

대 법 원

판 결

사 건	2020도4140 가.살인 나.사체유기 다.아동복지법위반(아동유기·방임)
피 고 인	피고인 1 외 1인
상 고 인	피고인들 및 검사
변 호 인	변호사 김영진 외 1인
원 심 판 결	서울고등법원 2020. 3. 26. 선고 2020노81 판결
판 결 선 고	2020. 10. 22.

주 문

원심판결 중 피고인 1에 대한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

검사의 피고인 2에 대한 상고와 피고인 2의 상고를 모두 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 검사의 피고인 1에 대한 상고이유 중 법리오해 주장에 관하여

가. 사건의 개요와 쟁점

1) 사건의 개요

소년법은 19세 미만의 소년에 대하여 부정기형을 선고하는 경우에 장기는 10년, 단기는 5년을 초과하지 못한다고 규정한다(제2조, 제60조 제1항 단서). 「특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법」(이하 '특정강력범죄법'이라 한다)은 살인죄 등 특정강력범죄를 범한 소년에 대하여 부정기형을 선고할 때에는 위 소년법 규정에도 불구하고 장기는 15년, 단기는 7년을 초과하지 못한다고 규정한다(제4조 제2항).

피고인 1은 살인죄 및 사체유기죄로 공소제기되었고, 제1심은 공소사실을 모두 유죄로 인정하면서 당시 18세이던 피고인 1이 소년에 해당한다는 이유로 소년법 제60조 제1항 단서에 대한 특칙에 해당하는 특정강력범죄법 제4조 제2항에서 정한 장기와 단기의 최상한인 징역 장기 15년, 단기 7년의 부정기형을 선고하였다. 이에 대하여 피고인 1만이 항소하고 검사는 항소를 하지 않았다. 그런데 피고인 1은 원심 선고 이전에 19세가 되었다.

2) 원심의 판단

원심은 제1심과 마찬가지로 피고인 1에 대한 공소사실을 모두 유죄로 인정하였으나, 피고인 1이 원심 선고 이전에 소년에 해당하지 않게 되었다는 이유로 직권으로 제1심 판결을 파기하면서, 피고인 1만이 항소하였으므로 불이익변경금지 원칙이 적용되는데 종전 대법원판결(대법원 2006. 4. 14. 선고 2006도734 판결 등) 취지에 따라 부정기형과 정기형 사이의 경중을 가리는 경우에는 부정기형의 단기와 정기형을 비교하여야 하므로 제1심이 선고한 부정기형의 단기인 징역 7년을 초과하는 징역형을 선고할 수 없다는 이유로 피고인 1에 대하여 징역 7년을 선고하였다.

3) 검사의 상고이유

검사는 부정기형과 정기형 사이에 불이익변경금지 원칙을 적용하는 경우 부정기형의

장기를 기준으로 정기형과의 경중을 비교하는 것이 타당하므로, 원심은 제1심이 선고한 부정기형의 장기인 15년을 상한으로 하여 선고형을 결정하였어야 한다고 주장한다.

4) 이 사건 쟁점

이 사건과 같이 피고인이 제1심판결 선고 시 소년에 해당하여 부정기형을 선고받았고, 피고인만이 항소한 항소심에서 피고인이 성년에 이르러 정기형을 선고하여야 하는 경우, 항소심은 불이익변경금지 원칙에 따라 제1심에서 선고한 부정기형보다 무거운 정기형을 선고할 수 없는데, 이때 항소심이 선고할 수 있는 정기형의 상한을 어떻게 정할 것인지가 문제된다. 즉, 항소심이 제1심의 부정기형을 정기형으로 변경해야 할 때 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단하는 기준을 어떻게 설정할 것인지가 이 사건 쟁점이다.

나. 부정기형에 있어 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단하는 기준

1) 피고인만이 항소한 사건에서 항소심은 제1심판결의 형보다 중한 형을 선고할 수 없다(형사소송법 제368조). 불이익변경금지 원칙은 선고되는 형에 있어서의 불이익이 금지되는 중형금지의 원칙임이 법문상 분명하므로, 불이익한지 여부는 선고된 형에 의하여 객관적으로 비교·판단되어야 한다(대법원 1999. 11. 26. 선고 99도3776 판결, 대법원 2004. 11. 11. 선고 2004도6784 판결 등 참조). 또한 선고된 형이 피고인에게 불이익하게 변경되었는지 여부는 형법상 형의 경중을 기준으로 하되 이를 개별적·형식적으로 고찰할 것이 아니라 주문을 전체적으로 고려하여 피고인에게 실질적으로 불이익한지 여부에 따라 판단하여야 한다(대법원 1998. 3. 26. 선고 97도1716 전원합의체 판결, 대법원 2004. 11. 11. 선고 2004도6784 판결, 대법원 2011. 4. 14. 선고 2010도16939, 2010전도159 판결 등 참조).

소년법은 인격이 형성되는 과정에 있기에 그 개선가능성이 풍부하고 심신의 발육에 따르는 특수한 정신적 동요상태에 놓여 있는 소년의 특수성을 고려하여 소년의 건전한 성장을 돕기 위해 형사처분에 관한 특별조치로서 제60조 제1항에서 소년에 대하여 부정기형을 선고하도록 정하고 있다(대법원 2014. 11. 13. 선고 2014도11586 판결, 대법원 2016. 7. 27. 선고 2016도7112 판결 등 참조). 다만 소년법 제60조 제1항에 정한 '소년'은 소년법 제2조에 정한 19세 미만인 자를 의미하는 것으로 이에 해당하는지는 사실심판결 선고 시를 기준으로 판단하여야 하므로, 제1심에서 부정기형을 선고받은 피고인이 항소심 선고 이전에 19세에 도달하는 경우 정기형이 선고되어야 한다(대법원 2009. 5. 28. 선고 2009도2682, 2009전도7 판결, 대법원 2016. 7. 27. 선고 2016도7112 판결 등 참조). 이 경우 피고인만이 항소하거나 피고인을 위하여 항소하였다면 형사소송법 제368조가 규정한 불이익변경금지 원칙이 적용되어 항소심은 제1심판결의 부정기형보다 무거운 정기형을 선고할 수 없다.

그런데 부정기형은 장기와 단기라는 폭의 형태를 가지는 양형인 반면 정기형은 점의 형태를 가지는 양형이므로 불이익변경금지 원칙의 적용과 관련하여 양자 사이의 형의 경중을 단순히 비교할 수 없는 특수한 상황이 발생한다. 결국 피고인이 항소심 선고 이전에 19세에 도달하여 부정기형을 정기형으로 변경해야 할 경우 불이익변경금지 원칙에 반하지 않는 정기형을 정하는 것은 부정기형과 실질적으로 동등하다고 평가될 수 있는 정기형이 부정기형의 장기와 단기 사이의 어느 지점에 존재하는지를 특정하는 문제로 귀결된다. 이는 정기형의 상한으로 단순히 부정기형의 장기와 단기 중 어느 하나를 택일적으로 선택하는 문제가 아니라, 단기부터 장기에 이르는 수많은 형 중 어느 정도의 형이 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단하는 기준으로 설정되어야 하는지

를 정하는 '정도'의 문제이다. 따라서 부정기형과 실질적으로 동등하다고 평가될 수 있는 정기형을 정할 때에는 형의 장기와 단기가 존재하는 특수성으로 인해 발생하는 요소들, 즉 부정기형이 정기형으로 변경되는 과정에서 피고인의 상소권 행사가 위축될 우려가 있는지 여부, 소년법이 부정기형 제도를 채택한 목적과 책임주의 원칙이 종합적으로 고려되어야 한다.

이러한 법리를 종합적으로 고려하면, 부정기형과 실질적으로 동등하다고 평가될 수 있는 정기형은 부정기형의 장기와 단기의 정중앙에 해당하는 형(예를 들어 징역 장기 4년, 단기 2년의 부정기형의 경우 징역 3년의 형이다. 이하 '중간형'이라 한다)이라고 봄이 적절하므로, 피고인이 항소심 선고 이전에 19세에 도달하여 제1심에서 선고한 부정기형을 파기하고 정기형을 선고함에 있어 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단하는 기준은 부정기형의 장기와 단기의 중간형이 되어야 한다. 그 상세한 이유는 다음과 같다.

가) 부정기형은 장기와 단기를 정하여 선고한다(소년법 제60조 제1항 본문). 부정기형은 형기에 단기부터 장기까지의 '폭'이 있는 것을 의미하고, 부정기형의 선고만으로는 향후 집행형으로 확정될 가능성이 있는 형이 단기 이상 장기 이하라는 점만이 결정될 뿐이다.

한편 소년법 제60조 제4항은 "소년에 대한 부정기형을 집행하는 기관의 장은 형의 단기가 지난 소년범의 행형 성적이 양호하고 교정의 목적을 달성하였다고 인정되는 경우에는 관할 검찰청 검사의 지휘에 따라 그 형의 집행을 종료시킬 수 있다."라고 정하고 있다. 부정기형을 선고받은 피고인은 부정기형의 단기가 경과하면 그 이후부터 부정기형의 장기가 도래하기 이전까지 그 형의 집행이 종료될 가능성이 있는 지위에 있

게 된다. 따라서 부정기형의 장기와 동일한 정기형은 부정기형의 장기보다 낮은 형이 집행될 가능성이 있음을 고려하면 부정기형보다 무거운 형임이 명백하고, 부정기형의 단기와 동일한 정기형은 부정기형의 단기보다 높은 형이 집행될 가능성이 있음을 고려하면 부정기형보다 가벼운 형임이 명백하다. 그렇다면 부정기형의 장기와 단기 사이에 부정기형과 실질적으로 동등하다고 평가될 수 있는 지점이 존재한다고 보아야 한다.

결국 부정기형은 '폭'의 형태를 가지고 있고 정기형은 '점'의 형태를 나타내는데, 이러한 상반되는 성질의 부정기형과 정기형의 경중을 비교하려면, 폭의 형태를 가지고 있는 부정기형의 어느 한 지점을 기준으로 삼아 그 지점과 정기형을 비교할 수밖에 없다. 이처럼 피고인이 항소심 선고 이전에 19세에 도달하여 제1심에서 선고된 부정기형을 파기하고 새로이 정기형을 정할 때 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단하는 기준을 설정하는 문제는 부정기형과 실질적으로 동등하다고 평가될 수 있는 정기형이 부정기형의 장기와 단기 사이의 어느 지점에 존재하는지를 특정하는 문제이다.

형벌은 책임에 기초하고 그 책임에 비례하여야 한다는 책임주의 원칙과 상소심에서 실질적으로 불이익한 형을 선고받을 수 있다는 우려로 인하여 상소권의 행사가 위축되는 것을 방지하기 위해 채택된 불이익변경금지 원칙은 형사법의 대원칙이다. 이 사건 쟁점은 부정기형의 단기부터 장기에 이르는 수많은 형 중 어느 정도의 형이 책임주의 원칙과 불이익변경금지 원칙 사이에서 조화를 이룰 수 있는 적절한 기준이 될 수 있는지, 즉 항소심법원이 더 이상 소년법을 적용받을 수 없게 된 피고인에 대하여 책임주의 원칙에 따라 적절한 양형재량권을 행사하는 것을 과도하게 제한함으로써 피고인에게 부당한 이익을 부여하게 되는 결과를 방지하면서도, 피고인만이 항소한 사건에서 제1심법원이 선고한 부정기형보다 무거운 형이 선고될 위험으로 인해 상소권의 행사가

위촉되는 것을 방지할 수 있는 기준이 될 수 있는지를 정하는 '정도'의 문제이지, 부정기형의 장기와 단기 중 어느 하나를 택일적으로 선택하여 이를 정기형의 상한으로 정하는 문제가 아니다. 부정기형의 단기부터 장기까지의 '폭' 중 어느 한 쪽 극단을 선택하여야 한다는 것은 논리의 합리성, 타당성보다는 법적 구성의 명확성, 편의성에 치우쳐서 문제의 본질을 정확히 파악하지 못한 것이다.

나) 불이익변경금지 원칙은 상소심에서 불이익한 결과를 받게 될 위험으로 인해 상소권의 행사가 위촉되는 것을 방지하기 위해 채택된 제도로 상소심법원이 이미 선고받은 형보다 실질적으로 불이익한 형을 선고하지 못한다는 원칙일 뿐, 상소 제기 후의 상황 변화에도 불구하고 피고인에게 최대한 유리한 결과를 부여한다는 원칙은 아니다(대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도5822 판결, 대법원 2007. 7. 13. 선고 2007도3448 판결 등 참조).

소년법이 정하고 있는 형사처분에 관한 특별조치는 소년이라는 상태를 중시하여 소년이 건전하게 성장하도록 돕기 위해 규정된 것이지, 연령을 책임요소로 파악한 것이거나 소년의 특성을 책임의 문제로 파악하여 규정된 것은 아니다(대법원 1991. 12. 10. 선고 91도2393 판결, 대법원 2016. 7. 27. 선고 2016도7112 판결 등 참조). 이처럼 책임의 문제와 별개로 소년법이 소년이라는 상태를 중시하여 형사처분에 관한 특별조치로서 부정기형과 그 장기·단기의 상한(제60조 제1항), 형의 감경(제60조 제2항) 등을 규정하고 있는 목적에 비추어 보면, 소년법이 규정한 부정기형 등 형사처분에 관한 특별조치는 책임주의 원칙에 소년이라는 상태가 피고인에게 이익이 되는 방향으로 반영될 수 있도록 하기 위해 마련된 것이라고 봄이 타당하다.

19세가 되기 전에 제1심에서 부정기형을 선고받은 피고인은 항소심 선고 이전에 19

세에 도달함으로써 더 이상 소년이라는 상태를 고려하여 형사처분에 관한 특별조치를 정하고 있는 소년법을 적용받을 수 없을 것이라는 사정을 충분히 인식할 수 있다. 따라서 19세의 도달을 앞두고 있는 피고인은 상소권을 행사함으로써 피고인에게 가장 유리한 부정기형의 단기보다는 무거운 형을 선고받을 수 있음을 충분히 예측할 수 있다. 또한 부정기형의 단기보다 무거운 형을 선고받을 수 있다는 사정만으로 피고인의 상소권 행사가 위축된다고 볼 수 없다. 왜냐하면 제1심에서 선고받은 부정기형이 그대로 확정되는 경우에도 피고인은 소년법 제60조 제4항에 따라 형의 집행이 종료되지 않는 이상 부정기형의 장기까지 그 형이 집행될 가능성이 있기 때문이다.

결국 항소심에서 선고될 수 있는 정기형이 부정기형의 단기보다는 무거운 형이라 하더라도, 그 정기형이 부정기형의 확정으로 인해 피고인이 합리적으로 예상할 수 있는 형 집행기간의 범위 내에 있다면, 피고인은 실질적인 불이익에 대한 우려 없이 합리적인 판단에 따라 상소권을 행사할 수 있다고 봄이 타당하다. 이와 관련하여 부정기형을 선고받은 피고인은 부정기형의 단기가 경과한 때부터 형의 장기가 도래할 때까지 동일한 가능성으로 소년법 제60조 제4항에 따른 검사의 지휘에 의해 그 형의 집행이 종료될 것을 기대할 수 있으므로, 부정기형의 장기와 단기의 중간형은 부정기형을 선고받은 피고인이 합리적으로 예상할 수 있는 형 집행의 기간에 부합한다고 할 수 있다.

항소심이 부정기형의 확정으로 인해 피고인이 합리적으로 예상할 수 있는 형 집행의 기간, 즉 부정기형의 장기와 단기의 중간형의 범위 내에서만 정기형을 선고할 수 있다면, 피고인은 실질적인 불이익에 대한 우려 없이 합리적인 판단에 따라 상소권을 행사할 수 있다. 또한 항소심은 피고인의 상소권 행사를 위축시키지 않는 범위 내에서 더 이상 소년이라는 상태를 고려하여 형사처분에 관한 특별조치를 정하고 있는 소년법이

적용되지 않는다는 사정을 참작하여 적절한 양형재량권을 행사할 수 있다. 그렇다면 소년법이 부정기형 제도를 채택한 목적, 책임주의 원칙과 불이익변경금지 원칙을 종합적으로 고려할 때, 부정기형의 장기와 단기의 중간형이 부정기형과 실질적으로 동등하다고 평가될 수 있는 정기형에 해당한다고 봄이 적절하다.

다) 이와 달리 부정기형의 장기 또는 단기를 부정기형에 있어 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단하는 기준으로 삼는 것은 다음과 같은 이유에서 부당하다.

(1) 부정기형의 장기 또는 단기는 선고된 형이 실질적으로 불이익하게 변경되었는지 여부를 형의 경중에 의하여 객관적으로 비교·판단할 수 있는 적절한 기준이 되지 않는다.

선고된 형의 경중을 판단하는 기준을 설정하는 것은 그 자체가 종국적인 목적이 아니라 그 기준을 수단으로 삼아 변경된 형이 무거운 형인지 여부를 객관적으로 비교·판단하기 위한 것이므로, 논리의 합리성, 타당성보다 그 선명성에만 치우쳐 형의 경중을 객관적으로 비교·판단하기에 적절하지 않은 수단을 기준으로 삼을 수는 없다. 그런데 아래와 같은 사안을 상정하여 보면, 부정기형에서 장기와 단기가 명확하게 특정되어 있기는 하지만, 부정기형의 장기 또는 단기를 기준으로 삼아서 형의 경중을 객관적으로 비교·판단할 수 없음이 명백하게 드러난다.

(가) 소년인 피고인 갑, 을은 공범으로 함께 기소되었다. 피고인 갑은 제1심에서 징역 장기 5년, 단기 3년을 선고받았고, 피고인 을은 제1심에서 징역 장기 5년, 단기 1년을 선고받았다. 피고인 갑, 을만이 항소하였고, 모두 항소심판결 선고 이전에 19세에 도달하였다. 이 경우 제1심이 피고인 갑에게 선고한 형이 피고인 을에게 선고한 형보다 무거운 형임은 객관적으로 명백하다. 그런데 부정기형의 장기를 형의 경중을 판단

하는 기준으로 삼는 경우, 항소심은 피고인 갑, 을 모두에 대하여 징역 5년을 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단하는 기준으로 삼게 된다. 결국 제1심이 형의 경중에 있어 차이를 둔 피고인 갑, 을이 항소심에서는 동등하게 취급되는 것이다. 그렇다면 부정기형의 장기형을 기준으로 삼는 것은 형의 경중을 객관적으로 비교·판단하기에 적절한 수단이라고 볼 수 없다.

(나) 소년인 피고인 갑, 을은 공범으로 함께 기소되었다. 피고인 갑은 제1심에서 징역 장기 5년, 단기 1년을 선고받았고, 피고인 을은 제1심에서 징역 장기 3년, 단기 1년을 선고받았다. 피고인 갑, 을만이 항소하였고, 모두 항소심판결 선고 이전에 19세에 도달하였다. 이 경우 제1심이 피고인 갑에게 선고한 형이 피고인 을에게 선고한 형보다 무거운 형임은 객관적으로 명백하다. 그런데 부정기형의 단기를 형의 경중을 판단하는 기준으로 삼는 경우, 항소심은 피고인 갑, 을 모두에 대하여 징역 1년을 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단하는 기준으로 삼게 된다. 결국 제1심이 형의 경중에 있어 차이를 둔 피고인 갑, 을이 항소심에서는 동등하게 취급되는 것이다. 그렇다면 부정기형의 단기형을 기준으로 삼는 것 역시 형의 경중을 객관적으로 비교·판단하기에 적절한 수단이라고 볼 수 없다.

오히려 앞서 살펴본 바와 같이 부정기형의 장기와 단기의 중간형을 기준으로 삼는다면, 동일한 사안에서 형의 경중을 객관적으로 비교·판단할 수 있다.

위 (가) 사안에서 제1심이 피고인 갑에게 선고한 형이 피고인 을에게 선고한 형보다 무거운 형임은 객관적으로 명백하므로, 항소심이 피고인 갑, 을에 대하여 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단하는 기준에서도 경중의 차이가 있어야 한다. 부정기형의 장기와 단기의 중간형을 기준으로 삼는 경우, 항소심은 피고인 갑에 대하여는 징역 4년

[$= (5 + 3) / 2$]을, 피고인 을에 대하여는 징역 3년[$= (5 + 1) / 2$]을 각 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단하는 기준으로 삼게 된다.

위 (나) 사안에서도 제1심이 피고인 갑에게 선고한 형이 피고인 을에게 선고한 형보다 무거운 형임은 객관적으로 명백하므로, 항소심이 피고인 갑, 을에 대하여 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단하는 기준에서도 경중의 차이가 있어야 한다. 부정기형의 장기와 단기의 중간형을 기준으로 삼는 경우, 항소심은 피고인 갑에 대하여는 징역 3년[$= (5 + 1) / 2$]을, 피고인 을에 대하여는 징역 2년[$= (3 + 1) / 2$]을 각 불이익변경금지 원칙 여부를 판단하는 기준으로 삼게 된다.

결국 부정기형의 장기와 단기의 중간형을 기준으로 삼는 경우 제1심이 형의 경중에 있어 차이를 둔 피고인 갑, 을이 항소심에서도 그 차이에 부합하는 취급을 받게 된다. 그렇다면 부정기형의 장기와 단기의 중간형을 기준으로 삼는 것은 형의 경중을 객관적으로 비교·판단하기에 적절한 수단이라고 볼 수 있다.

(2) 부정기형의 장기를 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단하는 기준으로 삼는다면 피고인의 상소권 행사가 위축되고, 소년법이 부정기형 제도를 채택한 목적에 부합하지 않으며, 책임주의 원칙과 불이익변경금지 원칙 사이에 적절한 조화를 이룰 수 없다.

19세 도달을 앞두고 있는 피고인은 제1심에서 선고받은 부정기형이 그대로 확정되는 경우 소년법 제60조 제4항에 따라 형의 장기가 도래하기 전에 그 형의 집행이 종료될 가능성이 있다. 이와 같은 상황에서 항소심이 부정기형의 장기와 동일한 정기형까지 선고할 수 있다면 피고인은 합리적인 상소의 필요성이 있다고 판단하더라도 실질적인 불이익에 대한 우려로 인해 상소권을 행사하기 어렵게 된다. 이 사건과 동일한 사안을

상정하여 볼 때, 제1심에서 징역 장기 15년, 단기 7년이라는 넓은 '폭'을 가진 부정기형을 선고받은 피고인이 항소심에서 그 단기보다 8년이나 긴 징역 15년까지 선고받을 수 있는 가능성이 존재한다면 피고인의 상소권 행사가 위축될 수밖에 없다.

피고인만이 항소한 사건에서 피고인이 항소심판결 선고 이전에 19세에 도달하여 정기형을 선고할 경우, 더 이상 소년이라는 상태를 고려하여 형사처분에 관한 특별조치를 정하고 있는 소년법이 적용되지 않는다는 사정을 고려하더라도, 항소심은 제1심법원이 선고한 부정기형보다 무거운 형을 선고할 수는 없다. 그럼에도 피고인만이 항소한 사건에서 항소심이 부정기형보다 무거운 형임이 명백한 부정기형의 장기와 동일한 정기형을 선고할 수 있다면 제1심법원이 선고한 부정기형을 초과하는 형이 항소심에서 선고되는 것이다. 이는 불이익변경금지 원칙을 명백하게 위반하는 것이다.

(3) 부정기형의 단기를 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단하는 기준으로 삼는다면 오히려 피고인의 상소권 행사가 남용될 우려가 있고, 소년법이 부정기형 제도를 채택한 목적에 부합하지 않으며, 책임주의 원칙과 불이익변경금지 원칙 사이에 적절한 조화를 이룰 수 없다.

19세 도달을 앞두고 있는 피고인은 제1심에서 선고받은 부정기형이 그대로 확정되는 경우 소년법 제60조 제4항에 따라 형의 집행이 종료되지 않는 이상 부정기형의 단기를 초과하여 그 형이 집행될 가능성이 있다. 이와 같은 상황에서 항소심이 부정기형의 단기와 동일한 정기형까지만 선고할 수 있다면 피고인은 합리적인 상소의 필요성이 없다고 판단하더라도 일단 상소권을 행사하는 것이 유리한 결과를 가져오게 된다.

피고인이 항소심 선고 이전에 19세에 도달하여 정기형을 선고할 경우, 더 이상 소년이라는 상태를 고려하여 형사처분에 관한 특별조치를 정하고 있는 소년법을 적용받을

수 없으므로, 항소심법원에 이와 같은 사정을 고려하여 합리적인 양형판단을 할 수 있는 적절한 양형재량권이 부여될 필요성이 있다. 그럼에도 항소심이 부정기형보다 가벼운 형임이 명백한 부정기형의 단기와 동일한 정기형까지만 선고할 수 있다면 제1심법원이 선고한 부정기형에도 미치지 못하는 형만이 항소심에서 선고될 수밖에 없게 되는데 이는 소년법이 부정기형 제도를 채택한 목적에 부합하지 않고, 책임주의 원칙과 불이익변경금지 원칙 사이에 적절한 조화가 이루어지지 못한 결과라 할 것이다.

이에 대하여 부정기형의 단기를 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단하는 기준으로 삼는 경우 발생할 수 있는 위와 같은 문제 상황들은 검사의 상소제기를 통해 보완될 수 있다는 반론이 제기될 수 있다. 이는 피고인의 상소권 행사가 위축되는 것을 방지하기 위해 채택된 불이익변경금지 원칙에 관한 기준을 설정하는 과정에서 피고인을 불이익변경금지 원칙이 적용되는 영역 밖으로 몰아내는 방법으로 논거의 부족함을 해결하고자 하는 것으로서 타당하지 않다. 더욱이 검사의 상소 제기 여부는 검사의 자유로운 판단에 따라 결정되는 것일 뿐 법원이 개입할 여지가 없으므로, 법원이 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단하는 기준을 설정할 때 끌어들일 수 있는 문제도 아니다. 형사소송법 제368조는 '피고인이 항소한 사건과 피고인을 위하여 항소한 사건에 대하여만 불이익변경금지 원칙이 적용된다'고 규정하고 있으므로, 검사가 제1심판결의 양형부당을 이유로 항소를 제기한 경우에는 더 이상 형사소송법 제368조에서 정한 불이익변경금지 원칙이 적용되지 않는다. 이 사건 쟁점은 불이익변경금지 원칙이 적용되는 것을 전제로, 부정기형을 정기형으로 변경할 경우 소년법이 부정기형 제도를 채택한 목적에 부합하고, 책임주의 원칙과 불이익변경금지 원칙 사이에 조화를 이루는 결과도 출되어야 하는 특수한 상황을 마주하게 됨에 따라 발생하는 문제이다. 그리고 이러

한 문제를 해결하기 위해 부정기형의 단기부터 장기에 이르는 수많은 형 중 어느 정도의 형이 책임주의 원칙과 불이익변경금지 원칙 사이에서 조화를 이룰 수 있는 적절한 양형에 해당하는지를 찾아내는 것이 법원의 역할이지, 검사의 상소 제기 여부에 관한 결정에 의존하여 문제점을 보완하려고 하는 것은 적절하지 않다. 더욱이 부정기형의 단기를 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단하는 기준으로 설정하여야 한다는 주장은 '피고인만이 항소한 사건에서 최대한 유리한 결과가 보장되어야 한다'는 논리와 방향성을 함께 하는 것인데, 검사가 제1심판결의 양형부당을 이유로 항소를 제기한 경우 불이익변경금지 원칙이 적용되지 않으므로 항소심은 제1심이 선고한 부정기형의 장기를 초과하는 정기형을 선고할 수 있다. 예를 들어 법률상 처단형의 범위가 징역 1년 이상 15년 이하인 범죄를 범한 피고인에 대하여 제1심이 징역 장기 5년, 단기 3년의 부정기형을 선고하였고 이에 대하여 검사가 항소를 제기한 경우 항소심은 그 장기를 넘는 형, 예를 들어 징역 8년을 선고할 수 있게 되는데, 이와 같은 결과가 피고인에게 불이익한 것임은 자명하다. 결국 '피고인만이 항소한 사건에서 최대한 유리한 결과가 보장되어야 한다'는 논리로 인해 발생하는 문제점을 '피고인에게 불이익한 결과가 도출될 위험성이 매우 높은 검사의 항소'를 통해 보완할 수 있다는 주장은 논리적 일관성이 없다.

2) 결국 부정기형과 실질적으로 동등하다고 평가될 수 있는 정기형을 특정하는 문제는 산술적으로 명확히 논증될 수 있는 문제라기보다는, 그 문제가 마주하게 되는 책임주의 원칙, 불이익변경금지 원칙과 소년법이 부정기형 제도를 채택한 목적을 종합적으로 고려하여 부정기형의 단기부터 장기에 이르는 수많은 형 중 어느 정도의 형이 형사책임의 기본원칙인 책임주의 원칙에 부합하는 적절한 양형재량권의 행사를 과도하게

제한하는 것을 방지함과 동시에 상소권의 행사가 위축되는 것을 방지할 수 있는 적절한 상소심 양형의 기준으로서 상대적인 우월성이 있는지를 평가하는 문제이다. 이는 부정기형의 단기부터 장기 사이에 존재하는 어느 정도의 형이 적절한 기준인지를 정하는 '정도'의 문제이지, 결코 부정기형의 장기 또는 단기 중 어느 하나를 선택하여 이를 정기형의 상한으로 정하는 문제가 아니다. 이러한 관점에서 앞서 살펴본 제반 사정들을 종합하면, 부정기형을 정기형으로 변경할 때 불이익변경금지 원칙의 위반 여부는 부정기형의 장기와 단기의 중간형을 기준으로 삼는 것이 부정기형의 장기 또는 단기를 기준으로 삼는 것보다 상대적으로 우월한 기준으로 평가될 수 있음은 분명하다고 볼 수 있다.

3) 이와 달리 불이익변경금지 원칙을 적용하여 부정기형과 정기형 사이의 경중을 가리는 경우에 부정기형 중 단기형과 정기형을 비교하여야 한다는 취지로 판시한 대법원 1953. 11. 10. 선고 4286형상14 판결, 대법원 1959. 8. 21. 선고 4292형상242 판결, 대법원 1969. 3. 18. 선고 69도114 판결, 대법원 2006. 4. 14. 선고 2006도734 판결 등을 비롯하여 같은 취지의 대법원 판결들은 이 판결의 견해에 배치되는 범위에서 이를 모두 변경하기로 한다.

다. 이 사건에 대한 판단

원심은, 제1심판결 선고 당시 소년이었던 피고인 1이 원심에 이르러 성인이 되었음을 이유로 피고인 1에 대하여 징역 장기 15년, 단기 7년의 부정기형을 선고한 제1심판결을 파기한 다음, 종전 대법원판결과 같이 피고인 1만이 항소를 하고 검사는 항소를 하지 않았으므로 불이익변경금지 원칙에 따라 제1심이 선고한 부정기형 중 단기인 징역 7년을 초과하는 징역형을 선고할 수 없다는 이유로 피고인 1에게 징역 7년을 선고

하였다.

그러나 앞서 본 법리에 비추어 보면, 원심이 제1심에서 선고한 징역 장기 15년, 단기 7년의 부정기형 대신 정기형을 선고함에 있어 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단하는 기준은 부정기형의 장기인 15년과 단기인 7년의 중간형, 즉 징역 11년[= (15 + 7) / 2]이 되어야 한다.

그렇다면 제1심에서 선고한 부정기형의 단기인 징역 7년을 기준으로 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단한 원심판결에는 불이익변경금지 원칙에 대한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 검사의 상고이유 주장은 이유 있다.

2. 검사의 피고인 2에 대한 상고이유에 관하여

피고인에 대하여 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고의 형이 선고된 경우에도 형사소송법 제383조 제4호의 해석상 검사는 원심의 형이 너무 가볍다는 사유를 상고이유로 주장하거나 피고인의 이익에 반하여 양형의 전제 사실의 인정에 있어서 원심판단에 채증법칙을 위반한 위법이 있다는 사유를 상고이유로 주장할 수 없다(대법원 2018. 11. 29. 선고 2018도15035 판결 참조).

따라서 원심이 피고인 2에 대하여 징역 10년을 선고한 이 사건에서, 원심의 형의 양정이 너무 가벼워 부당하다거나 양형의 전제 사실의 인정에 있어 채증법칙 위반, 법리오해, 사실오인 등의 잘못이 있다는 검사의 상고이유 주장은 받아들일 수 없다.

3. 피고인 1의 상고이유 중 사실오인 및 법리오해 주장에 관하여

원심은 판시와 같은 이유로 피고인 1에 대한 공소사실을 유죄로 판단하였다. 원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 논리

와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 살인죄의 고의 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

4. 피고인 2의 상고이유에 관하여

기록에 나타난 피고인의 연령·성행·환경, 피해자와의 관계, 이 사건 각 범행의 동기·수단과 결과, 범행 후의 정황 등 양형의 조건이 되는 여러 가지 사정들을 살펴보면, 상고이유에서 주장하는 사정을 참작하더라도 원심이 피고인 2에 대하여 징역 10년을 선고한 것이 심히 부당하다고 할 수 없다.

5. 결론

그러므로 검사의 피고인 1에 대한 양형부당 주장과 피고인 1의 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 원심판결 중 피고인 1에 대한 부분을 파기하고 이 부분을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하고, 검사의 피고인 2에 대한 상고와 피고인 2의 상고는 모두 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 대법관 박상옥, 대법관 민유숙, 대법관 이동원의 별개의견, 대법관 박정화, 대법관 김선수의 반대 의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였고, 다수의견에 대한 대법관 이기택의 보충의견이 있다.

6. 이 사건 쟁점에 관한 대법관 박상옥, 대법관 민유숙, 대법관 이동원의 별개의견

가. 다수의견은 부정기형과 실질적으로 동등하다고 평가될 수 있는 정기형은 부정기형의 장기와 단기의 정중앙, 즉 '중간형'이라고 봄이 타당하다는 이유로, 피고인이 제1심판결 선고 시 소년에 해당하여 부정기형을 선고받았는데 피고인만이 항소한 사건에서 피고인이 항소심 선고 이전에 19세에 도달하여 제1심이 선고한 부정기형을 파기하고 정기형을 선고해야 하는 경우, 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단하는 기준은

부정기형의 장기와 단기의 중간형이 되어야 한다는 것이다.

그러나 이와 같은 경우 부정기형의 중간형이 아닌 장기를 기준으로 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단하는 것이 타당하고 따라서 항소심이 선고할 수 있는 정기형의 상한은 제1심이 선고한 부정기형의 장기라고 보아야 한다. 그 이유는 다음과 같다.

나. 소년에 대한 형사처분에 관한 특별조치

소년법은 인격이 형성되는 과정에 있기에 그 개선가능성이 풍부하고 심신의 발육에 따르는 특수한 정신적 동요상태에 놓여 있는 소년의 특성을 고려하여 소년이 건전하게 성장하도록 돕기 위하여 형사처분에 관한 특별조치 등을 규정하고 있다(대법원 2016. 7. 27. 선고 2016도7112 판결 등 참조).

소년법은 소년이 법정형으로 장기 2년 이상의 유기형에 해당하는 죄를 범한 경우에는 그 형의 범위에서 장기와 단기를 정하여 부정기형을 선고하도록 규정한다(제60조 제1항). 소년의 특성에 비추어 상당하다고 인정되는 때에는 그 형을 감경할 수 있다고도 규정한다(제60조 제2항). 소년법상 부정기형의 단기가 지나면 형 집행기관의 결정에 의하여 집행종료결정이 이루어질 수 있고(제60조 제4항), 단기의 3분의 1이 경과하면 가석방을 허가할 수도 있다(제65조). 또한 소년법은 소년에 대하여 부정기형을 선고하는 경우에 장기는 10년, 단기는 5년을 초과하지 못하도록 규정한다(제60조 제1항 단서). 피고인이 살인죄 등 특정강력범죄를 범한 경우에는 특정강력범죄법이 적용되지만 이 경우에도 부정기형의 장기는 15년, 단기는 7년을 초과하지 못한다(특정강력범죄법 제4조 제2항).

그런데 위와 같은 소년법상 형사처분에 관한 특별조치는 피고인이 현재 소년이라는 상태를 중시하여 규정된 것이지, 연령을 책임요소로 파악한 것이라거나 소년의 특성을

책임의 문제로 파악하여 규정된 것은 아니다. 따라서 피고인이 위와 같이 탄력적이고 유리한 규정을 적용 받기 위해서는 심판 시 소년에 해당해야 한다. 피고인이 제1심판결 선고 시 소년에 해당하였다더라도 항소심에 이르러 소년에 해당하지 않게 되었다면 더 이상 위와 같은 규정의 적용을 받을 수 없으므로, 항소심은 부정기형을 선고한 제1심판결을 파기하고 새로 정기형을 정하여 선고할 수밖에 없다(대법원 2013. 4. 25. 선고 2013도2935 판결, 대법원 2016. 7. 27. 선고 2016도7112 판결 등 참조).

부정기형과 정기형 사이의 경중 비교의 문제는 이와 같이 제1심판결 시 적용되던 소년법이 더 이상 적용될 수 없게 되어 항소심이 직권으로 제1심의 부정기형을 정기형으로 변경해야 하는데 피고인만이 항소를 함에 따라 불이익변경금지 원칙이 적용되어 제1심의 부정기형보다 무거운 정기형을 선고할 수 없는 특수한 국면에서 발생한다. 이러한 경우 소년법의 입법 취지와 불이익변경금지 원칙의 정책 목적을 조화할 수 있는 해석을 할 필요가 있다. 그리고 제1심에서 부정기형을 선고받았으나 항소심 진행 중 성년이 될 것이 예정되어 있는 피고인으로서의 항소심에서는 더 이상 소년법 규정을 적용받지 못한다는 사정을 예상할 수 있다는 점도 고려되어야 한다.

다. 부정기형과 죄형 균형의 원칙 및 책임주의 원칙과의 관계

범죄와 형벌 사이에 적정한 균형이 이루어져야 한다는 죄형 균형의 원칙과 형벌은 책임에 기초하고 그 책임에 비례하여야 한다는 책임주의 원칙은 형사책임의 기본원칙이다(대법원 2018. 10. 12. 선고 2018도8438 판결, 대법원 2020. 9. 3. 선고 2020도8358 판결 등 참조). 피고인에게 책임을 초과하는 형벌을 부과하는 것은 책임주의 원칙상 허용될 수 없다.

정기형과 달리 개선가능성이 풍부한 소년의 특성을 고려하여 장기와 단기를 정하여

선고하는 부정기형의 경우 피고인의 책임과 어떠한 상관관계를 갖는지가 문제될 수 있다. 그러나 부정기형 제도가 소년에 대한 처벌뿐만 아니라 교육적 효과까지를 고려하여 도입되었다고 여전히 부정기형의 본질은 형벌이다. 책임주의 원칙상 책임을 초과하는 형벌을 부과할 수는 없고, 부정기형을 선고한 경우 피고인의 책임에 부합하는 형이 장기에 미달한다고 보는 것은 소년에 대해서는 교정의 목적을 위하여 그 책임을 초과하는 형벌을 부과할 수 있다는 것으로서 받아들일 수 없다. 그렇다면 부정기형의 장기까지가 피고인의 책임에 부합하는 형에 해당한다고 보아야 한다.

이러한 관점에서 장기는 책임의 상한에 해당하는 의미가 있다. 따라서 부정기형 사이의 경중을 비교할 때에도 장기가 기준이 되는 것이 합리적이다. 다수의견은 피고인 갑에 대하여 징역 장기 5년, 단기 3년, 피고인 을에 대하여 징역 장기 5년, 단기 1년이 선고된 경우 피고인 갑이 더 무거운 형을 선고받았음에도 장기를 기준으로 모두 5년을 기준으로 불이익변경금지 원칙을 적용하는 것이 부당하다고 한다. 그러나 여기서 징역 장기 4년, 단기 2년을 선고받은 피고인 병의 사례를 추가하여 피고인 을과의 형의 경중을 비교하면, 중간형이 같다는 이유로 피고인 을, 병에 대하여 선고된 형이 동등하다고 할 게 아니라 책임의 상한에 해당하는 장기가 더 무겁게 결정된 피고인 을에 대한 형이 더 중하다고 평가하는 것이 타당함을 알 수 있다.

라. 부정기형을 정기형으로 변경할 때 불이익변경금지 원칙을 적용하는 방식

불이익변경금지 원칙은 피고인이 안심하고 상소권을 행사하도록 하려는 정책적 고려에서 나온 제도이다(대법원 2007. 7. 13. 선고 2007도3448 판결 참조). 불이익변경금지 원칙의 적용에 있어 그 선고된 형이 피고인에게 불이익하게 변경되었는지 여부에 관한 판단은 형법상 형의 경중을 기준으로 하되 이를 개별적·형식적으로 고찰할 것이 아니

라 주문 전체를 고려하여 피고인에게 실질적으로 불이익한지 아닌지를 보아 판단하여야 하고(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도12967 판결 등 참조), 그와 같은 형의 변경 가능성으로 인하여 실질적으로 피고인의 상소권 행사가 위축될 우려가 있는지 여부가 고려되어야 한다. 또한 이와 같은 불이익변경금지 원칙은 소년법이 소년에 대하여 부정기형을 선고하도록 규정한 입법 취지 및 책임주의 원칙과도 조화를 이룰 수 있는 방향으로 해석·적용되어야 할 것이다.

부정기형은 장기와 단기를 정하여 선고한다(소년법 제60조 제1항 본문). 부정기형의 선고만으로는 향후 집행형으로 확정될 가능성이 있는 형이 단기 이상 장기 이하라는 점만이 결정된다. 이와 같은 부정기형의 특성으로 인하여 부정기형과 정기형과의 경중을 단순 비교하는 것은 가능하지 않다.

다수의견은 소년법 제60조 제4항에 따라 부정기형의 단기가 지나면 형 집행기관의 결정에 의하여 집행종료결정이 이루어질 수 있다는 점을 들어 부정기형이 선고된 경우 장기가 도래하기 이전까지 그 형의 집행이 종료될 가능성이 있다는 사정에 의미를 부여하면서 장기와 동일한 정기형은 부정기형보다 무거운 형이 명백하다고 한다. 이러한 논리에서 부정기형의 단기와 장기 사이에 부정기형과 동등하다고 평가될 수 있는 정기형이 존재하고, 중간형이 그 정기형에 해당한다면 중간형과 정기형 사이의 경중을 비교하는 방식으로 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단하여야 한다는 것이다. 그러나 소년법 제60조 제4항은 형 집행기관에 재량을 부여하는 임의적인 규정일 뿐이다. 위 규정에 따라 장기 도래 전 형의 집행종료가 이루어질 가능성은 확정되지 않은 특별한 사정에 불과하고, 그와 같은 특별한 사정이 없는 한 피고인은 장기까지의 형을 집행 받는다. 그럼에도 다수의견은 실상 부정기형이 선고된 경우 장기 도래 전에 형의

집행종료가 이루어진다는 것을 당연한 전제로 삼아 그 시점이 언제가 될 지만을 미확정의 상태에 두고 논의를 진행하는 것과 다름이 없으므로 타당하지 않다.

다수의견과 같은 부정기형과 정기형의 단순 비교가 불가능한 것이라면, 부정기형을 정기형으로 변경할 때 불이익변경금지 원칙을 적용하는 문제는 부정기형과 실질적으로 동등하다고 평가할 수 있는 정기형을 찾아내는 문제라기보다는 불이익변경금지 원칙의 취지에 부합하게 피고인의 상소권 행사가 위축되지 않도록 합리적인 기준을 세워 항소심이 선고 가능한 형의 상한을 정하는 문제로 귀결된다. 그리고 장기와 단기만을 정하여 선고하는 부정기형의 특성상 그 기준 지점은 장기와 단기 중 하나가 될 수밖에 없다.

마. 장기를 기준으로 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단하는 방식의 타당성

1958. 7. 24. 제정 소년법은 소년에 대하여 부정기형을 선고하는 경우 장기는 10년, 단기는 5년을 초과하지 못한다고 규정하였고, 그 내용이 현행법까지 이어지고 있다. 일부 범죄에 대해서 특정강력범죄법이 적용되더라도 장·단기의 상한은 각 15년, 7년이다. 그런데 그 사이 우리 사회는 많은 변화와 중대한 범죄들을 경험하였고, 그러한 범죄에 대하여 책임에 부합하는 적절한 형벌을 선고하기 위한 각종 법률의 개정이 이루어졌다. 형법은 2010. 4. 15. 유기형의 상한을 30년으로, 형을 가중하는 때에는 50년까지로 상향하는 것으로 개정되었다. 중대한 범죄에 대하여 특별법이 제정되어 법정형이 상향조정되기도 하였다.

이에 따라 중대한 범죄를 저지른 소년에 대하여 소년법 또는 특정강력범죄법의 상한에 해당하는 장·단기로 부정기형을 선고하게 되어 장기와 단기의 폭이 지나치게 넓어지는 문제가 발생한다. 비슷한 연령대의 피고인들이 함께 범행을 한 경우 일부 피고인

만이 소년에 해당하여 소년법을 적용받게 되어 공범과 사이에 양형의 불균형이 발생하는 문제도 발생한다. 이와 같은 상황에서 제1심에서 소년에 해당하였던 피고인이 항소심에 이르러 성년에 이르렀다면 항소심 단계에서는 원칙적으로 동일한 법을 적용받게 된 공범들에 대하여 같은 기준에 따라 각자의 책임에 부합하는 양형을 정할 수 있도록 하는 것이 타당하다. 피고인만이 항소하여 불이익변경금지 원칙이 적용되는 경우에도 이러한 사정이 고려되어야 함은 앞서 살펴본 바와 같다.

이러한 점에서 부정기형의 단기를 기준으로 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단하는 경우 항소를 하는 것이 피고인에게 무조건 유리하므로, 피고인의 상소권 행사가 남용될 우려가 있고, 소년법이 부정기형 제도를 채택한 목적에 부합하지 않으며, 책임주의 원칙과 불이익변경금지 원칙 사이에 적절한 조화를 이룰 수 없다는 다수의견의 지적에 동의한다.

나아가 항소심이 선고할 수 있는 정기형이 부정기형을 선고받은 피고인이 합리적으로 예상할 수 있는 형 집행기간의 범위 내에 있어 상소권 행사가 위축될 가능성이 없는지 여부 및 피고인의 책임에 부합하는지 여부를 기준삼아 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단해야 한다는 다수의견의 취지에도 동의한다. 그러나 다음과 같이 이러한 기준에 따르면 오히려 중간형이 아닌 장기를 기준으로 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단하는 것이 타당하다는 점에서 별개의견은 다수의견과 견해를 달리한다.

부정기형을 선고받은 피고인이 합리적으로 예상할 수 있는 형 집행의 기간은 장기에 해당한다. 2009년부터 2018년까지의 10년간의 통계자료에 의하면 위 기간 동안 형집행종료결정은 거의 이루어지지 않은 것으로 보인다. 그리고 소년수형자 중 장기형까지 실제 집행을 받은 비율이 60.21%에 이른다. 장기형까지 실제 집행을 받지 않고 가석방

이 된 경우에도 특별한 사정이 없는 이상 집행형 자체가 장기보다 단축되는 것은 아니고 장기와 동일한 정기형을 선고받은 성인수형자가 가석방이 된 경우와 다름없다(소년법 제66조 참조). 이러한 점을 고려하면, 부정기형을 선고받은 피고인이 합리적으로 예상하여야 하는 형의 집행기간은 오히려 장기에 가깝다고 할 수 있다.

한편 병역법 제65조 제1항에서는 보충역 편입 또는 전시근로역 편입을 할 수 있는 대상자로서 '수형자로서 대통령령이 정하는 사람'을 규정하고, 병역법 시행령 제136조 제1항 제1호 가.목에서는 위 수형자의 의미를 '6개월 이상 1년 6개월 미만의 징역 또는 금고의 실형을 선고받은 사람'으로 구체화하면서 '이 경우 형이 부정기형으로서 장기와 단기를 정하여 선고된 경우에는 장기를 적용한다'고 규정한다. 이를 통해서도 일반적으로 부정기형을 선고받은 경우 장기까지의 집행이 예상된다는 점을 확인할 수 있다.

장기와 단기를 정하여 부정기형이 선고된 경우 장기까지가 책임형에 해당한다고 보는 것이 책임주의 원칙에 부합하고, 책임의 상한에 해당하는 장기가 경중 비교의 기준으로 적합하다는 점은 앞서 본 바와 같다.

그리고 항소심에서 성년에 이를 것이 예정되어 있는 피고인으로서 항소심에서는 더 이상 소년법이 적용될 수 없다는 점, 부정기형의 장기까지가 책임형에 해당하고 부정기형이 확정되는 경우 장기까지 집행이 될 수 있다는 점을 모두 고려하여 항소제기 여부를 결정하게 될 것이다.

그렇다면 피고인이 제1심에서 소년으로서 부정기형을 선고받았으나 항소심에서는 성인이 되어 정기형을 선고받아야 하는 경우, 책임형으로서 피고인이 합리적으로 예상할 수 있는 집행기간에 해당하는 장기를 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단하는 기준

으로 삼아, 항소심법원이 부정기형의 장기 이하 범위 내에서 부정기형의 특성 및 장기와 단기를 모두 고려하는 등 양형재량을 최대한 행사하여 피고인의 책임에 부합하는 적정한 형을 다시 정할 수 있도록 하는 것이 타당하다.

불이익변경금지 원칙의 취지, 불이익변경 여부의 판단 기준, 부정기형 제도를 둔 소년법 규정의 취지와 그 구체적인 내용, 책임주의 원칙과의 관계 등 여러 사정에 비추어 이와 같은 결론이 불이익변경금지 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

바. 소결

부정기형과 정기형 사이에 불이익변경금지 원칙에 따른 형의 경중을 비교할 때에는 부정기형의 장기와 정기형을 비교하여 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단하는 것이 타당하다. 따라서 제1심이 선고한 부정기형의 장기가 아닌 단기를 기준으로 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단한 원심판결에는 불이익변경금지 원칙에 대한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이와 같이 원심판결 중 피고인 1에 대한 부분이 파기되어야 한다는 결론에 관하여서는 다수의견과 견해를 같이 하지만 그 이유가 다르므로 별개의견으로 이를 밝혀둔다.

7. 이 사건 쟁점에 관한 대법관 박정화, 대법관 김선수의 반대의견

가. 다수의견은 피고인이 제1심판결 선고 시 소년에 해당하여 부정기형을 선고받았는데 피고인만이 항소한 사건에서 피고인이 항소심 선고 이전에 19세에 도달하여 제1심에서 선고한 부정기형을 파기하고 정기형을 선고해야 하는 경우, 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단하는 기준은 부정기형의 장기와 단기의 정중앙, 즉 중간형이 되어야 한다는 이유로, 제1심이 선고한 부정기형의 단기를 기준으로 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단한 원심판결에는 불이익변경금지 원칙에 대한 법리를 오해하여 판결

에 영향을 미친 잘못이 있다고 한다.

그러나 불이익변경금지 원칙을 적용하면서 부정기형과 정기형 사이에 그 경중을 가리는 경우에는 부정기형 중 단기와 정기형을 비교하여 항소심에서 부정기형의 단기를 초과하는 형을 선고할 수 없다고 하는 것이 1953년 이래 70년 가까이 이어진 대법원의 일관된 견해였고(대법원 1953. 11. 10. 선고 4286형상14 판결, 대법원 1959. 8. 21. 선고 4292형상242 판결, 대법원 1969. 3. 18. 선고 69도114 판결, 대법원 2006. 4. 14. 선고 2006도734 판결 등 참조), 위 견해가 타당하므로, 다수의견의 논거 및 결론에 동의할 수 없다. 그 이유는 다음과 같다.

나. 부정기형의 단기를 기준으로 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단하는 근거

1) 피고인이 상소한 사건과 피고인을 위하여 상소한 사건에서 상소심은 원심판결의 형보다 중한 형을 선고할 수 없다(형사소송법 제368조, 제396조 제2항). 이러한 불이익변경금지 원칙은 피고인이 안심하고 상소권을 행사하도록 하려는 정책적 고려에서 나온 제도이다(대법원 2007. 7. 13. 선고 2007도3448 판결 참조). 불이익변경금지 원칙의 적용에서 그 선고된 형이 피고인에게 불이익하게 변경되었는지 여부에 관한 판단은 형법상 형의 경중을 기준으로 하되 이를 개별적·형식적으로 고찰할 것이 아니라 주문 전체를 고려하여 피고인에게 실질적으로 불이익한지 아닌지를 보아 판단하여야 한다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도12967 판결 등 참조). 불이익변경금지 원칙은 두 형 사이에 객관적으로 유·불리의 서열을 정하는 원칙이 아니라 피고인만이 상소하거나 피고인을 위하여 상소한 사건에서 상소심이 선고할 수 있는 형의 범위를 정하는 원칙이다. 따라서 변경 전후의 선고된 형을 비교하여 피고인에게 불이익하게 변경되었는지를 판단할 때 선고된 형의 효과가 일의적이지 않고 일정한 여건의 변화에 따라 다양한

가능성이 있는 때에는 변경 전의 형은 피고인에게 가장 유리한 경우를 기준으로 하고 변경 후의 형은 피고인에게 가장 불리한 경우를 기준으로 하여 비교하여야 한다. 이렇게 보는 것이 '피고인에게 실질적으로 불이익한지 아닌지'를 판단한다는 취지에 부합할 뿐만 아니라 명쾌하고도 간이한 방법이며 또한 피고인의 상소권 보장을 목적으로 하는 불이익변경금지 원칙에 충실한 해석이다.

2) 소년법은 인격이 형성되는 과정에 있기에 그 개선가능성이 풍부하고 심신의 발육에 따르는 특수한 정신적 동요상태에 놓여 있는 소년의 특성을 고려하여 소년이 건전하게 성장하도록 돕기 위하여 형사처분에 관한 특별조치 등을 규정하고 있다(대법원 2016. 7. 27. 선고 2016도7112 판결 등 참조). 그에 따라 소년법은 소년이 법정형으로 장기 2년 이상의 유기형에 해당하는 죄를 범한 경우에는 그 형의 범위에서 장기와 단기를 정하여 부정기형을 선고하도록 규정한다(소년법 제60조 제1항 본문).

부정기형이 선고된 경우 피고인에 대한 석방 또는 형 집행종료의 가능성은 단기를 기준으로 시작된다. 소년에 대한 부정기형을 집행하는 기관의 장은 형의 단기가 지난 소년법의 행형 성적이 양호하고 교정의 목적을 달성하였다고 인정되는 경우에는 관할 검찰청 검사의 지휘에 따라 그 형의 집행을 종료시킬 수 있고(소년법 제60조 제4항), 단기의 3분의 1이 지나면 가석방을 허가할 수 있으며(소년법 제65조), 가석방 기간은 가석방 전에 집행을 받은 기간과 같은 기간이 지난 경우 또는 장기에 종료하는 것이 원칙이지만(소년법 제66조), 단기가 지나고 보호관찰의 목적을 달성하였다고 인정되면 가석방 기간의 종료 전이라도 심사위원회는 보호관찰소의 장의 신청을 받거나 직권으로 형의 집행을 종료한 것으로 결정할 수 있다(보호관찰 등에 관한 법률 제50조 제1항).

피고인이 제1심에서 소년에 해당하여 부정기형을 선고받았으면 위와 같이 단기에서부터 시작되는 석방 또는 형 집행종료 가능성을 부여받은 것이다. 이러한 사안에서 피고인만이 항소하여 불이익변경금지 원칙이 적용되는데 항소심에서 피고인이 성인이 되어 제1심이 선고한 부정기형을 파기하고 정기형을 선고해야 하는 경우, 피고인에게 제1심에서 선고받은 단기를 초과하는 정기형을 선고한다면 위와 같은 석방 또는 형 집행종료의 가능성이 박탈되므로 피고인에게 불리하다. 따라서 불이익변경금지 원칙을 적용하면서 부정기형과 정기형 사이에 그 경중을 가리는 경우에는 부정기형 중 단기와 정기형을 비교하여 항소심에서 부정기형의 단기를 초과하는 형을 선고할 수 없다고 해석하는 것이 타당하다.

3) 이러한 견해가 70년 가까이 이어진 대법원의 확고한 태도인바, 이와 같이 오랜 기간 이어지면서 부정기형을 선고받은 피고인과 검사가 항소 여부를 결정할 때 고려하는 기준으로 확립된 종전 관례의 비교 방식을 이제 와서 피고인에게 불리한 방향으로 변경해야 할 충분히 합리적인 이유를 찾기 어렵다. 따라서 부정기형의 중간형을 기준으로 해야 한다는 다수의견과 장기를 기준으로 해야 한다는 별개의견은 타당하지 않다. 별개의견은 다수의견보다도 피고인에게 불리한 해석으로서 불이익변경금지 원칙과 소년법의 취지를 더욱 훼손한다.

4) 다수의견과 별개의견은 부정기형의 단기를 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단하는 기준으로 삼는다면 피고인에게 무조건 유리하므로 피고인의 상소권 행사가 남용될 우려가 있다고 한다. 다수의견과 별개의견은 불이익변경금지 원칙이 피고인의 상소권 행사가 위축되는 것을 방지하기 위한 형사법의 대원칙이라는 점을 인정한다. 그럼에도 다수의견과 별개의견은 피고인의 상소권 행사가 남용될 우려를 예방하기 위해

형사법의 대원칙인 불이익변경금지 원칙을 피고인에게 불리한 방향으로 해석해야 한다고 하는데, 이는 불이익변경금지 원칙의 기본취지에 반한다. 또한 부정기형의 단기를 기준으로 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단한다고 해서 다수의견과 별개의견이 우려하듯이 피고인의 상소권 행사가 남용될 것이라고 단정할 수도 없다. 피고인이 항소하게 되면 제1심판결은 확정되지 않고 항소심에 이심되는데, 그 과정에서 검사도 항소할 가능성이 높게 된다. 검사가 항소하면 불이익변경금지 원칙 자체가 적용되지 않게 되어 항소심에서 부정기형의 장기보다도 무거운 형이 선고될 수도 있다. 그렇기에 피고인은 항소 여부를 결정할 때 자신이 항소할 경우 검사도 항소할 가능성이 높아진다는 사정까지 고려할 것이다. 따라서 피고인이 상소권 행사를 남용할 것이라는 우려는 근거가 부족하고 과장된 것이다. 나아가 피고인의 상소권은 피고인의 이익을 보호하고 하급심의 잘못된 판결을 바로잡기 위한 형사법상의 중요한 권리인데, 그러한 권리 행사를 '남용'으로 평가하는 것이 타당한지도 의문이다.

다. 다수의견과 별개의견에 따른 비교 방식의 문제점

1) 다수의견은 부정기형의 단기가 형의 불이익변경 여부를 형의 경중에 의하여 객관적으로 비교·판단할 수 있는 적절한 기준이 되지 않는다면, 부정기형의 장기와 단기의 정중앙, 즉 중간형이 부정기형과 실질적으로 동등하다고 평가될 수 있는 정기형에 해당하므로 이를 기준으로 하는 형의 경중 비교 방식을 채택해야 한다고 한다. 그러나 모든 부정기형의 객관적인 무게가 기계적으로 산출될 수 있는 것은 아니고, 반드시 중간형이 부정기형과 실질적으로 동등하다고 평가될 수 있는 정기형이라고 인정할 충분한 근거도 없다. 부정기형의 장기와 단기 사이의 한 지점을 임의로 설정하여 부정기형의 무게를 표상하는 지점이라고 일컫는 방식이 종전 판례의 방식보다 우월하다고

보기 어렵다.

2) 별개의견은 부정기형을 선고받은 경우 일반적으로 장기까지의 집행이 예상된다는 이유로 장기를 기준으로 형의 경중을 비교해야 한다고 한다. 별개의견은 소년수형자에 대하여 형집행종료결정이 거의 이루어지지 않는다는 점을 비롯한 형집행 실무에 따른 통계자료를 근거로 제시한다. 그러나 그와 같은 자료만으로 부정기형을 선고받은 피고인에 대한 일반적인 예상 집행기간이 장기에 이른다고 확인되지는 않는다. 그럼에도 장기를 기준으로 비교하는 것은 피고인에게 가장 불리한 방식이다. 설령 그와 같은 집행이 이루어지고 있다 하더라도 이는 형집행 실수가 장기뿐만 아니라 단기를 정하여 집행에서 고려하도록 한 소년법의 취지에 부합하지 않게 운영되고 있을 따름이므로, 장기를 기준으로 불이익변경금지 원칙을 적용해야 한다는 타당한 근거가 될 수 없다. 별개의견은 장기까지 집행가능성이 있다는 점을 강조하나, 단기만 복역하면 석방 및 형집행종료 가능성도 있다는 점은 도외시하고 그러한 가능성을 박탈하는 것은 불이익으로 평가하지 않겠다는 것으로서 수증하기 어렵다. 별개의견은 병역법과 그 시행령이 보충역 편입 또는 전시근로역 편입 대상자로서의 수형자에 해당하는지 여부를 판단하는 기준으로 부정기형의 장기를 적용하고 있는 것을 논거로 제시한다. 그러나 병역법령의 위 규정들과 불이익변경금지 원칙은 그 제도적 취지가 전혀 다르므로 이를 동일하게 보아야만 하는 것은 아니다. 병역법령에서는 장기를 기준으로 하는 것이 소년수형자에게 가장 유리하다고 볼 수 있는 측면도 있다. 불이익변경금지 원칙의 적용에서는 단기를 기준으로 하는 것이 피고인에게 가장 유리하므로, 오히려 불이익변경금지 원칙의 적용에서는 단기를 기준으로 하는 것이 병역법령의 위 규정들과도 조화된다고 할 수 있다.

3) 다수의견과 별개의견의 비교 방식은 집행유예에 대하여 불이익변경금지 원칙을 적용하는 대법원의 일관된 입장과도 조화되지 않는다. 대법원은 실형과 집행유예형 사이의 불이익변경금지 원칙 적용과 관련하여 집행유예 판결의 주형을 줄이면서 집행유예를 배제하는 것은 불이익변경에 해당한다고 판시함과 동시에(대법원 2016. 3. 24. 선고 2016도1131 판결 등 참조) 실형의 주형을 늘이면서 집행유예를 붙이는 것 역시 불이익변경에 해당한다고 일관되게 판시하여 왔다(대법원 1966. 12. 8. 선고 66도1319 전원합의체 판결, 대법원 2012. 4. 13. 선고 2011도11700 판결, 대법원 2019. 7. 24. 선고 2018도9342 판결 등 참조). 예컨대 징역 1년의 실형과 징역 1년 6월, 집행유예 3년의 형은 어느 쪽으로 변경하든 불이익변경금지 원칙에 반하여 허용되지 않는다는 것이 대법원의 확고한 견해이다.

위와 같은 대법원의 견해는 외견상으로만 보면 모순된 것처럼 보일 수 있다. 징역 1년의 실형과 징역 1년 6월, 집행유예 3년의 형 중 어느 쪽이 피고인에게 불이익한지 일의적으로 확정되어야 하는데 대법원 견해에 의하면 이를 확정할 수 없다고 볼 여지가 있기 때문이다. 그러나 대법원의 견해를 모순된 것으로 보는 것은 불이익변경금지 원칙을 두 형 사이에 객관적으로 유·불리의 서열을 정하는 원칙으로 오해한 결과에 불과하다. 징역 1년의 실형과 징역 1년 6월, 집행유예 3년의 형 중 어느 쪽이 객관적으로 더 불리한 형인지는 일의적으로 결정될 수 없는 문제이고, 또한 불이익변경금지 원칙이 이에 대한 해답을 주는 원칙도 아니다. 불이익변경금지 원칙을 항소심이 선고형을 정할 때 '피고인에게 실질적으로 불이익한지 아닌지'의 관점에서 판단해야 한다는 원칙으로 이해한다면, 대법원의 위 판결들은 충분히 이해할 수 있는 결론이다. 집행유예형을 실형으로 변경한 경우 집행유예가 실효되거나 취소되지 않는다면 실제 전혀 복

역을 하지 않을 수 있다는 측면에서 아무리 짧은 기간의 실형이라도 집행유예형보다는 실질적으로 피고인에게 불리하다고 평가할 수 있다. 반면 집행유예기간 중에 집행유예가 실효되거나 취소된다면 주형으로 선고된 기간 복역을 해야만 하므로 집행유예의 주형이 실형 선고형보다 늘어난 경우 역시 실질적으로 피고인에게 불리하다고 평가할 수 있다. 위와 같은 대법원의 일관된 견해는 불이익변경금지 원칙을 적용할 때 변경 전의 형은 피고인에게 가장 유리한 경우를 기준으로 하고, 변경 후의 형은 피고인에게 가장 불리한 경우를 기준으로 하여 비교하여야 함을 전제로 하고 있음을 확인해 준다.

이는 피고인에게 불리할 가능성을 고려하여 부정기형의 단기를 기준으로 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단하는 종전 대법원의 입장과 맥락이 닿아 있고, 다수의견과 별개의견의 방식은 이러한 일관된 방향성에 부합하지 않는다.

4) 불이익변경금지 원칙을 형의 경중을 객관적으로 비교·판단하는 기준에 관한 원칙으로만 이해하면 해결하기 어려운 상황에 처할 수도 있다. ① 징역 장기 5년, 단기 3년의 형과 ② 징역 장기 4년 6월, 단기 3년 6월의 형 중 어느 쪽이 더 무거워서 피고인에게 불리한가? 중간형을 기준으로 비교하는 다수의견에 의하면 두 경우 모두 중간형이 4년으로 같으므로 ①형을 ②형으로 또는 ②형을 ①형으로 변경하는 것은 모두 불이익변경금지 원칙에 반하지 아니한다. 장기를 기준으로 비교하는 별개의견에 의하면 장기가 더 긴 ①형이 ②형보다 무거우므로 ①형을 ②형으로 변경하는 것은 불이익변경금지 원칙에 부합하지만 ②형을 ①형으로 변경하는 것은 불이익변경금지 원칙에 반한다. 불이익변경금지 원칙을 상소심이 선고할 수 있는 형의 범위를 정하는 원칙으로 보면 장기와 단기 중 어느 한 쪽이라도 피고인에게 불리하게 변경되었다면 불이익변경금지 원칙에 반하는 것으로 본다. 위 사례에서 ①형을 ②형으로 변경하거나 ②형을 ①형

으로 변경하는 것은 모두 불이익변경금지 원칙에 반하여 허용되지 아니한다. 이와 같이 해석하는 것이 대법원의 일관된 견해에 부합한다.

라. 책임주의 원칙과의 관계

1) 범죄와 형벌 사이에 적정한 균형이 이루어져야 한다는 죄형 균형의 원칙과 형벌은 책임에 기초하고 그 책임에 비례하여야 한다는 책임주의 원칙은 형사책임의 기본원칙이다(대법원 2018. 10. 12. 선고 2018도8438 판결, 대법원 2020. 9. 3. 선고 2020도8358 판결 등 참조).

2) 부정기형이 선고된 경우 단기부터 장기까지 전체 구간의 형은 책임에 부합하는 형의 범위에 속한다고 보아야 한다. 그렇지 않고 어느 하나의 지점만이 책임에 부합하는 형이라고 하면 그 특정의 지점을 제외한 나머지 구간 전체가 책임에 부합하지 않는 형이라는 의미가 되기 때문이다. 그렇게 되면 부정기형을 선고하면 책임에 부합하지 않는 구간의 형을 선고한다는 것이 되어 그 자체로 죄형 균형의 원칙과 책임주의 원칙에 반하게 된다. 부정기형의 단기도 책임에 비례하는 형의 범위에 속하므로 불이익변경금지 원칙을 적용할 때 단기를 기준으로 하는 것이 책임주의 원칙과의 관계에서 문제되는 것은 전혀 없다.

3) 불이익변경금지 원칙의 적용에 따라 피고인에 대하여 단기를 상한으로 하는 정기형의 선고만이 가능한 것이 책임주의 원칙과의 관계에서 형사소송법이 예정하지 아니한 부당한 결과라고 할 수 없다. 책임주의 원칙에 따라 피고인에 대하여 책임을 초과하는 형벌을 부과하는 것은 허용될 수 없지만, 불이익변경금지 원칙에 따라 피고인에 대하여 책임에 부합하는 무거운 형을 선고하는 것에 제약이 가해지는 경우는 있을 수 밖에 없다. 이는 불이익변경금지 원칙을 채택함에 따른 당연한 결과로 보아야 한다. 피

고인만이 항소한 경우 항소심에서 포괄일죄를 구성하는 범죄사실을 추가하는 공소장 변경이 이루어지거나, 치명상을 입었던 피해자가 사망에 이르러 더 무거운 죄로 공소장 변경이 이루어져 피고인의 책임이 더 무겁게 변경된 경우에도 불이익변경금지 원칙의 적용으로 항소심은 제1심판결의 형보다 무거운 형을 선고할 수 없다(대법원 1980. 3. 25. 선고 79도2105 판결, 대법원 2014. 8. 20. 선고 2014도6472 판결 등 참조). 제1심이 착오로 처단형의 하한보다 가벼운 형을 선고한 경우에도 피고인만이 항소하였다면 항소심에서 이를 법률에 부합하는 더 무거운 형으로 변경할 수 없다. 이러한 점에서도 피고인에 대하여 제1심이 선고한 단기를 초과하는 정기형을 선고하기 위한 판례 변경이 반드시 필요하다고 할 수 없다.

마. 검사의 상소 가능성

불이익변경금지 원칙은 피고인이 상소한 모든 경우에 적용되는 것은 아니고, 피고인만이 상소하거나 피고인을 위하여만 상소한 경우에 한하여 적용된다. 검사가 피고인에게 불리한 상소를 제기한 경우에는 불이익변경금지 원칙이 적용되지 않고 상소심에서 제1심보다 무거운 형으로의 변경이 가능하다. 이러한 점에서 검사의 상소 가능성을 고려하지 않고 불이익변경금지 원칙이 적정한 형사사법절차의 운영에 장애를 초래하는 요인인지 여부를 논의하는 것은 타당하지 않다.

앞서 본 예시 사안들에서 검사는 불이익변경금지 원칙의 적용을 배제하여 제1심의 오류를 바로잡고, 피고인의 책임에 부합하는 형이 선고될 수 있도록 항소를 제기할 수 있다. 형사소송법은 이와 같이 불이익변경금지 원칙을 통하여 피고인의 상소권 행사를 보장하면서도 검사의 판단을 통하여 항소심에서도 피고인에 대하여 책임에 부합하는 형이 선고될 수 있도록 하는 방식으로 설계되었다.

부정기형의 단기를 기준으로 불이익변경금지 원칙을 적용하는 것이 대법원의 확립된 견해였고 피고인은 그에 따라 항소 여부를 결정하게 될 것이므로, 항소심에서 피고인이 단기를 초과하는 정기형을 선고받아야만 타당한 사안이라면 검사가 이를 검토하여 항소하면 된다. 이 사건에서 검사가 항소하지 않은 것은 항소심이 부정기형의 단기에 해당하는 정기형을 선고하더라도 이를 감수할 의사가 있었거나 아니면 검사가 실수로 대법원의 확고한 판례를 인식하지 못하였기 때문일 것으로 보인다. 그러나 그 어느 경우라도 피고인의 이익을 위해 대법원이 확고하게 확립한 견해를 변경해야 할 사정이 될 수 없음은 자명하다. 그럼에도 다수의견이 확립된 종전 판례를 변경하면서까지 피고인을 무겁게 처벌하고자 하는 것은 제1심에서 부정기형을 선고받아 단기를 기준으로 시작되는 석방 및 형 집행종료 가능성을 부여받았고, 피고인만이 항소하여 불이익변경금지 원칙에 따라 이와 같은 제1심판결 선고에 따른 유리한 처우가 유지되어야 하는 피고인의 절차적 지위를 심각하게 침해하는 것으로서 결과적으로 소년의 특수성을 고려하여 부정기형의 선고를 가능하도록 한 소년법의 취지 또한 몰각하는 것이다.

바. 소결

위와 같은 이유로 제1심에서 선고한 부정기형의 단기를 기준으로 불이익변경금지 원칙을 적용하여 피고인 1에 대한 양형을 정한 원심의 판단은 정당하고, 여기에 불이익변경금지 원칙에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

이 사건 쟁점과 관련하여 기교적인 논리를 동원하여 피고인의 권리보장을 위해 중요한 원칙의 하나인 불이익변경금지 원칙에 관하여 대법원이 70년 가까이 확립한 법리를 후퇴시키고 소년법의 취지를 훼손하는 다수의견에 동의할 수 없다. 이상과 같은 이유로 다수의견에 찬성할 수 없음을 밝힌다.

8. 다수의견에 대한 대법관 이기택의 보충의견

가. 부정기형과 정기형 사이에서 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단하는 경우, 부정기형 중 단기와 정기형을 비교해야 한다는 것이 70년 가까이 이어진 대법원의 입장이라는 이유만으로, 이러한 대법원의 판단이 현 시점의 사회 상황을 규율하기에 적합한 법리로서 타당성을 가진다고 단정할 수 없다. 오랜 기간 유지되어 온 대법원의 입장이 현재에도 여전히 타당한 법리로 인정받기 위해서는, 사회 구조가 변화하고 그에 따라 국민의 의식이 변화하는 과정에서 끊임없이 타당성에 대한 분석과 재음미라는 검증 과정을 거치는 것이 필요하다. 이러한 과정을 거쳐 반복된 대법원의 판단만이 '오랜 기간 이어진 일관된 법리로서 타당하다'는 평가를 받을 수 있다. 그러나 부정기형에 있어 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단하는 기준에 관한 대법원의 입장은, 학계나 실무에서 심도 깊은 비판과 그에 대한 재반박의 과정을 거쳐 타당성을 검증받은 바 없다. 그렇다면 70년 이전이 아니라 현 시점의 법질서를 형성하는 법원으로서, 오랜 기간 그대로 유지되었다는 사정만으로 과거 대법원의 판단을 그대로 답습할 것이 아니라, 그 판단이 현 시점의 변화된 현상을 규율하기에 적합한 법리로서 타당한지 여부를 심사하여야 한다. 이러한 관점에서 다수의견은 부정기형의 장기와 단기, 부정기형의 단기부터 장기에 이르는 수많은 형 모두를 동일한 선상에 두고, 그 중에서 어느 정도의 형이 책임주의 원칙과 불이익변경금지 원칙 사이에서 조화를 이룰 수 있는 기준으로서 상대적으로 우월한지 여부를 평가하였고, 그 결과 부정기형의 장기와 단기의 중간형이 상대적으로 우월한 기준이 될 수 있다고 판단하였다.

나. 다수의 이해관계 또는 규범 사이에서 조화로운 법질서를 형성해야 하는 상황을 맞이할수록 기본으로 돌아가 그 문제의 본질이 무엇인지 깊이 고민하여야 한다. 실무

에서 이에 대한 고민 없이 정도의 문제를 논거의 명확성에만 치우쳐 단순한 양자택일의 문제로 접근하여 해결하려는 경향이 있는데 이는 바람직하지 못하다. 이 사건 쟁점을 양자택일적 선택의 문제로 본다면 그 해결이 비교적 간명할 수 있고, 부정기형의 장기와 단기의 중간형이 기준이 되어야 한다는 다수의견이 어색하게 느껴질 수 있다. 그러나 이해관계 또는 규범이 여러 단계에서 교차되어 얽혀 있는 경우 이를 접근 또는 분석하는 방법에 따라 다양한 시각과 평가가 있을 수밖에 없으므로, 어느 한 쪽이 '절대적으로 옳다' 또는 '절대적으로 그르다'는 정답이 있을 수 없다. 다수의견은 이와 같은 문제의 본질을 편견 없이 받아들이고 유일한 답이 아닌 더 좋은 답을 찾고자 하였다.

다. 과거에도 다수의 이해관계 사이에서 조화로운 법질서를 형성해야 하는 문제의 본질을 단순한 양자택일의 문제로 접근하고자 하는 입장들에 대하여 다수의견과 같이 정도의 문제로 파악하려는 견해가 제시된 예가 있다. 민사집행법 제정 과정에서, 일반 채권자들 사이의 배당비율을 정할 때 압류채권자에게 우선권을 인정해야 하는 것인지 여부가 문제되었다. 이에 압류채권자에게 우선적으로 배당받을 권리가 부여되어야 한다는 우선주의의 입장과 압류채권자에게 우선적으로 배당받을 권리가 부여되어서는 안 된다는 평등주의의 입장이 대립하였고, 이는 이미 학설과 외국법을 통해 잘 알려져 있는 입장들이다. 그러나 이 역시 이 사건 쟁점과 비슷하게 어느 한 쪽 극단이 절대적으로 옳다라는 정답을 찾을 수 있는 문제가 아니다. 압류채권자에게 우선적으로 배당되는 비율의 관점에서 접근하면, 우선주의는 100%의 우선권을, 평등주의는 0%의 우선권을 부여하여야 한다는 입장인데, 0%부터 100% 사이에 존재하는 30%, 50%, 60%, 90% 등 다른 수치들이 고려 대상에서 배제되어야 할 합리적인 논거는 존재하지 않는다. 결

국 이 문제 역시 0%에서 100%에 이르는 수많은 수치들 중 어느 정도의 수치가 일반 채권자들의 이해관계 사이에서 조화로운 결과를 도출할 수 있는지를 정하는 정도의 문제이다. 이러한 문제의 본질을 지적하면서, '법리적 논거의 명확성에만 치우쳐서 우선주의 또는 평등주의의 문제로서 다루려고 하기보다는, 이러한 문제가 채권자들에 대한 금전배분에 있어 조화로운 결과를 도출하기 위한 정도의 문제라는 것을 파악하고, 0%부터 100% 사이에 존재하는 비율도 고려될 수 있음을 인정하는 방향으로 접근하여야 한다.'는 의견이 제시되었다[민사소송법(강제집행편) 개정착안점, 법원행정처(1996)].

라. 부정기형의 장기 또는 단기와, 부정기형의 장기와 단기의 중간형 상호간의 상대적 우월성 평가 과정에서, 부정기형의 장기와 단기의 중간형이 부정기형의 장기 또는 단기보다 상대적으로 우월한 것으로 판단되는 구체적인 이유는 이미 다수의견에서 상세히 밝혔으므로, 보충의견에서는 반대의견과 별개의견의 아래와 같은 지적에 관하여만 추가로 반박하기로 한다. 아울러 반대의견과 별개의견에서 주장하는 각각의 논거는 한편으로 부정기형의 장기 또는 단기를 기준으로 설정하는 것이 적절하지 않다는 논거가 될 수 있는데, 이는 단순히 부정기형의 단기부터 장기까지의 '폭' 중 어느 한 쪽 극단을 선택하여 기준으로 삼는 것이 적절하지 않다는 또 하나의 근거가 될 수 있다.

1) 불이익변경금지 원칙은 원심과 상소심에서 선고된 형 사이에 존재하는 형의 경중을 객관적으로 비교하여 상소심에서 선고된 형이 무거운 형인지 여부를 판단하는 것이므로, 원심과 상소심에서 선고된 형 사이에 존재하는 형의 경중을 객관적으로 비교하는 것은 불이익변경금지 원칙을 적용함에 있어 필수적으로 수반되어야 한다. 불이익변경금지 원칙을 바라보는 반대의견과 별개의견의 입장은, 부정기형과 정기형 사이에 존재하는 객관적인 형의 경중을 비교하는 것과 불이익변경금지 원칙 사이에 상관관계가

존재하지 않는다는 취지인데, 이는 불이익변경금지 원칙을 규정한 형사소송법 제368조의 문언에 배치된다.

2) 반대의견은 실형과 집행유예의 형 사이에서 불이익한 변경인지 여부를 판단한 대법원 선례들을 가리키면서 다수의견이 이러한 대법원의 입장과 조화를 이루지 못한다고 주장한다. 그러나 불이익하게 변경되었는지 여부는 선고된 주문을 기준으로 판단하여야 하는 것이지, 상소심 법원이 판단한 바 없는 미래의 예측할 수 없는 사정들까지 근거로 삼아 판단하여야 하는 것은 아니다. 실형이 확정되는 경우 피고인은 원칙적으로 선고받은 형에 의해 신체의 자유가 박탈되는 반면, 집행유예의 형이 확정되는 경우 피고인은 원칙적으로 선고받은 형에 의해 신체의 자유가 박탈되지 않는다. 결국 선고된 주문을 기준으로 판단할 때 실형이 집행유예의 형보다 피고인에게 실질적으로 불이익한 중형이라고 보아야 한다. 제1심에서 집행유예의 형을 선고받은 피고인이 실형이 선고되어야 하는데 집행유예의 형을 선고한 것은 과중하다는 이유로 항소를 제기하는 경우는 상정하기 어렵다. 더욱이 형법이 집행유예의 실효·취소 사유로 정하고 있는 것은 모두 피고인이 책임을 져야 하는 잘못된 행동들이다. 이러한 측면에서 볼 때, 피고인이 선택한 잘못된 행동으로 인하여 도출되는 결과까지 형의 경중을 판단하는 기준에 포함시키는 것은 법원이 피고인에게 부당한 이익을 부여하는 것이라고 보아야 한다. 따라서 반대의견이 지적하는 대법원 선례는 그 타당성에 의문이 있으므로 이를 근거로 다수의견에 잘못이 있다고 주장하는 것은 받아들일 수 없다.

마. 이 사건의 경우를 예로 들어 설명하면, 제1심이 선고한 부정기형의 장기 15년과 단기 7년이 아닌 그 사이에 존재하는 형들 중 중간형 즉, 11년만이 부정기형에 있어 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단하는 기준으로 설정될 수 있는 것은 아니다. 그

기준이 해결하고자 하는 문제 상황을 맞이하여 조화로운 결과를 도출하기에 적절하다고 평가될 수 있다면, 8년, 9년, 10년 또는 12년, 13년, 14년도 그 기준으로 설정될 수 있다. 그러나 제1심에서 부정기형을 선고받은 피고인이 합리적으로 예상할 수 있는 형집행의 기간을 고려할 때, 8년, 9년, 10년 또는 12년, 13년, 14년이 중간형인 11년보다 상대적으로 우월하다고 평가하기 어렵고, 달리 다른 합리적이고 타당한 논거를 찾기도 어렵다.

부정기형을 선고받은 피고인에 대한 형의 집행이 종료되려면, 행형 성적이 양호하고 교정의 목적이 달성되었다는 점에 관한 검사의 판단이 필요하다(소년법 제60조 제4항). 다수의견은 소년법이 정하고 있는 형집행종료결정이라는 제도가 그 목적에 부합하게 운용되고 있음을 전제로, 형집행종료결정에 관여하는 각 요소들을 균형 있게 고려함으로써 부정기형을 선고받은 피고인이 합리적으로 예상할 수 있는 형집행의 기간이 부정기형의 장기와 단기의 중간형에 해당한다고 보는 것이 적절하다고 평가하였다.

별개의견은 2009년부터 2018년까지의 통계자료를 통해 소년수형자에 대한 형집행종료결정이 거의 이루어진 바 없고, 소년수형자 중 가석방 없이 장기까지 복역한 평균 비율이 60.21%에 이르므로, 부정기형을 선고받은 피고인이 합리적으로 예상하여야 하는 형집행의 기간은 장기에 가깝다고 할 수 있다고 주장한다. 그러나 이러한 형집행의 실무는 소년의 건전한 성장을 돕기 위해 형사처분에 관한 특별조치를 마련하고 있는 소년법의 입법목적에 부합하지 않는다. 소년법과 관련된 법질서를 형성하는 법원은, 형집행의 실무가 소년법의 입법 목적을 달성하는 데에 적합한 방향으로 운영되고 있는지, 그렇지 않다면 형집행 실무의 변화를 이끌어낼 수 있는 방안은 무엇인지 고민하고 이를 바탕으로 더 좋은 기준을 찾아나가야 한다. 이러한 관점에서, 부정기형에 있어 불

이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단하는 기준을 설정할 때, 형집행과 관련된 소년법 규정의 입법취지와는 거리가 있는 형집행의 실무가 고려되어야 한다는 주장은 받아들이기 어렵다.

결국 부정기형을 선고받은 피고인이 합리적으로 예상할 수 있는 형 집행의 기간은, 미래에 발생하게 되는 상황으로서 예측하기 매우 어려운 '피고인의 행형 성적'과 '검사의 재량판단'이라는 요소를 균형 있게 고려하여 평가되어야 한다. 이러한 측면에서 볼 때, 부정기형을 선고받은 피고인은 부정기형의 단기가 경과한 때부터 형의 장기가 도래할 때까지 동일한 가능성으로 검사의 재량판단에 의해 그 형의 집행이 종료될 것으로 예상할 수 있다고 평가함이 보다 적절하다.

바. 교육적 요소가 강하다고는 하여도 부정기형의 본질은 형벌이다. 또한 소년의 가변성에 비추어 볼 때, 교육에 의한 개선·갱생이라는 교정의 목적은 미래에 발생하게 되는 상황에 관한 것으로서, 부정기형을 선고하는 사실심법원이 그 선고 당시 이를 정확히 예측하는 것은 불가능하다. 부정기형을 선고하는 사실심법원으로서 교정의 목적이라는 요소에 지나치게 치우쳐 부정기형의 단기부터 장기까지의 '폭'을 과도하게 정하는 것을 경계하여야 한다. 같은 취지에서 부정기형의 장기와 단기의 상한을 규율하는 법률이 제정·개정되는 경우, 입법자로서는 부정기형의 장기와 단기의 상한 사이에 과도한 '폭'을 설정함으로써 인하여 사실심법원이 형사사법의 기본원칙인 책임주의 원칙의 한계 내에서 적절한 형을 정하는 것에 어려움이 없도록 입법재량을 행사하는 것이 타당하다. 이 사건에 적용되는 특정강력범죄법은 살인죄 등 특정강력범죄를 범한 소년에게 대한 부정기형의 장기와 단기의 상한(장기 15년, 단기 7년) 사이의 '폭'을 8년으로 정하고 있다. 이는 단기의 상한인 7년보다 긴 기간일 뿐만 아니라, 소년법이 정한 장기

와 단기의 상한(장기 10년, 단기 5년) 사이의 '폭'인 5년보다도 현저히 긴 기간이다. 입법재량을 고려하더라도 이와 같이 긴 기간을 '폭'으로 설정한 것이 타당한지는 의문이다.

사. 한편 이 사건 사안과 직접적인 관련은 없지만, 불이익변경금지 원칙이 적용되는 다른 장면에서 불이익변경금지 원칙이 제대로 작동하지 못하는 모습을 지적해 두고자 한다.

대법원 2016. 6. 16.자 2016초기318 전원합의체 결정의 다수의견은 "일반 국민이 범한 수 개의 죄 가운데 균형법 제1조 제4항 각 호에 정한 죄(이하 '특정 군사범죄'라 하고, 그 외의 범죄 등을 '일반 범죄'라 한다)와 일반 범죄가 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있을 때 특정 군사범죄에 대해서는 군사법원이 재판권을 갖고, 일반 범죄에 대해서는 일반 법원이 재판권을 갖는다."라고 판단하였다. 즉 군인인 피고인이 특정 군사범죄와 일반 범죄를 저질러 군사법원법 제2조에 따라 제1심인 군사법원에 경합범으로 기소되어 형을 선고받고 피고인만이 항소하였는데 항소심 계속 중 피고인이 전역하여 군인 신분을 면하게 되면 특정 군사범죄에 대해서는 여전히 군사법원에 재판권이 있지만, 일반 범죄에 대해서는 군사법원에 재판권이 없으므로 일반 법원으로 이송해야 한다. 그러나 한 사람이 범한 수개의 죄를 다른 형사재판권의 영역으로 나누는 위 전원합의체 결정은 불이익변경금지 원칙과 관련하여 다음과 같은 여러 의문을 야기한다.

예를 들어 위 사안에서 제1심인 보통군사법원이 피고인에 대하여 징역 1년을 선고하고 이에 대해 피고인만이 항소했는데, 항소심 계속 중 피고인이 전역하였다고 하자. 위 전원합의체 결정에 따르면 특정 군사범죄에 대해서는 제2심의 군사법원에서 판결을 선고하고, 일반 범죄에 대해서는 이를 이송받은 제2심의 일반 법원이 판결을 선고한다.

그런데 먼저 군사법원이 특정 군사범죄에 대해 징역 8월을 선고하고, 그 판결이 그대로 확정되면, 일반 법원은 불이익변경금지 원칙과 관련하여 제1심의 형에서 먼저 선고한 제2심 군사법원의 형을 공제한 나머지인 4월(= 1년 - 8월)의 범위 내에서 형을 선고해야 하는가? 만일 군사법원이 먼저 징역 1년을 선고하고 그 판결이 그대로 확정되면, 일반 법원은 형법상 해당 일반범죄에 대해 형 면제 규정이 없는데도 형을 면제(= 1년 - 1년)해야 하는가?

또한 군사법원이 먼저 징역 8월을 선고했는데 아직 그 판결이 확정되지 않았다면 일반 법원은 군사법원의 판결에 구애받지 않고 제1심의 형 전부인 1년의 범위 내에서 형을 선고해야 하는가, 아니면 4월(= 1년 - 8월)의 범위 내에서 형을 선고해야 하는가? 이 경우에도 먼저 선고한 법원의 판결에 구속된다면 상호 동등한 지위에 있는 법원인데도 먼저 판결을 선고한 법원이 우월한 지위를 선점하게 되는 것인가? 위 전원합의체 결정은 이러한 여러 질문에 대해 불이익변경금지 원칙과 관련하여 어떠한 답을 할 수 있을 것인가. 아무리 생각해 봐도 제대로 된 답을 할 수 있을 것으로 보이지 않는다.

안타깝게도 위 전원합의체 결정은 위와 같이 불이익변경금지 원칙의 적용에 있어 큰 혼란을 야기하였고, 이로 인해 제2심법원에서 선고될 형에 관한 예측가능성을 저하시킴으로써 피고인의 상소권 행사가 위축될 수 있는 결과를 가져왔다. 이는 헌법이 보장하는 재판받을 권리를 침해한다는 비판을 면할 수 없다. 또한 위 전원합의체 결정에 따르면 하나의 1심판결이 항소심에서 조직과 운영상의 관련성이 없는 별개의 조직체인 군사법원과 일반 법원의 판결 둘로 분리될 수도 있는데 이는 형사소송절차가 전혀 예상하지 못한 장면이다. 이로 인하여 불이익변경금지 원칙 이외에도 미처 생각하지 못한 형사사법의 기본원칙과 충돌하는 여러 장면이 있을 수 있다.

재판장	대법원장	김명수	_____
	대법관	박상옥	_____
	대법관	이기택	_____
	대법관	김재형	_____
	대법관	박정화	_____
	대법관	안철상	_____
	대법관	민유숙	_____
주심	대법관	김선수	_____
	대법관	이동원	_____
	대법관	노정희	_____
	대법관	김상환	_____

대법관 노태약 _____

대법관 이흥구 _____