

〈판례평석〉

양형판단과 형사항소심의 구조*

- 대법원 2015. 7. 23. 선고 2015도3260 전원합의체 판결에 대한 평석 -

申 東 雲**

요 약

본고는 대법원 2015. 7. 13. 선고 2015도3260 전원합의체 판결에 대한 평석이다. 대상 판결의 사안은 인터넷 도박사이트 운영자에 대한 형사처벌을 토대로 하고 있다. 제1심법원이 징역 10월을 선고하자 피고인과 검사는 모두 양형부당을 이유로 항소하였다. 항소심법원은 제1심판결을 파기하고 징역 4년을 선고하였다. 피고인은 항소심판결에 불복하여 상고하였는데, 제1심 형량의 5배에 가까운 형을 항소심이 선고할 수 있는가를 놓고 대법원의 견해가 나뉘었다.

대법원 다수의견은 항소심의 고유한 양형재량권을 인정하면서 양형부당의 문제에 지나지 않아 상고심의 대상이 되지 않는다고 판단하였다. 이에 대해 소수의견은 항소심의 고유한 양형재량권을 인정하면서도 양형재량의 범위를 벗어난 위법이 인정되므로 상고심의 판단대상이 된다고 주장하였다. 이상의 다수의견과 소수의견에 대해 필자는 문제의 본질이 양형재량에 있는 것이 아니라 항소심의 구조와 관련된 법률 위반의 문제라는 주장을 전개하였다. 형사 상소제도를 연혁적으로 고찰할 때 현재의 형사항소심은 속심적 요소를 가미한 사후심의 성격을 가지고 있기 때문에 제1심의 양형판단을 항소심은 원칙적으로 존중해야 한다는 것이다.

이상의 논지를 뒷받침하기 위하여 필자는 한국의 상소제도에 대한 연혁을 일제강점기, 미군정기, 1961년 및 1963년의 형사소송법 개정, 2008년 국민참여재판의 실시라는 시대구분에 따라 점검하였다. 이상의 연혁적 고찰을 토대로 필자는 국민참여 재판제도의 도입이 형사항소심에 미치는 영향과 상고심 업무부담의 경감을 위한 항소심의 새로운 운용 필요성을 강조하였다. 결론적으로 제1심공판중심주의를 확립하고 항소심을 사후심적으로 운영함으로써 상고심의 부담을 경감해야 한다는 것이 필자의 주장이다.

주제어: 항소심구조, 속심, 사후심, 국민참여재판, 공판중심주의

* 본고는 2016년 7월 19일 대법원 형사실무연구회에서 발표한 글에 약간의 보완을 가한 것이다. 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2016학년도 학술연구비 지원을 받았다.

** 서울대학교 법과대학/법학대학원 교수.

I. 대상 판결의 분석 및 쟁점의 정리

1. 사실관계 및 사건의 경과

갑은 2011. 11. 10. 마약류관리에관한법률위반(향정)죄로 징역 10월을 선고받아 2012. 4. 12. 그 형의 집행을 마쳤다. 갑은 누범 기간 중에 공범자들과 함께 주범으로서 인터넷에 불법 도박 사이트를 개설하여 운영하였다. 갑이 운영한 도박 사이트는 게임 종류에 따라 ㉠, ㉡, ㉢사이트 등으로 구성되어 있었다.

갑은 ㉠불법 사이트 부분에 대해 기소되어(㉣사건) 2014. 1. 21. 도박개장죄 등으로 징역 1년을 선고받아 2014. 3. 27. 확정되었다. ㉣사건의 항소심 선고 이후 시점에 검사는 별건으로 ㉡사이트, ㉢사이트 부분에 대해 갑을 도박개장죄 및 게임산업진흥에관한법률위반죄로 기소하였다(㉤사건 및 ㉥사건).

2014. 11. 6. 제1심법원은 ㉤사건과 ㉥사건을 유죄로 인정하였다. 제1심법원은 이미 확정된 ㉣사건과의 관계에서 ㉤사건과 ㉥사건을 형법 제37조 후단의 사후적 경합범으로 보고, 형법 제39조 제1항에 따라 처단형을 결정한 후 갑에게 징역 10월을 선고하였다. 제1심법원은 징역 10월에 대한 양형이유를 다음과 같이 밝혔다.¹⁾

피고인 갑: 이 사건 범행은 이 사회 전체의 건전한 근로정신을 훼손하고 다수의 피해자를 양산하며 그 범행동기가 우발적이거나 생계유지에 있기보다는 그릇된 욕심을 채우기 위해 사전에 계획된 점 등에 비추어 보면 그 죄질이 가볍지 아니하고 피고인이 이 사건 범행의 주범인 점, 피고인이 누범기간 중에 이 사건 범행을 행하여 일부 범행을 부인하는 점 등은 불리한 정상이고, 게임에 참가한 자들도 불법 게임몰이라는 것을 알았다는 점, 피고인이 판시 확정된 죄[㉣사건]와 같이 판결 받았을 경우의 양형을 고려하고 피고인의 환경 등 제반사정을 참작한다.

갑과 검사는 각각 제1심판결에 불복하여 항소하였다. 갑과 검사는 모두 항소이유의 하나로 양형부당을 주장하였다. 항소심법원은 제1회 공판기일에 변론을 종결하였다. 항소심에서 양형사실과 관련하여 특별히 추가로 조사된 것은 없었다. 2015. 2. 5. 항소심법원은 검사의 양형부당 항소이유를 받아들여 제1심판결을 파기하고 갑에게 징역 4년을 선고하였다. 갑에 대한 형을 징역 10월에서 징역 4년(48개월)으로 변경한 것이다. 이러한 양형판단에 대해 항소심법원이 제시한 이유

1) 인천지방법원 2014. 11. 6. 선고 2014고단397 판결.

는 다음과 같다.²⁾

이 사건 범행은 인터넷 불법 도박사이트를 계획적, 조직적으로 운영한 것으로 그 사회적 파급력을 고려하면 죄질이 매우 불량하다고 할 것인데, 피고인 갑은 이 사건 범행의 주범으로서 자신의 잘못을 반성하고 있다고 보기 어렵고, 누범기간 중에 이 사건 범행을 저지른 점에 비추어 피고인 갑을 엄중히 처벌하지 않을 수 없다. 그 밖에 사후적 경합범인 점, 이 사건 범행으로 인한 수익 정도, 이 사건 범행에 이르게 된 동기 및 경위, 범행 전후의 정황, 피고인 갑의 연령, 성행, 환경 등 기록에 나타난 양형의 조건이 되는 여러 사정을 참작하여 보면, 원심이 피고인 갑에게 선고한 형은 다소 가벼워서 부당하다.

갑은 항소심판결에 불복하여 상고하였다. 주지하는 바와 같이 피고인은 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건이 아니면 양형이 ‘부당하다’는 것을 상고이유로 주장할 수 없다(형사소송법 제383조 제4호 참조). 갑은 상고이유의 하나로 항소심의 양형판단이 ‘위법하다’고 주장하였다. 대법원은 10 대 3으로 견해가 나뉘었다. 다수의견은 갑의 상고이유가 “원심의 양형이 부당하다”는 취지에 지나지 않는다고 판단하였다. 이에 대해 소수의견은 원심의 양형판단에 “법리오해의 위법이 있다”고 판단하였다. 대법원은 다수의견에 따라 갑의 상고를 기각하였다. 아래에서는 지면 관계상 다수의견의 주요부분만을 소개한다.³⁾

2. 대법원 다수의견의 요지

2. 양형판단에 위법이 있다는 취지의 주장에 대하여

가. 형사소송법 제361조의5 제15호는 “형의 양정이 부당하다고 인정할 사유가 있는 때”를 항소이유의 하나로 들고 있고, 그 항소이유가 인정되는 경우에 항소심은 제364조 제6항에 따라 제1심판결을 파기하고 다시 판결하여야 하므로, 항소심은 판결 당시까지 제출된 모든 자료를 토대로 적정한 양형을 하여 제1심의 형의 양정이 부당한지 여부를 가려야 한다.

양형부당은 원심판결의 선고형이 구체적인 사안의 내용에 비추어 너무 무겁거

2) 인천지방법원 2015. 2. 5. 선고 2014노4186 판결(제1형사부).

3) 대법원 2015. 7. 23. 선고 2015도3260 전원합의체 판결(판례공보 2015하, 1322).

나 너무 가벼운 경우를 말한다. 양형은 법정형을 기초로 하여 형법 제51조에서 정한 양형의 조건이 되는 사항을 두루 참작하여 합리적이고 적정한 범위 내에서 이루어지는 재량 판단으로서, 공판중심주의와 직접주의를 취하고 있는 우리 형사소송법에서는 양형판단에 관하여도 제1심의 고유한 영역이 존재한다. 이러한 사정들과 아울러 항소심의 사후심적 성격 등에 비추어 보면, 제1심과 비교하여 양형의 조건에 변화가 없고 제1심의 양형이 재량의 합리적인 범위를 벗어나지 아니하는 경우에는 이를 존중함이 타당하며, 제1심의 형량이 재량의 합리적인 범위 내에 속함에도 항소심의 견해와 다소 다르다는 이유만으로 제1심판결을 파기하여 제1심과 별로 차이 없는 형을 선고하는 것은 자제함이 바람직하다.

그렇지만 제1심의 양형심리 과정에서 나타난 양형의 조건이 되는 사항과 양형기준 등을 종합하여 볼 때에 제1심의 양형판단이 재량의 합리적인 한계를 벗어났다고 평가되거나, 항소심의 양형심리 과정에서 새로이 현출된 자료를 종합하면 제1심의 양형판단을 그대로 유지하는 것이 부당하다고 인정되는 등의 사정이 있는 경우에는, 항소심은 형의 양정이 부당한 제1심판결을 파기하여야 한다.

그런데 항소심은 제1심에 대한 사후심적 성격이 가미된 속심으로서 제1심과 구분되는 고유의 양형재량을 가지고 있다고 보아야 하므로, 항소심이 그 자신의 양형판단과 일치하지 아니한다고 하여 양형부당을 이유로 제1심판결을 파기하는 것이 앞서 본 바와 같은 이유로 바람직하지 아니한 점이 있다고 하더라도 이를 두고 양형심리 및 양형판단 방법이 위법하다고까지 할 수는 없다. 그리고 위와 같은 원심의 판단에 그 근거가 된 양형자료와 그에 관한 판단 내용이 모순 없이 실시되어 있는 경우에는 양형의 조건이 되는 사유에 관하여 일일이 명시하지 아니하여도 위법하다고 할 수 없다(대법원 1994. 12. 13. 선고 94도2584 판결 등 참조).

나. 한편 형사소송법 제383조 제4호에 의하면, 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에서만 양형부당을 사유로 한 상고가 허용되며, 사실심 법원이 양형의 기초사실에 관하여 사실을 오인하였다거나 양형의 조건이 되는 정상에 관하여 심리를 제대로 하지 아니하였다는 사유를 들어 원심판결을 다투는 것은 양형부당 취지의 주장에 해당한다(대법원 1988. 1. 19. 선고 87도1410 판결, 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도7876 판결 등 참조).

3. 쟁점의 정리

위의 다수의견 가운데 가. 부분은 양형부당과 항소심의 관계에 관한 것이며, 나. 부분은 양형부당과 상고심의 관계에 관한 것이다. 이 가운데 나. 부분은 확립된 판례이며 이에 대해서는 소수의견도 반대견해를 제시하고 있지 않다. 견해가 나뉘는 지점은 가. 부분이다.

다수의견의 가. 부분은 다시 (1) 항소심의 구조와 양형재량 및 (2) 양형판단의 실시방법으로 구성된다. 먼저, 다수의견은 “항소심은 제1심에 대한 사후심적 성격이 가미된 속심으로서 제1심과 구별되는 고유의 양형재량을 가지고 있다”고 실시하면서, “항소심이 그 자신의 양형판단과 일치하지 아니한다고 하여 양형부당을 이유로 제1심판결을 파기하는 것이 …… 바람직하지 아니한 점이 있다고 하더라도 이를 두고 양형심리 및 양형판단 방법이 위법하다고까지 할 수는 없다”고 판단한다.

다음으로, 다수의견은 양형판단의 실시방법에 대해 “[전략] 양형의 조건이 되는 사유에 관하여 일일이 명시하지 아니하여도 위법하다고 할 수 없다”는 입장을 취하고 있다. 요컨대 다수의견은 (가) 항소심은 사후심적 성격이 가미된 속심이며, (나) 속심으로서의 항소심은 고유의 양형재량을 가지고 있으며, (다) 항소심의 양형판단에 양형사유를 일일이 명시할 필요가 없다는 세 가지로 요약할 수 있다.

이에 대해 소수의견의 골자만을 요약한다면, (ㄱ) 항소심의 양형재량에도 한계가 있으며, (ㄴ) 재량을 벗어난 양형판단은 위법한 것이며, (ㄷ) 양형부당으로 제1심판결을 파기할 때에는 양형사유를 명시하여야 한다는 것으로 정리할 수 있다.

다수의견과 소수의견을 비교해 볼 때 항소심은 사후심적 성격이 가미된 속심이라는 점에는 견해가 일치하고 있는 것으로 보인다. 다만 항소심의 양형재량을 얼마나 폭넓게 인정할 것인지, 양형부당을 이유로 제1심판결을 파기할 때 어느 정도 자세히 이유를 기재할 것인지에 대해 견해가 나뉘고 있다고 생각된다.

다수의견과 소수의견의 대립을 보면 대법원이 처한 일종의 딜레마적 상황이 감지된다. 특히 다수의견의 판시내용 가운데 “제1심의 형량이 재량의 합리적인 범위 내에 속함에도 항소심의 견해와 다소 다르다는 이유만으로 제1심판결을 파기하여 제1심과 별로 차이 없는 형을 선고하는 것은 자제함이 바람직하다.”고 적고 있는 대목이 이를 잘 드러내고 있다.

항소심이 양형부당을 이유로 제1심판결을 함부로 파기하는 사태는 결코 바람직하지 못하다. 그러한 사태를 방지하려면 항소심의 자의적인 양형부당 판단을 ‘위법’한 것으로 보아 법률심인 상고심이 이를 바로잡아야 한다. 그런데 이렇게 할 경우 가뜩이나 과중한 업무량에 허덕이고 있는 대법원에 “원심의 양형판단은 위법하다”라는 주장을 내세운 상고사건이 급증하게 될 것이다. 이러한 사태를 방지하자면 본 평석대상 판결에서 보는 바와 같이 제1심판결의 양형(10개월 징역)에 거의 5배가 되는 항소심의 양형판단(48개월 징역)에 대해서도 대법원은 항소심의 고유

한 양형재량 내에 속하는 것이라고 보아 이를 감내할 수밖에 없다.

필자가 보기에 평석대상 판결에서 가장 핵심적인 대목은 “항소심은 제1심에 대한 사후심적 성격이 가미된 속심으로서 제1심과 구별되는 고유의 양형재량을 가지고 있다”는 부분이다. 그런데 만일 ‘항소심은 제1심에 대한 사후심적 성격이 가미된 속심’이 아니라고 본다면 이후에 나오는 ‘[항소심은] 제1심과 구별되는 고유의 양형재량을 가지고 있다’는 명제는 성립할 수 없게 된다. 소수의견은 재량행위론에 입각하여 양형재량의 한계를 지적하고 있으나 항소심의 구조 자체에 대해서는 별다른 문제를 제기하고 있지 않다.

과연 항소심은 제1심에 대해 사후심적 성격이 가미된 속심인가? 이 문제를 검토하려면 현행 형사소송법상의 항소심 구조가 어떠한 경위로 결정되었는지를 연혁적으로 점검할 필요가 있다. 항소심의 구조는 상고심을 포함한 상소제도 전반과 관련하여 검토할 필요가 있다. 아래에서는 장을 바꾸어서 우리나라 상소제도의 변천과정을 살펴보기로 한다.^{4) 5)}

II. 상소제도의 변천과정

1. 미군정 하의 상소제도

주지하는 바와 같이 1945년 8월 해방 이후 3년간 미군정이 실시되었다. 점령 초기 미군정 당국은 악법으로 지목된 법령들을 폐지하였다. 형사법령과 관련하여 폐지된 것들을 보면, 정치범처벌법, 예비검속법, 치안유지법 등 여러 가지가 있다. 논의의 주제인 항소심의 구조와 관련하여 주목되는 것에 ‘경찰의 사법권’을 폐지한다는 항목이 있다.⁶⁾ 여기에서 경찰에게 사법권을 부여한 법령은 일제의 범죄즉

4) 1954년 제정형사소송법과 1961년 개정형사소송법은 제1심판결에 대한 상소를 공소(控訴)라고 지칭하였다. 1963년 형사소송법 개정시에 공소(控訴)는 공소(公訴)와의 혼동을 피하기 위하여 항소(抗訴)로 개칭되었다. 본고에서는 서술의 편의를 위하여 항소라는 표현으로 통일하여 사용한다. 같은 맥락에서 정리해야 할 것으로 대법관과 대법원판사의 용어가 있다. 1959년 법원조직법 개정시에 대법관 이외에 대법원에서 재판하는 판사라는 의미의 대법원판사 제도가 도입되었다(동법 제5조 참조). 1959년부터 1961년 개정시 까지의 대법원판사를 제외하면 본고에서 대법관과 대법원판사는 같은 의미를 갖는다.

5) 아래의 법령제목 및 조문내용은 이해를 돕기 위하여 필요할 경우 띄어쓰기를 하고 현대 맞춤법에 따라 고쳐 적었다.

6) 1945. 10. 9. 미군정법령 제11호 日政法規一部改正廢棄의件 제1조 (사)항 참조.

결례를 가리킨다.

이후 미군정당국은 그간 폐지된 법령을 제외하고 1945년 8월 9일 현재 시행 중인 구법령의 효력을 유지하기로 하였다.⁷⁾ 그 결과 조선총독부재판소령 및 조선형사령, 그리고 조선형사령에 의하여 의용된 일본의 형사소송법(소위 대정형사소송법)이 계속 효력을 가지게 되었다.

일제의 법원조직은 지방법원(지원 포함), 복심법원, 조선고등법원의 계층구조를 이루고 있었다. 해방 당시의 형사 심급제도는 조선총독부재판소령전시특례에 의하여 제1심과 상고심의 2심제로 운영되고 있었다. 제1심 판결에 대한 항소는 불허되었다(동례 제3조 참조). 단독판사의 제1심 판결에 대한 상고사건은 복심법원이 담당하였다(동례 제4조 제1항). 제1심 합의부 관할사건은 사형 또는 무기의 징역이나 금고에 해당하는 사건으로 제한되었고, 그에 대한 상고사건만 조선고등법원이 담당하였다.⁸⁾

미군정 말기에 이르러 종전의 3심제 심급제도가 부활하였다(조선총독부재판소령 제3조 참조).⁹⁾ 그러나 종래와 같은 대륙식 상소제도로 전면 회귀한 것은 아니었다.¹⁰⁾ 미군정당국은 3심제를 부활하면서 대법원을 미국식의 정책형 법원으로 자리매김 하였다.

미국식 상소제도의 표현은 사실오인과 양형부당을 상고이유로 인정하였던 의용형사소송법 제412조 및 제414조를 삭제하는 형태로 나타났다(미군정법령 제181호 제4조 나항). 또한 상고법원의 법률심으로서의 위상을 강화하기 위하여 무변론 상고기각의 범위가 확장되었다. 의용형사소송법 제442조는 현저한 양형부당(제412조), 재심사유(제413조), 중대한 사실오인(제414조)의 사유가 주장된 경우에 요건이 충족되지 않을 때에만 무변론 상고기각을 허용하고 있었다. 그러나 미군정법령 제181호는 무변론 상고기각을 상고의 모든 경우로 확장하였다(동법령 제4조 바항).^{11) 12)}

7) 1945. 11. 2. 미군정법령 제21호 法律[·]諸命令의 存續 제1조 참조.

8) 玉名友彦, 朝鮮刑事令釋義, 附錄 朝鮮戰時特別令刑事關係法規解說(1944), 204頁 참조.

9) 1948. 4. 1. 미군정법령 제181호 戰時特例에 관한 法令의 廢止 및 關係法令의 改正 제1조 참조.

10) 법원의 명칭은 이후 몇 번 바뀌었으나 미군정 말기에 이르러 지방법원, 고등법원, 대법원으로 정리되었다.

11) 1922년 大正형사소송법

제412조 형의 양정이 심히 부당하다고 사료할 현저한 사유가 있는 때에는 이를 상고의 이유로 할 수 있다.

제414조 중대한 사실의 오인이 있음을 의심하기에 족한 현저한 사유가 있는 때에는

군정이 끝나갈 무렵 미군정당국은 지금까지의 대륙식 사법조직에 중대한 변혁을 가하였다. 그 내용은 법원조직법¹³⁾과 검찰청법¹⁴⁾을 각각 제정하여 조직상으로 법원과 검찰을 분리하는 것이었다.¹⁵⁾ 그 결과 종래의 사법행정 가운데 법원과 관련된 사항은 법원행정으로 대법원에(미군정 법원조직법 제1조 참조), 검찰과 행정 등 행정부와 관련된 사항은 법무행정으로 법무부에 각각 귀속하게 되었다.¹⁶⁾

미국식 상소제도는 심급제도에도 그 모습을 나타냈다.¹⁷⁾ 상소제도는 (가) 지방 법원 합의부 → 고등법원 → 대법원(미군정 법원조직법 제17조, 제26조), (나) 지방 법원 단독판사 → 지방법원 합의부 → 고등법원(동법 제26조, 제31조), (다) 간이 법원 → 지방법원 합의부 → 고등법원(동법 제26조, 제31조)의 세 가지 심급구조로 재편성되었다.¹⁸⁾ 대법관의 수는 11인 이하로 제한되었다(동법 제11조). 경미하거나

이를 상고의 이유로 할 수 있다.

제442조 상고재판소는 제412조 내지 제414조에 규정한 사유가 없음이 명백하다고 인정하는 때에는 그 점에 대해 변론을 듣지 않고 판결할 수 있다.

- 12) 1948. 4. 1. 미군정법령 제181호 戰時特例에 關한 法令의 廢止 및[及] 關係法令의 改正
제4조 조선전시형사특별령의 폐지 및[及] 조선형사령의 개정

가, 1944년 2월 15일부 제령 제4호(조선전시형사특별령)는 이[此]를 폐지함. (단서 생략)

나, 형사소송법 제412조 및 제414조는 이[此]를 폐제(廢除)함. 단, 본령 시행 당시 상고에 계속(繫屬)하고 있는 사건에 대하여는 종전의 규정에 의함.

다, ~마, (생략)

바, 형사소송법 제442조를 다음[左]와 같이[如히] 개정함.

상고법원이 상고취의서 기타 서류에 의하여 상고이유 없[음]이 명백하다고 인[정]하는 경우에는 변론을 거치지[經치] 않고 판결로서 상고를 기각할 수 있다[기각함을 득함].

1922년 大正형사소송법

제442조 상고재판소는 제412조 내지 제414조에 규정한 사유가 없음이 명백하다고 인정하는 때에는 그 점에 대해 변론을 듣지 않고 판결을 할 수 있다.

- 13) 1948. 5. 4. 미군정법령 제192호 法院組織法.

- 14) 1948. 8. 2. 미군정법령 제213호 檢察廳法.

- 15) 조선총독부재판소령에 따르면 검찰은 법원에 병치되어 있었고(동령 제9조 제1항 제1문), 조선총독부재판소는 조선총독에 직속되어 있었다(동령 제1조). 당시 사법(司法)은 법원과 검찰을 아우르는 표현으로 사용되었다.

- 16) 미군정 당시의 사법조직 개편에 대해서는, 문준영, 법원과 검찰의 탄생(2010), 610면 이하 참조.

- 17) 삼심제 부활과 관련된 미군정하의 심급제도 개편에 대해서는, 문준영, 법원과 검찰의 탄생, 725면 이하 참조.

- 18) 간이법원은 치안관제도의 연장으로 영장제도의 확립과도 관련이 있다. 수사기관 가까운 곳에 법원을 설치하여 판사로 하여금 신속하게 영장을 발부하게 하려는 것이 설립 취지의 하나였던 것이다. 1947년 미국 사법제도 시찰보고서는 “1~2군[郡]에 1곳의 치안재판소[를] 설치하고, 경미한 민형사사건의 신속처리와 지방검찰관의 청구가 있는

중간급의 사건에 대해서는 고등법원이 상고심으로서 최종심을 담당하였다. 대법원을 ‘법령의 해석·적용을 통일·확립하는’(동법 제17조 참조) 정책형 법원으로 기능하게 하려는 것이 미군정 당국의 구상이었다. 그러나 미군정이 끝나기 직전에 개편된 상소제도는 오래 가지 않았다.

2. 대한민국의 출범과 상소제도의 편성

(1) 기존 법령체계의 유지

3년간의 미군정이 끝나고 1948년 8월 신생 대한민국이 출범하였다. 제헌헌법은 “헌행법령은 이 헌법에 저촉되지 아니하는 한 효력을 가진다”고 규정하여 기존 법령체계를 유지하였다(제헌헌법 부칙 제100조). 그 결과 조선형사령에 의하여 의용된 일본의 대정형사소송법은 미군정법령에 의하여 폐지된 부분을 제외하고 계속 효력을 유지하게 되었다.

대한민국 출범 1년 후 제헌국회에 의하여 법원조직법¹⁹⁾과 검찰청법²⁰⁾이 제정되었고 이를 통해 사법조직이 새롭게 구성되었다. 법원과 검찰은 미군정의 영향을 받아 조직상 분리되었다. 그러나 상소제도는 지방법원(단독판사, 합의부 포함) → 고등법원 → 대법원이라는 종래의 대륙식 심급구조를 취하였다(1948년 법원조직법 제17조, 제25조). 간이법원은 설치되지 않았다. 대법관 수는 9명 이하로 제한되었다(동법 제5조 제2항).²¹⁾ 모든 상고사건을 대법원에 집중시키면서 대법관의 수를 제한한 것은 이후 상고심의 사건적체를 낳게 하는 요인이 되었다.

앞에서 언급한 것처럼 일본의 대정형사소송법 조문들은 대부분이 1954년 형사소송법이 제정될 때까지 계속 의용되었다. 1949년 일본에서 폐지된 대정형사소송법이 한국에서는 그대로 효력을 발휘하고 있었던 것이다. 의용형사소송법은 대륙식 형사절차에 기초한 것으로서 수사절차상 검사의 사법경찰관리에 대한 지휘·감독, 피고인신문 후의 증거조사, 항소심의 복심(覆審)구조, 상고심에서의 사실오인 및 양형부당 사유 허용 등을 특징으로 하고 있었다.

경우에 구류장을 발행하는 직무를 담당시킬 것”이라는 내용을 담고 있었다. 문준영, **법원과 검찰의 탄생**, 685면 재인용.

19) 1949. 9. 26. 법률 제51호 법원조직법.

20) 1949. 12. 20. 법률 제81호 검찰청법.

21) 대법관의 수를 9명으로 제한한 것은 조선고등법원의 판사가 8명이었던 것과 무관하지 않다고 생각된다.

(2) 법전편찬위원회의 형사소송법안 성안

법원조직법과 검찰청법이 제정된 이후 형사소송법 제정을 위한 입법작업이 진행되었다. 당시 주목되었던 입법례는 1948년에 제정되고 1949년부터 시행된 전후 일본의 새로운 형사소송법이었다. 예컨대 일본의 신형사소송법이 도입한 당사자주의나 공소장일본주의는 한국의 입법 관여자들도 잘 알고 있었다. 그러나 새로운 제도의 도입보다는 기존의 사법질서를 유지하는 데에 중점을 두어야 한다는 것이 당시 입법 관여자들의 판단이었다.²²⁾ 이에 따라 기존의 의용형사소송법을 입법의 토대로 삼되 그동안 악법으로 인식되어 왔던 예심제도를 폐지하고 미군정 당시에 도입된 인신보호장치를 추가하는 선에서 형사소송법안을 마련한다는 기본방침이 법전편찬위원회에서 결정되었다.²³⁾

기존의 형사재판제도를 유지한다는 기본방침 아래 상소제도도 의용형사소송법의 그것을 그대로 유지하기로 하였다. 항소심은 복심(覆審)으로 규정되었다.²⁴⁾ 미군정 당국에 의하여 삭제되었던 사실오인 및 양형부당의 상고이유는 상고권을 충실하게 보장한다는 의미에서 부활되었다.²⁵⁾ 한편 미군정 하에서와 마찬가지로 전면적인 무변론 상고기각 규정이 마련되었다.²⁶⁾

(3) 제2대 국회와 형사소송법의 제정

정부가 제출한 형사소송법안은 무소속 의원이 3분의 2 이상의 의석을 차지한 제2대 국회에서 심의되었다. 1952년 이승만 정권은 사실상의 정변에 준하는 부산 정치파동을 통하여 대통령 간선제를 직선제로 바꾸는 헌법개정에 성공하였고,

22) 신동운, “제정형사소송법의 성립경위”, **형사법연구**, 제22호(2004 겨울), 161면 이하 참조.

23) 신동운, “제정형사소송법의 성립경위”, **형사법연구**, 제22호, 209면 이하 참조.

24) **1954년 제정형사소송법**

제364조 ① 전2조[控訴棄却, 公訴棄却]의 경우 외에는 공소(控訴)법원은 피고사건에 대하여 다시 심판하여야 한다.

② 공소(控訴) 이유 없다고 인정한 때에는 판결로써 공소를 기각하여야 한다.

③ 공소(控訴) 이유 있다고 인정한 때에는 원심판결을 파기하고 다시 판결을 하여야 한다.

25) **1954년 제정형사소송법**

제383조(상고이유) 다음 이유가 있을 경우에는 원심판결에 대한 상고이유로 할 수 있다.

1. ~ 14. ([법령위반, 재심사유] 생략)

15. 중대한 사실의 오인이 있어 판결에 영향을 미칠 때

16. 형의 양정이 심히 부당하다고 인정할 현저한 사유가 있는 때

26) **1954년 제정형사소송법**

제390조 상고이유가 없는 것이 명백할 때에는 변론 없이 판결로써 상고를 기각할 수 있다.

같은 해에 실시된 대통령선거를 통해 정권을 유지하였다. 1954년의 국회의원 총선거를 앞둔 상황에서 야당의원들은 관권개입에 의한 선거부정을 크게 우려하였고, 이에 대비하여 검사의 불기소처분에 대한 재정신청제도를 도입하는 등 정부의 형사소송법안에 대해 대폭적인 수정안을 마련하였다.²⁷⁾

국회의 수정안은 수사기관의 권한남용이나 인신구속제도의 악용에 대처하는 데에 주안점을 둔 것이었다. 그러나 항소심의 구조나 상고심의 위상에 대해서는 별다른 수정이 없었다. 정부안에 국회 수정안을 반영한 형사소송법안이 국회 본회의를 통과하였으나 이승만 대통령은 거부권을 행사하였고, 국회는 재의결을 통해 형사소송법안을 법률로 확정시켰다.²⁸⁾ 야당의원에 의하여 핵심내용이 결정된 제정 형사소송법은 1954년 9월 마침내 공포되었다.

3. 5·16 군사쿠데타와 상소제도의 개편

(1) 사건적체의 원인

이승만 정권은 1960년 학생들이 주도한 4·19혁명을 계기로 붕괴되었다. 그러나 이후의 무질서한 사회상황을 배경으로 1961년 5월 16일 박정희 소장을 중심으로 한 군인들이 쿠데타를 일으켜 정권을 장악하였다. 군인들에 의하여 구성된 국가재건최고회의는 사회 각 방면의 개혁을 시도하였는데, 사법 분야에서는 사건의 적체가 가장 심각한 문제로 지목되었다.

여기에서 당시 상소제도와 관련한 사건적체의 원인에 대해 간단히 분석해 보기로 한다. 일제 강점기 시절 전체 형사사건은 극히 적은 수의 법조인력으로도 처리가 가능하였다. 그 가장 큰 이유는 범죄즉결례이었다. 범죄즉결례는 일본에서의 위경죄즉결례(違警罪即決例)에 준하는 법령으로서 일정한 범법행위에 대해 경찰이 수사하고 기소, 형의 선고, 형의 집행을 전담하여 ‘즉결’로 처리하도록 하는 법적 근거를 제공하였다.

일본의 경우와 달리 범죄즉결례는 즉결의 범위를 위경죄(違警罪)에 한정하지 않고²⁹⁾ 3월 이하의 징역(선고형)에 처할 형사사건에까지 확장하였다.³⁰⁾ 범죄즉결례에 의

27) 신동운, “제정형사소송법의 성립경위”, **형사법연구**, 제22호, 171면 이하 참조.

28) 신동운, “제정형사소송법의 성립경위”, **형사법연구**, 제22호, 193면 이하 참조.

29) 1947년 폐지되기 전까지의 일본의 위경죄(違警罪)는 당시 일본 형법상 구류, 과료에 해당하는 죄 및 경찰범처벌령이 규정한 죄를 총칭한다.

하면 경미 범죄사건의 대부분은 형의 집행까지 종결되므로 이들 사건이 상소심에 유입되는 경우는 거의 없었다. 그러므로 조선총독부가 설치한 조선고등법원은 8명의 판사로도 충분히 운영할 수 있었다.³¹⁾

미군정은 범죄즉결례가 법관의 판단 없이 경찰이 형벌을 부과할 수 있게 하는 법령으로서 악법이라고 판단하였고, 상술한 바와 같이 군정 초기 범죄즉결례를 폐지하였다.³²⁾ 그리하여 경미 범죄사건도 상소제도의 적용대상에 포함되게 되었다. 이러한 상황변화는 이후 상소사건의 폭증과 적체라는 문제상황을 야기하였다.

상소사건이 폭증하게 된 계기의 다른 하나는 9명의 대법관이 전국의 모든 상고사건을 다루는 상황에서 상고이유에 제한이 없다는 점이었다.³³⁾ 앞에서 언급한 것처럼 미군정 당국에 의하여 삭제되었던 사실오인 및 양형부당의 상고이유는 부당한 상고제한으로 인식되었고, 제정형사소송법은 이를 다시 허용하였다.³⁴⁾

(2) 1961년 상소제도 개편의 내용

1961년 9월 국가재건최고회의는 법원조직법 및 형사소송법에 대해 대폭적인 개

30) 1912년 범죄즉결례

제1조 경찰서장 또는 그의 직무를 취급하는 자는 그 관할구역 내에 있어서의 다음의 범죄를 즉결할 수 있다.

1. 구류 또는 과료의 형에 해당하는 죄
2. 3월 이하의 징역 또는 1백엔(圓) 이하의 벌금 혹은 과료의 형에 처할 도박죄 및 구류 또는 과료의 형에 처할 형법 제208조[폭행]의 죄
3. 3월 이하의 징역, 금고 혹은 구류 또는 1백엔(圓) 이하의 벌금 혹은 과료의 형에 처할 행정법규위반의 죄

31) 법원행정처 편, **한국법관사(1976)**, 60면 이하 참조.

32) 이후 판사가 간이한 절차로 형을 선고하는 절차를 규정한 즉결심판절차법이 1957년에 제정되었다. 그러나 적용대상은 소액의 벌금이나 구류 또는 과료에 처할 사건으로 한정되었다. 법원행정처, **법원사(1995)**, 365면 이하 참조.

33) 사건의 적체를 해결하기 위하여 1959년 1월 법원조직법 개정을 통해 대법원판사 제도가 도입되었다. 기존의 대법관 이외에 경력 있는 법관을 대법원판사로 임용하여 대법관과 함께 부를 구성함으로써 상고사건의 폭증에 대처하려는 것이었다. 이후 대법관과 대법원판사의 이원적 체제는 1961년 6월의 법원조직법 개정을 통하여 폐지되었다. 폐지의 요인에 대해서는, 신동운, **상소제도의 개편에 따른 문제점과 개선방안**, 한국형사정책연구원(2006), 100면 이하 참조.

34) 1954년 제정형사소송법

제383조 다음 이유가 있을 경우에는 원심판결에 대한 상고이유로 할 수 있다.

1. ~ 14. (생략)
15. 중대한 사실의 오인이 있어 판결에 영향을 미칠 때
16. 형의 양정이 심히 부당하다고 인정할 현저한 사유가 있는 때

정을 단행하였다.³⁵⁾ 개혁의 골자는 일본의 전후 형사소송법을 모델로 삼아 제1심을 강화하고 이를 통해 상소심의 부담을 축소하는 것이었다. 당시의 개혁구상은 1961년 11월에 발표되었던 글의 다음 인용 부분에 압축적으로 나타나고 있다.³⁶⁾

[1954년 제정형사소송법의] 3심제도 하에서는 당사자의 구체적 구제의 기능은 충분히 발휘되었지만 사건의 신속처리라는 면에서는 불합리한 점이 많았다. 그래서 이번 형소법 개정의 목표는 먼저 제1심의 구조를 교호신문제도의 채용, 전문증거의 배척 등으로 철저한 변론주의[,] 구두주의를 취하여 다소 시간이 걸려도 철저한 심리를 제1심에 집중시키고 상소는 다만 제1심의 판결의 오류 유무를 사후적으로 심사만 시킴으로서 상소심의 부담을 적게 하여 사건의 신속한 처리를 기도하였다. 그래서 개정된 형사상소제도는 이중사후심적 구조로 개혁한 것이다.

제1심 공판절차를 충실화하기 위하여 1961년 개정형사소송법은 당사자주의를 강화하였고,³⁷⁾ 이를 위해 교호신문제도(1961년 형소법 제161조의2), 전문법칙(동법 제310조의2), 탄핵증거(동법 제318조의2) 등의 장치를 도입하였다. 이 규정들은 현재에도 유지되고 있다.

상소제도는 (가) 지방법원 합의부 → 고등법원 → 대법원(1961년 법원조직법 제17조, 제25조), (나) 지방법원 단독판사 → 지방법원 합의부 → 고등법원(동법 제25조, 제29조 제2항)의 이원적 심급제도로 개편되었다. 이것은 대법원을 법령해석의 통일을 담당하는 정책형 법원으로 자리매김하려는 개혁구상의 표현이었다. 대법원판사는 대법원장을 포함하여 9명으로 한정되었다.³⁸⁾

상고이유는 헌법위반과 대법원판례위반으로 제한되었고, 사실오인 및 양형부당의 사유는 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에 대해 엄격한 제한 아래에서만 허용되었다(1961년 형소법 제383조).³⁹⁾ 법률심인 상고심에

35) 당시의 개혁 내용에 대해서는 신동운, **상소제도의 개편에 따른 문제점과 개선방안**, 102면 이하 참조.

36) 김종수, “상소제도의 개혁”, **법정**, 제16권 제11호(1961. 11), 34면.

37) 이때 당사자주의를 강화한다는 명분 아래 재판장의 피고인신문의무(제정형소법 제287조 제1항)가 삭제되었고, 피고인신문의 순서는 검사, 변호인, 재판부의 순으로 변경되었다(1961년 개정형소법 제287조 제1항, 제2항). 그러나 대립당사자인 검사가 피고인을 직접 신문한다는 것은 당사자주의와 부합한다고 할 수 없다. 피고인신문 순서의 변경은 법원의 업무를 덜어주기 위한 방책의 일환이었다고 생각된다.

38) 여러 번의 법원조직법 개정과정에서 대법관 명칭은 대법원판사로 바뀌었다가 대법관으로 환원되었다.

대해 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에 한해 중대한 사실오인과 현저한 양형부당을 상고이유로 인정한 것은 피고인의 구제를 위한 것이었다.

대법원에서의 상고가 대폭 제한되면서 종래 대법원이 담당하였던 권리구제형 법원의 역할을 항소심이 맡게 되었다. 그와 함께 제정형사소송법에는 없던 항소이유제도가 새로이 도입되었다. 항소이유는 종래의 상고이유를 거의 그대로 옮겨온 것으로서 여러 가지 법령위반의 사유 이외에 사실오인과 양형부당도 항소이유로 허용되었다(동법 제361조의5).⁴⁰⁾ 상고이유의 대부분이 항소이유로 전진배치됨에 따라 상고법원의 무변론 상고기각 권한을 규정하였던 형사소송법 제390조는 상고심의 서면심리주의를 규정하는 조문으로 변모되었다.

항소이유가 규정되면서 항소이유서 제도가 도입되었다. 항소이유서를 제출하지 않으면 원칙적으로 항소기각결정을 하게 하였고(동법 제361조의4), 항소이유가 없음이 명백한 때에는 변론 없이 판결로써 항소를 기각할 수 있도록 하였다(동법 제364조 제4항). 상고심의 무변론 상고기각 판결이 항소심의 무변론 항소기각 판결로 전진배치된 것이다. 항소이유와 항소이유서를 도입한 것은 항소심의 구조를 사후심으로 개편하여 소송경제를 도모하기 위함이었다. 다만 법령위반 가운데 중요한 것과 사실오인 및 양형부당 사유에 대해서는 항소이유에 포함되지 아니한 경우에도 직권으로 심판할 수 있게 하였다(동법 제364조 제2항). 이는 새로운 제도의 안착을 위한 완충장치라고 할 수 있다. 항소심의 판단형태는 소송경제를 도모하기 위하여 파기환송이 아닌 파기자판을 원칙으로 하였다(동법 제364조 제5항).⁴¹⁾

39) 1961년 형사소송법

제383조 다음 사유가 있을 경우에는 원심판결에 대한 상고이유로 할 수 있다.

1. 헌법해석의 착오 기타 헌법위반이 있는 때
2. 대법원의 판례에 상반한 판단을 하여 판결에 영향을 미침이 명백한 법령위반이 있을 때
3. 대법원의 판례가 없는 경우에 고등법원의 상고심판례에 상반한 판단을 하여 판결에 영향을 미침이 명백한 법령위반이 있는 때
4. 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에 있어서 명백한 법령위반이 있거나 중대한 사실의 오인이 있어 판결에 영향을 미친 때 또는 형의 양정이 심히 부당하다고 인정할 현저한 사유가 있는 때

40) 1961년 형사소송법

제361조의5 다음 사유가 있을 경우에는 원심판결에 대한 공소(控訴)이유로 할 수 있다.

- 1.~13. ([법령위반, 재심사유] 생략)
14. 중대한 사실의 오인이 있어 판결에 영향을 미칠 때
15. 형의 양정이 심히 부당하다고 인정할 현저한 이유가 있는 때

항소심의 구조를 복심에서 사후심으로 변경하는 것은 가히 혁명적인 것이었다. 사후심의 특징으로 들 수 있는 것은 항소이유 및 항소이유서이다. 종전의 복심구조에 의하면 피고인이나 검사는 항소장을 제출하는 것으로 족하였다. 복심구조 하에서는 제1심의 결과를 무로 돌리고 새로이 사실심리절차를 진행하며, 항소가 이유 있다고 판단되면 항소심법원은 파기자판을 하게 된다(제정형사소송법 제364조 제3항). 복심형 항소심에서는 처음부터 사실심리를 다시 하게 되므로 검사나 피고인은 새로이 진행되는 항소심의 사실심리절차에서 증거신청과 쟁점주장을 하면 되었다. 변호인의 입장에서는 항소를 하면서 미리 쟁점을 정리하거나 증거조사에 대비할 필요가 없었다. 그런데 새로운 항소이유제도에 따르면 변호인은 미리 쟁점과 주장을 정리하고 제시해야 한다. 항소심의 심리는 항소이유서에 기재된 쟁점만을 중심으로 진행되어야 한다.

(3) 법원과 검찰의 충돌

전후 일본 형사소송법의 항소심을 모델로 한 1961년의 항소심의 개편은 이후 재야 변호사들의 커다란 반발에 부딪치게 되었다. 그런데 제도의 시행 초기에 문제 상황은 뜻밖에도 법원과 검찰의 충돌이라는 형태로 나타났다.⁴²⁾ 법원 측에서는 항소심판결이 파기자판을 원칙으로 한다는 점(1961년 형소법 제364조 제5항)에 주목하여 항소심을 종래와 같이 복심형 방식으로 진행하려고 하였다. 검찰은 항소심이 사후심구조로 개편되었다는 점을 들어서 항소이유를 중심으로 심리를 진행해야 한다고 주장하였다. 이러한 인식 차이를 바탕으로 항소심법원은 검사에게 공소장 낭독을 요구하였고, 검찰 측은 항소이유서를 중심으로 심리를 해야 한다고 맞서면서 법원의 공소장 낭독 요구를 거부하였다.

군부가 절대권력을 장악하고 있는 상황에서 법원과 검찰이 대립하는 모습은 대

41) 1961년 형사소송법

제364조 ① 공소(控訴)법원은 공소(控訴)이유에 포함된 사유에 관하여 심판하여야 한다.

② 공소법원은 제361조의5의 제1호 내지 제6호, 제10호와 제13호 내지 제15호의 사유에 관하여는 공소이유서에 포함되지 아니한 경우에도 직권으로 심판할 수 있다.

③ 공소이유 없다고 인정한 때에는 판결로써 공소(控訴)를 기각하여야 한다.

④ 공소이유가 없음이 명백한 때에는 공소장, 공소이유서 기타의 소송기록에 의하여 변론 없이 판결로써 공소를 기각할 수 있다.

⑤ 공소이유 있다고 인정한 때에는 원심판결을 파기하고 다시 판결을 하여야 한다.

42) 이와 관련된 이하의 논의상황은, 신동운, **상소제도의 개편에 따른 문제점과 개선방안**, 110면 이하 참조.

단히 이례적인 것이었다. 군부의 사실상 개입과 조정에 의하여 법원과 검찰 사이에는 다음과 같은 타협점이 마련되었다. (가) 항소재판부에서는 사후심으로 볼 수 있는 조항을 살려 서류심사 끝에 항소기각할 수 있는 것은 항소기각한다. (나) 항소이유가 있다고 인정되어 변론공판을 개정하였을 때 사실심리의 범위는 재판부에서 정한다. (다) 항소심에서도 검찰 측에서 증거를 제시한다. (라) 피고인이 항소하였는가 검사가 항소하였는가를 가리지 않고 피고인신문방식으로 검사가 피고인을 신문한다.

(4) 1963년 민정이양과 상소제도의 개편

2년간 군정이 실시된 후 정권은 1963년 말 민정으로 이양되었다. 그와 함께 법원 조직법과 형사소송법이 다시 개정되었다.⁴³⁾ 1963년 개정시에 입법자는 상소제도 전반에 걸쳐서 재차 조정을 가하였다. 상소제도는 (가) 지방법원 합의부 → 고등법원 → 대법원(1963년 법원조직법 제17조, 제25조), (나) 지방법원 단독판사 → 지방법원 합의부 → 대법원(동법 제17조, 제29조 제2항)의 이원적 형태로 재조정되었다.

상고법원은 대법원으로 단일화되었고, 고등법원 상고부는 폐지되었다. 절대적 상고이유는 삭제되었고, 상고이유는 ‘판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령·규칙 위반’으로 상대화되었다. 사실오인과 양형부당의 상고이유는 종전과 같이 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에 한하여 허용되었다.⁴⁴⁾ 상고심의 무변론 상고기각을 규정하였던 조문(제정형소법 제390조)은 부활되지 않았다. 대법원의 구성은 대법원장과 12명의 대법판사로 구성되었다(동법 제5조 제2항). 모든 상고사건이 다시 대법원으로 집중됨에 따라 대법원판사를 약간 증원한 것이다.

1963년 개정형사소송법은 항소이유 및 항소이유서 제도를 일단 유지하였다.

43) 1963년 형사소송법 개정시에 종래의 공소(控訴)가 항소(抗訴)라는 용어로 대체되었다.

44) **1963년 형사소송법**

제383조 다음 사유가 있을 경우에는 원심판결에 대한 상고이유로 할 수 있다.

1. 판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있을 때
2. 판결 후 형의 폐지나 변경 또는 사면이 있는 때
3. 재심청구의 사유가 있는 때
4. 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에 있어서 중대한 사실의 오인이 있어 판결에 영향을 미친 때 또는 형의 양정이 심히 부당하다고 인정할 현저한 사유가 있는 때

항소이유는 종전에 비하여 일부 축소되었다. 그러나 사실오인과 양형부당은 부가적인 제한 없이 항소이유로 인정되었다(동법 제361조의5 참조).⁴⁵⁾

사실오인과 양형부당이 제한 없이 허용된다면 자칫 항소심이 복심(覆審)형태로 운용될 여지가 있다. 이것은 업무량의 증가를 의미하며, 실무계에 커다란 부담이 된다. 이러한 상황에서 입법자는 제1심의 심리결과를 최대한 활용하기로 하고, “제1심 법원에서 증거로 할 수 있었던 증거는 항소심에서도 증거로 할 수 있다”는 규정을 신설하였다(형소법 제364조 제3항).⁴⁶⁾ 동일한 규정은 사후심을 원칙으로 하고 있는 일본 형사소송법에서도 발견할 수 있다.⁴⁷⁾ 그런데 1954년 제정형사소송법 이래 항소심이 파기자판의 원칙(형소법 제364조 제5항)을 취함에 따라 신설 조문은 항소심을 속심형 구조로 해석할 수 있는 계기를 제공하였다.

1963년의 입법자들은 항소이유서제도를 그대로 유지하였다. 항소이유서는 항소이유를 중심으로 심리를 진행하게 하는 장치로서 항소심의 사후심적 구조를 나타내는 핵심적 표지이다. 항소심에 속심적 성격을 부여하면서 항소이유서 제도를 유지한 관계로 이후 항소심의 구조를 둘러싸고 복잡한 논의가 전개되었다. 형사소송법의 조문체계가 항소심을 사후심 또는 속심의 어느 쪽으로도 운용할 수 있는 형태를 취하고 있기 때문이다.

이후 대법원은 속심을 원칙으로 하고, 사후심적 요소가 가미되어 있다는 선에서 항소심 구조에 관한 논란을 정리하였다.⁴⁸⁾ 1963년에 개편된 상소제도는 이후 대법

45) 1963년 형사소송법

제361조의5 다음 사유가 있을 경우에는 원심판결에 대한 항소(抗訴)이유로 할 수 있다.

- 1.~13. ([법령위반, 재심사유] 생략)
14. 사실의 오인이 있어 판결에 영향을 미칠 때
15. 형의 양정이 부당하다고 인정할 사유가 있는 때

46) 1963년 형사소송법

제364조 ① 항소(抗訴)법원은 항소이유에 포함된 사유에 관하여 심판하여야 한다.

- ② 항소법원은 판결에 영향을 미친 사유에 관하여는 항소이유서에 포함되지 아니한 경우에도 직권으로 심판할 수 있다.
- ③ 제1심법원에서 증거로 할 수 있었던 증거는 항소법원에서도 증거로 할 수 있다.
- ④ 항소이유 없다고 인정한 때에는 판결로써 항소를 기각하여야 한다.
- ⑤ 항소이유 없음이 명백한 때에는 항소장, 항소이유서 기타의 소송기록에 의하여 변론 없이 판결로써 항소를 기각할 수 있다.
- ⑥ 항소이유 있다고 인정할 때에는 원심판결을 파기하고 다시 판결을 하여야 한다.

47) 1948년 일본 형사소송법

제394조 제1심에 있어서 증거로 할 수 있었던 증거는 항소심에 있어서도 이를 증거로 할 수 있다.

48) 대법원 1983. 4. 26. 선고 82도2829 판결(법원공보 1983, 926). 이 판례에서 대법원은

관이 1, 2명 증원된 것을 제외하고 현재에도 그대로 유지되고 있다. 본 판결에서 대법원의 다수의견이 사후심적 요소가 가미된 속심으로 항소심 구조를 파악하거나 소수의견이 이에 대하여 아무런 반론을 제기하지 않은 것은 1980년대에 나온 대법원판례를 그대로 답습한 것이라고 할 수 있다.

4. 국민참여재판의 실시와 항소심의 구조

(1) 사법개혁위원회의 논의

2004년부터 사법개혁작업이 시작되었다. 그의 구체적인 성과로 국민참여재판제도의 실시와 로스쿨 제도의 도입을 들 수 있다. 국민참여재판제도를 도입하는 과정에서 직업법관 이외에 비법률가가 형사재판에 참여하는 것이 헌법에 위반되는 것이 아닌가 하는 위헌론이 제기되었다. 또한 배심제와 참심제 가운데 어느 형태를 취할 것인가를 놓고 견해가 대립하였다. 이러한 상황에서 사법개혁위원회는 피고인에게 참여재판 신청권을 부여하고 배심원의 평결에 권고적 효력을 부여하는 방법을 통해 일단 위헌 시비를 피하기로 하였고, 나아가 5년간 제도를 시행해 보고 한국형 국민참여재판의 최종형태를 결정하기로 하였다.⁴⁹⁾ 그리하여 국민참여재판은 일종의 시범실시라는 성격을 가지고 실무에 도입되었다.

한편 사법개혁위원회에서는 상소제도 개선에 대한 논의도 있었다. 대법원의 위상과 관련하여 대법원을 정책형 법원으로 할 것인지 권리구제형 법원으로 할 것인지를 놓고 논의가 진행되었다. 논의과정에서 고등법원 상고부안과 대법관 증원안이 대립하였으나 사법개혁위원회는 다수의견으로 고등법원 상고부안을 채택하였다.⁵⁰⁾ 항소심 개편에 대해서는 제1심 재판부의 인적 구성을 강화하여 궁극적으로 항소심이 사후심의 기능을 담당하도록 해야 한다는 정도의 장기적 목표를 제안하는 정도에 그쳤다.⁵¹⁾ 국민참여재판의 실시와 관련된 항소심 개편논의는 없었다.

사법개혁위원회의 고등법원 상고부안은 이후 정부의 법률안으로 성안되어 국회에 제출되었다. 그러나 최종 심의단계에서 대법원 측이 고등법원 상고부안을 받아들일 수 없다는 입장을 취함에 따라 무산되었다.⁵²⁾ 결국 2004년부터 시작된 사법

“항소심의 사실심리나 증거조사 등에 범조문상 하등 제한이 없이 제1심의 공판절차가 준용되는 점([형소법] 제370조)”을 속심 논거의 하나로 제시하고 있다.

49) 사법개혁위원회, **사법개혁을 위한 건의문**(2004. 12. 31), 27면 이하 참조.

50) 사법개혁위원회, **사법개혁을 위한 건의문**, 5면 이하 참조.

51) 사법개혁위원회, **사법개혁을 위한 건의문**, 10면 이하 참조.

개혁의 논의는 상소제도의 개편에까지는 이르지 못하였고, 1963년 이래의 상소제도가 계속 유지되게 되었다.

(2) 국민참여재판의 실시와 형사소송규칙의 개정

국민참여재판이 실시되는 것과 보조를 같이 하여 2007년 형사소송법이 개정되었다. 국민참여재판의 원활한 정착을 위하여 형사소송법의 대폭적인 개정이 있었다. 그럼에도 불구하고 국민참여재판과 관련한 항소심 개편의 논의는 별반 제기되지 않았다. 일단 새로운 재판제도를 시행해 보고 5년간의 시행성과를 분석하여 최종 형태를 결정하자는 것이 초기의 구상이었기 때문이다.

2008년 1월 국민참여재판법과 개정형사소송법이 동시에 발효되었다. 개정형사소송법은 형사항소심의 구조에 대해 조문상 아무런 변화를 담고 있지 않다. 국민참여재판과 관련한 형사항소심의 변화는 형사소송법이 아니라 대법원판례 및 형사소송규칙을 통하여 간접적인 방법으로 이루어졌다.

국민참여재판에는 9인, 7인 또는 5인으로 구성된 배심원단(참여재판법 제13조 참조)과 3인의 직업법관으로 구성된 재판부(동법 제5조 참조)가 등장한다. 배심원의 유무죄에 대한 평결은 재판부에 대해 구속력이 없으며, 권고적 효력만을 가진다(동법 제46조 제5항). 그렇지만 권고적 효력에 그친다고 하더라도 배심원이 참여한 재판은 통상의 직업법관 재판에 비하여 사실심의 심리정도가 대폭 강화되었음은 분명하다. 이러한 변화를 염두에 두고 2007년 10월에 개정된 형사소송규칙은 형사항소심의 사후심적 성격을 다음과 같이 강화하였다.

항소심의 공판기일은 (가) 항소이유 진술 및 답변 진술, (나) 쟁점정리, (다) 증거조사, (라) 피고인신문, (마) 검사 및 피고인 측의 의견진술의 순으로 진행된다(형소규칙 제156조의3 내지 제156조의7). 항소이유를 중심으로 심리를 진행하게 함으로써 항소심의 사후심적 성격을 강화한 것이다.

사후심적 요소의 강화와 관련하여 또 하나 주목되는 것은 증인신문의 제한이다. 재판장은 증거조사절차에 들어가기에 앞서 제1심의 증거관계와 증거조사결과의 요지를 고지하여야 한다(형소규칙 제156조의5 제1항). 제1심판결을 존중하기 위하여 항소심에서의 증인신문은 원칙적으로 제한된다. 예외적으로 증인신문이 허용되

52) 고등법원 상고부안이 무산된 것은 대법관회의의 결의 때문이라고 알려져 있다. 공식적인 자료가 없어서 그 이유를 확인할 수 없으나, 법령해석의 통일성 저해, 4심체로의 변질 등이 반대의 주된 논거가 되지 않았을까 생각된다.

는 경우는 (가) 제1심에서 조사되지 아니한 데에 대하여 고의나 중대한 과실이 없고, 그 신청으로 인하여 소송을 현저하게 지연시키지 아니하는 경우, (나) 제1심에서 증인으로 신문하였으나 새로운 증거의 발견 등으로 항소심에서 다시 신문하는 것이 부득이하다고 인정되는 경우, (다) 그 밖에 항소의 당부에 관한 판단을 위하여 반드시 필요하다고 인정되는 경우이다(동조 제2항).

형사소송규칙이 도입한 증인신문 제한규정은 2006년의 대법원판결⁵³⁾을 입법화한 것이라고 말할 수 있다.⁵⁴⁾ 여기에서 이 판결의 요지 부분을 소개한다.

제1심판결 내용과 제1심에서 적법하게 증거조사를 거친 증거들에 비추어 제1심 증인이 한 진술의 신빙성 유무에 대한 제1심의 판단이 명백하게 잘못되었다고 볼 특별한 사정이 있거나, 제1심의 증거조사 결과와 항소심 변론종결시까지 추가로 이루어진 증거조사 결과를 종합하면 제1심 증인이 한 진술의 신빙성 유무에 대한 제1심의 판단을 그대로 유지하는 것이 현저히 부당하다고 인정되는 예외적인 경우가 아니라면, 항소심으로서 제1심 증인이 한 진술의 신빙성 유무에 대한 제1심의 판단이 항소심의 판단과 다르다는 이유만으로 이에 대한 제1심의 판단을 함부로 뒤집어서는 아니 된다 할 것이다.

특히 공소사실을 뒷받침하는 증거의 경우에는, 증인신문 절차를 진행하면서 진술에 임하는 증인의 모습과 태도를 직접 관찰한 제1심이 증인의 진술에 대하여 그 신빙성을 인정할 수 없다고 판단하였음에도 불구하고, 항소심이 이를 뒤집어 그 진술의 신빙성을 인정할 수 있다고 판단할 수 있으려면, 진술의 신빙성을 배척한 제1심의 판단을 수긍할 수 없는 충분하고도 납득할 만한 현저한 사정이 나타나는 경우이어야 할 것이다.

2006년은 국민참여재판의 실시가 확실시되던 때이다. 대법원은 이러한 시점에서 제1심 공판중심주의와 실질적 직접심리주의의 확립을 꾀하였고, 판례로써 항소심에서의 증인신문을 제한하였던 것이다. 항소심에서 증인신문을 제한하는 것은 곧 항소심의 속심적 성격에 제한을 가하는 것이다.

국민참여재판이 실시된 지 2년 후인 2010년에 대법원은 국민참여재판으로 진행된 제1심과 항소심의 관계에 대해 중요한 기준을 제시하였다.⁵⁵⁾ 2010년의 2009도

53) 대법원 2006. 11. 24. 선고 2006도4994 판결(판례공보 2007, 96).

54) 항소심과 관련한 형사소송규칙의 개정과정에 대해서는 “형사소송규칙·국민의 형사재판 참여에 관한 규칙”, **대법원 규칙 제·개정 자료집**(2007), 336면 이하 참조.

55) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009도14065 판결(판례공보 2010상, 844).

14065 판결에서 대법원은 먼저 제1심과 항소심 사이의 관계에 대해 2006년의 2006도4994 판결의 법리가 그대로 적용된다는 점을 확인하였다. 이를 토대로 대법원은 국민참여재판과 항소심의 관계에 대해 다음과 같이 판시하였다.

한편 배심원이 증인신문 등 사실심리의 전 과정에 함께 참여한 후 증인이 한 진술의 신빙성 등 증거의 취사와 사실의 인정에 관하여 만장일치의 의견으로 내린 무죄의 평결이 재판부의 심증에 부합하여 그대로 채택된 경우라면, 이러한 절차를 거쳐 이루어진 증거의 취사 및 사실의 인정에 관한 제1심의 판단은 [2006도4994 판결]에서 본 실질적 직접심리주의 및 공판중심주의의 취지와 정신에 비추어 항소심에서의 새로운 증거조사를 통해 그에 명백히 반대되는 충분하고도 납득할 만한 현저한 사정이 나타나지 않는 한 한층 더 존중될 필요가 있다.”

2010년의 2009도14065 대법원판결에 대해서는 배심원의 만장일치 무죄평결을 받아들인 제1심법원의 무죄판결의 경우 배심원평결에 대해 사실상의 기속력을 부여한 것이라는 평가가 나오고 있다. 2010년의 대법원판결은 그와 동시에 항소심의 구조에 대해서 새로운 인식을 요구한다. 배심원의 만장일치 무죄평결을 받아들인 제1심판결에 대해 항소심법원은 속심으로서의 역할을 최대한 자제해야 하기 때문이다.

Ⅲ. 대상 판결에 대한 평석

1. 평석의 계기

필자가 본 평석대상이 된 대법원판결에 대하여 관심을 가지게 된 계기는 두 가지이다. 하나는 외국으로부터의 관심 때문이다. 필자는 국민참여재판제도의 도입 및 실시과정에서 사법개혁위원회 위원, 사법제도개혁추진위원회 위원, 국민사법참여위원회 위원장 등 여러 가지 형태로 관여할 수 있는 기회를 가졌다. 이러한 관계로 새로이 시민의 사법참여를 준비하고 있는 외국으로부터 한국의 국민참여재판제도와 항소심의 관계에 대해 발표를 요청받게 되었다.⁵⁶⁾ 그리하여 우리의 항소심

⁵⁶⁾ 대만의 行政院科技部和 成功大學法律系가 2016년 5월 5일~6일에 개최한 <2016年刑事上訴制度國際學術研討會>에서 발표한 “한국의 국민참여재판과 형사항소심의 구조”는 그 하나의 예이다.

에 대한 모습을 되돌아보고 이를 외국의 관찰자들에게 전달할 필요가 있었다.⁵⁷⁾

다른 하나는 최근의 법조비리와 관련한 문제의식이다. 항소심 단계에서의 양형 변론을 위하여 거액의 변호사 수입료가 지급된다는 사실이 세간에 알려졌고 이를 통해 전관예우 등 실무의 적폐가 드러나면서 사법부의 신뢰는 크게 실추되었다. 최근의 모 기업인 사건에서 사건의 발단이 되었던 도박죄는 개별 피해자가 등장하지 않는 사회적 법익에 관한 죄이다. 도박사건은 피해자와의 합의 등을 생각할 수 없어서 양형사유에 특별한 변동이 없는 사건이다. 그런데 항소심은 양형재량에 근거하여 징역 1년(12개월)에서 징역 8월로 제1심 형량의 3분의 1을 깎아주었다.⁵⁸⁾ 본 평석의 대상이 된 사안도 도박죄를 내용으로 하고 있는데, 항소심은 역으로 제1심 형량의 거의 5배에 이르는 징역형을 선고하였다. 이와 같은 상황을 바라보면서 과연 “항소심은 제1심에 대한 사후심적 성격이 가미된 속심으로서 제1심과 구분되는 고유의 양형재량을 가지고 있다”는 대법원의 인식이 적정한 것인지 의문이 가지 않을 수 없다.⁵⁹⁾

우리나라 상소제도의 연혁을 살펴보면 알게 되는 것은 형사소송법상 항소심의 구조를 놓고 사후심과 속심의 어느 형태로도 해석이 가능하다는 점이다. 대법원은 항소심이 파기자판(형소법 제364조 제6항)을 원칙으로 한다는 점에 주목하면서, 항소심은 판결 당시까지 제출된 모든 자료를 토대로 적정한 양형을 하여 제1심의 형의 양정이 부당한지를 가려야 한다는 입장을 취하고 있다. 이러한 태도는 항소심은 파기자판이 원칙이므로 복심형태로 재판을 진행해야 한다고 주장하였던 1961년의 법원 측 입장을 연상시킨다. 제1심법원에서 증거로 할 수 있었던 증거를 항소심이 활용한다는 점만 차이가 있을 뿐 항소심은 사실상의 복심이라는 것이다.

그러나 우리나라 형사실무는 항소심을 사실상의 복심으로 운용할 정도로 한가하

57) 申東雲, “國民參與裁判と刑事抗訴審の構造”, 井田良 外, 新時代の刑事法學－椎橋隆幸先生古稀記念－, 下卷(2016), 717頁 이하 참조.

58) 예컨대, 2016. 7. 4.자 조선일보 “○○○는 전관을 좋아해” 제목의 기사 참조.

59) 대법원은 2008. 1. 31. 2007도8117 판결(판례공보 2008상, 342)에서 검사가 유죄 부분에 대하여 아무런 항소이유를 주장하지 않은 경우 항소심의 직권조사 내지 직권심판 대상으로부터 양형부당이 제외된다고 판단한 바가 있다. 2015. 12. 10. 선고 2015도11696 판결(판례공보 2016상, 163)에서 대법원은 이러한 입장을 더욱 확장하여, 검사가 항소장이나 항소이유서에서 유죄 부분에 대해 양형부당 주장을 하였으나, 그러한 항소이유 주장이 실질적으로 구두변론을 거쳐 심리되지 아니한 경우에도 직권조사 내지 직권심판 대상으로부터 양형부당이 제외된다고 판단하였다. “항소심은 …… 고유의 양형재량을 가지고 있다”고 판단한 평석대상 판결이 위의 재판례들과 조화될 수 있는 것인지 매우 의문스럽다.

지 않다. 대법원의 업무량은 가히 살인적이다. 본안사건만 가지고 보더라도 2014년 기준으로 연간 36,000건에 달한다는 보도가 나오고 있다.⁶⁰⁾ 대법관 1인이 단독판사 형식으로 재판한다고 가정하여 단순 계산을 하더라도 하루에 10건 가까이 판단해야 하는 실정이다. 상황이 여기까지 이르렀다면 ‘이중의 사후심’을 개혁의 구상으로 제시하였던 1961년 상소제도 개편의 지혜를 다시 돌아보지 않을 수 없다. 이중의 사후심이란 제1심 공판절차에서 사실판단 및 양형판단을 철저히 하고, 항소심과 상고심은 법령위반 여부만을 따져본다는 것이다.

2. 국민참여재판의 도입과 항소심의 구조

우리 형사소송법은 항소이유 및 항소이유서제도를 채택하고 있다. 이는 항소이유서에 항소이유로 제시된 쟁점을 중심으로 항소심을 운영하라는 것으로 사후심의 핵심적 표지이다. 2007년 개정된 형사소송규칙은 항소이유서에 나타난 쟁점을 중심으로 항소심을 운용하도록 요구하고 있다. 또한 제1심 공판중심주의와 실질적 직접심리주의를 실현하기 위하여 항소심에서의 증인신문을 원칙적으로 제한하고 있다. 사후심적 요소와 속심적 요소가 팽팽하게 세력균형을 이루고 있던 상황에서 저울추가 사후심 쪽으로 분명하게 기울기 시작한 것이다.

본 대상 판결에서 제시된 대법원의 항소심 구조에 관한 인식은 국민참여재판제도가 도입되기 전의 재판례에 기초하고 있다. 대법원은 국민참여재판제도의 도입을 전후하여 제1심 공판중심주의와 실질적 직접심리주의의 확립을 지속적으로 강조해 왔다. 제1심 심리의 충실화를 통하여 불필요한 상소사건을 줄여보겠다는 것이다. 그러나 평석대상 판결에 따르면 이와 같은 노력은 별반 의미가 없다.

본 대상 판결에 나타난 대법원의 입장에 따르면 항소심은 속심(사실상 복심)으로서 고유한 양형재량을 가지고 있다. 항소심은 사실상 복심의 관점에서 새롭게 심리하는 절차이다. 그러므로 제1심이 판단한 사실관계에 아무런 변화가 없다고 할지라도 항소심 재판부의 양형철화에 따라 항소심은 자유롭게 양형판단을 할 수 있다. 사실판단의 영역에서 제1심 공판중심주의를 취하면서 양형판단의 영역에서는 항소심에 고유한 양형재량이 있다는 대법원의 태도는 전후 모순이 아닐 수 없다.

사실 국외 관찰자의 입장에서 보면 국민참여재판에서 내려진 제1심 판단이 항소심에서 어느 정도 존중될 것인가 하는 점이 관심사이다. 많은 수의 국민들이 형사

60) 대법원 홈페이지에 게시된 2014. 9. 14.자 대법원 보도자료 참조.

재판에 참여하여 시간과 노력을 기울인 결과 얻어진 제1심판결이 항소심에서 존중되지 않는다면 그 제도는 사실상 무의미한 것이다. 이 점에서 볼 때 속심구조를 내세워 항소심에 고유의 양형재량을 인정한 본 판결은 국민참여재판제도를 실질적으로 공동화(空洞化)하는 것이라고 하지 않을 수 없다.

이러한 평가에 대해 본 평석대상 판결은 국민참여재판 사안이 아니라는 반론을 제기할 수 있을 것이다. 지나친 확대해석은 물론 금물이다. 그러나 국민참여재판은 우리나라 형사사법체계가 보유하고 있는 가장 엄격하고 치밀한 재판절차이다. 직업법관에 의하여 이루어지는 통상재판은 국민참여재판의 형식을 완화된 것일 뿐이다. 국민참여재판제도를 지탱하는 제1심 공판중심주의는 통상재판에서도 준수되어야 한다.

3. 필자의 입장

대법원은 본 평석대상 판결에서 “항소심은 제1심에 대한 사후심적 성격이 가미된 속심으로서 제1심과 구분되는 고유의 양형재량을 가지고 있다”는 입장을 취하고 있다. 이는 1980년대에 나온 대법원판례의 형사항소심 구조론을 그대로 유지한 것이다. 그러나 앞서서도 언급한 바와 같이 대법원은 2007년에 개정된 형사소송규칙을 간과하고 있다. 대법원판례는 법률과 형사소송규칙이 허용하는 범위 내에서 형성될 수 있다. 이제 새로운 시각에서 대법원 다수의견의 논지에 대해 반대논지를 구성해 본다.

현행 형사소송법 및 형사소송규칙에 의할 때 항소심은 ‘제1심에 대해 속심적 성격이 가미된 사후심’의 구조를 취하고 있다. 제1심법원은 고유한 양형재량을 가지고 있으며, 항소심은 이를 존중해야 한다. 제1심의 형량이 재량의 합리적인 범위 내에 속함에도 항소심의 견해와 다소 다르다는 이유만으로 제1심판결을 파기하여 새로이 형을 선고하는 것은 단순히 ‘자제함이 바람직한’ 차원의 문제가 아니라 항소심의 구조를 무시한 ‘위법한’ 처사이다. 항소심은 항소심절차에서 속심적 요소가 인정되는 예외적인 상황이 아니라면 제1심의 양형판단을 유지해야 한다. 사실관계의 변화가 있거나 새로운 양형사유가 등장할 때에만 예외적으로 제1심판결을 파기하고 새로운 양형판단을 할 수 있다. 이렇게 할 때 ‘항소심의 고유한 양형재량’을 배양토로 한 전판예우의 폐습을 제거할 수 있다.

필자의 견해에 대해 항소심의 부당한 양형판단(양형부당)이 상고심에서 전면적으로 ‘법령위반’의 상고이유로 변질되어 상고심의 업무부담을 증가시키는 것이 아

닌가 하는 의문이 제기될 수 있다. 그러나 단순한 양형부당은 법령위반으로 되지 않는다. 항소심의 양형판단이 상고이유로 인정될 수 있는 경우란 항소심의 구조를 문란시킬 정도로 항소심의 양형판단이 잘못된 경우이다. 이러한 사정은 상고법원에 제출하는 상고이유서를 통하여 뚜렷하게 지적되고 주장되어야 한다.

상소제도의 운영이라는 거시적 관점에서 볼 때 사실판단 및 양형판단은 제1심 법원에 집중시키고 항소심은 사후심으로서 법률판단에 임하도록 하는 것이 바람직하다. 현재 대법원의 업무부담은 가히 살인적이다. 상황은 1961년 개혁 당시 시도되었던 이종의 사후심적 상소제도를 구축하지 않으면 안 될 정도로 심각하다. 문제상황을 해소하려면 현행 상고사건의 대부분이 항소심에서 해결되도록 상소제도를 획기적으로 개편해야 한다. 상고법원의 도입이 사실상 무망한 상태에서 본 평석의 대상 판결은 지극히 타성적이고 시대착오적인 것이라고 하지 않을 수 없다. 단순히 전관예우 폐습의 제거라는 차원을 넘어서서 법령의 해석·적용을 통일·확립하는 최고법원으로서 대법원의 존립근거를 확보하기 위해서라도 본 판결은 하루 속히 변경되어야 한다.

투고일 2016. 10. 27	심사완료일 2016. 11. 19	계재확정일 2016. 11. 25
------------------	--------------------	--------------------

참고문헌

- 김중수, “상소제도의 개혁”, **법정**, 제16권 제11호(1961 11), 34면 이하.
- 내무부 치안국, **미군정법령집**(1956).
- 문준영, **법원과 검찰의 탄생: 사법의 역사로 읽는 대한민국**, 역사비평사(2010).
- 법원행정처, **법원사**(1995).
- _____, “형사소송규칙·국민의 형사재판 참여에 관한 규칙”, **대법원 규칙 제·개정 자료집**(2007).
- 법원행정처 편, **한국법관사**(1976).
- 사법개혁위원회, **사법개혁을 위한 건의문**(2004. 12. 31).
- 신동운, **상소제도의 개편에 따른 문제점과 개선방안**, 한국형사정책연구원(2006).
- _____, “제정형사소송법의 성립경위”, **형사법연구**, 제22호(2004 겨울), 161면 이하.
- 申東雲, “國民參與裁判と刑事抗訴審の構造”, 井田良 外, **新時代の刑事法學**－椎橋隆幸先生古稀記念 一, 下卷(2016), 717頁 以下.
- 玉名友彦, **朝鮮刑事令釋義**, 附錄 朝鮮戰時特別令刑事關係法規解說(1944).

<Abstract>

Determination of Punishment and the Role of the Second Instance Court in Criminal Cases

— Comments on the Supreme Court en banc Decision 2015Do3260,
Decided July 23, 2015 —

Shin, Dong Woon*

This paper reviews Supreme Court en banc Decision 2015Do3260, decided July 23, 2015, where the punishment on the operator of a gambling website came into question. The defendant was sentenced to 10 months in prison by the first instance court. The defendant and the public prosecutor both lodged an appeal, on the grounds that the amount of punishment sentenced was unreasonable. Later the second instance court quashed the judgment of the first instance court and announced a new judgment; the defendant, this time, was sentenced to 4 years in prison. The defendant lodged a final appeal to the Supreme Court. The justices were divided on the issue of whether the second instance court could extend the amount of punishment to approximately 5 times the original amount of punishment determined by the first instance court.

The majority opinion stated that the second instance court had the discretion to determine the punishment, and that the issue of unreasonable amount of punishment did not constitute the reason for final appeal. The dissenting opinion also affirmed the discretion of second instance court, but stated that the second instance court at issue had wrongfully exercised its discretion, which constituted the reason for final appeal. In my view, a final appeal may be lodged against the judgment of the second instance court in this case, as the second instance court violated the law which set upon the role of the second instance court. The historical development of the appeal system in criminal cases suggests that the role of second instance court is

* Professor, College of Law / School of Law, Seoul National University.

basically to deal with the points of law, and the points of fact when necessary. As such, the second instance court ought to respect the first instance court's determination of punishment.

In order to support such argumentation, this paper studies the history of appeal system in criminal cases, focusing on how the system has developed going through Japanese colonial era, the U.S. military government, the amendment of criminal procedure act in 1961 and 1963, the introduction of civic participation in criminal trials in 2008. Based on such historical study, I suggest that the role of second instance court be revisited due to the introduction of civic participation system, and that the trial in second instance court be operated in a way mitigating the heavy workload imposed on the Supreme Court. In other words, I suggest that the court of first instance conclude the examination of facts, and the court of second instance concentrate on the matter of law.

Keywords: role of second instance court, appeals on points of fact, appeals on points of law, civic participation in criminal trials, principle of public trial