

2003-29

# 형사재판절차에 있어서 배심 및 참심제도의 도입방안

Überlegungen für die Einführung der Schwuren bzw.  
Schöffen im koreanischen Strafverfahren

도 중 진

한국형사정책연구원

연 구 자

도 중 진 (부연구위원)

## 발 간 사

재판은 국민의 권리 및 의무를 좌우하는 가장 직접적인 국가작용으로서 재판의 정당성에 대하여 어떠한 방법으로 국민의 이해를 획득할 것인가 하는 문제는 사법제도에 있어 가장 중요한 과제의 하나입니다. 또한 법치주의는 사회 내 모든 권력이나 이해관계로부터 독립한 사법부가 공정한 재판절차를 통하여 법을 선언할 때 비로소 가능하게 되고 아울러 국민의 기본권도 확보될 수 있습니다. 주권자이자 소비자인 국민의 관점에서 볼 때에는 사법도 하나의 서비스라 할 것입니다. 따라서 국가는 법관에 의한 사법서비스가 국민을 만족시켜 줄 수 있는 높은 수준을 유지할 수 있도록 법적·제도적 뒷받침을 하여야 합니다. 즉 국민주권주의의 원칙에 따르면 사법권도 국민으로부터 발생하는 것이라 할 수 있기 때문에 주권자인 국민이 사법의 객체가 아닌 주체로서 직접 참여할 수 있는 제도적인 장치가 마련되어야 할 것입니다. 미국의 연방헌법이 배심에 의한 재판을 받을 권리를 명시하고 있고, 독일이나 프랑스 등에서 참심제도를 운영하고 있는 것은 민주국가에서 주권자인 국민에 의해 재판이 이루어져야 한다는 점을 확인시키는 것이라 할 것입니다.

오늘날 사법에 대한 일반국민의 참가는 세계적인 추세입니다. 그러나 우리나라의 현행 사법제도를 살펴보면 형사소송에 일반국민의 참여를 통한 대의민주주의사상의 실현과 비전문법관의 사법참가를 통한 재판의 공정성 및 법 발전의 가능성을 추구하려는 제도적인 장치는 거의 마련되어 있지 않은 실정입니다. 이러한 상황에서 형사사법이 그 기능을 충분히 발휘하기 위해서는 국민의 폭넓은 지지와 이해 아래 일반국민이 그 운영에 대하여 주체적으로 참가할 수 있도록 함으로써 형사사법의 국민적 기반을 더욱 공고히 확립할 필요성이 있습니다. 즉 국민의 사법참여는 사법부의 독립과 인권의 보루로서 법원의 역할을 더욱 강화시킬 수 있고 국민의 사

법에 대한 인식을 증가시킴으로써 법치주의의 구현에 일조할 수 있는 것입니다. 특히 형사재판절차에 대한 일반국민의 참여제도와 관련하여서는 일반국민이 자율성과 책임감을 갖고 사법운영전반에 참가할 수 있는 배심제도나 참심제도의 도입방안을 적극적으로 검토할 필요성이 절실한 실정입니다.

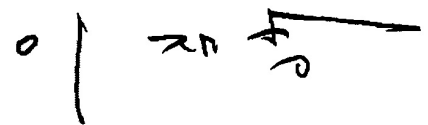
이러한 인식 아래, 이 보고서에서는 현재 세계 각국에서 시행되고 있는 일반국민의 사법참가제도를 형사재판절차에 한정하고 영미법의 배심제도와 대륙법계의 참심제도를 중심으로 비교·분석하여 프랑스형의 참심제도나 일본형의 재판원제도를 모범으로 하는 혼합형 참심제도의 도입을 검토하고 있습니다. 이를 바탕으로 현재 우리나라의 당면과제로 부상되고 있는 일반국민의 사법참가 도입방안을 강구하고자 하였습니다.

이 연구를 통하여 형사사법에 대한 국민의 참가가 합리적으로 규율되고 국민의 폭넓은 지지와 이해 아래 일반국민이 그 운영에 대하여 주체적으로 참가할 수 있도록 함으로써 형사사법의 국민적 기반을 더욱 공고히 확립하는데 많은 진척이 이루어지기를 기대합니다.

2003년 12월

한국형사정책연구원

원 장



## 목 차

국문요약 .....	13
제1장 서 론 .....	29
제1절 문제의 소재 .....	29
제2절 연구의 기본적 시점 .....	31
제2장 형사사법에 있어서 일반국민의 참가유형 .....	33
제1절 배심제도 .....	33
1. 배심재판의 의의 .....	33
2. 배심제를 시행하기 위한 필요조건 .....	35
(1) 국민의 부담 .....	36
(2) 집중심리를 실현하기 위한 변호태세 .....	37
(3) 실체법 및 절차법의 전면적 개정 .....	37
(4) 보도의 규제 .....	37
3. 배심제와 우리나라 재판의 형상 .....	38
제2절 참심제도 .....	38
1. 형사사건에서의 참심제 .....	39
2. 민사사건에서의 참심제 .....	40
제3장 영미법계의 배심제도 .....	43
제1절 영국의 형사배심제도 .....	44

## 6 형사재판절차에 있어서 배심 및 참심제도의 도입방안

1. 개관 -영국배심의 역사-	44
2. 배심재판의 적용범위	46
(1) 민사배심	46
(2) 檢屍官陪審	47
(3) 大陪審(起訴陪審, grand jury)	48
(4) 小陪審(審理陪審, petty jury)	49
1) 정식기소범죄(indictable offences)	49
2) 선택가능범죄(offences triable either way)	50
3) 약식기소범죄(summary offences)	51
3. 형사재판절차에서의 배심원자격과 배심선정절차	52
(1) 배심원의 자격	52
(2) 배심원소환절차	54
(3) 기피절차	55
1) 理由不要忌避權(peremptory challenge)	55
2) 理由附忌避權(challenge for cause)	56
3) 待機시킬(stand by for the Crown) 권리	57
4. 법관의 소송지휘와 說示	58
5. 배심의 평결	62
(1) 일반평결(general verdict)과 특별평결(special verdict)	62
(2) 다수결평결에의 변화	62
(3) 평결의 효력	64
6. 평 가	64
제2절 미국의 형사배심제도	65
1. 개 관	65
2. 배심의 적용범위	67
(1) 大陪審(起訴陪審, grand jury)	67

(2) 小陪審(審理陪審, petty jury) .....	69
3. 배심원자격과 선정절차 .....	71
(1) 배심원의 자격 .....	71
(2) 배심원선정절차 .....	73
1) 理由不要忌避(peremptory challenge) .....	74
2) 理由附忌避(challenges for cause) .....	75
3) 예비배심원전원에 대한 기피(challenge to the array) .....	76
(3) 배심의 권한 .....	77
4. 법관의 說示와 評決 .....	78
(1) 법관의 說示 .....	78
(2) 배심의 評決 .....	79
5. 평 가 .....	80
 제4장 대륙법계의 참심제도 .....	83
 제1절 독일의 참심제도 .....	83
1. 개 관 .....	83
2. 참심법원의 기능 .....	85
(1) 형사절차의 기본적 특징과 발생사 .....	85
(2) 法定法官 .....	87
1) 사물관할 .....	87
2) 재판부(Abteilung)의 구성 .....	88
3. 절차에 있어 참심법관의 역할 .....	89
(1) 법관으로서의 공정성 .....	89
(2) 참심법관의 권한 .....	90
(3) 참심법관의 평결권 .....	92

8 형사재판절차에 있어서 배심 및 참심제도의 도입방안

4. 참심법관의 직무 .....	93
(1) 참심법관의 자격요건 .....	93
(2) 참심법관 선임절차 .....	95
(3) 참심법관후보자명부 .....	95
(4) 참심법관의 선임 .....	97
5. 하자있는 참심법관의 선임이 형사절차에 미치는 영향 .....	98
6. 참심법원의 역사적 기능과 현대적 의의 .....	100
(1) 역사적 기능 .....	100
(2) 현대적 의의 .....	102
제2절 프랑스의 참심제도 .....	105
1. 개 관 .....	105
2. 현행 참심제도의 운영실정 .....	106
(1) 배심재판관(juré)이 관여하는 사건 .....	106
(2) 重罪法院(cour d'assises)의 구성 .....	107
(3) 배심재판관의 적격요건 .....	108
(4) 참심의 편성절차 .....	110
(5) 참심과 법원의 권한 .....	112
(6) 중죄법원판결에 대한 항소배제 .....	114
3. 프랑스 참심제도의 평가 .....	114
제3절 스웨덴의 참심제도 .....	116
1. 참심재판의 구조 및 참심원의 권한 .....	116
2. 참심원의 선임방법 .....	117
제4절 핀란드의 참심제도 .....	118
1. 참심재판의 구조 및 참심원의 권한 .....	118
2. 참심원의 선임방법 .....	119
제5절 배심 및 참심제도의 병용 .....	119



1. 개 관 .....	119
2. 덴마크의 병용제도 .....	121
(1) 형사재판제도의 기본구조 .....	121
(2) 참심재판의 구조·대상사건 및 참심원의 권한 .....	121
(3) 배심재판의 구조·대상사건 및 배심원의 권한 .....	122
(4) 참심원과 배심원의 선임방법 .....	123
3. 노르웨이의 병용제도 .....	123
(1) 형사재판제도의 기본구조 .....	123
(2) 참심재판의 구조·대상사건 및 참심원의 권한 .....	124
1) 제1심의 참심재판 .....	124
2) 항소심의 참심재판 .....	126
(3) 배심재판의 구조·대상사건 및 배심원의 권한 .....	127
(4) 참심원과 배심원의 선임방법 .....	128
4. 스칸디나비아 병용제 국가와 참심제 국가의 비교 .....	129
 제5장 日本의 裁判員制度 -배심 및 참심제도의 혼용-	133
제1절 개관 .....	133
제2절 재판원제도의 본질 .....	135
1. 기본적 성격 .....	135
2. 도입의 의의 및 성격 .....	136
(1) 재판원제도의 목적 .....	136
(2) 재판원제도의 헌법적합성 .....	139
제3절 재판원제도의 기본적 구조와 대상사건 .....	140
1. 기본적 구조 .....	140
(1) 재판원의 권한 및 역할 .....	140

10 형사재판절차에 있어서 배심 및 참심제도의 도입방안

(2) 재판원의 선임방법 .....	141
(3) 평결방법 .....	141
2. 대상사건 .....	142
3. 재판원제도의 기능과 문제점 .....	144
제4절 공판절차와 증거법에의 영향 .....	146
1. 재판원제도와 공판절차 .....	146
2. 재판원제도와 증거법 .....	147
제5절 재판원제도의 평가 .....	150

제6장 배심 및 참심제도 도입방안 -결론에 갈음하여- ..... 151

제1절 시민참가제도 도입의 필요성 .....	151
1. 도입의 논거 .....	151
2. 배심 및 참심제도의 장·단점 .....	154
(1) 배심제도의 장·단점 .....	154
(2) 참심제도의 장·단점 .....	157
(3) 소 결 .....	158
제2절 형사재판절차에서 시민참가제도의 도입방안 .....	159
1. 대상 형사사건의 유형 .....	159
2. 참가국민(참심법관)의 선출방법 및 의무 .....	161
3. 참심재판부의 기본 구조 .....	162
(1) 직업법관과 참심법관의 역할분담 .....	162
(2) 재판부의 구성 및 評決方法 .....	163
4. 재판의 ‘이유’ 및 항소의 인정 .....	165
(1) 판결이유 .....	165
(2) 항소의 인정 .....	166

5. 공판절차 등 .....	166
6. 참심법관에 대한 보상 .....	167
7. 참심법관 등과 관련된 벌칙 .....	167
(1) 참심법관 등의 소환불응 등 .....	167
(2) 참심법관 등의 비밀누설죄 .....	168
(3) 참심법관 등에 대한 청탁죄 .....	169
(4) 참심법관후보자의 허위답변죄 .....	169
8. 참심법관 등의 신변보호 등에 관한 조치 .....	170
(1) 참심법관 등의 개인정보의 보호 .....	170
(2) 참심법관 등 협박죄 .....	171
(3) 참심법관 등의 출석확보 .....	171
참고문헌 .....	173
독문요약 .....	179

## 12 형사재판절차에 있어서 배심 및 참심제도의 도입방안

## 국문요약

I. 재판은 국민의 권리 및 의무를 좌우하는 가장 직접적인 국가작용으로, 그 재판의 정통성에 대하여 어떠한 방법으로 국민의 이해를 획득할 것인가 라는 문제는 사법제도에 있어 가장 중요한 과제의 하나이다. 또한 법치주의는 사회 내 모든 권력이나 이해관계로부터 독립한 사법부가 공정한 재판절차를 통하여 法을 선언할 때 비로소 가능하게 되고 아울러 국민의 기본권도 확보될 수 있다. 주권자이자 소비자인 국민의 관점에서 볼 때에는 司法도 하나의 서비스라 할 수 있다.

따라서 국가는 법관에 의한 사법서비스가 국민을 만족시켜 줄 수 있는 높은 수준을 유지할 수 있도록 법적·제도적 뒷받침을 하여야 한다. 즉 국민민주주의의 원칙에 따르면 사법권도 국민으로부터 나오는 것이라 할 수 있기 때문에 주권자인 국민이 사법의 객체가 아닌 주체로서 직접 참여할 수 있는 제도적인 장치가 마련되어야 한다. 미국의 연방헌법이 陪審에 의한 재판을 받을 권리를 명시하고 있고, 독일이나 프랑스 등에서 참심제도를 운영하고 있는 것은 민주국가에서 주권자인 국민에 의해 재판이 이루어져야 한다는 점을 확인시키는 것이라 할 수 있다.

이처럼 오늘날 사법에 대한 일반국민의 참가는 세계적인 추세이다. 그러나 우리나라의 현행 사법제도를 살펴보면 형사재판에 일반국민의 참여를 통한 대의민주주의사상의 실현과 비전문법관의 사법참가를 통한 재판의 공정성과 법 발전의 가능성을 추구하려는 제도적인 장치는 거의 마련되어 있지 않은 실정이다. 이러한 상황에서 형사사법이 그 기능을 충분히 발휘하기 위해서는 국민의 폭넓은 지지와 이해 아래, 일반국민이 그 운영에 대하여 주체적으로 참가할 수 있도록 함으로써 형사사법의 국민적 기

반을 더욱 공고히 확립할 필요성이 있다. 즉 국민의 사법참여는 사법부의 독립과 인권의 보루로서 법원의 역할을 더욱 강화시킬 수 있고, 국민의 사법에 대한 인식을 증가시킴으로써 법치주의의 구현에 一助할 수 있다. 특히 형사재판절차에 대한 일반국민의 참여제도와 관련하여서는 일반국민이 자율성과 책임감을 갖고 사법운영전반에 참가할 수 있는 배심제도나 참심제도의 도입방안을 적극적으로 검토할 필요성이 절실한 실정이다.

이러한 인식 아래, 이 보고서에서는 현재 세계각국에서 시행되고 있는 일반국민의 사법참가제도를 형사재판절차에 한정하여 영미법의 배심제도와 대륙법계의 참심제도를 중심으로 검토하였다. 이를 바탕으로 현재 우리나라의 당면과제로 부상되고 있는 일반국민의 사법참가 도입방안을 강구하고자 하는 것이 이 글의 주된 목적이다.

Ⅱ-1. 배심제도는 일반 시민들이 재판에 참여하여 사실인정 또는 기소여부의 결정을 담당하는 제도를 의미한다. 배심원이 직업법관과 독립하여 사실문제에 대하여 評決을 내리면 법관이 사실판단에 대한 평결결과에 구속된다는 점에서, 일반인인 참심원이 직업법관과 함께 재판부의 일원으로 참가하여 직업법관과 동등한 권한을 가지고 사실문제 및 법률문제를 모두 담당하는 참심제도와 구별된다.

배심제도는 이미 10세기경부터 영국에서 시작되어 18세기에 이르러 배심원이 증거로부터 사실을 인정하는 근대적 배심제도가 확립되었다. 미국의 배심제도는 식민통치국인 영국의 부당한 권력행사로부터 개인의 자유를 보호한다는 의미에서 그 중요성이 더욱 강조되었으며, 영미에서 발전한 배심제도는 프랑스혁명을 전후하여 유럽에도 수용되었지만 프랑스와 독일 등 대륙법계 국가에서는 배심제도가 참심제도로 변모되어 정착되었다.

Ⅱ-2. 배심제도의 모국인 영국에서는 1933년에 ‘기소배심(대배심, grand

jury)’제도가 폐지되었고 소배심제도도 일부 축소되어 현재는 중죄(felony)에 대한 정식기소사건의 경우, 그리고 인격권에 기초한 민사청구사건의 경우에 제한적으로 배심재판이 활용되고 있다. 배심원단은 12명으로 구성되고 만장일치가 원칙이지만, 특별한 경우 형사사건에 있어서는 10명 이상, 민사사건의 경우 8명 이상의 다수결로 평결할 수 있다.

영국의 배심제도를 받아들여 배심에 의한 재판을 받을 권리를 헌법상 권리로 보장하고 있는 미국에서는 배심제도가 대단히 잘 발달되어 있다. 기소배심제도가 그대로 존속하고 있음은 물론, 연간 약 30여만건의 민·형사사건이 배심재판으로 심리되고 있는데, 그 중 형사사건이 약 10만건, 민사재판이 약 20만건에 이르고 있다.

프랑스는 대혁명 이후 1791년 헌법에서 배심제도를 도입하였으나 1808년에 기소배심제도는 폐지되었다. 그 후 일반배심제도도 프랑스 사법제도의 틀에 맞추어 그 내용이 점진적으로 변화하여 직업법관 3인과 배심원 9인의 합의하에 사실판단 및 법률판단을 내리는 실질적인 참심제로 변형되었으며, 현재 직업법관과 배심원의 합의에 의한 재판제도는 ‘중죄법원(cour d’assises)’에서의 중죄사건의 심리에만 적용되고 있다.

독일에서도 프랑스의 영향으로 19세기 중반 배심제도를 도입하였으나, 1924년 배심제도를 폐지하고 참심제도로 전환하였다. 또한 일본도 1923년 ‘배심법’을 제정하여 1928년부터 형사소송에 있어 기소배심을 제외한 배심제도를 시행하였으나 배심재판이 거의 활용되지 않았고, 결국 1943년 ‘배심법의정지에관한법률’이 제정되어 배심제도는 사실상 폐지된 상태이다.

II-3. 배심제도는 국민이 직접 사법에 참여할 수 있으므로 민주주의의 원리에 부합하며, 국민에 대한 교육효과도 지대하다는 점에서 법치주의의 정착에 크게 기여할 수 있는 제도이다. 또한 증거에 대한 판단이 일반인의 상식을 기초로 이루어지게 됨으로써 사건당사자와 일반국민이 누구든지

쉽게 납득할 수 있는 재판결과를 기대할 수도 있다. 그리고 배심제도를 채택할 경우 모든 재판과정이 배심이 있는 법정을 중심으로 공개적으로 이루어져야 하므로 구두변론주의·증거재판주의·직접주의·집중심리의 철저한 실시가 불가피하게 되고, 충실한 재판이 가능하게 되어 오판이 줄어들 가능성도 높다. 아울러 보다 구체적이고 타당성 있는 결론을 도출할 수 있기 때문에 전체적으로 재판에 대한 불신을 해소할 수 있다는 장점을 가지고 있다.

그러나 반면에 배심원을 선정함에 있어 사회 내 소수계층은 미등록 등의 사유로 제외될 수밖에 없어 배심원단이 사회공동체의 진정한 대표성을 갖추기는 어려운 측면이 있다. 법률전문가가 아닌 배심원들이 언론이나 여론 또는 자신의 입장에 따른 선입관 등의 영향으로 사실인정을 그르칠 염려도 크다. 한편 배심원단을 유지하고 관리하는 데 상당한 시간과 비용의 투입이 불가피하므로 전체적으로 소송비용이 크게 증가하게 된다는 단점이 있다.

또한 배심제는 소송절차에 있어 철저한 당사자주의를 전제로 하는 것이므로 변호사의 능력에 따라 소송결과가 좌우될 수 있으며, 결국 경제적 약자에게 불리하게 작용할 수 있다. 증거관계가 복잡한 사건이나 전문적 지식이 필요한 사건의 경우에는 일반인들인 배심원이 이를 판단하기 곤란한 경우가 대부분이고, 사건해결에 있어 구체적 타당성을 지나치게 강조하여 법적 안정성을 해할 우려도 있다. 그 뿐만 아니라 배심원이 혈연·학연·지연·기타 개인적 감정을 기초로 판단하는 것을 방지할 수 있는 확실한 제도적 장치도 마련하기 어렵다. 현행헌법에 입각하면 배심제도는 ‘모든 국민은 법관에 의한 재판을 받을 권리가 있고, 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속하며, 법관은 양심에 따라 독립하여 심판한다’고 규정하고 있는 헌법규정에 위배되어 위헌이 될 소지가 있다는 지적도 있다.



Ⅲ-1. 이에 대하여 참심제도는 직업법관이 아닌 일반인인 참심법관과 직업법관이 하나의 재판부를 구성하여 합의에 의해 재판하는 제도를 말한다. 참심제도는 당초 관료법관에 대한 불신에서 사법의 통제·감시장치로서 도입된 것이었으나, 오늘날은 유럽국가에서 사법의 독립이 완전히 보장됨으로써 통제 및 감시기능은 그 의의를 잃게 되었고, 오히려 일반인으로 하여금 판결의 결론이 도출되는 과정을 직접 체험하게 함으로써 재판에 대한 국민의 신뢰를 높이는 기능과 판결에 일반인의 건전한 상식을 반영하는 기능을 발휘하고 있는 점에 대한 의의가 크게 부각되고 있다.

Ⅲ-2. 참심제도는 유럽대륙에서 널리 운용되고 있는 제도로 이미 13세기경부터 참심제도를 실시하고 있는 스웨덴이 가장 오랜 전통을 지니고 있다. 이미 언급한 것처럼, 독일이나 프랑스는 처음에는 배심제도를 도입하였다가 참심제도로 전환한 대표적인 국가들이다. 유럽에서는 참심제도가 주로 형사사건에서 활용되고 있으며, 그밖에도 특허사건·행정사건·商事事件 등 특수한 전문사건의 경우에 이용되고 있다. 현재 참심제도는 각국에 따라 그 제도가 일률적으로 운용되고 있는 것은 아니지만, 독일, 프랑스, 스웨덴, 덴마크, 노르웨이, 핀란드 등에서 활용되고 있다.

Ⅲ-3. 참심제도 역시 배심제도와 마찬가지로 국민의 직접적 사법참가를 통하여 직업법관에 대한 민주적 견제와 감시기능을 할 수 있으며, 국민에 대한 교육효과도 거둘 수 있다. 국민에게 재판 및 심의과정이 실질적으로 공개되어 사법의 투명성을 확보할 수 있고, 건전한 상식에 입각한 재판이 이루어질 수 있는 가능성도 높다. 그뿐만 아니라 배심제도에 비해 비용이 적게 들고, 직업법관이 합의에 참여하여 일반인의 정서적 판단에 따른 오판도 방지할 수 있는 장점을 지닌 제도라 할 것이다.

그러나 현실적으로 법률전문가인 직업법관과 일반시민인 참심법관이 대

등한 위치에서 합의할 것을 기대하기 어렵고, 참심법관이 직업법관의 영향을 받을 수밖에 없기 때문에 참심법관의 역할이 형식적인 것에 그칠 가능성도 있다. 재판절차에 있어서는 비전문가가 심리에 참여함으로써 소송이 장기화될 수 있다는 단점을 지니고 있다. 한편 참심법관으로 선출된 시민의 부담이 매우 크며, 직업법관에 비하여 참심법관이 여론으로부터의 영향에 취약한 면도 있다.

참심제도가 잘 발달되어 있는 독일에서도 제도 운용 과정에서 여러 문제점이 발생하고 있으나, 참심제도를 상징적이고 민주적 대표성을 지향하는 역할을 수행하는 제도로 이해하고, 시민의 국가에 대한 직접적인 책임의 일부가 실현되는 제도로 이해하고 있기 때문에 일반인의 사법에 대한 신뢰와 이해를 보호하기 위하여 이 제도를 그대로 유지하고 있다고 한다.

IV-1. 지난 2001년 6월 12일에 공표된 일본의 ‘司法制度改革審議會意見書(이하 ‘의견서’로 약함)’는 ‘제IV장 국민적 기반의 확립’이라는 장에서 ‘형사소송절차에서 일반국민이 재판관과 함께 책임을 분담하면서 협력하여 재판내용의 결정에 주체적·실질적으로 관여할 수 있는 새로운 제도를 도입하여야 한다’는 의견을 제시하였다. 이는 피의자의 공적 변호제도와 함께 일본 형사사법개혁의 중요한 과제로서 형사절차에 재판원제도의 도입을 제안한 것이다.

일본에서 국민의 사법참가는 1943년 배심법시행령지이래 장년에 걸친 검토과제로, 특히 민주주의국가의 주권자인 일반국민이 재판에 주체적·실질적으로 관여하는 제도는 형사절차 전반에 커다란 영향을 미치는 만큼 충분한 논의를 거쳐 입법화되어야 한다는 점에 의견은 일치하고 있다.

여기서 먼저 동 ‘의견서’가 제안하는 ‘재판원제도’의 개요를 대략적으로 살펴보면 다음과 같다. 첫째 직업법관과 국민(재판원)이 합의하여 형사사건에 대한 유·무죄의 결정 및 형의 양정을 행한다. 둘째 재판원의 선임은

선거인명부로부터 무작위로 추출한 자를 모체로 하여 사건별로 선임한다. 셋째 대상사건은 법정형이 무거운 중대범죄로 하지만, 피고인의 認否에 의한 구별은 두지 않고 피고인의 사퇴도 인정하지 않는다. 넷째 가능하면 연일 계속하여 공판을 개정하고 쟁점에 집중·충실한 심리를 행한다. 다섯째 당사자로부터 사실오인, 양형부당을 이유로 하는 상소를 인정한다. 이러한 재판원제도는 현재까지 정지 중인 배심제도와는 그 성격을 달리하는 것으로 그 기본은 오히려 참심제도가 될 것이다.

IV-2. 이상과 같은 일본의 재판원제도는 참심제도를 기본으로 하면서도 일부 배심제적 요소를 채용하고 있다. 참심제도에 대하여는 특히 배심제는 자로부터 직업법관이 절차의 주재자와 유죄·무죄의 판단자 역할을 겸하고 있기 때문에 이로부터 발생하는 여러 문제(당사자주의, 증거법, 무죄추정원칙 등의 불철저, 사실인정과 양형심리의 혼동)를 해결할 수 없을 뿐만 아니라, 특수한 선발과정을 거쳐 선임된 참심원은 사회의 대표자라 할 수 없고 직업적인 숙련도도 우려된다는 등의 비판이 가해지고 있다.

이에 대하여 참심제논자는, 참심제도는 ‘종적 협동관계’가 아니라 ‘횡적 협동관계’를 기초로 하는 것이기 때문에 법관과 시민의 협동에 의해 법관의 의식을 시민화하기 쉽고, 중대사건에 한정됨이 없이 양형에도 관여하는 것이므로 배심제보다 훨씬 많은 사건에 시민이 관여할 수 있으며, 판결에 이유를 붙일 수 있어 오판구제도 가능하다는 점등을 주장한다. 다만 참심제에서는 참심원(시민)이 직업법관에게 지배될 위험성이 높기 때문에, ① 참심원의 수를 직업법관의 수보다 많게 할 것, ② 유능한 시민을 참심원에 선임할 것 등이 필수조건이 된다.

이들 조건 중 ①과 관련하여 심의과정에서는 최대 12인부터 최소 3, 4인까지의 다양한 의견이 제시되었을 뿐 ‘의견서’는 명확히 밝히지 않고 있다. 참심제도를 기본으로 한 구체적 제안으로는, 중대사건의 경우 ‘직업법

관 2인과 재판원 3인, ‘직업법관 3인과 재판원 4인’ 등의 구성이 제시되었다. 즉 협동에 따른 제문제를 해소할 수 있는 구성비는 직업법관의 2배 이상이 바람직하다는 것이다.

문제는 ②라 할 수 있다. 참심제도에서는 참심원이 직업법관과 대등하게 논의할 것이 기대되고 있음에도, ‘의견서’처럼 무작위추출을 기초로 사전별로 선임된 재판원에게 과연 그것이 가능할 것인가가 문제된다. 이에 대하여는 무작위추출만으로는 양질의 재판원을 확보할 수 없다는 이유로 ‘공모제’, ‘추천제’의 병용이나 후보자리스트에 의거하여 재판원선출위원회가 명부를 작성하는 방법 등이 제안되고 있다.

이와 관련하여, ‘의견서’는 재판원은 하나의 사건을 담당하는 것으로 하여 임기제를 채택하지 않았다. 이는 선임방법과 같이 일반국민에게 사법참가의 기회를 부여하는 것(보편성) 등을 고려하였기 때문이다. 물론 장기의 임기에 의해 재판원이 세미프로화하는 것도 문제라 할 것이지만, 어느 정도 양질이면서 반드시 의욕적이라 할 수 없는 자가 일정한 경험도 없이 직업법관과 협동할 수 있는가는 의문이라 할 것이다. 어쨌든 ‘의견서’를 전제로 하는 한 재판원의 수나 평결방법 등을 연구하여 재판원이 안정하게 직업법관과 영합할 수 없는 제도를 구축할 필요가 있을 것이다.

IV-3. 일본의 재판원제도에 대하여는 이 제도가 ‘최악의 시나리오’로 인권무시의 수사·신병구속의 실태나 소극적인 증거개시의 운용을 발본적으로 개혁하는 것이 아니라 재판원제도를 빙자하여 ‘의견서’의 각 개소에서 강조되고 있는 ‘집중적인 신속심리’의 실현만을 고려함으로써 피고인의 방어권이 침해되고 오판이 多發할 것이라는 우려가 지적되고 있다.

따라서 재판원제도를 ‘위험한 타협의 산물’이 아니라 ‘형사사법의 확실한 전진’으로 만들기 위해서는 현재 형사사법의 문제점을 올바르게 인식하여 이를 해결하는 방향으로 제도를 설계하여야 하며, 이 때에는 재판원제

도의 전체상이나 형사절차전체와의 관계에도 충분히 유의할 필요가 있다.

V-1. 이상에서 고찰한 바와 같이, 배심제도는 나름대로의 역사·문화적 배경 하에 성립된 것이고, 또 공정성, 시간, 비용 등 여러 가지 문제점을 내포하고 있는 제도로 우리 실정에 비추어 볼 때 쉽사리 채택할 수 있는 제도라 할 수 없다. 그러나 대륙법계 국가에서 다수 채택하고 있는 참심제도는 이를 우리 실정에 맞게 변용하여 채택을 검토할 필요가 있다. 이러한 취지에서 참심제도를 변형시킨 프랑스형의 참심제도나 일본형의 재판원제도와 같은 ‘배심·참심제도 혼합형’의 도입 여부를 적극적으로 고려할 필요가 있다.

즉 형사재판절차에 프랑스형의 참심제도나 일본형의 재판원제도와 같은 ‘混合型 參審制度(假稱)’의 도입을 전제로 시민참가제도를 도입하는 경우에는, 司法의 국민적 기반을 보다 확고한 것으로 확립하기 위하여 다음과 같이 재판절차, ‘參審法官(假稱)’의 선임과정 및 법원, 검찰청의 운영 등과 같은 다양한 분야에서 적절한 참가장치를 정비할 필요가 있다. 예상되는 그 주된 골격은 다음과 같다.

V-2. (1) ‘혼합형 참심제도(가칭)’는 국민이 재판내용의 결정에 ‘재판의 주체, 권리주체’로서 참가하는 제도이다. 이 제도는 국민의 국정(국가재판권의 행사)참가를 구체화하는 것으로 취급되어야 하므로 가능한 한 폭넓게 활용되는 것이 바람직할 것이다.

즉 그 대상사건의 유형으로는 국민의 관심이 높고, 사회적으로도 영향이 큰 ‘法定刑이 重한 重大犯罪’로 하여야 할 것이다. ‘法定刑이 重한 重大犯罪’의 범위로는 예를 들면 ‘法定合議部事件(법원조직법 제32조)’이나 사형 또는 무기형에 해당하는 사건 등의 유형을 생각할 수 있지만, 현실적인 법원의 업무부담과 관련한 사건 수 등을 고려하여 충분한 검토가 이루어

질 필요가 있다. 한편 ‘혼합형 참심법관(가칭)’에 대한 위해나 협박 등이 우려되는 조직범죄나 테러사건 등과 같은 특수한 사건에 대하여는 예외적으로 대상사건에서 배제하거나 참심법관의 신변안전조치를 강구할 필요가 있을 것이다.

(2) ‘혼합형 참심제도(가칭)’는 유죄·무죄의 판정에 그치는 것이 아니라, 刑의 量定에도 관여하는 점에 그 의의를 인정할 수 있기 때문에 ‘法定 刑이 重한 重大犯罪’의 공소사실에 대한 피고인의 認否에 따른 구별은 두지 않아야 한다.

(3) 새로운 참가제도는 개개 피고인을 위한 것이라기 보다는 국민일반에게나 재판제도로서 중요한 의의를 인정하여 도입하려는 것인 이상, 소송의 일방당사자인 피고인이 ‘혼합형 참심’이 참가한 재판부에 의한 재판을 거부하고, 직업법관만으로 구성된 재판부에 의한 재판을 선택하는 제도는 인정하지 않는 것이 바람직할 것이다.

V-3. (1) 원칙적으로 새로운 참가제도에서는 모든 국민이 동등하게 사법에 참가할 기회를 가짐과 동시에 그 책임을 져야 하기 때문에, ‘참심법관’의 선임에 대하여는 국민들 중에서 공평한 선임이 이루어질 수 있도록 선거인명부로부터 무작위의 방법으로 추출한 者를 토대로 삼아야 할 것이다. 이를 기초로 참심법관으로서 사건을 담당하기에 적합한 者를 선임하기 위하여 공평한 법원에 의한 공정한 재판을 확보할 수 있도록 적절한 장치(결격사유 및 직업법관의 제척사유 및 기피제도 등의 준용 등)를 설치하여야 한다. 즉 무작위추출방식으로는 불공정한 참심법관후보자도 소집될 수 있기 때문에 당사자에게 일정한도의 기피권을 인정하여야 할 것이다. 무작위추출방식과 최종적인 선택시 당사자의 관여(기피권의 행사)가 어우러질 때 이를 통하여 선임된 참심법관에게 정통성이 부여될 것이기 때문이다.

가능한 많은 국민에게 참가할 기회를 부여하면서도 참심법관이 된 者에

게 과도한 부담이 되지 않게 하기 위해서는 참심법관을 구체적인 사건별로 선임하고 하나의 사건을 판결에 이를 때까지 담당하게 하여 선고공판 종료 후 해임하는 방법이 바람직하다.

(2) 참심법관 선임의 실효성을 확보하기 위해서는 법원으로부터 소환을 받은 참심법관후보자는 출두의무를 지도록 하여야 한다. 다만 건강상의 이유 등과 같이 부득이 하다고 인정되는 사정에 의해 출두할 수 없는 경우나 과거 일정기간(예컨대 2년 이내 등) 내에 참심법관에 선임된 경우 등과 같은 일정한 경우에는 그 의무를 면제할 수 있도록 하여야 할 것이다.

참심법관이 직업법관과 동일하게 評議의 내용 등 직무상 알게 된 비밀에 관한 수비의무를 지도록 하거나, 참심법관 및 참심법관후보자가 각각 상당액의 여비·수당 등의 지급을 받도록 하여야 하는 것은 말할 필요도 없다. 그밖에도 참심법관의 직무의 공정성 확보나 참심법관의 신분안전조치 등을 위한 장치를 강구하여야 한다.

V-4. 참심법관의 참가의의는 직업법관과 참심법관이 책임을 분담하면서 법률전문가인 직업법관과 법률문외한인 참심법관 상호간의 의사소통을 통하여 각자의 지식·경험 등을 공유하고 그 성과를 재판내용에 반영시키는 점에서 찾을 수 있다. 이러한 의의는 범죄사실의 인정 내지 유죄·무죄의 판정절차에 그치는 것이 아니라, 이와 동시에 국민의 관심이 높은 刑의 量定節次에 대하여도 타당하다 할 것이므로 양 절차에 모두 참심법관이 관여하여 건전한 사회상식을 반영시키도록 하여야 한다. 또한 직업법관과 참심법관 간의 상호의사소통에 의한 지식·경험 등의 공유라는 과정에 의의가 있는 것이므로, 직업법관과 참심법관이 함께 評議하여 유죄·무죄의 결정 및 刑의 量定을 담당하게 하여야 할 것이다. 다만 법률문제, 소송절차상의 문제 등과 같은 전문성·기술성이 요구되는 사항에 대하여 참심법관의 관여를 인정할 것인지 여부는 검토를 필요로 한다.

참심법관이 직업법관과 함께 책임을 분담하면서 재판내용의 결정에 대한 주체적·실질적 관여의 확보를 위하여 참심법관은 評議에 있어서도 직업법관과 기본적으로 동등한 권한을 갖는 외에 심리과정에서도 증인 등에 대한 질문권 서류열람권 등의 적당한 권한을 행사할 수 있어야 한다.

V-5. 판결문의 내용은 직업법관만으로 구성된 재판의 경우와 기본적으로 동일한 형태로 작성하여야 할 것이다. 즉 국민이 참가하는 제도에 있어서도 판결에 이유를 명시하는 것이 바람직하다. 다만 복수의 국민이 참가한다는 점, 참심법관제도에 있어서는 집중심리에 의해 심리하고 심리종결 후 바로 판결을 선고하여야 한다는 점, 현행 형사소송법도 유죄의 판결이 유로서 범죄될 사실, 증거의 요지, 법령의 적용을 명시하도록 규정(제323조 제1항)하고 있는 점등을 감안하면, 참심법관제도에서 이유의 명시방법으로는 예컨대 직업법관이 참심법관에게 說示를 행하고, 이를 전제로 쟁점마다 판단내용을 명시하는 방법 등의 새로운 판결방법도 고려할 수 있을 것이다.

판결결론의 정당성을 그 자체로 명시하고, 당사자 및 국민일반에게 설명하여 그 납득이나 신뢰를 획득함과 동시에 상소에 의한 구제를 가능하고 용이하게 하기 위하여 판결문에는 실질적인 이유를 명시할 필요가 있다. 또한 참심법관이 관여하는 경우에도 판결문의 내용은, 직업법관만으로 구성된 재판의 경우와 기본적으로 동일하게 評議의 결과에 기초하여 직업법관이 작성하도록 하여야 할 것이다.

한편 참심법관제도에서도 사실문제에 대하여는 현행 직업법관에 의한 재판과 동일하게 적어도 2회의 재판을 받을 권리가 보장되어야 하며 이는 세계적인 조류에도 합치하는 것이다. 참심법관이 관여하는 경우에도 誤判이나 刑의 量定에 대한 판단오류의 가능성이 있음을 고려하면, 직업법관만으로 구성된 재판 판결의 경우와 동일하게 유죄·무죄의 판정이나 양형에



대하여도 당사자의 항소를 인정하여야 할 것이다. 항소심 재판부의 구성, 심리방식 등에 대하여는 제1심 재판부의 구성 등과의 관계를 고려하여 검토를 행할 필요가 있다.

V-6. 참심법관이 소송절차에 참가하는 경우에도 직업법관인 재판장이 소송절차를 주재하고 공판에서 소송지휘를 담당하는 점에 변화는 없다.

참심법관이 심리를 알기 쉽게 하기 위하여 공판은 가능한 한 連日・계속하여 개정하고, 중요한 쟁점에 집중하여 충실한 심리가 이루어지도록 하는 것이 무엇보다 필요하다. 이를 위해서는 적절한 범위의 證據開示를 전제로 한 쟁점정리에 의거하여 효율적인 심리가 이루어질 수 있도록 공판 준비절차의 정비나 하나의 형사사건에 존사할 수 있는 변호체제의 정비가 불가결하다. 또한 법률전문가가 아닌 참심법관이 공판에서의 증거조사를 통하여 충분한 心證을 형성할 수 있게 하기 위하여 ‘口頭主義・直接主義’의 실질화를 모색하는 것도 절실하게 필요하다.

이러한 요청은 형사재판절차 일반에 대하여도 기본적으로 타당한 것이지만, 참심법관이 참가하는 절차에 대하여는 참심법관의 주체적・실질적 관여를 확보한다는 차원에서 관계법령의 정비가 이루어져야 할 것이다.

V-7. 참심법관 및 보충참심법관에 선임되는 경우에는 장기간에 걸친 사회적・경제적 활동이 불가능하기 때문에 이에 대한 적절한 보상 등이 이루어져야 한다.

따라서 참심법관, 보충참심법관 및 소환에 따라 출두한 참심법관후보자에 대하여는 적절한 여비, 일당, 숙박료 등을 지급하는 방안을 강구하여야 하며, 또한 참심법관 등이 그 직무와 관련하여 부상 등의 재해를 입은 경우나 이로 인하여 막대한 경제적 손실 등이 예상되는 경우에는 이를 보상할 수 있는 방안을 모색할 필요가 있다.

V-8. 참심법관 등이 소환에 응할 의무, 선서의무를 지는 것을 전제로 그 이행을 담보하기 위해서는 제재조치를 취할 필요가 있으며, 이는 양 의무가 법률상의 의무라는 점을 명확히 하기 위하여도 필요하다.

따라서 소환받은 참심법관후보자, 참심법관 또는 보충참심법관이 정당한 이유없이 출석하지 않거나 정당한 이유없이 선서를 거부하는 경우에는 재판장이 결정으로 적정한 금액(예컨대 100만원 이하 등)의 과태료에 처할 수 있는 제재조치를 마련할 필요가 있다.

한편 참심법관 등이 評議의 비밀 기타 직무상 知得한 비밀을 누설하는 행위와 재판부의 다른 구성원 이외의 자에 대하여 당해 사건의 사실인정, 刑의 量定 등에 관한 의견을 진술하는 행위를 처벌하여야 한다는 관점에서 참심법관 등의 비밀누설죄를 규정할 필요가 있다. 즉 비밀누설 등에 의해 재판의 신뢰성이 크게 훼손되어 재판제도의 존립 자체에도 영향을 미칠 것이라는 점을 고려하면 재판의 공정성 및 이에 대한 일반의 신뢰보호를 위하여 이러한 벌칙의 규정이 필요하다 할 것이다.

즉 法定刑에 대하여는 직무상 知得한 비밀누설을 처벌하는 立法例(예컨대 형법 제127조, 제317조 등)에서 징역형과 벌금형이 법정되어 있는 점과의 형평성을 꾀한다는 관점에서 징역형과 벌금형의 선택형을 규정할 필요가 있다. 즉 참심법관, 보충참심법관 또는 이들 職에 있던 者가 評議의 경과, 각 직업법관 또는 각 참심법관의 의견, 그 多少의 數 기타 직무상 知得한 비밀을 누설하거나, 재판부의 직업법관 및 다른 참심법관 이외의 者에 대하여 그 담당사건의 사실인정, 刑의 量定 등에 관한 의견을 진술한 때에는 0년 이하의 징역 또는 000만원 이하의 벌금형에 처한다고 규정할 필요가 있다.

또한 국가 사법기능의 공정성과 재판의 신뢰성 보호를 담보하기 위한 적극적인 제재장치로서, 참심법관 또는 보충참심법관에 대하여 그 직무와 관련하여 청탁한 者, 사건의 심판에 영향을 끼칠 목적으로 참심법관 또는 보

충심법관에 대하여 그 담당사건에 관한 의견을 진술하거나 또는 그 담당 사건에 관한 정보를 제공한 者를 처벌하는 규정을 설치할 필요가 있다.

‘담당사건에 관한 의견을 진술하는 행위’로는, 예컨대 ‘피고인이 무죄라고 생각한다’든지, ‘피고인을 사형에 처하여야 한다’는 등의 판결주문에 관하여 직접적인 의견을 진술하는 경우 외에, ‘피해자의 진술은 신뢰할 수 없다’는 등의 증거평가와 관련된 진술 등을 예상할 수 있다. 또한 ‘담당사건에 관한 정보를 제공하는 행위’로는 ‘본 사건에는 수사기관도 알지 못하는 목격자가 있다’든지 ‘피고인은 매일 종교생활 등으로 자신의 행위를 반성하고 있다’는 등 발언자의 평가나 의견에 해당하지 않는 정보를 전달하는 경우 등을 들 수 있다.

한편 뇌물죄에 대하여는 참심법관은 형법 제129조 이하의 규정이 적용되는 공무원의 신분임을 명시할 필요가 있다.

V-9. 참심법관 또는 참심법관후보자의 결격사유나 理由附忌避, 理由不要忌避에 관한 판단을 적절하게 행하기 위해서는 참심법관 등의 개인정보를 파악하는 것이 필요하지만, 한편으로 참심법관 등에 대한 정보제공 및 청탁죄, 협박죄 등을 감안하면 이들 개인정보를 충분히 보호할 필요가 있다.

이러한 관점에서 소송관계서류로 참심법관 등의 성명 이외의 개인정보가 기재되어 있는 서류는 공개하지 않는 것이 바람직할 것이다.

소송에 관한 서류에는 참심법관 등의 성명뿐만 아니라, 생년월일, 주소, 직업 등의 개인정보가 기재될 것이 예상되는 바, 소송기록은 당사자의 열람대상이 될 뿐만 아니라 사건확정 후에는 ‘公共機關의情報公開에 관한法律 및 法院情報公開規則’의 절차에 따라 일반에게도 공개된다고 할 수 있다. 그러나 이들 개인정보는 오로지 참심법관 등의 선임을 적절하게 행하기 위하여 수집·기록된 정보이기 때문에 참심법관 등의 선임의 적정을 기하기 위하여 당사자에게 開示하는 경우 이외에는 공개할 필요성이 적고, 특

히 그 성명 이외의 개인정보에 대하여는 privacy로서 보호할 필요성이 높다고 할 것이므로 이를 공개하지 않는 방안이 강구되어야 할 것이다.

따라서 소송에 관한 서류로 참심법관, 보충참심법관 또는 참심법관후보자의 성명 이외의 개인정보가 기재된 서류는 이를 공개하지 않는 것을 원칙으로 삼아야 하며, 나아가 그 누구도 참심법관, 보충참심법관 또는 참심법관후보자의 성명, 주소 기타 이들을 특정할 수 있는 사실을 공표하지 못하도록 하여야 할 것이다.

한편 참심법관 등에 대한 청탁죄와 같이 참심법관 등에 대한 부당한 행위를 처벌대상으로 규정함으로써 재판의 공정성 및 이에 대한 신뢰를 보호하려는 적극적인 제재장치이다. 즉 참심법관, 보충참심법관 및 이들 친족들에 대한 협박행위를 처벌하고 개개 참심법관 등의 개인적 평온 내지 자유에 대한 침해를 보호함으로써 재판의 공정성 및 이에 대한 신뢰보호를 실현하여야 하기 때문이다.

따라서 참심법관, 보충참심법관 또는 이들 職에 있던 者 및 참심법관후보자 또는 그 친족에 대하여, 면담, 문서송부, 전화 기타 어떠한 방법이든지 불문하고 그 담당사건에 관하여 협박행위를 한 者는 〇년 이하 징역에 처하도록 규정하는 방안을 강구할 필요가 있다.

## 제1장 서 론

### 제1절 문제의 소재

재판은 국민의 권리 및 의무를 좌우하는 가장 직접적인 국가작용으로, 그 재판의 정통성에 대하여 어떠한 방법으로 국민의 이해를 획득할 것인가 라는 문제는 사법제도에 있어 가장 중요한 과제의 하나이다.

영미법계의 배심제도, 대륙법계의 (배심)참심제도의 채용은 역사적으로 볼 때 독립, 혁명 등의 국가형성이나 변혁과 깊은 관계를 맺고 있으며 이들 제도는 사법제도임과 동시에 훌륭한 정치적인 제도라 할 수 있다. 사법제도로서의 배심제도는 후술하는 것처럼 誤判의 위험성이 강하고, 많은 비용이 소용되는 등의 이유에서 프랑스나 독일에서는 점진적으로 참심제로 이행하여 왔으며, 영국에서도 대배심(기소배심)의 폐지, 민사·형사사건에서 배심대상사건의 축소가 이루어졌다.<sup>1)</sup>

1) 프랑스에서는 혁명을 계기로 1791년 헌법에 따라 배심제도가 도입되었다. 그러나 배심재판의 무죄율이 높고(1903년에는 중죄피고인의 33%가 무죄판결을 받았다), 배심재판에 대한 비판 등의 이유로 1941년에 법관이 사실문제에 대하여도 배심원과 함께 평결에 참여하도록 개정되어, 배심원의 수가 6인으로 감소되었다(배심원의 인수는 1945년에 7인, 1958년에 9인으로 변경). 배심의 명칭이 유지되었다고는 하지만(기소배심은 1808년에 폐지), 실질적으로는 참심제로 이행하였다 : 佐藤篤土, 林毅編著, 司法への民衆參加, 167面.

독일에서도 프랑스혁명의 영향 아래 배심제도입의 논의가 시작되어 1848년 3월 혁명이후 독일 각지에서 형사사건에 대하여 배심제가 도입되었다. 그러나 여러 난점이 지적되고, 1850년 Hannover에서 참심제가 도입되는 등 참심제로의 이행이 시작되어 1877년의 형사소송법, 법원조직법에 의한 배심제, 참심제 및 직업법관에 의한 재판과의 並存을 거쳐 1924년 당시 사법장관 Eminnger의 개혁에 의해 배심재판은 완전히 폐지되고 참심제가 확립하였다 : 佐藤篤土, 林毅編著, 司法への民衆參加, 189面.

영국에서는 배심재판의 대상은 점점 축소되고 있다. 형사사건에 대하여는 1977년, 1988년의 법률에 의해 많은 공공질서죄가 ‘형사법원(Crown Court)’의 관할에서 제외됨에 따라 배심재판의 대상에서 제외되었다. 민사사건에 대하여는 1883년, 1933년의 법률에 의해 점진적으로 축소되어 현재 배심재판은 명예훼손 등 일정한 특수사건에서 당사자가 청구한 경우로 한정되었다. 상세한 것은 후술참조.

한편 일본에서는 大正12(1923)年 당시의 大正デモクラ시를 배경으로 ‘陪審法[大正12(1923)年4月18日法律第80号]’이 제정되어 昭和(1928)年부터 昭和18(1943)年까지 484건의 배심재판이 실시되었다. 이 제도의 평가나 현행 헌법 하에서 배심법이 정지된 이유에 대하여는 다양한 의견이 있지만, 기본적으로 일본에는 이 제도를 부활시키기 위한 정치적, 사회적인 에너지가 존재하지 않았던 점에 기인한다고 할 수 있다. 또한 제2차 세계대전 후 미국의 대배심과 유사한 제도로 檢察審査會制度가 창설되고, 불기소의 판단에 대하여 심사하는 한정적인 권한이 부여됨으로써 형사사법에 민의를 반영시키는 유일한 제도로 그 나름대로의 기능을 발휘하여 왔다. 일본에서 국민의 사법참가제도로는 조정위원, 사법위원, 참여원등의 제도가 존재한다. 그 특징은 국가의 재판권 행사를 규제한다는 것보다는 국민의 지혜를 재판정에서 활용하고 법관의 판단을 보완하는 점에 있다고 할 수 있으며, 또한 이들 제도는 커다란 성과를 올리고 있다.

이처럼 오늘날 司法에 대한 일반국민의 참가는 세계적인 추세이다. 그러나 우리나라의 현행 司法制度를 살펴보면 형사재판에 일반국민의 참여를 통한 대의민주주의사상의 실현과 비전문법관의 사법참가를 통한 재판의 공정성과 법 발전의 가능성을 추구하려는 제도적인 장치는 거의 마련되어 있지 않은 실정이다. 이러한 상황에서 刑事司法이 그 기능을 충분히 발휘하기 위하여는 국민의 폭넓은 지지와 이해 아래, 일반국민이 그 운영에 대하여 주체적으로 참가할 수 있도록 함으로써 刑事司法의 국민적 기반을 더욱 공고히 확립할 필요성이 있다. 특히 형사재판절차에 대한 일반국민의 참여제도와 관련하여서는 일반국민이 자율성과 책임감을 갖고 사법운영전반에 참가할 수 있는 배심제도나 참심제도의 도입방안을 적극적으로 검토할 필요성이 절실한 실정이다.

소송절차는 司法의 중핵을 이루는 것으로 형사소송절차에 배심제도나 참심제도를 도입하는 것은 刑事司法의 국민적 기반을 확립하기 위한 정책

으로서 중요한 의의를 갖는다. 즉 일반국민이 배심원이나 참심법관으로 재판과정에 참가하여 재판내용에 국민의 건전한 사회상식이 반영되도록 함으로써 국민의 刑事司法에 대한 이해 및 지지를 심화하여 刑事司法에 대한 보다 공고한 국민적 기반을 획득할 수 있을 것이기 때문이다.

## 제2절 연구의 기본적 시점

재판작용의 어느 부분까지를 국민에게 직접 참여시킬 것인가 하는 문제는 사법의 본질에 관련된 문제로 최종적으로는 주권자인 국민이 판단하여야 할 문제이다. 국민의 생활양식이 급속히 변화하고, 가치관의 다양화가 진행되는 중에서 재판에 대한 국민의 신뢰를 확보하는 것은 종래에도 대단히 중요한 과제로 인식되어 왔다. 다양한 분야에서의 국가작용에 대하여 국민의 직접적인 의사를 반영시키려 하는 흐름 속에 국민이 司法에 직접 참가함으로써 사회상식에 충실한 판단이 확보되고 이를 통하여 사법에 대한 폭넓은 국민의 이해를 획득하는 것은 커다란 의의를 갖는 것이라 할 것이다.

한편 재판은 다수자의 이해나 감각에 의해 좌우되어야 하는 것이 아니라 논리와 증거에 기초한 이성적·합리적인 판단이어야 한다. 최근 재판의 대상이 되는 事案은 점점 복잡화하고 전문적인 지식이 더욱 중요하게 인식됨으로써 실효성 있는 국민의 참가에 대해서도 충분히 검토하여야 할 시기가 되었다. 현행헌법은 배심제도나 참심제도라는 중요한 국민의 사법참가에 관한 규정을 두고 있지 않다. 이러한 헌법 하에서 이상과 같은 각종 요청을 고려하면서 바람직한 사법참가의 형태에 대하여 검토할 필요가 있다.

본 연구는 주로 비교법적·비교제도적 방법 및 문헌분석적 방법, 각국의 운용실태에 대한 조사 및 분석을 바탕으로 진행할 것이다. 즉 영국, 미

국, 독일, 프랑스 등의 현행법규 및 제도를 기초로 하는 비교법적·비교제도적 방법과 관련논문·저서 또는 보고서 및 판례 등 입수 가능한 모든 문헌을 대상으로 하는 문헌분석적 방법을 주된 연구방법으로 하여 배심 및 참심제도의 법이론적 문제점을 살펴보고, 배심 및 참심제도의 운용실태를 조사하고 분석하여 그 문제점을 고찰한다.

현행 제도체제 하에서 새로운 제도의 도입을 위한 합리적인 도입방안을 모색하기 위해서는 비교법적·비교제도적 분석이 필요하다. 그리고 비교법적·비교제도적 연구가 기대한 효과를 거두기 위해서는 법체계가 유사한 나라와의 비교연구가 보다 바람직 할 것이다. 즉 주로 독일, 프랑스, 일본 등의 법제도와 영미의 법제도를 비교법적·비교제도적으로 연구하는 것은 합리적인 도입방안의 제언에 있어 실효성 있는 결과를 획득할 수 있는 방법일 수 있을 것이기 때문이다.

이러한 인식 아래, 이 보고서에서는 현재 세계각국에서 시행되고 있는 일반국민의 사법참가제도를 형사재판절차에 한정하여 영미법의 배심제도와 대륙법계의 참심제도를 중심으로 검토하고자 한다. 이를 바탕으로 현재 우리나라의 당면과제로 부상되고 있는 일반국민의 사법참가 도입방안을 강구하고자 하는 것이 이 글의 주된 목적이다.



## 제2장 형사사법에 있어서 일반 국민의 참가유형

### 제1절 배심제도

#### 1. 배심재판의 의의

배심제도, 특히 미국의 배심제도는 다민족국가인 미국에서 재판의 정통성에 대하여 국민의 신뢰를 확보하기 위한 기능을 담당하고 있는 제도이다. 배심제는 ‘재판을 담당하는 자와 재판을 받는 자가 똑 같은 국민인 동시에 쌍방의 당사자가 재판을 담당하는 자를 선출하고 그들에 의해 내려진 결론을 부득이한 것으로 받아들인다’는 ‘절차적인 자기책임의 원리’ 아래 성립하는 것이라 할 수 있다.

우리나라에서 배심제의 도입을 주장하는 입장은 1인 또는 3인의 직업법관에 의한 재판보다는 9인 내지 12인의 일반시민에 의한 재판이 진실발견에 보다 적합할 수 있다든지, 무고인 자가 처벌을 받을 염려가 없다는 등의 의견을 주장하고 있다.<sup>2)</sup> 그러나 이러한 입장은 지나치게 배심제도를 미화하는 발상으로서, 실제로 배심재판을 행하고 있는 미국이나 영국에서도 배심재판의 실태는 그러한 것으로 이해되고 있지 않다. 즉 배심원의 판단은 안정되어 있지 않으며 비교적 높은 비율로 誤判이 발생하고 있는 바, 이를 뒷받침하는 많은 실증연구결과가 발표되었다.<sup>3)</sup>

2) 박홍규, 시민이 재판을!, 사람생각, 2000, 43/51/264쪽 ; 한인섭, 형사재판에서 배심제의 도입, 형사정책 제14권 제2호, 2002, 107쪽 이하 ; 이재석, 배심제도의 이념과 문제점, 비교형사법연구 제3권 제1호, 2001, 327쪽 이하 ; 권영설, 배심제도의 개혁논의와 그 헌법상 쟁점, 미국헌법연구 제11호, 2000 등참조.

3) 배심원 판단의 정확도에 대한 영미의 실증연구로는 다음과 같은 연구를 참고할 수 있다.

이러한 사태에 대하여는 미국의 학자 자신에 의해 단적으로 ‘미국의 사법제도는 죄를 범한 자를 유죄로 하는 것도 무고인 자를 무죄로 하는 것도 보장하고 있지 않다. 우리 사법제도가 보장하고 있는 것은 공평한 재판이라는 것에 지나지 않는다’<sup>4)</sup>고 서술되고 있다. 또한 미국의 실무가에 따르면 배심재판에는 예측가능성이 빈약하다는 점, 배심이 많은 오류를 범할 수 있다는 점등은 당연한 전제로 받아들이고 있다. 그럼에도 불구하고 배심제가 확고한 제도로 기능하고 있는 것은 미국인에 있어 국가로서의 일체성을 확보하기 위한 불가결한 제도라는 일종의 신념을 가지고 있기 때

1. 영국 Roskill위원회의 연구(1986년)

이 연구는 1983년 내무장관이 소집한 위원회가 중대사기사건의 심리에 참여한 경험에 있는 법관, Barrister, Solicitor, 경찰의 사기수사그룹 등으로부터 의견을 청취한 것이다. 그 결과 복잡한 거래에 관한 전문적 지식을 필요로 하는 중대사기사건에 대하여 일반인으로부터 무작위로 抽出된 배심이 심리하는 것은 만족할 수 있는 제도는 아니라는 결론이 도출되었다 : The Roskill Committee on Fraud Trials, Improving the Presentation of Information to Juries in Fraud Trials, 1986.

2. 영국 Baldwin & McConville의 연구(1979년)

이 연구는 1975년부터 1976년에 걸쳐 실제로 행해진 배심재판 370건에 관하여 법관, 쌍방의 Solicitor, 경찰관, 피고인에게 양케이트조사를 실시하여 그 결과를 분석한 것이다. 이 연구에 의하면 유죄의 평결을 받은 256건에 대하여 2인 이상의 회답에서 명확하고 一義적으로 의심스럽다는 의견이 표명된 ‘의문이 있는 유죄평결’은 15건으로 전체의 6%를 점하고 있다 : J. Baldwin & M. McConville, Jury Trials, 1979.

3. 영국 McCabe & Purves의 연구(1974년)

이 연구는 1968년부터 1970년까지 행해진 실제 배심재판 30건에 대하여 정규의 배심과 동일하게 선거인명부에서 30인의 假陪審을 선택하여 그들의 협력 하에 실제 배심과 同時進行的으로 법정에서 심리를 듣고 評議를 행한다는 이른바 대상실험을 행한 것이다. 이 연구에 따르면 정규배심과 가배심에서 어느 한쪽의 평결이 일치되지 않았던 6건을 제외한 24건 가운데 6건에 대하여 유죄와 무죄의 결론이 반대이었다는 사실이 판명되었다. 즉 대상사건의 ¼의 사건에서 서로 다른 결론이 도출되었다고 할 수 있다 : S. McCabe & R. Purves, The Shadow Jury at Work, 1974.

4. 미국 Kalven & Zeisel의 연구(1966년)

이 연구는 3,576건의 배심재판에 대하여 사건을 담당한 법관을 대상으로 양케이트를 행하여 배심의 사실인정과 법관의 사실인정을 비교·분석하여 연구한 것이다. 이 연구에 의하면 양자의 판단의 일치율은 70%로 나머지 30%에서는 서로 다른 결론을 내리고 있다. 서로 일치하지 않은 30%의 사건 가운데 26%는 배심의 판단이 피고인에게 이익이었으며 나머지 4%는 법관의 판단이 피고인에게 이익이었다고 한다 : H. Kalven, Jr & H. Zeisel, The American Jury, 1966.

4) G. Louis Joughin & Edmund M. Morgan, The Legacy of Sacco and Vanzetti, Preface, 1948, p.6.

문이라고 하여야 할 것이다. 즉 미국의 배심제도는 정치적인 색채를 강하게 지닌 것이라 할 수 있다.

한편 배심재판은 국민에게 알기 쉬운 재판으로 알려져 있다. 물론 법정에서의 심리는 일반인이 이해하기 쉽도록 쌍방당사자가 가능한 배심원을 배려한 활동을 행하기 때문에 심리가 알기 쉬운 점은 틀림없다.

그러나 심리결과로부터 명백한 것은 유죄인가 무죄인가라는 결론 뿐으로 그 이유도 배심원에 의한 評決의 과정도 전혀 명백하게 밝혀지고 있지 않다. 종종 서로 모순하는 것처럼 보이는 증거를 기초로 어떤 이유로 유죄 또는 무죄라는 결론이 도출되었는가 라는 점에 대하여는 배심원 이외에는 전혀 알 수 없는 부분인 것이다. 배심원이 구체적으로 어떠한 사실을 인정하였는가, 어떠한 이유로 그 사실을 인정하였는가 하는 점은 명확하지 않기 때문에 재판을 통하여 진상을 규명한다는 기능을 구조적으로 구비하고 있지 않다. 따라서 사실오인을 이유로 하는 상소가 불가능한 것은 단지 배심의 결론을 직업법관이 다시 판단할 수 없다는 이론상의 문제뿐만 아니라, 실제로도 사실오인의 이유를 제시할 수 없다는 사정도 존재하는 것이라 할 것이다.

배심재판은 우리나라의 재판, 즉 ‘진실을 규명하여 그 결과를 국민 앞에 명백히 밝힐 것이 기대되고 이를 위한 심리와 재판이 행해지는 재판’과는 전혀 다른 제도라 할 수 있다. 이렇듯 배심제를 도입할 것인지 여부를 검토함에 있어서는 먼저 이러한 기본적인 裁判觀의 차이를 명확하게 밝혀둘 필요가 있다 할 것이다.

## 2. 배심제를 시행하기 위한 필요조건

배심제는 각국의 역사에 뿌리를 둔 사법제도 내지는 정치제도로써 수많은 사회적 조건에 의해 지탱되고 있다. 그 중 중요한 것으로는 다음과 같

은 조건을 들 수 있다.

#### (1) 국민의 부담

배심원이 되는 것은 국민에게는 커다란 부담이 뒤따르는 의무이다. 그 정도는 배심사건의 수와 심리에 소요되는 기간에 의해 좌우되지만, 공평한 배심원을 선정한다는 관점에서 연령, 성별, 직업 등에 관계없이 무작위로 추출된 자가 자신의 직업, 가사 등을 제쳐두고 심리기간 중에 그 의무를 다하여야 하기 때문이다.<sup>5)</sup> 처음부터 일정한 면제사유를 설정할 수도 있지만, 이를 완화하여 인정하게 되면, 배심원의 구성에 일정 계층의 사회구성원이 제외될 수밖에 없다. 폭력조직관련사건, 언론매체의 관심이 높은 사건 등 배심원에 대한 로비가 예상되는 사건에 대하여는 배심원의 격리도 필요하게 된다.<sup>6)</sup> 배심원으로 선정된 자가 소속된 회사, 각종 조직 등의 업무상 부담도 문제시되고 있다. 이렇듯 배심제는 국민에게 지극히 커다란 부담을 요구하는 제도로 이점에 관한 국민의 이해와 승인은 필수불가결한 전제라 할 것이다.<sup>7)</sup>

5) 이에 대하여 일본에서는 국민의 협력을 충분히 기대할 수 있다는 견해도 있다. 그러나 제2차 세계대전 이전에 배심제를 실시하였던 일본의 배심제도에서는 사건수가 16년간 484건으로 적었다는 점, 배심원의 자격으로서 30세 이상의 남성으로 계속하여 2년 이상 직접국세 3圓이상을 납부한 자라는 요건이 부과되어 있었다는 점(당시 이 요건에 해당하는 자는 약 180만 명으로 당시 일본 총인구의 약 3%이었다), 또한 국민의 의무수행에 관한 감각도 오늘날과는 크게 달랐다는 점등의 사정을 고려하여야 할 것이다. 현재 檢察審査員・補助員의 출두확보에 대하여는 검찰심사회의 事務局員이 선정된 자를 방문하고 경우에 따라서는 사업주나 직장상사와 면담하는 등 다양한 형태로 협력을 요청하고 있다. 검찰심사원이 계속사건을 심리하기 위한 부담은 1건당 통상 2, 3일정도의 구속기간에 그치지만 그럼에도 검찰심사원의 출두율은 약 70%에 지나지 않는다 : 寺崎嘉博/도중진譯, 日本의 刑事司法 -檢察審査會와 陪審制度-, 형사정책 제13권 제1호, 2001, 315쪽 이하.

6) 미국에서도 소수이기는 하지만 공판개시 내지는 무죄답변으로부터 평결까지 장기간을 요하는 사건도 있다. 예컨대 O. J. Simpson사건에서 배심원은 265일 동안 격리되었다고 한다 : 박홍규, 앞의 책, 192쪽참조.

7) 배심제를 채택하고 있는 국가에서도 배심제에 따른 국민의 부담이 지나치게 높다는 점이 문제되고 있다. 최근의 보도에 의하면 영국에서는 소환을 받은 국민의 ⅓가 배심의

## (2) 집중심리를 실현하기 위한 변호태세

배심재판에서는 국민의 부담을 경감하고 배심원의 기억을 지속시키기 위하여 공판개시부터 종료까지 연일 개정하는 등, 집중된 심리를 행할 필요가 있다. 이를 위해서는 법원이나 검찰청의 태세를 정비할 필요가 있지만 이보다도 변호태세의 정비가 더욱 큰 문제로 인식되고 있다.

주지하는 것처럼 우리나라의 경우에는 현재와 같은 변호사 내지 변호사 사무소의 태세로는 집중된 기일을 확보하는 것이 극히 곤란한 상황이기 때문에 이러한 상황을 개선하지 않는 한 배심재판을 실시하는 것은 거의 불가능하다고 할 수밖에 없을 것이다.

## (3) 실체법 및 절차법의 전면적 개정

형법을 위시로 한 우리나라의 실체법은 법률전문가들 사이에서도 해석이 분분한 관념적, 이론적인 내용으로 구성되어 있고 법률에 대한 적용도 어려운 면이 있기 때문에 배심재판을 시행하게 되면 일반국민이 이를 이해하여 쉽게 사실인정을 할 수 있도록 간명하게 전면적으로 개정할 필요가 있을 것이다.

또한 어떤 배심제를 구축하는가에 따른 문제이기도 하지만, 수사의 구조나 증거법 등 소송법에 대하여도 배심재판의 진행에 적합하게 하기 위해서는 근본적인 개정작업이 필요할 것이다.<sup>8)</sup>

## (4) 보도의 규제

배심제에서는 배심원이 외부로부터의 사정 등에 의해 영향을 받지 않도록

---

무를 회피하고 있다고 보도되고 있으며, 미국에서는 배심의무를 회피하기 위한 매뉴얼까지 출판되고 있는 실정이다.

8) 강일원, 형사사법개혁의 목표와 시민의 사법참여, 형사정책 제13권 제1호, 2001, 377쪽.

록 범죄보도에 대한 엄격한 규제가 요구된다. 현재 우리나라에서는 이러한 규제는 전혀 구비되어 있지 않아, 텔레비전, 신문 등에서는 비교적 센세이셔널한 보도가 이루어지고 있다. 배심제 아래에서는 실효성 있는 제재조치를 동반한 엄격한 보도규제가 필요할 것이다.

### 3. 배심제와 우리나라 재판의 형상

우리나라 재판에 대하여는 지나치게 시간과 금전이 소요된다는지, 국민에게 알기 어려운 시스템이라는 등의 다양한 비판이 가해지고 있다. 그러나 형사재판이 공정한 절차 아래 진실을 규명한다는 커다란 기능을 발휘하고 있다는 점에 대하여 이론은 없을 것이다.

배심제의 도입이 사법에 대한 국민의 관심을 고취시킨다는 의의를 갖는 것은 명백하다. 그러나 반면에 진실규명의 장소라는 금후 더욱 중요한 역할을 담당하게 될 것으로 생각되는 사법의 기능을 크게 후퇴시킨다는 점 또한 부정할 수 없다 할 것이다. 또한 그 결과로서의 오판에 대한 우려는 현행제도보다 결코 적은 것이라 할 수 없다.

## 제2절 참심제도

참심제는 법관 및 일반국민들 중에서 선출된 참심원이 하나의 법원(재판부)을 구성하여 공동으로 재판을 담당하는 제도로서, 참심원의 수·권한 등 그 형태에 따라 진실규명이라는 재판에 대한 요청을 손상시킴 없이 국민의 의식이나 감각을 재판에 반영시킬 수 있는 제도이다.<sup>9)</sup> 또한 국민이 참가하

9) 우리나라에서 참심제도의 도입에 호의적인 논자로는, 양건, 국민의 사법참가, 대법원 ‘국민과 사법’ 심포지엄, 2000/10/13, 81쪽 이하.

는 의의에 대하여도 사건의 유형에 따라 다양한 제도를 강구할 수 있다.

### 1. 형사사건에서의 참심제

우리나라에서 참심제의 도입에 대하여 고찰하는 경우 먼저 검토되어야 할 분야는 형사사건일 것이다. 참심제는 현재와 같이 진실을 규명하여 이를 국민 앞에 명백히 한다는 형사재판의 기능을 유지하면서, 국민의 의견을 일정한도 재판에 반영시키기 위한 유효한 방책의 하나라 생각된다. 그 형태로는 다양한 제도들이 있을 수 있지만, 예컨대 독일의 경우처럼 직업법관 3명에 대하여 참심원 2명으로 재판부를 구성하거나 프랑스의 중죄법원처럼 직업법관 3명에 대하여 참심법관 9명으로 재판부를 구성하고, 대상 사건은 기본적으로 국민의 관심이 높고 사회적으로도 영향이 큰 중대사건(예를 들면 법정형으로 사형 또는 무기징역을 포함하는 사건 등)으로 하여 참심법관에게는 일정한 임기를 설정하는 등의 제도를 생각할 수 있다. 다만 헌법상의 문제점을 고려하면 참심법관은 의견표명은 할 수 있지만 평결권은 보유하지 않는 것으로 하는 방법 등도 생각할 수 있다.<sup>10)</sup>

무엇보다 참심제의 도입을 고려하는 경우에는 크든 적든 간에 배심제와 유사한 문제점이 발생할 수 있을 것이다. 예를 들면 참심법관이 되는 자는 상당기간 동안 구속을 각오할 수밖에 없을 것이며, 참심법관의 선정에 대

10) 이와 관련하여 評決權을 보유하지 않는 참심제는 엄밀한 의미에서는 참심제라 할 수 없다는 의견도 주장될 수 있다. 그러나 참심법관이 법관과 함께 심리에 참가하여 그 의견을 재판, 특히 판결에서 표명할 수 있다는 점은 커다란 의의를 갖는 것이다. 법관은 물론 소송관계자도 참심원이 사건의 내용과 그 주장을 이해할 수 있도록 알기 쉬운 소송활동을 준비할 필요가 있기 때문에 심리의 진행방법도 크게 변화하게 될 것이다. 또한 법관도 참심법관과 의견을 교환함으로써 개개 사건에 대한 국민의 관심과 문제의식을 파악할 수 있을 뿐만 아니라 이러한 과정을 통하여 국민의 의식이나 감각을 공유하여 이를 재판에 반영시킬 수 있다는 장점을 기대할 수 있다고 생각된다. 그렇지만 일반국민이 자율적이고 주체적으로 형사사법에 참가함으로써 사법부의 불신을 회복시키는 것에 국민참가의 본질적인 의의가 있다는 점을 감안한다면 평결권을 부여하는 것이 보다 바람직할 것이다.

하여는 선출방법, 임기 등 배심제 이상으로 다양한 요인을 검토할 필요가 있다.

## 2. 민사사건에서의 참심제

민사사건에서도 참심제의 도입을 고려할 수 있다. 다만 민사사건은 기본적으로 원고와 피고간의 私益에 관한 다툼이기 때문에 형사사건처럼 형벌권의 발동이라는 국면에서 국가 대 개인이라는 대립관계가 없어 그 필요성에 대하여 형사사건과는 내재적인 차이가 있다는 점, 민사사건은 사건수가 대단히 많고, 심리에 요하는 기간도 형사사건에 비하여 장기간이기 때문에 그 부담도 더욱 크게 될 것이라는 문제가 있다. 또한 민사사건 중에는 법률관계, 사실관계가 극히 복잡하기 때문에 일반국민이 이를 이해하기에는 상당한 시간을 요하는 등, 부담이 지나치게 크다고 생각되는 사건도 존재한다. 대부분의 외국에서도 민사사건 전반을 참심제의 대상으로 하고 있는 국가가 발견되지 않는 것도 이러한 사정을 반영한 것이라 생각된다.

다만 민사소송사건에서도 명예훼손 등에 의한 위자료청구, 또는 이웃간의 분쟁이나 借地借家에 관한 분쟁처럼 일반국민의 의견을 반영시키는 것이 적당하다고 생각되는 사건도 존재한다. 실제로 일본의 간이재판소의 민사소송사건에 대하여는 司法委員이 관여하고 있지만, 제도적으로 이러한 절차를 이용할 수 없는 분쟁도 많아 금후 이러한 유형의 사건에 대하여 보다 광범하게 국민이 참가할 수 있는 분야와 방법에 대하여 구체적으로 검토하는 것이 바람직할 것이다.

민사사건 중에는 의료과오, 건축분쟁, 지적재산권 등 적절하고 타당한 해결을 피하기 위하여 특수한 전문적 지식을 필요로 하는 분야의 분쟁도 있다. 이러한 사건의 심리에 있어서는 법관 이외에 전문적 지식을 지닌 자가 관련한다면 신속하고 정확한 해결을 위하여 극히 유익하다 할 것이다.



이러한 전문가의 관여방법으로는 현재 감정 또는 조사관제도가 효과를 보이고 있지만, 이들 제도와의 역할분담을 고려하면서 전문참심제의 도입에 대하여 구체적인 검토를 행할 필요가 있다.

노동참심제에 대하여는 앞에서 서술한 참심제와는 달리 참심원에게 利害調整的인 역할을 기대하는 것이라 할 수 있다. 엄격한 절차에 따른 중립적이고 공정한 분쟁해결을 취지로 하는 재판절차에 이익대표적인 참심원을 참여시키는 것이 적당한지 여부, 조정, 각종 법원 외 분쟁해결기관(ADR)등과의 기능분담, 노동위원회제도와 중복되는지 여부 등이 문제가 될 것이다.

42 형사재판절차에 있어서 배심 및 참심제도의 도입방안

### 제3장 영미법계의 배심제도

일반적으로 배심제도는 일반 시민들이 재판에 참여하여 사실인정 또는 기소 여부에 관한 결정을 담당하는 제도로 알려져 있다. 배심원이 직업법관과 독립하여 사실문제에 대한 評決을 내리고 직업법관이 사실판단에 대한 평결결과에 구속된다는 점에서, 일반시민으로 구성된 참심법관이 직업법관과 함께 재판부의 일원으로 참가하여 직업법관과 동등한 권한을 가지고 사실문제 및 법률문제에 모두 관여하는 참심제도와 구별된다.

즉 배심제는 ‘재판을 담당하는 자와 재판을 받는 자가 똑 같은 국민인 동시에 쌍방의 당사자가 재판을 담당하는 자를 선출하고 그들에 의해 내려진 결론을 부득이한 것으로 받아들인다’는 ‘절차적인 자기책임의 원리’ 아래 성립하는 것이라 할 수 있다.

이러한 배심제도는 이미 13세기 경 영국에서 시작되어, 18세기에 이르러 배심원이 증거로부터 사실을 인정하는 근대적 배심제도가 확립되었다. 미국의 배심제도는 식민통치국이었던 영국의 부당한 권력행사로부터 개인의 자유를 보호한다는 의미에서 그 중요성이 더욱 크게 강조되었으며, 이처럼 영미로부터 발전된 배심제도는 18, 19세기 대영제국의 발전과 더불어 전세계에 수출되어 오늘날에는 캐나다, 오스트레일리아, 뉴질랜드 등을 중심으로 시행되고 있다.

다음에서는 배심제도의 모국이라 할 수 있는 영국의 형사배심제도와 영국의 형사배심제도를 더욱 발전시킨 것으로 알려진 미국의 형사배심제도를 중심으로 고찰하기로 한다.

## 제1절 영국의 형사배심제도

### 1. 개관 - 영국배심의 역사 -

선서 하에 재판절차에 관여하는 비법률가 집단인 ‘陪審(Jury)’은 수세기에 걸쳐 다양한 형태로 영국의 사법제도 속에 존재하여 왔다. 20세기 영국에서 일반시민에게 가장 친숙한 배심의 사용은 ‘형사법원(Criminal Court)’<sup>11)</sup>에 설치된 12인의 事實認定者이다. 그러나 영국에서 배심은 소수이긴 하지만 민사사건 및 檢屍官審問<sup>12)</sup>에 있어서도 사용되고 있음에 주목할 필요가 있다. 역사적으로 배심은 토지소유자의 결정으로부터 불법행위에 관한 소송에 이르기까지 다양한 절차에 사용되어 온 제도로서 다양한 기능을 담당하여 왔다.

이러한 배심의 기원을 밝히는 것은 불가능한 일이다. 즉 영국법에서는 다양한 집단이 배심의 선조라고 주장되어 왔기 때문이다. 그러나 배심의 발전은 하나의 제도에서 다른 제도로 단선적으로 발전하여 왔다고 이해하기보다는, 수많은 司法權에서 병행적인 경험의 산물로 이해하는 것이 바람직할 것이다.<sup>13)</sup> 질문에 대하여 진실만을 대답한다고 선서한 특정 이웃 주민 가운데 선발된 집단의 확실한 사용은 11세기경까지 소급할 수 있다.

11) 영국의 ‘형사법원(Criminal Court)’은 ‘왕실법원(Crown Court)’과 ‘치안판사법원(Magistrates’ Court)’을 모두 포함하는 개념이다. 전자는 주로 ‘정식기소범죄(indictable offences)’를 관할하고, 후자는 주로 ‘약식기소범죄(summary offences)’를 관할한다. Magistrates’ Court에 대하여 상세하게는, D.Barnard, *The Criminal Court in Action* 3th. Edition, Butterworths, 1988, pp.85, 273 ; B.A.Garner, *Black’s Law Dictionary* 7th. Edition, West Group, 1999, p.359. 참조.

12) 1988년의 ‘檢屍官法(the Coroners Act 1988)’ 제8조 제3항은, 교도소에서 발생되었다고 사료되는 사망 또는 다른 법률이 심문을 요구하는 경우, 경찰유치시 발생된 사망 또는 경찰관리에 의해 발생된 상해로 인한 사망 등의 경우에 검시관은 배심과 함께 심리하여야 한다고 규정하고 있다 : Justice, *Coroners Courts in England and Wales*, 1986.

13) B.J.Shapiro, *Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause*, University of California Press, 1991, p.3 ; W.R.Cornish, *The Jury*, Hammondsworth : Penguin Books, 1968, p.10.

그러나 그들에게 부여된 질문은, 예컨대 영국전역에서 인구 및 토지소유형태에 관한 'Doomsday 조사'와 같은 행정적·재산적 성격이 짙은 것이었다.

1066년 노르만정복 직후의 영국법에는 다양한 형태의 재판이 존재하였다. 소송은 '神判(trial by ordeal, Gottesurteil)'<sup>14)</sup>, 결투, 면책선서(일방당사자가 자신의 주장을 지지하는 특정수의 선서보조자를 소환한다) 등에 의해 이루어지든지, 약식으로는 장원에서 일정한 범죄가 발생한 경우 장원영주가 재판권을 행사하였다.

신판 또는 결투에 의한 재판은 소송에서 어느 쪽 당사자의 주장이 옳은지를 신에게 호소하는 것을 의미하였다. 신판은 신의 도움을 구하고 그 결과를 해석하기 위하여 성직자의 원조를 필요로 하였다. 법의 도박으로 알려져 있는 면책선서는 일정수의 시민이 분쟁중인 법적 논점에 대하여 진실을 진술한다는 점에서는 배심과 유사하다. 그러나 양자의 중요한 차이점은, 면책선서에서는 선서보조자가 일방당사자의 주장에 대한 진실성을 입증하기 위하여 그 당사자에 의해 소환되는 것임에 대하여, 배심은 당해 소송사건에서 쌍방 당사자로부터 독립적이라는 점이다. 신판, 결투 및 면책선서에 의한 재판은 法制史家에 의해 법적 분쟁의 해결을 위하여 인간의 이성을 행사하는 방법과 대비할 때 불합리한 증거방법이라 지적된다.

중세를 통하여 일정한 범주의 귀족은 현행범으로 체포된 절도범을 '현장(on the spot)'에서 처분할 권리를 가지고 있었다. 이는 '현행범즉결처분'으로 알려진 권리 또는 재판관할로 절도범을 즉시 처형할 수 있는 것이었다.

근대배심제도와 많은 부분에서 유사한 제도는 이웃주민들 중에서 선발된 사람들이 토지소유권에 관한 분쟁 때문에 사용된 '巡廻法院(Assize)'이다. 순회법원의 배심은 係爭地의 주변에서 선발된 12인으로 구성되었다. 배심은 중죄사건에는 적용되지 않고 재판방식으로 水審 또는 火審이라는 神判이 사용되었다.

14) 이에 대하여 상세하게는, 박상기, 독일형법사, 율곡출판사, 1993, 42/93/200쪽 참조.

영국에서 형사재판에 배심제도가 도입된 것은 1215년 이후의 일이다. 그 후 배심이 ‘자유의 수호신(sacred bulwark)’<sup>15)</sup>으로서 영국인에게 각인된 것은 17세기 시민혁명기에 국왕이 시민계급의 정치적 팽플릿을 국왕에 대한 비방으로서 처벌하려는 것을 배심이 중단시킨 이후이다. 특히 배심은 저렴한 물품의 절도와 같은 비교적 경미한 범죄에 대하여 교수형을 규정한 형법의 극단적인 준엄성을 완화시킴으로써 중요한 인도주의적 역할을 담당하였다. 이처럼 배심은 그 사회의 규범, 신념, 성향 및 경험을 나타내는 척도를 법원에 수입한 것으로 오늘날 영국 사법제도의 가장 민주적인 성격을 대표하는 제도로 자리잡고 있다.

## 2. 배심재판의 적용범위

영국에서 배심재판은 주로 민사사건, 검서관심문, 대배심, 소배심의 영역에서 채택되고 있다.

### (1) 민사배심

미국의 경우에는 민사사건에서도 배심재판이 폭넓게 활용되고 있지만, 영국에서는 모든 민사사건에 배심재판이 적용되는 것이 아니라, ‘문서에 의한 명예훼손(libel)’, ‘口頭의 명예훼손(slander)’, ‘무고(malicious prosecution)’, ‘불법구금(false imprisonment)’, ‘사기에 관한 소송(allegation of fraud)’의 경우에만 배심재판을 요구할 수 있음에 불과하다. 더욱이 배심의 청구가 있는 경우에도 배심재판의 개정여부는 법원의 재량으로 일임[대법원법(the Supreme Court Act 1981) 제69조 제1항]되어 있기 때문에 매년 10건 정도의 민사배심재판이 이루어진다고 한다.<sup>16)</sup>

15) W.Blackstone, Commentaries on the Law of England Vol.4, 1899, p.350.

16) 鯨越溢弘編, 陪審制度を巡る諸問題, 現代人文社, 1997, 7面參照.

이처럼 영국에서 민사배심이 쇠퇴한 주된 이유로는, 첫째 법관이 시민인 배심원에게 여러 사항과 절차를 설명하여야 하기 때문에 재판이 지연되어 당사자의 부담을 증가시키고, 둘째 배심재판의 경우에는 先例에 구속되지 않는데 반하여 직업법관에 의한 재판은 先例에 구속되기 때문에 재판이 예측가능하고 확실하여 재판 외 분쟁해결을 촉진시키며, 셋째 배심재판에서는 판결이유가 명시되지 않음에 반하여 법관재판에서는 판결이유가 명시되기 때문에 당사자에게 보다 큰 만족감을 줄 수 있고, 넷째 법관재판의 경우 심리의 모든 측면이 상소법원의 재심리에서 명백하게 밝혀지기 때문에 상소에 의해 파기될 가능성이 높은 점등이 거론되고 있다.<sup>17)</sup>

## (2) 檢屍官陪審

검시관심문(Coroner's Inquest)은 오랜 기간 동안 영국의 '刑事司法法(the Criminal Justice Act)'에서 중요한 위치를 점하여 왔다. 1926년의 '검시관개정법[the Coroner's (Amendment) Act 1926]'에 따르면, 검시관은 첫째 謀殺, 故殺, 嬰兒殺의 의심이 있는 경우, 둘째 교도소나 정신병원 등에서 사망 또는 경찰관리가 관여한 의심이 있는 사망의 경우, 셋째 事故死, 毒物死 또는 정부에 보고하여야 하는 질병의 경우, 넷째 교통사고사의 의심이 있는 不審死인 경우, 다섯째 건강 또는 치안에 관한 公衆 및 관청의 편견으로 사망하였다는 의심이 있는 경우에 직권으로 7인 이상 12인 이하의 배심을 소집하여야 한다고 규정하고 있다. 1987년의 '검시관법(the Coroner's Act 1987)' 제3조는 검시관배심원의 자격으로 '선량한 준법자(a good and lawful man)'를 규정하고 있다.

이처럼 검시관이 배심을 소집하여 死因을 결정하여야 하는 사건에서 심문의 관리운용주체는 검시관이다. 심문의 범위를 정하는 것도 검시관이며,

17) L.Griffith, The Politics of the Judiciary, London : Fontana, 1987, pp.10-11.

어떤 증인을 소환할 것인지, 당해 사건의 증인을 심문할 권리에 관한 당면 문제로 누구를 ‘적절한 이해관계인’으로 지정할 것인지를 결정하는 것도 검시관이고, 제일 먼저 증인을 심문하는 것도 검시관이다. 또한 검시관은 증인의 진술까지도 통제한다. 모든 증인에 대한 심문이 종료되면 검시관은 배심에 대하여 어떠한 결론을 채택할 수 있는지를 고지하는 역할을 담당한다. 이로써 검시관은 당사자주의재판에서 법관과 변호인이 담당하는 역할을 수행하는 입장에 있다고 할 수 있다.<sup>18)</sup>

### (3) 大陪審(起訴陪審, grand jury)

대배심은 영국에서 가장 오랜 역사를 갖는 배심제도로 순회법원 및 四季法院에서 ‘正式起訴狀案(bill of indictment)’을 기초로 기소가 적정한지 여부를 판단하는 역할을 담당하였다. 이때 사건을 공판에 회부할 충분한 증거가 있는 경우에는 ‘原案適正(villa vera)’이라 표기하여 증거가 충분하다는 평결을 행하였다. 소추의 기준은 ‘prima facie(反證이 없는 한 확정이 가능한 증거)’의 유무이었다. 그밖에 대배심은 교각 및 도로의 관리 등과 같은 행정적인 업무에 관하여도 評議를 행하였다.

대배심의 배심원자격에 대하여는 制定法에 엄밀한 규정은 없고 지방의 관습에 맡겨져 있지만, 실제로 배심원에 선임된 사람들은 당해 지방의 중류층이상의 名望家層이었다.

그러나 이렇듯 오랜 역사를 가진 대배심도 1933년의 ‘司法運營에關한(雜則)法[the Administration of Justice(Miscellaneous Provisions) Act 1933]’에 의해 London 및 Middlesex(이전 England 남부의 주로 1965년 Greater London에 편입되었다)를 제외한 전지역에서 폐지된 후, 1948년의 ‘형사사법법(the Criminal Justice Act 1948)’에 의해 전국적으로 폐지되었다. 대배

18) R v. North Humberside Coroner ex p. Jamieson., 1994, 3 W.L.R.82., p.102A.



심이 폐지된 가장 큰 이유는 ‘治安判事法院(magistrates’ court)’에서의 陪審審理附決定節次(committal proceeding)의 충실과 제2차 세계대전 中・後의 사회적 병폐 때문이었다.

#### (4) 小陪審(審理陪審, petty jury)

현재 영국에서 거의 모든 배심재판은 형사사건이지만, 이는 거의 모든 형사사건이 배심에 의해 재판된다는 것을 의미하지 않는다. 압도적인 다수의 사건은 치안판사법원에 의해 처리되고 있으며 형사법원에서 심리되는 사건은 전체 형사사건의 약 3%에 불과하다. 더욱이 그 중 60%의 사건에서는 피고인이 유죄의 답변을 하거나 법관이 무죄평결을 지시・명령하기 때문에 실제로 배심재판이 행해지는 사건은 형사사건의 1%미만이라고 한다.<sup>19)</sup> 그러나 그럼에도 불구하고 영국에서는 매년 35,000여건의 사건이 배심재판으로 심리되고 있는데, 그 이유는 영국 형사법원의 사물관할에 있다. 즉 형사사건은 재판형식과 관련하여 다음과 같은 세 개의 범주로 분류된다.

##### 1) 정식기소범죄(indictable offences)

謀殺, 故殺, 강간, 강도 등의 重罪(felony)로 형사법원에서만 심리가 가능한 범죄유형이다. 피고인이 무죄의 답변을 하면, 자동적으로 배심재판을 개정하여야 한다. 따라서 否認事件에서 피고인은 직업법관에 의해서만 행해지는 非陪審審理(bench trial)를 받을 수 없다.<sup>20)</sup>

19) J.R.Spencer, *Jackson's Machinery of Justice*, Cambridge University Press, 1989, pp.382-383.

20) B.A.Garner, *op. cit.*, p.1108.

## 2) 선택가능범죄(offences triable either way)

여기에는 정식기소범죄 및 약식기소범죄(summary offences)를 제외한 모든 범죄가 포함된다. 예컨대 대부분의 절도, 피해액 2000파운드(pound)를 넘는 기물손괴(criminal damage), 無謀한 運轉(reckless driving) 등이 포함된다. 이 선택가능범죄는 James위원회의 권고<sup>21)</sup>를 기초로 1977년의 ‘형사법(the Criminal Law Act 1977)’에 규정되었다.

동법에 의하면 양당사자에게는 재판에 대하여 진술할 기회가 부여되는데, 그 후 치안판사법원이 치안판사법원에서 심리할 것인지, 형사법원(Crown Court)에서 심리할 것인지 여부를 결정하게 된다. 치안판사법원이 형사법원에서의 심리가 적당하다고 판단한 경우에는, 피고인측이 치안판사법원에서의 심리를 희망하였다 하더라도 형사법원에서 심리가 진행된다. 그러나 치안판사법원이 치안판사법원에서의 심리가 적절하다고 판단한 경우에도 피고인측은 형사법원에서의 심리를 주장할 수 있다(소위 ‘배심재판을 받을 권리’).

피고인이 정식기소범죄와 기타 범죄로 기소된 경우, 즉 범죄사실(즉 구성요건에 해당하는 사실의 기재를 의미하는 訴因=count)이 복수인 경우에는 모든 사건을 형사법원에서 심리하여야만 하기 때문에 그 일부 사건을 치안판사법원에서 심리할 수 없다.<sup>22)</sup>

선택가능범죄로 기소된 사건의 80%는 치안판사법원에서 심리된다. 피고인이 치안판사법원에서 심리를 희망하는 이유로는, 첫째 치안판사법원이 형사법원보다 재판의 종료가 빠르다는 점, 둘째 치안판사법원이 부과할 수 있는 형벌에는 한도<sup>23)</sup>가 있기 때문에 가벼운 형벌을 기대할 수 있다는 점

21) Report on the Distribution of Criminal Business between the Crown Court and the Magistrates' Court, 1975, Cmnd. 6323. London : HMSO. 이하 'James Committee's Report'로 약기.

22) R v. Brentwood, ex parte Nicholla, 1990, 3 All. E. R. 516.

23) 치안판사법원이 부과할 수 있는 형벌은 6개월 이하의 구금형 또는 2000파운드(pound)

(科刑限度를 넘는 경우 사건은 형사법원으로 이송된다) 등이 거론된다.<sup>24)</sup> 그밖에도 A.Sanders는 치안판사법원의 심리는 ‘대중의 주의(public scrutiny)’를 끌지 않기 때문에 화이트칼라범죄의 피고인은 치안판사법원에서의 심리를 희망하는 경향이 강하다는 점을 지적한다.<sup>25)</sup>

한편 피고인이 배심재판을 선택하는 이유로는, 첫째 직업법원에 의한 정식재판보다 배심재판이 증거를 상세하게 검토하고, 둘째 배심재판 쪽이 무죄가 될 확률이 높으며, 셋째 치안판사가 배심보다 경찰의 증거를 안이하게 신용하고, 넷째 형사법원에서는 우수한 직업법관이 소송을 지휘하며, 다섯째 배심재판 쪽이 공판준비에 많은 시간을 가질 수 있다는 점 등이 거론된다. 또한 형사법원에서의 재판을 희망하는 者는 무죄의 답변을 하는 者가 많고, 치안판사법원에서의 재판을 희망하는 者는 유죄답변을 하는 경향이 있다고 한다.<sup>26)</sup>

### 3) 약식기소범죄(summary offences)

약식기소범죄는 치안판사법원만이 심리하는 비교적 경미한 사건으로, 예컨대 도로교통법위반사건(무면허운전, 음주운전, 부주의운전 등)의 대다수 및 폭행(common assault), 음주에 의한 질서위반, 매춘권유호객행위(solicit) 등이 이에 해당한다.<sup>27)</sup>

이러한 배심없는 약식재판의 장점으로서는 재판의 신속성과 비용의 경감을 들 수 있다. ‘치안판사(justice of peace or magistrate)’<sup>28)</sup>의 약식재판관

이하의 별급이다.

24) James Committee's Report.

25) A.Sanders & R.Young, Criminal Justice, Butterworths, 1994, pp.251.

26) James Committee's Report.

27) D.Barnard, op. cit., p.93.

28) 영국의 치안판사는 직업법관이 담당하는 것이 아니라 사법적 역할을 위임받은 사회적으로 명망있는 일반시민이 담당하는데(이점에서 ‘비상근판사’라고도 한다), 이들은 국왕에 대하여 책임을 진다. 현재 England와 Wales의 형사법원업무의 대다수는 약식기소

할은 특히 16세기부터 성장하여 오늘날에는 대단히 많은 범죄가 치안판사에 의해서만 재판이 이루어지고 있다.

### 3. 형사재판절차에서의 배심원자격과 배심선정절차

#### (1) 배심원의 자격

배심원자격에 대하여 처음으로 상세하게 규정한 것은 1825년의 ‘배심원법(the Juries Act 1825)’이었는데, 동법은 배심원을 선임하기 위한 재산자격의 기준을 규정하였다. 즉 London 및 Middlesex에서는 30파운드(pound), 기타 지역에서는 20파운드의 부동산상속세가 부과될 정도의 가치를 가진 주택의 소유자(householder)에게만 배심원자격을 인정하였다.<sup>29)</sup> 이 조항에 따라 노동자계급은 배심업무에서 배제되었다.

이러한 재산자격조항을 철폐하고 배심의 구성에 커다란 변화를 초래한 것은 1965년의 Morris위원회 권고<sup>30)</sup>를 기초로 규정된 1972년의 ‘형사사법법(the Criminal Justice Act 1972, s.25)’이었다. 즉 동법은 재산자격조항을 철폐함과 동시에 연령자격에 대하여도 종전의 21세에서 18세로 낮추고, 상한도 60세에서 65세로 높였다. 그리고 이 규정은 1974년의 ‘배심원법(the

---

범죄 및 선택가능범죄로 이루어지고 있으며 선택가능범죄의 93%는 치안판사법원에서 처리되고 있다. 1993년에 치안판사법원은 826,000인의 약식교통범죄의 피고인, 약 542,000인의 약식비교통범죄의 피고인 및 382,400인의 선택가능범죄 피고인을 처리하였다. 이에 대하여 형사법원은 87,000인의 피고인을 처리하였다고 한다 : Home Office(1994) Criminal Statistics, England and Wales 1993, Cm 2680, London : HMSO, Chapter 6.

29) 배심원에게 재산자격을 인정한 이유는 배심원이 배심업무를 수행하지 않는 경우에 재산을 압류함으로써 배심원을 법원에 출두시키고자 한 점, 배심원을 소액의 뇌물로는 매수당하지 않게 함으로써 정의를 보장하려고 한 점에 있다고 한다 : グェン・シーボーン(鯨越溢弘譯), イングランドにおける刑事陪審の歴史, 前掲陪審制度を巡る諸問題, 36面参照.

30) Report of the (Morris) Departmental Committee on Jury Service, 1965, Cmnd. 2627, London : HMSO, para. 38-42.

Juries Act 1974)<sup>31)</sup>으로 이어졌다.

그 후의 개정에 따라 현재 배심의 직무를 수행할 수 있는 자격은, 첫째 國政選舉 및 지방선거의 선거인명부에 등록되어 있는 者로서, 둘째 이와 동시에 18세 이상 70세 이하의 者<sup>32)</sup>이며, 셋째 13세에 달한 때부터 계속하여 5년간 영국(the United Kingdom) 내에 주소를 갖고 있는 者이다 (1974년 배심원법 제1조).

한편, 이상과 같은 요건을 충족하더라도 다음과 같은 者는 배심원이 될 수 없다. 즉 첫째 ‘不適格者(ineligible, 1974년 배심원법 부칙제1 제1장)’로는, 司法官(the judiciary) 및 法定辯護士(Barrister), 事務辯護士(Solicitor), 경찰관 등과 같이 사법운영에 관여하는 者, 성직자, 정신장애자 등이다. 이들 부적격자는 그 자가 배심원에 포함되는 경우 陪審評議에 부당한 영향을 끼칠 가능성이 있다는 이유 때문에 배심원이 될 수 없다는 것이다. 둘째 ‘無資格者(disqualified, 동부칙제1 제2장)’로는, 과거에 5년 이상의 구금형에 처해진 者이거나 과거 10년 이내에 5년 미만의 구금형이나 보호관찰(Probation) 등의 처우를 받은 者, 즉 범죄로 벌금형 이외의 구금형 또는 구금형의 대체처분을 받은 범죄자가 이에 해당한다.

이처럼 현재 영국에서는 재산자격제한이 철폐되었기 때문에 선거인명부에 등록되어 있는 일반시민이라면 누구나 배심원자격을 갖는다. 즉 배심구성에 관하여 1972년 및 1974년의 법개정이 초래한 현저한 변화는 ‘노동자 계급 및 여성’이 배심원에 다수 선임되고 있다는 점이라 할 것이다.

31) 1974년 배심원법은 최근까지 끊임없이 개정되어 왔지만, 동법 제23조 제1항은 동법을 ‘1974년 배심원법’으로 인용한다고 규정하고 있다. 따라서 본 보고서에서도 개정여부를 불문하고 ‘1974년 배심원법’으로 인용한다.

32) 제정당시의 1974년 배심원법에서는 연령의 상한은 65세이었지만, 1988년의 ‘형사사법법(the Criminal Justice Act 1988)’에 의해 70세로 확대되었다. 다만, 66세 이상의 者는 신청에 의해 배심의무가 면제된다(1974년 배심원법 부칙제1 제3장 참조).

## (2) 배심원소환절차

배심원을 소환할 책임은 ‘大法官(Lord Chancellor)’이 가지지만(1974년 배심원법 제2조 제1항), 실질적인 배심원의 소환업무는 각 형사법원의 소환담당자(the summoning officer)로 불리는 대법관직원이 담당한다. 담당관은 선거인명부로부터 필요한 인원의 배심원후보자를 무작위로 추출하여 적어도 4주전에 배심원후보자에게 배심원의 임무에 관한 팸플릿이나 배심원직을 수행함으로써 상실될 소득의 보상을 청구하기 위한 서면 등과 함께 소환장을 송달한다(동법 제2조 제4항, 제19조). 송달방법으로는 직접 전달하는 방법과 우편을 이용하는 방법이 인정되고 있지만 실제로는 우편에 의한 송달이 많다. 소환장을 수령한 배심원후보자는 필요사항을 기입하여 동봉된 반신용봉투에 넣어 반송한다.

배심원의 자격이 있더라도 일정한 요건이 충족되면 배심원직이 면제(excuse)된다. 면제에는 ‘권리로서 면제되는 경우’와 ‘법원의 재량에 의해 면제되는 경우’가 있다. 권리로서 배심원직이 면제되는 자는, 66세 이상의者, 庶民院(下院) 및 貴族院(上院)議員, 兩議院의 관리직원, 의회관계자, 군인, 의료관계자, 종교관계자 등(동법 부칙제1 제3장) 및 과거 2년간 이미 배심원직을 수행하였거나 수행하기 위하여 법원에 출두한者(동법 제8조) 등이다.

권리로서 면제할 이유가 없는 경우라도, 소환일에 출두할 수 없는 이유가 있는 경우에는 법원의 재량으로 배심원직이 면제된다(동법 제9조). 양육할 유아가 있다든지, 시험에 응시하여야 하는 사정이 있다든지 하는 경우가 그 전형적인 예이다. 또한 소송당사자나 증인 등의 소송관계인도 친밀한 관계에 있는 자에게는 배심원이 될 것을 회피하도록 요구한다. 배심원은 보통 당일귀가가 가능한 거리에 있는 법원에 출두하도록 요청을 받아 10일의 노동일(즉 2주간) 동안 배심의 임무를 다하여야 한다. 10일간의

배심임무를 수행하기 곤란한 경우에는 사전에 그 취지를 신청하여야 한다.

### (3) 기피절차

배심원은 통상 매주 월요일 아침에 출두하여야 하고 출두한 다수의 배심원후보자 중에서 무작위추첨으로 개개 사건을 심리할 12인의 배심원단(panel)이 선출된다(1974년 배심원법 제11조).

12명의 배심원을 확정하기 전에 양당사자가 배심원으로 적당하지 않다고 생각하는 배심원을 배제하는 절차가 바로 기피절차이다. 기피방식으로 배심선임절차에 하자가 있는 경우에는 배심원전원을 기피하는 방법과 특정배심원을 기피하는 방법이 있다(동법 제12조 제1항, 제2항). 당사자에게 인정된 忌避權은, 첫째 理由不要忌避方式으로 이유를 명시하지 않고 특정배심원을 기피하는 방식, 둘째 이유를 명시하여 배심원을 기피하는 방식이 있다.

#### 1) 理由不要忌避權(peremptory challenge)

이유불요기피권은 大陪審(grand jury)의 배심원에게 小陪審(petty jury)의 배심원을 겸직하지 못하게 하는 수단으로 피고인측에 부여된 권리인데 대배심과 소배심의 분리에 커다란 역할을 담당하였다.<sup>33)</sup> 따라서 처음에는 대배심의 배심원을 배제할 수 있는 35명의 배심원에 대한 기피권이 인정되었지만, 대배심과 소배심의 분리가 확립되고 대배심이 폐지됨에 따라 기피할 수 있는 배심원의 수는 점차 감소하였다. 즉 1509년에는 20명, 1948년에는 7명, 1977년에는 3명으로 감소하였다.<sup>34)</sup> 그리고 1980년대에는 이유

33) B.J.Shapiro, op. cit., pp.3.

34) M.Zander, Cases and Materials on the English Legal System, 6th ed. Butterworths, 1993, p.421.

불요기피권의 남용으로 인한 부당한 무죄평결이 문제됨에 따라<sup>35)</sup> 1988년의 ‘형사사법법(the Criminal Justice Act 1988)’ 제118조(이유불요기피권의 폐지)에 의해 폐지되었다.

배심의 존재의의를 주민자치의 실현에서 찾고 주민의 법의식을 법에 반영하는 것이 배심의 중요한 존재이유라는 점을 감안한다면, 주민의 인구구성비를 충실히 반영한 배심구성이 바람직할 것이고 이를 위해서는 무작위추첨으로 선임된 배심원을 그대로 승인하는 것이 타당하다 할 것이므로, 소송당사자에게 유리한 배심구성의 실현을 목적으로 하는 기피권의 행사는 배심의 본래 목적에 반하는 것이라 할 것이다.

## 2) 理由附忌避權(challenge for cause)

理由附忌避權이란 배심원이 부당한 예단이나 편견에 의해 소송당사자에게 불리한 평결을 내릴 염려가 있는 경우에 그 이유를 명시하여 배심원을 배제할 수 있는 당사자의 권리를 말한다. 이 권리는 영국에서도 여전히 인정되고 있다.

영국에서는 배심원후보자가 당사자에 대하여 예단이나 편견을 갖고 있다는 근거가 될 사실을 증명하여야만 당사자는 배심원후보자에게 질문을 할 수 있다.<sup>36)</sup> 더욱이 당사자에게 교부되는 배심원후보자 리스트에는 후보자의 성명과 주소밖에 기재되어 있지 않다.

물론 사건관계자(피고인, 법정변호사, 사무변호사, 사건에 관계한 경찰관 등)는 법원에 대하여 리스트에 기재되어 있는 배심원후보자의 조사(inspection)를 요구할 수 있다. 그러나 이 조사는 배심원후보자의 적극적 요건 및 소극적 요건에 비추어 배심원자격이 없는 배심원을 배제하거나, 배심원을 면제·기피하여야 할 경우에 해당하는지 여부를 판단하는 형식적 조사이기

35) The Times, 13 June 1985.

36) R v. Chandler 1964 All E. R. 761.



때문에 배심원이 특정인종에 속하는지, 종교상·정치상의 신념을 갖고 있는지 여부에 대한 사항에는 미치지 못한다.

따라서 현재 영국의 실무에서는 이유불요기피권 뿐만 아니라 理由附忌避權을 행사하는 것도 지극히 곤란한 상황이다. 이 점에서 소추측의 ‘배심원후보자를 대기시킬 권리’가 여전히 존재하는 것과 관련하여 소추측과 피고측의 권리형평성의 문제가 제기되고 인종문제에 어떻게 대처할 것인가라는 문제가 발생하고 있다.

### 3) 待機시킬(stand by for the Crown) 권리

대기시킬 권리는 그 명칭에서도 알 수 있는 것처럼 소추측에만 인정되는 권리이다. 소추측은 배심원후보자 중에서 부적절한 자가 포함되어 있다고 생각하는 경우에 공개법정에서 행하는 배심구성절차에서 그 자를 대기시킬 수 있다. 즉 소추측은 대기시킬 권리를 행사하여 소추측에 불리하다고 생각되는 배심원을 배제할 수 있는데, 이는 사실상 이유불요기피권을 행사하는 것과 동일한 효과를 발생시키는 것이다.

피고측의 이유불요기피권과 소추측의 대기시킬 권리는 이유를 명시하지 않은 채 자신에게 불리하다고 생각되는 배심원을 배제할 수 있다는 점에서 형평성을 취한 것이지만, 피고측의 이유불요기피권이 폐지되었음에도 불구하고 소추측의 대기시킬 권리가 잔존하는 경우에는 양당사자간의 형평성을 상실하게 될 것이다. 이를 감안하여 영국의 법무장관은 소추측에 의한 대기시킬 권리의 남용을 방지하기 위하여 ‘지침(guideline)’을 마련하였다.<sup>37)</sup>

이 지침에 따르면, 소추측은 ‘배심구성 전체에 영향을 끼치기 위하여나 유리한 소송전술적 관점에서 이 권리를 행사해서는 아니’되고, 유죄판결을 획득함에 유리하다는 관점에서도 이 권리를 행사해서는 아니 된다고 규정

37) Attorney General's guidelines on the exercise by the Crown of its right of stand by, Practice Note, 1988 3 All E. R. 1086.

하고 있다. 즉 이 지침은, 소추측은 극히 예외적인 경우에만 이 권리를 행사하여야 하며, 그 최종적인 판단을 법원에 위임하여야 한다는 것이다. 소추측이 예외적으로 대기시킬 권리를 행사할 수 있는 경우는, 국가안전에 관한 범죄 및 테러범죄로 법무장관이 그 권리행사를 허가한 경우와 당해 배심원이 그 사건에 관하여 예단과 편견을 갖고 있음이 명백하여 피고측도 그 배제에 동의한 경우이다. 전자의 경우에는 법무장관이 의회에 대하여 책임을 지는 것으로 그 남용을 견제하고 있다.

#### 4. 법관의 소송지휘와 說示

배심재판은 종종 ‘일반시민에 의한 재판’으로 묘사되지만 결코 일반시민만으로 이루어지는 재판은 아니다. 배심은 법원에 의한 소송지휘에 따라 양당사자에 의해 제출된 증거를 기초로 적시에 행해지는 법관의 說示에 의거하여 ‘피고인의 유죄·무죄평결’에 도달하는 것으로, 배심이 제대로 기능하는지 여부는 배심원의 능력이라기 보다는 오히려 법관이나 양당사자의 변호인의 능력과 그들의 활동을 규제하는 소송절차 및 증거법칙에 의한 것이라 하여도 과언이 아니다. 특히 중요한 것은 법관의 소송지휘 및 說示이다. 왜냐하면 개별 재판에서 법관은 양당사자의 소송활동을 지휘하고 증거법이 준수되는지 여부를 판단하는 역할을 담당하기 때문이다.

영국의 배심재판에서 법관이 행하는 說示는 다음과 같다.

(1) 법관은 裁判冒頭에서 법관의 역할은 법적 논점에 대하여 결정하는 것이고 배심원은 범죄사실에 대하여 결정한다는 취지의 說示를 행한다.

(2) 법관은 裁判冒頭에서 피고인은 무죄로 추정된다는 점, 입증책임은 소추측에 있고 ‘합리적인 의심이 없을 정도(beyond reasonable doubt)’로 유죄가 입증되지 않는 한 무죄평결을 행하여 아니 된다는 취지의 說示를

행한다.

(3) 증거조사의 단계에서는 법관은 제출된 증거, 예를 들면 목격증인의 증언이나 보강증거를 요하는 증거를 안일하게 신용하는 경우 誤判의 원인이 될 수 있다는 취지로 행하는 說示 등이다.

법관의 소송지휘 중에서 가장 중요한 것은 법해석에 관한 문제, 증거의 채택과 증거능력에 관한 결정이다. 법해석에 있어 당해 행위가 죄가 될 것인지 여부에 관한 논쟁에 대하여는 배심을 법정에 입장시키기 전에 양당사자의 변론을 들어 법관이 판단한다. 물론 이 절차는 공개법정에서 이루어지지만, 죄가 되지 않는다고 판단하는 경우에는 그 시점에서 무죄가 되어 배심에 의한 실질적인 심리를 행할 필요는 없다. 또한 증거능력에 관한 심리도 배심없이 이루어진다. 심리 도중에 증거능력이 문제가 된 경우에는 법관은 배심에 대하여 ‘휴식 등을 이유로(1974년 배심원법 제15조)’ 대기실로 퇴장시킨다. 審理冒頭에서 소추측의 중요한 증거의 증거능력이 문제가 된 경우에는 배심을 법정에 입장시키기 전에 법관이 이를 판단한다. 법관이 증거능력이 없다고 판단하는 경우에는 소추측은 유죄의 입증을 단념하는 경우도 있다.

죄가 되지 않는다고 판단된 경우 또는 소추측이 입증을 단념한 경우에는 법관은 배심에 대하여 무죄의 평결을 명한다[‘명령에 의한 무죄평결(ordered verdict)’].

#### (4) 법 및 증거의 요약

영국 배심재판의 특징 중의 하나로 거론되는 것은 법관이 심리의 마지막에 적용하여야 할 법과 증거에 대하여 상세한 說示를 행한다는 점이다.<sup>38)</sup> 문제는 법관이 무죄 및 유죄에 관하여 배심에게 어떠한 說示를 할

38) 이점에서 영국의 배심은 미국의 배심에 비하여 보다 강력한 법관의 통제하에서 이루어지는 배심으로 특징지을 수 있다.

수 있는가 라는 점이다.

### 1) 무죄의 說示

법관이 ‘죄가 되지 않는다’고 판단한 경우나 소추측이 유죄입증을 단념한 경우에는 법관은 배심에 대하여 ‘무죄평결’을 명할 수 있다. 나아가 소추측의 입증이 종료된 시점에서 피고측에게는 ‘應訴할 사실은 존재하지 않는다(there is no case to answer)’고 주장할 권리가 부여된다. 만일 법관이 피고측의 주장에 이유가 있다고 판단한 경우에는 법관은 배심에 대하여 무죄평결을 지시할 수 있다. 또한 모든 심리가 종료한 시점에서도 법관은 유죄입증이 불충분하다고 인정한 경우에는 배심에 대하여 무죄평결을 지시할 수 있다.

어떠한 경우에 법관은 배심에게 무죄평결을 지시할 수 있는가 라는 점에 대하여는, 첫째 법관의 판단으로는 확실히 유죄라 할 수 없거나 유죄증거가 불충분하다고 인정한 경우에는 무죄평결을 명하여야 한다는 견해, 둘째 적절한 說示를 들은 배심이 증거를 기초로 유죄평결을 내릴 수 있는 증거가 전혀 존재하지 않는 경우에만 배심에 대하여 무죄평결을 지시하여야 한다는 견해가 대립한다.<sup>39)</sup>

법관이 무죄평결을 명령하거나 지시할 수 있게 되면 유죄·무죄를 결정한다는 배심의 권리에 관여하는 결과가 될 것이다. 따라서 어떠한 경우에 무죄평결을 지시할 수 있는가 라는 문제는 부당한 무죄평결의 위험으로부터 피고인을 지킬 필요성과 배심의 권한보장이라는 이익을 어떻게 조화시킬 것인가 라는 문제로 귀착된다. 이점에서 1966년 ‘형사상소법(the Criminal Appeal Act 1966)’은 배심의 권한보장이라는 입장을 취하여 법관실무도 이에 따르고 있다.

39) D.Wolchver, Stopping the Trial in Suspect Cases, N.L.J. 1982, p.527.

그러나 때때로 법관은 무죄평결을 지시하지는 않지만 무죄가 옳은 평결이라는 점을 명확하게 시사하는 경우도 있다. 법관이 무죄를 시사하는 說示를 행하는 것에 대한 제한은 존재하지 않는다. 그리고 이러한 說示가 부당한 說示라 하더라도 상소심이 이에 대하여 논평하는 경우는 없다.

## 2) 유죄의 說示

무죄의 說示와는 반대로 법관이 배심에 대하여 유죄의 說示를 행하는 것은 허용되지 않는다. 즉 유죄의 說示는 헌법위반이라는 것이다.<sup>40)</sup>

‘칼(fishing knife)’을 소지하고 있었던 ‘흉기소지(possessing of offensive weapon)피고사건’에서 법관은 피고인이 경찰관에 대하여 설명한 소지이유는 정당화사유에 해당하지 않는다고 판시하였다. 그런데 피고인이 반증을 제시하지 않아 법관이 배심에 대하여 유죄평결을 지시한 Lee사건<sup>41)</sup>에 관하여, 항소법원은 ‘법관은 유죄·무죄의 결정을 배심에게 일임하여야 한다’는 이유로 유죄판결을 파기하였다.

물론 배심이 증거를 기초로 유죄평결을 내린 경우에는 아무런 문제도 발생하지 않는다. 법관이 유죄평결을 지시할 수 있는 유일한 예외는 피고인이 공식적으로 유죄를 인정하는 경우뿐이다.<sup>42)</sup>

법관이 배심에 대하여 유죄의 평결을 지시할 수 없다는 이유의 근거에는 배심은 증거를 무시하고 피고인을 무죄로 할 수 있는 권리를 가지고 있다는 이해가 존재한다. 즉 배심은 어떤 법률 또는 그 법률의 적용방법을 승복할 수 없다는 이유로 피고인에게 무죄를 평결할 수 있기 때문이다.

40) L.Devlin, Trial by Jury, 1966, p.84.

41) R v. Lee 1982 Crim. L. R. 310.

42) R v. Gent 1990 1 All E. R. 364.

## 5. 배심의 평결

### (1) 일반평결(general verdict)과 특별평결(special verdict)

법원에 제기된 공소사실에 대하여 배심이 유죄 또는 무죄로 평결하는 것이 일반평결이다. 이에 대하여 법관이 다양한 논점에 대하여 개별 질문을 행하고 그 질문에 대하여 배심에게 평결시키는 것이 특별평결이다. 특별평결의 경우 법관은 개개 논점에 대한 배심의 평결을 들은 후에 유죄인지 무죄인지에 대한 일반평결을 요구하게 된다.

이상과 같이 논점마다 평결을 내리게 하는 방법은 사안이 복잡한 경우에 배심이 법적 논점 및 사안 인정상의 논점을 고려하게 된다는 장점이 있지만, 배심에게 인정된 사실인정권 및 피고인을 무죄로 할 권리를 박탈하는 것이라는 비판도 지적되고 있다.<sup>43)</sup> 따라서 형사사건에서 특별평결은 극히 예외적인 경우에 행해지고 있다.

### (2) 다수결평결에의 변화

Scotland에서는 처음부터 15명의 배심원 중 8명 이상의 다수결평결을 인정하였다. 이에 대하여 England와 Wales에서는 오랜 기간 동안 배심원의 만장일치제도를 채택하여 왔다.

그러나 1967년에 내무장관 R.Jenkins가 배심원에 대한 협박이나 매수 등을 의미하는 ‘jury nobbling’의 방지를 이유로 다수결평결의 도입을 주장한 이래, 1976년 ‘형사사법법(the Criminal Justice Act 1976)’에 의해 12명 중 10명 이상의 동의로 다수결평결<sup>44)</sup>이 가능하게 되었다(1974년 배심원법

43) W.R.Cornish, op. cit., pp.121-123.

44) 다수결평결에 관하여 1974년 배심원법 제17조 제1항은, ‘형사법원 또는 고등법원의 소송절차에서 배심의 평결은 배심원이 11인 이상 출석하여 10인이 평결에 동의하거나,

제17조). 즉 다수결에 의한 평결을 도입함으로써 직업범죄자가 1인 또는 2인의 배심원을 협박하거나 매수하여 처벌을 면하는 것을 방지할 수 있다는 것이다. 그러나 ‘jury nobbling’의 존재를 부정할 수는 없다 할지라도 그 건수는 극히 한정적이기 때문에 그 방지책으로서는 배심선임절차의 개선이나 배심원과 외부인과의 차단 등과 같은 다수결평결 이외의 것도 생각할 수 있다. 오히려 다수결평결의 도입은 일반적으로 陪審評議에 있어서 자신의 의견을 고집하는 완고한 배심원의 존재에 의한 ‘評決不成立(hung jury)’을 회피하기 위한 것이었다.<sup>45)</sup>

그러나 다수결평결을 인정하는 것에 대하여는, ‘합리적인 의심이 없을 정도(beyond reasonable doubt)’로 유죄가 입증되지 않으면 피고인은 무죄이어야 한다는 ‘무죄추정의 원칙’을 침해하는 것이라는 비판이 지적되고 있다. 예컨대 G.Maher는 1인 또는 2인의 배심원이 확신을 갖고 다수의견에 이의를 제기하기에 충분할 정도로 피고인의 무죄를 인식하고 있는 경우에는, 피고인의 유죄에 대한 합리적인 의심이 존재한다는 점을 주장하는 것이라 한다.<sup>46)</sup> 또한 Scotland에서는 15인 중 8인 이상이라는 단순다수결을 인정하고 있지만, 이는 Scotland法이 ‘무죄추정의 원칙’을 그다지 고려하지 않은 결과라 할 것이다.<sup>47)</sup>

완고한 배심원에 의한 평결불성립의 회피와 ‘무죄추정의 원칙’의 유지라는 상충되는 이익의 타협으로 나타난 것이 ‘만장일치에 의한 평결’을 원칙으로 하면서 ‘다수결평결’을 예외적으로 시행하는 것이다. 즉 1967년 ‘형사

---

배심원이 10인 출석하여 9인이 평결에 동의한 경우에는 만장일치일 필요는 없다’고 규정한다.

45) 평결불성립의 비율에 대한 공식통계는 존재하지 않는다. 평결불성립의 경우 소추측은 재심리(retrial)를 청구할 권리를 갖는다. 재심리가 성립되면 배심을 교체하여 모든 절차를 다시 진행하게 된다. 이 권리의 행사 여부는 소추측의 완전한 재량에 맡겨져 있으며, 1981년 영국 내무부의 조사에 의하면, 약 25,000건의 사건 중 370건(약1.5%)이 재심리(retrial)에 회부되었다고 한다 : S.Butler, Acquittal Rate, Home Office Research and Planning Unit Paper 16, 1983, p.7.

46) G.Maher, Jury Verdicts and the Presumption of Innocence, Legal Studies, 1983, p.146.

47) A.Sanders & R.Young, op. cit., p.363.

사법법(the Criminal Justice Act 1967)' 제13조 제3항은, 적어도 2시간 이상의 評議를 행한 후가 아니면 법관은 다수결평결을 시사해서는 아니 된다고 규정하고 있다(1974년 배심원법 제17조 제4항).<sup>48)</sup>

나아가 다수결평결을 행한 경우, 배심원장은 다수결평결에 의한 결론이 유죄인 때에는 유죄를 지지하는 자의 수와 반대자의 수를 법정에서 明言하여야 한다(1974년 배심원법 제17조 제3항). 이와는 반대로 다수결평결의 결론이 무죄인 때에는 그 표수를 밝혀서는 아니 된다. 다수결평결에 의한 유죄평결의 비율은 약 10%정도지만, London에서는 이보다 높고 그 밖의 지역에서는 이보다 낮은 비율을 보이고 있다.

### (3) 평결의 효력

배심이 무죄 또는 유죄의 평결을 내린 경우 그 결정은 최종적인 것으로 법관이 이를 번복할 수 없다. 물론 유죄판결에 대하여는 상소에 의한 審訴이 허용되지만, 무죄판결에 대하여는 법관의 판단(ruling)이 실무로 정착되는 것을 우려하여 법무장관이 상소하는 극히 예외적인 경우에만 허용된다. 상소심법원이 법무장관의 주장을 인정한 경우에도 제1심의 무죄판결에는 영향이 없다. 즉 배심의 무죄평결에 의해 무죄판결은 확정되는 것이며 상소는 '무고에 대한 불처벌'을 위한 단편적인 구제수단에 지나지 않기 때문이다.

## 6. 평 가

이상에서 살펴 본 영국 배심제도의 주된 특징은, 영국의 배심제도는 배심의 지역(Community)대표성을 중시하고 있다는 점, 영국의 배심재판은

48) 실무규정(Practice Direction 1967 3 All E. R. 137)에서는 법정과 평의실의 왕복시간을 고려하여 법정을 나간 후 2시간 10분 후로 규정하고 있다.



탄력주의소송이념에 입각하면서도 사법의 스포츠화적 요소, 투쟁적 요소 및 극적 요소가 약하다는 점, 무죄추정의 원칙이 재판제도의 근간을 이루고 있다는 점, 법관의 배심에 대한 통제가 강하다는 점등으로 요약할 수 있다.

물론 이들 특징은 배심제도 자체로부터 발생하는 것이 아니라 법관의 임명방식이나 법관의 도덕적 규범(Ethos), 그리고 범조양성방법 등과 깊은 관계가 있다. 특히 극히 소수의 예외를 제외하면 형사법원에서 재판은 소추측 및 피고측의 변호인을 그 양쪽의 대리인을 경험한 법정변호사(Barrister)가 맡고 있다는 점이 독특하다. 이점이 영국의 배심제도에 있어 사법의 스포츠화적 요소를 약화시키는 요인으로 작용하는 것이라 할 것이다.

## 제2절 미국의 형사배심제도

### 1. 개 관

미국의 배심제도<sup>49)</sup>는 권력에 대한 불신과 그에 대한 견제의 필요성에서 시작되었으며, 사법제도운영에 일반 시민의 참여를 보장함으로써 일상생활에서 민주주의를 실현하는 효과적인 방안의 하나로 인식되고 있다. 현재

49) 미국 배심제도에 관한 선행연구로는 다음과 같은 것들이 있다. 김상준, 미국 배심재판 제도의 연구, 이화여자대학교출판부, 2003 ; 한인섭, 형사재판에서의 배심제의 도입, 형사정책 제14권 제2호, 2002 ; 안경환, 미국법상 계약의 해석과 배심의 역할 : Parole Evidence Rule을 중심으로, 21세기 한국민사법학의 과제와 전망 : 심당송상현교수화갑기념논문집, 박영사, 2002 ; 임성기, 미국배심제도의 운영실태와 문제점, 해외연수검사연구논문집(Ⅰ) 제17집, 법무연수원, 2001 ; 권영설, 민사배심재판의 권리에 관한 몇 가지 헌법문제, 미국헌법연구 제12호, 미국헌법연구소, 2001 ; 안경환, 미국의 연방헌법의 배심조항, 미국헌법연구 제12호, 미국헌법연구소, 2001 ; 이제석, 배심제도의 이념과 문제점, 비교형사법연구 제3권 제1호, 2001 ; 권영설, 배심제도의 개혁논의와 그 헌법상 쟁점, 미국헌법연구 제11호, 미국헌법연구소, 2000 ; 권영설, 미국의 배심제도, 미국헌법연구 제7호, 미국헌법연구소, 1996 ; 이한구외, 미국배심제의 기능, 재판자료 제10집, 법원행정처, 1981 등등.

미국에서는 매년 약 300만명의 미국인이 배심으로 소환되고 있으며, 약 15만건의 사건이 배심재판으로 처리된다는 통계<sup>50)</sup>에서 알 수 있듯이 배심제도는 미국의 소송절차에 있어서 가장 중요하고 독특한 제도의 하나이다.

이미 앞에서 살펴 본 영국의 배심제도는 식민지 미국에서도 그대로 옮겨 시행되었으나, 점차 영국왕의 압제로부터 시민의 권리를 수호하는 역할을 담당하였다는 역사적 전통과 사법제도를 포함한 모든 국정의 주요 결정에 모든 국민이 평등하게 참여하여야 할 권리가 주어져야 한다는 민주주의의 정치이념이 어울려, 영국의 배심제도와는 다소 다른 미국 특유의 사법제도로 발전함으로써 배심재판을 받을 권리<sup>51)</sup>가 1789년 미연방헌법에서 국민의 기본권의 하나로 천명되기에 이르렀다.<sup>52)</sup>

미국 배심제도의 독자적인 특성으로는, 첫째 배심원 선발절차에서 영국과는 달리 예비배심원에 대한 ‘심문절차(voir dire)’를 도입하여 피고인이 배심원을 기피할 권리를 갖게 함으로써 영국의 경우보다도 강하게 개인의 자유에 대한 방어수단(protection of individual liberty)으로 인식되고 있다는 점, 둘째 도입 초기와는 달리 배심으로부터 법률문제의 판단을 박탈시킨 점, 셋째 예비배심원에 대한 심문(voir dire)이 1920년경부터 효율적인 사법운영을 이유로 법원이 점차 제한을 가하기 시작하여 그 심문권이 당

50) Warren Berger, Is Our Jury System Working?, Reader's Digest, 1981/2, p.126.

51) ‘배심재판을 받을 권리’의 본질적인 요소는 미국연방헌법에서 배심재판을 규정할 당시에 영국에서 인식되어 오던 것과 식민지 시대 미국의 각 주에서 초기 헌법에서 이해되고 실재하였던 것이 동일하다. 즉 첫째, 배심은 12명으로 이루어져야 하고, 둘째 법률에 관하여 說示하고 사실에 관하여 조언할(지시하는 것이 아닌) 권한을 가진 법관의 면전에서 이루어져야 하며, 셋째 평결은 만장일치이어야 한다는 것이다. 그러나 이러한 본질적 요소는 그 후 연방대법원 혹은 각 주 대법원의 해석을 통하여 많은 변형을 가져오게 된 결과, 배심원의 수가 12명이어야 하고, 평결이 만장일치이어야 한다는 점은 더 이상 배심의 본질적 요소라고 할 수 없게 되었다.

52) 미국 수정헌법 제7조(민사소송의 배심재판)와, 헌법 제3장 제2조 제3항(형사소송의 배심재판) 및 수정헌법 제6조(신속한 재판과 배심재판을 받을 권리 등)는 각 민사와 형사재판에서 배심재판을 받을 국민의 권리를 규정하고 있다. 형사재판의 경우, 배심재판을 받을 권리는 피고인의 권리가기는 하지만, 연방법원과 12개의 주에서는 피고인의 의사여하에 불구하고 검사도 배심재판을 요구할 수 있다.

사자로부터 법관에게 이행되었다는 점등을 들 수 있다.<sup>53)</sup>

현재 우리나라에서도 사회 각 분야에서 시민의 참여가 확대되어가고 있으며 선진 미국의 가치관이 영향을 미치고 있는 현실에서 형사사법절차에 대한 시민의 참여라는 문제와 관련하여 미국 형사사법절차의 근간을 이루는 배심제도의 역사와 운영실태 및 그 공과를 살펴보는 것은 의미있는 일이라 할 것이다.

## 2. 배심의 적용범위

‘배심(jury)’이란 민사·형사사건에서 다툼이 있는 사실 및 쟁점에 대하여 법관의 인도 하에 사실을 선언·확정하기 위하여 추첨이나 기타 공평하고 不偏不黨한 방법에 의해 선출된 일반인의 집단을 말한다. 전통적으로 형사재판의 배심원의 數는 12명이 보통이었으나, 배심원의 數字는 법률로 정하여진 것이 아니기 때문에 연방대법원은 6명으로 구성된 배심도 가능하다고 판시한 예가 있다.<sup>54)</sup> 배심원의 數는 州마다 다르며, 사안의 輕重을 기준으로 일정한 범위의 사건에서 12명 미만의 배심을 운영하는 州는 33개에 달한다. 그러나 연방법원의 형사배심은 12명으로 이루어진다.<sup>55)</sup> 미국의 형사절차에서 배심의 적용범위는 다음과 같다.

### (1) 大陪審(起訴陪審, grand jury)

미국에서 피의자를 소추하는 방법으로는 ‘검사기소(information)’와 ‘배심에 의한 기소(indictment)’가 있다. 이와 같이 형사소추절차에만 이용되는 배심을 대배심이라 한다.<sup>56)</sup>

53) 주한일, 미국 배심제도의 특징 및 배심원의 선발에 관한 고찰, 외국사법연수논집[18], 법원도서관, 1999, 16쪽 이하 참조.

54) Williams v. Florida, 399 U.S. 78(1970) ; Ballew V. Georgia, 435 U.S. 223(1978).

55) ‘연방형사소송규칙(Federal Rules of Criminal Procedure)’ 제23조(b) 참조.

배심기소절차는 검사가 ‘起訴狀案(bill of indictment)’에 서명하여 대배심에 제출함으로써 개시되고, 대배심이 심사(review)를 거쳐 검사의 기소장안에 동의하면 위 기소장안 검사서명의 하단에 배심원장이 서명한 후 법원에 제출함으로써 종료된다.

대배심의 심사는 소배심과는 달리 양방당사자구조가 아니기 때문에 피의자가 범죄를 범하였다고 믿기에 상당한 소명자료를 검사가 제출하였는지 여부를 결정하는데 있고 심사는 비공개로 진행되며 피의자에게는 출석하거나 자기방어를 위한 증거를 제출할 권리가 없다.

대배심에 의하여 기소될 권리를 규정한 미국 수정헌법 제5조는 연방법원을 羈束할 뿐 州의 형사소송절차에는 적용되지 아니하므로<sup>57)</sup>, 각 州에서는 독립된 입법에 의하여 대배심 규정을 두고 있는데, 뉴욕주 등 약 20개의 州에서만 대배심제도를 두고 있고 그밖에 절반 이상의 州에서는 대배심제도를 운영하고 있지 않다.

대배심 기소절차를 거쳐야 하는 범죄에 대하여 수정헌법 제5조는 ‘사형에 처할 범죄 또는 파렴치범(infamous crimes)’이라고 규정하고 있고, 대배심 기소절차를 규정하고 있는 대다수의 州에서도 위 연방헌법조항과 동일한 취지의 규정을 두고 있다.

따라서 ‘사형에 처할 범죄 또는 파렴치범’<sup>58)</sup>이 아닌 범죄는 검사가 대배심기소의 절차를 거치지 아니하고 기소할 수 있으며, 대배심기소를 받을

56) 배심원의 수가 대개 12명 이상(각 州마다 다르다. 예컨대 뉴욕주는 16-23명, 텍사스주는 12명임)으로 구성되기 때문에 12명 이하로 구성되는 소배심과 비교하여 배심원 수가 많다는 의미에서 대배심이라 하며, 그 임무에 초점을 맞추는 경우에는 기소배심이라 한다 : 김상준, 앞의 미국 배심재판제도의 연구, 19쪽.

57) Barron v. Baltimore (1833) 7 Pet(Md)243 ; Hurtado v. California 110 US 516 (1884).

58) 연방대법원은 파렴치범에 관한 다수의 판결을 통하여 다양한 개념정의를 하고 있는데, ‘징역형에 처할 범죄(Parkinson v. US (1887) 121 US 281)’, ‘강제노역에 처할 범죄(Mackin v. US (1886) 117 US 348)’, ‘위조(Wilson, ex parte (1885) 114 US 417)’, ‘사기투표(Parkinson v. US (1887) 121 US 281)’, ‘국립은행직원의 횡령(US v. DeWalt (1888) 128 US 393)’ 등이 이에 해당한다고 한다 : 최준원, 미국의 형사배심제도, 해외연수검사연구논문집 제16집 제1호, 법무연수원, 2001, 200쪽 참조.

권리는 포기할 수 있는 권리이므로<sup>59)</sup>, 피의자가 이를 포기하는 경우에는 검사는 단독으로 기소할 수 있다. 한편 일리노이주를 비롯한 다수의 주에서는 배심기소에 의할 것인지 검사기소에 의할 것인지를 검사의 재량으로 일임하고 있다.

대배심에 의한 기소는 영국에서 유래하여 사회 안녕질서의 유지의무를 지닌 시민들이 범죄인을 기소하는 절차에 참여함으로써, 검사를 위해서는 강력한 수사의 원조자로서의 ‘칼’을 제공하는 역할을 담당할 수 있고, 피의자를 위해서는 피의자를 부당한 기소로부터 보호하는 ‘방패’로서의 기능을 발휘할 수 있다는 시민사회의 기대에서 유지되어 온 제도이지만 ‘방패’로서의 기능이 사라지면서 유명무실화된 제도이다.

검사가 제출한 ‘사실상 모든’ 起訴狀案을 대배심이 승인함으로써 ‘대배심은 햄버거도 기소한다’는 속담이 있을 정도인데, 미국의 학자들은 그 이유로 첫째 비법률전문가인 대배심원들의 심사능력이 매우 낮고, 둘째 대배심 심사절차는 양당사자구조가 아니어서 검사만이 증거를 제출할 수 있으며, 대배심은 검사가 제출한 증거만 놓고 기소여부를 판단하기 때문이라고 한다.<sup>60)</sup>

## (2) 小陪審(審理陪審, petty jury)

미국의 형사절차에서 소배심이란 공판의 사실심리에 참가하여 피고인의 유·무죄에 관한 평결(verdict)을 하는 배심을 말하며 일반적으로 사용되는 배심이라는 용어는 바로 이러한 소배심을 일컫는다.

배심에 의한 재판을 받을 권리는 헌법에 의하여 보장되고 있지만, 연방 대법원은 해석을 통하여 그 적용범위를 제한하고 있다. 즉 연방대법원은

59) *Barkman v. Sanford* (1947) CCA 5.

60) 한편 미국의 대배심제도와 法域別 대배심제도의 현황에 대하여는, 로어크 M. 리드/이노우에 마사히토/야마시로 메구미著(정완譯), 미국의 형사절차(번역총서 3), 한국형사정책연구원, 2000, 168-173쪽 참조.

수정헌법 제6조의 해석과 관련하여, ‘비록 모든이라는 절대적인 문구에도 불구하고 이 권리는 절대적인 것이 아니며 배심재판의 헌법상의 보장은 輕罪(misdemeanor or petty offence)에는 적용되지 아니한다’고 판시하고 있다.<sup>61)</sup>

따라서 미국에서 배심에 의한 심리를 받을 기준이 되는 重罪(felony or serious offence)와 輕罪는 一刀兩斷式으로 구별되는 개념은 아니지만<sup>62)</sup>, 일반적으로 보통법상의 重罪는 동산·부동산의 전부몰수(total forfeiture)라는 형벌로 처벌될 수 있는 범죄를 말한다. 예컨대 重殺人罪(murder), 經殺人罪(manslaughter), 강간죄(rape), 강도죄(robbery), 방화죄(arson), 야간주거침입죄(burglary), 절도죄(larceny) 등이 이에 해당한다. 성문법상의 重罪는 輕罪로 정해져 있는 범죄보다 罪質이 중한 범죄를 말하는데, 연방법과 대부분의 州法에 의하면, 사형 또는 1년 이상의 징역형에 처할 수 있는 범죄를 의미한다[M.P.C.§1.04(2)]. 또는 지방교도소(local jail)가 아닌 州교도소(state jail)에서 복역하여야 하는 범죄를 말하기도 한다.

重罪는 다시 1년 이상 10년 미만(최장기 무기징역)에 처할 수 있는 1급(first degree), 1년 이상 3년 미만(최장기 10년)에 처할 수 있는 2급(second degree), 1년 이상 2년 미만(최장기 5년)에 처할 수 있는 3급(third degree)으로 구분되며[M.P.C.§6.06], 그 등급에 따라 공소시효를 달리하기도 한다.

이에 대하여 重罪를 제외한 범죄로서 벌금에 처해지거나, 징역 1년 미만에 처해지는 범죄로 州교도소가 아닌 장소에서 복역이 가능한 범죄를 輕罪라 한다. 일부 州에서는 輕罪도 여러 단계(예컨대 A, B급 등)로 구분하기도 하는데, ‘模範刑法典(Model Penal Code)’에서는 단순경죄와 경미한 경죄(petty misdemeanor)로 구분하고 있다[M.P.C.§1.04(4)].

61) Duncan v. Louisiana (1968) 391 US.

62) 연방대법원 판례에 의한 구별기준에 대하여는, 주한일, 앞의 논문, 24쪽참조.

대부분의 州헌법에서도 배심재판을 받을 권리를 규정하고 있으나 각 州의 대법원은 연방대법원과 마찬가지로 重罪의 경우에만 배심재판을 받을 권리가 적용된다고 해석하고 있으며, 경죄와 중죄의 구별에 관하여는 각 州마다 다른 가이드라인(guideline)을 정해 놓고 있다.

### 3. 배심원자격과 선정절차

#### (1) 배심원의 자격

미국에서 모든 계층과 성별, 인종과 민족에 차별을 두지 않고 누구나 배심원이 될 수 있는 자격을 인정하여 무작위적인 선정절차를 채택하게 된 것은 그리 오래된 일이 아니다. 즉 1960년대까지만 하더라도 배심은 평균적인 지적능력과 도덕성·정열성을 가지고 있다고 인정되는 사람들로만 구성하는 것이 당연하다는 사고가 지배적이었기 때문이다.<sup>63)</sup> 오늘날과 같은 배심의 구성방식은 1968년에 제정된 연방법률인 ‘陪審員選定및役務에關한法律(the Jury Secection and Service Act of 1968)’<sup>64)</sup>에서 비롯되었다. 이는 특히 흑인이 사실상 배심에서 의도적으로 배제되는데 따른 심각한 부작용에 대하여 미국 전역에 걸쳐 양심적인 다수의 반발과 비판을 불러 일으킨 성과였다. 연방법률에 규정된 무작위적인 배심원 선정원칙이 각 州에 까지 적용되게 된 것은 1975년 연방대법원 판결의 산물이었다.<sup>65)</sup>

보통법시대에는 배심원의 선발을 ‘보안관(sheriff)’이 임의로 하였는데, 이때 그가 고려한 요소는 ‘선량하고 법률의 양식이 있는 사람’이었기 때문에 실질적으로 외국인, 중죄로 유죄를 선고받은 자를 제외하고는 모든 사람이

63) “Report of the Judicial Conference Committee on the Operation of the Jury System”, 26 F.R.D. 409, 421-22(1960).

64) 연방법전 제28편 제121장(배심원 : 배심원에 의한 재판) : U.S. Code Title 28, Chapter 121 - Juries ; Trial by Jury secs. 1861-1878.

65) Taylor v. Luisiana 419, U.S. 522, 533, n. 13.

배심원 소환의 대상이었다. 그러나 현재 미국의 각 州에서는 배심원이 될 수 있는 자격을 법률에 명시하고 있다. 그러한 자격을 구비하고 있는 시민은 인종, 피부색, 종교, 성별, 출신국, 경제상태 등을 이유로 대배심이나 소배심의 선발·직무에서 임의적으로 배제될 수 없다(28 U.S.C. secs. 1862).

자격요건을 규정하고 있는 ‘배심원의선정및역무에관한법률(the Jury Secection and Service Act of 1968)’은, 배심원의 자격요건으로 일정 연령(18세 이상), 미국시민권, 좋은 도덕적 성품, 영어이해능력, 부동산 소유자, 거주자, 등록된 납세자, 전과가 없는 자 등을 규정하고 있다.<sup>66)</sup> 배심원 자격요건을 구비하지 못한 자가 예비배심원으로 소환되었을 경우에는 검사 혹은 피고인의 理由附忌避의 대상이 된다.

특정한 직업을 가진 자를 배심원 종사 의무에서 면제하는 경우가 있다. 전술한 배심원의 자격요건과 배심원 종사의무 면제와는 근본적인 차이가 있는 것으로, 전자는 일정한 사람을 배심원에서 배제하는 것인 반면, 후자는 면제요건에 해당하는 자에게 (그가 원하는 대로) 배심원종사여부를 선택할 수 있는 특권을 부여하는 것이다. 따라서 면제요건은 理由附忌避의 기피사유가 되지 못한다.

‘배심원의선정및역무에관한법률(the Jury Secection and Service Act of 1968)’에 의하면, 소방공무원 등의 안전봉사에 관계하는 직원(volunteer safety personnel), 경찰, 연방정부 혹은 州정부의 입법, 행정, 사법공무원 등의 직업을 가진 자를 면제요건에 해당하는 자로 규정하고 있다[28 U.S.C. sesc. 1863(5)(b), (6)(a)(b)(c)].

한편 각 州가 규정하고 있는 배심종사의무 면제사유중 대표적인 것으로는, 심한 경제적 곤란, 건강, 법원 직원, 선거직 공무원, 의사, 치과의사, 성직자, 경찰관, 소방관, 교사, 회사의 단독소유자 등이 있다.

---

66) 28 U.S.C. secs. 1865(b).



## (2) 배심원선정절차

배심은 2단계를 거쳐 선발된다. 첫 번째 단계는 예비배심원(venire), 즉 일단의 잠재적 배심원(potential juror)을 선발하는 것이다. 예비 배심원을 선발하는 방법은 각 州마다 다르나 대개 선거인 명부에서(혹은, 선거인 명부와 운전면허증 소지인 명부를 병합하여) 무작위로 추출한다.<sup>67)</sup>

두 번째 단계는 정해진 기일에 법원에 소환된 예비배심원들을 상대로 판사, 검사 및 피고인의 변호사가 voir dire('to see, to say') 라고 하는 예비신문절차를 거쳐 배심으로 선정되는 것이 부적합하다고 판단되는 예비배심원들을 기피한 후 실제로 심리를 담당할 배심을 구성하는 것이다.

현재 배심원 후보자를 추출하기 위한 기초자료로서 가장 일반적으로 사용되는 것은 당해 지역의 선거인등록명부이다[28 U.S.C. sesc. 1863(2)]. 그러나 선거인명부에 등록하는 사람은 전체 유권자 중 50퍼센트 내외에 불과하기 때문에 배심원후보자의 선정자원을 확충하기 위하여 성인의 95퍼센트 이상이 등재되어 있는 운전면허소지자명부를 함께 활용하는 것이 보통이다.

배심을 구성하고자 하는 법원은 먼저 당해 재판에 배심원후보로 얼마나 많은 인원이 필요한지를 예상하여, 선거인등록명부나 운전면허등록부에 등재된 사람들 중에서 필요한 인원을 조달할 수 있을 만큼 일련번호를 기준으로 일정한 간격을 설정하여 無作為로 후보를 추출한다.

이렇게 추출된 배심원후보자들은 법원에서 보낸 설문지를 작성하여 법원에 반송한다. 법원은 설문지를 반송한 사람들 중에서, 1년 이상 당해 지역에 거주하고 있는 18세 이상의 미국시민이 아닌 자, 英語를 말하고 읽고 쓰고 이해하지 못하는 자, 배심원으로 종사하기에 적절하지 아니한 心身障礙가 있는 자, 중죄(felony)에 해당하는 전과가 있거나 재판계속중인 자를 제외하고, 나머지 사람들을 법원에 출석시켜 최종적으로 배심원이 될 사람

67) United State Court Organization 1998 to the Department of Justice, Washington D.C., U.S. Government Printing Office, 1998.

들을 선정하기 위한 절차를 진행한다[28 U.S.C. secs. 1866].

배심의 직무를 위하여 소환되었음에도 불구하고 지시대로 출석하지 않은 者는 연방지방법원으로부터 출두명령을 받고 출두하여 소환에 불응한 이유를 설명하여야 한다. 소환장에 응하지 않은 충분한 이유를 제시하지 못한 자에 대하여는 100달러 이하의 벌금 또는 3일 이내의 구금형에 처하거나 이를 並科할 수 있다[28 U.S.C. secs. 1866(g)].

결국 미국헌법에 규정되어 있는 ‘공정한 배심(impartial jury)’의 현실적인 의미는, 陪審員候補群에 人種이나 性別, 社會的・經濟的 地位 기타 다른 여러 가지 기준에 의하여 구분할 수 있는 모든 계층의 사람들이 의도적으로 배제되지 아니하고 골고루 포함될 수 있는 ‘可能性’이 보장되는 선정방식을 말한다. 최종적으로 구성된 배심에 실제로서는 각계 각층의 사람들이 골고루 포함되지 아니하고 특정 계층이나 집단에 편중되어 있는 결과가 되더라도, 누구나 배심원이 될 수 있는 가능성이 저해되지 않는 이상 그 배심은 공정하고 객관적인 배심으로 인정되어야 한다는 것이다.

한편 각 당사자는 예비배심원에 대한 예비심문(voir dire)을 통하여 얻은 개개 예비배심원들에 대한 정보를 토대로 각자 자신에게 불리한 배심을 배제시킬 수 있는데 이러한 수단으로는 다음과 같은 것들이 인정되고 있다.<sup>68)</sup>

#### 1) 理由不要忌避(peremptory challenge)

미국의 각 州에서는 양당사자에게 아무런 이유나 설명없이 추가적으로 배심원을 기피할 수 있는 권리를 부여하고 있다. 이처럼 기피의 이유를 진술하지 아니한 채 행사하는 예비배심원에 대한 기피를 理由不要忌避라 한다. 즉 이는 전적으로 당사자의 재량에 달린 것이다.

연방사건에 관하여 ‘연방형사소송규칙(Federal Rules of Criminal

68) 김상준, 앞의 책, 69쪽 이하 ; 주한일, 앞의 논문, 43쪽 이하 ; 최준원, 앞의 논문, 202쪽 이하 참조.

Procedure)’ 제24조(b)는 ‘사형의 선고가 가능한 사건은 쌍방당사자 모두에게 20회, 1년 이상의 징역에 처할 수 있는 사건은 검사가 6회, 피고인측이 10회, 1년 미만의 징역 혹은 벌금형에 처할 수 있는 사건은 쌍방당사자가 3회씩 기피할 수 있다’고 규정하고 있다.<sup>69)</sup>

당사자들에게 理由不要忌避를 허용하는 이유는, 첫째 특정예비배심원이 사전에 편견을 가지고 있다는 의심이 농후한데 그 이유를 설명하기 곤란한 경우가 많기 때문에, 그러한 경우에 기피의 이유를 찾는데 필요한 시간을 절약해 줌으로써 재판의 신속을 기할 수 있고, 둘째 양당사자로 하여금 다른 배심원들 보다 불리한 평결을 내릴 가능성이 있는 예비배심원을 재량으로 배제할 수 있는 권리를 부여함으로써 배심의 구성에 참여하게 하는 기능을 할 수 있기 때문이다.

이유불요기피는 그 어떠한 경우에도 허용되는 것인가? 최근까지도 위 질문에 대한 해답은 명백하였다. 이유불요기피는 아무런 설명이 필요없이 행사할 수 있는 당사자의 권리라는 것이다. 그러나 1978년 캘리포니아주 대법원이 최초로 인종편견에 의거한 이유불요기피권의 행사를 州헌법위반으로 금지[People v. Wheeler, 583 P.2d 748 (Cal.1978)]하면서 매사추세츠주 및 플로리다주 대법원에서도 이와 동일한 내용의 판결이 잇따르던 중, 마침내 1986년 연방대법원은 ‘Batson v. Kenturcky (1986) 476 U.S. 79’ 판결에서 인종편견에 의거한 이유불요기피권의 행사는 연방헌법에서 금지하는 것이라고 판시하기에 이르렀다.

## 2) 理由附忌避(challenges for cause)

이유부기피는 법률이 명시한 이유에 의하여 예비배심원을 기피하는 것이다. 연방사건에 관하여는 ‘배심원선정및복무에관한법률(the jury selection

69) 텍사스의 배심원기피에 대하여는, 로어크 M. 리드/이노우에 마사히토/야마무로 메구미 著(정완譯), 앞의 책, 239쪽 이하 참조.

and service act of 1968)’에서 배심원의 자격 및 선발에 관한 절차를 규정하고 있고, 州법원 사건에 관하여는 각 州마다 다르나 전형적인 이유를 보면, 연령<sup>70)</sup>, 미국시민권<sup>71)</sup>, 영어사용능력, 당해 사건에 편견을 가진 경우 등을 들고 있다.<sup>72)</sup>

판사는 개개 예비배심원에게 관할구역 내 거주자인지, 문장이해력이 있는지, 배심원 종사 경험이 있는지, 당해 피고사건에 관하여 사전지식이 있는지, 범죄의 피해자가 된 경험이 있는지 등을 심문하며 그 과정에서 피고인 혹은 검사는 개개의 예비배심원이 자기에게 불리한 편견을 가지고 있는지 여부에 관한 자료를 얻을 수 있다.

### 3) 예비배심원전원에 대한 기피(challenge to the array)

이는 배심원선정 과정상의 위법을 이유로 예비배심원 전원을 기피하는

70) 뉴욕州에서는 ‘21세 이상 60세 이하’.

71) 대부분의 州에서 미국시민권을 요구하고 있다.

72) 텍사스州 형사소송법 제35.16조는 예비배심원에 대한 기피사유를,

첫째 검사와 피고인 모두 주장할 수 있는 기피 사유

1. 유권자가 아닌자
2. 절도 혹은 중죄로 유죄선고, 기소되거나 형사고발된 자
3. 정신이상자
4. 배심원 역할 수행이 곤란한 정신적 장애자
5. 당해사건의 증인
6. 당해사건의 기소배심에서 배심원으로 종사한 자
7. 동일사건의 이전공판에서 소배심원으로 종사한 자
8. 피고인에게 호의 또는 적의가 있는 자
9. 글을 읽거나 쓸 능력이 없는 자

둘째, 검사가 주장할 수 있는 기피 사유

1. 사형폐지론자가 사형을 구형하여야 할 공판의 예비배심원인 경우
2. 피고인과 혈족, 인척관계가 있는 자
3. 처벌규정에 대하여 반감을 가지고 있는 자

셋째, 피고인이 주장할 수 있는 기피 사유

1. 당해사건의 피해자와 혈족, 인척관계가 있는 자
2. 피고인에게 유리하게 적용될 수 있는 규정에 반감을 가지고 있는 자로 규정하고 있다 : 로어크 M. 리드/이노우에 마사히토/야마무로 메구미著(정완譯), 앞의 책, 319쪽 이하 참조.

것이다. 연방법상으로는 예비배심원 전원을 기피하는 근거규정을 찾아볼 수는 없으나, 보통법상의 관습에 따라 연방대법원은 판례를 통하여 이를 인정해 오고 있으며, 법률로 허용하고 있는 州도 많다. 그러나 오리건州와 같이 예비배심원 전원을 기피하는 것을 허용하지 않는 州도 있다.

적법한 기피사유로서 각 州의 판례가 인정하고 있는 대표적인 사유를 보면, 첫째 배심원선발위원회 중 1명이 살인사건 피해자의 혈족인 경우<sup>73)</sup>, 둘째 배심원선발위원회가 의도적으로 배심원적격자를 후보군에서 제외한 경우<sup>74)</sup>, 셋째 배심원 후보자명단이 배심원 선정 감독관 전원에 의하여 작성되도록 요구하고 있는 법률에 위반하여 1명의 감독관에 의하여 작성된 배심원 후보자 명단에 기하여 배심원 선정이 이루어진 경우<sup>75)</sup>, 넷째 선정된 예비배심원의 수가 법률이 요구하는 수보다 적은 경우<sup>76)</sup>, 다섯째 예비배심원의 주거가 특정지역에 편중된 경우<sup>77)</sup> 등이다.

### (3) 배심의 권한

배심제도 초기 배심의 권한은 법원이 시민에 대한 정치적 억압의 도구로 전락되는 것을 염려하여 가능한 한 법관의 권한을 제약하려고 하였다. 이러한 이유로 배심에게는 사실인정문제뿐만 아니라 법률문제까지도 판단하는 권한이 인정되었다.<sup>78)</sup> 이에 대하여 연방대법원은, 배심은 법관의 說示(instruction)에 의해 부여된 법을 배심이 인정한 사실에 적용하면 족하다고 판시<sup>79)</sup>하면서 이러한 관행에 제한을 가하였다.

73) State v. Duncan (1895) 47 La Ann 1025.

74) People v. Papas (1942) 381 Ill 90.

75) Chance v. State (1934) 115 Fla 379.

76) Hunter v. State (1895) 34 Tex 599.

77) State v. Hay (1948) 120 Mon 573.

78) 현재에도 매릴랜드州 및 인디애나州의 헌법은 배심의 법률문제에 대한 권한을 규정하고 있다 : 권영설, 앞의 배심제도의 개혁논의와 그 헌법상 쟁점, 217쪽.

79) U.S. v. Battistie, 24 F.Cas.1042(C.C.D. Mass. 1853) No. 14, 545.

그러나 이러한 배심제도 초기의 권한들이 오늘날 위 연방대법원판례에 의해 사장된 것은 아니다. 즉 배심의 평결은 결코 先例를 형성하지 않기 때문이다. 배심은 사실을 인정하고 그 사실에 법관이 說示한 법을 적용하여 최종적인 판단을 행하는 者들로 공동체의 정의감이나 가치관과 법적 규범과의 완충지대 역할을 담당함으로써 법의 엄격성을 완화시키는 역할을 여전히 담당하고 있다. 실제로 사실과 법을 구분하는 二分法이 항상 명확할 수 있는 것은 아닐 뿐만 아니라, 일반평결(general verdict)의 형식으로 배심에게 주어진 권한에 따라 배심은 법의 적용과정에서 법관의 說示를 무시하고 평결을 할 수 있기 때문이다.

또한 배심은 피고인의 행위가 법을 위반하고 있는지 여부와 관계없이 무죄평결을 내릴 수 있는 권한이 있는데, 이를 ‘배심에 의한 법의 적용거부(jury nullification)’라 한다. 즉 배심이 일정 사실을 인정하면서도 법관의 說示에 따르지 않고 법을 적용한 결과와 다른 평결을 내리는 것이다.

#### 4. 법관의 說示와 評決

##### (1) 법관의 說示

배심제도에서 배심원이 법률문외한인 점을 보충하기 위한 제도가 바로 법관의 ‘說示(instruction)’이다.<sup>80)</sup> 說示란 법관이 배심원들에게 당해 사건의 중요쟁점과 적용법규에 대하여 설명하는 것을 말한다. 즉 법관은 사건의 개요를 요약, 설명하고 여러 가지 검토하여야 할 문제점 및 증거법, 적용법규를 알려준 후 배심원들로 하여금 유·무죄의 평결을 하게 하여야 한다.

80) ‘연방형사소송규칙(Federal Rules of Criminal Procedure)’ 제30조(배심에 대한 說示)를 참조.

그러나 법관은 배심원들로 하여금 유·무죄의 어떠한 예단을 가질 만한 說示를 하여서는 아니 되며 단지 배심원들이 정당한 결론에 이르도록 조언하는 것이 그의 임무이다. 법관은 배심의 평결에 따라 판결하여야 하는 것이 원칙이고 그 재심을 명할 수는 없다. 그러나 일반적으로 상식인이라면 누구라도 동일한 판단을 할 것으로 예견되는 경우 법관은 배심에게 그러한 결론으로 평결하도록 명할 수 있는데 이를 ‘지시평결(directed verdict)’이라 한다. 또한 평결이후에도 그 평결이 불합리하고, 정상적인 보통사람이라면 그와 같은 경우에 당연히 그와 반대되는 결론을 내렸을 것이라고 판단되는 경우에는, 배심의 평결을 무시한 채 법관자신이 직접 사실인정을 하고 이에 입각하여 판결을 할 수 있다. 이를 ‘평결불복의 판결(judgement notwithstanding the verdict)’이라고 한다.

## (2) 배심의 評決

배심재판에서 증거조사와 최후변론 및 법관의 事案說示(instruction)가 종료되면 배심원들은 토론을 거쳐 ‘評決(verdict)’에 들어간다. 연방을 비롯한 대부분의 州에서는 유죄·무죄를 불문하고 만장일치의 평결을 요구하고 있다[연방형사소송규칙(Federal Rules of Criminal Procedure) 제31조(a)]. 만장일치에 이르지 못하면 ‘평결불성립(hung jury)’이라고 하는데 이때는 심리무효(mistrial)로 인정되어 그 배심은 해산되고 새로이 선정된 배심에 의하여 심리를 계속한다. 첫 번째 배심이 평결을 내리지 못하였기 때문에 이중위험금지에 반하지 않는다는 것이다.<sup>81)</sup>

그런데 유죄·무죄의 평결에는 반드시 만장일치가 필요한지 여부에 대하여, 연방대법원은 州법원사건에 관하여 10대2 또는 9대3으로 유죄선고하는 것도 합헌이라고 판시하였으나<sup>82)</sup>, 또한 사형에 관한 사건을 제외한

81) Rolando V. del Carmen(김성돈옮김), 미국 형사소송법, 길안사, 1999, 74쪽.

형사사건의 6명 배심원제에서는 항상 만장일치가 요구된다고 판시하였다<sup>83)</sup>. 그러나 5명 배심제에 대하여 연방대법원은, 5명 배심제는 효과적인 토론을 할 수 없을 뿐만 아니라 사회 각 영역으로부터 공정하게 배심원을 선발할 수 있는 가능성을 감소시키며 사실인정의 정확성을 해치기 때문에 위헌이라고 판시하였다.<sup>84)</sup>

이에 관한 몇몇 州의 실정을 보면, 텍사스州는  $\frac{3}{4}$ , 몬타나州는  $\frac{2}{3}$ 의 찬성에 의한 평결을 州헌법으로 허용하고 있고, 루이지애나州 헌법은 사형에 처할 사건은 반드시 만장일치를 필요로 하지만 강제노역에 처할 범죄에 관하여는 12명으로 구성된 배심에서 9인 이상의 찬성으로 족하다고 규정하고 있으며, 오리건州 헌법은 1급 살인죄를 제외한 모든 사건에서  $\frac{5}{6}$ 의 평결을 요구하고 있다.<sup>85)</sup>

한편 1960년대의 조사에 의하면 조사된 형사사건 중 5.5%, 1970년대 초의 조사에 의하면, 캘리포니아州의 대도시에서의 형사사건 중 12.2%, 1990년대 초반의 조사에 의하면, 중죄사건 중 13% 내지 15%가 각 평결불성립(hung jury)으로 귀결되었다고 한다.<sup>86)</sup> 배심재판에 소요되는 막대한 비용을 생각하면 이러한 평결불성립(hung jury)의 빈발은 미국 형사재판의 문제점이라 아니 할 수 없다.

## 5. 평 가

미국의 배심제도는 다민족국가인 미국에서 재판의 정통성에 대하여 국민의 신뢰를 확보하기 위한 기능을 담당하고 있는 제도이다. 배심제는 ‘재판을 담당하는 자와 재판을 받는 자가 똑 같은 국민인 동시에 쌍방의 당

82) Apodaco v. Oregon (1972) 406 U.S. 404 ; Johnson v. Louisiana (1972) 406 U.S. 356.

83) Burch v. Louisiana (1979) 441 U.S. 130.

84) Ballew v. Georgia (1978) 435 U.S. 223.

85) 로어크 M. 리드/이노우에 마사히토/야마무로 메구미著(정완譯), 앞의 책, 291쪽 이하.

86) Miller & Wright, Criminal Procedures -Prosecution and Adjudication-.



사자가 재판을 담당하는 자를 선출하고 그들에 의해 내려진 결론을 부득이한 것으로 받아들인다'는 '절차적인 자기책임의 원리' 아래 성립하는 것이라 할 수 있다.

이상과 같은 미국의 배심제도와 관련하여 중요한 문제점으로 지적되고 있는 것은, 첫째 배심구성과 관련하여 적절하고 타당한 배심의 대표성을 어떻게 확보할 것인가, 둘째 인종차별을 비롯한 각종 차별문제를 어떻게 해소할 것인가, 셋째 전문적·기술적 사안을 올바르게 해결하기 위하여 배심원의 자격에 어떠한 제한을 둘 것인가, 배심원 판단이 안정되어 있지 않아 비교적 높은 비율로 誤判이 발생하는 것이 아닌가<sup>87)</sup> 라는 점들이다. 이 같은 문제에 관하여, 많은 학자와 법조인들이 다양한 개선책을 제시하고 있으며, 변화하는 사회여건을 감안할 때 배심제도가 더 이상 최선이 아니라는 극단적인 주장까지도 제기되고 있다.<sup>88)</sup>

이러한 상황은 1960년대 중반 이후 미국의 연방법원, 州법원 및 의회 등에서 동시에 추진되어 온 일련의 개혁노력에 따라 일변되었다고 할 수 있다. 어떤 형태의 개혁은 특히 배심제도의 민주화라고 하는 사회적 가치관의 변화를 반영하기도 하였고, 또 다른 형태의 개혁은 배심제도와 관련된 비용과 재정지출을 줄이는 쪽으로 이루어지기도 하였으며, 어떤 개혁노력은 사건의 내용과 적용할 법률의 난해성, 복잡성에 대한 해법을 마련하고자 배심재판의 질적 수준을 높이는데 경주하고 있다.<sup>89)</sup>

87) 일례로 다음과 같은 'Kalven & Zeizel의 연구(1966년)'를 참고로 할 수 있다. 이 연구는 3576건의 배심재판에 대하여 사건을 담당한 법관을 대상으로 앙케이트를 행하여 배심의 사실인정과 법관의 사실인정을 비교·분석하여 연구한 것이다. 이 연구에 의하면 양자의 판단의 일치율은 70%로 나머지 30%에서는 서로 다른 결론을 내리고 있다. 서로 일치하지 않은 30%의 사건 가운데 26%는 배심의 판단이 피고인에게 이익이었으며 나머지 4%는 법관의 판단이 피고인에게 이익이었다 : H. Kalven, Jr. & H. Zeizel, *The American Jury*, 1966.

88) G. Louis Joughin & Edmund M. Morgan, *The Legacy of Sacco and Vanzetti*, Preface, 1948, p.6은 '미국의 사법제도는 죄를 범한 자를 유죄로 하는 것도 무실인 자를 무죄로 하는 것도 보장하고 있지 않다. 우리 사법제도가 보장하고 있는 것은 공평한 재판이라는 것에 지나지 않는다'고 한다.

그 결과 오늘날 미국의 배심은 지난 1960년대와 비교할 때, 사회구성원의 다양성을 훨씬 더 잘 반영하고 있어 전반적으로 배심제의 운영은 더욱 효율적·경제적으로 이루어지고 있다고 평가할 수 있다. 한편으로 미국의 배심제도는 중앙집권적인 정부권력에 대한 견제와 국민자치의 요구를 바탕으로 미국인들의 생활 속에 깊이 뿌리내리고 있고, 실제 생활에서 주민자치를 실현할 수 있는 효과적인 수단이라는 평가에 변함이 없는 이상 배심제도의 근간은 앞으로도 유지되어야 한다는 것이 대다수 미국인의 기본적인 생각이라 할 것이다.

---

89) 이에 대하여 상세하게는 김상준, 앞의 책, 45쪽 이하 참조.

## 제4장 대륙법계의 참심제도

일반적으로 참심제도는 직업법관이 아닌 일반인인 참심법관과 직업법관이 하나의 재판부를 구성하여 합의에 의해 재판하는 제도를 말한다. 본래 참심제는 관료법관에 대한 불신을 이유로 사법에 대한 통제 및 감시장치로 도입된 것이었다.

그러나 오늘날에는 유럽국가에서 사법의 독립성이 완전히 보장됨에 따라 통제 및 감시기능은 그 의의를 잃게 되었고, 오히려 일반 국민으로 하여금 판결의 결론이 도출되는 과정을 직접 체험하게 함으로써 재판에 대한 국민의 신뢰를 높이는 기능과 판결에 일반인의 건전한 상식(사회의 건전한 양식)을 반영하는 기능을 담당할 수 있다는 점에서 그 의의가 크게 부각되고 있다.

다음에서는 유럽국가 중에서 참심제도의 모범이라 할 수 있는 독일, 프랑스, 스웨덴, 핀란드 등의 참심제도에 대하여 살펴보기로 한다.

### 제1절 독일의 참심제도

#### 1. 개 관

독일에서는 이미 100년 전부터 ‘직업법관(Berufsrichter)’과 함께 ‘명예법관(ehrenamtliche Richter)’이 司法節次에 관여하고 있다.<sup>90)</sup> 즉 행정재판관,

90) Benz, Zur Rolle der Laienrichter im Strafprozeß, Lübeck, 1982 ; Ebert, Jura 1996, 242ff ; Hillenkamp, Festschrift Kaiser(1998), S.1437f ; Hans Lilie, Blinde Kontrollinstanz? -Zur Zukunft des Schöffenamtes-, Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag, Walter de Gruyter, 2002, S.303 etw.

헌법재판권, 노동재판권, 사회재판권, 재정재판권, 州경제재판권 및 병역재판권의 영역에서 비전문법관은 명예법관으로서 재판에 참가한다. 우리나라에서 參審法官으로 번역되고 있는 독일의 ‘Schöffe’는 이들 명예법관 가운데 형사재판부의 일원으로서 형사재판절차에 관여하는 명예법관, 즉 ‘참심법관(Schöffe)’만을 일컫는 명칭이다.<sup>91)</sup>

독일 참심법원의 법률적 기초는 1877년에 제정된 ‘법원조직법(Gerichtsverfassungsgesetz, 이하 ‘GVG’로 약기)’이다. 동법의 법안이 독일제국의회에서 의결되었을 때 당시 프로이센(Preußen)의 司法長官이었던 Leonhardt가, ‘여러분, 이 법안이 성립함으로써 배심제도가 종언을 고하고 참심법원제도의 여명이 시작된 것으로 오판을 하여서는 아니 된다’<sup>92)</sup>고 말한 예언은 정확하게 들어맞았다. 왜냐하면 1924년의 Emminger사법개혁<sup>93)</sup>에 의해(순수한 의미의)배심법원은 폐지되고 참심법원의 기능이 이전보다 훨씬 강화되었기 때문이다. 오늘날 ‘제1차 사법업무경감을위한법(사법간소화법)’<sup>94)</sup>이 성립한 후에도 참심법원은 그 의의를 상실하지 않고 있다. 이는 직업법관의 수가 참심법관의 수보다도 적은 재판부가 여전히 설치되고 있기 때문이다. 나아가 제1심 참심법원의 형벌권이 ‘제1차 사법업무경감을위한법(사법간소화법)’의 성립에 의해 최고 4년의 자유형에까지 확대되었다.

이러한 참심제도의 성립배경으로는 1848년의 혁명에 의해 배심제도가 도입되었으나 경찰체제와 관료사법의 체질을 개선하지 못하여 이에 대한 국민의 불신이 여전히 뿌리깊었다는 점, 부르주아(bourgeois)계층은 그 세력의 확대를 위하여 사법에 대한 시민참가를 지지하면서도 새롭게 등장한

91) 명예법관의 개별적 명칭, 특히 ‘참심법관(Schöffe)’에 대한 정의를 규정하고 있는 ‘독일 법관법(Deutsches Richtergesetz)’ 제45조a를 참조.

92) C. Hahn, Die gesamten Materialien zu dem Gerichtsverfassungsgesetz und dem Einführungsgesetz zu demselben vom 27. januar 1877, herausgegeben von C. Hahn, Zweite Abteilung Berlin 1879, S.1257.

93) Rüping, Funktion der Laienrichter im Strafverfahren, JR 1976, S.270 ; Verordnung über Gerichtsverfassung und Rechtspflege vom 4. Januar 1924, RGBl. I S.15ff.

94) Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege vom 11. 1. 1993, BGBl. I, S.50ff.

프롤레타리아(prolétariat)계층의 세력확대를 저지하고(예컨대 일정한 한도의 납세자로 참심원의 자격을 한정), 체제를 유지하기 위하여 민중참가를 표방하면서도 자기이익을 도모하고자 하였다는 점등을 들 수 있다. 즉 독일의 참심제도는 부르주아가 타협책으로 제시한 것으로 관료법관에 대한 신뢰를 전제로 참심법관과의 합의에 의한 상호보완관계의 참심제도가 성립된 것이라 할 것이다.<sup>95)</sup>

## 2. 참심법원의 기능

독일의 참심법원은 고전적인 의미의 배심법원이 아니다. 오히려 참심법관은 공판 중 ‘그 전 과정에 걸쳐 법관의 직무를 수행’하는 것이다(GVG 제30조 제1항). 그 의미하는 바는 독일형사소송법의 구조를 살펴볼 때 비로소 명백해지는 것이라 할 수 있기 때문에 먼저 이를 개관할 필요가 있다.

### (1) 형사절차의 기본적 특징과 발생사

주지하는 것처럼, 본래 독일형사소송법은 프랑스제도를 모방하여 소추주의에 기초한 소송으로 형성된 것이다. 일반적으로 독일의 형사소송은 3단계의 절차로 구성되어 있다. 즉 수사절차, 공판개시절차, 공판절차의 3단계이다. 그리고 당해 판결에 대하여 불복신청이 이루어지는 경우에는 상소절차가 개시된다.

수사절차는 ‘비밀의 규문적인 절차(geheimes Inquisitionsverfahren)’이다. 당사자의 권리는 약화되어 본질적으로 ‘법률상 청문을 받을 권리’에 한정되고 그 절차단계는 검사에 의해 장악된다. 예심판사제도는 1974년에 폐지되었다.<sup>96)</sup>

95) 박홍규, 시민이 재판을!, 사람생각, 2000, 234쪽.

96) Erstes Gesetz zur Reform des strafverfahrensrechts vom 9. 12. 1974, BGBl. I, S.3393ff., 3533ff.

오늘날에는 검사의 신청으로 활동하는 ‘搜查判事(Ermittlungsrichter)’<sup>97)</sup>가 존재할 뿐이다. 수사판사의 활동이 필요한 경우는 법관에게 유보된 조사행위(예를 들면 구속명령, 피의자의 기본적인 제권리를 제약하는 그 밖의 강제처분 등)로 한정된다. 검사는 수사판사의 결정에 관하여 본질적으로 다음과 같은 세 가지 대응가능성을 가지고 있다. 즉 첫째 범죄혐의가 확인되지 않는 경우에는 당해 절차를 중지할 수 있고, 둘째 당해 절차가 경미사범을 대상으로 하고 있는 동시에 그 소추에 대하여 그 어떠한 공적인 이익도 존재하지 않는 경우에는 곧 바로 또는 부가조건을 부과한 위에 일반적으로 법원의 동의하에 당해 절차를 중지할 수 있으며, 셋째 그 밖의 경우에는 관할법원에 피의자를 기소하여야 하는 것이다.

관할법원은 공판개시절차에서 당해 기소의 허가결정을 행한다. 이 경우 법원은 제출된 증거로부터 피의자에게 당해 범죄의 충분한 혐의가 존재하는지 여부, 즉 유죄판결이 개연적인지 여부를 당해 범죄행위에 대한 잠정적인 검토를 통하여 판단하게 된다. 그러나 이러한 절차단계는 실무상 큰 의의를 갖는 것은 아니다. 대다수의 법원은 서식에 따라 형식상 당해 절차의 개시를 결정하기 때문이다. 이러한 형사절차의 단계에는 직업법관이 결정을 행할 뿐 일반국민은 절차에 관여하지 않는다.

당해 법원이 절차의 개시를 결정한 경우에는 공판이 개시된다. 공판은 공개로 口頭에 의해 진행된다. [‘단독판사법원(Amtsgericht)’의 단독판사로서의] 형사법관(Strafrichter) 또는 (참심법원 또는 형사부의) 재판장이 공판의 지휘 및 증거조사를 담당한다. 즉 이들은 스스로 증인을 심문하여 다른 증인의 필요성을 결정한다. 피고인, 변호인 또는 검사가 재판장의 소송

97) 독일 형사소송법은 제162조 제1항에서, 검사는 판사에 의한 조사행위가 필요하다고 인정하는 경우 그 조사가 수행되어야 할 지역의 지방법원에 이를 청구하도록 규정하고 있는데, 검사의 신청에 의하여 조사를 담당하는 판사를 ‘수사판사’라 한다. 수사판사는 긴급을 요하는 경우에는 검사의 신청이 없는 때에도 필요한 조사행위를 할 수 있는데, 이 경우 수사판사는 소위 ‘비상검사(Notstaatsanwalt)’로서 검사의 역할을 담당한다 : C. Roxin, Strafverfahrensrecht 24.Aufl., C.H.Beck, 1995, S.63ff.

지휘에 동의하지 않는 경우에는 당해 처분에 대하여 이의를 신청할 수 있다. 이 경우에 비로소 당해 법원은 (참심법관을 포함한) 합의부로서 당해 소송지휘상의 처분에 대한 시비를 판단하게 된다. 나아가 검사, 피고인 또는 변호인은 증인에 대하여 보충질문을 행하고 개개 증거에 대하여 견해를 밝힐 권리를 갖는다. 그들이 다시 별도의 증거가 필요하다고 생각하는 경우에는 당해 법원에 대하여 증거신청을 하여야 한다. 증거조사, 법정변론 및 피고인의 최후진술이 종료하면 판결의 합의와 선고가 행해진다.

## (2) 法定法官

‘독일기본법(Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, BGBl. I S.1)’ 제101조는 누구라도 ‘法定法官(gesetzlich Richter)’에 의한 재판을 받을 권리가 박탈되지 않음을 보장하고 있다. 이에 따라 법원조직법은 이러한 권리보장을 특히 형사재판에 대하여 구체화하고 있다. 검사가 당해 기소를 행할 관할법원은 법원조직법의 규정에 따라 당해 사건에 대하여 재판관할권을 가진 법원이다.

### 1) 사물관할

법원조직법은 제1심의 관할법원으로서 ‘단독판사법원(Amtsgericht)’과 ‘지방법원(Landgericht)’을 구별하고 있다. 지방법원에는 유죄의 선고형으로 4년의 자유형보다 중한 刑이 예상되는 형사사건이나 특별한 의의를 가진 형사사건이 기소된다(동법 제74조 제1항). 동법 제74조 제2항에 규정되어 있는 범죄유형에 대하여는 지방법원의 형사부(Strafkammer)가 ‘배심법원(Schwurgericht)’<sup>98)</sup>으로서 관할권을 갖는다.

98) 그러나 이 경우의 ‘배심법원(Schwurgericht)’은 단순한 명칭에 지나지 않는 것으로 영미의 배심법원과 전혀 다르고, 다른 모든 형사부와 동일하게 구성된 특별한 형사부에 지나지 않는다 : Vgl. C. Roxin, a.a.O., S.26/31/34 ; 오상원, 독일 현행 참심제의 문

단독판사법원은 지방법원 및 고등법원(Oberlandesgericht)의 관할에 속하지 않는 모든 형사사건의 관할권을 갖는다. 단독판사법원 내에는 상이한 두 개의 ‘재판부(Abteilung)’가 존재하는데 형사법관과 참심법원이 그것이다. 형사법관은 유죄의 선고형으로 최고 2년 이하의 자유형이 예상되는 형사사건에 대하여 관할권을 가지며(법원조직법 제25조), 단독판사법원의 관할에 속하는 그 밖의 모든 형사사건에 대하여는 참심법원이 관할권을 갖는다.<sup>99)</sup>

단독판사법원의 판결에 대하여는 항소 및 상고라는 상소수단에 의한 불복신청이 가능하다(형사소송법 제312조, 제333조). 이 경우 항소심법원은 지방법원이며 상고심은 고등법원이다. 제1심법원으로서 선고한 지방법원의 판결 및 고등법원의 판결은 연방대법원(Bundesgerichtshof)에 대한 상고에 의해서만 불복신청을 할 수 있다.

## 2) 재판부(Abteilung)의 구성

단독판사법원의 형사법관은 항상 직업법관으로만 구성된다. 이에 대하여 참심법원은 직업법관 1인과 참심법관 2인으로 구성된다. 당해 사건이 대규모이기 때문에 검사가 신청한 경우에는 참심법원은 다른 직업법관 1인을 참가시켜(zuziehung) ‘확대된 참심법원’으로서 공판을 개시할 수 있다(법원조직법 제29조 제2항).

지방법원의 형사부는 다양하게 구성된다. 즉 제1심으로서의 공판에는 직업법관 3인과 참심법관 2인으로 구성되는 ‘大刑事部(große Strafkammer)’가 관할권을 갖는다. 특히 대형사부가 배심법원(Schwurgericht)으로서 공판을

제점과 그 개선방안의 전망, 2001.6.4. 제2차사법제도비교연구회 발표원고, 3쪽.

99) 법원조직법 제28조는 ‘단독판사법원의 관할권에 속하는 형사사건에 대하여는 형사법관이 재판하지 않는 사건에 한하여 그 심리 및 재판을 위해 단독판사법원에 참심법원을 설치한다’고 규정하고 있다.



개시한 경우에는 이러한 구성이 의무로 규정되어 있다. 그밖에 당해 사건이 대규모도 아니고 난해하지도 않은 사건인 경우, 합의부는 직업법관 2인과 참심법관 2인으로 구성할 것을 결정할 수 있다(동법 제76조 제2항). 이에 대하여 형사법관의 판결 및 참심법원의 판결에 대한 항소사건의 관할권은 ‘小刑事部(kleine Strafkammer)’가 갖는다. 소형사부는 직업법관 1인과 참심법관 2인으로 구성된다. 제1심의 공판이 ‘확대된 참심법원’에서 이루어진 경우에는 제2심도 다른 직업법관 1인을 참가시켜 소형사부를 구성한다.<sup>100)</sup>

### 3. 절차에 있어 참심법관의 역할

참심법관은 부여된 법적 지위에서 보면 司法權의 일부이다(독일기본법 제92조). 즉 참심법관은 법률상 규정된 전제하에서만 활동하지만 직업법관과 본질적으로 동일한 권리 및 의무를 갖고 있다[독일법관법(Deutsches Richtergesetz vom 19. April 1972, BGBl. I S.713) 제45조 제1항]. 따라서 참심법관은 공판과 판결에 있어서 기본적으로 직업법관과 동일한 법적 지위를 가지는 것이 원칙이다.

#### (1) 법관으로서의 공정성

법관으로서의 공정성은 참심법관도 직업법관에게 요구되는 공정성과 중립성을 갖고 심리하여야 한다는 것을 의미한다. 참심법관에게도 직업법관에 대한 모든 원칙이 그대로 적용된다. 따라서 참심법관은 직업법관이 당해 사건에 편견을 갖고 있다는 이유로 기피되는 것과 동일한 이유로 기피

100) 재판부의 구성에 대하여는, 이주현, 독일의 참심제도 및 명예법관제도, 외국사법연수논집[16], 법원도서관, 1998, 230쪽 이하, 특히 ‘소년참심법원(Jugendschöffengericht)’의 관할에 대하여는 236쪽을 참조 ; 사법개혁추진위원회, 민주사회를 위한 사법개혁 -대통령자문위원회보고서-, 2000, 332쪽의 [표4-II-4] 참심제를 채택하고 있는 국가의 제도 비교 및 C. Roxin, a.a.O., S.33f.를 참조.

될 수 있다(형사소송법 제31조 제1항). ‘편견을 갖고 있다는 이유’에 해당하는 경우는 법관으로서의 공정성에 대한 불신을 갖기에 적합한 모든 이유를 말한다(동법 제24조 제2항). 법관으로서의 공정성이 결여되어 있다는 이유는 직업법관 또는 참심법관을 당해 절차에서 배제할 것이 법률로 규정되어 있는 제척사유이다. 이러한 경우로는 예컨대 당해 참심법관 자신이 범죄행위의 피해자인 경우, 피고인 또는 피해자와 밀접한 관계에 있는 경우, 당해 사건의 증인으로 심문된 경우 등이다.

## (2) 참심법관의 권한

참심법관의 권한에 대한 중심적인 규정은 법원조직법 제30조이다. 동조에 의하면 참심법관은 공판 중 전 범위에 걸쳐 직업법관과 동일한 評決權을 갖고 法官職을 수행한다. 참심법관은 그 밖의 절차관계자(직업법관, 검사, 변호인 등)와 동일하게 피고인, 증인 또는 감정인에게 직접 질문할 권리를 갖는다(형사소송법 제240조 제2항). 또한 참심법관은 공판진행 중에 행해지는 모든 결정에 관여한다. 다만 공판개시결정과 같은 공판 외 결정은 단독판사법원의 직업법관 또는 지방법원의 직업법관이 참심법관의 관여없이 이를 행한다.<sup>101)</sup>

참심법관이 공판에 관여하는 준비단계에서 어떠한 권리를 갖는가 라는 문제는 학설상 쟁점이 되고 있다. 통설 및 판례에 따르면 참심법관은 당해 사건의 기록(예컨대 공소장 또는 피의자신문조서 등)을 열람할 권한이 없다고 한다.<sup>102)</sup> 그 제한논거로는 형사소송법 제261조에 의하면 법원은 증거

101) H.H.Kühne, Strafprozeßrecht, 5.Aufl., C.F.Müller, 1999, S.45 ; 직업법관만의 결정이 위헌이 아니라는 OLG Hamburg, NStZ 1998, 99의 입장은 BVerfG NStZ 1998, 418에 의해 지지되었다.

102) Vgl. BGHSt 13, 73 ; BGHSt 42, 191 ; BGHSt 43, 36 ; Rennig, Die Entscheidungsfindung durch Schöffen und Berufsrichter in rechtlicher und psychologischer Sicht, Marburg 1993, S.586 ; Kleinknecht/Meyer-Goßner, Strafprozeßordnung mit GVG und Nebengesetzen, 42.Aufl., München 1995, §30 GVG Rn.2 ; Imberger-Bayer, JR 1999, S.299.

조사의 결과를 口頭에 의한 공판의 총체로부터 획득한 자유로운 확신에 의거하여 결정하여야 한다는 점을 든다. 즉 참심법관의 사건기록 열람은 공판의 口頭主義와 直接主義를 침해할 위험성이 있다는 것이며, 이러한 원칙들은 단지 구술로 진술되는 사안들만이 판결의 근거가 되어야 할뿐만 아니라 법관도 피고인과 증거자료(Beweismittel)로부터 직접 체득한 개인적인 심증을 기초로 판결을 선고할 것을 요구한다는 것이다.<sup>103)</sup>

이에 대하여 학설 중에는, 공판에서 사건의 이해도를 높이기 위하여는 참심법관의 사건기록열람을 허용하여야 하며(이를 독일법관법 제45조와 관련하여 동법 제19조로부터 추론한다), 더욱이 직업법관은 공판지휘의 준비를 이유로 사건기록을 공판 전에 철저하게 검토할 뿐만 아니라 공판 중에도 당해 기록을 수중에 넣고 있는데, 판결에 대하여 직업법관과 동일한 책임을 지는 참심법관이 사건기록을 열람할 수 없다고 하는 이유를 이해할 수 없고, 참심법관에게 사건기록의 열람을 거부하는 것은 공판에서의 그들의 영향력을 제한하는 것이라는 주장도 제기되고 있다.<sup>104)</sup>

결국 공판의 口頭主義와 直接主義를 철저화한다는 견지에서는, 직업법관이 공판 전에 사건기록을 열람하는 것은 바로 이러한 원칙이 침해될 위험성이 있다는 점에서 참심법관과 동일하다 할 수 있는 것이므로 참심제도를 유지하는 한 참심법관의 권리는 직업법관과 동일하게 하여야 할 것이다. 즉 독일법관법 제45조와 관련하여 동법 제19조로부터 추론할 수 있는 결론은, 참심법관은 직업법관과 동일한 권리를 가지고 활동하고, 동일한 정도로 독립적이며, 자신이 한 선서에 따라 법관직을 최고의 지식과 양심적으로 수행하여야 하기 때문에 직업법관과 동일하게 기록열람권을 부

103) Vgl. RGSt 32, 318 ; RGSt 69, 120.

104) Rüping, a.a.O., S.269f. ; Kühne, Die Zusammenarbeit zwischen Berufsrichtern und ehrenamtlichen Richtern, DRiZ 1975, S.390f., S.393 ; Schreiber, Akteneinsicht für Laienrichter? Zu den Grundsätzen von Mündlichkeit und Unmittelbarkeit im Strafprozeß, H.Wezel-Festschrift 1974, S.949 ; Kleiknecht/Meyer-Goßner, a.a.O., §30 GVG Rn.2 m.w.N.

여하여야 할 것이다.<sup>105)</sup>

### (3) 참심법관의 평결권

독일 형사소송법에서는 공판 및 판결형성에서 사실확정의 문제와 양형의 문제에 의한 구별은 인정되지 않는다. 재판부 전체가 처음에 사실확정에 관한 판단을 행하고 유죄인 경우에는 계속하여 형벌 및 기타 법적 효과를 확정한다(동법 제260조 제4항).

판결은 합의로 결정되는데 그 구체적인 절차는 법원조직법에 규정되어 있다(동법 제192조 내지 제197조). 판결은 법률상 규정된 수의 법관에 의해서만 행해져야 한다. 합의는 공개되지 않는다. 합의는 재판장이 지휘하며 재판장은 (다른 직업법관, 참심법관에게) 질문을 통하여 의견을 취합한다. 이때 어떠한 질문을 할 것인가, 어떻게 질문할 것인가, 어떠한 순서로 그 질문에 대하여 평결할 것인가 라는 문제에 관한 해결을 법원조직법은 ‘법원(재판부)’에 명시적으로 위임하고 있다(동법 제194조). 따라서 법원(재판부)은 각 직업법관, 참심법관의 의견이 다른 경우 의견의 일치를 이끌어 내야 한다. 모든 직업법관 및 참심법관은, 선결문제에서 자신의 의견이 부정되었다 할지라도, 모든 문제에 관하여 공동으로 의견을 진술하여야 한다.<sup>106)</sup> 판결은 절대다수로 결정된다. 이는 참심법원 또는 지방법원 소형사부에서는 참심법관의 의견이 직업법관의 의견을 數적으로 압도할 수 있음을 의미한다. 법원조직법은 판결의 평결에서 可否同數인 경우 재판장의 의견이 결정적일 수 있음을 규정한 것에 지나지 않는다(동법 제196조 제4항).

어떠한 순서로 평결(Abstimmung)할 것인지도 규정되어 있다(동법 제197조). 즉 먼저 나이가 가장 젊은 참심법관이 의견을 진술하고, 그 후 직

105) 오상원, 앞의 글, 11쪽.

106) 합의에 있어서 토론은 견해의 다양성을 회피하자는 것을 목적으로 하는 것이 아니라 가능한 한 올바른 판결에 도달하자는 것을 목적으로 한다.

업법관이 근무년수의 순서로 즉 근무년수가 적은 직업법관부터 순서대로 의견을 진술하게 된다. 그리고 마지막으로 재판장이, 자신의 의견이 절대 다수의 의견에 의해 부정되었다 하더라도, 합의의 결과로 결정된 판결을 읽어 그 이유를 밝히도록 하고 있다.<sup>107)</sup>

#### 4. 참심법관의 직무

참심법관의 직무는 명예직이다(법원조직법 제31조). 명예직은 원칙적으로 거부할 수 없다. 어떤 사람이 참심법관에 선임되고 그 사람에게 후술하는 부적격사유 또는 제척사유가 존재하지 않는 경우 그 사람은 참심법관으로서의 직무를 4년간 수행하여야 한다. 명예직의 활동이란 실무적인 의미로는 참심법관에게는 그 활동에 대한 보수가 지불되지 않는 것을 의미한다. 참심법관은 상당액의 보상(Entschädigung) 예컨대 교통비, 필요한 경우에는 숙박비 및 경제적 손실에 대한 보상(독신자 및 근로자에 대하여는 時給 6마르크, 근로자가 아닌 세대주에 대하여는 時給 12마르크) 등을 받을 뿐이다(동법 제55조).<sup>108)</sup>

참심법관도 法定法官의 원칙에 따라야 하는 것이므로 참심법관의 선임방법, 직무기간 및 직무의 장소에 관하여는 구체적으로 법률로 규정되어 있다.

##### (1) 참심법관의 자격요건

參審法官職은 독일국민만이 수행할 수 있다(법원조직법 제31조 제2문).

107) 이러한 평결순서는 참심법관으로 하여금 재판장이나 직업법관의 평결에 영향을 받거나, 그들의 평결을 아무 생각없이 추종하는 것을 방지하기 위한 것이라 한다 : 이주현, 앞의 글, 383쪽.

108) 참심법관에 대한 보상에 관하여는 ‘명예법관의보상에관한법률(Gesetz über die Entschädigung der ehrenamtlichen Richter)’ 제2조 제1항(시간보상), 제2조 제2항(소득손실보상), 제3조(교통비), 제4조 및 제5조(비용) 등에 규정되어 있다 : Rennig, a.a.O., S.129ff.

109) 이는 이미 ‘독일기본법(GG)’의 명예직에 관한 규정에서 볼 때 명백하다(동법 제116조<sup>110)</sup>). ‘법원조직법’은 참심법관에 대한 적극적·명시적 조건(예컨대 최소한의 지적 수준 등)을 규정하고 있는 것이 아니라, 단지 참심법관이 될 수 없는 者 및 되어서는 아니 되는 者, 그리고 직무를 사퇴할 수 있는 者를 규정하고 있음에 지나지 않는다. 참심법관으로서 부적격인 者, 즉 참심법관의 결격사유(동법 제32조)로는 이전에 고의에 의한 범죄행위를 범하여 유죄판결을 받고, 적어도 6개월의 자유형을 선고받았던 者<sup>111)</sup> 또는 재판에 의해 공직에 취임할 자격이 박탈된 者, 그리고 위와 같은 법적 효과의 선고가 예상되는 형사절차가 진행중인 者이다.

나아가 예컨대 과산선고를 받아 자기재산의 처분이 제한된 者도 참심법관이 될 수 없다. 만 25세 미만의 者 및 71세 이상의 者, 당해 자치단체에 주소등록을 한 후 1년 미만인 者, 정신적 또는 신체적 질환의 이유로 직무담임이 부적격인 者도 참심법관이 될 수 없다(동법 제33조). 그리고 직무상 형사절차 및 형벌의 집행에 관여하고 있는 자도 참심법관이 될 수 없다고 규정하고 있다. 이는 정부직원, 성직자(Religionsdiener, 예컨대 교회의 목사, 천주교의 신부, 불교의 승려 등) 및 이미 8년간 참심법관으로서 직무를 수행한 者에게도 적용된다.

그러나 이미 8년간 참심법관으로서 직무를 수행한 자라 하더라도, 그

109) 이에 대하여 소년법원참심법관의 경우에는 독일국민일 뿐만 아니라 소년교육에 있어서의 경험이나 교육상의 능력 등을 요구하고 있다 : 독일소년법원법(Jugendgerichtsgesetz vom 11. Dezember 1974, BGBl. I S.3427) 제35조. 한편 법률정책학적 관점에서 경제형사사건에 관여하는 참심법관에게는 특별한 자격을 요구하자는 주장도 제기되고 있다 : Vgl. Kubsch, Mitwirkung von Schöffen in Wirtschaftsstrafsachen, Deutsche Richterzeitung, 1984, S.190.

110) 독일 기본법 제116조의 의미에서 독일국적을 보유하고 있는 이상, 망명자, 추방자, 그 배우자, 자손들도 참심법관이 될 수 있고, 독일국적을 포함한 다국적자도 참심법관이 될 수 있다 : Kissel, Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar 2.Aufl., C.H.Beck, 1994, S.620.

111) 범행의 종류, 집행유예의 선고, 실행의 복역여부, 집행유예기간의 경과 여부는 문제되지 않는다. 동규정은 형집행을 결격사유로 규정한 것이 아니라 판결을 결격사유로 규정한 것이기 때문이다 : Kissel, a.a.O., S.621.

후 8년간의 휴식기간을 거친 후라면 재차 참심법관으로 선임될 수 있다(동법 제34조 제1항 제7호). 그 밖의 者는 참심법관직을 예외적으로 거부할 수 있다(동법 제35조). 예컨대 의원, 보건위생직을 수행하고 있는 者, 가정적인 이유나 직업상의 이유로 참심법관직을 수행하는 것이 곤란한 者(예를 들면, 참심법관직을 수행함으로써 지금까지의 경제적 생활기반이 위기에 처해질 수 있다고 예상되는 者)이다.

## (2) 참심법관 선임절차

선임절차는 지방법원장 및 단독판사법원장이 차기직무기간(4년)에 필요한 참심법관수를 확정하는 것으로부터 시작된다. 그 數는 年間開廷豫想日 數를 기초로 결정된다. 참심법관수는 각 참심법관이 12회의 통상법정기일 이상 招致되지 않도록 결정되어야 한다(‘법원조직법’ 제43조, 제77조). 그러나 이 규정들은 구속적인 것이 아니기 때문에 1년에 12회를 초과하여 정규 공판기일에 招致하는 것도 가능하다. 이 경우 법원구성의 합법성여부 문제는 발생하지 아니하며 당해 참심법관도 공판참여를 거절할 수 없다.<sup>112)</sup> 결정된 수치는 법원장이 당해 법원관할구역의 자치단체에 통지한다.<sup>113)</sup>

## (3) 참심법관후보자명부

그 후 각 자치단체는 참심법관후보자명부를 작성한다. 이 명부는 전체 주민집단의 대표적 성격을 위해 성별, 연령, 직업, 사회적 지위를 고려하여 주민 1000명당 3명의 비율<sup>114)</sup>로 선출되어야 하지만, 필요한 참심법관수의

112) Kissel, a.a.O., S.656.

113) 선임절차의 상세에 대하여는, Vgl. Hans Lilie, a.a.O., S.306ff. ; Brusten/Westmeier, Wie wird man Schöffe? : in 1. Deutscher Schöffentag, Mehr Demokratie am Richtertisch, Bonn 1992, S.53ff.

114) Art. 10 Nr. 4 des 1. Strafrechtsreformgesetzes vom 25. 6. 1969, BGBl. I S.645.

적어도 2배수를 선출하여야 한다(법원조직법 제36조 제4항). 이 명부는 각 자치단체의회 의원  $\frac{2}{3}$ 의 다수로 의결된다.

그러나 법원조직법은 각 자치단체의 주민이 어떠한 절차로 선출되는지에 관하여 규정하고 있지 않다. 동법이 규정하고 있는 것은 명부작성에 있어서는 ‘성별, 연령, 직업 및 사회적 지위에 따라 구별된 주민의 모든 그룹’을 過不足없이 고려하여야 한다는 규정뿐이다(동법 제36조 제2항). 현재 독일에서는 다양한 선출절차가 행해지고 있다. 그 완전한 기록은 존재하지 않지만 개별적인 실증조사는 존재한다.<sup>115)</sup>

예컨대 Klausa<sup>116)</sup>는 자신의 조사연구에서 다음과 같은 절차의 존재를 판명하였다. 즉 Berlin 및 Hannover의 경우 參審法官候補者名은 주민등록국에서 무작위로 추출하여 결정된다. 그리고 각 선임기간에 대하여 동일인이 몇 회에 걸쳐 재선출되는 것을 방지하기 위하여 무작위추출을 위한 별도의 姓名頭文字그룹을 비치하도록 하고 있다. 이 명부는 부적격자 또는 전과자를 삭제하도록 의뢰하기 위하여 관할경찰당국에 송부된다. Köln의 경우 이전에는 특정 고급관료가 명부작성을 담당하였다. 동 관료는 주민등록국에서 알파베트의 名文字에서 성명을 무작위로 추출하고, 그 후 형벌등록부초본에 따라 전과자 및 부적격자를 삭제시켰다. 나아가 동 관료는 참심법관직의 지원자를 동 명부에 추가로 등재하였다. Düsseldorf에서는 고급관료가 의회에 의석을 갖고 있는 대표적인 세 개의 정당에 그 의석수에 따른 후보자의 성명을 추천하도록 의뢰하였다. 당해 정당은 이해관계가 없는 시민에게 참심법관직을 수행하도록 하는 경우 그들을 적으로 만들 우려가 있다는 점을 고려하여 자신의 당원만을 지명하였다. 지방법원의 관할 구역인 Wuppertal에서는 이러한 난점을 고려하여 정당 및 복지사업단체뿐만 아니라 스포츠단체, 은행, 건강보험조합, 노동조합 및 공업회사에 대하

115) Zum Beispiel Klausa, Ehrenamtliche Richter, Ihre Auswahl und Funktion -empirisch untersucht-, Frankfurt 1972.

116) a.a.O., S.23-30.



여도 참심법관후보자의 추천을 의뢰하였다.<sup>117)</sup>

참심법관후보자명부가 각 자치단체에 의해 의결된 후에는, 각 자치단체 주민이 참심법관에 적합하지 않다고 생각하는 특정인을 참심법관후보자로 채용한 것에 대하여 이의를 제기할 수 있도록 명부를 일주일간 공공의 장소에 게시하게 된다(동법 제36조 제3항). 그 후 동 명부는 각 자치단체를 관할구역으로 하는 당해 단독판사법원장에게 이의신청서와 함께 송부된다. 법원장은 각 자치단체가 제출한 全名簿를 하나의 참심법관후보자명부로 취합한다.

#### (4) 참심법관의 선임

이 명부의 실질적인 작성은 ‘참심법관선임위원회(Ausschuß)’가 담당한다(법원조직법 제40조). 동 위원회는 단독판사법원의 재판장법관, 州정부가 임명한 행정공무원, 그리고 당해 지방자치단체의회 및 당해 자치단체의 행정구역에 포함되지 않는 市邑面의 의회에서 2/3의 다수로 선출된 10인의 대표자(Vertrauensperson) 등 모두 12인으로 구성된다.

동 위원회는 참심법관후보자로 추천된 者에 대하여 당해 자치단체주민으로부터 이의가 제기된 경우에는 먼저 이 이의의 시비를 단순다수결로 결정한다(동법 제41조). 다음으로 당해 단독판사법원 및 지방법원에 필요한 數의 ‘正參審法官(Hauptschöffe)’을 후보자명부에서 2/3의 다수결로 선출한다.<sup>118)</sup> 나아가 동 위원회는 ‘豫備參審法官(Hilfsschöffen)’을 선출한다(동법 제42조). 예비참심법관은 정참심법관이 참심법관명부에서 삭제되거나 사망으로 인하여 탈락된 경우 정참심법관의 자리를 대신하여 새로운 정참심법관이 되거나(동법 제49조 제2항), 참심법원이 증설되어 새로운 정참심

117) Vgl. Brusten/Westmeier, a.a.O., S.62ff.

118) 이점에서 법원조직법 제40조의 ‘Ausschuß’는 ‘참심법관선임위원회’와 ‘이의위원회’의 역할을 담당하며, 주로 참심법관후보자명부에 대한 이의에 관한 결정과 참심법관선발의 기능을 수행한다.

법관이 필요하게 되었을 때 그 새로운 정참심법관이 되거나(동법 제46조), 사무연도 전에 미리 확정될 수 없는 특별기일에 관여하거나(동법 제47조), 정참심법관의 장애가 미리 알려졌거나(동법 제48조, 제54조) 장기간이 소요되는 사건심리를 위하여(동법 제192조) 補充參審法官(Ergänzungsrichter)의 소환이 필요한 경우 보충참심법관이 되거나, 정참심법관의 예견하지 못한 장애발생시 공판을 대행하는 참심법관을 말한다. 따라서 그 성격을 일종의 補缺法官으로 특징지을 수 있다.

예비참심법관으로 선출된 者의 성명은 각 단독판사법원의 참심법관명부(Schöffnenlisten)에 등록된다(동법 제44조). 참심법관이 당해 직무기간에 선출된 경우 이어서 차기직무연도에 대한 정참심법관 및 예비참심법관이 각각 공개추첨으로 결정된다(동법 제45조). 그 방법으로는 特定法定日에 대한 정참심법관 및 예비참심법관을 추첨으로 결정하거나, 각 참심법관이 특정재판부의 법정에만 관여하도록 추첨으로 결정하는 방법뿐이다. 예비참심법관에 대하여는 정참심법관으로서 직무를 수행할 필요가 발생한 경우 어떤 순서로 정참심법원직을 수행할 것인지도 추첨을 통하여 결정된다.

##### 5. 하자있는 참심법관의 선임이 형사절차에 미치는 영향

독일연방공화국이 성립한 이래 참심법관선출절차는 관리비용의 절감을 목적으로 빈번하게 개정되었지만<sup>119)</sup>, 여전히 복잡한 관계로 거의 모든 단계에서 오류가 발생하고 있다.

이러한 이유 때문에 상고심법원, 특히 연방대법원은 법관구성이 바르게 이루어지지 않았다는 이유로 제기된 상고를 종종 심판하여 왔다. 이러한 사유는 절대적인 상고이유(형사소송법 제338조 제1호)의 하나이기 때문에 그러한 절차상의 하자가 존재한 경우 당해 판결은 항상 파기되어야 한다.

119) Rennig, a.a.O., S.104f.

따라서 참심법관이 적정하게 선임되지 않은 경우에는 구체적인 절차에서 법관구성이 제대로 이루어지지 않았다고 할 수 있다. 그러나 이 때 참심법관의 선임이 전체적으로 위법이었다는 점이 명백해 진 경우에는 당해 법원의 소관할구역 내에서 참심법관의 선임이 규칙대로 다시 이루어질 때까지 재판은 정지된다.<sup>120)</sup>

독일의 연방대법원은 참심법관선출에 관한 범위반으로부터 발생할 수 있는 피해를 한정시키려 노력하여 왔다. 이를 위한 하나의 방법은 본래의 선출에 선행하여 참심법관선임위원회가 행한 법률위반은 중요하지 않다고 설명하는 것이다. 즉 연방대법원은 그러한 법률위반은 당해 법원의 재판에 영향을 미치는 것이 아니기 때문에 중요하지 않다는 점을 이유로 들고 있으며 일부 학설도 이러한 연방대법원의 입장을 지지하고 있다.<sup>121)</sup> 즉 이러한 견해에 따르면, 사실심법원은 참심이 규칙대로 바르게 구성되었는지 여부를 검토할 때에 당해 심리에 관여한 참심법관 선임절차의 모든 과정을 실제로 조사할 수 없다는 것이다.<sup>122)</sup>

이러한 논거에 대하여는 그러한 작업을 변호인에게 기대할 수 있다는 비판이 제기되고 있다.<sup>123)</sup> 즉 변호인이 당해 법관구성에 이의를 신청하려고 하는 경우 그 권리를 (상고심에 대해서도) 상실하지 않으려면 적어도 공판에서 피고인신문이 개시되기 전에 신청하지 않으면 안 된다. 이 때 변호인은 먼저 법관구성의 오류가 발생한 사실을 정확하게 지적하여야 한다(형사소송법 제222조b).

한편 연방대법원의 판단에 대한 다른 비판으로는 다음과 같은 지적이 있다. 즉 예컨대 당해 지방자치단체가 참심법관후보자명부를 작성하는 경

120) BGHSt 33, 41 = NSTZ 1985, 82f. mit Anmerkung von Schätzler.

121) BGHSt 22, 122, 123f. ; OLG Jena NSTZ 1994, 252 ; Kathonigg, Strafgerichtsverfassungsrecht, 2.Aufl., 1995, §36 GVG Rn.7 ; Kissel, a.a.O., 4.Aufl., 1995, §36 Rn.14.

122) Schäfer in : Löwe-Rosenberg, Großkommentar zur StPO, 24.Aufl., 1990, §40 GVG Rn.10.

123) Rennig, a.a.O., S.107f.

우, 각 자치단체 의원 ⅔의 다수결이 필요하다고 규정한 것은 입법과정에서 격론되었던 소수정당의 보호를 목적으로 한 것이다.<sup>124)</sup> 당해 지방자치단체의 다수파의원이 자신과 정치적 신조를 같이하는 후보자만을 선출한다는 폐해를 이 제도에 의해 저지할 수 있다는 것이다. 그러나 본래의 선출에 선행한 단계에서의 법률위반(즉 참심법관선임위원회의 법률위반)이 중요하지 않다고 한다면 참심법관선임에 관한 모든 규정은 더 이상 기능할 수 없게 된다. 법관구성에 대하여 이의를 신청하는 것이 참심법관의 선임을 법적으로 통제할 수 있는 유일한 방법이라는 점을 감안하면, 이점에서 위 비판은 타당하다 할 것이다. 법관구성에 대한 이의신청이 제한된다고 한다면 지역대표제 및 인구통계학적 대표제의 실질적인 의미는 크게 퇴색할 것이기 때문이다.

## 6. 참심법원의 역사적 기능과 현대적 의의

### (1) 역사적 기능

이전 독일에서는 규문소송절차에 대한 비판과 연계하여 배심법원의 설치운동이 표면화되었다. 배심법원은 먼저 일반시민을 형사사범에 참가시킴으로써 직업법관의 판결발견의 정당성과 司法에 대한 일반시민의 신뢰를 강화하기 위한 수단으로 이해되었다.<sup>125)</sup> 독일의 배심법원은 영국의 배심에 의한 재판 및 1791년 프랑스 헌법에 규정되었던 판결배심을 모델로 하여 1848년까지 조직되었다. 당시 프랑스 배심법원의 형태는 배심이 직업법관에 의해 제기된 일정한 개별적인 사실문제만을 결정할 수 있고, 피고인이 유죄인지 여부라는 주된 문제는 결정할 수 없는 제도이었다.

124) Rennig, a.a.O., S.106.

125) 이에 대하여 상세하게는, Vgl. Rüping, a.a.O., S.269ff ; Casper/Zeisel/Rüping, Der Laienrichter im Strafprozeß-Vier empirische Studien zur Rechtsvergleichung-, Karlsruhe 1979, S.7-27.

배심법원의 설치반대자, 특히 실무가(Berufsjuristen)는 프랑스형태의 배심법원을 다음과 같이 비판하면서 형사사법에 대한 일반국민의 참가를 강하게 거부하였다. 즉 사실문제와 책임(법률)문제와의 구별은 기교적이다. 그러나 한편으로 비전문가인 일반시민에게 법률문제의 해결을 맡길 수는 없다. 따라서 양자의 문제를 분리할 것이 아니라 이들 문제를 하나로 통합하여 책임문제에 대한 결정권한까지도 배심에게 인정하는 것은 문제해결에 도움이 되지 않는다고 주장한 것이다.

나아가 일반시민을 일반시민이 재판한다는 이념에 대하여 실무는 그다지 호의적이지 않았다는 사실도 판명되었다. 통상 재산도 없고 사회적 신분도 없는 법률위반자에 대한 재판은 배심법원이 도입된 경우에도 일반적으로 유복하고 교양있는 일반시민이 담당하였다. 독일정부와 법원은 배심원후보자로 적합한 자까지도 배심원자격자로부터 배제할 수 있는 광범위한 재량권을 가지고 있었다. 당시 국왕이었던 Hannover는 1850년에 배심법원을 대체하는 제도로 직업법관과 비전문가법관으로 구성된 합의부를 도입하였다.

이러한 참심법원제도는 그 후 1877년의 형사소송법 및 법원조직법이 도입될 때까지 전통적인 배심법원과 비교되었다. 전술한 바와 같이 1877년에 제정된 법원조직법(GVG)은 종래의 논쟁에 종언을 고한 타협의 산물이었다. GVG는 일반시민이 관여하는 법원(참심법원)과 관여하지 않는 법원, 즉 책임(법률)문제도 모두 배심의 판단에 맡기는 배심법원을 도입하였다. 그러나 이미 언급한 1924년의 Emminger사법개혁에 의해 배심법원은 재차 폐지되었다.<sup>126)</sup> 제3제국(Nazi정권)은 형사사법에 대한 일반국민의 참여문제에 관여하지 않았지만, 제2차 세계대전 발발과 동시에 ‘민중법원(Volksgerichtshof)’ 이외에는 모두 폐지하였다. 비전문가법관에 관한 논의는 1950년에 이르러

126) 배심법원은 중대하고 복잡한 사건을 심리하기 위한 제1심법원으로서, ‘독일제국통령긴급명령(Notverordnung des Reichspräsidenten vom 6. 10. 1931, RGBl. I S.563)’으로 창설된 지방법원대형사부의 설치에 의해 폐지되었다.

1920년대 말까지의 논의상황으로 회복되었다.

그러나 그 후는 1980년대에 참심이 재발견될 때까지 일반시민의 사법참가에 관한 논의는 장기간동안 나타나지 않았다. 1980년대에 이 문제에 대한 논의가 촉발된 계기는, 연방대법원이 Frankfurt, Hamburg, Augsburg, Koblenz에서 이루어진 참심법관의 선임이 참심법관선임위원회의 선임절차상 하자가 있었음을 이유로 위법이라고 판단한 결정<sup>127)</sup>이었다.

그 후 형사사법에 대한 일반시민의 참가라는 문제에 관한 기본적인 논의가 전문가들 사이에서 시작되었는데, 그 과정에서 실증적인 연구의 필요성이 인식되고 그 연구성과도 실제로 공표되었다. 1989년에는 제1회 독일 참심법원회의가 개최되어 형사사법에 대한 일반시민의 참가에 관한 제문제에 참심법관의 관점에서 논의되었다.

## (2) 현대적 의의

독일에서 현재까지 일반시민의 형사사법참가에 관한 논의상황을 정리하면, 그 논의는 정치적 레벨과 법적 레벨에서 이루어지고 있는 것으로 정리할 수 있다.

먼저 정치적인 관점에서는 일반시민의 형사사법에 대한 참가의 시비문제는 신념의 문제로 귀착된다. 일부학설은 시민의 참가에 커다란 기대를 표명하면서 형사사법에 대한 일반시민의 참가는 사법에 대한 일반시민의 신뢰를 강화하는 것임을 확신하고 있다.<sup>128)</sup> 다른 일부학설은 司法의 민주주의적인 정당화근거는 직접적인 참가와 반드시 동일한 것이 아니라고 지적하거나<sup>129)</sup>, 비전문가법관의 사법에 대한 영향력을 제한하려는 주장을 제기한다.<sup>130)</sup>

127) Vgl. Rennig, a.a.O., S.104ff.

128) Benz, a.a.O., S.205f. ; Wassermann, Der Bürger als Richter, Recht und Politik 1982, S.117/120.

129) Volk, Der Laie als Strafrichter, in : Festschrift für Dünnebier, Berlin 1982, S.373ff.

한편 법률상의 전문적인 논의는, 비전문가법관은 처음부터 판결발견에 영향을 끼치고 있는가, 또한 끼치고 있다고 한다면 어떠한 범위에서 영향을 끼치고 있는가 라는 문제를 주된 대상으로 삼고 있다. 최초의 실증적인 연구에 의하면, 참심법관은 전문가인 직업법관을 거의 통제할 수 없다는 점이 지적되었다.<sup>131)</sup>

첫째 참심법관은 사실상 관계에 있어 시민을 대표하고 있지 않다는 것이다. 독일에서는 현재 약 4만3000인의 참심법관이 형사법원에서 활동하고 있다고 한다.<sup>132)</sup> 그 중  $\frac{1}{4}$ 은 주로 公職(교사의 비율이 압도적으로 높다)에 종사하는 자이며, 직장인과 자영업자가 약 48%를 차지하고 있다. 여성에 한정시켜 보면, 시민의 대표라 하기 어려울 정도의 수치를 보이고 있다. 즉 여성참심법관의 압도적 다수는 가정주부(전체 참심법관의 13%)이다. 또한 참심법관의 2%는 연금생활자이며, 4%는 수공업자, 8%는 근로자이다.<sup>133)</sup>

한편 사법에 대한 참심법관의 참가에 관한 질적 분석에 따르면, 그 객관적인 영향력은 매우 적다는 것이 판명되었다. 공판에 대한 적극적인 관여의 유일한 형태는 참심법관의 質問權뿐이다. Rennig의 연구에 의하면, 참심법관의 약  $\frac{1}{3}$ 이 공판에서 1회 질문을 행하였다고 한다.<sup>134)</sup> 이러한 연유로 참심법관은 때때로 ‘장식품’이라든지 ‘참심법관인형’으로 불리기도 한다.<sup>135)</sup> 합의에 관한 참심법관의 관여도 소극적이다. Rennig의 연구에 따르면, 합의시 전체 50%의 참심법관은 자발적으로 한 마디도 발언하지 않았으며, 불과 20%만이 발언하였고 그 이외는 재판장의 명시적인 요구에 따라 당해 사건에 대하여 발언하였다고 한다.<sup>136)</sup> 그리고 대상사안의 93%에

130) Kühne, Laienrichter im Strafprozeß?, Zeitschrift für Rechtspolitik 1985, S.238.

131) Casper/Zeisel, a.a.O., S.77 ; Macbura in : <http://www.schoeffen.de/Sites/artikel.html>.  
는 참심법관이 판결에 어느 정도 영향력을 행사하였다는 형사재판은 전체의 1.4%에 불과하다고 한다.

132) Vgl. Brusten/Westmeier, a.a.O., S.53.

133) H. Lilie, a.a.O., S.307.

134) Rennig, a.a.O., S.529.

135) C.Hahn, a.a.O., S.407.

서 당해 사건의 합의시 직업법관의 의견과 참심법관의 의견은 처음부터 일치하였다고 한다. 양자의 의견이 다른 사안에서는 참심법관은 평결시 종종 직업법관에게 그 의견이 거부되거나, 직업법관의 설득에 의해 의견을 번복하는 경우가 대부분이며, 불과 1.7%만이 전 절차에 대하여 참심법관의 일정한 영향력을 논의할 수 있을 뿐이라는 것이다.

이는 참심법관에게는 필요한 지식이 결여되어 있기 때문에 직업법관의 전문적인 지식·능력에 굴복하는 점에 기인한다. 따라서 제1회 독일참심법원회의에서 제의된 제안의 하나는 참심법관이 양질의 훈련을 받아야 한다는 것이었다.<sup>137)</sup> 전체 참심법관의 64%만이 초보적인 교육을 받고 있다. 그러나 그 교육의 내용은 압도적인 다수(81%)가 단지 설명서를 교부받는 것에 지나지 않는다. 그 결과 참심법관의 97%는 ‘자유형’이라는 법적 효과를 알고 있었지만, 자유형의 保護觀察附執行猶豫의 의미를 이해하고 있는 者는 64%에 지나지 않았다고 한다. 또한 법원이 어느 정도의 다수로 유죄·무죄의 문제를 결정하여야 하는지를 알고 있는 참심법관은 전체의 50%에 지나지 않았다. 따라서 역설적으로는 사법에 대한 일반시민의 영향력을 방해하는 원인은 참심법관의 지위에 전문적인 부분이 결여되어 있다는 점이라는 것이다. 이상의 실증적 연구는 형사사법에 대한 참심법관의 명백한 영향력이 존재하지 않는다는 결론을 보여준다.

그럼에도 불구하고 독일에서 일반시민의 관여(참심제도)를 폐지하자는 폐지론에 반대하는 유일한 논거는 그러한 결정을 행한 경우에 발생할 귀결의 불확실성이며, 일반시민의 참가에 찬성하는 유일한 논거는 현재 참심제도가 존재한다는 사실 뿐이라 할 것이다.

136) Rennig, a.a.O., S.531f.

137) Walter, Was müssen, was sollen Schöffen wissen?, in : 1. Deutscher Schöffentag, Mehr Demokratie am Richtertisch, Bonn 1992, S.36ff.



## 제2절 프랑스의 참심제도

### 1. 개 관

프랑스의 법원조직은 그 수가 많을 뿐만 아니라 다양한 형태로 운영되고 있는데, 크게는 사법권에 속하는 사법법원과 행정권에 속하는 행정법원으로 이원적인 법원제도를 취하고 있다.<sup>138)</sup> 그리고 형사사건에서는 참심제도 등 비전문법관이 관여하는 법원이 다수 존재한다.

그 이유로는, 첫째 국민주권·권력분립의 이념, 둘째 사법 및 사법관에 대한 불신감, 셋째 ‘전문적인 것은 전문가에게’라는 의식이 강한 점(특히 重罪에 대한 재판에서는 鑑定이 대단히 빈번하게 활용되고 있으며, 감정의 견에 대한 수용성도 높다)등이 거론된다. 따라서 사실인정은 직업법관의 專權이 아니라는 인식이 팽배해 있다고 할 수 있다.

프랑스는 혁명직후 영미형의 배심제도를 도입한 후, 대략 50회 이상에 걸친 개혁을 통하여 오늘날의 제도를 구축하였다. 처음부터 민사배심은 채택하지 않은 채 형사재판<sup>139)</sup>에서의 ‘기소배심(jury d'accusation)’과 ‘판결배심(jury de jugement)’을 채택하고 판결배심에서는 ‘사실인정은 배심의 전권, 법률문제는 직업법관의 전권’이라는 원칙 아래 배심과 직업법관의 역할 분담을 철저화하였다.<sup>140)</sup> 그러나 기소배심은 ‘治罪法(code d'instruction

138) 법무부, 프랑스의 사법제도(증보판), 1997, 157쪽.

139) 일반 형사사건에 대하여 관할을 가지는 일반 형사법원은 증거를 수집하고 범인이 유죄판결을 받기에 충분한지 여부를 평가하는 임무를 갖는 ‘수사법원(jurisdiction d'instruction)’과 판결법원에 기소된 사건에 대하여 최종적으로 유·무죄를 결정하는 ‘판결법원(jurisdiction de jugement)’으로 구성된다.

140) ‘헌법제정의회(Assemblée Constituante)’는 영주재판권의 폐지, 형사법정의 공개, 중죄 재판에의 배심제도(institution du jury) 도입 등의 개혁을 행하고, 새로운 행정조직과 이에 걸맞는 사법조직을 정하였는데, 이 사법조직과 형사절차조직은 1791년 7월 19-22일 및 9월 29일-10월6일의 법률, 소위 ‘1791년 법전(Code de 1791)’에 규정되었다. 동 법전에 의하면, 도청소재지(chef-lieu de département)에는 중죄법원(tribunal criminel)을 설치하고, 재판부는 1명의 재판장(président)을 포함한 3명의 직업법관 및

criminelle, 1808年)’에 의해 곧 바로 폐지되고 무죄율이 높다는 점을 이유로 점점 배심의 권한을 축소시키는 개혁이 진행되었다. 1957년 12월 31일 법률인 현행 ‘형사소송법(Code de procédure pénale)’은 ‘배심재판관(juré)’의 수를 9인으로 규정하고 있지만 배심재판관과 직업법관 3인이 모든 부분(즉 사실문제와 법률문제)에 있어서 공동으로 평의·평결하는 구조를 취하고 있다. 이 점에서 프랑스는 법률상 ‘배심제도(institution du jury)’라는 용어를 사용하고 있지만 그 실질은 오히려 참심제도에 가까운 제도라 할 것이다.<sup>141)</sup>

## 2. 현행 참심제도의 운영실정

### (1) 배심재판관(juré)이 관여하는 사건

프랑스에서는 범죄를 重罪(crime), 輕罪(délit), 違警罪(contravention)로 분류하여(프랑스 신형법 제111-1조), 중죄 위반사건은 重罪法院(cour d'assises), 경죄 위반사건은 輕罪法院(tribunal correctionnel), 위경죄 위반사건은 警察法院(tribunal de police)이 재판관할권을 갖는다. 여기서 배심 재판관이 관여하는 법원은 오직 重罪法院뿐이다. 중죄법원은 중죄 위반사건을 재판하는 일반법상의 유일한 법원이기 때문에 모든 중죄 위반사건은 중죄법원에서 심리하는 것이 원칙이지만, 범죄의 분류가 애매하고 유동적이기 때문에 전체적으로 중죄로 취급되는 범죄의 종류는 감소하는 경향이

12명의 판결배심의 배심원(jurés)으로 구성하였다 : Gaston Stefani/Georges Levasseur/Bernard Bouloc, Procédure Pénale(17 édition), Dalloz, 2000, p.58.

141) 법무부, 앞의 프랑스의 사법제도, 297/518쪽 ; 사법개혁추진위원회, 민주사회를 위한 사법개혁 -대통령자문위원회보고서-, 2000, 333쪽의 [표4-II-4] 참심제를 채택하고 있는 국가의 제도 비교 ; 안영훈, 프랑스의 형사사법구조에 관한 연구, 치안연구소, 2000, 15쪽 참조 ; Gaston Stefani/Georges Levasseur/Bernard Bouloc, op. cit., pp.431. 한편 이 글에서는 프랑스의 배심제도를 그 실질에 초점을 맞추어 참심제도로 표기하기로 한다.

다. 직업법관의 참심에 대한 불신(사실인정능력 및 감정적 불신 등)과 참심의 직업법관에 대한 불신(직업법관은 결백한 시민에게 重罰을 부과하는 것이 아닌가 라는 우려)도 그 원인으로 거론된다.

사건 수는 연간 2500 내지 3000건 정도이다. 이는 (순수한 의미의) 배심 제도를 채용하였던 프랑스혁명 직후부터 나타난 경죄사건의 증가경향이나 중죄의 인지건수와 비교할 때 대단히 적은 숫자이다. 본래 중죄로 분류되어 있는 범죄유형에 대한 ‘법률상의 輕罪化’가 가장 큰 원인이지만, 실무상 중죄인 사건에 대하여 경죄의 범죄유형을 적용하여 기소하는 ‘재판상의 輕罪化’가 횡행하고 있는 것도 그 원인의 하나로 들 수 있다.<sup>142)</sup> 이러한 실무관행은 연혁적으로 중죄법원이 무죄판결을 지나치게 많이 선고한 것에 대한 대책으로서 시작되었지만, 현재는 중죄법원과 수사관사의 과중한 업무부담을 경감시키는 것도 그 주된 목적이 되고 있다.

## (2) 重罪法院(cour d'assises)의 구성

중죄법원이 다른 판결법원과 다른 점은 그 특별한 성격(상설법원이 아니고, 중죄법원이 내리는 결정에 대한 상소는 과기신청만이 인정된다)보다는 오히려 그 구성이 복합적이라는 점이다. 즉 경찰법원, 경죄법원 및 경죄·위경죄 위반사건에 대한 항소사건을 관할하는 ‘고등법원 형사항소부(chambre des appels correctionnels)’<sup>143)</sup>가 직업법관만으로 구성되는 것임에 대하여, 중죄법원은 직업적 요소(엄격한 의미에서의 법원을 형성하는 법관)외에 비직업적 요소 즉 ‘배심재판관(juré)’이라 칭하는 일반시민으로 구성된 참심법관을 포함한다(프랑스 형사소송법 제240조). 이점에서 중죄법원은 종종 ‘大衆法院(jurisdiction populaire)’으로 불리기도 한다.<sup>144)</sup>

142) 예컨대 강간죄에 대하여 간음사실을 무시하고 강제추행죄로 輕罪法院에 기소하는 경우를 들 수 있다.

143) 용어번역에 대하여는, 법무부, 앞의 프랑스의 사법제도, 293쪽 참조.

중죄법원은 파리(paris)市와 각 道(département)에 하나씩 설치되어 있으며(동법 제232조) 프랑스 전국에 99개소가 있다. 사건 수는 파리에서는 연간 180에서 200여 건으로 7·8월을 제외하고 매월 복수의 법정일이 개정되고 있지만, 인구가 적고 치안이 양호한 지방에서는 연간 1·2회의 개정이 보통이다. 대도시의 중죄법원은 1·2주간의 개정기간 동안 4건에서 6건의 사건을 심리한다. 한 사건의 심리기간은 1·2일간이다. 반나절만에 종료되는 사건도 많다. 중죄법원은 직업법관 3인으로 구성되는 협의의 법원과 9인의 배심재판관을 포함한 총 12인으로 구성된다(동법 제243조 이하). 배심재판관은 직업법관과 함께 재판석에 위치하는데 직업법관의 우측에 5인, 좌측에 4인이 배치된다.<sup>145)</sup>

### (3) 배심재판관의 적격요건

참심은 일정한 ‘적격요건(conditions d’aptitude)’을 충족하고 특별규정에 따라 만들어진 명부에 의거하여 추첨으로 지명된 복수의 시민으로 구성된다(프랑스 형사소송법 제259조 내지 제267조). 배심재판관의 수는 배심원의 評議가 피고인의 罪責問題에 한정되어 있던 (순수한 의미의) 배심제도 시대에는 12명이었으며, 1941년에 그 수가 6명으로 감소하였으나, 1945년에 7명으로 증가한 후 실질적인 참심제도인 현재에는 전술한 바와 같이 9명으로 구성되고 있다(동법 제296조, 2000년6월15일 법률 제2000-516호).

피고인에게 불리한 모든 評決에 대하여 배심재판관의 우위성을 보장하기 위하여 프랑스 형사소송법 제359조는 ‘정상참작을 거부하는 평결을 포함하여 피고인에게 불리한 모든 평결은 적어도 8표 이상의 다수에 의할 것을 필요로 한다’고 규정하고 있다. 그 결과 피고인을 유죄로 하거나 감

144) Gaston Stefani/Georges Levasseur/Bernard Bouloc, op. cit., p.430-431.

145) 참심재판의 좌석배치도에 대하여는, 법무부, 앞의 프랑스의 사법제도, 298쪽의 ‘파리 중죄법원의 배치도’를 참조.

경사유의 존재를 부결할 수 있는 경우는 8표對4표의 경우뿐이다. 7표對5표의 경우에는 ‘호의적 소수(minorité de faveur)’임을 이유로 피고인을 무죄로 하거나 감경사유를 인정할 수 있다.<sup>146)</sup>

배심재판관으로 선임되기 위해서는, 즉 재판상의 직무를 담임하기 위해서는 법률상 일정한 자격요건이 필요하다(동법 제255조 이하). 모든 프랑스국민은 남녀를 불문하고 배심재판관이 될 수 있다. 즉 23세 이상으로 프랑스어를 읽고 쓸 줄 알며, 시민권(droits politiques), 민법상의 권리(droits civils) 및 친족법상의 권리(droits de famille)를 향유하는 者[동법 제255조 : 1972년 12월 29일 법률(제72-1226호)에 의해 수정]로서, 동법 제256조(2000년6월15일 법률제2000-516호)에 규정된 무자격자에 해당하지 않고, 배심재판관의 직무와 겸직할 수 없는 직무를 행하고 있지 않는 者라야 한다.

무자격자에 대하여는 1978년 7월 28일의 법률에 의해 보완된 형사소송법 제256조에 그 일람표가 규정되어 있다.<sup>147)</sup> 즉 무자격자의 근거는 ‘지능의 결여[정신능력의 악화를 이유로 후견을 필요로 하는 者(프랑스 민법 제492조 이하), 재산관리를 필요로 하는 者(동법 제508조), 司法의 보호 하에 있는 者 및 공중위생법(Code de la Santé publique) 제L326-1조 내지 제L355조에 의거하여 정신병원에 수용되어 있는 者]와 ‘도덕성의 결여[프랑스 신형법 제131-26조 제1항 제3호의 사법관련직무를 수행할 수 있는 권리행사의 금지를 선고받은 者, 重罪·輕罪에 대하여 1월 이상의 구금형을 선고받은 者, 輕罪로 1월 미만의 구금형 또는 500프랑 이하의 벌금형을 선고받은 者, 重罪로 기소된 者, 구속영장 또는 체포영장을 발부받은 者, 국가·도·시·읍·면의 파면된 공무원, 법원의 재판에 의해 직무수행이 종국적으로 금지된 전문직업종사자, 파산선고를 받고 복권되지 아니한 者]이다. 高齡인 경우는 직무면제사유일 뿐이지(형사소송법 제258조) 무자격사유는 아니다.

146) Gaston Stefani/Georges Levasseur/Bernard Bouloc, op. cit., p.434.

147) 법무부, 외국형사소송법 I-독일·프랑스편-, 1982, 182쪽 ; Jean Pradel/Francis Casorla, Code de Procédure Pénale, Dalloz, 1993-1994, pp.357.

검직금지지는 대부분의 무자격사유와는 달리 그 어떤 불명예적인 성격을 갖지 않는다. 검직금지지는 형사소송법 제257조에 규정되어 있으며 절대적인 사유와 상대적인 사유로 나눌 수 있다. 배심재판관의 직무는 일정한 정치직, 공직 및 군사직과 겸직할 수 없다. 각각의 검직금지이유는 다양하다. 즉 어떤 것은 그 개인적 지위 또는 그 법률지식 때문에 다른 배심재판관에게 강한 영향을 미칠 수 있는 者를 참심에서 배제하기 위하여 규정되었고, 다른 어떤 것은 그 사람의 억압적인 성격을 고려하여 규정되었으며, 또한 일정한 공무원에 대하여 그 직무수행을 방해하지 않을 목적으로 규정되기도 하였다.<sup>148)</sup>

이상과 같이 형사소송법 제257조에 규정된 검직금지사유 외에도, 피고인 또는 변호인의 배우자, 3촌 이내의 친족 또는 인척인 者, 당해 사건의 증인, 통역인, 통보자·고발인, 고소인, 감정인, 피해자, 私訴原告人인 者 또는 예심이나 사법경찰의 직무를 행한 者는 배심재판관명부에서 일시적으로 삭제하여야 한다(동법 제291조 : 1978년 7월 28일 법률, 舊형사소송법 제257조 제2항).

#### (4) 참심의 편성절차

‘判決參審(jury de jugement)’은 특정사건에 대하여 소집된 9명의 배심재판관으로 구성되는데, 開廷期名簿(liste de session)에 기재된 인명 중에서 추첨으로 선임한다. 開廷期名簿는 1978년 7월 28일 법률(법률 제78-788호)로 개정된 형사소송법 제259조 내지 제267조에 규정된 요건에 의거하여 작성된다.<sup>149)</sup> 배심재판관을 통한 여론의 무리없는 반영을 확보하기 위하여 1978년 법률은 예비명부(liste préparatoire)의 작성요건을 변경하였다.

148) Gaston Stefani/Georges Levasseur/Bernard Bouloc, op. cit., p.435.

149) V.J.M.Aussel, La loi du 28 juillet 1978 et le recrutement des jurés en Cour d'assises, J.C.P. 1978. I. 2919 ; Chapar, Le nouveau jury criminel, D. 1980, ch. p.203.

이 예비명부로부터 開廷期名簿가 작성되고, 開廷期名簿에서 추첨으로 판결 참심을 구성하는 배심재판관이 선출된다. 중죄법원이 설치된 각 道마다 매년 ‘형사참심명부(liste du jury criminel)’가 작성된다(동법 제259조).<sup>150)</sup> 이 형사참심명부는 고등법원이 있는 각 중죄법원의 소재지에서는 고등법원장 또는 그 수임자가 주재하는 위원회, 중죄법원소재지의 지방법원에서는 지방법원장 또는 그 수임자가 주재하는 위원회가 작성한다(동법 제262조).

이렇게 작성된 각 道의 명부로부터 開廷期名簿가 편찬된다. 이 開廷期名簿는 35명의 ‘正陪審裁判官(jurés titulaires)’과 10명의 ‘豫備陪審裁判官(jurés suppléants)’으로 구성된다. 이들 배심재판관은 중죄재판의 개정일보다 적어도 30일 전에 공개법정에서 고등법원장 또는 중죄법원소재지의 지방법원장이 행하는 추첨에 의해 지명된다(동법 제266조).

이렇게 지명된 배심재판관은 적어도 개정기일 15일 전에 道知事가 행하는 개별적 통고에 의해 통지를 받는다(동법 제267조). 開廷期名簿에 기재되어 통지를 받은 모든 배심재판관은 개정을 위하여 지정된 일시·장소에 중죄법원에 집합하여야 하고, 서기는 공개법정에서 배심재판관을 차례로 호명한다.<sup>151)</sup> 배심재판관은 통지를 받고서 정당한 이유없이 소환에 불응한 때에는 100프랑의 벌금을 부과한다(동법 제288조). 다만 정당한 면책 또는 면제사유가 존재하는 경우는 제외한다(예컨대 연령이 70세 이상인 경우 등 : 동법 제258조).<sup>152)</sup>

150) 이 형사참심명부에는 파리중죄법원의 경우 1800명의 배심재판관을, 기타 중죄법원의 관할구역에서는 주민 1300명당 1인의 배심재판관을 등록하는데 그 수가 200명 이하이어서는 아니 된다(동법 제260조). 배심재판관의 수는 知事의 명령으로 공식인구통계표에 비례하여 할당된다(동법 제261조, 제261-1조).

151) Cf. Crim. 15 avril 1970, D. 1970. Somm. 141.

152) 한편 1980년 12월 23일의 법률 및 1981년 2월 2일의 법률에 의해 참심의 규정에 관한 규정이 개정되었다. 이에 따라 중죄참심의 연차명부는 적어도 200명의 배심재판관을 등재하여야 한다. 중죄법원이 소재하는 道에 주소지를 갖지 않는 사람은 배심재판관의 직무를 면제할 수 있다. 이에 대하여 비종교적 또는 종교상의 정신적 이유에 의한 거부는 배심재판관명부에서의 삭제를 정당화할 수 있는 중대한 이유에 해당하지 않는다(동법 제258-1조 제2항).

이 開廷期名簿로부터 각 소송 전에 피고인이 출석한 공개법정에서 추천으로 판결참심을 구성하는 9명의 정배심재판관의 성명이 선출된다(동법 제293조 내지 제296조). 추천할 때마다 검사, 피고인 및 그 변호인은 ‘기피권(droit de récusation)’을 행사할 수 있는데 기피이유를 진술할 필요는 없다(동법 제297조). 피고인은 5명, 검사는 4명을 한도로 배심재판관을 기피할 수 있다(동법 제298조). 수회의 공판기일소요가 예상되는 소송의 경우에는 1명 또는 數人의 예비배심재판관을 추천할 수 있다. 예비배심재판관은 다른 배심재판관과 함께 재판에 참여하지만 1명 또는 數人의 판결배심재판관이 공판의 일부에 참가하는 것이 불가능한 경우가 아니면 評議에 참가할 수 없다(동법 제296조 제3항).

#### (5) 참심과 법원의 권한

참심과 법원은 사실과 법에 대하여 공동으로 評議한다. 배심재판관은 사실의 유무를 결정하는 대중재판관의 직무에 그치지 않는다. 배심재판관은 중죄법원의 직업법관과 일체가 되어 사실인정의 문제(동법 제356조) 및 형의 적용문제(동법 제362조)를 해결한다. 따라서 배심재판관의 실체는 ‘審判人(échevins)’이라 할 수 있다.

1808년 治罪法(Code d'instruction criminelle)上 본래의 제도에서 배심과 법원은 상이한 역할을 담당하고 있었다. 비전문가로 구성된 배심은 ‘사실심리의 판사(juge du fait)’이었다. 즉 피고인이 유죄인지 여부, 가중사정 또는 면책사정이 존재하는지 여부, 나아가 1832년 이후는 감경사정이 인정되는지 여부 등에 대해서만 판단하였다. 이에 대하여 법원은 ‘법률심리의 판사(juge du droit)’로서 배심의 答申을 기초로 법률을 적용하였다. 피고인이 유죄가 아니라고 인정된 경우에 법원은 무죄(acquittement)를 선고하였고, 유죄의 答申이 행해진 경우 법원은 배심이 가중사정 또는 감경사정



을 인정했다는 사실을 고려하여 형을 적용하였다.<sup>153)</sup>

이처럼 사실과 법을 근본적으로 분리하는 것이 지나치게 불편하다는 것은 바로 판명되었다. 즉 배심은 사실인정의 문제에 긍정적인 회답을 내린 경우에 선고될 가능성이 있는 刑을 알지 못 하였기 때문에, 또한 법원이 극단적으로 엄격한 태도를 취하는 점을 우려하여 증거가 충분함에도 불구하고 주저없이 무죄의 答申을 행하였다.

이러한 폐해를 방지하기 위하여 1908년 12월 10일의 법률은 실무상 중죄법원의 재판장이 배심원의 요청에 의해 배심의 평의시 배심원을 방문할 수 있도록 허용하였다(소위 직업법관과 배심원의 의견교환제도). 그 목적은 평결에 의해 발생할 수 있는 결과에 대하여 배심원에게 설명하는 것이었다. 그러나 이러한 구제책은 불완전한 것이었다. 왜냐하면 재판장은 법원이 아닌 재판장의 자격으로 발언하는 것에 지나지 않아 법원의 다른 직업법관을 구속할 수 없었기 때문이다. 그 결과 유죄평결 후에 법원이 지나치게 엄한 刑을 선고한 것에 대한 보복으로 배심이 무죄평결을 연속하여 행한 적도 있다.

이러한 법원과 배심간의 충돌을 방지하려 한 것이 1932년 3월 5일의 법률이었다. 이에 따라 항상 사실인정문제에 대하여만 評議하였던 배심은 유죄의 평결을 내린 후에도 刑의 적용에 대하여 법원과 함께 評議하는 것으로 변경되었다. 그러나 기존의 배심제도에 대한 보다 발본적인 개정은 1941년 11월 25일의 법률에 의해 실현되었다.<sup>154)</sup> 이 법률에 의해 법원은 사실에 관한 評議에서도 참심과 협동하게 됨으로써 법원과 참심이 사실과 법에 관한 협력을 일체화한 제도가 확립되었다. 현재 배심재판관은 사실인정의 문제만을 판단하는 대중법원이 아니라 실제로는 직업법관과 일체화된 審判人으로 동등한 권한을 향유하고 있다(형사소송법 제356조 내지 제362조).

153) Gaston Stefani/Georges Levasseur/Bernard Bouloc, op. cit., pp.438.

154) 이점에서 프랑스 중죄법원의 배심제도는 명칭만을 유지한 채 오히려 그 실질은 참심제도에 가까운 형태로 변경되었다.

### (6) 중죄법원판결에 대한 항소배제

중죄법원의 판결에 대하여는 항소가 인정되지 않는다. 즉 심급에 대한 2심원칙은 중죄사건에 대해서는 배제된다. 다만 예외적으로 ‘破棄院(cour de cassation)’에 상고할 수 있는 길이 있지만(예컨대, 파기신청 등), 破棄院은 사실문제에 대하여는 판단하지 아니하고 법률문제만을 판단하기 때문에 결국 중죄법원은 중죄사건에 대하여 1심이자 終審으로 판결하는 것이다.<sup>155)</sup>

경찰법원이나 경죄법원의 판결에 대하여는 항소가 가능함에도 불구하고 重刑을 선고하는 중죄법원의 판결에 대하여 항소가 불가능한 이유는, 참심제도가 국민주권을 실현하는 제도라는 점<sup>156)</sup> 및 2심의 원칙은 이미 수사단계에서 수사판사(le juge d'instruction)와 고등법원 형사소추결정부를 거치는 과정에서 유지된 것이라는 점을 들 수 있다.

그러나 중죄사건에 대한 선고형량이 무거운 점을 감안하면 중죄법원의 판결에 대하여 항소를 배제하는 것은 문제라 아니할 수 없다. 즉 중죄법원에서 誤判을 행할 가능성과 刑量이 적정하지 않은 경우 등도 발생할 수 있기 때문이다. 이 점을 중시하면 중죄법원의 판결에 대한 항소제도는 반드시 수용할 수 없는 불합리한 제도라 할 것이다.<sup>157)</sup>

## 3. 프랑스 참심제도의 평가

프랑스의 참심제도는 제도발족 당시부터 다양한 비판을 받으며 눈부신 개혁을 진행시켜 왔다. 1945년 실질적인 참심제도로 이행하여 50년 이상

155) 프랑스의 破棄院에 대하여 상세하게는, 법무부, 앞의 프랑스의 사법제도, 324쪽 이하 참조.

156) Gaston Stefani/Georges Levasseur/Bernard Bouloc, op. cit., p.430.

157) 비교법적으로 프랑스와 유사한 참심제도를 채택하고 있는 이탈리아의 경우에는 중죄법원의 판결에 대한 항소를 인정하고 있다 : 第51回司法制度改革審議會議事録[平成13(2001)年3月13日], 別紙2 ; 井上正仁, ‘訴訟手續への新たな参加制度’骨子(案)について(補足説明), <http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/dai51/51bessi2.html>. 參照.

지난 오늘날에도 끊임없는 비판이 가해지고 있다. 그 주된 내용으로는 참심이 법률적인 측면보다 감정적인 측면으로 흐르기 쉽다는 점, 법률문제의 판단이나 증거를 평가하는 능력에 대한 의문, 항소가 인정되지 않는 점에서 부당한 판결을 시정할 기회가 없다는 점등이 지적되고 있다.

그러나 현행제도를 옹호하는 입장에서는 다음과 같은 반론이 제기되고 있다. 즉 참심은 국가권력에 대하여 절대적인 독립성을 갖고 있으며 참심법관은 양심적이다. 참심제도를 위하여 소추측은 시민재판관을 납득시키기에 충분한 증거수집 및 입증이 필요하며, 법관은 評議에서 시민재판관을 납득시킬 필요가 있기 때문에 세심한 형사사건의 심리가 이루어진다는 것이다. 또한 참심법관은 여론이나 대중의 양식을 대표하며, 참심평결의 자의성이 문제라 할지라도 문제가 된 중죄가 경죄로 변경된다든지 법관이 판단에 참여하는 것으로 완화된다는 점등을 들고 있다.

프랑스의 참심제도는 정치적인 제도로써 특유한 역사적 산물이다. 사법제도에 국민이 관여하는 것은 민주주의의 관점에서 당연한 것으로 인식되고 있다. 한편 프랑스에서는 현재와 같이 參審化한 評議·評決體系를 개혁하여 이전의 순수한 배심제도로 되돌아가야 한다는 의견은 거의 찾아볼 수 없다. 즉 자의성의 폐해에 대한 완화책으로 參審化는 불가피하다고 인정하고 있는 것이다. 또한 직업법관과 공동으로 評議·評決하는 제도는 참심법관들 사이에서도 긍정적으로 평가되고 있다.

이처럼 프랑스의 참심제도는 비교적 긍정적으로 기능하고 있다. 그러나 이러한 평가에 대하여는 중죄의 ‘법률상 경죄화’를 위하여 고도의 전문지식이나 이해력을 요구하지 않는 사건만을 담당하기 때문이라는 견해도 가능하다. 또한 예심제도의 충실성에서 참심 전까지 이미 쟁점이 정리되어 있기 때문이기도 하다. 공판은 재판장이 주제에 따라 증거나 피고인의 변명을 명백하게 하고 당사자가 이를 보강하거나 증명력을 감쇄시키는 등의 공방을 행하여 참심법관에게 이해시키는 구조를 취하고 있다. 직업법관도

또한 참심의 판단에 비교적 영향을 미치고 있다. 따라서 프랑스의 참심제도는 이러한 구조를 전제로 하여 비로소 일반시민의 사법참가를 인정하고 있음에 지나지 않는 것이라는 평가도 있을 수 있다.

그러나 현행 참심제도는 심리의 세심성을 보장하여 알기 쉬운 재판을 가능하게 하는 제도라는 점도 명백할 뿐만 아니라, 국민의 사법참가를 인정하는 것 자체가 형사재판의 공정성을 담보하여 재판 내지 사법에 대한 신뢰획득에 크게 공헌하는 제도라 할 것이다. 결국 프랑스 참심제도는 역사적 경험을 기초로 구축된 하나의 합리적인 제도라 평가할 수 있다.

### 제3절 스웨덴의 참심제도

#### 1. 참심재판의 구조 및 참심원의 권한

스웨덴은 표현의 자유에 관한 사건에 대하여 예외적으로 배심제를 취하고 있지만 기본적으로는 참심제 국가이다.<sup>158)</sup> 유럽에서 가장 오랜 역사를 가진 스웨덴의 참심제도는 직업법관과 비직업법관이 명확하게 분리된 약 800년 전까지 소급된다. 형사사건을 취급하는 통상법원은 대법원(1개소), 고등법원(6개소), 지방법원(96개소)으로 지방법원과 고등법원에서 참심제가 채택되고 있다.

형사사건의 제1심은 모든 지방법원에 係屬되어 否認事件 여부를 불문하고 참심제로 이루어진다. 참심은 직업법관 1명과 참심원 3명으로 구성된다.<sup>159)</sup> 평결에 대하여 이전에는 참심원 전원이 1표라는 형식을 취하고 있

158) 스웨덴의 참심제도에 대하여 상세하게는, 萩原金美, *スウェーデンの司法*, 弘文堂, 1984; 東京三辯護士會陪審制度委員會編, *スウェーデンの參審制*, 現代人文社, 1995를 참조.

159) 사법개혁추진위원회, *앞의 민주사회를 위한 사법개혁 -대통령자문위원회보고서-*, 333쪽의 [표4-II-4] 참심제를 채택하고 있는 국가의 제도 비교 참조. 한편 이전에는 형사중죄사건에 대하여 참심원 5인의 구성도 있었지만 1997년의 개정에서 3인으로 통일되었다: 松澤伸, *北歐四カ國の陪審制・參審制-デンマーク, ノルウェー, スウェーデン*

었지만, 현재는 참심원 각자가 직업법관과 동일하게 1표씩을 행사한다. 즉 참심원에 의해서만 피고인의 사실의 유무를 결정하는 것은 가능하지만, 반대로 직업법관들만으로 피고인의 사실문제를 결정할 수는 없다. 평결이 2대2로 나뉘어진 경우에는 피고인에게 유리한 표를 취한다. 참심원은 사실 인정의 문제뿐만 아니라 양형의 문제에도 참가한다.

지방법원의 판결에 대하여는 유죄판결뿐만 아니라 무죄판결에 대하여도 항소할 수 있다. 항소심은 고등법원으로 여기서도 참심제가 채택되고 있다. 이전에는 고등법원에서는 참심제를 채택하지 않았지만, 1977년의 개정으로 직업법관 3명과 참심원 2명으로 구성된 참심제가 도입되었다. 항소심의 판결에 대하여는 대법원에 상소할 수 있다. 스웨덴의 대법원은 사실문제에 대하여도 심리를 행하기 때문에 유·무죄의 판단이 반복되는 경우도 있다.

## 2. 참심원의 선임방법

참심원은 정당의 추천을 받아 市議會가 임명한다. 법원에 출두할 시간적 여유를 가진 사람이 적기 때문에 전체적으로 고령화가 현저하다. 이전에는 70세 미만 이라는 연령제한이 있었지만 참심원의 확보가 곤란하였기 때문에 결국 폐지할 수밖에 없었다. 또한 참심원의 임기는 4년이지만 재임이 많은 것도 스웨덴의 특징으로 20년 이상 참심원을 계속하고 있는 사람도 적지 않다. 현재 이 문제와 관련하여 재임회수제한에 관한 검토를 목적으로 한 ‘제도개혁심의회’가 소집되고 있다. 스웨덴의 참심원수는 전체 약 8,000명이다.

스웨덴의 참심제에 대하여는 다음과 같은 문제점이 지적되고 있다. 첫째, 참심제일반에 대하여 전술한 참심원의 고령화, 재임의 반복에 따른 임기의 장기화라는 문제가 지적된다. 둘째, 고등법원에서의 참심제에 대하여는 고등법원은 법률문제에 집중하여야 한다든지, 고등법원은 대법원이 판

ン, フィンランドー, 現代刑事法 第3卷第7号, 2001, 46面参照.

례를 제시하지 않는 부분에 대하여 판례를 제시하는 기능이 있기 때문에 참심제에 적합하지 않다는 비판이 제기되고 있으며, 폐지론도 또한 주장되고 있다.

## 제4절 핀란드의 참심제도

### 1. 참심재판의 구조 및 참심원의 권한

핀란드에서는 스웨덴법의 영향이 대단히 강하다. 이는 그 역사에 기인하는데, 핀란드는 1155년에 스웨덴의 침공을 받은 이래 스웨덴의 속국으로 지배되어 핀란드인의 독자성조차 불명확한 상태이었다. 따라서 법률이나 법제도에 있어서도 독자적인 핀란드법이 발전한 것이 아니라 스웨덴의 제도가 그대로 적용되었다.<sup>160)</sup> 그 후 1809년부터는 스웨덴의 지배에서 벗어나 러시아의 지배를 받게 되었지만, 러시아는 핀란드의 스웨덴식 통치기구의 유지를 인정하였기 때문에 사법제도도 그대로 유지되어 스웨덴법의 전통이 그대로 이어져 왔다.

종래 핀란드에서는 스웨덴이 지배하고 있던 시기의 법률에 따라 도시와 지방의 제1심법원의 구조를 달리 운영하고 있었다. 1734년에 제정된 스웨덴소송절차법은 도시의 참심제를 폐지하고 지방에서만 참심제를 유지한 것이지만, 핀란드에서는 이와 동일한 제도가 최근까지 남아있었다. 그것이 1993년에 개정됨으로써 전국 지방법원의 조직이 통일되었다. 현재 핀란드에서 형사재판을 취급하는 통상법원의 구성은 대법원(1개소), 고등법원(6개소), 지방법원(66개소)이다.

160) 松澤伸, 前掲北歐四ヵ國の陪審制・參審制-덴마크, 노르웨이, 스웨덴, 핀란드-, 41面.

이러한 지방법원의 통일에 따라 모든 지방법원에 참심제가 도입되었다. 직업법관 1명과 참심원 3명에 의한 구성으로 스웨덴의 참심제와 극히 유사한 제도이다. 핀란드의 참심제가 스웨덴의 참심제와 결정적으로 다른 점은 항소심에 참심제가 없다는 점이다. 핀란드에서는 현재 항소심에 참심제를 도입하려는 논의 자체가 존재하지 않는다.

## 2. 참심원의 선임방법

참심원은 스웨덴처럼 정당에 의한 추천으로 市가 임명하기 때문에 政黨員이 다수를 점하고 있다. 다만 스웨덴과는 달리 참심원은 임명을 받을 때 63세 미만이어야 한다는 연령제한이 있으며(이는 1993년의 개정과 동시에 도입된 제한이다), 임기는 4년이다.<sup>161)</sup> 참심원의 수는 전체 약 7,000명이다.

핀란드 참심제에 대한 평판은 그리 좋은 편이 아니다. 이전에는 스웨덴과 동일한 문제, 즉 참심원의 고령화, 재임의 반복에 의한 임기의 장기화 등이 비판되었다. 이러한 문제는 전술한 1993년의 개정으로 어느 정도 해소되었지만 참심원의 부담이라는 문제는 여전히 남아있는 문제라 할 것이다. 또한 핀란드 법률가의 다수는 참심제에 비판적이지만, 그 중요한 이유의 하나는 법률전문가들이 직업법관을 신뢰하고 있다는 점을 들 수 있다.

## 제5절 배심 및 참심제도의 병용

### 1. 개 관

스칸디나비아국가에 있어 형사재판제도의 특색은 사건의 진실규명을 형

161) 사법개혁추진위원회, 앞의 민주사회를 위한 사법개혁 -대통령자문위원회보고서-, 334쪽의 [표4-II-4] 참심제를 채택하고 있는 국가의 제도 비교 참조.

사소송의 최고이념으로 삼는 대륙법을 기초로 하면서 동시에 영미법의 영향을 받아 당사자주의를 채택하고 있다는 점에 있다. 이는 그 역사에서 유래하는 것이라 할 수 있는데 스칸디나비아국가의 법제도는 본래 게르만법의 전통을 계수하면서 대륙법(특히 독일)의 영향 아래 발전되어 왔지만, 19세기 후반부터 20세기 초반에 걸쳐 영미법의 영향이 증대됨에 따라 형사재판제도도 현재와 같은 특이한 성격을 갖게 되었다.<sup>162)</sup>

다만 스칸디나비아국가의 법제도라 하더라도 그 내용은 국가에 따라 각각 다른 모습을 보이고 있다. 예컨대 덴마크의 경우에는 이미 오래 전에 배심제의 근간이 되는 제도를 활용하였다고 할 수 있지만, 근대적인 배심제를 영국으로부터 받아들인 것은 1919년에 이르러서이고 그 후 1930년부터는 참심제를 받아들여 양제도를 병용하고 있다. 또한 덴마크와의 관계가 밀접한 노르웨이에서는 1887년에 배심제와 참심제가 동시에 도입되었다.

덴마크와 노르웨이가 배심제와 참심제를 병용하게 된 데에는 역사적인 경위가 관계하고 있다. 중세부터 근대에 이르는 스칸디나비아의 역사는 덴마크와 스웨덴 양국간에 의한 발트해 패권을 둘러싼 투쟁의 역사이었다. 노르웨이와 핀란드는 양국의 속국이였기 때문에 이러한 환경은 범발전에 도 영향을 미쳤다고 할 수 있는데, 노르웨이는 중세부터 19세기 초반까지 400년 이상 덴마크의 지배하에 있던 관계로 법문화적으로도 덴마크와의 관계가 밀접하였기 때문이다.

다음에서는 이러한 역사적인 배경에 입각하여 양국의 배심제·참심제 병용제도<sup>163)</sup>의 현상을 고찰함으로써 당사자주의 하에서의 참심제라는 관

162) 스칸디나비아 형사법의 역사, 특히 덴마크에 대하여 상세하게는, 사법개혁추진위원회, 앞의 민주사회를 위한 사법개혁 -대통령 자문위원회 보고서-, 333쪽의 [표4-II-4] 참심제를 채택하고 있는 국가의 제도 비교 참조 ; 松澤伸, 機能主義刑法學の理論 -デンマーク刑法學の思想-, 信山社, 2001, 19面以下参照 ; C. Van Den Wyngaert(ed.), Criminal Procedure Systems in the European Community, 1993.

163) 덴마크는 해사·상사법원을 비롯한 몇몇의 법원에서 참심제를 채택하고 있고, 노르웨이는 민사재판 등에서 참심제를 채택하고 있지만(사법개혁추진위원회, 앞의 민주사회를 위한 사법개혁 -대통령자문위원회보고서-, 333쪽), 여기서는 검토의 대상을 형사재



점에서 우리나라 사법개혁의 논의와 관련된 제문제를 검토하기로 한다.

## 2. 덴마크의 병용제도

### (1) 형사재판제도의 기본구조

덴마크의 형사재판제도는 배심제와 참심제의 병용제이다. 형사사건을 취급하는 통상법원은 대법원(1개소), 고등법원(2개소), 지방법원(市法院<sup>164</sup>), 82개소)의 세 단계로 구성되어 있지만, 기본적으로는 二審制를 채택하고 있다.<sup>165</sup> 즉 지방법원을 제1심으로 하여 고등법원에 상소할 수 있는 사건과 고등법원을 제1심으로 하여 대법원에 상소할 수 있는 사건으로 나뉘어져 있다.

### (2) 참심재판의 구조·대상사건 및 참심원의 권한

지방법원을 제1심으로 하는 사건은 求刑이 4년 이하의 否認事件과 자백사건이다. 求刑이 4년 이하인 否認事件은 직업법관 1인과 참심원 2인에 의한 참심재판, 자백사건은 직업법관으로만 구성된 재판을 받는다(다만, 벌금형 이하의 경죄사건에 대하여는 否認事件이더라도 직업법관 1인에 의한 재판이 행해진다). 참심원은 1표씩의 評決權을 갖는다. 따라서 참심원 2명이 찬성하는 경우에는 그것만으로 피고인의 사실문제를 결정할 수 있다. 참심원은 양형에도 참가한다. 이들 재판의 결과에 대하여는 피고인이 유죄판결에 대하여 항소할 수 있음은 물론이고, 검사도 무죄판결에 대하여 항

판에 한정하는 것으로 한다.

164) 덴마크의 市法院은 우리나라의 지방법원에 해당하지만, 관할구역이 좁기 때문에 市법원이라 부르고 있다.

165) 佐藤博史, 덴마크의 陪審制·參審制, 季刊刑事辯護 第12号, 現代人文社, 1997, 128面以下; 日本辯護士連合會司法改革推進センター·東京第三辯護士會陪審制度委員會編, 덴마크의 陪審制·參審制, 現代人文社, 1997.

소할 수 있다.

항소심인 고등법원에서는 직업법관 3인과 참심원 3인에 의한 참심재판이 이루어진다. 피고인에게 불리한 판단을 내리기 위해서는 4명 이상의 평결이 필요하고, 의견이 3명씩으로 나뉘어진 경우에는 피고인에게 유리한 판단이 채택된다.<sup>166)</sup>

### (3) 배심재판의 구조·대상사건 및 배심원의 권한

求刑 4년 이상의否認事件은 고등법원을 제1심으로 하는 배심재판을 활용하는데, 이 때 배심원은 12명이며 직업법관은 3명으로 구성한다.<sup>167)</sup> 직업법관은 소송의 지휘를 관장하며 결심에 있어서는 說示를 행한다. 이에는 법해석은 물론 증거평가에 대한 직업법관의 의견도 포함된다. 배심은 직업법관의 법해석에는 구속되지만 증거평가에는 당연히 구속되지 않는다. 평결에 대하여는 직업법관이 몇 개인가의 질문을 열거하는 특별평결이 취해진다. 배심의 평결은 만장일치제가 아닌 특별다수결제이다.<sup>168)</sup> 판결에 이유는 첨부되지 않는다. 덴마크의 경우 배심의 무죄평결은 최종적인 것이지만, 유죄평결은 최종적인 것이 아니다. 즉 배심의 유죄평결에 대하여 직업법관 3명의 만장일치로 증거불충분을 이유로 피고인이 무죄라 판단하는 경우에는 배심재판은 다시 행해져야 한다. 이는 ‘이중의 보장’이라 불리는 독특한 제도이지만, 종종 발동시키는 경우가 있어 배심의 오류를 바로 잡는 역할을 담당하고 있다. 배심에 의한 재판의 결과에 대하여 사실문제에 대하여는 상소할 수 없다.<sup>169)</sup> 이 때 상소할 수 있는 사유로는 양형부당과

166) 松澤伸, 北歐四ヵ國の陪審制・參審制-デンマーク, ノルウェー, スウェーデン, フィンランド-, 現代刑事法 第3卷第7号, 2001, 38面参照.

167) 사법개혁추진위원회, 앞의 민주사회를 위한 사법개혁 -대통령자문위원회보고서-, 333쪽 참조.

168) 유죄평결을 위해서는 배심원 8인 이상의 찬성이 필요하다: 사법개혁추진위원회, 앞의 민주사회를 위한 사법개혁 -대통령자문위원회보고서-, 333쪽 참조.

169) 이는 사실상의 一審制로, 罪責에 대하여 최소한 2회 이상의 심리를 보장하고 있는 ‘유

절차상의 하자를 문제로 하는 경우뿐이다.

#### (4) 참심원과 배심원의 선임방법

배심원과 참심원은 동일한 명부에서 선임된다. 이 명부는 정당의 추천을 기초로 하여 市의 기초명부위원회가 작성한다. 정당의 추천을 받기 때문에 사실상 정당의 당원이 다수를 점하게 된다. 최근에는 일부 市에서 무작위추출방법을 채택하고 있지만 이러한 방법으로 선임된 배심원 및 참심원은 전국적으로 극히 소수이다. 배심원 및 참심원에 대하여는 임기제를 취하고 있다. 시의회의 선거가 있는 직후에 명부가 작성되기 때문에 그 임기는 시의회의원의 임기와 같은 4년이며, 배심원 및 참심원의 총수는 약 8,000명에 달한다.

덴마크의 경우 참심제는 제대로 기능하고 있다고 평가되지만 배심제에 대하여는 그 실질적인 폐지를 포함한 논의가 활발히 전개되고 있다고 한다.<sup>170)</sup>

### 3. 노르웨이의 병용제도

#### (1) 형사재판제도의 기본구조

노르웨이의 형사재판도 덴마크와 같은 병용제이다.<sup>171)</sup> 형사재판을 담당

법인권조약제7의정서' 제2조와의 충돌이 문제된다.

170) 덴마크의 경우에는 일정한 형사사건은 배심에 의하여야 한다고 헌법상 규정(덴마크헌법 제65조 제2항)되어 있기 때문에 헌법을 개정하지 않는 한 형식적으로는 배심의 폐지는 불가능하고, 다만 그 내용을 실질적으로 參審制化(사실상 참심제로의 이행)하는 방법밖에 없다. 덴마크소송법심의회의 의견안도 배심제를 사실상 참심제로 이행하여야 한다고 주장한다 : 이에 대하여 상세하게는 松澤伸, 덴마크의刑事裁判と陪審制・參審制, 立教法學 第55号, 2000, 332面以下參照.

171) 노르웨이의 제도에 대하여 상세하게는, Asbjørn Strandbakken, 'Lay participation' in

하는 통상법원은 대법원(1개소), 고등법원(6개소), 지방법원<sup>172)</sup>(90개소)으로 구성되어 있다. 이전에는 덴마크와 동일하게 중대사건에 대하여 고등법원을 제1심으로 하는 배심재판이 행해져 사실인정의 문제에 대하여 상소를 인정하지 않았기 때문에 ‘유럽인권조약’과의 저촉이 문제되었지만, 1995년에 형사사건의 제1심은 모두 지방법원에서 참심제 아래 행한다(예외적으로 자백사건은 직업법관 1인에 의한다)는 법개정이 이루어짐으로써 이 문제는 해결되었다.<sup>173)</sup>

## (2) 참심재판의 구조 · 대상사건 및 참심원의 권한

### 1) 제1심의 참심재판

지방법원(제1심)에서는 직업법관 1인과 참심원(lay judge) 2인의 참심제(mixed court)로 구성된다(예외적으로 6년을 넘는 자유형에 해당하는 중죄로 특히 복잡한 사건, 그밖에 특별한 이유가 있는 사건에 대하여 법원장은 직업법관 2인과 참심원 3인으로 구성되는 재판부에서 심리하도록 결정할 수 있다 : 노르웨이형사소송법 제276조 제1항 및 제2항).<sup>174)</sup> 직업법관과 참심원은 법률문제, 사실문제, 유 · 무죄의 판단, 양형 등의 모든 사항에 대

---

the criminal Trial in the 21st Century. May 26-29, 1999. International Institute for Higher Studies in Criminal Sciences, Siracusa, Italy : Report of Norway Criminal Justice ; 松澤伸, 덴마크와 노르웨이의陪審制 · 參審制, 自由と正義 第52卷第6号, 2001, 14面以下參照.

172) 관할구역에 따라 市法院(City Court)과 지역법원(District Court)의 두 종류가 있지만 그 기능은 동일하다.

173) 노르웨이에서 사법에 대한 시민의 참가는 제1심법원과 항소법원에서 인정될 뿐 대법원에서는 인정되지 않는다. 형사절차에 대한 시민참가는 ‘형사소송법’에 규정되어 있고, 참심원 및 배심원의 선임방법은 ‘법원조직법’에 규정되어 있다 :

<http://www.ub.uio.no/ubit/ulov>.참조.

174) 노르웨이에서는 1993년 6월 11일 법률 제80호에 의해 형사소송법이 개정되기 전까지, 6년 이하의 자유형에 해당하는 경죄사건의 제1심은 지방법원에서 심리하고, 그 이상의 중죄사건은 고등법원이 제1심이었다. 1993년의 법개정 후 모든 형사사건의 제1심은 지방법원으로 되고 고등법원은 통상 항소심으로 되었다(형사소송법 제6조).

하여 一體로서 책임을 진다. 즉 참심원은 직업법관과 동일한 권한을 갖는 것이다.

심리에서의 소송지휘는 직업법관이 이를 행한다(형사소송법 제278조 제2항, 법원조직법 제123조 제1항 및 제133조 제1항). 예컨대 법관은 어떤 쟁점에 대하여 이미 명백하게 밝혀졌든지, 관련성이 없다고 하여 당사자의 논쟁을 종료시킬 수 있다. 법관의 소송지휘에 대하여 당사자가 이의를 신청한 때에는 법원이 그 결정을 행하지만(법원조직법 제123조 제2항), 참심원이 다수를 점하고 있기 때문에 참심원이 법관의 의견을 부결할 수도 있다. 또한 법관이 절차상 잘못을 범한 경우에도 참심원이 개입할 수 있다. 그러나 참심원은 일반적으로 법률적인 훈련을 받지 않았기 때문에 그러한 경우는 극히 적을 것이다. 참심원은 피고인이나 증인에게 질문할 수 있지만 당사자와 법관이 질문한 후에 행하는 것이 보통이다.

심리가 종료하면 법관과 참심원은 비공개로 유·무죄에 대하여 합의하고 결정하여야 한다. 이때 합의를 관장하는 것은 법관이다(형사소송법 제31조 제1항). 참심원은 법관으로부터 법에 대하여 조언을 받는다. 유죄결정을 위해서는 단순다수로 족하다(동법 제35조 제2항). 법관과 참심원은 법에 의해 평결하여야 하는데, 법원은 동정이나 현행법령에 찬성할 수 없다는 이유로 피고인을 무죄로 할 수 없다. 물론 사실인정이나 법률해석에 관하여 의견의 불일치가 있는 경우에는 재판부의 구성원은 사실인정 및 법률해석에 관하여 자신의 생각에 따라 투표하여야 한다. 형사소송법 제42조에 의하면 판결은 합의를 종료한 후 3일 이내에 선고하여야 하는데, 그것이 불가능한 경우에는 법원은 재판기록에 그 이유를 명시하여야 한다.

판결문은 법관이 작성하여 참심원에게 보인 후 승인을 얻어야 하며, 참심원은 판결문안의 변경 및 기타 의견을 표명할 수 있다. 의견이 일치하지 않는 때에는 소수의견인 者는 자신의 의견을 판결문에 명기할 수 있는 권리를 갖는다(동법 제41조 제2항). 법관의 의견이 참심원에 의해 부결된 경

우 물론 법관은 판결 속에 자신의 의견을 표명할 수 있지만 참심원의 의견을 포함한 견해를 명기할 수도 있다.<sup>175)</sup>

## 2) 항소심의 참심재판

항소심에서는 사실의 오인, 절차상의 하자, 양형, 법령적용의 오류 등이 취급된다. 고등법원의 구성은 범죄의 輕重과 항소이유에 따라 달라진다. 고등법원의 판결은 대법원에 상고할 수 있지만 대법원은 고등법원이 인정한 사실에 구속되기 때문에 대법원에의 상고는 양형, 절차상의 하자, 법령 적용의 오류에 한정된다.

고등법원에 대한 항소의 권리에는 제한이 있다. 즉 검사가 벌금 또는 몰수 이외의 제재를 求刑하지 않고 실제로 그 이외의 제재가 과해지지 않은 경우, 항소의 신청에는 법원의 허가가 필요하다. 고등법원이 명백하게 항소이유가 없다고 인정한 경우도 동일하다(형사소송법 제321조 제1항 및 제2항). 고등법원은 6년 이하의 자유형에 해당하는 범죄사건에서 피고인에게 불리한 검사의 항소를 각하할 수 있다. 그러나 6년을 넘는 자유형에 해당하는 범죄사건에서는 피고인은 고등법원에서 재차 사실심리를 받을 권리를 갖는다.

6년 이하의 자유형에 해당하는 범죄사건에서 항소이유가 양형, 절차상의 하자 또는 법령적용의 오류에 한정되어 있는 때에는 항소심은 직업법관 3명으로만 구성될 뿐 참심원은 관여하지 않는다. 그러나 심리가 사실의 유무를 위한 증거평가에 관한 것인 경우, 6년 이하의 자유형에 해당하는 범죄에 대한否認事件의 경우, 장기 6년 이상의 자유형에 해당하는 범죄에 대한 자백사건의 경우에는 항소심은 직업법관 3명과 참심원 4명으로 구성

175) 실무에서는 참심원이 자신의 의견을 쓰는 경우는 거의 없으며 참심원은 자신의 의견을 말하고 법관이 이를 판결에 정리하는 경우가 대부분이라 한다 : Asbjørn Strandbakken, op. cit.

된 참심제가 취해진다(법원조직법 제12조 제1항). 앞에서 언급한 제1심에서의 심리에 관한 원칙은 기본적으로 항소심인 고등법원의 참심제에도 준용된다(형사소송법 제327조). 다만 피고인을 유죄로 하기 위해서는 최소 5표를 필요로 한다(동법 제35조 제1항).<sup>176)</sup>

### (3) 배심재판의 구조·대상사건 및 배심원의 권한

노르웨이의 배심재판은 참심재판과는 크게 다르다. 그 주된 차이는 배심과 법관의 권한분리이다. 즉 직업법관이 심리를 주재하고 배심은 사실문제를 결정한다. 배심이 유죄로 판단한 경우, 양형은 3명의 직업법관과 배심원 중 4명의 참심원에 의한 참심제에서 결정한다.

일반적으로 배심은 6년을 넘는 장기자유형에 해당하는 범죄에 대한否認事件의 항소심에 적용된다. 배심재판은 배심원 10명과 직업법관 3명으로 구성된다(형사소송법 제355조 제1항).<sup>177)</sup> 배심이 구성되면 재판장은 배심원에게 절차를 설명한다. 이때에는 특히 배심원은 평결이 내려질 때까지 배심원 이외의 者と 사건에 대하여 대화할 수 없다는 점이 강조된다. 또한 배심원은 퇴정한 후에 평의실 밖으로 나올 수 없다는 점도 고지된다. 그리고 배심원은 법정에서의 절차에 집중하고 법과 증거에 따라 주어진 질문에 성실하게 답한다는 취지의 선서를 하여야 한다(동법 제360조 제1항).

배심의 권한은 사실을 결정하는 것이다. 즉 배심은 검사가 주장하는 사실이 충분히 입증되었는지 여부, 입증된 사실에 대한 법 적용 여부에 관한 판단을 내린다. 일반적으로 배심은 ‘피고인은 유죄인가’라는 질문에만 答申한다. 배심이 유죄를 평결하기 위해서는 행위뿐만 아니라 피고인의 주관적 의도도 요건을 충족하고 있다는 점, 정당방위 등 기타 이유에 의해 형사책임

176) Asbjørn Strandbakken, op. cit.

177) 사법개혁추진위원회, 앞의 민주사회를 위한 사법개혁 -대통령자문위원회보고서-, 333쪽 참조.

이 조각되지 않는다는 점도 판단하여야 한다. 배심원은 심리 중 관련된 사실에 대하여 증인에게 질문할 수 있고 쟁점을 정리하도록 요구할 수 있다.

재판장의 배심원에 대한 說示의 내용, 평결에 있어 특별다수결·특별평결이 취해지는 점에 대하여는 덴마크의 배심제와 동일하다(다만 노르웨이의 특별다수결의 인수는 7명이다). 배심의 평결에 대하여는 법관이 유리한 방향이나 불리한 방향으로 번복할 수 있다. 피고인에게 유리한 방향으로 번복하기 위해서는 법관 2명 이상의 일치, 불리한 방향으로 번복하기 위해서는 법관 3명의 전원일치가 필요하다. 이러한 경우에는 법관이 ‘유죄인 것이 의심스럽지 않다고 생각한 경우’라는 요건이 전제되기 때문에 기본적으로 법관은 평결을 존중한다. 그러나 법관이 배심의 평결을 번복한 경우에는 재심리는 배심제가 아닌 참심제로 행한다. 그 이유는 새로운 배심도 잘못된 법 적용에 의해 피고인을 무죄로 평결할 가능성이 있기 때문이라 한다. 이때 참심제의 형태는 앞에서 살펴 본 항소심의 참심제와 동일하다.<sup>178)</sup>

#### (4) 참심원과 배심원의 선임방법

배심원·참심원의 선임에 관한 일반적인 규정은 ‘법원조직법’ 제4장에 규정되어 있고, 특정사건의 선임에 관하여는 동법 3자당일처리방식에 규정되어 있다. 배심원·참심원의 후보자는 18세 이상으로 지방의회의원의 피선거권을 갖는 者라야 한다(법원조직법 제65조). 즉 후보자는 노르웨이에 3년 이상 거주할 필요가 있지만, 노르웨이의 국적을 반드시 보유하여야 할 필요는 없다.

배심원·참심원 후보자의 선임은 4년마다 지방의회의원선거직후에 행해진다(동법 제64조). 즉 후보자의 임기는 4년이다. 그리고 제1심에의 관여자와 고등법원에의 관여자로 나뉘어 여성과 남성의 명부가 작성된다.<sup>179)</sup> 또

178) Asbjørn Strandbakken, op. cit.



한 전문가참심원의 명부도 작성된다.

후보자의 선임은 지방의회가 임명한 위원회가 행한다. 위원회는 지방선거의 선거권을 가진 者에 관한 국세조사를 기초로 후보자를 선임하여야 한다(동법 제73조). 그러나 실제로 위원회는 대부분의 후보자를 政黨員으로 등록된 者들 중에서 선임한다.<sup>180)</sup> 위원회의 추천은 지방의회에 송부되어 지방의회가 후보자를 최종적으로 결정한다.

이상과 같이 노르웨이에서는 덴마크의 경우처럼 참심제에 대한 비판은 거의 존재하지 않고, 배심제에 대하여는 학자나 법관을 중심으로 폐지론이 대두되고 있지만, 노르웨이 국회와 법무부는 노르웨이법의 전통을 이유로 폐지론을 수 차례에 걸쳐 거부해 왔다. 다만 배심제의 적용범위는 형사소송법 개정시 점점 축소하고 있다.

#### 4. 스칸디나비아 병용제 국가와 참심제 국가의 비교

병용제 국가와 참심제 국가의 비교로 알 수 있는 차이점은 주로 다음과 같다.

첫째, 참심제 국가에는 참심원들이 스스로 조직한 협회(참심원협회)가 있지만, 병용제 국가에는 이러한 협회가 없다. 이는 제도적으로 볼 때 배심제의 존재가 영향을 미치고 있는 것이라 할 것이다. 즉 배심원들 간에는 그 특성상 인적 교류가 있어서는 아니 되기 때문이다. 참심제협회는 참심원의 지위 등에 관한 문제에 대하여 각 방면에 압력단체로 기능하는 외에 참심원 스스로가 형사재판을 배우는 코스나 연구회 등을 준비하거나, 회지

179) 노르웨이의 경우는 남녀의 비율을 1 대 1로 설정하는 점에 특징이 있다. 예컨대, 배심은 남녀 5명씩으로 구성된다고 한다 : 松澤伸, 前掲デンマークとノルウェーの陪審制・參審制, 14面以下參照.

180) 1999년 3월 3일부 노르웨이 TV2의 인터넷정보에 의하면, 후보자의 75%가 정당원으로 등록된 사람들이었기 때문에, 법원은 정치적 기관이 되는 것이 아닌가, 배심원·참심원이 직무상 정치적 의견에 좌우되는 것이 아닌가 등의 논의를 불러 일으켰다 : Asbjørn Strandbakken, op. cit.

를 발행하거나 간담회를 개최하는 등 열성적인 활동을 행하고 있다. 따라서 참심제 국가에 있어서 참심원들 간의 교류는 대단히 밀접하다. 이에 대하여 병용제 국가는 그러한 협회가 존재하지 않을 뿐만 아니라 조직적인 배심원·참심원교육도 존재하지 않는다. 법원이 발행하는 배심원·참심원을 위한 안내책자는 있지만, 이를 읽고 준비할 것인지 여부는 배심원이나 참심원의 자유이다. 병용제 국가처럼 예비지식이 적은 것도 문제라 할 수 있지만<sup>181)</sup>, 참심제 국가처럼 참심원협회가 연구회를 개최하는 것이 적절한지 여부도 문제라 하여야 할 것이다. 지나치게 열심히 형사재판을 배우는 참심원은 일종의 준직업법관화할 우려가 있기 때문이다.

둘째, 참심제 국가에서는 대법원에서도 사실문제가 심리된다. 즉 3심제를 채택하고 있는 것이지만, 병용제 국가에서는 원칙적으로 2심제(덴마크의 배심재판은 사실상 1심제)를 취하고 있다. 배심제를 취하는 경우 배심에서 사실인정의 문제에 대하여는 상소가 인정되지 않는 것이 보통이며 덴마크나 노르웨이도 그렇기 때문에 배심재판이 사실판단에 대하여는 최종심이 될 수밖에 없는 것이다. 따라서 병용제 국가에서는 사실인정에 대하여 최저 2회의 심리를 보장하는 ‘유럽인권조약’과의 저촉이 문제되는 것이며 노르웨이도 법개정을 통하여 이를 시정하였으며, 덴마크는 법개정작업 중에 있다.

셋째, 참심제 국가에서는 참심제의 부분적 또는 전면적 폐지론이나 운용의 실태에 대한 비판이 있지만, 병용제 국가에서는 참심제에 대한 비판은 전혀 존재하지 않는다.

넷째, 평결의 투표순서가 병용제 국가와 참심제 국가간에 서로 다르다. 즉 병용제 국가에서는 참심원이 먼저 투표한 후 이어서 법관이 연령이 젊은 순으로 투표하고 마지막으로 재판장이 투표한다. 이에 대하여 참심제

181) 사실 이점에 관하여는 병용제 국가, 특히 덴마크에서 비판이 많고, 배심원이나 참심원이 시간적으로 여유있는 주말 등에 간단한 강습을 행하여야 한다는 제안도 많다: 松澤伸, 前掲デンマークとノルウェーの陪審制・參審制, 14面以下參照.

국가에서는 재판장이 제일 먼저 투표한 후 법관, 참심원 순으로 투표한다. 이는 법관에 대한 사고의 차이가 반영된 것이라 할 수 있다.

다섯째, 형사소송법의 기본원칙에 대하여 기본적으로는 대륙법에 영미법의 영향을 받은 점에서는 일치하고 있지만, 실제적 진실추구의 정도가 어느 정도인가에 대하여는 서로 차이가 있다. 즉 일반적으로 병용제 국가는 영미법의 영향이 강하다고 이해되고 있다.<sup>182)</sup> 병용제 국가에서 참심제에 대한 비판이 전혀 없는 점을 고려할 때 그 상관관계는 명백하지 않지만, 당사자주의화가 진행된 국가에서는 오히려 직권주의에 근접한 국가보다도 참심제가 더욱 더 기능하고 있다고 할 수 있다.

---

182) Christian Diesen, *Lekman som domare*, Stockholm, 1996.

132 형사재판절차에 있어서 배심 및 참심제도의 도입방안

## 제5장 日本의 裁判員制度

### - 배심 및 참심제도의 혼용 -

#### 제1절 개 관

지난 2001년 6월 12일에 공표된 ‘司法制度改革審議會意見書(이하 ‘의견서’로 약기)’<sup>183)</sup>는 ‘제Ⅳ장 국민적 기반의 확립’이라는 장에서 ‘형사소송절차에서 일반국민이 재판관과 함께 책임을 분담하면서 협력하여 재판내용의 결정에 주체적·실질적으로 관여할 수 있는 새로운 제도를 도입하여야 한다’<sup>184)</sup>는 의견을 제시하였다. 이는 피의자의 공적 변호제도와 함께 일본 형사사법개혁의 중요한 과제로서 형사절차에 재판원제도의 도입을 제언한 것이다.<sup>185)</sup>

일본에서 국민의 사법참가는 1943년 배심법시행정지<sup>186)</sup>이래 장년에 걸

183) 일본 ‘사법제도개혁심의회’의 설치배경 및 논의상황에 대하여 상세하게는, 한승, 일본에서의 참심제 도입논의, 2001.6.4., 제2차 사법제도비교연구회 발표원고를 참조. 한편 일본의 ‘사법제도개혁심의회’는 21세기 일본 사회에서 司法이 담당하여야 할 역할을 명백히 하고, 국민이 보다 이용하기 편리한 사법제도의 실현, 국민의 사법제도에의 관여, 법조의 바람직한 방향과 그 기능의 충실화, 기타 사법제도의 개혁과 기반정비에 관하여 필요한 기본적인 시책 등의 조사·심의를 목적으로 내각에 설치된 심의회로 2001년 7월 26일부터 설치기한이 만료됨으로써 활동을 종료하였다 :

<http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/index.html>참조.

184) 司法制度改革審議會, 司法制度改革審議會意見書 -21世紀の日本を支える司法制度-, 2001.6.12., 102面参照 ; JURIST編集部, 資料・司法制度改革審議會意見書 -21世紀の日本を支える司法制度-, JURIST第1208号, 2001.9.15, 185面以下.

185) 그 후 2001년 11월에 ‘司法制度改革推進法’에 따라 ‘司法制度改革推進本部’가 설치되고 그 사무국 하에 ‘裁判員制度検討會’도 설치됨으로써 동 의견서의 제언을 입법화하는 작업이 진행 중에 있다.

186) 일본의 배심제도는 1943년 ‘陪審法ノ停止ニ關スル法律(法律第88号)’에 따라 제2차 세계대전 종료 후 다시 시행한다는 명문의 규정(동법 부칙 제3항)을 조건으로 그 시행이 잠정적으로 정지되었다 : 寺崎嘉博/도중진 역, 일본의 형사사법 -검찰심사회와 배심제도-, 형사정책 제13권 제1호, 2001, 319쪽 이하참조.

친 검토과제로, 특히 민주주의국가의 주권자인 일반국민이 재판에 주체적·실질적으로 관여하는 제도는 형사절차 전반에 커다란 영향을 미치는 만큼 충분한 논의를 거쳐 입법화되어야 한다는 점에 의견은 일치하고 있다.

여기서 먼저 동 ‘의견서’가 제안하는 ‘재판원제도’의 개요를 대략적으로 살펴보면 다음과 같다.<sup>187)</sup> 첫째 직업법관과 국민(재판원)이 합의하여 형사 사건에 대한 유·무죄의 결정 및 형의 양정을 행한다. 둘째 재판원의 선임은 선거인명부로부터 무작위로 추출한 자를 모체로 하여 사건별로 선임한다. 셋째 대상사건은 법정형이 무거운 중대범죄로 하지만, 피고인의認否에 의한 구별은 두지 않고 피고인의 사퇴도 인정하지 않는다. 넷째 가능하면 연일 계속하여 공판을 개정하고 쟁점에 집중·충실한 심리를 행한다. 다섯째 당사자로부터 사실오인, 양형부당을 이유로 하는 상소를 인정한다. 이러한 재판원제도는 현재까지 정지 중인 배심제<sup>188)</sup>와는 그 성격을 달리 하는 것으로 그 기본은 오히려 참심제도라 할 수 있다.

187) 司法制度改革審議會, 前揭意見書, 101面以下參照.

188) 참고로 1943년 이전에 시행되었던 일본의 배심제도에 대하여 영미의 배심제도와 다른 몇 가지 특징으로는 다음의 점을 지적할 수 있다. 즉 첫째 자격제한으로, 1928년 10월부터 시행된 ‘陪審法’ 제12·13조는 배심원의 자격으로 2년 이상에 걸쳐 국세 3円 이상을 직접 납부한 30세 이상의 남성으로 장애자가 아닐 것 등의 자격제한을 규정하였다. 둘째 배심제도 본래의 기능을 약화시키는 제한으로, 배심평결(‘배심법’상의 용어로는 ‘答申’)의 구속력을 인정하지 않았다. 따라서 答申은 범죄구성사실의 유무판단에 지나지 않는 것으로 유·무죄의 판단은 법원의 결정사항이었으며, 또한 법원은 배심의 答申이 부당하다고 판단될 때에는 다른 배심의 評議에 얼마든지 회부할 수 있었다. 결국 법원은 배심의 答申에 구속되지 않았다. 셋째 배심재판 대상범죄의 제한으로, 동법 제4조는 ‘황실에 관한 죄’, ‘내란죄’, ‘치안유지범위반죄’, ‘軍機에 관한 죄’등을 배심재판에 부적합한 사건으로 규정하였다. 넷째 동법 제6조는 검사가 피고사건에 대하여 진술할 때까지 피고인은 法定陪審(동법 제2조는 사형, 무기징역·금고에 해당하는 사건은 배심재판에 의한다고 규정)의 경우 언제라도 사퇴할 수 있고, 請求陪審(동법 제3조는 장기 3년 이상의 유기징역이나 금고에 해당하는 사건은 피고인이 배심재판을 청구할 수 있다고 규정)의 경우에도 청구를 취할 수 있다고 규정하여 피고인의 사퇴를 인정하였다. 다섯째 동법 제106조는 배심비용은 소송비용의 일부라고 규정하여 피고인이 유죄판결을 받은 경우에는 소송비용의 일부로 배심비용까지 부담하게 하였다 : 寺崎嘉博/도중진 역, 앞의 글, 320쪽 이하.

## 제2절 재판원제도의 본질

### 1. 기본적 성격

‘의견서’에 의하면 재판원제도의 골격은 직업법관과 재판원이 기본적으로 대등한 권한으로 評議하여 유죄·무죄의 결정 및 형의 양정을 행한다는 점에서 참심제의 성격을 갖는 것이지만, ① 재판원을 선거인명부를 기초로 무작위 추출하여 사건별로 선임하며 담당은 하나의 사건에 한정하고, ② 대상사건을 중대한 형사사건으로 한정한다는 점에서 배심제적 요소도 일부 가미한 것이라 할 수 있다. 이미 앞에서 살펴본 것처럼 배심제는 영미법의 당사자주의, 참심제는 대륙법의 직권주의와 조화적이라 할 수 있지만, 반드시 양자에 논리적인 관계가 있는 것은 아니며 양자 모두 그 세부적인 면에서는 다양하다. 일본의 재판원제도는 참심제와 배심제를 혼합시킨 제도라는 점에서 프랑스의 참심제에 근접한 면도 없는 것은 아니지만, 일본의 독특한 제도라 하여야 할 것이다.<sup>189)</sup>

그러나 참심제를 주장하는 입장<sup>190)</sup>에서는 앞의 ①에 대하여 재판원에게는 직업법관과 대등하게 논의할 것이 기대되는데 과연 그러한 절차로 선임된 재판원에게 그것이 가능할 것인지, ②에 대하여는 대상사건을 중대사건에 한정하는 것은 국민의 부담론이나 참가의의라는 점에서 볼 때 타당한가 라는 의문이 발생할 수 있다. 제 외국의 예를 살펴볼 때 배심제나 참심제는 그 나라 형사절차 전반의 모습을 형성하는 기능을 담당하여 왔다. 따라서 구체적인 제도를 설계하는 때에도 각 논점을 별개로 취급할 것이 아니라 제도의 全體像이나 형사절차 전반과의 관계를 염두에 두면서 검토할 필요가 있다 할 것이다.

189) 加藤克佳, 特集・動き出した刑事司法改革 -國民(市民)の司法参加と裁判員制度-, 法律時報 第919号, 2002.6., 47面.

190) 佐藤博史, 何故 参審制か, 現代刑事法 第3卷第5号, 2001, 68面.

물론 재판원제도가 일종의 ‘타협의 산물’임을 부정할 수는 없다. 즉 제2차 세계대전 후 일본에서는 배심제부활론에서 전형적으로 나타나는 것처럼 재판비판·사법개혁론 중에서 지속적으로 국민의 사법참가가 주장되었음에도 일관하여 직업법관제도가 견지되어 왔지만, 1999년 7월 내각에 ‘사법제도개혁심의회’가 설치되고 그 토의과정에서도 국민의 사법참가는 폭넓은 관심을 불러 일으켰다. 그러나 일본의 최고재판소나 법무성은 이에 소극적이었으며, 심의회위원 중에도 추진파는 소수에 불과하였다.

한편 적극론자들 중에도 배심제론과 참심제론 간에 격론이 벌어졌다. 그 후 높아진 여론 등에 의해 국민의 사법참가제도 도입자체는 피할 수 없는 과제가 되었지만, 배심제도의 불채용을 기본노선으로 하고 평결권없는 참심제도<sup>191)</sup>를 부정하면서 참심제도를 기본으로 삼았다. 이러한 참심제도를 기본으로 하는 제도가 일본의 형사재판의 문제점<sup>192)</sup>을 극복할 수 있는 것인가에 대하여는 배심제찬성론자<sup>193)</sup>에 의해 강한 이론이 제기되고 있으며, ‘의견서’가 ‘모든 피고인을 위한 것이라기 보다는 국민일반에게 또 는 재판제도로써 중요한 의의를 갖는 것이기 때문에 도입한다’고 한 점에 대하여도 강한 비판이 제기되고 있다. 어쨌든 새로운 국민참가제도라 할 수 있는 재판원제도가 사법개혁의 기폭제가 될지 아니면 단순한 장식물에 그칠지는 향후 구체적인 제도구축과 그 운용을 기다릴 수밖에 없을 것이다.

## 2. 도입의 의의 및 성격

### (1) 재판원제도의 목적

‘의견서’는 21세기 일본사회에서 ‘국민주권에 기초한 통치구조의 일익을

191) 2000년 9월 12일 최고재판소의 제안.

192) 특히 직업법관제나 관료사법에서 유래하는 문제점.

193) 四宮啓, 職業裁判官と陪審制・參審制－刑事裁判における陪審制の意義－, ‘刑事訴訟法の争点(第3版)’, 有斐閣, 2002年, 42面参照.



담당할 사법분야에 있어서도 국민이 자립성과 책임감을 갖고 그 운용 전반에 대하여 다양한 형태로 참가할 것이 기대된다'고 하면서, 국민의 사법참여가 이루어지는 경우에는 '사법과 국민의 접촉이 폭넓게 형성되어 사법에 대한 국민의 이해가 이루어지고 사법 내지 재판과정을 국민이 알기 쉽게 될 것이다', '일반국민이 재판과정에 참가하여 재판내용에 국민의 건전한 사회상식이 적극적으로 반영됨으로써 국민의 사법에 대한 이해·지지가 폭넓게 형성되어 사법은 보다 견고한 국민적 기반을 획득할 수 있게 된다'고 적시하고 있다.<sup>194)</sup> 바꾸어 말하면, 첫째 일본의 사법제도에는 국민의 건전한 사회상식이 반영될 필요가 있고, 둘째 국민에게도 이해하기 쉬운 사법·재판의 실현은 커다란 의의를 갖는 것이라는 취지라 할 것이다.<sup>195)</sup>

이에 대하여는 직업법관으로만 구성된 현행제도와 비교할 때 더욱 공정한 재판이 가능할 것인지, 사법참가로 인한 국민의 부담을 어떻게 고려할 것인가 라는 의문이 발생할 수 있지만, 이는 현행 직업법관에 의한 재판에 誤判이 많거나 良質의 재판을 받지 못한다는 것이 아니라 재판에 일반국민의 건전한 상식을 반영시키는 점에 의미가 있으며, 사법도 국민으로부터 유래하는 것인 이상 이에 상응하는 부담은 감수하여야 한다는 것이다.<sup>196)</sup>

또한 '의견서'는 국민의 사법참가의 목적을 사법의 국민적 기반확립이라는 점에 두고 있지만, 종래의 직업법관제를 전제로 하면서 그 개선책으로 부가적인 국민의 사법참가를 위치시키고 있는 것처럼도 보인다. 그러나 이에 대하여는 그 이념이 불명확하다는 비판이 가해지는 외에도, 오늘날 일본형사사법의 현실은 절망적인 폐쇄상황에 놓여져 있으며 그 원인은 바로 관료사법에 있다고 단정하는 논자도 적지 않다. 예를 들면 일본의 직업법

194) 司法制度改革審議會, 前掲意見書, 101面以下 ; ジュリスト編集部, 前掲資料・司法制度改革審議會意見書 -21世紀の日本を支える司法制度-, 185面以下参照.

195) 井上正仁=長沼範良=山室恵, 鼎談・意見書の論点④ 國民の司法參加・刑事司法, ジュリスト 第1208号, 2001.9., 134面参照.

196) 井上正仁=長沼範良=山室恵, 前掲鼎談・意見書の論点④ 國民の司法參加・刑事司法, 135面.

관에 의한 심리에서는 전면적 증거개시가 거부되어 형사소송법의 기본원칙인 공판중심주의·직접주의·구두주의를 형해화하고, 전문법칙의 완화로 인하여 수사단계에서 작성된 조서에 증거능력과 신용성을 안이하게 인정하고 있으며, 절차갱신 등에 의해 재판이 장기화하고 이상할 정도로 높은 유죄율<sup>197)</sup>에 의해 무죄추정원칙이 空文化되고 있다는 등의 주장이 그것이다.<sup>198)</sup> 물론 국민의 사법참가만으로 현재의 사법을 개혁할 수 있다고 하는 것은 지나친 낙관론으로, 이에 대한 비판론자는 이념이 불명확한 상태에서 철저히 못한 국민참가제도를 도입함으로써 진정한 개혁을 좌절시킬 수 있다<sup>199)</sup>는 점을 우려하고 있다.

이와 관련하여 사법참가 시 국민의 지위나 역할에 대하여는 대체로 재판을 법률전문가인 직업법관에게 맡기고 국민은 그 공정성 내지 적정성을 담보하기 위한 감시자나 보완자로서 관여하여야 한다는 관점과, 재판은 주권자인 국민이 행하는 것을 기본으로 하고 직업법관이 그 공정성 내지 적정성을 담보하기 위하여 국민을 원조하여야 한다는 관점이 있을 수 있지만, 어느 쪽을 취하는가에 따라 제도자체가 다르게 구성될 가능성이 있다. 이 점은 역시 ‘의견서’가 제시하는 것처럼 국민주권적인 사법의 실현(사법의 국민적 기반확대)을 전제로 하여야 할 것이지만, 동시에 ‘의견서’는 직업법관제 자체를 존속시키면서 참심제를 기본으로 한 국민참가제도를 제

197) 日本辯護士連合會의 자료에 따르면, 일본의 기소사건수는 매년 100만건을 상회하고 있으며 그 유죄율은 99.9%에 달한다고 한다(日本辯護士連合會, 「國民の期待に応える刑事司法の在り方」について, 2000.7.25., 1面參照). 이처럼 유죄율이 100%에 가까운 것은 유럽에 비할 때 일본의 특수한 현상이다. 경찰로부터 송검되는 숫자는 기소사건수의 2배 정도로 과반수 정도가 기소유예처분을 받고 있으며, 검사가 절대로 승소가 능한 사건만을 기소하는 실무현실을 감안할 때, 유죄율이 극히 높은 문제점은 공판절차의 문제점이라 하기보다는 기소편의주의 자체의 문제라 할 것이다(団藤重光, 刑事訴訟法綱要, 1943, 創文社, 604面; 司法研修所檢察教官室編, 檢察講義案, 1993, 99面等參照).

198) 秋山賢三, あいまいな妥協の産物 -混在する二つの理念-, 法と民主主義 第367号, 日本民主法律家協會, 2002, 12面等.

199) 예컨대 국민참가제도가 신속한 재판처리 등과 같은 다른 목적으로 변질됨으로써 진정한 사법개혁을 좌절시킬 수 있다는 것이다.

안하고 있는 것이기 때문에 법원과 재판원은 대등한 ‘협동관계(상호협력·보완관계)’에 놓여 있다고 파악하는 것이 의견서의 취지에 충실한 이해라 할 것이다.<sup>200)</sup>

## (2) 재판원제도의 헌법적합성

한편 재판원제도의 헌법적합성에 대하여는 심의과정에서 논의가 있었지만, ‘의견서’는 이를 요구하였을 뿐이고 학설 및 최고재판소의 의견<sup>201)</sup>에서도 견해의 일치를 보이고 있지 않다. 학설상 배심제에 대하여는 위헌의 의문이 제기되고 있으며, 참심제에 대하여는 위헌이라고 이해하는 입장이 다수설이라 할 수 있지만, 오늘날에는 배심제든 참심제든 모두 합헌이라 하는 견해가 유력하게 대두되고 있다. 이와 관련하여 유력설<sup>202)</sup>은 주로 참심제에 대하여 헌법이 국민의 사법참가를 배제하고 있는가, 배제하고 있지 않다는 헌법적 관점에서 국민의 사법참가가 바람직한 것인가 등의 검토를 전제한 뒤 결론적으로 시민법원의 관여는 직업법원의 재판권을 보장하면서 동시에 국민주권의 취지까지도 살릴 수 있는 제도이므로 헌법에 적합한 제도설계를 진행시켜야 한다는 것이다.<sup>203)</sup>

200) 加藤克佳, 前掲特集・動き出した刑事司法改革 -國民(市民)の司法参加と裁判員制度-, 49面.

201) 第30回司法制度改革審議會議事録[平成12(2000)年9月12日], 別紙5: 最高裁判所, ‘國民の司法参加に關する裁判所の意見’: <http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/dai30/30bessi5.html>. 參照.

202) 田口守一, 參審制度の憲法論, 現代刑事法 第3卷第7号, 2001, 35面. 다만 배심제의 헌법적합성에 대하여는 의문을 제시한다.

203) 이에 대한 반대론으로는 大久保太郎, 裁判員制度案批判(續)上・下 -合憲性への疑問及びその他の諸問題-, 判例時報 第1772号 第1774号, 判例時報社, 2002, 3面以下參照.

### 제3절 재판원제도의 기본적 구조와 대상사건

#### 1. 기본적 구조

‘의견서’는 법관과 재판원의 역할분담에 대하여 ‘법관과 재판원은 함께 評議하여 유죄·무죄의 결정 및 형의 양정을 행하여야 한다. 재판원은 評議에 있어 법관과 기본적으로 대등한 권한을 가지며, 심리과정에서는 증인 등에 대한 질문권 등 적당한 권한을 갖도록 하여야 한다’고 하면서, 법관과 재판원의 人數·평결방법 등에 대하여 ‘재판원의 주체적·실질적 관여를 확보한다는 요청, 評議의 실효성을 확보한다는 요청 등에 입각하고 이 제도의 대상이 되는 사건의 중대성 정도 및 국민에 있어서 의의·부담 등을 고려하여 적절한 제도를 정하여야 한다. 다만 적어도 법관 또는 재판원에 의한 다수만으로 피고인에게 불리한 결정을 내릴 수 없도록 하여야 할 것’이라 하고 있다.<sup>204)</sup> 다음에서는 ‘의견서’의 제안과 설명에 입각하여 구체적으로 고찰하기로 한다.

#### (1) 재판원의 권한 및 역할

‘재판원의 권한 및 역할’은 법관과 동등한 권한으로 유죄·무죄의 결정과 양형에 관여하는 것이며, 관여의 의의는 유죄·무죄의 결정과 양형에 대한 건전한 사회상식의 반영과 법률전문가와 비법률가의 상호 의사소통에 의한 지식·경험의 공유과정에서 찾을 수 있다. 심리과정에서는 재판원에게 적당한 권한을 인정한다고 하고 있다.<sup>205)</sup>

204) 司法制度改革審議會, 前掲意見書, 101面以下 ; ジュリスト編集室, 前掲資料・司法制度改革審議會意見書 -21世紀の日本を支える司法制度-, 185面以下参照.

205) 다만 법률문제, 소송절차상의 문제 등과 같은 전문성·기술성이 높은 사항에 대한 재판원의 관여(권한인정의 문제)는 새로운 검토가 필요하다.

## (2) 재판원의 선임방법

재판원의 선임방법에 대하여는 선거인명부로부터 무작위로 추출한 자를 모체로 하여 공평한 법원에 의한 공정한 재판을 확보할 수 있도록 적절한 제도를 설계하여야 할 것이다. 재판원은 구체적 사건별로 선임하여 하나의 사건을 판결에 이르기까지 담당하도록 하여야 하고, 법원으로부터 소환을 받은 재판원후보자는 법원에의 출두의무를 지도록 하였다.

즉 새로운 국민참가제도에서는 원칙적으로 일반국민이 사법참가의 기회와 책임의 주체가 되어야 하기 때문에 국민일반으로부터 공평하게 재판원을 선임할 수 있도록 하여야 하고, 가능한 많은 국민에게 참가기회를 부여함으로써 특정인의 담당부담을 피하기 위해서는 재판원을 사건별로 선임·해임하여야 한다는 것이다.

재판원의 출두의무는 선임의 실효성을 확보하기 위한 것으로 건강상의 이유 등의 부득이한 사정이 있는 일정한 경우에는 의무를 면제하여야 할 것이다.

## (3) 평결방법

‘의견서’는 평결방법에 대하여 구체적인 안을 제시하고 있지 않다. 그러나 심의회에서는 재판원의 주체적·실질적 관여라는 관점과 헌법론이 중시되었다. 즉 재판원의 주체적·실질적 관여라는 관점에서는 재판원이 전원 반대임에도 법관만의 다수로 피고인을 유죄로 하는 등의 불리한 결정을 할 수 있는 경우에는 재판원이 참가하는 의미를 찾을 수 없고, 헌법론의 관점에서는 헌법이 말하는 ‘법원’에는 직업법관이 기본적이고 필수적인 구성요소이기 때문에 직업법관을 전적으로 배제하거나 그 존재의 실질적인 의미를 배제하는 형태로 재판내용이 결정되어서는 아니 된다는 견해가

있었다.

따라서 이러한 견해에 적합한 평결방법으로는, ① 특별다수결제<sup>206)</sup>, ② 변형다수결제<sup>207)</sup>, ③ 쌍방다수결제<sup>208)</sup> 등이 제시되고 있다. 그 중 ①은 가장 평이한 평결방법이지만 재판부 전체규모가 커지면 커질수록 유죄의 요건이 일반적인 경우에 비하여 지나치게 엄격해 진다 할 것이고, 그 밖의 ②와 ③은 균형성은 바람직하지만 기교적인 방법이라 할 수 있다.<sup>209)</sup>

참심제의 이념에서는 직업법관과 재판원이 대등한 권한을 갖고 ‘협동’하여야 하기 때문에 양자간의 구별없는 결론을 도출하여야 할 것이지만<sup>210)</sup>, 재판원에게 무죄(피고인에게 유리한 결정)를 평결할 권리를 인정하는 ③의 제도도 검토할 가치가 있다. 또한 ‘의견서’는 ‘전원일치제’도 배제하고 있지 않는데, 이는 결론을 내릴 때까지 신중하고 철저한 논의를 기대할 수 있지만 평결불능이라는 사태를 인정할 것인지 여부 등이 검토과제로 대두될 것이다.<sup>211)</sup>

## 2. 대상사건

‘의견서’는 재판원제도의 대상이 되는 형사사건을 ‘법정형이 중한 중대 범죄로 하여야 한다’고 하고, ‘공소사실에 대한 피고인의認否에 의한 구별은 두지 않는다’고 하면서 나아가 ‘피고인이 법관과 재판원으로 구성되는 재판부에 의한 재판을 사퇴하는 것’도 인정하고 있지 않다.

206) 이는 직업법관과 재판원 중 인원이 많은 쪽에서 한 표라도 많은 수를 다수결의 요건으로 하는 방법을 말한다.

207) 다수결의 필요수는 과반수 이상으로 재판원은 적어도 1명이 참가하는 것으로 충족되지만, 직업법관의 경우에는 반드시 다수가 찬성하여야 하는 평결방법을 말한다.

208) 직업법관이나 재판원 각각의 다수 찬성을 요건으로 하는 방법을 말한다.

209) 第51回司法制度改革審議會議事録[平成13(2001)年3月13日], 別紙2: 井上正仁, ‘訴訟手續への新たな参加制度’骨子(案)について(補足説明):<http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/dai51/51bessi2.html>. 参照.

210) 平良木登規男=岩瀬徹=佐藤博史=甲斐行夫=椎橋降幸, 座談會・裁判員制度の是非をめぐって, 現代刑事法 第3巻第12号, 2001, 19面参照.

211) 加藤克佳, 前掲論文, 50/51面.

즉 재판원제도의 원활한 도입을 위해서는 일부사건을 대상으로 출발하는 것이 적당하다 할 것이므로 그 범위는 국민의 관심이 높고 사회적인 영향이 큰 ‘법정형이 중한 중대범죄사건’<sup>212)</sup>으로 하여야 한다는 것이다. 피고인의 認否에 의한 구별을 인정하지 않는 것은 유죄·무죄의 판정뿐만 아니라 형의 양정에도 재판원이 관여하는 것에 의의를 찾을 수 있기 때문이며, 또한 사퇴권 내지 선택권을 인정하지 않은 것은 재판원제도가 개개 피고인을 위한 것이라기 보다는 국민일반에게 재판제도로서 중요한 의의를 갖는다는 전제 아래 도입되었기 때문이라는 것이다.

이처럼 ‘의견서’가 대상사건을 중대범죄사건에 한정된 점에 대하여는 그러한 한정으로는 국민참가의 재판이 일상화될 수 없다, 즉 시민적 법관을 창출할 수 없다고 하는 참심론자의 이론이 제기된다. 즉 외국의 예를 보더라도 프랑스의 경우에는 중대사건에 한정하고 있지만 독일이나 북구의 각국은 중대사건으로 한정하고 있지 않으며, 또한 국민부담의 문제도 시민이 직업법관과 대등한 권한을 갖고 재판에 관여할 수 있어 감명을 받거나 학교교육에서 교육이 이루어짐으로써 해소될 수 있다는 것이다.<sup>213)</sup> 이에 대하여 ‘의견서’는 국민일반이 폭 넓게 참여하여 건전한 사회상식을 반영시켜야 한다고 하면서도 제도의 원활한 도입이라는 현실적인 고려에서 ‘법정형이 중한 중대범죄’로 한정하였다. 심의과정에서는 재판원제도가 적용될 사건은 절차의 중장비를 필요로 하기 때문에 일정한 중대사건에 적용하여야 한다는 견해도 제기된다. 이 점도 또한 배심제적 요소라 할 것이다.<sup>214)</sup>

대상사건이 많으면 많을수록 법원의 예산이 증액될 필요가 있고 많은 인원을 필요로 한다는 점에서 국민의 부담도 무거워 질 것이지만, 중대사

212) 일본에서 현재 법정합의부사건, 사형 또는 무기형에 해당하는 사건 등을 말한다.

213) 佐藤博史, 前掲論文, 68面等.

214) 다만 ‘의견서’는 자백사건도 재판원제도의 대상사건으로 한 점에서 일반적인 배심제와는 다르다. 또한 피고인의 사퇴권을 인정하지 않는다. 이는 양형에 대하여도 재판원을 관여시킬 것인가, 많은 사건을 재판원사건으로 하여야 할 것인가라는 문제라 할 것이다. 이와 관련하여 ‘의견서’는 배심제와 같이 법관과 재판원의 역할분담을 인정하지 않았다.

건의 처리를 위한 것이라는 이유로 납득이 이루어질 수 있다. 그러나 중대 사건에 관여할 재판원 개개인의 심리적 부담이라는 면을 무작위추출제의 문제와 함께 고려해 보면 그 부담은 무거워질 우려가 있다. 이 점에서 우선은 비교적 가벼운 사건 내지는 중간적인 사건부터 시작하여 제도의 정착에 따라 대상범위를 확대해 가는 단계적 방식이 무난할 것이라 하는 견해도 경청할 만 하다 할 것이다.<sup>215)</sup>

### 3. 재판원제도의 기능과 문제점

이상에서 살펴본 바와 같이 일본의 재판원제도는 참심제를 기본으로 하면서도 일부 배심제적 요소를 채용하고 있다. 참심제에 대하여는 특히 배심제논자로부터 직업법관이 절차의 주재자와 유죄·무죄의 판단자 역할을 겸하고 있기 때문에 이로부터 발생하는 여러 문제(당사자주의, 증거법, 무죄추정원칙 등의 불철저, 사실인정과 양형심리의 혼동)를 해결할 수 없을 뿐만 아니라, 특수한 선발과정을 거쳐 선임된 참심원은 사회의 대표자라 할 수 없고 직업적인 숙련도도 우려된다는 등의 비판이 가해지고 있다.<sup>216)</sup> 이에 대하여 참심제논자는, 참심제는 ‘종적 협동관계’가 아니라 ‘횡적 협동관계’를 기초로 하는 것이기 때문에 법관과 시민의 협동에 의해 법관의 의식을 시민화하기 쉽고, 중대사건에 한정됨이 없이 양형에도 관여하는 것이므로 배심제보다 훨씬 많은 사건에 시민이 관여할 수 있으며, 판결에 이유를 붙일 수 있어 오판구제도 가능하다는 점등을 주장한다.<sup>217)</sup> 다만 참심제에서는 참심원(시민)이 직업법관에게 지배될 위험성이 높기 때문에, ① 참

215) 平良木登規男=岩瀬徹=佐藤博史=甲斐行夫=椎橋降幸, 前掲座談會・裁判員制度の是非をめぐって, 20面. 한편 국민참가에 적합한 범죄유형으로 대상사건을 한정하는 방법을 제시하는 것으로는, 平野龍一, 參審制度採用の提唱, *ジュリスト* 第1189号, 2000, 56面參照.

216) 四宮啓, 前掲職業裁判官と陪審制・參審制 -刑事裁判における陪審制の意義-, 43面.

217) 平良木登規男, 參審制度導入のいくつかの問題點(上)(下), *法曹時報* 第53卷第1・2号, 2001, 1面; 田口守一, 前掲參審制度の憲法論, 29面等參照.



심원의 수를 직업법관의 수보다 많게 할 것, ② 유능한 시민을 참심원에 선임할 것 등이 필수조건이 된다.

이들 조건 중 ①과 관련하여 심의과정에서는 최대 12인부터 최소 3, 4인까지의 다양한 의견이 제시되었을 뿐 ‘의견서’는 명확히 밝히지 않고 있다. 참심제를 기본으로 한 구체적 제안으로는, 중대사건의 경우 ‘직업법관 2인과 재판원 3인’, ‘직업법관 3인과 재판원 4인’ 등의 구성이 제시되었다. 외국의 경우에는 중죄에 대하여 참심제를 채용하고 있는 프랑스가 ‘직업법관 3인과 참심원 9인’, 독일은 중죄사건에 대하여 ‘직업법관 3인과 참심원 2인’ 경죄사건에 대하여는 ‘직업법관 1인과 참심원 2인’,否認事件에 대하여 참심제를 채택하고 있는 덴마크 등이 ‘직업법관 1인과 참심원 2인’ 등의 비율로 구성하고 있다. 협동에 따른 제문제를 해소할 수 있는 구성비는 직업법관의 2배 이상이 바람직할 것이다.<sup>218)</sup>

문제는 ②라 할 수 있다. 참심제에서는 참심원이 직업법관과 대등하게 논의할 것이 기대되고 있음에도, ‘의견서’처럼 무작위추출을 기초로 사건별로 선임된 재판원에게 과연 그것이 가능한가가 문제된다. 이에 대하여는 무작위추출만으로는 양질의 재판원을 확보할 수 없다는 이유로 ‘공모제’, ‘추천제’의 병용이나 후보자리스트에 의거하여 재판원선출위원회가 명부를 작성하는 방법 등이 제안되고 있다.<sup>219)</sup>

이와 관련하여, ‘의견서’는 재판원은 하나의 사건을 담당하는 것으로 하여 임기제를 채택하지 않았다. 이는 선임방법과 같이 일반국민에게 사법참가의 기회를 부여하는 것(보편성) 등을 고려하였기 때문이다. 물론 장기의 임기에 의해 재판원이 세미프로화하는 것도 문제라 할 것이지만, 어느 정

218) 다만 실질적 관여의 관점에서는 재판원이 지나치게 많으면, 책임이 희박해지거나 불철저하게 될 것이라는 지적이 가능하다. 이 점에서 직업법관의 수, 합의부의 총인수나 평결방법 등에 대한 검토를 필요로 한다 할 것이다.

219) 平良木登規男=岩瀬徹=佐藤博史=甲斐行夫=椎橋降幸, 前掲座談會・裁判員制度の是非をめぐって, 18面以下. 다만, ‘의견서’도 기피제도 등에 의한 공평·공정성 확보장치를 마련하고 있다.

도 양질이면서 반드시 의욕적이라 할 수 없는 자가 일정한 경험도 없이 직업법관과 협동할 수 있는가는 의문이라 할 것이다. 어쨌든 ‘의견서’를 전제로 하는 한 재판원의 수나 평결방법 등을 연구하여 재판원이 안이하게 직업법관과 영합할 수 없는 제도를 구축할 필요가 있을 것이다.<sup>220)</sup>

#### 제4절 공판절차와 증거법에의 영향<sup>221)</sup>

##### 1. 재판원제도와 공판절차

‘의견서’는 공판절차 등에 대하여, ‘재판원의 주체적·실질적 관여를 확보하기 위하여’ ‘운영상 다양한 제도를 검토함과 동시에 필요시 관계법령을 정비하여야 한다’고 하고, 판결서의 내용은 ‘현행 직업법관에 의한 재판의 경우와 기본적으로 동일하게 하여야 한다’고 하며, 상소에 대하여 ‘당사자에 의한 사실오인 또는 양형부당을 이유로 하는 상소(항소)를 인정하여야 한다’고 하고 있다.

즉 첫째, 재판원이 심리를 이해하기 쉽도록 공판은 가능한 한 연일·계속적으로 개정하여 쟁점에 집중한 심리를 행할 것이 필요한 데, 이를 위해서는 적절한 범위의 증거개시를 전제로 쟁점정리에 기초한 유효한 심리계획을 수립할 수 있도록 공판준비절차의 정비나 하나의 형사사건에 전념할 수 있는 변호체제의 정비가 불가결하다. 또한 비법률가인 재판원이 공판에

220) 加藤克佳, 前掲論文, 50面.

221) 형사사법절차에 새로운 시민참가제도를 인정하는 경우, 일본의 경우와 마찬가지로 우리나라의 경우에도 법원조직을 비롯하여 형사절차 전반에 걸친 발본적인 개혁이 불가피하다. 그 중에서도 특히 공판절차와 증거법의 개혁은 수사절차에 미칠 영향 등을 고려할 때 가장 중요한 부분이라 할 것이다. 이는 본 보고서의 고찰대상인 각국의 형사소송절차법규와 비교·검토하여야 할 방대한 작업으로 본 보고서에서는 이에 대한 문제인식만을 제기하는데 그치고 이에 대한 본격적인 고찰은 유감스럽게도 다음 기회로 미루고자 한다.

서의 증거조사를 통하여 충분한 심증을 형성할 수 있도록 구두주의·직접주의의 실질화를 꾀할 필요가 있다.

둘째, 판결결론의 정당성을 제시하고 당사자 및 국민일반의 납득이나 신뢰 등을 얻기 위하여 판결문에는 실질적인 이유가 제시될 필요성이 있으며, 그 내용은 현행 직업법원에 의한 재판의 경우와 기본적으로 동일하게 평의결과를 기초로 법원이 작성하도록 하여야 할 것이다.

셋째, 상소에 대하여 재판원이 관여하는 경우에도 오판이나 양형판단의 오류위험성이 있음을 이유로 이를 인정하여야 할 것이지만, 항소심의 구성, 심리방식 등에 관하여는 제1심 구성 등과의 관계를 고려하여 검토할 필요가 있다.

## 2. 재판원제도와 증거법

재판원제도를 유효하고 무리없이 기능시키기 위해서는 공판절차 및 증거법에 대한 대대적인 연구가 필요하다. 이와 관련하여 ‘의견서’는 집중심리의 실현과 이를 위한 공판준비절차·변호체제의 정비 및 구두주의·직접주의의 실질화를 거론하고 있다. 즉 사법에 참가하는 국민의 부담을 고려하면 연일·계속적 개정의 집중심리가 원칙이지만, 집중심리에서는 명확한 쟁점을 중심으로 당사자가 활발하게 주장·입증하고 이를 기초로 직업법관·재판원이 심증을 형성하는 것이 본래의 모습인 동시에 이를 지탱할 수 있는 공판준비절차와 변호체제가 필요하다는 것이다.

‘의견서’는 ‘형사재판의 충실·신속화’로서 ‘법원이 주도하는 새로운 준비절차’의 창설과 ‘證據開示의 확충’이 필요하다고 한다.<sup>222)</sup> 이는 제1회 공판기일 전의 쟁점정리에 관한 일본의 현행법규가 당사자의 협의를 촉구하는 정도의 것으로 충분히 기능하지 못하고 있으며, 증거개시에 대하여도 판례

222) 司法制度改革審議會, 前掲意見書, 101面以下 ; ジュリスト編集部, 前掲資料・司法制度改革審議會意見書 -21世紀の日本を支える司法制度-, 185面以下参照.

의 기준이 불명확하여 開示與否를 둘러싸고 분규가 발생함으로써 원활한 심리를 저해하는 하나의 요인이 되고 있다는 반성에 기인한다.<sup>223)</sup> 그러나 제1회 공판기일 전에 법원이 주도적으로 충실한 쟁점정리를 행하는 경우에는, 법원이 주도적으로 심리계획을 세우는 결과가 되어 예단배제원칙과의 저촉여부가 문제될 수 있지만, 예컨대 양당사자가 관여하는 청문절차를 설정하여 양당사자의 주장을 대조하는 경우(법원은 그 한도에서는 증거에 접하게 된다)에는 이러한 문제를 회피할 수 있을 것이다.<sup>224)</sup> 이러한 증거개시의 확충과 규칙화의 제언은 제1회 공판기일 전의 개시절차를 상정하는 것으로 획기적이라 할 수 있지만, 심의회에서는 검사의 수중에 있는 증거를 전면적으로 사전에 개시하는 원칙화를 요구하는 의견에 강한 반대가 있었기 때문에 준비에 필요하고 상당한 범위에서 개시를 인정하게 되었다고 한다.<sup>225)</sup>

충실한 쟁점정리가 이루어지도록 하기 위해서는 피고인의 방어준비에 있어 중요하고 개시에 따른 폐해의 우려가 없다고 인정되는 증거<sup>226)</sup>에 대

223) 일본에서 증거개시의 문제는, 첫째 전면적인 사전증거개시를 허용할 것인가, 둘째 당사자에게 증거개시청구권을 인정할 것인가, 셋째 법원이 증거개시를 명하지 않은 경우 이에 대한 불복신청이 가능한가 라는 쟁점을 중심으로 논의되었다: 小坂敏幸, 證據開示, 『刑事證據法の諸問題(下)』, 判例タイムズ社, 2001, 518面.

224) 酒巻匡, 刑事司法制度の改革について, 法律ひろば 第54卷第8号, 2001, 34面.

225) 井上正仁=長沼範良=山室恵, 前掲鼎談・意見書の論点④ 國民の司法參加・刑事司法, 121面參照.

226) 일본의 최고재판소는 다음의 두 사건(증인신문조서사건, 검사조서사건)결정에서, ‘법원은 증거조사의 단계에 들어간 후, 변호인이 구체적 필요성을 들어 일정한 증거의 개시를 신청한 경우, 사안의 성질, 심리상황, 열람을 요구하는 증거의 종류와 내용, 열람의 시기와 정도 및 방법, 기타 제반사정을 감안하여, 개시되는 증거의 열람이 피고인의 방어를 위하여 특히 중요하고, 동시에 증거개시에 의한 증거인멸, 증인협박 등의 폐해를 초래할 우려가 없어 상당하다고 인정되는 때에는 그 소송지휘권에 의거하여 검사에게 소지하는 증거를 변호인에게 열람시키도록 명할 수 있다’고 판시하여 증거개시명령을 발동할 수 있는 일반적 기준을 제시하였다[日本最高裁判所決定昭和44(1969)年4月25日, 刑集第23卷第4号248面(증인신문조서사건); 日本最高裁判所決定昭和44(1969)年4月25日, 刑集第23卷第4号275面(검사조서사건)]. 이들 요건 가운데 첫째 ‘피고인의 방어를 위한 중요성’, 둘째 ‘증거인멸, 증인협박 등의 폐해초래우려의 부존재’, 셋째 ‘상당성’의 관계를 어떻게 이해할 것인가가 문제된다. 이와 관련하여서는 첫째 요건과 둘째 요건이 충족된 경우에는 법원은 증거개시명령을 발동하여야 한다고

하여 당사자간에 개시의 권리·의무를 설정하면서 법관이 그 요부를 판단 하거나 피해방지조치를 취할 절차를 신설한다든지, 검사가 수중에 있는 증거의 일람표를 먼저 제시하고 이를 기초로 피고인측이 특정증거의 개시를 청구하는 방식 등을 생각해 볼 수 있을 것이다.<sup>227)</sup>

이와 더불어 ‘의견서’는 ‘공적 형사변호제도의 정비를 포함하여 변호인이 개개 형사사건에 전담할 수 있는 체제’의 확립이 필요하다고 한다. 연일개정을 감당할 수 있는 변호체제의 정비는 재판원제도 발족의 가장 중요한 전제조건이라 할 수 있다.<sup>228)</sup> 그렇지만 ‘의견서’가 상정하고 있는 변호체제의 정비가 전국적으로 충분하게 확보될 수 있는지 여부는 의문이다. 쟁점정리절차를 비롯한 제도를 아무리 완비한다 하더라도 이에 종사할 담당자에게 결함이 있는 경우 그 제도는 본궤도에 오르지 못하게 된다. ‘의견서’의 제안에서는 대상사건을 중대범죄사건으로 한정하고 있기 때문에 먼저 이에 확실하게 대응할 수 있는 변호체제를 정비하여 단계적으로 확장해 가는 것이 현실적이라 할 것이다.<sup>229)</sup>

나아가 재판원이 공판에서의 증거조사를 통하여 충분한 심증형성이 가능하도록 하기 위해서는 ‘구두주의·직접주의의 실질화’ 즉 공판의 충실화 및 활성화, 전문법칙의 철저화(조서재판의 극복, 증인신문의 중시)가 필수이다. 이때에는 특히 진술조서 등 書證의 취급이 문제된다. 현재와 같이 공판에서는 요지만을 고지한 채 자택에서 조서를 읽어 심증을 형성하는 방법은 개선되어야 한다. 물론 재판원사건에서도 조서없이 행하는 재판은 가능할 것이지만, 조서가 증거로 채택되는 경우에는 원칙대로 공판정에서 낭독하여야 할 것이다. 그렇지만 현재와 같이 상세한 조서는 낭독하더라도

하는 제한설(증거개시명령을 羈束行爲로 파악한다)과 첫째·둘째 요건이 충족되더라도 증거개시명령의 발동여부는 법원의 재량이라고 하는 재량설이 대립하고 있는데 재량설이 유력설이다.

227) 酒卷匡, 前掲刑事司法制度の改革について, 34面 参照.

228) 佐藤文哉, 主として裁判員制度の具體化に向けて, ジュリスト 第1208号, 2001, 155面.

229) 四宮啓, 國民の司法參加, 自由と正義 第52卷第8号, 2001, 88面은 변호체제정비를 위하여 증거개시에 의한 자료획득과 반증준비를 위한 시간확보의 필요성을 역설한다.

재판원이 이해하기 어려울 뿐만 아니라 낭독에도 많은 시간이 걸리기 때문에 조서작성방법을 연구할 필요가 있다. 구체적인 개선방안으로는 조서를 극히 간결하게 작성하고(조서의 내용은 범죄사실의 핵심에 한정한다) 이를 공판정에서 낭독하여 그것만으로 심증을 형성시키는 방법을 생각할 수 있다. 물론 전문예외의 엄격한 운용이 불가결하다 할 것이고(예외규정의 개정 필요), 검사에게는 신청할 수 있는 조서의 수 자체를 줄이는 것도 요구된다. 한편 다툼이 없는 사건에서는 ‘합의서면(일본 형사소송법 제327조)’의 활용도 꾀할 필요가 있다.

## 제5절 재판원제도의 평가

재판원제도에 대하여는 이 제도가 ‘최악의 시나리오’로 인권무시의 수사·신병구속의 실태나 소극적인 증거개시의 운용을 발본적으로 개혁하는 것이 아니라 재판원제도를 빙자하여 ‘의견서’의 각 개소에서 강조되고 있는 ‘집중적인 신속심리’의 실현만을 고려함으로써 피고인의 방어권이 침해되고 오판이 多發할 것이라는 우려가 지적되고 있다.<sup>230)</sup>

따라서 재판원제도를 ‘위험한 타협의 산물’이 아니라 ‘형사사법의 확실한 전진’으로 만들기 위해서는 현재 형사사법의 문제점을 올바르게 인식하여 이를 해결하는 방향으로 제도를 설계하여야 하며, 이 때에는 재판원제도의 전체상이나 형사절차전체와의 관계에도 충분히 유의할 필요가 있다.

230) 秋山賢三, 前掲あいまいな妥協の産物 -混在する二つの理念-, 14面.

## 제6장 배심 및 참심제도의 도입방안

### -결론에 갈음하여-

#### 제1절 시민참가제도 도입의 필요성

##### 1. 도입의 논거

이상의 고찰을 통하여 오늘날 형사재판에 대한 시민참가의 필요성은 형사사법과 국민간의 괴리를 해소함으로써 형사사법에 대한 국민의 신뢰를 회복함과 동시에 형사재판의 민주화라는 요청에서 인정되어야 한다는 점이 판명되었다.<sup>231)</sup>

즉 일반국민의 사법참가의 목적은 법원을 중심으로 하는 사법권을 국민적 기반 위에 둬으로써 국민에게 지지를 받는 강력한 사법을 구축하는 점에 있다. 지금까지 우리나라 司法은 국민에 대한 통치시스템의 일환으로 또는 국민의 통치객체의식을 암묵적인 전제로 하여 운영되어 왔다고 할 수 있다. 그러나 오늘날에는 司法分野에 있어서도 국민이 통치객체의식으로부터 탈피하여 통치의 주체자로서 사회구축에 참가할 필요가 대두되고 있다. 국민이 자립적으로 사회적인 책임을 지닌 통치주체로서 司法에 능동

231) 독일에서 참심법관의 참여필요성에 관한 논거는, 첫째 민주주의원칙에 입각한 논거(Kühne, a.a.O., S.237f.), 둘째 재판의 정당성보장 논거, 즉 참심법관의 건전한 인간성은 직업법관의 현실과 괴리된 법적 신봉주의(Dezisionismus)로부터 직업법관을 보호하는 기능을 수행한다는 것이고(Bietz, Laienrichter zwischen Macht und Ohnmacht?, DRiZ 1987, S.164), 셋째 참심법관들의 참여는 그들이 재판의 내적 수용자세를 국민들에게 고양시킴으로써 국민교육적 효과를 불러일으키고 국민의 법의식을 개선하여, 이를 통해 형법규범을 내적으로 용인하는데 기여함으로써 일반예방적 효과를 달성할 수 있다는 국민교육적 효과에 기초한 논거 등으로 대별할 수 있다 : 오상원, 앞의 글, 12쪽 이하 참조.

적으로 참가할 수 있는 시스템을 구축하지 못하면, 司法에서 국민의 통치 주체성 및 국민주권을 실현하는 길을 모색할 수 없을 것이다.

법치주의는 사회 내 모든 권력이나 이해관계로부터 독립한 사법부가 공정한 재판절차를 통하여 法을 선언할 때 비로소 가능하게 되고 아울러 국민의 기본권도 확보될 수 있다. 주권자이자 소비자인 국민의 관점에서 볼 때에는 司法도 하나의 서비스라 할 수 있기 때문에 국가는 법관에 의한 사법서비스가 국민을 만족시켜 줄 수 있는 높은 수준을 유지할 수 있도록 법적·제도적 뒷받침을 하여야 한다. 즉 국민주권주의의 원칙에 따르면 사법권도 국민으로부터 나오는 것이라 할 수 있기 때문에 주권자인 국민이 사법의 객체가 아닌 주체로서 직접 참여할 수 있는 제도적인 장치가 마련되어야 한다. 영국의 권리청원이나 권리장전, 미국의 연방헌법에서 陪審에 의한 재판을 받을 권리를 명시하고 있는 것은 민주국가에서 주권자인 국민에 의해 재판이 이루어져야 한다는 점을 확인시키는 것이다.

물론 司法과 민주주의는 본질적으로 긴장관계에 있다.<sup>232)</sup> 사법이 국민의 기본적 인권을 옹호하는 역할을 담당하는 이상, 개개 재판의 결론이 국민대다수의 의향에 반한 결과로 나타나는 경우도 있을 수 있다. 이러한 의미에서는 정치 및 행정분야와 같이 국민의 참가를 논의할 수 없는 면이 있지만, 사법을 시스템으로 이해하는 경우에는 사법의 존재형태가 국민이 바라는 방향에서 괴리된 때에는 사법이 본래 담당하여야 할 역할을 수행할 수 없다. 국민주권을 전제로 하는 이상, 사법의 존재형태에 국민의 의지가 반영되어야 하는 것은 당연한 것이며, 또한 국민의 지지를 얻을 때 비로소 사법은 입법·행정권에 현실적으로 대항할 수 있다.

국민의 사법참가가 국민의 公共性에 관한 의식을 높이고 사법을 강화하는 역할의 담당을 함의하는 것임을 인식할 필요가 있다. 즉 재판은 다수자

232) 민주주의의 관점에서 배심제의 도입을 역설하는 논자로는, 한인섭, 앞의 글, 123쪽 ; 박홍규, 앞의 책, 263쪽 이하 참조.



의 이해나 감각에 의해 좌우되어야 하는 것이 아니라 논리와 증거를 기초로 한 이성적·합리적인 판단이어야 하며, 이때 재판에 건전한 인간이성이 반영될 수 있도록 일반국민의 사법참가가 필요하다는 것이다.

따라서 국민이 재판에 참가하여 일정한 역할을 담당하는 것은 필연적으로 지금까지의 재판절차, 즉 전문가에 의한 절차와 전문가의 의식·역할의 발본적인 개혁을 요구하게 된다. 재판에서 국민이 일정한 역할을 완수하기 위해서는 소송절차의 충분한 준비가 이루어 져야 하고, 쟁점이 명확한 口頭에 의한 알기 쉬운 재판이 보장되어야 하는 것이다. 이는 단지 재판에 참가하는 국민대표에 한정되는 것이 아니라 국민전체에 대하여 알기 쉬운 재판이 실현되는 것을 의미한다. 더욱이 이러한 재판은 본래 우리 헌법이나 형사소송법이 목표로 하는 것이라 할 것이다. 지금까지 법률전문가인 法曹는 모든 법적 사항, 법적 분쟁에 대한 절차와 판단을 거의 독점하여 왔다. 자격을 가진 法曹는 국민을 위하여 그 직무를 다하였다고 할 수 있지만, 그 전문성 때문에 국민에 대하여 우위에 서서 재판절차를 독점하여 왔다. 이 점이 지금까지 우리나라의 재판을 국민들에게 대단히 알기 어렵게 한 요인이라 할 것이다.

일반국민의 司法參加는 지금까지의 法曹의 역할을 발본적으로 개혁하는 것이다. 法曹는 재판에 참가하는 국민이 공정하게 대응할 수 있도록 충분하고 공평한 정보를 알기 쉽게 전달하여야 한다. 또한 法曹는 진실로 국민을 위한 法曹로서 그 설명책임이 요구되는 것이다. 즉 法曹는 국민이 사법에 참가함으로써 ‘재판의 주체’에서 ‘국민의 보조자’로의 의식개혁이 요청된다 할 것이다.

이처럼 일반국민의 사법참가는 사법부의 독립과 인권의 보루로서 법원의 역할을 더욱 강화시킬 수 있고, 국민의 사법에 대한 인식을 증가시킴으로써 법치주의의 구현에 一助할 수 있는 것이다.

## 2. 배심 및 참심제도의 장·단점

대법원은 지난 2003년 1월 수사결과확인 위주의 재판에서 피고인신문의 충실화 등 법정심리 중심모델로의 전환을 꾀하면서 헌법 제27조 제1항의 개헌을 전제로 배심제나 참심제의 도입을 검토<sup>233)</sup>하여 공판중심주의, 직접심리주의의 실현을 추구하려는 계획을 발표하였다. 따라서 여기서는 그 도입의 모델이 되고 있는 양 제도를 요약하면서 그 장·단점을 비교·검토하기로 한다.

### (1) 배심제도의 장·단점

1) 전술한 바와 같이 배심제도의 모국인 영국에서는 1933년에 대배심(grand jury)제도가 폐지되었고 소배심제도도 일부 축소되어 현재는 重罪에 대한 정식기소사건의 경우, 그리고 인격권에 기초한 민사청구사건의 경우에 제한적으로 배심재판이 활용되고 있다. 배심원단은 12명으로 구성되고 전원일치가 원칙이지만, 특별한 경우 형사사건에 있어서는 10명 이상, 민사사건의 경우 8명 이상의 다수결로 평결할 수 있다.

영국의 배심제도를 받아들여 배심에 의한 재판을 받을 권리를 헌법상 권리<sup>234)</sup>로 보장하고 있는 미국에서는 배심제도가 대단히 잘 발달되어 있

233) 대법원 보도자료, 사법발전을 위한 향후 추진 과제, 2003.1 : 대법원 홈페이지, <http://www.scourt.go.kr/main.html#> 참조.

특히 대법원은 참심제도의 도입을 긍정적으로 연구·검토한다고 발표하고 있다. 참심제도는 법원의 권력에 대한 통제수단으로 근대 형사소송에 도입된 중요한 제도로서, 이 제도가 도입되는 경우 참심법관은 공판 전이든 심리종결 후이든 기록을 읽어보고 재판을 할 수 없으므로 공판중심주의와 직접심리주의 방식이 아니면 운영될 수 없어 형사소송절차의 전면적인 개혁을 수반하게 될 것이다. 이에 대하여 상세하게는, 사법개혁추진위원회, 사법개혁추진위원회 전문위원보고서(상), 2000, 329쪽 이하 참조.

234) 미국 수정헌법 제5조는 ‘누구든지 대배심에 의한 고발이나 정식기소에 의하지 아니하고는 중대하거나 파렴치한 연방범죄에 대한 책임을 지지 아니한다’고 규정하고 있고, 제6조는 ‘모든 형사소추에 있어 피고인은 범죄가 행하여진 州 및 법이 정하고 있는

다. 기소배심제도가 그대로 존속하고 있음은 물론, 연간 약 30여만건의 민·형사사건이 배심재판으로 심리되고 있는데, 그 중 형사사건이 약 10만건, 민사재판이 약 20만건에 이르고 있다.

프랑스는 대혁명 이후 1791년 헌법에서 배심제도를 도입하였으나 1808년에 기소배심제도는 폐지하였다. 그 후 일반배심제도도 프랑스 사법제도의 틀에 맞추어 그 내용이 점차 변화하여 직업법관 3인과 배심원 9인의 합의하에 사실판단 및 법률판단을 하는 실질적인 참심제로 변형되었으며, 현재 직업법관과 배심원의 합의에 의한 재판제도는 중죄법원(cour d'assises)에서의 중죄사건의 심리에만 적용되고 있다.

독일에서도 프랑스의 영향으로 19세기 중반 배심제도를 도입하였으나, 1924년 배심제도를 폐지하고 참심제도로 전환하였다. 또한 일본도 1923년 배심법을 제정하여 1928년부터 형사소송에 있어 기소배심을 제외한 배심제도를 시행하였으나 배심재판이 거의 활용되지 않았고, 결국 1943년 '배심법의정지에관한법률'이 제정되어 배심제도는 사실상 폐지된 상태이다.

2) 이상과 같이 운영되고 있는 배심제도는, 국민이 직접 사법에 참여할 수 있으므로 민주주의의 원리에 부합하며, 국민에 대한 교육효과도 있는 점에서 법치주의의 정착에 크게 기여할 수 있는 제도이다. 또한 증거에 대한 판단이 일반인의 상식을 기초로 이루어지게 됨으로써 사건당사자와 일반국민이 누구든지 쉽게 납득할 수 있는 재판결과를 기대할 수도 있다. 그리고 배심제도를 채택할 경우 모든 재판과정이 배심이 있는 법정을 중심으로 공개적으로 이루어져야 하므로 구두변론주의·증거재판주의·직접주의·집중심리의 철저한 실시가 불가피하게 되고, 충실한 재판이 가능하게 되어 오판을 줄일 수 있다. 아울러 보다 구체적이고 타당성 있는 결론을

---

지역의 공정한 배심에 의해 신속한 공개재판을 받을 권리가 있다'고 규정하고 있으며, 제7조는 '보통법상의 소송에 있어 소송가액이 20달러를 초과할 때에는 배심에 의한 재판을 받을 권리가 있다'고 규정하고 있다.

도출할 수 있기 때문에 전체적으로 재판에 대한 불신을 해소할 수 있다는 장점을 가지고 있다.

3) 그러나 반면에 배심원을 선정함에 있어 사회 내 소수계층은 미등록 등의 사유로 제외될 수밖에 없어 배심원단이 사회공동체의 진정한 대표성을 갖추기는 어려운 측면이 있다.<sup>235)</sup> 법률전문가가 아닌 배심원들이 언론이나 여론 또는 자신의 입장에 따른 선입관 등의 영향으로 사실인정을 그르칠 염려도 크다. 한편 배심원단을 유지하고 관리하는 데 상당한 시간과 비용의 투입이 불가피하므로 전체적으로 소송비용이 크게 증가하게 된다는 단점이 있다. 그리고 우리나라와 같이 직업법관에 의한 재판을 전제로 하고 있는 대륙법계 재판제도 하에서 배심제도를 채택할 경우 증거법 등 소송절차법의 근본적인 수정이 불가피하다.

또한 배심제는 소송절차에 있어 철저한 당사자주의를 전제로 하는 것이므로 변호사의 능력에 따라 소송결과가 좌우될 수 있으며, 결국 경제적 약자에게 불리하게 작용할 수 있다. 증거관계가 복잡한 사건이나 전문적 지식이 필요한 사건의 경우에는 일반인들인 배심원이 이를 판단하기 곤란한 경우가 대부분이고, 사건해결에 있어 구체적 타당성을 지나치게 강조하여 법적 안정성을 해할 우려도 있다. 그 뿐만 아니라 배심원이 혈연·학연·지연·기타 개인적 감정을 기초로 판단하는 것을 방지할 수 있는 확실한 제도적 장치도 마련하기 어렵다. 현행헌법에 입각하면 배심제도는 ‘모든 국민은 법관에 의한 재판을 받을 권리가 있고, 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속하며, 법관은 양심에 따라 독립하여 심판한다’고 규정하고 있는 헌법규정에 위배되어 위헌이 될 소지가 있다.

235) 이에 대하여 상세하게는, 김상준, 앞의 책, 62쪽 이하 ; 임성기, 앞의 글, 202쪽 이하 참조.

## (2) 참심제도의 장·단점

1) 이에 대하여 참심제도는 유럽대륙에서 널리 운용되고 있는 제도로 이미 13세기경부터 참심제도를 실시하고 있는 스웨덴이 가장 오랜 전통을 지니고 있다. 앞에서 살펴본 바와 같이, 독일이나 프랑스는 처음에는 배심제도를 도입하였다가 참심제도로 전환한 대표적인 국가들이다. 유럽에서는 참심제도가 주로 형사사건에서 활용되고 있으며, 그밖에도 특허사건·행정사건·商事事件 등 특수한 전문사건의 경우에 이용되고 있다. 현재 참심제도는 각국에 따라 그 제도가 일률적으로 운용되고 있는 것은 아니지만, 독일, 프랑스, 이탈리아, 스웨덴, 덴마크, 노르웨이, 핀란드 등에서 활용되고 있다.

2) 참심제도 역시 배심제도와 마찬가지로 국민의 직접적 사법참가를 통하여 직업법관에 대한 민주적 견제와 감시기능을 할 수 있으며, 국민에 대한 교육효과도 거둘 수 있다. 국민에게 재판 및 심의과정이 실질적으로 공개되어 사법의 투명성을 확보할 수 있고, 건전한 상식에 입각한 재판이 이루어질 수 있는 가능성이 높아진다. 그뿐만 아니라 배심제도에 비해 비용이 적게 들고, 직업법관이 합의에 참여하여 일반인의 정서적 판단에 따른 오판도 방지할 수 있는 장점을 지닌 제도라 할 것이다.

3) 그러나 현실적으로 법률전문가인 직업법관과 일반시민인 참심법관이 대등한 위치에서 합의할 것을 기대할 수 없고, 참심법관이 직업법관의 영향을 받을 수밖에 없기 때문에 참심법관의 역할은 형식적인 것에 그칠 가능성이 크다. 또한 국민의 일부만이 참심법관으로 참가할 수 있을 뿐이기 때문에 국민의 사법참가는 명목적인 것에 그칠 우려도 있다. 재판절차에 있어서는 비전문가가 심리에 참여함으로써 소송이 장기화되는 경우도 있다는 단점을 지니고 있다. 한편 참심법관으로 선출된 시민의 부담이 매우

크며, 직업법관에 비하여 참심법관이 여론으로부터의 영향에 취약한 면도 있다. 국민의 사법참여라는 관점에서 보면 참심제도는 배심제도에 비하여 미흡한 것이 사실이다. 또한 현행 헌법에 입각할 때 참심제도도 배심제도의 경우와 같은 논리로 위헌이 될 소지가 있다는 지적도 무시할 수 없다.

참심제가 잘 발달되어 있는 독일에서도 제도 운용 과정에서 여러 문제점이 발생하고 있으나<sup>236)</sup>, 참심제도를 상징적이고 민주적 대표성을 지향하는 역할을 수행하는 제도로 이해하고, 시민의 국가에 대한 직접적인 책임의 일부가 실현되는 제도로 이해하고 있기 때문에 일반인의 사법에 대한 신뢰와 이해를 보호하기 위하여 이 제도를 그대로 유지하고 있다.

### (3) 소 결

이상에서 고찰한 바와 같이, 배심제도는 나름대로의 역사·문화적 배경하에 성립된 것이고, 또 공정성, 시간, 비용 등 여러 가지 문제점을 내포하고 있는 제도로 우리 실정에 비추어 볼 때 쉽사리 채택할 수 있는 제도라 할 수 없다. 그러나 대륙법계 국가에서 다수 채택하고 있는 참심제도는 이를 우리 실정에 맞게 변용하여 채택을 검토할 필요가 있다. 이러한 취지에서 참심제도를 변형시킨 프랑스형의 참심제도나 일본형의 재판원제도와 같은 ‘배심·참심제도 혼합형’의 도입 여부를 적극적으로 고려할 필요가 있다. 결국 헌법적 근거 마련 등을 위시로 형사절차법 전반의 변혁문제를 고찰하여 실질적인 혼합형 참심제도의 실현을 적극적으로 검토할 필요가 있다 할 것이다.

---

236) Vgl. H.Lilie, S.313ff.

## 제2절 형사재판절차에서 시민참가제도의 도입방안

이상과 같이 형사재판절차에 프랑스형의 참심제도나 일본형의 재판원제도와 같은 ‘混合型 參審制度(假稱)’의 도입을 전제로 시민참가제도를 도입하는 경우에는, 司法의 국민적 기반을 보다 확고한 것으로 확립하기 위하여 다음과 같이 재판절차, ‘參審法官(假稱)’<sup>237)</sup>의 선임과정 및 법원, 검찰청의 운영 등과 같은 다양한 분야에서 적절한 참가장치를 정비할 필요가 있다. 예상되는 그 주된 골격은 다음과 같다.<sup>238)</sup>

### 1. 대상 형사사건의 유형

(1) ‘혼합형 참심제도(가칭)’는 국민이 재판내용의 결정에 ‘재판의 주체, 권리주체’로서 참가하는 제도이다. 이 제도는 국민의 국정(국가재판권의 행사)참가를 구체화하는 것으로 취급되어야 하므로 가능한 한 폭넓게 활용되는 것이 바람직할 것이다.

즉 그 대상사건의 유형으로는 국민의 관심이 높고, 사회적으로도 영향

237) 배심제도의 도입 및 참심제도의 도입과 관련하여 문제점의 하나로 지적되는 것이 현행 헌법 제27조 제1항과 관련된 위헌문제이다. 그러나 배심재판은 배심원이 사실의 판단에만 관여하고 법률문제에 관한 심리에 참여하지 아니 하는 한 기본권을 침해하는 제도라 할 수 없고(허영, 한국헌법론, 박영사, 2001, 358쪽), 참심제도의 경우에는 ‘참심법관’이 직업법관과 책임을 분담하면서 협동하여 評決하고 刑의 量定을 행하는 것이기 때문에, ‘참심법관’의 성격을 어떻게 규정할 것인가가 문제된다. 즉 우리 헌법은 제27조 제1항에서 ‘모든 국민은 헌법과 법률이 정한 法官에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다’고 규정하고 있는 바, 여기서 법관의 자격에 관하여는 헌법 제101조 제3항의 수권에 따라 법원조직법이 법관의 임용자격(제42조)과 결격사유(제43조)를 규정하고 있다. 따라서 ‘참심법관’에 관한 자격이나 결격사유 등을 별도의 입법으로 규정하는 법원조직법 내에 규정한다면, 참심법관에 대한 위헌문제는 해결될 수 있을 것이라 생각된다. 참고로 일본 헌법 제32조는 ‘누구도 법원에서 재판을 받을 권리를 박탈당하지 않는다’고 규정하고 있다.

238) 여기서는 각국의 배심·참심제도의 고찰을 기초로 주로 프랑스 참심제도와 관련된 문헌 및 일본의 ‘사법제도개혁심의회’, ‘사법제도개혁추진본부’의 재판원제도에 관한 여러 자료를 참고하여 기술하기로 한다.

이 큰 ‘法定刑이 重한 重大犯罪’로 하여야 할 것이다. ‘法定刑이 重한 重大犯罪’의 범위로는 예를 들면 ‘法定合議部事件(법원조직법 제32조)’이나 사형 또는 무기형에 해당하는 사건 등의 유형을 생각할 수 있지만, 현실적인 법원의 업무부담과 관련한 사건 수 등을 고려하여 충분한 검토가 이루어질 필요가 있다. 한편 ‘혼합형 참심법관(가칭)’에 대한 위해나 협박 등이 우려되는 조직범죄나 테러사건 등과 같은 특수한 사건에 대하여는 예외적으로 대상사건에서 배제하거나 참심법관의 신변안전조치를 강구할 필요가 있을 것이다.

(2) ‘혼합형 참심(가칭)’은 유죄·무죄의 판정에 그치는 것이 아니라, 刑의 量定에도 관여하는 점에 그 의의를 인정할 수 있기 때문에 ‘法定刑이 重한 重大犯罪’의 공소사실에 대한 피고인의 認否에 따른 구별은 두지 않아야 한다.<sup>239)</sup>

239) 비교법적으로 피고인이 공소사실을 인정하면 공판절차를 간이화하는 제도로는, 영미의 ‘기소사실인부절차(arraignement)’와 이전에 실시되었던 독일의 ‘신속절차(Schnellverfahren, 舊형사소송법 제212-212b조)’를 들 수 있다. 영미의 기소사실인부절차는 피고인이 유죄를 인정한다는 답변(plea of guilty)을 하면 배심에 의한 ‘유죄평결’과 같은 효력이 발생하여 증거조사절차를 생략하고 바로 양형절차로 넘어가게 된다. 이에 대하여 독일의 신속절차는 구두로 공소를 제기하고 공소제기 이후 즉시 공판을 개정하여 판결할 수 있으며 1년 이하의 자유형만을 부과할 수 있다.

이와 유사한 우리나라의 간이공판절차(형사소송법 제286조의2)는, 신속한 재판과 사건의 능률적인 처리를 가능하게 하고(소송경제의 이념), 유·무죄가 첨예하게 대립하지 않는 단순한 사건의 심리를 신속하게 처리함으로써 다툼이 많은 사건에 더 충실하고 완전한 심리를 하기 위한 목적(신속한 재판을 위한 형사법원의 합리적 자원배분)에서 도입되었다. 그러나 오늘날 자백이 대부분 수사기관과 피의자·피고인측의 왜곡된 협상에서 비롯된다는 점을 감안하면, 간이공판제도의 내용은 공정한 재판과 적법절차의 이념에 정면으로 배치되는 문제점을 안고 있을 뿐만 아니라(배종대/이상돈, 형사소송법 제4판, 홍문사, 2001, 489쪽 이하; 이재상, 형사소송법 제6판, 박영사, 2002, 436쪽 이하), 간이공판제도 자체가 ‘法定刑이 重한 重大犯罪’의 증거조사절차를 간이화하고 증거능력의 제한을 완화한다는 점에서 새로이 도입될 ‘혼합형 참심제도’의 도입취지를 형해화할 우려가 있다고 할 수 있다. 이점에서 새로운 제도의 도입과 동시에 간이공판절차규정은 적어도 경미한 범죄유형에 국한하거나 폐지하도록 개정될 필요가 있다. 참고로 독일의 형사소송법 제2편 제1심 제4장 공판절차개시에 관한 재판의 ‘신속절차(Schnellverfahren, 舊형사소송법 제212-212b조)’에 관한 규정은 ‘Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28.10.1994’에 의해 폐지되고, 동법에 의해 형사소송법 제6편 특별절



(3) 새로운 참가제도는 개개 피고인을 위한 것이라기 보다는 국민일반에게나 재판제도로써 중요한 의의를 인정하여 도입하려는 것인 이상, 소송의 일방당사자인 피고인이 ‘혼합형 참심’이 참가한 재판부에 의한 재판을 거부하고, 직업법관만으로 구성된 재판부에 의한 재판을 선택하는 제도는 인정하지 않는 것이 바람직할 것이다.

## 2. 참가국민(참심법관)의 선출방법 및 의무

(1) 원칙적으로 새로운 참가제도에서는 모든 국민이 동등하게 사법에 참가할 기회를 가짐과 동시에 그 책임을 져야 하기 때문에, ‘참심법관’의 선임에 대하여는 국민들 중에서 공평한 선임이 이루어질 수 있도록 선거인명부로부터 무작위의 방법으로 추출한 者를 토대로 삼아야 할 것이다. 이를 기초로 참심법관으로서 사건을 담당하기에 적합한 者를 선임하기 위하여 공평한 범위에 의한 공정한 재판을 확보할 수 있도록 적절한 장치(결격사유 및 직업법관의 제척사유 및 기피제도 등의 준용 등)를 설치하여야 한다. 즉 무작위추출방식으로는 불공정한 참심법관후보자도 소집될 수 있기 때문에 당사자에게 일정한도의 기피권을 인정하여야 할 것이다. 무작위추출방식과 최종적인 선택시 당사자의 관여(기피권의 행사)가 어우러질 때 이를 통하여 선임된 참심법관에게 정통성이 부여될 것이기 때문이다.<sup>240)</sup>

가능한 많은 국민에게 참가할 기회를 부여하면서도 참심법관이 된 者에게 과도한 부담이 되지 않게 하기 위해서는 참심법관을 구체적인 사건별로 선임하고 하나의 사건을 판결에 이를 때까지 담당하게 하여 선고공판 종료 후 해임하는 방법이 바람직하다.

차 제2장a의 제417조 내지 제420조에 신속절차(Beschleunigtes Verfahren)로 규정되었다 : Vgl. Lutz Meyer-Goßner, Strafprozessordnung 46.Aufl., C.H.Beck, 2003, XL II, S.1305ff.

240) 이에 대하여는 전술한 각국의 제도를 참조.

(2) 참심법관 선임의 실효성을 확보하기 위해서는 법원으로부터 소환을 받은 참심법관후보자는 출두의무를 지도록 하여야 한다. 다만 건강상의 이유 등과 같이 부득이 하다고 인정되는 사정에 의해 출두할 수 없는 경우나 과거 일정기간(예컨대 2년 이내 등) 내에 참심법관에 선임된 경우 등과 같은 일정한 경우에는 그 의무를 면제할 수 있도록 하여야 할 것이다.

참심법관이 직업법관과 동일하게 評議의 내용 등 직무상 알게 된 비밀에 관한 수비의무를 지도록 하거나, 참심법관 및 참심법관후보자가 각각 상당액의 여비·수당 등의 지급을 받도록 하여야 하는 것은 말할 필요도 없다. 그밖에도 참심법관의 직무의 공정성 확보나 참심법관의 신분안전조치 등을 위한 장치를 강구하여야 한다.

### 3. 참심재판부의 기본 구조

#### (1) 직업법관과 참심법관의 역할분담

참심법관의 참가의의는 직업법관과 참심법관이 책임을 분담하면서 법률전문가인 직업법관과 법률문외한인 참심법관 상호간의 의사소통을 통하여 각자의 지식·경험 등을 공유하고 그 성과를 재판내용에 반영시키는 점에 있어 찾을 수 있다. 이러한 의의는 범죄사실의 인정 내지 유죄·무죄의 판정절차에 그치는 것이 아니라, 이와 동시에 국민의 관심이 높은 刑의 量定節次에 대하여도 타당하다 할 것이므로 양 절차에 모두 참심법관이 관여하여 건전한 사회상식을 반영시키도록 하여야 한다. 또한 직업법관과 참심법관간의 상호의사소통에 의한 지식·경험 등의 공유라는 과정에 의의가 있는 것이므로, 직업법관과 참심법관이 함께 評議하여 유죄·무죄의 결정 및 刑의 量定을 담당하게 하여야 할 것이다. 다만 법률문제, 소송절차상의 문제 등과 같은 전문성·기술성이 요구되는 사항에 대하여 참심법관의 관여

를 인정할 것인지 여부는 검토를 필요로 할 것이다.

참심법관이 직업법관과 함께 책임을 분담하면서 재판내용의 결정에 대한 주체적·실질적 관여의 확보를 위하여 참심법관은 評議에 있어서도 직업법관과 기본적으로 동등한 권한을 갖는 외에 심리과정에서도 증인 등에 대한 질문권 서류열람권<sup>241)</sup> 등의 적당한 권한을 행사할 수 있어야 한다.

## (2) 재판부의 구성 및 評決方法

하나의 법원(재판부)를 구성하는 직업법관과 참심법관의 數 및 評決방법은 상호 관련하는 것이기 때문에 함께 검토할 필요가 있지만, 참심법관의 주체적·실질적 관여를 확보한다는 면과 評議의 실효성 확보라는 면 등을 고려하고, 이 제도의 대상이 될 사건의 중대성 정도나 국민에 있어서의 의의·부담 등도 감안하여 적절한 제도를 규정하여야 할 것이다.

또한 참심법관에 대하여도 질병, 사고 등의 이유로 참심법관이 결원되는 사태가 충분히 예상되기 때문에 ‘補充參審法官(가칭)’제도를 설치할 필요가 있다.

1) 먼저 참심법관의 주체적·실질적 관여를 확보한다는 면에서는, 참심법관의 의견이 評決結果에 영향을 끼칠 수 있도록 할 필요가 있다. 이점에서는 참심법관의 數도 중요한 요소라 할 것이지만 공판심리 진행방법이나 評決방법 등도 관련되는 것이라 할 것이므로 이를 모두 고려하여 참심법관의 주체적·실질적 관여의 확보를 모색하여야 한다. 즉 일반국민이 참심법관으로서 소송절차에 참가하는 것은 법률전문가인 직업법관의 판단을 보완하기 위한 것이 아니라 재판주체로서 국민자신이 판단을 내리기 위한 것이다.

241) 이에 대하여는 전술한 독일에서의 논의를 참조.

따라서 참심법관의 數는, 첫째 국민의 다양한 의견을 반영할 수 있는 數<sup>242)</sup>일 필요가 있고, 둘째 국민 누구라도 그 참가의 권한과 책무를 가진다고 실질적으로 느낄 수 있는 數이어야 하며, 셋째 국민이 심판한다는 점에 부응하는 정도의 數일 필요가 있다. 이상의 점을 감안하면, 참심법관의 數는 직업법관의 1.5배數 내지 3배數 程度가 바람직할 것이다(예컨대 프랑스 중죄법원의 경우에는 직업법관 3인과 참심법관 9인으로 재판부가 구성된다).

2) 다음으로 評議의 실효성 확보라는 면에서는, 실질적인 내용을 동반한 결론을 도출하기 위하여 재판부의 규모를 직업법관 및 참심법관 전원이 충분한 논의를 다할 수 있을 정도의 人數로 할 필요가 있다. 그러한 적정수가 어느 정도인가에 대하여는 評議의 진행방법이나 평결방법등과도 관련하는 문제라 할 것이므로 이들 점과 함께 검토하여야 할 것이다.

다만 직업법관과 참심법관이 책임을 분담하면서 협동적으로 재판내용을 결정한다는 제도의 취지, 참심법관의 주체적·실질적 관여를 확보한다는 요청 등을 고려하면 적어도 직업법관 또는 참심법관 어느 일방만의 다수로 피고인에게 불리한 결정(즉 유죄의 판정 등)을 내릴 수 없도록 하여야 한다. 또한 참심법관이 유죄·무죄의 평결이외에 양형의 판단에도 참가하는 것이므로, 이때 양형자료가 유죄·무죄의 판단자료로 활용되지 않도록 하는 제도설계도 필요하다.

따라서 재판은 직업법관과 (그 1.5배數 내지 3배數의) 참심법관으로 구성된 재판부의 과반수로 결정하며, 이때 직업법관의 1명 이상 및 참심법관의 1명 이상이 찬성하는 의견에 따라야 하고, 소송절차에 관한 판단 및 법령의 해석에 관하여는 오직 직업법관의 과반수 의견으로 결정하여야 할 것이다.

이에 대하여는 현행 3인의 합의제에서는 과반수에 의해 평결을 하여도

242) 이는 재판에 정통성을 부여하는 요소이기 때문에 일반적으로 국민이 그 정도의 數로 구성되면 국민의 다양한 의견이 반영될 것이라 생각하기에 족한 數가 필요하다.

소수설은 1인에 지나지 않지만, 참심법관제도에서는 재판부의 구성원이 증가할 것이기 때문에 과반수의 평결방법을 채택하는 경우에는, 예컨대 피고인의 유죄를 인정하는 다수설에 대하여 무죄를 인정하는 소수설도 半數程度에 이를 가능성이 있고, 이러한 경우에는 피고인의 유죄가 합리적인 의심이 들지 않을 정도로 증명되었다고 하기에는 의문이기 때문에 특별다수결제인  $\frac{2}{3}$  이상으로 평결하여야 한다는 주장도 있을 수 있다.

그러나 현행법에서도 대법원의 특별관할사건, 즉 명령·규칙의 위헌·위법결정, 종전 대법원판례의 변경 등에 관한 사건에서는 대법관전원의  $\frac{2}{3}$  이상으로 구성되는 대법관전원합의체가 채택되고 있지만, 이 경우에도 헌법 및 법률에 다른 규정이 없는 한 과반수가 결정요건으로 규정(법원조직법 제66조 제2항)되어 있기 때문에 참심법관제도에 있어서도 재판부의 과반수를 評決要件으로 하여야 할 것이다.

#### 4. 재판의 '이유' 및 항소의 인정

##### (1) 판결이유

판결문의 내용은 직업법관만으로 구성된 재판의 경우와 기본적으로 동일한 형태로 작성하여야 할 것이다. 즉 국민이 참가하는 제도에 있어서도 판결에 이유를 명시하는 것이 바람직하다. 다만 복수의 국민이 참가한다는 점, 참심법관제도에 있어서는 집중심리에 의해 심리하고 심리종결 후 바로 판결을 선고하여야 한다는 점, 현행 형사소송법도 유죄의 판결이유로서 범 죄될 사실, 증거의 요지, 법령의 적용을 명시하도록 규정(제323조 제1항)하고 있는 점 등을 감안하면, 참심법관제도에서 이유의 명시방법으로는 예컨대 직업법관이 참심법관에게 說示를 행하고, 이를 전제로 쟁점마다 판단내용을 명시하는 방법 등의 새로운 판결방법<sup>243)</sup>도 고려할 수 있을 것이다.

판결결론의 정당성을 그 자체로 명시하고, 당사자 및 국민일반에게 설명하여 그 납득이나 신뢰를 획득함과 동시에 상소에 의한 구제를 가능하고 용이하게 하기 위하여 판결문에는 실질적인 이유를 명시할 필요가 있다. 또한 참심법관이 관여하는 경우에도 판결문의 내용은, 직업법관만으로 구성된 재판의 경우와 기본적으로 동일하게 評議의 결과에 기초하여 직업법관이 작성하도록 하여야 할 것이다.

## (2) 항소의 인정

참심법관제도에 있어서도 사실문제에 대하여는 현행 직업법관에 의한 재판과 동일하게 적어도 2회의 재판을 받을 권리가 보장되어야 하며 이는 세계적인 조류에도 합치하는 것이다.

참심법관이 관여하는 경우에도 誤判이나 刑의 量定에 대한 판단오류의 가능성이 있음을 고려하면, 직업법관만으로 구성된 재판 판결의 경우와 동일하게 유죄·무죄의 판정이나 양형에 대하여도 당사자의 항소를 인정하여야 할 것이다.<sup>244)</sup> 항소심 재판부의 구성, 심리방식 등에 대하여는 제1심 재판부의 구성 등과의 관계를 고려하여 검토를 행할 필요가 있다.

## 5. 공판절차 등

참심법관이 소송절차에 참가하는 경우에도 직업법관인 재판장이 소송절차를 주재하고 공판에서 소송지휘를 담당하는 점에 변화는 없다.

참심법관이 심리를 알기 쉽게 하기 위하여 공판은 가능한 한 連日·계속하여 개정하고, 중요한 쟁점에 집중하여 충실한 심리가 이루어지도록 하

243) 이에 대하여는 전술한 영미의 판결방법을 참조.

244) 이에 대하여 프랑스 중죄법원의 경우에는 직업법관과 참심법관으로 구성된 재판부판결에 대한 항소를 인정하지 않고 있다.

는 것이 무엇보다 필요하다. 이를 위해서는 적절한 범위의 證據開示를 전제로 한 쟁점정리에 의거하여 효율적인 심리가 이루어질 수 있도록 공판 준비절차의 정비나 하나의 형사사건에 존사할 수 있는 변호체제의 정비가 불가결하다. 또한 법률전문가가 아닌 참심법관이 공판에서의 증거조사를 통하여 충분한 心證을 형성할 수 있게 하기 위하여 ‘口頭主義·直接主義’의 실질화를 모색하는 것도 절실하게 필요하다.

이러한 요청은 형사재판절차 일반에 대하여도 기본적으로 타당한 것이지만, 참심법관이 참가하는 절차에 대하여는 참심법관의 주체적·실질적 관여를 확보한다는 차원에서 관계법령의 정비가 이루어져야 할 것이다.

## 6. 참심법관에 대한 보상

참심법관 및 보충참심법관에 선임되는 경우에는 장기간에 걸친 사회적·경제적 활동이 불가능하기 때문에 이에 대한 적절한 보상 등이 이루어져야 한다.<sup>245)</sup>

따라서 참심법관, 보충참심법관 및 소환에 따라 출두한 참심법관후보자에 대하여는 적절한 여비, 일당, 숙박료 등을 지급하는 방안을 강구하여야 하며, 또한 참심법관 등이 그 직무와 관련하여 부상 등의 재해를 입은 경우나 이로 인하여 막대한 경제적 손실 등이 예상되는 경우에는 이를 보상할 수 있는 방안을 모색할 필요가 있다.

## 7. 참심법관 등과 관련된 벌칙

### (1) 참심법관 등의 소환불응 등

참심법관 등이 소환에 응할 의무, 선서의무를 지는 것을 전제로 그 이

245) 배심 및 참심제도를 채택하고 있는 대부분의 국가도 적절한 ‘보상’조항을 규정하고 있다.

행을 담보하기 위해서는 제재조치를 취할 필요가 있으며, 이는 양 의무가 법률상의 의무라는 점을 명확히 하기 위하여도 필요하다.

따라서 소환받은 참심법관후보자, 참심법관 또는 보충참심법관이 정당한 이유없이 출석하지 않거나 정당한 이유없이 선서를 거부하는 경우에는 재판장이 결정으로 적정한 금액(예컨대 100만원 이하 등)의 과태료에 처할 수 있는 제재조치를 마련할 필요가 있다.

## (2) 참심법관 등의 비밀누설죄

이는 참심법관 등이 評議의 비밀 기타 직무상 知得한 비밀을 누설하는 행위와 재판부의 다른 구성원 이외의 자에 대하여 당해 사건의 사실인정, 刑의 量定 등에 관한 의견을 진술하는 행위를 처벌하여야 한다는 관점에서 참심법관 등의 비밀누설죄를 규정할 필요가 있다. 즉 비밀누설 등에 의해 재판의 신뢰성이 크게 훼손되어 재판제도의 존립 자체에도 영향을 미칠 것이라는 점을 고려하면 재판의 공정성 및 이에 대한 일반의 신뢰보호를 위하여 이러한 벌칙의 규정이 필요하다 할 것이다.

따라서 法定刑에 대하여는 직무상 知得한 비밀누설을 처벌하는 立法例(예컨대 형법 제127조, 제317조 등)에서 징역형과 벌금형이 법정되어 있는 점과의 형평성을 꾀한다는 관점에서 징역형과 벌금형의 선택형을 규정할 필요가 있다. 즉 참심법관, 보충참심법관 또는 이들 職에 있던 者가 評議의 경과, 각 직업법관 또는 각 참심법관의 의견, 그 多少의 數 기타 직무상 知得한 비밀을 누설하거나, 재판부의 직업법관 및 다른 참심법관 이외의 者에 대하여 그 담당사건의 사실인정, 刑의 量定 등에 관한 의견을 진술한 때에는 0년 이하의 징역 또는 000만원 이하의 벌금형에 처한다고 규정할 필요가 있다.



### (3) 참심법관 등에 대한 청탁죄

국가 사법기능의 공정성과 재판의 신뢰성 보호를 담보하기 위한 적극적인 제재장치로서, 참심법관 또는 보충참심법관에 대하여 그 직무와 관련하여 청탁한 者, 사건의 심판에 영향을 끼칠 목적으로 참심법관 또는 보충참심법관에 대하여 그 담당사건에 관한 의견을 진술하거나 또는 그 담당사건에 관한 정보를 제공한 者를 처벌하는 규정을 설치할 필요가 있다.

‘담당사건에 관한 의견을 진술하는 행위’로는, 예컨대 ‘피고인이 무죄라고 생각한다’든지, ‘피고인을 사형에 처하여야 한다’는 등의 판결주문에 관하여 직접적인 의견을 진술하는 경우 외에, ‘피해자의 진술은 신뢰할 수 없다’는 등의 증거평가와 관련된 진술 등을 예상할 수 있다. 또한 ‘담당사건에 관한 정보를 제공하는 행위’로는 ‘본 사건에는 수사기관도 알지 못하는 목격자가 있다’든지 ‘피고인은 매일 종교생활 등으로 자신의 행위를 반성하고 있다’는 등 발언자의 평가나 의견에 해당하지 않는 정보를 전달하는 경우 등을 들 수 있다.

한편 뇌물죄에 대하여는 참심법관은 형법 제129조 이하의 규정이 적용되는 공무원의 신분임을 명시할 필요가 있다.

### (4) 참심법관후보자의 허위답변죄

이는 참심법관후보자가 자신에게 송부된 질문지나 당사자의 기피권 행사를 위한 질문절차에서 허위로 답변을 하거나 정당한 이유없이 질문에 답하지 않는 경우에는, 참심법관후보자의 답변의무를 준수할 수 있도록 그 위반에 대하여 결정으로 00만원 이하의 과태료를 부과할 필요가 있다.

이에 대하여 참심원후보자가 적극적으로 허위로 답변을 한 경우에는 참심법관후보자에게 형사벌인 000만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하는

방안을 강구할 필요가 있다.

## 8. 참심법관 등의 신변보호 등에 관한 조치

### (1) 참심법관 등의 개인정보의 보호

참심법관 또는 참심법관후보자의 결격사유나 理由附忌避, 理由不要忌避에 관한 판단을 적절하게 행하기 위해서는 참심법관 등의 개인정보를 파악하는 것이 필요하지만, 한편으로 참심법관 등에 대한 정보제공 및 청탁죄, 협박죄 등을 감안하면 이들 개인정보를 충분히 보호할 필요가 있다.

이러한 관점에서 소송관계서류로 참심법관 등의 성명 이외의 개인정보가 기재되어 있는 서류는 공개하지 않는 것이 바람직할 것이다.

소송에 관한 서류에는 참심법관 등의 성명뿐만 아니라, 생년월일, 주소, 직업 등의 개인정보가 기재될 것이 예상되는 바, 소송기록은 당사자의 열람대상이 될 뿐만 아니라 사건확정 후에는 ‘公共機關의情報公開에 관한法律 및 法院情報公開規則’의 절차에 따라 일반에게도 공개된다고 할 수 있다. 그러나 이들 개인정보는 오로지 참심법관 등의 선임을 적절하게 행하기 위하여 수집·기록된 정보이기 때문에 참심법관 등의 선임의 적정을 기하기 위하여 당사자에게 開示하는 경우 이외에는 공개할 필요성이 적고, 특히 그 성명 이외의 개인정보에 대하여는 privacy로서 보호할 필요성이 높다고 할 것이므로 이를 공개하지 않는 방안이 강구되어야 할 것이다.

따라서 소송에 관한 서류로 참심법관, 보충참심법관 또는 참심법관후보자의 성명 이외의 개인정보가 기재된 서류는 이를 공개하지 않는 것을 원칙으로 삼아야 하며, 나아가 그 누구도 참심법관, 보충참심법관 또는 참심법관후보자의 성명, 주소 기타 이들을 특정할 수 있는 사실을 공표하지 못하도록 하여야 할 것이다.

## (2) 참심법관 등 협박죄

이는 참심법관 등에 대한 청탁죄와 같이 참심법관 등에 대한 부당한 행위를 처벌대상으로 규정함으로써 재판의 공정성 및 이에 대한 신뢰를 보호하려는 적극적인 제재장치이다. 즉 참심법관, 보충참심법관 및 이들 친족들에 대한 협박행위를 처벌하고 개개 참심법관 등의 개인적 평온 내지 자유에 대한 침해를 보호함으로써 재판의 공정성 및 이에 대한 신뢰보호를 실현하여야 하기 때문이다.

따라서 참심법관, 보충참심법관 또는 이들 職에 있던 者 및 참심법관후보자 또는 그 친족에 대하여, 면담, 문서송부, 전화 기타 어떠한 방법이든지 불문하고 그 담당사건에 관하여 협박행위를 한 者는 0년 이하 징역에 처하도록 규정하는 방안을 강구할 필요가 있다.

## (3) 참심법관 등의 출석확보

참심법관 등에게 소환불응에 대한 제재를 가하는 이상, 형평성의 관점에서 참심법관 등이 출석하기 쉬운 환경을 조성하기 위한 조치를 강구하는 것이 바람직할 것이다.

즉 참심법관제도의 원활한 실시에는 참심법관후보자 및 참심법관으로 선임된 국민의 출석확보가 불가결한 전제로 이를 위한 환경조성은 대단히 중요하다 할 것이다. 참심법관으로 선임되는 것은 법률에 규정된 의무이자 공적 직무를 행하는 것이기 때문에 그 누구도 이를 방해할 수 없다는 것은 자명한 일이지만, 이를 명시함으로써 개개 참심법관 등이 직무를 수행함으로써 발생할 수 있는 장애를 가능한 적게 하여 그 출석을 용이하게 한다는 효과를 기대할 수 있다.

구체적으로는 근로자인 경우에는 당해 사업주에게 신청함으로써 참심법

관의 직무를 수행하기 위하여 필요한 범위에서 유급휴가(참심법관휴가)를 취할 수 있게 하여야 한다. 이를 보장하기 위하여 사업주는 근로자로부터 참심법관휴가 신청이 있는 때에는 당해 참심법관휴가를 거부할 수 없다고 하여야 할 것이다.

참심법관제도는 국민의 폭넓은 참가를 구하는 제도이기 때문에 직업을 가진 국민들도 참가하기 쉬운 제도로 만들 필요가 있다. 이점에서 직업을 가진 국민이 참심법관의 직무를 수행하기 위하여 필요한 범위 내에서 유급휴가를 취할 수 있는 장치를 마련하는 것이 그 효율성을 제고하기 위한 유효한 조치라 할 것이다. 이러한 제도를 적극적으로 담보하기 위해서는 사업주에 대하여 불이익한 처우를 행해서는 아니 된다는 의무를 부과하는 방안이 강구되어야 할 필요가 있다.

## 참고문헌

### 1. 국내문헌

- 강일원, 형사사법개혁의 목표와 시민의 사법참여, 형사정책 제13권 제1호, 2001.
- 권영설, 민사배심재판의 권리에 관한 몇 가지 헌법문제, 미국헌법연구 제12호, 미국헌법연구소, 2001.
- \_\_\_\_\_, 배심제도의 개혁논의와 그 헌법상 쟁점, 미국헌법연구 제11호, 미국헌법연구소, 2000.
- \_\_\_\_\_, 미국의 배심제도, 미국헌법연구 제7호, 미국헌법연구소, 1996.
- 김상준, 미국 배심재판제도의 연구, 이화여자대학교출판부, 2003.
- 寺崎嘉博/도중진 역, 일본의 형사사법 -검찰심사회와 배심제도-, 형사정책 제13권 제1호, 2001.
- 로어크 M. 리드/이노우에 마사히토/야마무로 메구미著(정완譯), 미국의 형사절차(번역총서 3), 한국형사정책연구원, 2000.
- Rolando V. del Carmen(김성돈옮김), 미국 형사소송법, 길안사, 1999.
- 박상기, 독일형법사, 율곡출판사, 1993.
- 박홍규, 시민이 재판을!, 사람생각, 2000.
- \_\_\_\_\_, 사법의 민주화-재판을 재판한다, 역사비평사, 1994.
- 법무부, 외국형사소송법 I -독일·프랑스편-, 1982.
- \_\_\_\_\_, 프랑스의 사법제도(증보판), 1997.
- 배종대/이상돈, 형사소송법 제4판, 홍문사, 2001.
- 사법개혁추진위원회, 민주사회를 위한 사법개혁 -대통령자문위원회보고서-, 사법개혁추진위원회, 2000.
- \_\_\_\_\_, 사법개혁추진위원회 전문위원보고서(상), 2000.

\_\_\_\_\_, 사법개혁추진위원회 전문위원 보고서(하), 2000.

\_\_\_\_\_, 사법개혁 종합보고서(요약본), 1999.

안경환, 미국법상 계약의 해석과 배심의 역할 : Parole Evidence Rule을 중심으로, 21세기 한국민사법학의 과제와 전망 : 심당송상현교수 화갑기념논문집, 박영사, 2002.

\_\_\_\_\_, 미국의 연방헌법의 배심조항, 미국헌법연구 제12호, 미국헌법연구소, 2001.

안영훈, 프랑스의 형사사법구조에 관한 연구, 치안연구소, 2000.

양 건, 국민의 사법참가, 대법원 ‘국민과 사법’ 심포지엄, 2000/10/13.

오상원, 독일 현행 참심제의 문제점과 그 개선방안의 전망, 2001.6.4. 제2차 사법제도비교연구회 발표원고.

이재상, 형사소송법 제6판, 박영사, 2002.

이재석, 배심제도의 이념과 문제점, 비교형사법연구 제3권 제1호, 2001.

\_\_\_\_\_, 영국의 사법에서의 시민참여, 대구대 사회과학연구 제9집 제1호, 2001.

이주현, 독일의 참심제도 및 명예법관제도, 외국사법연수논문집[16], 법원도서관, 1998.

이한구외, 미국배심제의 기능, 재판자료 제10집, 법원행정처, 1981.

임성기, 미국배심제도의 운영실태와 문제점, 해외연수검사연구논문집( I ) 제17집, 법무연수원, 2001.

주한일, 미국 배심제도의 특징 및 배심원의 선발에 관한 고찰, 외국사법연수논문집[18], 법원도서관, 1999.

최준원, 미국의 형사배심제도, 해외연수검사연구논문집( I ) 제16집, 법무연수원, 2001.

한인섭, 형사재판에서의 배심제의 도입, 형사정책 제14권 제2호, 2002.

허 영, 한국헌법론, 박영사, 2001.

<http://www.scourt.go.kr/main.html#>

## 2. 국외문헌

- A.Sanders & R.Young, Criminal Justice, Butterworths, 1994.
- Asbjørn Strandbakken, 'Lay participation' in the criminal Trial in the 21st Century. May 26-29, 1999. International Institute for Higher Studies in Criminal Sciences, Siracusa, Italy : Report of Norway Criminal Justice.
- Benz, Zur Rolle der Laienrichter im Strafprozeß, Lübeck, 1982.
- Bietz, Laienrichter zwischen Macht und Ohnmacht?, DRiZ 1987.
- B.J.Shapiro, Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause, University of California Press, 1991.
- Brusten/Westmeier, Wie wird man Schöffe? : in 1. Deutscher Schöffentag, Mehr Demokratie am Richtertisch, Bonn 1992.
- C. Hahn, Die gesammten Materialien zu dem Gerichtsverfassungsgesetz und dem Einführungsgesetz zu demselben vom 27. januar 1877, herausgegeben von C. Hahn, Zweite Abteilung Berlin 1879.
- C. Roxin, Strafverfahrensrecht 24.Aufl., C.H.Beck, 1995.
- C. Van Den Wyngaert(ed.), Criminal Procedure Systems in the European Community, 1993.
- Casper/Zeisel/Rüping, Der Laienrichter im Strafprozeß -Vier empirische Studien zur Rechtsvergleichung-, Karlsruhe 1979.
- Christian Diesen, Lekman som domare, Stockholm, 1996.
- Gaston Stefani/Georges Levasseur/Bernard Bouloc, Procédure Pénale(17 édition), Dalloz, 2000.
- H.H.Kühne, Strafprozeßrecht, 5.Aufl., C.F.Müller, 1999.
- Hans Lilie, Blinde Kontrollinstanz? -Zur Zukunft des Schöffenamtes-, Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag, Walter de Gruyter, 2002, S.303ff.

- H. Kalven, Jr & H. Zeisel, *The American Jury*, 1966.
- J. Baldwin & M. McConville, *Jury Trials*, 1979.
- Jean Pradel/Francis Casorla, *Code de Procédure Pénale*, Dalloz, 1993-1994.
- J.R.Spencer, *Jackson's Machinery of Justice*, Cambridge University Press, 1989.
- Kissel, *Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar* 2.Aufl., C.H.Beck, 1994.
- Klaus, *Ehrenamtliche Richter, Ihre Auswahl und Funktion -empirisch untersucht-*, Frankfurt 1972.
- Kleiknecht/Meyer-Goßner, *Strafprozeßordnung mit GVG und Nebengesetzen*, 42.Aufl., München 1995.
- Kubsch, *Mitwirkung von Schöffen in Wirtschaftsstrafsachen*, Deutsche Richterzeitung, 1984.
- Kühne, *Die Zusammenarbeit zwischen Berufsrichtern und ehrenamtlichen Richtern*, DRiZ 1975.
- \_\_\_\_\_, *Laienrichter im Strafprozeß?*, Zeitschrift für Rechtspolitik 1985.
- L.Griffith, *The Politics of the Judiciary*, London : Fontana, 1987.
- Lutz Meyer-Goßner, *Strafprozessordnung* 46.Aufl., C.H.Beck, 2003.
- Macbura in : <http://www.schoeffen.de/Sites/artikel.html>.
- M.Zander, *Cases and Materials on the English Legal System*, 6th ed. Butterworths, 1993.
- Rennig, *Die Entscheidungsfindung durch Schöffen und Berufsrichter in rechtlicher und psychologischer Sicht*, Marburg 1993.
- Rüping, *Funktion der Laienrichter im Strafverfahren*, JR 1976.
- Schreiber, *Akteneinsicht für Laienrichter? Zu den Grundsätzen von Mündlichkeit und Unmittelbarkeit im Strafprozeß*, H.Wezel -Festschrift 1974.
- S. McCabe & R. Purves, *The Shadow Jury at Work*, 1974.
- V.J.M.Aussel, *La loi du 28 juillet 1978 et le recrutement des jurés en*



- Cour d'assises, J.C.P. 1978.
- Walter, Was müssen, was sollen Schöffen wissen?, in : 1. Deutscher Schöffentag, Mehr Demokratie am Richtertisch, Bonn 1992.
- Wassermann, Der Bürger als Richter, Recht und Politik, 1982.
- W.R.Cornish, The Jury, Hammondsworth : Penguin Books, 1968.
- <http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/index.html>.
- <http://www.ub.uio.no/ubit/ulov>.
- 秋山賢三, あいまいな妥協の産物 -混在する二つの理念-, 法と民主主義 第367号, 日本民主法律家協會, 2002.
- 井上正仁, '訴訟手続への新たな参加制度'骨子(案)について(補足説明), 第51回司法制度改革審議會議事録[平成13(2001)年3月13日],別紙2 :  
[http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/dai51/51\\_bessi2.html](http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/dai51/51_bessi2.html).
- 井上正仁=長沼範良=山室恵, 鼎談・意見書の論点④ 国民の司法参加・刑事司法, ジュリスト 第1208号, 2001.9.
- 井上正仁外, 司法制度改革, 有斐閣, 2002.
- 萩原金美, スウェーデンの司法, 弘文堂, 1984.
- 大久保太郎, 裁判員制度案批判(續)上・下 -合憲性への疑問及びその他の諸問題-, 判例時報 第1772号 第1774号, 判例時報社, 2002.
- 加藤克佳, 特集・動き出した刑事司法改革 -国民(市民)の司法参加と裁判員制度-, 法律時報 第919号, 2002.6.
- 小坂敏幸, 證據開示, '刑事證據法の諸問題(下)', 判例タイムズ社, 2001.
- 酒巻匡, 刑事司法制度の改革について, 法律ひろば 第54巻 第8号, 2001.
- 佐藤博史, デンマークの陪審制・参審制, 季刊刑事辯護 第12号, 現代人文社, 1997.
- \_\_\_\_\_, 何故参審制か, 現代刑事法 第3巻第5号, 2001.
- 佐藤文哉, 主として裁判員制度の具體化に向けて, ジュリスト 第1208号, 2001.
- 司法制度改革審議會, 司法制度改革審議會議見書 -21世紀の日本を支える司

法制度-, 2001.6.12.

四宮啓, 國民の司法參加, 自由と正義 第52卷第8号, 2001.

\_\_\_\_\_, 職業裁判官と陪審制・參審制 -刑事裁判における陪審制の意義-,  
‘刑事訴訟法 の爭點(第3版)’, 有斐閣, 2002.

ジュリスト編集室, 資料・司法制度改革審議會意見書 -21世紀の日本を支え  
る司法制度-, ジュリスト第1208号, 2001.9.15, 185面以下.

田口守一, 參審制度の憲法論, 現代刑事法 第3卷 第7号, 2001.

東京三辯護士會陪審制度委員會編, スウェーデンの參審制, 現代人文社,  
1995.

鯨越溢弘編, 陪審制度を巡る諸問題, 現代人文社, 1997.

日本辯護士連合會司法改革推進センター・東京第三辯護士會陪審制度委員會  
編, デンマークの陪審制・參審制, 現代人文社, 1997.

平野龍一, 參審制度採用の提唱, ジュリスト 第1189号, 2000.

平良木登規男, 參審制度導入のいくつかの問題點(上)(下), 法曹時報 第53卷  
第1・2号, 2001.

平良木登規男=岩瀬徹=佐藤博史=甲斐行夫=椎橋降幸, 座談會・裁判員制度の  
是非をめぐって, 現代刑事法 第3卷 第12号, 2001.

松澤伸, デンマークの刑事裁判と陪審制・參審制, 立教法學 第55号, 2000,  
332面以下.

\_\_\_\_\_, デンマークとノルウェーの陪審制・參審制, 自由と正義 第52卷第6  
号, 2001, 14面以下.

\_\_\_\_\_, 機能主義刑法學の理論 -デンマーク刑法學の思想-, 信山社, 2001.

\_\_\_\_\_, 北歐四カ國の陪審制・參審制-デンマーク, ノルウェー, スウェーデ  
ン, フィンランド-, 現代刑事法 第3卷第7号, 2001.

## Überlegungen für die Einführung der Schwuren bzw. Schöffen im koreanischen Strafverfahren

Toh, Joong-Jin\*

Von großer Bedeutung ist die Legitimität des Gerichts für die Normenkontrolle in allen Justizsysteme. Rechtsstaatlich hätten also erwiesen können, wenn der Gericht selbständig und rechtlich funktionieren könnte. Das Gericht ist ein Teil der rechtsprechenden Gewalt.

Alle Länder haben eigentliche System für die Normenkontrolle. Es kann seine soziale Konflikte entscheiden. Insbesondere prüft es auf die Verfassungsmäßigkeit. Es kontrolliert, ob ein Sachverhalt, eine Norm mit dem Gesetz übereinstimmt. Es gibt verschiedene Arten von Verfahren der Normenkontrolle. Traditionelle Anglo-Americanische Gerichtssystem hat die Jury System entwickeln. Deutschland wie Frankreich haben dagegen das Schöffengericht.

Mit diesem Schöffengericht können wir davon Gedanken haben, dass das Gerichtssystem der Demokratie für die Justiz gewidmen kann. Es ist eine weltweit Tendenz, die Laypersonen in dem Gericht und Prozess zusammen arbeiten.

Die am Gericht teilgenommene BürgerInnen sollen als Hilfe dienen, die Aufgaben ihres Amtes den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend wahrzunehmen. Alle Systeme gewidmet der Justizgerechtigkeit und

---

\* Associate Research Fellow, Korean Institute of Criminology, Ph.D. in Law

Bürgerlichkeit. Man kann diese Tendenz als Demokratisierung des Gerichts ansehen : Nicht von dem Berufsrichter allein, sondern von der Bürger zusammen.

Trotzdem gibt es keine Praxis in Korea bis heute, in dem Gericht sich selbst teilzunehmen. Es ist übrigens demokratisch, dass ein Bürger als Schöffen in dem Prozess eine Rolle spielen kann. Mit diesem Verstehen arbeite ich über die Möglichkeit der Rezeption des Schöffengerichts.

[연구자 약력]

도 중 진

충남대학교 법학과 졸업  
동 대학원 석사학위 취득  
일본 동북대학 대학원 박사학위 취득  
현재 한국형사정책연구원 부연구위원

저서 형법에 있어서 상당인과관계와 객관적 귀속  
형사화해제도 도입을 위한 입법론적 연구  
미결구금제도에 관한 연구  
금융사기범죄에 관한 연구  
참고인 구인제도에 관한 연구  
형사절차상 고문방지 대책 외 다수

2003 - 29

---

형사재판절차에 있어서 배심 및  
참심제도의 도입방안

---

발 행	2003년	12월	일
발행인	이	재	상
발행처	한 국 형 사 정 책 연 구 원		
	서울시 서초구 우면동 142		
	전화 : (02) 575 - 5282/ 9		
등 록	1990. 3. 20. 제 21 - 143호		
인 쇄	화신문화 (02) 2277 - 0624		

---

보고서 내용의 무단복제를 금함  
구독문의 : 출판실 (02) xxxxxx

<정가 7,000원>

ISBN 89 - 7366 - 500 - 6