

[미국 대법관이야기]

정의란 무엇인가

- 대법관 포터 스투어트 [part 2]

최승재 / 변호사

워렌 코트에서 버거 코트로

스튜어트가 1958년 43세에 대법관이 될 때 미국 연방대법원은 워렌 코트(1953-1969)의 끝자락이었다. 하지만 그가 대법관으로 보낸 대부분의 시기는 버거 코트에서였다. 1960년대 중반 이후 베트남 전쟁의 확산기에 반전운동, 여성인권, 흑인 등 소수인종의 인권운동이 복합적으로 진행된 워렌 코트에서의 대법관들과 달리 버거 코트의 대법관들은 워렌 코트의 시각에서 한 발 뒤로 물러나 사건을 바라보았다. 브레넌과 더굿마샬, 더글라스의 3각편대가 여전히 활동하였지만, 스투어트 대법관과 이를 이은 파월 대법관의 등장으로 합리성을 강조하는 온건블록의 등장으로 그들의 기세는 이전만 못했다. 이들 온건블록은 사법부 특유의 보수적인 시각에서 출발하였기 때문에 워렌 코트에서의 같이 가히 혁명적이라고 불릴 판결들이 양산되지는 않았다.

스튜어트 대법관은 버거 코트에서 1958년에서 1969년까지의 첫 10년 동안도 가끔 소수의견을 내곤했다. 1981년 사임함으로써 대법관직에서 물러날 때까지 그의 22년 정도의 대법관 재임기 마지막 기간 동안은 그의 스윙보트로서의 성격이 더욱 자주 드러난다. 초기 10년 동안의 그의 의견 중 중요한 것으로, 1965년 *Grisword v. Conneticut* 사건에서의 반대의견을 들 수 있다.

Grisword v. Conneticut (1965)

이 사건은 미국 헌법사에서 중요한 사건 중의 하나로서, *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965)을 검색하면, 랜드마크 사건(landmark case)라고 결과가 나올 정도의 교과서에 등장하는 사례이다. 이 사건에서는 피임약을 구입하는 행위를 위법이라고 규정한 Connecticut주법의 합헌성이 문제가 되었다. 평의결과 의견은 7대2로 나뉘었고, 다수의견은 프라이버시권(right of marital privacy)을 침해하는 위헌인 법률이라는 것이었다. 다수의견을 집필한 더글라스 대법관은 프라이버시권은 미국 연방헌법 어디에도 규정되어 있지만, 여러 헌법 조항들의 취지를 종합하면 도출할 수 있는 권리라고 하였고, 이에 동조하는 골드버그 대법관은 수정헌법 제9조에서, 할란 대법관과 화이트 대법관은 수정헌법 제14조에 근거하는 것이라는 동조의견을 내었다. 한편 칼리퍼노(Joseph A. Califano, Jr.) 변호사 같은 이는 정부의 개입으로부터 보호를 받는 프라이버시권은 수정헌법 제1조에 숨어있다고 한다. (The First Amendment has a penumbra where privacy is protected from governmental intrusion)

근거가 어찌되었건, 1960년대에 피임약을 구입하는 것을 금지하는 주법이 있고, 이 법에 기초하여 처벌하려는 주가 있다면, 이것은 금지되어야 하는 것이 아닐까 하는 것이 통상적인 이해일 것인데, 다수의견에 반대한 2인의 대법관이 있었다. 반대의견을 낸 대법관이 스투어트 대법관이고, 블랙 대법관이 이 의견에 동조하였다.

스튜어트 대법관은 누구도 피임약을 사용할 수 없다고 규정하고 있는 코네티컷주법은 비상식적인 멍청한 법(uncommonly silly law)이라고 규정한다. 그리고 실제 적용되어서도 안 된다고 생각한다. 그리고 철학적인 관점(As a philosophical matter)에서도 피임약의 사용여부는 부부가 결정할 문제이며, 그 결정은 도덕, 윤리, 종교적인 신념 등에 기초하여야 한다고 본다. 사회정책적 관점(As a matter of social policy)에서도 그는 임신여부에 대해서 전문가의 조언을 얻어서 결정하게 되면 되는 것이므로 모든 개인들의 선택은 그런 의미에서 가치를 가진다고 보았다. 따라서 다수의견이 터무니 없는 것이어서 동조하지 않는 것이 아님을 분명히 하였고, 오히려 상식에 부합하는 판단이라고 인정한다.

그러면서도, 그는 "우리가 이 사건에서 판단하여야 할 것은 법이 현명하지 못하거나, 터무니없는 것인지 여부가 아니다. 우리가 해야 할 것은 법이 미국 연방헌법을 위반한 것인지 여부이다.(But we are not asked in this case to say whether we think this law is unwise, or even asinine. We are asked to hold that it violates the United States Constitution. And that I cannot do.)"라고 하면서 사법부의 역할에 대한 자신의 견해를 피력하였다. 그러면서, 다수의견이 제시하는 헌법상 근거조문들에서 자신은 도저히 프라이버시권을 도출할 수 없으며, 헌법에 기초하지 않은 근거를 법관이 임의로 만들어서는 안 된다고 하여 반대의견을 제시하였다.

Roe v. Wade

이 판결은 뒤의 여러 중요한 사건들에 영향을 미쳤고, 그 중의 하나가 Roe v. Wade (1973)판결이다. 그리고 2003년에 선고된 Lawrence v. Texas 판결(539 U.S. 558)도 그 영향권에 있다고 이 판결의 다수의견을 작성한 케네디 대법관은 술회한다. 이 중 스투어트 대법관의 재임기에 선고된 Roe v. Wade에서 그가 보인 태도를 보는 것은 한 대법관의 관점을 살펴보는 좋은 방법이 될 것이다.

Roe v. Wade 판결은 블랙먼의 판결로 알려져 있고, 그래서 블랙먼 대법관은 Roe v. Wade의 수호자라고까지 불린다. 그러나 사실 이 판결의 다수의견을 집필하는 과정에서 블랙먼은 처음부터 확신이 있었던 것은 아니고, 그의 아내와 딸에게까지도 의견을 구하였다고 한다. 그런데 심지어 그의 딸들조차도 의견이 갈리는 상황이었다. 미국에서도 여성들이 주체적인 사회활동을 하게 된 시기는 비교적 최근이며, 1960년대는 여성운동사에서도 중요한 의미를 가지는 시기였다.

이 판결이 워렌 코트에서 이루어진 것이라면 그리 놀랄 일이 아닐 수도 있지만, 이 판결은 분명히 버거 코트에서 그것도 한 때 미네소타의 쌍둥이들(Minnesota Twins)이라고 불린 버거

대법원장의 고향친구인 블랙먼이 다수의견을 썼고, 블랙먼을 대법관으로 추천한 버거 대법원장이 이끄는 법원에서 선고된 사건이라는 점에서 더욱 놀랍다. 이 사건의 평의 과정에서 블랙먼은 스튜어트가 어느 진영에 설 것인지가 사건의 결론에 중요할 것이라고 보았다. 그는 스튜어트의 합리성을 추구하는 성격을 감안하여, 정부개입의 필요성과 임신부의 3분기 심사를 기간별 선택가능성의 부여라는 형량심사(balancing test)를 통하여 양자를 절충하는 방식을 제시했고, 그 결과 화이트, 렌퀴스트의 2인의 반대자를 제외하고, 슬그머니 다수의견에 동조한 대법원장 버거까지 7인의 다수의견을 이끌어냈다.

스튜어트가 당시 베트남전 종전(終戰)을 지지하고 있었다는 점에서 정부의 개입에 다소 부정적인 시각을 가지고 있었을지 모르지만, 스튜어트가 프라이버시권에 대한 그의 Griswold v. Connecticut 판결에서의 소수의견을 사실상 변경하여 다수의견에 동조하게 된 것은 블랙먼의 평의도출 과정에서의 조율이 성공한 결과라고 생각한다.

Ginzburg v. United States (1966) 판결과 검열에 대한 생각

검열에 대해서 스튜어트가 남긴 "검열은 사회가 자신에 대한 신뢰가 없다는 점을 보여주는 것이다."(Censorship reflects a society's lack of confidence in itself.)이라는 유명한 명언은 그의 Ginzburg v. United States 사건의 판결문의 일부이다. 이 사건의 주인공 Ginzburg는 사진작가로서 케네디 대통령의 동생인 로버트 케네디 법무장관은 그를 연방공연음란죄(federal obscenity law)를 위반한 혐의로 기소하였다.

긴즈버그는 1962년 "에로스(Eros)"라는 제목으로 모두 4회에 걸쳐서 포토에세이 형식의 출판물을 배포하였고, 이중 4번째 출판물이 문제가 되었다. 이 출판물은 13"X10" 크기의 카드보드로 만들어진 총 90매의 사진집이었다. 그 사진집에는 서로 다른 인종의 커플들이 누드로 등장하였고, 그는 "흑과 백(Black and White in Color)"이라고 이름 붙였다. 그는 성(性)을 주제로 하는 사진들에 대한 초대장을 광고목적으로 돌렸을 뿐 음란물을 배포한 것은 아니라고 주장하였으나, 1심법원과 항소법원은 모두 그의 주장을 배척하고, 그에게 유죄를 인정하였다. 이 사건에서 브레넌 대법관이 집필한 다수의견에 4인의 대법관이 동조하였다. 그 결과, 대법원은 원심을 유지하여 상고를 기각하였다.

이에 대하여 스튜어트 대법관은 반대의견을 썼다. 그는 긴즈버그가 음란물을 배포하였다고 해서 5년의 징역형을 선고받았다는 점을 상기시키면서, "만일 수정헌법 제1조가 의미가 있다면 어떤 사람도 단순히 출판물을 배포하였다고 해서 감옥에 보내져서는 안 된다는 것이다. 법관의 미적 감각에 기초한 검열은 실상 사회의 자신감 없음을 보여주는 것이다. 그리고 그것은 권위주의의 상징이다. 오래 전 수정헌법 제1조를 기안한 아버지들은 진정으로 자유로워야 사회가 진정으로 건강해진다고 보았다. 자신들이 믿는 것에 대한 표현이라는 영역에서는 그것이 좋건 나쁘건 간에 사람들의 선택에 맡겨져야 하며, 경찰관의 투박한 개입이나 법관의 처벌에 의해서 간섭받지 않아야 한다. 헌법은 그래서 우아한 표현이나 천박한 표현을 구별하고 있지 않으며, 나에게서 가치없는 책이 내 이웃에게는 중요한 가치를 가질 수도 있다. 우리 헌법이 규정한 사회는 자유로운 사회이며, 그것은 우리 각자에게 자기결정권을 부여한다."라고 썼다. 그러면서 하급심 법원이나 대법원의 다수의견이 기존의 선례인 Roth v. United States 사건(354 U.S.

476)에서 "음란물은 헌법상 보호되는 언론 및 출판의 자유의 범위 밖에 있다."라는 자구에만 의존하다고 있다고 비판하였다.

"형제들(The Brethren)", 그리고 스튜어트

우리나라에서도 안경환 교수의 번역으로 알려진 밥 우드워드(Bob Woodward)의 "형제들"은 미국 대법관 내부의 대법관들의 행동들에 대해서 궁금해하던 많은 사람들에게 신선한 충격을 준 책이다. 그런데 1985년 스튜어트 대법관이 사망하면서, 그의 유고 등을 정리하는 과정에서 저자는 사실 스튜어트 대법관이 책을 저술하는 데 가장 중요한 정보원이라는 사실을 밝혀 또 한 번 충격을 주었다. 당시까지 여러 가지 설이 분분하였던 상황이었고, 스튜어트 대법관은 다소 의외의 인물이었기 때문이다.

그의 유고들은 그의 모교인 예일대학교에 보관되어 있다. 다만 대법관 재임기의 자료는 이제 그와 같이 근무하였던 마지막 대법관이 은퇴할 때까지 열람을 제한하고 있었지만, 이제 마지막 대법관인 스티븐스 대법관이 사임함으로써 열람에 대한 제한도 해소되었을 것 같다.

스튜어트 대법관은 시대를 바꾼 대법관이라고 부르기는 어렵다. 그러나 그는 대법관으로 재직하는 기간 동안 자신이 다룬 사건들에서 자신의 견해에 대하여 동의하건, 그렇지 않든 간에 합리성을 추구하면서, 그의 세계관을 미국역사에 반영하려고 노력한 대법관이라는 점은 이번 여행에서 분명히 알 수 있을 것이다.

스튜어트의 Lynch v. Household Finance (1972) 판결문에서의 의견을 들어보는 것으로 그에 대한 여행을 마무리하고자 한다. "개인의 자유권(personal liberties)과 재산권(property right)을 구별하는 것은 잘못된 견해이다. 재산은 권리를 가질 수 없다. 사람이 권리를 가진다. 불법적인 침해 없이 재산을 가질 수 있는 권리는 언론의 자유나 주거이전의 자유보다 덜 중요하지 않는 개인의 권리이다. 그러므로 자유권과 재산권은 서로 밀접한 연관성이 있다. 어느 쪽도 다른 쪽이 없이는 의미가 없다. 재산에 대한 권리는 오래 전부터 인정된 인권이다." 우리가 익숙하게 자유권과 재산권의 서로 다른 취급을 말할 때 고인(故人)이 된 스튜어트 대법관이 우리에게 들려주는 지혜의 한마디이다.