



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

배심원 선정절차의
무이유부기피신청에 관한 연구
- 미국의 무이유부기피권에 대한 제한 및 폐지
논의를 중심으로 -

2022년 8월

서울대학교 대학원
법학과 형사법 전공
서진원

배심원 선정절차의
무이유부기피신청에 관한 연구

- 미국의 무이유부기피권에 대한 제한 및 폐지
논의를 중심으로 -

지도교수 이 상 원

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함
2022년 5월

서울대학교 대학원
법학과 형사법 전공
서 진 원

서진원의 석사 학위논문을 인준함
2022년 7월

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

국민참여재판의 배심원 선정기일에서 검사, 피고인, 변호인은 각각 배심원후보자에 대하여 이유를 제시하지 아니하는 기피신청을 할 수 있고, 그 기피신청이 있는 경우 법원은 당해 배심원후보자를 배심원으로 선정할 수 없다(국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제30조 참조). 이를 무이유부기피신청이라 하는데 이는 미국에서의 무이유부기피권(peremptory challenge)에서 비롯된 것이다.

미국은 오래 전부터 무이유부기피권을 공정한 배심(impartial jury)을 달성하기 위한 중요한 수단으로 인식하여 왔다. 그런데 인종 차별 의도에 기하여 흑인들에 대한 무이유부기피권 행사가 빈번하게 이루어지자 연방대법원은 1986년 *Batson v. Kentucky* 판결을 통해 인종 차별 의도에 기한 무이유부기피권 행사를 실질적으로 금지하고, 이에 대한 피고인 또는 변호인의 증명책임을 1965년 *Swain v. Alabama* 판결에 비하여 대폭 완화하였다. 구체적으로는 ① 피고인이 인식 가능한 집단(cognizable group)의 구성원이고, 검사가 인종 차별 의도에 기하여 피고인과 같은 인종의 배심원후보자에게 무이유부기피권을 행사하였다는 추정을 일으킬만한 사정에 관한 일응의 증명(prima facie case)을 하면, ② 검사가 인종 차별 의도에 기하여 무이유부기피권을 행사하지 않았다는 중립적인 설명(neutral explanation)을 하여야 하고, ③ 이후 판사가 검사의 무이유부기피권이 인종 차별 의도에 기하여 행사된 것인지를 판단하도록 하였다. 이후 연방대법원은 성별에까지 *Batson* 판결을 확장하였다.

그런데 *Batson* 판결로 인종 차별 의도에 기한 무이유부기피권 행사가 줄어들지 않았다는 비판이 제기되면서 무이유부기피권을

폐지하여야 한다는 주장이 제기되었고, 그로써 무이유부기피권 존치론과 폐지론이 대립하게 된다. 존치론은 무이유부기피권이 공정한 배심을 구성하기 위한 중요한 권리이고 *Batson* 판결로써 무이유부기피권의 위법성이 치유되었다고 주장하는 반면, 폐지론은 무이유부기피권은 공정한 배심과는 아무런 관련이 없고, *Batson* 판결에도 여전히 차별 의도에 기한 무이유부기피권 행사가 줄어들지 않고 있으므로 무이유부기피권의 위법성이 여전히 존재한다고 주장한다. 한편 영국과 캐나다는 무이유부기피권을 폐지하였고, 미국 애리조나 주 대법원도 무이유부기피권을 폐지한 바 있다.

이러한 미국에서의 논의를 바탕으로 국민참여재판의 무이유부기피신청 제도를 고찰할 필요가 있다. 국민의 형사재판 참여에 관한 규칙 제21조 제1항은 *Batson* 판결에서와 같이 편견이나 차별에 기초한 무이유부기피신청을 금지하고 있다. 이는 국민의 형사재판 참여에 관한 법률의 목적 등에 비추어 볼 때 효력규정이다. 한편 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제30조 제2항은 무이유부기피신청이 있는 경우 법원이 일의적으로 불선정결정을 하여야 한다고 규정하고 있다. 위 법률 규정으로 인해 앞서 본 규칙 규정에도 불구하고 법원은 무이유부기피신청이 편견이나 차별에 기초한 것인지를 판단하지 못하고, 그 신청을 기각하지도 못한다. 헌법상 평등 원칙이나 공정한 재판을 받을 권리와 규범조화적 해석을 통해 법원이 편견이나 차별에 기초한 무이유부기피신청인지를 판단할 수 있다는 주장도 있으나, 이렇게 해석하는 것은 합헌적 법률해석의 한계를 넘는 것으로서 허용되지 않는다. 따라서 현재로서는 위 법률 규정에 따라 편견이나 차별에 기초한 무이유부기피신청이 제한 없이 허용되고 있다. 이러한 문제 외에도 무이유부기피신청 제도는 그 자체로 차별을 허용하고, 당사자가 판단자를 임의로 정하는 등으로 공정한 배심과 부합하지 않는다. 따라서 무이유부기피

신청 제도는 폐지되어야 한다. 공정한 배심원을 선정하기 위해서는 현재 저조한 이유부기피신청의 활성화를 도모할 필요가 있다.

주요어 : 무이유부기피신청, 무이유부기피권, 배심원 선정절차, 공정한 배심, 국민참여재판, 이유부기피신청, 이유부기피권

학 번 : 2018-24198

목 차

제 1 장 서론	1
제 1 절 연구의 목적	1
제 2 절 연구의 방법	2
제 2 장 미국의 무이유부기피권 개관	3
제 1 절 의의	3
제 2 절 연혁	6
1. 그리스·로마	6
2. 영국	8
3. 미국	11
4. 캐나다	17
제 3 장 미국의 무이유부기피권 제한	20
제 1 절 배심 배제의 불법화	20
1. 흑인의 배심 배제	20
2. 1879년 <i>Strauder v. West Virginia</i>	22
제 2 절 차별의 금지	25
1. 1965년 <i>Swain v. Alabama</i>	25
2. 1986년 <i>Batson v. Kentucky</i>	34
3. <i>Batson</i> 판결의 확대	42
가. 1991년 <i>Powers v. Ohio</i>	42
나. 1991년 <i>Edmonson v. Leesville Concrete Co., Inc.</i>	43
다. 1992년 <i>Georgia v. McCollum</i>	45
라. 1994년 <i>J.E.B. v. Alabama ex rel. T.B.</i>	46

제 4 장 미국의 무이유부기피권 존폐론	47
제 1 절 존치론	48
1. 공정한 배심(impartial jury)을 위한 권리	48
가. 숨겨진 편견(hidden bias)을 배제	48
나. 균형 효과(leveling effect)	49
2. 중요한 소송 도구(litigation tool)	49
3. 오래된 사법 전통(legal tradition)	51
4. <i>Batson</i> 판결로 위법성 치유	53
가. 배심원 선정절차에서 인종과 성별을 인식	53
나. 기피된 배심원후보자들의 우려를 불식	56
다. 차별 의도의 상호 체크	56
라. 법정에서 허용되는 담론의 변화	57
제 2 절 폐지론	58
1. 공정한 배심과 무관한 권리	58
가. 국왕의 무오류성(royal infallibility)에 기한 권리	58
나. 균형 효과의 허상	60
2. 현재의 배심제도와 배치	61
가. 배심원에 대한 부적절한 불신을 반영	61
나. 배심원 선정의 중점을 개인에서 집단으로 변경	65
다. 배심원 선정절차에 지나친 당사자주의를 가미	67
3. <i>Batson</i> 판결에도 여전히 위법성 존재	68
가. 인식 가능한 집단(cognizable group) 범위 문제	68
나. 차별 의도의 가장(charade)을 허용	72
다. 기준의 비일관성(inconsistencies)	73
라. 평등보호조항(equal protection clause) 위반	74
마. 무해한 오류(harmless error)로 취급	75
제 3 절 폐지 사례	76
1. 영국	76
2. 캐나다	76

3. 미국 애리조나 주	77
제 5 장 국민참여재판에 대한 고찰	79
제 1 절 국민참여재판의 무이유부기피신청	79
1. 의의	79
2. 주체	80
3. 제한	82
제 2 절 국민참여재판규칙 제21조 제1항의 법적성질	83
1. 문제의 제기	83
2. 훈시규정설	83
3. 효력규정설	84
4. 검토: 효력규정설	85
제 3 절 법원의 무이유부기피신청 판단 가부	87
1. 문제의 제기	87
2. 긍정설(효력규정설·규범조화적 해석론)	88
3. 부정설(훈시규정설)	89
4. 검토: 부정설(효력규정설·합헌적 법률해석 한계론)	89
제 4 절 무이유부기피신청의 존치 여부	92
1. 문제의 제기	92
2. 존치설	92
가. 당사자의 배심원 선정절차 관여 필요성	92
나. 미국과 같은 차별의 부재	93
3. 폐지설	94
가. 차별의 허용	94
나. 공정한 배심원 선정과 무관	95
다. 당사자가 판단자를 정하는 불합리	96
4. 검토: 폐지설	97
제 5 절 이유부기피신청의 활성화	100

1. 저조한 이유부기피신청	100
2. 불공평한 판단을 할 우려에 대한 증명책임 완화	101
3. 배심원후보자들의 문답을 조서에 상세히 기재	103
4. 이유부기피신청 사유에 대한 통계 작성	103
5. 배심원 질문표의 구체화	104
제 6 장 결론	105
참고문헌	107
Abstract	113

제 1 장 서 론

제 1 절 연구의 목적

국민의 형사재판 참여에 관한 법률(이하 ‘국민참여재판법’이라 한다)에 의하면, 검사, 피고인, 변호인은 국민참여재판의 배심원 선정기일에서 배심원후보자에 대하여 이유를 제시하지 아니하는 기피신청을 3-5차례씩 할 수 있고, 그러한 기피신청이 있는 때에는 법원은 당해 배심원후보자를 배심원으로 선정할 수 없다(제30조 제1항, 제2항). 이를 무이유부기피신청 제도라 한다.

무이유부기피신청 제도는 국민참여재판 도입 과정에서 불편부당한 배심원을 선정하기 위하여 필요하다는 데에 의견이 모아졌다는 이유로 도입되었다.¹⁾ 그러나 당시 무이유부기피신청권이 어떠한 권리인지, 그 행사에 제한은 없는지, 그것이 불편부당한 배심원 선정에 실제로 도움이 되는지, 공정한 국민참여재판의 실시를 위해 이를 도입하는 것이 적절한지 등에 대한 구체적인 논의나 검토가 없었다. 현재까지도 무이유부기피신청에 관한 논의는 거의 없다. 실무에서도 검사, 피고인, 변호인은 특별한 고민 없이 무이유부기피신청을 하고 있고, 법원도 특별한 고민 없이 일의적으로 불선정결정을 하고 있다. 그런데 국민참여재판에 무이유부기피신청 제도를 두는 것이 적절한가? 국민참여재판 도입 당시 구체적으로 검토되지는 않았지만, 공정하고 신뢰받은 국민참여재판 제도의 최종적인 형태를 결정하기 위해서 이를 짚고 넘어갈 필요가 있다.²⁾ 따라서 이 논문은 현재의 무이유부기피신청 제도가 어떠한 것인지를 규명하여 무이유부기피신청 제도를 유지하여야 하는지를 연구하는 것을 목적으로 한다.

1) 법원행정처, 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 해설(2007), p.54.

2) 국민참여재판법 제55조 제1항은 “국민참여재판의 시행성과에 대한 분석 등을 통하여 국민참여재판 제도의 최종적인 형태를 결정하기 위하여 대법원에 국민사법참여위원회를 둔다.”라고 규정하고 있고, 2013년 국민사법참여위원회가 구성되어 최종형태가 제안되었으나 입법화되지는 못하였다.

제 2 절 연구의 방법

현재의 무이유부기피신청 제도를 규명하기 위해서는 그 모델인 미국에서의 무이유부기피권(peremptory challenge)을 살펴볼 필요가 있다. 미국은 무이유부기피권을 공정한 배심(impartial jury)을 구성하기 위한 중요한 수단으로 인식하였고, 이는 실무에서 활발히 행사되고 있다. 이후 무이유부기피권이 흑인에 대한 인종 차별 의도에 기하여 흑인을 배심에서 배제하기 위한 목적으로 행사된다는 비판이 제기되자, 미국 연방대법원은 1986년 *Batson v. Kentucky* 판결을 통해 인종 차별 의도에 기한 무이유부기피권 행사를 실질적으로 금지하였다. 그러나 *Batson* 판결이 인종 차별에 기한 무이유부기피권 행사를 실질적으로 막지 못하였다는 비판이 제기면서 무이유부기피권을 폐지하여야 한다는 주장이 제기되었고, 현재 무이유부기피권의 존치론과 폐지론이 대립하고 있다. 이와 관련하여 배심제도를 택하고 있는 영국은 오래 전 무이유부기피권을 폐지하였고, 캐나다도 최근에 무이유부기피권을 폐지하였다. 한편 최근 미국 애리조나 주 대법원이 무이유부기피권을 폐지한 바 있다.³⁾

현재의 무이유부기피신청 제도를 규명하기 위해서는 미국에서의 무이유부기피권에 대한 제한 및 폐지 논의를 구체적으로 살펴볼 필요가 있다. 따라서 이하 제2장에서는 미국의 무이유부기피권의 의의 및 연혁을 개관하고, 제3장에서는 인종 차별 의도에 기한 무이유부기피권 행사를 금지한 *Batson* 판결의 등장 및 그 확대를 검토하며, 제4장에서는 무이유부기피권의 존폐론과 무이유부기피권 폐지 사례를 검토한다. 제5장에서는 이를 바탕으로 국민참여재판의 무이유부기피신청 제도를 개관하고, *Batson* 판결과 같이 편견이나 차별에 기초한 무이유부기피신청을 금지한 국민의 형사재판 참여에 관한 규칙(이하 ‘국민참여재판규칙’이라 한다) 제21조 제1항의 법적 성질을 검토한다. 그리고 국민참여재판법 제30

3) 그러나 2022년 애리조나 주 의회의 긴급 입법에 의하여 무이유부기피권이 부활하였다는 점에 관해서는 이 논문 제4장 제3절 3.을 참조.

조 제2항에도 불구하고 법원이 편견이나 차별에 기초한 무이유부기피신청인지를 판단할 수 있는지, 우리나라에서 상정할 수 있는 무이유부기피신청 제도의 존치설과 폐지설은 어떠한지, 무이유부기피신청 제도가 폐지되어야 한다면 그 대안으로서 이유부기피신청의 활성화 방안은 무엇인지를 순차적으로 검토한다.

제 2 장 미국의 무이유부기피권 개관

제 1 절 의의

무이유부기피권(peremptory challenge)은 검사, 피고인 또는 변호인이 배심원 선정절차에서 이유를 제시하지 않고 배심원후보자를 기피할 수 있는 권리를 의미한다.⁴⁾ 직역하면 “전단적인(peremptory)” 권리이지만, 다수의 국내 문헌은 이를 무이유부기피권으로 번역하고 있다.⁵⁾ 그 주된 특성이 이유를 제시하지 않는다는 것이고, 이유부기피권(challenge for cause) 이후에 행사되는 권리라는 점을 고려하면, 이를 무이유부기피권으로 번역하는 것이 적절하다고 생각된다.

4) 이는 peremptory strike라고도 불린다.

5) 법원행정처, 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 해설(2007); 홍진영, “편견 또는 차별에 기초한 무이유부 기피의 금지 - 미국 연방대법원의 Batson v. Kentucky 판결과 그 후속 논의의 시사점을 중심으로”, 사법 54호, 사법발전재단(2020); 홍진영, “국민참여재판에 따른 성폭력범죄 재판 운용의 실무적 개선방향에 관한 고찰”, 법조 66권 5호(통권 725호), 법조협회(2017); 노재호, “배심원후보자에 대한 무이유부기피의 제한 - 성적 지향(sexual orientation)에 기초한 무이유부기피는 허용되지 않는다고 한 연방 제9항소법원의 최근 판결을 중심으로”, 해외연수법관 보고자료 94호(2014. 5. 1.); 한상훈, “미국배심제에서 배심원 선정절차”, 저스티스 통권 94호, 한국법학원(2006. 10.); 문일환, “국민참여재판 배심원에 대한 실무적 접근 - 배심원 선정, 평결, 양형을 중심으로”, 저스티스 통권 135호, 한국법학원(2013. 4.); 김형국, “국민참여재판에서 배심원선정절차의 쟁점에 관한 연구”, 연세대학교 법무대학원 형사사법학과 석사학위논문(2013. 6.) 등 참조.

미국 연방형사소송규칙(Federal Rules of Criminal Procedure)은 무이유부기피권에 관한 정의 규정을 두고 있지 않다.⁶⁾ 다만, 무이유부기피권이 검사, 피고인 또는 변호인이 이유를 제시하지 않고 배심원후보자를 기피할 수 있는 권리라는 것을 당연한 전제로 하여 검사, 피고인 또는 변호인에게 부여된 무이유부기피권의 숫자를 규정하고 있다. 사형이 선고될 수 있는 사건(capital case), 다른 중죄 사건(other felony case), 경죄 사건(misdemeanor case)별로 배심원후보자에 대해 무이유부기피권을 행사할 수 있는 수와 예비배심원후보자의 수별로 예비배심원후보자에 대하여 무이유부기피권을 행사할 수 있는 수를 각각 규정하고 있다.⁷⁾ 사형이 선고될 수 있는 사건에 관하여는 양측에 각 20회, 다른 중죄 사건에 관하여는 검사에게 6회, 피고인 또는 변호인에게 10회, 경죄 사건에 관하여는 양측에 각 3회의 무이유부기피권이 부여된다. 예비배심원후보자를 1-2명 선정할 경우에는 양측에 각 1회, 3-4명 선정할 경우에는 양측에 각 2회, 5-6명 선정할 경우에는 양측에 각 3회의 무이유부기피권이 추가로 부여되고, 이는 예비배심원후보자에 대하여만 행사할 수 있다.

주 법률을 살펴보면, 무이유부기피권에 관한 정의 규정을 두는 경우와 그렇지 않은 경우가 혼재한다.⁸⁾ 다만, 그 정의 규정의 준부와 무관하게 대부분의 주 법률은 당사자에게 부여된 무이유부기피권의 수를 규정하고 있다. 적게는 일방에게 3회부터 많게는 일방에게 10여 회까지 그 횟수가 다양하다.

종래 미국 연방대법원은 무이유부기피권을 어떠한 심사나 법원의 통제도 받지 않는 권리로 보았다.⁹⁾ 이에 따라 검사, 피고인 또는 변호인은

6) Federal Rules of Criminal Procedure 24(b) (“Peremptory Challenges. Each side is entitled to the number of peremptory challenges to prospective jurors specified below. The court may allow additional peremptory challenges to multiple defendants, and may allow the defendants to exercise those challenges separately or jointly.”).

7) Federal Rules of Criminal Procedure 24(b)(c).

8) 무이유부기피권에 관한 정의 규정을 두고 있는 경우로 New York Criminal Procedure Law Article 360 Section 30 (“A peremptory challenge is an objection to a prospective juror for which no reason need be assigned. Upon any peremptory challenge, the court must exclude the person challenged from service.”).

상상 속의 편견에 기초하여서도 배심원후보자를 자유롭게 기피할 수 있었다. 그런데 인종 차별 의도에 기한 무이유부기피권을 행사해서는 안 된다는 *Batson* 판결의 법리가 자리를 잡으면서, 인종 차별 의도에 기한 무이유부기피권 행사는 법원의 통제를 받게 되었다.¹⁰⁾ 나아가 *J.E.B.* 판결을 통하여 성차별 의도에 기한 무이유부기피권 행사도 법원의 통제를 받게 되었다.¹¹⁾ 그러나 이러한 통제 외에는 법원은 여전히 무이유부기피권 행사에 개입할 수 없었고, 이러한 점에서는 여전히 전단적인 권리로 남아있다. 따라서 현재의 무이유부기피권은 인종, 성별에 기초한 행사에 대해서만 통제를 받는 반(半) 전단적인 권리라고 봄이 상당하다.

미국 연방대법원은 무이유부기피권이 헌법상 요청에 따른 권리는 아니지만, 피고인에게 부여된 가장 중요한 권리이고, 이에 대한 부당한 거부나 손상은 돌이킬 수 없는 오류(reversible error)라고 보았다.¹²⁾ 따라서 검사, 피고인 또는 변호인에게 무이유부기피권을 부여할지 말지는 의회나 정부의 재량에 맡겨져 있다. 그러나 연방과 대부분의 주는 검사, 피고인 또는 변호인에게 무이유부기피권을 부여하고 있고, 다만 그 부여의

9) *Swain v. Alabama*, 380 U.S. 202, 220(1965)(“The essential nature of peremptory challenge is that it is one exercised without reason stated, without inquiry and without being subject to court’s control.”).

10) *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79, 89(1986)(“State’s privilege to strike individual jurors through peremptory challenge is subject to the commands of the Equal Protection Clause.”).

11) *J.E.B. v. Alabama ex rel. T.B.*, 511 U.S. 127(1994).

12) *Swain v. Alabama*, 380 U.S. 202, 219(1965)(“Although there is nothing in constitution which requires Congress or the States to grant peremptory challenges, nonetheless the challenge is one of the most important of rights secured to accused. The denial or impairment of such right is reversible error, even without showing of prejudice.”); *Ross v. Oklahoma*, 487 U.S. 81, 82(1988)(“Peremptory challenges are not of constitutional dimension.”), *Stilson v. United States*, 250 U.S. 583, 586(1919)(“The Constitution does not require Congress to grant peremptory challenges to defendants in criminal cases, and the longstanding provision of law that all of several defendants shall be treated as one for the purposes of such challenges does not infringe the right to an impartial jury guaranteed by the Sixth Amendment.”). 한편 이와 반대의 개념으로서 무해한 오류(harmless error)는 무이유부기피권에 대한 제1심법원의 판단오류가 경우에 따라 판결을 파기할 정도의 오류가 되지 않는다는 것을 의미하고, 구체적인 내용은 제4장 제2절 3.마. 참조.

횃수에 있어서 다소 차이가 있을 뿐이다. *Batson* 판결 이후로는 위와 같은 전단적인 권리로서의 성질은 조금씩 제한되고 있지만 실무에서는 여전히 무이유부기피권이 검사, 피고인 또는 변호인이 배심재판에서 행사할 수 있는 중요한 권리로 인식되고 있다.

제 2 절 연혁

1. 그리스·로마

일정한 집단의 사람들이 모여서 분쟁을 해결한다는 개념으로서 배심은 문명만큼이나 역사가 깊다. 고대 이집트에서도 배심과 유사한 형태가 확인되고, 특히 신화에도 배심의 형태가 등장한다. 그리스·로마 신화를 보면, 아가멤논(Agamemnon)과 엘렉트라(Electra)의 동생인 오레스테스(Orestes)가 어머니인 클리타임네스트라(Clytemnestra)를 살해한 죄로 여신 아테나(Athena)에 의해 12인의 배심재판에 회부가 되는데, 배심원들이 유죄 6인, 무죄 6인으로 나뉘자 여신 아테나는 캐스팅보트를 무죄로 행사하면서 오레스테스는 풀려나게 되었다는 내용이 있다.¹³⁾ 노르드 신화를 보면, 판사석(judgement seat)에 앉는 12명의 신과 최고신 오딘(Odin)에 의하여 임명되어 인간계의 일상적인 분쟁을 관장하는 12명의 반신(demigod)이 등장한다는 내용이 있다.¹⁴⁾

고대 아테네에는 “디카스테리아(*dikasteria*)”라는 배심제도가 존재하였다.¹⁵⁾ 디카스테리아는 특정한 사건을 담당하기 위하여 30세 이상으로서 빛이 없는 시민들 사이에서 무작위로 선정되어 구성되었고, 구성 인원은 적게는 200명에서부터 많게는 1,500명까지 다양하였다. 고대 로마는 디카

13) Lloyd E. Moore, “The Jury: Tool of Kings, Palladium of Liberty by a Jury of Twelve Gods”, Anderson 2d ed.(1988), p.1.

14) Lloyd E. Moore, Ibid, p.4.

15) Douglas M. MacDowell, “The Law in Classical Athens(Aspect of Greek and Roman Life)”, Cornell University Press(1986), p.33-40; Lloyd E. Moore, Ibid, p.2.

스테리아를 모방하여 “주디시스(*judices*)”라는 배심제도를 두었다.¹⁶⁾ 주디시스는 원로원 의원들 사이의 스캔들 범죄에 관한 사건이나 특별히 제국에 대해서 중요한 사건 등 매우 제한된 범위의 정치적 사건을 해결하기 위하여 원로원 의원들로 구성되었다. 대부분의 일상적인 재판은 지방 장관이나 다른 제국 관료에 의하여 이루어졌다. 매년 원로원은 그해에 있을 재판을 담당할 소속 의원들을 주디시스 후보자로 지명하였고, 특정한 재판이 있는 경우 그 후보자 모집단으로부터 의원들 81명을 주디시스로 선정하였다. 기원전 104년 로마 집정관(*praetor*) 가이우스 세빌리우스 클라우시아(*Gaius Servilius Glaucia*)에 의하여 셀빌리우스 법(*Lex Servilia*)이 제정되면서 주디시스의 자격을 원로원 의원에서 일종의 기사 계급(*equities*)으로 낮추었다.

이처럼 역사가 깊은 고대의 배심에서 무이유부기피권이나 그와 유사한 권리가 있었다는 기록은 거의 발견되지 않는다. 아테네의 디카스테리아에 관해서도 무이유부기피권과 같은 권리가 행사되었다는 기록은 없다. 다만, 로마의 주디시스에 관해서는 양측이 15명의 주디시스 후보자를 기피할 수 있는 권리가 있었다는 기록이 있다.¹⁷⁾ 특히 *Lex Servilla*(B.C. 104) 시대에는 고발인(*accuser*)과 피고발인(*accused*)이 각자 100명의 주디시스 후보자를 선정하면, 양측이 각자 50회의 기피권을 행사하여 최종적으로 100명의 주디시스가 선정될 수 있게 하였다는 기록이 있다.¹⁸⁾

고대에 배심이 존재하였음에도 무이유부기피권과 같은 권리가 거의 존재하지 않았던 것은 고대의 배심이 판단자로서가 아니라 고발인이나 증인으로서의 역할을 수행하였기 때문이다.¹⁹⁾ 고대의 배심은 범죄를 수사하고 인지한 사실을 보고하는 역할을 수행하였고, 배심원은 피고인이

16) Lloyd E. Moore, *Ibid*, p.3.

17) Lloyd E. Moore, *Ibid*, p.3.

18) *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79, 119(1986)[“It was in use amongst the Romans in criminal cases, and the *Lex Servilia*(B.C. 104) enacted that the accuser and the accused should severally propose one hundred *judices*, and that each might reject fifty from the list of the other, so that one hundred would remain to try the alleged crime.”].

19) Morris B. Hoffman, “Peremptory Challenges Should Be Abolished: A Trial Judge’s Perspective”, *U. Chi. L. Rev.*(1997), p.815.

나 사건에 대한 개인적인 경험 및 지식이 있다는 이유로 선정되었다. 배심원이 피고인이나 사건과 관계있다는 이유로 기피될 이유가 없었고, 오히려 그러한 배심원은 고발인이나 증인으로서의 역할을 잘 수행할 수 있는 배심원이었다. 이와 같은 이유로 고대의 배심에서는 무이유부기피권과 같은 권리의 필요성이 크지 않았다.

2. 영국

영국의 배심재판이 로마에서 비롯되었다는 주장도 있으나, 11세기 정복자 윌리엄 시대에 도입되었다는 것이 일반적인 견해이다.²⁰⁾ 정복자 윌리엄은 영국과 유럽 대륙에서 이미 실시되고 있던 세 가지 재판 형태인 면책선서(compurgation), 결투(trial by battle), 시련(trial by ordeal)에 배심재판을 추가하였다. 당시 면책선서에 의한 재판은 비교적 중요도가 떨어지는 민사 분쟁이나 경범죄에 대하여만 이루어졌고, 노르만인들이 선호하였던 결투는 점점 그 활용도가 떨어졌다. 시련에 의한 재판만이 중죄나 다른 중요한 사건들을 해결하기 위한 재판 형태로 남아있었고, 배심재판은 매우 희귀하였다. 정복자 윌리엄이 토지의 소유권에 관한 법을 조사하기 위하여 민사 배심을 소집한 것과 그 아들 앙리 1세가 비교적 중요한 민사 분쟁을 해결하기 위하여 민사 배심을 소집한 것 정도만이 확인된다.²¹⁾

앙리 2세는 1166년 부동산 재산권에 관한 분쟁을 해결하기 위하여 배심인 “어사이즈(assize)”를 구성하는 “클라렌든 어사이즈(Assize of Clarendon)”를 선포한다.²²⁾ 이는 영국의 배심제도의 기원을 명확히 확인할 수 있는 첫 사례인데 민사 사건에서만 활용되었을 뿐 형사 사건에는 활용되지 아니하였다.

그런데 교황 이노센트 3세가 1215년 시련에 의한 재판을 금지하면서

20) Lloyd E. Moore, Ibid, p.13-19.

21) Lloyd E. Moore, Ibid, p.33-34.

22) Lloyd E. Moore, Ibid, p.37-38.

영국은 1219년 배심재판을 중대한 범죄를 결정하는 유일한 수단으로 정하였다.²³⁾ 그로부터 1270년까지 약 50년 동안 영국 배심제도는 번영하기 시작하였고, 보통법의 구조에 스며들기 시작하였다.²⁴⁾ 그리고 이러한 황금기의 어느 시점에 무이유부기피권에 관한 개념이 갑작스럽게 등장한다. 최초에는 사형이 선고될 수 있는 사건에 관해 검사(Crown)에게 무제한의 무이유부기피권을 부여하였다.²⁵⁾ 검사에게 무제한의 무이유부기피권을 부여한 이유는 국왕의 무오류성(royal infallibility)에 기한 것이었다. 검사가 배심원후보자에 대하여 이유부기피권을 행사하면 이는 즉시 반박 불가능하게 타당한 것으로 간주되었으므로 검사가 굳이 그 이유를 제시할 필요가 없었다.²⁶⁾ 결국, 검사의 무이유부기피권은 사실상 이유부기피권이였다.²⁷⁾

검사에게 무제한의 무이유부기피권을 부여한 직후 법원은 피고인에게도 사형이 선고될 수 있는 사건에 관하여 일정한 수의 무이유부기피권을 부여하였다. 1300년대에 이르러서는 사형이 선고될 수 있는 사건에 관하여 검사가 무제한의 무이유부기피권을 가지고, 피고인이 35회의 무이유부기피권을 가진다는 것이 영국 보통법으로 확립되었다.²⁸⁾ 당시 대부분의 중죄에 대하여 사형선고가 가능하였으므로 상당수의 사건에서 무이유부기피권이 행사될 수 있었다. 하지만 사형이 선고될 수 없는 중죄에 대해서도 무이유부기피권이 허용되었다는 기록도 확인된다.²⁹⁾

23) Morris B. Hoffman, Ibid, p.819; Theodore F.T. Plucknett, “A Concise History of the Common Law”, Little Brown 5th ed.(1956), p.118.

24) Theodore F.T. Plucknett, Ibid, p.119.

25) Morris B. Hoffman, Ibid, p.819.

26) Jon M. Van Dyke, “Jury Selection Procedure: Our Uncertain Commitment to Representative Panels”, Ballinger(1977), p.148(“The English judges have assumed that cause existed whenever the Crown wants to challenge a juror.”); John Proffatt, “A Treatise on Trial By Jury: Including Questions of Law and Fact”, Rothman(1986), p.211-212(“The King’s prosecutors reportedly exercised their so-called peremptory challenges by stating *quod non boni sunt pro rege* or because they are not good for the King.”).

27) Morris B. Hoffman, Ibid, p.819.

28) John Proffatt, Ibid, p.207.

29) *Swain v. Alabama*, 380 U.S. 202, 212, n.9(1965)(“But peremptories were allowable in trials of felonies that were not capital.”).

이 당시의 무이유부기피권이 현재의 무이유부기피권으로 발전한 것인지는 명확하지 않으나, 이 당시의 무이유부기피권은 현대로 치면 무이유부기피권과 이유부기피권을 혼합한 하이브리드(hybrid) 형태였던 것으로 보인다. 당시 영국의 작은 마을에서는 판사, 검사, 변호인, 배심원들이 서로를 너무나 잘 알았기 때문에 무이유부기피권은 마을 사람들 누구나 부격적으로 알고 있는 사람을 간이하게 배제할 수 있는 지름길(short hand way)과 같은 수단이었다. 이러한 형태의 과거의 무이유부기피권은 사실상 이유부기피권이었고, 숨겨진 편견(hidden bias)을 가진 배심원후보자를 배제하여 공정한 배심을 구성한다는 현대적 의미의 무이유부기피권과는 아무런 관련이 없었다.³⁰⁾

그런데 무이유부기피권이 보통법으로 확립된 1300년대부터 현대까지 무이유부기피권이 실제로 행사되었다는 기록은 많지 않다. 구체적으로, 14세기 후반에는 무이유부기피권이 행사되었다는 기록이 발견되지 않고, 18세기에는 무이유부기피권이 행사되었지만 아주 드물게 행사되었다는 기록이 발견되며, 현대에는 7건의 배심재판이 진행되면 1회의 무이유부기피권이 행사되었다는 기록이 있다.³¹⁾ 이러한 점을 보면, 영국의 무이유부기피권은 거의 행사되지 아니하였음을 알 수 있다.

영국 의회는 1305년 검찰의 무이유부기피권을 폐지하였다. 다만, 피고인의 무이유부기피권은 원래와 같이 35회로 남겨두었다. 하지만 영국 법원은 보통법으로서 검사에게 “보류신청(stand aside)”의 권리를 부여함으로써 위와 같은 검사의 무이유부기피권 폐지의 효과를 무력화시켰다.³²⁾ 보류신청은 검사가 일정한 수의 배심원후보자들을 배심원 선정절차에서 잠시 보류하면, 보류된 배심원후보자들은 검사와 피고인이 기피권을 모두 행사한 결과 배심원이 부족한 경우에만 배심원으로 선정될 기회를 얻게 된다는 보통법상의 제도이다. 이러한 절차를 통하여 검사는 원하지 않은 배심원후보자를 사전에 배제할 수 있었고, 무이유부기피권의 행사

30) Morris B. Hoffman, Ibid, p.820.

31) Morris B. Hoffman, Ibid, p.821.

32) John Proffatt, Ibid, p.212, 213. 한편 “Stand Aside”를 “보류신청”으로 번역한 예에 관해서는 정진수, 박강우, “영국 배심제도의 공정·실효성 확보 방안 및 국민 참여재판 개선 시사점 연구”, 한국형사정책연구원(2009), p.41-42 참조.

를 통하여 얻을 수 있는 효과를 동일하게 누릴 수 있었다. 하지만 보류 신청도 무이유부기피권의 행사만큼이나 매우 드물었다.

피고인에게 부여된 무이유부기피권의 수도 점차 감소하였다. 35회이던 것이 1530년에는 20회, 1948년에는 7회, 1977년에는 3회로 순차적으로 감소하였다.³³⁾ 그러던 중 1980년대에 언론의 관심을 끌었던(high profile) 형사재판에서 피고인이 무이유부기피권을 남용한다는 비판이 제기되었다. 1984년 이루어진 사이프러스(Cyprus) 간첩 사건의 배심재판은 이러한 비판의 중심에 있었다. 당시 7명의 피고인의 변호인들이 합세하여 7회의 무이유부기피권을 행사하였고, 그 결과 배심원단은 모두 젊은 남성으로 구성되었다. 배심은 7명의 피고인들을 모두 무죄로 평결하였다.³⁴⁾ 의회와 언론은 피고인의 변호인들이 배심원단을 조작(pack jury)한다는 비판을 맹렬하게 가하였다. 이후 영국 의회는 1989년 무이유부기피권을 폐지하였고, 영국 법무장관(Attorney General)은 같은 해에 특별한 상황을 제외하고는 보류신청도 폐지하겠다고 밝혔다.³⁵⁾

3. 미국

영국 식민지 시대에 대부분의 법원은 영국 보통법의 실행에 따라 피고인에게 무이유부기피권을 부여하였다.³⁶⁾ 반면 검사에게 무이유부기피권을 부여할지 여부에 대해서는 일관되지 않았는데, 일부 법원은 검사에게 무제한의 무이유부기피권을 부여하였고, 일부 법원은 검사에게 무이유부기피권을 전혀 부여하지 않았다.³⁷⁾

영국으로부터의 독립 이후 연방헌법 제3조 제2항에 형사사건에 관해 배심재판을 받을 권리가 명시되었지만, 무이유부기피권에 관해서는 아무런 언급이 없었다.³⁸⁾ 나아가 연방헌법 제3조 제2항을 제정하는 과정에서

33) The Criminal Law Act, 1977, ch.45 §43(Eng).

34) Morris B. Hoffman, Ibid, p.822.

35) The Criminal Justice Act, 1988, ch.33 §118(1)(Eng).

36) Van Dyke, Ibid, p.148.

37) Van Dyke, Ibid, p.149.

무이유부기피권이 논의되었다는 기록도 발견되지 않는다.³⁹⁾ 심지어 연방 헌법을 제정하기 위하여 설립된 헌법회의(Constitutional Convention)에 참여한 법률가이자 정치가인 에드문드 란돌프(Edmund Randolph)가 제안한 연방헌법 제3조 초안에는 배심재판을 받을 권리 자체가 명시되어 있지 않았다. 이후 헌법회의에 의하여 설립된 세부위원회(Committee of Detail)에서 위와 같은 형사사건에서의 배심재판을 받을 권리가 추가되었는데, 그 과정에서 논의나 찬반이 있었는지에 관한 기록은 발견되지 않는다.⁴⁰⁾ 연방헌법 제3조 제2항이 제정된 이후 배심재판에 관해 주로 논의된 것은 연방주의자 논집(The Federalist Papers)에서 확인되는 바와 같이 배심원의 평결에 관한 상소심의 사법적 판단 가부, 민사사건에서의 배심재판 허용 여부였다.⁴¹⁾ 그러한 논의가 진행되는 무렵에도 무이유부기피권에 관하여 논의되었다는 기록은 발견되지 않는다.

그러던 중 수정헌법 제6조의 초안 중 하나에 배심원들을 기피할 수 있는 권리가 언급된다. 위 초안은 공정한 배심을 받을 권리의 적절한 부분은 “기피할 권리와 다른 통상적인 필요적 사항(the right of challenge and other accustomed requisites)”을 포함한다고 규정하였다.⁴²⁾ 이러한 기피권이 이유부인지 무이유부인지에 관한 논의가 있었으나, 위 초안에 관한 논의가 배심원의 일반적 태도나 사건에 대한 이해관계에 기초하여 배심원을 기피할 수 있는 권리임을 전제로 하고 있으므로, 위 초안의 기피권은 이유부기피권에 관한 것이었던 것으로 보인다.⁴³⁾ 헌법회의를 구

38) U.S. Constitution Article III, §2(“The Trial of all Crimes, except in Cases of Impeachment, shall be by Jury; and such Trial shall be held in the State where the said Crimes shall have been committed; but when not committed within any State, the Trial shall be at such Place or Places as the Congress may by Law have directed.”).

39) Morris B. Hoffman, *Ibid*, p.823.

40) Saul K. Padover, “To Secure These Blessings”, Washington Square(1962), p.419.

41) Alexander Hamilton, The Federalist Papers 81(The Judiciary Continued, and the Distribution of the Judicial Authority), 83(The Judiciary Continued in Relation to Trial by Jury).

42) Valerie P. Hans, Neil Vidmar, “Judging the Jury”, Plenum(1986), p.37.

43) Valerie P. Hans, Neil Vidmar, *Ibid*, p.38.

성한 제임스 매디슨(James Madison)은 이유부기피권은 공정한 배심의 개념에 당연히 포함되어 있는 것이므로, 위 초안과 같은 기재는 불필요하다고 보았다. 이에 대하여 헌법회의에 참여한 패트릭 헨리(Patrick Henry)는 이유부기피권은 배심재판을 받을 권리만큼 중요한 것이므로 이를 삭제하는 것은 적절하지 않다고 제임스 매디슨의 입장을 비판하였다.⁴⁴⁾ 결과적으로 수정헌법 제6조의 최종안에는 이유부기피권에 관한 문구가 삭제되었다.⁴⁵⁾

수정헌법에 무이유부기피권에 관한 규정이 빠졌지만, 연방 의회는 꽤 일찍부터 무이유부기피권을 법제화해왔다. 1790년 제정 형법에는 연방 형사 사건의 피고인에게 반역죄에 관해서는 35회, 다른 사형이 선고될 수 있는 범죄에 관해서는 20회의 무이유부기피권을 각 부여하였다.⁴⁶⁾ 검사에게 무이유부기피권을 부여할지에 관해서 언급이 없었지만, 당시에는 검사에게 무이유부기피권이 있다는 것과 최소한 보류신청의 권리가 있다는 것이 연방 보통법이라고 인식되었다.⁴⁷⁾

44) Valerie P. Hans, Neil Vidmar, *Ibid*, p.37(“James Madison: The right to challenge is incident by jury, and, therefore, as one is secured, so is the other.” Patrick Henry: Yet the right is as valuable as the trial by jury itself.”).

45) U.S. Constitution Amendment VI(“In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.”).

46) 1 Stat. 119(1790)(“if any person or persons be indicted of treason against the United States, and shall stand mute or refuse to plead, or shall challenge peremptorily above the number of thirty-five of the jury; or if any person or persons be indicted of other of the offences herein for which the punishment is declared to be death, if he or they shall also stand mute or will not answer to the indictment, or challenge peremptorily above the number of twenty persons of the jury; the court, in any of the cases aforesaid, shall notwithstanding proceed to the trial of the person or persons so standing mute or challenging, as if he or they had pleaded not guilty, and render judgment thereon accordingly.”).

47) *United States v. Marchant*, 25 U.S. 480, 483(1827)(“Until the statute of 33 Edw. 1, the Crown might challenge peremptorily any juror, without

미국 연방대법원은 1856년 *United States v. Shackelford* 사건에서 검사의 무이유부기피권과 보류신청의 권리는 연방 보통법에서 비롯된 것이 아니고, 연방 법원은 기존의 절차를 고려하여 검사에게 무이유부기피권을 부여할지와 보류신청의 권리를 인정할지를 판단하여야 한다고 판시하였다.⁴⁸⁾

Shackelford 판결 이후 연방 의회는 검사에게 무이유부기피권을 부여하고, 더 많은 유형의 범죄에 관해서 무이유부기피권을 부여하기 시작하였다. 1865년 법률은 반역죄나 사형이 선고될 수 있는 범죄에 관하여 피고인에게 20회, 검사에게 5회, 이를 제외한 범죄에 관하여 피고인에게 10회, 검사에게 2회의 무이유부기피권을 각 부여하였다.⁴⁹⁾ 1872년 법률은 반역죄나 사형이 선고될 수 있는 범죄를 제외한 범죄에 관하여 검사에게 부여된 무이유부기피권을 3회로 늘렸고, 민사와 경죄 사건에 관하여도 양측에 각 3회의 무이유부기피권을 부여하였다.⁵⁰⁾ 1911년 법률은 반역죄나 사형이 선고될 수 있는 범죄에 관하여 검사에게 부여된 무이유부기피권을 6회로 늘렸고, 이를 제외한 중죄에 관하여 피고인에게 10회, 검사에

assigning any cause, but that statute took away that right and narrowed the challenges of the Crown to those for cause shown. But the practice since this statute has uniformly been, and it is clearly settled, not to compel the Crown to show cause at the time of objection taken, but to put aside the juror until the whole panel is gone through. ... the same rule has been recognized down to the present times.”).

48) *United States v. Shackelford*, 59 U.S. 588, 590(1856)(“The Court is of opinion that the right of challenge by the prisoner recognized by the act of 1790 does not necessarily draw along with it this qualified right, existing at common law, by the government, and that unless the laws or usages of the state, adopted by rule under the act of 1840, allow it on behalf of the prosecution, it should be rejected, conforming in this respect the practice to the state law.”).

49) 13 Stat. 500(1865)(“That when the offence charged be treason or a capital offence, the defendant shall be entitled to twenty and the United States to five peremptory challenges. On a trial for any other offence in which the right of peremptory challenge now exists, the defendant shall be entitled to ten and the United States to two peremptory challenges.”).

50) 17 Stat. 282(1872)(“On the trial of any other felony, ... United States to three peremptory challenges; and in all other cases, civil and criminal, each party shall be entitled to three peremptory challenges ...”).

게 6회, 민사와 경죄 사건에 관하여는 양측에 각 3회의 무이유부기피권을 부여하였다.⁵¹⁾ 1946년 연방 형사소송규칙이 제정되면서 사형이 선고될 수 있는 범죄에 관하여 검사에게 부여된 무이유부기피권을 20회로 늘렸다.⁵²⁾ 이는 현재의 무이유부기피권 부여 횟수와 같다.

공동피고인들이 있는 경우 공동피고인들에게 부여될 무이유부기피권 횟수에 관해서는 1865년 법률부터 현재까지 공동피고인들을 하나의 피고인으로 취급하여 무이유부기피권을 부여하였다.⁵³⁾ 예를 들어, 반역죄 사건에서 3명의 공동피고인들이라고 하더라도 공동피고인들 모두에게 60회 (= 공동피고인 3명 × 각자 20회)가 아니라 20회의 무이유부기피권만이 부여되었다. 이에 대하여 1919년 *Stilson v. United States* 사건의 공동피고인들은 법원이 공동피고인들의 숫자에 상응하는 만큼의 무이유부기피권을 부여하지 않은 것은 수정헌법 제6조의 공정한 배심에 위반된다고 주장하였다. 그러나 연방대법원은 무이유부기피권에 관하여 공동피고인들을 하나의 피고인으로 취급하는 것은 오랜 연방 사법제도의 한 부분이고, 미국 헌법은 공정한 배심만을 보장할 뿐 피고인에게 무이유부기피권을 부여할 것을 의회에 요구하지 않으며, 무이유부기피권의 부여 횟수는 보통법이나 법률에 맡겨져 있다면서 위와 같은 주장을 배척하였다.⁵⁴⁾

이러한 연방에서의 무이유부기피권의 변화는 주에서도 동일하게 이루어졌다. 대부분의 주는 1790년부터 피고인에게 무이유부기피권을 부여하

51) 36 Stat. 1166(1911).

52) Federal Rules of Criminal Procedure 24(b).

53) 13 Stat. 500("in all cases where there are several defendants or several plaintiffs, the parties on each side shall be deemed a single party for the purposes of all challenges under this section.").

54) *Stilson v. United States*, 250 U.S. 583, 586(1919)("The requirement to treat the parties defendant as a single party for the purpose of peremptory challenges has long been a part of the federal system of jurisprudence; it certainly dates back to 1865, and was adopted in the Revised Statutes, and has now become a part of the Judicial Code. ... There is nothing in the Constitution of the United States which requires the Congress to grant peremptory challenges to defendants in criminal cases; trial by an impartial jury is all that is secured. The number of challenges is left to be regulated by the common law or the enactments of Congress. That body has seen fit to treat several defendants for this purpose as one party.").

는 규정을 두고, 검사에게는 보통법에 따라 무이유부기피권을 부여하였다. 그러다가 검사에게 무이유부기피권을 부여하는 것이 연방 보통법이 아니라는 *Shackleford* 판결이 선고된 직후인 1870년부터는 검사에게 무이유부기피권을 부여하는 규정을 두기 시작하였다.⁵⁵⁾ 오늘날 대부분의 주는 검사와 피고인, 민사와 형사 사건에서 모두 무이유부기피권을 부여하고 있다.

이러한 미국의 무이유부기피권은 영국에서와 달리 매우 활발하게 행사되었다. 그런데 민권법(Civil Rights Act)의 제정 등으로 배심원후보자들의 인적 구성이 다양해지면서 검사가 흑인을 배제하기 위한 목적으로 무이유부기피권을 행사하는 경우가 빈번하게 발생하였다. 이에 따라 연방대법원은 1986년 *Batson v. Kentucky* 사건에서 검사의 인종 차별 의도에 기한 무이유부기피권 행사를 실질적으로 금지하였고, 1965년 *Swain v. Alabama* 판결에 비하여 피고인이 검사의 인종 차별 의도에 기한 무이유부기피권 행사를 비교적 수월하게 다룰 수 있는 기준과 절차를 마련하였다. 연방대법원은 1994년 *J.E.B. v. Alabama ex rel. T.B.* 판결을 통해 이러한 절차를 성별에도 확대하였다.

이러한 무이유부기피권에 대한 제한에도, 미국의 무이유부기피권은 검사, 변호인에 의하여 활발히 행사되고 있다. 특히 인종 갈등을 전제한 형사사건에서는 배심재판이 진행될 때마다 양측의 무이유부기피권의 행사 방식과 구성된 배심의 인적구성은 늘 논란의 중심이 되고 있다.⁵⁶⁾

55) *Swain v. Alabama*, 380 U.S. 202, 215-217(1965).

56) 위스콘신(Wisconsin) 주 경찰이 제이콥 블레이크(Jacob Blake)라는 흑인 남자를 총격한 사건으로 인해 2020년 8월 23일부터 민간인 시위(civil unrest)가 진행되었다. 17세 백인인 카일 리튼하우스(Kyle Rittenhouse)는 2020년 8월 26일 시위대에 속한 민간인 3명에게 소총을 발사하여 2명이 사망하였다. 카일 리튼하우스는 살인죄 등으로 2021년 11월 1일부터 배심재판을 받았다. 검사와 변호인의 기피권 행사를 통해 구성된 배심은 2021년 11월 19일 카일 리튼하우스에 대하여 정당방위(self defense)로 무죄를 평결을 내렸다. 당시 언론은 카일 리튼하우스가 백인이었기 때문에 무죄를 받았다는 비판을 제기하였다. 이에 관해서는 Doug Most, "White Skin Privilege in Rittenhouse, Arbery Verdicts: If Kyle Rittenhouse had been Black, would he have even survived that night? asks LAW Dean Angela Onwuachi-Willig", Boston University Today News(Nov. 2021) 참조.

4. 캐나다

캐나다는 18세기 내지 19세기 무렵 영국의 식민지가 되었을 때 영국 법을 받아들이면서 영국의 무이유부기피권도 받아들였다. 그 무렵 노바스코샤(Nova Scotia) 주 법원에서 1754년 및 1814년에 살인 사건 등에 관하여 무이유부기피권이 행사되었다는 기록이 발견된다.⁵⁷⁾

1900년대에 이르러 캐나다의 무이유부기피권은 미국의 영향을 많이 받게 되었다. 첫째로, 미국은 영국과 다르게 경죄 사건에서도 무이유부기피권을 부여하였는데, 캐나다도 경죄 사건에서 무이유부기피권을 부여하였다. 노바스코샤 주가 1838년 최초로, 이어서 뉴브런스윅(New Brunswick) 주가 1848년, 온타리오(Ontario) 주가 1850년, 프린스 에드워드 아일랜드(Prince Edward Island) 주가 1861년에 각각 경죄 사건에서 무이유부기피권을 부여하였는데, 대부분의 주가 피고인에게 3-4회의 무이유부기피권을 부여하였다.⁵⁸⁾

경죄 사건 외의 사건에서 부여된 무이유부기피권 횟수는 다양하다. 온타리오 주는 1850년 중죄나 살인 사건에 관하여 피고인에게 20회의 무이유부기피권을 부여하였고, 뉴브런스윅 주는 1854년 반역죄나 사형이 선고될 수 있는 사건에 관하여 피고인에게 12회, 다른 중죄에 관하여 피고인에게 6회의 무이유부기피권을 부여하였다.⁵⁹⁾ 그리고 검사의 무이유부기피권을 오래 전 폐지한 영국의 전통과는 다르게 캐나다는 검사에게도 무이유부기피권을 부여하였다. 노바스코샤 주는 1838년, 뉴브런스윅 주는 1848년 각각 검사에게 무이유부기피권을 부여하였고, 온타리오 주는 1867년 캐나다 연방(Confederation)에 가입하기 전까지는 검사에게 무이유부기피권을 부여하지 않았으나 그 가입 이후에는 검사에게 무이유부기피권을 부여하였다. 한편 그 가입 이전에도 검사에게 영국에서 유래

57) R. Blake Brown, "Challenges for Cause, Stand-Asides, and Peremptory Challenges in the Nineteenth Century", *Osgoode Hall L. Journal*(2000), p.455.

58) R. Blake Brown, *Ibid*, p.483-484.

59) R. Blake Brown, *Ibid*, p.484.

된 보류신청의 관행을 허용하였다.⁶⁰⁾ 캐나다 연방의 성립 직후인 1869년 무이유부기피권을 부여하는 법률이 제정되었고, 이때 피고인에게는 반역죄나 사형이 선고될 수 있는 사건에서 20회, 다른 중죄 사건에서 12회, 경죄 사건에서 4회, 검사에게는 모든 사건에 관하여 4회의 무이유부기피권을 각각 부여하였다.⁶¹⁾

이러한 무이유부기피권 부여 횟수는 1892년 캐나다의 첫 형법(Criminal Code)이 제정되기 전까지 유지되었다. 그 형법에 따라 반역죄나 사형이 선고될 수 있는 사건을 제외한 중죄 사건에서 징역 5년 이상에 처할 것이 아닌 이상 피고인에게 부여된 무이유부기피권이 12회에서 4회로 감축되었다. 위 형법에 따라 검사에게 부여된 무이유부기피권 및 무제한의 보류신청의 권리는 그대로 유지되었고, 이후에 1917년이 되어서야 검사의 보류신청의 권리가 48회로 제한되었다.⁶²⁾

캐나다 대법원은 1992년 *R. v. Bain* 사건에서 검사에게 부여된 배심원 선정절차에서의 강력한 권한을 대폭 줄였고, 캐나다 의회에 검사와 피고인 사이의 무이유부기피권 등에 관한 불균형을 해소할 것을 명령하였다. 구체적으로는 검사에게 보류신청의 권리를 부여한 형법 규정은 공정하고 독립된 재판을 받을 권리를 규정한 캐나다 헌법 제11조 (d)항에 반한다고 판시하였다.⁶³⁾ 그 직후 캐나다 의회는 검사에게 보류신청의 권리를 부여한 형법 규정을 폐지하였고, 대신 검사에게 피고인과 동일한 횟수의 무이유부기피권을 부여하였다.⁶⁴⁾

이러한 입법 이후 많은 논의가 이루어졌는데, 먼저 위 입법으로 인하여 사법제도의 공정성이 증진되고, 대중의 사법 신뢰를 촉진할 것이라는 주장이 있었다. 한편 검사의 피고인에 대한 우월적 지위에 비추어 보면 검사의 무이유부기피권을 폐지하여야 한다는 주장도 있었고, 무이유부기

60) R. Blake Brown, Ibid, p.484-486.

61) R. Blake Brown, Ibid, p.491.

62) Judith Heinz, "Peremptory Challenges in Criminal Cases: A Comparison of Regulation in the United States, England and Canada", Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.(1993), p.205.

63) Judith Heinz, Ibid, p.225; *R. v. Bain*, 1 S.C.R. 91(1992).

64) Judith Heinz, Ibid, p.227.

피권이 차별적으로 행사될 여지가 있으므로 그 자체를 폐지하여야 한다는 주장도 있었다.⁶⁵⁾ 특히 당시 무이유부기피권이 차별적으로 행사될 여지가 있다는 점에 관하여 많은 논의가 있었는데, 미국은 1986년 *Batson* 판결로 인종 차별 의도에 기한 무이유부기피권 행사를 실질적으로 금지한 것에 비하여, 캐나다는 그러한 무이유부기피권 행사를 금지하지 아니하였다.⁶⁶⁾

2018년 3월 29일 캐나다 정부는 형법, 소년법(Youth Criminal Justice Act), 그에 부수한 법률을 개정하는 C-75 법률을 예고하였고, 2019년 6월 21일 왕실의 승인(Royal Assent)을 받아 위 법률을 2019년 9월 19일부터 시행하였다. C-75 법률은 배심원 선정절차, 사전 청문절차, 보석에 관한 규정을 개정하는 것이었는데, 특히 무이유부기피권을 폐지하는 내용을 담고 있었다. C-75 법률 이전에는 캐나다 형법 제634항에 검사와 피고인에게 부여된 무이유부기피권 횟수가 사건의 유형에 따라 규정되어 있었다.

당시 무이유부기피권이 차별 의도에 기하여 사용되고, 배심이 캐나다 인구를 반영하지 못한다는 우려가 계속적으로 제기되고 있었고, 배심 자체에 대한 지속적인 개혁 요구도 있었다.⁶⁷⁾ 무엇보다 2018년 *R. v. Stanley* 사건은 무이유부기피권 폐지의 결정적인 계기가 되었다. 2018년 2월 9일 서스캐처원(Saskatchewan) 주에 사는 백인 농부인 제라드 스탠리(Gerald Stanley)는 콜튼 보쉬(Colten Boushie)라는 22세의 캐나다 선주민(Indigenous)인 크리(Cree) 족의 소년을 살해한 죄로 배심재판을 받게 되었다. 피고인은 배심원후보자들 중 5명의 토착인종(Indigenous)에 대하여 모두 무이유부기피권을 행사하였고, 전원 백인 배심원단이 구성되었다. 배심은 피고인을 무죄로 평결하였다.⁶⁸⁾ 이러한 피고인에 대한

65) Judith Heinz, Ibid, p.228-229.

66) Judith Heinz, Ibid, p.227-228.

67) Michell I. Bertrand et al, "We have centuries of work undone by a few bone-heads: A Review of Jury History, a Present Snapshot of Crown and Defence Counsel Perspectives on Bill C-75's Elimination of Peremptory Challenges, and Representativeness Issues", *Manitoba Law Journal*(2020), p.130-131.

68) *R. v. Stanley*, 2018 SKQB 27.

무죄평결은 매우 큰 논란을 가져왔다. 그 평결로부터 불과 48일 이후에 무이유부기피권을 폐지하는 C-75 법률이 캐나다 의회에 발의되었고, 그 법률의 통과로 무이유부기피권이 폐지되었다.

이러한 점에 비추어 보면, 캐나다의 무이유부기피권은 증가하는 무이유부기피권에 대한 폐지의 요청과 무이유부기피권의 폐해를 적나라하게 보여준 *Stanley* 사건의 결합으로 이루어진 것이라고 평가할 수 있다.⁶⁹⁾

제 3 장 미국의 무이유부기피권 제한

제 1 절 배심 배제의 불법화

1. 흑인의 배심 배제

남북전쟁 이후의 재건 시대(Reconstruction Era) 이전에는 무이유부기피권이 인종 차별 의도에 기하여 행사되는 경우가 많지 않았다.⁷⁰⁾ 그 이유는 흑인이 당시의 배심원 자격을 충족하지 못하여 애초에 배심원 모집단(jury pool)에 포함되지 않았기 때문이다. 배심원 모집단에 포함되기 위해서는 선거권을 갖고 있어야 했는데, 남부에서는 흑인이 노예였기 때문에 선거권이 없었고, 북부의 일부 주에서도 흑인에게 선거권이 없었으며, 북부의 일부 주에서는 일정한 정도의 재산을 소유한 흑인에게만 선거권이 인정되었다.⁷¹⁾ 이러한 연유로 흑인은 배심원 모집단에조차 포함

69) Michell I. Bertrand et al, Ibid, p.131.

70) 재건 시대란 남북전쟁 이후인 1865년부터 1877년까지의 시대를 말한다.

71) Morris B. Hoffman, Ibid, p.828; 북부에서 흑인에게 선거권을 부여하지 않은 주로는 델라웨어(1792년), 켄터키, 메릴랜드, 오하이오(각 1799년), 뉴저지(1807년)가 있었다. 뉴욕은 흑인에게 선거권을 부여하였지만 배심원 모집단에 포함되기 위해서는 최소한 250달러를 보유할 것을 요구하였다. 이는 백인에게는 요구되지 않은 조건이었다.

되지 아니하였고, 이들을 상대로 한 무이유부기피권 행사도 거의 없었다.

남북전쟁 이후 재건 시대에 노예해방이 이루어진 다음에도 사정은 나아지지 아니하였다. 남북 전쟁의 종식은 400만 명의 남부 흑인들을 노예제로부터 해방시켰다. 그러나 남부 흑인들은 땅이 없었고, 스스로를 부양할 재산이 거의 없었다. 남부 백인들은 자유민이 된 흑인들을 낮은 가격에 고용하고 통제하기 위하여 흑인들의 자유와 권리를 제한하는 소위 블랙코드(Black Code)를 제정하였다. 블랙코드 중 유명한 방랑자 법(Vagrancy Code)은 무직자, 행상인, 도박꾼 등 소위 방랑자들을 체포하여 노역에 처할 수 있도록 하였는데 흑인 방랑자는 백인에게 고용됨으로써 그러한 처벌을 피할 수 있었다. 흑인들이 자연스럽게 백인에게 값싼 가격에 고용되어 이전과 같이 자유와 권리가 제한된 삶을 살도록 하는 것이었다. 당시 배심원 자격은 세금 납부 여부, 재산 소유의 정도, 학력의 정도, 주거 여부 등에 따라 결정되었는데, 열악한 상황에 있었던 대부분의 흑인들은 이러한 배심원 자격을 충족하지 못하였다. 설령 일부 흑인들이 위와 같은 요건들을 충족하여 첫 번째 허들을 통과하더라도 “지능(intelligence)”, “공인된 성실성(approved integrity)”, “좋은 성품(good character)”과 같이 소위 “성품(character)” 요건을 설정하여 흑인들을 배심원 모집단에서 최대한 배제하였다. 그리고 이러한 요건들에 대한 판단은 키맨(key-man) 시스템을 통하여 대부분 백인인 지역 유력 인사들에 의하여 결정되었다. 재건 시대 이후에도 대부분의 흑인들은 배심원 모집단에 포함되지 못하였고, 백인이 대부분인 배심에서 흑인들에 대한 무이유부기피권 행사는 거의 없었다.

재건 시대 초기인 1866년 및 1870년에 흑인에 대한 차별을 금지하는 법률(Civil Rights Act of 1866, 1870)이 제정되었고, 막바지인 1875년에 흑인을 배심에서 배제시키는 것을 불법으로 선언하는 취지의 법률(Civil Rights Act of 1875)이 제정되었다.⁷²⁾ 하지만 남부의 일부 주들은 여전히 흑인을 배심에서 배제하는 법률을 시행하였다.

72) 18 Stat. 335(1875).

2. 1879년 *Strauder v. West Virginia*

이러한 흑인의 배심 배제는 1879년 *Strauder v. West Virginia* 판결로 인해 불법화되었다.⁷³⁾ 1872년 4월 18일 아침 웨스트버지니아(West Virginia) 주 오하이오(Ohio) 카운티의 윌링(Wheeling)이라는 도시에서 한때 노예였던 흑인인 테일러 스트라우더(Taylor Strauder)가 그 부인을 살해하는 사건이 발생하였다. 테일러 스트라우더는 대배심에 의하여 일급 살인죄로 웨스트버지니아 주 오하이오 카운티 순회법원에 기소되었다. 테일러 스트라우더는 재판이 개시되기 전에 대배심과 소배심을 선정한 배심원 모집단에서 흑인이 제외되었으므로 사건을 연방순회법원으로 이송해줄 것을 요청하였다. 당시 웨스트버지니아 주법은 20세 이상의 시민권자로서 백인 남성에게 한하여 배심으로 복무할 수 있다고 규정하였다.⁷⁴⁾ 그러나 웨스트버지니아 주 오하이오 카운티 순회법원은 이러한 요청을 배척하고, 1874년 10월 20일 배심의 유죄평결에 따라 테일러 스트라우더를 교수형에 처한다는 판결을 선고하였다. 테일러 스트라우더가 위 판결에 상고하였으나 웨스트버지니아 주 대법원은 위 판결의 결론을 그대로 유지하였다. 테일러 스트라우더는 연방헌법과 미국 법률상의 권리를 부정당하였다면서 연방대법원에 상고하였다.

연방대법원에서 판단된 주요한 쟁점은 첫째로 연방헌법과 미국 법률에 의하여 모든 시민들이 인종 차별 없이 구성된 배심원 모집단에 의하여 선정된 배심으로부터 재판받을 권리가 있는지에 관한 것이었고, 둘째로 만약 피고인에게 그러한 권리가 있고, 이러한 권리가 부정된 상태로 유죄판결을 받았다면 피고인에게 사건을 연방순회법원으로 이송해 줄 것을 요청할 권리가 있는지 여부에 관한 것이었다.

7인의 다수의견은 대법관 스트롱(Strong)에 의하여 작성되었고, 대법관 웨이트(Waite), 대법관 스웨인(Swayne), 대법관 밀러(Miller), 대법관

73) *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303(1879).

74) West Virginia Acts of 1872-73, p.102("All white male persons who are twenty-one years of age and who are citizens of this State shall be liable to serve as jurors, except as herein provided.").

브래들리(Bradley), 대법관 헌트(Hunt), 대법관 할란(Harlan)에 의하여 지지되었다.⁷⁵⁾ 다수의견은 흑인의 배심에서의 포괄적인 배제는 수정헌법 제14조상 평등보호조항(Equal Protection Clause)을 위반하는 것이고, 이러한 배제는 흑인 피고인의 권리를 침해한다고 판시하였다.⁷⁶⁾ 그리고 다수의견은 피고인에 대한 위와 같은 권리의 부정은 연방의회로 하여금 수정헌법 제14조에 기하여 피고인의 사건을 연방순회법원으로 이송하도록 하는 법률을 제정할 동기를 부여한다는 취지로 판시하였다.⁷⁷⁾ 결국, 테일러 스트라우더의 사건은 파기, 환송되었다.

한편 *Strauder* 판결과 같은 날 선고된 *Virginia v. Rives* 사건에서 연방대법원은 20세 이상 60세 미만의 선거권을 가진 남성에게 배심원의 자격을 부여하는 버지니아 주법은, 이후 배심원단이 전원 백인으로 구성되

75) 한편 대법관 필드(Field)가 반대의견을 제시하였고, 이는 대법관 클리포드(Clifford)에 의하여 지지되었다. 반대의견의 구체적인 이유는 밝히지 않았고, 같은 날 선고된 *Ex Parte Virginia*, 100 U.S. 339(1879) 사건에서 밝힌 이유와 같다고만 실시하였다(“I dissent from the judgment of the court in this case, on the grounds stated in my opinion in *Ex parte Virginia*, and Mr. Justice Clifford concurs with me.”); 한편 *Ex Parte Virginia*, 100 U.S. 339(1879) 사건은 평등보호는 민권에 한하여 확장되고, 이는 정치적이거나 정부에 의하여 설정된 것과는 구분된다고 판시하였다(“The equality of the protection secured extends only to civil rights, as distinguished from those which are political or arise from the form of the government and its mode of administration.”).

76) *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303, 309, 310(1879)(“In view of these considerations, it is hard to see why the statute of West Virginia should not be regarded as discriminating against a colored man when he is put upon trial for an alleged criminal offence against the State. ... The Fourteenth Amendment makes no attempt to enumerate the rights it designed to protect. It speaks in general terms, and those are as comprehensive as possible. Its language is prohibitory; but every prohibition implies the existence of rights and immunities, prominent among which is an immunity from inequality of legal protection, either for life, liberty, or property. Any State action that denies this immunity to a colored man is in conflict with the Constitution.”).

77) *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303, 312(1879)(“We have heretofore considered and affirmed the constitutional power of Congress to authorize the removal from State courts into the circuit courts of the United States, before trial, of criminal prosecutions for alleged offences against the laws of the State, when the defence presents a Federal question, or when a right under the Federal Constitution or laws is involved.”).

었다고 하더라도, 평등보호원칙에 위반되지 않는다고 판시하였다.⁷⁸⁾

연방대법원은 *Strauder* 판결을 시작으로 흑인들의 배심원 자격을 제한하는 법률상 제한들을 철폐하기 시작하였다. 연방대법원은 1880년 *Neal v. Delaware* 사건에서 배심원 자격을 정하는 주법도 헌법상 한계가 있고, 그 주법의 효과로 상당한 기간(substantial period of time) 동안 흑인을 배심에서 완전히(totally) 배제하는 결과가 야기되어서는 아니 된다고 판시하였다.⁷⁹⁾ 그리고 연방대법원은 1935년 *Norris v. Alabama* 사건에서 일견 중립적으로 보이는 배심원 자격 요건(facially neutral qualification)도 헌법상 적절하지 아니하고, 그러한 요건이 의도적인 인종 차별인지에 대하여 법원이 심리하여야 한다고 판시하였다.⁸⁰⁾

하지만 위와 같은 노력들에도 불구하고 많은 주들은 일견 중립적인 것으로 보이는 제한들로 흑인을 배심원에서 배제하였다. 예를 들어, 재산, 학력, 주거지 등의 요건을 설정하였는데, 이는 당시 백인만큼의 사회적, 경제적 지위를 갖지 못한 흑인들이 충족하기 어려운 것들이었다. *Norris* 판결에서와 같이 법원이 이러한 제한이 사실상(de facto) 인종 차별적인 것인지 심리할 수 있다고 하더라도 *Neal* 판결에서와 같이 이를 인정할 수 있는 요건은 상당한 기간, 완전히 배제 등으로 굉장히 엄격하였다. 많은 주들은 위와 같은 제한으로 흑인들을 계속적으로 배제하였고, 배심원 모집단은 계속하여 백인들로 채워졌다. 예를 들어, 1940년대 조지아(Georgia) 주 비스(Bibbs) 카운티는 인구가 8만 명이었고, 그중 절반이 흑인이었으나, 배심원후보자로 소환된 2,493명 중 44명(약 1.8퍼센트)만이 흑인이었다.⁸¹⁾

78) *Virginia v. Rives*, 100 U.S. 313(1879).

79) *Neal v. Delaware*, 103 U.S. 370(1880).

80) *Norris v. Alabama*, 294 U.S. 587(1935).

81) Morris B. Hoffman, *Ibid*, p.831.

제 2 절 차별의 금지

1. 1965년 *Swain v. Alabama*

1879년 *Strauder* 판결 이후로 흑인에 대한 배심원 자격을 부정하는 제한들이 철폐되면서 흑인이 배심원 모집단에 포함되는 경우가 이전보다 많아지게 되었다. 그런데 흑인이 배심원 모집단에 포함되어 배심원후보자로 소환되는 경우에 검사가 흑인을 상대로 무이유부기피권을 행사하여 흑인을 배심에서 배제하는 경우가 빈번하게 발생하였다.

그러던 중 1965년 *Swain v. Alabama* 사건에서 검사의 흑인에 대한 무이유부기피권 행사가 최초로 문제되었다. 흑인인 로버트 스웨인(Robert Swain)은 앨라배마(Alabama) 주 탈라데가(Talladega) 카운티 순회법원에 17세 백인 여자아이를 강간한 죄로 기소되었다. 당시 배심원 후보자 명단(venire)에 8명의 흑인이 있었으나 2명은 면제되었고, 6명은 검사의 무이유부기피권 행사로 기피되었다. 이후 전원 백인인 배심원단이 구성되었다. 로버트 스웨인은 배심원 선정절차에서 인종 차별이 있었다는 주장을 하였으나, 법원은 이를 받아들이지 아니하였다. 위 순회법원은 배심원단의 유죄평결에 따라 로버트 스웨인에게 사형을 선고하였다. 로버트 스웨인이 이에 상고하였으나 앨라배마 주 대법원은 1963년 위 유죄판결을 유지하였다. 로버트 스웨인은 연방대법원에 상고하였다.⁸²⁾

7인의 다수의견은 위와 같은 로버트 스웨인의 주장을 배척하고, 앨라배마 주 대법원의 판결을 유지하였다.⁸³⁾ 대법관 화이트(White)에 의하여 작성된 다수의견의 주된 요지는 다음과 같다.⁸⁴⁾

82) *Swain v. Alabama*, 380 U.S. 202(1965).

83) 다수의견은 대법관 화이트(White)가 작성하였는데, 대법관 할란(Harlan)은 보충의견을 제시하였고, 대법관 블랙(Black)은 다수의견의 결론에만 동의한다는 보충의견을 제시하였다. 한편 대법관 골드버그(Goldberg)는 반대의견을 제시하였고, 이는 대법원장 워렌(Warren), 대법관 더글라스(Douglas)가 지지하였다.

84) *Swain v. Alabama*, 380 U.S. 202, 202-228(1965).

- ① 흑인 피고인은 흑인으로 구성된 배심을 요구할 권리는 없지만 주 (state)가 인종을 이유로 하여 의도적이거나 명백하게(purposeful or deliberate) 흑인의 배심참여를 제한하는 것은 평등보호조항을 위반하는 것이다.
- ② 이러한 의도적인 배제를 금지하는 헌법적 명령(constitutional command)은 편견 하에 있는 지역사회의 어떠한 인식 가능한 집단(identifiable group)에도 적용되고, 흑인에만 적용되는 것이 아니다.
- ③ 의도적인 차별(purposeful discrimination)은 추정되지 않고, 단순히 주장되는 것만으로는 부족하며, 증명되어야 한다.
- ④ 의도적 차별에 대한 증명의 정도를 정하는 것은 연방법(federal law)의 문제이다.
- ⑤ 소배심(petit jury)의 배심원후보자들 중에 평균적으로 6-8명의 흑인이 포함되는 것은 허용되지 않는 명목상의 포함(forbidden token inclusion)보다는 많은 것이다.
- ⑥ 6-8명의 흑인 배심원후보자들 중에서 소배심에 선정된 흑인이 없었다는 사정을 포함한 여러 증거를 종합하더라도, 이 사건에서 수정헌법 제14조의 불공평한 차별(invidious discrimination)에 대한 일응의 증명(prima facie case)이 이루어졌다고 보기 어렵다.
- ⑦ 앨라배마 주법은 포괄적인(exhaustive) 배심원 모집단(jury list)을 목표로 하고, 사기(fraud)나 의도적 차별이 없는 이상, 그 주법이 모든 자격 있는 사람을 포함하지 못하였다는 것만을 이유로 그것이 기소(indictment)나 배심원후보자 명단(venire)을 파기하지 못하는 사정이라고 보기 어렵다.
- ⑧ 배심원 모집단(jury roll)이나 배심원후보자 명단이 지역사회를 정확하게 반영(mirror)할 필요가 없고, 모든 인식가능한 집단의 비율을 정확하게 반영(reflect)할 필요도 없다. 그리고 피고인은 그가 속한 인종이 소배심이 선정되는 배심원 모집단이나 배심원후보자 명단에 일정한 비율로 포함될 것을 요구할 헌법적 권리가 없다.

- ⑨ 인종에 기한 의도적 차별에 대한 증명은 지역사회의 인식 가능한 집단이 10% 정도로 적게 대표되었다(underrepresented)는 것만으로는 부족하다.
- ⑩ 앨라배마 주법에 의하면, 모든 형사피고인은 범죄가 일어난 곳의 카운티에서 공정한 배심에 의하여 신속하게 재판받을 권리가 있다.
- ⑪ 무이유부기피권 제도(system of peremptory strikes)는 어떠한 사건에서도 배심원 자격이 있는 배심원들을 기피(striking)할 수 있는 기회를 제공한다.
- ⑫ 헌법은 의회나 주로 하여금 무이유부기피권을 부여할 것을 요구하지 않는다. 그러나 무이유부기피권은 피고인에게 보장된 가장 중요한 권리 중 하나이고, 그러한 권리에 대한 거부(denial)나 장애(impairment)는 파기사유(reversible error)이며, 편견을 증명하지 않았던 경우라도 그러하다.
- ⑬ 기피권의 기능은 양측의 극단적인 편향성(extreme partiality)을 갖고 있는 배심원후보자를 제외하는 것뿐만 아니라 당사자들로 하여금 사건을 판단하는 배심원들이 다른 것이 아니라 증거에 의하여 판단을 할 것임을 보장(assure)하는 데 있다.
- ⑭ 무이유부기피권의 가장 중요한 본질(essential nature)은 그것이 이유 없이(without reason), 조사 없이(without inquiry), 법원의 통제 없이(without being subject to court's control) 행사된다는 것이다. 그리고 이유부기피권(challenges for cause)이 구체적으로 특정되고(narrowly specific), 증명가능하며(provable), 법적 인식 가능한(legally cognizable) 편향성(partiality)을 가진 배심원후보자들을 배제하는 것을 허용하는 반면, 무이유부기피권은 특정하거나 설명하기 쉽지 아니한(less easily designated or demonstrable) 실존하거나 상상의(real or imagine) 편향성을 가진 배심원후보자들을 배제하는 것을 허용한다.
- ⑮ 배심원후보자로 소환된 사람들의 인종, 종교, 국적, 직업, 소속이

배심원후보자에 대한 심문절차(voir dire)에서 검사나 피고인에 의하여 광범위하게 조사된다는 것은 주지된 사실이다.

- ①⑥ 공정하고 자격 있는 배심(impartial and qualified jury)을 구성하기 위해서, 흑인과 백인은 모두 이유 없이 기피되는 대상이 된다. 그리고 특정한 사건에서 흑인을 기피한다는 것이 바로 법에 의한 평등보호(equal protection of laws)에 대한 부정(denial)을 구성하지 아니한다.
- ①⑦ 헌법은 어떠한 사건에서도 검사가 무이유부기피권을 행사한 이유에 대한 조사(examination)를 요구하지 않는다.
- ①⑧ 추정(presumption)은 검사가 특정한 사건에서 공평하고 공정한 배심을 얻기 위하여 그 기피권을 행사하였다는 것이어야 한다. 그리고 이러한 추정은 검사가 조사의 대상이 되어 흑인이 배심에서 제외되었다거나 그들이 흑인이어서 제외되었다는 주장(allegations)으로 번복되지 아니한다.
- ①⑨ 최근 몇 년 동안 흑인이 소배심에 복무하지 않았다는 것을 증명하였더라도, 검사가 흑인을 배제하기 위하여 무이유부기피권을 행사하였다는 주장은 기각되었다.
- ②⑩ 검사가 여러 사건에서(in case after case), 상황을 불문하고(whatever circumstances), 범죄, 피고인, 피해자를 불문하고(whatever crime and whoever defendant or victim), 배심공무원(jury commissioners)에 의하여 자격 있는 배심원후보자로 선정되고 이유부기피에서 살아남은 흑인을 기피하여 소배심에 흑인이 전혀 없게 되는 경우야 무이유부기피권은 남용(perverted)된 것으로 볼 수 있다.
- ②⑪ 만약 검찰이 어떠한 형사사건이나 배심에서 하나의 흑인도 남겨두지 않았다면, 검사의 무이유부기피권 행사를 보호하는 추정은 번복될 수 있다.
- ②⑫ 검찰이 어떠한 형사사건이나 배심에서 하나의 흑인도 남겨지지 않았다는 증거가 이루어진다면, 흑인들이 특정한 사건과 완전히 관계

없는 이유로 배제되었고, 무이유부기피 제도(peremptory system)가 백인들이 향유하는 사법행정(administration of justice)에 참여할 권리와 기회를 흑인들에 대해서는 부정하는 데 사용되었다는 것에 대한 합리적 추정(reasonable inference)을 야기할 수 있다.

- ②③ 무이유부기피권이 백인들이 향유하는 사법행정에 참여할 권리와 기회를 흑인들에 대해서 부정하는 데 사용되어 그 목적이 남용되었다는 것에 대한 증명책임은 소배심을 해산하려는 피고인(defendant moving to strike trial jury)에게 있다. 그리고 최근 몇 년 동안 소배심에 흑인이 복무하지 않았다는 것은 증명하였지만 그것이 검사의 무이유부기피권 행사로 인한 것이라는 증명을 하지 못한 경우에는 위와 같은 증명은 이루어졌다고 보기 어렵다.
- ②④ 배심원후보자를 선정하는 주 공무원들(state officials)에 의하여 흑인들이 완전히 제외된다면 이는 차별에 대한 합리적(fair) 추정을 야기한다. 그리고 이러한 추정은 충분한 재반박 증거(sufficient rebuttal evidence)가 없는 경우에 한한다.
- ②⑤ 주 공무원들에 의하여 완전히 행해지는 선정 절차와 달리, 변호인은 무이유부기피 절차에 참여하고, 그러한 이유로 단지 흑인들이 특정한 기간 동안 배심으로 복무하지 않았다는 것을 보여주는 것만으로는 주에 의한 체계적인 차별(systematic discrimination)이 있었다는 추정을 야기하지 않는다. 이는 위와 같이 특정한 기간 동안 배심으로 복무하지 않았다는 것에 관해 검사가 기여하였다는 것을 충분히 보여주지 않은 경우에 한한다.
- ②⑥ 검사들의 오랜 기간 동안의 무이유부기피권 행사를 공격하는 피고인은 흑인 배제에 관한 차별이 있었다는 검사의 자백을 유도할 필요는 없지만, 주장을 제기하기 위해서는, 검사들이 오랜 기간 동안 흑인들을 배제하기 위하여 체계적으로(systematically) 무이유부기피권을 행사하였다는 것을 보여주어야 한다.

이러한 *Swain* 판결은 흑인 배심원에 대한 차별을 무이유부기피권의 관점에서 본 최초의 사례이다. *Strauder* 판결 등 일련의 사건을 거쳐 배심원후보자 명단의 구성에 관해서 인종 차별이 불법화되면서 무이유부기피권은 흑인을 배심에서 배제하기 위한 마지막 보루였다. *Swain* 판결의 다수의견은 먼저 인종에 기한 의도적 차별(purposeful discrimination)로서 흑인들을 배제하는 것은 평등보호조항(equal protection clause)에 반한다고 전제하였다.⁸⁵⁾ 그런데 다수의견은 무이유부기피권이 헌법상 권리는 아니지만 공정한 배심에 관하여 피고인에게 보장된 중요한 권리 중 하나이고, 검사의 무이유부기피권 행사는 적법한 것으로 추정된다고 판시하였다. 그리고 이러한 추정을 번복하기 위해서 피고인은 검사가 여러 사건에서(in case after case) 사건과 관계없이(whatever circumstances, whatever crime and whoever defendant or victim) 흑인을 의도적으로 배제하기 위한 목적으로 체계적으로(systematically) 무이유부기피권을 행사했고, 그로 인해 흑인이 배심원으로 전혀 참여한 바 없게 되어 남용(perverted)되는 경우임을 증명하여야 한다고 판시하였다. 이러한 기준은 *Neal* 판결에서 흑인이 배심원 모집단 및 배심원후보자 명단에서 완전히(total) 상당한 기간(substantial period of time) 동안 배제되어야 비로소 평등보호조항에 위반한다는 것과 상당히 유사하다. 피고인은 위와 같은 남용의 요건을 증명하기 위하여 해당 사건에서뿐만 아니라 다른 여러 사건에서도 검사가 무이유부기피권을 어떻게 행사하였는지 조사하여야 했다. 이는 피고인에게 지나치게 무거운 증명책임을 부담시킨 것이었고, 결과적으로 피고인이 검사가 무이유부기피권을 남용하였다고 증명하는 것은 거의 불가능에 가까웠다.

Neal 판결이 배심원 모집단 및 배심원후보자 명단의 구성에서 인종 차별을 막지 못하였던 것과 같이, *Swain* 판결도 인종 차별 의도에 기한 무이유부기피권 행사를 막지 못하였다. 실제로 *Swain* 판결 이후에도 흑

85) *Swain* 판결은 인종 차별 의도에 기한 “배심의 배제”가 평등보호조항에 위반한다고 전제하였을 뿐, 인종 차별 의도에 기한 “무이유부기피권 행사”가 평등보호조항을 위반한다고 명시적으로 판시하지는 않았다. 한편 무이유부기피권 행사에도 평등보호조항의 제한을 받는다는 최초의 판결에 관해서는 뒤에서 서술하는 *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79(1986) 참조.

인에 대한 무이유부기피권 행사는 줄어들지 아니하고, 오히려 면죄부를 얻은 듯이 일반적이고 노골적으로 행사되었다. 1974년 미주리 주 서부지구(Western District of Missouri)에서는 흑인 피고인의 사건에 관하여 검사는 81%의 흑인 배심원후보자들을 상대로 무이유부기피권을 행사하였다.⁸⁶⁾ 1972년부터 1974년까지 루이지아나 주 동부지구(Eastern District of Louisiana)에서는 53건의 흑인 피고인 사건에 관하여 검사들은 배심원후보자들 중 1/4도 되지 않은 흑인 배심원후보자들을 상대로 그들이 보유한 무이유부기피권의 68.9%를 행사하였다.⁸⁷⁾ 1970년에서 1971년까지 사우스캐롤라이나(South Carolina) 주 스팔탄스버그(Spartansburg) 카운티에서는 13건의 흑인 피고인 사건에 관하여 검사들은 82%의 흑인 배심원후보자들을 상대로 무이유부기피권을 행사하였다.⁸⁸⁾ 오히려 어떤 사건에서는 검사가 흑인 배심원후보자들에 대하여 정기적으로 무이유부기피권을 행사하였음을 시인하기도 하였다.⁸⁹⁾ 심지어 텍사스(Texas) 주 델라스(Dallas) 카운티 검찰청은 명시적으로 유대인, 흑인, 이탈리아인, 멕시코인 등 소수 집단의 구성원을 기피하라는 설명서를 사용하기도 하였다. 구체적으로는 소수 인종의 구성원이 얼마나 자력 있고 교육을 잘 받았는지를 불문하고 이들을 기피하라고 교육하였고, 그 결과 1983년부터 1984년까지 100건의 중죄 사건에서 검사들은 467명의 자격 있는 흑인 배심원후보자들 중 405명을 무이유부기피함으로써 흑인이 배심원으로 선정되는 비율은 1/10로 백인이 1/2인 것에 비하여 매우 적었다.⁹⁰⁾

Swain 판결은 법원 내부에서도 많은 비판을 받았다. *Swain* 판결의 반대의견을 작성한 대법관 골드버그(Goldberg)는 인종을 이유로 하여 흑인이 배심에서 제외되었다는 명백한 기록이 있음에도 법원이 로버트 스웨

86) *United States v. Carter*, 528 F.2d 844, 848(8th Cir. 1975).

87) *United States v. McDaniels*, 379 F.Supp. 1243(E.D. La.1974).

88) *McKinney v. Walker*, 394 F. Supp. 1015, 1017-1018(S.C. 1974).

89) *State v. Washington*, 375 So.2d 1162, 1163(La.1979) (“The prosecutor admitted that he had utilized a large percentage of his peremptory challenges in the exclusion of blacks.”).

90) *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79, 104(1986).

인의 유죄판결을 유지한다면, 탈라데가 카운티의 매우 차별적인 배심원 선정절차를 용인하게 되는 것이라고 비판하였다.⁹¹⁾ 나아가 형사소송규칙의 개정에 관한 연방대법원의 자문위원회는 1976년 무이유부기피권이 일정한 계층의 사람들을 체계적으로 제외하기 위하여 남용되고 있으므로 양측에 부여된 무이유부기피권 횡수를 줄여야 한다는 의견을 제시하기도 하였다.⁹²⁾

몇몇 주 법원은 *Swain* 판결에서 요구한 평등보호조항의 요건을 완화하기도 하였다. 예를 들어, 캘리포니아(California) 주 대법원은 1978년 상대방이 무이유부기피권을 오로지 해당 집단에 대한 편견(group bias)에 기초하여 차별적으로 행사하였다는 일응의 증명을 하면, 상대방이 해당 집단에 대한 편견에 기초하여 무이유부기피권을 행사하지 않았다는 것에 대한 증명책임을 부담하며, 이러한 증명은 무이유부기피권의 행사가 해당 사건이나 당사자나 증인에 관한 합리적인 관련성이 있는 경우에 한하여 이루어지고, 그러한 증명이 이루어지지 못하면 무이유부기피권의 행사가 정당하였다는 추정은 번복된다고 판시하였다.⁹³⁾ 또 몇몇 연방

91) *Swain v. Alabama*, 380 U.S. 202, 246(1965) (“By affirming petitioner’s conviction on this clear record of jury exclusion because of race, the Court condones the highly discriminatory procedures used in Talladega County under which Negroes never have served on any petit jury in that county.”).

92) Morris B. Hoffman, *Ibid*, p.833; 다만, 이러한 제안은 연방 의회에서 받아들여지지 않았다.

93) *People v. Wheeler*, 22 Cal.3d 258, 260, 261(1978) (“If a party in a criminal action believes his opponent is using his peremptory challenges to strike jurors on the ground of group bias alone, he must raise the point in timely fashion and make a prima facie case of such discrimination to the satisfaction of the court. The court must then determine whether a reasonable inference arises that peremptory challenges are being used on the ground of group bias alone. If the court finds that a prima facie case has been made, the burden shifts to the other party to show if he can that the peremptory challenges in question were not predicated on group bias alone. To sustain that burden, the other party must satisfy the court that he exercised such peremptories on grounds that were reasonably relevant to the particular case on trial or its parties or witnesses. If the court finds that the burden of justification is not sustained as to any of the questioned peremptory challenges, the presumption of their validity is rebutted.”); 이는 뒤에서 보는 바와 같은 *Batson* 판결의 원칙과 상당히 유사한 것이었고, 이와

법원과 주 법원은 평등보호조항이 아니라 다른 우회로를 통하여 인종 차별 의도에 기한 무이유부기피권 행사를 무력화하려고 하였다. 예를 들어, 연방 제6순회항소법원은 1985년 수정헌법 제6조의 공정한 횡단면(fair-cross section) 원칙에 눈을 돌려 이러한 원칙이 배심원후보자 명단 뿐만이 아니라 배심원단의 실제 구성에도 적용된다고 판시하면서 평등보호조항에 의하여 외면된 인종 차별 의도에 기한 무이유부기피권 행사를 무효화하려고 하였다.⁹⁴⁾

Swain 판결 이후로 연방 의회는 1968년 배심원 선정 및 복무에 관한 법률(Jury Selection and Service Act)을 제정하였다.⁹⁵⁾ 이 법률은 배심 재판받을 권리를 향유하는 연방 법원의 모든 당사자들은 지구나 지역 사회의 공정한 횡단면으로부터 선정된 대배심 및 소배심에 의하여 재판받을 권리를 갖고, 모든 시민들이 미국의 지방법원의 대배심 및 소배심에서 복무할 기회를 가지며, 소환되었을 경우 배심원으로 복무할 의무를 부담한다고 규정하였다.⁹⁶⁾ 나아가 어떠한 시민도 인종, 피부, 종교, 성별, 출신 국가, 또는 경제적 지위를 이유로 미국 지방법원 또는 국제무역법원(Court of International Trade)의 대배심이나 소배심의 복무에서 제외되어서는 아니 된다고 규정하였다.⁹⁷⁾ 한편 이 법률은 배심공무원들이 지

같은 취지의 완화된 기준을 실시한 판결에 관하여는 *Commonwealth v. Soares* 377 Mass. 461(1979) 참조.

94) *Booker v. Jabe*, 775 F.2d 762, 770(6th Cir. 1985) (“Sixth Amendment guarantees that criminal charge will not be tried before jury that fails to represent cross section of the community as a consequence as a method of jury selection that systematically excludes the cognizable group from service.”).

95) 28 U.S.C. §1861-1869(1968).

96) 28 U.S.C. §1861 (“It is the policy of the United States that all litigants in Federal courts entitled to trial by jury shall have the right to grand and petit juries selected at random from a fair cross section of the community in the district or division wherein the court convenes. It is further the policy of the United States that all citizens shall have the opportunity to be considered for service on grand and petit juries in the district courts of the United States, and shall have an obligation to serve as jurors when summoned for that purpose.”).

97) 28 U.S.C. §1861 (“No citizen shall be excluded from service as a grand or petit juror in the district courts of the United States or in the Court of

역사회의 명망가나 키맨으로부터 지능과 성실성을 갖춘 사람들을 추천받아 배심원 모집단을 구성한다는 소위 블루리본 배심(blue-ribbon jury)인 키맨(key-man) 시스템을 폐지하였다. 이 법률이 제정되기 전인 1967년 조사에 의하면 60퍼센트 정도의 연방 법원이 키맨 시스템에 의존하여 배심원 모집단을 구성하였다. 이 법률은 미국 지방법원이 선거인 등록명부나 실제 선거인명부, 그리고 지역 사회의 공정한 횡단면을 반영하고 차별을 방지하기 위하여 필요한 경우 다른 명단들도 참고하여 배심원 모집단을 구성할 것을 요구하였다.

이러한 1968년 배심원 선정 및 복무에 관한 법률은 배심원 모집단의 구성에서부터 배심원의 선정에 이르기까지 모든 절차에서 인종 등에 기한 차별을 금지하고, 공정한 횡단면을 반영한 배심원 모집단을 구성하여야 함을 선언하였으나, 무이유부기피권에 관해서는 구체적으로 언급하지 않았다. 나아가 이 법률로 인하여 인종 차별 의도에 기한 무이유부기피권 행사가 감소되지도 아니하였다.

2. 1986년 *Batson v. Kentucky*

Swain 판결에서 피고인에게 부담시킨 평등보호조항 위반의 증명책임은 지나치게 무거운 것이었고, 이를 완화하여야 한다는 비판이 계속적으로 제기되었다. 그러던 중 연방대법원은 1986년 *Batson v. Kentucky* 사건에서 이를 다시 판단하게 되었다.⁹⁸⁾

흑인인 제임스 커클랜드 뱃슨(James Kirkland Batson)은 켄터키 주 순회법원(Kentucky Circuit Court)에 2급 강도죄와 장물취득죄로 기소되었다. 첫 번째 공판기일에 판사는 소환된 배심원후보자들에 대한 배심원 심문절차(voir dire)를 진행하였다. 일부 배심원후보자들은 이유부기피되었고, 이후 검사, 피고인 또는 변호인에게 무이유부기피권을 행사할 기회

International Trade on account of race, color, religion, sex, national origin, or economic status.”).

98) *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79(1986).

를 부여하였다. 검사는 배심원후보자 명단에 있는 4명의 흑인 모두에 대하여 무이유부기피권을 행사하였고, 이에 따라 전부 백인인 배심원단이 구성되었다. 변호인은 배심원 선서 전에 배심원단을 해산(discharge)하기 위해 검사의 흑인 배심원후보자에게 대한 무이유부기피권 행사가 수정헌법 제6조와 제14조에 따른 지역 사회의 공정한 횡단면에서 선정된 배심원의 권리를 침해하고, 수정헌법 제14조의 법에 의한 평등보호를 위반하였다고 주장하였다. 변호인은 이러한 주장에 대한 심문을 요청하였으나, 판사는 이러한 요청에 대한 명시적인 결정 없이 검사, 피고인 또는 변호인은 무이유부기피권을 행사하여 “원하는 누구나 기피할 수 있다(strike anybody they want to).”라고 보고, 공정한 횡단면의 원칙은 배심원후보자 명단을 구성하는 데에만 적용되며, 배심원단의 선정에는 적용되지 않는다고 것을 이유로 하여 변호인의 주장을 기각하였다. 배심원단은 뱃슨의 두 가지 죄명에 대하여 모두 유죄로 평결하였다. 뱃슨은 켄터키 주 대법원(Supreme Court of Kentucky)에 상고하였다. 뱃슨은 상고심에서 *Swain* 판결에 의하면 검사가 해당 사건에서 무이유부기피권을 차별적으로 행사하였다는 사실만을 기초로 하여 평등보호조항 위반을 주장할 수 없음을 인정하면서도(여러 사건에 걸쳐 체계적으로 행사하였어야 한다), *Swain* 판결 이후 캘리포니아나 매사추세츠에서 제시한 완화된 기준을 받아들여야 한다고 주장하였고,⁹⁹⁾ 이러한 기준에 의하면 위와 같은 검사의 차별적인 무이유부기피권 행사는 수정헌법 제6조와 켄터키 주 헌법 제11조에 따른 지역 사회의 공정한 횡단면에 의한 배심 원칙을 위반한다고 주장하였다. 나아가 검사의 해당 사건에서 차별적인 무이유부기피권 행사의 패턴(pattern)이 확인되면 평등보호조항 위반이 인정되어야 한다고 주장하였다.¹⁰⁰⁾ 켄터키 주 대법원은 한 문단으로 캘리포니아와 매사추세츠의 기준은 받아들일 수 없다고 하면서 뱃슨의 완화된 기준을 적용

99) *People v. Wheeler*, 22 Cal.3d 258(1978); *Commonwealth v. Soares*, 377 Mass. 461(1979).

100) 이러한 주장을 살펴보면, 뱃슨이 *Swain* 판결의 기준을 부정하지는 않았음을 알 수 있고, 이러한 주장에도 불구하고 다수의견이 *Swain* 판결을 변경한 것이 부적절하다는 비판에 관해서는 대법원장 버거(Burger)의 반대의견을 참조. *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79, 112-118(1986).

하여야 한다는 주장을 배척하였고, *Swain* 판결을 재확인하면서 배심원후보자 명단에서 일정한 집단의 배심원들의 체계적인 배제(systematic exclusion)에 대한 증거가 없어 공정한 횡단면의 주장을 증명되지 아니하였다고 판시하면서 켄터키 주 순회법원의 판결을 유지하였다. 뱃슨은 연방대법원에 상고하였다.

7인의 다수의견은 검사가 인종 차별 의도에 기하여 무이유부기피권을 행사하는 경우가 빈번한 상황에서 *Swain* 판결에서 정한 피고인의 증명책임이 지나치게 무겁고 적절하지 않다는 것을 전제로 하여 위와 같은 피고인의 무거운 증명책임을 완화하면서 *Swain* 판결을 변경하고, 켄터키 주 순회법원의 판결을 파기, 환송(reversed and remanded)하였다.¹⁰¹⁾ 대법관 파월(Powell)이 작성한 다수의견의 주된 요지는 다음과 같다.¹⁰²⁾

- ① 검찰(state)이 흑인 피고인에 대한 배심원단에서 그 인종을 의도적으로 배제하였다면 흑인 피고인의 평등보호를 부정하는 것이다.
- ② 검찰이 개별 배심원후보자들을 무이유부기피할 수 있는 권리는 평등보호조항의 제한을 받는다.
- ③ 평등보호조항은 검사(prosecutor)가 배심원후보자들을 오직 그 인종이나 집단으로서 흑인 배심원후보자들이 흑인 피고인에 대한 사건을 공정하게 판단하지 못할 것이라는 예상에 기초하여 무이유부기피권을 행사하는 것을 금지한다.
- ④ 피고인은 배심원 선정의 의도적 차별(purposeful discrimination)에 관한 일응의 증명(prima facie case)을 오로지(solely) 피고인의 재판에서(at the defendant's trial) 검사가 행사한 무이유부기피권에 관한 증거에 기초하여 할 수 있다. 이러한 증명을 하기 위해서는

101) 7인의 다수의견은 대법관 파월(Powell)이 작성하였는데, 이에 대하여 대법관 화이트(White), 대법관 마샬(Marshall), 대법관 스티븐스(Stevens), 대법관 오코너(O'Connor)가 각 보충의견을 제시하였고, 대법관 스티븐스의 보충의견은 대법관 브레넌(Brennan)이 지지하였다. 한편 대법원장 버거(Burger), 대법관 렌퀴스트(Rehnquist)가 각 반대의견을 제시하였고, 대법원장 버거의 반대의견은 대법관 렌퀴스트가 지지하였고, 대법관 렌퀴스트의 반대의견은 대법원장 버거가 지지하였다.

102) *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79, 79-100(1986).

피고인은 먼저 그가 인식할 수 있는 인종 집단(cognizable racial group)의 구성원이라는 것, 검사가 무이유부기피권을 행사하여 피고인과 같은 인종의 배심원후보자들을 기피하였다는 것, 그리고 검사의 무이유부기피권 행사가 인종에 기한 것(on account of their race)이라는 추정(inference)을 일으키는 사실(facts)과 다른 관련 사정(circumstances)을 보여주어야 한다. 이로써 *Swain* 판결을 변경(overruling)한다.

- ⑤ 배심원 선정에 관하여 의도적인 차별이 존재하였다는 피고인의 주장에 대한 일응의 증거가 되었는지를 판단하기 위해서 법원은 관련 사정을 모두 고려하여야 한다.
- ⑥ 피고인이 배심원 선정에 관하여 의도적인 차별이 존재하였다는 주장에 관한 일응의 증거를 하면, 증명책임은 전환되어 검찰이 흑인 배심원후보자들을 무이유부기피한 것에 대한 중립적인 설명(neutral explanation)을 하여야 한다. 검사는 단지 그의 직관적인 판단에 의하면 배심원후보자들이 피고인과 같은 인종이기 때문에 피고인에게 편파적일 것이 예상된다고 주장하는 것만으로는 피고인의 일응의 증거를 반박할 수 없고, 반드시 해당 사건과 관련된 중립적인 설명을 하여야 한다.

이러한 *Batson* 판결은 최초로 인종 차별 의도에 기한 무이유부기피권 행사를 실질적으로 금지하였다. *Swain* 판결의 엄격한 기준을 완화하면서 피고인이 검사의 인종 차별 의도에 기한 무이유부기피권 행사에 대하여 실질적으로 이의를 제기할 수 있었고, 이는 실무에서 뱃슨 챌린지(Batson Challenge)라는 이름으로 활발하게 활용되고 있다.

다수의견은 *Swain* 판결을 변경한 이유를 설명하기 위하여 *Swain* 판결을 비판하였다. 다수의견은 *Swain* 판결이 피고인이 평등보호주장 위반의 증거를 하기 위해서는 검찰이 여러 사건(in case after case)에 걸친 인종 차별적인 무이유부기피권 행사를 하였다는 것을 보여야 한다고 판시한 것에 대하여, 한 차례의 정부의 부당하고 차별적인 행위(a single

invidiously discriminatory government act)가 다른 사건들에서 그러한 차별적인 행위가 없었다는 것(the absence of such discrimination in the making of other comparable decisions)으로 정당화될 수 없고, 여럿이 차별을 겪어야 비로소 한 명이 이에 관한 이의를 제기할 수 있다는 것(several must suffer discrimination before one could object)은 모두에 대한 평등보호의 약속과 합치하지 않으며, 평등보호조항 위반을 주장하기 위해서는 인종차별에 관한 공식적이고 일관된 패턴(a consistent pattern of official racial discrimination)이 있을 필요가 없다고 하였다.¹⁰³⁾

이에 따라 다수의견은 *Swain* 판결에서와 다르게 여러 사건이 아닌 오로지(solely) 피고인이 재판받고 있는 해당 사건에서의 증거만으로도 검사의 무이유부기피권 행사에 이의를 제기할 수 있도록 기준을 변경하였고, 다음과 같은 3단계 판단 절차를 제시하였다.

첫째, 피고인은 검사의 무이유부기피권 행사에 대하여 이의를 제기하기 위해서는 검사의 무이유부기피권 행사가 차별 의도(purposeful discrimination)에 기한 것이었다는 일응의 증명(prima facie case)을 하여야 한다.¹⁰⁴⁾ 구체적으로는 ① 피고인이 인식 가능한 집단(cognizable group)의 구성원이라는 사실, ② 검사가 해당 사건에서 무이유부기피권을 행사하여 피고인과 같은 인종의 배심원후보자들을 기피하였다는 사실, ③ 검사의 무이유부기피권 행사가 인종에 기한 것이라는 추정(inference)을 일으킬만한 사실과 그 밖의 사정을 제시하여야 한다. 그리고 피고인은 무이유부기피권이 배심원 선정절차에서 차별할 의도가 있는 누구에게도 차별을 허용한다는 다툼이 없는 사실(fact, as to which there can be no dispute, that peremptory challenges constitute a jury selection practice that permits those to discriminate who are of a mind to discriminate)에 의존할 수도 있다. 피고인의 주장이 일응 증명되었는지를 판단하기 위하여 법원은 모든 관련 사정을 고려하여야 하는데, 그 예시로 검사가 해당 사건에서 흑인들을 무이유부기피한 패턴, 검

103) *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79, 95-96(1986).

104) *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79, 96-97(1986).

사가 배심원 심문절차와 무이유부기피 당시 한 질문과 진술 등을 고려할 수 있다. 나아가 배심원 심문절차를 진행한 경험이 있는 판사들은 이를 종합하여 일응의 증명 여부를 충분히 판단할 수 있을 것이다.

둘째로, 피고인이 일응의 증명을 하면 증명책임은 검사에게 전환되고, 검사는 무이유부기피권 행사가 인중에 기초하여 이루어지지 않았다는 중립적인 설명(neutral explanation)을 하여야 한다.¹⁰⁵⁾ 검사에게 이러한 설명을 요구하는 것은 이유 제시를 요구하지 않았던 역사적 권리로서 무이유부기피권에 대한 제한을 가하는 것이므로, 그 설명의 정도가 이유부기피의 정도에 이를 필요는 없다. 하지만 검사는 단지 피고인과 같은 인종의 배심원이 피고인에 대하여 편파적일 것이라는 이유만으로 피고인의 일응의 증명을 반박하지 못한다. 이러한 추정에 기초하여 배심원후보자를 제외한다면 국가가 인중에 기초하여 차별하지 않을 것이라는 평등보호의 보장이 의미 없어지게 되기 때문이다.¹⁰⁶⁾

셋째로, 검사의 중립적 설명이 이루어지면 법원은 피고인이 의도적 차별에 관한 증명을 하였는지를 최종적으로 판단한다. 이로써 3단계의 판단 절차는 마무리된다.

다수의견은 무이유부기피권의 전단성(peremptoriness)을 옹호하는 검찰의 주장을 배척하였다.¹⁰⁷⁾ 먼저, 검찰은 다수의견이 무이유부기피권에 의하여 제공된 공정한 재판의 가치를 훼손시킬 것이고, 제한받지 않는 무이유부기피권 행사는 형사사법제도의 매우 중요한 부분이어서 선불리 제한해서는 안 된다고 주장하였다. 이에 대하여 다수의견은 무이유부기

105) *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79, 97-98(1986).

106) 한편 *Swain* 판결에서는 흑인 배심원후보자가 흑인에 대하여 편파적일 수 있다는 것이 사건과 관계가 있는 것으로 볼 수 있다면 흑인에 대한 무이유부기피권 행사가 허용된다고 판시하여 본문과 같은 추정에 기초한 무이유부기피권 행사에 대해서도 그 적법성을 부인하지 않았던 것으로 보인다. *Swain v. Alabama*, 380 U.S. 202, 223("We agree that this claim raises a different issue, and it may well require a different answer. We have decided that it is permissible to insulate from inquiry the removal of Negroes from a particular jury on the assumption that the prosecutor is acting on acceptable considerations related to the case he is trying, the particular defendant involved, and the particular crime charged.").

107) *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79, 98-99(1986).

피권의 중요성에 대해서 부정하지 않으면서도, 무이유부기피권이 많은 주와 연방 법원에서 흑인들을 제외하기 위하여 사용되었다는 현실을 지적하면서, 차별적인 무이유부기피권 행사에 대한 제한을 통해 평등보호를 실현하고, 사법신뢰를 증진시킬 수 있다면서 위 주장을 배척하였다. 나아가 검찰은 다수의견과 같은 판단 절차를 도입한다면 사법행정에서의 심각한 어려움이 발생할 것이라고 주장하였다. 이에 대하여 다수의견은 이미 다수의견과 같은 완화된 기준을 제시하였던 캘리포니아와 매사추세츠의 사례에서 사법행정에서의 심각한 어려움은 발생하지 않았다고 하면서 위 주장을 배척하였다.

다수의견은 뱃슨이 검사가 흑인 배심원후보자들을 제외한 것에 대하여 시기적절하게 이의를 제기하였음에도 켄터키 주 순회법원은 검사에게 이에 대한 설명을 요구하지 않았으므로 추가적인 절차 진행을 위하여 사건을 환송(remand)하였다. 다수의견은 만약 피고인이 의도적 차별에 대한 일응의 증명을 하였음에도 검사가 이에 대한 중립적인 설명을 하지 못하면 뱃슨의 유죄판결은 파기(reversed)되어야 한다고도 하였다.

이러한 다수의견에 대하여, 대법관 화이트(White)의 보충의견은 다수의견에서 정한 절차가 정착되기 위해서는 많은 사건이 쌓여야 할 것이고, 형사재판에 큰 영향을 미칠 것이라고 보았다.¹⁰⁸⁾ 나아가 대법관 마샬(Marshall)의 보충의견은 무이유부기피권이 배심원 선정절차에 주입(inject)한 인종차별을 끝내기 위해서는 무이유부기피권을 폐지하여야 한다고 하였다.¹⁰⁹⁾ 대법관 브레넌(Brennan)에 의하여 지지된 대법관 스티븐스(Stevens)의 보충의견은 피고인이 명시적으로 *Swain* 판결에 대해서 이의를 제기하지 않았더라도 제시된 주장들을 종합하여 다수의견이 이를 판단한 것은 적절하였다고 하였다.¹¹⁰⁾ 대법관 오코너(O'Connor)의 보충

108) *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79, 102(1986)(“Much litigation will be required to spell out the contours of the Court’s equal protection holding today, and the significant effect it will have on the conduct of criminal trials cannot be gainsaid.”).

109) *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79, 102-103(1986)(“The decision today will not end the racial discrimination that peremptories inject into the jury selection process. That goal can be accomplished only by eliminating peremptory challenges entirely.”).

의견은 다수의견에 따른 판단 절차가 소급적으로 적용되어서는 아니 된다고 하였다.¹¹¹⁾ 한편 대법원장 버거(Burger)의 반대의견은 다수의견이 피고인이 제기하지도 않은 주장을 판단한 것이라고 비판하였다.¹¹²⁾ 대법관 렌퀴스트(Rehnquist)는 다수의견이 평등보호조항의 위반을 주장하지만 백인 피고인에 대하여 백인 배심원후보자의 무이유부기피가 허용되는 이상 흑인에 대한 차별이 있다고 볼 수 없다고 비판하였다.¹¹³⁾

110) *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79, 102, 110(1986) (“In these circumstances, although I suppose it is possible that reargument might enable some of us to have a better informed view of a problem that has been percolating in the courts for several years, I believe the Court acts wisely in resolving the issue now on the basis of the arguments that have already been fully presented without any special invitation from this Court.”).

111) *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79, 102, 111(1986) (“I concur in the Court’s opinion and judgment, but also agree with the views of THE CHIEF JUSTICE and JUSTICE WHITE that today’s decision does not apply retroactively.”).

112) *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79, 102, 112(1986) (“As petitioner explained at oral argument here: ‘We have not made an equal protection claim. … We have not made a specific argument in the briefs that have been filed either in the Supreme Court of Kentucky or in this Court saying that we are attacking Swain as such.’ Petitioner has not suggested any barrier prevented raising an equal protection claim in the Kentucky courts. In such circumstances, review of an equal protection argument is improper in this Court.”).

113) *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79, 102, 137-138(1986) (“In my view, there is simply nothing unequal about the State’s using its peremptory challenges to strike blacks from the jury in cases involving black defendants, so long as such challenges are also used to exclude whites in cases involving white defendants, Hispanics in cases involving Hispanic defendants, Asians in cases involving Asian defendants, and so on. This case-specific use of peremptory challenges by the State does not single out blacks, or members of any other race for that matter, for discriminatory treatment. Such use of peremptories is, at best, based upon seat-of-the-pants instincts, which are undoubtedly crudely stereotypical and may in many cases be hopelessly mistaken. But as long as they are applied across-the-board to jurors of all races and nationalities, I do not see, and the Court most certainly has not explained, how their use violates the Equal Protection Clause.”).

3. *Batson* 판결의 확대

Batson 판결은 “형사사건”에 관하여 “검사”가 “인종” 차별 의도에 기하여 무이유부기피권을 행사함으로써 “피고인과 동일한 인종의 배심원후보자”가 기피되는 경우에 한하여 적용되었다. 그런데 연방대법원은 *Batson* 판결의 적용 범위를 여러 후속 판결을 통하여 확대하였다.

가. 1991년 *Powers v. Ohio*

1991년 *Powers v. Ohio* 판결은 무이유부기피된 배심원후보자가 “피고인과 동일한 인종의 배심원후보자”일 필요가 없다고 판시하였다.¹¹⁴⁾

백인인 래리 조 파워스(Larry Joe Powers)는 무장(firearm)으로 인한 가중 살인죄(aggravated murder)와 무장으로 인한 가중 살인미수죄(attempted aggravated murder)로 오하이오(Ohio) 주 프랭클린(Franklin) 카운티 법원에 기소되었다. 배심원 선정절차에서 검사는 첫 번째 무이유부기피권을 흑인 배심원후보자를 상대로 행사하였는데, 파워스가 이에 대하여 이의를 제기하였으나, 법원은 이를 기각하고 해당 배심원후보자를 배제하였다. 검사는 남은 9회의 무이유부기피권 중 6회의 무이유부기피권을 흑인 배심원후보자들을 상대로 행사하였다. 검사가 흑인 배심원후보자들을 상대로 무이유부기피권을 행사할 때마다 파워스는 *Batson* 판결을 인용하여 새롭게 이의를 제기하였으나, 이는 모두 기각되었다. 배심원단은 파워스에게 유죄평결을 하였고, 위 법원은 징역 53년을 선고하였다. 파워스는 오하이오 주 항소법원(Ohio Court of Appeals)에 항소하였고, 검사의 차별적인 무이유부기피권 행사가 수정헌법 제6조의 공정한 횡단면의 원칙, 수정헌법 제14조의 평등보호조항, 오하이오 주 헌법을 위반하였다고 주장하였다. 파워스는 그의 인종이 검사의 무이유부기피권

114) *Powers v. Ohio*, 499 U.S. 400, 404-416(1991)(“Under the Equal Protection Clause, a criminal defendant may object to race-based exclusions of jurors through peremptory challenges whether or not the defendant and the excluded jurors share the same race.”).

행사에 이의를 제기하는데 아무런 관련이 없다고 주장하였다. 오하이오 주 항소법원은 원판결을 유지하였고, 파워스가 상고하였으나, 오하이오 주 대법원(The Supreme Court of Ohio)은 그 상고를 기각하였다. 파워스는 연방대법원에 상고하였다.

연방대법원은 평등보호조항은 검사로 하여금 오직 인종을 이유로 하여 적합하고 편견이 없는 배심원후보자를 상대로 무이유부기피권을 행사하는 것을 금지하고, 피고인과 기피된 배심원후보자의 인종이 동일할 것이 요구되지 않으며, 각자의 배심원후보자들이 배심원으로 실제로 선정될 권리까지는 없지만 인종으로 인하여 배심에서 제외되지 않을 권리가 있고, 피고인은 제3자의 지위에서 인종을 이유로 무이유부기피된 배심원 후보자들을 대신하여 위 권리의 침해를 주장할 수 있다고 판시하면서 원판결을 파기, 환송하였다.¹¹⁵⁾ 이로써 *Batson* 판결은 “피고인과 동일하지 않은 인종의 배심원후보자”가 무이유부기피되는 경우까지 확대되었다. 예를 들면, 백인 피고인은 흑인 배심원후보자가 인종 차별 의도에 기하여 무이유부기피된 것에 대한 이의를 제기할 수 있게 되었고, 그 반대도 마찬가지가 되었다.

나. 1991년 *Edmonson v. Leesville Concrete Co., Inc.*

1991년 *Edmonson v. Leesville Concrete Co., Inc.* 판결은 “민사사건”에서도 당사자들이 인종 차별 의도에 기하여 무이유부기피권을 행사하는 것이 금지된다고 판시하였다.¹¹⁶⁾

115) *Powers v. Ohio*, 499 U.S. 400, 401, 410-416(1991)(“Contrary to Ohio’s contention, racial identity between the objecting defendant and the excluded jurors does not constitute a relevant precondition for a *Batson* Challenge … This, although an individual juror does not have the right to sit on any particular petit jury, he or she does possess the right not to be excluded from one on account of race. … A criminal defendant has standing to raise the third-party equal protection claims of jurors excluded by the prosecution because of their race.”).

116) *Edmonson v. Leesville Concrete Co., Inc.*, 500 U.S. 614, 618-631(1991)(“A private litigant in a civil case may not use peremptory challenges to

흑인이자 건설 노동자인 타데우스 도날드 에드몬슨(Thaddeus Donald Edmonson)은 루이지아나(Louisiana) 주의 소수민족 거주지인 포트 포크(Fort Polk)에 있는 건설 현장에서 부상을 입게 되었다. 에드몬슨은 리스빌 콘크리트 회사(Leesville Concrete Co.)를 상대로 서부 루이지아나 연방법원(United States District Court for the Western District of Louisiana)에 위 회사의 부주의(negligence)로 인한 손해배상소송을 제기하였다. 에드몬슨의 요청에 따라 배심재판이 진행되었고, 배심원 선정절차에서 위 회사는 3회의 무이유부기피권 중 2회의 무이유부기피권을 흑인 배심원후보자들을 상대로 사용하였다. 에드몬슨은 그러한 무이유부기피권 행사에 대하여 인종 중립적인 설명을 요구하였으나, 위 법원은 *Batson* 판결이 민사절차에는 적용되지 않는다는 이유로 기각하였다. 배심원단은 백인 11명, 흑인 1명으로 구성되었고, 에드몬슨의 피해액을 \$90,000로, 에드몬슨의 과실을 80%로 각 정하여 위 회사가 에드몬슨에게 \$18,000원을 배상하도록 하였다. 에드몬슨은 연방 제5순회항소법원(Court of Appeals for the Fifth Circuit)에 항소하였고, 위 항소법원은 민사소송의 당사자는 인종에 대한 제한 없이 무이유부기피권을 행사할 수 있다면서 원판결을 유지하였다. 에드몬슨은 연방대법원에 상고하였다.

연방대법원은 민사사건에서 인종 차별 의도에 기한 무이유부기피권 행사는 기피된 배심원후보자들의 평등보호권리를 침해하고, 당사자의 무이유부기피권 행사는 일련의 국가행위 중 하나로서 당연히 평등보호조항의 제한을 받으므로 당사자의 인종 차별 의도에 기한 무이유부기피권 행사는 금지된다고 판시하면서 원판결을 파기, 환송하였다.¹¹⁷⁾ 이로써 *Batson* 판결은 “민사사건”에까지 확대되었다.

exclude jurors on account of race.”).

117) *Edmonson v. Leesville Concrete Co. Inc.*, 500 U.S. 615(1991)(“Race-based exclusion of potential jurors in a civil case violates the excluded persons’ equal protection rights. … Leesville’s exercise of peremptory challenges was pursuant to a course of state action, and is therefore subject to constitutional requirements.”).

다. 1992년 *Georgia v. McCollum*

1992년 *Georgia v. McCollum* 판결은 “피고인”이 인종 차별 의도에 기하여 무이유부기피권을 행사하는 것도 금지된다고 판시하였다.¹¹⁸⁾ *Batson* 판결은 “검사”의 무이유부기피권 행사만을 문제 삼는 것이고, “피고인”의 무이유부기피권 행사는 문제 삼지 않는다고 실시한 바 있었다.¹¹⁹⁾

백인인 토마스 맥컬럼(Thomas McCollum)은 조지아(Georgia) 주 도허티(Dougherty) 카운티 법원에 흑인에 대한 가중 폭행죄(aggravated assault)와 단순 구타죄(simple battery)로 기소되었다. 검사는 배심원 선정절차 이전에 피고인에 대하여도 인종 차별 의도에 기한 무이유부기피권 행사가 금지되어야 한다고 주장하였으나, 위 법원은 조지아 주법이나 연방법이 피고인의 무이유부기피권에 대한 그러한 제한을 하고 있지 않다고 하면서 이를 기각하였다. 맥컬럼은 위 결정에 항고하였으나 조지아 주 대법원(The Supreme Court of Georgia)은 위 결정을 유지하였다. 맥컬럼은 연방대법원에 재항고하였다.

연방대법원은 피고인의 인종 차별 의도에 기한 무이유부기피권 행사는 *Batson* 판결에서 언급한 것과 같은 해악을 야기하고, 이는 일련의 국가행위 중 하나로서 평등보호조항의 제한을 받으며, 검사는 제3자의 지위에서 인종을 이유로 무이유부기피된 배심원후보자들을 대신하여 그 배심원후보자들의 권리침해를 주장할 수 있다고 판시하면서 위 결정을 취소하였다.¹²⁰⁾ 이로써 *Batson* 판결은 “피고인”에까지 확대되었다.

118) *Georgia v. McCollum*, 505 U.S. 42, 46-59(1992)(“The Constitution prohibits a criminal defendant from engaging in purposeful discrimination on the ground of race in the exercise of peremptory challenges.”).

119) *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79, 89(1986)(“We express no views on whether the Constitution imposes any limit on the exercise of peremptory challenges by defense counsel.”).

120) *Georgia v. McCollum*, 505 U.S. 42, 46-56(1992)(“A criminal defendant’s racially discriminatory exercise of peremptory challenges inflicts the harms addressed by *Batson*. … A criminal defendant’s exercise of peremptory challenges constitutes state action for purpose of the Equal Protection

라. 1994년 *J.E.B. v. Alabama ex rel. T.B.*

1994년 *J.E.B. v. Alabama ex rel. T.B.* 판결은 성차별 의도에 기한 무이유부기피권 행사도 금지된다고 판시하였다.¹²¹⁾

앨라배마(Alabama) 주 정부는 앨라배마 주 잭슨(Jackson) 카운티 법원에 J.E.B.를 상대로 하여 아동에 대한 친자확인(paternity)과 양육비(child support) 지급을 구하는 신청을 하였고, 이에 대하여 위 법원은 아동이 J.E.B.의 친자임을 전제로 양육비 지급명령을 내렸다. J.E.B.는 위 명령에 이의를 제기하였고, 그로써 친자확인과 양육비에 관한 배심재판이 진행되었다. 1991년 10월 21일 배심원 선정기일이 진행되었는데, 36명의 배심원후보자들 중에 12명이 남성이었고, 24명이 여성이었다. 3명의 배심원후보자들이 이유부기피된 이후에는 33명의 배심원후보자들 중에 10명이 남성이었고, 23명이 여성이었다. 앨라배마 주 정부는 10회의 무이유부기피권 중 9회를 남성 배심원후보자들을 상대로 사용하였고, J.E.B.는 1회의 무이유부기피권을 여성 배심원후보자를 상대로 사용하였다. 이후 배심원들은 모두 여성으로 선정되었는데, J.E.B.는 앨라배마 주 정부가 오직 남성 배심원후보자들에게만 무이유부기피권을 행사하였고, 그것이 성차별 의도에 기하여 행사된 것이므로, 앨라배마 주 정부의 무이유부기피권 행사는 수정헌법 제14조의 평등보호조항에 위반한다고 주장하였다. 위 법원은 위 주장을 배척하고, 전원 여성인 배심원단을 구성하였다. 배심원단은 J.E.B.가 아동의 아버지임을 확인하고, 위 법원은 이에 따라 양육비 지급명령을 하였다. 위 법원은 *Batson* 판결이 성별에까지 확장되지 않는다고 하였는데, 이러한 판단은 앨라배마 주 민사항소법원(The Alabama Court of Civil Appeals)에 의하여 유지되었고, 앨라배마 주 대법원(The Supreme Court of Alabama)은 상고를 허가하지 아니하

Clause ... The State has third-party standing to challenge a defendant's discriminatory use of peremptory challenges ... since the barriers to suit by an excluded jurors are daunting.”).

121) *J.E.B. v. Alabama ex rel. T.B.*, 511 U.S. 127(1994).

였다. J.E.B.는 연방대법원에 상고하였다.

연방대법원의 6인의 다수의견은 대법관 블랙먼(Blackmun)에 의하여 작성되었다. 다수의견은 *Batson* 판결에 명시된 평등보호조항을 성별을 이유로 한 무이유부기피권 행사에까지 확장하였고, 앨라배마 주 정부의 성차별 의도에 기한 무이유부기피권 행사는 당사자와 지역사회, 그리고 잘못된 이유로 배제된 배심원후보자들을 해하고, 성차별 의도에 기한 무이유부기피권 행사는 사법제도가 한쪽 성별의 참여만을 허용한다는 인상을 심어줄 수 있으며, 무이유부기피권은 제한되지 않는 헌법상 권리가 아니라는 등의 이유로 평등보호조항에 위반한다고 판시하면서 앨라배마 민사항소법원의 결정을 파기, 환송하였다.¹²²⁾ 이로써 *Batson* 판결은 “성별”에까지 확대되었다. 그러나 인종과 성별을 넘어서 어느 정도의 평등보호조항 위반 심사를 받는 집단에까지 *Batson* 판결이 확장되어야 하는지에 대해서는 구체적인 답을 내놓지 않았다.

제 4 장 미국의 무이유부기피권 존폐론

Batson 판결은 무이유부기피권을 보존함과 동시에 이를 제한함으로써 배심원 선정절차에서 인종 차별을 철폐하려고 하였다. 그런데 이러한 연방대법원의 노력으로 배심원 선정절차에서 인종 차별이 철폐되었는지, *Batson* 판결이 효용성 있는 것인지에 대해서 많은 의문이 제기되었다. 나아가 일부 학자들 및 판사들은 무이유부기피권을 폐지하여야 한다는 주장까지 제기하였다.¹²³⁾ 한편 검사, 변호사를 필두로 한 실무에서는 무

122) *J.E.B. v. Alabama ex rel. T.B.*, 511 U.S. 127, 131-146(1994)(“The Equal Protection Clause prohibits discrimination in jury selection on the basis of gender, or on the assumption that an individual will be biased in a particular case solely because that person happens to be a woman or a man.”).

123) 무이유부기피권 폐지론에 관하여, 학계에서는 시카고-켄트 대학교의 낸시 마더(Nancy S. Marder) 교수, 시카고 대학교의 알버트 알슈러(Albert W.

이유부기피권을 유지하여야 한다는 주장을 강력히 피력하고 있다.¹²⁴⁾ 이하에서는 현재 전개되고 있는 미국의 무이유부기피권의 존치론과 폐지론에 대해서 살펴보기로 한다.

제 1 절 존치론

1. 공정한 배심(impartial jury)을 위한 권리

가. 숨겨진 편견(hidden bias)을 배제

검사, 피고인 또는 변호인은 배심원 선정절차에서 배심원후보자들을 짧은 시간 안에 보고 그들이 편견을 갖고 있는지를 파악하여야 한다. 짧은 시간 안에 배심원후보자들이 어떠한 생각을 갖고 있고, 어떠한 삶을 살아왔으며, 종합적으로 어떠한 사람인지를 파악하는 것은 매우 어려운 일이다. 결국, 검사, 피고인 또는 변호인은 배심원 선정절차에서 확인되는 배심원후보자들의 외관, 태도, 말투 등 겉으로 보이는 것에 평소에 가졌던 생각을 종합하여 배심원후보자들이 편견을 갖고 있는지를 판단한다. 이러한 연유로 검사, 피고인 또는 변호인은 배심원후보자에 대한 매우 제한적이거나 부정확한 정보만을 얻게 되므로, 내재된(implicit) 또는 숨겨진(hidden) 편견을 갖고 있는 배심원후보자를 찾는 것은 매우 어렵고, 직감적으로 찾더라도 그 배심원후보자가 그러한 편견을 갖고 있다는 구체적인 이유를 제시하기는 더욱 어렵다. 그런데 검사, 피고인 또는 변호인은 무이유부기피권을 통하여 그러한 편견을 갖고 있는 배심원후보자들을 쉽게 배제할 수 있고, 그로써 공정한 배심이 구성되게 된다. 일부

Alschuler) 교수, 예일 대학교의 아킬 리드 아마르(Akil Reed Amar) 교수 등이 있고, 법원에서는 연방뉴욕남부법원의 모트리(Motley) 판사, 연방펜실베이니아법원의 레이몬드 브로데릭(Raymond J. Broderick) 시니어 판사, 콜로라도 주법원의 모리스 호프만(Morris B. Hoffman) 판사 등이 있다.

124) 미국 변호사협회(ABA)는 2005년 배심과 배심재판의 원칙(Principle for Juries and Jury Trials)의 발표를 통해 무이유부기피권의 유지를 권고하였다.

주 법원은 이러한 측면에서 무이유부기피권이 이유부기피권을 보완하는 수단이라는 취지로 판시하였다.¹²⁵⁾

나. 균형 효과(leveling effect)

현실의 법정에서 검사, 피고인 또는 변호인은 각자에게 유리한 배심원을 선정하려고 노력한다. 검사, 피고인 또는 변호인은 배심원후보자가 공정한지보다 각자에게 이상적이거나 부적절한지를 파악하려 한다.¹²⁶⁾ 이에 관하여 일부 변호사들을 위한 배심원 선정절차 가이드북은 배심원 선정절차의 목적은 당신의 고객들에게 유리한 결론을 내릴 배심원을 보호하고 선정하는 것이라고까지 하였다.¹²⁷⁾ 한편 일방에게 유리한 배심원후보자는 상대방에게 불리한 배심원후보자이다. 따라서 양측은 무이유부기피권의 행사를 통하여 상대방에게 편향된 배심원후보자를 제거하려 할 것이고, 결과적으로 중간 성향을 갖춘 배심원후보자만 남게 되어 공정한 배심이 구성되게 된다.¹²⁸⁾ 이를 균형 효과(leveling effect)라고 한다.

2. 중요한 소송 도구(litigation tool)

실무의 많은 검사와 변호인은 배심원 선정절차에서 무이유부기피권은

125) *State v. Pokini*, 55 Haw. 640, 661, 526 P.2d 94, 111(1974) (“A peremptory challenge may be used to strike a juror whose answer on voir dire demonstrate that he may be unduly influenced in the discharge of his duties, but are not sufficient to support a challenge for cause.”).

126) Judith H. Germano, “Preserving Peremptories: A Practitioner’s Prerogative”, *Journal of Civil Rights and Economic Development*, Issue 2 Volume 10(1995), p.436.

127) Joan M. Brovins, Thomas Oehmke, “The Trial Practice Guide: Strategies, Systems and Procedures for the Attorney”, American Bar Association Section of General Practice(1992), p.80 (“The objective of jury selection is to secure a jury that consists of persons who will decide the case in your client’s favor. Jurors should have no predisposition against your case or in favor of your opponent’s case.”).

128) Judith H. Germano, *Ibid*, p.437.

필요하고, 효과적인 권리라고 말하고 있다. 무이유부기피권을 폐지하자고 주장하는 검사와 변호인은 많지 않을 것이다. 검사와 변호인은 승소하기 위해서는 배심원 선정절차가 중요하다는 것을 잘 알고 있고, 이를 위해서 우호적인 배심원을 선정하여야 하는데, 그 소송 도구로 무이유부기피권을 매우 중요하게 보고 있다. 무이유부기피권은 그들의 고객에게 동조하지 않을 것과 같은 배심원후보자를 이유 없이 기피할 수 있게 해준다. 판사의 재량에 따라 인용 여부가 결정되는 이유부기피권과는 달리, 무이유부기피권은 검사와 변호인의 재량적인 행사에 따라 최종적으로 효과를 발휘한다. 검사와 변호인이 이유부기피권 행사 단계에서 배심원후보자를 배제하기 위한 이유를 제시하지 못할 경우, 무이유부기피권 행사를 통하여 쉽게 그 배심원후보자를 배제할 수 있다. 따라서 무이유부기피권은 검사와 변호인이 배심원 선정절차를 통제(control)한다는 느낌을 들게 하고, 그 결과 검사와 변호인이 이러한 절차를 통해 선정된 배심원단을 편하게(comfortable) 느낄 수 있게 해준다.¹²⁹⁾

검사와 변호인이 무이유부기피권 행사를 통해 배심원단을 조작(jury packing)한다는 우려가 있을 수 있지만 이는 불가능하다. 왜냐하면 무이유부기피권을 행사할 수 있는 수는 제한 및 고정되어 있기 때문이다. 예를 들어 연방법원의 중죄(felony) 형사사건에서는 검사에게 6회, 피고인 또는 변호인에게 10회로 고정 및 제한되어 있다.¹³⁰⁾ 이는 검사와 변호인이 일정한 횟수의 무이유부기피권을 행사할 수 있다는 것을 의미함과 동시에 검사와 피고인이 그 제한된 횟수 내에서 무이유부기피권을 매우 신중하게 행사하여야 한다는 것을 의미한다. 따라서 이러한 무이유부기피권 횟수의 제한 및 고정은 변호사들이 배심원 선정절차의 일부분(edge)을 관여(tinker)하는 정도에까지만 그치게 하고, 배심원단의 조작을 방지

129) Dennis Hale, "All Rise: Trial by Jury is Probably the Worst Way to Administer Justice, Except All Others", B.C. Magazine(Summer 2005), p.26("Peremptories give attorneys some control or perhaps only the illusion of control over the unpredictability of juries."); Nancy S. Marder, Justice Stevens, "The Peremptory Challenge, and the Jury", 74 Fordham L. Rev. 1683(2006), p.1685.

130) Federal Rules of Criminal Procedure 24(b).

하는 안전장치(safety valve) 역할을 한다.¹³¹⁾

특히 변호인들의 무이유부기피권에 대한 애착은 미국 변호사협회(American Bar Association)가 2005년 선언한 “배심과 배심재판의 원칙(Principles for Juries and Jury Trials)”에 잘 드러난다. 이는 미국 변호사협회에서 구성한 “미국 배심 프로젝트(American Jury Project)”에서 연방정부와 배심재판에 일정한 권고와 가이드라인을 제시하기 위하여 선언 및 채택된 것이다. 위 원칙은 배심원의 증인에 대한 신문권, 배심원이 평결 이전에 토의할 권한 등을 규정하였는데, 그중에서 무이유부기피권에 관해서는 현재 상태를 유지할 것을 권고하였다.¹³²⁾ 나아가 위 원칙은 변호인이 무이유부기피권에 대해서 어떻게 생각하고 있는지를 잘 나타낸다. 예를 들어 위 원칙은 검사와 피고인 또는 변호인이 무이유부기피권을 적절하고, 차별적이지 않은 방법으로 행사하였다는 것은 추정(presume)된다고 하였다.¹³³⁾ 나아가 무이유부기피권의 부여 횟수에 관하여는 편향되지 않은 배심(unbiased jury)을 구성하기 위하여 충분하고(sufficient) 합리적으로 필요한 정도의 무이유부기피권이 부여되어야 한다고 하였다.¹³⁴⁾ 이는 무이유부기피권 횟수를 제한하고 나아가 폐지하여야 한다는 최근의 비판과 정반대의 것이다.

3. 오래된 사법 전통(legal tradition)

법원이 무이유부기피권을 계속 보존하고 존중한 이유는 무이유부기피권이 오랜 역사를 함께한 사법 전통의 일부이기 때문이다. 무이유부기피권은 앞서 본 바와 같이 영국의 식민지 시절부터 현재에 이르기까지 수

131) Nancy S. Marder, Justice Stevens, “The Peremptory Challenge, and the Jury”, 74 Fordham L. Rev. 1683(2006), p.1685.

132) Principles for Juries and Jury Trials 11.D.(“Peremptory challenge should be available to each of the parties.”).

133) Principles for Juries and Jury Trials 11.F.1.(“It should be presumed that each party is utilizing peremptory challenges validity, without basing those challenges on constitutionally impermissible reasons.”).

134) Principles for Juries and Jury Trials 11.D.3.

백 년 동안 지속되었다. 영국의 식민지 시절에는 검사는 영국 국왕에 동조적인 배심원들을 선정하기 위하여 무이유부기피권을 사용하였고, 피고인은 국왕을 견제하기 위하여 이유부기피권 또는 무이유부기피권을 사용하였다. 그러나 당시 이유부기피권은 당사자와의 인적 관계 또는 경제적 관계 등 특정한 편견(specific bias)이 있는 경우에만 허용되었고, 정치적 견해와 같이 일반적인 편견(general bias)이 있는 경우에는 허용되지 아니하였다. 따라서 피고인은 무이유부기피권 행사를 통하여 영국 국왕에 충성심(loyalty)을 보이는 등 일반적인 편견이 있는 배심원후보자들을 배제하였다.¹³⁵⁾

그런데 미국이 영국으로부터 독립한 이후에 더 이상 영국 국왕에 대한 충성심이 문제되지 않게 되었음에도 무이유부기피권은 유지되었다. 연방과 주를 불문하고 검사, 피고인 또는 변호인에게 일정한 횟수의 무이유부기피권이 부여되었다. 이후 미국 연방대법원은 무이유부기피권의 존속을 계속하여 지지하였는데, *Swain* 판결은 무이유부기피권이 아주 오래된 전통(very old credential)이라고까지 판시하였다.¹³⁶⁾ 이후 무이유부기피권이 인종 차별에 기하여 행사되고 있다는 비판이 제기되고 있는 와중에도 연방대법원은 *Batson* 판결을 통하여 인종 차별에 기한 무이유부기피권을 금지하였을 뿐 무이유부기피권 자체를 폐지하지 아니하였다. 이처럼 연방대법원이 무이유부기피권의 존속에 계속하여 손을 들어준 것은 무이유부기피권이 미국의 오랜 역사를 함께하면서 그 사법제도에 매우 뿌리 깊고(deeply ingrained), 강하게 묶여있기(hardwired) 때문이다.¹³⁷⁾

135) Valerie P. Hans, Neil Vidmar, Ibid, p.32-35.

136) *Swain v. Alabama*, 380 U.S. 202, 212(1965)(“The peremptory challenge has very old credentials.”).

137) John Gibeaut, “Challenging Peremptories”, American Bar Association(2005), p16.

4. *Batson* 판결로 위법성 치유¹³⁸⁾

가. 배심원 선정절차에서 인종과 성별을 인식

Batson 판결 이전에는 검사, 피고인 또는 변호인은 배심원 선정절차에서 인종과 성별을 고려하지 아니하였고, 그 결과 차별 의도에 기한 무이유부기피권이 무분별하게 행사되었다. 그런데 *Batson* 판결 이후 검사, 피고인 또는 변호인은 배심원 선정절차에서 인종과 성별을 생각하게 되었고, 차별 의도에 기한 무이유부기피권인지를 스스로 되돌아보게 되었다.¹³⁹⁾ 구체적으로는 검사, 피고인 또는 변호인이 무이유부기피권을 행사할 때마다 그들은 상대방이 제기할 *Batson* 주장과 이에 대한 인종 등 중립적인 답변에 대하여 고려하여야 하였다. *Batson* 판결이 검사, 피고인 또는 변호인의 차별 의도에 기한 무이유부기피권을 행사를 완전히 막을 수는 없지만, *Batson* 판결이 있어 그 이전과 같이 차별 의도에 기한 무이유부기피권이 무분별하게 행사되지는 않게 되었다.

나아가 *Batson* 판결은 판사들로 하여금 배심원 선정절차에서 인종과 성별을 생각하도록 하였다.¹⁴⁰⁾ 검사, 변호인 또는 피고인이 상대방의 무이유부기피권 행사에 대하여 이의를 제기할 때마다 판사들은 인종과 성별에 기한 무이유부기피권 행사인지에 대한 판단을 하여야 하기 때문이다. 한편 미국 변호사협회는 무이유부기피권이 인종이나 성별에 기하여 차별적으로 행사된 경우 판사들이 직권으로 이를 제지하여야 한다는 원칙을 공표하기도 하였는데, 이러한 원칙의 공표는 판사들로 하여금 인종과 성별에 더욱 민감하게 반응하게 만들었다.¹⁴¹⁾

138) 해당 부분은 주로 낸시 마더(Nancy S. Marder) 교수의 글을 참고로 하였다.

Nancy S. Marder, Justice Stevens, Ibid, p.1700-1706.

139) Nancy S. Marder, Justice Stevens, Ibid, p.1700-1701.

140) Nancy S. Marder, Justice Stevens, Ibid, p.1701.

141) Principles for Juries and Jury Trials 11.F.5.("When circumstances suggest that a peremptory challenge was used in a constitutionally impermissible manner, the court on its own initiative, if necessary, shall advise the parties on the record of its belief that the challenge is impermissible, and

배심원의 결론 도출 절차(jury decision making)에 관한 심리학자들의 연구에 의하면 배심원 심문절차(voir dire)에서 인종에 관한 질문이 이루어지거나 다양한 인종의 배심을 구성되는 등 인종이 배심원에게 중요한 문제로 대두되면, 평의 과정에서 백인 배심원들이 인종적 편견에 대하여 가장 큰 걱정을 드러낸다고 하였다.¹⁴²⁾ 위 연구 결과에 비추어 보면, *Batson* 판결로 배심원 선정절차에서 인종이 중요한 문제로 대두되었으므로, 백인 판사, 검사, 변호인은 배심원 선정절차, 나아가 재판의 전 과정에서 인종적 편견에 대해 돌아보고 고려할 것임을 유추할 수 있다.

위 연구를 진행한 연구진들은 배심원들을 상대로 여러 모의실험을 하였다. 첫 번째 실험은 배심원 심문절차(voir dire)에서 백인 배심원들에게 인종에 관한 질문을 한 경우와 하지 않은 경우의 편견 인식 경향을 비교하였다. 실험 결과 위와 같은 질문을 한 경우 백인 배심원들이 흑인 피고인에 대한 편견을 스스로 인식하고 저항하는 경향이 높다는 결과를 도출해냈다.¹⁴³⁾ 두 번째 실험은 배심원 심문절차에서 백인 배심원들에게 인종에 관한 질문을 한 경우와 하지 않은 경우의 흑인 피고인에 대한 유죄 비율과 형기를 비교하였다. 실험 결과 위와 같은 질문을 한 경우 흑인 피고인을 동일한 사건의 흑인이 아닌 피고인에 비하여 유죄로 판단하거나 더 장기간의 형을 권고하는 빈도가 높았으나, 위와 같은 질문을 하지 않은 경우 흑인 피고인을 동일한 사건의 흑인이 아닌 피고인과 동일하게 유죄로 판단하거나 형을 정하는 경향이 있다는 결과를 도출해냈다.¹⁴⁴⁾ 세 번째 실험은 백인 배심원들에게 고등학교 농구부에서 흑인 고등학생이 다른 고등학생을 폭행한 사건 시나리오를 제시하면서 당시 라커룸에서 만연한 인종 차별의 이슈를 제시하지 않은 경우와 그러한 이슈를 제시하지 않고 인종 중립적으로 폭행 사건을 설명한 경우의 유죄 비

its reasons for so concluding and shall require the party exercising the challenge to make a showing under F.3. above.”).

142) Samuel R. Sommers, Phoebe C. Ellsworth, “How Much Do We Really Know About Race and Juries?”, *A Review of Social Science Theory and Research*, 78 *Chi.-Kent L. Rev.* 997(2003).

143) Samuel R. Sommers, Phoebe C. Ellsworth, *Ibid*, p.1015-1016.

144) Samuel R. Sommers, Phoebe C. Ellsworth, *Ibid*, p.1015.

을 비교하였다. 실험 결과 백인 배심원들은 그러한 이슈를 제시한 경우보다 제시하지 않은 경우에 흑인 피고인을 유죄로 판단하는 경향이 높다는 결과를 도출하였다.¹⁴⁵⁾ 마지막으로 네 번째 실험은 배심원들 6명에게 흑인 피고인의 강간 사건에 관한 비디오를 보여주고 이에 관하여 평의하도록 하였고, 그 사전에 배심원들로 하여금 인종에 관한 입장과 인종적 편견에 관하여 질문이 기재된 질문지에 답변을 작성하도록 한 경우와 그러한 작성을 요구하지 않은 경우, 배심원들의 인종이 다원적인 경우와 전원 백인인 경우를 각각 비교하였다. 실험 결과 위와 같은 질문지를 작성하여 인종 문제에 관하여 사전에 인식한 배심원들이 그러한 질문지를 작성하지 않은 배심원들에 비하여 흑인 피고인을 유죄로 판단하는 비율이 더 낮았고, 배심원들의 인종이 다원적인 경우에는 배심원들이 전원 백인인 경우보다 더 오래 평의하고, 더 많은 사실관계를 논의하고, 더 많은 질문을 제기하고, 인종 문제를 더 많이 논의하고, 사실관계에 관한 오류를 덜 범하고, 사실관계에 관한 오류를 범하였을 경우 더 수월하게 이를 수정하고, 마지막으로 흑인 피고인을 유죄로 판단하는 비율이 더 낮았다는 결과를 도출하였다.¹⁴⁶⁾ 이러한 연구 결과에 비추어 보면, *Batson* 판결로 인해 재판에서 인종에 관한 문제가 중요한 문제로 대두되면, 나아가 배심원들의 인종이 다원적으로 구성될 경우, 백인 배심원들이 스스로 인종적 편견을 인식하고, 배제하는 경향이 높아진다는 것을 유추할 수 있다.

위 연구 결과는 무이유부기피권에 관한 것은 아니고, *Batson* 판결의 효용성에 관하여 연구로서 무이유부기피권에 관해서는 증명된 바가 없지만, 위 연구 결과를 유추하여 보면, *Batson* 판결로 배심원 선정절차, 나아가 재판에서 인종에 관한 문제를 중요한 문제로 대두됨으로써 판사, 검사, 변호인, 나아가 배심원들이 그 스스로 인종적 편견을 인식하고, 이를 배제할 수 있는 경향이 높아지고, 그 결과 차별 의도에 기한 무이유부기피권 행사가 억제될 것이라는 결론을 충분히 도출할 수 있다.¹⁴⁷⁾

145) Samuel R. Sommers, Phoebe C. Ellsworth, *Ibid*, p.1016.

146) Samuel R. Sommers, Phoebe C. Ellsworth, *Ibid*, p.1027-1028.

147) Nancy S. Marder, Justice Stevens, *Ibid*, p.1703.

나. 기피된 배심원후보자들의 우려를 불식

Batson 판결 이전에는 무이유부기피권 행사로 기피된 배심원후보자들은 무이유부기피권을 행사한 검사나 변호인, 나아가 재판절차 전반의 공정성에 대하여 그들이 인종이나 성별의 차별 의도에 기하여 기피되었을 수 있다는 우려를 갖고 있었는데, *Batson* 판결로 인하여 이러한 무이유부기피권 행사가 금지되었으므로 기피된 배심원후보자들의 위와 같은 우려는 줄어들었다.¹⁴⁸⁾

어느 연구진이 노스캐롤라이나의 어느 법정에서 기피된 배심원후보자들을 대상으로 한 연구 결과에 의하면, 일반적으로 기피된 배심원후보자들은 그것이 당사자주의 절차의 일부분이라는 점을 인정하고 수용하는 태도를 보였으나, 인종이나 성별 등 배심원후보자들의 개인적 특성을 이유로 하여 무이유부기피된 것으로 보이는 배심원후보자들의 경우 그러한 무이유부기피 결과에 대하여 가장 적은 만족을 하였다는 결과를 도출하였다.¹⁴⁹⁾ 이러한 연구 결과에 의하면, 인종이나 성별의 차별 의도에 기한 무이유부기피권 행사가 명시적으로 금지됨으로써 무이유부기피된 배심원후보자들이 자신들이 인종이나 성별의 차별과 같은 부당한 이유에 의하여 기피되지 않은 것이라는 안심을 하게 될 것이고, 이에 관한 배심원후보자들의 우려도 줄어들 것이다.

다. 차별 의도의 상호 체크

Batson 판결로 인하여 당사자는 상대방의 무이유부기피권 행사가 인종이나 성별의 차별 의도에 기한 것일 경우 이에 대한 이의를 제기할 수

148) Nancy S. Marder, Justice Stevens, Ibid, p.1703-1704.

149) Mary R. Rose, "A Voir Dire of Voir Dire: Listening to Jurors' Views Regarding the Peremptory Challenge", 78 Chi.-Kent L. Rev(2003), p.1061, 1067-1067, 1075-1077, 1085.

있고, 상대방도 같은 경우 같은 이익을 제기할 수 있다. 결과적으로 검사, 피고인 또는 변호인은 각자 상대방의 무이유부기피권 행사가 차별 의도에 기한 것인지 상호 체크(check)할 수 있게 되었고, 이러한 상호 체크가 없었던 경우에는 일방 또는 양 당사자들은 어떠한 제재도 없이 (without impunity) 차별 의도에 기한 무이유부기피권을 자유롭게 행사할 수 있을 것이다.¹⁵⁰⁾ 기존의 *Swain* 판결에서와 다르게 단 한 차례의 무이유부기피권 행사도 이익제기의 대상이 될 수 있고, 그 증명은 그 사건에서의 증거만으로도 족하므로, 상호 체크는 어렵지 않게 이루어질 수 있다. 이러한 *Batson* 판결의 상호 체크를 통하여 차별 의도에 기한 무이유부기피권 행사는 줄어들 것이다.

라. 법정에서 허용되는 담론의 변화

Batson 판결은 법정에서 허용되는 담론(discourse)에 대한 변화를 가져왔다.¹⁵¹⁾ 1986년 *Batson* 판결 이후로 인종은 법정에서 허용되지 않는 사유가 되었고, 1994년 *J.E.B.* 판결로 이는 성별에까지 확대되었다. *J.E.B.* 판결 이전에는 여성이라는 이유만으로 배심원후보자들을 배제할 수 있었다. 예를 들어 1993년 *United States v. Omoruyi* 사건에서 검사가 미혼인 흑인 배심원후보자들을 상대로 무이유부기피권을 행사하였는데 이러한 무이유부기피권 행사 방식을 다음과 같이 설명하였다. “왜냐하면 그녀는 미혼 여성이고, 내 생각으로는, 솔직히, 내가 기피한 다른 배심원후보자들과 같이, 그녀는 미혼이고, 피고인의 잘생긴 외모를 고려하면 그녀는 피고인에게 호감을 가질 것 같기 때문이다(Because she was a single female and my concern, frankly, is that she, like the other juror I struck, is single and given defendant’s good looks would be attracted to the defendant).” 검사는 이를 법정에서 진술하였고, 판사는 이를 유효한 이유로 판단하였다.¹⁵²⁾ 이때까지는 성별을 이유로 한 무

150) Nancy S. Marder, Justice Stevens, Ibid, p.1704-1705.

151) Nancy S. Marder, Justice Stevens, Ibid, p.1705.

이유부기피권 행사가 공식적으로 허용되었고, 이를 이유로 검사가 흑인 배심원후보자들을 기피하는 경우도 많았다. 하지만 *J.E.B.* 판결 이후로는 성별 또한 법정에서 허용되지 않는 사유가 되었다. 이러한 점에서 *Batson* 판결은 법정에서 공식적으로 허용되는 담론에 관한 사회규범을 변화시켰고, 이는 무이유부기피권 행사에서 차별을 철폐하는 첫걸음이라고 할 수 있다.¹⁵³⁾

제 2 절 폐지론

1. 공정한 배심과 무관한 권리

가. 국왕의 무오류성(royal infallibility)에 기한 권리

무이유부기피권의 옹호자들은 무이유부기피권이 숨겨진 편견(hidden bias)을 가진 배심원후보자들을 걸러내어 공정한 배심을 달성하기 위한 권리라고 주장한다. 그러나 무이유부기피권의 기원을 살펴보면 무이유부기피권은 공정한 배심과는 아무런 관련이 없다는 것을 알 수 있다.

무이유부기피권의 원류는 영국으로, 영국은 최초로 사형이 선고될 수 있는 사건에서 검사에게 무제한적인 무이유부기피권을 부여하였다. 이러한 검사의 무제한적인 무이유부기피권은 이유부기피권과 국왕의 무오류성의 결합에 의한 것이다. 검사가 특정 배심원후보자의 기피를 주장하면 국왕의 무오류성으로 인해 그 배심원후보자는 그 사건에 관하여 이해관계가 있거나 적합하지 않은 것으로 추정(presume)되었고, 이에 따라 검사는 더 이상의 조사를 할 필요가 없고, 이유도 설명할 필요도 없었다.¹⁵⁴⁾ 이러한 검사의 기피권 행사는 실질적으로는 이유부기피권 행사이지만 그 행사의 모습은 현재의 무이유부기피권과 같다.

152) *United States v. Omoruyi*, 7 F.3d 880(9th Cir. 1993).

153) Nancy S. Marder, Justice Stevens, *Ibid*, p.1706.

154) Morris B. Hoffman, *Ibid*, p.845.

이처럼 무이유부기피권은 국왕의 무오류성에 영향을 받은 이유부기피권의 한 형태였다. 1305년 국왕의 무오류성에 대한 공격이 있었는데, 이때 의회는 검사가 주장하는 기피 사유는 숨겨져 있을 뿐이지 항상 정당하였고, 검사가 이를 설명할 필요가 없다는 것을 재확인하였다.¹⁵⁵⁾ 이러한 특성은 피고인의 무이유부기피권에도 이어졌고, 미국의 무이유부기피권에까지 이어졌다. 미국의 무이유부기피권 옹호론들은 무이유부기피권이 숨겨진 편견을 걸러내어 공정한 배심을 달성하기 위한 권리라고 강조하나, 위와 같은 무이유부기피권의 기원을 살펴보면, 무이유부기피권은 그 탄생부터 공정한 배심과는 아무런 관련이 없다는 것을 알 수 있다. 검사, 피고인 또는 변호인은 무오류성을 갖는 국왕이 아니다. 많은 오류를 범할 가능성이 있는 검사, 피고인 또는 변호인의 무이유부기피권 행사로 완벽하게 적합하고, 객관적으로 공정한 배심원후보자를 아무런 이유 없이 배제하도록 하는 것은 그 본질적으로 심각한 문제가 있다.¹⁵⁶⁾

무이유부기피권은 공정한 배심이라는 개념이 창안된 때로부터 무려 200년 전에 고안된 것이라는 점에서도 공정한 배심과는 관련이 없는 제도라는 것을 알 수 있다. 무이유부기피권이 최초로 실시된 13세기 중반 영국에서 배심원은 증인이나 고소인 같이 독립적이지 않은 제한적인 역할을 부여받았기 때문에 당사자나 사건에 관한 경험이나 지식이 있어야 적정한 배심원으로 생각되었고, 배심원의 공정성이라는 개념은 존재하지 않았다. 그로부터 200년이 지난 이후에야 배심원이 사실을 인정하는 역할을 부여받으면서 적정한 사실인정을 위하여 공정한 배심이라는 개념이 창안되었다. 이처럼 무이유부기피권의 기원은 공정한 배심과는 아무런 관련이 없다.

무이유부기피권 옹호론자들은 무이유부기피권과 공정한 배심을 연결하려고 하지만 무이유부기피권이 공정한 배심을 달성할 수 있다는 어떠한 근거도 없다. 오히려 무이유부기피권이 공정한 배심에 관하여 기여한 것이 무엇인지를 묻는다면 “없다(nothing).”라고 말할 수 있다.¹⁵⁷⁾ 공정한

155) Morris B. Hoffman, Ibid, p.846.

156) Morris B. Hoffman, Ibid, p.847.

157) Morris B. Hoffman, Ibid, p.847-848.

배심은 당사자나 사건에 관하여 무관심(indifferent)하고, 지역사회의 공정한 횡단면(fair cross section)을 반영한 것이어야 하는데, 무이유부기피권은 이유 없이 배심원후보자를 기피하는 권리일 뿐 이러한 공정한 배심의 요소와는 아무런 관련이 없다.

나. 균형 효과의 허상

무이유부기피권 옹호자들은 양측의 무이유부기피권 행사를 통하여 극단적인 배심원후보자들이 배제됨으로써 중간 성향의 배심원후보자들만 남게 되어 공정한 배심이 구성된다고 주장한다.¹⁵⁸⁾ 소위 균형 효과이다. 하지만 이러한 주장은 무이유부기피권과 이유부기피권의 관계, 배심원후보자의 편견을 조사하는 것의 어려움, 배심원 심문절차를 통하여 편견을 갖고 있는 배심원후보자가 편견을 뒤로 한 채 공정한 판단을 할 가능성, 무이유부기피된 배심원후보자가 가질 수 있는 재판제도에 대한 불신 등을 모두 무시한다.¹⁵⁹⁾

가장 극단적인 편향성을 가진 배심원후보자들은 정당한 당사자주의 절차의 일부인 이유부기피 절차를 통하여 배제된다. 이러한 이유부기피 절차를 거친 배심원후보자들은 이미 모두 균형 효과에서 말하는 편향성 곡선 그래프(bias bell curve)의 중간에 위치하게 되므로, 무이유부기피권 행사를 통해 극단적인 배심원후보자들을 배제하여 공정한 배심을 구성한다는 효과는 심하게 과장된 것이다.¹⁶⁰⁾

인간의 편견은 매우 복잡하고 양자택일적으로 단순하지 않다. 그런데 배심원 심문절차에서 이루어지는 질문은 일반적으로 매우 단순하고 양자택일적이어서 중립적인 성향의 배심원후보자들을 양 극단의 성향으로 몰고 가는 경향이 있다. 배심원 후보자들은 검사에게 우호적인 성향 또는

158) 예를 들어 *Swain v. Alabama*, 380 US. 202, 219(1965)는 무이유부기피권의 기능을 “양측의 극단적 편향을 제거(to eliminate extremes of partiality on both sides)”하는 것이라고 하였다.

159) Morris B. Hoffman, *Ibid*, p.865-866.

160) Morris B. Hoffman, *Ibid*, p.866.

피고인에게 우호적인 성향 중 하나를 선택할 것을 강요받고, 숨겨진 상대방의 옹호자로 의심받으면서 양자택일적인 질문 세례를 받게 되는데, 이러한 절차를 통해 배심원후보자들은 편견이 없거나 무시할 수 있을 정도로 작은 편견만을 가지고 있었다가도 오히려 극단의 편견을 가진 배심원후보자로 탈바꿈하게 된다.¹⁶¹⁾ 양측의 무이유부기피권 행사로 오히려 양측에 극단적인 배심원후보자들만 남게 되므로, 무이유부기피권 행사로 중간적인 성향의 배심원후보자들만 남게 된다는 균형 효과는 허상에 불과하다.

2. 현재의 배심제도와 배치¹⁶²⁾

가. 배심원에 대한 부적절한 불신을 반영

무이유부기피권의 가장 명백하고 중요한 문제점은 배심제도가 전제된 배심원들에 대한 무한한 신뢰와 달리 무이유부기피권은 배심원후보자에 대한 깊은 불신을 반영한다는 것이다.¹⁶³⁾ 배심원후보자들은 소환장이라는 채찍과 시민적 의무에 대한 호소라는 당근을 통하여 법정에서 소환되지만, 무이유부기피권을 통하여 상당수가 아무런 이유 없이 기피되고 있다.¹⁶⁴⁾ 판사는 배심원후보자들에게 공정한 배심원을 원한다고 말하고, 이를 위해서 법원이 정교하게 고안된 배심원 심문절차 등을 통하여 공정한 사람과 공정하지 않은 사람을 나누겠다고 말하지만, 동시에 이러한 절차 등이 완벽하지 않기 때문에 이러한 절차 등을 통과한 사람이더라도 숨겨진 편견을 가지고 있는 사람이 있을 수 있어 아무런 이유 없이 기피될 수 있다고 말한다.¹⁶⁵⁾ 판사는 배심원후보자들에게 사실만을 말할 것을

161) Morris B. Hoffman, Ibid, p.866.

162) 해당 부분은 주로 모리스 호프만(Morris Hoffman) 판사의 견해를 참고로 하였다. Morris B. Hoffman, Ibid, p.855-870.

163) Morris B. Hoffman, Ibid, p.854.

164) Morris B. Hoffman, Ibid, p.854.

165) Morris B. Hoffman, Ibid, p.854.

요구하지만, 무이유부기피권의 존재를 통하여 대부분의 배심원후보자들이 거짓을 말할 것으로 추정한다.¹⁶⁶⁾ 판사는 배심원후보자들에게 사건에 관한 사실관계나 증거에 의해서만 결론을 내릴 것이라고 지도하지만, 무이유부기피권의 존재를 통하여 대부분의 배심원후보자들이 이를 하지 못할 것으로 추정한다.¹⁶⁷⁾

이러한 불신은 인간의 본성에 관하여 평균적인 인간에게 충분한 선이 있으면서 동시에 충분한 악이 있다는 전제에 기한 것이다. 무이유부기피권은 평균적인 인간을 전제로 하여 악을 행할 것을 대비한 견제와 균형의 의미로서 제시된 것처럼 보이지만, 그러한 견제와 균형은 심각하게 기울어져 있다.¹⁶⁸⁾ 영국 전통에서와 같이 몇몇 사건에서 1-2회의 무이유부기피권을 부여하는 것은 숨겨진 편향된 배심원후보자들을 골라내는데 적절할 수 있다. 그러나 미국의 무이유부기피권에 대한 곡해는 배심원후보자들 대부분이 위증할 것이라거나 고집쟁이일 것이라는 과장과 냉소를 수반하고 있고, 이는 배심원들을 선정한 다음 선서를 한 경우 그 배심원들의 평결에 대하여 무한하고 중국적인 신뢰를 보내는 것과는 상당히 대비된다.¹⁶⁹⁾

배심제도는 판사를 불편부당한 법의 적용자로 보고, 배심원들을 불편부당한 사실의 적용자로 보면서 양자의 역할을 모두 동등하게 중요하게 여긴다.¹⁷⁰⁾ 그런데 배심원들이 무이유부기피권에 의하여 이유 없이 배제될 수 있는 것과 같이 판사들도 이유 없이 배제될 수 있다면 이를 수용할 수 있을 것인가? 판사가 명백하게 가시적이고 객관적인 기준을 위반하지 않는 이상, 어떠한 숨겨진 편견이 있는지를 불문하고, 판사에 대한 기피를 허용하지 아니하고, 이러한 점에서 배심원후보자들을 좀 더 신뢰할 필요가 있다.¹⁷¹⁾

무이유부기피권의 옹호자들도 무이유부기피권은 완벽하지 않기 때문

166) Morris B. Hoffman, Ibid, p.854.

167) Morris B. Hoffman, Ibid, p.854.

168) Morris B. Hoffman, Ibid, p.854.

169) Morris B. Hoffman, Ibid, p.854-855.

170) Morris B. Hoffman, Ibid, p.855.

171) Morris B. Hoffman, Ibid, p.855.

에 법정 기술이 매우 훌륭한 검사 또는 변호인이라도 숨겨진 편견을 찾지 못할 수 있다고 인정한다.¹⁷²⁾ 무이유부기피권이 이러한 숨겨진 편견을 가진 사람들에게 전달할 다음과 같은 메시지가 우려된다. “무이유부기피권은 숨겨진 편견을 찾아낼 수 있는데 너는 찾지 못했어. 그러니 들킬 걱정하지 말고 너의 편견대로 마음껏 행동해(Go ahead, act on your bias! After all you passed the test of peremptory challenges).”¹⁷³⁾ 이러한 메시지를 통해 무이유부기피 절차를 몰래 통과한 숨겨진 편견을 가진 배심원후보자들은 공정한 배심원이라는 가면을 쓰고 배심원으로 활동할 수 있게 된다.

그리고 무엇보다, 숨겨진 편견이 없는데 무이유부기피권에 의하여 배제된 배심원후보자들에게 전달할 다음과 같은 메시지도 우려된다.¹⁷⁴⁾ “정확히 내가 너에 대해서 뭐가 마음에 안 드는지는 몰라. 그러나 너의 이마의 곡선이나 옷깃이나 걷는 모습을 보니 나는 네가 거짓말쟁이 같아(No, I can't say exactly what it is about you that I don't like. But the slope of your brow or the cut of your clothes or the manner of your walk all tell me you are a lying bigot).”¹⁷⁵⁾ 이러한 메시지를 통해 완벽하게 적합하고, 완벽하게 공정하며, 완벽하게 불편부당한 배심원후보자들은 법정을 떠나면서 재판제도, 나아가 사법제도에 불만을 갖거나 실망하게 될 것이다.

판사들은 배심원 심문절차에 출석한 배심원후보자들에게 모두가 어떠한 방법으로든 편견을 가진 것은 사실이지만, 많은 이들이 이러한 편견을 뒤로한 채(set aside) 공정한 판단을 내릴 수 있다고 말한다.¹⁷⁶⁾ 이는 매우 중요하면서도 당연한 사실이다. 배심원후보자들은 평의 절차를 거치면서 각자의 날카로운 편견들을 스스로 인식하고 돌아봄으로써 이를 재고하게 되고, 이를 통해 각자가 가지고 있던 날카로운 편견은 뿔뿔히 찢어진다(roundered off).¹⁷⁷⁾ 반면, 무이유부기피권은 위와 같은 배심원후보자

172) Morris B. Hoffman, Ibid, p.856.

173) Morris B. Hoffman, Ibid, p.856.

174) Morris B. Hoffman, Ibid, p.856.

175) Morris B. Hoffman, Ibid, p.856, 858.

176) Morris B. Hoffman, Ibid, p.858.

들의 능력과 위와 같은 평의절차의 효능을 본질적으로 격하시킨다 (devalue).¹⁷⁸⁾ 무이유부기피권은 많은 배심원후보자들이 그들이 감당할 수 없을 정도의 편견을 가지고 있고, 배심원후보자들 스스로도 이를 뒤로할 수 없음을 전제로 하는데, 이는 배심원후보자들을 지나칠 정도로 부적절하게 불신하는 것이고, 배심제도의 본질적인 부분인 평의 절차의 치료적인 효능(curative effect)까지 무시하는 것이다.¹⁷⁹⁾

마지막으로, 그리고 본질적으로, 무이유부기피권은 인간이 가지고 있는 편견의 본질을 심각할 정도로 단순하게 여긴다.¹⁸⁰⁾ 인간의 편견은 매우 복잡하여 그것과 배심재판에서 기대하는 지역사회에 대한 경험과 태도를 명확히 구분하는 것은 매우 어렵다. 배심원후보자들은 수많은 경험을 통하여 형성한 다양한 생각과 편견을 법정에서 가지고 오는데, 그 편견은 그들의 건전한 생각과 명백히 구분되지 않는다. 사건의 사실관계를 불문하고 고집하는 생각과 같이 극단적인 편견이 존재할 수 있는데 이는 매우 예외적인 경우이다. 이러한 구분의 어려움에도 검사와 변호인들은 숨겨진 편견을 명확히 특정하고 찾아낼 수 있다고 믿는다.¹⁸¹⁾ 검사와 변호인이 심리학자와 같이 숨겨진 편견을 찾아낼 수 있는 능력이 있는지도 의심이지만, 무이유부기피권이 배심원후보자들에게 편견에 관하여 편견이 있는 자와 편견이 없는 자 또는 더욱 심하게는 검찰에 옹호적인 자와 피고인에 옹호적인 자로 편견이 이분법적으로 나뉠 수 있다는 메시지를 전하는 것도 매우 우려된다.¹⁸²⁾

따라서 무이유부기피권은 배심제도가 전제한 배심원들 및 평의절차에 대한 신뢰를 무시하고, 이에 대한 지나칠 정도로 부적절한 불신을 반영함으로써 배심제도 자체와 배치된다.

177) Morris B. Hoffman, Ibid, p.858.

178) Morris B. Hoffman, Ibid, p.858.

179) Morris B. Hoffman, Ibid, p.858.

180) Morris B. Hoffman, Ibid, p.859; *J.E.B. v. Alabama ex rel. T.B.*, 511 U.S. 127, 145-146(1994)(“Jury competence is an individual rather than a group or class matter.”).

181) Morris B. Hoffman, Ibid, p.859.

182) Morris B. Hoffman, Ibid, p.859.

나. 배심원 선정의 중점을 개인에서 집단으로 변경

형사재판은 개인 책임(individual responsibility)을 근간으로 하고, 공정한 배심은 배심원 개인의 공정성을 의미할 뿐, 배심원과 같은 인종, 성별, 정치적 견해 또는 사회적 지위에 있는 집단의 공정성을 의미하지 않는다.¹⁸³⁾ 따라서 공정한 배심원을 선정하기 위해서는 배심원후보자들 개인의 편견을 조사할 필요가 있다. 물론, 배심원후보자들 개인의 내밀한 특성을 조사하는 것은 복잡하고, 시간이 많이 들고, 어쩌면 불가능한 일일지도 모른다. 하지만 그러한 어려움이 있다고 하여 이를 포기하고 배심원후보자들이 속한 집단에 대한 고정관념에 기대어 배심원후보자들의 편향성 여부를 판단하는 것은 매우 적절하지 않다. 이는 공정한 배심, 나아가 형사재판의 근간으로서 개인 책임의 원칙과 부합하지 않는 것이다.¹⁸⁴⁾

검사, 피고인 또는 변호인에게 아무런 이유 없이 배심원후보자들을 기피할 수 있는 권리를 부여하는 것은 집단에 대한 편견에 기초하여 자유롭게 배심원후보자들을 배제할 권리를 부여하는 것과 다르지 않다.¹⁸⁵⁾ 검사, 피고인 또는 변호인은 무이유부기피권을 통해 그들이 가지고 있던 인종, 성별 등에 대한 편견을 제한 없이 실현할 뿐만 아니라 그들 스스로 집단에 대한 알 수 없는 편견을 만들어 배심원후보자들을 배제하기도 한다.¹⁸⁶⁾ 예를 들어, 검사가 포켓 프로텍터(pocket protector)가 있는 셔츠를 입은 배심원후보자가 검사에게 옹호적일 것이라는 생각을 가지게 되는 것 같은 것이다.¹⁸⁷⁾ 증거법이나 기본적인 적법절차의 원리에 비추어 보더라도, 이러한 형태의 비상식적인 행태를 배심원 선정절차에서 수용하고 있다는 것은 놀라운 일이다.¹⁸⁸⁾

183) Morris B. Hoffman, Ibid, p.860.

184) Morris B. Hoffman, Ibid, p.860.

185) Morris B. Hoffman, Ibid, p.860.

186) Morris B. Hoffman, Ibid, p.860-861.

187) Morris B. Hoffman, Ibid, p.861.

어느 한 연구 결과에 의하면, 1986년부터 1993년까지 무이유부기피권이 행사된 이유 중 52%는 집단 편견(group stereo-type), 예를 들어 텍사스에서 왔다거나 도심에서 왔다거나 뉴욕에서 왔다거나 기존에 배심원을 한 적이 있다거나 등에 기초한 것이었다.¹⁸⁹⁾ 이러한 이유는 최소한으로라도 합리적이라고 볼 수 없는 것들이다. 이러한 집단에 기초한 무이유부기피권 행사는 배심원들, 나아가 재판제도 및 사법제도 전체에 대한 불신을 야기할 수 있다.

물론, *Batson* 판결이 인종이나 성별이라는 집단에 기초하여 무이유부기피권을 행사하여서는 아니 된다고 하여 위와 같은 관행에 제동을 걸었으나, 인종과 성별에 기한 것만 아니라면 여전히 비합리적인 이유로라도 무이유부기피권을 행사하는 것이 허용되고, 앞서 본 바와 같이 뉴욕에서 왔다는 이유와 같이 황당한 이유로도 배심원후보자들을 기피할 수 있다.¹⁹⁰⁾ 즉, *Batson* 판결에도 비합리적인 집단 편견에 기한 무이유부기피권 행사는 계속적으로 허용되었다.

오히려 *Batson* 판결은 배심원 선정절차의 중심을 배심원후보자들 개인을 조사하는 것에서 무이유부기피권 행사가 배심원후보자들의 인종이나 성별에 대한 차별에 기한 것인지를 변경시켰고, 그로 인해 판사, 검사, 변호인이 최소한 아마추어 인류학자(amateur anthropologist)가 될 것을 요구하는 결과를 초래하였다.¹⁹¹⁾ 예를 들어, 판사는 배심원후보자인 휴고 대니얼 김(Hugo Daniel Kim) 씨에 대한 무이유부기피권 행사가 차별에 기한 것인지를 판단하기 위하여 그가 히스패닉인지 아시아인인지 또는 다른 인종인지를 결정하여야 했고, 그 인종과 피고인 및 검사의 인종과의 역사적 관계, 언어적 차이 등을 종합적으로 분석하여야 했다.¹⁹²⁾ 이러한 분석이 가능한지를 둘째로 치더라도 이러한 분석이 배심원 선정절차의 대부분을 차지하는 것은 개개인으로서 공정한 배심원을 선정한다

188) Morris B. Hoffman, Ibid, p.861.

189) Kenneth J. Melilli, "Batson in Practice: What We Have Learned About Batson and Peremptory Challenges", 71 Notre Dame L. Rev. 447, 497(1999).

190) Morris B. Hoffman, Ibid, p.863.

191) Morris B. Hoffman, Ibid, p.864.

192) Morris B. Hoffman, Ibid, p.864.

는 배심원 선정절차의 목적과 매우 부합하지 않는 것이다.

따라서 무이유부기피권은 그 특성상 집단 편견에 기초하여 행사되므로 공정한 배심원 개인을 선정하는 배심원 선정절차의 중점을 개인에서 집단으로 변경시켰다. *Batson* 판결에 의하더라도 인종, 성별을 제외한 어떠한 집단 편견에 기초하여서도 무이유부기피권 행사가 가능하므로, 위와 같은 문제는 해결되지 아니하였다. 오히려 *Batson* 판결은 인종, 성별이라는 집단을 배심원 선정절차의 주된 쟁점으로 지나치게 부각시켰다. 이러한 점에서 무이유부기피권은 배심원 선정의 중점을 개인에서 집단으로 부당하게 변경시켰다고 할 수 있고, 이는 배심제도 자체와 배치된다.

다. 배심원 선정절차에 지나친 당사자주의의 가미

배심원 선정절차는 기본적으로 각자가 공정한 배심을 구성하는 절차이지 6명의 검사에게 우호적인 배심원과 6명의 피고인에게 우호적인 배심원을 구성하는 절차가 아니다. 이러한 배심은 공정한 배심을 구성하지 못한다. 그런데 당사자들의 무이유부기피권의 행사를 통해서 이와 같은 배심의 분열(*balkanization*)이 빈번하게 발생한다.¹⁹³⁾

공정한 배심의 구성은 중립적인 주체가 객관적인 기준에 따라 배심원을 선정할 때 가능하다. 따라서 배심원 선정절차는 재판 결과에 대한 이해관계를 가지고 있는 당사자들이 아니라 중립적인 위치에 있는 판사가 주체가 되어야 하고, 그 기준도 누구나 수궁할 수 있는 것이어야 한다. 그런데 무이유부기피권은 재판의 결과에 큰 이해관계를 갖는 검사, 피고인 또는 변호인에게 배심원 선정에 관한 강한 권리를 부여하고, 인종이나 성별에 기한 것이 아니라면 검사, 피고인 또는 변호인이 제시하는 어떠한 사유로도 그 행사를 허용하므로 기준도 객관적이지 못하다. 이는 직권주의로 진행되는 것이 적절한 배심원 선정절차에 지나친 당사자주의(*inappropriate level of adversariness*)를 가미하는 것이다.¹⁹⁴⁾ 배심원 선

193) Morris B. Hoffman, *Ibid*, p.865.

정절차는 공정한 배심원단을 구성하기 위한 것이지 검사, 피고인 또는 변호인에게 유리한 배심원단을 구성하기 위한 것이 아니다.

배심원 선정절차는 공정성이 생명이라는 점에서 재판절차와 같다. 재판절차에서 당사자들에게 무이유부기피권과 같은 권리를 부여하는 것을 상정하여 보자.¹⁹⁵⁾ 예를 들어, 피고인이 정당방위의 항변을 하면 판사가 이를 판단 여지없이 받아들여야 하는 경우이다. 이러한 재판제도를 인정할 수 있을까?¹⁹⁶⁾ 이는 배심원 선정절차에 무이유부기피권을 부여하는 것과 전혀 다르지 않다.

따라서 무이유부기피권은 배심원 선정절차에 지나친 당사자주의를 가미함으로써 배심제도와 배치된다.

3. *Batson* 판결에도 여전히 위법성 존재

가. 인식 가능한 집단(cognizable group) 범위 문제

Batson 판결은 검사가 인종 차별 의도에 기하여 피고인과 같은 인종의 배심원후보자를 무이유부기피하는 것을 금지하였지만, 구체적으로 보면 무이유부기피권 행사의 요건을 인종(race)이라 특정하지 않고 인식 가능한 집단(cognizable group)이라고 추상적으로 정하였다. 이에 따라 연방대법원은 *J.E.B.* 판결을 통하여 성별(gender)에까지 그 적용 범위를 확대하였다.

그런데 인식 가능한 집단의 정확한 개념은 무엇이고, 그 범위는 어디까지인가? 연방대법원이 정한 인종과 성별까지인가? 이는 명확하지 않다. 인식 가능한 집단의 범위가 어디까지인지에 대해서는 학계에서 매우 다양한 의견이 제기되고 있다.¹⁹⁷⁾ 다만 어느 의견도 그 한계를 명확히

194) Morris B. Hoffman, Ibid, p.865.

195) Morris B. Hoffman, Ibid, p.870.

196) Morris B. Hoffman, Ibid, p.870.

197) 인식 가능한 집단으로서 빈민(poor)에 관해서는 Dennis Hale, “The Jury in America, Triumph and Decline”, University Press of Kansas(2016),

제시하지 못하고 있다.

Batson 판결은 인식 가능한 집단의 개념을 정의하지 않았다. 무이유 부기피권에 관한 것은 아니지만 연방대법원은 *Batson* 판결 전에 흑인 배심원후보자들의 체계적인 배제에 관한 *Peters v. Kiff* 판결에서 차별이 금지되는 구별 가능한 집단(distinctive group)에 관하여 정의하였다. 차별이 금지되는 구별 가능한 집단은 크고 식별이 가능하며(large and identifiable), 그 집단을 배심에서 제외한다면 한계가 불분명하고 어찌면 그 한계를 알 수도 없는(the range of which is unknown, and perhaps unknowable) 인간 본성의 가치와 경험의 다양성(qualities of human nature and varieties of human experience)이 제거되고, 그로 인해 향후 진행될 수 있는 사건에서 예기치 못한 중요성(unsuspected importance)을 갖는 인간 세상사에 대한 시각(perspective on human events)이 제거된다고 하였다.¹⁹⁸⁾ 그런데 이러한 정의는 그 자체를 보더라도 매우 추상

p.284-286을 참조하고, 그 외의 집단에 관해서는 같은 단행본 p.286을 참조하
되, 그 내용 중 젊은이(young)에 관해서는, Carey Hugh Smith, “Sixth
Amendment Rights to Jury Trial Prohibits Systematic Exclusion of Young
People in Jury Selection Process”, *Suffolk University Law Review* 18, 4(Fall
1984), p.518; 노인(old)에 관해서는, Max B. Rothman, Burton D. Dunlop,
Gretchen M Hirt, “Jury Selection in an Aging America: The New
Discrimination”, *Elder’s Advisor* 2(2000-2001), p.69; 장애인(handicapped)에
관해서는, Mary A. Lynch, “The Application of Equal Protection to
Prospective Jurors with Disabilities: Will *Batson* Cover Disability-Based
Strikes?”, *Albany Law Review* 57(1993-1994), p.289; 교육을 거의 받지 못한
자(poorly educated)에 관해서는, H. R. Alker, J. J. Barnard, “Procedural and
Social Biases in the Jury Selection Process”, *Justice System Journal* 3,
3(Spring 1978), p.220-241; 과체중(overweight)에 관해서는, Maggie Elise
O’Grady, “A Jury of Your (Skinny) Peers: Weight-Based Peremptory
Challenges and the Culture of Fat Bias”, *Stanford Journal of Civil Rights &
Civil Liberties* 7(April 2011), p.4; 시민이 아닌 자들(noncitizens)에 관해서는,
Amy R. Motomura, “The American Jury: Can Noncitizens Still Be
Excluded?”, *Stanford Law Review* 64(2012), p.1503; 중죄인들(felons)에 관해
서는, Brian C. Kalt, “The Exclusion of Felons from Jury Service”,
American University Law Review 53, 1(October 2003), p.65를 참조.

198) *Peters v. Kiff*, 407 U.S. 493, 503-504(1972)(“Moreover, we are unwilling to
make the assumption that the exclusion of Negroes has relevance only for
issues involving race. When any large and identifiable segment of the
community is excluded from jury service, the effect is to remove from the

적이다. 이는 인식 가능한 집단의 한계를 확실히 정할 수 있는 개념이라고 보기는 어렵다.

인식 가능한 집단의 본질적인 요소는 그 집단의 구성원이라는 이유만으로 한 차별이 허용되지 않는다는 것이다. 연방대법원이 지금까지 그 예시로 인종과 성별을 제시하였으므로 인식 가능한 집단은 평등보호조항 심사기준 중 엄격한 또는 중간의 심사기준(strict or middle-tier scrutiny)이 적용되는 집단일 수 있다.¹⁹⁹⁾ 그렇다면 엄격한 또는 중간의 심사기준이 적용되는 인종과 성별을 제외한 다른 집단, 즉 출신 국가(national origin), 종교(religion) 등에 관하여도 차별 금지가 적용되어야 하는 것이 아닐까?

먼저, 출신 국가에 관하여는 인종과 명확히 분리된 개념으로 논의되지 아니하였다. 따라서 히스패닉(hispanic)은 *Batson* 판결의 기준에서는 멕시코 출신 히스패닉인지 아르헨티나 출신 히스패닉인지 등에 대한 특별한 구분 없이 인종(race)에 대한 것으로 취급되었다. 그런데 평등보호조항의 엄격한 심사기준의 적용대상으로서 인종과 출신 국가는 명확히 구분되고, 이는 개념적으로도 구분된다. 인식 가능한 집단에 인종이 포함된다면 출신 국가도 포함되는 것이 논리적이다. 그러나 인식 가능한 집단에 출신 국가까지 포함된다면 판사들은 무이유부기피권을 행사한 검사, 피고인 또는 변호인과 무이유부기피권 행사의 대상이 된 배심원후보자들의 출신 국가에 대한 최소한 아마추어 인류학자(amateur anthropologist) 뿐만 아니라 아마추어 역사학자(historian) 또는 언어학자(linguist)가 되어야 할 것이다.²⁰⁰⁾ 예를 들어 판사들은 같은 아시아인이라고 하더라도 한국인과 중국인, 한국인과 일본인, 중국인과 일본인 사이의 역사적 정치적 관계, 언어적 구분 등을 인지하여야 무이유부기피권 행사가 차별 의

jury room qualities of human nature and varieties of human experience the range of which is unknown, and perhaps unknowable. It is not necessary to assume that the excluded group will consistently vote as a class in order to conclude, as we do, that its exclusion deprives the jury of a perspective on human events that may have unsuspected importance in any case that may be presented.”).

199) 인종은 엄격한 심사기준에 의하고, 성별은 중간 심사기준에 의한다.

200) Morris B. Hoffman, *Ibid*, p.838.

도에 기한 것인지를 알 수 있다. 판사들이 이러한 지식을 모두 습득하는 것은 사실상 불가능하고, 판사들에게 사건과 직접적 관련성이 떨어지는 이러한 복잡하고 어려운 지식을 습득하고 심리하게 하는 것이 적절한 것으로 보이지도 않는다.

나아가 종교는 어떠한가? 종교는 엄격한 심사기준의 적용대상이지만 연방대법원이 이를 차별이 금지되는 인식 가능한 집단으로 판시한 바 없다. 오히려 일부 연방 법원과 주 법원이 *Batson* 판결이 종교에까지 확대되지 않는다고 판시한 바 있다.²⁰¹⁾ 그러나 인종과 같은 엄격한 심사기준의 적용대상이 되는 종교를 인식 가능한 집단에서 제외할 이유는 무엇인가? 종교를 믿는 집단은 구별 가능한 집단(distinctive group)의 요건으로서 충분히 크고, 식별이 가능하다. 그러나 종교에 관하여도 출신 국가와 마찬가지로 판사들은 아마추어 종교학자가 되어야 한다. 그래야만 비로소 무이유부기피권 행사가 차별 의도에 기한 것인지 알 수 있기 때문이다. 한편 종교를 인식 가능한 집단에 포함한다면 종교적 믿음과 동일 선상에 있는 수정헌법 제1조에서 보장되는 철학적, 정치적, 양심적 믿음은 어떠한가? 이를 제외할 근거는 딱히 없어 보인다. 그렇다면 배심원후보자가 사회주의자라거나 네오 나치라는 이유만으로 무이유부기피하는 것은 평등보호조항에 위반된다는 결론에 이르게 된다.

이처럼 인식 가능한 집단의 범위에 대한 확대는 견잡을 수 없을 정도로 많은 문제를 야기한다. 이러한 지속적인 확대로 인해 검사, 피고인 또는 변호인은 배심원 심문절차에서 많은 질문을 할 수 없게 된다. 인식 가능한 집단이 무분별하게 확장될 경우, 배심원후보자가 그러한 집단에 속하는지에 관한 모든 질문이 허용되지 않기 때문이다. 나아가 수많은 적절한 질문들이 위와 같이 허용되지 않는 질문인지를 의심받게 될 것이다. 이렇게 되면 배심원 심문절차를 통해 배심원후보자에 관하여 밝혀질 사실은 매우 적을 것이고, 이는 걱정할 이유부기피권 행사까지 방해하게 된다.

201) *United States v. Clemmons*, 892 F.2d 1153(3d Cir. 1989); *State v. Malone*, 570 N.E.2d 584(Ill. App. Ct. 1991); *State v. Davis*, 504 N.W.2d, 767(Minn 1993).

나. 차별 의도의 가장(charade)을 허용

피고인이 검사의 무이유부기피권 행사가 차별 의도에 기한 것이라는 일응의 증명을 하면, 검사는 무이유부기피권 행사가 차별 의도에 기한 것이 아니라는 중립적인 설명을 하여야 한다. 그런데 연방대법원에 의하면 이러한 설명은 중립적이기만 하면 되고 합리적일 필요가 없다.²⁰²⁾ 실제로는 인종이나 성별에 기한 무이유부기피권 행사임에도 명칭하고 미신적이지만(silly and superstitious) 중립적인 설명을 함으로써 진정한 의도를 쉽게 가장할 수 있었다.²⁰³⁾ 예를 들어, 피고인의 복장,²⁰⁴⁾ 외관,²⁰⁵⁾ 시선,²⁰⁶⁾ 눈 맞춤의 부족²⁰⁷⁾ 등의 사정도 적절한 중립적인 설명이 될 수 있다. 2004년 텍사스 지역 검사협회는 검사들의 교육 자료로 “손쉬운 중립적인 설명(handy neutral explanation)”, “20차례나 검증된 인종 중립적 설명(20 Times-Tested Racial-Neutral Explanation)”을 발간하기도 하였다.²⁰⁸⁾ 이러한 가장의 허용은 배심원후보자들의 인간으로서의 존엄과 가치, 나아가 법원의 존엄까지 심각하게 훼손시킨다.

202) *Purkett v. Elem*, 514 U.S. 765(1995).

203) Nancy S. Marder, *Ibid*, p.1704-1707(“*Batson* is so easy to circumvent that it allows a charade in the courtroom. Instead of giving race or gender as a reason for excluding jurors, lawyers can give any other reason no matter how silly or superstitious.”).

204) 검사가 흑인을 무이유부기피한 이유가 그가 락스타(rock star)처럼 옷을 입었다는 것은 중립적인 설명이라고 한 것에 관하여는 *United States v. Clemons*, 941 F.2d 321, 323(5th Cir. 1991) 참조.

205) 검사가 무이유부기피한 이유가 배심원후보자가 머리가 길었다거나, 곱슬머리였거나, 수염이 있었다거나, 염소수염이 있었다거나, 그 생김새가 마음에 들지 않았거나, 머리 모양이 마음에 들지 않았기 때문이라는 것에 관하여는 *Purkett v. Elem*, 514 U.S. 765(1995), p.766 참조.

206) 검사가 흑인을 무이유부기피한 이유가 검사를 쳐다봤기 때문이라는 것에 관하여는 *United States v. Ferguson*, No. 92-5571, No. 92-5587, 1993 U.S. App. Lexis 22373, at *1, *10(4th Cir. Sept. 1, 1993).

207) 검사가 무이유부기피한 이유가 배심원후보자가 대답을 주저했고, 눈 맞춤을 하지 못했기 때문이라는 것에 관하여는 *Hernandez v. New York*, 500 U.S. 352, 356-57(1991).

208) Nancy S. Marder, *Ibid*, p.1707.

검사의 위와 같은 중립적 설명이 있는 경우 판사는 그것이 가장 또는 표면적인 구실(pretext)이나 가장에 불과한지 어떻게 판단할 수 있을까? 이처럼 검사의 비합리적인 중립적 설명을 허용하는 이상 *Batson* 심리절차의 3단계에서 법원의 판단은 더욱 어려워진다. 예를 들어, 검사가 배심원후보자가 계속 시선을 회피하였기 때문에 무이유부기피권을 행사하였다고 설명하는 경우 법원이 “당신에게는 인종 차별 의도가 있었어.”라면서 검사를 인종차별주의자로 낙인찍는 것은 쉬운 일이 아니다.

Batson 판결에서 대법관 마샬은 보충의견으로 무이유부기피권이 제거되어야만 배심원 선정절차의 차별이 사라질 것이라고 보았다.²⁰⁹⁾ 그는 다수의견이 인종 차별 의도가 있는 검사들에게 너무나 쉽게 변명을 허용하지는 않을까 우려하였다. 그리고 잠재적인 차별 의도를 인식하지 못한 상태에서 무이유부기피권을 행사할 여지도 배제할 수 없다고 하였다. 법원도 잠재적인 차별 의도를 인식하지 못하고 그것이 허용되는 것으로 판단할 가능성도 있다고 하였다. 예를 들어, 흑인 배심원후보자를 보고 “고집스럽다(stubborn).”라는 생각이 드는 경우 사실은 잠재적인 편견에 따라 흑인이기 때문에 그러한 생각이 드는 것일 수 있는데, 이를 인식하지 못하고 스스로 인종 중립적인 이유라고 생각할 수 있다. 결국, 무이유부기피권의 완전한 폐지를 통해서만 차별 문제를 완전히 해결할 수 있다고 하였다.

다. 기준의 비일관성(inconsistencies)

몇몇 판사들은 *Batson* 판결의 원칙을 구체화하기 위한 노력을 하였고, 이는 어떠한 이유가 *Batson* 판결의 원칙을 충족하는지에 대한 불확실성을 발생시켰다.²¹⁰⁾ 같은 사안이라도 어떠한 법원에서는 차별 의도가 인정되었고, 어떠한 법원에서는 차별 의도가 인정되지 아니하였다. 예를 들어, 검사가 마약 사건에서 흑인 배심원후보자에 대하여 무이유부기피

209) *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79, 102-108(1986).

210) Nancy S. Marder, *Ibid*, p.1707-1708.

권을 행사한 이유가 범죄지 인근에 거주하였기 때문이라고 설명한 사안에서, 어떠한 법원에서는 이러한 설명을 적절한 설명으로 보았고,²¹¹⁾ 어떠한 법원에서는 그것이 흑인을 대규모로 배제하는 또 다른 구실이라면서 적절한 설명이 아니라고 보았다.²¹²⁾ 판사가 중립적이라고 주장하는 설명에 대해서 심사하는 기준 및 정도에 따라 다른 결론에 이르게 되는 것이다. 이러한 판단의 비밀관성에 관하여 *Batson* 판결의 원칙이 고무줄 원칙이라는 비판이 제기되었고, *Batson* 판결이 과연 효용성이 있는 것인지 의문이 제기되었다.

라. 평등보호조항(equal protection clause) 위반

Batson 판결로 인해 무이유부기피권이 평등보호조항에 반한다는 것이 더 명확해졌다.²¹³⁾ *Batson* 판결로 인해 인종과 성별에 기한 무이유부기피권 행사는 금지되었으나 그 외에 수많은 비합리적인 이유에 기한 무이유부기피권 행사는 여전히 허용되었다. 예를 들어, 피고인의 표정이 마음에 들지 않았다는지, 피고인의 머리가 곱슬머리라는지 등 합리적이라고 볼 수 없는 이유에 기한 무이유부기피권 행사는 허용되었다. 이러한 기준을 법률로 규정한다면 이는 헌법적 심사를 통과하지 못할 것이 분명하다. 예를 들어, 인종과 성별에 기한 무이유부기피권 행사를 금지하면서 대머리이거나 머리가 곱슬이라는 사유에 기한 무이유부기피권 행사를 허용하는 법률이 있다고 하면, 그것이 합리적 차별이라고 보기 어려우므로, 헌법적 심사를 통과하기 어려울 것이다. 위와 같이 법률도 헌법적 심사를 통과하지 못하는데 *Batson* 판결의 기준이 헌법적 심사를 통과할 리 없다. *Batson* 판결로 오히려 인종이나 성별을 제외한 모든 사유에 기한 무이유부기피권 행사가 허용됨으로써 무이유부기피권이 평등보호조항에 위

211) *United States v. Uwaezhoke*, 995 F.2d 388, 393(3d Cir. 1993).

212) *United States v. Bishop*, 959 F.2d 820, 827(9th Cir. 1992).

213) Albert W. Alschuler, "The Supreme Court and the Jury: Voir Dire, Peremptory Challenges, and the Review of Jury Verdicts", *U. Chi. L. Rev.* (1989), p.199-214.

반된다는 것은 더 명확해졌다.²¹⁴⁾

나아가 *Batson* 판결이 있음에도 흑인을 상대로 한 무이유부기피권 행사가 줄어들지 않고 있어 무이유부기피권은 여전히 인종 차별의 수단이 되고 있으므로, 여전히 평등보호조항을 위반한다.²¹⁵⁾

마. 무해한 오류(harmless error)로 취급

연방대법원에 의하면, 판사가 무이유부기피권에 대한 *Batson* 판결에 기한 이의를 잘못 판단하더라도 이미 구성된 배심원단이 공정하지 못하다는 증거가 없는 이상 위와 같은 잘못은 무해한 오류라고 한다.²¹⁶⁾ 이에 따르면, 설령 인종이나 성별에 기한 무이유부기피권 행사가 허용되었더라도, 그 결과에 따라 구성된 배심원단, 나아가 그 평결이 위법하지 않을 수 있다는 것이다. 이러한 법리로 인하여 인종이나 성별에 기한 무이유부기피권 행사에 대한 통제는 줄어들고, *Batson* 판결의 의미는 퇴색되었다. 이러한 관점의 연장선에서 *Batson* 판결은 실패라는 주장도 제기되었다.²¹⁷⁾

214) Raymond J. Broderick, "Why the Peremptory Challenge should be Abolished", Temple L. Rev. 399-410(1992).

215) Akil Reed Amar, "Reinventing Juries: Ten Suggested Reforms". 28 U.C. Davis L. Rev. 1169 (1995), p.1182.

216) *Ross v. Oklahoma*, 487 U.S. 81(1988).

217) *People v. Bolling*, 582 N.Y.S.2d 950(1992)에서 판사 벨라코사(Bellacosa)의 보충의견이 그러하다("It is time for the legislature to come to terms with the undisputed fact that peremptory challenges constitute a jury selection practice that permits those to discriminate who are of a mind to discriminate, and that the *Batson* effort has failed to fulfill its stated goal of eradicating invidious discrimination from the jury selection process.").

제 4 절 폐지 사례

1. 영국

영국은 13세기 무렵 국왕의 대리인인 검사에게 무제한의 무이유부기 피권을 부여하였고, 그 직후 피고인에게도 35회의 무이유부기피권을 부여하였다. 검사의 무이유부기피권은 1305년 폐지되었고, 피고인의 무이유부기피권은 그 횟수가 점차 줄어들다가 1989년 폐지되었다.

검사의 무이유부기피권이 폐지된 이유에 대해서는 명확하지 않는데, 당시 배심의 역할이 증인(fact knowers)에서 사실을 조사하고 인정하는 사람(fact finder)으로 바뀐 점, 국왕의 무오류성에 대한 비판이 제기된 점에 비추어 보면, 당시 국왕에 옹호적인 사람들로 구성된 배심을 개혁하기 위하여 의회가 검사의 무이유부기피권을 폐지한 것으로 보인다. 한편 국왕도 당시 검사에게 부여된 보류신청의 권리가 그대로 유지되었기 때문에 무이유부기피권의 폐지를 받아들였던 것으로 보인다.²¹⁸⁾ 한편 피고인의 무이유부기피권이 폐지된 이유는 앞서 본 바와 같이 1984년 이루어진 사이프러스(Cyprus) 간첩 사건에서 변호인이 배심원단을 조작(pack jury)한다는 비판이 제기되었기 때문으로 보인다.

영국에서 무이유부기피권 행사로 차별 문제가 발생하였다는 자료는 찾기 어렵다. 미국에서의 무이유부기피권 폐지론의 논거가 주로 차별의 허용이라는 점에 비추어 보면, 영국에서의 무이유부기피권 폐지까지의 논의는 미국에서의 논의와는 결을 달리하는 것으로 보인다.

2. 캐나다

캐나다는 18세기, 19세기 무렵 영국의 식민지가 되면서 영국의 무이유부기피권을 받아들였는데, 2018년 C-75 법률로 무이유부기피권을 폐지

218) Judith Heinz, Ibid, p.208.

하였다. 캐나다가 무이유부기피권을 폐지한 이유는 앞서 본 바와 같이 무이유부기피권이 차별 의도에 기하여 행사되고 있고, 배심이 캐나다 인구의 구성을 적절히 반영하지 못하고 있다는 우려가 계속하여 제기되었기 때문이다. 그 와중에 무이유부기피권의 폐해를 보여준 *Stanley* 사건은 그 폐지를 앞당겼다.

캐나다의 무이유부기피권에 관한 논의는 미국과 매우 유사하다. 1986년 미국의 *Batson* 판결 이후로 미국과 같이 무이유부기피권 폐지 주장이 계속 제기되었다. 다만, 캐나다는 *Batson* 판결과 같은 법리를 받아들이지 않고 바로 무이유부기피권을 폐지하였다. *Batson* 판결의 문제점을 고려하면 이를 도입하는 것보다 무이유부기피권 자체를 폐지하는 것이 차별 문제를 해결하는 수단이라고 생각했던 것으로 보인다.

3. 미국 애리조나 주

애리조나 주 대법원은 계속되는 무이유부기피권에 대한 개혁의 요청을 받아들여 법원 내 TF를 구성하여 배심제도에 관한 개혁안을 제시할 것을 요청하였고, 위 TF는 애리조나 주 대법원에 무이유부기피권을 폐지하는 것을 권고하는 보고서(12대 4로 무이유부기피권 폐지 의견)를 두 차례 제출하였다. 애리조나 주 대법원은 그 소송규칙을 개정하여 무이유부기피권을 폐지하였고, 이는 2022. 1. 1.부터 시행되었다.²¹⁹⁾

첫 번째 보고서인 2021년 10월 4일 보고서에 무이유부기피권 폐지를 권고한 사유가 기재되어 있는데, 배심원 선정절차에서 차별을 최소화하는 것(Minimizing the potential for discrimination in the jury selection process)을 주된 사유로 들고 있다.²²⁰⁾ 특히 애리조나 주 마리코파

219) Arizona Task Force on Jury Data Collection, Policies, and Procedures, “Report and Recommendations”, Oct. 4, 2021; Statewide Jury Selection Workgroup: A Workgroup of the Task Force on Jury Data Collection, Practices, and Procedures, “Report and Recommendations”, Nov. 1, 2021.

220) Arizona Task Force on Jury Data Collection, Policies, and Procedures, “Report and Recommendations”, Oct. 4, 2021, p.36-39.

(Maricopa) 카운티 대법원이 2019년 동안 그 카운티 내 피닉스(Phoenix) 법정에서 행사된 무이유부기피권을 조사한 결과를 제시하였다. 위 조사 결과에 의하면, 검사가 흑인 배심원후보자들이 배심원후보자들 중에서 차지한 비율에 비해 40% 더 그들을 상대로 무이유부기피권을 행사하였고, 원주민(Native Americans) 배심원후보자들이 배심원후보자들 중에서 차지한 비율에 비해 50% 더 그들을 상대로 무이유부기피권을 행사하였다고 하였음을 알 수 있다.²²¹⁾ 이러한 흑인과 원주민에 대한 무이유부기피권 행사의 관행은 위 TF가 무이유부기피권의 폐지를 권고하는 결정적인 논거가 되었다. 한편 두 번째 보고서인 2021년 11월 1일 보고서는 위 권고를 근거로 관련 법률과 규칙의 개정사항 등 세부적인 사항에 관하여 권고 의견을 제시하였다.²²²⁾ 이러한 조사 및 보고경위에 비추어 보면, 애리조나 주 대법원은 무이유부기피권 존폐론의 치열한 다툼의 결과물이 아닌 정책적인 차원의 결과물로서 무이유부기피권 폐지를 결정하였다고 볼 수 있다.

그런데 애리조나 주 의회는 2022년 여름 무렵 형사사건에서 당사자에게 무이유부기피권을 부여하는 내용의 제2413호 법률(Bill 2413)을 긴급하게 통과시켰다.²²³⁾ 위 법률은 사형이 선고될 수 있는 형사사건에 관하여 각 10회, 나머지 형사사건에 관하여 일반법원(Superior Court)에서는 각 6회, 제한관할법원(limited jurisdiction courts)에서는 각 2회로 정하였다. 공동피고인 사건에서는 공동피고인들이 허용된 무이유부기피권 횟수를 공유하도록 하였다. 한편 민사사건에서는 각 4회의 무이유부기피권이 부여되었다. 위 법률은 공공의 평화, 건강이나 안전을 보호하기 위한 긴급조치라고 하면서, 그 즉시 효력을 가진다고 하였다. 이로써 애리조나 주의 무이유부기피권은 반년도 되지 않은 시점에 부활하였다.

221) Arizona Task Force on Jury Data Collection, Policies, and Procedures, “Report and Recommendations”, Oct. 4, 2021, p.36-37.

222) Statewide Jury Selection Workgroup: A Workgroup of the Task Force on Jury Data Collection, Practices, and Procedures, “Report and Recommendations”, Nov. 1, 2021, p.2-25.

223) State of Arizona House of Representatives Fifty-fifth Legislature Second Regular Session 2022, HB 2413

제 5 장 국민참여재판에 대한 고찰

제 1 절 국민참여재판의 무이유부기피신청

1. 의의

형사재판의 큰 변혁을 가져온 국민참여재판은 2003년 사법개혁위원회, 2005년 사법제도개혁추진위원회를 거쳐 2007년 6월 1일에 도입되었고, 이후 국민참여재판의 최종형태를 결정하기 위한 2013년 국민사법참여위원회, 2018년 국민과 함께하는 사법발전위원회 등을 거쳐 그 최종형태에 관한 많은 논의가 이루어졌으나 현재까지 최종형태는 결정되지 않았다.²²⁴⁾

국민참여재판의 도입 과정에서 무이유부기피신청에 관하여 구체적으로 논의하였다는 기록은 찾기 어렵다. 사법제도개혁추진위원회의 위원 중 한 분이 2006년 4월 12일 사법제도개혁추진위원회 모의재판의 경험을 바탕으로 작성하여 2006년 5월 20일 게재한 논문에 “배심원후보자가 명백히 자신의 편견이나 유무죄의 심증을 표현하는 등 불공정의 우려가 명백하지 않은 한, 무이유부기피를 할 수 있도록 하는 것이 초기 운영상에는 무난할 것이다.”라는 의견을 밝힌 것과 법원행정처에서 2007년 7월에 발간한 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 해설에 “국민참여재판의 도입 과정에서는 불편부당한 배심원을 선정하기 위하여 무이유부기피신청이 필요하다는 데에 의견이 모아졌다.”라고 기재되어 있는 것이 전부이다.²²⁵⁾ 한편 위 논문과 위 해설서에는 당시 입법자들이 미국의 *Batson*

224) 대법원 국민사법참여위원회, “2013 국민참여재판 제도의 최종형태 결정을 위한 공청회 결과 보고”, 공청회 자료집(2013. 2. 18.); 국민과 함께하는 사법발전위원회 전문위원 제1연구반, “국민의 사법참여 확대 및 강화-국민참여재판 활성화 방안”, 발제 자료(2018. 5. 15.); 국민과 함께하는 사법발전위원회 전문위원 제1연구반, “국민의 사법참여 확대 및 강화-국민참여재판 활성화 방안(추가보고)”, 발제 자료(2018. 6. 5.).

225) 한상훈, “국민의 형사재판 참여에 관한 법률상 배심원선정절차의 내용과 검토

판결을 알고는 있었음 드러나는데, 이에 대한 구체적인 분석에까지는 나아가지 않았다.²²⁶⁾ 이후 국민참여재판법이 제정되면서 무이유부기피신청 제도가 도입되었고, 이는 현재까지 유지되고 있다.

국민참여재판의 무이유부기피신청권은 법률상 권리이다. 헌법상 공정한 재판을 받을 권리에서 도출된 헌법상 권리라고 볼 여지도 있으나, 국민참여재판을 받을 권리가 국민참여재판법 제3조 제1항에 따라 인정되는 법률상 권리이므로, 그에 부수한 무이유부기피신청권도 법률상 권리라고 봄이 상당하다.²²⁷⁾ 헌법재판소도 국민참여재판법이 정하는 국민참여재판을 받을 권리가 헌법상 재판청구권으로서 보장되지 않는다고 판시하였다.²²⁸⁾

2. 주체

국민참여재판법 제30조 제1항은 “검사와 변호인은 각자 다음 각 호의 범위 내에서 배심원후보자에 대하여 이유를 제시하지 아니하는 기피신청(이하 “무이유부기피신청“이라 한다)을 할 수 있다.”라고 규정하고 있고, 제1호는 “배심원이 9인인 경우는 5인”, 제2호는 “배심원이 7인인 경우는 4인”, 제3호는 “배심원이 5인인 경우는 3인”으로 각 규정하고 있다. 여기서 무이유부기피신청의 주체로 피고인이 배제되어 있는데, 피고인은 법

-2006. 4. 12. 사개추위 모의재판의 경험을 중심으로-”, 형사정책 19권 1호, 한국형사정책학회(2007), p.71; 법원행정처, 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 해설(2007), p.54.

226) 한상훈, Ibid, p.72(“최근에는 인종, 성에 근거한 차별적 무이유부기피는 위헌이라고 보고 있다.”); 법원행정처, 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 해설(2007), p.52(“가장 대표적으로는 *Batson* 사건에서 연방대법원은 ‘무이유부기피신청을 통하여 배심원후보자를 배제하는 검사의 권한은 헌법상 평등조항의 통제를 받는다’고 전제한 후 무이유부기피신청에 대한 위헌 여부 심사를 위한 기준을 제시하였다.”).

227) 국민참여재판법 제3조(국민의 권리와 의무) ① 누구든지 이 법으로 정하는 바에 따라 국민참여재판을 받을 권리를 가진다.

228) 헌법재판소 2009. 11. 26. 선고 2008헌바12 전원재판부 참조. 한편 미국 연방대법원도 무이유부기피권은 헌법상 요청에 의한 것이 아니라고 여러 차례 판시하였다는 점에 관하여는 *Swain v. Alabama*, 380 U.S. 202, 219(1965); *Ross v. Oklahoma*, 487 U.S. 81, 82(1988); *Stilson v. United States*, 250 U.S. 583, 586(1919) 참조.

원으로 하여금 배심원후보자에게 필요한 질문을 하도록 요청할 수 있고(제28조 제1항 후단), 이유부기피신청을 할 수 있으며(제28조 제3항), 법원은 검사, 피고인 또는 변호인에게 순서를 바꿔가며 무이유부기피신청을 할 수 있는 기회를 주어야 하므로(제30조 제3항), 피고인도 무이유부기피신청의 주체이다. 이는 입법의 미비인 것으로 보이므로, 피고인을 무이유부기피신청의 주체로 포함하는 것으로 국민참여재판법 제30조 제1항을 개정하여야 할 것이다.

피고인과 변호인을 모두 무이유부기피신청의 주체로 본다면, 그들에게 부여된 무이유부기피신청 횟수가 문제 된다. 국민참여재판법에서 피고인과 변호인의 관계를 “또는”으로 규정하고 있으므로, 피고인과 변호인에게 부여된 무이유부기피신청 횟수는 합하여 위 법률에서 정한 횟수를 초과할 수 없다. 예를 들어, 배심원이 9인인 사건에서 피고인과 변호인에게 부여된 무이유부기피신청 횟수는 피고인과 변호인 합하여 5회이므로, 변호인이 3회의 무이유부기피신청을 한 경우 피고인은 별도로 2회의 무이유부기피신청을 할 수 있다. 실무상 피고인이 변호인과 별도로 무이유부기피신청을 하는 경우는 많지 않다.

한편 변호인의 무이유부기피신청을 피고인이 취소할 수 있는지, 피고인의 무이유부기피신청을 변호인이 취소할 수 있는지가 문제 된다. 국민참여재판법은 피고인과 변호인을 각자 무이유부기피신청의 주체로 정하고 있어 피고인과 변호인에게 부여된 각 무이유부기피신청권은 독립된 권리이고, 변호인은 독립하여 소송행위를 할 수 있으므로(형사소송법 제36조), 피고인 또는 변호인의 무이유부기피신청은 변호인 또는 피고인이 취소할 수 없다.

한편 법원은 피고인이 2인 이상인 때에는 피고인별로 국민참여재판법 제30조 제1항 각 호의 범위 내에서 무이유부기피신청을 할 수 있는 인원을 정할 수 있고, 다만 이때 피고인별로 무이유부기피신청할 수 있는 인원은 같아야 한다(국민참여재판규칙 제21조 제2항). 이러한 경우 검사는 법원이 정한 피고인별 무이유부기피신청 인원을 합한 총수의 범위 내에서 무이유부기피신청할 수 있다(위 규칙 제21조 제3항). 이러한 규정의 의하면, 피고인들이 많은 경우 피고인들과 검사에게 부여된 무이유부기피신청 횟수는 지나치게 많아지게 된다. 예를 들어, 배심원이 9인인 사건

에서 피고인들이 3명인 경우 피고인들은 합하여 최대 15회(피고인별 각자 최대 5회 × 피고인들 3명), 검사도 이에 대응하여 15회가 부여되고, 합하여 30회의 무이유부기피신청이 가능하다. 배심원후보자들의 일반적인 출석을 등을 고려할 때 지나치게 많은 무이유부기피신청을 허용하는 것으로 생각된다. 따라서 피고인들에게 부여된 무이유부기피신청 횟수의 합산은 피고인 1인에게 부여된 무이유부기피신청 횟수로 한정함이 타당하다.²²⁹⁾

배심원의 해임, 사임에 따라 배심원이 부족하게 되었는데 예비배심원이 없는 경우에는 배심원을 추가로 선정하고, 이러한 경우 검사와 변호인은 각자 허용된 무이유부기피신청 인원에서 선정기일에서 행사한 무이유부기피신청 인원을 공제한 나머지 인원의 범위 내에서 배심원후보자에 대하여 무이유부기피신청을 할 수 있다(위 규칙 제21조 제4항). 예를 들어, 배심원이 9인인 사건에서 배심원 2인이 사임하였는데 예비배심원이 없는 경우 별도의 배심원 선정기일을 진행하여 배심원 2인을 선정하여야 하는데, 이때 이전의 배심원 선정기일에서 검사와 변호인이 각각 3회의 무이유부기피신청을 한 경우, 검사와 변호인은 그들에게 부여된 무이유부기피신청 횟수(5회)에서 위와 같이 이전의 배심원 선정기일에서 무이유부기피신청을 한 횟수(3회)를 공제한 횟수(2회)의 범위 내에서만 새로운 배심원 선정기일에서 무이유부기피신청을 할 수 있다. 만약 검사와 변호인이 기존의 배심원 선정기일에서 그들에게 부여된 무이유부기피신청 횟수를 모두 소진한 경우 새로운 배심원 선정기일에는 무이유부기피신청을 할 수 없다.

3. 제한

무이유부기피신청권은 원칙적으로 검사, 피고인, 변호인에게 부여된 전단적 권리로서 그 성질상 제한이 없다. 그런데 국민참여재판규칙 제21

229) 미국의 경우 피고인의 수와 관계없이 공동피고인들에게 피고인 1인에게 부여된 횟수의 무이유부기피권을 부여하고 있고(13 Stat. 500), 연방대법원은 그것이 공정한 배심의 권리를 침해하지 않는다고 판시하였다(*Stilson v. United States*, 250 U.S. 583, 586(1919)).

조 제1항은 “검사와 변호인은 법 제30조의 무이유부기피신청을 함에 있어 편견에 기초하거나 배심원후보자들을 의도적으로 차별해서는 아니 된다.”라고 규정하여, 미국의 *Batson* 판결과 같은 제한을 두고 있다. 이는 국민참여재판의 도입된 2007년 6월 1일에는 법률에 규정되지 않았던 것이 대법원규칙을 2007년 10월 29일에 제정하면서 도입된 것이다. 그런데 위 규칙 규정은 차별 금지만을 규정하고 있을 뿐, 그 위반의 효력 및 절차에 관해서는 규정하고 있지 않다. 따라서 위 규칙 규정을 위반한 무이유부기피신청의 효력 및 그 이후의 절차는 명확하지 않다.

제 2 절 국민참여재판규칙 제21조 제1항의 법적성질

1. 문제의 제기

국민참여재판규칙 제21조 제1항은 “검사와 변호인은 법 제30조에 따른 무이유부기피신청을 함에 있어 편견에 기초하거나 배심원후보자들을 의도적으로 차별해서는 아니 된다.”라고 규정하고 있다. 이는 미국의 *Batson* 판결에서와 같은 차별 금지 원칙을 규정한 것으로 보인다. 그런데 국민참여재판규칙 제21조 제1항을 위반한 무이유부기피신청의 효력이나 그 위반 여부의 판단 절차에 관한 규정은 존재하지 않는다. 그렇다면 국민참여재판규칙 제21조 제1항은 편견이나 차별에 기초한 무이유부기피신청을 되도록 지양하여 달라는 훈시규정에 불과한 것인가? 아니면 편견이나 차별에 기초한 무이유부기피신청의 효력이 없다는 취지의 효력규정인가? 이하에서는 국민참여재판규칙 제21조 제1항의 법적성질을 살펴보기로 한다.

2. 훈시규정설

국민참여재판규칙 제21조 제1항은 훈시규정이라는 견해이다. 훈시규정설의 근거는 다음과 같다.²³⁰⁾

- ① 관련 법률이나 규칙 어디에도 편견이나 차별에 기초한 무이유부기피신청의 효력이나 절차에 관한 규정이 없다.
- ② 법원이 편견이나 차별에 기초한 무이유부기피신청이 이루어지지 않도록 적절히 소송지휘를 하면 충분히 그러한 무이유부기피신청을 방지할 수 있다.
- ③ 국민참여재판에 참여할 권리는 헌법상 권리가 아니라 법률상 권리에 불과하다. 그런데 무이유부기피신청권은 배심의 구성에 소송당사자의 의사가 반영되도록 함으로써 재판 결과에 대한 신뢰를 높여주는 매우 중요한 권리이다. 국민참여재판을 정착시키려는 현재의 시점에서는 무이유부기피신청권을 최대한 강조할 필요가 있다. 따라서 국민참여재판규칙 제21조 제1항을 효력규정으로 보아 무이유부기피신청의 효력을 선불리 제한하는 것은 적절하지 않다.
- ④ 국민참여재판법 제30조 제2항은 “무이유부기피신청이 있는 때에는 법원은 당해 배심원후보자를 배심원으로 선정할 수 없다.”라고 일의적으로 규정하고 있다. 이는 법률로도 무이유부기피신청권을 제한하지 않으려는 취지이다. 따라서 하위규범인 국민참여재판규칙 제21조 제1항이 무이유부기피신청권을 제한할 수 있다고 보기 어렵다.

3. 효력규정설

국민참여재판규칙 제21조 제1항은 효력규정이라는 견해이다. 효력규정설의 근거는 다음과 같다.²³¹⁾

230) 김형국, 정선희, 조수진, 국민참여재판론, 법문사(2016), p.227(법원이 규칙 규정의 원칙이 배심원 선정절차에서 구현될 수 있도록 적절한 소송지휘를 하여야 한다고 하였다); 법원행정처, 대법원규칙 제·개정 자료집(2008), p.410(국민참여재판에서는 무이유부기피에 대한 신청인의 이유 설명의무 및 반대 측의 이의 제기절차에 대한 규정이 없으므로 차별금지의 법리에 기초한 선언적 규정을 둔 것이라고 하였다).

231) 홍진영, “편견 또는 차별에 기초한 무이유부 기피의 금지 - 미국 연방대법원의 *Batson v. Kentucky* 판결과 그 후속 논의의 시사점을 중심으로”, 사법 54호, 사법발전재단(2020), p.472-476; 노재호, “배심원후보자에 대한 무이유부기피의 제한-성적 지향(sexual orientation)에 기초한 무이유부기피는 허용되지 않는다

- ① 배심원 선정절차에서 특정 그룹에 대한 불합리한 편견이나 고정관념에 기초한 차별이 허용된다면 법원이 그러한 편견이나 고정관념을 유지하고 강화하는 데 기여하는 것이 되고, 이는 국민참여재판에서 배제된 당해 배심원후보자에게 좌절감을 줄 수 있을 뿐만 아니라 궁극적으로는 사법시스템에 대한 일반 국민의 신뢰를 떨어뜨리는 결과를 초래한다.
- ② 추후 배심원 평결의 성립요건을 가중하고, 사실상 기속력을 부여한다면 국민참여재판에서 배심원의 역할이 중요해지기 때문에 국민참여재판에 참여할 권리가 갖는 중요성이 훨씬 커질 것으로 보므로, 부당한 무이유부기피신청은 제한할 필요가 있다.
- ③ 훈시규정설은 법원이 편견이나 차별에 기초한 무이유부기피신청이 이루어지지 않도록 적절한 소송지휘를 하여야 한다고 하지만 어떠한 소송지휘를 하여야 하는지 불명확하다.
- ④ 편견이나 차별에 기초한 무이유부기피신청의 효력을 인정하는 것은 헌법상 평등원칙에 반한다.

4. 검토: 효력규정설

국민참여재판규칙이 훈시규정인지 효력규정인지를 판단하기 위해서는, 먼저 훈시규정과 효력규정을 구별하는 기준을 살펴보아야 한다. 포괄적인 의미로서 법 규정은 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계있는 것으로서 당사자의 의사 여하에 불구하고 강제적으로 적용되는 강행규정(強行規定)과 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계없는 것으로서 당사자의 의사에 의하여 그 적용을 배제할 수 있는 임의규정(任意規定)으로 나뉜다.²³²⁾

고 한 연방 제9항소법원의 최근 판결을 중심으로”, 해외연수법관 보고자료 94호(2014. 5. 1.), p.18.

232) 계약법이 대표적인 임의규정이다. 예를 들어, 채권자의 담보보존의무를 규정한 민법 제485조의 규정은 임의규정이다(대법원 1987. 3. 24. 선고 84다카1324 판결 참조). 한편 물권법, 노동법 등이 대표적인 강행규정이다. 예를 들어, 구 고용노동법(2019. 1. 15. 법률 제16269호로 개정되기 전의 것) 제70조 제2항에서 정한 육아휴직급여 청구권 권리행사기간은 강행규정이다(대법원 2021. 3. 18. 선고 2018두47264 전원합의체 판결 참조).

나아가 강행규정은 이를 위반하면 그 행위나 절차의 효력에 영향을 미치는 효력규정(效力規定)과 이를 위반하더라도 그 행위나 절차의 효력에 영향을 미치지 않는 훈시규정(訓示規定, 또는 단속규정)으로 나뉜다. 대법원은 어떠한 금지규정이 효력규정인지를 판단하기 위해서는 이에 관한 명문의 규정이 있으면 당연히 이에 따라야 할 것이고, 이에 관한 명문의 규정이 없으면 법 규정의 해석의 원칙으로 돌아가서 금지규정의 목적과 의미에 비추어 그 위반행위의 무효 기타 효력 제한이 요구되는지를 검토하여 정할 것이라고 판시하였다.²³³⁾

국민참여재판규칙 제21조 제1항에 관해서는 이를 위반한 행위의 효력이나 그 위반 이후의 절차에 관한 규정이 존재하지 않는다. 따라서 법 규정의 해석에 의하여 위 규칙 규정이 효력규정인지를 판단하여야 할 것이다. 국민참여재판법은 사법의 민주적 정당성과 신뢰를 높이기 위하여 국민참여재판을 시행하고 있음을 밝히고 있다(제1조). 한편 배심원은 국민참여재판을 하는 사건에 관하여 사실의 인정, 법률의 적용 및 형의 양정에 관한 의견을 제시할 권한을 갖는데(제12조 제1항), 위 법률은 공평한 판단을 할 배심원을 선정하기 위하여 배심원의 자격, 결격사유, 제외사유, 제척사유, 면제사유, 배심원후보자에 대한 질문표, 질문, 기피신청에 관한 규정을 여럿 두고 있고(제16조 내지 제31조), 불공평한 판단을 할 우려가 있는 배심원을 해임할 수 있다고 규정하고 있다(제32조 제1항). 위 법률은 그 외에도 배심원의 절차상 권리와 의무(제41조), 배심원 평의·평결의 방법(제46조), 배심원 등의 보호를 위한 조치(제50조 내지 제53조) 등도 규정하고 있다. 이러한 규정을 종합하여 보면, 위 법률의 핵심적인 목적은 공정한 판단을 할 배심원을 선정하여 공정한 평결을 이끌어내는 것이라고 봄이 상당하다. 그리고 위 법률이 누구든지 위 법률로 정하는 바에 따라 국민참여재판을 받을 권리를 가진다고도 규정하고

233) 대법원 2010. 12. 23. 선고 2008다75119 판결 참조. 해당 판결에서는 공인중개사자격이 없는 자가 중개사무소 개설등록을 하지 아니한 채 중개업을 하지 못하도록 한 구 부동산중개업법(2005. 7. 29. 법률 제7638호로 개정되기 전의 것) 제38조 제1호는 효력규정임을 전제로 공인중개사 자격이 없는 자가 중개사무소 개설등록을 하지 아니한 채 부동산중개업을 하면서 체결한 중개수수료 지급약정이 무효라고 판시하였다. 한편 개업공인중개사 등이 중개의뢰인과 직접 거래를 하는 행위를 금지하는 공인중개사법 제33조 제6호가 단속규정이라고 한 것에 관해서는 대법원 2017. 2. 3. 선고 2016다259677 판결 참조.

있으므로(제3조 제1항), 국적, 연령, 직업 등 위 법률이 명시적으로 정한 제한사유가 없는 이상 모든 국민이 배심원으로 참여할 수 있도록 하는 것도 위 법률의 중요한 목적이라고 봄이 상당하다. 앞서 본 대법원 판결의 법리에 따라 위 규칙 규정의 훈시규정 또는 효력규정 여부는 이와 같은 목적에 비추어 해석되어야 한다.

공정한 판단을 할 배심원이란 어느 한 쪽에도 편향되지 않고 사건에서 제시된 증거만을 기초로 판단할 수 있는 배심원을 의미한다.²³⁴⁾ 따라서 법원은 국민참여재판법의 핵심적인 목적에 따라 위와 같은 배심원을 선정하기 위하여 노력하여야 한다. 그런데 편향성 등과 관련 없는 사정을 들어서 배심원후보자를 배제하는 것은 공정한 판단을 할 배심원을 선정할 가능성을 줄이게 되고, 이는 결국 위 법률의 핵심적 목적과 부합하지 않는다. 나아가 위 법률이 정한 명시적인 제한사유가 없는 이상 모든 국민이 배심원으로 참여할 수 있도록 하여야 하는데, 편견에 기초하거나 의도적 차별로서 배심원후보자를 배제한다면 모든 국민에게 배심원으로 참여할 기회를 부여하려는 위 법률이 중요한 목적에 명시적으로 반하게 된다. 이러한 점을 종합하여 보면, 국민참여재판규칙 제21조 제1항에서 무이유부기피신청을 함에 있어 편견에 기초하거나 배심원 후보자를 의도적으로 차별하지 말 것을 규정하는 것은 위 법률의 핵심적이고 중요한 목적을 달성하기 위한 것으로서 이를 위반한 경우 그 위반행위의 효력에 영향을 미치는 효력규정이라고 보는 것이 타당하다.

제 3 절 법원의 무이유부기피신청 판단 가부

1. 문제의 제기

앞서 검토한 바와 같이 국민참여재판규칙 제21조 제1항은 효력규정이

234) 공정한 판단을 할 배심원의 의미에 관해서 논의된 국내 문헌은 찾기 어렵다. 한편 미국 수정헌법 제6조의 공정한 배심(impartial jury)의 전통적 요건으로서 양측에 대한 무관심(indifference)이 있다는 점에 관해서는 James J. Gobert, "In Search of the Impartial Jury", 79 J. Crim. L. & Criminology 269 (1988-1999), p.276-277 참조.

다. 이에 의하면 편견이나 차별에 기초한 무이유부기피신청이 있는 경우 법원이 그 신청을 기각하는 것이 논리상 자연스럽다. 그런데 상위규범인 국민참여재판법 제30조 제2항은 무이유부기피신청이 있는 경우 법원이 판단의 여지없이 일의적으로 불선정결정을 하여야 한다고 규정하고 있다. 위 문언에 의하면, 법원은 편견이나 차별에 기초한 무이유부기피신청인지를 판단할 수 없다. 위 각 규정을 모두 고려하였을 때, 법원이 편견이나 차별에 기초한 무이유부기피신청인지를 판단할 수 있는지 살펴볼도록 한다.

2. 긍정설(효력규정설·규범조화적 해석론)

긍정설은 다음과 같은 이유로 법원이 편견이나 차별에 기초한 무이유부기피신청인지를 판단할 수 있고, 그 판단 결과 편견이나 차별에 기초한 무이유부기피신청이라면 그 신청을 기각할 수 있다고 한다.²³⁵⁾

① 편견이나 차별에 기초한 무이유부기피신청을 금지하는 국민참여재판규칙 제21조 제1항이 효력규정이므로, 이에 위반한 무이유부기피신청은 무효이다. 따라서 법원이 그 신청을 기각하는 것은 매우 당연하다.

② 편견이나 차별에 기초한 무이유부기피신청은 헌법 제11조의 평등 원칙에 따라 금지되고, 헌법 제27조 제1항의 공정한 재판을 받을 권리에 포함되는 다원적 구성의 배심원으로부터 재판을 받을 권리를 침해한다. 국민참여재판법 제30조 제2항을 위 헌법상 원칙 및 권리와 규범조화적으로 해석한다면, 위 법률 규정의 일의적 문언에도 법원이 편견이나 차별에 기초한 무이유부기피신청인지를 판단할 수 있다.

③ 편견이나 차별에 기초한 무이유부기피신청을 판단하는 기준과 절차에 관해서 *Batson* 판결의 기준과 절차를 대체로 원용하는 견해와 이를 완화하는 견해가 있다.²³⁶⁾ 완화하는 견해를 구체적으로 살펴보면, ㉠ 무이유부기피신청권자의 상대방은 무이유부기피신청된 배심원후보자가 무이유부기피가 금지되는 일정한 집단에 속한다는 사실을 주장 및 증명

235) 홍진영, Ibid, p.472-476; 노재호, Ibid, p.19.

236) *Batson* 판결의 기준을 대체로 원용하는 견해로는 노재호, Ibid, 19; *Batson* 판결의 기준을 완화하는 견해로는 홍진영, Ibid, p.476-478.

하여야 하고, ② 그 증명이 되면 무이유부기피신청자는 그 배심원후보자를 배제할 충분한 근거가 존재함을 설명하여야 하며, ③ 이후 법원이 그 설명과 제반사정을 종합하여 불선정결정 여부를 결정하여야 한다.²³⁷⁾ 이는 피고인이 피고인과 무이유부기피된 배심원후보자가 동일한 인식 가능한 집단의 구성원인 사실을 주장 및 증명하여야 하는 것에서 나아가 검사의 차별 의도를 추정할 수 있는 사정까지 주장 및 증명하여야 하는 *Batson* 판결의 기준보다 상당히 완화된 것이다.

3. 부정설(훈시규정설)

부정설은 다음과 같은 이유로 법원이 편견이나 차별에 기초한 무이유부기피신청인지 판단할 수 없고, 무이유부기피신청이 있으면 무조건 불선정결정을 하여야 한다고 한다.²³⁸⁾

① 국민참여재판법 제30조 제2항은 무이유부기피신청이 있는 경우 법원은 판단의 여지없이 일의적으로 불선정결정을 하여야 한다고 규정하고 있다. 법원이 편견이나 차별에 기초한 것이라는 이유로 무이유부기피신청을 기각하는 것은 위 법률 규정을 위반하는 것이다.

② 편견이나 차별에 기초한 무이유부기피신청을 금지하는 국민참여재판규칙 제21조 제1항은 훈시규정이므로, 이를 위반한 것을 이유로 위 신청을 기각하는 것은 부적절하다.

③ 국민참여재판규칙 제21조 제1항을 위반한 무이유부기피신청의 효력과 이를 심리하는 절차에 관한 규정이 전혀 없으므로, 법원이 그 신청의 당부를 판단할 근거가 없다.

4. 검토: 부정설(효력규정설 · 합헌적 법률해석 한계론)

앞서 검토한 바와 같이 편견이나 차별에 기초한 무이유부기피신청을

237) 홍진영, Ibid, p.478.

238) 훈시규정 또는 선언적 규정이라고 한 김형국, 정선희, 조수진, Ibid, p.227; 대법원규칙 제·개정 자료집, 법원행정처(2008), p.410이 판단부정설의 입장을 전제하는 것으로 보인다.

금지하는 국민참여재판규칙 제21조 제1항은 효력규정이다. 그리고 편견이나 차별에 기초한 무이유부기피신청은 기피된 배심원후보자를 합리적 이유 없이 차별하는 것으로서 헌법상 평등원칙에 반하고, 피고인의 헌법상 공정한 재판을 받을 권리로서 다양한 배심원으로부터 재판받을 권리를 침해한다. 그렇다면 법원이 편견이나 차별에 기초한 무이유부기피신청 여부를 판단하여 이에 해당한다면 그 신청을 기각할 수 있게 하는 것이 타당하다고 하겠다.

그러나 국민참여재판법 제30조 제2항은 편견이나 차별에 기초한 무이유부기피신청인지를 불문하고 법원이 그 신청을 일의적으로 받아들여도 록 규정하고 있다. 이는 편견이나 차별에 기초한 무이유부기피신청을 허용하는 것으로서 위에서 본 바와 같이 위헌성이 짙다. 이러한 규정을 하위규범인 국민참여재판규칙 제21조 제1항이 제한하거나 변경할 수 없음은 당연하다. 다만, 앞서 본 긍정설과 같이 헌법상 평등원칙과 공정한 재판을 받을 권리와 의 관계에서 위 법률 규정을 제한 해석할 수 있는지가 문제 된다. 이는 합헌적 법률해석에 해당한다.

어떤 법률조항에 다의적인 해석 가능성이나 다양한 적용 범위가 있을 때 일반적인 해석방법이 허용하는 범위 내에서 위헌적인 요소를 배제하고 합헌적인 의미 또는 적용 범위를 가려내는 것은 합헌적 법률해석으로서 허용되나, 해당 법률조항의 내용이 일의적이고 명백함에도 그것이 일의적으로 적용되지 않을 수 있다고 선언하는 것은 법문의 한계를 벗어난 무리한 해석이며, 입법자의 투명한 객관적 의사를 뒤집고 해당 법률조항에 대하여 실질적으로는 새로운 입법을 하는 것이나 다름없어 허용되지 않는다.²³⁹⁾ 국민참여재판법 제30조 제2항의 경우 무이유부기피신청이 있는 경우 법원이 판단의 여지없이 일의적으로 불선정결정을 하여야 한다고 규정하고 있으므로, 이러한 일의적이고 명백한 문언에도 불구하고 편견이나 차별에 기초한 무이유부기피신청인지 법원이 판단하고 기각할 수 있다고 해석하는 것은 법문의 한계를 벗어난 해석으로서 실질적으로 새로운 입법을 하는 것과 다름없어 허용되지 않는다. 따라서 합헌적 법률해석의 한계에 따라 현행법상 법원이 편견이나 차별에 기초한 무이유부

239) 헌법재판소 2002. 8. 29. 선고 2000헌가5·6, 2001헌가26, 2000헌바34, 2002헌가3·7·9·12(병합) 전원재판부 등 참조.

기피신청인지를 판단하여 이를 기각할 수 없다.

결론적으로, 효력규정인 국민참여재판규칙 제21조 제1항에 따라 편견이나 차별에 기초한 무이유부기피신청은 기각되어야 하나, 상위규범인 국민참여재판법 제30조 제2항에 따라 이는 모두 인용된다. 배심원후보자들은 언제든지 편견이나 차별에 기초하여 무이유부기피될 수 있다. 그로써 배심원후보자들의 국민참여재판에 참여할 권리 및 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해된다. 따라서 이러한 위헌성을 해소하기 위해서는 국민참여재판법 제30조 제2항을 개정하거나 삭제하여야 한다.

한편 헌법재판소가 어떠한 절차를 통하여 국민참여재판법 제30조 제2항을 위헌으로 판단할 수 있을까? 먼저 배심원후보자가 국민참여재판을 받을 권리를 침해당하였음을 이유로 하여 헌법소원을 청구할 가능성이 있다. 다만, 국민참여재판을 받을 권리의 존재를 아는 배심원후보자가 거의 없고, 오히려 의무에서 해방되었다고 생각할 여지가 높으므로, 그러한 주장을 할 여지는 많지 않다. 그렇다면 피고인이나 검사가 배심원후보자의 위와 같은 권리침해를 대신하여 주장할 수 있을까? 이러한 경우 헌법소원의 청구적격으로서 자기관련성이 없기 때문에 헌법소원을 하더라도 각하될 것이다.²⁴⁰⁾ 한편 피고인이 공정한 재판을 받을 권리를 침해당하였음을 이유로 하여 헌법소원을 청구할 가능성이 있다. 부당한 무이유부기피신청을 통하여 구성된 배심에 의한 재판은 공정한 재판이라고 보기 어려우므로, 헌법재판소는 위와 같은 권리침해에 근거하여 위헌 여부를 판단할 수 있을 것이라 생각된다. 마지막으로, 법원이 국민참여재판법 제30조 제2항에 대한 위헌제청을 할 가능성이 있다. 이러한 경우 재판의 전제성이 문제되는데, 법원이 부당한 무이유부기피신청을 기각한다면 기존과 다른 재판을 할 가능성이 있는지를 살펴야 한다.²⁴¹⁾ 법원이 부당한 무이유부기피신청을 기각한다면 기존과 다른 배심이 구성될 것이고, 그 자체로써 다른 평결 및 판결을 할 가능성은 충분하다. 따라서 재판의 전제성이 인정되어 위헌제청에 의하여도 위헌 여부를 판단할 수 있다. 결론적으로, 피고인이 공정한 재판을 받을 권리를 침해당하였음을 이유로 하여 헌법소원을 제기하는 것과 법원이 국민참여재판법 제30조 제2항의

240) 자기관련성에 관해서는 헌법재판소 1991. 6. 3. 90헌마56 전원재판부 결정 등 참조.

241) 재판의 전제성에 관해서는 헌법재판소 2011. 11. 24. 2010헌바353 결정 등 참조.

위헌제청을 하는 것을 통하여 헌법재판소가 위 법률 규정의 위헌 여부를 판단할 있을 것이다.

그런데 위와 같은 절차를 통하여 국민참여재판법 제30조 제2항이 위헌으로 선언되거나 개정 또는 폐지된다면 무이유부기피권을 유지하여도 되는 것인가? 이에 관하여 우리의 사정을 고려하여 무이유부기피권이 존치되어야 하는지를 검토할 필요가 있다.

제 4 절 무이유부기피신청의 존치 여부

1. 문제의 제기

앞서 본 바와 같이 국민참여재판법 제30조 제2항은 편견이나 차별을 허용하므로 위헌성이 짙다. 그렇다면 국민참여재판법 제30조 제2항을 개정하거나 무이유부기피신청 제도의 문제점은 모두 해결되는 것인가? 구체적으로는 *Batson* 판결과 같이 법원이 편견이나 차별에 기초한 무이유부기피신청인지를 판단할 수 있도록 한다면 이제는 문제가 없는 것일까?

미국에서의 무이유부기피권의 존치론과 폐지론 논의에서 본 것과 같이 무이유부기피신청 제도 자체에 내재된 문제점과 *Batson* 판결 자체에 내재된 문제점을 간과할 수 없다. 국내에서는 무이유부기피신청의 존치 여부에 관한 논의가 전개되고 있지 않으나, 우리의 사정을 고려하면, 다음과 같은 존치설과 폐지설이 대립할 수 있을 것으로 보인다.

2. 존치설

가. 당사자의 배심원 선정절차 관여 필요성

국민참여재판에서 배심원은 사실인정을 하고 양형에 관한 의견을 제시하는 큰 권한을 갖는다. 비록 그 평결이 권고적이지만 재판부는 대체로 배심의 평결을 존중하고 있다. 법원행정처의 2008-2018년 국민참여재

판 성과분석에 의하면 2008년부터 2018년까지 실시한 2,447건의 국민참여재판 중 2,287건이 판결과 평결이 일치하였다(일치율 93.5%).²⁴²⁾ 대법원도 사법의 민주적 정당성과 신뢰를 높이기 위해 도입된 국민참여재판의 형식으로 진행된 형사공판절차에서 배심원이 증인신문 등 사실심리의 전 과정에 함께 참여한 후 증인이 한 진술의 신빙성 등 증거의 취사와 사실의 인정에 관하여 만장일치의 의견으로 내린 무죄의 평결이 재판부의 심증에 부합하여 그대로 채택된 경우라면, 이러한 절차를 거쳐 이루어진 증거의 취사 및 사실의 인정에 관한 제1심의 판단은 실질적 직접심리주의 및 공판중심주의의 취지와 정신에 비추어 항소심에서의 새로운 증거조사를 통해 그에 명백히 반대되는 충분하고도 납득할 만한 현저한 사정이 나타나지 않는 한 한층 더 존중될 필요가 있다고 판시하였다.²⁴³⁾

이렇듯 배심원은 피고인의 유무죄와 양형을 실질적으로 결정할 권한을 갖고 있으므로, 어떠한 사람을 배심원으로 선정하는지는 매우 중요한 문제이다. 배심원 선정에 관하여는 법관이 가장 큰 권한을 갖고 있는데, 배심원 선정이 매우 중요한 문제인 만큼 검사, 피고인, 변호인에게 무이유부기피신청권을 부여하여 배심원 선정에 실질적으로 관여하게 할 필요가 있다.

피고인이 무이유부기피신청을 통해 배심원 선정에 실질적으로 관여한다면, 그 배심이 내린 평결을 더 잘 수긍하고 신뢰할 것이다. 피고인이 수긍할 수 있는 배심원들 위주로 배심이 구성되었을 것이기 때문이다. 따라서 무이유부기피신청 제도는 재판 결과에 대한 존중을 높이고, 나아가 사법신뢰를 촉진할 수 있다.

나. 미국과 같은 차별의 부재

미국의 무이유부기피권에 대한 가장 큰 비판은 그것이 차별 문제를 수반한다는 것이다. 흑인은 오랫동안 흑인이라는 이유만으로 무이유부기피권 행사의 대상이 되어 왔다. 이러한 폐해가 너무 커서 무이유부기피권을 폐지하자는 주장이 힘을 얻게 되었다. 이러한 인종 갈등은 사법제

242) 법원행정처, 2008-2018 국민참여재판 성과분석, p.41-42.

243) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009도14065 판결 참조.

도뿐만이 아니라 정치, 사회, 문화 전반에서 강렬하고 극단적으로 나타나고 있다. 이러한 상황의 미국과 달리 우리나라는 미국에서와 같은 정도의 인종 갈등이 존재하지 않는다. 일부 계층 간의 갈등이 있다고 볼 여지도 있지만, 그 갈등의 정도가 미국에서의 것과 동일한 정도라고 보기 어렵다.

무이유부기피신청에 관하여 차별 문제가 있었다는 기록을 찾을 수 없다. 법원행정처의 2008-2018년 국민참여재판 성과분석에는 무이유부기피신청이 실시된 횟수만 통계로 작성되어 있을 뿐이고, 편견이나 차별에 기초한 무이유부기피신청에 관한 통계자료나 그에 관한 언급이 전혀 없다. 만약 무이유부기피신청으로 구체적인 차별 문제가 발생하였다면 법원에서 그에 관한 통계자료를 작성하였을 것이고, 나아가 언론에서 문제를 제기하였을 것인데, 그러한 통계자료나 언론기사는 전혀 확인되지 않는다.

설령, 차별의 가능성이 존재한다고 하더라도, 이는 *Batson* 판결에서와 같은 절차를 법률에 도입함으로써 해결될 수 있다.

따라서 미국에서와 같은 정도의 차별이 없는 우리나라에서, 특히 무이유부기피신청에 관해서는 현재까지 차별 문제가 제기된 적이 없음에도, 무이유부기피신청권이 부당한 차별을 수반하므로 폐지하여야 한다는 주장은 옳지 못하다.

3. 폐지설

가. 차별의 허용

대한민국에서 다문화 가정이 점점 늘어나고 있다. 2017년부터 2019년까지 다문화가정에서의 출생비율은 전국 연 평균 5.9%나 되고, 2012년부터 2018년까지 다문화 학생은 46,954명에서 2018년 122,212명으로 계속 증가하였다.²⁴⁴⁾ 현재 무이유부기피신청이 차별 의도에 기하여 행사되었다는 객관적인 자료는 없으나, 그러한 자료가 없다는 이유만으로 현실에

244) 통계청, 2020년 다문화 인구동태 통계(보도자료).

서 차별 의도에 기한 무이유부기피신청이 없었다고 단정하기 어렵다. 위와 같은 다문화가정의 증가 등에 비추어 볼 때, 앞으로 국민참여재판에서도 인종에 기초한 무이유부기피신청이 많이 발생할 것으로 보인다.²⁴⁵⁾ 예를 들어, 베트남 피고인에 대한 국민참여재판에서 검사가 베트남 출신 배심원후보자를 그가 베트남 출신이라는 이유만으로 기피하는 경우가 발생할 수 있다. 나아가 남녀 갈등이 계속적으로 심화되는 현재의 상황에서 남자라는 이유만으로, 여자라는 이유만으로 무이유부기피신청하는 경우도 발생할 수 있다.²⁴⁶⁾ 이러한 상황이 예상됨에도 현재 차별이 없다는 이유로 방관하는 것은 법원이 차별을 공고화하는 것과 다름없다.

국민참여재판법 제30조 제2항을 폐지하고, 국민참여재판규칙 제21조 제1항 및 관련 입법에 따라 *Batson*과 같은 절차를 도입한다면 위와 같은 차별 문제가 해결되는가? *Batson* 판결의 기준과 절차를 활용한다면 편견이나 차별에 기초한 무이유부기피신청을 방지할 수 있다는 듯한 주장도 있다.²⁴⁷⁾ 그러나 미국에서 *Batson* 판결에 대한 비판과 같이 차별이 금지되는 집단이 어디까지인지가 매우 불분명하고, 차별 의도도 얼마든지 가장할 수 있다. 특히 미국은 연방대법원에 의하여 차별이 금지되는 집단을 인종과 성별로 한정하였지만, 우리는 편견이나 차별에 기초한 무이유부기피신청을 금지한다고만 되어 있으므로, 그 범위 설정의 문제는 더욱 어렵다. 법률을 제정하더라도 어느 범위까지 차별을 금지하여야 하는지 명확한 경계를 설정하기도 어렵고, 그 과정에서 집단 간의 갈등이 초래될 수 있다. 따라서 *Batson* 판결과 같은 절차를 도입하는 것은 무이유부기피신청에 내재된 차별의 문제를 해결하지 못한다.

나. 공정한 배심원 선정과 무관

배심원 선정기일은 공정한 판단을 할 수 있는 배심원을 선정하는 절

245) 기존에도 차별 의도에 기한 무이유부기피신청이 있었을 것이라는 추측에 관해서는 홍진영, *Ibid*, p.471-472 참조.

246) 외국인, 조선족, 탈북자, 여성이라는 이유만으로 배심원 선정절차에서 차별이 있을 수 있다는 우려에 관해서는 김형국, *Ibid*, p.129-130 참조.

247) 앞서 본 효력규정설·규범조화적 해석론에서 *Batson* 판결과 유사한 기준과 절차를 제안한 견해가 이러한 입장을 취하는 것으로 보인다.

차이다. 공정한 배심원을 선정하기 위해서는 그 절차가 당사자와 사건에 관하여 중립적이고 객관적으로 이루어져야 한다. 그런데 검사, 피고인, 변호인에게 무이유부기피신청권을 부여하면 사건에 관하여 직접적인 이해관계를 갖고 있는 당사자들이 배심원 선정절차를 주도하게 된다. 검사, 피고인, 변호인은 공정한 배심원이 아니라 자신들에게 유리한 배심원을 선정하는 것에 관심이 더 많다. 유리한 배심원이라면 보호하려 하고, 불리한 배심원이라면 무이유부기피하려고 한다. 그 결과 배심원으로 선정되는 것은 검사에게 유리한 배심원후보자들과 피고인에게 유리한 배심원후보자들일 뿐이다. 그 결과 구성된 배심은 공정한 배심과 무관하다.

무이유부기피신청은 일종의 스포츠 경기와도 같다. 검사, 피고인, 변호인은 배심원 심문기일에서 배심원들에게 질문을 한 이후에 일종의 전략을 세워 무이유부기피신청을 한다. 상대방에게 유리한 배심원후보자를 최대한 많이 없애는 것이 목적이다. 한편 자신에게 유리한 배심원후보자는 보호해야 하는데, 배심원 심문기일에서 교묘한 질문을 통해 자신에게 유리한 배심원후보자임이 드러나지 않게 한다. 이와 같은 심리전의 결과 배심원단이 구성되고, 승패가 드러난다. 이로써 배심원 선정기일은 누가 이기는지를 겨루는 스포츠 경기가 되어버리고, 공정한 배심원을 선정한다는 배심원 선정절차의 목적은 이미 상실되었다. 이것이 무이유부기피신청 제도로 인한 현재의 국민참여재판 배심원 선정기일의 현실이다. 이러한 점에서도 무이유부기피신청은 공정한 배심원 선정과 무관하다.

다. 당사자가 판단자를 정하는 불합리

배심원은 사실에 대한 판단자라는 점에서 법관과 같다. 법관은 제척 사유가 있거나 불공평한 재판을 할 염려가 있는 때에 한하여 기피될 수 있고(형사소송법 제18조 제1항 참조), 여기서 불공평한 재판을 할 염려가 있는 때란 당사자가 불공평한 재판이 될지도 모른다고 추측할 만한 주관적인 사정이 있는 때를 말하는 것이 아니라 통상인의 판단으로서 법관과 사건과의 관계상 불공평한 재판을 할 것이라는 의혹을 갖는 것이 합리적이라고 인정할 만한 객관적인 사정이 있는 때를 말한다(대법원 2001. 3. 21.자 2001모2 결정 등 참조). 법관에 대한 기피신청은 아주 예외적인 경

우에 한하여 인정되는데, 2021년에는 형사사건에 관하여 총 257건의 기피신청 사건 중에 5건만이 인용되었다.²⁴⁸⁾ 판단자로서 법관과 배심원이 같은 지위에 있는데, 배심원에 대한 무이유부기피신청은 법관에 대한 기피신청과 달리 아무런 이유 없이 그리고 법원의 통제 없이 당사자들의 의사에 따라 전단적으로 이루어진다. 배심원후보자에 대한 무이유부기피신청을 인정하는 것은 법관에 대한 무이유부기피신청도 인정하자는 것과 같다.

법관을 당사자가 임의로 정하는 것이 허용되지 않는 것처럼 배심원도 당사자가 임의로 정하는 것이 허용되지 않아야 한다.²⁴⁹⁾ 그런데 무이유부기피신청 제도는 당사자인 검사, 피고인, 변호인에게 사실상 판단자인 배심원을 정할 수 있는 권리를 부여하고 있다. 따라서 무이유부기피신청 제도를 폐지함으로써 당사자에게 판단자를 임의로 정하도록 하는 불합리를 해소하도록 할 필요가 있다.

4. 검토: 폐지설

존치설에는 다음과 같은 문제점이 있다. 먼저, 존치설은 검사, 피고인, 변호인이 무이유부기피신청권을 통해 배심원 선정절차에 관여하여 그들이 수궁할 수 있는 배심원이 선정되게 함으로써 재판 결과에 대한 검사, 피고인, 변호인의 신뢰를 확보할 수 있다고 주장한다. 그러나 검사, 피고인, 변호인에게 무이유부기피신청권을 부여한다고 하여 반드시 그들이 수궁할 수 있는 배심원이 선정된다고 볼 근거가 없다. 오히려 무이유부기피신청 제도가 유지되는 상황에서는 자신에게 유리한 배심원후보자를 상대방이 무이유부기피함으로써 배심원으로 선정되길 원하였던 배심원후보자가 배심원으로 선정되지 않을 가능성이 높다. 그리고 수궁할 수 있는 배심원이 선정되었다고 하더라도 재판 결과를 더 신뢰한다고 단정하기 어렵다. 여기서 수궁할 수 있는 배심원은 공정한 배심원이 아니라 자

248) 법원행정처, 사법연감(2021), p.1071.

249) 관련하여 지방법원 지원에서 재판부가 마음에 들지 않을 경우 국민참여재판신청을 하여 지방법원 본원으로 사건을 이송시킨 다음 국민참여재판신청을 철회하는 소위 재판부 쇼핑(shopping)이 문제 된 적이 있다.

신에게 유리한 배심원일 것이므로, 유리한 배심원들이 선정되어 유리한 평결을 한 경우, 유리한 배심원을 잘 선정하였기 때문에 재판 결과가 잘 나온 것으로 생각할 것이다. 이는 우리가 생각하는 재판 결과의 신뢰와는 다른 것이다. 따라서 무이유부기피신청권으로 당사자들의 재판 결과에 대한 신뢰를 확보한다는 논증은 잘못되었다.

나아가 존치설은 우리나라에는 미국에서와 같은 차별 문제가 없고, 무이유부기피신청이 차별 문제를 수반한 적도 없으므로, 차별 문제가 없는 무이유부기피신청 제도를 폐지하는 것은 부당하다고 주장한다. 그러나 무이유부기피신청에 관하여 차별 문제가 제기되지 않았던 것은 무이유부기피신청권이 차별 의도에 기하여 행사될 수 있다는 문제 자체가 잘 알려지지 않았기 때문이다. 국민참여재판규칙 제21조 제1항에 편견이나 차별에 기초한 무이유부기피신청이 규정되어 있으나, 이를 알고 있는 법관, 검사, 변호인은 거의 없다. 법원행정처도 당연히 그에 관한 통계자료를 작성하지 않았다. 그런데 배심원후보자로 소환되는 사람들은 우리나라의 인적 구성만큼이나 다양할 것이다(남성, 여성, 청년, 노인, 장애인, 외국 출신 등). 오전에만 진행되는 짧다고 하면 짧은 배심원 선정기일에서 검사, 피고인, 변호인은 배심원후보자들에 대하여 많지 않은 질문을 던지고 많지 않은 답을 근거로 하여 배심원후보자들에 대한 무이유부기피신청권을 행사한다. 부족한 정보는 평소에 가지고 있던 배심원후보자가 속한 집단에 대한 생각에 근거할 수밖에 없을 것이다. 예를 들어, 피고인이 남성이고 피해자가 여성인 강간 사건에서 변호인이 배심원 선정기일에서 배심원후보자에게 부당한 편견이 있는지 확인하지 못하였지만, 그 배심원후보자가 여성이기 때문에 불공정할 것이라는 부당한 편견에 근거하여 그 배심원후보자에 대하여 무이유부기피신청권을 행사할 수 있다. 실무에서 이러한 상황이 없었을 것으로 보이지 않고, 오히려 빈번했을 것으로 보인다. 사회가 다원화되면 차별 문제는 반드시 발생하므로, 다문화가정이 계속 증가하고 있는 현재로서는 알게 모르게 편견이나 차별에 기초한 무이유부기피신청이 증가할 것이 분명하다. 따라서 무이유부기피신청에 관한 차별 문제가 없다는 존치론은 옳지 않다.

무이유부기피신청은 배심원 선정기일을 검사, 피고인, 변호인에게 불리한 배심원후보자를 배제하는 절차로 탈바꿈시킨다. 배심원후보자의 공

정성은 무이유부기피신청의 고려사항이 아니다. 현재의 실무를 보면, 피고인이 배심원후보자를 심문하는 과정에서 피고인에 대한 편향성이 있음을 확인한 경우에도 피고인은 해당 배심원후보자에 대하여 무이유부기피신청권을 행사하지 않을 것이다. 이러한 점에서 무이유부기피신청 제도가 배심원 선정기일을 스포츠 경기로 만들어버린다는 폐지론의 지적은 타당하다.

무이유부기피신청 제도의 가장 큰 문제점은 폐지론에서 지적하는 바와 같이 당사자인 검사, 피고인, 변호인이 무이유부기피신청으로 자신의 사건에 대한 판단자를 마음대로 교체할 수 있다는 데에 있다. 법관에게도 인정되는 기피제도의 본질은 판단자가 사건이나 당사자에 관하여 공정하게 판단하지 못할 사정이 있는 경우에 공정한 판단을 할 수 있는 판단자로 교체하는 데에 있다. 그런데 배심원에 대하여는 불공정한 판단을 할 우려가 없는 경우에도 검사, 피고인, 변호인은 아무런 이유를 제시하지 아니하고 그 배심원후보자를 기피할 수 있다. 검사, 피고인, 변호인에게 판단자 쇼핑(shopping)을 허용하는 것이다. 이는 공정한 재판이라는 재판제도의 기본원리에 부합하지 않고, 국민참여재판 제도를 비합리적이고, 비정상적인 재판제도로 보이게 만든다.

한편 무이유부기피신청 제도가 폐지된다면 국민참여재판 신청이 저조해질 것이라는 우려가 있다. 그러나 피고인이 국민참여재판을 신청하는 이유가 무이유부기피신청 제도가 존재하기 때문이라고 보기 어렵다.²⁵⁰⁾ 오히려 무이유부기피신청 제도를 폐지하고 이유부기피신청 제도를 활성화하여 국민참여재판 절차의 공정성을 강화한다면 국민참여재판이 활성화될 수 있다고 생각한다.

나아가 무이유부기피신청 제도는 심한 편견이 있는 배심원후보자를 배제하여 평결의 전원일치제를 달성하기 위한 수단이므로, 이를 폐지하면 심한 편견이 있는 배심원후보자들이 배심원으로 선정되어 만장일치의 평결이 성립되지 못할 것이라는 우려도 있다.²⁵¹⁾ 그러나 이유부기피신청

250) 피고인이 국민참여재판을 신청하였거나 철회한 이유 등에 관하여 조사한 “피고인 신청을 제고 등을 통한 국민참여재판 활성화 방안”, 형사법연구회(2017)에 의하면, 피고인이 국민참여재판을 신청한 이유로 “잘 몰라서” 등이 제시되었지만, 무이유부기피권 등 소송절차에 관한 이유는 없었다.

251) 이에 관하여는 Jeffrey Abramson, “We, the Jury: The Jury System and the

을 통하여 심한 편견이 있는 배심원후보자를 충분히 걸러낼 수 있고, 숨겨진 편견이 있는 배심원후보자가 이유부기피 절차를 통과하더라도 공판 및 평의절차를 통하여 배심원후보자가 그 편견을 뒤로 한 채 충분히 공평한 판단을 할 수 있다. 그리고 국민참여재판법은 다수결 평결과 만장일치 평결의 효력의 차이를 두고 있지 않다.²⁵²⁾ 따라서 위와 같은 우려가 무이유부기피권을 유지할 이유가 된다고 보기 어렵다.

결론적으로, 무이유부기피신청 제도를 폐지하여야 한다. 그런데 사건이나 당사자에 관하여 공정한 판단을 하지 못할 배심원후보자를 적절히 배제하여야 공정한 배심을 구성할 수 있다. 현재로서는 이유부기피신청을 통해 불공평한 판단을 할 우려가 있는 배심원후보자를 배제할 수 있다. 따라서 공정한 배심을 구성하기 위해서는 이유부기피신청 제도를 활성화할 필요가 있다. 현재로서는 이유부기피신청이 매우 저조한데, 이하에서는 이유부기피신청의 활성화 방안에 관하여 살펴보기로 한다.

제 5 절 이유부기피신청의 활성화

1. 저조한 이유부기피신청

배심원후보자에게 결격사유 등이 있거나 불공평한 판단을 할 우려가 있다고 생각되면 검사, 피고인, 변호인은 이유부기피신청을 할 수 있고(국민참여재판법 제28조 제3항),²⁵³⁾ 그 신청에 대한 기각결정에 대하여 즉시 이의신청할 수 있다(국민참여재판법 제29조 제1항). 이러한 이유부기피신청 제도는 자격이 없거나 불공평한 판단을 할 우려가 있는 배심원후보자들을 배제하여 공정한 배심을 구성하는 것을 목적으로 한다. 따라서 적절하고, 효율적인 이유부기피신청 제도의 설계는 공정한 배심을 구

Ideal of Democracy, With a New Preface”, 1st Harvard University Press 참조. 한편 최초로 사법개혁위원회에서 국민참여재판을 설계할 당시 이러한 논의가 비공식적으로 있었던 것으로 보인다.

252) 이러한 점에 관해서는 만장일치 평결에 대해서는 항소심에서 존중 의무가 강화된다는 지적이 있을 수 있다. 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009도14065 판결 참조.

253) 한편 법원의 직권에 의한 이유부기피도 가능하다.

성하기 위한 필요조건이다.

그런데 실무상 이유부기피신청은 거의 이루어지지 않고 있다. 법원행정처의 2008-2018년 국민참여재판 성과분석에 의하면, 국민참여재판 1건당 평균적으로 0.3명에 대하여만 이유부기피신청이 이루어졌고, 위 기간 동안 이루어진 총 2,447건의 국민참여재판 중 불과 341건에서만 이유부기피신청이 있었다.²⁵⁴⁾ 이유부기피신청이 저조한 이유는 무이유부기피신청이 있기 때문에 굳이 이유부기피신청을 할 이유가 없기 때문이다. 법원행정처의 2008-2018년 국민참여재판 성과분석에 의하면, 국민참여재판 1건당 4.9명에 대하여 무이유부기피신청이 이루어졌고, 이는 이유부기피신청보다 약 16배 많은 수치이다.²⁵⁵⁾ 짧은 배심원 선정기일에서 배심원 후보자가 편견을 갖고 있는지를 파악하는 것은 매우 어렵고, 배심원후보자가 편견을 갖고 있다고 생각되더라도 이에 대한 구체적인 이유를 제시하는 것은 더 어렵다. 그런데 이러한 조사 및 이유 제시가 필요하지 않는 무이유부기피신청 제도가 있으므로, 당사자들은 굳이 이유부기피신청을 할 필요가 없다. 나아가 당사자들은 어렵게 출석한 배심원후보자들의 면전에서 그들이 불공정한 판단을 할 우려가 있으니 돌아가라고 말하는 것도 쉽지 않다. 따라서 무이유부기피신청 제도를 폐지하는 것 자체로 어느 정도 이유부기피신청의 활성화를 도모할 수 있을 것이다. 그러나 진정한 이유부기피신청의 활성화를 위해서는 현재의 이유부기피신청 제도 자체를 돌아보고 재설계할 필요가 있다.

2. 불공평한 판단을 할 우려에 대한 증명책임 완화

이유부기피신청의 사유로서 불공평한 판단을 할 우려는 법관 기피에서와 같이 엄격하게 판단할 필요는 없다고 생각된다. 직업 법관과 달리 배심원후보자들은 사건을 객관적이고, 중립적으로 보는 훈련을 거치지 않았고, 각자의 삶과 경험을 통해 형성된 생각의 스펙트럼이 매우 다양

254) 법원행정처, 2008-2018년 국민참여재판 성과분석, p.25.

255) 무이유부기피신청은 부인사건이 자백사건보다 1명 더 많았으며, 성범죄 등 사건에서 가장 활발하였다(평균 5.9명). 법원행정처, 2008-2018년 국민참여재판 성과분석, p.26.

하다. 나아가 배심원후보자들은 그 재판이 이루어지고 있는 지역사회에서 선정된 것이라는 점에서 사건과의 이해관계가 있을 가능성도 높다. 만약 이유부기피신청의 사유를 지나치게 엄격하게 판단할 경우, 오히려 실제 불공평한 판단을 할 우려가 있는 배심원후보자들을 적절히 배제하지 못할 수 있다.

이유부기피신청 사유로서 불공평한 판단을 할 우려는 배심원후보자가 사건의 결과에 대하여 경제적 이해관계가 있거나, 한쪽 또는 양쪽 당사자에 대하여 편견이 있거나, 당사자나 소송관여인과 인적관계가 있는 등으로 사건 및 당사자에 대하여 이해관계가 있는 경우라 할 것이다.²⁵⁶⁾ 원칙적으로는 이러한 사정이 배심원후보자의 진술, 기타 객관적인 증거에 의하여 증명되어야 할 것이나, 짧은 시간 내에 이루어지는 배심원 심문기일에서 당사자들이 이러한 진술과 증거를 확보하여 그 증명을 주장하기는 매우 어렵다. 오히려 이러한 엄격한 증명을 요구할 경우 불공평한 판단을 할 우려가 있는 배심원후보자를 적절히 배제하지 못할 가능성이 높을 것이다. 따라서 배심원후보자들이 해당 사건의 배심원 심문기일에서 한 답변, 태도 등만을 기초로 하여 그러한 배심원후보자들이 불공평한 판단을 할 우려가 있다고 인정할 수 있도록 그 증명책임을 완화할 필요가 있다.²⁵⁷⁾ 예를 들어, 한 배심원후보자가 외국인 피고인에 대한 국민참여재판의 배심원 선정기일에서 변호인의 “외국인이 더 범죄를 범한다고 생각하나요?”라는 질문에 “예.”라거나 “그러한 경향이 있는 것 같다.”라고 답한 경우에 그러한 답변만을 기초로 한 변호인의 이유부기피신청을 인용할 수 있어야 한다. 어떠한 면에서는 불공평한 판단을 할 우려가 있음을 증명하는 것이 아니라 불공평한 판단을 할 우려가 있는 외관을 증명하는 것이라 할 수 있다. 한편 이유부기피신청의 사유를 판단하는 과정에서 절차의 공정성을 위하여 상대방의 의견을 청취하도록 할 필요가 있다.

256) 이러한 기준에 관한 대법원 판결 등은 존재하지 않으나, 이는 미국 변호사협회에서 2005년 제시한 배심과 배심재판에 관한 원칙 11.C.2.에 기재된 기준과 같고, 이는 국민참여재판 이유부기피신청의 사유로서 참고할 만하다.

257) 해당 사건에서의 증거만을 기초로 하여 상대방의 무이유부기피신청에 대하여 이의를 제기할 수 있다는 *Batson* 판결을 참고하였다.

3. 배심원후보자들의 문답을 조서에 상세히 기재

항소심에서 이유부기피신청에 대한 판단이 적법하였는지를 판단하기 위해서는 배심원 선정기일에서 배심원후보자들이 받은 질문과 그 배심원 후보자들이 한 답변을 배심원 선정기일조서에 상세하게 기재할 필요가 있다. 현재 배심원 선정기일조서를 어떻게 기재하여야 한다는 규정이나 기준이 없고, 법원에는 배심원 선정기일조서의 전산양식도 없다. 다만, 일선 법원에서 작성한 국민참여재판 백서에 배심원 선정기일에서 있었던 문답을 모두 상세하게 기재한 배심원 선정기일조서의 양식이 포함되어 있기는 하나, 이를 법원의 공식적인 조서작성 기준이라고 보기 어렵다.²⁵⁸⁾ 현재로서는 배심원 선정기일조서를 어떻게 기재하여야 한다는 기준이 없기 때문에 재판부마다 그 작성의 정도가 상이할 것으로 생각된다. 그런데 배심원 선정기일에서 배심원후보자들이 한 문답은 배심원후보자들의 공정성과 이유부기피신청에 대한 결정의 적법성을 심리할 중요한 증거로서 꼭 필요하다. 따라서 관련 법령, 예를 들어 국민참여재판의 접수 및 처리 예규(재형 2007-4) 등에서 배심원 선정기일조서의 작성에 관한 규정을 둘 필요가 있다.

한편 배심원후보자들의 배심원 선정기일에서의 외관, 말투, 몸짓, 태도 등도 이유부기피신청의 주요한 참고자료가 되므로, 배심원 선정기일에 한하여 그 과정을 녹화하여 보관할 수 있도록 하는 방안도 고려해볼 수 있을 것이다.

4. 이유부기피신청 사유에 대한 통계 작성

법원은 이유부기피신청이 어떠한 사유로 인용되었는지에 관한 통계를 작성할 필요가 있다. 무이유부기피신청 제도가 폐지되어 당사자들이 이유부기피신청 제도를 활용하게 될 경우 어떠한 기준에 따라 이유부기피신청을 하여야 하는지, 어떠한 기준에 따라 이를 인용하여야 하는지 혼

258) 2008년 대전지방법원, 2009년 광주지방법원의 각 국민참여재판 백서가 선정기일조서의 양식을 제시하고 있다.

란이 올 수 있다. 구체적인 기준이 실무에서 형성될 때까지 어느 정도 시간이 걸릴 것으로 보이지만, 그러한 기준이 형성되는 과정을 주기적으로 통계 작성을 통하여 기록한다면 구체적인 기준 형성 및 이유부기피신청의 활성화에 도움이 될 것으로 보인다. 예를 들어, 당사자와 인적관계가 있는 경우, 사건과 이해관계가 있는 경우, 당사자 또는 사건에 대한 편견이 있는 경우 등으로 이유부기피신청 사유를 유형화하여 어떠한 사유가 주된 인용 사유인지를 한눈에 볼 수 있다면 당사자 및 법원은 이를 이유부기피신청 및 판단에 대한 일응의 기준으로 삼을 수 있을 것이다.

5. 배심원 질문표의 구체화

법원은 배심원 질문표를 통하여 사전에 배심원에게 결격사유, 제외사유, 면제사유가 있는지, 불공평한 판단을 할 우려가 있는지를 파악하고 있다(국민참여재판법 제25조 참조). 그런데 법원이 사용하고 있는 배심원 질문표의 양식을 살펴보면, 주로 결격사유, 제외사유, 면제사유가 있는지를 파악하는데 초점이 맞춰져 있고, 구체적으로 해당 사건이나 당사자에 관하여 이해관계가 있는지, 편견이 있는지에 대한 질문으로 구성되어 있지는 않다.²⁵⁹⁾ 배심원 선정기일에서 검사, 피고인, 변호인이 배심원 후보자들로부터 얻을 수 있는 정보는 많지 않으므로, 질문표를 해당 사건이나 당사자에 관하여 구체적으로 작성한다면, 해당 사건이나 당사자에 관하여 배심원후보자에 대한 정보를 수월하게 얻을 수 있을 것이다.²⁶⁰⁾ 예를 들어, 사형이 법정형으로 있는 범죄 사건에 관한 질문표에 검사가 “사형제도를 찬성하십니까?”라는 질문을 포함할 수 있을 것이다. 이러한 구체적인 질문표는 국민참여재판을 진행하기 전에 검사와 변호인으로 하여금 증인신문사항과 같이 작성하여 제출하게 하면 될 것이다. 한편 미국의 e-Juror 프로그램과 같이 질문표에 대한 답변을 온라인으로 제출할 수 있도록 하는 방안도 고려할 수 있을 것이다.²⁶¹⁾

259) 법관통합재판시스템에서 제공하는 배심원 질문표 전산양식 참조.

260) 사건마다 유용한 질문을 기재한 질문표를 작성한 다음 이를 사전에 발송하여 재판부가 실질적으로 이를 검토하도록 제도개선을 하여야 한다는 제언에 관해서는 김선화, “국민참여재판에서 배심원 선정제도 개선에 관한 연구”, 사법논집 제70집, 사법발전재단(2020), p.184-190, 228-235 참조.

제 6 장 결 론

이 논문은 국민참여재판의 무이유부기피신청 제도를 규명하고자 그 모델인 미국의 무이유부기피권에 대한 논의를 살펴보았다. 미국은 무이유부기피권을 오랜 사법전통으로서 신성불가침의 권리로 여겨졌으나, 이를 인종 차별의 수단으로 사용하는 등의 문제가 발생하자, 연방대법원의 *Batson* 판결을 통하여 무이유부기피권을 제한하기 시작하였다. 그러나 *Batson* 판결이 인종 차별의 문제를 적절히 해결하지 못하였다는 비판이 제기되었고, 이에 따라 무이유부기피권을 폐지하자는 주장까지 제기되었다. 현재 무이유부기피권을 존치하자는 주로 실무에서의 입장과 무이유부기피권을 폐지하자는 주로 학계에서의 입장이 대립하고 있다. 존치론은 무이유부기피권으로 숨겨진 편견이 있는 배심원후보자를 배제함으로써 공정한 배심을 구성할 수 있고, *Batson* 판결로 차별 문제가 해결되었고 주장하고 있고, 폐지론은 무이유부기피권은 공정한 배심과는 아무런 관련이 없고, *Batson* 판결에도 여전히 차별 문제가 존재한다고 주장하고 있다. 이러한 논의는 현재 진행형이다. 영국은 오래 전 무이유부기피권을 폐지하였고, 캐나다와 미국의 애리조나 주 대법원은 폐지론의 입장을 받아들여 최근 무이유부기피권을 폐지하였다.

이러한 미국에서의 논의를 고려하여 국민참여재판의 무이유부기피신청 제도를 고찰하였다. 국민참여재판규칙은 *Batson* 판결과 같이 검사나 변호인이 편견이나 차별에 기초하여 무이유부기피신청을 하여서는 아니된다는 규정을 두고 있다(제21조 제1항). 위 규칙 규정은 국민참여재판법의 목적 및 체계에 비추어 효력규정으로 해석된다. 그러나 이를 위반한 무이유부기피신청의 효력이나 그 위반 여부를 판단하는 절차 규정이 없고, 상위규범인 국민참여재판법은 무이유부기피신청이 있으면 법원이 일의적으로 불선정결정을 하여야 한다고 규정하고 있으므로(제30조 제2

261) 미국은 배심원후보자들이 그들을 소환한 연방 및 주 법원의 웹사이트에서 배심원 자격 질문지(jury qualification questionnaire)에 대한 답변이나 면제(excuse)나 연기(deferral) 신청을 전자적으로(electronically) 할 수 있도록 있는 eJuror 프로그램을 제공하고 있다.

항), 위 규칙 규정에도 불구하고 법원은 편견이나 차별에 기초한 무이유 부기피신청인지를 판단할 수 없고, 그 신청을 기각할 수도 없다. 한편 헌법상 평등원칙이나 공정한 재판을 받을 권리와 규범조화적 해석을 통해 법원이 편견이나 차별에 기초한 무이유부기피신청인지를 판단할 수 있고, 그 신청을 기각할 수 있다는 주장이 있으나, 이는 문언의 일의적 의미를 넘어서 법률 규정을 창설하는 것과 다름이 없으므로, 합헌적 법률해석의 한계를 넘는 것으로서 허용되지 않는다. 즉, 현행 국민참여재판법은 편견이나 차별에 기초한 무이유부기피신청을 아무런 제한 없이 허용하고 있다. 이러한 허용은 편견이나 차별에 기초한 무이유부기피신청에 따라 기피된 배심원후보자들의 국민참여재판에 참여할 권리, 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다.

무이유부기피신청 제도는 위와 같은 문제 외에도 그 자체로 차별을 허용하고, 공정한 배심원 선정과 부합하지 않는다는 문제가 있다. 먼저, 무이유부기피신청은 불합리한 집단편견에 기초하여 배심원후보자를 배제하는 것을 허용한다. 이는 *Batson* 판결과 같은 절차를 마련하더라도 마찬가지이다. 그리고 검사, 피고인, 변호인은 편견이 있거나 공정하지 못한 배심원후보자가 아니라 각자에게 불리한 배심원후보자를 무이유부기피하려고 하므로, 공정한 배심원 선정을 목적으로 하는 배심원 선정기일은 일종의 스포츠 경기가 되어버린다. 마지막으로, 사건의 당사자인 검사, 피고인, 변호인은 무이유부기피신청을 통해 사실에 관한 판단자인 배심원을 사실상 아무런 이유 없이 변경할 수 있으므로, 당사자가 판단자를 임의로 정하는 것과 같은 불합리와 비상식이 허용된다. 위와 같은 문제점을 고려하면, 무이유부기피신청 제도는 폐지되어야 한다.

공정한 배심원 선정은 이유부기피신청 제도의 활성화를 통하여 달성할 수 있다. 현재 이유부기피신청이 저조한데, 그 인용요건의 완화, 구체적인 선정기일 조서의 작성, 이유부기피신청 인용 및 기각사유에 관한 통계의 작성, 사건에 관한 구체적인 문답표의 활용 등을 통하여 이유부기피신청의 활성화를 도모할 수 있을 것이다.

참 고 문 헌

1. 국내 문헌

- 법원행정처, 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 해설(2007)
- 법원행정처, 대법원규칙 제·개정 자료집(2008)
- 법원행정처, 2008-2018년 국민참여재판 성과분석
- 법원행정처, 사법연감(2021)
- 대법원 국민사법참여위원회, “2013 국민참여재판 제도의 최종 형태 결정을 위한 공청회 결과 보고”, 공청회 자료집(2013. 2. 18.)
- 국민과 함께하는 사법발전위원회 전문위원 제1연구반, “국민의 사법참여 확대 및 강화-국민참여재판 활성화 방안”, 발제자료(2018. 5. 15.)
- 국민과 함께하는 사법발전위원회 전문위원 제1연구반, “국민의 사법참여 확대 및 강화-국민참여재판 활성화 방안(추가보고)”, 발제자료(2018. 6. 5.)
- 한국형사법학회, “피고인 신청을 제고 등을 통한 국민참여재판 활성화 방안”, 연구보고서(2017. 3.)
- 정진수, 박강우, “영국 배심제도의 공정·실효성 확보 방안 및 국민참여재판 개선 시사점 연구”, 한국형사정책연구원(2009)
- 홍진영, “편견 또는 차별에 기초한 무이유부 기피의 금지 - 미국 연방대법원의 Batson v. Kentucky 판결과 그 후속 논의의 시사점을 중심으로”, 사법 54호, 사법발전재단(2020)
- 홍진영, “국민참여재판에 따른 성폭력범죄 재판 운용의 실무적 개선방향에 관한 고찰”, 법조 66권 5호(통권 725호), 법조협회(2017)
- 노재호, “배심원후보자에 대한 무이유부기피의 제한 - 성적 지향(sexual orientation)에 기초한 무이유부기피는 허용되지 않는다고 한 연방 제9항소법원의 최근 판결을 중심으로”, 해외연수법관 보고자료 94호(2014. 5. 1.)
- 김선화, “국민참여재판에서 배심원 선정제도 개선에 관한 연구”, 사법논집 제70집, 사법발전재단(2020)

- 한상훈, “국민의 형사재판참여에 관한 법률상 배심원선정절차의 내용과 검토-2006. 4. 12. 사개추위 모의재판의 경험을 중심으로-”, 형사정책 19권 1호, 한국형사정책학회(2007)
- 한상훈, “미국배심제에서 배심원 선정절차”, 저스티스 통권 94호, 한국법학원(2006. 10.)
- 문일환, “국민참여재판 배심원에 대한 실무적 접근 - 배심원 선정, 평결, 양형을 중심으로”, 저스티스 통권 135호, 한국법학원(2013. 4.)
- 김형국, “국민참여재판에서 배심원선정절차의 쟁점에 관한 연구”, 연세대 학교 법무대학원 형사사법학과 석사학위논문(2013. 6.)
- 김형국, 정선희, 조수진, 국민참여재판론, 법문사(2016)
- 통계청, 2020년 다문화 인구동태 통계(보도자료)

2. 외국 문헌

- Dennis Hale, “The Jury in America, Triumph and Decline”, University Press of Kansas(2016)
- Lloyd E. Moore, “The Jury: Tool of Kings, Palladium of Liberty by a jury of twelve gods”, Anderson 2d ed. (1988)
- Douglas M. MacDowell, “The Law in Classical Athens(Aspect of Greek and Roman Life)”, Cornell University Press (1986)
- Theodore F.T. Plucknett, “A Concise History of the Common Law”, Little Brown 5th ed. (1956)
- Jon M. Van Dyke, “Jury Selection Procedure: Our Uncertain Commitment to Representative Panels”, Ballinger(1977)
- John Proffatt, “A Treatise on Trial By Jury: Including Questions of Law and Fact”, Rothman(1986)
- Saul K. Padover, “To Secure These Blessings”, Washington Square(1962)
- Valerie P. Hans, Neil Vidmar, “Judging the Jury”, Plenum(1986)
- Morris B. Hoffman, “Peremptory Challenges Should Be Abolished: A

- Trial Judge's Perspective", U. Chi. L. Rev. (1997)
- Carey Hugh Smith, "Sixth Amendment Rights to Jury Trial Prohibits Systematic Exclusion of Young People in Jury Selection Process", Suffolk University Law Review 18, 4(Fall 1984)
- Max B. Rothman, Burton D. Dunlop, Gretchen M Hirt, "Jury Selection in an Aging America: The New Discrimination", Elder's Advisor 2(2000-2001)
- Mary A. Lynch, "The Application of Equal Protection to Prospective Jurors with Disabilities: Will Batson Cover Disability-Based Strikes?", Albany Law Review 57(1993-1994)
- H. R. Alker, J. J. Barnard, "Procedural and Social Biases in the Jury Selection Process", Justice System Journal 3, 3(Spring 1978)
- Maggie Elise O'Grady, "A Jury of Your (Skinny) Peers: Weight-Based Peremptory Challenges and the Culture of Fat Bias", Stanford Journal of Civil Rights & Civil Liberties 7(April 2011)
- Amy R. Motomura, "The American Jury: Can Noncitizens Still Be Excluded?", Stanford Law Review 64(2012)
- Brian C. Kalt, "The Exclusion of Felons from Jury Service", American University Law Review 53, 1(October 2003)
- Nancy S. Marder, Justice Stevens, "the Peremptory Challenge, and the Jury", 74 Fordham L. Rev. 1683(2006)
- Albert W. Alschuler, "The Supreme Court and the Jury: Voir Dire, Peremptory Challenges, and the Review of Jury Verdicts", U. Chi. L. Rev. (1989)
- Raymond J. Broderick, "Why the Peremptory Challenge should be Abolished", Temple L. Rev. 399-410 (1992)
- Akil Reed Amar, "Reinventing Juries: Ten Suggested Reforms". 28 U.C. Davis L. Rev. 1169 (1995)
- Michell I. Bertrand et al, "We have centuries of work undone by a few bone-heads: A Review of Jury History, a Present

Snapshot of Crown and Defence Counsel Perspectives on Bill C-75's Elimination of Peremptory Challenges, and Representativeness Issues”

James J. Gobert, “In Search of the Impartial Jury”, 79 J. Crim. L. & Criminology 269 (1988-1999)

Arizona Task Force on Jury Data Collection, Policies, and Procedures, “Report and Recommendations(Oct. 4, 2021)”

Statewide Jury Selection Workgroup: A Workgroup of the Task Force on Jury Data Collection, Practices, and Procedures, “Report and Recommendations(Nov. 1, 2021)”, 43 Manitoba L. J. 111(2020)

Alexander Hamilton, The Federalist Papers 81(The Judiciary Continued, and the Distribution of the Judicial Authority), 83(The Judiciary Continued in Relation to Trial by Jury)

R. Blake Brown, “Challenges for Cause, Stand-Asides, and Peremptory Challenges in the Nineteenth Century”, Osgoode Hall L. Journal(2000)

Judith Heinz, “Peremptory Challenges in Criminal Cases: A Comparison of Regulation in the United States, England and Canada”, Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.(1993)

Judith H. Germano, “Preserving Peremptories: A Practitioner's Prerogative”, Journal of Civil Rights and Economic Development, Issue 2 Volume 10(1995)

Joan M. Brovins, Thomas Oehmke, “The Trial Practice Guide: Strategies, Systems and Procedures for the Attorney”, American Bar Association Section of General Practice(1992)

Dennis Hale, “All Rise: Trial by Jury is Probably the Worst Way to Administer Justice, Except All Others”, B.C. Magazine(Summer 2005)

John Gibeaut, “Challenging Peremptories”, American Bar Association(2005)

Samuel R. Sommers, Phoebe C. Ellsworth, “How Much Do We Really Know About Race and Juries?”, A Review of Social Science Theory and Research, 78 Chi.-Kent L. Rev. 997(2003)

Mary R. Rose, “A Voir Dire of Voir Dire: Listening to Jurors’ Views Regarding the Peremptory Challenge”, 78 Chi.-Kent L. Rev(2003)

Kenneth J. Melilli, “Batson in Practice: What We Have Learned About Batson and Peremptory Challenges”, 71 Notre Dame L. Rev. 447, 497(199)

Doug Most, “White Skin Privilege in Rittenhouse, Arbery Verdicts: If Kyle Rittenhouse had been Black, would he have even survived that night? asks LAW Dean Angela Onwuachi-Willig”, Boston University Today News(Nov. 2021)

3. 미국 연방대법원 판결

Swain v. Alabama, 380 U.S. 202, 220(1965)

Batson v. Kentucky, 476 U.S. 79, 89(1986)

Ross v. Oklahoma, 487 U.S. 81, 82(1988)

Stilson v. United States, 250 U.S. 583, 586(1919)

United States v. Marchant, 25 U.S. 480, 483(1827)

United States v. Shackelford, 59 U.S. 588, 590(1856)

Strauder v. West Virginia, 100 U.S. 303(1879)

Peters v. Kiff, 407 U.S. 493, 503-504(1972)

Ex Parte Virginia, 100 U.S. 339(1879)

Virginia v. Rives, 100 U.S. 313(1879)

Neal v. Delaware, 103 U.S. 370(1880)

Norris v. Alabama, 294 U.S. 587(1935)

J.E.B. v. Alabama ex rel. T.B., 511 U.S. 127(1994)

Powers v. Ohio, 499 U.S. 400(1991)

Georgia v. McCollum, 505 U.S. 42(1992)
Edmonson v. Leesville Concrete Co., Inc., 500 U.S. 614(1991)
Purkett v. Elem, 514 U.S. 765 (1995)
Hernandez v. New York, 500 U.S. 352, 356-57 (1991)

4. 미국 하급심 판결

United States v. Carter, 528 F.2d 844, 848(8th Cir. 1975)
United States v. McDaniels, 379 F.Supp. 1243(E.D. La.1974)
McKinney v. Walker, 394 F. Supp. 1015, 1017-1018(S.C. 1974)
State v. Washington, 375 So.2d 1162, 1163(La.1979)
People v. Wheeler, 22 Cal.3d 258, 260, 261(1978)
Commonwealth v. Soares, 377 Mass. 461(1979)
United States v. Clemmons, 892 F.2d 1153(3d Cir. 1989)
State v. Malone, 570 N.E.2d 584(Ill. App. Ct. 1991)
State v. Davis, 504 N.W.2d, 767(Minn 1993)
United States v. Ferguson, No. 92-5571, No. 92-5587, 1993 U.S. App.
Lexis 22373, at *1, *10 (4th Cir. Sept. 1, 1993)
United States v. Uwaezhoke, 995 F.2d 388, 393 (3d Cir. 1993)
United States v. Bishop, 959 F.2d 820, 827 (9th Cir. 1992)
People v. Bolling, 582 N.Y.S.2d 950(1992)
United States v. Omoruyi, 7 F.3d 880(9th Cir. 1993)
Booker v. Jabe, 775 F.2d 762, 770(6th Cir. 1985)

5. 캐나다 판결

R. v. Bain, 1 S.C.R. 91(1992)
R. v. Stanley, 2018 SKQB 27

Abstract

Study of Peremptory Challenges in Jury Selection Procedure of Korean Jury Trial

– Focusing on Discussions of Limitation and
Abolition of Peremptory Challenges in the
United States –

Seo Jinwon

Criminal Law Major

The Graduate School

Seoul National University

On the jury selection date of the Korean Jury Trial, prosecutor, defendant or the defense counsel can challenge prospective juror without stating any reason, and the court cannot select challenged prospective juror to sit in the jury. This is called peremptory challenge and it stems from the United States' legal tradition of peremptory challenge.

The United States has long recognized peremptory challenge as an important means of achieving a impartial jury. However, many prosecutors used peremptory challenge with racist intentions to exclude blacks. In 1986 the United States Supreme Court, by *Batson v. Kentucky* ruling, prohibited such practice of peremptory challenges, and the burden of proof for the defendant to challenge was greatly eased compared to the 1965 *Swain v. Alabama* ruling. Specifically, the defendant must first show that he is a member of a cognizable group, that prosecutor has exercised peremptory challenges to remove from the venire members of the defendant's race and that the facts and any other relevant circumstances raise and inference that the prosecutor used that practice to exclude the veniremen from the petit jury on account of their race. Once a defendant makes a prima facie case showing of purposeful discrimination in selection of the petit jury, burden shifts to prosecutor to come forward with a neutral explanation for challenging black jurors. Finally, the court must decide whether the prosecutor used peremptory challenges with purposeful discrimination. After that *Batson* was extended to gender.

However, as criticism was raised that the *Batson* did not reduce peremptory challenges with racist intentions, it was argued that peremptory challenges should be abolished. While the proponents of peremptory challenges argued that it is an important right to achieve impartial jury and that the illegality of it was perfectly cured by *Batson*, objectors of peremptory challenges argued that peremptory challenges has nothing to do

with impartial jury and *Batson* has cured nothing. Meanwhile, the United Kingdom, Canada, and the Supreme Court of Arizona abolished peremptory challenges.

Based on these discussions in the United States, it is necessary to consider the system of peremptory challenge of Korean Jury Trial. Article 21 §1 of the Rules of Korean Jury Trial prohibits peremptory challenge based on prejudice or discrimination, as in the *Batson* ruling. This is an effective regulation in light of the purpose of the Korean Jury Trial Act. On the other hand, Article 30 §2 of the Korean Jury Trial Act stipulates that if there is an peremptory challenge, the court must make a non-selection decision, and cannot overrule the challenge. Due to the above legal provisions, the court cannot judge whether the peremptory challenge is based on prejudice or discrimination. Some argue that the court can judge whether the peremptory challenge is based on prejudice or discrimination through a harmonious interpretation with the principle of equality or the right to a fair trial, but this interpretation is not allowed as it exceeds the limit of constitutional interpretation. Therefore, at present, peremptory challenge based on prejudice or discrimination are allowed due to the above legal regulations. In addition to these problems, the peremptory challenge itself allows discrimination, and the parties arbitrarily select jurors, and such aspects are not consistent with the impartial jury. Therefore, the peremptory challenge should be abolished. In order to compose impartial jury, it is necessary to revitalize challenge for cause.

keywords : Peremptory Challenge, Jury Selection Procedure,
Impartial Jury, Jury Trial, Challenge for Cause
Student Number : 2018-24198