

■ 최신 판례 ■

**[형사] 검사가 항소심 법정에서 구두로 양형부당 주장을 하지 않았다면
1심보다 중한 형 선고 못 해**

이홍재 변호사 | 김선국 변호사

1. 사실관계

검사는, 공소사실 중 강간 부분은 유죄로, 마약류관리에 관한 법률 위반(향정) 부분은 무죄로 판단한 제1심판결 전부에 대하여 항소하면서, 항소장에 항소이유로 "피고인의 강간범행에 대하여 유죄를 선고하면서도 징역 3년을 구형한 검사의 의견과 달리 원심은 징역 2년 6월을 선고하였는데, ① 피고인의 범행수법, ② 피해자 및 그 가족들의 피해 정도, ③ 미합의 등을 고려하면 이는 너무 가벼워 부당함"이라고 기재하였습니다.

한편 검사는 법정기간 내에 제출된 항소이유서에서 제1심에서 무죄로 판단한 마약류관리에 관한 법률 위반(향정) 부분에 대한 사실오인 및 법리오해 주장만 하였을 뿐 유죄 부분에 대한 양형부당 주장을 하지는 않았습니다.

검사는 원심 제1회 공판기일에서 위 항소이유서를 진술하면서 제1심 무죄 부분에 대한 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다는 진술만 하였을 뿐 항소장에 기재된 양형부당 주장에 관하여는 아무런 진술도 하지 않았고, 이후 변론이 종결된 제2회 공판기일에 이르기까지 제1심의 양형이 너무 가벼워 부당하다는 취지의 주장을 전혀 한 바 없으며, 피고인 측도 검사의 사실오인 및 법리오해 주장에 대해서만 다투었을 뿐 검사의 양형부당 주장에는 아무런 반박도 하지 않았습니다.

원심은 검사의 사실오인 및 법리오해 주장을 배척하면서도 검사의 양형부당 주장을 받아들여 피고

인에게 징역 2년 6월을 선고한 제1심판결을 파기하고 피고인에게 징역 4년을 선고하였습니다.

2. 쟁점

검사의 항소이유가 실질적으로 구두변론을 거쳐 심리되지 않았다고 평가될 경우, 항소심법원이 검사의 항소이유 주장을 받아들여 피고인에게 불리하게 제1심판결을 변경할 수 있는지

3. 판시사항

공판중심주의를 실현하고 이를 통하여 피고인의 방어권을 실질적으로 보장하기 위하여 마련된 형사소송법 제37조 제1항, 제275조의3, 제285조, 제286조 제1항, 제287조, 제370조, 형사소송규칙 제156조의3 제1항, 제2항, 제156조의4, 제156조의7에 비추어 볼 때, 검사가 공판정에서 구두변론을 통해 항소이유를 주장하지 않았고 피고인도 그에 대한 적절한 방어권을 행사하지 못하는 등 검사의 항소이유가 실질적으로 구두변론을 거쳐 심리되지 않았다고 평가될 경우, 항소심법원이 검사의 항소이유 주장을 받아들여 피고인에게 불리하게 제1심판결을 변경하는 것은 허용되지 않는다.

검사가 일부 유죄, 일부 무죄가 선고된 제1심판결 전부에 대하여 항소하면서 유죄 부분에 대하여는 아무런 항소이유도 주장하지 않은 경우에는, 유죄 부분에 대하여 법정기간 내에 항소이유서를 제출하지 않은 것이 되고, 그 경우 설령 제1심의 양형이 가벼워 부당하다 하더라도 그와 같은 사유는 형사소송법 제361조의4 제1항 단서의 직권조사사유나 같은 법 제364조 제2항의 직권심판사항에 해당하지 않으므로, 항소심이 제1심판결의 형보다 중한 형을 선고하는 것은 허용되지 않는데, 이러한 법리는 검사가 유죄 부분에 대하여 아무런 항소이유를 주장하지 않은 경우뿐만 아니라 검사가 항소장이나 법정기간 내에 제출된 항소이유서에서 유죄 부분에 대하여 양형부당 주장을 하였으나, 항소이유 주장이 실질적으로 구두변론을 거쳐 심리되지 아니한 경우에도 마찬가지로 적용된다.

4. 해설

헌법 제12조 제1항 후문에서 규정한 적법절차의 원칙, 그리고 헌법 제27조가 보장하는 기본권, 즉 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회가 실질적으로 부여되는 재판받을 권리 등을 구현하기 위하여 현행 형사소송법은 당사자주의·공판중심주의·직접주의를 그 기본원칙으로 하고 있습니다(대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도10412 판결 등 참조).

공판중심주의를 실현하고 이를 통하여 피고인의 방어권을 실질적으로 보장하기 위하여 형사소송법은, 공판정에서의 변론은 구두로 하여야 하고(형사소송법 제275조의3), 항소인은 그 항소이유를 구체적으로 진술하여야 하며(형사소송규칙 제156조의3 제1항), 항소심의 증거조사과 피고인 신문절차가 종료한 때에는 검사는 원심판결의 당부와 항소이유에 대한 의견을 구체적으로 진술하여야 합니다(형사소송규칙 제156조의7 제1항).

그러나 공판중심주의의 원칙에도 불구하고 실무상 종종 검사가 법정에서 항소이유 전부를 구체적으로 구두로 주장하지 않고 항소이유서를 원용하는 형식적인 구두변론이 이루어져 왔습니다. 위 대상판례 사안에서도 검사가 항소장에는 유죄 부분에 대한 양형부당에 관하여 기재하였으나, 항소이유서에서는 유죄 부분에 대한 양형부당을 주장하지 않았고, 항소심 공판기일에서도 양형부당에 관하여는 아무런 진술을 하지 않았습니다. 대법원은 위와 같은 사실관계라면 항소심에서 검사의 양형부당 항소이유가 실질적으로 구두변론을 거쳐 심리되지 않았다고 평가되므로 항소심 법원이 검사의 양형부당 주장을 받아들여 피고인에게 1심보다 중한 형을 선고하는 것은 허용되지 않는다고 판시하였습니다. 위 대법원 판례는 검사가 실질적인 구두변론 없이 형식적으로 항소이유를 개괄적으로 원용하는 방식의 관행을 지적하고 공판중심주의 원칙을 재확인하였다는 점에서 의미 있는 판결입니다.

5. 다운로드 : [대법원 2015. 12. 10. 선고 2015도11696 판결](#)