합리적인 양형을 위하여 (上)

박 용 철*

목차

Ⅰ. 들어가는 말
Ⅱ. 함축적 원칙들과 정제되지 않은 이론들
A. 역동적인 양형 원칙들
1. 구조적인 원칙들
2. 정책과 실용적인 고려들
3. 개별 피고인의 권리 원칙들
B. 정제되지 않은 헌법적 양형 법학
1. 부족한 규율의 전통
2. 날카로운(하지만 불분명한) 과다 규율로의 전환
3. *Booker* 판결에서의 흥미로운 타협

I. 들어가는 말**

Cunningham v. California 판결은 미국 대법원에 혼란스럽고 정리되지 않은 형식적인 양형법(Sentencing law) 논의를 정리할 수 있는 드문 기회를 제공하고 있다. 양형법은 구조적이고 개별적인 다양한 헌법적 법익들—예를 들어 연방주의(federalism), 삼권분립(Separation of powers), 민주주의 실험(democratic experimentation), 개성(individualization), 법적 안정성(consistency), 절차적인 공정성(procedural fairness),

* 서강대학교 법학부 조교수.

** 본 논문의 원본은 양형학의 전문가인 오하이오 주립대학교 법과대학원의 더글라스 A. 버만 (Douglas A. Berman) 교수와 펜실베니아 주립대학교 법과대학원의 스테파노스 비바스 (Stephanos Bibas) 교수가 공저한 "Making Sentencing Sensible"이라는 논문으로써 공저자중 하나인 버만 교수의 허락을 받아 번역함을 밝힌다.

공개의 원칙(notice) 을 포괄하는 것이어야 함에도 불구하고 미국 대법원은 서로 상충되는 원칙들에 대한 주의 깊은 법익 형량 없이 양형법 규율에 있어서 갈짓자 행보를 계속해오고 있다. 함축적 의미가 있는 현대 양형 법학은 재판이라는 것은 일반인으로 구성된 배심원에게 걸맞는 퇴영적(backward-looking)인 범죄행위 위주의 행사라는 점을 강조한다. 이와는 대조적으로 양형이라는 것은 미래 지향적(forward-looking)이고 범죄자 위주의 상황 파악을 포함하는 것이며 합리적인 판단을 위해 전문가와 숙련된 판사의 개입을 필요로 한다. 배심원이 범죄 사실을 발견해야 하는 반면에 판사들은 범죄자와 관련된 사실을 발견하고 양형 결정을 할 수 있어야 한다. 이러한 내재적 한계 내에서 대법원은 각주가 배심원과 판사, 입법자, 양형 위원회, 보호관찰 및 가석방 집행관, 그리고 1심 법원과 상소심 법원을 위하여 서로 다른 역할을 시험해 볼 수 있을 정도의 유연성을 보존해야 할 필요가 있다. 특별히 특정한 형태의 강제적인 양형지침(mandatory sentencing guidelines)은 헌법적으로 문제가 될 수는 있으나, 1심법원 판사들이 배심원의 역할을 침해하지 않고 항소심 판사들이 양형 판사들의 양형 이유를 상세하게 재고할 수 있는 상황이 보장되는 한 임의적(voluntary)이거나 혹은 심지어 추정적(presumptive)인 양형 지침은 허용되어져야 한다. 이러한 실험의 여지를 보존하는 신중한 접근방법은 법적 절차의 가치 보존에 가장 적합한 것이며 책임회피 가능성이 가장 적은 것이라 말할 수 있다.

대법원은 양형에 대한 판단에 있어 갈림길에 서 있다. Apprendi 판결과 Blakely 판결 그리고 Booker 판결[1]에서 보여준 서로 상충되는 두 가지 의견 제시 이후에 대법원의 양형 법학은 혼란스럽다거나 개념적으로 모순된다는 판단을 받고 있을 뿐이다. 그러나 Cunningham v. California 판례라는 켈리포니아주의 구조적인 양형 체제의 합헌성에 대한 사례는 이러한 혼란속에서 질서를 가져다 줄 수 있는 흔치 않은 기회를 대법관들에게 부여하고 있다.

Apprendi 판결 이후의 양형 법학에 있어 가장 문제가 되는 것은 대법원 업무의 형태이다. Apprendi 판결와 Blakely 판결에서 대법원은 법의 기능적이고 역동적인 측면에 대한 형식적이고 확실한(bright-line) 규칙들을 부여하고 있다. Blakely 판례와 Booker 판례 이후의 양형 법학은 상당히 혼란스러운데 이는 하급심법원들이나 의회

1) United States v. Booker, 543 U.S. 220 (2005); Blakely v. Washington, 542 U.S. 296 (2004); Apprendi v. New Jersey, 530 U.S. 466 (2000).

의원들이 대법원의 정제되지 않은 원칙을 좀더 실용적이고 함축적인 것으로 만들려는 시도를 해왔기 때문이다. 그러한 시점에서 Cunningham 판결이 켈리포니아주, 뉴멕시코주, 테네시주의 주대법원들이 Blakely 판결의 분명해 보이는 명령에 대해 거부의사를 밝힌 이후에 연방대법원의 판단을 기다리게 되었다는 것은 아주 시의적절한 것이라 할 수 있다. 위의 주대법원들이 Blakely 판결에 대한 거부의사를 밝힌 것은 주대법관들이 해당 판결을 경시해서가 아니라 각 주의 법현실과 필요에 더욱 관심을 보였기 때문이다.

연방 대법원이 현대 양형 법학을 발전시킬 수 있는 기회를 맞게 된 것은 부분적으로 대법원의 구성원에 있어 변화가 있었기 때문이다. 대법원의 수정헌법 제6조에 대한 현대적인 접근에 대하여 늘 거부의사를 보이던 대법관들은 더 이상 대법원에 있지 않다. 새로운 대법원장은 종종 분열되는 대법원에 만장일치와 일관성을 끌어올 수 있는 능력을 보여왔고, 그동안 부족했던 전직 검사로서의 관점을 덧붙여 줄 수 있는 새로운 대법관도 대법원의 일원으로 합류했다. 아마도 가장 중요한 것은 대법관들이 새로운 양형 법학을 발전시킬만한 적절한 시기가 도래했다는 것이다. Apprendi 판결과 Blakely 판결 그리고 Booker 판결에서 제기되었던 문제점들은 대법원으로 하여금 미래의 양형 법학 발전을 안내할 수 있는 핵심적인 원칙이 무엇인지 생각할 수 있을 정도로 지속적으로 논의되어져 왔고, Cunningham 판례는 대법원의 최근의 업적과 좀더 온전한 길을 가기 위한 적절한 도구로써 사용되어지게 된 것이다.

대법원의 양형 법학 발전에 있어 가장 핵심이 되어야 하는 원칙들은 무엇이 있을까? 한 가지 확실한 것은 완전한 일련의 양형 규칙을 단지 수정헌법 제6조만을 봄으로써 도출해 낼 수는 없다는 것이다. 또한, Apprendi 판결 이후의 판례의 발전은 형식적인 헌법적 이론만으로 배심원들의 개입이라든지 건전한 입법적인 반응을 기대하거나 장려할 수 없다는 점이다. 대법원은 판례 자체가 어떠한 구조화된 양형 체제에 영향을 미칠 뿐만 아니라 대부분의 주에서 아직까지 사용되고 있는 구조화되지 않은 양형 체제에도 영향을 미친다는 점을 반드시 고려해야 한다.

우리는 대법관들처럼 핵심이 되는 양형 원칙들을 각기 다른 관점에서 접근하여 인식해 보고자 한다. 우리중 하나는 Apprendi 판결을 위시한 판례들의 논거를 지지하는 반면에 다른 하나는 이에 대한 이에 대한 공공연한 비평가이다. 한명은 전직 검사이고, 또 다른 한명은 전직 형사 전문 변호인이다. 그러한 의견과 배경의 차이에도 불구

하고 Apprendi 판결을 하나의 주어진 것으로 볼 때 양형을 좀더 합리적으로 만들 수 있는 미래의 양형 법학의 기초가 될 수 있고 되어야 하는 일련의 원칙들을 도출해 낼 수 있었다.

이론적인 측면에서 원칙들이라는 것은 배심원과 판사의 역할이 무엇인지 차별화할 필요가 있다. 배심원은 범죄 행위에 대한 논쟁에 있어 역사적이고 구조적으로 중요한 역할을 담당한다. 배심원들은 문제가 되는 행위가 법에 의해서 금지되는 범죄행위에 해당하는지에 대한 사실관계를 판단하여야 한다. 그 이후에 판사들은 범죄자의 성향을 파악할 수 있어야 하고 정당하고 효율적인 양형 결정을 위해 필수적인 합리적 판단이 가능하여야 한다. 규칙들은 배심원들과 판사들의 결정 과정의 한계를 명확히 할 필요가 있다.

양형 결정은 많은 법익과 법익을 추구하는 당사자들의 서로 상호 모순된 목적을 갖고 어우러지는 것이다. 헌법적 이론들은 이러한 현실에 민감하게 반응할 필요가 있다. 하지만 대법원의 형식주의적인 접근방법은 민주주의의 발전을 억압할 위험성이 있고 절차적인 정의와 피고인의 이익에 위해를 가할 수 있다. 대부분의 피고인에 대하여 양형 결정을 하는 각주는 민주주의 실험의 장으로 기능해야 하며 새로운 양형 판단을 할 수 있는 재량의 여지를 가져야 한다. 주의회나 주 양형 위원회, 주법원 판사들 그리고 주 검사들은 지역적으로 특수한 사정이나 가용자원의 제한성에 민감할 수밖에 없다. 법적 절차에 대한 고려는 법원들로 하여금 연방주의나 삼권분립 그리고 형사 정의 실현의 당사자들의 다양한 요구에 주목하도록 한다.

우리는 이번 가을 Cunningham 판결을 들은 뒤에 대법원이 켈리포니아주의 확정 양형법(Determinate Sentencing Law: DSL)의 위헌적인 측면을 선언할 것이라 예상하고 있다. 그러나 우리는 대법원 판례의 논고와 의견이 양형에 있어서 원칙들뿐만 아니라 실무에 있어서도 고려할 것을 제안한다. 본고의 첫 번째 부분은 양형법의 발전에 있어 주지해야 하는 원칙들에 대하여 논의함으로 시작하고자 한다. 헌법적인 양형 규칙들은 연방주의와 민주주의 실험이라는 대원칙을 존중하는 한편 양형과 관련 이해관계에 있는 다양한 당사자들의 의견을 반영해야 한다. 이 부분에서 우리는 대법원의 양형 법학에 있어서의 실책들을 탐구함으로써 왜 대법원이 Cunningham 판결을 너무 광범위하게 해석하는 실수를 하지 말아야 하는지 논하고자 한다. 과거에 대법원은 불명확한 개념적 근거에 기초한 한쪽에 치우친 규칙을 받아들였다. 그러나 법적 절차에 기초한 신

중한 접근방법이 대법원의 양형 법학에 있어 간결성과 명확성을 가져다 줄 수 있는 더욱 적절한 것으로 입증될 수 있다. 각 주 단위에서의 양형법에 있어서의 경험에 비추어 지방 소규모 단위에서의 실험과 민주주의 절차의 필요성을 알 수 있다. 그렇지 않다면 정치적, 재정적 부담이 다양한 당사자들이 정리되어 있지 않은 양형법학에 대응하게 됨으로써 형사정의 체제 자체를 왜곡할 위험이 있다.

본고의 두 번째 부분에서 필자는 수정헌법 제6조의 명령과 적정 절차 원칙에 비추어 법원이 양형에 관한 재량을 어떻게 구조화하고 분배할 수 있을지를 다루고자 한다. 우리는 한 가지 원칙에 기초한 일의 분배를 제안하고자 하는데, 즉 배심원들은 공판에 있어 범죄 행위에 대한 논쟁을 해결하는 역할을 부담하는 반면에 판사들은 더욱 광범위한 가치 판단과 더불어 양형에 있어 범죄자 측면을 고려해야 한다는 것이다. 이러한 주제는 양형이라는 것을 배심원 재판과는 다른 독특한 것으로 보는 것에서부터 출발한 것이며 이러한 결정이 항소심에서 재검토할 수 있는 합리적 판단을 제공해 주는 계기가 될 것이다. 각 주 역시 배심원들에게 부여되어 있는 범죄 요소 판단 권한을 침해하거나 공정한 당사자 주의의 실현을 위한 우리의 의무를 침해하지 않는 한 그러한 재량을 판사들에게 부여할 수 있을 것이다.

본고의 세 번째 부분에서 필자는 판사의 양형 재량을 어떻게 하면 헌법의 합리적인 테두리 안에서 제한할 수 있을 것인지를 논하고자 한다. 여기서 우리는 다양한 종류의 주 단위에서의 체제를 논하고자 하는데 예를 들어 이른바 합리적 판단을 방해하기 위하여 산술적인 정확성을 사용하여 양형에 있어 강제적인 제한과 가중형의 한계 규정을 두는 것은 Apprendi 판례나 Blakely 판례와 상충되는 것이다. 그와는 정반대로, 어떠한 주에서는 양형 판사로 하여금 사용 가능한 정보를 제공할 뿐만 아니라 범죄자의 정신적 상태에 대한 정보까지 제공해 주는 것을 추구하는 임의적인 양형 지침을 사용하고 있는데 이는 위의 두 판례에 비추어 확실히 허용 가능한 것이다. 위의 두 가지 제도의 중간 형태로 양형시 영점에서 시작하거나 일종의 가정적인 점수 제도로 만드는 것도 판사들이 개별적으로 양형을 결정하고 그러한 논고가 재검토할 수 있는 한 허용 가능한 제도인 것도 있다. 이러한 식의 접근은 판사로 하여금 양형 이유를 최소한도로 혹은 전혀 제시하지 않는 것을 허용하는 제도가 문제를 내포하고 있음을 제시하는 것이다. 또한 항소심에서 1심에서의 양형 사유를 정확히 파악할 수 없다면 예전의 강제적인 양형 지침 실시의 체제로 넘어갈 수밖에 없을 것이라는 실무상의 어려움을 드러

내주는 것이라 할 수 있다. 그러나 가정적인 점수 제도와 함께 방침에서 벗어난 양형 결정에 대한 주의 깊은 재검토가 가능한 양형 지침이라면 모든 판례에 있어 적절한 양형을 기대할 수 있을 것이다. 의회 의원들은 이러한 문제들에 대한 그들 자신의 생각을 공론화할 수 있어야 하는 동시에 판사들도 각 판례에서 양형 결정을 함에 있어 전체적인 정책에 부합되는 판단을 할 수 있어야 할 것이다. 의미 있고 함축적인 항소심 과정을 통해서 보완되는 합리적인 의견의 제시의 가능성 보장은 양형 제도의 중추라 할 수 있을 것이다.

Ⅱ. 함축적 원칙들과 정제되지 않은 이론들

근 반세기동안 양형이라는 것은 도저히 재검토가 불가능한 은폐된 재량행사의 무법천지에서 때때로 너무나 경직되고 불필요한 규칙으로 가득 찬 상태에서 갈짓자 행보를 계속해왔다. 과거의 재량에 기초한 양형 체제와 그것보다는 좀더 새로운 것이라 할 수 있는 규칙에 근거한 양형 체제의 장단점은 누구나 쉽게 추출할 수 있다. 그러나 변화무쌍한 현대 양형 역사가 우리에게 주는 교훈은 정당하고 효율적인 양형 법학의 발전을 위해서는 일련의 원칙들이 있어야 한다는 점이다. 이후 첫 번째 부분에서는 미래의 양형 개혁을 위한 구조적인 정책과 실용적이고 권리 중심적인 원칙들을 살펴보고자 한다. 두 번째 부분에서 필자는 양형에 대한 대법원의 갈짓자 행보에 대한 부분적 책임론과 이에 대한 반응을 살펴보고 종합하여 비판하고자 한다.

A. 역동적인 양형 원칙들

양형이라는 것은 개별적인 사건을 공정하고 효율적으로 해결하는, 형사정의를 구체적으로 실현하는 과정이라 할 수 있다. 비록 법학자들과 철학자들은 처벌의 이론적인 정당화에 대하여 오랫동안 논쟁을 벌여오긴 했지만 양형에 대한 구조적이고 절차적인 원칙들에 대한 논의는 지속적인 관심을 끌지 못했다. 이하 첫 번째 부분에서 필자는 현대 양형 체제를 이끌어야 하는 광범위한 구조적인 개념들에 대해서 다루고자 한다. 연방주의와 삼권분립은 권력에 대한 분리와 감시를 의미한다. 그러한 두 가지 대 원칙들은 민주주의 실험이라는 것에 여지를 남겨두고 있으며 지방 분권화된 체제에서의 수많은 이해 당사자들의 전문성에 의존하고 있다. 배심원들은 검사들과 판사들을 감시하

고 공동체의 양심과 상식을 법정에 끌고 오는 데 있어 이러한 면에서 중요한 역할을 담당하고 있다. 이하 두 번째 부분에서 필자는 정책과 실용적인 고려 방안이라는 측면을 다루고자 한다. 양형 규칙이라는 것은 제도가 가져다주는 일관성과 배치되는 개별화된 정의 실현에 대하여 항상 형량 할 수 있는 것이어야 하며 절차적인 공정성과는 반대되는 효율성도 형량 할 수 있어야 한다. 이하 세 번째 부분에서 필자는 피고인 개인의 권리에 대하여 숙고해 보고자 한다. 개인적 자유권과 권력의 불균형, 과중한 처벌 그리고 적정 절차에 대한 고려가 헌법적이고 법률적인 양형 규칙을 제정함에 있어 중요한 요소로 작용하여야 한다.

1. 구조적인 원칙들

미국의 연방 체제라는 것은 미국의 형사 정의 체제 형성에 심대한 영향을 미쳤다. 미국 연방 대법원이 Lopez 판례와 Morrison 판례에서 인정했듯이 형법 분야는 전통적으로 각 주에서 개별적으로 규율하는 영역이다.[2] 각 주는 개별적인 특수한 방법에 따라 범죄를 정의하며 이에 따른 처벌을 규정하고 있다. 따라서 사형을 얼마나 많은 범죄에 대한 처벌의 형태로 존속시키느냐는 각주의 재량에 속한 일이라 할 수 있다. 이러한 개별적인 각 주의 태도는 양형에 있어서도 마찬가지인데 몇 주는 구조화된 양형 지침과 양형 위원회를 갖는 방안을 시도하는 반면에 다른 몇몇의 주는 (때때로 비결정적이라고 불리우는) 아무런 구조가 잡혀있지 않은 전통적인 양형 체제를 유지하고 있기도 하다. 비록 양형 지침을 갖고 있는 경우라 하더라도 그러한 양형 지침의 구속력 유무, 가석방 규정 유무, 경범죄와 집행유예 그리고 중간적인 제제에 대한 적용 유무에서는 모두 다른 입장을 보이고 있다.[3] 이와 같은 각 주마다의 차이는 필수적인 것일 뿐만 아니라 오히려 바람직한 것이다. 각 주의 이러한 제도는 각 주의 주민을 연방 정부의 과도한 간섭에서 보호할 뿐만 아니라 그 지역의 가치와 선호를 반영한 것에 의미가 있다.[4]

---

2) United States v. Morrison, 529 U.S. 598, 610-11, 617-18 (2000) (United States v. Lopez, 514 U.S. 549, 560-61, 566-67(1995)에서 인용)).

3) Richard S. Frase, State Sentencing Guidelines: Diversity, Consensus, and Unresolved policy Issues, 105 COLUM. L. REV. 1190, 1194-1206 (2005) [이하 Frase, State Sentencing Guidelines]

4) Lopez, 514 U.S. at 583 (Kennedy 대법관의 인용의견) (San Antanio Independent School Dist. v. Rodrigues, 411 U.S. 1, 49-50 (1973) 판례에서 인용하며); New State Ice Co. v. Liebmann, 285 U.S. 262, 311 (1932) (Brandeis 대법관의 반대의견)).

연방주의 체제의 또 다른 장점은 각 주가 실험과 개혁의 장소로써 작용하도록 한다는 것이다. 각 주가 역사적으로 범죄와 처벌에 대한 개별적 규정을 둔만큼 이러한 부문들에 대한 전문성을 확보해 왔다. 연방정부는 이러한 실험을 방해하지 말아야 한다.[5] 각 주가 기본적인 헌법적 제한을 존중하는 한 양형에 있어 제각기 다른 접근을 할 수 있도록 허용되어져야 한다. 민주주의 감시체제는 각 주로 하여금 주민의 법익과 범죄에 대한 우려, 다양한 형사 정의 구조와 교도소의 수용인원이나 수감시 발생하는 비용 문제 등에 대하여 반응할 수 있도록 한다.[6] 각주는 다른 주의 경험으로부터 배울 수 있고 그들의 양형 체제를 가장 성공적인 실험에 기반하여 수립할 수 있을 것이다.

연방주의라는 것이 권력을 연방 정부와 주 정부에게 수직적으로 분할했듯이 삼권분립이라는 것은 형사 정의에 있어서 권력을 수평적으로 분할하고 있다. 의회와 양형 위원회는 범죄와 처벌에 대하여 사전적으로 (ex ante) 정의하는 반면에 검사들은 개별적인 사례에 있어 그러한 법들을 사후적으로 (ex post) 적용하는 역할을 담당한다. 배심원들은 검사들의 기소 결정을 유무죄를 판단함으로써 감시하며 1심 판사들은 적정한 양형을 선택함으로써 그러한 감시 역할을 담당한다. 항소심 판사들은 이러한 모든 이해 당사자들의 결정을 재검토한다. 다시 말해서, 각 주는 다양한 이해 당사자들의 동의 없이 특정 행위에 대하여 처벌할 수 없으며 양형 체제라는 것은 각 당사자의 지혜를 집합하는 과정을 필수적으로 따르게 된다. 제각기 다른 형사법과 양형 구조는 제각기 다른 당사자들에게 대한 권력 분배에 지대한 영향을 미치지만,[7] 어느 정도의 지방분권화는 불가피한 것이다. 이러한 지방분권화는 전문성과 다수 당사자들의 상식을 서로 총합할 수 있는 유용한 방안이 된다.

---

5) Lopez, 514 U.S. at 583 (Kennedy 대법관의 인용의견); Blakely, 542 U.S. at 326-28 참조 (Kennedy 대법관의 반대의견)(양형 구조에 대하여 광범위하게 헌법적 제한을 가하는 것에 대한 우려를 표명하며 "무엇이 공정한 양형이 될지에 대하여 지속적인 대화가 필요하다는 측면에서 의회 의원들의 집합적인 지혜를 고려해야 할 뿐만 아니라 발전과 실험 장소로써 운영될 수 있는 각 주의 이익 역시 고려해야 한다").

6) Marc L. Miller, Cells vs. Cops vs. Classrooms, in THE CRIME CONUNDRUM: ESSAYS ON CRIMINAL JUSTICE 127 (Lawrence M. Friedman & George Fisher eds., 1997)(지방의 특이성을 인정하는 것이 형사 정의 결정을 함에 있어 좀더 정확하고 균형잡힌 결정을 가져온다는 것을 강조하며).

7) Kevin Reitz, Modeling Discretion in American Sentencing Systems, 20 LAW & POL'Y 389 (1998). NORA V. DEMLEITNER ET AL., SENTENCING LAW AND POLICY: CASES, STATUTES, AND GUIDELINES 65-116 (2004) (특정 양형 구조하에서 제각기 다른 양형 결정자들이 각기 다른 재량을 갖고 있다는 것에 대하여 재검토하며).

특별히 배심원들은 형사 정의에 있어 상당히 크고 구별되는 역할을 수행하고 있다. 형사 재판에서 배심원에게 재판을 받을 권리는 단순히 원래의 헌법에만 구체화되어 있는 권리가 아닌 권리장전(the Bill of Rights)에 규정되어 있는 것이다.[8] 헌법을 만든 사람들 (the Framers)이 이러한 수고를 한 이유는 형사 분야에서 정부의 권력이라는 것이 가장 극대화될 수 있는 것인 만큼 개인의 자유에 가장 큰 위협을 줄 수 있기 때문이다. 특별히 헌법을 만든 사람들이 걱정했던 것은 의회 의원들과 검사들 그리고 판사들이 공모하여 정치적으로 인기 없는 피고인들을 가혹하게 처벌토록 할 수 있다는 가능성이었다. 그래서 그들은 배심원들로 하여금 그들의 상식과 양심을 이용하여 검사들의 기소 사실에 대하여 판단하게 했던 것이다.[9] 따라서 본질적으로 검사에 의한 남소에 대한 거부권을 행사하기 위하여 배심원들에게 중요한 감시자의 역할이 지워진 것이다.[10] 스칼리아 대법관이 Blakely 판결에서 강조했던 것처럼 배심원에 의해 재판을 받을 권리는 "결코 단순한 절차적 형식에 불과한 것이 아니라 우리의 헌법에 보장된 기본적인 권리이다. 국민에게 보장된 투표권이 의회와 행정부에 대한 최종적인 감시 기능을 갖고 있는 것과 마찬가지로 배심원에 의한 재판이라는 것은 사법부에서의 국민의 감시 기능을 견지하기 위한 것"[11]이다.

---

8) U.S. CONST. art. III., § 2, cl. 3 ("모든 범죄에 대한 공판에 있어" 배심원들에 의한 판단을 보장하며); U.S. CONST. amend. VI ("모든 형사 고소"에 있어 배심원들에 의한 재판을 보장하며); Neder v. United States, 527 U.S. 1, 30 (1999) (Scalia 대법관의 반대의견)(배심원에 의해 재판을 받을 권리를 "미국 민주주의의 중추"라 표현하며 이는 헌법뿐만 아니라 권리 장전에도 기록되어 있다고 말하고 있다).

9) United States v. Khan, 325 F. Supp. 2d 218, 230 (E.D.N.Y. 2004) (Weinstein 대법관)(헌법을 만든 사람들의 형사 정의 실현에 있어서 배심원들의 역할에 대한 비전을 논의하며 설명하기를 "배심원은 과거에도 그랬던 것처럼 판사와의 합동적인 노력에 있어 독립적인 직접적 목소리로써 존재한다. 이는 인간성에 손상을 입은 개개인의 범죄를 판단함에 있어 때때로 더욱 이론적이고 비현실적인 거리감 있는 정부의 대표자에 의해 판단을 받는 것보다 동정적인 자유인들의 판단을 받는 것이 더 낫다는 시각을 표현하는 것이다.") Morris B. Hoffman, The Case for Jury Sentencing, 52 DUKE L. J. 951, 959-63, 992-99 (2003) (영국 보통법 체제에서의 배심원들의 사실상의 양형 지배와 왜 배심원들이 판사를 감시하며 적절한 형벌을 내릴 수 있는지에 대하여 논의하며).

10) Rachel Barkow, Separation of Powers and the Criminal Law, 58 STAN. L. REV. 989, 1012-17 (2006); United States v. Kandirakis, 441 F. Supp. 2d 282, 312-16 (D. Mass. 2006)(Young 대법관) ("배심원에 의한 무효화와는 다르게 배심원들은 사법부의 신뢰와 대중에 대한 매력을 증진시킴으로써 중요한 구조적인 기능을 하고 있다. 비록 독립적인 사법부를 창설하는 것이 행정부가 제대로 역할을 하지 못했을 때 필요한 배심원들의 무효화에 대한 권한을 경감시키는 측면이 있다 할 수 있지만, 사법부가 행정부의 다른 부서들을 적정한 형태로 감독할 필요성에 대해서는 오직 가장 믿음이 닫힌 행정부와 의회 권한 우월주의자들만이 무시할 수 있는 문제일 것이다.").

불행하게도 오늘날 형사 정의 체제에 있어 배심원의 연관은 원칙적이라기 보다는 오히려 예외적인 것에 가까운 것이다. 대략적으로 모든 형사 사건의 95%가 유죄 협상으로 종결되는데 이는 검사들과 판사들을 감시할 배심원의 기회를 박탈하는 것이다.[12] 비록 많은 학자들이 법률 체제를 마치 배심원 체제가 아직 일반적인 것처럼 분석하긴 하지만 사실상 협상으로 실현되는 정의가 우리의 현대 형사 정의 체제에 있어 배심원의 역할을 소외시키고 있다.

2. 정책과 실용적인 고려들

양형이라는 것은 형사 정의 체제가 종결되고 최종적으로 실현되는 지점이다. 그러므로 양형법이라는 것은 위에서 이야기한 구조적인 원칙들과 함께 여러 정책적이고 실용적인 문제들을 다루지 않을 수 없다. 현대 양형 체제에 있어 공공연하게 알려진 주요 정책적 관심사 중 하나는 범죄자 개개인에 대한 개별적 정의의 실현과 제도의 일관성의 균형을 유지하는 일이다. 실용적인 측면에서 공공연하게 알려진 주요 관심사는 절차적 공정성에 역행할 수 있는 효율성을 균형 있게 유지하는 일이다.

판사의 양형 재량을 인정하는 것의 장단점에 대한 논쟁은 몇 십여년 동안 지속되어 오던 것이다. 이러한 논쟁은 양형이라는 것은 범죄자 개개인에 대한 개별적 정의의 실현과 제도의 일관성이 균형을 이루어야 한다는 중지를 흐리게 만드는 결과를 가져왔다.[13] 결국 진정한 난점이라고 할 수 있는 것은 어떻게 하면 위에서 말한 두 가지 목

---

11) Blakely, 542 U.S. at 305-06; Jenia Iontcheva, Jury Sentencing as Democratic Practice Practice, 89 VA. L. REV. 311, 339-53 (2003) (배심원에 의한 양형의 민주주의 수호적 측면을 발전시키며 배심원을 의회와 대리 그리고 판사의 역할에 비교하며).

12) Barkow, supra note 10, at 1047 n. 310; U.S. BUREAU OF JUSTICE STASTICS, 2003 SOURCEBOOK OF CRIMINAL JUSTICE STATISTICS 426 tbl.5.24 (75,573 중범죄 피고인 중 94.8%에 해당하는 71,683명의 연방 중범죄 피고인이 유죄 협상을 한다는 것에 대하여 보고하며), 450 tbl.5.46 (95%에 달하는 주의 중범죄 유죄 판결이 유죄 협상으로 이루어진다는 것에 대하여 보고하며); United States v. Green, 346 F. Supp. 2d 259, 265-79, 281-82, 310-11, 316-17 (D. Mass 2004) (유죄 협상이 배심원에 의해 재판을 받을 권리를 어떻게 침해하고 있는지에 대하여 설명하며), 위의 판결은 United States v. Yeje-Cabrera, 430 F. 3d 1 (1st Cir. 2005)에 의해서 부분적으로 무효화되었으며, United States v. Pacheco, 434 F.3d 106 (1st Cir. 2006)에 의해서 무효화 된 동시에 파기환송되었다.

13) 그 누구도 진지하게 판사가 양형에 있어 어떠한 범죄라도 집행유예에서 사형까지 자유롭게 선고할 수 있는 무제한적인 권한을 가져야 한다고 주장하지는 않는다. 이와는 마찬가지로 그 누구도 진지하게 판사가 양형에 있어 해당 범죄와 범죄자의 특수한 성질을 고려하는 기회를 갖지 말아야 한다고 주장하지는 않는다.

적을 동시에 합리적으로 성취할 수 있는 양형 구조를 발전시키느냐는 것이다. 즉, 이 문제는 한편으로 양형법이라는 것은 "유사한 전과 기록을 가진 유사 범죄로 유죄 판결을 받은 피고인들 사이의 부당한 양형의 차이"[14]를 최소화하는 것이어야 함과 동시에, 다른 한편으로 어떻게 "일반 양형 실무에 있어서 고려되지 않는 중재 요소나 가중 요소들을 개개인의 양형에 있어 허용할 수 있을 정도"[15]로 유연성 있는 제도가 될 수 있느냐는 것이다.

양형의 개별화와 일관성의 문제는 양형에 있어 다양한 당사자가 양형에 영향을 미칠 수 있는 서로 중복되는 재량을 가진 것에 특별히 기인한다 할 수 있다. 다양한 피해자가 범죄를 다르게 신고하고 '다양한 경찰관들이 범죄들을 다양한 방법으로 수사하며; 다양한 검사들이 기소 과정을 다양한 방식으로 결정하며' 그리고 다양한 피고인들과 피고인측 형사 전문 변호인들이 유죄 협상의 가능성에 서로 다르게 반응한다.[16] 바꾸어 말하면 많은 재량에 기초한 선택들이 형식적인 양형 절차가 시작하기도 전에 양형에 영향을 미친다는 것이다. 사건에 특정적인 개별화된 양형이라는 것은 어떠한 형사 정의 체제이던 간에 이의 본질적인 특성에 의하여 통제되거나 심지어 개별적인 양형이 있었는지조차 인식하는 것은 불가능하다.[17]

양형에 있어 재량이라는 것이 아주 큰 부분을 차지하기 때문에 형식적인 법률 원칙의 천명은 양형의 개별화와 일관성간의 균형에 별다른 영향을 미칠 수가 없는 것이다. 그러한 이유로 양형 구조와 규칙들이라는 것은 재량 행사를 합리적이고 투명하며 재심 가능한 것으로 만드는데 초점을 맞추어야 한다. 재량이라는 것은 적절하게 행사만 된다면 유해한 것은 아니지만 재량이라는 것이 숨겨져 있고 외부의 감시로 알 수 없는 것이라면 불법적인 요소들이 결정에 영향을 미치기 그만큼 쉬울 수 있는 것이다. 양형

14) 28 U.S.C. § 991(b)(1)(B) (2006).

15) Id.

16) ALFRED BLUMSTEIN ET AL., 1 RESEARCH ON SENTENCING: THE SEARCH FOR REFORM 41-47 (1983) 일반적 참고 (형사 정의 체제의 운영이 다양한 "다양하고 중복되며 서로 연결된 재량과 모순되는 목적들이 뒤엉킨 강력한 전통의 영향력과 제도적인 편리성과 자원의 희소성과 이기주의의 산물"이라는 점을 강조하며).

17) U.S. SENTENCING COMM'N, FIFTEEN YEARS OF GUIDELINES SENTENCING: AN ASSESSMENT OF HOW WELL THE FEDERAL CRIMINAL JUSTICE SYSTEM IS ACHIEVING THE GOALS OF SENTENCING REFORM (2004) 일반적 참고 (양형 이전에 발생 가능한 불균형을 통제하기 위해 만들어진 아주 공들여 만들어진 구조라 할지라도 양형 결과의 통일성을 증진시키기 위한 효과적인 것이 되기는 아주 어렵다는 것에 대하여 이야기하며).

구조는 밖으로 드러날 수 있는 것이어야 하고 다양한 양형 결정자들의 불가피한 재량 행사에 전달될 수 있는 것이어야 한다.

형사 정의를 설계함에 있어 간과할 수 있는 두 번째의 문제는 바로 사건을 진행함에 있어 효율성과 공정성의 균형을 맞추는 것이 힘들다는 점이다. 엄청난 사건량과 재화의 희소성 그리고 서로 상충될 수밖에 없는 우선순위의 담보는 개개의 사건에 얼마만큼의 절차를 허여해야 하는지에 대하여 고민하게 만든다. 이러한 압력은 많은 사건들로 하여금 상대적으로 법률에 의해서 가벼운 적용을 받는 예를 들어 유죄 협상과 같은 제도에 눈을 돌리게 만든다.[18] 재화의 희소성은 특별한 범죄 수사라든지, 선고, 처벌에 있어 다양한 면에서 영향을 미친다.

효율성의 문제 역시 종종 형사 정의 논쟁에 대해서는 금기로 여겨지지만 아마도 이는 중범죄와 이에 따르는 처벌에 있어 인간의 역할이 차지하는 부분이 너무나 크기 때문일 것이다. 유죄 협상에 있어 검사들은 공판이나 다른 절차적 권리에 대한 포기의 대가로 감형된 형량을 제시하곤 한다. 재화의 희소성은 징역형에서 대체형 그리고 재사회화 프로그램의 선택에까지 항상 다양한 양형 결정에 영향을 미친다. 그리고 역사적으로 법원이라는 존재는 양형에서 절차적 권리를 거의 인정해오지 않았는데 아마도 이는 양형에 있어 공들여 만들어진 절차를 따른다면 이는 형사 정의의 결정을 너무나 느리게 만들 수 있다는 판단에 근거한 것으로 보인다.[19]

효율성 문제는 언제나 큰 부분을 차지할 것이기 때문에 형식적인 법률 원칙의 천명에 있어 이의 비용 문제에 대하여 늘 고려해야 할 것이다. 형사 정의 체제의 당사자들은 비용이 많이 들며 다른 중요한 목표들을 성취할 수 없는 절차들을 우회할 수 있고

---

18) William J. Stuntz, The Political Constitution of Criminal Justice, 119 HARV. L. REV. 780, 815-17 (2006); Nancy J. King & Michael E. O'Neil, Appeal Waivers and the Future of Sentencing Policy, 55 DUKE L.J. 209 (2005) (피고인들이 그들의 항소심과 유죄 판결 이후의 양형 실수에 대한 재심권에 대한 권리를 포기하는 연방 유죄 협상에 있어 문제와 그 발생의 빈도에 대하여 논의하며).

19) Blakely, 542 U.S. at 318 (O'Connor 대법관의 반대의견) (배심원에 의해 재판을 받을 권리를 확대해석하는 것에 대하여 각 주가 해당 판례에 대하여 형편없이 반응하여 "구체적이고 헌법적인 세금을 강제"하는 구조화된 양형 체제의 채택에 이를 수 있다는 이유로 거부하며). 사형의 선고는 아마도 이러한 규칙을 입증할 수 있는 예외적인 것이다. 엄청난 양의 절차와 시간, 에너지 그리고 돈이 아주 작은 숫자의 사형 선고 사건을 해결하기 위해 소비되었다. 사형 제도의 재정적 비용이 워낙 높고, 형사 전문 변호인들은 만성적으로 재정 적자 상태에 있으며 몇몇 관할에서는 사형 제도를 유지하기 위한 비용이 너무 높아서 이 제도의 포기를 선언하였다. Costs of the Death Penalty, Death Penalty Information Center, http://www.deathpenaltyinfo.org/article.php?did=108&scid=7 참조.

또한 그런 시도들을 할 것이다. 가장 효율적인 양형 구조와 규칙이야말로 형사 정의 체제가 비용에 있어 가장 적절한 효과를 가져오는 형사체제를 성립하는데 도움을 줄 수 있다.

3. 개별 피고인의 권리 원칙들

물론 양형에 있어 가장 첨예한 영향을 받는 법익 당사자는 피고인이다. 원칙에 입각한 양형 체제는 피고인의 권리들을 보호하는 것이 되어야 한다. 우리나라의 개인의 자유권 보호와 정부 권한의 제한에 대한 약속은 유죄 판결을 받은 피고인을 지나치게 무거운 형벌로 처벌하는 것에 대하여 무죄한 사람을 유죄로 처벌하는 것에 대하여 걱정하는 것처럼 적절한 관심을 가져야 한다. 양형 구조와 규칙들은 특별히 가장 강력한 처벌을 포함하여 모든 형벌에 대한 처벌에 대하여 건강한 의심을 드러냄으로써 피고인의 자유권 법익 보호에 관심을 가져야 한다.

그러나 비록 피고인들의 공판 전 그리고 공판 중의 모든 권리들이 많은 주목을 받아왔지만, 피고인들의 법익에 심대한 영향을 미치는 양형과 관련된 권리들과 양형의 역동성에 대한 관심은 적었던 것이 사실이다. 양형에서의 피고인들은 공판의 시작을 기다리는 피고인들과는 아주 다른 입장을 갖고 있다.[20] 양형단계에서 마주치게 되는 피고인들은 판사나 배심원들에 의해서 합리적인 의심을 넘는다는 이유로 유죄판결을 이미 받았거나 유죄 협상으로 유죄를 인정한 사람들이다. 문제는 각 주가 어떻게 이렇게 입증된 죄인을 대할 것인가라는 점이다. 결국 무죄인 사람을 위해 인정되었던 각종 보호 장치는 본질적으로 불필요한 것이고, 의회나 법원 그리고 검사들은 절차적인 지름길을 택하는 것에 대하여 더욱 편하게 느끼게 된다. 그 결과 양형권이라는 것은 종종 검찰에 유리한 것으로 작용되어져 왔고 심지어 겉으로 중립적인 양형이라 하더라도 제도 자체를 과도한 처벌이 가능하도록 만들어 온 것이 사실이다. 대법원의 배심원에 의해 재판을 받을 권리의 현대적인 재해석은 이러한 문제들에 대한 새로운 관심이 필요함을 주문하고 있다.[21]

---

20) Alan C. Michaels, Trial Rights at Sentencing, 81 N.C.L. Rev. 1771, 1855-58 (2003).

21) e.g. Blakely, 542 U.S. at 313-14 (“헌법을 만든 사람들은 한사람의 자유권을 3년 이상 박탈하기 이전에 검찰이 피고인과 동등한 사람들과 피고인의 이웃으로 구성된 열두 명의 배심원들로 구성된 사람들의 만장일치의 투표를 받는 것에 종속되어져야 한다는 적당한 불편함을 감수해야 한다는 점에 대하여 이를 늘 요구할 만큼 생각하지 않았다.” 그리고 “모든 피고인들은 검사가 처벌에 필요한 모든 사

적정 절차의 원칙은 피고인들에게 형사 절차 전반에 있어 실제적인 보호를 제공하고 있다. 적정 절차의 원칙의 핵심에는 "합리적인 고지 (notice)와 말할 수 있는 기회에 대한 권리"가 존재한다.[22] 고지라는 것은 단순히 피고인의 충격을 완화시키는 기능을 위해 존재하는 것이 아니다. Apprendi 판례에서 인정했듯이 피고인들은 자신의 혐의에 대한 분명한 고지가 있어야 방어 준비를 할 수 있는 것이다.[23] 피고인들이 고지를 필요로 하는 시점은 단순히 양형시가 아니라 유죄협상을 할 것인가 공판을 진행시킬 것인가라는 중요한 결정을 할 때이다.[24] 사전 고지 (advance notice)와 변호인의 효율적인 조력을 받을 권리, 그리고 여러 심리 절차는 증거의 당사자주의적 검증을 증진시키는 것이다. 예측 가능하고 투명한 절차는 증거능력이 약한 증거를 노출시키며 수면 밑으로 이루어지는 의사소통과 효율적인 변호를 위해 변호인이 인맥이 좋아야 한다는 것의 중요성을 약화시키는 역할을 한다.

B. 정제되지 않은 헌법적 양형 법학

Apprendi 판례와 맥을 같이 하는 판례들에서 대법관들의 평소와 다른 의견 일치의 변화하는 모습은 이동은 현대 양형 법학에 있어 당황스러운 결과를 양산하였다. 도저히 예측 불가능한 대법관들 간의 의견 일치와 예기치 않았던 이론의 생산은 유서 깊은 여러 경쟁적인 원칙들로부터 연유한 것이다. 불행하게도 이러한 서로 경쟁하는 원칙들

실관계를 배심원들에게 입증해야 하는 배심원에 의한 재판에 대한 권리를 갖고 있음"을 강조하며); Booker, 543 U.S. at 237 (다수의견을 말하는 Stevens 대법관) (정부가 최근에 제도화한 양형 제도에 대하여 "배심원은 새로운 양형 체제에 있어서도 개인과 정부의 권한 사이에 중간자적 위치로 존재한다는 것"을 확인하기 위한 것으로 수정헌법 제6조를 해석하는 것의 중요성을 설명하며).

22) Oyler v. Boles, 68 U.S. 448, 452 1962); accord LaChance v. Erickson, 522 U.S. 262, 266 (1998); Mullane v. Cent. Hanover Bank & Trust Co., 339 U.S. 306, 313 (1950). 권리장전의 다른 규정들은 혐의에 대한 고지를 보장하는 다른 방법들을 규정하고 있다. U.S. CONST. amend. V (모든 "사형 선고 가능 범죄나 각종 파렴치범죄에 있어" 대배심의 기소나 고발을 필요로 함), amend. VI (피고인의 "모든 형사 기소사건에 있어 혐의 내용의 본질과 원인에 대하여 고지 받을 권리가 있음"을 보장하며), Schmuck v. United States, 489 U.S. 705, 718 (1989) (수정헌법 제5조에 규정된 대배심 조항의 가장 중요한 목적은 피고인들이 그들의 혐의 내용을 고지 받게 하는 것이다).

23) Apprendi v. New Jersey, 530 U.S. 466, 478 (2000) (W.N. WELSBY의 ARCHBOLD'S PLEADING AND EVIDENCE IN CRIMINAL CASES 44 (15th ed. 1862)를 인용하며); United States v. Simmons, 96 U.S. 360, 362 (1877) 참조.

24) Stephanos Bibas, Judicial Fact-Finding and Sentence Enhancements in a World of Guilty Pleas, 110 YALE L. J. 1097, 1173-77 (2001).

을 주의 깊게 연구하는 대신에 대법원은 해결한 것 보다 더욱 많은 문제를 양산할 수 밖에 없는 형식주의적 원칙을 포용하였다. 대법원의 새로운 양형에 있어서의 과도한 규율은 대법원이 양형 절차에 대하여 무관심으로 일관했던 오랜 기간이 지난 후에 발생한 것이다. 대법원의 규율 부족과 현대의 과다한 규율은 건전한 양형 구조의 발전에 대한 의회와 다른 당사자들에게 방해 요소가 되고 있다.

1. 부족한 규율의 전통

Apprendi 판례 이전에 대법원은 사형이 선고될 수 있는 이외의 범죄에 대한 양형 절차에 있어 손을 대지 않는다는 입장을 견지해 왔다. Williams v. New York 판례에서 대법원은 양형심 에서 피고인들에게 불리한 증언을 하는 증인들을 대질하거나 반대신문할 권리가 피고인에게 없음을 선언하였다.[25] Williams 판례에서 대법원은 재사회화라는 것이 형사 정의의 중요한 목표이기 때문에 "형벌은 단순히 범죄에 맞는 것이 아닌 범죄자에게 맞추어진 것이어야 한다"[26]는 입장을 강조하였다. 양형이라는 것은 단순히 피고인의 "특정 범죄의 유무"[27] 여부를 결정하는 것을 넘어서서 판사들이 전문증거를 포함한 "피고인의 인생과 성격 등에 대한 인용 가능한 모든 정보"를 참고하여야 한다는 것이다. 양형 판사들은 그들로 하여금 피고인들의 배경에 대한 중요한 정보를 배울 기회를 박탈할 여지가 있는 공판 규정이나 증거법 규정에 얽매이지 말아야 한다.[28] 각 주 의회들은 양형 판사들에게 광범위한 재량을 주기로 선택하였고, Williams 판례에서 인정되었듯이 형식적인 절차를 요구하는 것은 현명하지 못하고 비효율적인 것으로 취급되었다. 흥미롭게도 Williams 판례에서 대법원은 처벌이라는 것이 재사회화의 수단이라는 이상과 (형식적인) 절차의 결여는 피고인 개개인들에게 뿐만 아니라 사회 전체로 보아서도 이익이 된다고 보았다.[29]

---

25) 337 U.S. 241, 247-48 (1949).

26) Id.

27) Id. at 246-48.

28) Id.

29) Id. at 249. (판사들로 하여금 범죄자들의 성격이나 환경에 대한 더 나은 이해를 허용하는 것은 "많은 범죄자들을 더욱 강하게 처벌하도록 하는 결과를 가져오지 않을 것"이라 설명하며 "유죄선고를 받은 범죄자들의 삶과 그들의 성격을 자세히 공부하면 그들이 왜 조금 더 경한 처벌을 받아야 하는지 이해할 수 있게 되며 이는 더욱 빠르게 재사회화되어 완전한 자유를 획득하고 다시 유용한 시민이 될 수 있다는 것으로 연결"된다는 점을 강조하며).

심지어 피고인의 공판전과 공판중의 권리 강화에 기여했던 Warren 대법관이 대법원장이던 시절에도 Williams 판례는 우호적으로 인용되었고 양형은 규율이 거의 필요치 않은 영역으로 받아들여졌다.[30] 대법원은 비록 양형에 있어 피고인의 변호인의 조력을 받을 권리라든지 양형에 영향을 줄 수 있는 증거를 발견할 수 있는 권리를 인정[31]하였지만, 양형에 있어 "판사는 판사 자신이 양형에 필요하다고 인정하는 한 아무런 제한 없이 각종의 정보를 수비할 수 있는 광범위한 재량이 있다"[32]고 지속적으로 판시하였다.

이와는 반대로 1960년대와 1970년대 형사 정의를 공부하는 학자들과 실무자들은 이와 같은 양형에 있어서의 광범위한 재량을 비판하기 시작하였다. 유사한 범죄로 유죄선고를 받은 유사한 피고인들이 제각기 다른 형량을 선고받은 여러 증거들이 발견되었고, 양형의 불균형은 범죄자의 인종과 성 그리고 부의 차이에 기인한다는 여러 연구결과도 발표되었다.[33] 이러한 양형의 불균형과 차별의 원인, 범죄의 증가, 재사회화의 비효율성에 자극받아 형사 정의 전문가들은 일관성과 확실성을 담보할 광범위한 양형 개혁을 제안하였다.[34]

---

30) 예를 들어, Chaffin v. Stynchcombe, 412 U.S. 17, 21-25 (1973)은 (Williams 판례를 재고하며 "양형 절차에 있어 유연성과 재량의 필요성"을 강조하고 있다); North Carolina v. Pearce, 395 U.S. 711, 723 (1969) (Williams 판례를 우호적으로 인용하며 피고인의 유죄 선고 후 행동을 형량을 선고할 때 고려할 수 있는 "양형 판사의 자유"를 강조하고 있다); United States v. Grayson, 438 U.S. 41, 45-54 (1978) (Williams 판례를 우호적으로 인용하며 "양형에 필요한 정보를 수집하는데 있어 제한은 거의 없어야 하며 적절한 양형 선택을 위해 고려할 정보의 범위에 대하여 폭넓은 재량을 인정해야 한다."고 주장하고 있다.); Pearce, 395 U.S. at 742 (Black 대법관의 부분 인용, 부분 반대의견에서) (대법원은 Williams 판례와 그 논고를 양형 절차를 어떠한 [현저한 절차적] 규율 하에 두어야 한다는 것에 대한 거절 사유로 재확인해오고 있으며 이는 "현대 행형학 개혁을 좌절시킬 우려가 있다."고 주장하며).

31) Mempa v. Rhay, 389 U.S. 128 (1967) (변호인의 조력을 받을 권리); Brady v. Maryland, 373 U.S. 83 (1963) (피고인에게 도움이 될 만한 증거를 수집할 수 있는 권리).

32) Grayson, 438 U.S. at 50 (United States v. Tucker, 404 U.S. 443, 446 (1972)를 인용하며)); Roberts v. United States, 445 U.S. 552, 556 (1980) ("판사가 양형에 필요하다고 인정하는 한 아무런 제한없이 각종 정보를 수집할 수 있는 것"은 "근본적인 양형 원칙"이라고 재확인하며) (Grayson 판례와 Tucker 판례에서 인용하며).

33) 예를 들어, Illene Nagel, Structuring Sentencing Discretion: The New Federal Sentencing Guidelines, 80 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 883, 895-97 & nn. 73-84 (1990) (인종과 성 그리고 부의 불균형을 포함한 광범위하고 부당한 양형의 불균형을 보여주는 연구들을 재고하며); Norval Morris, Towards Principled Sentencing, 37 MD. L. REV. 267, 272-74 (1977) (연구들을 재고하며 "부당한 양형 불균형에 대한 자료들은 압도적인 것이 되었음"을 주장하고 있다); William W. Wilkins, Jr. et al., The Sentencing Reform Act of 1984: A Bold Approach to the Unwarranted Sentencing Disparity Problem, 2 CRIM. L. F. 355, 359-62 (1991) (양형에 있어 인종 차별의 영향을 폭로하는 연구들을 재고하며).

34) 예를 들어, MARVIN E. FRANKEL, CRIMINAL SENTENCES: LAW WITHOUT ORDER (1972); NAT'L

의회는 즉각적인 반응을 보였다. 1970년대 후반과 1980년대 초반에 몇몇 주의 의회가 가석방을 다양한 종류의 범죄에 대하여 가석방을 폐지하고 양형 범위를 설정한 확정적인 양형 법규를 통과시킴으로써 양형 결정 과정을 구조화했다.[35] 거의 비슷한 시기에, 미네소타주와 펜실베니아주 그리고 워싱턴 주가 양형 위원회와 양형 지침을 만들었다.[36] 연방 정부 역시 미국 양형 위원회로 하여금 연방 양형 지침을 발전시키도록 한 1984년 양형 개혁법 (the Sentencing Reform Act of 1984)을 곧 통과시켰다.[37] 그리고 그 후 이십년 동안 더욱 많은 주가 강제적인 양형 법령을 만들거나 혹은 포괄적인 양형 제도를 발전시킬 양형위원회를 창설함으로써 일정 형태의 구조화된 양형을 채택하였다.[38]

현대 양형 개혁은 재사회화 모델을 양형의 교조적 목적으로 하는 과거의 모델을 부인하게 되었다. 많은 양형 체제와 엄격한 강제적 최소 형량을 규정하고 있는 많은 지침을 포함한 상당수의 구조화된 양형 법들은 주로 범죄자들의 범죄를 방지하며 그들의 자격을 박탈하고 처벌하고자 만들어진 것이다. 그러한 구조화된 양형 개혁은 양형 결정을 범죄자가 아닌 범죄에 더욱 초점을 맞추게 만들었고 피고인의 배경이나 성격 등과 같은 다양한 요소에 대한 사법적인 판단의 여지를 거의 남겨놓지 않는 데에 그 특징이 있다.

이러한 주목할 만한 확정적 양형 개혁에도 불구하고 몇십여년 동안 대법원은 대법원

CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIF. STATE LAWS, MODEL SENTENCING AND CORRECTIONS ACT (1979); PIERCE O'DONNELL ET AL., TOWARD A JUST AND EFFECTIVE SENTENCING SYSTEM (1977); ANDREW VON HIRSH, DOING JUSTICE: THE CHOICE OF PUNISHMENTS (1976); DAVID FOGEL, "WE ARE THE LIVING PROOF:" THE JUSTICE MODEL FOR CORRECTIONS (1975).

35) MICHAEL H. TONRY, U.S. DEP'T OF JUSTICE, SENTENCING REFORM IMPACTS 77-85 (1987); U.S. DEP'T OF JUSTICE, BUREAU OF JUSTICE ASSISTANCE, NATIONAL ASSESSMENT OF STRUCTURED SENTENCING 14-17 (1996) [이후에는 STRUCTURED SENTENCING] (다양한 주 관할에서 확정적인 양형 체제를 구축하기 위한 방향으로 움직였다는 것에 대하여 논의하며).

36) 1978 MINN. LAWS ch. 723 (수권법률); 204 PA. CODE § 303 (1982) (다음 42 PA. CONS. STAT. ANN. §9721을 설명하며); WASH. REV. CODE ANN. § 9.94A.905 (West 1988).

37) Sentencing Reform Act of 1984, Pub. L. No. 98-473, 98 Stat. 1987.

38) Frase, State Sentencing Guidelines, supra note 3, at 1190 (2005) (주의 양형 지침 체제를 조사하며); DALE PARENT ET AL., KEY LEGISLATIVE ISSUES IN CRIMINAL JUSTICE: MANDATORY SENTENCING 1 (Nat'l Inst. of Justice Jan. 1997) ("1994년까지 모든 50개주가 한 가지 이상의 강제적 양형 법안을 만들었으며 미 연방 의회는 연방법을 어긴 범죄자들을 대상으로 한 수많은 강제적 양형 법안을 만들었다"는 것을 지적하며).

의 양형 법학에 대하여 이를 변경하기를 거부하였다. McMillan v. Pennsylvania 사례에서 대법원은 강제적인 최소 형량 선고를 의무화하는 요소들을 판사들이 고려케 하는 것을 거부하는 등 Williams 판례의 입장을 반복하였다.[39] McMillian 판례에서 대법원은 양형 단계에서 더욱 강도 높은 절차적 보호가 있어야 한다는 피고인의 주장에 대하여 연방주의와 삼권분립에 대한 우려를 강조하면서 반복적으로 거부의 의사를 명확히 하였다. 대법원은 주의회에게 어떠한 심대한 헌법적 제한 없이 양형에 대한 다양한 접근 방법을 규정화할 수 있는 자유가 주어져야 한다고 본 것이다.[40]

McMillian 판례가 내려진 1986년은 많은 주 의회 등과 양형 위원회가 양형 개혁의 가능성을 탐구하던 시기였기에 McMillian 판례는 양형법을 현대화하고 효율적인 절차의 규정을 촉구할 수 있는 기회가 될 수도 있었다. 그러나 McMillian 판결에서 대법원이 대신에 "다양한 주 절차에 대한 용인"을 강조함에 따라 주 의회와 양형위원회들은 실질적인 양형 규칙을 개혁함에 있어 절차적인 보호 장치를 간과하였다.

McMillian 판례가 있은 지 십년 후에도 대법원은 연방법을 위반한 피고인의 연방 양형 지침하의 고양된 절차적 권리에 대한 주장을 지속적으로 받아들이지 않았다.[41] 그리고, United States v. Watts 판결에서 대법원은 피고인이 무죄 판결을 받은 행위에 대해서도 검찰이 양형에 있어 우월한 증거의 법칙으로 이미 입증하였다면 강제적인 가중 양형 사유로 인정될 수 있다고 판시하였다.[42] 놀랍게도, Watts 판결에서 대법원은 피고인에 대하여 판사가 완전한 정보를 알고 있어야 한다는 Williams 판결에서의 논거를 그대로 흉내 내었다.[43] 그러나, Watts 판결에서 대법원은 (1) Williams 판례가 양형을 재사회화의 수단으로 보는 모델에 기초하고 있다는 것과 (2) 문제가 된 연방 양형 지침은 단지 범죄 행위에 관한 것이고 범죄자의 "삶과 성격"에 대한 어떠한 측면도 포함하고 있지 않다는 것을 논의하지도, 받아들이지도 않았다.

---

39) 477 U.S. 79, 91-92 (1986) (펜실베니아주의 5년이라는 강제적 최소 형량에 대하여 만약에 판사가 우월한 증거로 피고인이 특정 범죄를 저지르는 동안 총기를 외부에 보이게 휴대하고 있었다는 것에 대한 사실관계를 확정하였다면 이러한 강제적인 양형은 승인 가능한 것이라고 판시하였다).

40) Id. at 84-91.

41) 예를 들어, Witte v. United States, 515 U.S. 389 (1995); Nichols v. United States, 511 U.S. 738 (1994); United States v. Dunnigan, 507 U.S. 87 (1993); Wade v. United States, 504 U.S. 181 (1992).

42) 519 U.S. 148, 151-55 (1997).

43) Id. at 151-52.

McMillian 판결과 Watts 판결에서 대법원은 본질적으로 현대 양형 개혁의 조류를 무시하였거나 적어도 그러한 움직임을 헌법적인 규정의 측면에서는 상관 없는 것으로 보았던 것이다. 연방주의와 삼권분립만이 가장 최고의 원칙으로 숭상되었다. 피고인의 권리들은 양형이 더욱 경직되고 엄격한 것으로 변화함에도 불구하고 거의 아무런 형식적인 보호를 받지 못하였다.[44]

2. 날카로운 (하지만 불분명한) 과다 규율로의 전환

갑자기 21세기 들어와서 대법원은 전통적으로 별다른 규제 없이 느슨했던 양형 절차에 대한 상당한 우려를 표현하기 시작하였다. 몇 년 동안 대법원은 적정 절차에 대한 조항과 수정헌법 제6조의 고지에 관한 조항 그리고 배심원에 의해 재판을 받을 권리가 있다는 규정이 양형에 있어 절차적으로 더욱 철저한 보호수단을 제공해 주는 근거가 될 수 있는지에 대하여 고심해왔다.[45] 결국, 2000년에 이르러서야 Apprendi v. New Jersey 판례는 해당 조항들이 배심원으로 하여금 (전과를 제외한) 가중 처벌적 사실관계 확정에 있어 합리적 의심을 넘어서는 정도로 인정할 것을 요구한다는 판결을 내리게 되었다.[46]

Apprendi 판례는 대법원 내부의 형사 소송 혁명과 개혁자들의 실질적인 양형 혁명의 충돌의 결과이다. 다른 분야에 있어서 연방주의와 삼권분립을 위한 역사적인 고민이 대법원으로 하여금 형사 피고인의 개인 기본권을 보호하는데 더욱 적극적인 역할을 하는 것을 도와주었다. 이와는 별도로 현대 양형 개혁이 특별히 많은 양형 결정들을 특정 범죄의 사실관계에 연관시킴으로써 양형을 좀더 공판과 같은 것으로 만들었다. 게다가, 유죄 협상으로 종결되는 사건이 대다수이기 때문에 양형이라는 것은 전형적으

---

44) 차후의 Apprendi 판례와 Booker 판례의 전조가 되었던 McMillan 판례와 Watts 판례에서 스티븐스 대법관은 열정적인 반대의견을 내 놓았다. Watts, 519 U.S. at 159 참조 (스티븐스 대법관의 반대의견); McMillan, 477 U.S. at 96 (스티븐스 대법관의 반대의견). Watts 판결에서 스티븐스 대법관은 "재사회화와 공정성이라는 목적이 개별적인 양형으로 실현 가능하고 그로 인해서 판사들에게 사실상 재심 불가능한 양형 재량을 주었던 것이 통일성과 응보라는 사회적 이익으로 대체되어져 왔다"고 지적하고 있다. 그는 대법원이 지속적으로 Williams 판례에 의존하는 것은 "개별적인 양형 체제가 양형 지침 체제와는 현저히 다른 것이라는 생각에 근거하고 있기 때문"이라고 혹평하였다. 519 U.S. at 165-70.

45) Jones v. United States, 526 U.S. 227 (1999); Almendarez-Torres v. United States, 523 U.S. 224 (1998).

46) 530 U.S. 466, 476 (2000) (스티븐스 대법관과 스칼리아 대법관, 수터 대법관과 토마스 대법관, 긴즈버그 대법관을 포함한 다섯 대법관의 다수 의견임).

로 대부분의 피고인들에게 존재하는 유일한 공판과 같은 절차임을 인식하게 되었다.[47] 이러한 발전들을 배경으로 Apprendi 판례는 피고인의 권리가 양형에 있어 다른 법익에 우선해야 한다고 인식한 대법원의 기념비적인 사건이 되었다.

불행하게도, 스티븐스 대법관의 Apprendi 판례에서의 의견은 현대의 구조화된 양형 개혁의 영향에 대한 개념적인 이해를 보여주고 있지 못하다. Williams 판례에서 주장했던 과거의 범죄자 중심의 교육형 갱생 모델을 강조하는 대신에 Apprendi 판례는 단순히 Williams 판례에서 이야기한 양형 판사는 법률이 허락하는 내에서 광범위한 재량을 행사하여야 한다는 판결만을 재확인하였다.[48] 그러한 결말은 대법원의 양형 법학이 형식적이면서도 이원적인 듯하게 보이는 결과를 가져오게 되었다. 즉, 최고형에 이르게 하는 양형 요소는 공판과 같은 보호 조치를 하게 하면서도 다른 양형 요소의 고려에 있어서는 어떠한 헌법적 규율도 요구하지 않았다.

하급심 법원들은 Apprendi 판례의 범위와 중요성을 결정하는데 고심해왔다. 넓게 해석한다면 판사로 하여금 양형에 있어 특정 사실관계를 발견하도록 요청하는 많은 양형 규정들과 지침들에 대한 헌법적인 의구심을 던진 것이라 볼 수도 있는 판례였기 때문이다. Apprendi 판례는 이와 유사한 여러 소송을 유발시키는 계기가 되었지만, 대다수의 연방과 주의 하급심 법원들은 현존하는 양형 구조를 보존하고자 하는 노력 하에서 Apprendi 판례를 협의로 해석하는데 급급하곤 했다.[49]

한편, 대법원 스스로가 United States v. Harris 판결에서 Apprendi 판례의 기판력을 제한하는 결정을 내렸다. Harris 판결에서 대법원은 McMillan 판례를 재확인하면서 Apprendi 판례는 강제적으로 최소형을 내리게 하는 사실관계 확정에는 적용할 수 없다고 판시하였다.[50] Harris 판례는 대법원이 현대 양형 개혁을 심도 있게 검토한 첫 번째 판결이었다.[51] 그러나, 케네디 대법관과 Harris 판례에서 다수 의견을 지지했던 대법관들에게 최근의 양형 개혁은 Williams 판례와 McMillan 판례를 재해석해야 한다

47) Bibas, supra note 25, at 1149-50 (형사 정의 제도에서 유죄협상제도가 빈번하게 사용되는 현실을 강조하며).

48) Apprendi v. New Jersey, 530 U.S. 466, 481 (2000).

49) 일반적으로 Stephanos Bibas, Apprendi in the States: The Virtues of Federalism as a Structural Limit on Errors, 94 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 1 (2003) 참조.

50) 536 U.S. 545, 558 (2002).

51) Id.

는 인식을 갖게 하는 계기가 되지 못했다. 하지만, 현대 양형 개혁에 있어 위의 판례들은 의회와 의회 의원들로 하여금 양형 판사가 새로운 양형 제도에서 어떠한 사실관계 확정을 함에 있어 지침을 제공해 줄 때 기초가 되었다는 점에서 위의 판례들을 재확인해주어야 할 실용적인 이유가 있었던 것이다. Harris 판례에서의 다수의견이 제안했듯이 삼권분립에 대한 고심은 의회로 하여금 판사들에게 최소 양형을 결정하는 사실관계 확정에 있어 재량의 여지를 주는 근거가 되었다.[52]

비록 Harris 판결이 현대 양형 개혁을 인정하였고 구조적이고 실용적인 원칙에 판결의 근거를 두고는 있지만 이는 아직도 개념적으로 혼동되는 결과를 가져왔다. Harris 판결에서 중요한 다섯번째 표를 행사했던 브라이어 대법관은 Harris 판례와 Apprendi 판례의 차이를 쉽게 인식할 수 없음을 고백하였다. 게다가 다수 의견은 "정치 제도가 사법적인 재량을 이끌 수 있으며 판사의 전문성에 기초하여 판사가 사실관계 확정을 한 이후에 피고인이 최소 형량을 감당하게 하는 것이다"[53]라고 언급하였다. "판사의 전문성"에 대한 언급은 판사가 특유의 통찰력을 사용하여 개별화된, 범죄자 중심의, 교육형주의에 입각한 양형을 할 것이 기대되는 과거의 양형 모델에 귀를 귀울이는 시도라 할 수 있다.[54] 하지만, 구조화된 현대의 양형 제도안에서 종종 "판사는 '단지' 배심원이 하는 것과 동일한 또 다른 사실 관계 확정인에 불과하고 특정적이고 종종 과중된 양형 결과를 가져오는 사실 관계를 확정하는 존재"[55]로 받아들여지고 있다. 그러한 점에서 "판사의 전문성"을 범죄에 기초한 사실관계 확정의 근거로 언급하는 것은 거의 아무런 의미가 없다. 그럼에도 불구하고 Harris 판례에서 대법원은 Apprendi 판례에서 문제가 된 형식적이고 이원적인 양형 법칙 측 어떠한 양형 관련 사실은 공판과 같은 절차를 거친 보호를 받아야 하는 반면에 다른 양형 요소는 아무런 통제를 받지 않아도 된다는 것을 재확인하고 있는 것으로 보인다.[56]

---

52) Id. at 567.

53) Id.

54) supra Part I.B.1.

55) Nancy Gertner, What Has Harris Wrought, 13 FED. SENT'G REP. 83, 83-85 (2002); United States v. Mueffleman, 327 F. Supp. 2d 79 (D. Mass. 2004) (검사가 기소여부와 유죄협상에 있어 다양한 재량권 행사를 한 이후 판사의 역할은 "양형 위원회가 제정한 규칙에 따라 '단지' 사실 관계를 확정하는 역할로 변화"하였다).

56) Gertner, supar note 56, at 84. Harris 판결을 내린 같은 날 대법원은 Ring v. Arizona, 536 U.S. 584 판결을 통하여 사형선고를 받을 가능성이 있는 피고인은 "법정 최고형 선고를 위하여 의회가 결

Harris 판결이 양형에 대한 판결들을 조용히 정리하려 했을 때, Blakely 판결이 다시 파문을 일으켰다. Blakely 판결은 Apprendi 판결을 판사가 강제적인 양형 지침 하에서 내릴 수 있는 최고형에 대한 사실 관계 확정까지 확대 적용하였다.[57] 스칼리아 대법관은 Blakely 판결의 결정이 "배심원에 의한 재판에 대한 권리에 명료한 내용을 부여해 주기 위해 필수적인 것이며 해당 권리는 단순한 절차적 형식에 머무르는 것이 아니라 우리 헌법 구조상의 근본적인 권한 보호에 근거하고 있다"[58]고 그의 의견서에 적고 있다. 그는 "모든 피고인들은 형벌에 필수적인 모든 법적 사실관계를 검사가 배심원들에게 입증하도록 요구할 수 있는 권리가 있다"[59]고 주장함으로 결론을 내리고 있다.

Blakely 판결에서 내린 스칼리아 대법관의 다수 의견은 배심원들에게 더욱 많은 양형 권한을 주자는 것에 대한 개념적인 주장을 구체화하기 시작한 것이었다. 이러한 주장은 배심원을 민주주의적 기관으로 인식하고 수정헌법 제6조를 "배심원 권한 확보"의 근거 규정으로 설명하며, "행정적 완벽이라는 시민법적 이상"을 비난하였다.[60] 그러나, Blakely 판결은 양형에 있어 판사의 역할과 권한이라 칭송했었던 과거의 다른 판례들과 어떻게 조화될 수 있는지를 예시하고 있지 않다. Apprendi 판례와 마찬가지로 Blakely 판례는 구세계의 판사 중심의 Williams 결정이나 혹은 최근의 판사에게 더욱 우호적이었던 McMillian 판결과 Harris 판결에 대한 아무런 고민을 보이고 있지 않다. 대신에, Blakely 판결에서 대법원은 Williams 판례와 McMillan 판례 그리고 Harris 판례를 아주 함축적으로 구분하고 있을 뿐이다. 이와 유사하게 Blakely 판례는 Apprendi 판결에서 예외적인 경우로 인정되었던 전과에 대하여만 언급할 뿐이지 그러한 예외의 근거가 되었던 Almendarez-Torres 판결을 인용하거나 언급하지도 않았다. 또한, Blakely 판결에서 대법원은 증거의 숫자가 많다면 판사가 연방 양형 지침상에서

정한 조건을 결정함에 있어 배심원의 결정을 받을 권한이 있다"고 결정함으로써 Apprendi 판결의 적용을 확대하였다. Id. at 588. 그러나 대부분의 관할에서 사형 선고가 가능한 피고인의 경우에 배심원에 의한 양형을 인정하고 있고, Ring 판결은 상대적으로 그 숫자가 훨씬 많은 사형 선고가 불가능한 사건들에 대하여는 아무런 영향을 주지 못하였다. Harris 판결의 법정 최고형을 내림에 있어서 절차적인 조건들에 대한 제한은 Apprendi 판결을 제한하는 것보다 훨씬 중요한 의미가 있는 것으로 보인다.

57) Blakely v. Washington, 542 U.S. 296, 303 (2004).

58) Id. at 305-06.

59) Id. at 313 (원문상 강조).

60) Id. at 305-13. Blakely 판결의 배후에 숨어있는 원칙들에 대한 개념적인 이유를 부가하기 위한 노력에 대하여는 Part II 참조.

규정한 형량에 가중하여 선고할 수 있다고 선언한 Watts 판결을 무시하는 결과를 가져왔다.

스칼리아 대법관의 다수의견 중 상당 부분을 Blakely 판결의 이유를 통일성있는 원칙에 입각하여 설명하는데 할애한다기 보다 오히려 소수의견의 통일된 대안의 부재를 단순히 공박하는데 그치고 있다. 그러나 Blakely 판결의 소수의견은 Blakely 판결의 실용적인 결과에 대하여 더욱 초점을 맞추고 있다. 비공식적인 판사 중심의 절차에 의존하는 것을 견지하는 대신에 구조화된 양형이 배심원이 중심이 되는 당사자주의적 절차의 완전 무장을 피고인이 할 수 있도록 하자는 것이었다. 소수의견을 낸 세 명의 대법관 모두 Blakely 판결이 가져올 "파멸의" 대격동의 혼란을 예측했던 것이다.[61]

스칼리아 대법관은 이러한 소수의견을 보인 대법관들의 Blakely 판결에 대한 우려에 대하여 아주 간명하고 심드렁한 단 하나의 반응을 보이고 있다. 그는 단순히 "우리는... 확정적인 양형 체제가 위헌적이라고 선언하는 것이 아니다. 이번 판례는 확정적인 양형 제도가 합헌적인 것인지를 결정하는 것이 아니라 수정헌법 제6조에 비추어 어떻게 제도화될 수 있는지를 본 것에 불과하다."[62]고 언급하고 있다. 또한, Blakely 판결에서의 철저한 규칙이 기존의 연방 양형 지침을 무효화할 것이라는 우려에 대하여도 스칼리아 대법관은 단지 하나의 각주로 대법원은 그러한 질문에 대하여 아무런 의견을 표시하고 있지 않다고 이야기하고 있다.[63]

Apprendi 판례와 Blakely 판례에서 대법원은 McMillan 판례와 Watts 판결에서 보여준 입장과 180도 전혀 다른 입장을 보이고 있다. 최근 판례들에서 연방주의와 삼권분립 등과 같은 원칙들이 형사 정의에 있어서 배심원의 역사적으로 중요한 역할이라는 것에 양보되었음을 알 수 있다. 피고인의 권리에 대한 우려가 구조적 원칙들과 실용적 고려 방안이라는 것에 우선하여 적용되었음을 알 수 있는 것이다. 그러나 어쨌든지 간에 McMillan 판례와 Watts 판결은 유효한 법으로 남아 있었다. 대법원의 양형 법학에 관한 모든 부분들은 이상하면서도 불편한 짜맞춤을 하고 있었던 것이다.

---

61) Id. at 314, 324-26 (O'Connor 대법관의 소수의견); id. at 326-28 (Kennedy 대법관의 소수의견), id at 344-47 (Breyer 대법관의 소수의견).

62) Blakely, 542 U.S. at 308.

63) Id. at 305. n.9.

3. Booker 판결에서의 흥미로운 타협

비록 대부분의 법률 전문가들이 Blakely 판결이 연방 양형 지침을 무효화하는 것으로 확대되리라고 예측했음에도 불구하고 대법원의 Booker 판결은 또 한번 법률 전문가들을 혼동시켰다. United States v. Booker 판결에서 대법원은 기존의 연방 양형 지침이 법정 최고형을 내릴 수 있는 사실 관계 확정을 판사가 한 것에 기초함으로써 수정헌법 제6조가 규정하고 있는 배심원에 의해 재판을 받을 권리의 보장을 침해하였다고 판시하였다.[64] 그러나 대법관은 연방 양형에 있어 배심원의 역할을 더욱 거대한 것으로 보장함으로써 문제를 해결하려는 방식을 취하지 않았다. 오히려 긴즈버그 대법관은 본안의 다수의견에서 이탈하면서 Blakely 판결에서의 소수의견을 낸 대법관에 동조하였고 연방 양형 지침을 "실질적으로 권고적인"[65] 것으로 선언함으로써 수정헌법 제6조의 문제를 해결하려고 시도하였다. 양형에 있어 판사가 너무나 많은 권한을 갖고 있다는 것을 치유하기 위한 이러한 위험천만한 시도는 판사의 양형에서의 역할을 견지하면서도 이에 대한 제한을 완화하기 위한 것이었다. 이러한 결정은 과거 헌법적으로 문제가 되었던 절차적으로 완화된 연방 양형 절차를 재인준 하는 결과를 가져오게 된 것이다.

Booker 판결에서의 논거는 심오한 개념적인 혼란을 제시하고 있다. 한편으로 Booker 판결의 본안 의견에서 스티븐스 대법관은 "배심원이 개인과 정부의 권력의 중간자적 입장을 가져야 하는 것을 보장"[66]해야 하는 것에 대하여 당당하게 이야기하면서도, 구세계 체제에 기초한 Williams 판결에 대해 우호적으로 인용하면서 대법원은 "형량을 선고함에 있어 지침의 규정 하에서 법관은 광범위한 재량을 행사 할 수 있는 권한이 있다는 것에 대하여 일말의 의심도 없다"[67]고 선언하고 있는 것이다. 이와 같은 Williams 판례와 재량적 양형 제도에서의 판사의 사실 관계 확정에 대한 지속적인 승인은 Apprendi 판결과 Blakely 판결이 이야기했던 배심원 중심의 양형 정신과는 상

64) 543 U.S. 220 (2005) (본안의 다수 의견은 Stevens 대법관에 의하여 주도되었고 Scalia 대법관과, Souter 대법관, Thomas 대법관, Ginsburg 대법관은 이에 참여하였다).

65) Id. at 258-65 (치유적 다수 의견은 Breyer 대법관에 의하여 주도되었고, Rehnquist 대법원장과 O'Connor 대법관, Kennedy 대법관, Ginsburg 대법관은 이에 참여하였다).

66) Id. at 237 (본안 다수 의견).

67) Id. at 233.

반된 것이다.[68] 스티븐스 대법관의 본안 판결이 제시하는 것은 양형 판사에게 좀 더 많은 재량을 주는 것이 그 어떤 수정헌법 제6조의 문제도 해결하는 해결책이 된다고 하는 것이다.[69] 이러한 제안은 양형에 있어서의 배심원의 권한이라는 골자를 빼 버리는 것의 청사진에 다름 아니다.

물론, 브라이어 대법관의 치유적 다수 의견이 이러한 청사진을 뒤따르며 연방 양형에 있어 판사의 사실관계 확정으로 결정되는 형량을 권고적인 양형 지침 제도에 근거하는 것으로 개정하였다는 것을 보는 것은 의의가 있다 할 것이다. 브라이어 대법관의 권고적 양형 지침이라는 대안은 연방 판사로 하여금 양형에 있어 광범위한 권한을 행사할 수 있게 하기 위하여 만들어진 것이다. 이러한 치유적 다수 의견은 연방 양형 지침에 있어 배심원이라는 요소를 주입시키는 것에 대한 많은 문제점들을 이야기하고 있다. 브라이어 대법관에게 양형 판사라는 존재는 유죄 판결 이후에 배운 모든 정보를 고려하고 양형을 기소되지 않은 행동에 기초하여 내릴 수 있는 권한을 행사할 수 있는 것이어야 했다.[70] 양형 지침이 권고적 성격을 가진 것이어야 한다고 판결한 이후 근 2년간의 경험은 Booker 판결의 치유책이 판사로 하여금 더욱 강력한 권한을 행사하게 함과 동시에 연방 양형 제도에 있어 배심원의 역할은 미미한 것일 수밖에 없다는 것을 확인시키는 결과를 가져왔다. Booker 판결 이후에 연방 판사들은 과거의 느슨한 양형 절차에 따라 권고적인 지침이 권장하는 모든 종류의 사실 관계 확정을 지속하였다.

Booker 판결의 이러한 이중적인 결론은 주도권을 잡기 위하여 개념적이고 절차적인 모델이 서로 경쟁하고 있다는 것을 반영하는 것이다. 스티븐스 대법관의 본안 다수 의

---

68) Kevin Reitz, The New Sentencing Conundrum: Policy and Constitutional Law at Cross-Purposes, 105 COLUM. L. REV. 1082, 1096 (2005) ("너무나 많은 사람들에게 Booker 판결의 두 가지 주요 의견은 나란히 읽었을 때 이해 불가능한 것이었다... 아마도 대법원이 기초했던 판례들 역시 Blakely 판결과 Williams 판결이 동시에 존재했던 것처럼 정신분열적인 것이었는지 모른다); Kyron Huigens, Solving the Williams Puzzle, 105 COLUM. L. REV. 1048, 1051-52 (2005) (왜 Williams 판결을 포용하는 것이 "Apprendi 판결의 논리와 조화시키는 것이 불가능하며 그 이유는 이른바 규칙에 의해서 규율을 받는 양형에 헌법적 제한을 가하는 동시에 양형이라는 것이 모든 헌법적 제한을 벗어나는 규칙에 의해 적용받을 수 없다고 허락하는 것이 역설적이기 때문"이라 설명하고 있다).

69) Reitz, supra note 69, at 1119 ("대법관들이 처벌에 있어 왜 배심원들이 주도해야 하는지"에 대한 논리 (선거에 있어서의 투표권자의 통제와 맞먹는) 근저의 이론들에 대하여 진지하게 생각하였다면 Williams 판례에서의 판사에 의한 사실관계 확정은 Blakely 판결과 Booker 판결에서 이야기된 제한되고 투명한 판사의 권한내에서의 양형이라는 것보다 수정헌법 제6조의 가치에 더욱 모욕적인 것으로 받아들여졌을 것이다.) 참조.

70) Booker, 543 U.S. at 254-56.

견은 어떻게 현대 양형 개혁이 절차적인 권리에 영향을 미쳐왔는지 토론하고 대법원이 좀더 절차적인 보호를 양형에서 발전시켜야 한다고 제안하고 있다. 가중 처벌이 더욱 중요시됨에 따라서 판사들은 더욱 강화된 권한을 갖게 된 반면에 배심원들은 이를 잃어버린 것이다. 스티븐스 대법관은 대법원이 "새로운 상황하에서 고대의 보증을 보전"[71]하기 위해 절차를 밟아야만 했다고 주장하고 있다.

그러나 긴즈버그 대법관의 이탈은 브라이어 대법관으로 하여금 상대적으로 느슨하고 판사가 중심이 되는 양형 절차에 대한 지속적인 사용을 지지하는 치유책을 내놓게 만들었다. 브라이어 대법관의 개념적인 목적은 개개의 피고인들에게 배심원들을 통한 안전장치를 제공하는 것이 아니라 양형 결과에 있어 좀 더 나은 통일성을 지향하는 것이었다.[72] 두개의 의견은 두개의 다른 언어를 말하고 있는 것과 같다. 한편으로 배심원을 보호하고, 정부 권한을 감시하며 헌법적 권리를 주장하고 있는 반면에 다른 한편으로 현대 양형과 전문성의 필요 그리고 통일된 결과의 중요성을 실용적으로 평가하고 있는 것이다.

주제어 연방주의, 삼권분립, 배심원에 의해 재판을 받을 권리, 전문성, 당사자주의

71) Id. at 237 (본안 다수 의견).

72) Id. at 253-58 (치유적 다수 의견) 참조.

Making Sentencing Sensible

Douglas A. Berman & Stephanos Bibas
Yong Chul, Park (Translation)
(Professor, College of Law, Sogang University)

Sentencing law must accomodate many structural and individual constitutional interests: federalism, the separation of powers, democratic experimentation, individualization, consistency, efficiency, and procedural fairness and notice. The Court, however, has lurched from under-to over-regulation without carefully weighing competing principles and tradeoffs. A nuanced, modern sentencing jurisprudence would emphasize that a trial is a backward-looking, offense-oriented event well suited for a lay jury. Sentencing, in contrast, includes forward-looking, offender-oriented assessments and calls upon an expert, repeat-player judge to exercise reasoned judgment. Juries should find offense facts, but judges may find offender facts and also exercise judgment at sentencing.

Part I of this Article begins by discussing principles that should inform the development of sentencing law. Constitutional sentencing rules should respect federalism and democratic experimentation, while also recognizing the virtues of input from various branches and actors. This part explores some missteps in the Court's sentencing jurisprudence, which further highlight why the Court should avoid writing Cunningham too broadly.

Key words federalism, separation of power, democratic experimentation, jury, sentencing, judicial discretion.