

배심원 양형에 관한 쟁점 검토 : 국민참여재판의 개선방안을 중심으로

박 형 관*

국 | 문 | 요 | 약

배심원에 의한 양형은 비교법적으로 이례적이다. 우리나라는 국민참여재판을 도입하면서 배심원들이 유, 무죄에 대한 의견뿐만 아니라 양형에 관한 의견을 제시할 수 있도록 규정하였다. 배심원에 의한 양형에 대하여 찬, 반론이 있다. 국민들의 양형에 관한 의견을 들을 수 있는 통로가 된다는 면은 있으나 여러 문제점들이 있으므로 계속 유지할지 여부는 신중하게 검토하여야 한다.

현 국민참여재판에서 배심원의 평의 없이 단지 참고적인 의견을 내도록 운용한 결과 매우 형식적인 의견 개진이 이루어지고 있다. 또한 대부분 사건이 하루 또는 이틀 만에 종결되고, 유무죄 심리와 양형 심리 절차도 분리되어 있지 않다. 이와 같이 짧은 시간에 배심원들에게 유, 무죄와 양형 의견을 모두 제시하도록 하는 것은 너무 큰 부담이다. 또한 두 절차가 분리되지 않은 채 참여재판이 이루어지는 것은 여러 문제를 야기한다. 유, 무죄가 아직 확정되지 않은 상태에서 양형자료가 현출되어 유, 무죄 판단에 예단을 준다. 가중인자나 감경인자의 존부에 대한 판단이나 그 반영 정도에 대한 판단은 매우 복잡하여 별도 절차에서 심리될 필요가 있다.

따라서 배심원 양형을 원칙적으로 배제하든지 아니면 배심원의 양형 평의에 일정한 법적 효력을 부과하는 선택이 필요하다. 우리나라는 국민이 바라는 공정하고 객관적인 양형을 실현하기 위하여 이미 양형위원회를 설치하고 참고적 양형기준제를 시행하고 있는 점을 고려하면 배심원 양형을 원칙적으로 배제하는 것도 고려할 수 있다.

배심원 양형을 유지한다면 배심원 양형 평의권을 보장하고 양형 심리 절차도 유무죄 인정 절차에서 분리하여 보다 엄격하게 운용할 필요가 있다. 피고인이 공소사실을 시인하는 사건은 예외적으로 사형이나 무기형이 선고될 수 있는 중한 사안 등에서 배심원 양형이 이루어지도록 할 필요가 있다. 당사자들이 배심원 양형을 포기하는 절차도 마련하여 대상 사건을 축소할 필요가 있고, 또한 배심원들에게 충실한 양형 정보를 제공하여 부당한 양형 편차가 발생하지 않도록 하여야 할 것이다.

❖ 주제어 : 배심원 양형, 양형기준, 국민참여재판, 양형 심리

* 인천지검 부장검사, 법학전문박사. 양형위원회 전문위원 역임(2007. 5.- 2009. 9.).

I. 서론

배심이 전통적으로 유, 무죄 여부를 판단하는 역할을 해온 점에 비추어 배심원들이 양형에 직접 관여하는 행위(이하 ‘배심원 양형’이라고 함)는 이례적이다.¹⁾ 우리나라는 2008년 1월 1일 시행된 “국민의 형사재판 참여에 관한 법률(이하 ‘국민참여재판법’이라고 함)”에서 배심원들이 양형에 관여하는 규정을 두었다. 즉 국민참여재판법 제46조는 ‘배심원은 유·무죄에 관하여 평의하고(제2항)’, ‘평결이 유죄인 경우 양형에 관하여 토의하고 그에 관한 의견을 개진(제4항)’하도록 규정하여 배심원에 의한 양형 절차를 도입하였다. 배심원들이 제시하는 양형 의견은 비록 판사에게 권고적 효력을 지니고 별도의 평결이 이루어지지지는 않지만 배심재판 과정에서 양형에 관한 국민의 의견이 반영되는 절차가 마련되었다는 점에서 앞으로 그 성과가 주목된다.²⁾

배심원 양형이 바람직한 지에 대하여 찬, 반론이 있다. 유, 무죄 심리절차와 달리 양형 절차는 더 복잡하고 전문적인 분야로 배심이 적합하지 않다는 견해도 있고 배심이 오히려 적절하게 일반 국민의 양형감각을 반영하므로 바람직하다는 의견도 있다(자세한 내용은 이 글 II. 2. 항). 이제 국민참여재판이 시행된 지 4년 여가 되었으므로 배심원 양형의 성과나 문제점을 면밀히 살펴볼 때가 되었다. 배심원 양형이 미국에서 19세기까지 매우 폭 넓게 행해졌고 현재도 일부 주에서 행해지므로 그 연혁이나 절차를 살펴보는 것도 점검에 도움이 되리라 생각된다.

국민참여재판이 비록 배심과 참심의 혼합 형태로 전형적인 배심이라고 할 수는

- 1) 미국 내에서 사형 선고가 가능한 범죄 이외 일반적인 중죄에 관하여 배심원이 양형에 관한 판단을 하는 곳은 버지니아 주 등 남부 6개 주 정도이다(자세한 사항은 이 글 II. 1. 항 참조).
- 2) 국민참여재판이 채택한 형태를 ‘배심원의 양형의견 개진 제도’로 보고 이를 배심원에게 양형권한을 부여한다는 배심양형 제도의 채택이라기 보다 배심원의 건전한 상식을 양형에 반영하는 제도로 평가하는 의견도 있다(김현석, “국민참여재판의 도입에 따른 공판절차의 변화,” 저스티스 통권 101호, 145면). 그에 따르면 배심원 전체가 양형에 관하여 표결하는 것을 금지하고 개별적인 양형을 개진하도록 한다는 점과 배심원이 법관과 함께 양형에 관하여 토의하도록 한 점에 비추어 배심양형제라고 하기 어렵다는 것이다. “법원은 배심원들의 건전한 상식과 합리적인 판단에 기초한 의견을 존중하여야 한다고 판시한 대법원 판결의 흐름이나(대법원 2009 도 14065 판결, 2010 도 4450 판결) 국민참여재판 제도 도입의 취지 등을 고려할 때 배심원의 양형 의견을 단순한 의견 개진 정도로 보는 것은 재고할 필요가 있다고 보인다.

없다고 하더라도 양형 절차가 유무죄 인정절차에서 분리되지 않은 점이라든가 양형평의권이 부여되지 않은 점 등은 제도 도입 취지에 비추어 바람직한지 의문이다.³⁾ 이러한 인식하에 배심원 양형의 찬, 반론 및 쟁점을 정리하고 국민참여재판 절차의 운용 실태를 살피면서 개선점을 찾는 것이 이 글의 목적이다. 배심원 양형을 계속 유지할 필요가 있는지 여부, 유·무죄 심리절차와 양형절차 분리의 필요성, 양형기준제와의 관계 등을 주로 살핀다.

국민참여재판 시행 이후 그 개선 방안과 관련하여 많은 글들이 발표되었고, 그 중 배심원 양형과 관련된 쟁점들을 언급한 예도 많다.⁴⁾ 그러나 본격적으로 배심원 양형의 문제점이나 개선점을 다루 글은 아직 많지 않다. 미국에서는 배심원 양형이 오랜 전통을 지니고 있어 그에 관한 많은 논문들이 있다.⁵⁾ 근래에는 미국 연방이나

- 3) 참심제가 배심제에 비하면 시민의 사법참여 견지에서 충분한 성과를 거둘 수 없다는 입장에 관하여, 한인섭, “형사재판에서의 배심제의 도입,” 형사정책 제14권 제2호, 144면; 장중식, “우리나라 국민참여재판제도의 문제점과 개선과제,” 법학연구 제36호(2009), 412면 참조. 한인섭은 시민이 단순히 의견 제시 권한만을 부여받는 일종의 준참심제는 시민이 하나의 들러리가 될 가능성이 있다고 지적하면서 시민의 사법참여의 본 취지를 수용하고 그것을 제도화하기 위해서는 배심제를 정면으로 채택하는 것이 옳다고 주장한다.
- 4) 김대성, “미국에서의 배심원의 양형 참여,” 형사법연구 21권 1호 (2009); 김태규, “국민참여재판의 개선방안에 대한 연구,” 형사정책연구 제76호 (2008년 겨울호); 박미숙, “국민참여재판제도의 시행 성과와 향후 과제,” 형사정책연구 제21권 제2호(2010년 여름호); 사법발전재단, 「형사재판의 쟁점과 과제」(2008); 한상훈, “국민참여재판제도의 정착방안,” 저스티스 통권 제106호 (2008. 9.); 장중식, “우리나라 국민참여재판제도의 문제점과 개선과제”(각주 4); 이인석, “국민참여재판 시행 2년의 현황과 과제,” 한국사회학회 2009 국제학술대회 (2009); 최재혁, “국민참여재판의 실무상 운영방안 및 주요 쟁점,” 「형사재판의 쟁점과 과제」, 사법발전재단(2010); 탁희성·최수영, 국민참여재판의 평가와 정책화 방안, 형사정책연구원(2011); 황병돈, “국민참여재판 시행 과정에서 제기된 문제점 및 개선방안,” 한양법학 제21권 제2집(2010. 5.) 등이다.
- 5) 그 중 일부 논문을 소개하면, Jenia Iontcheva, “Jury Sentencing as Democratic Practice,” 89 Virginia L. Rev. 311(2003); Randall R Jackson, “Missouri’s Jury Sentencing Law : A Relic the Legislature Should Lay to Rest,” 55 JMOB 14 (1999); Nancy J King, “The Origins of Felony Jury Sentencing in the United States,” 78 Chicago-Kent L. Rev. 937 (2003); Nancy J King, “How Different is Death? Jury Sentencing in Capital and Non-Capital Cases Compared,” (2004) 2 Ohio St. J. Crim. L. 195.; Nancy J. King and Rosevelt L. Noble, “Jury Sentencing in Noncapital Cases: Comparing Severity and Variance with Judicial Sentences in Two States,” (July 2005) Journal of Empirical Studies Volume 2, Issue 2.; Erik Lillquist, “The Puzzling Return of Jury Sentencing: Misgiving about Apprendi,” 82 NCLR 62 (2004); Robert A. Weniger, “Jury Sentencing in Noncapital Cases : A Case Study of El Paso County, Texas,” 45 WAUJCL 3 (1994).

일부 주들에서 시행되고 있는 양형기준의 적용과 관련하여 배심의 기능과 역할에 관하여 새로이 조명하는 판례도 다수 나오고 있다.⁶⁾ 한편 호주 뉴사우스 웨일즈 주 법률개혁위원회(New South Wales Law Reform Commission)는 2006년 6월 배심원 양형에 관한 여러 쟁점을 정리한 “양형과 배심(Sentencing and Juries),” 쟁점 보고서 27(이하 ‘호주 Issues Papers 27’이라고 함)을 공표하였다. 위와 같은 국, 내외 논의 등을 아울러 보면서 우리나라에서 운용되는 배심원 양형의 개선점을 논하기로 한다.

II. 배심원 양형의 의의 및 찬반론

1. 의의

배심원 양형을 일반적으로 정의한다면 유죄 판결 이후에 배심원들이 양형을 결정하거나 권고하는 절차라고 할 수 있을 것이다.⁷⁾ 넓게 정의한다면 배심원들이 양형 절차에 어떤 방식으로든 관여하는 것이라 볼 수도 있다(이를테면 사안의 중대성에 관하여 일반적인 의견을 개진하는 것이나 일정한 양형인자의 존부에 대하여 의견을 제시하는 것 등). 양형에 관하여 국민의 의견이 반영되는 방식은 배심원 양형 이외에도 양형기준제를 통하여도 가능하다. 다만 양형기준제는 동종 사건에 대하여 비슷한 형을 부과하는 기준을 수립하여 양형의 객관성과 일관성을 강조하는 제도인 반면 배심원 양형은 개별 사안에서 국민의 의견을 반영하는 제도인 점에 차이가 있다.

6) 미국에서 2000년대에 들어서 ‘추정적으로 제시된 양형기준을 벗어나는 가증인자들을 배심에 의하여 확정하지 않고 판사가 확정할 수 있느냐’라는 쟁점이 미 수정 헌법 제6조의 배심에 의한 재판을 받을 권리와 관련하여 부각되었다. 미 연방 대법원은 *Apprendi* 판결(530 U.S. 466), *Blakely* 판결(542 U.S. 296), *Booker & Fanfan* 판결(543 U.S. 220) 등을 통하여 추정적(presumptive) 양형기준 제하에서 양형기준에서 정한 형을 상향하는 인자에 대하여 미리 피고인이 그 인자를 인정하거나 배심을 받을 권리를 포기하지 않는 한 배심원에게 현출되어 합리적 의심의 넘을 정도의 입증에 의하여 확정되어야 한다는 점을 명확히 하였다.

7) King(2004)의 주석 4 부분 참조.

배심원 양형의 대상 사건과 관련하여 사형이 선고될 수 있는 사건과 그 이외 일반 사건으로 구분해볼 수 있다. 사형 여부에 대한 배심원 양형은 구체적인 형량을 정하는 것이 아니라 사형을 부과할 것인가 부과하지 않을 것인가에 관한 양자택일적인 성격을 지니는 점, 평의 결과가 미치는 영향이 극히 중한 점 등에서 일반 사건에 관한 배심원 양형과는 많은 면에서 상이하다.⁸⁾

배심원의 일반 사건에 관한 양형 평의나 의견은 기속력을 가질 수도 있고 권고적일 수도 있으나 그 의견에 전적으로 기속력을 부여되는 예는 드물다. 배심원이 형량에 관한 의견만 제시하는 예도 있고 집행유예 부과 여부에 관한 의견까지 제시하는 예도 있다. 또한 근래 미 연방대법원 판결의 예들에서 살필 수 있는 것처럼 배심원이 형을 가중하는 양형인자의 존부를 확정하기도 한다.

호주 Issues Paper 27은 배심원 양형과 관련된 여러 쟁점(배심원 양형을 통하여 국민의 사법에 대한 신뢰를 가져올 수 있는지, 구체적인 심리 및 토의절차는 어떤 모습이어야 하는지, 토의 내용의 보호 방법 등) 21개 질문으로 정리하였는데 참고할 만하다.⁹⁾ 우리나라 국민참여재판에서 운용되고 있는 배심원 양형의 성과와 개

8) 사형 여부에 관한 배심원 양형과 일반 사건에 관한 배심원 양형의 차이점에 관한 글로 King(2004), "How Different is Death? Jury Sentencing in Capital and Non-Capital Cases Compared" 참조.

9) 호주 Issues Paper 27, 'Issues for Discussion' 부분. 아래와 같은 21개 쟁점을 제시한다.

질문 1: 배심원들이 직접 양형절차에 관여하여야 하는지?

질문 2: 배심원 양형의 장점과 단점은 무엇인가?

질문 3: 배심원 양형이 양형절차에 있어서 국민의 신뢰에 미치는 효과는?

질문 4: 양형 결정들에 대한 국민의 신뢰라는 쟁점을 보다 효과적으로 말할 수 방안이 있는 지? 있다면 어떤 것인지?

질문 5: 양형 결정에 관한 배심원 양형이 어떤 효과를 가져 오는가?

질문 6: 판사와 배심원들간 토의가 행해지는 방식은? 예를 들면 그러한 방식이 판사의 질문에 배심원들이 답하는 형태로 체계적인 것이어야 하는지 또는 더 자유로운 토론이어야 하는지?

질문 7: 양형판사가 배심원들에게 어떤 사항들을 질문할 수 있는지?

질문 8: 배심원들이 그들의 유죄평결에 대한 이유를 명확히 하도록 요구되어야 하는지? 가부 간에 그 이유는?

질문 9: 배심원들이 양형절차에 참여할 수 있는 다른 방안이 있는지?

질문 10: 판사들이 양형 쟁점들에 관하여 배심원들과 상의하면서 배심원 평의의 비밀을 어떻게 보장할 수 있는지?

질문 11: 배심원들이 양형과정에 참여하는 것이 강제적인 의무가 되어야 하는지?

질문 12: 배심원들의 양형에 관하여 공정하고 객관적인 관점을 판사에게 주기 위하여 요청되는 배심원들의 최소 숫자는?

선점을 점검할 때 유용한 점검항목이 되리라 생각된다.

미국에서 사형 이외 중죄 사건에 대한 배심원 양형은 1796년 버지니아 주에서 미국 내 처음으로 형법의 내용으로 포함되어 실시되게 된다.¹⁰⁾ 1960년에는 10개 주가 일반 중죄에 대한 배심원 양형을 채택하다가 점점 쇠퇴하여 현재 버지니아 주를 비롯하여 남부의 6개 주만 일반 중죄에 대한 배심원 양형을 유지하고 있다.¹¹⁾ 한편 위 남부 6개 주들 중 오클라호마 주를 제외한 5개 주에서는 유, 무죄 심리 절차와 별도로 양형심리 절차가 행해진다.¹²⁾ 유죄협상을 하거나 재판부 재판에 의하여 사건이 처리되는 경우 배심원 양형이 행해지지 않는다.¹³⁾ 배심원이 구체적인

질문 13: 만약 양형청문을 위하여 최소한 숫자의 배심원들이 유죄평결 이후 합리적인 기일 내에 소집되지 못한다면 어떻게 되는지?

질문 14: 유죄 평결 이후 어떤 단계에서 배심원들이 토의하여야 하는지?

질문 15: 배심원들이 피해자 영향 평가나 양형기준 등 양형 판사가 가질 수 있는 모든 정보에 대한 접근권을 가져야 하는지? 어떠한 형태로 이러한 정보가 제공되어야 하는지?

질문 16: 어느 범위까지 판사가 양형법과 실무를 배심원에게 설명하여야 하는지?

질문 17: 각 배심원들이 양형에 관한 각자의 관점을 설명하도록 하여야 하는지 아니면 배심원장이 배심원들의 관점을 재판관에게 전달하면 되는지? 배심원들이 양형에 대한 적절한 접근방식에 대하여 의견이 일치되지 않는다면 모든 관점들이 판사에게 제시되어야 하는지? 아니면 만장일치 혹은 다수의 관점이 전달되어야 하는지?

질문 18: 판사가 배심원들에게 준 질문들이나 그들이 제공받기를 원하는 의견들에 있어 배심원들이 일치하지 않는다면 어떻게 되는지?

질문 19: 배심원들이 자신의 관점을 공개하지 않겠다고 하면?

질문 20: 판사와 배심원간의 토의는 양측 변호인의 참여 없이 행해져야 한다고 생각하는지? 모든 토의 내용은 비밀(이들테면 토의한 배심원의 수)로 되어야 하는지? 아니면 몇 가지 쟁점들만 비밀로 되어야 하는지? 그렇다면 어떤 것들인지?

질문 21: 피고인이 배심원들이 양형에 관여하지 않도록 요구할 수 있는 것인지? 그렇다면 어떤 상황인지?

10) King(2003), 939면.

11) Liliquist, 646면. 6개 주는 아칸소 주(Arkansas), 켄터키 주(Kentucky), 미주리 주(Missouri), 오클라호마 주(Oklahoma), 텍사스 주(Texas), 버지니아 주(Virginia)이다. 배심원 양형이 쇠퇴한 이유는 1790년 펜실베이니아 주에서 퀘이커 교도들(Quakers)을 중심으로 교육형 주의가 주창되고 그 사상이 확대되어 간 것에 기인한다고 한다(Hoffman, 965면; Liliquist, 629면). 즉, 특정한 범죄에 대하여 범죄자의 회개에 얼마의 시간이 필요한지를 결정하는 것은 배심원보다는 직업적인 법관이 더 적합하다는 생각이 퍼지고 이러한 생각이 펜실베이니아 주의 양형 개혁에 반영되었고 이러한 경향이 다른 주에 영향을 주었다는 것이다.

12) Ark.. Code Ann. §16-90-107; Ky. Rev. Stat. Ann. §532.055; Mo. Ann. Stat. §557.036; Tex. Code Crim. P. Ann. art. 37.07; Va. Code. Ann. §19.2-295.1 오클라호마 주도 피고인이 전과가 있는 경우에는 두 절차가 분리된다.

양형에 대하여 합의에 이르지 못하면 대체로 판사가 양형을 하게 된다.¹⁴⁾

위와 같이 일반 중죄에 관한 배심원 양형은 일부 주들에서만 명백을 유지하고 있다가 2000년대에 접어들어 ‘추정적으로 제시된 양형기준을 벗어나는 가중인자들을 배심에 의하여 확정하지 않고 판사가 확정할 수 있느냐’라는 쟁점이 미 수정 헌법 제6조의 배심에 의한 재판을 받을 권리와 관련하여 다시 부각됨에 따라 다시 조명을 받게 되었다.

사형이 선고될 수 있는 범죄에 대한 배심원 양형의 문제는 일반 중죄에 대한 배심원 양형과는 질적으로 구별되는 면이 있으므로 이를 구별하여 살필 필요가 있다.¹⁵⁾ 미국 내에서 역사적으로 사형 선고와 관련한 배심원 양형의 역할이 중요하게 유지되어 왔다. 즉 사형 선고 여부에 관한 배심원 양형에 관하여는 자의적이지 않아야 한다는 헌법적 요청에 따라 많은 관심이 있었으나 일반 사건에 관한 배심원 양형에 대하여는 자의적인 양형을 막아야 한다는 관심이 크지 않았고 가이드라인도 별로 없었다.¹⁶⁾ 이로 인하여 사형에 관한 배심원 양형 절차에서는 자의성, 차별성을 막기 위한 여러 절차가 입법과 판례를 통하여 형성되어 나간 반면¹⁷⁾ 일반 사건에 관한 배심원 양형에서는 상대적으로 이러한 장치가 마련되지 않아 이러한 점이 두 유형의 배심원 양형 절차의 가장 큰 차이점이 되었다.¹⁸⁾ 사형이 선고되는 범

13) 아칸소 주의 경우에는 피고인이 유죄 시인한 경우에도 판사와 검사의 동의를 조건으로 양형만을 위한 배심이 구성될 수 있다고 법률에 규정하고 있으나 실제로 이러한 사례는 극히 드물다(King and Noble, 335면).

14) Ark. Code Ann. §16-90-107 (a); Ky. Rev. Stat. Ann. §532.055(4); Mo. Ann. Stat. §557.036 4(2); Va. Code. Ann. §19.2-295.1 참조. 텍사스 주에서는 그러한 경우 양형 단계에 대하여 무효(mistrial)가 선언되고 다른 배심을 구성한다[Tex. Code Crim. P. Ann. art. 37.07 sec. 3(c)].

15) 두 유형의 배심원 양형의 유사점과 차이점을 비교한 글로, King(2003), 각주 2. 우리나라 국민참여재판 운용에서는 두 유형의 차이에 관한 특별한 고려가 이루어지지 않고 있는 것으로 보인다.

16) King(2003), 196, 197면. 그는 그 이유로 일반 사건의 양형에 관하여는 많은 관할권에서 양형기준과 추정적 양형 체제로 사법적 양형제량을 견제하려 하였기 때문이라고 한다.

17) 대표적 판례로 Furman v Georgia 판결[408 U.S. 238(1972)]이 있다. 당시 조지아 주와 텍사스 주의 사형 관련 법규들이 차별이나 자의적인 결정에 이르게 할 수 있다는 이유로 잔인하고 이상한 형벌을 금지한 수정헌법 제8조에 위반된다는 결정을 내렸다. 이후 Woodson v. North Carolina 판결[428 U.S. 280(1976)]에서 필요적 사형선고 체제를 위헌으로 판시하였고, Ring v Arizona 판결[122 S Ct 2428(2002)]에서 배심만이 사형 선고를 내리는데 필요한 가중 인자들의 존재를 확정할 수 있다고 설시하여 사형 선고 사건에 있어 배심원들의 역할을 다시 강조하였다.

18) King(2003), 200면. 그는 일반 사건에 관한 배심원 양형에서 실무가들이 업무 부담이 많아질 걸거

죄에 대하여는 연방과 38개 주에서 배심원에 의한 양형이 필수적이거나 피고인이 선택할 수 있도록 하고 있다. 그 관여 정도는 다양한 형태를 띠고 있다.¹⁹⁾

2. 찬, 반론

가. 찬성론

찬성론의 주된 논거 중 하나는 우선 배심제의 장점들을 배심원 양형의 경우에도 그대로 이야기할 수 있다는 입장이다. 토론형 민주주의의 장점이 강조된다.²⁰⁾ 통상적으로 과학적이고 기술적인 쟁점들을 다루는 영역은 전문가들에게 맡기는 것이 낫지만 도덕이나 정치적인 문제에 대한 깊은 논쟁이 벌어지는 영역은 토론형 민주주의 방식이 더 적절한데 양형 분야도 후자의 영역이라는 것이다.²¹⁾ 아울러 배심원이 평결 과정을 통하여 토론을 통한 합의를 이루게 되는데 그 과정에서 시민이 참여하게 된다는 점도 중요하다.²²⁾ 배심이 가장 모범적인 토론형 민주주의 형태의 하나이며 배심이 민주적인 절차로 구성되는 점에 비추어 각 범죄자의 개별적인 정황을 참작하여 상치될 수 있는 양형 목표들과 법률을 적용하는 복잡한 문제를 해결하는데 다른 기관들보다 적합한 기관이라는 요지이다.²³⁾ 이러한 관점에서 입법부, 다

을 우려하여(예측가능성의 증가로 배심 사건의 수가 늘어나는 것에 대한 우려) 오히려 배심원에게 양형에 관한 많은 정보를 제공하는 것을 꺼리고 이 때문에 배심원 양형 결과가 일관성이 떨어지고 편차가 발생한다고 주장한다.

19) 연방과 33개의 주는 사형 사건의 양형권을 전적으로 배심원단에게 부여하고 있고 델라웨어 주 등 5개주는 배심이 형 가중사유에 대한 사실 관정의 역할만을 맡으며 알라바마 주와 플로리다 주는 그러한 사실 관정이 권고적인 효력을 가진다고 한다(김대성, 405면).

20) Iontcheva, 341면. 통상 민주적 토론절차의 일반적인 이점은 다음과 같은 세 가지로 이야기된다. 첫째, 토론 절차에서 공동의 이익을 찾아나가는 데 우선 순위가 주어진다고 한다. 둘째, 토론을 통하여 얻은 최종 결과에 대한 정당성이 부여되며, 마지막으로 전체적으로 정치적인 생활을 더욱 활기 있게 한다는 것이다. 또한 형벌의 목적은 응보, 재사회화, 억제 등인데 이러한 각 목적은 기본적으로 상이한 가치들을 강조하게 되는데 배심원 양형은 토론 과정을 통하여 위 목적들에 대하여 적절한 선택을 하게 된다는 것이다. 양형 과정은 복잡한 여러 요소를 고려하여야 하는 과정인데 일반적인 법률조항이나 정책, 엄격한 기준들보다는 위와 같은 토론절차를 통하여 결론에 이르는 것이 더 적절한 영역이다. 또한 배심원들이 양형에 참여함으로써 양형에 이르는 과정에 대하여 시민들이 알게 되는 교육적 기능도 있다고 한다.

21) Iontcheva, 343면.

22) Iontcheva, 340면

른 기관들 및 판사들보다 배심이 훨씬 이점을 가지고 있다고 한다. 즉 입법부가 입법을 통하여 양형을 다루려고 하더라도 구체적인 개개 사건을 다루는 기준을 만들어나가는 어렵고 또한 이를 판사에게 맡긴다면 너무 판사 개개인 성향에 따라 편차가 만들어질 우려가 있다. 배심원들은 이와 대비하여 정당성을 확보하는 측면이나 통상적인 시민으로 구성된 참신한 관심을 가져다 줄 수 있다는 것이다. 배심원들은 추상적으로 형량을 정할 때는 엄격한 성향을 띠지만 사안의 자세한 정황이 제공될 때 종종 판사들보다 더 관대한 형량이나 하한 강제형 입법의 하한형보다 낮은 형량을 제시하기도 한다.

찬성론은 반대론이 말하는 주된 논거, 즉 배심원들이 복잡한 쟁점들을 다루는데 전문성이 없거나 능력이 없다는 주장은 배심제 전체에 대한 불신일 뿐이라고 주장한다. 찬성론 중 일부는 사형 사안들에 이미 행해지고 있는 절차들, 즉 배심원들에게 가중, 감경 인자들에 대한 명확한 지침을 주고 관련된 양형기준을 알 수 있게 하고 항소심에 의하여 심사가 이루어지게 하는 등의 절차를 일반 사건에 관한 배심원 양형에도 도입함으로써 문제점들을 해결할 수 있다고 주장한다.²⁴⁾ 정치 또는 여론에 따라 제정되는 하한 강제형 입법들에 대응하여 배심원 양형이 가장 직접적이고 덜 왜곡되는 방법으로 공동체의 의견을 형사 제재에 반영하는 것이라고 옹호되기도 한다.²⁵⁾

나. 비판론

배심원 양형에 대하여 여러 가지 측면에서 비판이 제기된다. 미국 내 연구에서

23) Iontcheva, 350면.

24) 호주 Issues Paper 27, 39면; Iontcheva, 371면. Iontcheva는 미 연방 양형기준과 같은 기계적인 양형기준 보다는 양형의 개별성과 양형 실무의 통일성의 요청이 균형을 이루고 있는 주(state) 양형 체계들에 관한 정보가 제공되는 것이 더 적합하다고 한다.

25) Lanni, 1776, 1802면. Lanni는 양형 배심이 현재 시대에 뒤떨어진 것으로 널리 여겨지고 있으나 오히려 현재의 양형 목표들을 달성하는데 가장 유용한 수단이라고 한다. 특히, 의회가 단편적인 하한 강제형 입법을 제정하여 필요한 것보다 더 엄벌주의 경향을 보이는 것을 배심원들이 효과적으로 견제하는 수단이 된다고 한다. 또한 대부분의 배심원 양형을 시행하는 주들에서 법률로서 판사가 배심원들의 양형을 감경하거나 유예할 수 있는 견제 권한을 주고 있으므로 과도한 배심원들의 양형은 충분히 견제가 된다고 한다.

주장되는 주된 논거들은 세 가지 정도로 나누어 볼 수 있다.²⁶⁾ 첫째, 배심원이 양형에 관한 전문성과 경험이 부족하여 공정하지 못한 결론에 이르기 쉽고 판사 양형과 비교하여 양형 편차도 크게 발생한다는 것이다. 양형 법령이나 절차는 매우 복잡하므로 숙련되지 않은 배심원들이 이를 이해하고 적절한 양형을 하기 어렵다고 한다.²⁷⁾ 최종 형을 정하기 위하여 형종과 형량을 결정하여야 하는데 배심원들이 다양한 양형 선택 사항들에 대한 요건이나 의의를 파악하지 쉽지 않다. 배심원들이 자의적일 수 있고 양형기준이나 유사사건에 대한 양형들에 관한 고려 없이 각 사안에서 감정적으로 양형에 이를 가능성이 높아 피고인에게 불공정한 결과를 가져올 가능성이 있다.²⁸⁾ 그 결과 양형 편차도 판사에 의한 재판보다 높다고 한다.

둘째, 배심원 양형이 이루어지기 위하여 많은 비용과 시간이 필요하므로 이는 형사사법시스템에 과도한 부담을 야기한다는 주장이다. 유죄 판결 이후에 다시 배심이 구성되어 양형심리를 하여야 하는데 그러한 준비에 상당한 시간이 소요되고 배심원들에 대한 수당이 증가되며 배심원들이 추가적인 의무 수행을 위하여 상당한 시간을 소요됨에 따른 경제적인 손실도 크다. 양형 법령이나 실무가 복잡하므로 교육 비용도 크게 증가하는데 이에 대비하여 긍정적인 효과가 크지 않다고 주장한다.

셋째, 배심원들이 양형을 내리는데 있어 일관성이 있다고 가정하더라도 구조적으로 편향성을 가진다는 비판이다. 위와 같은 점들을 들어 배심원 양형은 미국에서 비록 과거 폭넓게 활용되기도 하였으나 이제는 불필요하며 시대에 뒤진 것이라는 취지의 주장까지 제기된다.²⁹⁾

우리나라에서도 배심원 양형에 대하여 우려하는 주장들이 있다. 우선 배심원 양형을 실시하는데 따른 현실적인 어려움이 지적된다. 양형절차에 대한 심리는 배심원들에게 너무 과도한 부담이 된다는 것인데 이러한 입장은 아래 글에 잘 나타나

26) 이하 기본적으로 Iontcheva, 356-364면에 정리된 비판론의 입장을 요약하였다. Iontcheva는 배심원 양형을 기본적으로 지지하는 입장에서 서서 비판론의 입장을 ‘자의적, 차별적 논거(Arbitrariness and Disparity Argument)’, ‘구조적 편향성 논거(Systematic Bias Argument)’, ‘비용, 비효율성 논거(Cost and Inefficiency Argument)’로 분류하고 있다. 그에 따르면 미국 내에서 비판론의 시각에서 발표된 논문이 대다수이고 찬성하는 논문은 매우 드물다고 한다(Iontcheva의 글 중 각주 17 참조).

27) Jackson, 16면.

28) Weninger, 39면. Weninger는 가능한 대안의 하나로 유럽의 참심을 제안하고 있다.

29) Jackson, 14, 18면.

있다.

--- 양형절차는 사실인정절차와는 달리 고도의 법률문제를 다루는 절차이며 특히 양형자료는 피고인의 사생활과 관련된 인격적, 사회적 상황과 밀접한 관련이 있기 때문에 참여시민의 양형절차에의 참여는 참여시민에게 과도한 부담이다. 이러한 부담은 오히려 일반국민들의 재판과정에 대한 참여의 욕을 저하시킴으로써 국민의 사법참여제도의 순조로운 조기 정착을 방해하게 될 것이다. 비록 참여시민이 양형에 관한 의견을 개진한다고 하더라도 법률문 외한인 참여시민이 법률전문가인 직업법관에게 법률문제에 대해 적극적으로 의견을 개진하기는 어렵다는 것은 자명하다.³⁰⁾

또한 배심원 양형에 관한 완전한 반대는 아니지만 배심원 양형이 국민참여재판의 주된 대상이 되고 있는 점은 제도의 도입 취지와는 부합되지 않는다는 견해,³¹⁾ 사형 이외 사건까지 참여하는 것은 신중해야 한다는 견해가 있다.³²⁾ 직접적인 비판이라고 보기는 어렵지만 공판절차가 이분되지 않은 상태에서 운용됨에 따라 많은 문제점이 발생한다는 지적도 있다. 유죄를 입증하는 자료와 양형자료가 한 절차에서 제시되어 양형자료에 의하여 유, 무죄 심증 형성에 영향을 받기도 하고 그 결과 타협적인 유, 무죄 판단을 할 우려도 있다는 지적이다. 이를테면 무죄 판단을 회피하면서 양형만을 관대하게 권고할 가능성이 있다는 것이다.

다. 소결론

역사적으로 영, 미의 배심 제도, 양형기준제 등을 살펴보면 양형은 판사, 배심,

30) 윤영철, “형사배심제도” 「온 국민이 함께 가는 민주적 사법개혁의 길」, 민주적 사법개혁 실현을 위한 국민연대, 117, 118쪽

31) 박미숙, 163면.

32) 김대성, 415면. 그는 국민참여재판 제도 운영기간에 충분한 경험적 연구가 수행되어야 하고, 양형기준제의 채택·실시를 통하여 제도적 보완이 병행될 필요가 있다고 한다. 실증적 연구가 필요하다는 그의 입장에는 동의하지만 양형기준제와 배심원 양형이 본질적으로 병행 시행되어야 하는 제도들인지 아니면 사실상 양자택일적으로 선택되어야 하는 제도인지는 먼저 검토되어야 하리라 본다.

입법부, 행정부 등 각 주체의 역할이 복잡하게 얽혀있는 곳임을 알 수 있다. 대부분의 정책 결정에서와 마찬가지로 배심원 양형에 관한 문제도 일도양단식으로 결정하는 것은 바람직하지 않다.

유무죄 인정 절차와 비교하여 양형 분야가 상대적으로 전문적이고 복잡한 영역이라는 점에 대하여는 이론이 없을 것이다. 더욱이 법정형이 세분화 되어 있지 않고 형종 선택이나 집행유예 부과 여부에 대하여 많은 고려사항이 필요한 우리 형사법 체계에서 별도의 훈련을 받지 않은 배심원들이 적절한 양형에 관한 의견을 내기 쉽지 않다. 각 개인의 감정한 양형이 이루어질 우려가 있고 편차도 법관 양형에 비해 커질 우려가 있다. 이를 보완하기 위하여 양형 실무에 관한 통계, 양형기준의 내용이 제공되어야 하는데 이에 따라 배심원 양형이 이루어진다면 이미 ‘배심’의 모습을 어느 정도 벗어나는 것이다. 실무상으로도 대다수 사건에 대하여 배심원 양형을 실시하는 것은 너무 큰 부담이다.

이런 면을 종합적으로 고려한다면 비록 여러 장점이 있음에도 불구하고 배심원 양형을 계속 운용하는 것을 신중할 필요가 있다. 아울러 현재 참고적 양형기준제가 도입, 시행 중이므로 이를 통하여 국민의 양형 의견을 반영되고 있는 사정도 고려한다면 국민참여재판은 유무죄 인정 여부에 집중하는 것도 바람직하다. 다만 배심원 양형을 계속 시행하고자 하면 원래 제도의 장점이 제대로 나타나도록 참심제적 요소를 배제하고 순수한 배심 형태로 운용하여 국민의 적극적인 참여를 끌어낼 필요가 있다.

III. 국민참여재판의 배심원 양형 운용과 개선 방안

1. 운용 실태 및 평가

가. 운용 실태

이미 살핀바와 같이 국민참여재판의 배심원 양형은 미국에서 시행되는 배심원 양형과는 상당히 다른 모습이다. 미국 배심원 양형의 경우 배심원들이 양형에 대하

여도 평의를 하고 그 평의에 일정한 법적 효력이 부여되는 반면 국민참여재판의 경우에는 배심원들이 판사와 함께 양형에 관하여 토의를 하고 그에 관한 의견을 개진할 뿐으로 별도로 평의를 하지 않고,³³⁾ 그 의견도 법원을 기속하지 않는다.³⁴⁾ 배심원들이 판사와 토론하고 의견을 나누는 점은 참심제와 비슷하나 배심원들이 재판관으로 활동하는 것은 아니라는 점에서 차이가 있다. 국민참여재판이 이루어지는 경우 재판장은 사건을 공판준비절차에 부쳐야 하나,³⁵⁾ 공판절차에서 유, 무죄 심리와 양형 심리가 별도로 이루어지고 있지는 않다.

그 운용 현황을 간략히 보기로 한다. 아래 <표 1>에서 보는 것과 같이 2008년부터 국민참여재판이 시행된 이래 최근 4년(2008. 1. 1. ~ 2011. 12. 31.) 동안 총 574건의 사건에 대하여 국민참여재판이 실시되었고, 2008년에는 64건이 실시되던 것이 2009년 95건, 2010년 162건, 2011년 253건으로 증가 추세를 보인다. 그 중 자백 사건의 비율을 보면 2008년에는 28.1%(18건), 2009년은 29.5%(28건), 2010년은 36건(28.6%)로 일정한 비율을 유지하다가 2011년에는 85건으로 상당히 증가하였다.³⁶⁾

<표 1> 연도별 국민참여재판 건수 및 자백, 부인 사건 비율³⁷⁾

연도	전체 건수	자백 건수(비율%)	부인 건수(%)
2008	64	18(28.1)	46(71.9)
2009	95	28(29.5)	67(70.5)
2010	162	36(22.2)	126(77.8)
2011	253	85(33.6)	168(66.4)
계	574	167(29.1)	407(70.9)

평의에 소요된 시간을 살펴보면, 자백 사건에 걸린 평균 평의 소요시간은 1시간

33) 국민참여재판법 제46조 제2항

34) 국민참여재판법 제46조 제4항

35) 국민참여재판법 제36조 제1항

36) 탁희성·최수형, 145면; 법원행정처, 2008-2011 국민참여재판 성과분석, 19면

37) 탁희성·최수형(145면), 법원행정처(19면)의 통계를 이용하여 재구성

29분이고, 부인하는 사건의 경우는 1시간 45분이다. 자백 사건이나 부인 사건 모두 최대 소요시간은 3시간 30분이었고 최저 소요시간은 20분이었다.³⁸⁾

전체 사건 중 약 92.6%에 해당하는 사건에서 배심원 양형의견 중 다수 의견과 재판부가 선고한 양형이 근접한 것으로 나타났는데, 양형의견이 선고 형량보다 더 중했던 경우는 2.7%(13건)이고 양형 의견이 선고형량보다 낮은 경우는 4.7%(23건)이었다.³⁹⁾ 대부분의 재판이 하루 만에 선고를 제외한 모든 절차를 마쳤는데 총 574건 중 524건(91.8%)이 하루에 절차를 마쳤고 나머지 47건이 이틀 만에 마쳤다.⁴⁰⁾

양형기준이 적용되는 사건의 경우, 양형 토의 과정에서 판사가 배심원에게 양형 기준의 내용 등을 제시하는지 여부에 대하여 구체적인 자료는 공표되지 않았으나 실무상 이를 제시하여 의견을 듣는 경우도 있고 제시하지 않는 경우도 있는 것으로 보인다.⁴¹⁾ 양형기준 적용 범죄에서 배심원 양형들이 내린 양형의견이 어느 정도 양형기준에 부합하는 지에 관하여도 역시 뚜렷한 자료는 없으나 판사들의 양형기준 준수율이 거의 90퍼센트에 이르고⁴²⁾ 배심원들의 양형 의견도 판사의 양형 의견과 90퍼센트 이상 부합하므로 대부분 기준 내로 의견이 제시된다고 추정할 수 있다.⁴³⁾

2011년 형사정책연구원이 일반국민, 배심원, 배심원 후보, 법률 전문가 등을 대상으로 실시한 설문조사 결과를 통하여 일반 국민이나 법률가들의 만족도나 배심원 양형의 모습을 좀 더 살펴본다.⁴⁴⁾ 양형 토의 과정에서 배심원들이 판사의 설명에 대하여 충분히 이해했다는 응답이 약 80%에 이르고 처음부터 판사 양형 의견과 동일하였다는 의견은 50.7%, 이후 최종적으로 동일하였다는 의견이 64%로 나타났

38) 법원행정처, 23면. 위 통계에서 양형의견과 선고형량의 차이가 상, 하 1년 이내인 경우를 근접한 것으로 파악하고 있다.

39) 법원행정처, 26면. 이와 같은 결과가 나타난 이유에 대하여 위 자료에서 “재판부와 배심원이 함께 양형 토의를 거치면서 양형의견과 선고형량의 분포가 유사해지는 결과”가 발생한 것이라고 분석한다.

40) 법원행정처, 2008-2011 국민참여재판 성과분석, 17, 18면.

41) 이인석, 715면

42) “운영지원단 업무보고,” 「양형위원회 제29차 회의」(2010. 11. 22.) 13면 참조. 양형위원회 운영지원단에 따르면 양형기준 시행 후 1년 2개월간 1심 선고 사건의 양형기준 준수율이 약 88.6%이다.

43) 물론 이와 같은 높은 준수율이나 부합율이 나타나는 이유는 양형기준이 제시하는 형량범위가 너무 넓은데 기인한다는 분석도 있을 수 있다.

44) 형사정책연구원에서 2011년 일반 국민 1,300명, 배심원 후보 58명, 배심원 90명, 수용자 중 국민참여재판 경험자 175명, 비경험자 190명, 판사 48명, 검사 67명, 변호사 61명에 관한 설문결과를 토대로 분석하였다. 자세한 조사 방법은, 탁희성·최수형, 166면 이하.

다.⁴⁵⁾ 양형에 관한 최종 판단이 매우 어려웠다는 의견이 16.7%, 약간 어려웠다는 의견이 42.3%로서 유, 무죄 최종 결정 보다 오히려 더 어려워하고 있었다.⁴⁶⁾ 양형에 관한 최종 판단의 결정 요인으로 영향을 준 인자에 대한 응답으로 법률기준이 89.6%, 배심원 의견과 토의 내용이 79.2%, 판사의 의견(75.3%), 피해자가 처한 상황(60.0%) 순이었다.⁴⁷⁾

아래 <표 2>에서 나타난 배심원의 형량 판단에 대한 기속력 부여 여부에 관한 응답이 각 대상자들이 배심원 양형에 대해 느끼는 심정을 잘 나타내고 있다고 보인다. 배심원들이 오히려 일반인에 대비하여 자신들의 양형 의견을 판사들이 참고하기만 하면 된다고 응답한 비율이 높다. 배심원들이 형량 판단의 어려움을 느낀 결과가 반영된 면도 있을 수 있고⁴⁸⁾ 다른 각도에서 보면 치열하게 하나의 ‘적정한 양형’을 찾아내기 위하여 토의한 것이 아니라 단지 참고적으로 각자의 양형 의견을 제시한다는 느낌으로 절차에 임한 결과이기도 할 것이다.⁴⁹⁾

<표 2> 조사대상별 ‘배심원의 형량 판단에 대한 기속력 여부’에 대한 응답 차이⁵⁰⁾

(단위: %)

구분	일반국민	배심원	경험 피고인
배심원 의견은 참고만 하면 된다	63.8	87.8	36.4
배심원 의견 그대로 반영해야 한다	30.8	11.1	50.3
판사의 독자적인 판단이어야 한다	5.5	1.1	13.3

45) 탁희성·최수형, 310, 311면

46) 탁희성·최수형, 312면

47) 탁희성·최수형, 314면. 다만 설문에 사용된 ‘법률기준’이라는 용어가 법률의 내용만을 의미하는지 아니면 양형위원회 양형기준이나 실무에서 활용되는 양형기준 등까지 포함하는 개념인지 뚜렷하지 않다.

48) 탁희성·최수형, 433면. 배심원들이 “유·무죄 평의평결 및 양형 토의에 직접 참여하면서 형량 판단의 어려움”을 겪어본 결과로서 위와 같은 결과가 나온 것으로 분석한다.

49) 만약 배심원들이 만장일치나 중다수결을 통하여 단일한 양형의견을 제시하였다면 그 결과를 단지 ‘참고’하면 된다고 응답하기는 쉽지 않을 것이다.

50) 탁희성·최수형, 432면의 자료를 토대로 재구성.

위 설문조사에서 법률가들이 배심원 양형 제도 자체에 대하여 어떻게 인식하는지 명확하지 않다. 다만 법률전문가들은 배심원들의 유무죄 판단이나 양형 판단의 합리성에 대하여 긍정적인 평가를 내리고 있으면서도 배심원들이 제시한 형량이 피고인의 죄질에 비해 낮다고 인식하는 경우가 많은(약 57.6%) 것으로 파악되었다.⁵¹⁾

나. 평가

국민참여재판 시범 운용 기간 동안 배심원 양형은 유, 무죄 인정 단계에 비하여 상대적으로 주목 받지 못하였다. 주된 원인 중 하나는 배심원들이 평의를 할 필요 없이 단지 재판장에게 참고적으로 의견만을 개진하는 절차에 불과하였기 때문일 것이다. 이러한 운용 방식이 일종의 도덕적 해이를 가져온 듯하다. 즉 배심원들이 양형 토의 절차에서 열의를 보이지 않고 피고인이나 검사도 배심원들에게 양형에 관한 각자의 입장을 강하게 주장할 동기가 약해진다. 참고적인 의견을 도출하는 절차이므로 그 절차를 유, 무죄 절차에서 분리하려는 노력이나 양형 심리를 엄격하게 할 필요성도 낮아진다. 판사도 참고적인 의견을 듣는 것이어서 양형에 관한 재량권 행사에 있어 별다른 제약이 없는 셈이고 배심원들도 ‘하나의 적절한 양형’을 찾기 위하여 논쟁할 필요가 없어 평의하는 경우보다 여러 모로 부담이 없다. 2011년 자백 사건에 대한 국민참여재판의 숫자가 큰 폭으로 증가한 것이나 많은 배심원들이 양형 의견이 단지 참고적인 것이면 족하다고 응답한 위 설문 결과도 이러한 심리가 반영된 것으로 판단된다.

결국 양형 의견 개진 절차가 유, 무죄 평의 절차에 ‘들러리’하는 정도로 운용되는 것이 아닌가 우려된다.⁵²⁾ 이러한 준참심제 형태의 운용 방식은 앞서 배심원 양형의 찬성론자들이 강조하는 토론 민주주의의 장점을 살릴 수 없다.⁵³⁾ 배심원이 양형에

51) 탁희성 · 최수형, 450면

52) 법원행정처 분석자료에서 나타나 있듯이 자백 사건이나 부인 사건이나 평균 평의 시간에 큰 차이가 없는 점에 비추어 보면 유, 무죄가 다투어지는 사건의 경우 유, 무죄 평의가 끝난 후 충분한 시간적인 여유가 없이 양형 의견 개진이 이루어짐을 추측할 수 있다.

53) 평의 절차가 없다면 배심원들이 토론을 통하여 의견을 수렴하는 노력을 힘들게 기울일 필요가 없어 토의 민주주의의 장점을 얻기 힘들다.

관한 주체라기 보다 판사의 양형 결정에 관한 보조자로서의 지위에 불과하여 결국 국민을 양형 절차에 참여시켜 민주적 정당성과 신뢰를 높이겠다는 참여재판제도의 취지에 반한다.⁵⁴⁾

따라서 현재의 운용 방식을 계속 유지하는 것은 적합하지 않다. 그렇다면 입법적으로 두 가지 선택이 있을 수 있다. 하나는 배심원 양형 제도를 폐지하는 것이다. 배심원 양형이 여러 장점이 있지만 배심제의 주된 모습이 유무죄의 사실인정에 있으므로 이에 집중하자는 입장이다. 다른 선택은 본래의 배심 형태로 배심원 양형 제도를 운용하는 방법이다. 배심원들이 양형 평의를 하고 그 평의에 일정한 법적 효력을 부여하는 것이다. 그 효력 부여의 방식이나 정도는 다양하게 논의될 수 있다.

사건으로 배심원 양형을 참여재판절차에서 배제하는 것도 고려할 수 있다고 본다. 양형 분야는 배심원들이 다루기에는 더 전문적인 분야이고 배심원의 성향에 따라 동종 사안에서 편차가 크게 발생할 우려가 있다. 양형의 투명성과 일관성 제고, 전관예우의 폐지 등 우리 국민이 바라는 양형 목표들은 양형기준제의 운용을 통하여 달성할 수 있을 것이다. 물론 배심원 양형과 양형기준제는 양립이 가능하고 그 취지와 목적은 다르다. 하지만 두 가지 제도 국민의 건전한 상식을 양형에 반영하는 절차라는 점에서 양형기준제가 제대로 운용된다면 배심원 양형 제도를 유지할 실익이 줄어들다고 볼 수 있다(양형기준제와 관련된 문제는 아래 III. 3항 참조).

한편 배심원 양형을 유지하고자 한다면 본래의 전형적인 배심원 양형 형태로 운용하여 제도의 장점을 충분히 살리도록 해야 한다. 참심제적 요소를 삭제하고 좀 더 배심원에게 권한을 부여하여 배심원들이 판사와 함께 양형 주체로 활동할 수 있도록 할 필요가 있다. 양형에도 평의가 이루어지도록 하여야 하고, 그 평의에 일정한 규범력을 부여하는 것이 타당하다. 이를 위하여 양형심리절차도 분리하고 실질적인 양형 심리가 이루어지는 절차를 마련하여야 한다. 배심원의 의견을 듣기 위하여 판사의 양형 의견에 너무 영향을 받지 않도록 하여야 한다.

배심원 양형 제도를 유지한다는 전제 하에 그 개선점을 살피기로 한다. 일반 중죄에 관한 배심원 양형제를 유지하고 있는 미국 남부 6개 주들의 관련 법률 규정도

54) 앞의 설문조사 결과에서 보듯이 판사 의견과 배심원이 제시한 의견이 90% 이상의 사건에서 근접하다는 점은 배심원의 의견 개진이 판사의 의견이나 판사가 제시한 자료에 큰 영향을 받는다는 것을 암시한다.

구체적인 개선점을 찾는데 참고하였다.

2. 개선방안

가. 양형 평의·평결권 부여

배심원 양형을 유지한다면 제도 취지를 제대로 반영하고 배심원들을 양형 주체로 적극적으로 참여하도록 하기 위하여 양형 평의 및 평결권을 부여할 필요가 있다는 점은 전술하였다.

평결권을 부여하는 경우 그 평결에 어느 정도의 효력을 부여하여야 하는가?⁵⁵⁾ 가장 강한 기속력을 부여하는 형태는 판사가 양형 평결의 내용을 전혀 수정하지 못하도록 하는 것일 것이다. 그러나 이러한 예는 비교법적으로도 예가 없고 정책적으로나 현실적으로 타당하지 않다. 양형 평결에서 정한 양형보다 가중하지는 못하고 감경은 가능하도록 규정하는 방안, 판사가 양형 평결을 수정할 수 있으나 그 이유를 판결서에 기재하도록 하는 방안, 양형 평결의 내용을 단지 판결에 기재하고 수정이나 이탈을 허용하는 방안 등 여러 가지 방안이 있을 수 있다. 미국에서 일반 사건에 관한 배심원 양형을 시행하는 주에서는 대부분 판사는 배심원이 정한 형기를 낮추거나 집행을 유예할 수 있다.⁵⁶⁾ 그러나 판사들은 통상적으로 배심원들의 양형을 감경하려 하지 않는 경향이 있다고 한다.⁵⁷⁾

우리나라에서 아직 배심원 양형의 장, 단점이 아직 정확히 분석되지 않은 점을 고려할 때 양형 평결권을 부여하더라도 판사가 그 평결의 내용을 수정할 수 있도록 하는 것이 타당하다고 본다. 다만 그 경우 판결서에 그 이유를 기재하도록 할 필요가 있다. 이는 법원조직법에 법원이 양형위원회가 정한 양형기준을 벗어나 판결을

55) 어떠한 기준이나 평결이 기속력이 있느냐 여부는 유무의 문제라기 보다 정도의 문제라고 할 수 있다. 그에 대한 이탈이 허용되는 정도, 이탈 사유 기재 여부, 상급심의 판단 대상이 되는지 등이 기속하는 정도를 나타낸다.

56) Ark. Code Ann. §16-90-107 (e); Ky. Rev. Stat. Ann. §532.070; Mo. Ann. Stat. §557.036 5; Va. Code. Ann. §19.2-295 B. 다만 텍사스 주는 배심원이 정한 형을 판사가 바꿀 수 없다 (Hoffman, 1009면).

57) King(2004), 197면.

하는 경우 판결서에 그 이유를 기재하도록 규정하고 있는 것에 대응한다는 측면에서도 타당하다.⁵⁸⁾ 한편 입법론적으로 판사가 양형 평결을 이탈하는 경우 그 이유를 기재한 서면을 양형위원회에 송부하는 것도 검토해볼 필요가 있다.⁵⁹⁾

향후 양형 평의를 하도록 한다면 판사가 현행과 같이 양형 평의 과정에 참여하여 배심원들과 논의를 하도록 허용할 것인가? 재판장이 처벌의 범위와 양형의 조건을 설명한 후 배심원들이 요청이 있는 경우에 토론에 참여할 수 있도록 하는 것이 적절하다고 생각한다. 현행과 같이 처음부터 판사가 배심원과 양형에 관하여 토의하게 되면 판사의 의견에 지나치게 영향을 받을 우려가 있기 때문에 소극적인 개입을 원칙으로 하는 것이 바람직하다고 생각한다.

양형 평결의 내용 및 방식을 본다. 평결의 성립요건으로 만장일치나 절대 다수결이 필요한지 여부에 관하여 논란이 있을 수 있다. 형량에 관한 평결이 있을 수 있고 형종이나 집행유예나 선고유예 부과 여부 등 구금 여부에 관한 평결도 있을 수 있다.⁶⁰⁾ 집행유예를 선택한 경우에도 본형이나 유예 기간, 수강명령, 사회봉사명령이나 보호관찰 부과 여부 등에 관하여도 의견이 제시될 수 있다. 국민참여재판법은 이에 관한 특별한 규정을 두지 않고 있으나 실무상 배심원들이 집행유예 부과 여부에 관한 의견도 개진하는 것으로 보인다. 물론 집행유예 등에 관한 평결을 허용하면 타협적인 유, 무죄 평결이 이루어질 우려가 있다는 입장도 있을 수 있다.⁶¹⁾ 그러나 형종이나 구금형 여부에 관한 판단이 양형의 중요 요소라는 점, 구체적인 사안에서 구금 여부에 관한 국민의 의견을 듣는다는 측면에서 배심원들이 그에 관한

58) 법원조직법 제81조의7 제2항

59) 미 버지니아 주의 경우, 배심원이 정한 형을 판사가 수정한 경우에는 판사는 그 이유를 서면으로 기재하고 이를 양형위원회에 송부하여야 한다(Va Code ann. §19.2-298.01. E.)

60) 미국 버지니아 주나 아칸소 주의 경우를 보면 배심원들이 집행유예에 관한 의견을 제시하지 않고 그 부과 여부는 판사가 결정한다. 다만 아칸소 주는 법률로 판사들로 하여금 배심원에게 집행유예 부과 여부에 대한 의견을 권고할 수 있다는 지침을 줄 수도 있다고 규정한다. 다만 이러한 지침 부여는 피고인이 요청하고 판사가 동의하는 경우에 가능하다(King(2005), 336면]; Ark. Code. Ann. § 16-97-101 (4). 그러나 King에 의하면 실무에서는 판사들이 배심원들이 정한 양형에 대하여 거의 집행유예를 부과하지 않는 경향이 있다고 한다.

61) Lilliquist, 689, 690면. 그는 이러한 효과를 유인 효과(decoy effect)라고 부르면서 유, 무죄와 양형 절차가 분리된다고 하더라도 배심원들은 자신이 양형을 되는 점을 알고 있으므로 영향이 있다고 한다(두 절차가 분리되지 않으면 물론 그 효과는 더 크다).

평의를 할 수 있도록 하는 것이 바람직하다.

원래 찬성론의 가장 큰 논거가 배심원들이 평의 과정을 통하여 토론 민주주의의 장점을 최대한 활용하여 올바른 결론에 이른다는 점,⁶²⁾ 만장일치 평결을 요구하지 않으면 배심원들이 형식적으로 평의할 가능성이 커진다는 점⁶³⁾ 등을 고려하면 형량 결정에는 최소한 절대 다수결이나 중다수결(2/3 혹은 3/4) 평결이 필요하다고 본다.⁶⁴⁾ 양형 평의가 결렬되는 경우에는 새로운 배심을 구성하는 것보다는 판사가 양형을 하도록 규정을 두면 될 것이다.⁶⁵⁾

나. 배심원 양형 대상 제한

사안의 특성상 굳이 국민참여재판이 이루어질 필요가 없는 사안은 이를 배제함으로써 불필요하게 배심원 양형이 이루어지는 것을 막을 필요가 있다. 그 예로 통상적인 형사 사건에서 피고인이 공소사실을 인정하는 사안에서 피고인이 국민참여재판을 신청하는 경우를 생각해볼 수 있다. 이러한 사안들에 관하여 당사자의 신청이 있다는 이유로 국민참여재판을 실시하면 양형 배심이 국민참여재판의 주된 부분을 차지하는 것은 제도 본래의 취지에 부합하지 않다.⁶⁶⁾ 따라서 이러한 경우는

- 62) “배심의 가장 큰 장점은 치열한 평의를 보장”하는데 있고 이로써 “재판의 질을 높임은 물론, 법치주의에 대한 신뢰를 높이고, 나아가 민주주의 방향성”을 보여준다는 주장도 같은 취지라 하겠다(안경환 · 한인섭, 배심제와 시민의 사법참여, 233, 234면).
- 63) 배심원 양형 찬성론자인 loncheva도 사려 있고 존중받을 수 있는 평의를 촉진하는 가장 직접적인 방안이 만장일치 평결을 요구하는 것이라고 주장한다. 그에 따르면 단지 평의에 다수결을 요구하면 양형 평의가 신중하게 진행되지도 않고 빨리 끝나는 경향이 있다고 한다(loncheva, 379면). 국내에서도 국민참여재판 배심원의 평의가 단순 다수결로 이루어질 수 있다는 점에 대하여 비판이 있다(장중식, 417면).
- 64) 배심원들이 만장일치 혹은 다수결로 특정 형량을 정하지 않으면 판사가 선고한 형량이 이를 이탈하였는지 여부를 논하기 어려운 경우가 생긴다. 예를 들어 9명으로 구성된 배심에서 양형 의견이 1년(2명), 2년(2명), 3년(2명), 4년(3명)이었다고 하자. 어떤 형도 과반수에 이르지 못하였기 때문에 판사가 위 네 가지 형량 중 어떤 형을 선택하였다고 하여 배심원 양형에서 벗어난 것이라고 보기 곤란하다.
- 65) 참고로 미국 버지니아 주는 배심원의 양형이 일치하지 않는 경우 피고인, 검사, 법원이 동의하면 법원이 형을 정하고(Va Code Ann. §19.2-295.1), 미주리 주도 배심이 양형에 합의하지 않으면 법원이 선고할 수 있다(Mo. Ann. Stat. §557.036)
- 66) 같은 취지, 박미숙, 163면; 김태규, 148면; 한상훈, 46면. 영, 미의 경우 피고인이 공소사실을 시인하면 대부분 유죄협상을 통하여 처리되므로 이에 대하여 배심이 이루어지는 예가 거의 없다.

재판부에서 원칙적으로 배제 결정을 할 필요가 있다. 다만 피고인이 공소사실을 시인하는 경우라도 사형이나 무기징역을 선고할 수 있는 것과 같이 사안이 매우 중한 사안의 경우에는 사형이나 무기형의 선고 여부에 관하여 배심원들이 평의할 필요도 있을 것이다.⁶⁷⁾ 피고인이 구성요건 해당 사실을 행한 것은 인정하면서도 정당방위나 심신상실 주장과 같이 위법성이나 책임조각사유의 존재를 주장하는 경우 심리 대상에 포함시킬 수 있을 것이다.⁶⁸⁾

피고인이 유, 무죄 판단 절차는 국민참여재판으로 진행하기 원하면서 양형은 배심원보다는 판사가 하도록 요청하는 것이 가능한가? 배심원 양형을 실시하는 미국 6개 주 중 5개 주는 이를 다양한 형태로 허용한다.⁶⁹⁾ 아칸소 주는 피고인이 유죄 심리 이전에 검사의 동의를 얻어 포기할 수 있고 유죄 평결 이후에는 검사와 법원의 동의를 얻어 포기할 수 있다. 미주리 주는 피고인이 사전에 서면으로 요청하거나 검사가 전과자, 상습범죄자, 특정한 성범죄자로서 요청하는 경우에 절차가 배제된다. 텍사스 주는 유죄 심리 전에 포기할 수 있고 유죄 확정 후에는 검사의 동의가 필요하다. 오클라호마 주와 버지니아 주는 포기의 시기와 관계없이 판사와 검사의 동의가 필요하다.

유무죄 판단만을 배심원으로부터 받고자 하는 것도 피고인의 권리라는 측면을 고려하여 국민참여재판절차에서도 위와 같은 포기를 허용할 필요가 있다. 다만 그 남용을 막기 위하여 포기 신청의 시기를 일정한 시점으로 제한할 필요가 있다.⁷⁰⁾

다. 양형 심리절차 분리 및 양형 심리 충실화

국민참여재판에서 충실한 양형 심리를 위해서는 유무죄 심리 절차와 양형 심리 절차를 분리되어야 한다. 이에 대하여 이는 국민참여재판 절차에만 해당하는 문제가 아니고 일반 형사재판 절차에도 마찬가지로 요청되는 사항이므로 국민참여재판

67) 같은 취지, 김대성, 415면.

68) 비슷한 취지로 박미숙, 164면 참조. 그는 심신미약, 자수 등 필요적·임의적 감경 사유 등 처단형 결정요인에 대하여는 투명성과 신뢰성의 측면에서 배심재판 대상으로 할 필요가 있다고 주장한다.

69) Hoffman, 1006면.

70) 이를테면 1회 공판기일 이전까지는 피고인이 자유로이 포기할 수 있도록 하고, 그 이후에는 검사와 법원의 동의를 얻도록 규정할 수 있을 것이다.

에서만 우선적으로 공판절차를 이분하는 것은 오히려 두 절차를 차별적으로 다루는 셈이 된다는 주장이 있을 수 있다. 그러나 일반 형사재판 절차에서는 직업 법원에 의해 심리가 이루어지는 것이고 국민참여재판은 일반 국민이 참여하는 것이므로 다르게 취급할 수 밖에 없다고 보아야 할 것이다. 향후 양형 평결권을 부여하고 평결에 일정한 효력을 부과하게 되는 경우에는 더욱 분리 필요성이 커진다.

절차를 분리하지 않는다면 양형에 관한 증거들을 다루는데 있어 많은 어려움을 겪게 된다.⁷¹⁾ 이를테면 성폭력 전과가 수회 있는 사람이 다시 성폭력범죄를 범한 공소사실로 재판을 받는다고 가정할 때 과거 전과가 그대로 현출될 때 배심원들이 유, 무죄를 판단하는데 영향을 미치게 될 것이다. 그렇다고 하여 전과 사실을 제공하지 않을 경우에는 적정한 양형에 이를 수 없게 된다. 전과 이외 양형 자료들도 마찬가지로 유, 무죄 심리절차에서 현출되면 어떤 형태로든 배심원에게 영향을 주게 된다.

또한 두 절차가 분리되지 않으면 검사나 피고인 모두 유, 무죄를 다투면서 각기 양형인자를 현출하고 입증하여야 하는 부담이 있다. 검사는 유죄 입증에 필요한 증거를 제시하고 하면서 필요한 양형인자도 현출하여야 한다. 통상적인 재판 절차라면 검사가 피고인에게 불리한 양형인자 뿐만 아니라 유리한 양형인자도 모두 현출시키는데 단시일 동안 운용되는 배심재판에서 피고인에게 유리한 자료를 현출하기는 어렵다. 피고인도 무죄를 다투는 경우 무죄 주장에 필요한 자료를 준비하면서 유죄 선고가 이루어질 경우를 대비하여 유리한 양형 자료도 현출하여야 하는 부담이 있다. 이는 피고인에게 과중한 부담이 된다. 유, 무죄와 양형을 바로 판단한다는 것은 직업 법관들도 제대로 수행하기 힘든 절차이다.⁷²⁾ 이외에도 피고인의 입장에선 “유죄가 인정되는 경우 관대한 처벌을 바란다”라는 취지로 말해야 하는 경우도 생기는데 이 경우 배심원들에게 마치 유죄를 시인하는 것처럼 보일 수 있다.⁷³⁾

71) Lanni, 1792면

72) 현행 실무상으로도 배심 대상 이외의 통상 사건의 경우, 판사가 변론 종결 후에 동종 사건의 양형결과 등을 참조하여 변론이 종결된 이후 2주 내지 3주 후에 별도 선고기일을 지정하여 선고하고 있는 점을 보아도 알 수 있다.

73) 한인섭, “특집:국민에 의한 재판- 한국에서의 참심·배심의 가능성; 배심재판과 형사절차의 변화 전망,” 법과 사회 25권(2003), 48면. 이러한 피고인의 딜레마 외에 법관도 마찬가지로의 딜레마에 빠진다고 한다. 즉 유, 무죄를 다투는 피고인에게 양형자료의 수집 없이 판결을 내릴 수 없게 되며,

배심원 양형에 관련한 심리절차에서 피고인의 권리뿐만 아니라 피해자의 권리도 충실하게 보장되어야 할 것이다. 그런데 유, 무죄 절차와 양형 절차가 분리되지 않으면 충실한 보장이 어렵다.⁷⁴⁾ 헌법 제27조 제5항은 피해자의 공판정에서의 진술권을 법률로 보장하고 있고, 형사소송법도 “법원은 피해자의 신청이 있는 경우에는 그 피해자를 증인으로 신문하여야 한다. 법원은 피해자의 신청이 있는 경우에는 당해 사건에 관하여 진술할 기회를 주어야 한다”라고 규정하고 있다.⁷⁵⁾ 그런데 이러한 피해자의 진술 중 양형 관련 내용을 단일 절차에서 현출하는 것은 특히 배심원들의 유, 무죄 심증 형성에 상당한 영향을 미칠 우려가 있다. 이를 우려하여 범죄로 인한 영향이나 피해 등에 관하여 진술할 수 있는 피해자의 권리를 제한한다면 피해자의 권리와 피고인의 권리가 충돌하게 된다.⁷⁶⁾ 또한 단일 심리 절차에서는 피해 영향 평가가 충실히 행해질 시간적 여유가 없다.

두 절차를 분리할 경우, 양형 심리를 유죄 평결이 내려진 이후 바로 진행할 수도 있고 상당한 시간 간격을 두고 진행할 수도 있을 것이다. 양형을 위하여 배심원을 재소집하는 것이 부담이 된다면 최소한 유죄 평결이 끝난 이후에 양형 심리절차를 진행할 필요가 있다.⁷⁷⁾ 통상적으로 유죄 평결에 관여했던 배심원들에 의하여 다시 양형 심리절차가 진행될 것이다. 그러나 잇달아 절차를 진행하는 경우 유죄를 예상하고 양형 증인 등을 미리 소환하여야 한다는 부담이 있다.

전과사실 등은 심증 형성에 일정한 영향을 준다는 것이다. 결국 배심제를 통하여 이분론이 온전히 실현될 수 있다고 주장하고 있다.

74) 미국에서는 사형에 관한 배심원 양형 절차에서는 피해자의 진술을 듣는 절차와 피해자의 진술이 배심원들에게 미칠 영향에 관한 관심과 연구가 있었고 연방대법원의 판결들에서도 쟁점이 되었으나 일반 배심원 양형에서는 크게 관심을 가지지 못하였다[King(2004), 198면]. 미 아칸소 주나 버지니아 주의 경우 일반 사건에 대한 배심원 양형에서 1990년 중반 유, 무죄 절차와 양형 절차가 분리된 이후 피해자 진술을 양형 심리 절차에서 듣는 것이 가능해졌다[King(2004), 199면]

75) 형사소송법 제294조의 2

76) Jackson, 16면. Jackson은 미주리 주의 경우에는 판사가 배심원이 내린 양형보다 상향할 수 없으므로 피해자의 양형에 관한 진술을 판사가 나중에 듣게 되더라도 위 형량을 상향할 수 없는 문제가 생긴다고 주장한다(전과에 관하여 같은 문제가 발생할 수 있다고 한다).

77) 국민참여재판법에 따라 유, 무죄에 관한 평결이 판사에 대하여 지속적인 효력을 가지지 않기 때문에 유죄 평결이 있다고 하더라도 다시 재판장이 유죄로 인정하여야 최종적으로 유죄가 된다. 재판장이 유죄에 대한 선언 없이 양형 심리절차를 진행하는 것은 어색하고, 유죄 선고를 한 후 별도의 양형심리를 다시 진행하는 것은 비록 유죄 선고절차에 이어 진행한다고 하더라도 현 형사소송법이 예정하는 선고 절차와 부합하지 않는 측면이 있다.

학계나 법률전문가들도 두 절차가 분리되어야 한다는 견해가 많고,⁷⁸⁾ 판사들 일부도 궁극적으로 두 절차가 분리되어야 할 필요성을 인정하는 글을 공표한 바 있다.⁷⁹⁾ 그러나 그 절차를 법률로 명확히 정하기보다는 재판장이 적절하게 너무 부당한 영향을 미칠 수 있는 자료를 배제하면 된다는 입장을 제시하거나⁸⁰⁾ 공판절차이론 모델이 현행법상으로 채택이 가능한 모델인지에 대하여 회의적인 의견이 적지 않을 것이라고 언급하는 등 다소 유보적인 태도이다.⁸¹⁾

양형심리절차에 관한 규정 내용은 국민의 권리의무에 크게 영향을 미치는 점을 고려할 때 법률로 명확히 규정하는 것이 타당할 것이다.⁸²⁾ 배심원들이 양형 법령이나 심리절차에 대하여 직업법관과 달리 충분한 경험이나 지식이 부족하므로 보다 세부적으로 규정하여야 한다. 대체로 양형에 관한 증거의 제출 시기, 조사 방법, 배심원의 평의 내용과 방식, 피해 영향 평가에 관한 사항 등이 규정될 필요가 있다.

78) 황병돈, 54면; 한상훈, 517면; 한인섭(2003), 48면; 탁휘성·최수영, 398면

79) 김현석, 145면; 정진경, “국민의 형사재판참여에 관한 법률」에 따른 배심원재판의 유의점,” 저스 티스 통권 제100호, 120쪽. 김현석 판사는 “공판절차가 유·무죄 판단절차와 양형심리절차로 이분화되지 않은 현행법 체제하에서는, 원칙론적으로, 변론이 종결되기 이전에 법정에서 실질적인 양형 심리가 이루어질 수 있도록 하되, 양형심리로 인하여 배심원으로 하여금 사건의 유·무죄에 관하여 예단이나 편견을 줄 수 있는 가능성을 최소화하도록 유의하여야 한다”라고 하면서도 “그러나 부인사건에 있어서 위와 같은 원칙론을 어떻게 구체화하여야 할지는 쉬운 문제가 아니다”라고 하면서 결국 “양 절차가 분리되지 않은 현행 제도하에서는 배심원들이 피고인의 전력 등의 불리한 양형요소에 의하여 부당한 영향력을 배려하는 절차의 진행이 요망된다”라고 주장한다.

80) 정진경, 121면. 그는 “별도의 양형 절차를 일률적으로 고집할 것이 아니라 당사자와 협의하여 양형 심리를 어떻게 할 것인지를 결정함이 상당”하다고 주장하면서 “검사와 피고인이 기존의 재판방식과 같이 유, 무죄의 심리와 양형 심리를 구별하지 않고 동시에 진행하기를 원하고 그것이 큰 무리가 없는 것이라면 그에 따르는 것이 옳다”라고 한다.

81) 최재혁, 488면.

82) 참고로 이에 관한 미 버지니아 주의 법률 규정을 일부 살펴본다(Va. Code Ann. §19.2-295.1). 버지니아 주는 일반 범죄(중죄 및 1등급 경죄)에서 배심원에 의하여 유죄 판결이 이루어진 경우 동일한 배심원들이 별도 절차에서 형을 정하도록 한다. 이 경우 검사는 피해 영향 정도에 관한 피해자 증언을 신청할 수 있고, 피고인의 범죄 전력을 제출하여야 한다. 검사는 양형심리기일 14일 전까지 피고인에게 피고인의 전과 사실을 입증하는 최종 판결 사본 등을 제출 시킬 생각임을 통지해야 한다. 그 통지 내용에는 각 유죄판결의 날짜, 유죄 선고한 관할 법원, 각 유죄판결의 내용과 형벌이 포함되어야 한다. 검사는 재판 개시 전에 피고인에 인준된 사본을 교부하여야 한다. 검사가 양형기일에서 주신문을 한 이후 피고인도 양형과 관련된 허용 가능한 증거들을 제출할 수 있다. 위와 같은 내용들이 검사나 피고인이 다른 자료들을 탄핵증거로 제출하는 것을 금지하지 않는다. 배심원들이 양형 합의에 이르지 못하고 피고인, 검사와 법원이 동의하면 법원이 형을 정한다.

라. 양형 정보의 제공

양형심리 절차는 어떤 측면에서 유·무죄 판단 절차보다 복잡하고 전문성이 필요한 영역이다. 유·무죄 판단은 엄격하게 제시된 증거들을 기초로 유죄인지 여부를 가리면 되지만 양형은 형종 판단에서부터 형량, 집행유예 여부 등을 판단하여야 하고, 이를 위하여 양형인자들에 관한 종합적인 고려가 필요하고 주요 양형인자들의 가중치에 대한 적절한 고려가 필요하다. 또한 자유로운 증명의 방식으로 양형 자료들에 대한 심리가 이루어지므로 법률전문가가 아닌 배심원이 그 자료들의 신빙성 등에 대하여 전문적인 법관 수준으로 판단하기는 어렵다. 이러한 문제점들을 극복하기 위한 방안 중 하나로 기존의 양형통계자료들을 배심원에게 제공하고 양형기준의 내용을 설명하는 한편 재판장이 적절히 양형에 관한 의견을 제시할 필요가 있다는 의견들이 있다⁸³⁾

배심원들에게 제공되는 양형 정보의 양이 너무 적으면 배심원들이 적절한 양형을 하는데 어려움을 겪을 것이고 많은 편차가 발생할 우려가 있다. 특히 우리나라의 경우 법정형이 세분화되어 있지 않고 형량의 폭이 넓은 편이므로 충실한 정보가 제공되지 않으면 많은 어려움이 예상된다.⁸⁴⁾ 따라서 동종 사례에 대한 통계나 양형기준의 내용을 제공할 필요가 있다. 그러나 이러한 자료가 제공되는 경우 배심원들이 이에 영향을 받을 수 있고 사안의 개별성에 대하여 심도 깊은 토론이 부족해질 우려가 있다. 이런 점을 우려한 것인지는 명확하지 않으나 미국 아칸소 주, 미주리 주 및 버지니아 주에서도 일반 사건에 관한 배심원 양형 절차에서 배심원들에게 양형기준에 따른 구체적인 형량범위를 알려주지 않고 또한 동종 사건에 대한 통계도 제공하지 않는다.⁸⁵⁾

이런 측면을 종합적으로 고려하여 양형 정보를 제공하되 배심원이 요청하는 경우로 제공하는 절충안을 생각해볼 수 있다.⁸⁶⁾ 판사가 동종 사건의 양형 통계를 직

83) Ioncheva, 371면; 황병돈, 55면. 황병돈은 “철저한 양형기준을 확립하여 배심원으로 하여금 그 기준 내에서 평결하도록 유도하여야 한다”라고 주장한다.

84) 이를테면 단순 강간죄(형법 제297조)의 경우 법정형의 폭이 ‘3년에서 30년’이므로 별다른 가이드라인이나 관련 통계 없이 배심원에게 형량을 정하라고 한다면 아주 어려워할 것이다.

85) Ioncheva, 354면; King and Noble, 337면.

86) 양형기준에 관한 정보를 배심원에게 제공하자는 입장을 취하는 Ioncheva도 이러한 문제점이 있을

접적으로 배심원들에게 제시하면서 설명하는 방식은 지양할 필요가 있다. 재판장이 일정한 양형 범위를 선호한다는 인상을 준다면 배심원들이 이에 영향을 받기 때문이다.

3. 양형기준제와 관련

가. 규범력의 충돌 가능성

우리나라는 2006. 12. 법원조직법 제8편에 양형위원회 편을 신설하는 방식으로 참고적 양형기준제를 도입하였다. 국민의 건전한 상식을 반영하고 국민이 신뢰할 수 있는 객관적인 양형을 실현하는 것을 목표로 하고 있고,⁸⁷⁾ 이를 위하여 대법원에 양형위원회를 설치하되 위원회는 그 권한에 속하는 임무를 독립하여 수행한다.⁸⁸⁾ 양형위원회가 정한 양형기준은 법적 구속력을 가지지 않지만 판사는 이를 존중하여야 하고, 법원이 양형기준을 벗어나 판결을 하는 경우에는 판결서에 그 이유를 기재하여야 한다.⁸⁹⁾ 2009. 7. 1.부터 살인, 강도, 뇌물, 성범죄, 횡령·배임, 무고, 위증 등 7개 범죄유형에 관한 최초 양형기준이 시행되고, 2011. 7. 1. 약취·유인, 사기, 절도, 공문서 범죄, 사문서 범죄, 공무집행방해, 식품·보건 범죄, 마약범죄 유형에 관한 2기 양형기준이 추가로 시행되고 있다.⁹⁰⁾

양형기준은 위에서 본 바와 같이 법적 구속력은 없으나 판사가 이를 존중하여야 하는 ‘존중적 효력’이 있고 판사가 이탈하는 경우 그 사유를 기재하여 하므로 일정한 규범력이 있다고 보아야 할 것이다. 배심원의 양형 의견(향후 평결권이 부여되는 경우 평결)도 어느 정도 규범력이 있으므로 양자의 규범력이 충돌할 여지가 있다

수 있다고 하면서 그에 대한 해결로 배심원들이 요청하는 경우에 그 정보를 제공하는 방안을 제시한다(Ioncheva, 371면).

87) 법원조직법 제81조의2 제1항. 이러한 목표를 달성하기 위하여 위원의 구성도 법관, 검사, 변호사, 교수, 학식과 경험이 있는자 등으로 다양하게 이루어진다(법원조직법 제81조의3 제3항)

88) 법원조직법 제81조의2 제2항, 제3항 참조.

89) 법원조직법 제81조의7 참조. 동 법문 중 최초 ‘참고’라는 표현이 ‘존중’으로 바뀐 경위에 관하여는 제263회 국회(임시회) 법사위 법안심사1소위 회의록 1호(2006. 12. 12.) 참조.

90) 우리나라 양형기준의 세부 내용은 양형위원회 홈페이지(<http://sc.scourt.go.kr/sc/main/Main.work>) ‘양형기준’란 참조.

(이를테면 양형기준에 따르지 않은 배심원의 양형 평결이 있는 경우 등). 더욱이 양형기준제는 기본적으로 일정한 기준에 의하여 동종 사안에 대하여 비슷한 형량을 선고하여 양형 편차를 줄이려는 제도이고,⁹¹⁾ 배심원 양형은 양형의 개별성을 강조하는 제도이므로 두 제도는 기본적으로 충돌할 여지가 있다.⁹²⁾ 양형기준이 지속적인 효력이면 그 긴장이 더 클 것이나, 참고적 양형기준제를 채택하는 경우 양형기준이 권고적인 효력에 불과하므로 배심원 양형 제도와 양립이 가능하다.⁹³⁾

형식적으로만 본다면 위 양형기준은 판사에게 권고적인 효력을 가질 뿐이어서 배심원 양형 제도와 직접적인 규범력 충돌은 없다. 즉 배심원의 양형 의견도 참고적인 것이므로 배심원의 양형 결과가 양형기준과 상이하더라도 판사가 이를 적절히 참고하면 된다. 그러나 앞서 본바와 같이 양자 모두 판사에게 일정한 규범력이 있다는 점은 부인하기 어렵다.⁹⁴⁾ 따라서 양형기준에서 벗어난 배심원 평결이 이루어진 경우에는 양자 사이의 긴장이 발생할 것이다. 개개 사안에서는 판사가 이를 형량하여 적합한 양형에 이르면 될 것이다. 일정한 사례들에서 양형기준에서 벗어난 양형 평결이 누적되어 나간다면 양형기준이 수정될 수도 있을 것이다.⁹⁵⁾ 또한 양형기준에서 제시하는 형량 범위의 폭이 좁아 재량의 여지가 별로 없다면 배심원 양형과 충돌하는 경우가 많을 것이고 양형기준의 형량범위의 폭이 넓으면 그 경우가 적을 것이다.

양형기준이 도입된 범죄에 관하여 국민참여재판의 배심원 양형을 어떻게 하는

91) Hoffman, 1001면

92) Jackson, 17면.

93) 일반 사건에 대한 배심원 양형이 행해지는 미국 미주리 주, 아칸소 주나 버지니아 주에서 양형기준제를 운용하고 있는데 모두 참고적 양형기준제이다.

94) 양형기준이 권고적 효력이지만 이탈하는 경우 그 이유를 판결문에 기재하여야 하기 때문에 사실상 판사에게 부담을 준다. 배심원 평결도 대법원이 판례를 통하여 실질적 구속력을 존중해주고 있기 때문에(대법원 2009 도 14065 판결, 2010 도 4450 판결 등) 역시 부담을 준다고 할 것이다. 이러한 대법원 판례 흐름에 대한 소개는, 탁휘성·최수영, 83면 이하. 역시 배심원 평결이 권고적 효력이라도 판사에게 실질적인 부담을 준다는 견해로, 김병수, 335면 참조.

95) 양형위원회가 정하는 양형기준은 단지 법원의 실무를 반영하는 것이 아니라 위원들이 국민의 의견을 반영하여 규범적으로 조정하므로 이러한 경우에는 양형기준이 수정될 계기가 될 수 있다. 양형위원회 양형기준의 형량 범위 설정 근거에 관한 설정으로는, 양형위원회, “양형기준 해설” 「2009 연간보고서」 부록2 (2010), 353면 참조. 양형 실무의 70% 내지 80%를 반영하되 적절한 규범적 조정을 하는 방식을 채택하였다.

것이 좋을까라는 논의와 관련하여 두 가지 전망이 있다.⁹⁶⁾ 양형기준제에서 제시하는 인자까지 배심원들이 심리하여 형량 결정하는 단계로 나간다는 입장과 양형기준제의 도입으로 법관 양형제로 나아갈 것이라는 입장이다. 우리나라 양형기준의 형태가 유형인자나 특별인자가 개개 양형기준마다 다수인 점 등에 비추어 현실적으로 전자의 주장처럼 진행되기는 어려울 것으로 생각된다.

나. 양형기준에 나타난 양형인자의 결정

만약 배심원들이 양형기준을 참고하여 평의를 한다면 개개 양형기준상 범죄유형이나 양형인자를 존부를 확정하는 방식도 검토되어야 한다. 우리나라의 양형기준은 개별 범죄마다 양형기준을 마련하는 형태를 취하고 있고 각 범죄군마다 범죄유형이 구분되고 각 범죄유형마다 양형인자가 제시되고 있다.⁹⁷⁾ 양형인자는 특별 양형인자와 일반 양형인자로 나뉘고 있으며 특별 양형인자는 각 기본, 가중, 감경 영역을 이동하게 하는 인자이다. 이러한 유형 인자나 특별 양형인자의 존재에 대하여 배심원들이 어느 정도 확정하여야 하는지 논란이 될 수 있다.

배심원 양형의 취지를 엄격하게 운용하고자 한다면 유형의 결정이나 특별양형인자의 존부에 대하여 배심원들이 이를 확정된 후에 양형에 관한 의견을 제시하여야 할 것이다. 이를테면 살인죄 양형기준은 주로 동기에 따라 ‘참착 동기 살인’, ‘보통 동기 살인’, ‘비난 동기 살인’, ‘중대범죄결합 살인’, ‘극단적 인명경시 살인’의 5가지 유형으로 구분되고 있으므로 배심원들이 양형기준을 적용하려면 우선 어느 유형에 해당하는지를 결정하여야 한다. 또한 유형이 결정된 다음에도 특별 양형인자, 일반 양형인자의 존재 여부에 대하여 정해야 한다. 이를테면 특별 가중인자의 하나로 ‘계획적 범행’이 있는데 그 인자의 존재를 확정해야 한다.

그러나 이와 같이 배심원들이 양형기준에 제시된 양형인자의 존재들에 대하여 평의를 통해 확정하고자 하는 경우 양형심리가 너무 장기화될 우려가 있고 배심원들에게 큰 부담이 될 것이다. 우리나라 양형기준이 참고적 양형기준인 점을 감안하

96) 이인석, 715면.

97) 대법원 양형위원회 홈페이지(<http://sc.scourt.go.kr/sc/main/Main.work>)에 게시된 개별 양형기준 참조

면 형을 가중하는 인자라 하더라도 배심원들이 굳이 모든 특별 가중인자의 존부를 확정할 다음 양형 의견을 제시할 필요는 없을 것이다.⁹⁸⁾

IV. 결론

양형 목표를 달성하는 방법은 여러 가지가 있다. 국회가 직접 구체적인 입법을 할 수도 있고 양형기준제를 활용할 수도 있으며 배심원 양형을 활용할 수도 있을 것이다.⁹⁹⁾ 국민(배심), 국회, 행정부, 사법부, 양형위원회 등 여러 주체들이 각기 나름대로의 기능을 할 것이다. 국회 입법이나 양형기준은 동종 사건에 대한 일정한 기준을 정하는 형태가 되고 판사 양형이나 배심원 양형은 개별 사안에서 적절한 형을 찾는 역할을 담당하는 면이 있다. 통일성을 지나치게 강조하면 구체적 타당성이 희생되고 구체적 타당성을 너무 강조하면 편차가 발생할 우려가 있다.

2000년 중반 이후 형사사법 분야의 여러 개혁 방안들이 위와 같은 목표를 달성하기 위하여 전격적으로 어떤 면에서는 급하게 추진되었다. 국민참여재판이나 양형기준제의 도입은 모두 형사사법에 큰 변화를 가져온 획기적인 것이었다. 사실 여러 여건을 고려할 때 위와 같은 제도 중 하나만 시범적으로 운용하기에도 벅차다. 그렇지만 두 제도를 함께 도입한 취지는 국민참여재판을 통하여 국민들이 배심원으로 참여하여 중요 사안에 대하여 유, 무죄를 판단하고 우리나라의 양형 문제점은 양형기준제의 운용을 통하여 해결하려는 것이라 할 수 있을 것이다. 따라서 국민참여재판에서는 배심원들이 되도록 유, 무죄 판단에 집중하는 것이 바람직하다.

현재 국민참여재판에서 양형과 관련한 배심원의 역할은 단순히 판사에게 참고적인 의견을 개진하는데 그치고 있다. 이에 따라 배심원들의 적극적인 양형 토의가

98) 우리나라 양형기준이 추정적(기속적) 양형기준이라면 양형기준에서 해당 사건이 어느 유형에 해당하는지 여부, 특별 인자의 존재 여부가 바로 형량 결정에 영향을 미치게 되므로 배심원이 그 인자들의 존재를 확정하여야 하느냐라는 문제가 제기될 수 있다.

99) 박형관, “종합적 양형기준 설정 방안에 관한 연구 - 최초 양형기준의 성과와 한계에 관한 비판적 고찰,” 서울대학교 법학전문대학원 박사학위논문, 9쪽 이하; Michael Tonry and Richard S. Frazee, *Sentencing and Sanctions in Western Countries*, 1996, 5-25면

이루어지지 않고 있고 양형 심리 절차 분리나 충실화 방안 등에 관한 논의도 심도 있게 진행되지 않고 있다. 양형이 유무죄 사실인정과 달리 전문적인 영역으로 배심원들이 수행하기에 힘든 점이 있는 점, 양형 문제점들은 어느 정도 양형기준제를 통하여 해결할 수 있는 점에 비추어 배심원 양형 제도를 계속 유지할 실익이 크지는 않다고 본다. 그러나 사형이나 무기형이 선고될 수 있는 사안들을 비롯하여 일정한 사례에서 국민의 양형 의식을 반영한다는 측면에서 일정 범위에서 운영할 수는 있을 것이다. 다만 배심원 양형을 유지하는 경우에는 배심원의 평의, 평결권을 보장하고 일정한 권한을 부여하여 참여재판 본래 취지를 살려야 할 것이다. 그러기 위하여 양형 심리 절차를 유무죄 인정절차에서 분리하고 양형 심리가 충실화 되도록 여러 절차를 정비하는 입법이 이루어져야 할 것이다. 양형 정보도 배심원들에게 제공하되 기존 양형 실무에 지나치게 영향을 받지 않도록 제공의 정도나 방식에 유의하여야 할 것이다.

형사 양형에 관하여 법관 양형을 전적으로 유지할 것이냐 배심원 양형을 받아들일 것이냐 아니면 양형기준제의 적절한 운용을 강조할 것이냐는 앞으로도 많은 숙고가 필요한 과제라 하겠다. 다만 어떤 제도를 운용하든지 양형의 공정성과 객관성, 구체적 타당성을 통하여 사법에 대한 신뢰를 높이는 방향으로 나아가야 할 것이다.

참고문헌

- 민주적 사법개혁실현을 위한 국민연대, 「온 국민이 함께 가는 민주적 사법개혁의 길」
(필맥, 2006).
- 법원행정처, 2008-2011 국민참여재판 성과분석, (2012. 2.)
- 사법발전재단, 「형사재판의 쟁점과 과제」 (2008. 7).
- 안경환 · 한인섭, 「배심제와 시민의 사법참여」 아산재단 연구총서 제186집 (2005).
- 양형위원회, 「2007 연간보고서」 (2008).
- _____, 「2009 연간보고서」 (2008).
- 탁희성 · 최수영, 국민참여재판의 평가와 정책화 방안, 형사정책연구원(2011)
- 김대성, “미국에서의 배심원의 양형 참여,” 형사법연구 제21권 1호 (2009).
- 김태규, “국민참여재판의 개선방안에 대한 연구,” 형사정책연구 제76호, 2008/겨울호.
- 김현석, “국민참여재판의 도입에 따른 공판절차의 변화,” 저스티스 통권 101호.
- 박미숙, “국민참여재판제도의 시행 성과와 향후 과제,” 형사정책연구 제21권 제2호
(2010년 여름호).
- 박형관, “종합적 양형기준 설정 방안에 관한 연구 - 최초 양형기준의 성과와 한계에 관
한 비판적 고찰,” 서울대학교 법학전문대학원 박사학위논문(2011. 2).
- 이인식, “국민참여재판 시행 2년의 현황 및 과제,” 한국사회학회, 한국사회학회 2009
국제학술대회 자료집 (2009. 12.).
- 장중식, “우리나라 국민참여재판제도의 문제점과 개선과제,” 법학연구 제36호 (2009).
- 정진경, “국민의 형사재판참여에 관한 법률에 따른 배심원재판의 유의점,” 저스티스 통
권 제100호,
- 최재혁, “국민참여재판의 실무상 운영방안 및 주요 쟁점, 「형사재판의 쟁점과 과제」,
사법발전재단(2010)
- 한인섭, “형사재판에서의 배심제의 도입,” 형사정책 제14권 제2호(2002)
- _____, “특집:국민에 의한 재판- 한국에서의 참심 · 배심의 가능성, 배심재판과 형사절
차의 변화 전망,” 법과 사회 25권(2003).
- 한상훈, “국민참여재판제도의 정착방안,” 저스티스 통권 제106호 (2008).

황병돈, “국민참여재판 시행 과정상 제기된 문제점 및 개선방안,” 한양법학 제21권 제2집(2010. 5.)

Levy, Leonard W., *Origins of the Bill of Rights* (Yale University Press, 1999).
Tonry, Michael and Richard S. Frazee, *Sentencing and Sanctions in Western Countries*, (Oxford University Press, 1996).

Hoffman, Moris B., “The Case for Jury Sentencing,” 52 *Duke L. J.* 951 (2003).
Iontcheva, Jenia. “Jury Sentencing as Democratic Practice,” 89 *Va. L. Rev.* 311 (April, 2003).

Jackson, Randall R., “Missouri’s Jury Sentencing Law : A Relic the Legislature Should Lay to Rest,” 55 *JMOB* 14 (January/February, 1999).

King, Nancy J., “The Origins of Felony Jury Sentencing in the United States,” 78 *Chicago-Kent L. Rev.* 937 (2003).

_____, “How Different is Death? Jury Sentencing in Capital and Non-Capital Cases Compared,” 2 *Ohio St. J. Crim. L.* 195 (2004).

King, Nancy J. and Noble, Rosevelt L., “Jury Sentencing in Noncapital Cases: Comparing Severity and Variance with Judicial Sentences in Two States,” *Journal of Empirical Studies* Volume 2, Issue 2 (July 2005).

Lanni, Adriaan, “Jury Sentencing in Noncapital Cases : An Idea Whose Time Has Come(Again),” 108 *Yale L. J.* 1755 (1999).

Lilliquist, Eric, “The Puzzling Return of Jury Sentencing : Misgivings about Apprendi,” 82 *NCLR* 62 (2004).

New South Wales Law Reform Commission, *Issues Paper 27 “Sentencing and Juries”*(2006).

Weniger, Robert A., “Jury Sentencing in Noncapital Cases : A Case Study of El Paso County, Texas,” 45 *WAUJCL* 3 (1994).

Study on Selected Issues of Jury Sentencing : Revising Citizen Participation Procedure in Criminal Trials in Korea

Hyungkwan Park*

Globally, jury sentencing is not common practice. In 2008, Korea introduced a form of this as Citizen Participation Procedure in criminal trials. According to the Act, the jury not only renders a guilty or not guilty verdict but also an opinion on the sentence. There have been many debates as to the merits of jury sentencing. Although jury sentencing is a good way for the people to disclose their opinion in regard to sentencing, jury sentencing needs to be closely monitored because of the inherent drawbacks.

According to the current act, jury participation is formative wherein the jury provides an advisory opinion to the judge in regard to sentencing without rendering a verdict. In addition, most citizen participation trials in Korea last only one or two days with no separation between the guilty or not-guilty decision procedure and the sentencing hearing procedure. It is unreasonable to expect juries to render a verdict that has been well thought out along with an opinion on sentencing in such a short period of time.

In addition the unitary structure results in various problems, one of which is that it allows some evidence regarding sentencing to be presented during the trial which can prejudice the jury in their decision. Deciding whether certain aggravating or mitigating factors exist while calculating the gravity of such factors is a highly complicated matter perforce calling for a separate sentencing hearing procedure.

It is now timely to decide whether jury sentencing should be abolished or to

* Incheon District Prosecution Service, Supervising Public Prosecutor

reenforce its sentencing verdict with legal effect. In addressing the need for objective and just sentencing, Korea established a sentencing commission and a sentencing guidelines system. Achieving sentencing goals by way of sentencing guidelines is more effective in terms of efficacy and objectivity.

However, if jury sentencing is to remain in place, it becomes necessary to ensure the jury's power of rendering verdicts on sentencing and to establish a separate sentencing hearing procedure. In cases where there is a guilty plea, jury sentencing should be restricted to only the cases where a decision must be made as to whether capital punishment or life imprisonment is suitable. Furthermore, jury sentencing waiver procedure should be introduced in order to reduce the number of cases going to jury trial and sufficient sentencing information should be provided to jurors to abolish unwarranted disparity.

❖ Key words : jury sentencing, citizen participation in criminal trials, sentencing guidelines, sentencing hearing