

## 미국 대선 선거인단의 배신투표를 처벌하는 규정의 합헌성<sup>1)</sup>

### 1. 사건개요

미국의 대통령 선거는 선거인단(Electoral College)에 의한 간접선거로 이루어진다. 미국 대선은 우선 각 주의 주민들이 선거인단 구성원인 선거인들(electors)<sup>2)</sup>을 결정하는 ‘유권자 투표’(popular vote)와 그렇게 구성된 선거인단이 대통령 후보에게 투표하는 ‘선거인단 투표’(Electoral College vote)로 이루어진다. 대부분의 주는 유권자 투표에서 더 많은 표를 획득한 정당이 그 주의 선거인단을 모두 가져가는 승자독식제도 체도를 채택하고 있다.<sup>3)</sup> 대선 선거인단은 총 538명으로 선거인단 투표에서 과반수인 270표 이상을 얻은 후보자가 대통령이 된다. 각 주의 선거인들은 그 주에서 승리한 정당의 대선 후보에게 투표하도록 되어 있지만 간혹 이를 어기고 다른 후보에게 표를 행사하는, 즉 배신투표를 하는 ‘신의 없는 선거인’(faithless elector)이 나타나기도 한다. 이를 방지하기 위해 주들은 선거인들이 약속한 후보에게 투표할 것을 서약하게 하기도 하고, 위반할 경우 처벌하는 규정을 두고 있기도 하다.

이 사건은 워싱턴 주의 세 명의 선거인들이 2016년 대선에서 유권자들의 선택을 따르지 않은 것이 문제가 된 사건이다. 당시 워싱턴 주의 유권자들은 민주당의 힐러리 클린턴 후보를 선택하였고, 이에 워싱턴 주는 민주당이 선정한대로 선거인들을 지명하였다. 상고인 Peter Chiafalo, Levi Guerra, Esther John은 이 민주당 선거인들 중 일부였지만, 투표일이 다가오면서 힐러리 클린턴이 아닌 다른 사람에게 투표하기로 결심하였다. 이 세 명의 선거인들은 다른 선거인들 - 특히 도널드 트럼프를 선택한 주의 선거인들 -

1) Chiafalo v. Washington, 591 U. S. \_\_\_\_ (2020)(No. 19-465)(2020. 7. 6. 결정).

2) 주마다 배정된 선거인의 수가 다르다. 각 주는 그 주의 연방상원의원과 연방하원의원의 총수와 같은 수의 선거인들을 지명한다. 워싱턴 D.C.의 경우는 3명의 선거인을 갖는다.

3) 따라서 전체 유권자 투표에서 졌더라도 선거인단 투표에서 승리해 대통령으로 당선되는 사례들이 생긴다. 2016년 대선 당시에도 민주당 힐러리 클린턴 후보가 미전역 유권자 투표에서는 더 많은 득표를 했음에도 불구하고 선거인단 확보에 밀려 공화당 도널드 트럼프 후보가 대통령에 당선되었다.

이 자신들의 선례를 뒤따르도록 독려하고자 했던 것이다. 이 세 명의 선거인들은 콜린 파월에게 투표하였다. 그러나 이들의 노력은 실패로 돌아갔다. 전국에서 단 일곱 명의 선거인들만이 배신투표를 하였고, 이는 한 세기 내에 가장 많은 배신투표이긴 했으나 목적을 달성하기에는 역부족이었다. 그 결과 도널드 트럼프 후보가 대통령으로 당선되었다. 그리고 여기서 더 중요한 것은, 워싱턴 주가 이 선거인들에게 서약 위반을 이유로 각각 \$1,000의 과태료를 부과한 것이었다.

상고인들은 헌법이 선거인들에게 자유롭게 투표할 권리를 부여하고 있다고 주장하였다. 워싱턴 주 1심법원(Washington Superior Court)은 선거인들의 주장을 받아들이지 않았고, 주대법원도 1심 판결을 유지하였다.<sup>4)</sup> 주법원은 서약을 요구하는 서약요건을 옹호하였던 연방대법원의 *Ray v. Blair*, 343 U. S. 214, 228 (1952) 판결에 많이 의존하였다.<sup>5)</sup> *Ray* 판결은 처벌규정이 없는 서약요건에 관한 판결이었지만 주법원은 워싱턴 주의 처벌규정도 별 차이가 없다고 보았다. 주법원은 헌법 제2조가<sup>6)</sup> 주에게 선거인들을 지명하고 조건을 달 수 있는 광범위한 권한을 부여하였다고 판단하였다.<sup>7)</sup> 그리고 선거인들이 주의회에 의한 한계나 제한 없이 자유재량을 갖는다는 근거는 어디에도 없다고 보았다.<sup>8)</sup>

몇 달 뒤 제10연방항소법원은 또 다른 신의 없는 선거인에 관한 사건에서 정반대의 결론을 내놓았다.<sup>9)</sup> 제10연방항소법원은 헌법이 대선 선거인들에게 재량에 따라 투표할 권리를 부여하였기 때문에 콜로라도 주가 신의 없는 선거인을 제명하지 못한다고 판결하였다.<sup>10)</sup>

연방대법원은 이러한 의견대립을 해결하기 위해 상고를 허가하였다. 그리

---

4) *In re Guerra*, 193 Wash. 2d 380, 441 P. 3d 807 (2019).

5) 193 Wash. 2d, at 393-399, 441 P. 3d, at 813-816.

6) 미국헌법 제2조 제1항 제2절

각 주는 그 주의 주의회가 정하는 바에 따라, 그 주가 연방의회에 보낼 수 있는 상원의원과 하원 의원의 총수와 같은 수의 선거인을 임명한다. 다만, 상원의원이나 하원의원, 또는 합중국의 위임 또는 유급 공직에 있는 자는 선거인이 될 수 없다.

7) *Id.*, at 393, 395, 441 P. 3d, at 813, 814.

8) *Id.*, at 396, 441 P. 3d, at 814.

9) *Baca v. Colorado Dept. of State*, 935 F. 3d 887 (2019).

10) *Id.*, at 955.

고 선거인의 서약위반에 대해 처벌할 수 있다고 판결하며 워싱턴 주대법원의 손을 들어주었다. 그 내용은 아래와 같다.

## 2. 판결요지

### 대법관 Kagan의 법정의견(8인 의견)<sup>11)</sup>

4년마다 수백만 명의 미국인들이 대선후보에게 투표를 한다. 그러나 그 투표는 실제로는 선거인단 구성원을 뽑는 것으로, 유권자 투표에 기초하여 각 주가 선거인들을 임명한다. 그리고 이러한 소수의 선거인들이 대통령을 선출한다.

각 주들은 그들이 임명한 선거인들이 그 주의 시민들이 선택한 대선후보에게 투표하도록 보장하는 메커니즘을 고안해왔다. 두 개 주를 제외한<sup>12)</sup> 모든 주들은 그 주의 전체 유권자 투표에서 이긴 대선후보가 소속된 정당의 선거인단 명부를 채택한다. 또한 대부분의 주들은 선거인단에게 해당 정당의 후보자를 지지할 것을 사전에 서약하도록 한다. 우리 연방대법원은 수십 년 전 Ray 판결에서 헌법상 선거인단은 자신의 선택에 따라 투표할 절대적 자유를 보장받는다라는 주장을 배척하며, 이러한 서약요건을 옹호하였다.

오늘 우리 연방대법원은, 주의 유권자 투표에서 이긴 대선후보 대신 다른 후보에게 투표한 선거인에 대해 주가 처벌할 수 있는지 여부에 관하여, 처벌할 수 있다고 판결하는 바이다.

### (1) 대선 선거인단의 역사와 신의 없는 선거인에 대한 제재

---

11) Roberts 대법원장과 Kagan, Ginsburg, Breyer, Alito, Sotomayor, Gorsuch, Kavanaugh 대법관의 의견.

12) 메인 주와 네브라스카 주는 선거인단을 뽑는 보다 복잡한 체도를 갖고 있다. 주 전체 투표에서 이긴 쪽이 2명의 선거인 자리를 가져가고, 각 연방하원의원 선거구마다 이긴 쪽이 각 1명의 선거인 자리를 가져가는 방식이다. 예를 들어, 네브라스카 주 전체에서 공화당 후보자가 유권자 투표에서 승리하고, 주의 세 개의 연방하원의원 선거구 중 두 곳은 이기고 한 곳에서 민주당에 졌다면, 공화당은 총 4명의 선거인을, 민주당은 총 1명의 선거인을 갖게 된다.

우리 헌법이 대통령을 뽑는 방식은 막판 타협에서 나온 것이었다. 제헌회의 대의원 중 한 사람의 말에 따르면, 이 쟁점은 결정해야 할 모든 사항들 중 가장 어려운 것이었다고 한다.<sup>13)</sup> 오랜 토론과 많은 투표에도 불구하고 대의원들은 합의에 이르지 못하였다.<sup>14)</sup> 결국 이 문제는 11인 위원회(Committee of Eleven)<sup>15)</sup>에 회부되었고 위원회는 선거인단 제도를 제안하였다. 이틀 후 대의원들은 약간의 수정을 하여 이 제안을 받아들였다. 훗날 제임스 매디슨은 친구에게 쓴 편지에서 나무랄 데 없는 선출과정을 찾아내는 것이 어려웠다고 적었다. 그 마지막 협의는 회의 후반부에 있었고 피로와 조급함 때문에 어느 정도 서두르는 분위기에 영향을 받았다고도 하였다. 대의원들은 곧 자신의 업무를 마치고 흩어졌다. 그들이 대선 선거인단에 관해 승인한 조항은 상당히 간소하다. 미국헌법 제2조 제1항 제2절의 내용은 다음과 같다.

“각 주는 그 주의 주의회가 정하는 바에 따라, 그 주가 연방의회에 보낼 수 있는 상원의원과 하원의원의 총수와 같은 수의 선거인을 임명한다. 다만, 상원의원이나 하원의원, 또는 합중국의 위임 또는 유급 공직에 있는 자는 선거인이 될 수 없다.”

동조 동항 제3절은 선거인단의 투표 절차를 규정하였는데(그러나 제3호는 곧 수정 제12조로 대체되었다) 요약하면, 선거인들은 각각 2명의 대선후보에 투표하고 과반수를 넘는 최다득표자가 대통령으로, 차순위 득표자가 부통령으로 선출되는 방식이었다. 과반득표자가 없는 경우 연방하원이 결정하도록 하였다.

그러나 이러한 규정은 정당의 등장을 예상하지 못한 것이었고 곧 실행불가능한 것으로 드러났다. 미국의 첫 경쟁적 대선은 미국의 초대 대통령 조지 워싱턴의 퇴임 후 있었던 1796년 대선이었다.<sup>16)</sup> 여기서 존 애덤스가 1위, 토

13) 2 Records of the Federal Convention of 1787, p. 501 (M. Farrand rev. 1966) (Farrand).

14) N. Peirce & L. Longley, The People's President 19-22 (rev. 1981).

15) Abraham Baldwin, Gunning Bedford, William Davie, Oliver Ellsworth, Benjamin Franklin, Elbridge Gerry, Luther Martin, George Mason, John Rutledge, William Patterson, Robert Yates, 이렇게 총11인으로 구성된 위원회.

16) 미국의 초대 대통령 조지 워싱턴은 첫 대선 당시 12명의 후보들 중 만장일치로 대통령에 선출되

마스 제퍼슨이 2위를 차지했는데 이는 당대의 두 경쟁 정당이었던 연방당과 공화당의 리더들이 각각 대통령과 부통령으로 선출되었음을 뜻하였다. 4년 후, 다른 문제가 발생하였다. 제퍼슨과 애런 버가 공화당 후보자로 나왔는데 제퍼슨은 대통령, 버는 부통령을 목표로 한 것이었고, 이 목표가 성공하기 위해서는 제퍼슨이 최다득표, 버가 차순위 득표를 해야 했으나 실제 결과는 제퍼슨과 버가 동시에 동수의 최다득표를 하였다. 제퍼슨에게 투표했던 선거인들은 모두 버에게도 투표하였고 결국 동수를 만들어낸 것이다. 결국 최종 결정은 하원에서 이루어져 제퍼슨이 대통령으로 당선되었다.

그 결과 헌법 수정 제12조가 제정되어 선거인들이 대통령과 부통령을 각각 뽑도록 하였다. 수정 제12조는 다음과 같다.

“선거인들은 각각 자기 주에서 회합하여, 비밀 투표에 의하여 대통령과 부통령을 선거한다...선거인들은 투표용지에 대통령으로 투표하는 사람의 이름을 기재하고, 별개의 투표용지에 부통령으로 투표하는 사람의 이름을 기재해야 한다. 선거인들은 대통령으로 투표된 모든 사람의 명부와 부통령으로 투표된 모든 사람의 명부, 그리고 각 득표자의 득표수를 기재한 표를 작성하여 이에 서명하고 증명한 다음, 봉인하여 상원의장 앞으로...송부한다. 상원의장은 상원의원 및 하원의원의 참석 하에 모든 증명서를 개봉하고 계표한다.”

따라서 수정 제12조는 선거인단의 투표절차를 미국의 새로운 정당제도에 부합되도록 하였다.

또한 그 후 수십 년 내로 정당제도는 각 주의 유권자 선호를 선거인단 투표로 옮기는 수단이 되었다. 미국의 초기 선거에서 대부분 주의회가 선거인단의 선거인들을 지정하였다. 그러나 1832년까지 한 주를 제외한 모든 주에서 대선에 유권자 투표를 도입하였다.<sup>17)</sup> 처음에는 시민들이 정당이 지명한 선거인 명부에 투표하였고, 여기서 승리한 선거인들이 선거인단 투표에서 그 정당의 대통령 (그리고 부통령) 후보에게 투표할 것이라고 기대하였다. 그러

---

었다. 모든 선거인들이 자신이 가진 2개의 표 중 하나는 조지 워싱턴에게 투표하였다는 뜻이다. 당시에는 정당이 발달하지 못하여 12명의 후보 모두 무소속이었고, 부통령으로는 두 번째로 많은 득표를 한 존 애덤스가 선출되었다.

17) Peirce & Longley, *The People's President*, at 45.

나 20세기 초에 이르자 대부분의 주에서 시민들은 선거인이 아니라 대선후보를 보고 표를 행사하게 되었고, 투표용지에는 선거인 명단조차 적히지 않는 경우가 많아졌다.<sup>18)</sup> 유권자 투표가 계표된 후에, 주에서 승리한 대선후보가 소속된 정당이 선거인들을 선정하여, 주가 이 선거인들을 임명하고, 이들이 선거인단 투표에서 그 대선후보에게 투표할 것이라고 다시 기대하는 것이었다.<sup>19)</sup>

20세기에 많은 주들이 이러한 결과를 보장하도록 하는 규정들을 제정하였고, 이는 소위 ‘신의 없는’ 투표를 금지하기 위한 것이었다. 정당이 선정한 선거인들이 그 정당의 대선후보에게 투표할 것이라고 단순히 가정하는 대신, 이 주들은 실제로 그렇게 하도록 요구하였다. 현재 32개 주와 워싱턴 D.C.는 그러한 성문 규정이 있다. 이러한 규정은 일반적으로 서약법률(pledge laws)이라고 불리는데 대부분 선거인들에게 자신의 표를 정당의 대통령(과 부통령) 후보에게 행사할 것을 공식적으로 맹세 내지 서약하도록 요구하기 때문이다. 그러한 의무를 법률로만 부과하기도 하는데, 어떠한 쪽이든 그러한 법규정은 선거인들로 하여금 주에서 가장 많은 득표를 한 대선후보에게 투표하도록 보장하는 기능을 한다.

이 사건과 가장 관련된 문제로, 약 60년 전 쯤부터 주들은 서약법률을 일종의 처벌로 뒷받침하기 시작하였다. 현재까지 15개 주에서 그러한 제도를 갖고 있다. 그 중 대다수는 ‘신의 없는 선거인’을 즉시 제명하고 다른 사람으로 대체한다. 일부 주에서는 서약을 어긴 선거인에게 과태료를 부과한다.

워싱턴 주는 서약법률과 처벌규정을 가진 15개 주들 중 하나이다. 현재 모든 주들이 그러하듯, 워싱턴 주도 대선후보를 내보낸 정당이 선거인 후보명부를 만들도록 하고 있다.<sup>20)</sup> 워싱턴 주는 유권자 투표일에 유권자들에게 대선후보만 표기된 투표용지를 준다.<sup>21)</sup> 주는 주 전체에서 이긴 대선후보가 소

---

18) Albright, The Presidential Short Ballot, 34 Am. Pol. Sci. Rev. 955, 955-957 (1940).

19) 메인 주와 네브라스카 주는 다른 방식을 이용하고 있으나 편의를 위해 여기에서는 넘어가도록 한다.

20) Wash. Rev. Code §29A.56.320(1).

21) Wash. Rev. Code §29A.56.320(2).

속된 정당이 선택한 선거인들을 임명한다. 그러나 그러한 임명이 시행되기 전에 각 선거인들은 ‘자신을 지명한 정당의 대통령(과 부통령) 후보에게 투표할 것’을 서약해야 한다.<sup>22)</sup> 선거인은 그 서약에 따라야 하고 이를 어길 시 처벌을 받게 된다. 이 사건의 경우 처벌은 \$1,000 이하의 과태료였다.<sup>23)</sup>

현재 이 사건 상고인들은 서약 위반으로 각각 \$1,000의 과태료에 처해졌고, 이들은 헌법상 선거인들에게 자신의 판단대로 투표할 권리가 주어진다고 주장하였다. 그러나 우리는 주가 서약법률을 집행할 수 있고, 선거인의 서약위반에 대해 처벌할 수 있다는 워싱턴 주대법원의 판결이 옳다고 판결하는 바이다.

## (2) 주가 선거인의 서약을 이행시킬 수 있음을 뒷받침 하는 근거

약 70년 전, Ray 사건에서 연방대법원은 선거인의 의무적 서약요건에 대하여 판결한 적이 있다. 당시 Edmund Blair는 앨라배마 주의 대선 선거인이 되고자 하였고 다른 모든 주들과 마찬가지로 앨라배마 주 역시 대선후보를 내보낸 정당에게 선거인을 선정할 권한을 부여하였다. 앨라배마 주 민주당은 이 사건의 워싱턴 주와 유사한 내용의 서약을 요구하였다. Blair는 이러한 의무적 서약요건에 이의를 제기하며 대선 선거인들이 자신의 판단에 따라 투표해야 한다는 것이 헌법제정자들의 의도였다고 주장하였다.<sup>24)</sup> 그는 서약요건이 선거인의 최선의 판단에 따라 대통령을 뽑을 헌법상의 의무 행사를 방해한다고 주장하였다.<sup>25)</sup>

연방대법원은 이와 같은 주장을 배척하였다. 연방대법원은 ‘주가 - 정당의 대선후보에게만 투표할 것을 - 서약한 선거인들만 지명하는 것’을 금지하는 것은 헌법 제2조 제1항 및 헌법 수정 제12조 어디에도 근거가 없다고 설시

22) Wash. Rev. Code §29A.56.084.

23) Wash. Rev. Code §29A.56.340 (2016). 그러나 이 사건 이후 워싱턴 주는 과태료를 폐지하였다. 현재는 신의 없는 선거인을 제명하고 대체하는 것으로만 서약을 이행시키고 있다.

24) Ray, 343 U. S., at 225.

25) *Ibid.*

하였다. 그리고 미국의 역사에서 또한 그러한 금지의 근거를 찾을 수 없다고 하였다. 오히려 반대로, 초기 경쟁적 대선으로까지 거슬러 올라가 역사를 살펴보면, 선거인들은 정당이 내세운 후보자를 지지할 것이라는 기대를 받아왔음을 알 수 있다고 하였다.<sup>26)</sup> 오랜 관행이 Blair의 주장과는 배치되는 것이다. 현재의 선거절차 또한 그러하다. 연방대법원은 당시 많은 주들에서 대선 투표용지에 선거인들의 이름조차 표시하지 않았음에 주목하였다.<sup>27)</sup> 제도 전체가 선거인들은 주의 유권자 투표에서 이긴 대선후보에게 투표할 것임을 전제하고 있었다.<sup>28)</sup>

그러나 Ray 판결은 “주가 법적 제재를 통해 그러한 서약을 이행시킬 수 있는가?” 또는 “그렇게 하는 것이 자신이 선택한대로 투표할 선거인들의 헌법상의 자유를 침해하는가?”와 같은 문제에 대해서는 사건과 관련되지 않아 판단을 유보하였다. 오늘 연방대법원은 그러한 문제에 대해 판단하였고, Ray 판결과 유사한 이유로 워싱턴 주의 서약법률을 뒷받침하는 처벌규정이 정당하다고 인정하는 바이다. 헌법의 법문과 미국의 역사 중 어느 쪽에 근거하든, 주는 선거인이 자신이 소속된 정당의 대선후보(이자 유권자들의 선택)를 지지할 것이라는 서약을 이행시킬 수 있다.

## 1) 헌법의 법문

헌법 제2조 제1항의 선거인 임명권은 주에게 대선 선거인에 대한 광범위한 권한을 부여하였다. 각 주는 “그 주의 주의회가 정하는 바에 따라”(in such Manner as the Legislature thereof may direct) 선거인들을 임명한다(헌법 제2조 제1항 제2절). 연방대법원은 이 조항이 누가 선거인이 되는가에 대한 광범위한 결정권을 주에게 인정한 것이라고 설명하였다.<sup>29)</sup> 그리고 선거인을 지명할 권한에는 그 지명에 조건을 달 수 있는 권한도 포함된다고 보았다. 예를 들어 주는 선거인이 그 주에 거주해야 한다거나 특정 기간 동안 유권

---

26) *Id.*, at 228.

27) *Id.*, at 229.

28) *Ibid.*

29) *McPherson v. Blacker*, 146 U. S. 1, 27 (1892).



자 자격을 가졌어야 한다는 등의 조건을 달 수 있다. 또는 보다 실질적으로, 주는 선거인에게 선거인단 투표에서 자기 정당이 내세운 대선후보에게 투표함으로써 주의 유권자 투표 결과에 따르도록 서약을 요구할 수도 있다. 또는

- 헌법이 제한하지 않는 한 - 주는 선거인이 서약을 지키지 않을 시 과태료를 부과하여 실제로 서약에 따르도록 할 수도 있다.

그리고 헌법 어디에서도 명시적으로 이를 금지하고 있지 않다. 헌법은 선거인에 관한 구체적인 규정을 갖고 있지 않다. 헌법 제2조는 단순히 - 어떠한 방식에 의하든 - “그 주가 연방의회에 보낼 수 있는 상원의원과 하원의원의 총수와 같은 수의 선거인을 임명한다.”라고만 규정할 뿐이다. 수정 제12조 역시 선거인은 각각 자기 주에서 회합하여, 대통령과 부통령을 별개로 투표하고 투표 명부의 계표를 위해 상원의장 앞으로 송부한다고만 규정하고 있을 뿐이다.

헌법제정자들은 다른 내용으로 헌법을 만들 수도 있었다. 예를 들면, 당시 매릴랜드 주와 켄터키 주는 주상원을 뽑기 위해 유권자들이 선정한 선거단체를 이용하였는데, 이들 주헌법은 미국(연방)헌법의 제정 전후로 만들어졌으나 그 모습은 미국 연방헌법과 사뭇 달랐다. 이들 주헌법은 선거인들이 어떠한 영향도 받지 않고 선거인 자신의 판단과 양심에 따라 상원의원 직에 가장 적합하다고 생각하는 사람을 뽑을 것을 선서하도록 하였다.<sup>30)</sup> 미국 헌법제정자들은 이러한 주헌법에 대해 알고 있었음에도 불구하고 헌법에 선거인의 ‘판단과 양심’과 같이 선거인의 재량을 의미하는 문구를 넣지 않았다.

이 사건 상고인들은 헌법상 다음의 세 가지 단어가 자유재량을 뜻한다고 주장하였다. 즉, 헌법 제2조 제1항이 선거인단 구성원을 “선거인”(electors)이라고 칭하였고, 수정 제12조는 선거인들이 “무기명(비밀)투표”(ballot)로 “투표”(vote)하도록 규정하였는데 ‘선거인’, ‘무기명투표’, ‘투표’의 명백한 의미에 따라 선거인들은 선택의 자유를 갖는다는 것이었다. 만일 주가 선거인들의 투표를 통제할 수 있다면 선거인들은 ‘선거인’이 아니고 ‘무기명투표’는 ‘투표’

---

30) Md. Declaration of Rights, Art. XVIII (1776); Ky. Const., Art. I, §14 (1792).

가 아닐 것이라는 주장이었다.

그러나 이러한 단어들이 항상 ‘독립적인 선택권’을 뜻할 필요는 없다. 어떤 사람이 항상 배우자나 목사가 말하는 대로 투표한다고 가정해보자. 우리는 그 사람의 판단에 대해서는 의문을 가질 수 있지만 그가 ‘투표’한다거나 ‘무기명으로 표를 작성’한다고 말하는 데에는 문제가 없다. 이러한 경우 선택은 다른 사람의 손에 달렸지만 이러한 단어들은 그대로 적용된다. 그러한 단어들은 기계적인 행위를 의미할 수 있기 때문이다. 본인을 대리한 대리인의 투표를 허용하는 제도를 가정해도 마찬가지이다. 그러한 경우에도 비록 결과는 본인의 선택이지만 대리인이 무기명으로 투표한다고 말할 수 있다. 수백 년간 대부분의 모든 선거인들이 자기 정당의 (그리고 동시에 주 유권자들의) 선택에 따라 투표해야 한다고 여겨왔다. 그러나 선거인들이 선거인단 투표에서 하는 행위에 대해 “무기명투표”라고 하는 것보다 더 나은 설명은 없고, 여전히 사람들은 이들을 “선거인”이라고 부른다. 이들이 비록 재량권 없이 투표하더라도, 실제로 이들이 대통령을 선출하기 때문이다.

상고인들은 위와 같은 단어들을 사용한 헌법제정자들이 기대한 바는 선거인들이 자신의 판단을 반영하여 투표하는 것이었다고 주장하였다. 그러나 설사 그렇다 해도 헌법제정자들은, 원해서든 우연이든, 선거인들의 자유재량에 대한 그들의 생각을 성문화하지 않았다. 그들이 선거인에 대해 작성한 것은 앞서 살펴보았듯 주가 선거인들을 지명하고 그들이 모여 무기명투표를 하여 그 결과를 의회에 보낸다는 것뿐이었다. 이러한 빈약한 설명은 선거인들의 투표가 얼마만큼 정당과 유권자 선호로부터 독립적이어야 하는지, 혹은 얼마만큼 그에 충실해야 하는지에 대한 입장을 보여주지 않는다. 그러한 점에서 헌법은 많은 부분을 미래에 맡겨두었다. 그리고 그 미래가 다가오는 데는 오랜 시간이 걸리지 않았다. 헌법 제정 후 거의 즉시, 대선 선거인들은 다른 사람들의 결정을 전달하는 믿을 수 있는 전달자가 되었다.

## 2) 오랜 관행과 역사

오랫동안 확립된 관행은 헌법 규정의 적절한 해석에 있어 중대한 영향력을 갖는다.<sup>31)</sup> 상고인들은 그들의 독립성을 주장하였지만 모든 우리의 경험은 정반대를 가리킨다. 선거인들은 대통령 선거에 있어 재량권을 행사하는 경우가 극히 드물었다. 처음부터 주는 그들을 - 스스로 판단하는 것이 아니라 - 이미 선정된 후보에게 투표하도록 선거인단에 보냈다. 그리고 선거인들은 그러한 비재량적인 역할에 빠르게 안착하였다.<sup>32)</sup>

1796년 당시 미국의 첫 번째 경쟁적 대선부터 살펴보자. 일부 주에서는 주의회가 선거인들을 뽑았고, 일부 주에서는 일반 유권자들이 선거인들을 뽑았다. 그러나 어느 경우든 선거인들의 후보자에 대한 지지선언이 중요했다. 한 역사가에 따르면, 대선 선거인들은 자신의 판단을 행사하도록 승인된 독립된 대리인이 아니라, 그들을 뽑은 사람들의 의지를 표현하기 위한 도구로 이해되었다고 한다.<sup>33)</sup> 그리고 선거인단 투표 결과, 한 사람을 제외한 모든 선거인들이 - 모두가 기대한대로 - 그들을 뽑은 사람들을 대표하여 신의 있게 대선후보를 선택하였다.

수정 제12조는 이러한 새로운 현실을 받아들여, 숙의를 위한 메커니즘이 아닌 정당정책적 투표를 위한 메커니즘으로서의 선거인단의 등장을 인정하고 이를 용이하게 하였다. 이전에는 선거인의 두 표를 모두 대통령 후보자에게 행사하여 최다득표자는 대통령, 차순위 득표자는 부통령이 되게 하여 전략적으로 대통령과 부통령을 모두 한 정당이 노리는 것이 어려웠으나, 수정 제12조는 대통령과 부통령에게 각각 투표할 수 있도록 함으로써 정당정책적 투표를 안전하게 만들었다. 따라서 수정 제12조는 첫 선거 이후 등장한 관행에 반대하기보다는 이를 장려하였다. 선거인들은 주의회나 시민들에게 자신의 정당이 내세운 대선후보에게 투표할 것을 약속하고 이를 지켰을 것이다.

19세기 내내 연방대법원도 선거인들은 자신을 뽑은 사람들이 원하는 대로 행동한다는 점을 인정해왔다. 주의 선거법도 선거인들이 시민이 투표한 그대

---

31) The Pocket Veto Case, 279 U. S. 655, 689 (1929).

32) Ray, 343 U. S., at 228-229.

33) Whittington, Originalism, Constitutional Construction, and the Problem of Faithless Electors, 59 Ariz. L. Rev. 903, 911 (2017).

로 투표하도록 보장하며 이를 보장하는 방향으로 발전하였다. 주의회는 일찌감치 선거인을 뽑는 과정에서 제외되어 1800년대 중반에 이르러서는 일반 유권자들이 선거인들을 뽑게 되었다. 그러나 선거인들을 직접적으로 뽑기보다는, 선거인들이 승자에게만 표를 줄 것이라는 조건 하에 대선후보들만 적힌 투표용지가 제공되었다. 주는 승자가 속한 정당이 선정한 선거인들을 임명함으로써 그러한 결과를 보장하였지만, 의구심을 제거하기 위해 1900년 초부터 주들은 선거인들에게 서약을 요구하는 법규정을 제정하기 시작하였다. 서약위반을 처벌하는 워싱턴 주의 법률도 같은 맥락에 불과하다. 동 법률규정은 2세기도 더 된 전통을 반영하고 있을 뿐이다. 그러한 관행에 따라 선거인들은 자유로운 대리인이 아니며, 주의 유권자들이 선택한 후보에게 투표해야 한다.

상고인들은 건국 이래 선거인들이 약 180번의 배신투표를 하였다고 주장하였다. 그러나 그러한 180번은 23,000번 중 180번에 불과하다. 그리고 배신투표 중 1/3 이상이 1872년에 일어났는데, 당시 민주당 후보자였던 Horace Greeley가 선거일 직후 사망하였기 때문이다. 이 경우를 제외하고 배신투표는 전체의 0.5%에 불과하다. 선거인들은 연방의회가 이러한 배신투표들도 모두 합산해왔다고 주장하였다. 그러나 배신투표가 최종결과에 영향을 준 적이 없었기 때문에 오직 한 건만이 해소된 적이 있고, 그 표도 합산된 것은 사실이나 상고인들은 200년에 한번 있었던 사례에 의존해서는 안 된다. 어쨌든 그 사례에서 해당 선거인을 임명한 주는 서약을 요구하는 법률을 두고 있지 않았다. 배신투표를 용인하는 주의 결정에 대해 연방의회가 이를 존중한다고 해서 이것이 배신투표를 처벌하는 주의 결정을 배척하는 근거가 될 수는 없다.

### (3) 결론

상고인들의 주장은 법문상으로나 역사상으로나 뒷받침되지 않는다. 헌법

제2조와 수정 제12조는 주에게 선거인에 대한 광범위한 권한을 부여하고 있고 선거인 자신들에게는 어떠한 권리도 주고 있지 않다. 미국 역사 초기에, 주들은 대통령 선택에 있어 선거인들을 다른 사람들 - 주의회이든 시민이든 - 의 선택에 결부시켜 두었다. 여기서 주의회가 더 이상 활약하지 않게 되었다는 것을 제외하고는, 그러한 관행은 200년도 넘게 지속되어 왔다. 이러한 목적을 달성하기 위해 주들이 오랫동안 사용한 장치들 중 하나가 서약 법률이다. 이 사건 워싱턴 주와 같이 주가 약속을 어긴 선거인들을 처벌하기로 결정하였다면 이는 동일한 관행을 따르는 것일 뿐이다. 그렇게 함으로써, 주는 선거인들이 수백만 시민의 투표를 뒤집을 아무런 근거가 없다는 것을 알려주는 것이다. 그러한 방향은 헌법에도 부합되고 ‘우리 국민이 다스린다(We the People rule)’는 믿음에도 부합된다.

그러므로 워싱턴 주 대법원의 판결을 확정한다.

### 대법관 Thomas의 별개의견(2인 의견)<sup>34)</sup>

주는 대선 선거인들에게 주민들이 뽑은 후보에게 투표하도록 요구할 권한을 갖는다고 판결한 점에서는 법정의견에 동의한다. 그러나 그러한 권한의 근거를 헌법 제2조에서 찾고자 했다는 점에 있어서는 동의하지 않는다. 나는 헌법이 선거인들의 투표를 구속할 주의 권한에 대해 침묵하고 있다고 생각한다. 나는 이 사건을 “헌법이 연방정부에게 위임하지 않았거나 주에게 금지하지 않은 모든 권한은 각 주의 주민들에 손에 달려있다.”<sup>35)</sup>는 점을 인정함으로써 해결하고자 한다.

#### (1) 법정의견의 판결이유에 대한 비판 (I)<sup>36)</sup>

34) Thomas 대법관의 의견에 Gorsuch 대법관이 파트 II에 대하여 의견을 함께 하였다.

35) U. S. Term Limits, Inc. v. Thornton, 514 U. S. 779, 848 (1995) (THOMAS, J., dissenting).

36) 괄호 속 로마자는 판결문 원문의 파트 번호를 표시한 것이다. Gorsuch 대법관이 파트 II에 대해 서만 의견을 함께 하였기 때문에 이를 표시하기 위해 로마자 파트 번호를 추가하였다.

## 1) 주의 선거인 지명 방식 수립은 권리가 아닌 의무임

주가 대선 선거인들로 하여금 주민들이 선택한 대선후보에게 투표할 것을 요구할 권한을 갖는가 하는 점에 대해서 헌법은 침묵하고 있다. 헌법 제2조 제1항과 수정 제12조는 선거인단을 통한 대통령 선출에 대해 규정하고 있지만 선거인들의 투표에 대한 주의 권한에 대해 직접 이야기하고 있지는 않다.

“각 주는 그 주의 주의회가 정하는 바에 따라 … 선거인을 임명한다.”는 헌법 제2조 제1항 제2절은 주에게 선거인을 지명하는 방식을 수립할 적극적인 의무를 부과하는 것으로 보아야 한다.<sup>37)</sup> “임명한다”(shall appoint)는 문구에는 의무를 부과하는 의미를 가진 shall이 들어가며 이러한 용어를 사용함으로써 이 규정은 주의 행위를 명시적으로 요구하고 있다. 선거인 지명 방식을 규정할 이러한 의무는 주에게 명시적으로 권한을 위임하지 않았다. 단지 적극적인 의무를 부과하였을 뿐이다.<sup>38)</sup>

## 2) 법정의견의 헌법과 주법률의 해석에 대한 비판

법정의견은 헌법 제2조 제1항이 선거인 임명에 있어 조건을 부과할 수 있는 광범위한 권한을 주는 것으로 잘못 해석하고 있는 듯하다. 또한 법정의견은 워싱턴 주의 법률을 선거인 임명의 조건을 이행하는 것으로 잘못 해석하고 있다.

### ① 헌법 제2조 제1항에서의 “방식”(Manner)의 해석

헌법 제2조 제1항의 법문이 명시적으로 주에게 선거인에 대한 실질적인 조건이나 자격을 부과할 권한을 준다는 법정의견의 결론은 매우 의문스럽다. 그러한 해석은 법문의 명백한 의미에 무리를 주고, 역사적 증거를 무시하며, 헌법 제1조와 제2조의 상응되는 조항에서 사용된 “방식”(Manner)이라는 용어에 서로 다른 의미를 부여하는 문제가 있다.

첫째, 헌법 제2조 제1항은 각 주는 “그 주의 주의회가 정하는 바에 따

37) U. S. Term Limits, 514 U. S., at 864 (dissenting opinion).

38) U. S. Term Limits, supra, at 862-863 (THOMAS, J., dissenting).

라”(in such Manner as the Legislature thereof may direct) 선거인을 임명한다고 규정하였는데 건국 당시 “방식”(manner)이라는 용어는 형태(form)나 방법(method)를 뜻하였다.<sup>39)</sup> 이러한 정의에 따르면 헌법 제2조는 주의회에게 단지 대선 선거인들을 선정할 방법을 정하라고 요구할 뿐이지, 선거인이 될 사람에게 실질적인 제한을 부과하라고 요구하는 것이 아니다. 그리고 선거인 임명의 “방식”(Manner)을 정하는 것에는 선거인들이 임명된 후에 이들이 어떻게 투표하는지에 관해 조건을 부과할 권한까지 포함되는 것은 아니다. 역사적으로 살펴보아도 임명의 “방식”(Manner)은 선거인 선정의 방법을 가리키는 것이지 그 직에 대한 실질적인 제한을 뜻하는 것이 아니다. 제헌회의에서 헌법제정자들은 대선 선거인들이 주의회에 의해 선정되어야 하는지, 각 주의 유권자들이 뽑은 선거인들에 의해 선정되어야 하는지에 대해 논쟁하였다. 최종적인 헌법 제2조의 법문은 선거인 임명의 방식을 주의회에 맡김으로써 이러한 관점의 불일치를 조화시킨 것으로 보인다. 이러한 맥락에서 헌법 제정자들이 사용한 “방식”(Manner)이라는 용어는 그 명백한 의미에 부합하게 선거인 임명 방법을 뜻함이 분명하다.

마지막으로, 법정의견에 따르면 상응되는 두 헌법규정에서 “방식”(Manner)의 의미가 달라지게 되는 문제가 있다. 헌법 제1조 제4항은 “상원의원과 하원의원을 선거할 시기, 장소 및 방식(The Times, Places and Manner)은 각 주에서 그 주의회가 정한다.”고 규정하고 있다. U. S. Term Limits, Inc. v. Thornton, 514 U. S. 779 (1995) 판결에서 연방대법원은 헌법 제1조에서 “방식”(Manner)은 “절차적 규정을 만들 권한의 부여”를 포함할 뿐이지 “자격조건을 달 수 있는 광범위한 권한”을 뜻하지는 않는다고 판결하였다.<sup>40)</sup> 그러나 이 사건 법정의견은 정반대의 관점을 취한 것처럼 보인다. 법정의견은 헌법 제2조 제1항에서의 “방식”(Manner)이 선거인 임명에 조건과 자격을 부과할 권한을 포함하는 것으로 해석하고 있다.

39) 1 S. Johnson, A Dictionary of the English Language (6th ed. 1785); 1 J. Ash, The New and Complete Dictionary of the English Language (2d ed. 1795).

40) 514 U. S., at 832-833 (majority opinion); id., at 861-864 (THOMAS, J.,dissenting).

## ② 이 사건 워싱턴 주 처벌규정과 선거인 임명의 조건(서약)의 무관성

법정의견의 헌법 제2조 제1항에 대한 광범위한 해석을 받아들인다 해도, 동헌법조항이 이 사건 워싱턴 주 처벌규정을 명시적으로 허용한다는 판단에 대해서는 동의하기는 힘들다. 이 사건에서 문제가 된 워싱턴 주 법률규정 Wash. Rev. Code §29A.56.340 (2016)은 “자신이 속한 정당이 후보로 내세운 사람이 아닌 자에게 투표한 선거인은 \$1,000 이하의 과태료에 처한다.”고 규정하고 있다.<sup>41)</sup> 법정의견은 §29A.56.340을 서약을 이행시키는 규정으로 해석하였지만 실제 동 규정은 서약의 이행이나 선거인 임명과정과는 전혀 관계가 없다. 신의 없는 선거인과 관련된 법률은 두 가지 유형이 있는데 첫째는 선거인 임명의 조건이 이행되게 하는 법률이고, 둘째는 임명과정 밖에서 선거인들을 규율하는 법률이다. 전자의 경우, 선거인 임명의 조건으로 정당 후보자에게 투표할 것을 서약하게 하고, 그러한 서약을 위반한 선거인을 처벌한다. 후자의 경우, 선거인 임명과는 무관하게 단순히 법적 의무만을 부과하고, 그 다음 이러한 의무를 다하지 않으면 처벌한다. 법정의견은 이 두 가지 법률이 별 차이 없는 것이라고 보았지만, 법정의견의 전체 해석이 헌법 제2조상의 선거인을 임명할 주의 권한과 그 임명에 조건을 걸 권한을 전제하고 있음을 고려하면 매우 중요한 부분이다. 헌법 제2조의 법문은 선거인 ‘임명’의 권한에 대해 규정하고 있다고 할 수 없기 때문이다.

§29A.56.340의 위반은 서약이나 기타 임명조건의 위반을 예측한 것이 아니다. 이 규정은 서약에 대해 언급조차 하지 않았다. 서약은 별도로 규정되어 있는 부분이다. 따라서 §29A.56.340은 선거인의 임명과정과는 아무 관련이 없고 서약요건의 존재 유무와 상관없이 집행이 가능하다. 법정의견이 동 규정을 선거인 임명의 조건을 이행시키는 법률로 설명한 것은 워싱턴 주의 법률이 헌법 제2조 제1항의 임명권에서 비롯된 것이라는 법정의견의 주장에 도움이 될 수는 있겠으나, 이는 명백히 사실이 아니다.

41) Wash. Rev. Code §29A.56.340 (2016).



즉, 헌법은 대선 선거인들에게 주민들이 뽑은 후보에게 투표할 것을 요구하는 주의 권한에 대해 침묵하고 있으며, 법정의견이 헌법 제2조의 법문에서 그러한 권한의 근거를 찾으려는 것은 미흡한 점이 많다. 헌법 제2조와 주법률의 문구를 왜곡하기 보다는 헌법이 이 점에 대해 아무 언급도 하고 있지 않다는 것을 인정하는 편이 옳다고 생각한다.

## (2) 헌법상 연방과 주의 권한배분에 근거한 선거인 규제

헌법이 침묵하는 경우 권한은 주와 국민들에게 속한다. 이러한 권한의 배분은 미국 헌법의 구조에 구현되어 있고, 헌법 수정 제10조에 명시적으로 규정되어 있다. 이 사건은 이러한 기본적인 원칙을 따라야 한다.

### 1) 헌법상 연방과 주(또는 시민)의 권한배분

헌법상 권한의 궁극적인 근원은 각 주의 시민들의 합의이다.<sup>42)</sup> 주들이 연방헌법을 비준할 때 각 주의 시민들은 한정된 권한만을 연방정부에 이양하도록 승인하였다. 그들은 헌법이 연방정부에 수여한 권한만을 이양했던 것이다. 헌법이 특정 권한에 침묵하는 경우, 연방정부에게는 그 권한이 없고, 주가 그 권한을 누린다.<sup>43)</sup>

이러한 권한의 배분은 헌법의 구조에서도 명백히 드러난다. 예를 들어 헌법 제1조<sup>44)</sup>는 제8항에서 다양한 입법부의 권한을 나열하면서도 제1조 제1항에 명시적으로 연방의회의 권한을 “이 헌법에 의하여 부여되는 입법 권한”에 한정시켜놓았다. 반면 주는 그러한 제한이 없다. 헌법은 주의 권한에 대해 상술하지 않았기 때문이다. 헌법 제1조 제10항은 주에 금지된 권한을 간략히 열거하고 있지만 헌법이 주에게 주지 않은 권한 외의 모든 권한은 주가 자

42) U. S. Term Limits, 514 U. S., at 846 (THOMAS, J., dissenting).

43) Id., at 848; United States v. Comstock, 560 U. S. 126, 159 (2010) (THOMAS, J., dissenting).

44) 미국 헌법 제1조 제1항

이 헌법에 의하여 부여되는 모든 입법 권한은 미국 연방의회에 속하며, 미국 연방의회는 상원과 하원으로 구성된다.

유롭게 행사할 수 있다.<sup>45)</sup>

이러한 원칙은 수정 제10조에 명기되어 있다. 수정 제10조는 “이 헌법에 의하여 미합중국에 위임되지 않았거나, 각 주에게 금지되지 않은 권한은 각 주나 국민이 보유한다.”고 규정되어 있다.

따라서 헌법이 특정한 권한에 대해 침묵하고 있다면, 그 권한은 주정부에 위임되어 있거나 국민들이 보유하고 있는 것이다.

## 2) 기본적인 권한배분과 선거인단에의 적용

이러한 기본적인 권한배분은 선거인단의 맥락에도 적용된다. 헌법 제2조 제1항과 수정 제12조는 선거인단을 통한 대통령 선출을 규정하고 있다. 이 헌법 조항들은 연방정부에게 선거에 관해 제한적인 권한만을 부여하고, 주에게 선거인을 임명할 적극적인 의무를 부과하였다. 이 헌법 규정들은 수정 제10조가 언급한 권한의 배분과도 상충되지 않는다. 헌법이 제거하거나 제한하지 않는 한도 내에서 선거인과 관련된 권한은 주에게 있다. 따라서 주법을 무효화하기 위해서는 주가 그러한 법을 제정할 권한을 박탈하는 연방헌법상의 근거가 있어야 한다.<sup>46)</sup>

법정의견이 인정하였듯, 주가 선거인에게 주민들이 선택한 대선후보를 뽑도록 요구하는 것을 금지하는 규정은 헌법 어디에도 없다. 상고인들은 헌법 제정자들이 ‘임명’, ‘선거인’, ‘투표’, ‘무기명투표’ 등의 용어를 사용함으로써 선거인단 투표에서 자유재량을 기대했다고 주장하였다. 그러나 헌법제정자들의 기대는 헌법 해석연구에 기여하기는 하지만 이는 헌법의 공적 원의(原意)의 증거를 제공하는 범위 내로 그칠 뿐, 그 의미를 바꾸기 위해 사용될 수는 없다. 법정의견이 설명하였듯, 위 용어들의 명백한 의미는 독립적인 선택권을 함축하는 것으로 보이지 않는다.

## (3) 결론

---

45) Comstock, *supra*, at 159 (THOMAS, J., dissenting).

46) U. S. Term Limits, 514 U. S., at 850 (THOMAS, J., dissenting).

모든 정부의 권한은 각 주의 시민들에게서 비롯되었고, 연방헌법에 의해 주에 금지된 것이 아닌 한 모든 권한은 각 주 또는 국민들에게 있다. 나는 이 사건을 이러한 기본원칙에 근거하여 판단하고자 하며, 이에 법정의견의 결론에만 동의하는 바이다.