

## 헌법위반 손해배상소송에 관한 미국 연방대법원의 최근 판결례:Egbert v. Boule

정 하 명\*

### 〈국문초록〉

연방대법원의 Egbert v. Boule 판결(596 U.S. \_\_\_\_ (2022))은 연방공무원이 고의로 헌법조항을 위반한 것에 근거하여 연방공무원 개인에게 금전적 손해배상책임을 묻는 비벤스 소송(Bivens action)과 관련하여 비교적 최근에 결정된 것으로 연방대법관들의 보수화 경향을 잘 나타내고 있다고 할 것이다.

이 판결은 토마스 대법관(J. Thomas)의 다수의견에 로버트 대법원장(Roberts, C. J.), 엘리트 대법관(J. Alito), 캐바나 대법관(J. Kavanaugh), 베렛 대법관(J. Barrett) 등 5인이 찬성하였고, 고어쉬 대법관(J. Gorsuch)이 동조의견을 작성하였다. 소토마이어 대법관(J. Sotomayor)이 소수의견을 작성하였고 여기에 브레이어 대법관(J. Breyer)과 케이건 대법관(J. Kagan) 등 2인이 함께 하여서 다수의견과 소수의견이 6대3으로 갈라졌는데 긴스버그 대법관(Justice Ginsburg)의 사망으로 새롭게 임명된 베렛 대법관(J. Barrett)의 보수적 견해가 피력된 것으로 앞으로 비벤스 소송(Bivens action)이 연방대법원에서 인정되기는 상당히 어려울 것으로 보인다. 이 판결은 연방공무원인 에그버트(Egbert)가 국경경비대(CBP) 소속의 대원으로 국경에서 밀입국 단속이라는 국가안보(national security)를 담당하고 있다는 점에서 보면 2020년의 Hernández v. Mesa 판결(140 S. Ct. 735 (2020))과 매우 유사한 측면이 있고 그러한 선험을 매우 충실히 따른 판례라고 평가할 수 있을 것이다.

우리나라 대법원은 “과밀수용을 원인으로 한 국가배상청구 사건”을 판결하였는데 국가배상책임의 근거를 헌법상 ‘인간으로서의 존엄과 가치’로 제시한 판결이다.(대법원 2022. 7. 14. 선고 2017다266771 판결)

우리나라 대법원은 불법행위자인 공무원을 직접 피고로 하는 손해배상 소송이 아닌 ‘과밀수용행위’가 수용자의 ‘인간으로서의 존엄과 가치’를 위반했다는 것을 근거로 국가를 대상으로 하는 국가배상관련 판결에 관한 것이지만 헌법 위반을 근거로 금전적 손해배상청구를 하였다는 점에서는 미국 연방대법원의 비벤스 청구(Bivens Claim)와 매우 유사한 측면이 있다. 미국 연방대법원은 비벤스 청구(Bivens Claim)가 인용되기 위해서는 연방헌법의 구체적 조항의 침해가 주장되어야 한다고 판시하고 있지만 우리나라 대법원은 기본권 보호의 이념 조항이라고 할 수 있는 ‘인간으로서의 존엄과 가치’의 위반을 근거로 국가배상판결을 인정하고

\* 경북대학교 법학전문대학원 교수/법학연구원 연구위원

있다는 점에서는 대비를 이룬다고 할 것이다. 삼권분립의 원칙 하에서의 입법부와 사법부의 기능과 책임, 입법부와 행정부의 입법제량과 집행제량 등 비벤스 청구(Bivens Claim)에서의 고려사항들은 우리나라 사법부에서 헌법상 기본권 침해를 근거로 하는 국가배상관련 사건을 다룰 때 많은 참고가 되리라고 사료된다.

주제어 : 비벤스 청구(Bivens Claim), 공무원, 헌법위반, 손해배상책임, 삼권분립의 원칙

• 투고일 : 2023.01.10. / 심사일 : 2023.01.24. / 게재확정일 : 2023.01.27.

## I. 들어가며

2022년 10월 29일 서울 용산구 이태원 세계 음식거리에서 158명이 사망하고 196명이 부상당한 이태원 참사가 발생하였다. 워낙 많은 사상자가 예고없이 발생했기에 국내 최악의 안전사고 중 하나로 꼽히고 있고 이러한 참담한 현상을 목격하면서 해결방안의 하나로 국가배상이 논의되고 있다.<sup>1)</sup>

우리나라 대법원은 1998년에 이미 경찰관직무집행법 제5조에 규정된 ‘위험 발생 방지 조치’를 취하지 않은 법률상 의무 위반을 근거로 국가배상판결을 인정한 사례<sup>2)</sup>가 있으므로 경찰, 지방자치단체 등의 할로윈 데이 행사에 대한 부실한 안전관리조치 등을 근거로 국가배상을 청구할 수 있다는 논의가 본격적으로 이루어지고 있다. 물론 다른 견해가 있겠지만 이러한 사안에서 경찰관직무집행법 등 구체적 법률의 위반에 근거한 국가배상책임이 인정되기 위해서는 재량행위인 행정권의 불행사가 현저하게 불합리하다고 인정되어 직무상 의무를 위반한 것이 되어 위법하게 되어야 한다.<sup>3)</sup>

대법원도 “구체적인 사정에 따라 경찰관이 권한을 행사하여 필요한 조치를 행사하지 아니하는 것이 현저히 불합리하다고 인정되는 경우에는 권한의 불행

1) [https://www.hani.co.kr/arti/society/society\\_general/1068491.html](https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/1068491.html) 2023. 1. 5. 최종접속.

2) 대법원 1998. 8. 25. 선고 98다16890 판결

경찰관직무집행법 제5조는 경찰관은 인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 위험한 사태가 있을 때에는 그 각 호의 조치를 취할 수 있다고 규정하여 형식상 경찰관에게 재량에 의한 직무수행권한을 부여한 것처럼 되어 있으나, 경찰관에게 그러한 권한을 부여한 취지와 목적에 비추어 볼 때 구체적인 사정에 따라 경찰관이 그 권한을 행사하여 필요한 조치를 취하지 아니하는 것이 현저히 불합리하다고 인정되는 경우에는 그러한 권한의 불행사는 직무상의 의무를 위반한 것이 되어 위법하게 된다.

3) 박균성, 「행정법강의」, 박영사, 2022, 548면.

사는 직무상 의무를 위반한 것이 되어 위법하게 된다.”고 판시<sup>4)</sup>한 바가 있지만 구체적으로 국가배상이 인정되기까지는 상당한 시간과 어려움이 예상된다고 할 것이다.

우리나라 대법원은 “과밀수용을 원인으로 한 국가배상청구 사건”을 판결<sup>5)</sup>하였는데 국가배상책임의 근거를 특정 법률의 위반이 아닌 우리 헌법에서 규정하고 있는 ‘인간으로서의 존엄과 가치’로 제시한 판결을 하였다. 국가배상의 근거로 특정 법률의 위반이 아닌 헌법 규범의 위반을 그 근거로 내세우고 있는 것으로 주목을 끈다고 할 것이다.

이렇게 공무원이 헌법을 위반하였다는 것을 근거로 손해배상책임을 인정하는 것은 미국에서는 이미 1971년에 연방대법원이 비벤스 소송(Bivens action)을 인정하면서 시작되었다고 할 것이다. 연방대법원은 연방공무원이 연방헌법상 보장된 기본권조항을 위반하여 국민에게 구체적 손해를 입힌 경우에는 연방헌법에 근거해서 해당 연방공무원 개인에 대해 직접적 손해배상청구가 가능하도록 하여야할 필요성을 인정한 판결을 하였다.<sup>6)</sup>

비벤스 소송(Bivens action)은 미국 연방헌법을 보호하는데 핵심적 역할을 담당하였다. 연방법률이나 주정부 법률에 의하여 연방헌법 위반행위에 관한 구제수단을 인정하지 않은 경우, 연방대법원이 비벤스 소송(Bivens action)을 인정하여 피해자의 권리구제를 인정하고 그로 인하여 연방공무원들에 의한 헌법위반을 억제하는 효과도 발휘하였다. 비벤스 소송(Bivens action)이 인정되지 않았다면 연방공무원들에 의해 연방헌법상 인정된 기본권이 침해되더라도 적절한 구제방법을 찾기 어려웠을 것이다.<sup>7)</sup>

미국 연방대법원은 2022년 6월 8일에 Egbert v. Boule 판결<sup>8)</sup>을 하였는데 이 판결은 비벤스 청구(Bivens Claim)와 관련된 것이어서 본 논문에서 간략하게 그 내용을 소개하고 분석하고자 한다.

4) 대법원 2016. 4. 15. 2013다20427 판결.

5) 대법원 2022. 7. 14. 선고 2017다266771 판결.

6) Bivens v. Six Unknown Named Agents of Federal Bureau of Narcotics, 403 U.S. 388 (1971).

7) Daniel Blair, One Step Away: How Hernandez II Signals the Elimination of Bivens, 64 St. Louis L.J. 711, 711 (2020).

8) 596 U.S. \_\_\_\_ (2022).

## II. 사례의 분석

### 1. 대상판결의 사실관계개요

이 사건의 당사자인 보울(Robert Boule)은 미국과 캐나다 국경 도시인 워싱턴주 브레인市(Blaine, Washington)에서 Smuggler's Inn이라고 하는 여행자숙소를 운영하고 있는 사람이다. 브레인市(Blaine)는 미국과 캐나다의 국경에 있는 도시로 국경을 왕래하는 적법 혹은 불법 교통의 중심지였고 보울(Boule)은 여행자들에게 숙소와 교통편의시설을 제공하는 사업을 영위하고 있었다. 보울(Boule)은 불법이민자들이나 적법여행자들에게 숙소와 조식을 제공하였는데 그로 인하여 보울(Boule)은 국경경비대(U.S. Customs and Border Patrol, 이하 'CBP')에 잘 알려져 있었다. 국경경비대(CBP)는 보울(Boule)의 사업장인 Smuggler's Inn에서 많은 밀수품을 압수하기도 하였고 국경경비대(CBP)의 요원인 에그버트(Erik Egbert)와 보울(Boule)은 자주 접촉하는 사이였다. 보울(Boule)은 특이한 사람이 자신의 영업장을 방문할 때에는 이 사실을 국경경비대(CBP)에 알려주기도 하였다. 2014년에 보울(Boule)은 에그버트(Egbert)에게 터키 국적을 가진 사람이 자신의 여관을 방문한다는 사실을 알려주었다. 연방공무원인 에그버트(Egbert)는 터키 국적의 사람이 적법한 목적으로 미국 서부에 있는 국경 도시를 방문할 일은 없다고 생각하면서 조사에 착수하였다. 문제의 터키 사람이 보울(Boule)의 영업소를 방문했을 때, 에그버트(Egbert)는 직접 보울(Boule)의 영업소를 방문하였고 보울(Boule)은 에그버트(Egbert)에게 자신의 영업소를 떠날 것을 요청하였다. 연방공무원인 에그버트(Egbert)는 보울(Boule)의 떠나라는 요청을 거절하였고 보울(Boule)의 설명에 따르면 보울(Boule)을 밀쳐서 땅에 넘어뜨렸다.

에그버트(Egbert)는 터키 국적 여행자의 비자관련 서류가 적법한 것이라는 것을 확인하고 난 후에 그 자리를 떠났다. 이러한 보울(Boule)과 에그버트(Egbert)의 충돌이 있고 난 후에 두 사람 사이에는 일련의 고소·고발 사건이 일어났다. 먼저 보울(Boule)은 에그버트(Egbert)의 행위를 그의 상관에게 신고하였고 국경경비대(CBP)에 연방불법행위청구소송(Federal Tort Claims Act, 이하 'FTCA')을 제기하였다. 에그버트(Egbert)도 보울(Boule)을 주정부와 연방정부의 여러 관련기관들에 신고하여 세무조사 등 각종 조사를 받도록 하였다. 보울

(Boule)의 청구는 받아들여지지 않았다. 보울(Boule)이 제기하였던 연방불법 행위청구소송(FTCA)은 인정되지 않았고 국경경비대(CBP)도 소속 공무원인 에그버트(Egbert)에 대하여 아무런 조치를 취하지 않았다. 이에 보울(Boule)은 연방제1심법원에 에그버트(Egbert)가 고의로 연방 수정헌법 제1조, 제4조, 제14조를 위반했다고 주장하면서 비벤스 소송(Bivens action)을 제기하였다.

## 2. 연방제1심법원 판결

연방제1심법원(the U.S. District Court for the Western District of Washington)은 보울(Boule)의 청구를 모두 기각하는 약식판결(the summary judgement)을 하였다.<sup>9)</sup> 연방제1심법원은 연방공무원 에그버트(Egbert)는 여타의 비벤스 소송(Bivens action)에서 당사자가 되었던 연방공무원들과는 달리 국경수비라는 특별한 법률적 의무 속에서 직무행위를 집행하였으므로 보울(Boule)이 주장하는 연방 수정헌법 제4조 위반을 인용하게 되면 비벤스 소송(Bivens action)을 새로운 사안으로 확장하는 것이라고 판시하면서 보울(Boule)의 청구를 기각하였다. 이 판결에서 보울(Boule)의 청구는 국가안보와 관련한 삼권분립의 우려(the separation of powers concerns)를 가져오는 것이라고 판단하였고 연방수정헌법 제1조 위반이라는 주장도 또한 국가안보의 우려가 있어서 인정하기가 주저된다고 판단하였다. 이러한 연방제1심법원에 보울(Boule)은 항소하였고 연방제2심법원은 제1심법원의 판결을 모두 파기하였다.<sup>10)</sup>

## 3. 연방제2심법원 판결

연방판사 프레처(Judge Fletcher)가 판결문을 작성하였는데 주요 내용은 보울(Boule)의 청구가 새로운 사안에 제기된 것은 맞지만 비벤스 소송(Bivens Action)의 확대를 주저하게 하는 특별 요소는 없다고 판시하였다. 연방수정헌법 제4조 관련 청구에 대해서는 Hernández v. Mesa 판결<sup>11)</sup>의 경우와는 달리 에그버트(Egbert)는 국경을 순찰하거나 불법밀입국을 막으려고 한 것은 아니었기 때문에 전형적인 연방수정헌법 제4조의 청구에 해당하는 통상적이고 반

9) Egbert, 142 S. Ct. 1082 (2022).

10) Boule v. Egbert, 980 F.3d 1309, 1313 (9th Cir, 2020).

11) 140 S. Ct. 735 (2020).

복적인 법집행 영역(common and recurrent sphere of law enforcement)에 해당한다는 것이다.<sup>12)</sup> 또한 연방수정헌법 제1조와 관련한 사안에서는 보복(retaliation)은 이미 잘 확립되어 있는 청구에 해당하고 문제가 된 에그버트(Egbert)의 행위는 공적 임무와는 아무런 관련이 없는 행위에 해당하지만 연방불법행위청구법(FTCA)이나 다른 법률에 의하여 연방헌법위반행위에 대한 손해배상을 배제하고 있으므로 해당 사안에 대하여 비벤스 소송(Bivens Actions)을 확대하여 적용할 수 있다고 하였다.<sup>13)</sup> 항소심법원에 소속된 12명의 연방판사들이 반대의견을 피력하였지만 제9연방항소법원은 이 사건에 대한 전원합의체에 의한 재심사(rehearing en banc)를 거부하였다.<sup>14)</sup>

#### 4. 연방대법원 판결

연방대법원은 연방제2심법원의 판결을 파기하였다. 토마스 대법관(J. Thomas)이 다수의견을 작성하였고 여기에 로버트 대법원장(Roberts, C. J.), 엘리트 대법관(J. Alito), 캐바나 대법관(J. Kavanaugh), 베렛 대법관(J. Barrett) 등 5인이 찬성하였고, 고어쉬 대법관(J. Gorsuch)이 동조의견을 작성하였다. 소토마이어 대법관(J. Sotomayor)이 반대의견을 작성하였고 여기에 브레이어 대법관(J. Breyer)과 케이건 대법관(J. Kagan) 등 3인이 함께 하였다. 따라서 다수의견과 소수의견이 6대3으로 갈려진 판결이었다.

주문: 비벤스 소송(Bivens Action)은 보울(Boule)이 제기한 연방수정헌법 제4조의 “과도한 공권력 행사”(excessive force) 청구와 연방수정헌법 제1조의 보복(retaliation) 청구로 확대 적용되지는 않는다.

토마스 대법관(Justice Thomas)의 의견을 요약하면 (a) 연방대법원은 비벤스(Bivens) 판결에서 연방수정헌법 제4조를 위반한 연방공무원에 대한 손해배상청구를 인정하고 그 후 많은 판결에서 유사한 손해배상청구를 인정하였지만 이제는 새로운 유형의 비벤스 소송(Bivens Action)을 인정하는 것은 선호되지 않는 사법작용(“a disfavored judicial activity”)에 해당한다는 것이다.<sup>15)</sup>

12) Boule v. Egbert, 980 F.3d 1309, 1315 (9th Cir, 2020).

13) Ibid 1316-17.

14) Boule v. Egbert, 998 F.3d 370, 373, 384 (9th Cir, 2021).

15) Ziglar v. Abbasi, 582 U.S. \_\_, \_\_.

비벤스(Bivens) 청구는 2단계 심사를 거치게 되는데 첫째는 해당 사건이 새로운 비벤스 사안(“a new Bivens context”)에 해당하는가이다. 즉 연방대법원이 손해배상소송을 인용했던 세 가지 사건들과 상당히 다른 점이 있는가를 먼저 검토해보는 것이다.<sup>16)</sup>

둘째는 설령 그렇다고 하더라도 법원이 연방의회보다 손해배상소송의 인용과 관련한 비용·편익 분석에 보다 적합하다는 것을 나타내는 “특별 요소”(“special factors”)가 있는가를 확인해 보는 것이다.<sup>17)</sup> 이러한 2단계 심사는 연방의회가 법원에 비해 손해배상구제를 인정하기에 보다 적합한 체계를 갖추고 있는가라는 하나의 문제로 귀결된다고 할 것이다. 더 나아가서 선례에 의하면 만약 연방의회가 이미 “대안적 구제 체계”(“alternative remedial structure”)를 제공하고 있거나 행정부로 하여금 제공하도록 권한을 부여하였다면 법원은 비벤스 구제(Bivens Remedy)를 인정할 수 없다는 것이다.<sup>18)</sup>

(b) 연방항소법원(the Court of Appeals)은 보울(Boule)이 제기한 연방수정헌법 제4조 위반 주장이 새로운 비벤스 사안(new Bivens context)을 제시하고 있다는 것에 동의하면서 연방공무원 에그버트(Egbert)에 대한 손해배상소송을 인정하는 것을 주저할 이유가 없다는 결론에 대해서는 두 가지 각기 다른 이유에서 잘못되었다고 판시하였다. 먼저 “국경의 안전을 저해할 수 있는 위험”(risk of undermining border security)은 이러한 영역에 비벤스 청구를 확대 적용하는 것을 주저하게 한다는 것이다.<sup>19)</sup> Hernández 판결에서 연방대법원은 국경경비대원을 대상으로 과도한 공권력 행사(excessive-force)에 근거한 손해배상청구는 인정하기를 거부하였는데 이것은 국경에서의 국경경비대원의 행위를 규제하는 것은 의문의 여지없이 국가안보와 직결되기 때문이었다.<sup>20)</sup>

연방항소법원은 보울(Boule)의 연방수정헌법 제4조 위반이라는 주장은 비벤스(Bivens) 사건과 같은 통상적 법집행 행위와 관련이 있지만 Hernández 판결에서 문제되었던 국경을 넘나드는 총격사건과는 거리가 멀다고 보았지만 이것은 적절하지 못하다고 판단하였다. 국경경비대원에게 손해배상소송을 허용하는 것은 비벤스 구제(Bivens relief)를 어렵게 하는 국가안보의 우려를 나타낸다는 것이다. 이 사안에서 연방법원이 고려해야 하는 요소는 에그버트 대원(agent

16) Ziglar v. Abbasi, 582 U.S. \_\_, \_\_.

17) Ziglar v. Abbasi, 582 U.S. \_\_, \_\_.

18) Ziglar v. Abbasi, 582 U.S. \_\_, \_\_.

19) Hernández v. Mesa, 140 S. Ct. 735 (2020).

20) Hernández v. Mesa, 140 S. Ct. 735 (2020).

Egbert)을 상대로 하는 손해배상소송을 인정할 것인가의 문제가 아니라 일반적으로 국경경비대(CBP)를 상대로 손해배상소송을 인정하는 것이 타당한 것인가라고 할 것인데 그 답은 ‘아니요’라고 할 것이다.

두 번째로 연방의회는 보울(Boule)의 입장에서 피해를 입은 사람에게 대체적 구제대책(alternative remedies)을 제공하고 있기 때문에 이것 또한 독립적으로 이 사안에서 비벤스 청구를 허용하지 않는다. 규정에 의거하여, 누구(any person)라도 고충처리를 주장할 수 있고 국경경비대(CBP)는 반드시 해당 사안을 조사하여야 한다.<sup>21)</sup> 보울(Boule)은 이러한 규정에 의한 고충처리절차가 충분하지 않다고 주장하고 있지만 연방대법원은 비벤스를 대체하는 구제절차가 대심적 사법심사절차(judicial review of an adverse determination)에 해당하는 것이어야 한다고 판시한 바가 없다. 주어진 구제절차가 적절한 것인가의 여부는 연방의회가 결정할 사안이라고 할 것이다.

보울(Boule)이 제기한 연방수정헌법 제1조 위반 주장은 이유 없다. 이러한 주장은 비벤스 청구를 새로운 사안으로 확대 적용하는 것으로 삼권분립의 원칙에 따라 연방법원이 아닌 연방의회가 손해배상 구제책을 도입할 수 있는 보다 적절한 위치에 있다고 판단할 수 있는 여러 가지 근거가 있다고 할 것이다. ...[중략]... 따라서 연방항소법원의 판결<sup>22)</sup>을 과기한다.

### III. 평석

미국에서 연방공무원의 불법행위로 인한 손해배상에 관하여는 연방공무원의 주의의무 위반에 근거한 과실에 의한 손해배상청구권을 주로 다루는 미국 연방불법행위청구법(Federal Tort Claims Act, 이하 ‘FTCA’)<sup>23)</sup>과 연방공무원의 고의에 의한 불법행위를 대상으로 하는 비벤스 청구(Bivens claim)로 구분된다고 할 것이다. 연방공무원의 과실행위에 대한 손해배상청구는 연방의회의 입법에 의한 연방법률에 근거하여 이루어지고 있는 반면에 연방공무원의 고의행위에 근거하여 연방공무원 개인에 대한 손해배상청구권은 연방대법원의 판례에 근거하여 인정되었다.<sup>24)</sup>

21) 8 CFR §§287.10(a)-(b).

22) 998 F. 3d 370 (2020).

23) 28 U.S.C. §2671 (1982).

24) 정하명, 미국연방공무원개인의 손해배상책임에 관한 최근 판결례, 공법학연구 제12집 제2호,



연방대법원은 연방공무원의 고의에 의한 헌법적 불법행위로 연방헌법에서 보장된 기본권에 침해를 받은 경우에 연방공무원 개인을 대상으로 손해배상을 청구하는 것을 비벤스 청구(Bivens Claim)라고 한다. 원고가 (a) 법률의 규정이 없더라도 연방헌법에서 보장하고 있는 기본권이라는 것, (b) 그러한 기본권에 대한 연방공무원의 침해행위가 있었다는 것, (c) 요청하는 구제수단이 적절하다는 것 등을 입증하면 연방헌법 자체 위반을 근거로 연방공무원 개인에게 손해배상청구가 가능하다는 것이다.<sup>25)</sup>

미국 연방마약국 소속이었던 6명의 연방수사관들이 연방수정헌법 제4조를 위반하여 적법한 수색영장을 발급받지 않은 채로 비벤스(Bivens)의 주거지를 수색하여 비벤스(Bivens)를 불법적으로 체포한 사건에 관한 것으로 이러한 마약수사관의 행위는 연방불법행위청구법(FTCA) 제2680(h)<sup>26)</sup>에 의하여 연방정

한국비교공법학회 2011, 352면 참조.

25) Breyer, Stewart, Sunstein, Vermeule, Herz, Administrative Law and Regulatory Policy (Seventh Edition)(2011), Wolters Kluwer Law & Business, 806.

26) 28 USC § 2680. Exceptions to the Federal Tort Claims Act

The provisions of this chapter and section 1346(b) of this title shall not apply to--

(a) Any claim based upon an act or omission of an employee of the Government, exercising due care, in the execution of a statute or regulation, whether or not such statute or regulation be valid, or based upon the exercise or performance or the failure to exercise or perform a discretionary function or duty on the part of a federal agency or an employee of the Government, whether or not the discretion involved be abused.

...

(h) Any claim arising out of assault, battery, false imprisonment, false arrest, malicious prosecution, abuse of process, libel, slander, misrepresentation, deceit, or interference with contract rights: Provided, That, with regard to acts or omissions of investigative or law enforcement officers of the United States Government, the provisions of this chapter and section 1346(b) of this title shall apply to any claim arising, on or after the date of the enactment of this proviso, out of assault, battery, false imprisonment, false arrest, abuse of process, or malicious prosecution. For the purpose of this subsection, "investigative or law enforcement officer" means any officer of the United States who is empowered by law to execute searches, to seize evidence, or to make arrests for violations of Federal law. 폭행, 구타, 허위 감금, 허위 체포, 악의적인 기소, 절차 남용, 명예 훼손, 비방, 허위 진술, 사기 또는 계약권리 방해에 의해 발생하는 모든 청구: 단, 미국 정부의 수사관 또는 법 집행관의 행위 또는 부작위와 관련하여 해당 조항과 제1346 (b)조항은 해당 날짜 이후에 발생하는 모든 청구에 적용됩니다. 단서 조항의 제정 이후에 발생한 폭행, 구타, 허위 감금, 허위 체포, 절차 남용 또는 악의적인 기소 등에 적용된다. 이 하위 조항에서 "수사관 또는 법집행관"은 법에 의해 수색, 증거 압류 또는 연방법 위반으로 체포할 권한이 있는 미국의 모든 연방공무원을 의미한다."

단서 조항은 1971년 연방대법원에서 비벤스 청구(Bivens Claim)를 인정한 이후에 (h)조의

부에 의한 손해배상책임이 배제되어 비벤스(Bivens)가 해당 공무원들을 상대로 손해배상을 청구한 사건이다. 연방대법원은 연방공무원이 연방헌법상 보장된 기본권조항을 위반하여 국민에게 구체적 손해를 입힌 경우에는 연방헌법의 구체적 조항에 근거해서 해당 연방공무원 개인에 대해 직접적 손해배상청구가 가능하도록 하여야 할 필요성을 인정한 판결을 하였다.<sup>27)</sup>

비벤스 청구(Bivens Claim)는 미국 연방헌법을 보호하는데 핵심적 역할을 담당하였다. 연방공무원의 연방헌법 위반 행위에 관한 구제수단을 연방 법률이나 주정부 법률에 의하여 인정하고 있지 않은 경우에 연방대법원은 비벤스 청구(Bivens Claim)를 인정하여 피해자의 권리구제가 이루어지도록 했다고 할 것이다. 따라서 비벤스청구(Bivens Claim)는 연방공무원에 의한 헌법 위반을 억제하는 효과도 발휘하였다. 비벤스 청구(Bivens Claim)가 인정되지 않았다면 연방공무원들에 의해 연방헌법상 인정된 기본권이 침해되더라도 적절한 구제방법을 찾기 어려웠을 것이다.<sup>28)</sup>

연방불법행위청구법(FTCA)에서 연방공무원의 고의에 의한 불법행위에 대해서는 연방정부의 대위책임(vicarious liability)을 인정하고 있지 않기 때문에 연방공무원의 고의에 의한 불법행위로 피해를 입더라도 피해자는 연방정부를 상대로 손해배상소송을 제기하여 구제받을 수 없는 상황에 직면하게 되고 이러한 경우에는 불법행위책임이 있는 연방공무원 개인에게 직접적으로 손해배상을 청구하는 방법 밖에 없다고 할 것이다. 연방불법행위청구법(FTCA)에서는 협박, 폭행, 불법감금, 불법체포 등 여러 고의에 의한 불법행위에 대해서는 해당 법률을 적용하지 않는다고 애초에 규정하고 있었다.<sup>29)</sup>

1971년 연방대법원에서 비벤스 청구(Bivens Claim)를 인정한 이후에 연방불법행위청구법(FTCA)의 면책조항에 단서조항을 추가하는 개정이 있었다. 주요 내용은 “단, 미국 정부의 수사관 또는 법 집행관의 행위 또는 부작위와 관련하여 해당 조항과 제1346(b)조항은 해당 날짜 이후에 발생하는 모든 청구에 적

---

단서조항이 추가되는 개정이 있었다. 이일세, 한·미 국가배상제도의 비교연구, 토지공법연구 제17권, 한국토지공법학회 2003년, 103-108면 참조.

27) Bivens v. Six Unknown Named Agents of Federal Bureau of Narcotics, 403 U.S. 388 (1971).

28) Daniel Blair, One Step Away: How Hernandez II Signals the Elimination of Bivens, 64 St. Louis L.J. 711, 711 (2020).

29) Federal Tort Claims Act § 421(h), 60 Stat. 846 (FTCA is inapplicable to claims arising out of “assault, battery, false imprisonment, false arrest, malicious prosecution, abuse of process, libel, slander, misrepresentation, deceit, or interference with contract rights”).

용된다. 폭행, 구타, 허위 구금, 허위 체포, 절차 남용 또는 악의적 기소에 단서 조항이 적용된다. 그 하위 조항에서 “수사관 또는 법집행관”은 법에 의해 수색, 증거 압류 또는 연방법 위반으로 체포할 권한이 있는 미국의 모든 연방공무원을 의미한다.”라고 규정하고 있다.<sup>30)</sup>

이러한 법률 개정으로 연방법집행공무원의 고의에 의한 불법행위로 손해를 입은 경우에는 비벤스청구(Bivens Claim)에 의하여 연방공무원에 대한 손해배상청구 소송의 제기와 더불어 연방불법행위청구법(FTCA)에 의하여 연방정부를 대상으로 손해배상소송의 제기가 가능하게 되었다.<sup>31)</sup>

비벤스 청구(Bivens Claim)와 연방불법행위청구법(FTCA)에 의한 손해배상소송을 비교해볼 때 비벤스 청구(Bivens Claim)는 연방공무원을 직접 상대로 해서 제기하는 소송으로 연방공무원에 대한 억제효과가 매우 강한 측면이 있고 징벌적 손해배상(punitive damages)이 가능하여 피해자가 직접 받을 수 있는 손해배상금에서도 많은 차이를 보이고 있다는 특징이 있다. 그러한 측면에서 보상적 손해배상(compensatory damages)을 규정하고 있는 연방불법행위청구법(FTCA)과 차이가 있고 배심원 재판(the jury trial)이 적용된다는 측면에서도 비벤스 청구(Bivens Claim)가 원고에게는 유리한 측면으로 보기도 한다.<sup>32)</sup>

연방대법원은 1980년에는 연방수정헌법 제8조의 잔혹처벌금지원칙(the Cruel and Unusual Punishment Clause of the Eight Amendment)을 근거로 해서 연방교도소 교도관이 재소자에 대한 적절한 의료서비스를 제공하지 않아 재소자가 결국 사망한 사건에 기하여 피해재소자의 부모가 교도관을 상대로 제기한

30) Provided, That, with regard to acts or omissions of investigative or law enforcement officers of the United States Government, the provisions of this chapter and section 1346(b) of this title shall apply to any claim arising, on or after the date of the enactment of this proviso, out of assault, battery, false imprisonment, false arrest, abuse of process, or malicious prosecution. For the purpose of this subsection, “investigative or law enforcement officer” means any officer of the United States who is empowered by law to execute searches, to seize evidence, or to make arrests for violations of Federal law. “다만, 법집행공무원의 폭행·상해·불법감금·불법체포·악의적 기소·소송절차의 남용·명예훼손·비방·기망·계약상권리방해 등의 행위로 인한 손해는 제외한다.” 이일세, 한·미 국가배상제도의 비교연구, 토지공법연구 제17권, 한국토지공법학회 2003년, 103-108면 참조.

31) James E. Pfander, Alexander A. Reinert & Joanna C. Schwartz, The Myth of Personal Liability: Who Pays When Bivens Claims Succeed, 72 Stan. L. Rev. 561, 574 (2020).

32) Nicole B. Godfrey, Holding Federal Prison Officials Accountable: The Case for Recognizing a Damages Remedy for Federal Prisoners’ Free Exercise Claims, 96 Neb. L. Rev. 924, 936-38 (2018).

손해배상소송에서 비벤스 청구(Bivens claims)가 가능하다고 판결하였다.<sup>33)</sup> 연방공무원의 고의에 의한 불법행위와 관련된 비벤스청구(Bivens Claims)와 관련된 연방대법원의 판결례를 소개하면 피해자에게 불리한 판결들이 다수 있었다.

#### 1) Ashcroft v. Iqbal 판결<sup>34)</sup>

이 사건의 당사자인 Iqbal은 파키스탄계 미국인으로 9.11 테러가 발생한 이후 뉴욕시 근처에서 연방수사국(FBI) 요원에 의해 2001년 11월 체포된 이슬람교도였다. Iqbal은 뉴욕에서 재판 전에 구치소(the Metropolitan Detention Center in Brooklyn)에 구금된 상태로 조사를 받았다. 신분증위조와 관련하여 Iqbal은 다른 사람의 사회보장번호를 사용했다는 혐의를 인정하고 2003년 1월 15일까지 복역하고 난 후에 본국인 파키스탄으로 송환되었다. 본국으로 송환되고 난 뒤에 Iqbal은 재판전 구금상태에서 조사를 받을 당시에 자신의 인종, 종교 등에 의해 부당한 차별을 받았다는 것을 이유로 법무부 장관 Ashcroft와 연방수사국(FBI) 국장 Mueller 등 34명을 대상으로 비벤스청구(Bivens claims)를 제기하였다. Iqbal은 연방공무원들이 연방수정헌법 제1조, 제4조, 제5조, 제6조, 제8조에서 보장하고 있는 기본권을 침해하였다는 이유로 비벤스청구(Bivens claims)를 제기한 것이었다. Iqbal은 연방교도관과 연방수사요원들이 수용자들을 차별적 기준에 따라 분류하여 부당한 대우를 자행하였고 수사에서 차별적 대우를 하였는데 이것은 법무부 장관 Ashcroft와 연방수사국(FBI) 국장 Mueller 등이 감독자로서 알고 있었거나 묵인하였기 때문이라고 하면서 Ashcroft와 Mueller 등 개인을 피고로 하여 비벤스 청구(Bivens claims)를 제기한 것이다. 이에 대해 연방대법원은 “대위책임이 허용되지 않는 경우에는 지위고하를 막론하고 모든 연방공무원은 오직 자신의 위법행위에 대해서만 스스로 손해배상책임을 진다.”라고 판시하여 개인책임주의를 명확히 하였다.<sup>35)</sup>

케네디 대법관(Justice Kennedy)에 의해 판결문이 작성되었는데 핵심적 내용은 비벤스 청구(Bivens claims)에서 연방공무원 개인이 어떤 헌법조항을 위반하였는지가 명확하게 주장되어야 하며 단지 다른 하위직 공무원에 대한 지휘·감독을 잘못했다는 것만으로는 고위직 연방공무원 개인의 손해배상책임을

33) Carlson v. Green, 446 U.S. 14, 16-18 (1980).

34) 129 S. Ct. 1937 (2009).

35) Id. 1949.

“Absent vicarious liability, each Government official, his or her title notwithstanding, is only liable for his or her own misconduct.”

인정하기는 어렵다는 것이다.<sup>36)</sup> Ashcroft는 사건 발생 당시에 법무부 장관으로 교정공무원에 대한 지휘·감독 책임은 있지만 구체적 헌법 위반 행위에 대한 주장이 없었기 때문에 비벤스 구제(Bivens remedy)를 인정할 수 없다는 것이었다.<sup>37)</sup>

## 2) Hui v. Castaneda 판결<sup>38)</sup>

이 사건의 당사자인 Francisco Castaneda는 연방이민관세국(U.S. Immigration and Customs Enforcement 이하 “ICE”)에 구금되었던 사람이다. 연방이민관세국(ICE)에 구금되어 있을 때 Castaneda는 자신의 몸에 음경병변(penile lesion)이 생겨서 출혈이 계속되는 것을 발견하고 적절한 치료조치를 해줄 것을 거듭 요구하였다. 연방공중위생국(U.S. Public Health Service 이하 “PHS”) 소속의 보조의사와 외부 전문가들이 해당 음경병변(penile lesion)에 대한 암조직검사를 실시할 것을 추천했지만 연방이민관세국(ICE)을 관장하는 연방공중위생국(PHS)의 의사는 암조직검사는 선택사항에 해당한다고 하면서 이를 거부하였다. Castaneda가 석방된 뒤에 외부에서 암조직검사를 실시하여 전이(轉移)성 암(metastatic cancer)을 앓고 있다는 것을 발견하고 연방정부를 대상으로는 연방불법행위청구법(FTCA)에 근거한 손해배상소송을 제기하고 Hui 등을 대상으로는 비벤스청구(Bivens claims)를 제기하게 된다. 소송이 계속되는 중에 Castaneda는 사망하였고 그의 상속인과 대리인으로 당사자가 교체되어 소송은 계속 진행되었다. 소토마이어 대법관(Justice Sotomayor)이 판결문을 썼다. 판결의 요지는 연방위생국(PHS) 공무원의 불법행위책임을 규정하고 있는 공중보건법(the Public Health Service Act)<sup>39)</sup>에서 공중보건국(PHS) 소속 공무원들에 대해 비벤스 청구(Bivens Claim)를 금지하고 있으므로 파기·환송한다는 것이다. 이러한 연방대법원의 판결에 의해서 Castaneda에게는 연방공무원 개인을 대상으로 하는 권리구제는 허용되지 않고 연방정부를 대상으로 하는 연방불법행위청구법(FTCA)에 의한 권리구제 방법만 남게 되었다. 공중보건법(the Public Health Service Act)<sup>40)</sup>에서 명문으로 연방공중위생국(PHS) 직원에 대한 비벤스 청구(Bivens claims)를 허용하지 않는다는 사실만 제외한다면 이 판

36) Id. 1948.

37) 정하명, 미국연방공무원개인의 손해배상책임에 관한 최근 판결례, 공법학연구 제12집 제2호, 한국비교공법학회 2011, 355면 참조.

38) 130 S. Ct. 1845 (2010).

39) 42 U.S.C.A. § 233(a).

40) 42 U.S.C.A. § 233(a).

결에서 문제가 되었던 사안들은 *Carlson v. Green* 판결<sup>41)</sup>과 매우 유사한 측면이 있다고 할 것이다. 하지만 이 판결의 결과로 연방공중위생국(PHS)의 공무원들은 개인적 손해배상책임이 없으며 피해자인 원고들은 징벌적 손해배상을 주장할 수도 없게 되었다고 할 것이다.<sup>42)</sup>

연방대법원의 *Castaneda* 판결을 비판하면서 이러한 사건이 발생한 것은 몇몇 연방공무원들의 강압적 공권력 행사에 의한 것이라기보다는 이민자 구치소(immigration detention)의 열악한 의료체계에 기인한 것이라고 비판하는 견해도 있다. *Castaneda*와 같은 구금자에게 비벤스 청구(Bivens claim)를 인정해주어야 할 뿐만 아니라 구금자를 위한 의료체계를 개선하여 그들의 헌법상 인권이 보장받을 수 있도록 해야한다고 주장하고 있다.<sup>43)</sup>

### 3) *Ziglar v. Abbasi* 판결<sup>44)</sup>

이 사건의 당사자인 *Abbasi*는 9.11테러 이후 미국당국이 미국에 불법적으로 체류하고 있던 외국인을 대대적으로 체포하여 국가안보에 높은 이해관계가 있는 사람은 본국으로 송환하지 않고 연방수사국(FBI)에 의해서 그 혐의가 명백히 조사될 때까지 구치소(the Metropolitan Detention Center in Brooklyn)에 구금하였는데 그들 중 한명이다. 처음 체포된 762명의 불법체류외국인들 중에 84명이 최종적으로 혐의없음이 밝혀질 때까지 구금되어 있었다. 2002년 4월 17일에 *Abbasi* 등이 연방제1심법원(the United States District for the Eastern District of New York)에 구금 당시 미국이민국(Immigration and Naturalization Service 이하 “INS”)의 장을 맡고 있던 *Ziglar* 등을 상대로 열악한 구치소의 구금환경이 자신들의 연방수정헌법상 평등보호조항(Equal Protection Clause)과 적법절차(Due Process Clause)를 위반했다는 것을 근거로 비벤스 청구(Bivens Claim)에 의한 손해배상소송을 제기한 것이었다. 그 후 여러 절차를 거치고 난 후, 소송이 처음 제기된 지 약 15년 만인 2017년 6월 19일에 연방대법원에서 이 판결을 하게 된 것이다. 이 판결은 케네디 대법관

41) 446 U.S. 14 (1980).

42) 정하명, 미국연방공무원개인의 손해배상책임에 관한 최근 판결례, 공법학연구 제12집 제2호, 2011, 356면 참조.

43) Matthew Allen Woodward, Current Public Law and Policy Issues: License to Violate the Constitution: How the Supreme Court's Decision in *Hui v. Castaneda* Exposes the Dangers of Constitutional Immunity and Revives the Debate over Widespread Constitutional Abuses in our Immigration Detention Facilities, 32 Hamline J. Pub. L. & Pol'y 449, 456 (2011).

44) 137 S. Ct. 1843 (2017).

(J. Kennedy)에 의해 다수 의견이 작성되었고 로버트 대법원장(C. J. Robert), 엘리토 대법관(J. Alito), 토마스 대법관(J. Thomas)이 찬성하였는데 판결의 내용은 한마디로 9.11테러 이후 혹독한 환경에서 구금생활을 했던 피해자들은 이에 대해 책임이 있는 고위직 연방공무원을 상대로 비벤스 청구(Bivens Claim)에 의한 손해배상소송을 제기할 수 없다는 것이다.<sup>45)</sup>

이 판결에서 논의되었던 사안도 *Carlson v. Green* 판결<sup>46)</sup>에서 다루었던 사안들과 매우 유사한 측면이 있다. 다만 *Green* 판결은 유죄가 확정되어 수용되어 있는 재소자가 제기한 소송이고 *Abbasi* 판결의 경우는 아직 범죄혐의가 확정되어 유죄의 판결을 받은 사람이 아닌 범죄 혐의자가 구금되어 있었던 것이라는 신분상 차이가 있다고 할 것이다. 무죄추정의 원칙에 의하면 이미 유죄로 확정된 재소자보다는 범죄의 혐의만 있는 사람들의 인권이 더욱 보호되어야 마땅함에도 불구하고 국가안전보장(national security)과 관련된 사안이라는 이유로 비벤스 청구(Bivens Claim)를 부정하였다고 할 것이다. *Abbasi* 판결은 비벤스 청구(Bivens Claim)가 처음으로 인정되었던 연방수정헌법 제4조를 제외한 다른 기본권 조항에 근거해서는 거의 인정되기 어렵다는 것을 보여준 판결이라고 평가되기도 한다.<sup>47)</sup>

*Abbasi* 판결은 비벤스 청구(Bivens Claim)를 인정하기 위해서는 제기된 사안이 새로운 비벤스 사안(a new Bivens context)에 해당하는가라는 문제와 연방법원의 판결을 방해하지 않는 특별한 요소(“special factors counselling hesitation”)를 가지고 있는가를 심사해야 한다는 것을 명확히 했다고 할 것이다.<sup>48)</sup>

#### 4) *Hernández v. Mesa* 판결<sup>49)</sup>

이 사건의 원고 *Hernández*는 사건 발생 당시 멕시코 국적의 15세였던 소년 *Sergio Adrián Hernández Güereca*의 부모인데 소년 *Sergio Hernández*는 미국과 멕시코 국경에서 친구들과 놀이를 하던 중에 미국 국경경비대원 *Jesus Mesa*.

45) Constitutional Remedies - Bivens Actions - *Ziglar v. Abbasi*, 131 Harv. L. Rev. 313, 313 (2017).

46) 446 U.S. 14 (1980).

47) Katherine Mims Crocker, Qualified Immunity and Constitutional Structure, 117 Mich. L. Rev. 1405, 1426-1427 (2019).

48) Nicole B. Godfrey, Holding Federal Prison Officials Accountable: The Case for Recognizing a Damages Remedy for Federal Prisoners' Free Exercise Claims, 96 Neb. L. Rev. 924, 938-39 (2018).

49) 140 S. Ct. 735 (2020).

Jr.가 발사한 총알에 의해 멕시코 영토 내에서 사망하였다. 연방공무원인 경비대원 Mesa의 행위에 대하여 미국 법무부(the Department of Justice)에서 광범위한 조사를 진행하였지만 어떤 위반사항도 발견되지 않아서 경비대원 Mesa에 대한 어떤 형사소추도 진행되지 않았고 공식적 징계 처분도 받지 않았다.<sup>50)</sup> 이에 망자 소년의 부모인 Hernández는 연방제1심법원(the United States District Court for the Western District of Texas)에 경비대원 Mesa와 미국 연방정부를 공동 피고로 손해배상소송을 제기하였다. 손해배상소송의 근거는 연방불법행위청구법(FTCA), 비벤스 청구(Bivens Claim) 등이었다.

연방제1심법원(the United States District Court for the Western District of Texas)은 Hernández가 멕시코 국적을 가진 소년으로 실제로 Mesa가 발사한 총알에 의해 사망할 당시에 멕시코 영토 내에 있었으므로 미국과 아무런 자발적 관련성(voluntary connection to the U.S.)이 없기 때문에 미국 연방수정헌법 제4조 혹은 제5조의 보호를 주장할 수 없다고 판시하였다.<sup>51)</sup> 이에 Hernández가 항소하였지만 연방제5항소법원(the Fifth Circuit)은 연방제1심법원의 연방수정헌법 제4조 위반에 대한 각하판결을 인용하였다. 하지만 연방공무원 Mesa에 대한 연방수정헌법 제5조 위반사항에 대한 각하판결을 허용할 수 없고 본안에서 다투어야 한다고 판결하였다.<sup>52)</sup> 그 후 연방제5항소법원(the Fifth Circuit)은 전원합의체에 의한 재심사를 거쳐 Hernández가 멕시코인으로 외국인이기 때문에 연방수정헌법 제4조의 보호를 받지 못하고 연방공무원 Mesa는 연방수정헌법 제5조 위반혐의에 대해서는 조건부 면책(qualified immunity)을 받는다고 판시하여 연방제1심법원의 판결을 인용하였다.<sup>53)</sup>

이러한 연방항소법원의 판결에 대하여 연방대법원은 파기·환송하는 판결을 하였다.<sup>54)</sup> 이 사건을 흔히들 Hernández I 이라고 부르기도 한다.<sup>55)</sup> 이 판결에서 연방대법원은 연방항소법원이 연방공무원 Mesa에 대해서 조건부 면책(qualified immunity)을 인정한 것은 충격 사건이 일어났을 때에는 Hernández의 국적이나 미국과의 관련성에 대해 어떠한 정보도 Mesa가 알 수 없는 상태

50) Peyton Jacobsen, Hernández v. Meas: A Case for a More Meaningful Partnership the Inter-American Commission on Human Rights, 45 Seattle U. L. Rev. 923, 926 (2022).

51) Hernández v. United States, 802 F. Supp. 2d 834, 838 (W.D. Tex. 2011).

52) Hernández v. United States, 757 F. 3d 249, 280 (5th Cir. 2014).

53) Hernández v. United States, 785 F. 3d 117, 119 (5th Cir. 2015)(en banc)(per curiam).

54) Hernández v. Mesa, 137 S. Ct. 2003, 2007 (2017)(per curiam).

55) Fatma E. Marcuf, Extraterritorial Rights in Border Enforcement, 77 Wash. & Lee L. Rev. 751, 827-828 (2020).



에 있었으므로 연방공무원의 법적 권한에 의한 정당한 공권력 행사에 해당하지 않기 때문에 잘못된 판단이라고 하였다. 또한 연방수정헌법 제4조 위반에 근거한 비벤스 청구(Bivens claims)에 대하여 우선적으로 판단했어야 했는데 하지 않았다는 것을 이유로 제시하면서 연방항소법원의 판결을 파기·환송하였던 것이다.<sup>56)</sup>

환송심 전원합의체 판결에서 연방제5항소법원의 연방판사 존스(Judge Johns)는 멕시코인 Hernández와 관련된 사건이 미국 내에서 전형적으로 문제되었던 과도한 공권력의 행사와 관련된 사건이 아니고 국경에서 일어난 외국인인을 대상으로 한 총격사건으로 미국 연방헌법의 국외 적용에 관한 사안이라는 점, 국가안전보장에 영향을 미칠 수 있는 잠재성이 있는 점, 국가의 외교정책이라는 민감한 사안에 관련되어 있는 점, 사안 자체가 멕시코인과 관련된 것으로 멕시코 정부와 관련되어 있는 점 등을 근거로 해서 비벤스 구제(Bivens Remedy)를 확대하여 적용할 수 없다고 판결하였다.<sup>57)</sup>

해당 사건은 연방대법원에 다시 상고되었는데 연방대법원은 사건이송명령을 발한 후에 이 사건을 재심리하여 연방제5항소법원의 판결을 인용하고 Hernández의 청구를 결국 기각하는 판결을 하였다.<sup>58)</sup>

연방대법원은 비벤스 구제(Bivens Remedy)를 국경총격에 의해 일어난 손해배상청구에 확대하여 적용할 수 없다고 판시하였는데 5대4로 다수의견과 소수의견이 나누어진 판결로 엘리토 대법관(J. Samuel Alito)이 다수의견을 작성하였고 주요 내용은 연방의회가 헌법 위반으로 인한 불법행위(Constitutional torts)에 책임이 있는 연방공무원에게 손해배상책임을 부과할지 여부를 결정할 수 있는 가장 합당한 위치에 있으므로 비벤스 청구(Bivens claim)을 확대하는 것 자체가 선호되지 않는 사법활동에 해당한다고 판단하였다.<sup>59)</sup> Hernández 사건 자체가 비벤스 청구(Bivens claim)에서 전형적으로 문제되었던 과도한 공권력 행사와는 완전히 다른 국경에서의 총격 사건이라는 새로운 사안(a new context)에 적용할 것인가라는 특별한 요소들에 대한 심사를 필요하게 한다는 것이다.<sup>60)</sup> 특별한 요소들(special factors)에는 해당 사건이 외교관계에 관한 사안이라는 점, 불법입국과 밀수를 막아야 하는 책무가 있는 국경경비대원에 관한 것

56) 정하명, 미국 연방대법원의 연방공무원 손해배상책임에 관한 최근 판결례, 행정판례연구 X X V -2, 한국행정판례연구회 2020, 324면 참조.

57) Hernández v. Mesa, 885 F. 3d 811, 821 (5th Cir, 2018)(en banc).

58) Hernández v. Mesa, 140 S. Ct. 735 (2020).

59) Ibid 742.

60) Ibid 744.

으로 국가안보와 관련되어 있는 점 등이 있고, 이러한 요소들은 비벤스 구제(Bivens Remedy)의 확대적용을 반대한다는 것이다.<sup>61)</sup>

결과적으로 삼권분립의 원칙에 따라 연방법원은 외교정책이나 국가안보 문제를 다루기에는 적합하지 않으므로 비벤스 청구를 해당 사안에 적용할 수 없다는 제5항소법원의 판결을 인용한다고 하였다.<sup>62)</sup>

반대의견(dissenting opinion)은 긴스버그 대법관(Justice Ginsburg)에 의하여 작성되었고 브레이어 대법관(Justice Breyer), 소토마이어 대법관(Justice Sotomayor), 케이건 대법관(Justice Kagan) 등 진보적 성향의 대법관들이 함께 했다. 긴스버그 대법관(Justice Ginsburg)에 의하면 Hernández 사건 자체가 비벤스 판결의 상황과 유사한 측면이 매우 많다는 것이었다. 비벤스 판결의 목적이 연방공무원의 불법행위를 억제하자는 것이었으므로 충격이 발생할 당시에 피해자인 Hernández가 어디에 있었느냐가 중요한 것이 아니라 불법행위자인 연방공무원 Mesa가 미국 영토 내에 있었다는 사실이 중요하다는 것이다. 피해자인 Hernández와 그와 유사한 피해를 입을 장래의 피해자 입장에서 보면 불법행위자인 연방공무원 Mesa이 형사처벌을 받는다거나 징계의 대상이 되는 경우도 드물어서 비벤스 구제(Bevens remedy)를 받느냐 마느냐의 문제는 전부 혹은 전무의 상태에 처하게 된다고 하였다.<sup>63)</sup>

Hernández 사건은 연방공무원이 연방헌법상 보장된 기본권조항을 위반한 불법행위로 손해를 입힌 경우에 피해자가 헌법적 권리(Constitutional Rights)를 침해받았다는 것을 근거로 가해자인 연방공무원 개인을 피고로 연방법원에 손해배상소송을 청구할 수 있는 이른바 비벤스 청구(the Bivens claim)를 국경충격사건에 의해 외국인이 사망한 사안에도 적용할 수 있는가를 다루었던 것으로 보수적인 연방대법원 대법관들에 의해서 부정적 판결이 났다는 것이다.<sup>64)</sup>

#### IV. 맺으며

연방대법원의 Egbert v. Boule 판결<sup>65)</sup>은 연방공무원이 고의로 헌법조항을

61) 정하명, 미국 연방대법원의 연방공무원 손해배상책임에 관한 최근 판결례, 행정판례연구 XXV-2, 한국행정판례연구회 2020, 327면 참조.

62) Hernández v. Mesa, 140 S. Ct. 750 (2020).

63) Ibid 760.

64) 정하명, 미국 연방대법원의 연방공무원 손해배상책임에 관한 최근 판결례, 행정판례연구 XXV-2, 한국행정판례연구회 2020, 329면 참조.

위반한 것에 근거하여 연방공무원 개인에게 금전적 손해배상책임을 묻는 비벤스 소송(Bivens action)과 관련하여 비교적 최근에 결정된 판결로서 연방대법원 판사들의 보수화 경향을 잘 나타내고 있다고 할 것이다.

미국 국내법적 분석으로는 Egbert v. Boule 판결<sup>65)</sup>에서 토마스 대법관의 다수의견에 로버트 대법원장(Roberts, C. J.), 엘리트 대법관(J. Alito), 캐바나 대법관(J. Kavanaugh), 베렛 대법관(J. Barrett) 등 5인이 찬성하였고, 고어쉬 대법관(J. Gorsuch)이 동조의견을 작성하였다. 소토마이어 대법관(J. Sotomayor)이 반대의견을 작성하였고 여기에 브레이어 대법관(J. Breyer)과 케이건 대법관(J. Kagan) 등 3인이 함께 하여서 다수의견과 소수의견이 6대3으로 갈려졌는데 긴스버그 대법관(Justice Ginsburg)의 사망으로 새롭게 임명된 베렛 대법관(J. Barrett)이 보수적 견해를 피력하여 연방공무원 개인의 손해배상책임을 부정함으로써 앞으로 비벤스 소송(Bivens action)이 연방대법원에서 인정되기는 상당히 어려울 것으로 보인다.

한편, 연방공무원인 에그버트(Egbert)가 국경경비대(CBP) 소속의 대원으로 국경에서 밀입국 단속이라는 국가안보(national security)를 담당하고 있다는 점에서 보면 2020년의 Hernández v. Mesa 판결<sup>67)</sup>과 매우 유사한 측면이 있고 그러한 선례를 매우 충실히 따른 판례라고 평가할 수 있을 것이다. 피해자인 보울(Boule)의 입장에서는 연방불법행위청구법(FTCA)에 의한 손해배상청구가 인정되는 경우에는 연방헌법 위반에 근거한 비벤스청구(Bivens Claim)가 허용되지 않는 것으로 판시되어 불리한 판결이라고 할 것이다.

우리나라 대법원은 “과밀수용을 원인으로 한 국가배상청구 사건”을 판결<sup>68)</sup>하였는데 국가배상책임의 근거를 헌법상 ‘인간으로서의 존엄과 가치’로 제시한 판결이다.<sup>69)</sup>

물론 우리나라 대법원 판례는 불법행위자인 공무원을 직접 피고로 하는 손

65) 596 U.S. \_\_\_\_ (2022).

66) 596 U.S. \_\_\_\_ (2022).

67) 140 S. Ct. 735 (2020).

68) 대법원 2022. 7. 14. 선고 2017다266771 판결.

69) 상계 판례, “국가배상책임에서 공무원의 가해행위는 법령을 위반한 것이어야 하는데, 여기서 법령을 위반하였다 함은 엄격한 의미의 법령 위반뿐 아니라 인권존중, 권력남용금지, 신의성실과 같이 공무원으로서 마땅히 지켜야 할 준칙이나 규범을 지키지 않고 위반한 경우를 포함하여 널리 그 행위가 객관적인 정당성을 결여하고 있음을 뜻한다. 따라서 교정시설 수용행위로 인하여 수용자의 인간으로서의 존엄과 가치가 침해되었다면 그 수용행위는 공무원의 법령을 위반한 가해행위가 될 수 있다.”

해배상 소송이 아닌 ‘과밀수용행위’가 수용자의 ‘인간으로서의 존엄과 가치’를 위반했다는 것을 근거로 국가를 대상하는 국가배상관련 판결에 관한 것이지만 헌법 위반을 근거로 금전적 손해배상청구를 하였다는 점에서는 미국 연방대법원의 비벤스 청구(Bivens Claim)와 매우 유사한 측면이 있다. 미국 연방대법원은 비벤스 청구(Bivens Claim)가 인용되기 위해서는 연방헌법의 구체적 조항의 침해가 주장되어야 한다고 판시하고 있지만 우리나라 대법원은 기본권 보호의 이념 조항이라고 할 수 있는 ‘인간으로서의 존엄과 가치’의 위반을 근거로 국가배상판결을 인정하고 있다는 점에서는 대비를 이룬다고 할 수 있을 것이다. 삼권분립의 원칙 하에서의 입법부와 사법부의 기능과 책임, 입법부와 행정부의 입법재량과 집행재량 등 비벤스 청구(Bivens Claim)에서의 고려사항들은 우리나라 사법부에서 헌법상 기본권 침해를 근거로 하는 국가배상관련 사건을 다룰 때 많은 참고가 되리라고 사료된다.

[참고문헌]

- 박균성, 「행정법강의」, 박영사, 2022
- 정하명, 미국연방공무원개인의 손해배상책임에 관한 최근 판결례, 공법학연구 제 12집 제2호, 한국비교공법학회 2011
- 정하명, 미국 연방대법원의 연방공무원 손해배상책임에 관한 최근 판결례, 행정판례연구 XXV-2, 한국행정판례연구회 2020
- Breyer, Stewart, Sunstein, Vermeule, Herz, Administrative Law and Regulatory Policy(Seventh Edition)(2011), Wolters Kluwer Law & Business.
- Daniel Blair, One Step Away: How Hernandez II Signals the Elimination of Bivens, 64 St. Louis L.J. 711 (2020)
- Fatma E. Marcuf, Extraterritorial Rights in Border Enforcement, 77 Wash. & Lee L. Rev. 751 (2020)
- James E. Pfander, Alexander A. Reinert & Joanna C. Schwartz, The Myth of Personal Liability: Who Pays When Bivens Claims Succeed, 72 Stan. L. Rev. 561 (2020)
- Katherine Mims Crocker, Qualified Immunity and Constitutional Structure, 117 Mich. L. Rev. 1405 (2019)
- Matthew Allen Woodward, Current Public Law and Policy Issues: License to Violate the Constitution: How the Supreme Court's Decision in Hui v. Castaneda Exposes the Dangers of Constitutional Immunity and Revives the Debate over Widespread Constitutional Abuses in our Immigration Detention Facilities, 32 Hamline J. Pub. L. & Pol'y 449 (2011)
- Nicole B. Godfrey, Holding Federal Prison Officials Accountable: The Case for Recognizing a Damages Remedy for Federal Prisoners' Free Exercise Claims, 96 Neb. L. Rev. 924 (2018).
- Peyton Jacobsen, Hernández v. Meas: A Case for a More Meaningful Partnership the Inter-American Commission on Human Rights, 45 Seattle U. L. Rev. 923 (2022)
- 외 다수 미국 연방법원 판례 및 한국 대법원 판례

[Abstract]

The U.S. Court's new approach of Bivens Actions :  
Egbert v. Boule

Jeong, Ha Myoung\*

The U.S. Supreme Court's *Egbert v. Boule* (596 U.S.\_\_(2022)) was a relatively recent decision in relation to the Bivens action seeking monetary damages against an individual federal official on the grounds that the federal official willfully violated a constitutional provision. The decision can be said that it shows the conservative tendency of the U.S. Supreme Court's Justices.

This decision was written by Justice Thomas' majority opinion, in which Chief Justice Roberts, Justice Alito, Justice Kavanaugh, and Justice Barrett joined. And Justice Gorsuch wrote a concurring opinion. Justice Sotomayor wrote the minority opinion, in which Justice Breyer and Justice Kagan joined together. The majority opinion and the minority opinion were divided 6 to 3. With the death of Justice Ginsburg, Justice Barrett, who was newly appointed, expressed conservative views relating to Bivens action. It is equivalent to *Hernández v. Mesa* (140 S. Ct. 735 (2020)) in which *Egbert* and *Mesa*, a federal official, were in charge of national security at the borders as a member of the Border Patrol (CBP). *Egbert v. Boule* would be evaluated as a decision that follows such a precedent very faithfully.

The U.S. Supreme Court has ruled that the violation of specific provisions of the Federal Constitution must be asserted in order to win Bivens Claim, but the Supreme Court of Korea cited the violation of "dignity and value as a human being", which can be called the ideological clause of the protection of basic rights as a basis of its state compensation judgment(Korean Supreme Court 2022. 7. 4. 2027DA266771 Decision). The functions and responsibilities of the legislature and the judiciary under the principle of separation of powers, the legislative and executive discretion, and other matters to be considered

---

\* Professor, Kyungpook National University Law School

in the Bivens Claim would be good references related to state compensation litigation based on the violation of constitutional fundamental rights in the Korean judiciary.

Keywords : Bivens Claim, Public Officer, Constitutional Damages, Monetary Damages, Separation of Powers

