

국민참여재판의 시행성과와 향후과제

박미숙*

국 | 문 | 요 | 약

본 글은 국민참여재판이 시행된 지 2년 반 정도 경과한 시점에서 국민참여재판의 시행성과를 살펴보고 향후 과제를 제시해보고자 하는데 그 목적이 있다. 다만 국민참여재판제도의 의의 및 도입배경 등에 비추어 헌법적 측면에서의 논의와 헌법적 근거에 따른 배심원 평결의 효력 재구성 등에 대한 논의가 제도 정착의 향방에 본질적인 문제라고 보아 이 문제에 중점을 두고자 하였다. 현행 국민참여재판제도에 대한 헌법적 논의 부족과 이에 따른 시범시행이라는 타협으로 인하여 배심제적 요소에 참심제의 요소를 가미한 형태라는 특성을 갖는다. 이러한 특성 때문에 국민참여재판은 그 시행과정에서 적지 않은 문제점을 드러내고 있다. 먼저 원칙적으로 국민참여 재판제도는 현행 헌법상 법관에 의한 재판을 받을 권리에 반하지 않는다. 다만 배심원이 양형판 단에까지 관여할 것인가 하는 문제는 배심제도를 채택할 것인가 참심제도를 채택할 것인가에 따라서 결정되어야 할 것이다. 그 어느 제도를 채택하든 배심원 평결에 대하여는 기속적 효력을 인정하도록 해야 한다. 그 다음으로 대상사건의 확대, 대상사건의 필요적 국민참여재판 등을 기본으로 하는 제도정착화 방안이 마련되어야 한다. 물론 제도정착에 있어서 가장 기본적인 것은 관련 법조인의 인식전환과 사법부담에 대한 정확한 진단과 평가, 그리고 제도에 대한 국민 이해 제고 등이며, 이에 대한 교육·홍보가 필요하다. 향후 재판 진행 과정에서 드러나는 배심원 선정절차상 문제, 공판단계에서의 증인 및 피고인신문·증거조사상 문제, 그리고 항소 문제 등에 대한 진단과 구체적인 대안모색을 통하여 완성된 형태의 국민참여재판제도 정착에 토대가 되기를 기대한다.

❖ 주제어 : 국민참여재판, 배심제도, 참심제도, 재판원제도, 배심원평결

I. 국민사법참여제도 의의와 문제의 제기

전 국민의 관심 속에서 국민의 사법참여재판이 시행된 지 2년 반이 경과하면서

* 한국형사정책연구원, 선임연구위원

어느덧 중간평가의 시점에 와 있다. 국민참여 첫 재판이 열리던 날 기대와 설레임으로 대구행 열차에 몸을 싣던 그날이 아직도 생생하고, 이런 형태의 재판이 우리에게도 현실이 되었구나 하는 감회에 젖어 앞으로의 형사재판 전반에 걸친 변화가능성과 긍정적 예측을 그려보던 돌아오던 길의 답소도 잊을 수 없다. 시행 이후 1년이 경과하면서도 국민참여재판의 실체가 무엇인가에 대하여 여전히 관심 없거나 정확히 알지 못하거나 관심 없는 듯한 전문가를 대하면서도 그 기대는 쉽사리 저버리지 않았다. 그런데 지금 이 글을 쓰는 시점에서 언론매체에서 “국민참여재판 3년만에 고사위기”¹⁾라는 타이틀을 보면서 지나간 사법개혁의 성과로서 도입된 국민참여재판제도가 왜 이런 평가를 받기에 이르렀나를 생각해보게 된다.

우리나라에서 소위 형사사법예의 시민참여 논의는 1990년대부터였는데, 형사사법제도에 대한 감시와 참여를 주도하는 시민층의 대두와 이를 바탕으로 한 정부차원의 사법개혁 단계인 1995년의 세계화추진위원회의 설치가 그 계기이다. 당시 이러한 개혁요구는 매우 적극적으로 전개되었으며 향후 시민의 사법참여가 태동하는 모습을 보여주었다.²⁾ 이후 형사사법예의 시민참여 논쟁은 정부적 차원에서의 사법개혁 논의에서도 행해지긴 하였지만, 큰 성과를 보이지 못하고, 참여연대 사법감시센터 등 시민단체 등의 주도로 개혁의 주요내용으로 포함되기에 이르렀다.³⁾

한편 형사사법예의 시민참여가 학술적 주제의 관심사로 떠오른 것은 2001년 2월 한국형사정책학회의 제1회 국제학술회의⁴⁾에서 형사사법의 민주적 개혁이라는 주제에 대한 토론을 통해서라고 할 수 있다. 이미 2000년의 사법개혁추진위원회를 통하여 “국민의 재판참여 확대문제는 재판제도 및 절차 전반에 대한 개혁이 수반되어야 하는 문제이며, 궁극적으로는 헌법의 개정도 필요한 문제이므로, 현 단계에서 이를 바로 추진하기는 어렵다는 점에 의견이 일치”된 상황이었고 이를 “사법의 민주화를 고양하는 방안으로서는 바람직한 것이므로 중장기적으로 긍정적으로 연구·검토할

1) 법률신문, 2010.5.6. 특히 올해 참여재판을 활성화하기 위해 전담부를 없애고 모든 형사부에서 참여재판을 할 수 있도록 한 방안이 오히려 역효과를 가져온 것으로서, 제도를 실현하는 판검사와 변호사들의 인식부족이 여전히 크다는 것을 보여준다.

2) 심희기, 1990년대 한국의 형사사법개혁운동의 성과와 전망- 권위주의의 해체와 시민참여운동의 태동, 2001 한국형사정책학회 제1회 국제학술회의, 2001, 4면 참조.

3) 심희기, 11, 12면.

4) 한국형사정책학회, 전환기의 한국형사사법 : 형사사법의 민주적 개혁, 2001.

과제”라고 결론을 내린 바 있다. 이러한 상황 하에서 학술대회 주제로 다룬 것은 학계에서 국민의 사법참여에 대한 국민적 관심을 환기하고자 한 점에서 그 의미는 크다.⁵⁾

이러한 과정을 거치면서 2003년 참여정부 하에서 대법원 산하에 사법개혁위원회가 설치되었으며, 주요안건으로서 국민의 사법참여가 포함 논의되면서 특별법 형태의 「국민의 형사재판참여에 관한 법률」(이하 국민참여재판법)이 제정되기에 이르렀다.⁶⁾ 국민참여재판제도의 기본목적은 사법의 민주적 정당성 확보, 사법에의 시민 참여를 통한 투명성 신뢰도 제고⁷⁾에 있다(국민참여재판법 제1조).

국민참여재판제도의 특성은 배심제적 요소에 참심제의 요소를 가미한 형태에 있다. 즉 배심원이 선정되어 유·무죄 평결과 양형토의에 참여하기는 하지만, 배심원평결은 권고적 효력을 가질 뿐이며 양형토의에도 법관이 함께 토론하여 적절한 양형을 도출해내도록 하고 있다는 점에서 배심제도와는 다르다. 한편 양형토의에 배심원과 법관이 함께 참여한다는 점은 참심제적 요소를 도입한 것이다. 이처럼 현행 국민참여재판제도는 시험시행과 배심제 및 참심제의 혼합형태라는 특성으로 인하여 많은 문제점을 드러내고 있기도 하다. 배심제와 참심제의 혼합형이라는 것은 다른 말로 하면 배심제도 아니고 참심제도 아니라는 것을 의미할 수도 있다. 이러한 문제점으로 인하여 극단적으로 국민참여재판제도의 무용성에서부터 개선을 통한 완성된 형태의 국민참여재판제도 마련에 이르기까지 다양한 논의가 제기되고 있는 실정이다. 반면 시행되고 있는 국민참여재판을 직접 참관하면서 변화된 형사재판제도와 진행모습에 국민참여재판 도입의 긍정적 측면을 확인해보기도 하였다. 법관의 소위 재판정지휘와 배심원 설명, 법정에서 검찰의 적극적 대응 및 공소유지 노력과 배심원들을 대상으로 한 사안의 진상을 설명하는 일,⁸⁾ 변호인의 적극적 변론, 그리고 경찰단계에서의 수사관행의 변화요구⁹⁾ 등은 국민참여재판제도가 미친 변화라고

-
- 5) 사법개혁추진위원회, 민주사회를 위한 사법개혁-대통령 자문위원회 보고서, 2000, 336-337면.
 6) 이에 대한 논의는 신동운, 한국 형사사법의 개혁과 전망, 제회 동아시아 형사사법 국제학술회의, 한국비교형사법학회, 2006.1, 3-4면.
 7) 안경환/한인섭, 배심제와 시민의 사법참여, 2005, 25면 이하.
 8) 대검찰청, 국민참여재판 수사·공판업무 실무매뉴얼 1, 2007; 국민참여재판 배심원선정 업무 실무매뉴얼 8, 2008 등 참조.
 9) 한인섭, 국민참여재판 하에서 경찰역할의 변화, 형사정책 18권 제2호, 2006, 528면 이하; 김태명,

할 수 있다.

본 글은 국민참여재판제도의 시행에 따른 운용현황을 제시하고, 이 과정에서 드러난 문제점을 분석·검토하면서 향후 과제를 고민해보고자 하는데 그 기본목적이 있다. 2008년 1월 1일 국민참여재판법이 시행된 이래 국민참여재판의 동향데이터, 시행과정에서의 문제점 분석 등에 이르기까지 많은 연구결과들이 제시되고 있다.¹⁰⁾ 이들 연구결과들을 분석·검토하는 한편으로 국민참여재판제도의 주요 운영현황 및 이 제도에 대한 전문가 및 국민의 의견 등에 대하여는 지금까지 행해진 조사결과들을 토대로 하였다. 특히 한국형사정책연구원에서 2008년도 수행한 「국민참여재판제도에 대한 참관 및 조사연구」에 의한 연구결과 및 조사결과도 중요한 참고자료로 활용하였다.¹¹⁾

이하에서는 우선 국민참여재판의 시행현황을 제시하면서 그 성과와 문제점을 분석하고(II), 향후 국민참여재판제도의 형태를 마련함에 있어서 본질적인 문제인 국민참여재판제도의 헌법적합성 논의를 검토하면서(III) 현행 국민참여재판제도에 대한 평가(IV)를 토대로 향후 과제를 제시하고자 한다(IV).

개정 형사소송법과 국민참여재판제도의 시행에 따른 경찰수사의 변화방향, 형사정책연구 제18권 제3호, 2007/가을호, 832면. 특히 수사경찰관의 법정증언이 확대될 것으로 예상되고, 실제 그러한 사례를 볼 수 있었다. 2008년 청주지방법원에서의 국민참여재판을 참관해본 결과 경찰증언 및 경찰수사가 재판결과에 미치는 영향은 매우 크다는 점을 확인할 수 있었다. 당시 증인으로 나온 경찰은 피고인의 주취로 인한 심신미약 주장에 대하여 단지 피고인을 범행 몇시간 후 만나본 결과 술냄새가 많이 났다는 등의 증언을 하였다. 주취여부에 대한 정확한 판단, 과학적 접근 그리고 범죄사실 인정여부에 대한 조서 작성 등이 미흡하다는 인상을 주었다.

- 10) 김태규, 국민참여재판의 개선방안에 대한 연구, 형사정책연구 제76호, 2008/겨울호 ; 한상훈, 국민참여재판제도의 정착방안, 저스티스 제106호, 2008.9 ; 허정수, 국민참여재판의 문제점과 개선방안, 형사법 쟁점연구(II), 대검찰청 형사법연구회, 2010.
- 11) 당시 연구에서는 전문가 의견조사 및 배심원 의견조사에 대한 협조의 어려움으로 인하여 충분한 사례수를 확보하지 못하여(판사 7명, 검사 40명, 배심원에 대한 심층적 예비조사 17명) 조사결과의 일반화는 가능하지 않았다. 다만 이러한 한계내에서 관련 전문가 및 배심원의 의견은 이전의 조사결과와 비교해보아도 잠정적 조사결과로서 충분히 의미있는 것으로 판단된다.

II. 국민참여재판의 시행현황과 결과 분석

1. 국민참여재판 처리현황

2008.1.1 시행이후부터 2010.4. 현재 국민참여재판의 처리 현황은 다음과 같다.¹²⁾

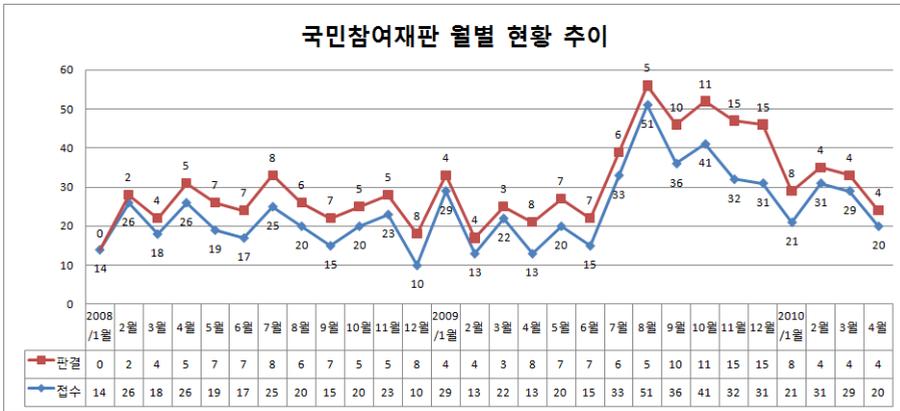
〈표 1〉 국민참여재판 처리 현황

년	구 분 월	접수	처 리				미 제	
			소계	판결	배제	철회		
2008년	1월	14	3	0	2	1	11	
	2월	26	11	2	8	1	26	
	3월	18	22	4	6	12	22	
	4월	26	15	5	6	4	33	
	5월	19	22	7	6	9	30	
	6월	17	18	7	8	3	29	
	7월	25	27	8	5	14	27	
	8월	20	21	6	7	8	26	
	9월	15	18	7	2	9	23	
	10월	20	17	5	4	8	26	
	11월	23	21	5	6	10	28	
	12월	10	20	8	1	11	18	
	합계		233	215	64	61	90	18
	비율		100,00%	92,30%	27,50%	26,20%	38,60%	7,70%
2009년	1월	29	13	4	2	7	34	
	2월	13	14	4	3	7	33	
	3월	22	26	3	12	11	29	
	4월	13	17	8	2	7	25	
	5월	20	14	7	5	2	31	
	6월	15	20	7	3	10	26	
	7월	33	22	6	6	10	37	
	8월	51	23	5	6	12	65	
	9월	36	45	10	11	24	56	
	10월	41	35	11	6	18	62	
	11월	32	42	15	9	18	52	
	12월	31	37	15	10	12	46	
	합계		336	308	95	75	138	46
	비율		-	91,90%	28,40%	22,40%	41,20%	-

12) 이인석, 국민참여재판의 동향과 양형, 국민의사법참여연구회 학술토론회 자료집 10, 2010/4, 21-22면.

년	구 분 월	접수	처 리				미 제
			소계	판결	배제	철회	
2010년	1월	21	35	8	11	16	32
	2월	31	16	4	4	8	47
	3월	29	34	4	10	20	42
	4월	20	17	4	2	11	45
	비율	101	102	20	27	55	45
	합계	-	101.00%	19.80%	26.70%	54.50%	-
전체합계		670	625	179	163	238	45
전체비율		100.00%	93.30%	26.70%	24.30%		6.70%

이를 그림으로 표현하면 다음과 같다.



2009년도 신청건수가 308건에 이르러 2008년 215건 대비 144%로 증가하였고, 피고인이 신청을 철회하거나 법원의 배제결정 등 없이 실제 국민참여재판이 시행된 건수도 2008년 64건에서 2009년 95건으로 148% 증가한 것으로 나타났다. 다만 대법원 발표자료에 따르면¹³⁾ 2010년 올해의 경우 4.15일을 기준으로 전국 법원에 접수된 참여 재판 신청건수는 모두 90건이다. 이처럼 참여재판 신청건수는 예년과 비슷한 수준이지만, 문제는 처리내용이다. 신청건수의 58.9%가 피고인의 철회로 일반 재판으로 진행됐다. 제도시행 첫해인 2008년 38.6%, 2009년 41.2%에 이어 2010년 들어서는 절반 이상이 철회될 정도로 철회율이 급상승하고 있다. 배제율도 마찬가지로

13) 법률신문 2010.5.6.

지다. 지난 2008년 26.2%를 기록했다 2009년 22.4%로 낮아졌던 배제율이 2010년 들어서는 27.8%까지 배제결정 비율이 높아지고 있다. 전체적으로 지난 2년간 접수된 국민참여재판 사건 569건 중 364건이 배제 또는 철회되어(배제 136건, 철회 228건) 배제·철회율이 64%에 달하는 것으로 나타났다. 실제 참여재판이 이루어진 것은 전체사건의 30%인 159건에 불과함을 보여준다.

2. 범죄유형별 신청건수¹⁴⁾

〈표 2〉 범죄유형별 신청건수

(2008. 1. 1. - 2009. 12. 31.)

대상 범죄 건수	범죄 유형						참여재판 신청	
	살인· 살인미수등	상해· 폭행치사등	강간상해· 치상등	강도살인· 강도상해등	성폭법	기타	건수	비율 (%)
11,498	1,634 (14.2%)	421 (3.7%)	1,691 (14.7%)	2,966 (25.8%)	2,274 (19.8%)	2,512 (21.8%)	569	4.9

국민참여재판이 시행된 2년 동안 대상범죄 11,498건 중 4.9%인 569건이 국민참여재판으로 접수되었다. 가장 많이 접수된 죄명은 강도 등(29.9%)이며 그 다음으로 살인 등(26.4%)과 성범죄(23.5%)가 차지하고 있다.

3. 배심원의 선정

배심원은 5명에서부터 9명의 배심원까지 선정할 수 있다. 시행된 참여재판 가운데 9명의 배심원을 선정하는 경우가 45.3%로 가장 많다. 자백사건(60건)의 경우 40.0%인 24건에서 선정된 배심원 수는 5명이다.

14) 이하 통계 자료는 대법원 공보관실, 시행 2년을 맞이한 국민참여재판에 대한 업무성과 분석, 2010.3.12을 토대로 하였으며, 국선 및 사선번호인 여하, 국민참여재판의 쟁점 등의 사항에 대하여는 한국형사정책연구원 연구결과를 토대로 하였다.

〈표 3〉 배심원 수별 사건 수

(2008. 1. 1. - 2009. 12. 31.)

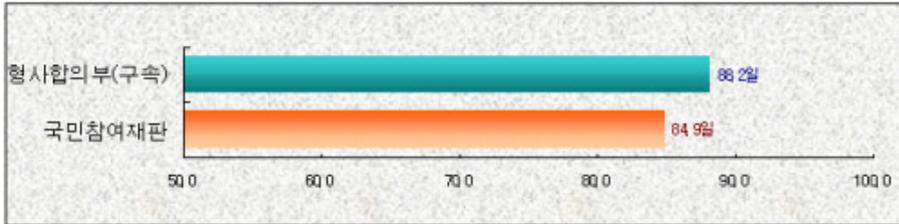
배심원 수	사건수(비율, %)
5명	26(16.4%)
7명	61(38.4%)
9명	72(45.3%)

4. 처리기간

국민참여재판 신청 접수일로부터 첫 공판기일까지의 평균 처리 기간은 84.9일로 나타났다. 이는 2008년 1월 ~ 2009년 12월까지 일반 형사합의부 사건의 평균처리 기간(구속 : 88.2일, 불구속 : 129.7일)보다 신속하게 진행된 것이다.

〈표 4〉 형사합의부 구속사건과의 비교

(2008. 1. 1. - 2009. 12. 31.)



그리고 대부분의 재판이 하루 만에 선고를 제외한 모든 절차를 마친 것으로 나타났다.

〈표 5〉 국민참여재판 소요 일수

(2008. 1. 1. - 2009. 12. 31.)

하루 만에 마친 경우	이틀 만에 마친 경우	합계
141(88.1%)	18(11.3%)	159(100.0%)

5. 국민참여재판의 쟁점

국민참여재판 참관결과에 의하면 국민참여재판 가운데 유·무죄 판단보다 양형판단 쟁점 사건이 더 많다. 참관한 재판 23건 가운데 자백하여 양형판단만 필요한 사건이 15건으로 65.2%, 유무죄사실판단이 필요했던 것은 8건으로 34.8%였다.

〈표 6〉 국민참여재판 쟁점

(2008년 6월 30일 기준)

구 분	양 형 판 단	유· 무죄 판단
건수(총23건수)	15건	8건
100%	65.2%	34.8%

피고인이 공소사실에 관하여 모두 자백하는 사건에 대하여 양형심리에 초점을 맞추어 재판을 진행할 수 있다.¹⁵⁾ 참관한 국민참여재판 가운데 공소사실의 주요내용은 자백하면서, 동기, 경위 등 부수적인 양형관련 사실에 관하여 피고인이 부인하는 경우가 절반을 차지하였다. 예를 들어 우발적인지 계획적인지의 범행동기,¹⁶⁾ 범행도구를 입수하는 과정 등의 범행경위,¹⁷⁾ 흉기의 소지여부, 폭행의 횟수 등의 범행방법과 같이 범죄의 유무죄와는 관련이 없는 양형요소가 공소사실에 별도의 구별 없이 포함되어 있었다. 이처럼 국민참여재판에서 사실판단과 양형판단에 대한 증거가 섞여서 현출되고 있어 피해회복 여부나 전과, 특히 동종 범죄전력 및 그 범행내용 등 기본적인 양형인자, 음주로 인한 심신미약¹⁸⁾ 등 법률상 가중감경사유 등 배심원들에게 유무죄 편견을 불러 올 수 있는 환경이 차단되지 않은 채 그대로 배심원에게 제시되고 있다.¹⁹⁾

15) 실제로 전주지법 2008.05.26 선고, 2008고합50 판결에서는 사실심리와 양형심리를 형식상 분리하였음을 고지하고 각 심리단계에서 필요한 증거조사방법을 채택하였음을 설명하였다. 따라서 어떤 증거가 사실심리와 관련된 증거인지, 어떤 증거가 양형심리와 관련된 증거인지 알 수 있었다. 즉 먼저 사실관계확정을 위해 피의자신문조서, 피해자의 아들 등의 진술조서, 부검감정서, 사체사진 등이 증거로 제출되고, 이후 양형판단을 위해 피해자의 언니, 피고인의 친구를 증인으로 신문하였다.

16) 제주지법 2008.04.14 선고, 2008고합9 판결.

17) 부산지법 2008.03.31 선고, 2008고합78 판결, 대구지법 2008.02.12 선고, 2008고합7 판결.

18) 서울중앙지법 2008.6.17 선고, 2008고합396 판결.

6. 배심원의 평결과 판결 결과

전체사건 가운데 90.6%가 판결과 배심원 평결이 일치했으며, 판결과 평결이 불일치하는 사건은 전체의 9.4%인 15건인 것으로 나타났다. 구체적으로는 15건 중 13건이 무죄평결이었으나 유죄로 선고됐으며, 반대로 유죄평결이었으나 무죄로 선고된 것은 2건이었다. 이 가운데는 배심원들이 무죄를 평결했으나 재판부가 유죄를 선고했다가 항소심에서 무죄판결난 사건도 1건 있었다.

〈표 7〉 배심원의 평결과 판결 일치여부

(2008. 1. 1. - 2009. 12. 31.)

평결/판결 일치	평결/판결 불일치	합 계
144(90.6%)	15(9.4%)	159(100.0%)

7. 배심원 후보자의 출석을 및 구성, 직무만족도 및 애로사항 등

배심원 후보자의 경우 송달불능 등을 제외한 실질 출석율은 57.8%이다.

〈표 8〉 배심원 출석율

(2008. 1. 1. - 2009. 12. 31.)

항 목	인 원	비 고
배심원 통지(A)	17,424명	
송달불능(B)	3,967명	송달불능률 22.8%
출석취소통지(C)	4,076명	출석취소통지율 23.4%
출석의무자(D=A-B-C)	9,381명	
출석자(E)	5,419명	출석률(E/A) : 31.1% 실질 출석률(E/D) : 57.8%

배심원후보자의 구성을 보면 성별·연령·직업별로 비교적 고르게 분포한 것으로 나타났다.

19) 피고인 여동생이 아기를 안고 나와 배심원들의 동정심을 자극한 이유에서인지 이례적으로 강도상해범이 집행유예를 받았다. 대구지법 2008.02.12 선고, 2008고합7 판결.

〈표 9〉 배심원 성별 연령별 직업별 구성

성 별	남	51.1%	연 령 별	20대	18.2%	직 업 별	회사원	24.9%
	여	48.3%		30대	23.8%		자영업	12.7%
	-	-		40대	24.5%		주부	19.1%
	-	-		50대 이상	33.5%		학생	7.5%
	-	-		-	-		기타	35.8%

배심원 직무만족도와 관련하여서는 95.1%의 배심원이 직무 수행에 만족하고, 긍정적으로 평가하고 있다.

〈표 10〉 배심원 직무만족도

이전보다 더 좋다	이전과 같이 좋다	이전과 같이 좋지 않다	이전보다 더 좋지 않다
62.4%	33.1%	2.3%	2.2%

배심원의 재판내용에 대한 이해도에 대하여는 87.3%의 배심원이 재판 내용을 모두 또는 대부분 이해한 것으로 나타났으며, 88.9%의 배심원이 심리에 집중한 것으로 나타났다.

〈표 11〉 배심원의 재판이해도

모두 이해	대부분 이해	절반 정도	거의 못함
27.6%	60.2%	11.4%	0.7%

〈표 12〉 배심원의 재판집중도

대부분 집중	절반 정도	거의 집중 못함
88.9%	10.7%	0.4%

그리고 대부분의 배심원이 재판 진행에 있어서 자신의 의견을 충분히 밝히고 있는 것으로 나타났다.

〈표 13〉 배심원의 의견진술

충분히 말함	어느 정도 말함	거의 말하지 못함
72.8%	25.4%	1.9%

한편 배심원들은 장기간 재판 불편, 법률용어 이해 어려움을 가장 큰 애로사항으로 꼽았다.

〈표 14〉 배심원의 애로사항

장기간재판불편	법률용어이해어려움	증거이해 어려움	보복등안전 우려	수입감소, 직장불이익
50.0	21.8%	10.0%	10.3%	7.9%

8. 국선 및 사선변호인 선정 여하

2008년도 상반기에 열린 국민참여재판을 기준으로 할 때(2008년 6월 30일 기준)²⁰⁾ 23건의 국민참여재판에서 17건(73.9%)은 국선변호인이 선임되었고, 6건(26.1%)은 사선변호인²¹⁾이 선임되었다.

〈표 15〉 국선·사선변호인 선임 여부

국선변호인		사선변호인	
공판장소(날짜)	주요혐의의 유·무죄	공판장소(날짜)	주요혐의의 유·무죄
대구지방법원(2.12)	유죄	수원지방법원(3.24)	유죄
청주지방법원(2.18)	유죄	울산지방법원(4.15)	유죄
인천지방법원(3.24)	무죄(주요범행)	전주지방법원(5.26)	유죄
부산지방법원(3.31)	유죄	인천지방법원(5.27)	유죄
청주지방법원(4.08)	유죄	창원지방법원(6.04)	유죄
제주지방법원(4.14)	유죄	춘천지방법원(6.19)	유죄(배심무죄)
춘천지방법원(4.17)	유죄		

20) 박미숙/황지태 외, 형사정책과 사법개혁에 대한 조사·연구 및 평가(2) : 국민참여재판에 대한 참관 및 조사연구, 한국형사정책연구원, 2008, 334면.

21) 한 재판에서 변호인이 2인 이상이었던 사건들도 있었는데, 이 변호인들 중 일부는 사선변호인이고 일부는 국선 변호인인 경우도 있었다. 2008년 6월 4일에 창원지방법원에서 열린 국민참여재판의 경우가 대표적인 사례라고 할 수 있다. 이 재판에는 모두 5인의 변호인이 변호를 맡았고, 그 중 일부는 사선변호인이었고 일부는 국선변호인이었다. 이 사건에서 피고인이 모두 두 명이었는데, 그 중 일부가 사선 변호인을 선임하고, 일부 피고인에 대해서는 국선변호인이 변호를 맡았기 때문에 그와 같은 사례가 발생한 것으로 사료된다. 대법원이 보도자료 발표한 통계에서 이 재판의 변호인은 사선으로 분류되었다. 이를 통해, 대법원 통계는 한 재판에서 사선변호인이 단 한 사람이라도 포함되어 있으면 사선변호인 재판으로 분류했음을 짐작할 수 있다.

국선번호인		사선번호인	
공판장소(날짜)	주요혐의의 유·무죄	공판장소(날짜)	주요혐의의 유·무죄
광주지방법원(4.21)	유죄		
광주지방법원(5.14)	무죄(주요범행)		
수원지방법원(5.19)	유죄		
부산지방법원(5.19)	유죄		
대구지방법원(5.26)	유죄		
서울서부지법(5.27)	유죄		
전주지방법원(6.16)	유죄		
서울중앙지법(6.17)	유죄		
인천지방법원(6.17)	유죄		
수원지방법원(6.30)	완전무죄		

9. 시민참여형태 사법제도 도입 여하에 대한 의견조사결과 현황분석 결과

먼저 2003.2.3 대법원의 시민참여형태의 사법제도 도입 검토 발표 즈음한 배심재판 제도에 관한 인식조사결과²²⁾에 의하면 법학전공자 집단에서 한국에서의 배심재판 제도의 가능성에 대하여 긍정적인 입장을 보여주고 있다. 다만 배심재판의 경우 상반된 판결의 가능성이 높으며, 또한 배심판결에 대한 수용성과 관련하여 패소판결이 법원에 의한 것일 때에 비하여 배심원에 의한 것일 때 승복하지 못하는 심리적 불만상태가 상대적으로 더 크게 발생할 수 있다고 한다.²³⁾

2003년 12월 사법개혁위원회의 사법서비스 및 형사사법제도에 대한 국민의견조사²⁴⁾에 의하면 배심원제도가 보다 공정하고 신중한 재판을 이루어낼 것이다(81.3%)라든가, 국민의 정서와 의식을 잘 대변할 것이라는 응답(78.6%)이 나왔고, 특히 형사재판의 경우에는 배심재판 선호(54.8%)가 직업법관재판 선호(45.2%)에 비하여 높게 나타났다. 2007년도 한국형사정책연구원의 일반시민대상 설문조사 결과²⁵⁾도 국민참

22) 김상준, 미국 배심재판 제도의 연구, 2003, 193면 이하.
 23) 예컨대 유죄평결을 받은 피고인들중 23%에 대하여 비공식 배심원(mock jury)은 무죄를 평결하거나 평결포기를 선언하였고, 무죄평결을 받은 피고인들중에서 38%에서 비공식 배심원은 유죄를 평결하였다고 한다. 김상준, 227-228면 참조.
 24) 사법개혁위원회 제5차 회의보고자료, 제2분과 전문위원 연구반, 2004.1.5.
 25) 최인섭/황지태, 형사정책과 사법개혁의 조사·연구 및 평가(1), 한국형사정책연구원, 2007, 79-81면, 92-94면 참조.

여재판의 미래에 대한 긍정적인 기대를 가진 응답자가 69.1%에 이른다.

한편 한국형사정책연구원에서 수행한 조사결과에 의하면 국민참여재판에 대하여 판사 및 검사들은 시행이전에는 절반이상의 판사들이 부정적인 입장을 취했으나, 시행 이후에는 - 이미 말한 바와 같이 일반화의 어려움이 있음을 전제로 하여 - 긍정적 응답이 부정적 응답보다 많았음을 나타내고 있다. 즉 국민참여재판에 대한 직접적 경험이 국민참여재판에 대한 긍정적 인식을 높이는 결과²⁶⁾를 가져온 것으로 보인다.²⁷⁾

위의 대법원의 보도자료²⁸⁾에 의하면 국민참여재판제도 시행이후 배심원의 직무 만족도는 긍정적인 것으로 나타났다. 참여재판에 출석한 배심원 가운데 95.1%가 국민참여재판에 만족하고 긍정적으로 평가하고 있었으며, 72.8%가 평의에서 자신의 의견을 적극적으로 밝힌 것으로 조사됐다. 또 87.3%가 재판내용을 대부분 이해할 수 있었다고 밝혔다. 반면 법률용어나 증거내용을 제대로 이해하기 어렵다는 응답도 31.8%로 나타나 보다 순화된 법률용어사용이 필요할 것으로 보인다. 배심원으로 참여한 시민은 그렇지 않은 시민에 비하여 사법부와 재판에 대한 신뢰도가 대단히 높다고 하는 연구결과²⁹⁾가 있는데, 배심원에 대한 설문조사 결과도 긍정적인 것으로 나타났다.³⁰⁾ 즉 국민참여재판에 직접 참여한 경험이 국민참여재판에 대한 평가를 이전보다 더 우호적으로 전환케 하는 경향이 있다는 잠정적 결론에 근접한다.

Ⅲ. 완성된 형태의 국민참여재판제도 마련과 헌법적합성 논의

1. 국민참여재판제도의 시범시행과 향후 제도의 향방

26) 최재혁, 법원의 관점에서 본 국민참여재판의 운영현황과 개선방향, 한일법학회, 2009.8, 89면 이하 참조.

27) 보다 자세한 조사결과 분석은 박미숙/황지태 외, 412면, 429-430면 참조.

28) 법률신문 2010.3.22.

29) 한상훈, 524면 각주 68) 참조.

30) 박미숙/황지태 외, 413-414면.

국민의 사법참여제도는 현재 시범시행중이다. 아래 사법개혁위원회의 최종건의 문에 따르면 2012년까지는 국민사법참여제도의 존치여부, 구체적인 형태 등 우리나라 형사사법체계에 가장 적합한 방식이 무엇인가가 나와 있어야 한다.³¹⁾

〈표〉 사법개혁위원회 최종건의문(안)³²⁾

기본방침	5년간 시범 실시 이후 2012년 완성된 제도 시행 목표	
제도시행 일정	<ul style="list-style-type: none"> · 2005년 1단계 국민사법참여 법안 성안 및 국회통과 · 2007년 1단계 제도 시행 · 2010년 1단계 ‘국민사법참여위원회’ 구성해 최종 모델 결정 · 2012년 완성된 국민사법참여제도 시행 	
대상사건	중죄(重罪) 형사사건부터 시작하여 다른 유형에도 장기적 검토	
1단계 제도설계	기본모델	배심·참심 요소를 혼용한 제도를 1단계 모델로 선정
	구 성	직업법관 3인 + 일반국민 5-9명
	선발방식	선거인명부, 주민등록전산자료 활용해 후보자 소환
	심리방식	준비절차 후 집중심리 통한 공판중심주의 구현
	참여방식	사실심리와 양형심리에 대한 의견 개진
	평결효력	권고적 효력
시행지역	전국 지방법원 본원	
향후일정	<ul style="list-style-type: none"> · 2005년 상설 전문연구팀(TFT) 창설하여 개선방향 검토 · 2010년 대법원 산하 ‘국민사법참여위원회’ 구성 · 2012년 완성된 국민사법참여제도 전국적 시행 	

31) 다만 국민사법참여법의 시행이 예정보다 1년 늦어져 2008년부터 5년간 시행한 후 2013년부터 완성된 최종형태의 참여재판을 시행할 예정이다. 이인석, 국민참여재판 시행 2년의 현황 및 과제, 형사 실무연구회 특별 심포지엄(미공간), 2009.12, 3면.

32) 사개추위, 국민의 형사재판참여 제도 실시방안(의안 제6호), 사법제도개혁추진위원회 백서(하), 2005년, 28면-29면 재구성.

우리나라에서 시민의 형사사법에서의 참여에 대하여 근본적으로 부정하는 논의는 찾아보기 어렵다. 형사사법에서의 시민참여는 사법체제의 연결성을 보장하는 중요한 조정방안³³⁾으로서, 기본적으로 국민참여재판제도의 도입취지 즉 사법의 민주적 정당성 강화, 그리고 형사사법의 투명성과 공정성 제고에 기여할 것이라는 데 대하여는 공감하는 것으로 보인다. 헌법적 근거문제, 우리 형사사법체제의 현실, 직업법관을 통한 재판 전통 등에 비추어 형사사법의 근본적 개혁을 요구하는 국민의 사법참여재판제도가 쉽게 받아들여지기도 쉽지 않을 것³⁴⁾이라고 하는 입장도 중장기적으로 제도 도입의 의의 및 필요성은 인정하고 있다. 다만 위에서 본 바와 같이 사개취의 최종건의안은 국민참여재판의 도입 논의과정에서 시민이 재판에 참여하는 것이 적합한가 하는 헌법적합성 문제가 제기되었고, 헌법상 근거가 부족하다는 의견에 따라서 참여재판하의 배심원의 평결을 권고적 효력을 갖는 것으로 합의³⁵⁾한 데 따른 것이다. 이는 국민의 사법참여제도가 헌법적 근거 여하에 따라 얼마든지 그 형태를 달리할 수 있음을 의미한다. 배심원의 평결에 기속력을 인정하는 배심재판으로의 완성이 헌법개정을 필요로 하는지 아니면 현행 헌법내에서도 이러한 형태를 마련하는 것이 가능한 지하는 문제는 향후 국민참여재판제도의 완성된 형태를 마련하는데 우선적으로 해결되어야 할 문제이다.

2. 국민의 사법참여와 헌법적합성 논의

헌법적 근거의 부재로 국민의 사법참여 논의는 더 이상 필요하지 않은지 아니면 합헌적 해석이 가능³⁶⁾하며, 남은 일은 국민의 사법참여 형태와 절차를 확정짓는 일만 남은 것인지는 더 이상 미룰 수 없는 일로 보여진다. 배심재판을 받을 권리가 헌법상 보장되어 있는 미국³⁷⁾과 달리 국민의 사법참여가 제도로서 정착화되기 위하

33) J.Silbert/조국, 미국 형사사법에서의 시민참여 : 소유, 책임 그리고 투명성, 한국형사정책학회, 제1회 국제학술회의, 2001, 1면.

34) 박찬운, 한국형사정책학회 제1회 국제학술회의 토론문, 2001, 3면 ; 오준근, 국민참여재판제도 정착 방안 지정토론문, 저스티스 제106호, 2008.9, 540면 ; 진정호, 국민참여재판제도 정착 방안 지정토론문, 2008.9, 563면.

35) 신동운, 4면 참조.

36) 허정수, 342면.

여 헌법적 근거 부재라는 본질적인 비판은 넘어서야 할 과제이다.

무엇보다 시민참여의 부작용을 국소화하기 위해서는 적지 않은 준비가 필요하고 본격적인 제도화 이전의 첫 단계에서는 권고적 효력을 부여하는 것이 충분히 이해된다.³⁸⁾ 현행 국민참여재판법이 국민의 사법참여의 헌법적 근거에 대한 논의 미흡으로 인하여 배심원의 평결에 대하여 권고적 효력을 인정했기라면, 헌법적 근거가 있는 경우에는 배심원의 평결에 대하여 기속력을 인정할 수도 있다는 의미인가?

가. 헌법 제27조 제1항의 “법관” 에 의한 재판을 받을 권리의 의미

헌법 제27조 제1항에서 “모든 국민은 헌법과 법률이 정하는 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다”고 규정하고 있다. 이 규정이 과연 직업법관만에 의한 재판을 의미하는지, 시민참여 형태의 어떠한 재판제도도 배제하는 것을 의미하는지에 대하여 깊은 논의를 찾아보기 어렵다.³⁹⁾

지금까지의 논의에서 보는 것처럼 헌법 제27조의 법관에 의한 재판을 받을 권리가 단순히 직업법관만에 의한 재판을 받을 권리를 의미하는 것만이 아니라면 형사사법에서의 시민참여의 헌법적 근거에 대한 논의가 정리될 필요가 있다.

1) 학설의 대립

헌법 제27조 제1항은 헌법과 법률이 정한 자격과 절차에 의하여 임명되고 물적 독립과 인적 독립이 보장된 법관에 의한 재판을 받을 권리를 규정하고 있다. 여기서 헌법과 법률이 정한 법관이라 함은 (1)헌법 제101조 제3항에 따라 제정된 법원조직법 제 42조가 규정한 자격을 구비하고, (2)헌법 제104조 및 법원조직법 제41조가 규정한 절차에 따라 적법하게 임명되고 (3)사법권의 독립을 위해 헌법 제105조와 제1-6조에 규정된 신분 임기 등이 보장되고 (4)헌법 제103조에 의하여 직무상 독립

37) 미국 수정헌법 제6조 참조.

38) 안경환/한인섭, 36면.

39) 배심제도 내지 참심제도의 도입에 대하여 논의하기 시작하면서 지금까지 헌법 제27조의 해석방법에 대하여 문제제기가 시작된 것으로 보인다. 권영철, 배심제·참심제의 도입논의와 그 헌법적합성의 문제, 법과사회이론학회, 법과 사회, 제26호, 2004, 112면.

이 보장되며 (5)제척 기타의 사유로 법률상 그 재판에 관여하는 것이 금지되지 아니한 법관을 말한다. 국민은 이와 같은 자격과 신분이 보장되지 아니한 자에 의한 재판을 원칙적으로 거부할 권리를 가진다. 이미 제헌헌법 제22조의 “모든 국민은 법률에 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리가 있다”는 규정에 대하여 배심원이 재판에 관여하는 배심재판은 배심원이 사실의 판단에 관여하는 정도이면 본조에 위반한다고 할 수 없다고 한 바 있다.⁴⁰⁾ 그 이유는 재판관의 자격이 없는 자를 재판관으로 임명하여 재판하려 할 때 국민이 이를 거절하고 재판관 자격이 있는 자에게 재판관을 청구 할수 있는 것이 본조의 취지이기 때문이라고 한다.

국민참여재판제도 도입논의 당시에도 국민의 사법참여제도가 헌법 제27조의 법관에 의한 재판을 받을 권리에 반하지 않는가 즉 국민이 형사재판에 참여하여 사실인정을 하고 유무죄를 평결하는 경우 법관에 의한 재판을 받을 권리가 침해 되는 것은 아닌가 하는 점이 문제되었다. 학설상으로는 이에 대하여는 견해가 대립한다. 합헌설은 배심제와 참심제 모두 현행 헌법에 위반되지 않으며, 헌법상의 재판청구권 및 법관의 신분 보장 조항이 일반 국민의 사법참여까지 금지하는 조항은 아니라는 견해이다.⁴¹⁾ 반면 국민이 재판을 받을 권리, 법관의 신분보장 규정 등 헌법의 여러 가지 규정을 종합하여 볼 때 헌법의 개정 없이 직업법관이 아닌 자에 의한 사실판단과 법률판단을 가능하게 하는 배심제나 참심제를 법률로써 도입하는 것은 위헌이라는 견해⁴²⁾도 있다. 제한적 위헌설⁴³⁾은 법률판단은 법관에 의하여만 이루어져야 하므로 배심원이 사실의 판정에만 관여하고, 법률판단에는 참여하지 않는 배심제의 경우 합헌이지만, 참심제하에서 참심원이 법관과 동등한 지위에서 법률판단까지 하게 되는 참심제의 경우 위헌이라는 견해이다. 헌법재판소는 헌법 제27조 제1항의 법관에 의한 재판을 받을 권리라 함은 “헌법과 법률이 정한 자격과 절차에 의하여 임명되고, 물적 독립과 인적 독립이 보장된 법관에 의한 재판을 받을 권리를 의미하는 것이라고 해석하고 있다.⁴⁴⁾ 따라서 법관이 사실을 확정하고 법률을 해석 적용하

40) 유진오 헌법해의, 1949, 57면

41) 안경환/한인섭, 93면.

42) 성낙인, 헌법학, 2003, 536면.

43) 권영성 헌법학원론, 2005, 597면, 김철수, 헌법학신문, 2005, 645면; 허영, 한국헌법론, 2005, 370면.

는 재판을 받을 권리를 보장한다는 뜻이고 그와 같은 법관에 의한 사실판정과 법률의 해석적용의 기회에 접근하기 어렵도록 제약이나 장애를 쌓아서는 아니된다고 할 것이며 만일 그러한 보장이 제대로 이루어지지 아니한다면 헌법상 보장된 재판을 받을 권리의 본질적 내용을 침해하는 것으로서 우리 헌법상 허용되지 아니한다.⁴⁵⁾

2) 검토

헌법 제27조에서는 명시적으로 헌법과 법률에 정한 법관에 의한 재판을 권리라고 명시하고 있다. 위헌설은 이를 근거로 법관이 아닌 자는 재판을 할 수 없다고 한다. 국민의 사법참여의 헌법적 근거와 관련하여 부정적 입장은 오늘날 형사사법에서의 시민참여라고 하는 취지와 그 의미 그리고 그 내용과 절차에 대하여 검토 없이 단순히 용어상의 문제만으로 접근하는 것은 아닌가 하는 의문이 있다.

배심제와 참심제는 주권자인 국민이 재판에 참여함으로써 재판에 일정한 민주적 정당성을 부여할 수 있는 제도이며 배심제와 참심제를 양극단으로 하여 그 사이에 다양한 형태가 존재한다.⁴⁶⁾ 이러한 다양한 시민참여재판에서 시민만이 재판하는 것이 아니라 어느 제도하에서도 직업법관이 중심이 된다. 직업법관·직업법관만이 아니라 이 중심이 되는 제도 하에서 시민의 참여가 전적으로 배제되는 것은 아니다. 헌법 제27조의 해석에 있어서도 시민의 참여가 배제된다고 하는 원칙을 내포하고 있다고 말하기 어렵다. 이는 비직업법관에 의한 재판을 막기 위한 장치로서 최소한도 직업법관에 의한 재판을 보장하는 장치로서 이를 통하여 국민권리보장을 그 목적으로 한 것이다. 그리고 헌법 제1조 제2항에서 대한민국의 주권은 국민에게 있고,

44) 헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다”라고 규정하고 있는 바, 그 전단 부분인 “헌법과 법률이 정한 법관에 의하여” 재판을 받을 권리라 함은 헌법과 법률이 정한 자격과 절차에 의하여 임명되고, 물적 독립과 인적 독립이 보장된 법관에 의한 재판을 받을 권리를 의미하는 것이며, 그 후단의 “법률에 의한 재판”을 받을 권리라 함은 법관에 의한 재판은 받되 법대로의 재판 즉 절차법이 정한 절차에 따라 실제법이 정한 내용대로 재판을 받을 권리를 보장하자는 취지라고 할 것이고 이는 재판에 있어서 법관이 법대리가 아닌 자의와 전단에 의하는 것을 배제한다는 것이다.

45) 헌법재판소 1995.9.28. 선고92헌가11, 93헌가8·9·10(병합) ; 2000.6.29.선고 99헌가 9 ; 2002.2.28.선고 2001헌가18.

46) 안경환/한인섭, 93면.

모든 권력은 국민으로부터 나온다고 규정하고 있는 점에 비추어 사법권도 국민으로부터 나오는 것이므로 주권자인 국민이 재판에 참여하는 것은 헌법상 허용된다고 보아야 할 것이다. 재판을 받을 권리와 헌법상의 법원 조직에 관한 규정은 사법부의 권력자, 특히 행정부로부터 독립을 보장하고, 신분보장을 함으로써 법률관 양심에 따른 소신있는 재판을 할 수 있도록 하기 위한 규정으로 보아야 한다. 따라서 헌법상 법관에 의한 재판을 받을 권리는 직업법관이 아닌 자들로 구성된 재판부에 의한 재판을 받지 아니할 권리⁴⁷⁾로 이해함이 타당하다.

국민의 사법참여는 어떤 형태로든 각국에서 시행되고 있다. 고대로부터 행해진 주민재판의 형태를 기초로 하여 왕과 대립된 자치세력의 구도 하에 형성되고 역사적으로 그들의 몸매 배인 전통적 사법시스템 형태로서 운영되던, 시민혁명에 의하여 절대왕정을 타파하고 민주국가로의 이행과정에서 직업법관의 형벌권통제와 국민의 자유보호를 위하여 국민 스스로 형벌권을 가지는 개혁의 성과로서 도입 운영되던⁴⁸⁾ 그 형태는 달리하더라도 시민이 사법에 참여하는 형태는 열려 있다. 그리고 국민의 사법참여재판제도의 본질 또한 직업법관과 동등하게 또는 관여 없이도 독자적 평결을 내릴 수 있다는 데 있다.

참고로 일본 재판원제도 도입 논의에 있어서도 헌법적합성 여부가 논의의 대상이 된 점은 우리와 비슷하다. 즉 일본 헌법 제32조의 “어떤 사람도 재판소에 대해 재판을 받을 수 있는 권리를 박탈당하지 않는다”라는 규정에 대하여, 재판소란 직업재판관에 의한 재판소이며, 여기에 국민의 참여는 예정되어 있지 않다는 비판론이 그것이다. 이에 대하여 재판소가 직업재판관을 기본 구성요소로 하는 것으로 구상된 것은 확실하지만 이에 국민이 참여하는 것을 배제하는 것이냐 하는 문제는 별론이라는 견해가 대립하고 있다. 오히려 헌법상 국민주권 이념에 비추어보면 국민의 참여를 인정하는 것이 헌법해석에 부합하며, 또한 국민의 참여를 피고인의 선택에 맡기는 것도 타당하지 않다는 점, 구 배심법하의 배심제도가 국민의 선택에 맡겨짐으로써 배심사건이 감소한 점 등을 생각한다면 선택제도 타당하지 않다고 한다.⁴⁹⁾ 일본

47) 황성기, 한국에서의 참심제와 배심제의 헌법적합성, 법과 사회, 제26호, 2004, 129면.

48) 이완규, 국민참여재판제도 정착방안 지정토론회, 저스티스 제102호, 2008.9, 547- 550면 참조.

49) 타구치 모리가즈, 일본재판원제도의 개요, 국민참여재판의 현황과 개선방안, 한일법학회, 2009.8, 47면 참조.

의 경우 역사적으로도 배심재판에 대한 경험이 있고, 폐지 이후로도 그 부활을 위한 논의가 매우 많이 전개되어 왔다는 점이 현재 일본재판원제도의 배경으로 작용하고 있지만, 동시에 상당수의 시민모임 등을 통하여 제도의 필요성을 적극적으로 홍보해왔다는 점도 무시하기 어려울 것이다.⁵⁰⁾

나. 국민참여재판제도와 헌법적합성

국민참여재판의 헌법적 근거를 둘러싼 논의에 맞추어 국민의 사법참여 형태의 확정 - 할건가, 말건가? 한다면 국민의 사법참여의 형태를 어떻게 갖출 것인가 하는 문제에 대한 논의는 - 헌법적 근거에 대한 논의가 더 이상 의미를 갖지 않는다면 - 훨씬 자유롭게 전개될 수 있을 것으로 보인다. 즉 형사사법예의 시민참여의 정당성, 국민의 법감정, 사법부담 여하 등을 종합적으로 고려하여 우리의 체계에 가장 잘 짜맞추어진 형태를 갖도록 하는 것이 제1차적 논의가 될 것이다.

IV. 현행 국민참여재판제도에 대한 평가

1. 배심원평결의 효력

국민참여재판에 있어서 배심원은 유 무죄에 대하여 평결할 뿐만 아니라, 양형에 대해서도 토의하고 그에 관한 의견을 개진한다. 그러나 배심원의 평결과 의견은 법원을 구속하지 않는다(제46조 제5항). 배심원은 기본적으로 독자적으로 평의를 진행하여 평결을 한다. 다만 평의 과정에서 배심원의 과반수의 요청이 있으면 심리에 관여한 판사의 의견을 들을 수 있고, 유 무죄에 관하여 배심원의 의견이 국민참여재판법은 법관은 배심원 평의에 있어서 유 무죄에 대하여 의견을 진술할 수 없도록 규정하고 있다(동 규칙 제41조 제5항).

배심원은 유·무죄 평결과 양형토의에 참여하기는 하지만, 배심원평결은 권고적

50) 박찬운, 3면.

효력을 가질 뿐이며 양형토의에도 법관이 함께 토론하여 적절한 양형을 도출해내도록 하고 있다. 양형토의에 배심원과 법관이 함께 참여한다는 점은 참심제적 요소를 도입한 것이다. 양형토의에 참심제적 요소를 갖는다는 것은 법관의 주도로 양형이 이루어질 가능성이 크다는 점을 의미한다. 실제 참여재판 참관에 따른 연구결과에서도 배심원들은 법관이 의도하는 것과 같은 결론을 내렸다는 것을 보여주고 있다.⁵¹⁾

적어도 배심원평결의 권고적 효력이 현재 국민참여재판의 운영 특히 저조한 실시 건수에 그다지 영향을 미치는 것 같지는 않다⁵²⁾고 하더라도 배심원평결의 권고적 효력으로 인하여 현행 국민참여재판제도가 그 제도 본래의 모습과는 다른 형태의 제도인 것은 사실이다. 배심원의 유무죄평결과 양형의견이 법관의 선고와 90%이상 일치하고 있다는 참여재판의 운용현황에 비추어 배심원의 평결이 사실상의 기속력을 갖고 있다고 평가하는 입장⁵³⁾도 있다. 제도의 불완전성을 차지하고 실무운용이 그렇다고 하여 기속력이 있다고 말하기는 어렵다.⁵⁴⁾ 실제 그렇다고 하더라도 이 점은 현황과는 별개로 규범적으로 판단되어야 할 문제로 생각된다.

배심원평결의 효력과 관련하여서도 일차적으로는 권고적 효력을 부여하는 것이 시민참여의 부작용을 최소화하기 위한 방편으로서 유용하다는 점에서는 충분히 설득력이 있으나, 현재 시범시행기간이라는 점에서 배심원의 합의를 이끌어낼 수 있는 다양한 제도 운용방안이 모색⁵⁵⁾되어야 할 것이다. 위에서 살펴본 바와 같이 국민의 사법참여의 본질은 적어도 직업법관과 동등하게 또는 관여없이도 독자적 평결을 내릴 수 있다는 데 있다. 향후 국민참여재판제도가 정착될 경우에는 배심원의 평결에 기속력을 부여하는 것이 필요하다.⁵⁶⁾

51) 김태규, 146-147면.

52) 허정수, 329면.

53) 한상훈, 522면.

54) 이은모, 형사소송법, 2010, 421면.

55) 이 점이 시범시행이라는 측면에서 충분히 고려되어야 하며, 현재의 법률의 범위를 크게 벗어나지 않는 한에서 다양한 시도가 있어야 한다는 지적은 이미 국민참여재판의 도입논의에서도 지적된 바 있다. 안경환/한인섭, 36면.

56) 위에서 말한 지금까지의 연구결과들은 대부분 이러한 기속력을 부여하여야 한다는데 동의한다. 한상훈, 국민참여재판제도의 정착화방안, 저스티스 제102호, 2008.9. 이에 대한 지정토론자들의 글 또한 이러한 입장에 동의하고 있다. 안성수, 국민참여 재판제도 시행과 인권옹호 토론문, 저스티

2. 대상사건의 확대와 필요적 국민참여재판

첫째 대상사건의 확대, 대상사건의 필요적 국민참여재판 등을 기본으로 하는 제도정착화 방안이 마련되어야 한다. 대상사건의 확대 및 필요적 국민참여재판 논의와 관련하여 일본의 1928-1943년의 종전 배심법에 따른 배심원 제도를 검토할 필요가 있다. 동법은 사형 또는 무기징역이나 금고에 해당하는 사건은 배심재판에 의한다고 하여 피고인의 청구를 요건으로 하지 않았다(제2조). 다만 이 경우에도 피고인은 사퇴할 수 있다. 그리고 장기 3년 이상의 유기징역이나 금고에 해당하는 사건은 배심법 제3조에 의하여 피고인이 배심재판을 청구할 수 있었다. 이 경우에도 피고인이 배심재판을 청구하더라도 후에 청구를 철회하는 사태가 많았으며,⁵⁷⁾ 더욱이 재판관이나 변호사가 피고인을 설득하여 배심을 사퇴시켰다는 지적도 있었다.⁵⁸⁾ 이러한 상황에서 1943년까지 배심제도가 정지되기까지 수리된 대상건수 541건 중 65%에 해당하는 349건에 대하여 사퇴가 행해졌다고 한다. 결국 배심재판을 청구하는 피고인의 수는 시행 첫해인 1928년에 137건, 그 다음해 143건을 정점으로 그후 매년 감소하여 한해 1, 2 건에 그치게 되었다고 한다.⁵⁹⁾

이러한 점을 보면 일본의 배심법제도 및 운용모습, 문제점 등이 마치 현재의 우리나라 국민참여재판법 제도와 운용과 매우 흡사하다는 생각을 지울 수 없다. 우리나라의 경우 사법예외의 시민참여가 어느 국가보다 느리게 제도화방향으로 발걸음을 옮기고 있다. 이는 국민참여재판법이 다른 나라의 제도 및 운용과의 비교 참조를 통하여 가능한 한 시행착오를 줄일 수 있는 기회를 가진다는 의미이기도 하다. 그런데 여전히 종전 수십년 전의 제도 및 운용의 문제점을 그대로 답습하는 듯하다.

참여재판을 피고인이 신청하도록 하는 현행 방식으로는 활성화를 기대하기 어려우며, 신청주의를 폐지하고 원칙적으로 참여재판 대상사건에 해당하면 모두 참여재

스 제102호, 2008, 면 이하; 이완규, 현행 국민참여재판제도의 문제점과 개선방향, 지송 이재상교수 정년기념논문집, 2008, 602면; 국민참여재판제도 정착방안 지정토론회, 저스티스 제102호, 2008.9, 550, 556면; 김태규, 145면; 이영미, 서울중앙지방법원 2008.12.22~24. 존속살해사건 국민참여재판 변호인 후기, 국민의 사법참여연구회 학술토론회 자료집 8, 2009.4, 27면

57) 寺崎嘉博/도중진 역, 일본의 형사사법, 한국형사정책학회 제1회 국제학술회의, 2001, 5면.

58) 寺崎嘉博/도중진 역, 5면.

59) 寺崎嘉博/도중진 역, 6면.

판을 원칙적으로 열도록 하고 다만 피고인이나 변호인이 참여재판을 원치 않을 경우 재판부 판단을 통해 배제결정하는 방식으로 나가야 한다.⁶⁰⁾ 참여재판의 대상사건을 모든 형사사건으로 확대한다 하더라도 피고인들의 참여재판 신청율이 급격히 증가할 것으로 전망되지는 않는다.⁶¹⁾ 그리고 국민참여재판의 대상사건의 제한이유로서 제시된 참여재판의 시행결과 사건이 폭주할 가능성은 더 이상 고려할 필요는 없을 것으로 보인다. 국민사법참여재판의 대상범죄는 참여재판의 근본취지에 비추어 일단 모든 범죄에 활짝 개방하여 두는 것이 타당하다. 다만, 모든 범죄로 확대함으로써 오는 부담은 법원에 의하여 선별적으로 처리하도록 함으로써 사건가중의 부담이라든가, 특정범죄에 대한 국민 참여로 인한 정서적 혼란 및 업무가중 등의 문제는 회피할 수 있을 것으로 기대된다. 예컨대 법원의 업무부담을 고려하여 공소사실의 주요부분에 대한 자백사건의 경우에는 예외를 인정하는 방법⁶²⁾, 내란죄 등 소위 공안사건관련 범죄의 대상사건화 여부와 재산범죄 등까지의 확대⁶³⁾ 등 다양한 방안에 대하여 신중히 검토해야 한다. 그리고 특히 법원에 의한 배제사건 대부분이 국민의 형사재판참여에 관한 법률(이하 ‘참여법률’) 제9조 제1항 제3호의 ‘국민참여재판 진행이 적절하지 않은 경우’를 이유로 한다. 제3호의 배제결정사유를 구체화하는 등의 개선책도 필요하다.

그리고 현재의 국민참여재판법이 시범시행기라는 점을 감안하더라도 5년 최종까지 기다릴 것은 아니며, 현재의 운용상황을 점검하면서 문제점 개선방안을 수시로 체크하여 적용해 나간다는 탄력적 운용자세가 필요하다. -논의의 여지는 있지만- 한상훈 교수는 사개추위에서의 최종건의안이 2단계 참여제도에서는 배심원의 평결에 지속적 효력을 부여하는 것이 전제로 되어 있다고 한다. 그렇다면 시범시행기간에 이러한 효력을 부여하여 재판을 진행해보는 것도 검토해볼 수 있다.⁶⁴⁾

60) 한상훈, 502면 ; 하태훈, 국민참여재판제도 정착방안 지정토론문, 저스티스 제106호, 2008.9, 564면.

61) 심희기, 시민의 관점에서 본 국민참여재판의 현황과 전망, 한일법학회, 2009.8, 91면.

62) 오준근, 541면.

63) 한상훈, 30-31면.

64) 물론 이 경우에 재판의 통일성, 균형성 등으로 고려한다면 이것이 가능한가 하는 문제는 있으나, 재판부의 판단에 따른 탄력적 운용을 생각하면 충분히 검토의 여지는 있는 것으로 보인다.

3. 국민참여재판제도의 의의와 형사절차의 개선

국민참여재판제도 및 그 운용이 본래 도입의 취지에 부합하는가 하는 점에 대하여는 우선 전문가 및 국민의 의견은 긍정적인 것으로 나타났다. 특히 사법에 대한 불신을 해결하는 방안으로서 국민참여재판의 의의는 크다.⁶⁵⁾ 이미 한국형사정책연구원에서 시행 1년차 평가연구를 통하여 참여 법관, 검사, 그리고 변호인과 배심원 등 각각의 역할 수행에 대한 만족도가 있다는 점, 특히 참여재판에 관여한 경우에 만족도가 높고 제도평가에 대하여 긍정적이라는 점을 알 수 있었다. 물론 구체적인 사안이나 쟁점에 있어서 개별적인 차이는 있다. 국민참여재판에 대한 국민여론 또한 긍정적이고 적극적인 자세를 보이고 있다는 점도 제도의 정착에 중요한 토대가 될 것이다.

다만 국민의 사법참여가 단순한 명분이 아니라 형사사법 제도의 운용과 국민의 인식 모두를 변화하는 진정한 개혁으로서의 의미를 갖기 위한 방안이 강구되어야 한다. 애초 국민사법참여재판법이 통과될 당시에도 배심원의 역할이 무엇인가 하는 데 대하여는 의구심이 제기된 바 있다.⁶⁶⁾ 이런 상황은 여전히 개선되고 있지 않는 듯하다. 배심원에 대한 역할 내지 국민의 사법참여라는 본래 의미에 부합하기 위해서는 배심원 내지 참여시민이 직업법관과 동등한 권한을 가지거나 평결의 구속력을 인정하는 방법⁶⁷⁾도 진지하게 고려할 필요가 있다.

국민참여재판제도의 도입으로 형사절차상의 가장 큰 변화가 공판중심주의의 실현이며, 종국적으로는 형사절차 전반의 개선을 가져다 줄 것으로 기대된다. 공판중심주의란 법관의 심증형성은 공판기일의 심리에 의하여야 한다는 원칙을 말한다. 즉 공판에서 당사자의 공격 방어가 행하여지고 이를 기초로 심증형성이 이루어져야 함을 의미한다.⁶⁸⁾ 현행 형사절차가 공판중심주의를 원칙으로 채택하고 있다는 점에

65) 한국형사정책연구원, 국민참여재판에 소요되는 인적·물적 예산의 추정, 2005, 86면 ; 정용석, 국민참여재판에 관한 연구, 법조 617호, 2008/2, 300면.

66) 심희기, 형사정책과 사법개혁에 대한 조사·연구 및 평가(Ⅰ), 사법개혁에 대한 평가와 전망(3), 한국형사정책연구원, 2007, 103면.

67) 이은모, 421면.

68) 다만 공판중심주의를 어떻게 구성하느냐, 공판중심주의를 어느 정도로 반영하느냐는 시대와 국가의 사정에 따라서 차이가 있다고 한다. 차용석, 개정 형사소송법 시행에 따른 전망과 제문제, 법조

대하여는 이론이 없는 것 같다.⁶⁹⁾ 다만 종래 우리나라 실무에서는 이 원칙이 제대로 실현되지 못한 실정이었다.⁷⁰⁾ 오히려 대부분의 사건에서는 피고인의 유무죄여부와 양형에 관한 판단은 형사법정이 아닌 법관의 집무실에서 이루어지는 조서재판이 관행이었으며, 법정심리에서는 치열한 구두변론은 상당부분 생략된 채 형식적으로만 이루어졌으며, 그 과정에서 피고인은 소송의 주체가 아닌 단순한 절차와 심리의 객체로 취급받았다. 이러한 관행을 개선하고자 공판중심주의의 강화방안이 구체적으로 논의되었으며 개정 형사소송법은 이를 강화하는 입법조치로서 공판준비절차, 증거개시제도, 그리고 집중심리의 등을 명문화하였다. 국민참여재판법은 그 성격상 형사소송법에 대하여 특별법의 지위를 가지고 배심원선정에서부터 최종 평결에 이르기까지 기본적인 규정을 두고 있으나, 각 절차 단계에서 필요한 구체적인 규정은 없다. 국민참여재판과 관련한 특칙규정을 두어야 하지만, 국민참여재판과 일반재판과 차이를 둘 수는 없으므로 형사소송법 자체를 개정하여 구체적인 증거법 및 공판중심주의 관련 규정을 두기에 이르렀다.⁷¹⁾

그런데 실무상 국민참여재판 진행을 둘러싸고 통일되거나 일관된 매뉴얼이 없는 상황이다. 무엇보다 재판업무부담에 따라 제도 시행에 장애가 많은 상황이다. 이런 상황에서 국민참여재판에서조차 형사소송법상 공판중심주의의 강화라고 하는 원래 입법취지를 살리지 못하는 것은 아닌가 하는 우려가 제기될 수 있을 것이다. 실제 국민참여재판제도의 시범시행 이후에 통상의 형사재판에도 큰 변화가 생기고 있다는 평가를 듣기 쉽지 않다. 국민참여재판과 일반재판이 제각각 따로이 다른 원리에 의해 진행되는 것처럼 여겨지고, 원래 국민참여재판제도 도입을 통한 형사절차의 공판중심주의로의 변화에 대한 평가도 쉽지 않을 것 같다. 이는 국민참여재판제도의 활성화를 통한 자료축적이나 연구 그리고 향후 정착방향의 수립 등에 걸림돌이 되고 있다. 2009년 중반 이후 국민참여재판의 활성화를 위한 여러 가지 노력으로 2009년에 비하여 참여재판 건수가 늘어나고, 관련 법조인들의 관심을 촉구하는 등

617권, 2008/2, 8면.

69) 차용석, 8면; 이재상, 형사소송법, 2009, 373면 ; 이은모, 385면.

70) 이에 대한 지적은 손동권, 형사소송법, 2010, 422면 ; 상재는 신동운, 사법제도 개선방안, 2001 참조.

71) 신동운, 한국 형사사법의 개혁과 전망, 12면.

다양한 방법들이 모색되어 왔다. 국민참여재판 신청의 철회 및 법원에 의한 배제율을 낮추기 위하여는 재판진행의 장애가 무엇인지에 대한 보다 다각도의 연구가 필요하다. 쟁점이 복잡하거나 증인이 많은 사건의 경우에도 배제결정보다는 여러 차례 공판준비기일을 갖고 쟁점과 증인을 최소화하면서 국민참여재판으로 진행하여 제도 운용상 드러나는 문제점을 검토 분석하여 재판진행을 위한 방안을 축적할 필요가 있다.⁷²⁾

4. 대상사건의 제한과 높은 배제율 및 철회율로 인한 국민참여재판의 낮은 실시건수

현재 국민참여재판은 그 대상사건이 살인, 강도강간 등 중죄사건에 제한되어 있고, 또 대상사건에 해당하더라도 배심원에 의한 재판을 받을 것인지 여부는 피고인의 신청과 법원의 판단에 의하여 결정되어 실제 그 실시건수가 많지 않다는 문제점을 드러내고 있다. 국민참여재판제도의 운용현황에 의하면 피고인의 신청건수가 많지 않고, 신청사건 중 절반 이상의 사건이 재판부가 국민참여재판에 붙이기를 거부하였다. 특히 배제사건 대부분이 국민의 형사재판참여에 관한 법률(이하 ‘참여법률’) 제9조 제1항 제3호의 ‘국민참여재판 진행이 적절하지 않은 경우’를 그 이유로 하고 있을 뿐, 이 경우에도 배제사유가 구체적이지 못하다. 사법부의 배제결정에 대한 신뢰성 보장방안이 시급하다. 또한 철회한 피고인의 경우 국민참여재판에 대한 배경지식 없이 일단 신청부터 한 뒤 철회하는 경우가 많다. 이러한 국민참여재판의 시행현황은 기대에 못미치는 상황이다. 이 때문에 법제도 전반에 걸친 대수술이 행해져야 하는가 하는 의문을 제기하기도 한다.

그러나 대상건수가 많지 않을 뿐만 아니라, 실제 재판이 행해진 사건수도 많지 않다고 하여 국민참여재판제도의 의의가 평가되어서는 안 된다. 국민참여재판이 일차적으로 국민의 관심을 끄는 것이 중요하고, 이를 위하여 재판결과가 피고인이 기대하는 바를 충족시켜야 한다는 논리가 가능하지만, 이것이 국민참여재판의 본질에 부합하는가 하는 점에 대하여는 진지한 성찰이 필요하다.

72) 박미숙, 국민참여재판 활성화를 위한 제안, 2009년 제2회 국민참여재판장 간담회 자료, 26면.

첫째, 피고인에게 유리하지 않고 반면 재판관계자에게 부담만 주는 재판을 왜 신청하겠는가라고 하지만, 반대로 무죄선고를 받을 확률이 통상의 일반재판보다 3배 정도 높다고 하여 피고인들에게 참여재판을 신청하도록 하는 유인이 될 것인가 하는 점도 의문이다. 실제 현실은 이러한 공식 데이터에도 불구하고 참여재판이 피고인에게 그다지 큰 유인동기가 되지 못하는 듯하다. 즉 국민참여재판이 피고인에게 유리한가 불리한가에 따라서 피고인의 신청여부가 결정된다고 단정하기 어렵다. 국민참여재판의 실제 운용을 보면 피고인의 신청 여하는 담당재판부의 성향과 국민참여재판의 결과를 파악하여 국민참여재판을 받는 것이 자신에게 유리한지 불리한지를 따져 신청을 하고 있는 것으로 보인다.⁷³⁾ 이러한 결과는 앞에서 이미 말한 바와 같이 현재의 국민참여재판제도는 대상사건의 피고인들에 의하여 즐겨 활용되지 못할 것이라는 어두운 전망과 일치한다.⁷⁴⁾

그러나 국민참여재판 실시건수가 적다고 하여 이를 곧 제도 자체의 의의까지 문제삼는 것은 적절하다고 할 수 없다. 국민참여재판의 실시건수가 적다는 것은 국민의 사법참여재판을 행하지 않았을 이유는 되지 않는다. 실시건수를 늘리는 것이 목적이라면 여러 방법이 있을 수 있을 것이다. 국민참여재판법상 일정한 범죄로의 대상사건 제한과 피고인 신청주의, 나아가 법원에 의한 배제 등으로 인하여 사건수가 많지 않다는데서 출발하면 그 반대의 경우 실시건수는 늘어날 것으로 예상된다. 즉 예상요인으로서 대상사건의 확대,⁷⁵⁾ 피고인 신청주의가 아닌 필요적 국민참여재판, 법원의 적극적 참여 등이 있다. 비록 가능성이 낮다 하더라도 배심원의 무죄평결이 재판부의 판결에서도 존중된다면 상황은 달라지지 않을까 하는 기대⁷⁶⁾도 있다. 현행 국민참여재판제도가 시범시행과정에 있고 그 결과에 따라서 제도 정착의 향방이 결정되기 때문에 가능한 한 많은 건수를 대상으로 하여 국민참여재판을 활

73) 허정수, 329면.

74) 국민참여재판법이 국회 통과 직후 실무가측에서는 국민참여재판제도는 대상사건의 피고인들에 의하여 즐겨 활용되지 못할 것이라는 어두운 전망을 한 바 있다고 한다. 심희기, 113면 참조.

75) 2009.7.1.일부터 국민의 형사재판참여에 관한 규칙을 개정하여 대상범죄를 확대한 바 있다. 한편 국민참여재판제도의 활성화를 위한 방안으로 대상사건의 원칙적 국민참여재판으로 하는 것은 법리적으로나 현실적으로 신중을 기할 필요가 있다는 의견도 있다. 이주원, 국민참여재판의 문제점과 개선방안 토론문, 대검찰청 형사법연구회, 2009.9, 2면.

76) 심희기, 189면.

성화하는 방안을 강구할 필요는 있다.

5. 양형배심의 제한

현행 국민참여재판법상 사실인정과 양형절차에 모두 배심원이 참여하고 있다(국민참여재판법). 그 결과 국민참여재판의 운용현황에 의하면 유·무죄 다툼사건 보다는 양형 다툼 사건이 더 많아 양형위주의 국민참여재판제도로 운용되고 있다. 유·무죄 여부를 가릴 필요가 없는 자백사건의 경우 대부분 범행동기, 범행계획여부 등이 다투어지고 있다. 범행동기, 범행계획 여부 등은 형법 제51조의 전형적인 양형사유이다. 범죄유무와 관련 없는 양형요소들이 공소사실에 함께 포함되어 있어 심리의 집중과 효율성을 손상시킬 염려가 있다.⁷⁷⁾ 유·무죄의 다툼없이 양형만을 이유로 한 국민참여재판제도의 운용은 지양되어야 한다.⁷⁸⁾

국민참여재판제도운영에 있어서 양형사건이 많은데 대하여 참여재판 도입 목적 중 하나가 사법의 민주적 정당성과 신뢰를 높이기 위한 것이고, 사법불신은 전관예우 논란에서 비롯되는 측면이 크며, 또한 전관예우 논란의 초점은 양형과 관련된 문제에 기인하는 점을 고려한다면 양형에 관한 배심원의 의견을 듣는 것은 일응 의미있다⁷⁹⁾는 점은 인정된다. 반면 양형배심은 원래 배심제도의 특성은 아니고 물론 미국에서도 6개주에서 양형배심이 인정되고 있기는 하나, 배심제도의 주요 특성중 하나가 유무죄 평결에 초점이 있다는 점에 비추어보면 우리나라 양형관련 사건이 주요 국민참여재판의 대상이 되고 있는 점은 제도 본래의 취지와는 부합되지 않은 측면이 있는 것도 부인하기 어렵다.⁸⁰⁾ 중죄일수록 유무죄 다툼이 중심이 될 수 밖

77) 한상훈, 46면 참조.

78) 김태규, 148면.

79) 이인석, 국민참여재판의 동향과 양형, 38면.

80) 양형기준제도의 도입과 관련하여 국민참여재판의 배심양형에 대한 논의가 필요할 것으로 보인다 (이인석, 국민참여재판의 동향과 양형, 40면), 이는 향후 국민참여재판의 최종 완성모델의 결정여하에 따라서 해소될 수도 있을 것으로 보인다. 즉 영미식의 배심제도하에서는 유무죄평결에 대한 구속력을 인정하는 한편으로 양형배심을 원칙적으로 인정하지 않는 경우에는 배심원 관여없는 법관양형모델로 확정되거나, 참심제도의 도입시에는 양형기준제 논의는 특별한 의미를 갖지 않을 것으로 보인다.

에 없고, 이 경우 국민참여재판제도하에서의 유·무죄 다툼은 사법에의 신뢰성을 높여주는 결과를 가져올 것이다. 현재와 같은 처리사건에 의해서는 국민참여재판의 의미를 찾아보기 어려울 것이고 지나친 고비용저효율의 제도라는 비난을 면하기도 어려울 것이다. 따라서 범행동기, 범행계획 여부 등 형법 제51조의 양형사유와 관련되는 경우에는 양형배심을 인정할 필요는 없을 것이다. 다만 심신미약(형법 제10조 제2항), 자수(제52조 제1항) 등의 필요적·임의적 감경사유 등 처단형 결정요인에 대하여는 투명성과 신뢰성의 측면에서도 배심재판 대상사건으로 할 필요가 있을 것으로 보인다.⁸¹⁾

다만 부인하는 사건이라 하더라도 사안에 따라서는 구성요건적 사실 이외에 중요한 양형인자에 관하여 확인할 필요가 있을 수 있으므로, 그와 같은 경우에는 피고인이나 변호인의 의사를 물어 만일 피고인이나 변호인이 그 부분에 관한 양형심리를 원한다면 그에 관한 심리를 할 수 있을 것이다.⁸²⁾ 즉 변론이 종결되기 전에 법정에서 실질적인 양형심리가 이루어질 수 있도록 해야 하지만, 양형심리로 인하여 배심원이 사건의 유·무죄의 예단이나 편견을 갖게 해서는 안 된다. 이 경우에도 양형인자나 양형가중사유, 감경요소에 관해서 배심원에게 알기 쉽게 설명할 필요가 있다.

한편 부인사건이나 중요사건의 경우 심리에 장기간이 소요되므로 배심원의 참여가 문제된다는 의견이 있을 수 있다. 그러나 배심원에 대한 설문조사결과 오히려 장시간 재판참석으로 인한 불편함이 문제된다는 점에서 2일 이상 개정을 통하여 배심원들의 어려움을 덜어줄 수 있을 것으로 기대된다.⁸³⁾ 반면 현재처럼 하루만에 배심원선정절차에서부터 배심원 평의와 판결선고까지의 절차를 늦더라도 마치는 것이 배심원의 참여를 높이는 것이고, 나아가 배심원 참여를 유도하기 위해서는 경제적 이익을 부여하는 것이 적절하다는 견해도 있다.⁸⁴⁾

81) 실제 첫 국민참여재판인 대구지방법원에서의 국민참여재판의 경우 피고인이 범행자제는 인정한 사안으로서 자수 여하가 배심양형에 중요한 판단요인이었다.

82) 법원행정처, 국민참여재판의 이해, 2007, 114면 참조.

83) 이인석, 국민참여재판의 동향과 양형, 55-56면.

84) 하태훈, 565면.

6. 국선변호인의 체계적 교육 프로그램과 보수현실화

국민참여재판제도의 경우 변호인의 참여는 필수적이다. 실제 참여재판이 대상으로 하는 범죄는 강력범죄이고, 이들 강력범죄의 경우 대부분 피고인은 경제적·사회적으로 열악한 지위에 있는 경우가 많아 국선변호인의 도움을 받아야 할 처지에 놓여 있다. 참여재판 참관결과 피고인의 대부분이 경제적·사회적으로 열악한 지위에 놓여 있어 국선변호인의 조력을 받는 경우가 많은 것으로 나타났다. 참고로, 2008년도 9월 30일자로 집계된 비공식 자료에 따르면, 판결 선고된 총 35건의 사건 중에서 26건, 74.2%가 국선변호인으로 분류되었고, 9건, 25.8%가 사선변호인으로 분류되었다. 이를 통해 2008년 9월 30일까지 집계된 비공식 자료와 상반기 6월 30일까지 집계된 공식자료를 비교할 때 국선변호인과 사선변호인의 비중 자체가 크게 달라진 바가 없다는 것을 알 수 있다.⁸⁵⁾ 한편 국선 혹은 사선 변호인 여부에 따라서 유 무죄판결이 달라지는지를 살펴본 바에 의하면 국선변호인이 사건을 담당했을 때는, 총 17건 중 유죄가 14건, 무죄(주요범행 무죄 포함)가 3건이었는데, 사선변호인이 사건을 담당했을 때는 6건 모두 유죄(배심원이 무죄 평결했으나 판사가 유죄 선고한 경우는 제외)였던 것으로 드러났다. 사례수가 많지 않기 때문에 일반화가 거의 불가능하지만, 적어도 이 자료의 한도 내에서만 판단해보자면 사선변호인이 변호를 맡았다고 해서 무죄가 더 많이 나오거나 하는 일은 발생하지 않았다고 할 수 있다.⁸⁶⁾

참여재판에 있어서 변호인은 배심원선정절차에서부터 최후변론에 이르기까지 매우 중요한 기능을 수행한다. 참여재판제도의 도입으로 법률전문가가 아닌 배심원의 참여 및 공판중심주의의 강화와 이로 인한 구두변론주의의 강화라는 환경변화가 이루어지고 이에 따라 변호인의 역할과 업무에 있어서 변화가 요구된다. 지금까지 참여재판에 참여한 개별 국선변호인의 경우를 살펴보면 사실 체계적이고 조직적인 대응차원에서가 아니라 개인적 차원에서 참여재판제도의 중요성을 인식하고 준비를 많이 한 탓에 문제가 크게 제기된 바는 없지만, 그 개인적인 고충은 충분히 짐작할

85) 박미숙/황지태 외, 364면.

86) 박미숙/황지태 외, 364면.

수 있다.⁸⁷⁾ 참여재판에 있어서 변호제도의 의미를 고려할 때 보다 체계적, 조직적인 대응이 마련되어야 할 필요성이 크다고 하겠다. 우선 배심원선정절차에서부터 변호인은 공정하고도 객관적인 배심원단이 구성될 수 있도록 노력하지 않으면 안 된다. 배심원선정절차에서부터 준비정도가 미흡하여 객관적이고 합리적으로 대처하지 못한다면 공정한 배심원선정을 기대하기 어려울 것이다. 배심원선정절차는 배심원 후보자의 질문표를 확인하고, 직접 질문하여 답변내용을 정리, 분석하여 기피신청여부를 결정하는 등 매우 복잡한 절차와 내용구조를 갖는다. 변호인 1명으로 이러한 작업을 하는 것은 매우 외롭고도 벅찬 부담이다. 참여재판에 참여하는 검찰의 수에 대응하여 2인 이상의 국선변호인을 선정하는 것도 무기대등의 원칙이나 방어권보장이라는 측면에서 고려해보아야 한다⁸⁸⁾는 문제가 제기되어 왔다. 현재 국선변호인은 2인이 담당하도록 하여 이러한 어려움은 해결되었다. 다만 검찰, 법원의 경우 참여재판에의 효율적 운영을 위한 방안을 마련 운영하고 있지만, 반면 변호인의 경우에는 개인적으로 근무하는 경우가 많아 참여재판에 신속하고 효과적으로 대응하기가 어렵다는 문제점이 있다. 따라서 국선변호인의 경우 참여재판에 임하는 자세 및 변론내용 등에 대한 교육이 필요하며, 국선변호인회를 통하여 상호 정보를 공유하는 방안을 마련하여 적어도 효과적인 대응을 위한 전략매뉴얼을 개발할 필요도 있을 것이다.

또한 현재 참여재판의 80%정도를 국선변호인들이 담당하고 있는데 이들에게 지급되는 보수는 30만원~150만원에 불과하다고 한다. 참여재판이 통상 일반재판보다 난이도가 높은 만큼 이들의 보수를 현실화해 참여재판에 적극적으로 참여할 수 있는 분위기를 조성하는 것도 중요하다. 국선변호인이 체계적·조직적으로 관리되지 아니하여 개별 변호사의 자세나 능력에 따라 형사변호의 질에 차이가 발생하게 된다는 등의 문제가 있다.⁸⁹⁾ 참여재판업무를 수행하는 국선변호인의 업무량은 증대되는

87) 예컨대 변호인으로서의 서류를 열람 복사하는 것이 변론준비의 출발점이면서 또한 효과적인 변호를 위한 중요한 준비 작업인데도 불구하고 피고인의 유죄를 입증하기 위한 서류 즉 증거서류 일부에 대하여만 복사가 허용되고 있는 것이 실무현실이라고 한다(김형국, 국민참여재판에 대한 변호인의 고찰, 한일법학회, 2009.8, 27면). 수사서류에 대하여는 접근이 어려워 사실상 수사과정에서 작성되었을 결과물에 대하여는 미리 피고인에게 질문할 내용을 준비해야 하는 부담이 크다고 한다.

88) 한상훈, 27면.

89) 사법개혁위원회 제5차 회의 보고자료, 사법서비스 및 형사사법제도, 2004.1.5, 185-186면.

데 반하여 수입료 또한 비현실적이라면 효과적인 변호를 기대하기 어려울 것은 자명하다.⁹⁰⁾

V. 과제

이상으로 국민참여재판제도의 운영현황, 국민의 사법참여재판제도의 본래적 의미와 헌법적합성 여하, 그리고 부합방향 등 제한된 범위내에서 조심스러운 접근을 해보았다. 현재 국민참여재판제도의 시행과정에 대하여는 국민과 전문가들 모두가 조심스럽게 지켜보고 있는 상황이므로 여기서 논의되지 않은 많은 쟁점을 검토하고 구체적인 방안이 개발되어 보다 완성된 형태의 국민참여재판제도를 갖추어 나갈 것으로 기대한다.

배심제도든 참심제도든 국민의 사법참여는 어떤 형태로든 각국에서 정착 시행되고 있다. 중요한 것은 어느 제도에 의하더라도 그 결정과정에서 배심원 또는 참심원의 의견을 무시하고 법관이 판결을 내릴 수 없다는 점이다. 이런 점에서 적어도 꼭 양자택일의 문제는 아니며 배심제와 참심제를 하나의 제도로 통합하는 방안이 가능하다 하더라도⁹¹⁾ 현행 제도는 향후 완성된 형태의 국민사법참여재판제도 마련에 있어서 대안이 될 수는 없을 것이다.

그리고 국민참여재판이 외면 받는 가장 큰 이유는 제도를 실현하는 판검사와 변호사들의 인식부족 때문인 것으로 분석된다. 제도도입 당시부터 제기돼 왔던 참여재판의 효율성에 대한 회의적 시각이 지금도 법조계에 널리 퍼져 있는 것이다. 단지 효율성 측면만이 아니라 형사사법의 민주적 정당성 및 투명성 제고라는 참여재판 도입취지에 대한 법조인들의 인식제고도 요구된다.⁹²⁾

90) 김수현, 국민참여재판제도의 제문제, 국민참여재판 6개월의 현황과 평가, 국민의사법참여연구회, 2008.6, 4면.

91) 한상훈, 521면.

92) 참여재판의 실시건수가 적은 이유에 대하여 다양한 분석결과가 실무로부터 제기되고 있는 가운데, 피고인이 신청을 하지 않는 이유중 하나가 괜히 참여재판을 신청하면 검사와 법원에 밀보여서 오히려 형량만 높아지는 것은 아닌가 하는 피고인의 우려, 참여재판결과 피고인에게 불리하게 나오면 어쩌나 하는 변호인의 걱정으로 인하여 참여재판을 권유하지 못한다는 일선 국선변호인의 경험

국민참여재판제도는 분명히 많은 사법비용이 드는 제도이다. 국민참여재판제도의 대상이 보다 확대될 때에, 나아가 이들 사건을 모두 합의부에서 다루게 될 때에는 더욱 많은 사법비용이 소요될 것이다.⁹³⁾ 인력확충 및 예산확보 등의 실질적인 대책이 마련되지 않는 한 제도의 활성화를 기대하기는 어려울 것이다. 국민참여재판 1건당 소요되는 기간이 긴데다 대부분 재판이 하루종일 진행되기 때문에 일반형사사건 처리에 필요한 시간이 상대적으로 부족해질 수밖에 없다. 기존의 사건을 그대로 처리하면서 국민참여재판을 병행하는 것은 물리적으로 부담이 될 수밖에 없다. 아직 예산문제에 대한 분석 평가가 나오지 않아 정확한 예측과 전망을 하기는 어렵지만, 향후 이 점에 대한 분석과 전망도 필요할 것으로 보인다.

사법개혁위원회에서 2012년 국민참여재판 최종 완성형태를 남겨두고 있다. 이러한 최종결정을 위한 참고자료 내지 정책자료를 제공하기 위하여 지속적으로 종합적이며 실증적인 조사 자료의 구축이 요구된다.⁹⁴⁾ 위에서 살펴본 것처럼 현재까지도 법원 및 검찰 등 관련 전문가들 사이에서도 그 확정적 제도화 및 구체적인 방안에 대하여는 견해가 나누어지고 있다. 국민사법참여위원회에서도 제도의 최종 형태를 결정하는데 있어서 난항을 겪을 것은 충분히 예상된다. 따라서 이 문제를 다루는 객관적이고 실증적인 자료들이 그 판단의 어려움을 극복하는 데 일조할 수 있을 것이다. 특히 국민참여재판제도의 시범시행단계라는 점을 고려한다면 각종 재판관련 통계 및 실무운용상의 문제점도 가능한 한 공개하도록 하며, 문제점에 대한 각계의 검토 및 의견교환이 수시로 이루어질 수 있도록 해야 한다.

그리고 국민참여재판 건수가 적다는 점에서 고비용 저효율이라는 문제도 공공연히 제기되고 있는데, 단순히 수치로 참여재판제도의 존치여부를 판단할 것은 아니다. 이미 국민참여재판에 소요되는 인적, 물적 예산의 추정연구에서 보는 것처럼, 국가예산상 상당한 비용을 유발시키는 것은 사실이지만, 그 긍정적 땀가성 즉 사법

답에서 보는 것처럼 법원 및 검찰 등의 소극적 대응이 문제되고 있다. 한상훈, 502면 ; 이영미, 국민참여재판의 문제점과 개선방안 토론문, 대검찰청 형사법연구회, 2009/9, 2면. 이에 대한 문제 제기는 오준근, 537면.

93) 차용석, 28면.

94) 「국민의 형사재판 참여에 관한 법률」 제6장 제55조 ①항에서 “국민참여재판의 시행경과에 대한 분석 등을 통하여 국민참여재판 제도의 최종적인 형태를 결정하기 위하여 국민사법참여위원회”를 둔다.

의 민주적 정당성 강화와 형사사법의 투명성과 공정성 제고 등의 성과도 적지 않다는 점이 충분히 고려되어야 할 것이다. 따라서 현재로서는 이러한 긍정적 덧가성이 실제 어느 정도까지 구현되는지 하는 점에 대하여는 지속적인 실증분석이 요구된다.

법제도 개혁과정에서 현재 제도의 시행에 이르기까지 국민참여재판제도의 제도적 본질이나 의의 등에 대하여는 국민 및 관련 전문가들은 공감하고 있다. 아직까지는 국민참여재판제도의 활성화 방안에 초점을 맞추고 그 구체적인 방안을 위하여 노력을 가열차게 진행중이지만, 남은 기간동안 국민참여재판의 구체적인 모델과 법률을 정비하는 방향으로의 정책수립 과제가 남아 있다. 피고인에게 유리한가 여부는 개인적 측면에서는 그렇지 않다고 하더라도 사법제도에 대한 국민의 인식을 어떻게 변화시켰는지에 대한 해답을 통해서 거꾸로 해답을 줄수도 있는 문제이다. 즉 결과적으로는 피고인은 공정한 사법절차에 따라서 재판을 받은 것이고, 이는 결코 피고인의 형량 유무에 따른 유불리의 문제는 아니기 때문이다. 따라서 제도의 도입 취지 목적 등의 달성 여부는 지속적인 국민참여재판제도 운용에 대한 시범시행과 그 평가 등을 통하여 국민적 관심을 환기시키면서 시간을 갖고 분석해보아야 한다. 지금 여기서 우리가 해야 할 것은 할 수 있는 것을 최대한 최선을 다하여 해보는 것이다. 지금 우리가 할 수 있는 일을 하는 것이 최선의 제도개선책이다.

참고문헌

- J.Silbert/조국, 미국 형사사법에서의 시민참여 : 소유, 책임 그리고 투명성, 한국형사정책학회, 제1회 국제학술회의, 2001
- 권영설, 배심제·참심제의 도입논의와 그 헌법적합성의 문제, 법과사회이론학회, 법과 사회, 제26호, 2004
- 권영성, 헌법학원론, 2005
- 김상준, 미국 배심재판 제도의 연구, 2003
- 김수현, 국민참여재판제도의 제문제, 국민참여재판 6개월의 현황과 평가, 국민의사법참여연구회, 2008.6
- 김철수, 헌법학신론, 2005
- 김태규, 국민참여재판의 개선방안에 대한 연구, 형사정책연구 제76호, 2008/겨울호
- 김태명, 개정 형사소송법과 국민참여재판제도의 시행에 따른 경찰수사의 변화방향, 형사정책연구 제18권 제3호, 2007/가을호
- 김형국, 국민참여재판에 대한 변호인의 고찰, 한일법학회, 2009.8
- 대검찰청, 국민참여재판 배심원선정 업무 실무매뉴얼 8, 2008
- 대검찰청, 국민참여재판 수사·공판업무 실무매뉴얼 1, 2007
- 대법원 공보관실, 시행 2년을 맞이한 국민참여재판에 대한 업무성과 분석, 2010.3.12
- 박미숙, 국민참여재판 활성화를 위한 제안, 2009년 제2회 국민참여재판장 간담회 자료
- 박미숙/황지태 외, 형사정책과 사법개혁에 대한 조사 연구 및 평가(2) : 국민참여재판에 대한 참관 및 조사연구, 한국형사정책연구원, 2008
- 박찬운, 한국형사정책학회 제1회 국제학술회의 토론문, 2001
- 법원행정처, 국민참여재판의 이해, 2007
- 寺崎嘉博/도중진 역, 일본의 형사사법, 한국형사정책학회 제1회 국제학술회의, 2001
- 사법개혁위원회 제5차 회의 보고자료, 사법서비스 및 형사사법제도, 2004.1.5
- 사법개혁위원회 제5차 회의보고자료, 제2분과 전문위원 연구반, 2004.1.5.
- 사법개혁추진위원회, 민주사회를 위한 사법개혁-대통령 자문위원회 보고서, 2000

- 성낙인, 헌법학, 2003
- 손동권, 형사소송법, 2010
- 신동운, 사법제도 개선방안, 2001
- 신동운, 한국 형사사법의 개혁과 전망, 제회 동아시아 형사사법 국제학술회의, 한국비교형사법학회, 2006.1
- 심희기, 1990년대 한국의 형사사법개혁운동의 성과와 전망- 권위주의의 해체와 시민참여운동의 태동, 2001 한국형사정책학회 제1회 국제학술회의, 2001
- 심희기, 시민의 관점에서 본 국민참여재판의 현황과 전망, 한일법학회, 2009.8
- 심희기, 형사정책과 사법개혁에 대한 조사·연구 및 평가(I), 사법개혁에 대한 평가와 전망(3), 한국형사정책연구원, 2007
- 안경환/한인섭, 배심제와 시민의 사법참여, 2005
- 안성수, 국민참여 재판제도 시행과 인권옹호 토론문, 저스티스 제102호, 2008
- 오준근, 국민참여재판제도 정착방안 지정토론문, 저스티스 제106호, 2008.9
- 유진오 헌법해의, 1949
- 이영미, 국민참여재판의 문제점과 개선방안 토론문, 대검찰청 형사법연구회, 2009/9
- 이영미, 서울중앙지방법원 2008.12.22~24. 존속살해사건 국민참여재판 변호인 후기, 국민의 사법참여연구회 학술토론회 자료집 8, 2009.4
- 이완규, 국민참여재판제도 정착방안 지정토론문, 저스티스 제102호, 2008.9
- 이완규, 현행 국민참여재판제도의 문제점과 개선방향, 지송 이재상교수 정년기념논문집, 2008
- 이은모, 형사소송법, 2010
- 이인석, 국민참여재판 시행 2년의 현황 및 과제, 형사실무연구회 특별 심포지엄(미공간), 2009.12
- 이인석, 국민참여재판의 동향과 양형, 국민의사법참여연구회 학술토론회 자료집 10, 2010/4, 21-22면.
- 이재상, 형사소송법, 2009
- 이주원, 국민참여재판의 문제점과 개선방안 토론문, 대검찰청 형사법연구회, 2009.9
- 진정호, 국민참여재판제도 정착 방안 지정토론문, 2008.9

- 차용석, 개정 형사소송법 시행에 따른 전망과 제문제, 법조 617권, 2008/2
- 최인섭/황지태, 형사정책과 사법개혁의 조사·연구 및 평가(1), 한국형사정책연구원, 2007
- 최재혁, 법원의 관점에서 본 국민참여재판의 운영현황과 개선방향, 한일법학회, 2009.8
- 타구치 모리가츠, 일본재판원제도의 개요, 국민참여재판의 현황과 개선방안, 한일법학회, 2009.8
- 하태훈, 국민참여재판제도 정착방안 지정토론문, 저스티스 제106호, 2008.9
- 한국형사정책연구원, 국민참여재판에 소요되는 인적·물적 예산의 추정, 2005
- 정웅석, 국민참여재판에 관한 연구, 법조 617호, 2008/2
- 한국형사정책학회, 전환기의 한국형사사법 : 형사사법의 민주적 개혁, 2001.
- 한상훈, 국민참여재판제도의 정착방안, 저스티스 제106호, 2008.9
- 한인섭, 국민참여재판 하에서 경찰역할의 변화, 형사정책 18권 제2호, 2006
- 허영, 한국헌법론, 2005
- 허정수, 국민참여재판의 문제점과 개선방안, 형사법 쟁점연구(II), 대검찰청 형사법연구회, 2010
- 황성기, 한국에서의 참심제와 배심제의 헌법적합성, 법과 사회, 제26호, 2004

The results of judicial citizens' participation system and tasks in the future

Park, Misuk*

The article reviews the results of judicial citizens' participation system which enforces this system during two years and tasks in the future. Moreover, the article focuses the discussion of constitution aspect and reconstruction of effect of juries's verdict based on the constitutional grounds according to background of adoption of judicial citizens' participation system.

Currently, Judicial citizens' participation system has lack of the consideration of constitutional discussion and make compromise based on the jury system with lay judge system.

For the above features, the judicial citizens' participation system contains many problems at the beginning of enforcement. First, judicial citizens' participation system does not violate against right to trial by judge under the Constitution. But, if the judicial citizens' participation system involves the sentencing, it should be determined whether the judicial citizens' participation system takes Jury System or Lay Judge. No matter what takes, Juries's verdicts must have the legal binding power. Second, it is important that the extension of Judicial Citizens's participation system cases and mandatory Judicial Citizens' participation system for the settlement of Judicial Citizens' participation system. For the institutionalization of Judicial citizens' participation system, it needs change of lawyer's understanding of Judicial citizens's participation system, accurate analysis and assesment of judicial burden, people's understanding and advertising or education of Judicial citizens's participation system

The tasks in the future should be consider Jury selection problems, examination

* Korean Institute of Criminology, Senior Researcher

of witness and the accused, evidence discoveries problem, evaluation of appeal system and specific other alternative seeking for perfect institutionalization intercourse of trial

❖ Key Workds : Judicial Citizens's participation system, Jury System, Lay Judge, Juries's verdicts