

〈특집: 민주주의와 법치주의〉

## 민주주의와 법치주의의 관계에 대한 한 시론 : 미국의 노예제 폐지의 헌정사를 중심으로\*

鄭泰旭\*\*

### 요약

이 글은 민주주의와 법치주의의 상호 규범적 관계에 대한 한 시론이다. 그 기본관점은 현대 정치철학에서의 자유주의(liberalism)에 기초를 두고 있으며, 그 역사적 전거는 미국 노예제 폐지의 헌정사에 기대고 있다. 이 글은 자유주의의 특징을 첫째, 교정가능성, 둘째, 최소수혜자에 대한 고려, 셋째, 방어적 교정에서 찾았다. 그에 따라 민주주의와 법치주의의 상호 규범적 관계를 첫째, 민주주의와 법치주의는 상호 교정과정에 긍정적으로 기여할 수 있어야 한다, 둘째, 법치주의는 민주적 정치과정에서 소홀히 될 수 있는 사회적 약자들의 자유와 존엄을 보호하는 차원에서 민주주의에 대한 교정적 역할을 할 수 있어야 하고, 민주주의는 그 대표성의 흠결로 나타날 수 있는 사법부의 한계를 보완하는 차원에서 법치주의에 대한 교정적 역할을 할 수 있어야 한다, 셋째, 민주주의와 법치주의는 상호 교정과정에서 방어적 교정의 원칙, 즉 민주적 힘의 행사 및 법적 강제력의 행사에서 공히 ‘힘의 절제’라는 자유주의적 원칙을 견지할 필요가 있다는 것으로 정리해 보았다. 그리고 미국 노예제 폐지의 헌정사를 그러한 관점에서 살펴보았다. 첫째, 노예제 폐지의 헌정사는 전체적으로 법치주의적 흠결을 민주주의적으로 교정해 가는 과정이었으며, 남북전쟁 직전의 드레드 스콧 판결은 민주주의적 교정과정에 역행한 실패한 법치주의의 전형적인 예라고 보았고, 노예제 폐지와 남북전쟁에서 링컨의 신중한 원칙론은 방어적 교정의 성공적 사례로 파악하였다.

주제어: 민주주의, 법치주의, 자유주의, 교정가능성, 사회적 약자, 방어적 교정

\* 이 논문은 2008년 5월 30일 서울대학교 법학연구소가 개최한 학술대회 “민주주의와 법치주의”에서 발표된 논문을 수정·보완한 것이다. 토론을 맡아준 한양대학교 법과대학 임미원 교수께 감사드린다.

\*\* 인하대학교 법과대학 교수.

## I. 머리말

민주주의와 법치주의의 관계는 매우 중요하면서도 복합적인 문제라고 할 것이다.<sup>1)</sup> 이 글은 그 가운데 자유주의(liberalism)적 관점에서 민주주의와 법치주의의 규범적 관계를 살펴보고자 하는 것이다. 민주주의와 법치주의는 각각 시원적인 가치성을 띠며, 동시에 밀접한 관계를 맺고 있다고 할 것이다. 따라서 그 양자 사이의 어떤 우열관계를 논하기보다, 오히려 양자의 내재적 관계를 살펴보는 것이 보다 생산적인 작업이 아닌가 한다. 그 관계를 논함에 있어도, 입장에 따라, 어느 한 쪽의 관점에서 다른 개념을 설명해 낼 수 있을 것이다. 하지만 이는 자칫 일방의 관점에 의한 순환논법으로 흐를 수 있을 것이라고 생각되어, 여기서는 제3의 관점, 즉 자유주의의 관점을 매개로 하여 민주주의와 법치주의의 관계를 생각해 보고자 한다.

그러나 이 글은 그에 대한 어떤 완결된 이론을 목표로 하는 것은 아니고, 다만 현대 정치철학에서 논의되는 바의 자유주의를 전제로 하고 또 미국의 노예제 폐지의 역사를 염두에 두면서 하나의 시론을 전개해 보고자 하는 것이다. 노예제를 소재로 택한 까닭은 그것이 미국 헌정사의 근본문제였으며, 노예제 폐지의 전개과정은 민주주의와 법치주의의 과제와 그 상호관계를 생각해 보는 데에 적격이라고 생각하였기 때문이다. 그러나 자유주의의 개념도 단순하지는 않고, 미국 노예제 폐지의 역사에 대한 관점도 단일하지는 않으므로 그에 관한 설명이 선행될 필요가 있을 것이다.

먼저 자유주의의 개념에 대한 것이다. 오늘날 자유주의는 보통 개인의 존엄과 자유, 국가권력의 제한 그리고 개인의 자율성과 시장원리 및 소유권 보장 등의 내용으로 이해되는데, 이 글에서는 그러한 내용들에 앞서 인간의 오류가능성과 교정가능성이라는 인식론적 차원에서 출발하고자 한다.<sup>2)</sup> 자유주의의 이러한 개

1) 포괄적인 차원에서 법치주의의 개념에 대하여는 김도균, “근대 법치주의의 사상적 기초”, 김도균·최병조·최종고, **법치주의의 기초: 역사와 이념**(서울대학교출판부, 2006), 1-123쪽 참조. 민주주의의 개념에 대하여는 데이비드 헬드, **민주주의의 모델**(이정식 역, 제5판, 인간사랑, 1993)을 참조. 소위 헌정주의와 민주주의의 대립의 문제에 대하여는 김영민 외 7인, **21세기 헌정주의와 민주주의**(인간사랑, 1997)을 참조.

2) 이에 관해 필자는 반증가능성 원리에 기초한 포퍼의 합리주의에 따르고 있다. 포퍼의 이론에 대하여는 대표적으로 K. R. 포퍼, **추측과 논박**(제1권 및 제2권)(이한구 역, 민

방적 특성은 비자유주의의 주요한 형태, 예컨대 공산주의, 중세 가톨릭 또는 조선의 성리학 체제의 폐쇄적 성격과 비교하여 잘 이해될 수 있을 것으로 본다. 물론 어떤 체제든지 그 오류가능성이 상존한다는 사실에는 변함이 없지만, 오류가능성에 대한 고백 내지 자기인식을 체제의 기본원리로 삼는 것은 자유주의만의 특징이 아닌가 생각한다.<sup>3)</sup>

자유주의는 이처럼 정당가능성보다 오류가능성에서 출발하기 때문에 가치의 실현에 있어서도 적극적인 차원보다 소극적인 차원에서 접근하게 된다. 즉 자유주의의 기본 가치인 개인의 존엄과 자유를 추구함에 있어서도, 그 최대치를 높이려고 하기보다 그 훼손을 최소화하는 데에 주안점을 두게 되는 것이다. 달리 말하면 자유와 존엄이라는 가치의 적극적인 실현보다 억압과 차별이라는 반가치의 회피에 중점을 두는 것이다. 그리하여 자유주의 헌정질서의 목적은 개인들의 자유와 존엄의 총합의 증진이 아니라 각 개인들의 자유와 존엄의 공존에 있다고 할 수 있으며, 이는 결국 그 사회에서 억압과 차별에 취약한 이들이 겪을 곤란을 우선적으로 고려하게 됨을 뜻하는 것이라고 할 수 있을 것이다.<sup>4)</sup>

이 글에서 말하는 민주주의와 법치주의도 결국 위와 같은 자유주의적 관점에서 해석된다. 민주주의를 보통 국민들의 자율적 통치 혹은 다수의 지배로 표현하는데, 그것이 국민주권의 무오류성을 전제로 하거나 혹은 다수지배의 절대성을 뜻한다면, 이는 자유주의적 민주주의라고 말하기 어렵다고 생각한다. 즉 국

---

음사, 2001) 참조.

- 3) 오류가능성과 교정가능성에 기한 정치과정은 개인적 차원에서 시행착오의 자유와 공론장의 형성 그리고 국가권력의 절제를 요구하게 될 것이다. 아울러 정치와 경제와의 관련성에 대하여 첨언하면, 하이에크는 시장을 정치과정으로부터 자율적인 지식 발견의 과정으로 얘기하였지만, 필자는 오히려 시장을 인간 사회 전체의 오류의 교정과정인 정치과정의 한 부분으로 이해하고 싶다. 하이에크의 사상에 대한 간명한 설명으로는 이근식, **자유주의의 사회경제사상**(한길사, 1999), 제5장 ‘하이에크의 진화론적 자유주의’ 참조.
- 4) 이는 현대 자유주의 정치철학자인 롤즈 및 슈클라의 사상에서 잘 드러난다. 롤즈의 정의의 원리는(단지 사회경제적 평등에 관한 제2의 원리만이 아니라) 전체적으로 최소 수혜자의 입장에서 구성된 것이라고 할 수 있고, 슈클라의 ‘공포로부터의 자유주의’ 역시 사회적으로 가장 취약한 이들의 입장에서 자유를 논한 것이라고 할 수 있다. 롤즈의 정의론에 대하여는 J. 롤즈, **정의론**(황경식 역, 이학사, 2003) 참조. 슈클라의 자유주의에 대하여는 줄고, “주디스 슈클라의 자유주의에 대한 연구”, **법철학 연구**, 제7권 제1호(2004년), 65-98쪽 참조.

민주권 또한 오류가능성에서 자유로울 수 없고, 따라서 그것은 국민들 개개인의 참여의 자유와 본질적 평등<sup>5)</sup>에 기초한 지속적인 교정과정으로 이해되어야 한다고 보는 것이다. 또한 다수지배의 원리도, ‘다수의 지배’를 절대화하는 차원이 아니라, ‘소수에 의한 다수의 지배를 방지’한다는 차원에서 이해되어야 할 것으로 본다. 마찬가지로 법치주의도(그것이 형식적 차원을 넘어 어떤 실질적인 가치로서의 정의와 평화를 추구하는 것이라고 할 때) ‘최대 다수의 최대의 이익’이라는 적극적 차원이 아니라 ‘최대 다수의 최대 공포로부터의 해방’이라는 소극적 차원에서 이해되어야 할 것으로 생각한다.<sup>6)</sup>

이러한 자유주의의 소극적 성격은 곧 인식론적 절제와 실천적 신중성을 의미한다고 할 때, 자유주의는 유토피아 사상과 친하기 어렵다.<sup>7)</sup> 즉 자유주의적 교정과정은 어떤 유토피아적 성취를 목표로 하는 것이 아니라, 단지 현재의 문제를 해결하고 현재의 부정의를 시정하는 지속적인 과정으로 이해되어야 할 것이다. 그러기에 자유주의는 폭력적으로 사회적 이상을 추구하는 것에 반대하게 되며, 폭력이 정당화될 경우는 오직 다른 폭력에 대한 방어를 위해 불가피한 경우로만 한정하게 될 것이다.<sup>8)</sup> 자유주의에서 어떤 공동체적 성취가 있다면, 그것은 그 자체를 자유주의가 추구하였다기보다는 단지 ‘억압과 차별’로부터의 해방의 과정에서 얻어지는 산물일 경우가 많을 것이다.

다음으로 미국 노예제 폐지의 역사, 특히 그 정점의 사건이었던 미국 남북전쟁에 대한 해석에 관해서이다. 남북전쟁에 대하여는 역사학계에 다양한 견해들

5) ‘본질적 평등’의 개념은 R. 달의 입장을 따르고자 한다. 달의 민주주의론에 대하여는 R. 달, **민주주의**(김왕식 외 3인 역, 제5판, 동명사, 2005) 및 R. 달, **민주주의와 그 비판자들**(조기제 역, 문학과 지성사, 1996) 참조.

6) 이러한 자유주의적 법치주의의 특징은 ‘의심스러울 때는 사회적 약자의 자유를 우선으로’라고 표현될 수 있을 것이다. 이에 대한 논의로는 줄고, “김명호 교수 사건의 고법판결과 법치주의”, **법철학연구**, 제10권 제1호(2007), 149-194쪽 참조.

7) 만약에 자유주의에서 유토피아가 의미가 있으려면, 이는 칸트적 의미에서 현실에 대한 규제적 이념(regulative Idee)으로 이해되어야 할 것이다. 그러나 자유주의가 어떤 이상을 추구하는 바가 없는 단순히 실용적인 이데올로기에 불과하다고 오해되어서는 안될 것이다. 롤즈의 용어를 원용하자면, 자유주의는 목적에 대한 원칙의 우선성(the priority of the right to the good)을 지키고자 하는 것이며, 따라서 어떻게 보면 결과 고려적인 실용성보다 원칙적 의무를 더욱 강조한다는 점에서 오히려 이상주의에 가깝다고 말할 수도 있을 것이다.

8) 포퍼 또한 이점을 분명하게 밝히고 있다. 포퍼, 앞의 책(**추측과 논박 2**), 219쪽.

이 존재한다.)<sup>9)</sup> 그 대표적인 견해는 남북전쟁을 근대 국민국가(a modern nation-state) 창출의 과정으로 이해하는 입장이다. 이에 따르면 남북전쟁은 미국이 근대적인 국민국가, 즉 통합적이고 산업사회적인 국가로 발전하는 과정에서 불가피하게 발생한 충돌이었으며, 그 과정에서 노예제는 당연히 폐지되어야 하는 것으로 이해된다.

그러나 그에 대하여는 반론도 적지 않은데, 우선 남부의 시각을 대변하는 입장에서는 남북전쟁은 불필요한 것이었거나 혹은 그릇된 것이었다고 본다. 즉 노예제도는 어차피 사회경제적 여건상 곧 소멸될 것이었는데, 오히려 노예폐지론자들의 호전적 선동에 의하여 불필요한 전쟁을 치렀다고 하며, 나아가 남북전쟁은 남부의 전통적이며 고상한 체제를 물질주의적이고 금권주의적이며 상업주의적인 북부가 식민지화한 것에 불과하다고 해석하기도 한다. 다른 한편 경제사관의 입장에서는 남북전쟁은 노예제와 직접 관련이 없으며 남북의 경제적 갈등의 산물일 뿐이라는 해석을 제시하기도 한다.

하지만, 일반적으로 노예제 문제가 미국 남북전쟁에서 중요한 쟁점이었으며, 노예제 폐지는 미국 헌정사와 민주주의의 역사에서 중대한 분수령이었다는 점은 부인하기 힘들 것으로 본다. 주지하듯이 Bruce Ackerman은 미국 헌정사에서의 세 번의 창조적인 변혁으로 건국 헌법, 남북전쟁 후 재건 헌법, 그리고 뉴-딜 헌법을 들고 있으며,<sup>10)</sup> 더 나아가 George Fletcher는 미국은 두 번의 혁명의 역사를 겪었고 두 번의 헌법을 창출하였는데, 그 하나는 독립혁명과 건국헌법이며, 다른 하나는 남북전쟁과 재건헌법이라고 한다.<sup>11)</sup>

9) 이에 대하여는 W. G. McLoughlin, "Introduction to the Harbinger Edition", Gilbert Hobbes Barnes, *The Antislavery Impulse 1830-1844*(Gloucester, Mass., Peter Smith, 1973), ix-x쪽 및 이주영, **미국사**(증보판, 대한교과서주식회사, 1995), 169쪽 참조.

10) B. Ackerman, *We the People 1: Foundations*(Cambridge, Mass.:Belknap Press of Harvard University Press, 1991) 및 *We the People 2: Transformations*(1998).

11) G. P. Fletcher, *Our Secret Constitution*(Oxford University Press, 2001). 플레처는 남북전쟁 이후의 새로운 헌법을 공동체의 무의식에 잠재해 있는 '숨어있는(secret) 헌법'이라고 하며, 링컨의 게티스버그의 연설을 그 헌법의 전문(前文)과 같은 것이라고 말한다.

## II. 미국 노예제 폐지의 헌정사

미국 노예제 폐지의 헌정사는 미국 근대사 전체와 결부되어 있는 거대하고 종합적인 사안이지만, 여기서는 앞서 언급한 자유주의의 관점에서 다음과 같이 세 차원으로 정리해 보고자 한다.

첫째, 노예제 폐지를 미국 헌정사의 교정과정으로 이해한다. 즉 미국 건국헌법의 결함이었던 노예제를 헌법의 근본정신인 ‘만민평등(We the People)’의 자유주의적 이념으로 치유해 가는 과정으로 이해하는 것이다. 그 가운데 특히 기독교를 중심으로 한 다수 미국인들의 범감정과 정치적 헌신 그리고 공화당이라는 노예제 반대의 강력한 정치적 결함 등을 노예제 폐지의 주요 원동력으로 파악한다. 즉 자유라고 하는 근본적 상위법(higher law)에 기한 민주주의적 운동으로 미국 헌법전의 결함을 치유해 낸 것으로 파악하는 것이다. 물론 노예제 그 자체가 극단적인 차별과 폭력의 제도이듯이 그 과정도 대립과 갈등의 연속이었고 결국 남북전쟁으로까지 이어졌지만, 전체적으로 보아 미국의 헌정사는 미국 헌법의 결함이었던 노예제의 부정의를 교정해 가는 과정이었다고 생각하는 것이다.

둘째는 드레드 스콧 판결에서 나타난 법치주의의 실패에 대한 것이다. 미국 대법원은 노예제에 관한 대립이 점점 고조되는 시점에서 그 이전의 노예제 확산을 저지하였던 연방 법률들을 무효화함으로써 노예제와 남부의 노예주들(slave states)을 전적으로 옹호하는 판결을 내렸다. 그 판결은 Marbury vs. Madison 사건에서 위헌법률에 대한 사법심사권이 확인된 이후 주요한 연방법률에 대해 내려진 최초의 위헌 판결이었는데, 대법원은 그 중요한 위헌심판의 권한을 노예제를 시정하는 것이 아니라 노예제 확장 저지의 법률을 무효화하는 데에 사용한 것이다. 테이니(Taney) 대법원장은 그것이 주(state)의 자치를 의미하는 민주주의 그리고 소유권 보장을 뜻하는 법치주의를 위한 일이라고 보았을 테지만, 자유주의적 관점에서라면, 주의 자치권의 문제를 노예들의 속박과 착취보다 먼저 고려할 수는 없는 것이었다.

셋째는 노예해방에 관련한 링컨 대통령의 원칙론에 관한 것이다. 링컨은 결코 노예해방을 서두르지 않았다. 노예제의 반인륜성 그리고 자유노동 및 인권에 대한 링컨의 신념과 원칙은 확고한 것이었지만, 노예제에 대한 그의 실천적 입장

은 노예 해방이 아니라 노예제 확산에 대한 반대에 기초하였던 것이다. 즉 그는 노예제 자체에 대하여는 근본적으로 반대하였지만, 노예제 폐지를 공세적으로 추구하지는 않았다. 그는 노예제 확산을 가능케 한 법령과 판결에 반대하였고, 노예제 확산을 위한 남북주들의 공세적 요구에 결연히 맞섰을 뿐이다. 결국 남부의 선공으로 남북전쟁이 개시되었을 때, 링컨은 북부의 여론을 결집시킬 수 있었고, 또 북부와 인접해 있는 4개의 노예주(메릴랜드, 델라웨어, 미주리, 켄터키)를 연방 측에 잔류시키는 데에 성공하였다. 그것이 남북전쟁에서의 승리와 노예해방의 성취에서 큰 힘이 되었음은 물론이다.

### 1. 미국 헌법과 노예제

1787년 미국의 건국헌법은 타협의 산물이었다고 얘기되는데, 이는 노예제의 문제에 있어서도 맞는 말이다. 미국 헌법에 노예 혹은 노예제라는 말은 한 단어도 등장하지 않지만, 미 건국헌법은 노예제를 인정한 헌법이었다. 이리하여 미국 헌정사는 자유의 관점에서 볼 때, 기본적으로 결함을 안고 출발하였다고 할 수 있다. 미 건국헌법에서 노예제에 관한 북부와 남부의 타협은 다음과 같은 세 가지 차원으로 표현되었다.<sup>12)</sup>

첫째로, 흑인노예는 연방하원의 구성과 연방세금의 문제에서 백인의 3/5으로 계산되었다. 원래 북부 입장은 연방세의 문제에서 흑인들의 수까지 계산하여 세금을 부담해야 한다는 것이었고, 남부 입장은 하원 의원 수의 할당에 있어 흑인들 수까지 포함한 인구수에 비례하여 정하여야 한다는 것이었다. 그러한 대립이 절충되어 결국 3/5의 타협안이 만들어진 것이다(헌법 제1조 제2절 제3항).

둘째로, 노예무역은 제헌 이후 20년 동안 가능하도록 보장되었다. 즉 연방의회는 1808년까지 노예무역을 금지하는 조치를 취할 수 없다는 것이다(헌법 제1조 제9절 제1항). 나아가 그것은 헌법 개정 불가사유로 명시되었다(헌법 제5조). 이 또한 남부와 북부의 타협의 산물로 생각할 수 있다. 즉 북부는 노예제 자체는 바로 폐지할 수 없다고 하여도 노예무역을 폐지함으로써 점진적으로 노예제 폐지로 나아갈 수 있을 것으로 기대하였고, 남부는 노예제도 자체를 승인받음은 물론이고 향후 20년 동안은 노예무역도 아무런 방해없이 수행할 수 있게 된 것이다.

12) 최웅·김봉중, **미국의 역사**(개정증보판, 소나무, 1997), 100쪽.

셋째로, 도망노예는 원주인에게로 송환되도록 하였다. 이 부분은 명백히 남부 노예제의 기득권을 존중해 주는 규정이라고 할 수 있다(헌법 제4조 제2절 제3항).

이러한 건국헌법이 과연 친노예제 문서인지, 아니면 반노예제 문서인지는 관점에 따라 다르게 해석될 수 있을 것이다. 그에 관련하여 1987년 미 헌법제정 200주년을 기념하여 행한 미 대법관 Thurgood Marshall의 연설을 상기할 필요가 있다.<sup>13)</sup> 써쿰 마샬 대법관의 논지는 명백하였다. 즉 미국 헌법은 원래 근본적으로 인종차별적이었다는 것이다. 그는 미국의 헌법은 남북전쟁 이후 새롭게 거듭났고, 우리가 기념하고 칭송하여야 하는 헌법은 바로 그 새로운 헌법이라고 하였다. 그리고 그러한 변화는 결코 애초의 헌법에서 순조롭게 진행된 발전의 과정이 아니라 과거의 헌법과의 단절이라는 혁명을 뜻하는 것이었다고 한다.

이와 같은 써쿰 마샬 대법관의 연설은 찬반 양론을 불러일으켰다.<sup>14)</sup> 앞서 본 바와 같이 최소한 노예제를 묵인하고 도망노예의 송환의무를 규정한 헌법이 자유와 민주주의의 관점에서 흠이 없다고 말할 수는 없을 것이다. 그러나 그와 같은 헌법적 타협 속에는 노예제를 더 이상 확대하지 않고 점차 축소·폐지하고자 하는 의도도 충분히 읽어낼 수 있는 것이라고 본다. 필자는 미국 건국헌법에 대한 평가는 그것에 흠이 있는지 없는지가 아니라 그것이 교정가능성을 열어두고 있었는지 그렇지 않았는지에 달려있는 문제라고 보는 것이 옳다고 생각한다. 즉 건국헌법에 대한 평가는 어떤 이상적인 차원에서 완벽한 기준에 따를 것이 아니라, 당시 상황에서 노예제를 고착화시키는 차원의 것이었는지 아니면 노예제를 제한하는 차원의 것이었는지에 따라 판단하여야 한다고 보는 것이다.<sup>15)</sup>

<sup>13)</sup> Thurgood Marshall 대법관이 1987년 5월 6일 하와이에서 열린 샌프란시스코 특허 및 상표법학회(Patent and Trademark Law Association)에서 행한 연설, “The Constitution’s Bicentennial: Commemorating the Wrong Document?” *Vanderbilt Law Review* 제40권 1987년 11월(40 Vand. L. Rev. 1337), 1337-1342쪽.

<sup>14)</sup> 미국의 대법관직에 있으면서 미국의 헌법에 대한 자기모멸감의 표출은 온당치 않다는 비판이 있는가 하면, 제헌 기념일에 미국 헌법의 참모습과 대면하고 미국의 헌정사의 치부를 겸허하게 받아들여야 한다는 옹호론도 있었다. 그에 대한 소개와 써쿰 마샬의 명제에 동의하는 결론으로는 Raymond T. Diamond, “No Call to Glory: Thurgood Marshall’s Thesis on the Intent of a Proslavery Constitution”, *Vanderbilt Law Review* 제42권 1989년 1월(42 Vand. L. Rev. 93), 93-131쪽.

<sup>15)</sup> 이러한 헌법해석론이 소위 원본주의(originalism)와 살아있는 헌법(living constitution)론의 대립에서 후자를 취하는 것으로 이해될 필요는 없다. 원본주의, 즉 헌법제정자들의 의도에 충실한 헌법해석방법론에 기초한다고 하더라도 그들의 의도 자체가 타협적인



하여튼 미국 헌법은 그 제정 당시부터 노예제의 문제를 의식하고 있었으며, 따라서 남부주들의 노예에 대한 권한을 부인할 수는 없었지만, 노예제의 확산을 방지하고<sup>16)</sup> 점차로 노예제를 축소해나가려는 교정가능성을 열어 두었다는 점에는 거의 이론의 여지가 없다고 생각한다. 그리고 이후 남북전쟁까지<sup>17)</sup> 미국의 헌정사는 그것을 원래 헌법의 진화(evolution)로 보든 아니면 새로운 헌법적 혁명(revolution)으로 보든, 노예제의 교정을 위한 역사였다고 말할 수 있다고 보는 것이다.

노예제를 둘러싼 헌정사의 논란은 미국 영토가 계속 확장되고, 그리고 남부의 목화산업이 발전함에 따라서 남부인들이 더 많은 노예와 땅을 원하면서 심화되었다. 그에 대하여 미국인들 다수의 여론은 노예제를 남부 쪽에 국한시키면서 연방 전체적인 차원에서는 노예제를 제한하고 고립시키는 것을 찬성하는 쪽에 있었다고 볼 수 있다. 미국의 입법자들은 1787년 헌법제정과 더불어 북서영토법에 합의하여 오하이오 강 이북의 새롭게 편입되는 영토에 대하여는 노예제를

---

라고 할 경우 헌법해석론은 노예제를 고착화하는 폐쇄적 해석과 노예제의 점진적 개선이라는 개방적 해석으로 갈릴 수 있을 것이며, 그 경우 후자에 중점을 두는 해석을 취하는 경우 이를 반드시 헌법제정의 의도에서 벗어나는 것이라고 볼 수 없다고 생각하는 것이다. 즉 교정가능성은 살아있는 헌법론 혹은 비해석주의에서만 가능한 것이 아니라 원본주의 혹은 헌법충실성의 이론에서도 가능할 수 있다고 보는 것이다. 문제는 헌법제정의 근본적 가치가 무엇인지 혹은 헌법에의 충실성을 어떻게 볼 것인지의 문제일 따름이다. 원본주의 논쟁에 대하여는 박성우, “민주주의와 헌정주의의 갈등과 조화: 미국헌법 해석에 있어서 원본주의(Originalism)논쟁의 의미와 역할”, **한국정치학 회보**, 제40집 제3호(2006), 55-78쪽 참조.

16) 노예제 축소를 위한 헌법제정자들의 의도는 같은 시기에 제정된 북서영토법에서 보다 확실히 알 수 있다. 1787년 헌법제정 이전에 미국 연합의회는 북서영토법(Northwest Ordinance)을 제정하면서 노예제에 대하여 중요한 규정을 두었다. 즉 오하이오 강 이북과 5대호 이남의 미국의 새로운 영토에서는 노예제를 금지하도록 한 것이다. 북서영토법은 원래 새로운 영토의 편입의 문제를 기존의 주의 영역을 확장하는 식으로 처리할 것인지 아니면 새로운 주를 만들어서 연방에 편입시킴으로써 해결할 것인지의 문제 때문에 만들어진 것인데, 제퍼슨의 주도하에 주들 사이의 형평을 고려하여 후자의 원칙이 채택된 것이다. 그 북서영토법은 헌법제정 이후 1789년 8월 7일에 연방의회에서 다시 확인되었다. 한국미국사학회 편, **사료로 읽는 미국사**(공리, 2006), 70쪽 이하 참조.

17) 남북전쟁으로 노예해방이 이루어졌지만, 그것이 바로 흑백차별의 철폐와 흑인들의 시민권회복으로 이어진 것은 아니다. 따라서 그 교정의 과정은 이후 적어도 1960년대 흑인민권운동 때까지 계속되는 것이라고 말할 수 있을 것이다. 다만, 이 글에서는 남북전쟁까지의 역사만 다루기로 한다.

금지하도록 하였으며, 이후 1820년 미주리 타협을 통하여 프랑스로부터 새롭게 매입한 루이지애나의 광활한 땅의 경우는, 위도 36도 30분을 기준으로 하여 그 이북은 자유주로 그 이남은 노예주로 정하여(미주리 주는 예외로 노예주로 하면서) 노예제의 복상을 저지하였고,<sup>18)</sup> 노예제 확산이 그 주요한 동기의 하나였던 멕시코 전쟁에서 얻은 새로운 영토에 있어서도 1850년의 타협안에 따라 가장 비중이 큰 캘리포니아는 자유주로의 가입을 승인하고 대신 나머지 주들은 주의 자결권에 맡겨 노예제의 확산을 제한적으로만 용인하였을 따름이다.<sup>19)</sup>

그러나 그러한 노예제 확산의 저지 정책은 1854년 캔자스-네브라스카 법에 의하여 깨지기 시작하였고,<sup>20)</sup> 뒤에서 보게 될 드레드 스콧 판결로 노예제 확산을 금지하는 연방법률이 무효로 선언되면서, 노예제는 전국적으로 확산될 위기에 처하기도 하였다. 그러나 이후 더욱 긴장한 미국인들은 노예제 확산의 저지라는 대의로 단결된 공화당을 창출하였고, 이어서 1860년에 링컨을 대통령에 당선시킴으로써 그 위기를 극복하고 마침내 노예제를 전국적으로 폐지하고 헌법 개정까지 이르렀던 것이다.

그러한 노예제 폐지의 결과는 기본적으로 미국민의 여론의 힘이었다고 할 것이다. 미 의회에서는 남부의 노예주를 지지기반으로 하는 민주당이 강력한 권한을 유지하였으나, 미국민의 전체적 여론은 언제나 노예제 반대론이 우세하였다고 할 수 있다. 이는 경제력과 인구수에서 북부가 남부를 압도하였기 때문이기도 하다. 그에 따라 미국의 입법자들은 비록 노예제 자체를 폐지하지는 못하였지만, 노예제 폐지의 여론을 금할 수는 없었다. 비록 폭주하는 반(反) 노예제 청원에 대하여 의회에서의 논의를 금하는 소위 Gag Rule을 만들기도 하였지만,<sup>21)</sup> 노예제 반대의 언론의 자유와 정치활동의 자유를 박탈할 수는 없었던 것이다.

한편 반 노예제 여론의 주요한 원천은 기독교적 범감정과 도덕물이었다. 물론 남부의 교회들은 노예제 찬성의 입장이었지만 노예제 확산의 논리에서 그들이 주도적 역할을 하였다고 볼 수 없는 반면, 북부의 노예제 폐지의 여론에서는 기

18) 한국미국사학회, 앞의 책, 104쪽 이하 및 이주영, 앞의 책, 96-97쪽 참조.

19) 최웅·김봉중, 앞의 책, 152-157쪽 참조.

20) 한국미국사학회, 앞의 책, 144쪽 이하 참조.

21) 최웅·김봉중, 앞의 책, 145쪽.

독교가 선구적이고 주도적 역할을 하였다는 점에서, 노예제 폐지론에서의 기독교의 역할은 높이 평가될 수 있을 것이다. 이는 특히 1800년대 전반부의 소위 제2차 대각성 운동(the Second Great Awakening)과 결부되어 있다. 미국에서의 기독교의 대각성 운동은 독립 당시에 기독교인의 영성을 강화하는 차원에서 처음 발생한 것이고, 그 때에도 웨이커 교도들을 중심으로 노예폐지론이 대두하기는 하였지만, 그것이 국민적인 차원으로 확대되고 강력한 시민운동으로 퍼진 데에는 제2차 대각성 운동이 큰 역할을 하였다. 제2차 대각성 운동은 단지 개신교도들 내부의 영성 강화를 넘어서 국민적인 차원의 사회개혁과 사회정화 운동으로 확산되어 금주, 여성인권, 노예제 폐지 등의 여론을 이끌었던 것이다.<sup>22)</sup>

특히 1850년 타협 안 중의 하나였던 강화된 탈주노예법(Fugitive Slave Law of 1850)은 많은 이들에게 커다란 분노를 불러 일으켰고, 많은 교회와 사람들이 탈주노예를 돕는 데에 적극 나서게 되었다. 그리고 그 과정에서 해리엇 비처 스투우 부인은 노예제의 반윤리성을 고발하기 위하여 『앵클 톱즈 캐빈』을 썼다. 이 책은 전 국민의 심금을 울리는 것이었으며 노예제의 문제는 이제 단지 정치권의 일이 아니고 모든 개인의 양심의 문제이며 각 개인이 가부간 결단하고 행동하지 않으면 안된다고 하는 내면화 과정을 낳았다고 평가된다. 즉 헌정질서의 변화를 가져올 상위법에 대한 확신이 전 국민적으로 각인되었다고 할 수 있는 것이다.

이러한 열망이 결집되어, 링컨의 대선후보 선출의 진당대회는 마치 부흥회와 같았고, 링컨은 그들을 인도하는 사도와 같았다고 얘기된다. 당시 스프링필드 당 대회를 바라보는 사람들의 내면적 모습은 “신이여 정의가 승리하도록 이끄소서”와 같은 것이었으며, 대회장의 공화당원들은 “우리는 바위처럼 굳건히 일어섰다. 그리고 지옥의 문은 우리에게 대항하여 더 버티지 못할 것이다.”라는 신념에 차있었으며, “인간 본성을 그토록 강력하고 효과적으로 자극하여 대중의 마음을 거의 종교적 광풍과 맞먹을 정도로 들어 올린” 선거전은 그 전에도 그 후에도 없었다고 얘기될 정도였다.<sup>23)</sup>

22) 당시의 노예폐지론과 사회개혁운동에 대하여는 김종길, 19세기 미국의 흑인노예제도 폐지운동에 대한 연구, 부산대학교 대학원 박사학위 논문, 1992 참조. 아울러 기독교와 노예제의 관계에 대하여는 김형인, **두 얼굴을 가진 하나님: 성서로 보는 미국 노예제**(살림, 2003) 참조.

23) 리처드 카워턴, **통합의 리더: 대통령 링컨**(세계와 동북아 평화포럼 역, 북스타, 2007),

링컨을 앞세운 공화당은 복음주의 개신교의 전폭적인 지지를 받았으며, 당은 노예제도 반대와 사회 정화라는 대의명분 아래 복음주의 교회의 윤리적 동력을 유례없이 효과적으로 조직화하는 데에 성공한 것이다. 즉 링컨의 공화당은 제2차 대각성 운동 이후 널리 퍼진 복음주의의 윤리적 동기를 그 민주주의적 동력의 원천으로 삼았던 것이다.<sup>24)25)</sup> 이렇듯 미국 정치권은 노예제의 부정의에 반대하는 시민사회의 여론, 특히 고통받는 노예들을 대변하는 목소리에 귀를 기울였다고 할 수 있는 것이다.

결국 공화당의 링컨이 대통령에 당선되자 남부는 연방으로부터 스스로 분리해 나갔으며, 그들의 선공으로 남북전쟁이 야기되었고, 그 전쟁의 결과 노예제는 공식적으로 폐지되기에 이르렀다. 노예제도의 폐지를 규정한 미국의 수정헌법 제13·14·15조는 남부의 주들이 새롭게 연방에 가입하기 위해서는 필수적으로 승인하지 않으면 안되는 것이 되었다. 요컨대 많은 부침에도 불구하고 미국의 헌정질서는 그 교정가능성의 역량을 발휘하여 건국헌법 당시 타협의 형태로 남아있었던 노예제를 폐지하는 수정헌법을 만들어 내는데 성공하였다고 할 것이다.

187쪽.

24) 위의 책, 195-196쪽.

25) 실제로 공화당은 캔자스-네브라스카 법에 반대하는 이질적이고도 잡다한 정파들이 모인 당인데, 그들을 연결시키고 단결케 한 것은 노예제 확산의 반대 그리고 노예제가 기독교의 신성한 가르침에 위배된다는 종교적 신념이었던 것이다. 최웅·김봉중, 앞의 책, 160쪽. 캔자스-네브라스카 법이 통과된 후 북부는 정치적 혼란에 휩싸였다. 휘그당과 민주당은 격해지는 파벌갈등으로 분열되기 시작했다. 휘그당은 노예제를 지지하는 “목화 휘그당”과 노예제를 반대하는 “양심적 휘그당”으로 분열되었다. 민주당에서도 캔자스-네브라스카 법에 반대하여 탈당하는 이들이 속출했다. 특히 노예제에 반대하는 북부의 민주당원들이 남부의 노예제 지지론자에 의하여 좌우되는 당을 떠나는 것이다. 한편 이민자에 대한 반발로 형성된 노우낫싱(Know-Nothing)당도 노예제 문제로 분열되었다. 그리하여 양심적 휘그당, 독립적인 민주당, 노예제를 반대하는 노우낫싱당이 여러 주에서 연합당, 국민당, 반 캔자스-네브라스카 당 등 저마다의 이름으로 일련의 통합 작업이 이루어졌다. 그러다가 1854년 노예폐지론자의 집회에서 공화당이라는 명칭이 제안되었고, 곧 여러 주의 전당대회에서 그 이름을 쓰기 시작했다. 도리스 퀸스 굿윈, **권력의 조건: 라이벌까지 끌어안은 링컨의 포용 리더십**(이수연 역, 21세기북스, 2007), 181-182쪽.

## 2. 드레드 스콧 판결과 법치주의의 실패

앞서 본대로 노예제의 교정의 역사의 배후에는 노예제 강화의 움직임도 있었으며, 그 옹호자들은 노예제의 강화야말로 헌법의 불완전한 타협을 완전하게 교정하는 것이라고 믿었는지도 모른다. 즉 노예제의 유지가 주의 자치를 옹호하는 민주주의와 헌법상의 권리를 옹호하는 법치주의에 부합하는 것으로 생각할 수 있는 것이다. 그러던 중에 노예제를 강력하게 옹호하는 대법원의 판결이 나왔으니, 그것이 바로 *Dred Scott vs. Sandford* 사건이었다.

1854년 캔자스-네브라스카 법이 통과되어 1820년의 미주리 타협의 노예제 북상저지의 원칙이 깨지면서, 캔자스 주에서는 유혈참사가 발생하고, 정국의 갈등이 통제불능의 상태로 치닫는 와중에 미 연방대법원은 노예제에 관한 중대한 판결을 앞두고 있었다. 한편 프랭클린 피어스의 후임으로 당선된 뷰캐넌 대통령은 노예제 문제를 정치과정에서 해결하려는 노력을 포기한 채 취임식 연설에서 노예제 문제는 대법원이 해결해 줄 것이라는 의견을 밝혔다. 그리고 이틀 후 테이니 대법원은 드레드 스콧 판결을 선고하였다.

드레드 스콧은 그의 주인인 군의관 에머슨을 따라 미주리 주를 포함하여 일리노이와 위스콘신 주 등 여러 주를 전전하였다. 에머슨이 1846년에 사망하자, 스콧은 노예제가 불법화된 지역들에서 살았던 점을 근거로 하여<sup>26)</sup> 자유를 찾기 위한 소송을 제기하였다. 세인트 루이스 군법원은 스콧의 입장을 받아들였다. 하지만 미주리 주 대법원은 그 판결을 파기하여 스콧과 그 처자식을 노예의 상태로 되돌려 놓았다. 스콧 측은 결국 그 사건을 연방 대법원까지 가지고 갔다.<sup>27)</sup>

원래 그 판결은 그렇게 심각한 파장을 불러일으키리라고 예상되지 않았다. 스콧이 흑인노예로서 당사자 능력이 없다는 차원에서 소 각하 판결을 내리고 본안에 대하여는 전혀 얘기할 필요가 없거나<sup>28)</sup>, 아니면 단순히 미주리 주 대법원

<sup>26)</sup> 일리노이는 1787년의 북서영토법에 의하여, 위스콘신은 1820년의 미주리 타협에 의하여 노예제가 금지되어 있었다.

<sup>27)</sup> 사건의 개요에 대하여는 E. M. Maltz, *Dred Scott and the Politics of Slavery*(Kansas; University Press of Kansas, 2007), 60-75쪽.

<sup>28)</sup> James F. Simon, *Lincoln and Chief Justice Taney*(New York, Simon and Schuster, 2006), 106쪽. 커티스 대법관의 전언에 따르면 초기의 대법관들의 회의에서는 그와 같

의 판결을 인용하여 스콧의 노예의 지위를 확인하는 것에 그칠 뿐 미주리 협정 등의 연방법률의 유무효에 대한 판단으로 나아갈 필요가 없었는지도 모른다.<sup>29)</sup> 그러나 대법원장 테이닝은 극단적으로 가버렸다. 테이닝 대법원장은 장문의 판결문에서 흑인은, 노예이든 자유인이든, 모두 시민권자가 아니며, 노예제 확산을 저지하는 연방의 법률은 모두 무효라고 선언하였다.

이 드레드 스콧 판결은 주요한 연방 법률에 대하여 대법원이 위헌결정을 내린 최초의 사례라고 할 수 있다. 당시까지만 해도 소위 미국 대법원의 사법심사 즉 위헌법률심판은 일반적인 현상은 아니었다. 1803년 마샬 대법원 시절 *Marbury vs. Madison* 판결에서 그에 관한 사법심사의 권한이 천명되고 실제로 연방법률의 위헌결정이 내려졌지만, 그 판결은 나라의 정치과정에 적극적으로 관여하여 헌정질서를 변화시키는 중대 결단은 아니었다. 주지하듯이 그 판결은 사법부의 권위를 유지하면서 그 실질은 정치권의 갈등상황에서 대법원이 연루되지 않도록 하는, 즉 정치권의 민주주의적 과정을 그대로 방임하는 판결이었던 것이다. 말하자면 마샬 대법원에서의 위헌법률심사권은 사법소극주의 내지 사법자제의 발현이었다면, 테이닝 대법원에서의 위헌법률심사권은 사법적극주의 그것도 헌정질서의 근본적 변화를 낳는 적극주의였던 것이다. 테이닝 대법원장은 건국 이후 헌정사의 주요 정치적 타협물인 1820년의 미주리 타협 그리고 1850년의 타협까지 모두 부정해 버리고, 1854년의 캔자스-네브라스카 법이 담고 있는 노예제 확산의 가능성을 헌법의 이름으로 강제함으로써, 헌정사의 결정적 쟁점인 노예제의 최종해결을 도모한 것이었다.

그 판결은 드레드 스콧 사건 이전 테이닝 대법원이 처리한 노예관련 판결들 과도 사뭇 대조적이었다. 그 이전의 노예관련 주요 판결로는 1841년의 아미스타드(*Amistad*) 사건 그리고 1842년의 프리그 대 펜실베이니아(*Prigg vs. Pennsylvania*) 사건 등을 들 수 있다.<sup>30)</sup> 그 두 판결은 모두 기존의 헌정질서에 커다란 충격을 주는 것이 아니었을 뿐 아니라, 노예제를 강화하기보다는 현상유지 시키는, 그리고 오히려 부분적으로 수정하는 역할을 하는 판결들이었다.

은 방향으로 의견이 모아졌다고 한다.

<sup>29)</sup> Simon, 위의 책, 117쪽. 실제로 애초에 다수의견을 집필하도록 위임받은 벨슨 대법관은 그와 같은 취지로 초안을 작성하였다.

<sup>30)</sup> 공교롭게도 이 두 판결의 다수의견은 모두 테이닝 대법원장이 아니라 스토리(*Story*) 대법관이 작성하였다.

아미스타드 판결<sup>31)</sup>에서 대법원은 미국이 스페인과 맺은 조약은 합법적인 노예들에 대하여만 적용되는 것이지 불법적으로 납치한 흑인들에게는 적용되지 않는다고 하고 더 나아가 “정의의 영원한 원칙”에 따라서 그 흑인들이 자유인임을 선언하였다. 즉 이 판결은 사실적으로 성행하던 불법적인 노예무역을 무효화함으로써 노예제를 축소하는 데에 기여한 것이다.

프릭 판결에서<sup>32)</sup> 연방 대법원은 탈주노예송환은 헌법의 규정이며, 따라서 그것을 주의 법률이 제한할 수는 없다는 판결을 내렸다. 즉 탈주노예의 송환에 방해되는 펜실베이니아 주의 법은 위헌이라며 프릭의 손을 들어준 것이다. 그러나 판결문을 작성한 스토리 대법관은 그에 덧붙여 탈주노예에 관한 법률은 오직 연방차원에서만 가능하며 각 주는 그에 대한 권한을 갖지 못한다고 실시함으로써, 장차 노예주들의 탈주노예에 관한 법적 권한을 제한하고 연방차원에서 탈주노예법을 개폐할 수 있는 여지를 남긴 것이었다.

하여튼 그동안 테이니 대법원은 노예제 문제에서 나라의 정치적 과정을 앞서 가는 것은 아니고 새로운 헌정질서를 창출하려는 시도를 보인 것도 아닌데, 드레드 스콧 판결에서는 돌연 새로운 면모를 보인 것이다. 드레드 스콧의 판결은 남부의 노예옹호론자들에게 전적인 승리를 안겨주는 완전히 당파적인 판결이었

31) 스페인 노예상인들에게 납치당한 흑인들은 도중에 선상 반란을 성공하였다. 흑인들은 그 배를 아프리카로 몰라고 명령하였지만, 조타수 역할을 맡기 위해 목숨을 부지한 스페인 노예상인은 배의 기수를 미국으로 돌렸다. 마침내 배는 미국 코네티컷의 해안에서 미 해군에 나포되고 말았다. 그에 대하여 스페인은 그 노예들을 자국에 인도할 것을 요청하였으나, 전직 대통령인 켄시 아담스 대통령을 중심으로 한 노예반대론자들은 그들은 자유인으로서 해방되어야 마땅하다고 주장하면서 적극적인 변론에 나섰다. Simon, 앞의 책, 38-40쪽.

32) 프릭은 노예주였던 메릴랜드에서 탈주노예를 잡아 오는 일을 하던 이로서, 자유주인 펜실베이니아로 도망해 간 모건이라는 노예를 잡아오는 임무를 맡았다. 이와 같은 탈주노예 강제송환은 미 헌법에서 규정되어 있는 것이다. 그런데 노예제를 금지하고 있던 펜실베이니아 주는 탈주노예법의 오남용을 막는 차원에서 탈주노예를 잡아가기 위해서는 그가 도망한 노예라는 입증을 엄격히 할 것을 요구하였다. 그런데 펜실베이니아 법원이 그에 관한 재판을 지체하는 동안 프릭은 모건을 메릴랜드로 압송해 버렸고, 그에 맞서 펜실베이니아는 프릭을 강제납치의 죄로 기소하였다. 결국 펜실베이니아와 메릴랜드 사이에 협상이 진행되어 펜실베이니아 법의 합헌성을 묻는다는 조건으로 프릭은 펜실베이니아로 인도되었다. 프릭은 펜실베이니아 법원에서 강제납치죄로 유죄판결을 받았으나, 예정대로 위헌심판을 제기하였고, 마침내 연방대법원은 그 사건을 심리하게 되었다. Simon, 위의 책, 40-42쪽.

다고 할 수 있다.<sup>33)</sup> 법논리적으로 그와 같은 심각한 결론의 판결이 반드시 불가피하였나? 그렇게 볼 수는 없을 것이다. 앞서 본 바와 같이 테이니 대법원은 드레드 스콧 판결에서 헌정상의 근본적인 쟁점을 피하면서 무난한 판결을 하였을 수도 있었다. 그럼에도 불구하고 테이니 대법원장이 목적의식을 가지고 미국의 운명과 노예제에 대하여 최종해법을 시도한 까닭은 무엇일까?<sup>34)</sup>

그것은 어쩌면 당시 미국의 국가적 위기상황에서 테이니 대법원장 나름대로의 중차대한 사명감의 발로였는지도 모른다. 당시 미국은 이미 연방의 해체 혹은 남북전쟁의 국면으로 돌입하였다고 하여도 과언이 아닌 상태였다. 이는 앞서 언급하였듯이, 캔자스-네브라스카 법이 야기한 정국의 불안과 유혈사태에 기인한 것이다. 캔자스가 자유주로 될지 노예주가 될지를 주민투표로 결정하기로 한 후, 캔자스는 유혈사태를 피하지 못하게 된다. 동북부의 노예폐지론자들은 캔자스로 이동하였고, 그에 맞서 미주리 주의 접경지 깡패(Border Ruffian)들도 캔자스 주로 대거 이주하여 폭력과 불법선거를 자행하였다. 그에 대하여 노예폐지론의 극단적 행동주의자인 브라운은 그의 아들들과 함께 노예옹호론자들의 부락을 습격하여 5명을 살상하였다. 이렇게 하여 캔자스는 노예주로 되었으나 그 와중에 200여 명이 폭력에 희생되는 등 사실상 내전의 양상을 보였던 것이다. 한편 연방 의회의 급진적인 노예폐지론자인 섬너 의원이 노예옹호론자인 사우스캐롤라이나 상원의원에 대하여 모욕적인 비난을 가한 것에 격분하여, 그 상원의원의 조카가 의사당에 난입하여 지팡이 등으로 마구 구타하여 섬너가 의식불명에 빠지는 등 중앙정계도 혼돈의 지경으로 치달고 있었다.

그런 상황에서 테이니 대법원장은 일종의 구국의 결단을 내린 것이라고 이해된다.<sup>35)</sup> 그리고 실제로 피어스 전임 대통령이나 뷰캐넌 신임 대통령 모두 노예제 문제의 해법을 대법원의 권위에 맡겼다고도 할 수 있다. 즉 그들은 자신들의

<sup>33)</sup> 이러한 평가는 Don E. Fehrenbacher, *The Dred Scott Case: Its Significance in American Law and Politics*(New York, Oxford University Press, 1978), 3쪽.

<sup>34)</sup> Simon은 그와 같이 판결의 기초가 극단적으로 변한 직접적 계기에 대하여 반대의견을 제기한 맥린 대법관과 커티스 대법관의 도발적 문제제기가 그러한 변화를 촉발하였다는 견해를 제시하기도 한다. Simon, 앞의 책, 117쪽.

<sup>35)</sup> Simon, 앞의 책, 127쪽, 또한 R. McCloskey, *The American Supreme Court*(1960), 92-95쪽도 같은 의견이다, John E. Nowak / Ronald D. Rotunda, *Constitutional Law*(제4판, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1991), 609쪽 각주 28에서 재인용.



관점에서 노예제 문제에 관한 잘못된 헌정사, 즉 북부의 패권주의를 노예제의 옹호와 강화를 통하여 바로잡으려고 시도하였다고 말할 수 있을 것이다. 그러나 그러한 시도는 당시 링컨을 비롯하여 대다수의 공화당 인사들의 관점에서는 노예제 확산을 위한 반헌법적이고 반민주적인 ‘공모’로 보이는 것이었다.

그 ‘공모’에 대한 의심은 전혀 근거가 없지 않았다. 우선 남부의 노예주들에 옹호적이었던 프랭클린 피어스 대통령은 그 판결이 나기 전에 대법원에서 이미 노예제 확산을 방지하는 미주리 협정이 위헌임을 선언하였다는 발언을 하기도 하였고, 신임 뷰캐넌 대통령은 실제로 재판이 진행 중임에도 불구하고 대법관 중의 일인인 펜실베이니아 출신의 그리어(Grier) 대법관에게 전화하여 다수의 편에서 주기를 요청하기도 하였다. 즉 미주리 타협을 무효로 하는 판결이 남부 출신 대법관 5인에 의하여만 나오게 되면 그것의 전국적 정당성에서 문제가 있을 수 있다는 것이었다. 뷰캐넌 대통령은 노예제의 문제에 대하여 대법원이 결정해 주기를 바랐고, 앞서 언급한 바와 같이 취임연설에서 대법원의 판결을 기다리고 있으며, 어떤 판결이 나오든 전적으로 준수할 것임을 선언하였다.<sup>36)</sup>

요컨대 테이니 대법원장은 남부의 정치인들과 같이 북부의 패권주의로부터 남부의 자율권을 지키는 것이 미국 헌정사를 바로잡고 나라를 구하는 일이라고 생각하였는지 모르지만, 그들은 미국 헌정질서와 국가의 위기의 진정한 원인이 노예제에 있다는 사실은 알지 못하였던 것이다. 즉 그들은 남부 정치인과 유력자들의 목소리에는 민감하였지만, 노예들의 처지와 그들을 동정하는 수많은 미국인들의 호소에는 귀를 닫았던 것이다. 결국 그들의 구국의 의지는 진정한 자유주의적 교정의 방향에 역행하는 기독교층의 편협한 의지에 지나지 않았던 것이며, 또 그들의 법의 정신도 진정한 자유주의적 법의 이념을 외면하는 구시대 의 억압적 인습을 반영하는 것뿐이었다.<sup>37)</sup>

### 3. 링컨의 원칙론과 방어적 교정

자유주의적 관점에서 노예제 폐지는 민주주의적이고 법치주의적인 교정의 당연한 과정으로 이해될 수 있지만, 그 교정의 방법이 그렇게 자명한 것은 아니

<sup>36)</sup> Simon, 앞의 책, 114-120쪽 참조.

<sup>37)</sup> Maltz는 이 판결을 사법부의 절제의 실패, 즉 오만함(hubris)의 사례로 평가한다. Maltz, 앞의 책, 156쪽.

다. 그와 관련하여 노예제 폐지론의 강온파가 대립하는 가운데 링컨이 보여준 리더십은 주목할 만하다고 생각한다. 링컨은 철저한 노예제 반대론자였지만, 원래 그의 정책은 노예제 폐지가 아니었다. 노예제 확산의 저지 그리고 점차적인 노예제 소멸이 링컨의 기본적 원칙이었다. 링컨은 남북전쟁을 피하지 않았지만, 그것을 노예해방을 위한 전쟁으로 생각하지는 않았다. 전쟁에서 링컨의 목적은 연방의 유지와 연방의 통일이었다. 미국 헌정사의 가장 커다란 문제인 노예제에 대하여 링컨은 그것을 공격적으로 시정하려 들지 않았던 것이다. 링컨은 다만 노예제에 반대하는 연방 헌정질서를 확실히 지키고, 노예제의 부정의를 고립화시키고자 하였을 따름이다. 그에 따라 결과적으로 링컨은 남북부 접경지역의 4개의 노예주(델라웨어, 메릴랜드, 켄터키, 미주리)의 호응을 얻을 수 있었으며, 그것은 내전의 승패를 결정적으로 좌우하였던 것이다. 그리고 그러한 내전의 승리를 통하여 결과적으로 노예제 폐지도 앞당길 수 있었던 것이다.

링컨은 일찍이 캔자스-네브라스카 법에 대한 그의 ‘피오리아 연설’에서 방어진 교정의 입장을 분명히 밝혔다. 즉 “현재 존재하는 제도를 폐지하는 것은 대단히 힘든 일”이라면서 “제가 옳다고 생각하는 일을 그들이 하지 않았다고 하여 그들을 비난할 생각은 없다”고 하였다.<sup>38)</sup> 헌법상 남부는 노예소유의 권리를 보장받고 있음을 인정해야 하며, “협박은 협박을, 비난은 비난을, 저주는 저주를” 낳는다는 것이 링컨의 생각이었다.<sup>39)</sup>

그의 원칙은 1858년 일리노이 주 공화당 상원후보직을 수락하면서 행한 이른바 ‘분열된 집(divided house)’의 연설에서도 그대로 나타나고 있다. 성경의 경구인 “스스로 분쟁하는 나라마다 황폐하여질 것이요, 스스로 분쟁하는 동네나 집마다 서지 못하리라”에 기대어, 링컨은 “국민의 절반은 노예이고, 절반은 자유인인 상태로 영원히 지속될 수는 없다”고 하면서 노예제를 반대하는 단호한 입장을 천명하였다.<sup>40)</sup> 그러나 그러한 원칙의 구현, 즉 현재의 부정의의 상태의 개선에 있어서는 앞서 본 피오리아 연설과 같이 여전히 노예제 확산의 반대 그리고

<sup>38)</sup> A. Lincoln, “Speech at Peoria, Illinois”, *Selected Speeches, Messages and Letters*(Harry Williams 편, New York, Chicago; Holt, Rinehart and Winston, 1957), 44쪽.

<sup>39)</sup> 도리스 컨스 굿윈, *권력의 조건: 라이벌까지 끌어안은 링컨의 포용 리더십*(이수연 역, 21세기북스, 2007), 168쪽 참조.

<sup>40)</sup> A. Lincoln, “Speech at Springfield, Illinois, Accepting the Republican Senatorial Nomination”, 앞의 책, 75-84쪽 및 A. 링컨, *링컨 명연설집*(유레카북스, 2007), 68-87쪽.

점진적 노예폐지론을 고수하였다.

마침내 1860년 미공화당의 대선 후보 지명 대회에서 링컨은 슈워드, 체이스, 베이츠 등 다른 쟁쟁한 중앙 정계의 거물들을 물리치고 공화당의 후보로 선출된다. 여기서 링컨은 노예제의 비도덕성에 대한 그의 윤리적 원칙, 동시에 노예제의 공격적 폐지가 아닌 노예제 확산의 반대와 점차적인 소멸에 대한 기대라는 중도적 입장을 견지하였다. 그와 같은 도덕적 헌신과 정치적 중도는 ‘장작패는 일꾼’이라는 소박하고 친근한 이미지와 함께 하나의 국민정신을 형성하였다.

링컨의 이와 같은 중도적 자세를 노예제와의 타협으로 오해해서는 안될 것이다. 인간의 존엄과 자유노동의 가치 그리고 노예제 반대에 대한 링컨의 원칙은 확고한 것이었다. 링컨은 노예제의 문제에 연방이 개입하지 말고 각 주의 주민들의 의사에 맡기자는 민주당(및 테이니 대법원장)의 소위 자치의 논법에 대하여, 자치라는 원리는 절대적으로 옳은 것이지만, 노예제의 확산을 위하여 자치의 논리를 말하는 것은 모순일 뿐이라는 점을 분명히 하였다. 즉 상대방의 동의 없이 다른 사람을 지배할 수 있는 권한을 자치라고 말할 수는 없다는 것이다. 링컨은 이를 ‘미국 공화주의를 존속 가능하게 하는 가장 중요한 원칙’이라고 보았다.

이러한 원칙론은 대통령 당선 직후 연방의 분열위기가 현실화 된 때에도 흔들리지 않았다. 남부의 노예주들이 연방탈퇴를 강행하자, 많은 이들은 링컨에게 남부와 타협함으로써 연방을 구하라고 충고하였다. 그러나 링컨은 노예제 확산 저지라는 공화당의 사명을 포기하느니 차라리 연방분열의 위협에 맞서는 것을 택하였다.<sup>41)</sup> 취임선서도 하기 전에 당 강령의 근본원칙을 위반한다면 정부가 합헌적인 민주적 절차를 버리고 공갈과 협박에 굴하는 것과 같다고 생각한 것이다. 링컨은 “타협한다고 끝나는 것이 아니다. 노예제는 이 나라 안의 모든 악 중에서 으뜸이며 이제 우리의 생존을 위협할 지경에 이르렀다. 이것은 우리를 속이고 파멸의 문턱으로 몰아갔다. 우리는 이것을 반드시 막아야 한다.”고 다짐하였다.<sup>42)</sup>

41) 리처드 카워딘, 앞의 책, 198쪽.

42) 링컨이 그의 측근인 알버트 헤일 목사에게 한 말, 위의 책, 207쪽에서 재인용.

위와 같은 링컨의 신중하면서도 결연한 태도는 어떤 목표달성을 위한 전술적 실용주의로만 볼 수는 없다. 오히려 이른바 방어적 교정의 원칙이라고 부를 수 있는 원칙론의 귀결로 봄이 옳다고 생각한다. 즉 사회악에 대한 응징을 적극적이고 공세적으로 추구하지는 않지만, 동시에 사회악의 고립과 절연을 확고하게 추구하며, 그와의 타협은 단호히 거부하는 것이다. 링컨에게 부정의의 시정의 핵심논리는 정의의 완성이라는 추상적이고 이상적인 차원에 있는 것이 아니라 그 부정의를 현재 가능하고 필요한만큼 교정해 가는 과정의 차원에 있는 것이다. 즉 그 교정의 가치는 정의의 절대량에 있는 것이 아니라 과거의 부정의로부터 현재 얼마나 개선되었는지, 혹은 과거의 부정의가 더 악화되는 것을 얼마나 방지하였는지 라는 상대량에 있다고 보아야 하는 것이다.

그와 같은 과정적이고 실천적인 원리는 남북전쟁 기간 동안 순차적으로 밝혀진 링컨의 조치들에서도 확인된다. 링컨은 첫째로, 노예주들에서의 노예제도의 합법성을 인정함으로써 접경노예주의 연방주의자들을 안심시키고 그럼으로써 남부의 분리주의자들을 고립화시키는 데에 성공한다. 즉 전쟁초기 노예제 자체를 언급하지 않고 오직 연방의 유지와 권위만 얘기함으로써 당시 가장 시급한 과제였던 노예주의 세력권 확산을 방지한 것이다. 둘째로, 링컨은 접경노예주에서 노예해방 보상제도를 제안하고, 이어서 콜롬비아 특별구에서는 실제로 3천명의 노예에 대하여 즉각적인 보상을 약속하는 법안을 통과시킴으로써 노예제도 폐지라는 정의의 실현에 한 걸음 더 가까이 간다. 셋째로, 링컨은 전쟁이 장기화되면서 전쟁의 승리를 위하여 마침내 노예제도를 직접적인 타겟으로 삼는다. 반란주들, 즉 남부연맹지역의 노예들에 대한 해방령을 선포한 것이다.

이렇게 하여 링컨은 국민과 함께 서서히 전진해 간 것이다. 역사학자 카워딘의 표현에 따르면, 애초에는 전쟁수행에 유용한 무기로서 노예해방을 단호히 거부하던 그가 이제는 연방군에게 수만명의 노예들의 해방자로 나설 것을 호소하게 되었고, 탈주노예를 반란군 주인에게 돌려보내는 일조차 용인하던 그가 이제는 해방노예에게 무기를 들고 함께 싸우자고 손을 내밀었으며, 연방의 복구를 전쟁의 유일한 목표라고 하면서 노예제의 점진적 소멸만을 생각하던 그가 이제는 노예제의 즉각적이고 영구적인 철폐를 외치며 국민의 사기를 북돋우게 되었던 것이다.<sup>43)</sup>

43) 위의 책, 302쪽.

링컨은 노예제라는 단어가 헌법에 들어있지 않은 것은 ‘병자가 과다출혈로 죽을까봐 종기나 암을 잘라내지 않고 숨긴 것’과 같다고 보았다. 마찬가지로 링컨은 치명적 종기의 위험성을 잘 아는 현명한 의사와 같이 노예제도라는 환부에 바로 집도를 들이대지 않고, 서서히 그러나 확실하게 수술을 해 나간 것이라고 비유할 수 있을 것이다.

이렇게 볼 때, 링컨 기념물 봉헌식에서의 프레더릭 더글러스(Frederic Douglass)의 명연설은 참으로 정곡을 찌르는 것이었다고 생각한다.

“그는 두 가지 위대한 임무를 가지고 있었습니다. 첫째는 나라를 분단과 파괴로부터 구해내는 것이었습니다. 둘째는 노예제도라는 대범죄로부터 나라를 해방시키는 것이었습니다. 그 어느 하나나 두 가지 다 성취하려면, 연방주의자들의 진지한 공감과 강력한 협조가 필요했습니다. 이 같은 성공에 필요한 기본적인 조건이 없었더라면, 그의 노력은 허사로 돌아가고 아무런 성과도 없었을 것입니다. 만약 그가 연방을 구하는 것보다 노예제도 폐지를 우선시켰더라면, 강력한 미국인 계층으로부터 유리되어, 분리주의자의 반란에 대항할 수 없었을 것입니다. 순수한 노예제도 폐지론자의 입장에서 보면, 링컨은 느리고, 차갑고, 우둔하고, 냉담했습니다. 그러나 국가라는 입장에서, 협의를 해야 하는 정치인의 입장에서 보면, 그는 빠르고, 열성적이고, 적극적이고, 단호했습니다. 비록 링컨은 당시 백인들과 마찬가지로 흑인에 대한 편견을 가지고 있었지만, 마음속으로는 노예제도를 싫어하고 증오했다는 사실은 말할 필요가 없습니다.”<sup>44)</sup>

### III. 민주주의와 법치주의 그리고 교정가능성

필자는 위와 같은 미국 헌정사의 세 가지 측면으로부터 민주주의 및 법치주의에 관한 다음과 같은 규범적 원칙들을 읽어 낼 수 있다고 생각한다: 첫째, 민주주의와 법치주의는 서로의 교정가능성에 기여하여야 한다. 둘째, 그 부정의와 교정에 대한 판단에서 사회의 최소수혜자들의 관점이 우선적으로 고려되어야

44) 프레더릭 더글러스, “프레더릭 더글러스의 링컨 기념물 봉헌식 연설”, **노예의 노래: 흑인 노예해방운동가 프레더릭 더글러스의 증언**(안유희 역, 모티브, 2003), 240-241쪽.

한다. 셋째, 교정은 정의의 공세적 완수가 아니라 부정의의 고립화라는 방어적 차원에서 이해될 필요가 있다.

### 1. 교정가능성

민주주의와 법치주의의 문제를 인식함에 있어서 민주주의와 법치주의를 현실 태 내지 완전태로 보는 것이 아니라 가능태 혹은 잠재태로 볼 필요가 있다. 즉 민주주의와 법치주의는 항상 부족한 면이 있으며, 민주주의와 법치주의는 언제나 그것을 치유해 가는 교정의 도상에 있는 것으로 이해하자는 것이다.<sup>45)</sup> 그리하여 좋은 민주주의 및 법치주의가 되기 위한 필요조건으로서 교정가능한 민주주의 또 교정가능한 법치주의를 얘기할 필요가 있다는 것이다.

이 교정가능성이라는 관점으로부터 민주주의와 법치주의의 상호 관계를 보다 적절하게 구성해 볼 수 있다고 생각한다. 즉 그 양자의 관계를 어떤 우열의 차원이 아니라 상보적 차원, 즉 민주주의의 교정가능성은 법치주의에서 찾고, 법치주의의 교정가능성은 민주주의에서 찾고자 하는 것이다. 이는 권력분립적 견제와 균형의 원리를 시계열의 동적인 차원에서 교정의 과정으로 인식해 보는 것이기도 하다. 위헌법률심판의 헌법재판은 전자의 예가 될 것이고, 헌법개정을 포함한 법령의 제·개정은 후자의 예가 될 것이다.

한편 그 교정의 과정은 제도권 내의 절차를 통한 교정이 있을 수 있고, 제도권을 초월하는 시민들의 직접행동에 의한 교정이 있을 수도 있을 것이다. 헌법재판에 의한 사법심사 혹은 헌법 등 법령의 개정은 전자의 경우일 것이고, 시민들의 자발적인 정치 참여 혹은 법적 담론 내지 대안적 규범 형성 나아가 시민 불복종 등은 후자의 경우일 것이다. 또한 그 교정의 준거는 실정법적 틀이 될

45) 교정가능성이란 일단 과거의 것을 현재 수정하는 것이다. 그러나 이는 단지 일회적이고 단편적인 교정이 아니라 전체 체제의 지속적인 교정가능성으로 이해되어야 할 것이다. 그리고 그 지속가능성은 자유주의적 관점에서 인간의 보편적 가치, 즉 평화와 생존 그리고 자유의 의미로 해석되어야 할 것이다. 또한 그 교정과 개선의 결과가 항상 (+)의 결과를 보일 것으로 기대할 수는 없다. 여기서 개선과 교정의 개념은 과거의 상태보다 얼마나 나아졌는가를 보는 미분적 개념이다. 따라서 원래 상황이 안 좋다면, 그 교정과 개선의 결과는 여전히 (-)의 상태에 머물 수도 있지만, 그것이 보다 참혹한 결과를 방지하는 것이었다면 그 교정과 개선 자체의 값은 족히 (+)에 해당한다고 말할 수 있는 것이다.

수도 있고, 실정법을 초월하는 법정신이 될 수도 있다. 헌법적 논증을 비롯하여 법률적 형식을 갖춘 논증들은 전자의 경우일 것이고, 종교, 도덕 혹은 다른 사회과학적 논증들은 후자의 경우에 해당할 것이다.

필자가 특히 지적하고 싶은 것은 미국 노예제폐지의 역사에서도 잘 드러나듯이, 국민들 개개인의 도덕적 신념과 그 실천에 관한 것이다. 즉 국민주권 혹은 심의민주주의(deliberative democracy), 즉 시민들의 규범의지와 규범실천 그리고 정치적 참여와 법적 담론형성에 대한 것이다. 한편으로는 소수의 자연법적 외침이 기성의 질서에서 맴도는 다수의 여론의 미흡함을 교정하는 계기가 될 수도 있고, 다른 한편으로는 다수 시민의 민주적 범담론이 기성 관념에 젖기 쉬운 법조엘리트의 한계를 교정하는 계기가 될 수도 있을 것이다.

## 2. 인간의 존엄과 자유: 의심스러울 때는 최소수혜자의 이익으로

앞에서 얘기한 교정가능한 민주주의와 법치주의라 함은 비록 그 지속가능성을 통하여 실질적인 가치관련성을 갖게 되지만, 본질적으로 형식적인 규정이라고 할 것이다. 하지만 그러한 형식적인 규정만으로는 충분치 않고 교정의 방향과 원칙에 관한 실질적인 규정이 필요하다고 할 것이다. 즉 교정의 기준 혹은 부정의의 판단기준이 무엇인가 하는 것이다. 여기서 자유주의적 기준으로 보통 모든 인간들의 존엄과 자유 그리고 상호 공존의 체계를 얘기할 수 있을 것이다. 하지만, 필자는 그에 더하여 ‘의심스러울 때는 최소수혜자의 이익으로’라는 원칙을 덧붙이고자 한다.

이러한 해석은 결국 롤즈의 정의론으로 귀결되는 것이라고 할 수 있다. 즉 평등한 자유와 사회경제적 차등의 문제에 대한 판단은 그 상황에서 가장 열악한 지위에 놓이거나 혹은 부담이 크게 될 수 있는 이들의 사정을 우선적으로 고려할 때 가장 합당하게 될 수 있다는 것이다. 말하자면 최소수혜자들의 목소리를 경청하는 민주주의와 법치주의가 되어야 할 것이라는 점이다. 이렇게 볼 때, 민주주의의 교정가능성, 즉 법치적 민주주의란 대표민주주의의 현실에서 소외되기 쉬운 소수자들의 대표성을 보충해 주는 장치로 이해될 수 있으며, 법치주의의 교정가능성, 즉 민주적 법치주의란 대표성에서 불충분한 사법부로 하여금 국민적 책임을 강화하고 국민과의 소통을 진작시키는 과정으로 이해될 수도 있을

것이다.

여기서 법치적 민주주의의 문제 즉 사법부에 의한 민주주의의 교정의 문제만 다시 보면, 이는 바로 사법적극주의 혹은 사법소극주의와 관계된다고 할 것이다. 그에 관하여 필자는 그것이 일반적 정치과정의 문제인지 아니면 기본적인 권, 특히 소수자의 인권 문제인지에 따라 판단을 달리 할 수 있다는 생각이다. 이와 관련하여 마샬 대법원장의 *Marbury v. Madison* 판결과 테이니 대법원장의 드레드 스콧 판결이 뚜렷한 대비를 보여주고 있다고 생각한다. 즉 같은 위헌판결이었지만, 전자는 적절한 사법소극주의였으며, 후자는 부적절한 사법적극주의였다고 보는 것이다. 즉 일반적 정치문제 혹은 정책적 사안에 대하여 사법부는 민주적 정치과정을 존중하는 것이 바람직하며, 반대로 다수의 정치적 이해관계에 의하여 소수가 배제되거나 그 권익이 침해당할 수 있는 상황에서는 사법부가 그 입장을 적극적으로 고려하여 민주적 대표성의 결함을 치유하는 것이 필요하다고 생각한다.<sup>46)</sup>

### 3. 방어적 교정

자유주의적으로 해석된 민주주의와 법치주의는 어떤 궁극적 이상의 실현을 목적으로 하지 않고, 다만 지속적인 개선 혹은 지속적인 악화방지를 도모할 뿐이라고 생각한다. 즉 부정의에 대한 호소와 탄핵 그리고 그에 대한 원칙론의 견지는 확고하게 하여야 할 것이지만, 그 부정의의 시정을 위한 강제의 문제에서는 신중할 것을 요구하는 것이다. 또한 자유와 권익을 침해당하는 이들의 인권을 회복하는 데에는 적극적이어야 할 것이나, 그 사회의 부정의한 제도를 시정하거나 혹은 부정의의 책임자들을 응징하는 강제력의 행사에 있어서는 방어적 차원에서 필요한 경우에 한정시키고자 하는 것이다.

즉 자유주의적 의미에서 교정은, 정태적 의미에서의 교정의 완수에 초점을 두는 것이 아니라 동태적 의미에서 부정의에 대한 방어, 즉 부정의의 고립화에 초점을 두어야 할 것으로 생각한다. 앞서 본 바와 같이 교정이란 그 증감의 차원에서 이해되어야지 최종 결과의 절대치로 평가되어서는 안 된다는 것이다. 완전

<sup>46)</sup> 이는 J. H. Ely의 ‘대표제 강화의 사법심사론’과 연결된다고 생각된다. Ely의 사법심사론에 대하여는 J. H. 일리, **민주주의와 법원의 위헌심사**(전원열 역, 나남출판, 2006).



한 정의의 실현에 대한 과잉된 욕구는 부정의의 교정보다 더 큰 또 다른 부정의를 유발할 가능성이 있는 것이다.

이는 국가의 형벌권을 비롯한 법강제력 행사는 물론이고 사회변혁을 위한 민주주의적 운동에도 모두 적용될 것이다. 이미 언급하였듯이 자유주의가 비폭력 평화주의는 아닐지언정, 공격적 폭력은 자유주의와 친할 수 없다. 폭력은 오직 방어를 위해 불가피한 경우에만 가능하다는 것은 자유주의적 헌정질서의 근본 원리라고 할 수 있다. 그런 관점에서 민주주의적 교정과 법치주의적 교정에는 항상 ‘힘의 절제’라는 조건이 첨가되어야 할 것이다. 이와 관련하여 미국 노예제 폐지의 경우, 흔히 그것을 폭력에 의한 목적의 성취로 이해하기 쉬운데, 이는 자유주의적 관점이라고 하기도 어렵고, 또 이미 본 바와 같이 실제로 노예제 폐지와 남북전쟁의 상호 관계에 대한 올바른 이해도 아니다. 자유주의에서 사회적 목표의 달성은 오히려 현재의 불의를 시정하고 교정하는 과정의 결과로서 얻어지는 것으로 이해될 필요가 있다.

#### IV. 맺음말

이상의 논의는 자유주의(liberalism)의 관점에서 전개된 것이다. 자유민주적 헌정질서의 기초를 논함에 있어 liberalism을 생각하는 것은 오히려 자연스러운 것이 아닌가 한다.<sup>47)</sup> 다만, 문제는 그 자유주의에 대한 이해일 것이다. 이 글의 출발점은 오류가능성과 교정가능성이었다. 자신의 오류가능성을 긍정하고 늘 자기 교정에 개방되어 있다는 점이 이 글의 자유주의의 기본 성격이었다. 또 이 글은 그러한 관점에서 우리 헌정질서의 민주주의와 법치주의를 이해하고자 하였다. 각기 그러한 개방적이고 겸허한 민주주의이고 또 법치주의일 때, 그 양자의 상호관계도 비로소 올바르게 자리매김될 수 있으리라고 보는 것이다. 이를테면, 민주주의자도 법치주의자도 자신의 한계를 먼저 인지할 때, 상대방에게 좋은 친

47) 이는 가치중립성의 요청에 배치되는 것으로 오해될 필요는 없다고 생각한다. 오히려 가치편향적 차원으로 빠지지 않고, ‘가치의식적인(wertbewusst)’ 차원을 지키는 일이야말로 ‘지적 정직성’의 의미에서 가치중립성을 유지하는 일인지도 모른다. 학문에서의 가치중립성의 의미에 대하여는 심현섭, “법학의 학문성”, **법철학연구**, 제9권 제1호(2006), 9쪽 및 12쪽 참조.

구가 될 수 있을 것이라고 생각한다.

그러나 자유주의는 오류가능성과 교정가능성을 체제의 근본원리로 삼는다는 점에서 다른 체제와 구별되지만, 교정가능성이 일종의 ‘희망의 원리’라고 할 때, 어떤 체제이든 그것이 지속가능한 것이 되려면 그리고 그 체제가 기본적으로 사람이 살만 한 곳이 되기 위해서는, 교정가능성의 원리가 모두 어느 정도는 작동하고 있어야만 할 것이다. 따라서 우리는 단지 교정가능성 자체에 그치는 것이 아니라, 교정의 기준과 절차에 대한 자유주의적 특징을 물을 수 있어야 할 것이다.

그러한 내용적 물음에 대하여 일반적으로 개인의 존엄과 자유의 보호, 즉 모든 이들의 자유가 공존하는 체제를 떠올리는 것은 당연할 것이나, 이 글은 더 나아가 특히 그 사회에서 취약한 처지에 있는 이들에 대한 고려를 우선시해야 할 필요를 제시하였다. 그 헌정질서가 참으로 괜찮은 것인지 아닌지의 물음을 그 체제 구조상 가장 힘겹게 살아가는 이들에게 물어볼 수 있다는 것이 자유주의의 고유한 특징이 아닌가 생각하는 것이다.<sup>48)</sup> 그리하여 법치주의는 민주적 정치과정에서 소홀하게 취급되기 쉬운 사회적 소수자의 권익을 대변하고, 민주주의는 사법적 과정에서 외면되기 쉬운 사회적 약자의 목소리를 대변할 수 있다면, 그 법치주의와 민주주의는 서로에게 큰 기여를 하는 것이 아닌가 한다.

이어서 이 글은 자유주의적 자기교정성의 절차적 원리로서 방어적 교정의 원칙을 제시하고자 하였다. 즉 교정은 정의의 공세적 완수가 아니라 부정의의 고립화라는 방어적 차원에서 이해될 필요가 있다는 것이다. 이는 불의를 반대함에 있어서는 단호해야 하지만, 불의의 척결을 위한 강제력의 행사에 있어서는 신중함을 요구하는 것이라고 할 수 있다. 즉 정의의 성취에 대한 열망이 크면 클수록 그를 위한 강제적 수단의 오남용도 증대될 수 있음을 경계하는 것이다. 어떠한 법적 강제도 혹은 어떠한 민주적 힘의 행사도 그것이 방어적 교정을 넘어서 어떤 공격적인 교정을 피하게 되면, 그 순간 평화라는 근본가치를 훼손할 수 있고, 결과적으로 법치주의와 민주주의에 오히려 해가 될 있음을 상기하는 것이다. 이상의 실현과 불의에 대한 응징을 위한 의욕적인 교정조치들이 실패로 귀

<sup>48)</sup> J. N. Shklar, “Liberalism of Fear”, *Political Thought and Political Thinkers*(Stanley Hoffman 편, Chicago, London; The University of Chicago Press, 1998), 17쪽.

결되는 경우가 많은 까닭이 무엇인지, 그것이 과연 항상 외적 장애로 인한 좌절이었던지 돌이켜 볼 필요도 있을 것이다. 자유주의의 일반적 덕목인 ‘힘의 절제’는 민주주의와 법치주의의 상호 교정 과정에서도 당연히 감안되어야 할 것이다.

투고일 2008. 8. 25    심사완료일 2008. 9. 8    게재확정일 2008. 9. 11

## 참고문헌

### 1. 국내문헌

#### 가. 단행본

- 김도균·최병조·최종고, 『법치주의의 기초: 역사와 이념』(서울대학교출판부, 2006)  
 김영민 외 7인, 『21세기 헌정주의와 민주주의』(인간사랑, 1997)  
 김형인, 『두 얼굴을 가진 하나님: 성서로 보는 미국 노예제』(살림, 2003)  
 이근식, 『자유주의의 사회경제사상』(한길사, 1999)  
 이주영, 『미국사』(증보판, 대한고과서주식회사, 1995)  
 최웅·김봉중, 『미국의 역사』(개정증보판, 소나무, 1997)  
 한국미국사학회 편, 『자료로 읽는 미국사』(궁리, 2006)

#### 나. 논문

- 김종길, 「19세기 미국의 흑인노예제도 폐지운동에 대한 연구」, 부산대학교 대학원 박사학위 논문, 1992  
 박성우, 「민주주의와 헌정주의의 갈등과 조화: 미국헌법 해석에 있어서 원본주의(Originalism)논쟁의 의미와 역할」, 『한국정치학회보』(제40집 제3호, 2006)  
 심현섭, 「법학의 학문성」, 『법철학연구』(제9권 제1호, 2006)  
 정태욱, 「주디스 슈클라의 자유주의에 대한 연구」, 『법철학 연구』(제7권 제1호, 2004년)  
 정태욱, 「김명호 교수 사건의 고법판결과 법치주의」, 『법철학연구』(제10권 제1호, 2007)

### 2. 번역문헌

- R. 달, 『민주주의』(김왕식 외 3인 역, 동명사, 제5판 2005)  
 R. 달, 『민주주의와 그 비판자들』(조기제 역, 문학과 지성사, 1996)  
 프레더릭 더글러스, 『노예의 노래: 흑인 노예해방운동가 프레더릭 더글러스의 증언』(안유희 역, 모티브, 2003)  
 J. 롤즈, 『정의론』(황경식 역, 이학사, 2003)

- J. H. 일리, 『민주주의와 법원의 위헌심사』(전원열 역, 나남출판, 2006)  
리처드 카워딘, 『통합의 리더: 대통령 링컨』(세계와 동북아 평화포럼 역, 북스타, 2007)  
도리스 컨스 굿윈, 『권력의 조건: 라이벌까지 끌어안은 링컨의 포용 리더십』(이수연 역, 21세기북스, 2007)  
칼 포퍼, 『추측과 논박(제1권 및 제2권)』(이한구 역, 민음사, 2001)  
데이비드 헬드, 『민주주의의 모델』(이정식 역, 제5판, 인간사랑, 1993)

### 3. 외국문헌

#### 가. 단행본

- B. Ackerman, *We the People 1: Foundations*(Cambridge, Mass.:Belknap Press of Harvard University Press, 1991)  
B. Ackerman, *We the People 2: Transformations*(Cambridge, Mass.:Belknap Press of Harvard University Press, 1998)  
Gilbert Hobbes Barnes, *The Antislavery Impulse 1830-1844*, (Gloucester, Mass., Peter Smith, W. G. McLoughlin의 서문이 포함된 1973년 판)  
Don E. Fehrenbacher, *The Dred Scott Case: Its Significance in American Law and Politics*(New York, Oxford University Press, 1978)  
G. P. Fletcher, *Our Secret Constitution*(Oxford University Press, 2001)  
A. Lincoln, *Selected Speeches, Messages and Letters*(Harry Williams 편, New York, Chicago; Holt, Rinehart and Winston, 1957)  
E. M. Maltz, *Dred Scott and the Politics of Slavery*(Kansas; University Press of Kansas, 2007)  
John E. Nowak / Ronald D. Rotunda, *Constitutional Law*(제4판, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1991)  
James F. Simon, *Lincoln and Chief Justice Taney*(New York, Simon and Schuster, 2006)

#### 나. 논문

- Raymond T. Diamond, "No Call to Glory: Thurgood Marshall's Thesis on the

Intent of a Proslavery Constitution”, *Vanderbilt Law Review* 제42권  
1989년 1월(42 Vand. L. Rev. 93)

Thurgood Marshall, “The Constitution’s Bicentennial: Commemorating the Wrong  
Document?”, *Vanderbilt Law Review* 제40권 1987년 11월(40 Vand. L.  
Rev. 1337)

J. N. Shklar, “Liberalism of Fear”, *Political Thought and Political Thinkers*  
(Stanley Hoffman 편, Chicago, London; The University of Chicago  
Press, 1998)

<Abstract>

## The Relationship between Democracy and Constitutionalism: A Story of the Abolition in American History

Tai-Uk Chung\*

The relationship between democracy and constitutionalism is a complicated and multi-dimensional question. This essay attempts to elucidate it from the viewpoint of the liberalism which admits fallibility and improvability.

Democracy and constitutionalism are to be understood as constant procedure of improvement in the course of which the both of them are to influence each other. The author believes that liberalism is the positive interaction between democracy and constitutionalism for the political equality and human rights of the vulnerable and underprivileged.

This essay finds a vivid example of such interaction in the American history of the Abolition. The original constitution drafted in 1787 failed to outlaw slavery which meant a gross defect of democracy and constitutionalism. Thereafter reforming movements continued through the Civil War to culminate in so-called Reconstruction Amendments. The history can be seen as the history of rectifying the flawed democracy and constitution

The Southerners, however, had the opposite conceptions of democracy and constitutionalism. They insisted on the popular sovereignty and the constitutionality of slavery as property. They were supported even by the supreme court's holdings in *Dred Scott v. Sandford*. But this essay contends that they were so contrary to the liberal conception of democracy and constitutionalism that they were forced to be abrogated.

Last but not the least, this essay asserts the rectifying procedure should be defensive rather than aggressive. So to speak, the procedure should hold the maintenance of the basic constitutional order. It is well demonstrated at Lincoln's stance on slavery

---

\* Professor, College of Law, Inha University.

during the time of the Civil War. At the commencement of the War, he placed more importance on the maintenance of the Union than the liberation of the slaves. Then in the course of the War he moved the cause of the War into the Abolition.

Key words: Democracy, Constitutionalism, Liberalism, Fallibility, The Most Disadvantaged, Defensive Correction