여전히 권위주의적인 요소가 잔존하고 있다. 한국 사회는 대통령에게 강력한 지도자상을 기대하며 대통령제에 대한 의존도가 높은 경향을 보이고 있으나,

82) 이동희, “대통령의 형사상 불소추특권과 수사의 범위”, 형사법연구 제29권 제2호, 한국형사법학회, 2017, 192쪽.

83) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2015, 997쪽; 법제처, 헌법주석서III 제2판, 2010, 605쪽; 이동희, 앞의 논문, 191쪽.

84) 이동희, 위의 논문, 193쪽.

85) 대한민국 헌법 제45조.

대부분의 전직 대통령들이 퇴임 후 수사나 수감의 과정을 거친 경험이 반복되면서 대통령직 자체에 대한 국민적 불신과 냉소가 존재한다. 이러한 상황을 고려할 때, 현재로서는 미국과 같은 수준의 강력한 대통령 면책특권을 도입하는 것은 국민 정서상 수용되기 어려울 것으로 판단된다. 이에 본 연구에서는 아래에서 설명하는 바와 같이 우리나라의 정치·사회적 맥락을 반영하여 ‘한국형 대통령 면책특권’ 도입 가능성에 대한 논의를 시작할 필요성을 제기하고자 한다.

복수심에 기반한 정파 간 권력 교체가 반복되는 악순환을 초래할 수 있으며, 전직 대통령에 대한 형사적 보복의 악순환을 단절해야 한다는 문제의식에 따라, 비록 미국과 동일한 범위로 면책특권을 인정하기는 어렵더라도, 한국적 정치문화와 제도적 특수성을 반영한 ‘한국형 대통령 면책특권’ 도입의 필요성을 주장하는 견해가 제기되고 있다.<sup>86)</sup> 실제로 노태우 대통령 이후 김영삼, 김대중 대통령을 제외한 대부분의 전직 대통령이 수사 대상이 되어 구속되거나 수감되는 사태를 겪었으며, 최근에는 박근혜 대통령과 윤석열 대통령에 대한 탄핵소추 및 인용을 통해, ‘제왕적 대통령제’에 대한 이미지 또한 상당히 약화되었다. 거대 야당이 소수 여당을 압도하는 ‘거야소여(巨野小興)’의 입법 구조 아래에서는 대통령의 권한이 필연적으로 제약될 수밖에 없으며, 더 나아가 현재 개헌을 통한 대통령제 재편 논의가 이루어지고 있는 상황에서, 독재적 권력행사를 방지하기 위한 견제장치는 여전히 필요하지만, 동시에 대통령제가 안정적으로 작동할 수 있도록 보호장치를 마련하는 것 또한 중요하다고 본다. 이에 따라, 대통령이 헌법 및 법률이 정한 권한의 범위 내에서 공식적 행위를 한 경우, 그러한 행위는 행정부 수반으로서 법 집행 의무를 수행하는 과정의 일환으로 평가되어 일정한 면책특권이 부여될 수 있다고 본다. 이는 권력분립의 본질적 취지와도 부합한다. 다만, 면책특권의 부여에 앞서 대통령의 공익적 책임과 형사책임 부과 필요성 간의 비교형량을 통해 적절한 균형을 모색하는 것이 필수적이다. 또한, 대통령의 면책특권은 공식적인 행위에 한정하여 엄격히 인정되어야 하며, *Trump v. United States* 사건에서 다수의견이 제시한 지나치게 포괄적이고 모호한 공식행위 기준과는 달리, 보다 구체적이고 명확한 기준을 수립할 필요가 있다. 특히, 공식적 행위 여부를 판단함에 있어 대통령의 행위 동기를 고려하는 것이 필요하다. 예컨대, 대통령이 공식

86) 송백석, “미국 전직대통령 면책특권 모델의 한국에 대한 함의 - 연방대법원 *Trump v. United States* 판례 연구 -”, 법학논총 제41권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2024, 39-64쪽; 정일영, “미국 대통령 면책특권 법리의 형성과 변화 - *Trump v. US* (2024) 사건을 중심으로 -”, 미국헌법연구 제35권 제3호, 미국헌법학회, 2024, 253-290쪽.

권한을 부당한 목적이나 사익적 의도를 가지고 행사한 경우, 해당 행위에 대하여는 면책특권을 부여해서는 안 될 것이다. 이와 같이, 한국의 정치문화와 제도적 특수성을 고려할 때, 대통령의 공적 행위에 한정하여 엄격한 기준 아래 일정한 면책특권을 부여하는 방안을 검토하는 것은 권력분립 원칙을 강화하고 민주주의의 지속적 발전을 도모하는 데 중요한 과제가 될 것이다. 즉, 대통령의 공적 행위에 대한 제한적 면책특권 부여 방안을 마련하기 위한 입법적·제도적 논의가 본격적으로 추진될 필요가 있다고 본다.

## VI. 결론

소수의견을 작성한 소토마요르 대법관은 다수의견이 트럼프 대통령에게 “그가 요청한 모든 면책특권, 그리고 그 이상”을 부여했다고 강하게 비판했다.<sup>87)</sup> 다수의견의 기본 전제는 형법이 대통령에게 기본적으로 적용되지 않는다는 것이며, 대통령의 공식 행동이 아무리 명백히 불법적이고 해롭더라도, 그 행동이 비공식적 행위로 분류되지 않는 한, 법원은 전직 대통령이 직무 중에 저지른 형사 행동에 대해 책임을 지지 않도록 보장해야 한다는 것이다.<sup>88)</sup> 소토마요르 대법관은 이러한 판결은 법치주의와 민주주의 체제에 대한 심각한 위협을 초래할 수 있다는 우려를 불러일으켰다고 비판했다.<sup>89)</sup>

대통령이 강력한 법 집행권을 발휘하여 대담하고 신속한 결정을 내릴 필요성이 존재하는 반면에, 대통령의 공익적 책임성과 자제 및 공정한 형법의 집행을 통해 공공의 이익을 추구할 필요성도 있다. 대통령 면책특권의 범위를 지나치게 확대할 경우, 권력 남용을 효과적으로 견제하기 어려워질 위험이 있다. 이러한 판결이 선례로 확립될 경우, 미래의 대통령들도 형사적 책임에서 사실상 면제될 가능성이 높아질 수 있다. 하지만 대통령은 일반인은 물론이고 고위 공직자와 달리 한 국가의 행정과

87) 소토마이어 대법관은 다수의견이 사실상 “반역 행위”를 보호하며, 대통령을 “법 위에 군림하는 왕”으로 변모시켰다고 언급했다. Trump, 603 U.S. at 658.

88) Trump, 603 U.S. at 695.

89) New York Times, Jodi Kantor/Adam Liptak, “How Roberts Shaped Trump’s Supreme Court Winning Streak” Sep. 9. 2015, <<https://www.nytimes.com/2024/09/15/us/justice-roberts-trump-supreme-court.html?searchResultPosition=1>>, 검색일: 2025. 1. 15.

운영을 총괄하여 책임지고 있기 때문에, 공적인 업무 영역에 관해서는 형사 기소로부터 어느 정도의 면책특권이 보장되어야 한다고 본다.<sup>90)</sup> 그러한 원칙 위에 대통령의 면책특권과 책임성 사이에서 균형을 유지하는 것은 헌법적 원칙과 민주주의의 지속성을 위해 필수적이다. 대통령의 면책특권이 어디까지 적용될 수 있으며, 대통령이 선거와 관련하여 취한 행동이 어디까지 법적으로 보호될 수 있는지에 대해 심도 있게 논의되었어야 하는데, 트럼프 대통령이 재선에 성공하면서 *Trump v. United States* 재판이 취소되었기 때문에, 연방대법원은 이 쟁점에 대한 답을 내릴 수 있는 기회가 사라졌다. 하지만 이번 사건을 계기로 대통령의 권한, 면책특권, 선거 관련 행동과 책임성의 경계에 관한 보다 심도 있는 논의가 필요하다는 것을 보여주었다.

---

90) 대통령의 직무 행위에 대한 손해배상 책임 면제가 있다고 해서 국가가 위법 행위로부터 아무런 보호도 받지 못하게 되는 것은 아니다. 탄핵이라는 구제수단은 여전히 존재하며, 언론의 지속적인 감시, 의회의 엄격한 감독 등 다양한 공식적·비공식적 견제 장치들도 여전히 작동한다. Fitzgerald, 457 U.S. at 757-8; Amandeep S. Grewal, *op. cit.*, at 82-115.

## 참고문헌

### 1. 단행본

법제처, 헌법주석서Ⅲ 제2판, 법제처, 2010.

허영, 한국헌법론, 박영사, 2015.

### 2. 학술지

송백석, “미국 전직대통령 면책특권 모델의 한국에 대한 함의 - 연방대법원 Trump v. United States 판례 연구 -”, 법학논총 제41권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2024, 39-64쪽.

이동희, “대통령의 형사상 불소추특권과 수사의 범위”, 형사법연구 제29권 제2호, 한국형사법학회, 2017, 187-219쪽.

정일영, “미국 대통령 면책특권 법리의 형성과 변화 - Trump v. US (2024) 사건을 중심으로 -”, 미국헌법연구 제35권 제3호, 미국헌법학회, 2024, 253-290쪽.

Amandeep S. Grewal, “The President’s Criminal Immunity”, *SMU L. Rev. Forum Vol.* 77, SMU Law Review Association, 2024, pp. 81-115.

Keith E. Whittington, “Presidential Immunity”, *Cato Sup. Ct. Rev. 2023-2024*, Cato Institute, 2024, pp. 283-317.

### 3. 신문기사

New York Times, Charles Savage, “End of Trump Cases Leaves Limits on Presidential Criminality Unclear”, Nov. 15. 2024, <<https://www.nytimes.com/2024/11/25/us/politics/trump-cases-presidential-criminality.html>>, 검색일: 2025. 1. 10.

\_\_\_\_\_, Jodi Kantor/Adam Liptak, Sep. 9. 2015, Adam Liptak, “How Roberts Shaped Trump’s Supreme Court Winning Streak”, <<https://www.nytimes.com/2024/09/15/us/justice-roberts-trump-supreme-court.html>>, 검색일: 2025. 1. 15.

### 4. 웹자료

Bill Barr, “Memorandum(Re: Mueller’s “Obstruction” Theory)”, June 8, 2018, <<https://www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2018/12/June-2018-Barr-Memo-to-DOJ-Mueller>>

ers-Obstruction-Theory-1.2.pdf>, 검색일: 2025. 1. 10.

## 5. 기타자료

대한민국 헌법 제45조.

The Federalist No. 68, at 459.

The Federalist No. 70, at 471-472.

U.S. Const. art. II, § 1, cl. 2., § 3.

## 6. 판례

*Blassingame v. Trump*, 87 F.4th 1 (CADDC 2023).

*Clinton v. Jones*, 520 U.S. 681 (1997).

*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. 215 (2022).

*Harlow v. Fitzgerald*, 457 U.S. 800 (1982).

*Nixon v. Fitzgerald*, 457 U.S. 731 (1982).

*Trump v. United States*, 603 U.S. 593, 144 S.Ct. 2312, 219 L.Ed.2d 991 (2024).

*United States v. Nixon*, 418 U.S. 683, 703, 707 (1974).

*Youngstown v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 635 (1952).

[ Abstract ]

## **The Scope and Legitimacy of Immunity for Official Acts of the President of the United States\***

—With an Analysis of *Trump v. United States*—

Kong, Young Ho\*\*

In August 2023, a U.S. federal grand jury indicted former President Donald J. Trump on four charges. According to the indictment, Trump is accused of spreading false information alleging election fraud after losing the November 2020 presidential election and of conspiring to obstruct the collection, counting, and certification of the election results. Because the U.S. District Court for the District of Columbia and the Court of Appeals categorically rejected any form of presidential immunity, they did not analyze whether the indicted conduct should be classified as official or unofficial. However, in *Trump v. United States*, the Supreme Court reversed the lower court decisions, holding that, in light of the principle of separation of powers, a former president may be entitled to absolute immunity from criminal prosecution for actions taken within the perimeter of their conclusive and exclusive constitutional authority. The Court further held that while there is no immunity for unofficial acts, a president is entitled to at least presumptive immunity for all official acts. The standard for what constitutes an official act is that the president's conduct is considered within the outer limit of official duties unless it is “manifestly” or “palpably” beyond presidential authority. If the president's conduct is deemed official and thereby protected by presumptive immunity, the next issue is whether that immunity can be rebutted. Unlike absolute immunity, which is not subject to rebuttal, presumptive immunity may be overcome if the criminal prosecution does not pose a significant risk of impairing the functions and authority of the Executive Branch. Conversely, if prosecution threatens such impairment, the presumptive immunity cannot be rebutted. The Supreme

---

\* This work was supported by research fund of Chungnam National University

\*\* Professor, Chungnam National University Law School

Court remanded the case to the U.S. District Court to determine which parts of Trump's conduct were official and which were unofficial.

This paper analyzes the constitutional issues raised in *Trump v. United States*. First, it examines the differences between the majority and dissenting opinions regarding the application of absolute and presumptive immunity. Second, it explores the distinctions between civil and criminal cases in the context of presidential immunity, and analyzes how the majority and dissent interpreted presidential immunity differently under the principle of separation of powers. Third, the paper analyzes the majority and dissenting views on whether immunity should apply to Trump's conduct involving the Department of Justice, the Vice President, and state officials following the 2020 presidential election. Lastly, it examines the legal standards for presidential criminal non-prosecution in Korea, and the possibility of introducing presidential immunity in our country was discussed.

While there is a need for the president to exercise strong law enforcement authority and make bold and swift decisions, there is also a necessity to pursue the public interest through presidential accountability, restraint, and fair enforcement of criminal law. If the scope of presidential immunity is overly expanded, it may become difficult to effectively check abuses of power. However, given that the president—unlike ordinary citizens or even other high-ranking officials—holds ultimate responsibility for the administration and operation of the nation, a certain degree of immunity from criminal prosecution should be guaranteed for acts within the sphere of official duties. On that principle, maintaining a balance between presidential immunity and accountability is essential for upholding constitutional values and the continuity of democracy. This case illustrates the need for a deeper discussion on the boundaries of presidential power, immunity, election-related conduct, and accountability.

[Key Words] Absolute Immunity, Presumptive Immunity, Separation of Powers, Take Care Clause, Impeachment