

【일반논문】

미국 공법상 사인에 의한 공권력 행사*
The Public Authority run by the private sector in the U.S

鄭夏明(국립삼척대학교 행정학과 교수)

Prof. S.J.D. Jeong, Ha Myoung /

- I. 들어가며
- II. 미국에서의 민간인에 의한 공권력의 행사의 이론적 논의
- III. 미국에서의 민간인에 의한 공권력 행사
- IV. 탈규제화와 민영화아웃소싱
- V. 미국에서의 사인에 의한 공권력행사의 문제점
- VI. 끝으로(미국의 경험에서의 시사점)

Abstract

The U. S Constitution Article. II, Section 1 provides that “The executive Power shall be vested in a President of the United States of America.” The public authority usually run by the public servants under the Presidential Supervision. The unitary executive is conceived to protect the people’s fundamental rights. The private people has participated in the governmental activities through monitoring and reporting the unlawful activities. The private person can be a bounty-hunter with qui tam action proceeding, however there are many systemic consideration for protecting internal whistleblower in the U.S. These private activities are allowed to assist and enhance governmental performance. In the case of governmental failure, the public authority can be wholly delegated to the private sector. The private delegation is problematic in some sense. The absence of the checks supplied by the appropriation and appointment powers and self-imposed restraint resulting from the public officer’s oaths can justify

* 이 논문은 한국학술진흥재단 2003 신진교수연구과제로 선정되어 지원되었음(KRF-2003-003-B00315).

a more strict application of non-delegation doctrine in order to confine private sector's conferred public authority. There is a danger of private interests influencing on public decisions. Thus, the Court is likely to consider delegation of public authority improper when private interests are involved. The due process test for delegation of public authority is mentioned in the requirement of sharply articulated standards guarding against the private party's abuse of discretionary power. The deregulation and privatization were introduced as alternatives to the governmental failure from over-regulation and un-efficiency of bureaucracy. Privatization stimulates new knowledge and infrastructure by drawing new people into businesses previously handled by government. Experimentation and institutional innovation can promote learning and participation, in tune with the democratic values of participation and dialogue. The federal agencies and legislative committees do explore further opportunities for outsourcing public work, generating private initiatives through public incentives, and promoting public-private partnerships. Almost all sphere of public life including education, fire, police protection or tax collection is privatized and operated without constitutional guarantees in the U.S. However, there are a lot of debates concerning of quality of privatized social services and their accessibility to the poor and minority people in the U.S. According to the U.S's experience, the drastic and unfulfilled privatization policy can provoke another social problems. Korean needs careful considerations for protecting the needed people when he tries to introduce privatization policy as alternatives for governmental failures. For promoting the governmental performance, it would be better idea to introduce another alternatives such as the private' monitoring, reporting, civil actions and qui tam action proceeding in some respects.

(주제어) 민영화, 민간위임, 시민소송, 큐텀소송, 시민감시.

I. 들어가며

일반적으로 미국은 영국의 '커먼로'(the common law)의 전통이 살아있는 영미법국가에 속하는 것으로 공법과 사법의 구분이 없는 것으로 알려져 있다. 커먼로'(the common law)라고 일컫는 것은 영국 왕실법원에서 사람들 사이의 일반적인 관행(common practices)을 조사하여 기존의 법을 발견하게 되고 이러한 법원리의 발견에 의해 하나의 판례(precedent)가

만들어진다. 이러한 하나의 관례가 만들어지면 선례구속의 법리에 의해서 그 후의 재판에서 이 법원리를 준수하게 된다. 하지만 관례는 맹목적으로 지키는 것은 아니고 신축적으로 적용되어 법은 점차적으로 변화할 수 있게 된다. 역사적으로 영국의 왕실법원에서 발견한 중요한 법분야는 형사, 소유권, 계약, 불법행위 등 대륙법계에서와 같은 공법과 사법의 구분이 모호하다고 할 수 있을 것이다.¹⁾

미국이 건국될 때 사법(private law)은 사인과 사인 그리고 재산과 관계를 다루는 법체계로 사경제질서의 체계를 정의하고 법원들에 의해서 규제되고 선거직 대표와 입법으로 된 공법체계와는 별개이고 분리되어 있는 것으로 여겨졌다. 경제생활의 주요부분을 개인의 소송들을 통하여 형성된 체계에 유보하는 것은 삼권분립의 원칙의 주요 요소들 중의 하나로 보았다.²⁾ 즉 미국에서 공법(public law)이란 사적 개인들과 정부 그리고 정부의 구조와 작용 그 자체를 다루는 법체계를 말하는 것으로 일반적으로는 헌법, 형법, 행정법을 통틀어 일컫는 말이기도 하다.³⁾ 본 논문에서는 논리전개의 일관성과 정합성을 위해서 형법은 논의의 대상에서 제외하고 헌법과 행정법 그리고 환경법의 영역으로 그 논의의 대상을 축소하고자 한다.

미국에서 공법행위의 주체는 원칙적으로 공무원이라고 해야 할 것이다. 미국헌법에서도 법률의 집행권은 대통령에게 부여하고 있다. 대통령은 행정부 공무원을 임명할 수 있는 권한을 가지며 법이 성실히 집행되는 것(“take Care that laws be faithfully executed”)을 담당할 권한을 가진다.⁴⁾ 미국헌법은 적어도 복수의 분리된 행정부는 인정하고 있지 않고 단일의 행정부(the unitary executive)를 인정하고 있다는 것을 확실히 하고 있다고 하겠다.⁵⁾ 이러한 강력한 단일의 행정부는 법률의 집행에 있어서 책임성과 통일성 그리고 조정이라는 중요한 가치들을 증진시킬 수가 있다고 한다.⁶⁾ 연방대법원의 판결에서도 대통령은 입법의 총체(“mass of legislation”)를 성실히 집행할 의무를 가지는 헌법적 기관이라고 판시하였다.⁷⁾ 대통령을 수장으로 행정부 공무원전체가 책임성과 통일성을 가지고 공법행위인 집행행위를 담당하고 있다고 할 수 있을 것이다.

사인이 하는 공법행위는 물론 선거제 민주주의에서는 선거권을 행사하여 대표자를 선출하는 행위가 전통적이고 대표적인 행위라고 할 수 있을 것이다. 하지만 현대 행정에 있어서는 광범한 복지정책이나 규제정책의 형성권 및 집행권이 행정부에 부여되어 있고 이렇

1) 이종인 역, 『법경제학』, (비봉출판사, 2000), 80~82면 참조.

2) Richard B. Stewart and Cass R. Sunstein, Public Programs and Private Rights, 95 Harv. L. Rev. 1193, 1232 (1982).

3) Black's Law Dictionary(Abridged 7th Ed.), 997 (2000).

4) U.S. CONST. art. II.

5) Harold H. Bruff, Separation of Powers and the Executive branch: The Reagan Era in retrospect: Presidential Management of Agency Rulemaking, 57 Geo. Wash. L. Rev. 533, 536 (1989).

6) Lawrence Lessig, Cass Sunstein, Reinventing the Regulatory State, 62 U. Chi. L. Rev. 1. 3 (1995).

7) Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer, 343 U.S. 579, 702 (1952).

게 사실상의 입법권을 행정부에 부여하는 것은 미국의 연방헌법의 제정 시에 예상하지 못했던 관료단체에 큰 책임성을 부여하는 것이 되어 삼권분립의 원칙을 손상시키는 것이 되었다. 이것은 커먼로(common law)에 의해서 정의된 권리의무체제와 이에 기초한 경제 질서에 상당한 위협을 초래해서 공법이 사법의 영역을 잠식하게 된 것이다. 이러한 행정권의 확장은 또한 전통적으로 분리되었던 공권력을 결합함으로써 확립되었던 공법체계를 위협하고 선출된 대표들에 의한 견제를 약화시켜 왔다.⁸⁾

주지하는 바와 같이, 미국은 건국 초기에는 농업과 가내공업 중심사회로 제한된 정부(limited government)의 모습이었지만 19세기 말 20세기 초에 산업 중심 사회로 발전하였고 연방정부의 권한도 확대되기 시작하였다. 연방정부가 다루고자 했던 사회문제들은 더욱 복잡해졌다. 이러한 어려운 사회문제에 유연하고 효율적으로 대처하기 위해 1887년 주간무역위원회(Interstate Commerce Commission)라는 행정위원회가 처음 설립된 이후 각종 규제위원회들이 설립되었다. 이런 위원회들은 행정권(Executive power), 재결권(Adjudication), 법규제정권(Rulemaking) 등 전통적으로 삼권분립의 원칙에 따라 분리되었던 정부의 기능을 하나의 체제 중에 두고 있는 특징을 가지게 되었다.⁹⁾ 미국에서 확대된 행정권에 대한 우려에 대한 가장 획기적인 대처가 1946년의 행정절차법(The Administrative Procedure Act)¹⁰⁾의 입법일 것이다. 행정절차법은 모든 연방위원회에 적용되는 공통적인 법의 원칙들을 규정하고 있다. 이 행정절차법은 연방위원회의 행위양식을 재결(adjudication)과 법규제정(rule-making)으로 구분하여 그 행위절차를 규정하고 있다. 이 법은 미국에서 오래 계속된 연구의 산물이며 이 법의 입법으로 오랜 동안 계속되었던 치열한 주장들은 해결되었고 서로 반목하던 정치적 세력들이 의지할 수 있는 하나의 틀을 만든 것이라고 미국 연방대법원은 평가하였다.¹¹⁾

이렇게 행정절차법이 입법됨으로써 일반 국민의 행정에 참여할 수 있는 권리가 인정되었다. 행정위원회의 정책결정에 대한 국민의 참여는 정책결정자의 해당 분야에 대한 식견을 확대시키고 정책의 합리성을 강화하고 정책결정자의 조사비용의 부담을 줄인다고 한다. 또한 공공참여는 부적절한 점진적 의사결정에 대한 일반적 반응이다. 공공참여는 자기 앞에 있는 당사자들을 넘어서 자신의 결정들로 영향을 받는 전체의 공익을 볼 수 없는 근시안적인 점진적 의사결정자들에 대한 치료책의 역할도 담당한다.¹²⁾ 행정정책결정에 확대된

8) Richard B. Stewart and Cass R. Sunstein, Public Programs and Private Rights, 95 Harv. L. Rev. 1193, 1233 (1982).
9) David H. Rosenbloom & Rosemary O'Leary, Public Administrative and Law, 16 (1997).
10) 5 U.S.C. §§551-559, 701 ~706(1982).
11) Won Yang Sun v. McGrath, 339 U.S. 40 (1950).
12) 미국의 행정절차법과 시민참가에 대해서는 우리나라에서 많은 논문에서 언급된 바 있다. 비교적 최근 논문으로는 김유환, "미국 행정법에서의 참여와 협력", 『공법연구』 제30집 제5호, 35 ~64면 참조. 박수현, "미국행정법상의 협상에 의한 규칙제정에 관한 고찰", 『공법연구』 제30집 제1호, 329 ~347면 참조.

공공참여는 1960년대 중반부터 있었던 행정법원리의 변화와 밀접한 관련이 있다.¹³⁾ 미국의 행정절차법에서 인정되는 국민의 청문회나 공청회의 참여권이나 의견제출권 등은 본 논문의 논의대상에서 제외하고 본 논문은 사인이나 비영리법인이 미국 공행정의 집행에서 어떤 역할을 담당하고 그것에 어떤 공법적 문제점이 있는지를 중심으로 논의하고자 한다.¹⁴⁾

현대 행정에 있어서 사인으로서의 국민은 전통적인 행정의 대상으로서의 지위에 벗어나서 행정에 중요한 정보를 제공하거나 참가하는 단계를 거쳐 이제는 적극적인 행정의 주체로 나아가는 현상을 지니고 있다. 미국에서도 1970년대 이후 행정개혁의 일환으로 탈규제화, 민영화, 세계화의 논의가 진전되어 왔다.¹⁵⁾ 이러한 논의는 국민을 이제는 단순히 공권력의 대상이 아닌 공권력의 행사주체로 인식하는 단계에 이르게 되었다. 이러한 사인에 의한 공권력 행사에 관하여는 여러 가지 분류가 가능하고 그에 대한 분석도 다양하게 할 수 있을 것이다.

II. 미국에서의 민간인에 의한 공권력의 행사의 이론적 논의

1970년대 이후 행정개혁의 일환으로 시작된 민영화와 탈규제화 현상 이전에도 미국에서는 다음 장에서 설명하는 바와 같이 다양한 이유들에 의해서 공행정기관이 아닌 사인에 의해서 공권력이 행사되는 경우가 많았다. 이렇게 미국에서 민간에 의한 공권력 행사가 다른 나라들보다 발달한 배경에는 미국 사회만이 가지고 있는 특성도 있기 때문일 것이다. 그러한 논의들을 소개하면 다음과 같다.

1. 다원주의(Pluralism)

미국의 정치학자들이나 사회 과학자들은 미국을 다원주의 사회(a pluralistic society)라고 부르고 있다.¹⁶⁾ 다원주의 사회란 공적 부분이나 사적 부분 구분없이 경쟁하는 힘들이 많이 있는 사회라는 것이다. 사적인 권력단체들이 현존한다는 것 자체만으로는 정부의 권한을 사적인 단체에 부여하는 정당성을 제시하는 것은 아니지만 사적인 단체들이 중요한 권한들을 계속 행사하여 왔고 미국 사회체계 속에 주요 부분이 될 것이라는 것이다. 이러한 다원주의전통에 때문에 미국의 법원들이나 의회가 주요권한의 사적인 행사가 무효라고

13) Colin S. Dive, Policymaking Paradigms in Administrative Law, 95 Harv. L. Rev. 393, 424 (1981).

14) 독일에서의 논의는 정하중, “민간에 의한 공행정수행”, 『공법연구』 제30집 제호, 463~488면 참조

15) Breyer el. Administrative Law and Regulatory Policy, 169~179 (1999).

16) M. Olsen, Participatory Pluralism, 29~36 (1982).

판단할 수 없게 된 것이다. 사회 과학자들은 미국을 단지 다원주의 사회라고 기술하는 것에 그치지 않고 다원주의를 유지·발전시키는 것이 미국 사회체계의 강점들 중에 하나라는 것을 강조한다. Tocqueville은 자발적 단체(a voluntary association)는 개인적인 자유를 위해서는 필수적인 것이라는 것을 주장하면서 이것은 정부의 경직성과 단원주의에 균형을 맞추는 역할을 한다고 주장하였다. 로버트 달(Robert Dahl)은 사적인 단체들은 정부중심의 계급적 지배체계의 대안으로 상호관리체제의 형성에 도움을 준다고 주장하였다.¹⁷⁾ 한편 이러한 다원주의는 성장, 자기표현, 다른 사람들과 밀접한 접촉을 개인적 발전의 기회로 향상시키고 도덕적 책임을 향상시킨다고 할 수 있을 것이다. 물론 이러한 다원주의의 장점들이 모두에 의해서 받아들여지고 전혀 공격의 대상이 아니라는 것은 아니지만 정말로 중요한 것은 다원주의가 미국체제의 강점이고 다원주의의 향상이나 강화가 정부행위의 효과나 목표에 영향을 미친다는 것일 것이다. 하나의 민간위임(private delegation)은 미국 사회의 다원주의적인 본질에 미미한 영향을 미칠 뿐이겠지만 다원주의 전통을 이어갈 것이고 법원들은 이 문제를 부정적인 편견이 아닌 공개적인 입장에서 접근하게 될 것이다.¹⁸⁾

2. 이익대표(Interest Representation)

미국에서 1960년대 이후 정치적 대표의 유일한 법적 근거는 인구수가 되어 왔다. 경제적, 사회적, 인종적 이익들과 같은 다른 이익들이 정치과정에 접근하기를 원할 때에는 직접대표의 방법 밖에는 할 수가 없었다. 의사결정과정이나 계획수립절차에서 사업적, 사회적, 혹은 다른 사적인 가치들을 인식함으로써 정치적 의사결정이나 계획의 내용물이 향상되거나 더욱 효율적으로 만들어 진다. 예를 들면 노사분쟁의 중재절차에서 중재자가 판사보다 노사관리의 관행이나 가치 그리고 전통에 대해서 잘 알고 더 많은 무게를 둘 것이다. 어떤 결정으로 인하여 직접적인 영향을 받는 사람들이 그 결정에 참가하거나 그 결정이 그들의 행위양식에서 나왔거나 행위양식을 반영했다고 느낄 때에 그 결정의 수용성은 훨씬 향상될 것이다. 이러한 향상된 수용성의 개념은 이것이 가지는 사회적 질서나 안정성에 대한 혜택과 더불어 다원주의 사회를 지지하는 강한 논거들 중에 하나가 되고 있다. 이러한 이익대표를 달성하는 방법 중에 하는 정부의 권한을 이익집단이나 영향을 받는 단체에게 위임하는 것이다. 물론 위임이 이렇게 하는 유일한 방법은 아니고 비공식적인 인적 접촉에서 시작에서 위원회의 대표로 참가하거나 정부 자문위원회에 참가하는 등의 여러 절차들 중에 하나에 속한다고 할 수 있을 것이다.

17) R. Dahl. Dilemmas of Pluralist Democracy, 32~36 (1982).

18) David M. Lawrence, Private Exercise of Governmental Power, 61. Ind. L. Rev. 647, 652 (1986).

3. 사적 단체의 유연성(Flexibility of Private Agencies)

조직의 다양한 형태들은 새로운 사상들이나 현상들에 유연하게 대응하거나 혁신할 수 있는 다른 능력들을 가지고 있는 것으로 보여 진다. 정부의 행정기관들은 이러한 일에 능숙하지 못하다. 심지어 토크빌(Tocqueville)은 “정부는 위대한 국민들 사이의 새로운 생각들이나 느낌들의 순환에 의해 새롭게 할 수 있는 능력이 없다. 왜냐하면, 정부는 상세한 법규들만 말할 수 있기 때문이다. 그리고 정부는 명령과 조언 사이를 구별하는 것이 어렵다”라고 하였다. 정부는 규제와 예측의 특별한 요구 속에서 운용되고 형평성이라는 헌법적 요구를 준수하여야 한다. 이러한 요소들은 사적 행위자들과는 달리 정부에 경직성을 부과하고 정부가 민간단체들보다는 혁신에 폐쇄적이고 복잡한 상황들에서 덜 유연하게 한다고 할 수 있을 것이다. 하지만 정부의 경직성의 대부분은 정부가 공적인 것이라는 것보다는 정부가 관료제에 기인하는 경우가 많다. 관료조직이 확대되고 복잡해지고 규칙과 절차에 의지해야 할 필요성이 많아짐에 따라서 혁신적인 생각들이나 비통상적인 상황에 대응할 수 있는 능력이 저해된다. 만약 새로운 생각에 대처하거나 새로운 생각들을 만들어가는 것에 있어서 유연성을 가지는 것이 중요하다면 조직이 본질적으로 비관료적으로 되는 것이 중요하고 예를 든다면 작은 수의 자원자들에 의해서 구성되어야 한다. 비록 모든 사적인 단체들이 비관료적인 것은 아니지만 정부의 권한을 위임받는 사적단체들이 대부분 공적인 집단보다는 덜 관료적이라고 할 수 있을 것이다.¹⁹⁾ 따라서 사회사가 공기업보다 이익추구에 있어서 성공적이라고 할 수 있다.²⁰⁾

4. 전환단계(A Transitional Stage)

현대 경제학에서는 공공재의 자유이용자(“free rider”)의 문제를 극복하는 것이 정부의 기능 중에 하나라는 것은 널리 알려진 사실이다. 공공재라는 것은 한 집단의 한 사람에 의해서 소비된다고 하여도 그가 비용을 지불하지 않더라도 실질적으로 그 집단의 다른 사람에 의해서 억제되지 못하는 것을 말한다. 좋은 예가 지방경찰의 순찰을 들 수 있을 것이다. 어떤 마을에 사는 집주인이 그의 집을 정기적으로 순찰하도록 경비원을 고용한다면 이러한 순찰은 필연적으로 그 마을의 다른 집들의 보호를 증가시킬 것이다. 이렇게 경비를 고용한 집주인은 그의 이웃집 주인들에게 순찰비용에 기여할 것을 설득하겠지만 그들의 이기심은 지불하기에 주저하게 할 것이고 공공재의 자유이용자가 되고 마침내 그 재화는 더 이상 제공되지 않는 사적 시장의 실패(a private market failure)에 도달하게 될 것이다. 정부는 조세권에 의해서 기부를 강요할 수 있기 때문에 공공재를 원하는 사람들은 정부에

19) Id. 654.

20) Michael J. Trebilcock and Edward M. Iacobucci, Privatization and accountability, 116 Harv. L. Rev. 1422, 1424 (2003)

지불을 의지하게 되고 공공재를 제공할 것이다. 전통적으로 공공재 이론은 공공과 민간이라는 경제의 두 부분들을 설명하는 것으로 제시되었다. 민간부분은 비공공재를 주로 생산하고 공공부분은 공공재를 주로 생산한다는 것이다. 그러나 이러한 양자 구분형은 제의 사적 비영리부분(private nonprofit sector)을 무시하는 결과를 낳았다. 이러한 사적 비영리부분(private nonprofit sector)은 공공부분과 함께 공공재를 제공한다. 특히 사적 시장실패(private market failure)가 충분히 강력해지고 정치과정에서 잘 인식되어 정부가 그 격차를 메우게 하기 위해서는 시간이 걸리게 된다. 이러한 기간 동안에 사적 비영리부분(private nonprofit sector)이 공공재를 제공하게 될 것이다.²¹⁾

정치과정이 진전되고 정부가 문제의 행위에 관여할 것을 고려하게 될 때에는 비영리기구들(the nonprofit organizations)에서 이미 사용하고 확립된 프로그램을 이용하는 것이 보다 합리적일 수 있다. 그들은 이미 전문지식을 습득했고 초기비용을 지불했다. 그들은 이미 그 업무를 잘 수행하고 있으며 공권력을 위임하는 것이 그들의 업무를 보다 효율적으로 수행할 수 있게 할 것이다. 따라서 이러한 예들에서 나타나는 민간위임(private delegation)은 사적 시장실패와 완전한 정부책임의 중간단계(an intermediate stage)로 여겨진다.

5. 전문지식(Expertise)

전문지식은 민간위임(private delegation)의 또 다른 이유가 될 수 있다. 어떤 특수 전문지식을 가지고 있는 사람들은 정부가 고용하기에는 너무 비용이 많이 들고 정부가 제공할 수 있는 작업환경보다 덜 조직화된 작업환경들을 선호할 수 있을 것이다. 민간위임(private delegation)은 이러한 정부가 획득하기 어려운 전문지식을 실질적으로 획득하는 방법에 속한다고 할 수 있을 것이다. 정부의 권한은 기술적 전문지식의 필요에 의하여 민간에게 위임되기도 하는 것이다.²²⁾

이상의 논의들은 미국에서 개인이나 비영리단체(NPO)에서 공권력을 행사하는 기본적인 이유에 대한 설명이라고 할 수 있을 것이다. 비교적 최근의 탈규제화와 민영화는 앞의 논의와는 달리 정부의 효율성제고와 비용절감이라는 경제적 측면을 충분히 고려한 것일 것이다. 민영화는 시장을 정부를 위해서 도입하는 방법 중의 하나이다. 이것은 공공정책들에 경쟁체계를 도입해서 공공서비스분야에서 정부독점의 비효율을 제거하기 위한 것이다.²³⁾ 민영화를 추진하게 된 이유는 경제적인 이유 이외에 파업을 막기 위한 방법, 신자유주의, 정부에 대한 불신, 정부의 무능력, 관료제 제거 등 다양하게 제시되고 있다.²⁴⁾

21) B. Weisbrod, *The Voluntary Nonprofit Sector*, 60 (1977).

22) Mark F. Bernstein, *The Federal Open Market Committee and the Sharing of Governmental Power With Private Citizens*, 75 *Va. L. Rev.* 111, 111 (1989).

23) Matthew A. Crenson & Benjamin Ginsberg, *Downsizing Democracy*, 202 ~205 (2002).

24) David Marcarov, *What the Market does to the People*, 70 ~74 (2003).

III. 미국에서의 민간인에 의한 공권력 행사

1. 행정을 위한 감시자와 정보제공자로서의 사인

미국에서 사인이 하는 공법행위 중에는 공행정기관의 업무수행을 용이하게 할 수 있도록 하는 여러 역할들이 있는데 가장 흔히 예에 속한다고 할 수 있는 것으로 사인이나 비영리단체들이 공법의 집행을 위한 감시활동("monitoring")을 하는 것을 들 수 있을 것이다. 사인이나 비영리단체는 환경법위반행위를 감시하고 이를 행정관청에 신고를 하는 감시기능을 담당하고 있다고 할 수 있다. 그리고 사인이 내부고발자("internal whistleblower")로 사업주가 한 위반행위들의 확증을 보고하는 역할을 담당하는 경우가 많다. 미국에서는 많은 경우에 내부고발자를 보호하는 조치를 취하고 있을 뿐만 아니라 포상제 등에 의해 금전적 유인책을 가지고 있는 경우도 많다.

미국의 환경법 분야를 살펴보면 1900년대 초에 이미 초보적인 민간감시기구가 있었다. 1927년에 당시 켈빈 쿨리지 대통령(President Calvin Coolidge)에게 국가적 수질오염상태를 보고하기 위한 자발적 수질감시단체가 만들어졌고 그 후 꾸준히 확대되어 왔다. 시민환경단체에 의한 환경감시활동은 이들이 비전문가여서 여러 문제점들이 지적되었지만 미국 연방정부나 주정부에서 이런 자발적 시민단체를 기술적으로 지원하고 훈련의 기회를 주어서 질 높은 데이터를 제공할 수 있도록 하고 있다. 특히 미국 환경청(EPA)은 1980년대 말에 시민감시기구 지원책을 마련하였고 오늘날은 양질의 자료들을 제공한다.²⁵⁾

위법행위의 적발은 시민단체에 의한 감시활동(monitoring)을 통하여 보다 효과적으로 이루어질 수 있다. 시민단체에 의한 감시활동이 바로 다음에서 보게 될 주민소송(citizen suits)으로 이어지는 경우도 있지만 대부분 위반행위에 대한 기소는 공공기소권자들(public prosecutors)의 손에 맡겨두는 경우가 많다. 시민감시활동은 주민소송제도와는 달리 연방의회에서 입법을 통하여 인정한 제도가 아니라 자발적으로 이루지는 경우가 많고 연방정부는 단지 소득세감면(the charitable income tax deduction)을 통하여 비영리감시단체를 보조하는 경우가 많다. 시민감시단체(citizen monitoring groups)는 집행에 있어서 널리 사용할 수 있는 혁신(innovations)을 가져올 수 있다. 많은 자발적 시민감시단체(citizen monitoring groups)는 세련된 감시체계를 발전시키고 이것은 때로 지방 행정기관의 감시능력을 능가하기도 한다.

한편 시민은 기업의 내부정보를 제공하는 역할도 담당하는데 이러한 시민정보제공자(Citizen informants)는 어떤 면에서는 미국 공법의 효율적인 집행을 위해 매우 중요한 역할을 담당

25) Barton H. Thompson, Jr., Innovations in environmental policy: The continuing innovation of citizen enforcement, 2000 U. Ill. L. Rev. 185, 218 (2000).

하고 있다고 할 수 있을 것이다. 많은 환경법위반행위는 은밀하고 치밀하게 이루어져서 적발하기가 곤란한 경우가 많다. 많은 기업들은 배출자료들을 조작하거나 심지어 배출행위를 하거나 혹은 선박을 통한 해양투기 등 수 많은 교묘한 방법들을 통한 음성적 위반행위를 자행하고 있는 것이다. 이러한 경우 내부고발자(“internal whistleblower”)의 정보가 없이는 공무원들이 음성적 위반행위를 적발한다는 것은 어려운 일이다. 미국연방의회가 대기보전법(the Clean Air Act)을 개정하여 내부고발자(internal whistleblower)에 대한 보호정책을 마련하면서, “기업이 어떤 일을 하고 있는지 혹은 하지 않고 있는지 알 수 있는 가장 좋은 정보원은 해당 기업의 종업원”이라고 한 바이다.²⁶⁾ 이러한 내부고발자를 보호하는 법률들은 밀고자에 대한 사회규범과 충돌될 가능성도 있고 특히 내부고발이 경제적 보상 등에 의해 이루어진 경우에는 정보의 신뢰성에 대한 우려도 낳게 될 것 같다.

시민정보제공자에 대한 보호정책은 일반적으로 세 단계로 구분할 수 있을 것 같다. 먼저 미국의 많은 법률에서 사용주의 보복(retaliation)으로부터 내부고발자를 보호하는 규정을 가지고 있다. 많은 법률에서는 고용주가 내부고발을 이유로 내부고발자를 일시적 해고(layoffs), 임금삭감(changes in compensation), 전보(transfers) 등을 하는 행위를 금지하는 것으로 되어있다. 대기보전법(the Clean Air Act)²⁷⁾이나 수질보전법(Clean Water Act)²⁸⁾에서 내부고발자 보호규정을 가지고 있다. 미국의 몇몇 주들에서도 내부고발자보호법률들을 입법해서 내부고발자를 일반적으로 보호하고 있다.²⁹⁾

다음으로 내부고발의 확대책으로 미국 공법에서 채택하고 있는 것은 내부고발자들에게 포상을 해주는 것이다. 희귀종보호법(the Endangered Species Act)에 규정하고 있는 것과 같이 법으로 보호되는 희귀야생동물의 불법적인 거래행위를 내부고발하여 불법거래의 적발에 결정적인 단서를 제공한 경우에는 포상금을 주도록 규정하고 있다.³⁰⁾ 이러한 포상금지급규정은 대기환경보전법에도 규정하고 있다.³¹⁾

이러한 포상제는 정부기관들에서 위반행위들에 관한 정보를 얻는 데 상당히 효과적이다. 미국 국세청(Internal Revenue Service)의 포상제가 가장 대표적인 경우에 속한다고 할 수 있을 것이다. 대부분의 포상금은 집행행위가 성공적으로 이루어지고 난 뒤에 비교적 적은 금액의 한도 내에서만 지급할 수 있다. 비록 정보가 성공적 집행으로 이어진다고 하더라도 포상금을 지급할 것인가는 행정청의 재량에 속하는 경우가 많다. 미국연방환경청(the

26) Id. 226 “the best source of information about what a company is actually doing or not doing is often its own employees.”

27) 42 U.S.C 7622 (1994).

28) 33 U.S.C. 1367 (1994).

29) Stefan Rutzel, Snitching for the Common Good: In Search of a Response to the Legal Problems Posed by Environmental Whistleblowing, 4 Temp. Envtl. L. & Tech. J. L. 1, 10~11 (1995).

30) Endangered Species Act 11(d), 16 U.S.C. 1540(d) (1994).

31) Clean Air Act 113(f), 42 U.S.C. 7413(f) (1994).

federal EPA)의 경우를 들어본다면 대기환경보전법(the Clean Air Act)에 따른 포상제를 실시한 처음 3년 동안 \$5,3000을 총 11명의 정보제공자들에게 제공하였을 뿐이다. 금전적 동기부여는 또한 밀고에 대한 뿌리 깊은 사회적 공포를 자극할지도 모른다. 밀고는 나쁜 것이라는 사회규범과 배치된다고 할 수 있는 것이다. 이러한 사회적 규범과 배치되는 밀고에 대한 포상제는 강력한 반대를 초래하기도 한다. 해리 레이드 상원의원(Senator Harry Reid)은 미국국세청의 포상제를 “생쥐를 위한 포상금”(“rewards for rats”)이라고 혹평하기도 했다.³²⁾

2. 소송제기자로서의 사인

사인이 하는 공법행위 중에 다음으로 살펴볼 수 있는 것은 사인이나 비영리단체(nonprofit organization)가 개인 스스로의 이름으로 공법의 집행을 보충하는 역할을 담당하는 것이다. 예를 들어보면 환경법 분야에서는 지난 30년 동안 미국 연방법이나 주법의 주민소송(citizen suit)의 규정들에 의해서 수천 건의 소송들이 추정적 위반행위들에 대해서 제기되었다. 미국 수질보전법(the Clean Water Act)의 주민소송규정들(the citizen suit provisions)에 따라 1981년부터 1991년 사이에 비영리단체에 의해서 제출된 60일통지(60-days notices)가 2200건이 넘는다.³³⁾

이렇게 시민참가가 있게 되면 이것은 집행혁신(enforcement innovation)을 낳게 된다. 이것은 1970년의 대기보전법(the Clean Air Act of 1970)에 주민소송규정(the citizen suit provision)이 최초로 규정될 때 주장되었던 것이다. 이렇게 시민들에 의해서 이루어진 법 집행에서의 혁신(enforcement innovation)은 차후에 공집행기관들에 의해서 채택되기도 한다. 시민들이 환경법 위반행위를 감시하거나 기소하는 것을 허용해 주는 것은 시민들이 환경법분야에서의 정책의 형성이나 집행에 직접적으로 참가하거나 영향을 미치는 것을 인정할 것이라고 할 수 있다. 법률의 집행권을 시민들에게 인정하는 것은 민주주의 사회에서의 개인의 지위와 권력에 결정적인 역할을 한다. 미국의 환경법 분야에서의 수역감시와 같은 활발한 시민참가는 결국 시민들에게 환경이나 환경법집행의 필요 등에 대해 교육시키고 보다 나은 유권자들이 되도록 한다. 이런 다양한 장점들에도 불구하고 우리가 명심해야 할 것은 이러한 시민들의 관여는 법률을 비롯한 규제의 집행과 관련되어 있는 것으로 미국의 뿌리 깊은 정부규제권에 대한 의구심과 공포 그리고 프라이버시 보호와 배치될 수 있다는 것이다. 미국 사회에서 경찰의 감시활동은 미국 연방헌법에서 허용하는 정치적 감독권을

32) Barton H. Thompson, Jr., Innovations in environmental policy: The continuing innovation of citizen enforcement, 2000 U. Ill. L. Rev. 185, 229 ~234 (2000).

33) Davis R. Hodas, Enforcement of Environmental Law In a Triangular Federal System: Can Three Not Be a Crowd When Enforcement Authority Is Shared by the United States, the States and Their Citizen?, 54 Md. L. Rev. 1553, 1573 (1995).

통하여 규제하고 있다. 검사들의 행위는 정치적 감독의 대상이 되도록 해서 바람직하지 않은 열정을 억제하도록 하고 금전지급을 받은 정보제공자에 대해서는 신뢰성에 대한 의문을 가진다. 이런 속에서 법률을 비롯한 규제의 집행에 활발한 시민관여를 허용하는 것은 헌법에서 인정하고 통상적 보호를 위협할 수도 있는 것이다.³⁴⁾

(1) 시민소송(citizen suits)

공법분야에서 사인이 주민소송의 소추권자가 되는 경우가 많은 사람들에게는 사인이 공법의 집행자가 되는 것으로 받아들여지고 있다. 미국에서 주요 환경법분야에서 1970년 이후에 입법된 경우에는 모두 주민소송에 관한 규정(a citizen suit provision)을 가지고 있다. 주민소송은 전형적인 미국법절차의 혁신(“quintessentially American legal process innovation”)으로 받아들여지고 있는 제도이다.³⁵⁾ 미국이 연방법으로 규정하고 있는 주민소송규정들을 살펴보면 헌법적 원고적격을 가지고 있는 개인이나 기관들은 미국 연방제일심법원에 어떤 법률의 위반을 이유로 추정적 위반자에 대한 가처분(injunction)을 제기할 수 있고 많은 법률에서 미국연방에 지불하는 금전적 제재를 법원에서 판결할 수 있도록 규정하고 있다. 주민소추자들(Citizen prosecutors)은 비록 명문으로 인정되어 있는 경우가 아니어도 피고와 화해할 수 있는 권한이 인정된다. 그러나 이러한 주민소송은 해당법률의 모든 위반사항들에 대해서 인정되는 것은 아니고 몇몇 위반사항들에 대한 주민소추를 인정하는 것이 대부분의 경우이다. 예를 든다면 대기보전법(the Clean Air Act)의 경우에 자동차배기가스기준 위반에 대한 주민소송은 인정하지 않고 있다.³⁶⁾

여기서 우리가 주목할 것은 미국 연방의회에서 주민소송을 인정할 때에 우려했던 점은 주민소송에 의한 소추와 국가기관에 의한 소추가 겹치는 경우에 어떻게 할 것인가 하는 문제였다. 연방의회는 국가기관에 의한 단일소추가 이중소추보다는 바람직하다는 인식하에서 주민소송을 제기하려고 하는 사인이나 비영리단체 등은 연방정부나 주정부 등에 주장된 위반사실에 대한 60일 통보(60days-notice)를 하도록 규정하고 만약 60일 이내에 정부가 위반자에 대한 소추를 시작하게 되면 사인이나 비영리단체 등은 주민소송을 제기할 수 없는 것으로 규정하고 있다.³⁷⁾

미국 연방정부는 피고가 적정한 변호사비용을 포함하는 소송비용을 원고에게 상환하도록 법원에 명령하는 것을 인정해 줌으로써 사인이나 비영리단체에 의한 주민소송을 금전적으로 지지하고 있다. 적정 변호사비용이란 해당 주민소송의 변론에 소요된 시간들에 시

34) Barton H. Thompson, Jr., Innovations in environmental policy: The continuing innovation of citizen enforcement, 2000 U. Ill. L. Rev. 185, 187 ~88 (2000).

35) Zygmunt J. B. Plater, The Three Economics: An Essay in Honor of Joseph Sax, 25 Ecology L. Q. 411, 425 (1998).

36) Clean Air Act 304, 42 U.S.C. 7604(a), (f) (1994).

37) Clean Air Act 304(b)(1)(B), 42U.S.C. 7604(b)(1)(B) (1994).

간당 변호사료를 곱한 비용이라고 할 수 있을 것이다.³⁸⁾ 또한 미국연방조세법은 개인기부자에 의한 세금공제기부가 비영리단체의 주요한 수입이 되도록 인정하고 있다. 비영리단체들이 환경보호등과 같은 광범한 공익을 대표한다고 하여 면세지위(charitable status)를 확대 적용하였다.³⁹⁾

미국 연방법원에서도 시민소송(citizen suits)이 제기되면 이것이 미국의 대기보전법(CAA)을 더 잘 강제하고 이해할 것이라는 상당한 기대가 있다고 하면 비록 실패한 원고라고 하더라도 비용을 지급받을 수 있도록 하라고 판결하기도 했다.⁴⁰⁾

(2) 큐탐소송(qui tam action)

미국 공법에서 사인이 국가와 자신의 이익을 국가에 대한 사기행위자에 대한 소송으로 인정하는 것으로 큐탐소송(qui tam action)이 있다. 큐탐소송(qui tam action)은 13세기 영국에서 왕의 법을 집행하기 위해서 처음으로 사용되었고 미국에서는 식민지 시대에도 사용되었을 뿐만 아니라 독립이 된 이후에도 새로운 연방법률들을 강제하기 위해서 사용되었다. “Qui Tam”이란 말은 라틴말로 “qui tam pro domino rege quam pro sic ipso in hoc parte sequitur”에서 따온 말인데 그 뜻은 “왕을 위해서 소송을 하는 동시에 그 문제에 대해 자신을 위해서도 소송을 하는 사람”이라는 뜻을 가지고 있다고 한다. 미국에서 연방차원의 큐탐소송(qui tam action)에 관한 법률인 연방허위청구소송법(the federal False Claims Act)은 특히 미국 남북전쟁 중 정부계약자들인 군납업자들의 사기를 적발하는데 초점을 맞추었다. 링컨대통령(President Lincoln)은 1863년 군납업자들의 엄청난 비리에 대응하여 연방허위청구소송법(the federal False Claims Act)을 입법해줄 것을 연방의회에 강력히 요청하였고 이 법률은 군납업체의 납품비리척결에 상당한 성과를 이루었다. 연방허위청구소송법(the federal False Claims Act)은 그 후 많은 변화를 거듭하다가 1986년 지금의 법률로 개정되었다. 1986년 개정법률에서는 내부고발자(whistleblower)의 역할이 강화되고 재정적 보상액도 증가하였다. 승소한 경우에는 정당한 변호사 비용을 징수할 수 있도록 법률에서 강제하고 있다. 연방허위청구소송법(the federal False Claims Act)은 미국 사회의 각 분야에서 정부에 대한 사기를 억제하는 역할을 담당하고 있다.⁴¹⁾

사인인 정보제공자는 큐탐소송(qui tam action)을 제기하여 경제적 이득을 추구할 수 있다. 큐탐소송(qui tam action)이란 미국에서 법률에 따라 사인이 추정위반자에 대한 소송을 제기하여 정부나 공공단체가 받게 될 벌금의 일부를 취득할 수 있는 소송제도이다.⁴²⁾

38) Hensley v. Eckerhart, 461 U.S. 424, 433 (1983).

39) Oliver A. Houk, With Charity for All, 93 Yale L. J. 1415, 1445-7(1984).

40) Metropolitan Washington Coalition for Clean Air v. District of Columbia, 70 639 F.2d 802, 805 (D.C. Cir. 1981) (per curiam).

41) <http://www.taf.org/whytaf.htm> (2004. 6. 14. 방문).

42) Black's Law Dictionary(Abridged 7th Ed.) 1010.

미국연방의회는 연방허위청구소송법(the federal False Claims Act)을 개정하여 미국연방 정부에 대한 사기(fraud)를 적발하기 위해 사인이 쿼탐소송(qui tam action)을 보다 적극적으로 이용하도록 하였다.⁴³⁾

연방허위청구소송법(the federal False Claims Act)은 정보제공자에게 앞에서 기술한 포상제보다 훨씬 큰 동기부여를 한다. 즉 이 법률에 의하면 정보제공자는 법률위반자에게 부과되어 연방정부에 납부되는 제재금(penalties) 중 일정비율을 수령하게 되는데 이것은 일반적으로 포상제보다 훨씬 큰 비용을 약속하는 것이다. 또한 만약 정부가 추정 위반자를 소추하지 않는 경우에는 정보제공자는 스스로 쿼탐소송(qui tam action)을 제기하여 자신의 몫을 확보할 수 있다.⁴⁴⁾ 한편, 연방정부는 주민소송(citizen suits)에서 보다 강력한 발언권을 가져서 이 소송의 진행이 절차적으로 잘못되었거나 공익에 반한다고 판단한 경우에 기각할 것을 요구할 수 있다. 주법원의 판결이기는 하지만 연방정부는 그것이 재량남용에 속하거나 불법에 해당하지 않는 한 어떤 적법한 정부의 목적을 제시하여서도 쿼탐소송(qui tam action)의 기각을 청구할 수 있다고 한다.⁴⁵⁾

쿼탐소송제기자(a qui tam relator)는 고소장(complaint)과 관련증거를 쿼탐소송(a qui tam)제기 60일 전에 법무부에 제출하여야 하고 만약 법무부가 60일 전에 소송을 제기하지 않으면 스스로 미국연방정부를 대신하여 소송을 제기할 수 있는 것이다. 쿼탐소송(a qui tam)은 미국연방정부에 많은 혜택을 안겨다 주었다. 미국연방정부는 지난 2003년 9월 30일까지의 2003 회계연도에는 약 21억 달러를 회복했고 2003 회계연도 동안 쿼탐소송제기자(a qui tam relator)의 보상액은 3억 천 9백만 달러에 달한다. 1986년 이후 미국연방정부의 총 회복액은 백이십억 달러 이상이고 쿼탐소송제기자(a qui tam relator)의 몫으로는 그 중 10억 달러가 넘는다고 하겠다. 그리고 1986년에서 2003 회계연도까지 미국에서는 약 4,281 건의 쿼탐소송(a qui tam)이 제기되었고 이 중에서 법무부가 적극적으로 소송에 개입한 경우에는 약 75억 달러 그리고 법무부가 개입하지 않고 소송제기자(relator)가 소송을 계속한 경우에는 약 3억 6천만 달러를 회복하게 되었다. 오늘날 쿼탐소송(a qui tam)은 많은 경우 건강보험사기(health care fraud)에 관하여 제기되는 경우가 많다. 2003 회계연도를 예로 들어 본다면 전체 중 52%가 연방보건복지부(the federal Department of Health and Human Service)에 대한 사기와 관련된 사건이었다.⁴⁶⁾

환경법과 관련해서 두 가지 주요한 상황들 속에서 쿼탐소송(a qui tam)이 허용된다고 할 수 있을 것이다. 첫째는 정보제공자는 그들이 제공하는 정보가 연방정부계약자들의 환

43) False Claims Act Amendments of 1986, Pub. L. No. 99-562, 100 Stat. 3154 (1986) (31 U.S.C. 3729~3733 (1994))

44) 31 U.S.C. 3730(b), (d)(2).

45) United States ex rel. Sequoia Orange Co. v. Sunland Packing House Co., 912 F. Supp. 1325, 1340 (E.D. Cal. 1995).

46) Taxpayers Against Fraud, Qui Tam Statistics (2004. 6. 15 방문) <http://www.taf.org/statistics.htm>.

경법위반에 관한 경우에는 큐탐소송(a qui tam)을 제기할 수 있을 것이다. 연방정부에 의해 고용된 회사들이 환경법 관련 작업을 하고 허위보고서를 제출하는 경우에는 큐탐소송(a qui tam)이 유용하다고 할 것이다. 정부계약자들은 그들의 계약의 일부로 관련환경법의 준수를 약속하기 때문에 정부계약자들이 환경법 위반을 밝히지 않고 그들의 작업에 대한 지불을 요구하는 경우에 큐탐소송(a qui tam)은 성공하게 될 것이다. 둘째는 큐탐소송(a qui tam)은 개인이나 회사가 환경법관련벌금이나 강제비용을 회피하기 위해서 허위보고서를 제출하는 경우에도 유용할 것이다.⁴⁷⁾

이렇게 큐탐소송(a qui tam)이나 포상제(the reward program)를 실시하여 정보제공자에게 금전적인 동기를 부여하는 것은 불가피하게 논쟁거리가 된다. 정보에 대해 금전을 지급하는 것은 허위정보를 제공하게 하거나 정보의 정확성을 침해하게 될 것이다. 포상금에 대한 유혹은 사람들로 하여금 신뢰성에 대한 조사도 없이 아무 정보나 보고하도록 유혹할 수도 있을 것이다. 어떤 경우에는 조작된 정보를 제공하기도 할 것이다. 정보제공자의 성명은 비밀유지가 되고 최악의 경우에는 한 푼도 생기지 않지만 잘하면 상당한 포상금을 쟁길 수 있다. 정보에 금전적 포상금을 지불한다는 것은 정보의 신뢰성을 떨어뜨릴 것이다.⁴⁸⁾

미국의 토지법에서는 토지에 대한 규제행위가 국가의 수용권의 행사에 해당한다는 것을 확인하는 사인의 역수용소송제도(inverse condemnation)가 인정되고 있다. 이러한 역수용 제도는 행정권의 집행과 직접적인 관련이 없어 논의의 대상에서는 제외한다.⁴⁹⁾

(3) 원고적격의 문제

이상에서 미국 공법분야에서 사인이 주민소송(citizen suits)의 소추권자가 되어 많은 사람들에게 사인이 공권력의 집행자가 되는 경우로 받아들여지는 주민소송과 사인이 국가를 대신하여 국가와 자신의 이익을 위해 국가에 대한 사기행위자에 대한 소송으로 인정하는 것으로 큐탐소송(qui tam action)에 대해서 살펴보았다. 미국연방법원에서는 오직 원고적격(standing)이 있는 사람이 소송을 제기해야만 그에 대한 사법심사권을 가진다.⁵⁰⁾

미국 연방헌법은 제3장에서 연방법원의 사법심사권(the judicial Power)은 “사건이나 분쟁”(“case or controversy”)에만 미친다고 규정하고 있다.⁵¹⁾ 여기서 “사건이나 분쟁”의 요

47) Barton H. Thompson, Jr., Innovations in environmental policy: The continuing innovation of citizen enforcement, 2000 U. Ill. L. Rev. 185, 232 (2000).

48) Id. 233.

49) 미국 토지법상의 사인의 역수용소송과 규제적 수용의 법리는 박윤훈, “미국에 있어서의 토지이용규제와 손실보상”, 『미국헌법연구』 제2호(1991); 김문현, “미국연방헌법상 공용수용과 경찰권에 의한 규제의 구별기준”, 『미국헌법연구』 제11호(2000); 김형성, “환경보호를 위한 토지이용규제와 손실보상”, 『미국헌법연구』 제9호(1998); 김민호, “미국의 규제적 수용에 있어 공익과 사익의 조정”, 『토지공법연구』 제16집 제1호 (2002) 등 다수 논문 참조

50) Erwin Chemerinsky, Constitutional Law Principles and Policies, 38 (2002).

건에 의해 연방법원의 사법심사권의 한계가 규정되었다고 볼 수 있다. 즉 연방법원은 오직 사건이나 분쟁의 요건을 갖춘 경우에만 원고적격여부를 심사할 수 있다. 원고적격(standing)이란 “당사자가 연방법원으로 하여금 분쟁의 본안을 결정하도록 할 자격”을 가지고 있는지 여부에 관한 문제로 사법부로 하여금 일반적 사회문제에 대해 개입을 자제하고 입법부의 처리에 맡기도록 함으로써 권력분립의 원칙을 준수하는 것을 주목적으로 함과 동시에 사법부 판단의 효율성과 공정성도 추구하기 위한 것이라고 한다.⁵²⁾

미국 연방대법원은 제3장 “사건이나 분쟁”의 한계에 대해 최근에 *Lujan v. Defenders of Wildlife*에서 판시하고 있다. 원고적격에 대한 헌법적 요구의 최소한 기본적인 요소들로 사실상의 침해가 있을 것과 그 침해행위와 침해의 원인이 되는 정부행위 사이에 인과관계가 있을 것을 요구한다고 하고 있다. 첫째 사실상의 침해에 대해서는 법적으로 보호되는 법익의 침해로 이것은 (a) “구체적이고 특정적”이어야 하며 (b) “실제적이나 임박한 것”이어야만 하고 “추정적이거나” 또는 “가정적인”이 아닐 것이어야 한다고 하였다. 둘째의 인과관계에 대해서는 그 침해는 피고의 문제가 되는 행위에 원인을 돌릴 수 있는 것이어야만 하며 제3자의 독립적인 행위에 기인한 것이어서는 안 된다. 즉 자신의 법익이 정부행위에 의하여 확정적이고 구체적으로 침해받은 경우에만 연방법원에 이에 대한 사법심사를 청구할 수 있는 것이다.⁵³⁾

미국연방법원은 소송의 주관성을 유지하여 원고적격조항을 해석하여 왔다. 1974년의 *Warth v. Seldin* 판결에서 연방법원의 사법심사권은 원칙적으로 자신의 법익이 침해되었다는 것을 주장하는 사람들에게만 주어지는 것이고 이런 판결에 의해서 제3자가 만약의 경우에 이득을 보더라도 그것은 부수적인 효과에 불과하다고 판결하였다. 일반적인 공익과 관련된 사건은 법원이 아닌 다른 국가기관에서 보다 잘 처리할 수 있기 때문에 그에 대해서 법원은 사법심사권을 가지지 않는다고 판결하고 있는 것이다.⁵⁴⁾ 미국 연방대법원은 1982년의 *American United for Separation of Church and State, Inc. v. Valley Forge Christian College* 판결에서도 청구인들이 그들 자신의 법적인 이익들이나 권리를 주장하기보다 제3자의 법익들이나 이익들을 주장하는 경우에는 재판관할권을 행사할 수 없다고 판결해서 사법심사권을 부정해 왔다.⁵⁵⁾

미국연방법원에서는 객관적이고 추상적인 문제에 대해서 의회(Congress)에 의해 보다 잘 다루어질 수 있기 때문에 사법심사권은 없다고 판시하고 있다. 즉 넓은 공공의 중요성이 있는 추상적인 문제들-즉 “일반화된 불만”이 되어서 많은 사람들에게 의해 널리 나누어

51) U.S. Constitution Art. III sec. 2. “The judicial Power shall extend to all Cases, ...to Controversies.”

52) 박수현, “미국법상의 입법자의 원고적격에 관한 고찰,” 『공법연구』 제30집 제4호, 272~273면.

53) 504 U.S. 555, 560 (1992).

54) *Warth v. Seldin*, 422 U.S. 490, 499 (1974).

55) 454 U.S. 464, 474 (1982).

지고 의회에 의해서 더 잘 다루어질 수 있는 문제들을 법원에서 다루지 않게 될 것이다. 연방대법원은 국회의원들은 “개인으로 자신들에게 어떤 침해도 주장하지 못했고 …그들이 주장하는 기관적인 손해(the institutional injury)는 전적으로 추상적이고 넓게 퍼져있다”⁵⁶⁾라고 판결하여 이른바 Line Item Veto 입법의 파기를 구하는 미국 의회의원들의 원고적격을 부정하였다. 따라서 주민소송에서는 헌법상 원고적격을 가진 사람에게 사법심사권이 부여될 것이고 미국 연방대법원은 큐템소송제기자(a qui tam relator)는 미국연방헌법 제Ⅲ장에서 요구하는 원고적격(Standing)을 가지는 것으로 해석하고 있다.⁵⁷⁾

3. 민간인으로 구성된 행정규제위원회의 발달

사인이 하는 공법행위 중에 다음으로 살펴볼 수 있는 것은 사인이나 비영리단체(nonprofit organization)가 정부기관의 일부를 이루어서 공권력을 행사하는 경우일 것이다. 여기에는 공기관과 함께 사인이 공권력을 행사하는 경우와 규제대상인 사인에게 공권력행사의 일부가 위임되는 경우가 있다.

(1) 정부와 함께 민간이 공권력 행사하는 경우

개인들이 많은 정부기관들에 종사함으로써 행정권을 행사한다. 예를 들면 의회는 연방준비제도(Federal Reserve System)의 한 부분으로 운영되는 연방공개시장위원회(The Federal Open Market Committee(FOMC))에 사적인 대표들이 참석하도록 하고 있다. 여기에는 상원의 동의를 얻어서 대통령이 임명하는 14년 임기의 7인의 이사로 구성된 연방준비이사회(the Board of Governors)와 뉴욕연방준비은행장 1인 및 기타 지역연방준비은행 대표 4인 등 총 12인으로 구성되어 있다. 지역연방준비은행 대표 4인은 사유인 12개의 지역 연방준비은행들(the twelve regional Federal Reserve Banks)의 이사회에서 매년 선출된다. 연방공개시장위원회는 정부금융정책의 유력한 수단의 하나인 연방준비은행들(the Federal Reserve Banks)의 정부채권매매에 대한 완전한 통제권을 가지고 있다. 하지만 연방공개시장위원회의 위원들 중에 과반수는 대통령에 의하여 임명되지도 않고 상원의 인사청문회도 거치지 않고 정당한 이유가 없이는 해임시킬 수도 없다.

연방공개시장위원회는 금융정책 수단 중 가장 중요한 공개시장조작에 관한 최고의결기관이다. 이들 5명의私人인 위원들은 연방공개시장위원회에서 소수를 차지하지만 굉장히 중요한 역할을 담당하고 있다. 의회는 연방공개시장위원회가 공개시장에서 정부채권의 매매를 담당하게 이자율의 결정에 상당한 역할을 담당하도록 하고 있다. 연방공개시장위원회의 사인인 위원들은 그들의 법률적인 권한을 행사함에 있어서 어떤 공무원에 대해서도 직

56) *Raines v. Byrd*, 117 S. Ct. 2312 (1997).

57) *Vermont agency of Natural Resources v. United States ex rel. Stevens*, 000 U.S. 98~1828 (2000).

접적인 책임을 지는 것은 아니고 그들은 오직 사유인 연방준비은행들에 충성을 다하면 되는 것이다. 이러한 연방공개시장위원회의 구성은 금융정책에 책임을 져야하는 사람들의 책임성에 의문을 가지게 되었고 몇 번 연방대법원에서 다투어졌다. 연방대법원은 1988년 *Melcher v. FOMC* 판결⁵⁸⁾에서 연방공개시장위원회의 이러한 구성을 합헌이라는 연방제 2심법원의 판결⁵⁹⁾에 대한 송부명령을 거부하여 확정하였다.

(2) 규제의 대상이 되는 사인들에게 행정권한을 위임하는 경우

많은 경우에 의회는 사인 단체들에게 권한을 위임해서 그들의 행위들을 규율하는 법규를 제정하는 데 직접 참가하거나 도움을 주도록 하고 있다. 오래된 사례에 속하는 것이기는 하지만 1883년 미국 의회는 미국철도협회(American Railway Association)에 철도차량들을 연결하는 연결봉의 강제적 높이를 설정할 수 있는 권한을 부여하고 만약 이런 높이에 대한 규정을 따르지 않는 철도회사들에 대해서는 민사제재금(civil penalty)처분을 하도록 했다. 미국 연방대법원은 1908년 *St. Louis, I. M. & S. R. Co. v. Taylor* 판결에서 철도협회와 주간무역위원회(ICC)에 입법권의 위헌적 위임이 있었다고 원고는 주장하지만 해당 법률은 동일한 높이의 연결봉들이 있는 궤도차량이 주간 무역(interstate commerce)에 사용되도록 규정하고 그 기준은 철도협회에서 정하고 주간무역위원회(ICC)가 공포하도록 하고 있어서 적법한 입법권의 위임이라고 판시하였다.⁶⁰⁾

비교적 최근의 예를 들면 노동안전위원회에 관한 법률(the Occupational Safety and Health Administration Act)⁶¹⁾을 시행하기 위해서 의회는 노동부 장관은 전국적 합의기준(“national consensus standard”)을 작업장의 안전과 건강에 관한 기준으로 공포하도록 하고 있다. 여기에서 전국적 합의기준이란 그 기준에 의해서 영향을 받는 사람들에 의해서 기준의 채택에 상당한 합의가 이루어진 기준을 말하는 것으로 노동부 장관은 단지 이런 사적인 기준들이 특별히 규정되는 근로자들의 안전이나 건강의 향상에 도움을 주지 않는다고 판단하는 경우에만 그 기준들을 거부할 수 있는 재량권을 가진다고 규정하고 있다.⁶²⁾

한 걸음 더 나아가서 입법권이 아닌 집행권이나 사법권의 측면을 살펴보면 미국에서 중요한 집행권이나 사법권은 몇몇 경우에는 그 정당성에 대해 논의된 바 없이 민간에 위임되어 행사되어 왔다. 예를 들면 1975년 현재 미국의 41개 주들에서는 열차경찰을 인정하는 법률들을 가지고 있는 것으로 보고되었는데, 이러한 열차경찰(Railroad Police)은 경찰(public police)과 같은 체포권과 무기소지권을 가진다. 그들은 대체로 주지사들에 의해서

58) 108 S. Ct. 2034 (1988).

59) 836 F.2d 561 (D.C. Cir. 1987).

60) 210 U.S. 281, 287 (1908).

61) 29 U.S.C. §660

62) 29 U.S.C. §655(a).

임명되지만 열차회사들에 의해 임금을 지불받고 감독을 받고 지명되는 사경찰 (private police)라고 할 수 있을 것이다.⁶³⁾ 사법권의 예를 든다면 고용주와 근로자 사이의 불만을 해소하기 위해서 불만조정위원회 (grievance arbitration)에 사법권이 위임되는 경우가 많고 어떤 경우에는 노동조합 (the Union)과 고용주 (employer)의 합의사항에 의해 조합원이 아닌 근로자의 계약도 구속되는 경우가 많다.⁶⁴⁾

IV. 탈규제화와 민영화·아웃소싱

오늘날에는 행정적인 권한을 의회가 사적 집단들이나 개인들에게 위임해서 개인들이나 사적 집단들이 연방정부의 안과 밖에서 위임받은 권한을 행사하는 경우가 많다. 의회는 이렇게 함으로써 특별한 견해가 정책결정에 반영되도록 하거나 개인의 전문지식을 활용하거나 시장의 원활한 운영을 방해하는 장애물들을 제거하거나 아니면 특정한 규제의 대상이 되는 사람들의 대표를 정책결정에 참가시켜서 특정한 규제정책에 대한 준법의식을 고취하려고 할 것이다. 비록 이러한 개인들에게 몇몇의 행정적 통제들이 따르기는 하지만 그들은 명확히 행정적 권한을 행사한다. 이렇게 연방정부의 밖에 있는 사적인 전문가 집단에 행정권을 위임하는 경우는 다음과 같은 예가 있다.

미국 연방의회는 연방정부 밖에 있는 사적인 전문가 집단이 행정권을 행사할 수 있도록 권한을 위임해 왔다. 이러한 시도를 통하여 의회는 민간의 전문지식을 정책결정에 활용하려고 했던 것이다. 사적인 건강협회들 (private health organization)이 사회보장프로그램에 중요한 역할을 담당하고 있다. 의회는 의료보장법률 (the Medicaid statute)에서 통합병원평가위원회 (Joint Committee on Accreditation of Hospital (JCAH))에 병원들을 평가해서 그들 병원들에 입원하고 있는 환자들이 의료보험금이나 사회보장혜택을 받을 수 있는지를 결정할 수 있는 권한을 부여하였다. 통합병원평가위원회 (JCAH)는 직업적인 기준들을 설정하고 병원들의 업무수행능력을 평가하기 위해서 설립된 비영리회사이다.⁶⁵⁾

민영화, 탈규제화 등에 의해서 사인이 직접 공권력의 수행자의 지위를 가지게 되는 경우도 있을 수 있다. 교도소나 전력회사의 민영화의 경우와 같이 사인이 완전히 독자적으로 국가의 공권력을 수행하는 형태가 있고 국가 공권력과 협조 속에서 공권력을 집행하는 경우도 있다. 특히 이 경우는 국가의 공권력을 사인에 위임하는 것으로 보아서 민간위임 (the private delegation)의 문제로 다루어진다고 할 수 있을 것이다.

63) David M. Lawrence, Private Exercise of Governmental Power, 61. Ind. L. Rev. 647, 667 (1986).

64) Cohen v. Temple Univ., 299 Pa. Super. 124, 445 A.2d 179 (1982).

65) <http://www.jcaho.org> (2004년 6월 18일 방문).

교정시설과 관련해서 살펴보면 과거에는 소년원(juvenile justice facilities), 재활원(halfway houses) 그리고 외국인 수용시설(alien detention centers) 등의 운영을 민간인 전문가들에게 맡기는 것으로 한정하여 왔고 부차적 업무인 재소자의 건강관리, 부식제공, 직업교육 프로그램의 담당 혹은 교정공무원 교육 등에도 민간인 전문가들이 관여했다. 하지만 만연한 교정시설의 감방부족문제와 재소자 수용비용의 상승 등으로 인해 사기업이 정부보다 교정시설을 보다 싼 비용으로 더욱 효율적으로 운영할 수 있을 것이라는 주장이 점점 힘을 얻어 이제는 교정시설의 운영자체를 사기업에 위임하는 경우가 많다.⁶⁶⁾ 미국의 민영교도소는 1996년 한 해만 5억불 이상의 총이익을 남기는 사업으로 발전하였고, 이러한 민간교도소에서는 수익성을 확보하기 위해 가석방이나 집행유예 등을 하지 않고 장기간 죄수를 수감하는 문제를 야기하기도 한다. 즉 재소자 인권유린이라는 큰 문제를 야기할 뿐만 아니라 교정의 진정한 목적에도 부합되지 않는 문제를 야기할 수 있다.⁶⁷⁾ 민영교도소 운영회사의 직원들은 결국 주주의 이익을 최대한 보호하는 방향으로 교도소를 운영할 것이고 고용주에게만 책임이 있고 국민에 대해서는 직접적인 책임이 없어서 결국 민영교도소의 운영에 국민의 통제권은 줄어들다.⁶⁸⁾ 이윤을 증가시키기 위해서 민영교도소는 자격 미달의 교도관을 고용하고 재소자의 이전에 불안정한 방법을 사용하기도 한다. 이런 결과 미국 정부 당국은 민영시설을 재소유한 경우도 있다.⁶⁹⁾

이러한 교정시설의 민영화가 성공적으로 이루어지기 위해서는 첫째 이행실적에 대한 데이터가 모여지고 국민에 공개되어야 하고, 둘째 정부는 이러한 이행실적에 근거해서 보상금을 지급하고 계약을 체결해야 하고, 셋째 민간교정시설운영업체와 계약은 독립적 정부기관과 시민단체의 지속적인 감시대상이 되도록 해야 한다. 이러한 방법에 의해 민영교도소 운영의 투명성, 공개성 그리고 공공성이 확보되어야 할 것이다.⁷⁰⁾

미국에서 정부보유산업의 민영화는 산업전반에 걸쳐서 일어나는 현상이라고 할 수 있을 것이다. 특히 그 중에서도 전력산업의 민영화의 예를 들어본다면 알래스카 주와 하와이 주를 포함한 거의 모든 미국 주정부들에서 전력의 소매시장의 재구축에 관한 연구와 민영화를 추진하고 있다고 해도 과언은 아니라고 할 수 있을 정도로 미국의 전역에서 일어나는 현상이라고 할 수 있을 것이다. 물론 전력산업의 민영화를 지지하는 사람들은 이러한 민영화가 결국 전력요금을 낮추고 규제시장에서 정체되어 있는 혁신을 가져올 것이라고 주장

66) David N. Wecht, Breaking the code of deference: Judicial review of private prisons, 96 Yale L. J. 815, 817-8 (1987).

67) Laura Suzanne Farris, Private Jails in Oklahoma: An unconstitutional delegation of legislative authority, 33 Tulsa L. J. 959, 972 (1998).

68) Joseph E. Field, Making Prisons Private: An Improper Delegation of a Governmental Power, 15 HOFSTA L. Rev. 649, 674 (1987).

69) David Macarov, What the Market does to the People, 92~93 (2003).

70) Gerald E. Frug, Beyond Regional Government, 115 Harv. L. Rev. 1763, 1870-71 (2002).

한다.⁷¹⁾ 민영화에 반대하는 사람들은 전기는 다른 상품과는 경쟁시장의 일시적 변동으로부터 특별한 보호를 요하는 생활필수품이라고 주장하면서 전력산업의 민영화는 기업과 같은 대형 사업소비자들(industrial customers)에게는 혜택이 돌아가겠지만 주거소비자들(residential customers)들에게는 불이익을 주게 될 것이라고 경고하고 있다.⁷²⁾

미국 캘리포니아주의 경우는 전력소비시장의 민영화는 1998년에 시행되었다. 1996년을 기준으로 캘리포니아주는 미국에서 열번째로 비싼 전기를 사용하고 있었으므로 전력소비시장의 탈규제화는 자연스러운 현상이었다고 할 수가 있었다. 캘리포니아 주정부에서 실시한 전력소비시장의 탈규제화는 결과적으로 대형 사업소비자들을 위한 경쟁으로 말미암아 많게는 25%까지 전기세 할인의 혜택을 입게 되었지만 주거용 소비자들은 그 혜택이 훨씬 적은 것이었다. 이러한 전기세에 있어서의 불균등은 전력소비시장에서 선택의 불균등으로 이어져서 전력시장 민영화가 이루어진 처음 7개월 동안 전체 전기소비자의 1%가 전기공급자를 바꾼 반면에, 대형 사업소비자들의 24.9%는 전기공급자를 교체하였다. 독립전기생산업자들은 전력소비시장에서 도매전기의 소비자가격이 도매비용보다 낮아서 자신들이 시장에서 더 이상 경쟁할 수 없고 시장에서 퇴출될 지경이라고 불평하고 있다.⁷³⁾ 이러한 전력소비시장의 불균형과 탈규제화 정책의 실패는 전기세의 인상과 더불어 2001년 중반 캘리포니아주의 대규모 정전사태(blackouts)로 이어졌다.⁷⁴⁾ 그러나 캘리포니아 주정부가 적극적으로 시장에 개입하여 도매전기를 매입하고 전기생산자들과 전기수용에 대응하기 위한 장·단기 계약을 맺자 예상되었던 대규모 정전사태는 그 후에 일어나지 않았다.⁷⁵⁾

V. 미국에서의 사인에 의한 공권력행사의 문제점

1. 위임금지의 원칙(Non-delegation doctrine)

사인의 공권력을 행사하는 여러 형태들 중에 가장 문제가 되는 것은 공권력행사를 민영화, 탈규제화 정책에 의해 사인에게 완전히 위임하는 것이다. 이 경우 공공성확보가 가장 문제가 된다고 하겠다. 정부의 권한을 연방 정부 밖에 있는 개인이나 단체에 위임하여 그

71) Michael Even Stern & Margaret M. Mlynczak Stern, A Critical Overview of the Economic and Environmental Consequences of the Deregulation of the U.S. Electric Power Industry, 4 ENVTL. L. 79, 101-05 (1997).

72) Inara K. Scot, A Model for ALASKA: Deregulation in the far North, 16 Alaska L. Rev. 329, 330 (1999).

73) Id. 345~346.

74) <http://www.ef.org/california> (2004년 6월 18일 방문).

75) Geoffrey Rothwell, Tomas Gomez, Electricity Economics, 159~160 (2003).

들이 공권력을 행사하게 하는 것은 미국 연방헌법에서 규정하고 연방대법원이 해석하고 있는 삼권분립의 원칙(the separation of powers)에 어긋나는 것이 아닌가 하는 우려가 있다. 공권을 연방정부 밖에 있는 단체들에서 행사한다는 것은 삼권분립의 원칙이 지키고자 하는 견제와 균형(the checks and balances)과 국민에 대한 정치적 책임성(the political accountability)을 모두 저해할 수 있을 것이다. 미국 교정시설의 민영화에서 볼 수 있듯이 정치인들은 비난받을 수 있는 정책들의 책임을 다른 사람들에게 떠맡김으로써 자신들에게서 벗어나게 하는 것이다.⁷⁶⁾

(1) 연방헌법 제Ⅱ장의 집행부 감독권의 부재에서 오는 문제점

미국연방 헌법제정 당시의 논의들을 살펴보면 미국 연방헌법에서 대통령이 집행부를 통할하게 한 것은 모든 집행적인 책임들을 한 사람의 대통령에게 부여함으로써 법을 집행하는 활력(“energy”)을 확보함과 동시에 입법부 지배의 우려에 대한 평형추 역할을 담당하도록 한 것을 잘 나타내고 있다. Hamilton에 의하면 연방정부의 행정권은 집행적인 세부사항들에 제한되어 있고 외교협상이나 예산의 편성과 집행 등이 정부의 집행권에 속하는 것이라고 하였다. 이런 서로 다른 역할을 수행하는 사람들은 대통령의 보좌관이나 대리인으로 보아서 그들은 대통령의 임명이나 적어도 지명을 통하여 그들의 임무에 종사하도록 하고 대통령의 감독을 받아야 한다고 하였다. 미국 연방헌법제Ⅱ장은 美國大統領의 指揮監督權(Presidential Supervision)에 대해 규정하고 있는데 미국 대통령은 집행적 임무를 수행하는 공무원의 임명권과 해임권을 가지고 이러한 권한에 따라 의회로부터 위임받은 권한을 집행하고 강제한다. 대통령은 공무원 임명권에 따라 공무원을 선택함으로써 연방정책의 집행에 영향력을 행사할 수 있다. 또한 미국 대통령은 집행부의 수장으로 위임된 모든 행정권의 행사에 대해서 책임을 져야 한다. 단일의 집행부(the unitary executive)를 보존하기 위하여 순수 집행권한을 행사하는 어떤 공무원도 해임할 수 있는 해임권을 대통령은 가지고 있다고 미국 연방대법원(the Supreme Court)은 대통령의 해임권을 인정하였다.⁷⁷⁾

美國大統領의 指揮監督權은 집행부의 권한을 보호하기 위한 목적만 가지는 것이 아니고 종국적으로는 국민 개개인의 자유를 보호하기 위해서라고 한다. 공권력이 책임성 있게 집행되기 위해서는 대통령은 공식적으로 의회에서 위임한 권한의 행사에 반드시 책임을 지도록 해야 하고 공권력의 남용에 대해서 공무원에게 사후적 책임을 물을 수 있어야 한다. 이러한 책임성의 부재는 여러 문제점들을 야기할 수 있을 것이다. 먼저 공공정책이 공익우선의 입법이 이루어지도록 고안된 여러 헌법적인 제한(the constitutional checks)을 받지 않는 상태에서 이루어질 가능성이 있다는 것이다. 미국 연방헌법에 의하면 상하양원의 합

76) David Macarov, What the Market does to the People, 92~93 (2003).

77) Wiener v. United States, 357 U.S. 349 (1958).

의와 정부에의 이송, 대통령의 서명과 공포라는 절차를 거쳐 제정된 법률들만이 의회 밖에 있는 국민을 구속하는 강제력을 가지게 되어있다. 대통령도 국민에 대해서 그 정책의 형성에 대한 책임을 지는 것이다. 의회는 다시 예산의 심의·의결권, 국정조사·감사권과 위임을 철회할 수 있는 권리 그리고 사법심사 등으로 대통령의 권한행사를 통제한다. 따라서 만약 의회가 어떤 정책을 수립하거나 집행부에 정책수립권을 위임하는 경우에는 입법부, 행정부, 사법부 중의 두개 이상의 부들이 합의를 하거나 적어도 다른 부의 지속적 감시의 대상이 되어 국민의 기본권이 침해되지 않도록 하는 체제를 연방헌법에서 규정하고 있는 것이다.⁷⁸⁾

그에 반해서 연방정부의 밖에 있는 사인이나 비영리단체에 공권력의 행사를 위임한다면 사실상 아무런 헌법적 제한을 받지 않는 것이 될 수 있다. 물론 최초의 위임결정은 의회와 대통령의 합의에 의해서 이루어져야 하고 의회는 언제든지 위임결정을 폐지할 수 있겠지만 정부정책의 최종적인 집행이 헌법적 제한을 받지 않고 이루어진다. 사인이나 비영리단체는 의회의 양원주의나 심의·의결제도의 제한을 전혀 받지 않고 대통령의 감독권의 대상이 되지 않는다. 입법부, 행정부, 사법부 중 어떤 부도 효과적으로 위임된 정책의 집행을 감시할 수 없다. 입법행위나 집행부의 위임된 권한의 집행에 대한 견제와 균형을 체제가 여기에서는 존재하지 않는 것이다. 공공위원회의 임명권을 위임하는 민간위임을 무효화시키는 판결에서 “우리 헌법에 자리잡고 있는 민주적 정부형태의 기본 법칙 즉 국민은 그들이 선출된 대표들에 의해서만 지배를 받는다”는 것에 어긋나는 것이라고 하였다.⁷⁹⁾ 한편 몇몇 미국의 州法院 들에서는 특정 헌법조항들에 근거하기 보다는 헌법전 속에 있는 기본적인 관념들이나 정부체제 전체에서 그 근거를 찾아보려고 하고 있다. 지방정부의 노사분쟁에 관한 중재사건에서 미시건주 대법원의 레빈 대법관(Justice Levin)은 이익의 중재는 “대표민주주의의 핵심적 개념과는 일치하는 관념이 아니다. 대표민주주의는 국민의 가지고 있는 정치적 권한을 그들의 대표자들에게 부여하는 것이고 책임있는 사람에 의해서 행하여지도록 하고 통상적 대표민주주의 절차를 통하여 국민에게 책임을 지도록 하는 것이다”라고 주장하고 했다.⁸⁰⁾ Justice Levin 이 강조한 것은 공공정책결정을 하는 사람들은 국민에 의해 선출되거나 선출된 국민에 의해서 임명되어서 자신들은 선출해준 국민에 대한 책임성을 확보해야 한다는 것이다.

78) Randy E. Barnett, *Restoring the Lost Constitution*, 107 (2004).

79) *Hetherington v. McHale*, 458 Pa. 479, 484, 329 A.2d 250 253 (1974). “fundamental precept of the democratic form of government imbedded in our Constitution ... that the people are to be governed only by their elected representatives.”

80) *Dearborn Fire Fighters*, 394 Mich. 257, 267, 231 N.W.2d 235, 240. “core concept of a representative exercise democracy: the political power which the people possess and confer on their elected representative is to be exercised by persons responsible and accountable to the people through the normal processes of representative democracy”

(2) 의회의 양원주의(bicameralism)와 법률안의 정부에의 이송절차(presentment)의 부재

미국 연방헌법 제1장에서는 모든 연방법률안은 상·하 양원을 통과해서 대통령에게 이송되면 대통령이 공포를 하든지 거부권(Veto)을 행사할 수 있도록 규정하고 있다. 따라서 적법하고 유효한 법률을 제정하려면 반드시 상·하 양원의 의회와 대통령의 협조가 필수적이다. 이러한 법률에 관한 헌법적인 제한들은 입법이 좀더 공익에 적합하도록 하고 정부의 각부가 서로 정면으로 대결하는 것을 최소화하기 위한 것이다. 만약 의회가 연방정부 밖에 있는 사인이나 사인단체들에 정책결정권한을 위임한다면 연방헌법 제1장의 제한들을 무시하는 것이 된다.

미국연방 의회는 공무원의 임명권이나 해임권을 가지고 있지 않는 것으로 연방대법원은 판결하고 있다. 의회가 연방공무원의 임명권을 가지는가에 대해서는 연방대법원의 1976년 Buckley v. Valeo 판결⁸¹⁾이 있다. 이 판결은 연방선거관리위원회(FEC)의 위원을 대통령이 모두 임명하지 않고 상·하 양원에서 상원사무총장과 하원사무총장을 포함한 6명의 위원들을 선출하고 대통령이 2명을 임명하도록 되어 있었는데 이것은 의회가 위헌적으로 공무원 임명권을 행사한 것이라고 판시한 것이다.⁸²⁾ 해임권에 대해서도 의회는 단순히 기준의 위임을 폐지하는 새로운 법률을 제정함으로써 사실상의 해당 공무원들을 해임하는 것이 된다. 여기에 대해서 연방대법원은 “법률의 집행을 담당하는 공무원을 해임할 수 있는 권한은 의회 스스로가 가질 수는 없다”라고 판시하고 있다.⁸³⁾ 그런데, 의회는 권한을 연방의회 밖에 있는 사인이나 사인 단체들에 위임함으로써 사실상의 임명권이나 해임권을 행사하는 것이 될 수도 있다. 임명권에 대해서 본다면 의회는 권한을 위임함으로써 누가 위임을 받을 것인지를 결정해야 되는데 여기에서 사실상 대통령의 권한인 공무원 임명권을 행사하게 되는 것이다.

사인에게 정책결정권을 위임했을 때에 발생할 수 있는 위헌적인 여러 우려를 잘 반영하는 대표적인 미국연방대법원의 판결이 있다. 의회는 소비자 대표들에게 행정권을 위임하여 Dulles Airport와 National Airports의 운영과 행정을 감독하도록 했다. 1980년의 워싱턴수도공항에 관한 법률⁸⁴⁾에서 두 공항들을 관리하는 주협정(a state compact)의 체결을 승인하면서 공항당국의 이사회(the board of directors of the Airports Authority)는 주변 주들에서 임명하는 8명과 대통령이 상원의 승인을 받아서 임명하는 1명에 의해서 구성되도록 하였다. 연방의회는 의원들이 이들 공항들을 이용하는 소비자 개인의 자격으로 참여하는 심사위원회(the board of review)를 두도록 하였는데, 이 심사위원회는 공항당국이 계획하는 예산, 증권 취득, 법규의 공포, 개발계획이나 토지취득 계획 등 주요한 행위들을 거부

81) 424 U.S. 1 (1976).

82) 김형남, “미국 행정법상의 행정적 재량통제”, 『공법연구』 제26집 제2호, 317면 참조.

83) Bowsher v. Syner, 478 U.S. 714, 726 (1986).

84) 49 U.S.C. §§ 2451~2461 (1986).

할 수 있는 비토권(Veto)을 가지도록 규정하였다. 연방 대법원은 1991년의 *Airports Auth. v. Citizen for noise abatement*⁸⁵⁾에서 앞에서 기술한 법률은 헌법적으로 한정되어 있는 역할을 넘어서 입법권을 확대하는 현상을 보여주는 것으로 심사위원회(the board of review)는 헌법적으로 허용되지 않는 침해라고 판시하고 있다.⁸⁶⁾

2. 적법절차의 원칙(Due Process)

정부의 권한을 민간에 위임할 때에 가장 문제되는 것은 무엇인가? 무엇이 법원들이 그러한 입법을 규정하는 입법을 무효화시킬 수 있는 것인가? 그 우려는 본질적으로 강제성이 있는 공권력을 공익과 반대되는 사익을 추구하기 위해서 사용할 수 있다는 것일 것이다. 공무원이 공권력을 행사하는 경우에는 미국연방수정헌법 제 14조의 적용을 받아서 기본적으로 공평무사하게 공권력을 행사할 것이 기대된다. 이러한 공평무사의 기대는 공무원에게 왜 강제권을 부여하려고 하는가를 설명하기도 한다. 만약 이러한 기대를 저버렸다는 증거가 나타날 때에는 심각한 결과를 초래하게 된다. 만약 공무원이 사익을 추구하는 방법으로 권한을 행사했을 때에는 법원을 그 공무원의 행위를 무효화시킬 것이고 이미 취득한 이득은 몰수할 것이고 피해자는 개인적으로 공무원에 대해 불법행위로 인한 손해배상을 받도록 할 것이다.⁸⁷⁾ 더 나아가서 입법부에서는 이러한 기준의 위반을 하나의 범죄로 규정하게 될 것이다. 공무원과 관련해서는 공평무사의 기대는 통상적으로 나타나고 유지된다. 그러나 정부의 권한을 행사하는 사람이 공무원이 아니고 민간인일 경우에는 그러한 기대가 정당화되기는 어려울 것이다. 사인에 의해서 국가의 공권력이 행사되는 경우에는 국가에 대해 그 책임을 물을 수 있는 방법으로 미국에서는 국가행위론(state action theory)이 발전하여 왔다.⁸⁸⁾ 이 이론에 의하면 특정한 상황에서는 사인의 행위가 국가의 행위로 다루어지고 이 경우 헌법적 불법행위책임을 물을 수 있게 된다. 국가행위론(state action theory) 중에 하나인 공공기능론(Public Function Theory)에 의하면 사적인 단체가 공기관들이 집행하거나 책임을 지는 것으로 기대되는 기능과 실제적으로 동일한 행위를 담당하는 경우를 말하는 것이다. 그러나 미국연방대법원은 교육이나 소방, 경찰과 세금징수와 같은 기능들은 전통적으로 주나 자치단체에 의해서 상당한 독점성을 가지고 행하여지는 기능이지만 전통적 공공기능("public function")에 속하는 것은 아니라고 판결하였다.⁸⁹⁾ 연방 대법원은 또한 "우리는 주나 시와 같은 자치정부가 만약 있다면 어느 정도까지 자유로이 그러한 기능의 이행을 사적인 단체들에 위임해서 연방수정헌법제14조의 적용을 피할 수

85) 501 U.S. 252 (1991).

86) Id. 277.

87) *Kenyon Oil Co. v. Chief of Fire Dep't*, 15 Mass. App. 727, 448 N. E.2d 1134 (1983).

88) 김철수, 『헌법학원론』, 박영사 2004, 225~227면 참조.

89) *Flagg Bros. Inc. v. Brook* 436 U.S. 149 (1978).

있는지에 관한 견해를 표시하지 않았다” 라고 하고 있다.⁹⁰⁾ 이상에서 본 바와 같이 국가 행위론(state action theory)을 적용한다고 하더라도 많은 경우 민영화 등으로 민간인이 국가의 기능을 담당하는 경우에 공무원에 적용되는 헌법적 책임을 그대로 물을 수 없는 경우가 많다.⁹¹⁾ 정치적 책임에 대해서도 선거를 통해서 비리공무원을 낙선시키는 등의 방법을 취할 수 있지만 민간인 위반자들에게는 이 방법을 채택할 수 없다. 이것이 민간위임(the private delegation)에서 가장 우려스러운 부분이다.

사적 이익의 개입이라는 부적절한 동기가 개입되면 공무행위의 내용을 변화시킬 수 있다. 어떤 의사결정을 하는 공무원이 공평무사의 기준을 잃어버리고 부적법하고 개인적인 고려를 하게 되면 어떤 사람들은 이익을 보고 어떤 사람들은 피해를 보게 될 것이다. 한 걸음 더 나아가서 공평무사의 기준이 무시되었을 때의 전체 정치체제의 본질이 훼손될 것을 사회는 우려하고 있다.

이러한 사적 이익이 공적 행위의 내용들에 영향을 미칠 수 있다는 위험은 명백히 적법 절차의 원칙(the Due Process)과 관련이 있다. 절차적 적법절차(the Procedural Due Process)의 확립된 요소들 중에 하나는 의사결정자는 개인적 편견에 따라서가 아닌 확립된 기준이나 공익의 견지에서 의사결정을 해야 된다는 것이다.⁹²⁾ 만약 위임이 사적이익이 공권력행사를 지배하는 사적 기회를 만들 때에는 그러한 공권력의 대상이 되는 사람들은 적법절차의 보호를 받지 못하고 자신의 권리들을 침해받는 것이 된다. 이러한 우려에서 공적인 의사결정과정에서의 사적 이익의 개입가능성이 적법절차의 원칙(the Due Process)에서 가장 문제된다고 보아야 할 것이다. 이렇게 적법절차의 원칙(the Due Process)이 민간위임의 헌법적 한계가 된다는 것으로 인식되어 왔다.

미국 연방대법원은 주나 지방정부의 위임을 심사할 때에는 연방수정헌법제14조의 적법절차규정들(the Due Process Provisions)에 근거한다 아주 오래 전의 일이기도 하지만 워싱턴 주의 위임 사건에 대해서 연방대법원에서 다룬 적이 있다.⁹³⁾ 한편 연방대법원은 연방의 위임에 대해서는 수정헌법제5조의 적법절차규정(the due process provision)을 적용해서 위헌이라고 판결한 바 있다.⁹⁴⁾ 미국의 각주 법원들 중에서는 뉴저지주(New Jersey) 법원들에서 민간위임(the private delegation)을 적법절차원칙에 근거하여 판결하였고⁹⁵⁾ 이 판결은 연방대법원으로의 상고가 허용되지 않았다.⁹⁶⁾

90) Id. 163~64.

91) Daphne Barak-Erez. A State action doctrine for age of privatization, 45 Syracuse L. Rev. 1169, 1184~85 (1995).

92) Berryhill v. Gibson, 331 F. Supp. 122 (M.D. Ala. 1971), vacated 411 U.S. 564 (1973).

93) ex rel. Seattle Title Trust Co. v. Roberge, 278 U.S. 116 (1928).

94) Carter v. Carter Coal Co., 298 U.S. 238 (1936).

95) Humane Soc'y of the United States, N.J. Branch v. New Jersey State Fish and Game Council, 70 N.J. 565, 362 A.2d 20 (1976),

96) 429 U.S. 1032 (1977).

국가의 공권력이 여러 정책적 이유에서 일반 국민에게 위임되거나 민간인과 함께 행사하게 되는 경우에 사인의 특정이익이 정책결정에 개입될 가능성이 높아지고 이런 개입가능성을 어떻게 방지할 수 있는 방안을 모색할 수 있을 것인가가 문제된다. 특히 민간인에게 예산책정이나 임명권의 행사, 혹은 공무원의 국가에의 충성의무 선서에 의한 자기 구속적 억제 등의 견제수단들이 없어서 특정사익이 국가정책결정에 개입할 위험성은 더욱 크다.⁹⁷⁾ 이런 여러 이유들에 의해서 국가공권력의 민간에의 위임에 대해서 미국에서는 특히 適法節次의 原則 ((Due Process)이 적용되는 것으로 해석해 오고 있다.⁹⁸⁾

미국에서는 공권력의 민간에의 위임이 적법하기 위해서 원칙적으로 세 가지 조건들을 갖추어야 하는 것으로 이해되어 왔다. 이러한 조건들은 1930년대 중반 聯邦大法院에서 내린 일련의 委任禁止에 대한 판결들이 있었던 이후 판례법으로 확립되어 왔다. 첫째 조건은 사익단체가 개입되어 사익이 관련된 경우에는 국가의 권한을 위임하는 것은 금지된다고 판결하려는 경향을 연방대법원은 가지고 있다. 연방대법원은 위임된 권한의 남용가능성을 발견하는 것만으로 그 자체가 바로 適法節次原則의 違背(per se violations of due process)라고 하였다.⁹⁹⁾ 둘째 조건은 委任法律은 반드시 明確하고 制限된 法律이어야 하는데, 이 법률은 公權力을 私的 團體에 위임하기 위한 분명한 節次的 前提條件들을 가지고 있어야 한다는 것이다. 결국 이런 절차적 전제조건들은 위임된 권한이 사적 목적을 위해 남용되는 것을 방지하기 위한 것이라 여겨진다.¹⁰⁰⁾ 셋째 조건은 입법부에 의한 明確한 政策決定(a clear policy decision by the legislature)이 있어야 한다는 것이다. 사적 단체에의 공권력 위임에 대한 정치적 합의가 없으면 결국 政治的 責任性(political accountability)의 확보가 어려워진다. 미연방대법원 원장인 Chief Justice Rehnquist는 “의회는 어려운 정책 결정들을 政治的 責任이 없는 사람들에게 委任해서는 안 된다”고 판결하였다.¹⁰¹⁾ 의회에 의한 명확한 정책결정은 선거를 통한 책임정치 구현의 전제조건이 된다. 비록 국가 정책결정의 대부분이 의회로부터 선거직·비선거직 공무원이나 민간인에게 위임되고 그들에 의해서 일상적인 국정이 운영되는 넓은 민주주의에서도 선거는 실제 거의 유일한 정치참여 수단이다.¹⁰²⁾

97) George W. Liebmann, Delegation to Private Parties in American Constitutional Law, 50 Ind. L. J. 650, 660 (1975).

98) David N. Wecht, Breaking the code of deference: Judicial review of private prisons, 96 Yale L. J. 815, 829 (1987).

99) Id. 825.

100) Laura Suzanne Farris, Private Jails in Oklahoma: An unconstitutional delegation of legislative authority, 33 Tulsa L.J. 959, 966 (1998).

101) Industrial Union Dept., AFL-CIO v. American Petroleum Institute, 448 U.S.607, 671 (1980) “Congress should not be allowed to pass off difficult policy decisions to those who are not politically accountable.”

102) Alfred C. Aman, Jr., Administrative law in a Global Era, 16 (1992).

VI. 끝으로

민영화라고 하는 공식적으로 정부의 책임을 민간에게 이전하는 것이 미국에서는 자연스러운 현상이 되었다. 민영화의 옹호론자들은 효율성, 저비용 그리고 정부에 나타나는 법적인 혼란성이 없을 것이라고 설명한다. 민영화에 대한 많은 논의는 본질적으로 법적인 것이라기보다는 정치적이거나 경제적인 논의인 경우가 많다. 민영화라는 것이 정부의 기능과 연관되어 있을 때는 법적인 문제는 부차적인 것이고 오직 미세한 부분만이 연관된다고 할 수 있지만, 민영화가 정부 권한들과 관련이 있을 때에는 법적인 문제들은 상당히 만만찮은 것이 될 수 있다. 민영화에 대한 법적 문제점의 해결방안으로 책임성의 제고가 제시되기도 한다.¹⁰³⁾ 정부권한의 이전이라는 문제는 어느 정도의 정부권한을 합헌적으로 민간에 이전할 수 있는지 하는 논의와 직결된다. 정부권한을 민간부분에 이전하는 문제는 곧바로 어떤 권한이 정부의 권한인가를 정의하는 문제와 직결된다. 미국에서 각 주나 지방자치 정부에서 행하여지는 모든 권한들이나 기능들은 민간인들에서 의해서도 행하여질 수 있다. 교육, 경찰권, 세금징수권 심지어 교정시설의 운영권 등도 여기에 포함되지만 우리는 어떤 권한들은 본질적으로 정부의 고유권한에 속하는 것으로 보고 있다.

한편 이러한 국가기능을 민간에 위임하는 것은 삼권분립의 원칙에 따라 헌법에서 규정하고 있는 민주주의적 통치구조의 형해화 현상으로 이어져서 헌법에서 정한 민주주의적 관계를 복원시키는 것이 현대 법치주의의 공통의 과제가 되었다. 미국에서는 연방정부 차원에서는 연방법원들이 연방정부의 권한들을 민간인들에게 위임하는 것은 합헌이라고 *Carter v. Carter Coal Co.* 판결¹⁰⁴⁾ 이후 계속하여 인정하여 왔다. 미국 연방법원들과는 달리 주법원들에서는 민간에의 위임은 위헌이라는 판결을 하고 있다. 예를 들면 주정부나 지방자치 정부로부터 자금이 조달되는 사업장에서 최저 임금은 노동조합의 최저 임금에 따르도록 규정하고 있는 주나 지방정부의 법률들은 임금조정권을 부당하게 민간인들에게 이전하는 것이어서 위헌이라고 판결한 경우도 있다.¹⁰⁵⁾ 연방법원들과는 달리 주법원들에서 민간에의 위임을 위헌이라고 선언한 경우가 있기는 하지만 주법원들에서도 이런 위임이 타당한("reasonable")것으로 인정할 때에는 합헌으로 판결하고 있다.¹⁰⁶⁾

미국에서 한 민간에 의한 공권력의 행사는 비단 민영화와 탈규제화의 논의에 앞서서 미국 건국초기부터 영국의 전통을 이어받아 더욱 발전시킨 경우가 많다. 사인이나 비영리단체가 감시활동이나 신고활동을 하는 경우, 시민소송이나 큐렘소송을 제기하는 경우 등 그

103) Martha Minow, *Public and Private Partnerships: Accounting for the New Religion*, 116 *Harv. L. Rev.* 1229, 1259 (2003).

104) 298 U.S. 238 (1936).

105) *Industrial Comm'n v. C & D Pipeline, Inc.*, 125 *Ariz.* 64,607 P.2d 383 (*Ariz. App.* 1979).

106) *Male v. Ernest Renda Contracting Co.*, 64 *N.J.* 199, 314 *A.2d* 361 (1974).

역할이 행정의 전 분야와 전 단계에 걸쳐있다고 하여도 과언이 아니다. 이러한 사인에 의한 공권력행사의 전통과 법체계가 갖추어진 미국에서도 민영화와 탈규제화는 그 목적을 달성하기가 매우 어려운 것으로 나타나고 있다. 사회보장정책(the Social Security program)이 민영화되는 경우에 사회보장혜택으로 살아가야 하는 저임금노동자계층이 가장 큰 피해를 볼 것이라는 우려가 있다.¹⁰⁷⁾ 전력시장에서 민영화에 따른 혜택도 주로 산업용 전기사용자 등 전기를 많이 사용하는 사업자들에게 돌아가고 주거용 전기사용자인 일반시민에게는 혜택이 거의 돌아가지 않는다는 우려가 있다. 2001년 캘리포니아 대규모 정전사태에서 보여 주듯 잘못된 민영화 정책의 최대 피해는 일반시민에게 돌아가게 되는 것이다. 따라서 이러한 전력시장 등의 민영화를 추진할 때에는 반드시 사회적 약자를 보호하는 보호책을 강구하여 피해의 최소화를 도모하도록 해야 할 것이다. 더불어 교정시설의 민영화도 인권유린의 가능성, 국민통제권의 약화, 중국적인 국민의 부담의 증가 등 많은 문제점을 가지고 있는 것으로 파악되었다. 따라서 투명성, 공개성 그리고 공공성이 확보되어야 할 수 있는 방안을 마련하여야 할 것이다.¹⁰⁸⁾

특히 우리나라에서는 환경파괴행위들이나 사회위해행위가 정부의 예산의 부족이나 단속 공무원의 부족으로 적기에 적지에서 단속되지 않아 우리의 자연환경을 파괴되고 사회는 무질서에 빠져서 공익에 막심한 피해를 주고 있다. 이러한 여러 점들을 검토해 보면 국가의 공권력 중에 일정부문을 사인에게 위임해서 감시권이나 단속권을 사인에 의해서 실행하도록 하는 시민감시제나 시민소송, 큐텀소송, 내부고발자보호제 등은 우리에게 많은 시사점을 준다고 할 수 있을 것이다. 오늘날 우리 사회에서 문제가 되고 있는 불량만두사건을 보더라도 유해불량음식물에 대한 감시권이나 단속권이 일반 사인에 주어져 있었다면 과연 일어날 수 있는 사건인지 의문이다.¹⁰⁹⁾ 또한 국내 굴지의 카드회사에 근무하다가 카드회사의 불법행위를 금융감독원에 제보했다가 금융감독원의 역제보로 같은 회사에 근무하던 동생과 함께 직장을 그만두어야 했던 30대 중반의 내부고발자(whistleblower)의 이야기는 아직 우리나라에서 내부고발자를 보호하는 제도적 장치가 제대로 정착되지 않았다는 것을 단적으로 나타낸다.¹¹⁰⁾ 민영화와 탈규제와의 논의는 더욱 어려운 것이어서 우리나라에 잘 진전되지 않고 있는 실정이다. 민영화를 통한 한국전력공사의 配電분할의 시도는 결국 무산된 것으로 알려졌다. 관계자는 “전력처럼 막대한 재원이 필요하고 시장에 맡겨도 자연적으로 독과점이 되는 전력산업의 특수성을 감안해 배전 부분의 분할 정책은 중단되어야 한다”라고 주장했던 것이다. 이는 우리정부가 공기업 합리화의 일환으로 1999년부터 추

107) Regina T. Jefferson, Privatization: Not the Answer for Social Security Reform, 58 Wash & Lee L. Rev. 1287, 1315 (2001).

108) Gerald E. Frug, Beyond Regional Government, 115 Harv. L. Rev. 1763, 1871 (2002).

109) 한겨레신문, 2004년 6월 12일, 1면 참조.

110) 한겨레신문, 2004년 6월 11일, 21면 참조.

진해은 계획이 무산된 것으로 다른 공기업들의 민영화 계획에도 적지 않은 영향을 미치게 될 전망이다.¹¹¹⁾ 외국의 경우를 살펴보다라도 인도에서는 공기업민영화정책이 최근에 후퇴하고 있는 것으로 알려지고 프랑스에서도 가스공사의 민영화에 대한 항의로 15분간의 단전이 있어서 파리의 중심가에 전기공급이 끊어지는 불상사가 있었다.¹¹²⁾ 규제정책의 실패에 대한 대안으로써 민영화와 탈규제화가 논의되고 공법영역에 도입되어야 한다는 사실에는 이의가 없겠지만 경제적 이유만을 내세운 무리한 민영화의 추진은 또 다른 사회불안요인이 될 수 있고 법에 의한 보호를 진정으로 필요로 하는 사회적 약자의 기본권을 침해할 우려마저 있다. 따라서 무리한 민영화의 추진보다는 시민감시제나 시민소송, 큐텀소송 내부고발자보호제 등과 같이 미국에서 기존에 발전해 온 사인에 의한 공권력 행사제도를 분석하여 우리나라 실정에 맞도록 도입하는 것이 바람직할 것 같다. 또한 기존의 정부조직에 새로운 작업절차나 기술을 도입해서 조직의 효율성을 높일 수 있을 것이다. 이런 것들이 우선 정부의 실패에 보다 적극적으로 대응할 수 있도록 할 수 있을 것이고 무리한 민영화 추진의 대안이 될 수 있을 것이라 사료된다.¹¹³⁾

(논문게재 확인일자 : 2004. 7. 15)

111) 동아일보, 2004년 6월 18일, A8면 참조.

112) 동아일보, 2004년 6월 18일, A12면, A15면 참조.

113) Jeffrey A. Roy, *An Approach to Privatization in the 21 Century*, 336 ~338 (2003).

참 고 문 헌

- 김철수, 『헌법학원론』, 박영사 2004,
 이종인 역, 『법경제학』, 비봉출판사, 2000. 김형남, “미국 행정법상의 행정적 재량통제”, 『공법연구』(제26집 제2호),
 박수현, “미국법상의 입법자의 원고적격에 관한 고찰,” 『공법연구』(제30집 제4호).
 Alfred C. Aman, Jr., *Administrative law in a Global Era*, (1992).
 B. Weisbrod, *The Voluntary Nonprofit Sector*, (1977).
 Black's Law Dictionary(Abridged 7th Ed.), (2000).
 David H. Rosenbloom & Resemary O'Leary, *Public Administrative and Law*, (1997).
 David Marcarov, *What the Market does to the People*, (2003).
 Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law Principles and Policies*, (2002).
 Geoffrey Rothwell, Tomas Gomez, *Electricity Economics*, (2003).
 Jeffrey A. Roy, *An Approach to Privatization in the 21 Century*, (2003).
 Matthew A. Crenson & Benjamin Ginsberg, *Downsizing Democracy*, (2002).
 Breyer el. *Administrative Law and Regulatory Policy*, (1999).
 Randy E. Barnett, *Restoring the Lost Constitution*, (2004).
 Barton H. Thompson, Jr., *Innovations in environmental policy: The continuing innovation of citizen enforcement*, 2000 U. Ill. L. Rev. 185 (2000).
 Colin S. Dive, *Policymaking Paradigms in Administrative Law*, 95 Harv. L. Rev. 393 (1981).
 Daphne Barak-Erez. *A State action doctrine for age of privatization*, 45 Syracuse L. Rev. 1169 (1995).
 David M. Lawrence, *Private Exercise of Governmental Power*, 61. Ind. L. Rev. 647 (1986).
 David N. Wecht, *Breaking the code of deference: Judicial review of private prisons*, 96 Yale L. J. 815(1987).
 Davis R. Hodas, *Enforcement of Environmental Law In a Triangular Federal System: Can Three Not Be a Crowd When Enforcement Authority Is Shared by the United States, the States and Their Citizen?*, 54 Md. L. Rev. 1553 (1995).
 Gerald E. Frug, *Beyond Regional Government*, 115 Harv. L. Rev. 1763 (2002).
 Harold H. Bruff, *Separation of Powers and the Executive branch: The Reagan Era in retrospect: Presidential Management of Agency Rulemaking*, 57 Geo. Wash. L. Rev. 533 (1989).

- Inara K. Scot, A Model for ALASKA: Deregulation in the far North, 16 Alaska L. Rev. 329 (1999).
- Joseph E. Field, Making Prisons Private: An Improper Delegation of a Governmental Power, 15 HOFSTA L. Rev, 649 (1987).
- Laura Suzanne Farris, Private Jails in Oklahoma: An unconstitutional delegation of legislative authority, 33 Tulsa L. J. 959 (1998).
- Lawrence Lessig, Cass Sunstein, Reinventing the Regulatory State, 62 U. Chi. L. Rev. 1 (1995).
- M. Olsen, Participatory Pluralism, 29-36 (1982) Mark F. Bernstein, The Federal Open Market Committee and the Sharing of Governmental Power With Private Citizens, 75 Va. L. Rev. 111 (1989).
- Michael Even Stern & Margaret M. Mlynczak Stern, A Critical Overview of the Economic and Environmental Consequences of the Deregulation of the U.S. Electric Power Industry, 4 ENVTL. L. 79 (1997).
- Oliver A. Houk, With Charity for All, 93 Yale L. J. 1415 (1984).
- Regina T. Jefferson, Privatization: Not the Answer for Social Security Reform, 58 Wash & Lee L. Rev. 1287 (2001).
- Richard B. Stewart and Cass R. Sunstein, Public Programs and Private Rights, 95 Harv. L. Rev. 1193, 1232 (1982). Stefan Rutzel, Snitching for the Common Good: In Search of a Response to the Legal Problems Posed by Environmental Whistleblowing, 4 Temp. Envtl. L. & Tech. J. L. 1 (1995).
- Zygmunt J. B. Plater, The Three Economics: An Essay in Honor of Joseph Sax, 25 Ecology L. Q. 411 (1998).

외 다수의 논문 등