

〈판례연구〉

窃盜被告事件

〈大法院 66. 3. 3 선고 65 도 1229*〉

姜 求 眞**

〈判 例〉

〔판시사항〕

항소심이 항소이유없음을 이유로 항소를 기각하는 경우에 항소심판결선고시에 성년에 달한 피고인에 대하여 정기형을 선고할 수 있는가 여부

〔판결요지〕

피고인이 항소심계속 중에 성년에 달하였으면 정기형을 선고하여야 한다.

(반대의견) 항소심이 제 1심판결을 파기하여 재판하는 경우가 아니고 항소이유없음을 이유로 항소를 기각하여 사후심사를 하는 경우에는 1심판결의 당, 부당은 1심판결당시를 표준으로 하여 판단할 것이므로 피고인이 성년인지, 미성년인지의 문제, 다시 말하면 소년법 적용의 당부 또한 1심판결당시를 표준으로 하여 판단할 것이지 항소심판결당시를 표준으로 할 것이 아니다.

피고인, 상고인 한 병 철

제 1심 서울형사지방법원(65 고 12432 판결)

제 2심 서울형사지방법원(65 노 1605 판결)

《참조조문》

刑事訴訟法 第364條(抗訴法院의 審判) ①~④생략

⑤抗訴理由가 없음이 明白한 때에는 抗訴狀, 抗訴理由書를 其他의 訴訟記錄에 依하여 辯論없이 判決로써 抗訴를 棄却할 수 있다.

⑥생략

少年法 第2條(少年保護者) 본법에서 소년이라 함은 20세미만자를, 보호자라 함은 법률상 監護教育의 의무있는 자 또는 현재 監護하는 자를 말한다.

少年法 第54條(不定期刑) ①소년이 法定刑 長期 2年以上的 有期刑에 해당하는 罪를 범한 때에는 그 法定刑의 범위내에서 장기와 단기를 정하여 선고한다. 단, 장기는 10년, 단기는 5년을 초과하지 못한다.

②생략

《참조판례》

64. 11. 10 선고 64 도 498 판결(원결 등본책 23책 16면) : 본판결과 동지

* 대법원판결집 14①형 23, 판례카야드 3720

** 서울대학교 法科大學 副教授

〔주 문〕

원판결을 파기하고, 사건을 서울형사지방법원 합의부에 환송한다.

〔이 유〕

변호인의 상고이유 1에 대하여

원판결은 피고인의 생년월일을 1945. 11. 25로 인정하면서(기록 1책 44장과 붙장의 각 지문대조 조희에 대한 내부부 차안국 수사지도과장의 회답에 의하면 1947. 10행으로 기재되어 있음) 1965. 12. 9 항소기각의 판결을 선고하여 피고인이 미성년자임을 실제로 한 부정기형의 1심판결을 인용하였다.

그러나 피고인의 생년월일이 원판결인정과 같이 1945. 11. 25이라면 원판결선고당시인 1965. 12. 9에는 피고인은 성년자이므로 정기형을 선고하였어야 할 것임에도 불구하고 원판결이 항소를 기각하여 소년법에 의거 단기 4월 장기 8월의 부정기형을 선고한 1심판결을 인용하였음은 위법이라 할 것인 만큼(1964. 11. 10 선고 64도498 판결참조) 이점에 관한 논지는 이유있고 다른 논점에 대한 판단을 필요로 할 것없이 원판결은 파기를 면치 못할 것이다.

따라서 형사소송법 제397조에 의하여 다음과 같은 대법원판사 한성수, 홍순엽의 반대의견이 있음을 제외하고 관여법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법원판사 한성수, 홍순엽의 반대의견은 다음과 같다.

현행 항소심의 구조는 원칙적으로 1심판결의 당 부당을 심사하는 것을 목적으로 하고 있으며 항소심이 1심판결을 파기한 후 재판하는 경우가 아닌 때, 즉 항소이유없다고 하여 항소를 기각하거나 형사소송법 제366조에 의하여 1심판결을 파기하고 환송 또는 이송하는 경우에는 항소심의 성격이 순진한 사후심이라 할 것이며 따라서 이 사후심사에 있어서는 원칙적으로 1심판결당시를 표준으로 하여 1심판결의 당 부당을 판단하여야 할 것으로서 예외적으로 판결후 형의 세지나 변경 또는 사면이 있음과 같이 명문의 규정이 있는 때에는 1심판결선고후의 사실이나 법령 변경도 1심판결의 당 부당을 판단하는 표준이 된다 할 것이다.

일건기록에 의하면 원심인 항소심은 피고인에게 절도사실을 인정하여 단기 4월, 장기 8월의 부정기형을 선고한 1심판결에는 범죄사실의 오인과 양형부당의 사유가 있다는 항소이유있음을 인정치 아니하고 그 항소를 기각하여 사후심사를 하였던 바 이 경우에 있어서는 파기자판의 경우가 아니므로(1심판결당시의 미성년자가 항소심판결당시에 성년자가 되었다는 그 사유는 형사소송법 제361조의5 소정사유에 해당되지 아니하므로 항소심은 그 사유만으로는 1심판결을 파기할 수도 없는 것이다) 1심판결의 당 부당은 위에서 설명한 바와 같이 명문으로 규정되어 있는 예외의 경우를 제외하고는 1심판결당시를 표준으로 하여 판단할 것이며, 피고인이 성년인지 미성년인지의 문제, 다시 말하면 소년법적용의 당부 또한 1심판결당시를 표준으로 하여 판단할 것이지 항소심판결당시를 표준으로 할 것이 아니므로 1심판결당시를 표준으로 하여 소년법적용여부를 판단하여야 한다는 견해에 입각한 원판결은 정당하며 항소심은 언

제나 항소심판결당시를 표준으로 하여 소년법 적용여부를 결정할 것이라는 취의의 다수의 견은 도저히 수긍할 수 없는 바이며 같은 취의인 당원의 1964. 11. 10 선고 64도 498호 판례 또한 변경되어야 할 것으로 생각되므로 위와같이 반대의견을 표시하는 바이다.

《원심판결》

주 문 이 사건 항소를 기각한다.

이 유 이 판결선고전의 당심 구급일수중 60일을 원심판결선고형에 산입한다. 피고인의 이 사건 항소이유의 요지는 첫째로 피고인은 피고인의 아버지의 친구인 김봉은의 가족들이 갖고있던 이불을 장난삼아 갖다가 덮은 것이며 그것을 절취한 것이 아니며, 또 피고인의 친구인 이일성과 같이 대영극장 구경을 갔다가 동 이일성이 남방사쓰를 벗어 옆에 있는 의자에 놓고서 졸고 있기에 장난하느라고 그 사쓰를 가지고 나온 것이고 절취한 것이 아님에도 불구하고 피고인이 위에 쓴 이불과 남방사쓰를 절취하였다고 인정한 것은 원심이 사실을 그릇 인정하여서 판결에 영향을 미칠 위법을 범하였다는 데 있고, 변호인의 항소이유의 요지는 피고인에 대하여 징역 단기 4월, 감기 8월의 형을 선고한 원심 양형은 너무 무거워서 부당하다는 데 있다.

그러므로 먼저 피고인의 사실오인의 집에 관하여 살펴보건대, 원심에서 적법히 조사한 모든 증거물 기록에 의하여 세밀히 조사 검토하여보면 원심판사실을 인정하기에 넉넉하고 달리 원심판결에 소론과 같은 허물이 있음을 찾아볼 수 없으니 이점 논지는 이유없고, 다음 변호인의 양형부당의 점에 대하여 살펴보건대, 피고인은 과거에도 특수전도죄로 2회에 공하여 가정법원에 송치되어 보호처분까지 받은 자로서 개전의 정이 없이 재차 이 사건 범행을 저지른 점을 고찰하면 피고인에 대하여 징역 단기 4월, 감기 8월의 형을 선고한 원심양형은 적절하다 하겠고 그 형이 무거워서 부당하다고는 인정할 수 없으니 이점 논지 역시 이유없어 받아들이지 않기로 한다.

그러하다면 결국 원심판결은 정당하고 이 사건 항소는 이유없이 기각함이 마땅하므로 형사소송법 제 364조 제 5항에 의하여 변론을 기치지 아니하고 이를 기각하겠고, 형법 제 57조를 적용하여 이 판결선고전의 당심 구급일수중 60일을 원심판결선고형에 산입하기로 한다.

위와 같은 이유로서 주문과 같이 판결한다. (1965. 12. 9 제 2 형사부판결)

〈 研 究 〉

本判決은 우리 刑訴法上의 抗訴審의 意義와 構造에 비추어볼때 아래에서 보는 바와 같이 問題點이 있다. 判旨에 贊成할 수 없고 小數意見을 支持한다.

먼저 抗訴審의 構造와 意義를 살피고 本判決을 檢討하기로 한다.

I. 現行法上 抗訴審의 構造

일반적으로 抗訴審의 構造로서는 第 1 審의 認定이 어떠하였는가에 관계없이 전적으로 새로운 審理를 행하는 覆審과 第 1 審判決 直前の 상태로 돌아가 말하자면 辯論의 再開가 있는 것과 마찬가지로 審理를 續行하는 續審과 原判決의 當否를 審査하는 것을 목적으로 하는 事後審을 생각할 수 있다.

(1) 覆審

原審의 審理·判決이 마치 없었던 것처럼 被告事件에 關하여 最初부터 새로운 事實審理를

다시 하는 審理構造이므로 빌크마이어(Birkmeyer)의 表現처럼 第二의 第一審이라 할 수 있다. 覆審制의 특징은 審理節次의 全面的 反復에 있다. 따라서 覆審制의 抗訴審에 있어서는 ① 審判對象은 被告人自體이며, 때문에 第1審判決에 대하여 不服한다는 취지로써 抗訴하면 충분하고 抗訴理由에 制限이 있을 必要가 없어 抗訴理由書의 提出을 요하지 아니하며, ② 審判의 範圍가 抗訴理由등에 의하여 制限을 받지 아니하고, ③ 審理節次는 檢事의 公訴狀에 依한 起訴要旨 陳述부터 다시 하는 한편 抗訴審이 第一審의 認定如何에 不拘하고 또 이와 전혀 無關係하게 被告人訊問, 證據調查를 하여 새로운 事實認定을 하고 法令의 適用을 한다. ④ 第1審判決後에 發生한 事實도 抗訴審의 判斷資料가 된다. ⑤ 判決의 主文形式도 覆審의 結果 原審의 判斷過程과 結論이 同一한 때에는 原判決과 同一한 主文을 다시 宣告하며 다른 때에는 無罪, 刑의 宣告, 刑의 免除 및 免訴, 管轄違反의 宣告를 한다. ⑥ 既判力의 標準時點도 當然히 抗訴審判決宣告時(또는 辯論終結時)가 된다.

覆審制의 抗訴審은 審理의 절차를 기할 수 있다는 점에 長點이 있으나, 覆審그 자체는 訴訟經濟에 반하고 第一審의 輕視와 濫上訴의 弊害를 招來하여 소송지연을 가져오는 것이 缺點이다. 覆審制는 日本舊刑訴法 및 우리 第1次改正前 刑訴法이 채택한 바 있었다.

(2) 續審

第一審의 審理節次 및 證據資料를 上臺로 하여 이에 繼續하여 被告人事件에 關하여 새로운 證據도 加하고 새로이 發生한 事實도 參酌하여 審理를 續行하는 構造이다.

따라서 일응 第一審判決의 當否를 審査하는 形態를 取할 때에도⁽¹⁾ ① 審判對象은 實質의 所以 被告人事件의 實體가 되는 것이며, ② 審理節次는 原審의 節次, 資料 및 心證을 引繼하여 續行함으로써 새로운 證據, 새로운 事實도 參酌하기 때문에 마치 第一審에서 終結한 辯論을 再開하는 것과 同一하고 다만 그 中間에 第一審判決이 存在하는 것이 다르다. ③ 때문에 原審判決에 不服한다는 취지로 抗訴를 제기하면 충분하고 抗訴理由에 制限을 가할 필요가 없고 증거조사등 事實審理가 무제한적으로 허용하고 第1審判決後에 發生한 事實도 判斷의 자료가 된다. ④ 判決主文形式은 原判決이 이식 維持될 수 있을 때는 抗訴棄却을 하고 維持될 수 없는 때는 破棄하여 原則적으로 抗訴審判決時를 標準으로 被告人事件에 對하여 스스로 判決을 한다. ⑤ 既判力의 標準時點은 當然히 抗訴審判決時이다.

續審制는 우리 民訴法이 채택하고 있다. 그것은 第一審의 審理節次를 다시 고려하지 않고 필요한 한도안에서 後者를 承繼하여 續行한다는 점에서 覆審制보다 進一步한 것이다. 그러나 抗訴理由에 制限이 없고 抗訴審에서 事實調查가 무제한적으로 허용되는 관계로 위에서 본 覆審에서의 缺點이 초래될 수 있고 특히 刑事訴訟에 있어서는 前審의 訴訟資料 및 心證을 그대로 引繼할 수 있는 까닭에 刑事訴訟法의 口述主義, 直接主義의 要求에 反하는 缺點이 있다.

(1) 日本의 舊刑訴法은 被告人事件에 대하여 스스로 認定하였을 뿐이나 獨逸刑訴法은 스스로 認定하여 그 結果를 原判決과 對比하여 抗訴를 棄却하거나 判決을 破棄한다.

(3) 事後審

原則적으로 原審에 나타난 資料, 따라서 原審判決前에 發生한 事實에 의하여, 原審判決時를 標準으로 原審判決의 當否, 즉 第一審判決의 內容 또는 그 前提가 되는 訴訟節次에 違法이 있는가의 與否를 審査하고 誤謬가 없을 때에는 抗訴를 棄却하고, 誤謬가 있을 때에는 第一審判決을 破棄하여 原則적으로 第一審으로 事件을 還送하는 構造이다.

論者에 따라서는 다음의 6가지를 一般的으로 事後審의 屬性이라고 한다.⁽²⁾

- ① 抗訴提起에 原判決의 瑕疵의 指摘을 要한다.⁽³⁾
- ② 原判決의 破棄 또는 抗訴棄却의 宣告를 한다.⁽⁴⁾
- ③ 抗訴審에 있어서의 判斷의 資料를 原審에 나타난 것에 限한다.⁽⁵⁾
- ④ 審理와 判決을 原判決時를 標準으로 한다.
- ⑤ 原判決時에 存在한 證據에 限한다.⁽⁶⁾
- ⑥ 抗訴審은 原判決의 當否를 判斷하는 것이다.

그런데 事後審이라고 하여도 위의 모든 屬性을 다 갖춘 純粹한 定型을 採用하는 立法例는 드문 것인데, 美國과 달리 法律點外에 事實點까지도 審査하는 日本이나 우리 刑事抗訴審의 경우는 特히 複合的인 것이어서, 보다 有用한 分析道具概念으로 使用하기 爲하여서는 그 要求되는 屬性을 最少限으로 줄이지 않을 수 없을 것이다.

이때 事後審 내지 事後審查審의 本質의 屬性을 어떻게 파악할 것인가에 따라 ① 現行法の 折訴審이 純粹한 事後審인가의 여부와 또 ② 그 具體的 構造의 理解에 관하여 相當히 다른 結論을 내리게 된다.⁽⁷⁾

여기서 그 具體的 構造가 달라진다면 함은 주로 事實認定내지 刑의 量定에 關하여 다투어 진다는 말이다. 法令違反의 事後審査는 舊法에도 있었던 것이고 特別한 規定도 있으므로 特히 問題가 안되기 때문이다.

事後審制는 訴訟經濟의 理念에 符合하고 上訴權行使의 濫用을 방지하여 訴訟의 迅速을 期할 수 있는 점에 長點이 있으며, 특히 第一審의 公判節次에서 審理가 철저히 行하여지는 法

(2) 平野龍一, “抗訴審의 構造”, 日本刑法學會編, 刑事法講座 第6卷(昭和 35年), 1248~1250面.

(3) 日本舊刑訴法의 上告審은 事實의 確定에 影響을 미친 法令의 違反이 있는 때 및 重大한 事實誤認 또는 刑의 量定의 顯著한 不當이 있음을 疑心할 顯著한 事由가 있는 때는 事實審理開始의 決定을 하여 覆審을 行하고(第444條) 스스로 判決하였다.

따라서 原判決에 瑕疵가 있음이 明白히 되었음을 條件으로 覆審 또는 續審을 開始하는 것도 充分히 考慮할 수 있으므로 原判決의 瑕疵指摘問題는 事後審에 固有한 本質的 屬性이 아님을 알 수 있다.

(4) 獨逸 刑訴法은 覆審이지만 原判決을 破棄·抗訴棄却을 宣告함은 前述한 바이고 따라서 이 點도 事後審의 決定的인 要素는 아니다.

(5) 오스트리아 民訴法은 原審에 나타난 資料에 限하지만 이것에 基하여 스스로 心證을 形成하는 것이므로 亦是 決定的인 것은 아니다.

(6) 위 ③의 原審에 나타난 것에 限하는 것의 反射的 效果로 認定되는 制限이다.

(7) 高田卓爾, 刑事訴訟法, 現代法律學全集 28, 青林書院新社(昭和 47年), 460面.

制下에서 요청되는 제도이다. 그러나 第1審의 審理가 不徹底할 때에는 實體的 眞實發見과 被告人의 具體的 救濟에 차질을 가지울 염려가 있다는 短點을 내포하고 있다.

(4) 우리 刑訴法上 抗訴審의 構造

舊刑訴法 및 1961.9.1. 改正刑訴法 以前에 있어서의 抗訴審은 覆審이었다. 그러나 1961.9.1 改正을 통하여 抗訴審은 法令違反·事實誤認 및 量刑不當에 관한 事後審의 構造를 취하게 되었다. 이와같은 事後審의 構造를 취하게 된 理由의 하나로서는 第1審節次의 強化와 公判中心主義의 確立을 들 수 있다. 그것은 舊法時代에 陳述調書의 調査를 중심으로 한 公判審理方式(搜查機關作成의 각종 陳述調書의 조사를 중심으로 한 書面審理方式)으로부터 證人訊問을 중심으로한 公判審理方式에로의 變質을 의미하고, 따라서 第1審에 있어서의 公判中心主義, 直接主義, 口述主義가 절저하였다. 그리하여 抗訴審에서 第2의 第1審처럼 同一한 節次를 반복한다는 것은 證人의 記憶이 회박해진다는 한가지 점을 들더라도 政策的으로 得策이 없고 無用하며, 節次의 지연이라는 점에서도 適當하지 않다. 그리하여 第1審節次의 強化와 公判中心主義의 요청상 抗訴審을 事後審으로서 구조화할 必要性이 생겼던 것이다.

이러한 視點에서 刑訴法은 抗訴法院은 원칙적으로 抗訴理由에 포함된 事由에 관하여 審判하여야 하고(364조 1), 抗訴理由없음이 明白할 때에는 辯論없이 抗訴를 棄却할수 있고(364조 V), 抗訴理由있다고 인정할 때에는 原審判決을 破棄하도록 하였으며(364조 W), 抗訴理由없다고 인정하는 때에는 判決로써 抗訴를 棄却하여야 하고(364조 W), 抗訴理由도 원칙적으로 原判決의 法令違反, 事實誤認 및 量刑不當으로 제한(364조의 5)하는 등의 규정을 두고 있으므로 現行法上의 抗訴審은 事後審查審임이 明白하다. 그러나 法令違反의 事後審查뿐만 아니라 事實認定의 事後審查를 인정하는 것은 事後審查審으로서의 外國의 立法例에서도 同類例를 찾아보기 힘든 獨特한 構造이기 때문에, 事後審의 概念規定내지는 그 構造把握을 둘러싸고 論議가 발생할 여지가 있다. 뿐만아니라 實際問題로서 第1審에서 반드시 理想에 충실한 慎重한 審理가 이루어지는가에 대하여 의문이 제기될수 있기 때문에, 이것이 解釋論을 좌우하는 要素로 作用할 수도 있다.

II. 事後審으로서의 抗訴審의 意義

事後審이라고 할때, 抗訴法院이 스스로 公訴事實에 관하여 事實審理를 하고 이것을 原審法院의 認定과 비교하여 그 當否를 審査하는 것이 아니라, 오로지 原判決의 當否를 事後的으로 審査하는 것이라는 점에 관하여는 異論은 없다. 그러나 原判決의 當否를 判斷함에 있어서 原審이 調査한 資料만을 바탕으로하여 또 原審判決時를 基準으로하는 것이 그 本質的 要素인지에 관하여는 문제가 있다.

종래의 견해를 보면 事後審의 本質은 原判決이 이루어진 時點을 基點으로 하여 原判決의 當否를 審査하는 점에 있다는 立場이 지배적이다. 따라서 原判決의 基礎가 된 資料에 터잡

아 原判決이 이루어진 時點을 기준으로하여 原判決의 當否를 審査하는 것이 抗訴審의 構造라고 한다.

이 이외에 現行法上의 抗訴審은 事後審査審을 原則的 構造로 하고 있지만, 事實調査가 始作되면 그 범위 안에서 새로운 증거조사가 허용되는 까닭에 事後審이 아니라 續審의 성격을 갖게 된다는 立場도 있다.⁽⁸⁾

그러나 생각건대, 原判決의 過程을 判斷하는 점에 事後審의 가장 本質的인 徵表가 있다고 할 것이고, 그 밖의 점은 實定法의 解釋問題에 불과하다고 본다. 그리고 새로운 資料에 의하여 原判決이 객관적으로 옳바른가의 여부를 調査한다고 하여도 事後審이 아니라고 할 수 없고 또 現行法上 원칙적으로 原審資料에 限定하여 審判하여야 한다는 解釋은 第1審充實이라는 政策的 考慮에서 그리함에 不過하고(만약 原審에서 提出되지 아니한 證據에 의하여 原判決을 破棄한다면 當事者가 第1審을 輕視하고 第2審에 이르러서야 비로소 證據를 提出하는 경향을 助長할 염려가 있다) 또 訴訟法上의 判斷, 특히 理由의 有無의 判斷은 實體法的 判斷과는 달리 그 審査時를 標準으로 하는 것이 오히려 原則이지만 現行法上 事實認定에 관하여 原判決時를 基準으로 하는 해석은 刑事에는 과거 1회만의 事實을 판단하는 것이 보통이고 原判決後에 事實이 變化하는 것은 稀貴하므로, 審査의 便宜上 그렇게 結論지우는 것이 妥當함에 불과하다고 할 것이다.

III. 事後審査의 具體的 構造

우선 事後審査에 있어서의 判斷의 資料에 관하여는 제364조 1항 및 2항과 제361조의 5의 막연한 규정만이 있을 뿐이어서 분명하지 아니하나, 事後審査는 원칙적으로 原審에 나타난 資料에 限하고, 그 이외의 것은 當事者의 第1審 輕視의 판단을 초래하지 않는 경우에 例外的으로 許容된다고 볼 것이다. 즉 抗訴審에서는 원칙적으로 第1審에서 調査한 증거를 기초로 事後審査를 하여야 하지만, 實體的 眞實發見과 被告人救濟의 具體的 妥當性의 견지에서 例外的으로 ① 當事者의 責任없는 事由에 의하여 第一審辯論終結前에 調査를 申請할 수 없었던 證據에 의하여 증명할 수 없는 事實, ② 第1審 辯論終結後 判決前에 發生한 事實, ③ 再審事由도 抗訴理由인 이상(361조의 5) 그것에 해당하는 事實에 관하여 새로운 증거를 調査할 수 있다고 본다. 이상의 사실 이외에 原審判決後에 發生한 量刑에 영향을 미칠 事由(예컨대 피고인이 量刑不當을 주장한 경우 原審判決後 피해를 인정하고 合意한 事實)에 관하여 審理할 수 있는가는 문제이나 被告人 救濟의 具體的 妥當性의 견지에서 긍정하여야 할 것이다.

둘째로, 事後審査는 원칙적으로 原審判決時를 기준으로 하여야 한다고 본다. 原審判決時를 표준으로 하는 것이 事後審의 概念必然的인 要請은 아니지만, 審査의 便宜를 위하고 또

(8) 金箕斗, 刑事訴訟法, 319면; 權五柄, 刑事訴訟法, 326면. 이와 같은 立場은 表現의 差異가 있는 는 하지만 抗訴審은 단순한 事後審에 그치는 경우와 事後審에 續審이 接木되는 경우가 있다는 일본의 小野의 이른바 部分的 續審接木說과 기본적으로 類似한 理論展開라고 할 수 있다.

한 제361조의 5 2호 및 13호에 비할 때, 그렇게 해석하는 것이 妥當하다. 그러나 위에서 본 原審判決 이후에 발생한 事由에 대한 審理가 許容되는 경우와 제361조의 5 2호의 “判決後 刑의 廢止나 變更 또는 赦免이 있는 경우”에는 例外的으로 抗訴審判決時를 표준으로하여 審理判斷할 수 밖에 없다. 判例⁽⁹⁾는 일률적으로 抗訴審 判決時를 표준으로 하고 있는 것 같고, 本件判決도 그와같은 立場을 判示한 것이라고 할수 있다. 그러나 筆者로서는 本件判決의 判旨에 同調할 수 없고 오히려 本件 判決의 反對意見이 더욱 說得力이 있다고 생각된다.

이미 위에서 명백히 된 바와같이 우리 刑訴法상의 抗訴審의 構造는 원칙적으로 事後審查 審이다. 그렇다면 抗訴審으로서의 第1審裁判에 잘못이 있는가, 즉 原審裁判의 當否만을 판단하여야 할 것이고 原審裁判이 成立된 이후에 발생한 事由로써 原審을 破棄하는 것은 원칙적으로 抗訴審의 權限과 機能을 벗어난 處事가 될 것이다. 本件의 경우 피고인의 生년 월일이 원판결인정과 같이 1945. 11. 25로서 제1심판결선고당시 20세미만의 少年으로서 少年法 제54조에 따라 不定期刑을 宣告한 것이라면 法律適用의 점에 관한 한, 제1심으로서는 아무런 잘못도 없다. 그럼에도 불구하고 抗訴審判決宣告 當時 피고인이 우연히 成年이 되었다는 사실만으로써 第1審判決을 破棄하여야 한다면 이것은 분명히 事後審으로서의 抗訴 審의 本質에 반하고 抗訴審을 覆審내지는 續審으로 轉落케 할 뿐만 아니라, 正義와 公平의 관점에 비추어 보더라도 명백히 不當하다고 할 것이다. 第一審判決을 宣告한 法官을 포함한 訴訟關係者의 立場에서 볼 때 아무런 잘못도 없는 裁判後의 一定한 時間의 經過라는 우연한 事實때문에 그 裁判이 깨어진다는 것은 아무리 보아도 잘못없는 재판에 잘못을 묻는 격이되어 裁判에 관여한 者에게는 納得하기 어려운 不當한 면이 느껴지게 되고, 一般國民의 立場에서 보아 裁判에 대한 國民의 信賴를 低下시키게 되며, 또 다른 한편으로는 極端의 경우에는 만약 抗訴審에서 자기쪽에 有利한 判決이 기대되고(또한 不利益變更禁止의 原則이 있는 만큼) 節次를 끌어보자는 訴訟 戰略이 試圖되는 경우에는 결국 抗訴의 남발을 초래하고 抗訴率을 높이는 결과로 되어, 抗訴審의 負擔을 과중하게 함으로써 抗訴審 本來의 任務에 專念할 수 없게 하는 폐단을 낳게 될 것이다. 本件判例는 少數意見의 方向으로 變更되어야 한다고 본다.

(9) 예컨대 大判 1966. 4. 26. 66도 855; 大判 1966. 9. 6. 66도 1000; 大判 1968. 5. 7. 68도 332; 大判 1971. 3. 9. 71도 1; 大判 1974. 3. 26. 74도 461; 大判 1974. 7. 26. 74도 1584