

사례 144 경합범의 일부상소와 상소심의 파기범위(2)¹⁾

제1심 법원은 甲에 대하여 현금카드를 사용하여 현금을 인출한 행위에 대하여는 무죄를 선고하고, 나머지 공소사실(강도상해죄 등)에 대하여는 모두 유죄로 인정하고 징역 5년을 선고하였다. 검사만 위 무죄 선고 부분에 대하여 항소하였다. 항소심 법원이 검사의 위 항소가 이유있다고 판단하는 경우 항소심의 심판범위 및 조치에 대하여 논하시오. (20점)

I. 일부상소의 허부

상소는 재판의 일부에 대하여 할 수 있다(제342조 제1항). 여기서 일부상소에 있어서 ‘재판의 일부’란 공소불가분의 원칙상 한 개의 사건의 일부를 말하는 것이 아니라, 수개의 사건이 경합범관계로 병합심판된 경우의 재판의 일부만을 의미한다. 따라서 일부상소가 허용되기 위하여는 ① 재판의 내용이 가분이고, ② 독립된 재판이 가능할 것을 요한다. 예컨대 경합범의 관계에 있는 수 개의 공소사실에 대해 일부 유죄, 일부 다른 재판이 선고된 경우에 일부상소가 허용된다.

사안의 경우, 甲이 강취한 A의 현금카드를 이용하여 자동지급기에서 현금을 인출한 행위는 강도죄와 별도로 절도죄(판례)를 구성하는바, 이 절도죄와 다른 강도상해죄 등과는 경합범관계에 있다.

그런데 제1심이 절도죄에 대하여 무죄, 나머지에 대하여는 모두 유죄로 선고하였는바, 이에 대하여는 일부상소가 허용된다.

II. 일부상소와 상소심의 심판범위

상소심의 심판범위는 상소인이 상소제기에 의하여 주장하는 상소이유에 제한되는 것이 원칙이다(제364조 제1항, 제384조 참조).

따라서 일부상소의 경우에도 상소심의 심판범위는 상소를 제기한 일부에만 미치고, 상소가 없는 부분은 상소제기기간의 경과로 분리확정되는 것이 원칙이므로, 상소법원은 일부상소한 부분(사안에서는 검사가 일부상소한 절도죄의 무죄 부분)에 대하여만 심판하는 것이 원칙이다.

III. 상소심에서 원심판결을 파기할 때의 파기범위 및 파기후의 조치

1. 파기범위

(1) 문제점

경합범 중 일부에 대하여 무죄, 일부에 대하여 유죄를 선고한 판결에 대하여 검사만 무죄 부분에 대하여 일부상소한 경우, 상소심에서 검사의 상소를 이유있다고 판단하여 원심판결을 파기할 때, 일부상소한 무죄 부분만 일부파기하여야 하는지 아니면 나머지 부분도 전부파기하여야 하는지가 불이익변경금지원칙 등과 관련하여 문제된다.

1) 변시 2012.

(2) 견해의 대립

1) 학 설

① 전부파기설 : (i) 무죄부분만 파기하여 원심에서 다시 형을 정하는 경우에는 피고인에게 과형상 불이익을 초래할 수 있고, (iii) 경우에 따라서는 불이익변경금지원칙으로 인해 유죄인데도 형을 선고할 수 없게 되어 ‘과형 없는 유죄판결’을 하여야 하는 경우가 발생할 수 있다는 이유로, 전부파기하여야 한다는 견해이다.

② 일부파기설 : 상소제기된 부분만 상소심에 계속되고 피고인과 검사가 모두 상소하지 않은 부분에 대한 유죄판결 부분은 상소기간이 경과함으로써 분리확정되어 상소심에 계속된 사건은 무죄판결 부분뿐이므로, 상소심에서 이를 파기할 때에는 무죄부분만을 일부파기할 수밖에 없다는 견해이다(통설).

2) 판 례

대법원은 부녀매매죄(현행 인신매매죄)와 윤락행위방지법위반의 경합범사안에 대한 1992년 전원합의체 판결에서, 1심에서 모두 유죄판결이 나와 피고인만 항소했고, 2심이 부녀매매죄에는 무죄를 선고하자, 이에 피고인은 항소하지 않았고 검사만 무죄부분인 부녀매매죄에 대해 상고하였는바, 상고심에서 부녀매매죄가 인정된다고 판단한다면 항소심판결 모두를 파기할 수 있는지가 쟁점이 되었는바, 위 전합 다수의견은 “경합범 중 일부에 대하여 무죄, 일부에 대하여 유죄를 선고한 항소심 판결에 대하여 검사만이 무죄 부분에 대하여 상고를 한 경우 피고인과 검사가 상고하지 아니한 유죄판결 부분은 상고기간이 지남으로써 확정되어 상고심에 계속된 사건은 무죄판결 부분에 대한 공소뿐이라 할 것이므로 상고심에서 이를 파기할 때에는 무죄 부분만을 파기할 수밖에 없다.”고 판시하여(대판(소슴) 1992.1.21. 91도 1402[소위 인신매매사건]), 일부파기설의 입장이다.

(3) 검토 및 사안의 경우

제342조 제1항의 일부상소와 동조 제2항의 상소불가분원칙에 충실한 일부파기설이 타당하다. 그리고 형법 제39조가 적용되어 두개의 형이 선고되는 불이익도 불이익변경금지의 철저한 준수로 제거될 수 있으며, ‘과형없는 유죄판결’의 문제는 판결에 ‘형을 선고하지 아니한다’는 주문을 삽입함으로써 해결할 수 있다(위 소슴 다수의견).

따라서 일부파기설에 의하면, 항소심은 검사의 일부항소가 이유있다고 판단하면 무죄 부분인 절도죄에 대하여만 파기하여야 한다.

2. 파기후의 조치 → ※ 이하를 중심으로 검토하기 바랍니다.

(1) 파기자판

원심판결을 파기하면 사건은 원심판결 전의 상태로 항소심에 계속된다. 따라서 항소심은 환송·이송 또는 재판의 판결을 하게 되는데, 형사소송법은 파기자판을 원칙으로 하고 있다(제346조 제6항). 그리고 검사만 항소하였으므로 불이익변경금지원칙이 적용되지는 않는다.

(2) 형법 제39조 제1항

따라서 항소심은 파기한 절도죄에 대해서만 형법 제39조에 따라 형을 정하여야 한다.

IV. 사안의 해결

甲이 강취한 현금카드를 사용하여 현금을 인출한 행위인 절도죄와 甲의 강도상해 등의 죄는 경합범 관계에 있다. 따라서 검사는 제1심법원의 일부 무죄, 나머지 부분 유죄에 대하여 무죄 부분인 절도죄에 대하여만 일부항소할 수 있다.

검사가 무죄 부분인 절도죄에 대하여만 일부항소한 경우 항소심의 심판범위는 일부항소한 무죄 부분만이고, 나머지 유죄 부분은 항소제기기간의 도과로 확정된다.

따라서 항소심은 검사의 항소가 이유있다고 판단하면 무죄 부분인 절도죄만을 파기하여 유죄를 선고하면서, 형법 제39조 제1항에 의하여 형을 양정하면 될 것이다.