

국민참여재판법 개정안의 개선방안: 배심원 평결의 기속력을 중심으로

홍 승 희*

국 | 문 | 요 | 약

현재 개정안이 입법예고된 국민참여재판법은 사법제도의 민주적 정당성을 강화하고 투명성을 높이고자 2007년 6월 제정되어 2008년 1월부터 현재 7년째 시행중에 있다. 이러한 국민참여재판은 도입 당시 헌법적합성 문제에서부터 배심제로 할 것인지 참심제로 할 것인지 그 성격을 두고 논란이 많았다. 이러한 논란 속에 제정 당시 국민참여재판법은 배심원 평결의 효력에 대해 일단 1단계 시행기간 동안(2008년 ~ 2012년)에는 ‘권고적 효력’만 인정하는 것으로 그 논란을 일단락지었다. 그런데 배심원 평결의 효력문제는 향후 국민참여재판의 성패를 좌우하는 매우 중요한 열쇠가 되는데, 이처럼 권고적 효력만 인정할 경우 배심원에게 심리과정에서의 집중도 및 책임감을 부여하기 어렵게 되므로 국민참여재판에 대한 신뢰도가 당연히 저하되기 때문이다.

이러한 문제의식 속에 현재, 2013년초부터 국민사법참여위원회가 몇차례의 공청회를 거쳐 마련한 개정안을 법무부가 다시 수정하여 2013년말 입법예고된 상태이며, 본 개정안에서 배심원 평결의 효력에 대해서는 ‘사실상의 기속력’을 부여했다고 하면서 현행법상의 ‘권고적 효력’에서 매우 진일보한 강한 효력을 부여한 것으로 자체평가하고 있다. 그러나 ‘사실상의 기속력’은 개정안에서는 법원에서 원칙적으로 배심원 평결을 존중하되, 일정 사유가 있는 경우 평결을 따르지 않아도 되는 것으로 규정함으로써 기존에 논의되던 ‘기속력’과 매우 큰 차이를 보이고 있다. 첫째, 평결을 존중하지 않아도 되는 사유인 평결의 ‘논리법칙과 경험법칙’에 반하는 경우에 있어서 이러한 ‘논리법칙과 경험법칙’ 이 법률적 판단에 따르는 것이라면 결국 배심원의 ‘건전한 국민의 상식’은 항상 배치될 수 밖에 없다는 점, 둘째, 또다른 예외적 사유인 평의·평결의 절차 또는 내용이 부당하다고 인정할만한 사유라는 내용 또한 너무나 불명확하고 광범위하여 결국 법원이 배심원평결에 대한 판단의 재량이 너무나 크다고 할 수 있다. 이는 원칙보다 예외가 더 커서 결국 ‘기속력’이라기 보다는 현행법의 ‘강한 권고적 효력’과 다름 없어 보인다. 따라서 개정안에서는 예외적 사유를 보다 축소하고 분명하게 제시함으로써 법원이 배심원 평결을 거부할 가능성을 축소하는 것이 국민참여재판법의 입법취지에 상응할 것으로 보인다.

❖ 주제어 : 국민참여재판, 배심원 평결의 기속력, 사실상의 기속력

* 원광대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사

I. 문제제기

많은 논란과 우려와 기대 속에 지난 2008년 1월 1일자로 국민참여재판이 시행되었다. 이러한 국민참여재판은 우리에게 다소 생소한 재판제도로써 시행전 뿐만 아니라 시행후에도 많은 실증적 중·단기연구가 이루어졌으며 또한 많은 논문과 신문사설의 주제로 화제가 되어왔다. 이러한 국민참여재판은 이제 시행 7년째 중반을 넘어서 하나의 사법제도로써 얼핏 안착이 되가는 듯 보이나 그 세부 방안에서는 각 계각층의 대립속에 여전히 논란의 한가운데에 있다. 특히 최근에는 국민참여재판의 법적 근거가 되는 「국민의 형사재판 참여에 관한 법률」(이하 ‘국민참여재판법’이라 함)의 개정입법을 둘러싸고 법무부가 내놓은 개정안을 법원이 전면거부하면서 새로운 갈등의 국면에 접어들었다.¹⁾

나아가 작년말경에는 국민참여재판과 관련하여 법률전문가 뿐만 아니라, 일반시민들에게까지 커다란 관심을 불러일으킨 두 사건이 있었다. 하나는 2013년 10월 24일에 선고된, 박대통령의 동생 박지만씨에 대한 허위사실공포 등의 혐의로 기소된 ‘김어준, 주진우씨에 대해 무죄를 선고한 국민참여재판’이고, 다른 하나는 이후 불과 나흘이 지난 후인 10월 28일에 공직선거법상 허위사실공포 및 비방혐의로 기소된 안도현 시인에 대한 국민참여재판이다. 첫 번째 김어준·주진우씨에 대한 국민참여재판에서는 배심원 전원의 무죄평결에 대해 법원도 무죄선고를 내렸으나, 두 번째 안도현시인의 국민참여재판에서는 배심원 전원인 7명이 만장일치로 무죄평결을 내렸으나, 이후 열흘 정도 지난 후인 11월 7일 법원(전주지법)에서는 일부 유죄, 즉 허위사실공포 혐의에 대해서는 무죄를, 후보자 비방혐의에 대해서는 유죄를 선고하였다. 두 사안은 유사한 쟁점을 가진 사건으로서, 국민참여재판에서는 모두 무죄평결을 받았으나, 최종적으로 법원에서는 다르게 결론이 남에 따라, 일반 시민들에게 ‘국민참여재판’ 제도가 무엇인지 크게 각인시키는 효과를 가져왔다. 그런데 여기서 눈여겨볼 점은 두 번째 사건에서 법원은 배심원의 전원무죄평결과 달리 일부 유죄

1) 서울중앙지법 1심 재판개선위원회(위원장 이재홍 변호사)는 2014년 6월 25일 상반기 회의를 열고, 법무부가 국회에 제출한 ‘국민의 형사재판 참여에 관한 법률’ 원안의 수정안에 대해 “바람직하지 않다”는 의견을 내놓았다. 수정안의 주요골자는 ‘국민참여재판 배제와 신청에 있어서 검사의 권한 강화’였다.

를 인정하면서도, 다시 배심원들의 무죄평결을 감안하여 ‘선고유예판결’을 내렸다는 점이다.²⁾ 이는 사실인정여부의 영역이라 할 수 있는 범죄의 성립여부에 대해서 법원은, 배심원의 평결에 대해서 기속력을 인정하지 않았던 반면에, 법률판단이라고 할 수 있는 양형에 있어서는 배심원의 (무죄)평결에 영향을 받았다는 점이다.

한편 작년 10월 11일에 법무부는 국민참여재판법의 일부개정안을 입법예고하였다.³⁾ 이러한 개정안의 주요 쟁점으로는 ‘배심원 평결효력’, ‘평결방식’, ‘실시요건’, ‘법정구조’ 등이었는데, 이 가운데 가장 중요한 핵심적 문제는 역시나 ‘배심원 평결의 효력’이었다. 배심원 평결에 대한 법무부의 개정안은 작년 3월, 국민참여재판법 제55조에 근거한 대법원 국민사법참여위원회가 시행 5년이 지난 국민참여재판의 최종형태를 결정하기 위한 자리에서 이미 ‘배심원평결의 효력’에 관해 논의하면서 현행법의 ‘권고적 효력’에서 한걸음 더 나아가 ‘사실상의 기속력’을 인정하는 것으로 보도되었던 효력과 동일하다. 이와 같은 법무부 및 국민사법참여위원회 개정안의 배심원 평결에 대한 기속력의 내용은, 법적 기속력을 부여하지 않고 다만 법원이 배심원 평결에 대해 “존중의무”를 다한다는 것을 법률에 명시하고 있을 뿐이어서 과연 이러한 형태가 기속력을 부여한 것인지, “사실상의 기속력”이 무슨 의미인지 이해하기 어렵다. 국민참여재판(법)과 관련한 많은 비판적 논문에서도 이러한 의문은 여전히 간과되고 있다.

그러나 배심원 평결의 효력 문제는, 국민참여재판의 향후 성패를 좌우하는 열쇠로 보이는데, 왜냐하면 배심원 평결에 기속력을 인정하게 되면 오늘날 보다 훨씬 진일보한 적극적인 재판제도로 나아가게 되지만, 만일 권고적 효력에 가까운 태도만을 보인다면 시간 및 경제적 비용문제에 따라 국민참여재판은 형식적인 제도로 남게 될 가능성이 높기 때문이다.

이에 따라 본 논문에서는 배심원 평결의 효력을 중심으로 해서 법무부 및 국민사

2) 물론 이러한 원심을 깨고 2014년 3월 25일 항소심인 광주고법에서는 무죄를 선고하였다.

3) 이러한 법무부의 개정안은 다시 두달뒤인 12월 31일에 대상사건 및 검사의 배제신청 인정 등을 수정하여 재입법예고되었다. 이러한 변경의 자세한 내용으로는 이천현, 우리나라의 국민참여재판법의 개정 논의와 주요 쟁점에 관한 고찰, 한국비교형사법학회·원광대 법학연구소 공동학술대회 자료집, 85면 이하 참조.

법참여위원회의 개정안에서 채택하고 있는 ‘사실상의 기속력’이 무슨 의미인지, 이러한 효력이 국민참여재판에 어떤 영향을 미치는지 살펴봄으로써 국민참여재판의 향후 나아갈 방향에 대해 제언해 보고자 한다.

II. 국민참여재판의 주요내용

배심원 평결의 효력을 본격적으로 논의하기에 앞서 국민참여재판제도의 도입취지와 그 특징을 먼저 살펴보는 것이 중요한데, 우리의 국민참여재판은 외국의 배심제 및 참심제와 다른 독특한 성격을 가짐으로써 우리나라 실정에 맞는 배심원 평결의 성격을 찾을 수 있기 때문이다.

1. 국민참여재판의 도입취지

그동안 사법부 및 법관의 재판결과에 대한 국민의 불신이 끊임없이 제기되면서, 1999년 12월경부터 배심제, 참심제 등의 국민의 사법참여방안이 논의되기 시작하였다.⁴⁾ 이후 많은 연구를 거듭한 끝에 국민참여재판의 법적 근거인 국민참여재판법이 2007년 6월 1일에 제정되어 2008년 1월 1일부터 시행되어 현재 국민참여재판은 7년째를 맞고 있다. 이러한 국민참여재판의 도입취지를 국민참여재판법의 제정이유에서 보면, “사법의 민주적 정당성을 강화하고 투명성을 높임으로써, 국민으로부터 신뢰받는 사법제도를 확립하기 위하여”라고 되어 있다(제1조). 보다 더 구체적으로 그 내용을 살펴보면 “① 국가권력의 한 부분인 사법권의 영역에서 국민의 참여를 확대시키고, ② 국민의 상식과 경험을 재판절차에 반영하여 사법신뢰를 증진시키며, ③ 국민이 재판절차와 법제도를 보다 가까이 접하고 이해할 수 있도록 하여 법치주의를 실현하려는 것”이라고 하고 있다.⁵⁾ 이러한 도입취지를 바꾸어 간단히 말하면, 다른 아닌 헌법에서 보장하고 있는 ‘국민주권’을 실현하는 것이라 할 수 있다.

4) 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 해설, 법원행정처, 2007, 1면.

5) 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 해설, 법원행정처, 2007, 8면.

2. 제도의 주요 특징

가. 배심제와 참심제의 혼합

이러한 취지의 국민참여재판은 사법개혁 논의 당시 도입 그 자체에 대해서는 큰 이견이 없었다. 그러나 제도의 형태인 배심제와 참심제 중에서 어느 제도를 택할 것인지에 대해서는 결론에 이르지 못하였는데, 결국은 우리의 법제현실에 맞게 일단 배심제와 참심제의 각 요소를 일부 수정하여 복합한 형태로 실시되었다. 간단히 각 제도의 특징과 단점을 살펴보면 다음과 같다.⁶⁾

1) 배심제

먼저 배심제란, 일반 국민으로 구성된 배심원이 직업법관과 독립하여 유·무죄의 판단에 해당하는 판결을 내리고, 법관이 이러한 배심원의 평결에 기속되는 제도를 말한다.⁷⁾ 이러한 배심제의 특징으로는 ① 일반 국민이 직접 사법에 참여한다는 점에서 사법권한의 민주적 정당성이 잘 구현되며, ② 일반국민으로 구성된 배심원의 평결은 일반 상식에 기초하므로, 일반인이 쉽게 납득할 수 있는 재판 결과를 기대할 수 있으며, ③ 구두변론주의, 증거재판주의, 직접주의, 집중심리에 충실함으로써 공판중심주의가 구현되어 사법부에 대한 국민의 불신이 해소될 수 있다. ④ 덧붙여 국민에 대한 법률교육효과도 얻을 수 있다고 한다.

그러나 다음과 같은 단점도 있는데, 즉 ① 배심원단을 유지하고 관리하는데 상당한 시간과 비용이 소요되어, 직업법관에 의한 재판과 비교할 때 효율성이 떨어지며, ② 법률전문가가 아니므로, 배심원들은 언론이나 여론, 선입견, 기타 학연, 지연 등 개인감정에 기초한 평결의 위험성이 있다는 한계가 있다.

6) 이에 대해서는 배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법, 홍문사 2013, 52/1 이하; 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 해설, 법원행정처, 2007, 3면 이하 참조.

7) 13세기 무렵 영국에서 기원한 배심제는 미국을 거쳐 오늘날 캐나다, 호주, 스페인, 러시아, 홍콩, 사이판 등 50여개 국가에서 실시되고 있다고 한다.

2) 참심제

이와 달리 참심제란, 참심원이 된 일반 시민이 직업법관과 함께 재판부의 일원으로 참여하여 법관과 동등한 권한을 가지고 사실문제 및 법률문제를 판단하는 제도를 말한다.⁸⁾ 그 특징으로는 ① 재판부 일원으로 참여한다는 점에서 일반시민의 직접적인 사법제도 참여가 이루어지며, ② 이에 따라 직업법관에 대한 민주적 견제와 감시기능을 하게 되며, ③ 배심제보다 시간 및 경제적 손실이 최소화되고, ④ 전문 지식이 필요한 소송에서는 일반시민을 전문가로 활용가능하다는 장점이 있다.

반면에 ① 임기제의 참심원을 선발한다는 것이 결코 쉬운 일이 아닌데, 배심제와 비교할 때 참심원으로 참여하는 시민의 수가 적다는 점에서, 일반시민의 사법참여는 명목적일 수 밖에 없고, 일부 영향력있는 시민의 전유물로 전락할 수 있으며,⁹⁾ ② 현실적으로 일반시민인 참심원이 직업법관과 대등한 지위에서 합의를 할 수 없으므로, 결국 참심원은 직업법관의 영향을 받을 수 밖에 없어 들러리로 전락할 수 있다는 우려가 있다.

3) 국민참여재판의 성격

우리의 국민참여재판은 도입 당시 위에서 살펴본 배심제와 참심제 중 어느 제도를 도입할 것인지 논란이 되었으나 결론에 이르지 못하고, 결국 최종적으로는 배심제와 참심제를 혼합한 형태로 마련되었다. 그 특징을 간략히 보면,¹⁰⁾ ① 일반적으로 배심제는 원칙적으로 법관의 관여 없이 평의를 진행한 후 평결해야 하는데, 국민참여재판은 배심원의 평의과정에 법관이 참여하여 의견을 제시할 수 있도록 하고 있으며(제46조 제2항, 제3항), ② 배심원은 사실에 대한 평결뿐만 아니라, 심리에 관

8) 참심제는 13세기경 스웨덴에서 가장 먼저 실시되었는데, 배심제가 주로 영미권국가에서 실시되는 반면에, 참심제는 주로 유럽 대륙에서 실시하는 제도로서, 현재는 프랑스, 독일, 이탈리아, 덴마크, 노르웨이, 핀란드 등에서 실시되고 있다고 한다.

9) 이러한 단점을 극복하는 방안으로 독일에서처럼 각 지방자치단체에서 배심원추천명단을 넘겨받아 각 지방법원의 '배심원선정위원회'에서 1년 임기제 배심원단을 구성하고, 이러한 배심은행에서 법원이 해당년도에 필요한 인원만큼 무작위 추첨방식으로 선정하는 '독일의 참심제'를 도입하지는 의견으로는 하태영, 독일 형사소송에서 참심원, 한국비교형사법학회·원광대 법학연구소 공동학술대회 자료집, 19면 이하 참조.

10) 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 해설, 법원행정처, 2007, 6~7면.

여한 판사와 함께 양형에 대해 토의하고 이에 대해 의견을 개진할 수 있도록 하고 있으며(제46조 제4항), ③ 배심원의 평결은 법원을 기속하지 않고, 단지 권고적 효력만을 갖는다는 점이다(제46조 제5항).

나. 참여재판의 대상사건 및 개시요건

한편 참여재판의 대상사건에 대해 국민참여재판법 제5조 제1항에서는 「법원조직법」 제32조 제1항(제2호 및 제5호는 제외한다)에 따른 합의부 관할 사건을 규정함으로써, 그 대상사건이 살인, 강도강간 등의 중대범죄를 대상으로 하고 있음을 알 수 있다. 더욱이 이러한 중대범죄시 모두 국민참여재판을 받는 것은 아니며, 피고인의 신청이 있어야 하고 이에 대해 법원의 판단으로 개시가 된다.

다. 배심원 평결과정

현행법상 국민참여재판에서 배심원은 변론종결후 재판장에 의해 공소사실요지와 적용법조, 피고인과 변호인 주장의 요지, 증거능력, 그밖에 유의할 사항에 관해서 설명을 들은 후(제46조 제1항), 원칙적으로는 법관의 관여없이 평의를 진행한 후 만장일치로 평결에 이르러야 한다(제46조 제2항). 만약 유무죄에 관해 전원이 일치하지 않을 때 판사가 의견개진을 하여야 하며,¹¹⁾ 이때 유무죄의 평결은 다수결의 원칙에 따르도록 규정하고 있다(제46조 제3항). 이러한 다수결에 대해 소수의견이 배제된다는 점에서 비판이 제기되며, 나아가 다수결에 의할 경우 만장일치제보다 다수에 빨리 동참하려고 함으로써 배심원 평의의 질이 떨어질 우려가 있다는 비판도 제기되고 있다.¹²⁾ 그밖에도 배심원은 평결이 유죄인 경우, 판사와 함께 양형에 관해 의견을 개진할 수 있다. 물론 이때 배심원이 법관의 양형결정에 있어서 적극적으로 참여하는 것은 아니며, 의견만 개진하도록 규정하고 있다(제46조 제4항).

11) 배심원의 의견이 전원일치에 이르지 않을 때 판사가 의견제시할 수 있도록 하는 이러한 현행법 조문이 평의의 공정성과 투명성에 반한다는 의견으로는 도중진, 국민참여재판에 있어서 평의 및 평결의 독립성 확보에 관한 연구, 형사법연구 제25권 제1호(2013 봄), 407면 이하 참조.

12) 이러한 전원일치제와 다수결제를 상세하게 분석한 글로는 김희균, 국민참여재판에서 평결의 성립과 효력에 관한 문제점, 성신법학, 제9호 2010, 61면 이하.

라. 배심원 평결의 효력

앞서 언급했듯이 국민참여재판의 성패여부는 사실 ‘배심원 평결에 대한 기속력’을 인정할 것인지에 달려있다고 해도 과언이 아닌데, 그럼에도 현행 국민참여재판법에서는 권고적 효력만을 규정하고 있다(제46조 제5항). 이는 도입당시 논란이 되었던 ‘국민참여재판’의 위헌성 시비에서 벗어나기 위한 임시방편적인 처방이었다. 그러나 이제 국민참여재판의 본격적 제2기를 앞두고 개정안에 대한 논란이 가열되고 있는 시점에서 ‘배심원 평결의 효력’을 현재와 같이 권고적 효력으로 간주할 것인지 아니면 기속력을 부여할 것인지는 매우 중요한 문제이다. 이러한 문제점을 의식해서 2013년 3월에 발표한 국민사법참여위원회의 개정안과 2013년 10월 및 12월 발표한 법무부의 개정안 모두는 ‘사실상의 기속력’으로 효력을 강화하였다고 한다.

더욱이 작년 10월에 입법예고된 국민참여재판법의 개정안에서는 이러한 배심원 평결의 효력에 대해 변화가 있었다. 이에 대해서는 뒤에서 다시 살펴보기로 한다.

마. 국민참여재판에 대한 항소여부와 배심원평결

그밖에도 국민참여재판에 대해 항소를 인정할 것인지 여부 또한 국민참여재판의 실효성과 결부되는 매우 중요한 문제로, 배심원 평결의 효력방식을 결정하는데에도 영향을 미친다. 왜냐하면 광범위한 항소가능성을 열어놓게 되면 결국 배심원으로 하여금 책임감있는 평결의 도출을 기대하기 어렵고 이렇게 되면 배심원 평결에 기속력을 부여하기 어렵기 때문이다. 즉 국민참여재판의 존립이 다시 흔들리게 된다. 이러한 중요한 문제임에도, 현행 국민참여재판법에서는 이러한 항소에 대해 별다른 규정을 마련해놓고 있지 않다. 따라서 형사소송법에 따라 국민참여재판도 피고인과 검사 모두 항소가 가능하다고 해석될 수 밖에 없다.¹³⁾

13) 참고로 외국의 입법례를 살펴보면, 배심제를 채택한 국가에서는 배심원이 무죄평결에 이르면 검사는 항소할 수 없으며, 유죄평결의 경우에도 법률판단에 대해서만 항소가 가능할 뿐, 사실인정의 오류로 인해서는 항소할 수 없다고 한다. 이에 대해서는 김일환, 국민참여재판제도의 헌법합치적인 정비방안, 헌법학연구 제18권 제3호, 2012.9, 320면에서 재인용.

이러한 항소가능성이 미치는 영향은 또한 항소심의 구조를 어떻게 이해할지에 따라서도 다른데, 우리 법원과 다수설은 항소심을 원칙적 속심으로 이해하므로, 항소심의 심판대상은 단순히 법령적용만이 아니라 사실인정에 관해서도 심판할 수 있게 된다. 이렇게 되면 제1심에서 진행된 국민참여재판에서의 사실인정부분이 파기될 수 있다는 결론이 된다. 따라서 배심원 평결에 대한 검사의 항소대상 및 항소가능성이 확대되게 되며, 결국 국민참여재판은 실효성 없는 하나의 형식적인 형사절차로 전락할 가능성이 높다.

다시 말해 기관력도 인정받지 못하는 국민참여재판의 배심원 평결이, 또한 항소심에 가서 쉽게 번복될 가능성마저 열리게 되면 국민참여재판은 그야말로 배심원의 시간적·경제적 손실과 함께, 전체 소송경제에 있어서도 막대한 손실을 입게 된다. 따라서 이에 대한 대안의 방법으로서 두가지가 주장되는데, 첫 번째는 국민참여재판으로 진행되는 1심을 사실심으로 하고, 항소심은 원심판결의 법령위반만을 심사하는 사후심으로 운영하는 방안이 그것이다.¹⁴⁾¹⁵⁾ 이는 검사의 항소대상을 법령위반으로만 제한하여 사실오인(형소법 제361조의5 제14호)을 이유로 한 검사의 항소를 금지함으로써¹⁶⁾ 배심원 평결에 대해서는 검사의 항소를 차단하는 효과를 가져온다. 두 번째 방안은 아예 배심원의 무죄평결에 대해서는 검사의 항소를 제한하는 주장이다.¹⁷⁾ 이러한 두 번째 방안은 첫 번째 보다 항소가능성을 훨씬 더 축소하는 효과를 가져온다. 그러나 두 번째의 대안, 즉 국민참여재판이 아닌 다른 일반 형사재판의 제1심에 대한 검사의 항소가능성은 그대로 두면서, 국민참여재판에 있어서만 무죄평결시 검사의 항소대상을 축소한다는 것은 형사소송의 다른 당사자인 검사에게 있어 지나친 권한축소로 보이며, 이를 상쇄할 만큼의 충분한 논거로는 보이

14) 탁희성·최수형, 형사정책과 사법제도에 관한 연구(V) - 국민참여재판제도의 평가와 정책화 방안 -, 한국형사정책연구원, 2011, 500면.

15) 실제로 프랑스와 독일에서는 참여시민의 의사에 대해 절대성을 인정하여 직업법관에 의해 이러한 평결이 뒤바뀔 수 없도록 하고 있으므로, 따라서 이러한 방향성에 따라 배심재판에 대한 항소도 인정하지 않고 다만 법률위반에 대해서만 상고를 허용하고 있다고 한다. 이러한 내용에 대해서는 이완규, 국민참여재판제도 정착방안, 저스티스 통권 제106호, 2008, 556면.

16) 이에 대해서는 차정인, 항소심의 제1심 국민참여재판 판결 파기: 대상 판결: 서울고등법원 2008.7.3. 2008노946 판결, 법학연구 제51권 제1호, 2010, 127면.

17) 이러한 주장으로는 이호중, 국민참여재판의 성과와 과제, 법과 기업연구, 제1권 제3호(2011.12), 231면 이하.

지 않는다.

따라서 첫 번째 대안, 즉 국민참여재판에 대한 항소심만 사후심으로 간주하여 법률위반에 대해서만 항소하도록 하는 것은 배심원 평결의 효력을 인정하는 동시에 일반적으로 인정되는 검사의 항소권도 크게 제한받는다 볼 수 없으므로 타당하다고 생각된다.

Ⅲ. 위헌여부와 평결의 기속력

국민참여재판은 도입 당시 ‘헌법적합성’이라는 커다란 문제에 부딪혔다. 이러한 위헌성 시비는 곧바로 ‘배심원 평결의 효력’ 문제와도 긴밀하게 관련되어 있는데, 실제로 현행 국민참여재판법에서 배심원 평결의 기속력을 인정하지 않는 데에는 제정 당시 국민참여재판의 위헌성 시비 논란이 매듭지어지지 않아, 일단 1단계 시행 기간동안(2008년~2012년)에는 권고적 효력만 인정함으로써 위헌성 시비에서 벗어나도록 하기 위함이었다. 그 위헌성 논란의 내용을 간략히 살펴보면, 대체적으로 헌법학계에서는 참심제도는 위헌적 소지가 있지만 단순한 사실판단에 관여하는 배심 제도는 현행 헌법에 합치적이라는 태도를 보이고 있다.¹⁸⁾ 위헌논란의 출발은 헌법 제27조 제1항의 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다”는 규정의 해석에서 출발하고 있는데, 이러한 논란의 입장과 이에 따른 평결 기속력을 살펴보면 다음과 같다.

1. 위헌설과 평결의 기속력

먼저 위헌설에서는, 배심제와 참심제가 혼합된 국민참여재판은 현행 헌법, 특히 제27조 제1항의 ‘법관에 의한 재판받을 권리’에 반한다고 한다. 즉 헌법 제27조 제1

18) 계희열, 헌법학(중), 박영사 2007, 642면; 권영성, 헌법학원론, 법문사 2009, 1102면 이하; 김철수, 헌법학개론, 박영사 2007, 1065면; 장영수, 헌법학(제8판), 홍문사, 2014, 883면; 허영, 한국헌법론, 박영사 2013, 386면.

항에서의 ‘법관’은 헌법 제105조 제3항에서 규정하고 있는 10년이라는 임기규정과 그리고 헌법 제106조 제1항에서의 법관의 신분보장 규정을 근거로 ‘직업법관’ 내지 ‘전문법관’만을 의미한다고 해석한다. 따라서 임기가 없고 신분을 보장받지 못하는 우리 국민참여재판의 배심원은 직업법관이 아니므로, 배심원에 의한 국민참여재판은 헌법 제27조 제1항에 의한 ‘법관에 의한 재판받을 권리’를 침해하므로 위헌이라는 주장이다.¹⁹⁾ 더욱이 배심이란 기본적으로 당해 사건에 국한된 ‘1회용’이므로 법관의 임기제는 배심과 어떤 논리로도 맞지 않는다고 한다.²⁰⁾ 따라서 결국 이러한 위헌성 문제에서 자유로울 수 없는 현행 국민의 사법참여는 헌법 개정을 통해 헌법적 근거를 마련하여 헌법과 합치한다는 판단이 선행되어야 한다고 주장한다.²¹⁾ 결국 이러한 위헌설의 논리대로라면 직업법관이 아닌 배심원의 평결에 기속력을 부여하기는 어렵다.

2. 합헌설과 평결의 기속력

반면에 합헌적인 입장에서는 배심원 평결에 기속력을 부여할 가능성은 높아진다. 그렇다면 국민참여재판에 대한 합헌설의 근거는 무엇인지, 그 근거에 따라 평결기속력의 가능성을 살펴보면 다음과 같다.

먼저 헌법 제27조 제1항의 ‘법관’은 전문법관에 국한하지 않는다고 하면서 이때 ‘법관’은 ‘헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다’는 헌법 제103조로부터 근거지워져서, 법관은 독립성과 재판의 공정성이 확보될 수 있다면 굳이 직업법관에게만 사법기능을 전속시킬 필연적 근거가 없다고 한다. 나아가 헌법 제7조²²⁾의 공무원 규정으로부터 동조 제1항의 ‘공무원’을 최광의 의미로 해석하고 제2항의 ‘공무원’을 최협의 직업공무원으로 이해하는 통설적 해석론에 따라, 국민의 사

19) 장석조, 국민의 사법참여제도의 헌법적합성, 「국민의 사법참여」 공청회자료, 사법개혁위원회/한국공법학회, 2004, 108-109면 참조.

20) 이러한 주장으로는 권영설, 참심제와 배심제의 헌법적합성 논쟁; 배심제·참심제의 도입논의와 그 헌법적합성의 문제, 법과 사회 통권 제26호(2004), 109면.

21) 김일환, 위의 논문(주 13), 336면.

22) 헌법 제7조 ① 공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다.

② 공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.

법참여와 관련해서는 직업법관과 배심원간의 기능적 배분 내지 직업법관과 참심원(명예직 법관) 간의 협력적 재판수행에 대해서도 적용될 수 있다고 한다.²³⁾ 이러한 합헌설 근거에 따르면 배심원의 기능적 역할에 따라 평결에 기속력을 부여할 가능성이 높아지게 된다.

또다른 합헌설의 논거는 헌법 제27조 제1항에서의 ‘법관’이 직업법관을 의미한다는 해석을 부정하지는 않는다. 즉 위헌설에서 주장하는 헌법 제27조의 ‘법관’은 헌법 제101조 내지 제106조에서 규정하는 법관과 동일하다고 보아 사법부에 소속된 직업법관만을 의미하는 것으로 본다. 다만, ‘법관에 의한 재판’에서 ‘… 의한(by) …’의 의미를 탄력적으로 해석하여 ‘당해 재판부에 법관이 참여하여 이를 주도적으로 이끄는 경우’까지 포함하는 것으로 해석된다고 하여, (직업)법관이 배심원 또는 참심원을 법률적으로 지도할 수 있는 기능적 장치가 마련되어 있다는 전제 아래, 국민참여재판을 합헌으로 볼 수 있다고 한다.²⁴⁾ 현재 국민참여재판은 법관이 주재·관여하여 진행되는 재판절차로 이해될 수 있으므로 현행 법관의 주재 및 관여 아래 진행되는 배심제 아래에서 평결의 기속력을 부여한다 하더라도 헌법에 반하지 않는다.

그밖에도 헌법의 최상위적 가치인 ‘국민주권주의’에서 국민참여재판의 정당성이 논의되기도 한다.²⁵⁾ 즉 ‘대한민국은 민주공화국이다’라고 규정한 헌법 제1조 제1항과 ‘모든 권력은 국민으로 나온다’고 규정한 헌법 제1조 제2항으로부터 주권의 일부인 재판권도 당연히 국민에 의한 것이라는 주장이다. 또한 위헌설에서 주장하는 ‘법관에 의한 재판을 받을 권리’에서 법관이 설령 직업법관을 의미한다고 하더라도 이것이 헌법상의 기본권인 이상 일정한 경우에는 제한이 가능하다고 보는 것이 당

23) 이종수, 시민의 사법참여에 관한 헌법적 검토: 배심제도 내지 참심제도의 도입논의를 중심으로, 법과 사회, 제25호(2003), 27면.

24) 김승대, 국민의 사법참여공청회 지정토론회, 「국민의 사법참여」공청회, 사법개혁위원회/한국공법학회, 2004, 99면. 즉 배심제의 경우 배심원은 법관이 주재하는 재판절차에서 직업법관의 지도에 따라 증거능력이나 증거가치를 판단하여 사실인정을 하므로 ‘법관에 의한 재판받을 권리’를 침해하지 않았다 하며, 또한 참심제에 있어서도 법관은 최소한 참심원과 공동의 의미 이상으로 결정을 내리므로 ‘법관에 의한 재판받을 권리’가 침해되지 않았다 한다.

25) 대표적으로는 이완규, 위의 논문(주 15), 542-558면(553); 황성기, 한국에서의 참심제와 배심제의 헌법적합성, 법과 사회, 제26호(2004), 135-136면.

연한데, 헌법 및 통치구조에 있어서 최상의 기본이념인 ‘국민주권주의’의 실현 내지 국민주권주의에서 도출될 수 있는 ‘일반국민의 사법참여권 보장’ 등과 같은 공익을 위해 직업법관에 의한 재판받을 권리가 제한될 수 있다고 한다. 즉 직업법관에 의해 재판받을 권리의 본질적 내용을 침해하거나 과도하게 제한하는 경우가 아닌 한 국민주권주의 실현을 위해 국민참여재판제도는 헌법에 합치적이라는 해석이다.²⁶⁾ 이처럼 ‘국민주권주의’를 국민참여재판의 정당성 근거로 삼게 되면, 배심원 평결에 기속력을 부여하는 것은 국민주권주의를 강화하므로 헌법합치적이라 할 수 있다.

3. 소결

국민참여재판 도입 당시 위헌성이 문제되었으나, 1단계 시행기간(2008년~2012년)이 지나고 개정을 코앞에 둔 오늘날 더 이상 국민참여재판의 위헌성 논란은 눈에 띄지 않는다. 다만 그 절차적 방법이나 적용 범위 등을 두고 갑론을박 논란이 있을 뿐이다. 이처럼 위헌성 시비에서 한걸음 벗어났다고 하더라도, 배심원 평결의 기속력에 대한 문제가 해결된 것은 아니다. 왜냐하면 끊임없이 요청되어 온 평결의 기속력부여 문제에 대해, 국민사법참여위원회 및 법무부에서 마련한 입법예고된 개정안에서는 -‘기속력’이 아닌- ‘사실상의 기속력’을 부여하였기 때문이다. 그렇다면 법무부에서 표명한 ‘사실상의 기속력’이 과연 ‘요청되고 있는 기속력’과 같은 것인지, 다르다면 무엇이 어떻게 다른 것인지 살펴보고 향후 바람직한 입법 방향성을 제안해 보고자 한다.

26) 황성기, 위의 논문(주 25), 135-136면 참조.

IV. 배심원 평결의 기속력

현행법상의 권고적 효력을 갖는 배심원평결은 국민참여재판이 제대로 정립될 수 없도록 하는 근간이 된다. 왜냐하면 권고적 효력만 갖게 되면 어차피 평결이 법관의 판결에 영향을 미치지 못하게 되므로 배심원들은 전력을 다해 평의 결론을 도출하려고 애쓰지 않을 것이기 때문이다. 이렇게 되면 앞서 언급했듯이 배심원이나 배심재판을 신청한 피고인이나, 나아가 전체 소송구조에서도 불필요한 경제적·시간적 낭비만 될 뿐이다. 따라서 평결의 권고적 효력을 유지하는 한, 국민참여재판의 원래 도입취지를 살리지 못하는 내재적·태생적 한계를 극복하기 힘들다.

1. 배심원 평결 효력의 종류

배심원평결의 효력과 관련해서는 크게는 법관의 판단을 구속하는 ‘기속력’과 단지 권고만 할 뿐이라는 ‘권고적 효력’으로 분류된다. 그러나 이러한 분류안에서도 조금 더 세분화하여 강한 기속력과 약한 기속력, 그리고 다시 강한 권고적 효력과 약한 권고적 효력으로 나눌 수 있다.²⁷⁾ 여기서는 이러한 세분화된 분류를 살펴봄으로써 현행법의 ‘권고적 효력’과 개정안으로 입법예고된 ‘사실상 기속력’의 정확한 의미를 되짚어보고자 한다.

가. 강한 기속력

먼저 ‘강한 기속력’이란 법률 문언에 강행규정으로서 “기속한다”라는 문구가 명문에 명시되어 있는 경우를 말한다. 따라서 다른 말로는 그대로 ‘명문기속력’이라고도 부를 수도 있겠다. 이러한 강한 기속력을 규정하고 있는 법률로는 당해 사건에서 상급심의 재판(법원조직법 제8조²⁸⁾), 헌법재판소의 위헌결정(헌법재판소법 제47조

27) 이러한 배심원 평결의 효력에 대한 상세한 연구로는 한상훈, 국민참여재판에서 배심원 평결의 기속적 효력에 관한 검토, 형사정책 제24권 제3호(2012.12), 27-29면.

28) 법원조직법 제8조(상급심재판의 기속력) 상급법원의 재판에 있어서의 판단은 당해 사건에 관하여 하급심을 기속한다.

제1항²⁹⁾, 취소판결의 기속력(행정소송법 제30조 제1항³⁰⁾, 재결의 기속력(행정심판법 제49조), 조세심판원의 결정(국세기본법 제80조), 사실심의 전권(민사소송법 제432조), 파기환송이송에서의 기속력(민사소송법 제436조) 등을 예로 든다.³¹⁾

나. 약한 기속력

다음 ‘약한 기속력’이란 강한 기속력처럼 법률 명문에 ‘기속한다’라는 문구는 없지만 일정한 예외적 요건이나 조건이 충족되는 경우에는 따르지 않아도 되는 효력을 말한다.³²⁾ 그리고 이러한 예로 중재법 제35조와 제36조를 들고 있다.³³⁾ 동 규정에서는 중재판정을 법원의 확정판결과 동일한 효력을 가진 것으로 규정하고 있으며, 이러한 중재판정에 대한 불복은 법원에 그 취소의 소를 제기하는 방법으로서 가능하도록 하고 있고, 법원 또한 일정한 요건 아래 중재판정을 취소할 수 있도록 하고 있다. 이러한 내용은 중재판정의 효력이 양쪽 당사자에게 법원의 확정판결과 같은 정도의 강한 기속력을 가진다는 내용의 다른 표현이다. 따라서 ‘약한 기속력’은 위의 강한 기속력처럼 법률명문에서 기속한다고 명시하고 있지는 않으나, 법률에 의해 사실상 기속력을 가진 것으로 이해될 수 있는 기속력으로서, ‘사실상의 기속력’이라 부를 수 있다.

다. 강한 권고적 효력

세 번째로 기속력과 대비되는 개념으로 ‘권고적 효력’이 있다. 그 가운데서도 보다 강한 효력을 부여한다는 의미의 ‘강한 권고적 효력’이 있는데, 이는 그 결정이

29) 헌법재판소법 제47조(위헌결정의 효력) ① 법률의 위헌결정은 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속(羈束)한다.

30) 행정소송법 제30조(취소판결등의 기속력) ① 처분등을 취소하는 확정판결은 그 사건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다.

31) 이러한 법률의 예는 한상훈, 위의 논문(주 27), 27면에서 참조함.

32) 한상훈, 위의 논문(주 27), 27면.

33) 제35조(중재판정의 효력) 중재판정은 양쪽 당사자 간에 법원의 확정판결과 동일한 효력을 가진다. 제36조(중재판정 취소의 소) ① 중재판정에 대한 불복은 법원에 중재판정 취소의 소를 제기하는 방법으로만 할 수 있다.

② 법원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에만 중재판정을 취소할 수 있다.

기속력을 갖는 것은 아니지만, “존중”해야 하는 효력을 의미한다. 덧붙여 만일 존중하지 않을 경우, 그 이유를 명시하여야 한다.

그렇다면 사실 이때 과연 ‘존중’의 의미를 ‘평결의 효력’에 있어서 어떻게 해석하여야 하는지는 부차적인 설명이 필요하다. ‘존중’이란 사전적인 의미로는 ‘높이 귀중하게 대하다’라는 의미이나, 이는 결국 상대방의 의사나 행동 등을 ‘따른다’라는 의미의 완곡한 다른 표현이라 할 수 있다. 따라서 상대방에게 ‘존중의무’를 부여할 경우, 존중받는 주체는 상대방이 자신의 의사를 따를 것에 대한 ‘기대가능성’이 매우 높은 경우라 할 수 있다.

그렇다면 앞서 살펴본 ‘기속력’과는 어떤 차이가 있을까. 기속력의 경우에는 존중해 따르는 것이 아닌, 기계적으로 내지 원칙적으로 당연히 구속되는 것을 의미한다. 반면에 ‘존중’은 당연히 따르는 성질의 것이 아니기 때문에 폭넓은 예외가 인정되고 다만 그 예외시 ‘존중’의 차원에서 왜 따르지 못했는지를 명시해야 하는 의무를 부담한다고 할 수 있다. 따라서 원칙적으로 구속되는 기속력과 차이는 있다는 점에서 ‘존중의 의무’는 ‘권고적 효력’의 하나로 봄이 옳다고 본다.

물론 이러한 경우에도 바로 위에서 살펴본 ‘약한 기속력’, 즉 ‘사실상의 기속력’과의 구분이 문제가 된다. 이는 ‘사실상의 기속력’이 원칙적으로 법률에 함축적으로 내재됨으로써, ‘기속력’에 무게를 두고 있어서 기속력을 인정하지 않는 예외적 사유란 그리 많지 않은 경우를 말한다. 반면에 ‘존중의무’를 부여하고 있는 ‘강한 권고적 효력’이란, 기속력의 완곡한 표현인 ‘따르다’에 무게를 두고 있다기 보다는 따르지 못하는, 즉 존중할 수 없는 예외적 사유에 무게를 두고 있는 효력이라 할 수 있다. 따라서 첫째, 존중되지 못하는, 즉 따르지 못하는 이러한 예외적 사유를 보다 폭넓게 인정하고, 둘째 이러한 예외적인 경우에 있어서 취해야 하는 조치를 보다 정형화된 형태로 갖추고 있는 효력이라 할 수 있다.

라. 약한 권고적 효력

마지막으로 ‘약한 권고적 효력’은 다른 말로 ‘참고적 효력’이라 할 수 있다. 즉 살펴서 도움이 될 만하면 판단하는데 있어서 전부이든 일부이든 최종적 판단에 있어서 고려만 할 뿐이다. 따라서 ‘약한 권고적 효력’은 어떤 행위 또는 조치를 하도

록 권유하지만 구속력이 없기 때문에 상대방이 따를 것을 기대하기 어려운 것을 의미한다. 즉 강한 권고적 효력과 달리 상대방이 자신의 의사를 따를 것에 대한 ‘기대 가능성’이 매우 낮기 때문에, 설령 상대방과 다른 결론에 이른다 하더라도 별도로 그 이유를 명시하거나 통지할 필요가 없는 효력을 말한다.

2. 현행 배심원 평결효력의 성격

현행 국민참여재판법에서 배심원 평결의 효력은 ‘권고적 효력’을 갖는 것으로 이해된다. 국민참여재판법 제46조 제4항에서는 배심원의 “평결과 의견은 법원을 구속하지 않는다”고 규정하고 있기 때문이다. 그런데 설령 이렇게 권고적 효력만 인정된다 하더라도, 현행법에서는 첫째, 배심원의 평결결과와 양형에 관해 개진한 의견은 서면으로 소송기록에 편철하도록 하고 있고(제46조 제6항), 둘째, 재판장에게는 판결선고시 피고인에게 배심원의 평결결과를 고지하도록 하고 있으며(제48조 제4항), 나아가 셋째, 배심원의 평결결과와 다른 판결을 선고하는 때에는 피고인에게 그 이유를 설명하도록 규정하고 있다(제48조 제4항). 이처럼 그 평결방식과 관련한 내용이 모두 강행규정의 형식을 갖고 있기 때문에 이를 통해 현행 배심원 평결은 단순한 권고적 효력이 아닌 보다 “강한” 성격의 권고적 효력을 가진 것으로 볼 수 있다. 따라서 앞서 살펴본 평결효력의 종류에서는 ‘강한 권고적 효력’이라 할 수 있다.

3. 개정안에서의 ‘사실상 기속력’의 성격 및 평가

국민사법참여위원회가 작년 3월에 내놓은 국민참여재판법 개정안 및 법무부가 작년 10월³⁴⁾과 12월³⁵⁾에 내놓은 개정안의 주요 내용은 임시적인 1단계의 국민참여 재판에서 조금 더 그 문을 개방하고 그 대상의 범위도 확대하였다는 점인데, 이는 제도정착을 위해 한걸음 더 나아간 것으로서 이제는 도입당시 논란이 되었던 위헌성의 문제에서는 벗어난 것으로 보인다. 그런데 논란의 중심에 있었던 배심원 평결

34) 법무부공고 제2013-221호, 2013.10.11.

35) 법무부공고 제2013-288호, 2013.12.31.

의 효력과 관련해서는, ‘사실상의 기속력’을 부여하였다고 하며, 현행법의 권고적 효력에서 진일보한 것으로 자체 평가하고 있다. 그 내용으로는 판사에게 원칙적으로 배심원의 평결을 존중하도록 의무지우고 있고, 또한 재판에 참여한 배심원의 의견을 판결서에 반드시 기재하도록 규정하고 있다는 점을 내세우고 있다. 그렇다면 실제로 배심원 평결의 효력과 관련하여 이러한 자체적 평가가 합당한 것인지 아니면 다르게 해석될 여지는 없는지 그 내용을 살펴보면 다음과 같다.

[개정안 제46조 제5항

판사는 피고인의 유·무죄를 판단함에 있어서 원칙적으로 배심원의 평결을 존중하되, 평의·평결의 절차 또는 내용이 헌법·법률·명령·규칙 또는 대법원 판례에 위반되는 경우, 평결의 내용이 논리법칙·경험법칙에 위반되는 경우, 그 밖에 평의·평결의 절차 또는 내용이 부당하다고 인정할만한 사유가 있는 경우에는 배심원의 평결과 다른 판결을 할 수 있다.

명시적으로 배심원평결에 대한 법원의 기속력을 부정했던 현행법과 달리, 개정안에서는 판사로 하여금 배심원평결을 존중하도록 함으로써 표면적으로는 현행법과 큰 차이가 있는 것처럼 보인다. 그러나 개정안에서 규정하고 있는 ‘존중의무’가 왜 ‘사실상의 기속력’으로 간주되는지 추가적인 설명 없이 다만 현재의 ‘권고적 효력’에서 한걸음 더 나아간 것으로 자체 평가하고 있을 뿐이다.

그러나 첫째, 존중의무의 예외적 사유가 되는 평결의 ‘논리법칙과 경험법칙’이 구체적으로 ‘건전한 국민의 상식’과 어떠한 관계를 이루는 것으로 보아야 하는지 면밀히 따져볼 필요가 있다. 즉 개정안에서 말하는 이러한 ‘논리법칙과 경험법칙’이 법률적 판단에 따르는 것이라면, 이는 법문외한인 배심원의 ‘건전한 국민의 상식’과 항상 배치될 수 밖에 없으며, 결국 이러한 ‘논리법칙과 경험법칙’을 ‘건전한 국민의 상식’ 위에 두는 것으로써 법원이 배심원 평결을 존중하지 않아도 되는 예외적 허용의 범위를 지나치게 넓게 열어두는 것으로 해석될 가능성이 높기 때문이다.

나아가 둘째, 예외적 사유가 되는 평결 내용의 ‘부당하다고 인정할만한 사유’ 또한 지극히 너무나 광범위하고 불명확한 표현이라 이를 통해 배심원평결을 따르지 않을 법원의 재량적 판단의 여지가 너무나 크다고 할 수 있다.

결국 이러한 존중의무의 예외적 사유가 지나치게 광범위하여, 개정안에서 보여지는 배심원 평결의 효력은 자체적으로 평가되는 ‘사실상의 기속력’을 부여한 것이 아닌,

현행법에서 표현만 바꾼 ‘강한 권고적 효력’에 불과한 것으로 현행법의 효력에서 그대로 안주하고 있는 것으로 보인다.

4. 개정안의 바람직한 방향성

배심원 평결의 효력을 제외한 개정안의 전반적인 내용은 현행법상의 국민참여재판 보다 제도적 정착을 위해 많은 노력을 기울인 것으로 보인다. 이는 향후 국민참여재판의 나아갈 방향성에 대해 보다 더 적극적인 역할 부여로 이해될 수 있다. 그러나 국민참여재판의 실효성과 직결된 배심원 평결의 효력에 대한 부분은, 그 내용을 자세히 보면 결국은 따르지 않을, 즉 존중의무에 반하는 예외적 사유를 너무도 불명확하게 명시함으로써 결국은 현행법의 ‘권고적 효력’에서 성격이 유사한 또다른 ‘권고적 효력’으로 나아간 것이 아닌가 판단된다. 이렇게 되면 결국 국민참여재판 도입취지 및 개정안에서 보여지는, 국민참여재판을 보다 더 활성화하고자 하는 의지가 제대로 실현되기 어려운 구조라 판단된다. 따라서 개정안에서는 배심원평결을 거부할 수 있는 예외적 사유를 보다 축소하고 나아가 불명확한 표현을 보다 명확히 함으로써 평결의 기속력이 거부될 가능성을 예측가능하게 할 필요가 있어 보인다.

현재까지 형사법을 중심으로 하는 학계³⁶⁾ 및 실무에서는 대부분 2008년 국민참여재판 도입시 권고적 효력만을 부여하고 있는 현행 배심원 평결의 효력에 대해 부정적인 태도를 표하면서 조금 더 강한 기속력을 인정하자는 입장을 보여왔다. 그리고 이러한 평결의 효력은 앞서 살펴본, 제도의 헌법 적합성에 대한 판단이 먼저 선행되어야 하는데, 국민참여재판은 국민주권주의의 실현이라는 헌법 제1조로부터 합헌적이다. 따라서 이렇게 본다면 국민참여재판의 배심원 평결에 대한 효력은 강하

36) 한인섭, 한국의 배심원재판-준비과정과 시행원년의 성과를 검토한다, 서울대 법학, 제50권 제2호, 2009, 707면; 황일호, 국민참여재판의 배심원에 대한 실증적 연구, 한양법학, 제21집 제1호, 2010, 530면; 김태명, 국민참여재판제도의 개선과제, 인권과 정의, 통권 제379호, 2008, 27-43면; 장중식, 우리나라 국민참여재판제도의 문제점과 개선과제, 한국법학회 법학연구 2009, 418면; 이은모, 현행 국민참여재판제도의 내용과 문제점-일본의 재판원 제도와의 비교를 중심으로-, 한양대 법학논총 제26집 제1호, 2009, 421면 등

게 인정하는 것이 당연한 귀결이라 판단된다.³⁷⁾

국민참여재판의 헌법 합치성으로부터 본래 처음 도입시 고려되었던 국민참여재판의 정당성인 ‘사법의 민주적 실현’과 ‘사법신뢰’는 존중되어야 마땅하며, 이를 위해서 기속력의 부여는 필연적이라 할 수 있다.³⁸⁾ 또한 만일 현행법에서와 같이 계속 ‘권고적 효력’만을 유지하도록 할 경우, 엄청난 비용과 시간이 투입되는 국민참여재판은 그 정당성이 약화될 수 밖에 없으며, 결국 배심원에게 있어서도 심리과정에서의 집중도와 책임감을 부여하기 어렵다. 이렇게 되면 처음 시작된 사법개혁의 정당성이 퇴색되는 결과를 가져올 수 밖에 없다.³⁹⁾

나아가 배심원 평결의 효력을 단순히 권고적 효력에 국한시키는 것은, 국민(배심)의 의사를 직업 법관 의사의 하위에 놓는 것으로서, 국민주권주의에 반하는 위헌의 소지가 있다는 주장까지도 제기되기도 한다.⁴⁰⁾ 따라서 국민참여재판이 아무리 참심제와 혼합된 형태라 하더라도 기본적으로 영미식의 배심제를 모델로 삼은 만큼, 영미식의 배심제처럼 기본적으로 배심원평결에 기속력을 부여해야⁴¹⁾ 본래 도입의 취지도 살리고, 국민주권도 본격적으로 실현됨으로써 사법의 신뢰와 정당성 확보에 힘을 실어주리라고 보인다.

37) 실제로 배심원 평결에 있어서 권고적 효력만을 주장하는 입장은 제도의 위헌성 여부에 있어서 좀 더 회의적인 태도를 보이고 있기도 하다.

38) 같은 생각으로는 이은모, 위의 논문(주 36), 421면.

39) 같은 생각으로는 이동희, 국민참여재판의 시행상황 분석과 나아갈 방향, 형사정책 제23권 제1호, 2011, 115면.

40) 이러한 주장으로는 이완규, 위의 논문(주 15), 553면.

41) 이동희, 위의 논문(주 39), 116면.

V. 결론

1. 2008년 1월 1일부터 5년이 경과된 국민참여재판의 접수건수는 2008년 233건에서 2012년 737건으로 증가하였으며, 실제로 국민참여재판이 진행된 건수도 2008년 64건에서 2012년 274건으로 매년 지속적으로 증가하고 있는 추세라고 한다.⁴²⁾ 이러한 현황은 다소 처음에는 우려의 시선에서 시작된 국민참여재판이 이제 국민적 공감대와 신뢰를 많이 쌓아간 것으로 볼 수 있다. 따라서 국민참여재판을 보다 더 활성화하고자 하는 개정안의 내용은 바람직한 방향이다.

그러나 배심원 출석률과 관련하여 법원행정처의 2013 국가자료를 보면, 2012년 12월까지 시행 5년간 배심원의 출석률은 49.5%로, 배심원 출석률이 평균 50%에도 미치지 못하는 것으로 드러났다. 이러한 출석률저조는 생계문제와 법률지식이 부족한데서 비롯된 것으로 분석되기도 하였는데,⁴³⁾ 그러나 또다른 한편 배심원이라는 자격에 대한 사명감과 책임감이 결여된 데에서도 큰 원인을 찾을 수 있다. 이는 현행 국민참여재판이 안고 있는 내재적 한계, 즉 평결의 효력이 법원에 영향을 미치지 못함으로써 단순히 형식적인 절차로 인식되고 있기 때문이다. 따라서 생계문제로 인한 출석률 저조는 현재 후보배심원의 경우 일당 6만원, 배심원의 경우 12만원을 지급하고 있는 일당을 조금 더 개선하고 대신 이에 걸맞게 책임감을 부여하도록 제도를 개선하는 것이 필요하다고 보인다.

2. 배심원 평결의 효력과 관련하여 ‘아직 일반 국민들에 대한 교육이 미흡한 상태에서’ ‘오판위험성’이 높아 기속력을 부정하자는 견해가 여전히 만만치 않게 자리잡고 있다. 또한 기속력 부여에 대한 전면적 부정이라기 보다는 아직 제도가 시범적인 단계이므로 보다 더 충분히 검토한 후에 민주주의와 사법정의라는 배심제 이념이 조화롭게 달성된 이후에 기속력을 부여하자는 유보적인 입장도 있다.⁴⁴⁾

42) 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 일부 개정법률(안) 입법예고 중 1. 개정이유, 법무부공고 제 2013-221호, 2013.10.11.

43) 법원행정처가 조사한 국민참여재판 성과분석(2008~2012년)을 보면, 장기간 이어지는 재판에 출석하는데 따른 불편의 호소가 46.4%로 가장 많고, 이어서 어려운 법률용어가 23.3%, 증거이해의 어려움이 11.1% 등의 순으로 나타났다.

그러나 사법개혁의 목소리는 김영삼 정부 이후 민주화과정에서 줄기차게 제기된 핵심적 과제였다. 그리고 이러한 사법개혁은 사법의 민주적 참여를 배제한 채 이루어질 수 없으며, 이러한 민주적 참여는 헌법 제1조 제2항에 의한 ‘국민주권주의’로부터 부여받은 국민의 권리이다. 따라서 이제 국민참여재판은 위헌성 시비에서 벗어나야 하며, 국민에게 보다 더 사법참여의 기회보장을 위한 제도적 마련이 필요하다. 따라서 배심원 평결의 기속력 뿐만이 아니라, 배심원 평결에 대한 항소제도 등 아직도 개편할 내용이 많다. 그런데 배심원 평결에 약한 효력만 부여할 경우, 향후 해결해야 할 항소제도에 대해서도 국민참여재판의 취지에 역행하는 결과를 가져올 가능성이 많다.

3. 이러한 방향성에 역행되는, 서두에서 보여진 정치적 사건에 있어서 국민참여재판의 대상사건에서 제외하자는 논의가 현재 진행중에 있다. 즉 배심원의 출신지역과 정치적 성향이 평결에 영향을 미칠 가능성이 높아 ‘감성재판’으로 흐른다는 점이다. 이에 따라서 정치적 사건의 경우 국민참여재판 대상에서 제외하자는 의견도 있고, 또한 다른 한편으로 지역적 특색이 비교적 덜한 서울에서 국민참여재판을 시행하자는 의견도 있다.

그러나 이에 대해서는 첫째, 정치적 사건이라는 그 경계가 명확하지 않다는 한계가 있다. 비단 국가보안법이나 공직선거법 위반 뿐만 아니라, 형법의 명예훼손 등도 이에 해당할 여지가 높기 때문에 이에 대한 판단 또한 결국 정치적으로 판단될 개연성이 매우 높다. 둘째 이러한 논리는 헌법에서 보장되고 있는 ‘무죄추정원칙’에 반한다(헌법 제27조 제4항). 무죄추정의 권리란 ‘의심스러울 때는 피고인에게 유리하게’라는 좁은 의미도 있지만, ‘당해 형사절차에서 불이익처우의 금지’와 함께 ‘당해 형사절차 이외의 분야에서의 불이익처분금지’라는 폭넓은 실정법적 의미를 가지고 있다. 따라서 정치적 사건에 있어서 배심원의 지역적 특색에 따라 무죄로 판단될 가능성 때문에 이를 국민참여재판에서 제외하거나, 내지 서울에 있는 법원의 주재 아래 국민참여재판을 받도록 하는 것은 헌법에서 보장하고 있는 ‘무죄추정의 권리’를 침해한다.

44) 황병돈, 국민참여재판에 있어서 배심원 평결의 효력, 홍익법학 제13권 제2호(2012), 289~291면.

더욱이 셋째, 지역적 특색에서 비롯된 ‘감성재판’의 비난은 재판의 속성을 제대로 이해하지 못하는데에서 출발한다. 즉 그렇다면 법률전문가인 판·검사는 이성적인 판단을 하는 사람들로서 ‘감성’을 철저히 배제한채 법적용을 하는 것이 바람직하다는 의미로 귀결된다. 그러나 실제 ‘명판결’로 회자되는 판결들은 ‘감성’이 묻어난 판결들이었다. 나아가 형법에서는 다양한 양형인자, 즉 범인의 연령, 성행, 지능과 환경, 범행의 동기, 수단과 결과 등을 통해 감경할 수 있는 제도를 마련해두고 있으며(형법 제51조), 나아가 법률상의 감경사유가 없어도 범죄의 구체적인 정상에 비추어 과중하다 인정될 경우 법관은 재량에 의해 감경할 수 있도록 작량감경규정을 두고 있다(형법 제53조). 이러한 부분은 다른 아닌 법관으로 하여금 기계적인 판단에 의한 이성 뿐만 아니라 따뜻한 감성을 총동원해 피고인에게 합당한 양형을 부과하도록 하는 것이 형벌목적에 부합한다고 판단되는 것이다.

따라서 향후 국민참여재판법의 개정안에서는 국민참여재판의 대상사건을 현재와 같이 유지하고, 배심원 평결에 강한 기속력을 부여함으로써 국민참여재판의 본래 취지에 맞는 제도적 보완이 이뤄지기를 희망해본다.

참고문헌

- 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 해설, 법원행정처, 2007.
- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2009.
- 계희열, 헌법학(중), 박영사, 2007.
- 김철수, 헌법학개론, 박영사 2007.
- 배종대·이상돈·정승환·이주원, 신형사소송법, 홍문사, 2013.
- 장영수, 헌법학(제8판), 홍문사, 2014.
- 허영, 한국헌법론, 박영사, 2013.
-
- 권영설, 배심제·참심제의 도입논의와 그 헌법적합성의 문제, 법과 사회 제26호, 2004.
- 김승대, 국민의 사법참여공청회 지정토론문, 「국민의 사법참여」공청회, 사법개혁위원회/한국공법학회, 2004.
- 김일환, 국민참여재판제도의 헌법합치적인 정비방안, 헌법학연구 제18권 제3호, 2012.9.
- 김태명, 국민참여재판제도의 개선과제, 인권과 정의 통권 제379호, 2008.
- 김희균, 국민참여재판에서 평결의 성립과 효력에 관한 문제점, 성신법학 제9호 2010.
- 도중진, 국민참여재판에 있어서 평의 및 평결의 독립성 확보에 관한 연구, 형사법연구 제25권 제1호, 2013 봄.
- 이동희, 국민참여재판의 시행상황 분석과 나아갈 방향, 형사정책 제23권 제1호, 2011.
- 이원규, 국민참여재판제도 정착방안, 저스티스 통권 제106호.
- 이은모, 현행 국민참여재판제도의 내용과 문제점-일본의 재판원 제도와의 비교를 중심으로-, 한양대 법학논총 제26집 제1호, 2009.
- 이종수, 시민의 사법참여에 관한 헌법적 검토: 배심제도 내지 참심제도의 도입논의를 중심으로, 법과 사회 제25호, 2003.
- 이호중, 국민참여재판의 성과와 과제, 법과 기업연구 제1권 제3호, 2011.12.
- 장석조, 국민의 사법참여제도의 헌법적합성, 「국민의 사법참여」공청회자료, 사법개혁위원회/한국공법학회, 2004.
- 장중식, 우리나라 국민참여재판제도의 문제점과 개선과제, 한국법학회 법학연구, 2009.

- 차정인, 항소심의 제1심 국민참여재판 판결 파기: 대상 판결: 서울고등법원 2008.7.3. 2008노946 판결, 법학연구 제51권 제1호, 2010.
- 탁희성·최수형, 형사정책과 사법제도에 관한 연구(V) - 국민참여재판제도의 평가와 정책화 방안 -, 한국형사정책연구원, 2011.
- 하태형, 독일 형사소송에서 참심원, 한국비교형사법학회·원광대 법학연구소 공동학술대회 자료집, 2014.1.19.
- 한상훈, 국민참여재판에서 배심원 평결의 기속적 효력에 관한 검토, 형사정책 제24권 제3호, 2012.12.
- 한인섭, 한국의 배심원재판-준비과정과 시행원년의 성과를 검토한다, 서울대 법학 제50권 제2호, 2009.
- 황병돈, 국민참여재판에 있어서 배심원 평결의 효력, 홍익법학 제13권 제2호, 2012.
- 황성기, 한국에서의 참심제와 배심제의 헌법적합성, 법과 사회 제26호, 2004.
- 황일호, 국민참여재판의 배심원에 대한 실증적 연구, 한양법학 제21집 제1호, 2010.

Änderung über das Gesetz zur Bürger-Teilnahme Entscheidung:

die bindende Kraft eines Beschlusses der Geschworenen

Hong, Seung-Hee*

Ab 1.1.2008 ist das Gesetz zur Bürger-Teilnahme Entscheidung in Kraft. Zur Zeit wird es durch das Justisministerium geändert und die Gesetzgebung im Voraus bekannt gegeben. Im Zusammenhang damit ist die bindende Kraft eines Beschlusses der Geschworenen sehr wichtig, weil ein Erfolg oder ein Mißerfolg zur Bürger-Teilnahme Entscheidung davon abhängt. Aber sie hat nur “eine beratende Kraft” im bestehende Gesetz. So wird sie inzwischen sehr “eine stark bindende Kraft” verlangt. Das Justisministerium sagt, dass sie in der Änderung dieses Gesetz “eine tatsächliche bindende Kraft” mit der Pflicht der Achtung hat, dass der Richter ein Beschluss der Geschworenen grundsätzlich folgen muss. Aber es gibt in der Änderung auch zu viele Ausnahme, dass der Richter ein Beschluss der Geschworenen nicht folgen darf. Somit ist diese tatsächliche bindende Kraft noch gleich wie “eine beratende Kraft”. Folglich möchte ich vorschlagen, dass dieses Ausnahme zur Pflicht der Achtung vermindert und noch klarer gemacht werden muss.

❖ Key words: Gesetz zur Bürger-Teilnahme Entscheidung, Kraft eines Beschlusses der Geschworenen, die tatsächlich bindende Kraft.

투고일 : 8월 31일 / 심사(수정)일 : 9월 19일 / 게재확정일 : 9월 19일

* Associate Professor, Wonkwang Law School, Dr.jur.