미국헌법 수정 제6조상의 배심재판을 받을 형사피고인의 권리가 만장일치 평결을 요구하는지 여부[1)]

I. 사건개요

미국헌법 수정 제6조[2)]는 공정한 배심에 의한 재판을 받을 권리를 보장하고 있다. 본디 연방정부를 그 규율대상으로 하는 이 조항은 “어떠한 주도(No state) 적정한 법의 절차에 의하지 않고는 어떠한 사람으로부터도 생명, 자유, 또는 재산을 박탈할 수 없다”는 수정 제14조[3)]의 적법절차조항(Due Process Clause)에 편입되어 이를 통해 모든 주(州)에도 적용되게 된다.[4)]

이 사건의 상고인인 Evangelisto Ramos는 루이지애나 주의 2급 살인의 피고인으로, 자신의 무죄를 주장하며 배심재판을 요구하였고, 그 결과 전체 12명의 배심원 중 10명은 그가 유죄, 2명은 무죄라고 판단하였다.

미국의 연방법원과 48개의 주에서는 배심원 평결이 만장일치로 이루어질 것을 요구하고 있다. 그러나 단 2개의 주, 즉 루이지애나 주와 오리건 주는 오랫동안 10 대 2 평결을 기준으로 형벌을 내려왔다. 즉, 배심원 12명 중 10명만 유죄에 표를 던져도 유죄평결을 내릴 수 있는 것이다. 반면, 대부분의 다른 주에서는 무죄 쪽에 표를 던지는 단 한명의 배심원만 있어도 유죄평결을 막을 수 있다.

---

1) Lamos v. Louisiana, 590 U. S. ____ (2020)(No. 18-5924(2020. 4. 20. 결정).

2) **미국헌법 수정 제6조 (형사피고인의 권리)**
모든 형사 소추에서, 피고인은 범죄가 행하여진 주 및 법률이 미리 정하는 지역의 공정한 배심에 의한 신속한 재판을 받을 권리, 기소의 성질과 이유에 관하여 고지 받을 권리, 자기에게 불리한 증인과 대질 심문을 할 권리, 자기에게 유리한 증인 확보를 위해 강제 절차를 제공 받을 권리, 자신의 변호를 위하여 변호인의 도움을 받을 권리를 가진다.

3) **미국헌법 수정 제14조 제1항**
미합중국에서 출생하거나 귀화하고, 미합중국의 관할권에 속하는 모든 사람은 합중국 시민이자 그 거주하는 주의 시민이다. 어떠한 주(州)도 미합중국 시민의 특권과 면책권을 제한하는 법률을 제정하거나 시행할 수 없다. 어떠한 주도 적정한 법의 절차에 의하지 않고는 어떠한 사람으로부터도 생명, 자유, 또는 재산을 박탈할 수 없으며, 그 관할권 내에 있는 어떠한 사람에 대해서도 법률의 평등한 보호를 거부하지 못한다.

4) 미국은 건국헌법 당시 기본권 보장조항이 없었으며, 이에 수년 후 헌법 수정 제1조 내지 제10조의 기본권 조항을 제정하게 된다. 이 10개의 조항을 권리장전이라고 부르는데, 문제는 이 권리장전이 연방정부만을 규율대상으로 하여 주(州)에 대해서는 주장할 수 없었다는 점이었다. 이러한 문제는 이후 수정 제14조의 적법절차조항을 통해 해결되는데, 모든 주에게 적법절차에 따르지 않은 주민의 자유 박탈을 금지한 이 규정 속 ‘자유’에 권리장전의 권리들을 편입시켜(incorporated) 주에 대해서도 이러한 권리를 주장할 수 있게 되었다.

2019년, 루이지애나 주도 배심원단의 만장일치로 유죄평결을 내리는 것으로 주헌법을 개정하였으나, 이 사건 상고인은 루이지애나 주헌법의 개정 전인 2016년에 10 대 2로 유죄평결을 받았다. 만일 대부분의 다른 주에서였다면 심리무효(mistrial, 미결정심리)[5]가 되었을 것인데, 루이지애나 주의 개정 전 주헌법의 적용을 받아 가석방 없는 종신형을 살게 된 것이다. 상고인은 주 항소법원에 항소하였으나 기각되었고, 주 대법원은 심리를 거부하여 이 사건은 연방대법원에 올라오게 되었다.

이 사건에서 연방대법원은 주에 대해서는 배심원단의 만장일치 의무를 적용하지 않았던 기존의 선례를 뒤집고, 모든 주에 이를 적용하도록 하였다. 그 내용은 아래와 같다.

II. 판결요지[6]

대법관 Gorsuch의 법정의견(5인 의견)[7]

왜 루이지애나 주와 오리건 주만 비(非)만장일치 유죄평결을 허용하고 있을까? 이러한 법률이 지속되었던 이유를 설명하기는 어려워도 그 기원은 분명하다. 루이지애나 주는 1898년 주헌법 제정회의에서 처음으로 비(非)만장일치 유죄평결을 지지하였는데 그 회의의 공언된 목표가 백인들의 우위를 확고히 하는 것이었고 그 결과 인종차별적인 정책들이 도입되었다. 이 주헌법 제정회의 일주일 전, 미국 연방의회는 루이지애나 주가 제도적으로 흑인

5) 평결이 이루어지기 전에 무효로 선언되어 종료된 정식사실심리. 소송절차상의 심각한 오류나 유해한 위법행위, 또는 배심원단이 만장일치에 이르지 못하여 평결에 이르지 못한 경우 이루어진다. 이 경우 검사가 범죄혐의를 보강하여 다시 기소하면 새로운 재판이 진행된다.

6) 이 판결은 법정의견을 포함하여 총 5개의 의견으로 이루어져 있는데, 여기에서는 법정의견과 반대의견만을 소개하고, 대법관 Sotomayor의 일부보충의견, 대법관 Kavanaugh의 일부보충의견, 대법관 Thomas의 별개의견은 생략하였다.

7) Gorsuch 대법관이 작성한 의견은 파트별로 의견을 함께 한 대법관들이 조금씩 다르다. 파트 I, II-A, III, IV-B-1에 대해서는 Gorsuch, Ginsburg, Breyer, Sotomayor, Kavanaugh 대법관(총 5인)이 함께 하여 법정의견으로 표시되나, 파트 II-B, IV-B-2, V에 대해서는 Gorsuch, Ginsburg, Breyer, Sotomayor 대법관(총4인)이 함께 하였으며, 파트 IV-A에 대해서는 Gorsuch, Ginsburg, Breyer 대법관(총3인)이 함께 하여 법정의견이 아닌 Gorsuch 대법관의 의견으로 표시되었다. 여기에서는 5인 의견으로 이루어진 법정의견에 해당하는 부분만을 소개한다.

들을 배심원단에서 배제하는지에 대한 조사를 촉구하는 결의안을 통과시켰다. 루이지애나 주헌법 제정회의 의원들은 미국 전체의 관심을 끄는 것을 원치 않았고, 공공연하게 흑인을 차별하는 모든 정책은 연방대법원이 헌법 수정 제14조의 평등보호조항 위반으로 폐기할 것을 알았기 때문에, 다른 방식으로 흑인들의 배심원단 참여를 약화시키고자 하였다. 그 결과 흑인 배심원의 활동을 무의미하게 만들기 위해 표면적으로는 인종중립적인 10 대 2 유죄평결 허용 원칙을 만들어낸 것이다.

마찬가지로, 1930년대에 비(非)만장일치 유죄평결 허용원칙을 채택한 오리건 주도 그 기원을 백인우월주의단체인 큐 클럭스 클랜(Ku Klux Klan)[8]의 출현과 오리건 배심원단에 대한 인종적·민족적·종교적 소수집단의 영향력을 약화시키기 위한 노력에까지 거슬러 올라가 찾을 수 있다.

이러한 사실들에 대해서는 누구도 이의를 제기하지 않았고, 루이지애나 주와 오리건 주의 법원들도 인종문제가 비(非)만장일치 원칙의 채택에 동기가 되었다는 점을 인정해왔다.

우리는, 피고인에게 중범죄의 유죄판결을 내림에 있어, 수정 제6조상의 배심재판을 받을 권리가 만장일치의 배심원 평결을 요구하는지를 결정하기 위해 이 사건의 상고를 허가하였다. 루이지애나 주는 연방대법원이 이 문제에 대해 명확하게 밝혀준 바가 없다고 주장하며 주의 관행이 수정 제6조에 부합되는지를 판결해줄 것을 요구하고 있다. 한편, 반대의견이 루이지애나 주의 법률을 수정 제6조나 수정 제14조에 근거하여 변호하려고 하지 않는 것으로 보아, 반대의견도 암묵적으로는 주가 비(非)만장일치 유죄평결을 허용하는 것이 위헌이라는 점을 인정하는 듯 보인다. 그럼에도 불구하고 반대의견은, 루이지애나 주가 청하지도 않았음에도, 어쨌든 '선례에 따라' 주의 손을 들어줘야 한다고 주장하고 있다.

1. 연혁 (I)[9]

8) KKK라고도 부르며 흑인의 동등한 권리를 반대하며 폭력을 휘두르는 미국의 백인우월주의 단체.
9) 괄호 속 로마자는 원문 판결의 해당 파트 목차번호를 표시한 것으로, 여기에서 소개된 파트들은 5명의 대법관

수정 제6조는 “모든 형사 소추에서, 피고인은 범죄가 행하여진 주 및 법률이 미리 정하는 지역의 공정한 배심에 의한 신속한 재판을 받을 권리를 갖는다”고 보장하고 있다. 수정 제6조는 ‘공정한 배심에 의한 재판’이 무엇을 뜻하는지를 구체화하고 있지는 않다. 그러나 헌법의 문언과 구조는 분명히 ‘공정한 배심에 의한 재판’이 배심재판의 내용과 요건에 관하여 어떠한 의미를 갖는다는 점을 암시한다.

이러한 요건들 중 하나가 만장일치이다. 수정 제6조가 채택되었을 당시에 ‘공정한 배심에 의한 재판’이라는 용어가 가졌던 의미를 판단하기 위해 어디를 살펴봐도 - 그것이 미국 건국 당시의 커먼로(common law)나 주(州)의 관행이건, 아니면 그 직후 쓰여진 판결 속 의견이나 조약들이건 - 답은 명확하다. 유죄로 선고되기 위해서는 배심원의 만장일치로 유죄평결에 이르러야 한다.

배심원단의 만장일치 요건은 14세기 영국에서 등장하였고, 곧 커먼로에 의해 보호되는 중요한 권리로 받아들여졌다.[10] 평등하게 뽑힌 12명의 이웃들에 의한 만장일치의 투표로 확정받지 않는 한 누구도 중범죄로 유죄판결을 받을 수 없다는 것이었다.[11] “11명이 선택한 평결은 평결이 아니다”[12]라고도 표현되었다.

이러한 원칙은 신생 미국의 주들에도 적용되었다. 커먼로에 부합하게, 주법원들은 만장일치를 배심재판의 중요한 특징으로 여겼다.[13] 1791년 수정 제6조가 비준되었을 당시, 이미 그때까지 만장일치 평결은 약 400년 간 요구되어 온 요소였다. 만일 ‘공정한 배심에 의한 재판’이 어떠한 의미라도 갖는다

이 의견을 같이 한 부분들이다.

10) J. Thayer, Evidence at the Common Law 86-90 (1898) (Thayer); W. Forsyth, History of Trial by Jury 200 (J. Morgan ed., 2d ed. 1875); 1 W. Holdsworth, A History of English Law 318 (rev. 7th ed. 1956); Smith,The Historical and Constitutional Contexts of Jury Reform, 25 Hofstra L. Rev. 377, 397 (1996) 참고.

11) 104 W. Blackstone, Commentaries on the Laws of England 343 (1769).

12) 11Thayer 88-89, n. 4 (quoting Anonymous Case, 41 Lib. Assisarum 11 (1367)); 1 M. Hale, Pleas of the Crown 33 (1736) 참고.

13) 예를 들어, Commonwealth v. Bowden, 9 Mass. 494, 495 (1813); People v. Denton, 2 Johns. Cas. 275, 277 (N. Y. 1801); Commonwealth v. Fells, 36 Va. 613, 614-615 (1838); State v. Doon & Dimond, 1 R. Charlton 1, 2 (Ga. Super. Ct. 1811) 등.

면, 그것은 분명히 만장일치처럼 오랫동안 널리 받아들여져 온 요건을 포함할 것이다.

연방대법원도 오랫동안 지속적이고 반복적으로 수정 제6조가 만장일치를 요구한다고 인정해왔다. 1898년에도 연방대법원은 12명의 배심원단의 만장일치 평결이 없이 피고인의 자유를 박탈할 수 없다고 판결하였고,[14] 수십 년 후에도 "수정 제6조는, 헌법 제정 당시의 미국과 영국에서 인정되었던 모든 주요 요소들을 포함하여, 커먼로에서 이해되고 적용 되는대로 배심재판에 대한 권리를 제공한다."[15]고 상술하면서 "평결은 만장일치여야 한다"[16]는 요건이 포함된다고 말하였다. 연방대법원이 수정 제6조의 만장일치 요건에 대해 언급한 것은 120년이 넘는 동안 최소한 13회에 이른다.[17]

수정 제6조의 만장일치 요건이 주와 연방의 형사재판에 동일하게 적용된다는 점에는 의문의 여지가 없다. 연방대법원은 오랫동안 수정 제6조의 배심재판을 받을 권리가 "미국 사법제도에 근본적인"(fundamental to the American scheme of justice) 것이라고 설시해왔다.[18] 또한 연방대법원은 편입된 권리장전 조항들[19]은 연방정부에 대하여 주장될 때와 주정부에 대해 주장될 때 같은 내용을 갖는다고 오랫동안 설시해왔다.[20] 그러므로 수정 제6조가 연방법원에서 유죄선고를 위한 배심원 평결이 만장일치일 것을 요구한다면, 주법원에서도 마찬가지를 요구하는 것이다.

---

14) Thompson v. Utah, 170 U. S. 343, 351 (1898); Maxwell v. Dow, 176 U. S. 581, 586 (1900).
15) Patton v. United States, 281 U. S. 276, 288 (1930).
16) Ibid.
17) Thompson v. Utah, 170 U. S. 343, 351 (1898); Maxwell v. Dow, 176 U. S. 581, 586 (1900); Patton v. United States, 281 U. S. 276, 288 (1930); Andres v. United States, 333 U. S. 740, 748 (1948); Johnson v. Louisiana, 406 U. S. 356, 369 (1972) (Powell, J., concurring); United States v. Gaudin, 515 U. S. 506, 510 (1995); Richardson v. United States, 526 U. S. 813, 817 (1999); Apprendi v. New Jersey, 530 U. S. 466, 477 (2000); Southern Union Co. v. United States, 567 U. S. 343, 356 (2012); Blakely v. Washington, 542 U. S. 296, 301–302 (2004); United States v. Booker, 543 U. S. 220, 233–239 (2005); Descamps v. United States, 570 U. S. 254, 269 (2013); United States v. Haymond, 588 U. S. ___, ___–___ (2019) (plurality opinion) (slip op., at 6–7).
18) Duncan v. Louisiana, 391 U. S. 145, 148–150 (1968). Duncan v. Louisiana 판결에서 연방대법원은 '미국 사법제도에 근본적인' 권리장전 조항은 수정 제14조 적법절차조항에 의해 주(州)에도 적용된다고 설시하였다. 반면 그렇지 않은 다른 조항들은 주에 적용되지 않는다.
19) 수정 제14조의 적법절차조항을 통해 주(州)에도 적용되는 권리장전 조항.
20) Malloy v. Hogan, 378 U. S. 1, 10–11 (1964).

2. 기존 선례 - Apodaca v. Oregon (1972) (II-A)

이렇듯 간단해 보이는 원칙에도 불구하고 루이지애나와 오리건 주법들은 어떻게 계속 버텨올 수 있었을까? 1972년 연방대법원은 이들 주의 이례적인 제도들을 처음으로 대면하게 되었고, 이상한 방향전환을 하게 된다. 이 사건들이 Apodaca v. Oregon[21] 사건과 Johnson v. Louisiana[22] 사건이다. 이 한 쌍의 사건은 매우 분열된 의견들만을 남겼다. 4인의 반대의견은 수정 제6조가 만장일치를 요구하고 있으며 이는 수정 제14조에 의해 주에도 전적으로 적용된다며 망설임 없이 해당 주법을 위헌으로 판단하였다. 그러나 4인의 상대다수의견은 매우 다른 견해를 취하였다. 그들은 만장일치가 '당대'에 있어 중요한 '기능'을 수행하는지 여부가 해당 사건의 쟁점이라고 보았다.[23] 그리고 만장일치는 현시대에서 그 편익보다는 비용이 더 크므로, 수정 제6조는 루이지애나와 오리건 주를 막아서서는 안 된다고 결론지었다. 마지막 9번째 대법관인 Powell 대법관은 이도저도 아닌 입장을 취하였다. 그는 역사와 선례에 있어 수정 제6조가 만장일치의 유죄평결을 요구하였다는 점에는 동의하였으나, 다른 한편으로는 이러한 연방정부로부터의 권리보장이 수정 제14조에 의해 전적으로 주(州)정부에 대해서도 적용되어 주정부로부터의 권리보장이 되는 것은 아니라고 주장하였다. 그는 하나의 권리가 연방정부에 대해 주장되는지 또는 주정부에 대해 주장되는지에 따라 두 가지 다른 의미를 가질 수 있다는 투 트랙 편입(dual-track incorporation)을 주장하였다. 그러나 연방대법원은 이미 당시를 기준으로 10년 전에 '주에는 더 약화되고 주관적인 버전의 권리장전 기본권 보장이 적용된다'는 개념을 거부하였고,[24] 이는 연방대법원이 그 후로 작년[25]을 포함한 최근까지도 여러 차례 반복하여 말해 온 부분이기도 하다. 그러나 Powell 대법관은 연방대법원의 선례를 따르

21) 406 U. S. 404 (plurality opinion).
22) Johnson, 406 U. S. 356.
23) Apodaca, 406 U. S., at 410.
24) Johnson, 406 U. S., at 384.
25) 예를 들어, Timbs v. Indiana, 586 U. S. ___, ___ (2019) (slip op., at 3)에서 전원일치로 투 트랙 편입 주장을 거부하였음.

고 싶지 않다고 밝히며 중요한 다섯 번째 표를 피고인의 유죄판결을 유지하는 쪽에 던졌다.

3. 루이지애나 주의 주장과 Apodaca 판결에 대한 비판 (III)

연방대법원이 120년간 13번에 걸쳐 수정 제6조가 만장일치를 요구하고 있다고 말하였고, Apodaca 판결에서 5명의 대법관이 마찬가지로 언급한 것에 대해 루이지애나 주는 어떻게 대처해야 할까? 루이지애나 주가 할 수 있는 최선은 이러한 말들을 모두 격언 정도로 치부하는 것일 것이다. 그러나 연방대법원으로서는 헌법의 의미에 대한 자신의 언급들에서 벗어날 이유가 없고, 만장일치를 요구하였던 400년간의 영국과 미국의 선례들을 뒤집어야 할 이유도 없다.

합리적이게도 루이지애나 주는 커먼로가 만장일치를 요구한다는 점에 대해서는 이의를 제기하지 않았다. 대신 수정 제6조의 제정 당시의 역사를 살펴보건대, 헌법제정자들은 만장일치를 포기하고자 한 것이라고 주장하였다. 루이지애나 주는 제임스 매디슨이 원래 제안하였던 수정 제6조에는 만장일치의 요건이 명시적으로 포함되어 있었고 연방하원도 거의 그대로 승인하였으나, 연방상원에서 만장일치에 대한 명시적인 언급을 삭제하였던 점을 지적하였다. 루이지애나 주는 우리로 하여금 이러한 변경이 커먼로의 전통적인 만장일치 요건을 포기하려는 의도였다고 추론하게 하고자 하였다.

그러나 이는 반대로 해석하기도 쉽다. 아마도 연방상원은 만장일치에 대한 문구를 “공정한 배심에 의한 재판”이라는 약속에 너무나도 명백하게 포함된 것이기 때문에 쓸데없는 과잉 문구로 보아 삭제한 것일 것이다. 그러나 당시 연방상원이 해당 문구를 삭제한 이유를 밝히는 당대의 증거는 거의 없기 때문에 이미 삭제된 문구를 곱씹기 보다는 연방의회가 유지시키고 주(州)들이 비준한 문언을 해석하는 것이 훨씬 나은 일이다. 그리고 헌법 수정조항들의 채택 당시 배심재판에 대한 권리는 배심원의 만장일치에 의한 평결이 이루

어지는 재판을 의미하였음은 우리가 이미 살펴본 바이다.

루이지애나 주가 선택할 수 있는 다른 유일한 선택지는 커먼로의 배심재판의 역사적 특성들을 충분히 중요한 기능을 수행하는 것과 그렇지 않은 것으로 나누어, 연방대법원이 만장일치에 대해 그렇지 않은 것으로 결론내리게 하는 것이다. 이러한 방식의 위험성을 살펴보기 위해서는 Apodaca 사건을 살펴보는 것으로도 충분하다. Apodaca 사건에서 4명의 대법관은 루이지애나 주가 지지하는 기능주의적인 접근법을 추구하며 배심재판의 주요한 편익을 '피고인과 지나치게 열성적인 검사 사이에서 비전문가 그룹이 행하는 상식적 판단에 의한 중재'라고 설명하였다. 그리고 유죄평결에 10명이 아닌 12명의 표를 요구하는 것은 어떠한 유의미한 개선도 제공하지 못한다고 재빨리 결론지었다. 한편 이 대법관들은 주(州)들이 만장일치 평결을 채택하지 아니할 타당하고 중요한 이유가 있다고 주장하였는데, 예를 들면 평결에 이르지 못하는 배심원단의 비율을 줄이는 것이었다. 그와 같은 비용-편익(cost-benefit) 계산속에서 루이지애나 주와 오리건 주가 이 특이한 원칙을 처음 채택하였던 인종차별적인 이유들은 놓쳐버렸다. 게다가 상대다수의견은 만장일치를 포기함으로써 얻는 편익 - 평결에 이르지 못하는 배심원단의 감소 - 이 왜 항상 비용이 아니라 이익으로 평가되는지를 설명하지 못하였다. 그 누가 평결에 이르지 못하는 배심원단에 대해 - 상대다수의견이 요구한 그대로, 신중히 숙고하고 지나치게 열성적인 검사로부터 피고인을 보호하고 있는 배심원단의 표본이라기보다 - 단지 낭비라고 말할 수 있겠는가? 게다가 일부 연구에 따르면 만장일치의 제거는 평결에 이르지 못하는 배심원단의 비율에 단지 미미한 효과만을 가질 뿐이다. 또 다른 사람들은 만장일치를 요구함으로써 배심원들이 보다 열린 마음으로 평결에 임하고 더 철저한 심사숙고를 하는 등 다른 이익들이 가능하다고 공언한다. Apodaca 판결의 상대다수의견은 이러한 가능성들을 인식조차 못한 것으로 보인다.

Apodaca 판결 상대다수의견의 큰 문제는 오랜 만장일치 평결의 보장을 자신들만의 기능주의적 기준으로 평가한 것이다. 이는 수정 제6조의 채택 당

시, 배심재판을 받을 권리에는 만장일치의 평결에 대한 권리가 포함되어 있었다는 사실을 간과한 것이다. 미국 국민들이 이 권리를 헌법에 새기기로 하였을 때 그들은 미래의 비용-편익 분석을 위한 생산적인 주제를 제시한 것이 아니었다. 그들은 자신의 아이들의 아이들이 그들이 누린 것과 마찬가지로 힘겹게 얻어진 자유를 누리기를 보장하고자 했던 것이다. 법관으로서, 배심원의 만장일치 평결을 요구할 권리가 이를 유지시켜야 할 만큼 충분히 중요한가 여부를 재평가하는 것은 우리의 역할이 아니다. 우리는 사회통계학의 도움을 받아 자유를 계산하는 것이 아니라, 자유를 지키고 보호할 임무를 위임받았다.[26]

4. 선례구속의 원칙 적용의 판단요소 검토 (IV-B-1)

오늘날 연방대법원의 누구도 Apodaca 판결이 올바른 판결이라고 말할 준비는 되어 있지 않다. 선례구속의 원칙은 모두가 진실이라고 알고 있는 것을 체계적으로 무시하는 기술이 아니다.[27] 물론 연방대법원은 선례를 존중하지만 선례구속의 원칙이 피할 수 없는 명령으로 여겨진 적은 없다.[28] 특히나 이 원칙은 우리가 헌법을 해석할 때에 가장 약해지는데, 최고법의 잘못된 사법적 해석은 종종 다른 방법을 통해서 정정하는 것이 현실적으로 불가능하기 때문이다. 연방대법원은 선례를 다시 돌아볼 때 전통적으로 판결의 논증의 질, 관련 판결들과의 일관성, 해당 판결 이후 전개된 법적 발전 상황, 판결에 대한 신뢰 등을 고려한다. 이 사건에서 각 요소들은 같은 방향을 가리키고 있다.

우선 논증의 질부터 검토하면, Apodaca 판결은 심각하게 잘못되었다. 다시금 말하건대, 오늘날 연방대법원의 누구도 이 판결이 올바로 결정되었다고

---

26) 법정의견은 판결문 각주 47)에서 - 반대의견이 언급하였던 - 배심원에서의 여성 배제의 역사에 대하여, 수정 제6조의 채택 당시, 만장일치의 규칙과 달리 누가 배심원이 될 수 있는가 하는 배심원 자격에 관한 규칙은 커먼로에서 다양하였다고 말했다. 또한 결국 부당한 차별을 금지하는 추가적인 헌법 수정조항이 채택되었다고 언급하였다.

27) R. Cross & J. Harris, Precedent in English Law 1 (4th ed. 1991).

28) Pearson v. Callahan, 555 U. S. 223, 233 (2009).

변호하지 않는다. Apodaca 판결의 상대다수의견은 수정 제6조의 배심재판에 대한 권리의 역사적 의미나 루이지애나와 오리건 주법의 인종차별적 기원에 대해 거의 고심하지 않았다. 대신 헌법상의 배심판결에 대한 권리를 자신들이 만들어낸 불완전한 기능주의적 기준으로 분석하는데 한 단락을 할애하였을 뿐이다. 5명의 대법관은 수정 제6조가 만장일치를 요구하지 않는다는 상대다수의견에 명시적으로 반대하였다.

Apodaca 판결과 다른 관련 판례들과의 일관성이나 최근의 법적 발전 상황과의 일관성을 살펴보면 우려는 더 커진다. Apodaca 판결은 120년간의 앞선 판례법들과 어우러지지 않는다. Powell 대법관의 투 트랙 이론은 이미 1972년에 배제된 이론이고, 현재는 연방대법원이 강력하게 거부하고 있다.[29][30]

신뢰이익과 관련하여서는, 루이지애나 주와 오리건 주 모두 - 선례를 유지하려는 소송당사자들이 일반적으로 주장하는 - 장래의 경제적, 규제적, 사회적 혼란 등을 주장하지 않았다. 여기에서 주장될 수 있는 유일한 신뢰이익은 두 가지 유형으로 나누어 볼 수 있을 것이다. 첫째는 루이지애나 주와 오리건 주가, 비(非)만장일치 평결에 의해 중범죄의 유죄판결을 받았고 아직 직접항소에 계류 중인 사건의 피고인들을 재심해야 한다는 것이다. 반대의견은 Apodaca 판결이 엄청난 신뢰이익을 만들어냈고, 이 판결을 뒤집을 경우 참담한 소송의 쓰나미가 유발될 것이라며 Apodaca 판결을 유지시켜야 한다고 주장하였다. 그러나 우리의 판결에 영향을 받는 것은 단지 두 개 주에서의 이전 유죄판결들뿐이다. 이 두 개의 주가 밝히기를, 여전히 직접항소에 계류 중인 비(非)만장일치의 중범죄 유죄판결은 수백 건 정도이며, 이 사건들을 재심하거나 유죄협상(플리바게닝)하는 경우 비용이 든다고 주장하였다. 그러나 형사소송의 새로운 원칙들이 보통 그러하다. 종종 전국에 걸쳐 상당히 많은 수의 계류 중 사건들에 영향을 미친다. 예를 들어, 연방선고가이드라인(Federal Sentencing Guidelines)이 강제사항이 아니라 권고사항이라고 판결

29) Timbs, 586 U. S., at ___ (slip op., at 3).

30) 이 사건 법정의견은 판결문 각주 63)에서 반대의견을 비판하며, '투 트랙 편입이론에 대한 연방대법원의 오랜 반대'가 반드시 '수정 제14조를 통해 권리장전 전체가 주에 적용되는 것'임을 뜻하는 것은 아니라고 밝혔다. 편입된 권리의 범위 문제와 권리가 편입되는지 여부의 문제는 각기 다른 문제라는 것이다.

하였던 United States v. Booker, 543 U. S. 220 (2005) 이후 연방대법원은 거의 800건의 결정들을 항소법원으로 파기·환송하였다. 이 사건은 그보다는 영향이 적을 것임이 확실하다.

위와 같은 이유로 Apodaca 선례를 변경하여, 피고인에게 중범죄의 유죄를 선고하기 위해서는 배심원 평결이 만장일치여야 한다는 원칙이 모든 주에 적용되며, 이에 원심을 파기·환송한다.

대법관 Alito의 반대의견(3인 의견)[31]

법정의견은 선례구속의 원칙을 홀대하고, 선례를 뒤집기 위한 기준을 낮추어버림으로써 엄청난 신뢰이익에는 신경도 쓰지 않은 채 중요하고도 오랜 결정을 폐기하였다. 거의 반세기 전에 연방대법원은 Apodaca v. Oregon, 406 U. S. 404 (1972) 판결에서 수정 제6조가 주의 형사재판에 있어 비(非)만장일치의 배심원 평결을 허용한다고 결정하였고, 그 이후 지금까지 어떠한 대법관도 이 선례가 재고되어야 한다고 암시조차 한 적이 없다. 루이지애나주와 오리건 주는 이 선례를 신뢰하여 수천 건의 사건에서 비(非)만장일치 평결을 허용해왔다.

1. 이 사건과 비(非)만장일치 평결의 인종차별적 기원과의 무관성

왜 루이지애나주 와 오리건 주는 비(非)만장일치 평결을 허용하고 있는가? 법정의견은 인종차별, 백인우월주의, 큐 클럭스 클랜 등을 언급하였다. 이들 주가 처음에 이러한 이유들로 비(非)만장일치 평결을 채택한 것이라면 매우 개탄스러운 일이다. 그러나 그것은 우리가 현재 다루는 이 사건의 헌법적 문

31) 대법원장 Roberts와 대법관 Alito, Kagan의 의견. 그러나 Kagan 대법관은 파트 III-D에 대해서는 의견을 함께하지 않았다. 파트 III-D는 이 사건의 신뢰이익이 선례를 변경하였던 최근의 다른 사건들에서 주장되었던 신뢰이익보다 더 크다는 의견으로 여기에서는 이 파트를 생략하고 반대의견 중 3인의 대법관이 모두 동의한 부분들을 중심으로 소개한다.

제와는 관계없는 일이다.

오래 전에 루이지애나 주와 오리건 주가 어떤 이유로 비(非)만장일치 평결을 채택하였든지 간에, 이들 주는 이후 이 원칙을 다른 상황 속에서 다시 채택하였다. 루이지애나 주는 1974년 헌법제정회의에서 새로 이 원칙을 채택하였고 그 목적은 '사법효율'이라고 언급하였다.[32] 오리건 주도 이와 마찬가지로 이러한 과정을 거쳤다.

따라서 루이지애나 주와 오리건 주의 비(非)만장일치 원칙의 기원은 이 사건에서 연방대법원이 판단하고 있는 헌법문제와는 관련이 없다. 연혁이 문제가 되는 것은 비(非)만장일치 평결의 허용이 아무런 정당한 근거도 없을 경우이지만 전혀 그렇지 않다. 몇 년 전, 영국 의회는 비(非)만장일치 평결을 허용하는 법률을 제정하였다. 푸에르토리코 헌법도 비(非)만장일치 평결을 허용하고 있다. 이들이 인종차별주의자들인가? 당연히 아니다. 법정의견이 큐 클럭스 클랜 등을 언급하는 것은 매우 부적절하다. 우리는 인신공격적인 오늘날의 담론 트렌드에 기여할 것이 아니라 이성적이고 정중한 담론의 본보기가 되어야 한다.

2. 법정의견에 대한 비판

(1) 서설

선례구속의 원칙은 건국 이래 우리 법학의 근본적인 부분이었고 매우 중요한 원칙이다. 그러나 여러 번 언급되어 왔듯이 피할 수 없는 명령은 아니다.[33] 과거의 결정이 파기되어야 하는 상황들이 있다. 그러나 우리는 선례를 따른다는 가정 하에 시작하고, 따라서 연방대법원이 선례를 변경하고자 한다면, 그러한 결정을 설명해야 할 의무가 있다.

---

32) State v. Hankton, 2012-0375, p. 19 (La. App. 4 Cir. 8/2/13), 122 So. 3d 1028, 1038.
33) Payne, 501 U. S., at 828; Gamble, 587 U. S., at ___-___ (slip op., at 11-12).

(2) 법정의견의 선례변경의 다섯 가지 근거에 대한 비판

법정의견이 Apodaca 선례를 변경한 이유는 무엇이었는가? (법정의견을 작성한 Gorsuch 대법관과 그에 동조한 대법관들은) 자신들도 4개의 진영으로 나뉘었으면서[34] Apodaca 선례를 '매우 분열된' 의견이라며 비판하였다. 그러나 선례로 여겨지는 중요판례 중에는 법정의견 없이 판결된 것들도 많다.[35]

이들이 Apodaca 판결을 변경하려는 주된 이유는 아마도 White 대법관의 상대다수의견과 Powell 대법관의 별개의견의 열악한 질인 듯하다. 법정의견은 White 대법관의 상대다수의견을 다섯 가지 근거로 비판하였다. 상대다수의견은 ① 수정 제6조의 배심재판에 대한 권리의 역사적 의미에 대해 거의 고심하지 않았고, ② 연방대법원이 오랫동안 반복하여 해당 권리가 만장일치를 요구한다고 언급한 점을 적절히 고려하지 않았으며, ③ 루이지애나와 오리건 주법들의 인종차별적 기원을 고려하지 않았고, ④ 배심재판을 받을 권리의 기능에 대해 살펴보았으며, ⑤ 비용과 편익이 적절히 형량되지 않은 비용-편익 분석을 하였다는 것이었다. 이러한 비판은 모두 과장된 것이다.

첫째, White 대법관이 수정 제6조의 배심재판을 받을 권리의 원래 의미에 대해 자세히 논하지 않았다고 비판하는 것은 매우 불공정하다. 그는 이미 2년 전에 Williams v. Florida, 399 U. S. 78 (1970) 판결에서 이에 대해 자세히 논하였기 때문이다.[36] 그는 Williams 판결에서 수정 제6조가 커먼로 권리의 모든 특징들을 포함하는 것은 아니라고 말하였고, 이에 대해 법정의견이 이의를 제기하지 않았다. Apodaca 사건에서도 그는 Williams 사건의 분석을 토대로 판결을 작성하였고, 따라서 전에 이야기 한 것을 반복할 필요는 없었던 것이다.

---

34) 각주 7) 참고.

35) National Federation of Independent Business v. Sebelius, 567 U. S. 519 (2012); Williams v. Illinois, 567 U. S. 50 (2012); J. McIntyre Machinery, Ltd. v. Nicastro, 564 U. S. 873 (2011); McDonald v. Chicago, 561 U. S. 742 (2010); Shady Grove Orthopedic Associates, P. A. v. Allstate Ins. Co., 559 U. S. 393 (2010); Baze v. Rees, 553 U. S. 35 (2008); Crawford v. Marion County Election Bd., 553 U. S. 181 (2008); Hamdan v. Rumsfeld, 548 U. S. 557 (2006); Medtronic, Inc. v. Lohr, 518 U. S. 470 (1996); Richmond v. J. A. Croson Co., 488 U. S. 469 (1989); Bakke, 438 U. S. 265; Gregg v. Georgia, 428 U. S. 153 (1976) (joint opinion of Stewart, Powell, and Stevens, JJ.).

36) Williams v. Florida, 399 U. S. 78, 92-100 (1970).

둘째, 마찬가지로 White 대법관이 만장일치 평결에 대한 이전의 판결들에 대해 논하지 않은 것을 비판하는 것은 적절하지 않다. 그 판결들도 결국 만장일치가 커먼로 권리의 특성이라거나 피상적으로 만장일치가 요구된다고 서술할 뿐이었고, White 대법관은 Williams 판결에서 이미 수정 제6조가 커먼로의 모든 특성들을 보존하는 것은 아니라고 밝혔기 때문이다.

셋째, White 대법관과 Powell 대법관이 루이지애나와 오리건 주법들의 인종차별적 기원에 대해 고려하지 않은 것은 앞서 논의한 바와 같이 흠이 되지 못한다.

넷째, 기능주의적 해석이 비판을 받을 이유가 없다. Apodaca 판결 시절 이후 대부분의 형사소송 주요판례들은 기능주의적 판결 유형에 해당한다.[37] 기능주의에 대한 비판은 White 대법관이 배심재판을 받을 권리의 근본적인 목적을 살펴보게 만들었던 복잡한 문제를 회피하는 것이다. 수정 제6조가 커먼로상 배심재판을 받을 권리의 핵심부분을 포함하고 있다는 데에 누구도 의문을 제기하지 않지만, 문제는 그 권리의 모든 특성들이 수정 제6조에 포함되는가이다. 누구도 왜 12가 마법의 숫자인지를 단언하지 못함에도 12명의 배심원 요건은 수정 제6조에 의해 헌법화된 것인가? 수정 제6조에는 오늘날에는 큰 반대에 부딪칠 특성들, 예를 들어 여성을 배심원단에서 배제하는 것도 포함되는가? 수정 제6조의 채택 당시 여성들은 배심원에 맞지 않는다고 여겨졌었다. 18세기 후반의 관습에 멈춰있지 않는 한, 수정 제6조에 포함된 특성과 포함되지 않은 특성을 구분할 필요가 있다. 이를 위해 White 대법관은 Williams 판결에서 배심재판을 받을 권리의 근본적인 목적을 부패하거나 지나치게 열성적인 검사 또는 편견을 갖고 있거나 별난 판사로부터 피고인을 보호하기 위한 것이라고 인식하였다.[38] 법정의견은 기능주의적 접근법을 매도하였지만 어떠한 대안도 제시하지 못하였다. 여성 배심원 문제에 대해서는 단지 각주에서 여성의 배제가 추가적인 헌법 수정조항들 - 아마도 수정

37) Mapp v. Ohio, 367 U. S. 643, 654 (1961) (Fourth Amendment); Miranda v. Arizona, 384 U. S. 436, 444 (1966) (수정 제5조); Gideon v. Wainwright, 372 U. S. 335, 344-345 (1963) (수정 제6조); Furman v. Georgia, 408 U. S. 238, 239 (1972) (per curiam) (수정 제8조).

38) 399 U. S., at 100 (quoting Duncan, 391 U. S., at 156).

제14조의 평등보호조항 - 에 의해 불법화되었다고 언급하였을 뿐이다. 그렇다면 또 다른 White 대법관의 의견인 Taylor v. Louisiana, 419 U. S. 522 (1975) 판결의 법정의견이 여성을 배심원단에서 배제하는 것이 수정 제6조에 위반된다고 한 것에 대해 이 사건 법정의견은 동의하지 않는다는 것인가?

다섯째, White 대법관이 만장일치 요건을 비용-편익 분석에 근거하여 판결하였다는 것은 부정확한 것이다. 그의 요점은 배심재판을 받을 권리의 근본적인 목적이 평결을 11 대 1로 허용하거나 10대 2로 허용한다고 해서 침해되지 않는다는 것이었다.

나도 그 당시 연방대법원에 있었다면 White 대법관에 동의하였을 것이라 말할 수는 없지만, 법정의견이 그의 의견에 심한 비판을 가하는 것은 부당하다고 생각한다.

Powell 대법관에 대해서는 어떠한가? 법정의견은 그의 의견을 기이한 것으로 치부하였지만 그의 의견은 그러한 조롱을 받을 만한 것이 아니다. 헌법이 어떤 헌법상의 권리의 해석에 있어서는 주에게 다소간의 융통성을 허용한다는 Powell 대법관의 견해는 비록 최근에는 지배적인 접근법이 아니지만[39] 오래되고 존중할만한 뿌리를 갖고 있다. 오랫동안 이는 연방대법원의 접근방식이었고[40] 연방대법원은 이러한 접근법을 서서히 포기하였을 뿐이며,[41] Duncan v. Louisiana, 391 U. S. 145 (1968) 판결에 이르러서야 포기되었다.[42] 그의 접근법은 현재에도 지지자가 없지 않다.

현재에도 우리는 권리장전의 모든 조항들이 연방정부와 주에 동일한 방식으로 적용된다고 판결하지 않고 있다. 예를 들어, 수정 제5조[43]의 대배심[44] 조항은 주목할 만하다. Hurtado v. California, 110 U. S. 516 (1884) 판결에

---

39) McDonald, 561 U. S., at 759-766.
40) id., at 759-761.
41) id., at 762-767.
42) Duncan, 391 U. S. 145, 148-150 (1968).
43) **미국헌법 수정 제5조**
누구라도, 대배심에 의한 고발 또는 기소에 의하지 않는 한 사형에 해당하는 죄 또는 중죄에 대하여 처벌받지 않는다. (후략)
44) 대배심(Grand Jury)은 기소배심이라고도 하며, 형사 피의자를 기소하기 위해 시민들 가운데 선발된 집단으로 약 20여명으로 구성되어, 12명으로 구성된 일반 소배심과 비교하여 대배심이라고 한다. 정부의 기소권 남용을 제한하는 의미를 갖는다.

서 연방대법원은 대배심 조항이 주를 구속하지 않으며 주는 이를 예심(preliminary hearing)으로 대체할 수 있다고 판결하였다.

Apodaca 판결은 그 판결로부터 2년 전에 선고된 Williams 판결의 분석에 기초하고 있고 Williams 판결은 수정 제6조가 배심원단이 12명이어야 한다는 커먼로의 요건을 규정한 것은 아니라고 판결하였다. 현재는 오직 오리건 주만이 비(非)만장일치의 평결을 허용하고 있지만, 그보다 많은 주들이 6인 배심원단을 허용하고 있다. Apodaca 판결을 뒤집는다면, 즉시 Williams 판결도 변경할 것이 요구될 것이다.

(3) 신뢰이익

위에서 법정의견이 Apodaca 판결을 뒤집은 이유들에 대하여 비판적으로 짚어보았지만 이는 일부에 불과하다. 내가 Apodaca 판결이 유지되어야 한다고 확신하는 이유는 루이지애나 주와 오리건 주가 갖는 엄청난 신뢰이익 때문이다. 48년간 이 주들은 Apodaca를 신뢰해왔고 수많은 재판들이 비(非)만장일치 평결을 허용하는 원칙하에 이루어져 왔다. 이제 이 주들은 배심원단의 만장일치 문제로 소송의 쓰나미가 밀려올 가능성에 직면해있다.

법정의견은 연방선고가이드라인이 강제사항이 아니라고 판결하였던 United States v. Booker, 543 U. S. 220 (2005) 이후 800건의 결정들이 파기·환송되었다고 언급하였다. 그러나 재선고(resentencing)의 부담은 재심(retrying)의 부담에 견줄 바가 아니다. Booker 판결에 영향을 받은 모든 사건들을 재선고하는 것은 가능했지만, 오늘 법정의견의 영향을 받는 모든 사건들을 재심할 수 있을지는 미지수이다.

또한 이 주들에 만장일치가 요구되었다 해도 판결이 반드시 달라졌을 것이라고 보기 어렵다. 많은 사건들에서 만장일치가 요구되었더라도 배심원단은 숙고를 거듭하여 결국 한두 명의 배심원들이 유죄평결로 표를 던져 만장일치를 달성했을 것이다.

비(非)만장일치 평결을 받은 피고인들의 곤경은 중요하고 간과되어서는 안 된다. 그러나 그것만으로 선례구속 문제의 방향이 결정되어서는 안 된다.

Apodaca 판결은 유지되어야 하며, 따라서 원심은 확정되어야 한다고 생각한다. 이에 법정의견에 정중히 반대한다.