

[미국 대법관이야기]
인권을 위해, 사형제에 다리 걸다.
- 대법관 윌리엄 브레넨 [part2]

최승재 / 변호사

1988년 개정기

1988년은 브레넨의 대법관 임기의 말년이다. 1990년 브레넨이 은퇴하고, 1991년 더굿마살이 은퇴하면서, 연방대법원의 워렌코트 세대가 사라지는 황혼기이다. 진보진영의 용사 더글라스 대법관이 1975년 11월 수차례에 걸친 병원치료에도 불구하고 대법원에서 쓰러지겠다는 그의 뜻이 흘러가는 시간을 이기지 못하고, 결국 대법원을 떠나 진보진영은 심장을 잃었지만, 여전히 진보진영에는 워렌코트의 머리인 브레넨이 있었다.

한편 1988년은 렌퀴스트 대법관의 반혁명(counter-revolution)이 시작된 해이기도 하다. 이 해는 케네디 대법관이 첫 번째 임기가 시작된 해이기도 하다. 케네디가 대법관직을 시작한 것은 1988년 개정기가 첫해이다. 이 해 민주당 후보였던 마이클 듀카키스(Michael Dukakis) 후보는 1988년 대통령 선거에서 공화당 후보에게 패색이 짙었고, 공화당 후보가 대통령이 되면 보수적인 성향으로 대법관을 지명할 것이라는 점은 명확하였다. 첫해 케네디 대법관은 적절하게 사안에 따라 자신의 의견을 잘 표명하고 있다는 평을 듣고 있었고, 대법원 내에서 전반적으로 합리적인 성향의 대법관이라고 평가를 받고 있었다.

이처럼 우리나라에서는 올림픽이 개최된 역사적인 해인 1988년은, 미국 사법사에서는 커다란 물줄기가 바뀌는 해이기도 했다.

페터슨(Patterson) 사건; 1988년 10월

10월이 되자 페터슨(Patterson) 사건{Patterson v. McLean Credit Union, 485 U.S. 617 (1988)}에 대한 논란이 달아올랐다. 1년 전인 1987년 7월 레이건 대통령이 지명한 대법관 후보자인 로버트 보크(Robert Bork) 교수의 대법관 임명에 반대하였던 진영은 인종차별 사건인 이 사건에 대해서 많은 법정 진술서(amicus brief)를 제출하면서, 워렌 코트의 방향성을 유지하려고 하였다. 반면, 반대진영은 대법원의 인종차별 사건에 대한 태도변화를 요구하고 있었다. 법정진술서 중에는 연방상원의원 66명의 서명을 받은 법정진술서도 있었을 정도로 정치적인 관심을 받았던 사건이기도 하다.

10월에 열린 대법관회의의 분위기는 3월에 있었던 대법관회의의 분위기와는 달랐다. 심지어 렌퀴스트 대법관도 1976년 대법원의 판례가 오류이기는 하지만, 선례를 변경하는 것은 신중하여야 한다는 태도를 보였다. 대법관 회의에서 테이블을 돌아가면서 대법관들이 의견을 진술하였지만, 전반적인 분위기는 워렌코트의 민권판결들을 변경하는 것이 쉽지 않다는 것을 수긍하는 상황이었다.

더곳마살 대법관은 당시 대법관 회의에서 많은 말을 하지 않았지만, 그 사건에서 만큼은 자신의 법조인생과 배치될 수 있는 결론이 나와서는 안 된다고 생각을 하고, 감정적인 표현을 써가면서 동료 대법관들을 설득하려고 하였다. 그는 *Plessy v. Ferguson* 사건의 예를 들면서, 행정부도 입법부도 인종차별을 바꾸려고 하지 않을 때 사법부가 인종차별을 깨고 나오도록 한 것이 얼마나 중요한 업적이지를 동료들에게 설명하였다. 케네디 대법관은 자신의 발언 순서가 오자, 1976년 워렌코트의 판결은 지켜져야 하는 판결이며, 자신은 1976년 판결을 변경하는 대신 1976년 판결의 다수의견에 동조하고자 한다고 말하였다. 이 말을 들은 블랙먼 대법관은 자신의 메모지에 느낌표를 두 개나 찍었을 정도로 놀랐다고 한다.

그 결과 5인의 다수의견이 된 진영은 브레넌, 더곳마살, 블랙먼, 스티븐스, 케네디 대법관이, 반대진영에는 화이트, 오코너, 렌퀴스트, 스칼리아 대법관이 뭉쳤다. 다수의견 진영의 최선임 대법관인 브레넌 대법관은 자신을 다수의견 집필자로 지정하였다. 반면 소수의견이 된 렌퀴스트는 화이트 대법관에게 집필을 부탁하였다.

패터슨(Patterson) 사건; 수개월 후

그런데 정작 브레넌 대법관이 판결문을 작성하여 대법관들에게 회람하자, 더곳마살, 블랙먼, 스티븐스 대법관은 즉시 동조한다는 메모를 보내왔지만, 케네디 대법관은 의사표명을 하지 않았다. 몇 달이 지났지만, 케네디 대법관은 브레넌 대법관에게 회신을 하지 않았다. 한편 소수의견을 작성한 화이트 대법관은 1976년 판결은 폐기되어야 하며, 따라서 이 사건에서도 패터슨의 인종차별 주장은 받아들일 수 없다는 반대의견을 작성하여 회람하였다.

블랙먼 대법관은 이 상황을 징조가 좋지 않다고 생각하였다. 사실 케네디는 브레넌 대법관의 판결초안에 대해서 불만이 있었다. 블랙먼은 자신의 로클럭을 시켜서 케네디 대법관의 의중을 알아보라고 하였다. 블랙먼의 로클럭은 케네디의 로클럭으로부터 케네디가 자신의 로클럭의 의견을 받아들여 브레넌의 의견을 취하지 않기로 결정하였으며, 케네디 대법관이 스칼리아 대법관 등과 회동을 가진 사실을 알게 되었다. 그로부터 몇일 후 케네디 대법관은 자신은 브레넌 대법관의 초안에 동의하지 않으며, 자신의 독자적인 견해에 의하면 1976년 판결은 유지하되, 당해 사건에서 패터슨의 인종차별 주장은 받아들이지 않을 것이며, 이러한 점에서 스칼리아 대법관 등과 의견을 같이한다는 취지의 의견을 회람하였다.

대법원 내의 몇 달에 걸친 혼란이 마무리되었을 무렵 케네디 대법관의 의견은 다수의견이 되었다. 왜냐하면 화이트 대법관은 자신의 반대의견을 철회하고, 케네디 대법관에 동조하였고, 렌퀴스트, 오코너, 스칼리아도 케네디 대법관에 동조하였기 때문이다. 브레넌은 케네디 대법관의 행동에 매우 실망하였다. 그러자 케네디 대법관은 자신의 로클럭들을 비난하면서, 로클럭들이

법은 알지만, 법원의 전통을 잘 몰라서 빗어진 결과라고 말했다.

하지만 패터슨 사건은 진보진영의 두 거두인 브레넨과 더굿마샬 대법관이 쇠퇴기에 있음을 분명하게 보여준 사건이었다. 브레넨은 대법관회의에서 자신이 작성한 의견서를 크게 읽을 뿐이었고, 더굿마샬은 거의 말을 하지 않았고, 그나마 하는 발언도 적절하지 못한 경우가 많아졌다. 로클릭들도 브레넨과 더굿마샬이 충분히 지휘하지 못하는 상황에서 역할을 하기 어려웠다. 더글라스 대법관을 이어받은 스티븐스 대법관이나 로(Roe) 판결의 수호자 블랙먼 대법관은 브레넨이 가지고 있던 재기와 설득력을 가지고 있지 못했다. 결국 대법원 내의 진보진영은 브레넨의 쇠퇴와 함께 힘을 잃어갈 수밖에 없었다.

오코너와 브레넨

Rose v. Lundy{455 U.S. 509 (1982)} 판결이 있었던 1982년은 오코너가 대법관이 된 첫 해였다. 최초의 여성대법관으로 조명을 받았던 그녀는 정치가 출신답게 언론의 평가에 대해서 매우 민감하였다. 브레넨은 오코너의 대법관 첫임기에 다루었던Rose v. Lundy 판결을 매우 신랄하게 비판하였다. 브레넨은 오코너가 도대체 자신이 판결에서 원용한 판결의 의미가 무엇인지도 모르고 판결을 하였다고 비난하였다. 하지만 오코너는 이러한 브레넨 대법관의 비판을 브레넨이 신참인 자신을 휘어잡아 자신의 뜻대로 움직이려고 이런 발언을 하는 것으로 이해하였다.

브레넨은 자신의 로클릭이 반대의견에서 오코너를 신랄하게 비난하는 문구를 보지 못해서 발생한 일이라고 말하였지만, 오코너 대법관은 이 사건을 잊지 않았다. 이후 설득의 명수라고 불린 브레넨도 오코너 대법관은 설득할 수 없었다. 그 결과 브레넨의 이 사건에서의 비판은 만일이 사건이 없었다면 더 일찍 진보진영에 합류할 수 있었던 오코너 대법관을 상당기간 보수진영의 일원으로 있게 만드는 계기가 되었다. 결국 오코너는 브레넨이 대법원을 지키는 동안 보수적인 태도를 유지하였다.

브레넨의 대법관 은퇴와 함께 오코너를 진보진영으로 이동하게 한 것이 스칼리아였다. 렌퀴스트의 무난한 태도와 달리 판사가 아니었다면, 신부가 적임이라고 불리는 강성 보수주의자인 스칼리아는 종종 오코너가 미온적인 태도를 취한다고 비판을 하였다. 렌퀴스트는 이러한 스칼리아의 태도에 대하여 우려를 표명하곤 했다. 그러나 이러한 우려는 결국 현실이 되어 오코너는 진보적인 성향의 중도세력의 일원으로 이동하게 되었다.

1988년 개정기는 오코너가 브레넨의 반대진영에 있었던 시기다. 1987년 개정기에 12개의 사건이 5 대 4로 의견이 나뉘었다. 그러나 1988년 개정기에는 33건이 5 대 4로 의견이 나뉘었고, 그중 19건이 렌퀴스트, 화이트, 스칼리아, 오코너, 케네디의 신보수진영이었다. 케네디 대법관은 대부분의 폭발력을 가지고 있는 사건에서 보수적인 태도를 취했던 것이다. 브레넨이 오코너를 적으로 만든 것은 1988년 개정기의 많은 사건들에서 브레넨을 소수의견을 작성하게 하는 이유가 되었다.

1990년, 대법관 브레넨의 사퇴

1990년 백악관의 법무담당관이었던 변호사출신의 보이든 그레이(Boyden Gray)는 부시 대통령 비서실장인 스누누(John Sununu)로부터 급한 전화를 받았다. 스누누는 브레넨이 사임하겠다는 의사를 대통령에게 표명하였다고 급히 말했다. 스누누는 부시대통령이 브레넨의 전화를 받고 전용기 에어포스 원(Air Force one)으로 서부에서 48시간 이내에 급히 백악관으로 돌아오고 있으며, 그가 참모들과의 후임 대법관 지명을 위한 긴급회의를 소집하였다고 말하였다. 부시 대통령에게 찾아온 첫 번째 대법관 지명은 아이젠하워 대통령 이후 공화당의 고민거리였던 브레넨이었다는 점에서 뜻밖이었다. 그는 전혀 은퇴할 뜻이 없다고 밝히고 있었다. 그러나 그해 가을 가벼운 심장마비가 오고 체력적인 한계가 여겨지자 브레넨은 33년간 유지한 대법관 직무를 내려놓기로 하였다.

원래 브레넨의 자리에 부시대통령과 공화당은 클래런스 토마스 대법관을 지명하려고 하였으나 논란을 우려하여, 당시 거의 아는 사람이 없던 은둔형의 수터를 지명하기로 하였다. 수터는 당시 많은 사람들에게 거의 알려지지 않았던 인물이었다. 하지만 그는 1987년 케네디 대법관이 지명된 때 복수의 후보 중의 한 사람이었던 만큼 공화당으로서는 전혀 생각하지 못했던 정도의 후보는 아니었다.

대법관 인준 청문회를 앞두고, 브레넨 대법관은 수터의 방문을 받았다. 대법원 청사 3층에 있던 브레넨의 직무실로 방문한 수터는 브레넨으로부터 여러 가지 조언을 들었다. 그리고 자신의 로클럭으로 하버드 로스쿨 출신의 피터 루빈(Peter Rubin)을 받았다. 그는 하버드 로스쿨의 로렌스 트라이브(Laurence Tribe) 교수의 제자로서, 트라이브 교수를 도와서 낙태를 지지하는 취지의 책을 집필하는 것을 도왔다. 이후 루빈은 수터 대법관을 도와서 진보적인 판결을 작성하도록 도왔다.

수터 대법관은 1990년 10월 대법관 취임이후 2009년 6월 은퇴하여 다시 뉴햄프셔로 돌아갈 때까지 진보진영의 일원으로서 브레넨 대법관의 계승자로서의 역할을 하였다. 피터 루빈은 수터 대법관의 로클럭을 하고 난 뒤, 변호사로 일하다가, 조지타운 로스쿨 교수로 재직 중이다. 그는 고어 대통령후보 진영의 변호사로 참여하여, Bush v. Palm Beach County 사건과 Bush v. Gore 사건에 관여하였다.