

국민의 사법신뢰 위기극복을 위한 한국형 국민참여재판에 대한 비판적 검토

최관식

국민의 사법에의 참여를 보장하는 방법인 국민참여재판이 도입되었지만 여러 가지의 문제점을 가지고 있다. 국민참여재판이 지향하여야 할 제도는 국민이 형사재판에 사실인정과 양형문제에 어느정도 참여하는가의 문제이다. 이는 법논리적, 선형적인 문제가 아니라 시대의 가치와 국민의 사법에의 참여의사등을 반영하는 경험론적 사실이며 우리의 앞으로의 국민참여재판은 사법에의 신뢰를 제고하기 위하여 사실인정에 대한 권고적 의견이 아닌 법원에 대한 기속력을 인정하며 양형에서도 단지 토의, 의견개진권에서 나아가 양형의 상하한의 범위내에서 법원의 기속력을 인정하는 제한된 형태의 참심제를 도입하는 것이 타당하다. 또한 국민참여재판이 행하여지는 경우 항소심의 구조도 국민의 의사가 단일하다는 점에서 항소심에서 제2의 국민참여재판등을 행할 수 없으며 나아가 판결에 영향을 미치는 중대한 절차적 하자이외 항소를 원칙적으로 금지하는 사후심구조를 취하여야 한다. 또한 국민참여재판이 행하여진 결과인 판결에 대하여 일사부재리의 금지가 아닌 이중위험금지의 원칙이 적용되어야 한다.

주제어: 국민참여재판, 형사재판, 배심원, 배심제, 참심제, 사법신뢰.

1. 들어가면서

21세기 현대한국은 현대국가의 양대축이라고 할 수 있는 산업화와 더불어 민주화를 동시에 달성한 국가에 도달하였다고 우리 국민이 인정함과 동시에 다른 국가국민들이 부러워하는 국가가 되고 있다. 산업화에 기반한 사회전반적인 민주화현상은 급기야 사법분야에 미치고 있음을 알 수 있다. 국민들의 권리의식이 높아지는 과정에서 사법분야 특히 형사재판에서의 절차적 공정성과 더불어 실체적 합리성을 추구하여야 한다는 요구가 줄기차게 나타났다. 이에 형사재판에 대한 국민의 신뢰를 보다 높이기 위한 방안의 하나로서 형사재판과정에 직접 국민이 참여하는 방안으로 기존의 학계에서 주장되고 독일, 프랑스등 대륙법계에서 행하여지고 있는 참심제와 영국, 미국 등 영미법계에서 행하여지고 있는 배심원제가 우리형사법체계에 대한 개정하는 유력한 방안으로 검토되었다. 그러나 형사재판에 대한 국민의 참여라는 헌법적 정당성이라는 가치를 지니고 있음에도 불구하고 형사사법과 관련된 당사자의 서로 다른 입장으로 결국 변형된(제한된) 형태로서 국민참여재판(이는 국민의 형사재판 참여에 관한

법률에 의한 재판이며 아래에서는 이러한 명칭으로 부르고자 한다)이라는 제도가 탄생하게 되었다. 국민참여재판은 당연히 제도가 형성될 당시의 정치적, 사회적 이해관계를 반영한 것이지만 보다 높아지는 사법에 대한 국민참여인 국민참여재판에 대한 국민의 요구를 반영하기에 부족하다는 비판이 있었다. 공정한 사법에 대한 국민의 요구를 보다 높게 반영하기 위하여 현재 시행되고 있는 국민참여재판의 성격과 더불어 그 제도적 문제점을 검토하고 보다 나은 형태의 우리 한국에서의 국민의 사법참여 형태를 형성하여야 할 필요가 있다. 이에 아래에서는 국민참여재판의 문제점과 더불어 그 제도적 개선책을 모색하여 향후 행하여질 국회입법과정에서 새로운 모델을 제시하고자 한다.

II. 이론적 논의: 국민참여재판의 가치와 의의

1. 국민참여재판이 지니는 가치와 지향점

경제성장과 더불어 민주화를 이룩한 우리나라는 이러한 사회발전단계에 맞게 사회전분야에 대하여 국민들의 참여를 요구하는 민주화가 행하여지고 있음은 주지의 사실이다. 이러한 민주화는 정치적 자유와 국민의 정치참여를 통한 정치분야에서의 민주화만이 아니라 이제는 실질적으로 사회 각분야에 대하여 실질적인 국민의 참여를 요구하는 정도에서 국민의 기본권을 실질적으로 그리고 최후적으로 보장하는 사법의 영역에서도 요구되었으며 오히려 이제는 사법에의 국민참여라는 당위성을 넘어 사법의 영역에서 어떠한 정도로 국민의 참여를 보장할 것인가라는 방법의 문제를 진지하게 고민하여야 하는 시점에 이르렀다. 과연 사법 특히 국민의 기본권보장과 직결되는 형사재판의 참여¹⁾는 우리의 현행 헌법질서의 적합성과 더불어 어떠한 형태를 지니는 것이 21세기의 국민의 법의식 내지 권리의식에 적합할 것인가라는 문제와 본질적으로 검토되어야 할 문제이다. 이러한 문제의식을 가질 때 우리가 지향하여야 할 형사재판의 구조 내지 성격이 적합할 것이라는 문제를 해결하는 기초가 될 수 있다. 일반적으로 국민이 형사재판에 참여하는 형태로 제시되며 다른 나라에서 행하여지고 있는, 형사소송법 교재에서 소개되는 소위 배심제와 참심제라는 형식적, 도식적인 2분법적 접근법을 극복할 수 있는 것으로 되기 때문이다. 배심제²⁾와 참심제는 단순한 형사재판에 대한 선형적, 이론적인 분석틀로서 각각의 국가들에서 행하여지고 있는 제도가 아니라 그러한 제도를 채택하고 있는 국가들의 국민의 법감정을 바탕으로 채택되어진 제도라는 점에서 나름대로 타당성이 있다. 또한 이러한 문제의식은 건국후 60여년간 행하여져온 우리의 사법체계 특히 형사사법체계에 대한 국민들의 법의식을 고려하지 않고

1) 영국에서 행하여진 권리장전중 가장 핵심요소는 배심재판의 보장이라고 한다(안경환, 2001: 91).

2) 시민이 사법에 참가하는 가장 민주적인 형태로서 미국식 배심제를 들고 있다(정한중, 2008: 231; 김태명, 2008: 231).

단지 배심제 내지 참심제라는 제도가 보다 이론적으로 우수하다는 것대만으로 우리의 제도로서 채택할 경우 이는 또다른 사법에 대한 국민의 불신을 초래하게 될 수 있다. 국민의 사법에 대한 범감정을 고려하여야 한다면 과연 우리 국민들이 바라는 형사재판에의 참여형태는 어떠한 것이라고 할 수 있는가. 이는 이제 행하여져온 관료사법의 형태인 형사재판에 대한 국민의 불신이 어떠한 분야에서 표출되는가라는 문제이다.³⁾ 형사재판에서의 핵심은 재판의 대상인 범죄사실에 대한 인정여부와 양형이다. 이에 대하여 첫째, 범죄사실의 인정에 대하여 고찰한다면 우리의 현행 형사소송법은 사실의 인정을 직업법관에게 일임하는 대단히 권위주의적, 직권주의적 성격을 지니고 있다(한인섭, 2009: 689). 물론 우리 현행제도가 영미법을 계수하여 당사자에게 형사소송의 주도권을 주는 당사자주의를 채택하고 있고 하여도 이는 형사소송진행의 절차적인 면에서 일정부분 그러할 뿐이며 가장 중요한 당사자가 제출한 각종 주장과 증거들을 취합하여 판단하는 사실의 인정이라는 가장 중요한 부분을 소수의 직업법관에게 일임하는 것은 사실상 부분적인 당사자주의를 채택하고 있다. 왜냐하면 당사자주의는 소송절차에서 당사자가 제출한 각종 사실과 증거등을 토대로 그 주장된 사실이 사회구성원들이 합리적이고 타당하다고 인정될 때 소송법상 당사자주의를 채택한 의미가 존재하며 실질적으로 완결되기 때문이다. 이러한 점에서 고찰한다면 사실인정이라는 부분에 사회일반인 내지 국민의 참여는 필수적이다. 둘째, 형사재판의 결론부분이라고 할 수 있는 유죄판결시 행하여지는 양형에 대하여 어떠한 방법으로 합리성을 담보할 수 있는가. 현실적으로 유사한 공소범죄사실에 대하여 담당하는 법관에 따라 양형의 편차가 상당한 정도로 크다는 것은 익히 알려진 현상이다. 물론 이러한 문제점을 해결하기 위하여 대법원에서 일정한 범죄에 대한 양형위원회에서 정한 양형기준을 규정하고 있다. 그러나 추상적인 양형기준만으로 당해 구체적인 형사재판에 대한 양형을 국민들이 받아들일 수 있는가는 미지수이다. 물론 전국적인 유사한 사건에 대한 양형기준을 정하여 실행하는 것도 하나의 방법이지만 근본적인 방법이 되지 못한다. 이러한 점에서 일반국민들이 가지는 직업법관에 대한 신뢰도에 대한 의혹을 어느정도 해소하는 방법으로 현재의 양형기준이외 양형판단에 대하여 어느 일정부분 국민이 참여하는 것이 타당하다. 이러한 점을 고려한다면 일정기간 시행되어온 국민참여재판을 보다 성숙한 제도로서 완성하기 위하여 제시되는 외국의 모델인 배심제와 참심제를 전제로 한 이를 우리제도에 수용하는 논의는 어느정도 해결된다. 그러나 국민의 사법에의 참여가 헌법상, 국민정서상 요구되는 제도라 하여도 사실 인정과 이에 따른 양형결정에 전적으로 국민참여재판에 관여한 국민(주로 배심원들)에게 위임하여 이들의 결정에 담당법관들을 기속하게 하는 점은 재판에서 주된 쟁점이 되는 법적, 경제적, 사회적 쟁점에 대한 국민들의 전문성의 부족, 피고인, 증인, 변호인등 재판에 관여하는 자들에 의한 감성재판의 문제, 법관에 의한 전문성의 경시등 많은 문제점을 안고 있다. 이를 고려한다면 형사재판에서 사실인정과 양형결정이라는 형사재판의 핵심적 사항에 관하여 당사자주의와 실제적 진실주의라는 형사재판

3) 국민참여재판을 시행하는 목적은 국민이 형사재판에 참여함으로써 사법의 투명성과 신뢰성을 확보하려는 것이라고 한다(윤장석, 2009. 10: 79). 또한 미국의 배심제는 국왕의 수족인 법관에 대한 규탄의 요구로서 미독립선언서의 반영으로 미연방헌법에서 보장된 것이라고 한다(권영설, 1996: 184).

의 본질을 실현하기 위하여 담당법관과 재판에 참여하는 국민들의 협동작업을 필요로 한다는 것이 가장 현실적이고 타당성이 있다. 우리가 지향하여야 할 국민참여재판의 성격은 단순히 사실인정에 대한 참여의 정도를 넘어 일정부분 양형에 대하여 참여하는 배심제와 참심제를 혼합한 형태(권오걸, 2010: 614; 김대성, 2007: 173; 법원행정처, 2007: 14; 이광수, 2008: 68; 이현중, 2008: 21), 변형된, 제한된 또는 완화된 형태의 참심제이라고 할 수 있을 것이다.

2. 국민참여재판의 청구

국민참여재판은 원칙적으로 이해관계를 가지는 피고인의 청구에 의하여 개시된다. 국민참여재판은 국민들의 공정한 사법예의 참여라는 면과 더불어 공정한 사법을 향유할 권리와 의무가 있는 피고인에게 대단히 유용한 제도이기 때문이다. 따라서 국민참여재판에 대한 피고인의 청구권은 피고인이 자신의 방어권을 행사할 수 있는 유력한 수단인 점에서 원칙적으로 부여되어야 한다(국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제3조 1항). 그러나 이에에는 다음과 같은 고려하여야 할 문제점들이 있다.

첫째, 국민참여재판의 사물적 관할권의 경우이다. 피고인이 청구되는 형사재판은 국민참여재판을 하는 것이 타당하다. 그러나 규범론적 타당성에도 불구하고 피고인에 대한 모든 형사재판을 국민참여재판으로 하는 것은 현실적으로 불가능하다. 국민참여재판에 필수적인 참여할 국민(배심원)을 선정하는 문제에서부터 이러한 재판에 소요되는 비용문제등 현실적인 문제가 존재하며 나아가 형사사건모두에 대하여 국민참여재판을 하는 것은 이러한 문제들로 사실상 불가능하게 된다. 결국 제도에 대한 규범적 타당성과 현실성사이에 일종의 타협점을 찾을 수 밖에 없다. 현재 시행되고 있는 국민참여재판을 살펴보면 국민참여재판의 대상사건으로 ‘국민의 형사재판 참여에 관한 법률’ 제5조 1항4) 1호는 「법원조직법」 제32조 제1항에 따른 합의부 관할 사건으로 규정하고 있으며 이에 따라 법원조직법 제32조(합의부의 심판권) 1항은 합의부관할사건으로 규정하고 있다. 이중 국민참여재판의 대상사건으로 중요한 의미를 갖는 것은 「법원조직법」 제32조 제1항 제3호에서 규정한 사형·무기 또는 단기 1년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 사건이다. 이러한 규정에 따라 국민참여재판은 법원의 합의부사건에 해당하면 그 대상이 된다. 이는 형사사건의 경중에 따라 분류하는 것이 아니라 법원내부의 관할권즉, 법원의 사건분장이라는 형식적 기준에 따라 정하는 것으로 국민참여재판이라는 성격에 비추어 합리성이 낮다. ‘국민의 형사재판 참여에 관한 법률’ 제8조에서 법원은 대상사건에 대하여 국민참여재판을 원하는 여부를 서면으로 확인하게 되어있고(제1항) 피고인은 공소장부분을 송달받은 날부터 7일 이내

4) 동법 제5조(대상사건) ① 다음 각 호에 정하는 사건을 국민참여재판의 대상사건(이하 "대상사건"이라 한다)으로 한다. <개정 2012.1.17.> 1. 「법원조직법」 제32조제1항(제2호 및 제5호는 제외한다)에 따른 합의부 관할 사건 2. 제1호에 해당하는 사건의 미수죄·교사죄·방조죄·예비죄·음모죄에 해당하는 사건 3. 제1호 또는 제2호에 해당하는 사건과 「형사소송법」 제11조에 따른 관련 사건으로서 병합하여 심리하는 사건으로 하고 있다.

에 국민참여재판을 원하는지 여부에 관한 의사가 기재된 서면을 제출하여야 하며(제3항) 피고인이 제2항의 서면을 제출하지 아니한 때에는 국민참여재판을 원하지 아니하는 것으로 본다(제3항)고 규정하고 있다. 이러한 규정의 취지를 종합하여 본다면 살인사건등 법정형이 중한 사건이라 하여도 피고인인 당사자가 국민참여재판을 원하지 않을 경우 국민참여재판을 행하지 않는다는 결론으로 된다. 물론 이러한 경우 직업법원에 의한 재판이 행하여지지만 과연 이러한 피고인이 자신에게 주어진 국민참여재판을 포기한다는 의사를 존중하는 것이 형사재판에서 실체적 진실발견과 피고인의 방어권보장과 더불어 공정한 사법에의 국민의 참여라는 헌법적 가치, 공익적 가치의 확보를 위하여 도입된 국민참여재판제도에 부합하는가는 의문이다. 이러한 관점에서 이해한다면 피고인의 국민참여재판을 받을 권리라는 주관적 가치와 국민의 공정하고 투명한 형사재판에의 참여라는 헌법적 가치, 공익적 가치의 조화를 행할 필요가 있다. 국민참여재판의 성격은 단지 피고인의 이익보호만을 위한 제도가 아니기 때문이다. 특히 사형, 무기형등에 해당하는 보다 중한 범죄에 대하여 사실인정과 양형에 대한 국민의 신뢰가 보다 필요하다는 점에서 이는 고려될 필요가 있다. 따라서 현행 제도가 규정하고 있는 것같이 법원의 합의부관할사건과 피고인의 의사라는 형식적 기준에서 나아가 국민참여재판이라는 제도적 취지와 그 가치를 고려하는 기준을 재설정할 필요가 있다. 현행 사형, 무기, 단기 1년 이상의 형에 해당하는 범죄라는 기준보다 형사재판에 대한 국민적 관심과 이를 근거로 형사재판에 대한 높은 참여도를 고려하여 중한 범죄, 예를 들어 단기 3년 또는 5년 이상의 보다 중한 범죄에 대하여는 국민참여재판의 실시를 피고인의 의사와 무관하게 의무화하고⁵⁾ 이보다 경한 단기 1년 이상의 범죄에 대하여 현행제도와 같이 피고인의 의사를 존중하여 국민참여재판에 대한 선택권을 주는 것으로 제도화할 필요가 있다. 이러한 관점에서 본다면 현재의 국민참여재판을 범죄의 경중에 따라 국민참여재판에 대한 피고인의 의사와 무관하게 행하는 의무적 국민참여재판과 국민참여재판개시에 대한 피고인의 의사를 존중하는 선택적 국민참여재판의 2원화로 고려할 필요가 있다.

둘째, 국민참여재판에 대한 법원의 배제결정이다. 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제9조에서는 제1호-4호의 사유가 있는 경우 국민참여재판의 배제결정을 할 수 있다. 이러한 법원의 결정에 의한 국민참여재판의 배제는 사실상 국민참여재판을 받을 권리를 부정하는 요소라고 할 수 있다. 이에 대하여 살펴보면 제1호인 ‘배심원·예비배심원·배심원후보자 또는 그 친족의 생명·신체·재산에 대한 침해 또는 침해의 우려가 있어서 출석의 어려움이 있거나 이 법에 따른 직무를 공정하게 수행하지 못할 염려가 있다고 인정되는 경우’ 라는 사유는 국민참여재판에서 중요한 역할을 하는 배심원등에 대한 위해사유로서 이를 배제사유로 인정하는 것은 타당하다. 그러나 이러한 사유가 있다고 하여 배제결정하여 국민참여재판을 행하지 못하게 하는 것은 법원의 직권적 성격이 강하다. 일정한 지역에서 이러한 사유가 발생하여 국민참여재판을 할 수 없는 경우 일정한 시간이 지나 그러한 사유가 없어지

5) 미국 대부분의 주에서 사형, 종신형에 처할 범죄사건의 경우 배심재판을 받을 권리의 포기를 인정하고 있지 않고 있다(성선제, 2003: 177). 이에 대하여 김태명교수(2008)는 모든 중죄사건에 대하여 국민참여재판을 실시하여야 한다고 한다(김태명, 2008: 35).

거나 다른 지역으로 이송하여 재판진행이 가능하다면 이러한 사유는 단지 연기사유 내지 이송사유가 되는 것이지 국민참여재판배제사유로 하는 것은 지나친 것이다. 제2호사유인 '공범 관계에 있는 피고인들 중 일부가 국민참여재판을 원하지 아니하여 국민참여재판의 진행에 어려움이 있다고 인정되는 경우'는 이는 국민참여재판의 당사자인 피고인의 일부가 이를 원하지 않는 경우이다. 대체로 국민참여재판의 대상은 경죄의 형태가 아니라 중죄의 형태의 범죄라는 점에서 이미 피고인의 일부가 국민참여재판을 원하는 경우 이들의 의사를 배제하는 것은 이미 신청한 자의 의사를 무시할 뿐만 아니라 이러한 중요한 재판에 대한 국민의 공정한 재판에의 참여를 사실상 배제하는 결과로 된다. 따라서 피고인의 일부가 국민참여재판을 신청하는 경우 이를 배제하는 것은 타당하지 않다. 특히 공범들이 국민참여재판을 신청하였지만 정범이 이를 원하지 않는 경우 국민참여재판을 배제하는 것은 형법범죄이론상 정범이 주된 역할을 한다는 점에서도 법논리상 타당하지 않다. 그리고 제3호는 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제2조의 범죄로 인한 피해자 또는 법정대리인이 국민참여재판을 원하지 아니하는 경우이다. 이는 성폭력범죄피해자를 보호하기 위한 사유로서 어느 정도 타당성이 있다. 그러나 성폭력범죄에 대한 국민의 관심이 높으며 이러한 재판에 대한 참여요구와 신뢰성을 높이기 위하여 성폭력피해자를 보호하기 위하여 다른 조치(예를 들어 법정에서 피해자를 알아볼 수 없게 하는 가림막의 설치, 피해자의 진술을 비디오 녹화하는 경우 등)가 가능한 경우는 이러한 조치를 취하는 것으로 족하다는 점에서 이를 배제사유로 하는 것은 지나치다. 제4호인 '그 밖에 국민참여재판으로 진행하는 것이 적절하지 아니하다고 인정되는 경우'는 그 사유가 추상적인 것으로 그에 대한 판단은 오로지 법원에 일임되어 있다는 점에서 그 타당성이 의문시된다. 이러한 개개의 배제사유를 고찰한다면 제1호 사유만이 배제사유가 아니라 연기 내지 이송사유가 된다. 이에 대한 법률개정이 필요하다.⁶⁾

3. 국민참여재판과정에서의 배심원의 역할

일반 시민이 형사재판에 참여하는 경우 이에 대한 외국의 각국의 법제도는 이미 많이 소개되어진 바와 같이 영미법계의 배심제와 대륙법계(독일, 프랑스등)의 참심제가 있다. 이러한 구별은 일반시민으로서의 형사재판참여자가 사실인정에 대하여 참여하여 유무죄만을 결정하고 이에 대한 법관에 대한 기속력을 인정하는 배심제(권영설, 2000: 228)와 일반시민이 직업법관과 더불어 일반법관으로서 재판부를 구성하여 사실인정과 양형에 대한 판단을 하는 참심제로 나뉘어진다. 그러나 배심제와 참심제의 구별의 형태는 법논리적, 선형적인 구별의 형태로 존재하는 것이 아니라 역사적 발생과정을 보더라도 각국의 정치적, 사회적 발전 경향에 따라 이루어져 왔으며 이는 사법에 대한 국민의 인식, 태도등에 기인한다. 이러한 연유로 21세기에 이르러 어느 정도의 경제발전과 민주화를 달성한 우리의 현대의

6) 동법 제9조 제2항과 제3항의 배제결정사유는 국민의 국민참여재판을 받을 권리를 침해할 가능성이 높다고 한다(정한중, 2008: 330).

한국사회에서 이들의 배심제 내지 참심제라는 이분법적 국민의 사법참여형태에 법리적으로나 제도적으로 지속될 필요는 없다. 형사사법에 대한 국민의 참여의 형태와 정도의 문제는 사법의 신뢰성을 바라는 그 시대에서 삶을 영위하는 사회구성원의 법적 인식과 가치관에 따르게 되기 때문이다. 과연 21세기 현대한국에서의 국민이 바라는 국민참여재판의 형태는 어떠한 형태를 지니는 것이 가장 합리적인가. 이는 기본적으로 국민다수의 의사를 고려하고 전문가들의 토론을 거쳐 산출될 수 있는 결과물이라 할 수 있다. 이에 대하여 논리적, 선험적 결과는 존재하지 않기 때문이다. 국민참여재판의 형태에 대하여 우선적으로(비록 주관적이거나) 고려한다면 다음과 같다.

첫째, 사실인정의 문제에 대하여 국민의 신체의 자유의 침해라는 성격을 지니는 형사재판에서의 공소사실에 대한 인정여부는 형사재판에서의 기본적인 뼈대이며 이에 대한 인정여부, 유무죄의 판단은 당해형사재판의 당사자만이 아니라 중요사건의 경우 일반국민이 상당한 정도의 관심을 갖게 하는 현상이라는 점에서 사실인정(범죄의 유무죄)의 판단에 대한 권한을 배심원들에게 부여하여야 타당하다. 문제는 이러한 사실인정(범죄의 유무죄)에 배심원들의 판단, 평결이 담당 재판부를 기속할 것인가라는 점이다. 영미법계의 배심제는 일반적으로 사실인정(범죄유무)의 경우 당해 배심원에게 전권을 주며 이러한 배심원들이 행한 사실인정에 대하여 재판부를 기속하는 것으로 하고 있다. 이에 반하여 우리의 ‘국민의 형사재판 참여에 관한 법률’의 제46조 5항에서 ‘배심원이 행하는 평결과 의견은 법원을 기속하지 아니한다’고 규정하여 배심원들의 사실인정에 대하여 전속적 결정권을 부정하고 있다. 결국 우리 법제는 배심원의 사실인정의 평결에 대하여 단순한 권고적 효력 내지 참고적 효력을 부여하고 있다. 이러한 규정은 현행 법제가 형태상으로 배심제를 도입하고 있지만 이는 변형된 형태 내지 외형상 배심제를 채택하고 있다. 조금 심하게 표현하자면 국민참여재판의 대상사건이 무기, 무기형에 해당하는 경우 배심원이 9인으로 구성되는 바(국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제13조 1항) 평결에 있어서 직업법관 3인의 판단이 배심원인 일반국민 9인의 판단에 우선하므로 이는 결국 사실판단의 인지적 능력이 일반국민인 배심원보다 직업법관이 우월하다는 것을 단적으로 내포하고 있다. 이는 현실적인 면이나 가치적인 면에서 타당하지 않다(정한중, 2008: 344). 이는 소수의 자의 판단이 다수의 자의 판단이 우월하다거나 공무원인 직업법관의 판단이 일반국민의 판단보다 우월하다는 견해로서 이는 헌법적 가치(예를 들어 국민주권주의)에도 타당하지 않다. 이에 공정한 사법을 이루기 위하여 도입한 국민참여재판이라면 형사재판의 핵심인 사실인정(평결)에 대하여 일반국민의 의견을 존중한다는 차원에서 사실인정에 대한 전속적 결정권(담당재판부에의 기속력)을 부여하여야 한다(김태명, 2008: 42; 이광수, 2008: 32). 이는 비록 일부라고 하여도 일선법원에서 행하여지는 국민참여재판에 대한 통계수치⁷⁾에서 보여지는 바와 같이 국민참여재판에서 행하여지는 배심원들의 사실판단이 보다 합리적으로 행하여진다는 점(성선제, 2003: 194)에서 타당하다.

7) 서울동부지법에서 행하여진 국민참여재판(2008-2011년)에서 국민참여재판에서 배심원의 유무죄평결과 법관의 판결의 일치여부에 대하여 90.6%로 나타나고 있다(조선일보 2012. 11. 23일자 보도).

둘째, 양형판단에 대하여 배심원들에게 결정권을 부여하여야 하는가. 일반적으로 영미법계의 배심원제는 사실인정은 배심원에게, 양형은 유죄가 결정된 뒤 담당법관에게 주어지는 것으로 되어 있는 반면 참심제는 국민이 일반법관으로서 재판부에 참여하는 형태를 취하므로 양형판단에도 참여하는 것으로 되어 있다. 이미 살펴본 바와 같이 우리가 지향하여야 할 국민참여재판의 형태를 이러한 배심제 또는 참심제라는 제도적 형태에 기속될 것이 아니라면 양형판단에 대하여 배심원이 참여하는 문제는 단지 법논리적인 문제로 이해할 것이 아니라 일반국민이 배심원의 형태로 형사재판에 참여하여 양형판단에 참여하는 경우와 참여하지 않는 경우 당해 형사재판에서 행하여지는 양형판단이 보다 합리적인가, 그리고 양형판단에 대하여 대다수의 일반국민이 이를 신뢰하고 수긍할 수 있는가라는 문제가 보다 더 본질에 가까운 것으로 생각된다. 이에 대하여 우리의 지나간 형사사법운영에 대한 일반국민들의 시각을 고려한다면 국민들은 양형판단에 대한 신뢰를 보다 낮게 가지고 있으며 이는 동일 내지 유사한 사건의 경우 각 지역 내지 담당재판부에 따라 양형의 편차가 상당히 크다는 점⁸⁾에서 이에 대한 국민의 신뢰를 보다 확보하기 위하여 근래 대법원에서 중요사건의 경우 양형위원회가 작성한 양형기준표를 당해 형사재판의 양형에 고려하도록 하는 점에서 이해된다. 또한 현실적으로 1심형사재판에 대하여 항소를 제기하는 경우 항소제기의 주요한 사유가 양형부당을 들고 있다는 점에서도 알 수 있다. 또한 현재 시행되고 있는 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제46조 제4항에서 ‘배심원의 평결이 유죄인 경우 배심원은 심리에 관여한 판사와 함께 양형에 관하여 토의하고 그에 관한 의견을 개진한다. 재판장은 양형에 관한 토의 전에 처벌의 범위와 양형의 조건 등을 설명하여야 한다’라고 규정하고 있는바 이는 양형판단에 영미법계의 배심원제도와 달리 우리의 국민참여재판의 경우 양형판단에 일정부분 참여한다는 것을 보여준다. 동법 제46조 5항은 배심원의 양형판단은 법원을 기속하지 않는다는 점에서 이를 부분적으로 인정하고 있다. 이에 양형판단에 배심원들이 참여할 것인가라는 문제는 적어도 우리의 현행제도상 논란의 여지가 없다. 오히려 우리가 보다 검토하여야 할 문제는 양형판단이 법관의 전속적 권한이어서 배심원이 행한 양형판단이 단지 의견개진에 해당하며 담당법원을 기속하지 않는 것이 타당한가라는 문제이다. 형사재판에 있어서 유무죄의 판단은 공판중심주의에 의하여 공소장에 기재된 범죄사실을 중심으로 판단된다(공소장일본주의). 그러나 양형판단에 관한 형법 제51조(양형의 조건)는 형을 정함에 있어서는 반드시 참작할 사유로서 1. 범인의 연령, 성행, 지능과 환경, 2. 피해자에 대한 관계, 3. 범행의 동기, 수단과 결과, 4. 범행후의 정황을 들고 있다. 형법이 양형사유로서 들고 있는 범인의 성행, 환경등은 당해 형사재판에서 제기된 공소장에서 판단될 수 없는 사유이며 이는 별도의 법원조사관제도등을 통하여 각종 자료들을 수집하여 판단할 수 있는 것이다. 이러한 점에서 피고인에 대한 가장 정확한 양형판단은 양형전담법관에 의하여 양형에 관한 자료만을 전담하여 수집하는 법원조사관등을 통하여 수집된 자료들을 중심으로 양형을 판단하는 것이 가장 타당하다.⁹⁾ 이

8) 우리나라의 경우 자유로운 증명이라는 이름아래 판사의 재량에 맡겨져 있어 실로 양형재판의 실무는 광범한 재량의 영역으로 남았다고 한다(방희선, 2012: 37).

9) 이러한 이유로 유무죄절차와 양형절차를 구분하는 공판절차이분론을 검토할 단계가 왔다고 한다. 한인섭, 707.

는 형벌 및 보안처분의 개별화의 원칙에도 부합한다(강남주, 2003: 559). 이러한 제도를 채택하고 있지 않은 우리법제에서 양형문제를 이에 대한 구체적인 자료를 갖고 있지 않은 직업법관에게만 부여하는 것은 타당하지 않다. 나아가 상세한 양형자료가 없는 상황에서 배심원들이 구체적인 양형판단을 타당하게 행하는 것도 무리이며 배심원이 행한 양형판단이 담당 재판부를 기속하게 하는 것도 타당하지 않다는 것은 자명하다. 이러한 상황에서 담당 법원과 배심원사이의 양형판단에 대한 역할이 어떠한 관계로 될 때 가장 합리적이며 국민들의 신뢰를 확보할 수 있는가. 이는 소수의 의사 내지 일방의 의사보다 다수의 의사 내지 법원 내지 배심원들의 다수의 의사가 집약되는 것이 타당하다. 이에 법원조사관제도등을 통하여 각종 자료들을 수집하여 집약된 양형자료들이 없는 상황에서 법원과 배심원들이 다소 미흡하나마 공판에 제기된 자료들을 중심으로 하여 협동하여 판단할 수 밖에 없다.¹⁰⁾ 그러나 단지 양형에 대하여 법원과 배심원들이 협의를 행하는 것이나 배심원이 법원에 대하여 양형에 대하여 의견을 개진하는 것(법원을 기속하지 않는 것)으로 하는 것은 국민참여재판의 의미를 퇴색하게 한다. 국민참여재판에 참여하는 배심원들이 법논리적으로 국민을 대표하는 것이라면 양형에 대한 배심원들의 평결에 일정부분 법원을 기속하는 효력을 주어야 한다. 그러나 이러한 배심원들의 양형에 대한 판단이 정확한 양형자료등이 없는 상태에서 행하여진다는 점, 그리고 직업법관의 전문성을 고려한다면 양형에 대한 상한과 하한을 정하여 양형에 대한 의견을 개진하되 담당법원은 이러한 상한과 하한의 범위내에서 형을 선고하도록 하는 것이 제한적이거나 보다 타당하다.

4. 국민참여재판에서의 평결등 방법

현재 시행되고 있는 국민참여재판의 평결의 경우 심리에 참여한 배심원은 재판에서 행하여진 당사자의 주장과 증거요지등의 재판장의 설명을 들은 후 유·무죄에 관하여 평의하고, 전원의 의견이 일치하면 그에 따라 평결하며 다만, 배심원 과반수의 요청이 있으면 심리에 참여한 판사의 의견을 들을 수 있으며(국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제46조 제2항), 또한 배심원은 유·무죄에 관하여 전원의 의견이 일치하지 아니하는 때에는 평결을 하기 전에 심리에 참여한 판사의 의견을 들어야 하며. 이 경우 유·무죄의 평결은 다수결의 방법으로 하며(동조 제3항) 양형부분에 대하여 평결이 유죄인 경우 배심원은 심리에 참여한 판사와 함께 양형에 관하여 토의하고 그에 관한 의견을 개진하며 재판장은 양형에 관한 토의 전에 처벌의 범위와 양형의 조건 등을 설명하여야 한다(동조 4항)고 규정하고 있다. 국민의 형사재판 참여에 관한 법률은 배심원의 평결을 사실인정에 대하여 인정하고 양형부분에

현행법제하에서 범적 근거가 미약한 법원조사관에 의한 양형조사보다 보호관찰관에 의한 양형조사가 보다 타당하다고 한다(송광섭, 2011: 92-94).

10) 양형에 대한 배심원의 의견과 법원의 선고형량과 일치하는 여부에 대하여 서울동부지법에서 행하여진 국민참여재판(2008-2011년)에서 배심원의 양형의견과 법원의 선고형량이 일치하는 92.6%가 일치하는 것으로 나타나고 있다(조선일보 2012. 11. 23일자 보도).

대하여 토의권과 의견개진권만을 부여하는 배심원의 권한을 2원화하고 있다. 이에 대하여 아래에서 살펴보고자 한다.

첫째, 사실인정에 대한 평결의 경우 국민참여재판의 경우 제1차적으로, 심리에 관여한 배심원은 유·무죄에 관하여 평의하고, 전원의 의견이 일치하면 그에 따라 평결하며(국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제46조 2항), 제2차적으로 배심원은 유·무죄에 관하여 전원의 의견이 일치하지 아니하는 때에는 평결을 하기 전에 심리에 관여한 판사의 의견을 들어야 하며 이 경우 유·무죄의 평결은 다수결의 방법으로 한다(동조 제3항)고 규정하고 있다. 사실인정에 대한 배심원들의 평결방법에 대하여 가장 이상적인 경우로 배심원전원일치의 유무죄평결이라고 할 수 있다. 그러나 이는 배심원각자가 지니는 가치관, 재판과정에서 실제 접하는 피고인에 대한 감성적 부분등을 고려한다면 사실상 불가능을 요하는 것일 수 있다. 이러한 점을 고려한다면 배심원의 평결은 다수결의 방법을 고려할 수 밖에 없다. 문제는 배심원의 평결이 전원일치가 되지 않을 경우 이를 단순과반수로서 할 것인가, 배심원의 2/3찬성등가중된 요건을 채택할 것인가라는 점이다. 보다 중죄에 해당하는 재판인 경우 보다 가중된 요건을 채택하는 것도 재판에 대한 국민참여라는 점을 높게 반영한다는 점에 타당성을 가질 수 있지만 유무죄 평결이 과반수가 찬성하지만 소수의 배심원으로 인하여 2/3등가중된 요건을 충족하지 못하여 다수자와 소수자가 대립하는 등(정한중, 2008: 345; 한인섭, 2009: 696) 사실상 평결불능상태에 이르는 절차상의 문제가 야기될 수 있다. 이러한 점을 고려한다면 결국 배심원의 평결방법은 다수의 경험칙을 반영하는 입법재량의 영역에 해당한다. 이러한 점을 고려하여 의무적 국민참여재판인 경우와 선택적 국민참여재판인 경우를 달리하여 보다 중죄를 담당하는 전자는 배심원의 2/3의 찬성을 요하는 것으로, 보다 경죄를 담당하는 후자의 경우 단순과반수를 규정하는 것도 의미 있다. 그리고 배심원이 유·무죄에 관하여 전원의 의견이 일치하지 아니하는 때에는 평결을 하기 전에 심리에 관여한 판사의 의견을 들어야 하는 것은 배심원의 평결에 법관의 사실상의 의견이 반영된다는 점에서 참심제적 요소이며 판사는 배심원의 평결에 참여할 수 없다는 점에서 이는 배심제적 요소이나(이현중, 2008: 26) 이러한 규정은 국민참여재판에 국민의 의사가 보다 높게 반영되어야 한다는 점에서 이는 폐지되어야 한다(김태명, 2008: 40; 이광수, 2008: 32).

둘째, 양형부분에 대하여 토의권과 의견개진권에 대하여 살펴본다면 우리의 국민참여재판의 특징의 하나로서 배심원들의 사실인정에 대한 평결이외 양형부분에 대한 토의권과 의견개진권을 들 수 있다. 이는 일반적으로 배심제의 제도에서 인정하는 배심원의 권한을 초과하여 인정하는 것으로 국민의 형사재판에 대한 참여권을 보다 진일보하게 부여하고 있으며 이는 참심제적 요소가 일부 가미하고 있다는 점에서 매우 의미가 있으며 이러한 점에서 우리의 국민참여재판이 미국, 독일, 프랑스등의 다른 국가의 형사재판과 다른 면을 가진다(한인섭, 2009: 697). 그러나 배심원들의 양형부분에 대한 토의권과 의견개진권이 동조 제5항에 의하여 법원을 기속하지 않는다는 점에서 이를 도입한 제도적 취지를 반감하게 한다. 또한 양형부분에서도 일반국민의 의사가 직업법관의 의사보다 사실상 경시되는 결과로 된다는 점에서 이는 타당하지 않다. 이미 양형부분에 대하여 배심원들의 의사를 존중하여 이를 도입

하기로 한 이상 이의 가치를 반감하게 할 이유는 없다는 점에서 양형에 대하여 배심원들에게 토의권, 의견개진권과 더불어 비록 제한적 형태라고 하여도 양형부분에 대한 상한과 하한을 정하여 이러한 범위내에서 법원이 양형을 하도록 법원을 기속하게 하는 제한적(한정적) 평결을 도입하는 것도 의미가 있다.¹¹⁾ 왜냐하면 형사재판에 있어서 국민참여를 인정한 이상 형사재판이 단지 직업법관만이 아니라 법관과 더불어 국민들의 다수가 수궁할 수 있는 절차적, 실체적으로 합리적인 내용을 가진 재판을 지향한다는 점에서 보다 타당하기 때문이다.

5. 항소심구조와의 관계

국민참여재판이 시행됨으로서 국민의 형사재판에서의 참여는 어느정도 이루어졌으며 국민참여재판이 가지는 법적으로 중요한 의미중의 하나는 형사재판에서 국민의 의사가 제한적이거나 어느정도 반영되었다는 점에 있다. 그러나 국민참여재판과 관련하여 항소심에서 또다른 문제가 되므로 이에 대하여 살펴보고자 한다.

첫째, 제1심에서 국민참여재판이 행하여진 경우 이를 항소심에서 다시 피고인의 국민참여재판을 요구하는 의사가 있는 경우 제2의 국민참여재판이 행하여지는가 혹은 현행의 직업법관에 의한 재판이 행하여지는가. 이에 대하여 국민의 형사재판 참여에 관한 법률에서는 이에 대한 규정이 없다. 따라서 항소심과 상고심의 경우 직업법관에 의한 재판이 행하여진다고 할 수 있다(정한중, 2008: 349). 그러나 이는 본질적으로 형사항소심의 구조와 관련되는 문제이다. 기존의 형사법이론에서 항소심의 구조에 대하여 대체로 속심주의, 복심주의, 사후심주의가 주장되었다. 이러한 차이는 속심주의는 제1심의 재판내용에 연결하여 제2심을 속행하는 구조이며 복심주의는 제1심의 재판을 무시하고 제2심을 다시 시작하는 구조이며 사후심주의는 원칙적으로 제2심은 원심재판의 당부를 판단하는 구조이다. 항소심의 구조¹²⁾의 차이는 검사와 피고인이 항소를 제기하는 경우 항소이유가 달라지며 나아가 항소심에서의 재판절차와 그 심판내용이 달라지게 된다. 과연 국민의 의사가 반영된 국민참여재판의 경우 항소심에서 어떠한 구조를 취하여야 하는가. 국민참여재판이 행하여져 국민의 의사가 이미 재판내용에 반영된 경우 국민의 의사가 단일한 존재라는 법논리적 면에서 이해한다면 이미 행하여진 국민참여재판이 절차적으로 중대한 하자가 있는 경우이외 더 이상 동일한 사건에 대하여 제2의 재판이 행하여지는 것은 타당하지 않다. 만일 동일한 사건에 대하여 국민참여재판이 행하여진 경우 검사 또는 피고인의 항소

11) 국민참여재판대상인 사건에 있어 모든 사건평결에 배심의 양형의견도 반드시 포함되 배심원의 평결과정의 토의에 양형기준표를 법적인 기준으로 작동하게 할 경우 양형배심과 같은 효과를 낼 수 있다고 한다(방희선, 2010: 328).

12) 현행 형사소송법에서의 항소심의 구조에 대하여 사후심설과 속심설, 원칙적 속심이며 예외적 사후심설(이재상, 759)이 주장되고 있으며 대법원판례는 이에 대하여 속심겸 사후심구조라고 한다(대판 2004. 7. 22. 선고 2003도8153 판결; 2001. 9. 28. 선고 2001도3997 판결).

로 인하여 항소심이 행하여져 제1심과 동일한 결과가 나타난 경우 항소심은 불필요한 존재로 되지만 항소심이 원심과 다른 판단을 하는 경우 원심에서의 국민참여재판에서의 국민의사가 무시된다. 나아가 원심의 국민참여재판에 이어 항소심에서도 제2의 국민참여재판이 행하여지는 경우 국민의사가 상반된 경우가 발생하며 다소 극단적인 형태이지만 동일사건에 대한 지역, 국민이나 법관들의 성향에 따라 자신에게 유리하게 법원선택을 가능하게 하는 역선택의 문제가 발생할 수 있다. 이를 고려한다면 형사재판에서 국민의 의사가 반영되는 국민참여재판은 국민의사가 단일한 존재라는 면에서 이해한다면 국민참여재판은 제1심에서 행하여지는 것이 타당하며 이러한 국민참여재판에 대한 항소는 원칙적으로 금지하는 것이 타당하다.¹³⁾ 예외적으로 항소가 허용된다고 하여도 원심에서 행하여진 국민참여재판에서의 중대한 하자 즉, 배심원선정, 평결등에서 중대한 절차적 하자, 원심재판에서 행하여진 증거판단중 배심원의 평결 및 판결에 중대한 영향을 미치는 증거능력이나 증거가치에 중대한 오류, 원심판결후 원심재판에서 판단된 증거의 판결에 영향을 미치는 새로운 증거의 발견등 원심판결에 중대한 하자가 있는 경우에 한정하여야 한다. 단지 원심판결의 사실인정에서의 중대한 하자의외의 양형 부당을 이유로 항소를 허용하는 것은 금지되어야 한다. 이는 결국 국민참여재판을 제도로서 시행하여 행하는 한 항소심의 구조를 철저한 사후심구조를 채택하여야 한다(정한중, 2008: 349). 그리고 예외적으로 행하여지는 항소심의 심판도 제2의 국민참여재판이 되지 않아야 한다. 이미 살펴본바와 같이 국민의 의사는 단일한 존재이며 서로 상반된 2개의 의사가 될 수 없기 때문이다.

둘째, 항소심이 원심인 국민참여재판이 중대한 하자로 인하여 원심판결을 파기한 경우 어떠한 재판 형태를 취할 것인가. 이에 대하여 항소심이 스스로 재판하는 파기자판의 형태와 원심판결이 파기된 결과로 원심재판이 존재하지 않으므로 원심으로 파기환송의 경우를 상정할 수 있으나 원심판결이 파기된 경우 원심이 존재하지 않으므로 원심으로 파기환송하여 다시 국민참여재판을 행하는 것이 타당하다. 중대한 하자가 있는 상황을 전제로 하여 국민참여재판이 행하여졌으므로 중대한 하자가 치유된 새로운 상황을 전제로 한 국민참여재판이 행하여져야 하기 때문이다. 파기환송한 국민재판의 경우 원칙적으로 환송된 공소범죄사실에 대하여 국민참여재판이 이루어져야 하지만 이는 사실상 제1심재판에 해당하므로 당해 피고인과 관련된 다른 공소사실을 부가하여(추가기소) 변론의 병합의 형태로 재판이 행하여질 수 있다.

6. 일사부재리의 원칙과 이중위험금지의 원칙과의 관계

우리형사법체계는 대륙법체계를 취하고 있으며 우리 형사소송법은 일사부재리의 원칙을 취하고 있다. 일사부재리의 원칙은 유무죄의 실체판결이나 면소판결이 확정된 경우 동일사건에 대하여 다시 심

13) 바람직한 심급구조의 개선방안으로 제1심의 충실한 심리와 적절한 판결, 제2심을 사후심화하는 것이 가장 효율적이라고 한다(안성수, 2009: 120).

리, 판단을 할 수 없다는 원칙이다. 일사부재리의 원칙은 영미법상 이중위험금지의 원칙과 대비되는 것으로 이해되고 있다. 이중위험금지의 원칙은 형사재판이 일정한 단계에 이르는 경우 즉, 배심원이 선서한 경우 피고인에 대한 위협이 이미 발생하였다고 하여 동일한 사건에 대하여 이중위험을 금지하는 원칙으로 이중처벌을 금지하는 주의이다(김성돈, 1999: 460). 일사부재리의 원칙과 이중위험금지의 원칙과의 관계에서 논란이 있으나 다수의 견해는 양자를 분리하여 이해하고 있다.¹⁴⁾ 양자의 경우 차이가 있는 내용으로 동일한 사건에 대하여 행한 법원의 판결에 대하여 검사의 항소가 행하여질 수 있는가에 있다. 이중위험금지의 원칙은 피고인에 대한 법원의 판단이 이미 행하여진 것을 전제로 이에 대한 항소를 인정하는 것은 피고인을 이중의 위협에 빠지게 한다는 취지에서 항소를 금지하고 있지만 일사부재리의 원칙은 실제적 진실주의의 관점에서 법원의 판결에 대한 항소를 인정하고 있다. 과연 현행 우리 형사소송법에서 어떠한 원칙이 지배하고 있다고 하는 것이 타당한가. 이에 대하여 형사재판의 사실인정과 양형모두를 직업법관에게 일임하는 형태를 취하고 있는 경우 법관에 의한 사실인정과 양형에 대하여 1회성의 판단이나 2회성의 판단(항소심에서 사실을 인정하는 경우)을 행하는 경우 모두 소송법적 현상의 관점에서 전체적으로 이해하는 경우 결과적으로 법관에 의한 판단이라는 점에서 유사하다. 이에 보다 소수의 직업법관에 의한 사실판단과 양형에 대하여 신중을 기하는 점에서 1심의 사실인정과 양형에 대하여 항소심의 판단을 행하는 것도 가능할 수 있으며 나아가 1심과 2심등의 사실인정과 양형에 대한 최종적인 판단에 대하여 실제적 확정력(일사부재리의 원칙)을 부여하는 것이 가능할 수 있다. 그러나 소수의 직업법관에 의한 사실인정에 의하는 것이 아닌 (일반국민 중) 배심원에 의하여 사실인정을 평결하는 배심원제에서는 법논리상 사실인정에 대한 국민의 의사가 2개 이상 존재할 수 없으며 나아가 이러한 절차를 거친 경우 피고인의 보호라는 관점에서 당해 재판에서 중대한 절차위반의 경우이의 제2의 사실인정은 부당하다. 이러한 이유로 이중위험의 금지의 원칙은 타당성이 존재한다. 이러한 법논리적 관점에서 이해한다면 변형된 형태이지만 사실인정에 대하여 국민인 배심원의 평결을 인정하고 있는 현행 국민참여재판에서 행하여지는 배심원의 평결과 법원의 판결에 대하여 어떠한 효력을 부여하는 것이 타당한가. 종전의 직업법관의 관점에서 인정되어진 사실인정과 양형에 대한 일사부재리의 원칙을 인정할 것인가 또는 사실인정에 대한 배심원의 평결이라는 국민의 의사와 피고인보호라는 관점에 중점이 두어지는 이중위험금지의 원칙의 채택을 인정하여야 하는가. 이는 국민참여재판을 현행 형사소송법에서 도입한 취지에서 그 해법을 찾는 것이 보다 타당하다. 국민참여재판이 비록 전적으로 이론상, 제도상, 실무운영상 하자가 없는 제도가 아니라고 하여도 사법에 대한 국민의 참여라는 시대적 요구와 더불어 국민주권주의라는 헌법적 가치에 부합한다는 점에서

14) 이에 대하여 우리헌법에서 일사부재리의 효력을 헌법상 원칙으로 인정하고 있고 이는 대륙법상 일사부재리의 원칙과 영미법상 이중위험금지의 원칙을 포함하는 피고인보호의 원칙을 선언하는 것으로 보아야 한다는 입장에서 일사부재리의 원칙을 이중위험금지의 원칙과 별개의 효력으로 보는 것은 타당하지 않다고 한다(이재상, 2012: 707; 권오걸, 2010: 877; 배종대·이상돈, 2006: 753; 백형구, 2000: 742; 신양균, 2000: 822). 이에 반하여 일사부재리의 효력을 이중위험금지의 원칙으로 이해하고자 한다(차용석, 1998: 992).

국민참여재판은 그 자체로서 충분한 가치가 있으며 시대의 변화에 따라 이러한 제도가 보다 확대되어야 한다. 따라서 국민참여재판의 가치가 사법예의 국민의 의사반영 내지 존중이라는 점에서 형사재판에서 국민참여재판의 형태로서 국민의 의사가 반영되는 한 비록 현행 국민참여재판에서 사실인정에서의 평결이 법원에 대하여 권고적 의견이라는 제한된 형태라고 하여도 국민의 의사를 존중하는 이중위험의 금지의 원칙이 적용되어야 한다. 이는 향후 사법에 대한 국민의 참여 내지 국민의 의사반영(사실의 평결과 양형등에 대하여)을 포함한 사회전반에 대한 민주화라는 시대적 요구가 보다 강하게 될 수 있다는 점에서 우리의 형사사법체계가 지향하여야 한다는 점에서 의미를 가지며 나아가 독일등 일부 국가에서 행하여지는 일반국민이 법관의 지위에 참여하는 참심제의 형태로 우리의 국민참여재판이 나아가지 않는다고 하여도 국민의 의사에 일정한 범위내 결정권을 주는 것은 우리의 사법체계가 지향하여야 할 올바른 방향이기 때문이다.

III. 결론

국민의 사법예의 참여를 보장하는 방법인 국민참여재판이 도입되었지만 여러 가지의 문제점을 가지고 있다. 그중 근본적인 문제로서 국민참여재판이 지향하여야 할 제도가 배심제, 참심제인가라는 문제는 국민이 형사재판에 사실인정과 양형문제에 어느정도로 참여하는가이다. 이는 법논리적, 선형적인 문제가 아니라 시대의 가치와 국민의 사법예의 참여의사등을 반영하는 경험론적 사실이며 우리의 앞으로의 국민참여재판은 사법예의 신뢰를 제고하기 위하여 사실인정에 대한 권고적 의견이 아닌 법원에 대한 기속력을 인정하며 양형에서도 단지 토의, 의견개진권에서 나아가 양형의 상하한의 범위내에서 법원에 대한 기속력을 인정하는 제한된 형태의 참심제를 도입하는 것이 타당하다. 이러한 지향점을 전제로 국민참여재판의 신청의 경우 이를 피고인에게 일임하거나 이를 배제하는 법원의 결정은 제고되어질 필요가 있다. 특히 사형등 중죄의 경우 형사재판의 공정성, 합리성에 대한 국민의 관심이 높으며 이에 따라 국민의 참여의사가 높다는 점에서 중죄의 경우 이를 의무화할 필요가 있다. 국민참여재판의 경우 배심원의 역할을 사실인정과 양형의 경우 어떠한 범위내에서 인정하는가에 대하여 단지 법원에 대한 권고적 효력을 넘어 사실인정에 대한 결정권과 양형에 대한 제한적 결정권을 부여하는 것이 재판의 전문성과 국민의 참여를 조화한다는 점에서 이를 인정하는 것이 타당하다. 또한 국민참여재판이 행하여지는 경우 항소심의 구조도 국민의 의사가 단일하다는 점에서 항소심에서 제2의 국민참여재판등을 할 수 없으며 나아가 판결에 영향을 미치는 중대한 절차적 하자외 항소를 원칙적으로 금지하는 사후심구조를 취하여야 한다. 또한 국민참여재판이 행하여진 결과인 판결에 대하여 일사부재리의 금지가 아닌 이중위험금지의 원칙이 적용되어야 한다.

참고문헌

- 강남주. 2003. 현행 판결전 조사제도에 관한 고찰. 사법논법. 36: 535-613.
- 국민의 형사재판 참여에 관한 법률. 2012. 개정 2012. 01. 17, 법률 11155호.
- 권오걸. 2010. 형사소송법. 서울: 형설출판사.
- 권영설. 1996. 미국의 배심제도, 미국헌법연구. 7: 183-215.
- 권영설. 2000. 배심제도의 개혁논의와 그 헌법상 쟁점. 미국헌법연구. 11: 199-231.
- 김대성. 2007. 일본의 국민참여재판제도. 인하대학교 법학연구. 10(3): 145-174.
- 김태명. 2008. 3. 국민참여재판제도의 개선과제. 인권과 정의. 379: 27-43.
- 김성돈. 1999. 미국형사소송법. 서울: 길안사.
- 방희선. 2010. 12. 양형기준제와 양형위원회의 도입방안연구. 형사법 개정연구자료집 III-2: 253-372.
- 방희선. 2012. 3. 양형의 본질과 양형기준에 관한 소고. 형사법의 신동향. 34: 5-47.
- 배중대, 이상돈. 2006. 형사소송법. 서울: 홍문사.
- 백형구. 2000. 형사소송법강의. 서울: 박영사.
- 법원조직법. 2012. 개정 2012. 12. 18, 법률 11554호.
- 법원행정처. 2007. 국민참여재판의 이해. 서울: 법원행정처.
- 성선제. 2003. 미국의 형사배심제도. 서강법학연구. 5: 173-195.
- 송광섭. 2011. 3. 바람직한 양형조사의 주체에 관한 논의상황. 형사법의 신동향. 30:48-98.
- 신양균. 2000. 형사소송법. 서울: 법문사.
- 안경환. 2001. 미국연방헌법의 배심조항. 미국헌법연구. 12: 77-101.
- 안성수. 2009. 6. 심급구조개선방안, 형사법의 신동향. 20: 76-123.
- 윤장석. 2009. 10. 국민참여재판에서의 검사의 역할, 형사법의 신동향. 22: 73-148.
- 이광수. 2008. 3. 국민참여재판제도의 도입과 문제점. 인권과 정의. 379: 59-73.
- 이재상. 2012. 형사소송법. 서울: 박영사.
- 이현종. 2008. 3. 국민참여재판의 공판절차에 관하여. 인권과 정의. 379: 6-26.
- 정한중. 2008. 한국과 일본의 국민참여형 형사재판제도에 관한 연구. 외법논집. 30: 315-355.
- 차용석. 1998. 형사소송법, 서울: 세영사.
- 한인섭. 2009. 한국의 배심원재판: 준비과정과 시행원년의 성과를 검토한다. 서울대학교 법학. 50(2): 681-710.
- 형법. 2010. 개정 2010. 04. 15, 법률 10259호.
- 형사소송법. 2011. 개정 2011. 08. 04, 법률 11002호.

崔官植: 최관식교수는 1998년 6월 경북대학교 대학원에서 법학박사학위를 취득하고 1999년 3월 경운대학교 경찰행정학부에 부임하여 현재 조교수로 근무하고 있으며 한국형사법학회, 한국비교형사법학회회원으로 활동하고 있음(kschoi@ikw.ac.kr).

투 고 일: 2012년 12월 23일

수 정 일: 2013년 02월 12일

게재확정일: 2013년 02월 25일

Critical Review on the Korean Civil Participation in Criminal Trial to Overcome the Crisis of Peoples' Confidence in Jurisdiction

Kwan Sick Choi

Civil participation in criminal trial has been introduced in Korean criminal trial system, but this system has many problems. The purpose that civil participation in criminal trial aims is that Peoples should participat7e in the fact-finding and the examination of an offense to certain degrees. These are not theoretical, transcendental problems but empirical, historical problems. Therefore to have more citizens-confidence in the criminal trial, right to decide throughly in the fact-finding and in some degrees in the examination of an offense should be given to the citizens(jury) in our advanced Civil participation in criminal trial. And in the Appeal Court of the Civil participation in criminal trial the second Civil participation in criminal trial should not be held because peoples' will is only one, not two. Furthermore the Appeal Court of the Civil participation in criminal trial should be the structure of ex post facto review that prohibit appeal except serious defect having influence on the judgment. To the judgment, result of the Civil participation in criminal trial, the doctrine of prohibition of double jeopardy should be applied.

Key words: people's participation in criminal trial, criminal trial, jury, confidence in jurisdiction