

〈서 평〉

Ronald Dworkin

*Freedom's Law: The Moral
Reading of the American
Constitution*

Harvard University Press(1996)

安 京 煥*

정치이론과 법이론은 상호 ‘분리’(separated)되는 것이 아니라 단지 ‘구별’(distinguished)될 수 있을 뿐이라는 것은 Blackstone, Austin, Hart 등의 영국의 대가나 Holmes, Fuller 등 미국의 거성들의 저술에서 되풀이해서 확인할 수 있다. 그러나 이 시대의 영미 법률가중에 드워킨처럼 이러한 사실을 명확하게 확인시켜 주는 이론가는 드물다.¹⁾ 다시 말하자면 드워킨처럼 자신의 법사상을 ‘정치적 원리’에 대한 법의 관계와 함께 세부적 특정 이슈에 적용되는 ‘법의 총체적 관점’에 대해 체계적인 분석을 시도한 학자는 드물다.

드워킨이 자신의 법이론을 논증하기 위해 즐겨 사용하는 자료도 다른 법철학자들과 달리 주로 미국연방대법원의 헌법판결이다. 그의 이론이 적어도 수평적으로 영향력을 확대할 수 있는 가장 큰 이유도 미국 연방대법원의 위력과 유명세에 힘입었다고 할 수 있다.

연전에 선을 보인 “자유의 법”은 “도덕적 헌법 읽기”로 부제를 단 에세이형 (논문)의 모음집이다. “도덕적 읽기”를 구성하는 2대 논의는 ‘정치적 도덕성’(political morality)과 미국의 사법제도(특히 연방대법원)이다. 전자는 입법 및 사법행위를 포괄하는 헌정의 지도원리가 된다. 헌법의 “도덕적 읽기”란 헌법(권리장전을 포함한)은 이러한 정치적 도덕성을 구현하는 방법으로 헌법을 해석해야 한다는 주장이다.

제1장 ‘생명, 죽음, 인종’에서는 낙태, 안락사와 적극적 불평등 해소정책의 문제를,

* 서울대학교 법과대학 교수

1) Ian Harris, “Professor Dworkin, the American Constitution and A Third Way,” *Cambridge Law Journal* 57-1, July 1998, pp. 284-300.

제2장, ‘언론, 양심, 그리고 성’에서는 언론기관의 자유, 음란물, 학원의 자유 등의 문제를, 제3장 판사에서는 1987년 Reagan대통령에 의해 연방대법원 판사 후보로 지명되었다가 상원의 인준에 실패한 Robert Bork의 사례가 가지는 사회적 함의와 Thurgood Marshall의 자리를 승계한 Clarence Thomas의 인준과정에 관한 논의, 그리고 저자 자신이 clerk으로 봉사한 바 있는 ‘위대한 (하급심) 판사’ Learned Hand의 전기(Gerald Gunthor 저)에 대한 서평이 담겨있다. 제2장에서 음란물에 대한 규제가 여성의 (정치적) 평등의 실현을 위해 필수적이라는 법여성학자 Catherine MacKinnon의 주장에 대한 반론은 주목을 끈다.

드워킨이 자유주의의 법(정치)원리의 신봉자임은 너무나 잘 알려져 있다. 그에 의하면 헌법은 자유주의의 원리의 구체화이자 실현의 도구이고 대법원의 헌법해석은 자유주의의 원리의 실현을 위한 작업이다. 이러한 입장은 “원전주의”(original intent)자에 대한 비판과, 상대주의자, 포스트 모더니스트 등등의 “반진리파 군단(anti-truth squads)”(p. 246)에 대한 경멸에 가까운 무시로 나타난다.

이러한 원칙을 수정 제1조에 적용하면 동조가 규정한 ‘금지’는 국가가 검열제를 실시하거나 개인의 언론, 출판행위를 규제하는 것은 악이라는 ‘도덕적 원칙’을 천명하는 것이 된다. 다시 말하자면 수정 제1조는 이러한 도덕적 원칙이 미국법 속에 내재(incorporate)되어 있다는 전제 아래 이러한 원칙에 입각하여 권리장전이 음란물 기타 불명한 ‘언론행위’에 적용될 수 있을 것인가를 논의할 수 있다고 한다.(p. 2) 이러한 원칙은 일반적이고도 추상적인 문구로 나타나 있으므로 원칙 그 자체가 “불명료하고도 논쟁의 소지가 크다”(uncertain and controversial). 따라서 구체적인 사안에 이 원칙을 적용하는 작업의 전과정을 통해 이러한 원칙에 대한 섬세한 배려가 주어져야 하며, 이러한 배려는 헌법을 살아 움직이는 문서로 만들기 위한 대법원판사의 지적, 도덕적 성찰이라는 것이 숨은 주장이다.

‘자유’, ‘평등’, ‘공동체’(liberty, equality, community)라는, 헌법학에서 어느 정도 합의된 논제에 대한 드워킨의 종합적 결론은 이전의 Tanner강의에서 제시한 바 있는 ‘자유로운 평등’(liberal equality)이다.²⁾ 자유와 평등은 결코 대립되는 이념이 아니고 조화되는 이념임을 강조하는 그는³⁾ 본인의 줄기찬 부정에도 불구하고 자유를 主, 평등을 從의 이념으로 인식한다. 그렇다면 드워킨 철학의 핵심인 ‘자유로운 평등’과 도덕적 읽기”는 어떤 상관관계가 있는가? “권리장전에 규정된 원칙은 미국이 총체적으로 아래와 같은 정치적, 법적 이상을 추구함을 선언한다. 즉 국가는 모든

2) 이 원리는 ‘평등’(modest egalitarianism), ‘자유’(individual rights to liberty as “trumps”), ‘관용’(toleration)을 포용하는 개념으로 제시한 바 있다. “Foundation of Liberal Equality” (1990) 11 *Tanner Lectures on Human Values*, pp. 1-119.

3) R. Dworkin, “Do Liberty and Equality Conflict?” in Paul Barker, ed., *Living As Equals*, Oxford University Press (1996), pp. 39-61.

국민이 평등한 도덕적, 정치적 지위를 누리고 있음을 인지하고 취급할 것이며, 선의로 동일한 배려를 할 의무를 지며, 이러한 목적을 달성하기 위해서는 언론의 자유를 포함한 필수불가결의 권리를 보장한다(pp. 7-8)라는 것이 주장의 핵심이다. 흔히 민주주의라는 공동체를 달성하는 수단으로 실체와 절차, 양자중에 어디에 비중을 두느냐에 따라 기본적 구상이 달라진다면 John H. Ely⁴⁾와 Jürgen Habermas⁵⁾는 절차에, Alexander Bickel⁶⁾과 Dworkin은 실체에 비중을 둔다고 할 수 있다.

“도덕적 헌법 읽기”는 몇 가지 의문점을 남긴다. 첫째, 과연 “도덕적 읽기”가 헌법집서 전반을 수용하는 포괄적인 이론의 틀로서 가능한가? 이를테면 예를 들어 수정 제 1조의 “금지”가 곧바로 개인의 권리를 창출하는 뜻으로 해석할 수 있는가? 드워킨의 입장은 민주주의의 헌법적 의미는 일부 본질적 기본권은 어떠한 다수주의적 “민주적인 절차”에 의해서도 개정할 수 없는 일종의 “제도적 보장”(institutional entrenchment)이라는 것이다.(pp. 18-19) 이 주장을 논증하려면 단순히 국가에게 금지된 것이 아니라, 개인에게 적극적인 권리(positive liberty)가 존재함을 논증해야 할 것이다, 이 점에 대해서는 치밀한 이론적 전개가 없다는 아쉬움이 남는다.

둘째, ‘공동체’의 개념에 혼선을 빚고 있다. 헌법의 제정자인 “우리들 (미합중국) 국민” (We the People)이 구체적으로 무엇을 의미하는지 규명하려는 시도가 인색하다. Akhil Reed Amar⁷⁾나 Richard Parker⁸⁾의 급진적 민중헌법사관에 입각하면 그것은 개개 국민의 산술적 합산과는 다른 추상적인 의미의 국민의 집적체일 따름이다. 드워킨은 “국민에 의해”(by the people) 내려진 집합적 결정(collective action)을 ‘읽는’ 방법으로 ‘통계적’(statistical) 결정과 ‘공동체적’(communal) 결정의 두 가지를 제시한다.(pp. 19-20) 전자는 ‘시장가격’(market price)과 같이 ‘사실상의 주체’를 특정하지 않는 방법이고 (따라서 통계적인 합산 개념이다), 후자는 개별국민의 집적체와는 다른, 국민이라는 별개의 추상적인 개념이다. 후자는 민중헌법학자들의 국민과 어떻게 다른지도 분명치 않다.

드워킨의 노력에도 불구하고 헌법제정자인 “우리들 국민”의 구체적 의미를 규명하고 적극적 정치적 자유와 자유주의적 개인주의를 결합하는 지적 작업은 새로운 것이 아니며 드워킨의 작업으로 완성된 것도 아니다.⁹⁾

4) *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (1980)

5) Faktizität und Geltung(1992); *Between Facts and Norms*, MIT Press (1996)

6) *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press (1962)

7) “The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V,” 94 *Columbia Law Review* (1994), pp. 457-508.

8) *Here The People Rule*, Harvard University Press (1994)

9) Frank Michelman, “Democracy and Positive Liberty-Book Reviews of Political Discourses by Dworkin and Habermas,” 21 *Boston Review* 5 (1999)