

[미국 대법관이야기]
성실한 공화당원의 표결
- 대법관 존 폴 스티븐스 [part1]

최승재 / 변호사

틀레랑스(Tolerance)

다른 사람이 나와 다르게 생각하고 행동하는 것을 많은 사람들은 참기 어려워한다. 사람들은 자신이 정해놓은 기준으로 다른 사람의 행동을 재단하고, 그에 따라서 평가하는 경향이 있다. 자신을 보호하려면 각자가 나름의 기준을 가지고 있어야 하는 것은 어찌 보면 당연한 일이다. 하지만 사회를 이루고 살아가는 인간에게 다른 사람이 달리 생각하고 행동하는 것에 대해서 비록 마음에는 들지 않지만, 그것이 사회적으로 허용될 수 있는 한계를 넘지 않는 한 그 생각이나 행동방식에 동조하지 않고 그대로 두는 것, 이것이 사회발전에 중요한 원천이 된다고 생각한다. 사회는 같음이 아니라, 다름에서 발전한다.

이러한 다름에 대한 허용, 다른 사람의 생각과 행동을 허용함으로써 각자가 자신의 생각과 행동의 자유를 향유하고, 이를 위해서 각자의 정치적, 종교적 의견이나 신념에 대한 자유를 가질 수 있고, 서로가 이를 존중하는 것, 이것이 틀레랑스이다. 필자가 꼭 한 번 가보고 싶어 하지만, 아직 가보지 못한 나라 프랑스에서 연원한 이 단어 틀레랑스는 영어의 톨러런스 (tolerance)가 인내라는 의미를 가지고 있는 것처럼 인내심을 요구한다. 그러나 이러한 인내가 당장의 나의 불편함일 수 있지만, 결국에는 나를 포함한 사회를 발전시키고, 자유를 지켜주는 수단이 된다는 것에 대해서 프랑스인들은 이해하였다고 생각한다.

사법부의 최고법원인 대법원에서 틀레랑스는 어떤 의미를 가질까. 미국 연방대법원은 지속적으로 다양성을 확보하기 위해서 노력했다. 백인(코커서스인) 남성 일색의 대법관 구성에 흑인 남성대법관이 추가되고, 백인 여성대법관이 추가되고, 그리고 히스패닉계 여성대법관이 추가되었다.

종교적으로도 소위 WASP(White-Anglo-Saxon-Protestant)이라고 불리는 백인, 앵글로색슨, 개신교 위주의 대법원에서 현재와 같이 지속적으로 소수 종교인 가톨릭이 늘어나고, 유대교를 가진 유대계 대법관이 증가하면서 연방대법원의 종교적인 다양성도 증가하였다. 스티븐스 대법관의 은퇴로 인해 현재와 같이 종교가 개신교인 연방대법관이 한 명도 없게 된 것은 매우 이례적인 상황이고, 아마 이후 대통령의 대법관직이 빌 경우 임명시에 고려될 것이라고 생각한다.

이처럼 미국 연방대법원은 다양성을 확보하여 가면서, 서로 다른 시각에서 사물을 바라보고, 그 다름이 가져오는 생경함과 불편함을 뛰어넘는 사회적 규범(norm)을 정립하기 위해서 노력하고 있다. 대법관 개개인의 행동이나 생각을 그들이 살던 시대의 글, 그들 사후의 글들을 통해서 보면 그들이 결코 서로 다른 출신의 대법관들에 대해서 편안하게 생각하고, 긍정적으로만 바라본 것은 아니라는 것을 알 수 있다. 때로는 서로 대립하고, 무시하고, 심지어 로클러들을 통한 대리전이 아닌, 직접적인 언쟁이 있기도 한다. 그러나 그럼에도 대법관으로 서로 직을 유지하면서, 그들은 나름의 톨레랑스를 훈련하였어야 할 것이다.

스티븐스 대법관의 사임

2010. 4. 9. 존 폴 스티븐스 대법관은 2010. 6. 개정기까지 재임한 후 사퇴하겠다고 사임의사를 밝혔다. 4. 20.로 90세를 넘긴 스티븐스 대법관은 1975년 제럴드 포드 대통령에 의해 대법관에 지명되었다. 필자가 2007. 11. 본 웹진 시민과변호사에 처음 스티븐스 대법관에 대한 원고를 게재하였던 당시 최고령 순위 3위였던 스티븐스 대법관은 앞 자리의 로저 태니(Roger B. Taney) 대법관을 제치고, 올리버 웬델 홈즈(Oliver Wendell Homes, Jr.) 대법관 다음의 2위 최고령 대법관이 되었다. 또 재임 기간 기준으로도 75년 취임 이후 34년 3개월 23일로 역사상 네 번째 장기 재임 대법관이다. 역대 최장기 대법관은 윌리엄 더글라스로 36년 6개월 26일동안 재임한 기록을 갖고 있다.

이제 스티븐스 대법관이 은퇴함으로써 대법원장 유고시 대행을 할 수석대법관직은 연방대법원의 신부님, 스칼리아 대법관이 되었다. 그는 1986년 9월 26일 레이건 행정부에서 지명되고 대법관으로 취임하여, 현재까지 대법관으로 재임중으로, 현재 재임중인 대법관 중 가장 먼저 대법관이 되었다. 그 다음은 케네디 대법관이다. 그도 1988년 2월 18일 대법관 취임선서를 한 레이건 행정부에서 지명된 대법관이다. 그 뒤는 1991년 10월 23일 대법관 취임선서를 한 토마스 대법관으로 그는 아버지 부시 대통령에 의해서 지명되었다.

존 그리샴의 소설 <펠리컨 브리프(Pelican Brief)>를 보면 로젠버그라는 유대계 대법관이 등장한다. 그는 연령이 100세를 넘어 산소공급기에 의지하여 생명만 연장하고 있지만, 계속된 공화당 정권의 지속으로 퇴임하지 못하고 있는 것으로 묘사된 대법관이 등장한다. 하지만 실제 미국 연방대법관 중 최고령이었던 대법관인 홈즈 대법관도 92세에 은퇴하였기 때문에, 100세를 넘긴 대법관은 아직까지는 없다. 위중한 병세에도 사임을 거부하고, 휠체어를 타고 법정에 등장하고, 진보적인 의견을 내면서, 열성팬을 가진 모습이 더글라스 대법관을 연상시키지만, 더글라스 대법관은 최장기 재임 대법관이기는 했지만, 최고령 대법관은 아니니 소설 속의 인물은 이들을 복합한 가상의 인물인 것이다.

한편 민주당 정권에서 은퇴하려고 했다는 점에서 소설속 로젠버그 대법관과 실제 스티븐스 대법관은 같다. 그는 오바마 대통령의 임기중에 반드시 사임하겠다는 입장을 밝힌 바 있었다. 공화당 지명의 대법관임에도 스티븐스 대법관은 동성애자와 같은 소수자의 권리를 옹호하고, 낙태를 허용하는 로 판결을 지지하였으며 사형제도에 대해 위헌이라는 입장을 가진 대표적인 진보성향의 대법관이었기 때문에 그가 후임 대법관이 공화당이 아닌, 민주당 출신 대통령이 지명

하였으면 하는 것은 충분히 이해할 수 있는 일이다. 미국 역사상 가장 위대한 대법관의 한 사람으로 꼽히¹는 더글라스 대법관을 이어받은 대법관 스티븐스는 하나의 전설이 되었다. 그리고 그 자리는 엘레나 케이건 대법관에게 이어졌다. 이로서 유대계(케이건), 강한 진보성향(더글라스), 그리고 고령(스티븐스)이라는 요소를 종합되어 그리샴의 소설 속 로젠버그 대법관이 되었다. 1992년 소설이니 그리샴의 작품 속 묘사를 결합한 3대가 현실이 된 것이다.

스티븐스 대법관을 이어받은 케이건 대법관도 군대 내 동성애와 관련된 사안으로 인해서 유명해진 것처럼 동성애에 대하여 관대한 성향을 가지고 있다. 스티븐스 대법관도 같은 성향이다. 존 그리샴의 소설 <펠리컨 브리프(Pelican Brief)>를 보면, 살해된 대법관 중에 젠센 대법관이라는 이름이 나온다. 그는 동성애자인 대법관으로 등장한다. 미국 연방대법원의 역사에서 공식적으로 연방대법관 중에서 동성애자로 밝혀졌거나, 스스로 밝힌 대법관은 없는 것으로 알고 있다.

스티븐스 대법관은 본인 스스로 인준청문회에서 밝힌 것처럼 건전한 공화당원으로서, 자신의 성향이 보수적이라고 생각하였던 대법관으로 동성애에 대해서 특별한 호감을 가졌던 것은 아니라고 본다. 다만 그는 동성애와 같은 성적 소수자도 톨레랑스의 대상이 되어야 한다고 본 것일 것이리라.

사형제에 대하여

스티븐스 대법관은 퍼먼 대 조지아 판결(Furman v. Georgia, 408 U.S. 238 (1972))로 인하여 잠들어 있던 사형제도를 부활시킨 그렉 대 조지아 판결(Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153 (1976))에서 다수의견에 동의하였다. 연방대법원의 퍼먼 대 조지아 판결은 Jackson v. Georgia 사건과 Branch v. Texas 사건을 병합하여 선고한 사건으로 이 판결을 통하여 사형제는 사실상 금지되는 효과가 생겼다. 퍼먼 대 조지아 판결은 강간에 대하여 선택할 수 있는 처벌로 사형을 규정하고 선택할 수 있는가 하는 쟁점에 대한 사건으로 관련된 2개의 사건을 병합한 연방대법원은 강간에 대하여 사형을 선고하는 것은 위헌이라고 판결하였다.

그렉 대 조지아 판결도 퍼먼 대 조지아 판결처럼 연방대법원이 Proffitt v. Florida, Jurek v. Texas, Woodson v. North Carolina, and Roberts v. Louisiana 등 여러 개의 관련 사건을 병합하여 선고한 판결이다. 수정헌법 제8조의 잔혹한 형벌(cruel and unusual punishments) 금지 규정에 위반인지 여부에 대한 이 사건들은 모두 살인에 대해서 사형을 선고하는 것이 위헌인가 하는 공통의 질문을 가지고 있는 사건들이었다. 스투어트 대법관이 다수의견을 작성한 이 판결에서 연방대법원은 사형이 잔혹한 형벌이 되지 않기 위해서는 사형을 제한하는 직접적이고 객관적인 기준이 제시되어야 하며, 사형을 선고하는 법관이나 배심원들이 피고인의 개별적인 성향과 관련 기록을 반드시 검토하도록 하여야 하고, 이러한 조건이 성취되면 사형을 선고형으로 선택하는 것도 위헌이 아니라고 판결하였다.

스티븐스 대법관이 대법관 취임 초기에 관여한 이 판결은 사형제에 대한 그의 초기 생각을 보여주는 판결이다. 대법관 재임 초기 스티븐스 대법관은 소수자우대정책과 관련된 판결(Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978))에서 버거(Burger) 대법원장, 스투어트(Stewart), 랭퀴스트(Rehnquist) 대법관 등과 함께 4인 소수의견

에 동조하였다. 이들은 대학교의 입학전형에 있어서 인종이라는 요인을 고려하여서는 안 된다는 의견을 피력하였고, 스티븐스의 반대의견에 합류하였다. 대법관 재임 초기의 스티븐스 대법관의 생각은 대체로 보수적이었다. 하지만 그의 사형제에 대한 생각은 여전히 사형제도 자체가 위험이라고 생각하지는 않았지만, 사형제도나 사형의 방식에 대해서 종종 회의적인 시각을 드러낸다.

Baze v. Rees, 553 U.S. 35 (2008)

이 사건은 대법원이 2007년 상고허가를 한 연후에 많은 논란이 된 사건이다. 이 사건에서 약물을 투여하여 사형을 집행하는 방식이 잔혹형으로 금지되어야 한다는 주장의 당부가 문제되었다. 대법원은 2008년 1월 7일 구두변론을 개시한 이후, 2008년 4월 16일 켄터키주의 약물투여에 의한 사형집행방식은 합헌이라고 7대 2로 판단하였다. 이 사건에서 수터 대법관과 긴즈버그 대법관이 반대의견을 피력하였고, 스티븐스 대법관은 다수의견에 대하여 별개의견을 내었다. 이 별개의견을 통해서 30년 이상을 재임한 노(老) 대법관의 사형제에 대한 시각을 잘 알 수 있다.

그는 별개의견에서 "사형제의 가장 일차적인 논거는 되갚음(retribution)이다. 1950년 데닝 경은 어떤 유형의 범죄는 사회적으로 도저히 참을 수 없는 것이어서 그 경우에는 처벌이 억지력을 가지고 있는가와 무관하게 이루어져야 하는 경우가 있다고 말하였다. 수정헌법 제8조는 이와 같은 유형의 도저히 참을 수 없는 범죄의 유형을 축소하는 역할을 한다. 만일 어떤 경우에도 사형을 집행하지 않는다면, 이는 피해자들에게 매우 가혹한 것이다. 극악한 범죄에 대한 자연적인 요청은 응징에 대한 욕구다"라고 썼다.

그는 흔히 진보적인 대법관으로만 알려져 있지만 이 노(老) 대법관은 사형제에 대한 30년간의 고민을 통하여 균형잡힌 수정헌법 제8조에 대한 시각을 제시하려고 하였음을 알 수 있다.

<인물>

데닝 경(Sir Lord Denning); 알프레드 톰슨 데닝(Alfred Thompson Denning)(1899. 1. 23. - 1999. 3. 5.)을 흔히 줄여 데닝 경이라고 부른다. 영국의 법학자이면서, 판사이다. 100년의 세월을 살면서, 옥스퍼드 대학에서 수학과 법학을 공부하고, 배리스터로 일하다가 1944년 처음으로 판사가 되어 38년간 여러 법원에서 판사로서 일하였다. 그는 판사로서 일하면서 보통법(common law)의 현대화와 관련된 주요한 저술을 하였다. 한편 영국의 저명한 법학자이면서, 판사로 관여한 길포트의 4인(Guilford Four) 판결과 관련하여 여러 논란의 중심에 서게 되었다. 이 사건은 "다니엘 데이 루이스"가 주연한 <아버지의 이름으로>(1993)라는 영화도 있으니 궁금한 독자는 찾아보면 될 것이다.