

[미국 대법관이야기]

정의란 무엇인가

- 대법관 포터 스투어트 [part1]

최승재 / 변호사

정의란 무엇인가

최근 우연히 국무총리 인준청문회를 보았다. 한 야당의원이 국무총리 후보자에게 질의를 시작하면서, <정의란 무엇인가>라는 책을 보았는지를 후보자에게 질문하는 것을 보았다. 후보자는 보았다고 이야기했고, 정의(正義)에 대해서 나름의 정의(定義)를 하였다. 그 뒤 그 후보자는 자진사퇴의 형식으로 물러남으로써 총리가 되지 못했다. 개인적으로 국회의 국무총리 인준청문회에서 <정의란 무엇인가>와 같은 철학서적이 논의의 대상이 된 것도 드문 일이라는 생각이었고, 한편으로는 얇은 책처럼 보이지만 읽어보면 결코 쉽지 않은 책이 이렇게 우리나라에서 단기간에 베스트셀러의 반열에 오르는 것도 놀랐다.

지하철을 타고 다니다가 지하철에서도 종종 이 책을 읽고 있는 사람들을 보면서 우리나라의 수준이 참 대단하다는 생각을 한다. 이 책은 공리주의, 자유주의, 목적주의 등의 여러 관점에서 소수자 우대조치(affirmative action)나 대리모(surrogate mom)와 같은 특정한 철학적인 주제에 대해서 쓰고 있다. 양식이 특이한 것이 마치 강의 중의 교수가 학생들에게 질문하는 것과 같이 독자들에게 질문을 던지고 생각하도록 유도하는 형식을 취하고 있다 싶었는데, 실제 동영상으로 제공되는 이 강의를 인터넷으로 들어보니, 아마 책에서 논의되는 주제들은 학교에서 학생들과 논의한 주제들인 것 같다. 독자들에게도 한 번 시간을 가지고 동영상을 보기를 바란다. 한편으로 샌델(Michael Sandel) 교수의 <정의란 무엇인가>와 같은 책이 신드롬을 일으키는 것이 우리 사회에 정의에 대해서 진지한 성찰을 할 필요가 있다고 많은 사람들이 생각하는 것의 증거는 아닐까하는 생각도 해본다. 필자도 일본 출장 중 도쿄의 키노쿠니야(紀伊國屋) 서점에서 이 책의 영문본을 사서는 너무나 재미있게 보았기 때문에 만일 읽지 않은 독자가 있으면 영문본도 같이 보는 것도 권하고 싶다.

미국 연방대법관 중에서도 정의(正義)란 무엇인가를 정의(定義)한 대법관이 있다. 포터 스투어트 대법관은 "공정성이 진정한 정의다.(Fairness is what justice really is.)"라고 말했다. 법학을 하는 사람들에게 가장 어려운 주제인 정의와 공정성을 한 번에 묶어서 정리해주시고 고맙기는 한데, 더 어려워진 것은 아닌지 모르겠다. 스투어트 대법관은 이 명언 외에도 검열에 대해 "검열은 사회가 자신에 대한 신뢰가 없다는 점을 보여주는 것이다."(Censorship reflects a society's lack of confidence in itself.)라는 명언을 남겼다. 그는 건강한 사회라면 사회적 부정작용을 통해서 걸러질 의사표현을 사전에 검열을 통해서 제한하는 것은 사회가 자신이 없어서 그런 것이라고 설파하였다.

출생과 성장

스튜어트 대법관은 1915년 미시간주의 주도(州都)인 잭슨(Jackson)에서 태어났다. 원래 미시간주의 주도는 디트로이트였는데, 행정수도를 잭슨으로 옮기고, 디트로이트는 자동차산업의 중심지로 경제중심으로 남았다. 그의 부친은 신시내티 출신의 공화당원으로 신시내티 시장을 역임하고, 주(州) 법관으로서도 일했고, 집안은 유복했다. 그는 고등학교를 졸업한 후 순탄하게 예일대학교에 입학했고, 37년 졸업하였다. 그리고 예일대학교 로스쿨로 진학하여 로저널 편집장 등을 거치면서, 우수한 성적으로 졸업했다. 그의 동기들 중에서는 미국 역사에 이름을 남긴 사람들이 많은데, 후일 닉슨 대통령이 워터게이트 스캔들로 물러나 부통령에서 대통령이 된 포드(Gerald R. Ford)도 있고, 대법관으로 같이 재임하기도 한 바이런 화이트(Byron R. White)도 이 시기 예일대학교 로스쿨 졸업생이다. 그는 아버지의 근거지이기도 한 신시내티에서 변호사 생활을 시작한다.

그리고 그는 1954년 연방 제6항소법원의 판사로 지명되기까지 변호사로서 일했다. 1958년 아이젠하워 대통령에 의해서 연방대법관으로 지명되어, 버튼(Harold Hitz Burton) 대법관의 후임으로 상원의 인준청문회를 거쳐 대법관이 되었다. 그리고 그는 대법관으로 워렌 코트의 끝자락을 거쳐 버거 코트를 거치며, 1981년까지 재임하였다. 그의 자리는 여성 최초의 대법관인 샌드라 데이 오코너에게 승계되었다.

성향적으로 그를 분류하면, 중도보수적인 성향이라고 말할 수 있다. 그러나 그는 진보적인 워렌 코트에서는 다소 보수적인 태도를 보인 반면, 보수적인 버거 코트에서는 오히려 다소 진보적인 성향을 보였다. 합리적인 판단자가 되고 싶어했다고 말하는 것이 옳을 것이다.

포르노그래피에 대하여

스튜어트 대법관은 "나는 이런 류의 것들에 대해서 오늘 정의할 생각은 없다. 그러나 내가 보면 나는 안다."(I shall not today attempt further to define the kinds of material but I know it when I see it.)라는 유명한 명언도 그의 명언록에 남겼다. 세상에는 "대장금"의 어린장금이의 말과 같이 흥시맛이 나니 흥시라고 할 밖에 달리 표현하기 어려운, 경험하지 않고는 정의하거나 설명할 수 없는 것이 있다. 이 말은 포르노그래피의 판단기준에 대한 말이 나오면 언제나 등장하는 유명한 표현이다. Jacobellis v. Ohio (1964) 사건{378 U.S. 184 (1964)}에서 스튜어트 대법관은 무엇이 금지대상이 되는 하드코어 포르노인지 여부를 판단하는 기준을 제시하면서 이 유명한 표현을 세상에 남겼다.

1958년작 프랑스 영화 연인들(The Lovers (Les Amants))은 프랑스에서만 260만명이 관람한 대형히트작으로 당시의 시대적인 상황으로는 매우 도발적인 영화였다. 신문사 사주인 남편은 자신의 일에 바쁘고, 아내와 자녀들에 대하여 관심이 없고, 아내는 이런 무료한 삶은 지겨워하면서, 애인이 있다. 결말은 여자주인공과 버나드라는 애인이 기존의 삶을 떠나 도망쳐 버린다는 것이다. 여성의 성적 자유가 여전히 억압되어 있던 시기, 이 영화는 도발적인 내용뿐만 아니라, 표현에서도 논란이 되어 미국에서는 포르노 영화인지 여부가 사법적 판단의 대상이 된다.

오하이오주에서 이 영화를 상영한 영화관 주인 Nico Jacobellis를 음란물 상연죄로 벌금 2,500 불을 부과한 것이 수정헌법 제1조의 표현의 자유를 침해한 것인가가 쟁점이었다.

이 사건에서 미국 연방대법원은 음란물이 아니므로 수정헌법 제1조의 표현의 자유를 향유할 수 있다고 판시하였다. 그러나 대법관들의 논거는 서로 상이하였다. 그 결과, 평의를 하고도 단일한 다수의견을 작성하지 못하고 4개의 다수의견이 작성되었고, 2개의 반대의견이 작성되는 상황이 되었다. 우선 법원의 다수의견은 브레넌 대법관이 작성하고, 골드버그 대법관이 동조한 의견이었고, 별개의견은 블랙 대법관이 작성하고, 더글라스 대법관이 동조한 의견, 스투어트 대법관의 별개의견이 있었다. 골드버그와 화이트 대법관이 일부 쟁점에 대해서 자신의 별개의견을 냈다. 이에 따라 6인의 다수의견이 4개로 나뉘게 된 것이다. 반대의견은 할란 대법관의 반대의견과 워렌 대법관이 작성하고, 클락 대법관이 동조한 의견의 2개였다.

시대적인 상황에 따라 변화하는 음란성의 판단기준에 대한 이 판결에서의 규범적 개념정의에 대한 견해는 경청할 부분이 있다. 최고법원인 대법원이 특정한 사건에 대한 해결이 아닌 일반적인 사건의 해결을 위한 법리를 무리하게 제시하는 경우, 이러한 무리한 법리가 사건해결의 장애가 될 수도 있음을 감안할 때 스투어트 대법관은 이를 피하기 위해서 개별적인 사안접근법을 하려고 하였던 것이라는 것이 필자의 개인적인 생각이다.

연방대법원의 선례인 *Roth v. United States* 판결과 *Alberts v. California* 판결을 읽는 것은 가능하다. 이렇게 이야기함으로써 나는 연방대법원이 사실은 정의할 수 없는 것을 정의하려고 시도하였다는 것을 비난하려고 하는 것은 아니다. 나는 우리 헌법상 형사적으로 처벌이 되는 것은 하드코어 포르노에 국한되어야 한다는 결론에 도달하였다. 나는 무엇이 하드코어 포르노인지에 대해서 오늘 정의할 생각은 없다. 그러나 나는 문제가 된 영화를 보면 안다.

In re Gault (1967)

스튜어트 대법관은 *In re Gault*, 387 U.S. 1 (1967) 사건에서 1인의견을 내었다. 이 사건은 아동의 인권에 대한 대표적인 옹호자였던 포타스 대법관이 다수의견을 작성한 사건으로, 수정헌법 제14조와 관련하여 아동이 형사사건의 피의자가 되는 경우, 아동에게도 어른들의 경우와 마찬가지로 변호인 선임권 등 일련의 형사절차법상의 권리가 보장되어야 하는 것을 선언을 기념비적인 사건이다.

이 사건에서 Gault는 이웃 주민에게 음란전화를 건 혐의로 아동보호소에 구금되었고, 부모는 자녀가 어디에 있는지를 통지를 받지 못하여 아동을 찾다가 아동보호소에 구금된 사실을 알고 집으로 데리고 가려고 하였으나, 이를 거절당한 사건이다. 연방대법원의 다수의견은 아동의 경우에도 미란다 사건 및 기드온 사건에서 인정된 권리가 인정된다고 판결하였다. 따라서 보호시설은 부모에게 구금사실을 통지하고, 변호인을 선임할 수 있어야 하며, 자기부죄금지(right against self-incrimination) 특권을 향유할 수 있다고 보았다.

이 사건에서 스투어트 대법관은 1인의견을 내면서, 소년법원은 처벌이 아니라, 교정

(correction)을 목적으로 하는 곳으로 헌법상 절차적인 보호조치들은 소년사건에는 적용되지 않는다고 보았다. 그는 연방대법원이 소년보호사건에서도 형사소송절차를 그대로 적용되도록 하면 일견 소년범의 인권옹호에 도움이 될 것이라고 생각할 수 있지만, 실상은 그렇지 않다면 형사정책적인 이유를 들어서 반대하였다. 자신은 이에 대한 어떤 경험이나 데이터를 가지고 있지 않지만, 소년법원과 가정법원을 만들면서, 이 과정에서 이 판결 전 70년간의 역사 속에서 소년들을 교정이라는 관점에서 접근하여 문제를 해결하려고 하였던 여러 활동가들의 노력을 감안하여 보면 연방대법원의 다수의견은 소년범에 대한 형사정책적 방향을 결코 바람직한 방향으로 변경하는 것은 아니라고 하였다.

그는 소년법들을 달리 취급하지 않고 동일하게 형사소송절차에서 판단하였던 19세기 미국에서는 12세 소년이었던 제임스 길드(James Guild)에 대해서 뉴저지 법원은 캐서린 비키(Catharine Beakes)를 살해한 사실을 형사소송절차에서 인정하고, 살인죄의 죄책을 물어 교수형에 처했고, 이러한 조치는 헌법에 위반되는 것이 아니었다는 점을 지적한다. 다수의견은 이런 역사적인 변천과정을 무시하고, 소년범에 대해서 성인과 동일한 형사소송절차를 적용하도록 하겠다는 것으로, 이 판결의 다수의견이 취하는 이러한 태도에 대해서 자신은 도저히 동의할 수 없다고 하면서 1인의견을 내었다.

일반적으로 미국 대법원사에서 비치는 스투어트 대법관의 이미지는 그리 강렬하지 않다. 그는 주로 온건한 중도보수적인 성향을 보였고, 여러 책에서 다른 동료 대법관들의 눈에 비친 스투어트도 뭔가 뚜렷하게 정의되지 않는다. 하지만 위의 In re Gault 사건에서 그의 1인의견을 읽어보면 그는 합리성을 추구하기 위해서 노력하였고, 브레넌 대법관이나 더글라스 대법관처럼 분명한 성향을 가지지 않고 합리적인 결론을 추구하였기 때문에 워렌 코트와 버거 코트에서의 그의 판결성향이 달라져 보이는 것이 아닌가 한다.

다음 연재에서는 계속 스투어트 대법관의 삶과 판결을 여행해보기로 한다.