

# 고대 그리이스의 민중재판

朴 洪 圭\*

## I. 머리말

민주사법 또는 민주재판의 원형으로서 고대 그리이스의 재판제도를 검토할 필요가 있다. 특정한 타인의 의지가 아니라 민중의 자기결정에 의해 민중의 행위를 판단한다는 민주주의의 원리가 사법 또는 재판에 하나의 제도로 구체화된 것은 인류 역사에 있어서 고대 그리이스의 경우가 처음이기 때문이다. 그것은 오늘의 기준에 비추어 보아도 가장 민주적인 제도로서 역사상 사회제도 중에서 가장 위대한 성과의 하나로 평가되고 있다.<sup>1)</sup>

그리스신화에서 자연질서와 윤리질서의 여신인 데미스(Themis)는 하늘과 땅의 딸이었다. 곧 법은 인간의 기초적이고 본래적인 요소로 상념되었다. 그리고 법에 근거한 정의에 적합한 분쟁의 처리를 정의개념과 재판에 의한다는 것은 데미스의 딸인 디케(Dike)가 상징했다.<sup>2)</sup>

고대 그리이스법은 기원전 3000년(크레타-미노아시대)으로부터 기원전 1200-1000년(선주민족과 도리아인이 혼합된 역사시대), 그리고 유스티니아누스대제(비잔틴법이라고 불리는)시까지 고대 그리이스의 여러 영역에서 발전된 법제도를 말한다. 그 중에서, 특히 중요한 시기는 기원전 5세기부터

\* 嶺南大學校 法科大學 教授

1) Douglas M. MacDowell, *The Law in Classical Athens*, 1978, pp. 10-11(이하 이 책은 MacDowell로 인용함).

2) Edith Hamilton, *Mythology*, Mentor, 1969, p. 25, 37.

4세기에 걸쳐 도시라고 하는 정치조직이 변형한 시대이다. 따라서 고대 그리이스법을 그리이스도시법이라고 볼 수도 있다. 그리이스에는 많은 도시가 있었으나 그 법제도는 거의 공통된 것으로서 그리이스철학에 기초했다.<sup>3)</sup>

호머와 헤시오도스의 서사시에 의하면, 기원전 7세기말까지의 그리이스에는 분쟁처리방법으로서 당사자가 격투나 대화에 의해 해결하는 경우도 있었으나,<sup>4)</sup> 중립의 제3자에게 해결을 구하여 제소하는 것이 재판절차의 참된 기원이 되었다.<sup>5)</sup> 재판은 본래 신탁의 왕이 갖는 권한으로 생각되기도 했으나,<sup>6)</sup> 기원전 7세기까지 왕은 세습군주가 아니게 되었고 그 권능을 서서히 상실하였다. 그리하여 군주가 아닌 장로들<sup>7)</sup>이 아고라(집회장)에서 민중을 앞에 두고 정의에 관한 공공의 의식에 따라 분쟁해결을 위한 판단을 내렸다.<sup>8)</sup> 한편 기원전 6세기부터 4세기 사이의 아테네에는 매우 정교한 민중재판제도가 존재했다.<sup>9)</sup> 이와 같이 분쟁해결이 국왕의 판단에 의하는가, 장로들에 의하는가, 민중의 판단이 영향력을 미치는가에 따라 각각 군주제, 귀족제, 민주정의 특징이 형성되었다. 그러나 고대 아테네에서는 최후의 방법이 재판절차의 주류를 이루었다.<sup>10)</sup> 그리고 그렇게 이행하는 과정에서 사건처리의 판단에 성문법에 의한 제약이 가해졌다.

아테네에서는 기원전 7세기까지 왕정에서 귀족정으로 이행했다.<sup>11)</sup> 그러한 권한위축의 가장 큰 원인은 알콘에게 권력을 위양하는 것에 의해 생겼다. 알콘(집정관)은 고전기 아테네에서 왕위에 존재했다. 알콘은 기원전 5세기까지 9명이 되었고, 기원전 487년까지 선거로 선출되었으나 그 후에는 추첨으로 결정되어 결국은 특별한 출신배경이나 자격도 갖지 않는 일반

3) 이는 도시법이 아닌 제국법이었던 로마법과 대조적인 점이다. 로마법은 왕정(기원전 753년-509년), 공화정(기원전 509-27년), 제정(기원전 27년-565년, 유스티니아누스대제)으로 정체가 변했으나 언제나 중앙집권적인 권위를 배경으로 하여 발전했다.

4) 격투는 Homer, *Iliad*, XII, 421-4. 토론은 동 IX, 632-6(이하 이 책은 Homer로 인용함).

5) Homer, XXIII, 485-7.

6) Homer, II, 205-6.

7) Homer, I, 237-9.

8) Homer, II, 807; XV, 387; XVIII, 497.

9) MacDowell, 1978, pp 10-11.

10) MacDowell, pp. 22-23.

11) MacDowell, p. 24.

인으로부터 선출되었다.<sup>12)</sup> 왕의 권력은 다시 여러 사람에게 위양되어, 법률사건은 대부분 알콘 중 6명의 테스모데타이(법의 정립자 또는 물의 선고자)에 의해 처리되었으나, 다른 알콘이 재판을 개최하고 민중이 판단한 경우도 있었다.<sup>13)</sup> 따라서 기원전 7세기에는 알콘 자신이 사건의 판단을 내림이 원칙이었으나,<sup>14)</sup> 기원전 4세기에는 알콘은 법원에 소를 제기하고 민중에 의한 재판을 준비하는 것에 그치게 되었다.

아레오파고스라고 하는 현대 그리이스의 대법원 이름은 고대 그리이스의 그것에 유래한다. 아리스토텔레스에 의하면 기원전 7세기의 아레오파고스는 법의 수호자로서 그 권한은 무제한이었다.<sup>15)</sup> 그러한 사고가 프랑스혁명에 사상적인 영향을 끼쳐 프랑스의 Cour de Cassation(파기원)의 기원이 되었다. 아레오파고스는 모든 재판을 담당한 것은 아니고 특정한 중대범죄에 대해서만 재판했고,<sup>16)</sup> 기원전 461년 이후에는 고의살인에 한정되었다. 그것 외에도 추첨으로 선발된 51명(기원전 5-4세기)의 에페타이(상소에 관해 판단을 내리는 사람들)로 구성되는 재판기관도 있었다.<sup>17)</sup>

아테네의 최초 입법은 기원전 7세기말의 드라콘에 의한 것이나, 그 후 수십년 뒤에 알콘으로 선출된 솔론이 정치·경제의 개혁과 함께 민주적인 법적 개혁도 수행했다. 이에 대해 아리스토텔레스는 다음과 같이 말했다.

솔론의 국제(國制) 중에서 가장 민주적인 특징을 갖는 것은 다음 셋이다. 첫째, 그리고 가장 중요한 것은 채무자의 신체를 담보로 하는 대부의 금지이다. 둘째, 피해자가 누구이든간에 그를 대신하여 손해배상청구의 소를 제기하는 권리를 모든 사람에게 인정한 점이다. 셋째, 민중재판에 호소할 수 있는 제도를 창설한 것이다.

12) MacDowell, p. 25.

13) Aristotle, *Athnaion Politeia*, (이하 이 책은 Aristotle로 인용함) chapters 56-59.

14) Aristotle, chapters 3-5.

15) Aristotle, chapter 3. 6.

16) MacDowell, pp. 27-29.

17) MacDowell, pp. 27-28.

민중은 이 민중법원에 의해 특히 자신의 힘을 얻을 수 있게 되었다. 왜냐하면 민주주의하에서 투표를 했을 때, 민주주의는 국제를 지배하기 때문이다.<sup>18)</sup>

아리스토텔레스가 말한 세번째가 바로 헤리아이어법원이라고 하는 민중법원이었다. 그것은 시민이 아무런 구별없이 모두 재판관으로서 행위하는 것이 허용된 최초의 법원이었다. 그런데 솔론이 창설한 법원이란 아테네의 민회(Ekklesia)를 말하며, 그 민회가 재판목적으로 열린 경우 헤리아이어라고 불려졌다. 그것은 공무원의 판단에 불복하는 당사자가 동 법원에 제소하거나, 솔론의 법률에 의한 법정 한도를 넘는 제재를 부과하고자 하는 경우에 사건을 동 법원에 회부하는 공무원의 의무를 말했다.<sup>19)</sup> 따라서 그 법원에 그러한 상소(에페시스)를 하는 것이 인정된다고 하는 것은, 재판을 하는 최종 권한이 민중에게 부여되었음을 뜻했다. 그리고 그 상소는 무료로 보장되었다.<sup>20)</sup>

## II. 헤리아이어: 민중참심에 의한 공개재판

### 1. 참심원과 법원

헤리아이어(heriaia)<sup>21)</sup>는 참심원(dikastes)<sup>22)</sup>에 의한 공개재판을 말

18) Aristotle, chapter 9.

19) MacDowell, p. 2, 32.

20) MacDowell, p. 32.

21) 이 말의 기원은 도리아인의 포리스에서 '민회'를 의미한 alia, aliaia에 있다. 민회는 아테네에서 ekklesia로 불려졌으므로 aliaia와 ekklesia는 반대개념이 아니라 모두 시민을 대표하는 총회라고 하는 동종의 개념이다.

22) 이를 영미법계에서는 배심(jury)이라고 번역하나 잘못된 것이다. 왜냐하면 그것은 사실인정에 그치는 현대의 배심과는 달리 사실인정과 법률판단을 함께 하기 때문이다. 그렇다고 하여 이를 참심이라고 번역함에도 문제는 있다. 사실인정과 법률판단을 함께 한다는 점에서 참심에 가까우나 그 형태가 참심과 같이 2-3명 정도에 그치는 것이 아니라 600명 전후의 대중이 참여하는 제도이기 때문이다. 따라서 이 글에서는 참심(參審)이라는 용어를 현대의 참심제와는 달리 심판에 참여한다는 의미에서 사용하도록 한다. 이는 배심(陪審)이라는 용어를 사용하는 것보다는 정확하다고 생각되기 때문이다.

한다. 재판의 공개는 유사전에 발달되었으나, 그것이 가장 완성된 형태로 나타난 것은 헤리아이어법원에 의한 것이었다. 참심원은 제정법의 내용을 모른다고 가정되어 당사자가 주장하지 않은 법률을 적용하는 것은 기대되지 않았다.

참심법원의 참심원 자격은, 30세 이상의 자로, 시민으로서의 권리를 모두 갖춘 자이다. 매년 6천명의 참심원이 추천에 의해 선발되었고(위험이나 수뢰를 방지하기 위하여),<sup>23)</sup> 테스모테타이가 주재하는 10개의 법원에 배치되었다. 참심원은 매년초에 참심(에리아스티크)선서를 했다. 민회가 열리는 기간에 참심법원은 개정되지 않았다.<sup>24)</sup> 실제로 하나의 참심을 구성한 참심원 수는 6백명 정도였으나, 소송물의 가액과 사건의 중대성에 따라 그 인원은 다시 변했다. 곧 공익사건의 경우 501명<sup>25)</sup>이 최소였고 1천명, 1천5백명, 2천5백명, 6천명으로 늘어났으며, 사익의 경우 401명과 201명의 경우가 있었다.<sup>26)</sup> 따라서 현대 영미의 12명으로 구성되는 배심은 물론 대륙법계의 평균 2명 정도로 구성되는 참심제에 비해 그 규모는 월등 컸다. 그리이스의 그것은 곧잘 극장재판이라고 불려졌다. 가난한 시민이 참심에 참가하기 위하여 출정일수에 따라 참심원에게는 보수가 지급된 기원전 5세기 중엽부터 참심제는 확립되었다.

그런데 소송은 언제나 하루만에 끝났고 변론도 물시계에 의해 통제되었으므로 민중소송을 당한다는 것은 상당한 위험을 무릅써야 하는 것이었다. 뒤에서 보는 중재제도가 발달한 것도 그러한 재판제도의 결함을 보충하기 위해서였다.

고대 아테네의 알콘 중에는 로마의 법무관과 유사한 권위를 갖는 것은 없었고, 따라서 법무관법(ius praetorium)에 상당한 법원칙도 수립되지 못했으나, 그래도 소권과 실체적 권리 사이에는 명확한 관계가 있었다. 게다가 실체적 권리의 절차상 취급은 신청인의 법적 지위에 의해 좌우되었

23) 양병우 교수에 의하면 6천명으로 늘어난 것은 57-8년경이라고 한다. 양병우, 아테네 민주정치사, 서울대학교 출판부, 1976, pp.77-78.

24) MacDowell, p. 34.

25) 소크라테스의 재판이 501명에 의한 것이었다.

26) MacDowell, p. 34.

다. 따라서 주장의 내용이 동일하여도 신청인에 따라 그 취급이 다른 경우도 있었다.<sup>27)</sup>

아테네법에서는 일반법원과 특별법원(공익)이 있었고, 일반법원은 다시 공익에 관한 소송(graphai)과 사익에 관한 소송(dikai)으로 나누어졌다.<sup>28)</sup> 그러나 여기서의 공익과 사익이란 오늘날 우리가 말하는 그것과 반드시 일치하지 않는다는 것을 주의하여야 한다. 예컨대 살인에 관한 형사소송을 우리는 공적 소송이라고 생각하나 그리이스에서는 그것이 사적 소송으로 생각되어 피해자의 가족이나 친족만이 소추를 할 수 있었다. 반면 공적 소송이란 특정한 개인과 관련되지 않고, 아테네시민이라면 누구라도 소추할 수 있는 소송을 의미했다.

그보다 더욱 중요한 구별은 공적 소송은 바로 민중법원에 의해 심리될 수 있으나, 사적 소송은 대부분 소송 이전에 중재되어야 했다(중재전치주의)는 점이다. 곧 후자는 우리 나라의 가족관계사건에 대하여 조정전치주의가 취해지는 것과 같았다.

## 2. 통상의 재판절차

재판절차는 처분권주의와 당사자진행주의 및 변론주의의 원칙에 따라 전개되었다. 고대 아테네에서는 정치제도가 서서히 변화되어 여러 가지의 판단을 행하는 권한이 민중에게 이행됨에 따라 법과정의 운용도 당사자인 사인에게 위임되었다. 그것은 개인의 정치적 자유를 뜻했다.

### A. 피고와 피고인의 소환

재판절차는 피고나 피고인을 증인 앞에 구두로 소환하는 것으로 시작된다. 원고나 고발자는 5일 이내에 공익에 관한 소송의 경우에는 그 고발이유, 사익에 관한 소송인 경우에는 그 청구원인, 그리고 각각의 경우 그 법

27) MacDowell, p. 61.

28) MacDowell, p. 57 이하.

적 기초를 서면으로 담당 알콘에게 보내야 한다. 소환된 피고나 피고인은 자신의 주장을 제출할 수 있다. 단 양 당사자는 자신의 주장내용을 선서에 의해 확인하여야 한다.<sup>29)</sup>

#### B. 예비심문절차

다음 법적 쟁점을 담당 공무원(알콘) 앞에서 명확하게 밝히는 구두변론이 공판전의 절차(아나크리시스)로 행해졌다. 그것은 영미법계의 현행 예비심문절차와 동일한 지침에 근거하여 행해졌다. 여기서 공판준비로서 알콘이 소송당사자에게 심문하고 증명방법의 선택을 도왔다.<sup>30)</sup>

#### C. 구두변론과 공판기일의 지정과 사건의 회부

예비심문절차가 종료하면 알콘이 구두변론과 공판기일을 지정하여 10개의 참심법원 가운데 하나의 법원에 그 사건을 회부하고, 그곳의 공판에 회부해야 했다. 사건의 분배는 테스모데타이가 담당했다.<sup>31)</sup> 그는 추첨으로 10인의 일반인재판관을 선출할 의무도 졌다. 그 중 1명은 변론자의 변론 시간을 물시게로 재었고, 4명은 투표를 감시했으며, 나머지 5명은 매일 지급되는 참심원에 대한 보수를 담당했다.

#### D. 구두변론

구두변론과 공판도 알콘이 주재했다. 구두변론과 공판의 기일에 소송당사자는 증인과 지지자를 데리고 사건을 담당하는 공무원의 법원에 출두한다. 공중이 방청을 위하여 둘러싸고 그 중간에 법정이 형성되었다. 법정의 정리가 공개절차의 개시를 고시하면, 법원의 서기가 당사자의 소장 및 반소를 낭독했다.<sup>32)</sup> 그 후 양당사자는 높은 대 위에 서서 자기 주장을 전개

29) MacDowell, p. 240.

30) MacDowell, pp. 240-242.

31) Aristotle, chapter 48, 5.

32) Aristophanes, *Sphikes*(말벌), 894. 김정옥 역, 말벌, 희랍극전집, 제3권, 현암사, p. 99. 이 작품은 보수주의적인 작가가 당시의 배심원들이 데마고그들에 의해 조종을 당하면서 보잘 것없는 권력에 의해 있음을 풍자한 작품이다. 무식한 주인공은 배심원과 재판관을 겸하면서 3오블로스의 일급을 받기 위

했다. 그 경우 시간제한이 있었다.<sup>33)</sup> 현대의 제도와 다른 특이한 점은, 변론을 하는 중에도 증거가 법원에 제출되었다고 하는 점이다. 법률이나 증인의 공술, 기타 문서 등, 변론자가 참심원에게 들려주고 싶어하는 것은 모두 서기에 의해 낭독되었다. 그것에 걸리는 시간은 사익에 관한 사건의 경우에 당사자가 배당받은 시간에서 제외되었다. 이와 같이 증거제출에 관해서는 구두주의가 취해졌다.<sup>34)</sup> 기원전 4세기에는 당사자의 법정변론을 대필하는 전문가인 로고그라포스가 존재했다.<sup>35)</sup> 또한 양당사자는 변론을 2회 할 수 있었다.

#### E. 공판

당사자의 변론이 끝나면, 참심원이 사실문제, 법률문제, 형평문제에 관하여 투표로 평결을 했다.<sup>36)</sup> 알콘은 그 투표에 어떤 지시나 조언을 하지 않았다. 기원전 5세기에는 참심원은 1표씩 투표(프세포스)했다. 투표는 참심원이 지참한 등근 돌이나 조개껍질을 2개의 항아리 가운데 하나에 던지는 식으로 행해졌다. 항아리 중의 하나는 유죄 또는 피고패소, 다른 하나는 무죄 또는 피고승소를 뜻했다. 항아리는 나뭇가지로 만든 뚜껑으로 덮여져 투표의 비밀은 확보되었다.<sup>37)</sup> 기원전 4세기에 와서 청동제의 투표구가 사용되었다.<sup>38)</sup>

평결은 투표의 과반수로 결정되고, 동수인 경우에는 피고의 승소 또는 무죄가 되었다.<sup>39)</sup> 공익사건으로 고발자가 투표수의 5분의 1을 획득하지 못하면 고발자에게 벌금(1천 δρα쿠마)이 부과되었고 사후 동종의 소추를 할 수 없게 되었다. 또한 사익의 소송에서 원고가 패소한 경우, 원고는 청구액의 6분의 1에 해당하는 금전을 피고에게 지급하여야 했다(에포리베리

해 데마고그에게 이용당하고 경쟁의 도구가 되었다고 작가는 비난하고 있다.

33) MacDowell, pp. 249-250.

34) MacDowell, p. 250.

35) MacDowell, p. 250.

36) MacDowell, pp. 251-252.

37) MacDowell, p. 252.

38) MacDowell, p. 252.

39) Aristotle, chapter. 69. 1.



아). 40)

배상액이나 양형이 법률상 정해지지 않은 사건이면, 양당사자가 주장하는 배상액이나 양형 중 하나를 참심원이 투표로 선택했다는 점도 현대의 참심제나 배심제와 다른 점이다. 따라서 양당사자는 그 제안의 변론도 해야 했으나,<sup>41)</sup> 그것은 결코 쉬운 일이 아니었다. 왜냐하면 자신이 제시한 배상액이나 형량이 과도하게 가벼우면 참심원은 상대방에게 투표할 것이기 때문이다.<sup>42)</sup> 헤리아이어법원의 판결에는 확정력이 부여되고,<sup>43)</sup> 상소는 예외적으로만 허용되었다.

### 3. 공적 중재제도

고대 아테네에는 중재제도가 발달하여 공적인 것과 사적인 것으로 분화되었다. 규모가 크고 장기간에 걸치는 민중재판의 결점을 보완하고자 나타난 것이 공적 중재제도이다. 공익에 관한 소송은 바로 참심법원에 제기되었으나, 사익에 관한 소송으로 민구(民區) 재판관(40인재판관<sup>44)</sup>과 부족 재판관<sup>45)</sup>의 조직체)의 관할인 것은 먼저 공적 중재제도에 의해 심리되었다. 민구 재판관은 30명으로 일종의 순회 재판을 했으나, 기원전 5세기말에는 40명이 선출되었다(10개 부족에서 각 4명씩).<sup>46)</sup>

기원전 4세기에는 사법상, 특히 상속 및 상사사건을 제외한 재산권에 관한 사건의 대부분은 10개 부족에서 각각 4명씩 추첨으로 선발된 40명의 구민 재판관의 관할이 되었다. 그 사건이 피고가 속하는 구민 재판관 4명에게 제출된 경우, 그 청구액이 10드라쿠마 이상이면 4명의 재판관은 중재인단에서 추첨으로 선발된 중재인에게 그 사건을 반드시 이송해야 했다.<sup>47)</sup>

40) MacDowell, pp. 252-254.

41) Aristotle, chapter 69.2.

42) MacDowell, pp. 253-258.

43) MacDowell, p. 60.

44) Aristotle, chapter 53.1: MacDowell, p. 206.

45) Aristotle, chapter 48.5: MacDowell, p. 206.

46) Aristotle, chapter 53.1: MacDowell pp. 206-207.

47) Aristotle, chapter 53.2: MacDowell, p. 207.

공적 중재제도는 경험이 풍부한 자에 대한 신뢰를 기초로 하는 제도로서,<sup>48)</sup> 아테네 시민은 60세(병역 최후 연령)가 되면 중재인명부에 등록되어<sup>49)</sup> 추첨에 의해 모두 중재인이 될 의무를 졌다.<sup>50)</sup>

심리는 공개되고 형평의 정신에 근거하여 행해질 것이 기대되었다. 중재인은 당사자가 제출한 주장과 증거를 검토한 뒤에, 먼저 화해를 권유하고, 그것이 실패하면 중재를 했다. 그것에 불복하는 당사자는 헤리아이어법원에 상소할 수 있으나, 중재수단으로 제출하지 않은 증거는 제출할 수 없었다.<sup>51)</sup>

#### 4. 사적 중재제도

아테네에서는 사적인 중재제도도 일반적으로 이용되었다.<sup>52)</sup> 기원전 403-402년에 알콘이었던 유클레테스는 중재인법을 만들었다. 사적 중재인의 판단에 구속력을 부여한 것은 중재에 관한 당사자의 사전 합의(계약)였고, 따라서 양당사자는 제3자의 중재에 복종했다.<sup>53)</sup> 사건이 법원에 계속(係屬)되어도 중재가 합의되면 그것은 소 각하의 이유가 되었다.<sup>54)</sup> 사적 중재에 확정력이 인정되면 다시 법원에 제소할 수가 없었다.<sup>55)</sup>

### Ⅲ. 고대 아테네 사법의 원리

기원전 2세기, 곧 기원전 146년의 로마침입으로 인하여 고대 아테네의 법은 현대법제도에 거의 영향을 끼치지 못하고 끝났다. 그 가장 중요한 계

48) MacDowell, p. 208.

49) MacDowell, p. 208.

50) Aristotle, chapter 53.4.

51) 로마법에서는 공적인 중재제도가 전혀 발달하지 못했다. 곧 분쟁해결이 소송에 의하지 않고 비법적인 요소에 의해 처리된다고 하는 것은 로마법의 경우 전혀 상상되지 못했다.

52) MacDowell, p. 203.

53) MacDowell, p. 204.

54) MacDowell, p. 204.

55) MacDowell, p. 209.

기는 로마법의 발전이었다. 수세기 후 그리이스에는 로마법이 비잔틴제국의 법으로 제도화되었고, 그것은 근대 그리이스국가에도 로마법을 계수한 독일법과 프랑스법을 모델로 하여 그대로 계승되었다.

그러나 고대 그리이스가 로마에 의해 정복된 기원전 146년 당시의 그리이스법은 로마법보다도 진보적이고 유연했으며 인도주의적이었으므로, 로마법에는 그리이스법의 기본이념이 상당히 반영되었고, 특히 형평(aequitas)이나 성실(bona fides), 복지(utilitas)와 같은 관념은 고대 그리이스철학을 통하여 로마법에 도입되었으며, 나아가 계약의 준수(pacta sunt servanda)나 비채변제청구권(非債辨濟請求權, *condictio indebiti*) 등도 그리이스철학의 영향을 받았다. 특히 기원전 30년 이래 헬레니즘의 영향으로 로마법이 변용하여 소위 그리이스-로마기가 시작되었다. 따라서 그리이스법이 로마법에 미친 영향은 컸다. 그러므로 현대법에 그리이스법이 끼친 영향을 검토하기 위해서는 제도보다도 다음과 같은 그 원리의 측면들을 중시해야 한다.

### 1. 권력분립의 원리

흔히 권력분립론의 기원을 몽테스큐에서 찾고 있으나, 그 사상적인 기원은 아리스토텔레스까지 소급될 수 있고, 실제로 고대 아테네의 헌법에는 3권분립(입법권의 경우 현대의 그것과 상이하나)이 규정되었다. 아리스토텔레스는 다음과 같이 말했다.

모든 헌법에는 세 가지 요소가 있다. 첫째 공무에 관하여 심의한다고 하는 요소, 둘째 행정에 관한 요소, 셋째 사법권을 갖는 요소이다.<sup>56)</sup>

그러나 그리이스의 그것은 절대적인 민주제였으므로, 행위의 위법성을 심사하는 측의 참심(헤리아이어)법원과, 심사받는 측의 민회에 동일한 시

56) Aristotle, *Politica*, book 9, 14, 1297a, 1298b. 아테네 민주정치에 대해서는 지동식 편역, 고전 고대 회람사연구의 제문제, 고려대학교 출판부, 1979, pp. 45-83 참조.

민이 구성원으로 참가했다는 점에서 현대의 엄격히 독립된 권력분립제도와 달랐다.

## 2. 사법심사의 원리

고대 아테네인들은 법에 절대성을 인정하여 그 개정을 부정했으므로 헌법은 경성헌법적 성격을 띠었다. 헌법규정의 보호는 시민의 신청에 의해 참심법원이 행하였다. 민회의 행위에 대한 참심법원의 심사는 현대의 헌법법원에 의한 위헌심사와 유사하다. 합법성에 관한 판단은 국가의 모든 활동에 미쳤고, 알콘(집정관)의 행위도 심사대상이 되었다. 알콘에 대해서는 그 자격의 유무도 심사되고,<sup>57)</sup> 그 권한남용이나 부당행위시에는 소추를 받았다.<sup>58)</sup>

## 3. 참심재판을 받을 권리

참심재판을 받을 권리는 솔론의 개혁 이래 아테네헌법의 지배적인 원리가 되었다. 특히 상소권(에베시스)이 재판을 받을 권리에 매우 중요하게 기능했다. 소송비용이 무료였다는 점도 그러한 권리를 보장하는 전제조건이었다.<sup>59)</sup> 따라서 현대적인 법률부조나 소송비용의 면제 따위는 전혀 고려될 필요가 없었다. 필요적인 공적 중재제도도 에베시스가 인정된 점, 중재인의 선출방법, 절차의 공개성, 증거취급방법 등으로 보면 재판을 받을 권리를 침해하는 것이 아니었다.

## 4. 피고와 피고인의 권리

자기의 권리를 공정하게 주장하는 피고 및 피고인의 권리는 참심원의 선

57) MacDowell, pp. 167-169.

58) MacDowell, pp. 169-170. pp. 171-172.

59) MacDowell, p. 32.

서에 의해 보장되었다.<sup>60)</sup> 그 소답(訴答)의 권리는 폭넓게 인정되었고, 절차상의 문제에 관한 이의신청에는 페라그라페라고 하는 특별한 절차가 있었다.<sup>61)</sup>

법정에 출두하지 않아 패소한 경우, 출두하지 못한 정당한 이유가 있으면, 2개월내에 심리를 재개받을 수 있는 권리가 인정되었다. 공적 중재에서도 절차의 연기를 요구했음에도 불구하고 출두하지 못해 불리한 취급을 받았으면, 10일 이내에 자기 부족을 담당하는 민구의 재판관에게 신청하여 새로운 절차를 할 수 있었다.<sup>62)</sup>

## 5. 참심, 공개, 당사자주의

참심에 의한, 공개재판의, 당사자주의는 현대 재판의 원리로서 기능한다.<sup>63)</sup> 이에 대해서는 앞에서 설명했다.

## 6. 형평의 원리

형평은 아테네사법과정의 기본이념이었으나 영미법의 그것과는 달랐다. 배심원이 적용해야 할 법이 존재하지 않은 경우, 현대 스위스민법의 그것(제1조 2항)과 같이 '최선의 판단에 따라' 결정을 내릴 것이 기대되었다.<sup>64)</sup> 아리스토텔레스가 말했듯이 형평은 정의의 일종으로서 성문법을 넘어 그 결점을 보완하는 기능을 수행했다.<sup>65)</sup> 따라서 재판관에 의한 법의 창조는 재판의 본래적인 기능으로 인정되었다. 재판의 하자를 그대로 방치하는 것은 허용되지 않으므로 참심법원의 판단은 확정력이 인정되었음에도 불구하고 실체법 또는 절차법상의 하자를 이유로 하여 다른 재판에서 다투는 것

60) MacDowell, p. 7.

61) MacDowell, pp. 214-217.

62) MacDowell, pp. 248-249.

63) MacDowell, p. 32.

64) MacDowell, p. 44.

65) Aristotle, *Rhetorica*, Book I, 13, 1374a, 20-25.

이 허용되었다.

#### IV. 맺음말

아리스토파네스의 ‘말벌’이 풍자했듯이 대규모의 참심원단은 개인의 책임감을 잃게 하고, 데마고그의 선동에 의해 정치적인 도구로 악용될 수도 있으며,<sup>66)</sup> 법정변론이 참심원의 정치적 편견이나 감정의 호소에 치우치게 만들 수도 있다. 또한 참심원은 그 사건에 대한 주관적인 1회적 결론만을 내려 객관적이고 지속적인 법적 추론이 발달하지도 못했다. 그리하여 그리이스법은 ‘이론을 결여한 법’으로 불려졌다. 이는 ‘이론을 가진 법’인 로마법과 특히 구별되는 그리이스법의 특징이다. 또한 사법작용이 여러 국가 활동에 미치고 소송비용이 무료여서 소송남용이 비판되기도 했다.

그러나 민중재판은 강력한 범죄자를 교정하는 유일하게 효과적인 기관으로 기능했다. 참심원은 추천으로 선발되었고, 사전에 담당 사건을 전혀 알지 못했으며, 투표의 비밀이 보호됨에 의해 권력자가 참심원을 협박하거나 수뢰하기는 사실상 불가능했다. 또한 사적 분쟁의 경우, 재판전에 반드시 중재에 회부된 것도 현대적인 것으로 평가될 수 있다.

그러나 이상의 장단점보다도 더욱 주목해야 할 근본적인 것은 아리스토텔레스<sup>67)</sup>를 비롯한 그리이스의 정치이론에서는 사법에 적극적으로 참여하는 인간이 아니면 적극적인 시민으로 보지 않았다고 하는 점이다. 곧 민주주의는 참심에 의해 실현된다고 보았다는 것이다. 따라서 참심재판의 결점은 시민의 양식에 의해 상계되어야 하는 것에 불과했다.

66) 아리스토파네스의 데마고그 비판에 대해서는 김진경, 그리스 비극과 민주정치, 일조각, 1991, pp. 209-213 참조.

67) Aristotle, *Politica*, book III, 127 ff, 20-25.