## 변호인이 피고인의 의사에 반하여 유죄를 인정할 수 있는지 여부1)

#### 1. 사건개요

이 사건은 비록 유죄를 인정하는 것이 사형을 피하는 최선의 방법이라고 생각되더라도, 피고인이 그러한 유죄의 인정에 반대하고 있는 상황에서 변호 인이 피고인의 유죄를 인정하는 것은 수정헌법 제6조2)에 부합되지 않는다고 판결한 사건이다.

2008년 5월 5일, 루이지애나 주 보시어 시티(Bossier City)에서 세 명이 총에 맞아 살해당했는데 이들은 이 사건 피고인인 로버트 맥코이(Robert McCoy)의 별거 중인 아내의 어머니, 의붓아버지, 아들이었다. 며칠 후 맥코이는 아이다호 주에서 체포되었으며 루이지애나 주로 인도되면서 국선변호인이 지정되었다. 대배심은 맥코이를 세 건의 1급 살인으로 기소하였으나 맥코이는 범행을 부인하였다. 소송이 진행되는 동안 그는 살인사건 당시 자신은 루이지애나 주에 없었으며 비리 경찰이 마약 거래가 잘못되자 피해자들을 죽인 것이라고 끈질기게 주장하였다. 피고인 측 변호인의 요청에 의해 법원이 지정한 위원회가 맥코이의 정신상태를 검사하였고 그에게 소송능력이 있다고 판단하였다.

2009년 12월과 2010년 1월에 맥코이는 국선변호인과의 관계가 깨졌음을 법원에 알렸고, 2010년 3월에 맥코이의 부모가 고용한 래리 잉글리쉬(Larry English)를 그의 변호인으로 등록하였다. 잉글리쉬는 맥코이에게 불리한 증거가 너무도 강력해서 유죄여부 판단 단계(guilt phase)3)에서 맥코이가 살인범임을 인정하지 않고는 양형단계(penalty phase)에서 사형을 면하기 어려울

<sup>1)</sup> McCoy v. Louisiana, 584 U. S. \_\_\_ (2018)(No. 16-8255)(2018. 5. 14. 결정).

<sup>2)</sup> 미국 수정헌법 제6조

모든 형사소추에 있어서, 피고인은 범죄가 행하여진 주 및 법률이 미리 정하는 지역의 공정한 배심에 의한 신속한 공판을 받을 권리, 사건의 성질과 이유에 관하여 통고 받을 권리, 자신에게 불리한 증인과 다툴(대질심문 받을) 권리, 자신에게 유리한 증인을 얻기 위하여 강제적 절차를 취할 권리, 자신의 변호를 위하여 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다.

<sup>3)</sup> 사형재판의 단계 중 피고인이 유죄인지 여부를 판단하는 단계로, 이 단계에서 배심원단이 유죄평결을 내리면 형의 가중요소와 감경요소 등을 감안하여 형을 결정하는 양형단계(penalty phase)로 넘어간다.

것이라는 결론에 다다랐다. 잉글리쉬는 배심원단 앞에서 맥코이가 세 건의 살인을 저질렀음을 인정할 것이라고 말했고, 이를 들은 맥코이는 격노하였 다. 맥코이는 잉글리쉬에게 살인을 인정하지 말라고 말하였으며, 잉글리쉬는 그의 전적인 반대를 알고 있었다. 맥코이는 잉글리쉬에게 유죄의 인정 대신 무죄선고를 받아내도록 힘쓰라고 압박하였다.

2011년 7월 26일, 맥코이는 잉글리쉬의 법률대리를 종료하고자 하였고 잉 글리쉬도 맥코이가 다른 변호인을 확보하면 그와 교체해줄 것을 요청하였다. 하지만 법원은 재판이 시작되기 이틀 전임을 고려하여 이를 거절하고 잉글 리쉬에게 변호인으로 남아있을 것을 지시하였다. 재판의 모두진술에서 잉글 리쉬는 배심원단에게 로버트 맥코이가 피해자들의 사망의 원인이었다는 결 론에 다다를 수밖에 없다고 말하였다. 맥코이는 이에 항의하며, 잉글리쉬가 자신이 가족들을 살해하였다고 주장함으로써 그를 배반하고 있다고 법원에 진술하였다. 그러나 법원은 잉글리쉬가 맥코이의 법률대리인이며 법원은 더 이상의 감정 폭발은 허용하지 않을 것이라고 맥코이에게 경고하였다. 잉글리 쉬는 모두진술을 이어가며 증거는 명백하고 의뢰인이 세 건의 살인을 저질 렀다고 배심원단에게 말하였다. 맥코이는 자신의 무죄를 주장하였고 이해하 기 어려운 자신의 알리바이를 강조하였다. 잉글리쉬는 최종변론에서도 맥코 이가 살인범이라고 재차 말하였다. 배심원단은 전원일치로 세 건의 1급 살인 에 유죄 평결을 내렸다. 양형단계에서 잉글리쉬는 다시 맥코이가 이 범죄들 을 저질렀다고 인정하였지만, 맥코이의 심각한 정신적, 감정적 문제를 고려 하여 자비를 촉구하였다. 그렇지만 배심원단은 사형 평결을 내렸다.

맥코이는 자신의 반대에도 불구하고 그가 세 건의 살인을 저질렀다고 잉글리쉬가 인정하는 것을 제1심 법원이 허용함으로써 그의 헌법상의 권리가침해되었다고 주장하였다. 제2심 법원은 피고인 측 변호인은 피고인의 반대에도 불구하고 유죄를 인정할 권한이 있다는 제1심 법원의 판결을 확정하였다. 법원은 변호인이 유죄를 인정하는 것이 맥코이가 사형선고를 피할 수 있는 최선의 방법이라고 합리적으로 믿었기 때문에 그러한 유죄의 인정이 허

용된다고 판결하였다.

연방대법원은 피고인의 고집스럽고 분명한 반대에도 불구하고 변호인이 유죄를 인정하는 것에 대하여 이를 허용하는 것이 위헌인지 아닌지 각 주의 종심법원이 의견을 달리하고 있음을 고려하여 상고를 허가하였다. 그리고 이 에 대하여 위헌이라고 판단하여 원심을 파기환송하였다.

#### 2. 판결요지

# 대법원장 Ginsburg의 법정의견(6인 의견)4)

우리 연방대법원은 Florida v. Nixon 판결에서5 피고인이 동의도 반대도하지 않는 경우에 재판에서 피고인 측 변호인이 피고인의 유죄를 인정하는 것이 헌법상 금지되는지 여부를 다룬 바 있다. 이 판결에서 피고인 측 변호인은 재판 과정 중 유죄여부 판단 단계에서 유죄를 인정하는 전략을 제안하고 설명하였으나 피고인은 이에 대해 대답을 하지 않았다.6) 우리 연방대법원은 변호인이 피고인과 상의하였고 피고인이 변호인이 제안한 유죄 인정 전략을 받아들이지도, 반대하지도 않은 채 침묵을 지키는 경우, 어떠한 일반규칙도 그러한 전략의 실행에 피고인의 명시적인 동의를 요구하지는 않는다고판결하였다.7)

Nixon 판결과 달리, 지금 이 사건 피고인은 기소된 범죄에 연루된 바가 없다고 주장하며 어떠한 유죄의 인정도 단호하게 거부하고 있다. 그러나 제1심 법원은 유죄여부 판단 단계에서 변호인이 배심원단에게 피고인이 세 건의 살인을 저질러 유죄라고 말하는 것을 허용하였다. 우리 연방대법원은 비록 변호인의 관점상 유죄를 인정하는 것이 피고인이 사형을 피할 수 있는 최선의 방법이라고 생각되더라도, 피고인에게는 변호인이 유죄를 인정하지

<sup>4)</sup> 대법원장 Roberts와 대법관 Ginsburg, Kennedy, Breyer, Sotomayor, Kagan의 의견.

<sup>5)</sup> Florida v. Nixon, 543 U. S. 175 (2004).

<sup>6)</sup> Nixon, 543 U.S., at 186.

<sup>7)</sup> Id., at 192.

못하도록 할 권리가 있다고 판단한다. 수정헌법 제6조는 피고인에게 "자신의 변호를 위하여 변호인의 조력을 받을(to have the Assistance of Counsel for his defence)" 권리를 보장함으로써 이를 요구하고 있다. 개인의 자유가 — 사형사건의 경우에는 생명이 — 걸려있기에, 변호의 목적(선고 단계에서 자비를 얻을 희망으로 유죄를 인정할 것인지, 아니면 그의 유죄가 합리적인 의심을 넘어서는 것인지를 주가 입증하도록 남겨둔 채 자신의 무죄를 계속 주장할 것인지)을 결정할 권리는 변호인이 아닌 피고인의 특권이다.

# (1) 자신의 변호의 목적을 결정할 권리는 피고인에게 있음

수정헌법 제6조는 자신의 변호를 위하여 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하고 있다. 보통법(common law) 체제에서는 스스로 변론하는 것이 일반적이었으나 현재는 대부분의 피고인들이 변호인을 두고 있다. 하지만 이는 양자택일이 아니다. 피고인이 조력을 받기 위해 모든 통제권을 전적으로 변호인에게 넘길 필요는 없다. 변호인의 '조력'은 아무리 전문적이어도 여전히 조력일 뿐이다. 재판의 운용은 변호사의 소관분야이더라도 어떠한 결정은 의뢰인 몫으로 남겨져 있다. 특히, 유죄의 인정, 배심재판의 포기, 자신을 위한증언, 항소의 포기 등이 그러하다.

변호의 목적을 무죄의 주장이라고 정하는 자주권은 후자의 범주, 즉 의뢰인의 몫에 속한다. 피고인이 자신에게 불리한 강력한 증거를 대면하고도 확고하게 유죄의 인정을 거부하거나, 자신의 경험부족과 전문자격의 결여에도 불구하고 변호인의 조력을 거부할 수 있는 것처럼, 유죄여부 판단 단계에서 자신의 무죄를 고집할 것을 주장할 수 있다. 이것은 의뢰인의 목적을 어떻게 가장 잘 달성할 것인가에 대한 전략적인 선택이 아니라 의뢰인의 목적이 실제로 무엇인가에 관한 결정이다.

변호인은, 이 사건 잉글리쉬가 그러했던 것처럼, 유죄의 인정이 사형을 피할 가장 적합한 방법이라고 합리적으로 평가할 수 있다. 그러나 의뢰인은 그

러한 목적을 공유하지 않을 수 있다. 의뢰인은 다른 무엇보다도 자신이 가족을 죽였다는 것을 인정할 때 따라오는 오명을 피하고 싶을 수 있다. 또는 교도소에서의 삶을 살 가치가 없는 것으로 여기고 아무리 작을지라도 면죄의희망을 위해 죽음의 위험을 감수하기를 선호할 수도 있다. 의뢰인이 분명하게 "자신의 변호"의 목적이 기소된 범죄 행위에 대해 무죄임을 주장하는 것이라고 하는 경우에 그의 변호인은 그러한 목적에 따라야 하고, 유죄를 인정함으로써 이를 무시해서는 안 된다.8)

만일, 잉글리쉬와의 상의가 끝난 이후에도 맥코이가 세 건의 살인을 인정하자는 잉글리쉬의 제안에 동의하지 않았다면, 잉글리쉬가 그러한 맥코이의반대를 무시하는 것은 허락되지 않는다.

# (2) 피고인의 분명한 반대의사가 있었고, 변호사 윤리규정에도 어긋나지 않으며, 다른 주 대법원의 판례들도 있음

Florida v. Nixon 판결도 이에 반대되지 않는다. 닉슨(Nixon)의 변호인은 닉슨이 바라는 변호의 목적을 무시한 것이 아니었다. 닉슨이 그러한 목적을 주장한 적이 없었던 것이다. 닉슨은 재판전략을 상의하는 동안 대체로 묵묵부답이었고 변호인이 제안한 방법에 구두로 승인하지도 반대하지도 않았다. 닉슨은 그의 유죄를 인정한 것에 대하여 재판 후에야 항의하였을 뿐이었다. 반대로 맥코이는 잉글리쉬가 자신의 유죄를 주장하는 것에 대하여, 재판 전에도 재판 중에도, 변호인과의 회담에서도 공개 법정에서도 기회가 있을 때마다 반대하였다. 변호인은 의뢰인이 자신의 변호에 참여하기를 거절한다면 피고인에게 최선이라고 생각되는 전략에 따라 피고인을 이끌어 갈 수 있다. 그러나 의뢰인이 무죄를 주장할 것이라는 분명한 진술이 제시된다면 변호인은 다른 방향으로 끌고 갈 수 없다.

루이지애나 주 대법원은 잉글리쉬가 맥코이의 무죄 주장을 거절한 것은

<sup>8)</sup> ABA Model Rule of Professional Conduct 1.2(a) (2016)에 따르면 "변호인은 법률대리의 목적에 관한 의뢰인의 결정에 따라야 한다."

루이지애나 변호사 윤리규정%상 — 변호사는 그가 범죄 또는 사기임을 아는행위에 의뢰인을 가담시키는 조언을 하거나 이에 조력해서는 안 된다는 규정 — 부득이한 것이었다고 판단하였다. 법원은 맥코이의 알리바이를 제시하는 것은 잉글리쉬를 위증죄에 연루시키며 그를 윤리적 난제에 처하게 했을 것이라고 하였다. 그러나 미 변호사협회의 윤리규정10)에 따르면 위증의 금지는 변호인이 증언이 거짓임을 알았을 때에만 적용된다. 맥코이가 자신이 한말을 믿고 있다는 데에 있어 잉글리쉬는 의심을 품지 않았다. 잉글리쉬가 유죄를 인정했던 분명한 동기는 위증교사를 피하는 것이 아니라 배심원단과신뢰를 쌓아 사형보다 낮은 선고를 받는 것이었다. 만일 잉글리쉬가 위증이라고 알았다면 루이지애나 변호사 윤리규정에 따라 알리바이를 제시할 수없었을 것이다. 하지만 맥코이의 반대에도 불구하고 잉글리쉬에게 유죄를 인정하도록 강제하는 루이지애나 변호사 윤리규정은 발견되지 않는다.

반대의견은 잉글리쉬와 맥코이의 갈등이 '드물고' '다시 일어날 가능성이 낮은' 것이라고 서술하였다. 그러나 루이지애나 주 대법원은 지난 20년간 이러한 갈등을 다루었던 다른 세 개의 주 대법원의 판결<sup>11)</sup>과 다른 입장을 취했다. 이들 세 판결은 이 사건과 마찬가지로 변호인이 피고인의 범행을 인정하고 대신 의사능력의 결함, 정신질환, 고의의 부재를 방어전략으로 추구하였지만, 피고인이 반복적으로 단호하게 자신의 무죄를 주장하였다.<sup>12)</sup> 이것은 기소된 범죄의 성립요건에 동의할 것인가 하는 전략적인 분쟁이 아니라 피고인의 법률대리의 근본적인 목적에 대한 의견의 불일치였던 것이다. 맥코이에게 그 목적은 "나는 가족을 죽이지 않았다"고 주장하는 것이었다. 이렇게차이가 극명한 시나리오에서 우리 연방대법원은 변호인이 의뢰인의 고집스러운 반대에도 불구하고 의뢰인의 유죄를 인정해서는 안 된다고 생각한다.

<sup>9)</sup> Louisiana Rule of Professional Conduct 1,2(d) (2017).

<sup>10)</sup> ABA Model Rule of Professional Conduct 3.3, Comment 8.

<sup>11)</sup> People v. Bergerud, 223 P. 3d 686 (Colo. 2010); Cooke v. State, 977 A. 2d 803 (Del.2009); State v. Carter, 270 Kan. 426, 14 P. 3d 1138 (2000).

<sup>12)</sup> Bergerud, 223 P. 3d, at 690-691; Cooke, 977 A. 2d, at 814; Carter, 270 Kan., at 429, 14 P. 3d, at 1141.

#### (3) 결론

래리 잉글리쉬는 어려운 처지에 처해 있었다. 그는 법률대리의 목적이 사형을 피하는 것이라고 합리적으로 생각하였다. 그러나 맥코이는 끈질기게 가족을 죽이지 않았음을 주장하였다. 그가 잉글리쉬가 제안한 전략을 맹렬하게 반대하면서 이를 법원과 변호인에게 알린 이상, 유죄의 인정이라는 전략은 더 이상 고려하지 않았어야 했다. 제1심 법원이 맥코이의 지속적인 반대에도 불구하고 잉글리쉬가 맥코이의 유죄를 인정하도록 허용한 것은 수정헌법 제6조에 부합되지 않는다. 또한 이러한 오류는 구조적(structural) 오류13)로서 재심이 요구된다.

기술한 이유로, 루이지애나 주 대법원의 판결을 파기 환송한다.

## 대법관 Alito의 반대의견(3인 의견)14)

헌법은 우리 연방대법원에게 실제의 사건과 논쟁을 판결할 권한을 주었지, 일을 쉽게 만들고 원하는 결과를 얻기 위하여 사건의 사실관계를 단순화하거나 달리 변경할 권한을 준 것이 아니다. 그러나 법정의견은 이 사건에서바로 그렇게 하고 있다. 법정의견은 잉글리쉬가 의뢰인의 고집스러운 반대에도 불구하고 의뢰인의 유죄를 인정함으로써 상고인 맥코이의 헌법상의 권리를 침해하였다고 판결하였다. 그러나 잉글리쉬는 상고인이 1급 살인의 유죄라고 인정하지 않았다. 대신 그는, 상고인이 세 명의 피해자를 총으로 쏴 죽였다는 강력한 증거에 직면하여, 상고인이 범죄의 성립요건 중 하나, 즉 그가 피해자를 살해했다는 사실만을 인정하였다. 그러나 잉글리쉬는 상고인에게 고의가 없었기 때문에 1급 살인의 유죄가 아니라고 강력히 주장하였다. 그러므로 법정의견이 새롭게 발견한 기본권은 이 사건의 실제 사실관계에는

<sup>13)</sup> 구조적 오류는 재판이 진행되는 체제(framework)에 영향을 미치는 것으로, 단순히 재판 과정 내의 오류인 과실이나 흠결과는 구별된다.

<sup>14)</sup> 대법관 Alito, Thomas, Gorsuch의 의견.

적용되지 않는다.

## (1) 변호인이 처했던 난해한 상황 및 모순적인 두 가지 변론의 예시

실제 사건은 보다 복잡하다. 실제로 상고인의 재판이 시작될 때 잉글리쉬가 처한 상황은 다시 일어날 가능성이 낮은 요소들이 기이하게 합쳐진 결과였다.

맥코이에게 불리한 증거는 실로 강력한 것이었다. 맥코이는 소송능력이 있다고 판정받았고, 정신이상에 의한 유죄를 인정하는 것도 거부하였으며, 강력한 증거에도 불구하고 피해자들을 살해하지 않았다고 주장하였다. 그는 피해자들이 살해당한 것은 지역 경찰에 의한 것이었으며, 루이지애나 주에서 아이다호 주에 걸친 주와 연방 공무원들의 음모에 의해 누명을 쓴 것이라고 주장하였다. 상고인은 그의 변호인과 1심 법원 판사들까지도 그러한 음모에 가담했다고 믿었다.

이러한 믿기 어렵고 입증되지 않은 방어에 동조하는 것이 내키지 않았던 잉글리쉬는 재판 전 약 8개월간 상고인에게 유일한 성공 가능한 전략은 살 인을 인정하고 사형을 피하는데 집중하는 것이라고 말하였다. 그 당시에 상 고인은 잉글리쉬의 강경한 의견을 알았고 그를 해임하고 새로운 변호인을 찾을 수 있었다. 그러나 상고인은 몇 번이나 잉글리쉬에 대해 확신한다고 말 하였다.

그러나 재판 전 주말 상고인은 마음을 바꿔 법원에 잉글리쉬의 교체를 요청하였고 잉글리쉬도 물러나게 해줄 것을 요청하였다. 그러나 새로운 변호인이 없었던 상황에서 법원은 이를 거절하였고 잉글리쉬와 상고인은 억지로 변호사-의뢰인 관계를 이어나갈 수밖에 없었던 것이다. 이러한 상황에서 잉글리쉬가 무엇을 해야 했을까? 상고인이 주장하는 대로 음모라고 방어를 하는 것은 무죄선고를 받을 승산도 없었고, 잉글리쉬에 대한 배심원단의 신뢰를 심각하게 해쳐서 양형단계에서 그가 사형선고를 막기 위해 효과적인 변

론을 펼치는데 악영향을 미쳤을 것이다. 상고인의 방식을 택한다는 것은 검사가 상고인을 사형실로 보내는데 일조할 뿐이었을 것이다. 그러면 다시, 잉글리쉬는 무엇을 해야 했을까?

잉글리쉬는 상고인이 피해자들을 총으로 쐈다는 사실을 인정하는 대신 그 사실을 아예 무시했어야 했다. 아래의 두 서술이 있다.

합한: 1급 살인은 피고인이 피해자를 살해했고, 살해의 고의가 있었다는 두 가지가 모두 입증되어야 합니다. 저는 여러분에게 의뢰인은 그러한 범죄의 유죄선고에 요구되는 고의가 없었다고 주장합니다.

위헌: 1급 살인은 피고인이 피해자를 살해했고, 살해의 고의가 있었다는 두 가지가 모두 입증되어야 합니다. 저는 저의 의뢰인이 피해자들을 총으로 쏴 살해했다는 것을 인정합니다. 그러나 저는 여러분에게 의뢰인은 그러한 범죄의 유죄선고에 요구되는 고의가 없었다고 주장합니다.

위의 두 서술 사이의 실질적인 차이는 무시해도 될 정도로 작다. 만일 잉글리쉬가 현저하게 상고인의 이야기를 지지하지 않고, 그의 변론이 상고인의 미심쩍은 정신상태에만 기반을 두었다면, 배심원단은 잉글리쉬가 기본적으로 상고인이 피해자들을 살해했다는 사실에 동의하고 있다고 받아들일 것이 확실하기 때문이다. 그러나 첫 번째 서술은 완벽히 괜찮은 반면, 두 번째 서술은 피고인의 유죄판결을 파기할 정도로 엄청난 권리침해가 된다.

## (2) 사건의 희귀성

지금 법정의견이 발견한 헌법상의 권리 — 기소된 모든 범죄에 대하여 변호사에게 피고인의 유죄를 부인하도록 할 형사피고인의 권리 — 는 향후 다년간 등장할 것 같지 않다.

첫째, 그러한 권리는 배심원단이 유죄여부와 형벌을 모두 결정해야하는

사형사건 외에는 그 작동을 생각하기 어렵다. 대부분의 사건에서 배심원단은 유무죄여부만을 판단하기 때문에 기소된 모든 범죄에 대한 유죄를 인정하는 것으로는 얻을 것이 없다. 그러므로 법정의견이 발견한 권리는 사실상 사형 사건에만 제한된다.

둘째, 무죄선고를 받을 확률이 사실상 없고 유죄의 인정이 사형을 피할 기회를 높여주는 상황에서, 사형선고를 받을지도 모르는 상황을 목전에 두고 유죄를 인정하지 않겠다고 고집하는 이성적인 피고인은 거의 없을 것이다. 그러므로 그러한 권리는 비이성적인 사형사건의 피고인이 관계된 사건에서 나 등장할 것이다.

셋째, 사형사건의 피고인과 그가 고용한 변호인이 기초적인 재판전략에 있어 불일치한다면, 이 사건처럼 법원이 재판 전날까지 고지 받지 못한 경우가 아닌 이상, 그 변호인과 의뢰인은 일반적으로 갈라서고 의뢰인은 새로운 변호사를 찾을 것이다. 그러므로 이 권리가 제기되는 경우는 비이성적인 사형사건의 피고인이 자신의 변호인이 제안한 전략에 동의하지 않으면서도 여전히 변호인과의 고용관계를 유지하는 경우로 더욱 제한될 것이다.

넷째, 만일 국선변호인이 피고인의 반대에도 불구하고 부당하게 유죄의 인정을 고집한다면 제1심 판사는 변호인을 바꿔달라는 적시의 요청에 대해 승인할 것이 거의 확실하다. 만일 그러한 요청이 거부된다면 그러한 판결은 항소심에 매우 취약할 것이다.

마지막으로, 만일 위의 모든 조건이 충족된다 하더라도, 법정의견이 발견한 권리는 피고인이 명시적으로 변호인의 유죄인정 전략에 반대하지 않는한 작동되지 않을 것이다. 피고인이 아무 말도 하지 않거나 애매한 입장을 취하면 그러한 권리는 포기된 것으로 여겨진다.

요컨대 법정의견이 발견한 권리는 매우 드물게만 나타날 것으로 보이며, 이 사건은 매우 특이한 경우이기 때문에 어떻게 상고허가 기준을 충족하는 지도 알기 어렵다. 잉글리쉬가 추구한 전략이 부당함을 낳았다면 사법심사는 적어도 이해 가능했을 것이다. 그러나 법정의견은 그러한 논의를 하지 않았

다. 상고인의 기이한 방어전략을 지지하는 것은 매우 어리석은 일이었을 것이고 범죄의 구성요건을 아예 언급하지 않는 방법도 효과가 없었을 것이다. 그것은 재판의 결과에 아무런 영향을 미치지 못하고, 그러한 방법이 잉글리쉬가 택한 더욱 직선적인 방법보다 상고인의 자주성을 어떻게 더 존중한다는 것인지 이해하기 어렵다. 만일 상고인이 재심을 받는다면 상고인의 현재변호인이나 이 사건을 이어받을 다른 변호사가 무엇을 할 것인지 지켜보는 것은 흥미로운 일이 될 것이다. 아마 어떤 변호사도 상고인이 주장하는 음모라는 방어전략을 취하지 않을 것이다.

# (3) 변호인이 기소된 범죄의 한 요건만을 인정하는 단독 결정을 내리는 것이 허용되는가? - 판단 유보

법정의견이 결정한 문제는 꽤 오랫동안 모습을 나타낼 것 같지 않은 반면, 관련된 — 그리고 어려운 — 문제는 보다 자주 제기될 것 같다. 배심원단에게 유죄여부만이 문제되는 경우에 변호인이 기소된 범죄의 한 요건만을 인정하는 일방적인 결정을 내리는 것이 허용되는가 하는 문제이다. 만일 이판결이 그러한 문제를 다루는 것으로 이해된다면, 이는 중요한 영향력을 가질 것이다.

여러 선례들이 보여주듯 근본적인 결정들은 형사피고인에 의해 내려져야한다. 그러나 형사사건에서 발생되는 대부분의 결정들은 변호인의 특권이다 (만일 변호인이 재판 과정 동안 모든 중요한 조치에 대해 의뢰인의 허락을받아야만 한다면 우리의 변론주의 체제는 무너질 것이다). 예를 들어, 증거배제의 요청, 모두진술과 그 내용, 증거채택에 대한 반대, 증인반대심문, 증거의 제시, 피고인 측 증인 호출, 최종변론의 내용 등은 변호사가 단독으로 내릴 수 있는 결정들이다. 그렇다면 기소된 범죄의 모든 요건이 아닌 일부에대해서만 인정하는 것은 어느 쪽에 속할 것인가?

잉글리쉬는 사형을 막기 위한 노력으로 사형까지는 선고되지 않는 제2급

살인에 대해서 유죄를 인정하였다. 피고인의 반대에도 불구하고 더 작은 범죄(lesser included offense)<sup>15)</sup>의 유죄를 인정하는 것이 언제나 위헌일까? 증거가 1급 살인임을 강하게 뒷받침하는 상황에서 변호인이 살인보다 작은 어떠한 범죄라도 유죄로 인정하는 것이 위헌인가? 과실치사나 단순 폭행의 인정이라고 해도 그러한가?

이는 쉬운 문제가 아니며, 우리 연방대법원에 2세기가 넘도록 이러한 문제가 올라오지 않았다는 사실은 앞으로도 이 문제가 제기되는 경우는 드물것이라는 것을 시사한다. 나는 이 문제를 다음을 위해 남겨두고 우리의 결정을 이 사건의 특별한 (그리고 매우 드문) 경우로 한정시키고자 한다. 그리고 재판의 시작 당시 잉글리쉬가 처했던 상황을 고려하건대, 그는 기본권을 침해하지 않았다고 판단한다.

#### (4) 법률심 법원으로서의 연방대법원

법정의견은 실제 사건에서는 문제가 되지 않았던 새로운 권리를 찾아낸 후, 이러한 권리의 침해는 '구조적'인 오류라고 약식으로 결론냄으로써 자신의 오류를 악화시켰다. 루이지애나 주 대법원은 구조적 오류 문제에 대해서는 판단한 바가 없고 우리는 그 문제를 심사하기 위한 사건이송명령서 (certiorari)를 발급한 적이 없다. 우리 연방대법원은 우리가 법률심 법원이지사실심 법원이 아니라고 몇 번이고 말하여왔으며, 그러한 이유로 하급심에서다루지 않은 문제에 대해 결정하는 것을 거부해왔다. 이 사건이라고 달리 입장을 취해야할 타당한 이유는 없다.

## (5) 결론

법정의견은 이 사건에서 실제로 제기된 문제를 무시하고, 대신 상고인의

<sup>15)</sup> 보다 심각한 범죄의 성립요건에 더 작은 범죄의 성립요건이 온전히 포함되는 경우, 그 작은 범죄를 일컫는 용어. 예를 들면 강도살인죄와 강도죄에서 강도죄가 이에 해당할 수 있다.

재판에서 실제로 발생한 일과는 무관한 새로운 헌법상의 권리에 기반하여 사건을 판결하고 있다. 나는 우리의 결정을 실제 일어난 일에 기초하고자 하 며, 이 사건의 매우 드문 사실관계 하에서, 원심을 확정하고자 한다.

그러므로 나는 법정의견에 정중히 반대한다.