

대 법 원

판 결

사 건 2021도17131 가. 강도
나. 폭행
다. 업무방해

2021전도170(병합) 부작명령

피고인 겸 피부작명령청구자

피고인

상 고 인 피고인 겸 피부작명령청구자

변 호 인 변호사 권용제(국선)

원 심 판 결 부산고등법원 2021. 12. 8. 선고 (창원)2021노253, 2021전노32
(병합), 2021보노24(병합) 판결

판 결 선 고 2022. 5. 19.

주 문

원심판결 중 피고사건과 부작명령청구사건 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 부산고등
법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 제1심 및 원심의 진행경과

원심판결 이유 및 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

가. 제1심은 2021. 7. 22. 피고인 겸 피부착명령청구자(이하 '피고인'이라 한다)에 대하여 강도죄 등 범죄사실 전부를 유죄로 인정하고 징역 3년 및 전자장치 부착명령 10년 등을 선고하는 한편, 보호관찰명령청구는 기각하였다.

나. 피고인은 2021. 7. 27. 제1심법원에 비약적 상고장을 제출하였고, 검사는 2021. 7. 28. 제1심법원에 항소장을 제출하였다.

다. 원심법원은 2021. 8. 12. 사건을 접수한 다음 2021. 8. 17. 피고인 및 피고인의 국선변호인에게 소송기록 접수통지서를 발송하였고, 위 통지서가 2021. 8. 19. 모두 송달되었다.

라. 검사는 2021. 8. 26. 양형부당을 주장하는 항소이유서를 원심법원에 제출하였다. 피고인은 2021. 9. 1. 심신장애 및 양형부당, 전자장치 부착기간 과다를 주장하는 항소이유서를 원심법원에 제출하였다.

마. 피고인 및 피고인의 국선변호인은 2021. 10. 6. 원심 제1회 공판기일에서 심신장애 및 양형부당을 항소이유로 진술함과 동시에 위 2021. 9. 1. 자 항소이유서를 진술하였다.

바. 원심은 2021. 12. 8. 검사의 항소만을 기각하는 판결을 선고하였다. 원심은, 피고인의 비약적 상고와 검사의 항소가 경합한 경우 피고인의 비약적 상고에 항소로서의 효력을 인정할 수 없다고 판시한 대법원 2005. 7. 8. 선고 2005도2967 판결 등(이하 '종전 판례'라 한다)의 견해와 같이, 피고인이 제기한 비약적 상고가 검사의 항소 제기로 형사소송법 제373조에 따라 효력을 상실하였고 여기에 상고의 효력은 물론 항소로서의 효력도 인정할 수 없으므로, 피고인의 적법한 항소가 존재하지 않는다고 보아 피

고인의 항소에 관한 판단을 하지 않았다.

2. 대법원의 판단

가. 형사소송법 제372조, 제373조 및 관련 규정의 내용과 취지, 비약적 상고와 항소가 제1심판결에 대한 상소권 행사로서 갖는 공통성, 이와 관련된 피고인의 불복의사, 피고인의 상소권 보장의 취지 및 그에 대한 제한의 범위와 정도, 피고인의 재판청구권을 보장하는 헌법합치적 해석의 필요성 등을 종합하여 보면, 제1심판결에 대하여 피고인은 비약적 상고를, 검사는 항소를 각각 제기하여 이들이 경합한 경우 피고인의 비약적 상고에 상고의 효력이 인정되지는 않더라도, 피고인의 비약적 상고가 항소기간 준수 등 항소로서의 적법요건을 모두 갖추었고, 피고인이 자신의 비약적 상고에 상고의 효력이 인정되지 않는 때에도 항소심에서는 제1심판결을 다룰 의사가 없었다고 볼 만한 특별한 사정이 없다면, 피고인의 비약적 상고에 항소로서의 효력이 인정된다고 보아야 한다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

1) 비약적 상고는 제1심판결이 인정한 사실에 대하여 법령을 적용하지 않았거나 법령의 적용에 착오가 있는 때 또는 제1심판결이 있는 후 형의 폐지나 변경 또는 사면이 있는 때에 제기할 수 있다(형사소송법 제372조). 제1심판결에 대한 비약적 상고는 그 사건에 대한 항소가 제기된 때에는 효력을 잃고, 다만 항소의 취하 또는 항소기각의 결정이 있는 때에는 예외로 한다(형사소송법 제373조).

형사소송법은 피고인의 비약적 상고와 검사의 항소가 경합한 경우 피고인의 비약적 상고는 상고의 효력이 없다는 취지로 규정하고 있을 뿐, 피고인의 비약적 상고에 항소로서의 효력을 인정할 수 있는지에 관해서는 명문의 규정을 두고 있지 않다. 또한 형사소송법 제373조의 취지는 당사자 일방의 비약적 상고로 상대방이 심급의 이익을 잃

지 않도록 하고 아울러 동일 사건이 항소심과 상고심에 동시에 계속되는 것을 막기 위하여 당사자 일방의 비약적 상고가 있더라도 항소심을 진행한다는 것이다.

형사소송법상 항소와 상고가 원칙적으로 구별되는 것은, 항소는 '제1심판결'에 대한 상소이고 상고는 '항소심판결'에 대한 상소여서 통상적인 경우 양자가 절차적으로 중첩될 수 없기 때문이기도 하다. 이와 달리 비약적 상고는 제1심판결에 대하여 곧바로 대법원에 하는 상소절차여서 항소와 함께 '제1심판결'에 대한 상소라는 공통점을 갖게 되는바, 피고인의 비약적 상고가 검사의 항소와 경합할 때 비약적 상고에 '상소'로서 어떠한 효력이 남아있는지에 대하여 형사소송법은 명시적인 규정을 두고 있지 않으므로, 이러한 영역에서 피고인의 헌법상 기본권인 재판청구권을 보장할 수 있는 헌법합치적 법률해석을 할 필요가 있다. 이와 같은 헌법합치적 법률해석은 법원이 통상적으로 사용하는 정당한 해석방법이다(대법원 2006. 6. 22. 자 2004스42 전원합의체 결정, 대법원 2009. 2. 12. 선고 2004두10289 판결, 대법원 2018. 5. 2. 자 2015모3243 결정, 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결 등 참조).

2) 피고인은 비약적 상고를 제기함으로써 제1심판결에 불복하는 상소를 제기할 의사를 명확하게 표시한 것으로 볼 수 있다. 비약적 상고를 제기한 피고인에게 가장 중요하고 본질적인 의사는 제1심판결에 대한 '불복의사' 또는 '상소의사'이고, 이러한 의사는 절차적으로 존중되어야 한다. 항소와 비약적 상고 사이에 불복사유와 심급의 차이는 있지만 이러한 차이점을 들어 가장 중요하고 본질적인 부분인 피고인의 '불복의사' 자체에 아무런 효력을 인정하지 않는 것은 타당하지 않다.

특히 피고인이 제기한 비약적 상고의 효력이 상실되고 항소심에서 재판이 진행되는 것은 피고인의 의사나 책임과는 무관한 검사의 일방적 조치에 따른 결과이다. 피고인

의 항소심급 포기의사는 비약적 상고절차가 진행되는 것을 당연한 전제로 하므로, 이를 검사의 항소로 항소심이 진행되는 상황에서까지 항소심급에서의 불복을 포기한다는 의사로 해석할 수 없다.

이러한 사정을 전체적으로 고려하면, 피고인의 의사에는 비약적 상고가 검사의 항소 제기로 상고의 효력을 잃게 되는 경우 '항소' 등 가능한 다른 형태로 제1심판결의 효력을 다투는 의사도 포함되어 있다고 보는 것이 합리적이다. 따라서 피고인의 비약적 상고에 항소로서의 효력을 인정하는 것은 당사자의 진정한 의사를 고려한 합리적이고 객관적인 범위 내의 해석이다.

3) 피고인의 비약적 상고에 상고의 효력이 상실되는 것을 넘어 항소로서의 효력까지도 부정된다면 피고인의 헌법상 기본권인 재판청구권이 지나치게 침해된다. 비약적 상고를 제기한 피고인이 제1심판결에 대하여 '상소'를 제기한 '상소인'임은 분명하다. 그런데 종전 판례에 따르면 피고인이 그 자체로는 적법한 상소를 제기하였음에도, 검사의 일방적 조치에 따라 피고인의 상소는 아무런 효력이 없게 되고 형사절차상 완전히 무의미한 행위가 된다.

더욱이 피고인은 자신이 불복하려고 했던 제1심판결에 대한 항소심판결에 대해서도 대부분의 경우 적법한 상고를 제기할 수 없다. 검사의 항소를 기각한 항소심판결은 피고인에게 불이익한 판결이 아니어서 상고의 이익이 없으므로 상고권이 인정되지 않고(대법원 2005. 9. 15. 선고 2005도4866 판결 등 참조), 검사의 양형부당 항소를 인용한 항소심판결에 대해서는 항소심의 심판대상이 되지 않은 사실오인이나 법령위반 등을 상고이유로 주장할 수 없다(대법원 2019. 3. 21. 선고 2017도16593-1 전원합의체 판결 등 참조).

요컨대, 종전 판례에 따를 경우 법원은 상소를 제기한 피고인을 제1심판결에 승복한 당사자와 마찬가지로 취급하여 상소심의 판단을 받을 수 있는 기회를 대부분 박탈하는 것이다. 이와 같은 결과는 피고인의 재판청구권의 본질적 부분을 침해하는 것으로서 용인하기 어렵다. 상소심재판을 받을 기회를 법률로써 제한하는 것도 가능하지만, 단지 형식적인 권리나 이론적인 가능성만을 허용하는 것이어서는 안 되며 상당한 정도로 권리구제의 실효성이 보장되어야 한다(헌법재판소 2001. 2. 22. 선고 2000헌가1 결정, 헌법재판소 2005. 3. 31. 선고 2003헌바34 결정 등 참조).

더욱이 피고인은 검사와는 달리 형사절차의 소극적·방어적 당사자에 불과하고 법률전문가가 아니며, 실무상 피고인이 상소기간 내 상소장을 제출하는 단계에서 변호인의 조력을 충분히 받지 못하는 경우가 흔히 발생한다. 이러한 상황에서 검사의 항소가 제기되었다는 사정만으로 피고인의 비약적 상고가 상소로서의 효력을 전혀 갖지 못한다고 해석하는 것은, 피고인의 상소권이 형식적인 권리에 머물러 실효적인 권리구제 기능을 하지 못하게 되는 결과를 초래한다.

4) 피고인의 비약적 상고와 검사의 항소가 경합한 경우 피고인의 비약적 상고에 항소로서의 효력을 인정하더라도 형사소송절차의 명확성과 안정성을 해치지 않는다.

이는 검사의 항소로 형사소송법 제373조에 따라 항소심이 진행되어야 하는 상황에서 피고인의 비약적 상고에 항소로서의 효력을 인정하여 피고인을 항소인으로 취급하는 것에 불과하고, 그 밖에 형사소송법이 예정한 심급의 변경 등 절차 진행에 별다른 변동이 발생하지 않는다.

나. 이와 달리 피고인의 비약적 상고와 검사의 항소가 경합한 경우 피고인의 비약적 상고에 항소로서의 효력을 인정할 수 없다고 판시한 대법원 2005. 7. 8. 선고 2005도

2967 판결, 대법원 2015. 9. 11. 자 2015도10826 결정, 대법원 2016. 9. 30. 자 2016도 11358 결정, 대법원 2017. 7. 6. 자 2017도6216 결정을 비롯한 같은 취지의 대법원 판결 및 결정들은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 모두 변경하기로 한다.

다. 위 법리에 비추어 앞서 본 사실관계를 살펴본다.

이 사건 피고인은 제1심판결에 대하여 비약적 상고를 제기하였으나, 검사가 항소를 제기함으로써 비약적 상고에서 상고의 효력은 상실되었다. 그러나 피고인의 비약적 상고가 항소기간 내에 적법하게 제기되는 등 항소로서의 적법요건을 모두 갖추었고, 피고인이 비약적 상고에 상고의 효력이 인정되지 않는 경우에도 항소심에서는 제1심판결을 다툼 의사가 없었다고 볼 만한 특별한 사정도 보이지 아니한다. 그렇다면 원심으로서 앞서 본 법리에 따라 피고인의 비약적 상고에 항소로서의 효력을 인정하여 피고인이 법정기간 내에 적법하게 제출한 항소이유에 관하여 심리·판단하였어야 했다. 그럼에도 원심은 피고인의 비약적 상고에 항소로서의 효력을 인정할 수 없다는 이유로 위와 같은 조치를 취하지 아니한 채 검사의 항소에 대해서만 판단하였다. 원심판결에는 피고인의 비약적 상고의 효력에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있고, 이를 지적하는 피고인의 상고이유는 이유 있다.

3. 결론

그러므로 피고인의 나머지 상고이유에 관한 판단을 생략한 채, 원심판결 중 피고사건과 부착명령청구사건 부분을 파기하고 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심 법원에 환송하기로 하여, 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 대법관 안철상, 대법관 노태악의 반대의견, 대법관 민유숙의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였고, 다수의견에 대한 대법관 오경미의 보충의견이 있다.

4. 대법관 안철상, 대법관 노태악의 반대의견

가. 반대의견의 요지

다수의견의 요지는, 형사소송법 제373조에서 비약적 상고는 항소가 제기된 때에 그 효력을 잃는다고 규정할 뿐 항소로서의 효력 여부에 관하여는 아무런 규정이 없음에도, 피고인이 비약적 상고를 제기하고 검사가 항소한 때에는 피고인의 비약적 상고는 항소로서의 효력이 인정되어야 한다는 것이다. 이러한 다수의견은 다음과 같은 이유로 받아들일 수 없다.

첫째, 다수의견은 비약적 상고를 제기한 피고인의 상소권을 보장하는 해석을 시도하는 것으로서 경청할 점이 있다. 그러나 법률적 근거 없이 비약적 상고를 항소로 인정하는 해석은 항소와 상고를 준별하는 현행 형사절차의 기본구조를 일탈하는 것이어서 받아들이기 어렵다.

둘째, 다수의견은 법해석의 첫 단계로서 성문법규 해석의 기본인 문언해석을 벗어난 것으로 법형성에 해당하고 그 정당한 사유를 찾기도 어렵다. 특히 명확성과 안정성이 엄격하게 요구되는 형사절차 규정에 대하여 문언의 통상적인 의미를 넘어서는 해석은 허용되기 어렵다.

셋째, 다수의견은 대법원의 확립된 선례를 변경함으로써 이에 근거하여 안정적으로 운영되어 온 현재 재판실무에 혼란과 지장을 가져다 줄 뿐만 아니라, 그러한 이유를 들어 명문의 법률 규정을 얼마든지 문언과 다르게 해석할 수 있다는 잘못된 신호를 줄 수 있다는 점에서 우려가 크다.

넷째, 문언대로 해석하더라도 반드시 피고인에게 불이익한 결과를 초래한다고 볼 수 없다. 비약적 상고의 효력이 상실되더라도 피고인은 직권조사 내지 직권심판을 촉구하

는 의미로 원심의 위법사유에 대해 주장할 수 있고, 이에 대한 상소심의 심리가 이루어진다. 나아가 현재 해석상 인정되는 상고권 제한 법리를 사안에 맞게 적용함으로써 비약적 상고를 제기한 피고인의 상고권을 보장하는 해석도 가능하다.

나. 상소제도의 기본구조

1) 형사소송법은 상소제도로써 항소와 상고를 엄격히 구별하고 있다.

형사소송법 제3편(상소)은 제2장의 '항소'와 제3장의 '상고'를 구별하여 규정하고 있고, 비약적 상고는 제3장의 '상고'에 속해 있다. 항소는 항소심법원에서 진행되는 상소 절차를 신청하는 소송행위이고(형사소송법 제357조), 상고는 대법원에서 진행되는 상소 절차를 신청하는 소송행위로서(형사소송법 제371조, 제372조), 양자가 심급과 절차를 달리함은 굳이 설명할 필요가 없다.

항소는 제1심판결에 법리오해가 있거나 제1심판결 후 형의 폐지 등이 있는 때뿐만 아니라 사실오인, 양형부당, 이유모순 등 광범위한 사유를 들어 제기할 수 있다(형사소송법 제361조의5). 반면, 비약적 상고는 제1심판결이 인정한 사실에 대하여 법령을 적용하지 않았거나 법령의 적용에 착오가 있는 때 또는 제1심판결 후 형의 폐지나 변경 또는 사면이 있는 때에만 제기할 수 있다(형사소송법 제372조).

또한 형사소송법은 상소인이 상소 제기 당시부터 자신이 신청하는 절차가 항소와 비약적 상고 중 어느 것인지를 명확하게 표시하여 제기하는 것을 예정할 뿐, 독일 형사소송법과 같이 상소의 종류를 상소 제기 이후에 결정하거나 이를 변경하는 것을 예정하고 있지도 않다.

2) 비약적 상고는 법령의 해석·적용의 통일에 신속을 기하고 피고인의 이익을 조기에 회복하기 위하여 비약적 상고이유가 있는 경우 제1심판결에 대하여 항소를 제기하

지 아니하고 곧바로 상고를 제기할 수 있도록 한 예외적 상소제도이다. 즉 항소심을 건너뛰고 신속히 법률심인 대법원의 판단을 구하는 것이 비약적 상고제도의 본질적인 내용이자 존재 이유이다.

다. 형사절차 규정에 관한 법해석의 한계

1) 법해석은 법률조항의 문언과 문장 구조에서 시작하고, 법은 '쓰인 대로' 해석되어야 함이 원칙이다.

법률의 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 원칙적으로 더 이상 다른 해석방법은 활용할 필요가 없거나 제한될 수밖에 없다. 문언상 해석 가능한 범위를 넘어서는 것은 사법에 의한 법창조 내지 법형성으로서 정당한 사유가 없는 한 허용될 수 없다.

특히 형사절차 규정의 해석·적용에 관해서는 절차의 안정성과 명확성이 무엇보다 중시되므로, 문언의 통상적인 의미에 충실한 해석이 더욱 강조되어야 한다. 예를 들자면 상소제기기간과 같이 법원이 단축하거나 늘릴 수 없는 불변기간으로 절차 규정에 명시된 경우에도 피고인에게 유리하다는 이유로 가변적인 해석을 허용할 수 있을 것인가. 단순히 피고인에게 유리하다는 이유로 형사절차 규정의 문언을 벗어나는 해석을 허용하는 것은 헌법상 적법절차와 법치주의 원칙의 일탈을 의미한다.

2) 형사소송법 제373조에 관한 다수의견의 해석은 문언에 반하고 형사절차의 안정성과 명확성을 침해한다.

형사소송법 제373조는 제1심판결에 대한 비약적 상고는 그 사건에 대한 항소가 제기된 때에는 효력을 잃고, 다만 항소의 취하 또는 항소기각의 결정이 있는 때에는 예외로 한다고만 규정하고 있을 뿐이다. 이는 제기된 상소가 비약적 상고임을 전제로 그

에 대해서 상고의 효력을 상실한다는 내용임이 문언상 명백하고, 독일 형사소송법과 달리 효력을 상실한 비약적 상고에 항소의 효력을 인정하는 내용의 규정을 두고 있지 않다.

이러한 현행 절차 규정의 문언을 항소와 상고를 엄격하게 구별하고 있는 상소제도의 구조와 비약적 상고제도의 존재 이유 등을 고려하여 해석하면, 입법자의 의사는 효력을 상실한 비약적 상고에 항소의 효력을 인정하지 않겠다는 취지가 분명하다. 어떠한 종류의 상소로 효력이 인정되는지는 상소절차의 가장 기본적이고 선결적인 문제로서 형사절차의 안정성과 명확성이 강하게 요구되는 영역이다. 그럼에도 다수의견은 현행 절차 규정이 가지는 문언의 가능한 의미를 벗어난 것으로서 입법론으로 참고할 수 있을 뿐 현행 형사소송법의 해석론으로는 채택할 수 없다.

라. 선례 변경에 따른 재판실무의 혼란가능성

1) 다수의견의 결론에 따를 경우 문언과 달리 피고인과 검사를 차별적으로 취급하는 해석을 하게 된다.

대법원은 피고인이 제기한 비약적 상고와 검사가 제기한 항소가 경합한 사안뿐만 아니라(종전 판례), 검사가 제기한 비약적 상고와 피고인이 제기한 항소가 경합한 사안에서도 효력이 상실된 검사의 비약적 상고에 항소로서의 효력을 인정하지 않았다(대법원 1959. 7. 31. 선고 4292형상228 판결, 대법원 1971. 2. 9. 선고 71도28 판결 참조).

다수의견은 변경 대상 판례로 피고인의 비약적 상고 사안에 관한 종전 판례만을 들고 있을 뿐 검사의 비약적 상고 사안에 관한 위 판례는 들고 있지 않다. 또한 다수의견은 피고인이 검사와는 달리 형사절차의 소극적·방어적 당사자에 불과하고 법률전문가가 아니며 변호인의 조력을 충분히 받지 못하는 경우가 발생한다는 사정을 비약적

상고에 항소로서의 효력을 인정하는 논거로 들고 있다.

이러한 다수의견에 따를 경우 피고인의 비약적 상고 사안에 관한 종전 판례는 변경되고, 검사의 비약적 상고 사안에 관한 판례는 변경되지 않으므로 피고인의 비약적 상고와 검사의 비약적 상고를 차별적으로 취급하는 결론에 이르게 된다. 그러나 이러한 차별적 취급은 바람직하지도 않고 적절하다고 볼 수도 없다.

또한 다수의견이 검사가 비약적 상고를 제기한 사안의 처리에 관하여 명확한 판단을 하지 않음으로써, 검사의 비약적 상고와 피고인의 항소가 경합한 경우에 검사의 비약적 상고에 항소로서의 효력을 인정하여야 하는지가 분명하지 않아 향후 재판실무상 상당한 혼란이 생길 수 있다는 점도 지적하지 않을 수 없다.

2) 대법원 판례는 상대방의 항소로 인하여 효력을 상실한 비약적 상고에 항소로서의 효력을 인정할 수 없다는 취지로 다수의 판결례를 통하여 확립되어 있었다. 이에 따라 비약적 상고장에는 비약적 상고의 효력만이, 항소장에는 항소의 효력만이 문제된다고 보고, 관련 재판실무의 분명하고 안정적인 처리가 가능하였다.

그러나 이제 다수의견과 같이 해석한다면 피고인이 제기한 상소가 상고인지 항소인지가 가변적이어서 재판실무에 상당한 혼란이 예상된다. 피고인이 직접 대법원의 판단을 구하는 취지로 비약적 상고장을 제출하였음에도, 검사의 항소가 있다는 사정만으로 표시된 의사와는 달리 피고인의 비약적 상고가 항소로 의제되고, 그 후 검사의 항소가 취하되거나 항소기각의 결정이 있는 때에는 형사소송법 제373조 단서에 따라 피고인의 항소는 다시 비약적 상고로 취급된다. 이 경우 항소 취하는 항소심 종국판결 전까지 가능할 것이므로, 항소심이 피고인의 비약적 상고를 항소로 보아 항소이유에 관한 증거조사 등의 심리를 진행하였음에도 불구하고, 검사의 항소 취하 등의 일방적 조치에

따라 종전까지 진행한 항소심 절차가 무위로 돌아가는 문제가 발생한다. 경우에 따라 이와 같은 절차 진행이 악용될 가능성도 배제할 수 없다.

3) 대법원 전원합의체 판결은 모든 하급심이 원용하는 중요한 선례가 되고, 대법원이 제시한 판단기준은 일반 법원에서도 동일하게 적용된다. 그런데 이 사건 전원합의체 판결을 통하여 형사절차 규정의 문언의 통상적인 의미를 넘어서는 해석을 허용한다면, 일반 법원 실무에서도 이러한 해석이 허용된다는 잘못된 신호를 전달할 수 있다. 재판실무를 담당하는 법관들이 문언상 해석 가능한 범위를 넘어선 자의적인 해석을 개별적으로 시도하여 실질적으로 입법작용을 수행하는 결과에 이르는 것은 헌법상 권력분립과 법치주의 원칙에 대한 중대한 침해로서 경계되어야 한다.

마. 피고인의 재판청구권에 대한 실질적 보장

1) 현행 절차 규정을 문언대로 해석하더라도 피고인의 재판청구권 행사에 실질적인 불이익을 가져온다고 할 수 없다.

비약적 상고를 제기한 피고인이 항소기간 내에 검사의 항소장 접수통지를 받은 경우에는 항소기간이 지나기 전에 다시 항소를 제기할 수 있으므로, 종전 판례에 따르더라도 유효한 상소를 제기할 기회가 있다.

나아가 설령 항소기간 경과 등으로 유효한 상소를 제기할 수 없다고 하더라도 피고인이 원심의 위법사유에 관하여 다투고 법원이 이를 시정할 수 있는 기회는 충분히 보장될 수 있다. 형사소송법 제372조가 규정하는 비약적 상고이유는 법령적용의 착오 등으로서 형사소송법 제361조의4 제1항 단서가 규정하는 직권조사사유에도 해당되므로, 당사자가 주장하지 아니하는 경우에도 법원이 직권으로 조사하여야 한다(대법원 2003. 5. 16. 자 2002도338 결정 등 참조). 또한 항소심 및 상고심은 사건이 이심되어 심판대

상이 된 이상 적법한 상소이유에 포함되지 않았더라도 판결에 영향을 미친 법령위반 등의 사유에 대하여 직권으로 심판할 수 있다(형사소송법 제364조 제2항, 제384조).

따라서 피고인의 비약적 상고가 검사의 항소 제기로 효력을 상실하더라도, 피고인은 항소심 및 상고심에서 직권발동을 촉구하는 의미로 원심의 위법사유에 관하여 얼마든지 주장이 가능하다. 이러한 피고인의 주장에 대하여 상소심의 심리가 이루어지고, 주장이 이유 있고 원심판결에 영향을 미쳤다고 인정되면 직권으로 파기가 이루어질 수 있다. 이 사건의 원심에서도 피고인이 주장하는 위법사유가 있는지 실질적으로 심리되었으며, 실제 하급심 실무도 그러한 것으로 보인다.

2) 다수의견은 피고인의 비약적 상고가 검사의 항소 제기로 효력을 상실하는 경우 상고권 제한 법리에 관한 판례에 따라 피고인의 상고권이 상실되거나 상고이유가 제한되어 피고인에게 불리하다는 논거를 제시하고 있다. 그러나 해석상 인정되는 상고권 제한 법리에 따라 피고인의 상고권이 제한되는 결과가 된다면 그 해석을 달리하여 시정하는 것이 정도이고, 법률규정에 없는 항소제도를 창설하는 것은 실질적 입법행위에 해당하여 타당하다고 할 수 없다.

다수의견이 들고 있는 판례 법리는 원칙적으로 피고인이 아무런 상소를 제기하지 않았거나 양형부당만을 이유로 항소한 사안에서, 검사만 항소한 경우 검사의 항소를 기각하였을 뿐인 항소심판결이 피고인에게 불이익한 판결이 아니어서 상고권이 없다거나(대법원 2005. 9. 15. 선고 2005도4866 판결 등 참조), 피고인이 상고심에서 사실오인이나 법령위반 등의 새로운 사유를 상고이유로 주장할 수 없다는 취지이다(대법원 2019. 3. 21. 선고 2017도16593-1 전원합의체 판결 등 참조). 따라서 피고인이 법령적용의 착오 등의 사유로 비약적 상고를 제기하였으나 검사의 항소 제기로 비약적 상고

의 효력이 상실한 경우는 앞서 본 판례 법리가 적용되는 사안과 달라서 피고인의 불복 의사를 고려하여 상고권을 인정하는 해석을 하더라도 판례의 상고권 제한 법리에 어긋 난다고 할 수 없다. 만약 위와 같은 사안에서 상고권 제한 법리를 적용하여 상고를 부적법하다고 본 선례가 존재한다면 그 선례를 변경하는 것이 보다 정당한 해석론이다. 즉 검사의 항소로 비약적 상고의 효력이 상실되더라도 애초 비약적 상고이유에 포함되는 사유에 관해서는 피고인이 항소심판결에 대한 상고를 제기하여 상고이유를 주장할 수 있다는 해석이 충분히 가능하다.

제1심판결에 대하여 비약적 상고를 제기한 피고인은 애초부터 상고심에서 법령적용의 착오 등에 관한 비약적 상고이유를 주장하고 판단받기를 희망한 것이다. 따라서 피고인에게 상고심 단계에서 이와 같은 상고이유에 관한 주장을 허용하는 것이 항소심 단계에서 항소로서의 효력을 의제하는 것보다 당사자의 의사에도 부합한다.

바. 소결론

종전 판례는 법률상 근거가 없는 이상 비약적 상고와 항소 사이의 전환이나 의제가 불가능하다고 본 것이다. 이는 형사절차의 명확성과 안정성을 확보하려는 입법자의 분명한 의사에 따른 것으로서 현행 법제에 부합하는 해석이므로 유지되어야 한다. 따라서 종전 판례에 근거하여 이 사건에서 피고인의 비약적 상고는 상고의 효력은 물론 항소로서의 효력도 인정할 수 없어 피고인의 적법한 항소가 존재하지 않는다고 보아 피고인의 항소에 관한 판단을 하지 않은 원심은 정당하다. 나아가 이 사건에서 피고인이 주장하는 상고이유는 애초 비약적 상고이유에 포함될 수 있는 사유가 아니므로, 상고권 제한 법리가 적용되지 않는 경우로 볼 수도 없다. 따라서 피고인의 상고는 부적법하여 기각되어야 한다.

다수의견과 같이 현행 형사소송법의 비약적 상고에 관한 규정이 피고인에게 불리한 측면이 있다고 평가한다면, 이는 입법으로 해결하여야 할 문제이다. 다수의견이 가진 문제의식에 따르더라도 정당한 입법절차에 따라 제반 상소절차에 미치는 영향 및 비약적 상고와 관련하여 상정 가능한 다양한 경우를 면밀히 고려하여 형사소송법규에 요건과 절차, 효과 등을 분명하게 규정함으로써 형사절차의 안정성을 담보할 수 있는 방법으로 시정되는 것이 타당하다.

이상과 같은 이유로 다수의견에 찬성할 수 없음을 밝힌다.

5. 대법관 민유숙의 반대의견

가. 형사소송법 제372조, 제373조의 해석상 원칙적으로 피고인이 비약적 상고를 제기한 후 검사가 항소를 제기하면 피고인의 비약적 상고는 효력을 잃는데, 그와 같이 효력이 없어진 비약적 상고에 항소로서의 효력을 부여할 수 없다. 다만 검사의 항소로 인하여 피고인은 항소심에서 재판을 받게 되고, 피고인이 항소심에서 형사소송법 제372조의 비약적 상고이유를 주장하였다면 피고인의 비약적 상고이유에 해당하는 법률적 주장을 배척한 항소심판결에 대하여 피고인은 그 사유를 들어 상고를 제기하고 상고이유로 주장할 수 있다.

다수의견이 변경 대상 판결로 거시한 종전 판례는 피고인이 항소심이나 상고심에서 비약적 상고이유에 해당하는 법률적 주장을 한 사안까지 포함하여 항소심판결 후 피고인의 '상고'가 일률적으로 허용되지 않는다고 판단한 것이 아니라, 원칙적으로 효력을 상실한 피고인의 비약적 상고에 '항소'의 효력을 인정할 수 없다는 취지를 밝힌 것에 불과하므로, 위와 같은 법리와 배치되지 아니한다. 따라서 종전 판례는 변경 필요성이 없다.

이 사건에서 피고인은 원심에서 비약적 상고이유에 해당하거나 이를 포함하는 법률적 주장을 한 바 없으며, 나아가 상고심에서도 이를 주장한 바 없으므로 피고인의 상고는 부적법하여 기각할 수밖에 없다.

다수의견은 피고인의 비약적 상고에 항소의 효력을 부여하고, 이와 달리 판단한 종전 판례를 모두 변경한다는 내용이므로 이에 반대한다. 대법관 안철상, 대법관 노태악의 반대의견은 비약적 상고에 항소의 효력을 부여할 수 없다는 판단은 동일하나, 원칙적으로 피고인의 비약적 상고에 항소로서의 효력을 인정할 수 없는 논거에 관해 규정을 지나치게 엄격하게 해석하는 점에서 견해를 달리하고, 이 사건에서 피고인의 상고를 배척하는 이유도 달리한다. 따라서 대법관 안철상, 대법관 노태악의 반대의견과 별도로 다수의견에 반대하는 견해를 밝히고자 한다.

나. 비약적 상고와 항소가 경합되는 경우의 규율은 입법형성 범위 내의 문제로서 현행 형사소송법 규정이 헌법상 재판청구권을 침해한다고 보기 어렵다.

1) 제1심판결에 대하여 검사, 피고인 쌍방이 상소권을 가지는 경우에 일방이 비약적 상고를 하면 타방은 항소심 심급이익을 상실하는 결과가 된다. 또한 동일사건이 항소심과 상고심에 동시에 계속되는 경우 판결의 모순·저촉이 발생할 수 있게 되므로 하나의 법원에서 상소심이 진행되어야 할 것이다.

이 경우 각국의 입법례는 비약적 상고에 항소의 효력까지 부여하거나, 비약적 상고의 효력을 상실시키는 경우로 구분된다. 독일 형사소송법 제335조 제3항은 이 경우 비약적 상고는 항소로서의 효력이 있다고 명문으로 규정한다. 즉 독일법은 일정 시점까지 항소와 비약적 상고 사이의 자유로운 전환이 가능하다고 하면서, 비약적 상고의 효력이 상실된 경우 명문으로 항소로서의 효력을 인정한다.

이와 같이 비약적 상고에 항소의 효력까지 부여할 것인지의 문제는 원칙적으로 입법형성의 범위 내에 있다. 형사소송법 제373조가 '효력을 상실한다'라고 규정한 것은 입법형태 중 후자를 선택한 것으로 해석함이 자연스럽고, 상소로서의 효력을 부정하는 취지로 해석하는 것이 입법취지나 법문의 규정형태에 부합한다.

2) 입법형성의 범위 내에 있는 경우에도 새로운 해석이 요구되어 판례변경이 필요해지는 경우가 있다. 첫째로, 조문 자체는 개정되지 않았으나 그 조문의 해석·적용과 관련된 다른 제도가 신설되거나 변경되는 등 입법 측면에서 사정변경이 생겨서 종전의 해석론으로는 새로운 입법환경에 부합하지 않게 되었거나 새로운 해석이 요구되는 경우가 있다(대법원 2019. 10. 23. 선고 2012다46170 전원합의체 판결 등 참조). 둘째로, 입법 당시에는 미처 그 가능성과 필요성을 상정하지 못하였기 때문에 규정을 두지 않았지만 그 이후 사회적·경제적·기술적 변화에 따라 새로운 적극적인 해석이 필요하게 된 경우가 있다(대법원 2006. 6. 22. 자 2004스42 전원합의체 결정 등 참조).

그러나 이 사건에서 문제된 비약적 상고는 위의 어느 경우에도 해당하지 않는다. 오히려 현재 대부분 비약적 상고는 구속 피고인이 미결구금일수를 늘리면서 근거리, 소규모의 작은 교도소·구치소에서 구금되어 있기를 원하는 경우 많이 활용되고, 대법원에 곧바로 상고하여 법령의 해석·적용의 통일에 신속을 기한다거나 법리적인 부분에 대한 신속한 불복을 통해 피고인의 이익을 회복한다는 등의 비약적 상고제도의 본래 취지에 부합한다고 볼 수 있는 사건은 거의 찾아보기 힘든 것이 현실이다. 이에 따라 대법원이 비약적 상고를 받아들인 사례를 거의 찾아보기 어렵다. 나아가 현재 하급심 법원의 재판실무상 직권판단이 확대·강화되어 직권발동을 촉구하는 의미의 주장에 대한 판단이 상세히 이루어지고 있어서 피고인이 굳이 '법령의 미적용 또는 법령적용의

착오'에 대하여 비약적 상고이유로 주장하여야 할 필요성 또한 크지 않다.

3) 헌법 제27조 제1항에 의하여 보장되는 국민의 재판청구권은 제한 없이 상소심의 재판을 받을 권리까지 보장하는 취지는 아니다.

모든 국민은 헌법상 기본권으로서 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가지나, 거기에 항소심재판을 받을 권리가 반드시 포함되는 것은 아니다(대법원 2021. 4. 22. 자 2017마6438 전원합의체 결정, 헌법재판소 2012. 7. 26. 선고 2009헌바297 결정 등 참조). 특히 상고심재판의 경우 형사재판에 있어 사실인정이나 형의 양정은 사실심법원에서 행하고, 상고심법원은 법률심으로서 법령의 해석·적용의 통일을 기하는 것이 그 본래적 기능이고, 한정된 사법자원을 효율적으로 분배하고 상고심재판의 법률심 기능을 제고할 필요성 등을 감안하여 상고권을 일정 범위에서 제한하는 것은 재판청구권과 무관하다는 법리가 확립되어 있다(대법원 2019. 3. 21. 선고 2017도16593-1 전원합의체 판결, 헌법재판소 2020. 7. 16. 선고 2020헌바14 결정 등 참조).

다. 다수의견이 피고인의 조건부 또는 추정적 의사를 기초로 항소의 효력을 인정하는 것은 동의하기 어렵다.

1) 다수의견은 비약적 상고를 제기한 피고인의 의사에는 자신이 제기한 비약적 상고가 검사의 항소 제기로 상고의 효력을 잃게 되는 경우 항소 등 가능한 다른 형태로 제1심판결의 효력을 다투는 의사도 포함되었다고 해석하는 것이 합리적이라고 한다. 그러나 피고인이 '비약적 상고를 제기하지만, 만약 검사가 항소를 하는 경우에는 나도 항소로 다툰 의사가 있다'는 의사는 일종의 조건부 의사 또는 추정적인 의사로서, 당사자의 조건부 의사를 받아들이거나 추정적인 내심의 의사까지 탐지하는 것은 재판절차에 관한 당사자의 소송행위 해석의 원칙에 부합하지 않는다(대법원 1984. 2. 28. 선고 83

다카1981 전원합의체 판결, 대법원 1997. 10. 24. 선고 95다11740 판결, 대법원 2007. 6. 15. 선고 2007다2848, 2855 판결 등 참조).

형사소송법은 상소장을 서면으로 제출하도록 명시하고 있으므로(형사소송법 제359조, 제375조), 상소를 제기한 피고인의 의사 역시 원칙적으로 서면으로 표시된 의사에 따라야 할 것이다. 비약적 상고는 제1심판결에 법령적용의 잘못이 있는 경우에 항소권자가 항소심급의 이익을 포기하고 항소심을 뛰어넘어 바로 대법원에 상고하는 제도이고, 이는 항소심급의 이익을 포기하되 법률심이자 최종심인 대법원에서 신속히 법률적쟁점을 판단받는 방법으로 권리를 실현하겠다는 의사를 표시한 것이다.

또한 형사소송법 제361조의5가 규정하는 항소이유는 형사소송법 제372조가 규정하는 비약적 상고이유에 비하여 훨씬 광범위하다. 항소한 피고인은 양형부당, 사실오인 등을 다룰 수 있는 반면, 비약적 상고를 한 피고인은 양형부당, 사실오인을 다룰 수 없고 법률적 주장만을 할 수 있다. 즉 제1심판결이 인정한 사실을 전제로 하여 그에 대한 법령의 적용을 잘못된 경우만이 비약적 상고이유가 된다(대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도9338 판결 등 참조).

따라서 '항소장'을 제출한 피고인의 의사와 '비약적 상고장'을 제출한 피고인의 의사는 성격과 범위가 크게 달라 서로 구분되어야 한다.

2) 비약적 상고장을 제출한 피고인의 진정한 의사가 '어떤 사정으로 곧바로 상고심재판을 받지 않고 항소심재판을 받는다면 항소인으로서 재판을 받겠다는 의사'라고 할 근거를 찾을 수 없다.

만약 피고인이 구치소에 비치된 용지 등을 사용하면서 '비약적 상고장'을 제출하였으나 피고인의 의사는 사실 '어떤 사유로 항소심재판을 받는다면 항소이유로 사실오인,

양형부당 등을 주장하고 싶다는 의사'라면, 이러한 피고인의 의사는 비약적 상고를 할 의사가 아니라고 보아야 하고, 오히려 처음부터 항소할 의사로 취급되어야 한다. 즉 피고인의 의사가 불분명하거나 법률 조력을 제대로 받지 못하였다거나 선택의 여지가 있을 경우 피고인의 상소를 '항소'로 해석하여야 한다. 그러나 이는 이 사건과 다른 쟁점이고 피고인의 '비약적 상고' 의사가 명확한 경우와 혼동되어서는 안 된다.

3) 다수의견은 '항소기간 준수 등 비약적 상고가 항소로서의 적법요건을 충족'하고, '피고인이 상고의 효력이 없더라도 항소심에서 제1심판결을 다툼 의사가 존재할 것'을 전제로 하는 듯하다. 그런데 항소기간과 상고기간은 모두 7일이고 원심법원에 상소장을 제출하는 방식에 의하여야 하는 등 동일한 요건을 요구하므로 비약적 상고로서의 적법요건을 갖추었지만 항소로서의 적법요건을 갖추지 못한 경우를 찾을 수 없다. 또한 앞서 본 바와 같이 '비약적 상고장'을 제출함으로써 제한적으로 법률적 잘못만 다투겠다는 의사를 표명한 피고인에게 항소의 의사까지 인정하는 것도 부자연스럽다. 다수의견이 피고인이 비약적 상고를 제기하였다는 사정만으로 항소의 의사까지 인정하는 취지라면 다수의견이 말하는 '특별한 사정'은 존재할 여지가 없게 되고, 결국 다수의견은 비약적 상고를 항소로 의제하는 결과와 마찬가지로 된다.

라. 상고권 제한 법리의 예외를 인정하여 피고인이 상고심에서 판단받을 기회는 보장될 수 있다.

1) 형사소송법과 같이 상대방의 항소가 제기되면 비약적 상고의 효력을 잃는 형태로 입법이 이루어진 경우, 비약적 상고를 통해 상고심의 판단을 받고자 하였던 피고인의 의사에도 불구하고 검사가 항소하였다는 이유로 상고심의 판단을 전혀 받을 수 없게 된다면, 적어도 비약적 상고이유에 해당하는 법령의 해석·적용 등에 관하여 최고법원

이자 법률심인 상고심의 판단을 받고자 하였던 피고인의 의사에 반하고, 그 범위에서 피고인의 권리가 침해될 우려가 있다. 이 경우에 한정하여 피고인이 상고심에서 판단을 받을 기회는 보장되어야 한다.

그러나 피고인이 이러한 의사를 갖고 있었다는 점을 다수의견과 같이 막연하게 피고인의 의사를 추정하는 방법에 의하는 것은 적절하지 않다.

항소법원은 기록의 송부를 받으면 항소인뿐 아니라 상대방에게도 소송기록 접수통지를 하여야 한다(형사소송법 제361조의2 제1항). 이러한 통지를 받은 피고인이 항소심에서 비약적 상고이유에 해당하는 법률적 주장을 한 경우에 법원은 피고인에게 비약적 상고이유에 관하여 판단을 받고자 하였던 의사가 존재하였음을 객관적으로 인정할 수 있게 된다.

다만 종전 판례에 의할 때 피고인에게 항소인의 지위가 부여되지 않았고 직권판단은 재판부의 재량적인 것이라는 이유 등으로 피고인이 항소이유서 기타 서면을 제출하는 등 법률적인 주장을 하지 않았더라도, 유죄의 항소심판결에 대하여 상고를 하고 상고이유서에서 비약적 상고이유에 해당하는 법률적 주장을 했다면 이러한 피고인은 보호대상에 포함시킴이 타당하다.

2) 상고이유 제한 법리를 재확인한 위 대법원 2017도16593-1 전원합의체 판결은 피고인이 항소하지 않거나 양형부당만을 이유로 항소함으로써 항소심의 심판대상이 되지 않았던 법령위반 등 새로운 사항에 대해서는 피고인이 이를 상고이유로 삼아 상고하더라도 부적법하다고 판시하였다. 위 법리는 상고심은 항소법원 판결에 대한 사후심이므로 항소심에서 심판대상이 되지 아니한 사항은 상고심의 심판범위에 들지 아니하는 것이어서 피고인이 항소심에서 항소이유로 주장하지 아니하거나 항소심이 직권으로 심판

대상으로 삼은 사항 이외의 사유에 대하여는 이를 적법한 상고이유로 삼을 수 없다는 취지이다.

나아가 다수의견이 들고 있는 대법원 2005. 9. 15. 선고 2005도4866 판결은 검사만이 항소한 사건에서 그 항소를 기각한 항소심판결은 피고인에게 불이익한 판결이 아니므로 상고의 이익이 없는 피고인에게 상고권이 생기지 않는다는 취지이다.

위 각 판결과 더불어 같은 취지로 상고권 제한에 관하여 판시한 대법원의 많은 선례를 종합하더라도, 피고인이 비약적 상고장을 제출하였으나 검사의 항소로 비약적 상고가 효력을 상실한 경우 일률적으로 피고인의 상고가 부적법하다는 결론에 이르는 것은 아니다. 위와 같은 상고권 제한 법리는 형사소송법 등 관련 법령에 명시되어 있는 것이 아니라 상고심의 법령 해석의 통일 기능 확보, 상고 제기의 적법요건으로서 상고의 이익 등의 요청에 따라 '해석'으로 정립된 것이므로, 선례에서 명시하지 않은 영역은 해석론에 맡겨져 있다.

따라서 피고인이 소송절차의 진행 결과 예기치 못한 불이익을 입었고 상고심의 기능에 반하지 않는다고 볼 만한 경우에는 위 법리 적용의 특별한 예외를 인정할 수 있고, 이 사건 쟁점인 '피고인이 비약적 상고를 함으로써 특정한 법률판단을 다투는 의사를 명백히 하였음에도 비약적 상고가 효력을 잃었다는 사실'은 상고권 제한 법리의 기본 취지를 공감하더라도 다른 해석을 할 수 있는 분명한 근거가 된다.

3) 형사소송법 제372조의 비약적 상고이유는 '법령의 미적용 또는 법령적용의 착오', '형의 폐지·변경 또는 사면'으로서 이는 형사소송법 제361조의4 제1항 단서의 직권조사사유에 해당한다. 항소심 및 상고심은 판결에 영향을 미친 법령위반 등의 사유에 대하여 직권으로 심판할 수 있으므로(형사소송법 제364조 제2항, 제384조), 비약적 상고

이유는 직권심판의 대상도 된다. 또한 위 대법원 2017도16593-1 전원합의체 판결도 상소심의 직권심판권을 법령 해석·적용의 통일을 위한 제도로 인정하고 있다.

이에 비추어 보면, 일반적으로 피고인이 항소하지 않은 모든 경우까지 상고권 제한 법리의 예외를 인정할 것은 아니지만, 피고인이 비약적 상고장을 제출하였으나 검사의 항소로 계속된 항소심에서 피고인이 위와 같은 직권조사 내지 직권심판 사항에 관하여 비약적 상고이유에 해당하는 내용을 주장하였으나 항소심법원이 받아들이지 않은 경우에는 이를 다시 주장하기 위해 상고를 하는 것은 허용되어야 한다. 나아가 항소심에서 적법한 항소로 취급되지 못하는 등의 이유로 비약적 상고이유에 해당하는 사항을 주장하지 않았으나, 상고심에 이르러 주장을 한 경우에 그 상고도 허용되어야 한다. 반면 피고인이 항소심 및 상고심에서 모두 비약적 상고이유에 해당하는 법률적 주장을 하지 않았다면, 피고인의 상고는 부적법하다고 볼 수밖에 없다.

마. 이 사건의 결론

1) 원심판결 이유와 이 사건 기록에 의하면 다음의 사실을 알 수 있다.

가) 피고인은 2021. 7. 27. '비약적 상고장'을 제출하였고, 비약적 상고의 취지가 문면상 명백하며 다른 해석의 여지가 없다. 검사는 2021. 7. 28. 항소장을 제출하였다.

나) 원심법원은 2021. 8. 17. 피고인 및 피고인의 국선변호인에게 소송기록 접수통지서를 발송하였다.

다) 피고인은 2021. 9. 1. 원심법원에 항소이유서를 제출하였는데, 심신장애와 양형부당을 주장하는 취지이다. 위 항소이유서에 첨부된 문건에는 '술을 너무 많이 마신 상태에서 일어난 일이다', '홀로 계시는 어머니를 모시기 위해 하루라도 빨리 출소할 수 있도록 선처해 달라', '원심이 정한 전자장치 부착명령 기간이 너무 길다' 등의 취지가

기재되어 있다.

라) 한편, 위 항소이유서 첫장에는 '피고인은 제1심판결을 존중하여 항소를 하지 않으려고 하였는데 검사가 항소를 하여 어쩔 수 없이 항소이유서를 제출한다'는 취지를 기재하였다.

마) 피고인 및 피고인의 국선변호인은 상고이유로 심신장애, 전자장치 부착기간 과다를 주장하고, 나아가 피고인의 비약적 상고에 항소로서의 효력을 인정하지 않은 원심의 조치가 법리오해에 해당한다는 취지로 주장한다.

2) 이러한 사실관계를 앞서 제시한 법리에 비추어 살펴본다. 먼저 피고인이 항소가 아니라 비약적 상고를 제기하고자 한 의사가 분명하게 표시되었으므로 사실상 항소를 제기한 것으로 선해하기는 어렵다. 나아가 피고인은 항소심에서 심신장애, 양형부당, 부착기간 과다를 주장하였을 뿐 비약적 상고이유에 해당하는 법률적 주장을 전혀 한 바 없고, 상고심에서도 마찬가지이다. 상고이유로 주장한 비약적 상고에 관한 법리오해는 형사소송법 제373조에 관한 종전 판례에 따라 원심이 피고인의 비약적 상고에 항소로서의 효력을 인정하지 않은 것을 탓하는 취지에 불과하여, 애초 제1심판결에 대한 비약적 상고이유에 해당하는 법률적 주장이 될 수 없다. 따라서 피고인의 상고는 부적법하다고 보아야 한다.

3) 원심은 피고인의 항소가 적법하지 않다고 보았으나, 직권으로 피고인이 각 범행에 이르게 된 경위, 범행의 수단과 방법, 범행 후의 정황 등에 비추어 피고인이 이 사건 각 범행 당시 심신미약 또는 심신상실의 상태에 있었다고 볼 수 없고, 위와 같은 사정과 피고인의 범죄전력, 그 밖에 여러 양형조건들 및 이를 종합하여 인정되는 피고인의 재범의 위험성 등에 비추어 원심이 정한 형이 너무 무겁다거나 전자장치 부착명

령 기간이 너무 길어서 부당하다고 보기 어렵다는 판단을 부가하였다. 따라서 원심이 피고인의 항소에 관한 판단을 하지 않았다는 다수의견의 견해와는 다르다. 이 점에서도 원심을 파기할 사유가 없다.

이상과 같은 이유로 다수의견에 찬성할 수 없음을 밝힌다.

6. 다수의견에 대한 대법관 오경미의 보충의견

가. 피고인의 비약적 상고에 항소로서의 효력을 인정할 수 있는 근거에 관한 다수의견의 논거를 보충하고, 2개의 반대의견이 제시하는 논거와 견해에 대하여 답변을 하고자 한다(이하 대법관 안철상, 대법관 노태악의 반대의견을 '반대의견1'이라 하고, 대법관 민유숙의 반대의견을 '반대의견2'라 하며, 2개의 반대의견을 통칭하여 '반대의견'이라 한다).

나. 피고인의 재판청구권 보장을 위하여 반대의견이 제시하는 대안은 유효적절한 수단이지 못하거나 종전 법리와 정합성 등의 문제가 있어 수증하기 어렵다.

1) 형사소송법 제361조의4 제1항 단서가 규정하는 항소심의 직권조사사유, 제364조 제2항, 제384조가 규정하는 상소심의 직권심판권만으로는 피고인의 재판청구권이 충분히 보장된다고 볼 수 없다. 기본적으로 상소심이 피고인의 직권발동을 촉구하는 주장에 대하여 직권으로 심리·판단할 수 있다는 것과 적법한 상소이유로 심판대상이 되어 심리·판단하는 것은 피고인의 재판청구권 보장 측면에서 비교할 수 없는 차이가 있다. 상소심이 직권판단을 하지 않을 경우 피고인은 자신의 주장에 대하여 아무런 판단을 받지 못하고, 상소심이 어떠한 근거로 직권으로 판단할 사항이 아니라고 보았는지조차 알 수가 없다.

형사소송법 제361조의4 제1항 단서의 직권조사사유는 관할위반, 소송조건의 존부,

형의 폐지·변경 등 원심판결에 일반적·추상적 사유에 관한 하자가 존재하여 당사자가 주장하지 아니하는 경우에도 판결에 영향을 미쳤는지와 무관하게 법원이 직권으로 조사할 의무가 인정되는 사항으로서, 그 성격상 비약적 상고이유를 전부 포함할 수 없다. 또한 상고심에서는 형사소송법 제361조의4 제1항 단서와 같은 규정이 없어 소송조건 등 예외적인 경우를 제외하고는 직권조사의무가 인정되지 않는다.

형사소송법 제364조 제2항의 항소심의 직권심판권, 제384조의 상고심의 직권심판권은 직권조사사유보다 대상이 넓기는 하나, 이는 상소심의 의무가 아니라 권한이고 그 발동 여부는 상소심의 재량에 달려 있다. 상소심의 직권심판권은 의무적 심판대상인 상소이유에 대한 판단과 비교하여 피고인의 재판청구권을 보장하기 위한 수단으로 크게 미흡하다.

2) 비약적 상고를 제기한 피고인에 대하여 상고권 제한 법리를 완화하거나 그 예외를 인정하는 반대의견의 해석은, 종전 판례를 그대로 따를 경우 피고인에게 소송절차상 예기치 못한 불이익을 줄 수 있다고 보아 이러한 상황을 개선하고자 하는 취지로서 다수의견과 문제의식을 같이한다. 그러나 이는 종래 이론상·실무상 확립된 상소에 관한 법리와 정합성이 맞지 않고, 피고인의 재판청구권을 충분히 보호하지 못하는 것이어서 동의하기 어렵다.

반대의견은 피고인의 비약적 상고가 항소심 단계에서 아무런 효력을 갖지 않는다는 입장을 유지하면서도, 상고심 단계에서 피고인이 비약적 상고이유에 해당하는 사유를 주장할 경우 적법한 상고가 가능하다는 것이다. 그러나 검사의 항소만이 심판대상이 되어 이를 기각하였을 뿐인 항소심판결에 대하여 피고인에게 상고권을 인정하는 것은 상소의 이익에 관한 법리의 기본체계와 조화되기 어렵다. 또한 항소심 단계에서 비약

적 상고가 소송행위로서 갖는 효력이 절차상 이미 소멸하였음에도 상고심 단계에서 특정 조건 아래 다시 되살아난다고 볼 수 있는 법적 근거를 찾기 어렵고, 오히려 이러한 해석이 형사절차의 안정성을 침해하는 것은 아닌지 의문이 있다.

피고인이 항소하지 않거나 양형부당만을 이유로 항소함으로써 항소심의 심판대상이 되지 않았던 법령위반 등 새로운 사항에 대해서는 피고인이 이를 적법한 상고이유로 삼을 수 없다는 취지의 상고이유 제한 법리가 판례상 확립되어 있다(대법원 2019. 3. 21. 선고 2017도16593-1 전원합의체 판결 등 참조). 그런데 반대의견은 피고인의 비약적 상고에 항소심 단계에서 아무런 효력을 인정하지 아니하는 입장을 유지하면서도, 상고심 단계에서 피고인이 비약적 상고이유에 해당하는 사유를 주장할 경우 적법한 상고이유로 허용할 수 있다는 것이다. 이는 항소심의 심판대상이 되지 않았던 경우에도 상고이유로 삼는 것을 인정하는 것이어서 상고이유 제한 법리의 본래 취지에서 벗어나게 된다.

무엇보다 반대의견은 비약적 상고를 제기한 피고인의 재판청구권을 충분히 보호하지 못하는 문제가 있다. 피고인이 제기한 비약적 상고의 효력이 상실되고 항소심에서 재판이 진행되는 것은 피고인의 의사에 따른 것이 아니고 검사의 항소라는 일방적 조치에 따른 결과이다. 피고인이 어차피 항소심을 거쳐야 하는 상황에서 항소심에서부터 제1심판결의 위법사유를 적법한 상고이유로 주장하여 심판대상으로 삼고자 하는 것은 충분히 보호가치가 인정되는 합리적인 기대이다. 항소심이 진행되어야 하는 상황에서 불복의사를 표시한 피고인에게 굳이 항소인의 지위를 부여하지 않다가 상고심에 이르러서야 적법한 상고인이 될 수 있다는 것은 피고인의 신속한 구제 측면에서도 바람직하지 않다.

나아가 심급제도의 효율적 운영 측면에서 보더라도 그러하다. 항소심 단계에서 항소의 효력을 인정하지 않다가 상고심 단계에서 상고를 인정하는 것은 항소심의 종국 기능을 침해하는 한편 상고심에만 과도한 심판의무를 부여하기 때문이다. 이러한 해석은 제1심과 항소심에서의 종국을 중시하는 심급제도 운영의 방향성에도 역행한다고 보인다.

3) 한편 반대의견¹은 비약적 상고를 제기한 피고인이 항소기간 내에 검사의 항소장 접수통지를 받은 경우에는 항소기간이 지나기 전에 다시 항소를 제기할 수 있으므로, 종전 판례에 따르더라도 유효한 상소를 제기할 기회가 있다고 지적한다. 그러나 항소기간이 7일로서 비교적 단기간이므로, 피고인이 검사의 항소장 접수통지를 송달받게 되는 시기는 대체로 이 사건과 같이 항소기간이 지난 이후가 될 것이다. 설령 항소기간 중 일부가 남아 있다고 하더라도 법률전문가가 아닌 피고인이 다시 항소장을 제출하여야 한다는 점을 파악하여 항소기간 경과 전에 이를 제출하는 등 짧은 기간 내에 신속·적절한 법률적 대처를 할 수 있을 것이라고 기대하기도 어렵다. 결국 어느 경우든 비약적 상고를 제기한 피고인의 상소의 기회가 상당 부분 실질적으로 제약되는 것은 마찬가지이다.

다. 다수의견의 해석론이 형사소송절차의 안정성을 저해한다거나 재판실무의 혼란을 초래한다고 볼 수 없다.

1) 피고인이 비약적 상고를 제기하였으나 상대방인 검사의 항소가 제기된 경우 검사의 심급의 이익을 보호하기 위해 항소심이 진행되고, 그 후 검사의 항소가 취하 등으로 효력을 상실한 경우 항소심 절차가 중단되며 다시 대법원으로 이심되어 비약적 상고절차가 진행된다. 이와 같은 절차 진행은 형사소송법 제373조가 명문으로 규정하고

있는 것이어서 이 사건 쟁점 판단에 따라 달라지는 것이 아니므로, 이를 이유로 다수의견이 형사소송절차의 안정성을 저해한다는 비판은 타당하지 않다.

2) 피고인의 비약적 상고와 검사의 항소가 경합한 경우 형사소송법 제373조에 따라 피고인의 비약적 상고는 상고의 효력을 상실하므로 제1심법원은 소송기록을 항소법원으로 송부하여야 하고, 항소법원은 기록 송부를 받은 때 즉시 검사와 피고인에게 소송기록 접수통지를 하여야 한다(형사소송법 제361조, 제361조의2).

다수의견에 따를 때 종전 재판실무와 달라지는 것은, 피고인의 비약적 상고를 항소로 취급하여 피고인에게 형사소송법 제361조의3 제1항에 따라 항소이유 제출기한 내에 적법한 항소이유를 제출할 기회를 부여하는 부분이다. 이는 형사소송법 명문규정이 예정한 절차의 진행에 별다른 변경 없이 어차피 항소심이 진행되어야 하는 상황에서 상소장을 제출한 피고인을 항소인으로 인정하는 것뿐이어서 특별히 재판실무가 혼란스러워진다고 볼 수 없다.

3) 이 사건 쟁점은 제1심판결에 대하여 피고인은 비약적 상고를, 검사는 항소를 각각 제기하여 이들이 경합한 경우 피고인의 비약적 상고에 항소로서의 효력을 인정할 것인지이므로, 동일한 사안에 관한 종전 판례를 변경 대상 판례로 삼는 것이다. 피고인의 비약적 상고와 검사의 비약적 상고의 효력을 다르게 취급할 것인지 여부는 향후 검사가 비약적 상고를 제기한 사안에서 논의되어야 할 문제이다.

한편 항소이유 기재의 적법 여부, 항소심의 직권조사 및 직권심판의 범위, 과형상 일죄 중 일부 유죄·일부 무죄인 경우 상소심의 심판범위 등에 관해서 피고인이 상소한 경우와 검사가 상소한 경우를 다르게 취급하는 판례 법리가 존재하므로, 반대의견1의 견해와 같이 비약적 상고에 관하여 피고인과 검사를 다르게 취급하는 결과가 반드시

부적절하다고 단정짓기도 어렵다.

이상과 같이 다수의견에 대한 보충의견을 밝힌다.

재판장 대법원장 김명수 _____

 대법관 김재형 _____

 대법관 조재연 _____

 대법관 박정화 _____

 대법관 안철상 _____

 대법관 민유숙 _____

 대법관 김선수 _____

 대법관 이동원 _____

 대법관 노정희 _____

대법관 노태악 _____

대법관 이흥구 _____

대법관 천대엽 _____

주 심 대법관 오경미 _____