

美國 聯邦憲法の 陪審條項

The Jury Clauses of the U. S. Constitution

安京煥*

目次

I. 머리말	3. 軍事條項
II. 美國의 獨立革命과 陪審制度	4. 修正 第 4條와의 關係
III. 美國憲法の 陪審條項	5. 수정 제 5조, 제 7조
1. 陪審條項 概觀	6. 수정 제 8조와의 關係
2. 陪審制度의 本質的 機能	7. 수정 제 9조 및 수정 10조
IV. 其他 憲法條文과의 關係	8. 陪審裁判制度를 運營할 一般國民의 權利
1. 憲法前文과의 關係	V. 맺는 말
2. 修正 第 1條와의 關係	

I. 머리말

미국인에게 憲法은 가히 ‘市民宗教(civil religion)’ 라고 부를 수 있다.¹ 미국국민의 일상에서 발생하는 모든 크고 작은 차이와 다툼의 해

* 서울大學校 法科大學 教授

¹ Robert Bellah, *Civil Religion in America*, 96 Daedulus 1 (1967); Russell E. Richey & Donald G. Jones eds. *American Civil Religion* (Harper & Row, 1974); Robert N. Bellah & Phillip E. Hammond, *Varieties of Civil Religion* (Harper & Row, 1980); Robert N. Bellah, *The Broken Covenant: American Civil Religion in Time of Trial* (New York: Seabury, 1975).

결에 최종적 기준이 되는 典範이 바로 헌법전이다. 憲法典을 단순히 國家權力的 發動의 條件을 규정하는 문서에 그치지 아니하고 명실공히 國民主權의 原理를 실현하는 문서로 자리잡게 만듦으로써 가히 宗教的 經典의 수준으로 끌어올리는 데 결정적으로 기여한 것이 배심이다. 이 글은 陪審制度가 미국헌법에서 차지하는 의미를 규명하고 연방헌법에 규정된 배심조항의 구체적 의미와 여타 조항과의 상관관계를 정리함에 목적이 있다. 먼저 미국의 독립혁명 당시에 단절을 선언한 ‘腐敗와 陰謀(corruption & conspiracy)’ 의² 영국의 구제도의 핵심내용이었던 배심제도가 가감 없이 신생공화국 미국에 전승된 배경을 개관한다. 이어 聯邦憲法의 陪審條項의 개별적 의미를 간략하게 살핀 후에 배심조항 이외의 다른 헌법조항과 배심제도와와의 상관관계를 조망한다. 마지막으로 이 제도가 향후 미국헌법에서 차지할 전망으로 결론을 대신한다.

II. 美國의 獨立革命과 陪審制度

미국의 독립혁명은 영국으로부터의 독립인 동시에 過去로부터의 斷絶을 선언한 革命이다.³ 식민 모국의 법제도를 원용해온 식민지 시

² ‘국왕과 의회의 담합’ (헌법적 용어로는 ‘의회 내의 국왕(King in Parliament)’ 으로 상징되는 영국의 제도는 필연적으로 음모와 부패로 이어지지 마련이고 따라서 진정한 자치공동체의 시민의 미덕 (civic virtue)을 배양할 수 없으므로 단절해야 한다는 것이 혁명의 동인이라고 성격 규정할 수 있다). Bernard Bailyn, *The Ideological Origin of the American Constitution* Harvard University Press (1992) Paul K Ryu, *The World Revolution, Westview Press* (1997); 음선필 역 *세계혁명*, 벽호 (1998)(유기천 교수는 이 저술에서 미국혁명의 본질은 미완으로 마감한 크롬웰 혁명의 완성이라는 독특한 주장을 편다).

³ Bailyn, 전제서 주 2; J.G.A. Pocock, *Machiavellian Moments: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton University

대 미국의 법이론이 혁명이라는 급박한 사회상황을 겪으면서 새로운 양상을 띠게 된 것은 지극히 당연한 일이다.⁴ 그러나 모든 혁명의 역사에서 보듯이 혁명은 과거와의 斷絶과 連續의 複合過程이다. 美國의 歷史는 憲法の 歷史라고 할만큼 정치 이데올로기의 제도화로서의 成文憲法の 탄생에 주안점을 둠으로써 구질서, 즉 英國法 秩序와의 斷絶에 논의의 초점을 맞추어왔다. 무엇보다도 영국의 구질서와의 단절을 공개 천명한 문서는 權利章典(Bill of Rights)이다. 권리장전은 Jefferson이 초안한 獨立宣言書에서 이미 天賦自然權으로 선언된 권리들을 성문법의 형태로 제도화하였다. 기본권의 성문화는 政府權力의 行使를 制限함으로써 人權의 伸張을 도모한다는 점에서 의의가 크다.⁵

혁명 당시의 사상적 논쟁은 革命과 새 國家의 建設이라는 양대 목표를 달성하기 위해 어떤 형식의 제도적 장치를 마련할 것인가에 대한 대립이었다. 17세기 이후 서구사회를 지배하던 世俗化된 高次法思想(higher law)에⁶ 의해 이러한 목적을 달성할 수 있다면, 새로운 제도적 장치는 이 고차법의 핵심을 무엇으로 볼 것인가에 대한 정치 이데올로기의 차이에 의해 결정되었다고 할 수 있다. 양대 이념 중에 미국헌정의 지배적 이념으로 주도한 것은 聯邦主義, 代議民主主義論, 司法審査制와 친한 自由主義이다. 그러나 共和主義에 기원을 둔 國民主義, 參與民主主義, 司法自制論은 자유주의에 대한 대립 이데올로기

Press(1975).

⁴ Grant Gilmore. *The Ages of American Law*, Yale University Press (1977) pp. 8-11 참조.

⁵ 안경환, 김종철, 영국법과 미국법의 비교연구 - V-(2) 법이론 法學 서울대학교 법학연구소 40권 2호 (1999) pp.152-178.

⁶ Edward Corwin, *The Higher Law Background of American Constitution*, Cornell University Press (1955); 42 *Harvard L. Rev* 149-185 (1928).

로서의 지위를 굳게 지켜왔다.⁷ 배심제도는 政治的 自治共同體의 運營이라는 共和主義의 이념에 깊이 뿌리박고 있음은 물론이다.

미국헌법이 수용한 배심제도는 英國制度의 繼承인 동시에 새로운 제도의 創出이라는 이중적 의미를 가진다. 국가권력에 대한 견제의 수단이라는 점에서 배심은 미국에 전승된 영국 기원의 제도이다. 그러나 공화국의 탄생과 동시에 國王의 臣民(subject)이 主權者인 國民(people)으로 신분의 전환을 이루면서 배심이 가지는 의미는 단순한 국가권력의 견제수단에 그치지 않고 국민주권의 원리를 司法의 영역에서 실현하는 主權者의 權利로 격상된 것이다.

가장 원초적인 시기에 배심은 형사사건에서 國王의 訴追를 위한 정보 수집의 목적으로 활용되었으나 후일 民, 刑事 事件의 判斷者로 기능이 바뀌었다. 국왕의 보조수에서 민권의 수호자로 기능을 전환하여 국가권력에 대한 일반국민의 견제수단으로 활용되었다. 식민지 시대부터 미국에서는 陪審은 自治共同體의 運營에 必修不可缺한 시민의 권리이자 의무로 인식되었다. 연방헌법의 규정 속에 배심을 핵심적 내용으로 규정한 것도 바로 이러한 역사적 경험의 소산이다.⁸

그러나 미국이 독자적인 성장의 길을 밝으면서 점차 배심제도에 대한 인식의 변화가 생겼다. 사법제도가 확립된 19세기 후반 이후부터는 自治政府의 統治를 위한 司法主權의 행사로서의 의미보다는 判事의 힘을 牽制하여 사법제도 내에서의 均衡을 이루는 수단으로서의

⁷ 안경환, 미국헌법사의 이론적 개관, *헌법규범과 헌법현실* 권영성 교수 정년기념논문집 (1998) 법문사 pp.495-508.

⁸ Leonard W. Levy, *The Palladium of Justice-Origins of Trial by Jury*, Ivanr. Dee, (1999) ch. 1 Frederick G. Kempin, *Historical Introduction to Anglo-American Law* 2d ed West Publishing Co. (1973) ch. 3.; J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History* 3d. ed. Butterworth (1990) pp. 84-101.

의미가 더욱 강해졌다. 어떤 경우에도 本質的 基本權으로서의 배심의 속성은 조금도 손상되지 않았다.

III. 美國憲法の 陪審條項

1. 憲法の 陪審條項⁹ 概觀

1789년 제정된 ‘原來의 憲法(original constitution)’은 彈劾裁判을 제외한 모든 刑事 裁判은 배심에 의해 행할 것을 규정한다(헌법 제 3조 2항). 이어서 1791년에 제정된 權利章典(Bill of Rights)의 3개 조문이 배심에 대해 규정한다. 수정 제 5조는 刑事事件에서의 大陪審(grand jury)에 의한 起訴를, 수정 제 6조는 刑事事件에서의 陪審에 의한 裁判을, 제 7조는 民事陪審(civil jury)에 관해 규정한다.

수정 제 6조는 “刑事犯罪로 訴追된 사람은 범죄가 행해진 州와 地區의 公正한 陪審에 의한 迅速한 公開裁判을 받을 權利가 있다.”라고 규정함으로써 원래의 헌법 제 3조의 규정을 구체화시켰다. 수정 제 7조는 民事陪審에 관하여 “common law사건에서 訴訟物 價額이 20달러를 초과하는 경우에는 배심에 의한 재판이 보장된다.”라고 규정하였다. 또한 수정 제 5조는 “누구든지 大陪審에 의한 告發 또는 起訴 없이는 死刑에 해당하는 죄 또는 기타 破廉恥罪에 관해 심

⁹ Akhil Reed Amar & Alan Hirsch, *For the People, What the Constitution Really says About your Rights*, (1998) The Free Press Chs 4-. 8 pp 51-119; Akhil Reed Amar, *The Bill of Rights-Creation and Reconstruction*, Yale University Press(1998) ch. 5 pp.81-118; Akhil Reed Amar, *The Constitution and Criminal Procedure, First Principles* Yale University Press(1997); 이우영, *미국민사 배심제도에 관한 한 연구*, 서울대학교 법학석사논문(1996) 참

리를 받지 아니한다.” 라고 규정한다.

原來的 憲法과 더불어 權利章典의 3개 조문이 배심이라는 단일제도에 관해 규정하고 있는 것만 보더라도 미국의 헌정체계에서 이 제도가 차지하는 비중을 감지할 수 있다. 연방헌법의 예에 따라 初期의 13개 各 州의 憲法도 배심재판을 보장하는 규정을 담았고, 후일 연방의 구성원이 된 新生州도 예외 없이 전례를 따랐다.

연방헌법상의 조항은 명시적인 규정이 없는 경우에 자체로서는 주의 절차에는 강제적으로 적용되지 아니한다. 헌법의 어느 배심조항도 州 節次에 적용할 것을 규정하지 않았다. 뿐만 아니라 연방에 가입되지 아니한 準州(territories)의 절차에는 적용되지 아니한다는 판결이 있었다¹⁰ 연방헌법상의 조항은 州 政府의 節次에서 陪審을 制限, 廢止할 權限을 制限하지 않는다. 이는 비록 연방법을 적용하는 경우에도 마찬가지이며 주법의 해석이 분명한 誤謬인 경우에도 마찬가지이다.¹¹

그러나 수정 제 14조의 適法節次 條項(Due Process Clause)을 통해 권리장전의 내용 중에 '본질적인 권리' 는 주의 절차에도 적용된다.¹² 연방헌법의 권리장전의 규정 중에 구체적으로 어떤 권리가 미국의 모든 사법절차에 적용될 本質的인 權利인가는 個別 判決을 통해 결정되었다. 일찌감치 수정 제 6조의 刑事事件에서의 陪審裁判의 권리

조.

¹⁰ American Jurisprudence 1st ed. 119, STATES, TERRITORIES.

¹¹ *Dimick v Schiedt* 293 U. S. 474 (1934); *Southern R. Co. v. Durham* 266 U.S. 178 (1924); *Chicago R.I & P.R. Co. v. Gainey*, 251 U. S. (1919).

¹² 누적된 판례에 의해 'ordered liberty' 등 여러 가지 용어로 묘사된, 연방의 권리 장전에 규정된 권리 중에 '본질적인 권리' 가 주의 절차에 수용되는 'incorporation' theory이다. 수정 제 14조문에 주(state)라는 명문의 --자세히는 Rotunda, *Treatise of the Constitutional Law* 3d (West Publishing Co.).

는 州의 節次에도 예외 없이 適用된다는 판결이 내려졌다. 그러나 수정 제 5조의 대배심 (grand jury)조항과 수정 제 7조의 민사배심 조항(civil jury)은 이날에 이르기까지 주 절차에 적용이 강제된다는 판결이 내려지지 않았다.

2. 陪審制度의 本質的 機能

(1) 國民主權의 具體的 實現機構

陪審條項을 個人的인 基本權의 觀點에서만 논의하는 것은 미국헌법의 본질을 이해하는 데 장애사유가 된다. 20세기 유럽헌법학(특히 2차대전 후의)의 일반적 방법론에 따라 이른바 ‘統治構造(미국적 용어는 權力分立(separation of powers)’ 對 ‘本權’ 로 양분하여 논의하면서 배심조항을 ‘권리장전’ 속에 규정된 기본권 조항일 뿐이라는 분석은 지극히 위험스런 시도이다. 미국헌법이 세계의 주목을 끌게 된 것은 聯邦大法院이 판결을 통해 ‘民權의 守護者’ 의 이미지를 강하게 제시했기 때문이다. 이론보다 判決을 중심으로 발전되어온 미국헌법은 1954년의 Brown판결을 이래로 權利 中心의 論議가 헌법 무대의 전면을 장식해 왔다.¹³ 이러한 기본권 중심의 헌법이론의 영향으로 인해 배심제도도 단순히 권리장전 상의 규정된 개인적 권리의 문제로 파악하는 경향이 농후하다. 그러나 배심제도의 본질은 개인적인 권리보다 政治的 自治共同體의 운영을 위한 公的制度(public institution)라는 점에 있다. 앞서 언급한 바와 같이 이 제도는 헌

13 이러한 기본권 중심의 논의에 대한 반론은 Martin H Redish, *The Constitution As Political Structure*, Oxford University Press (1995) 참조.

법의 핵심적 내용이다. 이 제도는 개인이 배심 재판을 받을 권리라는 사적 차원의 권리보다도 국민이 자치 정부를 운영하는데 필수적인 제도라는 관점에 주목하여야 한다. 이 제도가 헌법에 규정된 본래의 意圖(original intent)는 각종형태의 국가의 독선, 부패, 압박으로부터 일반시민이 방어할 수 있는 自衛體制를 確保함에 있었다. 이러한 헌법 제정자의 의도는 헌법의 여러 문언 속에 반영되어 있다.

憲法前文에 표시된 憲法을 ‘制定(do ordain and establish)’ 한 ‘우리들 美合衆國 國民(We the people of the United States)’은 구체적으로 누구를 지칭하는가? ‘국민’이란 단어는 전문과 함께 헌법 제 1조 2항에 하원을 선출하는 기관으로 명시되어 있다.¹⁴ 원래의 헌법에 두 곳에 사용된 ‘國民’이란 단어의 의미는 主權者의 總體로서의 국민과 그 主權의 行使機關으로서의 國民을 의미한다.¹⁵

배심제도는 정부권력에 대한 견제책으로 국민의 특히 Anti-Federalist들은 ‘국민’을 대표하는 배심의 기능에 대해 강한 집착을 가지고 있었다(대표적인 팜플렛은 “일반 국민이 입법부는 물론 사법부의 구성과 운영에 참여하고 영향력을 행사하는 것은 모든 자유국가에 공통된 원리다.”라고¹⁶ 주장했고 이는 당시의 대표적 사상과 일반적 정서를 대변한다.

¹⁴ "The House of Representatives shall be composed by Members chosen every second Year by the *People* of the several states, . . ."

¹⁵ 권리장전의 다른 조문에 언급된 ‘시민(citizen)’이라는 용어 또한 국민과 대체 사용할 수 있는 용어로 인식된다. 양자 공히 집합적 속성과 개별적 속성을 함께 지니고 있고 전자의 관점에서 ‘통치구조론적 분석이, 후자의 관점에서 ‘기본권론적’ 분석이 가능할 것이다.

¹⁶ Herbert Storing, ed. *The Complete Anti-Federalist* (University of Chicago Press, 1981) vol 2, p. 249 (Letters From the Federal Farmer).

(2) 政治的 構成의 原理

이러한 입법부의 구성의 원리에서 사법권의 구성과 배분의 원리를 유추해 낼 수 있다. 연방의 입법권을 보유하는 聯邦議會를 上, 下 兩院으로 구성하는 것과 마찬가지로 司法權을 判事와 陪審으로 나누어 상호 견제와 균형을 유지한다. 상원의 경우는 선거와 재임 기간이 길기 때문에(6년) 국민과의 거리가 멀다. 그만큼 민주적 정당성이 약한 것이다. 그래서 2년마다 선출하는 下院으로 하여금 上院에 대한 適切한 牽制의 역할을 하도록 한 것이 ‘憲法の 아버지들’의 제정의도였다. 이 점은 제정 당시에 간접 선거의 형식으로 선출하던 상원을 1913년부터 直接 選舉로 轉換함으로써¹⁷ 다소 약화된 감이 있으나 본래의 취지는 마찬가지이다.

판사와 배심으로 구성되는 사법부에서도 마찬가지로의 이론구성이 가능하다. 즉 民主的 正當性이 강한 기관으로 하여금 상대적으로 약한 다른 기관을 견제하도록 한다는 원리이다. 판사와 배심으로 구성되는 사법기관 중에 배심이 국민과 더욱 가까이 서 있고 그만큼 민주적 원칙이 충실하다. 판사는 일반 정부공무원에 비해 국민으로부터 유리되어 있다. 聯邦 判事의 경우에는 국민으로부터의 유리는 극대화되어 있다. 판사 전원이 선거를 통하지 아니하고 임명되며 헌법 제 3조에 의해 終身의 任期가¹⁸ 보장된다. 또한 거의 예외 없이 모든 판사가 법률가이다. 판사 또한 일반 공무원과 마찬가지로 政治的 利害關係에 결부되어 부패할 소지가 크다. 사법의 기능을 "영구직 판사

¹⁷ Art. I, Sec. 2. cl. 3 & Art. I, Sec. 9. Cl. 4; Amendment XVII. Constitution of the United States.

¹⁸ Art III, Sec. 1. "Judges . . . shall hold their offices *during good behavior*."

에게 맡기는 것은 어떤 의미에서든 판사의 편견이 결과를 좌우할 위험이 존재하기에 (정의의 실현을 위해) 배심에게 권한을 부여한 것이다. “라는 Thomas Jefferson의 우려가 이 문제의 본질을 가르친다.¹⁹

연방판사의 종신제는 분명히 장점이 크다. Madison의 유명한 논설에서 제기되어 있듯이(Federalist Paper 10) 판사직을 政治的 壓力으로부터 방어하는 방법으로 판사직의 종신제를 들었다. 헌법 제 3조 상 ‘重大한 非行이 없는 한(during good behavior)’ 이란 용어는 영국의 1701년 王位繼承法 ‘Act of Settlement’ 의 조항에서 유래한 것이다. 그러나 종신제도가 주는 문제점도 적지 않다. ‘헌법의 아버지들’ 이 의도한 제 2의 사법부로서의 배심의 견제 기능은 단순히 개별 사안에서 공정한 재판을 확보한다는 차원을 넘어선 것이다. 판사는 大統領에 의해 任命되며(上院의 同意와 認准을 얻어), 의회가 제정한 법률에 의해 봉급을 수령한다. 비록 법적으로 규정된 것은 아니나 관행적으로 판사는 昇進을 통해 上級法院에 임명된다. 이 모든 경우에 정치적 판단이 중요한 요인으로 작용한다. 연방법원 판사의 임명 과정은 ‘政治的’ 인 색채가 농후하다. 대통령과 의회, 양대 ‘政治的 機關’ 이 판사와 결탁하여 지속적인 전제체제를 유지하는 것을 방지하는 권한을 배심에게 부여한 것이다. 특히 다수의 이름으로 행사하는 민주주의의 횡포에 대하여 정치적, 종교적 소수자 기타 사회적 약자를 박해하는 것을 방지하는 데 의미가 있다.²⁰ 주의 사법제도도 연방사법에 비해서는 상대적으로 관료화의 정도가 약화되었지만 국민의 입장에서는 직접 참여를 통한 견제의 필요성은 여전히

¹⁹ Julian Boyd, ed, *The Papers of Thomas Jefferson*, 1788-89 (1898) p282-83. (Letter to l'Abbe Arnoux).

²⁰ Akhi Reed Amar, *The Bill of Rights As a Constitution*, 100 *Yale L. J.* 1131, 1183-85 (1991).

남아 있다.

(3) 公的 機關으로서의 陪審

개별적 사건에서 배심의 평결은 때때로 정치적 공동체에 중요한 의미와 결과를 초래한다. Tocqueville의 관찰대로 배심은 단순한 사법기관이 아니라 政治的 機關(political institution)이다.²¹ 대배심(grand jury)에 대해서도 마찬가지로 원리를 적용할 수 있다. ‘헌법의 아버지들(Founding Fathers)’ 중의 한 사람인 James Wilson은 大陪審의 本質的 機能을 社會的 政治的 討論을 ‘公的體系로 만드는’ 데 있다고 강조하면서²² 모든 국가 작용이 대배심의 관심과 연구 대상이라고까지 극언했다.²³

이러한 공적 제도로서의 배심이야말로 헌법의 기본골격을 이룬다. 수정 제 6조는 단순한 배심재판을 요구할 뿐만 아니라 公的인(public, 다른 의미로 公開的인) 裁判을 요구한다. 일반 국민이 배심을 통해 형사재판에의 참여할 권리는 헌법 제 4조 제 4항이 명시적으로 보장하는 각 주에 共和政體(republican form of government)를 구현하는 조항인 것이다.²⁴ 배심이 정치적 원리에 의해 구성되는

²¹ Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, J. P. Mayer & Max Lerner eds., (Harper & Row, 1966) p. 250 (배심을 단순한 사법기관으로 인식하는 것은 사건을 지나치게 협소하게 파악하는 것이다. . . . 소송사건의 결과 사회 전체의 운명에 심대한 영향을 미친다. 그러므로 무엇보다도 배심은 정치적 기관이다.(. . . The jury is therefore above all a political institution.).

²² Robert McCloskey ed., *The Work of James Wilson*, (Harvard University Press, 1967) Vol 2, p. 537 (대배심의 기능은 공적인 개선을 도모하고 공적 불평을 제거함에 있다. 공적 조사와 공적 처벌을 통해 악인과 사악한 조치를 공적으로 규정함에 크게 기여한다).

²³ 같은 책, 같은 곳. (‘all the operations of government are within the compass of the (grand jury's) view and research’).

²⁴ 대배심은 연방법원과 절반 가량의 주법원의 절차에 유지되고 있다. 연방

공적인 기관인 이상 배심의 판단은 정치적 공동체의 정의감을 대변할 수 있다. 대표적인 예가 懲罰的 損害賠償(punitive damage)제도이다. 不法行爲(tort)로 인하여 피해자에게 발생한 법적 손해로는 가해자의 사악한 행위를 벌하기에 불충분하다고 생각되는 경우에 民衆正義(community justice)의 이름으로 부과하는 것이다. 이러한 유형의 손해배상은 다른 나라에 거의 존재하지 않는 美國에 特有的 制度라고 해도 과언이 아니다.²⁵ 징벌적 손해배상을 산정하는 것은 배심의 전권에 속한다. 이를테면 징벌적 손해는 地域社會의 倫理感을 기준으로 내리는 민중정의의 선언인 것이다.²⁶

(4) 民主市民의 教育機關으로서의 陪審

마지막으로 주목할 점은 민주시민을 교육, 배양하는 체계로서의 배심이다. 도꼬빌은 배심을 일러 ‘상시 개방되어 있어 모든 배심원이 서로가 서로에게서 자신의 권리를 배우고 가르칠 수 있는 無料學校’ 라고 묘사하면서,²⁷ 배심제도가 소송 당사자에게 유용한지는 확신할 수 없지만 陪審員 自身에게는 더없이 유용한 제도이며, 사회가 유지할 수 있는 가장 효과적인 大衆教育의 手段이다 “라고 극찬했다.²⁸ 배심은 다양한 계층의 시민이 ‘地域社會의 普遍的 集團 (cross-section of community)’ 이란 범

의 경우는 헌법의 규정이 이를 강제하나, 주의 경우는 점차 폐지하는 경향이 있다. 영국에서는 1948년에 폐지되었다. 대배심의 대안으로 이용되는 것이 검사에 의한 ‘약식기소(information)’ 이다.

²⁵ 흔히 눈물이 절끔 날 정도로 따갑게 한다는 뜻으로 ‘따끔배상(smart money)’ 이라고 부르기도 한다.

²⁶ Alan Howard Scheiner, Note, "Judicial Assessment of Punitive Damages, The Seventh Amendment, and the Politics of the Jury Power," 91 *Columbia L. Rev.* 142 (1991).

²⁷ Tocqueville, 전제서 주, 21, p. 252.

²⁸ 같은 책 p. 253.

주 속에서 동등한 지위에 서서 상호 교육과 토론을 통해 공동의 선을 추구하는 특수한 형식의 모임이다. 오늘날 복잡다단한 생활 속에서 사람은 대체로 對立的인 關係에 서는 경우가 많다. 사용자와 근로자, 상인과 소비자, 가해자와 피해자 등등 다양한 형태의 대립관계를 이룬다. 그러나 배심은 集團的 智慧를 창출하는 과정이다. 배심 영화의 고전, *Twelve Angry Men*에서 생생하게 묘사되어 있듯이 배심의 토의 과정은 참여와 공개 토론의 과정을 거쳐 진지를 발견한다는 J.S. Mill 류의 자유주의의 이상을 구체화하는 것이며²⁹이기에 그치지 아니하고 討議民主主義 또는 熟慮民主主義 (deliberative democracy)의 정신을 구현하는 가장 기초적인 수단이 된다.³⁰

IV. 其他 憲法條文과의 關係

배심에 관한 명시적인 헌법규정은 본래의 헌법 제 3조와 수정 5, 6, 7조의 4개 조문에 불과하지만 헌법의 여타의 규정도 배심제도와 밀접하게 연관되어 있다. 이하 간략하게 일별한다.

1. 憲法前文과의 關係

헌법 전문(Preface)은 그 자체로서는 裁判의 根據로 삼을 수 있는

²⁹ 이 영화에 관한 해설로는 안경환, “법과 영화 사이” (44) 2001. 3. 12. 동아일보: www.donga.com 참조.

³⁰ John Elster ed., *Deliberative Democracy*, Cambridge University Press (1998).

具體的인 規範力을 保有하지는 않지만³¹ 여타 조항의 기초가 되는 국
민주권의 원리를 선언한다.

헌법 전문은 ‘우리들 美合衆國 國民은(We the People of the United States)’ 으로 시작하여 “이 헌법을 제정한다(ordain and establish)” 로 마감함으로써 국민주권의 원칙을 천명한다. 國民主權의 原則 중에 가장 핵심을 차지하는 것이 배심이다.

헌법 제정에 이른 역사적 과정을 검토해 보면 이 점이 더욱 선명하게 드러난다. 獨立宣言(Declaration of Independence)에 열거된 George3세와 英國議會, 즉 영국 헌정의 용어로 ‘議會 內的 國王(King in Parliament)’ 의 죄상 중에 하나가 ‘많은 경우에 배심재판의 혜택을 박탈한’ 것이었다.³² 헌법의 구상단계에서부터 배심은 가장 핵심적인 내용이었다. 독립의 기운이 무르익기 이전에 9개 식민지의 대표 명의로 발행된 決議(Resolutions of the Stamp Act Congress, 1765, 10. 19)에서³³ 1765년 영국의회의 印紙稅法을 거부하면서 英國 臣民의 固有한 權利로서의 배심재판권이 강조된 바 있었다. 또한 1774년 제 1차 大陸會議의 權利宣言(Declaration of Rights of the First Continental Congress)과³⁴ 1775년 武裝鬪爭의 선언 (Declaration of the Causes and Necessity of Taking Arms)에서³⁵ 되풀이하여 주장된 바 있었으며 1776년 獨立선언(Declaration of Independence)에서 ‘고발한

³¹ *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U. S. 11 (1905).

³² Para 20. "for depriving us, in many cases, of the benefits of trial by jury."

³³ para. 7. 배심원에 의한 재판은 식민지에 거주하는 모든 영국 신민의 고귀하고도 고유한 권리이다.

³⁴ Art. "the respective colonies are entitled to . . . the great and inestimable privilege of being tried by their peers of the vicinage."

³⁵ Para 3. "inestimable privilege of trial by jury."

영국국왕의 죄상 중의 하나가 ‘배심재판의 혜택을 박탈한’ 죄였다.

권리장전의 내용 중 가장 핵심적인 요소는 배심재판의 보장이었다. 링컨의 게티스버그 연설 구절이 상징하는 ‘인민의, 인민에 의한, 인민을 위한 공화 정부’ 를 구현하는데 필수불가결하고도 가장 효과적인 수단으로 1776년 독립혁명 직후부터 1787년 사이에 제정된 각 주의 법에 예외 없이 보장된 것이 형사사건에서 배심재판을 받을 권리였다.³⁶

또한 앞서 언급한 바와 같이 이 권리야말로 權利章典(Bill of Rights)에 앞서 제정된 原來의 憲法(original constitution)에 明示的으로 保障된 極少數의 權利 중의 하나였다. 권리장전이 제정된 주된 이유는 기본권에 관한 보장을 보다 명확하게 천명함에 있었다. 제헌회의의 기록에³⁷ 나타난 이러한 논의는 민사배심재판의 보장에 대한 요구에서 촉발된 것임을 입증한다. 헌법에 민사배심재판권이 명시되지 않음에 대해 불만을 품은 反聯邦主義者들이 비판의 목소리를 높였고 헌법의 비준 자체가 위기에 처했다. 그 결과 배심 조항은 州의 批准過程에서 核心的인 요구사항이었다. 연방헌법의 수정 논의를 위해 소집된 6개 주의 주 회의 중 5개 회의에서 명시적인 배심 규정이 제안된 것이다.³⁸

2. 修正 第 1條와의 관계

³⁶ Leonard W. Levy, *The Emergence of Free Press* (1985) p 227.

³⁷ Max Farrand ed, *The Records of The Federal Convention of 1787* (Yale University press, 1937) vol.2 pp.587-588.

³⁸ Edward Dumhard, *The Bill of Rights and What It Means Today* (University of Oklahoma Press 1957) pp.176, 181-184, 188, 190-191, 200, 204.

수정 제 1조의 言論의 自由를 살펴보자. 언론, 출판의 자유의 핵심적인 내용중의 하나는 事前 制限(prior restrains)의 禁止이다. 언론의 내용이 아무리 중대한 害惡을 담고 있다고 할지라도 그 해악에 대해 책임을 추궁하는 방법은 事後處罰의 방법에 한정되고 事前 制限을 原則적으로 容納하지 않는 것이 John Milton의 아레오파기티카(Areopagitica, 1644) 이래³⁹ 보편적으로 확립된 이론이다. 지극히 例外的인 狀況에서 언론행위에 대한 사전 제한을 인정될 때 그 사전 제한은 판사가 발부한 禁止命令(injunction)의 형식을 띠고, 명령을 위반한 자는 刑罰을 받는다(Whitney v. California, 338 U.S. 682 (1950)).

금지 명령의 발부와 법정 모욕의 부과 과정에 배심의 관여는 배제된다. 1인 또는 소수 의견은 판사에게만 주어진다. 2인 또는 3인 판사 구성의 경우에도 2인 또는 3인 판사의 구성원 중 한 명은 1인 또는 소수 의견을 제시할 수 있다. 그러나 1인 또는 소수 의견은 1인 또는 소수 판사에게만 주어진다.

Acts)에 의한 출판인에 대한 재판에서도 확인할 수 있다.⁴¹

이러한 제정 당시의 에피소드는 오늘날의 수정 제 1조의 법리와는 상당한 차이가 있다. 오늘날에는 수정 제 1조는 ‘地域 基準 (community standard)’ 을 고집하는 陪審의 偏見이 초래할지 모르는 해악을 연방 판사로 하여금 是正케 하는 중요한 수단으로 이용되고 있다. 그러나 제정 당시에는 聯邦權力의 濫用에 대한 牽制策으로서의 의미가 중요하게 고려되었던 것이다. 이러한 인식의 변화의 근처에는 물론 州와 聯邦 사이의 權力의 分立과 牽制라는 美國의 聯邦主義의 시대조류가 관련되어 있다. 어쨌든 이러한 관념과 인식의 변화에도 불구하고 수정 제 1조는 배심제도와 밀접하게 연관되어 있음은 명백한 전제이다. 수정 제 1의 규정 중 언론, 출판의 자유 이외의 자유인 집회의 자유, 종교의 자유에 대해서도 유사한 논거를 발견할 수 있다.⁴²

3. 軍事條項(Military Amendments)

수정 제 2조 와 제3조는 속칭 ‘軍事條項’ 으로 불린다.⁴³ 이들

⁴¹ Henry P. Monaghan, First Amendment ‘Due Process’ 83 *Harvard L. Rev.* 518, 526-32(1970); Frederick Schauer, The Role of the People in First Amendment Theory, 74 *Calif. L. Rev.* 761, 765 (1986) 선동죄로 기소된 피고인들은 배심을 상대로 직접 최근에 제정된 수정 제 1조의 항변을 호소했던 사실을 기억할 수 있다. 이 재판을 담당한 판사들은 피고인들이 비판하던 바로 그 대상물인 연방주의자 행정부에 (Federalists)의해 임명된 관리들이었던 것이다.

⁴² Akhil Reed Amar, *The Bill of Rights -Creation and Reconstruction*, Yale University Press (1998). Ch. 1.

⁴³ 이 조항의 역사적 의미에 관해서는 안경환, ‘미국 연방헌법 수정 제 2조의 의미’ 서울대학교 법학 제38권 3·4호, 서울대 법학연구소, 1997, pp.129-149; Joyce Lee Malcolm, *To Keep and Bear Arms-The Origins of an*

군사조항이 제정된 주된 목적은 중앙정부에 대한 견제의 수단이다. 수정 제2조의 武器所藏權(right to bear arms) 조항은 "질서 정연한 民兵隊는 國家의 防衛에 必須不可缺少하므로 武器를 所藏할 人民의 權利는 이를 制限하지 못한다."라고 규정한다. 배심의 경우와 마찬가지로 수정 제 2조의 民兵隊(Militia) 규정도 국민의 자치정부 운영권을 보장한 것이다. 민병대와 배심은 기능상 유사할 뿐만 아니라 그 구성원 사이에도 共通分母가 존재한다. 양자 모두 自由民 成人男子만이 자격 요건을 충족시켰고, 한 쪽 자격을 충족시킨 사람은 거의 예외 없이 다른 쪽 자격도 충족시켰다. 양자 모두 一般市民으로 구성되어 地域的 政治共同體의 運營에 대해 集團의 責任을 부담하는 기관이다. 공동체의 운영에서 시민의 부담하는 중대한 양대 의무를 수행하는 기관인 점에서 공통점이 존재한다.

또한 두 기관 모두 유급의 常設職 國家機關에 대한 不信에 그 존재 의미를 가진다. 民兵隊는 國王의 常備軍의 위협을 견제하기 위해 탄생, 유지된 제도임은 역사가 증명한다. 마찬가지로 판사, 검사, 기타 사법관리에 대한 불신에서 배심제도의 본질적인 존재의의가 있다고 할 수 있다. 두 기관 모두 自治共同體의 構成員인 市民을 教育, 培養하는 유익하고도 중대한 제도이다. 평화시에 소유자의 承諾 없는 民間住宅에 대한 군대의 舍營을 禁止하는 수정 3조에도⁴⁴ 연방정부의 군대에 의한 잠정적 위협을 경계하는 취지가 담겨 있다.

Anglo-American Right Harvard University Press (1994).

⁴⁴ 수정 제 3조는 "평화시에 군대는 어떠한 주택도 그 소유자의 승낙을 받지 아니하고는 舍營할 수 없으며, 전시에도 법률이 정하는 방법에 의하지 아니하고는 舍營할 수 없다." 라고 규정한다.

4. 修正 第 4條와의 關係⁴⁵

押收, 搜索에 ‘正當한 事由(probable cause)’ 와 令狀의 發付(warrant)를 요구하는 수정 제 4조는 배심제도와 밀접하게 연관되어 있다.⁴⁶ 마찬가지로 이 조항은 사전검열을 제한하는 수정 제 1조의 원리와의도 밀접하게 연관되어 있다. 수정 제 4조는 수색할 場所와 압수할 品目を 特定한 令狀을 요구한다. ‘一般令狀(general warrant)’ 에 대한 嫌惡는 이러한 유형의 영장은 언론의 자유에 대한 중대한 침해가 된다는 사실에서 유래한다. 실제로 영국에서는 언론, 출판 행위를 규제, 탄압하는 용도로 일반영장을 널리 사용했던 것이다. 1763년의 악명 높은 Wilkes v Wood판결의⁴⁷ 폐해가 헌법의 아버지들로 하여금 일반영장제도에 대한 경각심을 강화하는데 기여했다는 연구가 있다.⁴⁸

官憲이 發付한 令狀에 대한 불신 때문에, 영장 없이 不合理한(unreasonable)수색을 할 경우에 시민은 관헌을 상대로 소송을 제기할 수 있었던 것이다. 이런 소송의 경우에 수정 제 7조의 민사배심 조항이 의미를 갖는 것이다. 이 경우에 배심이 판단할 내용은 압수, 수색이 ‘합리적

⁴⁵ 이 점에 대해서는 안경환 ‘미연방헌법 수정 제 4조의 본래의 의미’ 又凡 李壽成선생 화갑기념 논문집 (2000) 동성사 pp. 235-252.

⁴⁶ Akhil Reed Amar, ‘First Principles of the Fourth Amendment’, 107 *Harvard L. Rev.*, 757 (1994).

⁴⁷ 19 Howell's State Trials 1153 (C.P.1763), 98 Eng. Rep. 489. 방약무인 으로 활동한 하원의원 John Wilkes는 국왕 조지 3세와 그의 내각을 비방하는 내용의 익명의 팜플렛을 제작, 배포하였다. 이에 대해 주무장관은 팜플렛을 제작한 출판사와 인쇄소에 대해 일반영장을 발부하는 과잉의 조치를 취했다. 영장에는 이름조차 혐의자의 기재되어 있지 않아 사실상 관헌의 자의적인 판단에 따라 누구나 체포 수색할 수 있는 권한을 부여한 것이다.

⁴⁸ Amar, 전계논문 주 46, p. 775, n.67 참조.

(reasonable)' 이었느냐 여부이다.⁴⁹ 'No warrant shall issue, but' 으로 시작되는 영장조항은 영장이 발부되어서는 안 되는 상황을 原則적으로 規定하고, 예외적으로 영장이 발부될 수 있는 경우에 그 前提條件을 규정하고 있는 것이다. 따라서 본래의 의도에 비쳐볼 때 수정 제 4조의 영장조항은 합리성의 요구가 핵심이며, 그 合理性(reasonableness)의 판단자는 판사가 아니라 배심이라는 형사사법의 운영에 관한 근본원리를 구현하는 조항이다.

5. 수정 제 5조, 제 7조

수정 제 5조의 二重危險禁止(double jeopardy)조항도 배심의 評決에 대한 抗訴審査를 禁止하는 취지를 담겨 있다. 또한 수정 제 5조의 '適法節次(process of law)' 조항도 그 근간에 배심제도가 깔려 있다. 영국 common law의 大家, Edward Coke의 정의에 의하면 적법절차란 '善良하고 合法的인 사람의 集團에 의한 起訴(indictment or presentment of good and lawful men)', 다시 말하자면 大陪審에 의한 기소를 의미한다.⁵⁰

마찬가지 원리에 의해 "배심에 의해 확정된 사실은 어떤 법원에 의해서도 재심사를 받지 아니한다." 라는 수정 제 7조도 배심과 판사와의 권한 배분을 규정하고 있다.

⁴⁹ 현재에는 이러한 소송이 인정되지 않는다.

⁵⁰ Edward Coke, The Second Part of the Institutes of laws of England, p.50-51. Coke의 생애와 사상에 관한 대표적인 저술은 Catherine Drinker Bowen, The Lion and The Throne- the Life and Times of Sir Edward Coke (1552-1634), Little Brown and Company, (1956, 1985).

6. 수정 제 8조와의 관계

수정 제 8조의 ‘過度한 保釋金과 苛酷하고도 非正常的인 刑罰의 禁止(prohibition against excessive bail and cruel and unusual punishment)’ 조항도 배심제도와 간접적으로 연결되어 있다. 물론 보석 결정을 위한 청문재판은 배심 없이 판사의 단독 결정으로 행해진다. 바로 이러한 이유 때문에 판사가 처리할 수 있는 상한을 제한한 것이다. 이점은 사전검열을 금지하는 수정 1조나, 압수, 수색을 제한하는 수정 제 4조의 원리와 동일한 선상에 서 있다.

가혹하고도 비정상적인 형벌의 금지 조항은 후일 실체법적인 내용이 추가되어 한 때는 死刑制度 그 자체가 違憲임을 선언하는 제이용되었지만⁵¹ 원래의 내용은 行刑 내지는 節次的인 의미가 컸다. 배심의 참여 없이 야만적, 비정상적인 처벌을 행하는 관헌에 의한 형벌군의 남용을 방지하기 위한 제도적 배려로서의 의미가 더욱 컸다.

7. 수정 제 9조 및 수정 10조

수정 9조와 10조는 배심제도에 정당성을 제공하는 國民主權의 原理(popular sovereignty)를 선언하고 구체화하는 조항이다. 이 조항들은 前文이 憲法制定權者로 천명하는 ‘우리들 국민(we the people)’ 은 배심과 직접적인 연관을 가진다.⁵² 1789년 Thomas Jefferson이 찬사를 아끼지 않

⁵¹ *Ferman v. Georgia*, 428 U. S. 175 (1976).

⁵² 이 두 조항을 일러 흔히 ‘국민주권조항(Popular Sovereignty Amendments)’ 으로 불리는 이유도 여기에 있다.

있듯이 배심제도야말로 ‘국민 자신에 의한 재판’ 이다.⁵³

수정 제 10조의 문언은 그 자체로서 분명하다. “이 憲法에 의해 明示的으로 州에 委讓되지 아니하고, 州에 의한 保有가 禁止되지 아니한 일체의 권리는 州와 '國民'에게 유보된다.”

수정 제 9조는 “憲法에 特定한 權利가 明記된 事實을 이유로 國民에 留保된 餘他の 權利를 否定하거나 制限하는 意味로 解釋할 수 없다.” 라고 규정한다. 이 조항 또한 集團的 權利의 성격이 강하다. 즉 수정 9조에 의해 국민에 유보된 권리 중에 가장 본질적인 불가양도의 권리는 독립선언(Declaration of Independence)이 천명한 정부를 변경하거나 폐지할 권리이다.⁵⁴

8. 陪審裁判制度를 運營할 一般國民의 權利

수정 제 6조는 배심재판을 받을 刑事被告人의 權利를 규정하고 있다. 만약 피고인이 이 권리를 拋棄하는 경우에는 어떤 문제가 발생하는가? 이 권리가 순수한 개인적 권리라면 일반 국민의 입장에서 아무런 이익을 제기할 수가 없다. 그러나 앞서 관찰한 바와 같이, 그리고 도크빌의 관찰처럼 배심재판에 決定的인 利害를 保有하는 자가 當事者가 아닌 陪審員이라면 문제는 다르다. 12인의 배심원은 국민의 대표자일 따름이다. 국민전체의 이익이 12인의 배심원의 이해를 초월함은 물론이다. 일반국민의 입장에서 자신의 동료이자 대표자인 배심으로 하여금 경찰, 검찰과 판사를 감시하도록 할 권한이

⁵³ The Papers of Thomas Jefferson, (Julien P. Boyd Ed, 1958) Vol. 15, p.23 (letter to David Humphreys).

⁵⁴ “That whenever any form of Government becomes destructive of these ends,

있다. 1979년의 연방 대법원 판결에서 Blackmun판사는 이러한 취지에 부응하는 언급을 했다. 일반국민(public)의 입장에서는 형사사법제도가 운용되는 태양에 관해 '教育받을(educated)' 필요가 있다는 것이다.⁵⁵ 블랙먼의 傍論(dictum)은 공개(public)재판을 방청할 일반국민의 권리라는 관점에서 논의를 전개했다. 그러나 그의 논지는 배심재판을 그 자체에 대한 공공의 권리에까지 확장될 수 있다.

이러한 논지를 확인시켜주는 사례를 구체적인 法律에서 발견할 수 있다. 1968년 陪審員 選定 및 서비스에 관한 法律(The Jury Selection and Service Act)은⁵⁶ 聯邦法院의 訴訟 當事者는 地域社會의 平均人에 近접한 陪審候補者群(jury pool)으로부터 無作為로 선정된 陪審에 의한 裁判을 받을 權利가 있다고 규정하면서 人種, 皮膚色, 宗教, 出生地, 性別 또는 經濟力을 이유로 하여 배심원이 될 권리를 제한하지 못한다고 규정한다. 이 법이 제시한 배심의 자격 요건은 年齡(18세 이상), 文字 解讀能力, 重大한 精神的, 肉體的 障礙의 不在, 그리고 前科 事實의 不在에 한정되었다. 이 법이 제정된 지 7년 후인 1975년 연방 대법원은 *Taylor v. Louisiana* 판결에서⁵⁷ 州法院의 陪審選定 節次에도 공정한 배심의 재판을 받을 권리가 적용된다고 판시하면서 배심 후보자군은 地域社會 全體의 普遍性이 확보되어야 한다고 부연했다. 그러나 1968년 법과 *Taylor*판결은 배심후보자군의 선정절차에 대해서만 적용된다. 의회나 법원의 일관된 입장은 특정 사안에서 실제로 평결을 내릴 배심원은 除斥될 正當한 사유가 있거나

it is the Right of the People to *alter* or to *abolish* it. . . ."

⁵⁵ *Gannett Co. v. De Pasquale*, 443 U. S. 368, 428-29, (1979) (Blackmun, J. concurring in part and dissenting in part).

⁵⁶ 이 법률은 종전의 'keyman' 제도를 폐지함으로써 연방의 배심선정절차에 중대한 변화가 발생했다 28 U.S.C Sec.1863(b)(4)(1968).

상대방의 이유를 명시하지 않은 專斷的 이의 신청(peremptory challenge)에 의해 기피될 수 있다는 것이다. 배심석에서는 모든 시민이 얼굴을 맞대고 (경우에 따라서는 침식을 함께 하고)서로의 의견과 소신을 교환하면서 자치 공동체의 운영을 위한 합의점의 모색을 위해 진력한다. 이렇듯 對話를 통한 民主主義의 精神이 具現되는 공적제도는 다른 영역에서는 찾아보기 드물다.

V. 맺는 말

이상에서 개략적으로 검토한 바와 같이 陪審制度야말로 美國憲法의 核心的 內容의 일부이다. 自由民主主義 憲政을 標榜하는 모든 나라의 司法制度에 공통된 문제는 이른바 民主性和 專門性的 調和의 문제이다. 미국의 배심제도는 탄생 당시부터 국정운영에 있어 國民主權의 原理를 실현하는 가장 핵심적인 내용으로 인식되어 사법에서의 民主性的 確保에 절대적으로 기여했다. 19세기 후반이래 專門法官을 중심으로 하는 사법제도가 틀을 갖추면서 배심의 기능은 官僚司法에 대한 牽制制度로 기능을 더욱 강조하게 되었다. 배심재판을 받을 권리는 個人的 權利의 성격이 강하나 배심재판에 參與할 권리는 주권자인 자격에서 국민이 보유하는 集團的 權利이다. 형사배심에 관해서는 헌법제정 당시의 이념이 유지되고 있으나 민사배심에 대해서는 갖가지 변용과 수정이 가해지고 있다. 그러나 세부적인 제도와 원리의 변용에도 불구하고 형사, 민사를 통틀어 배심제도는 미국의 사법제도의 근간으로서의 지위를 유지할 것이다. 적어도 '우리를 국민

(We the People)' 이 제정한 현재의 헌법과 근본적으로 다른 새로운 헌법이 제정되기 이전에는.