

평등이라는 공허한 관념* **

Peter Westen 著

미국 미시건대학교 명예교수

최 호 동 譯

충남대학교 법학전문대학원 전문석사과정

< 목 차 >

- I. 도덕론에서의 평등
- II. 법에서의 평등
- III. 평등이 주는 혼동(confusion)
- IV. 결론

같은 것은 같게 취급되어야 한다는 평등의 원칙은, 수천년간 서구 사상에 정착되어 있어왔다. 이 논문에서 Westen 교수는, 위 원칙은 그 내용이 공허하기 때문에 영속적일 수 있었던 것이라 주장한다. 위 원칙이 의미를 갖기 위해서는 어떤 사람이나 어떤 처우가 '같은' 것인지를 결정하기 위한 가치(value)를 바깥으로부터 들여

* 투고일 : 2013.5.13, 완료일 : 2013.6.13, 게재확정일 : 2013.6.24

** 이 논문은 1980. 2. 6.에 있었던 Michigan 교수회 세미나에서의 발표문에 기초한 것이다. 필자에게 통찰과 격려를 주신 Michigan Law School의 동료들께 감사드린다. 특히 이 논문의 초안을 읽고 평해주신 내외의 친구 및 동료들께 감사를 드린다 : Bruce Ackerman, Vince Blasi, Paul Brest, Owen Fiss, Dede Freedman, Charles Fried, Kenneth Karst, Tom Green, Diane Lehman, Jeffrey Lehman, Dustin Ordway, Ted St. Antoine, Joe Sax, Phil Soper, Paul Stephan, David Westin, Christina Whitman, 그리고 필자의 형제인 Tracy Westen이 그들이다. 또한 평등의 관념에 관하여 필자와 심도 있게 교신해 주신 W.T.Jones 와 Don Regan께 각별한 감사를 드린다. 그 분들께 누가 될 수도 있으므로, 그들은 모두 이 논문의 전부나 일부에 대하여 반대의견을 표하셨음을 밝혀둔다. 아울러 재정지원을 해 준 John Simon Guggenheim Memorial Foundation에도 감사를 표한다.

와야 하지만, 이러한 가치를 일단 찾아내고 나면 평등원칙은 이미 중복적인 (*superfluous*) 것이 되어버리고 만다. 심지어, 평등은 혼동과 논리적 오류를 야기하기까지도 하는 경향이 있다. Westen 교수는, 그렇기 때문에 평등이라는 수사(修辭)는 폐기되어야 한다고 결론짓는다.

‘평등’은 흔히 ‘권리’나 ‘자유’와는 다른 것으로서 인식되고 있다. 권리는 여러 형태를 갖지만, 평등은 단일하다. 권리는 복잡하지만, 평등은 단순하다. 권리는 개인의 복리에 그 원천과 정당화근거를 갖는 것으로서 성질상 비교를 전제하지 않지만 (*noncomparative*), 평등은 타인에 대한 취급(*treatment*)으로부터 그 원천과 한계를 갖게 되는 것으로서 비교를 전제한다(*comparative*). 권리는 절대적 박탈을 문제삼는 반면에, 평등은 상대적 박탈을 문제삼는다. 권리는 다양성, 창의성, 차별성을 의미하는 반면에, 평등은 균일성(*uniformity*)을 의미한다. 권리는 개인적인 것이고, 평등은 사회적인 것이다. 혹은, 사람들이 그렇게 말하곤 한다.¹⁾

위와 같은 차이점들에 관한 인식은, 평등의 이상과 권리·자유 의 이상 사이에서 거둬낸 강조점의 부침(浮沈)에도 나타나 있다. 미합중국헌법의 기초자들이 중앙정부와 시민 간의 관계를 설정할 적에는 권리장전의 형태를 취했는가하면, 그 75년 뒤에 남북전쟁의 승전세력이 시민과 주(州)의 관계를 재설정할 적에는 “평등”의 문법을 택하였다²⁾. 50년 전에는 평등을 모든 활용가능한 “권리”가 주장되고 좌절된 후

- 1) J. Feinberg, *Social Philosophy*, 98-119(1973)(권리는 성질상 비교를 전제하지 않지만, 평등은 비교를 전제한다); A. Flew, *The Politics of Procrustes*, 29(1981)(“당신이 정말로 진정한 평등론자(*egalitarian*)인 한, 당신은 다양한 사람들에게 주어져야 할 몫은 1차적으로, 그들 자신이 어떤 사람인지의 여부나 어떤 행위를 했는지의 여부가 아니라, 다른 사람이 갖고 있는 것이 무엇인지에 따라서 결정되어야 한다고 말할 수 있어야만 한다.”); S. Lakoff, *Equality in Political Philosophy*, 6(1964)(“형식상 평등의 관념은 하나이다...”); Feinberg, *Noncomparative Justice*, *Phil. Rev.* 제83권, 297, 310(1974)(비교를 전제하지 않는 원칙은 “환원할 수 없이 다양한” 반면에, 비교를 전제하는 원칙은 항상 같은 “형식”을 지닌다); Lucas, *Against Equality Again*, *Phil.* 제52권, 255, 271(1977)(“정의가 곧 평등은 아니다... 정의는 평등보다 훨씬 복잡하다.”); Nisbet, *The New Despotism*, 1975년 6월호, 31, 40(자유는 “차등”, “다양성” 그리고 “창조성”을 뜻하는 반면에, 평등은 “단일성”을 뜻한다); Raphael, *Tensions Between the Goals of Equality and Freedom*, *Equality & Freedom* 제2권에 수록, 543, 553(G. Dorsey ed. 1977)(자유는 개인적인 가치인 반면, 평등은 사회적인 가치이다); Wright, *Judicial Review and the Equal Protection Clause*, *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 제15권, 1, 17-18(1980)(평등은 “절대적”이지 않고 “상대적인” 언어로 말한다).
- 2) Handlin, *The Quest for Equality*, 1979 Wash. U.L.Q. 35, 35의 서술(“평등이라는 개념은 1789년에 비준되었을 당시의 헌법에는 살짝 스치는 정도로만 들어가 있었다. 헌법의 기초자들에게나 그것을 비준한 이들에게나, 평등은 그다지 관심의 대상이 되지 못하였다.”)이나 W. Adams, *The First American Constitutions*, 176(1980)의 서술(“독립 초기의 헌법전에서, 다수의 주(州)들은 평등원칙을 의견상 인지하지 못하고 있었다”)을, J. Pole, *The Pursuit of*

에야 비로소 채택될 “최후수단”³⁾으로서의 법개념으로 자리매김하였는가 하면, 오늘날의 평등개념은 한 때 그에 훨씬 우선하였던 “권리”들을 집어삼킬 수도 있는 1차적인 법적 수단이 되어가고 있다).

이러한 “권리”와 “평등”의 병치(併置, juxtaposition)현상은 양자간의 긴장을 보여 주기도 한다.⁵⁾ 때로 혹자는 평등이 권리의 희생 위에 위세를 떨치고 있다고 하고, 혹자는 권리가 평등의 희생 위에 득세하고 있다고도 하는 한편⁶⁾, 또 혹자는 하나가 다른 하나보다 우선한다고도 한다. 그리하여, 종종 권리가 평등의 원천이라는 주장이 있는가하면, 평등이 모든 권리의 근간이라고 주장하는 이도 있다.⁷⁾

Equality in American History, 148-76(1978)의 서술(전후재건(reconstruction)을 위한 헌법개정은 평등관념을 중핵으로 하는 것이었다)과 비교해보라.

3) Buck v. Bell, 274 U.S. 200, 208(1927)(Holmes 대법관).

4) 『우리가 지금 목격하고 있는 것은, 적법절차 조항으로부터 수정헌법 제14조 평등보호 조항으로의, 아직 결정적이지는 못하지만 유의미한(significant) 중심(重心)이동이다. 다음 세대의 헌법해석 및 정치적 해석에 있어서 평등보호 조항의 위치는, 지난 세대에 적법절차 조항이 가졌던 그것에 상응할 가능성이 높다.』

Commager, *Equal Protection as an Instrument of Revolution*, Constitutional Government in America 467(1980)에 수록; Kurland, *The Supreme Court, 1963 Term - Foreword: Equal in Origin and Equal in Title to the Legislative and Executive Branches of the Government*, Harv. L. Rev. 제78권, 143, 144(1964)도 참조. Karst, *The Supreme Court, 1976 Term - Foreword: Equal Citizenship Under the Fourteenth Amendment*, Harv. L. Rev. 제91권, 1, 4, 26-33(1977)의 서술(과거 독자적인 권능으로 이해되었던 “시민권”에 대하여 수정 제14조의 평등보호 조항이 헌법적인 근거가 된다고 주장)을 Perry, *Modern Equal Protection: A Conceptualization and Appraisal*, Colum. L. Rev. 제79권, 1023, 1024, 1074-81(1979)의 서술(근본적 권리에 관한 사안은 “기실 평등보호 이론과는 전혀 무관하다”고 주장)과 비교해보라.

5) E. Barker, *Principles of Social & Political Theory*, 159(1951); D. Phillips, *Equality, Justice and Rectification*, 70-75(1979); Baechler, *Liberty, Property, and Equality*, Nomos: Property 제22권, 269(1980)(평등을 달성하고자 시도하면 자유는 사라지게 된다는 점에서, 평등은 자유를 위협한다); Mazor, *The Exhaustion of the Ideals of Freedom and Equality in the United States*, Equality & Freedom 제1권에 수록, 위 주 1의 문헌, 175, 177; Mclean, *Liberty, Equality and the Pareto Principle: A Comment on Weale*, Analysis 제40권, 212(1980)(자유주의는 평등주의와 일관되게 조화될 수 없다); Nagel, *Issues Regarding Tensions Between Goals of Equality and Freedom*, Equality & Freedom 제2권에 수록, 위 주 1의 문헌, 603, 610의 각주 1; Nisbet, 위 주 1의 문헌, 32; Raphael, 위 주 1의 문헌, 553.

6) 평등이 득세하고 있다는 데 대한 권위서로는, F. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, 제2권, 80-85(1976)을 보라; Nisbet, *The Pursuit of Equality*, Pub. Interest, 1974년 봄, 103, 116-18(철학자들 사이에서 평등이 득세하고 있다는 점)도 참조. 권리가 평등의 희생 위에 득세하고 있다는 관점으로는, P. Green, *The Pursuit of Inequality*, 166, 262(1981); M. Lewis, *The Culture of Inequality*, 4-17, 126-131(1978)을 보라.

7) 자유와 권리가 평등보다 더 기본적인 것이라 보는 입장으로는, Beck, *Liberty and Equality*, Idealistic Stud. 제10권, 24, 36(1980)(자유는 평등보다 “더 기본적이다”); Machan, *Equality's*

필자는, 권리와 평등을 이렇게 대립시키는 것은 근본적인 오인에 기인한다고 믿는다. 윤리적 담론에서의 평등의 역할에 관하여, 법적인 관점과 도덕적 관점 모두에서 오해가 있다는 것이다. 이러한 주장에 오해의 소지가 있으니, 필자가 뜻하는 ‘평등’과 ‘권리’의 의미에 방점을 찍어보고자 한다. 필자가 뜻하는 “평등”이란, 법이론과 도덕론에서 드는 “같은 것은 같게 취급해야 한다”는 명제⁸⁾와, 그에 수반하는 “다른 것은 다르게 취급해야 한다”는 명제⁹⁾를 일컫는다. 그리하여 ‘평등’이란, 어떤 사람이 특정한 취급을 받아야 하는 이유는 그가 그러한 취급을 받고 있는 다른 사람과 “같거나” “평등하거나” “유사하거나” “동일하거나” “똑같기” 때문이라는 취지의 모든

Dependence on Liberty, Equality & Freedom 제2권에 수록, 위 주 1의 문헌, 663, 664-65; Raphael, 위 주 1의 문헌, 555(“자유는 평등보다 큰 가치를 갖는다고 본다”). 반대의 입장, 즉 평등이 모든 권리와 자유의 근간이라고 보는 입장으로는, R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 273-74(1977); Rawls, *Justice as Fairness*, *Phil. Rev.* 제67권, 164, 165-66(1958)을 참조. 그러나, Hart, *Between Utility and Rights*, *Colum. L. Rev.* 제79권, 828, 845-46(1979)(모든 자유가 평등원칙으로부터 도출된다는 Dworkin의 견해를 비판)도 참조.

- 8) 평등에는 하나의 기본적인 관념이 있는 것이 아니라, 다양한 수많은 관념들이 있다고 보는 경우도 있다. 예컨대, P. Polyviou, *The Equal Protection of the Laws*, 1-5, 7-24(1980)(평등의 3가지 기본유형을 열거); D. Rae, *Equalities*, 133(1981)(최소 108가지의 평등을 열거); Mortimore, *An Ideal of Equality*, *Mind* 제77권, 222, 225-26(1968)(7가지의 평등을 열거)을 보라; W. Frankena, *Some Beliefs about Justice*, *Perspectives on Morality*에 수록, 93, 96-97(1976)(5가지의 배분적 정의를 열거); C. Perelman, *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, 6-7(J. Petrie 1963년 역(譯))(6가지의 배분적 정의를 열거); N. Rescher, *Distributive Justice*, 73(1966)(7가지의 배분적 정의를 열거)도 참조. 그러나 사실, 위에서 열거된 평등이라는 것들의 실질은 단지 “같은 것은 같게 취급해야 한다”는 보편적이고도 형식적인 원칙을 변형시킨 것에 지나지 않는다. 그러므로 “공로에 따라, 필요에 따라, 노동량에 따라, 욕구정도에 따라 재화를 분배해야 한다”는 말은 단지, 모든 사람이 같게 되는 측면을 규정짓는 실제적인 기준이 공로, 필요, 노동량, 욕구라는 말에 불과하다. 그런 점에서, 다양한 종류의 평등을 다면적이고도 有限한 목록으로 열거할 수 있다고 믿는 것은 착각이다. 한편으로, 사람이 그에 비추어 “같거나” “다르다”고 할 수 있는 실제적인 권리/권능 관념이 다양한 그만큼, 평등의 실제적인 변형(version)도 다양하다; 다른 한편으로, 평등의 형식적 관념은 오직 하나 - “같은 것은 같게 취급하라”는 것밖에 없다. S. Lakoff, 위 주 1의 문헌, 6(“평등의 관념은 형식적으로는 하나뿐이고, 실제적으로는 다양하다.”)을 보라. 평등의 관념 중에서 “같은 것을 같게 취급하라”는 형식을 띠지 않는 것이 하나 있는데, 그것이 소위 “평등의 추정” - 즉, 그들을 다르게 취급할 합리적인 이유가 있지 않은 한은, 모든 사람을 같게 취급해야 한다는 명제이다. 이러한 “평등의 추정”이 “같은 것은 같게 취급해야 한다”는 관념과는 양립할 수 없을 뿐 아니라, 그 전체에 있어서도 일관성이 없다는 점에 관하여는, 아래의 569-77(이 번역문의 『II. 법에서의 평등』 중 『C. 합리적 근거』 부분)을 보라.
- 9) “같은 것을 같게 취급하라”는 명제가 “다른 것을 다르게 취급하라”는 명제와는 무관하다고 보는 논자도 있다. A. Flew, 위 주 1의 문헌, 36; Honoré, *Social Justice*, *McGill L.J.* 제8권, 77, 83(1962)를 참조. 그러나, 앞의 명제가 논리적으로 뒤의 명제를 수반한다는 점을 보여주는 문헌으로서, Note, *Equal Protection: A Closer Look at Closer Scrutiny*, *Mich. L. Rev.* 제76권, 771, 781, 각주 34(1978)를 보라; 아울러 아래 각주 123의 문헌들도 참조.

언명(言明)을 포함하는 것이다.¹⁰⁾ 반면에 “권리”란, 어떠한 개인이나 단체에 의하여 혹은 그를 위하여, 특정한 상태(condition)나 권한(power)을 정당하게 주장(다만, “같은 것은 같게” 취급해달라는 주장은 제외된다)할 권원을 의미한다.¹¹⁾ 권리는 “자유”, “특전(prerogative)”, “특권(privilege)”, “권한(power)”, “면제(exemption)”, 혹은 “면책(immunity)”의 형태를 띌 수 있다.¹²⁾ 권리의 연원(source)으로는 법, 도덕, 또는

- 10) 일부 권위자들은 “같은(like)”, “유사한(similar)”, “동등한(equal)”, “동일한(identical)”, “똑같은(the same)”이라는 용어들을 구별하기도 한다. 예컨대, Adler & Hutchins, *The Idea of Equality*, *The Great Ideas Today* 1968에 수록, 303, 321-22(M. Adler & R. Hutchins 1968년판); Bedau, *Egalitarianism and the Idea of Equality*, *Nomos: Equality* 제9권, 3, 4-13(1967); Menne, *Identity, Equality, Similarity: A Logico-Philosophical Investigation*, *Ratio* 제4권, 50(1962)를 참조. 그러나 달리 명시하지 않는 한은, “같은 것을 같게 취급해야 한다”는 명제와 관련하여 필자는 이들 용어가 상호교체가능한 것이라고 가정한다.
- 11) “권리”에 대한 필자의 정의(定義)는 M. Ginsberg, *On Justice in Society*, 74(1965)에서 가져온 것이다. Ginsberg의 특정한 용어법(wording)에 얽매일 생각은 없다. 마찬가지로 만족스러운 정의라고 필자가 여기는 것들로는 다음의 문헌을 참조. J. Feinberg, *The Nature and Value of Rights*, *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty*에 수록, 143, 155(1980)(“권리를 갖는다는 것은, 누군가를 상대로 청구(claim)를 할 수 있고, 일련의 지배적인 규칙(governing rules) 또는 도덕적 원칙에 의해 그 상대방은 그 청구를 유효한(valid) 것으로 인정해야 한다는 것을 뜻한다”); Gewirth, *The Basis and Content of Human Rights*, *Nomos: Human Rights* 제23권, 119, 120(1967)(“사람의 권리라는 것은 그의 몫으로 귀속된 것으로서 그에게 자격이 주어진 것이고, 그에 따라 그가 다른 사람에게 정당하게 청구할 수 있는 것을 말한다”), *Ga. L. Rev.* 제13권, 1142, 1150(1979)로 재판(再版); Hart, *Bentham on Legal Rights*, *Oxford Essays in Jurisprudence*(2집)에 수록, 170, 197(A. Simpson 1973년판)(“법적 권리”를 “법적으로 보호된 선택권(choice)”이라 함); McCloskey, *Rights - Some Conceptual Issues*, *Australasian J. Phil.* 제54권, 99, 99(1976)(권리는 “하거나, 갖거나, 누리거나, 시킬 수 있는 권능”이라 한다).
- 12) Wesley Hohfeld는 “권리”를 4개의 하위범주로 나누어보는 것이 유용하다고 보았다: “청구(claims)(혹은 “권리””, “특권(혹은 “자유(liberties)”), “권한”, 그리고 “면책”이 그것이다. W. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, 35-63(W. Cook 1964년판)(초판 1919)을 참조. 필자가 사용하는 “권리”라는 용어의 뜻은, Hohfeld가 (평화적인 의미로) “포괄적”이라 했던 의미, 즉 “청구, 특권, 권한, 면책을 불문한 일체의 법적 편익(advantage)”을 지칭한다. 위 문헌, 42, 71을 참조; *People v. Dikeman*, *How. Pr.* 제7권, 124, 130(뉴욕주 대법원 1852년 판결)(Strong 대법관)(“권리”라는 말을 사전편찬자들은 다른 것보다도 재산, 이익(interest), 권한, 특전, 면책, 특권을 지칭하는 말로 본다(*Walker's Dict.* 'Right' 부(部)). 법에서는 재산이라는 제한적인 의미로 사용되는 경우가 가장 많으나, 종종 권한, 특전, 그리고 특권을 지칭하는 말로 쓰이기도 한다...)(강조부분은 원문의 것임), W. Hohfeld, 위 문헌, 36-37에서 인용된 부분; Hart, 위 주 11의 문헌, 173(Bentham은 “권리”라는 말을, “청구권(claim-rights)”, “자유”, “특권”, 그리고 “권한”을 일반적으로 지칭하는 말로 사용하였다)도 참조.

Hohfeld의 하위범주 분류는 사람들이 간과하기 쉬운 구별점과 관계들을 부각시켜주는 기능을 수행한다. Brady, *Law, Language and Logic: The Legal Philosophy of Wesley Newcomb Hohfeld*, *Transactions Charles S. Peirce Soc'y* 제8권, 246(1972); Perry, *A Paradigm of Philosophy: Hohfeld on Legal Rights*, *Am. Phil. Q.* 제14권, 41(1977) 참조.

관습을 들 수 있고¹³⁾, 권리는 비교를 전제할 수도 그렇지 않을 수도 있으며¹⁴⁾, 원칙(principle)일 수도 정책(policy)일 수도 있고¹⁵⁾, 절대적인 것이 있는가하면 처분가능한 것도 있다.¹⁶⁾ 유일하게 “권리”에 포함되지 않는 주장은, “같은 것을 같게 취급해

그러나 이러한 하위범주들은, “같은 것은 같게 취급”하고 “다른 것은 다르게 취급해야 한다”는 명제들로부터 “권리”의 “포괄적인” 의미(denotation)를 구별해내는 데에는 유용하지 않다. 그러므로, 일부 논자들은 “권리”(혹은 “청구”)와 “특권”(혹은 “자유”)를 구별하기도 하지만(예컨대, Hart, *Are There any Natural Rights?*, Human Rights에 수록, 61, 64-65(A. Melden 1970년판); Hart, 위 주 11의 문헌, 171, 173-78, 179-82; Williams, *The Concept of Legal Liberty*, Colum. L. Rev. 제56권, 1129(1956)을 참조), 법적인 구별은 본질적으로, 한편으로 국가의 작위 또는 사인(私人)의 작위/부작위를 청구하는 것과, 다른 한편으로 국가의 부작위를 청구하는 것 사이에서 이루어져야 한다. W. Buckland, *Some Reflections on Jurisprudence*, 92-96(1945); H. Hart & A. Sacks, *The Legal Process*, 147-48(1958 시판(試版, tent. ed.))(Harvard Law School 도서관에 소장된 미발간원고)을 참조. 마찬가지로, 일부 논자들은 “권리”와 “권한”을 구별하지만(예컨대 H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 26-41(1961)을 참조), 본질적인 구별은 무조건적인 청구(unconditional claims)와 조건부의 혹은 불확정적인(contingent) 청구 사이에서 이루어져야 한다. J. Lucas, *The Principles of Politics*, 157, 각주 1(1966); Cohen, Book Review, *Mind* 제71권, 395, 405-406(1962)(H.L.A. Hart의 위 문헌을 서평)을 참조. 마지막으로, 일부 논자들은 한편의 “권리” 및 “자유”와 다른 한편의 “면책” 간의 구별을 비판하고 있지만(J. Stone, *Legal System and Lawyers' Reasoning*, 147, 157의 본문 및 각주 74-75, 161의 각주 93(1964)), 정작 구별은 (되고 있다면) 비헌법적인(nonconstitutional) 청구와 헌법적인 청구 사이에서 이루어지고 있는 것으로 보인다. Hart, 위 주 11의 문헌, 198-200을 참조.

- 13) 권리의 연원은 그 권리가 언명된 목적에 따라 결정된다. 헌법과 관련해서는, 권리가 헌법에 연원을 두어야 한다; 국내법과 관련해서는, 권리의 연원이 법규(statute) 또는 보통법의 이론(doctrine)에 있어야 한다; 도덕과 관련해서는, 합의되었거나 권위를 갖고 있는 일련의 도덕적 전제들에 그 연원이 있어야 한다. J. Feinberg, 위 주 11의 문헌, 154를 참조. 권리를 뒷받침하고 있다고 흔히 말하여지는 다양한 도덕원칙들에 관한 설명으로는, Gewirth, 위 주 11의 문헌, 1144를 참조.
- 14) “비교를 전제하는” 권리는 “오로지 사람의 다른 사람에 대한 관계에 비추어서만 확정할 수 있는” 권리인 반면에, “비교를 전제하지 않는” 권리는 “다른 사람의 권리와는 별개로 확정할 수 있는” 권리를 말한다. Feinberg, *Noncomparative Justice*, Phil. Rev. 제83권, 297, 298(1974); 아울러 Browne, *Nonegalitarian Justice*, Australasian J. Phil. 제56권, 48, 49-50(1978)(Feinberg의 용어법을 채택하고 있다)도 참조.
- 15) Ronald Dworkin은 “권리”라는 용어를 그가 (단순한 “정책”에 대립하는 개념으로서의) “원칙”이라 부르는 것에만 사용하고 있다. R. Dworkin, 위 주 7의 문헌, 22-31, 90-100, 180-82, 191, 227, 273을 참조. Dworkin이 정의한 것과 같은 “권리”가 같은 특징은, 그것이 단순한 “정책”을 “은폐할”(trump) 수도 있다는 데에 있다. Regan, *Glosses on Dworkin: Rights, Principles, and Policies*, Mich. L. Rev. 제76권, 1213, 1214-34(1978). 필자는 “권리”라는 용어를 그러한 특화된 의미로 사용하지 않기로 한다.
- 16) “절대적인” 권리와 “일견의(prima facie)” 권리의 구별에 관하여는, J. Feinberg, *Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life*, Rights, Justice, and the Bounds of Liberty에 수록, 221, 225-27(1980)을 참조. 인적(in personam) 권리와 물적(in rem) 권리, 적극적 권리와 소극적 권리, 능동적 권리와 수동적 권리 등 권리의 분류법에 대하여는, J.

달라”는 주장이다.

필자는 이 논문을 통해 두 가지 명제를 정립하고자 한다. 그것은 (1) 평등에 관한 언명은 항상 권리에 관한 보다 단순한 언명을 논리적으로 수반(하고 필연적으로 그에 수렴)한다는 것과, (2) 그에 더하여 권리에 관한 단순한 언명을 평등에 관한 언명으로 치환하려는 작업은 불필요한 낭비일 뿐만 아니라 심대한 개념적 혼선을 초래한다는 것이다. 따라서 평등은, 도덕적·법적 담론에서의 해석규범(explanatory norm)으로서는 배제되어야 한다는 것이다.

본 논문은 3개의 파트로 나뉜다. I부에서는, (1) “같은 것은 같게”라는 명제는 동어반복이고, (2) 사람들이 평등관념에 잘못 귀속시키고 있는 속성들은 모두 그 바깥에 존재하는 실제적 권리로부터 유래한 것이며, (3) 평등관념은 (“각자에게 그의 몫을”이라는) 배분적 정의의 표준정식과 논리적으로 구별불가하다는 점을 논증하고자 한다. II부에서는, 미국헌법에서의 평등보호(equal protection)에 관한 판례의 3가지 주류적인(paradigmatic) 형태를 분석해 봄으로써, 이를 “평등”의 관념으로써 구성하는 것은 완전히 중복적(superfluous)이라는 것을 보여주기로 한다. 그리고 III부에서는, 문제를 평등의 틀로 분석하는 것은 순전히 수사(修辭)적인 장점만을 갖는 반면에, 그로써 초래되는 혼선은 그보다 더 막중하다는 것을 역설하고자 한다.

I. 도덕론에서의 평등

평등에 관한 연구는 플라톤과 아리스토텔레스로부터 비롯되는데, 이들은 같은 것은 같게 취급해야 한다는 점을 처음으로 역설하였고, 법이론과 도덕론에 있어 평등에 중요성을 부여하였다. 아리스토텔레스는 플라톤의 작업을 보완하여¹⁷⁾ 평등에 관한 다음의 두 가지를 설파하였는데, 이는 이후 지금까지의 서구사상에 지대한 영향을 끼쳤다.

Feinberg, 위 주 1의 문헌, 59-60을 참조.

17) Plato, *Gorgias*, 507E-508A(B. Jowett 1892년 역(譯)); Plato, *Laws VI*, 757(B. Jowett 1892년 역(譯)); Plato, *Phaedo*, 74(B. Jowett 1892년 역(譯)); Plato, *The Republic VIII*, 558(B. Jowett 1892년 역(譯)); M. Ginsberg, 위 주 11의 문헌, 66, 80-81; P. Polyviou, 위 주 8의 문헌, 7(“평등은 필연적으로, 같은 것은 같게 그리고 다른 것은 다르게 취급해야 한다는 아리스토텔레스의 원칙으로부터 시작된다.”)(각주는 생략)을 참조. 평등에 관한 피타고라스의 관념에 관하여는, Guthrie, *Pythagoras and Pythagoreanism*, *Encyclopedia of Philosophy* 제7권, 37, 38(1967)을 참조.

(1) 도덕론에서의 평등은 다음을 의미한다 : 같은 것은 같게, 그리고 다른 것은 그 다른의 비율에 따라 다르게 취급해야 한다는 것이다.¹⁸⁾

(2) '평등'과 '정의'는 같은 의미를 가진다 : 따라서 정의로운 것은 평등하고, 정의롭지 못한 것은 평등하지 못하다.¹⁹⁾

위의 명제들에 대하여 두 가지 점에서 의문을 제기할 수 있다. 첫째, 두 가지 것이 같다는 '사실'과, 그것들이 같게 취급'되어야 한다'는 도덕적 결론은 서로 어떻게 연결되는가? 둘째, 정의와 평등이 동치(equate)되는 것은 어떻게 정당화될 수 있는가?

A. 같다는 것과 같게 취급되어야 한다는 것 사이의 연관성

"같은 것은 같게"라는 명제는 보편적인 도덕적 진리, 즉 "완전히 명백하고 확실하게 직관적으로 인식할 수 있는" 진리라고들 말한다.²⁰⁾ 왜 그런가? 사람들이 서로 같다는 사실과 그들이 같게 취급되어야 한다는 당위적인 결론은 서로 어떻게 연결되는가? "존재(is)"로부터 어떻게 "당위(ought)"가 도출된다는 것인가?

그에 대한 해답은, 위 평등 정식(equality formula)의 구성부분들로부터 찾아볼 수 있다. "같은 사람은 같게"라는 정식은 2개의 부분으로 이루어져 있다 : (1) 두 사람이 '같다'는 결정(determination)과 (2) 그들을 같게 취급해야 한다는 도덕적 판단

18) Aristotle, *Ethica Nicomachea* V.3. 1131a-1131b(W. Ross 1925년 역(譯)); Aristotle, *Metaphysica* I.5. 1055b-1056b(W. Ross 1928년 역(譯) 제2판)도 참조. 일반론으로는, W. Hardie, *Aristotle's Ethical Theory*, 189(제2판, 1980); H. Kelsen, *Aristotle's Doctrine of Justice, What is Justice?*에 수록, 110, 127-28(1957); K. Marcwogau, *Aristotle's Theory of Corrective Justice and Reciprocity*, *Philosophical Essays*에 수록, 21(1967)을 참조.

19) Aristotle, *Ethica Eudemia* VII.9. 1241b(W. Ross 1925년 역(譯)); Aristotle, *Ethica Nicomachea* V.3. 1131a-1131b(W. Ross 1925년 역(譯)); Aristotle, *Politics* III.9. 1280a, III.12. 1282b-1283a, V.1. 1301a-1301b(B. Jowett 1921년 역(譯))

20) C. Perelman, 위 주 8의 문헌, 12("누구에게나 정의의 관념은 불가피하게 평등이라는 모종의 관념을 시사한다. 플라톤과 아리스토텔레스로부터 켈 토마스 아퀴나스를 거쳐 오늘날의 법률가, 윤리학자, 철학자들에 이르기까지, 이 점에 대하여는 보편적인 합의가 이어져오고 있다."); H. Sidgwick, *The Methods of Ethics*, 380(제7판, 1907); Frankena, 위 주 8의 문헌, 94("배분적 정의에 관한 한 가지 원칙에 대해서는 보편적인 합의가 되어있는 듯한데, 그것은 곧 같은 사안이나 개체는 동일한 방식으로 취급되거나 같게 처우되어야 하고, 유사한 사안은 유사하게 취급되어야 한다는 것을 말한다."); Aristotle, *Ethica Nicomachea* V.3. 1131a-1131b(W. Ross 1925년 역(譯))("그렇다면, 논쟁에도 불구하고 모든 사람들이 여기에 있는 바와 같이, 부정의한 것이 불평등한 것이고 정의로운 것이 평등한 것이라면," 평등과 정의의 관계는 자명한 것이라 한다)도 참조.

(judgement)이 그것이다. 이 중에서 결정적인 것은 전자이다. 일단 두 사람을 평등 원칙의 관점에서 '같다'고 결정하고 나면, 그들을 어떻게 취급해야 할지는 정해지기 때문이다. 이것이 어찌해서 이렇게 되는지를, 즉 (1)이 어떻게 작동하는지를 이해하기 위해서는, 우선 (1)이 어떤 결정인지를 이해해야만 한다. 다시 말하자면, 평등의 관점에서 두 사람이 '같다'는 말이 정확히 무엇을 뜻하는지를 알아야 한다는 것이다.

첫째, "같은 사람"이라는 것은 모든 면에서 같은 사람을 의미할 수 있을 것이다. 다만 문제는, 어떤 두 사람도 모든 면에서 같을 수는 없다는 것이다. 모든 면에서 완전히 같은 것이라는 것은 관념적인 숫자나 기하학적 도형 등 비물질적인 기호나 형식밖에는 있을 수 없는데, 이것들은 이미 도덕의 문제대상(subject)은 될 수 없는 것이다.²¹⁾

둘째, "같은 사람"이라는 것은 비록 모든 면에서 같지는 않더라도 일부 면에서 같은 사람을 의미할 수 있을 것이다. 그러나 안타깝게도, 아까의 명제가 세상의 모든 사람을 배제하는 것이었다면, 이번 명제는 모든 사람과 사물을 포함하게 되어버린다. 모든 사람이나 사물은 일부 면에서는 같기 때문이다. 그리하여 이는 결국 "모든 사람과 사물을 같게 취급해야 한다"는, 도덕적으로 말이 안 되는 명제로 귀결되고 만다.²²⁾

21) C. Perelman, *Justice, Law and Argument*, 35(1980)(Leibniz의 식별불가능한 것들의 완전동일성 원칙(principle of the identity of the indiscernibles), 즉 완전동일한 것이 두 개 존재할 수 없다는 원칙을 언급하고 있다); Bedau, 위 주 10의 문헌, 8("모든 면에서 같은 것이 곧 같은 것이라는 Leibniz의 원칙"을 언급); Tammelo, *Equality as the Core of Justice*, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* 제52권, 135, 138(1966)("두 개체(entities)간의 평등이라는 것은 오로지 형식적인 개체들의 영역에서만 말하여질 수 있다.")을 참조. 플라톤의 *Phaedo*에서의 다음과 같은 논의는 불가해한 것이다:

『우리는 나무막대기나 돌과 같은 물질적인 것들간의 같음(equalities)을 보고, 그로부터 그와는 다른 같음(equality)의 관념(idea)을 얻어내지 않았던가? 그런 사물들 간에도 다름이 있다는 것을 자네도 인정할 테니 말일세. 혹은 다른 방법으로 생각해보세: - 같은 나무막대기들이나 돌들도 어떤 때에는 같게(equal) 보이고, 다른 때에는 다르게(unequal) 보이지 않던가?

"물론입니다."

"하지만 실재하는 같은 것들은 언제나 같은가? 아니면 같음의 관념은 다름(inequality)의 관념과 같은 것인가?"

"소크라테스여, 그것은 불가능합니다."

"그렇다면 이 (소위 말하는) 같은 것들은 같음의 관념과는 같지 않은 것이겠지?"』

Plato, *Phaedo*, 74(B. Jowett 1892년 역(譯)). 이에 대한 분석으로는, Allen, *Forms and Standards*, *Phil. Q.* 제9권, 164(1959); Haynes, *The Form Equality, as a Set of Equals: Phaedo 74b-c*, *Phronesis* 제9권, 17(1964)를 참조.

22) "모든 사람을 모든 측면에서 동등하게(equally) 취급하는 사회...를 구상해보려는 시도는 매번 가공할만한 장애에 부딪치게 되는데, 이러한 장애가 너무 많기에 우리는 그것이 과연 사리에 맞는 관념인지부터를 의문시하게 된다." J. Rees, *Equality*, 98(1971); J. Feinberg,

셋째, “같은 사람”이라는 것은 도덕적으로 일부 면에서 같은 사람을 뜻하는 것일 수 있다. 이러한 해석은 “존재”로부터 “당위”를 도출하는 철학적 난점을 성공적으로 극복할 수 있다.²³⁾ 두 사람이 도덕적으로 중요한 면에서 같다는 당위론적 결정으로부터 출발하여, 그 둘을 같게 취급하여야 한다는 당위적인 결론으로 이어지기 때문에, “존재”로부터 “당위”를 도출하는 것이 아니라, “당위”로부터 “당위”를 도출하고 있는 것이다. 그러나, ‘도덕적으로 같은 것’이라는 범주(category)는 자연에 존재하지 않고, ‘도덕적으로 같음’이라는 것은 사람이 그 범주를 확정할 때에야 비로소 정립되는 것이다.²⁴⁾ 따라서, 두 사람이 도덕적으로 같다고 말한다는 것은, 취급의 도덕적 기준(즉 특정한 사람에게 특정한 취급을 명하는 기준 내지 규칙)을 정립해 놓고²⁵⁾, 그에 비추어 두 사람이 ‘같고’, 따라서 ‘같이 취급되어야 한다’고 하는 것이다.²⁶⁾

이제 같다는 것의 의미를 이해하게 된 이상, 같게 취급된다는 것의 의미를 이해

위 주 1의 문헌, 100-02; J. Lucas, 위 주 12의 문헌, 244-45를 참조. 아울러 Berlin, *Equality as an Ideal, Justice and Social Policy*에 수록, 128, 137(F. Olafson 1961년판)(“절대적” 평등의 세계는 “아마도 어리석은 이상”일 것이라 묘사하고 있다)도 참조.

- 23) Oppenheim, *The Concept of Equality*, International Encyclopedia of Social Sciences 제5권에 수록, 102, 107(1968)(“사실에 대한 일반화로부터 규범적인 원칙을 도출할 수는 없다; 마찬가지로, 어떤 특징의 동등성(equality)이나 부등성으로부터 평등하거나(egalitarian) 불평등한 처우가 수반되어 나올 수도 없다.”); D. Lloyd, Introduction to Jurisprudence, 87(제3판, 1972)(“평등이나 불차별의 관념은 그 성질상 가치판단으로서, 사람의 본질에 관한 그 어떤 주장이나 고찰을 통하여도 도출될 수 없다.”)도 참조. 그러나, A. Weale, *Equality and Social Policy*, 20(1978)(평등은 “존재”로부터 “당위”를 추론해낼 수 있도록 해주는 공식(formula)이라는 점을 시사한다).
- 24) Tussman & tenBroek, *The Equal Protection of the Laws*, Calif. L. Rev. 제37권에 수록, 341, 346(1949)를 참조.
- 25) 완벽하게 명료한 규범이 있을 수는 있겠지만, 그러한 규범은 지금의 논의와 별 관련이 없다.
- 26) Montague, *Comparative and Non-comparative Justice*, Phil. Q. 제30권, 131, 135(1980)(“관련되는 점에서 유사한(relevantly similar) 사람들은 유사하게 취급되어야 한다는 명제에서의 ‘관련되는 유사성’이라는 관념은..., 모종의 취급을 요하는 특징들에 관한 것이다.”). Gillespie는, “같은 사람은 같게 취급해야 한다”는 명제는 보편적인 진리가 아니라, 행위자가 그러한 “사람”에 대하여 의무를 지는 사안에만 적용되는 것이라고 주장한다. Gillespie, *On Treating Like Cases Differently*, Phil. Q. 제25권, 151, 154-55(1975). 그러나 그가 그렇게 말하는 것은, 그가 “같은 사람”을 정의하는 방식에 따른 것이다. 그는, “같은 사람”이라는 것은 어떤(some) 측면에서는 도덕적으로 같지만, 도덕적으로 유사한 취급을 받아 마땅한 측면에서는 같지 않은 경우를 말한다고 본다. 따라서, 그로서는 “같은 것을 같게 취급하라”는 관념이 이치에 맞도록 하기 위한 구원책(deus ex machina)으로서, 그런 사람들에게 대한 취급의무(duty of treatment)라는 부가적인 관념을 들여오는 수밖에 없다. “같은 사람”을 “어떠한(certain) 측면에서 같게 취급받아 마땅한 사람”을 의미하는 것으로 본다면, 이러한 구제책을 들여올 필요가 없게 된다. Gillespie는 “같은 사람”에 관하여 그와는 다른 정의(definition)를 염두에 두고 있는 것으로 보이지만, 그 다른 정의가 정확히 무엇인지를 짚어 내기는 어렵다.

하기는 쉬울 것이다. 참 이상하게도 일부 논자(commentator)들은 이를, 어떤 도덕적 기준이 한 집단의 모든 구성원에게 균일한 취급을 할 것(예컨대 Rhodes Scholarship 장학생이라면 그 모두에게 Oxford 대학의 Magdalen College Fellowship을 주어야 한다는 식으로)을 명하는 경우에, 그 집단의 모든 구성원에게 그런 취급을 균일하게 해 주거나 아니면 그런 취급을 균일하게 거부함으로써 평등한 취급은 달성된다는 의미로 이해하고 있다²⁷⁾. 그리하여 그들의 주장에 따르면, Rhodes 장학생 모두에게 fellowship을 거부하는 것은 정의롭지는 않겠지만 평등한 것이 된다.

‘같은 취급’에 관한 이러한 해석은 (다르게 평가될 수는 있어도) 적어도 공허하지는 않다. 정반대로, 이런 해석은 사람들이 그런 해석이 없었더라면 하지 말아야 한다고 알고 있을 그러한 것(즉, 한 가지 기준에 따라 “같은” 사람들에게 바로 그 기준 또는 그 역(逆)에 따라 같은 취급을 할 것)을 하라고 지시하는 것이다. 이런 개념의 진정한 문제점은 그것이 공허하다는 데 있는 것이 아니라, 그것이 명백히 부조리하다는 데에 있다.²⁸⁾ 사실, 그것은 도덕적 명제로서는 너무도 터무니없는 것이어서, 만일 그것이 진정 평등이 의미하는 바였다면 아무도 그에 생각을 기울여보지 않았을 것이다. “같은 것은 같게”라고 말하는 것은 “당위적인” 언명, 즉 사람들이 도덕적으로 해야 할 바에 관한 언명을 하는 것이다. 그런데 그러한 언명이 무수히

27) G. Del Vecchio, *Justice*, 86의 각주 3(1952); J. Lucas, *On Justice*, 171-72(1980)(시간제로 보수를 받도록 되어있는 근로자들 모두에게 동일액(per capita)을 지급하더라도 “평등한” 것이라고 암시하고 있다); Del Vecchio, *Equality and Inequality in Relation to Justice*, Nat. L.F. 제11권, 36, 46(1966); Feinberg, 위 주 1의 문헌, 312(자유로울 수 있다는 점에서 같은 사람들을 모두 노예로 삼더라도 평등한 것이라고 암시하고 있다); Frankena, *The Concept of Social Justice*, Social Justice 수록, 1, 17(R. Brandt 1962년판)(“어떤 최소한의 복지수준”을 누릴 수 있다는 점에서 같은 사람들을 모두 “기름에... 삶아버린다고” 하더라도 평등한 것이라고 암시한다); Vlastos, *Justice and Equality*, Social Justice 수록, 위 문헌, 31, 61(*Doctor Zhivago*를 읽을 수 있다는 점에서 같은 사람 모두를 대상으로 하여 이를 금지하는 것이 평등하다고 암시한다) 참조.

28) 어떤 취급을 받을 수 있다는 점에서 같은 사람들은 그에 따라 그들이 받을 수 있는 취급을 받거나 혹은 이를 받지 말아야 한다는 것은, 도덕적으로 모순이다. 다만 이로써, 규칙이라는 것이 때로는 “class A에 속한 자는 모두 X를 받거나 모두 X를 받지 말아야 한다”는 형태를 띠기도 한다는 점을 부정하는 것은 아니다. Rhodes 장학생의 예로 돌아가보자. Cecil Rhodes는 장학신탁법인을 설립하면서 수탁자들에게, 수탁자들이 선호하는 바에 따라서 Rhodes 장학생 모두에게 Magdalen College로 가는 장학금을 지급하거나 지급하지 않을 수 있다고 지침을 줄 수도 있었을 것이다. 만약에 신탁지침이 그렇게 주어졌다면, Rhodes 장학생을 그에 따라 처우하는 것은 합법적이고도 정당한 것이었을 것이다; 즉, Rhodes 장학생 모두에게 Magdalen College로 가는 장학금을 주거나 주지 않는 것은 정당하고 합법적인 것이 된다. 그러나, 그러한 처우가 정당하고 합법적인 것은 “같은 것은 같게 취급되어야” 하기 때문이 아니다. 그에 비추어 Rhodes 장학생들이 같다고 볼, 취급의 실제적인 규칙(substantive rule) - 이 사안에서는 신탁문서 그 자체가 그러한 처우를 명하고 있기 때문인 것이다.

많은 경우에 사람들로 하여금 그들이 명백히 해서는 안 될 일(예컨대 Rhodes 장학생들에게 fellowship을 부여하거나 거부하는 것)을 하도록 지시한다면, 그러한 언명 자체가 옳은 것일 수 없는 것이다. 따라서, “같은 것을 같게”가 도덕적 명제로서 진지하게 받아들여질만한 것이라면(즉, 그것이 (아리스토텔레스 이래 이 명제의 신봉자들이 말하듯이) 진실하거나 정의롭거나 불변의 것으로 받아들여질만한 것이라면), “같은 취급”은 위와 같은 의미가 아니라고 볼 수밖에 없다.²⁹⁾

독자들도 눈치챌겠지만, “같은 사람”을 어떻게 해석할지에 따라서 “같은 취급”의 보다 자연스러운 의미를 발견할 수 있을 것이다. “같은” 사람이라는 범주가 자연에 존재하지 않는 것과 마찬가지로, “같은” 취급의 범주 역시 존재하지 않고, 취급은 일정한 도덕적 규칙에 비추어서만 ‘같은’ 것이 될 수 있다. 그리하여, 도덕적인 관점에서 어떤 면에서 같은 사람들을 “같이 취급해야 한다”는 말은, 그들을 ‘같다’고 결정했던 그 도덕적 규칙에 맞게 취급해야 한다는 것을 의미한다. 따라서 “같은 것은 같게”라는 것은, 어떤 기준에 따라 특정한 취급이 명해진 사람들은 그 기준에서 명한 바대로 취급되어야 한다는 의미가 된다. 또는 더 쉽게 말하여, 어떤 규칙에 따라 같이 취급되어야 할 사람들을 그 규칙에 따라 같이 취급해야 한다는 것이다.

그렇다 : 평등이라는 것은 완전히 “순환적(circular)이다.”³⁰⁾ 평등은 우리더러 사람을 같게 취급하라고 하면, 정작 “같은 사람”이 어떤 사람인지를 물으면, “같은 취급을 받아야 할 사람”이라는 대답만 돌아오는 것이다. 평등은 그 어떤 독자적인 도덕적 실체를 갖고 있지 않은 공허한 그릇에 불과하다.³¹⁾ 별도의 도덕적 기준이 없이는, 우리가 어떻게 행동해야 할지에 대하여 아무런 말도 해줄 수 없는 정식

29) 『모든 사람이 모든 측면에서 같게 취급되기를 원하는 사람은 아마도 없을 것이다. 류마티스 환자가 당뇨병 환자와 같게 취급되어서는 안 되는 것이다. 같은 것은... 그것이 같은 그 측면에서 같게 취급되어야 하지만, 그들에 대한 취급상의 차등을 정당화해주는... 그들이 다른 그 외의 측면들도 있을 수 있는 것이다. 동일한 소득액신고(tax returns)를 하는 사람들은 같은 세액을 부담해야 하지만, 서로 다른 질병을 앓고 있는 사람들은 각자 다른 약을 처방받아야 하는 것이다.』

S. Benn & R. Peters, *The Principles of Political Thought*, 124(1959); 아울러 J. Lucas, 위주 12의 문헌, 244-45도 참조.

30) “이 원칙에 그 어떤 무게라도 부여하는 순간부터 그것은, 도덕적으로든 다른 어떤 측면으로든, 다르지 않은 것은 곧 같다는, 하찮은 산산조각으로 흩어져버리고 만다.” Locke, *The Trivializability of Universalizability*, *Phil. Rev.* 제77권, 25, 25(1968); Recasens-Siches, *Dignity, Liberty and Equality*, *Equality & Freedom* 제1권에 수록, 위주 1의 문헌, 3, 17(“인간은, 정의에 비추어 고려되어야 할 차이점들에 대하여는 불평등하게 취급되어야 한다. 이러한... 원칙은... 이론적으로 명백한 것이다...”) 참조; 아래의 주 141도 참조.

31) 공허한 것은 평등만이 아니다. 자유 역시 그것에 의미를 불어넣어주는 변수들과 별개로서는 아무런 실체적 내용을 갖지 않는 형식적 개념이라는 주장으로서, MacCallum, *Negative and Positive Freedom*, *Phil. Rev.* 제76권, 312(1967)을 참조.

(formula)으로서, 평등은 무의미한 것일 뿐이다. 그리고 그런 기준이 있는 경우에도, 우리가 이미 알고 있는 것을 단순히 반복할 뿐인 정식으로, 평등은 중복(superfluous)일 뿐인 것이 된다. Bernard Williams가 지적했듯이, “평등이라는 언명은, 그 분수를 넘은 주장을 하기를 일단 멈추고 나면 꽤나 빠르게도, 흥미를 잃을 만큼밖에는 주장하지 못하게 된다.”³²⁾

평등이 동어반복적(tautological)이라는 인식은 다음의 몇 가지를 설명해줄 수 있다. 같은 사람에 대하여는 같은 취급을 해줘야 할 이유가 이로써 설명되고, 평등이 보편적인 도덕적 진리를 표현해준다고 하는 이유도 이로써 설명되고, 평등이 “사고의 법칙(law of thought)”으로 받아들여진 이유도 설명이 되며³³⁾, 아리스토텔레스의 도덕관 중에서도 이 한 가지 측면이 2,500년이 지난 지금까지도 반박불가능한 것으로 남아있는 이유도 설명이 된다. 평등은 바로 단순한 동어반복이기 때문에 ‘거부할 수도 변할 수도 없는 도덕적 진실’이 될 수 있었던 것이다. 이는 놀라워할 일이 아니다. 선형적인 도덕적 진리로서, 평등이라는 것은 애초에 다른 것을 의미할 수가 없었던 것이다.

B. ‘평등’과 ‘권리’ 사이의 연관성

1. 권리의 아류(derivative)으로서의 평등 - 평등(및 불평등) 관계는 전래적인(derivative), 2차적인 관계로서, 권리에 대하여 논리적으로 전치되지 않고 후치(後置)되는 것이다. 두 사람이 어떤 면에서 같다고 말하는 것은, 그 둘 모두에 완전히 들어맞는 어떠한 (그들에 대한 취급에 관하여 미리 정해진 기준으로서의) 규칙³⁴⁾을 전제하는 것이다. 그러한 규칙이 정립되기 전에는, 아무런 비교의 기준도 존재하지 않는다. 한편 그런 기준이 정립되고 나면, 양자간의 평등이라는 것은 그 정립된 기준의 “논리필연적 결론”³⁵⁾에 지나지 않는다. 이 때 양자가 그 규칙에 비추어 “평등”

32) Williams, *The Idea of Equality*, Philosophy, Politics and Society 수록, 110, 111(P. Laslett & W. Runciman 1962년판).

33) H. Kelsen, 위 주 18의 문헌, 134; M. Ginsberg, 위 주 11의 문헌, 80(“제2원칙, 즉 같은 사안은 같은 방식으로 취급되어야 한다는 것은... 모든 합리적인 윤리의 공리(公理)이고...”); Feinberg, 위 주 1의 문헌, 319(“관련되는 측면에서 유사한 사안은 유사한 방식으로 취급되어야 한다는 원칙... 은 이성의 원칙이다...”); 아래 주 37도 각 참조.

34) Gewirth, *Political Justice*, Social Justice 수록, 위 주 27의 문헌, 119, 124(“평등은 규칙이라는 관념 자체와 관련된다...”).

35) C. Perelman, 위 주 8의 문헌, 38(“처우상의 평등이라는 것은, 어떤 규칙을 준수한다는 사실의 논리적인 귀결에 지나지 않는다.”); Berlin, 위 주 22의 문헌, 132 참조.

한 것은, 바로 그것이 평등하다는 것이 뜻하는 바이기 때문이다 : “평등하게”라는 것은 곧 “단일하고 동일한 규칙에 의하여”라는 뜻인 것이다.³⁶⁾ 또한 이런 규칙에 의해 그들에 대하여 평등한 취급이 이루어지는 것은, 바로 그것이 규칙을 갖는다는 것이 뜻하는 바이기 때문이다 : “규칙을 준수한다는 것은 (동어반복적으로) 그것이 적용되는 사안에 그것을 적용한다는 것을 말한다.”³⁷⁾ 두 사람이 “평등”하고 그들을 “평등하게” 취급해야 한다는 말은, 적용되는 취급의 규칙에 그 양자가 완전히 들어 맞는다는 말과 같은 것으로서, 그 적용되는 규칙의 내용이나 이면에 대하여는 아무 것도 말해주지 않는다.

평등 관계가 논리적으로 실제적인 권리 개념(definition)에 뒤따르는 것이라 하더라도, 평등은 또한 권리 개념에 선제(precede)할 수도 있다는 생각을 해볼 수도 있다. 그리하여, 사람이 인간으로서 존중받을 실제적인 권리라는 것 자체도 그에 선행

36) Flathman, *Equality and Generalization, A Formal Analysis*, Nomos: Equality 제9권, 38, 45(1967)(*Oxford English Dictionary*를 인용하면서). Honoré는 보다 확장된 논의를 선보인다:

『규칙의 준수라는 관념은, 같은 사안을 같게 취급해야 한다는 관념을 불러오도록 할 수 있다. 일정한 요건이 충족되었을 때에 일정한 사람을 일정한 방식으로 취급하라고 명하는 일련의 규칙이 있다고 생각해보는 때, 그러한 규칙이 지켜져야 한다는 요청은, 위 요건에 들어 맞는 사안은 그 규칙이 명하는 바대로 취급되어야 한다는 요청을 수반하게 되고, 이는 곧 그 관련되는 측면에서 같은 사람은 같게 취급되어야 함을 의미하는 것이다. 그리하여 이는 “같은 사안을 같게 취급하라”는 원칙과도 관련되는 것이다.』

Honoré, 위 주 9의 문헌, 82; A. Ross, 위 주 8의 문헌, 273(“평등은... 일반적인 규칙을 올바르게 적용하는 것을 의미할 뿐이다...”); Beck, *Liberty and Equality*, *Idealistic Stud.* 제10권, 24, 28(1980)(일부 논자들은 “같은 취급이라는 것을, 규칙에 의해 지배되는 사회관행(social practice)의 본질 그 자체에 정초(定礎)하고 있다”); Flathman, 위 문헌, 38(“사람을 같게 취급한다는 것은 그들을 같은 방식으로 취급한다는 것이다. 사람을 같은 방식으로 취급한다는 것은 그들을 규칙에 따라 취급한다는 것이다.”)

37) Browne, *The Presumption of Equality*, *Australasian J. Phil.* 제53권, 46, 51(1975). 어떤 자에 의하면:

『모든 합리적인 도덕이론은 형식적 평등의 요소를 지니고 있다. 형식적 평등은 합리성이라는 관념에 내재하는 것이기 때문이다. x라는 특징이 A라는 개인을 특정하게 취급할 충분한 근거가 된다면, A와 B 사이의 어떤 관련된 차이점이 그러한 추론을 배제할 수 있도록 제시되지 않는 한은, 그것은 B도 같은 방식으로 취급할 충분한 근거가 된다.』

W. Galston, *Justice and the Human Good*, 133(1980); Adler & Hutchins, 위 주 10의 문헌, 340(“그것이 적용되고 있다는 것 이상의 의미가 없는 터에는, 규칙이 평등하게 적용되고 있다고 있다고 말하는 것으로써 딱히 도움될 바는 없다고 여겨진다.”) 참조; 아울러 M. Ginsberg, 위 주 11의 문헌, 80(평등은 “모든 합리적인 윤리의 공리이며, 행위의 규범이나 법칙이라는 관념 그 자체에 내재하고 있는 것이다.”); J. Lucas, 위 주 12의 문헌, 246(평등은 “일반화가능성(universalizability), 합리성이라는 약한 원칙 이상의 그 무엇도 아니다...”); Freund, *The Philosophy of Equality*, 1979 Wash. U.L.Q., 11, 14(평등은 “합리적 사고의 전제이다.”)

하는 ‘사람은 평등하다’는 판단의 산물이라는 생각을 해볼지도 모른다.³⁸⁾ 그러나 그렇지 않다. 왜 그렇지 않은지를 이해하기 위해서는, 흉측한 기형아로 태어난 신생아나 인간 배아(embryo)나 혹은 회복불능의 혼수상태에 빠진 뇌졸중환자가 ‘존중받을 권리’의 관점에서 “사람”으로 취급되어야 할지의 여부를 우리가 판단해가는 과정을 생각해보면 된다. 그러한 판단에 있어서, 모든 사람은 평등하다고 되뇌이는 것은 아무런 도움이 되지 못하는데, 왜냐하면 다름아니라 위 3가지 예를 그 규칙에서 말하는 “사람”이라 할 수 있을지의 여부가 문제되고 있는 것이기 때문이다.³⁹⁾ 또한 ‘같은 것은 같게’라는 말도 도움이 안 되는 것이, 다름아니라 위 3가지 예가 인간존중의 관점에서 정말로 ‘같은’ 것인지 아닌지의 여부가 문제되고 있는 것이기 때문이다. 그보다는 차라리, 우선 누군가를 존중해야 하도록 하는 특질(trait)을 파악해놓고서, 위 3가지 예들 각각에 그러한 특질이 나타나는지를 경험적으로 확인해가야 할 것이다.⁴⁰⁾ 관련 특질을 보유하고 있다면 위 규칙에서 말하는 “사람”에 해당하게 되

38) Hofstadter, *The Career Open to Personality, Aspects of Human Equality*에 수록, 111, 112-13(L. Bryson 1956년판)(“평등의 기본조건(postulate)이라고 부를만한 것이 단 한 가지 있다면, 그것은 인간의 고유한 존엄성, 인간의 무한한 가치(worth)라는 원칙이다.”).

39) 『인간은 (다른) 동물들로부터 일반적으로 구별되는, 그리하여 인간에게 유리한 일반적인 차별을 정당화해줄 만한 특징을 가지고 있는가? 이는 심히 어려운 문제이다; 그러나 그 문제의 해결은, 평등과는 아무런 관련이 없다...인간의 동물에 대한 “엘리트주의적인” 선호가 정당화된다면, 그것은...사람이 갖는 차별화된 특징이 지니는 특정한 윤리적 중요성에 기인한 것이다.』
Browne, 위 주 14의 문헌, 58.

40) 윤리적인 특질의 경험적 기초라는 문제는 약간의 혼동을 야기해왔다. 일부 논자들은 평등 관계도 어떠한 입증가능한 특질에 기반한 것이어야 한다는 믿음에서, 평등은 순전히 경험적인 것이라고 결론짓는 경향이 있다. 예컨대, A. Weale, 위 주 23의 문헌, 22를 참조. 또 다른 논자들은 “당위”가 “존재”로부터 도출될 수는 없다는 믿음에서, 평등이라는 도덕관념은 경험적 기초를 전혀 갖지 않는다고 결론짓는 경향이 있다. 예컨대 P. Singer, *Practical Ethics*, 15-16(1979)(“인간은 서로 다르다는 것이 널리 알려진 사실이고, 그러한 차이들은 너무도 많은 특징들에 적용되는 것이어서, 평등원칙을 정초(定礎)할 사실적 기초를 찾으려는 시도는 가망없는 것으로 여겨진다.”); Blackstone, *On the Meaning and Justification of the Equality Principle*, *Ethics* 제77권, 239, 239(1967)(“평등원칙이 도덕적/정치적 맥락에서 갖는 1차적인 기능은 명령적(prescriptive)인 것이지 기술적(記述的, descriptive)인 것이 아니고, ...모든 인간에게 본질적인, 동등한 취급을 정당화해주는 특징을 찾으려는 시도는 오류에 불과하다.”) 참조.

사실, 이 대답하는 양 진영은 모두 옳다. 도덕적/법적 평등에 관한 언명은 경험적인 기초를 가지고 있다. 그렇지 않다면 우리는 같은(equal) 생물과 그렇지 않은 생물을 구별해내지도 못했을 것이기 때문이다. Reck, *The Metaphysics of Equality*, *New Scholasticism* 제34권, 327, 335-37(1960) 참조. 그러면서도 한편, 도덕적/법적 평등에 관한 언명은 규범적인 요소를 전제로 하기도 한다. Raphael, *Equity and Equality*, *Phil.* 제21권, 118, 122(1946)(“불평등 주장(claim)에 ‘관련되는’ 고찰(consideration)은 도덕적인 고찰이고, 특별한 도덕적 주장이다.”) 참조. 요컨대 평등에 관한 언명은, 일정한 도덕적 결론을 수반한다고 보아야 할 경

고 따라서 존중해야 하게 되는 것이고, 관련 특질을 갖고 있지 못하다면 “사람”이 아니어서 사람과 평등하지 않은 것이 되고, 따라서 위 규칙의 관점에서 사람과 같이 취급받지 못하게 되는 것이다.⁴¹⁾

2. 평등과 규칙(rule)의 균일한 집행 - 논자에 따라서는, 평등은 독자적으로는 어느 규칙에도 내용을 부여하지 못하지만, 그럼에도 규칙의 집행에 있어서는 “결정적인 중요성을 띠는 원칙”⁴²⁾이라고 한다 : 그들에 의하면, 일단 규칙이 정립(formulate)되면 평등은 정의(正義)의 “중추적이고”⁴³⁾ “불가결한”⁴⁴⁾ 요소로서, 규칙하에서 “같은” 모든 사안에 대하여 그 규칙의 일관되고 “공평한(impartially)”⁴⁵⁾ 적용을 담보한다고 한다.⁴⁶⁾ 이러한 주장은, 평등이 규칙 그 자체의 실질(substance)과

형적인 특질의 존재를 전제로 하고 있는 것이다:

『근대의 고전철학자들은 실제로 평등의 공리(axiom)를, 인간에 관한 사실적 진실에 관한 언명으로서 주장하였다...보다 최근의 철학자들은 이러한 고전적인 저술들을 강도높게 비판하였다; 그들이 평등 자체에 반대하였기 때문이 아니라, 위 이론들이 순전히 사실적인 논거들로부터 도덕적인 원칙을 도출하려 함으로써 “존재”로부터 “당위”로 부당한 논리비약을 하였다는 일반적인 근거에서였다. 그러나 이러한 비판 또한 스스로, 사실판단으로부터 도덕 판단을 이끌어낼 수 없다는 올바른 주장으로부터 이 두 가지 판단이 서로 논리적으로 무관하다는 잘못된 결론으로, 논리적인 비약을 보이는 경우가 적지 않다. 사실적인 전제만으로 도덕적 결론을 내리기에 충분치(sufficient) 않다는 점은 옳다; 그러나 매우 필요한(necessary) 것이기는 하다.』

D. Hawkins, *The Science and Ethics of Equality*, 11-12(1977).

- 41) 예컨대, 어떤 법안의 기초자들이 시민권을 투표의 요건으로 할지에 관하여 견해를 서로 달리한다고 가정해보자. 시민권을 요건으로 해야 한다는 편에서는, 그들이 주장하는 법안이 같은 사람(즉 시민권자)을 같게 취급하고 다른 사람(즉 모든 비(非)시민권자(alien))를 다르게 취급하기 때문에 사람을 평등하게 취급하고 있다고 주장할 것이다. 그러나 마찬가지로 시민권을 요건으로 하지 말아야 한다는 편에서는, 그들의 법안이 본질적으로 같은 사람(즉 시민권자 및 거주자인 비시민권자)을 같게 취급하고 다른 사람(즉 비거주자인 비시민권자)을 다르게 취급하고 있기 때문에 사람을 평등하게 취급하고 있다고 주장할 것이다. 일반적으로서, Rosberg, *Aliens and Equal Protection: Why Not the Right to Vote?*, Mich. L. Rev. 제75권, 1092(1977)(비시민권자의 공민권박탈을 논하면서, 그들에게 투표권을 주어야 한다고 주장하고 있다)을 참조. 말할 것도 없이, 위 논쟁은 평등과 불평등에 관한 것이 아니라, 평등의 서로 다른 양태(versions)에 관한 것이다. 그러나, 사람이 실제로 같은지의 여부에 관하여 양측이 견해를 달리하게 되면, 같은 사람을 같게 취급하라고 그들에게 명하는 것으로써 불화가 해결되지는 않는다. 시민권의 투표에 대한 실제적인 관련성에 대하여 먼저 합의가 이루어지기 전까지는, 시민권자와 비시민권자가 같은지 다른지를 알 수가 없는 것이다. 그리고 시민권의 실제적 관련성에 대하여 일단 합의가 이루어지고 나면, 누가 같고 누가 다른지, 혹은 누구를 같게 취급하고 누구를 다르게 취급해야 할지를 새삼 말해줄 필요는 없게 된다. 그 때면 이미 알고 있기 때문이다.

42) J. Lucas, 위 주 12의 문헌, 246.

43) H.L.A. Hart, 위 주 12의 문헌, 155.

44) Frankena, 위 주 8의 문헌, 94.

45) M. Singer, *Generalization in Ethics*, 49(1961).

는 별개로 실제적인 일관성의 요청을 부과하는 것이라는 잘못된 전제에 입각해 있다. “평등하게”, “일관되게”, 그리고 “공정하게”라는 말로써 뜻하는 바가 ‘어떤 규칙이 스스로 적용되도록 문언상 명하는 모든 경우에 적용되어야 한다’는 동어반복적인 명제에 불과한 한은, 그 규칙이 평등하게, 일관되게, 그리고 공정하게 적용되어야 하는 것은 맞다. 그러나, 그 규칙이 일단 그 문언대로 적용되고 나서도 평등이라는 것이 규칙의 적용범위에 대하여 (규칙 자체의 실제적 문언에 이미 내재되어 있지 않은) 그 이상의 역할을 할 것이 있다고 생각하는 것은 잘못이다.⁴⁷⁾ 어떤 규칙이 “평등하게”, “일관되게”, 또는 “균일하게” 적용되어야 한다는 말은, 그 규칙이 적용되어야 할 경우에 적용되어야 한다는 단순한 의미 이상을 갖지 못한다.⁴⁸⁾

3. 평등과 비교를 전제하는 권리(comparative rights) - 평등 사안과 권리 사안에는 서로 매우 다른 두 종류의 규칙이 작용한다고 주장하는 경우가 있다. 이러한 주장에 따르면, 평등은 비교를 전제로 하는 반면에⁴⁹⁾ 권리는 그렇지 않다는 점에서 평등과 권리가 다르다고 한다. 언론의 자유나 변호인의 조력을 받을 권리와 같은 실제적 권리는 다른 권리자에 대한 관계를 고려하지 않고도 기술(記述)할 수 있다고 한다. 가령 어떤 사람의 언론의 자유가 침해되었는지를 판단할 때에는, 국가의 일반적인 작위의무에 그 사람에 대한 국가의 특정한 취급을 대치(代置)시킴으로써, 국가가 자신의 의무에 합당하게 그 사람을 취급했는지를 판단하는 것이다. 이와는 대조적으로 평등은 속성상 비교를 전제로 한다(comparative)고 한다. 평등은, 사람의 다른 사람에 대한 관계를 확정하지 않고는 평가할 수 없는 “비교를 전제하는 권

46) M. Ginsberg, 위 주 11의 문헌, 7(규칙의 실제적인 내용을 일단 식별해내고 나면, “관련된 차이점들으로써 정당화되지 않는 모든 형태의 차별을 배제하기 위하여, 반드시...그 내용을 형식적인 평등원칙에 비추어 살펴보아야만 한다.”); C. Perelman, 위 주 21의 문헌, 38(“예측가능성과 안전성(security)”을 가져다줌으로써 평등은 “사법질서가 일관되고 안정적으로 기능할 수 있게 하여 준다”고 주장한다).

47) Browne, 위 주 14의 문헌, 58-59.

48) 『나의 도덕적 행위에 있어서 그 결과물로서의 “일관성”이라는 것은, 어떤 행위가 금지되거나 명하여진다는 것이 뜻하는 바를 그대로 반복하는 데 지나지 않고; 그 자체로서의(per se) 일관성이라는 것과는 무관하다. 다만, 어떤 행위가 도덕적으로 금지되거나 도덕적으로 명하여진다는 관념을 내가 진지하게 받아들임으로써 비롯되는 그런 일관성이 있을 뿐이다.』

Gillespie, 위 주 26의 문헌, 157.

49) 예컨대 Joel Feinberg는 “같은 것을 같게 취급하라”는 명제가 다른 사람에 대한 처우에 비추어서만 확정될 수 있는 권능에 특유하게 관련된다고 보고 있는 듯하다. J. Feinberg, 위 주 1의 문헌, 98-117; Feinberg, 위 주 1의 문헌을 참조; 아울러 R. Fullinwider, The Reverse Discrimination Controversy, 223(1980)(평등은 본질적으로 “비교를 전제한다”고 한다); Karst, 위 주 4의 문헌, 40(평등은 “상대적인” 박탈과 관련된다고 한다); Wright, 위 주 1의 문헌, 17-18도 각 참조.

리”⁵⁰⁾와 관련되는 것이다. 보다 정확하게 말하자면, 대조되는 것은 “비교를 전제하지 않는 권리”와 평등이다. 평등과 비교를 전제하는 권리는 동일한 것으로 간주되고 있는 것이다.

비교를 전제하는 권리와 평등을 이렇게 동치(equation)시키는 것은 근본적으로 오해에 기인한 것이다. 먼저, 어떤 권리는 비교를 수반하면서도 평등과는 무관하다. 예를 들어, 담보권자가 담보없는 채권자에 대하여 갖는 절대적인 우선권이라든지, 해외파병 전역자나 신체장애자나 여성 혹은 소수인종 구성원이 다른 집단에 대하여 갖는 모종의 우선처우(preferential treatment)를 받을 권리라든지, 혹은 경쟁전형에서 특정 지원자가 남보다 우수한 시험성적에 기하여 갖는 권리를 생각해 보자. 이들 경우에, 권리를 주장하는 자의 실제적 권리가 충족되는지를 판단하기 위해서는, 먼저 그와 다른 사람의 관계부터 확정해야 하는 것이다.

반대로, 권리가 비교를 전제로 할 수 있는 것과 마찬가지로, 평등에 관한 주장도 그 속성상 비교를 전제로 하지 않을 수가 있다. 이 경우 역시, 유일한 관건이 되는 것은 평등 주장을 실제화하는 개개 권리의 내용이다. 사람이 사람으로서 고문당하지 않을 권리라든지 기본적인 경제적 생존권에서의 평등 주장을 생각해 보자.⁵¹⁾ 어떤 사람이 고문을 당했다든지 기본적 생존을 거부당했는지를 판단하는 데 있어서는, 다른 사람이 어떤 취급을 받았는지를 알아볼 필요가 없다. 그러한 주장에 대하여는, 다른 사람에 대하여 살펴볼 필요 없이 그 사람에 대한 개별적 취급만 살펴보아도 판단할 수가 있는 것이다.

그렇다면, 사람들은 왜 비교를 전제하는 권리는 평등원칙과 어떤 특별한 관계에 있다고 생각하는 것일까? 그것은, 평등에 있어서의 ‘비교’와 비교를 전제하는 권리에 있어서의 ‘비교’를 혼동하는 경향에 기인한 것일 수 있다. 평등(또는 불평등)에 관한 언명은, 두 사물이나 사람을 그(것)들이 ‘같거나’ ‘다르다’는 방향성을 제시하는 일정한 외적인 기준에 비추어서 비교하는 과정을 수반한다.⁵²⁾ 사과가 오렌지와 “같다”거나 “동등하다(equal)”는 말은, 그것들이 갖는 수많은 차이점에도 불구하고, 그것들이 무게, 부피, 당도 등 일정한 외적 기준과 관련되는 특질(들)을 함께 갖고 있다는 것

50) “비교를 전제하는 권리”와 “비교를 전제하지 않는 권리”의 구별에 관하여는, 위 주 14를 참조.

51) 예컨대 R. Fullinwider, 위 주 49의 문헌, 221-22(고문당하지 않을 권리를 평등권으로서 논한다); Michelman, *The Supreme Court, 1968 Term - Foreword: On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment*, Harv. L. Rev. 제83권, 7(1969).

52) “동등함”을 논한다는 것은, 관련되는 측면에서 동일한(identical) 둘 이상의 사람 또는 사물이 존재함을 전제로 한다. Browne, 위 주 14의 문헌, 51(“평등은, 그들이 공통적으로 갖는 임의의 속성이라는 측면에서 임의의 두 개체를 묶어주는 상대적인 속성이다.”); Menne, 위 주 10의 문헌, 51(“동등하다”는 것은 두 개의 대상을 전제로 한다”).

을 의미한다. 한편 그것들이 “동등하지 않다(unequal)”는 말은, 그것들이 색깔, 맛, 과즙 등의 무엇이든간에 그러한 특질을 공유하지 않는다는 것을 의미한다. 이러한 분석은 평등에 관한 윤리적·법적 언명에도 그대로 적용된다. 다만 유일한 차이점은, 사람이나 사물을 그(것)들이 ‘같다(are the same)’고 판단할 기술적인(記述的인, descriptive) 기준에 비추어보는 것이 아니라, 그(것)들을 ‘같이 취급하여야 한다(should be treated the same)’고 판단할 도덕적·법적 기준에 비추어본다는 점이다.⁵³⁾ 하지만 어느 경우에도, 평등에 있어서의 ‘비교’는 단지, 양쪽의 대상을 관련된 통제기준(controlling standard)에 비추어본 데 따른 귀결일 뿐이다.

비교를 전제하는 권리에 있어서의 ‘비교’는 위에서 본 것과 같은 ‘비교’와는 두 가지 측면에서 다르다. 첫째, 두 사람 모두가 어떤 외적인 기준을 충족하는지(또는 충족하지 않는지)를 판단하기 위해서 비교하는 게 아니라, 양자가 서로 다르다면 ‘얼마나’ 다른지에 관한 양적인 평가(quantitative assessment)를 내리기 위해서 비교한다는 점이다. 둘째, 각각의 대상을 외적인 취급기준에 비추어본 ‘후에’ 비교를 하는 게 아니라, 그런 기준을 적용하기 ‘전에’ 비교한다는 점이다. 따라서, 이들 두 가지의 ‘비교’는 그 유형과 시점을 모두 달리하는 것이다. 평등에 있어서의 비교를 할 때에는, 먼저 대상이 되는 사람이 도덕적·법적 통제기준에 의해 취급될지의 여부를 먼저 각각 판단하고, 그런 뒤에 그에 따른 각각의 취급을 비교하여 양쪽의 취급이 같은지의 여부를 판단하게 된다. 하지만 비교를 전제하는 권리에 있어서의 비교를 할 때에는, 먼저 두 사람을 비교하여 양자가 서로 다르다면 얼마나 다른지를 살펴보고, 그런 뒤에 취급에 관한 통제기준 하에서 그들 각자가 어떻게 취급되어야 할지를 결정하게 된다. 평등과 비교를 전제하는 권리는 모두 ‘비교’를 수반하지만, 평등에 있어서의 ‘비교’는 비교를 전제하는 권리 그 자체라든지 그에 수반하는 ‘비교’와는 어떤 필연적 관련성도 갖지 않는다.⁵⁴⁾

이에 관한 예증으로서, 현행의 적극적 우대조치(affirmative action) 프로그램에 의해서 흑인이 갖는 대학원 우선진학권을 생각해 보자. 이 권리는 어떤 사람의 다른 사람에 대한 관계를 먼저 확정하지 않고는 관철될 수 없다는 점에서, 비교를 전제로 한다(comparative). 적극적 우대조치에 의한 우선권을 통하여 특정한 흑인지원자가 경쟁관계에 있는 백인지원자 한 명을 제치고도 다른 한 명은 제치지 못할 수도 있기 때문이다. 이러한 권리를 평등의 문법으로 기술할 수도 있을 것이다. “다른

53) 위 본문 pp.544-545(이 번역문의 『I 도덕론에서의 평등』 중 『A. 같다는 것과 같이 취급되어야 한다는 것 사이의 연관성』 본문의 첫째, 둘째, 셋째 부분) 참조.

54) Brown, 위 주 14의 문헌, 51, 57-59; Carr, *The Concept of Formal Justice*, Phil. Stud. 제 39권, 211, 217-22(1981).

것”으로부터 “같은 것”을 구별해내고 각자에게 취급을 분배할 기준을 담고 있기 때문인데, 입학기준이라는 것은 일부 지원자(적극적 우대조치에 의한 우선권을 가졌든 그렇지 않든, 입학한 자)들을 ‘같이’, 그리고 나머지(입학하지 못한 자들)를 ‘다르게’ 구별하고 있는 것이다. 그렇지만 아직 권리가 될 가능성만 가진 자들 중에서 누구에게 권리를 부여할지를 찾는 과정에서 수반되는 양적인 비교는, 이미 권리자로 확정된 자들을 記述하는 데 수반되는 “평등” 또는 “불평등”면에서의 비교와는 전혀 무관하다. 흑인의 전형성적과 경쟁후보자의 성적 간의 양적인 관계를 먼저 평가하지 않고는, 흑인에 대한 우선입학조치가 거부되었는지의 여부를 판단할 수가 없다. 즉, 양적인 비교는 권리침해의 유무 판단에 논리적으로 선행한다. 반면에, 적극적 우대조치 정책하에서 대상자 각각의 권리를 먼저 파악하지 않고는, 입학 문제에 있어서 어떤 흑인이 어떤 백인과 “같거나” “평등한지”를 알 수 없다. 입학 문제에 있어서 “같은 것”과 “같은 것” 사이의 비교는, 각자의 입학할 권리에 대한 판단에 논리적으로 후행하는 것이다.

비교를 전제하는 권리가 전체로서는 평등과 관련되지 않지만, 비교를 전제하는 권리 중 일부, 즉 권리자에게 ‘다른 사람들이 누리는 것과 동일한 혜택을 누릴’ 권리를 부여하는 “조건적(conditional)” 권리는 반드시 평등과 관련된다고 반론할 수도 있을 것이다. 미연방헌법 제4조의 특권과 면제(privileges and immunities) 조항이 그러한 조건적 권리를 규정하고 있다: 동조는 각 주(州)가 타주(他州) 시민에게 어떤 ‘특정한’ 혜택을 줄 것을 규정하고 있지는 않지만, 각 주(州)가 자주(自州) 시민에게 부여하는 일체의 혜택을 타주(他州) 시민에게 부여할 것을 규정하고는 있다.⁵⁵⁾ (위 반론에 따르면) 특권과 면제 조항의 수혜자들은 그 어떤 독자적인 권리를 얻게 되는 것이 아니고, 다만 다른 사람과 똑같이(equally) 처우받을 권리만을 얻는다는 점에서, 동조의 내용은 평등으로부터 유래한다고 한다.⁵⁶⁾

55) “각 주의 시민은 일부(several) 주의 시민이 갖는 모든 특권과 면제를 향유한다.” 미연방헌법 제4조 제2항 제1호; *Toomer v. Witsell*, 334 U.S. 385, 395(1948)(“특권과 면제 조항은, B주에 체재하는 A주 시민에게도 B주 시민이 누리는 것과 동일한 특권을 보장해 주기 위하여 설계된 것이다.”).

그러나 강조되어야 할 점으로서, 이렇게 과감한 문언으로 쓰여지기는 했어도, 제4조는 타주(他州) 시민들에게 자주(自州) 시민이 갖는 모든 특권을 주는 것이 아니라, 그 거부가 곧 『제4조가 보호하도록 설계된 특정한 이익(interests)』을 침해하게 되는 범위내의 특권만을 부여한다. *Baldwin v. Fish & Game Comm'n*, 436 U.S. 371, 383(1978); *Varat, State "Citizenship" and Intestate Equality*, U. Chi. L. Rev. 제48권, 487, 516-19(1981) 참조. 이러한 점은, 주내(州內)의 시민과 주외(州外)의 시민 간의 “평등”은 양자를 직접 비교함으로써 도출되는 것이 아니라, 특정 실제적인 목표를 가진 바깥의 규칙에 비추어본 양자간의 관계에 따른 논리적 귀결일 따름이라는 것을 상기하게 하여준다.

56) 예컨대, J. Ely, *Democracy and Distrust*, 23, 90-91, 193의 각주 45(1980)(제4조를 “평등”조

현실적으로는, 평등의 관점에서 조건적 권리는 여타의 비교를 전제하는 권리들과 구별되지 않는다. 조건적 권리가 유일하게 구별되는 점은, 여타의 비교를 전제하는 권리들 하에서 각자에 대한 처우는 양적으로 비례적(proportional)인 반면에, 조건적 권리 하에서는 각자에 대한 처우가 양적으로 동일하다(identical)는 점이다. 그러나, 후자의 이러한 특징은 우연적인 것일 뿐, 평등의 관점에서 어떤 도덕적인 중요성도 가지지 않는다.⁵⁷⁾ 첫째, 모든 도덕적/법적 규칙들은, 그 규칙의 관련 기준에 비추어 양적으로 동일한 사람에 대하여는 양적으로 동일한 처우를 하도록 한다.⁵⁸⁾ 둘째, 규칙은 속성상 비교를 전제하지 않으면서도 얼마든지 일군(一群)의 사람들을 양적으로 동일하게 처우할 수 있다.⁵⁹⁾ 셋째, 어떤 규칙이 각자를 양적으로 동일하게(per capita) 처우한다는 사실 자체만으로부터는 어떤 도덕적 추론도 이끌어낼 수 없다; 양적으로 동일한 처우는, 그런 처우의 대상이 되는 사항(subject), 그런 처우를 받는 사람들의 계층(class), 그러한 처우의 이유, 혹은 처우가 정의로운지를 판단하는 기준(standards)에 따라서, 부정의할 수도 정의로운 수도 있는 것이다.⁶⁰⁾ 요컨대, 조건적 권리는 “평등”의 관점에서는 여타의 비교를 전제하는 권리에 비해서 조금도 더 논리적으로 밀접하게 관련되지 않고, 사람을 양적으로 동일하게 처우하도록 하는 권리가 사람을 비례적으로 처우하도록 하는 권리에 비해서 조금도 더 도덕적으로 밀접하게 관련되지도 않는다.⁶¹⁾

항이라 설명하고 있다) 참조.

57) 『평등이 갖는 상대적인 속성은 비례성(proportionality)이 갖는 상대적인 속성과 동일한 것이 아니라, 그 한 예에 불과한 것이다. 평등과 불평등이라는 두 가지 관계가 위 양자간의 틈을 메워버리는 것은(exhaust the field) 사실이다; 하지만 그 중에서도 평등이 어떤 특별한 중요성을 띠는 전제에 미리 서 있지 않은 한, 여타의 모든 비례성을 ‘불평등’으로 치부해버리는 것은 편향적이고도 부당한 것이다.』

Browne, 위 주 14의 문헌, 52(강조부분은 원문의 것임).

58) Berlin, 위 주 22의 문헌, 132.

59) 예컨대, Social Security Act, 42 U.S.C. §402(i)(1976)에 의하여 과부와 홀아비가 피보험자의 사망 직후에 255달러의 매장(埋葬)지원금을 받을 권리를 생각해보자. 위 법률조항은 모든 수혜자에게 양적으로 동일한 취급을 하고 있는데, 그럼에도 255달러의 지원금을 받을 수혜자의 권리는, 다른 수혜자가 어떻게 취급되고 있고 취급되어야 하는지를 살펴볼 필요없이도 충분히 확정된다.

60) 위 주 29의 문헌 참조.

61) 예컨대, 흑인이 백인과 똑같이 존엄하게 취급받을 헌법상의 권리를 가지고 있는지의 문제를 생각해보자. 주(州)가 흑인을 백인보다 덜 존엄하게 대우하는 것을 금지하는 헌법규정은 “평등”의 문법으로 기술할 수 있다: 흑인이 그들에게 마땅히 주어진 존엄성이라는 측면에서 백인과 “동등하다”(equal)는 전제하에, 위 규정은 주(州)가 백인에게 인정해주는 존엄성의 범위가 어디까지이든간에 그만큼을 흑인에게도 인정해주도록 헌법적으로 명령함으로써, 흑인과 백인을 같게 취급하고 있다는 것이다. 그러나 마찬가지로, 위와는 반대로 흑인을 백

결론짓자면, -사람이 기본적인 경제적 생계를 유지할 권리나 고문받지 않을 권리 처럼- 비교를 전제하지 않는 권리는, 간접적으로 평등 개념으로 표현할 수도, 직접 권리로 표현할 수도, 있다.⁶²⁾ 흑인에 대한 입학우선권과 같이 비교를 전제하는 권리의 경우도 마찬가지이다. 따라서 구별은, 평등과 그와 반대되는 '실질적 정의(substantive justice)'의 관념 사이에서 이루어질 것이 아니라, 사람의 다른 사람에 대한 관계를 떠나서는 결정될 수 없는 권리와 그럴 수 있는 권리 사이에서 이루어져야 한다. 더욱이, 다른 사람에 대한 관계를 떠나서는 결정될 수 없는 권리에 수반되는 '비교'는, 권리를 평등의 틀로 구성하는 데 수반되는 '비교'와는 다르다.

C. 평등과 정의 사이의 연관성

“정의”는 “각자에게 그의 몫을 주는 것”을 의미한다.⁶³⁾ 그렇다면, “각자에게 그의 몫을 주는 것”과 “같은 것은 같게 처우하는 것” 사이의 관계는 무엇일까? 아리스토텔레스가 생각했던 것처럼, 위 두 정식(定式)은 동치일까?⁶⁴⁾ 아니면 다른 흑자들이 생각하는 것처럼, 양자는 (상호관련되지만) 다른 원칙들일까? 정의로우면서도 불평등한 것이 있을 수 있을까?⁶⁵⁾ 혹은 역으로, 평등하면서도 부정의한 것이 있을 수 있을까?

이 경우에도 그에 대한 해답은, 위 두 도덕명제들의 구조에서 찾아볼 수 있다. 정의의 관념도, 평등의 관념과 마찬가지로, 전적으로 형식적(formal)이다.⁶⁶⁾ 그것은 각

인보다 덜 존엄하게 취급할 것을 허용하는 규정 역시 평등의 문법으로 기술가능하다: 흑인과 백인이 그 “존엄성”을 헌법적으로 보호받을 필요(혹은 필요가 없음)라는 측면에서 같다는 전제하에, 이 규정은 양자에 대한 취급을 주(州)에 일임함으로써 흑인과 백인을 같게 취급하고 있다는 것이다. 조건적(conditional) 규정이나 그 반대의 규정 모두 평등의 문법으로 기술가능하므로, 결국 그 어느 쪽이든 평등의 관념과 본질적인 상관관계를 갖지는 않는다는 결론이 나온다.

- 62) Nagel, *Commentary: The Meaning of Equality*, 1979 Wash. U.L.Q., 25(기본적인 경제적 생계를 유지할 권리를 “평등”의 문법으로 논함)의 서술과 Michelman, *Welfare Rights in a Constitutional Democracy*, 1979 Wash. U.L.Q., 659(같은 사항을 “권리”의 문법으로 논함)의 서술을 비교해보라; Vlastos, 위 주 27의 문헌, 47-51(고통으로부터 자유로울 권능을 “평등”의 문법으로 논함)의 서술과 Lucas, *Against Equality*, Phil. 제40권, 296, 298(1965)(같은 사항을 권능의 문법으로 논함)의 서술도 비교해볼 것.
- 63) Browne, 위 주 14의 문헌, 49(“각자에게 그의 몫을 주어야 한다는…정의(正義)의 개념을 정의(定義)하고 있는 근본적인 공리”를 언급하고 있다) 참조.
- 64) Aristotle, *Ethica Nichomachea* V.3. 1131a(W. Ross 1925년 역(譯)).
- 65) 예컨대, Beck, 위 주 7의 문헌, 28(“평등”은 “정의”의 “구성요소”이다); Bedau, 위 주 10의 문헌, 18(“정의의 개념은 평등의 개념을 수반한다.”); Brandt, *Social Justice*의 서문, 위 주 27의 문헌, v, v(평등과 정의는 “밀접한 관계에 있다”).

자에게 그의 몫을 주라고 하지만, 무엇이 그의 “몫”인지를 스스로 규정짓지는 않고 있는 것이다. 정의에 의미를 불어넣기 위해서는, 각자에게 그의 몫을 주라는 명제 너머에 있는, 무엇이 각자의 “몫”인지를 결정할 실제적인 도덕적/법적 기준을 따져 보아야 하는 것이다.

위 두 개념이 상호교환가능(interchangeable)한 것인지를 따져보는 한 방법으로서, 각 개념이 언어적으로 상대 개념으로 환원될 수 있는지를 살펴볼 수 있다. 먼저 정의의 관념을 생각해보자 :

(1) “각자에게 그의 몫을 준다”는 것은, 각자에게 합당한 처우를 한다는 것을 수반한다.

(2) 각자에게 합당한 처우를 한다는 것은, 각자를 도덕규칙에 따라 처우함을 수반한다.

(3) 각자를 도덕규칙에 따라 처우한다는 것은, 다음의 것들을 수반한다. (a) 그 규칙에 의해 도덕적으로 중요한 것으로 결정된 기준들을 충족하였는지를 결정한다는 것, 그리고 (b) 그런 기준을 충족한 자에게는 규칙이 마련한 처우를 해 주고, 기준을 충족하지 못한 자에게는 그런 처우를 해 주지 않는 것.

(4) 기준을 충족한 자에게는 규칙이 마련한 처우를 해 주고, 기준을 충족하지 못한 자에게는 그런 처우를 해 주지 않는다는 것은, 도덕적으로 중요한 측면에서 같은 자를 같게 취급하고, 도덕적으로 중요한 측면에서 다른 자를 다르게 취급한다는 것을 수반한다.

(5) 도덕적으로 중요한 측면에서 같은 자를 같게 취급하고, 도덕적으로 중요한 측면에서 다른 자를 다르게 취급한다는 것은, “같은 것은 같게”, 그리고 “다른 것은 다르게” 취급한다는 것을 수반한다.

요컨대, “각자에게 그의 몫을 주어야 한다”는 말은 “같은 사람을 같게 취급해야 한다”는 것과 “다른 사람을 다르게 취급해야 한다”는 것을 의미하는 것이다.

정의를 평등으로 환원시킬 수 있는 것과 마찬가지로, 평등도 정의 개념으로 환원시킬 수 있다; 위 문단에서 나열한 단계들을 거꾸로 밟기만 하면 되는 것이다. 아무튼, 두 사람이 “같고” 그렇기 때문에 같게 취급되어야 한다는 말은, 옳고 그름에 대한 실제적인 원칙들, 그들을 같게 취급하는 것이 “옳고” 다르게 취급하는 것은 “그르다”는 원칙들을 미리 전제하는 것이다. 사람에 대한 처우에 있어 옳고 그름을 논한다는 것은, 주어진 상황하에서 그들의 “몫”이 무엇인지를 확정하는 것이다. 사람을 평등하게 취급한다는 것은 곧 “각자에게 그의 몫을 주는 것”이라고 아리스토텔

66) H. Kelsen, 위 주 18의 문헌, 135-36(“각자에게 그의 몫을”이라는 공식은 “공허한 동어반복이다”). 그 외의 “형식적인” 도덕규범의 예들에 관하여, Perelman, *What the Philosopher May Learn From the Study of Law*, Nat. L. F. 제11권, 1, 12(1966)을 참조.

레스 이래로 현재까지 철학자들이 말해온 이유는, 여기에 있다.⁶⁷⁾

어떤 처우가 정의로우면서 동시에 불평등할 수 있다든지, 평등하면서도 부정의할 수 있다는 주장은, 단순한 자기모순에 기반한 것이다. 예컨대, 모든 무장강도에게 필요적으로 징역 3년형을 선고하도록 명하는 규정에 의하여 무장강도에게 형을 선고하는 경우를 생각해보자. 혹자는, 어떤 강도에게는 3년형을 선고하면서 어떤 강도에게는 그의 특이한 신체장애를 이유로 집행유예(probation)를 선고하는 것은, 정의롭지만 불평등한 것일 수 있다든지, 역으로 그 경우에 모두에게 4년형을 선고하는 것은 평등하지만 부정의하다고 말할 수 있을 것이다.⁶⁸⁾ 그러나 그런 도덕적 판단이 유지되려면 필연적으로, 정의라는 이름하에 일군(一群)의 실제적 기준을 설정해놓는 것과 동시에, 평등이라는 이름하에 그와 상반되는 일군(一群)의 기준을 설정해야만 하게 된다. 집행유예의 경우를 예로 들자면, 무장강도에게 형을 선고하는 데 있어서 필요적 징역 규정이 그 사회의 유일한 법적 기준이거나, 혹은 그 사회가 (헌법상으로도 법률상으로도) 특이한 신체장애가 있는 경우에는 집행유예를 선고하도록 하는 보충적인 기준이 존재한다는 두 가지 중의 한 가지여야 할 것이다. 만약 필요적 징역 규정이 사회의 유일한 법적 기준인 경우라면, 사회가 어떤 강도를 다른 강도와는 다르게 취급함으로써 스스로 규정을 위반한다는 것은, 법적으로 정의로운 것일 수 없다. 반면에, 만약 강도의 특이한 신체장애를 고려하는 것을 정의롭게 해주는 보충적인 법적 기준이 존재한다면, 바로 그 똑같은 기준에 의해서, 그를 신체적 차이를 이유로 다른 이와 다르게 처우하는 것은 법적으로 평등한 것이 되는 것이다. 요컨대, 집행유예를 선고하는 것이 정의롭(고도 평등)거나 부정의(하고도 불평등)할 수는 있어도, 자기모순에 빠짐이 없이 정의로우면서도 불평등한 것이 될 수는 없다.

미연방대법원 입구의 돌에 쓰여있는 문구를 떠올려보자 : “법 아래의 평등한 정의(Equal Justice Under Law)”. 이 문구를 “법 아래의 정의”나 “법 아래의 평등”이라고 하면 그 의미가 줄어들까? 혹은, 세 단어가 아닌 네 단어를 씌으로써 - 중복과 혼동 이외에, 얻을 것이 있을까?⁶⁹⁾

67) 『그렇다면 “부정의하게 행동한다”는 것은 대체로 무엇을 의미하는가? 대체로, “부정의하게 행동한다”는 것은 “사람을 불평등하게 취급한다...”는 것과 같은 의미로 보인다. ...이는 또한 부정의는 곧 본질적으로 불평등한 취급이라는 점도 함축하고 있어서, 형평은 본질적으로 평등의 문제라고 보는 전통에도 부합한다. 더욱이, “좋은 것(things)과 나쁜 것을 배분하는 문제에 있어서 불평등하게 취급한다”는 문구는 매우 일반적인 것이어서 다양한 문맥에 널리 활용될 수 있다; 그리하여 “정의는 각자에게 그의 몫을 주는 것”이라는 고대의 격언도 받아들일 수 있게 해준다.』

R. Brandt, *Ethical Theory*, 410(1959).

68) 예컨대, Feinberg, 위 주 1의 문헌, 309-16을 참조.

69) 정의와 평등의 관계에 대한 고찰은, 미국 헌법이 갖는 하나의 수수께끼를 풀 실마리를 줄

II. 법에서의 평등

미국 헌법에서 평등분석(equality analysis)의 1차적인 증거는 수정 제14조의 평등 보호(equal protection) 조항이다.⁷⁰⁾ 구체적이고도 제한적인 주(州)의 행위례들을 규

수도 있겠다. 많은 법원과 논자들은 수정 제5조 적법절차 조항(연방정부에만 적용된다)과 수정 제14조 평등보호 조항(주(州)에만 적용된다) 사이의 관계에 관하여 난점에 부딪쳐왔다. 그들로서 한편으로, “평등보호” 조항에 의해 주(州)에 대하여는 금지된 방식으로 연방 정부가 “적법절차” 조항에 의해 사람을 불평등하게 취급할 수 있다고 결론짓기는 곤란하다. *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497, 500(1954) (“주(州)가 인종을 분리하는 공립학교를 유지하는 것이 헌법상 금지된다는 우리의 선례에 비추어볼 때, 같은 헌법이 연방정부에 대하여는 더 완화된 의무만을 지우고 있다고 생각할 수는 없을 것이다.”); *Karst, The Fifth Amendment's Guarantee of Equal Protection*, N.C.L. Rev. 제55권, 541, 552-58(1977)을 각 참조. 다른 한편으로 그들 중 일부는, 사람을 평등하게 취급하라고 말하지 않고 그들에게 각각의 “몫(due)”을 주라고 말하고 있는 수정 제5조에 “평등보호”를 적용(read into)하는 것을 어색해하였다. J. Ely, 위 주 56의 문헌, 32(수정 제5조 적법절차 조항에 평등보호를 적용한다는 것은 “구분론적으로나 역사적으로나 말이 안 되는 것”이라고 함); *Alexander, Modern Equal Protection Theories: A Metatheoretical Taxonomy and Critique*, Ohio St. L.J. 제42권, 3, 57의 각주 179(1981)(수정 제5조에 대한 연방대법원의 평등보호 이론을 “괴상야릇한(kinky)” 것이라 설명)을 각 참조. 이에 대한 답으로서, 모순은 의견상으로만 있는(specious) 것일 수도 있다: 실제적인 “적법절차”라는 헌법상의 언어와 “평등보호”라는 헌법상의 언어가 필연적으로 긴장관계에 있는 것은 아니다. “각자에게 그의 몫을 준다”는 것은 곧 “같은 사람을 같게 취급한다”는 것을 뜻하기 때문이다. 실제적 적법절차 조항을 두고(그러면서 평등보호 조항을 두지 않고) 있는 헌법과, 평등보호 조항을 두고(그러면서 적법절차 조항을 두지 않고) 있는 헌법이 필연적으로 다를 것도 없다. 바로 그렇기 때문에 연방대법원의 실제적 적법절차 이론(jurisprudence)은 법문을 위배하지 않으면서도 스스로의 평등보호 이론을 반영(mirror)할 수 있는 것이다. 예컨대, *Jones v. Helms*, 101 S. Ct. 2434(1981); 같은 판결, 2443(White 대법관의 별개의견); *Weinberger v. Wiesenfeld*, 420 U.S. 636, 638의 각주 2(1975)(수정 제5조에 의한 평등보호는 수정 제14조에 의한 평등보호와 “언제나 정확히 똑같은 것이었다.”); *Jackson v. Indiana*, 406 U.S. 715(1972); *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1(1967)을 각 참조. 아울러, Perry, 위 주 4의 문헌, 1077의 각주 280(“적법절차”와 “평등보호” 간의 개념상의 차이가 반드시 결론상의 차이를 불러오지는 않는다는 점을 인정함)도 참조하고, *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297(1980)(수정 제5조의 “적법절차”와 수정 제5조에 의한 “평등보호”를 모두 근거로 하여 연방법률조항을 합헌선언(uphold)함)도 참고할 것. *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374, 383-91(1978)(평등보호를 이유로 하여 주(州) 법률조항을 위헌선언)과 같은 판결, 391-96(Stewart 대법관의 별개의견)(적법절차를 이유로 하여 같은 결론에 도달)을 비교해볼 것; *San Antonio Indep. School Dist. v. Rodriguez*, 411 U.S. 1(1973)(평등보호를 이유로 하여 주(州) 법률조항을 합헌선언)과 같은 판결, 59-62(Stewart 대법관의 별개의견)(적법절차를 이유로 같은 결론에 도달)을 비교해볼 것; *Boddie v. Connecticut*, 401 U.S. 371(1971)(적법절차를 이유로 주(州) 법률조항을 위헌선언)과 같은 판결, 383-86(Douglas 대법관의 별개의견)(평등보호를 이유로 같은 결론에 도달)을 비교해볼 것. “정의”와 “평등”은 단지, 옳고 그름의 실제적인 관념을 표현하는 서로 다른 표현방식(alternative formulation)에 지나지 않는다.

올하는 대부분의 헌법조항들과는 달리, 평등보호 조항은 망라적(all-encompassing)이다; 즉 주(州)의 모든 행위를 규율하고 있는 것이다. 평등보호 분석의 관점에서, 주(州)의 법규는 통상 아래 세 가지 범주 중 하나에 속한다: (1) “근본적 권리(fundamental rights)”의 행사에 영향을 주는 법규; (2) 사람을 헌법적으로 “의심스러운(suspect)” 기준에 근거하여 차별(classify)하는 법규; 그리고 (3) 나머지 모든 법규가 그것이다. 이 세 범주가 정말로 구별되는지, 혹은 각각의 심사척도(levels of scrutiny)가 적정한 것인지를 따질 필요는 없을 것이다. 여기서 필자의 목적은, 범주나 심사척도에는 관계없이, 평등분석은 논리적으로 권리분석으로 수렴한다는 점, 그리고 법적 문제를 평등의 틀에서 분석한다는 것이 근본적으로 중복적이라는 점을 밝히는 데 있는 것이다.

모든 법적 규율은 차별(classification)을 수반한다.⁷¹⁾ 그리하여 모든 주법(州法)은, 잠재적으로 헌법상의 평등, 특히나 “같은 것은 같게 취급해야 한다”는 헌법규범을 위반할 수도 있는 것으로서, 수정 제14조에 의한 심사의 대상이 된다. 그러나, 주(州)에 의한 차별이 헌법상 “같다”고 보아지는 사람들을 다르게 취급하는 것인지를 결정하기 위해서는 먼저, 같은 사람과 그렇지 않은 사람을 구별해낼 헌법상의 기준을 가지고 있어야 한다. 그러한 기준을 “같은 것은 같게 취급해야 한다”는 정식으로 부터 찾아낼 수는 없다. 평등정식은 “같음”과 “다름”을 확정할 선재적(先在的)인 헌법적 기준이 있음을 전제로 하기 때문이다.⁷²⁾ 하지만 그 선재하는 헌법적 기준을 일단 확정하고 나면(어차피 확정해야 하기도 하고), 실질적인 작업은 거기서 이미 끝나버리고, 도출된 결론을 “평등” 또는 “불평등”이라는 말로 표현하는 추가적이고도 자명한 단계는 전적으로 불필요한 것이다.⁷³⁾

70) “그 어느 주(州)도...그 관할 내에 있는 사람에 대하여 법의 평등한 보호를 거부하지 못한다.” 미연방헌법 수정 제14조 제1항.

71) J. Wilson, *Equality*, 121(1966) (“어떤 규정을 초안함에 있어서, 우리는 그 사실 자체로서 (*ipso facto*) 어떤 특징은 사안에 관련되고 어떤 특징은 관련되지 않는다는 점을 받아들이는 것이다.”); Tussman & tenBroek, 위 주 24의 문헌, 343-44을 각 참조.

72) 「관련되는(relevant) 측면에서 같은 사람을 같게 취급하고 관련되는 측면에서 다른 사람을 그 다름의 비율에 따라 다르게 취급해야 한다는 원칙은 그 본연의 의미에서 형식적인 것이다. 관련되는 측면이 과연 무엇인지를 전혀 특정해주지 못하기 때문이다.」 J. Feinberg, 위 주 1의 문헌, 100; H.L.A. Hart, 위 주 12의 문헌, 155; C. Perelman, 위 주 8의 문헌, 36; A. Ross, 위 주 8의 문헌, 270, 272; Browne, 위 주 14의 문헌, 53; Honoré, 위 주 9의 문헌, 83 (“같은 사안을 같게 취급하라는 원칙은...후술하는 바와 같이 형식적인 것일 뿐만 아니라, 사안이 어떤 측면에서 같거나 다르다고 불지를 알 수 없는 한은, 공허하기까지 한 것이다.”); Sandalow, *Racial Preferences in Higher Education: Political Responsibility and the Judicial Role*, U. Chi. L. Rev. 제42권, 653, 655(1975)를 각 참조.

73) Browne, 위 주 14의 문헌, 53-55(사람을 언제 “같게” 보고 언제 “다르게” 불지를 결정해주

A. 근본적 권리

평등개념의 불필요성을 보여주기 위해서는 평등보호에 관한 그 어떤 사례도 인용할 수 있다. 하지만 “근본적 권리”에 관한 사례들⁷⁴⁾로 시작하는 것이 적합할 수 있을 것이다. 다른 논자들도 근본적 권리에 관한 한 “평등”에 관한 언명은 예외없이 “권리”에 관한 언명으로 환원된다는 점을 인정하고 있기 때문이다. 일례로 Carey v. Brown 판결⁷⁵⁾을 들어보자. Carey 사건의 원고들은 Chicago 시장(市長)의 버스정책에 항의할 목적으로, 시장(市長) 자택 앞의 보도에서 평화적인 피케팅을 하였다. 원고들은 “노동분쟁과 관련하여 직장에서 평화적인 피케팅을 하는 경우”를 제외하고는 사주거(私住居)지역에서의 피케팅을 금지하는 주법(州法) 규정에 의하여 체포되고 기소되었다.⁷⁶⁾ 연방대법원은, 노동관련 피케팅을 하는 자를 정치적 피케팅을 하는 자와 달리 취급함으로써, 이 법규정은 원고에 대한 법의 평등보호를 위배하였다고 판시하였다.⁷⁷⁾

법원의 논증과정을 추적해봄으로써, Carey 사건이 평등의 형태로 가면을 쓴 수정 제1조 사건에 불과함을 밝힐 수 있다. 법원은 다음과 같이 논증하였다: (1) 피케팅을 하는 자를 그 구호의 내용에 따라서 차별함으로써, Illinois 주법은 노동관련 피케팅을 하는 자를 다른 피케팅을 하는 자와 다르게 보고 있다; (2) 수정 제1조는, 공공의 보도(步道)에서 정치적 목적으로 평화적으로 피케팅에 참여하는 사람을 보호하고 있다⁷⁸⁾; (3) 주(州)에서 언론(speech)을 차별함으로써 수정 제1조가 추정적으로 보호하는 표현을 금지하는 경우에, 법원으로서는 그러한 입법이 “실질적인 주(州)의 이익에 봉사하도록 세심하게 재단(裁斷)되었음”을 담보하기 위하여, 주(州)측의 “정당화근거(justifications)”를 “세심하게 심사(scrutinize)”해야 한다⁷⁹⁾; (4) Illinois 주로서는, 노동관련 언론(speech)에 대한 특별한 이익 내지 선호만으로는 법규정을 정당화하지 못한다. 수정 제1조의 기준에 비추어, “사회적” 및 “정치적” 언론도 최소한 노

는 실제적인 기준은, “같은 것을 같게 취급하라”는 명제에 의미를 불어넣어주는 데 필요할 뿐만 아니라, 그 자체로서 자족적(自足的)인 것이다; Carr, 위 주 54의 문헌, 212-14(같은 내용); Montague, 위 주 26의 문헌, 136-137(같은 내용)을 각 참조.

74) 이러한 사례군의 효시는 Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. 535-541(1942)이다.

75) 447 U.S. 455(1980).

76) 같은 판결, 457.

77) 같은 판결, 459의 각주 2.

78) 같은 판결, 460.

79) 같은 판결, 461-62.

동관련 언론만큼 중요하기 때문이다.⁸⁰⁾ (5) 주(州)로서는 인근주거의 절대적 privacy에 관한 이익을 주장함으로써 법규정을 정당화할 수도 없다. 동 규정 자체가 특정한 평화적 피케팅을 목적으로 하는 privacy 침범은 허용하고 있기 때문이다.⁸¹⁾ (6) 주(州)는 평화적인 정치적 피케팅을 금지하는 데 대한 정당화근거로서 수정 제1조에 의거한 충분한 다른 이익을 제시하지 못하고 있다.⁸²⁾ (7) 주(州)가 인근주거에서의 정치적 피케팅을 노동관련 피케팅과 구별하는 데 있어서 헌법적으로 충분한 근거를 제시하지 못하고 있으므로, 위 법규정은 원고를 헌법적으로 동일한 다른 사람들과 다르게 취급함으로써, 원고에 대한 평등보호에 위배된다.⁸³⁾

Carey 판결은 평등 논증의 모범(paradigm)을 보여준다: 위 판결을 평등론의 맥락에 집어넣고 있는 첫 단계와 마지막 단계는, 전적으로 불필요하다. 법원은 (1)단계에서 이 사건을 “같은 것은 같게 취급하라”는 정식의 틀에서 언명하는 데서 시작하여, 중간 단계들을 거치면서 논리적으로 도출되는 결론을 (7)단계에서 “같은 것”의 틀에서 재천명함으로써, 평등 정식으로 되돌아가고 있다. 그러나 Illinois 주법 규정을 무효화시키는 이 판결의 내용은, 전적으로 (2) 내지 (6)단계에서의 수정 제1조에 근거한 분석에서 도출되는 것이지, 평등보호 조항으로부터 도출되는 것이 아니다. Stewart 판사가 그의 별개의견(concurring opinion)에서 강조하였고 다른 이들도 논한 바와 같이, Carey 사건과 같은 사건은, “같은 것은 같게 취급해야 한다”는 관념에 전혀 기대지 않고도, 수정 제1조에 근거하여 직접 판결할 수 있는 것이다.⁸⁴⁾

분명히 해둘 점으로서, Carey 사건 판결에서는 원고들의 피케팅을 할 헌법적 권

80) 같은 판결, 466.

81) 같은 판결, 462, 464-65.

82) 같은 판결, 467-69.

83) 같은 판결, 458-59의 본문 및 각주 2, 471.

84) 같은 판결, 471-72(Stewart 대법관의 별개의견)을 참조; 아울러, Perry, 위 주 4의 문헌, 1076(평등보호를 근거로 하지 않고 수정 제1조만을 활용하여 *Police Dep't v. Mosley*, 408 U.S. 92(1972) 판결을 분석하고 있음); Stone, *Restrictions of Speech Because of Its Content: The Peculiar Case of Subject-Matter Restrictions*, U. Chi. L. Rev. 제46권, 81, 86-88(1978)(같은 내용); Comment, *Equal but Inadequate Protection: A Look at Mosley and Grayned*, Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 제8권, 469(1973)(Mosley 판결은, 주(州)가 추후에라도 모든 피케팅을 금지하지 못하도록, 수정 제1조를 근거로 하거나 혹은 광범위하여 무효라는 근거(overbreadth grounds)에서 판결되었어야 했다고 주장) 참조. 근본적 권리 사안이 권리 사안으로서 판결되어야 한다는 점에 관하여는, *San Antonio Indep. School Dist. v. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 59-62(1973)(Stewart 대법관의 별개의견); Barrett, *Judicial Supervision of Legislative Classifications - A More Modest Role for Equal Protection?*, 1976. B.Y.U. L. Rev. 89, 108-21; Lupu, *Untangling the Strands of the Fourteenth Amendment*, Mich. L. Rev. 제77권, 981, 1060-75(1979)를 각 참조.

리가 비교를 전제하는 것인지(즉, 주(州)가 노동관련 피케팅을 허용하는 만큼만 피케팅을 할 수 있는 권리인지) 아니면 비교를 전제하지 않는 것인지(즉, 주(州)가 다른 피케팅을 허용하는지의 여부와 무관하게 정치적 피케팅에 참여할 수 있는 권리인지)를 밝히고 있지 않다. 법원이 Carey 사건에서 문제된 권리가 이 두 유형 중 어느 것인지를 따지지 않은 것은, 어느 쪽이든 문제된 법규정을 무효화하는 데에는 충분했기 때문이다. 그러나 비교를 전제하든 전제하지 않든, 그 권리는 수정 제1조의 언론의 자유 관념으로부터 그 내용을 끌어와야 하고, 이는 피할 수 없다.⁸⁵⁾

Carey 사건에 대한 이러한 분석은, 근본적 권리에 관한 사건들이 근거의 실제적 권리에 직접 근거를 두어 판결될 수 있음을 보여줄 뿐만 아니라, 궁극적으로는 그렇게 판결되어야 한다는 점을 보여준다.⁸⁶⁾ 명제를 평등론의 형태로 전환하는 부가

85) 447 U.S. 459의 각주 2("이 사건 법률조항이 평등보호 원칙에 위배된다고 보는 이상, 목적(subject matter)을 불문하고 주거지역에서의 피케팅을 전면금지하는 내용의 이 사건 법률조항이 수정 제1조와 제14조에 위배되는지의 여부에 대한 판단에는 나아가지 않기로 한다."). 피케팅을 할 권리가 비교를 전제하는지 전제하지 않는지에 관한 논의로는, Karst, *Equality as a Central Principle in the First Amendment*, U. Chi. L. Rev. 제43권, 20, 38, 40-41(1975)을 참조. "비교를 전제하는" 권리와 "비교를 전제하지 않는" 권리의 차이에 관하여는, 위 주 14를 참조.

위 두 권리는 수정 제1조에 관한 매우 다른 전제에 입각해 있다. 피케팅을 할 수 있다는 '비교를 전제하는' 권리는, 정부가 사람들에게 노출되는 구호의 양(量)을 제한하는 것은 금지되지 않지만 구호를 외치는 자 중 일부는 허용하면서 다른 일부는 금지함으로써 구호의 내용을 왜곡하는 것은 금지된다는, 실제적인 전제에 입각하여 있다. *Metromedia, Inc. v. City of San Diego*, 101 S. Ct. 2882, 2895-96(1981)(법정의견은 되지 못한 다수의견(plurality opinion)); Stone, 위 주 84의 문헌, 100-03을 참조. 한편 피케팅을 할 수 있다는 '비교를 전제하지 않는' 권리는, 수정 제1조는 정부가 피케팅의 구호 자체를 규제할 합리적인 이유가 없는 경우라 하더라도 구호의 양(量)을 제한하는 것까지 제약하지는 않는다는 실제적인 전제에 입각하여 있다. *Metromedia* 판결, 101 S. Ct., 2900(Brennan 대법관의 별개의견); *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104(1972) 및 이를 평석한 Shiffrin, *Governmental Speech*, U.C.L.A. L. Rev. 제27권, 565, 574-77(1980)을 각 참조. 이러한 '비교를 전제하지 않는' 권리로 부터 다음과 같은 결론이 나온다. 주거지역의 privacy에 관한 Illinois주(州)의 기준과 가치가 변함없이 유지되는 한 - 즉, 노동관련 피케팅이 허용된다는 점을 통하여 주(州)가 주거지역의 privacy에 대하여 절대적인 가치까지 부여하지는 않는다는 점이 드러나는 한은 - 다른 경우라면 주(州)가 주거지역에서의 모든 피케팅을 금지할 재량을 갖는다 하더라도, 주(州)로서는 정치적 목적에 의한 주거지역에서의 피케팅에 대하여도 어느 정도는 허용을 해야 한다는 것이다. Karst, 위 문헌, 40-41을 참조.

86) 「수정 제14조 평등보호 조항과 같이 헌법상의 평등에 관한 명시적인 규정이 있다 하더라도, 이는 (자유, 안전, 적법절차 등) 헌법상의 다른 규정들에 열거되어 있거나 함축되어 있는 여타의 권리에 그와 별개의 독자적인 무엇인가를 더해주지는 못한다. 이러한 여타의 헌법상 권리들은 모든 시민에게 적용되는 것이기 때문에, 그 형식(form) 자체가 이미 그 평등한 적용을 수반하는 것이다. 헌법상 평등원칙의 명문규정은 단지, 여타의 헌법상 원칙들의 속성을 우리에게 일깨워주는 수사적(修辭的)인 기능만을 수행한다.」

R. Fulinwider, 위 주 49의 문헌, 223.

적인 단계를 거치든 그러지 않든, 근저의 권리에 대한 분석은 언제나 이루어져야 한다. 평등보호 조항은, 만약에 헌법적인 관점에서 정치적 피케팅이 노동관련 피케팅과 “같다면”, 주(州)에서는 그들을 같게 취급해야 한다고 명한다. 그러나 같은 것을 같게 취급해야 한다는 관념은, 정치적 피케팅이 헌법적인 관점에서 노동관련 피케팅과 같은지의 여부에 관하여는, 아무 말도 하지 않고 그럴 수도 없다. 이를 결정하기 위해서는, 언론의 자유권의 목적과 범위를 살펴봐야 하는 것이다. 따라서, 설령 헌법적인 가치를 평등의 틀에 넣고 싶다 해도, 사람들이 어떤 경우에 “같고” 어떤 경우에 “다른지”를 결정해주는 실체적인 헌법상의 권리를 확인하고 평가하는 작업을 피할 수는 없는 것이다.

또 다른 예로 투표권을 들 수 있다. 평등이론(equality jurisprudence)의 옹호자로서는, 한 사람이 선거에 대하여 다른 모든 사람과 동일한 “영향력”(electoral “voice”)를 갖고 있기만 하다면, 그가 얼마만큼의 단위 투표수를 갖는지는 문제되지 않는다고 할 것이다. 즉, 투표권은 선재하는 평등원칙으로부터 도출되는 것이고 그에 의해 규율된다고 보는 것이며; 어떤 사람이 투표권을 갖는다는 것은 곧 그가 선거문제에 있어서 다른 어떤 누구와도 동등한 영향력(equal voice)을 가지고 있다고 보는 것이다.

이러한 주장은 투표권의 속성을 완전히 오해하고 혼란에 빠뜨리는 것이다. 우선, 투표권은 모든 사람 -혹은 모든 유권자- 이 동등한 영향력을 가질 것을 요구하지 않는다.⁸⁷⁾ 그 어떤 법적/도덕적 규칙에 따라서 표가 배분되는 방식은, 그 규칙의 근저에 있는 실체적 기준에 전적으로 좌우되는 것이다. 그리하여, 미국 헌법은 상원의원에 대한 표를 유권자가 속하는 각 주의 인구수에 반비례하여 배분하고 있는 한편⁸⁸⁾, 일부 주(州)에서는 특별목적지구(special purpose districts)에서의 표를 토지소유면적에 비례하여 배분하고 있는 것이다.⁸⁹⁾

더구나, 모든 사람의 표가 다른 모든 사람과 같은 경우라 하더라도, 그들 간의 평등은 순전히 2차적인(derivative) 것이다: 그것은 문제되는 실체적 권리의 불가피하고 흥미로운 것도 없는 결과물일 뿐이다. 예를 들어, 자신의 회사 소유지분에 비례하여 투표할 주식회사 주주의 권리는, 각 주(株)는 동등한 투표가치를 가지며, 모든 주주는 같은 수의 주식을 보유한 다른 모든 주주와 동등한 총투표가치를 가진다는

87) “동등한 영향력”이라는 관념 자체가 근본적으로 모호한 것이다. 그것은 참정권의 근거를 “결정해줄 정확한 기준”을 특정해주지 못하기 때문이다. Still, *Political Equality and Election Systems, Ethics* 제91권, 375, 377(1981)(참정권의 “평등”이라는 관념 아래 뭉뚱그려진 다종다양한 참정권의 실체적 기준들을 논하고 있다) 참조.

88) 미연방헌법 제1조 제3항 제1호; 동 헌법 수정 제17조.

89) *Ball v. James*, 101 S. Ct. 1811(1981)을 참조.

법칙으로부터 논리적으로 뒤따르는 것이다. 주식이나 주주 간의 평등관계는, 문제된 권리의 “논리필연적인”⁹⁰⁾ 결론에 지나지 않는다.

B. 의심스러운 차별

여기까지는 문제가 없다. 그런데, 평등보호 문제(case) 중 근본적 권리를 다루는 것들은 단순한 권리에 관한 문제로 수렴한다는 주장을 필자가 처음 제기한 것은 아니다 - 다른 논자들도 종종 이러한 주장을 한 바 있다.⁹¹⁾ 그러나 참으로 이상하게도 일부 논자들은 위와 같이 보면서도, 평등보호 문제 중에서 인종, 성별 등에 근거한 “의심스러운”⁹²⁾ 차별에 관련된 것들의 경우도 마찬가지로라는 점은 부정한다. 그들에 따르면, 의심스러운 차별에 관한 문제는 권리 문제로 수렴할 수 없는 “진정한 평등 문제”로서, “평등에 말 그대로 포섭되어” 분리될 수 없다는 것이다.⁹³⁾

강조해 둘 점으로서, 평등보호 조항은 법적/도덕적 내용을 분명 가지고 있고⁹⁴⁾, 그 내용은 우리 사회의 어떤 규범만큼이나 중요하고도 영속적이다.⁹⁵⁾ 노예제와의 전쟁에서 승리한 수정 제14조의 기초자들은, 인종적 정의(racial justice)에 관한 전국적인 관념을 급진적으로 전환시키기 위하여, 평등보호 조항을 입법한 것이다.⁹⁶⁾

90) Flathman, 위 주 36의 문헌, 45(“평등은 2차적인(derivative) 의미에서만 중요한 규범적 기준이다.”); 같은 문헌, 51; H. Kelsen, 위 주 18의 문헌, 127-28; Adler & Hutchins, 위 주 10의 문헌, 303(“평등을 인간사(things human)에 적용한다는 것은 기껏해야 2차적인(derivative) 관념이고...또한...그것을 사회적/정치적인 논의에까지 끌어들이는 것은 어느 정도는 부정(不正)하고 혼동스러우며 수사적이기만 하고 아무런 도움이 되지 못하는 것이라는...의심이 항상 들어왔다.”); 아울러, Browne, 위 주 14의 문헌, 52(평등은 “결과론적인 특질”이라 함)도 참조.

91) 위 주 84에 인용된 문헌들을 참조.

92) “의심스러운” 차별 사례의 효시는 *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 216(1944)이다.

93) Lupu, 위 주 84의 문헌, 985; R. Fullinwider, 위 주 49의 문헌, 222-23, 236-37; Lupu, 위 주 84의 문헌, 1073(“금지된 차별이 문제되는 사안이 진정한 평등 사안이다.”); 같은 문헌, 1001의 각주 98(“반면에 실제적 적법절차는, 분배의 불평등과는 직접적으로 관련됨이 없이 실제적인 자유를 논하는 것이다.”)를 각 참조; Perry, 위 주 4의 문헌, 1083(“외국인이라는 점에 기반한 차별에 관한 헌법이론도, ‘평등보호’ 이론에 관한 근본적 권리 혹은 근본적 이익의 특질들도, 평등보호 원칙을 적용하는 것으로 이해될 수는 없다; 따라서 위 양 이론들은, 평등보호가 아닌 다른 용어로서 개념화되어야 한다.”)도 참고할 것.

94) Karst, 위 주 4의 문헌, 1. 하지만, Lupu, 위 주 84의 문헌, 1054(“평등보호는 필자가 사용하는 용어법상 ‘내용’을 전혀 가지지 않는다.”)도 참조.

95) J. Ely, 위 주 56의 문헌, 30-32; Karst, 위 주 4의 문헌, 4(“추상화된 평등은 가치중립적일 수도 있지만, 수정 제14조는 그렇지 않다.”)

96) 1868년에 비준된 수정 제14조 평등보호 조항은 11년 전의 *Dred Scott v. Sandford*, 60

그러나, 인종적 정의에 관한 이러한 관념들이 '같은 것은 같게 취급해야 한다'는 이념과 특별히 관련성을 갖는다고 생각하는 것은 오류이다. 그것은 수정 제1조에 의한 언론이나 종교의 자유와 동일한 논리에 기초한, 독자적인 권리이다. 언론이나 종교의 자유와 마찬가지로, 인종이나 성별에 관한 권리 역시 "같음" 혹은 "동등함"에 기대지 않고도 설명할 수 있다. 사실, 그렇게 설명할 수 있을 뿐 아니라, 그렇게 설명하여야 한다. 사람을 "같게" 혹은 "다르게" 취급할 기준을 제시하는 것이 바로 이것이기 때문이다.

이 점은 *Sweatt v. Painter* 판결을 살펴봄으로써 분명해질 수 있다.⁹⁷⁾ 로스쿨에 지원한 흑인인 Mr. Sweatt는, 백인만 입학가능한 주립 로스쿨에 흑인이 입학하는 것을 금지한 주법(州法) 규정이 위헌이라고 다투었다. 그 규정이 Sweatt에 대한 법 앞의 평등보호에 위배되었는지를 어떻게 결정할 것인가? 그 규정이 그를 헌법적으로 동등한 다른 사람들과는 다르게 취급하였는지의 여부를 어떻게 결정할 것인가?

말할 필요도 없이, "같은 것은 같게 취급하라"는 공리를 들여다보는 것은 아무런 소용이 없다. 다른 모든 사람과 마찬가지로⁹⁸⁾, Sweatt도 비교대상인 백인들과 어떤 측면에서는 같고 어떤 측면에서는 달랐다: 직업적 열망과 학술적 자격이라는 면에서는 같았고, 피부색이라는 면에서는 달랐던 것이다. 사람을 취급하는 방식에 있어서 인종이나 피부색은 헌법적으로 변수가 될 수 없다고 잘라말할지도 모르겠다.⁹⁹⁾ 문제는, 때로는 인종이나 피부색이 사람의 취급에 대한 변수가 되기도 한다는 데에 있다. 낫적혈구빈혈(sickle cell anemia)이나 테이색스병(Tay-Sachs disease)과 같은 인종특이성 있는 질병을 검사할지의 여부를 공중보건위가 결정하는 데 있어서; 혹은 공공방송사의 국장이나 분장사(make-up artist)의 입장에서 Othello나 Roots와 같이 인종적 특징이 반영된 공연을 올리는 데 있어서¹⁰⁰⁾; 혹은 공공기관의 임용권

U.S.(19 How.) 393(1857) 연방대법원판결을 뒤집었다. 이 판결에서 법원은 "흑인종(the negro African race)"은 헌법기초자들의 관점에서 보기에 "열등한 존재로서, 일체의 사회/정치관계에 있어서 백인과 결합하기에 부적합하다; 그리고 백인이 존중해줘야만 할 그 어떤 권리도 갖지 못할 정도로 열등하다"고 판시하였다. 같은 판결, 406-07. 인종적 정의(racial justice)에 관한 수정 제14조의 혁명적인 규범이 채택되고 비준된 헌법적 절차는 매우 강제적이고 억압적인 것이어서, 일각에서는 수정조항의 유효성에 대하여 의문을 제기하기도 하였다. James, *Is the Fourteenth Amendment Constitutional?*, Soc. Sci. 1975년 겨울호, 3을 참조.

97) 339 U.S. 629(1950).

98) Lucas, *Vive la Difference*, Phil. 제53권, 363, 363(1978)("인간은 모두 같고, ...인간은 모두 다르다."); Sandalow, 위 주 72의 문헌, 655("모든 개인은 어떤 측면에서는 유사하고 다른 측면에서는 다르다").

99) Perry 교수가 이런 주장을 하는 것으로 보인다. Perry, 위 주 4의 문헌, 1051을 참조; 같은 책, 1056(적출자(嫡出子)에 관하여); 같은 책, 1061(외국인에 관하여).

자나 대학입학담당자의 입장에서 인종에 따른 적극적 우대 프로그램(affirmative action program)을 시행함에 있어서 그러하다.

따라서 진정으로 문제되는 것은, Sweatt의 인종을 이유로 하여 Sweatt와 그의 백인 경쟁자들 사이에 헌법적인 차이를 두는 것이 허용되는지의 여부에 있다. 그러나 이는 평등이 대답해줄 수 있는 문제는 아니다. 같은 것을 같게 취급하라는 헌법적인 요청 그 자체로는, 헌법적으로 관련있는 차이와 관련없는 차이를 구별해낼 수 없기 때문이다.¹⁰¹⁾ 인종이나 피부색은 Sweatt의 특정한 경우에 변수가 되도록 허용될 수 없다고 주장하기 위해서는 먼저, 인종을 이유로 하여 로스쿨에서 흑인을 배제하는 것이 인종을 이유로 삼는 것이 허용되는 경우에는 생기지 않는 -더구나 헌법이 그로부터의 자유를 부여하는- 종류의 권리침해(injury)를 야기한다는 점을 논증해야 한다.¹⁰²⁾ 그러한 금지는 같은 것을 같게 취급하라는 헌법적 요청으로부터는 도출되지 않는다. 흑인 지원자들이 백인전용 학교에 대한 입학을 거부당함으로써 헌법상의 권리침해를 당했다는 점이 먼저 밝혀지지 않고는, 입학자격의 관점에서 그들이 백인 경쟁자들과 헌법적으로 “같다”고 말할 수 없기 때문이다. 모든 헌법상의 금지규범(prohibition)은, 사람이 그로부터 자유로울 권리를 갖는 잘못의 유형이 무엇인지에 관한 실제적인 관념으로부터만 도출되어야 한다.

Sweatt의 실제적 권리를 확정하고 나면, 주(州)가 Sweatt를 -이제는 우리가 “같다”고 알고 있는- 다른 사람들과 다르게 취급함으로써 그를 “불평등하게” 취급하였다고 말할 수 있게 된다. 일단 인종박대(racial desert)의 관념이 정립되고 나면, 그것은 언제나 -현재 평등보호 조항이라는 형태로 구성되어 있는 것처럼- 평등이라는

100) Lucas, 위 주 62의 문헌, 301(“사람의 피부색이 특정한 색을 띠는 것은, 그가 재산을 소유하거나 버스로 여행할 권리와는 관련이 없지만, 아마도, 그가 Iago에 출연할 배우가 되는 데에는 관련이 있을 것이다”).

101) A. Ross, 위 주 8의 문헌, 270을 참조. H.L.A. Hart는 다음과 같이 주장한다:
 “같은 사안을 같게, 다른 사안을 다르게 취급하라”는 것이 정의의 이념에 있어서 중심요소 이기는 하지만, 그것은 불완전한 것이고, 보완되지 않고는 행동에 어떠한 확실한 지침을 주지도 못한다. 어떠한 사람의 무리(set)도 어떤 측면에서는 서로 유사하고 다른 측면에서는 다른 것이고, 어떠한 유사성과 차이점이 관련있는(relevant) 것인지가 확정되지 않고는, “같은 사안을 같게 취급하라”는 것은 공허한 형식에 그칠 뿐이기 때문이다.
 H.L.A. Hart, 위 주 12의 문헌, 155.

102) 이러한 주장은, 평등보호 조항이 가지는 실제적 내용에 관한 특정한 이해(conception)에 기반한 것이다. 이러한 이해는 예시하기 위한 목적으로만 채택한 것이다. 필자는 평등보호 조항이 의미하는 바가 무엇인지에 관한 논란에 지금 뛰어들고 싶지 않다. 이에 관하여는 아래 pp.567-68(이 번역문에서는 「II. 법에서의 평등」의 「B. 의심스러운 차별」 중 「Sweatt의 실제적 권리를 확정하고 나면,」 이하로부터 「결론적으로,」 앞까지의 부분에 해당한다)를 참조. 다만 그것이 의미한다고 유의미하게 생각될 수 없는 바가 무엇인지를 밝히고자 할 따름이다.

2차적 언어로 구성해낼 수 있다.¹⁰³⁾ 실제적 적법절차(substantive due process)의 경우도 마찬가지이다: -언론, 종교, privacy, 차별, 복제(reproduction) 등 무엇에 관하여든- 침해(desert)의 표준이 세워지고 나면, 그것은 언제나 각자에게 주어질 “몫”이라는 결과물로 표현할 수 있다.¹⁰⁴⁾ 그러나, 권능(entitlement)을 “동등한 것을 동등하게” 취급한다는 식으로(혹은 각자에게 그의 “몫”을 준다는 식으로) 표현하는 것으로는, 그 권능이 본래 가지고 있는 내용이 달라지지 않고, 논리적으로 그럴 수도 없다. 단지 그 권능을 차용(reference)함으로써 끌어들이 수 있을 뿐이다.

중요한 점으로서, 지금까지 법원은, 평등보호 조항이 실제적으로 금지하려고 하는 침해의 유형이 정확히 무엇인지를 밝혀내는 데 실패하였다. 그리고 이러한 실패는 그 자체로서, 동조가 평등이라는 언어로 표현되어 있다는 점에 기인한 것일지도 모른다.¹⁰⁵⁾ 평등보호 조항의 실제적인 내용은 다음과 같이 다양한 것들을 포함한다고 말해지고 있다. “누적적(으로) 불이익(을 받아온)” 소수인종이 인종적으로 열등하다고 더욱 “비하되거나” “낙인찍히지” 않을 권리¹⁰⁶⁾; 사람이 자신의 인종을 이유로 하여 “도덕적으로 열등한”¹⁰⁷⁾ 것으로 취급받지 않을 권리; 사람이 “일을 수행하거나 사회에 공헌할 능력과는 무관하게” “단지 우연한 출생에 의해서만 좌우되고 변경불가한 특징”으로 인하여 기회를 박탈당하지 않을 권리¹⁰⁸⁾; “조직사회에서 존중받고 책임있고 참여가능한 일원으로 취급받을 권리”¹⁰⁹⁾, 그리고 “다른 누구와도 같은 정

103) Rostker v. Goldberg, 101 S. Ct. 2646, 2659(1981)(“헌법은 유사한 상황에 처한 사람을 의회가 유사하게 취급할 것을 요하고 있다...”); F.S. Royster Guano Co. v. Virginia, 253 U.S. 412, 415(1920)(평등보호 조항은 “유사한 상황에 있는 모든 사람을 같게 취급할 것”을 요한다고 함), 이는 San Antonio Indep. School Dist. v. Rodriguez, 411 U.S. 1, 89(1973)(Marshall 대법관의 반대의견)에서 인용되었다; Michael M. v. Superior Court, 101 S. Ct. 1200, 1204(1981)(법정의견이 되지 못한 다수의견)(“평등보호 조항은 ‘법규정이 반드시 모든 사람에게 균등하게(equally) 적용될 것을 요구’한다든지 ‘사실상 다른 것들을...마치 그것들이 같은 것처럼 법이 취급할 것’을 요하지 않는다”)(Rinaldi v. Yaeger, 384 U.S. 305, 309(1966)을 인용한 부분)을 각 참조.

104) Graham, *Procedure to Substance - Extra-Judicial Rise of Due Process*, Calif. L. Rev. 제40권, 483, 488(1952)(적법절차 조항은 각자에게 그의 “몫”을 주어야 한다는 형식적인 관념을 헌법규정화한 것이라고 보고 있다) 참조.

105) 아래 pp.580-81(이 역문에서는 『III. 평등이 주는 혼란(confusion)』 중 『A. 독자적 규범이라는 오류』 부분에 해당한다)을 참조.

106) Brest, *The Supreme Court, 1975 Term - Foreword: In Defense of the Antidiscrimination Principle*, Harv. L. Rev. 제90권, 1, 8-11(1976)을 참조.

107) Perry, 위 주 4의 문헌, 1030, 1083을 참조.

108) Frontiero v. Richardson, 411 U.S. 677, 686(1973)(Brennan 대법관의, 법정의견은 되지 못한 다수의견) 참조.

109) Karst, 위 주 4의 문헌, 4를 참조.

도로 존중과 관심을 받을” 권리.¹¹⁰⁾ 그러나, 평등보호 조항의 구체적인 실체가 무엇이 되었든간에 그것은, 같은 것은 같게 취급해야 한다는 공리에 의존하지 않는 것이고 그래야만 한다.¹¹¹⁾ 위 공리는 그 자체로서는 Sweatt 사건에 어느 쪽으로든 영향을 주지 못하는 것이다.

결론적으로, 근본적 권리를 다루는 사건과 의심스러운 차별을 다루는 사건은 그 관련되는 실제적 권리를 달리하지만, 그 논리는 동일하다: 어느 쪽이든, 평등의 형태로 포장되지만, 그 내용은, 같은 것은 같게 취급해야 한다는 일반관념에 기대지 않고도 다루어질 수 있고 그래야만 하는 근거의 권능에서 발견된다는 것이다. 언론에 기한 차별을 다루는 평등보호 사건들은 다음과 같은 논리를 보여준다:

- (1) 같은 사람은 같게 취급되어야 한다.
- (2) 주(州)는 사람의 언론의 자유를 부정할 수 없다.

(3) 언론의 자유를 침해하는 내용의 법규정만으로 다른 사람들과 다르게 취급받는 사람은, 언제나 다른 사람과 “같은” 사람이고, 따라서 같게 취급되어야 한다.

인종에 기한 차별을 다루는 평등보호 사건들도 유사한 논리를 보인다:

- (1) 같은 사람은 같게 취급되어야 한다.
- (2) 주(州)는 인종에 기한 권리침해로부터 자유로운 사람의 권리를 부정할 수 없다.

(3) 인종에 기한 권리침해로부터 자유로운 권리를 침해하는 내용의 법규정만으로 다른 사람들과 다르게 취급받는 사람은, 언제나 다른 사람과 “같은” 사람이고, 따라서 같게 취급되어야 한다.

헌법적 문제가 (1)단계와 (3)단계에서 평등론의 형태로 변환되지만, 모든 실제적인 작업은 (2)단계에서 이루어진다. 언론에 관한 평등보호 사건과 마찬가지로, 인종에 관한 평등보호 사건도 (2)단계에서 해결되고 있는 것이다.

C. 합리적 근거

다른 모든 주(州)법규정, 즉 근본적 권리와도 의심스러운 차별과도 관련되지 않는 차별을 내용으로 하는 모든 규정들은, 평등보호의 관점에서 제3의, 나머지의 (residual) 범주에 들어간다. 이 제3의 범주가 다른 두 범주와 다른 점은, 그에 수반

110) R. Dworkin, 위 주 7의 문헌, 227; 같은 취지의 O'Fallon, *Adjudication and Contested Concepts: The Case of Equal Protection*, N.Y.U. L. Rev. 제54권, 19, 34(1979).

111) L. Tribe, *American Constitutional Law* §16-1, 991(1978)(“우리가 공동체의 선택을 지도할 실제적 이념을 전치(前置)시킬 수 있을 때에 비로소, 평등은 순환적이지 않은 명령과 공허하지 않은 제약(constraints)을 해줄 수 있게 될 것이다.”).

된 사법심사의 척도뿐이다. 그리하여 법원은, 근본적 이익이 문제되는 차별이나 의심스러운 차별을 분석할 때에는 “엄격한”¹¹²⁾(때로는 “중간적인(intermediate)”¹¹³⁾ 심사를 한다고 하지만, 나머지 모든 규정을 심사할 때에는 단순한 “합리성”이라는 보다 완화된 기준을 사용한다.¹¹⁴⁾ 이 때는 차별이 “정당한 주(州)의 이익을 증진하는 데에 합리적으로 관련되는” 한은 유효한 것으로 된다.¹¹⁵⁾

역설적으로 합리성심사는, 헌법상의 평등이라는 관점에서 환영받지 못하고¹¹⁶⁾ 종종 비판받기도 하는¹¹⁷⁾ 데도 불구하고, 일부 논자들에 따르면 평등의 진정한 의미를

- 112) 『그러한 평등보호 조항에 근거한 주장의 기본적인 틀에 대한 분석은 잘 정립되어 있다: “가장 먼저 주(州)입법이, 차별이 특히 의심되는 계층(suspect class)의 불이익으로 돌아간 다든지, 헌법이 명시적으로나 묵시적으로 보호하는 근본적 권리를 침범하는 것인지를 검토 해야 한다. 그러한 경우라면, 엄격한 사법심사척도가 요구된다.』
Maher v. Roe, 432 U.S. 464, 470(1977)(San Antonio Indep. School Dist. v. Rodriguez, 411 U.S. 1, 17(1973) 판결을 인용하면서).
- 113) Harris v. McRae, 448 U.S. 297, 342의 본문 및 각주 3(1980)(Marshall 대법관의 반대의 견); L. Tribe, 위 주 111의 문헌, § 16-25, 1065-66(Craig v. Boren, 429 U.S. 190(1976) 판결을 논하면서); Note, *Equal Protection and Due Process: Contrasting Methods of Review Under Fourteenth Amendment Doctrine*, Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 제14권, 529, 541-45(1979) 각 참조.
- 114) Barrett, *The Rational Basis Standard for Equal Protection Review of Ordinary Legislative Classifications*, KY. L. J. 제68권, 845, 856-66(1980); Bennett, “Mere” Rationality In Constitutional Law: *Judicial Review and Democratic Theory*, Calif. L. Rev. 제67권, 1049, 1051(1979)(합리성 요건이라는 것은 단지 “정치과정에 대한 사법부의 존중을 표현하는 것” 일 뿐일지도 모르겠다고 한다); Gunther, *The Supreme Court, 1971 Term - Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model For a Newer Equal Protection*, Harv. L. Rev. 제86권, 1, 19-21(1972); Perry, 위 주 4의 문헌, 1073-74; Note, *State Economic Substantive Due Process: A Proposed Approach*, Yale L.J. 제88권, 1487, 1497-99(1979)를 각 참조. 일반론으로는, Barrett, 위 문헌(합리성심사의 유용성에 대한 분석과 비판)을 참조.
- 115) Vance v. Bradley, 440 U.S. 93, 97(1979)(Massachusetts Bd. of Retirement v. Murgia, 427 U.S. 307, 312(1976) 판결을 인용하고 있다); Parham v. Hughes, 441 U.S. 347, 351-52(1979)(법정의견이 되지 못한 다수의견).
- 116) Bennett, 위 주 114의 문헌, 1050(오늘날 “대부분의 관심은” “단순한 합리성” 분석보다는 평등보호 영역에 집중되어 있다고 함).
- 117) 합리성 분석이 입법목적의 타당성(validity)을 평가하기 위한 헌법적 기준/가치의 존재를 전제한다는 점에 대하여는 논자들도 일반적으로 동의한다. L. Tribe, 위 주 111의 문헌, § 16-2, 995; Baker, *Neutrality, Process, and Rationality: Flawed Interpretations of Equal Protection*, Tex. L. Rev. 제58권, 1029, 1039(1980); Linde, *Due Process of Lawmaking*, Neb. L. Rev. 제55권, 197, 212(1976); Mashaw, *Constitutional Deregulation: Notes Toward A Public, Public Law*, Tulane L. Rev. 제54권, 849, 866(1980); Sandalow, 위 주 72의 문헌, 659-60; Note, 위 주 9의 문헌, 798; Note, 위 주 114의 문헌, 1491; Note, *Legislative Purpose, Rationality, and Equal Protection*, Yale L.J. 제82권, 123, 128(1972)

가장 충실하게 구현하고 있다고 일컬어진다. 그들의 주장은 다음과 같다: (1) 평등은 같은 사람은 같게 취급할 것을 요구한다; (2) 모든 사람은 어떤 점에서는 같다; (3) 따라서 평등은, 사회가 그들을 다르게 취급할 정당화근거를 대지 못하는 한은 모든 사람을 같게 취급해야 한다는 “추정”을 수반한다.¹¹⁸⁾ Isaiah Berlin은 이를 다음과 같이 표현한다:

『이유제시는 평등에는 필요하지 않고, 불평등에 필요한 것이라고 가정해보자; 단일성, 통상성, 유사성, 대칭성...은 특별히 해명을 요하지 않고, 반면에 차등성, 비체계적인 행동양식, 행위의 변동은 해명을 요하고, 일반적으로 정당화를 요한다고 가정해보자. 나에게 케익이 한 개 있고 그것을 나누어줄 10명의 사람이 있을 때, 내가 이것을 정확히 1/10씩 나누어준다면, 여기에는...정당화가 필요치 않을 것이다; 반면에 내가 이러한 균등배분의 원칙에서 벗어나는 경우라면 나는 어떤 특별한 이유를

을 각 참조. 그래서 합리성 분석에서 이루어지고 있는 논쟁은 기실, 특정한 입법목적이 헌법적으로 부당하지(invalidity)의 여부 및 그 정도에 관한 것이다. Mashaw, 위 문헌, 866-76(입법이 -“공적(公的)”인 것에 반대되는- “사적(私的)”인 목적만을 갖는 경우에는 위헌이라고 주장함)과 Linde, 위 문헌 223, 250의 각주 148(정치적인 타협이 정당한 목적으로 인정될 수 있는 한은, 특별이해관계(special interest)를 규율하는 입법이라고 하여 위헌인 것은 아니라고 주장한다)을 비교해볼 것; Bennett, 위 주 114의 문헌, 1058-59(입법이 그 정당한 목적으로 하는 바가 곧 그 입법의 실제적인 목적이 아니라면, 그 입법은 위헌이라고 주장)과 Note, 위 주 9의 문헌, 810-13(입법의 정당한 목적이 실제로는 그 입법의 목적이 아니었다 하더라도, 그로써 입법이 위헌으로 되지는 않는다고 주장)도 비교해볼 것.

- 118) 『정의의 개념이 평등의 개념을 수반한다는 원칙...을 평등의 추정이라 할 수 있을 것이다. 여기에서도, 사회적인 평등이 아닌 불평등은 모종의 정당화를 요하고 정당한 이유가 없는 불평등은 정당화되지 못한다는 것을 처음 주장한 사람은 아리스토텔레스이다. Leslie Stephen은 이를 보다 명료하게 다음과 같이 표현하였다. “우리가 동포(fellows)를 취급하는 데 있어서 그 어떤 차별에도 충분한 이유가 항상 있어야 한다.” 그렇다면, 사람을 평등하게 취급하는 데에는 아무런 “충분한 이유”가 제시될 필요도 없어야 할 것이다. 따라서, 다음과 같이 말할 수 있다: ...사회적 평등에는 특별한 정당화사유가 제시될 필요가 없지만, 사회적 불평등에는 항상 이것이 제시되어야 한다.』

Bedau, 위 주 10의 문헌, 19(Stephen, *Social Inequality, Ethics* 제1권, 267, 268(1891)을 인용하면서)(각주는 생략)(강조부분은 원문의 것이다); Browne, 위 주 37의 문헌, 46(“사람을 불평등하게 취급할 이유가 없다면, 그들을 평등하게 취급해야만 한다.”)을 참조.

소위 “평등의 추정”을 “같은 것을 같게 취급해야 한다”는 명제로부터 도출하는 논자들에게 관하여는, S. Benn & R. Peters, 위 주 29의 문헌, 124-28; A. Gewirth, *Reason and Morality*, 186(1978); Blackstone, 위 주 40의 문헌, 240; Evans, *Equality, Ambiguity and Public Choice*, Creighton L. Rev. 제14권, 1385, 1386(1981); Flathman, 위 주 36의 문헌, 55; Frankena, 위 주 27의 문헌, 10-13; Rawls, 위 주 7의 문헌, 165-66; Spaemann, *Remarks on the Problem of Equality*, *Ethics* 제87권, 363, 364(1977); Wasserstrom, *Rights, Human Rights, and Racial Discrimination*, J. Phil. 제61권, 628, 634-37(1964)를 각 참조.

제시해야 할 것이다.¹¹⁹⁾」

이러한 주장은 헌법상 평등보호의 관념에도 대입할 수 있을 것이다. 그리하여, 만약 평등보호 조항이 같은 것은 같게 취급해야 한다는 이념을 구현한 것이고, 그러한 이념이 정말로 모든 사람을 같게 취급해야 한다는 복멸가능한(rebuttable) 추정을 수반하는 것이라면, 결국 평등보호 조항은 모든 사람을 같게 취급하라는 반증가능한 추정을 담고 있는 것이 될 것이다. 그리고 이러한 추정은, 사람을 다르게 취급할 “합리적인” 이유를 제시함으로써만 복멸될 것이다.¹²⁰⁾ 요컨대, 이 주장에 따르면, 자신을 다른 사람과 다르게 취급하는 주(州)법규정을 다투고자 하는 그 누구라도 평등보호 조항을 근거로 들 수 있고, 그럼으로써, 그를 다르게 취급하는 합리적 근거를 델 입증책임을 주(州)에 넘길 수 있게 되는 것이다.

평등의 소위 “추정”이라는 것은 서로 다른 두 가지의 문제점을 안고 있다: (1) 모든 사람을 같게 취급해야 한다는 복멸가능한 추정이라는 것은, “같은 것을 같게 취급하라”는 이념으로부터는 논리적으로 도출되지도 않고, 그와 일관되지도 않는다는 점; 그리고 (2) 평등의 추정이라는 것은 속성상 무의미하다는 점이다.

첫 번째 문제점은, 평등의 추정이라는 것은 그 어떤 해석으로도, 평등의 이념으로부터 논리적으로 도출되지 않는다는 것이다. “모든 사람은 어떤 면에서는 같다”는 명제가 모든 사람은 관련되는 모든 점에서 도덕적으로 같다는 뜻이라면 (설령 그것이 이치에 맞는 말이라 하더라도) 그로부터, 다른 취급을 할 합리적인 이유가 제시되기 전까지는 모든 사람을 같게 취급해야 한다는 결론이 나오지는 않는다. 무엇보다도, 같은 사람은 같게 취급되어야 하고, 모든 사람은 도덕적으로 같은 것이라면, 모든 사람을 항상 같게 취급해야 한다는 결론이 나와야 할 것이다; 모든 사람이 정말로 모든 도덕적 측면에서 같은 것이라면, 그들을 다르게 취급하는 데에는 -합리적 이유는 고사하고- 어떤 이유도 있을 수 없는 것이다. “같은 것을 같게 취급하라”는 명령은 절대적인 것인 반면에, 평등의 추정이라는 것은 그보다 못한, 사람을 다르게 취급할 “합리적 이유”를 제시함으로써 복멸될 수 있는, 일견(一見)의 명령에 지나지 않는 것이다. 절대적인 명령으로부터 일견의 명령을 도출할 수는 없는 것이

119) Berlin, 위 주 22의 문헌, 131.

120) 『수정 제14조가 요구하는 “법의 평등한 보호”가, 州가 입법을 위하여 구별(classification)을 수행하는 것까지 금지하는 것은 아니라는 점을 새삼 말할 필요는 없을 것이다. 그 부분에 관하여는 州에 폭넓은 재량이 있다는 점을, 당 법원은 수많은 유명 판례들에서 실시한 바 있다. 그러나, 그러한 구별은 자의적이지 않고 합리적인 것이어야 하고, 유사한 상황에 처한 모든 사람이 같게 취급될 수 있도록, 입법의 대상(object)과 공정하고도 실질적인 관련이 있는 차등의 그 어떤 근거에 기반한 것이어야 한다.』

F.S. Royster Guano Co. v. Virginia, 253 U.S. 412, 415(1920)(강조부분은 필자가 가한 것임); 위 주 115를 참조.

다.¹²¹⁾ 반면, “모든 사람이 어떤 면에서는 같다”는 말이 모든 사람은 경험적으로나 도덕적으로나 어떤 중요한 측면에서 같다는 의미라고 하더라도, 그로부터 주(州)가 그들을 모든 측면에서 같게 취급할 의무는 도출되지 않는다.¹²²⁾ 오히려, 모든 사람이 특정한 일부 측면에서 같은 것이라면, 그로부터 도출될 수 있는 것은 기껏해야 모든 사람은, 그들이 같은 특정한 측면에서 -그리고 그 측면에 한해서만- 같게 취급되어야 한다는 것이다.

물론, 사람들은 일부 측면에서만 같지만, 그러한 추정은 특정한 사건에서 불확실성에 직면한 경우에 올바른 결정을 내리기 위한 절차적인 규칙에 불과하다고 주장할 수도 있을 것이다. 그 경우에, 평등의 추정은 아래의 두 가지 가정 중 하나에 근거를 둘 수밖에 없다. 첫째, 사람들이 도덕적으로 같은 측면이 그들이 다른 측면에 비해서 더 많거나 더 중요한지의 여부에 대하여는 알 수 없다는 가정을 해볼 수 있다. 그러나 그 경우에도, 평등의 추정이라는 것은, 같은 것은 같게 취급해야 한다는 관념과는 논리적으로 일관되지 않는다. 그러한 추정은 사람을 “다르게”가 아니라 “같이” 취급하는 데 대한 선호(*preference*)를 표현하고 있는 것이다. 오히려 평등의 관념은, “다른” 취급이 아닌 “같은” 취급을 하는 데 대한 선호를 표현하지 않고 있다. 같은 것을 같게 취급하라고 요구함으로써 필연적으로, 다른 것은 다르게 취급해야 함을 요구하고 있는 것이다.¹²³⁾ 이렇게 되는 이유로서, 두 사람에게 어떤 취급을 함에 있어서 두 사람이 “같다”는 것은, 선제하는 규칙에 따라 그런 취급을 하기 위한 일체의 특질(들)을 그 둘 모두가 가지고 있다는 것이고, 그리하여 그들 모두가 그런 취급을 받을 자격이 있다는 것이다; 그리고 두 사람이 “다르다”고 하는 것은, 규칙에 따라 그런 취급할 하기 위한 특질을 한 사람은 갖지 않고, 그래서 그 취급을 받을 자격이 없다는 것을 의미한다.¹²⁴⁾ 어떤 사람들을 “같다”(그리고 따라서 그

121) J. Feinberg, 위 주 1의 문헌, 100-02.

122) “따라서, 서로 한 가지 측면에서 동등한(equal) 것들이 다른 측면들에서도 동등하다(또는 그럴 수 없다)는 결론은, 서로 한 가지 측면에서 동등한 것들이 그 (또는 또다른) 측면에서도 동등해야 한다는 결론보다 결코 앞서서 도출되지 않는다.” Bedau, 위 주 10의 문헌, 8.

123) H.L.A. Hart, 위 주 12의 문헌, 155; E. Wolgast, *Equality and the Rights of Women*, 22(1980); Frankena, 위 주 27의 문헌, 9; Note, 위 주 9의 문헌, 781의 각주 34를 각 참조.

124) A.M. Honoré는 규칙을 준수(adhere)한다는 것이 “같은 것은 같게 취급해야 함”을 요한다는 데에는 동의하면서도, 그러한 준수가 곧 “다른 것은 다르게 취급해야 한다”는 귀결을 수반한다는 데에는 반대한다. Honoré, 위 주 9의 문헌, 84. Honoré는, 모든 성인남성에게 투표를 허용하는(그리하여 그 측면에서 “같이” 취급해야 할) 규칙이 있다고 하여, 반드시 성인여성도 투표를하도록 허용되지 말아야(혹은 그들이 그 측면에서 “다르게” 취급되어야) 함을 의미하는 것은 아니라고 보고 있다.

Honoré는, 개별규정으로부터 야기되는 평등의 문제와 규정의 총합(aggregate)으로부터 발생하는 평등 문제를 혼동하였다는 점에서 오류를 범하고 있다. 그 자체로만 보았을 때, 개

들이 같게 취급되어야 한다)고 평가하는 바로 그 취급의 규칙에 따라 논리적으로, 나머지 사람들은 “다르다”(그리고 다르게 취급되어야 한다)는 평가가 이루어지는 것이다.¹²⁵⁾ 따라서 평등이 문제되는 한은, 사람들이 도덕적으로 중요한 측면에서 같은지 다른지를 알지 못하는 상태에서는, 그들을 같게 취급하도록 하는 추정은 그들을 다르게 취급하도록 하는 추정만큼이나 그 정당화근거가 없는 것이다; 어느 쪽으로 추정하든, 사람들이 실제로 받아 마땅한 취급을 받지 못하게 될, 정당화되지 않은

별규정이 그 개별규정에 비추어 “다른” 사람을 그 규정에 따라 다르게 취급하도록 논리적으로 요구하고 있음은 사실이다. 그리하여, 성년남성에게 투표할 자격을 주는 어떤 사회의 규정은, 그 자체로서 성년남성에게는 투표할 자격을 부여하도록 작동하는 한편, 그 자체로서 성년여성에게 투표할 자격을 부여하도록은 작동하지 않는다. 따라서 규정의 내용 그 자체의 측면에서, 성년여성은 남성과는 다르고, 다르게 취급되어야 하는 것이 된다. 그러나 그 규정 자체도 그리고 평등이념의 어느 부분도, 그 사회가 성년여성에게 투표자격을 부여하는 별도의 규정을 입법하는 것을 가로막지는 않는다. 그 사회가 그런 규정을 도입하여 두 규정이 함께 적용되는 때에는, 총합으로서의 새로운 규칙은 곧 성년남성과 성년여성에게 투표가 허용된다는 것이 된다. 마찬가지로, 규칙에 비추어 “같음”과 “다름”을 결정짓는 총합적인 기준은 더 이상 ‘모든 성년남성만’이나 ‘모든 성년여성만’이 아니라, ‘모든 성년’이 되는 것이다: 이렇게 결합된 규정들 자체가 문제되는 한에서는, 모든 성년자는 투표라는 측면에서 “같고” 그 측면에서 같게 취급되어야 하며, 모든 미성년자는 투표라는 측면에서 성년자와 “다르고” 그 측면에서 다르게 취급되어야 한다. 개별규정만을 놓고 보면 규정의 총합을 놓고 보든간에, “같은 것을 같게 취급하라”는 것은 논리적으로 “다른 것을 다르게 취급하라”는 것을 수반한다. 이 두 명제는 모든 규정(그리고 규정의 집합)들의 상호연관되는 두 측면이기 때문이다.

- 125) “‘동등한 자에게 동등한 몫을’ 배분하도록 하는 규정은 항상, ‘동등하지 않은 자에게는 동등하지 않은 몫’을 배분하도록 할 뿐만 아니라, ‘그 동등하지 않은 정도에 비례하여’ 배분하도록 하는 내용을 포함한다.” Oppenheim, *The Concept of Equality*, International Encyclopedia of the Social Sciences 제5권에 수록, 103(1968).

“같은 것을 같게 취급해야 한다”는 것과 그 유사형인 “다른 것을 다르게 취급해야 한다”는 것 사이의 동가성(equivalence)은, 의미론(semantics)상 내재되어 있는 것이다. 예컨대 어떤 사회에서, 음식을 사람의 몸무게에 비례하여 그 필요에 따라 배분하여, 무거운 사람이 더 많은 음식을 받고 가벼운 사람이 비례적으로 적은 양을 받도록 해야 한다고 믿는다고 가정해보자. 여기에서, X가 A나 B보다 몸무게가 두 배 많이나간다고 가정해보자. 위 규칙에 따른 “평등한” 배분은 다음의 두 가지 중 하나로 기술할 수 있다. 우선, A와 B에게는 같은 양의 음식을 주어 “같이” 취급하여야 하고 X에게는 2배의 음식을 주어 “다르게” 취급하여야 한다고 말할 수 있다. 또는, 각자의 몸무게에 비례하여 음식을 줌으로써 셋 모두를 “같이” 취급해야 한다고 말할 수도 있다. 위에서 본 설명방식들 - 전자는 “같은 것은 같게 취급해야 한다”와 “다른 것은 다르게 취급해야 한다”를 함께 쓰고 있고, 후자는 “같은 것은 같게 취급해야 한다”만 쓰고 있다 - 은 그 어느 것이나 위 규칙을 충분히 기술하고 있다; 양자는 완전히 똑같은 것을 기술하는 다른 방식일 뿐이다. 유일한 차이는, 취급의 지배적인 기준 - 위 규정의 목적상 “같은” 취급을 결정해주는 기준을 언명하는 데 있어서의 일반성(generality)의 정도에 있을 따름이다. 그러므로 “같은 것을 같게 취급해야 한다”와 “다른 것을 다르게 취급해야 한다”를 함께 사용하는 법체제(legal regime)는 “같은 것을 같게 취급해야 한다”만을 사용하는 체제와 논리적으로는 구별불가한 것이다.

위험이 생기게 되는 것이다.¹²⁶⁾

하지만, 위와 같은 절차적인 규칙은 또 다른 가정에 그 근거를 둘 수도 있다. 평등의 추정은, 사람들이 같은 측면이 그들이 다른 측면에 비해서 도덕적으로 더 중요하다라는 판단을 표현하는 것이라고 볼 수 있는 것이다. 달리 말하자면, 그러한 추정은, 불확실한 경우에는, 사람들을 다르게 취급하는 것이 그들을 같게 취급하는 것보다 더 큰 도덕적 위험을 담고 있다는 것일 수 있다는 것이다. 그러나 그러한 추정은, 같은 것을 같게 취급해야 한다는 일반적인 명제로부터는 도출될 수 없다. 다만, 사람에 대한 차별이, 통상적으로 정당화되지 않거나, 통상적으로 그 반대로 취급함으로써 생기는 해악을 충분히 뛰어넘는 것이라는 특정한 경험으로부터 도출될 수 있을 뿐이다.¹²⁷⁾ “같은 것은 같게 취급해야 한다”는 원칙은 그 자체로는 사람들은

126) 「같은 것을 같게 취급하라는 아리스토텔레스 공식은 그 어떤 추정도 언명하고 있지 않다는 점을 인지하는 것이 중요하다. 우리는 평등도 불평등도 추정하지 말고, 동등한 것은 동등하게, 동등하지 않은 것은 동등하지 않게 취급하라고만 지시받고 있는 것이다.

(중략)

… 요점은, 다른 사람에 대한 취급을 정당화해야 하는 것이라면, …평등한 취급도 불평등한 취급도 같은 출발선상에 있다는 점이다. 그 중 어느 하나를 뽑아서 특히 선호할만한 선택적인 이유는 없다.

… 우리로 하여금 평등을 추정하도록 하는 선택적인 원칙이 있다고 말해서는 안 되고, 그 어느 쪽으로도 추정하지 않는 것만이 합리적인 것이라고 말해야 한다. A와 B를 다르게 취급할 이유가 없다는 것은 옳다. A와 B를 같게 취급할 이유가 없다는 것도 옳다. 옳지 않은 것은, ‘그들을 다르게 취급할 이유가 없다’는 명제가 곧 ‘그들을 다르게 취급하지 않을 이유가 있다’는 명제를 수반한다고 보는 것이다.」

Browne, 위 주 37의 문헌, 47, 52(강조부분은 원문의 것이다); J. Feinberg, 위 주 1, 100-2; J. Lucas, 위 주 27의 문헌, 173-75; Hare, *Justice and Equality*, *Dialectics & Humanism* 제6권, 1979년 가을호에 수록, 17, 18-19를 각 참조.

127) 이 점은, 보다 좁은 범위의 추정을 생각해보면 더 분명해질 것이다. 남녀는 그들을 다르게 취급할 정당한 이유가 없는 한 같게 취급되어야 한다는 규정이 있다고 가정해보자. - 그것은, 성적인 고정관념(stereotyping)에 기하여 사람을 하대함으로써 발생하는 권리침해(injury)를 상회할만한 이유가 없는 한은, 성적 고정관념에 기하여 다른 성별이 누리는 이익(advantage)을 그 어느 성별도 집단적으로 거부당하지 않아야 함을 의미한다. 그러나 성적 차별을 금지하는 이러한 규정은, 차별을 가로막는 그 어떤 일반적인 추정으로부터 도출되는 것이 아니다; 어느 특정한 유형의 차별을 가함으로써 생기는 통상적인 결과에 대한 특정한 경험으로부터 도출되는 것이다. Joel Feinberg는 이를 다음과 같이 말한다: “평등한 취급에 대한 추정은, 그에 연관된 개인들이 이미 관련되는(relevant) 측면들에서 동등하다고 믿어지거나, 가정되거나, 기대되고 있는 경우에만 유지되는(holds) 것이다…” J. Feinberg, 위 주 1, 101.

보다 확실하게 말하자면, “평등의 추정”은 다음과 같은 규칙으로 재구성할 수도 있다. (1) 사람에 대한 절대적인(categorical) 차별이 통상 한 집단(class) 또는 나머지 한 집단(혹은 둘 모두)에게 부당한 권리침해를 야기한다고 인식될 때, 또는 (2) 사람에 대한 절대적인 차별이 야기하는 권리침해가, 통상적으로 아무런 차별을 가하지 않는 경우의 해악에 비해서 중하다고 인식될 때에는, (3) 행위자는, 그들을 절대적으로 차별할 이유가 그로부터 야

그들이 다른 측면에 비하여 도덕적으로 더 중요한 측면에서 같다는 관념을 수반하지 않기 때문에, 위와 같은 추정은 그 내용을, 평등관념 바깥의 다른 곳으로부터 끌어올 수밖에 없는 것이다.

평등의 추정이 갖는 두 번째 문제점은, 그것이 완전히 막연하다는 것이고, 이 점이 더 심각한 문제이다.¹²⁸⁾ 우선, 평등의 추정 그 자체가 “같고” “다른” 대상을 구별해낼 기준을 담고 있지 못한 것과 마찬가지로, “같고” “다른” 취급을 구별해낼 기준도 갖지 못한다.¹²⁹⁾ 뿐만 아니라, 모든 규칙은 사람을 어떤 면에서는 같게, 다른 측면에서는 다르게 취급하는 것이므로,¹³⁰⁾ 위 추정은, 정당화를 요하는 규칙과 그렇지 않은 규칙을 구별해낸다는 “핵심기능(core function)”¹³¹⁾을 수행하지 못하는 것이다.

기되는 어떠한 권리침해보다도 증대한 경우가 아닌 한 추정적으로, 양 집단을 하나의 집단으로 취급해야 한다. 이렇게 재구성된 규칙이 갖는 문제점은, 그것이 도덕적으로 그럴싸하기는(plausible) 하나 완전히 2차적(derivative)이라는 것이다; 우리가 이미 알고 있는 것 외에는 아무 것도 말해주지 못하는 것이다. 위 규칙이 우리에게 말해주는 것은, 어떤 표면적인 차별이 통상 부당한 것으로 인식될 때에는, 통상적으로 그런 차별을 자제해야 한다는 것; 그리고 그러한 차별이 어떠한 이유로 정당화된다고 하면, 그 때에는 그 이유를 들어 차별을 할 수 있다는 것이다.

- 128) 그러나, B. Ackerman, *Social Justice in the Liberal State*, 16, 37-58(1980)(평등의 추정은 명료하고도(intelligible) 중요한 정치규범이라고 시사한다); D. Hawkins, 위 주 40의 문헌, 10(같은 내용); Graham, *Liberty and Equality*, *Mind* 제74권, 59, 64(1965)(같은 내용); Spaemann, 위 주 118의 문헌, 364(같은 내용).
- 129) 이 점을 보여주는 것으로서, 모든 사람에게 매일 빵 1과운트씩을 주도록 하는 규정을 생각해보자. 이 규정은 1인당 같은 양의(per capita) 빵을 배분해야 한다는 기준에서는 사람을 같게 취급하는 것이지만, 빵을 몸무게, 필요, 나이, 업적에 따라 배분해야 한다는 기준에서는 다르게 취급하는 것이 된다. 어떤 논자(author)는 다음과 같이 말하였다. “두 사람을 동등하지 않게 취급하는 것보다 동등하게 취급하는 것이 옳다고 단순하게 말하는 것은 아무런 의미가 없다...두 사람을 어떤 측면에서 동등하게 취급한다는 것은 언제나 다른 측면에서는 동등하지 않게 취급하는 것이 되기 때문이다.” *Developments in the Law - Equal Protection*, *Harv. L. Rev.* 제82권, 1065, 1164(1969)(각주는 생략). Anatole France는 이러한 생각을 보다 멋지게(quotably) 표현해주었다: “지엄하신(majestic) 평등으로 인해서, 법은 빈자(貧者)뿐만 아니라 부자(富者)까지도 다리 밑에서 자거나, 거리에서 구걸하거나, 빵을 훔치지 못하도록 금지하였다.” A. France, *Le Lys Rouge*(1894), J. Bartlett, *Familiar Quotations* 802a(제14개정판, 1968)에서 인용됨.
- 130) 위 pp.545-47(이 번역문에서는 『I. 도덕론에서의 평등』의 『A. 같다는 것과 같게 취급되어야 한다는 것 사이의 연관성』 중에서 『이제 같다는 것의 의미를 이해하게 된 이상,』 부분으로부터 『그렇다: 평등이라는 것은 완전히 “순환적(circular)이다.”』 부분까지에 해당한다)의 본문 및 주 129를 참조.
- 131) J. Lucas, 위 주 27의 문헌, 173(정당화를 요하는 사건과 그렇지 않은 사건을 구별해낼 수 있게 되지 않는 한은, 평등의 추정이 갖는 “위험적인 힘(bulldozing power)”은 사라지고 말게 된다)을 참조. 확실히 해두자면, 추정을 지각(知覺)가능한 것으로 만들어줄 취급기준을 위 추정에 “불어넣는(read into)” 방법도 있다. 그리하면 위 추정은, 달리 취급할 정당할 이유가 없는 한, 사람을 취급할 기준에 비추어 사람을 “같게” 취급해야 한다는 뜻이 될

마지막으로, 위 추정을 통해 설령 정당화를 요하는 규칙을 명확하게 식별해낼 수 있다 하더라도, 위 추정은 그 자체로서 사람을 다르게 취급할 “정당한(good)” 이유와 “부당한(bad)” 이유를 구별해낼 기준을 갖고 있지 못하므로, 동 추정이 언제 복멸되어야 할지를 말해 주지 못한다. 위 세 가지 이유 모두로 인하여 위 추정은, 도덕적 규범으로서의 여전히 무의미한 것이 된다.

이 점을 보여주기 위하여, *Morey v. Doud* 판결¹³²⁾을 들기로 한다. 이 사건에서는, 검사(檢査, inspection)와 담보(bonding)의 목적을 위하여, 모든 우편환(money-order) 발행자를 두 범주로 분류하는 주법(州法) 규정이 문제되었다; 한 범주는 American Express만으로 이루어져 있고, 나머지 범주는 여타의 모든 회사로 이루어져 있었다. American Express가 누리는 면제혜택(exemption)을 누리지 못한 이 사건 원고는, 위 규정이 법의 평등보호에 위배된다는 이유로 위 차별을 다투었다. 그의 주장은 다음과 같았던 것으로 보인다. 법규정이 원고와 American Express 모두에게 면제혜택을 부여했다라면(혹은 둘 모두에게 부여하지 않았더라면), 양자를 “같이” 취급하는 것이었을 것이고, 따라서 정당화를 요하지 않았을 것이다; 그러나 이 사건 규정은 한 회사에는 혜택을 부여하고 나머지에겐 부여하지 않음으로써 양자를 “다르게” 취급하였고, 따라서 합리적인 정당화를 요하는 것이 된다는 것이다.¹³³⁾ 법원으로서, 양 회사들의 행위를 규율하는 규칙이 무엇인지를 먼저 식별하기 전에는, 이 사건 규정이 양 회사를 같게 취급하는지 다르게 취급하는지를 알 길이 없다는 점에서, 난관에 부딪혔을 것이 분명하다. American Express가 가진 정도의 규모, 자산, 로비력을 갖추지 못한 모든 회사는 별도의 담보를 제공해야 한다는 것이 적절한 규칙이었다면, 그 기준에 따라 회사들은 같게 취급받은 것이 된다; 한편 모든 우편환 발행자는 담보를 제공해야 한다는 것이 적절한 규칙이었다면, 회사들은 다르게 취급받은 것이 된다. 평등의 추정이라는 것은 위 두 규칙 중에서 어느 것을 선택할지에 관한 아무런 기준을 담고 있지 않기 때문에, 그러한 추정은 법원에게 두 회사가 같게 취급된 것인지 다르게 취급된 것인지, 그에 따라 이 사건 법규정이 합

것이다. 위 추정을 이렇게 읽는 것은 도덕적으로 그럴듯하기는 하지만 그 전에 동어반복으로 환원시킬 뿐이다. 즉, 이러한 추정은 행위자로 하여금, 다른 규칙에 따라 사람을 취급할 정당한 이유가 없는 한, 그를 취급하도록 하는 규칙에 비추어 그들을 같게 취급하라고 명한다는 것이다. 그리고 이 때 이유가 “정당한지(good)”의 여부는, 전자의 규칙이 후자의 규칙에 언제 우선하는지를 결정하는 기준에 의해서 정해진다는 것이다. 이러한 식의 추정으로부터는, 우리 스스로가 넣어놓은 것 외의 어떠한 것도 얻지를 못한다.

132) 354 U.S. 457(1957), 이 선히는 *City of New Orleans v. Dukes*, 427 U.S. 297(1976) 판결에 의하여 변경되었다.

133) 피항소인 변론요지서, 13-18, *Morey v. Doud*, 354 U.S. 457(1957)(No. 475).

리적인 정당화를 요하는지 그렇지 않은지를 말해주지 못하는 것이다. 게다가 위 추정은, 회사들을 다르게 취급할 “좋은” 이유와 “나쁜” 이유를 가려낸 기준도 담고 있지 않으므로, 다른 취급(이 있다 해도 이것)이 정당화되는지 아닌지를 법원에 말해주지 못한다.

이 모든 것이 평등조항에 기한 합리성심사에 의미하는 바는 무엇인가? 이것이 의미하는 바는, 합리성심사는 평등의 독자적인 특질로서 정당화될 수도 옹호될 수도 없다는 것이다. 이는 주(州)가 “합리적인 주(州)의 이익”과 “합리적으로 관련되지 않는” 규범적인 차별을 입법해도 좋다는 이야기는 아니다.¹³⁴⁾ 합리성심사에 대한 찬반 문제는 실체적인 헌법가치의 문제이고, 이는 그 자체로서 판단되어야 한다는 것이다.¹³⁵⁾ 요점은, 합리성심사가 가치(merit)를 가지고 있다면, 이는 주(州)가 사람을 (“같은”가 아니라) “다르게” 취급하는 데에는 합리적 이유를 가질 헌법적인 의무를 지기 때문이 아니라, 주(州)는 사람을 취급하는 모든 방식에 있어서 합리적이고 정당한 이유를 가질 의무를 지기 때문이다.¹³⁶⁾ 합리성심사가 같고 있는 그 어떤 가치라 하더라도, 평등관념에서 도출되는 것이 아니라, 실체적 적법절차(substantive due process)로부터 도출되는 것이다.¹³⁷⁾

134) 위 주 115를 참조.

135) 위 주 117; 아래 주 136을 각 참조.

136) Hare, 위 주 126의 문헌, 19.

물론 궁극적으로는, “합리성” 심사라는 것 자체도 형식적인 기준이다: 그것은, 주(州)의 “정당한” 목적에 “합리적으로 관련되지” 않는 차별을 담고 있는 규정을 법원이 무효화해야 한다고 지시하기는 하지만, 어떤 수단이 “합리적”이고 어떤 목적이 “정당한지”를 결정할 실제적인 기준을 스스로 제시하지는 않는다. 합리성심사에 내용을 부여하기 위해서는, 합리성과 정당성을 결정할 실체적 기준을 바깥으로부터 차용해 들여와야만 하는 것이다. Note, 위 주 9의 문헌, 813-56을 참조. 그 과정에서, 헌법은 그러한 기준을 여러 가지로 제시한다는 점을 발견할 수 있다. 따라서 합리성심사를 하는 자는 최종적인 분석과정에서, 헌법상의 실체적 기준(들)을 식별해내고 이 기준(들)을 경합하는 입법정책들과 형량(衡量)해야 한다. 그러한 기준들을 식별해내기 전에는, 두 사람이 “같은지” “다른지”를 알 방법이 없다. 그런데 그러한 기준들을 식별하고 경합하는 정책들과 형량한 뒤에는 “같은 것을 같게 취급하라”는 명제는 더 이상 필요가 없다. 각 당사자를 어떻게 취급할지가 이미 결정되었기 때문이다.

137) Sandalow, 위 주 72의 문헌, 658을 참조. 이와 마찬가지로, 정의관념으로부터 평등이 어떠한 가치를 도출해내었든간에:

「평등의 요청을 형식적인 의미로 받아들여서는 아니되고 “근거가 탄탄하고” “합리적”이거나 “정의로운” 징표에 의거해서 제한이 이루어지는지가 관건이라고 한다면, 그것은 곧 평등의 관념이 사라지고, 주관적이고 감정적인 정견(opinion)에 따라 “정의롭다”로 여겨지는 것을 차용해오는 것으로 그것이 대체된다는 것을 의미한다.」

A. Ross, 위 주 8의 문헌, 288.

지금까지 필자는 평등의 “추정”이 “합리성” 심사를 반드시 요하지는 않는다고 주장했다. 필자는 여기에, 평등의 관념은 “합리성” 자체를 반드시 요하지 않는다는 점을 덧붙이고자

III. 평등이 주는 혼동(confusion)

필자는 지금까지, 평등은 전적으로 형식적인 개념임을 논하였다: 그 내용은 다른 곳에서 유래하는, 도덕적/법적 명제를 기술(記述)하는 “형식”이고, 그 자체로는 아무런 실체적 내용을 갖지 않는 표현의 “형식”¹³⁸⁾인 것이다.¹³⁹⁾ 그럼에도 일부 논자들

한다. 평등은, 같은 것을 같게, 다른 것을 다르게 취급할 것을 행위자에게 요구한다. 하지만 그가 자신의 행위를 해명하거나 정당화할 것을 요구한다든지, 그의 행위가 평등의 극언(maxim)에 합치된다고 판단한 이유를 제시할 것을 요구하지는 않는다:

『그래서, 같은 것을 같게 취급하라는 비추정적인 원칙의 적용은, 무엇이 제시될(shown) 수 있는지의 여부에만 달려있지는 않다. 이러한 비추정적인 원칙이 적용되는 경우에 있어서 취급의 차등성을 정당화해주는 것은, (그러한 구별이 제시될 수 있는지의 여부와는 관계없이) 문제된 개인들 간에 (관련성있는) 차이점이 실제로 존재한다는 점에 있다. 반면에 평등의 추정이 적용되는 경우에 있어서 취급의 차등성을 정당화해주는 것은, (그러한 구별이 실제로 존재하는지의 여부와는 관계없이) 구별의 근거를 제시할 수 있다는 점에 있다.』

Katzner, *Presumptivist and Nonpresumptivist Principles of Formal Justice*, Ethics 제81권, 253, 255(1971)(강조부분은 필자가 가한 것임).

- 138) 『정의의 형식적인 원칙은...“실체적인 원칙들이 변수(variable)를 상수(constant)로 대체하는 다양한 방법을 구상하는 것과는 달리, 전혀 특정되지 않은 변수를 담고 있다.” 관련되는 측면에서 같은 사람을 같게 취급하고 관련되는 측면에서 다른 사람을 그 다름의 비율에 따라 다르게 취급하라는 원칙은, 본연의 의미에서 형식적인 것이다. 관련되는 측면이 과연 무엇인지를 전혀 특정해주지 못하기 때문이다.』

J. Feinberg, 위 주 1의 문헌, 100(L. Katzner, *An Analysis of the Concept of Justice*, 2(1968)(미발간된 Ph.D. 학위논문)을 인용하였음). “형식적” 및 “형식주의”라는 용어들에 관한 보다 상세한 설명으로는, C. Perelman, 위 주 8의 문헌, 11-29, 36; Locke, 위 주 30의 문헌; Perelman, 위 주 66의 문헌, 10-11을 각 참조.

안타깝게도 일부 논자들은 “형식적” 평등과 “실체적” 평등의 전통적인 구별을 고수하고 있다고 자칭하면서도, “형식적” 평등에 관한 자신들의 설명에 실체적 정의에 함축된 관념들을 불식간에 들여온다. 그리하여 일부 논자들은 소위 “평등의 추정”(위 주 127 참조)을 “형식적” 평등의 원칙이라고 설명하지만(예컨대, S. Benn & R. Peters, 위 주 29의 문헌, 126-28; P. Polyviou, 위 주 8의 문헌, 7-8을 각 참조), “추정”이라는 것은 분명히 실체적인 효과를 갖는 것이다. W. Galston, 위 주 37의 문헌, 143-45를 참조. 또 다른 논자들은 “한 쪽 사람을 편들어주지(respecter) 않는다”는 의미에서 “공평한(impartial)” 사법체계를 설명하는 용어로서 “형식적 평등”이라는 말을 쓰지만(예컨대, B. Ackerman, 위 주 128의 문헌, 18; J. Lucas, 위 주 12의 문헌, 253; Hare, 위 주 126의 문헌, 24를 각 참조), “사람”에게 “존중(respect)”을 베푸는 것을 금한다는 것은 그 자체로서 국가기관(government)의 권한에 대한 실체적인 제약이다 - 그리고 이러한 제약은 옳고 그름이라는 반박가능한(controvertible) 관념에 그 연원을 두고 있다. 또 다른 논자들은, 모든 사람이 한 사람어치의 중요성을 가지고 그 누구도 한 사람어치보다 더 중요하지는 못하다는 평등을 일컫는 말로서 “형식적” 평등이라는 말을 쓰지만(예컨대, R. Hare, *Freedom and Reason*, 118(1963)), 이는 “같은 것은 같게 취급하라”는 명제의 논리적인 귀결이 아니다. W. Galston, 위 주 37의 문헌, 144-45를 참조. 마지막으로, 어떤 논자들은 사람이 “법 앞에

은, 평등이 법적 논증의 형식으로서 법적 문제의 분석을 도울 수 있다는 입장을 취하고 있다. 평등이 “공허하고”¹⁴⁰⁾ “순환적인”¹⁴¹⁾ 관념이라는 점, 그리고 평등보호 조항으로부터 어떤 의미를 찾아내려 하더라도 먼저 평등원칙과는 아무 상관이 없는 “실체적인 이념”¹⁴²⁾을 전치(前置, posit)시켜야 한다는 점을 인정하면서도, 이 논자들은 평등이 “독자적인 기능”¹⁴³⁾을 하고, 실체적 권리보다 사람을 “더 잘 보호하며”¹⁴⁴⁾, “하나의 모델(model), 즉 헌법문제 일반을 바라보는 방식”¹⁴⁵⁾으로서, “헌법

(before the law)” 평등해야 한다는 요청, 즉 “두 사람 중에서 하나를 고르는 근거는 오로지 미리 입법된 법에 마련되어 있어야 한다”는 것을 일컫는 말로서 “형식적” 평등이라는 말을 쓰지만, 그러한 “합법성”이라는 요건은 분명히 실체적인 요소이다. J. Lucas, 위 주 12의 문헌, 253(“법 앞의 평등”과 “형식적 평등”을 구별하고 있다) 참조.

139) Flathman, 위 주 36의 문헌, 38, 40; C. Perelman, 위 주 8의 문헌, 11-29, 36-87; A. Ross, 위 주 8의 문헌, 270-75; Hart, *Introduction to C. Perelman*, 위 주 8의 문헌, vii; Sandalow, 위 주 72의 문헌, 655를 각 참조.

140) 『평등을 정의해보려는 첫 시도는 어김없이, 동등한 것을 동등하게 그리고 동등하지 않은 것을 동등하지 않게 취급하는 것이 평등이라는 아리스토텔레스의 원칙으로부터 시작된다... 그러한 언명의 내용이 공허하다는 주장이 종종 제기되어 왔다. 위 명제는 같은 사람과 다른 사람을 어떻게 식별할지에 대한 아무런 시사점도, 혹은 관련성(relevance)의 적절한 기준을 식별하거나 창출해낼 아무런 척도(yardstick)도, 제공해주지 않는다.』
P. Polyviou, 위 주 8의 문헌, 7(각주는 생략); 이는 Honoré, 위 주 9의 문헌, 83(“같은 사안을 같게 취급하라는 원칙은...공허한...것이다.”)과도 일치한다. Ely 교수는 다음과 같이 지적한다. “평등보호 조항의 내용 - 즉 어떤 상황에서 어떤 불평등이 수인(受忍)될 수 있는지에 대한 대답- 은 그 문언의 어디에서도 찾아볼 수 없을 것이다.” J. Ely, 위 주 56의 문헌, 32; J. Rees, 위 주 22의 문헌, 95-96과도 일치한다; Carr, 위 주 54, 211-12; Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause, Equality and Preferential Treatment*에 수록, 84, 85(M. Cohen, T. Nagel & T. Scanlon 1977년에 펴냄). 그러나, Perry, 위 주 4의 문헌, 1082(“평등보호가 애매하거나 공허한 원칙이 아니라는 점을 이해하는 것이 중요하다.”).

141) L. Tribe, 위 주 111의 문헌, § 16-1, 991.

142) 같은 문헌; 아울러 같은 문헌, § 11-1, 566(“논란의 여지있는(controversial) 실체적 판단을 통해서만 비로소 평등보호 조항에 내용을 부여할 수 있게 되었다.”)도 참조. 헌법이론에 관한 Tribe 교수의 최근 논문은 이러한 구별을 상술하고 있다:

『동성애자에게 부담을 지우는 법률과 성노출증환자에게 부담을 지우는 법률 사이의, 혹은 가톨릭신자에게 부담을 지우는 법률과 소매치기범에게 부담을 지우는 법률 사이의 그 어떤 헌법적인 구별도, 어느 집단이 근본적 권리를 행사하고 있으며 어느 집단이 그렇지 않은지에 관한 실체적 이론의 여하에 좌우된다... 흑인이나 여성을 정당하게 분리되는(segregated) 존재로 보는 관념은, 우리의 사회에서 그러한 계서적인(階序的인, hierarchical) 관점은 적어도 정부기관의 행위에 대한 정당화근거로서는 터무니없는 것이라는 헌법적 근거를 발견함으로써만 배척될 수 있다. 그리고 그러한 발견은 다시, 헌법전에 열거되지 않은 실체적 권리의 이론을 수반하게 된다.』

Tribe, *The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories*, Yale L.J. 제89권, 1063, 1076(1980)(각주는 생략)(강조부분은 원문의 것이다).

143) Perry, 위 주 4의 문헌, 1083-84.

144) Karst, 위 주 85의 문헌, 67.

적 논증을 풀어내는 매력적인 대안”이 된다¹⁴⁶⁾는 이유로, 평등이 지속적인 유용성을 갖는다고 주장한다.

필자는, 이 논자들이 평등의 독자성과 유용성 모두에 대하여 오해를 하고 있다고 믿는다. 권능(entitlements)의 원천으로서 평등은 다른 분석형식이 줄 수 없는 실체적인 결론을 줄 수 없다. 앞에서 살펴본 바와 같이, 평등은 그 자체의 실체적인 내용을 갖지 않기 때문이다. 적어도 아래의 네 가지 이유로, 분석의 형식으로서의 평등은 문제를 분명히 하는 것보다는 훨씬 더 혼동스럽게 한다¹⁴⁷⁾: (1) 마치 독자적인 규범인 것처럼 가장(假裝, masquerade)함으로써, 평등은 그것이 차용하여 끌어들이는 실체적 권리의 진정한 속성을 숨기게 된다; (2) 사람의 권능을 다른 사람에 대한 등가(equivalence)라는 틀에 맞추므로써, 평등은 사람의 다른 사람에 대한 (vis-a-vis) 권리는 모든 경우에 동일하다고 오도하게 된다; (3) 근거의 권리가 갖는 중요성에 따라 차별화되지 않은 획일적인 사법심사척도의 활용을 조장함으로써, 평등은 평등의 모든 문제는 단일한(혹은 때로 2단계적인) 정당화기준에 따라서 심사되어야 한다는 잘못된 인식을 심어준다; 그리고 (4) 평등의 일부 문제들이 2중적인 구제수단을 수반한다고 강조함으로써, 평등은 그것이 독특하게 유연한 구제수단을 갖고 있다는 잘못된 암시를 한다.

A. 독자적 규범이라는 오류

평등원칙은 일부 사람들에게는 독자적 규범, 즉 언론, 양심, 혹은 종교의 자유와 권리와도 비견할 수 있는 규범으로 인식된다. 이러한 인식은, 동 원칙에 내용을 부여하기 위해 평등 바깥의 실체적 권리에 눈을 돌릴 필요를 숨겨버리게 된다. 수정제14조의 평등보호 조항의 내용에 관하여 법원이나 논자들이 말하는 방식을 보면, 이에 따른 혼란은 명백하다. 심지어 연방대법원의 한 구성원은 “평등보호 조항은 그 어떤 실체적 권리에도 기대지 않고, 그 어떤 실체적 자유도 창출하지 않는다”고까지

145) L. Tribe, 위 주 111의 문헌, § 16-1, 992.

146) 같은 문헌, § 11-1, 565; 아울러 같은 문헌, § 16-1, 991(“평등보호의 모델”을 “우선권(Preferred Rights)의 모델”과는 구별되는 “중대하지만 독자적인 변수”로 설명하고 있음)도 참조.

147) 필자는 모든 “형식적인” 개념이 쓸모없는 것이라고 주장하려는 것이 아니다. 어떤 형식적 개념들은 상당히 유용하고, 불가결하기까지 하다. 예컨대, Ross, *Tū-Tū*, Harv. L. Rev. 제 70권, 812, 817-19(1958)(“권리”는 기술적(記述的) 언명과 명령적(命令的) 언명을 연결해주는 수사적(修辭的)인 장치라는 것 외에는 의미론적인 의미를 갖지 않지만, 그럼에도 “권리”는 “표현(presentation)”이라는 목적상으로는 상당히 유용하다고 주장함)을 참조.

말하고 있다.¹⁴⁸⁾ 최근의 한 논자는, 평등보호 조항은 “실체적인 내용을 가질 수도 없고 그럴 필요도 없다”고 주장한다.¹⁴⁹⁾ 또다른 논자는, 평등보호 조항의 실체적인 의미에는 “평등의 의미 그 자체를 통하여 성공적으로 접근할 수 있다”고도 주장한다.¹⁵⁰⁾

뿐만 아니라, 평등은 그것이 바깥에서 끌어오는 실체적 권리에 관하여 명시적인 언급을 하지 않는 공식(公式, formula) 아래 권리를 은폐(camouflage)하고 있기 때문에, 평등은 그러한 권리의 존재 자체뿐만 아니라 그 구체적인 내용으로부터도, 우리의 “눈을 가리고” 있다.¹⁵¹⁾ 이미 언론이나 종교의 자유와 같이 상당히 구체적인 헌법적 권리조차도, 쉽사리 식별해내고 평가하기가 어렵게 되어있다. 그 어떤 실체적 권리도 차용을 통해 끌어올 수 있는 “같은 것은 같게 취급하라”는 “포괄적인 (catchall)”¹⁵²⁾ 명제 아래 이를 포섭시킨다는 것은, 문제를 더 복잡하게 만들 뿐이다.¹⁵³⁾

148) San Antonio Indep. School Dist. v. Rodriguez, 411 U.S. 1, 59(1973)(Stewart 대법관의 별개의견); Harris v. McRae, 448 U.S. 297, 322(1980)(Stewart 대법관) (“수정 제5조에 의한 평등보호의 보장은 실체적인 권리나 자유의 연원이 아니다...”)도 참고할 것. Stewart 대법관을 공정하게 평가하면, 그는 비교를 전제하지 않는 권리라는 의미로 “실체적 권리”라는 말을 사용한 것일 수도 있다.

149) Lupu, 위 주 84의 문헌, 985; 같은 문헌, 1054 (“평등보호는 필자가 사용하는 용어법상 ‘내용’을 전혀 가지지 않는다.”)도 참조; Wright, 위 주 1, 19(공적인 행위가 평등취급에 부합하는지의 여부를 결정하는 데 있어서 “기본적인 정책적 선택은 거의 개재되지 않”기 때문에, 법관들은 이를 잘 수행하는 경향이 있다).

150) Wilkinson, *The Supreme Court, The Equal Protection Clause, and the Three Faces of Constitutional Equality*, Va. L. Rev. 제61권, 945, 946(1975)(강조점은 필자가 가한 것임).

151) Carr, 위 주 54의 문헌, 223(평등은 “정의를 구현하는 실무(practice)의 실제적인 작용과 특징으로부터 우리의 눈을 가리는 역할만을 한다”); Karst, 위 주 4의 문헌, 1; Sandalow, 위 주 72의 문헌, 660-61(“최근에 대법원은 빈번하게 평등보호 조항을 들어서 입법을 무효선언하지만, 그러한 결정이 정초(定礎)한 실질적인(material) 원칙들을 정당화하는 문제를 신중하게 고려하지는 못하였다.”); 아울러, Browne, 위 주 14의 문헌, 53(평등은 “보다 기본적인 사실들을 사소하게 함축하는 바에 불과하면서도, 그 진정한 중요성을 왜곡하고 불명확하게 한다”)(강조점은 필자가 가한 것임). 평등이 그 근처의 실체적인 논의를 얼마나 가장(假裝)하는지를 보여주는 것으로는, Kamisar, *Has the Court Left the Attorney General Behind? - The Baselon-Katsenback Letters on Poverty, Equality and the Administration of Criminal Justice*, KY. L.J. 제54권, 464, 482(1966)(연방대법원이 이미 직접적으로 배제한 실체적 주장을 간교하게도(surreptitiously) 은폐하기 위해서 “평등”을 활용했다고 주장함).

152) Perry, 위 주 4의 문헌, 1077.

153) H. Kelsen, 위 주 18의 문헌, 127; C. Perelman, 위 주 21의 문헌, 10-11, 22(평등은 “심히 다양한 철학이나 법전과 융화될 수 있다”); A. Ross, 위 주 8의 문헌, 273(“평등에 대한 이 형식적인 요청이, 어느 한 규칙이 다른 어느 규칙보다 우선한다는 그 어떤 주장도 정당화

이는, 평등이 근거의 실체적 권리에 대한 분석을 필연적으로 왜곡시킨다는 말은 아니다. 근거의 권리의 내용에 눈을 떼지 않는 한은, 모든 권리를 기술하고 분석하는 데 평등의 언어를 활용할 수 있다. 오히려 핵심은, 평등은 직접 해낼 수 있는 일을 우회하여 함으로써 불필요한 혼란을 초래한다는 데에 있다.¹⁵⁴⁾

B. 등가의 오류

문제를 분석하는 형식으로서, 평등은 곧 등가를 찾아가는 것이다. 불행하게도, 한 개인이 다른 개인과 “동등하다”는 근거에 의해 특정한 도덕적/법적 결론을 정당화함으로써, 평등은 사람들이 도덕적/법적 관점에서 일반적으로 동등하다는 가정을 하도록 사람들을 오도한다. 그 결과, 도덕적/법적 평가기준을 세우는 데 있어서 어리석은 오류(mistake)들이 생기게 되는데, 평등관념에 내용을 불어넣는 실체적 권리에 초점이 유지되어 있었다라면 이러한 오류들은 생기지 않았을 것이다.

등가의 오류를 보여주는 것으로서, 인종을 이유로 하여 흑인의 로스쿨 입학을 배제하는 프로그램(예컨대, *Sweatt v. Painter* 판결¹⁵⁵⁾)과 인종을 이유로 하여 백인의 로스쿨 입학을 배제하는 최근의 적극적 우대조치 프로그램(예컨대, *DeFunis v. Odegaard* 판결¹⁵⁶⁾)을 살펴보자. 일부 권위자들은 이 두 사건이 논리적으로 서로 구별불가하다고 인식하고 있다. 그들의 추론은 다음과 같다: (1) *Sweatt* 사건에서 텍사스대학교 로스쿨은, 자격있는 지원자를 단지 그가 흑인이라는 이유로 그 입학

해 줄 수 없다는 것은 분명하다.”); Berlin, 위 주 22의 문헌, 130(“평등한 취급을 명하는 일반적인 규칙은 그 어떤 행위도 무리없이 포섭할 수 있다...”)(강조부분은 원문의 것임); Browne, 위 주 14의 문헌, 54(“그 어떤 분배도” 평등과 불평등의 관계로 특징지어질 수 있다)(강조부분은 원문의 것임).

- 154) 『이해할 만하게도 법원은 실체적 적법절차에 기대기를 꺼려했다...그러나 평등보호라는 가장(假裝)하에 그 이론의 요체(essence)를 받아들인다는 것은 교란(obfuscation)을 위한 것에 다름아니다. “구호와 요란한 문구들에 가려진 채로”, 법원의 평등보호 이론은 “영향을 받는 개별적 이익의 성질, 그것이 영향을 받는 정도, 입법목적과 수단 간의 연계가 갖는 합리성, 그 목적을 달성하는 다른 방법의 존부, 그리고 선택된 수단을 정당하게 지지해 줄 목적에 대한 입법적 고려를 문제된 법률이 반영하고 있다는 믿음의 정도” 등의 정당한 고려로부터 사법판단의 초점을 돌려놓는다...

이러한 정당한 판단을 숨기는 것은, 초점없는 이론의 기계적이고도 분별없는 적용을 초래한다.』

Zablocki v. Redhail, 434 U.S. 374, 395-96(1978)(Stewart 대법관의 별개의견)(*Williams v. Illinois*, 395 U.S. 235, 260(1970) 중 Harlan 대법관의 별개의견을 인용함).

155) 339 U.S. 629(1950).

156) 416 U.S. 312(1974)(전원일치의 익명판결(per curiam)).

불허하였다; (2) *DeFunis* 사건에서 워싱턴대학교 로스쿨도 자격있는 지원자를 단지 그가 백인이라는 이유로 그 입학을 불허하였다; (3) *Sweatt* 사건에서 미연방대법원은, 흑인 지원자의 인종은 다른 취급을 헌법적으로 허용하도록 하는 차이가 아니며, Heman Sweatt는 그의 백인 경쟁자들과 같다고 보았다; (4) 따라서, Heman Sweatt와 같은 흑인 지원자는 로스쿨 입학의 관점에서 백인 경쟁자와 같으므로, 필연적으로 Marco DeFunis와 같은 백인 지원자도 흑인 경쟁자와 같고, 따라서 같게 취급되어야 한다. 이러한 결론은, *Sweatt v. Painter* 판결에서 정립된 백인과 흑인의 등가관계에 따른 논리적인 결론으로 받아들여지고 있다.¹⁵⁷⁾

이러한 주장은 우선입학(preferential admissions) 논쟁에서 쟁점이 되고 있는 실제적 헌법문제를 완전히 간과하고 있다. 이는 두 당사자가 한 가지 관점에서 도덕적/법적으로 등가관계에 있으면, 모든 관점에서 도덕적/법적으로 등가관계에 있어야 한다는 잘못된 가정에 근거하고 있기 때문이다. 1946년 텍사스 로스쿨 입학정책의 관점에서의 흑백간의 등가관계로써, 1974년 워싱턴 로스쿨 입학정책의 관점에서의 등가관계(혹은 비등가관계)가 논증되지는 않기 때문에, 이러한 가정은 잘못된 것이다.¹⁵⁸⁾ 여기서 쟁점이 되는 것은 오로지, 텍사스에서 왜 Heman Sweatt는 그의 백인 경쟁자들과 헌법적으로 등가관계에 있다고 보았는지이다: 그것이 그를 다르게 취급하는 것은, 인종적으로 열등하다고 낙인찍히지 않을 헌법상의 권리를 침해하는 것이기 때문이었다면, Marco DeFunis의 경우에는 그를 다르게 취급한다 하여 그를 인종적으로 열등하다고 낙인찍는 것은 아니었기 때문에, 그는 흑인 경쟁자들과 헌법적으로 “같지” 않았다고 보아야 한다. 더욱이, 설령 문제된 실제적 권리가 ‘주(州)가 차별을 설득력있게 정당화하지 못하는 한, 인종만을 이유로 하여 차별받지 않을 권리’였다고 보더라도, 두 사건은 여전히 구별된다. 각 주(州)에서 인종차별을 할 이익(interest)이 전혀 달랐기 때문이다: 텍사스의 경우에는 인종차별(racial segregation)을 영속화하려고 한 것인 반면에 워싱턴의 경우는 이를 종식시키려 한 것이다. 그러므로, 그들의 권리에 대립하는 주(州)의 이익이 서로 다른만큼, Sweatt와 DeFunis는 여전히 법원에서 다르게 판단될 수 있다; 사람의 인종을 근거로 차별

157) A. Bickel, *The Morality of Consent*, 132-33(1975)(“흑인이나 기타 소수인종을 인종적인 근거로 배제하는 것을 헌법이 금지한다면, 마찬가지로의 근거로 백인을 배제하는 것 또한 허용될 수 없다; 헌법에 반하는 것은 인종적인 근거에 의한 배제인 것이지, 배제된 사람의 특정한 피부색이 아니기 때문이다.”); *Anti-Defamation League of B'nai B'rith Amicus Curiae*의 변론요지서, *Defunis v. Odegaard*, 416 U.S. 312(1974)(전원일치의 익명판결)(No. 73-235), *Defunis versus Odegaard and the University of Washington: the University Admission Case* 제1권, 465, 487(A. Ginger 1974년에 펴냄)을 각 참조.

158) Wright, 위 주 1의 문헌, 21(“평등한 정의라는 것은, 암거위에게 좋은 것이 숫거위에게도 좋은 것이라는 의미가 아니다.”).

받지 않을 권리는, 인종차별(segregation)을 촉진하려는 주의 이익에는 앞서면서도, 인종통합(integration)을 촉진하려는 주의 이익에는 앞서지 않을 수가 있는 것이다.

Sweatt 사건에서 백인과 흑인이 헌법상 동등관계에 있었으므로 *DeFunis* 사건에서도 헌법상 동등관계에 있어야 한다는 가정은 어째서 나오는 것일까? 필자가 믿기로 그에 대한 대답은, 사람들이 수학에서의 동등관계와 법/도덕에서의 동등관계를 혼동하기 때문이라는 것이다.¹⁵⁹⁾ 수학에서 두 기호(symbol)가 동등하다는 것은, 맥락에 따라서 달라지지 않는 일반적(이고도 동어반복적)인 진리를 말하는 것이다: 어떤 조건하에서 $1+1=2$ 라는 것을 안다면, 모든 조건하에서 $1+1=2$ 라는 것을 알 수 있다. 등부호(equation) 양변에 공통적인 속성(즉 수라는 것)은 수학에서 언제나 관련되는 속성이기 때문이다. 법/도덕에서의 동등관계는 그렇지 않다. 어떤 사람이 어떤 처우의 관점에서 다른 사람과 도덕적으로/법적으로 “같다”는 것은, 그들간의 거의 무한히 많은 차이점들에 불구하고, 그들이 공통적으로 갖는 속성들이 당면한 특정한 도덕적/법적 규칙들에 의해서 관련지어졌음(made relevant)을 의미한다. 그러나, 그 규칙에 의해서 그들의 공통적인 속성이 관련지어졌다 하여, 다른 규칙들에 의해서도 그것들이 관련지어진다는 법은 없다. 사실, 수학과는 달리, 모든 도덕적/법적 규칙들이 똑같은 관련성의 기준을 갖고 있다고 보는 것은 터무니없는 것이다.¹⁶⁰⁾ 그럼에도 이런 오류를 -수학에서 평등한 것이 곧 법/도덕에서도 평등한 것이라고 가정하려는 경향에 의해, 평등 그 자체가 조장하고 있는 것이다.¹⁶¹⁾

C. 동등한 심사의 오류

- 159) Sowell, *We're Not Really "Equal"*, Newsweek, 1981년 9월 7일호, 13(“평등(equality)는 수학에서 너무도 쉽게 이해되는 개념이어서, 그것이 다른 분야에서는 복잡다단함의 밑바진 독이라는 사실을 인식하지 못할 수도 있다.”).
- 160) 『“동등하다(equal)”는 단어 자체가 불완전하다. 마치 “같다(same)”는 단어와도 같다. 사물이 같거나 다른 그 측면이 무엇인지를 특정해주어야 한다... 그리고 정치적인 의미에서의 “동등”에 있어서도, 우리는 언제나 단순히 두 사람이 동등하거나 동등하지 않다고만 말할 수 없고, 그들이 동등하거나 동등하지 않은 그 측면이 무엇인지를 염두에 두어야 한다.』
J. Lucas, 위 주 12의 문헌, 244-45; 위 주 122를 참조.
- 161) 예컨대, H. Kelsen, 위 주 153의 문헌, 128(“같은 것은 같게 취급되어야 한다”는 원칙이 “수학적인 정식(定式)”이라고 설명함); Stone, *Equal Protection and the Search for Justice*, Ariz. L. Rev. 제22권, 1, 2(1980)(“어느 정도는 수학과 유사성으로 말미암아, 평등은 ‘정의’나 심지어 ‘공정’의 관념들이 갖지 못하는 정도의 명확한 의미를 갖고 있는 것처럼 여겨진다.”). 그러나, S. Benn & R. Peters, 위 주 29의 문헌, 130(“결국, 정의를 구현한다는 것은 계산이 아닌 의사결정을 요한다: 무엇이 관련된 것이고 어떤 결과가 뒤따를 것인지를 결정해야 한다 - 그리고 규칙에 따라서 결정을 내리기는 하지만, 그것은 여전히 산술(arithmetic)과는 다른 것이다.”)(강조부분은 원문의 것임).

어떤 헌법상의 권리들은, 다른 권리보다 중요하고 따라서 그것이 위배된 (abridged) 경우에 보다 강화된 사법심사척도가 적용되어야 하는 것으로 인식되고 있다.¹⁶²⁾ 성적으로 노골적인 메시지를 표출(disseminate)할 헌법상의 권리는, 정치적인 메시지를 표출할 권리에 비해서 강하지 않고, 따라서 완화된 사법심사척도가 적용되어야 한다든지;¹⁶³⁾ 사람이 수정 제5조와 수정 제14조에 기하여 갖는 민사사건에서 절차적 적법절차에 의한 권리는, 그가 수정 제6조에 기하여 형사사건에서 공정한 재판을 받을 권리에 비하여 강하지 않다든지;¹⁶⁴⁾ 이혼할 권리는 결혼할 권리에 비해 강하지 않은 것으로 보인다든지;¹⁶⁵⁾ 여성이 태아를 낙태할 권리는 그녀가 아이를 만기까지 임신할 권리에 비해 강하지 않을 수 있다는¹⁶⁶⁾ 등이 그 예이다.

- 162) *Vlandis v. Kline*, 412 U.S. 441, 458-59(1973)(White 대법관의 별개의견); *San Antonio Indep. School Dist. v. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 98-99(1973)(Marshall 대법관의 반대의견); *Martin & Nickel, Recent Work on the Concept of Rights*, Amer. Phil. Q. 제17권, 165, 175의 각주 14(1980)(“권리의 상대적인 교량(較量)은, 어느 정도는 ‘우선적인 자유(preferred freedom)’의 관념을 통하여 미국헌법에 자리잡아왔다.”); *Sartorius, Dworkin On Rights and Utilitarianism*, Utah L. Rev. 1981년호, 263, 265(“원칙(principles)은 규칙(rules)이 갖지 못하는 무게(weight)의 차원을 갖고 있다는 Dworkin의 주장은, 원칙은 권리를 반영한다는 그의 견해와 결합하여, 어떤 권리는 다른 권리보다 중(重)하고 양자가 충돌하는 경우에 가장 중한 권리가 우선되어야 한다는 것을 시사하게 된다.”). 그러나, J. Feinberg, 위 주 1의 문헌, 66도 참조; Lupu, 위 주 84의 문헌, 1014의 본문 및 각주 160(헌법적으로 중요한 2개의 대안 사이에서 개인이 선택을 할 수밖에 없는 상황이라 하더라도 정부는 중립을 유지해야 함).
- 163) *Young v. American Mini Theatres, Inc.*, 427 U.S. 50, 70(1976)(법정의견은 되지 못한 다수의견)(“성적으로 노골적인... 표현을 보호할 사회의 이익은, 질곡없는 정치적 논쟁을 보호할 이익에 비하여 그 무게가 전적으로 다르면서 적다...”). 상업적 표현과 비상업적 표현 간에도 유사한 구별이 존재한다. *Metromedia, Inc. v. City of San Diego*, 101 S. Ct. 2882, 2895(1981)(법정의견은 되지 못한 다수의견)(“최근의...표현 관련 판례들은 일관되게, 비상업적 표현을 상업적 표현보다 강하게 보호하여 왔다.”).
- 164) *Gagnon v. Scarpelli*, 411 U.S. 778, 783-91(1973); *Morrissey v. Brewer*, 408 U.S. 471, 480-82, 484-90(1972)을 참조.
- 165) *Developments in the Law - The Constitution and The Family*, Harv. L. Rev. 제93권, 1156, 1310-11(1980)을 참조.
- 166) *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297, 336의 각주 6(1980)(Brennan 대법관의 반대의견); *Maher v. Roe*, 432 U.S. 464, 477(1977)를 참조; *아울러, Regents of the Univ. of Cal. v. Bakke*, 438 U.S. 265, 355-59(1978)(Brennan, White, Marshall, Blackmun 대법관들의 일부별개의견 및 일부반대의견)(“인종만을 근거로 하여 불이익을 받지 않을 권리”는 ‘인종적으로 열등하다고 낙인찍히지 않을 권리’보다 약하다고 함); *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153, 188-95(1976)(Stewart, Powell, Stevens 대법관들의 의견)(‘사형에 처해질 사건(capital case) 외의 사건에서 재판을 받을 수정 제6조상의 권리’는 ‘사형에 처해질 사건에서 재판을 받을 수정 제8조상의 권리’보다 약하다는 점을 암시); Y. Kamisar, W. LaFare, & J. Israel,

헌법적 이익이 약할수록, 대립하는 주의 이익들을 법원이 심사하는 데에는 완화된 척도가 적용되어야 한다든지; 헌법적 이익이 강할수록 심사척도가 엄격해야 한다는 것도 그러하다.

헌법상의 권리들이 갖는 다양성은 널리 이해되고 있다. 불행하게도, 사람들이 같은 권리를 그들이 평등보호 조항의 단일한 이념이라 보고 있는 것에 비추어서 분석할 때에는, 이러한 다양성에 대한 시야를 놓치는 경향이 있다.¹⁶⁷⁾ 그 결과, 헌법적 문제를 평등의 관점에서 분석하는 사람들은, 어떤 헌법적 권리들에 대하여는, 그들이 직접 그 권리를 분석했다라면 나왔을 것과는 다른 무게를 부여하는 경향이 생긴다.

이를 보여주는 것으로서, 성적으로 노골적인 책자를 판매하는 서점은 서로 1마일 이내에는 열 수 없도록 하는 구역규제(zoning regulations)를 주(州)가 입법할 수 있는지를 생각해보자. 이 문제를 권리의 관점에서 분석한다면, 성적으로 노골적인 서적을 출판(disseminate)할 권리라는 권리 자체가 향유하여 마땅한 합당한 무게 - 그리고 그에 합당한 심사척도- 를 부여하게 될 것이다. 반면에 평등이라는 표제하에 나아가게 되면, 성적으로 노골적인 서적을 출판할 권리에 정당하게 마땅한 정확한 무게와는 관련이 없는, 조잡한(crude) 심사척도에 맞추어서 평가를 강행하려는 경향을 띠게 된다. 그리하여, 문제된 구역규제는 사람을 그의 "근본적 권리" 행사에 따라서 차별하는 것으로서, 따라서 이 규정에는 가장 엄격한 사법심사척도가 적용되어야 한다고 결론지을 수 있는 것이다.¹⁶⁸⁾ 그 결과, 성적으로 노골적인 서적이 진정으로 정치적 서적과 같은 정도로 보호받을 가치가 있는지에 관하여 아무런 언급도 하지 않은 채로, 성적으로 노골적인 서적을 출판할 권리에 정치적 서적을 출판할 권리와 똑같은 무게를 부여하게 되는 것이다. 결국 정치적인 서적과 성적으로 노골적

Modern Criminal Procedure, 80-81, 165(제5판, 1980)(‘형사절차에서 스스로를 변호할 수정 제6조상의 권리’는 ‘변호사의 변호를 받을 수정 제6조상의 권리’보다 약하다고 함).

167) *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, 211-12(1976)(Stevens 대법관의 별개의견)(“평등보호 조항은 하나뿐이다...그것은 법원에게, 어떤 사건에서는 어떤 심사척도를 적용하고 다른 사건에서는 또다른 심사척도를 적용하라고 하지는 않는다.”); 아울러, *Baker*, 위 주 117의 문헌, 1038(“정부 행위의 합헌성유무를 판단하는 데 있어서 법원이 여러 단계의 심사척도를 활용한다는 관념이 이상함”을 지적한다); 위 주 112 및 주 113도 참조.

168) 이러한 추론과정을 보여주는 예로서, *American Mini Theatres, Inc. v. Gribbs*, 518 F.2d 1014, 1019-20(6th Cir. 1975), 파기환송되었으며 사건명이 변경된 것으로(rev'd sub nom) *Young v. American Mini Theatres, Inc.*, 427 U.S. 50(1976); Note, *Zoning, Adult Movie Theatres and the First Amendment: An Approach to Young v. American Mini Theatres, Inc.*, Hofstra L. Rev. 제5권, 379, 402-10(1977)을 각 참조. 자유나 권리에 대하여는 섬세한 “균형잡기”를 요구하면서도 평등보호에 대하여는 경직된(procrustean) 심사척도를 강제하는 일반적인 경향에 대하여는, Note, 위 주 113의 문헌, 547, 566-69를 참조.

인 서적이 똑같이 취급되는 일이 벌어지는데, 이는 그것들이 동등한 무게를 가진다는 판단이 먼저 내려졌기 때문이 아니라, 평등의 단일한 공식에 의해서 모든 권리가 동등하게 창출되었다고 오도되었기 때문이다.

중요한 점으로서, 의심스러운 차별 사건을 다룸에 있어서도 똑같은 유형의 혼란이 일어나고 있다. 예컨대 성차별의 영역에서, 남성과 여성 모두가 오로지 성별만을 이유로 불이익을 받지 않을 헌법상의 권리를 갖고 있음에도 불구하고, 그러한 차별로부터 자유로울 남성의 권리는, 비슷하게 명시되어 있지만 헌법상 보다 강한 여성의 권리보다 다소 약하다고 가정해 보자.¹⁶⁹⁾ 남성을 불리하게 차별하는 법규정이 두 권리에 비추어서 분석하게 되면, 양자간의 차이를 고려하게 된다. 그러나 동조를 평등위배로 분석하게 되면, -“엄격한” 기준이든 “중간적인” 기준이든¹⁷⁰⁾- 모든 성차별에 적용된다고 여겨지는 단일한 심사척도에 문제를 종속시키려 들기 쉽다. 모든 헌법적 주장을 범주화된 심사척도에 억지로 맞추므로써, 실제적인 주장의 해결을 규율한다고 통상 생각되는 기준들의 다양성을 평등이 왜곡시키게 될 수가 있는 것이다.¹⁷¹⁾

모든 평등 사건이 획일화된(procrustean) 심사척도에 맞추어져야 한다고 생각하는 오류로부터 벗어나는 데에는, 두 가지 방법이 있다. 하나는, 논증의 형식으로서 평등을 유지하면서도, 평등이 그 특유의 심사척도를 수반한다는 관념을 버리는 것이다. 그리하여, 일부 권위자들이 주장하는 바와 같이, 모든 평등문제를 단층적인(혹은 2층 내지 3층적인) 심사척도로 분석할 것이 아니라, 당면한 실제적 권리에 수반된다고 여겨지는 그 어떤 심사척도라도 차용하여 끌어오는 것이다.¹⁷²⁾ 나머지 방법은 보다 단순하면서도 더 안전하다: 평등을 아예 배척하고, 근저의 권리주장의 관점에 따라 직접 나아가는 것이다.¹⁷³⁾

169) Craig v. Boren, 429 U.S. 190, 217-20(1976)(Rehnquist 대법관의 반대이견).

170) 위 주 105, 주 106, 주 112 및 주 113을 참조.

171) 근저의 권리가 반드시 왜곡된다는 것은 아니다; 현재의 평등보호 이론으로도, 위헌여부가 문제된 차별이 봉사하는 각각의 이익에 각각의 무게를 부여함으로써 단일한 심사척도만으로 각각의 권리에 조화될 수 있다. 예를 들어 법원은, 실제적인 주(州) 정책과 밀접하게 관련되지 않는다는 이유로 '남성을 우대하는 주립대학 입학정책'을 위헌선언하면서도, 위 정책에 밀접하게 관련된다는 이유로 '여성을 우대하는 주립대학 입학정책'을 합헌선언할 수 있는 것이다. 여기서 지적하는 바는 단지 현재의 3단계 심사척도가 오류로 귀결될 수도 있다는 것이지, 반드시 그렇다는 이야기는 아니다.

172) Karst, 위 주 4의 문헌, 2(“사법심사척도”는 “입법적 차별이 의심스러운 정도 및 입법에 의해서 침범되는 이익이 갖는 중요성의 정도에 상응하는” 것이어야 한다.); Wilkinson, 위 주 150, 954.

173) Note, 위 주 113, 537-41, 548-54, 561-65.

D. 대체가능한 구제수단이라는 오류

평등은 환원불가능한 그 자체의 내용을 갖는다는 전제는, 평등은 권리보다도 더 풍성하고 유연한 구제수단들을 제공해준다는 관념으로써 특히 표현되는 것으로서, 이 오류의 공통적인 요소를 이룬다. 이 관점을 옹호하는 자들에 따르면, 부담적 입법(legislative burden)에 의해서 사람의 권리가 침해된 경우에, 그 침해를 구제하기 위해 가능한 입법적 대응은 그 부담을 통째로 없애버리는 것뿐이라고 한다. 반면에, 사람이 다른 사람과 서로 평등하게 취급받을 권리를 부담적 입법이 침해하는 경우에는, 그 침해는 그들을 같게 취급해주는 어떠한 입법적 대응으로써도 구제될 수 있다고 한다. 평등원칙은, 입법이 부담을 없애는 방식으로 대응하든, 부담을 모든 이에게 확대하는 방식으로 대응하든, 그에는 대체로(presumably) 무관심하다는 것이다. 그 결과로서, 평등은 보다 폭넓은 입법적 대응을 예정하고 있고, 따라서 민주적 절차를 침범하는 바가 더 적기 때문에, 평등이 분석형식으로 보다 바람직하다고 한다.¹⁷⁴⁾

Robert Jackson 대법관이 주창한 것으로 통상 알려져있는 이 견해는,¹⁷⁵⁾ 다음과 같은 이유들에서 그 흠이 있다. 우선, 설령 평등이 실제적인 내용을 갖는다고 하더라도, 단지 법원이 권리에 의한 구제보다 평등에 의한 구제를 선호한다는 이유만으로 법원이 평등분석을 채택(하고 권리분석의 결론을 배척)하는 것이 정당화된다는

174) L. Tribe, 위 주 111의 문헌, § 16-1, 991; Ely, *Toward a Representation Reinforcing Mode of Judicial Review*, MD. L. Rev. 제37권, 451, 463(1978); Gunther, 위 주 114의 문헌, 43; Karst, 위 주 85의 문헌, 38; Lupu, 위 주 84의 문헌, 1017-19; Comment, 위 주 84의 문헌, 476-77을 각 참조.

175) 『실체적인 법령이나 조례를 위헌선언하는 데에 적법절차 조항을 사용해야 한다고 주장하려는 자에게는 무거운 부담이 지워져야 한다. 적법절차 조항을 지방자치법규(municipal regulations)에 신중하게 들이대는 것만으로도 모든 -주(州), 지방자치단체, 연방의- 정부가 문제된 행위에 대응하지 못하게 되어버리는 때가 많다. 적법절차의 요청은 주(州)정부와 연방정부에까지도 적용되기 때문이다. 적법절차를 근거로 하여 법령이나 조례를 무효선언하는 것은, 많은 사람들이 이의를 품는 행위조차도 규율되지 않고 규율될 수도 없는 채로 방치하게 된다.

반면에 평등보호 조항을 활용하는 것은, 그 어느 정부기관에 대하여도 문제대상에 대응하는 것을 가로막지 않는다. 평등보호는 단지, 금지나 규제는 보다 넓은 적용범위를 가져야 한다는 것뿐이다...헌법기초자들은...자의적이고 불합리한 정부행위를 막는 가장 효과적이고 실천적인 보장책은 소수자(minority)에게 공무원들이 적용하는 법원칙은 일반적으로 적용되어야 한다고 요구하는 것이었음을 알고 있었다.』

Railway Express Agency, Inc. v. New York, 336 U.S. 106, 112(1949)(Jackson 대법관의 별개의견).

결론은 그로부터 나오지 않는다. 만약 평등과 권리가 그 내용을 달리한다면, 법원으로서 자신은 선호하는 규범이 아니라 권능을 가진 당사자가 요구하는 규범을 적용해야 할 것이다. 반면에 만약 법원이 양 규범 사이에서 자유로이 선택할 수 있다면, 그것은 양자간에 실제적인 차이가 없기 때문일 따름이다. 요컨대, Jackson 대법관으로서 양자 모두를 취할 수는 없다 - 법원이 평등과 권리를 자유로이 선택할 수 있는 경우라면 양자는 다른 구제수단을 수반할 수 없는 것이고, 평등과 권리가 다른 구제수단을 수반할 수가 있는 경우라면 법원은 양자를 마음대로 선택할 수가 없는 것이다.

권리는 하나의 구제수단만을 수반하지만 평등은 양 당사자를 같게 해줄 수 있는 어떤 구제수단으로도 충족될 수 있다는 최초의 가정으로부터는 더욱 심각한 문제가 생겨난다. 첫째, 권리가 반드시 하나의 구제수단만을 수반하는 것은 아니다. 권리는, 그것이 보호하는 이익을 시정하는 데 충분한 범위의 수만큼의(그리고 그만큼만의) 구제수단을 수반하는 것이다. 예컨대, 주(州)가 정치적 견해의 논의를 위한 공공의 포럼을 구축하고 유지하려고 하면서도 민주당의 견해만은 배제하려고 한다고 가정해보자. 민주당의 언론의 자유를 침해하는 것으로 보이는 이러한 조치에 대한 적절한 구제수단이 무엇인지는, 침해되고 있는 권리의 속성에 전적으로 달려있다. 침해되는 권리가 정치적 언론의 내용에 대하여 주(州)가 중립을 유지할 것을 요구할 권리라면, 적절한 구제수단은 두 가지 중 하나일 것이다: 민주당에게 그 언론의 내용에 관계없이 포럼에 참여할 것을 허용하도록 명하는 방법이나, 어떠한 정치적 대변인도 포럼에 참여할 수 없도록 금지하는 방법이 그것이다. 그렇지 않고 만약 침해되는 권리가 정치적 견해를 표현할 공공포럼을 유지하도록 주에 요구할 적극적인 권리라면, 다른 대안적 구제수단들이 적절한 것이다: 민주당이 자신의 정견을 표현할 수 있도록 포럼을 개방하라고 주에 명하는 방법이나, 그런 목적을 위해 사용될 또 다른 포럼을 만들도록 주에 명하는 방법이 그것이다.¹⁷⁶⁾ 어느 경우에도, 대안적인 구제수단의 속성은 근거의 권리가 갖는 속성에 달려있다. 역시 어느 경우에도,

176) 위 주 85를 참조. 그러나, 어느 규정의 목적상 두 사람이 "같다"고 하여 그 규정이 폐지(repeal)되었을 때의 효과가 양자에게 같은 정도로 미치는 것은 아니다. 예컨대 주(州)가, 포르노사업자와 정치인 모두에게 면허 없이도 책을 팔 수 있도록 허용함으로써 표현이라는 측면에서 양자를 "같이" 취급하는 내용의 법률을 제정하였다고 해보자. 비록 현행 법규정의 목적상 양자는 "같지만", 그 규정을 폐지하는 입장에서도 양자가 같은 것은 아니다. 주(州)로서는 포르노사업자에 대하여는 위 법률을 폐지(그리하여 포르노사업자로 하여금 책을 팔기 위해서는 면허를 취득하도록 강제)시키면서도 정치인에게는 그러지 않을 수 있다. 수정 제1조는 정치인에게 면허 없이도 책을 팔 수 있는 독자적인 권리를 부여하고 있기 때문이다. 다시 말하자면, 포르노사업자와 정치인을 같게 취급하는 법률을 폐지하는 경우와 하더라도, 양자를 다르게 취급하는 별도의 헌법규정은 여전히 남는 것이다.

평등분석을 거치든 권리분석을 거치든간에, 대안적 구제수단은 달라지지 않는다.¹⁷⁷⁾

위 최초의 가정이 갖는 두 번째 흠은, 평등이 반드시 구제수단 간의 선택을 수반하지는 않는다는 것이다. 평등은, 그것이 포섭하는 근거의 권리만큼의(그리고 그만큼의) 구제수단을 수반한다. (어떤 권리들과 마찬가지로) 평등에 관한 어떤 문제들은 필연적으로 특정한 구제수단을 요한다. 예컨대, 주에서 남아(男兒)에 대하여는 21세까지 부모에게 부양의무를 과하고 여아(女兒)에 대하여는 18세까지만 부모의 부양의무를 과함으로써 남녀를 차별하는데, 20세의 여성이 이 규정은 성별만을 근거로 하여 자신을 남성에 대한 관계에서 불이익하게 처우하여 평등보호에 위배된다고 주장한다고 가정해보자. 만약 평등은 필연적으로 두 가지의 구제수단 중에서 자유로이 선택할 수 있음을 수반한다고 법원이 받아들인다면 법원은, 모든 여성에게 21세까지 부양을 확대하는 방법과 18세에 이른 모든 남성들에게 부양을 중단하는 방법 중에서 입법부가 선호하리라고 법원이 믿는 아무 방법이나 택하려 하게 될 것이다.¹⁷⁸⁾ 그러나 현실적으로, 후자의 구제수단은 여성에 대한 권리침해를 충분히 구제하는 방법이 아니다. 여성으로서는 자신이 21세에 달할 때까지의 나머지 기간동안 받을 향후의 차별에 대하여만이 아니라, 18세 이후로부터 2년간 자신이 받아왔던 과거의 차별에 대하여도 불만을 갖고 있는 것이다. 현재 및 향후의 권리침해를 금지하는 것으로는, 법원은 과거의 권리침해에 대하여는 보상하지를 못하는 것이다. 그녀에 대한 과거의 권리침해 -그럼으로써 그녀를 남성들과 “같이” 취급하는- 유일한 권리구제방법은, 그녀가 남성에 비하여 불이익을 받았던 2년에 대하여도 소급적으로(retrospective) 부양지원을 하도록 명하는 것이다.¹⁷⁹⁾ 그녀의 평등 주장이 하나의 보상적 구제만을 수반하는 것은, 주어진 상황 하에서 근거의 실제적 권리(즉, 성별만을 근거로 하여 불이익을 받지 않을 권리)가 그러한 구제수단을 요구하기 때문이다.¹⁸⁰⁾ 여기서 또다시, 복수의(plural) 구제수단에 대한 혼란은, 시정되어야 할 근

177) Alexander, 위 주 69의 문헌, 67. 여기서 지적할 점은, 어떤 형태의 권리는 오직 하나의 구제수단을 수반한다는 점이다: 주(州)로 하여금 특정한 범주의 사적 활동은 제한하지 못하도록 하는, 비교를 전제하지 않는 “소극적” 권리가 그것이다. 예컨대, 가톨릭교를 신봉한다는 이유로 처벌하는 법률에 대하여는 복수의 구제수단이 있는 것이 아니다; 유일한 구제수단은 그 법률을 무효화(strike down)하는 것뿐이다.

178) 예컨대, *Wengler v. Druggists Mut. Ins. Co.*, 446 U.S. 142, 152-53(1980)을 참조.

179) Ginsberg, *Some Thoughts on Judicial Authority to Repair Unconstitutional Legislation*, *Clev. St. L. Rev.* 제28권, 301, 319, 322-24(1979)을 참조.

180) 구제수단의 꾸러미에 특정한 보상적 요소를 포함시켜야 할지의 여부는, 물론 청구된 구제방법이 소급효를 갖는지의 여부에 달려있다; 예컨대, 문제된 법률이 아직 발효되지 않았고 확인판결이나 명령판결(declaratory or injunctive relief)이 청구되었다면, 법원은 보상적 요소를 포함시킬 필요를 고려하지 않고 구제수단을 자유로이 선택할 수 있을 것이다.

저의 권리가 아닌 평등에 초점을 두는 데서 비롯된다.

마지막으로 셋째, 관련 당사자들을 함께 취급해 주는 아무 구체수단으로나 평등이 만족되는 것도 아니다. 구체수단은 그들을, 평등주장의 근거에 있는 권리의 내용에 관한 측면에서 “같이” 취급해주는 것이어야 하는 것이다.¹⁸¹⁾ *Palmer v. Thompson* 판결을 생각해 보자.¹⁸²⁾ Jackson 시(市)는 백인 전용의 시립수영장을 운영함으로써 흑인에 대한 법의 평등보호를 거부한 것으로 밝혀졌다.¹⁸³⁾ 이에 대해 시(市)는 수영장을 아예 폐쇄하는 것으로 대응하였다. 원고들은 연방대법원으로 가서, 수영장을 폐쇄한 조치는 자신들이 입은 헌법상의 권리침해를 시정하는 데에는 헌법적으로 부적절하다고 주장하였다. 대법원은, 수영장을 흑인과 백인 모두에 대하여 폐쇄함으로써 시(市)는 그들을 함께 취급한 것이고, 수영에 관하여 양자를 함께 취급함으로써 평등보호의 관점에서든 그들을 함께 취급한 것이라는 이유로, 이들의 주장을 기각하였다.¹⁸⁴⁾ 물론 현실적으로는, 수영장폐쇄는 원고들이 평등보호 주장의 관점에서 말하는 같은 취급이 아니었다. 원고들이 입은 권리침해를 시정하는 것이 아니었기 때문이다. 원고들의 주장은 시(市)가 수영장에 대한 동등한 접근을 거부하였다는 데 있는 것이 아니라, 시(市)가 자신들을 배제하는 수영장을 운영함으로써 자신들을 인종적으로 열등하다고 낙인찍었다는 데 있는 것이다.¹⁸⁵⁾ 수영장을 폐쇄하는 조치는 이러한 권리침해를 시정하지 못하였을 뿐만 아니라, 나아가 “수영장이

181) 위 pp.545-47(이 번역문에서는 『I. 도덕론에서의 평등』의 『A. 같다는 것과 함께 취급되어야 한다는 것 사이의 연관성』 중에서 『이제 같다는 것의 의미를 이해하게 된 이상, 부분으로부터 『그렇다 : 평등이라는 것은 완전히 “순환적(circular)이다.”』 부분까지에 해당한다)을 참조.

182) 403 U.S. 217(1971).

183) *Clark v. Thompson*, 206 F. Supp. 539(S.D. Miss. 1962), 항소심에서도 같은 취지(*aff'd*), 313 F.2d 637(5th Cir.), 상고신청기각(*cert. denied*), 375 U.S. 951(1963).

184) 403 U.S. 219-21, 226.

185) 『“평등적용”에 대한 독자적인 주장도 안보와 경제에 관한 독자적이지도 않은 주장이 모두 배척되자, Jackson시(市)는 귀 법원에 다음과 같은 명제를 내세웠습니다: ‘흑인은 열등하고, 종전에 노예였던 자들로서 짐을 지는 짐승들이며; 거의 인간이 아닌 자들로서 “열등한 존재”인 바, 우리는 그들이 우리의 수영장 물을 더럽히는 것을 결코 용납할 수 없습니다.’

(중략)

… Jackson시가 흑인은 공립수영장에서 수영하기에 부적절하다고 말했다는 그 사실만으로도, 신청인들은 원심파기를 요구할 자격이 있습니다. 시의 말에 따르면, “흑인은 너무도 열등해서, 그들이 우리의 수영장에 있다는 것만으로도 폭동과 경제적 혼란이 초래될 것입니다.” 다르게 말하자면, 노예는 주인 인종이 사용하는 수영장을 더럽히도록 허용될 수 없다는 것입니다.』

신청인 변론요지서, 43, 48, *Palmer v. Thompson*, 403 U.S. 217(1971)(No. 107).

용에 있어서도 인종통합에 이데올로기적으로 반대한다는” 시(市)의 입장의 강도를 강조함으로써 이를 보다 심화시킨 것이다.¹⁸⁶⁾ 대법원이 5년 뒤에 암시적으로 인정 한 바와 같이, 흑인을 백인보다 인종적으로 열등하다고 고의적으로 낙인찍는 수영장폐쇄조치는, 수정 제14조의 내용상 흑인과 백인을 “갈게” 취급하는 것이 아니다.¹⁸⁷⁾

186) 403 U.S. 224-25. 법원이 “평등” 사건을 어느 한 방식이 아닌 다른 방식으로 판결할 경우, 법원이 자신의 진정한 실제적 의도를 잘못 반영하는 방향으로 오도되었다는 것을 논리적으로 증명할 길은 없다. 언제나 법원의 판결 자체가 법원의 진정한 의도를 말해주는 최선의(혹은 유일한) 증거로 지목될 수 있기 때문이다. Hudson & Husak, *Legal Rights: How Useful is Hoffeldian Analysis?*, Phil. Stud. 제37권, 45, 50-51(1980)(법원이 “자유” 대신에 “권리”를 창출할 경우에, 법원이 “권리”의 문법에 오도되어 자신의 진정한 의도에 반하는 방향으로 움직였다는 점을 논리적으로 증명할 길은 없다. 언제나 법원의 판결이 곧 법원의 진정한 의도를 구현한 것으로 보일 수 있기 때문이다). 그러므로, Palmer 사건에서 법원이 평등의 문법에 현혹되어 낙인(stigma)에 관한 평등보호에 대한 자신의 진정한 견해에 반하였다는 점을 증명할 길은 없다. 언제나 Palmer 판결이 곧 -“평등한” 보호를 받을 흑인의 권리는 낙인으로부터 자유로울 권리가 아니라, 인종을 근거로 하여 중요한 기회를 박탈당하지 않을 권리라는- 평등보호에 대한 법원의 진정한 견해를 반영한 것이라 말할 수 있기 때문이다. 그럼에도, 여러 증거들은, Palmer 사건 법원이 평등의 문법에 현혹되어 낙인에 대한 자신의 진정한 입장에 스스로 반하였다는 점을 강하게 시사한다.

첫째, Palmer 사건 법원은 평등보호라는 관점에서 낙인이 갖는 중요성을 부정한 바 없다. 낙인이라는 쟁점에 관하여는 평등보호라는 관점에서 논하지조차도 않은 것이다. 법원이 낙인의 쟁점을 수정 제13조와 관련해서는 스스로 제기하였다는 점에서, 법원의 이러한 침묵이 무관심에 기인한 것이라고 볼 수는 없다. 403 U.S. 226-27(수정 제13조에 의하여 의회는 인종적인 동기에 의한 수영장폐쇄라는 낙인으로부터 흑인을 보호할 권한이 있지만, 수정 제13조는 그러한 측면에서 자력집행적(self-enforcing)이지 않다고 판시함). 그보다는 법원의 침묵은, 인종적으로 중립적인 수영장폐쇄가 논리적으로 볼 때 결코 “불평등”하다고 볼 수는 없다는 가정에 기초한 것으로 보인다. 법원이 실시한 바와 같이, “기록에 의하면 흑인을 백인과 다르게 처우하는 어떠한 주(州)의 행위도 발견되지 않는다.” 같은 판결, 225. 이러한 결론은, 법원이 평등보호에 있어서 낙인이 갖는 중요성을 무시한 것은 낙인에 대한 헌법적인 무관심에서 비롯된 것이 아니라, 수영장폐쇄라는 맥락 속에서 낙인에 근거한 주장은 “평등”의 논리에 포섭되지 못한다고 가정한 데서 비롯된 것이라는 점을 시사한다.

둘째, Palmer 사건을 전후한 법원의 판결들은, 흑인과 백인을 갈게 취급한 경우에게까지도, 법원이 낙인에 대한 고려를 하고 있다는 점을 시사한다. 그리하여, *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 8(1967) 판결에서 법원은, 문제된 법률이 백인과 흑인 모두에게 인종간혼인의 “기회”를 박탈한 것임에도 불구하고, 백인과 흑인이 상호 혼인을 금지한 주(州)의 인종간교배 금지(antimiscegenation) 법률을 무효선언하였다. 이 판결에서 법원은 대상법률의 진정한 흠은, 흑인은 백인과 혼인하기에 부적합할 정도로 열등하다는 낙인을 전제로 한다는 점에 있다고 보았다. 마찬가지로, *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229, 239(1976) 판결에서 법원은, “의도적이고” “불쾌한(invidious)” 차별을 금지하는 것이 평등보호 조항의 “핵심적인 목적”이라고 판시하였다. 이러한 실시로 볼 때, 법원의 Palmer 사건 판결은 평등보호에 관한 스스로의 입장에 합치되는 것이 아니라, 실수로 그에 위배한 것이었다 - 그리고 이러한 실수는 평등의 논리에 현혹되었기 때문에 생긴 것이다.

187) *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229, 244의 각주 11(1976)(*Palmer v. Thompson*, 403 U.S.

Palmer 사건은, 평등에 의한 구제수단과 평등이 차용하여 끌어오는 실체적 권리에 수반되는 구제수단 간의 동일성을 극적으로 보여주고 있다. 사람을 “불평등하게” 취급한다는 것은, 그가 그로부터 자유로울 실체적인 권리를 갖고 있는 해악을 야기하는 차별을 그에 대한 취급의 근거로 삼는 것이다. 따라서 그러한 불평등을 구제하기 위해서는, 그러한 해악적인 차별을 실체적인 해악을 제거하는 구별(classification)로 대체시켜야 하는 것이다.¹⁸⁸⁾ Jackson시(市)는 *Palmer* 사건의 원고들이 그로부터 자유로울 실체적 권리를 가지는 해악(인종낙인)을 야기하는 (인종적) 차별을 그들에 대한 취급의 근거로 삼음으로써, 그들을 불평등하게 취급하였다. 그러한 불평등을 구제하기 위하여 시(市)로서는, 그들의 인종낙인으로부터 자유로울 권리를 충족할 수 있는 방식으로 원고들을 재구별했어야 했다. 그러한 구제수단이 있다면 그 어떤 것이라도 필연적으로, 그들을 백인과 “같이” 취급하는 것이 되었을 것이고; 그들의 권리를 충족하지 못하는 구제수단이라면 그 어떤 것이라도 그들을 “같이” 취급하지는 못하는 것이 되었을 것이다. 이와 같이 평등에 수반하는 구제수단은, 평등이 따로 존재하지 않는 경우에 있을 실체적인 구제수단과 동일하다.

어떤 논자들은, *Palmer* 사건의 흠은 평등의 활용(use)에 있었던 것이 아니라 평등의 오용(misuse)에 있었던 것이라 주장한다.¹⁸⁹⁾ 어떤 의미에서는 그들이 옳다. 평등이 오류를 강제하지는(compel) 않는다; 그보다는 근거의 권리가 갖는 내용으로부터 주의를 흐트러뜨림으로써, 오류를 불러들이는(invite) 것이다. 위 논자들은, *Palmer* 사건에서 평등분석을 하면서도 올바른 결과에 도달하는 것이 가능하다는 점에서는, 옳다. 진정한 문제는 이것이다: 평등이 이러한 함정(pitfall)을 내포하고 있는데, 도대체 왜 그런 위험을 감수하려 하는 것일까?

IV. 결론

이 논문은 모순에 빠지는 것으로 보일지도 모른다. (필자가 주장하듯이) 평등은

217(1971) 판결을 평론하면서).

- 188) 이 쟁점에 관한 추가적인 논의에 관하여는, 위 pp.545-46(이 번역문에서는 「I. 도덕론에서의 평등」의 「A. 같다는 것과 같게 취급되어야 한다는 것 사이의 연관성」 중에서 「이제 같다는 것의 의미를 이해하게 된 이상,」 부분으로부터 「독자들도 눈치챌겠지만,」 부분까지에 해당한다)을 참조.
- 189) Brest, *Palmer v. Thompson: An Approach to the Problem of Unconstitutional Legislative Motive*, Sup. Ct. Rev. 1971년호, 95, 139-43; Karst, 위 주 4의 문헌, 50의 각주 281. *Palmer* 판결이 올바른지에 관하여는, 위 주 186을 참조.

그 내용을 전적으로 권리로부터 끌어온다고 말하는 것은, 평등으로부터 권리로의(혹은 권리로부터 평등으로의) 어떤 전환도 실질적으로 중요치 않고 -의사결정에 아무런 차이도 가져오지 않는 차이만을 갖는다고 말하는 것이 된다. 반면에, (필자가 주장하듯이) 평등으로부터 권리로 전환하는 것이 의사결정의 과정을 바꾸어놓을 수 있다고 말하는 것은, 평등과 권리는 실질적으로 상호전환가능(interchangeable)하지 않다고 말하는 것이 된다. 그리하여, 같은 것을 같게 취급해야 한다는 관념은, 형식적이고 공허한 것이든가, 아니면 의사결정과정을 바꾸어놓을 수 있는 것이지만, 동시에 둘 모두일 수는 없는 것이다.

외견상으로만 있는(specious) 모순이다. 평등은 그 내용을 전적으로 권리로부터 끌어오지만, 그럼에도 평등은 의사결정의 내용에 영향을 줄 수 있다. 이를 설명하는 것은 꽤 간단하다: 평등은 아류(derivative)이지만, 사람들은 그것이 아류임을 알아채지 못하고, 알아채지 못함으로써 그들은 평등이 자신의 의사결정 내용을 왜곡하도록 내버려두게 된다는 것이다. 이러한 왜곡은 두 가지 방향에서 이루어진다. 첫째, 평등은 독자적이고 독립적인 규범인 것처럼 보이기 때문에, 평등은 그 자신만이 갖는 특유의 구체수단과 평가기준을 수반한다는 잘못된 암시를 주게 된다.¹⁹⁰ 둘째, 같은 것을 같게 취급해야 한다는 명제는 의문의 여지없이 옳기 때문에, 그것이 차용으로써 끌어들이게 되는 어떠한 실체적 가치에 대하여도 진리를 제시해 줄 듯한(revealed truth) 느낌을 주게 된다.¹⁹¹ 그 결과, 평등의 형식으로 언명된 가치는 그

190) 위 pp.548-56(이 번역문에서는 『I. 도덕론에서의 평등』 중 『B. '평등'과 '권리' 사이의 연관성』에 해당함)을 참조. 그 외에 가장 저명한 논자들조차도 빠져있는 혼동으로는, 평등이 정의와는 다르다거나(예컨대, Del Vecchio, 위 주 27의 문헌, 36, 46을 참조), 평등은 비교를 전제하는 권리에만 관련된다거나(예컨대, Feinberg, 위 주 1의 문헌, 298-319를 참조), 평등은 사람을 다르게 취급할 정당한 이유가 제시되지 않는 한 그들을 같게 취급해야 한다는 복별가능한 추정을 수반한다거나(예컨대, Rawls, 위 주 7의 문헌, 110-11을 참조), 평등은 같은 것이라면 그 방법이 얼마나 부정의한 것이든 같게 취급해야 한다든지(예컨대, Frankena, 위 주 27의 문헌, 17을 참조), 사람을 “진정으로” 동등하게 취급하는 경제적 배분은 오직 한 가지가 있을 뿐이라든지(예컨대, R. Dworkin, 위 주 7의 문헌, 185를 참조), “같은 것을 같게 취급해야 한다”는 것이 “다른 것을 다르게 취급해야 한다”는 것을 의미하지는 않는다든지(예컨대, Honoré, 위 주 9의 문헌, 83을 참조), “다른 것을 다르게 취급해야 한다”는 것은 “같은 것을 같게 취급해야 한다”는 명제에 뭔가 중요한 내용을 더해준다든지(예컨대, H.L.A. Hart, 위 주 12의 문헌, 155를 참조), 평등은 정의의 필수적이고도 유용한 구성요소라든지(예컨대, C. Perelman, 위 주 21의 문헌, 7, 11, 38), 평등은 권리 및 자유의 실체적 근거라든지(예컨대, R. Dworkin, 위 주 7의 문헌, 182를 참조), 무차별(혹은 “공정함”)은 정의와 다르다든지(예컨대, Carr, 위 주 54의 문헌, 214-15) 하는 것들이 있다.

191) 『그것이 정의(Justice), 덕성(Virtue), 자유(Liberty), 의무(Duty), 선(善, the Good), 미(美, the Beautiful) 등 무엇이 되었든, 그에 얼마큼의 경의를 표하는지를 보이기 위해서 첫 자를 대문자로 쓰는 단어들, 그러한 감정적인 강세를 두는 단어들에 대해게 될 때면, 경계심을 늦추지 말아야 한다. 너무도 흔히 화자(話者)는 그러한 단어가 담는 가치들을 우리가

자체로서 부여받아 마땅한 바에 비해 더 큰 도덕적/법적 무게를 부여받게 되는 경향이 생긴다. 평등의 형식에 의한 주장이 그에 반대되는 모든 주장을 예외 없이 “수세에 모는” 이유는 바로 여기에 있다.¹⁹²⁾

권리평등 수정조항(equal rights amendment, ERA)의 제안자들이 이를 평등의 언어로 기초(起草)한 이유도 이로써 설명될 수 있을 것이다. ERA는 다음과 같이 쓰여 있다: “법 아래의 권리의 평등은…성별을 이유로 거부되지 않는다.” ERA는 다음과 같이 쓰여졌어도 똑같은 의미를 가졌을 것이다: “법 아래의 권리는 ... 성별을 이유로 거부되지 않는다.” 그렇다면 ERA의 제안자들은 그것을 왜 평등이라는 동어반복적인 언어로 기초한 것일까? 아마도 그 반대자들이 그 동어반복성을 인지하지 못하였고, 인지하지 못함으로 인해, 평등에 맞서서 주장해야만 한다는 불편한 위치에 놓이게 된다는 이유에서였을 것이다.¹⁹³⁾

평등주장이 초래하는 혼란의 또 다른 좋은 예로, *Reynolds v. Sims* 판결¹⁹⁴⁾에서

얼마나 중시하는지를 알기 때문에, 그 단어들에 대하여 자신이 내리는 정의(定義)가 문제 되는 관념의 유일하게 진실한, 유일하게 적정한, 유일하게 용납되는 정의(定義)라고 우리가 받아들여도록 만들려고 시도할 것이다…기실, 미리 주의를 받지(forewarned) 않으면 우리의 마음은 그러한 정의(定義)의 선택을 그리 중요하게 여기지 않는다. 단지 단어의 의미에 따를 수밖에 없었다고 생각하면서, 자신도 모르는 새에 쟁점이 되고 있는 모든 것을 내던져버리게 되곤 하는 것이다.』

C. Perelman, 위 주 8의 문헌, 1-2.

- 192) “모든 불평등은 수세에 물린다…” Kristol, *Equality as an Ideal*, International Encyclopedia of the Social Sciences 제5권에 수록, 108, 110(1968); 아울러, F. Maitland, *A Historical Sketch of Liberty and Equality as Ideals of English Political Philosophy from the Time of Hobbes to the Time of Coleridge*, Collected Papers of Frederick William Maitland 제1권에 수록, 1, 154(1911)(“하지만 지금도 우리는 불평등에 대한 일반적인 반대주장이 있음을 안다, …형평법원(Court of Chancery)이 평등은 곧 형평이라고 말할 때마다 이러한 주장은 받아들여지고 있다.”); W. Ryan, *Equality*, 3(1981)(“우리는 그 단어 자체에만도 속박되어 있다 - 평등을 부정한다는 것은 不敬(blasphemy)에 가까운 것이다.”); Benn, *Equality, Moral and Social*, Encyclopedia of Philosophy 제3권, 38, 41(1967)(“‘불평등’이라는 단어는…경멸적인 힘을 갖게 되었다; ‘불평등’은 곧 취급상의 옹호불가능한 차이를 의미하게 되었다.”)(강조부분은 원문의 것임); de Cervera, *The Paradoxes of Equality, Equality & Freedom* 제1권에 수록, 위 주 1의 문헌, 237, 238(평등은 “감정을 불러일으키는 말(loaded word)”이다); Pennock & Chapman, *Introduction, Nomos: Equality* 제9권, ix, ix(1967)(“마치 ‘정의(正義)’와 같이, 정의가 그 한 부분을 이룬다고 모두들 인정하고 있는 ‘평등’에 반대하는 사람은 아무도 없다.”).
- 193) “모든 사람이 동등한 권리를 갖는다는 언명은 곧, 모든 사람이 자신이 갖는만큼의 권리를 갖는다는 언명에 지나지 않는 것처럼 보인다. ‘동등한 권리’이라는 표현에서 ‘동등한(equal)’이라는 단어는 공허할 뿐이다.” Wollheim, *Equality and Equal Rights*, Justice and Social Policy에 수록, 111, 116(F. Olafson 1961년에 펴냄).
- 194) 377 U.S. 533(1964).

주(州) 입법부의 대의원 수는 엄격하게 인구 비례로 할당되어야 하는지의 여부에 관하여 벌어졌던 논쟁을 들 수 있다. Warren 연방대법원장은 “1인 1표”의 실제적 원칙을 지지하는 입장에서, 자신의 입장을 “평등” 주장의 틀에 맞추는 쪽을 택하였다.¹⁹⁵⁾ 그의 논증은, (1) 수정 제14조는 모든 사람에게 “평등한 보호”를 보장하고 있고;¹⁹⁶⁾ (2) “평등한 보호의 개념”은 곧 “같은”¹⁹⁷⁾ 사람은 같게 취급되어야 한다는 것을 의미하고; (3) 주(州) 안의 모든 유권자는 “그가 어디에 살든지 간에” 같다는 것이었다.¹⁹⁸⁾ (1)과 (2) 단계는 의심의 여지없이 옳은 것이기 때문에, 그것들은 (3) 단계에서의 평등의 언어 속에 숨겨진 논쟁적인(controversial) 실제적 가치를 은폐하는 역할을 하였다. 그 결과, Harlan 대법관은 반대자의 입장에서 의견을 작성하면서, 수세에 몰렸다. 수정 제14조가 평등을 보장한다는 점을 부인할 수도 없고, 평등이 “동등한” 것을 동등하게 취급함을 의미한다는 것을 부인할 수도 없었기 때문에, Harlan 대법관은 평등에 맞서서 주장해야 한다는 불쾌한 입장에 서게 되었다. 그리하여 그가 기껏 할 수 있었던 것은, 수정 제14조는 평등을 보장하지만 투표에 관하여 “전면적인 평등”¹⁹⁹⁾을 보장하는 것은 아니라고 어설프게 주장하는 것뿐이었다.

Reynolds 사건에서 Harlan 대법관이 범한 실수는, 일단 다수가 평등을 지지하는 주장으로서 입장을 표명하면 자신은 평등에 맞서는 주장으로서 입장을 표명할 수밖에 없다고 가정하였다는 점에 있다.²⁰⁰⁾ 사실, 논쟁의 한 쪽 당사자가 같은 것을 같게 취급해야 한다는 취지로 주장하더라도, 반대당사자로서는 다른 것을 다르게 취급해야 한다는 점을 들어 맞설 수 있는 것이다.²⁰¹⁾ 그리하여, *Reynolds* 사건에서 다

195) 같은 판결, 558, 560-61.

196) 같은 판결, 565.

197) 같은 판결.

198) 같은 판결.

199) 같은 판결, 607(Harlan 대법관의 반대의견).

200) 평등에 반대하는 또다른 주장의 예로서, Bork, *The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution*, Wash. U.L.Q. 695, 701(“평등이 사회의 유일한 가치는 아니다; 우리는 평등을 정도(degrees)에 따라 다른 가치들과 교량(較量)하여야 한다.”).

201) D. Rae, 위 주 8의 문헌, 19(“문제는 ‘평등을 적용할 것인가?’가 아니라, ‘어느 평등을 적용할 것인가?’이다”); Benn, 위 주 192의 문헌, 41(“평등은...통상적으로...하나의 차별(distinction)체계를 없애고 다른 차별체계로 대체함을 의미한다.”); Karst, *Equality and Community: Lessons From the Civil Rights Era*, Notre Dame Law 56권, 183, 191(1981)(“한 가지 형태의 평등을 달성한다는 것은, 그에 상응하는 불평등이 도입되었음을 필연적으로 내포한다.”); Lucas, 위 주 1의 문헌, 261(“우리가 한 가지 측면에서 평등을 이룩하고자 하면, 다른 측면에서 뭔가 다른 불평등을 이룩하게 될 것이다.”); Mortimore, 위 주 8의 문헌, 222(“현실적으로, 평등주의자들(egalitarians)은 한 가지 종류의 차별을 다른 종류의 것으로 바꾸는 데에만 골몰하였다...”); 위 주 153을 각 참조.

수의견이 평등의 관점에서 “1인 1표”를 지지한 데 대하여, Harlan 대법관으로서의 평등의 관점에서 대등한 힘을 가지고 반대할 수도 있었다.²⁰²⁾ 다수의견은 그가 살고 있는 주(州)의 전체 표 수에 대한 각 투표자의 비중(share)에 비례하여 표가 평등한 가치를 가져야 한다고 주장한 데 대하여,²⁰³⁾ Harlan 대법관은 그가 살고 있는 입법관할구역(legislative district)의 전체 표 수에 대한 각 투표자의 비중(share)에 비례하여 표가 평등한 가치를 가져야 한다고 주장할 수 있었던 것이다. 다수의견의 평등 주장에 대하여 그에 대립하는 평등주장을 하였더라면, Harlan 대법관은 대법원으로 하여금 사건이 평등을 통하여 해결될 수는 없음을 깨달을 수밖에 없도록 하였을 것이다.²⁰⁴⁾ 그러지 않고, 그는 다수의견이 반대 없이 평등을 주장하도록 내버려두었고, 그럼으로써 같은 것은 같게 취급해야 한다는 고래(古來)의 부정할 수 없는 진리가 자신보다는 다수의견의 편에 선 것처럼 보이도록 내버려둔 것이다.²⁰⁵⁾

평등이 공허한 형식이고 스스로의 실체적인 내용을 갖지 않는 것이라는 점을 사람들이 깨닫게 될 때, 평등은 더 이상은 신비화되지 않을 것이고, 그것이 도덕적/정치적 논의를 뒤트는 일도 사라지게 될 것이다.²⁰⁶⁾ 모든 도덕적/법적 주장은 평등 주

202) 이 점을 훌륭하게 보여주는 것으로서, Flathman, 위 주 36의 문헌, 40-51을 참조.

203) 이렇게 요약된 다수의견의 판시는, 대표자가 주(州) 전체의 선거에서 한꺼번에 선출될 것을 요하는 것이다. 다수의견이 이와 동등하게 받아들일 만한 구상은, 투표자가 소재한 입법관할구역의 총투표수 중 각 투표자의 비중(share)에 비례하여 각자의 표가 동등한 가치를 갖도록 하는 동시에, 주(州)의 모든 관할구역은 주(州)의 총인구수를 선출할 대표자수로 나눈 만큼의 크기를 갖도록 하는 것이다.

204) Flathman, 위 주 36, 43(“그는 서로 경합하는 평등론 사이에서 선택을 함으로써 또다시, 묵시적으로나마, 그 선택을 내리기 위하여 즉 무엇이 옳은 것인지를 결정하기 위하여 평등이 아닌 다른 모종의 원칙으로 선회한 것이다.”); J. Pole, 위 주 2의 문헌, 358(오늘날의 중대한 정치적 문제는 “평등과 불평등 사이에서...선택하는 것이 아니라, 평등의 한 가지 개념과 다른 개념 사이에서 선택을 내리는 데 있다”).

205) DeFunis 사건에서의 논쟁에서 양측 모두 자신의 법적인 입장을 평등의 문법으로 언명할 수 있었다. D. Rae, 위 주 8의 문헌, 4-5; Stone, 위 주 161의 문헌, 11; Winter, *Changing Concepts of Equality: From Equality Before the Law To the Welfare State*, Wash. U.L.Q. 1979년호, 741, 747-48을 각 참조. 평등은 그 자체로서 공허하기 때문이다. Marco DeFunis로서는 자신을 다르게 취급하는 것은 그에게 헌법상의 권리침해를 야기할 것이기 때문에 - 즉, 인종만을 근거로 하여 그의 이익을 박탈할 것이기 때문에 - 자신은 그의 흑인 경쟁자들과 헌법적으로 “동등하다”고 주장할 것이다. 반면에 Washington대학교 로스쿨로서는, (1) 그를 입학시키는 것은 적극적 우대조치의 목적에 부합하지 않고, (2) 그를 다르게 취급한다고 하여 그에게 헌법상의 권리침해가, 즉 그를 인종적으로 열등하다고 낙인찍는 일이 야기되지는 않으므로, DeFunis는 그의 흑인 경쟁자들과 같지 않다고 주장할 것이다.

206) 그러나 형식적 정의(正義)의 정의(定義)는 우리의 가치판단을 조금도 선취하지 못한다는 바로 그 이유에서, 우리가 이러한 정의(定義)에 대하여 합의에 이르는 것은 훨씬 더 쉬워질 것이다. 정의를 이렇게 볼 경우에, 정의의 관념은 그 매력의 많은 부분, 그리고 그 감

장의 형식으로 끼워맞춰질 수 있음을 사람들이 깨닫게 될 때, 그렇게 될 것이다. 그리고 나면, 사람들은 평등주장에는 그와 상반된 평등주장으로 맞서게 될 것이다. 또는 보다 단순하게, 평등 자체를 아예 없이해도 된다는 것을 알게 될 것이다.

정적인 의미의 대부분을 잃어버리게 될 것이기 때문이다.
C. Perelman, 위 주 8의 문헌, 28.