

自由主義와 美國憲法

安 京 煥

〈서울大學校 私法學科〉

I. 序 論

自由主義라는 用語만큼 明確하게 정의하기 힘든 用語도 드물다. 흔히 자유주의의 원조적 思想家로 認定되고 있는 18世紀 英國의 諸子百家들¹⁾에서부터 20世紀 後半의 政治哲學者²⁾에 이르기까지 자신의 주요 착안점에 따라 구구한 정의를 내리고 있다. 이와 같은 개념의 多義性에도 불구하고 자유주의가 미국헌법의 주된 사상적 뿌리라는 점에는 그 누구도 이의를 제기하지 않는다. 자유주의야말로 미국헌법의 탄생에 직접 기여한 국민의 정치적 결단을 대표하는 정치이념인 동시에 2백년 미국憲政史를 관류하는 지도이념이기도 하다. 자유주의의 이념을 국가의 기본조직과 국민의 일상생활에서의 정의를 가능하는 척도로서 구체화시킨 기관은 법원이었다. 법원에 의한 憲法裁判(司法審査)이라는 미국 특유의 매카니즘에 의해 자유주의의 이념은 구체화되어 왔다. 너무나 자주 인용되어 이제는 陳腐하게까지 느껴지는 토그빌의 말대로³⁾ 미국에서 일어나는 크고 작은 사건은 조만간에 헌법재판의 대상이 되고 이러한 헌법재판은 자유주의 이념의 현실적 구현의 과정이라고 본다면 미국헌법에 구현된 자유주의 정신을 도출해 내는 것은 좀 과장해서 말한다면 연방대법원으로 대표되는 미국법원의 모든 판결을 요약해 내는 결과가 된다.

본고에서는 미국헌법 성립 당시의 자유주의 즉 고전적 의미의 자유주의가 시대의 흐름에 따라 어떻게 변질 내지는 변용되었으며 법원이 어떻게 새로운 시대정신을 자유주의라는 헌법의 지도이념 속에 수용해왔나를 관찰한다. 그리하여 법원이 판결의 근거로 삼은 구체적인 헌법조항과 이슈 중에서 헌법원리로서의 자유주의 정신의 시대적 변천을 극명하게 보여주는 (1) 적법절차조항(Due Process Clauses, 수정 제 5조 및 14조), (2) 표현의 자유(Freedom of Expression, 수정 제 1조), (3) 선거구 조정과 평등권(Apportionment and Equal Protection of Law, 수정 제 14조), (4) 경제적 복지에 대한 국가의 책임(Economic Welfare and Governmental Responsibility)의 4대 이슈를 다룬다.

1) 이 글의 분석들은 기본적으로 Rogers M. Smith, *Liberalism and American Constitutional Law* (Harvard University Press, 1985)에 의존했다. 18세기 영국의 자유주의 사상가로는 벤담, 흄스 등을 들 수 있다. 자세한 것은 Richard H. Fallon, Jr., *What Is Republicanism, And Is It Worth Reviving?*, 1695 Harv. L. Rev. 102 (1989) 참조.

2) 존 롤즈, 드워킨 등이다. 위의 논문, pp.1706-1707.

3) Alexis Tocqueville, *Democracy in America* (Doubleday & Company, Inc., 1969).

II. 自由主義와 4대 憲法이슈

(1) 이와 같은 4대 이슈에 관련하여 법원은 미국 건국의 헌법이념인 자유주의 이념을 변화하는 시대에 접목시킴에 있어 초기의 자유주의의 원리를 고집하는 대신 새로운 이론을 창안해 냈는데 그 이론 구성의 패턴은 문제된 이슈와 적용된 헌법조항에 따라 특징있는 양상을 보여 준다.

먼저 適法節次條項의 해석에 관련하여 헌법에 명시되지 아니한 권리의 보호나 가치관의 주기적 재생은 피상적인 관찰에 불과하고 현실적으로는 기존의 질서와 가치에 대한 새로운 가치와 질서가 사회주의로 등장할 때마다 비록 그것이 기존의 법이론에 편승한다고 하더라도 언제나 증대한 변화가 수반되었다. 초기의 자유주의자들과 노예폐지론자들이 주장한 合理的自由(rationalistic liberty)는 19세기에는 재산권으로, 이는 또다시 현대의 만민평등주의와 개인적 자유주의(libertarianism)로 변질되었다. 이와 같은 反多數的(anti-majoritarian) 이상의 대두는 경험주의와 국민적 합의에 대한 강조와 맥락을 함께 한다. 이와 같은 변화의 결정적인 예로 당초 진보당 지지자들에 의해 주장되었던 상대주의적 민주적 실용주의적 정치관이 뉴딜 말기에 사회개혁입법에 대한 법원의 지지로 구체화된 것을 들 수 있다. 경제적 자유방임이 헌법적 요건이라고 선언한 Lochner⁴⁾ 판결도 신의 법이나 자연법상의 절대적 경제적 자유에 근거할 수도 있었다. 그러나 1950, 60년대에 다시 재생한 司法積極主義가 뉴딜말기의 合憲推定的 태도를 변경하여 입법에 대한 엄격심사의 자세를 견지할 때 과거의 논리에 의존할 수 없었다. 이제 법원은 실체적으로도 다른 가치를 추구했을 뿐만 아니라 그 방법론에 있어서도 변화하는 사회적 가치에 대한 보다 민주적이고도 실용적인 인식이라는 캐치프레이즈를 내걸었던 것이다. 이와 같이 사법적극주의의 근거를 경험론과 국민적 합의에서 구하고자 하는 노력으로 괄목할 만한 결과가 발생한 것이다. 즉 본질적인 가치의 실현을 강조하다보면 거의 절대적 자유와 평등을 앞세웠던 Warren 법원⁵⁾보다는 훨씬 보수적이고 상대적인 민주원칙을 지향한 Burger법원⁶⁾의 공로를 인정해야 하게 되는 결과에 이르게 된다.

(2) 4대 이슈에 관한 판결의 概觀

4대 이슈에 관한 법원의 판결들을 검토해 보면 아래와 같은 결론에 이르게 된다. 첫째,

4) 미국헌법 전문 참조.

5) Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905). 이 판결은 대략 1890~1937년의 기간동안 연방대 법원이 각종 사회개혁입법을 헌법이 보장하는 개인의 본질적인 경제적 자유를 침해했다는 이유로 무효 선언한 많은 판결의 상징이 되는 판결이다.

6) 연방대법원 역사상 가장 진보적인 판결이 많이 내려진, Earl Warren이 원장으로 재직했던 1953~69년의 기간을 지칭한다.

7) 1969~1987.

due process 관련 소송에서는 南北戰爭 및 産業革命 후의 길드 시대(Gilded Age)동안 自然法理論이 재생되었으며 뉴딜 이후의 相對主義(relativism)과 司法自制(judicial restraint)의 태도가 오늘에 이르기까지 주류를 이루고 있다. 또한 due process의 내용에도 변화가 발생하여 自律과 平等에 대한 새로운 관심이 새로운 법적 권리를 창출하기에 이르렀다. 이러한 현상은 Warren법원기에 현저했으나 Burger법원기 이후에 다소 후퇴하여 전통적 사회규범의 보장에 국한하는 양상을 보이고 있다. 둘째, 言論의 自由 분야는 1차대전 이후에 현저하게 확대 보호되는 경향을 보였다. 이는 정치의 민주적 과정의 실질적 보장을 위해서는 언론의 자유가 중요하다는 인식에 기인한다. 그러나 1950년대에 들어와서는 냉전논리의 만연으로 인하여 다소 위축되었으나 Warren법원기 이후로는 정치적 의사의 표현수단으로서보다는 개인의 自我實現의 수단으로서의 自己表現(self-expression)의 권리가 논의의 초점이 되었고 법원은 이 분야에서 현저한 사법적극주의의 길을 밟았다. 그러나 종합적인 관점에서 볼 때 전통적인 도덕적 가치관은 엄연히 살아 있는 채로 開放的 民主主義의 중요성만은 확인되고 있다. 세계로 選舉區의 調整과 平等權의 문제는 1940년대 이후에 비로소 訴訟의 대상이 되었다. 고전적 자유주의자들은 재산에 대해서도 상당한 대표권을 인정했고 소위 일인 일표의 原則(one man-one vote rule)의 엄격한 준수는 현대에 와서야 제기된 문제이다. Warren법원기 동안 이 원칙의 확립을 통한 정치적 평등의 제도적 보장에 주력했으나 Burger-Rehnquist법원에 들어와서는 1940~50년의 상대주의 입장으로 후퇴한 듯한 인상을 주고 있다. 마지막으로, 經濟的 福祉에 관한 國家의 責任 문제는 (1) 합중국 탄생 당시의 지도이념인 자유주의와 결합한 重商主義시대, 기득권 존중의 사상에 근거한 사유재산 절대 보호의 시대와 (2) 주정부에 의한 각종 경제규제조치를 방임한 Jackson 민주주의 시대를 거쳐 (3) Lochner 판결로 상징되는 사법부에 의한 자유방임경제의 보호시대를 거쳐 (4) 1937년 이후의 국가경제의 총체적 발전을 위한 광범한 정부개입의 시대에 이르는 동안 지속적으로 논의되는 과제이다. Burger-Rehnquist법원은 Warren법원이 확대한 복지수혜기대권(entitlement)의 범위를 현저하게 축소하고 있는 형편이다.

Ⅲ. Due Process 조항과 헌법의 해석

(1) 實體的 適法節次(Substantive Due Process)의 誕生

미 연방헌법 수정 제14조의 소위 '적법절차 조항'은 '어떤 州도 법의 적정한 절차없이 어떤 사람의 生命, 自由, 財産을 박탈하지 못한다'⁸⁾라고 규정하고 있다. '법의 적정한 절차'라는 용어의 유래는 magna carta의 'per legum terrae'(law of the land, 나라의 법)에

8) "—Nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law"

시 찾는 것이 정설이다. 본래의 의미는 ‘법에 의해 확립된 (positively established) 절차에 따라’라는 뜻이었으나 영국의 코몬로는 경우에 따라 보다 상위의 개념인 ‘正義와 條理’(justice and reason)를 포함할 수 있기에 보다 포괄적인 개념이다. 특히 Edward Coke卿은 자연법과 magna carta의 법리를 17세기의 법제에 적용하면서 law of land에는 일체의 제정법의 해석에 있어 지도원리가 되는 본질적인 자유의 원리가 포함되어 있다고 주장했다.⁹⁾ Coke의 주장은 주로 二重危險 禁止의 원칙(prohibition of double jeopardy), 人身保護令狀(habeas corpus)請求權의 保障, 大陪審(grand jury)에 의한 권리 등 절차적 권리에 중점을 두었으나 獨占(monopoly)으로부터 자유로울 권리, 同意없이 課稅받지 아니할 권리 등 실체적 내용도 포함되어 있었다.¹⁰⁾

19세기 전반에도 헌법 수정 제 5조의 적법절차¹¹⁾ 조항은 일체의 기본적 권리를 보장하나 그 방법은 특정한 절차의 보장을 통해서 이루어진다고 생각했다. 1856년의 Murray's Lessee¹²⁾ 판결에서 연방대법원은 이러한 절차는 헌법 그 자체, 또는 영국과 미국의 코몬로와 제정법 아래 확립된 관행의 절차(modes of proceeding) 속에서 찾아볼 수 있다고 했다. 그러나 수정 제 5조의 중요성은 형사정의의 실시의 일차적 권한을 가진 주정부에 대해 적용이 부정됨으로써 그 의미가 반감되었다. 연방법원의 경우와는 대조적으로 주법원은 주헌법의 ‘나라의 법’ 조항을 입법에 의한 恣意的인 재산권의 침해를 방지하는 데 적극적으로 활용하였다. 19세기 중엽에는 禁酒運動(tempetance)과 奴隸制廢止運動이 고조됨에 따라 위기를 느낀 주류와 노예 소유자의 재산권을 주헌법상의 적법절차조항을 통해 보호해 줌에 법원은 인색하지 않았다. 동시에 노예폐지운동가는 노예제 그 자체가 자유와 재산의 적법절차를 위반한 것으로 위헌이라고 주장했으나 결과는 정반대로 그 악명높은 Dred Scott판결의 결과로 수정 제 5 조는 오히려 노예주의 실체적 재산권을 보장하는 상징이 되고 말았다.

수정 제 14조의 제정(1868)으로 주정부도 연방헌법상의 적법절차조항의 준수자가 되도록 강제되었다. 도살업자의 독점적 영업권이 문제된 1873년의 Slaughter House 판결¹³⁾에서 원고측 변호인 전대법관 John Campbell은 이 조항은 權利章典(Bill of Rights)¹⁴⁾상의 일체의 권리뿐만 아니라 인간의 일체의 자연권까지도 보장할 의무를 주정부에 부과하는 것이라고 주장했다. 원고 패소판결을 내린 법원은 판결의 근거를 적법절차조항 대신 特權 및 免責

9) Charles A. Miller, "The Forest of Due Process of Law: The American Constitutional Tradition," *Nomos XVIII: Due Process*, ed., Ronald Pennock & John Chapman (New York Univ. Press, 1977), pp.4-7.

10) Id. p.9.

11) 수정 제 5 조의 적법절차 조항은 연방의 행위에 대해서만 주장할 수 있을 뿐 주정부의 행위에는 적용되지 않는다.

12) Murray's Lessee v. Hoboken Land and Improvement Co., 18 How. 272, 277 (1856).

13) Slaughter House Cases, 16 Wall. 36 (1873).

14) 연방헌법 수정 제 1 조-10조의 별칭.

條項(privileges and immunities clause)¹⁵⁾에다 두었고 그나마 주-연방간의 종래의 정치적 역학관계를 다치지 않으려는 의도가 역력히 보이는 소극적인 판결이었다. 반대의견을 집필한 두 판사¹⁶⁾는 Adam Smith 등의 이론을 근거로 이 조항은 일체의 不可讓渡의 權利(inalienable rights)를 보장한 것이라고 주장했다. 이들의 주장은 후일 법원이 수정 제14조를 경제적 자유방임주의의 보루로 이용하는 데 재생되었다.

刑事節次에 관련해서도 법원은 동일한 입장을 견지하였다. 1884년의 *Hurtado v. California*¹⁷⁾ 판결에서 법원은 대배심에 의한 소추없이 기소를 인정한 州法の 유효를 인정하면서 *Murray's Lessee* 판결의 수정 제5조 해석을 따르기를 거절하고 수정 제14조는 특정한 절차의 채택을 주에 강요한 것이 아니라 그저 '생명, 신체, 재산 그 자체'를 보장한 것으로 각 주는 이러한 자유와 정의의 원칙을 존중하는 범위 내에서 연방헌법상의 기준과 다른 어떠한 절차를 채택해도 무방하다고 판시했다.¹⁸⁾

대략 1890년 경부터 법원은 적법절차조항의 실체적 내용에 대해 관심을 가지기 시작했고 이는 영업추구권, 계약자유권, 고용조건의 합의결정권 등 법원의 판단으로 볼 때 본질적인 자유라고 생각되는 자유를 제한하는 입법의 합리성을 심사하기 시작하였다. 1905년의 *Lochner v. New York*¹⁹⁾ 판결에서 법원은 제과업에 종사하는 근로자의 근로시간을 규율하는 州立法을 '계약의 자유에 대한 부당한 간섭'으로 위헌이라고 선언했다. *Slaughter House* 판결에서의 반대의견과 같이 이와같은 明示되지 아니한 권리도 '자유'와 '재산'의 개념 속에 포함되며 '불합리하게' 또는 '불필요하게' 제한될 수 없다고 판시했다. *Lochner*류의 판결에서 법원이 경제적 자유방임의 '실체적' 자유의 권리를 수정 제14조 속에 포함시킨 것은 논리나 헌법의 구조적 해석의 범위를 초과한 것이다. 이는 19세기 말에 미국에서 일고 있던 다양한 정치적, 경제적, 사회적 지성의 영향이 판결에 반영된 것이다. 코몬로 전통, Adam Smith의 경제적 자유주의의 유산, Herbert Spencer와 William Graham Sumner의 사회적 진화론이 자연법을 근거로 광범한 개혁입법을 시도하던 인민당 및 진보당의 이상을 분쇄하는 데 기여한 것이다. 이러한 이론은 초기 자유주의자들의 자연법이론에 대한 상당한 수정이나, 헌법이 무엇보다도 경제적 자유를 보장하기 위해 제정되었다는 주장의 매력 때문에 수용되었던 것이다.

적법절차조항을 근거로 경제적 자유에 대한 보호를 계속하면서도 형사절차에 관련해서는 법원은 '본질적인 권리'의 존재를 인정함에 인색했다. 수정 제6조의 변호인의 조력을 받

15) "No state shall make or enforce any law which abridge the privileges or immunities of citizen of the United States"

16) Joseph Bradley (16 Wall. 118, 122)와 Stephen Field (16 Wall. 96, 110).

17) 110 U.S. 516 (1884).

18) Id. at 532.

19) See supra Note 5.

을 권리가 문제된 1932년의 *Powell v. Alabama*²⁰⁾ 판결에서 비로소 이러한 권리의 존재를 인정했지만 권리장전상의 본질적인 권리가 구체적으로 무엇이냐를 결정하고 또 이러한 권리가 주법상의 절차에 적용되기 위해서는 수십년에 걸친 일련의 판결이 소요되었다. 형사 절차에서 적법절차조항이 요구하는 최소한의 기준으로 제시된 것이 '본질적 공정성'(fundamental fairness)²¹⁾의 담보였다. 그러나 본질적인 권리나 본질적 공정성의 판단의 기준은 '미국 헌법질서에 강제된 자유'²²⁾ '미국의 정의시스템에 필수불가결한 존재'²³⁾ 등등의 추상적인 문구 이외에는 제시하지 못함으로써 법원의恣意的인 판단을 막을 수 있는 설득력 있는 일관된 이론의 정립에는 실패했다.

실체적 적법절차의 眞髓는 아마도 1960년대 이후 오늘에 이르기까지 미국헌법의 중심이 수가 되어온 privacy의 권리를 낳은 산모가 되었다는 점에 있을 것이다. 1965년에 법원은 *Griswold v. Connecticut*²⁴⁾ 판결에서 피임약의 사용과 사용권고행위를 처벌하는 주법을 위헌으로 선언하면서 William Douglas판사의 입을 빌어 권리장전에 명시되지 아니한 실체적 권리가 章典에 명시적으로 보장된 권리들의 半影(penumbras)에서 방출된다고 했다. 이 판결에서는 과거 경제적 자유를 이유로 일련의 사회개혁입법을 위헌 선언함에 근거가 되어 시대적으로 설득력을 잃은 실체적 적법절차 이론 대신에 권리장전의 半影속에 존재하는 privacy의 권리의 존재를 인정하였지만 그 법이론의 구성의 기법은 동일했다. *Griswold* 판결이 privacy의 권리를 탄생시켰지만 그 전성기는 1973년의 *Roe v. Wade*²⁵⁾ 판결에서 시작된다. 낙태를 형사처벌한 주법을 부녀자의 헌법상의 privacy권을 침해한 것으로 무효라고 선언하여 오늘에 이르기까지 끊이지 않는 논란의 원인을 제공한 이 판결에서 Blackmun 판사가 집필한 다수의견은 privacy권의 근거를 '수정 제14조의 개인적 자유'에서 구했다. *Roe* 판결 이후로 법원은 출산, 결혼, 가정생활 등의 영역에 있어 privacy권을 확대함으로써 가족법의 새로운 헌법적 영역을 개척했다.²⁶⁾ 이러한 일련의 판결 중 하나에서 *Powell* 판사는 '위험하기 짝이없는' 실체적 적법절차의 영역에서 판사의 자의와 재량의 남용을 방지하기 위해서는 '역사의 가르침'과 '미국사회의 근저에 자리잡고 있는 근본가치'를 기준으로 삼아 '적당한 한계'를 설정해야 한다고 했다.²⁷⁾ 이러한 *Powell*의 주장은 Alexander Bickel, Arthur Goldberg, John Harlan 등 많은 동조자를 얻었다.

20) 287 U.S. 45 (1932).

21) *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937); *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968); *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952).

22) *Palko v. Connecticut*.

23) *Duncan v. Louisiana*.

24) 381 U.S. 479 (1965).

25) 410 U.S. 113 (1973).

26) *Moore v. City of East Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977); *Youngberg v. Romeo*, 457 U.S. 307 (1982).

27) *Neachum v. Fano*, 427 U.S. 215 (1976) at 230.

(2) 適法節次의 현주소

1960년대의 판결이 대체로 자유주의적 적극주의에 입각하여 미국사회의 근본이 되는 원칙을 정립하기 위한 시도였다면 최근의 판결들은 미국사회의 근본가치를 보다 보수적인 입장에서 추출하려고 하고 있다. 그리하여 ‘미국의 역사와 전통에 비추어 볼 때 명백하게 본질적인 것으로 인정된 권리’²⁸⁾만이 보호의 대상이 된다는 입장을 취함으로써 ‘경찰 (국가권력)이 발조차 들여 놓을 수 없는 절대적인 자율의 영역’²⁹⁾이 존재한다는 Douglas류의 주장을 명백히 배척하고 있다. 이와 같은 보수적 입장에서 미국의 전통적 가치를 추구하는 추세에 대한 반응으로 1970년대에 들어와서 일종의 절충안이 제시되었다. 그 대표적인 예가 Ronald Dworkin이다. 그는 본질적인 가치관을 판결에 반영함에 있어 판결의 일관성을 확보하고 법원의 책임있는 司法을 담보하기 위해 판사는 단지 미국의 제도적, 사회적 전통에 주목함에 그치지 말고 이러한 자료들로부터 역사의 발전추세로 보아 오늘날 가장 높은 가치를 부여해야 할 헌법이론을 모든 영역에 걸쳐 일관성을 유지할 것을 유념하면서 해석해 내어야 한다고 주장했다. 판사는 불가피하게 가치의 선택을 해야 하고 자신의 판단이 설득력을 갖추기 위해서는 자신이 선택한 자유주의의 이론이 오늘날의 가치관에 적합한 것인지를 확인해야 한다고 했다. Dworkin은 자신의 이론을 적법절차에 본격적으로 적용하지는 않았지만 대부분의 형사적 권리의 보장은 평등한 人格的 待遇라는 본질적 권리의 개념에 의해 분석될 수 있다고 주장했다.³⁰⁾

이상에서 개관해 본 바와 같이 적법절차의 핵심개념인 본질적 가치관의 접근법은 自然法 原理에서 출발하여 歷史와 傳統 이론을 거쳐 現代의 自由主義 理論에 이르고 있다.

IV. 言論의 自由

言論의 自由는 초기 자유주의 사상가들이 가장 비중을 두었던 가치 중의 하나였다. 고전적 자유주의자들에게 언론의 자유는 무엇보다도 평화, 지적 진보, 그리고 개인적 자유 (peace and intellectual progress and personal freedom)라는 자유주의의 이상을 실현하는 데 필수불가결한 전제조건인 동시에 직접적인 수단이 되기 때문이다. 미국의 판사들은 이와같은 언론의 자유의 고전적 가치관과 더불어 공리주의적 민주주의의 이상, 그리고 낭만적 평등주의의 이상을 자신의 판결에 반영하여 왔다.

미국헌법의 탄생에 가장 큰 영향을 미친 자유주의 사상가로 인정되고 있는 John Locke는

28) Moore v. City of East Cleveland; Village of Bell Terra v. Boras, 416 U.S. 1 (1974); Zablocki v. Redhail 434 U.S.374 (1978); Hollenbaugh v. Carnegie Free Library, 439 U.S. 1052 (1978).

29) 381 U.S. at 481.

30) Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press, 1978), pp.56-7.

자연권으로서든 제도적인 권리로서든 언론의 자유 그 자체를 주창하지 않았고 보다 관념적인 知的 靈的 良心의 自由(freedom of spiritual and intellectual conscience)에 주된 관심을 가졌었다.³¹⁾ 언론의 자유에 관해 직접 자신의 입장을 밝힌 동시대의 John Milton이나 Benedict de Spinoza 같은 사상가는 대체로 Locke의 입장에서 있었다. 미국의 언론의 자유에 가장 심대한 영향을 미친 고전적 자유주의자는 J.S. Mill이다. Mill은 자신의 역저 『自由論(On Liberty)』에서 ‘효용’(utility)의 관점에서 ‘사상과 토론의 자유’(freedom of thought and discussion)를 주장하면서 덧붙이기를 여기의 효용이란 “가장 넓은 의미에서 진보적 존재로서의 인간의 향구적인 이익에 기초해야 한다”라고 했다. ‘향구적인’ 또는 ‘진보적인’ 이익의 개념에서 보듯이 Mill의 효용 개념은 모든 인간의 욕망과 쾌락에 동일한 가치를 부여한 것이 아니다. 그럼에도 불구하고 Mill의 시도는 가히 선구적인 것이었다. 사상과 토론의 자유의 최초의 주창자로서 그는 민주주의의 핵심 가치인 ‘진리의 상대성’에 관한 성찰과 더불어 진리의 포착과정에서 불가피하게 등장하는 여론의 효용을 강조했다기 때문이다. Mill이 강조한 것은 진리 그 자체가 아니라 진리의 발전에 이르는 과정으로서의 ‘공개적이고도 제약없는 논리와 지성의 토론장’의 확보였다.³²⁾

Mill의 영향이 미국연방대법원의 언론의 자유 관련판결에 반영된 최초의 예는 1차대전 중의 防諜法(Espionage Act of 1917) 위반 사건인 Schenk v. United States³³⁾ 판결에서 찾을 수 있다. Schenk는 대전중 동법에 위반하여 정병을 거부할 것을 선동하는 팜플렛을 배포한 혐의로 유죄판결을 받자 자신의 헌법상의 언론의 자유를 이유로 이를 다투었다. 정부는 이러한 팜플렛이 실제로 정병업무에 차질을 초래했다는 증거를 제시하지 않은 채 종래 비판없이 적용되어 온 ‘자연적인 위험한 경향’(natural bad tendency)의 기준에 의존하였다. 판결문을 집필한 Oliver Wendell Holmes Jr. 판사는 Schenk의 유죄를 확인하였지만은 언론의 자유에 대한 제한의 기준으로 종래의 ‘위험한 경향’ 대신 ‘명백하고도 현존하는 위험’(clear and present danger)이라는 새로운 기준을 제시했다. 그는 “어떤 주장이나 사상의 진실여부를 판가름하는 가장 확실한 방법은 사상의 共同市場에서 토론을 거쳐 살아 남느냐 여부를 보는 것이다”라고 함으로써 소위 ‘사상의 공동시장’(marketplace of ideas) 이론을 제시했다. Holmes의 이론은 Louis Brandeis, Learned Hand 등에 의해 수용되어 언론의 자유에 대한 확고한 법이론으로 미국은 물론 세계 각국의 헌법이론과 판결에 심대한 영향을 미치고 있다.

Holmes의 이론과 함께 언론의 자유의 발전에 결정적으로 기여한 헌법이론은 1937년의 Carolene Products³⁴⁾ 판결에서 Stone판사가 제시한 이른바 기본권심사에 관한 ‘이중기준’

31) Locke, Letter Concerning Toleration, Essay.

32) J.S. Mill, *Three Essays* (Oxford University Press, 1975), pp.36-37, 134-139.

33) 249 U.S. 47 (1919).

34) United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938).

(double standards)의 원칙이다. 이중기준이란 법원이 입법의 합헌성을 심사함에 있어 특정한 이슈가 관련된 사건에서는 그 합헌성의 추정을 여타의 법률의 경우보다 낮게 해야 한다는 것이다. 이러한 합헌성의 추정이 낮아지는 범영역에 언론의 자유가 포함된다고 함으로써 언론의 자유는 여타의 기본권보다도 '우월적 지위'(preferred position)를 차지하고 있다는 이론의 근거를 제공해 주었다.

새로운 시대적 이상과 행태를 기존의 실정법 체제에 투영하려는 법원의 끊임없는 노력은 '상징적 언론'(symbolic speech), '상업적 언론'(commercial speech), 외설적 표현행위(obscurity) 등의 영역에서도 나타난다. 1969년의 *Tinker v. Des Moines School District*³⁵⁾ 판결에서 법원은 월남전에 반대하는 자신의 소신을 표현하기 위해 검은 완장을 차고 등교했다는 이유로 징계처분을 받은 고등학생의 헌법적 권리를 인정하면서 이와같은 행위는 종래의 '순수한 언론행위(pure speech)'대 '행동'(conduct)의 기준에 비추어 본다면 전자에 속한다고 하여 특별한 헌법적 보호를 받는 언론행위의 영역에 획기적인 변화를 일으켰다. 최근 국제적인 논란의 대상이 되고 있는 국가소각행위에 대한 헌법적 보호의 판결도 상징적 언론행위의 관점에서 생각한다면 이해할 수 있다. 영리추구를 주된 목적으로 하는 상업적 언론행위나 외설적인 표현행위는 전통적으로 헌법의 보호 밖에 있었다. 그런데, 자본주의와 시장경제를 또다른 근본질서의 하나로 삼고 있는 미국의 헌법질서 아래서 이윤을 추구한다는 그 이유 하나로 기본권 중의 기본권인 언론의 자유가 부정될 수는 없다는 언론행위자의 입장과, 산업사회의 발전에 따라 개인이 자율적인 의사결정을 하기 위해서는 그 전제조건으로 판단의 자료가 제공되어 있지 않으면 안된다는 점을 동시에 착안하여 상업적 언론행위에 대해서도 원칙적으로 일반의 언론행위와 동일한 보호를 하는 일면 소비자의 판단을 현혹시킬 위험을 방지하기 위한 최소한의 제한은 가능하게 했다. 외설적 표현행위에 대한 규제는 사회가 다원화됨에 따라 藝術性과 猥褻性의 기준이 모호해지게 되었고 또한 이에 대한 事前的 規制(prior restraint)는 검열자인 소수의 국가관리의 예술적 심미안의 수준과 도덕감정의 기준으로 국민의 그것을 대치하는 결과가 되어 본질적으로 非民主的이라는 인식에서 事前的 規制로부터 事後的, 時間—場所—方法(Time-Place-Manner)의 規制로 전환하게 되었다.³⁶⁾

마지막으로 특기할 필요가 있는 판결은 언론의 자유의 한계로서의 명예훼손에 관한 이중기준의 설정에 기여한 1964년의 *New York Times v. Sullivan* 판결이다.³⁷⁾ 이 판결에서 법원은 공무원의 공적인 행위에 대한 비판은 비록 그것이 허위라고 할지라도 이러한 허위사

35) 393 U.S. 503 (1969).

36) 예를 들면, *Roth v. U.S. and Alberts v. California*, 354 U.S. 476 (1957); *Kingsley Int'l Picture Co. v. Regents*, 360 U.S. 684 (1959); *Staenley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969); *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973); *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973) 등이다.

37) 376 U.S. 254 (1964).

실의 摘示가 ‘惡意에서 또는 眞實與否에 無關心하게 부주의한’ 심리상태에서 행해지지 않은 이상 명예훼손의 책임이 없다고 선언하여 單純過失을 要件으로 삼는 일반인에 대한 명예훼손의 경우와 대비시켰다. Brennan의 판결문은 민주국가의 주권자로서의 국민이 정부의 정책에 대해 자신의 의견을 개진하는 權利를 가짐은 지극히 당연한데도 과거에 이에 대해 행해졌던 박해의 역사에 대해 비판을 가하면서 이러한 비판권은 ‘수정 제 1조의 핵심적 내용’이라고 선언하였다. 이러한 Brennan의 판결문은 Meiklejohn을 위시한 많은 학자들의 열렬한 지지속에 민중민주주의적 자유주의의 가치관을 헌법상의 언론의 자유에 담는 법원의 작업을 계속하는데 견인차가 되었다.

V. 選舉區 調整과 平等權

미국연방헌법은 적극적으로 선거권을 부여하지는 않으나 州法에 의해 부여된 선거권의 침해에 대해서는 보호를 해 준다고 일반적으로 인식되고 있다. 20세기에 들어와서 대법원은 선거권에 대한 각종 제한을 위헌선언해 왔으나 선거구의 변칙조정 문제를 다룬 것은 1960년대에 들어와서야 비롯된 일이었다. 선거구의 조정문제에 대해 관심을 가지게 된 것은 미국 자유주의의 발전의 양상을 보여주는 증거이기도하다. 왜냐하면 여기에는 모든 국민의 참정권이 동일한 비중으로 대표되어야 한다는 절대적 萬民平等主義의 사상과 함께 다양한 사회계층과 집단의 이익이 균형있게 조화되어야 한다는 상대적 민주주의의 이념이 함께 내재해 있기 때문이다.

많은 학자들이 一人一票原則의 선구적 주창자는 John Locke라고 이해하고 있다. 그러나 그는 정부가 다수국민의 선택에 의해 구성되어야 한다고 주장했을 뿐 구체적 세부사항은 특정 사회의 특수한 사정을 고려하여 선택할 수 있도록 각종 代案을 허용하였다. 입법부의 구성에 관해 논하면서 당시 영국의 선거제는 부패하고도 부정의스러운 것이라고 비난하면서도 인구만이 대표자 선출의 유일한 기준이라고 주장하지는 않았다. 그 또한 초기의 많은 자유주의자들과 마찬가지로 ‘財力’에 대해서도 상당한 대표권을 인정하고 있었던 것으로 보인다.³⁸⁾ 미국 연방헌법도 일인일표원칙을 想定하고 있지 않았으며 헌법 지지문서인 Federalist Papers에도 이에 관한 언급이 없다. 헌법은 오히려 연방국가의 특성을 고려하고 批准의 편의를 위해 인구에 의한 비례적 대표의 원리를 무시하고 당시의 법아래서 재산으로 취급된 노예에 대해서도 자유인의 3/5의 대표권을 인정하는 변칙을 택했다.³⁹⁾ 그리하여 후일 일인일표의 문제가 소송의 대상이 되었을 때 법원은 “불평등한 선거권을 허용한 제헌당시의 정

38) Robert McKay, *Reapportionment: The Law and Politics of Equal Representation* (New York: The Twentieth Century Fund, 1965), p. 21.

39) 미국 연방헌법 제 1조 2항 3절.

치칠학을 주장할 시대는 이미 지났다. 수정 14, 15, 17 및 19조가 과거의 잔재를 이미 깨끗이 말소시켰다.”⁴⁰⁾라고 말하게 되었다. 1960년대 이후에 선거구조정사건에서 법원이 유념한 만민평등주의의 이념은 초기의 자유주의 이론의 난점 때문에 현대에 들어와서 잉태된 새로운 사상이다. 自然法原理에 대한 인식론적 실체적 불만이 국가의 궁극적인 정당성의 근거는 국민의 동의라는 생각을 낳게 되었고 이에 代議民主主義의 사활을 ‘평등하고도 공정한’ 대표성의 확보에 걸게 된 것이다. 이와 같은 사상의 맹아는 역사적으로 보아 이미 잿슨시대의 각종 선거법 개혁에서 엿볼 수 있었고 남북전쟁 후 한동안 맥이 이어졌으나 헌법의 최종수호자인 대법원의 관심을 끌지는 못했었다.

1962년의 *Baker v. Carr*⁴¹⁾ 판결에서 법원은 선거구의 획정문제는 법원이 판단할 기준과 자료, 그리고 능력을 보유하지 아니한 일종의 ‘정치적 문제’로 사법판단적격(judiciability)을 보유하지 아니한다고 했다. 그러나 불과 2년후의 *Reynolds v. Sims* 판결을 위시한 6건⁴²⁾의 선거구조정문제 판결을 통해 평등권 조항을 매개로 거의 완벽한 일인일표의 원칙을 확립시켰다.

그러나 버거법원에 들어와서는 “평등권조항은 다수에 의한 통치를 보장해 주는 것이 아니고 더더구나 비례적 대표성을 요구하지 않는다. 이 조항은 단지 특정 그룹의 국민에 대한 차별을 금지할 뿐이다”⁴³⁾라고 함으로써 선거구조정문제를 평등권의 이슈로부터 분리하려는 시도를 하고 있다.

VI. 經濟的 福祉와 國家의 責任

미국헌법이 비준될 당시 많은 자유주의 사상가들은 아직도 고전적 정치경제학의 원리에 집착하고 있었지만 시대는 이미 봉건적 농업사회에서 근대적 산업자본주의사회에로의 돌이킬 수 없는 역사적 전환을 하고 있었다. 자유주의의 경제정책은 확립되지 않았고 의견의 대립은 불가피했다. 노동생산성의 향상, 교역의 촉진, 그리고 활발한 자본의 투자를 통해 번영을 달성한다는 자유주의의 이상은 과도기에 접어든 사회에 적합한 정책의 수립을 놓고 표류하고 있었다. 한편으로는 기득권의 보호를 통해 투자를 촉진시키고자 하는가 하면 또 한편으로는 보다 생산성 높은 기술 혁신에 장애가 되는, 시대에 뒤떨어진 재산의 이

40) *W. Douglas in Gray v. Saunders*, 372 U.S. 368 (1963) at 377.

41) 396 U.S. 186 (1962).

42) 377 U.S. 533 (1964); *Lucas v. Forty-fourth Colorado General Assembly*, 377 U.S. 713 (1964); *Roman v. Sincoc*, 377 U.S. 695 (1964); *Davis v. Mann*, 377 U.S. 678 (1964); *Maryland Committee for Fair Representation v. Tawes*, 377 U.S. 656 (1964); *WMCA, Inc. v. Lomenzo*, 377 U.S. 633 (1964).

43) *Gordon v. Lance*, 403 U.S. 1 (1971) at 4.; *Lockport v. Citizens for Community Action*, 430 U.S. 264 (1977) at 266.

용 형태와 방법을 억제하고자 했다. 이와같은 역사적 배경아래 미국의 경제헌법은 다양하고도 체계없는 초기 자유주의자들의 이상의 혼란이 투영되어 기득재산의 보호와 입법과 코몬로에 의한 기존 경제질서의 개혁이라는 相衡되는 양대 이념이 동시에 지도적 역할을 해왔다. 때때로 기득권의 수호자나 개혁의 주창자나 모두 자신에게 유리할 경우에는 自然法 또는 實定法 가리지 않고 의존했다. 그리하여 미국의 경제헌법사는 어떤 일관된 원칙이나 입장을 견지하는 하나의 그룹도 찾아볼 수 없는 그야말로 혼돈의 역사이다. 다만 이와 같은 혼돈의 와중에서 국가 경제정책 수립의 최종 책임자인 연방정부의 역할이 전 미국사를 통해 강조되었고 이에 대한 법원의 태도가 결정적인 요소로 작용해 왔다는 사실은 주목할 가치가 있다.⁴⁴⁾

헌법의 탄생 후에도 Jefferson-Jackson류의 농업경제수호자와 상공업 이해집단간의 세력 다툼은 계속되었다. 이 싸움은 州 대 聯邦이라는 또 하나의 정치적 역학관계와 함께 연결되어 있어 쉽게 실마리가 풀릴 수 없었다. 그러나 John Marshall을 首長으로 하는 연방대법원은 몇 건의 결정적인 판결을 통해 연방정부의 권한 확대에 사법적 반석을 제공해 주었고 이는 200년 미국헌정사를 통해 돌이킬 수 없는 추세가 되었다. 법원이 연방권한의 확대에 이용한 법이론은 다양하지만 그 중에서도 특히 헌법 제 1조 8항의 소위 ‘通商條項’(Commerce Clause)의 확대해석을 통해⁴⁵⁾ 연방입법의 합헌성을 확인해 주는 방법을 애용했다. New Deal 입법을 위시한 무수한 경제개혁입법이 통상조항에 의존하여 이루어졌으며 법원은 일시적인 浮沈을 거듭했지만 결정적인 순간마다 개혁의 지지자가 되어 주었다. 또한 통상조항은 경제적 영역 이외의 다른 영역에 있어서의 입법의 근거가 되었다. 인종차별 철폐의 목적으로 제정된 民權法(Civil Rights Act)이나 조직범죄에 대한 대응책으로 제정된 연방의 형사법규까지도 통상조항을 근거로 제정되었고 형식논리상의 엄청난 瑕疵에도 불구하고 법원은 이를 합헌으로 인정하곤 했다.⁴⁶⁾

만민평등주의의 기치 아래 난숙한 자본주의의 고질적인 병폐인 빈부의 격차를 적극적 불평등해소정책을 통해 시정하겠다고 나선 1960년대의 법원은 전통적인 확정적 권리(right) 이외에 국가의 적극적인 복지정책을 추구하고 이를 수혜할 것을 기대할 수 있는 일종의 기대권(entitlement)의 개념을 창안하기도 했다.

이 모든 법원의 조치가 고전적 자본주의가 변질되어 가는 과정에서 설 자리를 잃은 고전적 자유주의의 가치를 시대에 맞게 재생시키려는 노력의 일환이라고 해야 할 것이다.

44) 이와 같은 연방법원의 역할에 관해서는, Russell W. Galloway, *The Rich and the Poor In Supreme Court History* (1983), 안경환 역, ‘법은 누구편인가’, 『고시계』(1986) 참조.

45) 미국연방헌법은 연방의회가 법을 제정할 수 있는 영역을 한정적으로 열거하고 명시적으로 연방에 위임되지 않은 권리는 주에 유보되어 있다고(수정 제10조) 규정하였기에 이러한 논리의 조작이 필요하다.

46) 자세한 안경환, ‘미국의 연방주의—통상조항을 중심으로—’, 『한국헌법과 미국헌법』, 한국공법학회편 (1989), p. 393.