

## <판례연구>

# 국선변호인의 상고이유서 제출기간 도과의 효력

이 수 성\*

[판시사항] 국선변호인의 상고이유서 제출기간 도과

[판결요지] 먼저 선임된 국선변호인의 태만으로 인하여, 상고이유서를 법정기간 내에 제출하지 못하였을 경우, 그 실기의 법률상 효력은 새로 선임되는 국선변호인에게도 미친다.

(대법원 판결. 사건 64도. 87. 선고 1964년 5월 21일. 이영선, 방순원, 손동욱, 김치결, 사광욱, 한성수, 홍순엽, 양희경, 최윤모, 주운화, 나항윤.)

[판결이유]

(중략).

다음에 본건 피고사건은 형사소송법 제 283조, 제 282조에 해당하는 사건이므로 당원은 직권으로 변호사 ×××를 국선변호인으로 선정하고, 동 변호인에게 변호인 선임결정서 및 기록수리 통지서를 발부하여, 1964. 2. 17. 동 변호사에게 적법하게 송달되었다. 그렇다면 동 변호인은 피고인을 위하여 법정기간내에 상고이유서를 제출하여야 할 의무가 있음에 불구하고, 그 의무를 태만히 하여 그 법정기간을 도과한 후, 1964. 4. 15. 자로 국선변호인지정 취소신청을 당 법원에 제출하였다.

그러나 변호사는 변호사법 제 15조에 의하여 법원이 법령에 의하여 명령하는 사항을 처리할 의무가 있는 것이므로, 정당한 사유없이 국선변호인지정의 취소를 신청할 수 없다고 할것인바, 다만 본건에 있어서는 동 변호인이 이미 상고이유서 제출을 태만히 하여 그 제출기간을 도과하는등 정황으로 보아 동 변호인에게 본건 피고인의 변호를 계속하게 함은 피고인의 이익을 위하여 타당하지 않다고 생각되므로, 당 법원은 1964. 4. 16. 자로 동 변호사를 국선변호인으로부터 태임하고, 새로이 변호사 ×××를 국선변호인으로 선임하였다.

이러한 경우에 새로이 국선변호인으로 선임된 변호사에게 다시 상고이유서를 제출할 기회를 주어야 하느냐에 대하여 당 법원의 관여법관의 의견은 일치되지 못하였다. 다수 의견은, 먼저 선임된 국선변호인이 상고이유서 제출기간을 도과하므로 말미암아 이미 상고이유서를 제출할 수 없게 되었으므로 이러한 실기의 법률상 효과는 새로이 국선변호인이 선임되었다고 하더라도 이를 소멸시킬 수 없는 것이다. 그러므로 본건에 있어서는 이미 상고이유서 제출기간이 도과된 이후에 새로이 선임된 국선변호인은 상고이유서를 제출할 수 없는 것이고, 다만 새로이 선임되었다는 이유만으로써 도과된 기간을 되살릴 수는 없는

\*서울대학교 법과대학 조교

것이다. 논자는 이러한 경우에는 새로 선임된 국선변호인에게 다시 기록수리 통지서를 송달함으로써 새로 선임된 국선변호인에게 상고이유서를 제출할 수 있는 기회를 주어야 하며, 만일 그렇게 하지 않는다면 결국 피고인은 변호인없이 재판을 받는 결과를 가져오므로, 형사소송법에서 국선변호인제도를 둔 근본취지에 어긋난다고 하나, 이는 국선변호인제도를 둔 형사소송법의 정신을 들어 국선변호인의 태만으로 인하여 실기한 소송행위를 다시 하게 할 기회를 주어야 한다는 주장으로서 법령상 이러한 해석을 가능케 할 아무런 근거도 발견할 수 없는 것이다.

그러므로 대법원판사 ×××, 등 ×××을 제외한 관여법관의 일치한 의견으로 형사소송법 제 390 조를 적용하여 주문과 같이 판결한다.

대법원판사 ×××의 보충의견은 다음과 같다.

본건에 있어 대법원이 재판할 수 있다는 결론에는 다수의견과 동일하나, 그 논거와 논리과정에 있어서는 견해를 약간 달리하는 바 있으므로 이에 그 보충의견을 개진한다.

우리는 형사재판을 개별적인 현상으로 관찰하는 동시에 전체적인 제도로써 파악할 것을 잊어서는 아니 될 것이다.

적정하고 신속한 재판으로서 피고인의 기본적 인권의 보장, 옹호와, 공공복리의 유지를 꾀하며, 사익과 공익을 조화시키는데 힘써야 할 것이다.

우리나라 형사소송법 제 283 조, 제 282 조에 의하면, 단기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 사건 뿐만 아니라 피고인이 미성년자이거나 70세 이상인 경우, 기타 같은 법 제 33 조에 해당하는 모든 사건에 관하여는 변호인 없이 개정하지 못하는 것이며, 상고심에서 형사소송법상 국선변호인의 상고이유서 제출없이 서면심리도 할 수 없는 것으로 본다. 그러므로 단기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 모든 사건을 상고심에서 재판함에 있어서, 반드시 국선변호인의 상고이유서가 제출될 때까지 모든 재판을 진행시킬 수 없는 것이 원칙이라 하겠으나 본건과 같이 상고심 재판에 있어 이미 피고인 자신의 상고이유서가 제출되어 있는 경우에 한하여는 국선변호인이 연속적으로 갱질되는 경우에 언제까지나 국선변호인의 상고이유서 제출을 기다릴 것 없이 상고법원으로서의 재판을 진행시키려면 시킬 수 있는 것으로 해석함이 옳을 것이다. 왜냐하면 적정하고도 신속한 재판은 형사정책적 견지와 미결구금의 단축면에서 국가의 이익인 동시에 피고인에게도 또한 이익이 될 수도 있기 때문이다. 이것이 신속한 재판을 희망하여 이미 상고이유서 제출까지 한 피고인의 인권을 오히려 보장하는 길이 되는 것이며, 모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리가 있다고 규정하는 헌법 제 24 조 제 3 항에 적합한 해석이 되는 것이 아닐까. 사법은 시간이 경과하여 그 신선도가 없어지면 없어질수록 그 향기는 점점 약해지는 것이다. 우리의 해석은 기본적 인권 보장과 공공복리의 유지를 위하여 사익과 공익의 내재적 한계성을 발견하고 합리적인 조화점을 모색하는데 힘써야 할 것이다.

(중략).

대법원판사 ×××, 등 ×××의 반대의견은 다음과 같다.

(중략).

물론 상고법원이 다시 선정된 변호인의 상고이유서의 제출을 기다린다면, 소송절차가 어느 정도 지연된다는 것이 피할 수 없는 현상일지 모르나, 그러나 우리는 그 어느 것을 선택할 것이냐에 달려 있는 것이다. 즉 소송절차의 지연이나, 그렇지 아니하면 피고인의 이익희생이나, 우리는 여기에 전자를 택할지언정 후자를 택할 수 없다는 것을 명백히 하는 바이다.

[참조조문] 형사소송법 제 282 조, 동 제 283 조, 동 제 379 조 제 1 항, 및 동 제 380 조

## I. 서 설

필자가 「판례연구」를 집필할 수 있는 기회를 빌어 특히 이 판결례를 선정하게 된 것은, 이 사안이 형사소송에 있어서의 근본명제의 하나인 공익과 사익의 충돌규제 내지 그 해석 방법에 관한 어떤 문제점을 선명하게 제시하는 것으로 믿었기 때문이다. 이러한 믿음을 아무런 문제점이 없는 단순한 법률기술상의 사안에 의미없이 채색하는 노고이며, 하나의 독단이라고 치부할 수도 있겠으나, 적어도 형사소송이 일편의 학문이고, 또한 과학인 한, 개별적인 사안 하나 하나의 처결이 전체계적이며 일원적인 사상의 표현이어야 한다는 지론은 엄연한 정당성을 갖출 것에 틀림없다. 때문에 필자는 이 사안의 연구, 비판을 완전히 할 능력의 부족에만 회한을 느끼어도 좋으리라 생각한다.

주지하는 바와 같이 형사소송은 사회적 해악인 형사범죄를 다룸에 있어, 그 실체적 진실을 발견함으로써 국가의 형벌권을 정당히 실현하려는 공익의 목적을 가지고 있다. 이러한 형사소송의 목적은 사회의 안전과 복지를 위하여 범죄를 진압하려는 의미외에도 진실로 죄 없는 자로 하여금 법의 보호를 만끽케 할 수 있도록 하는 인권보장의 사상을 아울러 대변한다. 이처럼 두 개의 서로 충돌하는 이익을 조화시킴으로써 공동생활을 위한 최대공약수를 찾고자 함을 목적원리로 하는 형사소송은 역사의 흐름에 따른 중점의 이동과 함께 구조적 변천을 하여 왔다. 즉 절대적주의의 정치적 요청에 부응한 규문절차 (Inquisitio, Rügeverfahren)와 자유민권사상에 힘입은 배심제도, 대륙의 직권주의와 영국의 당사자주의 등은 그 대표적인 예라 할 수 있다. 물론 이러한 변천을 공익과 사익이라는 두 개의 분자에 일치시켜 생각한다는 것이 반드시 정당할 수는 없다.

그러나 Rousseau의 사회계약설에서 보는 바와 같이, 단일의 공동사회가 개인의 무제한한 자유를 제한하는데 본질이 있음이 아니고, 그 제한이 하나의 이상으로 지양되는데 특색이 있는 것이며, 인간의 오랜 희원을 가장 합리적으로 달성하기 위한 디진이 된다는 점에 의의 깊은 것일진대, 일면에 있어 협력이며 타면에 있어 투쟁일 수 밖에 없는 사회생활에 하나의 평형상태를 가져오는 수단으로서의 규범이나 법률은 언제나 어디서나 공익과 사익, 공공의 질서와 개인적 인권을 두 개의 주제로 할 것이며, 이러한 본질은 형사소송에 있어서도 동일하

계, 아니 한층 더 확연하게 이해되어야 할 것이다. 다만 이 두 가지 주제를 어떻게 융화하며, 어느 것에 중점을 둘 것인가의 문제는 형사소송제도의 변천이라는 반사적 결과에서보다도 전술한 바 정치적 사회적 여건에서 그 해답을 얻을 수 밖에 없고, 그 해답을 얻기 위하여서는 또한 국가사상 정치사상 등을 역사시안으로 살피어야 할 것이나, 이 「연구」에서는 생략하기로 하고, 자유민권사상에 따른 당사자주의적 소송구조와 인권보장이라는 명제가 우리들이 처하여 있는 현재적 주제라고 내 세우고 싶다.<sup>(1)</sup>

물론 이와같이 안이한 결론을 도출한데 대하여는 많은 비판이 있을 수도 있다. 특히 우리나라는 오랜 보수, 전통사회가 계속되고, 다시 일제의 가혹한 전제정치에 시달리어 오다가 아직 근대정치에 대한 국민의식이 뚜렷하여지기도 전에 민주적 형사소송제도를 도입하게 되고, 역설적으로 범죄는 격증하게 된 까닭에, 역사학파에서 주장하는 이른바 「행동의 목적에 대한 자각」없이 법률을 제정한 모순을 노정하게 되었다는 점에서 이러한 비판은 일면의 타당성을 가질 수 있다.

그러나 법률을 이상과 결부시킨 사변적 자연법론에 대한 역사학파의 진화론이 아무리 과학적이라 할지라도, 그것은 법률의 창조적 기능과 정치 및 사회를 선도하는 임무를 지나치게 무시한 결과인 것이며, 법률일만을 정치의 도구로 전락케 하여 노예적 인종을 강요하게 한 이론일 수 밖에 없다. 때문에 우리는 현실적인 곤혹이 결코 목적자체의 고귀함을 깎을 수 없으며 따라서 오늘의 형사소송의 주제에 대한 전술의 결론을 정당한 것으로 믿고,<sup>(2)</sup> 이에 배치되는 사상을 하나의 오류로 간주할 수 밖에 없는 것이다.

이러한 오류는 본전 판결례에서 보는 바와 같이 개별적 사안의 처리에 있어 법률해석태도의 결합으로도 나타난다. 즉 본전 판결례에 있어 다수의견은, 먼저 선임된 국선변호인이 상호이유서 제출에 관한 법정기간을 도과한 이상, 후에 선임되는 국선변호인에게 또다시 상호이유서를 제출할 기회를 주어야 한다는 해석을 가능하게 하는 법령의 근거를 찾을 수 없다고 판시하고 있으며, 다수의견에 동조하는 보충의견은 소송경제와 Bacon의 이른바 「사법은 신선할수록 그 방향이 높다」는 격언을 빌어 피고인의 이익박탈을 정당화하고 있다. 그리고 이들의 의견은 법률해석에 있어 결코 논리적 태도를 이탈한 것이 아니다 (하지만 이러한 논리적 태도란 어의론적이며 형식논리적인 것이고, 결코 강학상의 진리를 위한 논리과정과는 그 뜻을 달리하는 것이다).

그러나 이 논리적 법률해석의 전제가 되고 있는 사회조류의 기준적 판단 내지 그 논리성 자

(1) 劉基天, 刑法學(各論講義)上. p. 51~52. 유기천박사는 형법각론의 서술에 있어서도 Human dignity의 지고함을 강력히 주장하여 현행 형법조문의 배열순서가 국가적 법익에 관한 죄로부터 시작하는 것은 전체주의사상의 편린이라고 매도한다.

(2) 金箕斗, 新刑事訴訟法 p. 27.  
國藤重光, 新刑事訴訟法綱要. p. 28.

체가 무비판적으로 받아들일 수 있을 것인가의 문제는 전혀 별개의 것이며, 그리고 필자는 다분히 추측적인 것이지만 이러한 해석이 가능하게 된 근본저류로서, 첫째, 전술한 바와 같이 국가적, 현실적요청에 부응한다는 습관의 타성이 기계적 법률적응에 만족하려는 노예정신과, 둘째, 개인본위의 법률운용에서 사회방위체제로 전환되어야 한다는 전진적 집념의 사상이라는 두 개의 조건을 가정할 수도 있으리라 생각한다. 그리고 이 두 개의 가설들 중의 첫째 것은 명예로운 법관이 결단코 수기하여야 할 것이매 논란의 대상에서 제외되어야 할 것이며 가설들 중의 두번째 것은 민주적 당사자주의를 형사소송에 도입한 것을 시기상조로 보는 견해와 꼭 같이 시기에 적합하지 않는 것이라고 말할 수 있다(필자의 천박한 견해로는 조만간 사회방위체제가 갖추어지고 법률전반에 걸쳐, 그 해석, 적용이 이러한 원칙에 초차 이루어질 것으로 생각하나, 그것이 곧 개인권익의 희생을 수반하는 것으로는 이해될 수 없고, 또 고유의 사회방위체제는 항상 헌법상의 기본개념변질이 선행되어야만 완전할 것으로 믿는다).

따라서 인권의 보장을 철저히 규정한 우리나라의 헌법정신과 법률의 사회창도적 기능 등에 연계하여 본건 판결례에 있어서의 법해석태도를 분석할 때, 그것이 반드시 논리적인 것인가, 그리고 만일 논리적이라면 그러한 논리는 과연 진리를 위한 것인가의 문제로 되돌아가게 되며, 이 문제는 후술하는 바 자유법운동(Freirechtsbewegung)과 관련하여 재고하기로 한다.

대략 이상과 같은 문제의식을 가지고 본건 사안을 분석, 연구하여 보기로 한다.

## II. 당사자대등의 원칙과 국선변호인

형사소송에 있어서의 당사자주의원칙은 전술한 바와 같이 오랜 역사적 진화과정을 통하여 자유를 갈구하는 허다한 인민의 피와 땀으로 이루어진 결정이었다. 물론 당사자주의와 대립되는 개념으로 이해되는 직권주의(그것은 규문주의와는 본질적으로 다른 것이어야 한다.)가 반드시 개인의 기본적 권리를 침해함을 예정하지는 않는다 할지라도, 그리고 검사가 공익의 대표자로서, 피고인의 이익을 위한 실질적 변호의무를 갖는다 할지라도, 그것은 하나의 형식논리이며 선전적인 것이라 아니할 수 없고,<sup>(3)</sup> 사실상으로는 민사관계에 있어서의 대립되는 이해당사자보다도 더욱 공격적인 것이 형사관계에 있어서의 검사라 함을 부인할 수 없을 것이다. 더하여 실제적 진실발견을 이상으로 하는 형사소송으로서는 검사의 독선을 방지하여 실제형성과정을 당사자간의 투쟁으로 개관화시킴으로써 법원으로 하여금 더욱 냉정한 제삼자적 입장을 고수하게 할 수 있는 것이다. 이리하여 검사와 피고인을 양 당사자로 하여 이들 당사자의 공격, 방어를 통한 법정투쟁에 따라 실제형성이 이루어지고, 결국 형사소송의 이상인 실제적 진실을 발견하려는 소송구조로서, 당사자주의는 광휘있는 위치를 차지하게

(3) 金箕斗, 전제서 p. 75.

된 것이다.

그러나 이러한 당사자주의는 당사자평등의 원칙 또는 당사자대등의 원칙(Prinzip der Waffengleichkeit)이 철저히 실행되지 않는 한 전혀 의미가 없는 공허한 것으로 전락할 수 밖에 없다. 전술한 바와 같이 양당사자간의 분쟁을 해결하는 민사소송과 달라서 검사는 피고인과 실질적인 이해의 대립이 없는 까닭에, 국가의 이익을 추구하고 동시에 피고인을 보호하는 임무도 부과받는다 하겠으나 그것은 전혀 실효성이 없다. 때문에 평등을 전제로 하는 당사자소송(Parteiprozeß)만이 운위될 자격을 갖는 것이며, 이것은 또한 단순히 피고인을 보호하기 위한 기술적, 정책적 고려외에도 적정한 재판을 위하여 불가결한 조건인 것이라고 이해되어야 한다. 우리나라 헌법이 당사자의 평등을 보장하기 위하여 특별히 많은 규정을 두고 있는 것도, 헌법이 국민의 기본권을 위한 세심한 배려를 아끼지 않았다는 의미를 갖고 있을 뿐 아니라 그것이 곧 실체적 진실을 발견할 수 있는 더욱 정당한 수단임을 감지한 까닭이라 하겠다.

대개 헌법상의 당사자주의적 표현은 피고인 내지 피의자의 지위를 신장함으로써 투시되는데 우리 헌법의 이러한 규정은 국민의 기본권 옹호를 제일의 사명으로 하는 민주국가로서 형사소송에 특히 중대한 관심을 표명하는 때문인 것으로 오히려 당연한 태도라 할 것이며, 이러한 헌법의 태도는 또한 형사법관계의 해석에 있어 우리가 어떠한 태도로 임해야 할 것인가를 시사하는 것으로 보아도 좋을 것이다.

그러면 구체적으로 헌법의 규정에 뒤잇고 형사소송의 목적원리를 달성할 수 있는 당사자의 평등은 어떠한 수단에 의하여 보장되어야 할 것인가.

주지하는 바와 같이 검사는 국가 전 지역을 통한 조직을 갖고, 강력하게 신분이 보장된 국가기관으로서, 법률지식과 법정투쟁의 경험에 있어 피고인에 비할 바 아니며, 또한 유죄의 증거를 수집하는 방법으로서도 국가가 부담하는 비용과 강제권을 갖고 있다. 이에 반하여 피고인은 범죄혐의를 받고 있다는 심리적 열등감과 법률지식의 부족외에, 대부분의 경우, 구속 등으로 인하여 자유로운 활동이 불가능할 것이며, 재력에 있어서도 결코 무한정한 법정투쟁을 계속할 수 있다고는 도저히 상상할 수 없다.

이러한 불평등을 시정하기 위한 최선의 방법이 즉 변호인제도로서, 실질적인 권력관계를 제외한 온갖 자격이 검사와 동등한 변호인으로 하여금 피고인을 위하여 공격방어방법을 강구하게 하는 것이다. 그리하여 「형사소송법의 역사는 변호권 확대의 역사」라는 지언을 남게 한 것이며, 우리 헌법도 피고인 뿐만 아니라 신체의 구속을 당한 피의자에게까지 변호인 의뢰권을 인정하게 되었으며(헌법 제 10 조 4 항), 한걸음 더 나아가 형사소송법에서는 신체구속의 유무를 불문하고 모든 피고인과 피의자에게 변호인을 선임할 수 있는 권리를 보장하게 된 것이다(형사소송법 제 30 조).

이처럼 변호인제도는 당사자평등의 실질이라고까지 할 수 있다. 즉 변호인은 피고인의 단순한 보조자임에 불과한 역을 갖지 아니하고, 포괄적인 대리권과 고유권을 가져 실로 피고인의 후견인적 역할을 한다는 점에 진정한 의의가 있는 것이며, 그리함으로써 비로소 피고인의 가장 강력한, 그리고 대부분의 경우 거의 유일한 무기로서 작용할 수 있게 되는 것이다.<sup>(4)</sup>

이와같이 사법적 정의의 실현과 피고인의 이익을 위한 거의 절대적 요건이 되는 변호인의 지위에 비추어, 본건과 같은 구체적 사안에 있어서도 변호인의 참여와 활동은 법률에 특별한 규정이 없고 피고인의 귀책사유가 없는 경우에는 전면적으로, 그리고 완전하게 보장되어야 옳다. 이 문제에 관하여는 다시 고찰하여 보기로 하고, 그러면 이와같이 중대한 변호인의 조력이 실질적으로 어떻게 나타나는가를 살펴보기로 한다.

1952년도에 대법원에서 처리된 상고사건의 총수는 199건이며, 그 중에서 상고이유서를 법정기간내에 제출하지 아니한 까닭으로 기각결정된 것은 총사건의 약 75퍼센트에 해당하는 150여건에 달하고 있다. 물론 이러한 사실이 변호권신장에 대한 역현상을 반증하는 정확한 자료라고 단정할 수는 없다. 그 중에는 상고의 권리를 남용하는 피고인도 다수 있을 것이며, 기타 부드기한 원인으로 상고는 하였으나 이유서를 제출하지 못한 경우도 다수 있을 것이다. 그러나 피고인이 대부분의 경우 그 자신을 위한 최후의 구제기회인 상고심에서 상고이유서를 제출하지 못하는 것으로 하여 기각결정의 불이익을 감수할 수 밖에 없는 이면에는 주로 경제적 여력의 부족 때문에 변호인의 조력을 받지 못하는 뼈아픈 사정이 숨어있기 때문이 아닐까? 이러한 견해는 Will Shafroth 씨의 다음과 같은 보고서에서도 그 뒷받침을 얻을 수 있을 것이다<sup>(5)</sup>.

즉 제 1심에서는 22%, 항소심에서는 25% 만이 변호인의 조력을 받을 수 있었던 사건(형사사건에 한함)이었으며, 이러한 통계는 무척 시사적인 문제점을 제시하고 있다 함이다. 과연 그렇다면 헌법 및 형사소송법이 규정한 변호인의회권의 실익은 거의 없다고 단정할 수 있으며, 이러한 현상은 변호인 제도에 관하여 새로운 각도로 주시함을 불가피하게 한다.

그러면 이와같은 부정의와 불평등을 시정하고, 경제적 세력의 강약에 관계없이 모든 형사 피고인이 한결같은 변호권을 행사하며, 또한 형사소송의 이상인 실제적 진실발견을 구현하

(4) 피고인을 위한 후견적 역할은 변호인 뿐만 아니라 검사, 그리고 나아가서는 재판에 임하는 법관의 임무이기도 하다. 그러나 본문에서 서술한 바와 같이 이러한 해석태도는 형식논리에 빠지며 실체를 간과하는 것이며, 변호인만이 피고인을 위하여 헌신할 것이라는 사실상의 의식이 증대되어야 마땅하다.

(5) Shafroth, Will. 韓國法院行政에 관한 報告書, (權泰煥譯) p. 27 참조. Shafroth 씨는 체한기간 동안, 법원행정에 관한 전반적인 문제에 대하여 자료를 수집하고, 대법원장에게 이를 보고한바 있는데, 30일 동안 서울에서 있었던 형사사건의 변호인 대리상황을 분석하여 이상과 같은 결론을 얻은 것이다.

기 위하여서는 어떠한 수단이 존재하는가? 경제적 조건이 헌법이 보장한 국민의 권리에 불평등을 초래하는 모순을 극복하고, 진정한 당사자주의원칙에 입각하여 민주적 감각을 사법 운영에 도입하는 처경은 무엇인가?

우리 헌법은 「형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 국가가 변호인을 붙인다」(헌법 제 10조 4항 후단)는 규정을 둠으로써 진술한 모순을 극복하여 민주적 법질서와 복지국가적 이념을 천명하고 있다<sup>(6)</sup>. 헌법의 이러한 규정은 서실에서 언급한 바와 같이 인권보장을 주안으로 하는 민주국가로서의 성격을 구체화한 것이며, 사법운영에 있어 스스로 어떤 제한점을 설정한 태도로서, 성질상 이러한 규정은 피고인의 이익을 위하여 엄격하게 해석되어야 한다. 다만 이상적인 인권보장을 위하여서는 피고인 뿐만 아니라 피의자를 위하여서도 국선변호 (Bestellte Verteidigung; Oficialverteidigung) 제도가 적용되어야 할 것이나 현재의 상황으로 보아 기대하기 곤란할 것이다. 하지만 누연한 바와 같이 헌법의 이러한 정신은 결코 허식적인 것이 아니며, 어떠한 희생을 대가로 하더라도 반드시 추구되고 실현되어야 할 인간의 의무인 것이다.

Sir William Blackstone의 절규에서 보는 바와 같이 도대체 어떤 이유가 감히 아직도 제종의 정상에 따라 피고의 생명을 구할 수 있는 도움을 거부할 수 있을 것이라? <sup>(7)</sup>

이리하여 우리나라 형사소송법은 헌법의 정신을 되살려 동법 제 33조와 제 282조에서 국선변호인에 관한 구체적 규정을 두고 있는데 이들 규정은 중요한 형사사건 또는 피고인이 충분한 변호를 하지 못할 우려가 있는 경우에는 전부 국선변호인을 선임함으로써 변호제도의 이상을 실현하고 있는 것처럼 보인다. 특히 제 33조의 다섯째 경우는 진술한 바 경제적 불평등이 피고의 권익을 부당하게 박탈하는 모순을 시정하고 진정한 국민평등사상에 입각하여 기본권을 수호하려는 헌법정신의 발로라 할 것인 바 단지 이 경우에 피고인의 청구를 국선변호인 선임의 전제요건으로 한 것은 현실론이 이상론에 승하는 부득이한 현상이라고 할 것이

(6) 일본헌법 제 37조 3항 후단도 같은 뜻의 규정을 하고 있는 바 국선변호인제도를 헌법사항으로 한 국가의 예는 우리나라와 일본을 제외하면 극히 드물다고 할 수 있다.

(7) Henry J. Friendly, *The Bill of Rights as a Code of Criminal Procedure*, *California Law Review* Oct. 1965. p. 944.

Henry 판사는 이상 논설에서 헌법에 우선하는 권리장전의 소송법상 효력을 강조하여 인권과 변호권을 최대로 보장할것을 주장하고 있으며, 인권보장을 위한 미 합중국내 자계의 노력과 그 결과 등을 진지하게 관찰하고 있다.

또한 Lester Bernhardt Orfield 교수는 미국내 각주의 법률이 피고인의 보호에 어떻게 유념하고 있는가를 살피고, 관선변호인에 대한 비용의 지급상황도 아울러 밝히면서, 중죄, 경죄를 막론하고 모든 형사재판과정에서 피고인이 변호인의 조력을 받을 수 있는 체제만이 이상적인 소송조직이라고 역설하고 있다.

동교수의 *Criminal Procedure from arrest to appeal*, p. 425 참조.



나 이론적으로는 많은 문제점이 있을 것이다<sup>(8)</sup>. 다음으로 형사소송법 제 282 조의 규정은 우리가 이른바 필요적 변호 (Notwendige Verteidigung)라고 부르는데 이러한 제도는 본고 서설에서도 언급한 바와 같이 인권의 고귀함을 천양하여 형이 특히 중할 경우에 유린될지도 모를 피고인의 이익을 최대한으로 보호하고, 사법상의 부정의를 배제하려는 적절한 배려로서 대역죄 (Felony)에 관하여서는 변호인의 조력을 금지하였던 영국의 소송제도와는 극히 대조적인 규정이다 (미국에서는 헌법 수정 제 6조에 의하여 변호권이 전면적으로 보장된다).<sup>(9)</sup> 이 규정에 있어서도 법정형과 부과형의 차이에 따른 적용상의 한계점에 관하여 많은 문제점이 있으나, 별론으로 하고 요컨대 이러한 제도가 이상이라는 표리로 장식하고 실제로는 하등 이익이 없는 형식상의 제도로 전락하는 것을 방관하여서는 아니될 것이다. 필자는 년전에 우연한 기회에 소년에 대한 재판이 진행중에 있는 공판정을 방청하고, 그곳에서, 법정이 다른 사건의 변호인으로 출석한 모변호인을 즉석에서 국선변호인으로 지명한 후, 그 변호인의 극히 형식적이고 무성의한 변론을 듣고 결심, 언도하는 것을 목격할 바 있다. 만일 이러한 현상이 국선변호인제도 내지 필요적변론의 실체라면, 그 제도의 존재가치는 어디에서 찾을 수 있을 것인가. 물론 이러한 현상이 전체적인 사법운영상의 조류라고 할 수 없으며, 또 그러하여서도 아니될 것이다. 더하여 실무상의 산적한 난제가 만부드러기만 경우 위와 같은 결과를 시현하는 현실도 넓게 양찰되어야 할 것이다. 그러나 이러한 불합리와 형식논리가 입법의 정신이 아닐진대, 학자 실무자를 비롯하여 정부당국자나 국민 모두가 이러한 현상 (그 현상이 전체의 일부분이건 아니건 간에) 의 가능성을 검토하여야 할 필요는 절실한 것이며, 법정과 변호인은 가장 성실한 태도를 견지하여 숭고한 인권옹호의 책무에 당하여야 할 것이다.

이 사건에 있어서도 마찬가지로, 국선변호인의 존재는 단순히 형식상의 법정요건을 충족시켜 재판을 가능하게 하는데 있지 아니하고 진실로 피고인의 이익을 위하여 변호권을 행사하는데 그 요체가 있는 것으로 해석함이 타당하며, 그렇게 하기 위하여서 국가는 또한 국선변

(8) 이 문제는 국선변호인선임의 권한이 피고인에 한하고 피의자에게는 허용되지 아니한 것과 동질적인 것이다. 즉 현실적인 제종의 조건이 미급하여 공소제기 이전의 사법적 정의는 수사기관내지 검사에게 일임되어 있는 실정과 흡사한 바 그 실질적인 이익수호기능은 의문일 수 밖에 없다.

이 문제와 관련하여 특히 흥미있는 현상으로는 우리나라의 군법회의법 제 62조가 일반 형사소송법과는 달리 모든 형사사건에 관하여 국선변호인을 선임하도록 규정되어 있다는 점이다. 이는 물론 특수사회로서의 군에 법무관의 직제가 있는 까닭이라고도 하겠으나 그보다도 군의 조직형태, 규율등이 내게 서구적(특히 미국적)인 것을 계수하였다는 사실이 더욱 지배적인 이유라 할 것이다.

(9) 영국에서는 대역죄(Felony)에 관하여서는 변호인의 조력을 금지하고 있었으나 — 1688년까지는 중죄의 경우에도 이상과 같은 Common law—Rule이 지배하였으나 그후 1836년에 이르기까지는 Felony에 국한된 바 있다. — 미국의 대부분의 주에서는 이 원칙을 헌법위반으로 간주하며 학자와 실무가 중에서도 활발한 논쟁의 소지를 이루고 있다. (1932년 미연방최고재판소 판결 Scottsboro 사건 참조). 전술 Henry 관사의 논설 및 Blackstone 경의 주장 참조. Lester Bernhardt Osfield 교수의 전계저서 p. 417 以下 참조. 미연방헌법 수정 제 14조(Due Process of Law) 참조.

호인으로 하여금 진지한 열의를 경주할 수 있도록 제종의 조건을 충족시키어야 할 것이다. 형사소송비용법은 국선변호인의 일당 여비 숙박비 등을 규정하여 최소한의 비용이 지급되도록 보장하고 있으나 사선변호인의 처우와는 비교될 정도가 아니다. 국선변호인의 수당에 관하여는 그것이 공공의 재산을 개인을 위하여 허비하는 것이라는 점을 들어 반대하는 견해도 있으나<sup>(10)</sup> 일반적으로는 국선변호인에 대한 처우를 사선변호인의 그것과 균형이 맞도록 하여 변호제도의 본래의 효과를 달성하는 것이 결코 공중재산의 낭비가 아니며, 근원적인 인권보장이 개별적 현상으로 나타나는 것이라는 점에 공감하는 경향에 있다고 믿는다.<sup>(11)</sup> 그러나 상기 제종의 조건이 충족되지 못하는 경우에라도 그것이 국선변호인의 개별적 품성에 따른 열의의 고저에는 영향을 줄 수 있으나 그들의 신성하고 중대한 임무를 해제시킬 수는 없는 것이다.

미국에서는 관선변호인이 공판에 출정하지 아니하는 경우 법정모욕죄로 처벌되고 있으나<sup>(12)</sup> 우리나라에서는 단순히 변호사는 관청이 법령에 의하여 명령하는 사항을 처리할 의무가 있는 것으로만 규정하고 있는데 입법론으로는 미국과 같은 처벌 혹은 자격정지나 상당한 액수의 벌금 등 벌칙의 강화를 명문화하여 실제적 진실발견을 위한 국가의 노력을 저해하고 피고인의 막중한 희망을 저버린 대가로 함이 옳다고 믿는다.

### Ⅲ. 형사소송법 제 379 조 1 항 및 제 380 조의 해석상의 제문제

#### — 특히 필요적 변호사건과 관련하여 —

우리나라 형사소송법 제 379 조는 「상고인 또는 변호인은 전조의 통지를 받은 날로부터 20일 이내에 상고이유서를 상고법원에 제출하여야 한다」라고 제 1 항에 규정하고 있으며, 동법 제 380 조는 「상고인 또는 변호인이 전조 제1 항의 기간내에 상고이유서를 제출하지 아니한 때에는 결정으로 상고를 기각하여야 한다. 단 상고장에 이유의 기재가 있는 때에는 예외

(10) L.B. Osfield. *ibid.* pp. 421, 422 참조.

미국각주의 법률은 관선변호인에 대한 비용을 상세히 규정하고 있으나, 공공의 재산을 개인을 위하여 소비하는 것은 헌법위반이라는 논란이 높다. 특히 미국과 같은 나라는 국민의 소득수준이 높아 사선변호인에 대한 비용의 지급이 비교적 자유롭고, 자본주의체제의 확립과 민주주의적 사회의식의 고도화로 인하여 납세액사용에 대한 비판, 감독도 신랄한 까닭에, 전기와 같은 논란의 소지가 크다하겠으나, Osfield 교수를 비롯하여 학자나 실무자들의 대부분은 기본적인 인권보장과 이상적 소송조직의 가치를 더욱 높이 평가하여, 관선변호인에게 충분한 비용을 지급함이 옳다는 결론에 도달한 듯하다.

Hall v. Washington County, 2G. Greene (Iowa) 473 (1850) 참조.

(11) 金箕斗 전제서 p. 78 참조.

김교수는 인권에 대한 높은 의식으로, 변호권의 중대함을 누차 강조하고 적극적이고 진지한 변호인의 보조정신을 고취하기 위하여 국선변호인에 대한 비용지급이 사선변호인과 균형적인 것으로 되어야 한다는 이론을 역설하고 있다.

(12) Shafroth 전제 보고서 p. 31 참조.

로 한다」라고 규정하고 있다.

본건 판결례를 정확히 분석하기 위하여서는 먼저 이 두개의 조문 및 관련조문들을 해석하는 태도를 결정하여야 하며, 전술 I. II는 대략 그 태도결정의 기본적인 지침이라고 설명할 수 있다.

그러면 전기 조문의 해석문제를 다루기 전에 상고심의 목적에 관하여 간략히 고찰해 보기로 하자 (이 문제를 깊이 다루는 것은 지나치게 외연적이라 할 수 있으나 상고심의 목적을 명확히 함으로써 상고심에 있어서의 변호인의 지위 내지 임무를 논할 수 있고, 또한 전기 해석을 완전하게 할 열쇠를 찾을 수 있을 것으로 믿는다).

대저 법적 안정성과 구체적 타당성을 두 개의 속성으로 하는 상소제도는 그 두 개의 속성을 조화시켜 사법적 정의의 실현에 유무없게 하기 위한 것인데, 특히 형사소송은 그 법률운용상의 효과가 국민의 기본적 인권과 직결되는 까닭에, 항상 기본권의 보장이 실제적 진실발견과 함께 더욱 의의 깊은 주제가 되고 있다 할 것이다. 우리나라에서 인정되는 상소제도는 항소 (Berufung; appeal)와 상고 (Revision; Pourvoi en cassation)로 대별되는데 그 법률상의 성질에 관하여서는 허다한 논란이 있으나 본고에서는 대개 상고심이 법률문제를 주로 하는 법률심이나, 사실문제도 심사대상으로 한다는 점에서 광의의 사실심에 속한다는 결론만을 밝혀 두기로 한다<sup>(13)</sup>. 이와 같은 성격을 가진 상고심의 목적으로서

첫째 상고도 상소의 일종으로서 당사자의 구체적 구제와

둘째 판례의 통일을 도모하고 헌법의 정당한 해석을 확보하는 것.

셋째 하급심의 현저한 부정의를 시정하는 것으로 법률적용상의 완벽을 기하는 것,

등을 들 수 있는 외에 위헌법률심사를 대법원의 관장 사항으로 한 점을 특기할 수 있다. 이와 같은 상고심의 목적은 주로 불란서의 파취법원 (Cour de Cassation)의 전통을 답습한 위에 영미법의 영향을 가미한 것이라고 할 수 있는데 그 목적들 중의 어느 것에 더욱 큰 비중을 둔 것인가의 문제는 단순히 소송법상의 문제가 아니며 법철학 내지 정치사회적 제도의 분석이 해당하여야 할 과제인 것이다. 따라서 이 문제에 대하여서도 필자는 전술한 바 우리나라의 일반적 문화사상의 횡적 조류로서 피고인의 구체적 구제를 당연히 제일목적으로 하고 있다고 강조할 수 밖에 없다. 우리나라 형사소송법이 그 383조에서 대개 법률심으로서의 성격을 천명하면서도 과도한 형량이 부과된 경우 중대사실의 오인과 양형부당을 상고이유로 하고 있음은 (동조 제 4호) 피고인의 구제, 즉 인권의 옹호에 보다 더 큰 관심을 표명하는 소이라고 할 수 있을 것이다.<sup>(14)</sup> 상고심의 목적을 위와 같이 해석한다면 상고심에 있어서의 변호인의 지위에 관하여서도 동일하게 해석할 수 있을 것이다. 즉 상고심에서는 변호인이 아니면 피

(13) 金箕斗, 전제서 p 319 참조.

김교수는 상소제도의 성격보다도 제1심 법원의 민주화정도에서 문제의 초점을 찾는다. 동지서 p. 292 참조.

고인을 위하여 변론하지 못하며 (형사소송법 제 387 조), 상고심의 변호인은 변호사이어야만 한다 (동법 제 386 조)는 특별조문을 둔 취지가 단순히 상고심의 법률심적 특색 때문에 재판 과정을 법률적으로 용이하게 한다는 형식상의 목적에 있는 것이 아니고 법률심적 성격을 갖는 상고심에서 법률에 관한 전문 지식을 갖고 있는 변호사로 하여금 피고인의 보호에 만전을 다할 수 있도록 하기 위한 실질적인 의의에 있다고 해석할 수 있다. 특히 상고심에서는 피고인의 참여없이 변호인만이 참석하여 상고이유서에 의하여 변론하는 까닭에<sup>(15)</sup> 변호인의 대리권과 그 후견적 임무는 막중한 의의를 지니고 있다(피고인의 정당한 이익을 위한 이러한 변호인의 임무수행은 전술한 바와 같이 변호인의 성실성을 떠나서는 운위될 여지도 없을 것이다). 따라서 상고심에 있어서의 변호인에 관한 규정은 특히 개인적 의리 혹은 대가관계가 부재하는 국선변호의 경우나 형이 중한 필요적 변호사건의 경우에는 「의심되는 점은 피고인의 이익에」 *indubio pro reo* 또는 「경한 것에」 *indubio mitius* 따른다는 형사법 해석의 원칙에 추종하여 해석되어야 하며, 그래야만 비로소 민주화를 지향하는 사회구조적 요청에도 불구하고 전통적 사회관념을 불신할 수 밖에 없는 국민의 마음 속에 희망의 빛을 밝힐 수 있을 것이다.

이와 같은 해석태도와 관련하여 자유법운동 (Freirechtsbewegung)에 관한 약간의 고찰을 하여볼 필요가 있다.<sup>(16)</sup>

자유법운동은 본래 민사법규에서 비롯하였는데, 그것은 법규의 해석에 있어 단순히 형식논리에 구애되지 아니하고 사회의 욕구를 참작하여 그 법규를 적용하여야 된다는 것을 요체로 하고 있다. 그러나 형사법관계에 있어서는 전통적 죄형법정주의의 영향 아래 자유법운동은 활발하지 못하였으나 근래에 이르러 죄형법정주의의 수정이 불가피하게 된 까닭에 재론의 여지를 크게 남겨두고 있는 것이다. 이와같은 자유법론은 종래에는 해석법학의 일종으로, 형사법규의 목적적 해석을 주축으로 한 유추해석의 중시에 따라 국가주의적 법체계를 뒷받침하는 방법론으로 인식되어 왔으나,<sup>(17)</sup> 근자에는 민주주의국가의 법사상에 시사하는 점이 많다. 즉 일정의 법률형식에서 사상을 연역하는 논리해석에서, 법규의 정신을 비판하며, 그

(14) 상고심의 이러한 태도는 형사소송법 제 282 조 동 283 조가 형이 중한 사건에 국선변호인을 두도록 규정한 목적과 동일하며 *indubio pro reo* 혹은 *indubio mitius* 라는 형사법일반의 해석원칙에 부응하는 것이다.

(15) 金箕斗 전계서 p. 321. — 藤藤重光, 전계서 p. 462 (주 12.) — 일본형사소송규칙 제 265 조. 이에 의하면 상고심의 공판기일에 피고인을 소환할 필요도 없고, 공판기일을 지정하는 경우 피고인의 이감도 불요하다.

(16) 자유법운동에는, 종래의 법규를 단순히 종래의 법률관계를 규율하는 것으로 보고, 새로운 법률관계의 규율을 위하여는 새로운 법률이 있어야 한다는 주장 아래, 그 새로운 법원을 과학적으로 논정하려는 과와 종래의 법규를 새로운 법률관계에 합리적으로 적용하려는, 법해석상의 방법론을 주축으로 하는 파로 대별할 수 있는데, 양자가 다같이 전통적 사상을 이탈하여 자유로운 입장에서 법률을 논하는 까닭에 자유법론이라는 명칭이 붙었다고 한다.

牧野英一 日本刑法 참조.

법규에 의하여 규율되는 가치를 평가함을 중시하는 유추해석으로의 변질은 바로 확장된 논리해석을 인정한 것에 다름 아니며, 그는 또한 급일의 사회조류와 영합하여, 피고인에게「유리한 경우에는 엄정하게」 「불리한 경우에는 유추적으로」라는 해석상의 기본방침을 제시한다고 볼 수 있는 것이다.<sup>(18)</sup>

본고의 서설 조두에서 언급한 바와 같이 이러한 해석상의 제 문제는 이 판결례를 분석하는 핵심으로 나타나고 있으며, 이하에서 본 판결의 다수의견 및 보충의견과 관련하여 살펴보면 다음과 같다.

다수의견은, 먼저 선임된 국선변호인의 태만으로, 법정기간내에 상고이유서가 제출되지 못하는 경우, 그 실기의 법률상 효력이 후에 선임되는 국선변호인에게도 미치는 것은 당연하며, 국선변호인제도를 둔 형사소송법의 정신이 곧, 이 실기의 효과를 배제할 수는 없다고 판시하고, 그 논거로서 법령상 소수의견과 같은 해석을 가능케 할 아무런 근거가 없음을 제시한다.

사실상 형사소송법 제 379 조는 상고인 혹은 변호인의 양자중 1인만이 상고이유서를 제출하는 것으로 족한듯이 규정되어 있으며, 이것은 동법 제 380 조의 경우에도 마찬가지이다. 그러나 위 조문의 이와같은 해석은 헌법정신과 형사소송법의 이상을 간과한 극히 형식논리적인 해석이 아닐 수 없다. 즉 우리나라 헌법이 기본적 인권보장에 유의하고 당사자적 소송구조를 위하여 피고인의 권리를 신장하며, 형사소송법이 제 282 조, 283 조 및 제 33 조에 국선변호인제도를 두고 있음은 형식상의 법정요건을 충당함으로써 명목상의 민주국가임을 자부하기 위한것이 아니며, 진실로 피고인의 권익에 국가적 관심을 표명한 소이인 것이다. 그렇다면 위와 같은 해석을 하는 경우 변호인의 조력을 규정한 제법률의 정신은 어디에서 찾을 수 있을 것인가. 특히 형사소송법 제 390 조가 서면심리에 의한 판결이 가능하도록 규정되어 있는데<sup>(19)</sup> (본건도 제 390 조에 의하여 판결된 바 있다.) 만약 피고인의 상고이유서만이 제출된 경우, 그 이유서만이 서면심리의 기초자료가 된다면 국선변호인의 임무는 과연 무엇인가. 환언하면 상고심에서의 변호인의 임무는 그 제일차적인 것이 상고이유서 제출인 것이며 변호인의 이유서제출이 없다면, 국선변호인제도나 당사자주의를 운위할 필요도 없을 것이다. 따라서 이러한 조문을 해석하는데 있어서는 피고인의 이익옹호라는 기본적 지킴 아래 유연성을 가져야 할 것인 바—— 해석상의 유연성을 갖는 예로는 원심변호인의 상고이유서 제출의 효력문제를 들 수 있다<sup>(20)</sup>.—— 필자는 한걸음 더 나아가 전기 제 379 조와 380 조의 두 조문

(17) 1926 년의 Soviet 형법 제 16 조와 1935 년 6 월 28 일의 나치스형법 제 2 조가 그 좋은 예다.

(18) 木村, 刑法に於ける 類推解釋 (志林 第 38 卷 第 2 號) 참조.

(19) 형식상의 요건을 갖추고 실질적인 상고이유가 없는 경우, 변론없이 서면심리로 판결할 수 있다는 데 대하여서는 문제점이 많다. 입법론으로는 이 조문의 적용에 대법원판사의 전원일치, 혹은 3분의 2 의 찬성을 필요로 한다는 주장이 있다.

團藤 전계서 p. 460. 三鷹사건 참조.

이 필요적 변호제도의 경우를 예정하지 아니한 일반적 규정이며, 입법기술상의 과오라고 해석하고 싶다. 물론 필자의 이러한 해석태도에 심각한 반론이 제기될줄 아나, 이러한 해석만이 필요적 변호제도와 국선변호인의 규정을 두어 변호권의 진정한 실현을 요구하는 헌법정신에 합일하는 것이며 따라서 입법론으로는 제 389 조의 단서에 해당하는 예외규정을 돕이 타당 하리라 믿는다. 필자의 이러한 해석을 뒷받침하는 예를 하나 들어보자.

다행인지 불행인지 우리나라 형사소송법은 상고이유로서 「대법원의 관례에 상반한 판단을 하여 판결에 영향을 미침이 명백한 법령위반이 있는 때 (형사소송법 제 383 조 2 호로)라는 규정을 삭제한 바 있는데, 만약 이 조항이 삭제되지 아니하였더라면 좀더 명백한 해답을 얻을 수 있지 않았을까 싶다. 즉 일본형사소송규칙이 규정하는 바와 같이<sup>(21)</sup> 전기조항을 이유로 상고하는 경우에는 상고이유서에 그 관례를 구체적으로 적시하여야만 할 것인 바, 이는 변호인의 조력을 얻지 아니하고는 거의 불가능할 것이며, 따라서 이 경우 변호인의 이유서제출이 없다고 해서 상고인의 이유서만으로 재판하는 경우에 들어날 형식논리의 마각은 어떤 논리로서도 정당화시킬 수 없을 것이다. 물론 이러한 경우는 허다한 예외 하나임에 불과하며, 현실적으로는 거의 모든 사건의 경우에 상고인의 이유서란 법률적으로 무가치한 것이고, 따라서 결론은 동일할 것에 틀림없다. 즉 후에 선임되는 변호인에게 상고이유서의 제출기회를 박탈하면서, 법정요건을 충족하기 위하여 국선변호인의 선임절차를 마친 것은 마치 사람을 사경에 이르케 하고는 교약을 약간 발라주는 것과 조금도 다름이 없는 행위인 것이다.

다음으로 다수의견에 동조하는 보충의견에 관하여 분석하기로 하면,

보충의견은 먼저 피고인 권익의 옹호에 관한 지론을 피력하고, 국선변호인의 상고이유서 제출이 없는 한 형사소송법 제 390 조에 규정한 서면심리에 의한 재판도 불능하다는 견해를 밝히면서 원칙적으로 필요적 변호사전에 있어 변호인의 상고이유서가 제출될 때까지 상고심의 재판은 진행시킬 수 없다고 단정한다 (그리고 보충의견의 이러한 견해는 필자가 전폭적으로 동조하는 바다). 그러나 보충의견은 피고인 자신의 상고이유서제출을 전제로 하여 상기의 원칙을 스스로 깨뜨리고, 전술한 바 전혀 무가치하며, 스스로의 보호에 작은 도움도 될 수 없는 피고인의 상고이유서만으로 재판을 진행할 수 있다는 자기모순을 노정하였다. 그리고 그 논거로서 모든 국민이 신속한 재판을 받을 권리가 있다는 헌법 제 24 조 3 항을 제시

(20) 원심변호인은 상고를 제기할 수 있으나 (형사소송법 제 341 조). 상고심에서 당연히 변호인이 되는것이 아니므로 상고이유서를 제출 할 수 없다고 하는 것이 일반적인 해석이다. —金箕斗 전제서 p. 321 참조. —이러한 입장의 관례로는 日本最決 昭和 27年 10月 28日 刑集 6卷 1118頁 참조 — 그러나 관례는 이러한 부정적 태도를 시정하여 원심변호인의 상고이유서 제출의 권리를 인정하는 경향이이다.

— 日本最判 昭和 29年 7月 7日 刑集 8卷 1052頁; 동 昭和 29年 12月 24日 刑集 8卷 2336頁 참조. —

(21) 일본형사소송규칙 제 253 조; 일본형사소송법 제 405 조 2 호, 3 호 참조.  
日本最判 昭和 25年 5月 11日. 刑集 5卷 742頁 참조.

하면서 미결구급의 단축이라든가 기타 이유로서 피고인의 이익이 될 것이라고 예측한다.<sup>(22)</sup> 한걸음 더 나아가서 보충의견은, 법원의 권위와 지혜로서 국선변호인의 상고이유서 제출이 없더라도 피고인의 인권옹호에 유무없으리라는 결론에 도달하는 과정으로 직권심리에 관한 이론을 정립한다.

그러나 전술한 바와 같이 개인이 다수에 종속하고, 다수는 또한 국가사회의 조직에 굴복하여, 그 조직에 지상의 권력을 주는 체제가 아니고, 개인이 조직의 주체이며, 치자와 피치자의 동질성이 개인권의 옹호에 궁극의 목적을 두는 민주주의 사회에서는 어떠한 사람도, 어떠한 직위도 결코 군림할 수가 없다. 때문에 전기 보충의견이, 법원의 영명한 판단이 중요한 것이며 피고인을 위한 국선변호인의 상고이유서의 존부가 반드시 중요한 것은 아니라는 견해는 하나의 Dogma에 불과하며, 헌법, 소송법 등의 인권보장적 규정도 편의적인 것이 아닌 법운용상의 필수조건임을 간과할 수 없다.

누론한 바와 같이 국가의 소송경제적 측면(즉 불투명한 공익성의 강조)이나 실체적 진실을 발견하기 위한 사법적 향기의 보존(전술 Bacon의 법언참조)을 강조하는 보충의견은 일면의 정당성을 지니고 있다. 그러나 국선변호인이 계속하여 갱신되는 경우를 예정한 편의적 해석 혹은 국선변호인의 조력을 얻지 못한 피고인이 상고이유서를 제출하였다 하여 그것을 곧 신속한 재판을 희망하는 피고인의 권리행사라고 해석하는 보충의견은 결단코 용납될 수 없다. 필자는 소수의견과 한가지로, 정당한 사익의 옹호는 공익과 항상 동질적이고 또 동질적이어야만 한다는 이론 아래 본건의 판결에 있어 소송지연을 무릅쓰고라도 피고인의 이익회생을 조래하지 말아야 했을 것이라고 강력히 주장하는 바이다.

#### IV. 결 론

「만인은 법률 앞에 평등이다.」 이러한 금언은 인류가 여지껏 쌓아 온 문화의식의 결론이며 앞으로도 계속 추구하여야 할 진리이고 숙망이다. 이 명제에 배치되는 어떠한 변설도 우리가 납득할 수 있는 정당한 논거를 제시할 수는 없다.

또한 우리는 위의 금언이 만인에 대한 박해의 평등이 아니고 실로 인간의 존엄성을 제일 명제로 하여 공익과 사익, 사익과 공익의 일원적인 조화점을 찾고자 하는 자각과 경험의 소산임을 믿어 의심치 아니한다. 인간이 범형식의 하나로서 법률의 피사체로 되어서는 아니되고, 바로 법이 존재하는 사회의 주축이라 함은 너무도 당연한 사실이며, 따라서 공익을 위

(22) 그러나 헌법 제 24조 3항의 규정은 피고인에게 유리할 경우에만 적용될 수 있는 국민의 권리이며, 본건과 같이, 피고인의 불이익이 피고인 자신의 귀책사유가 아닌 사유로 인하여 발생할 위험이 있는에도 불구하고 강제되어야 할 피고인의 의무는 아닌 것이다. 따라서 본건과 같은 사안인 경우, 필자는 피고인의 별단의 표시가 없는 한, 설혹 미결구급의 기간이 길어지더라도 피고인을 위한 제반의 효조건이 완비될 때까지 재판을 연기하는 것이 피고인의 참뜻이며, 또한 헌법의 정당한 해석태도일 것이라고 믿는다.

한다는 공허한 집념이 이상의 너울을 쓰고 개인의 권익을 침해하는 것은 결단코 용납될 수 없다. 환언하여 경제적 불평등과 경험 및 지식의 부족이 곧 개인으로 하여금 불이익을 감수할 수 밖에 없는 현상이 법률일반, 특히 형사법의 적용에서 허용됨을 방관하여서는 아니 된다. 왜냐하면 법, 특히 형사법은 생존경쟁의 터전에 마련된 전취의 상품이 아니고 정과 부정을 판별하여 실로 정의를 인간의 심함에 귀속시키는 가치척도인 까닭이다.

본건 판결례는 개인의 권익을 심중하게 위협하는 필요적 변호사건이며, 국선변호인이 선임된 사건인 것으로 해서 전기와 같은 금기는 더욱 절실한 의미를 갖는다. 즉 증축한 비용을 지급받는 경우의 사선변호인이라면 피고인을 위하여 최적, 최고의 변론준비를 행할 것에 틀림없음에 반하여, 본 사안의 경우 피고인을 위하여는 법정외 국선변호인이 선임된 까닭에 피고인은 그 자신의 귀책사유없이 불이익한 조건을 감내할 수 밖에 없었으며, 이러한 현상은 실질적으로 약자에 대한 법률 내지 법원에 의한 불평등의 강제라고 밖에는 해석할 수 없는 것이다. 또한 본건이 필요적 변호사건임에도 불구하고 전술과 같은 법해석으로 상고기각의 판결을 한 것은 헌법이 보장하고 형사소송법이 확인한 인권의 존엄성을 법원 스스로 파기한 결과와의 아무 것도 아니다. 모름지기 법을 해석 적용하는 법관의 입장에서는 행여 초래될지도 모를 피고인에 대한 부당한 처우를 예방하기 위하여 형식논리로 위장한 전제적, 타성적 습벽을 지양하고, 오도된 법해석이 빚어내는 결과와 그 결과의 분석에 유념하여야 할 것이며 국가는 또한 제종의 조건을 완비함으로써 국선변호인제도의 실효를 보장하여야 할 것이다.

진실을 외면한 논리는 무가치하며 진리에 도달하는 과정은 아무리 험난하여도 스스로의 품격이 높은 것일진대 국민 모두의 각성과 노력이 병존하는 한 형사소송법의 이상실현을 위한 허다한 난관도 극복될 수 있을 것이다.