

# 대 법 원

## 판 결

사 건 2017도16593-1(분리) 약사법위반  
피 고 인 피고인 1 외 1인  
상 고 인 피고인들  
변 호 인 법무법인 규원(담당변호사 우종식)(피고인 1을 위하여)  
법무법인 동안(담당변호사 조민행)(피고인 2를 위하여)  
원 심 판 결 서울고등법원 2017. 9. 28. 선고 2017노1655 판결  
판 결 선 고 2019. 3. 21.

## 주 문

상고를 모두 기각한다.

## 이 유

상고이유를 판단한다.

### 1. 사건의 개요 및 쟁점

가. 피고인들은 한약사로서 공소외인과 공모하여 한약사 자격이 없는 공소외인이 한약국을 개설하여 다이어트 한약을 판매할 수 있게 하였고, 피고인 1은 자신이 개설한 한약국에서 보건복지부장관이 정한 조제 방법을 따르지 않았음에도 불구하고 한의사의 처방전 없이 한약을 조제하고, 전화 상담만을 받고 고객들에게 이를 택배로 판매하였

다는 사실에 대해 각 약사법 위반죄로 기소되었다.

나. 제1심은 피고인들에게 유죄를 인정하면서 각 벌금 1,000만 원의 형을 선고하였다. 이에 대해 피고인 2는 양형부당만을 이유로 항소하였으나 피고인 1은 항소하지 않았고 검사는 피고인들에 대해 양형부당을 이유로 항소하였다.

다. 원심은 검사의 항소이유를 받아들여 제1심판결을 파기하고 피고인 1에 대해 징역 6월 및 집행유예 1년, 피고인 2에 대해 벌금 2,000만 원의 형을 각 선고하였다. 피고인들은 원심판결에 대하여 논리와 경험칙에 반하여 사실을 잘못 인정하고 필요한 심리를 다하지 아니하였거나 법리를 오해하였다는 점을, 피고인 2는 이에 덧붙여 양형이 부당하다는 점을 상고이유로 삼아 상고하였다.

라. 이 사건의 쟁점은, 피고인들은 항소하지 않거나 양형부당만을 이유로 항소하고 검사는 양형부당을 이유로 항소하였는데 항소심이 검사의 항소이유만을 받아들여 제1심판결을 파기자판하면서 형이 높아진 경우라도 피고인이 항소심에서 항소이유로 주장하지 아니함으로써 심판대상이 되지 않았던 법령위반 등 새로운 사유는 이를 상고이유로 삼아 상고할 수 없다고 하는 이른바 '상고이유 제한에 관한 법리'(이하 '상고이유 제한 법리'라고 한다)를 선언하고 있는 대법원의 확립된 관례의 변경 여부이다.

## 2. 상고이유 제한 법리

### 가. 형사소송법의 관련 규정

1963. 12. 13. 법률 제1500호로 개정된 현행 형사소송법은 검사 또는 피고인이 항소심판결에 대하여 불복이 있으면 대법원에 상고할 수 있다고 하면서(제338조 제1항, 제371조), 상고인이 항소심판결에 대하여 상고이유로 삼을 수 있는 사유를 "1. 판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있는 때, 2. 판결 후 형의 폐지나 변경

또는 사면이 있는 때, 3. 재심청구의 사유가 있는 때, 4. 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에 있어서 중대한 사실의 오인이 있어 판결에 영향을 미친 때 또는 형의 양정이 심히 부당하다고 인정할 현저한 사유가 있는 때"라고 정하고 있다(제383조).

#### 나. 대법원 판례

1) 대법원은 일찍이, 피고인은 원심이 인정한 것과 동일한 범죄사실을 인정한 제1심 판결에 대해 항소를 하지 않은 이상 제1심판결에 대한 심리미진 또는 채증법칙위반으로 인한 사실오인의 사유를 상고이유로 삼을 수 없다고 하였다(대법원 1966. 2. 22. 선고 66도16 판결 참조). 그 후 검사만이 제1심판결에 대하여 양형부당만을 이유로 항소하였고 항소심이 검사의 항소가 이유 있다고 하여 제1심판결을 파기하고 그보다 높은 형을 선고한 경우(대법원 1991. 12. 24. 선고 91도1796 판결, 대법원 2009. 5. 28. 선고 2009도579 판결 등 참조) 및 피고인과 검사 쌍방이 제1심판결에 대하여 양형부당만을 항소이유로 하여 항소하였는데 항소심이 피고인의 항소를 기각하고 검사의 항소를 받아들여 제1심판결을 파기하고 피고인에 대하여 그보다 높은 형을 선고한 경우(대법원 2010. 1. 14. 선고 2009도12387 판결 등 참조)에 피고인은 상고심에서 사실오인이나 법령위반 등 새로운 사유를 상고이유로 내세울 수 없다고 하였다.

또한 피고인만이 제1심판결에 대하여 양형부당만을 항소이유로 내세워 항소한 사안에서 항소심이 그 주장이 이유 없다 하여 피고인의 항소가 기각된 경우(대법원 1987. 12. 8. 선고 87도1561 판결 등 참조)는 물론, 항소심이 이를 인용하여 제1심판결을 파기하고 그보다 가벼운 형을 선고한 경우(대법원 1990. 11. 27. 선고 90도2376 판결 등 참조)와 항소심이 제1심이 간과한 다른 사유를 들어 제1심판결을 직권으로 파기하면서

제1심판결과 같은 형을 선고한 경우(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도10924 판결 등 참조)에도 피고인으로서 원심판결에 대하여 채증법칙위반으로 인한 사실오인 또는 법리오해 등 잘못이 있다는 등 새로운 주장을 상고이유로 삼을 수 없다고 하였다.

그리하여 대법원은, 상고심은 항소법원 판결에 대한 사후심이므로 항소심에서 심판 대상이 되지 아니한 사항은 상고심의 심판범위에 들지 아니하는 것이어서 피고인이 항소심에서 항소이유로 주장하지 아니하거나 항소심이 직권으로 심판대상으로 삼은 사항 이외의 사유에 대하여는 이를 적법한 상고이유로 삼을 수 없다고 보았다(대법원 2011. 11. 10. 선고 2011도9919 판결 등 참조).

2) 상고이유를 제한하는 법리는 아래에서 보는 상고심의 사후심 구조에서 유래한 것으로서 심급제도 하에서 상고심의 기능 유지를 위한 필수적인 요소로 인식되어 형사소송법의 상고이유에 관한 규정이 현재와 같은 내용으로 정립될 당시 대법원에 의해 법리로 선언된 이래로 현재까지 오랜 기간 동안 실무는 물론, 학계에서도 별다른 비판 없이 받아들여져 온 대표적인 법리 중 하나이다.

그 과정에서 검사 또는 피고인 중 누가 항소한 사안인지, 항소이유로는 사실오인·법령위반·양형부당 중 어떠한 사유가 주장되었는지, 항소심의 진행 결과 항소가 기각되거나 인용된 것인지, 직권에 의하거나 항소가 인용됨으로써 제1심판결이 파기된 후 그보다 형이 높아진 것인지 등 구체적인 사안에 따라 다소간의 변용이 있기는 하였지만 항소이유로 주장하지 아니하거나 항소심이 직권으로 심판대상으로 삼은 사항 이외의 사유는 적법한 상고이유가 될 수 없다는 본래의 취지는 일관되게 유지되었다.

### 3. 상고이유 제한 법리의 논거

#### 가. 상고심의 사후심 구조

1) 형사소송법상 상고인이나 변호인은 소정의 기간 내에 상고법원에 상고이유서를 제출하여야 하고, 상고이유서에는 소송기록과 항소법원의 증거조사에 표현된 사실을 인용하여 그 이유를 명시하여야 한다(제379조 제1항, 제2항). 상고법원은 원칙적으로 상고이유서에 포함된 사유에 관하여 심판하여야 하고(제384조 본문), 상고이유가 있는 때에는 판결로써 항소심판결을 파기하여야 하는데(제391조), 파기하는 경우에도 환송 또는 이송을 통해 항소심으로 하여금 사건을 다시 심리·판단하도록 함이 원칙이며 재판은 예외적으로만 허용된다(제393조 내지 제397조). 또한 상고심은 항소심까지의 소송자료만을 기초로 하여 항소심판결 선고시를 기준으로 그 당부를 판단하여야 하므로(대법원 1990. 11. 27. 선고 90도2225 판결 등 참조), 직권조사 기타 법령에 특정한 경우를 제외하고는 새로운 증거조사를 할 수 없을뿐더러 항소심판결 후에 나타난 사실이나 증거의 경우 비록 그것이 상고이유서 등에 첨부되어 있다 하더라도 사용할 수 없다(대법원 2010. 10. 14. 선고 2009도4894 판결 등 참조).

위 규정 및 법리를 종합해 보면, 상고심은 항소심판결에 대한 사후심으로서 항소심에서 심판대상으로 되었던 사항에 한하여 상고이유의 범위 내에서 그 당부만을 심사하여야 한다. 그 결과 항소인이 항소이유로 주장하거나 항소심이 직권으로 심판대상으로 삼아 판단한 사항 이외의 사유는 상고이유로 삼을 수 없고 이를 다시 상고심의 심판범위에 포함시키는 것은 상고심의 사후심 구조에 반한다고 할 것이다. 이러한 점에서 상고이유 제한 법리는 형사소송법이 상고심을 사후심으로 규정한 데에 따른 귀결이라고 할 수 있다.

2) 한편 상고심은 사후심인 동시에 원칙적으로 법률심이다(대법원 2002. 12. 3.자 2002모265 결정 등 참조). 즉 재판에 있어 사실인정이나 형의 양정은 사실심에서 행하

고 상고심은 법령 해석·적용의 통일을 기하는 것이 본래의 기능이라고 할 수 있다. 그런데 상고심이 사후심이라는 이유로 사실심의 판결에 잘못이 있다고 하여 무조건 상고할 수 있도록 허용한다면 상고가 남발됨으로써 상고심의 사건처리 부담이 과중하게 되어 사후심 및 법률심으로서의 기능 수행은 물론, 이를 통한 피고인의 권리구제에도 충실하지 못하게 될 위험이 있다. 특히 법률심으로서 상고심의 판결이 선례로서 하급심에 법령 해석·적용의 기준을 제시하고 형벌의 기준을 확립함으로써 우리 사회의 법질서를 유지하는 임무를 수행하게 하기 위해서는 상고심에서 적절한 판단이 가능하도록 그 기능을 보장해 줄 필요가 있다. 나아가 삼심제 하에서 피고인으로 하여금 가급적 억울함을 호소하게 해주고 끝까지 다룰 수 있도록 상소의 기회를 보장해 주어야 한다는 요청도 있을 수 있지만 모든 사건에 대하여 똑같이 세 차례의 법률적 측면에서의 심사 기회를 제공하는 것이 곧 헌법 제27조 제1항에서 규정한 '헌법과 법률이 정한 법원에 의하여' 재판을 받을 권리의 보장이라고 할 수는 없다(헌법재판소 1992. 6. 26. 선고 90헌바25 결정 등 참조).

이에 하급심과 상고심의 본질과 기능에 따라 적절하게 사법자원을 분배하고 불필요한 상고 제기를 방지하며 소송경제를 도모하기 위하여 상고이유를 제한하는 방법으로 실질적으로 상고심의 심판대상이 될 수 있는 사항의 범위를 일정하게 한정시키는 것은 헌법적인 차원에서도 그 합리성이 인정된다(헌법재판소 2012. 5. 31. 선고 2010헌바90 등 결정 참조). 이러한 의미에서 심급제도는 사법에 의한 권리보호에 관하여 법원의 한정된 재판 역량을 합리적으로 분배하는 문제인 동시에 재판의 적정과 신속이라는 상반되는 요청을 어떻게 조화시키느냐의 문제로서 원칙적으로 입법자의 형성의 자유에 속하는 사항이다(헌법재판소 1997. 10. 30. 선고 97헌바37 등 결정 참조).

상고이유 제한 법리는 피고인이 항소하지 않거나 양형부당만을 이유로 항소함으로써 항소심의 심판대상이 되지 않았던 법령위반 등 새로운 사항에 대해서는 피고인이 이를 상고이유로 삼아 상고하더라도 부적법한 것으로 취급함으로써 상고심의 심판대상을 제한하고 있다. 이는 앞서 살펴본 것처럼 심급제도의 운영에 관한 여러 가지 선택 가능한 형태 중에서 현행 제도가 사후심제 및 법률심의 방식을 선택한 입법적 결단에 따른 결과라고 할 것이다. 특히 모든 사건의 제1심 형사재판절차에서 법관에 의한 사실적·법률적 심리검토의 기회가 주어지고 피고인이 제1심판결에 대해 항소할 기회가 부여되어 있음에도 항소심에서 적극적으로 이를 다투지 아니한 사정 등을 감안하여 개개 사건에서 재판의 적정, 피고인의 구제 또는 방어권 보장과 조화되는 범위 내에서 재판의 신속 및 소송경제를 도모하고 심급제도의 효율적인 운영을 실현하기 위하여 마련된 실정법상의 제약으로서 그 합리성도 인정된다.

#### 나. 법령 해석·적용의 통일 및 직권심판

1) 형사소송법상 항소심은 제1심판결에 영향을 미친 사유에 관하여는 항소이유서에 포함되지 아니한 경우라도 직권으로 심판할 수 있고(제364조 제2항), 상고심은 형사소송법 제383조 제1호 내지 제3호의 경우에는 상고이유서에 포함되지 아니한 때에도 직권으로 심판할 수 있다(제384조 단서). 특히 상고심의 직권심판은 법률의 해석·적용을 그르친 나머지 피고인을 유죄로 잘못 인정한 항소심판결에 대하여 피고인은 상고를 제기하지 아니하고 검사만이 다른 사유를 들어 상고를 제기하였고 검사의 상고가 피고인의 이익을 위하여 제기된 것이 아님이 명백한 경우에도 할 수 있다(대법원 2002. 3. 15. 선고 2001도6730 판결 등 참조).

상고심과 항소심의 직권심판권은 하급심판결에 대한 법령위반 등 잘못을 최대한 바

로잡기 위한 취지이다. 그리하여 먼저 항소심의 직권심판권을 통하여 제1심판결에 대하여 피고인이 항소이유를 주장하여 적절히 다투지 아니하더라도 사실을 오인하거나 법령을 위반하는 등의 사유로 판결에 영향을 미친 잘못이 있다면 항소심에서 이를 바로잡을 수 있고, 상고심은 항소심판결 자체에 여전히 위법이 있는 경우, 예를 들어 항소심이 제1심판결의 위법을 간과하고 항소기각 판결을 선고하거나 제1심판결을 파기 후 재판하는 항소심판결에 고유한 법령적용의 위법이 있는 경우에 직권심판권을 폭 넓게 활용함으로써 최종적으로 이를 바로잡을 수 있다.

2) 위와 같이 형사소송법상 상고심과 항소심의 두 심급에 걸쳐 마련되어 있는 직권심판권의 발동에 의해 직권심판사항에 해당한다고 판단되는 위법사유에 대해서는 피고인이 항소하지 않거나 항소이유로 주장하지 아니함에 따라 항소심의 심판대상에 속하지 않았던 사항이라도 피고인에게 이익이 되는 방향으로 그 잘못을 최대한 바로잡을 수 있는 장치가 갖추어져 있다. 이를 통해 상고심의 사후심 및 법률심으로서의 기능과 피고인의 구제는 더욱 강화된다.

#### 다. 피고인의 절차적 권리 보장과의 관계

1) 형사소송법은 피고사건에 대한 실체심리가 공개된 법정에서 검사와 피고인 양 당사자의 공격·방어활동에 의하여 행해질 것을 요구하는 당사자주의와 공판중심주의 원칙 및 공소사실의 인정은 법관의 면전에서 직접 조사한 증거만을 기초로 이루어져야 한다는 직접심리주의와 증거재판주의 원칙 등을 채택하고 있다(대법원 2009. 10. 22. 선고 2009도7436 전원합의체 판결 등 참조). 공판중심주의의 한 요소인 실질적 직접심리주의는 법관의 면전에서 직접 조사한 증거만을 재판의 기초로 삼을 수 있고 증명 대상이 되는 사실과 가장 가까운 원본 증거를 재판의 기초로 삼아야 하며 원본 증거의



대체물 사용은 원칙적으로 허용되어서는 안 된다는 원칙이다. 법관은 법정에서 직접 원본 증거를 조사하는 방법을 통하여 사건에 대한 신선하고 정확한 심증을 형성할 수 있고 피고인에게 원본 증거에 관한 직접적인 의견진술의 기회를 부여함으로써 실체적 진실을 발견하고 공정한 재판을 실현할 수 있다(대법원 2006. 11. 24. 선고 2006도 4994 판결 등 참조).

이러한 점에서 본다면 형사소송법상 법관의 면전에서 당사자의 모든 주장과 증거조사가 실질적으로 이루어지는 제1심 법정에서의 절차가 실질적 직접심리주의 및 공판중심주의를 구현하는 원칙적인 것이 된다고 할 것이고, 다만 제1심의 공판절차에 관한 규정은 특별한 규정이 없으면 항소심의 심판절차에도 준용되는 만큼(제370조), 항소심도 제한적인 범위 내에서 이러한 원칙에 따른 절차로 볼 수 있다.

반면 형사소송법상 상고심은 상고장, 상고이유서 기타의 소송기록에 의하여 변론 없이 판결할 수 있도록 되어 있고(제390조 제1항), 공판절차를 진행하더라도 피고인의 소환을 요하지 않는 등(제389조의2) 절차적인 면에서 이와는 현격한 차이가 있다.

위와 같은 제1심 및 항소심과 상고심에 있어 심리절차상의 차이를 앞서 살펴본 공판중심주의 및 실질적 직접심리주의의 정신에 비추어 살펴보면, 제1심법원이 법관의 면전에서 사실을 검토하고 법령을 적용하여 판결한 사유에 대해 피고인이 항소하지 않거나 양형부당만을 항소이유로 주장하여 항소함으로써 죄의 성부에 관한 판단 내용을 인정하는 태도를 보였다면 그에 관한 판단 내용이 잘못되었다고 주장하면서 상고하는 것은 허용될 수 없다고 보아야 한다.

2) 한편 양형은 법정형을 기초로 하여 형법 제51조에서 정한 양형의 조건이 되는 사항을 두루 참작하여 합리적이고 적정한 범위 내에서 이루어지는 재량 판단으로서, 공

판중심주의와 직접심리주의를 취하고 있는 우리 형사소송법에서는 양형판단에 관하여도 제1심의 고유한 영역이 존재하고, 항소심도 제1심에 대한 사후심적 성격이 가미된 속심으로서 제1심과 구분되는 고유의 양형재량을 가지고 있다고 보아야 한다(대법원 2015. 7. 23. 선고 2015도3260 전원합의체 판결 등 참조).

이와 같이 양형이 원칙적으로 재량 판단이라는 점을 감안한다면, 항소심이 검사의 양형부당에 관한 항소를 받아들임으로써 제1심판결을 파기하고 보다 높은 형을 선고한 것은 심급제도 하에서 양형 요소라는 동일한 심판대상에 관해 서로 다른 법원에서 고유의 권한으로 반복하여 심사가 이루어짐에 따라 부득이하게 발생된 결과라고 봄이 상당하다. 따라서 제1심과 항소심 사이의 양형 판단이 피고인에게 불리한 내용으로 달라졌다는 사정변경이 사후심 구조에 따른 상고이유 제한 법리의 타당성 등에 영향을 미칠 만한 것이라고 보기는 어렵다.

#### 4. 이 사건에 대한 판단

##### 가. 피고인들의 채증법칙위반, 심리미진 및 법리오해의 상고이유에 관하여

앞에서 본 피고인들이 상고에 이르게 된 사정을 위 법리에 비추어 살펴보면, 피고인들의 위 상고이유 주장은 항소심의 심판대상이 되지 않은 사유로서 상고심에 이르러 새로이 주장되는 것이므로 적법한 상고이유가 아니다.

##### 나. 피고인 2의 나머지 상고이유에 관하여

형사소송법 제383조 제4호에 의하면 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에서만 양형부당을 사유로 한 상고가 허용되므로, 피고인에 대하여 벌금형이 선고된 이 사건에서 형의 양정이 부당하다거나 원심판결에 양형의 조건에 관한 사실오인과 심리미진의 위법이 있다는 등의 주장은 적법한 상고이유가 되지 못한다.

## 5. 결론

그러므로 상고를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 대법관 권순일, 대법관 이기택, 대법관 김재형, 대법관 김선수의 별개의견과 대법관 조희대의 별개의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였고, 다수의견에 대한 대법관 민유숙의 보충의견과 대법관 권순일, 대법관 이기택, 대법관 김재형, 대법관 김선수의 별개의견에 대한 대법관 이기택의 보충의견이 있다.

## 6. 대법관 권순일, 대법관 이기택, 대법관 김재형, 대법관 김선수의 별개의견

### 가. 상고이유 제한 법리에 관한 이 사건 쟁점의 구체화

1) 이 사건 상고이유 제한 법리는, 피고인이 항소심에서 항소이유로 주장하지 않는 등의 사유로 항소심의 심판대상이 되지 않은 사항에 대해서는 설령 형사소송법 제383조 각 호에서 정한 상고이유가 될 수 있는 사항에 해당하더라도 이를 상고이유로 삼아 상고할 수 없다고 함으로써 상고이유를 판단하는 첫 단계에서 적법한 상고이유의 범위를 제한하는 취지이다.

다수의견은 상고심의 사후심 구조, 항소심과 상고심의 직권심판권, 공판중심주의 및 실질적 직접심리주의의 이념 등 추상적·일반적인 법리를 근거로 항소의 주체가 누구였는지, 구체적 항소이유의 내용이 무엇인지, 항소심의 진행 결과가 어떠한지, 피고인에 대한 효과가 어떠한지 등 구체적인 사안에서의 특수한 사정은 전혀 고려함이 없이 상고이유 제한 법리가 모든 사안에 걸쳐 동일하게 적용되어야 한다고 주장한다.

그러나 이 사건 피고인 1의 경우와 같이 제1심판결에 대하여 검사만이 양형부당을 이유로 항소하고 피고인은 항소하지 않은 상황에서 항소심이 검사의 항소를 받아들여 제1심보다 무거운 형을 선고한 사안이나 피고인 2의 경우에서처럼 제1심판결에 대하여

피고인과 검사 쌍방이 양형부당만을 이유로 항소하였으나 항소심이 피고인의 항소는 기각하고 검사의 항소만을 받아들임으로써 제1심판결을 파기하고 그보다 무거운 형을 선고한 사안(이하 통틀어 '이 사건 사안'이라 한다)에 대해서도 상고이유 제한 법리가 적용되어야 한다고 보는 다수의견의 태도는 다음에서 보는 것처럼 법리적으로는 물론, 피고인 구제의 필요, 상고심의 기능 유지 등과 관련해서도 여러 문제점을 내포하고 있다.

2) 따라서 상고이유 제한 법리가 심급제도, 각 심급의 구조 및 역할 등과 깊이 관련되어 있고 오랜 연원을 가진 법리로서 원칙적으로는 그 타당성이 인정되고 이를 유지할 필요성이 여전히 인정된다는 전제에 서더라도, 과연 이 사건 사안에 대해서까지 그 적용범위를 확대함이 타당한 것인지는 재고해보아야 한다. 이처럼 상고이유 제한 법리를 어느 범위까지 적용할지에 관한 경계선을 확정하는 것이 이 사건의 쟁점이다. 다만 일정한 사안에서 위 법리에 따른 상고이유 제한은 적용되지 않는다고 보더라도 다시 형사소송법 제383조의 상고이유 제한 규정이 적용됨은 당연하다는 점도 아울러 지적해 둔다.

#### 나. 다수의견의 논거와 문제점

1) 상고이유 제한 법리가 이 사건 사안에 대해서까지 적용되어야 한다고 보는 논거로서 다수의견이 제시하고 있는 주요 내용은 다음과 같이 요약된다. ① 상고심은 항소심판결에 대한 사후심으로서 항소심에서 심판대상으로 되었던 사항에 한하여 상고이유의 범위 내에서 그 당부만을 심사하여야 한다. ② 상고를 허용할 경우 사건처리 부담이 과중하게 되어 상고심으로서 본래적 기능의 수행 및 피고인의 권리구제에 충실하지 못하게 될 위험이 있다. ③ 공판중심주의, 실질적 직접심리주의에 기하여 사실심 단계

에서 법관에 의한 충분한 심리의 기회가 주어지고 제1심판결에 대해 항소할 기회가 부여되어 있다. ④ 직권심판권의 발동에 의해 항소심의 심판대상에 속하지 않았던 사항이라도 하급심의 잘못된 판단을 최대한 바로잡아 피고인을 구제할 수 있다.

2) 상고심이 사후심이라는 것은 항소심판결이 상고심의 심판대상이 된다는 점, 그리하여 상고이유는 그 판결에 관한 사항으로 한정된다는 것을 의미할 뿐이다. 그것만으로 피고인이 항소심에서 항소이유로 주장하거나 항소심이 직권으로 심판대상으로 삼음으로써 항소심이 명시적으로 판단한 사항만이 상고이유가 된다고 볼 수는 없다.

상고심의 기능을 유지하기 위해 일부 사건을 상고심의 심판범위에서 제외시킬 필요성은 인정되지만, 상고에 이르기까지 사안별 구체적인 사정을 고려하지 않은 채 일률적으로 상고를 제한함으로써 결과적으로 구제의 필요성이 큰 사안까지 배제시키는 것은 피고인의 상고권을 과도하게 제한하는 것이다.

공판중심주의 등의 구현을 통하여 사실심에서의 충실하고 신중한 심리를 거쳐 적정한 재판결과를 확보하는 것은 상고이유 제한 법리를 통해 상고를 엄격히 제한하기 위하여 선결적으로 갖추어져야 할 조건이다. 그러한 조건의 성취 여부에 관한 논증도 없이 이러한 일반 법리를 상고이유 제한 법리를 정당화하기 위한 논거로 삼는 것은 적절치 않다. 특히 제1심에서 재판의 적정을 유지하기 위한 장치가 마련되어 있고 항소심 절차를 통하여 그 판단상의 잘못을 시정할 기회가 폭 넓게 마련되어 있더라도, 항소심을 거친 후에까지 재판결과에 그러한 잘못이 남아 있다면 피고인에게 상고의 기회를 실질적으로 보장함으로써 상고심절차에서 이를 최대한 시정할 수 있도록 하여야 한다. 이러한 관점에서 직권심판권도 그 발동 여부가 재량에 따라 결정된다는 점에서 상고이유 제한 법리를 뒷받침하기 위한 논거로서의 가치는 제한적이다.

3) 결국 상고이유 제한 법리가 구체적인 사정을 고려하지 않은 채 이 사건 사안을 포함한 모든 사안에 대해 획일적으로 적용되어야 한다는 점에 관하여 다수의견이 제시한 논거에는 부족한 점이 적지 않다.

이를 전제로 이 사건 사안을 상고이유 제한 법리의 적용범위에서 제외시키는 것이 타당하다고 볼 만한 법리적, 정책적 근거들에 관하여 살펴본다.

#### 다. 중대한 사정변경의 발생

1) 형사재판의 종국판결은 하급심에 의한 것이더라도 정식의 상소절차를 거쳐 상급심에서 번복되어 효력을 상실하기 전까지는 일응 정당한 것으로 추정된다. 따라서 피고인도 특별한 사정이 없는 한 제1심판결의 유·무죄 결론과 이유에 관한 판단이 상급심에서도 유지될 것으로 기대하고 소송절차에 임하게 된다. 한편 형사소송법상 피고인은 유죄가 인정된 제1심판결에 대해 불복이 있으면 자유롭게 항소할 수 있다(제338조 제1항, 제357조). 그런데 항소심의 결론은 법관 사이의 법적 견해 차이, 사안이나 항소이유 판단상의 난이, 당사자의 공방이나 변론 능력의 정도 등 절차 진행과 관련된 다양한 요소에 의해 영향을 받음으로써 달라질 가능성이 있다. 그에 따라 법률에 대해 문외한인 피고인이 항소 여부를 판단할 당시 그 결과를 미리 예측한다는 것은 현실적으로 어렵다.

이러한 사정에다가 피고인이 항소하여 절차에 응하기 위해서는 여러 가지 비용을 부담하게 되고 특히 이는 불복하는 사유가 복잡하고 많아짐으로써 증가한다는 점, 피고인에게 제1심판결의 형량이나 구속 여부 등에 관한 결론이 항소 여부 등을 판단하는데 중요한 고려 사항이라는 점 등을 보태어 볼 때, 피고인으로서 유죄가 인정된 제1심판결의 결론에 대하여 승복하고 특별한 사정이 없는 한 상급심에서도 그 결론이 유

지될 것으로 판단한다면 사실오인, 법령위반, 양형부당 등 세부적인 판단에 잘못이 있더라도 이러한 사유를 매번 항소이유로 주장하면서 항소하지는 않을 것이라고 봄이 상당하다.

2) 피고인이 유죄가 인정된 제1심판결에 대하여 항소하지 않거나 양형부당만을 이유로 소극적으로 항소하고 검사는 양형부당만을 이유로 항소하였는데, 항소심이 검사의 항소를 받아들임으로써 제1심판결을 파기하고 그보다 높은 형을 선고하였다면 이는 피고인이 항소 여부 등을 판단할 때 기초가 된 사정에 중대한 변경이 생긴 것으로 볼 수 있다. 이러한 사정변경은 제1심법원이 양형에 관한 판단을 잘못하였다는 이유로 상급심인 항소법원이 이를 바로잡는 과정에서 발생한 것이어서 피고인이 항소 여부 등을 판단할 당시에는 예견하기 어려웠던 것일 뿐만 아니라 그 발생 원인에 대해 피고인에게 책임이 있다고 볼 수도 없다.

이러한 사정을 종합해 볼 때 피고인이 제1심판결의 결론에 승복함으로써 항소 당시에는 그 주장을 보류해 두었던 사실오인, 법령위반 등 사유를 항소심에서 형이 높아진 다음에 상고이유로 삼아 상고하였을 때 이를 허용해 주는 것이 타당하다. 설령 이러한 상황에서 피고인이 상고이유로 삼고 있는 사유가 항소심의 심판대상이 되지 않았던 새로운 것이라고 하더라도 이를 주장하여 상고하는 피고인의 태도를 항소 당시와는 모순되는 거동으로서 부당하다고 볼 수는 없다. 또한 이를 남상고로 단정하기도 어렵다. 오히려 이와 같은 경우에 대해서도 상고이유를 항소 여부를 결정할 당시를 기준으로 제한하는 것은 피고인의 상고권을 과도하게 제한하는 것이어서 부당하다.

3) 이 사건 사안도 피고인이 항소 여부를 결정할 당시와 비교하여 중대한 사정변경이 있었던 경우이다. 따라서 앞서 예를 든 사안과 달리 취급할 이유가 없고, 항소심의

심판대상이 되지 않은 새로운 사유를 상고이유로 주장하는 것은 허용되어야 한다. 이 사건 사안에 대해서도 상고이유 제한 법리의 적용을 주장하는 다수의견은 항소심을 거치는 과정에서 피고인에게 책임 없는 사유로 항소할 당시와 비교하여 항소 여부에 관한 판단의 기초가 되었던 사정에 중대한 변경이 있었다는 점을 간과한 것이다.

#### 라. 판결 주문의 불리한 변경

1) 하급심법원의 재판이 피고인에게 불이익하지 아니하면 이에 대하여 피고인은 상소권을 가질 수 없다(대법원 2005. 9. 15. 선고 2005도4866 판결 등 참조). 제1심판결이 항소권자인 피고인에게 불이익한 것인지 여부는 재판의 주문을 기준으로 판단하여야 하므로, 비록 판결 이유에 불만이 있더라도 그에 대하여는 항소의 이익이 없어 그 시정만을 구하기 위한 불복신청을 할 수는 없다(대법원 1994. 7. 29. 선고 93도1091 판결, 대법원 1993. 3. 4.자 92모21 결정 등 참조). 유죄가 인정된 피고인도 제1심판결에서 선고된 형량 등 주문의 내용에는 만족하면서 오로지 이유 중에 사실오인, 법령위반의 잘못이 있음을 지적하면서 그에 대한 시정을 구하기 위해 항소하는 것은 현행 형사소송법체계상 허용되지 않는다.

피고인이 형사재판에서 가장 관심을 갖게 되는 사항은 죄의 성부와 형량의 경중에 관한 최종 결론으로서 판결 주문이다. 피고인이 소송절차에서 하는 방어의 노력은 이에 집중되고, 유죄가 인정된 판결에 대한 상소 여부를 판단할 때에도 판결 주문에 나타난 형량의 적정성과 구속 등 그에 수반하는 효과가 핵심적인 고려 요소이다. 반면 소송절차의 적법 또는 판결 이유상의 사실인정, 법령적용에 관한 세부적 판단의 당부는 주문에 나타난 결론을 뒷받침하는 근거로서 부차적인 고려 사항일 뿐이다.

이처럼 상소제도와 관련하여 판결 주문은 피고인의 상소 가능성과 그 의사는 물론,



구체적인 상소이유의 내용과 범위를 전반적으로 결정짓는 핵심이 된다는 점에서 판결 이유와는 질적으로 다르다. 상소의 적법 여부, 상소이유의 허용 범위를 판단할 때에도 양자는 달리 취급되어야 하고 1차적으로 판결 주문이 기준이 되어야 한다. 따라서 판결 주문이 앞선 심급에 비하여 피고인에게 불이익하게 변경되었고 그에 대해 피고인이 승복하지 않고 상소할 경우에는, 이를 뒷받침하기 위해 주장할 상소이유의 허용 범위도 주문의 정당성을 다룰 만한 것인 이상 가급적 널리 인정하여야 한다. 이것이 불이익한 재판결과에 대한 소송절차상의 방어권으로서 피고인에 대해 상소권을 인정한 취지에 부합하는 태도이다.

2) 이 사건 사안은 피고인이 제1심판결의 주문에 대해 승복함으로써 그 결론이 유지되는 이상 적극적으로 항소할 의사가 없었고 설령 판결 이유 중의 사실인정, 법령적용 등에 불만이 있었다고 항소하는 것이 허용되지도 않았는데, 항소심에서 판결 주문이 불리하게 변경됨으로써 상고할 이익이나 필요성이 새로 발생된 경우라고 할 수 있다. 따라서 피고인이 상고함에 있어 판결 이유 중의 법령위반 등 새로운 사유라도 이를 주장하여 항소심판결의 잘못을 충분히 다룰 수 있도록 하여야 한다.

이 사건 사안에 대해서까지 상고이유 제한 법리를 적용하는 것은 상고 여부 등에 관한 판단 기준으로서 항소심판결의 주문보다는, 상고이유의 구체적인 내용으로서 판결 이유에 지나치게 기울어지거나 초점을 맞춘 것이 되어 상소권 행사 가능성과 그 의사를 결정짓는 요소로서 판결 주문과 이유 사이에 존재하는 위와 같은 법리적, 질적 차이에 비추어 볼 때 본말이 전도된 것이다.

3) 다수의견은 형사소송법상 상고심의 직권심판권(제384조), 항소심의 직권심판권(제364조 제2항)이 인정되므로 상고이유 제한 법리에 의해 피고인의 상고 기회가 제한되

더라도 하급심의 잘못된 판단으로부터 피고인을 구제하여 구체적 타당성 있는 재판결과를 확보할 수 있다고 한다. 그러나 앞서 살펴 본 것처럼 직권심판권은 상고심의 재량적 판단에 따라 그 발동 여부가 정해진다는 점에서 의무적 심판대상으로서 피고인의 상고이유 주장에 관한 판단을 통해 구제가 이루어지는 것과 비교해 볼 때 피고인의 구제를 위한 충분한 수단으로 보기는 어렵다.

마. 파기 후 재판과 항소심의 심판대상

1) 형사소송법상 항소심은 제1심판결에 대한 항소가 이유 있음이 인정되거나 직권으로 판단하여 파기하는 때에는 스스로 피고사건에 관하여 다시 판결하는 것이 원칙이다(제361조의4 제1항 단서, 제364조 제2항, 제6항). 이때 피고사건에 대해 유죄를 인정하게 될 경우에는 판결 이유에 파기의 사유가 된 항소이유에 대한 판단을 기재하는 외에도 유죄 판단의 근거로서 범죄될 사실, 증거의 요지, 법령의 적용, 형의 양정에 대한 판단을 다시 기재하게 된다(제323조 제1항, 제2항, 제369조, 제370조).

위 규정에 비추어 볼 때 항소이유를 중심으로 제1심판결의 당부를 판단하는 것을 기본으로 하는 항소심도 제1심판결에 잘못이 있다고 판단하여 이를 파기하고 재판하는 때에는 이미 제1심과 마찬가지로 속심화한다고 볼 수 있다. 이 사건 사안에서도 항소심은 파기의 사유가 된 형의 양정에 관한 판단을 새로 하는 외에 그 전제가 되는 사실 인정, 법령적용에 관한 판단도 다시 한 것이고, 이는 항소심의 고유한 판단에 해당한다. 설령 사실인정과 법령적용의 내용이 제1심판결의 그것과 동일하거나 이를 인용한 경우라도 달리 볼 이유가 없다. 이때 항소심판결 이유에 기재된 사실인정, 법령적용에 관한 판단상의 잘못을 지적하는 상고이유 주장은 항소심의 심판대상이 된 사항에 관한 것이지 이와 무관한 새로운 사유를 주장하는 것이 아니다.

2) 사후심이란 원판결 자체를 심판대상으로 삼아 원판결의 당부를 제출된 상소이유에 따라 사후에 심사하는 것을 말한다. 이때 사후심이 복심이나 속심 등 다른 심판구조와 대비되는 본질적인 특징은 심판대상이 원판결 자체인지 아니면 피고사건 자체인지 및 심판방법이 원판결 당시를 표준으로 기존의 소송자료에만 기초하여 심사하는 것인지 여부의 차이에 따른 것이다. 그러므로 상고심이 사후심이라는 사실 자체는 피고인이 상고이유로 삼을 수 있는 사유가 다수의견이 주장하는 것처럼 항소심판결 중 피고인이 항소이유로 주장하여 다투었거나 직권 발동에 의해 심판대상이 됨으로써 판단된 사항에 한정된다고 볼 근거가 될 수 없다. 앞서 살펴 본 것처럼 항소심판결의 판단 내용에 포함된 사실인정, 법령적용에 관한 사항도 항소심의 심판대상이 된 사항에 속할 수 있는 것이며 그와 같은 해석이 상고심의 사후심 구조에 배치되는 것은 아니다.

3) 상고심이 사후심이라고 할 때 그 심판대상을 항소심판결 내용 전체로 파악하지 않으면 다른 유사한 사안에서도 부당한 결과가 된다.

예컨대 제1심에서 특정한 법령해석을 전제로 하여 피고인에 대해 전부 무죄가 선고된 경우에는 앞에서 본 것처럼 피고인에 대해서는 항소의 이익이 없어 항소 자체가 허용되지 않는다. 이때 검사만이 위 법령해석에 관한 사항을 항소이유로 삼아 항소하여 항소심에서 그 항소이유가 인용됨으로써 제1심의 무죄판결을 파기하고 형을 선고하는 경우에도 상고이유 제한 법리의 적용을 일관되게 관철한다면 항소하지 않은 피고인은 항소심판결에 사실오인이나 다른 법령위반의 잘못이 있더라도 이를 상고이유로 삼아 상고하는 것이 허용되지 않는다. 그러나 피고인에게는 항소하는 것 자체가 법률적으로 허용되지 않음으로써 기소된 내용에 관하여 사실오인이나 다른 법령위반의 잘못을 항소이유로 주장할 기회가 없었다는 점과 항소심에서 죄의 성립 여부에 관한 판단 자체

가 피고인에 불리하게 변경되었다는 점 등을 모두 감안할 때, 어느 누구라도 이러한 결론을 쉽게 받아들이기는 어려울 것이다. 이는 결국 상고이유 제한 법리가 이 사건 사안에서와 같은 특수한 사정이 있는 경우에까지 일반화하여 적용되기는 어렵다는 것을 반증한다.

바. 항소심에서의 형량이 제1심에서 선고된 경우와의 균형

1) 심급에 기초한 상소제도의 구성과 운영은 입법정책의 문제이기는 하지만, 헌법상 법치주의의 원리, 헌법 제12조 제1항의 적법절차 규정과 헌법 제27조 제1항의 공정한 재판청구권 규정은 형사재판에서 피고인의 방어권을 보장하려는 취지이므로, 항소심에서도 이러한 취지는 유지되어야 하고, 현행 형사항소심의 구조를 기본적으로 속심제로 보는 이상 항소심에서 피고인의 방어권보장의 내용은 본질적인 면에서는 제1심에서의 그것과 같이 보아야 한다(헌법재판소 1995. 11. 30. 선고 92헌마44 결정 등 참조). 특히 이 사건 사안과 같은 경우는 항소심이 파기 후 재판함으로써 제1심판결의 효력이 사실상 소멸되고 제1심판결 선고 직전 상태에서 항소심의 심리가 계속 이어져 항소법원이 항소심 판결 선고시를 표준으로 피고사건 실체에 대해 새로운 판단을 내린 것이라는 점에서 속심적 성격이 더욱 분명하다.

따라서 피고인이 자신에게 불리하게 선고된 제1심판결에 대해 항소할 때와 마찬가지로, 자신에게 불리하게 변경된 항소심판결에 대해서도 그 직전의 항소심 진행 과정에서 적극적으로 다투었는지 여부에 구애됨이 없이 다음 심급인 상고심에서 항소심판결에 영향을 미친 법령위반 등 사유를 상고이유로 삼아 자유롭게 다투으로써 스스로를 적극적으로 방어할 수 있도록 그 기회를 보장해야 한다.

2) 이 사건 사안에서조차 상고이유 제한 법리를 적용함으로써 제1심판결에 대한 항

소 여부 등에 따라 항소심판결에 대한 상고심의 심판범위에 차등을 둔다면 사회통념상 납득하기 어려운 불합리한 상황이 발생할 가능성을 배제할 수 없다.

예컨대 피고인이 제1심에서 징역형에 대한 집행유예라는 무거운 형을 선고받고 나서 제1심판결에 영향을 미친 사실오인, 법령위반, 양형부당의 사유 일체를 항소이유로 주장하면서 적극적으로 항소하였다가 항소가 기각된 경우를 가정해 보면, 피고인으로서 는 다시 항소심판결에 영향을 미친 법령위반 등 사유를 상고이유로 삼아 상고함으로써 총 2회의 상소권을 행사할 기회를 갖게 된다. 반면 이 사건 사안에서처럼 피고인이 제 1심에서 벌금형 등 가벼운 형을 선고받고 이에 승복하여 제1심판결에 대해 항소하지 않거나 양형부당만을 이유로 소극적으로 항소하였다가 항소심에서 검사의 양형부당 항 소가 받아들여져 징역형에 대한 집행유예 등 무거운 형을 선고받은 경우를 가정해 보 면, 현행의 상고이유 제한 법리가 적용됨으로써 피고인으로서 는 항소심판결에 영향을 미친 법령위반 등 사유조차 상고이유로 주장할 수 없게 되어 사실상 전혀 상소권을 행 사할 기회를 갖지 못하게 된다. 즉 법원이 제1심 단계에서 피고사건의 실체에 맞는 정 확한 양형 판단을 하였다면 피고인으로서 는 전자에 따라 총 2회에 걸쳐 불복을 청구할 기회를 갖는 반면, 최종적인 양형 판단의 결론은 동일함에도 제1심의 양형 판단상의 잘못으로 인해 항소심 단계에서 이와 같은 양형 판단이 이루어질 경우에는 피고인이 그 시정을 위한 불복 청구의 기회를 전혀 갖지 못하는 불합리한 상황이 발생하는 것이 다.

이는 불리한 내용의 재판 결과에 대해서는 적어도 1회 상급심에 불복하여 방어할 기 회를 가질 것으로 기대하는 사회평균인의 기대나 인식과는 크게 동떨어진 결과로서 소 송절차상 피고인의 방어권을 침해하는 것일 뿐만 아니라, 특히 그러한 상황이 하급심

의 잘못된 판단에 기인한 것이라는 점에서 볼 때 정의와 형평의 관점에서도 이를 받아들일 수 없다.

3) 다수의견은, 제1심 및 항소심에서 공판중심주의, 실질적 직접심리주의의 이념 하에 충실하고 신중한 심리가 되고 있으므로 이 사건 사안과 같은 경우에 상고이유의 범위를 제한하더라도 상고권의 침해는 아니라고 한다. 하급심에서의 충실하고 신중한 심리를 거침으로써 적정한 재판결과를 확보하는 것은 상고이유 제한 법리를 도입하기 위해 반드시 갖추어져야 할 선행조건이다. 그러나 우리의 소송현실이 아직까지는 이러한 조건을 만족스러운 정도로 충족시키고 있지는 못하다. 피고인이 하급심의 재판결과에 대해 불만을 품고 불복을 함으로써 상고심에 접수되는 사건이 과다하다는 사실은 바로 이러한 점을 방증한다. 따라서 상고이유 제한 법리의 적용이 부당하다고 볼 수 있는 이 사건 사안과 같은 경우에는 이를 완화할 필요성이 여전히 크다.

#### 사. 불필요한 항소와 심리부담의 가중

상고이유 제한 법리가 그대로 유지될 경우 피고인은 유죄의 제1심판결에 대해 승복하더라도 항소심절차의 진행 결과 사정변경이 생겼을 때 상고심에서 다투어 볼 기회가 박탈될 수 있음을 감안하여 검사가 양형부당 항소를 하였을 때에는 전략적으로 함께 항소하여야 하는 부담을 진다. 특히 이 경우 단순히 항소장을 제출하고 적당한 수준에서 항소이유서를 제출하는 것만으로는 부족하고, 상고심에서 항소심판결 내용의 정당성 여부를 적극적으로 다투게 될 상황을 전제로 제1심판결의 이유를 세심하게 살펴 그에 영향을 미친 일체의 사실오인, 법령위반, 양형부당에 관한 판단상의 잘못을 추출하여 항소이유로 구성하여야 한다는 점에서 그 부담은 적지 않다.

항소법원으로서도 실질적으로는 검사의 양형부당 항소로 인하여 절차가 개시되었을

뿐 피고인은 제1심판결에 승복하여 구제에 대한 적극적인 요청이나 필요도 없는 사건에서 다툼이 있는 것처럼 심리를 진행하여야 하고 최종적으로 쌍방의 항소를 기각하기 위해서는 피고인이 제출한 위 항소이유 각각에 대해 배척하는 판단을 해주어야 하는 부담을 안게 된다.

따라서 이 사건 사안에서 상고이유 제한 법리를 엄격하게 관철할 경우 피고인의 전략적 행동을 유발함으로써 권리의 구제와 오판의 시정이라는 심급제도 및 상소제도 본래의 취지나 목적과는 무관하게 절차가 운영될 뿐만 아니라, 피고인과 항소법원 모두에게 소송절차와 관련된 불필요한 비용이나 부담이 발생하는 부작용이 초래된다. 결국 이 법리는 남상소를 방지하기 위한 적합한 수단이 될 수 없다.

#### 아. 결론

1) 요컨대, 유죄판결을 받은 피고인이 항소하지 않거나 양형부당만을 이유로 항소한 후 항소심이 검사의 양형부당 항소를 받아들여 제1심판결을 파기하고 재판하면서 형을 높인 때에는 항소심의 심판대상이 되지 않았던 사유라 할지라도 적법한 상고이유로 인정되어야 한다. 이 사건 사안에 대해서까지 상고이유 제한 법리를 적용하는 것은 피고인이 항소 여부 등을 결정할 당시에는 예견하기 어려운 중대한 사정변경이 있었다는 점, 형사소송법상 상소의 가능성과 그 의사는 판결 주문에 따라 결정되는데 항소심에서 주문이 불리하게 변경된 점, 항소심의 파기 후 재판에 의한 판결 내용은 항소심의 고유한 판단이라는 점, 제1심과 항소심에서의 판결 결과에 따라 상소권 보장의 불균형이 생기는 것을 방지할 필요가 있는 점, 불필요한 항소를 유발하게 되어 심리부담 경감의 수단으로는 부적합한 점 등의 특수한 사정을 간과한 것이다. 그리하여 피고인이 상고하여 방어권을 행사할 실질적인 근거가 있음에도 그 기회를 사실상 박탈함으로써

피고인에게 예상치 못한 불이익을 주는 결과가 된다. 이는 재판을 받을 권리를 기본권으로 규정하고 적법절차를 보장하고 있는 헌법의 정신에도 반한다.

상고이유 제한 법리는 심급제도 및 각 심급의 구조와 역할, 그리고 이에 대응한 피고인의 소송상 지위 등에 기초한 것으로서, 위 법리 자체의 타당성은 인정된다. 그러나 이는 형사소송법 제383조와는 달리 명문의 규정이 없이 관련 규정의 체계적 해석을 통해 인정되는 것이고 이로 인하여 피고인이 형사소송법에 규정된 상고권을 행사할 기회는 크게 제한된다. 이러한 점에 비추어 본다면, 이 사건 사안과 같이 위 법리를 구체적 사안에 적용하였을 때 본래의 취지에 맞지 않는 불합리한 결과가 초래된다거나 심급에 따른 상소권 보장의 본질에 반하는 등 특수한 사정이 존재하여 이를 그대로 적용하는 것이 타당하지 않다고 인정되는 경우에는 그 적용을 배제하는 것이 균형 있는 해석이 된다.

따라서 이 사건 사안의 경우에도 항소심의 심판대상이 되지 않은 사항에 대해서는 피고인이 이를 상고이유로 삼아 상고할 수 없다고 판단한 대법원 1991. 12. 24. 선고 91도1796 판결, 대법원 2001. 3. 13. 선고 2001도191 판결, 대법원 2009. 5. 28. 선고 2009도579 판결, 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006도2860 판결 등을 비롯하여 그와 같은 취지의 판결들은 이 판결의 견해에 배치되는 범위에서 모두 변경되어야 한다.

2) 제1심의 유죄판결에 대하여, 항소하지 않거나 양형부당만을 이유로 항소한 피고인은 "형이 높아지지 않는다면 제1심판결을 받아들이겠다."라고 말하고 있는 것이다. 결국 제1심판결을 유죄 판단 부분과 형의 양정 부분으로 나누어서 전자에 대하여는 최종적으로 승복한다고 하는 것이 아니다. 후자에 대하여는 받아들이면서 전자에 대하여만 불복할 방법도 없다.



3) 이 사건에서 앞서 피고인들이 상고에 이르게 된 사정을 위 법리에 비추어 살펴보면, 피고인 1이 상고이유로 주장하는 사유 중 약사법 제20조 제1항이나 신분범에 관한 공동정범 성립요건 등에 관한 법령위반 등의 사유는 상고심에서 새로이 주장된 것이기는 하지만 형사소송법 제383조 제1호에 해당하는 사유인 이상 적법한 상고이유가 된다. 다만 채증법칙위반, 심리미진으로 인하여 무자격자에 의한 약국 개설행위에의 가담 여부 등에 관한 원심의 사실인정이 잘못되었다는 피고인들의 상고이유 주장도 위와 같은 이유에서 상고이유 제한 법리가 적용되지는 않지만, 실질적으로 원심의 전권인 사실인정의 잘못을 탓하는 취지에 불과하여 형사소송법 제383조 각 호에서 정한 상고이유에는 해당하지 아니하므로 적법한 상고이유가 될 수 없다.

4) 한편 약사라 할지라도 약사 또는 한약사가 아닌 자의 약국 개설행위에 공모하여 가공하면 약사법 위반죄의 공동정범에 해당한다(대법원 2003. 7. 11. 선고 2003도2971 판결 등 참조).

원심판결 이유를 위 법리 및 원심이 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심이 피고인 1에 대해 공소외인과의 공모 관계에서 무자격자에 의한 약국 개설행위에 관한 약사법 위반의 점이 유죄로 인정된다고 판단한 것은 정당하다. 거기에 약사법 제20조 제1항이나 신분범에 관한 공동정범 성립요건 등에 관한 법령적용에 관해 오해하는 등의 잘못이 없다.

5) 형의 양정이 부당하다는 취지의 피고인 2의 나머지 상고이유 주장은 형사소송법 제383조 제4호에 따라 적법한 상고이유가 되지 못한다.

이와 같이 이 사건의 결론에 관하여는 다수의견과 견해를 같이하지만 그 이유는 다르므로 별개의견으로 이를 밝혀둔다.

## 7. 대법관 조희대의 별개의견

가. 다수의견은, 상고심의 사후심 구조 등에 근거하여 상고인이 상고이유로 삼은 사유가 형사소송법 제383조에 규정된 법령위반 등에 관한 사항이라도 항소심의 심판대상이 되지 않은 사유라면 적법한 상고이유가 아니라고 한다. 그러나 이러한 다수의견에는 찬성하기 어렵다.

나. 다수의견의 위와 같은 '상고이유 제한 법리'는 형사소송법 그 밖에 관련 법령상 아무런 근거가 없다. 법률심으로서 상고심의 구조, 상고이유 제한에 관한 정책적 요청이라는 관점에서 보아도 형사소송법 제383조의 규정 외에 이러한 별도의 상고이유 제한 법리를 인정할 필요가 없다. 이하에서 구체적으로 살펴본다.

1) 형사소송법 제383조는 '상고이유'라는 제목 하에 "다음 사유가 있을 경우에는 원심판결에 대한 상고이유로 할 수 있다."라고 규정하면서, 판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있는 때(제1호), 판결 후 형의 폐지나 변경 또는 사면이 있는 때(제2호), 재심청구의 사유가 있는 때(제3호), 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에 있어서 중대한 사실의 오인이 있어 판결에 영향을 미친 때 또는 형의 양정이 심히 부당하다고 인정할 현저한 사유가 있는 때(제4호)를 열거하고 있다.

위에서 보듯이 형사소송법 제383조는 상고권자가 적법하게 상고를 제기할 수 있는 요건으로 원심판결에 대한 것일 것과 제1호 내지 제4호의 각 호에서 정한 사유 중 어느 하나에 해당할 것이라는 두 가지만을 요구하고 있다. 위의 두 가지 요건 외에 다수의견이 말하는 것처럼 '항소심에서 상고인이 항소이유로 주장하거나 항소심이 직권으로 심판대상으로 삼음으로써 항소심의 심판대상이 된 사항일 것'이 요구된다고 볼 수

는 없다. 이러한 요건이 포함되어 있다고 보는 것은 위 규정의 문언에 따른 가능한 해석의 범위를 넘는다.

그 밖에 형사소송법과 다른 법률을 살펴보아도 다수의견의 위와 같은 상고이유 제한 법리를 뒷받침하고 있다고 볼 만한 근거 규정을 전혀 찾을 수 없다.

2) 다수의견은 위와 같은 상고이유 제한 법리가 상고심의 사후심 구조의 채택에 따른 논리적 귀결이라고 주장하면서 이를 위 법리에 의한 상고이유 제한의 주된 근거로 삼고 있다.

그러나 형사소송법체계상 상고심을 복심이나 속심과 구별하여 사후심이라고 할 때에는, 상고인에게 상고이유서를 제출할 것을 강제하고(제379조 제1항), 이를 전제로 상고 법원은 상고이유서에 포함된 사유에 관하여 심판하되(제384조), 원심까지 조사된 증거 및 제출된 소송기록에 기초하여 원심판결의 당부를 심사하며, 상고이유가 있는 때에는 원심판결을 파기하고 환송하여 다시 재판하게 하여야 한다(제379조 제2항, 제390조 내지 제397조)는 등 주로 상고심의 심리절차의 계속 또는 반복 여부에 관한 사항을 전제로 한 것이다. 따라서 상고심이 사후심 구조를 채택하고 있다는 사정만으로 상고이유서에 기재될 상고이유의 범위나 요건이 사실문제 또는 법률문제 중 특정한 유형의 사항으로 한정된다거나, 원심판결의 내용 중 항소이유로 주장되었거나 항소심이 직권으로 심판대상으로 삼은 사항 등 원심의 심판대상과 연계된 특정한 사항으로 한정된다는 결론이 도출되지 않는다.

형사소송법상 상고심을 법률심 또는 사실심 중 어떠한 형태로 구성할 것인지, 이를 기초로 상고인이 주장할 수 있는 상고이유의 구체적인 범위와 유형을 어떻게 설정할 것인지는 심급제도 및 상소제도에 관한 입법자의 입법적 재량의 문제라고 보아야 한

다. 형사소송법 제383조는 상고심의 기능과 구조, 사건 처리 부담 등 입법 과정에서 고려되어야 할 여러 사정을 종합적으로 참작한 입법적 결단에 따라 상고이유의 범위를 구체적으로 정한 것이다. 다수의견의 상고이유 제한 법리는 상고심의 기능과 구조라는 입법자가 이미 참작한 사항을 들어 형사소송법에 명문으로 규정된 적법한 상고이유의 범위를 법률상 근거 없이 축소시키는 무리한 해석론이라고 볼 수밖에 없다. 이는 헌법상 대법원을 최고법원으로 한 심급제도의 설정에 관하여 입법자에게 부여된 입법형성권(제102조)을 침해함으로써 헌법상 권력분립원칙에 위배되고, 헌법상 기본권인 재판청구권(제27조 제1항)의 구체적 실현이라고 할 수 있는 피고인의 상고권을 부당하게 제한하는 것이 된다.

3) 형사소송법 제383조는 판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있는 때(제1호) 등 상고이유가 될 수 있는 사유를 원칙적으로 법령위반에 관한 사항으로 한정하면서, 사실인정 등에 관하여는 피고인이 중형을 선고받은 경우로서 피고인의 이익을 한층 두텁게 보호할 필요성이 있는 때(제4호)에 국한하여 예외적으로 상고이유로 허용하고 있다. 상고심의 직권심판권에 관하여 규정한 형사소송법 제384조도 그 권한 발동의 사유를 제383조 제1호 내지 제3호의 사유로 한정함으로써 상고심의 심판대상이 원칙적으로 법령위반에 관한 사항으로 한정되는 것임을 확인하고 있다. 반면 항소이유가 될 수 있는 사유는 법령위반은 물론이고, 소송절차의 위법, 사실오인, 양형부당 등 법률문제와 사실문제에 걸친 다양한 사유가 두루 인정되고 있다(제361조의5). 여기에서 법령위반이란 원심판결이 인정한 사실을 전제로 놓고 그에 대한 법령의 적용을 잘못된 경우를 뜻하는 것으로서, 원심의 사실인정 자체가 잘못되어 결과적으로 그에 대한 법령의 적용이 잘못된 경우는 이에 해당하지 않는다(대법원 1981. 9. 22. 선고 81

도2111 판결 등 참조).

이와 같이 상고심은 법률심으로서 재판을 통하여 원심판결에 관한 법령위반의 잘못을 최종적으로 바로잡음으로써 법률문제에 관하여 여러 개의 하급심의 판단이 서로 달라질 경우 발생하게 될 위법 상태 또는 법적 혼란 상태를 극복하는 것을 본질적인 기능으로 하고 있다. 이는 유일의 최상급법원으로 하여금 법률의 해석·적용에 관한 최종적인 심판권을 갖도록 함으로써 국가 전체적으로 법률의 해석·적용에 관한 통일성을 유지하고, 하급심의 잘못된 법률의 해석·적용으로 인하여 침해되는 피고인의 권리가 구제될 수 있도록 하기 위한 것이다. 상고심이 법률문제에 대해 최종적인 심판기관으로서 이러한 기능과 역할을 수행하는 것은 심급제도와 상소제도에 관한 입법적 결단으로서 결코 포기될 수 없는 상고심의 고유한 권한인 동시에 책무이다.

따라서 형사소송법 제383조에서 규정하는 법령위반 등에 관한 상고이유 주장은 언제나 적법한 상고이유가 된다고 보아야 한다. 다수의견의 상고이유 제한 법리는 이러한 법률문제에 관한 상고이유에 대해서도 항소심에서 구체적인 심판대상이 된 사항인지 아닌지에 따라 적법성 여부가 좌우된다고 보고 있는데, 이는 법률심인 상고심의 기능과 역할에 배치되므로 받아들이기 어렵다.

4) 다수의견은, 상고이유 제한 법리에 따라 법률문제에 관한 상고이유를 제한하더라도 상고심이 하급심판결의 위법사유에 대해 직권심판권을 발동하여 그 잘못을 바로잡는 방법으로 법률심으로서의 기능을 강화할 수 있다고 주장한다.

그러나 형사소송법 제384조에 규정된 직권심판은 상고심의 의무가 아니라 권한으로서 그 발동 여부가 상고심의 재량에 달려 있다. 그리하여 직권심판사항에 대해서는 그 위법사유가 긍정되어야 할 뿐만 아니라 상고심 스스로 이를 바로잡기 위해 원심판결을

파기할 필요가 있다고 인정하는 예외적인 경우에 한하여 그에 관한 명시적인 판단이 이루어지기 때문에 대부분의 경우에는 그에 관하여 상고심이 제대로 직권심판권을 발동하였는지 알 길이 없다. 이러한 점에서 상고심의 직권심판은 의무적 심판대상인 상고이유에 관한 판단과 비교해 볼 때 법률심을 강화하기 위한 수단으로 미흡하여 다수의견의 상고이유 제한 법리를 합리화할 근거가 되기에 부족하다.

5) 형사소송에 투입되는 제도적 비용·노력과 상고심 재판을 허용할 경우 얻어질 이익과의 비례적 균형이라는 관점에서 볼 때 상고 제도가 산만하게 이용되기보다는 국민의 법률생활에 중대한 영향을 미치는 문제를 해결하는 데 집중적으로 투입·활용되는 것이 공익상 바람직할 수 있다. 복수의 하급심과 유일의 최상급법원이 위계적으로 병존하는 심급제도 하에서 상고심의 심판대상이 될 수 있는 상고이유의 범위를 제한함에 따라 상고심의 사건 처리에 관한 부담이 줄어들면 상고심으로서의 본래적 기능에 보다 충실을 기할 수 있게 될 것이다.

그러나 이러한 공익상 요청이나 필요가 있다고 하더라도 그 수단은 반드시 법률심으로서 상고심의 본래적 기능에 부합하는 것이라야 한다. 이러한 목적 달성의 수단으로 형사소송법은 이미 제383조를 규정함으로써 상고이유로 할 수 있는 사유의 범위를 원칙적으로 판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있는 때라는 순수한 법률문제에 관한 사항으로 엄격히 제한해 두었다. 이는 하급심은 사실심을, 상고심은 법률심을 원칙으로 한다는 심급제도의 본질과 기능에 맞추어, 상고인이 상고이유로 삼을 수 있는 사유를 원칙적으로 판결에 영향을 미친 법령위반에 관한 사항으로 한정함으로써 하급심과 상고심 간에 사법자원을 적절하게 분배하고 불필요한 상고제기를 방지하여 소송경제를 도모하기 위한 필요하고도 합리적인 방안이다. 반면 다수의견의 상

고이유 제한 법리는 명백한 법령위반에 관한 사유조차 항소심의 심판대상이 된 사항이 아니라는 이유로 경우에 따라 상고심의 심판대상에서 제외시키는 결과를 초래하는데, 이는 법률심으로서 상고심의 기능과 역할에 배치되는 것으로서, 이러한 목적의 달성을 위한 수단으로서는 본말이 전도된 것이다.

6) 종래 대법원이 형사소송법 제383조의 규정에도 없는 별도의 상고이유 제한 법리를 이끌어 내게 된 것은, 사실심 법관의 사실인정이 명백한 증거 없이 이루어진 것이라거나 독단이나 자의의 정도에 이른 것인지 불분명하고, 실질적으로 사실심법원의 전권으로서 사실문제를 다루는 것에 불과한 사유를 법령위반에 관한 적법한 상고이유로 취급하여, 상고심이 심리하여야 할 사건의 범위를 불필요하게 확대시킴으로써 법률심인 상고심의 본래적 기능이 저해될 우려가 생기자 이를 막기 위한 데에 기인하는 면이 있다.

본래 사실인정의 토대인 증거의 취사선택 및 증명력에 대한 평가는 사실심의 전권으로서, 사실심의 판단이 논리와 경험의 법칙에 따른 자유심증주의의 한계를 벗어나지 아니하는 한 그것만으로 바로 형사소송법 제383조 제1호가 상고이유로 규정하고 있는 법령위반에 해당한다고 단정할 수 없고, 원심의 구체적인 논리법칙 위반이나 경험법칙 위반의 점 등을 지적하지 아니한 채 단지 원심의 증거취사와 사실인정만을 다루는 것은, 특별한 사정이 없는 한 사실오인의 주장에 불과하여 적법한 상고이유가 될 수 없다(대법원 2008. 5. 29. 선고 2007도1755 판결 등 참조).

그런데 대법원은 사실의 인정이 사실심의 전권이더라도 범죄사실이 인정되는지는 논리와 경험의 법칙에 따라야 하고, 충분한 증명력이 있는 증거를 합리적 이유 없이 배척하거나 반대로 객관적인 사실에 명백히 반하는 증거를 근거 없이 채택·사용하는 것

은 자유심증주의의 한계를 벗어나는 것으로서 법령위반에 해당한다고 판단하여 적법한 상고이유로 취급해 왔다(대법원 1954. 10. 5. 선고 4287형상135 판결, 대법원 1984. 5. 29. 선고 84도554 판결, 대법원 1995. 5. 9. 선고 95도535 판결, 대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도2221 판결, 대법원 2007. 5. 10. 선고 2007도1950 판결, 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010도12728 판결, 대법원 2016. 10. 13. 선고 2015도17869 판결, 대법원 2017. 11. 9. 선고 2016도12460 판결, 대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결 등 참조). 사실의 인정에 관하여는 형사소송법 제383조 제4호에 따라 '사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에 있어서 중대한 사실의 오인이 있어 판결에 영향을 미친 때'에만 적법한 상고이유가 되는데도, 대법원은 위와 같은 중한 형이 선고되지 않은 사건에 대하여도 마찬가지로 위의 법리를 적용하여 왔다.

대법원이 위와 같은 이중적인 태도를 취한 것은 사실의 인정은 본래 사실심의 전권이고 대법원은 법률심이라는 것을 인정하면서도 최종심인 대법원이 사실심의 사실오인으로 인한 잘못된 결론을 못 본 척 그냥 지나치기 어렵다는 현실적 요청을 반영한 것으로 보인다.

그러나 형사소송법상 위법수집증거의 배제(제308조의2), 임의성 없는 자백의 배제(제309조), 자백에 대한 보강법칙(제310조), 전문법칙 및 그 예외(제310조의2 내지 제316조) 등과 같이 구체적인 증거법규정에 관한 법령위반의 경위와 근거를 특정하지 않은 채 막연히 논리와 경험의 법칙을 인용하면서 심증 형성의 토대가 된 증거의 신빙성 판단을 잘못하여 사실을 잘못 인정하였다는 취지의 법령위반에 관한 주장은 항소심에 이르기까지 불리한 재판을 받은 피고인이 가급적 항소심의 사실인정까지도 다투어 보려는 태도에서 비롯된 것으로서 본질적으로 사실문제에 관한 것이지 법률문제에 관한 사



항이 아니다. 특히 피고인이 항소심에서는 이와 같은 취지의 주장을 하지 않다가 불리한 내용의 판결을 선고받자 상고하면서 상고이유에서 비로소 이를 주장하는 경우라면 더욱 그러하다. 따라서 이를 형사소송법 제383조 제1호에 해당하는 적법한 상고이유로 인정하여서는 안 된다. 만약 이러한 경우를 법령위반의 상고이유에 해당한다고 보게 되면 앞서 본 것과 같은 심급제도 하에서 순수한 법률심으로 설정된 대법원의 기능 및 역할, 형사소송법 제383조의 문언과 입법의 취지에 반하는 것일 뿐만 아니라, 불필요하고 무용한 상고를 조장함으로써 상고심의 사건 처리에 관한 부담을 과중하게 만드는 원인이 될 수밖에 없다.

따라서 대법원으로서의 종래의 잘못된 판례와 실무를 그대로 유지하면서 이를 제한하는 별도의 상고이유 제한 법리를 고집할 것이 아니라, 형사소송법 제383조 각 호에서 정한 상고이유에 해당하는 사유인지를 엄격히 가림으로써 상고심을 법률심으로서 충실하게 기능하도록 만드는 것이 정도이다. 그렇지 않고 사실인정 문제에 불과한 경우를 적법한 상고이유로 보면서 법령위반에 관한 사유라도 항소심의 심판대상이 되지 않은 사항은 적법한 상고이유가 되지 않는다고 하는 것은 본말이 전도된 것이다.

다. 요컨대, 형사소송법 제383조는 상고이유의 범위에 관하여 명문의 규정을 두고 있는바, 다수의견이 주장하는 상고이유 제한 법리는 형사소송법 그 밖의 관련 법령상 아무런 근거가 없을 뿐만 아니라, 상고심의 사후심 구조나 상고심의 적정한 기능 확보를 위한 정책적 필요성을 이유로 그 타당성을 인정하기도 어렵다. 이는 헌법과 형사소송법의 취지 및 법률심으로서 상고심의 기능이나 역할과도 배치되므로 도저히 받아들일 수 없다. 그러므로 형사소송법 제383조에 따라 판결에 영향을 미친 법령위반 등 사유를 상고이유로 삼아 상고한 경우에는 항소심에서 심판대상이 된 사항인지 여부와 관

계없이 언제나 적법한 상고이유가 된다고 보아야 한다. 상고심의 기능은 위 규정을 보다 엄격히 해석하여 순수한 법령위반에 관한 사유만으로 상고이유의 범위를 한정하는 방법으로 해결되어야 한다.

따라서 형사소송법 제383조 각 호에서 정한 사유에 해당함에도 단지 항소심의 심판 대상이 되지 않았다는 이유만으로 일률적으로 적법한 상고이유가 아니라고 판단한 대법원 1987. 12. 8. 선고 87도1561 판결, 대법원 2009. 5. 28. 선고 2009도579 판결 등을 비롯하여 그와 같은 취지의 판결들은 모두 폐기되어야 한다.

라. 이러한 법리에 따라 피고인들의 상고이유를 본다.

1) 피고인들의 상고이유 중 원심이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정하거나 필요한 심리를 다하지 않았다는 취지의 주장은 실질적으로 원심의 증거취사와 사실인정을 다투는 것으로서 특별한 사정이 없는 한 사실오인의 주장에 불과하여 적법한 상고이유가 아니다.

2) 약사라 할지라도 약사 또는 한약사가 아닌 자의 약국 개설행위에 공모하여 가담하면 약사법 위반죄의 공동정범에 해당한다(대법원 2003. 7. 11. 선고 2003도2971 판결 등 참조).

위 법리에 따라 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유를 들어 약사인 피고인 1이 무자격자인 공소외인의 약국개설행위에 공모 가담한 행위를 약사법 위반죄로 판단한 것은 정당하다. 거기에 약사법 제20조 제1항이나 신분범의 공동정범 성립요건 등에 관한 법령 적용을 위반하는 등의 잘못이 없다.

3) 피고인 2의 양형에 관한 나머지 상고이유는 형사소송법 제383조 제4호에 따른 적법한 상고이유가 아니다.

이와 같이 상고를 모두 기각하여야 한다는 이 사건의 결론에 관하여는 다수의견과 의견을 같이하지만 결론에 이르기까지의 이유는 다르므로 별개의견으로 이를 밝혀둔다.

#### 8. 다수의견에 대한 대법관 민유숙의 보충의견

가. 대법관 권순일, 대법관 이기택, 대법관 김재형, 대법관 김선수의 별개의견(이하 '별개의견1'이라 한다)의 취지를 쉽게 풀어보면, ① 피고인은 제1심판결에서 유죄가 인정된 경우 주문에 나타난 형량에 대해 만족하는지 여부에 따라 죄의 성부를 다투기 위한 항소 여부 및 그 항소이유로서 사실오인, 법령위반 등 사유의 주장 범위에 관하여 달리 판단한다는 점, ② 피고인의 이러한 판단을 존중하여 항소심에서 검사의 양형부당에 관한 항소이유가 인용되어 형이 높아지는 등 중대하게 사정이 변경된 경우에는 새로운 사유도 널리 적법한 상고이유로 받아 주는 것이 타당하다는 점으로 요약된다. 그러나 이러한 주장은 피고인의 입장만을 강조하여 우리 형사소송절차의 기본 구조와 심리절차의 기본 이념에 맞지 않고 법리적 근거도 부족한 것이어서 동의할 수 없다.

1) 형사소송법상 피고인은 공소장에 의한 검사의 모두진술이 끝난 뒤에 반드시 공소사실의 인정 여부를 진술하도록 되어 있고(제285조, 제286조 제1항), 그때 피고인이 밝힌 공소사실에 대한 자백 또는 부인 등 죄의 성부에 관한 입장에 따라 그 후의 공판절차가 진행된다. 그리하여 공소사실을 다투는 피고인은 사실과 법률의 양 측면에서 검사의 기소 내용에 대해 적극적으로 방어권을 행사하게 되고 제1심법원은 이를 토대로 충분한 심리를 거쳐 유·무죄 여부와 양형에 대한 최종 결론을 내리게 된다. 즉 우리 형사소송절차는 첫 단계에서 외국의 절차에서나 가능할 수 있는 형의 양정과 공소사실의 인정 여부를 연계하여 피고인이 유리한 양형을 얻어내는 이른바 '기소 전 인부절차'와

같은 것은 허용되지 않고, 판결에 이르는 절차는 죄의 성부에 대한 판단을 전제로 하여 순차로 형법 제51조의 양형 요소에 관한 판단에까지 나아가는 구조이다. 이러한 점에 비추어 볼 때 피고인이 제1심판결의 형량에 관하여 만족하는지 여부 및 항소심판결에서 형의 불이익한 변경 여부 등 양형의 적정성에 관한 피고인의 주관적 판단 여하에 종속되어 그 후 속행되는 상고심의 절차에서 죄의 성부를 다투기 위해 주장할 수 있는 사유의 범위가 달라질 수 있다고 보는 별개의견1의 태도는 우리 형사소송절차의 기본 구조에 맞지 않는다.

2) 당사자주의·공판중심주의·실질적 직접심리주의를 지향하는 현행 형사소송법의 소송구조와 소송절차의 동적·발전적 성격 등에 비추어 볼 때, 별개의견1이 소송절차상의 중대한 사정변경이라고 보는 위의 사안은 상고이유 제한 법리가 적용되는 다른 사안과 비교해 보더라도 피고인이 소송절차의 진행 결과 예기치 못한 불이익을 입었다고 보아 위 법리 적용상의 특별한 예외를 인정해야 할 만한 불의타에 해당한다고 보기는 어렵다. 별개의견1이 상고이유 제한 법리의 기본 취지를 공감하면서 유독 이러한 사안에서만 왜 다른 해석을 하여야 하는지에 관한 수긍할 수 있는 분명한 근거를 제시하지 못한다면 그 타당성을 주장하기 어려운 것이다.

3) 그 외에 별개의견1이 들고 있는, 항소심에서 판결 주문의 불리한 변경이 있었다는 점, 항소심에서 파기자판을 하면서 형을 선고하는 경우에는 유죄판단의 이유를 설시한다는 점, 항소심에서 높아진 형량이 제1심에서 선고된 경우와 비교하여 상소 기회에 불균형이 생긴다는 점, 피고인의 항소를 불필요하게 유발함으로써 부담을 가중시킨다는 점 등의 사정도 위와 같은 우리 형사소송법이 취하고 있는 소송구조 및 심리절차에 관한 기본 이념 등에 비추어 볼 때, 기존에 일관되게 유지되어 온 상고이유 제한 법리

에 관한 선례가 변경되거나 폐기되어야 할 근거로서는 많이 부족하다.

나. 별개의견1과 대법관 조희대의 별개의견(이하 '별개의견2'라고 한다)은, 상고심이 사후심이라는 점에 의하더라도 적법하게 상고이유로 삼을 수 있는 사유의 범위를 상고이유 제한 법리가 제시한 것처럼 항소심에서 심판대상이 되었던 사항으로 좁게 해석하기에는 실정법상 근거는 부족하다고 한다.

그러나 '항소심에서 심판대상이 되었던 사항'이란 항소심이 소송절차에서 심리와 판단의 대상으로 삼았던 사항을 말한다고 볼 수 있는데, 형사소송법은 항소법원으로 하여금 항소이유에 포함된 사유에 관하여 심판하는 것을 원칙으로 하면서(제364조 제1항), 예외적으로 직권으로 심판대상으로 삼은 사유에 대해 판단하도록 정하고 있다(제361조의4 제1항, 제364조 제2항). 상고이유 제한 법리에서 정하고 있는 '항소심에서 심판대상이 되었던 사항'은 바로 이에 근거한 것이다. 따라서 상고심의 사후심 구조 등에 기초하여 상고이유를 제한하는 위 법리의 근거가 부족하다는 취지의 주장은 받아들이기 어렵다.

다. 별개의견2는, 상고심이 법률심으로서 원칙적으로 모든 법령위반에 관한 사유는 그 심판대상에 포함되어야 한다는 입장을 취하면서도, 형사소송법상 구체적인 증거법규정에 관한 법령위반의 경위와 근거를 특정한 경우에 한하여 적법한 상고이유로 보아야 한다고 주장한다.

그러나 우리 형사소송법은 위법수집증거배제법칙(제308조의2) 등 구체적인 증거법칙에 관하여 규정하기에 앞서, 제307조에서 증거재판주의를, 제308조에서 자유심증주의를 증거법의 기본원칙으로 규정하고 있다. 항소심의 증거판단과 사실인정이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 것으로서 채증법칙위반 내지 심

리미진에 해당한다는 취지의 상고이유 주장은 바로 위 증거법규정의 위반을 지적하는 것이다. 대법원은 같은 취지에서 이를 형사소송법 제383조 제1호에 해당하는 법령위반에 해당하는 것으로 취급해 왔다.

또한 위와 같이 증거재판주의나 자유심증주의에 위반한 경우가 법령위반에 관한 사유로서 적법한 상고이유가 되는 이상 상고심이 이를 판단하는 과정에서 지게 되는 사건처리에 관한 부담은 어느 정도 늘어날 수밖에 없다. 상고이유 제한 법리는 이러한 사정을 반영한 것으로서 최고법원으로서 상고심의 기능과 역할을 확보하기 위하여 도입된 불가피한 것임을 강조하지 않을 수 없다.

라. 피고인이 외견상으로는 법령위반을 상고이유로 주장하더라도 상고심이 이를 판단하려면 구체적인 사실관계의 확정이 필요한 경우가 많다. 이때 원심에서 그러한 사실관계에 관하여 심리와 판단이 전혀 이루어지지 않은 경우에는 사후심 및 법률심으로서의 특성상 상고심이 그 상고이유 주장의 당부를 판단하기 곤란하게 된다.

이 사건에서의 구체적인 판단 내용에 비추어 보더라도, 별개의견1과 별개의견2는, 항소심의 심판대상이 되지 않은 사항도 일단 상고심의 심판대상이 될 수 있다고 보면서도, 그중 피고인들의 무자격자에 의한 약국 개설행위에 가담한 사실이 있는지에 관한 채증법칙위반 내지 심리미진의 상고이유 주장에 대해서는 실질적으로 원심의 전권인 사실인정을 다투는 것이라는 이유로 본안 판단으로 나아가지 않은 채 부적법하다고 보았다.

이러한 점에 비추어 볼 때, 별개의견1이나 별개의견2가 주장하는 것처럼 상고이유 제한 법리를 변경하거나 폐기함으로써 외견상 피고인이 상고이유로 삼을 수 있는 사유의 범위를 확대한다고 하더라도, 실제로 형사소송법 제383조 각 호에서 정한 상고이유

에 해당하여 상고심에서 판단할 만한 사항은 많지 않을 것이다. 즉 위 법리 변경 등에 따른 실익은 크지 않다고 보아야 한다.

이상과 같이 다수의견에 대한 보충의견을 밝힌다.

9. 대법관 권순일, 대법관 이기택, 대법관 김재형, 대법관 김선수의 별개의견에 대한 대법관 이기택의 보충의견

가. 별개의견1에서 다수의견에 반대하여 이 사건 사안에 대해 기존의 상고이유 제한 법리가 적용되어서는 안 된다는 취지를 밝혔다. 그러나 그 외에도 유죄가 인정된 제1심판결의 결론에 대해 피고인이 무죄의 취지로 사실오인, 법령위반 등 형사소송법 제361조의5 각 호에서 정하고 있는 사유를 항소이유로 주장하면서 적극적으로 항소한 사안이라도 항소심에서 피고인의 항소는 기각되고 검사의 양형부당 항소만이 인용되어 형이 높아진 경우(이하 '적극적 항소 사안'이라 한다)라면 상고이유 제한 법리의 적용 대상에서 제외되어야 한다고 본다. 그 이유는 다음과 같다.

나. 별개의견1은, 형사재판의 발전적·동적 성격에 비추어 볼 때 하급심에서의 소송 진행결과에 따라서는 구체적 사안별로 상고이유 제한의 당위성이나 필요성 면에서 서로 다르게 평가될 만한 특수한 사정이 있을 수 있다는 점 및 이를 고려하여 상고이유 제한 법리의 적용 여부가 달리 판단되어야 한다는 점을 지적한 것이다. 이러한 특수한 사정과 관련하여 이 사건 사안이 상고이유 제한 법리의 적용대상에서 제외되어야 한다는 결론에 이르게 된 주된 논리는 다음과 같이 요약된다.

1) 먼저 상고할 당시와 항소할 시점을 서로 비교해 보았을 때 상소 여부 등의 판단에 있어 기초가 되는 사정에 있어 중대한 변경이 생겼다는 점이다. 피고인이 항소 여부 등을 판단할 때 기초되는 사정이었던 제1심판결의 결과가 항소심에서 불이익하게

변경되는 사정변경이 있었으므로 피고인이 상고 여부 및 상고이유 등을 결정할 때에는 위와 같이 변경된 항소심판결을 토대로 판단할 수 있도록 함이 상당하다.

2) 판결 주문이 상소의 가능성 및 상소 의사 여부를 결정하는 핵심적 요소이므로 상고이유 제한의 당부나 범위도 이를 기준으로 판단되어야 한다는 점이다. 그리하여 피고인이 제1심판결 주문에는 만족하고 형사소송법상 판결 이유에 불만이 있더라도 이를 다투는 항소는 허용되지 않음에 따라 항소하지 않았는데, 그 후 항소심에서 검사의 양형부당에 관한 항소이유가 인용되어 판결 주문이 불이익하게 변경되었다면 피고인으로서 다투는 것을 보류해 두었던 판결 이유상의 사실오인, 법령위반 등 잘못을 적극적으로 주장하면서 상고할 수 있다고 봄이 타당하다.

3) 항소심이 검사의 양형부당 항소를 받아들이면서 파기 후 재판하는 판결은 항소심의 고유한 판단이라는 점이다. 이때 항소심은 파기의 원인이 된 형의 양정에 관한 판단은 물론, 그 전제가 되는 사실인정, 법령적용에 관하여도 새로운 판단을 하게 되므로 항소심판결에 대하여 상고하면서 그 사실오인, 법령위반을 지적하는 상고이유 주장은 항소심의 심판대상에 관한 것이라고 보아야 한다.

4) 나아가 구체적인 사안별로 상소 기회에 불균형이 초래될 우려가 있다는 점이다. 예컨대 상고이유 제한 법리에 의할 때, 항소심판결에서 피고인에게 선고된 형이 모두 징역형에 관한 집행유예로 동일함에도 제1심에서 위 형이 선고됨으로써 피고인이 처음부터 불복하여 사실오인, 법령위반 등 사유를 항소이유로 주장하면서 다투었다면 피고인이 결과적으로 상고심까지 2회의 상소 기회를 누릴 수 있게 되지만, 제1심에서 우연히 벌금형 등 그보다 경한 형이 선고됨으로써 판결에 승복하였다가 항소심에 이르러 비로소 위 형이 선고될 경우에는 상고가 제한됨으로써 사실상 피고인이 상소의 기회를



전혀 가질 수 없게 되는 불합리한 결과가 초래된다.

5) 마지막으로 상고이유 제한 법리로 인하여 예상과는 달리 항소심의 심리부담이 가중된다는 점이다. 피고인으로서 제1심판결에 승복할 의사이더라도 검사가 양형부당으로 항소할 경우에는 향후 상고이유가 제한될 것까지 감안하여 사실오인, 법령위반 등 일체의 사유를 항소이유로 주장하면서 항소하는 등의 대응을 하게 되고, 이로 인해 항소심은 그 항소이유에 대해 심리·판단하여야 하는 부담을 지게 된다.

다. 그런데 이러한 논리는 적극적 항소 사안에 대해 상고이유 제한 법리를 적용할 경우에도 거의 그대로 타당하다고 보인다. 비록 피고인이 제1심판결의 주문과 이유 모두에 대해 불복하여 적극적으로 다툰 사안이라는 점에서 적극적 항소 사안이 이 사건 사안과 다소 구별되지만 이러한 사정은 상고이유 제한 법리의 적용대상에 관한 경계선을 확정함에 있어 양자를 달리 평가할 본질적 요소는 아니다. 오히려 적극적 항소 사안에서도 항소 여부 및 그에 수반하여 주장할 항소이유의 내용과 범위를 결정짓는 표준은 여전히 항소심에서 파기되기 전의 제1심판결이라는 점에서 이 사건 사안과 다를 바 없다. 나아가 이 경우에도 피고인은 제1심판결의 결론이 항소심에서 그대로 유지될 것임을 전제로 항소 여부 등을 판단하게 된다. 이를 전제로 할 때 그 후 이 사건 사안에서처럼 항소심에서 이와 같은 항소 여부 등에 관한 판단의 기초가 된 사정으로서 제1심판결이 실효되고 그보다 불리한 내용의 항소심판결로 대체되는 상황이 발생한 이상, 적극적 항소 사안에서도 피고인으로 하여금 항소심에서의 변경된 사정에 기초하여 항소이유로는 주장하지 않던 사실오인, 법령위반 등 새로운 사유를 상고이유로 삼아 다시 상고할 수 있게 하는 것이 논리적으로 일관된 결론이다.

라. 별개의견1에서 지적한 것처럼 형사재판에서 피고인의 가장 큰 관심사는 판결 주

문의 유·무죄 인정의 당부 및 형량의 적정 여부이다. 피고인이 판결 주문에 대해 불만이 크면 클수록 항소할 가능성은 커지고 그에 수반하여 다툼의 대상으로 삼고자 하는 항소이유의 범위도 넓어질 것으로 봄이 상당하다. 한편 피고인의 항소로 절차가 속행될 경우 피고인은 추가로 상당한 비용이나 부담을 지게 되는데, 이는 항소이유의 수가 많거나 그 내용이 복잡한 것이어서 심리기간이 길어질수록 증가하게 된다. 그에 따라 피고인은 제1심판결에 대해 불복하여 항소하더라도 여러 사유들 중 우선적으로 주장할 만한 일부 사실오인, 법령위반의 사유만을 항소이유로 주장하고 나머지 사유는 보다 불리한 상황이 발생하지 않는 한 그 주장을 보류해 둘 것으로 봄이 합리적이다. 피고인의 이러한 판단은 자신에게 가장 이익이 되는 방향으로 항소권을 행사하려는 합리적 의사선택의 결과로서, 사회생활 속에서 자신의 이해가 교차하는 상황에서 이에 대응하는 보편적이고 자연스러운 태도인 동시에 형사소송법이 피고인에게 구제수단으로서 항소권을 인정하는 취지에도 부합하는 것이다. 따라서 그 후 항소심이 피고인의 항소이유를 모두 기각하면서 검사의 양형부당에 관한 항소이유를 받아들여 제1심판결을 파기하고 형을 더 높임으로써 피고인에게 보다 불리하게 기존 상황이 변경되었다면 피고인이 항소 당시부터 사실오인, 법령위반 등 사유를 항소이유로 삼아 적극적으로 항소한 경우라도 그때까지 보류해 둔 사실오인, 법령위반의 새로운 사유를 상고이유로 삼아 상고함으로써 피고인 자신의 이익을 방어할 기회를 부여함이 타당하다.

마. 형사소송법은 항소심의 심판대상을 원칙적으로 항소이유서에 포함된 사항으로 한정하면서(제364조 제1항), 항소장을 제출한 피고인은 법원으로부터 소송기록접수통지를 받은 날로부터 20일 이내에 항소이유서를 항소법원에 제출하도록 규정하고 있다(제361조의3 제1항). 그에 따라 적극적 항소 사안의 피고인은 위와 같은 비교적 짧은 기

간 내에 판결에 영향을 미친 사실오인, 법령위반 등 사유를 검토·분석하여 항소이유서를 작성·제출해야 하는 부담을 진다. 그런데 양형부당 등 판결 결론에의 승복 여부와 관련된 판단과는 달리 판결 이유상의 구체적인 사실인정, 법령적용의 타당성 여부를 법리적으로 가리는 판단은 피고인에게 쉽지 않은 일이다. 그리하여 항소이유서 작성 과정에서 항소이유가 될 만한 사실오인, 법령위반의 사유 중에서 피고인이 잘못 판단하거나 누락시키는 사항이 생기는 것은 불가피하다고 보인다. 비록 이와 같은 누락이 피고인의 부주의함에 따른 것이지만, 피고인으로 하여금 이와 같이 누락된 사실오인, 법령위반 등 사유를 상고이유로 삼아 상고할 수 있도록 함이 타당하다. 상고심을 통해 잘못을 바로잡을 기회가 남아 있음에도 명백히 잘못된 판결 내용을 그대로 두는 것은 재판의 적정과 신뢰 유지라는 심급제도의 취지나 목적에 부합하지 않는다. 특히 항소심이 검사의 양형부당에 관한 항소이유를 받아들여 제1심판결을 파기하면서도 제1심의 잘못된 사실인정, 법령적용을 간과한 채 형만을 높인 경우라면 이미 항소심판결 자체에 그러한 위법 사유가 존재한다고 볼 수 있으므로 상고이유 제한 법리의 적용을 배제하고 이러한 사유를 상고이유로 주장할 수 있게 할 필요성은 더욱 크다.

바. 이러한 사정을 종합해 볼 때 항소심에서 검사의 양형부당에 관한 항소를 인용함으로써 제1심판결과 대비하여 항소심에서 불리한 판결을 받은 때에는 피고인이 그 앞의 불복 단계에서 항소하였는지, 항소이유로 양형부당만을 주장하였는지, 아니면 사실오인 및 법령위반까지 두루 주장한 것인지 여부를 기준으로 사안을 달리 취급할 합리적인 이유는 없다. 적극적 항소 사안도 상고이유 제한 법리의 적용범위에서 제외함이 상당하다.

이상과 같은 이유로 별개의견1에 대한 보충의견을 밝힌다.

재판장      대법원장      김명수      \_\_\_\_\_

                  대법관      조희대      \_\_\_\_\_

                  대법관      권순일      \_\_\_\_\_

                  대법관      박상옥      \_\_\_\_\_

주    심      대법관      이기택      \_\_\_\_\_

                  대법관      김재형      \_\_\_\_\_

                  대법관      박정화      \_\_\_\_\_

                  대법관      안철상      \_\_\_\_\_

                  대법관      민유숙      \_\_\_\_\_

                  대법관      김선수      \_\_\_\_\_

                  대법관      이동원      \_\_\_\_\_

대법관      노정희      \_\_\_\_\_

대법관      김상환      \_\_\_\_\_