

[25차 판결비평]

2010.11.29

# 광장에 나온 판결



## 배심원 결정을 존중해야 할 이유를 보여준 판결들

### - 국민참여재판 배심원 결정 뒤집은 항소심 판결을 파기한 대법원 판결 등

대법원 2010.3.25. 선고, 2009도14065 판결.

강도상해·범인도피교사·사서명위조·위조사서명행사·공문서부정행사·점유이탈물횡령·도로교통법위반(무면허운전)

대법관 민일영(재판장) 김영란 이흥훈(주심) 김능환

대전고법 2008.5.28. 선고, 2008노123,2008감노18 판결. 살인·감호청구

판사 김상준(재판장) 이미선 손삼락

사법 분야에 대한 시민감시활동과 사법개혁 운동을 하고 있는 참여연대 사법감시센터는 최근의 판결 중 사회변화의 흐름을 반영하지 못하거나 국민의 법감정과 괴리된 판결, 반인권적이고 반민주적인 판결 또는 그에 반대하여 인권수호기관으로서 위상을 정립하는데 기여한 판결을 고르고, 이 판결에 대한 비평 칼럼을 수록한 [판결비평 - 광장에 나온 판결] 을 발간하고 있습니다.

2008년부터 시행되고 있는 국민참여재판은 1심 형사재판에서 배심제를 채택하여 사실판단에 대한 평결과 양형의견을 배심원들이 내도록 하고 있습니다. 이러한 과정을 거쳐 내린 1심 판결에 대해서는 일반 형사재판과 마찬가지로 항소가 가능합니다.

이번 판결비평의 대상이 된 판결들은 배심원의 결정을 존중해야 한다고 판시하고 있습니다. 이 판결들은 배심원의 결정을 왜 존중해야 한다고 했을까요? 우리 사법제도에 새롭게 도입된 국민참여재판은 어떤 방식이 되어야 할까요?

국민의 사법참여와 사법제도의 민주적 정당성 확보라는 도입취지를 살리는 국민참여재판은 어떤 모습이어야 할지, 아래 비평문들을 읽으면서 함께 고민해 볼 수 있었으면 합니다.

<사건의 개요>

○ 사건 1.

2008년 8월 피고인이, 모텔에서 미성년자와 성관계를 가진 피해자를 찾아가 주먹으로 때리고 시가 290만원 상당의 금목걸이를 강취하였다는 공소사실(강도상해)에 대해 국민참여재판으로 진행된 1심(서울남부지법)은 상해부분만을 인정하여 징역 10월을 선고. 이후 항소심(서울고법)에서는 원심을 파기하고 징역 3년 6월을 선고하였음. 그러나 대법원은 상고심에서 다시 원심을 파기하고 “국민참여재판으로 진행된 제1심에서 배심원이 만장일치로 한 평결 결과를 받아들여 강도상해의 공소사실을 무죄로 판단하였으나, 항소심에서는 피해자에 대하여만 증인신문을 추가로 실시한 다음 제1심의 판단을 뒤집어 이를 유죄로 인정한 사안에서, 항소심 판단에 공판중심주의와 실질적 직접심리주의 원칙의 위반 및 증거재판주의에 관한 법리오해의 위법이 있다” 고 판시하였음

○ 사건 2.

2007년 12월 피고인이 피해자와 함께 술을 마시던 중 피해자와 말다툼 끝에 목을 졸라 실신케 하고, 이후 과도로 찢러 실혈하여 사망하게 한 범죄사실에 대해 국민참여재판으로 진행된 1심(청주지법)은 유죄를 인정하고, 징역 6년을 선고했음. 항소심(대전고법)에서는 피고인의 심신미약 주장을 받아들이면서 “심신미약 주장에 대한 심리를 다하지 아니한 채 이를 배척한 제1심 판결을 파기하되 배심원들의 양형의견이 적정하다고 보아 이를 존중하여 제1심판결의 형량을 유지” 하였다고 판시함



## “이웃의 법률문제를 주인 된 입장에서 스스로 해결” 하는 재판

김선수 변호사(전 사법제도개혁추진위원회 기획추진단장)

피고인은 강도상해와 범인도피교사 혐의로 기소되었다. 이러한 혐의에 대해 피고인은 피해자에 대한 상해의 혐의에 대해서는 인정했으나, 강도상해에 대해서는 재물 강취의 고의와 불법영득의 의사를 부인했고, 범인도피교사에 대해서는 교사행위가 있었다는 점을 부인했다.

### 1심, 의심스러울 때는 피고인의 이익으로

1심은 피고인의 신청에 의하여 국민참여재판으로 진행되었다. 피해자와 공범과 참고인 등이 증인으로 출석하여 증언하였고, 피고인의 피의자신문조서 및 관련자들의 수사기관 작성 진술서들이 증거로 제출되었다. 심리 결과 배심원들은 9명 만장일치로 강도상해와 범인도피교사에 대해서는 무죄, 그리고 상해죄에 대해서는 유죄의 평결을 하였다. 재판부는 배심원들의 평결을 수용하여 강도상해와 범인도피교사에 대해 무죄를 선고하고, 상해죄에 대해 유죄를 인정하여 징역 10월을 선고했다(서울남부지방법원 2009. 5. 7. 선고 2009고합52 판결).<sup>1)</sup> 유죄의 인정은 법

관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라고 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하고 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없는데, 이 사건에서 강도상해나 범인도피교사 혐의는 합리적인 의심을 할 여지가 없도록 진실한 것이라고 확신을 가지게 할 정도로 증명되었다고 볼 수 없다는 이유다.

### 2심, 합리적 근거가 없는 의심은 위법하다

그런데 2심은 피해자를 다시 증인으로 신문한 후 결론을 바꾸어 강도상해와 범인도피교사에 대해 유죄를 선고하고 3년 6월의 징역을 선고했다(서울고등법원 11. 26. 선고 2009노1335, 1616 판결).<sup>2)</sup> 이유는 형사재판에서 유죄로

1) 재판장 판사 한창훈, 판사 김희수, 판사 윤화량  
2) 재판장 판사 이강원, 판사 조규석, 판사 이성호

인정하기 위한 심증 형성의 정도는 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도여야 하나, 이는 모든 가능한 의심을 배제할 정도에 이를 것까지 요구하는 것은 아니며 증명력이 있는 것으로 인정되는 증거를 합리적인 근거가 없는 의심을 일으켜 배척하는 것은 자유심증주의의 한계를 벗어나는 것으로 허용될 수 없는데, 이 사건의 경우 여러 정황증거에 의하여 강도상해 및 범인도피교사를 인정할 수 있음에도 합리적인 근거가 없는 의심을 일으켜 증거들을 배척하고 무죄를 선고한 것은 자유심증주의의 한계를 벗어나서 위법하다는 것이다.

### 3심, 공판중심주의와 실질적 직접심리주의 원칙 위반

이에 대해 대법원(2010. 3. 25. 선고 2009도14065 판결<sup>3)</sup>)은 강도상해와 범인도피교사에 대한 원심의 유죄판결을 파기했다. 범인도피교사 부분은 공소사실을 모두 인정한다고 하더라도 범인도피죄가 성립하지 않는데 원심이 법리오해의 위법을 저질렀다고 판단했다. 강도상해 부분은 국민참여재판으로 진행된 제1심에서 배심원이 만장일치로 한 평결 결과를 받아들여 무죄로 판단하였음에도 항소심이 피해자에 대하여만 증인신문을 추가로 실시한 다음 1심 판단을 뒤집어 이를 유죄로 인정하는 것은 공판중심주의와 실질적 직접심리주의 원칙의 위반 및 증거재판주의에 관한 법리오해의 위법이 있다고 판단했다.

대법원은 이 부분에 대해 “사법의 민주적 정당성과 신뢰를 높이기 위해 도입된 국민참여재판의 형식으로 진행된 형사공판절차에서 엄격한 선정절차를 거쳐 양식 있는 시민으로 구성된 배심원이 사실의 인정에 관하여 재판부에 제시하는 집단적 의견은 실질적 직접심리주의 및 공판중심주의 하에서 증거의 취사와 사실의 인정에 관한 전권을 가지는 사실심 법관의 판단을 돕기 위한 권고적 효력을 가지는 것인바, 배심원이 증인신문 등 사실심리의 전 과정에 함께 참여한 후 증인이 한 진술의 신빙성 등 증거의 취사와 사실의 인정에 관하여 만장일치의 의견으로 내린 무죄의 평결이 재판부의 심증에 부합하여 그대로 채택된 경우라면, 이러한 절차를 거쳐 이루어진 증거의 취사 및 사실의 인정에 관한 제1심의 판단은 실질적 직접심리주의 및 공판중심주의의 취지와 정신에 비추어 항소심에서의 새로운 증거 조사를 통해 그에 명백히 반대되는 충분하고도 납득할 만한 현저한 사정이 나타나지 않는 한 한층 더 존중될 필요가 있다.” 고 하였다.

### 심판자로서 재판과정에 참여하는 경험

국민이 배심원 또는 참심원의 형태로 재판과정에 심판자의 지위에서 참여하는 것은 선진민주주의 국가에서는 일반적이다. 우리나라에서 국민은 재판과정에 심판자의 입장에서 참여해 본 경험이 없고 오로지 재판의 객체 내지 대상의 지위에 머물렀다. 국민들로부터 유리되고 폐쇄된 법관에 의한 판단이 일반상식에 부합하지 않는 사례가 종종 발생하고, 소위 ‘조서재판’으로 인한 투명성의 부족과 전관예우 등으로 사법에 대한 국민의 불신이 컸다. 이를 극복하기 위해 국민참여재판 제도가 형사재판에 도입되어 2008년 1월 1일부터 시행되고 있다.

국민참여재판 제도는 직접민주주의 원리를 사법 분야에 실현하고, 국민의 상식과 경험을 재판절차에 반영하여 법관의 독선적 판단과 법조비리를 예방하고, 동료에 의한 판단으로 승복 효과를 높임으로써 사법에 대한 신뢰를 높이고자 도입된 것이다. ‘국민을 위한’ 사법을 넘어 ‘국민에 의한’ 사법으로의 발전을 의미한다.<sup>4)</sup>

### 법원은 배심원 판결을 존중해야

국민참여재판 제도를 도입하면서 과도기적 상황을 고려하여 배심원의 평결에 법원을 기속하는 효력을 인정하지 않고 권고적 효력만 인정했다. 다만 배심원의 평결 결과와 다른 판결을 선고하는 때에는 판결서에 그 이유를 기재하여야 하도록 하였다.

배심원의 평결에 구속적 효력이 인정되지 않는다고 하더라도 당해 재판부나 상급심 법원은 배심원의 평결을 존중할 필요가 있으며, 특히 배심원이 만장일치로 평결한 경우 그 필요성은 더욱 크다. 법원이 배심원의 평결을 아무런 거리낌 없이 무시한다면 국민참여재판 절차가 비용만 들고 효과가 없는 무용의 절차로 전락해버림으로써 국민참여재판 제도의 도입 취지가 크게 손상될 우려가 있기 때문이다.

미국식 배심제도에서는 배심원의 평결에 의해 무죄가 선고된 경우 사실오인을 이유로 한 검사의 항소가 제한된다. 하지만 우리의 국민참여재판 제도에서는 그러한 항소 제한이 채택되지 않은 상태다. 그렇다고 하더라도 상급심 법원이 배심원들의 만장일치 평결을 존중해야만 국민참여재판 제도의 도입 의의를 제대로 살릴 수 있게 된다.

3) 재판장 대법관 민일영, 대법관 김영란, 대법관 이홍훈(주심), 대법관 이능환

4) 김선수, 『사법개혁리포트』, 박영사, 2008, 147-152쪽

과도기적으로 시행 중인 현 단계 국민참여재판 제도의 합리적 운영과 조만간 도입할 완성된 형태의 국민참여재판 제도의 형태 결정을 위해 배심원 결정에 대한 상급심 법원의 존중 의무를 인정할 것인지 여부는 중요한 문제가 된다.

#### “배심원 평결이 실질적 효력을 갖도록 할 법원의 책무”

대전고등법원 2008. 5. 28. 선고 2008노123 판결(상고되지 않아 그대로 확정됨)은 국민참여재판에서 배심원의 평결이 실질적 효력을 갖도록 하기 위해 법원의 책무가 있다고 판단한 바 있다.<sup>5)</sup>

피고인이 살인죄로 기소된 사안에서 1심은 국민참여재판으로 진행되었는데, 피고인이 범행을 자백하여 양형만이 문제로 되었다. 배심원 5명은 징역 5년부터 징역 7년 6월의 양형의견을 제시하였고 그 중 징역 6년의 의견이 다수를 차지했다. 1심은 배심원들의 양형의견을 수용하여 피고인에게 징역 6년을 선고했다(청주지방법원 2008. 2. 18. 선고 2008고합12 판결).<sup>6)</sup>

#### “이웃의 법률문제를 주인 된 입장에서 스스로 해결”

위 대전고등법원 판결은 피고인의 항소심에서의 심신미약 주장을 받아들여 이를 배척한 1심 판결을 파기하면서도 배심원들의 양형의견이 적정하다고 보아 1심 판결의 양형을 유지하였다.

위 판결은 “국민참여재판 제도는 사법권에 대한 직접민주주의적 이상을 실현하고, 국민의 상식과 경험을 재판절차와 그 결과에 반영하여 사법서비스의 질적 수준을 높여 사법신뢰를 증진시키는 기능을 수행하게 될 것이다. 이제 이웃의 법률문제를 주인 된 입장에서 스스로 해결할 수 있게 된 대한민국 국민은 명실상부한 주권자의 지위를 회복하게 되었다.” 고 국민참여재판 제도의 도입 의의를 설명하였다.

나아가 “권고적 효력에 그치고 있는 배심원의 평결이 중국에 가서 실질적 효력을 갖도록 하기 위해서는 배심원 평결과 의견의 합리성, 정확성, 적정성 보장이 중요하다. 이 재판에 관여하는 전문가들의 헌신적 노력이 필요하다. 법원은 그 심급을 불문하고 배심원들의 건전한 상식과 합리적인 판단에 기초한 의견을 존중하여야 한다. 무엇보다도

5) 재판장 판사 김상준, 판사 이미선, 판사 손삼락  
6) 재판장 판사 오준근, 판사 김동건, 판사 조준호

제1심법원은 재판 결과가 상급심에서 무산되지 않도록 각별한 주의와 세심한 배려가 필요하다. 상급심으로서도 배심원 판단 존중의 기초를 유지하는 것은 두말할 나위가 없되, 국민참여재판의 적정한 운영을 조력하기 위하여 혹여 생길 수 있는 오류가 반복되지 않도록 지도적 엄정심사를 다할 책무를 부담한다.” 고 판단하였다.

#### 사실과 가장 가까운 원본증거 사용의 원칙

앞서 살펴본 대법원 판결은 국민참여재판에서 배심원이 만장일치 의견으로 내린 무죄 평결이 재판부의 심증에 부합하여 그대로 채택된 경우 증거의 취사 및 사실의 인정에 관한 1심의 판단을 항소심에서 뒤집을 수 있는지 여부에 대해 원칙적 소극의 입장을 채택한 최초의 판결이다. 1심의 판단을 뒤집기 위해서는 항소심에서 새로운 증거조사를 통해 그에 명백히 반대되는 충분하고도 납득할 만한 현저한 사정이 나타나는 경우라야 하며, 단지 피해자에 대하여만 증인신문을 추가로 실시한 다음 그 진술의 신빙성이 인정된다는 이유를 들어 1심의 판단을 뒤집는 것은 허용될 수 없다는 것이다.

위 판결은 이와 같은 판단의 근거로 공판중심주의와 실질적 직접심리주의 그리고 증거재판주의를 제시하였다.

공판중심주의는 형사사건의 실체에 대한 유무죄의 심증형성은 법정에서의 심리에 의하여야 한다는 원칙을 말하고 공개재판의 원칙, 구두변론주의, 직접심리주의 등의 공판절차의 기본원칙들로 구체화된다.<sup>7)</sup> 실질적 직접심리주의는 법원이 사실의 증명 여부를 판단함에 있어서 증명대상이 되는 사실과 가장 가까운 원본(原本)증거를 재판의 기초로 삼아야 하며 원본증거의 대체물 사용은 원칙적으로 허용되어서는 안 된다는 원칙을 말한다.<sup>8)</sup> 증거재판주의는 형사 재판에서 사실인정은 증거에 의하여야 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 한다는 원칙을 말한다.<sup>9)</sup>

#### 태도·뉘앙스 등, 증인신문조서에는 없는 것들

판결문이 잘 설명하고 있는 바와 같이 1심에서 신문절차가 이루어진 증인 진술의 신빙성에 대한 평가방법은 1심과 항소심에 차이가 있고, 그로 인해 항소심이 1심 증인이 한 진술의 신빙성에 관한 1심의 판단을 뒤집을 수 있는지 여부에 대해 대법원은 원칙적 소극의 입장을 취하고

7) 신동운, 『신형사소송법』, 법문사, 2008, 642쪽  
8) 앞의 책, 646-647쪽  
9) 앞의 책, 865쪽

있다.<sup>10)</sup>

1심에서는 진술 내용 자체의 합리성·논리성·모순 또는 경험적 부합 여부나 물증 또는 제3자의 진술과의 부합 여부 등은 물론, 법관의 면전에서 선서한 후 공개된 법정에서 진술에 임하고 있는 증인의 모습이나 태도, 진술의 뉘앙스 등 증인신문조서에는 기록하기 어려운 여러 사정을 직접 관찰함으로써 얻게 된 심증까지 모두 고려하여 신빙성 유무를 평가하게 된다. 반면에 항소심은 원칙적으로 증인신문조서를 포함한 기록만을 자료로 삼게 되므로, 진술의 신빙성 유무 판단에 있어 가장 중요한 요소 중의 하나라 할 수 있는 진술 당시 증인의 모습이나 태도, 진술의 뉘앙스 등을 신빙성 유무 평가에 반영할 수 없다는 본질적인 한계를 지니게 된다. 이에 비추어 보면 공소사실을 뒷받침하는 증인 진술의 신빙성을 배척한 1심 판단을 뒤집는 경우에는 이를 수궁할 수 없는 충분하고도 남득할 만한 현저한 사정이 나타나는 예외적인 경우라야만 한다.

위와 같은 법리는 국민참여재판뿐만 아니라 법관 재판의 경우에도 요청되는 원칙이다. 국민참여재판은 사법의 민주적 정당성과 신뢰를 높이기 위해 도입되었고, 엄격한 선정 절차를 거쳐 양식 있는 시민으로 구성된 배심원이 증인신문 등 사실심리의 전 과정에 참여한 후 합리적인 토론을 거쳐 평결에 이르기 때문에 특히 배심원의 만장일치 의견을 수용한 1심의 판단은 한층 더 존중될 필요가 있다.

비록 배심원 평결의 구속적 효력과 배심원 만장일치 평결에 의한 무죄에 대한 검사의 항소 제한이 명시적으로 채택되지는 않았다고 하지만, 앞에서 본 대법원 판결은 형사 공판절차의 기본원칙인 공판중심주의, 실질적 직접심리주의, 증거재판주의 원칙을 매개로 해서 배심원의 만장일치에 의한 무죄 평결에 대해서는 상급심도 원칙적으로 존중하여야 한다는 점을 명확히 하였다. 법관재판의 경우에도 적용되는 원칙이지만 국민참여재판의 경우 그 존중의 필요성을 더욱 강조했다라는 점에서 중요한 의미가 있다.

### **배심원 결정에 구속력 인정하고 항소 제한해야**

국민참여재판 제도를 도입하면서 5년간 과도기적으로 운영하고 시행경과에 대한 분석 등을 통하여 최종적인 형태를 결정하기로 하였고, 이를 위해 대법원에 국민사법참여위원회를 두었다. 원래 예정된 5년이 2012년으로 끝나므로 그 전에 최종적인 형태를 결정하여 2013년부터 시행해야 한다. 국민참여재판 제도의 도입 취지와 민주적 기능

에 비추어 보면 국민참여재판의 최종적인 형태는 배심원의 결정에 구속적 효력을 인정하고 국민참여재판의 결과 무죄가 선고된 경우에는 사실오인을 이유로 한 검사의 항소가 제한되는 형태가 되어야 할 것이다. 그러한 점에서 앞서 본 판결들은 국민참여재판의 최종적인 형태를 결정하는데 중요한 밑받침이 될 것이다. □

10) 대법원 2006. 11. 24. 선고 2006도4994 판결 등

## 배심재판은 사실심의 최종심이다

김희균 (서울시립대 법학전문대학원 교수)

### 무죄-유죄-무죄로 바뀐 사건

1심에서 무죄, 2심에서 유죄, 3심에서 다시 무죄가 난 사건이 있다고 가정해 보자. 무슨 재판인지 전혀 내막을 모르면서도 판결문을 확인하고 싶은 욕구가 생긴다. 시쳇말로 구미가 당긴다. 하지만 구경꾼에 불과한 사람들의 구미를 당기는 재판이란 피고인과 피해자의 시각으로 보면 악몽과 다름없을 것 같다. 몇 달 사이를 두고 천당과 지옥을 오가는 느낌이 왜 들지 않겠는가! 오늘 우리가 생각해 볼 판결이 바로 그런 경우다. 특히 시작이 국민재판이었던 사건이므로, 더 관심이 가지 않을 수 없다.

피고인은 미성년자 성매매를 하고 있는 피해자를 위협하여 금품을 뜯어낼 목적으로 여러 사람을 대동하고 여관방에 쳐들어간다. 피해자에게 주먹으로 상해를 가해 코뼈를 부러뜨리고, 돈을 보내라고 위협하고, 급기야 피해자 목에 건 금목걸이를 들고 나왔으며, 그걸 팔아 돈을 챙겼고, 같이 갔던 사람에게 자기 이름을 허위로 대라고 부탁(?)했다. 상식적으로 이 정도 짓을 저질렀으면 징역 3년 6월 정도는 살고 나와야 한다고 본다. 바로 2심이 선고한 형량이 징역 3년 6월이다. 그럼에도 1심은 강도상해죄가 아닌 상해죄만 인정해서 징역 10개월의 솜방망이 처벌을 택했다. 왜 그런 것일까? 배심원들이라 잘 몰라서 그런 것일까?

### 배심원이 잘못된 판결을 내릴 경우

배심원들이 잘못된 판결을 내린 예는 너무도 많다. 배심원이란 좋게 말해 주권자인 국민이고 사실은 어중이떠중이들이어서, 변론에 속고 증거에 속고 인상에 속고 분위기에 속는다. 그런 게 다반사다. 배심제의 모국이라고 할 수 있는 영국에서도 배심원들의 판결을 다 믿은 게 아니다. 배심재판에 진 사람들이 배심원들을 상대로 소송을 걸기도 했고, 판결을 잘못 내렸다는 이유로 배심원들에게 형벌을 부과하기도 했다. 배심원들의 재판이어서 그 결과를 최대한 존중했다는 얘기는 전설이지, 사실이 아니다. 미국도 마찬가지다. 배심원이 직업법관보다 엄정한 판단을 해 줄 거라는 생각은 미국인들의 상식이 아니다. 그랬다면 설시(instructions)가 그렇게 길고 치밀하지도 않았을 것이고,

만장일치 판결을 집요하게 요구하지도 않았을 것이다. 판결의 질로 볼 때 배심재판은 직업법관의 재판에 비해 한참 떨어진다. “정황증거나 증거서류를 보고 진실을 발견해 가는 능력에서 배심원들은 직업법관과 비교가 되지 않는” 것이다.

그럼에도 로베스피에르와 당통은 프랑스 국민의 힘을 믿었다. 장장 1년에 걸친 고민 끝에 형사배심을 도입하기로 한 이유도 프랑스 국민을 믿기 때문이었다. 그리고 나서 140년에 걸쳐 프랑스는 배심재판으로 인한 폐해를 뺏속깊이 경험한 나라의 하나로 등록되기에 이른다. 25%라는 천문학적 무죄율을 못 견뎌 2차 대전이 한창이던 때에 배심제를 전격적으로 폐지해 버렸다.

### 프랑스 국민의 힘 vs. 25%라는 무죄율

직업법관이 아닌 일반 국민들이 하는 재판이란 본질적으로 못 믿을 재판에 가깝다. 특히 우리처럼 조서나 증거서류를 낭독하여 증인신문에 대신하고, 무슨 법률용어들이 난무하는 와중에 배심원들이 “증인의 태도를 보고 진위 여부를 가”릴 거라는 기대 자체가 정상적인 기대가 아니다. 형사재판의 속살을 깊이 헤집을 수 있는 상황이 아니라서 잘 모르겠지만, 오늘 우리가 보는 판결에서도 배심원들의 판단실수가 눈에 띈다. “피고인이 이 사건 모텔 방에 들어와 약 1분 뒤에 피고인을 때렸고 그 후 1시간 정도 있다가 나갈 때쯤 금목걸이를 가지고 갔”으므로 폭행과 재물강취의 시간적 간격이 있어서 강도상해가 아니라고 한 부분이 특히 문제다.

이에 대하여 상식線에서 판단해 보면, “피고인이 피해자에게 상해를 가하고 피해자의 목에서 금목걸이를 벗겨 갔으며 그 후 그 금목걸이가 없어진 것은 분명하고[...]피고인이 금목걸이를 벗겨 가기 전에 피해자에게 돈을 요구하였던 점[...]에 비추어 보면, 피고인이 [금목걸이를] 가져갔다고 보는 것이 경험칙에 부합”한다고 본다. 즉, 돈을 갈취하기 위해서 여관방에 침입한 피고인이 금목걸이(사안에서 피해자는 도금한 것이라고 피고인에게 말함)를 집었다가 냉장고 위에 놓고 나왔는데 그 후에 없어졌으므로 피고인

이 취득한 것이라고 볼 수 없다는 취지에서 강도상해 부분을 무죄로 한 것은 정황증거(피고인이 사건 다음날 돈뭉치를 들고 있었다는 점과 금목걸이가 그후 없어져 버린 점)를 고려할 때 이해하기 힘든 대목이다. 요컨대, 심정적으로 2심의 판단이 옳다고 본다.

그럼에도 국민참여재판의 결과를 상소심이 뒤집는 것은 찬성할 수 없다. 국민참여재판에 관한 법률 제4조에 따라 상소에 관한 한 형사소송법의 규율을 받게 되고, 형사소송법 제361조의5에 규정된 총 11개의 항소이유 중 어느 하나에 해당하면 국민참여재판의 결과를 상소심에 올릴 수 있다. 하지만 이처럼 항소가능성을 열어 둔 것은 법원에 의한 재판을 받을 권리를 침해해서 위헌이라는 국민참여재판에 대한 반대론을 무마하기 위한 공여지책이었다. 배심재판이 사실심에 관한 최종심인 것이 당연히, 원칙이다. 영국이 그렇고, 미국이 그렇다. 상식 선에서 1심의 판단은 말이 안 된다, 라고 비판할 수 있지만 그렇다고 해서 1심 판결을 뒤집는 것은 실질적인 의미에서 관할 위반이다. 1심의 사실인정은 “증거가 전혀 없이 내린 판단”이 아닌 한 1심 배심원의 전권사항이다. 법적으로는 2심 법관 3명의 합의로 1심의 사실판단을 바꿀 수 있는 게 맞지만, 그것은 배심재판과 국민참여재판의 본질을 외면한 법 해석론이다.

### 배심재판은 사실심에 관한 최종심

다행이 우리 대법원은 상고심에서 다음과 같이 결론을 내렸다. “배심원이 증인신문 등 사실심리의 전 과정에 함께 참여한 후 증인이 한 진술의 신빙성 등 증거의 취사와 사실의 인정에 관하여 만장일치의 의견으로 내린 무죄의 평결이 재판부의 심증에 부합하여 그대로 채택된 경우라면, 이러한 절차를 거쳐 이루어진 증거의 취사 및 사실의 인정에 관한 제1심의 판단은 실질적 직접심리주의 및 공판중심주의의 취지와 정신에 비추어 항소심에서의 새로운 증거조사를 통해 그에 명백히 반대되는 충분하고도 납득할 만한 현저한 사정이 나타나지 않는 한 한층 더 존중될 필요가 있다” 는 것이다.

그렇지 않아도 현행 국민참여재판에 대한 불안한 시각이 팽배해 있다. 무엇보다 배심원들이 내린 결정에 ‘이도저도 아닌’ 권고적 효력만을 부여한 것이 그렇고, 원칙은 만장일치안 되면 다수결 식으로 유래를 찾아볼 수 없는 의사결정 구조를 고안한 것도 그렇고, 국민참여재판의 본질과는 거꾸로 가는 이런 규정들이 보통 거슬리는 것이 아니다. 거기다가 항소가능성까지 무분별하게 인정하게 되면 국민참여재판은 참여재판이 아닌 참관재판으로 전락하고 말 것

이다.

### 국민참여재판에 대한 항소가능성 제한해야

앞서, 배심원 재판은 못 믿을 재판이라고 했다. 믿든 못 믿든 그것은 국민들의 몫이다. 지금 더 중요한 것은 국민들이 배심원을 두기로 결정했다는 점이다. 그랬다면 배심원을 국민의 대표로 대우해 주어야 한다. 결정을 존중하는 것, 그것 이상의 대우는 없다. □

## 배심판결 존중은 사법 정당성 확보를 위한 것

박용철 (서강대 법학전문대학원 교수)

### 국민참여재판과 공판중심주의

국민참여재판은 「국민의 형사재판참여에 관한 법률(이하 ‘참여법률’)」이 2008년 1월 1일부터 시행됨에 따라 사법제도 개혁의 하나로 시작된 배심원 재판으로 비록 배심원의 평결결과와 양형의견은 판결에 있어 권고적 효력밖에 갖고 있지 않고, 제1심인 국민참여재판의 평결과 법원의 채택으로 무죄가 선고된 사건이라 하더라도 검찰이 항소할 수 있도록 함으로써 사법제도 운영에 있어서의 국민의 참여 정도를 원천적으로 제한하고 있기는 하지만 사법의 민주적 정당성 및 신뢰를 높이기 위한 첫걸음이라는 점에서 상당한 의의가 있는 제도라 할 수 있다. 참여법을 시행 첫째 미미하던 국민참여재판 횟수가 올해는 이미 100건을 넘어서는 등 점차적으로 국민의 사법 참여는 증가하고 있다.

### 제1심 판단의 존중

모든 재판에서 가장 우선시되고 중요한 것은 이른바 사실관계의 확정이라 할 수 있다. 형사재판에 있어서는 과연 검사가 기소한 사건이 공소내용대로 실제로 발생하였는가, 그리고 형사법규에 따라 검사가 피고인의 유죄사실을 합리적 의심이 없을 정도로 입증할 수 있는가라는 점이 유무죄 판단에 선행되어야 하는 핵심적인 사항이라 할 수 있다. 사실관계 확정을 위한 증거조사가 가장 활발하게 이루어지는 시점은 제1심에서이고 적어도 사실관계를 확정하는 역할의 일부를 담당하는 국민참여재판에 있어서 배심원의 판단은 그만큼 중요하다 할 수 있다.

이러한 배심원 역할의 중요성은 2006년 대법원이 “제1심과 항소심의 신빙성 평가 방법의 차이에 우리 형사소송법이 채택하고 있는 실질적 직접심리주의의 취지 및 정신을 함께 고려해 보면, 제1심 판결 내용과 제1심에서 적법하게 증거조사를 거친 증거들에 비추어 제1심 증인이 한 진술의 신빙성 유무에 대한 제1심의 판단이 명백히 잘못되었다고 볼 특별한 사정이 있거나, 제1심의 증거조사 결과와 항소심 변론종결시까지 추가로 이루어진 증거조사 결과를 종합하면 제1심 증인이 한 진술의 신빙성 유무에 대

한 제1심의 판단을 그대로 유지하는 것이 현저히 부당하다고 인정되는 등의 예외적인 경우가 아니라면, 항소심으로는 제1심 증인이 한 진술의 신빙성 유무에 대한 제1심의 판단이 항소심의 판단과 다르다는 이유를 들어 제1심의 판단을 뒤집어서는 안 될 것”이라는 판단(대법원 2006. 11. 24. 2006도4994)을 함으로써 더욱 강화되었다.

### 배심원 결정에 정당성을 부여한 판결

2010년 3월 25일 대법원은 강도상해죄와 범인도피교사죄로 기소되었던 피고인에 대하여 상해의 죄만을 인정하고 나머지에 대하여는 무죄 평결을 하였던 국민참여재판의 배심원 만장일치의 결정을 채택한 제1심 법원의 판단에 대하여 이를 모두 파기하고 강도상해죄와 범인도피교사죄의 유죄를 선고한 항소심 법원의 판결에 대하여 배심원 평결을 채택한 “제1심의 판단은 실질적 직접심리주의 및 공판중심주의의 취지와 정신에 비추어 항소심에서의 새로운 증거조사를 통해 그에 명백히 반대되는 충분하고도 납득할 만한 현저한 사정이 나타나지 않는 한 한층 더 존중될 필요가 있다.”고 판시함으로써 국민참여재판의 배심원 결정에 정당성을 부여하였다(대법원 2010. 3. 25. 2009도 14065).

위 사건의 내용은 다음과 같다. 절도 전과가 있던 피고인은 미성년자와 함께 모텔에 투숙한 피해자의 얼굴을 주먹으로 1회 때려 코뼈를 함몰되는 비골골절상을 가하였는데 피해자로부터 목걸이를 강취하기 위하여 이와 같은 상해를 가하였다는 범죄사실에 근거하여 강도상해죄로 피고인이 공소외인에게 수사기관에서 조사를 받으면 자신의 본명이 아닌 “김훈”이라고 교사한 범죄사실에 대해서는 범인도피교사죄로 기소되었다.

### 1심을 뒤집을 만한 새로운 증거가 없다면

국민참여재판에서는 피고인이 목걸이를 건네받은 것은 피해자를 폭행한 뒤 한참 후에 있었던 일이고, 목걸이를 피고인이 가져갔는지의 여부와 실제로 범인도피 교사 행위가 있었는지는 신빙성이 인정되지 않는 공소외인의 증언에



근거한 것으로 상해만을 인정하고 강도상해죄와 범인도피 교사죄에 대해서는 무죄판결을 한 반면에 항소심 법원에서는 피해자의 진술만을 다시 고려하여 무죄판결을 파기하기에 이르렀던 것이다. 이처럼 항소심 판단에 있어 제1심 법원의 사실관계 확정은 이를 뒤집을 만한 새로운 증거가 없는 한 존중되어야 한다.

한편 대전고등법원은 국민참여재판 절차로 진행된 제1심에서, 피고인의 심신미약 주장을 배척하면서 그에 대한 심리를 다하지 않았다는 이유로 제1심 판결을 파기하였으나, 배심원들의 양형의견을 적정한 것으로 판단하여 이를 존중하여 제1심 판결의 형량을 그대로 유지하였다(대전고법 2008. 5. 28, 2008노123). 이는 비록 권고적 효력밖에 없는 양형의견이지만 배심원들이 피고인의 상태를 직접 파악하여 이를 양형에 반영한 양형의견을 항소심에서도 존중하겠다는 의지의 표현이라 할 수 있다.

#### 형사재판의 민주적 정당성 확보를 위해

위에서 언급한대로 국민참여재판은 앞으로 국민의 지속적인 관심을 받아야 할 사법의 정당성 확보를 위한 제도라 할 수 있다. 따라서 국민을 사법적 판단에 참여시킴으로써 더욱 배가하여 얻고자 하는 형사재판의 민주적 정당성과 직접주의 및 공판중심주의 중시의 경향은 항소심에서 이를 존중함으로써 실현될 수 있을 것이다.

사실 국민참여재판을 좀더 적극적으로 활성화하기 위해서는 미국의 연방형사소송규칙에서 규정하고 있는 것과 같이 배심원의 무죄 평결에 대하여 제1심 법원이 이를 뒤집을 수 없어야 하고(제29조), 일단 제1심 법원에서 무죄 판결이 난 것에 대해서는 검찰이 이를 항소할 수 없어야 할 것이다.

하지만 이와 같은 방식은 우리 헌법상 법관에 의해 재판을 받을 권리(제27조)에 위배될 수 있다는 비판을 받을 수 있기에 현재와 같이 제1심 법원의 판단을 존중하듯이 역시 제1심인 국민참여재판에 있어 배심원의 평결과 법원의 판단이 일치하는 경우에는 더욱 배심원의 평결을 존중하는 제도로 자리잡혀야 한다. □