

헌정제도연구사업

Issue Paper 2018-03-02

Ⅲ. 사회적 가치  
강화를 위한 법적  
쟁점과 전망


# 행정소송에서의 국민참여재판 도입에 관한 법적 쟁점과 전망

심민석



한국법제연구원  
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE





# 행정소송에서의 국민참여재판 도입에 관한 법적 쟁점과 전망

심 민 석 (송실사이버대학교 외래교수, 법학박사)

---

KOREA  
LEGISLATION  
RESEARCH  
INSTITUTE

ISSUE PAPER 2018-03-02

행정소송에서의  
국민참여재판 도입에  
관한 법적 쟁점과 전망

I. 들어가며	07
II. 미국의 배심제도에 관한 개관	09
1. 미국 배심제도의 의의와 특징	09
2. 미국 배심제의 종류와 주요 내용	11
III. 형사소송에서의 국민참여재판 제도의 개관	16
1. 국민참여재판 제도의 의의와 내용	16
2. 국민참여재판 제도의 현황과 문제점	21
3. 국민참여재판 제도의 개선 논의	24
IV. 행정소송에서의 국민참여재판 도입의 전망	28
1. 「국민과 함께하는 사법발전위원회」의 ‘민사 국민참여재판’ 실시 및 ‘배심조정’ 제도화 시행 의결	28
2. 국민참여재판이 행정재판에 시범적으로 시도된 사례	29
V. 행정소송에서의 국민참여재판 도입의 법적 쟁점	31
1. 국민참여재판의 위헌성에 관한 쟁점	31
2. 행정소송법상 관련청구소송의 이송 및 병합에 관한 쟁점	32
3. 국민참여재판의 대상사건에 관한 쟁점	32
4. 행정재판의 소송절차에 관한 쟁점	33
VI. 나가며	37



# I. 들어가며

- 알렉시 드 토크빌(Alexis de Tocqueville: 1805~1859)은 자신의 저서 「미국의 민주주의」에서 미국의 배심제를 “사회의 실질적인 주도권을 통치자가 아니라 피치자의 수중에 맡긴다는 점에서 공화주의적 성격을 지닌다. 배심제를 통해 시민들은 사회에서 맡아야 할 책임과 의무를 배우게 되며 민주주의에 활력을 불어넣는다. 이로써 미국은 민주주의 체제의 가장 큰 폐단인 다수의 압제를 막고 민주주의의 모범을 보여주고 있다.”고 표현한 바 있음.<sup>1)</sup>
- 또한 “미국에서의 배심제는 단순히 중립적인 재판기능에 그치지 않고 인권보호의 최후의 보루로서 정부의 권력남용에 대한 방어벽으로 그 기능이 확대되었다.”고 밝힌바 있음.<sup>2)</sup>
- 이와 같이 미국은 배심제를 통해 법관의 부패방지 및 외부의 압력을 감소시켜 재판의 투명성을 확보 하면서 사법결정의 민주적 정당성과 국민적 신뢰도를 높여 왔음.
- 이에 비해 우리의 사법영역은 입법이나 행정과는 달리 일반시민들의 참여가 배제되어 왔었음. 그러나 2008년 1월 1일부터는 사법의 민주적 정당성 강화와 재판의 투명성, 사법부에 대한 국민의 신뢰도 향상을 위해 형사재판에 국민참여재판제도를 도입하기 시작해 10년 간 운영해 오고 있음.
- 지난 10년간 운영되어 온 국민참여재판제도의 긍정적인 측면을 보면, 배심원의 재판절차 만족도가 평의 > 공판 > 선정절차 > 최초대기 순으로 높고, 배심원으로서 직무수행 만족도도 96.7%로 긍정적 으로 평가함. 또한 국민참여재판 시행과정에서 배심원들의 평결과 법원의 판결이 일치하는 비율이 93.1%에 달함. 즉, 배심원 평결의 신뢰성에 큰 문제가 없음.

1) 이용재, “토크빌의 민주주의론: 민주주의의 폐단에 대한 공화주의적 처방”, 한국사학사학회, 한국사학사학보 제26권, 2012.12, 360면.

2) 차동언, “국민참여재판(배심제)이 민주주의 발전에 미치는 영향”, 서울대학교 법학평론 편집위원회, 법학평론 제5권, 2015.02, 173면.

- 현재 우리의 국민참여재판제도는 낮은 신청률 및 실시율, 높은 배제율·철회율·항소율 등이 문제점으로 지적되고 있음. 이를 위한 개정안으로 대법원의 국민사법참여위원회가 확정한 안과 법무부 안이 제19대 국회에 제출되었으나 임기만료로 폐기된 상태이지만, 20대 국회 내에서 재논의 되고 있는 상황임.
- 그러나 우리의 국민참여재판제도는 형사재판에 한하여 시행되고 있는데 반하여 미국의 배심제판은 형사재판과 민사재판(행정재판 포함)에도 시행되고 있어서 우리와는 차이가 있음. 그러나 우리의 국민참여재판제도가 행정부의 권력남용에 대한 방어벽으로 그 기능을 충실히 수행하기 위해서는 행정재판에도 도입될 필요성이 있음.
- 미국에서는 행정권의 특권을 인정하지 않고 행정권과 사인 간의 관계도 원칙적으로 사인 상호 간의 관계를 규율하는 보통법에 의해 규율되고 있어서 일반적으로 정부의 위헌, 위법 또는 부당한 행위로 인하여 손해를 입은 개인은 연방법원에 정부를 상대로 금전배상을 청구하거나 행정행위의 금지 또는 일정한 행정행위를 명하는 판결을 구하는 것을 민사소송의 영역에서 다루고 있음.
- 특히 행정청의 재량권의 일탈·남용에 의한 위법한 처분과 그 밖의 공권력의 행사·불행사 등으로 인한 국민의 권리 또는 이익의 침해를 구제하는 행정재판에 있어서 국민참여재판을 실시하는 것은 국가의 공권력에 대한 신뢰 회복과 행정재판절차의 투명성을 증진시켜 행정재판의 민주적 정당성을 확보하여, 사법의 신뢰도 높이기 위한 것으로서 국민참여재판제도가 행정재판에도 도입될 필요가 있음.
- 행정소송에 국민참여재판제도가 도입될 수 있는지 여부를 살펴보기 위해 우선 배심제도가 어떠한 것인지를 미국의 배심제도를 통해 살펴보고, 우리의 국민참여재판제도는 미국의 배심제도와 어떻게 다르고 문제점은 무엇인지 또한 개선할 사항은 어떠한 것들이 있는지를 살펴본 후에 행정소송에 있어서 국민참여재판제도의 도입에 관한 전망과 법적 쟁점을 살펴보고자 함.



## II. 미국의 배심제도에 관한 개관

### 1. 미국 배심제도의 의의와 특징

#### (1) 미국 배심제도의 의의

- 배심제이란 법조인이 아닌 일반 시민이 재판에 배심원으로 참여하여 전문법관으로부터 독립하여 사실문제에 대해 평결의 형식으로 판단하고, 전문법관은 이러한 배심원단의 평결결과에 구속되어 재판하게 하는 사법제도임.<sup>3)</sup>
- 미국의 배심제도는 왕의 압제로부터 백성을 보호하던 영국의 보통법으로부터 발전해온 배심제도를 식민지였던 미국이 도입하면서, 억압적인 식민통치에 대항하여 식민지 시민의 자유와 권리를 보호하기 위한 수단으로 작용하기도 하였음. 이러한 영미법체계에서의 배심제도는 사회 변혁에 보조를 맞춰 발전해 왔으며, 지금도 정부 권력을 견제하는 기능을 수행하고 있음.
- 미국의 배심제도는 유럽 대륙 국가(독일, 프랑스, 노르웨이, 핀란드, 스웨덴 등)에서 행해지고 있는 참심제와는 차이가 있는데, 참심제는 일반 시민들 가운데 선발된 참심원이 일정기간 동안 전문 법관과 하나의 합의체 재판부를 구성하여 그와 동등한 권한을 갖고 전문 법관과 동일하게 사실문제와 법률문제와 양형에 모두 참여하는 제도로서 다소 전문성을 갖춘 시민을 재판에 참여시켜 그 지식과 경험을 재판에 활용하는 제도로 법률문제와 양형에 관하여는 참여하지 않는 배심제와는 다소 차이가 있음.<sup>4)</sup>

#### (2) 미국 배심제의 특징

- 미연방헌법은 제3조 제2절 제3항에서 “탄핵사건을 제외한 모든 범죄의 재판은 배심제로 한다. 그 재판은 그 범죄가 행하여진 주에서 하여야 한다.”고 규정하고 있음.

3) 홍석한, “미국의 배심제와 그 시사점”, 미국헌법학회, 미국헌법연구 제29권 제1호, 2018.04, 262면.

4) 홍석한, 앞의 논문, 263면.

- 수정헌법 제5조는 “누구라도, 대배심에 의한 고발 또는 기소가 있지 아니하는 한, 사형에 해당하는 죄 또는 파렴치죄에 관하여 심리를 받지 아니한다. 다만, 육군이나 해군에서 또는 전시나 사변 시에 복무 중에 있는 민병대에서 발생한 사건에 관하여서는 예외로 한다.”고 규정하고 있음.
- 수정헌법 제6조는 “모든 형사소추에 있어서, 피고인은 범죄가 행하여진 주 및 법률이 미리 정하는 지구의 공정한 배심에 의한 신속한 공판을 받을 권리, 사건의 성질과 이유에 관하여 통고받을 권리, 자기에게 불리한 증인과 대질신문 받을 권리, 자기에게 유리한 증인을 얻기 위하여 강제적 수속을 취할 권리, 자신의 변호를 위하여 변호인의 도움을 받을 권리가 있다고.”고 규정함.
- 수정헌법 제7조는 “보통법상의 소송에 있어서, 분쟁의 액수가 20달러를 초과하는 경우에는 배심에 의하여 심리를 받을 권리가 보유된다. 배심에 의하여 심리된 사실은 보통법의 규정에 의하는 이외에 합중국의 어느 법원에서도 재심을 받지 아니한다.”고 규정함.
- 이와 같이 미국의 배심제도는 형사사건과 민사사건의 경우에 배심에 의해 재판이 헌법상 권리로 인정되고 있는데, 특이한 점은 영미법계에서는 행정권의 특권을 인정하지 않고 행정권과 사인 간의 관계도 원칙적으로 사인 상호 간의 관계를 규율하는 보통법에 의해 규율되고 있어서 미국에서는 일반적으로 정부의 위헌, 위법 또는 부당한 행위로 인하여 손해를 입은 개인은 연방법원에 정부를 상대로 금전배상을 청구하거나 행정행위의 금지 또는 일정한 행정행위를 명하는 판결을 구하는 것을 민사소송의 영역에서 다루고 있음.<sup>5)</sup>
- 영국 배심제도는 11세기 전후 노르만 정복 시에 노르만의 일방적 사실조사방법에 기원하는데, 사법 제도로써 확립된 시기는 헨리 2세의 통치 시기이며, 최초로 제정된 법은 1164년의 클래런던 법령으로 대배심(기소배심)의 기원이 되었고, 존(John)왕이 승인한 마그나 카르타 제39조<sup>6)</sup>에 의해 일반인에 의한 배심재판을 받을 권리가 규범화되었고, 마그나 카르타 제40조<sup>7)</sup>에 의해 거액의 비용을 지불해야 했던 배심재판의 관행을 철폐시켜 배심재판이 활성화를 이룸.<sup>8)</sup>

5) 박주성, “미국 행정부의 헌법재판 및 행정소송 대응방법”, 법무연수원, 국외훈련검사 연구논문집 제26집, 2011.07, 252면.

6) 대헌장(Magna Carta) 제39조 자유인은 동료의 합법적 결정 또는 법률에 의하지 않고는 구속, 체포되거나 법익을 박탈당하지 않는다.

7) 대헌장(Magna Carta) 제40조 짐은 어느 누구에게도 정의와 재판을 팔지 아니하며, 또한 어느 누구에 대하여도 정의와 재판을 거부하거나 지연시키지 아니한다.

8) 진재선, “영국 배심제의 순기능, 문제점 및 개선방안”, 법무연수원, 국외훈련검사 연구논문집 제27집, 2012.04.

- 영국의 배심제도는 보통법상 인정되는 제도로 국회에서 제정한 일반 법률에 의거하여 시행되고 있으며, 주요 법률로는 배심원법(the Juries Act)으로, 민사 배심과 형사 배심 모두 적용되고, 형사사법 및 공공질서법(the Criminal Justice and Public Order Act)과 법정모욕법(the Contempt of Court Act) 등이 있음.
- 이와 같이 미국의 배심제도는 연방헌법 상의 근거 조문을 가지고 있으나, 영국의 배심제도는 법률에 근거하여 유지해오고 있는데, 영국이 불문헌법국가라는 점을 고려한다면 법적 근거가 약하다고만은 할 수 없음.
- 배심제도는 사법권 통제를 위한 제도이지만, 사회의 실질적인 주도권을 통치자가 아니라 피치자의 수중에 맡긴다는 공화주의적 성격도 지니고 있음.
- 그러나 복잡해진 현대 사회에서의 배심제가 과거와 같은 형태로 그대로 존속하기에는 고비용과 저효율, 전문성과 신뢰성의 문제가 제기되기도 함.
- 이러한 문제제기에 배심제도는 여전히 국민이 사법에 참여함으로써 국가 권력의 남용을 견제하고 국민의 인권보장과 국민주권 및 사법의 민주화를 실현시키는 제도이며, 더 나아가 시민들이 사회에서 맡아야 할 책임과 의무를 배우는 시민교육을 위한 중요한 장이기도 함.

## 2. 미국 배심제의 종류와 주요 내용

### (1) 대배심(grand jury)

- 대배심은 형사사건에서 배심원이 기소를 하는 것이 상당하다고 인정될 만한 증거의 유무를 심리하여 배심원의 대표자와 검사가 공동으로 서명하여 정식 기소하는 제도인데, 이를 기소배심(Indictment jury)이라고도 함.<sup>9)</sup>

9) 차동언, 앞의 논문, 177면.

- 미국의 대배심제도는 식민통치하에서 영국에 의한 기소권 남용을 견제하기 위한 수단으로 부각되었고, 독립전쟁을 전후하여 중요한 사법제도의 하나로 존속하고 있지만, 영국은 1948년 형사법(Criminal Justice Act)에 의해 완전히 폐지됨.<sup>10)</sup>
- 기소배심원은 피고인 측에서 그 선발에 관여할 수 없고, 기소배심원 선발을 담당한 재판부가 기소배심원이 역할에 합당한 사람을 후보자 중에서 선발하고, 한 번 선발되면 1년 6개월 정도 기소배심원이 되어 그 기간에 발생하는 범죄를 모두 담당하게 됨.<sup>11)</sup>
- 연방의 경우에는 장기간에 걸쳐서 배심원들이 임무를 수행해야 하기 때문에 교체되는 경우가 발생하게 되어, 연방형사소송규칙에 따라 16명에서 23명이 배심원이 참여할 것을 요건으로 하고, 기소배심원의 결정은 12명이 동의하면 됨.<sup>12)</sup>
- 기소배심은 소위 수사배심의 역할을 하는데 참고인들에게 소환장을 발부하여 소환하거나 물적 증거의 제출을 명하게 할 수 있으며, 소환장에 불응하면 참고인은 법정모독죄로 처벌받게 되고, 참고인이 기소배심에 출석하여 허위의 사실을 진술하면 위증죄로 처벌됨.<sup>13)</sup>
- 기소배심에 의해 소환된 참고인은 밀실인 검사실이 아니라 기소배심원단 앞에서 진술하게 되고, 기소배심에서 진술한 내용에 대하여는 법정에서도 그 진술이 그대로 인정되어 검사의 수사를 편하게 하면서 수사과정에서의 투명성과 국민적 감시도 보장하고 있음.<sup>14)</sup>

## (2) 소배심(petty jury)

### 1) 대상 사건

- 소배심은 재판부에서 배심원들이 만장일치로 범죄의 유형을 확정하고 유무죄에 대해 평결을 내리는 제도로 심리배심(Trial jury)이라고도 함.

10) 홍석한, 앞의 논문, 268면.

11) 차동언, 앞의 논문 주석 22) 인용, 177면.

12) 홍석한, 앞의 논문, 268면.

13) 차동언, 앞의 논문, 178면.

14) 차동언, 앞의 논문, 179면.

- 미연방헌법 제3조 제2절 제3항에 따라 탄핵사건을 제외한 모든 범죄의 재판이 배심제로 진행되며, 수정헌법 제6조에 따라 모든 형사소추에서 피고인은 배심에 의한 재판을 받을 권리를 갖고 있음.
- 그러나 연방대법원은 헌법 해석을 통해 피고인은 배심에 의한 재판을 받을 권리를 포기할 수 있다고 판시하고 있고,<sup>15)</sup> 여러 주들은 헌법 또는 법률에 의해 포기할 수 있는 권리로 규정하고 있음.<sup>16)</sup>
- 미국의 연방대법원은 경범죄에 대해서는 배심에 의한 재판을 받을 권리가 적용되지 않는다고 보고 있으며,<sup>17)</sup> 대부분의 주의 대법원에서도 중죄의 경우에 배심재판을 받을 권리가 헌법상 보장된다고 보고 있음.

## 2) 배심원의 선정 및 구성

- 미국은 1968년 제정된 「배심원의 선정 및 역할에 관한 법률(The Jury Selection and Service Act, 1968)」에 의해 계층, 성별, 인종과 상관없이 배심원을 구성하도록 규정함으로써 배심제도의 제도적 기틀이 형성됨.
- 「배심원의 선정 및 역할에 관한 법률」은 배심원의 자격을 ① 미합중국의 시민권자일 것, ② 18세 이상 일 것, ③ 해당법원의 관할지역 내에 1년 이상 거주하고 있을 것, ④ 영어를 구사할 수 있을 것, ⑤ 배심원으로 종사하기에 적절하지 않은 심신장애가 없을 것, ⑥ 현재 중죄로 기소되지 않은 상태이며 중죄로 유죄판결을 받지 않았을 것 등(28 U.S.C. 1865(b))을 규정하고 있음.
- 배심원은 전통적으로 12명으로 구성되며, 배심원 전원이 만장일치로 평결하여야 하는 것으로 되어 있지만, 연방대법원은 1970년 Williams v. Florida사건에서 배심원의 수가 법률로 정해진 것이 아니므로 배심원이 12명으로 구성되는 것이 배심재판에 필수적인 것은 아니라고 판시하였으며,<sup>18)</sup> 사형에

15) Patton v. United States, 281 U.S. 276 (1930).

16) 홍석한, 앞의 논문, 269면.

17) Duncan v. Louisiana 391 U.S. 145 (1968).

18) Williams v. Florida, 399 U.S. 78 (1970).

관한 사건이 아닌 한 주법이 6명으로 배심원이 구성되도록 하는 것도 적법하다고 하였지만,<sup>19)</sup> 배심재판을 6명 미만으로 구성하는 것은 위헌이라고 판시함.<sup>20)</sup>

- 배심원은 1차적으로 무작위 추첨을 통하여 예비배심원을 구성하고, 예비배심원에 대한 예비신문과 기피 절차를 통하여 검사와 변호사가 배심원으로 동의한 사람만을 심리를 담당할 배심원으로 구성함.
- 기피는 무이유부 기피, 이유부 기피가 있는데, 무이유부 기피(peremptory challenge)는 특별한 이유가 없이 배심원을 기피하는 것이고, 이유부 기피(challenge for cause)는 예비배심원이 편견을 갖고 심리와 평결에 임할 수 있다는 등의 이유를 적시하여 기피하는 것을 말함.

### 3) 배심원의 권한과 평결방식

- 법관은 법과 관련한 전문가로서 전반적인 재판을 진행하고, 확정된 사실관계에 대해 관련 법령을 해석, 적용하는 역할을 하고, 배심원은 법관으로부터 사실관계의 쟁점 및 관련 법령의 내용에 대한 설명을 듣고 유무죄를 확정함.
- 배심제는 구체적인 사실관계의 확정이 전문 법관이 아닌 일반인의 관점에서도 이루어지도록 함으로써 법관에 의한 사실관계의 왜곡을 방지하는데 주요한 의의가 있음.<sup>21)</sup>
- 배심원의 평의는 자유롭게 진행되며, 법관은 사전에 배심원의 심리와 평결에 도움을 줄 수 있는 관련 법령의 의미, 사건 요약, 사건의 중요 쟁점과 검토해야 할 문제점, 적용될 법령 등을 설명해주어야 함.
- 연방과 대부분의 주에 있어서 배심원의 평결은 만장일치로 이루어져야 하는데, 만장일치가 되지 않으면 평결불성립으로 결론이 없는 재판의 종결이 선언되고 당해 배심원은 해산되며 새로 배심원을 구성하여 심리를 계속함.<sup>22)</sup>

19) Colgrove v. Battion, 413 U.S. 149(1973).

20) Ballew v. Georgia, 435 U.S. 223(1978).

21) Nancy S. Marder, The Jury Process, Foundation Press, 2005, pp.7~8.

22) 홍석한, 앞의 논문, 274면.

- 다만, 일부 주에서는 민사사건을 중심으로 3분의 2 또는 75%이상 찬성에 의한 평결도 시험되고 있으며, 연방대법원도 주 사건에서는 사형에 해당하는 경우가 아닌 한 9대 3<sup>23)</sup> 또는 10대 2의 정족수로 유죄를 선고하는 것도 헌법에 위반되지 않는다고 판시하였지만,<sup>24)</sup> 6명으로 이루어진 배심원단의 경우에는 언제나 만장일치로 평결하여야 한다고 함.<sup>25)</sup>

#### 4) 배심원 평결의 효력

- 법관은 배심원의 평결결과에 구속되는 것이 원칙이지만, 재판에서 제시된 증언과 증거들에 비추어 배심원의 평결이 현저히 부당한 경우에 법관은 일반적 상식을 가진 사람의 입장에서 인정될 수 있는 내용으로 사실을 제시하고 그렇게 평결하도록 배심원에 명할 수 있으며, 배심원의 평결이 크게 불합리하고, 건전한 상식을 가진 일반인이라면 당연히 그와 반대되는 결론을 내렸을 것이라고 인정되는 경우에 법관은 배심원 평결의 구속력을 배제하고 스스로 사실을 확정하여 판결을 선고할 수 있음.<sup>26)</sup>

23) Johnson v. Louisiana, 406 U.S. 356 (1972).

24) Apodaca v. Oregon 406 U.S. 404 (1972).

25) Burch v. Louisiana, 441 U.S. 139 (1979).

26) 홍석한, 앞의 논문, 275면.

### III. 형사소송에서의 국민참여재판 제도의 개관

#### 1. 국민참여재판 제도의 의의와 내용

##### (1) 국민참여재판 제도의 의의와 특징

- 「국민의 형사재판 참여에 관한 법률(이하 ‘동법’)」의 제정에 따라 2018년 1월 1일부터 시행해 오고 있는 우리의 국민참여재판제도는 배심원으로 선정된 일반 국민이 형사재판에 참여하여 법정 공방을 지켜본 후 피고인이 유·무죄에 관한 평결을 내리고 적정한 형을 토의하여 재판부가 이를 참고하여 판결을 선고하는 제도임.
- 국민참여재판은 피고인의 신청에 의해 이루어진다는 점, 배심원들의 다수결로 평결이 이루어지고 있다는 점, 배심원의 평결은 법원을 기속하지 못하고 권고적 효력만을 가진다는 점, 배심원은 심리에 관여한 판사와 함께 양형에 관하여 토의는 하지만 양형결정에는 참여할 수 없는 점에서 미국의 배심제와는 차이가 있으나, 전문 법관과 하나의 합의체 재판부를 구성하는 대륙법 국가의 참심제보다는 미국의 배심제에 보다 가깝다고 할 수 있음.
- 헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”고 규정하고 있는데, 이에 대해 헌법재판소는 “헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 재판을 받을 권리를 (직업)법관에 의한 재판을 받을 권리”라고 밝히고 있으며,<sup>27)</sup> “법관에 의한 재판을 받을 권리를 보장한다고 함은 결국 법관이 사실을 확정하고 법률을 해석·적용 하는 재판을 받을 권리를 보장한다는 뜻이고, 만일 그러한 보장이 제대로 이루어지지 아니한다면, 헌법상 보장된 재판을 받을 권리의 본질적 내용을 침해하는 것으로서 우리 헌법상 허용되지 아니한다.”고 결정한 바 있고,<sup>28)</sup> 그리고 “현행 헌법상 ‘법관에 의한 재판을 받을 권리’는 ‘직업법관’에 의한 재판을 받을 권리를 의미하는

27) 헌법재판소 1993. 11. 25. 선고 91헌바8결정; 2009. 11. 26. 2008헌바12결정.

28) 헌법재판소 2002. 2. 28. 선고 2001헌가18결정.



것으로 ‘국민참여재판을 받을 권리’가 헌법 제27조 제1항에서 규정한 재판을 받을 권리의 보호범위에 속한다고 볼 수 없다.”고 판시하였음.<sup>29)</sup>

- 따라서 국민참여재판을 받을 권리는 헌법상 보장된 기본권이 아닌 법률에 의해 보장된 권리로 인정되고 있음.

## (2) 국민참여재판 제도의 주요내용

### 1) 대상사건과 피고인의 의사확인

- 동법 제5조 제1항은 법원조직법 제32조 제1항(제2호 및 제5호는 제외한다)에 따른 합의부 관할사건 및 이에 해당하는 사건의 미수죄·교사죄·방조죄·예비죄·음모죄에 해당하는 사건과 형사소송법 제11조에 따른 관련사건으로 병합하여 심리하는 사건을 국민참여재판의 대상사건으로 규정하고 있음. 이와 관련하여 「국민의 형사재판 참여에 관한 규칙」에 따라 모든 합의사건과 단독사건이지만 재정합의 결정<sup>30)</sup>이 내려진 사건은 국민참여재판을 받을 수 있음.
- 동법 제5조 제2항은 피고인이 국민참여재판을 원하지 아니하거나 배제결정(동법 제9조 제1항)이 있는 경우는 국민재판을 하지 아니한다고 규정하고 있음.
- 법원은 대상사건의 피고인에 대하여 국민참여재판을 원하는지 여부에 관한 의사를 서면 등의 방법으로 반드시 확인하여야 하고(동법 제8조 제1항), 피고인은 공소장 부분을 송달받은 날부터 7일 이내에 국민참여재판을 원하는지 여부에 관한 의사가 기재된 서면을 제출하여야 하며, 이 경우 피고인이 서면을 우편으로 발송한 때, 교도소 또는 구치소에 있는 피고인이 서면을 교도소장·구치소장 또는 그 직무를 대리하는 자에게 제출한 때에 법원에 제출한 것으로 봄(동법 제8조 제2항).
- 피고인이 국민참여재판확인 서면을 제출하지 아니한 때에는 국민참여재판을 원하지 아니하는 것으로 봄(동법 제8조 제3항).

29) 헌법재판소 2009. 11. 26. 2008헌바12결정.

30) 재정합의결정이란 단독판사가 말아야 할 사건이지만 사안의 중요성으로 합의부가 재판하도록 재정결정부가 결정하는 것을 말함.

## 2) 법원의 배제결정과 통상절차회부결정

- 법원은 공소제기 후부터 공판준비기일이 종결된 다음날까지 “①배심원·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 ② 공범 관계에 있는 피고인들 중 일부가 국민참여재판을 원하지 아니하여 국민참여재판의 진행에 어려움이 있다고 인정되는 경우 ③ 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제2조의 범죄로 인한 피해자(이하 "성폭력범죄 피해자"라 한다) 또는 법정대리인이 국민참여재판을 원하지 아니하는 경우 ④ 그 밖에 국민참여재판으로 진행하는 것이 적절하지 아니하다고 인정되는 경우”에 해당하는 경우에는 국민참여재판을 하지 아니하기로 하는 결정을 할 수 있음(동법 제9조).
- 법원은 피고인의 질병 등으로 공판절차가 장기간 정지되거나 피고인에 대한 구속기간의 만료, 성폭력범죄 피해자의 보호, 그 밖에 심리의 제반 사정에 비추어 국민참여재판을 계속 진행하는 것이 부적절하다고 인정하는 경우에는 직권 또는 검사·피고인·변호인이나 성폭력범죄 피해자 또는 법정대리인의 신청에 따라 결정으로 사건을 지방법원 본원 합의부가 국민참여재판에 의하지 아니하고 심판하게 할 수 있음(동법 제11조).

## 3) 배심원의 자격과 선정 및 구성

- 배심원은 만 20세 이상의 대한민국 국민 중에서 이 법으로 정하는 바에 따라 선정되는데(동법 제16조), ① 이 법이 정한 일정한 결격사유(동법 제17조)에 해당하는 자, ② 대통령·국회의원·지방자치단체의 장 및 지방의회 의원·법관·검사·변호사·법무사·법원 및 검찰 공무원 등 직업 등에 따른 제외사유에 해당하는 자(동법 제18조), ③ 불공평한 재판을 할 우려가 있는 제척사유에 해당하는 자(동법 제19조)는 배심원으로 선정되는 것이 상당하지 않으므로 배심원으로 선정될 수 없음.
- 법원은 만 70세 이상인 사람, 과거 5년 이내에 배심원후보자로 선정기일에 출석한 사람, 금고 이상의 형에 해당하는 죄로 기소되어 사건이 종결되지 아니한 사람, 법령에 따라 체포 또는 구금되어 있는 사람, 배심원 직무의 수행이 자신이나 제3자에게 위해를 초래하거나 직업상 회복할 수 없는 손해를

입게 될 우려가 있는 사람, 중병·상해 또는 장애로 인하여 법원에 출석하기 곤란한 사람, 그 밖의 부득이한 사유로 배심원 직무를 수행하기 어려운 사람은 배심원의 직무 수행을 면제하고 있음(동법 제20조).

- 법정형이 사형·무기징역 또는 무기금고에 해당하는 대상사건에 대한 국민참여재판에는 9인의 배심원이 참여하고, 그 외의 대상사건에 대한 국민참여재판에는 7인의 배심원이 참여할 수 있지만, 법원은 피고인 또는 변호인이 공판준비절차에서 공소사실의 주요내용을 인정한 때에는 5인의 배심원이 참여하게 할 수 있음(동법 제13조 제1항). 다만, 법원은 사건의 내용에 비추어 특별한 사정이 있다고 인정되고 검사·피고인 또는 변호인의 동의가 있는 경우에 한하여 결정으로 배심원의 수를 7인과 9인 중에서 달리 정할 수 있음(동법 제13조 제1항).
- 검사와 변호인은 배심원이 9인인 경우에는 5인, 7인인 경우에는 4인, 5인인 경우에는 3인의 범위 내에서 무이유부 기피신청을 할 수 있고, 무이유부 기피신청이 있는 때에는 당해 배심원후보자를 배심원으로 선정할 수 없다. 법원은 출석한 배심원후보자 중에서 당해 재판에서 필요한 배심원과 예비배심원의 수에 상응하는 배심원후보자를 무작위로 뽑고 이들을 대상으로 직권, 기피신청 또는 무이유부 기피신청에 의한 불선정결정을 반복하여, 필요한 수의 배심원과 예비배심원 후보자가 확정되면 법원은 무작위의 방법으로 예비배심원과 예비배심원을 선정함(동법 제30조, 제31조).

#### 4) 배심원의 권한과 평결방식

- 배심원은 국민참여재판을 하는 사건에 관하여 사실의 인정, 법령의 적용 및 형의 양정에 관한 의견을 제시할 권한이 있으며(동법 제12조 제1항), 배심원은 법령을 준수하고 독립하여 성실히 직무를 수행하여야 하고(동법 제12조 2항), 배심원은 직무상 알게 된 비밀을 누설하거나 재판의 공정을 해하는 행위를 하여서는 안 됨(동법 제12조 3항).
- 재판장은 변론이 종결된 후 법정에서 배심원에게 공소사실의 요지와 적용법조, 피고인과 변호인 주장의 요지, 증거능력, 그 밖에 유의할 사항에 관하여 설명하여야 하고, 이 경우 필요한 때에는 증거의 요지에 관하여 설명할 수 있음(동법 제45조 제1항), 심리에 참여한 배심원은 재판장의 설명을 들은 후 유·무죄에 관하여 평의하고, 전원의 의견이 일치하면 그에 따라 평결하는데, 다만, 배심원 과반수의 요청이 있으면 심리에 참여한 판사의 의견을 들을 수 있음(동법 제45조 제2항).

- 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 하고, 심리에 관여한 판사는 평의에 참석하여 의견을 진술한 경우에도 평결에는 참여할 수 없음(동법 제45조 제3항).
- 평결이 유죄인 경우 배심원은 심리에 관여한 판사와 함께 양형에 관하여 토의하고 그에 관한 의견을 개진하며, 재판장은 양형에 관한 토의 전에 처벌의 범위와 양형의 조건 등을 설명하여야 함(동법 제45조 제4항)

## 5) 배심원 평결의 효력과 판결 선고

- 배심원의 평결과 의견은 법원을 기속하지 아니함(동법 제45조 제5항).
- 판결의 선고는 변론을 종결한 기일에 하여야 한다. 재판장은 판결선고 시 피고인에게 배심원의 평결 결과를 고지하여야 하며, 배심원의 평결결과와 다른 판결을 선고하는 때에는 피고인에게 그 이유를 설명하여야 함(동법 제48조).
- 판결서에는 배심원이 재판에 참여하였다는 취지를 기재하여야 하고, 배심원의 의견을 기재할 수 있고, 배심원의 평결결과와 다른 판결을 선고하는 때에는 판결서에 그 이유를 기재하여야 함(동법 제49조).

## 6) 처벌규정

- 동법은 벌칙으로 배심원 등에 대한 청탁죄와 배심원 등에 대한 위협죄를 두는 한편, 배심원 등에 대하여도 비밀누설죄와 금품수수죄의 처벌규정을 두고 있음(동법 제56조~제59조).

## 2. 국민참여재판 제도의 현황과 문제점

### (1) 낮은 신청률과 실시율의 문제

#### 1) 현황

- 2008년부터 2017년까지 피고인의 수를 기준으로 5,701건의 사건이 접수되었고, 그 중 2,267건 (40.3%)이 국민참여재판으로 진행됨.
- 2013년까지 전체적으로 국민참여재판 접수건수와 실시건수는 증가 추세였으나 2014년, 2015년 전체 접수 및 실시 건수가 감소추세에 있었고, 2016년에 크게 증가하였다가(2015년 대비 약 170%) 2017년에 다시 약간 감소함.<sup>31)</sup>
- 국민참여재판 대상사건 143,807건 중 4.0%인 5,701건이 국민참여재판으로 접수되었고, 그 중 2,267건이 실제 참여재판으로 진행되었으므로 실시율은 1.58%에 불과함.
- 2012년 대상사건의 범위가 전체 합의사건으로 확대되어 전체적으로 대상사건의 범위가 늘어난 것에 비하여 국민참여재판 접수 및 실시건수는 늘어나지 않고 있음.
- 다만 주목할 만한 변화가 있다면, 최근 단독사건이 재정합의결정을 통해 국민참여재판으로 진행되는 경우가 많아지고 있다는 것임(2016년, 2017년의 경우 전체 국민참여재판 실시건수 대비 재정합의 사건(단독사건)의 비율이 2016년 42.6%, 2017년 49.4%로 크게 증가함(반대로 합의사건에서는 참여재판이 실시되는 비율이 상대적으로 감소함)).

#### 2) 원인

- 국민참여재판에 대하여 대부분의 국민이 제도의 존재 자체는 알고는 있지만 피상적인 인식에 머무르고 있음.

31) 국민참여재판의 현황과 문제점은 2018년 6월 8일자 「국민과 함께하는 사법발전위원회」 제4차 회의 자료를 참고함.

- 피고인이 국민참여재판을 몰라서 신청하지 않는 비율이 62.4%에 이릅니다. 또한 국민참여재판을 담당하는 데 소극적인 변호인의 태도(접견과정에서 참여재판 신청을 권유받았다는 피고인이 7.7%에 불과함)도 중요한 원인의 하나로 볼 수 있음.
- 국민참여재판 신청으로 불이익을 받게 될 불안감(우려)으로 국민참여재판을 신청하지 않았다고 생각하는 피고인도 상당수(30% 이상) 존재하는 것으로 보임.
- 현행 신청주의에 따라 피고인이 원하지 아니하는 경우, 법원, 검찰, 변호사, 국민이 원한다고 하더라도 국민참여재판을 실시할 수 없음.
- 신청주의는 피고인이 신청할 경우 법원이 배제하지 않아야 참여재판으로 진행된다는 점에서 신청권자인 피고인에게 상당한 심리적 부담을 주게 됨.

## (2) 높은 철회율의 문제

- 현행법에 의하면 피고인은 배제결정 전, 지방법원 지원 합의부의 국민참여재판 회부결정 전, 공판준비기일 종결 전, 제1회 공판기일이 열리기 전에는 자유롭게 국민참여재판 신청을 철회할 수 있음.
- 이러한 피고인의 자유로운 철회권 인하여 2017. 12. 31.까지 국민참여재판이 접수된 사건 중 40.5%에 이르는 사건이 철회로 말미암아 국민참여재판을 실시할 수 없게 되었음. 이유는 착오가 50%, 배심평결의 권고적 효력 45%, 검사의 불호 36%, 판사의 불호 36%, 변호사의 권유 20%, 높은 양형 17% 등으로 나타남.
- 한편, 법원별 철회비율이 최저 18%부터 최고 53.2%까지 편차가 크게 나타나고 있다는 점도 주목할 필요가 있으며, 법원별 편차 해소 방안 마련이 필요함.

### (3) 높은 배제율의 문제

- 2017. 12. 31.까지 국민참여재판 배제율은 평균 19.1%에 달하고, 그 중 대부분 (72.2%, 2016. 12. 31.현재)이 제9조 제1항 제4호 ‘국민참여재판의 진행이 적절하지 아니하다고 인정되는 경우’에 의하여 배제결정이 이루어짐.
- 이에 대하여 포괄적이고 불명확한 조항을 근거로 법원이 자의적으로 국민참여재판을 배제함으로써, 피고인의 국민참여재판을 받을 권리를 침해하고 국민참여재판제도의 도입 취지에 역행하고 있다는 비판과 아울러 제4호를 보다 구체화해야 한다는 주장이 제기됨.
- 한편, 법원별 배제비율이 최저 8.8%에서 최고 46.7%로 편차가 크다는 점도 주목할 필요가 있음. 특히 배제결정에 관한 통일적인 기준이 형성 필요함.

### (4) 높은 항소율

#### 1) 현황

- 참여재판 대상사건에 대하여 참여재판으로 진행한 경우의 항소율(81.0%, 2017. 12. 31. 현재)이 1심 지방법원 본원 형사합의사건의 항소율(61.5%)에 비하여 비교적 높게 나타남.
- 참여재판에서 피고인 항소율(쌍방 항소한 경우 포함)은 59.2%이고, 1심 지방 법원 본원 형사합의 사건의 피고인 항소율 51.2%보다 높게 나타남.
- 검사의 항소율(쌍방 항소한 경우 포함)은 1심 지방법원 본원 형사합의사건의 경우는 28.1%에 불과 하나, 참여재판에서는 48.4%에 이름.

#### 2) 원인

- 높은 중범죄에 국민참여재판의 비율이 높게 나타나고 있으며, 실형률도 높게 나타나고 있음. 또한 무죄율도 높게 나타나고 있음.

- 실행률은 2017. 12. 31. 현재 60.3%(전체 형사합의사건의 실행률은 45% 내외).
- 무죄율은 2017. 12. 31. 현재 10.1%(같은 기간 전체 형사합의사건 1심 무죄율은 4.1%). 특히 2015년 9.4%, 2016년 14.4%, 2017년 18.0%로 최근 매년 무죄율이 상승하는 추세임.
- 양형부당과 1회 공판기일에 배심원 선정절차를 포함한 모든 절차를 종결해야 하는 부담 때문에 충분한 심리가 이루어지지 못한 점이 작용.
- 참여재판에 대한 막연한 불신에 따른 배심원 판결에 대한 승복 자세 부족.
- 무죄판결과 집행유예판결에 대한 검사의 무조건적인 항소 관행.
- 높은 항소율은 참여재판에 대한 신뢰 및 실효성 저하와 피고인이 참여재판을 신청함에 있어 심리적 위축감 조장할 수 있음.

### 3. 국민참여재판 제도의 개선 논의

- 2008년 1월 1일부터 시행되어 온 국민참여재판은 5년간의 시범운영기간 동안에 발생한 다양한 문제를 개선하고자 2012년 7월에 대법원 내에 국민사법참여위원회를 구성하여 우리의 사법제도에 가장 적합한 형태의 국민참여재판제도를 마련하기 위한 최종 결의안을 8차의 공청회 끝에 2013년 3월 6일에 최종안을 확정 의결하였음.
- 이에 법무부는 국민사법참여위원회가 의결한 최종안을 법무부 차원에서 2차에 걸쳐 수정한 다음에 2013년 10월 11일에 ‘국민의 형사재판 참여에 관한 법률 일부 개정안’을 입법예고 함.
- 정부는 2014년 6월 12일에 법무부 안을 바탕으로 하여 제19대 국회에 제출하였으나 국회의 임기 만료로 폐기된 상태이지만, 제20대 국회에서 재논의 되고 있음.
- 현재 사법제도 개혁을 위하여 대법원은 사법개선 과제를 확정하고, 사법제도 개선 방안에 관한 연구 및 심의 기능을 수행하도록 하기 위하여 「국민과 함께하는 사법발전위원회」를 2018년 2월 27일에 발족함.



- 아래에서는 국민사법참여위원회 안과 법무부 안을 비교 검토하면서 논의되고 있는 쟁점과 개선안을 검토해 보고자 함.<sup>32)</sup>

## (1) 대상 사건

- 국민사법참여위원회 안은 대상 사건을 현행과 동일하게 규정하고 있음.
- 법무부 안은 법원조직법 제32조 제1항 제6호에 따른 지방법원 합의부 관할 사건을 제외하는 규정을 둬으로써 공직선거법 위반과 치료감호사건과 같이 법정형이 단기 1년 이하의 징역이나 금고에 해당하지만 합의부사건에서 담당하도록 한 재정합의부 사건은 국민참여재판으로 진행할 수 없게 함.
- 국민참여재판제도의 근본 취지는 사법절차에 대한 국민의 신뢰성 회복에 있기 때문에 정치범죄, 공무원범죄, 공직선법위반 범죄, 경제범죄 등 ‘권력형 범죄’에 대해 국민참여재판이 이루어 질 수 있도록 입법될 필요가 있으므로 법무부 안의 바람직하지 않음.<sup>33)</sup>

## (2) 실시요건

- 국민사법참여위원회 안은 현행대로 ‘합의부 관할사건’ 중에서 피고인의 신청주의를 유지하면서 법원의 직권 또는 검사의 신청에 의해 국민참여재판을 실시할 수 있도록 규정함.
- 법무부 안은 위의 규정에서 법원의 직권부분을 삭제하고 검사의 산청만을 규정함.
- 국민사법참여위원회 안은 피고인의 신청주의의 문제점을 개선하고자 신청주체를 법원과 검사로 넓혀 신청주의 다원화를 모색한 반면에 법무부 안은 검사의 신청만을 규정함으로써 신청주체의 범위를 축소시키고 있어서 오히려 신청주의의 문제점을 해결하지 못하고 검찰의 권한만을 강화시키고 있는 것으로 보임.<sup>34)</sup>

32) 국민사법참여위원회 안과 법무부 안에 관한 비교 검토는 한성훈, “국민참여재판제도의 개정안에 관한 비판적 고찰”, 경성대학교 법학연구소, 법학연구 제24권 제4호, 2016.10, 275~278면을 참고함.

33) 김준혁, “국민참여재판제도의 개선방안에 관한 연구”, 한양대학교 법학연구소, 법학논총 제34집 제1호, 2017.03, 140면.

34) 김준혁, 앞의 논문, 138면.

### (3) 배제결정과 배제사유

- 국민사법참여위원회 안은 현행과 동일하게 규정하고 있음.
- 법무부 안은 법원의 직권배제결정 이외에 검사의 배제결정신청권을 인정하여 “범죄의 성질 또는 그 밖의 사정으로 국민참여재판으로 진행하는 것이 불공평한 결과를 초래할 염려가 있거나 고도의 법률적 판단이 필요한 사건으로 인정되는 경우”를 배제결정 사유로 규정하고 있음.
- 양 당사자의 중립적인 위치에 있는 법원에 의해 직권배제결정권이 있음에도 불구하고 소송의 당사자인 대립적 이해관계에 있는 검사에게 직권배제결정권을 부여한다는 것은 ‘사법의 민주적 정당성과 신뢰회복’이라는 국민참여재판제도의 목적과 취지에 반함.<sup>35)</sup>

### (4) 배심원의 수

- 국민사법참여위원회 안과 법무부 안은 현행 5인 배심제를 폐지하고, 7인 및 9인 배심제만 유지하도록 동일하게 규정함.
- 배심원이 5인인 경우에는 인원이 너무 적어 지역사회의 평균적인 의사반영이 어렵고, 배심원들 사이에 민주적인 토론이 원활히 이루어지기 어려운 측면이 있어서 5인 배심제는 폐지한 것으로 보임.

### (5) 평결방식

- 국민사법참여위원회 안과 법무부 안은 현행 단순 다수결제를 폐지하고 3/4이상의 가중 다수결제를 채택하고 있지만, 가중 다수결 요건이 충족되지 않은 경우에는 다시 국민참여재판을 실시하지 않고 배심원의 평결 없이 재판부가 판결하되 배심원의 의견을 참고하도록 동일하게 규정하고 있음.
- 국민참여재판을 단순 다수결로 하는 것보다 만장일치제 또는 가중 다수결제로 하는 것이 평결의 정당성을 확보할 수 있다는 점에서 가중 다수결제 도입은 바람직해 보임.

---

35) 한성훈, 앞의 논문, 283면.

## (6) 배심원 평결의 효력

- 국민사법참여위원회 안은 법적 기속력에 이르지 않는 ‘사실상의 기속력’을 부여하기 위해 ‘법관은 원칙적으로 배심원의 평결결과를 존중하여야 하지만, 평결결과가 헌법 등에 위반되거나 부당한 경우에는 평결결과와 달리 판결이 가능’하도록 규정함. 다만, 양형에 관한 배심원의 의견은 종전과 같이 권고적 효력을 유지함.
- 법무부 안은 “판사는 피고인의 유무죄를 판단함에 있어서 원칙적으로 배심원의 평결을 존중하여야 하지만, 평의·평결의 절차 또는 내용이 헌법·법률·명령·규칙 또는 대법원 판례에 위반되는 경우, 평결의 내용이 논리법칙·경험법칙에 위반되는 경우, 그 밖의 평의·평결의 절차 또는 내용이 부당하다고 인정할 만한 사유가 있는 경우에는 배심원의 평결과 다른 판결을 할 수 있다.”고 규정함으로써 예외사유를 많이 인정하고 있음. 다만, 양형에 관한 배심원의 의견은 종전과 같이 권고적 효력을 유지함.
- 두 법안이 평결의 효력을 권고적 효력에서 사실상의 효력으로 올려놓았다는 점에서는 일응 긍정적인 평가를 할 수 있지만, 여전히 법관이 평결에 따르지 않고 판결할 수 있다는 측면에서는 기속력 효력을 부여하는 것보다는 못하며, 법무부 안의 배척사유 중 ‘대법원 판례에 위반되는 경우와 평결의 내용이 논리법칙·경험법칙에 위반되는 경우’는 배척사유로 삼기에는 논리적 근거가 약하며, 지나치게 추상적인 용어인 논리법칙·경험법칙을 사용하여 자의적인 배척이 가능하게 하고 있으므로 바람직하지 않음.<sup>36)</sup>

36) 김준혁, 앞의 논문, 140면.

## IV. 행정소송에서의 국민참여재판 도입의 전망

### 1. 「국민과 함께하는 사법발전위원회」의 ‘민사 국민참여재판’ 실시 및 ‘배심조정’ 제도화 시행 의결

- 「국민과 함께하는 사법발전위원회」는 2018년 6월 26일 대법원에서 개최된 제5차 회의에서 국민의 사법참여 확대 및 강화를 위한 민사 국민참여재판 도입 검토 등 안건과 관련하여 의결하고 채택하였음.<sup>37)</sup>
- 이와 같은 논의 배경에는 형사 국민참여재판제도가 사법의 민주 정당성을 강화하고 법정 중심의 투명한 재판을 활성화함으로써 사법부에 대한 국민의 신뢰를 높이는데 기여하고 있으므로, 국민참여재판을 양적·질적으로 더욱 활성화해 나갈 필요가 있다는 것임.
- 이를 위하여 지방법원 지원으로 국민참여재판 관할을 확대하고(일치된 견해), 고의 살인범죄 등 범죄에 한 필수적 국민참여재판 대상사건도입으로 신청주의의 한계를 극복하며, 전원일치 무죄 평결에 대하여 검사의 항소권을 제한할 필요가 있음(다수 의견).
- 또한 개선방안에 관한 논의에 있어서 증거개시절차(discovery) 내지 독립된 증거수집제도가 없고 집중심리제도가 완전히 정착되지 않은 상태에서는 민사 국민참여재판을 전면적으로 실시하기 어려움. 이에 따라 전문적인 지식이 필요하지 않고 국민의 건전한 상식이나 정의 관념을 반영할 필요가 있는 대규모 개인정보침해 사건과 같은 집단적 분쟁 사건에서 민사 국민참여재판을 도입하여 실시할 필요가 있다고 의결함. 또한 배심재판 형태와 유사하면서도 조정의 형식을 통해 민사재판에서 국민의 사법 참여를 활성화 할 수 있는 방안으로 과거 춘천지원, 인천지방법원, 장흥지원, 부천지원 등에서 실시된 바 있는 ‘배심조정’을 제도화하여 실시할 필요가 있다고 의결함.

37) 대법원 보도자료, “「국민과 함께하는 사법발전위원회」의 ‘민사 국민참여재판’ 실시 및 ‘배심조정’ 제도화 시행 의결.” 사법정책 총괄심의관실, 2018.06. 1~3면 참고.

- 향후 대법원에서는 이와 같은 위원회의 건의 취지에 따라 민사재판에서도 국민의 사법참여가 확대 및 강화될 수 있도록 하는 구체적인 제도개선 방안을 마련하여 입법으로 이어질 수 있도록 노력함은 물론, 실무 운용 사항의 개선을 위해 적극적으로 노력할 계획임.
- 이와 같이 대법원은 국민참여재판을 민사재판에까지 확대하고자 하는 노력이 진행 중에 있으며, 실무 운용 사항에 대해서도 개선하고자 적극적으로 노력하고 있음. 그러나 「국민과 함께하는 사법발전 위원회」의 제5차 회의자료를 보면 국민참여재판이 시행되는 구체적인 사건유형 중에 행정소송 사건을 포함하고 있음.<sup>38)</sup> 따라서 국민참여재판제도의 확대가 민사재판에만 국한하여 시행하려는 것으로 보이지 않음.

## 2. 국민참여재판이 행정재판에 시범적으로 시도된 사례

- 형사재판에서만 시행되어 온 그림자배심원제<sup>39)</sup>가 전국 최초로 행정재판에서도 시행된 적이 있음. 수원지방법원 행정3부는 2011년 12월 22일에 경기도 용인시의 김모씨가 “건물용도를 목욕탕에서 정신병원으로 바꾸겠다는 신청을 들어주지 않았다.”며 용인시를 상대로 낸 용도변경신청서반려처분 취소소송(2011구합10738)을 그림자배심원단이 참여한 가운데 진행해 원고 패소 판결을 내렸음.<sup>40)</sup>
- 위 사건에서 재판부의 판결은 배심원단 평결과 같은 취지로 내려졌는데, 재판부는 “정신병원이 설치될 경우 환자들의 사소한 난동과 소란 발생 가능성을 배제할 수 없고, 이는 같은 건물의 산후조리원과 보습학원을 이용하는 태아와 산모, 학생들의 건강과 안전에 위험을 발생시킬 수 있어 구분소유자 및 입점 자들에게도 중대한 재산상 손해로 나타날 수 있다”고 판시함.
- 또한 2017년 8월 21일에도 수원지방법원 제1행정부는 아주대학교 법학전문대학원 모의법정 강의실에서 개발행위불허가처분취소 사건의 변론기일을 진행한 바 있음. 재판부는 직접 로스쿨을 방문해 실제 사건을 진행하면서 학생들에게 생생한 법 실무교육의 기회를 제공하는 소통의 공간을 마련하고 국민과

38) 대법원, 「국민과 함께하는 사법발전위원회 제5차 회의자료」, 국민과 함께하는 사법발전위원회, 2018.06.26, 31면.

39) 그림자배심원(Shadow Jury)은 국민참여재판의 정식 배심원과 별도로 구성되며 재판의 전과정을 참관한 후 유·무죄에 관한 평의·평결과 양형의견을 낼 수 있는 제도지만, 재판부가 이들의 평결내용을 재판에 반영하지 않으며, 평결과정이 공개될 수 있는 점이 정식 배심원과 다른 점임.

40) 법률신문, “행정재판에 첫 ‘국민참여’”, 2012년 1월 2일자 인터넷 기사. <https://www.lawtimes.co.kr/Case-Curation/view?serial=61444>

함께하는 열린 법정을 구현하고자 하는 사법부의 노력의 일환으로 실시된 것으로 ‘형사사건’에서 활용되어 온 그림자배심을 ‘행정사건’으로 확대하여 시도한 것임.<sup>41)</sup>

- 그리고 2017년 8월 14일부터 25일까지 서울북부지법은 관내 경희대, 고려대, 서울시립대, 한국외대 로스쿨생 21명을 대상으로 제2차 인턴십을 실시한 가운데 동년 8월 16일 법원청사 법정에서 이들 학생들이 그림자 배심원으로 참여한 ‘국민참여재판 그림자 배심 프로그램’을 실시한 바 있음.
- 이와 같이 법원이 국민참여재판을 형사재판에 한정하지 않고 행정재판 및 민사재판에도 도입하고자 시범적인 시행을 지속적으로 해오고 있으므로 향후 국민참여재판이 행정재판과 민사재판에도 확대하여 시행될 가능성이 충분히 있음.

---

41) 법률저널, “로스쿨생, ‘행정재판’ 그림자배심 참여”, 2017년 8월 24일자 인터넷 기사. <http://www.lec.co.kr/news/articleView.html?idxno=45303>

## V. 행정소송에서의 국민참여재판 도입의 법적 쟁점

### 1. 국민참여재판의 위헌성에 관한 쟁점

- 앞서도 설명하였지만 우리 헌법재판소는 “현행 헌법상 ‘법관에 의한 재판을 받을 권리’는 ‘직업법관’에 의한 재판을 받을 권리를 의미하는 것으로 ‘국민참여재판을 받을 권리’가 헌법 제27조 제1항에서 규정한 재판을 받을 권리의 보호범위에 속한다고 볼 수 없다.”고 판시하였음. 국민참여재판을 받을 권리는 헌법상 보장된 기본권이 아닌 법률에 의해 보장된 권리로 인정되고 있음.
- 이에 국민참여재판제도에 필요적 국민참여재판을 도입하거나, 배심원의 평결에 대해 기속적인 효력을 부여하거나, 전원일치 무죄평결에 대하여 검사의 항소권을 제한하게 되면 헌법 제27조 제1항의 ‘법관에 의한 재판을 받을 권리’를 침해하는 위헌적인 규정이 될 수 있음.
- 이러한 한계 때문에 지금의 국민참여재판제도에 대해, 사법의 민주적 정당성과 법원의 신뢰회복이라는 제도의 기본 취지가 약화되었고, 법관의 평결결과에 대한 번복가능성이 존재하는 상황에서 재판 과정에서 배심원들이 책임감을 가지고 적극적·능동적으로 참여하기에는 한계가 있어서 국민참여재판을 형식적으로 진행할 수 있다는 비판이 있음.<sup>42)</sup>
- 이와 관련하여 문재인 대통령 개헌안에는 현행 규정이 ‘헌법과 법률이 정한 법관’에 의하여 재판을 받도록 규정되어 있는 것을 ‘헌법과 법률에 따라 법원의 재판’을 받을 권리로 변경하여 국민참여재판의 위헌성 논란을 없도록 하였고, 또한 배심재판 등의 근거를 마련하기 위하여 “국민은 법률로 정하는 바에 따라 배심 또는 그 밖의 방법으로 재판에 참여할 수 있다.”고 규정한 바 있음. 그러나 현재 헌법이 개정되지 않은 상황에서는 여전히 국민참여재판의 위헌성 논란은 존속함.

42) 황병돈, “국민참여재판에 있어서 배심원 평결의 효력”, 홍익대학교 법학연구소, 홍익법학 제13권 제2호, 2012. 06, 288면.

## 2. 행정소송법상 관련청구소송의 이송 및 병합에 관한 쟁점

- 행정소송법에는 행정사건이 행정법원의 전속관할에 속함을 밝히는 규정은 없지만, 성질상 행정사건은 행정법원의 전속관할에 속하므로 행정사건을 지방법원이나 가정법원이 행함은 전속관할 위반이 되어 절대적 상고이유가 됨. 다만, 행정법원이 설치되지 않는 지역에서는 지방법원에서 처리하여야 하므로 관할위반의 문제는 생기지 않음.<sup>43)</sup>
- 행정소송법 제10조는 관련청구소송의 이송 및 병합에 관하여 규정하고 있는데, 제1항은 “취소소송과 ① 당해 처분등과 관련되는 손해배상·부당이득반환·원상회복 등 청구소송, ② 당해 처분등과 관련되는 취소소송에 해당하는 소송(이하 “관련청구소송”이라 한다)이 각각 다른 법원에 계속되고 있는 경우에 관련청구소송이 계속된 법원이 상당하다고 인정하는 때에는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 이를 취소소송이 계속된 법원으로 이송할 수 있다.”고 규정하고 있고, 제2항은 “취소소송에는 사실심의 변론종결시까지 관련청구소송을 병합하거나 피고외의 자를 상대로 한 관련청구소송을 취소소송이 계속된 법원에 병합하여 제기할 수 있다.”고 규정하고 있어서 민사재판에만 국민참여재판을 도입한다면 행정재판으로의 이송 및 병합된 사건은 국민참여재판을 받을 수 없게 되는 경우가 발생할 수 있음. 따라서 민사재판에 국민참여재판을 확대하여 실시하게 되면, 반드시 행정재판에도 국민참여재판을 확대하여 실시해야 함.

## 3. 국민참여재판의 대상사건에 관한 쟁점

- 현재 형사재판의 국민참여재판은 ‘합의부 관할사건’ 중 피고인이 신청하는 경우에만 참여재판을 실시하고 있으며, 피고인의 철회, 법원의 배제결정, 통상절차회부결정에 따라 실시되지 않을 수 있음.
- 한편, 행정법원의 심판권은 판사 3명으로 구성된 합의부에서 행사함. 다만, 행정법원의 경우 단독판사가 심판할 것으로 행정법원 합의부가 결정한 사건의 심판권은 단독판사가 행사함(법원조직법 제7조). 행정재판의 대상이 되는 행정사건은 원칙적으로 합의부에서 행사함.<sup>44)</sup>

43) 서울행정법원은 행정사건의 1심 사건을 맡고 있지만, 행정법원이 설치되지 아니한 지역에 있어서는 행정법원이 설치될 때까지 ‘지방법원의 본원’이 행정법원의 권한에 속하는 사건을 관할토록 하였음. 따라서 지방법원 지원에서는 행정사건 관할권이 없음(법원조직법 제40조의4, 법원조직법개정법률 부칙 제2조. 단, 춘천지방법원 강릉지원에 예외임).

44) 다만, 서울행정법원의 재정단독사건(단독판사가 재판)은 자동차운전면허관련 사건, 조세사건 중 양도소득세사건, 산업재해 등으로 인한 공무원상요양불승인, 추가상병불승인(피고는 근로복지공단, 공무원연금관리공단인 경우만 해당) 사건, 단 유족보상청구소송은 합의사건임.



- 만약 행정재판에 있어서 국민참여재판이 실시될 수 있는 대상사건을 ‘합의부 관할사건’으로 규정하게 되면, 모든 행정사건이 국민참여재판의 대상이 될 수 있음.
- 따라서 행정재판에 있어서 대상사건을 모든 합의부 관할사건으로 할 것인지, 아니면 특정사건에 한정할 것인지가 문제가 될 수 있음.
- 그러나 행정재판은 갈수록 복잡해지고 전문적인 지식을 요하는 민사재판(예, 의료, 지적재산권, 기업 관련 사건, 금융 거래, 국제거래, 보험 등)과 같이 사실관계의 쟁점을 이해하기 매우 어렵거나 판단하기 어려운 사건보다는 상대적으로 덜 복잡함.
- 행정재판의 행정사건은 국가 공권력에 기한 법률상 이익 침해가 주를 이루고 있어서 국민의 법감정이나 정의 관념을 반영하여 할 필요가 있고 사회통념에 따른 규범적 평가가 기준이 되는 경우가 많음.
- 따라서 행정재판의 경우에는 국민참여재판의 대상을 모든 합의부 관할사건으로 하여도 일반 국민의 지적수준과 판단능력 미비로 해결하기 어려운 사안들은 많지 않을 것으로 보임. 특히 국가 공권력의 일탈·남용을 행정재판에서 배심원이 견제 및 통제할 수 있다는 점은 사법의 민주적 정당성 확보와 사법재판의 신뢰회복 및 국가 공권력의 신뢰회복에도 도움이 될 수 있으며, 국민참여재판제도의 본래 취지에도 부합되는 것임.

#### 4. 행정재판의 소송절차에 관한 쟁점

- 행정소송법에는 재판관할, 원고적격, 피고적격, 피고의 경정, 행정심판전치주의, 제소기간, 직권증거 조사, 사정판결, 집행정지 등 민사소송과는 다른 특칙을 규정하고 있어서 행정재판과 차이가 있지만, 행정소송법은 행정소송에 관하여 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용하고 있으므로(행정소송법 제8조 제2항) 민사소송과 매우 유사하다고 할 수 있음.

- 행정재판 절차의 흐름은 소장접수(원고) ⇨ 소장심사(법원) ⇨ 소장부분송달(법원 → 피고) ⇨ 답변서 제출 ⇨ 답변서송달(법원 → 원고) ⇨ 변론준비기일(쟁점정리기일) ⇨ 변론기일(집중증거조사) ⇨ 변론종결 ⇨ 판결로 이어짐.
- 민사재판 절차의 흐름은 소장접수(원고) ⇨ 소장심사(법원) ⇨ 소장부분송달(법원 → 피고) ⇨ 답변서 제출(답변서 미제출 → 판결(자백답변)) ⇨ 답변서송달(법원 → 원고) ⇨ 쟁점정리기일 ⇨ 변론준비 절차(법원) ⇨ 변론기일 ⇨ 집중증거조사기일 ⇨ 판결로 이어짐.
- 형사재판 절차의 흐름은 기소전과 기소후로 나누어 진행되는데, 기소 전은 구속영장청구(검사) ⇨ 구속영장 실질심사 ⇨ 구속영장발부(판사) ⇨ 구속적부심사청구 ⇨ 검사의 공소제기로 이어지고, 기소 후는 검사의 공소제기 ⇨ 공판준비절차 ⇨ 공판절차 ⇨ 변론종결 ⇨ 공소사실 부인(공소사실 인정 → 간이공판절차) → 증거조사실시 → 피고인 신문 → 최종변론 ⇨ 변론 종결 ⇨ 판결(선고)로 이어짐.
- 이러한 각 재판의 절차흐름을 비교하면서 행정재판에 국민참여재판제도를 도입하는데 있어서 절차상의 쟁점으로 논의될 수 있는 것이 무엇이 있는지 살펴보고자 함.

## (1) 집중심리제도의 미비

- 형사재판은 심리가 공판절차에서 집중되어 있는 반면에 민사재판은 인적·물적 여건상 집중심리의 방식으로 진행되지 못하고 있어서 국민참여재판이 도입되기 위해서는 집중심리의 방식으로 진행되어야 하며 이를 위하여 재판이 개시되기 전에 모든 쟁점이 정리될 필요가 있음.
- 행정재판에 있어서 국민참여재판이 잘 이루어지기 위해서는 변론준비절차의 적극적 활용 등을 통한 집중심리가 잘 진행될 수 있도록 제도적인 마련이 필요함. 특히, 우리나라는 미국과 달리 증거개시제도가 없어 당사자나 대리인들이 조기에 주도적으로 증거를 수집하여 쟁점정리 및 절차협의를 진행하기가 쉽지 않음.

## (2) 독립된 증거수집제도의 미비

- 현재 행정재판이나 민사재판은 별도의 독립된 증거수집제도를 두고 있지 않아서 증거조사절차에 증거수집기능을 부여하거나, 소송지휘로서의 석명처분에 증거수집기능을 부여하고 있을 뿐이므로 국민참여재판제도를 도입하게 되면 그 전제로서 배심재판기일 이전에 현행 변론기일 전 증거조사절차를 뛰어넘는 당사자의 증거수집 권한이 부여되어야 할 필요가 있음.
- 이에 비해 행정재판은 직권심리<sup>45)</sup>가 가능하기 때문에 민사재판에 비하여 증거수집이 보다 수월하게 진행될 수 있음. 또한 행정재판은 변론준비기일(쟁점정리기일)을 1회에 종결하고 있으며, 변론기일(집중증거조사)도 가급적 1회에 심리를 종결하도록 하고 있으므로 국민참여재판제도가 도입되더라도 재판절차상 무리가 없어 보임.
- 그러나 이에 비해 미국 연방민사소송규칙은 공식적인 증거개시방법으로 진술녹취, 질문서, 문서제출과 물건의 조사, 신체적·정신적 검사, 자백의 요구 등의 근거 규정을 두고 있으며, 법원이 증거개시 명령을 내렸음에도 불구하고 이를 따르지 않으면 법정 모독(contempt of court) 등의 제재가 따름.

## (3) 필수적 변호사 선임제도 도입 여부

- 행정소송은 합의사건이므로 당사자 본인이 직접 소송을 행하거나 변호사 또는 지배인 등 법률상 인정된 대리인에 의하여서만 소송이 가능함. 다만 재정단독사건(합의부가 단독판사가 재판할 것으로 결정한 사건)에 대하여는 법원의 허가를 얻어 소송대리가 가능함.
- 그러나 행정재판에 국민참여재판이 도입될 경우에는 변호사의 유무가 재판 결과에 직접적인 영향을 미칠 수 있기 때문에 원활한 재판의 수행 및 피고인의 충분한 변론권 보장과 배심원들의 정확한 이해를 위해서는 양 당사자에게 모두 소송대리인을 선임해야 할 필요성이 있음.

45) 행정소송법 제26조(직권심리) 법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다.

#### (4) 항소심에서의 새로운 증거조사

- 미국은 배심제가 시행된 민사재판(행정재판 포함)에 있어서 사실관계를 1심에서 종결하므로 항소심은 법률분쟁에 관한 문제만을 가지고 진행하지만, 우리의 모든 재판은 1심과 2심이 모두 사실심이므로 1심에서 국민참여재판이 이루어져 배심원들에 의해 심리가 마쳐졌음에도 불구하고 직업 법관만으로 구성되는 항소심에서 새로운 증거를 조사한다면, 배심재판의 의미가 무색해질 수도 있음.
- 따라서 국민참여재판이 시행된 행정재판의 경우에 사실심인 항소심에서 새로운 증거조사를 할 수 있는지 여부가 문제될 수 있음.

## VI. 나가며

- 형사재판에 있어서의 국민참여재판은 10년 간을 시행해오면서 긍정적인 평가를 받고 있지만, 여러 문제점들이 지적되어 오고 있음.
- 문제점으로 지적되는 것 중에 가장 중요한 쟁점은 국민참여재판제도에 관한 위헌성 여부에 관한 논란임. 우리의 헌법재판소는 ‘국민참여재판을 받을 권리’가 헌법 제27조 제1항에서 규정한 재판을 받을 권리의 보호범위에 속한다고 볼 수 없다.”고 판시하고 있어서 미국의 배심제도와 같은 형태의 국민참여재판제도를 마련하는데 한계가 있음.
- 현재 국민참여재판제도에 관한 개선방안으로 제시되고 있는 필요적 배심재판의 도입과 배심원 평결의 법적 구속력 부여, 전원일치 무죄평결에 대한 검사의 항소권의 제한 등은 헌법 제27조 제1항의 ‘법관에 의한 재판을 받을 권리’를 침해하는 위헌적인 규정이 될 수 있음.
- 이러한 고민 속에 이루어진 국민사법참여위원회의 개정안은 신청주의를 그대로 유지하면서 피고인이 외에 법원과 검사를 추가하여 신청할 수 있도록 규정하고 있으며, 대상사건과 배제결정을 현행과 동일하게 규정하고, 배심원의 평결의 효력에 대해서는 법적 구속력에 이르지 않는 ‘사실상의 구속력’을 부여할 수 있도록 ‘법관은 원칙적으로 배심원의 평결결과를 존중하여야 하지만, 평결결과가 헌법 등에 위반되거나 부당한 경우에는 평결결과와 달리 판결이 가능’하도록 규정하여 위헌적인 논의를 피하면서 규정하고 있음.
- 비록 개헌은 되지 못했지만 문재인 대통령의 개헌안에는 배심제도가 가능하도록 현행 규정이 ‘헌법과 법률이 정한 법관’에 의하여 재판을 받도록 규정되어 있는 것을 ‘헌법과 법률에 따라 법원의 재판’을 받을 권리로 변경하였고, 또한 배심재판 등의 근거를 마련하기 위하여 “국민은 법률로 정하는 바에 따라 배심 또는 그 밖의 방법으로 재판에 참여할 수 있다.”고 규정한 바 있음. 배심제도의 실효성과 활성화 위해서는 근본적으로 개헌이 필요함.

- 그러나 국민참여재판제도의 이러한 한계가 있지만 「국민과 함께하는 사법발전위원회」는 국민의 건전한 법상식과 정의 관념을 반영함으로써 사법결정에 대한 민주적 정당성을 확보하고, 사법 권력의 남용에 대한 국민적 통제와 감시로서 재판의 투명성을 확보하여 사법부에 대한 국민적 신뢰도를 높이고자 제4차 회의에는 국민참여재판제도의 개선방안을 의결한 적이 있고, 제5차 회의에서는 국민참여재판제도를 민사재판과 행정재판에 확대·시행하고자 의결한 바 있음. 이러한 국민참여재판제도는 2008년 시행 이후에 행정재판과 민사재판에도 여러 차례 시범적으로 시행된 적이 있었음.
- 「국민과 함께하는 사법발전위원회」의 제5차 회의자료를 보면 주로 민사재판에 국민참여재판제도를 확대·시행하고자 하는 내용들로 이루어져 있고 행정재판에서의 국민참여재판에 대한 고려는 약화되어 있음. 그러나 행정소송법 제10조(관련청구소송의 이송 및 병합)에 의해 민사재판은 행정재판과 상호 매우 밀접한 관계를 가지고 있기 때문에 민사재판에 한해서만 국민참여재판을 도입할 수는 없고 행정재판에도 같이 도입되도록 충분한 논의가 진행되어야 함. 이에 행정재판에 국민참여재판제도를 도입하기 위해 논의할 수 있는 행정소송법상의 법적 쟁점은 대상사건의 범위의 문제와 소송 절차상의 문제라고 할 수 있음.
- 형사재판에서 국민참여재판의 대상사건은 합의부 관할사건으로 되어 있는데, 행정재판의 대상이 되는 행정사건은 원칙적으로 판사 3명으로 구성된 합의부에서 행사하게 되어 있기 때문에 만약 대상사건을 합의부 관할사건으로 하게 되면 거의 모든 행정사건이 국민참여재판의 대상이 될 수 있음.
- 이와 관련하여 국민참여재판제도에 잘 부합할 수 있는 행정사건에 관한 많은 분석과 검토가 필요하겠지만, 행정재판은 갈수록 복잡해지고 전문적인 지식을 요하는 민사재판과는 달리 사실관계의 쟁점을 이해하기 매우 어렵거나 판단하기 어려운 사건보다는 상대적으로 덜 복잡하고, 또한 행정사건은 국가 공권력에 기한 법률상 이익 침해가 주를 이루고 있어서 국민의 법감정이나 정의 관념을 반영하여 할 필요가 있고 사회통념에 따른 규범적 평가가 기준이 되는 경우가 많으므로 행정재판의 경우에는 국민참여재판의 대상을 모든 합의부 관할사건으로 하여도 일반 국민의 지적수준과 판단능력 미비로 해결하기 어려운 사안들은 많지 않을 것으로 보임. 특히 국가 공권력의 일탈·남용을 행정재판에서 배심원이 견제 및 통제할 수 있다는 점은 사법의 민주적 정당성 확보와 사법재판의 신뢰회복 및 국가 공권력의 신뢰회복에도 도움이 될 수 있으며, 국민참여재판제도의 본래 취지에도 부합되는 것임.

- 그리고 행정재판과 민사재판에 국민참여재판제도를 도입하기 위해서는 재판이 개시되기 전에 모든 쟁점이 잘 정리될 필요가 있는데, 미국과 같은 증거개시제도가 마련되어 있지 않아 인적·물적 여건상 집중심리의 방식이 잘 진행되지 못하는 상황이므로 변론준비절차를 적극적으로 활용하여 집중심리가 진행될 수 있도록 제도적인 마련이 필요함. 미국 연방민사소송규칙은 법원이 증거개시명령을 내렸음에도 불구하고 이를 따르지 않으면 법정 모독(contempt of court) 등의 제재가 따름.
- 또한 행정재판이나 민사재판은 별도의 독립된 증거수집제도를 두고 있지 않아서 배심재판기일 이전에 현행 변론기일 전에 증거조사절차를 마칠 수 있도록 당사자에게 증거수집 권한을 부여할 필요가 있음.
- 이에 비해 행정재판은 직권심리가 가능하기 때문에 민사재판에 비하여 증거수집이 수월하게 진행될 가능성은 많기 때문에 국민참여재판제도의 도입이 오히려 더 수월할 수 있으며, 또한 행정재판은 변론준비기일(쟁점정리기일)을 1회에 종결하고 있으며, 변론기일(집중증거조사)도 가급적 1회에 심리를 종결하도록 하고 있으므로 국민참여재판제도가 도입되더라도 재판절차상 무리가 없어 보임.
- 그리고 행정소송은 합의사건이므로 당사자 본인이 직접 소송을 행하거나 변호사 또는 지배인 등 법률상 인정된 대리인에 의하여서만 소송이 가능하지만, 국민참여재판이 도입될 경우에는 변호사의 유무가 재판 결과에 직접적인 영향을 미칠 수 있기 때문에 원활한 재판의 수행 및 피고인의 충분한 변론권 보장과 배심원들의 정확한 이해를 위해서는 양 당사자에게 모두 소송대리인을 선임해야 할 필요성이 있음.
- 더불어 우리의 모든 재판은 1심과 2심이 모두 사실심이므로 1심에서 국민참여재판이 이루어져 배심원들에 의해 심리가 마쳐졌음에도 불구하고 직업 법관만으로 구성되는 항소심에서 새로운 증거를 조사한다면, 배심재판의 의미가 무색해질 수도 있기 때문에 국민참여재판이 이루어진 사건의 경우에는 2심에서 사실관계를 더 이상 다투지 않고 법률심에 한정하여 진행될 수 있는 제도적 장치가 필요함.
- 국민참여재판제도가 실효성 있게 활성화되기 위해서는 우선적으로 10여 년간 시행해오면서 문제점으로 지적되어 오던 것을 개선할 수 있는 개정안이 하루 빨리 확정될 필요가 있음. 이와 관련하여 국민사법참여위원회가 마련한 개정안은 위험적인 요소를 배제하면서 입법한 것으로 많은 부분에서 설득력이 있음.

- 행정재판에 국민참여재판제도가 도입하게 된다면 판사와 검사의 결탁과 정치적 압력 및 기타 외부적인 유혹과 압력에 의한 피고인의 권리침해를 방지할 수 있고, 현재 사법 권력에 대해 국민이 직접적으로 통제할 수 있는 유일한 방법이자 행정권의 권력남용을 통제할 수 있는 제도로써 자리매김을 할 수 있음.
- 알렉시 드 토크빌의 말을 빌리자면 배심제는 시민교육의 가장 효과적인 수단 가운데 하나이며, 시민들에게 자신이 사회에 대해 의무를 지고 있고, 사회의 통치를 담당하고 있다는 사실을 체험하게 만드는 제도이며, 시민들을 개인적인 이해로부터 해방시켜 사회의 이기주의와 대결시키고 각각의 배심원이 그 권리에 대해 배울 수 있는 무료의 공개된 학교이기도 함.



## 참고문헌

### 1. 단행본

대법원, 「국민과 함께하는 사법발전위원회 제4차 회의자료」, 국민과 함께하는 사법발전위원회, 2018.06.08.

대법원, 「국민과 함께하는 사법발전위원회 제5차 회의자료」, 국민과 함께하는 사법발전위원회, 2018.06.26.

대법원 보도자료, “「국민과 함께하는 사법발전위원회」의 ‘민사 국민참여재판’ 실시 및 ‘배심조정’ 제도화 시행 의결.” 사법정책총괄심의관실, 2018.06.

### 2. 학술논문

김준혁, “국민참여재판제도의 개선방안에 관한 연구”, 한양대학교 법학연구소, 법학논총 제34집 제1호, 2017.03.

박주성, “미국 행정부의 헌법재판 및 행정소송 대응방법”, 법무연수원, 국외훈련검사 연구논문집 제26집, 2011.07.

이용재, “토크빌의 민주주의론: 민주주의의 폐단에 대한 공화주의적 처방”, 한국사학사학회, 한국사학사학보 제26권, 2012.12.

진재선, “영국 배심제의 순기능, 문제점 및 개선방안”, 법무연수원, 국외훈련검사 연구논문집 제27집, 2012.04.

차동언, “국민참여재판(배심제)이 민주주의 발전에 미치는 영향”, 서울대학교 법학평론 편집위원회, 법학평론 제5권, 2015.02.

한성훈, “국민참여재판제도의 개정안에 관한 비판적 고찰”, 경상대학교 법학연구소, 법학연구 제24권 제4호, 2016.10.

한성훈, “국민참여재판의 활성화 방안에 관한 연구”, 한양법학회, 한양법학 제27권 제2집, 2016.05.

황병돈, “국민참여재판에 있어서 배심원 평결의 효력”, 홍익대학교 법학연구소, 홍익법학 제13권 제2호, 2012.06.

홍석한, “미국의 배심제와 그 시사점”, 미국헌법학회, 미국헌법연구 제29권 제1호, 2018.04.

홍석한, “국민참여재판에서 배심원 평결의 방식과 효력의 바람직한 개선방안”, 원광대학교 법학연구소, 원광법학 제34권 제1호, 2018.03.



헌정제도연구사업 Issue Paper 2018-03-02

---

## 행정소송에서의 국민참여재판 도입에 관한 법적 쟁점과 전망

---

발 행 일 2018년 10월 31일

발 행 인 이익현

발 행 처 한국법제연구원

세종특별자치시 국책연구원로 15(반곡동, 한국법제연구원)

T. 044)861-0300

등록번호 1981. 8. 11. 제2014-000009호

<http://www.klri.re.kr>

---

1. 본원의 승인없이 轉載 또는 譯載를 禁함.
2. 이 책자의 내용은 본원의 공식적인 견해가 아님.



### Ⅲ. 사회적 가치 강화를 위한 법적 쟁점과 전망



공공누리 공공저작물 자유이용허락



**한국법제연구원**  
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

(30147) 세종특별자치시 국책연구원로 15(반곡동, 한국법제연구원)  
Tel. 044-861-0300 [www.klri.re.kr](http://www.klri.re.kr)