

독일의 국민참여 형사재판제도*

김 대 성**

목 차

I. 머리말	III. 현행 제도의 내용
II. 역사적 전개	1. 형사절차의 개관
1. 고대·중세시대의 민중의 재판참여의 전통	2. 참심원이 참가하는 재판합의체의 구성과 사물관할 및 심급관할
2. 배심제도의 도입논의 및 확산	3. 참심원의 선정절차
3. 참심제도의 도입논의 및 확산	4. 참심원이 출석해야 할 개정일의 결정 및 예비참심원의 소환방식
4. 독일제국시대의 배심제도와 참심제도	5. 참심원에 대한 제척 및 기피
5. 바이마르공화국시대의 배심제도와 참심제도	6. 참심재판의 절차
6. 나치스시대의 참심제도	IV. 맺는 말
7. 제2차 세계대전 이후의 참심제도	

I. 머리말

오늘날 여러 국가들에서 직업법관이 아닌 일반 시민들로 하여금 재판 참여 및 재판업무의 수행을 통하여 재판의 결과에 영향을 미치도록 하는 제도가 시행되고 있다. 이와 같은 국민참여재판제도는 사법의 민주화와 국민의 사법주권을 실현하는 제도로 평가받고 있으며, 그 가장 전형적인 모델은 영미법계 국가들에서 두드러지는 배심제도(jury system)와 대륙법

* 이 글은 필자의 박사학위논문의 제2장 중 일부를 발췌하여 이를 수정 및 보완한 것이다.(김대성, “국민이 참여하는 형사재판제도의 도입과 발전방안에 관한 연구”, 건국대학교대학원 법학박사학위논문, 2007)

** 건국대학교 법학연구소 전임연구원

계 국가들에서 두드러지는 참심제도(Schöffengerichtsbarkeit)이다. 전자는 직업법관과 배심원단이 서로 분리되고 서로 다른 업무를 수행하는 제도인 데에 비해, 후자는 직업법관과 참심원들이 하나의 합의체를 구성하고 동일한 업무를 서로 협력하여 수행하는 제도이다.

우리나라에서도 지난 2007년 6월 1일에 『국민의 형사재판 참여에 관한 법률』이 제정·공포됨으로써 국민참여재판제도가 사상 처음으로 도입되었고, 이 제도가 2008년 1월 1일부터 시행되어 오고 있다. 다만 우리나라의 현행 국민참여재판제도는 과도기에 놓여 있다고 하겠다. 즉 입법과정에서 나타난 제도의 시행계획¹⁾이나 현행법상 제도의 내용²⁾으로 미루어 볼 때 현행 제도는 수년간의 시험적 운영 후에 그 존폐 여부 및 최종적인 형태가 결정될 것으로 예상된다. 따라서 우리나라에서 국민참여재판제도가 성공적으로 정착하고 발전해 나가기 위해서는 시험적 운영 기간 동안의 실제 국민참여재판 사례에 대한 다각적이고 심도 깊은 연구가 무엇보다 중요하겠지만, 그와 함께 여전히 이 영역에서의 선진 외국의 예에 대한 연구도 병행될 필요가 있다고 하겠다. 이 글은 그 선진 외국 중에서 참심제도의 주요 시행국가인 독일을 택하여 그 나라의 국민참여 형사재판제도에 대하여 그 역사와 현행 제도의 내용을 중심으로 고찰함으로써 하나의 참고자료를 제공하고자 한다.

1) 국회 법제사법위원회의 법안심사 과정 중이던 2006년 4월 17일에 열린 대체토론에서 당시 전문위원은 국민참여재판제도의 헌법 적합성과 관련하여 “향후 5년 정도 시행 후 배심 또는 참심제도를 결정하고 헌법개정 문제 논의 시에 이를 반영할 수 있을 것”이라고 답변하고, 위 제도의 시행준비와 관련하여 “법률안이 통과되면 대대적으로 홍보할 예정이고 5년 정도 시험 운영하면서 시행착오를 줄여갈 예정”이라고 답변한 바 있다.(『국민의 형사재판 참여에 관한 법률안』 심사보고서, 95, 97면 참조. 이 보고서는 국회 사이트 내의 의안정보시스템에 게시되어 있다.(http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/BillDetail.jsp?bill_id=032954))

2) 현행 국민참여재판제도는 재판에 참여하는 시민들의 평결이나 의견에 기속력을 부여하지 않는 점, 배심제도와 참심제도 중 어느 하나를 모델로 하였다기보다는 양 제도를 모두 경험해 보기 위해서 양 제도를 혼합 및 절충한 점 등에서 그러하다.

II. 역사적 전개

1. 고대 · 중세시대의 민중의 재판참여의 전통

유럽의 다른 여러 지역들과 마찬가지로, 독일 지역에서의 민중의 재판참여의 전통 역시 매우 유구한 역사를 지니고 있다.³⁾ 독일의 고대시대에 서의 민중의 재판참여는 정식재판소로서 모든 자유민이 참석한 가운데 개최되는 민회(Thing)⁴⁾의 재판절차를 통해 확인된다.⁵⁾ 재판집회로서의 민회에서는 부족의 장이나 왕이 직접 재판장이 되었는데, 당해 사건에 대한 판결은 재판장이 아니라 민회에 참석한 민중들에 의해 도출되었다. 즉 민회의 재판절차는 재판장이 전체 재판절차의 주재자 내지 사회자의 역할을 수행하는 가운데, 재판장의 요구에 의하여 민회 참석자들 중 1인(Urteilsfinder)이 당해 사건에 대한 판결내용을 제안하면 그 판결안에 대한 나머지 참석자들의 동의에 의하여 그 판결안이 판결로서 승인되고 재판장이 이를 선고하는 식으로 진행되었다.⁶⁾

그러나 당시에 특정한 일시 및 장소에서 한 달에 한 번꼴로 개최되는 정규민회(echtes Thing) 이외에도 일시 및 장소가 미리 정해져 있지 않은 임시민회(gebotes Thing)가 현행법이 체포될 때마다 수시로 개최되었고 민회참석은 모든 자유민의 의무였기 때문에,⁷⁾ 이들이 감수해야 할

3) 고대시대와 중세시대의 유럽의 여러 민족들의 민중의 재판참여의 전통에 대해서는 William Forsyth, *History of Trial by Jury*, 2nd ed., The Lawbook Exchange, Ltd., 1994, 13면 이하 참조.

4) 당시에 민회는 정치집회, 군사집회, 재판집회의 성격을 모두 지니고 있었다. (박홍규, 「시민이 재판을!」, 사람생각, 2000, 64면)

5) 아직 민사소송과 형사소송이 서로 분리되지는 않았던 시대이긴 하지만, 당시에 지방재판소(Gauegericht)의 관할사건이 통상적인 중죄사건들이었던 데에 비해, 민회의 관할사건은 모살죄(Mord)나 야간방화죄와 같은 가장 중한 범죄사건들이었다. (Friederike Charlotte Grube, *Richter ohne Robe : Laienrichter in Strafsachen im deutschen und anglo-amerikanischen Rechtskreis*, Peter Lang, 2005, 35-36면)

6) Eduard Kern, *Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts*, Verlag C. H. Beck, 1954, 1면.

부담은 상당하였다. 이런 이유에서 770년에서 780년 사이에 Karl 대제는 고대시대로부터 이어져 온 민회제도에 대해 개혁을 단행하였다. 그리하여 우선 임시민회의 경우에는 신분이 높은 자들과 부유한 자들에게만 참석의무가 부과되었다. 그리고 정규민회의 경우에는 그 개회횟수가 1년에 3회로 축소되었고, 당해 사건에서의 판결내용을 제안할 수 있는 자격 및 의무가 7인의 참심원들(scabini 또는 Schöffen)에게만 부여되었다. 이들 참심원들은 백인조(Hundertchaft)의 동의를 얻어 태수(Graf)에 의해 선임되었고, 부적절한 직무수행이 입증되지 않는 한 평생 동안 복무하는 종신직이었으며, 정규민회에서와 달리 임시민회에서는 판결내용을 제안하는 것이 아니라 직접 판결을 내리는 직무를 수행하였다.⁸⁾ 비록 그 취지가 민중의 민회참석 내지 재판참여에 대한 부담의 경감에 있었지만, 결과적으로 이 시기에 Karl 대제가 단행한 개혁으로 말미암아 민중의 재판참여가 제한되었던 것이다.

그 후 통치제도와 법원제도의 변천에도 불구하고 참심원이 참가하는 재판제도는 수세기 동안 존속되었지만, 로마법 계수의 영향으로 15세기 무렵부터 점차 쇠퇴해져갔다. 이는 소송절차의 서면주의 및 간접주의를 취했던 새로운 절차법하에서 법률 문외한인 참심원들은 재판업무의 수행에 부적합한 것으로 여겨지게 된 점이 가장 큰 요인이었다. ‘재판절차의 주재자·사회자로서의 재판장’과 ‘판결자로서의 참심원단’이라는 재판업무의 분담체제는 점차 종식되었고, 참심원을 대신하여 로마법과 카논법을 공부하고 법률에 정통한 전문·직업법관들이 재판업무를 수행하는 일이 급격히 증가하였으며, 17세기에 이르러 절대주의 시대가 열리면서 급기야 참심원이 참가하는 재판제도는 사실상 폐지되었다.⁹⁾

7) Friederike Charlotte Grube, 앞의 책, 35면; Eduard Kern, 앞의 책, 2면.

8) Friederike Charlotte Grube, 앞의 책, 37면; Eduard Kern, 앞의 책, 6면.

9) Eduard Kern, 앞의 책, 21-24, 40-41면; Christoph Hinckeldey (ed.), John Fosberry (trans.), *Criminal Justice through the Ages : From Divine Judgement to Modern German Legislation*, Mittelalterliches Kriminalmuseum, 1993, 92면.

2. 배심제도의 도입논의 및 확산

1789년의 프랑스혁명의 결과 프랑스는 영국을 모델로 하여 배심제도를 수용하였고, 이는 유럽대륙 전역에 상당한 영향을 미쳤다. 이 영향에 독일 지역도 예외는 아니었다. 그 직접적인 영향으로서 프랑스의 점령에 의하여 1798년 이후 라인강 좌안에 위치한 프로이센과 바이에른, 헤센·다름슈타트에는 형사소송에서의 구두주의 및 공개주의, 검사제도, 자유심증주의와 함께 프랑스식 배심제도가 도입되었다. 당시 프랑스식 배심제도는 피고인의 유·무죄 여부를 판정함에 있어서 배심원단과 법관의 직무영역이 각각 사실문제에 대한 판정과 법률문제에 대한 판정으로 엄격하게 분리되고, 배심원단은 법관이 제시하는 구체적이고 간단한 여러 질문들에 답해야 하는 점을 특징으로 하고 있었다.¹⁰⁾

프랑스법의 영향을 받은 이들 지역이 1815년에 프랑스의 지배로부터 벗어나 프로이센에 편입되자 배심제도를 포함한 기존의 형사사법제도는 폐지될 위기에 처하게 되었다. 그러나 이미 이들 지역의 주민들이 배심제도에 익숙해 있었고 그에 대해 좋은 평가를 하고 있었기 때문에, 당시 프로이센 정부는 이들 지역의 사법제도에 대한 조사를 수행한 긴급사법위원회(Immediat-Justiz-Kommission)의 권고를 수용하여 결국 이들 지역에서 종래의 프랑스식 배심제도를 존속시키기로 결정하였다.¹¹⁾

10) 통상적으로 배심원단에게는 “당해 사건에서 문제가 되는 사실이 입증되었는가?”, “피고인이 그 행위자인가?”, “그 행위가 고의인가?”의 질문이 주어졌다고 한다. (Bernard Schnapper, “Le jury français aux XIX et XXème siècles”, Antonio Padoa Schioppa (ed.), *The Trial Jury in England, France, Germany 1700~1900*, Duncker & Humblot, 1987, 167-168면)

11) Maximus A. Lesser, *The Historical Development of the Jury System*, William S. Hein & Co., Inc., 1894, 159면; Peter Landau, “Schwurgerichte und Schöffengerichte in Deutschland im 19. Jahrhundert bis 1870”, Antonio Padoa Schioppa (ed.), 앞의 책, 242-243면; William Forsyth, 앞의 책, 325-326면; Eberhard Schmidt, *Einführung in die Geschichte*

라인강 좌안지역에서 발생한 일련의 상황은 독일의 법학자들에게 배심제도에 대한 관심을 불러일으켰다. 1813년에 Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach가 배심제도에 관한 독일 최초의 논문인 “배심법원에 대한 고찰(Betrachtungen über das Geschworenengericht)”을 발표하면서 이 무렵부터 독일 법학자들 사이에서 배심제도의 도입문제가 논의되기 시작하였다. Feuerbach는 정치제도로서의 배심제도를 절대주의 국가에서는 군주가 향유하는 권력의 성질상 그 효과가 제대로 발휘될 수 없지만, 민주주의 국가에서는 개인의 자유를 보호하는 데에 기여할 수 있는 제도로 평가하는 한편,¹²⁾ 사법제도의 측면에서는 이 제도를 부정적으로 평가하였다.

즉 그는 피고인의 유·무죄 여부의 판정 문제는 단순히 사실문제에 대한 판정 문제가 아니라 법률문제에 대한 판정을 수반하게 마련이고, 법률지식을 결여하고 자신들의 양심과 피고인의 외형적인 모습에만 의존하여 우연적인 판정을 내리는 배심원들에 비해 직업법관들이 보다 정확하고 공정한 판결을 내릴 수 있다고 보았다.¹³⁾ 게다가 증거법정주의(gesetzliche Beweisregelung)의 지지자였던 그에게 증거법정주의와 조화될 수 없는 동시에 자유심증주의(freier Beweiswürdigung)를 수반하게 마련인 배심제도는 받아들이기 힘든 것이었다.¹⁴⁾

이에 비해 Carl Joseph Anton Mittermaier나 Friedrich Gottfried Leue, Georg Friedrich Wilhelm Hegel, Eduard Gans와 같은 법학자들은 배심제도를 옹호하는 입장에 있었다. Mittermaier는 처음에는 법률 문외한인 배심

der deutschen Strafrechtspflege, Unveränderter Nachdruck der dritten Aufl., Göttingen · Vandenhoeck & Ruprecht, 1983, 280-281, 327면; Eduard Kern, 앞의 책, 65면.

12) 그렇지만 Feuerbach는 당시의 정치적 상황 및 시민의식 수준의 측면에서는 배심제도가 독일에 적합하지 않다고 주장하였다.(Markus Dirk Dubber, “The German Jury and the Metaphysical Volk : From Romantic Idealism to Nazi Ideology”, 43 *Am. J. Comp. L.* 227, Spring 1995, 233면)

13) Friederike Charlotte Grube, 앞의 책, 51-52면.

14) Eberhard Schmidt, 앞의 책, 280면.

원들이 내리는 판정의 불안정성을 이유로 배심제도에 반대하는 입장이었다. 그러나 1830년대 중반 이후 그는 배심제도하에서 법관이 배심원단에게 증거법칙에 관하여 설시를 하고 배심원단이 이 설시에 근거하여 평결을 내리는 점에 주목하여, 배심원단이 평결을 내림에 있어서 증거법칙에 구속되도록 하는 한 배심제도를 수용할 수 있다고 판단하고, 독일에 배심제도를 도입할 것을 적극적으로 주장하였다.¹⁵⁾

그리고 Leue는 실정법의 법문에만 얽매이는 직업법관에 비해, 일반국민들 중에서 선정되는 배심원들은 그 실정법의 정당성까지 평가하게 된다는 이유에서 재판과 판결의 정당성 강화를 위해서는 배심제도의 도입이 불가피하다고 주장하였다.¹⁶⁾

또한 Hegel은 재판과 판결에 대한 당사자의 신뢰를 중요시하면서, 피고인과 동일한 위치에 있는 일반인들이 재판에 참가하는 배심제도는 재판과 판결에 대한 피고인의 신뢰 증진을 위해서 반드시 필요한 제도라고 주장하였다.¹⁷⁾

Gans는 형사소송에서 피고인의 자백을 유일한 유죄의 증거로 간주하면서, 피고인으로 하여금 자백을 강요해서는 안 되고, 배심원들의 판단을 통해서 자백을 획득할 수 있다고 주장하였다. 즉 그는 피고인의 발언에 구속되지 않고 자유로운 상태에서 당해 사건을 심판하는 배심원들은 그들 스스로가 피고인의 대변인으로서 피고인의 양심을 통찰할 수 있다고 보고, 따라서 배심원들의 판단을 통해서 피고인의 양심 내지 내심이 밝혀짐으로써 신판(Gottesurteil)의 결과가 도출된다고 보았던 것이다.¹⁸⁾

이에 반해 Friedrich Carl von Savigny, Friedrich August Biener, Karl Georg von Wächter 등과 같이 직업법관재판제도를 지지하거나 배심제도를 프

15) Peter Landau, 앞의 글, 245면; Friederike Charlotte Grube, 앞의 책, 54-55면.

16) Friederike Charlotte Grube, 앞의 책, 53면.

17) Peter Landau, 앞의 글, 251-252면.

18) Friederike Charlotte Grube, 앞의 책, 55면; Peter Landau, 앞의 글, 252-253면.

랑스혁명의 산물 또는 정치적 성격이 짙은 제도로 평가하면서 이 제도의 도입에 반대하거나 소극적인 입장을 취했던 법학자들도 적지 않았다.¹⁹⁾

한편 전술한 라인강 좌안지역에서의 일련의 상황은 법학자들뿐만 아니라 나아가 독일 전역에 배심제도에 대한 관심을 촉발시켰다. 절대주의 시대 이래 이어져 온 군주사법(Kabinetjustiz)과 직업법관들의 자의적인 판결은 직업법관재판제도에 대한 거센 비판을 야기하였고, 자유주의와 민주주의 사조의 영향으로 시민층은 배심제도를 직업법관의 형사재판 독점을 불식시킬 수 있는 방책으로 여기게 되었다. 그리고 시간이 흐르면서 법학자들은 증거방법에 대한 직업법관의 자의적인 판단을 억제하는 등의 증거법 영역에서의 배심제도의 유용성에 주목하게 되었고, 이에 법학계에서도 배심제도의 도입에 찬성하는 쪽으로 논의흐름이 전환되었다.²⁰⁾

이러한 법학계의 동향은 1847년의 게르마니슈텐 회의(Germanistenversammlung)에서 극명하게 드러났다. 독일 법학자들의 학술회의의 성격을 지니는 이 회의에서 배심제도의 도입을 권고하는 결의가 이루어진 것이다. 이 결의는 1848년에 프랑크푸르트 국민의회(Frankfurter Nationalversammlung)가 헌법을 제정하면서 배심제도를 채택하는 데에 결정적인 영향을 미쳤고,²¹⁾ 이 무렵 독일의 대부분의 지역들에서 입법을 통해서 배심제도를 채택함으로써 이 제도는 급속하게 확산되었다.²²⁾ 당시 이들 지역들에서 채택된 배심제도 역시 사실문제와 법률문제를 엄격히 분리하고 배심원단의 직무 및 권한을 사실문제에 대한 판정으로 제한한

19) 박상기, 『독일형법사』, 율곡출판사, 1993, 187, 201, 207면; 박홍규, 앞의 책, 233면; Eberhard Schmidt, 앞의 책, 335면.

20) Eduard Kern, 앞의 책, 75면; Friederike Charlotte Grube, 앞의 책, 55-56면; Eberhard Schmidt, 앞의 책, 339-340면.

21) Friederike Charlotte Grube, 앞의 책, 56면.

22) Eberhard Schmidt, 앞의 책, 336면; Peter Landau, 앞의 글, 263, 268-269면; Eduard Kern, 앞의 책, 76면.

점, 배심원단에게 사실관계에 관한 구체적인 질문들이 주어진 점, 공판절차에서 재판장의 지위가 우월한 점, 5인 또는 3인의 직업법관이 함께 참가한 점, 배심원단의 평결성립의 표결요건을 다수의견일치제로 한 점 등에서 대체로 영국식 배심제도보다는 프랑스식 배심제도에 가까운 것이었다.²³⁾

3. 참심제도의 도입논의 및 확산

다른 한편으로 19세기 초반 이후에 일각에서는 참심제도(Schöffengerichtsbarkeit)의 도입이 제안되기도 하였다. 이 제도의 도입이 최초로 제안된 것은 1819년경이었는데, 당시 라인강 좌안지역의 사법제도에 대한 조사를 위임받은 긴급사법위원회의 보고서에 대한 답변서에서 프로이센 정부의 참서관 Grävell이 직업법관과 소수의 일반인으로 재판합의체가 구성되는 참심제도를 프로이센의 모든 지역에 도입할 것을 제안한 것이 바로 그것이다. 이 제안의 동기는 형사사법개혁의 일환이라기보다는 일반국민의 재판참여의 요소를 유지함과 동시에 라인강 좌안지역을 포함한 프로이센 내에서의 법원조직과 형사소송절차의 통일을 도모하는 데에 있었다.²⁴⁾

이어서 1833년 이후에는 법학자 George Beseler가 사실문제와 법률문제의 엄격한 분리는 실재에 있어서 불가능하다는 인식에 기초하여, 이러한 이분적 원리를 특징적인 요소로 하는 당시 라인강 좌안지역에서 시행 중이던 배심제도의 도입은 특히 독일의 형사실체법의 사정에 미루어 볼 때 부적합하다고 하면서, 그보다는 참심제도의 도입이 더 바람직하다고 주장하였다.²⁵⁾ 또한 1852년에는 프로이센 의회에서도 참심제도의

23) Friederike Charlotte Grube, 앞의 책, 57면; Peter Landau, 앞의 글, 263, 276-279면.

24) Peter Landau, 앞의 글, 290면.

25) Peter Landau, 앞의 글, 290-292면.

도입문제가 논의되었다. 프로이센에서는 이미 1849년 1월의 명령에 의하여 배심제도가 임시적으로 시행되고 있었는데, 당시 프로이센 의회에서는 입법을 통해 배심제도를 정식으로 채택하는 문제가 논의되고 있었고, 이 논의 중에 배심제도의 대안으로서 참심제도의 도입이 제안된 것이다. 그러나 프로이센 의회에서 이 제안은 관철되지 못하였다.²⁶⁾

프로이센 의회에서 참심제도의 도입문제가 논의되기 이전인 1850년에는 하노버에서 참심제도가 도입되었다. 당시 하노버의 참심제도는 참심재판부의 구성원을 1인의 직업법관과 2인의 참심원으로 하였고, 경미한 범죄를 대상사건으로 하였다. 그 도입 이후 하노버의 참심제도는 재판과 판결에 대한 신뢰를 증진시킴으로써, 하노버는 물론이고 독일의 다른 지역들에서까지 호평을 받았고, 그 영향으로 하노버의 참심제도를 모델로 하여 1857년에 올텐부르크, 1863년에 헤센·카셀과 브레멘, 1864년에 바덴에서도 각각 참심제도가 도입되었다.²⁷⁾ 이어서 1868년에는 작센에서 형사소송법의 개정을 통해 배심제도와 참심제도가 동시에 처음으로 도입되었다.

여기서 참심제도를 도입하게 된 것은 1860년대 이래 줄곧 이 제도를 열렬하게 옹호해 온 당시 작센의 고등검찰청 검사장 Friedrich Oscar Schwarze의 제안에 따른 것이었다. Schwarze는 민주적인 정치제도로써 그리고 게르만의 민중의 재판참여 전통의 측면에서 배심제도 역시 바람직한 사법제도로 보았다. 그러나 그가 강조한 논지는 영국과 달리 형법이 발달해 있는 독일의 경우에 직업법관과 배심원단의 사이를 유리시키는 배심제도하에서 배심원들이 재판장으로부터 주어지는 질문을 이해하는 데에 충분한 안내나 지도를 받는 것은 불가능하며, 따라서 직업법관과 배심원단의 분업형태의 국민참여재판제도는 독일에서 도입하기에 적합하지 않다는 것이었다. 이때 작센에서 도입된 참심제도

26) Peter Landau, 앞의 글, 292-293면.

27) Eduard Kern, 앞의 책, 76면; Peter Landau, 앞의 글, 293-294면.

는 중절도죄와 중상해죄, 성범죄와 같은 중죄사건들을 대상으로 하고, 3인의 직업법관과 4인의 참심원으로 재판합의체가 구성되며, 참심원들은 피고인의 형사책임 문제에 대한 판정에만 관여하고 양형에는 관여하지 않는 형태였다.²⁸⁾

4. 독일제국시대의 배심제도와 참심제도

프로이센의 주도에 의하여 1871년에 독일이 통일되고 그 결과로서 탄생한 독일제국에서는 각종 법률들을 정비하기 위한 입법논의가 전개되었다. 사법제도의 통일화가 시도되었던 그 당시에 배심제도와 참심제도 역시 입법논의의 한가운데에 있었다. 당초 프로이센 법무성에 의해 성안된 형사소송법의 초안에는 Schwarze의 논지에 따라 배심제도를 배제하고 참심제도만이 채택되어 있었다. 이 초안에서 설계된 참심제도는 제1심 형사공판사건을 대상으로 하고, 사건의 유형에 따라 소참심재판부, 중참심재판부, 대참심재판부로 나누어 관할을 배정하는 것을 주요 내용으로 하고 있었다. 그러나 바이에른과 뷔르템베르크가 배심제도를 포기할 수 없다는 입장을 보이는 등 이 초안은 호응을 얻지 못하였다.

그리고 참심제도의 경우 하노버와 같이 경미한 범죄를 대상사건으로 하여 존치시키고, 중죄사건의 경우 직업법관재판과 배심재판 간의 선택제로 배심제도를 존치시켜야 한다고 주장한 바이에른의 법무장관 Fäustle가 지대한 영향을 미쳐 연방참의원(Bundesrat)에서는 프로이센 법무성의 초안과는 다른 법안이 성안되었다. 이후 제국의회 논의과정에서 한때 중간범죄(mittlere Kriminalität)를 참심재판의 대상사건으로 하는 방안이 크게 지지를 얻기도 하였으나, 이 역시도 연방참의원의 반대에 부딪혀 관철되지 못하였다.²⁹⁾

28) Peter Landau, 앞의 글, 295-297면.

29) Eberhard Schmidt, 앞의 책, 345-346면; Peter Landau, 앞의 글, 301-302면; Friederike

결국 1877년에 제정된 독일제국의 법원조직법과 형사소송법은 살인죄, 상해치사죄, 방화죄 등과 같은 중죄들은 배심재판의 대상사건으로, 3월 이하의 자유형 또는 600마르크 이하의 벌금형에 해당하는 범죄나 명예훼손죄, 가액 25마르크 이하의 절도죄·횡령죄·재물손괴죄 등과 같은 경미한 범죄들은 참심재판의 대상사건으로 각각 규정하면서, 배심제도와 참심제도를 둘 다 모두 채택하였다.

배심원과 참심원의 기본 자격요건은 30세 이상의 남성이었고, 이들을 선정하기 위하여 구법원(Amtsgericht)에서는 매년 구법원 법관 1인, 국가행정공무원 1인, 선정위원 7인으로 구성되는 선정위원회(Vertrauensausschuss)가 소집되었으며, 이 위원회에 의하여 선정되어 재판에 참가하는 시민들에게는 일당 및 여비가 지급되지 않았다. 배심원과 참심원은 둘 다 모두 제1심 형사공판에만 참가하였는데, 1인의 직업법관과 2인의 참심원이 재판합의체를 구성하게 되는 참심재판에서는 참심원과 직업법관의 직무 및 권한이 동일하여 피고인의 유·무죄 여부와 양형에 대하여 이들이 함께 토의하여 판정하였다.

이에 비하여, 매년 4회 열리는 배심법원에서 3인의 직업법관과 12인의 배심원이 참가하게 되는 배심재판에서 배심원들은 피고인의 유·무죄 여부와 정상참작 여부에 대해서만 판정할 수 있었다. 그리고 배심원단의 평결성립의 표결 요건으로서 피고인의 유·무죄 여부의 경우에는 ‘3분의 2’ 이상, 정상참작 여부의 경우에는 ‘7대 5’ 이상의 다수의견일치가 요구되었다. 배심재판의 공판에서 배심원들은 증인이나 감정인에게 직접 질문할 수도 있었고, 재판장을 통해 피고인에게 질문을 할 수도 있었다. 재판장은 당해 사건의 재판을 주재하면서 공판 동안에 배심원단에게 법적인 관점에서 설시를 하였는데, 이때 재판장이 공판에서 행해진 증거조사에 대해 평가하거나 재판결과에 관하여 자신의 의견을 진술하는

일은 허용되지 않았다. 참심재판의 판결에 대해서는 항소가 가능하였지만, 이와 달리 배심재판의 판결에 대해서는 항소가 허용되지 않았다.³⁰⁾

그러나 독일제국의 법원조직법과 형사소송법이 시행된 이후에도 배심제도는 종종 비판과 개혁요구의 대상이 되었다. 예컨대 당시에 참심제도를 선호했던 제국정부는 1885년에 배심원단의 정원을 7인으로 감원하고 배심재판의 대상사건의 범위를 보다 축소하는 것을 내용으로 한 법안을 연방참의원에 제출하였다. 그리고 1886년의 법학자회의(Juristentag)에서는 법학자들 사이에서 배심제도의 개혁 필요성이 인정되었으며, 1902년에 제국사법성(Reichsjustizamt)에 의해 설치된 개혁위원회는 그 다음 해에 배심제도를 완전히 폐지하고 대신에 제1심 형사공판사건에 대해 전면적으로 참심제도를 실시할 것을 제안하기도 하였다. 이 시기의 배심제도 제한론 내지 폐지론은 주로 사법제도로서의 배심제도의 결점을 그 논지로 한 것들이었지만, 정치적 제도로서 배심제도가 지니는 의의를 더 중요하게 여기는 견해가 다수의 입장에 있었기 때문에 이 제도의 폐지나 개혁은 현실화되지 못하였다. 게다가 1913년에 입법에 의해서 배심원과 참심원에게 일당이 지급되자, 일반국민들의 재판참가 욕구는 고조되었고, 이 무렵부터 배심제도의 개혁에 대한 요구도 점차 시들어졌으며, 뒤이은 제1차 세계대전의 발발에 따라 일시적으로 끊기게 되었다.³¹⁾

5. 바이마르공화국시대의 배심제도와 참심제도

제1차 세계대전과 제2차 세계대전 사이의 시기에 독일은 특히 경제적·재정적으로 큰 위기에 처했고, 이는 독일의 법원조직과 형사소송제도에

30) Eduard Kern, 앞의 책, 108-118면; Friederike Charlotte Grube, 앞의 책, 59-60면.

31) Friederike Charlotte Grube, 앞의 책, 60-61면; Peter Landau, 앞의 글, 302-303면; Eberhard Schmidt, 앞의 책, 415면.

도 상당한 영향을 미쳤다. 우선 1921년에는 법원의 업무부담을 경감시킬 목적으로 약식명령절차와 참심재판의 대상사건이 확대되었다. 이어서 여성에게도 직업법관과 배심원·참심원이 될 수 있는 자격이 부여된 1922년 직후에 국민참여재판제도에 큰 변화가 일어났는데, 그 주요한 원인은 극심한 인플레이션이 초래한 경제적 위기에 있었다.³²⁾ 이 변화는 1923년 12월의 전권위임법(Ermächtigungsgesetz)에 의거하여 당시 제국법무장관 Emminger가 1924년 1월에 발포한 긴급명령인 ‘법원조직과 형사재판에 관한 명령(Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege)’에 의하여 현실로 나타나기 시작하였다.

이 시기의 사법개혁 조치들은 주로 사법비용의 절감을 도모한 것이었는데, 우선 당시 이 Emminger 사법개혁에 대해 가장 큰 비판을 야기한 것으로서, 종래의 배심법원이 폐지되고 이를 대신하여 3인의 직업법관과 6인의 참심원으로 구성되는 대참심재판부(großes Schöffengericht)가 창설되었다. 다만 국민들에게 익숙하다는 이유로 대참심재판부에 대해서는 “배심법원(Schwurgericht)”이라는 명칭을 그대로 사용하기는 하였지만,³³⁾ 이후 독일에서 배심제도는 부활되지 않았기 때문에 이로써 이 제도가 사실상 종말을 맞이하게 된 셈이다.³⁴⁾ 그리고 종래 참심재판부

32) Eberhard Schmidt, 앞의 책, 418-419면.

33) 그 직전에도 독일정부는 형사법원조직의 근본적인 개혁을 시도한 바 있는데, 그 과정에서 당시 제국법무장관 Radbruch가 1922년 6월에 참의원(Reichsrat)에, 그리고 당시 제국법무장관 Heinze가 1923년 5월에 제국의회(Reichstag)에 각각 개혁안을 제출하였다. 이 두 개혁안은 공통적으로 형사부(Strafkammer)의 제1심 관할을 폐지시킬 것, 형사부의 관할을 항소심 사건으로 국한시키고 참심재판에 의할 것, 확대참심재판부를 신설할 것을 제안하였지만, Radbruch의 개혁안에서는 배심법원을 원형 그대로 유지시키고자 한 반면, Heinze의 개혁안에서는 배심법원이라는 그 명칭을 유지시키는 대신에 그것을 직업법관 3인과 참심원 6인으로 재판합의체가 구성되는 대참심재판부로 변경시킬 것을 제안하였다. 따라서 Heinze의 개혁안에서의 이 제안이 나중에 Emminger 사법개혁에서 실현된 것이다.(Peter Rieß/Karl Heinz Gössel/Klaus Lüderssen, *StPO : Löwe-Rosenberg Grosskommentar*, 25. neu bearbeitete Aufl., W. de Gruyter, 1998, 55-56면)

34) 이 시기에 배심제도가 폐지된 데에는 경제적·재정적 이유 이외에도 불안한 정치적

(Schöffengericht)의 관할사건이 구법원 단독판사의 관할사건으로, 종래 형사부(Strafkammer)의 관할사건은 참심재판부의 관할사건으로 변경되었다. 형사부는 다시 두 개로 분리되어 항소심만을 관할하는 법원으로 변경되었다.³⁵⁾

또한 위의 형사부에서의 재판이 참심재판절차에 의하게 됨으로써 일반국민의 재판참여는 항소심으로까지 확대되었다. 즉 구법원 단독판사의 판결에 대한 항소심의 관할이 1인의 직업법관과 2인의 참심원으로 구성되는 소형사부(kleine Strafkammer)에게 부여되었고, 참심재판부의 판결에 대한 항소심의 관할은 3인의 직업법관과 2인의 참심원으로 구성되는 대형사부(große Strafkammer)에게 부여된 것이다. 이 시기의 참심제도에서는 피고인의 유·무죄 여부에 대한 판정은 물론이고, 양형에 있어서 피고인에게 불리한 결정을 내리는 데에도 재판합의체의 구성원 3분의 2 이상의 다수의견일치가 요구되었다.³⁶⁾ 그 후 1932년에는 종래 항소심 법원이었던 대형사부의 관할사건이 마찬가지로 사법비용절감의 취지에서 다시 제1심 형사공판사건으로까지 확대되었다.³⁷⁾

6. 나치스시대의 참심제도

바이마르공화국을 무너뜨리고 1933년에 권력을 장악한 Adolf Hitler는 독일제국시대에 확립된 법치국가원리를 무시한 채 전횡적인 통치행위를 전개하는 한편, 국가사회주의독일노동자당(Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei; 이하 ‘나치스’로 줄여 씀)의 일당독재체제를 구축

항에서의 강력한 사법통제의 필요성, 사법부의 보수화, 독일법의 전문화 및 복잡화 등이 상당한 영향을 미쳤다고 한다.(안경환·한인섭, 『배심제와 시민의 사법참여』, 집문당, 2005, 333-335면)

35) Friederike Charlotte Grube, 앞의 책, 62-63면; Eduard Kern, 앞의 책, 160-163면.

36) Gerhard Casper/Hans Zeisel, *Der Laienrichter im Strafprozess*, Karlsruhe, 1979, 26면.

37) Eduard Kern, 앞의 책, 174면.

하면서 이 정당에 형사재판권마저 전속시켰다.³⁸⁾ 비록 나치스 시대에도 표면상으로는 국민의 재판참가형태가 유지되었지만, 실질적으로는 권력유지를 위한 수단으로서 국민참여재판제도의 형태와 유사한 제도를 창설하여 활용하는 한편, 참심제도를 제한하는 양상이 두드러졌다.

예컨대 나치스정권은 1934년 4월에 내란죄나 반역죄와 같은 정치범 사건을 관할로 하고 그 판결에 대해서는 항소가 허용되지 않는 인민재판소(Volksgesichtshof)를 창설하였는데, 비록 이 재판소에서 직업법관이 아닌 일반인들이 인민재판관으로서 재판에 직접 참가하였지만, 이들 인민재판관들은 Hitler와 나치스를 신봉하는 자들 중에서 선정되었고, 이 재판소는 Hitler와 나치스의 권력유지를 위한 정치적 도구에 불과한 것이었다.³⁹⁾

그리고 이미 법원 구성원의 인사권까지 장악하여 직업법관의 인사 문제를 통할하고 있었던 나치스정권은 1934년 12월에 법원조직법을 개정하여 참심원선정위원회에 나치스의 고위당직자를 참가시킴으로써 참심원의 선정에도 깊숙이 관여하였다. 또한 위 정권은 1938년 11월에는 검찰이 당해 범죄사건의 중대성 등을 고려하여 적정하다고 판단하는 경우에는 대참심재판부나 기타 하급법원의 관할사건을 직업법관재판제

38) Eberhard Schmidt, 앞의 책, 434-436면; Heinrich Mitteis/Heinz Lieberich, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 13. Aufl., Verlag C. H. Beck, 1974, 319면.

39) Ulrich Eisenhardt, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Verlag C. H. Beck, 1984, 369-370면; 인민재판소에서의 재판은 외형상으로 참심재판과 유사한 것이었다. 다만 재판합의체의 구성원은 5인이었고 그 중 2인은 법관 자격을 소지한 자들이어야 했는데, 특히 이 재판합의체의 구성원의 임명이 Hitler에 의해 지배되었다는 점에서 인민재판소는 순수한 의미에서의 국민참여재판제도와는 거리가 멀었다.(Peter Rieß/Karl Heinz Gössel/Klaus Lüderssen, 앞의 책, 66면; Eberhard Schmidt, 앞의 책, 447면) 한편 초기에 인민재판소의 일부 사건들에서는 나치스정권의 의도 내지 기대와 상반되는 판결이 내려지기도 하였는데, 이들 판결들은 주로 공민권(bürgerlichen Ehrenrechte) 박탈과 관련된 것들이었으며, 나치스정권이 창출한 새로운 국가관을 반영하는 데에 미흡했다는 이유로 당시에 거센 비판을 받기도 하였다.(Klaus Marxen, "Die Rechtsprechung des Volksgesichtshofs", *KritV* Heft 1, 1992, 57-58면)

도로 운영되는 특별법원에 기소할 수 있도록 하는 명령을 포고하였으며, 제2차 세계대전이 발발한 날인 1939년 9월 1일에는 급기야 「법원조직과 사법의 분야에 대한 조치에 관한 명령」(Verordnung über Maßnahmen auf dem Gebiet der Gerichtsverfassung und der Rechtspflege)을 포고하여 참심제도를 실질적으로 폐지시키기에 이르렀다.⁴⁰⁾

7. 제2차 세계대전 이후의 참심제도

1945년 5월에 나치스정권으로부터 항복을 받아내고 독일을 점령한 연합국은 그 직후 독일의 형사재판을 자신들의 군사법원에서 처리하였다. 이어서 1945년 10월 30일의 법원제도 개조에 관한 연합국관리위원회 법률(Kontrollratsgesetz) 제4호는 나치스당원 출신의 판·검사들을 파직시키고 법원조직의 큰 틀을 원칙적으로 1933년 이전, 즉 바이마르공화국 시대의 그것으로 복원하도록 지령하였다. 그리고 1946년 이후에는 정치상황이 점차 안정을 되찾아가면서 독일 내의 각 지역에서 국민참여재판제도의 재도입이 추진되었는데, 다만 이 무렵에는 연합국을 구성하는 각 점령국(영국, 미국, 프랑스, 소련)의 점령지역에 따라 사법제도가 그 내용을 서로 달리하여 구축되었기 때문에, 이들 지역들에서 다시 도입된 국민참여재판제도 역시 그 구체적인 내용이 상이하였다.⁴¹⁾

그로부터 얼마 지나지 않아 독일이 동서로 분단되고, 이에 따라 국민참여재판제도를 포함한 사법제도도 동독과 서독에서 서로 다른 방향으로 전개되었다. 비록 여러 면에서 나치스시대와 그 체제가 유사하기는 했지만, 동독에서도 참심제도가 부활되었다. 초기에 동독에서는 주로 정치사범과 경제사범 사건을 관할로 하는 형사부(Strafkammer)에서 제1심에

40) Eberhard Schmidt, 앞의 책, 447면; Eduard Kern, 앞의 책, 209, 211, 226-227면; Peter Rieß/Karl Heinz Gössel/Klaus Lüderssen, 앞의 책, 71면.

41) Eduard Kern, 앞의 책, 286-291면.

한해서 직업법관 2인과 참심원 3인으로 재판합의체가 구성되는 참심제도를 시행하다가, 1974년의 법원조직법에 의하여 모든 사건의 제1심을 관할로 하는 지방법원(Kreisgericht)에서 원칙적으로 직업법관 1인과 참심원 2인으로 재판합의체가 구성되는 참심제도를 시행하는 것으로 변경되었다.⁴²⁾

한편 서독에서는 1950년 9월 12일의 「법원조직법 등의 통일화의 복원에 관한 법률」(Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiet der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts)에 의하여 참심제도가 1933년 이전의 상태로 복원되었는데,⁴³⁾ 다만 참심원의 선정절차 및 복무여건에 있어서는 새로운 제도가 채택되었다. 우선 게마인테의회(Gemeindevertretung)에서 3분의 2 이상의 다수결 원칙에 의거하여 작성되는 참심원후보자명부에 등재된 시민들 중에서 구법원의 선정위원회가 필요한 수만큼의 참심원들을 마찬가지로 3분의 2 이상의 다수결 원칙에 의거하여 선정하게 되었는데, 여기서 위의 선정위원회는 구법원장 1인, 군수 1인, 선정위원 10인의 총 12인으로 구성되었다. 그리고 참심원의 임기는 2년으로 정해졌고, 참심원으로 선정된 시민들은 1년에 적어도 참심재판의 개정일 12회 동안 법원에 출석하여 재판업무를 수행해야 했다.⁴⁴⁾

그 후 서독에서는 1974년 12월 9일의 「형사절차법의 개정에 관한 제1차 법률」(Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts)에 의하여 다시 한번 참심제도에 눈에 띄는 변화가 일어났다. 이 법률에 의하여

42) Peter Rieß/Karl Heinz Gössel/Klaus Lüderssen, 앞의 책, 115-116면; Eduard Kern, 앞의 책, 309-310면.

43) Eduard Kern, 앞의 책, 303-304면.

44) Eduard Kern, 앞의 책, 304면. 참심원의 선정절차 및 복무여건에 있어서는 이러한 변화에 대해서는 긍정적인 평가와 부정적인 평가가 양립하는데, 전자는 참심원의 양질의 역량 보장과 비용·시간의 절감 측면에, 후자는 당리당락적인 참심원 선정 측면에 기초한다.(Friederike Charlotte Grube, 앞의 책, 65면; Eduard Kern, 앞의 책, 304면)

살인에 관한 모든 범죄를 관할로 하는 지방법원(Landgericht) 대형사부(große Strafkammer)가 실제로는 참심제도로 운영되어 온 ‘배심법원(Schwurgericht)’의 명칭을 이어받았고, 모든 심급에서의 모든 참심재판에서 참심원의 정원이 2인으로 획일화되었다.⁴⁵⁾ 특히 대참심재판부에서 참심원의 수가 종래 6인에서 2인으로 대폭 감원된 것이다. 이어서 독일이 통일된 후인 1993년 1월에는 법원의 적체사건 증대에 대응하여 형사사법시스템의 합리화를 도모하기 위해 제정된 「사법부담경감에 관한 법률」(Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege)에 의하여 각종 참심재판부를 포함한 형사법원의 사물관할과 대참심재판부의 구성이 현행 제도상의 그것으로 변경되었다.⁴⁶⁾

III. 현행 제도의 내용

1. 형사절차의 개관

가. 형사소추의 제기까지의 절차

독일의 형사소송법상 수사활동은 경찰과 검찰 모두의 임무로 되어 있는 한편, 검찰은 수사의 주체이며 경찰과의 관계에서는 수사의 지휘·지시권을 갖는다.⁴⁷⁾ 수사단계에서는 경찰과 검찰 이외에도 수사법관(Ermittlungsrichter)이 중요한 역할을 담당하는데, 이들은 주로 검사의 신청에 의해 수사와 관련한 활동을 하게 되지만, 피의자측의 신청에

45) Friederike Charlotte Grube, 앞의 책, 66면.

46) Markus Dirk Dubber, 앞의 글, 239-241면; Friederike Charlotte Grube, 앞의 책, 66면; Peter Rieß/Karl Heinz Gössel/Klaus Lüderssen, 앞의 책, 100면.

47) Strafprozeßordnung § 160, § 161, § 163.

의하거나 직권으로 활동하기도 한다. 수사법관은 구법원의 소속으로서 기소 이전의 단계까지 활동하게 되며, 강제처분 및 강제수사의 영역에 있어서 우리의 형사소송법상 수임판사와 매우 유사한 직무를 수행하지만, 그보다 더 광범한 권한을 가지고 있다.⁴⁸⁾

특히 수사법관은 수사단계에서 필요한 조사를 검사가 신청할 수 없고 긴급을 요하는 경우에는 직권으로 조사를 실행함으로써 ‘비상검사(Notstaatsanwalt)’로서의 기능을 수행하기도 하고,⁴⁹⁾ 마찬가지로 검사의 신청이 불가능하고 긴급을 요하는 경우에는 직권으로 피의자에 대해 구속영장을 발부할 수도 있다.⁵⁰⁾

수사단계에서 확보된 자료 및 기록을 토대로 검사는 기소 여부를 판정하게 되는데, 이때 법률에 다르게 규정되어 있지 않는 한, 원칙적으로 검사는 충분한 사실적 근거가 존재하는 모든 형사소추 가능한 범죄행위에 대해 공소를 제기해야 할 의무를 지며(기소법정주의), 공소제기는 검사가 관할법원에 공소장을 제출함으로써 이루어진다.⁵¹⁾ 한편 독일 형사소송법은 형사소추의 방식으로 검사의 공소제기 외에 사인소추(Privatklage)의 절차에 대해서도 규정하고 있다. 사인소추가 가능한 사건은 주거침입, 연방 또는 주의 입법기관이나 기타 정치단체에 대한 것이 아닌 모욕, 서신비밀침해, 상해, 협박, 재물손괴, 거래상의 수·증뢰 등의 사건이며, 그 중에서 전 6자의 사건은 주사법행정부가 지정한 화해담당 관청이 화해를 시도하였으나 실패한 경우에 한하여 사인소추의 제기가 허용된다.⁵²⁾

48) Claus Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 25. Aufl., Verlag C. H. Beck, 1998, 71-72면; Klaus Volk, *Grundkurs StPO*, 4. Aufl., Verlag C. H. Beck, 2005, 33면; Klaus Göbel, *Strafprozess*, 6. Aufl., Verlag C. H. Beck, 2005, 2면.

49) Strafprozeßordnung § 165.

50) Strafprozeßordnung § 125(1).

51) Strafprozeßordnung § 152(2), § 170(1).

52) Strafprozeßordnung § 374(1), § 380(1).

사인소추의 소추권자는 원칙적으로 피해자이지만, 피해자와 함께 또는 피해자를 대신하여 고소할 권리가 있는 자도 사인소추를 제기할 수 있다.⁵³⁾ 검사는 사인소추절차에 참여할 의무가 없지만, 사인소추사건에 대한 판결의 확정력이 발생되기 전까지는 어느 단계에서나 명시적인 의사표시에 의해 그 사건의 소추를 인수할 수 있고, 사인소추의 대상사건이 공공의 이익과 관계가 있는 때에 한하여 그 사건을 직접 공소제기할 수도 있다.⁵⁴⁾

나. 제1심 형사법원의 사물관할

형사사건의 제1심을 담당하는 법원은 구법원(Amtsgericht)과 지방법원(Landgericht), 고등법원(Oberlandesgericht)이다. 이 중에서 제1심만을 담당하는 구법원과 달리, 지방법원은 제1심 외에도 항소심까지 담당하며, 고등법원은 제1심 외에도 상고심까지 담당한다. 구법원의 사물관할은 선고형이 4년의 자유형을 초과하지 않을 것으로 기대되는 사건들 중에서 지방법원과 고등법원의 관할사건, 보안처분이 수반될 것으로 기대되는 사건, 검찰이 당해 사건의 특별한 중대성 때문에 지방법원에 기소한 사건을 제외한 나머지 사건들이다.⁵⁵⁾

그리고 제1심 형사법원으로서의 지방법원의 사물관할은 구법원과 고등법원의 관할에 속하지 않는 중죄사건⁵⁶⁾과 4년을 초과하는 자유형이나 보안처분이 기대되는 사건, 검찰이 당해 사건의 특별한 중대성 때문에 지방법원에 기소한 사건이다.⁵⁷⁾ 마지막으로 제1심 형사법원으로서의

53) Strafprozeßordnung § 374(1)(2).

54) Strafprozeßordnung § 376, § 377.

55) Gerichtsverfassungsgesetz § 24.

56) 독일에서 범죄는 법정형을 기준으로 하여 중죄(Verbrechen)와 경죄(Vergehen)로 나뉜다. 중죄는 법정최저형이 1년 이상의 자유형인 범죄를 말하고, 경죄는 법정최저형이 1년 미만의 자유형이거나 벌금형인 범죄를 말한다.(Strafgesetzbuch § 12)

57) Gerichtsverfassungsgesetz § 74(1)(2).

고등법원의 사물관할은 침략전쟁예비죄, 내란죄, 외환죄 등의 국가안보에 관한 범죄사건들이다.⁵⁸⁾

다. 중간절차

과형명령절차(Strafbefehlsverfahren)⁵⁹⁾나 신속절차(beschleunigtes Verfahren)⁶⁰⁾에 의하는 사건을 제외한 모든 형사소추사건은 공판절차의 개시 전에 중간절차(Zwischenverfahren)를 거치게 된다. 중간절차는 법원으로 하여금 공판절차의 개시 여부를 비공개로 심리하도록 하고 소송당사자에게 차별적인 공판이 행해지지 않도록 하는 기회를 제공함으로써 기대되는 형사소추에 대한 ‘통제 기능’과, 증거신청과 이의제기를 통해 피고인이 공판절차의 개시 여부에 영향을 미칠 수 있는 기회의 제공에 그 의의가 있다.⁶¹⁾

중간절차에서는 법원이 당해 사건에 대한 공판절차의 개시 여부 또는 절차의 일시적 정지 여부에 대하여 재판을 하게 되며,⁶²⁾ 참심원의 참가 없이 직업법관들만이 재판을 담당한다. 법원에 소장이 제출된 후에 재판

58) Gerichtsverfassungsgesetz § 120.

59) 구법원의 단독판사 또는 지방법원의 대참심재판부의 관할에 속하는 경죄 사건에 대한 수사결과 검사가 공판이 필요하지 않다고 판단하여 과형명령절차를 신청하면, 법관이 피고인에게 충분한 혐의가 있다고 인정하지 않아서 과형명령의 선고를 허용하지 않는 경우가 아닌 한, 중간절차와 공판절차를 거치지 않고 서면에 의한 과형명령으로 그 사건에서의 범죄행위의 법률효과가 확정될 수도 있다. 과형명령절차에 대해서는 Strafprozeßordnung § 407 - § 412에서 규정하고 있다.

60) 구법원의 단독판사 또는 지방법원의 대참심재판부의 관할에 속하는 사건이 그 사실관계가 단순하거나 증거가 명백하여 즉각적인 심리가 적합한 경우에 검사는 신속절차에 의한 재판을 신청한다. 이러한 사건은 그 형사소추를 위해서 검사가 반드시 공소장을 제출할 필요가 없으며, 검사가 서면 또는 구두로 신속절차에 의한 재판을 신청하면 중간절차 및 공판절차 개시에 관한 재판을 거치지 않고 곧바로 공판절차가 개시된다. 그리고 신속절차에 의한 재판에서는 1년을 초과하는 자유형이나 보안처분을 과할 수 없다. 신속절차에 대해서는 Strafprozeßordnung § 417 - § 420에서 규정하고 있다.

61) Claus Roxin, 앞의 책, 325-326면.

62) Strafprozeßordnung § 199(1).

장은 이를 피고인에게 송달하면서 일정한 기간 내에 증거조사의 신청 여부나 공판절차의 개시에 대한 이의제기 여부의 의사표명을 요구하고, 법원은 보다 나은 사건해결을 위해서 재판 이전에 개별증거의 조사를 명할 수도 있다.⁶³⁾ 중간절차에서 피고인이 범죄행위에 대해 충분한 혐의가 있다고 인정되면 법원은 공판절차의 개시를 결정하는데, 이 결정에 대해서 피고인은 불복할 수 없는 반면, 검사는 공판절차개시의 기각이나 그의 신청과는 다른 하급법원으로의 이송지시결정에 대해 즉시항고를 할 수 있다.⁶⁴⁾ 그러나 일반적으로 법원이 공판절차의 개시결정을 하지 않는 사건의 비율은 1%에도 못 미친다고 한다.⁶⁵⁾ 당해 사건에 대한 법원의 공판절차개시의 결정으로 그 사건은 비로소 공판절차에 회부되고, 이때부터 피고인(Angeschuldigte)은 ‘공판피고인(Angeschuldigte)’으로 불리게 된다.⁶⁶⁾

라. 공판절차

공판절차는 공판준비와 공판으로 구성된다.⁶⁷⁾ 공판준비단계에서는 공판기일이 지정되고, 공판에 필요한 증인이나 감정인 등에 대한 소환 명령이 행해지며, 증거방법으로 이용될 목적물이 제출되고, 검사와 공판 피고인에게 증인, 감정인, 담당 재판부의 구성에 대해 통지되며, 기타 필요한 증거조사가 이루어진다.⁶⁸⁾

이어서 공판단계에서는 공판피고인의 유·무죄 여부가 판단되고, 유죄인 경우에 양형판단까지 이루어지는데, 이들 판단은 법원의 사물관할에

63) Strafprozeßordnung § 201(1), § 202.

64) Strafprozeßordnung § 203, § 210(1)(2).

65) 대검찰청, 『각국의 국민 형사재판참여 제도: 독일』, 2005, 114면.

66) Strafprozeßordnung § 157.

67) Claus Roxin, 앞의 책, 331면; Klaus Volk, 앞의 책, 168면; Friedrich-Christian Schroeder, *Strafprozeßrecht*, 3. Aufl., Verlag C. H. Beck, 2001, 128면.

68) Strafprozeßordnung § 213 - § 225.

따라 직업법관만이 담당하기도 하고, 참심원이 참가하는 재판합의체가 담당하기도 한다. 공판단계에서는 직접주의(Grundsatz der Unmittelbarkeit)와 구두주의(Grundsatz der Mündlichkeit)가 엄격하게 적용되고,⁶⁹⁾ 독일 형사소송의 특징인 직권주의적 소송진행이 두드러진다.⁷⁰⁾ 공판피고인에게 유죄를 선고하든 무죄를 선고하든 간에 판결이유가 적시된 판결문이 작성되고, 직업법관재판이든 참심재판이든 간에 판결은 “국민의 이름으로(im Namen des Volkes)” 선고된다.⁷¹⁾

마. 상소절차

공판피고인 또는 검사는 제1심 판결에 대해 불복하여 항소 또는 상고를 제기할 수 있고, 항소심 판결에 대해 불복하여 상고를 제기할 수 있다. 다만 그 판결을 선고한 법원이 어디인가에 따라 일정한 제한이 있다. 우선 항소의 제기는 구법원에서 선고된 판결에 대해서만 허용되고,⁷²⁾ 이때 지방법원의 소형사부가 항소심 법원이 된다.⁷³⁾ 여기서 다시 지방법원 소형사부에서 선고된 항소심 판결에 대해서는 고등법원에 상고를 제기할 수 있다.⁷⁴⁾ 또한 제1심 판결로서 구법원에서 선고된 판결에 대해 항소절차를 생략하고 곧바로 고등법원에 상고를 제기할 수도 있는데, 이러한 경우를 ‘비약상고(Sprungrevision)’라고 한다.⁷⁵⁾

한편 제1심 형사법원으로서의 지방법원이나 고등법원에서 선고된

69) Claus Roxin, 앞의 책, 369-381면; Klaus Volk, 앞의 책, 186면.

70) 독일 형사소송법 제244조 제2항은 “법원은 진실규명을 위하여 판결에 있어서 중요한 모든 사실과 증거방법에 관하여 직권으로 증거조사를 수행해야 한다.”고 규정함으로써 법원의 진실규명 의무와 직권주의적 공판진행의 원칙을 단적으로 표현하고 있다.

71) Strafprozeßordnung § 267, § 268.

72) Strafprozeßordnung § 312.

73) Gerichtsverfassungsgesetz § 74(3).

74) Gerichtsverfassungsgesetz § 121(1).

75) Strafprozeßordnung § 335.

판결에 대해서는 항소가 아닌 상고의 제기만 허용될 뿐이다.⁷⁶⁾ 오로지 주법(州法)만을 위반한 범죄사건에 대한 지방법원의 제1심 판결에 대해서는 고등법원에 상고를 제기할 수 있고,⁷⁷⁾ 그 외의 사건에 대한 지방법원의 제1심 판결과 고등법원의 제1심 판결에 대해서는 연방법원(Bundesgerichtshof)에 상고를 제기할 수 있다.⁷⁸⁾ 항소심에서는 사실문제와 법률문제 둘 다 모두가 심리의 대상이 되는 반면, 상고심에서의 심리 대상은 법률문제로 국한된다.⁷⁹⁾ 즉 상고심에서는 전심 판결에서 법규범을 적용하지 않았거나 이를 올바르게 적용하지 않은 법률위반이 있었는지에 대해서만 심리하게 된다.⁸⁰⁾

2. 참심원이 참가하는 재판합의체의 구성과 사물관할 및 심급관할

직업법관과 참심원⁸¹⁾으로 구성되는 재판합의체가 피고인의 유·무죄 여부를 심판하고 유죄인 경우에 선고형까지 결정하게 되는 참심재판

76) Strafprozeßordnung § 333.

77) Gerichtsverfassungsgesetz § 121(1).

78) Gerichtsverfassungsgesetz § 135(1).

79) Claus Roxin, 앞의 책, 420면; Klaus Volk, 앞의 책, 330면.

80) Strafprozeßordnung § 337; 독일 형사소송법 제338조는 법률위반과 판결내용 사이에 인과관계가 논란의 여지없이 추정되는 경우인 ‘절대적 상고이유’에 대해 규정하고 있는데, 그 규정내용은 i) 법원구성상의 오류(제척 내지 기피된 법관의 협력, 법원의 관할 위반, 규정위반의 법원구성), ii) 법원절차상의 오류(특히 소송당사자가 절차에 위반하여 출석하지 않은 경우, 공개주의에 대한 규정위반, 법원결정에 의한 허용되지 않는 변호권의 제한), iii) 판결선고 이후의 오류(예컨대 서면상의 판결이유의 흠결 또는 변경지체)의 세 유형으로 정리할 수 있다.(C. Roxin/G. Arzt/K. Tiedemann, 최석운·이경재·박미숙 역, 『독일형사법 입문』, 길안사, 1998, 234면)

81) 독일에서는 직업법관이 아닌 일반인들 중에서 선정되는 시민들이 여러 영역의 법률사건들의 재판에 참가하고 있다. 이들 시민들의 재판참가는 형사사건, 상사사건, 행정사건, 재정사건, 노동사건, 사회사건에 걸쳐 폭넓게 이루어지고 있는데, 이렇게 재판에 참가하는 시민들을 초청하여 명예직법관(Ehrenamtliche Richter)이라고 하며, 명예직법관 중에서 형사사건의 재판에 참가하는 시민을 ‘참심원(Schöffen)’이라고 한다.(Deutsches Richtergesetz § 45a)

은 구법원(Amtsgericht)과 지방법원(Landgericht)에서, 그리고 제1심 형사공판 사건과 항소심 형사공판 사건에서 열리고 있다. 먼저 제1심 형사공판 사건에서의 참심재판은 구법원의 참심재판부, 지방법원의 대형사부와 대참심재판부(Schwurgericht)에서 열린다. 직업법관 1인 또는 2인과 참심원 2인으로 구성되는 구법원 참심재판부의 사물관할은 구법원의 사물관할 중에서 단독판사의 관할사건,⁸²⁾ 즉 법정최저형이 1년 미만의 자유형이거나 법정형이 벌금형인 사건으로서 사인소추로 기소된 경우와 선고형이 2년의 자유형을 초과하지 않을 것으로 기대되는 경우를 제외한 나머지 사건들이다.⁸³⁾

그리고 직업법관 3인 또는 2인과 참심원 2인으로 구성되는 지방법원 대형사부의 사물관할은 구법원 또는 지방법원 대참심재판부, 고등법원의 관할에 속하지 않는 사건으로서 법정최저형이 1년 이상의 자유형인 사건, 선고형이 4년의 자유형을 초과할 것으로 기대되는 사건, 보안처분이 수반될 것으로 기대되는 사건, 검찰이 당해 사건의 특별한 중대성 때문에 지방법원에 기소한 사건이다.⁸⁴⁾

마지막으로 직업법관 3인과 참심원 2인으로 구성되는 지방법원 대참심재판부의 사물관할은 모살(Mord), 고살(Totschlag), 강간치사, 상해치사, 유기치사, 강도치사, 방화치사 등의 가장 중한 범죄사건들이다.⁸⁵⁾

82) 전체 제1심 형사사건 중에서 구법원의 단독판사에 의해 처리되는 사건은 약 80%에 달한다고 한다.(대검찰청, 앞의 책, 11면)

83) Gerichtsverfassungsgesetz § 25, § 28, § 29; 구법원 참심재판부에서 직업법관의 정원은 원칙적으로 1인이지만, 당해 사건이 광범하여 2인의 직업법관의 참가가 필요하다고 판단되는 경우에는 검사의 신청으로 2인의 직업법관이 참가할 수도 있다. 이렇게 2인의 직업법관이 참가하는 참심재판부를 ‘확대참심재판부(erweitertes Schöffengericht)’라고 한다.

84) Gerichtsverfassungsgesetz § 74(1), § 76(1)(2); 지방법원 대형사부에서 직업법관의 정원은 원칙적으로 3인이지만, 당해 사건의 범위가 난이도에서 볼 때 3인의 직업법관이 필요하지 않다고 판단되는 경우에는 당해 대형사부의 결정으로 2인의 직업법관만이 참가하게 된다.

85) Gerichtsverfassungsgesetz § 74(2), § 76(1)(2).

한편 항소심 형사공판사건에서의 참심재판은 지방법원의 소형사부에서만 열린다. 직업법관 1인 또는 2인과 참심원 2인으로 구성되는 소형사부는 구법원에서 선고된 판결에 대한 항소심 사건을 관할한다.⁸⁶⁾ 이상의 각 참심재판부에서는 모두 직업법관이 재판장이 된다.

3. 참심원의 선정절차

참심원의 선정은 4년마다 행해지고, 이때 선정되는 참심원들은 4년의 임기 동안 정해진 공판기일에 법원에 출석하여 재판업무를 수행하게 된다.⁸⁷⁾ 참심원을 선정하는 절차를 정리하면 다음과 같다.

가. 참심원의 기본자격요건 및 결격·부적격·거부사유

참심원으로 선정되기 위해서는 기본적으로 독일 국적을 가지고 있어야 한다.⁸⁸⁾ 그 중에서 재판의 결과에 의하여 공직에 임명될 자격이 없거나 고의에 의한 범죄로 인하여 6월 이상의 자유형을 선고받은 자와, 공직에 임명될 자격의 상실을 초래할 수 있는 범죄로 인하여 수사절차가 계속되고 있는 자는 결격사유에 해당하여 참심원으로 선정될 자격이 없다.⁸⁹⁾ 그리고 임기의 개시 시점을 기준으로 만 25세에 미달하는 자, 만 70세에 달하거나 임기의 개시 시점을 기준으로 만 70세에 달하는 자, 참심원후보자명부(Vorschlagsliste)의 작성 시점을 기준으로 당해 게마인데(Gemeinde)에 거주한 지 1년이 안 된 자, 건강상의 이유로 참심원으로서의 직무수행에 적합하지 않은 자, 재정파탄에 빠진 자는 부적격사

86) Gerichtsverfassungsgesetz § 74(3), § 76(1)(3); 지방법원 소형사부에서 직업법관의 정원은 원칙적으로 1인이지만, 구법원 확대참심재판부의 판결에 대한 항소심에서는 2인의 직업법관이 참가하게 된다.

87) Gerichtsverfassungsgesetz § 36(1), § 40(1).

88) Gerichtsverfassungsgesetz § 31.

89) Gerichtsverfassungsgesetz § 32.

유에 해당하여 참심원으로 임명될 수 없다.⁹⁰⁾

그 이외에 연방대통령, 연방정부 또는 주정부의 구성원, 법조인, 사법 관련 공무원, 성직자, 8년 동안 참심원으로 활동하고 그 최후의 직무수행이 임기의 개시 시점으로부터 소급하여 8년이 안 된 자 등도 마찬가지로 부적격사유에 해당하여 참심원으로 임명될 수 없다.⁹¹⁾ 마지막으로 거부사유에 해당하는 자는 참심원으로 선정되는 것을 거부할 수 있는데, 이 사유에 해당하는 자는 연방의회(Bundestag) · 참의원(Bundesrat) · 유럽의회 · 주의회(Landtag) · 민의원(Zweite Kammer)의 의원, 이전 임기 동안에 참심원의 직무를 40일간 수행했거나 이미 명예직법관으로 활동하고 있는 자, 의사 · 간호사 · 조산사, 자기 이외의 다른 약사를 고용하지 않은 약국의 주인, 참심원 직무의 수행이 그의 가족에 대한 긴절한 보호를 현저하게 곤란하게 함을 소명하는 자, 만 65세에 달하거나 당해 임기의 종료 시점을 기준으로 만 65세에 달하는 자, 참심원 직무의 수행이 본인이나 제3자에 대해 충분한 경제적 생활기반을 위협하거나 현저한 피해를 끼치기 때문에 특별히 가혹함을 소명하는 자이다.⁹²⁾

나. 참심원후보자명부의 작성

전술했듯이 참심재판은 구법원과 지방법원에서만 열린다. 이에 먼저 각 구법원장과 지방법원장이 필요한 참심원 및 예비참심원의 인원수를 정하는데, 이때 참심원의 인원수는 각 참심원이 통상개정일 12일을 초과하여 소집되지 않도록 하는 범위 내에서 정해져야 한다.⁹³⁾ 이어서 각 지방법원장은 당해 지방법원에서 필요로 하는 참심원 인원수를 다시 그 법원의 관할구역 내의 구법원들에 할당하므로,⁹⁴⁾ 결국 구법원이 지방법원에서

90) Gerichtsverfassungsgesetz § 33.

91) Gerichtsverfassungsgesetz § 34.

92) Gerichtsverfassungsgesetz § 35.

93) Gerichtsverfassungsgesetz § 43.

94) Gerichtsverfassungsgesetz § 77(2).

필요로 하는 참심원의 선정까지 담당하게 된다. 필요한 참심원 및 예비참심원의 인원수가 확정되면, 각 구법원의 관할구역 내의 게마인데들에서는 참심원 및 예비참심원의 선정을 위한 기본인명부에 해당하는 참심원후보자명부(Vorschlagsliste)를 작성하는 절차가 진행된다.

참심원후보자명부에는 필요한 참심원 및 예비참심원의 인원수의 두 배를 초과하는 인원수가 등재되어야 한다. 각 게마인데에서 참심원후보자명부에 등재되어야 할 구체적인 인원수는 그 게마인데의 인구를 기준으로 하여 지방법원장 및 구법원장이 정하며, 게마인데의회(Gemeindevertretung)에서 출석의원 3분의 2 이상 및 적어도 의원정원 절반 이상의 동의에 의해 추천된 주민들의 성명이 이 명부에 등재된다. 이때 지역사회 구성원들의 대표성을 담보하는 취지에서 전 지역주민들의 성별 분포와 연령 분포, 직업 분포, 사회적 지위 분포가 적정하게 고려되어야 한다.⁹⁵⁾

게마인데의회에서 참심원후보자명부가 작성되기까지의 과정에 있어서의 초기 경로는 각 게마인데마다 서로 조금씩 다른 가운데, 모집공고 등을 통해 참심원이 되기를 희망하는 주민의 신청을 받는 방법이나 컴퓨터 등을 이용하여 주민등록으로부터 추출하는 방법, 정당으로부터 추천을 받는 방법, 사용자단체나 노동조합으로부터 추천을 받는 방법, 과거의 참심원후보자명부를 활용하는 방법 등이 주로 사용되고 있다.⁹⁶⁾ 이렇게 하여 작성되는 참심원후보자명부는 공개 열람 및 이의신청 단계를 거친 후에 신청된 이의와 함께 구법원에 송부된다.⁹⁷⁾

95) Gerichtsverfassungsgesetz § 36(1)(2)(4); Otto Rudolf Kissel/Herbert Mayer, *Gerichtsverfassungsgesetz : Kommentar*, 4. neu bearbeitete Aufl., Verlag C. H. Beck, 2005, 752면; Lutz Meyer-Goßner, *Strafprozessordnung*, 48. Aufl., Verlag C. H. Beck, 2005, 1604면; Gerd Pfeiffer, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz*, 5. neu bearbeitete Aufl., Verlag C. H. Beck, 2003, 2337면.

96) 대검찰청, 앞의 책, 35-49면.

97) Gerichtsverfassungsgesetz § 36(3), § 37, § 38(1).

다. 참심원선정위원회에 의한 참심원 선정

이어서 각 게마인데로부터 참심원후보자명부를 송부받은 구법원에서는 이들 명부들이 다시 하나의 명부로 통합·정리되고, 참심원선정위원회(Schöffenwahlausschuss)가 구성된다. 이 위원회의 구성원은 9인인데, 그 중 1인은 위원장으로서 당해 구법원 소속의 직업법관이고, 다른 1인은 주정부의 관료이며, 나머지 7인은 당해 구법원의 관할구역 내의 게마인데의회들에서 출석의원 3분의 2 이상 및 적어도 의원정원 절반 이상의 다수결에 의해 선임된 주민대표들(Vertrauenspersonen)이다.⁹⁸⁾

참심원선정위원회에서는 위원장 1인과 주정부 관료 1인 이상, 주민대표 3인 이상이 출석하면 의결정족수가 충족되며,⁹⁹⁾ 먼저 참심원후보자명부에 대해 신청된 이의의 수락 여부를 단순다수결에 의해 결정한다.¹⁰⁰⁾ 그런 다음에 이 위원회는 전 지역주민들의 성별 분포와 연령 분포, 직업 분포, 사회적 지위 분포를 적절하게 고려하여 참심원후보자명부로부터 필요한 인원수만큼의 참심원과 예비참심원을 각각 3분의 2 이상의 다수결에 의해 선정하는데, 여기서 예비참심원은 당해 법원의 소재지 또는 그 근처에 거주하는 주민들 중에서 선정된다.¹⁰¹⁾ 이렇게 하여 선정된 참심원과 예비참심원의 성명은 참심원명부(Schöffenliste)에 등재된다.¹⁰²⁾

4. 참심원이 출석해야 할 개정일의 결정 및 예비참심원의 소환방식

배심제도와 달리 참심제도에서는 참심원들이 일정한 임기 동안 그

98) Gerichtsverfassungsgesetz § 39, § 40(2)(3).

99) Gerichtsverfassungsgesetz § 40(4).

100) Gerichtsverfassungsgesetz § 41.

101) Gerichtsverfassungsgesetz § 42.

102) Gerichtsverfassungsgesetz § 44.

직무를 수행해야 하고 각 참심원들은 그 임기 동안 여러 사건들을 담당하게 되기 때문에, 그들이 각각 담당해야 할 사건들을 사전에 배정하는 일이 필요하다. 이들 사건들의 배정은 각 참심재판부의 통상개정일을 기준으로 하는데, 특정 날짜에 제1회 공판기일이 지정된 사건들이 모두 당해 참심재판부의 구성원인 참심원이 법원에 출석하여 재판에 참가해야 할 사건들이다.¹⁰³⁾ 당해 연도의 각 참심재판부의 통상개정일은 그 전년에 미리 정하게 되어 있으므로,¹⁰⁴⁾ 참심원이 법원에 출석하여 재판에 참가해야 할 사건의 개정일은 1년 단위로 정해진다고 할 수 있겠다.

각 참심원이 출석해야 할 개정일의 결정은 참심원명부로부터 공개추첨을 통해 이루어지는데, 구법원 참심원의 경우에는 구법원 소속의 법관이, 지방법원 참심원의 경우에는 지방법원장이 추첨자가 되며, 추첨을 통해 정해지는 각 참심원이 출석해야 할 개정일은 가급적 12일이 되도록 해야 한다.¹⁰⁵⁾ 한편 유사시에 소환되어 참심원의 직무를 수행하게 되는 예비참심원들은 각 참심원이 출석해야 할 개정일을 결정하는 단계에서 마찬가지로 공개추첨을 통해 그 소환순번이 정해지고, 예비참심원명부(Hilfsschöffnenliste)에 그 순번과 성명이 등재된다.¹⁰⁶⁾ 다만 여기서 정해진 소환순번은 추후에 추첨을 통해 다시 정할 필요가 없이 임기 4년 동안 계속 유지된다.¹⁰⁷⁾ 그 순번에 따라 소환되는 예비참심원들은 임시적으로 참심원 직무를 수행하거나 아예 참심원으로 그 지위가 변경되어 참심원 직무를 수행하게 된다. 전자의 경우는 통상개정일 이외의 개정일의 확정이 필요하게 된 때, 당해 개정일에 출석해야 할 참심원에게 출석이 곤란한 일시적인 장애가 생긴 때 등이고,¹⁰⁸⁾ 후자의 경우는 참심원에게 결격

103) 대검찰청, 앞의 책, 30면.

104) Gerichtsverfassungsgesetz § 45(1).

105) Gerichtsverfassungsgesetz § 45(2)(3), § 77(3).

106) Gerichtsverfassungsgesetz § 45(2).

107) Lutz Meyer-Goßner, 앞의 책, 1610면.

108) Gerichtsverfassungsgesetz § 47; Otto Rudolf Kissel/Herbert Mayer, 앞의 책, 782-783면.

사유 또는 부적격사유가 발생하거나 증명된 때, 참심원이 당해 구법원 또는 지방법원의 관할구역 외로 주소지를 이전한 때, 참심원이 사망한 때 등이다.¹⁰⁹⁾ 추첨을 통해 법원에 출석해야 할 개정일이 결정된 참심원 또는 임시적으로 참심원의 직무를 수행하게 되거나 그 지위가 참심원으로 변경되는 예비참심원에게는 출석해야 할 개정일 및 출석하지 않을 경우의 법적 효과 등에 대해 통지된다.¹¹⁰⁾

5. 참심원에 대한 제척 및 기피

참심원으로 선정되어 담당해야 할 사건을 배정받았다고 하더라도, 일정한 사유에 해당하면 직업법관과 마찬가지로 참심원은 당해 사건에서 제척되거나 기피될 수 있다.¹¹¹⁾ 먼저 참심원이 당해 사건에서 제척되는 경우는 당해 사건에서 피해자인 경우, 피의자나 피해자의 배우자 또는 후견인, 보호자이거나 그러한 관계에 있었던 경우, 피의자나 피해자와 직계혈족 또는 직계인척이거나, 3촌 이내의 방계혈족 또는 2촌 이내의 인척이거나 그러한 관계에 있었던 경우, 증인 또는 감정인으로서 신문을 받은 경우 등이다.¹¹²⁾

그리고 당해 사건에서 제척된 참심원이나 불공정한 재판이 우려되는 참심원은 검사나 사인소추자 또는 피의자에 의해 기피될 수 있는데, 이때 불공정한 재판의 우려를 이유로 하여 참심원을 기피하기 위해서는 해당 참심원의 중립성에 대한 의심을 정당화하는 적절한 근거가 존재해야 한다.¹¹³⁾

109) Gerichtsverfassungsgesetz § 49(2), § 52.

110) Gerichtsverfassungsgesetz § 45(4), § 49.

111) Strafprozeßordnung § 31(1).

112) Strafprozeßordnung § 22.

113) Strafprozeßordnung § 24.

6. 참심재판의 절차

참심원은 공판이 개시되는 때로부터 판결이 선고되는 때까지 그 직무를 수행하며, 그 기간 동안 원칙적으로 직업법관과 동등한 지위와 권한을 갖는다.¹¹⁴⁾

가. 공판의 진행

당해 사건의 호명과 함께 공판이 개시된 후에, 재판장은 공판피고인 및 변호인의 출석 여부와 증거방법의 제출 여부, 소환된 증인 및 감정인의 출석 여부를 확인한다. 그런 다음에 증인은 법정에서 퇴정하고, 재판장은 공판피고인의 인적사항에 대해 신문한다. 이어서 검사가 기소문을 낭독한 후에, 공판피고인에게는 당해 사건에 관한 자신의 의견을 진술하거나 당해 사건에 대해 진술하지 않을 자유가 있음이 고지되고, 만일 공판피고인이 진술할 준비가 되어 있다면 당해 사건에 관해 공판피고인을 신문하는데, 이때 공판피고인에게는 자신에 대한 혐의의 근거를 제거하고 자신에게 유리한 사실을 주장할 수 있는 기회가 제공된다.¹¹⁵⁾

나. 증거조사

공판피고인에 대한 신문이 종료하면 이어서 증거조사단계가 진행된다. 법원은 판결에 있어서 중요한 모든 사실과 증거방법에 관하여 직권으로 증거조사를 수행해야 할 의무를 지며 검사 또는 공판피고인 측으로부터의 증거신청을 수락하거나 기각함으로써¹¹⁶⁾ 증거조사단계를 주도하게 된다. 법률이 예외를 정하고 있지 않는 한, 참심원은 법관의 직무를 전 범위에 걸쳐서 그리고 직업법관과 동일한 표결권을 가지고서 수행하

114) Gerichtsverfassungsgesetz § 30(1).

115) Strafprozeßordnung § 243.

116) Strafprozeßordnung § 244.

며 공판과정에서 선언되어야 할 결정으로서 판결과 관계가 없는 결정과 구두심리를 거치지 않고도 선언될 수 있는 결정에 대해서도 관여하기 때문에, 재판부의 일원으로서 참심원은 이러한 증거신청을 수락하거나 기각하는 결정에 관한 재판에까지 참여하고, 그 결정은 당해 재판부 구성원의 단순다수결에 의한다.¹¹⁷⁾

증거조사단계에서는 법원에 의해 소환되어 출석한 증인과 감정인, 공판준비단계에서 법원 또는 검사가 제출한 증거방법이 모두 조사된다.¹¹⁸⁾ 검사와 공판피고인 측이 지명한 증인 및 감정인에 대한 신문은 검사와 공판피고인의 변호인에 의해 합의된 신청에 따라 재판장이 검사와 공판피고인의 변호인에게 위임할 수 있고, 이때 각 증인 및 감정인을 지명한 측에게 우선적으로 신문할 권리가 있으며, 이들이 신문을 끝마친 후에는 재판장이 사건을 해결하는 데에 필요한 질문을 하게 된다.¹¹⁹⁾

어떤 사실에 관한 증거가 개인의 지각에 근거하고 있는 경우에는 공판에서 그를 신문해야 하는데, 이때 원칙적으로 이 신문은 과거의 신문 시에 작성된 조서나 서면진술을 낭독하는 것으로 대체될 수 없다.¹²⁰⁾ 다만 이에 대해서는 몇 가지 예외적인 경우가 있다. 먼저 공판피고인에게 변호인이 있고 검사와 공판피고인 및 변호인이 합의한 때, 증인이나 감정인, 공동피의자가 사망했거나 기타의 이유로 가까운 장래에 공판정에 출석하여 신문을 받을 수 없는 때, 그 기록이나 서면이 재산피해의 존재나 규모와 관계 있는 때에는 증인이나 감정인, 공동피의자에 대한 신문을 원진술이 포함되어 있는 신문기록이나 서면의 낭독으로 대체할 수 있다.¹²¹⁾

117) Gerichtsverfassungsgesetz § 30(1), § 77(1), § 196(1); 다만 직업법관 2인과 참심원 2인으로 구성되는 참심재판부에서 각 구성원의 투표의 결과가 동률인 경우에는 직업법관인 재판장의 의견 여하에 의해 결정된다.(Gerichtsverfassungsgesetz § 196(4))

118) Strafprozeßordnung § 245(1).

119) Strafprozeßordnung § 239.

120) Strafprozeßordnung § 250.

그리고 질병이나 노쇠, 기타 제거할 수 없는 장애가 장기간 또는 불확실한 기간 동안 증인이나 감정인, 공동피의자의 공판에의 출석을 방해하는 때, 증인이나 감정인의 진술의 중요성을 고려할 때에 원격으로 인하여 이들에게 공판에의 출석을 요구할 수 없는 때, 검사와 공판피고인 및 변호인이 합의한 때에는 증인이나 감정인, 공동피의자에 대한 신문을 과거의 법관의 신문기록의 낭독으로 대체할 수 있다.¹²²⁾ 아울러 증인이나 감정인이 어떤 사실을 더 이상 기억할 수 없다고 밝힌 경우에 이들의 기억을 돕기 위해서 또는 공판을 중단하는 방법 이외의 다른 방법으로는 신문에서 현출된 과거의 진술과의 모순을 확인하거나 제거할 수 없는 경우에는 이들에 대한 과거의 신문조서 중에서 관련된 부분을 낭독할 수 있다.¹²³⁾

또한 자백에 관한 증거조사의 목적으로 또는 공판을 중단하는 방법 이외의 다른 방법으로는 신문에서 현출된 과거의 진술과의 모순을 확인하거나 제거할 수 없는 경우에는 법관조서에 포함되어 있는 공판피고인의 진술을 낭독할 수 있다.¹²⁴⁾ 공판의 지휘와 공판피고인에 대한 신문, 그리고 증거조사는 직업법관인 재판장이 행하고, 참심원은 재판장의 허가를 얻어 공판피고인이나 증인, 감정인에게 질문을 할 수 있다.¹²⁵⁾

다. 최종변론

증거조사단계가 종료하면 검사와 공판피고인측이 각자 자신들의 변론과 신청에 대해 발언을 하게 되는데, 이때 발언은 검사가 먼저 하고 그런 다음에 공판피고인측이 하게 된다.¹²⁶⁾ 공판피고인측의 발언에 대해

121) Strafprozeßordnung § 251(1).

122) Strafprozeßordnung § 251(2).

123) Strafprozeßordnung § 253.

124) Strafprozeßordnung § 254.

125) Strafprozeßordnung § 238(1), § 240.

126) Strafprozeßordnung § 258(1).

서는 다시 검사가 반론권을 가지며, 검사의 반론 후에는 공판피고인측이 최후진술을 하게 된다.¹²⁷⁾

라. 평의 및 판결의 선고

공판피고인측의 최후진술이 끝나면 참심재판부는 공판피고인의 유·무죄 여부와 유죄인 경우 그에게 과할 형을 결정하기 위해 평의에 들어간다. 재판장은 평의를 지휘하고 평의과정에서 논의되고 결정되어야 할 문제들을 제기하며 이에 대한 재판부 구성원들의 의견을 수렴한다.¹²⁸⁾ 죄책문제와 행위의 법률효과에 관하여 공판피고인에게 불리한 결정을 내리기 위해서는 재판부 구성원의 3분의 2 이상의 다수결을 요하기 때문에,¹²⁹⁾ 이와 같은 표결요건을 충족하는 경우에만 공판피고인에 대한 유죄판결 및 형이 결정될 수 있다.

즉 공판피고인에게 유죄판결 및 형이 선고되려면, 직업법관 1인과 참심원 2인으로 구성되는 참심재판부에서는 2인 이상의 찬성을, 직업법관 2인과 참심원 2인으로 구성되는 참심재판부에서는 3인 이상의 찬성을, 직업법관 3인과 참심원 2인으로 구성되는 참심재판부에서는 4인 이상의 찬성을 얻어야 한다. 평의를 통해 도달한 판결의 선고는 판결주문을 낭독하고 판결이유를 고지함으로써 이루어진다.¹³⁰⁾ 판결이 선고된 이후에는 일정한 기간 내에 판결문이 작성되어야 하고, 참심재판부의 구성원 중 직업법관은 그 판결문에 서명을 해야 한다.¹³¹⁾

127) Strafprozeßordnung § 258(2).

128) Gerichtsverfassungsgesetz § 194(1).

129) Strafprozeßordnung § 263(1).

130) Strafprozeßordnung § 268(2)

131) Strafprozeßordnung § 275

IV. 맺는 말

독일의 경우에 국민의 사법참여는 유구한 역사적 전통을 지니고 있으며, 시대적·정치적 상황에 따라서 국민참여 형사재판제도의 구체적인 형태가 변화되어왔음이 발견된다. 자유주의와 민주주의 사조가 팽배하던 시대에는 배심제도가 확산되었던 한편, 진정한 민주주의가 실종되었던 나치스시대에는 국민참여재판제도가 극도로 제한되기도 하였다. 그리고 성문법이 발달한 독일법의 특징으로 말미암아 배심원의 재판업무 수행역량 및 독일의 법체제에서의 배심제도의 적합성에 대한 의문이 증폭된 점, 배심제도의 실시에 소요되는 고비용 등의 문제점은 그 대안으로서의 참심제도의 확산에 큰 영향을 미쳤다.

따라서 독일의 국민참여 형사재판제도는 국민의 사법참여의 역사적 전통과 민주적 정당성에 기초하여 그 명맥을 계속하여 유지해온 한편, 적합성과 효율성이 고려되어 제도의 구체적인 형태가 변형·발전되어 왔다고 하겠다.

(투고일 2008년 7월 30일, 심사일 2008년 8월 1일, 게재확정일 2008년 8월 10일)

주제어 : 국민의 형사재판 참여, 국민참여재판제도, 참심제도

[Zusammenfassung]

Laienbeteiligung im deutschen Strafverfahren

Dae-Seong Kim*

Die Laienbeteiligung im Strafverfahren zählt zu den Grundlagen demokratischen Denkens. Die ersten Anfänge der Laienbeteiligung im Strafverfahren für das deutsche Gebiet lassen bereits auf das 1. Jh. v. Chr. zurückführen. Als Urvater der heutigen Schöffengerichtsverfassung darf Karl der Große gelten. Im Unterschied zum modernen Schöffengericht handelte es sich bei den Schöffen seines Rechtssystems allerdings gerade um in Rechtsdingen besonders bewanderte Personen, die, auf Lebenszeit bestellt, das alleinige Recht zur Urteilsfindung besaßen.

Im 17. Jh. beseitigte der Absolutismus das Amt des Volksrichters im Wesentlichen. Die Schwurgerichte wurden in fast allen deutschen Ländern als Ergebnis der Revolution von 1848 eingeführt, danach die Entwicklung eines spezifischen Modells von Schöffengerichten als verbesserter Ersatz von Schwurgerichten in der Strafgerichtsverfassung beginnt in Deutschland in den Parlamenten. Das Deutsche Reich in seiner Gesamtheit blieb jedoch zunächst in dem Sinne zurückhaltend, als das Gerichtsverfassungsgesetz von 1877 die Schöffengerichte nur mit der Aburteilung leichterer Strafsachen betraute. Erst die Weimarer Republik verhält dieser Institution mit der Einführung der großen

* Dr. jur. an der Universität Konkuk; Wiss. Assistent an Institut für Rechtswissenschaft der Universitäten Konkuk

Schöffengerichte 1924 endgültig zum Durchbruch. Sie blieben in Deutschland bis 1974, also 50 Jahre lang, erhalten. Seit diesem Zeitpunkt ist die Laienbeteiligung in der uns heute bekannten Form - zwei Laienrichter in allen Instanzen - geregelt. Heute sind Laienrichter an Amts- und Landgerichten vertreten.

Stichwörter : die Laienbeteiligung im Strafverfahren, Laiengerichtsbarkeit, Schöffengerichtsbarkeit

