

# 바람직한 한국형 국민참여재판제도의 도입을 위한 비교법적 고찰(수정)

제출자: 한국비교형사법학회

연구진: 하태훈(고려대학교)

이경재(충북대학교)

변종필(동국대학교)

이석배(단국대학교)

김택수(계명대학교)

김봉수(전남대학교)

윤동호(국민대학교)

# 목차

제1장 연구의 배경과 목적

제2장 외국의 국민참여재판의 형태

제3장 외국의 국민참여재판의 운용실태

제4장 배심원의 유무죄평결의 기속 부여 가능성

제5장 배심원의 유무죄평결구조와 양형토의의 개선  
방안

제6장 국민참여재판의 향소의 제한가능성

제7장 각국 안에서 평가와 시사점

제8장 결론

## 제1장 연구의 배경과 목적

2007년 6월 1일 ‘국민의 형사재판 참여에 관한 법률(약칭하여 국민참여재판법)’을 제정·공포하면서 2008년 1월 1일부터 5년 동안 국민참여재판을 시범실시한 후 그 상황을 분석하여 우리나라 실정에 맞는 한국형 국민참여재판의 최종모델을 확정하기로 하였다. 2012년 올해가 국민참여재판의 시범실시 마지막 해이다.

대법원은 국민참여재판의 시범실시 기간 동안 그 상황을 지속적으로 분석해왔는데, 2008. 1. 1. ~ 2011. 12. 31. 동안의 분석<sup>1)</sup>에 나타난 국민참여재판은 다양한 긍정적인 성과를 가져왔다는 평가를 받음과 동시에 여러 가지 개선해야할 점도 있다는 지적도 받는다.

첫째, 국민참여재판의 실시율이다. 지나치게 낮은 것이 아니냐는 것이다. 저조한 실시율의 원인을 해소할 필요가 있다는 것이다. 위 기간 동안 전체 대상사건 21,912건 중 574건이 국민참여재판으로 처리되어, 2.62%의 실시율을 보였다. 위 전체 대상사건 중 1,490건(6.8%)만이 국민참여재판으로 접수되었고, 582건(2.66%)이 철회되었으며, 274건(1.25%)이 배제되었기 때문이다. 배제결정의 대부분은 국민참여재판법 제9조 제1항 제3호의 “국민참여재판 진행이 적절하지 않은 경우”에 해당되었다.

둘째, 하루 또는 이틀로 종결되는 공판기일에 따른 부실재판의 우려이다. 국민참여재판으로 처리한 514건 중 대부분인 527건(91.8%)이 하루 만에 선고를 제외한 모든 절차를 마쳤고, 47건(8.2%)만이 이틀이 걸렸다.

---

1) 2008년-2011년 국민참여재판 성과 분석, 법원행정처 사법지원실, 2012. 2

셋째, 배심원의 유·무죄평결의 엄격성과 취약성이다. 유·무죄평결은 배심원의 전원일치를 요구하고, 더욱이 평결에 이른다하더라도 권고적 효력에 불과하다. 그래서 유·무죄평결의 구조를 다수결방식으로 바꾸고 평결에 기속력을 부여해야하며, 아울러 배심원이 양형에도 관여하는 방식도 바뀌어야한다는 목소리도 있다. 570건 중 90.6%에 해당하는 사건인 520건에서 평결과 판결이 일치하였고, 92.6%에 해당하는 사건에서 배심원의 양형의견 중 다수의견과 재판부가 선고한 형량이 근접하였다.

넷째, 국민참여재판의 의미를 퇴색시키는 국민참여재판에 대한 높은 항소율이다. 국민참여재판에 대한 항소를 제한할 필요가 있다는 것이다. 국민참여재판으로 처리한 514건 중 491건이 항소되어 항소율(85.5%)이 일반재판으로 처리한 경우의 항소율(68%)보다 높게 나타났다. 그런데 이 중 피고인의 항소율(쌍방 항소한 경우 포함)은 66.6%로 일반재판에서의 피고인 항소율 59.4%보다 다소 높게 나타난 반면, 검사의 항소율(쌍방 항소한 경우 포함)은 50.2%로 일반재판에서의 검사의 항소율 23.3%보다 2배가 넘게 높은 것으로 나타났다.

이 연구는 이처럼 개선이 필요하다고 지적되는 점들을 주요 외국의 국민참여재판의 형태와 운용실태와 비교하여 검토 및 고찰함으로써 한국형 국민참여재판의 최종형태 결정에 의미있는 판단자료를 제공하려고 한다.

## 제2장 외국의 국민참여재판의 형태

### 1. 영국의 배심제

#### 1. 배심제의 역사적 발전과정

영국의 배심제도는 1066년 노르만 정복 이후 도입되어<sup>2)</sup> 오늘날까지 그 기능이 크게 변해 왔다.<sup>3)</sup> 그러나 그 기원이 어디에 있는지 정확하게 알려져 있지는 않지만, 유럽의 대륙국가에서는 자취를 감춘 대중에 의한 재판제도가 영국에는 그대로 남아 배심제도가 유지되었다.<sup>4)</sup> 노르만 정복 초기 국왕은 전국의 토지를 조사하여 일종의 토지대장인 'Doomsday Book'(1086)을 작성했는데, 당시 배심원은 증인으로서 지역 문제에 관한 정보를 제공하는 등 행정에 많이 이용되었다. 그 후 형사재판은 주로 이른바 신에 의한 재판, 즉 神判(ordeal)에 의해 행해졌는데, 배심원은 신판에 대하여 선서를 하고 위증을 하면 처벌을 받게 되었다.<sup>5)</sup>

근대적인 의미에서의 배심제도는 헨리 2세가 1166년 만든 클래렌튼 법령(Assize of Clarendon)과 1215년 존 왕 당시 제정된 마그나 카르타(Magna Carta)

---

2) Catherine Elliot and Frances Quinn, English Legal System (8th Edition), Essex: Pearson Education Limited, 2007, p.207.

3) 영국의 배심제도의 역사적 전개에 대하여는 김대성, 국민이 참여하는 형사재판제도, 도서출판 에이포미디어, 2008, 20면 이하; 정진수/박강우, 영국 배심제도의 공정실효성 확보 방안 및 국민참여재판 개선 시사점 연구, 한국형사정책연구원, 2009, 31면 이하; 대검찰청, 각국의 국민 형사재판참여 제도 - 영국 -, 2005, 4면 이하 참조.

4) Richard Vogler, A World View of Criminal Justice, Aldershot, England: ASHGATE, 2005, pp.199-200.

5) Vogler, p.200.

에서 유래되었다.<sup>6)</sup> 그러나 이 두 사건으로 바로 배심원에 의한 재판권이 선언된 것은 아니다. 헨리 2세 이후 배심원은 어떤 사건에 대한 보고자나 신고자의 역할에서 분쟁사건의 당사자가 제출한 증거를 심사하는 역할로 그 기능이 전환되어 점차 사건의 사실에 대하여는 알지 못한 채 다만 이를 판단하는 주체로서 발전하게 되어<sup>7)</sup> 1367년에 독립된 집단인 배심원에 의하여 형사상 무죄를 판단하는 원리가 만들어졌다.<sup>8)</sup>

그러나 튜더 왕조와 스튜어트 왕조 시기에는 배심제가 쇠퇴하였다. 그 이유는 영국의 시민혁명 등으로 인한 정치적 불안정과 관련되어 있는데, 정치적 불안정은 사법제도에도 영향을 미치게 되었다. 절대주의 시대에는 국왕이 임명한 치안판사(justices of the peace)가 재판을 주도하여 배심원은 적극적인 정보제공자가 아니라 수동적인 지위에 머물게 되었다. 14세기에는 대배심과 소배심제도가 창설되어 중상충계급은 대배심으로, 그리고 중하충계급은 소배심으로 나누어지게 되었다. 그리하여 16세기까지는 규문주의적 재판이 법관에 의해 주도되었다. 그러나 17세기 중엽 이후 배심제는 크게 변화하여 그 영역을 넓혀 영국은 물론 미국이나 프랑스에도 영향을 미치게 되었다.<sup>9)</sup>

배심제가 극적으로 변화한 것은 1670년 발생한 부셸 사건(Buschell' Case) 이후이다. 당시까지만 해도 법관의 영향력이 지대하여 특히 정치적인 사건인 경우 배심원들을 협박해서 유죄판결을 하도록 했는데, 이 사건에서는 배심원이 유일한

---

6) 그러나 이 두 사건이 곧바로 배심재판과 연관되는 것은 아니다. 클랜덴 법령은 오히려 국왕 의한 재판과 행정을 강화하였고, 대배심(grand jury)의 기원을 제공해 주었을지는 몰라도 재판에는 이렇다 할 역할을 하지 못했다. 반면 마그나 카르타는 제39조에 '자신과 동등한 지위를 가진 배심원에 의한 재판'(trial by a jury of peers) 원칙 규정을 두어 배심제도의 기원을 제공해 주었다(Vogler, p.200).

7) Elliot and Quinn, p.207.

8) Vogler, p.201.

9) Vogler, p.204.

사건의 심판자이고 양심에 따른 평결을 내릴 수 있는 권한을 부여받게 되어 법관과 반대되는 평결을 내리더라도 처벌받지 않게 되었다. 이러한 권한으로 인하여 배심원은 법에서 유죄를 인정하더라도 무죄평결을 하여 피고인을 석방시킬 수 있게 된 것이다.<sup>10)</sup>

근대 이후 현대에 이르기까지 영국의 배심제는 여러 가지 사정에 따라 부침을 겪어 왔으나 적어도 형사재판에서는 확고한 제도로 자리잡게 되었다. 특히 최근 왕 사건(R. v. Wang, 2005)<sup>11)</sup>에서도 귀족원(House of Lords)은 법관이 배심원에게 절대로 유죄선고를 실시(direct)해서는 안 된다는 원칙을 확인하고 있다.

## 2. 유무죄 심판을 위한 공판절차 개요

### 가. 검사의 모두진술과 입증

약식기소범죄(summary offences)와 마찬가지로 정식기소범죄(indictable

---

10) Elliot and Quinn, p.207.

11) 이 사건에서 왕씨는 기차역에서 가방을 절취당했는데 다시 가방을 찾았을 때에는 가방 속에 군용인 큰 칼과 나이프가 들어 있었다. 왕씨는 “공공장소에서의 무기 소지죄”로 기소되었다. 그는 재판에서 자신이 무기를 다루는 기술을 가진 불교신자라고 항변하였다. 그는 자신이 무기를 소지한 것은 자신의 아파트에서 놓아두면 발각이 될까봐 가지고 있었다고 주장하였다. 공판 판사는 왕씨의 이러한 주장을 기각하고 배심원들에게 다음과 같이 말했다. “법적 문제에서 볼 때, 범죄가 입증되었기 때문에 본인은 배심원들이 유죄의 평결을 내릴 것을 지시합니다.” 귀족원은 왕씨의 상고를 받아들였다. 공판 판사가 배심원들에게 유죄 평결을 내리라고 지시한 것은 잘못이라고 판시하였다. 판사는 오로지 배심원들에게 그들만이 증거가 무엇인지를 결정할 수 있고, 이를 법에 어떻게 적용할 수 있는지를 결정해야 한다는 말만 할 수 있을 뿐이라고 하였다. 따라서 피고인이 유죄인지를 결정하는 것은 판사가 아니라 배심원이다. 항소심(Court of Appeal)은 귀족원에 “만약 그런 경우가 있다면 어떤 경우에 판사는 배심원에게 유죄의 평결을 답신하라고 지시할 수 있는가?”라고 물었을 때, 귀족원은 “없다.”라고 대답했다(Elliot and Quinn, pp.207-208).

offences)인 경우에도 검찰측에서 먼저 기소를 한다. 이는 피고인의 유죄 입증부담을 지는 측이 검사이기 때문이다. 공판절차가 끝날 때까지 검사가 충분한 증거를 제시하지 못하면 피고인은 무죄 석방된다.<sup>12)</sup>

공판절차는 검사의 모두진술(opening speech)로부터 시작된다. 모두진술에서 검사는 피고사건의 개요와 적용될 법률을 배심원들에게 말해준다. 이 과정에서 검사는 피고인의 범죄사실, 입증책임이 검사에게 있다는 것, 합리적 의심이 없을 정도로 입증이 이루어져야 한다는 점 등을 설명한다.<sup>13)</sup>

모두진술이 끝나면 검사는 증인을 출석시켜 증언을 하게 하거나 증거를 제출하여 피고인의 범죄사실을 입증한다. 증인신문은 검사에 의한 주신문, 피고인의 반대신문, 검사의 재신문, 그리고 판사에 의한 질문의 순서로 행한다.<sup>14)</sup>

검사가 입증을 종료했을 때 검사가 피고인의 범죄사실을 증명하는 증거를 전혀 제시하지 못하거나 입증이 불충분한 경우에는 피고인측이 판사에게 배심원단에게 ‘무죄평결을 내리도록 지시’(submission of no case to answer)할 것을 신청할 수 있다. 무죄평결지시 원칙은 R v Galbraith(1981) 사건에서 유래되었다. 그 기본적 원칙은 ‘검사가 제시한 증거가 배심원들에 유죄를 평결하기에 적절하지 않다면 판사는 사건을 종결시켜야 한다.’는 것이다.<sup>15)</sup> 피고인측이 무죄평결의 지시를 신청하고 법원이 이에 대해 판단하는 것은 배심원들을 퇴정시킨 상태에서 해야 한다. 판사가 피고인측의 신청을 받아들여 배심원단에게 무죄평결을 지시하면 배심원단은 피고인에게 무죄평결을 내려야 하고 당해 사건에 대한 재판은 종

---

12) Alisdair Gillespie, The English Legal System, Oxford: Oxford University Press, 2007, p.369.

13) Gillespie, p.369; 김대성, 49면.

14) Gillespie, Ibid.

15) Gillespie, p.370.



결된다.<sup>16)</sup>

## 나. 피고인측의 모두진술과 반증

피고인 이외에 증인이 있는 경우에는 피고인이 모두진술을 할 권한이 있다. 피고인이 한 명 이상인 경우에는 각 피고인이 돌아가면서 모두진술을 한다. 피고인의 모두진술도 검사의 모두진술과 유사하다. 한 가지 차이점이 있다면 피고인의 변호인도 모두진술을 하면서 검사가 제시한 증거에 대해 비판을 제기할 수 있다는 점이다. 피고인도 증인을 소환하여 신문할 수 있는데 그 순서는 피고인의 주신문, 검사의 반대신문, 피고인의 재신문 그리고 판사의 질문으로 행해진다.<sup>17)</sup>

## 다. 최후변론

검사와 피고인은 모두 최후변론(closing speech)을 할 수 있다. 그러나 최후변론은 의무가 아니기 때문에 검사나 피고인측 변호인은 최후변론을 하지 않을 수도 있다. 최후변론은 검사가 먼저하고 피고인이 그 다음에 한다. 최후변론에서 주의해야 할 점은 양측 모두 공판정에 현출한 증거에 관해 언급할 수는 있으나 공판정에서 다루지 않은 증거를 제출하거나 공판정에서 진술하지 않은 증언을 언급해서는 안 된다는 점이다.<sup>18)</sup>

## 라. 법관의 설시

---

16) 김대성, 52면.

17) Gillespie, p.370.

18) Ibid.

검사와 피고인의 최후변론이 종료하면 판사는 배심원단에게 설시(summing-up)할 수 있다. 설시는 배심원들에게 법에 관한 내용을 알려준다는 기능과 배심원들에게 사건의 사실과 증거를 상기시켜 해준다는 기능이 있다.<sup>19)</sup> 판사는 설시를 통하여 배심원들의 직무수행을 위한 조언을 하거나 배심원단의 역할 그리고 적용될 법에 관한 내용 및 증거를 요약하고 상기시켜 준다. 설시가 끝나면 배심원단은 퇴정하고 평의에 들어가게 된다.<sup>20)</sup>

#### **마. 법정모욕죄(Contempt of Court)**

형사법원은 형사사법행정에 관여할 목적으로 행하는 법정모욕행위를 1981년 법정모욕죄법(the Contempt of Court Act 1981)에 따라 처벌할 수 있는 권한을 가지고 있다. 법정모욕행위가 행해지면 기소되어 변호인이 변론을 할 때까지 모욕행위자는 유치된다. 그러나 처벌절차는 배심원이 아닌 단독판사에 의해 행해진다. 법정모욕행위에 해당하는 다.는 a) 사건에 관한 사법절차가 중대하게 방해받거나 한쪽으로 치우칠 수 있는 출판물이 간행된 경우, b) 증인이나 배심원이 법정에 출석하지 않은 경우, c) 공판 전후 증인이나 사건당사자에게 협박을 하는 경우, d) 법원이 비밀로 한 내용을 출간한 경우 등이다. 법정모욕행위에 대하여는 징역형 또는 벌금형이 부과된다.<sup>21)</sup>

---

19) Ibid.

20) 김대성, 53면.

21) David Barnard, *The Criminal Court in Action*, London: Butterworths, 1988, pp.150-151.

### 3. 배심의 구성

#### 가. 배심원의 자격

1972년 전까지만 해도 무주택자는 배심원이 될 수 없었다. 1965년 모리스 위원회(the Morris Committee)에 따르면 당시 선거권자의 78%, 여성의 95%가 이 기준에 미달하여 배심원이 될 수 없었다고 한다.<sup>22)</sup> 그러나 1972년 법이 개정되어 배심제의 기본사상을 전체 사회에서 추출된 선택된 자를 무작위로 선발한다는 사상에 기반을 두고 현재에는 18세 이상 70세 미만의 자로서 선거권을 가지고, 13세 이후 영국(the United Kingdom, the Channel Island, the Isle of Man)에 5년 이상 거주한 자가 배심원에 선정될 수 있다(JA s.1).

#### 1974년 배심원법(Juries Act 1974)

##### 1 배심원의 자격

이 법의 규정에 따라 모든 사람은 형사법원(the Crown Court)과 고등법원(the High Court) 및 郡법원(county courts)에서 배심원의 자격을 가지며, 이에 따라 다음의 (a)와 (b)의 경우에 해당하면 법원의 소환 시 법정에서 출석해야 할 책임이 있다.

(a) 의회 또는 지방정부의 선거인 명부에 등재되어 있어야 하며, 18세 이상 70세 이하여야 한다.

(b) 13세 이후 최소한 5년 동안 영국, 채널 아일랜드, 아일 오브 맨(the

---

22) Elliot and Quinn, p.212.

United Kingdom, the Channel Islands or the Isle of Man)에 살고 있어야 한다. 그러나 영어를 읽지 못하거나 배심원으로서의 부적격자는 고려하지 아니한다. 이들에 대하여는 이 법 부록 1(Schedule 1) 제1부와 2부에 기재되어 있다.

### 1 Qualification for jury service.

Subject to the provisions of this Act, every person shall be qualified to serve as a juror in the Crown Court, the High Court and county courts and be liable accordingly to attend for jury service when summoned under this Act, if—

- (a) he is for the time being registered as a parliamentary or local government elector and is not less than eighteen nor more than [F1seventy] years of age; and
- (b) he has been ordinarily resident in the United Kingdom, the Channel Islands or the Isle of Man for any period of at least five years since attaining the age of thirteen, but not if he is for the time being ineligible or disqualified for jury service; and the persons who are ineligible, and those who are disqualified, are those respectively listed in Parts I and II of Schedule 1 to this Act.

### 3 배심원 선정의 기초로서 선거인 명부

- (1) 1983년 선거법에 따라 모든 선거인 명부는, 지정된 공무원이 배심원을 소환할 목적에서 필요한 만큼의 선거인 명부를 대법원장이 지정한 때, 배심원이 선거인으로 등록된 지역에 공포된 이후 실제로 담당 공무원에게 전달되어야 하고, 선거인 명부에는 등록 담당 공무원이 등록인이 18세 이상이라는 것을 확인한 사실이 나타나 있어야 한다.
- (2) 제1항에 기재된 선거인 명부에는 1957년 런던시법 제4조 (1)에 규정된 금치산자 명단은 포함되지 않는다.

### 3 Electoral register as basis of jury selection.

- (1) Every electoral registration officer under the Representation of the

People Act 1983 shall as soon as practicable after the publication of any register of electors for his area deliver to such officer as the Lord Chancellor may designate such number of copies of the register as the designated officer may require for the purpose of summoning jurors, and on each copy there shall be indicated those persons on the register whom the registration officer has ascertained to be, or to have been on a date also indicated on the copy, less than eighteen or more than seventy years of age.

(2) The reference in subsection (1) above to a register of electors does not include a ward list within the meaning of section 4(1) of the City of London (Various Powers) Act 1957.

그러나 이러한 자들이 모두 배심원이 될 수 있는 것은 아니다. 배심원의 자격이 있는 사람이더라도 다음의 일정한 직업이나 지위 또는 상태에 있는 사람들은 배심원의 자격이 없다(Schedule 1, Part 1). ① 법관, ② 법정변호사(barrister) 또는 사무변호사(solicitor), 교도관, 경찰관 또는 형사기소부(the Crown Prosecution Service)의 사무관 등 형사사법기관에 종사하고 있는 자, ③ 성직자, ④ 정신질환자, ⑤ 형사재판을 받고 보석 중에 있는 자,<sup>23)</sup> ⑥ 징역형이나 사회봉사명령을 부과받은 자.<sup>24)</sup>

또 배심원의 자격이 있는 사람일지라도 하원의원이나 상원의원, 군인 의사 및 간호사 등은 선택이 의해 배심원이 될 수 있다. 나아가 아동의 양육이나 휴가, 당해 사건에 관련된 자, 또는 양심상의 이유 등을 입증하면 법관의 재량에 따라 배심원을 면제할 수 있다.<sup>25)</sup> 한편, 자신이 배심원의 자격이 없다는 것을 알면서

23) 이 내용은 런시먼 위원회(the Runciman Commission)가 권고하여 1994년 형사사법 및 공공질서법(the Criminal Justice and Public Order Act 1994) 제40조에 의해 새로 추가되었다(Ibid.).

24) 이 내용은 1984 배심원(무자격)법(the Juries (Disqualification) Act 1984) 제1조에 새로 규정되었다.

25) Ibid.

배심원으로 활동하는 경우에는 5,000파운드의 약식기소범죄에 해당한다.<sup>26)</sup>

## 나. 배심원 소환

배심원의 소환 책임을 지고 있는 자는 대법원장(Lord Chancellor)이지만 실제로는 2001년 중앙배심원소환국(Central Jury Summoning Bureau)의 직원에 의하여 컴퓨터 추첨에 의해 무작위로 선발한다. 대체로 매년 50만 명 정도가 배심원으로 소환된다. 소환장은 문서로 작성하여 우편으로 우송된다. 소환되는 장소는 배심원이 살고 있는 곳에서 일일생활권역에 있는 형사법원으로 지정되며, 소환기일은 대체로 2주 정도의 여유를 두고 발송된다. 소환장은 배심원의 자격이 있는지 여부를 표시하여 반송할 수 있는 양식으로 되어 있다. 사건이 길어질 것이 예상되는 경우에는 배심원에 참여할 수 있는지 여부도 묻도록 되어 있다. 배심원에게는 여비, 실질비용, 일일소득 등이 지급된다. 소환장에는 또한 배심원 자격의 제한, 참여하지 않을 경우의 처벌, 그리고 배심원으로서의 면제 가능성 등도 함께 기재되어 있다.<sup>27)</sup>

배심원으로 소환된 자의 이름과 주소는 선거인명부의 이름과 주소에서 무작위로 선발된다. 연령을 이유로 무자격자가 된 경우를 제외하고 소환담당직원은 자신이 소환한 사람이 배심원이 될지는 알 수 없다. 법원은 소환장에 쓰여 있는 고지사항을 읽은 배심원들이 자격이 없는 자인지를 알 수 있을 뿐이다.<sup>28)</sup>

---

26) John Sprack, A Practical Approach to Criminal Procedure, Oxford: Oxford University Press, 2006, p.299.

27) Ibid.

28) Ibid.

1974년 배심원법(Juries Act 1974)

2 소환

- (1) 대법원장은 형사법원(the Crown Court)과 고등법원(the High Court) 및 郡법원(county courts)에 출석할 배심원을 소환하고, 소환된 배심원이 참석할 사건을 결정하며, 몇 명을 소환할 것인지에 대한 책임을 진다.
- (2) 대법원장은 위에 기재된 자신의 의무를 다하기 위하여 소환된 사람들의 편의와 주거지, 특히 출석 당일 왕래가 가능한지를 고려해야 한다.
- (3) 이 법에 따라 소환된 자가 배심원으로서 출석하거나 임무를 다해야 하는 지역적 제한은 없다.
- (4) 전항에 따라 배심원은 우편이나 인편을 통하여 문서로 된 통지를 받아야 한다. 주소는 선거인 명부에 등재되어 있는 것을 기준으로 한다.
- (5) 제4항의 서면 소환장에는 다음과 같은 것들이 기재되어야 한다.
  - (a) 이 법 제1조, 제9조 (1)항, 제10조 및 제20조 (5)항의 효과,
  - (b) 어떤 이유로 배심원의 직무를 하지 못할 결격사유가 있거나 배심원으로부터 배제되기를 원할 경우, 배심원에의 소환 최소를 담당 공무원에게 의견을 표시할 수 있고, 어떤 자가 제4항에 의해 소환되거나 또는 이 법 제6조에 해당하는 경우에는 담당 공무원 배심원의 자격이 있는지를 입증하기 위하여 질문을 할 수 있다.
- (6) 이 법에 의한 서면 소환장이 당사자에게 우편으로 도달했다고 담당 공무원이 서명을 한 인증서는 모든 절차에서 증거로 사용될 수 있고, 담당 공무원의 서명이나 공인이 없어도 인정된다.

2 Summoning.

- (1) Subject to the provisions of this Act, the Lord Chancellor shall be responsible for the summoning of jurors to attend for service in the Crown Court, the High Court and county courts and for determining the occasions on which they are to attend when so summoned, and the number to be summoned.
- (2) In making arrangements to discharge his duty under subsection (1) above the Lord Chancellor shall have regard to the convenience of the persons summoned and to their respective places of residence, and in particular to the desirability of selecting jurors within

reasonable daily travelling distance of the place where they are to attend.

(3) Subject to subsection (2) above, there shall be no restriction on the places in England and Wales at which a person may be required to attend or serve on a jury under this Act.

(4) Subject to the provisions of this Act, jurors shall be so summoned by notice in writing sent by post, or delivered by hand.

For the purposes of [F1section 7 of the Interpretation Act M11978] (presumption as to receipt of letter properly addressed and sent by post) the notice shall be regarded as properly addressed if the address is that shown in the electoral register, and a notice so addressed, and delivered by hand to that address, shall be deemed to have been delivered personally to the person to whom it is addressed unless the contrary is proved.

(5) A written summons sent or delivered to any person under subsection (4) above shall be accompanied by a notice informing him

— .

(a) of the effect of sections 1, 9(1), 10 and 20(5) of this Act; and .

(b) that he may make representations to the appropriate officer with a view to obtaining the withdrawal of the summons, if for any reason he is not qualified for jury service, or wishes or is entitled to be excused; .

and where a person is summoned under subsection (4) above or under section 6 of this Act, the appropriate officer may at any time put or cause to be put to him such questions as the officer thinks fit in order to establish whether or not the person is qualified for jury service.

(6) A certificate signed by the appropriate officer and stating that a written summons under this Act, properly addressed and prepaid, was posted by him shall be admissible as evidence in any proceedings, and shall be so admissible without proof of his signature or official character.

#### 4 소환의 취소 또는 변경



이 법 제2조에 따른 소환인이 처음 출석하기 이전에 그의 출석이 불필요하거나 출석하지 않아도 된다고 담당 공무원이 확인하는 경우에는 그 공무원은 소환과 같은 방식으로 소환을 취소하거나 변경할 수 있다.

#### 4 Withdrawal or alteration of summonses.

If it appears to the appropriate officer, at any time before the day on which any person summoned under section 2 of this Act is first to attend, that his attendance is unnecessary, or can be dispensed with on any particular day or days, the appropriate officer may withdraw or alter the summons by notice served in the same way as a notice of summons.

#### 6 예외 상황의 소환

- (1) 공판을 열기 전에 재판을 할 배심원이 부족한 경우, 법원은 정원을 충족시키기 위하여 필요한 배심원을 법원에 출석하거나 인근에 있는 사람으로 충원할 수 있다.
- (2) 제1항에 의하여 소환된 사람은 배심원단에 이름을 첨가할 수 있으며, 법원은 그자가 처음에 배심원단에 포함되어 있는 것처럼 절차를 진행시켜야 한다.

#### 6 Summoning in exceptional circumstances.

- (1) If it appears to the court that a jury to try any issue before the court will be, or probably will be, incomplete, the court may, if the court thinks fit, require any persons who are in, or in the vicinity of, the court, to be summoned (without any written notice) for jury service up to the number needed (after allowing for any who may not be qualified under section 1 of this Act, and for excusals and challenges) to make up a full jury.
- (2) The names of the persons so summoned shall be added to the panel and the court shall proceed as if those so summoned had been included in the panel in the first instance.

## 7 출석과 임무

이 법에 따라 소환된 자는 소환에서 정해진 일정 동안 출석해야 하고, 소환된 장소 또는 그 인근에서 배심원의 직을 행하여야 한다.

## 7 Attendance and service.

Subject to the provisions of this Act, a person summoned under this Act shall attend for so many days as may be directed by the summons or by the appropriate officer, and shall be liable to serve on any jury (in the Crown Court or the High Court or any county court) at the place to which he is summoned, or in the vicinity.

## 다. 배심원의 선정

소환장이 발부된 후 다음 단계는 특정사건에서 배심원단을 구성할 12명의 배심원을 선정하는 단계인데,<sup>29)</sup> 이를 배심원 선정 또는 선서(empanelling or swearing-in)라고 한다. 이 단계에서 배심원 조사(jury vetting)가 행해진다.<sup>30)</sup> 대기하고 있는 12명 이상의 배심원은 피고인이 무죄의 주장을 할 때 법정에서 나와 있거나 무죄 주장을 한 직후 법정정리(usher)가 법정으로 데려온다. 법원서기는 12명의 이름을 부른 다음 배심원석에 좌정할 것을 요구한다. 법원서기는 모든 대기자들의 명단을 가지고 있으며, 무작위로 이름을 부른다(1974년 배심원법 제11조).

특정사건을 위한 배심원은 공개된 법정에서 무작위 추첨을 통해 선발되는데, 법원서기는 각 배심원단의 이름이 적힌 카드를 가지고 이를 섞어 그 중에서 12

29) 형사사건의 경우에는 최소 9명에서 12명의 배심원이 선정되고, 카운티 법원(county court)의 민사사건의 경우에는 8명의 배심원이 구성된다(Ibid.).

30) Elliot and Quinn, p.214.

명을 호명한다. 12명이 배심원석에 좌정을 하면 법원서기가 피고인에게 배심원의 명단을 불러주고 기피신청(challenge)할 수 있는 권한이 있다는 것을 알려준다. 이에 대한 기피신청이 없으면 이 사람들이 선서를 하게 된다.<sup>31)</sup> 선서는 선서문이 인쇄되어 있는 카드를 읽으면서 성서나 코란 등에 오른손을 얹고서 한다. 배심원이 선서를 하기 전에 검사는 보류신청을, 피고인은 기피신청을 할 수 있다. 기피신청이 받아들여지면 당해 배심원은 배심원석에서 나와야 하며 다른 배심원후보자가 배심원이 된다. 12명의 배심원들이 모두 선서를 하면 법원서기는 선서를 마쳤는지를 물어보고 피고인을 데려 온다. 법원서기는 피고인이 어떤 법률을 위반한 범죄사실로 기소되었는지를 말해준다.<sup>32)</sup>

#### 1974년 배심원법(Juries Act 1974)

##### 5 배심원단(패널)

- (1) 이 법에 따라 대법원장이 행하는 절차에는 배심원으로서 소환된 자의 명단(이를 패널이라 한다)을 준비하는 것과 이 배심원단(패널)에 포함되는 정보, 배심원들을 위한 법정 좌석, 배심원의 분할, 배심원의 확대나 수정이 포함되고, 패널의 내용과 형식에 관련된 모든 사항은 대법원장이 지시하는 대로 행해져야 한다.
- (2) 배심원들을 소환한 당사자 또는 그 당사자의 대리인은 배심원들을 선출할 배심원단(패널)을 조사하기 위한 합리적인 시설을 이용할 수 있다.
- (3) 제2항에 따른 권리는 공판이 종료된 이후에는 이용할 수 없다.
- (4) 적절하다고 판단할 경우 법원은 어떤 때에도 배심원단을 조사하기 위하여 누구에게라도 시설을 제공해 주어야 한다.

##### 5 Panels.

31) 선서는 “나는 증거에 따라 성실하게 피고인을 심판하고 진실한 평결을 내릴 것을 전능하신 신 앞에 선서합니다.”라고 한다(Sprack, p.301).

32) Ibid., p.302.

- (1) The arrangements to be made by the Lord Chancellor under this Act shall include the preparation of lists (called panels) of persons summoned as jurors, and the information to be included in panels, the court sittings for which they are prepared, their division into parts or sets (whether according to the day of first attendance or otherwise), their enlargement or amendment, and all other matters relating to the contents and form of the panels shall be such as the Lord Chancellor may from time to time direct.
- (2) A party to proceedings in which jurors are or may be called on to try an issue, and any person acting on behalf of a party to such proceedings, shall be entitled to reasonable facilities for inspecting the panel from which the jurors are or will be drawn.
- (3) The right conferred by subsection (2) above shall not be exercisable after the close of the trial by jury (or after the time when it is no longer possible for there to be a trial by jury).
- (4) The court may, if it thinks fit, at any time afford to any person facilities for inspecting the panel, although not given the right by subsection (2) above.

#### 11 배심원 선정(추첨)과 선서

- (1) 배심원은 공개된 법정에서 정해진 시간과 장소에 출석한 배심원단 중에서 선정되어야 한다.
- (2) 이 법 제6조에 따라 소환된 배심원의 권한은 추첨이 시작된 이후에 행사된다. 추첨 후에 권한이 행사되면, 제6조에 따라 소환된 자를 위해 추첨을 하지 않을 수 있다.
- (3) 법정에서 재판을 하는 배심원은 2명 이상 함께 선서할 수 없다.
- (4) 아래의 제5항에 따라 추첨에 의해 선정된 배심원은 하나의 사건만 재판해야 한다.
- (5) 제4항의 경우 다음과 같은 것들은 금지된다.
  - (a) 배심원이 구성된 때로부터 24시간 이내에 두 번째 또는 마지막 사건이 시작되면 동일한 배심원에 의한 두 개 이상의 재판이 금지된다.
  - (b) 형사사건의 경우, 1964년 형사소송(정신질환)법 제4조 (4)(b)에 따라 법원이 지시한 경우에는 동일한 배심원에 의해 재판을 받는 피고인이 유

죄담변을 하는 것이 적절한지를 재판하는 것이 금지된다.

(c) 특별항변으로 시작한 형사사건의 경우 일반항변에 관하여 피고인을 특별항변을 재판하는 배심원이 심판하는 것이 금지된다.

- (6) 위의 (5) (a), (b), (c)의 경우, 두 번째 이후의 사건을 심판할 때 동일한 배심원 전체로 절차를 진행하는 대신 법원은 어떤 배심원이 정당하게 이의제기하거나 또는 면제된다고 법원이 판단하거나 또는 당사자들이 동의하는 경우 그 배심원을 취소하는 명령을 내릴 수 있고, 그자를 대신하는 배심원은 (2)에 따라 공개된 법정에서 추첨에 의해 선정되어야 한다.

#### 11 The ballot and swearing of jurors.

- (1) The jury to try an issue before a court shall be selected by ballot in open court from the panel, or part of the panel, of jurors summoned to attend at the time and place in question.
- (2) The power of summoning jurors under section 6 of this Act may be exercised after balloting has begun, as well as earlier, and if exercised after balloting has begun the court may dispense with balloting for persons summoned under that section.
- (3) No two or more members of a jury to try an issue in a court shall be sworn together.
- (4) Subject to subsection (5) below, the jury selected by any one ballot shall try only one issue (but any juror shall be liable to be selected on more than one ballot).
- (5) Subsection (4) above shall not prevent— .
- (a) the trial of two or more issues by the same jury if the trial of the second or last issue begins within 24 hours from the time when the jury is constituted, or,
- (b) in a criminal case, the trial of fitness to plead by the same jury as that by whom the accused is being tried, if that is so directed by the court under section 4(4)(b) of the Criminal Procedure (Insanity) Act M11964, or .
- (c) in a criminal case beginning with a special plea, the trial of the accused on the general issue by the jury trying the special plea.
- (6) In the cases within subsection (5)(a), (b) and (c) above the court

may, on the trial of the second or any subsequent issue, instead of proceeding with the same jury in its entirety, order any juror to withdraw, if the court considers he could be justly challenged or excused, or if the parties to the proceedings consent, and the juror to replace him shall, subject to subsection (2) above, be selected by ballot in open court.

## 라. 배심원 조사

배심원 조사(jury vetting)란 배심에 참여하는 것이 적절하지 않다고 생각되는 이른바 극단주의자들을 걸러내는 절차이다.<sup>33)</sup> 이 절차는 기피신청권이나 보류신청권(stand by)을 효과적으로 실행하기 위하여 배심원단에게 질문을 하는 것이다. 소송당사자가 배심원 조사를 할 수 있는 권한이 있는지에 대해 아래와 같이 논란이 이어져왔다. 배심원 조사에 대한 첫 번째 논란은 1978년 이른바 ‘ABC’ 재판(R v Aubrey, Berry and Campbell, 1978)에서 비롯되었다. 이 사건에서 두 명의 기자와 군인이 공직자비밀법(the Official Secret Act)을 위반한 비밀정보 수집행위로 기소되었는데, 공판이 진행 중 법무장관이 내린 지침에 따라 배심원의 ‘충성심’을 조사하는 것이 알려져 새롭게 공판절차가 진행되었다. 법무장관의 지침은 1974년 이래 계속되었는데, 이 지침이 1988년에 개정되었다. 이 지침에 따르면 배심원은 무작위로 선발되어야 하고, 법령상의 예외 사항에 따라서만 배제되며, 검찰이 배심원을 배제할 수 있는 유일한 방법은 공개법정에서 기피신청을 하는 것이다. 그러나 테러사건처럼 특정한 사건에서는 배심원 조사가 필요하다고 한다. 이러한 사건에서는 배심원이 특정한 정치적 신념을 가지고 불공평한 평결을 내릴 수 있고, 다른 배심원들에게 영향을 미칠 수 있기 때문이다. 특히 국가안보에

33) Elliot and Quinn, p.214.

관한 사건일 경우 배심원이 증거를 뒤집을 위험도 있다. 배심원 조사로 강력한 이유가 드러나는 경우 배심원을 보류할 수 있다. 이러한 사건에서 배심원 조사를 하기 위해서는 검찰총장(Director of Public Prosecutions: DPP)의 조언에 따른 법무장관의 허가가 필요하다. 어떤 자가 범죄경력이 있는지를 조사하는 것은 특별 허가를 받지 않고도 광범위하게 인정된다.<sup>34)</sup>

1980년대에는 항소법원(Court of Appeal)의 두 사건에서 배심원 조사의 적법성이 문제가 되었다. 셰필드 형사법원 사건(Sheffield Crown Court, *ex parte Brownlow*)의 경우 피고인이 경찰관이었는데 피고인측 변호인이 배심원이 이전의 유죄판결을 이유로 배심원 조사를 요구하였다. 검찰측은 이에 반대했지만, 형사법원은 조사를 허락하여 항소법원에서도 이것이 유지되었다. 데딩 판사(Lord Denning)와 쇼 판사(Lord Shaw)는 부수의견에서 국가안보와 테러사건에서 배심원을 조사하는 것은 1974년 배심원법에 이에 대한 규정이 없었기 때문에 위헌이고 사생활 침해라고 하여 이를 비난하였다.<sup>35)</sup>

1980년 메이슨 사건(*R v Mason*, 1980)에서는 유죄판결을 받은 주거침입절도범이 이전의 유죄판결을 이유로 배심원을 조사한다는 이유로 항소하였다(당시에는 이것이 특정한 법원에서는 통용되는 일이었다). 항소법원은 이전의 유죄판결을 이유로 한 배심원 조사는 자격이 없는 배심원이 배심원으로 활동하지 못하기 위해 필요하다고 판시하였다. 로튼 판사(Lord Lawton)는, 단지 경미사건에서는 기술적인 이익을 위해서 사용되어서는 안 된다고 하면서, 그러한 상황에서는 배심원 조사가 단지 상식에 속하는 일이라고 말하고 있다.<sup>36)</sup>

---

34) Elliot and Quinn, p.215

35) Ibid.

36) Ibid.

1996년에도 배심원 조사가 오벨림 사건(R v Obellim, 1996)에서 문제가 되었다. 이 사건에서 판사는 배심원으로부터 질문을 받았는데, 그비용은 경찰권에 대한 상당한 지식을 노출하는 것으로서 배심원 중 한 사람이 배심원의 자격이 없는 전과자라는 혐의를 둔 것이었다. 판사는 피고인의 변호인 되었알리지도 않고 배심원을 조사하라는 명령을 발했다. 그변호인은 배심원이 Obel한 후에 이의를 제기한 의 자격이 조사가 행해졌는지를 발견과자라는 는 자였다. 유죄판결을 받은 피고인은 배심원 조사가 자신에 대해 편견오벨림 사건을다는 이유로 항소하였다. 항소법원은 이에 동의하여 원심법원의 판결을 파기하면서 배심원 조사가 그러한 이유로 명해져야 하는지는 의 배996피고인의 변호인 되었알리지도 않고 되었알안 된다고 판시하였다.<sup>37)</sup>

배심원 조사에 대하여는 여전히 논란에 휩싸여 있다. 이를 지지하는 자들은 다른 배심원들에게 편향된 의견을 내놓거나 이들에게 압력을 가하는 자를 배제하고 국가안보를 보호하며 무자격자를 배제함으로써 공정성을 증진시킬 수 있다고 주장한다. 반대론자는 개인의 사생활권을 침해하고, 검찰측에게 부당하게 이익을 주며, 검찰만큼 정보를 얻을 수 없는 피고인에게 불리하며 피고인들이 감당하기에는 너무 많은 비용이 든다는 이유 때문에 반대한다. 극히 일부의 경우에만 피고인에게 배심원단에게 질문할 수 있는 법적 구조의 권한이 주어져 왔기 때문이다.<sup>38)</sup>

이런 상황에서 배심원 조사가 배심원법 제5조 (2)에 명문으로 규정되었다. 따라서 배심원 조사 그 자체가 불법은 아니다. 이 규정에 의하여 소송당사자는 배심원단의 이름과 주소를 조사할 권한이 있으므로 이들의 경력이나 배경을 조사하

---

37) Ibid.

38) Ibid.



지 못하게 하는 법 규정은 없다.<sup>39)</sup>

이와 더불어 배심원법 제9조 이하에서는 배심원을 일정한 사유에 따라 면제할 수 있는 규정도 두고 있으며, 재량에 의한 소환 연기와 소환을 취소할 수 있는 규정도 두고 있다.

1974년 배심원법(Juries Act 1974)

9 일정한 자에 대한 면제와 재량에 의한 면제

- (1) 이 법에 의해 소환된 자가 이 법 부록 1의 제3부에 기재된 자라면 그가 원할 경우 배심원 직에서 면제될 수 있다. 그러나 군인일 경우에는, 부록에 규정된 경우를 제외하고, 아래의 제2항에 따라 출석이 면제되지 않는다면 소환되었을 때 출석 의무가 면제되지 아니한다.
- (2) 이 법에 따라 소환된 자가 소환에 따른 출석이 면제될 상당한 이유가 있다는 것이 담당 공무원에 의해 입증되는 경우에는 출석이 면제될 수 있고, 제1항에 따라 면제될 자격이 있다는 이유가 입증되는 경우에는 그러하다.
- (3) 제2항에 따라 담당 공무원이 소환된 자를 면제하기를 거부한 데 대하여 소환된 자가 출석하기 전에 법원에 이의를 제기할 권리를 형사법원이 규칙으로 규정해야 한다.
- (4) 이상의 조항들을 침해하지 않는다면 이 법에 따라 출석하도록 소환되기 전에 법원은 그자를 출석에서 면제할 수 있다.

9 Excusal for certain persons and discretionary excusal.

- (1) A person summoned under this Act shall be entitled, if he so wishes, to be excused from jury service if he is among the persons listed in Part III of Schedule 1 to this Act but, except as provided by that Part of that Schedule in the case of members of the forces, a person shall not by this section be exempt from his obligation to

39) Christopher J. Emmins, A Proactical Approach to Criminal Procedure (Fourth Edition), London: Blackstone Press Limited, 1981, p.105.

attend if summoned unless he is excused from attending under subsection (2) below.

- (2) If any person summoned under this Act shows to the satisfaction of the appropriate officer that there is good reason why he should be excused from attending in pursuance of the summons, the appropriate officer may excuse him from so attending and shall do so if the reason shown is that the person is entitled under subsection (1) above to excusal.
- (3) Crown Court rules shall provide a right of appeal to the court (or one of the courts) before which the person is summoned to attend against any refusal of the appropriate officer to excuse him under subsection (2) above.
- (4) Without prejudice to the preceding provisions of this section, the court (or any of the courts) before which a person is summoned to attend under this Act may excuse that person from so attending.

#### 9A 재량에 의한 연기

- (1) 이 법에 따라 소환된 자가 소환에 따른 출석을 연기해야 할 상당한 이유가 있다는 것을 담당 공무원에게 입증하고 담당 공무원이 이를 인정 한 경우, 담당 공무원은 출석일을 변경해야 하고 소환은 그에 따라 효력을 발생한다.
- (2) 제1항에 따른 신청이 허가되거나 또는 거부되는 경우, 제1항에서 부여한 권한은 동일한 소환과 관련하여 행사될 수 없다.
- (3) 형사법원은 제1항에 따른 이의제기에 관한 규칙을 제정해야 한다.
- (4) 이상의 조항들을 침해하지 않는다면 이 법에 따라 출석하도록 소환되기 전에 법원은 그자의 출석을 연기할 수 있다.

#### 9A Discretionary deferral.

- (1) If any person summoned under this Act shows to the satisfaction of the appropriate officer that there is good reason why his attendance in pursuance of the summons should be deferred, the appropriate officer may defer his attendance, and, if he does so, he shall vary the days on which that person is summoned to attend and the

summons shall have effect accordingly.

- (2) If an application under subsection (1) above has been granted or refused, the powers conferred by that subsection may not be exercised subsequently in relation to the same summons.
- (3) Crown Court Rules shall provide a right of appeal to the court (or one of the courts) before which the person is summoned to attend against any refusal of the appropriate officer to defer his attendance under subsection (1) above.
- (4) Without prejudice to the preceding provisions of this section, the court (or any of the courts) before which a person is summoned to attend under this Act may defer his attendance.

#### 9B 장애인에 대한 소환의 취소

- (1) 이 법에 따라 소환된 자가 신체장애로 인하여 배심원으로서 효율적으로 활동할 수 없음이 분명한 경우 그 장애인을 판사 앞에 데려갈 수 있다.
- (2) 판사는 그자가 배심원으로서 활동할 수 있는지를 판단해야 한다. 그러나 그자가 신체장애 때문에 배심원으로서 효율적으로 활동할 수 없다는 의견이 아니라면 그 소환을 확인해야 하고, 배심원으로 활동할 수 없는 경우에는 소환을 취소해야 한다.
- (3) 이 조항에서 “판사”는 고등법원판사나 순회법원판사를 포함한다.

#### 9B Discharge of summonses to disabled persons only if incapable of acting effectively as a juror.

- (1) Where it appears to the appropriate officer, in the case of a person attending in pursuance of a summons under this Act, that on account of physical disability there is doubt as to his capacity to act effectively as a juror, the person may be brought before the judge.
- (2) The judge shall determine whether or not the person should act as a juror; but he shall affirm the summons unless he is of the opinion that the person will not, on account of his disability, be capable of acting effectively as a juror, in which case he shall discharge the summons.

(3)In this section “the judge” means any judge of the High Court or any Circuit judge or Recorder.

10 배심원으로서 효율적으로 활동하는 것이 의심되는 경우의 소환 취소

이 법에 따른 소환에 의하여 출석한 자가 영어를 충분히 이해할 수 없다는 것이 의심되는 경우에는 그자를 판사 앞에 데리고 가서 판사가 그가 배심원으로서 효율적으로 활동할 수 있는지를 판단해야 하고, 만약 적절하지 않다고 판단하면 소환을 취소해야 한다. 여기서 “판사”는 고등 법원판사나 순회법원판사 등을 의미한다.

10 Discharge of summonses in case of doubt as to capacity to act effectively as a juror.

Where it appears to the appropriate officer, in the case of a person attending in pursuance of a summons under this Act, that on account of insufficient understanding of English there is doubt as to his capacity to act effectively as a juror, the person may be brought before the judge, who shall determine whether or not he should act as a juror and, if not, shall discharge the summons; and for this purpose “the judge” means any judge of the High Court or any Circuit judge or Recorder.

## 마. 배심원에 대한 기피

### (1) 배심원의 선정방법

배심원을 어떻게 선정하는 것이 가장 좋은 방법인가에 대하여는 두 가지 상반된 견해가 있다.

하나는 가능한 한 많은 사람들이 배심원이 될 수 있도록 절차를 구성하는 것이다. 이 견해에 따르면, 아동이나 정신질환자와 같이 특정한 집단의 사람들은

당연히 배심에서 배제되어야 하지만, 가능한 한 이러한 집단을 좁게 정의해야 한다고 한다. 나아가 어떤 사람이 특정한 사건에 무작위방식으로 선정되었다면, 그가 배제된 집단의 구성원이 되었다는 이유를 제외하고는 그가 재정하는 것에 반대할 수 없다. 로튼 판사가 바로 메이슨 사건에서 이러한 방식은 불공정성에 이를 수 있다고 주장하였다. 예컨대, 불법 밀렵행위를 했던 피고인이 사냥터지기를 불법으로 부상시켜 배심원들이 이를 심판하게 되었는데, 배심원 중에는 밀렵행위로 몇 차례 유죄판결을 받은 사람이 포함되어 있었다. 그 유죄판결들은 당해 배심원이 배심원으로서 활동하지 못하게 한 유죄판결은 아니었다. 이에 대해 반대하는 견해는 배심원에 사냥터지기가 포함되어야 하고, 어찌 되었든 다수평결을 위한 규정은 어떤 배심원도 당해 사건에 결정적인 영향을 주어서는 안 된다는 것이었다.<sup>40)</sup>

두 번째 견해는 특정사건에 대해 명백한 편견을 가지지 않은 배심원을 선정하도록 노력해야 한다는 것이다. 이 방법은 미국의 일부 주에서 채택되고 있는 것으로서 당사자들에게 배심원을 조사할 수 있는 기회를 주고, 배심원에 관한 증거를 수집하고 그가 적절하다는 주장을 펴게 하는 것이다. 이 방법의 어려운 점은 배심원의 선정과정이 공판 자체만큼 길어지고 비용이 많이 든다는 것이다. 이 방법이 세계에서 가장 부유하고 소송이 많이 발생하는 나라에서 행해지는 것도 결코 우연이 아니다.<sup>41)</sup>

영국은 무작위방식을 더 강하게 선호하면서도 위의 양자를 절충하는 방식을 택했다. 배심원으로서 활동할 수 없는 집단의 수도 적고, 배심원으로 소환되는

---

40) John Sprack, A Practical Approach to Criminal Procedure (11th Edition), Oxford: Oxford University Press, 2006, p.302.

41) Ibid.

사람들의 이름도 무작위로 선출되며, 배심원으로 선서하고 배심원단을 구성하게 될 배심원단의 선정도 추첨에 의해 행해진다. 하지만 이러한 무작위 선정방식은 검찰이나 변호인측에서 처음에 배심원으로 선정된 사람들을 배제할 가능성을 남겨두고 있다. 즉, 검사는 배심원을 '보류'(stand by)할 수 있으며, 검사와 피고인은 배심원에 대하여 이유부 기피신청을 할 수 있다. 1988년까지는 무이유부 기피(challenges without cause or peremptory challenges)가 가능했지만, 지금은 이 제도가 폐지되었다.<sup>42)</sup>

배심원단이 선정되면 이들이 선서하기 전에 이들은 검사에 의한 보류(stand by)와 피고인측에 의한 기피신청(challenge)에 의해 기피될 수 있다.

## (2) 배심원 보류

검사는 무이유부 기피를 할 수 없었다. 검사는 보류권한을 가지고 있고, 배심원을 보류할 수 있는 것은 검사뿐이다. 피고인은 배심원을 보류할 수 없다.<sup>43)</sup> 검사는 어떤 자가 배심원으로 원하지 않으면, 그자가 선서하기 전에 '보류'(stand by)라고 말하면 된다. 검사가 보류신청을 하면 그 배심원은 배심원석을 떠나고 다른 대기자가 대신하게 된다.<sup>44)</sup> 보류에 대해서는 특별한 이유들이 있을 수 있지만 실제로는 아무런 이유도 제시할 필요는 없고 일반적으로는 배심원 조사에서 제공된 정보가 사용된다. 검사가 보류할 수 있는 지위가 분명해진 것은 메이슨(R

42) 수 세기동안 무이유부 기피가 인정되어 피고인측 변호인은 아무 이유 없이 일정 수의 배심원을 거부할 권한이 있었으나, 그 수는 점점 줄어들어 1925년에는 25명에서 12명으로, 1948년에는 12명에서 7명으로, 그리고 1977년에는 7명에서 3명으로 줄어들었다 (Ibid.).

43) Sprack, p.303.

44) Ibid.

v Mason, 1981) 사건이 계기가 되었다.<sup>45)</sup> 보류할 수 있는 권한의 사용은 법무장관이 제시한 지침(Guidance on the Exercise by the Crown of its Right to Stand By)에 의해 제한되어 왔다. 이 지침에 의하면 무이유부 기피를 폐지한 것은 보류 권한이 배심원 조사와 관련해서만 사용되어야 하거나 배심원이 명백히 적합하지 않거나 피고인측 변호인이 이 권한을 시행하는 것에 동의하는 경우에만 사용되어야 한다는 의미이다.<sup>46)</sup>

보류는 검사측에서 조건부로 기피하는 것을 의미한다. 이론상 검사만이 이유부 기피를 할 수 있고, 배심원이 보류되면 이유에 대한 질문은 나중으로 연기된다. 실무상으로는 배심원으로 재정한 자격 있는 배심원이 있으면 충분하고 재판이 진행된다면 검찰의 '이유'는 조사받지 않는다.<sup>47)</sup>

법무장관의 지침은 무작위선정방식 원칙을 재확인하였으며, 배심원법에 규정된 경우를 제외하고는 어느 누구도 무자격자로 취급받지 않는다는 사실을 재확인하였다. 이 지침에 따르면, 검사의 보류권은 드물게 사용되어야 하며, 예외적인 상황에서만 그리고 배심원 전체에 영향을 미치거나 피고인측의 기술적인 이익을 얻게 할 목적으로 사용해서는 안 된다고 한다.<sup>48)</sup>

### (3) 배심원에 대한 이유부 기피

검사와 피고인은 이유부 기피(challenges for cause)를 할 수 있다(JA, 제12조 (1)). 그 이유는 동료집단의 특권, 무자격, 편견이 예상되는 경우 등이다. 배심원

---

45) Sprack, p.303.

46) Elliot and Quinn, p.216.

47) Terence Ingman, The English Legal Process (13th Edition), Oxford: Oxford University Press, 2011, p.239.

48) Ibid.

은 기피 이유가 있는지를 확인받기 위하여 기피 전에 질문을 받을 수 없다. 따라서 성공적인 이유부 기피는 배심원을 개인적으로 안다거나 배심원 조사가 행해진 경우에 성공할 수 있다. 이유부 기피가 받아들여지면 판사가 재판을 진행한다.<sup>49)</sup>

이유부 기피의 절차는 기피를 하는 측에서 배심원이 선서를 하기 직전에 ‘기피’(challenge)라고 말함으로써 진행된다. 기피신청을 하는 자는 그의 반대가 근거가 있다는 점을 판사가 알도록 해야 할 부담을 진다. 그러한 부담을 벗어나기 위하여 신청자는 배심원이 적절하지 않다는 증거(예컨대, 전과자라거나 직업상 자격이 없거나 편견을 가지고 있다는 등)를 제시해야 한다. 그러한 증거가 제시될 때까지 배심원에게 어떤 질문도 할 수 없다. 다시 말해서 기피신청을 하는 측에서는 기피에 대한 근거를 이끌어낼 목적으로 배심원의 태도, 인생경력 등에 대한 ‘유리한 답변을 얻기 위한 질문’을 해서는 안 된다. 이러한 제한적인 원칙은 배심원 선정의 절차를 줄이기 위한 것이다. 수 백 명의 배심원단 명부를 가지고 있는 대규모 형사법원은 배심원으로 선정될 사람이 적절한지 아닌지를 공판 전에 검사하는 것이 실질적으로 불가능하다는 불이익이 있다. 실제로는 어느 누구도 정해진 시간에 필요한 정보를 얻지 못하기 때문에 기피를 당해야 하는 상당한 수의 배심원이 기피되지 않을 가능성이 매우 높다.<sup>50)</sup>

이론적으로나 법률 규정상(1974년 배심원법 제12조 (6))으로는 개별 배심원을 기피함과 더불어 배심원단 전체에 대하여도 기피할 수 있다(이를 배심원단 기피(challenge to the array)라고 한다.). 그러나 현재 이 방법이 실제로는 행해지지 않고 있다.<sup>51)</sup>

---

49) Elliot and Quinn, p.216.

50) Sprack, p.304.



1974년 배심원법(Juries Act 1974)

12 이유부 기피

- (1) 기소범죄를 범한 자를 재판하는 절차에서
  - (a) 피고인은 모든 배심원 또는 일부 배심원을 이유부 기피할 수 있다.
  - (b) 또한 이유부 기피는 피고인을 재판하는 판사 앞에서 해야 한다.
- (2) 군법원에서 배심원에 의한 재판을 받는 당사자는 고등법원에서와 마찬가지로 모든 또는 일부 배심원에 대하여 기피할 수 있다.
- (3) 배심원에 대한 기피는 추첨 이후 선서하기 이전에 해야 한다.
- (4) 배심원으로 소환된 자가 그 직을 행할 자격이 없다는 사실이 이유부 기피의 근거가 되어야 한다. 그러나 그에 따라 그리고 아래의 규정에 따라 이 법의 어떤 규정도 배심원의 기피에 관한 법에 영향을 미치지 않는다.
- (5) 1825년 배심원법 제29조에서 “형사법원”은 “여기에서 언급한 모든 법원”을 대체한다.
- (6) (4)을 침해하지 않는다면 이유부 기피 권리는 형사법원 등에서 배심원을 소환하는 책임이 대법원장에 의해 생긴다는 사실에 의해 영향을 받지 않는다.

12 Challenge.

- (1) In proceedings for the trial of any person for an offence on indictment –
  - (a) that person may challenge all or any of the jurors for cause, and
  - (b) any challenge for cause shall be tried by the judge before whom that person is to be tried.
- (2) Any party to county court proceedings to be tried by a jury shall have the same right of challenge to all or any of the jurors as he would have in the High Court.
- (3) A challenge to a juror in any court shall be made after his name

---

51) Ibid.

has been drawn by ballot (unless the court, pursuant to section 11(2) of this Act, has dispensed with balloting for him) and before he is sworn.

- (4) The fact that a person summoned to serve on a jury is not qualified to serve shall be a ground of challenge for cause; but subject to that, and to the foregoing provisions of this section, nothing in this Act affects the law relating to challenge of jurors.
- (5) In section 29 of the Juries Act 1825 (challenges to jurors by the Crown) the words “the Crown Court” shall continue to be substituted for the words “any of the courts hereinbefore mentioned”, notwithstanding the repeal by this Act of paragraph 3(2) of Schedule 4 to the Courts Act 1971 and of the entries relating to the said Act in Schedule 5 to the Criminal Justice Act 1972.
- (6) Without prejudice to subsection (4) above, the right of challenge to the array, that is to say the right of challenge on the ground that the person responsible for summoning the jurors in question is biased or has acted improperly, shall continue to be unaffected by the fact that, since the coming into operation of section 31 of the Courts Act 1971 (which is replaced by this Act), the responsibility for summoning jurors for service in the Crown Court, the High Court and county courts has lain with the Lord Chancellor.

#### (4) 판사의 권한에 의한 배심원의 배제

공판을 담당하는 판사도 배심원이 선서를 할 때 증거서류 등을 이해할 능력이 없다고 판단하는 경우에는 그를 배심원석에서 내려가라고 하여 배심원을 배제(discharge)할 수 있다. 이처럼 판사가 개입하는 것이 적절한가에 대하여는 논란이 있는데, 특히 피고인측에서 인종적인 문제를 제기했을 때 발생한다. 빈스 사건(Binns [1982])의 경우 빈스를 비롯한 11명이 브리스톨에서 인종문제에 관한 시위를 벌인 혐의로 재판을 받았다(이들은 재판 후 모두 석방되었다.). 피고인 중

한 사람만이 미성년자였으며 부모나 서인도제도 출신이었다. 대기 중인 배심원이 없자 피고인측 변호인은 판사에게 배심원이 인종적으로 균형이 잡힐 수 있도록 확보해 달라고 부탁하였다. 왜냐하면 흑인들이 백인 배심원보다는 흑인 젊은이들을 더 잘 이해할 수 있었기 때문이다. 판사는 이 신청을 받아들여 흑인 배심원이 배심원석에 입장할 때까지 백인 배심원을 보류하려고 했지만, 배심원단을 배제하고 새로운 배심원을 소환할 수는 없었다. 결국 배심원단의 무작위 선정과 법원의 무이유부 기피를 활용하여 판사의 개입 없이 피고인들에게 적합한 배심원을 선정하게 되었다.<sup>52)</sup>

인종주의 문제 때문에 판사에 의한 배심원의 배제 문제가 제기된 사건이 그레고리 사건(Gregory v United Kingdom, 1997)이다. 흑인이었던 그레고리는 강도죄로 기소되어 재판을 받았는데 재판이 진행되고 있던 중 어느 배심원이 배심원 중 인종적 편견을 가진 사람이 있으므로 그를 배심원에서 배제해 달라는 쪽지를 보냈다. 그러나 판사는 배심원을 배제하지 않고 그 대신 배심원들에게 증거에만 의존하여 평결을 하라고 강력히 지시하였다. 그레고리는 다수의 평결에 따라 유죄가 선고되었는데, 그는 유럽인권법원(the European Court of Human Rights)에 제소하면서 판사가 배심원 전체를 배제했었어야 하는데 그렇게 하지 않은 것은 유럽인권조약에서 규정한 공정한 재판에 어긋난다고 주장하였다. 그러나 유럽인권법원은 그러한 상황에서는 배심원들에게 분명하고 세심한 경고를 하는 것으로 공정한 재판을 충분히 확보할 수 있다고 판시하였다.<sup>53)</sup>

## 마. 배심원의 보호

---

52) Ibid., p.305; 대검찰청, 58면.

53) Elliot and Quinn, pp.217-218.

판사는 배심원에 대한 매수나 협박 등이 염려될 때에는 배심원 보호명령(jury protection order)을 내릴 수 있다. 예컨대, 경찰이 배심원을 보호함으로써 심리를 하는 동안 외부의 간섭 없이 행할 수 있도록 하는 것이다.<sup>54)</sup>

중앙형사법원의 경우에는 특별법정을 두어 방청석을 2층에 두고 배심원석을 그 바로 밑에 설치하여 방청인들로부터 배심원들을 볼 수 없도록 하고 있다. 또한 배심원들은 특별한 출입구를 통해 법정에 출입하는 등의 조치도 취하고 있다. 이러한 배심원보호는 특히 테러사건 등에서 자주 활용된다.<sup>55)</sup>

1974년 배심원법(Juries Act 1974)

#### 14 관람

형사법원과 민사법원은 배심원이 관람하는 규정을 둘 수 있고, 배심원이 관람하는 장소는 어떤 특별한 군(郡)이나 지역에 제한을 두어서는 아니 된다.

#### 14 Views.

Crown Court rules, and rules of court for civil cases, may make provision as respects views by jurors, and the places to which a juror may be called on to go to view shall not be restricted to any particular county or other area.

## 4. 배심원에 대한 수당

---

54) Sprack, p.308.

55) 대검찰청, 59면.

배심원 직을 수행한 자에 대하여는 일정한 범위 내에서 수당 등이 지급되어야 한다.

1974년 배심원법(Juries Act 1974)

19 배심원에 대한 수당

- (1) 다음의 조항에 따라 배심원 직을 행한 배심원은 내무부장관이 동의하고 대법원장에 결정한 비율과 수당에 관련된 규정에 따라 수당을 받을 권한이 있다.
  - (a) 여비와 실비
  - (b) 일일이익 등
- (2) 위의 (1)항은 검시 배심원에는 적용되지 아니 한다.
- (3) (1)항의 수당액 결정과 지급방법은 대법원장이 정한 절차에 따라야 하고, 모든 수당은 의회에서 정한 금액에서 지급되어야 한다.
- (4) (1)항에서 “규정되었다”는 의미는 내무부장관의 동의로 대법원장이 정한 규정을 의미한다. 이 조항은 소환되었지만 선서하지 않은 배심원에 게도 적용된다.
- (5) 1988년 검시법(Coroner Act 1988)을 제외하고 어떠한 자도 이 법 또는 배심원 직 수행에 대한 어떤 관습이나 수당에 대한 동의에 따른 권한을 가지고 있지 않다.
- (6) 이 조항은 1971년 주조법 제8조에 따라 화폐에 관한 재판을 목적으로 소환된 배심원에게는 적용되지 아니 한다.

19 Payment for jury service.

- (1) Subject to the following provisions of this section, a person who serves as a juror shall be entitled, in respect of his attendance at court for the purpose of performing jury service, to receive payments, at rates determined by the Lord Chancellor with the consent of the Minister for the Civil Service and subject to any prescribed conditions, by way of allowance—
  - (a) for travelling and subsistence; and

- (b) for financial loss, where in consequence of his attendance for that purpose he has incurred any expenditure (otherwise than on travelling and subsistence) to which he would not otherwise be subject or he has suffered any loss of earnings, or of benefit under the enactments relating to social security, which he would otherwise have made or received.
- (2) Subsection (1) above shall not apply to service on a coroner's jury (for which provision for payment is made by the Coroners Act 1988).
- (3) The determination of the amounts payable to persons under subsection (1) above, and the manner of making those payments, shall be in accordance with arrangements made by the Lord Chancellor and all such payments shall be made out of moneys provided by Parliament.
- (4) In subsection (1) above "prescribed" means prescribed by regulations made by statutory instrument by the Lord Chancellor with the consent of the Minister for the Civil Service; and for the purposes of that subsection a person who, in obedience to a summons to serve on a jury, attends for service as a juror shall be deemed to serve as a juror notwithstanding that he is not subsequently sworn.
- (5) Save as provided by the Coroners Act 1988, no person shall be entitled under any Act other than this Act or under any rule of law, custom or agreement to payment for his services as a juror.
- (6) This section shall not apply to service on a jury summoned for the purposes of a trial of the pyx under section 8 of the Coinage Act 1971.

## 5. 배심제와 관련된 범죄와 처벌

배심원이 배심원으로서 직을 올바르게 수행하지 못한 경우 약식기소범죄나 법정 모욕죄로 처벌받을 수 있다.

1974년 배심원법(Juries Act 1974)

20 범죄

(1) 아래의 (2) - (4)항에 따라

(a) 이 법에 따라 정당하게 소환된 자가 (정해진 날짜에) 소환에 따라 출석하지 않는 경우,

(b) 소환에 따라 출석한 후 배심원의 직을 행하지 않거나, 음주 또는 약물을 이유로 그 직을 수행하기에 적당하지 않은 경우, 그 자는 100파운드 이하의 벌금에 처한다.

(2) 위의 (1)항의 범죄는 약식기소로 처벌되거나 범정부범죄로 처벌된다.

(3) (1) (a)는, 소환일 전 14일에 소환이 행해지지 않는 한, 이 법 제6조에 따른 것이 아닌 다른 사유로 소환된 자에게는 적용되지 아니 한다.

(4) 소환에 응하지 못한 합리적인 이유가 있는 경우에는 이 규정으로 처벌되지 아니 하고, 소환의 취소나 변경에 관한 법 규정이나 면제 허가에 관한 법 규정에 따른 때에도 효력이 있다.

(5) (a) 이 법에 따라 소환된 자가 배심원 직을 회피하기 위하여 담당 공무원에게 허위의 진술을 한 자, 또는

(b) 소환을 받은 다른 사람을 대신하여 배심원 직을 회피하기 위하여 담당 공무원에게 허위의 진술을 하거나,

(c) 이 법 제2조 (5)항에 따라 질문했을 때 합리적인 이유 없이 답변을 거부하거나 특정한 사항에 대하여 허위임을 알면서 진술하거나

(d) 이 법에 따라 자신이 배심원으로서 능력이나 자격이 없다는 것을 안 사람은 벌금형에 처한다.

(e) 1994년 형사사법 및 공공질서법 제40조를 이유로 배심원 직의 자격이 없다는 것을 안 자도 위와 같다.

20 Offences.

(1) Subject to the provisions of subsections (2) to (4) below— .

(a) if a person duly summoned under this Act fails to attend (on the first or on any subsequent day on which he is required to attend by the summons or by the appropriate officer) in compliance with the summons, or .

(b) if a person, after attending in pursuance of a summons, is not

available when called on to serve as a juror, or is unfit for service by reason of drink or drugs, .

he shall be liable to a fine not exceeding £100.

- (2) An offence under subsection (1) above shall be punishable either on summary conviction or as if it were criminal contempt of court committed in the face of the court.
- (3) Subsection (1)(a) above shall not apply to a person summoned, otherwise than under section 6 of this Act, unless the summons was duly served on him on a date not later than fourteen days before the date fixed by the summons for his first attendance.
- (4) A person shall not be liable to be punished under the preceding provisions of this section if he can show some reasonable cause for his failure to comply with the summons, or for not being available when called on to serve, and those provisions have effect subject to the provisions of this Act about the withdrawal or alteration of a summons and about the granting of any excusal or deferral
- (5) If any person— .
  - (a) having been summoned under this Act makes, or causes or permits to be made on his behalf, any false representation to the appropriate officer with the intention of evading jury service; or .
  - (b) makes or causes to be made on behalf of another person who has been so summoned any false representation to that officer with the intention of enabling the other to evade jury service; or.
  - (c) when any question is put to him in pursuance of section 2(5) of this Act, refuses without reasonable excuse to answer, or gives an answer which he knows to be false in a material particular, or recklessly gives an answer which is false in a material particular; or .
  - (d) knowing that he is ineligible for jury service under Group A, B or C in Part I of Schedule 1 to this Act, or disqualified under Part II of that Schedule, serves on a jury,  
he shall be liable on summary conviction to a fine of not more than level 5 on the standard scale in the case of an offence of serving on a jury when disqualified and, in any other case, a fine of not more than level 3 on the standard scale; or



(e) knowing that he is not qualified for jury service by reason of section 40 of the Criminal Justice and Public Order Act 1994, serves on a jury.

## II. 미국의 배심제

### 1. 배심재판의 대상

미국의 연방헌법 제3조 제2항은 “탄핵 사건을 제외한 모든 범죄의 재판은 배심제로 한다. 그 재판은 그 범죄가 행하여진 주에서 해야 한다”<sup>56)</sup>고 선언하고, 수정헌법 제5조는 “누구라도, 대배심에 의한 고발 또는 기소가 있지 아니하는 한 사형에 해당하는 죄 또는 파렴치 죄에 관하여 심리를 받지 아니한다. 다만, 육군이나 해군에서 또는 전시나 사변 시 복무 중에 있는 민병대에서 발생한 사건에 관해서는 예외로 한다. 누구라도 동일한 범행으로 생명이나 신체에 대한 위협을 재차 받지 아니하며, 누구라도 정당한 법의 절차에 의하지 아니하고는 생명, 자유 또는 재산을 박탈당하지 아니한다. 또 정당한 보상 없이, 사유 재산이 공공용으로 수용당하지 아니한다”<sup>57)</sup>고 규정하는 한편 제6조는 “모든 형사 소추에서, 피

---

56) THE CONSTITUTION Article III (JUDICIAL BRANCH) Section 2. <clause 3> The Trial of all Crimes, except in Cases of Impeachment, shall be by Jury; and such Trial shall be held in the State where the said Crimes shall have been committed; but when not committed within any State, the Trial shall be at such Place or Places as the Congress may by Law have directed.

57) AMENDMENTS TO THE CONSTITUTION V No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be

고인은 범죄가 행하여진 주 및 법률이 미리 정하는 지역의 공정한 배심에 의한 신속한 공판을 받을 권리, 사건의 성질과 이유에 관하여 통고 받을 권리, 자기에 게 불리한 증언과 대질 심문을 받을 권리, 자기에게 유리한 증언을 얻기 위하여 강제 수속을 취할 권리, 자신의 변호를 위하여 변호인의 도움을 받을 권리가 있다”<sup>58)</sup>는 규정을, 제7조는 “보통법상의 소송에서, 소송에 걸려 있는 액수가 20달러를 초과하는 경우에는 배심에 의한 심리를 받을 권리가 보유된다. 배심에 의하여 심리된 사실은 보통법의 규정에 의하는 것 외에 미국의 어느 법원에서도 재심받지 아니한다.”<sup>59)</sup>고 규정하고 있다. 그리고 수정헌법 제14조<sup>60)</sup>에 의해서 그

---

compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

58) AMENDMENTS TO THE CONSTITUTION VI In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense.

59) AMENDMENTS TO THE CONSTITUTION VII In suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise reexamined in any court of the United States, than according to the rules of the common law.

60) AMENDMENTS TO THE CONSTITUTION XIV (1868)

Section 1 All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction there of, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

Section 2 Representatives shall be apportioned among the several states according to their respective numbers, counting the whole number of persons in each state, excluding Indians not taxed. But when the right to vote at any election for the choice of electors for President and Vice President of the United States, Representatives in Congress, the executive and judicial officers of a state, or the members of the legislature thereof, is denied to any of the male inhabitants of such state, being twenty-one years of age, and

적용범위는 미국의 모든 주에 미치는데, 이에 터잡아 각 주의 헌법들도 형사사건의 피고인에게 배심재판을 권리로서 보장하고 있다.

하지만 시간과 경비의 부담 등으로 인해서 사소한 범죄까지 배심재판의 대상이 되는 것은 아니다. 이와 관련하여 미국연방대법원도 사소한 범죄(petty offences)는 배심재판의 대상에서 제외된다고 판시해 오고 있다.<sup>61)</sup> 연방법 18 U.S.C. sec.1에 따르면, 구금 6월 또는 벌금 500달러 미만의 범죄를 사소한 범죄로 분류한다. 물론 일부 주에서는 형량에 관계없이 구금형이 가능한 모든 범죄까지 배심재판을 허용하기도 한다.<sup>62)</sup>

## 2. 피고인의 배심재판 포기

---

citizens of the United States, or in any way abridged, except for participation in rebellion, or other crime, the basis of representation therein shall be reduced in the proportion which the number of such male citizens shall bear to the whole number of male citizens twenty-one years of age in such state.

Section 3 No person shall be a Senator or Representative in Congress, or elector of President and Vice President, or hold any office, civil or military, under the United States, or under any state, who, having previously taken an oath, as a member of Congress, or as an officer of the United States, or as a member of any state legislature, or as an executive or judicial officer of any state, to support the Constitution of the United States, shall have engaged in insurrection or rebellion against the same, or given aid or comfort to the enemies thereof. But Congress may by a vote of two-thirds of each House, remove such disability.

Section 4 The validity of the public debt of the United States, authorized by law, including debts incurred for payment of pensions and bounties for services in suppressing insurrection or rebellion, shall not be questioned. But neither the United States nor any state shall assume or pay any debt or obligation incurred in aid of insurrection or rebellion against the United States, or any claim for the loss or emancipation of any slave; but all such debts, obligations and claims shall be held illegal and void.

Section 5 The Congress shall have power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article.

61) District of Columbia v. Clawans, 300 U. S. 617(1937); Ducan v. Louisiana, 383 U. S. 145(1968); Frank v. United States, 395 U. S. 147(1969); Baldwin v. New York, 399 U. S. 66(1970).

62) Gilbert B. Stucky, Procedures in the Justice System, New York : Macmillan, 1991, p.108.

배심제는 강제적인 절차는 아니고 피고인에게 부여된 특권이므로, 피고인 스스로 배심재판의 권리를 포기할 수도 있다. 미국의 연방대법원도 Patton사건(1930)에서 피고인 스스로 배심재판을 포기할 수 있다고 판단한 바 있다.<sup>63)</sup> 이 사건 이후 미국 다수의 주는 그 절차와 요건은 다르지만 피고인의 배심재판의 포기를 허용하고 있다. 그렇다고 해서 이러한 포기의 인정이 피고인에게 절대적인 선택권을 부여한다는 취지는 아니다. 이와 관련하여 연방대법원은 Singer사건(1965)에서 피고인이 배심재판을 포기함에 있어서 검사와 판사의 동의를 얻도록 규정하고, 판사가 동의를 거부한 채 배심재판을 진행한 경우 그 자체만으로 헌법상 공정한 재판 및 적정절차의 위반에 해당하는 것은 아니라고 판시함으로써,<sup>64)</sup> 피고인의 배심재판 포기에 대해서 일정한 제한을 두고 있다.

실제로 피고인은 판사에 의한 재판보다 배심재판을 선호하는 경향을 보이지만,<sup>65)</sup> 이는 실제로 담당 변호인이 사건의 본질과 성격 그리고 담당판사의 합리성을 어떻게 판단하지에 의해서 좌우되는 것이 현실이다. 특히 피고인이 소수인종인 경우나 흉악범죄 및 성범죄 피고인들의 경우에는 사회구성원의 적대적 시선과 평가를 의식하여 판사에 의한 재판을 선택하기도 한다.

### 3. 소배심의 구성

#### 가. 배심원의 수

---

63) Patton v. United States, 281 U. S. 276(1930).

64) Singer v. United States, 380 U. S. 24(1965).

65) Gordon Van Kessel, "Adversary Excesses in the American Criminal Trial", 67 Notre Dam L. Rev, 403(1992), p.470.

명문의 규정은 없으나, 미국의 경우에는 전통적으로 배심원 수를 12명으로 구성해 오고 있다. 물론 구체적인 명문의 규정이 부재하기 때문에, 과연 배심원의 수를 반드시 12명으로 해야 하는지에 대해서는 견해 대립이 존재한다. 이와 관련하여 연방대법원은 애초에 12명의 배심원이 참가했다가 중도에 1명이 자격문제로 탈락하여 11명의 배심원으로 배심이 구성되었던 Patton사건(1930)에서 피고인의 동의 아래 12명 보다 적은 수로 구성된 배심에서 유죄평결이 내려졌다면, 피고인의 배심재판을 받을 권리를 침해한 것이 아니라고 판시한 바 있다. 뿐만 아니라 플로리다 주법에 의하여 6명의 배심으로 중죄사건의 배심을 구성했던 Williams v. Florida사건(1970)에서도 “주법이 모든 형사소송에 대하여 6인의 배심제를 규정하더라도 그것이 사형에 관한 사건이 아닌 한 적법하다”고 함으로써 헌법위반이 아니라 판단하였다.<sup>66)</sup> 현재 미국에서 명문규정으로 배심원의 수를 12명으로 규정한 주는 알라바마를 비롯하여 12개이고, 12명 미만으로 규정한 주는 알래스카 등 33개 주, 피고인의 동의를 전제로 12명 미만의 배심을 구성할 수 있도록 허용하고 있는 주는 캘리포니아 등 5개 주가 있다. 하지만 12명 미만으로 배심의 구성을 허용하는 주에서도 사형에 해당하는 중죄사건의 경우에는 12명의 배심원을 요구함으로써, 배심원의 수를 사건의 성격에 따라 탄력적으로 운영하기도 한다.<sup>67)</sup>

그러나 그렇다면 피고인의 동의 혹은 법원의 판단에 따라 12명 미만으로도 배심을 구성할 수 있다고 했을 때, 배심원의 수의 하한은 어디까지인지가 문제되는

66) Williams v. Florida, 399 U. S. 78(1970).

67) George F. Cole, The American System of Criminal Justice, Monterey, CA : Brooks/Cole Pub., 1986, p.419.

데, 이에 대한 구체적인 논의는 없으나, Ballew사건(1978)을 통해서 연방대법원은 “5인의 배심은 효과적인 토론을 할 수 없고, 사회의 각 영역으로부터 공정하게 배심원을 선발할 수 있는 가능성을 감소시키며 사실인정의 정확성을 저해하기 때문에 위헌”이라고 판시함으로써, 6명 미만으로 배심을 구성하는 것에 대해 부정적인 입장을 취한 바 있다.<sup>68)</sup>

## 나. 배심원의 자격과 선택

신분에 관한 구분이 있었던 1215년의 Magna Carta는 피고인의 동료들에 의한 배심을 규정했고, 초기에는 배심원 선정이 “선량하고 법률의 양식이 있는 사람”이라는 기준에 따라 보안관의 재량에 맡겨져 있었다. 그리고 1960년대에는 평균적인 지적능력과 도덕성, 청렴성을 가진 사람들로 배심을 구성해야 한다는 사고가 일반적이었다. 하지만 흑인과 여성에 대한 의도적인 배제가 사회문제화 되면서 미국 연방헌법은 근대법의 취지에 따라 신분·계급·인종·성별 등의 동류성을 배제하고,<sup>69)</sup> 해당 공동체의 시민 중에서 균등선정(cross section of community: 지역사회의 대표적 구성)함을 원칙으로 선언하였고, 이후 연방법인 ‘배심원의 선정 및 복무에 관한 법률(Jury Selection and Service Act)’ 등이 제정되었다.<sup>70)</sup>

68) Ballew v. Georgia, 435 U. S. 223(1978).

69) JURY SELECTION AND SERVICE ACT(1968) §1862 No citizen shall be excluded from service as a grand or petit juror in the district courts of the United States or in the Court of International Trade on account of race, color, religion, sex, national origin, or economic status.

70) JURY SELECTION AND SERVICE ACT(1968) §1861 It is the policy of the United States that all litigants in Federal courts entitled to trial by jury shall have the right to grand and petit juries selected at random from a fair cross section of the community in the district or division wherein the court convenes. It is further the policy of the United States that all citizens shall have the opportunity to be

일반적으로 배심원의 자격에 관한 명문의 규정은 없지만, ‘배심원의 선정 및 복무에 관한 법률’은 ①당해지역에 1년 이상 거주한 18세 이상의 시민권자가 아닌 자, ②중죄에 해당하는 전과가 있거나 재판중에 있는 자, ③영어를 읽고 쓰고 이해할 수 없는 자, ④배심원으로 종사하기에 적절하지 않은 심신장애가 있는 자 등 배심원의 결격사유를 규정하고 있다.<sup>71)</sup> 따라서 이를 반대해석해 보면, 대체로 ①18세 이상의 미국시민으로서 ②관할 구역에 1년 이상 거주하고 ③영어로 의사소통이 가능한 할 것 등이 배심원의 자격요건으로 추론된다. 하지만 주별로는 지역 내 부동산 소유자 혹은 거주자, 등록된 납세자 등의 요건을 추가로 요구하는

---

considered for service on grand and petit juries in the district courts of the United States, and shall have an obligation to serve as jurors when summoned for that purpose.

71) JURY SELECTION AND SERVICE ACT(1968) §1865 (a) The chief judge of the district court, or such other district court judge as the plan may provide, on his initiative or upon recommendation of the clerk or jury commission, or the clerk under supervision of the court if the court's jury selection plan so authorizes, shall determine solely on the basis of information provided on the juror qualification form and other competent evidence whether a person is unqualified for, or exempt, or to be excused from jury service. The clerk shall enter such determination in the space provided on the juror qualification form and in any alphabetical list of names drawn from the master jury wheel. If a person did not appear in response to a summons, such fact shall be noted on said list.

(b) In making such determination the chief judge of the district court, or such other district court judge as the plan may provide, or the clerk if the court's jury selection plan so provides, shall deem any person qualified to serve on grand and petit juries in the district court unless he—

- (1) is not a citizen of the United States eighteen years old who has resided for a period of one year within the judicial district;
- (2) is unable to read, write, and understand the English language with a degree of proficiency sufficient to fill out satisfactorily the juror qualification form;
- (3) is unable to speak the English language;
- (4) is incapable, by reason of mental or physical infirmity, to render satisfactory jury service; or
- (5) has a charge pending against him for the commission of, or has been convicted in a State or Federal court of record of, a crime punishable by imprisonment for more than one year and his civil rights have not been restored.

경우도 있어서 일률적으로 확정하기는 어려운 것이 현실이다. 또한 의원, 군인, 의사, 판사, 검사, 경찰관, 교사, 소방관, 교도관 등은 본래의 업무 자체가 배심복무보다 중요하기 때문에 일단 제외하는 것이 일반적이고, 배심원 자격이 있는 자 중에서도 배심복무에 따른 경제적 손실 등을 이유로 복부배제를 신청할 수 있도록 하고 있다.

#### 다. 배심원 선정절차

예비배심원 선정에 있어서 법원은 선거인명부, 재산세부과부, 전화번호부, 운전면허등록부 등을 활용하여 명단을 확보하는데,<sup>72)</sup> 통상적으로는 선거인명부가 많이 활용되지만 그 수가 대부분 지역거주자의 50% 내에 불과하여 이와 함께 성인의 95%가 등재되어 있는 운전면허대장이 함께 활용된다. 이러한 자료들을 통해서 법원은 1~2만 명으로 구성된 배심원대기자명단, 소위 ‘기본배심원후보예정자명부(Master Jury Wheel)’을 작성한다.<sup>73)</sup> 물론 각 지방법원은 어떠한 명부를 근

---

72) Gilbert B. Stucky, Procedures in the Justice System, p.174-175.

73) JURY SELECTION AND SERVICE ACT(1968) §1863. (b) Among other things, such plan shall— (4) provide for a master jury wheel (or a device similar in purpose and function) into which the names of those randomly selected shall be placed. The plan shall fix a minimum number of names to be placed initially in the master jury wheel, which shall be at least one-half of 1 per centum of the total number of persons on the lists used as a source of names for the district or division; but if this number of names is believed to be cumbersome and unnecessary, the plan may fix a smaller number of names to be placed in the master wheel, but in no event less than one thousand. The chief judge of the district court, or such other district court judge as the plan may provide, may order additional names to be placed in the master jury wheel from time to time as necessary. The plan shall provide for periodic emptying and refilling of the master jury wheel at specified times, the interval for which shall not exceed four years.



거로 어느 정도의 수를, 어떤 추출방식에 따라 예비배심원명단을 작성했는지를 미리 정하여 승인을 받아야 한다. 그리고 실제 사건에 대한 배심구성의 필요가 있을 때 배심원대기자명단에서 무작위로 대상자를 선출하여 '자격배심원 후보예정자 명부(Qualified Jury Wheel)'을 작성하고, 배심원질문서(questionnaire)를 발송하여 회신 여부에 따라 대략 20여명의 예비배심원(jury pannel)을 선정하여 소환하게 된다. 이렇게 소환된 예비배심원은 당일 오전 배심원 대기실에서 간단한 출석 수속을 밟고 배심원의 역할에 대한 간단한 설명과 비디오 시청을 통해 오리엔테이션을 거친 후, 오후에 법정으로 호출되어 법정에서 '예비신문'과 '기피절차' 등을 거쳐 최종적으로 선정된다.

#### (1) 예비신문(Voir dire)절차

여기서 '예비신문'이란, 정해진 기일에 법원으로 소환된 예비배심원을 상대로 법관, 검사, 변호사 등이 선입견 등으로 부당한 평결의 가능성이 있는지 여부를 판단하여 해당 예비배심원을 배제하는 절차로서, 이 과정에서 '배심원 선정을 위한 질문(voir dire examination)'이 행해진다.<sup>74)</sup> 이 예비신문을 통해서 소추 및 피고인 측은 해당 예비배심원의 선정이 자신에게 유리한지, 불리한지를 판단하게 된다. 여기서 얻어진 예비배심원에 대한 인상과 정보에 따라 이후 기피절차에의 방향성이 결정되는 만큼, 실무에서는 매우 중요한 절차로 인식되고 있다. 즉 미

---

74) FEDERAL RULES OF CRIMINAL PROCEDURE §24 (a) Examination. (1) In General. The court may examine prospective jurors or may permit the attorneys for the parties to do so.

(2) Court Examination. If the court examines the jurors, it must permit the attorneys for the parties to: (A) ask further questions that the court considers proper;

(B) submit further questions that the court may ask if it considers them proper.

국사법시스템에서 이 절차는 소송당사자들이 이후 기피권행사를 위해 예비배심원에 대한 사전정보를 수집하게 하는 기회를 제공함과 동시에 재판부에는 공정한 배심을 구성하기 위한 자료를 제공한다는 측면에서 의미를 가진다.<sup>75)</sup>

먼저 법관은 소환된 예비배심원들을 상대로 성명, 나이, 직업 등 일반적인 인적사항을 질문하고, 그 후 법관은 상세한 질문항목에 따라 질문을 하는데, 예비배심원은 질문에 성실하게 답변하여야 한다. 이 때 예비신문 사항으로 허용되는 질문의 내용은 주로 배심원의 자격요건 충족여부, 혈통, 인종, 종교, 재산, 경력, 당사자와 이해관계 유무, 사회단체 가입여부, 자신이나 가족이 비슷한 처지에 놓인 경험이 있었는지 등이며, 허용되지 아니하는 질문은 예비배심원에 대한 모욕적인 질문, 법률용어에 대한 이해여부, 가정적인 상황을 전제로 한 질문 등이다. 문제는 피고인 측이 예비배심원에게 인종적 편견에 대하여 질문을 할 수 있으나 인데, 이와 관하여 연방대법원은 *Ristiano*사건(1976)에서는 이를 부정한 반면,<sup>76)</sup> *Turner*사건(1986)에서는 인종적 편견에 대한 질문을 허용한 바 있다.<sup>77)</sup>

또한 질문절차의 진행방식은 연방법원과 주법원간에 차이는 보이는데,<sup>78)</sup> 먼저 연방법원에서는 법관이 배심원후보자에 대해 질문의 주체이고, 예외적으로 법관이 당사자들에게 구두 또는 서면으로 질문할 수 있는 기회를 부여하는 방식을 취한다. 따라서 연방법원의 70%이상에서 법관이 질문절차와 관련하여 독점적인 지위를 갖는다. 하지만 주법원의 경우에는 반대로 당사자들의 참여비중이 높아서

---

75) Franklin Strier, "Adversarial Justice", in Wilson R. Ralaciout et al. ed., *Crime & Justice in America*, 2002, p.221.

76) *Ristiano v. Ross* 424 U. S. 589(1976).

77) *Turner v. Murry* 476 U. S. 28(1986).

78) Gergory E. Mize, Paula Hannaford-Agor, and Nicole L. Waters, "The state-of-the-state survey of jury improvement efforts: a compendium report", National Center for State Courts, April 2007, p.27-28.

거의 70% 이상의 법원에서 당사자들이 질문절차를 주도적으로 이끌거나, 법관과 동등한 수준으로 참여한다.<sup>79)</sup>

---

79) NEW YORK CRIMINAL PROCEDURE LAW §270.15 (c) The court shall permit both parties, commencing with the people, to examine the prospective jurors, individually or collectively, regarding their qualifications to serve as jurors. Each party shall be afforded a fair opportunity to question the prospective jurors as to any unexplored matter affecting their qualifications, but the court shall not permit questioning that is repetitious or irrelevant, or questions as to a juror's knowledge of rules of law. If necessary to prevent improper questioning as to any matter, the court shall personally examine the prospective jurors as to that matter. The scope of such examination shall be within the discretion of the court. After the parties have concluded their examinations of the prospective jurors, the court may ask such further questions as it deems proper regarding the qualifications of such prospective jurors.

1-a. The court may for good cause shown, upon motion of either party or any affected person or upon its own initiative, issue a protective order for a stated period regulating disclosure of the business or residential address of any prospective or sworn juror to any person or persons, other than to counsel for either party. Such good cause shall exist where the court determines that there is a likelihood of bribery, jury tampering or of physical injury or harassment of the juror.

2. Upon the completion of such examination by both parties, each, commencing with the people, may challenge a prospective juror for cause, as prescribed by section 270.20. If such challenge is allowed, the prospective juror must be excluded from service. After both parties have had an opportunity to challenge for cause, the court must permit them to peremptorily challenge any remaining prospective juror, as prescribed by section 270.25, and such juror must be excluded from service. The people must exercise their peremptory challenges first and may not, after the defendant has exercised his peremptory challenges, make such a challenge to any remaining prospective juror who is then in the jury box. If either party so requests, challenges for cause must be made and determined, and peremptory challenges must be made, within the courtroom but outside of the hearing of the prospective jurors in such manner as not to disclose which party made the challenge. The prospective jurors who are not excluded from service must retain their place in the jury box and must be immediately sworn as trial jurors. They must be sworn to try the action in a just and impartial manner, to the best of their judgment, and to render a verdict according to the law and the evidence.

3. The court may thereupon direct that the persons excluded be replaced in the jury box by an equal number from the panel or, in its discretion, direct that all sworn jurors be removed from the jury box and that the jury box be occupied by such additional number of persons from the panel as the court shall direct. In the court's discretion, sworn jurors who are removed from the jury box as provided herein

하지만 배심원선정절차가 소송의 승패를 좌우한다는 의식이 일반화되어 실무 상으로는 법관보다 검사나 변호사들에 의해서 이 절차가 주도적으로 진행되는 경우가 많다. 이러한 경향에 대해서는 찬반론이 대립하는데, 먼저 찬성론은 법관은 많은 사건의 중압감으로 인하여 질문절차를 조속히 마무리하려는 경향이 있고, 배심원후보자들 역시 법관을 권위자로서 인식하여 솔직한 자기 생각보다는 법관이 원하는 대답을 하는 경향이 있기 때문에 사건의 전후에 대하여 잘 인지하고 있는 검사와 변호사가 배심원후보자들의 선입관 혹은 편견을 발견하기에 보다 적합하다고 본다. 반면 반대론은 법관이 당사자들에 비해 중립적이기 때문에 질문절차의 공정성을 담보할 수 있고, 당사자들의 이견투구로 인하여 질문절차가 왜곡됨으로 발생하는 시간낭비를 최소화하여 효율성을 도모할 수 있다는 점에서 법관의 주도적인 참여와 역할을 보다 강조되어야 한다는 비판도 지속적으로 제기되고 있다.<sup>80)</sup>

---

may be seated elsewhere in the courtroom separate and apart from the unsworn members of the panel or may be removed to the jury room or be allowed to leave the courthouse. The process of jury selection as prescribed herein shall continue until twelve persons are selected and sworn as trial jurors. The juror whose name was first drawn and called must be designated by the court as the foreperson, and no special oath need be administered to him or her. If before twelve jurors are sworn, a juror already sworn becomes unable to serve by reason of illness or other incapacity, the court must discharge him or her and the selection of the trial jury must be completed in the manner prescribed in this section.

4. A challenge for cause of a prospective juror which is not made before he is sworn as a trial juror shall be deemed to have been waived, except that such a challenge based upon a ground not known to the challenging party at that time may be made at any time before a witness is sworn at the trial. If such challenge is allowed by the court, the juror shall be discharged and the selection of the trial jury shall be completed in the manner prescribed in this section, except that if alternate jurors have been sworn, the alternate juror whose name was first drawn and called shall take the place of the juror so discharged.

80) James Gobert, Jury Selection : The Law, Art and Science of Selecting a Jury, §9:6, Judge-or counsel-conducted voir dire - Arguments for questioning by judge, Westlaw Database updated November 2007.

한편 예비신문(voir dire)절차에서 행해지는 질문의 내용을 크게 분류해 보면, 다음과 같다.<sup>81)</sup> ①배심원으로서의 자격요건의 충족여부에 관한 질문, ②배심원으로 선정되었을 경우에 의무수행능력(정신적 · 육체적 상태, 가정과 직장에서의 책임, 배심원출석으로 발생하는 손해, 다른 배심원들과의 평의능력, 증인에 대한 신빙성 판단능력, 종교나 특정 신조에 따른 편향성 여부)에 대한 질문, ③배심원 후보자가 소송의 당사자, 피해자, 법정대리인, 증인 등과 가족관계 및 특정관계에 있는 여부, ④결혼여부, 가족관계, 교육정도, 직업 및 전문분야, 범죄경력 및 피해경력, 법집행기관에서의 경험, 취미 등에 관한 질문, ⑤사건의 쟁점 및 증인에 대한 견해 관련 질문(예컨대, 사형선고의 찬반여부 또는 아동학대사건에서 자백증거의 활용, 어린이 혹은 경찰관 그 밖에 범죄자 및 공범자 증인에 신뢰여부 등), ⑥사건의 중요쟁점과 관련하여 전문적 지식을 가지고 있는지 여부, ⑦인종·민족과 관련하여 선입견 내지 편견을 가지고 있는지 여부, ⑧해당사건에 적용되는 법리에 대한 이해 여부에 관한 질문 등이 그것이다.

하지만 배심원후보자에게 대하여 법리에 대한 지식 또는 법리에 대한 태도에 관해 질문하는 것에 대해서는, 질문을 통한 법원의 설리로 인해 제시된 배심원후보자들이 특정방향으로 견해를 형성할 우려가 있다는 점에서 이를 허용하지 않아야 한다는 견해와 사건을 법리에 따라 판단할 수 있는 능력이 있는지 여부를 사전에 확인하는 것은 공정한 배심원구성을 위해서 중요하고 적절하다는 견해가 대립한다.<sup>82)</sup>

81) James H. Gold, "Voir dire: Questioning prospective juror on their willingness to follow the law", 60 Indiana Law Journal 163, 1985, p. 170.

82) Phylis Skloot Bamberger, "Jury Voir Dire in Criminal Cases", New York State Bar Journal, Vol.78 No.8, October 2006, p. 27.

## (2) 배심원에 대한 기피절차

전술한 배심원 선정을 위한 질문을 거친 후, 소추 및 피고인 양 측은 부적절하다고 판단되는 후보자를 배심에서 제외시켜줄 것을 법원에 신청할 수 있는데, 이를 '기피절차(challenge)'라 한다. 이와 관련하여 '이유부기피'와 '전단적(이유불요) 기피', '전원에 대한 기피' 등 3가지의 기피형식이 존재한다.

### (가) 이유부기피(challenge of cause)

이는 양당사자가 질문절차를 거쳐 그 개인적인 성향과 이 사건에 대하여 알고 있는 정도 등을 고려하여 편견 내지 선입견이 의심될 경우에 그 이유를 기재하여 당해 후보자의 배제를 신청하는 것으로써, 이로 인한 배제의 인원수 제한이 없다. 그 중에서도 예단배제와 공정견이확보를 위하여 재판사안에 관한 사전지식 정도가 중요한 판단기준으로 작용하는데, 이는 배심원이 재판사안에 대해서 전혀 알지 못해야 한다는 기존의 배심원자격 요건과 관련된다. 심원자 심비배심원이 당해 사건에 관한 언론보도를 시청하거나 사건과 관련된 대화를 나누었다면, 일단 예단배제 등을 이유로 당해 심비배심원을 배제하는 것이다. 이와 관련하여 '배심원의 선정화를 벗무에 관한 법률'은 이유부기피를 할 수 있는 경우에 대해서 구체적인 규정을 두고 있지 않고, 다만 당사자가 합당한 이유를 제시할 경우 기피할 수 있다고만 규정하고 있다.<sup>83)</sup>

---

83) JURY SELECTION AND SERVICE ACT(1968) §1866 (c) Except as provided in section 1865 of this title or in any jury selection plan provision adopted pursuant to paragraph (5) or (6) of section 1863 (b) of this title, no person or class of persons shall be disqualified, excluded, excused, or exempt from service as jurors: Provided,

하지만 경찰관이 피고인을 구타하는 장면이 TV를 통해서 미국 전역으로 방송된 Rodney King 사건(1992)에서처럼, 배심원의 사전지식 여부를 기준으로 배심원 상당수를 기피하고, 재판관할을 백인거주지역으로 옮기는 등 이유기피 제도를 전략적이고 악의적으로 악용하는 사례들도 발생하고 있어서 기피의 이유에 대한 기준이 논란의 대상이 되고 있다.

#### (나) 전단적 기피(peremptory challenge)

이는 특별한 이유를 지적하지 않고도 배제를 신청할 수 있는 것을 말하는데, 절차진행에 장애를 초래하지 않는 범위 내에서 허용된다. 이와 관련하여 연방사건 중 사형이 가능한 사건의 경우에는 양측 모두에게 20회, 1년 이상의 징역에 처할 수 있는 사건의 경우에는 피고인 측에 10회, 소추 측에는 6회, 1년 미만의 징역 또는 벌금형에 처할 수 있는 경죄사건에서는 양측에 각각 3회의 기피신청 기회가 부여된다.<sup>84)</sup> 연방형사소송에서 예비배심원후보자에 대한 전단적 기피의

---

That any person summoned for jury service may be (4) excluded pursuant to the procedure specified by law upon a challenge by any party for good cause shown, or  
84) FEDERAL RULES OF CRIMINAL PROCEDURE §24 (b) Peremptory Challenges.

Each side is entitled to the number of peremptory challenges to prospective jurors specified below. The court may allow additional peremptory challenges to multiple defendants, and may allow the defendants to exercise those challenges separately or jointly.

- (1) Capital Case. Each side has 20 peremptory challenges when the government seeks the death penalty.
- (2) Other Felony Case. The government has 6 peremptory challenges and the defendant or defendants jointly have 10 peremptory challenges when the defendant is charged with a crime punishable by imprisonment of more than one year.
- (3) Misdemeanor Case. Each side has 3 peremptory challenges when the defendant is charged with a crime punishable by fine, imprisonment of one year or less, or both.

기회도 별도로 부여되는데, 1~2명의 예비배심원을 선정하는 경우는 1회, 3~4명의 예비배심원을 선정하는 경우는 2회, 5~6명을 선정하는 경우에는 3회의 기피기회가 각 당사자에게 주어진다.<sup>85)</sup> 그 밖의 주들도 나름대로 회수제한을 두고 있다.

한편 기피신청사유와 관련해서는, 인종·성별·종교 등을 이유로 한 전면적 기피가 가능한지가 문제되었는데, 과거 1972년-1974년까지 진행된 53건의 배심재판에서 81%의 흑인 예비배심원이 기피되었고, 텍사스주의 Dallas County 검찰업무지침에는 소수민족구성원을 기피하라는 내용에 기초하여 1983년-1984년까지 100건의 중죄사건 중 흑인 예비배심원 467명 중 405명이 기피되기도 하였다. 하지만 캘리포니아주 대법원이 1978년에 인종편견에 기한 전단적 기피신청을 주 헌법위반으로 판시한 이후, 연방대법원도 검사가 흑인 예비배심원 4명에 대하여 전원

---

85) FEDERAL RULES OF CRIMINAL PROCEDURE §24 (c) Alternate Jurors.

- (1) In General. The court may impanel up to 6 alternate jurors to replace any jurors who are unable to perform or who are disqualified from performing their duties.
- (2) Procedure.
  - (A) Alternate jurors must have the same qualifications and be selected and sworn in the same manner as any other juror.
  - (B) Alternate jurors replace jurors in the same sequence in which the alternates were selected. An alternate juror who replaces a juror has the same authority as the other jurors.
- (3) Retaining Alternate Jurors. The court may retain alternate jurors after the jury retires to deliberate. The court must ensure that a retained alternate does not discuss the case with anyone until that alternate replaces a juror or is discharged. If an alternate replaces a juror after deliberations have begun, the court must instruct the jury to begin its deliberations anew.
- (4) Peremptory Challenges. Each side is entitled to the number of additional peremptory challenges to prospective alternate jurors specified below. These additional challenges may be used only to remove alternate jurors.
  - (A) One or Two Alternates. One additional peremptory challenge is permitted when one or two alternates are impaneled.
  - (B) Three or Four Alternates. Two additional peremptory challenges are permitted when three or four alternates are impaneled.
  - (C) Five or Six Alternates. Three additional peremptory challenges are permitted when five or six alternates are impaneled.



전단적 기피신청을 하여 모두 백인만으로 구성된 배심에 의하여 피고인의 유죄 판결이 확정되었던 Batson사건(1986)에서 인종 · 성별 등을 이유로 한 기피신청을 위법하다고 판시한 바 있다. 이러한 과정을 통해서 오늘날에는 흑인에 대해 전단적 기피신청을 할 경우에는 신청자가 인종적 이유가 아님을 소명토록 요구하고 있다. 그러나 어느 정도까지 소명되어야 하는지에 대한 기준이 불분명하고, 자신에게 유리한 판결을 도출하기 위해서는 배심원선정이 중요한 관건이기 때문에, 예비배심원들의 인종, 성별, 출신지, 경제적 능력, 사회적 지위, 교육정도 등의 배경조사 및 평가는 불가피하다는 실무영역에서의 지배적인 인식이고, 따라서 기피신청대상자 선별을 위해 설문조사 또는 심리분석전문가까지 동원하는 것이 사실이다 보니, 불편부당한 배심형성을 목표로 한 기피절차가 과연 실제적 진실 발견에 부합하는 것인지에 대한 회의론이 미국 내에서도 제기되고 있다.

#### (다) 전원기피(challenge to the array)

이는 배심원 선정과정에 위법이 있을 때 행해지는 것으로써, 연방법에는 명문의 규정은 없으나 보통법에 근거하여 전통적으로 인정되어 오고 있다. 연방대법원도 이를 인정한 바 있으며, 대부분의 주에서도 법률로서 이를 인정하고 있다. 판례상 인정된 전원기피의 사유로는, ①예비배심원의 주거가 특정한 지역에 편중된 경우,<sup>86)</sup> ②배심원 선발위원회의 위원중 살인사건 피해자의 혈족이 있는 경우,<sup>87)</sup> ③배심원 선발위원회가 의도적으로 배심원자격자를 배심원 후보군에서 제외한 경우,<sup>88)</sup> ④법률상 배심원 후보자 명단이 배심원선정 감독관 전원에 의하여

86) State v. Hay, 120 Mon. 573(1948).

87) State v. Duncan, 47 La. Ann. 1025(1895).

88) People v. Papas, 381 Ill. 90(1942).

작성되어야 함에도 배심원선정 감독권 1명에 의해서 작성된 경우,<sup>89)</sup> ⑤선정된 예비배심원의 수가 법률이 요구하는 수보다 적은 경우<sup>90)</sup> 등이 있다.

하지만 전원기피는 과거 보통법시대에 보안관이 재량으로서 배심원을 선정하여 공정성을 담보할 수 없을 경우에 인정되었던 것으로써, 배심제가 제도화되어 자리잡은 이후에는 이러한 전원기피신청은 거의 활용되지 않는다.

#### 4. 배심의 운영

질문 및 기피절차를 거쳐 예비 2명을 포함한 14명의 배심원이 확정되면, 법원은 배심의 기능, 업무에 관하여 오리엔테이션을 진행하고, 이후 배심원들은 공판에서 검사 및 변호인의 모두진술 그리고 양측이 제출한 증거물과 증인들의 증언에 대한 증거조사 과정에 입회하여 내용을 청취함으로써, 최종적으로 피고인에 대한 유·무죄평결을 하게 된다. 이러한 공판절차의 진행과정에서 배심원은 평결권만을 가지며, 절차의 진행에 대해서는 전적으로 법원이 관장하게 된다. 이러한 일련의 절차진행에서 배심(원)의 주된 기능은 증거조사과정에 참여하고 이를 기초로 심증을 형성하여 피고인의 유·무죄를 판단하데 모여진다. 하지만 배심은 증거조사과정에서 소극적인 청취권만을 가질 뿐 적극적으로 증인을 소환·신문할 권한은 없으며, 다만 양측의 신문 종료 후에 법관을 통해서 대신 질문할 수 있는 기회만이 주어진다는 점에서 일정한 역할적 한계에 놓여 있다. 또한 배심원의 활동과 관련하여 공판중의 메모, 녹음하는 등의 기록행위를 허용할 것이지가 문제되는데, 이에 대한 연방법규정은 없는 상황이어서 견해의 대립이 존재한다. 이러

---

89) Chance v. State, 115 Fla. 379(1934).

90) Hunter v. State, 34 Tex. 599(1895).

한 기록 및 메모 이외에도 공판중 배심원들간에 상의하거나 보충설명을 요구하는 등의 행위 등도 통상적으로 허용되지 않는다고 한다.<sup>91)</sup> 이러한 제한들은 배심원들 중 적극적이고 능동적인 소수에 의해 사실인정과정의 주도되거나 편견이 형성될 가능성을 낮추기 위한 것이라 할 수 있는데, 이에 대해서는 비전문가인 배심원들의 능력을 더욱 제약하여 판단을 어렵게 하는 요인으로 작용한다는 비판도 제기된다.

## 5. 배심의 평결

### 가. 평결의 형식

공판절차 중 증거조사가 완료되면 법원은 법의 적용에 대한 실시(instruction)를 하고,<sup>92)</sup> 배심은 그에 따라 공판에서 쟁점화된 사실관계를 기초로 피고인의 유·무죄에 대한 최종적인 판단, 즉 평결을 하게 된다. 이러한 평결은 그 형식상 ‘일반

---

91) Gilbert B. Stucky, Procedures in the Justice System, p.225.

92) FEDERAL RULES OF CRIMINAL PROCEDURE §30 (a) In General. Any party may request in writing that the court instruct the jury on the law as specified in the request. The request must be made at the close of the evidence or at any earlier time that the court reasonably sets. When the request is made, the requesting party must furnish a copy to every other party.

(b) Ruling on a Request. The court must inform the parties before closing arguments how it intends to rule on the requested instructions.

(c) Time for Giving Instructions. The court may instruct the jury before or after the arguments are completed, or at both times.

(d) Objections to Instructions. A party who objects to any portion of the instructions or to a failure to give a requested instruction must inform the court of the specific objection and the grounds for the objection before the jury retires to deliberate. An opportunity must be given to object out of the jury's hearing and, on request, out of the jury's presence. Failure to object in accordance with this rule precludes appellate review, except as permitted under Rule 52(b).

평결(general verdict)'과 '특별평결(special verdict)'로 구분되는데, 먼저 일반평결은 배심이 스스로 인정한 사실관계에 법률을 적용하여 유죄(guilty), 무죄(not-guilty)의 결론만을 표시하는 평결형식을 말하고, 이에 반하여 특별평결은 사건에서 구체적인 쟁점과 관련하여 그 인정 여부를 각 쟁점별로 판단하여 평결하는 방식이다. 일반적으로 특별평결은 주로 연방민사사건에서 활용되고, 형사사건에서는 판사가 배심의 독립성을 침해할 우려가 있다는 등의 이유로 거의 활용되지 않는다.<sup>93)</sup> 그러나 복잡하고 많은 쟁점이 내포되어 있는 형사사건에서도 배심원이 합리적인 판단을 내릴 수 있도록 특별평결방식을 활성화할 필요가 있다는 지적이 제기되고 있다.<sup>94)</sup>

## 나. 평결의 도출방식

연방헌법상 명문의 규정은 없지만, 전통적으로 배심평결은 만장일치로 이루어지는 것이 원칙이고, 연방형사소송규칙도 이를 확인하고 있다.<sup>95)</sup> 하지만 반드시

93) G. Kempin Jr., *Historical Instruction to Anglo-American Law*, 1991, p.70.

94) Gordon Van Kessel, "Adversary Excesses in the American Criminal Trial", p.454.

95) FEDERAL RULES OF CRIMINAL PROCEDURE §31 (a) Return. The jury must return its verdict to a judge in open court. The verdict must be unanimous.

(b) Partial Verdicts, Mistrial, and Retrial.

(1) Multiple Defendants. If there are multiple defendants, the jury may return a verdict at any time during its deliberations as to any defendant about whom it has agreed.

(2) Multiple Counts. If the jury cannot agree on all counts as to any defendant, the jury may return a verdict on those counts on which it has agreed.

(3) Mistrial and Retrial. If the jury cannot agree on a verdict on one or more counts, the court may declare a mistrial on those counts. The government may retry any defendant on any count on which the jury could not agree.

(c) Lesser Offense or Attempt. A defendant may be found guilty of any of the following:

(1) an offense necessarily included in the offense charged;

(2) an attempt to commit the offense charged; or

(3) an attempt to commit an offense necessarily included in the offense charged, if the attempt is an offense in its own right.

이를 고수할 필요가 있는지에 대해서는 논란이 계속되고 있다. 이와 관련하여 미국 연방대법원은 루이지애나주의 Johnson사건(1972)에서 “연방이 아닌 주에서 사형범죄가 아닌 형사사건의 경우에 9:3으로 유죄평결을 내린 것은 유효하다”<sup>96)</sup>고 판시함으로써, 12인으로 구성된 배심의 경우에 전원일치를 보아야 하는 것은 아니라는 취지의 판결을 한 바 있고, 10:2로 유죄평결을 내린 오레곤주의 Apodaka(1972)사건과 관련해서는 전원일치제 요건은 헌법상 명문규정을 결하고 있는 하나의 ‘역사적 우연’에 불과하다고 판시하면서 주법원에서 이 요건의 예외를 인정한다고 해서 형사배심의 본질을 해하는 것은 아니라고 판시하였다.<sup>97)</sup> 이는 배심원의 압도적 다수(overwhelming majority)가 여전히 ‘합리적 의심을 넘는(beyond a reasonable doubt)’ 정도의 확신을 가지고 평결에 참여하였고, 그 평의 과정의 정당성이 보장된다면 배심평결의 신뢰성 및 대표성이 훼손되지 않았다고 평가할 수 있기 때문으로 해석된다. 그러나 하지만 위의 2주를 제외하고 미국의 대부분의 주는 전원일치에 의한 합의를 주헌법에 규정하고 있으며, 전원합의에 이르지 못할 경우에는 mistrial을 선언하여 다시 배심을 구성하여 재판을 진행하고 있다.<sup>98)</sup>

#### 다. 배심의 법적용 거부

배심제 운영에 있어서 법관과 배심의 역할의 균형적 배분은 제도 자체의 존속

---

(d) Jury Poll. After a verdict is returned but before the jury is discharged, the court must on a party's request, or may on its own, poll the jurors individually. If the poll reveals a lack of unanimity, the court may direct the jury to deliberate further or may declare a mistrial and discharge the jury.

96) Johnson v. Louisiana, 406 U.S. 356(1972).

97) Apodaka v. Oregon, 406 U.S. 404(1972).

98) 표성수, 영미 형사사법의 구조 - 그 가치에 대한 새로운 이해 -, 2004, 150면.

에 있어서 중요한 문제일 수밖에 없다. 미국에서는 사실심리 이후 법관이 법적용에 관한 설시를 하고 배심원들은 이러한 법리를 기초로 해서 평결을 내리는 것이 일반적인 절차진행이다. 하지만 이례적인 배심원들이 법적용에 관한 법관의 설시내용을 무시하고 독자적으로 평결을 내리는 경우가 존재하는데, 이를 '법적용 거부(jury nullification)'이다. 이는 법관이 제시하는 법리에 따를 경우에 불공평할 결과가 초래될 것으로 예상되는 경우에 배심이 독립적인 판단을 할 수 있도록 하는 영미법상의 전통에 따라 인정되고 있다.

하지만 이에 대해서는 찬반론이 대립하고 있다. 먼저 찬성론은 법적용 거부의 권한은 배심뿐만 아니라 법관, 검사도 행하는 것으로서, 쟁점이 된 개별법규 보다는 더 일반적이고 근본적인 법문화규범에 반한다는 법적결정의 일종이라 평가하면서, 이는 국가기관의 자의적인 법적용 내지 남용가능성을 견제하는 안전장치라고 주장한다.<sup>99)</sup> 반면 반대론은 동일사안에 대한 법적용의 불일치 현상이 발생할 수 있다는 점과 배심제에서 법관과 배심원간의 긴장관계를 초래하여 자칫 제도적 위기로 확대될 수 있음을 지적하고 있다. 실제로 배심재판에서 변호인들은 법적용거부의 권한에 대해서 배심에게 설명해 줄 것을 요구하지만, 법원은 이에 대해 부정적인 입장을 취하는 경우가 많다.

이와 관련하여 연방대법원은 Sparf사건(1895)에서 종래 배심에서 허용되어 오던 법적용의 거부권한을 부정한 바 있으나,<sup>100)</sup> Duncan사건(1968)에서는 양심에 따라 부당한 법과 그 적용을 거부하는 배심의 권한은 미국 사법시스템에 근본적인 가치라고 적시함으로써,<sup>101)</sup> 아직까지 이에 대한 명확한 입장을 표명하지 않고

---

99) Willan H. Simon, "The Ethics of Criminal Defence", 91 Mich. L. Rev. 1703, 1993, p.1724.

100) Sparf v. United States, 156 U. S. 51(1985).

101) Duncan v. Louisiana, 391 U. S. 147, 156(1968).

있다.

### III. 독일의 참심제

#### 1. 개관

독일의 국민참여재판은 참심제로서 100년 이상의 오랜 전통을 가지고 있다. 참심제란 일반 시민들 중에서 선발된 참심원들(Schöffen, Schöffinnen)이 제한된 임기 동안 직업법관과 하나의 합의체를 구성하여 직업법관과 동일한 지위에서 동등한 권한을 갖고 함께 재판을 행하는, 시민의 사법참여형태를 말한다.<sup>102)</sup> 현재 참심제를 시행하고 있는 국가로는 독일 외에 프랑스, 이탈리아, 스웨덴 등 유럽의 여러 나라를 들 수 있다.<sup>103)</sup>

역사적으로 참심제는 1848년 3월 혁명 이후 경찰체제와 관료사법의 체질이 개선되지 못해 국민의 불신이 여전히 뿌리 깊게 남아 있던 상황에서 프롤레타리아 계급의 세력 확산을 저지하기 위해 부르주아 계급이 타협책으로 제시한 것으로서 관료법관에 대한 신뢰를 전제로 하여 참심법관을 재판에 참여시키는 상호보완적 사법시스템으로 성립된 것이라 할 수 있다.<sup>104)</sup> 동시에 이념적 측면에서 볼

---

102) 정종섭, 국민의 사법참여에 관한 연구, 건대학술지 제4집, 1996, 10면. 독일의 경우 2001년을 기준으로 할 때 참심법관의 수는 약 60,000명 정도로 형사법정에서 활동하고 있는 직업법관의 숫자를 10배 정도 상회하고 있다고 한다[한스 릴리에, 독일 형사사법에서의 시민참여(하태영 역), 형사정책 제13권 제1호, 2001, 342면].

103) 반면 형사사법에의 시민참여의 또 다른 형태인 배심제를 시행하고 있는 국가로는 영국과 미국을 비롯하여 캐나다, 호주, 뉴질랜드 등 과거 영국의 식민지 지배에 영향을 받은 나라들을 들 수 있다[세계의 배심제도에 관한 소개로는 닐 비드마르(위음), 세계의 배심제도(김상준 외 3인 옮김), 나남, 2007 참조].

104) 박홍규, 시민이 재판을!, 사람생각, 2000, 234면; 도중진, 형사재판절차에 있어서 배심 및

때 참심제는 17, 18세기 규문주의의 비밀소송 하에서 남용되었던 관료법관(직업 법관)의 형벌권 행사를 견제하고 국민의 자유 보호를 위해 국민 스스로가 형벌권 행사의 중요한 한 축을 구성하게 되었다는 데 그 의의가 있다. 다만 비전문법관의 형사소송 참여의 의미는 일의적으로 규정될 수 없고 당대의 시대상과 연관하여 각기 다른 모습으로 나타날 수 있음<sup>105)</sup>을 주목할 필요가 있다.

현재 독일은 형사사법에 명예직 법관인 참심원이 참여하는 것을 민주적 법치 국가의 가장 중요한 요소로 이해하고 있다.<sup>106)</sup> 참심제는 사법의 민주화를 통한 사법주권을 실현하고, 사법의 투명성, 공정성 및 민주적 정당성을 확보함으로써 사법에 대한 국민의 신뢰를 높이려 하는 취지에서 도입된 제도이다. 즉 이 제도는 공적 국가권력에 대한 일반시민의 참여를 보장함으로써 사법영역에서 민주주의원리를 구현하고, 사법에 대한 시민의 접근성과 친밀성 및 판결에 대한 수용가능성을 높임으로써 형식적·결과적 측면에서 판결의 질적 향상을 도모하며, 시민에 의한 판결의 승인가능성 제고, 시민의 법지식 증대, 형법규범의 내면화 및 이를 통한 일반예방적 효과의 제고 등 시민교육적 효과 달성을 함께 지향하고 있다.<sup>107)</sup>

이러한 참심제는 전문법원을 중심으로 구성된 독일의 사법제도와도 밀접한 연관성을 맺고 있다. 가령 조세사건의 경우에는 조세전문가가, 노동사건의 경우에는 노동문제 전문가가, 아동사건의 경우에는 아동교육전문가가 당해 소송에서 명예직 법관으로 재판에 참여함으로써 판결의 사회적 승인가능성과 사법에 대한

---

참심제도의 도입방안, 한국형사정책연구원, 2003, 84면

105) Rüping, Funktionen der Laienrichter im Strafverfahren, JR 1976, 269면

106) 한스 릴리에, 앞의 논문, 342면

107) Hans-Heiner Kühne, Strafprozeßlehre - Eine systematische Darstellung für Prüfung und Praxis, 1993, 23-26면



국민의 신뢰를 높이기에는 적합하다는 인식이 강하게 작용하고 있다.<sup>108)</sup> 일반 시민을 재판에 참여시켜 그들의 사회적 분야에서 각인된 가치표상과 경험 및 생활감각을 심의에 끌어들이므로써 시민의 다양한 의견을 고려할 수 있을 뿐만 아니라, 입법자와 사법에 의해 제시된 가치판단을 시민의 대표자를 통해 검토하여 직업법관의 경직된 관점을 완화시킴으로써 일반의 신뢰를 제고하는 등 그 미비점을 보완하고자 하는 것이다.<sup>109)</sup>

참심제는 법률전문가가 아닌 일반 시민이 재판, 즉 사법적 의사결정에 참여한다는 점에서 시민의 사법참여의 또 다른 형태인 배심제와 공통되지만, 양자는 재판의 기능적 배분이라는 점에서는 크게 다르다. 배심제에서는 직업법관과 배심원이 서로 분리되어 다른 업무를 수행하는 반면(재판의 분업), 참심제에서는 직업법관과 참심원이 하나의 합의체를 구성하여 동일한 업무를 상호 협력 하에 수행한다(재판의 협업).<sup>110)</sup> 즉 전자의 경우에는 일반 시민이 직업법관이 없는 상태에서 평의를 진행하고 그에 따라 평결을 내리지만, 후자에서는 양자가 함께 평의에 참

108) 이종수, 시민의 사법참여에 관한 헌법적 검토, 법과사회 제25호, 법과사회이론학회, 2003, 22면

109) 오상원, 독일 현행 참심제의 문제점과 그 개선방안의 전망, 『형법산책』, 홍익대학교출판부, 2006, 401면; Albin Eser, Laienbeteiligung in der deutschen Strafjustiz in vergleichender Perspektive, in: Human rights, crime, criminal policy: essays in honour of Alice Yotopoulos-Marangopoulos, 2003, 342면. 물론 그 전문지식을 고려하여 명예직 법관을 참여시키는 상사법원, 사회법원, 노동법원 등과는 달리, 형사재판에서의 참심원들은 원칙상 해당 분야의 전문지식을 갖고 있지 않다. 하지만 그들 역시 직업법관에게 사회적 차원을 함의하는 그들의 직업적·인적 환경을 전달함으로써 형사재판에서 법적 지식과 실제적 생활경험을 유기적으로 연결하는 데 기여할 수 있다(Volkhard Wache, Die Befangenheit der Schöffen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Hasso Lieber/Ursula Sens(Hrsg.), Ehrenamtliche Richter: Demokratie oder Dekoration am Richtertisch?, 1999, 108쪽).

110) 김대성, 독일의 국민참여 형사재판제도, 일감법학 제14호, 2008, 102면; 박홍규, 앞의 책, 221면

여하고 결정을 내린다. 또한 그 역할에서도 차이가 있다. 배심제 하에서는 배심원이 사실관계 판단, 즉 유무죄 평결에만 관여하고 양형은 직업법관에 의해 이루어지는 반면, 참심제 하에서는 업무의 기능적 배분 없이 양자가 함께 사실판단과 양형판단에 참여한다.<sup>111)</sup>

이러한 참심제에서는 참심원과 직업법관 간의 대등성이 확보된 상태에서 양자가 공히 재판의 전 과정에 참여함으로써 적어도 형식적으로는 재판에 대한 민주적 정당성을 구현할 수 있다. 또한 임기가 제한된 참심원은 상대적으로 사법 관료화될 가능성이 낮아 직업법관에 비해 재판의 공정성과 신뢰가능성에 더 기여할 수 있다. 나아가 다수의 배심원이 아닌 소수의 참심원이 참여하도록 설계되어 있어 배심제에 비해 소송비용이나 소송지체의 문제가 상대적으로 덜 야기될 수 있다. 반면 이러한 장점과는 달리 전문적 법률지식을 갖지 않은 시민법관이 직업법관과 동등한 권한을 갖고 재판에 참여함으로써 재판의 전문성과 일관성 측면에서 문제가 많다는 것이 약점으로 지적되기도 한다.<sup>112)</sup>

## 2. 연혁<sup>113)</sup>

### 가. 민중의 재판참여 전통

---

111) 박재현, 배심제와 법심리학, 오래, 2010, 28-29면

112) 이종수, 앞의 논문, 24면

113) 이에 관해서는 김대성, 앞의 논문, 103면 이하 참조(이 부분은 독일 참심제의 역사를 간략히 일별하기 위해 보고서의 취지를 감안하여 논문 중의 관련 내용을 요약·정리한 것임을 밝혀둔다). 기타 참심원의 간략한 역사에 관해서는 Hasso Lieber, Handbuch für Schöffinnen und Schöffen - Ein praktischer Leitfaden für die ehrenamtlichen Richter in der Strafgerichtsbarkeit(Amtszeit 1997 bis 2000) -, 2001(?), 15면 이하 참조.

독일의 경우 민중의 재판참여는 매우 오랜 역사를 지니고 있다. 고대 민회의 재판절차에서는 부족장이나 왕이 재판장을 맡았으나 당해 사건에 대한 판결은 민회에 참석한 민중에 의해 행해졌다. 정기민회와 임시민회가 개최되었고 민회의 참석은 모든 자유민의 의무였다. 카알 대제는 770~780년 사이에 민회에 대한 개혁조치를 단행하였는데, 민회참여의 부담을 줄이기 위해 정기민회의 횟수를 연 3 회로 축소임시민당해 사건의 판결내용을 제안할 수 있는 자격과 의무를 7인의 참심원에게민회부여하였다. 참심원은 부적절한 직무수행이 입증되지 않는 한 종신직 이윅유민임시민회에는 신분이 높은 자들과 부유한 자들만이 참석하도록 의무를 부과하고, 이들이 직접 판결을 담당하였다. 이로써 이 개혁은 민중의 재판참여를 제한하는 결과를 낳았다.

15세기 이후 로마법 계수의 영향으로 참심원이 재판에 참여하는 제도는 점차 쇠퇴하였다. 서면주의와 간접주의를 취했던 새로운 절차법 하에서 법률문외한인 참심원들은 재판업무 수행에 부적합하였고, 이로써 로마법·카논법을 공부하고 법률에 정통한 전문 직업법관들에 의한 재판업무 수행이 급격히 증가하였다.<sup>114)</sup> 그러다가 이후 17세기 절대군주주의에 이르러 참심원이 참가하는 재판제도는 사실상 폐지되었다.<sup>115)</sup>

## 나. 배심제의 도입

114) 가령 1532년 카알 5세 때 제정된 카롤리나형법전은 참심원을, 로마법을 모르고 경험도 없으며 법관으로서 책임감도 결여된 사람으로 전제하고 있었다고 한다. 그 결과 법률전문가인 직업법관이 소송의 주도권을 행사하게 되었고, 참심원은 점차 판결에서 배제되어 단순히 재판의 증인으로 격하되었다고 한다(박상기, 독일형법사, 율곡출판사, 1993, 126면).

115) 김대성, 앞의 논문, 104쪽

18세기말 이후 독일의 일부지역에서는 프랑스식 배심제가 시행되었다. 즉 프랑스 혁명 이후 영국의 배심제를 수용한 프랑스의 영향을 받아 1798년 이후 라인강 좌안에 위치한 프로이센, 바이에른, 헤센, 다름슈타트에서는 프랑스식 배심제도(유·무죄 판정에서 배심원단은 사실문제, 직업법관은 법률문제 판단)가 도입되었다. 1815년 이들 지역이 프랑스 지배에서 벗어나 프로이센에 편입되자 배심제를 포함한 기존의 형사사법제도는 폐지될 위기에 처했으나, 프로이센 정부는 긴급사법위원회의 권고를 수용하여 이들 지역에서 종래의 프랑스식 배심제도를 존속하기로 하였다. 이러한 상황은 독일의 법학자들뿐만 아니라 독일 전역에 걸쳐 배심제에 관한 관심을 불러일으켜 도입논의를 시작하는 계기를 제공했다.<sup>116)</sup> 이때 시민들은 절대주의시대 이후 이어져온 군주사법과 직업법관제에 거세게 반발하며, 자유주의와 민주주의의 영향 아래 배심제를 직업법관의 형사재판 독점을 불식시킬 수 있는 방책으로 간주하였다. 법학자들 역시 증거법영역에서 배심제의 유용성에 주목하면서 도입에 찬성하는 쪽으로 논의의 흐름이 바뀌었다. 이후 1847년 게르마니스트회의(Germanistenversammlung)에서 배심제 도입을 권고하는 결의가 이루어지고 1848년 프랑크푸르트 국민의회가 헌법을 제정하여 배심제를 채택함에 따라 그 여파로 이 무렵 독일 대부분의 지역이 입법을 통해 배심제를 채택하였다.<sup>117)</sup>

116) 도입반대론은 유·무죄 여부 판단은 단순한 사실문제가 아니라 법률문제에 대한 판단도 수반하며, 이 경우 법률지식을 결한 배심원보다는 직업법관이 더 정확하고 공정한 재판을 내릴 수 있다는 점, 배심제는 증거법정주의와 조화될 수 없다는 점 등의 논거를 제시하였던 반면, 도입옹호론은 재판의 정당성 강화, 재판에 대한 피고인의 신뢰 증진 등을 논거로 들었다(김대성, 앞의 논문, 106-108면 참조).

117) 독일을 비롯한 대륙의 배심제는 배심과 법관 간의 신뢰를 근거로 한 영국의 그것과는 달리 상호 불신에 근거한 것이었다(박홍규, 앞의 책, 232면). 당시의 배심제는 사실판단(배심원단)과 법률판단(직업법관)의 분리, 배심원단에게 사실관계에 관한 구체적인 질문권 부여, 공판절차에서 재판장의 우월한 지위, 3인 내지 5인의 직업법관의 공동참여, 배

## 다. 참심제의 도입

독일에서 참심제 도입이 최초로 제안된 것은 19세기 초 이후의 일이다. 1819년 프로이센 정부 참사관 그레벨(Grävell)이 직업법관과 소수의 일반인으로 구성된 합의체인 참심제를 프로이센의 모든 지역에 도입할 것을 제안한 것이 그것이다. 이는 형사사법개혁의 일환으로 이루어진 것이라기보다 프로이센 내에서의 법원 조직과 형사절차의 통일을 도모하기 위함이었다.<sup>118)</sup> 1833년 이후 게오르거 베젤러(George Beseler) 역시 사실문제와 법률문제의 엄격한 분리는 사실상 불가능하다는 인식 하에 배심제 도입은 독일의 사정에서는 부적합하며 참심제 도입이 더 바람직하다고 주장하였다. 또한 1852년 프로이센 의회에서도 배심제의 대안으로 참심제 도입 문제가 논의되었으나 관철되지 못했다.

1852년 프로이센 의회의 도입 논의에 앞서 하노버는 1850년 경미범죄를 대상 사건으로 하여 직업법관 1인과 참심원 2인으로 구성된 재판부가 판결하는 참심제를 도입하였다. 이것은 재판에 대한 신뢰를 증진시키는 효과를 낳아 다른 지역에서도 호평을 받았고, 그 영향으로 1857년에 올덴부르크, 1863년에 헤센 카셀, 브레멘, 1864년에 바덴에서 각각 참심제가 도입되었다.

나아가 1868년 작센에서는 형사소송법 개정을 통해 배심제와 참심제가 동시에 처음으로 도입되었다. 여기서의 참심제는 직업법관 3인과 참심원 4인으로 구성되고, 중절도·중상해·성범죄 등 중죄사건을 대상으로 하며, 참심원은 사실판단에만 관여하고 양형에는 관여하지 않는 형태였다. 이러한 참심제의 도입은 1860년

---

심원단의 평결요건을 다수의견일치제로 한 점 등에서 프랑스식 배심제에 가까운 것이었다(김대성, 앞의 논문, 108-109면).

118) 김대성, 앞의 논문, 109면

이래 이 제도를 열렬히 옹호해온 당시 작센 고등검찰청 검사장 슈바르제(F. O. Schwarze)의 제안에 따른 것이다. 그는 배심제 하에서 배심원들이 재판장의 질문을 이해할 수 있을 만큼 충분히 안내·지도받는 것은 사실상 불가능하며, 배심원단과 직업법관 분리형태의 국민참여재판을 독일에서 도입하기에는 적합지 않다고 주장하였다.

#### 라. 배심제와 참심제의 공존

이후 1871년 독일의 통일로 탄생된 독일제국은 1877년 법원조직법과 형사소송법 개정을 통해 배심제와 참심제를 모두 채택하였다. 즉 살인죄·상해치사죄·방화죄 등의 중죄는 배심재판의 대상사건으로, 3월 이하의 자유형 또는 600마르크 이하의 벌금형에 해당하는 범죄나 명예훼손죄, 가액 25마르크 이하의 절도죄·횡령죄·재물손괴죄 등의 경미범죄는 참심재판의 대상사건으로 각각 규정하였다. 배심원과 참심원은 30세 이상의 남성을 자격요건으로 하여 직업법관 1인, 행정공무원 1인, 선정위원 7인으로 구성된 선정위원회에서 선정하였고, 양자 모두 제1심 형사공판에만 참여하였다. 직업법관 1인과 참심원 2인으로 구성된 참심재판에서 참심원과 직업법관은 동일한 직무와 권한을 갖고 유·무죄 여부와 양형문제를 함께 토의하여 결정하였다. 반면 매년 4회 개최되며 직업법관 3인과 배심원 12인으로 구성된 배심재판에서는 배심원들이 유·무죄 여부와 정상참작 여부에 관해서만 결정하였다. 또한 참심재판에 대해서는 항소가 가능했지만, 배심재판에 대해서는 항소가 허용되지 않았다.<sup>119)</sup>

---

119) 1886년 법학자회의에서 법학자들은 배심제의 개혁필요성을 인정하였고, 1903년 제국사법성 하의 개혁위원회는 배심제를 완전히 폐지하고 참심제를 전면 실시할 것을 제안하였다. 하지만 이러한 시도는 당시 배심제를 중시하는 견해가 다수의 입장인데다, 1913년

## 마. 배심제의 폐지

이후 바이마르 공화국 시대는 참심원과 배심원의 선발에 대한 비판의 시대였다. 특히 반노동자 인사들로 구성된 법원의 정당성에 관한 문제가 실제로 제기되었다.<sup>120)</sup> 세계 제1차 대전과 제2차 대전으로 독일은 경제적·재정적으로 큰 위기에 봉착했고, 이는 독일의 법원조직과 형사소송제도에도 상당한 영향을 미쳤다.<sup>121)</sup> 1921년에는 법원의 업무경감을 위해 약식명령절차와 참심재판의 대상사건이 확대되었고, 1922년에는 여성에게도 직업법관과 배심원·참심원이 될 수 있는 자격이 부여되었다. 당시 국민참여재판에도 큰 변화가 일었는데, 1924년 당시 제국법무장관이던 에밍거(Emminger)가 사법비용 절감을 꾀할 목적으로 발포한 긴급명령인 ‘법원조직과 형사사법에 관한 명령’이 그것이다(이른바 에밍거 개혁조치). 종래의 배심법원이 폐지되고<sup>122)</sup> 대신 직업법관 3인과 참심원 6인으로 구성된 참심재판부가 창설된 것도 이때 취해진 조치다. 대참심재판부에 대해서는 국

---

입법에 의해 참심원과 배심원에게 일당이 지급되면서 일반국민의 재판참여 욕구가 고조되고 배심제 개혁에 대한 요구도 점차 시들해져 현실화되지 못했다(김대성, 앞의 논문, 113면).

120) 오상원, 앞의 논문, 402면

121) 김대성, 앞의 논문, 113-114면

122) 배심제 폐지 이유로는 재정적 이유(승전국에 대한 막대한 배상금 지불과 인플레이의 극심), 정치적 이유(당시의 불안한 정국에 대응한 강력한 사법통제), 사법부의 보수화(리버럴한 법관을 축출하기 위한 사법부의 태도), 독일법의 전문화와 복잡화 등을 꼽고 있다(안경환·한인섭, 배심제와 시민의 사법참여, 집문당, 2005, 333-334면 참조). 한편 몽테스키외의 영국배심제에 대한 그릇된 소개(배심이 유·무죄 존부에 관한 판단만을 전담하고 직업법관은 법률문제에만 관여한다고 해석한 오류)와 프랑스에 대해 그 독특한 스타일로 추천된 배심제가 향후 독일에서 배심법원의 발전을 가로막는 중요한 요인이 되었으며, 오늘날 독일에서 배심제가 다시 도입될 가능성은 형사소송법의 대대적인 개정 없이는 극히 희박하다는 지적으로는 오상원, 앞의 논문, 405-406면 참조

민에게 익숙하다는 이유로 ‘배심법원’(Schwurgericht)이라는 명칭을 그대로 사용하였는데, 이후 독일에서는 배심제가 부활되지 않았기 때문에 이로써 배심제는 사실상 종말을 고한 셈이다.<sup>123)</sup>

이와 동시에 종래 참심재판부의 관할사건은 구법원 단독판사의 관할사건으로, 종래 형사부의 관할사건은 참심재판부의 관할사건으로 변경되었고, 형사부는 다시 두 개로 분리되어 항소심만을 관할하는 법원으로 바뀌었다. 또한 형사부의 재판이 참심재판절차에 의하게 됨으로써 일반국민의 재판참여는 항소심까지 확대되었다. 즉 구법원 단독판사의 판결에 대한 항소심은 직업법관 1인과 참심원 2인으로 구성된 소형사부가 관할하고, 참심재판부의 판결에 대한 항소심은 직업법관 3인과 참심원 2인으로 구성된 대형사부가 관할하게 되었다. 이 시기의 참심재판부는 유·무죄 여부에 대한 판단은 물론 양형판단도 함께 하였는데, 양형에서 피고인에게 불리한 결정을 내릴 때에는 합의체 구성원 3분의2 이상의 의견일치가 요구되었다. 1932년에는 사범비용절감 차원에서 종래 항소심법원이었던 대형사부의 관할사건이 제1심 공판사건으로까지 확대되었다.

## 바. 국민참여재판의 실종

1933년 이후 히틀러가 집권한 나치시대에도 표면상 국민의 재판참여 형태는 유지되었으나, 실제로는 권력유지수단으로서 국민참여재판과 유사한 형태의 제도가 창설되어 활용되었다. 가령 1934년에는 인민재판소(Volksgerichtshof)가 창설되

---

123) 배심원(Geschworenen)이라는 말은 독일의 법실무에서 더 이상 존재하지 않는 개념이며, 이는 사실상 대참심법원이라 할 수 있는 ‘Schwurgericht’의 명예법관을 의미한다. 따라서 ‘Schwurgericht’는 오늘날 특정한 중범죄(Kapitalverbrechen)를 관할하는 합의체법원을 지칭하며, 1975년 1월 1일 이후로 직업법관 3인과 참심원 2인으로 구성되었다(Hasso Lieber, 앞의 책, 2면).



었는데, 여기서도 겉으로는 일반인들이 인민재판에 직접 참가하였다. 하지만 이들 인민법관은 히틀러와 나치 신봉자들 중에서 선정되었기 때문에 그것은 사실상 권력유지를 위한 정치적 도구로 기능하였다. 이후 제2차 세계대전이 발발한 1939년 9월에는 '법원조직과 사법 영역에서의 조치에 관한 명령'을 포고하여 참심제를 실질적으로 폐지하기에 이르렀다.

## 사. 참심제의 복원

1945년 패전 이후 독일은 연합국관리위원회법(Kontrollratgesetz)에 의해 법원조직의 큰 틀이 바이마르공화국 시대의 그것으로 복원되었는데, 1946년 이후에는 정치상황이 점차 안정화되면서 독일의 각 지역에서 국민참여재판의 재도입이 추진되었다. 점령지역에 따른 점령국의 차이에 따라 국민참여재판 역시 그 구체적인 내용에서는 서로 달랐다. 이후 동서독으로 분단됨에 따라 사법제도도 각기 다른 방향으로 전개되었다. 동독에서도 참심제가 부활되었고, 서독에서는 '법원조직 등 영역에서의 통일성 회복에 관한 법률'에 의거하여 참심제도가 1933년 이전의 상태로 복원되었다. 이후 서독에서는 1974년 12월 '형사절차법 개정에 관한 제1차 법률'에 따라 참심제에 있어 재차 눈에 띄는 변화가 초래되었다. 즉 지방법원 대형사부가 - 실제로는 참심제로 운영되어 왔던 - 종래 배심법원의 명칭을 이어 받았고, 모든 심급의 참심법원에서 참심원이 2인으로 축소되었다.<sup>124)</sup> 통일 이후 독일은 1993년 1월 형사사법체계의 합리화를 꾀할 목적으로 제정된 '사법부담 경감에 관한 법률'에 따라 각종 참심재판부를 포함한 형사법원의 사물관할과 대참

---

124) 시민에 대한 사법관료의 우위성 및 정치적 긴급상황에 따른 강력한 사법통제를 참심원 축소의 이유로 추단하는 것으로는 안경환·한인섭, 앞의 책, 336면

심재판부의 구성을 현행의 그것으로 변경하였다.

### 3. 참심원의 법적 지위와 선정절차

#### 가. 참심원의 법적 지위와 역할

참심원은 명예직 법관<sup>125)</sup>이다(독일 법관법 제45조a, 법원조직법 제31조). 따라서 직무활동에 대한 보수는 지불되지 않으며, 단지 ‘명예직 법관의 보상에 관한 법률’에 따라 교통비, 숙박비, 경제적 손실에 대한 보상 등을 받을 뿐이다. 참심원과 직업법관은 공판과 재판에서 원칙상 동등한 지위 하에 동일한 권리와 의무를 갖고 함께 참여한다(법관법 제44조, 제45조, 법원조직법 제30조). 즉 이들 사이에는 공판의 전 영역에 걸쳐 어떤 차이도 존재하지 않는다. 직업법관과 마찬가지로 이들에게도 인적·물적 독립이 보장되어 있으며, 따라서 이들은 단지 법률에만 구속될 뿐 어떠한 지침이나 지시에도 구속되지 않는다. 이는, 직업법관에 대해서와 마찬가지로, 이들에게도 재판의 공정성을 위한 제도적 장치인 제척과 기피에 관한 규정이 제한 없이 적용됨(형사소송법 제22조 이하, 제31조, 법원조직법 제32조 이하, 제77조 제1항)을 의미한다.

---

125) 참심원은 형사법원에서의 명예법관을 일컫는 말이다. 독일에서는 직업법관(Berufsrichter) 외에 명예법관(ehrenamtliche Richter)이 존재한다. 명예법관은 두 그룹으로 나눌 수 있는데, 하나는 일정한 인구집단이나 직업군 또는 이해관계상황을 대표하는 자로서 노동법원이나 상사재판부에 참여하는 명예법관이 이에 해당한다. 다른 하나는 일정한 조건 없이 시민의 대표자로서만 재판에 참여하는 명예법관인데, 참심원과 행정법원의 명예법관이 이에 속한다(Hasso Lieber, 앞의 책, 1-2면). 특별한 전문지식 없는 비법률가인 명예법관은 일반적으로 평민법관(Laienrichter)이라 불린다. 여기서 ‘평민’이라는 개념은 “민중에게 속하는”이라는 의미를 지닌 그리스어 ‘라이코스’(laikos)에서 유래된 것이다.

독일의 형사절차는 크게 수사절차, 공판개시절차, 공판절차로 나뉘는데, 참심원은 공판에만 참여할 뿐 수사절차나 공판개시절차, 더욱이 사후적인 형집행절차에는 관여하지 않는다.<sup>126)</sup> 이들의 활동은 공판에서의 협업에 국한되며, 이로써 이들은 공판절차에서 그 역할과 기능을 통해 재판의 실질적 정의를 증대시켜야 하고, 나아가 재판의 투명성과 이해가능성 및 신뢰가능성에 기여해야 한다. 참심원은, 법률이 예외를 규정하고 있지 않는 한, 공판심리 동안 전 범위에서, 그리고 직업법관과 동등한 표결권을 갖고 법관으로서의 직무를 수행한다. 참심원은 피고인, 증인, 감정인에게 직접 질문할 권리를 가진다(형사소송법 제240조 제2항). 물론 이 경우 재판장은 부적절한 질문이나 사건과 관계없는 질문은 허용하지 않을 수 있다(같은 법 제241조 제2항). 하지만 참심원은 공판개시결정과 같은 공판 외의 결정에는 참여하지 않는다.

나아가 참심원은 공판심리의 진행 과정에서 내려야 할 모든 결정, 즉 판결의 선고와 관련이 없는 결정이나 구두심리 없이도 내릴 수 있는 결정에 참여한다(법원조직법 제30조 제1항). 즉 참심원은 판결의 선고, 판결을 보충하거나 판결의 선고와 관련된 결정(형사소송법 제268조a, 제268조b, 456조c)에도 직업법관과 동일한 범위에서 제한 없이 참여한다. 가령 참심원은 공판심리를 중지해야 할 것인 지 여부(형사소송법 제228조), 피고인이 불출석한 경우 형사소송법 제230조 제2항에 따라 구인명령을 내릴 것인지 여부, 피고인 없이 공판을 진행할 것인지 여부(형사소송법 제232조), 증거거부를 정당한 것으로 보아야 할 것인지 여부, 또는 기본법 제100조 제1항, 연방헌법재판소법 제80조에 따라 연방헌법재판소의 판결을 구해야 하는지 여부 등도 함께 결정한다. 또한 증인이나 감정인에 대한 강제조치 역시 협업의 영역에 속한다(형사소송법 제51조, 제70조, 제77조).<sup>127)</sup>

126) Albin Eser, 앞의 논문, 352면

## 나. 참심원의 자격요건

참심원은 4년마다 선정되며 임기는 4년이다. 기본적으로 독일인, 즉 독일 국적을 가진 자만이 참심원이 될 수 있다(법원조직법 제31조).<sup>128)</sup> 결격사유에 해당하는 자는 참심원으로 선정될 자격이 없고, 부적격사유에 해당하는 자는 참심원으로 임명되지 못하며, 거부사유에 해당하는 자는 참심원으로 선정되는 것을 거부할 수 있다.

법관의 판결로 공직에 복무할 수 있는 자격을 박탈당하거나 고의행위로 6월 이상의 자유형의 선고를 받은 자, 공직에 복무할 자격의 상실을 가져올 수 있는 행위로 수사절차가 진행 중인 자는 결격사유에 해당한다(법원조직법 제32조). 직무 개시 시점에 만 25세에 달하지 못한 자, 만 70세에 달하였거나 직무개시시점에 70세에 이를 자, 참심원후보자 명부작성시점에 당해 게마인데(Gemeinde)에 거주한 지 1년이 되지 않은 자, 정신적 또는 신체적 장애로 직무수행에 적합하지 않은 자 및 재정과탄에 빠진 자는 부적격사유에 해당한다(법원조직법 제33조). 나아가, 연방대통령, 연방정부 또는 주정부의 구성원, 언제든지 일시적으로 휴직 또는 퇴직을 할 수 있는 공무원, 법관, 검사, 공증인, 변호사, 법집행공무원, 경찰집행공무원, 형집행공무원, 주된 보호관찰보조자와 사법보조자, 성직자 및 규약에

---

127) Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz - Großkommentar, 25.Aufl., 2003(제4장 참심법원, 64면)

128) 최근 독일 연방최고법원은 독일어를 잘 하지 못하는 독일인이 참심원이 될 수 있는가가 문제가 된 사안에서, 설령 그가 청각을 통해 지각할 수 있고 이로써 통역인의 도움을 받아 소통할 수 있다 하더라도, 나머지 법관들과 직접적인 상호이해를 피하는 것은 불가능하므로 형사사건의 공판에 시민법관으로 참여할 수 없다고, 즉 직접주의원칙의 취지에 비추어 볼 때 허용될 수 없다고 결정한 바 있다(BGH, Urteil vom 26.1.2011 - 2 StR 338/10).

따라 공동생활을 의무로 하는 종교적 결사체의 구성원 및 형사사법에서 명예직 법관으로 8년간 활동하고 그 최종 직무수행이 참심원 직무개시시점으로부터 8년이 되지 않은 자 역시 부적격사유에 해당한다(법원조직법 제34조). 다음으로, 연방의회·참의원·유럽의회·주의회·민의원의 의원, 이전 임기 동안에 참심원 직무를 40일간 수행했거나 이미 명예직 법관으로 활동하고 있는 자, 의사, 조산사, 간호사, 자기 외의 다른 약사를 고용하지 않은 약국의 주인, 참심원 직무 수행이 그의 가족에 대한 긴박한 보호를 현저히 곤란하게 함을 소명하는 자, 만65세에 달하거나 당해 임기의 종료시점을 기준으로 만65세에 달하는 자, 참심원 직무의 수행이 본인이나 제3자에 대한 충분한 경제적 생활기반을 위협하거나 현저한 피해를 끼쳐 특별히 가혹함을 소명하는 자는 거부사유에 해당한다(법원조직법 제35조).

## 다. 참심원의 선정

### (1) 참심원 후보자명부 작성

독일의 경우 참심재판은 구법원과 지방법원에서만 열린다. 이에 각 구법원장과 지방법원장이 필요로 하는 참심원(Hauptschöffe)과 예비참심원(Hilfshöffe)의 수를 정하며, 이 경우 참심원의 수는 각 참심원이 연간 12일의 통상개정일을 넘지 않는 범위에서 소집되도록 예상하여 정해야 한다(법원조직법 제43조). 각 지방법원장은 당해 지방법원에서 필요로 하는 참심원 수를 다시 그 법원의 관할구역 내의 구법원에 할당하므로, 결국 구법원이 지방법원에서 필요로 하는 참심원 선정까지 담당하게 된다.<sup>129)</sup>

필요한 참심원과 예비참심원의 수가 확정되면 게마인데는 참심원후보자명부 작성절차를 진행한다. 후보자 선정을 위한 절차는 따로 규정되어 있지 않다. 게마인데는 4년마다 참심원후보자명부를 작성하며, 명부작성을 위해서는 게마인데 의회(Gemeindevertretung)의 법정 구성원 3분의2 이상의 동의가 필요하다. 명부는 성별, 연령, 직업 및 사회적 지위에 따라 인구의 모든 집단을 적절하게 고려해야 한다. 명부에는 후보자의 출생명, 가족명, 출생 일시와 장소, 거주지 주소 및 직업을 기재하며, 제43조에 따라 필요로 하는 참심원과 예비참심원 수의 2배 수 이상에 해당하는 수의 인원을 등재해야 한다. 지역 게마인데의 분할은 지방법원장 및 구법원장이 게마인데의 거주자 수를 참조하여 결정한다(법원조직법 제36조 제1, 2, 4항).

명부는 게마인데에서 1주일 동안 누구든지 열람할 수 있으며, 열람시기는 사전에 공지해야 한다(법원조직법 제36조 제3항). 작성된 명부에 대해서는 열람기한의 종료일로부터 1주일 이내에 제32조에 따라 명부에 포함될 수 없거나 제33조와 제34조에 따라 포함되어서는 안 되는 사람들이 포함되어 있음을 이유로 서면이나 조서로 이의를 제기할 수 있다(법원조직법 제37조). 이후 게마인데의 장은 제기된 이의와 함께 후보자명부를 지역 구법원에 송부한다(법원조직법 제38조 제1항).

## (2) 참심원선정과 참심원명부 등재

각 게마인데로부터 후보자명부를 송부받은 구법원은 명부를 취합하고 이의신청에 대한 결정을 준비하며, 명부열람 규정(법원조직법 제36조 제3항) 준수 여부

---

129) 김대성, 앞의 논문, 129면

를 심사하고 결함이 있을 경우 시정한다(법원조직법 제39조). 참심원 및 예비참심원 선정은 참심원선정위원회가 담당한다. 구법원은 4년마다 참심원선정위원회를 구성한다. 위원회는 위원장인 구법원의 직업법관 1인과 주정부가 정한 행정공무원 1인 및 배석자로서 주민대표인 7인의 신뢰관계인(Vertrauensperson)으로 구성된다. 주민대표는 구법원 지역의 거주자 중에서 구법원에 대응하는 하급행정구역의 대표단에 의해 법정구성원 3분의2 이상의 다수결로 선발한다. 구법원 지역이 다수의 행정구역 또는 다수의 행정구역의 일부들을 포함하고 있는 경우, 이들 행정구역들의 대표단에 의해 선출될 수 있는 주민대표의 수는 관할 최상위 주기관이 결정한다(법원조직법 제40조).

위원장, 주정부 행정공무원 및 주민대표 3인 이상이 출석하면 위원회의 의결정족수는 충족된다(법원조직법 제40조 제4항). 먼저, 위원회는 명부에 대해 제기된 이의에 대해 단순다수로 결정한다. 가부동수인 경우에는 위원장의 표결에 따른다. 결정은 조서로 남겨야 하며, 결정에 대해서는 불복할 수 없다(법원조직법 제41조). 다음으로, 위원회는 성별, 연령, 직업 및 사회적 지위 분포를 적절하게 고려하여, 후보자명부로부터 필요로 하는 수만큼의 참심원과 예비참심원을 3분의2 이상의 다수결로 선정한다. 이때 예비참심원은 구법원의 소재지 또는 그 인근에 거주하는 사람들 중에서 선정한다. 선정된 참심원과 예비참심원은 참심원명부에 등재된다(법원조직법 제44조).

### (3) 참심원의 개정참여일 배정과 예비참심원의 소환방식

참심원이 참여해야 할 사건의 배정은 참심법원(참심재판부)의 통상 개정일을 기준으로 한다. 참심법원의 통상 개정일은 1년 단위로 사전에 확정하므로(법원조

직법 제45조 제1항), 참심원이 법원에 출석하여 재판에 참여해야 할 사건의 개정일은 1년 단위로 정해진다.<sup>130)</sup> 참심원이 당해 연도의 통상 개정일에 참여하는 순번은 공개개정에서 추첨으로 결정한다. 지방법원의 경우에는 지방법원장이, 구법원의 경우에는 구법원 소속 법관이 행하며, 이 경우 추첨된 참심원의 개정참여일은 가급적 12일이 되도록 해야 한다(법원조직법 제45조 제2항, 제77조 제3항).

유사시에 소환되어 참심원의 직무를 수행하게 되는 예비참심원은 각 참심원이 출석해야 할 개정일을 결정하는 단계에서 마찬가지로 추첨을 통해 그 소환순번이 정해지고, 예비참심원명부에 그 순번과 성명이 등재되며, 여기서 정해진 소환순번은 임기 4년 동안 계속 유지된다. 순번에 따라 소환되는 예비참심원은 통상 개정일 이외의 개정일의 확정이 필요한 경우, 당해 개정일에 출석해야 할 참심원이 장애로 출석할 수 없는 경우 등에서와 같이 임시적으로 참심원 직무를 수행하거나 또는 참심원에게 결격사유나 부적격사유가 발생하거나 알려진 경우, 참심원이 사망한 경우 등에서와 같이 아예 참심원으로 그 지위가 변경되어 참심원 직무를 수행하게 된다.<sup>131)</sup>

참심원에게는 그가 활동해야 하는 개정일과 불출석할 경우의 법적 효과가 고지된다(법원조직법 제45조 제4항). 참심원은 참심원직무에 대한 부적격사유가 있거나 알려진 경우, 참심원직무를 위한 소환을 불가능하게 하는 사정이 있거나 알려진 경우에는 참심원명부에서 삭제된다. 나아가, 참심원이 직무수행년 동안 24회 이상 개정일에 참여한 경우에는 그의 신청이 있을 때에 그를 참심원명부에서 삭제해야 한다. 삭제결정에 대해서는 불복할 수 없다(법원조직법 제52조).

---

130) 김대성, 앞의 논문, 131면

131) 김대성, 앞의 논문, 131면



#### 4. 공판절차에의 참여

참심원은 공판이 개시된 때로부터 판결이 선고되기까지 그 직무를 수행하며, 그 기간 동안 심리와 재판에 있어 원칙적으로 직업법관과 동등한 지위와 권한을 가진다(법원조직법 제30조). 다만 소송의 지휘, 피고인 신문 및 증거조사는 직업법관인 재판장이 행한다. 참심원도 재판장의 허가를 얻어 피고인이나 증인 및 감정인에게 질문할 수 있다(형사소송법 제240조 제2항). 이 경우 재판장은 부적절하거나 사건과 관련 없는 질문은 기각할 수 있다(형사소송법 제241조 제2항).

(공판)피고인의 최후진술이 종료되고 나면 재판부는 피고인의 유·무죄 여부와 양형에 관해 결정하기 위해 평의에 들어간다. 재판장은 평의를 지휘하고 평의과정에서 논의되고 결정되어야 할 질문들을 제기하며 그에 대한 재판부 구성원들의 의견을 수렴한다. 책임문제 및 행위의 법적 효과와 관련하여 피고인에게 불리한 결정을 하기 위해서는 재판부 구성원(표결권자) 3분의2 이상의 다수결을 필요로 한다(형사소송법 제263조 제1항). 즉 직업법관 1인과 참심원 2인으로 구성된 재판부의 경우에는 2인 이상의 찬성을, 직업법관 2인과 참심원 2인으로 구성된 재판부의 경우에는 3인 이상의 찬성을, 직업법관 3인과 참심원 2인으로 구성된 재판부의 경우에는 4인 이상의 찬성을 얻어야 한다. 판결은 국민의 이름으로 선고되며, 판결의 선고는 판결주문의 낭독과 판결이유의 고지를 통해 이루어진다(형사소송법 제268조 제1, 2항). 재판에 참여한 법관은 판결에 서명해야 하지만, 참심법관은 서명할 필요가 없다(형사소송법 제275조 제2항).

#### IV. 프랑스의 참심제

## 1. 연혁<sup>132)</sup>

프랑스에서의 배심재판은 프랑스 혁명을 계기로 1670년 형사대칙령에 의한 형사절차의 자의성, 비밀주의, 증거법정주의 및 피고인의 권리부재 등의 문제점들이 지적되면서 개인의 자유보장의 장치로서 창설된 것이다. 1789년 프랑스 인권선언이 포함하고 있는 국민주권의 원리는 사법이 국민의 대표자에 의해 국민의 이름으로 행해질 것을 상정하고 있었다. 이것은 계몽주의 사상가와 법률가들의 영향을 받은 것으로 8세기 초부터 영국에서 시행되는 배심제를 프랑스에 도입한 것이다. 그 후 1791년의 헌법은 권리청원서(Cahiers de doléances)의 내용대로 중죄분야에서의 배심원단(jury)에 의한 재판을 규정하였다. 1791년의 헌법은 중죄법원에서의 구두주의와 공개주의, 대심주의를 채택하였으며, 또한 일정한 요건하에 제척될 수 있으며, 사실에 대한 판단의 임무를 맡는 배심원으로 구성되고, 다른 편으로는 법률에 대하여 판단하는 전문법관들로 구성된다는 것을 규정하였다.<sup>133)</sup>

1791년 9월 16일과 29일의 법률은 한 명의 법관과 3명의 판사 이외에 기소배심원단에 의해 기소된 피고인에 대한 유·무죄에 대한 판단을 맡은 12명의 배심원으로 구성된 도(道) 단위의 중죄재판소를 창설한다. 1958년까지 적용되었던 1808년의 치죄법은 기소배심을 폐지하고 다만 판결배심은 존치를 시키게 되었다. 즉, 유·무죄를 판단하는 12명의 배심원과 형벌에 대하여 선고하는 직업법관들로 구성된 중죄법원을 설치하였다.<sup>134)</sup> 배심제도는 오늘날의 형태를 갖추기 전까지 배

---

132) Bernard Bouloc, Procédure pénale, Dalloz, 2010, 479면; Jean Pradel, Procédure pénale, Cujas, 2008, 70면 참조.

133) Jean-René LECERF, 하원보고서, n°489, 2011.

134) 자세한 내용은 Histoire du droit pénal et de la justice criminelle 참조.

심원의 선택과 그들에게 부여된 역할에 대한 팽팽한 논쟁들로 특징되는 발전을 맞이하게 된다.<sup>135)</sup>

1811년부터 1832년 사이에 형사법률의 특별한 엄격성과 함께 유·무죄에 대하여만 판단할 수 있다는 사실에도 불구하고, 배심원들은 형벌의 개별화에 대한 일정한 권한을 갖기 시작했다. 실제로 재산에 대한 침해 또는 사람에 대한 사소한 침해에 대하여 무기형을 선고하는 것을 피하기 위해, 이들은 자신들의 기준에 따라 무죄를 선고하거나 죄명을 달리 적용하였다. 그 후 1832년 법률은 감경사유를 통하여 합법적으로 배심원들에게 형벌을 낮출 수 있는 권한을 부여하였다. 이로 부터 법원은 배심원단이 유죄의 평결을 하면 배심원단이 인정한 형의 가중 또는 감경사유를 고려하여 형벌을 적용하게 되었다. 또한 법원의 지나친 형선고를 피하는 방법으로 배심원단이 무죄평결을 하는 문제를 개선하기 위하여 재판장이 배심원단의 요구에 의하여 평의에 참석하여 판결의 영향에 대하여 설명하는 관행이 생겼으며, 1908년 12월 10일의 법률에 의해 명시되기에 이르렀다. 그러나 이러한 조치는 유무죄에 대한 판단과 양형에 대한 판단을 엄격하게 분리함으로써 생기는 배심원단과 법원 사이의 갈등을 해소시키지 못하였다.<sup>136)</sup>

1932년 3월 5일의 법률에 의하여 배심원은 유·무죄에 대하여는 독자적으로 결정하지만, 양형에 대하여는 법관들과 함께 평결하는 시스템이 도입되었다. 그러나 배심원들이 지나치게 관대하거나 또는 지나치게 엄중한 판결을 계속하게 되고, 1941년 11월 25일의 법률은 법원과 배심원이 함께 단일한 평의에 의하여 유무죄 및 양형에 대하여 판단할 수 있도록 하는 참심제를 채택하게 되었다. 법관과 배심원 상호간의 비중은 또한 변화를 맞이하는데, 1941년의 법률은 참심원

---

135) Jean-René LECERF, 하원보고서, n°489, 2011, 11면.

136) Bernard Bouloc, Procédure pénale, Dalloz, 2010, 479면.

의 수를 12명을 6명으로 축소하였다. 1957년 12월 31일의 법률 및 1958년 12월 23일의 명령에 의한 형사소송법전은 참심원의 수를 다시 9명으로 늘렸다. 더욱 큰 변화는 “소수의 피고인 이익”원칙을 마련했다는 것이다. 즉, 유죄는 법관을 포함한 12명 중 최소 8명의 표가 있어야 인정된다. 이러한 과반수제는 불이익한 결정에 대하여 참심원들의 과반수의 동의를 의미하며(9명 중 과반수인 5명과 판사 3명 전원), 이것은 직업법관의 참심원들에 대한 영향을 줄이기 위한 것이며<sup>137)</sup>, 참심원단의 우월성을 보장해 주기 위한 것이다.<sup>138)</sup> 이러한 역사적 유산으로부터 오늘날 중죄법원이 모든 법원들 중에서 가장 독창적이라는 이유를 이해할 수 있다. 중죄법원은 1980년대부터 두 명의 배석판사와 선거인명부에서 추첨에 의해 지명된 9명의 참심원들에 둘러싸인 고등법원의 법관에 의해 주재되며, 피고인에 대하여 처벌을 하기 위해서 이들은 유무죄와 형량에 대해 12명 중 8명 이상의 절대다수에 의해 선고한다.

입헌의회에 의해 설치된 프랑스의 배심 및 참심제도는 1791년부터 1991년 사이에 벨기에, 이탈리아, 독일 등 전체 유럽에 영향을 미쳤다. 반면에 미국에서 배심원의 문제는 헌법상 보장되는 개인권의 차원에서 이해된다. 다시 말하면 6월 이상의 징역에 해당하는 모든 개인은 배심원에 의한 재판을 청구할 수 있다. 이것은 안전의 원칙의 구성요소이며 누구도 그것의 정당성에 대해 반박하려 하지 않는다. 배심원은 연방권력에 대하여 지역의 배심원을 통하여 진정한 견제장치가 되므로 밀착된 민주주의를 대표한다. 가장 중대한 비판은 미국의 배심원단은 중립성이 결여되어 있으며, 배심원들의 지명방식이 대표성을 결여하고 있다는 점이다.

137) Bernard Bouloc, *Procédure pénale*, Dalloz, 2010, 480면.

138) Jean-René LECERF, 하원보고서, n°489, 2011, 12면.

## 2. 중죄법원의 설치 및 참심재판

프랑스는 범죄를 경중에 따라 삼단계로 나누어 중죄(crime), 경죄(délit), 위경죄(contravention)으로 구분하고 있으며, 이를 기준으로 재판을 하게 될 판결법원도 중죄법원(Cour d'assise), 경죄법원(Tribunal correctionnel), 경찰법원(Tribunal de Police), 인접법원(Tribunal de proximité)로 구분된다.

중죄법원은 중죄에 대한 재판은 담당하는 법원으로서 원칙적으로 도(道, département) 단위에 1개씩 설치가 되며(법원조직법 제621-1조), 다만 고등법원이 위치하는 경우에는 도청소재지가 아닌 고등법원 소재지에 설치한다. 중죄법원은 도 단위로 설치되므로 명칭도 도의 이름을 사용한다. 그러나 다른 형사법원과 달리 이 중죄법원은 비상설법원이다. 이에 대한 이유는 배심원들은 오랫동안 배심원의 직을 맡을 수 없으며, 다른 법원에 소속된 법관들과 함께 직무를 수행한다는 점이다. 또한 중죄법원은 파리의 경우처럼 재판하여야 할 범죄사건의 양이 많지 않는 한 매 3개월, 즉 분기별로 회기가 열린다.<sup>139)</sup>

중죄사건에 대한 소송의 세분화와 참심원들에게 가해질 수 있는 압력에 대한 두려움으로 인해 입법자들은 참심원의 참여 없이 개정될 수 있는 경우를 마련하였는데 우선 종전에 군사법원의 권한에 속했던 중죄에 대한 심판은 참심원단이 없이 재판장과 1심에서는 6명의 배석판사로, 2심에는 8명의 배석판사로 구성된 특별중죄법원에 맡겨졌다(형사소송법전 제697조). 다음으로 1986년 파리 중죄법원

139) 사건이 많은 경우에는 고등법원의 법원장이 같은 회기 내라고 하더라도 보충재판을 열 것을 명할 수 있다. 어떠한 경우이든 당해 재판은 2주 이내에 종결되도록 되어 있다. 파리에서는 각부마다 각각 2주일간에 1 개정기가 연속하여 정해져 있는 관계로 실제운영은 상설적으로 이루어지고 있다. 바람직한 형사사법시스템의 모색 결과보고서(II)- 독일·프랑스·일본의 형사사법시스템 -, 대법원, 2004, 458면.

은 테러범인들에 대한 공판을 위협의 대상이 된 참심원들의 참석 불능으로 인해 다음 회기로 미뤄야할 상쟁다(처하게 되었다. 이후 직업법관으로 구성된 중죄법원의 권한이 1986년 9월 9일의 테러리즘의 대처에 관한 법률에 의해 테러범죄에 확대되었다. 이 장치는 마찬가지로 새로운 형법의 시행에 관한 1992년 12월 16일의 법률에 의해 마약유통에 대하여도 확대되었다(형사소송법전 제706-27조).

여기에 덧붙여 실무상 당해 사건이 구성요건상 중죄에 해당해도 실질적으로 경미하다는 등의 이유로 경죄로 처리하는 경향, 즉 재판상의 경죄화의 경향으로 인하여 경죄법원에서 재판이 행해짐으로써 참심원의 참여가 배제되는 경우가 있다. 경죄화는 다양한 이유로부터 나온다. 처벌받게 되는 형벌의 양을 낮추는 것이지만 우선, 과거에는 법관들의 중죄법원의 배심원들의 지나친 관대함을 피하기 위한 의지로 정당화됐다. 오늘날 그것은 특히 도심지역의 도에서 발생하는 배심원 구성의 무게와 소송의 느낌을 고려하여 기본적으로 중죄법원의 사건량을 경감시키는 목적으로 행해진다.<sup>140)</sup> 실무상 행해졌던 경죄화는 합법화에 이르게 되는데 2004년 3월 9일의 일명 PerbenII 법률에 의해 도입된 제186-3조는 예심판사의 이송명령은 당사자가 예심판사가 중죄사안에 대해 경죄화하였다고 판단하고 그에 반대한다는 유일한 가정 아래 항소가 가능하도록 하였다. 이처럼 예심종결 단계에서의 반대가 없는 경우 범죄사실이 고의적으로 범해졌기 때문에 중죄에 해당하는 형벌을 가져온다는 주장에 기인하지 않는 한 경죄화는 더 이상 문제되지 않는다(형사소송법전 제469조).

### 3. 중죄법원의 구성

---

140) Jean-René LECERF, 하원보고서, n°489, 2011, 17면.

프랑스의 중죄법원은 다른 법원들과 구성면에서 차이가 있다. 경찰법원, 경죄법원 및 경죄항소부는 직업법관으로만 구성되며, 중죄법원은 한편으로는 직업법관(이들은 엄격한 표현으로 Cour를 구성한다)과 다른 한편으로는 시민들로 이뤄진 시민법관으로 구성된다. 이러한 시민법관을 'juré'(참심원)이라고 표현하며 이들은 jury(참심원단)를 구성한다. 이로부터 중죄법원을 대중법원(juridiction populaire)이라고 부르기도 한다.

### 가. 엄격한 의미의 법원(Cour)

엄격한 의미의 중죄법원은 3명의 사법관과 형사소송법전 제241조에 따라 고등법원의 소재지에 위치하는 경우에는 고등검사장 또는 고등검찰청 소속 검사가, 지방법원만이 위치하는 경우에는 고등검사장이 다른 검사에게 위임을 하지 않는 한 지방검찰청 검사장 또는 소속 검사가 공소관을 대표한다(제241조 제2항). 중죄법원은 설치장소에 따라 고등법원 또는 지방법원으로부터 파견된 한 명의 법원서기가 참여하며, 지방검법원서기는 전체 공판심리과정에 참여를 해야 한다.<sup>141)</sup> 중죄법원을 구성하는 3명의 직업법관은 재판장과 배석판사이다. 재판장은 매우 드물지만 고등법원장이 맡는 경우가 있으며, 지그렇지 않은 경우 고등법원장이 회기 동안 지명한 부장판사 또는 일반 판사가 맡게 된다. 만일 회기 동안 재판장이 유고시에는 가장 직급이 높은 배석판사가 맡게 된다(제241조의 법원재판장은 일반 회기를 주재할 뿐만 아니라 분기 중에 요청되는 보충회기도 주재한다. 두 배석판사는 분기별로 법원재판장이 고등법원의 판사 또는 중죄법원이 위치하는 지방법원의 법관 중에서 지명한다(제241조의 법원재판, 지예심, 지소추의 기능분리의 원칙(제49조 제2

---

141) Crim. 14 mars 2001, Bull n°66.

항)에 의하여 어떠한 경우에도 대상사건의 소추에 관여하거나 예심에 관여한 법관은 중죄법원의 판사로 선정될 수 없다(제253조).

중죄법원은 18세 미만의 소년이 범한 범죄에 대하여 16세 미만의 경우에는 소년법원(Tribunal pour enfants)이, 16세에서 18세 미만의 경우에는 소년중죄법원(Cour d'assises des mineurs) 재판권한을 갖는 것과 국무위원이 직무상 범한 중죄에 대하여 공화국법원(La Cour justice de la République)이 재판권한을 갖는 것을 제외하고 통상 중죄에 대하여 재판을 할 권한이 있다. 그러나 재판전권(la plénitude de juridiction)에 의하여 중죄법원은 중죄와 결합된 모든 범죄에 대하여 이 범죄들의 중대성과 상관없이 심판할 수 있다. 또한 단순한 경죄 또는 위경죄에 대하여도 죄명을 잘못 적용하여 소추된 경우에도 심판할 수 있다.<sup>142)</sup>

2000년 6월 15일 법률 이전까지는 중죄법원 합의부원 또는 참심원은 직접 피고인, 증인에게 직접 질문을 할 수 있었으나, 사전에 재판장에게 신청하고 자신의 의견을 적시하지 않는다는 조건을 충족해야 했었다. 반면에 검사, 피고인, 사당사자, 변호인은 피고인 및 증인 등에 대하여 재판장을 경유하여서만 질문이 가능하였다. 그러나 법 개정 이후 피고인과 사당사자는 여전히 재판장을 경유하여 질문하도록 하였으나, 검사 및 변호인은 피고인, 사당사자, 증인 등에 대하여 재판장에게 신청하여 직접 질문할 수 있게 되었다.<sup>143)</sup>

## 나. 참심원단(jury)

사소(action civile)에 대한 선고를 하는 엄격한 의미의 법원을 구성하는 3명의

---

142) Bernard Bouloc, Procédure pénale, Dalloz, 2010, 470-471면.

143) F. Froument, procédure pénale, Paradigme, 2010, 282-283면.



직업법관과 함께 중죄법원은 대중의 의견을 대표하는 9명의 시민들과 항소심의 경우에는 12명의 시민법관을 포함한다. 이들은 참심원단을 구성하면서, 직업법관들과 함께 심판할 수 있는 권한을 가진다.

#### (1) 참심원단의 구성<sup>144)</sup>

참심원단은 일정한 자격요건을 갖춘 자로서 형사소송법전 제259조부터 제267조까지의 특별한 규정에 따라 작성된 명부에서 추첨의 방식으로 지명된다. 참심원이 피고인의 유·무죄만을 판단하던 시기에는 12명으로 구성되었다가 1941년 6명으로 줄었으며, 1945년 7명에서 현재 9명(제296조)이며 항소심은 12명이다.<sup>145)</sup>

#### (2) 참심원의 자격<sup>146)</sup>

참심원이 될 수 있는 자격에 대하여는 형사소송법전 제255조 이하에서 규정하고 있다. 참심원은 프랑스어를 읽고 쓸 수 있는 23세 이상의 프랑스 국민으로서 공민권, 사권, 친족법상의 권리를 향유하는 사람이어야 하고 법률에서 정하는 무자격자가 아니어야 한다.

#### (3) 참심원 선정 절차<sup>147)</sup>

중죄법원 소재지의 고등법원장과 지방법원장은 매년 사법관 등으로 구성된 위

---

144) 바람직한 형사사법시스템 모색(II), 전게서, 459-460면.

145) Bernard Bouloc, Procédure pénale, Dalloz, 2010, 475면.

146) 바람직한 형사사법시스템 모색(II), 전게서, 459-460면.

147) Jean Pradel, Procédure pénale, Cujas, 2008, 67면 ; 바람직한 형사사법시스템 모색(II), 전게서, 459-460면.

원회를 개최하여 추천에 의해 선거인 명부에 등재된 사람들 중에서 선발가능한 참심원과 예비참심원을 정한 후 형사 형사참심원단명부(la liste annuelle de jury criminel)와 예비참심원단용 특별명부를 작성한다(형사소송법전 제259조). 이 과정에서 위원회는 심사를 거쳐 법에서 정한 부적격자를 대상에서 제외한다. 참심원 단명부에는 파리의 경우 인구 1,800명당 1명의 비율로, 다른 도의 경우 인구 1,300명당 1명의 비율로 200명 이상의 범위 내에서 각 등재된다.

중죄법원 소재지 고등법원장 또는 지방법원장은 중죄법원의 개정일로부터 적어도 30일 전에 공개법정에서 형사 참심원 명부와 예비 참심원 특별명부를 토대로 추천에 의하여 40명의 배심원과 10명의 예비 참심원을 선출하여 회기명부(la liste de session)를 작성한다. 회기명부에 오른 참심원은 그 개정 기간 동안 자의 임무에 종사한다.

이와 같이 결정된 참심원은 제1회 공판기일로부터 적어도 2주 전에 도지사로부터 개별적인 통지를 수령하게 되는데, 통지를 받회기명부(이 지정된 일시에 중죄법원에 집합st도 3서기는 공개법정에서 참심원을 호명한다. 참심원으로 통지를 받고 정당한 이유 없이 출석하지 않은 경우 3,750유로의 벌금에 처한다(제288조). 제1회 공판기일에 참심원을 선정하는 절차는, 출석한 참심원 후보자의 수가 정족수 23인을 만족하는 배심원과 그 중에서, 그 미만인 배심원과 그 정족수에 해당작성때까지 예비 참심원을 음 중23인 중에서 재판장이 추천을 하여 선택된 후보자의 번호를 부른다. 참고로 회기 중에 다명의사건이 참심재판의 대상이 되므로, 회기명부에 오른 참심원 회기통상중2-3개명의사건에 대하여 참심원으로 참여하게 된다.

방청석에 대기 중인 참심원 후보자는 자의 명의번호가 불리t도 대쪽의 참심원 석으로 향하는데, 검사는 4명까지, 중인참심원을 변호인은 5명까지 이유를 말

하지 아니하고 기피를 작성한다.피를 작성한다.피를 검사나 증인 및 변호인은 후보자 명단에 의해 사전에 파악한 참심원 후보자의 연령 de 까지섬별과 법정에서 직접 참심원 후보자를 본 인상증등으로 기피권의 행사 여부를 결정한다. 이러한 과정을 통하여 9명의 참심원과 2명 정도의 예비 참심원이 최종적으로 선발되는데, 이들은 선서를 한 후 심리에 임하게 된다.

예비참심원은 평의에는 관여할 수 있으나 참심원이 공판에 참가할 수 없는 경우에만 평결에 참가할 수 있을 뿐이다. 참심원들은 사실인정에 대한 평결뿐만 아니라, 3명의 판사와 마찬가지로 법률적용에 대한 평결도 할 수 있으며, 중죄법원 재판부의 결정 중 피고인에게 불리한 모든 결정은 위 구성원 12명 중 최소 8명의 표가 있어야 유효하다(형사소송법전 제359조). 마찬가지로 2심으로 판결을 하는 경우 최소 10명의 표가 있어야 한다.