

<서 평>

엘리 저, 『헌법적 근거』
(John Hart Ely, *On Constitutional Ground*,
Princeton University Press, 1996)

安 京 煥*

『민주주의의와 불신』(Democracy and Distrust, 1980)이라는 획기적인 저서를 위시한 수많은 저술을 통해 지난 4반세기 동안 미국헌법학계의 주무대에서 활발한 논쟁에 참여하고 있는 John Hart Ely 교수가 지난해에 『헌법적 근거』(On Constitutional Ground)라는 새로운 저서를 출간했다.

미국의 법학자로서도 드물게 다양한 경력의 소유자인 저자의⁽¹⁾ 체험이 법리와 함께 어우러져 있다. 이를테면 이 저술은 4반세기에 걸친 저자 자신의 학문적 성과를 정리, 재조명하는 헌법학자의 自述이라고 성격규정을 내릴 수 있다.

총 500면, 전 10장으로 구성된 이 책의 세부적 구성은 제1장 총론(general theory), 제2장 연방주의(federalism), 제3장 권력분립(separation of powers), 제4장 표현의 자유, 제5장 종교의 자유, 제6장 형사절차, 제7장 인종차별, 제8장 실제적 적법절차, 제9장 법조 윤리, 제10장 결론으로 세분되어 있다.

각 장마다 중요 쟁점에 관한 논문의 요약과 평석을 위시하여, 구체적 헌법 사안에 관한 서간문, 사적 회고 등 각종 자료가 일견 난삽한 인상을 주면서도 정교하게 엮여져 있어, 새로운 형태의 저술의 가능성을 제시하여 주기도 한다.

이하 각 장의 주된 내용을 요약하면서 저자의 입장에 관해 평을 내리는 방식으로 서술한다.

* 서울대학교 법과대학 副教授

(1) 그는 Yale 법과대학 재학중에(1962) 후일 연방대법원판사가 된 Abe Fortas의 조수로 역사적인 Gideon v. Wainright 판결(1963)에 관여하는 행운을 얻었으며(Fortas는 대법원이 임명한 Gideon측 국선변호인이었다. 자세한 것은 Anthony Lewis, *Gideon's Triumph* (1965); 안경환, “기드온의 나팔소리”, **이야기 한마당**, 철학과 현실사(1994) 108-120면 참조) 졸업과 동시에 Earl Warren 대법원장의 연구원으로 발탁되어 일했다. 이어서 육군에 입대하여 군경찰관(army police)으로 근무했으며 제대 후에 San Diego에서 빈민을 위한 법률구조활동에 몸담기도 했다. Harvard대 및 Yale대 교수, 교통부 법무실장(general counsel)를 거쳐 현재 재직중인 Stanford 법대의 학장을 역임하였다.

제 1 장 서론의 장에서 Ely는 자신의 사법철학의 기본 틀로 「민주적 과정론」(Political Process)을 제시하는 몇 편의 글을 담고 있다. “왜 민주주의인가?”, “공리주의적 공식과 민주적 과정”, “명백한 오류의 원칙”, “평등과 민주주의” 등의 소제목들이 본문의 내용에 대한 약간의 단서를 제공해 준다.

특히 2편의 논문은 주목을 요한다. “민주주의와 사법심사”로 제목을 단 1982년의 글은 자신의 저서 『민주주의와 불신』에 대한 비판들을 겨냥한 저자 자신의 변명과 재반론이다.⁽²⁾

사법심사의 정당성에 강한 의문을 제기한 James B. Thayer의 고전적 논문(1893)⁽³⁾과 자신의 저서를 비교하는 글은 흥미롭다.⁽⁴⁾ 자신이 파악한 두 사람의 공통점은 보수법원의 진성기에 “중도”의 입장을 취한다는 점이라고 한다.⁽⁵⁾

얼 워렌의 사망 후에 추모사로 쓴 재판연구관으로서의 소회를 담은 글(1974년)과 “본질적 권리”와 “소수자의 보호”라는 관점에서 캐나다헌법과 미국헌법을 비교하는 글에서는 미국헌법과 대법원에 대한 무한한 자부심이 넘친다.⁽⁶⁾

주와 연방의 권력관계를 논한 「연방주의」의 장은 1939년의 *Erie R. R. Co. v. Tompkin* 판결에 관련된 논문(1974년)의 요지를 확대 전개하면서 지극히 난해한 이 문제에 대한 명료한 분석을 시도한다. 이 판결의 쟁점인 연방법원의 관할사건 중 異州住民間 訴訟(diversity case)의 경우 법원이 적용해야 할 법이 연방법인가 아니면 주법인가에 관한 논쟁은 미국의 연방주의의 본질적 성격과 미국헌법의 기본적인 구도에 관한 입장의 대립이다. 이 문제와 관련하여 Ely는 근래의 연방주의의 논쟁

(2) 당시의 주된 풍조였던 사법적극주의 철학에 대해 반론을 펴면서 사법심사의 정당성에 대해 강한 의문을 제기한 이 저술은 구체적으로 법원이 정치적 부서의 행위에 대해 사법심사를 행할 수 있는 경우는 원칙적으로 (1) 헌법에 명시된 구체적인 권리가 침해된 경우에 한정될 것이며 (2) ‘개방적 규정’(open-ended clause)의 해석에 있어서는 투표권, 공무담임권, 정치적 결사권 등 정치적 과정에 대한 접근권(political access)과 정치적 과정에서 적절하게 대표되지 아니한 소수자의 보호를 위해 필요한 경우에 한정했다.

(3) “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law” 7-3 *Harvard Law Review* 129-156. 이 글에서 Thayer는 법원이 입법자가 단순한 오류를 넘어선, 합리적인 의문의 여지가 없는 “명백한 오류”(a very clear mistake)를 범한 경우에 한하여 사법심사를 행할 수 있다고 주장했다.

(4) 한 평자에 의하면 19세기의 저술 중에 가장 널리 인용된 글이 Thayer의 논문이며 Ely의 저술도 Thayer 이래 가장 널리 토의되는 20세기의 저술이라고 한다(27면).

(5) 그러나 Ely는 Thayer가 합리적인 인간이 합헌으로 선택할 수 있는(vote for law) 경우 뿐만 아니라 단순히 합헌으로 믿을만한 개연성이 존재하는(could think a law is constitutional) 경우까지도 사법심사를 자제해야 한다고 주장한 점에서(Thayer 자신은 양자의 차이를 인식하지 못했다고 Ely는 주장한다) 자신의 입장과 다르다고 한다. 27-28면.

(6) 외국의 법제과 비교하여 미국헌법의 상대적 우위를 확인하는 일은 전편을 통해 계속된다. 제2장(독일), 제4장(영국), 제6장(프랑스) 참조.

의 중심이 연방법원이 개인의 권리를 어떻게 보호할 것인가 하는 문제에 지나치게 치우쳤다고 비판한다. 이러한 경향은 연방주의의 본질에서 벗어난 분명한 오류라고 단언한다(61-63면). 주의 권한 대 연방의 권한에 관련한 저자의 기본적 입장은 親州權적 성향이 강하다고 평가할 수 있다.

제3장에서는 연방차원의 권력분립의 수많은 쟁점 중에 「私權剝奪法」(Bill of Attainders)과 대외적 문제에 관련된 대통령의 특권의 문제가 집중적으로 다루어진다.

U. S. v. Lovett 판결(1946)의 전 과정을 소송기술적 측면에서 분석한 논문(1974년)에서 사권박탈법의 입법의도는 개인의 기본권의 보장보다는 사법권은 법원에 속한다는 권력분립적 고려가 더욱 강력한 요소였다고 주장한다. 그의 주장에 의하면 헌법의 아버지들이 유념했던 권력분립의 원칙은 (1) 특정 부처의 비대를 예방하고 (2) 각 부처의 성격에 적합한 권력의 배분을 달성하며 (3) 입법의도의 공개적 천명(121면)에 있었다고 한다.⁽⁷⁾

대통령의 특권 문제와 관련하여서는 Archibold Cox(특별검사), *The New York Times*(원고), Robert Bork(법무부 송무실장) 등 Watergate 사건의 관련자들에게 보낸 자신의 서한과 대통령의 특권을 지지한 Alexander Bickel⁽⁸⁾에 대한 반응을 싣고 있다. 대외문제에 관한 대통령의 권한에 대해서는 1950년 이후 대통령의 권한이 남용되어 왔다는 일반적인 비판에 동참한다.

제4장에서는 언론기관의 보도에 대한 제한과 “국기모독”(flag desecration)의 2가지 문제를 집중적으로 다룬다.

첫째 주제와 관련하여서는 “재판의 공정성의 유지”과 “보도의 자유”를 어떻게 조화시킬 것인가 하는 문제에 대한 영국과 미국의 접근방법의 차이를 부각시킨다. 영국의 경우는 전자를 미국의 경우는 후자를 우선시키는 경향이 확고하다고 평하면서(172면), 현상의 해결 내지는 개선은 후자의 입장을 통해서만 가능하다는 확신을 편다(173면 이하).⁽⁹⁾

(7) 학생시절인 1962년에 *Yale L. Journal*에서 제시한 이러한 관점이 1965년의 연방대법원 판결(*U. S. v. Brown*)에 수용되었다고 주장한다(필자는 이 판결을 내린 직후에 Warren 원장이 연구원이었던 자신에게 전한 반응을 부기한다).

(8) Yale법대 시절 Ely의 스승이었던 Bickel의 사법자제론은 저서 *The Least Dangerous Branch*(1969)에 잘 나타나 있다.

(9) 이 부분은 미국법률가의 눈에 비친 영국법제의 야만성의 고발이라고 요약할 수 있다. 영국의 경우 형사피고인이 기소된 이후로는 재판과정을 보도할 수 없고 이를 위반하는 경우에는 법정모욕이 성립한다. 또한 적시한 사실이 진실인 경우에도 명예훼손이 성립하는 비상식성(?)을 고발한다.

“상징적 언어”(symbolic speech)로서의 국기모독행위에 대해 논한 1979년의 논문은 저자 자신의 표현대로 ‘예언적인’ 성격의 저술이었다(187면). 이 글에서 저자는 징병카드를 불태우는 행위가 위헌으로 선언된 O’Brien 판결(1968)은 국기를 불태우는 행위에 적용할 수 없다고 주장했다. 그에 의하면 국기모독행위의 헌법적 성격은 *Cohen v. California* 판결(1971)에서의 피케팅이나 *Tinker v. Des Moines* 판결(1969)에서의 완장착용행위에 유사한 상징적 언어라고 주장했다. 이 글에서 저자가 제시한 분석틀이 10여 년 후 연방대법원의 판결(*Texas v. Johnson*(1989); *U. S. v. Eichman*(1990))에 반영된 사실에 노골적인 자부심을 감추지 않는다.

상대적으로 빈약한 인상을 주는 제5장에서는 “양심적 반대자”(conscientious objector)의 문제를 다룬 1965년 *U. S. v. Seeger* 판결에서 Warren을 위해 작성한 자신의 메모를 공개한다. 양심에 근거하여 징병을 거부하는 사람은 그 양심이 “절대자의 존재”나 종교에 근거할 필요가 없다는 주장인 바, 현재의 법리로 정착된 이러한 주장은 제기 당시에는 다소 시대에 앞선 것으로 평가할 수 있다.

“국교금지조항”(Establishment Clause)과 “종교활동의 자유조항”(Free Exercise Clause)의 충돌문제를 논하면서, 저자는 사법심사의 기준으로 특정종교, 또는 비종교에 대한 차별적 효과가 발생하는 것만으로 부족하며 差別할 意圖(discriminatory intent)가 입증된 경우에 한하여 위헌을 선언할 수 있다고 주장한다.

제6장은 *Gideon v. Wainwright* 판결과 *Miranda* 판결에 관한 논의로 압축된다. *Gideon* 판결의 선고 후 출현한 책과 영화에서 단역으로나마 일반대중의 눈에 등장한 한 젊은 헌법학도의 감상과 실망이 읽을 재미를 더해 준다.

“Miranda 경고”에 위반하여 수집한 증거도 피고인의 신빙성에 대한 탄핵증거로는 사용될 수 있다고 판시한 *Harris v. New York*(1971)판결을 비판하는 논문(1971년)이 돋보인다. 현재 미국법학자 중에 일반 지명도에서 단연 선두를 달리는 Harvard의 Alan Dershowitz와 공동저술한 이 논문에서 Ely는 수정 제5조와 제6조의 입법사와 선관례를 검토한 후, 수정 제6조의 경우와는 달리 (Miranda 경고의 관련조항인) 수정 제5조에 위반한 증거는 탄핵증거로도 사용할 수 없다고 주장한다.

「有錢無罪, 그러나 合理的 疑心의 원칙은 살려야」라는 시평(1995년)에서는 O. J. Simpson 재판에 관한 전문가의 냉정한 계도를 접할 수 있다.

대학 내의 질서 유지와 학생의 헌법적 권리에 관한 2편의 소품에서는 흔히 “중도보수”로 알려진 Ely 교수의 진보적 관점을 엿볼 수 있다.

제7장(인종차별)에는 신예학자 Ely에게 종신재직권(tenure)교수직을 부여한 논문(1970년)의 요지가 정리되어 있다. 방대한 분량의 그의 논문의 요지는, 인종차별(보다 넓게는 기본권 문제 전반)에 관련된 법리는 “피해자의 관점”(victim perspective)에서 문제를 파악했으나 이를 “가해자의 관점”(perpetrator perspective)에서 접근해야 한다고 대안을 제시하면서 「헌법에 있어서 입법부와 행정부의 의도」가 결정적인 논의 과제라고 주장한다.

제8장(실체적 적법절차)에서 깊이 다룬 프라이버시권(적어도 낙태)에 관한 Ely의 입장은 널리 알려져 있다. *Roe v. Wade* 판결(1973) 직후에 Ely는 이 판결의 법리와 결과에 대한 냉혹한 비판을 발표하여⁽¹⁰⁾ 오늘에 이르기까지 이른바 “낙태 논쟁”의 원조로 알려지고 있다. Roe 판결을 열렬하게 지지한 Laurence Tribe를 상대로 초기의 낙태논쟁을 주도해 왔던 Ely는 1981년 Tribe와 공동으로 저술한 글을 계기로 Roe를 기정의 법으로 수용하는 입장을 취하게 된다.

Griswold 판결(1965), “간섭받지 않을 권리”(right to be let alone) 등 프라이버시권 문제의 중요 쟁점이 제시된 이 장에는 “성차별”(gender-based discrimination)이 엄격사법심사의 대상이 되는 “suspect classification”이라는 傍論이 함께 포함되어 있다(288면).

「법조윤리」(Candor)의 제9장에서는 Oliver Stone 감독의 영화 “JFK(1992)”가 제기한 ‘무책임한’ 고발에 대해 이해관계 있는 당사자⁽¹¹⁾의 변론과 함께, Clarence Thomas의 대법관 임명과 Anita Hill 교수의 성희롱 고소사건을 접하면서 ‘거짓말로 사는’ 법률가 직업에 대한 냉소적 유모어를 첨가한다.

결론의 장은 어떤 의미에서 한 헌법학자의 학문활동의 人生自述로 평해도 좋을 것이다. “法過程學派의 休眠期”(Recess Period for the Legal Process School)로 소제목을 단 글에서 저자는 자신의 체험을 현재 미국의 주류헌법학자에게 공통된 전형으로 상징하고 있다. 「법과정학과」로 통칭되는 이들 주류헌법학자들은⁽¹²⁾ 60년

(10) “The Wages of Crying Wolf: A Comment on *Roe v. Wade*,” 82 *Yale L. J.* 290.

(11) Ely는 Kennedy 대통령의 저격사건의 진상을 조사하기 위해 구성된 Warren 위원회에 위원장 Earl Warren의 조수의 자격으로 참여한 바 있다.

(12) Herbert Wechsler, Alexander Bickel, Jesse Choper, Laurence Tribe, Michael Perry, Kenneth Karst, Owen Fiss 등 현재 미국헌법학계의 논쟁을 주도하는 대부분의 학자들이 「법과정학과」, 「중립적 원칙학과」, 「정치적 과정학과」 등등의 이름으로 불린다. Mark Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies* (1989) Ch. 6 참조.

대에 Law School의 학생들이었다. 이들은 이론가나 사상가가 되기 위해 법과대학원에 진학한 것이 아니라⁽¹³⁾ 단지 (실천적인) ‘법률가’가 되기 위해 진학한 것이다. 그런데 성적이 좋은 ‘법률가’의 길 중에 교수가 되는 길이 열려 있다는 사실을 깨달은 것이다. 이들은 베트남 전쟁과 Watergate 사건이라는 공통된 경험을 통하여 정치적 기관에 대한 불신을 길렀고 따라서 법원이 정치적 입법가의 역할을 담당해야 한다는 신념을 불태웠던 것이다. 법원 중심의 이들의 헌법관은 이러한 시대적 상황에서 배태, 양성된 것이었으나 그것은 미국의 민주정치와 헌법의 본연의 모습은 아니라는 주장을 간접적으로 펴고 있다.

이제는 시대가 바뀌었다는 주장으로 Ely는 결론을 대신한다. 당시의 학생들이 보수적인 선생들의 사상에 대해 반기를 들었듯이, 선생보다 보수적인 현재의 학생도 이미 ‘시대에 뒤진’ 선생의 진보성향에 대해 반기를 들고 있는 것이다. 무언가 강한 충격을 주는 대목이다.

「법현실주의」나 「비판법학」은 젊은 선생과 일부학생들에게는 매혹적인 것이지만, 질문에 대한 또다른 질문을 생산해낼 뿐, 근원적 문제에 대한 어떤 생산적인 해결에도 별다른 도움을 주지 못했다고 자신있게 결론을 내리는 미국의 대표적인 주류 헌법학자에게서 무엇을 배울 것인가, 잠시 숙고의 순간을 강요당한다.

(13) “만약 이론가가 될 생각이었더라면 일반 대학원에 진학했을 것이다.”(343면)