

發達史的 觀點에서 본 美合衆國 司法審査의 過程과 實際에 관한 研究*

鄭宗燮

(建國大學校 法科大學 法學科)

< 目 次 >

I. 序論	4. 意見의 執筆
II. 聯邦最高法院과 司法審査	5. 裁判官 各自의 態度 決定과 意見의 確定
III. 聯邦最高法院의 管轄과 節次	6. 最終意見의 公表·公刊
1. 管轄	V. 研究官制度
2. 開廷期	1. 研究官制度의 發展 過程
IV. 司法審査節次의 段階과 實際	2. 研究官의 業務
1. 審判의 開示	3. 研究官과 裁判官
2. 口頭辯論	4. 研究官制度에 대한 評價
3. 裁判官會議	VI. 結論

I. 序 論

미합중국은 영국과 치른 식민지독립전쟁에서 승리하고 1787年 인류역사상 처음으로 立憲主義憲法을 制定하였다. 근대이후 입헌민주국가의 성립과 민주주의의 발달의 역사를 살펴볼 때 서양이나 동양이나 대부분의 국가들은 미합중국의 立憲主義(constitutionalism)에 영향을 받았다. 이러한 과정을 살펴보면 미합중국은 일찍이 이러한 입헌주의헌법을 만들어 입헌주의와 민주주의를 수출한 나라라고 평가할 수 있다. 미합중국의 입헌주의는 1791年 人權條項이 헌법에 추가됨으로써 이루어진 人權의 憲法的 保障과 司法審査(judicial review)를 그 중추적인 내용으로 하고 있다. 물론 美合衆國憲法에 직접적인 영향을 미친 J. Locke와

* 이 논문은 LG연암문화재단의 「95년 연암해외연구교수 지원 사업」에 의한 연구비의 지원을 받아 연구·작성되었음.

Montesquieu의 사상을 고려하면 미합중국의 입헌주의와 민주주의가 미합중국에서 자체 개발되고 생산된 고유한 것이라고 하기는 어렵다. 그렇지만 이런 사상적 자원들을 동원하여 국가원리로 체계화하고 국가가 작동하는 메커니즘으로 구체화한 것은 美合衆國憲法이다. 이런 점에서 근대 국가의 발달에서 미합중국을 입헌주의와 민주주의의 수출국이라고 하는 것은 잘못된 것이 아니다. 신대륙의 美合衆國憲法의 탄생에 사상적으로 영향을 미친 영국을 위시한 유럽의 구대륙조차 나중에는 거꾸로 자유와 권리의 보장과 재판에서 美合衆國憲法의 영향을 받았으며, 현재까지 미합중국헌법의 해석과 聯邦最高法院(U.S. Supreme Court)의 판결은 많은 나라의 헌법과 그 운용에 영향을 미치고 있다.¹⁾ 그런데 유의할 것은 미합중국헌법의 이러한 적극적이고 광범한 영향이 있었다고 하여 이것이 곧 미합중국 연방최고법원의 판결이 항상 정당하다거나 미합중국이 대외적으로 표명하고 있는 인권정책이 타당하다는 것은 아니라는 점이다. 수출국의 상품의 질이 수입국의 상품의 질보다 항상 좋은 것은 아니다.

아무튼 미합중국의 헌법이 지니고 있는 가장 핵심적인 요소는 입헌주의와 민주주의인데, 그 중 입헌주의의 핵심적인 요소는 인권을 헌법에서 보장하는 것으로 정한 것과 이를 실효성 있게 하기 위해 창안한 司法審査制度이다.²⁾ 사법심사제도는 미합중국헌법이 처음부터 명문으로 정한 것이 아니라 헌법 제정 이후 1803년 聯邦最高法院의 판례를 통하여 만들어진 것이다. 물론 사법심사제도는 미합중국헌법을 제정하고 비준하던 당시에 논의된 적이 있었다. 1787년 10월부터 1788년 8월까지 Alexander Hamilton, James Madison, John Jay가 이른바 *The Federalist*를 기고하던 과정에서 A. Hamilton은 헌법을 만들어 국가를 창설하는 이상 憲法의 優位가 인정되어야 한다고 보았고, 헌법에서 국민의 자유와 권리를 정하는 경우에는 국민의 대표자의 입법권에 의해 국민의 자유와 권리가 침해되어서는 안된다는 것을 분명히 하였다. 예컨대 溯及法律(*ex-post-facto* laws)을 제정하거나 개인의 권리를 박탈하는(*attainder*) 입법과 같은 것 등은 있을 수 없는데, 이러한 입법행위를 통제하고 개인의 권리를 보호하는 것은 실제 재판이라는 방법을 통해서만 가능하다고 보았다.³⁾ 그는 憲法이 下位

1) T. Jefferson, J. Madison, B. Franklin, A. Hamilton 등 미합중국헌법을 만든 '건국의 아버지들'은 이 당시 이미 17-18세기의 영국의 사상과 보통법(common law)의 원리 그리고 유럽의 계몽주의 정치사상을 접하여 잘 알고 있었다. 미합중국헌법의 해석과 연방최고법원의 판결은 여러 나라의 헌법과 기본권 보장에 영향을 미칠 뿐 아니라 人權의 國際的 保障에도 많은 영향을 미치고 있다. 그러나 인권의 국제적 보장이라는 면에서 보건대 미합중국 연방최고법원의 판결이 항상 긍정적인 것은 아니다. 미합중국은 외교적인 면에서 내걸고 있는 입장과 국내에서 실천하고 있는 입장에 간극을 보이기도 한다. Anthony Lester, "The Overseas Trade in the American Bill of Rights," *Columbia Law Review*, Vol. 88(April 1988), 537쪽 이하 참조. 미합중국에서 나타나고 있는 인종차별과 원주민(American Indian)에 대한 통제와 억압 등은 인권의 국제적 보호라는 수준에서 간과할 수 없을 정도로 심각한 것일 뿐 아니라 기본권의 보호에서도 보다 적극적으로 해결하여야 할 문제가 남아있다.

2) 민주주의와 입헌주의의 관계 문제는 헌법해석과 연결되어 있다. 민주주의를 다수의 지배로 보느냐 소수의 보호도 포함하고 있다고 보느냐, 그리고 민주주의를 대의민주주의로 이해하느냐 다원주의적 관점에서 보느냐에 따라 사법심사와 헌법해석에 대한 인식에서 차이를 가진다. Walter F. Murphy/James E. Fleming/William F. Harris, II, *American Constitutional Interpretation*(Mineola, New York: The Foundation Press, 1986), 23쪽 이하, 26쪽 이하 참조.

3) A. Hamilton, *The Federalist*, Nr. 78, B. F. Wright(ed.), *The Federalist*(New York: Barnes & Noble, 1996),

法보다 優先해야 한다는 점을 분명히 하고, 헌법에 어긋나는 어떠한 입법행위도 효력을 가질 수 없다고 했다.⁴⁾ 西歐法의 歷史를 보건대 法의 位階秩序(hierarchy of laws)에서 상위법이 하위법에 우선하며 헌법이 상위법인 경우 하위의 성문법은 헌법에 종속된다는 것은 오랜 기간을 통해 法意識으로 정착되어 왔고, 이러한 것은 法原理로 굳어져 작동해 왔다. 이러한 가운데 세속의 성문법들이 변화하더라도 사회의 근본가치를 포함하고 있는 最高의 法(Higher Law)은 변하지 않는다는 사고가 형성되었고, 이러한 최고의 법에 위반하는 법은 결코 법이 될 수 없다는 것이 하나의 원리로 자리를 잡게 되었다.⁵⁾ 미합중국의 경우에도 이러한 것들이 이론적 배경이 되어 1803년 *Marbury v. Madison* 사건의 판결에서 사법심사제도를 인정하기에 이르렀다.⁶⁾

아무튼 이런 내용의 美合衆國의 立憲主義는 근대 유럽의 입헌주의국가의 탄생과 발달에 큰 영향을 미쳤고, 20세기 초 신생국의 탄생에도 많은 영향을 미쳤다. 헌법에 權利章典이 명문화되고, 이를 보장하기 위하여 司法審査制度가 보장된 것은 이러한 영향이라고 평가할 수 있다. 近代 國民國家가 생겨난 이후 현재까지 각 나라마다 헌법에서 정하고 있는 기본권보장의 체계와 사법심사의 구체적인 형태에서는 다소의 편차를 보이지만 그 전체적인 이념과 가치적인 기초는 미합중국으로부터 수입한 것이라고 할 수 있다.⁷⁾ 예컨대 제2차 세계대전 이후 탄생한 우리나라의 헌법과 헌법이론에 적지 않게 영향을 미치고 있는 독일에서의 기본권의

491쪽 참조.

4) A. Hamilton(註 3), 492쪽 참조.

5) Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective* (Oxford/ New York/ Toronto: Oxford University Press, 1989/1991), 117쪽 이하 참조. 입법권의 행사는 보다 상위에 있고 보다 영원한 법에 종속된다고 하는 믿음인 'Higher Law'의 관념은 명명인 psephisma는 형식이나 내용에서 헌법인 Nomoi에 위반될 수 없다고 한 古代 그리스시대까지 거슬러 올라간다. 오래 가지 못하는 인간이 만든 법과 우주의 보편적이고 자연적이며 신성한 不變의 법을 구별한 그리스시대의 사상은 서구사상의 근본 바탕이 되었다. 이러한 'Higher Law'의 관념은 中世의 敎父哲學과 스콜라철학을 거쳐 프랑스의 Parlements, 영국의 court of equity, 近代 계몽주의철학에 이르기까지 이어져 내려왔다. 이러한 'Higher Law'의 관념은 헌법재판의 사상적인 기초를 이루었다. M. Cappelletti, 같은 책, 121쪽 이하, 148쪽 이하 참조.

6) 司法審査制度의 역사를 보면 1803년 이 판결이 있기 전에도 A. Hamilton의 이론과 함께 프랑스 혁명 당시 1795년 憲法을 둘러싼 논의중 E.-J. Sieyès의 憲法陪審의 구상에서도 違憲審査權이 인정되었다. C. Starck, "Die Verfassungsauslegung," J. Isensee/P. Kirchhof(Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. VII.(Heidelberg: C. F. Müller, 1992), 196쪽; 浦田一郎, 「シェ-スの憲法思想」(東京: 勁草書房, 1987), 232쪽 이하 참조. 헌법적인 사안(matters relating to the constitution)에 대한 재판인 國事裁判의 개념은 이미 Aristoteles가 그의 「政治學」에서 재판의 관할을 논한 부분에서도 나타나 있다. Aristotle, *The Politics*(T. A. Sinclair trans., London: Penguin Books, 1962/1981), 289쪽 참조. 미합중국의 사법심사제도는 미합중에서 자생한 것이 아니라 유럽의 사상과 식민지시대의 경험에 바탕을 두고 있다. 이와 관련하여 미합중국의 사법심사의 이념적·원리적인 바탕이 무엇이나 하는 문제에 관하여는 1610년 영국에서 있었던 Dr. Bonham's Case에서 전개한 E. Coke의 'higher law' 이념이라고 보는 견해도 있고 미합중국 헌법의 이념적 바탕이 된 자연법론자들의 자연법 이념이라고 하는 견해도 있다. 權寧高, 「高次法思想과 司法審査의 制度化」, 『公法研究』第25輯 第4號(1997. 6.), 39쪽 이하; 金雲龍, 「司法審査論」(서울: 三知院, 1998), 38쪽 이하, 46쪽 이하 참조. M. Cappelletti는 'Higher Law'의 법리는 세속적이든 신성한 것이든 기본적으로 자연법이론에 뿌리를 두고 있다고 본다. M. Cappelletti(註 5), 117쪽 참조.

7) M. Cappelletti(註 5), 120쪽 참조.

보장과 헌법재판제도 등도 그 연원을 따져 보면 미합중국의 그것과 끈이 닿아 있다.⁸⁾ 물론 각 나라마다 기본권의 보장은 1789년 프랑스 인권선언에서도 강한 영향을 받았기 때문에 독일 역시 그 예외는 아니지만 독일이 미합중국의 영향도 받았음은 부인할 수 없다. 독일의 경우 헌법이 보장하고 있는 권리와 자유가 입법권에 의해 침해될 수 없도록 보장하는 제도가 필요하다는 것은 1848년의 Frankfurt憲法案이나 비스마르크帝國(Bismarck Reich)에서 1879年帝國最高裁判所(Reichsgericht)가 설립되면서 논의되기도 하였다.⁹⁾ 이러한 것은 1919년에 제정된 바이마르憲法の國事裁判所制度를 거쳐 1949년의 Bonn基本法の 제정으로 憲法裁判의 꽃을 피웠다.

이 글에서는 聯邦最高法院이 司法審査權을 행사하는 실제의 과정과 그 구체적인 내용을 자세히 살펴보고자 한다. 이것은 美合衆國 聯邦最高法院을 이해하는 데도 목적이 있지만, 더 중요한 것은 헌법재판소가 헌법재판을 하는 우리나라 헌법재판의 실제와 관련하여 살펴봄으로써 우리의 제도에 관한 더 나은 전망을 가지고 현재의 제도와 그 운용에서 앞으로 발전시켜 나갈 방향과 대안을 모색하는 데 취할 것이 있는지를 찾아보는데 있다.

II. 聯邦最高法院과 司法審査

미합중국의 聯邦最高法院은 聯邦議會, 聯邦行政府와 同列의 地位에 있는 憲法機關이다. 연방최고법원이 이런 동열의 지위를 가지게 된 것은 John Marshall(1755-1835)이 연방최고법원장으로 재직하던 시절(chief justice로 재직한 기간은 1801년부터 1835년까지 이다)인 1803년에 *Marbury v. Madison* 사건을 통하여 연방최고법원이 司法審査(Judicial Review)를 그 管轄 事項으로 만들면서 시작되었다. 연방최고법원은 이런 사법심사권을 행사하여 대통령의 행위나 의회의 행위에 대하여 위헌여부를 결정한다. 이러한 점에만 국한해보면 연방최고법원이 실정헌법하에서 가장 강력한 권한을 가진 국가기관으로 보이기도 한다. 조직이나 인원이나 예산에서 보면 연방의회나 연방행정부와 비교하기도 어려운 처지에 있고, 民主的 正當性이라는 헌법원리에서 보면 국민에 의해 직접 선출된 연방대통령이나 연방의회와 비교하여 낮은 수준에 있지만, 국가최고규범인 헌법을 해석하여 한 나라의 헌법질서를 형성해가는 과정을 보면 연방최고법원은 강력한 권력을 가진 기관임에는 틀림이 없다. 연방최고법원의

8) M. Cappelletti(註 5), 118쪽 참조. 이 뿐만 아니라 연방제도, 국가제도 등 여러 가지에 있어서 독일은 미합중국으로부터 적지 않은 영향을 받았다. 따라서 미합중국과 독일을 서로 비교하는 연구는 양국의 연구자들에 의해 활발하게 진행되고 있다. 예컨대 Hermann Wellenreuther, "German-American Constitutional History-The Past and Present," Hermann Wellenreuther(ed.), *German and American Constitutional Thought*(New York/Oxford/Munich: Berg, 1990), 1쪽 이하 참조.

9) 독일의 헌법재판제도를 미합중국의 사법심사제도에 비추어 발달사적 맥락에서 논의한 것으로는 Gertrude Lübke-Wolff, "Safeguards of Civil and Constitutional Rights-The Debate on the Role of the Reichsgericht," H. Wellenreuther(註 8), 535쪽 이하 참조.

이런 강력한 司法審査權의 행사와 그 기관 구성이 民主的 正當性을 확보하고 있으나 하는 문제에 관한 논의는 입헌주의와 민주주의의 관계를 어떻게 이해할 것인가 하는 문제를 놓고 오랜 논쟁을 거치면서도 충분히 해결되지 않은 상태에 있지만,¹⁰⁾ 모든 국가기관을 기속하는 연방최고법원의 판결을 통하여 국가기관들의 행위를 통제하는 점에서는 立憲主義原理의 선명한 징표이기도 하다.

연방최고법원이 이런 강력한 권력을 행사하는 국가최고기관인 이상 國民主權原理과 立憲主義原理상 主權者의 지위에 있는 국민들은 그 권력의 행사를 상세히 알 수 있어야 하고, 그 권력의 행사는 국민의 통제를 받지 않으면 안된다. 따라서 연방최고법원의 권력행사도 연방 대통령이나 연방의회와 같이 국민의 시선속으로 들어 와야 한다. 그런데 재판이라는 司法權力의行使가 가지고 있는 속성중 判斷의 獨立性 保障이라는 요청으로 인하여 국가권력의 행사에 있어서 透明性의 保障이라는 요청과 갈등을 빚기도 한다. 이 양자의 조화가 실현된다면 판단의 독립성과 투명성의 보장이라는 가치가 모두 현실에서 구현되겠지만, 국가권력의 행사에서 나타나는 權力性으로 인하여 판단의 독립성을 빙자하여 투명성의 보장이라는 가치가 제한되기도 한다.

연방최고법원이 司法審査權을 행사하는 과정은 그 내부에 있는 사람들이 가장 잘 알고 있지만, 그 직무상의 비밀의 보장이라는 요청이 있기 때문에 외부에서 이들만큼 알기란 거의 불가능하다. 미합중국에서도 연방최고법원은 어느 헌법기관보다도 외부에 덜 알려져있고, 국민의 접근이 쉽지 않다. 그러나 미합중국에서는 연방의 다른 헌법기관의 행동과 권한의 행사가 국민에게 공개되어야 하듯이 연방최고법원도 그 기능의 중요성에 비추어 국민들이 알고 있어야 하는 요청으로 인하여 학문적인 영역에서는 여러 시도들이 있었다. 특히 정치학자들은 연방최고법원에 대하여 경험적인 연구를 시도하여 그 권력 행사의 배일을 벗기려도 노력하였다. 그러나 재판이라는 기본적인 속성으로 인하여 경험적으로 관찰하고 해부하는 것에

10) Cass R. Sunstein, "Constitutions and democracies," John Elster and Rune Slagstad(eds.), *Constitutionalism and Democracy*(Cambridge: Cambridge University Press, 1988), 336쪽 이하; 金靈龍(註 6), 392쪽 이하; 尹明善, "美國의 司法審査制와 人權," 「美國憲法研究」 제3호(1992), 117쪽 이하, 122쪽 이하; 阪口正二郎, "立憲主義と民主主義 1," 「法律時報」 70권1호(1997. 12.), 47쪽 이하; "立憲主義と民主主義 2," 「法律時報」 70권2호(1998. 1.), 68쪽 이하; "立憲主義と民主主義 3," 「法律時報」 70권3호(1998. 3.), 95쪽 이하 참조. 司法審査와 民主主義의 관계 문제는 法治主義와 民主主義의 관계, 좁히면 立憲主義와 民主主義의 관계에 관한 논의와 직결되어 있다(민주주의를 다원주의적인 시각으로 이해하는 견해(pluralist democracy)는 입헌주의와 친해하게 대립한다). 법치주의와 민주주의는 통합(synthesis)될 수 있으나, 이 둘이 통합될 수 없다면 양자는 화해할 수 있는 것이나, 그것도 아니면 양자는 대립하는 것이나 하는 것에 대한 논의는 지금까지 여전히 전개되고 있다. 이 문제는 國家와 社會 그리고 양자의 관계를 어떻게 이해할 것이냐 하는 문제와도 연결되어 있다. 미합중국에서는 헌법 제정 당시 이미 존재하였던 민주주의와 입헌주의의 갈등은 민주주의에 더 큰 비중을 둔 T. Jefferson과 입헌주의에 더 큰 비중을 둔 J. Madison의 사상적인 대조에서도 대표적인 형태를 찾아볼 수 있다. Francis Sejersted, "Democracy and the rule of law," J. Elster and R. Slagstad(eds.), 같은 책, 131쪽 이하; Bruce A. Ackerman, "Neo-federalism," J. Elster and R. Slagstad(eds.), 같은 책, 153쪽 이하; Stephen Holmes, "Precommitment and the paradox of democracy," J. Elster and R. Slagstad(eds.), 같은 책, 195쪽 이하; C. R. Sunstein, 같은 논문, 327쪽 이하 참조.

있어서는 많은 한계에 직면하였다. 그래서 현재까지 미합중국에서 연방최고법원이 어떠한 일을 어떻게 처리하는지에 대해서는 정치학자들의 경험적인 연구와 재판관이나 연구관 등 최고법원에서 일했던 당사자들의 진술이나 자서전, 회고록, 언론사 기자들의 취재 등을 통해서만 알 수 있는 정도에 그치고 있다.¹¹⁾

어느 나라나 재판기관은 그 독립성의 보장이라는 메커니즘으로 인하여 실제와 일치하든 일치하지 않든 간에 많은 부분에서 神性視되어 있다. 재판을 하는 재판관의 경우도 그가 사람인 점에서는 보통 사람과 다른 점이 없음에도 불구하고 그의 활동이 대중의 시선으로부터 가리워져 있어 흔히 보통 사람과는 본질과 속성에서 다른, 무엇인가 신성한 임무를 수행하는 숭고한 지위에 있는 특별한 인간으로 그려지고 때로는 사실과는 다르게 神秘化되고 과장되기도 한다. 그러나 이런 신성함이라든지 신비감이 도는 다소 과장된 분위기와 덧칠된 표피를 걷어내고 실체에 다가가 보면 재판관들도 보통 사람들과 같이 각자의 개성, 가치관, 성장 및 출신 배경, 편견, 선입견 등을 가지고 있다. 이미 재판관이 되기 이전에 각자 자기의 가치관과 세계관을 가지고 그 사회의 일정한 세력과 관계를 형성하고 활동하였을 뿐 아니라 자기가 지지하는 정치세력이나 정당파도 직접 또는 간접으로 연관을 맺어 왔고, 사회의 다양한 계층 가운데 자기를 지지하거나 자기가 호감을 가지는 계층의 이익을 실현시키려고 노력하기도 했다. 다만 재판관의 경우 이런 특색들이 직무의 수행에서 정치인들과 다르게 나타나는 것은 裁判이라는 과정을 통하여 다듬어지기 때문이다. 실제 재판에서는 헌법의 해석에 있어 재판관 개인의 가치관이나 태도가 상당한 영향을 끼치지만 상대적이나마 客觀性을 확보하고 있는 법의 원리들과 이론들과 先例들이 있기 때문에 이런 주관적인 요소는 정치적인 활동보다는 강한 견제를 받는다. 물론 재판 과정에서 다양한 가치관과 관점을 가진 재판관들은 서로 갈등, 대립, 설득, 타협 등을 통하여 일정한 결론에 도달한다. 이런 점은 어느 나라에서나 별반 차이가 없이 나타난다. 이 점은 각 나라의 구체성과 특수성에 의해 결정되는 부분이라기 보다는 인간이라는 본질의 문제이기 때문이다. 미합중국의 경우에도 마찬가지이다. 따라

11) 연방최고법원의 내부의 사정에 관해서는 연방최고법원 재판관들에 대한 전기나 자료를 통해서도 알 수 있다. 미합중국의 경우에는 재판관들에 관한 전기나 자료가 많이 출간된다. 이런 자료들이외에 연방최고법원의 활동에 관한 것으로는 예컨대 Phillip J. Cooper, *Battles on the Bench: Conflict Inside the Supreme Court*(Lawrence: University Press of Kansas, 1995); Rodney A. Smolla(ed.), *A Year in the Life of the Supreme Court*(Durham/London: Duke University Press, 1995); Lawrence Baum, *The Supreme Court*, 3rd ed.(Washington, D.C.: Congressional Quarterly Press, 1989); William Rehnquist, *The Supreme Court: How It Was, How It Is*(New York: William Morrow, 1987); Henry Abraham, *The Judicial Process*, 5th ed.(New York: Oxford University Press, 1986); Bruce Murphy, *The Brandeis/Frankfurter Connection*(New York: Oxford University Press, 1982) 등이 있다. 이런 작업과 관련하여 획기적인 업적으로 평가를 받는 것으로는 탁월한 능력을 가진 기자들이 쓴, Bob Woodward/Scott Armstrong, *The Brethren: Inside the Supreme Court*(New York: Simon and Schuster, 1979)를 들 수 있다. 이 책은 저자들이 200여명이 넘는 관련 인사들을 인터뷰하고 자료를 분석하여 1969년 개정기에서 1975년 개정기까지의 연방최고법원의 내부의 일들을 재구성하여 낸 것이다. 이 책은 국내에서도 2권의 책으로 번역되어 있다. 안경환(옮김), 「판사가 나라를 잡는다:연방대법원비사」(서울: 철학과현실사, 1995), 안경환(옮김), 「판사가 나라를 살린다:연방대법원비사」(서울: 철학과현실사, 1996)을 보기 바람.

서 이런 점을 직시하면 사실 재판기관이나 재판관들의 활동이 신비화될 이유는 없다. 대통령과 의회의 활동에 대해서는 시시콜콜한 이야기까지 언론매체나 각종의 정보전달매체를 통하여 알려지지만 연방최고법원의 경우에는 이와 달리 이런 대중적인 정보전달매체의 접근이 수월하지 않다. 이런 가운데에서 재판기관의 활동을 대중의 시선으로 효과적으로 끌어들이는 것중의 하나는 이른바 '법원 감시'(court watch)활동이다.¹²⁾

이에 더하여 재판의 실체를 보면 보통의 사람들이 일상의 직업적 활동에 시달리듯이 재판관들도 실로 부담이 큰 재판업무에 시달리고 있다. 엄청나게 많이 쏟아져 들어오는 사건들을 처리하는 일을 가까이에서 보면 신성한 일이라는 느낌을 주기보다는 重勞動이라는 느낌을 준다. 어느 재판기관이나 정도에서 차이가 있을 뿐 이런 사건의 부담에서 시달리는 것은 마찬가지이다. 미합중국 연방최고법원의 경우도 그 예외는 아니다. 연방최고법원의 일 가운데 가장 중요한 것이 연방최고법원이 심사하기에 가장 가치가 있는 사건을 선별하는 일인데, 가령 1975년에서 1995년 사이 연방지방법원에 계류된 新件만 해도 160,602건에서 294,123건으로 증가하였다. 이런 사건의 더미에서 聯邦最高法院은 심사에 가장 적합한 사건을 골라야 한다. 뿐만 아니라 연방최고법원에 바로 청구되는 사건도 점점 증가하여 1996년까지 매년 7,000여건에 이르는 수의 사건이 심사청구를 구하였다. 해가 갈수록 연방최고법원에 점점 많이 들어오는 사건들을 어떻게 효과적으로 처리할 것인가 하는 것이 중요한 과제로 되어 있다.¹³⁾ 사건의 수가 증가함으로써 업무부담이 가중되는 상황에서도 연방최고법원은 사건을 모두 재판관 전원이 구성원이 되는 全員合議體(full membership)로 운영하기 때문에 사건처리의 부담은 중대한 문제가 아닐 수 없다. 이러한 업무의 가중은 재판관에게도 過負荷를 걸리게 하지만 연구관에게는 더욱 큰 업무부담을 안겨준다.¹⁴⁾

1970년대와 1980년대에는 이런 문제를 해결하기 위한 하나의 방안으로 연방항소법원과 연방최고법원사이에 새로운 審級의 법원을 설치하여, 事件移送命令申請事件에 대해 연방최고법원을 대신하여 사전에 검토하거나 또는 연방최고법원의 전체적인 심사절차를 거칠 만큼 중요하지 않은 사건을 직접 처리하는 구상이 제기되기도 하였다. 이런 새로운 법원의 설치의 문제는 기존의 사법제도의 구조를 기본적으로 변경하고 또 그 여파가 어떻게 나타날지도 몰

12) 이런 법원 감시 활동이라는 형태를 통하여 연방최고법원의 활동에 자세히 접근한 최근의 것으로는 R. A. Smolla (註 1)의 책을 들 수 있다. 이 책은 연방최고법원의 재판관들을 이념적 색깔상 Antonin Scalia(1936-) 재판관을 가장 보수적인(conservative) 쪽에, Harry Andrew Blackmun(1908-) 재판관을 가장 진보적인(liberal) 쪽에 놓고, 1992년부터 1993년 기간 사이 다양한 직업을 가진 보통 사람들이 주요 사안별로 재판관들의 활동을 관찰한 결과를 실고 있다.

13) Joan Biskupic/Elder Witt, *Guide to the U.S. Supreme Court*, 3rd ed., Vol. II(Washington, D.C.: Congressional Quarterly Inc., 1997), 787쪽 이하 참조. 1987년 기준으로 W. H. Rehnquist는 연간 평균 사건이 송명령신청사건은 4,000여건에 달했는데 이 가운데서 150여건이 심사에 회부된다고 하였다. 사건이송명령신청사건은 연중 계속 연방최고법원에 접수되어 쌓이는데 주당 평균 80-100여건에 달하는 것이다. W. H. Rehnquist(註 11), 253쪽 참조.

14) Richard A. Posner, *The Federal Courts*(Cambridge, MA/London: Harvard University Press, 1996), 79쪽 이하 참조.

라서 논란을 거듭하다가 의회에 법안을 제출하는 단계까지는 가지 못하고 논의하는 수준에 그쳤다. 이런 새로운 법원의 설치가 '唯一의 聯邦最高法院(one Supreme Court)'을 정하고 있는 美合衆國聯邦憲法 Art. III, Sec. 1의 규정에 위반되는지의 여부도 논란의 대상이 되었다.¹⁵⁾ Richard A. Posner는 연방최고법원에 물려드는 사건을 줄일 직접적인 통제방법은 없다고 하면서 訴訟費用과 司法審査에 회부할 사건을 결정하는 것 2가지의 길에서 통제하는 간접적인 방법이 효과적이라고 한다.¹⁶⁾ 이러한 것은 연방최고법원에서 판결한 그간의 대부분 사건이 憲法事件이고 따라서 연방최고법원이 憲法裁判所(constitutional court)로 자리잡은 성격상의 중요한 변화에 주목하여 사법심사에 회부할 사건을 결정함에 있어 헌법적으로 중요한 의미를 가지는 사건으로 제한하자는 취지이다.¹⁷⁾ 아무튼 사건 부담의 가중은 현재도 여전히 연방최고법원이 해결해야 하는 큰 과제가 되어 있다. 1997년 5월에 연방최고법원은 규칙을 개정하여 그간 있었던 閉延期를 폐지하고 연중 개정하기에 이르렀다.

III. 聯邦最高法院의 管轄과 節次

1. 管轄

美合衆國聯邦憲法(The Constitution of the United States)은 Article III, Section 2, Clause 2에서 연방최고법원이 제1심으로 다루어야 할 고유관할사항에 대하여 명시하고 있다. 연방최고법원은 대사, 기타 외교사절 및 영사에 관한 모든 사건과 州가 당사자인 사건을 제1심의 고유관할로 관장한다. 연방최고법원이 제1심 관할사항에 대하여 재판하는 이러한 경우가 흔하게 발생하지는 않는다. 이에 대한 상세한 절차는 聯邦最高法院規則(Rules of the Supreme Court of the United States, Effective may 1, 1997, Amendments received to January 5, 1998. 이하 "U.S.Sup.Ct."로 표시한다.) Rule 17에서 정하고 있다. 이러한 제1심 관할사건이외에 어떤 사건이 하급심 법원에서 올라와 연방최고법원의 사법심사에 이르는 과정은 여러 경우가 있다. 이러한 절차에는 事件移送命令申請(petition for writ of certiorari), 上告(appeal), 聯邦抗訴法院의 審判提請(request for certification)이 있다.

事件移送命令申請에서는 연방최고법원이 당해 신청을 받아들일 것인가의 여부를 결정하여 신청을 받아들인 사건에 대해 심사를 한다. U.S.Sup.Ct. Rule 10에서는 연방최고법원이 신청을 받아들여 事件移送命令書(writ of certiorari)를 발부할 것인지는 權利(right)의 문제గా 아니고 司法裁量(judicial discretion)의 문제라고 정하고 있다. 이러한 신청은 연방최고법원

15) Lawrence Baum, *American Courts: Process and Policy*, 3rd ed.(Boston: Houghton Mifflin Company, 1994), 37쪽 참조.

16) Richard A. Posner(註 14), 82쪽 참조.

17) Richard A. Posner(註 14), 83쪽 참조.

의 심사가 必要不可缺하다는 이유(“compelling reasons”)가 있는 경우에 한하여 받아들여진다.¹⁸⁾ 사건이송명령신청의 수리여부의 판단에 있어 하급심 법원의 기록이 필요한 경우에는 당사자의 신청이나 연방최고법원의 요청에 의해 연방최고법원에 기록이 송부된다. 사건이송명령신청에는 申請期間이 있다. 이 신청기간을 초과하면 접수가 거부된다. 연방최고법원은 이러한 기간의 연장을 허가 할 수 있다. 이러한 신청기간은 U.S.Sup.Ct. Rule 13; 28 U.S.C. § 2101(c)에서 정하고 있다. 申請人은 자기의 사건에 대해 연방최고법원이 심사를 하여야 하는 理由, 쟁점등을 실시하여 U.S.Sup.Ct. Rule 14에서 정하고 있는 바에 따라 신청서를 작성하여야 한다. 被申請人도 신청인의 신청서에 대해 반대준비서면, 보충서면 등을 제출할 수 있다. 이 신청이 받아들여지면, 연방최고법원은 해당 사건의 기록이 있는 하급심 법원에 대해 해당 사건의 기록을 送付할 것을 요구한다. 사건이송명령절차에서 記錄 送付의 命令에 있어서는 특별한 지시가 없는 한 公式 命令書(formal writ)는 발부하지 않는다(U.S.Sup.Ct. Rule 16.2.). 聯邦抗訴法院에 係屬중인 사건이나 아직 판결이 선고되지 아니한 사건을 대상으로 하는 사건이송명령신청은 통상의 항소심절차를 벗어나야 할 公的인 重要性和 연방최고법원으로부터 판결을 받아야 할 急迫한 사정이 있는 경우에 한하여 인정된다(U.S.Sup.Ct. Rule 11).

上告는 聯邦抗訴法院(Court of Appeals), 聯邦特別抗訴法院(Court of Appeals for the Federal Circuit, Intelligence Surveillance Court of Review, Court of Military Appeals), 聯邦地方法院(U.S. district court), 州最高法院(state supreme court)으로부터 聯邦最高法院에 제소하는 절차를 말한다. 연방최고법원이 상고의 재판 관할권을 가지는 근거는 연방헌법 Article III, Section 2, Clause 2에 명시되어 있다. 州의 사법절차에서 연방최고법원으로 올라오는 사건은 聯邦法이 특별히 정하는 경우에만 인정된다.¹⁹⁾ 연방지방법원급에 해당하는 것

18) 事件移送命令申請이 聯邦最高法院이 심사하여야 할만큼 필요불가결한 것인가는 연방최고법원의 재판관이 판단하지만, 聯邦最高法院規則 제10조는, 연방최고법원이 이러한 판단을 할 때 아래의 경우를 고려할 것을 요구하고 있는데, 그 경우란 (a) 어떤 聯邦抗訴法院이 같은 사안에서 다른 연방항소법원의 판결과 배치되는 판결을 하거나 또는 중요한 연방문제에 대하여 州의 최종심 법원의 판결에 반하여 판결한 경우와 관행으로 인정된 소송절차에서 스스로 이탈하거나 하급심 법원이 이렇게 이탈한 것을 받아들여 연방최고법원의 감독권의 행사가 필요하다고 판단되는 경우, (b) 州의 최종심 법원이 중요한 연방문제에 관하여 다른 州의 최종심 법원의 판결이나 연방항소법원의 판결과 배치되는 판결을 한 경우, (c) 州의 법원이나 연방항소법원이, 연방최고법원이 아직 판결한 적이 없는 연방법상의 중요한 문제에 있어 연방최고법원의 판단이 필요한 사안에 대해 판결하였거나 중요한 연방문제에 대해 연방최고법원의 판례와 배치되게 판결한 경우이다. 이러한 경우를 고려하는 것은 聯邦最高法院規則에서 정한 일정한 가이드라인이고 연방최고법원이 그의 裁量權을 행사함에 있어 구속되거나 이에 전적으로 따라야 하는 것은 아니다(U.S.Sup.Ct. Rule 10.).

19) 聯邦特別抗訴法院에는 Court of Appeals for the Federal Circuit, Intelligence Surveillance Court of Review, Court of Military Appeals이 있는데, 聯邦特別地方法院인 Court of Veterans Appeals, Court of International Trade, Claims Court의 판결에 대한 항소는 Court of Appeals for the Federal Circuit에 제기한다. 聯邦地方法院(District Court)에서 Court of Appeals for the Federal Circuit에 항소하는 경우도 있다. 聯邦特別地方法院인 Tax Court, Rail Reorganization Court의 판결에 대한 항소는 聯邦抗訴法院에 제기한다. 물론 聯邦地方法院의 판결에 대한 상소는 대부분 聯邦抗訴法院에 제기한다. 聯邦特別地方法院인 Intelligence Surveillance Court의 판결에 대한

으로 2인의 연방지방법원판사와 1인의 연방항소법원의 판사로 구성되는 Three-Judge District Courts가 있는데, 이 법원의 판결에 대해서는 연방최고법원에 바로 상고할 수 있다.²⁰⁾ 법에 의해 연방지방법원으로부터 연방최고법원으로 바로 상고하는 것이 인정되는 경우 이에 관한 절차에 대해서는 U.S.Sup.Ct. Rule 18에서 상세히 정하고 있는데, 상고기간이 정해져 있고, 기간의 연장은 인정되지 않는다.

상고를 제기함에 있어 上告人은 왜 자기의 사건이 연방최고법원의 재판을 받아야 하는 관할에 해당하는지를 開陳하여야 한다. 사건이송명령사건의 경우와 상고사건의 경우를 비교할 때 가장 큰 차이점은 사건이송명령사건의 경우에는 그 신청을 수리할 것이냐에 대한 판단을 함에 있어 법원이 전적인 裁量을 가지지만, 상고사건의 경우에는 반드시 수리하여 판결하여야 한다는 점이다. 다만 Three-Judge District Courts로부터 올라온 상고에 대해서는 그 심사여부에 대한 판단에서 연방최고법원은 재량을 가진다.²¹⁾ 수리된 상고사건에 대해서는 부적법한 경우와 연방최고법원이 판단하기에 부적합한 것은 배척한다. 이러한 상고사건은 드물게 생긴다. 연방최고법원의 사법심사에 부쳐지는 대부분의 사건은 事件移送命令에 의해 연방최고법원에 올라온 사건이다.

聯邦抗訴法院(Court of Appeals)이 특별한 경우 사건을 처리함에 있어 법률상의 의문점이나 주장(questions or propositions of law)에 대해 연방최고법원의 확정적인 답변(certificates)을 구하는 審判提請을 하면 연방최고법원이 이에 대해 확정하는(certify) 심판을 하는 경우가 있다. 이러한 답변을 함에 있어 연방최고법원은 사실문제에 대해 판단할 수 없고, 단지 법률상의 의문점이나 주장에 대해서만 판단할 수 있다. 연방항소법원이 어떠한 법률상의 의문점에 대해 확정할 경우 연방최고법원은 직권 또는 당사자의 신청에 의해 사건의 전부에 대해 심리하고 그에 대해 결정할 수 있다(U.S.Sup.Ct. Rule 19.1,2). 이러한 경우는 매우 드물게 있다.

연방최고법원은 이러한 관할 사항이외에 28 U.S.C. § 1651(a), § 2241, § 2254(a)에 의해 禁止令狀(writ of prohibition), 職務執行令狀(writ of mandamus), 人身保護令狀(writ of habeas corpus)을 발할 수 있는데, 이러한 것은 사법심사의 범주에 들어가지 않는다. 이에 대해서는 U.S.Sup.Ct. Rule 20에서 상세히 정하고 있다.

2. 開廷期

항소는 Intelligence Surveillance Court of Review에 제기하고, 같은 聯邦特別地方法院인 Lower Military Courts의 판결에 대한 항소는 Court of Military Appeals에 제기한다. L. Baum, *American Courts*(註 15), 28쪽 이하, 36쪽 이하 참조.

20) L. Baum, *American Courts*(註 15), 30쪽 이하, 36쪽 참조.

21) Geoffrey R. Stone/Louis M. Seidman/Cass R. Sunstein/Mark V. Tushnet, *Constitutional Law*, 2nd ed. (Boston/Toronto/London: Little, Brown and Company, 1991), 125쪽; L. Baum, *American Courts*(註 15), 36쪽 참조.

美合衆國 聯邦最高法院은 종래 우리나라의 경우와 다르게 일정한 기간동안만 재판을 하고, 일정한 기간은 법원이 쉬는 기간으로 정해두고 있었다. 법원이 재판업무를 행하는 공식적인 기간을 開廷期(annual term)라고 하는데, 28 U.S.C. § 2에 의해 10월 첫 月曜日에 시작하는 것으로 정해져 있다(그래서 '10월 開廷期'(October term)라고도 부른다).²²⁾ 종래 하계폐정기를 고려하면 연방최고법원이 일하는 전체 기간은 9개월이었다. 그런데 1997년 5월 1일부터 효력을 발한 聯邦大法院規則에 의하면 개정기를 10월 첫 월요일에서 다음해 10월 첫 월요일 바로 전날까지로 개정하였다(U.S.Sup.Ct. Rule 3). 따라서 연방최고법원의 공식적인 업무는 항상 그해 10월 첫 월요일에 시작한다. 每年 개정기의 末日에 처리되지 못한 사건은 다음해 개정기로 移越한다(U.S.Sup.Ct. Rule 3). 이러한 규칙의 개정으로 종래 있었던 夏季閉廷期나 特別開廷期는 이제 필요가 존재할 여지가 없게 되었다. 모든 사건은 연중 열리는 개정기에 처리된다.

10월 첫 월요일을 업무를 시작하는 날(opening day)로 잡는데 있어서는 변천이 있었는데, 1917년부터 1975년까지는 첫날과 그 주일에는 裁判官會議가 열려 前年の 개정기에 처리하지 못한 사건이나 夏季閉廷期에 접수된 사건들에 대해 논의하고, 둘째주 월요일에 口頭辯論을 듣기로 결정한 사건들을 선언·공표했다. 그러던 것이 1975년 개정기부터는 관례가 바뀌어 9월 마지막 주에 이런 첫 재판관회의를 열고 1975년 10월 첫 월요일에 바로 구두변론을 시작하였다. 이것은 공식적인 개정기가 시작하면서 곧바로 재판관들이 재판업무에 착수하는 것을 의미하는데, 세월이 지나면서 사건의 증가로 인하여 연방최고법원이 더 이상 한가롭지 못하게 되었음을 보여준다. 연방최고법원이 출범하던 최초의 개정때에는 한건의 계류된 사건도 없었을 정도로 한가로웠기 때문에 재판관들이 뉴욕시에 모두 도착하기를 기다리느라 개정일을 하루 늦추기도 했고, 군중들이 법정에 모인 가운데 業務開始의 의식을 치렀는데, 그때와 비교하면 그간 많은 변화가 있었다. 開廷期 동안에는 口頭辯論(oral argument), 裁判官會議(conference), 意見의 作成(writing of opinions), 判決의 宣告(announcement of decisions) 등이 행해진다.²³⁾ 종래 있었던 特別開廷期는 정규의 개정기가 종료하였지만 다음 개정기까지 미루어서는 안되는 긴급한 사건을 처리하여야 하는 경우 재판관들에 의해 소집되는 것이었다. 연방최고법원이 연중 개정되지 아니하는 과거의 시스템에서는 당연히 있을 수 있는 것이었다. 이런 경우는 예외적인 것이어서 미합중국의 裁判史에 있어서도 지금까지 *Ex parte quirin*(1942), *Rosenberg v. United States*(1953), *Cooper v. Aaron*(1958), *O'Brien v. Brown*(1972) 등 4건의 사건이 있었을 뿐이다. 개정기가 진행되는 연장선상에서 閉廷宣言을 늦추면서 사건을 처리하는 경우에는 여전히 법정이 열린 상태에 있으므로 위에서 보았듯

22) 개정기의 개시일에 대해서는 연방최고법원이 생긴 후 여러 차례의 변동이 있었는데, 현재의 10월 첫 월요일에 개정기가 시작되는 것은 1917년부터이다. 자세한 것은 J. Biskupic/E. Witt(註 13), 788쪽을 보기 바람.

23) J. Biskupic/E. Witt(註 13), 789쪽, 791쪽 참조.

이 특별개정기를 따로 소집하는 절차가 필요없었다. 정규의 9개월 동안의 개정기가 지났음에도 폐정선언을 늦추면서 처리한 사건 가운데 중요한 것으로는 *Wilson v. Girard*(1957), *New York Times v. United States*(1971), *United States v. Washington Post*(1971), *United States v. Nixon*(1974), *Dames & Moore v. Regan*(1981) 등이 있었다.²⁴⁾

1997년 5월 1일 聯邦最高法院規則이 개정되기 전 재판업무를 하지 않는 夏期の 3개월 동안의 기간을 夏期閉廷期(summer recess)라고 하였다. 하기폐정기에 대해서는 법률이나 연방 최고법원규칙등이 정하고 있지 않았지만, 대체로 개정기에 처리하는 마지막 사건의 변론이 끝나는 6월말이나 7월초에 시작하였다. 사건의 증가로 인하여 이런 하기폐정기에 들어가는 날짜는 점차 늦추어지는 경향이 있었다. 예컨대 1955년에는 하기폐정기가 6월 6일에 시작하였지만 1990년대 중반에 와서는 6월 마지막 주에 이르기까지 폐정기에 들어가지 않았다. 그리고 1979년까지는 하기폐정기에 들어갈 때 실제로 최고법원장(chief justice)이 公開法廷에서 사건의 처리가 종료되었음과 계류된 사건은 다음의 개정기로 移越된다는 취지의 閉廷宣言을 하였다. 그러던 것이 1979년 이후로는 재판관들이 개인별로 정기 휴가를 가는 것이외에는 일년 내내 개정기가 계속되었다. 예컨대 1994년의 개정기를 보면 그 다음해인 1995년의 10월 첫 월요일이 될 때까지 이런 閉廷宣言이 없었다. 이런 경우에는 법정이 폐정되지 않았기 때문에 夏期에 특별히 사건을 처리하기 위한 경우에 법정을 여는 特別開廷期(special term)는 소집할 필요도 없었다.²⁵⁾ 이런 폐정기가 있었을 때에도 완전히 재판업무가 중단되고 재판관들이 일을 하지 않는 것은 아니었다. 폐정기에 재판관들은 개정기 동안 심사청구된 사건을 배당받아 이를 검토하였다. 이 하기폐정기 동안 재판관과 연구관들은 새로 배당받은 이런 新件의 약 4분의 1을 검토하였다.²⁶⁾ 아무튼 연방최고법원이 해야 할 일이 많아짐에 따라 사실상 이런 하기폐정기는 유명무실하게 되어 이런 관례는 없어지게 되었고, 결국 개정된 聯邦最高法院規則에서 年中 開廷 시스템을 채택하기에 이르렀다.

IV. 司法審査節次의 段階과 實際

연방최고법원에 사건이 접수된 이후 판결을 선고하기까지 司法審査의 裁判이 진행되는 과정을 단계별로 나누어 보면 대체로 다음과 같은 단계로 구분할 수 있다.

1. 審判의 開示

연방최고법원에 사건이 접수되면 연방최고법원은 사법심사에 합당한지 아닌지를 판단하

24) J. Biskupic/E. Witt(註 13), 789쪽 참조.

25) J. Biskupic/E. Witt(註 13), 788쪽 passim.

26) J. Biskupic/E. Witt(註 13), 788쪽 passim.

여 受理할 것이냐 말 것이냐를 결정한다. 여기에는 연방최고법원의 管轄權의 範圍가 먼저 고려된다. 어떤 사건에 대해서 사법심사를 할 것이냐의 여부를 결정하는 것은 연방최고법원의 裁量에 속하는 것이지만, 이것은 美合衆國 聯邦憲法 Article III, Section 2에서 정하고 있는 것과 같이 헌법과 의회가 정하는 법률에 기속된다. 그러나 1925년 제정된 '司法에 관한 法律'(Judiciary Act)에 의해 연방최고법원은 어떤 사건에 대해 사법심사를 할 것인가를 결정하는 재량은 거의 무제한적인 것이라고 해도 좋을 정도로 광범하게 되었다. 사법심사가 행해지는 사건은 固有管轄(original jurisdiction)의 사건과 하급심 법원에서 올라온 사건이 있는데, 대부분 하급심 법원에서 올라온 사건이다.²⁷⁾ 하급심 법원에서 올라오는 사건의 대부분은 연방최고법원의 事件移送命令에 의해 이송된 사건이다.

사건이 접수되면 모든 사건은 裁判官이나 研究官들에 의해 검토가 이루어진다. 사건은 고유사건이 아닌한 모두 하나의 성격을 가진 사건으로 분류되는데, 다만 極貧者事件(in forma pauperis)의 경우에는 다른 사건 달리 事件番號의 表示에서만 다르게 표시된다. 연방교도소나 주교도소에 복역하고 있는 수형자들이 제기하는 형사사건이 극빈자사건의 80%를 차지한다. 1970년까지 극빈자사건은 따로 접수하여 분류하였으나 1970년 이후에는 일반 사건과 같이 접수하여 같이 처리하되 사건번호의 표시에서만 다르게 하고 있다. 극빈자사건에서 구두 변론을 열어 심리하는 경우는 흔하지 않다.²⁸⁾ 극빈자사건의 경우에는 5001번부터 번호를 매겨나간다. 나머지 사건은 1번부터 번호를 매겨나간다. 예컨대 1997년에 접수된 사건이라면 보통의 사건은 97-1로 시작하여 순서대로 사건번호를 매기고, 극빈자사건의 경우에는 97-5001로 시작하여 사건번호를 매긴다. 사건의 번호를 보면 사건분류상의 종류를 알 수 있다.

접수된 사건들중 어느 사건을 수리할 것인지의 여부를 판단하기 위해서는 일차적으로 사건에 대한 검토가 필요한데, 이러한 검토에 있어서는 모든 사건을 직접 검토하는 재판관이 있는가 하면 일부는 스스로 검토하고 일부는 연구관에게 검토를 시키는 경우도 있으며, 모든 사건에 대한 일차적인 검토를 연구관에게 시켜 要約報告書(brief memoranda)를 제출하게 하는 경우도 있다. 대체로 연구관에게 일차적인 검토를 시킨다. 접수된 사건을 재판관이 검토하든 연구관이 검토하든 아니면 서로 나누어 검토하든 사건은 모두 검토되는데, 접수된 사건을 모두 검토하여야 하는 것은 모든 재판관들이 모든 사건을 검토하여야 하는 책임이 있기 때문이다. 연구관들에 의해 행해지는 이런 사건의 검토에 있어서는 1970년대 이래 몇몇 재판관들은 "cert pool" system이라고 하는 共同研究方式을 이용하고 있다. 이 방식은 여러 건의 신청에 대해 이 방식을 이용하고자 하는 재판관들의 연구관들로 하여금 공동으로 일괄 연구·검토하게 하여 檢討報告書(pool memo)를 작성하게 하는 것이다. 공동연구에 참여한 연

27) J. Biskupic/E. Witt(註 13), 791쪽.

28) Lawrence Baum, *The Supreme Court*(Washington, D.C.: Congressional Quarterly Press, 1981), 83쪽 참조.

구관들이 작성한 보고서는 자신의 연구관이 공동연구에 참여한 각 裁判官室에 회람된다. 이러한 회람을 통해 추가 검토가 필요하다고 판단하는 재판관은 각자 자기의 연구관들에게 추가 검토를 지시한다. 공동연구에 의해 검토된 사건들의 대다수는 추가 검토를 필요로 하지 않는다. 물론 이런 공동 연구방식을 선호하지 않는 재판관들은 각자 자기의 연구관들로 하여금 모든 사건을 검토하게 한다. 공동연구방식을 취할 것인가 아니면 각자 裁判官室마다 개별적으로 연구할 것인가는 사건의 성격이나 그 사건에 대하는 재판관들의 입장에 따라 달라지고, 검토사항이 다른 재판관들에게 알려지지 않기를 원하는 경우에는 비밀의 유지를 위하여 공동연구를 止揚하게 된다. 연구·검토의 부담을 줄이고 사건의 처리에 시간의 소모를 줄이는데는 공동연구가 효과적이다. 아무튼 연구관들의 연구업무에 있어서 어떤 방식을 취할 것인가는 재판관들이 결정할 사항이지만, 대부분의 재판관들은 이 共同研究方式을 효과적으로 활용하고 있다. 그러나 공동연구방식이 심화되면 사건이 연구관들의 모임에 의해 미리 정리·결정되어 재판권이 사실상 재판관에서 연구관에게로 넘어갈 우려도 있다. 다시 말해 재판이 실질적으로 연구관들에 이루어지고 형식만 재판관들이 재판을 하는 것으로 변질될 우려가 있다. 연방최고법원의 경우에도 공동연구방식과 관련하여 이런 문제가 거론되고 있다.²⁹⁾ 연구관들이 법원에 의해 임명되는 경우에는 공동연구방식은 내부의 관료화와 결합하여 연구관에 의한 재판이나 연구관이 재판관의 결정에 강하게 영향을 미치는 사태를 초래할 가능성이 높지만, 재판관들이 연구관의 검토의견을 자유로이 무시할 수 있을 뿐 아니라 각자 개별적으로 자기의 연구관을 선임하기 때문에 이런 위험을 상대적으로 줄일 수 있는 장점도 지니고 있다.³⁰⁾

어떤 사건을 受理하여 사법심사에 부칠 것이냐 아니면 배척할 것이냐 하는 것에 대한 결정은 裁判官會議에서 이루어진다. 재판관회의에서는 3종류의 결정을 한다. 첫째는 심리에 회부하는 것을 배척하는 것이고, 둘째는 심리에 회부하되 구두변론을 거치도록 하여 재판관 전원이 의견을 표시하는 것(full treatment)이며, 셋째는 심리에 회부하되 구두변론을 거치지 않고 간략한 의견만으로 종결하는 *per curiam*(by the Court)이라고 분류하는 것이다.³¹⁾ 어떤 사건이 受理되어 口頭辯論을 열것이나를 결정함에 있어서는 다수결원칙이 적용되는 것이 아니라 4인의 재판관의 찬성으로 심리에 회부되는데, 이는 관례로 굳어져 있다. 이를 "rule of four"라고 한다. 이 재판관회의에서 수리되거나 수리하지 않기로 결정한 사건은 事件目錄表로 작성되어 그 다음 월요일 공개법정에서 공표된다. 이와 같이 연방최고법원에 접수된 사건에 있어서 연방최고법원이 사법심사를 할 것인가의 여부에 대한 결정은 공개법정에서 공

29) J. Biskupic/E. Witt(註 13), 791쪽 이하; G. R. Stone/L. M. Seidman/C. R. Sunstein/M. V. Tushnet(註 21), 126쪽 참조.; W. H. Rehnquist(註 11), 263쪽 이하 *passim*. W. H. Rehnquist는 공동연구방식에 대해 회의적인 태도를 취하고 있다.

30) W. H. Rehnquist(註 11), 266쪽 참조.

31) L. Baum, *The Supreme Court*(註 28), 81쪽, 83쪽 참조.

표된다. 보통 事件移送命令申請의 4분의 3정도는 배척된다고 한다.³²⁾ 재판관회의에서 토의에 회부되지 아니하는 사건은 공식적인 표결없이 배척된다. 사건이송명령신청사건을 수리하여 심사에 부칠 것이냐를 결정함에 있어 대부분 사건들이 재판관들에 의해 충분히 토의되지 않고 무더기로 배척된다고 하는 비판이 있으나 W. H. Rehnquist는 그의 경험에 비추어 보아 어떤 사건의 중요성이나 그것이 어떻게 처리되어야 하는지에 대해 재판관 9인 가운데 한 사람이라도 다른 생각을 가지고 어떤 사건을 토의에 부치자고 하면 토의에 부쳐질 뿐만 아니라 다양한 이념과 서로 다른 시각을 가지고 사건을 보는 재판관들 사이에 이런 일이 발생하기는 어려운 것이라고 한다.³³⁾

2. 口頭辯論

구두변론을 열기 위해서는 최소한 4인의 裁判官의 요구가 있어야 한다. 구두변론을 위한 심리가 진행되기 위해서는 裁判官 6인 이상의 출석이 필요하다. 이미 고지된 구두변론기일에 6인 이상의 재판관이 출석하지 않은 경우에는 定足數가 충족될 때까지 개정되지 않음을 출석한 재판관이나 출석한 재판관이 없는 경우에는 서기 또는 부서기가 고지할 수 있다. 연방 최고법원은 상황에 따라 서기 또는 집행관으로 하여금 休廷을 고지하도록 지시할 수 있다 (28 U.S.C. § 1; U.S.Sup.Ct. Rule 4.2,3). 1955년까지 연방최고법원은 일주일에 5일간씩 口頭辯論節次를 열어 이를 들었다. 마지막 금요일에 재판관회의가 있는 날은 구두변론절차가 없었다. 그렇게 하던 것이 바뀌어 요즈음은 월요일, 화요일, 수요일에 구두변론절차가 열린다. 이런 구두변론절차는 과거 폐정기가 있었을 때에는 개정기가 시작하는 10월 첫주부터 4월 마지막 주 또는 5월 첫주까지의 기간중에 열렸다. 과거 구두변론은 통상 1회에 2週 연속으로 진행되며 개정기 동안 7회 정도 열렸다. 변론기일 사이에 변론이 없는 休廷期間은 대부분의 경우 2주간이고 특별한 경우에는 2주 이상 지속될 수 있는데, 이 휴정기간동안 재판관들은 이미 변론을 한 사건이나 투표를 한 사건에 대해 의견을 준비하거나 앞으로 처리해야 할 사건의 준비서면을 읽고 변론에 대해 준비하고 또 법원의 업무를 처리한다.³⁴⁾

개정기가 시작하는 10월 첫째 월요일은 오전 10시에 개정하는데, 이런 개정기의 시작은 법정에서 선언한다. 辯論期日 당일에 변론은 특별한 사정이 없는한 오전 10시에서 정오까지, 오후 1시에서 3시까지 진행한다(U.S.Sup.Ct. Rule 4.1). 이런 辯論時間은 1969년 개정기부터 굳어진 것이다. 대부분의 경우 한 사건당 변론시간은 최고 1시간으로 제한되므로 결국 변론 기간동안 재판부는 일주일에 12사건에 대해 변론을 듣는 셈이다. 변론에서 1사건당 1시간의 제한에서 예외가 되는 사건은 변론전에 정해져야 한다.³⁵⁾

32) J. Biskupie/E. Witt(註 13), 792쪽; W. H. Rehnquist(註 11), 264쪽 참조.

33) W. H. Rehnquist(註 11), 265쪽 이하 참조.

34) W. H. Rehnquist(註 11), 254쪽 참조.

10월 첫 월요일의 개정기가 시작하기 전인 9월 마지막 주에 열리는 재판관회의에서는 10월 첫 월요일부터 열리는 개정기에서 처리할 사건들에 대해 논의하고, 구두변론을 열 필요가 있는 사건에 대해서는 재판관회의가 끝난 후 바로 그 순서를 공표하는데, 이런 업무상의 관례는 1993년부터 시작되었다. 구두변론을 듣기로 결정되면 법원의 書記는 그 일정 등을 정한다. 통상 사건의 구두변론은 사건의 순서대로 행해지는데, 서류의 첨부나 準備書面(brief)의 제출, 변론의 연기 등 그 사정에 비추어 순서가 달라질 수도 있다. 구두변론절차는 연방 최고법원이 사법심사를 하기로 결정한 후 3개월 정도 지난 다음에 진행된다. 특별한 사정이 있는 경우에는 그 일정이 당겨지거나 늦추어진다.³⁵⁾ 어떤 경우에도 구두변론은 당해 사건의 피신청인이나 피상고인이 서면을 제출할 수 있는 기간이 만료된때로부터 2주 이상이 지난 다음에 열린다(U.S.Sup.Ct. Rule 27.1). 聯邦最高法院는 職權 또는 當事者の申請에 의해 들이상의 사건에서 爭點이 같거나 관련이 있는 경우에는 이러한 사건을 합하여 같은 期日에 변론하게 할 수 있다(U.S.Sup.Ct. Rule 27.3).

구두변론이 있는 경우에 재판관들은 그 변론기일이전에 미리 準備書面과 記錄들을 받아 검토한다. 재판관들은 준비서면을 면밀히 검토하기도 하고 대강 살펴보기도 하는데, 그것은 사건의 성격과 재판관들의 업무태도에 따라 다르게 나타난다. 사건의 심리에 있어 재판관들이 변호인에게 직접 물을 수 있는 기회는 이 구두변론절차이다. 구두변론에서 재판관이 변호인에게 물을 수 있는 질문에는 제한이 없다. 변호인들이 상당히 많은 질문을 받을 때도 있다.³⁷⁾ 準備書面과 口頭辯論중 어느 것을 중시하느냐 하는 것은 재판관들에 따라 다르다. 어떤 사건을 처리함에 있어 구두변론을 듣기까지 재판관들은 이미 기록을 통하여 그 사건을 검토하였기 때문에 해당 사건에 대한 그의 기본적인 태도는 대체로 정한 상태이지만 구두변론을 거치면서 자신의 견해를 변경하는 경우도 있다.³⁸⁾

사건의 심리에서 구두변론은 어느 정도로 의미를 가지느냐에 대해서는 논란이 있다. 이는 구두변론을 열기전에 이미 재판관은 하급법원의 의견서와 연구관이 조사·연구하여 보고한 보고서와 자신의 메모 등을 통하여 사건의 쟁점을 파악하고 있으므로 구두변론이 어떠한 實益을 가질 수 있느냐 하는 문제이다. 이에 대해 聯邦最高法院長인 W. H. Rehnquist는 그 효용성을 인정한다. 구두변론절차를 통하여 사건의 쟁점을 더 명확히 하는 경우도 있고, 구두변론은 평의를 위한 재판관회의가 열리기 전에 당해 사건으로 인하여 전체 재판관이 모두 모이는 유일한 기회이기 때문에 소송대리인에 대한 동료 재판관들의 질문을 통하여 그 재판관이 어떠한 생각을 가지고 있는지도 짐작할 수 있으며 자신이 잘못 생각하고 있는 부분도 발견할 수 있다고 한다.³⁹⁾ 그리고 자신의 경험에 의하면 구두변론이전에 사건에 대해 가졌던

35) J. Biskupic/E. Witt(註 13), 789쪽 이하 passim.

36) J. Biskupic/E. Witt(註 13), 792쪽 이하 passim.

37) L. Baum, *The Supreme Court*(註 28), 106쪽 참조.

38) J. Biskupic/E. Witt(註 13), 793쪽 참조.

39) W. H. Rehnquist(註 11), 277쪽 참조.

자신의 생각이 구두변론이후 180도로 완전히 바뀐 경우란 거의 없지만 사건과 관련한 느낌에 있어 구두변론전과 구두변론후에 차이가 있는 경우는 있었다고 한다.⁴⁰⁾ 한편 구두변론은 사법심사의 전체 절차에서 유일하게 국민에게 公開되는 절차인데 이런 점에서 구두변론은 公的인 儀式(public ceremony)으로서의 의미를 가진다고 본다.⁴¹⁾ 하나의 결론을 재판관들이 밀실에서 숙의하여 바로 결론을 내리는 것이 아니라 헌법적인 문제들이 국민에게 공표되고 언론매체 등을 통하여 그 쟁점에 대해 국민들의 의견이 표출되고 논의되는 전체의 과정은 현실에서 토론과 합의를 거쳐 民主主義와 法治主義를 실현해가는 실천과 의식으로서의 의미도 가지고 있다.

準備書面은 期日안에 제출하여야 한다. 申請人(petitioner) 또는 上告人(appellant)은 해당 사건에 대해 변론을 열기로 결정을 한 때로부터 45일이내에 준비서면을 작성하여 법원에 제출하여야 한다(U.S.Sup.Ct. Rule 25.1). 준비서면은 극빈자사건의 경우를 제외하고는 40부씩을 만들어 제출하여야 한다. 극빈자사건의 경우에는 청구인은 법원의 서기와 피청구인에게 각각 1부씩 제출한다. 被申請人(respondent) 또는 被上告人(appellee)은 청구인의 준비서면을 받은 때로부터 30일이내에 이에 대응하는 준비서면을 작성하여 제출하여야 한다(U.S.Sup.Ct. Rule 25.2). 양 당사자는 이런 준비서면의 작성에 있어서 제출기한을 연장하여 줄 것을 서기에게 요청할 수 있다(U.S.Sup.Ct. Rule 25.4). 양 당사자는 준비서면을 제출한 후 다시 상대방의 의견에 대해 답변서와 보충서면을 제출할 수 있다. 신청인과 상고인의 답변서는 피신청인과 피상고인의 준비서면을 송달받은 후 30일이내에 40부를 작성하여 제출하여야 한다. 이러한 답변서의 제출은 어느 경우나 구두변론기일로부터 1주일 이전에 가능하다(U.S.Sup.Ct. Rule 25.3). 당사자가 이미 제출한 서면에 포함시킬 수 없었던 최근의 당국의 문건이나 새로운 법령이나 자료를 제출하고자 하는 경우에는 변론이 개시되기 전까지 제출할 수 있고 변론이 개시된 경우에는 연방최고법원의 허가를 얻어 제출할 수 있다(U.S.Sup.Ct. Rule 25.5). 신청인이나 상고인 즉 원고측의 준비서면의 표지는 青色(light blue)으로 하여야 하고, 피신청인이나 피상고인 즉 피고측의 준비서면의 표지는 赤色(light red)으로 하여야 한다. 이런 서류의 색깔 구분은 기본적으로 재판자료를 색깔(color code)로 구별하는 규정에 따른 것이다. 준비서면이 聯邦最高法院規則이 정하고 있는 요건을 충족하지 못하는 경우에는 연방최고법원은 이를 무시하거나 배척할 수 있다. 예컨대 1974년 어떤 사건에서 준비서면이 규칙이 정하는 요건을 충족시키지 못하자 연방최고법원은 20일이내에 聯邦最高法院規則이 정하는 바에 따라 다시 준비서면을 작성하여 제출할 것을 명한 적이 있다.⁴²⁾

辯論時間은 사건당 원칙적으로 1시간으로 제한된다. 과거에는 종일 변론을 하기도 하였고,

40) W. H. Rehnquist(註 11), 276쪽 참조.

41) W. H. Rehnquist(註 11), 273쪽 이하 참조.

42) J. Biskupic/E. Witt(註 13), 795쪽 이하 passim.

사건에 따라 수시간씩 변론을 한 경우도 있었고, 또 1849년부터 20세기 초반까지는 변론시간이 2시간씩 주어지기도 하였지만,⁴³⁾ 사건의 증가에 따라 재판부가 시간을 절약할 필요가 생김으로써 이를 위하여 요즈음은 1시간으로 줄었다. 따라서 쌍방 당사자에게는 재판부의 특별한 지시가 없는한 각각 30분씩만(thirty-minute limit) 변론할 수 있다. 30분동안 구두변론을 할 수 있다는 것은 최대한 30분동안 변론을 할 수 있다는 것이고 반드시 30분을 다 채워야 하는 것이 아니다. 변론시간의 연장을 원하는 경우 당사자는 준비서면을 제출한 때로부터 15일 이내에 그 이유를 상세히 밝혀 연장신청을 하여야 한다(U.S.Sup.Ct. Rule 28.3). 변론에 있어서는 특별히 허락을 받은 경우를 제외하고는 쌍방 당사자마다 각각 한사람씩의 訴訟代理人만 진술할 수 있다(U.S.Sup.Ct. Rule 28.4). 준비서면을 제출하지 않은 당사자에게는 口頭辯論이 허용되지 않는다(U.S.Sup.Ct. Rule 28.6). 구두변론절차에 있어서 준비서면을 제출한 '법원의 친구들'(amicus curiae)은 연방최고법원의 許諾과 당사자의 同意를 얻어 당해 사건의 재판과 관련된 사항에 대하여 진술할 수 있다. 당사자의 동의가 없는 경우에는 연방최고법원에 특히 도움이 된다는 것을 밝힌 신청을 하여 연방최고법원의 허락을 받은 경우에만 변론할 수 있다. 그러나 이런 경우는 매우 특별한 경우에만 인정된다(U.S.Sup.Ct. Rule 28.7). 이 경우 당사자의 신청에 의해 '법원의 친구들'이 진술하는 경우에는 이들의 진술을 필요로 하는 쪽의 할당받은 辯論時間을 사용한다.⁴⁴⁾ 이런 변론시간의 제한 때문에 효과적인 변론을 위하여 꼭 필요한 경우가 아니면 당사자의 경우 자신이 직접 변론하는 시간을 확보하기 위하여 '법원의 친구들'의 의견을 듣는 것을 꺼리는 경향이 있다. 연방최고법원도 직권으로 '법원의 친구들'의 의견을 듣는 것을 점차 꺼리는 경향이 있는데, 이것은 사건의 증가와 더불어 사건처리에 쫓기는 것에서 비롯되는 점이 많다.

辯論에 있어서도 이미 제출한 준비서면에 기술되어 있는 내용은 제외하고, 사건에서 강조하여야 할 부분과 쟁점을 분명히 하고 자기의 주장을 명료히 하여야 할 내용을 개진하여야 한다. 이미 제출한 준비서면을 읽는 것은 바람직하지 않는 것으로 본다(U.S.Sup.Ct. Rule 28.1). 왜냐하면 소송대리인은 이미 자신이 재판부에 제출한 준비서면의 내용은 재판관이 숙지하고 있다고 간주하고 변론을 하여야 하기 때문이다. 따라서 준비서면을 읽을 경우에는 재판부에 의해 제지당할 수 있다. 재판관들은 구두변론이 있기전에 이미 사건의 내용과 쟁점을 파악하고 있다. 재판관에 따라서는 미리 변론기일에 확인해야 할 사항 등을 메모해놓거나 사전에 중요한 사항 등에 대해서는 연구관에게 법적인 검토를 해보도록 지시하기도 한다. 연방최고법원에 출입하는 엘리트 변호사들은 이런 변론실무에 이미 익숙하므로 변론에서 지켜야 할 점을 간과하는, 우둔한 일을 하는 경우는 거의 없지만, 간혹 이런 일이 일어나는 경우에는 재판관들은 이를 중단시킬 수 있다. 그러나 소송대리인은 이런 기본적인 요청을 지키면서

43) W. H. Rehnquist(註 11), 274쪽 이하 참조.

44) J. Biskupic/E. Witt(註 13), 793쪽 참조.

도 재판관들이 사건을 검토한 때로부터 변론기일까지 경과한 시간을 고려하여 재판관이 있어버렸을지도 모를 사항 등에 대해서는 변론에서 부각시킨다. 소송대리인들은 재판관을 설득하여 사건의 쟁점에 대한 자신의 의견을 관철하는데 목적이 있으므로 과연 어떻게 변론하는 것이 재판관을 이해시키는데 가장 효과적인 것인지를 연구할 필요가 있다.⁴⁵⁾ 이런 것은 각 소송대리인마다 가지고 있는 변론 기술의 문제이다. 물론 변호사에 따라 차이가 있지만 연방 최고법원에서 변론하는 변호사의 경우에는 이런 것이 거의 문제로 되지 않는다.⁴⁶⁾ 준비서면의 작성이나 구두변론에 있어서 연방최고법원이 있는 Washington, D.C.에서 활동하는 변호사들이 다른 지역에서 활동하는 변호사보다 재판관에게 더 좋은 영향을 미치는가 하는 것에 대해서도 논란이 있으나 W. H. Rehnquist는 그러한 경우는 거의 없다고 한다. 어느 지역의 변호사이냐 하는 것이 문제가 아니라 얼마나 실력이 있는 변호사이냐 하는 것이 문제일 뿐이라고 본다.⁴⁷⁾

변론중에 裁判官은 언제든지 質問을 할 수 있고, 자기의 의견을 진술할 수 있다. 이런 재판관의 질문은 할당된 30분의 변론시간에 포함되므로 재판관의 질문과 말이 많은 경우에는 그 만큼 소송대리인이 진술할 시간이 줄어든다. 이런 경우 30분의 시간이 경과하면 시간의 연장을 허락받지 못하는 한 소송대리인은 자기가 하던 말만을 마무리하고 끝내야 한다. 재판관이 시간의 엄수를 강조하는 경우에는 하던 말을 도중에 중단하여야 하는 경우도 있다.⁴⁸⁾ 재판관에 따라서는 꼭 필요한 경우가 아니면 가능한한 법정에서 말을 하지 않는 사람이 있고, 법정에서 질문을 많이 하거나 자신의 생각을 말하기를 좋아하는 사람도 있다. 재판관에 따라 질문을 퍼붓는 사람이 있는데, 이 경우 재판관의 질문에 대해 어떻게 잘 대응하고 쟁점을 簡單明瞭하게 부각시키고 자기의 의견을 설득력있게 진술하느냐 하는 것은 소송대리인의 능력의 문제이다. 소송대리인은 준비서면을 작성할 때부터 이런 점들을 고려하여야 한다. 변론에서 강조할 것과 준비서면을 통하여 나타낼 것을 잘 배치하는 것은 訴訟技術에서 중요한 부분이다.

45) J. Biskupic/E. Witt(註 13), 793쪽; W. H. Rehnquist(註 11), 277쪽 이하 참조.

46) 연방최고법원에서 소송을 수행하는 소송대리인은 경력과 전문성, 도덕성 등에서 엄정한 심사를 거쳐 연방최고법원의 변호사회(Bar of U.S. Supreme Court)에 가입한 자이다. 여기에 소속되기 위해서는 허가신청일로부터 逆算하여 최소한 3년이상 State, Commonwealth, Territory, Possession, District of Columbia의 각 최고법원에서 소송을 수행할 수 있는 자격을 가지고 있었던 자로서 연방최고법원이 훌륭한 道德性과 專門的인 素養을 갖추었다고 인정한 자이어야 한다. 따라서 연방최고법원에서의 변론은 아무 변호사나 할수 있는 것이 아니다. 다만, 특별한 사건(Pro Hac Vice)에서 연방최고법원의 변호사이와의 변호사가 변론하여야 할 필요가 있는 경우에는 당해 사건의 변호인이 신청하여 연방최고법원이 허락한 변호사에 한하여 변론을 할 수 있다. U.S.Sup.Ct. Rule 25, 26. 연방최고법원에서 소송을 수행할 수 있는 이러한 변호사가 자기 기록보관법원으로부터 제명이나 업무정지를 당하든지 연방최고법원의 변호사회의 회원으로서의 품위를 손상하는 행위를 한 경우에는 즉시 업무정지를 당하고 제명절차가 시작한다. 당사자는 40일 이내에 자신이 제명되어서는 안되는 소명을 하여야 하고, 연방최고법원은 이러한 소명을 듣고 그에 적절한 조치를 내린다. U.S.Sup.Ct. Rule 8.

47) W. H. Rehnquist(註 11), 282쪽 이하 참조.

48) J. Biskupic/E. Witt(註 13), 796쪽 이하 참조.

1955년부터 聯邦最高法院은 辯論의 內容을 錄音하고 있다. 1968년에는 연방최고법원은 자체 녹음하는 것에 더하여 사실 전문회사에게 테이프녹음과 이를 서면으로 轉錄取書의 작성을 의뢰하여 오고 있다. 이 녹취서에는 법정에서 진술된 모든 내용이 빠짐없이 기록되어 있어야 하며, 재판장의 지시가 없는 한 어떤 것도 누락시킬 수 없다. 그러나 녹취서에 질문을 한 재판관의 이름은 적시하지 않고, 그 대신 물음의 표시인 “Q”자를 기재한다. 법정의 서기는 구두변론이 있는 개정기 동안에 변론의 내용을 녹음한 테이프를 보관하여야 하고, 이 기간 동안에는 재판관과 연구관만 이 테이프를 사용할 수 있다. 변론이 있었던 개정기가 지나면 테이프는 國立文書保管所(National Archives)로 移管되는데, 이때에는 누구나 국립문서보관소의 허락을 얻어 이 테이프의 내용을 청취하거나 녹취서의 복사본을 구입할 수 있다. 1993년에 聯邦最高法院은 녹음 테이프는 기본적으로 제한없이 일반인에게 公開될 수 있는 것이라고 선언하였다. 그전에는 구두변론의 내용을 녹음한 테이프는 오직 연방공무원이 직무의 수행과 관련하여 사용하거나 연구자가 학문적으로 연구하거나 *regal research*를 하는데만 사용할 수 있었다. 녹취서는 녹음테이프보다 더 일찍 이용할 수 있는데, 통상 녹취서는 구두변론이 있는 후 일주일이 지나면 작성되어 나온다. 녹취서를 작성한 전문회사로부터 녹취서를 구입한 사람은 이를 다시 복제할 수 없다. 통상 1시간 진술한 내용의 분량은 녹취서로 40쪽에서 50쪽에 달한다. 근래 텔레비전 방송이나 라디오 방송을 위한 변론의 녹화나 녹음을 할 수 있어야 한다는 제안도 나오고 있으나, 연방최고법원은 이런 요청에 대해 별로 적극적인 태도를 보이지 않고 있다.⁴⁹⁾

3. 裁判官會議

통상 재판관회의는 2주의 변론이 시작되기 직전의 金曜日과 변론이 있는 주의 金曜日마다 열리는데, 여기서는 변론을 들은 사건에 대하여 심의하고, 그의 법원의 업무를 처리하기도 한다. 사건 처리의 부담을 줄이기 위하여 변론이 열리는 주 동안에는 水曜일에 재판관회의를 열 수도 있다. 대체로 변론이 있는 주에는 2회의 재판관회의를 가진다. 수요일 오후에 열리는 재판관회의에서는 월요일에 변론을 마친 사건에 대해 토론하고 결정을 한다. 金曜일에 열리는 재판관회의에서는 화요일과 수요일에 변론을 마친 사건에 대해 토론하고 결정하며 접수된 事件移送命令申請에 대한 처리도 한다. 물론 이런 재판관회의에서 새로 들어온 사건들에 대해 審査에 부칠 것이냐 하는 것도 결정한다. 재판관회의를 열기에 앞서 연방최고법원장은 재판관회의에서 評議에 붙이거나 표결하기에 충분하다고 판단되는 사건들을 적은 會議記錄(discuss list)을 각 재판관실에 돌린다. 회의목록에 어떠한 사건을 포함시키느냐 하는 것은 정책적으로나 정치적으로 중요한 의미를 가질 때가 있다. 특히 정치적으로 민감한 사건을 어

49) J. Biskupic/E. Witt(註 13), 793쪽 이하 *passim*.

떠난 상황에서 어느 시기에 회의목록에 넣어 심리하게 하느냐 하는 것은 중요한 의미를 가진다. 그래서 연방최고법원장이 가지는 口頭辯論節次에서의 節次進行權이나 裁判官會議의 主宰權과 함께 會議日錄作成權에 대해 의미를 부여하기도 한다.⁵⁰⁾ 정치적으로 민감한 사건에서는 이러한 회의목록작성이나 법정외견의 집필자 선정과 관련하여 연방최고법원장의 역할이 중요할 수 있다. 아무튼 이 會議日錄에 대해서는 어느 재판관이나 자기가 생각하기에 재판관 회의에서 처리하기에 충분히 검토되었다고 하는 사건을 사건목록에 집어넣도록 요구함으로써 회의에서 다룰 사건을 추가할 수 있다. 재판관회의에서는 司法審査를 청구한 사건중 어떤 사건을 사법심사에서 배제할 것인지 아닌지를 결정할 수 있지만, 어떤 사건도 재판관과 연구관들에 의해 행해지는 일차적인 검토없이 재판관회의에서 바로 사법심사의 대상에서 제외할 수는 없다. 과거 마지막 구두변론절차는 4월 마지막 주 또는 5월 첫주에 열려 종결되었지만, 그때에도 금요일과 월요일의 재판관회의는 회의의 의제로 되어 있는 사건을 심의하기 위하여 개정기의 마지막까지 계속되었다.⁵¹⁾

재판관회의는 聯邦最高法院長室의 옆에 있는 裁判官會議室에서 열린다. 회의는 보통 오전 9:30 또는 10:00에 열리는데, 회의를 소집하는 신호가 울리면 재판관들은 각각 재판관회의실로 모인다. 각 재판관실에서 회의실까지는 5분 정도 걸린다. 재판관끼리 서로 악수를 나누고 자기 자리에 앉으면 聯邦最高法院長(chief justice)이 토론을 시작한다. 재판관회의는 엄격한 秘密속에 진행되는데, 여기에는 재판관외에 연구관 또는 서기, 속기사, 직원 등 누구를 막론하고 회의실에 출입할 수 없다. 재판관들중 가장 나이가 적은 재판관이 문쪽에 앉아 회의 자료를 보내고 전달사항이나 참고자료를 받거나 하면서 문지기 역할을 한다. 회의가 시작되면 연방최고법원장은 각 사건의 대강을 簡略하게 이야기하고, 그 다음 年長者順으로 사건에 관하여 자신의 의견을 개진한다.⁵²⁾ 이렇게 재판관회의를 엄격한 비밀속에 진행하는 것은 과거 어떤 사건에서 사건의 결정이 미리 漏泄되거나 사전에 사건의 방향이 露出되는 사실이 있었음을 알게 되면서부터 시작되었다. 1979년에는 선고가 있기 며칠전에 의견의 실질적 내용이 정확히 신문에 먼저 보도되는 사태도 벌어졌다.

裁判官會議는 9인의 재판관중 6인의 출석으로 이루어진다. 재판관회의는 재판관들끼리 돌아가며 악수를 하는 것으로 시작된다. 이것은 1880년대부터 있어온 관습으로 재판관들끼리의 화합을 상징한다. 이런 악수는 역시 상징일뿐 쟁점에 대한 재판관들간의 의견의 차이는 긴장된 분위기를 만들어낸다. 裁判官會議室에는 직사각형의 큰 테이블이 있는데, 여기에 9명의 재판관이 앉는다. 각 재판관의 자리에는 각 재판관의 이름이 새겨진 名牌가 있고, 각자 자기 자리에 앉는다. 연방최고법원장은 직사각형의 긴 탁자의 동쪽 끝에 앉고, 그 다음의 年長者는 맞은 편 서쪽 끝에 앉는다. 양쪽의 한쪽에는 3인의 재판관이 연장자순으로 앉고,

50) L. Baum, *The Supreme Court*(註 28), 137쪽 이하 참조.

51) J. Biskupic/E. Witt(註 13), 790쪽, 797쪽; W. H. Rehnquist(註 11), 254쪽 *passim*.

52) J. Biskupic/E. Witt(註 13), 792쪽; W. H. Rehnquist(註 11), 287쪽 이하 참조.

맞은 편에는 4인의 재판관이 역시 연장자순으로 앉는다. 사건에 대한 심의에서는 재판장이 먼저 발언을 하고 그 다음은 年長者의 順으로 발언을 한다. 재판장인 연방최고법원장은 먼저 변론을 마친 사건의 개요와 하급법원의 판결과 당해 사건에 적용될 수 있는 판례들에 대해 설명하고 자신의 입장을 밝히는 것으로 논의를 시작한다. 재판관회의에서 재판관들이 발언하는 것에는 시간의 제한이 없다. 재판관회의에서 논의를 하다보면 각 재판관이 해당 사건에 대해 어떠한 생각을 가지고 있는지가 거의 드러나고 표결에서 어떤 태도를 취할 것인지도 가능할 수 있다. 表決은 多數決의 原理에 따른다. 表決의 順序는 의견표명의 순서와 반대로 나이가 가장 적은 재판관부터 시작하여 나이가 가장 많은 재판관의 순으로 진행된다.⁵³⁾ 재판관이 8명이 출석하고 의견이 4 : 4로 나누어지는 경우에는 하급법원의 판결은 유효한채로 남게 되고, 따로 재판관들의 개별적인 표결이 공표되거나 의견이 작성되지는 않는다.⁵⁴⁾

裁判官會議는 회의를 주재하는 연방최고법원장의 스타일에 많은 영향을 받는다. 사람에 따라 회의를 딱딱하고 경직되게 운영한 경우도 있고 부드럽게 운영한 경우도 있으며 양자의 특성을 적절히 잘 조절하여 운영한 경우도 있다. 재판관회의에서 재판관 1인이 말할 시간을 제한하고 논의를 제어하면서 필요한 말만 하게 하는 경우에는 많은 사건을 처리하는데 효과적이거나 충분한 논의가 이루어지지 못하는 경우도 있다. 재판관회의에서 재판관들이 자기가 하고 싶은 말을 다 할 수 있게 느슨하게 진행하면 재판관들간에 충분히 논의할 수 있는 장점은 있으나 사건의 처리에 상당히 많은 시간이 投與되어 사건처리에 부담을 주게 된다. 따라서 이 양자를 어떻게 조화하여 적정하게 운영하느냐 하는 것이 관건이다. 재판관회의가 회의를 주재하는 연방최고법원장의 스타일에 의해 좌우되기도 하지만 재판관들에 의해서도 영향을 받는다.⁵⁵⁾ 재판관회의에서 재판관에 따라서는 장황한 말로 다른 재판관이 말할 시간을 침해하는 경우도 있고, 다른 재판관이 말할 때 끼어 들어 자기의 의견을 개진하는 경우도 있다. 토론에 있어서도 재판관들이 서로 같은 비중을 가지고 자기의 의견을 기탄없이 개진하는 경우가 있었는가 하면 나이가 적은 재판관은 단지 나이가 많은 재판관의 의견에 대해 동의하거나 반대한다는 의견을 표명하고 가만히 있는 경우도 있었다.⁵⁶⁾ W. H. Rehnquist는, 재판관회의가 제 기능을發揮하기 위해서는 우선 재판관들이 모두 자신의 의견을 개진하게 하고 이러한 의견의 표명이 끝날 때까지는 타인이 말하는데 끼어들어 반론을 제기하거나 논쟁을 벌이는 것을 삼가는 것이 매우 바람직하다고 본다.⁵⁷⁾

구두변론을 마친 후 재판관회의에서 행해지는 사건에 대한 이런 표결은 당해 사건에 대한 법원의 확정적인 의견이 아니고 어디까지나 暫定的인 것이다. 이 표결은 우선 예비적으로 재판관들의 의견을 종합하여, 찬반의 존재여부를 확인하고 다수의견의 집필자를 선정하기 위한

53) J. Biskupic/E. Witt(註 13), 790쪽, 797쪽 이하; W. H. Rehnquist(註 11), 288쪽 이하 참조.

54) L. Baum, *The Supreme Court*(註 28), 107쪽 참조.

55) L. Baum, *The Supreme Court*(註 28), 106쪽 참조.

56) W. H. Rehnquist(註 11), 290쪽 이하 참조.

57) W. H. Rehnquist(註 11), 293쪽 참조.

것이다. 따라서 재판관들은 이런 표결이 있는 후에도 자기의 의견을 변경할 수 있다. 그래서 구두변론이 있는 후에 행해지는 이런 재판관회의의 결정을 豫備審査라고 부르기도 한다.

4. 意見의 執筆

위와 같이 裁判官會議에서 사건을 논의하여 결정을 하면, 사건에 대한 의견을 집필하는 단계로 들어간다. 전원일치의 의견이 있지 않는한 의견은 多數意見(majority opinion)과 少數意見(minority opinion)으로 갈라질 수 밖에 없다. 聯邦最高法院長이 다수의견에 가담하였을 때에는 연방최고법원장이 직접 다수의견을 집필하거나 다수의견을 집필할 재판관을 선정할 수 있다. 누가 다수의견을 집필하느냐 하는 것은 대단히 중요하다. 같은 결론에 도달하였다고 하더라도 결론을 뒷받침하는 논증이나 결론과 관련된 가치판단, 그리고 湄앙스에서 재판관마다 차이가 나므로 어떤 사건에서 누가 다수의견을 집필하느냐 하는 것은 실로 재판의 중심적인 문제에 해당한다. 마지못하여 다수의견에 가담한 재판관과 적극적으로 다수의견을 이끌어 나간 재판관과는 그들이 쓰는 判決書의 내용이나 분위기에서 달라질 수 밖에 없다. 따라서 재판관들 사이에서도 사회적으로 비중이 크거나 정치적으로 민감한 사건에서는 多數意見執筆者의 選定을 둘러싸고 신경전이 벌어지기도 하고, 때로는 이 문제로 인하여 재판관들 사이에 불화가 생기기도 한다. 연방최고법원장이 다수의견에 가담하지 않는 경우에는 다수의견에 가담하는 재판관들중 가장 나이가 많은 재판관(senior associate justice)이 다수의견을執筆한다.⁵⁸⁾

의견의 집필에 있어서 재판관은 각자 자기의 의견을 개진할 수 있다. 이것을 個別意見(separate opinion)이라고 한다. 다수의견에 가담하여 法院意見(court opinion. 전원일치의 의견은 의견의 일치를 본 결론이 법원의 의견으로 되고, 의견이 갈리는 경우에는 다수의견이 법원의 의견으로 된다)에는 찬동을 하지만 그 논증에서 동의하지 못하는 부분이 있거나 특별히 지적하여야 하는 점이 있는 것과 같은 경우에는 補充意見(concurring opinion)을 집필한다. 다수의견에 반대하는 재판관은 反對意見(dissenting opinion)을 집필하거나 또는 의견을 내지 않고 단순히 다수의견에 반대한다는 것만 남길 수도 있다. 과거에는 반대의견이 있는 경우 단순히 반대한다는 의견의 표명만으로 그치는 경우가 많았으나 오늘날에는 반대의견을 집필하는 재판관을 정하고 그 의견을 작성하여 반대의견을 취하는 재판관들간에 회람을 한다.⁵⁹⁾

의견을 표명하는 것에 관해서는 두가지의 전통이 있었는데, 하나는 全員一致의 전통을 세워오던 것이고, 하나는 지금과 같이 개별의견을 개진할 수 있는 것이다. 하나의 사건을 두고

58) J. Biskupic/E. Witt(註 13), 798쪽 passim.

59) W. H. Rehnquist(註 11), 302쪽 이하 참조.

재판관들 사이에 다양하게 의견이 갈리는 것은 연방최고법원의 권위를 손상시킨다고 생각한 John Marshall 연방최고법원장 시절에는 극히 예외적인 경우를 제외하고는 전원일치의 판결이 전통으로 굳어졌다. 그러나 이런 것이 다양한 의견을 개진하는 民主主義原理와 합치되지 않고 타협을 강요하는 것이라는 비판과 함께 지금과 같은 개별의견을 개진할 수 있는 전통이 형성되었다. 個別意見을 개진하는 방식은 원래 영국의 King's Bench의 관습을 따라 연방최고법원의 초기부터 있었던 것이었는데, 이것이 J. Marshall 연방최고법원장의 시절에 와서 전원일치의 전통이 세워져 20세기 초기까지 이런 흐름이 지켜졌다. 20세기 초기까지 연방최고법원은 기본적으로 하나의 의견을 내는 태도를 견지하였고, 보충의견이나 반대의견이 붙는 경우는 아주 드물었다. 19세기 중엽이나 말엽에는 선고되는 사건의 10분의 1정도에 補充意見이나 反對意見이 붙었다. J. Marshall 연방최고법원장이 사망한 이후 보충의견이나 반대의견을 붙이는 경우가 늘어나는 것에 대해서 비판도 있었지만 이 당시 이런 개별의견을 붙이는 것은 피할 수 없는 것으로 되었다. 사실 J. Marshall 연방최고법원장 시절에도 個別意見은 있었다.⁶⁰⁾

오늘날에는 과거보다는 補充意見을 자유로이 개진하는 경향이 많아졌지만 여전히 個別意見을 붙이는 것이 연방최고법원의 권위와 판결의 효력에 바람직하지 않는 영향을 준다고 생각하는 재판관들은 이를 꺼린다. 특히 보충의견은 재판관들 사이에 충분한 검토나 토의가 이루어지지 않았다는 인상을 주고, 그것은 판결의 정확성과 타당성에 대한 신뢰를 떨어뜨리는 결과를 가져온다고 생각하는 사람도 있다. 사실 논증이 다른 부분이나 논증에서 다수의견이 간과하고 있는 점들은 재판관들이 논증과정과 이론에 대해 충분한 토의를 하는 철저한 태도를 취한다면 상당 부분 합의에 도달할 수 있다. 국민들이 보기에 어렵지 않게 합의에 도달할 수 있는 문제들이 보충의견으로 갈리어 개진되는 경우에는 분명 판결의 권위와 정확성에 의문을 가지게 할 수 있다. 따라서 재판관들간에 충분한 토론과 검토가 이루어지고 그래도 의견의 차이로 도저히 따로 의견을 낼 수밖에 없을 때 個別意見을 내는 것이 바람직하다. 아무튼 補充意見의 開陳은 다수의견이 가지고 있는 한계를 지적해주고, 판결의 論證에서 문제가 되는 점을 지적해주는 장점이 있고, 이는 다시 차후의 재판에서 고려해볼 여지를 제공하는 가치를 가진다. 반대의견이나 개별의견을 집필하는 재판관은 자기의 의견이 차후의 재판에서 고려되어 줄 것을 기대하면서 기록으로 남긴다. 판례란 변경가능한 것이라는 점을 고려하면 도저히 타협하기 어려운 가치판단의 문제에서는 개별의견을 붙이는 것이 憲法解釋과 憲法秩序의 형성에서 중요한 의미를 가지기도 한다. 헌법이 개방된 規範體系로서 미래에 대해 열려 있고, 헌법의 해석도 固定된 情態의인 것이 아니라 그 정도에 차이가 있을 뿐 계속 변하고 있는 점을 고려하면 반대의견이나 개별의견을 표명하게 하는 것은 중요한 의미를 가진다. 재판관 John Paul Stevens(1920-)는 1994년 현재 265건에 달하는 보충의견을 개진하여 보충

60) J. Biskupic/E. Witt(註 13), 800쪽 이하 참조.

의견제도를 많이 활용하는 경우에 속한다.⁶¹⁾

최초의 표결이 있고난 다음부터 판결을 선고하기까지 걸리는 시간은 사건마다 다양하여 일률적으로 말하기는 어려우나 대체로 복잡하지 않고 논의가 덜 분분한 사건은 2주일에서 3주일 정도 걸리고, 복잡하고 재판관들사이에 논의가 분분한 사건은 6개월 이상 걸리는 경우도 있다. 어떤 사건의 경우에는 법원의견을 집필한 재판관이 내놓은 判決書草案이 回覽되는 기간에 다시 논의를 하는 경우도 있고 재판관들중에는 재판관회의에서 표명했던 자신의 생각을 반복하는 경우도 있다. 이런 과정에서 처음에 한 표결의 결과가 뒤집어지는 경우가 생겨나기도 한다.⁶²⁾ 이 기간이야말로 재판관들간에 협상의 기간이고, 서로 다른 의견을 가지고 있거나 아직 확신에 이르지 않은 재판관을 설득하여 자기의 의견에 동조하도록 만드는 기간이다. 그리고 이러한 협상은 용어와 표현의 선택을 두고도 행해진다. 의견을 집필하는 재판관은 자기 의견에 동조할 재판관을 만족스럽게 할 용어를 선택하는데도 상당한 주의를 기울인다.⁶³⁾ 이 단계에서 미합중국의 사법심사가 지니고 있는 역동성을 발견할 수 있다.

의견을 집필하는 과정은 시간이 오래 걸리고 지루한 과정이지만 이것은 매우 중요하다. 모든 판결의 의견을 작성하는 것이 그렇듯이 누가 어떻게 쓰느냐에 따라 사회에 미치는 영향이 다르게 나타나므로 이것은 매우 중요한 과정이다. 특히 憲法裁判의 경우에는 憲法秩序를 구체적으로 형성하는 것이므로 결과가 동일하다고 하더라도 그 논증이나 그 뉘앙스는 중대한 의미를 가진다. 이것은 한편으로 정치적인 성격을 가지고 있기도 하다. 같은 다수의견에 가담한 재판관이라고 하더라도 보수적인 성향이 있는 재판관이 의견을 집필하는 경우와 진보적인 성향을 가진 재판관이 의견을 집필하는 경우는 그 영향에서 차이가 있기 때문이다. 그래서 연방최고법원장이 다수의견에 가담한 경우 자기가 직접 집필할 것인가 아니면 다른 재판관을 선정할 것인가 하는 경우에도 이런 점이 고려되고, 다수의견을 집필할 재판관을 選定하는 경우에도 당해 사건의 성질에 비추어 어떤 성향의 재판관이 당해 사건의 법원의견의 집필을 맡는 것이 보다 적합한가를 결정하는 경우에도 이런 점이 고려된다. 憲法裁判은 본질적으로 강한 정치적인 성질을 가지는 것인데, 그런 정치적인 성격은 이런 의견의 집필과정에도 그대로 나타난다. 다수의견을 집필하는 재판관을 선정하는 때에는 다수의견에 가담한 재판관중에서 가장 과격한 의견을 가진 재판관을 피하고, 각 재판관이 안고 있는 사건의 부담이나 해당 사건에서 누가 가장 전문적인 지식이나 경험을 가지고 있는가 하는 것 등이 고려되지만, 정치적 성격이 강한 사건에서는 의견을 집필할 재판관을 선정하는 과정에서부터 보이지 않는 치열한 정치적인 긴장이 있다. 따라서 이런 의견을 집필할 재판관을 선정하는 문제를 두고 재판관들 사이에 알력과 다툼이 생겨나기도 한다. 때로는 연방최고법원장이 권한을 남용한다는 비판이 있기도 하고, 특정 재판관에게는 좀처럼 집필의 기회를 주지 않는 일

61) J. Biskupic/E. Witt(註 13), 801쪽 이하 참조.

62) J. Biskupic/E. Witt(註 13), 798쪽 참조.

63) L. Baum, *The Supreme Court*(註 28), 108쪽 참조.

들이 생기기도 한다. 연방최고법원장이 정치성이 강한 인물일 경우에는 이런 문제들이 심각한 수준에 이른다.⁶⁴⁾

사건에 있어서 의견의 차이와 多數意見의 執筆 문제 등을 둘러싸고 재판관들 사이에는 자주 의견의 대립과 갈등이 있어왔는데, 이런 내부의 알력과 불화는 대체로 밖으로는 잘 알려지지 않았지만 근래에는 이에 관한 연구도 있고 관심을 가진 사람들에 의한 추적도 있어 그 실상이 알려지고 있다. 이런 알력이나 불화가 심화되는 경우에는 연방최고법원을 출입하는 변호사나 이를 주시하고 있는 교수들에게 포착되기도 한다. 재판관들간에 의견의 대립이나 마찰이 있는 것은 어느 조직에서나 보이는 구성원들간의 마찰이나 알력과 같은 현상으로 볼 수도 있고, 또 헌법재판이라는 그야말로 이데올로기적으로나 가치판단에서 고도로 민감한 재판에서 충분히 있을 수 있는 일이라고 치부할 수도 있다. 그러나 이런 내부의 갈등이나 불화가 밖으로 알려질 정도로 심각해지면 裁判機關의 權威를 잃게 될 뿐 아니라 裁判의 信賴性에도 큰 영향을 미친다. 특히 재판관들간의 알력이나 의견의 대립 등은 어디까지나 재판업무에 한하여 있을 수 있는 정도에 그쳐야지 그 이상으로 비화되어 재판관들간에 사적인 감정의 문제로 되면 재판업무의 공정성에 있어서도 치명적인 결과를 가져올 수 있다. 연방최고법원장의 지위가 재판관들 사이의 인화를 도모하여 재판기관으로서 자기 기능을 할 수 있도록 만드는 데 있는 것이라는 점이 강조되는 이유도 여기에 있다. 아무튼 재판관들사이에 벌어지는 일들을 모두 덮어두는 것만이 능사가 아니고 재판 업무에 지장을 주는 정도의 문제가 있으면 언제나 드러내놓고 논의를 하고 그 해결책을 모색하여야 하는 것이지만, 이 과정에서 재판기관의 권위에 손상이 갈 위험성도 있다. 일차적으로는 재판관들이 그들의 직무상의 윤리와 사명에 대하여 충분한 인식을 하고 그에 합당한 자세와 몸가짐을 취하는 것이 중요하다고 보인다.

法院意見을 쓰는 스타일(style)은 재판관 개개인에 따라 다르게 나타난다. 어떤 재판관은 쟁점에 한정하여 간단 명료하게 쓰는가 하면 어떤 재판관은 매우 광범한 문제에서 접근하여 관련되는 사안들을 모두 언급하기도 한다. 어떤 재판관은 정치적 뉘앙스를 강하게 풍기기도 하고, 어떤 재판관은 법적인 요소만 추려서 담담하게 쓰기도 한다. 그러나 이런 의견의 집필이 언제나 집필 재판관의 마음대로 행해지는 것은 아니다. 執筆 裁判官이 집필하는 의견은 法院意見으로 공표되는 것이지만 이는 다수의견에 가담한 재판관들을 만족시켜야 하므로 法院意見을 집필하는 과정에서도 다수의견에 가담한 재판관들사이에 분분한 의견이 오고 간다. 동료 재판관의 지적에 따라 자신이 집필한 내용을 수정하기도 한다. 때로 사안에 따라서 집필 재판관의 가치관이 강하게 부각된 점을 놓고 이를 지지하는 재판관들과 이에 대해 비판하는 재판관들사이에 논란과 알력이 빚어지기도 한다. 헌법재판이 헌법해석이라는 고도의 이념적, 정치적인 판단을 요하고, 국가질서를 새로 구체화하거나 변경하는 것임을 고려하면 이

64) J. Biskupic/E. Witt(註 13), 798쪽 이하 참조.

런 현상을 피하기 어려운 것이라고 보인다. 아무튼 미합중국 연방최고법원의 사법심사과정에서 이와 같은 意見 執筆의 과정은 법이 살아서 움직이는 역동적인 부분이라고 할 수 있다.⁶⁵⁾

5. 裁判官 各自의 態度 決定과 意見의 確定

意見의 草案을 작성한 재판관은 이를 재판관들에게 回覽(circulation of draft)시킨다. 이런 초안을 회람하는 과정에서 다시 재판관들사이에 의견이 오고가고, 일부 재판관은 집필 재판관의 초안을 보고 설득되어 자기의 의견을 수정하기도 한다. 이 과정은 처음에 있었던 표결(initial vote)에서 다수와 소수로 갈라진 세력들이 서로 자기들의 의견을 가지고 상대 재판관들을 설득하는 과정이기도 하다. 이것은 사법심사의 과정에서 볼 수 있는 民主主義的인 요소이기도 하다. 한 번의 표결로 서로 갈라서는 것이 아니라 끊임없는 논의와 설득의 과정에서 결론을 도출해가는 과정이다. 이런 과정에서 처음의 표결에서 다수를 형성했던 의견이 소수의 의견으로 바뀌기도 한다. 위헌이나 합헌이나 하는 문제를 놓고 벌어지는 이런 논의와 설득의 과정은 일종의 정치적인 과정이기도 하며, 때로는 드라마틱한 장면을 보여주기도 한다. 여기서는 재판관들간에 각종의 전략을 동원하기도 하고, 여러 방법을 활용하기도 한다. 시간을 끌기 위해 초안을 한꺼번에 회람시키지 않고 조각 조각 회람시키기도 하는가 하면 어떠한 특정의 表現과 文句 등을 사용하여 다른 재판관들이 어떤 반응을 보이는가를 살펴보고도 하고, 반대의견을 지니고 있는 상대 재판관의 의중을 떠보기도 한다. 이러한 과정에서 서로 의견을 같이 하는 재판관들끼리 숙의도 하고 재판관과 연구관들이 서로 전략을 논의하기도 한다. 연구관 역시 자신의 재판관의 의견이 관철될 수 있도록 여러 가지 지혜를 모으고 방책을 짜기도 한다.

裁判官이 의견을 집필하는 것은 재판관마다 다를 수 있다. 재판관에 따라서는 의견을 집필할 때 연구관에게 먼저 초안을 작성하게 하는 경우가 있다. 이 경우 재판관은 裁判官會議에서 나타난 재판관들의 의견과 그들 의견의 전체적인 법리와 논리 그리고 사건에 대한 자신의 의견과 논증의 윤곽을 연구관에게 말해주고 초안을 작성하게 한다. 연구관은 자기 재판관의 이런 설명을 듣고 사건에 관련된 자료들과 이론적인 자원들을 동원하여 초안을 작성한다. 연구관은 초안을 작성하다가 재판관의 의견에서 명확하지 않은 부분이나 의심스러운 부분이 있으면 재판관에게 질문을 하여 자기 재판관이 구상하는 것에 합치되도록 초안을 작성한다. 재판관은 연구관이 작성하여 제출한 초안을 놓고 사건관련 자료들을 다시 검토하기도 하면서 초안을 다듬는다. 이러한 작업이 끝나면 재판관은 다시 이 초안을 연구관에게 주어 살펴보게 하고, 연구관이 이 초안을 다듬으면서 쟁점에 대한 판단이나 이론의 구성, 용어의 선택 등에서 생각에 차이가 있는 경우에는 이에 대하여 재판관과 토론하기도 한다.⁶⁶⁾

65) 이러한 내용은 B. Woodward/S. Armstrong(註 11)의 책에 잘 나타나 있다.

판결서에는 어느 재판관이 법원의견을 썼는지를 밝히는데 1820년 2월까지의 “재판관 아무개”라는 표현을 예컨대 “Cushing, Justice” 라고 썼다. 그러던 것이 이후에는 “Mr. Justice Jhonson”이라는 식으로 바뀌었다. 그러나 이런 것도 1981년 여성인 Sandra Day O'Connor가 재판관에 임명되기전까지만 가능했다. 그 이후에는 “Justice Brennan”이라는 식으로 표기하고 있다. 이러한 표기 방식은 이미 그 전해인 1980년에 Byron R. White가 재판관회의에서 앞으로 여성 재판관이 나오면 “Mr. Justice Jhonson”이라는 식의 표기는 부적합하다고 제의하여 단순히 “Justice Brennan”이라는 식으로 표기하기로 정한 바 있다.⁶⁷⁾

6. 最終意見의 公表·公刊

재판관들 사이에 의견의 초안을 두고 벌어지는 논의와 수정 작업이 마무리되어 집필된 의견에 대해 거의 논란의 여지가 없고 확정적이라고 판단되었을 때에는 인쇄에 들어간다. 과거에 이 인쇄는 연방최고법원의 지하에 있는 附屬印刷室(print shop)에 맡겨져 엄격한 비밀과 철저한 보안속에서 행해졌지만, 요즈음은 컴퓨터의 보급으로 인하여 초안의 회람이나 수정과 같이 인쇄도 컴퓨터를 사용하여 한다. 우선 의견 초안의 最終本(final version)이 마련되면 컴퓨터작업에 들어가지 전에 最終意見(final opinion)이 재판관의 비서에 의해 타이프되어 비밀과 보안이 철저히 지켜지는 프린터실에 보내진다. 프린터실의 모든 작업은 완전히 컴퓨터에 의해 처리되는데 철저한 보안과 비밀속에 행해지는 것에는 변함이 없다. 의견이 公刊되기 전에 判決의 報告者(reporter of decisions)는 판결을 요약한 headnote나 syllabus를 붙이고 말미에 재판관들의 찬반투표내용을 적시한 line up을 붙인다.⁶⁸⁾

재판관마다 각자의 의견이 정리되고, 법원이 판결을 선고할 때가 되었다고 판단한 때에는 연방최고법원은 판결을 공표한다. 判決의 宣告는 公開 法廷에서 口頭로 행해진다. 法院意見을 쓴 재판관이 판결을 선고한다. 판결의 선고가 여러건이 있어 각 사건마다 法院意見을 쓴 재판관이 여러 명이 있는 경우에는 판결을 선고하는 재판관들 가운데 가장 나이가 적은 재판관부터 먼저 판결을 선고하고, 그 다음에는 나이가 젊은 순서에 따라 차례로 판결을 선고한다. 판결의 선고에서는 法院意見을 모두 낭독하거나 또는 그 대부분의 분량을 낭독하는 경우는 거의 드물고, 보통의 경우에는 집필자가 법원의 의견을 요약하여 要旨를 말하거나 結論만을 말하면서 判決書(written opinion)가 작성되어 있음을 告知한다. 과거에는 며칠씩 낭독을 한 때도 있었지만 사건이 늘어나면서 이런 것은 이제 거의 불가능하게 되었다. 판결을 선고하는 法廷에서는 보충의견이나 반대의견을 쓴 재판관도 그들의 의견을 말할 수 있다. 이 경우에도 통상 요지만을 말하는 경우가 많다. 법정에서 판결서의 요지를 읽게 하는 관례는

66) W. H. Rehnquist는 대체로 이렇게 한다고 밝혔다. W. H. Rehnquist(註 11), 300쪽 이하 참조.

67) W. H. Rehnquist(註 11), 301쪽 참조.

68) J. Biskupic/E. Witt(註 13), 802쪽 참조.

1930년대 Charles Evans Hughes(연방최고법원장 재임기간: 1930-1941) 연방최고법원장시절부터 시작되었다.⁶⁹⁾ 判決을 선고하는 법정에서 다수의견에 대해 불만이 있는 재판관이 가끔씩 분을 삭이지 못하고 법정에서 공개적으로 이를 표현하는 경우도 있다. 1935년 연방최고법원이 당시 뉴딜(New Deal)법을 지지하는 판결을 선고할 때 반대의견을 쓴 재판관 James McReynlds는 판결을 선고하는 법정에서 “이것은 폭군 네로가 가장 악랄할 때 한 짓과 같다. 이제 헌법은 사라졌다!”라고 소리를 쳤다.⁷⁰⁾

연방최고법원은 초기에 판결을 공표할 때는 宣告期日을 아무때나 정하여 공표하였는데, 1857년부터 월요일에 공표하는 것으로 관례가 굳어졌다. 그러던 것이 1965년부터는 판결의 공표를 반드시 월요일에 하여야 하는 관례에 구속될 이유가 없다면서 이 관례를 깨었다. 그래서 오늘날에는 대체로 구두변론이 있는 주에는 法院意見을 화요일과 수요일에 공표하고, 그 이외의 주에는 사건순서에 따라 월요일에 공표한다.

법정에서 판결을 선고하는 때에는 재판부의 의견(“bench opinion”)이 신문기자나 공보실에 배포된다. 그 이외에 다른 하나는 필요한 경우 수정을 가하여 미합중국 정부간행물실에 보내는데, 이 정부간행물실에서는 4,000부 이상을 인쇄하여 그 印刷本(이를 “slip”이라고 한다)을 연방과 주의 법원과 관계기관에 송부한다. 국민들은 공보실에서 이 인쇄본을 무료로 구할 수 있다. 정부간행물실은 이 인쇄본의 내용을 연방최고법원의 공식 판결서로서 聯邦最高法院判例集(“United States Reports”)에 실어 간행한다.⁷¹⁾

V. 研究官制度

1. 研究官制度의 發展 過程

연방최고법원에서 재판관들을 지원하는 인력중 가장 중요한 인력자원은 연구관이다. 연구관은 재판관을 개인적으로 보좌하는 인력(justice's personal assistant)인데, 봉급은 연방최고법원이 지급한다. 현재와 같은 연구관제도는 1882년 재판관 Horace Gray(1828-1902)가 개인적으로 하버드 법과대학원(Harvard Law School)을 바로 졸업한 졸업생을 임시적 연구원으로 채용하면서부터 시작되었다. 그는 매사추세츠(Massachusetts)州 대법원장으로 재직할 때부터 연구원을 채용하여 자신의 업무수행을 보좌하도록 하였는데, 그가 연방최고법원의 재판관으로 된 1882년에 자기가 해오던 연구원 채용방식 그대로 연구관을 채용하면서 이 제도가 연방최고법원에서도 시행되기 시작하였다.⁷²⁾ 초기에는 연구관의 수당을 재판관이 개인적

69) J. Biskupic/E. Witt(註 13), 790쪽 이하, 802쪽 passim.

70) L. Baum, *The Supreme Court*(註 28), 110쪽 참조.

71) J. Biskupic/E. Witt(註 13), 802쪽 참조.

72) Horace Gray는 하버드 법과대학원에서 법학을 공부하고 1864년 36세에 최연소로 매사추세츠州 最高法院의 재판

으로 지불하였으나, 1886년 연방의회는 이러한 초기의 연구관에 의한 보조 방식의 이점을 인정하고 연방최고법원의 Chief Justice와 각 Justice에게 1인당 1,600달러를 초과하지 않는 범위에서 “stenographic clerk”이라고 하는 1인의 전속 보조인력을 이용할 수 있게 하는 것을 법률로 정하였다. 처음 이런 제도가 법적으로 보장되면서 연구인력을 Law Secretary 또는 Investigating Clerk라고 불렀다.⁷³⁾ 1922년에 와서 연방최고법원의 재판관 1인당 1명의 연구관을 연봉 3,600달러로 채용할 수 있게 하는 것이 법률로서 정해졌다.⁷⁴⁾ 1924년에 의회는 연구관의 지위를 연방최고법원에 소속되는 常任職으로 정하였다. 재판관 Gray를 따라 재판관 Oliver Wendell Holmes(1841-1935), Louis Dembitz Brandeis(1856-1941), Harlan Fiske Stone(1872-1946) 등도 업무를 보좌하는 인력으로 이런 연구관을 채용하기에 이르렀다. 그런 과정에서 연구관을 선발하는 방식도 재판관에 따라 다양하게 행해졌다. H. Gray, O. W. Holmes, L. D. Brandeis는 자신이 나온 Harvard Law School의 우수한 졸업생을 연구관으로 선발하였고, Colombia Law School 학장 출신인 H. F. Stone은 Colombia Law School의 우수한 졸업생을 연구관으로 채용하였다. 많은 재판관들은 지리상 가까운 Washington, D.C.에 있는 Law School의 졸업생들 중에서 채용하기도 하였고, 동료 또는 전임 재판관의 친척이나 아들중에서 적합한 인물이 있는 경우 그를 채용하기도 했고, 법률사무소의 경력 변호사를 연구관으로 채용한 재판관도 있었다. 드물지만 연방최고법원의 직원 가운데서 연구관을 채용한 재판관도 있었다. 연구관중에는 10년 이상 재판관과 같이 근무한 경우도 있었다 재판관에 따라서는 연구관을 채용할 때 자신의 철학에 동의할 하여야 하고 자신의 생활 습관을 이해하는 사람을 고르기도 했다. 재판관이나 연구관이나 서로 좋은 관계를 유지할 수 있는 사람을 원한다. 뿐만 아니라 재판관은 연구관이 자신의 재판관실에서 함께 일하는 비서관과 사환과 같은 보조원들과도 좋은 관계를 유지할 것을 바란다. 재판관들 가운데는 신임 연구관에게 하기예정기가 시작되는 7월 초부터 바로 업무에 착수해달라고 부탁하는 경우도 있었다.⁷⁵⁾ 연구관들의 일의 성격과 양은 재판관들의 일하는 습관, 기질, 성향 등에 따라 크게 좌우되는데, L. D. Brandeis는 연구관에게 연방최고법원의 판례를 모두

관이 되었다. 1875년 그는 같은 최고법원의 최고법원장이 되었는데, 이때 하버드 법과대학원의 교수의 추천을 받아 자신이 졸업한 하버드 법과대학원의 졸업생을 임시직 연구원으로 채용하였다. 그때 하버드 법과대학원에서는 그의 이복동생인 John Chipman Gray교수가 그해의 무등졸업생을 연구원으로 선발하여 추천하였다. 나중에 聯邦最高法院의 재판관이 된 Louis D. Brandeis도 1879년부터 1881년까지 2년간 그의 연구원으로 활동하였다. H. Gray의 후임으로 매사추세츠州 최고법원의 재판관과 최고법원장을 지낸 O. W. Holmes의 경우에는 하버드 법과대학원의 교수인 F. Frankfurter(후에 연방최고법원의 재판관이 되었다)가 우수한 졸업생을 연구관으로 선발하여 보내주었다. Kermit L. Hall(ed.), *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*(Oxford/New York: Oxford University Press, 1992), 160쪽, 345쪽 참조.

73) J. Biskupic/E. Witt(註 13), 828쪽; 賈在桓, 「司法運營의 理論과 實際」(서울: 博英社, 1995), 544쪽; 渥美東洋, “ロクラクと調査官の制度,” 『判例タイムズ』 No. 445(1981. 9. 15.), 2쪽-3쪽 참조.

74) K. L. Hall(註 72), 160쪽.

75) K. L. Hall(註 72), 160쪽; W. H. Rehnquist(註 11), 262쪽 이하; 賈在桓(註 73), 545쪽 이하; 渥美東洋(註 73), 3쪽 참조.

읽어 자기가 원하는 정보를 제공하도록 하였고, H. L. Black은 연구관들에게 테니스를 같이 하자고 하기도 하였다. H. F. Stone나 Sandra Day O'Connor 처럼 연구관과 스포츠를 즐기는 재판관도 있다. 연구관은 재판관의 눈과 다리의 역할을 한다고 하는 것도 이와 관련하여 이해할 수 있는 말이다.⁷⁶⁾ 이러한 연구관제도는 발달사적으로 볼 때, 주의 법원과 연방항소 법원, 연방1심법원으로 확대되었다. 2차 대전후에는 반 이상의 州에서 州最高法院에 연구관을 두었고, 1930년에는 연방항소법원에 연구관제도가 실시되었으며, 1936년에는 연방1심법원에 연구관제도가 실시되었다.⁷⁷⁾

聯邦最高法院의 사건이 증가하고 재판관의 업무량이 증가함에 따라 자연 연구관의 수도 늘어나게 되었다. 1996년 기준으로 35명의 연구관이 9명의 재판관을 보좌하고 있었다. 이는 1960년대 중반의 연구관 수의 2배에 달하는 것이었다.⁷⁸⁾ 그래서 오늘날 각 재판관마다 7인의 보조인력이 지원되는데, 재판관은 4명의 연구관, 2명의 비서관(secretary), 1인의 사환(messenger)을 둘 수 있다. 研究官의 選拔에 있어서는 전적으로 재판관이 그에 관한 재량적인 권한을 가지고 있다. 연구관은 각 裁判官室(chamber)의 운영에서 중요한 비중을 차지하므로 재판관들은 연구관의 선정에 상당히 신경을 쓴다. 통상 한 재판관당 매년 250명에서 350명 정도에 이르는 지원자가 연구관으로 지원해온다. 연방최고법원의 재판관의 연구관으로 근무한 경력을 가지는 것은 법과대학원을 졸업한 사람에게는 가장 큰 영광인데, 이 경력은 법률가로서 활동하거나 대학교수로 활동하는 등 미래의 사회활동에서 그의 능력을 객관적으로 보증해주는 것으로 작용한다. 당사자들도 이런 연구관의 경력을 자랑스럽게 생각하고 스스로 자부심을 가지는데, 미합중국 사회에서 이 연구관 경력에 대한 평가는 대단히 높다. 대부분의 연구관은 Harvard대학, Yale대학, Stanford대학, New York대학, Virginia대학, Chicago대학 등을 포함한 명문 대학에서 상위로 졸업한 능력이 뛰어난 사람들이거나 하급법원에서 판사의 연구관으로 근무한 능력있는 사람들이다. 1970년대 중반까지는 여성 연구관은 거의 없었다. 그러던 것이 1986년에 이르면 71명의 여성이 연구관으로 근무하기에 이르렀다. 대부분의 연구관은 1년 단위로 근무를 하지만, 많은 재판관들은 한 연구관을 오래 근무시켜 고참연구관(Senior Clerk)으로 잡아두려고 한다. 그 결과 1년 이상 근무하는 연구관들도 꽤 있다. ⁷⁹⁾ 예컨대 C. E. Hughes(1910-1916), W. H. Taft(1921-1930), Frank Murphy(1940-1949)의 경우에는 5년이상 근무한 연구관들도 있었다.⁸⁰⁾

연방최고법원의 재판관의 연구관으로 근무한 사람들은 이 연구관 업무를 마친후 대부분 유명한 대형 법률사무소(law firm)로 가서 변호사로 활동을 한다. 일부는 聯邦法務省(Department of Justice)으로 가기도 한다. 유명한 대학의 교수중에는 연방최고법원 재판관

76) J. Biskupic/E. Witt(註 13), 828쪽 참조.

77) 賈在桓(註 73), 545쪽-546쪽; 瀝美東洋(註 73), 4쪽 참조.

78) J. Biskupic/E. Witt(註 13), 827쪽.

79) K. L. Hall(註 72), 160쪽; W. H. Rehnquist(註 11), 260쪽; J. Biskupic/E. Witt(註 13), 827쪽 참조.

80) J. Biskupic/E. Witt(註 13), 827쪽 참조.

의 연구관을 거친 사람들이 많다. 연방최고법원 재판관중에도 이런 연구관을 거친 사람들이 있는데, William H. Rehnquist(1924-)는 Robert H. Jackson(1892-1954)의 연구관을 지냈고, John P. Stevens(1920-)는 Wiley B. Rutledge, Jr.(1894-1949)의 연구관을 지냈으며, Byron R. White(1917-)는 Frederick M. Vinson(1890-1953)의 연구관으로 활동하였다.⁸¹⁾

연방최고법원에 종사한 사람들이 모두 그렇듯이 研究官도 연방최고법원의 연구관으로 활동하면서 동시에 다른 법원이나 국가기관의 변호사로 활동할 수 없다. 그뿐만 아니라 그 職을 떠난 후 2년이 경과하기 전에는 연방최고법원에서 審理하거나 係留중인 사건에 대해 관여할 수 없고, 자기가 재직하던 당시 연방최고법원에 계류중이던 사건에 대해서는 어떠한 방법으로도 관여할 수 없다(U.S.Sup.Ct. Rule 7).

2. 研究官의 業務

연구관의 주된 임무는 매년 수천건씩 쌓이는 裁判記錄과 資料들을 읽고 분석하여 재판관에게 보고할 報告書(memorendom)를 작성하고, 재판관이 선고할 의견을 작성하는 데 있어 재판관이 요구하는 모든 일을 보좌하는 일이다.⁸²⁾ 연구관은 우선 사건기록을 검토하여 해당 사건의 법적 쟁점이 무엇인지 추려내고, 그에 관한 조사와 연구를 한다. 그리고 접수된 모든 사건을 유형별로 정리하고, 당사자의 신청을 검토하여 그 요지를 만든다. 접수된 사건이 연방최고법원이 심사하기에 적합한 것인지에 대해서도 검토하여 그 의견을 재판관에게 보고하는데, 이 경우 재판관은 대체로 연구관의 보고 내용과 판단을 믿는다. 사건의 심리와 관련하여 재판관회의가 진행되거나 의견을 작성하는 단계에서는 재판관이 의견을 작성하는 일을 보좌한다.⁸³⁾ 재판관이 다른 재판관과 논쟁을 한다든지 또는 반박의 법리를 찾아내는 일 등에서 연구관은 중요한 역할을 한다. 재판관에 따라 연구관을 활용하는 방식이 다르므로 일률적으로 말하기는 어려우나 재판관에 따라 意見의 草案 作成을 연구관에게 전적으로 맡기는 경우도 있다. 이 경우에는 연구관의 이런 업무 수행은 중요한 의미를 가진다. 이 문제와 관련하여 연구관이 때로 재판관의 이름으로 의견을 집필한다고 하는 비판이 있기도 하지만 실제 연구관이 재판관을 대신하여 의견을 직접 집필한 경우가 있는지에 대해서는 아무런 증거가 없다. 뿐 만 아니라 연구관이 초안을 작성하는 경우에도 그러한 경우가 얼마나 많은 지에 대해서는 비밀속에 있어서 확실한 것이 없다. 연방최고법원의 재판관의 연구관을 지낸 경력이 있는 재판관들은 대체로 연구관이 재판관에게 영향을 미치는 것을 최소화하려는 경향을 보이고 있다.⁸⁴⁾

81) K. L. Hall(註 72), 160쪽 passim.

82) J. Biskupic/E. Witt(註 13), 828쪽 참조.

83) K. L. Hall(註 72), 160쪽 참조.

84) J. Biskupic/E. Witt(註 13), 828쪽 참조.

3. 研究官과 裁判官

재판관과 연구관 사이에 있는 일은 매우 個人的인 성격을 지니는 것이므로 이것은 거의 밖으로 드러나지 않는다. 따라서 재판관과 연구관의 관계나 재판업무와 관련하여 그들간에 생기는 사실을 자세히 알아내는 작업에는 많은 한계가 따른다. 일반적으로 보건대 재판관과 연구관은 그 관계가 매우 긴밀하며, 개인적인 유대관계를 유지하고 있다. 특히 재판관에 따라서는 자기의 생활 방식이나 철학까지 수용할 수 있는 사람을 연구관으로 채용하는 경우도 있으므로 이 경우에는 재판관과 연구관은 거의 호흡을 같이 하고 同苦同樂하면서 연방최고법원의 생활을 같이 한다고 해도 과언이 아니다. 이런 업무상의 긴밀한 관계로 인하여 연구관은 재판과 관련된 비밀스런 내용까지 알게 된다. 즉 재판관회의의 내용이나 내부 자료, 재판관 개인의 성향, 사건과 관련된 재판관들의 태도나 업무 수행상의 습관 등 외부에서는 알기 어려운 사항들에 대해 연구관은 자연 많이 알게 된다. 따라서 研究官의 秘密維持義務는 중요하고, 연구관의 言行 또한 중요하다. 연구관들의 언행이 신중하여야 하는 이유는 여기에 있다.

연구관이 재판관과 재판관들의 의견에 미치는 영향이 어떠한지 연구관들은 항상 재판관들의 그늘에 놓여 있고 언론이나 일반인에게 노출되지 않는다. 연구관들 사이에서는 재판관들의 관점과 개성에 관하여 이야기하기도 하지만 재판관들간에 있는 충돌이나 불화에 대해서는 거의 이야기하지 않으며 판결이 선고되기 전에는 사건과 관련된 어떠한 정보도 외부로 유출되지 않게 한다. 이러한 不文律과 재판관에 대한 충성도는 연구관이 근무하는 기간중 유지되는 익명성에 기인한다.⁸⁵⁾

연구관들의 행동의 한계를 명확히 설정하는 것은 쉽지 않으나 재판관들은 연구관들의 언행이 신중하고 조심스럽기를 바라고 있다. 연방최고법원장에 따라서는 재판관들이 재판관회의에서 논의한 내용을 연구관에게 상세히 알려주는 것을 지양하도록 권장하는 일도 있었다. 아무튼 이런 관계속에서도 재판관과 연구관이 업무를 수행함에 있어서 호흡을 맞추는 것은 중요한 일이다. 재판관과 연구관사이에 호흡을 맞추는 것이 중요한 것은 특히 재판관들사이에 사건을 두고 격렬한 쟁론을 벌이거나 반대의견을 작성하는 경우에 드러난다. 특히 가치관의 차이로 재판관들간에 논쟁이 치열할 때 연구관이 자기의 재판관의 가치관을 수용하지 않으면 업무를 추진하는데 상당한 어려움을 겪게 된다. 아무튼 재판관과 연구관 사이에는 이런 개인적이고 내부적인 긴밀한 관계가 있으므로 그 내용은 언제나 비밀로 유지하는 것이 전통이 되었다. 이 전통이 깨어진 것은 1979년 Bob Woodward와 Scott Armstrong이 쓴 <The Brethren>이 출간되면서였는데, 이 책은 큰 반향을 일으켰고, 이때의 기억은 지금까지도 재

85) J. Biskupic/E. Witt(註 13), 828쪽 참조

판관들에게 남아 있어 연방최고법원의 내부 사정을 연구하거나 재판관과 연구관의 관계에 대한 연구를 하고자 하는 경우 그 접근이 쉽지 않다.⁸⁶⁾

의견을 작성하는 과정에서도 재판관과 연구관의 관계는 중요한 의미를 가지고 있다. 의견의 집필에 있어서 연구관을 단순히 자료를 수집하거나 이론들을 검토하게 하는 수준에 한정시키는 재판관이 있는가 하면 연구관들과 상세한 부분까지 논의를 하면서 의견을 주고 받는 재판관도 있다. 위에서 보았듯이 재판관에 따라서는 의견의 초안을 연구관에게 맡기는 경우도 있다.⁸⁷⁾

4. 研究官制度에 대한 評價

나이 많고 오랜 경륜에 바탕을 두고 있는 관점을 가진 재판관과 젊음의 열기와 뛰어난 두뇌, 새로운 지식, 사물을 새롭게 보고자 하는 의욕이 넘치는 연구관 사이를 고려할 때, 연구관에 대해 재판관들이 취하고 있는 여러 형태의 태도중 어느 것이 좋은 것인지는 일률적으로 말하기 어려우나, 연방최고법원의 헌법재판에서 재판관과 연구관의 관계는 매우 중요한 의미를 지니는 것이고, 미합중국 司法審査의 성격을 결정하는 부분도 있다.

미합중국 연방최고법원의 연구관제도에서 특징적인 점은 다음과 같다. 첫째, 재판관이 전적인 裁量을 가지고 자기의 연구관을 선발한다는 점이다. 재판업무의 보좌가 심부름과 같은 단순한 노동이 아니라 재판관의 판단에 큰 영향을 미치는 것인 만큼 연구관은 업무를 수행하는 능력도 뛰어나야 하지만, 재판관과 호흡을 같이 할 수 있어야 한다. 따라서 재판관의 가치관을 수용하는 사람이어야 한다는 점은 매우 중요하다. 재판관 개인의 습관이나 기호까지도 받아들일 수 있는 사람을 고른다는 것이 결코 무리한 일은 아니다. 연구관을 선발하는데 있어서 이런 점들을 고려하기도 하는 것이 연구관의 선정 작업을 어렵게 만드는 것은 아니다. 이미 聯邦最高法院의 裁判官들은 재판관별로 그 성향이나 가치관, 평판 등이 알려져 있고, 연구관은 재판관별로 개인적으로 선정하기 때문에 연구관으로 지원하는 사람은 자기가 평소 존경하거나 자기가 수용할 수 있는 가치관과 관점을 가지고 있는 재판관에게 지원서를 제출하기 때문이다. 이런 부분은 재판관과 연구관의 사이에 있는 意思疏通을 원활하게 하고, 연구관이 재판관을 보좌함에 있어 최선을 다하게 한다. 사건에 대한 판단에 있어 재판관들 사이에 가치관과 이념의 차이로 대립이 있을 때 자신의 연구관이 상대 재판관의 판단을 따르는 경우에는 업무 수행에서 어려움을 겪기도 한다. 물론 이런 경우는 흔하지 않다. 우리나라와 같이 헌법재판소가 연구관을 임명하여 각 재판관들에게 배당하거나 경력을 가진 판사나 검사를 파견받아 각 재판관에게 연구관으로 배당하는 형태와 비교하여 보면, 미합중국의 이

86) K. L. Hall(註 72), 160쪽 이하 참조.

87) J. Biskupic/E. Witt(註 13), 799쪽; B. Woodward/S. Armstrong(註 11) 참조.

와 같은 연구관 선정 방식은 헌법재판의 기능과 재판업무의 수행에 있어서 많은 장점을 지니고 있다. 둘째, 미합중국 연방최고법원의 경우 재판관을 보좌하는 연구관에 충원되는 인적 자원은 法科大學院(Law School)을 바로 졸업한 젊은 法律家라는 점이다. 法의 解釋에는 法理論이 발견해낸 객관적인 원리가 그 근거를 제공하기도 하지만 많은 경우 해석하는 사람의 가치관과 관점에 따라 이루어지는 이데올로기적 성격을 띠는 것이므로, 이런 법의 해석, 법의 발견에 있어서 經綸과 인생의 經驗이 많은 재판관과 최선의 이론과 참신한 지식 그리고 세상을 새롭게 보려고 하는 의욕을 가진 연구관이 함께 일을 하는 것은 가치판단에서 조화를 가져올 수 있다. 해마다 참신한 연구관들에 의해 새로운 피를 공급받고 있는 연방최고법원은 終身職 裁判官으로 구성됨으로 인하여 발생할 老化現象과 動脈硬化症을 방지하는 데 도움을 준다. 갈수록 쏟아져들어오는 많은 사건을 효과적으로 처리해가는 데 있어서도 젊고 건강하며 새로운 지식에 대한 탐구열과 실험정신으로 충만한 젊은 자원을 연구관으로 충원하는 것은 많은 장점을 가지고 있다.⁸⁸⁾ 이미 법률가로서 틀에 박힌 생활에 익숙하거나 새로운 지식을 탐구하기보다 기존의 규범가치를 추종하는 것에서 더 편안함을 느끼는 사람은 종신직 재판관을 보좌하는 것에는 적합하지 않다. 셋째, 연구관으로 충원되는 자원은 법률가의 자원 중에서 가장 優秀한 젊은 人才들이라는 점이다. 재판에는 경륜과 지식과 우수한 두뇌작용이 필요한데, 경륜과 성숙된 지식은 이미 재판관들이 갖추고 있는 부분이기 때문에 연구관의 경우에는 젊고 우수한 두뇌가 왕성하게 작동하는 '좋은 머리'가 필요하다. 법률가의 경우 좋은 머리는 법학교육의 과정에서 평가되는 것인데, 미합중국의 경우 좋은 머리를 가진 자원은 優秀한 名門의 법과대학원에서 우수한 성적으로 졸업한 자원일 수 밖에 없다. 이러한 우수한 자원은 법과대학원을 다니면서 여러 방면에서 평가받은 결과와 그의 사회활동, 어릴 때부터 교육받아온 전 과정으로 판단된다. 미합중국의 교육제도를 고려하면 이미 명문으로 평가되는 상위 수준의 법과대학원에서 우수하게 졸업한 자원은 대부분 탁월한 능력과 우수한 두뇌를 지니고 있으며 법에 관한 훌륭한 많은 지식을 가지고 있다. 이러한 연구관들의 활동은 한편으로 미합중국 최고 수준의 법과대학원의 교육성과를 높은 수준과 능력을 가진 인재를 통하여 빠르게 연방최고기관으로 전달하는 기능을 가진다는 점이 주목되는 부분이다. 이런 연구관제도는 신진 기예의 법률가와 경륜이 많은 노련한 법률가가 협동하여 사건을 해결하는 시스템을 형성하고 있다. 법의 변화가 역동적이고 절묘하게 體化되어 나타나고 있는 장면이기도 하다.⁸⁹⁾ 넷째, 미합중국의 연구관제도에서는 週期的으로 研究官이 交替된다는 점이다. 통상 연구관은 1년을 단위로 교체되는데, 이런 점은 장점과 단점을 동시에 지니고 있다. 항상 신선한 인적 자원이 연구관으로 충원된다는 점에서는 재판관의 경우 항상 새로운 우수한 자원과 함께 일할 수 있는 기회가 만들어져서 좋으나, 재판관을 잘 이해하고 지속적

88) 이런 장점에 대해서 크게 평가하고 있는 견해로는 예컨대, 賈在桓(註 73), 554쪽 이하를 보기 바람.

89) 瀧美東洋(註 73), 3쪽-4쪽.

으로 보좌하는데는 다소 오랜 기간 보좌하는 인력도 필요하다. 그래서 기본적으로는 1년 또는 2년마다 연구관을 교체하는 방식을 유지하지만 재판관에 따라 다년간 연구관으로 활동해 온 古參研究官을 확보하려고 하기도 한다. 단기간의 연구관제도에 따르는 문제는 연방최고법원에 소속되어 있는 연구지원인력인 “house counsel”에 의해 보완된다. 1973년 연방최고법원에는 法院研究官室(Court's legal office)이 만들어졌는데, 여기에는 Court counsel 또는 Staff counsel이라고 부르는 2명의 법률가와 1명의 보조원이 있다. 이들도 재판관회의에 필요한 자료들과 메모들을 재판관들에게 제공하는데, 이들의 업무가 연구관들의 업무와 차이가 있는 것은 연구관들의 보좌가 단기간의 것인데 비하여 이들의 지원은 지속적인 것이라는 데 있다. 물론 이들의 업무가 재판관들과 관련된 것에 한정된 것이 아니라 연방최고법원의 내부적인 문제와 다른 국가기관과의 사이에 생기는 법률적인 문제를 처리하고 연방최고법원을 상대로 제기되는 소송업무 등 연방최고법원과 관련된 광범위한 문제들을 취급하지만 재판관들을 지속적으로 보좌하는 부분에서는 연구관제도의 단점을 보완하는 기능을 가지고 있다.⁹⁰⁾

연구관이 주기적으로 교체되는 것은 사법체계 또는 국가와 사회간의 연관에서 볼 때 피드백(feedback)의 효과를 가져오는 점도 있다. 법과대학원에 다니며 자유롭게 생각한 연구관들이 엄격하고 어려운 연방최고법원의 일을 하면서 다시 그들의 경험과 지식을 확충하고 연마하여 그들이 다시 변호사, 법과대학원의 교수, 공무원 등으로 봉사하는 흐름을 보면 끊임없이 사회가 연방최고법원에 영향을 주고 연방최고법원이 타 국가영역이나 사회에 영향을 준다. 우수한 법과대학원의 교수들이 대부분 젊은 시절 연방최고법원의 연구관을 지낸 점을 고려하면 연구·교육과 실무간에 원활한 의사소통이 이루어지고 있는 점도 발견할 수 있다.

이런 미합중국의 연구관제도는 이와 같은 많은 장점을 지니고 있지만 完全無缺한 것은 아니다. 이 제도가 가지고 있는 장점에 비하면 사소한 것이지만 현재의 제도가 지니고 있는 문제점으로는 다음과 같은 점들이 지적되고 있다. 첫째, 1년 단위로 연구관이 교체되는 것은 裁判業務의 連續性을 유지하는데 어려움을 초래할 여지가 많다는 점이다.⁹¹⁾ 많은 사건의 경우 당해 개정기에 처리가 되지만 사건에 따라서는 다음의 개정기로 移越되는 경우도 있으므로 이 경우에는 당해 사건을 처음부터 연구하고 그 진행상황을 파악하고 있는 연구관이 계속적으로 재판관을 보좌하는 것이 효율적이다. 따라서 법원연구관제도에 의해 보완되고 있기는 해도 현재와 같이 단기간 동안 연구관으로 근무하는 방식은 보완될 부분이 있다는 점이다. 둘째, 탁월한 능력과 새로운 지식을 갖춘 연구관이 재판관을 적극적으로 보좌하는 것은 재판업무의 수행에 있어 큰 가치를 지니는 것이지만, 한편 연구관의 과도한 개입은 자칫 연방최고법원의 재판이 실질적으로 연구관에 의해 행해지는 결과를 초래할 수 있다. 이러한 영향력은 共同研究方式을 취하는 경우에 더 강할 수 있다.⁹²⁾ 물론 이런 것은 극단적인 경우를

90) J. Biskupic/E. Witt(註 13), 828쪽. 이런 제도는 연방항소법원에도 적극 활용되고 있다. 賈在桓(註 73), 556쪽 이하 참조.

91) K. L. Hall(註 72), 160쪽 참조

전제로 하는 것이기도 하지만, 사실상 연구관의 과도한 개입은 '裁判官에 의한 裁判'에 영향을 미칠 수 있다. 다시 말해 연구관에 대한 의존이 높으면 실질적으로 재판이 '研究官에 의한 裁判'으로 변질될 수 있다는 점이다. 이런 문제로 재판관과 연구관사이에 보이지 않는 긴장이 발생하기도 한다.⁹³⁾ 이 문제는 재판관 개개인이 '裁判官에 의한 裁判'에 대해 분명한 인식을 가지고 자신의 자세를 유지할 필요가 있다. 그러나 재판업무의 실제상 아무리 재판관이 재판관과 연구관 사이에 업무상 분명한 선을 그어 놓는다고 하더라도 그 한계를 엄격히 지키는 것은 쉽지 않다. 따라서 '研究官에 의한 裁判'의 위험성에 대해서는 항상 유념하는 것이 필요하다. 물론 재판을 자신의 연구관이 했다고 말하는 재판관은 없고, 이런 문제가 심각한 수준에 있는 것은 아니며, 실제에 있어서 이런 극단적인 현상이 발생할 가능성은 적지만, 이런 문제에 대해 연방최고법원의 바깥에서 문제점을 지적하는 비판이 있다.⁹⁴⁾

VI. 結 論

近代 立憲民主主義가 태동한 이후 헌법재판의 嚆矢는 미합중국의 사법심사제도이다. 이러한 사법심사제도는 여러 나라에 영향을 미쳤고, 각 나라들은 그 나라의 사정에 따라 구체적인 절차와 모습에서는 변형을 가하기도 하였지만 그 기본적인 원리는 동일하다. 이 글에서 살펴보았듯이 미합중국의 경우에도 사법심사제도는 시대의 흐름에 따라 변천하였다. 초기에 업무가 한가했던 시절과 요즘과 같이 업무가 폭주하는 시절의 모습이 같을 수 없음은 당연하다. 전통으로 내려오던 관례들이 필요에 따라 변경되고, 不文의 것으로 통용되던 것이 成文規定으로 明文化되기도 했다. 과거 開廷期와 閉廷期를 두어 일정기간 법정이 휴식의 기간을 가지던 것이 폭주하는 업무에 견디지 못하고 폐정기가 폐지된 것은 이러한 제도의 변천을 잘 보여주고 있다. 그러나 아직도 美合衆國의 司法審査節次는 성문의 규정과 함께 불문의 관례가 병존하고 있는 모습을 보이고 있다. 따라서 미합중국의 사법심사제도를 제대로 이해하는데는 명문의 규정들만으로는 부족하고 그 역사와 불문의 관례들을 이해하는 것이 필요하다.

한 나라의 裁判機關을 속속들이 파악하는 것은 매우 힘든 작업이다. 우리나라의 경우도 그 예외는 아니어서 재판기관 내부에서 일어나는 일을 알아내기란 여간 어렵지 않다. 미합중국의 경우도 마찬가지다. 이 글에서는 여러 자료들을 동원하여 美合衆國 聯邦最高法院의 司法審査의 過程과 實際의 모습을 살펴보는데 중점을 두었다. 이러한 것은 미합중국의 사법심사

92) K. L. Hall(註 72), 160쪽 참조.

93) J. Harvie Wilkinson, III, *Serving Justice: A Supreme Court Clerk's View*(New York: Charterhouse, 1974), 18쪽 이하; L. Baum, *The Supreme Court*(註 28), 85쪽 참조.

94) W. H. Rehnquist는 이런 지적에 대해서는 동의하지 않는 견해를 보인다. W. H. Rehnquist(註 11), 265쪽 이하 참조.

제도를 제대로 이해하는 데도 필요하지만 우리나라의 제도와 비교하여 우리의 제도를 더 발전시키는데 도움이 되는 것이 있는지를 찾아내는 데도 필요하다.

미합중국 연방최고법원이 연방국가의 최고법원이므로 관할에서 그에 따른 특색이 있다. 그리고 하급심재판에서부터 당해 사건에 적용된 법령의 위헌여부를 판단하는 것이 일상화된 부분은 우리의 재판과 비교하여 또 다른 특색이기도 하다. 아무튼 聯邦最高法院에만 한정하며 보면 사법심사의 절차는 審判의 開示와 審判回附의 決定 段階, 口頭辯論의 段階, 裁判官會議에서의 評議 段階, 意見의 執筆 段階, 裁判官 各自의 意見 確定 段階, 最終 意見의 公表 段階로 나눌 수 있다. 이러한 단계는 우리 헌법재판소에서 행해지는 위헌법률심판에서의 단계와 별 차이가 없다. 우리나라의 경우에는 사건을 집중적으로 검토할 主審을 정하여 配當하고, 사건에 대한 검토가 완성되어 재판관회의에 부칠 때가 되면 憲法裁判所長이 재판관회의를 소집하여 사건에 대한 評議를 한다. 이 과정에서 口頭辯論이 필요한지에 대해 재판관들의 결정이 필요하면 재판관회의를 소집하여 그에 대한 결정을 한다. 우리나라의 위헌법률심판절차에는 審理回附與否를 결정하는 단계가 없다. 모든 사건은 審理에 회부된다. 不適法한 사건은 却下되고 適法한 사건은 本案判斷을 하게 된다. 한 사건에서도 재판관회의에서의 평의는 여러 차례 있을 수 있다. 재판관들간에 토론을 행하는 가운데 그날 결정을 내릴 수 없을 때에는 다음 기회로 연기한다. 따라서 재판관들의 의견은 1會이든 數會이든 最終의 재판관회의에서 확정된다. 재판관회의에서 재판관들의 의견이 확정되면 決定書의 執筆이 행해진다. 주심을 맡은 재판관이 다수의견에 참가하면 주심을 맡은 재판관이 결정서를 집필하고 주심을 맡은 재판관이 소수의견을 취하는 경우에는 다수의견을 취하는 재판관중에서 한 재판관이 다수의견을 집필한다. 결정서의 집필이 완료되면 공개된 법정에서 宣告한다. 선고할 때에는 결정서를 모두 낭독하기도 하고 중요부분만 요약하여 낭독하기도 한다. 선고된 결정서는 官報에 掲載하여 公示한다. 이러한 결정서는 그후 헌법재판소가 발행하는 「헌법재판소공보」와 「헌법재판소판례집」에 실려 公刊된다.

미합중국의 사법심사절차와 우리나라의 위헌법률심판절차를 비교하여 보면, 우리나라에는 심리회부여부의 결정단계가 없이 모든 사건을 심리하는 것이 특색이다. 다만 法律에 대한 憲法訴願審判節次에서는 재판관 3인으로 구성되는 指定裁判部の 事前審查 단계에서 전원재판부의 심리회부여부에 대한 결정을 한다. 우리나라의 경우 재판관들이 각자의 의견을 확정하는 것은 미합중국의 경우와 달리 최종 재판관회의에서 평의할 때 이루어진다. 미합중국의 경우와 같은 재판관회의에서의 예비표결은 없다. 위헌법률심판의 사건이 헌법재판기관에 도달하는 경로를 보면 미합중국의 경우에는 위에 보았듯이 사건이송명령, 상고 등이 있고, 우리나라의 경우에는 사건이 계류된 당해 법원에서의 職權 또는 당사자의 違憲與否審判提請申請에 따른 提請으로 이루어진다. 당사자의 제청신청이 당해 법원에서 받아들여지지 않은 경우에는 당사자는 憲法裁判所法 제68조 제2항이 정하는 헌법소원심판절차로 헌법재판소에 위헌

법률심판을 구할 수 있다.

미합중국의 경우와 우리나라의 경우 차이가 있는 것중의 하나가 研究官制度이다. 미합중국의 경우에는 재판관이 자기의 연구관을 선발하지만 우리나라의 경우에는 憲法研究官과 憲法研究官補를 憲法裁判所長이 임명하여 3개의 재판부에 배치한다. 헌법연구관중에는 판사나 검사의 신분으로 파견되어 근무하는 인원이 있다. 미합중국에는 이러한 파견근무제도가 없다. 우리나라의 헌법연구관과 헌법연구관보는 재판관을 보좌하는 역할을 할 뿐 아니라 헌법재판소내의 법률문제 또는 헌법재판소와 다른 국가기관과의 법률문제들에 관한 일도 있다. 이런 우리의 제도는 미합중국의 재판관의 연구관과 법원연구관의 기능을 모두 수행하는 것이라고 평가할 수 있다. 우리나라의 제도를 개선함에 있어서는 미합중국의 제도와 우리 제도의 장점을 고려하여 이를 혼합하는 것도 하나의 방안이다. 재판관들이 각자 자기의 연구관을 1명씩 선발하고(형식적 임명권은 헌법재판소장이 행사해도 무방하다) 나머지 연구관들은 헌법재판소장이 임명하는 방식이 그 한 예이다. 우리나라의 경우에도 미합중국의 “cert pool”방식과 같이 여러 연구관들에 의한 공동연구방식을 취할 수 있고, 실제 재판관에 따라 이러한 공동연구방식이 행해지기도 한다. 헌법재판소에서 헌법소송을 수행하는 변호인의 경우 우리나라에서는 모든 변호사가 이를 행할 수 있지만 미합중국의 경우에는 연방최고법원이 심사하여 등록된 변호사에 한하여 이를 행할 수 있다.

美合衆國의 司法審査節次를 살펴보면 많은 부분 우리의 違憲法律審判節次와 일치하는 점이 있다. 그것은 사법심사라는 일반 법리가 작동하기 때문에 제도의 기본에 있어서는 차이가 날 수 없기 때문이다. 그러나 세부적인 부분에서는 차이가 난다. 그것은 해당 제도가 생기고 발달한 환경과 여건에서 차이가 있기 때문이다. 이러한 차이를 비교하여 보면 어느 것이 더 나은 지를 판단할 수 있고, 새로운 제도를 구상할 수 있다. 제도를 발전시키는데는 제도 자체를 바꾸는 방법이 있고 제도의 운용을 개선하는 방법이 있다. 외견상 제도가 비슷해도 그 결과물의 質에서 차이가 나는 것은 그 제도를 운용하는 사람과 운용하는 방법에서 기인한다. 이 글에서는 미합중국의 사법심사의 절차와 실제에 대해서만 고찰해보았지만 미합중국 연방 최고법원의 시스템을 충분히 이해하기 위해서는 제도 뿐만 아니라 그에 종사하는 사람들과 운용에 대한 연구가 더 필요하다.

〈參考文獻〉

- 賈在桓, 「司法運營의 理論과 實際」, 서울: 博英社, 1995.
- 權寧高, “高次法思想과 司法審査의 制度化,” 「公法研究」 第25輯 第4號, 1997. 6.
- 金雲龍, 「司法審査論」 서울: 三知院, 1998.
- 尹明善, “美國의 司法審査制와 人權,” 「美國憲法研究」 제3호, 1992.
- 渥美東洋, “ロークラクと調査官の制度,” 「判例タイムズ」 No. 445, 1981. 9. 15.
- 阪口正二郎, “立憲主義と民主主義 1,” 「法律時報」 70권1호, 1997. 12.
- “立憲主義と民主主義 2,” 「法律時報」 70권2호, 1998. 1.
- “立憲主義と民主主義 3,” 「法律時報」 70권3호, 1998. 3.
- 浦田一郎, 「シエスの憲法思想」, 東京: 勁草書房, 1987.
- Abraham, Henry. *The Judicial Process*, 5th ed., New York; Oxford University Press, 1986.
- Ackerman, Bruce A. “Neo-federalism,” John Elster and Rune Slagstad(eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
- Aristotle, *The Politics*, T. A. Sinclair trans., London: Penguin Books, 1962/1981.
- Baum, Lawrence. *American Courts: Process and Policy*, 3rd. ed., Boston: Houghton Mifflin Company, 1994.
- The Supreme Court*, Washington, D.C.: Congressional Quarterly Press, 1981.
- Biskupic, Joan/Witt, Elder. *Guide to the U.S. Supreme Court*, 3rd. ed., Vol. II, Washington, D.C.: Congressional Quarterly Inc., 1997.
- Cappelletti, Mauro. *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford: Oxford University Press, 1989/1991.
- Cooper, Phillip J. *Battle on the Bench: Conflict inside the Supreme Court*, Lawrence: University Press of Kansas, 1995.
- Hall, Kermit L.(ed.). *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Oxford/New York: Oxford University Press, 1992.
- Holmes, Stephen. “Precommitment and the paradox of democracy,” John Elster and Rune Slagstad(eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
- Leuchtenburg, William E. *The Supreme Court Reborn*, London/Oxford: Oxford University Press, 1995.

- Lester, Anthony. "The Overseas Trade in the American Bill of Rights," *Columbia Law Review*, Vol. 88, April 1988.
- Lübbe-Wolff, Gertrude. "Safeguards of Civil and Constitutional Rights-The Debate on the Role of the Reichsgericht," Hermann Wellenreuther(ed.), *German and American Constitutional Thought*, New York/Oxford/Munich: Berg, 1990.
- Murphy, Bruce. *The Bradeis/Frankfurter Connection*, New York: Oxford University Press, 1982.
- Murphy, Walter F./Fleming, James E./Harris, II, William F. *American Constitutional Interpretation*, Mineola, New York: The Foundation Press, 1986.
- Posner, Richard A. *The Federal Courts*, Cambridge, MA/London: Harvard University Press, 1996.
- Rehnquist, William. *The Supreme Court: How It Was, How It Is*, New York: William Morrow, 1987.
- Schwartz, Bernard. *A History of the Supreme Court*, Oxford/New York: Oxford University Press, 1993.
- Sejersted, Francis. "Democracy and the rule of law," John Elster and Rune Slagstad(eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
- Silverstein, Mark. *Judicious Choices: The New Politics of Supreme Court Confirmations*, New York/London: W.W.Norton & Company, 1994.
- Smolla, Rodney A.(ed.). *A Year in the Life of the Supreme Court*, Durham/London: Duke University Press, 1995.
- Starck, C. "Die Verfassungsauslegung," J. Isensee/P. Kirchhof(Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. VII., Heidelberg: C. F. Müller, 1992.
- Stone, Geoffrey R./Seidman, Louis M./Sunstein, Cass R./Tushnet, Mark V. *Constitutional Law*, 2nd Edition, Boston/Toronto/London: Littel, Brown and Company, 1991.
- Sunstein, Cass R. "Constitutions and democracies," John Elster and Rune Slagstad(eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
- Wellenreuther, Hermann. "German-American Constitutional History-The Past and Present," Hermann Wellenreuther(ed.), *German and American Constitutional*

Thought,

New York/Oxford/Munich: Berg, 1990.

Wilkinson, J. Harvie, III, *Serving Justice: A Supreme Court Clerk's View*, New York: Charterhouse, 1974.

Woodward, Bob/Armstrong, Scott. *The Brethren: Inside the Supreme Court*, New York: Simon and Schuster, 1979.

Wright, B. F.(ed.), *The Federalist*, New York: Barnes & Noble, 1996.

SUMMARY

The Process and Practice of the Supreme Court of the United States

Chong, Jong-Sup

(Department of Law, College of Law, Kon-kuk University)

This article aims at analyzing the practice of the Supreme Court of the United States in respect of judicial review. The present author has carried out this study in the belief that a detailed discussion of the American system of judicial review is useful for the better understanding of the general principles of judicial review. It should also be helpful in finding ideas for the further development of our own judicial review system.

This article begins with a brief historical overview of judicial review in the United States. This is followed by the discussion of the procedural steps extending from the acceptance of a case to the Court's decision thereon. The whole process of judicial review can be divided into seven stages, i.e., the presentation of a case to the Court, the decision on the admissibility of the case for judicial review, oral proceedings, reaching tentative decisions, the drafting of the opinion, reaching the final decision and the delivery of the judgment.

The process of judicial review by the Supreme Court begins with the submission of written briefs by the parties arguing for the desirability of hearing the case in question. If and when the case is accepted for decision on the merits by the Court, the counsel for the parties submit new briefs that directly relate to the merits of the case. This is often followed by the submission of a reply to the opposite party's arguments. Frequently, individuals and bodies, governmental or not, other than the parties, submit *amicus curiae* opinions to the Court to supplement the parties' arguments. Written pleadings submitted by the parties are supplemented by the counsel's arguments and presentations at the oral proceedings stage. Today the Court has a tendency not to welcome *amicus curiae* opinions due to the limited time factor. Oral proceedings are placed under strict time restriction. Each side is normally

allowed half an hour for presentation of its arguments to the Court. After the closure of oral proceedings, the Court deliberates on the case in closed conferences. This conference marks the starting point for the Court's decision on the merits of a given case. In this conference, the deliberation is followed by a formal vote on the merits of the case. The vote is taken in reverse order of seniority. It is to be noted that, at this stage, the decision taken by the vote is only tentative. This tentative decision is then referred to a justice for the drafting of the final judgment of the Court. Once the draft is completed and circulated, it often becomes subject to further discussion and negotiation among the justices. After this, the whole process of decision-making in a case of judicial review comes to a completion, and opinions are written including minority opinion, if any. The question of who writes the opinion has very important meaning in terms of judicial politics. The judgment arrived at by the Court is delivered in open court.

In this article, I have attempted a detailed analysis of the process described above, but it has to be admitted that my analysis is not in-depth enough because I could not have access to the information on the inside workings of the Court.

Finally, I have conducted an introductory discussion on the American law clerk system and compared it with the clerk system of the Korean Constitutional Court. Whereas, in America each justice selects his own clerk, clerks are appointed by the Chief Justice in Korea. Each system has its merits. In my opinion, it would be better to take an eclectic approach by adopting the merits of each system. My suggestion is that each justice of the Constitutional Court should be able to choose his own clerk and that the Court itself should be given the power to select some clerks.