공무원의 정치적 활동과 표현의 자유[1)]

1. 사건개요

2005년, 상고인 Jeffrey Heffernan은 뉴저지 주 패터슨 시의 경찰관이었다. 그는 경찰서장실에서 근무하였고 당시 경찰서장은 James Wittig이었다. 그 당시 패터슨 시 시장이었던 Jose Torres는 재선을 위해 선거에 출마하였고 경쟁 후보자는 Lawrence Spagnola였는데, Torres 시장은 Wittig 경찰서장과 그 부하 경찰관(상고인의 직속상관)을 임명하였던 사람이고, Spagnola는 상고인의 친한 친구였다.

선거운동기간 중에 병석에 누워 있는 상고인의 어머니는 상고인에게 시내로 나가서 Spagnola 측 선거운동 간판을 가져다 달라고 부탁하였다. 그녀는 앞뜰에 있던 작은 Spagnola 간판을 도둑맞고 이를 대체할 간판을 원했던 것이다. 상고인은 Spagnola 간판의 배포지점에 가서 간판을 가져왔는데 그곳에서 Spagnola 선거운동의 매니저, 스태프들과 잠시 이야기를 나누었다. 그런데 다른 경찰관이 상고인이 Spagnola 간판을 손에 들고 선거운동원들과 이야기 하는 것을 보았고 말은 빠르게 퍼져나갔다.

다음 날, 상고인의 상관은 상고인을 수사관에서 순찰관으로 강등시키고 외근직으로 배정하였다. 그들은 상고인이 공공연하게 Spagnola의 선거운동에 참여했다고 생각했기 때문에 이러한 처분을 한 것이다. 그러나 사실 상고인은 선거운동에 관여한 적이 없고 단지 그의 어머니를 돕기 위해 간판을 가져다 드렸을 뿐이었다. 상고인의 상관들이 사실의 착오를 범한 것이다.

상고인은 연방법원에 소송을 제기하였다. 그는 Wittig 경찰서장와 다른 간부들이 자신이 헌법이 보장하는 언론의 자유에 해당하는 행위에 참여하였다는 이유로 (사실은 참여하지 않았지만 그렇다고 착오하여) 자신을 강등시켰고 따라서 자신에게서 헌법이 보장하는 권리를 박탈한 것이라고 주장하였다.

---

1) Heffernan v. City of Paterson, 578 U. S. ____ (2016),(No. 14-1280)(2016. 4. 26. 결정).

제1심 법원은 상고인이 수정헌법 제1조상의 어떠한 행위에도 참여한 바가 없기 때문에 피상고인들이 그에게서 헌법이 보장하는 권리를 박탈한 것이 아니라고 판결하였다. 항소심에서 연방 제3항소법원 또한 언론의 자유에 대한 보복이라는 주장은 문제가 된 불리한 인사 조치가 헌법상 권리의 *실제의* 행사(단지 *인지된* 행사가 아니라)로 인한 것일 때에만 42 U. S. C. §1983[2]에 의해 소송이 가능하다고 판시하여 같은 판결을 내렸다.

그러나 연방대법원은 원심을 파기하고 상고인이 비록 실제로 정치적 활동에 참여한 적이 없더라도 그에 대한 강등조치는 헌법이 보장하는 권리를 박탈한 것이라고 판결하였다.

2. 판결요지

대법관 Breyer의 법정의견(6인 의견)[3]

수정헌법 제1조[4]는 공무원들이 헌법에 의해 보호되는 정치적 활동에 참여하였다는 이유로 직원을 해고하거나 강등시키는 것을 일반적으로 금지하고 있다.[5] 피상고인은 직원이 특정한 시장 선거 입후보자를 지지하였다고 믿어서 직원을 강등시켰다. 그러나 그것은 잘못된 믿음이었다. 문제는 피상고인이 범한 사실의 착오(factual mistake)가 중대한 법적 차이를 만드는가 하는 점이다. 비록 직원이 실제로 헌법상 보호되는 정치적 활동에 참여한 바가 없더라도, 그에 대한 강등조치가 '헌법이 보장하는 권리'를 '박탈'한 것이라고

2) 42 U. S. C. §1983
어떤 주 또는 자치령 또는 컬럼비아 특별구(D.C.)의 어떤 법규, 법령, 규정, 관습, 또는 관용법을 이유 삼아 어떤 미국 시민 또는 그 관할권 내 기타 사람들로부터 헌법과 법률에 의해 보장된 어떠한 권리, 특권, 또는 면책특권을 박탈하는 모든 사람은, 법관이 사법적 자격으로 행한 작위 또는 부작위에 대하여 법관에 대해 제기된 소송에서 가처분은 인용될 수 없다는 것을 제외하고는, 소송, 형평법소송, 또는 기타 배상소송에서 피해자에게 법적 책임이 있다. 이 조항 규정을 위해, 컬럼비아 특별구에만 배타적으로 적용되는 어떠한 의회법률도 컬럼비아 특별구의 법규로 간주되어야 한다.

3) 대법원장 Roberts와 대법관 Kennedy, Ginsburg, Breyer, Sotomayor, Kagan의 의견.

4) 미국 수정헌법 제1조 (종교, 언론 및 출판의 자유와 집회 및 청원의 권리)
연방 의회는 국교를 정하거나 또는 자유로운 신앙 행위를 금지하는 법률을 제정할 수 없다. 또한 언론, 출판의 자유나 국민이 평화로이 집회할 수 있는 권리 및 불만 사항의 구제를 위하여 정부에게 청원할 수 있는 권리를 축소하는 법률을 제정할 수 없다.

5) Elrod v. Burns, 427 U. S. 347 (1976); Branti v. Finkel, 445 U. S. 507 (1980).

할 수 있는가? 우리는 그렇다고 판단하였다.

헌법은, 몇 가지 예외를 제외하고는, 공무원이 특정 정치 후보자를 지지한다는 이유로 해고되거나 강등되지 못하도록 하고 있다. 그 몇 가지 예외는 공무의 효율성과 유효성의 필요와 같은 현실적인 측면을 고려한 것이다.[6]

제시된 질문에 답하기 위하여, 우리는 우선 이 사건에서는 이러한 예외가 적용되지 않는다고 가정하기로 한다. 상고인 Heffernan의 상관이 상고인이 참여했다고 *생각했던* 활동은 사실은 그들이 헌법적으로 금지하거나 처벌할 수 없는 유형의 활동(자신이 선택한 정당 또는 후보자에 합류하거나, 지지활동을 하거나, 기여하는 것[7])이었으나 상고인의 상관은 사실에 관한 착오를 범했다고 가정한다. 그 결과 상고인의 헌법소송은 패할 것인가?

관련 법규정의 문구는 이 질문에 대한 답을 주지 않는다. 42 U. S. C. §1983는 헌법에 의해 보장된 권리를 박탈당한 사람에게 소송을 허용하고 있다. 그러나 그 '권리'가 정확히 무엇인가? (직원의) 실제 활동에 주로 초점을 둔 권리인가, 아니면 (상관의) 동기(motive) - 그 동기가 직원의 활동에 대한 상관의 생각에 기반한 것일 때 - 에 주로 초점을 둔 권리인가? 법문에는 이에 대한 언급이 없다.

선례도 이 질문에 직접적인 대답을 하지 않았다. 몇몇 사건에서 우리는 문제된 '권리'가 직원의 실제 활동과 관련이 있다고 암시하는 표현을 사용한 적이 있다. 예를 들면 Connick v. Myers, 461 U. S. 138 (1983) 판결에서 우리는 법원이 먼저 '원고가 시민으로서 공적 문제에 대하여 말하였는지'를 결정해야 한다고 판시한 바 있다. 그리고 만일 피고용인이 공적 문제에 관한 발언으로 타당하게 특징지어질 수 있는 활동에 참여한 바가 없다면, 그녀의 해고의 이유를 면밀히 검토할 필요가 없다고 덧붙였다. 우리는 Garcetti v. Ceballos, 547 U. S. 410 (2006) 사건과 Pickering v. Board of Ed. of Township High School Dist. 205, Will Cty., 391 U. S. 563 (1968) 사건에서

6) Waters v. Churchill, 511 U. S. 661, 672, 675 (1994); Civil Service Comm'n v. Letter Carriers, 413 U. S. 548, 564 (1973); Branti v. Finkel, 445 U. S. 518 (1980).
7) Rutan v. Republican Party of Ill., 497 U. S. 62, 69 (1990).

도 비슷한 발언을 한 적이 있다.

그러나 위 사건들은 이 사건에서 문제가 되고 있는 유형과는 다르다. 예를 들어 Connick 사건에서는 사실의 착오가 문제되지 않았다. 고용주와 피고용인은 모든 단계에서 근본적인 사실관계에 대하여 동의하였다. 즉, 고용주는 피고용인이 사무실 운영방식을 비판하는 문서를 유포하였기 때문에 그녀를 해고한 것이라는 (그리고 피고용인이 실제로 유포하였다는) 사실에 이견이 없었던 것이다. 문제는 문서의 유포가 헌법적으로 보장되는 발언에 이르는가 하는 점이었고, 만일 그렇지 않다면 우리 법원이 더 나아갈 필요가 없었던 것이다.

Pickering 사건도 사실의 착오가 문제되지 않았다. 고용주(학교 이사회)와 피고용인은 해고의 이유, 즉 피고용인이 실제로 고용주의 관행에 대한 비판을 유포하였다는 점은 합의되어 있었다. Garcetti 사건도 대체로 유사하다. 이들 사건에서 고용주의 동기가 위헌이라는 것을 입증할 유일한 방법은 논란이 되고 있는 발언이나 행동이 실제로 수정헌법 제1조에 의해 보호된다고 증명하는 것뿐이었다.

Waters v. Churchill, 511 U. S. 661 (1994) 판결은 더 중요하다. 이 판결에서 우리 연방대법원은 고용주의 실수의 결과를 고려하였던 것이다. 고용주는 피고용인이 공적 문제가 아닌 사적 문제에 대해서만 발언하였다고 잘못, 그러나 합리적으로 믿었다. 그러나 사실 피고용인은 단순히 사적인 가십(이라고 고용주가 믿었음)이 아닌, 공적 문제에 중점을 둔 말을 하였다. 우리 연방대법원은 고용주의 사실의 착오가 문제가 되는지, 그리고 어떻게 문제가 되는지 물었다. 우리 연방대법원은 고용주가 (1) 피고용인의 대화가 공적 문제가 아닌 사적인 문제를 포함한다고 합리적으로 믿었고, (2) 피고용인을 이러한 잘못된 믿음 때문에 해고한 것인 한, 이 해고가 수정헌법 제1조를 위반한 것은 아니라고 판결하였다.

Waters 사건에서 고용주는 피고용인이 헌법상 보장된 발언을 *하지 않았다고* 합리적으로, 그러나 잘못 생각하였다. 반대로 이 사건에서 고용주는 피고

용인이 헌법상 보장된 발언을 *하였다고* 잘못 생각하였다. 만일 Waters 사건에서 고용주의 동기가 중요한 문제였다면 이 사건에는 왜 해당되지 않겠는가? 결국 법에서 일반적으로 암거위에 맞는 소스는 숫거위에게도 맞는 법이다(What is sauce for the goose is sauce for the gander. 한쪽에 적용되는 것은 다른 쪽에도 적용된다는 뜻).

우리는 Waters 사건과 마찬가지로 이 사건에서 Heffernan을 강등시킨 이유가 중요하다고 생각한다. 비록 이 사건에서 고용주는 피고용인의 행동에 대하여 사실의 착오를 범했지만 그럼에도 불구하고, 수정헌법 제1조가 보장하는 정치적 활동에 피고용인이 참여하는 것을 막으려는 목적으로 고용주가 피고용인을 강등시킬 때 그 피고용인은 수정헌법 제1조와 42 U. S. C. §1983에 근거하여 불법행위로 다툴 수 있다.

수정헌법 제4조[8]가 "신체, 가택, 서류 및 통신의 안전을 보장받는 국민의 권리"라는 말로 시작되는 것과 달리, 수정헌법 제1조는 "연방의회는 ... 언론의 자유를 축소하는 법률을 제정할 수 없다."라는 국가의 행위에 보다 초점을 둔 말로 시작한다. 이 사건에서 상고인이 실제로 정치적 활동에 참여하였든 아니든, 정부(경찰서)는 헌법적으로 해로운 정책에 의거하여 행동하였고, 그 정책을 아는 피고용인들의 언론의 자유를 축소시켰다. 상고인 Heffernan은 실제로 피해를 입었다. 이 정책의 적용을 통해 강등된 것이다.

우리는 또한 법적 책임을 부과하는 규칙이 초래할 수 있는 헌법적 결과도 유의미하게 생각한다. 문제가 된 헌법적 피해는 일반 사건에서 피고용인들 - 해고되거나 강등된 피고용인과 그의 동료들 모두 - 이 정치적 활동에 참여하지 못하게 한다. 한 사람을 해고하는 것은 다른 사람들도 헌법적으로 보장된 활동에 참여할 때 위험을 각오해야 한다고 말하는 것이다. 이러한 이유로 우리는 정당 소속 관련 사건에서 원고에게 그들 또는 다른 피고용인들이 실제로든, 표면상으로든, 그들의 정치적 충성을 바꾸도록 강제되었는지 증명할

8) 미국 수정헌법 제4조 (수색 및 체포 영장)
부당한 수색, 체포, 압수로부터 신체, 가택, 서류 및 통신의 안전을 보장받는 국민의 권리는 이를 침해할 수 없다. 체포, 수색, 압수의 영장은 상당한 이유에 의하고, 선서 또는 확약에 의하여 뒷받침되고, 특히 수색될 장소, 체포될 사람 또는 압수될 물품을 기재하지 아니하고는 이를 발급할 수 없다.

것을 요구하지 않는다.[9] 고용주가 사실에 관한 착오를 했다는 것이 동일한 피해를 일으킬 위험을 감소시키지는 않는다. 고용주가 특정한 시장선거 후보자를 돕는 사람을 강등시키는 정책을 발표하고, Heffernan을 포함한 모든 피고용인들이 강등을 두려워하여 그러한 도움을 주는 것을 삼가는 경우에 그러한 위험은 감소되지 않는다. 피고용인이 헌법상 보장된 활동에 참여하였다고 고용주가 믿은 것에 기인하여 피고용인을 해고하거나 강등시키는 것은, 그러한 믿음이 사실의 착오에 기초한 것이든 아니든 간에 같은 종류와 강도의 헌법적 손해를 일으킨다.

마지막으로, 피상고인들의 주장과 반대로 고용주의 사실의 착오에도 불구하고 책임을 부과하는 법규는 일반적으로 고용주에게 중대한 추가비용을 부과하지는 않을 것이다. 피고용인이 승소하기 위해서는 고용주의 부적절한 동기를 증명해야 한다. 이 사건과 같은 경우, 고용주가 (착오로) 다른 (그리고 헌법상 보호되는) 활동이었다고 믿은 활동에 피고용인이 참여하였다는 이유로 그를 해고하거나 강등시키려 했다는 고용주의 의도를 증명하기 위해서는 피고용인이 자신의 행동 이상의 것을 보여줘야 하기 때문에 피고용인으로서는 그 동기를 증명하는 것이 더욱 어려울 것이다. 바로 그러한 이유로, 우리는 피고용인이 자신의 사건을 증명하는 것이 더욱 복잡하고 비용이 크다는 점에 수긍한다. 그러나 소송을 제기한 피고용인은 대개 손해를 배상받기 위해 더욱 복잡한 부담을 자발적으로 짊어질 것이다.

우리는 이제 우리 결정에 전제되었던 가정을 풀도록 한다. 우리는 상고인의 고용주들이 시행하였던 정책이 헌법에 위반된다고 가정하였다. 그러나 기록에는 상고인의 고용주들은 '경찰관은 어떠한 정치적 선거운동에도 공공연히 참가해서는 안 된다'는 다른 중립적인 정책에 따라 그를 해고했을지도 모른다는 일부 증거가 있기도 했다. 그러한 정책이 존재하는지, 상고인의 상관들이 정말 그러한 정책을 따랐었는지, 그 정책이 헌법적 기준에 부합하는지 여부는 모두 하급 법원에서 먼저 결정해야 할 문제이다. 우리는 이 문제에

9) Branti, 445 U. S., at 517.

대한 견해를 표명하지 않고 제3항소법원의 원심을 파기하고 이 법정의견에 부합하는 후속 절차를 위해 사건을 환송한다.

대법관 Thomas의 반대의견(2인 의견)[10]

오늘 법정의견은 공무원이, 그 자신도 행사하지 않았다고 동의한 헌법상의 권리가 침해되었다고 주장하며 연방 소송을 제기할 수 있다고 판결하였다. 연방법률은 자신의 헌법상 권리가 침해된 적이 없는 상고인에게 소인(cause of action)을 인정하지 않기 때문에 나는 법정의견에 정중히 반대한다.

(1) 사실관계의 요약

이 소송은 경찰관을 강등시킨 뉴저지 주 패터슨 시(이하 "시")의 결정과 관련이 있다. 상고인 Heffernan의 강등 시기에 패터슨 시의 시장이었던 Jose Torres는 재선을 위해 시장선거에 입후보하였고, 또 다른 후보자이자 상고인의 친구인 Lawrence Spagnola와 경쟁하였다. 경찰서장은 Torres 시장의 경호팀으로 배정된 다른 경찰관이 상고인이 근무 외 시간에 Spagnola 측 선거운동 간판을 가져가는 것을 본 후 상고인을 강등시켰다. 상고인은 간판을 가져간 것은 단지 병상의 어머니의 심부름이었을 뿐이라고 주장하였다. 상고인은 Spagnola의 선거운동을 지지하거나 함께 하지 않았다고 주장했으며 선거운동 간판을 가져옴으로써 Spagnola에 대한 지지를 전하려는 의도도 없었다고 주장하였다. 상고인이 수정헌법 제1조에 의해 보호되는 활동에 참여한 바가 없다고 확언했음에도 불구하고, 그는 고용주가 잘못된 믿음에 근거하여 자신의 수정헌법 제1조상의 권리를 침해하였다고 제소하였다.

(2) 검토

10) 대법관 Thomas, Alito의 의견.

42 U. S. C. §1983는 “어느 주의 어떤 법규, 법령, 규정, 관습, 또는 관용법을 이유 삼아 어떤 미국 시민으로부터든 헌법에 의해 보장된 어떠한 권리, 특권, 또는 면책특권을 박탈하는 모든 사람”에 대한 소인을 규정하고 있다. 따라서 상고인이 §1983상의 청구에서 승소하기 위해서는 국가(주) 행위자가 그에게서 헌법상의 권리를 박탈했어야 했다. §1983의 법문 어디에도 누군가의 헌법상의 권리를 침해하고자 하였으나 이에 실패한 공무원에 대응하는 법적 구제를 규정하고 있지는 않다.

상고인의 수정헌법 제1조상의 청구를 구성하는 데는 두 가지 방법이 있지만 어떤 것도 그의 소송을 뒷받침하지 못한다. 대부분의 §1983 소송이 그러하듯이, 상고인의 주장은 시가 그의 언론 및 집회의 자유를 방해하였다는 주장이 될 수 있다. 그러나 상고인은 그가 헌법이 보장하는 언론 및 집회에 참여한 바가 없다고 동의하였기 때문에 다수의견은 두 번째의 보다 기발한 구성에 의존해야 했다. 다수의견은 시가 위헌적으로 피고용인들의 정치적 발언을 규제하였기 때문에 상고인이 §1983상의 주장을 하였고, 그 정책으로 인해 상고인이 강등되는 결과를 낳았기 때문에 상고인이 피해자라고 결론지었다. 그러나 역시 이 이론에 따르더라도 상고인의 §1983 주장은 실패한다. 시의 정책은 비록 위헌적이라고 할지라도 그 정책이 상고인의 헌법상 권리를 침해하지 않는다면 §1983 소송의 기초가 될 수 없기 때문이다.

1) 헌법상 보호되는 상고인의 행위의 부존재

수정헌법 제1조 위반을 이유로 제소하기 위해서는 Heffernan과 같은 공무원은 그가 시민으로서 공적 문제에 대하여 말할 권리를 그의 고용주가 방해하였다고 주장해야만 한다. 만일 피고용인이 공적 문제에 관해 발언한 적이 없다면 피고용인은 수정헌법 제1조상의 소인을 갖지 못한다. 하지만 피고용인이 시민으로서 공적 문제에 대한 발언을 했었다면, 우리 법원은 해당 정부기관이 피고용인을 다른 일반대중과 달리 대우한 정당한 이유가 있는지를

고려하여야 한다.[11]

이러한 틀에 따르면 Heffernan의 청구는 첫 단계부터 실패하게 된다. 그는 자신이 '시민으로서 공적 문제에 대하여 발언'한 바가 없다고 부정하였다. 그는 실제로 Spagnola의 선거운동에 대해 지지발언을 하거나 동참한 바가 없다고 하였다. 그가 선거운동 간판을 들고 간 것은 병상에 계신 어머니의 심부름이었을 뿐이라고 주장하였다. 병상의 노모를 도운 효심 깊은 아들을 강등시키는 것은 냉담한 일이기는 하지만 위헌은 아니다.

분명히 상고인은 Spagnola의 선거운동에 동참하지 않는 것을 선택함으로써 수정헌법 제1조상의 권리를 행사할 수도 있다.[12] 그러나 그러한 주장은 이 사건에는 도움이 되지 못한다.

수정헌법 제1조 위반을 주장하기 위해서는 Heffernan의 (헌법상 보호되는) 행위가 그러한 위반의 원인이었음을 증명해야 한다.[13] Heffernan이 선거운동에 동참하지 않을 권리를 행사한 것은 그가 강등된 원인이 아니었다. 오히려 그가 Spagnola의 선거운동에 동참했다고 *인지된* 것이 원인이었다.

실제로 Heffernan은 시가 자신의 헌법상의 권리를 방해하려고 시도하였지만 실패하였다고 주장하였다. 그러나 시가 그의 수정헌법 제1조상의 권리를 침해하려고 하였다는 것만으로는 부족하다. 그의 주장이 승소하기 위해서는 실제로 시가 그렇게 하였음을 그가 입증해야 한다. 시의 시도는 실제로 Heffernan의 헌법상 권리를 침해할 정도로 성숙될 수 없었다. 왜냐하면, 시는 몰랐지만, Heffernan은 Spagnola의 선거운동을 돕지 않았기 때문이다.

비록 형법에서는 이 사건 속 패터슨 시의 행위처럼 실제로는 불가능한 시도가 미수를 구성하기도 하지만, 불법행위법에는 그러한 이론이 없다. 원고는 오직 기수의 불법행위에 대해서만 소송을 계속할 수 있다.[14] Heffernan은 기껏해야 시가 그의 수정헌법 제1조상의 권리를 방해하려고 시도했다는 정

---

11) Garcetti v. Ceballos, 547 U. S. 410, 418 (2006).

12) Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U. S. 539, 559 (1985). "표현의 자유는 자유롭게 말할 권리와 전혀 말하지 않을 권리를 모두 포함하는 것이다."

13) University of Tex. Southwestern Medical Center v. Nassar, 570 U. S. ___, ___ (2013) (slip op., at 23).

14) United States v. Stefonek, 179 F. 3d 1030, 1036 (CA7 1999). "불법행위 미수는 없다."

도만 주장할 수 있기 때문에 시가 그의 자유롭게 말할 자유 및 집회의 자유를 위반했다는 주장은 받아들여질 수 없다.

2) 헌법상의 권리의 침해인지, 법문비교가 중요한지, 선례참고는 적절한지 여부 - No

사실상 불능의 문제를 해결하기 위하여 법정의견은 이 사건을 시에게는 위헌적 동기를 가지고 행동할 권한이 없다는 내용에 관한 것으로 재구성하였다. 법정의견의 견해에 따르면, 수정헌법 제1조는, 시가 피고용인의 소속정당을 정확히 인지하였는지 여부와는 상관없이, 피고용인의 언론과 집회의 자유를 방해하려는 의도로 불리한 고용상의 조치를 취하지 못하게 하고 있다. 법정의견은 피고용인의 수정헌법 제1조상의 권리 침해의 미수도 그 기수와 마찬가지로 해롭다고 추정하고 있다. 그리고 법정의견은 시가 잘못 인지한 것에 기반한 강등조치와, 실제로 선거운동에 참여한 것에 기반한 강등조치 사이에 차이가 없다고 결론지었다.

그러나 §1983는 원고의 헌법상의 권리를 침해하지 않은 정부의 권한 없는 행위에 대해서는 그 소인을 규정하고 있지 않다.[15] 물론 수정헌법 제1조는 정부의 행위에 초점을 두고 있기는 하다. 그리고 이 사건에서 정부의 행위는 Heffernan에게 손해, 즉 강등조치를 야기하였다. 그러나 §1983은 단지 시가 그에게 손해를 야기한 경우가 아니라, 그의 헌법상의 *권리*를 침해한 경우에만 그 구제를 인정하고 있다. 불법행위법의 언어로 다시 말하면, Heffernan의 손해는 §1983의 보호법익 범위 내의 행위에서 야기된 것이어야 한다. 단순히 정부가 위헌적으로 행동하였다는 사실이 반드시 개인의 헌법상의 권리를 침해하는 결과를 낳는 것은 아니다. 비록 그 개인이 실제로 손해를 입었더라도 마찬가지이다. 예를 들어, 경찰이 운전자들을 임의로 정지시키고 운전면허증을 검사할 수 있도록 하는 법률이 있다면, 그 법률은 수정헌법 제4

15) Blessing v. Freestone, 520 U. S. 329, 340 (1997). "§1983상의 배상을 청구하기 위해서는 원고가 단순히 연방법률의 위반을 주장해서는 안 되고 연방권리의 침해를 주장해야 한다."

조를 위반한 것이다. 정지를 당하지 *않은* 운전자도 위헌적인 정책으로 인해 손해 - 예를 들어 심각한 교통정체 - 를 겪을 수 있다. 그러나 이러한 운전자들은 단순히 위헌적인 정책에 따라 손해를 입었다는 이유만으로 §1983을 원용할 수는 없다. 그들의 손해가 헌법상의 권리가 침해된 정도에 이르러야하기 때문이다.

이 사건에서도 상고인 Heffernan은 위헌적 정책에서 비롯된 손해라는 것 이상을 주장해야 한다. 그는 그 정책이 그가 자유롭게 말하고 평화롭게 집회할 헌법상의 권리를 침해하였다고 입증해야 한다. 정치적인 동기가 있는 이유 때문에 Heffernan을 강등시키는 것은 시의 권한 범위를 넘어선 일이라는 법정의견의 견해가 맞다 하더라도, 시는 Heffernan의 언론과 집회의 권리를 침해하지 않았다.

다수의견은 수정헌법 제1조와 제4조의 법문의 차이를 강조하였지만 이러한 법문의 차이는 중요하지 않다. 권리장전에 열거된 모든 권리는 정부의 행위에 초점을 두고 있다.[16] 수정헌법 제4조는 실질적인 내용의 변화 없이 공권력의 측면에서 다시 서술될 수 있다. 따라서 수정헌법 제1조가 "연방의회는 ...는 법률을 제정할 수 없다."는 문장으로 시작한다는 사실만으로 자신의 언론과 집회의 자유를 주장하기 위해 소송할 시민의 능력이 확대되지는 않는다.

반대의 결론을 내기 위해 법정의견은 Waters v. Churchill, 511 U. S. 661 (1994) 판결에만 의존하였다. 그러나 Waters 사건은 피고용인이 그의 수정헌법 제1조상의 권리를 행사하지 않은 사건에까지 §1983을 확장하려는 다수의견을 뒷받침하지는 않는다. Waters 사건과 달리 이 사건에서 Heffernan은 자신이 헌법상 보호되는 활동에 참여하지 않았다는 것을 인정하였다. 따라서 Waters 사건과 달리 그는 고용주가 헌법 제1조에 의해 보호되는 행위를 방해하였다고 주장할 수 없다. 암거위는 말하고, 숫거위는 말하지 않은 경우, '암거위에 맞는 소스'가 '숫거위에게도 맞는'다고 할 수 없다.

---

16) District of Columbia v. Heller, 554 U. S. 570, 636 (2008).

(3) 결론

만일 사실관계가 Heffernan이 주장한 대로라면, 패터슨 시가 그를 강등시킨 것은 잘못 판단되거나 틀린 것이다. 그러나 Heffernan이 그의 수정헌법 제1조상의 권리를 행사한 바가 없다는 것을 인정하고 있기 때문에, 그에게는 §1983에 따른 소인이 없다. 이에 나는 법정의견에 정중히 반대한다.