

## 주지사의 기고에 대한 접근: 주법령과 행정특권의 행사

엘렌 부쉬

이 글은 「Journalism Quarterly」(1994년 봄)에 열린 Ellen M. Bush의 「Access to Governors' Record State Statutes and the Use of Executive Privilege」를 서울민사지방법원 이기택 판사가 번역한 것이다. ……편집자 주

[이 글은 어떤 경우에 주지사의 기록이 공개되는가를 알아보기 위하여 50개주의 기록공개법(open records law)을 살펴본다. 또한 이 연구는 기록에 대한 접근과 주지사의 행정특권의 행사에 관한 주향소 법원의 판례법을 고찰한다. 행정특권론의 숨은 논거와 국민의 입장에서 특실도 탐구한다. 캘리포니아, 알래스카, 버지니아주에서의 근래의 사건들은 주지사가 행정특권을 행사하여 보호하려는 자료의 종류가 변화하고 있음을 보여 준다. 주법 원들은 단순한 판단자료(deliberative material)보다는 임명 서류철, 일정표, 전화요금 청구서와 같은 사실자료(factual material)를 보호하여 왔다.]

### I. 서론

행정특권이란 입법, 행정, 사법부의 권력의 분립이라고 하는 헌법적 관념에 근거한 개념이다. 법원에 의하여 형성되고 주로 대통령의 특권으로 인식되는 이 이론은 어느 부도 다른 부에 대하여 그 의사에 반하여 정보를 공개하도록 강요할 수 없다고 전제한다. 그러나 한편으로 국민과 주의회들은 연방과 주의 정부기관회의공개법(sunshine law)을 통하여 정부 절차를 공개하는 쪽을 선택하였다. 1967년에 승인된 연방정보자유법(Federal Freedom of Information Act)은 접근옹호론자의 영향으로 행정특권의 남용을 제한하게 되었다. 모든 주는 국민에게 정부기관이 무엇을 하고 있는가를 볼 수 있는 권리를 부여하기 위한 기록공개법을 갖고 있다. 그 중 일부는 국민들이 완전하게 민주사회에 참여할 수 있도록 하기 위하여 공공기록에 대한 접근의 필요를 규정하고 있다. 많은 주에서는 기록공개법상 광의에 있어서의 공무원이나 공공기관의 정의에 주지사를 포함시키고 있다. 대부분의 주에서는 일부의 기록, 일반적으로 법률집행에 관한 정보, 무역상의 비밀, 예비적인 메모에 대하여는 이 병의 적용을 면제하고 있다. 그 옹호론자들은 주장하기를, 이러한 행정특권은 공무원들에게 그들 사이에 자유로이 대화할 기회를 줌으로써 행정부의 정책결정 과정을 보호하기 위한 의도에서 나온 것이라고 한다. 그러나 반대론자들은 정부가 난처한 정보들을 은폐하기 위하여 행정특권을 행사할 것이라고 걱정한다. 대통령의 행정특권은 연방대법원에 의하여 1974년 United States v. Nixon 사건에서 처음으로 인정되었다. 그 이후 몇몇 주대법원은 주지사의 행정특권을 제한적으로 인정하였다. 일반적으로 법원은 판단자료-정책결정에 사용되는 정보에 대하여 주지사가 주장하는 행정특권을 받아들이지만 단순한 사실자료는 보호하지 않는다. 많은 평석자와 법학교수들이 대통령과 그 측근들에 대한 행정특권을 고찰하였지만, 주에 있어서의 행정특권을 연구한 것은 1974년의 단 하나의

논문뿐이다. 1)이 글은 어떤 경우에 주지사의 기록이 공개되는가를 알아보기 위하여 50개 주의 기록공개법을 살펴본다. 공공기록법(public record law)과 주지사와 행정부에 대한 그 법의 적용에 관한 자료는 처음으로 정보자유를 위한 기자위원회(Reporters Committee for Freedom of Information)에서 발행한 「공무상 비밀의 철폐, 공개정부의 길」(Tapping Officials Secrets, the Door to Open Government)에서 수집하였다. 주법은 수동적인 방법으로 또는 컴퓨터에 의하여 대조하였다. 법이 분명하지 않은 주에 있어서는 주신문발행인협회나 전문변호사와 접촉하였다. 이 연구는 또한 주지사의 기록에 대한 접근과 행정특권의 행사를 규율하는 주 항소법원의 판례법도 고찰한다. 가장 최근에 주 최고법원에서 다룬 사건들을 논의한다. 또한 행정특권론의 숨은 논거와 국민의 입장에서의 득실도 탐구한다.

## II. 주법령

많은 주에서 주지사의 기록에 접근할 수 있다. 여겨지지만, 일부 주의 법령은 기록공개법이 주지사에게도 적용되는지 불분명하다. 오직 유타주만은 특별히 주지사의 기록의 공개를 규정하고 있다. 많은 주에서는 주지사와 다른 고위 공무원이 주법상의 공무원의 정의에 포함된다. 앨라배마와 같이 법이 분명하지 않은 주에서도 주지사들은 기록을 공개한 역사를 갖고 있다. 「주대법원의 판례가 없더라도 접근권이 추정된다.」라고 앨라배마 신문발행인협회의 이사인 윌리엄 켈러는 말했다. 이와는 대조적으로 루이지애나와 미시간주는 주지사의 기록중 대부분을 정보공개 법의 적용으로부터 배제한다. 루이지애나주법은 「주지사가 그 사무실의 임무와 직무의 일반적인 수행 과정에서 통상적으로 관리 또는 통제하는」 기록을 제외하고 있다. 미시간주의 정보자유법(Freedom of Information Act)은 주의 공무원, 행정기관, 기타 행정부의 기관에 대하여 기록 공개를 요구하면서도 주지사, 부지사 및 그들의 행정 사무실과 피용자는 제외한다. 특별히 주지사의 편지나 비공개 메모를 기록공개법의 적용에서 배제하는 주도 있다. 아칸소주에서는 주지사의 비공개 메모, 작업 서류와 편지를 면제한다. 버지니아와 조지아주는 주지사의 작업 서류를 제외하고, 주지사, 부지사, 주의원, 그리고 그들의 대리인 사이의 편지를 보호한다. 캘리포니아주는 주지사와 그 사무실의 피용자 및 주지사의 법무담당 비서가 둔 고용인이 보내거나 받은 편지를 제외한다. 이상에서 언급한 주들이 주지사만을 따로 규정하고 있지만, 적어도 3분의 1의 주는 모든 공무원과 행정기관의 작업 서류와 메모를 보호하기 위한 예외를 두고 있다. 캘리포니아주에서의 면제는 전형적인 것으로서, 예비 초안, 노트 또는 어느 주정부 기관에 의하여 그를 대신하여 또는 그 사용을 위하여 작성된 기관 내부 또는 기관 상호간의 통신의 비공개를 허용하고 있다.

## III. 행정특권론

6개 주의 대법원은 주지사와 그 측근들이 특정기록에 대한 접근을 제한하기 위하여 행정특권론을 원용할 수 있다고 판결하였다. 오직 매사추세츠주만은 행정특권을 인정하기를 거부하였다. 행정특권의 주장은 입법, 행정, 사법부의 권력분립이라고 하는 헌법적 관념에 기초하고 있다. 어부도 특별히 헌법에 의하여 승인된 경우를 제외하고는 다른 부의 기능이나

권한을 행사할 수 없다. 이 이론은 만일 한 부인 법원이 다른 부인 행정부에 대하여 그 의사에 반하여 정보를 공개하도록 강요한다면 각 부간의 상호대등성이 무너진다는 것을 전제로 하고 있다. 권력분립의 원칙은 단지 연방헌법에 함축되어 있을 뿐인데, 각 주는 대체로 주헌법에 그 관념을 구체화하고 있다. 이 행정특권 역시 판단특권(deliberative privilege) 내지 정부특권(governmental privilege)으로 알려져 있다. 법학교수인 Archibald Cox 에 따르면, 행정특권의 옹호론자들은 이 특권을 정부 관리들의 정책 결정 과정을 보호하는 수단으로 생각하고 있다. 이 특권은 대통령과 다른 관리들에게 「소리 내어 생각할」 자유를 줌으로써, 그들의 잠정적인 의견에 대하여 여론이 부정적으로 반응할 위험에 의하여 방해 받지 않고 그들의 의견을 시험하고 정책과 인물을 토론할 수 있다. 또한 이 권한은 그 측근이나 동료들로 하여금 솔직하게 조언할 수 있는 여건을 마련함으로써 쟁점의 모든 면이 철저하게 조사될 것이라고 콕스는 말했다. 대화내용이 국민에게 공개될 위험이 있다면 참석자들은 보다 조심성있게 말하고 토론은 자발적이지 못할 것이다. 일부 주의 관사들은 정부 관리들의 정책 결정과정의 완전한 공개가 행정부내의 의사소통을 위축시키는 효과를 가져올 수 있다고 생각하여 왔다. 버몬트주의 대법원은 「어두운 밀실에서 일하는 정부의 모습이 못마땅하듯이, 각료들 사이에 사적인 의견 교환의 기회도 없이, 사색과 모험적인 선택이나 의견 철회의 순간도 없이 기능하는 정부는 상상하기 어렵다」고 1990 년에 판시했다. 행정특권의 반대론자들은 정부가 비밀스럽게 활동할 때 그 남용의 가능성을 지적한다. 공무원들은 정보가 정치적으로 당혹스럽거나 해롭다는 이유로 방어할지 모른다. 헌법학자인 Raoul Berger 는 행정특권 주장이 연방헌법상 근거가 없는 신화라고 주장한다. 이 이론은 상황을 합리

화할 「선례」를 창조해 낸 19 세기의 일련의 대통령들에 의하여 만들어졌다고 버거는 말했다. 한편 행정 특권의 반대론자들은 어느 누구도 이 특권이 인정되지 않는 주에서 위축 효과가 발생함을 입증하지 못했다고 주장한다. 각 주의 기록회합공개법(open records and meetings law)은 정부의 정보와 정책 결정 과정을 국민에게 공채하기 위한 것이다. 보통 이러한 법에서는 기록접근법이 공개가 보장될 수 있도록 자유롭게 해석되어야 한다고 규정한다. 공무원이 공개하기를 원치 않는 기록을 요구하는 사람이 있다면 이 법은 그러한 요구가 기각되어야 할 이유에 대한 입증책임을 공무원측에 부담시킨다. 그러나 행정특권 사건에서는 입증책임이 전도되어 기록요구자가 그 기록이 공개되어야 할 이유를 입증하여야 한다. 주법원들이 주지사의 주장을 받아들임에 있어서는 연방대법원이 United States v. Nixon 사건에서 대통령의 주장을 받아들인 예를 따르고 있다. 이 1974 년 판결은 Nixon 대통령에게 그의 측근과의 사적인 대화 내용을 담은 녹음테이프를 판 사실-공개법정이 아닌 판사의 직무실-에서 조사할 수 있도록 연방법원에 제출하라고 명령하였다. 그러나 만장일치인 위 판결의 판결문을 작성한 Warren Burger 대 법원장은, 개인적 프라이버시를 보호하고 행정 업무의 공개적이고도 솔직한 토론을 장려하여야 할 공공 이익(public interest)에 기초하여 행정부는 내부적인 통신의 비밀을 지킬 헌법적 특권을 갖고 있다고 말했다. 다만 자료가 형사재판에 사용하기 위하여 청구되고 또한 군사상이나 외교상의 비밀이 관련되어있지 않다면 이러한 일반적인 특권은 포기되어야 한다고 법원은 말했다. 자료를 청구한 사람이 그 자료가 관련된 대화 내용을 담고 있을 가능성을 입증한다면,

법원은 판사실에서 그 자료를 조사하여 관련성 있고 받아들일 수 있는 부분을 분리, 공개한 후 그 나머지는 봉인하여 반환하여야 한다고 판시하였다.

#### IV. 행정특권에 대한 주법원의 해석

Nixon 사건 전에는 일부 주법원에서 행정특권을 주장할 수 있는 주지사의 권리를 절대적이라고 인정하였었다. 예를 들어, 펜실베이니아주 대법원은 77년에 대배심이 폭동을 진압하기 위한 주방위군의 사용을 조사하기 위하여 주지사를 소환하는 것을 허가하지 아니하였다. 펜실베이니아주 고등법원은 주지사의 요청에 따라 작성된 각료와 다른 기관장의 재정보고서에 대한 공개요구를 부인하기까지 하면서도, 위 대법원 판결 이후 주지사의 기록은 일반적으로 공개된다고 판결하여왔다. 현대의 사건들에서는 주지사에게 제한적인 특권을 찾아감으로써 프라이버시에 대한 정부측의 요구와 공개된 정부에 대한 국민들의 요구를 조화시켜 왔다. 1952년에 애리조나주 대법원은 어떤 정보가 공개되어야 하는가에 관하여 주지사가 자신만이 그 유일한 판단자라고 주장할 수는 없다고 판시했다. Mathews v. Pyle 사건에서 애리조나 데일리 스타지의 편집인은 주지사의 요청에 따라 작성된 주토지국장관(state land commissioner)의 사무실에 대한 조사와 관련된 서류를 요청하였다. 주지사에게는 행정부가 특권이 있거나 비밀이라고 생각하는 서류의 제출을 거절할 권한이 부여되어야 마땅하나 그의 판단이 최종적인 것은 아니라고, 법원은 판결하였다. 1974년의 Nixon 판결 이후 뉴저지, 메릴랜드, 뉴멕시코주의 대법원은 조사보고서(investigative report)가 문제된 사건에서 제한적인 행정특권을 인정하였다. 아주 최근에 알래스카, 버몬트, 캘리포니아, 버지니아주 법원은 주지사가 전화요금 청구서, 일정표와 기밀 편지를 비공개로 할 수 있는가에 관하여 심사하였다. 초기의 주행정특권에 관한 사건들은 조사보고서에 초점을 맞추었다. Nero v. Hyland 사건에서 뉴저지주 대법원은 장래의 정치적 임명에 대비한 주지사의 인물조사시는 기밀이 지켜져야 한다고 결정하였다. 메릴랜드주 대법원은 만장일치로, 유죄판결을 받고 탈출하여 두 명의 어린이를 살해한 어린이 학대자의 취급에 관하여 주지사에게 제출된 조사보고서가 문제된 사건에서 행정 특권의 행사를 승인하였다. 뉴멕시코주의 죄수 폭동 사건의 조사중에 수집된 자료는 1991년에 주대법원에 의하여 보호되었다. State ex ret. Attorney General v, First Judicial District Court 사건의 판결은 행정특권을 주 검찰총장에까지 확대하였고, 주지사 이외의 행정부처 공무원도 이 특권을 행사할 수 있다고 시사하였다. 그 기록이 특별히 주지사가 사용하도록 의도된 것은 아니었으나, 법원은 행정부의 장이 효과적으로 활동할 수 있도록 하기 위하여 행정부처 공무원 사이의 통신은 보호되어야 한다고 판시하였다. 이러한 사건에서 판사들은 정부가 아니라 기록의 요구자에게 입증책임을 부담시켰다. 행정 내지는 정부특권은 행정부가 보다 효과적으로 기능할 수 있게 도움으로써 국민에게 이익을 주는 것이라고 생각되었다. 이러한 국민측의 부담은 정부 기관에게 기록 공개의 거부를 정당화하도록 요구하는 주 및 연방의 기록공개법의 전통적인 접근방법과 대조를 이룬다. 메릴랜드주 법원은 행정부의 장이 기밀의 통신이라고 주장하기만 하면 주지사의 행정 특권주장은 추정적인 특권으로서 존중되어야 한다고 보았다. 그 자료가 특권의 대상이 아니라거나 또는 그 자료의 제공에 관하여 어떤 중대한 필요가 있음을 입증할 책임은 공개를 요구하는 사람에게 있다. 그러나 사실자료는

그것이 보고서의 판단적 성격의 기초를 이루지 않는 한 행정부 공무원의 판단 과정에 있어서와 같은 정도로 보호되지는 않는다고, 법원은 판시했다. 위에서 언급한 3건의 사례 모두에서 기록요구자가 법원이 요구한 고도의 입증책임을 충족시키지 못했다. 주지사에 대한 특권의 추정과 정보요구자에 대한 고도의 입증책임은 1990년 버몬트주 대법원의 한 사건에서 쟁점이 되었다. Killington v. Lash 사건에서 한 개발 회사는 버몬트 자원공사의 사무장인 Jonathan Lash에 대하여 주의 규제 절차에 관한 기록을 요구하는 소를 제기하였다. Lash는 행정특권을 인용하면서 그 공사와 주지사 사무실 사이에 교환된 주간 메모의 공개를 거절하였다. 그러자 Killington은 주 기록공개법이 그 기관측에 공개 면제의 근거를 밝힐 입증책임을 부담지우고 있다고 주장하였다. 하급법원은 버몬트주가 행정특권을 인정하지 않는다고 결론지은 후 기록에 대한 판사실에서의 조사를 명령하였다. 주대법원은 판시하기를, 판사실에서 조사하더라도 행정부의 근본적인 이익을 실질적으로 회복할 수 없을 정도로 손상시킬지 모르기 때문에 하급법원의 결정은 옳지 않다고 하였다. 행정부가 행정특권을 주장하면 입증책임은 기록요구자에게 있다고 법원은 판시했다. 법원은 권력 분립의 원칙을 언급하면서, 기록공개요구자가 먼저 그 필요성을 입증하여야 한다는 요청은 행정특권 그 자체의 핵심적 요소라고 보았다. 일부 주에서 입증책임에 관한 쟁점이 해결된 것으로 보이는데, 다른 주법원에서는 행정특권이 언제 적용되어야 하는가에 대하여 논의하여 왔다. 1986년 Doe v. Alaska Superior Court, 3rd Judicial District 사건에서 주지사와 국민 사이의 서신이 초점이 되었다. 이는 의사이자 주 의료 위원 임후보자인 Carolyn Brown이 낙태 반대단체를 상대로 제기한 명예훼손 사건이었다. Brown은, 그 단체가 기관지의 독자들로 하여금 주지사에게 그녀의 임명에 반대하는 편지를 쓰도록 자극함으로써 주지사가 그녀에 대한 지명을 철회하게 만들었다고 주장하였다. 그 지방법원은 주지사의 임명 서류철을 공개하라고 명령하였으나 편지 발송인 중 도우라는 가명을 썼던 한 사람은 이를 거부하였다. 알래스카주 대법원은 만장일치로, 일반시민으로부터의 편지는 행정특권에 의하여 보호되지 않으나 내부 직원의 메모는 보호될 수 있다고 판시하였다. 대법원은 내부 문서의 정확한 본질을 규명하도록 이 사건을 사실심에 환송하였다. 환송 받은 고등법원은, 행정특권의 범위를 정당한 내부 통신에 한정된 결정은 공공 정책(public policy)에 의하여 뒷받침된다고 말했다. 정부는 보호하기를 원하는 문서를 구체적으로 특정하여 명시하고 그 서류가 행정특권의 범위에 속하는 이유를 설명하여야 한다고, 법원은 판결하였다. Brown은 그녀의 문서의 필요성이 정부의 기밀에 대한 이익을 능가함을 입증함으로써 추정 부의주장을 반박할 수 있었다고 법원은 말했다. 거의 모든 행정특권 사건들은 강력한 행정부에 대한 공공 이익을 언급한다. 캘리포니아주에서의 공공기록법에 대한 포괄적인 「공공 이익」의 예외는 주지사의 일정표에 대한 접근을 부인한 1991년의 주대법원 판결의 기초가 되었다. 주 대법원은 4대3으로 주지사는 5년간의 활동이 기록된 일정표와 노트를 로스앤젤레스 타임스지에 넘겨줄 의무가 없다고 판시하였다. 대법원은 판단과정과 이에 관련된 안전상의 이익 때문에 일정표는 「공공 이익」의 면제에 해당된다고 말했다. 주지사는 그가 만나는 사람들의 이름을 관례적으로 공개한다면 이는 정책심의 과정을 방해하고 사람들로 하여금 모임에 참석하려 하지 않게 만들 것이라고 주장하였다. 캘리포니아주의 「포괄적인 면제」는 기록을 공개하지 않음으로써 얻어질 공공

이익과 공개함으로써 얻어질 공공 이익의 균형을 요구한다고 법원은 말했다. Armand Arabian 판사는 주지사가 만나는 사람들의 이름을 공개 하는 것은 주지사의 판단과 사고 과정의 본질 내지는 방향을 공개하는 것과 같다는 논리를 내세웠다. 그래서 일정표상의 원시 자료는 사실에 관한 것이지만 그 핵심은 판단과 관련된 것이라고, 법원은 결론지었다. 그 판결의 배경이 된 공공 정책에 관하여 토의하면서, Arabian 판사는 로스앤젤레스 타임스지가 너무 많은 자료를 요구하였다고 시사하였다. 공개의 원칙은 「이 사건에 있어서 단지 로스앤젤레스 타임스지의 거대한 요구의 무게에 눌러 부서졌다.」 법원은 위 판결이 주지사의 모든 일정표나 기타의 기록들이 비밀이라는 의미는 아니라고 경고하였다. 기록에 대한 보다 압축된 요구는 받아들여질 수 있다고 법원은 말했다. 법원은 또한 주지사의 안전에 대한 염려를 강조하면서, 어떤 사람들은 과거의 일정표를 이용하여 주지사의 일상적인 습관과 생활 방식을 재구성 할 수 있을 것 이 라고 말했다. Stanley Mosk 판사는 반대의견에서 대통령의 일정표는 사전에 매일 언론에 공개된다고 기술하였다. 다른 반대의견에서 Joyce Kennard 판사는 일정표는 법률에 의하여 보호되지 않고 있는 사실만을 담고 있으며 의견은 포함하고 있지 않다고 강조하였다. 일정표의 공개는 주지사 사무실의 내부 업무수행에 대한 간접적인 관찰을 가능하게 할 뿐이어서 이것이 정책결정 과정을 해치는 경우는 극히 드물 것이라고, Kennard 는 말했다. 어느 부분이 행정특권에 해당되더라도 나머지 부분은 공개될 수 있고 또 공개되어야 한다고 그녀는 말했다. 또한 언론의 정밀 조사 앞에서의 주지사의 업무 수행 능력에 대한 관심이 1991 년에 버지니아주에서 제기되었다 주대법원은 Taylor v. Worrell Enterprises 사건에서 데일리 프로그레스지가 요구한 장거리 전화내역표에 대한 주지사의 공개 거부를 좁게 인정하였다. 주지사는 버지니아주에서의 주지사의 메모에 대한 면제에 의하여 그 기록이 면제되어야 한다고 주장하였다. 4 대 3 으로 나누어진 판결에서 다수의 은 그 내역표는 틀림없이 메모이며 따라서 행정특권에 관한 쟁점으로 다루어질 것이 아니라고 판시하였다. 그러나 다수의견은 공개는 부당하게 행정부의장의 업무 수행을 방해할 것이기 때문에 권력립의 원칙에 위반된다는 입장이었다. 이러한 정보의 공개를 강요하는 것은 업무 수행을 위한 주지사의 전화 사용에 위축효과를 미칠 것이라고 Elizabeth Lacy 판사는 기술하였다. 그러나 반대의견인 3 명의 판사들은 권력 분립의 원칙의 문제를 논의하는 것에 반대하면서, 사실심 법원은 그 쟁점을 언급하지 않았기 때문에 대법원은 이 문제를 다룰 수 없다고 말했다.2) 이 사건의 판결은 행정특권에 대한 어느 정도의 지지를 암시하면서도 권력 분립의 쟁점에 관한 법원의 양면성을 나타내고 있다. 오직 한 개 주의 대법원은 지금까지 주지사나 행정부의 기록에 대한 요청과 관련하여 행정특권을 인정하기를 거부하여 왔다. 매사추세츠주 대법원은 1988 년에 주헌법에 구현된 권력 분립의 원칙은 행정특권의 인정을 요구하지 않으며 또한 법원은 이를 창설하기를 거부한다고 판시하였다. 주지사는 처음에 피고로 지목되었으나 그에 대한 청구는 기각되었다. 그러나 법원의 판단은 주지사의 기록에까지 확장된 것 같다. 이 사건은 양 부모에 적용되는 주규칙의 효력을 다투는 내용을 포함하고 있었다. 원고들은 규칙의 변천과 관련된 내부 메모와 규칙 초안들을 요구하였다. 주정부는 그러한 서류들이 행정특권의 대상이라는 이유로 그 제출을 거절하였다. 주대법원은 매사추세츠주에서는 어떤 행정특권도 존재하지 않는다는 사실심 판사의 판결을 지지하였다.

「우리 정부 조직의 창설자들이 헌법상 행정특권을 인정하기를 원했다면 그들은 이를 따로 규정하였으리라고 상상하는 것이 합리적이다」라고 법원은 말했다. 판사들은 주정부가 행정특권의 부존재로 말미암을 어떤 실제적인 피해나 정부내에서의 통신에 미칠 어떤 「위축효과」를 입증하지 못하였다는 이유로 행정특권을 창설하기를 거부하였다.

## V. 결론

주지사에게 대한 행정특권의 원칙은 주헌법상의 권력 분립 조항과 대통령의 통신에 관한 연방법으로부터 발전하여 왔다. 행정특권에 관한 주의 판결들은 한번도 연방대법원에 회부된 적이 없는 것 같은데, 왜냐하면 그 판결은 주헌법에 근거한 것이고 또한 그 판결이 수정헌법 제 1 조 3)의 권리와 같은 연방헌법상의 권리를 침해하지 않는 한 연방대법원은 이를 심사할 권한이 없기 때문이다. 각 주의 법령과 헌법은 그 내용이 달라서 행정특권에 관한 통일적 인 결론을 이끌어 내기는 더욱 어렵다. 다만 각 주의 판결은 행정특권을 인정하는 다른 주의 판결과 증가하고 있는 판례법을 언급하고 있다. 많은 초기의 판결들이 만장일치였으나, 가장 최근의 캘리포니아와 버지니아주의 사건에서는 다수의 견과 소수의견이 4 대 3으로 근접한 판결을 보여준다. 이러한 견해의 상이함은 주지사가 행정특권을 행사하여 보호하려는 자료의 종류의 변화로부터 나오는 결과인지도 모른다. 초기의 뉴저지, 메릴랜드, 뉴멕시코주의 사건들은 조사보고서에 관한 것으로서, 다른 주에서는 종종 법집행 정보에 대한 면제에 의하여 보호되었다. 그 후의 알래스카, 캘리포니아, 버지니아주의 사건들은 임명 서류철, 일정표, 전화요금 청구서에 관한 것이다. 위 법원들은 단순한 판단 자료보다는 주지사의 일정표와 같은 사실 정보를 보호하였다. 캘리포니아주의 판사들 자신은 무엇이 사실에 관한 것이고 무엇이 판단에 관한 것인지에 관하여 의견의 일치를 보지 못하고, 하급법원에 불분명한 신호를 보냈다. Mosk와 Kennard 판사는 주지사의 일정표가 사실에 관한 것으로서 공개되어야 한다고 주장하였다. 그러나 다수의견은 그 원 자료가 사실적인 것이지만 그 핵심은 판단에 관한 것이라고 말했다. 캘리포니아와 몇몇 다른 주의 법은 판례에 의하여 형성된 행정특권을 지지하는 공공 이익의 면제를 널리 인정하고 있다. 뉴멕시코와 같은 다른 주들에서는 주헌법 때문에 행정특권을 인정하지만 공공 이익의 면제는 인정하지 않는다. 행정특권을 적용함에 있어서, 주법원들은 기록요구자의 이익과 기밀 유지에 대한 행정기관의 공공 이익의 균형을 유지하여 왔다. 그러나 버몬트주의 Killington 사건과 같은 사건들에서는 법원이 지나치게 행정부의 주장을 받아들였음을 보여준다. 입증책임은 접근을 거부하는 주공무원이 아니라 기록요구자에게 부과된다. 이러한 특권의 추정은 주법이 정부에 입증책임을 부과하는 다른 접근에 관한 사건들에서의 일반적인 입증책임 원칙과 직접적으로 상충된다. 위의 사건들이 보여주는 바와 같이 고도의 입증책임을 다한다는 것은 거의 드문 일이다. 1970 년대의 사건들은 조사보고서상의 자료의 공개와 관련된 것이어서 이는 효율적인 정부의 업무 수행에 문제를 야기할 수 있었다. 그 후의 사건들은 사실자료의 판단적인 성격과 과도한 공개에 대한 고정적인 우려에 초점을 맞추었다. 법원은 효율적인 정부와 공개된 정부의 가치 조절에 고심하였다. 버몬트주 법원은 행정부내에서의 「위축된」 통신을 염려하였다. 그러나 매사추세츠주 고등법원은 정부는 행정특권의 부존재로 말미암아 행정에 초래될 실질적인 피해를 입증하지 못하였다고 말했다. 매사추세츠주는 정부를 위한

새로운 특권을 창설함에 있어 다른 선도적인 주의 예를 따르기를 거부하였다고, 판사들은 말했다. 버몬트와 캘리포니아주의 판사들은 일반적으로 효율적인 정부에 대한 공공 이익을 강조하고, 주접근법(state access law)에 규정된 공개된 정부에 대한 공공 이익을 경시하였다. 한편 앞서 언급한 바와 같이 법학 교수인 Raoul Berger 와 Gerald Wetlaufer 같은 평석자들은 비밀유지가 정책 결정에 기여할지 모르지만 정보의 자유로운 흐름이라는 공공 이익을 해한다고 말한다. 행정특권은 실제로 정책결정자가 사용할 수 있는 정보의 양을 감소시킴으로써 공공 이익에 반하는 방향으로 작용할 수도 있다. 어떠한 정부 효율의 증가를 위한 것이라도 이는 반드시 공개되고 정직한 정부에 대한 국민의 요구와 균형 잡힌 것이어야 한다고, 그들은 결론짓는다.

## 주

- 1) Daniel Falter, 「Executive Privilege at the State Level,」 University of illinois Legal Forum 1974(1974): 631.
- 2) (역자 주) 일반적으로 대법원은 사실심인 하급법원에서 다루어진 쟁점에 대하여서만 법률적인 관점에서 그 당부를 심사한다.
- 3) (역자 주) 언론, 종교, 집회 등의 자유를 보장하는 조항임