

연구총서 06-20

상소제도의 개편에 따른 문제점과 개선방안

Reform in the Korean Appellate System : Problems and
Solutions

신 동 운

한국형사정책연구원

연구자

신동운 (서울대학교 법과대학 교수, 법학박사)

발 간 사

최근 들어 사법개혁논의가 활발합니다. 논의의 성과는 각종 법률안의 형태로 집약되어 현재 국회의 심의 도중에 있습니다. 그 가운데 중요한 것으로 형사사법의 개혁이 있습니다. 형사사법을 둘러싼 개혁의제는 여러 가지가 있습니다만 특히 시급한 것으로 형사사건 선별절차의 합리적 재조정이라는 문제가 있습니다. 경미한 사건은 신속하게, 중요한 사건은 신중하게 재판할 수 있도록 기존의 절차를 재정비하자는 것입니다. 이러한 요청은 상소사건의 경우에도 그대로 해당됩니다. 상소사건 선별절차의 개편이 필요한 것입니다.

상소제도는 각국의 역사적, 문화적 사정을 배경으로 나라마다 상이하게 발전되어 왔습니다. 우리나라의 경우는 8.15 해방과 6·25 전쟁의 혼란기를 배경으로 형사사법제도가 구성된 관계로 상소제도가 뚜렷한 문제의식과 방향성을 가지지 못하고 출범하였습니다. 이후 몇 차례의 형사소송법 개정을 거치면서 상소제도는 이론상으로뿐만 아니라 실무상으로도 상당히 난해한 분야로 변모되어 왔습니다.

이러한 상황에서 상소법원의 업무량 폭증으로 인한 형사정책적 문제점이 노정되게 되었고 이에 대한 대비책 마련이 시급하게 되었습니다. 사법개혁위원회가 고등법원 상고부제도의 도입을 건의하면서 상소제도 분야에 특히 중점을 둔 것도 바로 이러한 사정 때문이 아닌가 생각합니다.

이번에 상소제도 개편에 따른 문제점과 개선방안에 대해 사법개혁작업에 직접 참여하였던 서울대학교 법과대학의 신동운 교수가 연구총서를 내어놓게 되었습니다. 본 연구총서에서 연구자는 각국의 상소제도를 비교법적으로 분석하고 우리나라 상소제도의 연혁을 검토하고 있습니다. 그리고 그 결과를 토대로 나름대로의 개선방안을 제시하고 있습니다.

연구를 수행한 신동운 교수의 노고를 치하하면서, 본 여누총서가 현재 진행 중인 사법개혁작업에서 유용한 정책자료로 활용되기를 기대합니다. 나아가 학계에서 지금까지 비교적 소홀하게 취급되어 왔던 상소제도 연구에 본 연구총서가 활성화의 계기가 되기를 바랍니다.

2006년 12월

한국형사정책연구원

원 장

이 재 권

목 차

국문요약	11
제1장 서론	27
제1절 연구의 의의	27
제2절 연구의 방법	29
제2장 외국의 상소제도	31
제1절 미국의 상소제도	31
1. 미국 사법제도의 특색	31
가. 연방국가의 사법제도	31
나. 배심재판제도와 심급제도	32
2. 미국 상소제도의 형성과정	33
가. 연방 상소제도의 출범	33
나. 연방항소법원의 출범	34
다. 미국법상 항소와 상고	35
3. 미국 상소제도의 특색	36
가. 연방항소법원과 연방대법원의 관계	36
나. 미국법상 상소(appeal)의 대상	37
다. 미국법상 상소이유	38
라. 재량적 상소수리제도	39
마. 상소이유서제도	40
4. 미국 연방대법원의 기능과 위상	41

6 상소제도의 개편에 따른 문제점과 개선방안

가. 연방대법원의 기능	41
나. 미국 상소제도의 의의와 영향	42
제2절 독일의 상소제도	43
1. 용어의 정리	43
가. 항소와 상고	43
나. 항소심의 구조	44
다. 독일의 연방체제와 사법조직	46
2. 독일 제국의 사법제도 변천	46
가. 제국 형사소송법의 탄생과 상소제도	46
나. 에빙거 개혁과 상소제도	47
3. 독일의 현행 상소제도	48
가. 법원조직 개관	48
나. 구법원 관할사건과 상소제도	49
다. 지방법원 관할사건과 상소제도	51
라. 주상급법원의 관할사건과 상소제도	52
마. 상소제도에 대한 개정논의	52
4. 독일 항소제도의 특징	55
가. 독일법상 항소의 개념	55
나. 항소절차의 특색	55
5. 독일 상고제도의 특징	56
가. 독일법상 상고의 개념	56
나. 상고이유의 범위	57
다. 소송법령위반 사유의 특수성	58
라. 절대적 상고이유와 상대적 상고이유	58
마. 실체법령위반과 상고이유	59
바. 상고심의 심리절차	61
6. 독일 상소제도의 특색	62

가. 이원적 구조의 상소제도	62
나. 상고심 업무량 경감방안	63
제3절 일본의 상소제도	64
1. 전전의 상소제도 개관	64
가. 상소제도와 독일법의 영향	64
나. 용어정리의 필요성	66
다. 전전 일본의 심급제도	66
2. 전전의 항소제도	67
가. 항소와 상고의 개념정의	67
나. 전전의 항소심 폐지론	67
다. 전전의 항소심 절차	69
3. 전전의 상고제도	69
가. 법령위반과 상고이유	69
나. 상고이유의 확장	71
다. 전전 상고심 절차의 특색	72
라. 전전의 상고심 개편론	73
4. 전후 상소제도 개편의 특징	74
가. 상소제도에 대한 영미법의 영향	74
나. 상고심의 개편	75
5. 전후 상소제도 개편의 내용	76
가. 항소이유의 전진배치	76
나. 항소이유의 분류	78
다. 항소이유서제도의 도입	79
라. 1954년 형사소송법의 일부개정	80
마. 항소심의 공판절차	81
바. 상고이유의 재편성	83

제3장 한국의 상소제도	87
제1절 의용형사소송법 시대의 상소제도	87
1. 문제제기의 필요성	87
가. 형사사범의 운영주체	87
나. 식민지 형사사범제도의 특징	88
다. 상소제도에 대한 인식부족	89
2. 의용형사소송법과 상소제도	90
가. 일제하의 심급제도	90
나. 상고이유의 제한	91
3. 해방후 사법제도의 재편과 영미법의 영향	92
제2절 제정형사소송법 시대의 상소제도	93
1. 형사소송법 제정의 기본방침	93
가. 법전편찬위원회의 출범	93
나. 형사사범 개혁의 여건	94
2. 1954년 제정형사소송법의 특색	96
가. 의용형소법의 구조 유지	96
나. 기존 상소제도의 유지	97
3. 제정형사소송법과 상소제도	97
가. 의용형소법 방식의 상소제도	97
나. 의용형소법과 제정형소법의 여건변화	100
다. 상고사건의 적체와 대법원의 이원적 구성	100
제3절 1961년 형사소송법 시대의 상소제도	102
1. 최고회의의 출범과 사법개혁	102
가. 사법개혁을 위한 의견수렴	102
나. 1961년 개정형사소송법과 당사자주의 강화	103
2. 항소심의 개편	103

3. 상고심의 개편	105
가. 고등법원 상고부의 도입	105
나. 전후 일본 형소법과의 비교	106
다. 상고이유의 제한	108
라. 대법원의 기능과 위상	110
4. 상소제도 개편에 대한 반발	110
가. 사법감독관회의와 항소심의 구조	110
나. 공소장낭독 거부사건	111
다. 항소심의 구조에 대한 논전	113
라. 변호사단체의 비판	114
제4절 1963년 개정형사소송법 이후의 상소제도	114
1. 항소제도의 개편	114
가. 항소이유의 재편성	114
나. 개정된 항소심의 특색	117
2. 상고제도의 개편	118
가. 상고이유의 재편성	118
나. 기타의 상고이유	120
다. 상고이유서제도의 실종	121
라. 상고심의 업무량 증가	123
제5절 사법개혁위원회의 상소제도 개편논의	125
1. 대법원의 기능과 위상	125
가. 대법원의 업무량 과중	125
나. 재야 법조계의 인식	127
2. 사법개혁과 상소제도의 개편	128
가. 사법개혁위원회의 건의문	128
나. 사법제도개혁추진위원회의 법률안	130

10 상소제도의 개편에 따른 문제점과 개선방안

3. 1961년 고법상고부제도의 실패요인	132
가. 1961년 고등법원 상고부의 구상	132
나. 고법상고부제도와 전후 일본 상소제도의 비교	132
다. 변호인의 수급문제	134
라. 기성 법조인의 인식	135
마. 법원의 위상과 사실심리	136
바. 제1심 공판절차의 부실과 항소심의 역할	136
제6절 한국 상소제도의 개선방안	137
1. 항소심제도의 개편	137
가. 변호사인력의 확충	137
나. 항소심의 사후심 강화	138
2. 상고심제도의 개편	140
가. 상고사건의 적체	140
나. 상고사건의 적체와 전관예우	141
다. 상고사건 적체해결과 재야 법조계의 협조	142
라. 국민적 관점에서의 상소제도 개편	143
참고문헌	145
영문요약	149

국문요약

제1장 서론

2003년 말 사법개혁위원회가 출범한 이래 사법개혁작업이 진행되고 있다. 사법개혁위원회의 건의사항을 구체적으로 실천하기 위하여 2005년부터 사법제도개혁추진위원회가 가동되었고, 사개추위는 주요한 법률안들을 성안하여 정부에 제출하였다. 정부는 일련의 절차를 거쳐서 관련 법률안들을 국회에 제출하였고, 이 법률안들은 2006년 이래 국회의 심의과정에 있다.

사법개혁 가운데에서도 가장 중요한 영역은 역시 형사사법의 개혁이다. 국민의 실생활에 직접적으로 영향을 미치는 형사사법 분야에서 개혁작업의 성과가 가시적으로 나타날 것이기 때문이다. 이와 관련하여 주목되는 것으로 국민참여재판제도의 도입, 국선변호인제도의 확대실시, 재정신청제도의 전면실시 등 여러 가지를 들 수 있으나 무엇보다도 중요한 것은 전체 형사사건의 선별절차를 다양화하는 작업이라고 할 것이다.

신생 대한민국의 형사사법제도는 해방 직후의 혼란과 6·25 전쟁의 참상을 겪으면서 형성되었다. 당시의 열악한 사회상황과 궁핍한 국가재정 때문에 형사사법의 선별절차 또한 궁여지책으로서의 성격을 가지고 있었다. 2006년의 시점을 맞이하면서 국민소득은 당시에 비하여 실로 괄목할 만큼 증가하였다. 경제수준의 향상과 정치의 민주화를 통하여 국민의 기대수준도 높아지게 되었다. 이러한 상황에서 종전의 형사사법 선별절차를 재편성해야 하는 것은 자연스러운 요청이라고 할 수 있다.

이러한 맥락에서 주목되는 것이 신속처리절차이다. 경미한 사건은 간이·신속하게 처리하고, 중요한 사건은 공판중심주의에 충실하게 재판하자는 제안이다. 나아가 그에 못지않게 중요한 것이 상소사건의 처리경로를 다양

화하여 상소제도의 효율적 운영을 가능하게 하여야 한다는 요청이다. 그리고 이에 대한 대안으로 고등법원 상고부제도가 제안되고 있다.

본보고서는 형사사건 처리절차라는 큰 흐름 속에서 우리나라 상소제도가 가지고 있는 문제점을 발굴해 내고 그에 대한 대안을 모색하려는 데에 연구의 목적을 두고 있다. 이를 위하여 연구자는 단순히 현행 실정법의 상소제도를 미시적으로 분석하는 차원을 벗어나서 다음과 같이 보다 거시적으로 문제에 접근하고자 한다.

먼저 제2편 ‘외국의 상소제도’ 부분에서 우리나라 상소제도에 직·간접으로 영향을 미치고 있는 미국, 독일, 일본의 상소제도를 개관하고자 한다. 이 세 나라는 신생 대한민국이 출범할 때 상소제도의 성립과정에서 일정한 입법모델을 제시하였기 때문이다.

다음으로 제3편 ‘한국의 상소제도 부분’에서 우리나라 상소제도의 특징과 문제점을 분석하고 해결책을 모색해 보고자 한다. 이를 위해서는 우선 우리나라 상소제도의 성립경위를 연혁적으로 고찰할 필요가 있다. 일제하의 의용형사소송법, 1954년의 제정형사소송법, 1961년의 개정형사소송법, 그리고 1963년의 개정형사소송법(현행 형사소송법)이라는 일련의 입법단계를 시간의 흐름에 따라 점검하면서 현행 상소제도의 성립과정과 입법취지 등을 모색해 보고자 한다. 이 연혁적 분석 작업은 지금까지 학계에서 별로 검토되지 않았던 것으로 본 보고서가 이 분야 연구의 기폭제가 되기를 희망한다.

연혁적 연구를 바탕으로 하면서 이어지는 작업은 한국 상소제도의 핵심적 문제점을 짚어내고 그에 대한 해결책을 제시하는 일이다. 연구자는 이와 관련하여 대법원에의 상고사건 집중이 가져오는 제반 모순과 문제점을 지적하고 그에 대한 대안으로 고등법원 상고부제도에 주목하고자 한다. 고등법원 상고부제도는 1961년 형사소송법 개정 당시에 상소제도의 재편성을 위한 야심적 시도로 도입되었으나 1963년의 형소법 개정 과정에서 폐

지된 바가 있다.

연구자는 이 제도의 도입이 의도하였던 입법취지와 제도의 폐지에까지 이르게 하였던 당시의 문제점들을 분석하면서, 사법제도개혁추진위원회가 제안한 고등법원 상고부제도 도입안을 검토하고자 한다. 연구자는 일단 고등법원 상고부제도의 도입을 현행 상소제도가 안고 있는 문제점의 유력한 해결방안으로 평가하면서 결론에 갈음하고자 한다.

제2장 외국의 상소제도

제1절 미국의 상소제도

미국의 상소제도는 제2차 세계대전 후 일본이 신형사소송법을 제정할 때 입법모델로 작용한 바가 있으며, 이 일본의 신형사소송법은 1961년 우리나라 개정 형사소송법에 중요한 시사점을 제공하였다. 그리하여 미국의 상소제도는 우리나라에 간접적으로 영향을 미치고 있다.

미국은 50개 주가 모여서 이루어진 합중국이다. 연방과 각 주가 고유의 재판권을 가지고 있기 때문에 본 보고서에서 미국의 상소제도를 전면적으로 다루는 것은 불가능하다. 그리하여 연구자는 미국 연방 차원에서 가동되는 상소제도를 중심으로 그 특징을 분석해 보려고 한다.

미국의 상소제도를 보면 일견 3심제도로 이루어져 있다. 연방지방법원, 연방항소법원, 연방대법원이라는 계층구조가 이러한 인상을 심어주고 있다. 그러나 엄밀한 의미에서 볼 때 미국 연방에서의 상소제도는 2심제도라고 할 수 있다. 그러한 사정은 미국의 사법사를 돌이켜 보면 쉽게 알 수 있다.

미국이 영국으로부터 독립하면서 헌법제정과 관련하여 연방주의자와 분권주의자의 대립이 치열하였다. 양자의 절충을 위하여 연방차원의 사법기

관으로 연방대법원과 연방지방법원만을 두기로 하였다. 2심제도의 상소제도를 구성한 것이다. 그러나 이 구상은 이후 상소심의 업무폭주를 가져오게 하였다. 미국 전역에서 일어나는 상소사건이 단일의 상소법원으로 집중되었기 때문이다.

이러한 문제상황에 직면하여 미국의 입법자들은 1891년에 소위 항소법원법을 통하여 상소제도에 새로운 변화를 꾀하였다. 그것은 연방지방법원과 연방대법원 사이에 연방항소법원이라는 상소심을 설치하는 제도개혁이었다. 전국적으로 분산, 설치된 연방항소법원은 연방대법원이 발휘하던 상소심의 기능을 대부분 수행한다. 대다수의 상소사건이 연방항소법원에서 처리되므로 연방대법원은 법령의 해석과 사법정책의 운용에 있어 중요하다고 판단되는 극소수의 사건만을 선별하여 판단을 내린다. 그리하여 현재 미국의 연방대법원은 연간 80여건 정도의 상소사건만을 처리한다고 한다. 요컨대 일반적인 사건은 연방지방법원, 연방항소법원이라는 2심의 상소절차로 종결된다. 연방대법원까지 가는 경우는 극히 이례적이다. 거시적으로 보면 미국의 상소제도는 2심 제도라고 말할 수 있다.

미국의 상소제도와 관련하여 주목되는 또 하나의 특징은 배심재판제도이다. 제1심 법원은 사실판단과 양형을 담당하는데 사실판단은 배심원단의 전권사항이다. 사실판단자로서의 배심원은 제1심 법원에만 구성되어 있다. 상급심에서는 배심재판이 이루어지지 않는다. 그 결과 미국의 상소심 법원은 모두 법률심이다.

미국의 상소절차에서 특히 주목되는 것은 상소이유서제도이다. 미국의 경우 제1심 절차에서 법적 견해가 갈릴 때 변호인은 적시에 이를 지적해 두어야 한다. 상소절차에서는 상소이유서를 중심으로 공격, 방어를 하게 되는데 상소인 측은 제1심에서 제기된 쟁점만을 근거로 삼아 상소이유서를 제출할 수 있다. 요컨대 미국의 상소절차는 상소이유서제도를 중심으로 사후심, 법률심으로 구성된다.

미국의 상소제도를 분석하면서 한 가지 떠오르는 애로사항은 적절한 번역어를 찾기가 어렵다는 점이다. 미국에서 상소의 개념은 appeal이다. 미국의 상소심은 사후심·법률심이다. 따라서 우리나라 형소법의 용어사용법에 의한다면 appeal은 상고(上告)에 해당한다. 그런데 관용적인 표현으로 연방 항소법원이라는 용어가 사용되고 있다. 우리나라의 경우 항소(抗訴)는 독일 형소법의 영향을 받아 제2의 사실심으로 파악되고 있다. 그렇다면 미국의 경우 항소법원은 전치(前置)된 상고법원이라고 이해할 수 있을 것이다.

제2절 독일의 상소제도

독일의 상소제도는 일견 우리나라 상소제도와 매우 비슷하다. 제2의 사실심으로서 항소(抗訴; Berufung)와 법률심으로서의 상고(上告; Revision)가 독일 형소법에서 유래하는 용어이기 때문이다. 이와 같은 유사성을 가지게 된 것은 독일 형소법의 영향을 받은 의용형사소송법을 기초로 우리나라 상소제도가 구성되었기 때문이다.

그런데 실제의 상소제도로 들어가서 보면 독일의 상소제도는 우리의 그것과 비교해서 상당히 다른 모습을 보인다. 그 이유는 독일이 연방국가라는 점에 기인한다. 각 주는 자신의 사법고권에 기초하여 법원과 검찰을 운영한다. 형사의 경우를 놓고 볼 때, 하급법원은 각 주 단위로 설치되어 있다. 연방에는 연방대법원만 있을 뿐이다. 그렇지만 실제 재판의 운영은 통일되어 있다. 사법조직의 구성원리를 규정한 재판소구성법, 실체법인 형법, 절차법인 형사소송법이 모두 연방법률로 제정되어 있기 때문이다.

독일의 경우 심급절차를 보면 경미사건에 대해서는 3심제도가, 중한 사건에 대해서는 2심제도가 인정되고 있다. 경미사건에 대해서는 구재판소→지방재판소 항소부→주상급법원의 3심절차가 제공되고 있다. 이에 대해 중한 사건에 대해서는 지방법원→연방대법원 또는 주상급법원→연방대법원

이라는 2심절차가 인정되고 있다.

경미한 사건에 대해서는 보다 많은 심급을 제공하고 중한 사건에 대해서는 심급이 줄어드는 것을 보고 의아하게 생각할 수 있다. 그러나 이러한 심급제도의 특징은 독일의 사법사를 통하여 설명된다. 경미사건은 간이·신속하게 처리하되 불복방법을 충실하게 제공한다. 그 대신에 중한 사건은 신속하게 심판하되 불복방법을 단축한다. 독일 학계에서는 현재의 심급제도에 대해 비판적인 견해도 제시되고 있다. 그러나 상당수의 견해는 충실한 심급제도가 갖추어져 있기 때문에 하급법원이 오히려 과감하게 경미사건을 신속처리할 수 있다고 보고 있다.

독일의 경우 항소심은 복심구조로 이루어져 있다. 독일의 사법제도에서 주목되는 것은 참심제도이다. 참심제이란 일반인이 직업법관과 함께 재판부를 구성하는 방식을 말한다. 제1심 법원의 재판부는 참심법원을 기본으로 한다. 그런데 독일의 경우 경미사건은 구재판소의 단독판사가 재판한다. 이 재판은 참심원이 관여하지 아니한 것이므로 항소심에서는 참심형태로 재판이 이루어진다. 증거조사에 관여하지 아니한 참심원이 다시 증거조사를 통하여 사실관계를 확정해야 하므로 독일의 항소심은 원심판결을 무로 돌리고 새로이 심판하는 복심(覆審)의 형태를 취하게 된다.

독일의 경우 상고심은 전형적인 법률심이다. 상고심은 이원적으로 구성되어 있다. 경미사건에 대한 상고심은 주상급법원이 전담한다. 이에 대하여 중한 사건의 상고심은 연방대법원이 관할한다. 중한 사건에 대해서는 항소심이 인정되고 있지 않다. 독일의 경우 상고심법원으로 주상급법원과 연방대법원이 병설되어 법령해석의 통일에 문제가 생길 수 있다. 이러한 점을 대비하여 독일 재판소구성법은 일정한 경우 주상급법원이 상고사건을 연방대법원으로 이송하는 장치를 마련하고 있다.

독일의 상소제도에서 확인할 수 있는 것은 상소제도가 3심제도로 구성되어 있지 않다는 사실이다. 물론 경미사건에는 3심제도가 인정되고 있으

나 중한 사건의 경우에는 상소제도가 2심으로 구성되어 있다. 또한 경미한 범죄의 상고사건은 각 주에 설치되어 있는 주상급법원에서 종국처리된다. 독일 연방대법원은 중한 사건의 경우에만 상고심으로 심판하며 각각 5명씩으로 구성되는 5개의 재판부가 이를 담당하고 있다. 요컨대 독일은 2심 절차로도 상소제도의 운영이 가능하며, 최고법원의 업무량을 덜기 위하여 주상급법원이 상고심을 담당하고 있다는 사실을 잘 보여주고 있다.

제3절 일본의 상소제도

일본의 상소제도는 제2차대전 전과 제2차대전 후에 커다란 차이를 보이고 있다. 전전의 상소제도가 독일식 상소제도에 영향을 받은 것이라면 전후의 그것은 미국법의 영향을 강하게 받고 있다.

일본의 상소제도를 분석하기에 앞서서 용어를 정리할 필요가 있다. 일본은 제1심 법원에 대한 기소를 공소(公訴)라 하고 제1심 판결에 대한 불복을 공소(控訴)라고 한다. 제2심 판결에 대한 불복은 상고(上告)이다. 우리나라도 의용형사소송법 이래 1961년의 개정형사소송법에 이르기까지 제1심 판결에 대한 불복방법을 공소(控訴)라고 불렀다. 그러나 우리나라의 경우 공소(公訴)와 공소(控訴)가 모두 같은 발음이어서 실무상 불편이 적지 않았다. 그리하여 1963년 형소법 개정시에 우리 입법자는 종래의 공소(控訴)를 항소(抗訴)로 바꾸기로 하였다. 일본 상소제도를 소개함에 있어 의미이해를 높이기 위하여 연구자는 본 보고서에서 일본의 공소(控訴)를 일률적으로 항소(抗訴)로 바꾸어서 표기하였다.

일본의 전전 상소제도를 보면, 구재판소, 지방재판소, 공소원(控訴院), 대심원의 네 가지 종류의 법원이 설치되어 있었다. 경미한 사건의 경우에는 구재판소→지방재판소→대심원의 심급구조가, 중한 사건의 경우에는 지방재판소→공소원→대심원의 심급구조가 각각 채택되고 있었다.

항소심은 독일 형소법의 영향을 받아 복심(覆審)형태로 구성되어 있었다. 상고심은 법률심으로 구성되어 있었으나 독일의 경우와 달리 중대한 사실오인과 현저한 양형부당이 상고이유로 인정되고 있었다. 순수한 법률심으로부터 상당히 후퇴한 것인데 당시 일본의 입법자는 이를 독일식의 전통적 상고 관념을 깨고 일본식 개혁을 단행한 것이라고 평가하였다.

그러나 이러한 방식에 대해 제2의 사실심으로서 항소심이 과연 필요한 것인가, 상고심을 순수한 법률심으로 재편해야 하는 것은 아닌가 하는 논의들이 당시에 제기되고 있었다. 특히 상고심이 사실심리까지도 담당하게 됨으로써 대심원의 업무가 폭주하게 되었고, 이를 경감하기 위하여 대심원이 예심판사나 지방법원판사에게 사실심리를 촉탁함으로써 직접주의, 구두주의를 위배한다는 비판이 제기되었다.

이러한 상황에 놓여 있던 일본의 상소제도는 2차대전의 종전과 함께 맥아더 사령부가 형사사법의 전면적 개혁을 단행하면서 근본적인 변화를 맞이하게 되었다. 각급 법원은 간이재판소, 지방재판소, 고등재판소, 최고재판소로 재편되었다. 심급제도는 경미한 사건의 경우 간이재판소→고등재판소→최고재판소로, 중한 사건의 경우 지방재판소→고등재판소→최고재판소로 편성되었다. 항소심은 언제나 고등재판소이 관장하도록 일원화되었다.

맥아더 사령부의 지도하에 탄생한 일본의 신형사소송법은 헌법재판까지 담당하게 된 일본 최고재판소의 위상을 감안하여 상고심의 실질적인 기능을 고등재판소로 전진 배치시키는 방식을 채택하였다. 최고재판소에 대한 상고는 헌법위반과 관례위반의 경우에만 허용된다. 한편 최고재판소는 미국 연방대법원의 예에 따라서 사건이송명령을 내릴 수 있다.

최고재판소는 일반적인 법령위반 외에 중대한 사실오인이나 현저한 양형부당까지 심리할 수 있으나 이 경우는 어디까지나 재량사항이다. 상고인은 이를 권리로서 주장하지 못하며 직권발동만을 촉구할 수 있을 뿐이다. 실제로 최고재판소가 이 영역의 주장을 받아들인 예는 거의 없다. 1999년

의 통계를 보면 최고재판소가 형사상고사건에서 본안판단으로 상고를 인용한 것은 1건, 판결로 상고를 기각한 것은 8건에 지나지 않는다. 나머지 1,000여 건의 상고기각사건은 모두 결정의 형태로 종결되었다.

일본의 전후 상소제도에서 주목되는 것은 항소심의 기능강화이다. 일본 신형소법은 미국법의 영향 아래 항소이유서제도를 도입하면서 항소이유를 엄격하게 제한하였다. 항소이유는 대부분 종전의 상고이유를 옮겨온 것이었다. 다만 중대한 사실오인과 현저한 양형부당이 단순한 사실오인과 양형부당으로 완화된 점이 약간의 차이라고 할 수 있다. 이와 같은 항소심의 위상변화는 미국이 연방대법원의 업무를 덜기 위하여 연방항소법원을 도입한 조치를 연상시킨다.

일본 신형사소송법은 항소이유서제도를 도입하면서 그 형식요건을 크게 강화하였다. 요건불비의 항소이유서는 항소기각의 대상으로 되었다. 미국의 상소이유서제도에 시사를 받은 제도변화라고 생각된다. 일본 신형소법의 항소심은 애당초 엄격한 사후심으로 구성되었으나 1954년의 형소법 일부개정을 통하여 제1심 절차에서 누락된 증거나 사실 또는 제1심 판결 후에 발생한 사실을 항소심에서 고려할 수 있도록 함으로써 사후심 구조가 상당부분 완화되었다.

제3장 한국의 상소제도

제1절 의용형사소송법 시대의 상소제도

일제 강점기에 이 땅에는 일본의 형사소송법이 의용되고 있었다. 각급 법원은 지방법원, 복심법원, 고등법원의 세 단계로 구성되었다. 복심법원이 항소심을, 고등법원이 상고심을 각각 담당하였다. 구재판소가 설치되지 아니한 부분을 제외하면 항소심과 상고심의 구조는 일본의 전전 상소제도와

크게 다르지 않았다. 다만 중대한 사실오인과 현저한 양형부당은 식민지에서 상고이유로 인정되지 않았다.

일제가 구재판소를 두지 아니한 것은 범죄즉결례라는 편리한 장치가 있었기 때문이다. 범죄즉결례에 의하여 일제의 수사기관은 수사와 공소, 재판과 형집행을 단일기관에서 즉결로 처리하였다. 강점기에 즉결로 처리된 사건에 대해 불복하는 일은 거의 없었다. 정규의 형사재판은 중한 사건을 중심으로 이루어졌다. 그런데 이 당시 일제의 형사사법에 참여하였던 한국인 법률가들은 일선 법원·검찰의 말석에 위치하고 있었으므로 형사사건의 전체 흐름과 관련하여 상소제도가 가지는 중요성을 인식할 기회가 없었다.

제2절 제정형사소송법 시대의 상소제도

해방, 그리고 대한민국의 건국과 함께 새로운 사법제도의 편성이 요구되었다. 그러나 혼란한 사회상황, 열악한 재정형편, 부족한 법조인력 등 제반 여건이 선진국형 형사사법제도의 수립을 쉽사리 허용하지 않았다. 종래 범죄즉결례에 의하여 별도로 처리되던 경미사건들이 통상의 재판절차로 들어오게 되면서 상황은 한층 더 심각하게 되었다.

당시의 입법자들은 최소한도나마 형사사법의 운용을 가능하게 하기 위하여 기존의 형사절차를 일단 그대로 유지한다는 원칙을 정하였다. 이러한 기조에 서서 미군정 아래 새로이 도입된 인신보호장치를 보완하여 대한민국의 형사사법제도가 편성되었다. 그 결과 상소제도는 종전의 의용형사소송법의 구상에 따르게 되었다. 종래 배제되었던 중대한 사실오인과 현저한 양형부당은 이제 상고이유로 들어오게 되었다. 결국 1954년 제정형사소송법은 전전의 일본에서와 같이 복심형태의 항소심과 상고이유가 전면적으로 확대된 상고심을 상소제도의 주된 내용으로 하고 있었다.

이러한 상소제도는 특히 상고법원이 대법원으로 단일화되어 있는 상태에서 상고사건의 적체를 불러왔다. 1958년에 들어 와서 입법자는 대법관 이외에 대법원판사를 보강하여 재판부를 증설함으로써 사건적체에 대처하려고 하였다. 그러나 상고사건의 투입량을 줄이지 아니하는 상태에서 대법원의 이원적 구성은 근본적인 해결책이 될 수 없었다.

제3절 1961년 형사소송법 시대의 상소제도

상소제도의 전면적 개편은 5·16 군사쿠데타에 이은 사법개혁의 일환으로 추진되었다. 국가재건최고회의 체제하에서 사법부의 수장으로 임명된 조진만 대법원장은 사건적체의 해소를 첫 번째의 개혁과제로 설정하였다. 그는 사건의 적체가 극심한 당시의 상소제도를 바라보면서 일본의 신형사소송법이 채택한 개혁방안에 주목하였다. 1961년 개정형사소송법이 시도한 상소제도 개편의 핵심은 고등법원에 상고부를 설치하는 것이었다.

고등법원 상고부제도란 전국의 주요도시에 설치되어 있는 고등법원에 상고심의 권한을 주어서 지방법원 단독판사가 담당하는 각종 경미사건의 최종심을 관장하도록 하는 것이었다. 그 결과 심급제도는 이원화되어서 지방법원 단독판사→지방법원 합의부→고등법원 상고부를 하나의 축으로 하고, 지방법원 합의부→고등법원→대법원을 또 하나의 축으로 하는 이원적 상소제도가 탄생하게 되었다.

그와 동시에 항소심의 기능을 강화하기 위하여 종전에 상고이유로 규정되었던 대부분의 사유들이 항소이유로 전진 배치되었다. 나아가 일본의 신형사소송법이 채택한 항소이유서제도를 새로운 상소제도에 도입하였다. 이러한 조치들을 통하여 조진만 대법원장은 전국에 하나밖에 설치되어 있지 않은 대법원에 상고사건이 집중되는 사태를 막으려고 하였던 것이다.

그런데 이와 같은 개혁구상은 비교법적 지식 없이 종래의 실무에만 쫓

어 있던 당시의 법률가들에게 좀처럼 잘 이해되지 않았다. 특히 상고이유를 규정하면서 중대한 사실오인과 현저한 양형부당을 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이 선고된 사건으로 한정된 조치는 검찰과 변호사 업계의 강력한 반발을 불러일으켰다. 나아가 종래에 없던 항소이유를 규정하면서 사실오인과 양형부당을 중대한 사실오인과 현저한 양형부당으로 제한한 것도 강력한 비판의 대상이 되었다.

이러한 상황에서 항소심의 구조와 관련한 법원·검찰간의 논란이 발생하였다. 개정형사소송법에 의할 때 항소이유서에 대한 형식요건이 구비되면 항소심 공판절차가 개시되게 된다. 이 항소심 절차의 성격에 대하여 검찰은 사후심 구조를 주장하였음에 대하여 법원은 복심구조를 고집하였다. 법원과 검찰이 대립하는 가운데 검찰이 법원의 소송지휘를 받아들이지 않겠다고 하는 사태가 발생하면서 1961년 신형사소송법에 대해 비판적인 여론이 형성되었다. 결국 법원과 검찰이 사안의 성질에 따라 공판절차를 진행하기로 하는 타협책에 합의를 보았으나 이 사건은 신형사소송법의 이론적 취약점을 드러내는 계기가 되었다.

제4절 1963년 개정형사소송법 이후의 상소제도

1963년에 형사소송법이 다시 한번 개정되었다. 이 개정에 의하여 모처럼 도입되었던 고등법원 상고부제도는 폐지되었다. 항소심 공판절차에는 속심적 성격이 강화되었다. 항소이유는 다소 축소되었으나 항소이유서제도는 여전히 유지되었다. 이에 반해 대법원에 제시하는 상고이유는 극도로 상대화되었다. 1963년의 개정형소법에 의하면 원칙적으로 절대적 상고이유는 존재하지 않는다. 하급심 절차와 무관한 사유들을 제외하면 상고이유는 모두 '판결에 영향을 미칠 것'이라는 요건을 전제로 하는 상대적 사유로 변질되었다. 하급심인 항소심에는 항소이유가 명시적으로 열거되어 있음에

반하여 상급심인 상고심에는 상고이유가 열거되지 아니한 기형적 입법이 탄생하게 된 것이다.

고등법원 상고부제도가 폐지되면서 대법원에의 상고사건 폭주가 가속화되었다. 비교법적으로 볼 때 미국, 독일, 일본 모두 제1심 법원과 최고심 법원 사이에 상고사건의 부담을 덜어주는 중간법원이 존재하고 있다. 그런데 우리나라에는 이러한 장치가 없다. 실무계에서 주장하는 소위 ‘삼세번 재판’이라는 고정관념 때문이다.

현재 한국의 대법원이 안고 있는 상고사건의 폭주는 심각한 상태이다. 통계적으로 볼 때 대법관 1인에게 연간 1,500건 이상의 상고사건이 배당된다. 휴일을 빼고 나면 개별 대법관은 1일 평균 5건 정도의 상고사건을 처리해야 한다. 이러한 수치는 현실적으로 불가능한 것이다. 다른 나라에 비하여 정말 부끄러운 사법현실이다.

제5절 사법개혁위원회와 상소제도 개편논의

이러한 상황을 배경으로 하면서 2003년 말 이래 사법개혁 작업이 진행되고 있다. 대법원장이 사법개혁위원회에 부의한 첫 번째 의제가 대법원의 기능과 위상이다. 여기에는 대법관 선임절차도 문제되고 있지만 더욱 중요한 것은 업무량 폭주로 인한 대법원의 기능변질의 문제이다. 이 문제에 대한 대안으로 사법개혁위원회 소수의견은 대법관의 증원을 주장하였으나 다수의견은 고등법원 상고부제도의 도입을 건의하였다. 상고사건의 투입량을 조절하지 않고 재판부만을 늘리는 것으로는 문제해결이 불가능하다는 것이 다수의견의 주된 논지였다.

사법개혁위원회의 건의사항을 구체적으로 실천하기 위하여 2005년에 설치된 기구가 사법제도개혁추진위원회이다. 사개추위는 1961년의 고등법원 상고부제도를 비판적으로 분석하면서 보다 정밀한 형태의 고등법원 상고

부제도를 성안하였다. 법령해석의 통일을 기하기 위하여 대법원에의 사건 이송제도를 둔 점과 헌법 위반과 대법원판례 위반을 소위 특별상고의 사유로 설정한 점을 사개추 개정안의 주요 특징으로 들 수 있다.

제6절 한국 상소제도의 개선방안

사법제도개혁추진위원회가 제시한 이상의 개선방안은 시의적절하고 타당한 것이라고 생각된다. 그리고 상소제도의 재편을 위한 사법 인프라도 어느 정도 구축되었다고 판단된다. 사법시험 합격자가 매년 1,000명을 넘어서면서 항소이유서제도의 충실한 운영을 꾀할 수 있는 인적 여건이 확보되었다. 특히 2006년에 이루어진 구속피의자·피고인에 대한 국선변호제도의 전면적 확대는 항소이유서의 활용 가능성을 더욱 높여주고 있다.

현재 한국의 상소제도 가운데 상고제도는 특별한 난맥상을 보이고 있다. 현실적으로 볼 때 대법관 1인이 하루에 5건의 상고사건을 처리하는 것은 불가능하다. 누군가 사전에 스크린하지 않으면 안 된다. 그런데 국민들은 2, 3년씩 상고심판단을 기다리면서 자신의 사건을 대법관이 최선을 다해 검토해 줄 것으로 기대한다. 그러나 이러한 기대는 법률문외한인 일반 국민의 착각이다.

대법원에 접수되는 수많은 사건들 가운데 대법관의 주목을 받으려면 특별한 방책이 필요하다. 그 가운데 하나가 전임 대법관을 상고심 변호인으로 선임하는 방법이다. 사법부에 대한 국민의 신뢰에 비추어 볼 때 전관 변호사가 상고사건의 변호인이 된다고 하여 사건의 결론이 뒤바뀌는 일은 없을 것이다. 그러나 폭주하는 사건 속에서 자신의 사건이 대법관의 주목을 받게 된다는 사실만으로도 벌써 커다란 혜택이라고 하지 않을 수 없다. 그리하여 전관예우라는 말이 자연스럽게 나오게 된다. 이러한 문제점은 모두 상고사건의 적체에서 비롯된다. 대법관 1인이 하루에 평균 5건씩의 상

고사건을 처리해야 하는 나라는 문명국가 가운데에서 별로 찾아볼 수 없을 것이다.

선진국형 상소제도로 가는 길은 무엇인가? 그것은 대법원의 전 단계에서 상고심의 기능을 담당하는 법원을 설치하는 것이다. 비교법적으로 볼 때 미국, 독일, 일본이 모두 이러한 장치를 가지고 있다. 이들 나라는 한 걸음 더 나아가 상소제도를 사실상 2심제도로 운영하고 있다. 사법에 투입되는 지나친 비용을 절감하자는 것이다. 그런데 우리나라는 ‘삼세번 재판’이라는 고정관념에 사로잡혀 있다. 이에 따르면 삼세번 재판의 정점에는 반드시 대법원이 위치하고 있어야 한다. 당해 사건이 아무리 경미한 사건 일지라도 그러하다.

실제로 삼세번 재판의 인식이 강고하게 지배하고 있는 현 상황에서 선진국형의 2심제 상소제도를 도입하자고 주장할 수는 없다. 현실론의 입장에서 볼 때 3심제도를 유지하면서 최고법원의 업무량을 덜어주는 방법이 필요하다. 이것은 단순히 상고법원의 업무량 문제에 그치는 사항이 아니다. 일반 국민들의 입장에서 볼 때 무용한 대기기간을 단축하고 신속하게 권리구제를 가능하게 하며 소송비용을 절약하는 방법이기도 하다. 그 현실적 실천방안은 무엇인가? 그것은 바로 고등법원 상고부제도의 도입이다.

고등법원 상고부제도는 1961년에 사법부의 최고수장이 우리나라 상소제도의 문제점을 예의 주시하면서 고심의 해결책으로 제시하였던 방안이다. 그 기본적인 구상은 지금의 시점에도 여전히 유효하다. 다만 세부적인 사항을 보다 세련되게 다듬어서 부작용을 최소화하는 작업이 필요할 뿐이다. 사법제도개혁추진위원회가 마련한 고등법원 상고부제도는 바로 이러한 노력의 표현에 다름 아니다. 현행 상소제도의 문제점을 근본적으로 해결하기 위한 대안으로 고등법원 상고부제도의 조속한 도입을 제언하는 바이다.

26 상소제도의 개편에 따른 문제점과 개선방안

제1장 서론

제1절 연구의 의의

2003년 말 사법개혁위원회가 발족한 이래 사법개혁논의가 활발하다. 2004년 말 사법개혁위원회가 대통령과 대법원장에게 제출한 건의사항을 구체적으로 실천하기 위하여 2005년에 대통령 산하에 사법제도개혁추진위원회(이하 ‘사개추위’라고 약칭한다)가 설치되었다. 사개추위는 사법개혁에 관한 각종 아젠다에 대하여 관련법률의 제정과 개정에 관한 법률안을 성안하여 대통령에게 제출하였다.¹⁾ 사개추위가 제안한 것들 가운데 중요한 법률안들은 정부안으로 채택되었고, 현재 국회에 제출되어 심의 도중에 있다.

사법개혁과 관련한 개혁 아젠다 가운데 단연 중심을 이루는 것은 형사사법의 개혁이다. 이 가운데에 국선변호제도의 확충방안은 2006년 7월의 형사소송법 일부개정을 통하여 현재 실정법으로 수용되어 실시되고 있다²⁾. 개혁 아젠다에는 인신구속제도의 정비, 국선변호제도의 확충 등 인권보장에 관한 것들이 포함되어 있지만 이를 넘어서서 형사사법의 시스템 전반에 대한 재편성작업도 포함되어 있다. 신속처리절차의 도입을 통한 경미사건의 효율적 처리, 고등법원 상고부의 설치를 통한 상소제도의 효율성 강화 등은 형사사법 시스템을 재편성함에 있어서 핵심적 골자를 이루고 있다.

사개추위가 마련한 개정안 가운데에는 국민참여재판제도가 있다. 현재 국회에 제출되어 있는 「국민의 형사재판 참여에 관한 법률안」이 통과된다면 형사항소심의 재편도 불가피하게 될 것이다. 비록 일부 중한 범죄사건

1) 구체적인 내용은, 사법제도개혁추진위원회, 사법제도개혁추진위원회 의결현황, 2005. 12. 참조.

2) 형소법 제33조(국선변호), 제201조의 2(구속영장청구와 피의자심문), 제282조(필요적 변호), 제283조(국선변호인)가 개정되었다.

에 국한되고 있지만 배심재판이 실시된다면 사실심 판단의 중심은 제1심 법원의 판단에 모아지게 될 것이다. 배심원 면전의 증거자료를 직업법관으로 구성된 항소심에서 재음미하는 것은 사실상 어렵기 때문에 항소심은 종전의 속심구조를 유지하기가 어렵게 될 것으로 전망된다. 따라서 항소심이 어느 정도로 사후심 역할을 담당할 것인가 하는 문제는 앞으로 중요 연구과제가 될 것이다.

지금의 시점은 한국의 형사사법 시스템이 전면적으로 재편성되는 상황이라고 말할 수 있다. 그런데 이와 같은 재편과정에서 예측하지 못하였던 문제점들이 발생할 수 있다. 한편 원래 의도하였던 재편성의 구상을 성공적으로 실천하기 위하여 추가적인 보완이 필요한 부분들도 나타날 수 있다. 본 연구과제는 다양한 문제영역 가운데에서 특히 형사사건의 상소제도 개편과 관련한 분야를 점검해 보고자 한다.

상소제도는 법령해석의 통일과 소송관계인의 이익보호라는 관점에서 대단히 중요한 연구영역에 속한다. 그런데 상소제도에 대해 학계에서는 그동안 그다지 많은 논의가 진행되지 못하였다. 대학의 강단에서는 제1심 절차를 중심으로 기본법리를 가르치는 데에 급급하여 상소제도를 천착할 여유를 갖지 못하는 것이 현실이다. 또한 실무계의 경험만으로는 부족하고 비교법적 지식을 종합적으로 동원하여 거시적 관점에서 진행되는, 폭넓은 고찰이 필요한 영역이 상소제도이다.

본 연구보고서는 형사사건의 상소제도 개편과 관련하여 그 문제점과 개선방안을 고찰함을 목적으로 하고 있다. 본 보고서에서 필자는 단순히 강학상의 이론규명 차원을 넘어 실제 진행중인 형사사법 개혁작업을 염두에 두면서 실천적 관점에서 우리나라 상소제도에 관한 문제점을 짚어보고자 한다. 이 점과 관련하여 필자는 특히 고등법원에 상고부를 설치하려고 하는 사개추위 개정안에 주목하고 있다. 최고법원으로서의 대법원이 어떠한 기능과 위상을 가져야 할 것인가 하는 문제는 전체 상소제도의 운영에 있

어서 대단히 중요한 의미를 갖는다. 고등법원 상고부제도의 도입은 상고사건의 폭증으로 인한 현행 상소제도의 왜곡을 시정하는 데에 결정적인 변화의 계기로 작용하게 될 것이다. 이 때문에 고법상고부제도는 상소제도의 전면적 재편성에 기폭제가 될 것이다.

현재 고등법원 상고부 설치안은 법원조직법개정안과 형사소송법개정안으로 성안되어 국회의 심의 도중에 있다. 필자는 본 연구보고서를 통하여 형사사건과 관련한 우리나라 상소제도의 문제점과 개선방안을 검토해 보고자 한다. 만일 그 연구성과가 성공적으로 추출될 수 있다면 그 성과는 현재 진행 중인 일련의 개정법률안에 대한 심의에 유용한 자료로 쓰일 수 있을 것이다. 나아가 이후의 제도 시행에 대한 방향을 모색하는 데에 도움을 줄 수 있을 것이다.

제2절 연구의 방법

형사사건의 상소제도에 관한 문제점을 점검하고 개선방안을 제시하려면 우선 비교법적 관점에서 관련국가에 대한 문헌조사가 필요하다. 고찰의 대상으로 필자는 미국, 독일, 일본의 3개국을 선택하였다. 이들 나라는 계수사적으로 볼 때 우리나라 형사사법에 직·간접으로 영향을 미치고 있는 이들 나라의 상소제도를 살펴보는 것이 필수적으로 요청된다. 비교법적 고찰을 요하는 이 부분의 연구에는 문헌분석의 기법을 사용하기로 한다.

그러나 필자는 단순히 비교법적인 자료의 수합과 대비에 머무르려고 하지 않는다. 필자는 비교법적 고찰을 넘어서서 현행 형사 상소제도가 우리나라에서 생성된 연혁적 과정까지도 함께 고찰하고자 한다. 다른 법제도도 마찬가지로이지만 상소제도는 한국의 형사사법이 안고 있는 특수하고도 고유한 문제상황에 대처하기 위하여 고심한 결과 마련된 것이다. 그 고심의

계기와 해결책의 전후 맥락을 밝히는 것은 새로운 상소제도를 구상함에 있어서 필수적인 작업이다. 현행 상소제도의 성립에 관한 연혁적 검토는 새로운 대안제시의 출발점이 될 것이다.

비교법적 고찰을 횡적 연구방법으로, 연혁적 고찰을 종적 연구방법으로 사용하면서 필자는 우리나라 형사 상소제도의 현 위치를 점검하고자 한다. 그리고 이를 통하여 현재 문제점으로 등장하고 있는 핵심적 난제가 무엇이며 그에 대한 대안은 어떠한 것이어야 하는가를 살피고자 한다.

필자는 엄청난 양의 상고사건이 단일의 최고법원인 대법원으로 몰려들고 있는 현행 상소제도에 대해 개탄을 하여 마지않는다. 한국 상소제도의 왜곡된 실상을 비교법적 조망을 통하여 부각시키고 이를 해소하기 위한 방안으로 고등법원 상고부제도의 도입을 위시한 일련의 개선안을 제시해 보고자 하는 것이 필자의 구상이다.

이상과 같은 구상을 구체화하기 위하여 필자는 먼저 외국의 상소제도를 개관하고(제2편), 이어서 우리나라 상소제도를 검토하려고 한다(제3편). 우리나라 상소제도를 분석함에 있어서는 먼저 상소제도에 대한 연혁적 검토를 행한 후 개선방안을 제시하기로 한다.

그런데 여기에서 미리 양해를 구해 둘 사항이 있다. 상소제도에 대한 비교법적 고찰은 우리나라 상소제도의 개선을 목표로 비교 척도를 마련하기 위해 수행되는 작업이다. 각국의 상소제도를 미세한 부분까지 정확하게 소개하는 작업은 별도의 연구에 맡기지 않으면 안 된다. 본 보고서의 목적은 어디까지나 우리나라 상소제도의 발전방향을 모색하는 데 있기 때문이다.

이와 같은 문제의식에서 출발하여 필자는 유·무죄의 실체판결을 중심으로 외국의 상소제도를 고찰하려고 한다. 따라서 항소와 상고에 초점을 맞추고, 형식재판에 대한 불복방법인 항고 부분은 본 보고서의 고찰대상에서 제외하기로 한다. 고찰을 간소화한다는 의미에서 제1심판결에 대해 곧바로 상고심에 불복하는 소위 비약상고(飛躍上告)도 검토의 대상에서 제외한다.

제2장 외국의 상소제도

제1절 미국의 상소제도

1. 미국 사법제도의 특색

가. 연방국가의 사법제도

주지하는 바와 같이 미국은 연방국가이다. 50개의 주가 모여서 하나의 합중국을 이루고 있다. 합중국의 특색은 외교와 국방 등은 합중국 대통령에게 맡기되 그 밖의 국가업무는 기본적으로 각 주가 독자적으로 수행하는 점에 있다. 사법제도의 경우에도 연방국가의 특색은 그대로 드러난다. 미국에는 50개의 주와 수도 워싱턴 지역을 관장하는 콜롬비아 특별구를 포함하여 51개의 법권(法圈)이 존재한다. 여기에 연방 자체를 관할하는 법권이 또 하나 추가된다.³⁾

미합중국 각 주의 사법제도는 200년 넘게 나름대로의 역사를 가지고 발전하여 왔다. 따라서 비교적도의 확보라는 관점에서 볼 때 어느 특정한 주를 대상을 삼아 그 사법조직이나 상소제도를 분석하는 것은 적절하지 않다. 극히 다양한 역사와 문화를 배경으로 발전해 온 각 주의 사법제도를 일률적으로 설명할 수는 없기 때문이다. 따라서 이해의 편의를 위하여 아래에서는 일단 미합중국의 연방사법제도를 중심으로 상소제도와 관련한 내용을 살펴보기로 한다.

3) Neubauer, D. W., *America's Courts and the Criminal Justice System*, 8th edition, 2005, p. 53; 미국의 상고제도에 관한 개관으로는, 강일원, “현행 상고제도의 문제점과 개선방안 -영미법계에 비추어-”, 사법제도비교연구회 편, *사법개혁과 세계의 사법제도* [I], 2004, 19면 이하 참조.

나. 배심재판제도와 심급제도

미국의 사법제도는 배심재판을 떠나서는 이해할 수 없다. 사실의 판단자는 배심원이다. 법원은 사실관계에 적용할 법률을 배심원에게 실시하고, 소송진행의 과정에서 위법이 없도록 감시하고 지도한다. 적법하게 수집되고 법정에서 조사된 증거를 바탕으로 배심원들은 사실관계를 확정하여 유죄·무죄를 판단한다. 확정된 사실관계를 토대로 유무죄의 판단을 내릴 때 배심원들은 아무런 이유를 제시하지 않는다. 대륙법 계통의 국가에서는 유죄판결에 이유를 붙이도록 되어 있다. 그러나 배심원단이 사실판단을 하는 미국에서는 유죄판단에 이유가 붙지 않는다. 소위 블랙박스인 셈이다.

이유를 붙이지 않는 재판형태가 되면 오류가 개입하기 쉽다. 이와 관련한 안전장치로 미국법은 무죄를 선고한 재판에 대해 검사에게 상소권을 인정하지 않는다. 유죄판결이 선고되면 피고인은 상소(appeal)할 수 있다. 상소의 권리는 보장되어 있다. 그러나 그것은 원칙적으로 1회에 한한다. 그리고 그것도 법률적용의 오류를 다룰 수 있는 상소(上訴)뿐이다. 우리 법의 용어로 말한다면 상소는 상고(上告)로 제한된다. 사실판단은 배심원의 몫이므로 상급법원이 사실판단의 오류 자체를 따질 수가 없기 때문이다.

배심재판에서 법원이 증거법의 법리를 잘못 적용하게 되면 사실판단에 오류가 발생할 수 있다. 제1심 절차에서 증거법상의 문제점이 발생할 때마다 피고인의 변호인은 적절하게 이의를 제기해 두어야 한다. 피고인 측은 제1심에서 제기된 법리상의 문제점을 토대로 법리적용의 잘못을 들어서 상급법원에 상소할 수 있다. 그러나 만일 사실심 절차에서 그러한 문제점을 지적해 두지 않았다면 피고인 측은 상급심에서 이를 다룰 수가 없다.

미국법의 상소심은 철저한 사후심이다. 사실심 법원이 확정해 둔 사실관계를 토대로 그 판단의 시점으로 돌아가서 원심판결의 당·부당을 다투는 것이 상소심이다. 제1심판결 이후에 발생한 사실은 상소심에서 고려되

지 않는다. 상소심 법원과 제1심 법원이 기능하는 방식은 매우 상이하다. 양 법원의 역할이 크게 다르기 때문이다. 상소심 법원에서는 증인신문이 행해지지 않는다. 사실관계에 관한 변론도 이루어지지 않는다.⁴⁾

2. 미국 상소제도의 형성과정

가. 연방 상소제도의 출범

미국법의 상소제도를 한국법의 관점에서 점검할 때 반드시 정리해 두고 가야 할 사항은 용어의 통일이다. 미국은 여러 개의 주들이 모여서 이루어진 합중국이다. 연방을 기준으로 볼 때 미국 내 형사사법의 심급제도는 다음과 같이 구성되어 있다. 제1심은 지방법원(District Courts)이다. 제2심은 항소법원(Courts of Appeals)이다. 최종심은 연방대법원(Supreme Court)이다. 국외자의 관점에서 볼 때 일견 3심제도를 갖추고 있는 것으로 보인다. 그리하여 한국의 독자는 우리나라의 지방법원을 미국의 District Court에, 고등법원을 Court of Appeals에, 대법원을 Supreme Court에 대응시켜 미국의 사법조직을 이해하기 쉽다. 그러나 이것은 크게 잘못된 접근방법이다.

미국의 상소제도, 그 가운데에서도 연방의 상소제도를 이해하려면 미국의 사법사(司法史)를 돌이켜 볼 필요가 있다. 미국이 건국될 당시 연방의 권한을 놓고 헌법제정 단계에서 커다란 논쟁이 발생하였다.⁵⁾ 연방주의자들은 강력한 연방정부의 출현을 희망하였다. 이에 반하여 분권주의자들은 자신들이 속한 주의 고유권한이 축소되지 않도록 노력하였다. 이러한 대립·갈등의 와중에서 절충의 산물로 1789년에 사법조직법(The Judiciary Act)

4) Neubauer, D. W., *America's Courts and the Criminal Justice System*, 8th edition, 2005, p. 53.

5) 자세한 내용은, Neubauer, D. W., *America's Courts and the Criminal Justice System*, 8th edition, 2005, p. 56 참조.

이 제정되었다. 이 사법조직법에 의하여 연방지방법원과 연방대법원이 등장하게 되었다. 당시의 구상은 각 지역에 연방지방법원을 설치하되 상소심은 연방대법원 한 곳으로 집중시키는 것이었는데, 이렇게 한 이유는 연방의 사법조직이 비대해지는 것을 방지하기 위함이었다.⁶⁾

미국은 방대한 국토를 가진 나라이다. 미국 전역의 연방지방법원에서 올라오는 상소사건을 단일 기관인 연방대법원이 전부 처리하는 것은 처음부터 역부족이었다. 미국은 연방대법원에 대해 종신제를 취하고 있다. 대법관들은 노령에도 불구하고 연방지방법원이 관할하고 있는 각지를 순회하면서 상소사건을 처리하지 않으면 안 되었다. 여기에는 많은 시간과 노력이 소요되었다. 그리고 그와 동시에 상소사건의 처리에 심각한 적체가 발생하게 되었다.⁷⁾ 상소사건의 심리에 2, 3년을 기다리는 것은 다반사가 되었다.⁸⁾

나. 연방항소법원의 출범

이러한 상황은 1861년 남북전쟁이 발발할 때까지 계속되었다. 남북전쟁이 연방주의자들의 승리로 끝난 후 연방주의자들에게 유리한 입법적 지형이 형성되었다. 남북전쟁 후 인구가 급격히 증가하고 교역량이 대폭 확대되었다. 이러한 변화는 연방 차원에서 상소사건의 급증을 가져왔다. 결국 연방의회는 연방대법원의 업무량 폭주 문제를 해결하기 위해 사법조직법을 재편하여 중간형태의 상소법원을 두기로 하였다. 이것이 1891년 항소법원법(Court of Appeals Act)에 의하여 설치된 연방항소법원이다.⁹⁾

6) 자세한 내용은, Neubauer, D. W., *America's Courts and the Criminal Justice System*, 8th edition, 2005, p. 57 참조.

7) Neubauer, D. W., *America's Courts and the Criminal Justice System*, 8th edition, 2005, p. 57.

8) Neubauer, D. W., *America's Courts and the Criminal Justice System*, 8th edition, 2005, p. 58.

9) Neubauer, D. W., *America's Courts and the Criminal Justice System*, 8th edition, 2005, p. 63 참조.

미국법상 연방항소법원은 10개 관할권역으로 분산 배치되어 있다. 연방 지방법원이 판단한 사건에 불복하는 피고인은 원칙적으로 관할 연방항소 법원에 상소한다. 연방항소법원은 기본적으로 종전에 연방대법원이 수행했던 것과 동일한 기능을 담당한다. 연방항소법원은 사실심 법원인 연방지방 법원의 판단에 대해 법률심으로서 재심사(review)를 행한다. 1891년의 항소법원법을 통해 미국의 입법자는 연방대법원의 업무를 덜어내어 순회항소법원으로 전진 배치하였던 것이다.¹⁰⁾

다. 미국법상 항소와 상고

이러한 의미에서 미국의 연방항소법원은 사후심이며 법률심이다. 그런데 번역된 명칭에는 ‘항소법원’이라는 용어가 사용되고 있다. 미국법에 대한 이해가 충분하지 않은 독자들은 연방항소법원이 연방지방법원과 연방대법원의 중간에 있다는 점과 ‘항소법원’이라는 명칭이 사용되고 있다는 점에 착안하여 연방항소법원이 제1심 법원의 재판에 대해 재차 사실판단이 행할 것이라고 생각한다. 그러나 이것은 대륙법 계통의 법률지식을 가지고 미국 사법제도를 논하는 우를 범하는 일이다.

미국의 연방항소법원은 법률심인 연방대법원의 기능을 전진 배치하여 업무량을 경감하도록 한 재판기구이다. 우리 형사소송법은 독일 형소법학의 영향을 받아서 ‘항소(抗訴; Berufung)’와 ‘상고(上告; Revision)’라는 용어를 사용하고 있다. 만일 우리 형소법의 용어를 이용하여 미국의 Courts of Appeals를 번역한다면 ‘순회상고법원’이라고 해야 옳을 것이다. 그러나 이미 ‘순회항소법원’이라는 전문용어가 학계에 정착되어 있으므로 이 용어를 쉽게 버릴 수가 없다.¹¹⁾ 본 보고서에서는 이와 같은 번역상의 난점을

10) Neubauer, D. W., *America's Courts and the Criminal Justice System*, 8th edition, 2005, p. 58.

11) 애당초 항소법원(抗訴法院)이라는 표현이 틀린 것은 아니었다. 원래 항소(抗訴)라는 용

고려하여 ‘연방항소법원’이라는 표현을 그대로 유지하기로 한다. 그러나 그 밖의 경우에는 미국법상의 ‘appeal’을 ‘항소(抗訴)’로 번역하지 않고 ‘상소(上訴)’ 또는 ‘상고(上告)’로 표기하기로 한다.

3. 미국 상소제도의 특색

가. 연방항소법원과 연방대법원의 관계

상소제도는 심급제도를 전제로 한다. 전국 각지에 설치되어 있는 수십 개의 법원들이 서로 다른 법률해석을 한다면 법생활의 안정을 기할 수가 없다. 따라서 법령의 해석을 통일하기 위한 최종심이 필요하게 된다. 그 법원은 하나이어야 한다. 최종심이 다수가 되면 법령해석에 통일을 기할 수가 없다. 바로 이러한 관점에서 미국 연방대법원은 법령해석의 통일을 위한 최종 판단기관으로 기능한다. 사건관계인이나 피고인의 구체적인 사정을 고려해서 권리구제를 해주는 기관이 아니다.

미국의 상소제도는 원칙적으로 2심제도이다. 사실심 법원(trial court)에서 내린 판단에 불복하는 피고인은 상급법원(appellate court)에 상소(appeal)할 수 있다. 이 경우 상소권은 상고의 권리를 의미한다.¹²⁾ 상급심은 법률심이며 사후심으로서만 기능한다. 그렇기 때문에 상급심은 곧 상고

어는 원심판결에 승복하지 않고 다룬다는 의미를 가지고 있다. 그런데 우리 입법자가 1963년의 형소법 개정을 통하여 항소(抗訴)라는 용어를 제1심 판결에 대한 불복방법이라는 의미로 사용한 이래 용어에 혼동이 생기게 되었다. 1963년의 형소법 개정 이전에는 제1심 판결에 대한 불복방법을 의용형사소송법 이래의 용어례에 따라 공소(控訴)라고 불렀다. 그런데 공소(控訴)는 검사가 제1심 법원의 심리를 구하는 공소(公訴)와 발음이 같아서 한글 전용의 관점에서 문제가 제기되었다. 이 문제를 해결하기 위하여 1963년의 우리 입법자는 제1심 판결에 대한 불복방법(독일식으로 말하자면 Berufung)을 항소(抗訴)라고 부르기로 하였다. 한편 미국 연방항소법원을 지칭할 때 ‘항소(抗訴; appeal)’는 우리 형소법의 개정과 관계없이 이전부터 관용적으로 사용되어 오고 있었다. 여기에서 항소(抗訴)의 용어를 둘러싸고 또 다른 오해의 소지가 생기게 되었다.

12) Neubauer, D. W., *America's Courts and the Criminal Justice System*, 8th edition, 2005, p. 398; 서철원, *미국 형사소송법*, 2005, 253면 참조.

심이다. 미국법에 의할 때 상소권은 피고인에게 법적으로 보장되어 있다. 피고인은 상소할 수 있는 권리를 가지고 있다. 그러나 권리로서의 상소제기는 1회에 그친다. 피고인의 상소권은 연방항소법원에 상소하는 것으로 소진(消盡)된다. 연방대법원에의 상소는 원칙적으로 허용되지 않는다.

연방항소법원이 최종판단을 내리면 소송당사자는 행사할 수 있는 상소권을 모두 사용한 것이 된다. 연방항소법원에서 패소한 당사자가 연방대법원에 자신의 사건을 다시 심리해 달라고 청원하는 경우가 있다. 이 경우 청원(petition)은 권리의 행사가 아니다. 청원을 한다고 해도 그 청원은 사실상 거의 허용되지 않는다. 이러한 구조 때문에 미국의 연방항소법원은 연방 차원에서 실질적으로 거의 모든 소송사건의 ‘최종심’이 된다. 연방항소법원의 판결은 사실상 해당 사건을 최종적으로 종료시키는 기능을 수행한다. 극히 미미한 분량의 사건들만 연방대법원에 의하여 심리된다.¹³⁾

나. 미국법상 상소(appeal)의 대상

미국법에 따르면 연방 차원에서의 최고법원은 연방대법원이지만 실질적 최종심은 연방항소법원이다. 비슷한 구조는 각 주에 설치되어 있는 주최고법원과 주항소법원 사이에서도 찾아볼 수 있다. 아래에서는 미국의 연방과 각 주에 공통적으로 나타나는 상소제도의 특징을 정리해 보기로 한다. 설명의 편의를 위하여 연방과 주의 상급법원을 통칭하여 상소심 법원으로 부르기로 한다.

미국법상 상소를 함에는 몇 가지 제한이 있다. 먼저 패소한 당사자는 원칙적으로 하급심 법원의 종국판단에 대해서만 상소(appeal)할 수 있다. 하급심 법원에서 마지막으로 판결이 내려질 때 그 판단은 종국적인 것으로 취급된다.¹⁴⁾

13) Neubauer, D. W., *America's Courts and the Criminal Justice System*, 8th edition, 2005, p. 64.

상소는 또한 법률판단에 대해서만 허용된다. 사실판단에 대해서는 불복할 수 없다. 앞서도 언급한 바와 같이 미국법상 상소(appeal)은 독일식 용어법에 의하면 상고(上告; Revision)에 해당한다. 상소심 법원은 하급심 법원이 내린 사실판단에 관여하지 않는다. 따라서 상소심 법원에는 증거가 직접 현출되지 않는다. 상소심 법원이 새로운 증언을 청취하거나 증거물을 조사하는 일은 일어나지 않는다.¹⁵⁾

다. 미국법상 상소이유

상소심 법원은 상소심에 제출된 소송기록을 자료로 삼아 사실심 법원의 판단을 재심사(review)한다. 상소심 절차에서 흔히 제기되는 법률문제로 배심원 선정절차가 잘못되었다는 주장, 사실심 공판절차에 증거능력 없는 증거의 제출이 허용되었다는 주장, 사실심 법원이 관련되는 법을 잘못 해석하였다는 주장 등을 들 수 있다.

상소인은 상소이유로 단순한 법률위반 이외에 헌법위반을 주장할 수 있다. 여기에 해당하는 주장의 예로는 불법한 압수·수색, 경찰관의 위법한 피의자신문 등이 있다. 나아가 기소인부절차에서 유죄답변을 하였던 피고인이 충분한 변호인의 조력을 받지 못하였기 때문에 유죄답변을 하였다거나 유죄답변이 임의로 이루어진 것이 아니라는 주장을 내세워 유죄답변의 효력을 다툼 목적으로 상소하는 경우도 있다.¹⁶⁾

미국법상 상소인은 사실심 절차에서 당사자가 적시(適時)에 지적한 문제점만을 상소이유로 주장할 수 있다. 그렇기 때문에 사실심 절차에서 피

14) Neubauer, D. W., *America's Courts and the Criminal Justice System*, 8th edition, 2005, p. 398.

15) Neubauer, D. W., *America's Courts and the Criminal Justice System*, 8th edition, 2005, p. 398.

16) Neubauer, D. W., *America's Courts and the Criminal Justice System*, 8th edition, 2005, p. 398.

고인의 변호인은 법률문제에 대한 판사의 판단이 내려질 때마다 적절한 방법으로 이의를 제기해 두지 않으면 안 된다. 변호인이 법률문제에 대해 이의를 제기하였으나 사실심 판사가 이를 기각하였다면 법률적 쟁점에 대해 견해의 불일치가 생긴 것이다. 이러한 방식으로 확인된 쟁점만이 상소심의 판단대상으로 될 수 있다.¹⁷⁾

미국법상 형사사건에 대한 상소제기는 연혁적 이유에서 유죄평결에 대해서만 허용된다. 따라서 피고인은 양형이 가혹하다는 이유로 상소할 수 없다. 검사 또한 양형이 지나치게 관대하다는 이유로 상소할 수 없다.¹⁸⁾

라. 재량적 상소수리제도

미국법상 소송당사자의 상소권은 단 한번으로 제한된다. 따라서 상소인은 한 번뿐인 상소심 절차에서 제기 가능한 모든 쟁점들을 주장해야 한다. 일단 상소심 법원이 최종판단을 내리게 되면 소송당사자에게 부여되었던 상소의 권리는 그것으로 소진된다. 물론 상소심 절차에서 패소한 당사자가 주항소법원이나 연방항소법원보다 상위에 위치하는 주최고법원이나 연방대법원에 자신의 사건을 또 다시 심사해 주도록 청원할 수는 있다. 그렇지만 그러한 형태의 거듭된 상소는 법원의 재량에 호소하는 것일 뿐이다. 최상급의 상소심 법원은 청원인의 상소에 기속되지 않는다. 상소사건을 재차 심리할 의무는 전혀 없다.

미국 연방대법원과 대부분의 주최고법원은 대단히 넓은 재량적 상소수리권을 갖는다. 재량적 상소수리권(上訴受理權)이란 이들 최고법원이 사건을 선별하여 심리할 수 있는 권한을 가리킨다. 대부분의 상소사건은 중간

17) Neubauer, D. W., *America's Courts and the Criminal Justice System*, 8th edition, 2005, p. 398.

18) Neubauer, D. W., *America's Courts and the Criminal Justice System*, 8th edition, 2005, p. 398 l f. 그러나 이 제한은 몇몇 주에서는 변화하고 있다고 한다. 최근에는 몇몇의 주에서 사실심 법원이 선고한 형에 대해 피고인의 상소를 인정하고 있다.

단계의 상소심 법원에서 처리되며, 주최고법원이나 연방대법원의 심리대상이 되지 않고 그것으로 끝난다. 참고로 미국 연방의 상소심 구조를 나타내기 위하여 아래에 표를 제시하였다.

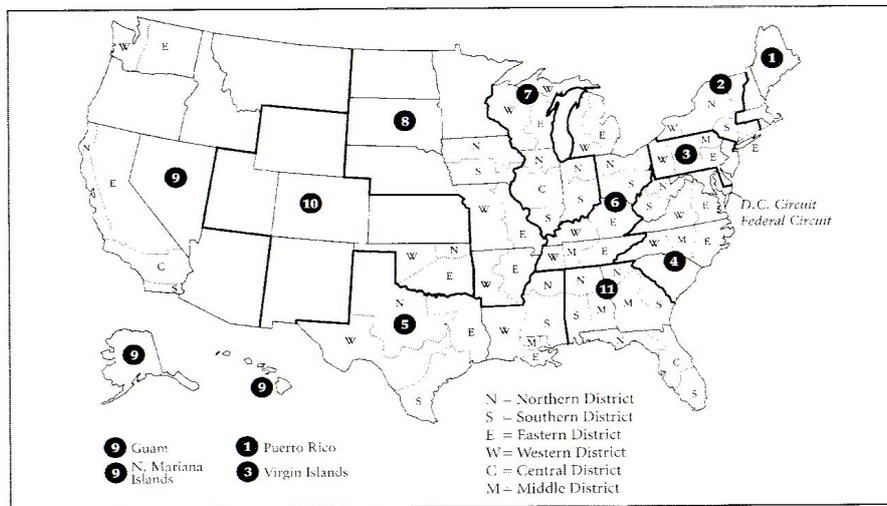


Figure 3-1
The Federal Judiciary

SOURCE: Russell Wheeler and Cynthia Harrison, *Creating the Federal Judicial System*, 2d ed. (Washington DC: Federal Judicial Center, 1994), 26.

<출전> Neubauer, D. W., *America's Courts and the Criminal Justice System*, 8th edition, 2005, p. 63.

마. 상소이유서제도

미국법상 상소심 절차에서 특히 주목되는 것은 상소이유서이다. 상소이유서는 상소심 절차에서 상소인이 주장하는 쟁점을 서면으로 구성해 놓은 것을 말한다. 상소이유서의 내용은 상소인의 관점에서 본 사건의 사실관계, 상소의 대상으로 지목한 쟁점, 그리고 상소인의 주장을 뒷받침할 수 있는 선판례(先判例)의 제시 등으로 이루어진다.

상소심 절차는 이 상소이유서를 중심으로 진행된다. 상소인은 먼저 상소이유서를 상소심 법원에 제출해야 한다. 상소인은 이 상소이유서에서 사실심 법원이 잘못 판단했다고 주장하는 법률문제 오류의 목록을 제시한다. 상소이유서가 제출되면 하급심 법원에서 승소한 당사자(이를 피상소인 또는 답변인이라고 한다)는 이 상소이유서에 대해 답변서를 제출한다. 피상소인은 이 답변서에서 하급심 법원이 내린 원재판이 법적으로 타당하여 유지되어야 한다는 주장과 함께 그 이유를 제시한다. 답변서가 제출되면 상소인은 그에 대해 재답변서를 제출할 수 있다.¹⁹⁾

4. 미국 연방대법원의 기능과 위상

가. 연방대법원의 기능

미국의 연방대법원은 재량적 상소수리권을 갖는다. 연방대법원은 법령 해석의 통일을 위하여 특별히 의미가 있다고 생각되는 사건을 골라서 사건이송명령(writ of certiorari)을 내린다.²⁰⁾ 극소수의 예외를 제외하고, 연방대법원은 매년 재심사(review)를 받기 위해 접수되는 수많은 사건 가운데 어떤 사건을 다룰 것인가를 스스로 결정한다.

심리개시 여부를 결정하는 절차에서 연방대법원은 소위 ‘4인 룰’이라는 것을 사용한다. 9명의 대법관 가운데 최소한 4명의 대법관이 그 사건의 심리에 찬성해야 한다. 이 정도의 찬성이 있을 경우에만 그 사건은 연방대법원의 심리대상이 될 수 있다. 상소수리절차를 엄격히 통제하는 방법으로 미국 연방대법원은 자신이 심리할 사건의 분량을 매년 약 80건 정도로 제한하고 있다.²¹⁾

19) Neubauer, D. W., *America's Courts and the Criminal Justice System*, 8th edition, 2005, p. 401.

20) Neubauer, D. W., *America's Courts and the Criminal Justice System*, 8th edition, 2005, p. 64.

미국의 연방대법원은 소위 ‘최종심’이 아니라 ‘최고심’이다. 연방대법원은 미국 전역의 모든 사건에 대해 오류를 시정하는 최종 심급으로 기능하는 법원이 아니다. 연방대법원은 미국 사회에서 현안이 되고 있는 법률문제 가운데에서도 특히 중요하다고 판단되는 문제를 엄선한다. 그리고 그에 대한 정책적 판단을 내리기 위하여 자신의 시간과 노력을 조절한다.

연방대법원이 사건이송명령을 발한 사건들은 미국 사회에서 법적 견해의 충돌이 크게 부각된 것들이다. 이러한 사건들을 보면 여러 곳의 하급심 법원들이 유사한 사안에서 서로 다른 판단을 내리고 있다. 연방대법원은 이러한 사건들을 심리함으로써 ‘최고심’으로서 기능을 수행한다. 심리하는 사건의 수가 많지 않음에도 연방대법원의 판단이 미국사회 전체에 대해 정책 설정의 기능을 발휘하는 것은 바로 이러한 맥락 때문이다.²²⁾

나. 미국 상소제도의 의의와 영향

미국의 상소제도는 대륙법계 법률지식에 익숙해 있는 사람들에게는 매우 낯선 제도로 느껴진다. 전통적인 ‘삼세번 재판’의 사고방식에 익숙해져 있는 사람들은 두 번의 재판으로 모든 것이 끝난다는 데에 대해 상당한 불안감을 느낀다. 그러나 미국 상소제도를 보면서 역으로 배워야 할 점이 있다.

모든 사건들이 경중을 가리지 않고 단 하나 설치되어 있는 최고법원에서 심판을 받아야 한다면 그것 또한 큰 문제가 아닐 수 없다. 미국은 원래 상소심으로 기능하였던 연방대법원을 최고법원으로 살리기 위하여 연방지방법원과 연방대법원 사이에 연방항소법원을 설치하였다. 이와 같이 연방대법원을 예외적 상소심으로 만든 것은 연방대법원의 사건 적체 문제를 미국의 입법자들이 절감하였기 때문이다.

21) Neubauer, D. W., *America's Courts and the Criminal Justice System*, 8th edition, 2005, p. 64.

22) Neubauer, D. W., *America's Courts and the Criminal Justice System*, 8th edition, 2005, p. 64.

미국 사회의 역사적 경험에 바탕을 두고 성립된 미국식 상소제도는 국외자에게 그 자체로 비교법적인 흥미가 있다. 그렇지만 미국의 상소제도는 단지 비교법적 호기심의 대상으로만 그치는 것이 아니다. 미국의 상소제도는 제2차 세계대전 후 맥아더 사령부가 일본의 사법제도를 개혁할 때 결정적인 모델이 되었다. 이 점에서 미국의 상소제도는 일본의 전후 상소제도를 이해하는 데에 결정적인 시사점을 제시하고 있다.

후술하겠지만 우리나라는 상소제도와 관련하여 직접적으로 미국법의 영향을 받지는 않았다. 그러나 우리 입법자는 대법원의 사건적체와 관련하여 여러 가지 시도를 한 일이 있다. 이와 관련하여 1961년부터 1963년까지 시행되었던 고등법원 상고부제도가 주목된다. 고등법원 상고부제도는 일정 정도의 경미사건에 대한 상고심을 각 지방에 분산 설치되어 있는 고등법원에 맡기는 것이다. 우리 입법자가 시도하였던 고법 상고부제도는 어느 의미에서 연방지방법원과 연방대법원 사이에 연방항소법원을 설치하였던 미국 입법자의 구상을 연상시킨다. 1961년 당시 고등법원 상고부제도가 어느 정도 미국법에 영향을 받았는지, 그리고 그 한계는 어디까지인가를 밝히는 것은 앞으로 우리나라 상소제도의 연구에 중요한 과제가 될 것이며, 장차 상소제도의 재편성을 위하여 중요한 출발점을 제공하게 될 것이다.

제2절 독일의 상소제도

1. 용어의 정리

가. 항소와 상고

독일의 상소제도는 우리에게 비교적 친숙하다. 항소(抗訴)와 상고(上告)

는 모두 독일 소송법학에서 유래하고 있는 개념이기 때문이다. 독일식 용어법에 의하면 항소(Berufung)는 재차 사실심리를 말한다. 상고(Revision)는 사실관계를 고정시켜 놓은 상태에서 행하는 사후의 법률심을 의미한다.

독일 형소법의 항소(Berufung)과 상고(Revision)는 우리 형소법의 항소 및 상고와 비슷하지만 반드시 같은 것은 아니다. 우리나라 형소법학에서는 항소(抗訴)를 제1심 판결에 대한 불복방법으로, 상고(上告)를 항소심 판결에 대한 불복방법으로 정의하고 있다. 후술하겠지만 우리나라 상고심에서는 제한적이지만 사실심리가 허용되고 있다. 우선 이 점에서 독일의 상고(Revision)와 우리의 상고(上告)는 반드시 같은 개념이라고 할 수는 없다.

한편 항소는 재차의 사실심을 의미한다는 점에서 독일의 항소(Berufung)와 우리나라의 항소(抗訴)는 대단히 비슷하다. 그러나 우리나라의 경우에는 모든 사건에 대해 항소가 인정됨에 반하여 후술하는 바와 같이 독일의 경우에는 그렇지 않다. 독일의 상소제도에 대한 검토에 들어가기에 앞서서 논의의 편의를 위하여 먼저 항소심의 구조와 관련한 용어를 정리해 놓을 필요가 있다. 복심, 속심, 사후심이 그것이다.

나. 항소심의 구조

복심(覆審)이란 제1심이 내린 판단을 전부 무(無)로 돌리고 새로이 재판하는 것을 말한다. 제2의 제1심이라고 말할 수 있다. 복심은 제1심을 다시 한번 행하는 것이다. 따라서 복심 형태의 항소심 절차는 검사의 공소장 낭독으로부터 시작되며 피고인신문과 증거조사가 전부 다시 실시된다. 종전의 제1심 공판절차에서 조사된 증거는 그대로 사용되지 않는다. 종전에 조사되었던 증거라고 할지라도 마치 새로운 증거가 나타난 것처럼 새롭게 증거조사를 해야 한다. 심리가 종결되면 항소심 법원은 제1심 법원의 판단을 파기한다. 스스로 사실관계를 확정하고 법리를 적용하여 실체판단을 내린

다. 따라서 복심형 항소심에서는 파기자판(破棄自判)이 원칙이 된다.

속심(續審)은 제1심에서 조사된 증거자료를 토대로 하면서 새로운 사실과 증거를 추가로 조사해 들어가는 항소심의 심리방식을 말한다. 속심은 마치 제1심에서 종결되었던 심리에 대해 항소심 법원이 변론을 재개하여 추가로 심리를 진행해 가는 것과 같은 외관을 갖는다. 따라서 검사에 의한 공소장낭독은 요구되지 않는다. 심리가 종결되면 항소심 법원은 원칙적으로 파기자판을 하게 된다. 새로운 증거에 의하여 사실관계를 확정하게 되므로 이를 기초로 새로운 실체판단을 내려야 하기 때문이다.

사후심(事後審)은 제1심 법원의 판결선고 시점을 기준으로 항소심 법원이 원심판결의 당부를 판단하는 심리방식이다. 사후심 형태의 항소심 절차에서는 제1심 법원의 판결선고 시점까지 제출된 증거만을 토대로 제1심 법원의 사실인정 오류를 판단한다. 제1심판결 후에 발생한 사실이나 제1심판결 선고 전에 제출할 수 없었던 증거에 대해 항소심 법원은 심리를 하지 않는다. 이 부분에 대해서는 제1심법원의 잘못을 논할 수 없기 때문이다.

사후심 방식에 따르면 항소심 법원은 항소인이 주장한 항소이유를 중심으로 그 당부를 검토한다. 심리 결과 항소심 법원이 내려야 할 판단은 제1심 판결에 대한 인용(認容) 또는 파기(破棄)의 두 가지이다. 제1심 판결이 잘못되었다고 판단하는 경우에 내리는 후속조치는 원심판결을 파기환송하거나 파기이송하는 것이다. 새로운 증거를 조사하거나 사실관계를 확정하지 않으므로 항소심 법원은 실체판단을 내리는 파기자판의 재판형식을 사용할 수 없다.

독일의 상소제도는 항소(Berufung)와 상고(Revision)로 이루어져 있다. 앞으로 자세히 검토하겠지만, 독일법상 항소심 법원은 사실심리를 행한다. 이에 대해 상고심 법원은 법률심만을 담당한다. 이제 상급심에서 사실심리를 행하는 항소(Berufung) 개념을 전제로 하여 독일의 상소제도를 살펴보기로 한다.²³⁾

다. 독일의 연방체제와 사법조직

독일은 미국과 마찬가지로 연방국가이다. 국방과 외교는 연방정부에서 관장하고 있지만 사법조직, 경찰제도, 교육제도 등은 각 주의 관할사항이다. 따라서 법원과 검찰청의 설치, 인원 배치, 예산 배정 등의 사무는 각 주가 관장한다. 한편 연방 차원에서도 법원과 검찰청이 별도로 설치되어 있다.²⁴⁾

그런데 독일은 미국과는 달리 사법절차와 관련된 기본 법률들을 연방 법률로 규정해 놓고 있다. 법원조직법(Gerichtsverfassungsgesetz), 형법(Strafgesetzbuch), 형사소송법(Strafprozessordnung)은 모두 연방 법률이다. 이 경우 연방 법률은 각 주를 포함한 연방 전역에 적용되는 법률을 의미한다. 따라서 형사사법과 관련한 조직과 절차는 독일 전역에 통일적인 모습을 취하고 있다.²⁵⁾ 각 주가 사법조직을 관장하고 있다는 말은 각 주의 법무부장관이 사법행정과 관련하여 그 주에 설치된 법원·검찰청의 인사와 예산을 운용한다는 뜻이다. 그러나 구체적인 사건을 수사하거나 재판하는 데에는 통일된 준칙이 적용된다. 이 점은 형법이나 형사소송법까지도 각 주마다 상이한 미국의 경우와 구별되는 부분이다.

2. 독일 제국의 사법제도 변천

가. 제국 형사소송법의 탄생과 상소제도

미국의 경우에도 그러했지만, 독일의 상소제도를 이해하려면 먼저 독일

23) 독일의 사법조직에 대해서는, 홍기태, “독일의 상고제도와 현행 상고제도의 개선방안”, 사법제도비교연구회 편, 사법개혁과 세계의 사법제도 [I], 2004, 42면 이하 참조.

24) 독일법상 연방(Bund)과 주(Land)의 관계에 대한 간략한 소개로, 신동운, “독일의 수사구조 및 사법경찰제도”, 치안연구소, 주요국가의 수사구조 및 사법경찰제도, 1996, 88면 이하 참조.

25) 독일의 형사사법에 관한 국내 개설서로, Roxin C./Arzt. G./Tiedemann, K. 공저, 최석윤/이경재/박미숙 공역, 독일형사법 입문, 1998 참조.

사법제도의 연혁을 숙지할 필요가 있다. 프로이센을 중심으로 통일을 달성한 독일은 1871년에 제국헌법(Reichsverfassung)을 제정하였다. 제국헌법은 형사사법에 대한 입법권을 제국에 부여하였다. 이후 형법, 형사소송법, 법원조직법 등의 주요 법률들이 심의·입법되었다. 형사사법에 관한 법률들을 입법함에 있어서 제국의회(Reichstag)와 제국협의회(Bundesrat) 사이에 커다란 의견대립이 있었다.²⁶⁾

자유주의 이념을 강하게 표방하였던 제국의회는 형사재판부의 구성에 시민참여를 요구하였고, 상소심에서 사실심리를 다시 행하는 항소(Berufung) 제도의 도입을 주장하였다. 이에 대하여 비스마르크의 영향 하에 있던 제국협의회는 국가 중심의 입법을 추진하면서 시민참여와 항소제도의 도입에 반대하였고, 1848년 혁명을 통하여 이미 도입되어 있던 배심법원(Schwurgericht)의 폐지까지도 주장하였다.

결국 양측의 타협에 의하여 독일 제국 특유의 상소제도가 탄생하게 되었는데 그 내용은 다음과 같다: (1) 중간급 이하의 경미사건에 대해서는 시민이 참여한 참심법원(Schöffengericht)이 재판한다. (2) 중간급 이상의 형사사건은 직업법관으로만 구성된 형사부(Strafkammer)가 재판한다. (3) 극형에 처할 중대범죄는 배심법원(Schwurgericht)이 재판한다. 배심법원에서는 3인의 직업법관과 12인의 배심원이 함께 재판부를 구성하여 법률판단을 행한다. (4) 항소(Berufung)는 참심법원이 심판한 사건에 대해서만 허용한다. 이 경우 항소는 3인의 직업법관으로 구성된 형사부가 담당한다.²⁷⁾

나. 에밍거 개혁과 상소제도

이와 같은 타협안을 담은 독일제국의 법원조직법과 형사소송법이 1877년에 각각 입법되었고 1879년부터 시행되었다. 독일의 형사사법조직은

26) 이하의 내용은, Roxin, C., Strafverfahrensrecht, 25. Auflage, 1998, S. 529 참조.

27) 이것은 결국 상급심의 경우에 시민참여가 전면적으로 배제되는 것을 의미한다.

1919년 제2제국이 종언을 고할 때까지 별다른 변화 없이 지속되었다. 그러나 제1차 세계대전이 끝난 후 사법조직은 커다란 변모를 겪게 되는데 이때의 사법개혁을 독일에서는 당시 제국법무부장관의 이름을 따서 ‘에밍거(Emminger) 개혁’이라고 부른다.²⁸⁾

1924년에 단행된 에밍거 개혁 가운데 상소제도와 관련된 내용의 골자는 다음과 같다: (1) 순수한 형태의 배심법원은 폐지한다. 배심법원의 이름은 유지하지만 재판부의 구성을 축소하여 그 실질을 확장된 형태의 참심법원으로 한다. (2) 종전에 형사부(Strafkammer)가 제1심으로 관할하였던 사건을 구법원(Amtsgericht) 관할사건으로 전환한다(이후 1931년과 1933년의 개혁을 통하여 형사부의 제1심 관할권이 일부 부활된다). (3) 구법원이 제1심 판결을 내리게 되었으므로 배심법원 사건을 제외한 모든 제1심 사건에 대해 항소를 허용한다.

제2차 세계대전이 끝난 후 독일은 4대 강국에 의하여 분할 점령되었다. 1950년 서독이 출범하면서 그동안 분열되었던 법질서를 통일하기 위하여 나치스 등장 이전의 사법조직으로 돌아가는 법개정이 있었다.²⁹⁾ 이제 이와 같은 사법제도의 연혁을 기초로 현행 독일법 상소제도를 살펴보기로 한다.

3. 독일의 현행 상소제도

가. 법원조직 개관

앞에서도 언급한 바와 같이 독일은 연방공화국이다. 따라서 독일의 사법조직은 각 주 단위로 구성된다. 제2차 대전 후 연합국의 점령에 의하여 서로 다른 지역이 강제로 하나로 묶인 주의 경우에는 사법조직의 피라미드가 둘이 되는 경우도 있다. 독일 전역을 놓고 볼 때 사법조직의 피라미

28) 이하의 내용은, Roxin, C., Strafverfahrensrecht, 25. Auflage, 1998, S. 529 f 참조.

29) Roxin, C., Strafverfahrensrecht, 25. Auflage, 1998, S. 532.

드는 여러 개가 존재한다. 여기에 연방 차원의 사법조직이 추가된다.

사법조직의 편성과 운영은 이와 같이 상이하지만 사법조직의 피라미드를 구성하는 심급제도는 독일 전역에 걸쳐 동일하다. 독일의 심급제도는 하급법원으로부터 시작할 때 구법원(Amtsgericht), 지방법원(Landgericht), 주상급법원(Oberlandesgericht)으로 구성된다. 여기에 연방차원으로 연방대법원(Bundesgerichtshof)이 하나 설치되어 있다.

독일의 경우 연방 차원의 지방법원이나 고등법원은 존재하지 않는다. 연방대법원은 독일법상 인정되는 5개의 최고법원 가운데 하나이다(독일 기본법 제93조 제1항). 연방대법원은 민사와 형사를 전담하는 최고법원이다. 행정, 재정, 노동, 사회 등 타 분야 사건은 별도의 최고법원이 담당한다. 한편 헌법재판을 담당하기 위하여 연방헌법재판소(Bundesverfassungsgericht)가 별도로 설치되어 있다.

나. 구법원 관할사건과 상소제도

독일의 구법원(Amtsgericht)는 독일 법원조직법 제24조에 기하여 원칙적으로 제1심 사건 전체를 관할한다. 다만, (1) 다른 법원의 제1심 관할로 되어 있는 사건, (2) 4년 이상의 자유형 선고가 예상되는 사건, (3) 검사가 특별히 중요성을 인정하여 지방법원에 기소한 사건 등은 구법원의 사물관할에서 제외된다.³⁰⁾

구법원의 재판부는 형사판사(Strafrichter)와 참심재판부(Schöffengericht)의 두 가지 형태로 이루어진다. 양자 모두 제1심 관할법원이다. 형사판사(Strafrichter)는 단독으로 심판을 행하는데 기본적으로 예상 선고형 2년 미만의 경미사건을 재판한다. 선고형의 예상이 빗나간 경우에는 예외적으로 선고형이 4년까지 확대될 수 있다.

30) 이하 내용의 자세한 설명은, Beulke, W., Strafprozessrecht, 7. Auflage, 2004, S. 28 f 참조.

참심재판부(Schöffengericht)는 1명의 직업법관과 2명의 참심원으로 구성된다. 사건이 복잡한 경우에는 직업법관이 1명 추가되기도 한다(확대 참심재판부). 참심재판부는 중간급의 범죄사건을 관할한다. 참심재판부는 구 재판소 관할사건으로서 형사판사가 심판하는 사건 이외의 사건을 심판한다. 외부 관찰자의 입장에서 개괄적으로 말한다면, 형사판사는 원칙적으로 2년 이하의 형이 예상되는 경죄(Vergehen) 사건을, 참심법원은 2년 이상 4년 이하의 형 선고가 예상되는 경죄(Vergehen) 사건과 4년 이하의 형 선고가 예상되는 중죄(Verbrechen) 사건을 심판한다.

구 재판소에서 형사판사나 참심재판부가 재판한 사건에 대해서는 지방법원(Landgericht)에 항소(Berufung)를 할 수 있다. 다만 빈발하는 경미사건의 경우에는 항소법원이 항소수리결정을 내려야만 항소가 허용된다(독일 형소법 제313조).³¹⁾ 경미사건에 대한 남항소(濫抗訴)를 방지하기 위함이다.

지방법원에서는 소위 소형사부가 항소사건을 담당한다. 소형사부(kleine Strafkammer)는 1명의 직업법관과 2명의 참심원으로 구성된다. 1993년 이래 소형사부는 구법원의 참심재판부가 내린 판결에 대해서도 항소심을 관장하게 되었다. 확대 참심재판부가 판결한 사건에 대해서는 1명의 직업법관이 추가되고, 이를 통하여 항소심 재판부인 소형사부가 강화된다.

지방법원의 소형사부가 내린 항소심 판결에 대해서는 주상급법원(Oberlandesgericht)에 상고(Revision)할 수 있다. 주상급법원에서는 3명의 직업법관으로 구성된 재판부가 상고심을 관할한다. 이 재판부를 형사심판부(Strafsenat)라고 부른다.

주상급법원이 상고심으로 재판하는 경우에 다른 주상급법원이나 연방대법원의 기존 판례와 다른 판단을 내리고자 하는 상황이 생길 수 있다. 이러한 경우에 해당 주상급법원은 반드시 연방법원에 사건을 이송하여야 한다(독일 법원조직법 제121조 제2항 참조). 이 사건이송의무를 통하여 연방

31) 항소심에 대한 설명은, Beulke, W., Strafprozessrecht, 7. Auflage, 2004, S. 32 참조.

대법원에 의한 법령해석의 통일이 보장된다.³²⁾

다. 지방법원 관할사건과 상소제도

대부분의 사건들은 구법원에서 제1심 재판이 이루어지지만, 지방법원이 제1심으로 재판하는 경우도 있다. 지방법원이 제1심으로 심판하는 사건들은 중간급 이상의 중요 범죄사건들이다. 지방법원에 설치되어 있는 재판부를 형사재판부(Strafkammer)라고 부르는데, 제1심을 관할하는 지방법원의 재판부를 가리켜서 대형사재판부(große Strafkammer)라고 부른다. 대형사부는 3명의 직업법관과 2명의 참심원으로 구성된다. 사건이 복잡하지 않다고 판단하는 경우에는 2명의 직업법관과 2명의 참심원으로 구성된 재판부가 심리에 임할 수 있다.³³⁾

지방법원이 제1심으로 심판하는 사건들은 중요 범죄사건들이다. 이를 구체적으로 보면, (1) 구법원이나 주상급법원의 심판대상이 되지 아니한 모든 중죄(Verbrechen) 사건, (2) 4년 이상의 선고형이 예상되는 사건(경죄 포함), (3) 검사가 특별히 중요성을 인정하여 지방법원에 기소한 사건 등이다.

지방법원에서 제1심 사건을 심판하는 형사재판부(Strafkammer) 가운데에는 특정사건만을 심판하는 재판부가 있다. 먼저 배심법원(Schwurgericht)이 있다. 배심법원은 살인, 상해치사, 감금치사, 강간치사 등 생명침해를 내용으로 하는 중범죄 사건을 심판한다. 다음으로 경제사건 형사재판부(Wirtschaftsstrafkammer)가 있다. 끝으로 국가안보범죄(Staatsschutzdelikt)를 심판하는 형사재판부가 있다. 이러한 특정재판부의 구성과 권한은 일반적인 형사재판부의 그것과 같다.

지방법원의 대형사재판부가 제1심으로 판결한 사건에 대해서는 항소

32) Beulke, W., Strafprozessrecht, 7. Auflage, 2004, S. 33.

33) 이하 내용의 자세한 설명은, Beulke, W., Strafprozessrecht, 7. Auflage, 2004, S. 29 f 참조.

(Berufung)가 인정되지 않는다. 대형사재판부가 내린 제1심 판결에 대해서는 연방대법원(Bundesgericht)에 상고(Revision)를 하는 것만이 가능하다. 연방대법원에 설치된 재판부를 가리켜서 심판부(Senat)라고 한다. 형사심판부(Strafsenat)는 5명의 직업법관으로 구성된다(독일 법원조직법 제139조 제1항). 연방대법원에는 5개의 형사심판부가 설치되어 있으므로 형사상고사건만을 전담하는 직업법관은 25명에 이른다.

라. 주상급법원의 관할사건과 상소제도

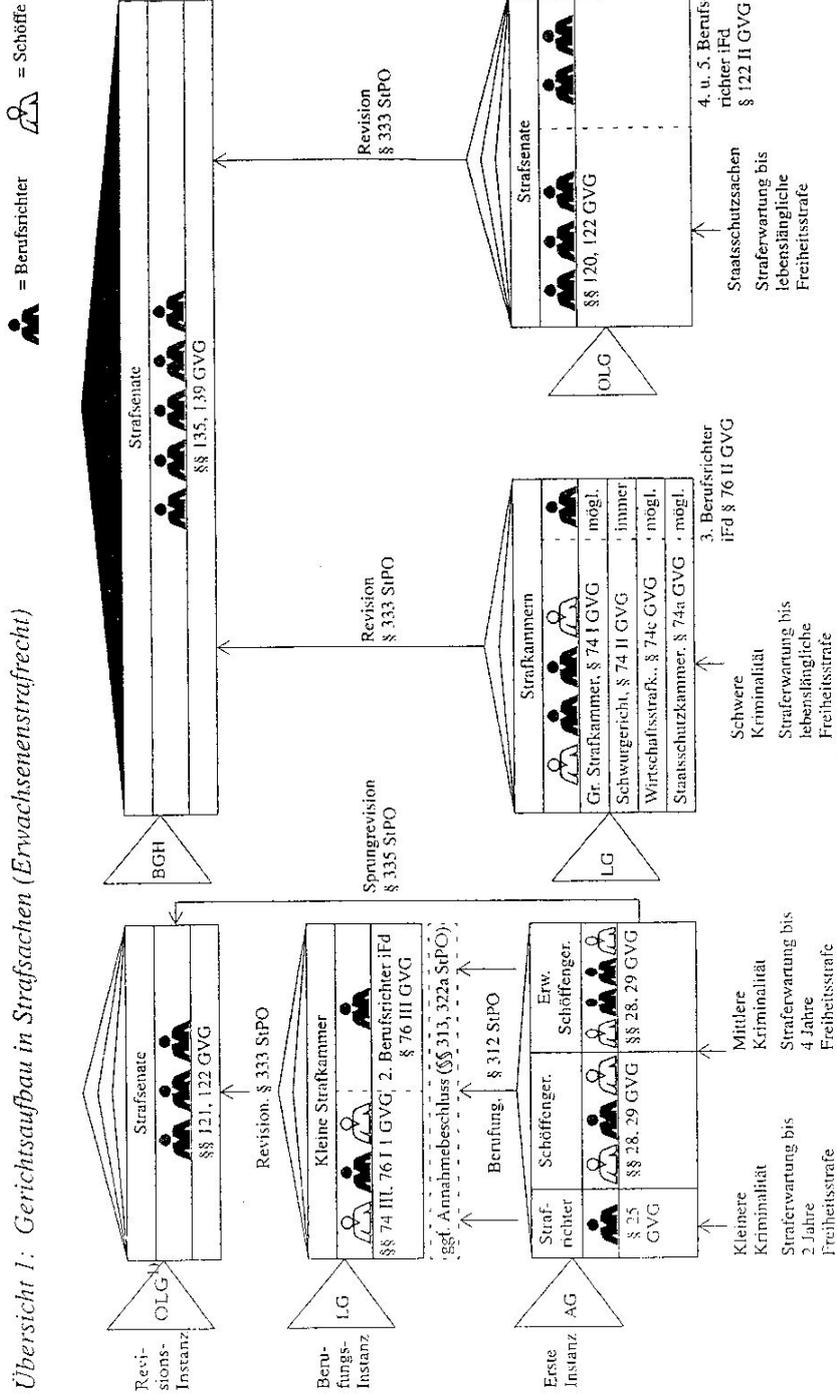
구법원이 제1심으로 심판한 경미사건에 대해 주상급법원(Oberlandesgericht)은 상고심 법원으로 기능한다. 그런데 주상급법원이 제1심 법원으로 심판하는 경우가 있다. 이 경우 주상급법원의 재판부는 3명 또는 5명의 직업법관으로 구성된다. 주상급법원이 제1심 법원으로 심판하는 범죄사건은 중대 공안사건들이다. 특정한 중대 국가안보범죄, 독일연방공화국의 존립을 위태롭게 할 살인 또는 방화 등의 범죄사건으로서 연방검찰총장이 사안의 중대성을 감안하여 형사소추를 직접 수행하는 경우에 주상급법원이 제1심 법원으로 심판한다.

주상급법원이 제1심 법원으로 심판한 사건에 대해서는 항소(Berufung)가 허용되지 않는다. 지방법원이 제1심으로 판결한 사건의 경우처럼 연방대법원에 상고(Revision)를 하는 것만 허용된다.

독일 상소제도구조를 보다 쉽게 파악하기 위해 아래에 도표를 소개한다.

마. 상소제도에 대한 개정논의

이미 연혁적 고찰에서 잠시 언급한 것처럼 독일의 상소제도는 경미사건에 대해 3심제도를, 중대사건에 대해서는 2심제도를 유지하고 있다. 일견



1) Bayern hat von der Möglichkeit des § 9 EGGVG Gebrauch gemacht und das BayObLG eingerichtet (Art. 11 BayAGVG).

기이해 보이는 독일의 상소제도는 앞에서 소개한 것처럼 연혁적 관점에서 그 성립경위를 설명할 수 있다. 현재 이와 같은 형태의 상소제도를 유지해야 할 것인가 하는 문제를 놓고 독일에서는 여러 가지 논의들이 진행되고 있다. 이 가운데 현재의 상소제도를 그대로 유지하자는 주장의 논변을 아래에 소개한다.³⁴⁾ 설명의 편의를 위하여 주장자가 직접 논거를 제시하는 방식으로 서술한다:

먼저, 제1심으로 심판하는 대형사재판부(große Strafkammer)에는 3명의 직업법관이 관여하고 있다. 뿐만 아니라 해당 심판사건도 변호사의 관여가 반드시 요구되는 필요적 변호사건으로 되어 있다. 이와 같이 직업법률가들이 대거 참여한 가운데 내려진 제1심 판결이라면 그 사실관계 확정의 정확성을 신뢰해도 좋다.

다음으로, 사실관계가 정확하게 확정되었다고 할 때 남는 것은 법률해석의 통일 문제이다. 법률해석의 통일을 기하는 것은 연방대법원(Bundesgerichtshof)에 상고하는 것으로 충분하다.

세 번째로, 단 한번의 재판으로 사실관계가 정확하게 확정된다고 단언할 수는 없음은 물론이지만, 사안이 복잡한 대규모 형사사건에서 재차 사실심리를 행한다는 것은 현실적으로 불가능하다. 경미사건에 대해서는 항소를 허용하고 있지만 경미사건의 경우 심리가 지체되는 사태는 거의 일어나지 않는다.

네 번째로, 사실심을 담당하는 구법원의 입장에서 보면, 항소가 허용되기 때문에 재차의 사실심리 가능성이 확보된다. 이러한 안전장치가 있기 때문에 구법원의 재판부는 보다 신속하게 판결을 선고할 수 있다. 그리고 이와 같은 신속한 재판에 대해 대부분의 피고인들이 승복하고 있다. 특히 단독판사인 형사판사(Strafrichter)가 판결한 사건에 대해 불복 항소하는 비율이 극히 낮다는 점에 주목할 필요가 있다.

34) Beulke, W., Strafprozessrecht, 7. Auflage, 2004, S. 35 f.

4. 독일 항소제도의 특징

가. 독일법상 항소의 개념

지금까지 독일의 상소제도를 심급관할을 중심으로 간단히 살펴보았다. 다음에서는 독일 형소법상의 상소제도를 항소제도와 상고제도로 나누어서 살펴보기로 한다. 이미 앞에서 검토한 바와 같이 독일법상 항소(Berufung)는 구법원에서 내려진 제1심 판결에 대한 불복방법을 말한다. 형사판사 또는 참심재판부가 재판한 제1심 판결이 항소의 대상이 된다. 그러나 지방법원이나 주상급법원이 제1심으로 재판한 사건에 대해서는 항소가 허용되지 않는다. 이러한 사건에 대해서는 상고(Revision)만이 가능하다.

독일 형소법상 항소(Berufung)는 원심판결의 법률면에서의 오류뿐만 아니라 사실면에서의 오류까지 다룰 수 있는 불복방법이다. 이 점은 단지 법률면에서의 오류만을 다룰 수 있는 상고(Revision)와 구별되는 측면이다. 이렇게 볼 때 독일 형소법상 항소심은 제2의 사실심이 된다. 제2의 사실심이므로 항소심 법원은 제1심 판결을 놓고 그의 사실면과 법률면의 오류 여부를 검토할 뿐만 아니라 새로운 사실관계와 새로운 증거방법을 심리의 대상으로 설정하여 심판할 수 있다.³⁵⁾

나. 항소절차의 특색

독일 형사소송법은 경미사건에 대한 남항소(濫抗訴)를 방지하기 위하여 항소수리제도를 도입하고 있다(독일 형소법 제313조). 항소수리결정의 대상이 되는 사건은 원심법원이 일수벌금(日數罰金) 15일 이하의 벌금을 선고한 사건이나 검사가 30일 미만의 일수벌금형을 구형하였는데 무죄나 공

35) Beulke, W., Strafprozessrecht, 7. Auflage, 2004, S. 301.

소기각의 판결이 선고된 사건이다. 이러한 사건들의 경우에 항소하려면 항소심 법원의 항소수리결정이 필요하다. 그렇지만 명백히 이유가 없다고 판단되는 경우가 아니면 항소는 수리된다. 이상의 사건을 제외한 나머지 사건에 대해서는 항소수리결정이 요구되지 않는다.³⁶⁾

독일 형소법상 항소를 제기함에는 항소장을 제출하는 것으로 족하다. 항소장 이외에 별도의 항소이유서 제출은 요구되지 않는다. 항소심 공판절차는 원칙적으로 제1심의 공판절차와 동일하다. 항소심 공판절차가 개시되면 사건보고판사(Berichterstatte)는 증인을 배제한 가운데 그 동안의 심리경과를 보고한다. 항소와 관련하여 의미가 있다고 판단할 때에는 제1심 판결 내용을 낭독한다. 검사와 변호인 및 피고인이 동의하는 경우에는 판결이유의 낭독을 생략할 수 있다. 이어서 항소심 공판절차는 피고인신문과 증거조사의 순서로 진행된다.³⁷⁾

항소심 공판절차의 첫 번째 행해지는 사건보고 단계나 이후의 증거조사 단계에서는 서증의 낭독이 허용된다. 제1심 공판절차에서 증인이나 감정인이 행한 진술을 기재한 조서는 특별히 예외규정이 적용되는 경우를 제외하고는 검사와 피고인의 동의가 없으면 항소심 증거조사절차에서 낭독할 수 없다. 증인이나 감정인의 재차 소환이 이루어지거나 피고인이 적시(適時)에 공판기일에서 증인신청을 한 경우에도 서증의 낭독은 허용되지 않는다.³⁸⁾

5. 독일 상고제도의 특징

가. 독일법상 상고의 개념

독일 형소법상 상고심은 순수한 법률심이다. 항소심의 경우와 달리 상

36) Beulke, W., Strafprozessrecht, 7. Auflage, 2004, S. 301.

37) 이상 독일 형사소송법 제324조 참조.

38) 이상 독일 형사소송법 제325조 참조.

고심에서는 제2차 사실심리가 행해지지 않는다. 상고심 법원은 원심판결이 소송법령을 준수하여 적법하게 내려진 것인지, 실체법령이 정당하게 적용된 것인지를 판단할 뿐이다. 상고심의 목적은 법령해석의 통일을 기하며 개별 사건의 정의로운 해결을 도모하는 데에 있다.³⁹⁾

상고의 경우에는 상고장의 제출 이외에 상고이유의 제시가 요구된다. 이 점은 항소장만을 제출하는 것으로 족한 항소의 경우와 크게 구별되는 부분이다. 상고이유의 제시는 상고장 제출 후 1개월 이내에 이루어져야 한다. 상고이유는 조서에 기재되거나 서면으로 제출되어야 한다. 서면으로 상고이유를 제시하는 경우에는 변호사가 그 상고이유서에 서명하여야 한다.⁴⁰⁾

나. 상고이유의 범위

독일 형소법상 상고심은 법률심이다. 따라서 상고인은 상고이유로 법령 위반만을 주장해야 한다(독일 형소법 제337조). 독일 형사소송법은 ‘법률위반’이라고 표현하고 있으나 이 경우 ‘법률’은 성문법률을 포함한 법규범 전반을 가리킨다.

독일법상 상고심은 법률심이므로 사실문제는 상고이유가 될 수 없다. 따라서 자신이 범행을 한 사실이 없어서 무죄라는 주장, 원심법원이 불리한 증인을 취신(取信)하였다는 주장, 원심법원이 유리한 증인에게 신빙성을 부여하지 않았다는 주장 등은 상고이유로 제시할 수 없다. 원심법원에서 신청되지 않은 증인에 대해 증인신문을 구하는 것과 같이 새로운 증거 조사를 요구하는 주장 또한 상고이유로 될 수 없다. 상고심 법원은 사실심 법원이 확정한 사실관계를 문제 삼지 않는다. 증거조사의 반복이나 보완은 허용되지 않는다.⁴¹⁾

39) Beulke, W., Strafprozessrecht, 7. Auflage, 2004, S. 305.

40) 이상 독일 형소법 제344조, 제345조 참조.

41) Beulke, W., Strafprozessrecht, 7. Auflage, 2004, S. 307.

상고인이 상고이유를 통하여 주장하는 원심법원의 법령위반은 크게 소송법령위반과 실체법령위반으로 나누어진다. 소송법령위반은 원심법원의 법관이 판결에 이르는 전 과정에서 준수해야 할 절차를 규정한 법령에 위반한 것을 말한다. 소송법령위반 이외의 법령위반은 모두 실체법령위반으로 분류된다.⁴²⁾

다. 소송법령위반 사유의 특수성

소송법령위반과 실체법령위반의 구별이 의미를 가지는 것은 당해 법령위반의 주장방식과 입증방법에 차이가 있기 때문이다.⁴³⁾ 우선, 소송법령위반을 주장하는 경우에는 상고이유에 소송법령위반을 내포하는 사실관계가 적시되어야 한다(독일 형소법 제344조 제2항). 이 경우 원심법원에 대한 상고심의 심리는 이 사실관계 부분에 한정된다(독일 형소법 제352조).

다음으로, 공판기일의 절차위반을 주장하는 경우에 해당 절차의 준수 여부는 공판조서만 가지고 입증해야 한다(독일 형소법 제274조). 그 외의 소송법령위반 여부는 자유로운 증명의 방식으로 판단한다. 이 경우 ‘의심스러운 때에는 피고인에게 유리하게’의 법원칙은 적용되지 않는다. 따라서 소송법령위반 여부에 대한 판단을 시도하였으나 끝까지 그 존부가 불분명한 경우에는 적법하게 소송절차가 진행되었다고 보아야 한다.

라. 절대적 상고이유와 상대적 상고이유

소송법령위반을 주장하는 상고이유는 다시 절대적 상고이유와 상대적 상고이유로 구분된다. 독일 형사소송법 제338조는 소송법령위반 가운데 중대한 위반사유를 절대적 상고이유로 규정하고 있다. 이를 정리해 보면 대

42) Beulke, W., Strafprozessrecht, 7. Auflage, 2004, S. 307.

43) 이하의 설명은, Beulke, W., Strafprozessrecht, 7. Auflage, 2004, S. 307 f 참조.

체로 다음과 같다:

- (1) 판결법원이 적법하게 구성되지 아니한 경우
- (2) 제척사유가 있거나 기피신청이 인용된 법원이 판결에 관여한 경우
- (3) 관할이 없음에도 불구하고 판결법원이 관할을 인정한 경우
- (4) 검사가 출석하지 않았거나 법률상 출석권 있는 자가 출석하지 않은 상태에서 공판기일이 진행된 경우
- (5) 공개재판의 원칙에 위반된 구두변론에 기하여 판결이 선고된 경우
- (6) 판결에 이유가 제시되지 않은 경우
- (7) 판결의 핵심적 사항에 대해 판결법원이 부적법하게 방어권의 행사를 제한한 경우

절대적 상고이유에 해당하는 경우에는 해당 소송법령위반 사유와 판결 사이에 인과관계가 있는 것으로 의제(擬制)된다. 이때의 의제는 반증이 불가능한 추정을 의미한다. 인과관계가 있는 것으로 의제되므로 해당 소송법령위반사유가 판결에 영향을 미쳤다는 점을 상고인이 입증할 필요가 없다.

이에 반해 상대적 상고이유의 경우에는 (1) 당해 법령위반이 있었다는 점과 (2) 그 법령위반 때문에 원심판결에 이르게 되었다는 점을 상고인이 입증하여야 한다. 이 경우 양자 사이의 관계는 유죄판결의 경우 “문제의 소송법령위반 사유 때문에 해당 판결이 나오게 되었다”고 하는 추론을 완전히 배제할 수는 없는 정도에 이르면 된다. 소송법령위반 사유와 원심판결 사이의 인과관계가 확실성의 정도로 입증될 필요는 없다. “정확하게 법령을 적용하였다더라면 다른 판결결과가 나왔을 것이다”라는 가능성이 있는 정도로 족하다. 그러나 ‘순전히 이론상의’ 가능성만으로는 충분하지 않다.⁴⁴⁾

마. 실체법령위반과 상고이유

상고이유의 두 번째 유형은 실체법령위반이다. 실체법령위반의 사유는

44) 이상의 설명은, Beulke, W., Strafprozessrecht, 7. Auflage, 2004, S. 308 f 참조.

판결이 법리오해에서 비롯된 경우이다. 실체법령위반은 소송법령위반에 비하여 그 판단이 용이하다. 따라서 상고인은 상고이유를 주장함에 있어서 실체법령위반이 있다고 공격하는 것으로 족하다. 실체법령위반의 주장이 있는 경우에 상고심 법원은 판결에 영향을 미쳤는가 하는 점을 포함하여 모든 실체법적 쟁점을 전반적으로 검토해 들어가게 된다.⁴⁵⁾

독일의 형사실무가들은 실체법령위반을 주장하는 경우에 상고이유서에서 “실체법 위반의 흠이 있음”이라는 표현을 사용하고 있다. 실체법령위반을 주장하는 경우에 그 사유를 입증하는 방법에 대해 독일 형사소송법은 아무런 규정을 두고 있지 않다. 이 때문에 그 사유의 입증에 오류가 있더라도 상고가 바로 부적법 각하로 되지는 않는다.⁴⁶⁾ 독일의 실무상 상고심 법원이 실체법령위반의 사유로 다루는 것은 크게 두 가지이다.

하나는 심증형성의 견실성에 대한 다툼이다. 이 부분에 대한 공격을 독일 형소법학에서는 설시의 흠(Darstellungsrüge)이라고 부른다. 여기에 해당하는 것으로 (1) 판결이유에 모순, 불명, 흠결이 있는 경우, (2) 논리칙, 경험칙에 반하는 경우, (3) 전체적인 심증형성이 확신의 정도에 이르지 않는 경우 등이 있다.

다른 하나는 실체법령의 정당한 적용에 대한 다툼이다. 법령적용을 다루는 주장은 일단 사실관계가 확정되었다는 전제에서 출발한다. 여기에 해당하는 것으로는 (1) 원심판결의 유무죄 판단에 오류가 있음을 주장하는 경우(여기에는 구성요건해당성, 위법성, 책임, 인적처벌조각사유, 객관적 처벌조건 등의 오류를 주장하는 경우가 포함된다), (2) 양형을 포함하여 원심판결의 법적 효과 부분에 오류가 있음을 주장하는 경우(예컨대 자유형의 형량 결정, 집행유예의 거부 결정 등에 대해 정당한 이유가 제시되지 않았다고 주장하는 경우) 등이 있다.

45) Beulke, W., Strafprozessrecht, 7. Auflage, 2004, S. 309.

46) Beulke, W., Strafprozessrecht, 7. Auflage, 2004, S. 309.

바. 상고심의 심리절차

상고장이 제출되면 일련의 사전절차를 거친 후 상고심 공판기일이 열리게 된다. 상고장이나 상고이유에 형식요건이 구비되지 않으면 결정으로 상고가 기각된다(독일 형소법 제349조 제1항). 상고의 경우에는 항소와 달리 전면적인 상고수리제도가 인정된다. 검사의 청구가 있으면 상고심 법원은 ‘명백히 이유 없음’을 들어서 변론 없이 상고를 기각할 수 있다. 이때의 기각결정은 재판부 전원의 일치된 의견에 기하여야 한다(독일 형소법 제349조 제2항). 무변론 상고기각결정은 승산 없는 상고사건을 상고심 법원의 업무영역에서 배제하기 위한 장치이다.⁴⁷⁾

상고장과 상고이유서가 적법하여 사전절차의 관문을 통과하게 되면 상고심 법원은 공판기일을 열어서 심리를 진행한다. 이때의 심리는 구두변론 방식으로 이루어진다. 피고인은 공판기일에 직접 출석하거나 변호인으로 하여금 대리하게 할 수 있다. 다만 구속피고인의 경우 출석권이 없다. 구속 피고인에게 변호인이 없으면 국선변호인의 선정을 청구할 수 있다.⁴⁸⁾

상고심 공판절차는 사건보고관사(Berichterstatter)의 사건보고로부터 시작된다. 이어서 검사와 피고인 및 변호인의 진술과 신청이 이루어진다. 이 경우 상고인이 먼저 변론을 행한다. 피고인에게는 최후진술의 기회가 부여된다.⁴⁹⁾

상고심 법원의 심리는 상고이유로 제시된 쟁점에 국한하여 진행된다. 소송법령위반을 주장하는 경우에는 상고이유서에 제시된 사실관계에 국한하여 심리가 이루어진다(독일 형소법 제352조 제1항). 이것은 상고심이 법률심이며 사후심이기 때문에 부과되는 제한이다.

상고심의 공판심리가 끝나면 상고법원은 판결을 선고하게 된다. 상고심

47) Beulke, W., Strafprozessrecht, 7. Auflage, 2004, S. 310.

48) 이상 독일 형소법 제350조 참조.

49) 이상 독일 형소법 제351조 참조.

법원의 판결형식은 크게 (1) 파기자판, (2) 파기환송 또는 파기이송, (3) 상고기각의 세 가지로 나누어 볼 수 있다. 상고이유가 인용될 경우에 주로 사용되는 판결형식은 파기환송과 파기이송이다. 그러나 예외적으로 상고심 법원이 파기자판의 판결을 하는 경우가 있다(독일 형소법 제354조 제1항 참조). 먼저, 상고심 법원은 판결의 기초가 된 사실관계에 실체법령이 잘못 적용되었다고 판단할 때 더 이상 사실관계를 판단하지 않고 자판하여 무죄, 공소기각, 또는 처음부터 특정된 형(소위 절대형)을 선고할 수 있다. 다음으로, 상고심 법원은 검사의 신청이 있는 경우에 법정 최저한도의 형을 선고하거나 형면제의 선고를 할 수 있다.

6. 독일 상소제도의 특색

가. 이원적 구조의 상소제도

지금까지 독일의 상소제도를 개략적으로 살펴보았다. 여기에서 독일 상소제도의 특징을 몇 가지 간추려 보기로 한다. 앞에서 미국의 경우 심급제도가 2심으로 이루지고 있음을 살펴보았다. 미국은 연방차원에서 연방지방법원, 연방항소법원, 연방대법원이 계층적으로 설치되어 있다. 그래서 미국이 일견 3심 재판제도를 가지고 있는 것처럼 보인다. 그렇지만 2심인 연방항소법원이 연방대법원을 전진 배치시킨 것과 같은 형태로 상고심 기능을 수행하고 있으므로 미국은 실질적으로 2심의 심급구조를 가지고 있다.

비슷한 사정은 독일의 경우에도 일부 찾아볼 수 있다. 예상 선고형 2년 이하(형사판사 관할사건)이거나 4년 이하(참심재판부 관할사건)의 자유형에 해당하는 경미사건은 구법원에서 제1심 재판을 담당한다. 구법원 관할 사건의 경우에는 제1심 구법원(Amtsgericht), 항소심 지방법원(Landgericht), 상고심 주상급법원(Oberlandesgericht)이라는 3심 형태의 상소제도가 확인

된다. 이 경우 심급구조의 종착점은 연방대법원(Bundesgerichtshof)이 아니라 독일의 각 주에 설치되어 있는 주상급법원이다.

경미사건과 중간급 사건을 제외하면 독일의 상소제도는 2심 구조를 갖는다. 지방법원(Landgericht)은 예상 선고형 4년을 넘는 중한 범죄사건에 대해 제1심으로 기능한다. 이 경우에는 항소심 없이 바로 상고심으로 이어진다. 주상급법원(Oberlandesgericht)이 제1심으로 재판하는 중대사건의 경우도 항소심 없이 바로 상고심으로 연결된다. 양자 모두 상고심 법원은 연방대법원(Bundesgerichtshof)이다.

이렇게 볼 때 적어도 중한 범죄사건과 국가안보사건 등 극히 중대한 범죄사건의 경우에 독일의 상소제도는 사실심과 법률심이라는 2심 구조로 편성되어 있음을 확인할 수 있다. 이제 미국과 독일을 함께 묶어서 관찰해 볼 때 소위 선진국형 상소제도는 2심제라고 말해도 과언은 아니라고 생각된다. 한국의 법률가들이 불변의 원리로 생각하고 있는 3심제 상소제도는 법률 선진국에서는 오히려 이례적인 방식이라고 할 수 있다.

나. 상고심 업무량 경감방안

독일의 상소제도를 분석하면서 주목하게 되는 또 하나의 사유는 상고이유의 광범위한 인정이다. 독일의 경우 상고이유는 소송법령위반과 실체법령위반으로 구성된다. 소송법령위반의 경우에는 입증방식에 까다로운 조건이 설정되어 있음에 반하여 실체법령위반의 경우에는 별다른 제한이 없다. 한국 법률가의 관점에서 볼 때 소위 채증법칙 위반이나 양형부당의 사유가 모두 상고사유로 인정되고 있다.

독일의 형사실무에서는 양형부당까지도 실체법령위반으로 파악된다. 따라서 독일의 상고법원은 그만큼 더 넓은 심리영역을 안고 있다고 말할 수 있다. 사정이 이렇다면 한국의 법률가로서는 상고심 사건의 폭증이나 적체

를 예상하지 않을 수 없다. 특히 전국에 단 하나 설치되어 있는 연방대법원의 업무량 문제를 어떻게 해결하는지 궁금해진다. 국외자가 제기하는 상고사건의 적체 문제에 대하여 독일의 입법자는 두 가지 방법으로 해결책을 제시하고 있다.

우선 경미사건에 대한 상고사건을 주상급법원으로 하여금 담당하게 하는 방법이다. 경미사건에 대한 최종심급은 독일의 각주에 설치되어 있는 주상급법원이다. 주상급법원은 독일 전역에 골고루 설치되어 있다. 수적으로 대부분을 차지하고 있는 경미범죄 상고사건은 이렇게 하여 분산 처리된다. 독일 전역에 하나밖에 설치되어 있지 않은 연방대법원(Bundesgerichtshof)에 경미범죄 상고사건이 올라오는 경우는 없다.

다른 하나는 상고심 법원의 재판부를 대폭 확대하는 방법이다. 독일의 연방대법원은 민사사건과 형사사건의 상고심으로서 법령해석의 통일을 도모하는 최고법원이다. 이 연방대법원에는 100명을 훨씬 상회하는 직업법관들이 재판부를 구성하고 있다. 각 재판부 당 5명의 직업법관이 배치되므로 20여개 이상의 재판부가 존재한다. 형사사건의 경우에는 이를 전담하는 5개의 형사심판부(Strafsenat)가 구성되어 있다. 25명의 직업법관이 형사 상고사건만을 전담하고 있는 것이다. 요컨대 상고심 재판부를 다수 설치함으로써 상고사건의 부담과 적체를 해소하고 있다.

제3절 일본의 상소제도

1. 전전의 상소제도 개관

가. 상소제도와 독일법의 영향

일본은 미국이나 독일과 달리 단일국가이다. 일본의 사법조직은 메이지

유신(明治維新) 이후 근대화되었다. 일본 정부는 불평등조약을 개정하기 위한 사법제도 정비의 일환으로 초기에는 프랑스의 치죄법(治罪法)을 변안하여 입법하였다.⁵⁰⁾ 이에 따르면 법원의 조직은 중죄재판소, 경죄재판소, 위경죄재판소로 나뉘었으며 각 범죄유형별로 재판절차와 심급구조가 규정되어 있었다. 이후 독일의 입헌군주제 헌법을 입법모델로 한 메이지 헌법(明治憲法)이 제정됨에 따라 독일법의 영향이 현저히 강화되기 시작하였다.

사법조직(司法組織)의 경우에서도 사정은 같아서 프랑스식의 치죄법을 폐지하고 재판소구성법과 형사소송법이라는 양대 법전을 통하여 형사사법제도를 재편성하게 되었다. 재판소구성법(裁判所構成法)과 형사소송법(刑事訴訟法)은 그 명칭에서 보여주는 바와 같이 독일의 재판소구성법(Gerichtsverfassungsgesetz)과 형사소송법(Strafprozessordnung)에 그대로 대응시킬 수 있는 것이었다.

전전(戰前)의 재판소구성법은 하급심으로부터 시작할 때 구재판소(區裁判所), 지방재판소(地方裁判所), 공소원(控訴院), 대심원(大審院)의 구조를 취하고 있었다. 구재판소(Amtsgericht), 지방재판소(Landgericht) 등의 명칭이 시사하는 바와 같이 이러한 사법조직은 독일 재판소구성법의 영향을 강하게 받은 것이었다. 다만 일본이 단일국가라는 점에서 조직구도는 비교적 간단하게 정리될 수 있었다. 각 재판소의 구성원은 모두 직업법관이였다. 구재판소에서는 1명의 단독판사로 재판부를 구성하였으나 지방재판소와 공소원에서는 3명의 직업법관으로, 대심원에서는 5명의 직업법관으로 각각의 재판부가 구성되었다.⁵¹⁾ 배심법(陪審法)의 실시에 의하여 일부 배심재판이 실시된 일이 있었으나 그 효력은 권고적인 것에 그쳤으며, 군부의 파쇼가 강화됨에 따라 배심재판은 정지되는 상태에 이르게 되었다.

50) 자세한 내용은, 신동운, “일제하의 예심제도에 관한 연구”, 서울대학교 법학, 제27권 1호, (1986. 4.), 13면 이하 참조; 당시 활동하였던 프랑스의 법학자 브야소나드에 대해서는, 潮見俊隆·利谷信義 編著, 日本の法學者, 1974, 27면 이하 참조.

51) 小野清一郎, 刑事訴訟法講義 全, 全訂 第3版, 1942, 71면 이하 참조.

나. 용어정리의 필요성

일본의 상소제도를 구체적으로 검토하기에 앞서서 먼저 용어를 통일해 놓을 필요가 있다. 일본에서는 제1심 판결에 대한 불복방법을 공소(控訴)라고 부른다. 즉 우리 소송법상의 항소(抗訴)를 공소(控訴)라고 부르는 것이다.⁵²⁾ 우리나라에서도 1954년까지 시행되었던 의용형사소송법과 1954년의 제정형사소송법, 그리고 1961년의 개정형사소송법이 공소(控訴)라는 용어를 사용하고 있었다. 이후 1963년의 형사소송법 개정시에 우리 입법자는 공소(控訴)라는 용어가 공소(公訴)와 발음이 같아서 혼동을 준다는 이유로 종전의 공소(控訴)를 항소(抗訴)로 변경하였다.

여기에서 일본의 상소제도를 소개함에 있어서 공소(控訴)라는 용어를 그대로 사용할 것인지 아니면 우리 형소법의 용어례에 따라서 항소(抗訴)로 표현할 것인지가 문제된다. 본 보고서에서 필자는 우리나라 독자를 위해 일본의 상소제도를 객관적으로 관찰한다는 비교법적 요청에 주목하여 항소(抗訴)라는 표현을 사용하기로 한다. 따라서 본 보고서에서 일본의 상소제도와 관련하여 항소(抗訴)라고 표현하고 있는 대목은 특별한 설명이 없는 한 원문의 표현이 공소(控訴)임을 이 자리에서 미리 밝혀둔다.

다. 전전 일본의 심급제도

여기에서 먼저 전전(戰前) 일본의 사법조직을 살펴보기로 한다. 전전의 사법조직을 기준으로 할 때 당시 일본에는 구재판소(區裁判所), 지방재판소(地方裁判所), 공소원(控訴院), 대심원(大審院)이라는 네 가지 형태의 법원이 설치되어 있었다. 다음은 당시의 시점을 기준으로 심급제도를 살펴본다.

구재판소(區裁判所)는 언제나 제1심 사건만을 취급한다.⁵³⁾ 구재판소의

52) 전술 각주 11) 참조.

관할범죄는 (1) 구류 또는 과료에 해당하는 죄와 (2) 단기 1년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 죄를 제외하고 유기의 징역이나 금고 또는 벌금에 해당하는 죄이다. 다만 예심을 거친 사건은 제외된다. 구재판소 사건에 대한 항소심은 지방재판소가 담당하며, 상고심은 대심원이 담당한다.

지방재판소(地方裁判所)는 구재판소의 권한 또는 대심원의 특별권한에 속하지 않는 사건에 대하여 제1심으로서 관할권을 갖는다. 지방재판소의 제1심 판결에 대한 항소는 공소원(控訴院)이 담당하며, 상고심은 대심원이다. 대심원은 예외적으로 내란죄나 황족 등과 관련된 일정사건에 대해 제1심으로서 재판한다. 요컨대 당시의 심급구조는 3심제도로써 (1) 구재판소 제1심, 지방재판소 항소심, 대심원 상고심, (2) 지방재판소 제1심, 공소원 항소심, 대심원 상고심의 이원적 구조로 되어 있었다. 지금의 우리나라 심급제도와 비슷한 형태라고 할 수 있다.

전전 일본의 심급제도는 좀더 자세히 고찰해 놓을 필요가 있다. 왜냐하면 1954년 우리 형사소송법이 제정되기 전까지 일본의 구형사소송법이 우리나라에서 소위 의용형사소송법으로 규범력을 가지고 있었을 뿐만 아니라 1954년의 제정형사소송법도 일단 기존의 법령체계를 유지하는 기조에서 성안되었기 때문이다. 따라서 아래에서는 전전 일본 형소법의 항소제도와 상고제도를 좀더 자세히 살펴보기로 한다.

2. 전전의 항소제도

가. 항소와 상고의 개념정의

일본 형사소송법학의 이론구성에 의할 때 당시 항소(抗訴)는 제1심 판결에 대한 상소이며 상고(上告)는 제2심 판결에 대한 상소로 정의되었다.⁵⁴⁾

53) 이하에 설명하는 전전 일본의 심급제도는, 小野清一郎, 刑事訴訟法講義 全, 全訂 第3版, 1942, 82면 이하 참조.

항소심은 복심(覆審)으로 이해되었다. 일단 적법한 항소제기가 있기만 하면 항소심 법원은 다시 피고사건에 대하여 심판을 하지 않으면 안 되었다.⁵⁵⁾ 당시의 항소심은 독일 재판소구성법(Gerichtsverfassungsgesetz)이 설정한 항소(Berufung)와 동일한 구상에 입각하고 있었던 것이다.

이에 대하여 상고심은 원판결에 대한 사후심으로 관념되었다. 상고심은 원칙적으로 당사자가 다투고 있는 법령위반을 심사하며, 법령위반에 기초한 판결을 파기하는 것을 목적으로 한다.⁵⁶⁾ 사후심이며 법률심이라는 점에서 일본의 당시 상고(上告)는 독일 형사소송법의 상고(Revision)와 기본적으로 그 내용이 같다.

그런데 여기에서 몇 가지 주목할 차이점이 있다. 우선 항소의 경우를 본다. 독일의 경우에는 경미한 사건에 대해 제1심 → 항소심 → 상고심이라는 3심제도가 채택되고 있다. 이에 반해 중한 사건의 경우에는 항소심 없이 제1심 판결이 곧바로 상고심으로 연결되고 있다. 중한 사건의 경우에 삼세번 재판이라는 관념이 없는 것이다. 이에 대하여 일본의 구형사소송법은 경한 사건과 중한 사건을 가리지 않고 일률적으로 3심제도를 유지하였다. 이러한 상황에서 독일 형사소송법처럼 심급제도를 줄이자는 주장이 당시 일본에서 제기되고 있었다.⁵⁷⁾

나. 전전의 항소심 폐지론

항소심 폐지론자는 다음과 같은 논지를 전개하였다: 항소심은 하나의 복심(覆審)이다. 따라서 피고사건에 대해 다시 사실을 인정하고 법령을 적용하며 형을 정하는 등 심리를 다시 하지 않으면 안 된다. 즉 제1심과 마찬가지로 심판절차를 되풀이하여야 한다. 이것은 무의미한 절차의 반복이다.

54) 小野清一郎, 刑事訴訟法講義 全, 全訂 第3版, 1942, 509면 이하 참조.

55) 小野清一郎, 刑事訴訟法講義 全, 全訂 第3版, 1942, 531면 이하 참조.

56) 小野清一郎, 刑事訴訟法講義 全, 全訂 第3版, 1942, 541면 이하 참조.

57) 이하의 논의는, 小野清一郎, 刑事訴訟法講義 全, 全訂 第3版, 1942, 531면 이하 참조.

항소심 절차는 제1심 절차를 신중하게 진행하는 것으로 대신하여야 한다.

이에 대하여 항소심 유지론자는 다음과 같은 논지를 전개하였다: 제1심 절차를 아무리 신중하게 진행한다고 해도 어떤 판결이 내려질 것인지는 판결이 선고된 후가 아니면 알 수가 없다. 따라서 제1심 판결 후에 당사자가 사용할 수 있었는데 미처 그 중요성이 부각되지 않았던 소송자료를 다시 제출할 수 있도록 기회를 부여하지 않으면 안 된다.

다. 전전의 항소심 절차

일본 구형사소송법이 규정한 항소심 절차를 살펴보면 다음과 같다. 먼저 항소를 할 때에는 항소장을 제1심법원에 제출하여야 한다. 항소장에는 일정한 판결에 대해 항소한다는 취지가 나타나 있어야 한다. 그러나 불복의 이유를 여기에 나타낼 필요는 없다.⁵⁸⁾

항소심 절차에는 원칙적으로 제1심의 공판에 관한 규정이 준용된다. 따라서 제1심에서와 마찬가지로 공판기일을 정하고 공판정을 개정하며 구두 변론을 거쳐 판결을 내린다. 항소심 법원은 항소의 적법 여부를 심사하여 적법하다고 판단하면 다시 제1심에서와 마찬가지로 피고사건에 대하여 심리를 행하며 판결을 내려야 한다.⁵⁹⁾

요컨대 전전의 항소제도는 독일식 항소와 구조가 비슷하며, 항소이유서 제도가 없다는 점을 특징으로 한다고 할 수 있다.

3. 전전의 상고제도

가. 법령위반과 상고이유

전전 일본 형소법의 상고심은 원칙적으로 법률심이며 사후심이었다. 따

58) 小野清一郎, 刑事訴訟法講義 全, 全訂 第3版, 1942, 533면 이하 참조.

59) 小野清一郎, 刑事訴訟法講義 全, 全訂 第3版, 1942, 535면 이하 참조.

라서 기본적으로 법령위반만을 이유로 상고할 수 있었으나 후술하는 것처럼 예외가 인정되었다. 법령위반의 상고이유는 다시 상대적 상고이유와 절대적 상고이유로 구분되었다.

상대적 상고이유는 판결에 영향을 미친 법령위반이다. 따라서 판결에 영향을 미치지 않았음이 명백한 때에는 법령위반이 있다고 할지라도 이를 상고이유로 하지 못한다. 이에 반하여 절대적 상고이유는 판결에 영향을 미쳤는가를 묻지 않는 법령위반의 사유이다.

일본의 전전 형사소송법은 절대적 상고이유로 21개의 사유를 인정하고 있었다(일본 구형사소송법 제410조). 이를 보면 다음과 같다.

- (1) 법률에 따라 판결재판소를 구성하지 아니하였을 때
- (2) 직무의 집행에서 제외되어야 할 판사가 심판에 관여한 때
- (3) 판사가 편파의 우려 있다고 기피되어 그 기피신청이 이유 있다고 인정되었음에도 불구하고 심판에 관여한 때
- (4) 심리에 관여하지 않은 판사가 판결에 관여한 때
- (5) 불법하게 관할 또는 관할위반을 인정한 때
- (6) 불법하게 공소(公訴)를 수리하거나 또는 이를 기각한 때
- (7) 심판의 공개에 관한 규정에 위반한 때
- (8) 별단의 규정이 있는 경우를 제외하고 피고인이 출두하지 않고 심판한 때
- (9) 공판정에서 피고인의 신체를 구속한 때
- (10) 법률에 의하여 변호인을 요하는 사건 또는 결정에 의하여 변호인을 붙인 사건에서 변호인이 출석하지 않고 심리한 때
- (11) 불법하게 변호권의 행사를 제한한 때
- (12) 검사가 하는 피고사건의 진술을 듣지 않고 심판한 때
- (13) 법률에 의하여 공판에서 조사할 증거를 조사하지 않았을 때
- (14) 공판정에서 한 증거조사청구에 대하여 결정을 해야 할 경우에 이

를 하지 않았을 때

(15) 공판정에서 한 이의신청에 대하여 결정을 하지 않았을 때

(16) 법률에 의하여 공판절차를 정지하거나 또는 갱신할 사유가 있는 경우에 이를 정지하거나 갱신하지 않았을 때

(17) 피고인 또는 변호인에게 최종 진술할 기회를 주지 않았을 때

(18) 심판의 청구를 받은 사건에 관하여 판결을 하지 않거나 또는 심판의 청구를 받지 않은 사건에 관하여 판결한 때

(19) 판결이유를 붙이지 않거나 또는 이유에 저어(齟齬)가 있을 때

(20) 판결에 판시해야 할 판단을 유탈한 때

(21) 판결서에 판사의 서명 혹은 날인 또는 계인이 빠졌을 때

이상의 상고이유는 법령위반을 내용으로 하고 있다. 법령위반의 점만을 놓고 보면 일본 구형사소송법의 상고(上告)는 독일 형사소송법의 상고(Revision)와 그 성질이 같다. 그러나 일본 구형소법은 상고이유의 범위를 그 밖의 영역으로까지 확장하였다. 당시 일본 형사소송법학계에서는 이 부분의 상고이유를 놓고 독일식의 전통적 상고 관념을 깨고 중대한 개혁을 시도한 것이라고 평가하였다.⁶⁰⁾

나. 상고이유의 확장

전전 일본 형사소송법이 통상의 법령위반 이외에 상고이유로 인정한 것에는 다음의 몇 가지가 있다. 먼저 중대한 사실오인과 현저한 양형부당이 있다. 즉 (1) 중대한 사실의 오인이 있음을 의심하기에 족한 현저한 사유가 있을 때(일본 구형소법 제412조), (2) 형의 양정이 심히 부당하다고 사료할 현저한 사유가 있을 때(일본 구형소법 제414조)에는 법령위반이 아님에도 불구하고 상고이유로 할 수 있다.

60) 小野清一郎, 刑事訴訟法講義 全, 全訂 第3版, 1942, 542면.

다음으로 재심청구, 형의 폐지나 변경, 대사(大赦) 등의 사유가 있다. 즉 (1) 재심의 청구를 할 수 있는 경우(일본 구형소법 제413조), (2) 판결이 있은 후 형의 폐지 혹은 변경 또는 대사가 있었을 때(일본 구형소법 제415조) 이를 상고이유로 할 수 있다. 이 가운데 (2)의 사유는 원심판결에 포함된 오류가 아니지만 원심판결의 법령위반에 준하는 것으로 취급된 것이다. (1)의 사유도 원심판결 자체에 수반된 위법은 아니지만 원심판결 사실인정에 영향을 미칠 수 있는 중대한 사유라는 점에서 상고이유로 인정되었다.

다. 전전 상고심 절차의 특색

일본 구형사소송법은 상고심의 심리범위와 관련하여 다음과 같이 규정하였다: 먼저 상고심 법원은 상고이유서에 포함된 사항에 한하여 조사하여야 한다(일본 구형소법 제434조 제1항). 관할, 공소수리 및 판결에 관한 법령위반은 직권으로 조사할 수 있다(일본 구형소법 제343조 제2항). 상고인의 상고이유서에 포함되지 않더라도 현저한 양형부당, 재심청구사유, 중대한 사실오인의 경우에는 직권으로 조사할 수 있다(일본 구형소법 제434조 제3항 참조).

일본 구형소법의 직권심리사유는 광범위하였다. 이것은 직권심사를 통하여 상고심의 심판범위를 대폭 확장할 수 있음을 의미한다. 상고심 법원은 일단 상고이유로 적시된 부분에 대해서 심판해야 하지만, 중요한 법령위반사유는 물론이고 설혹 피고인이 상고이유로 적시하지 않았더라도 중대한 사실오인이나 현저한 양형부당 등의 사유는 직권으로 고려할 수 있다는 것이다.

전전의 일본 형사소송법은 사실오인과 양형부당까지 포함하여 상고이유를 넓게 인정하였다. 비록 ‘명확하게’나 ‘현저한’과 같은 제한사유가 붙어 있지만 사건 자체의 경중을 기준으로 하는 규제는 가해지지 않았다. 나아

가 상고가 이유 있다고 판단하는 경우에 상고심 법원은 사건을 하급법원으로 환송하거나 이송하지 않고 사실심리를 할 것이라는 취지를 결정으로 선고한 다음, 상고심 법원이 스스로 피고사건에 관하여 다시 심판하는 것이 원칙으로 되어 있었다(일본 구형소법 제440조).

상고심 법원은 공판정에서 조사하기에 불편한 사항을 부원으로 하여금 조사하게 하거나 예심판사나 지방법원판사에게 이를 촉탁할 수 있었다. 이상의 심리방식에 대한 예외조치로 이후 파기환송이나 파기이송의 장치가 추가되었다(일본 구형소법 제448조의 2).

라. 전전의 상고심 개편론

전전 일본 형사소송법이 이와 같이 상고이유를 확장하고 상고심 법원에 게 사실심리를 행하도록 한 것은 하급심 재판의 과오를 시정하면서 동시에 피고인의 이익을 도모하기 위함이었다. 그러나 이러한 방법에 의하여 실제상 어느 정도 피고인의 이익이 보호될 것인가 하는 점에 대하여는 회의적인 의견이 적지 않았다. 특히 최고법원인 대심원(大審院)으로 하여금 사실심리를 행하도록 한 대목에 대해 법률문제의 판단을 주된 기능으로 하는 상고심 법원의 임무와 부합하지 않는다는 비판이 제기되었다. 또한 대심원은 전국에 하나밖에 설치되어 있지 않은데, 이 대심원이 전국 각지에서 올라오는 모든 사건에 대해 과연 사실심리를 행할 수 있을 것인가 하는 의문이 제기되었다.⁶¹⁾

후자의 문제와 관련하여 예심판사나 지방법원판사에게 심리를 촉탁하는 방안이 강구되었다. 그러나 이에 대해서도 사실심리에 요구되는 직접심리주의와 구두주의를 포기하고 간접심리주의로 돌아가는 것이며, 이러한 변칙으로 과연 실제적 진실을 발견할 수 있겠는가 하는 비판이 제기되었다.

61) 小野清一郎, 刑事訴訟法講義 全, 全訂 第3版, 1942, 543면 이하 참조.

그리하여 상고심의 사실심리를 폐지하자는 주장이 강하게 제기되었다.⁶²⁾

4. 전후 상소제도 개편의 특징

가. 상소제도에 대한 영미법의 영향

1945년 8월 일본은 연합국에 무조건 항복을 하였다. 연합국 점령군사령부는 일본의 전전 군국주의가 대륙식 형사사법에 기인한 바가 크다고 보고 형사사법의 대대적인 개혁에 나섰다. 이 과정에서 일본 측은 형사소송법의 개정초안을 만들고 연합군 측이 이 초안을 일본 측과 토의, 검토하여 수정을 요구하는 방식으로 개혁작업이 진행되었다. 이러한 심의과정을 통하여 일본의 형사소송법은 종래의 대륙법적 구조를 떠나 영미식으로 대폭 방향을 전환하게 되었다. 당사자주의의 도입을 통하여 형사절차의 전면적인 재구성을 시도한 것은 그 대표적인 예이다.⁶³⁾

영미법의 영향은 상소제도의 경우에 특히 강하게 부각되었다. 일본의 신형사소송법은 종래의 대륙식 상소제도를 폐기하고 영미식 상소제도로 전환하였다. 그 내용은 항소심을 종래의 복심구조로부터 사후심으로 전환하는 것이며,⁶⁴⁾ 상고심을 순수한 법률심으로 순화하는 것이었다.⁶⁵⁾ 항소심의 사후심화는 특히 항소이유서제도의 도입을 통하여 이루어졌다. 전후의 일본 신형사소송법은 항소이유서의 방식성을 대폭 강화하였는데, 반드시 구체적인 항소이유를 적시하고 소송기록을 통하여 근거되는 사실을 밝히도록 한 점이 주목된다(일본 신형소법 제376조). 또한 신형소법은 상고심에서 상고이유로 사실오인이나 양형부당을 인정하지 아니하였다.⁶⁶⁾

62) 小野清一郎, 刑事訴訟法講義 全, 全訂 第3版, 1942, 544면.

63) 당시의 사법개혁 상황에 대해서는, 団藤重光, 刑事訴訟法の40年, JURIST, No. 930, 臨時増刊 1989. 3. 25., 2면 이하 참조.

64) 団藤重光, 刑事訴訟法の40年, JURIST, No. 930, 臨時増刊 1989. 3. 25., 8면 참조.

65) 団藤重光, 刑事訴訟法の40年, JURIST, No. 930, 臨時増刊 1989. 3. 25., 8면 참조.

나. 상고심의 개편

전후 일본의 상소제도 개편에 있어서 특히 주목할 부분은 상고제도의 획기적 전환이다. 종래의 상고이유 대부분은 항소이유로 전진 배치되었다. 상고심의 상고이유는 원칙적으로 헌법위반과 관례위반으로 제한되었다(일본 신형소법 제405조). 이제 피고인이나 검사는 헌법위반이나 관례위반만을 적법한 상고이유로 주장할 수 있을 뿐이다. 또한 미국 연방대법원의 모델에 따라 법령해석과 관련하여 중요사항을 포함하는 상고사건에 대해 상고수리제도가 도입되었다(일본 신형소법 제406조).

일본의 신형사소송법은 일반적인 법령위반이나 중대한 사실오인 또는 현저한 양형부당을 상고이유로 인정하지 않는다. 상고심 법원은 이러한 사유 때문에 원판결을 파기하지 아니하면 현저히 정의에 반한다고 인정되는 경우에 예외적으로 원판결을 파기할 수 있다(일본 신형소법 제411조). 이러한 경우를 기대하여 상고인이 이들 사유를 상고심에서 주장하는 경우가 있다. 그러나 이러한 주장은 상고심 법원의 직권발동을 촉구하는 의미만을 가지며 상고심 법원을 구속하지 않는다. 상고인이 이러한 사유를 권리로 주장할 수 있는 법적 근거가 없기 때문이다.

이러한 개혁의 골자는 법령해석을 넘어서서 사실심리까지도 폭넓게 담당하였던 구형사소송법의 상고심 구조와 결별하는 것이며, 영미법 모델에 따라서 상고심을 순수한 법률심으로 확립하는 것이었다. 이와 같이 상고심을 개편한 이유는 앞으로 위헌법률 심사를 담당하게 될 최고재판소의 기능변화와 업무역량을 고려하였기 때문이다.⁶⁷⁾ 요컨대 전후 일본의 상소제도 개편은 최고법원의 중요성을 감안하여 최고재판소의 업무량을 덜어내려는 작업의 구체화라고 할 수 있다.

66) 三井誠・酒卷匡 著, 신동운 역, 입문 일본형사수속법, 2003, 339면.

67) 団藤重光, 刑事訴訟法の40年, ジュリスト, No. 930, 臨時増刊 1989. 3. 25., 8면 참조.

5. 전후 상소제도 개편의 내용

가. 항소이유의 전진배치

전후 일본은 재판소구성법을 개정하여 각급 법원의 조직을 간이재판소(簡易裁判所), 지방재판소(地方裁判所), 고등재판소(高等裁判所), 최고재판소(最高裁判所)로 재편성하였다. 또한 상소제도를 재편하는 과정에서 항소심 법원을 고등재판소로 일원화하였다. 그리하여 심급제도는 (1) 제1심 간이재판소, 항소심 고등재판소, 상고심 최고재판소, (2) 제1심 지방재판소, 항소심 고등재판소, 상고심 최고재판소의 두 가지 형태로 변화되었다.

항소이유는 다음과 같이 재분류되었다. 이해를 돕기 위하여 일본 구형소법의 상고이유와 신형소법의 항소이유를 절대적 사유와 상대적 사유로 나누어서 대비해 본다.

절대적 항소이유

일본 구형소법	일본 신형소법
(1) 법률에 따라 판결재판소를 구성하지 아니하였을 때	법률에 따라 판결재판소를 구성하지 아니한 것 (제377조 1호)
(2) 직무의 집행에서 제외되어야 할 판사가 심판에 관여한 때	법령에 의하여 판결에 관여할 수 없는 재판관이 판결에 관여한 것 (제377조 2호)
(3) 판사가 편파의 우려 있다고 하여 기피되어 그 기피신청이 이유 있다고 인정되었음에도 불구하고 심판에 관여한 때	
(4) 심리에 관여하지 않은 판사가 판결에 관여한 때	
(5) 불법하게 관할 또는 관할위반을 인정한 때	불법하게 관할 또는 관할위반을 인정한 것 (제378조 1호)
(6) 불법하게 공소(公訴)를 수리하거나 또는 이를 기각한 때	불법하게 공소(公訴)를 수리하거나 또는 이를 기각한 것 (제378조 2호)
(7) 심판의 공개에 관한 규정에 위반한 때	심판의 공개에 관한 규정에 위반한 것 (제377조 3호)

(8) 별단의 규정이 있는 경우를 제외하고 피고인이 출두하지 않고 심판한 때	
(9) 공판정에서 피고인의 신체를 구속한 때	
(10) 법률에 의하여 변호인을 요하는 사건 또는 결정에 의하여 변호인을 붙인 사건에서 변호인이 출석하지 않고 심리한 때	
(11) 불법하게 변호권의 행사를 제한한 때	
(12) 검사가 하는 피고사건 진술을 듣지 않고 심판한 때	
(13) 법률에 의하여 공판에서 조사할 증거를 조사하지 않았을 때	
(14) 공판정에서 한 증거조사청구에 대하여 결정을 해야 할 경우에 이를 하지 않았을 때	
(15) 공판정에서 한 이의신청에 대하여 결정을 하지 않았을 때	
(16) 법률에 의하여 공판수속을 정지하거나 또는 갱신할 사유가 있는 경우에 이를 정지하거나 또는 갱신하지 않았을 때	
(17) 피고인 또는 변호인에게 최종진술할 기회를 주지 않았을 때	
(18) 심판의 청구를 받은 사건에 관하여 판결을 하지 않거나 또는 심판의 청구를 받지 않은 사건에 관하여 판결한 때	심판의 청구를 받은 사건에 대하여 판결을 하지 아니하거나 또는 심판의 청구를 받지 아니한 사건에 대하여 판결을 한 것 (제378조 3호)
(19) 판결이유를 붙이지 않거나 또는 이유에 저어(齟齬)가 있을 때	판결에 이유를 붙이지 않거나 또는 이유에 어긋남이 있는 것 (제378조 4호)
(20) 판결에 판시해야 할 판단을 유달한 때	
(21) 판결서에 판사의 서명 혹은 날인 또는 계인이 빠졌을 때	

상대적 항소이유

일본 구형소법	일본 신형소법
제409조 상고는 제412조 내지 제415조에 규정한 경우를 제외하고 법령의 위반을 이유로 하는 때에 한하여 이를 할 수 있다.	제384조 항소의 제기는 제377조 내지 제382조 및 전조에 정하는 사유가 있는 때에 한하여 할 수 있다.
제411조 전조(제410조)의 경우를 제외하고 법령에 위반한 일이 있었다 할지라도 판결에 영향이	소송절차에 법령위반이 있고 그 위반이 판결에 영향을 미친 것이 명백함을 이유로 하는 때 (제

미치지 않았음이 명백한 때는 이를 상고의 이유로 할 수 없다.	379조)
	법령적용에 오류가 있고 그 오류가 판결에 영향을 미치는 것이 명백함을 이유로 하는 때 (제380조)
제412조 형의 양정이 심히 부당하다고 사료할 현저한 사유가 있을 때에는 이를 상고의 이유로 할 수 있다.	형의 양정이 부당함을 이유로 하는 때 (제381조)
제413조 재심의 청구를 할 수 있는 경우에 해당 하는 사유가 있을 때에는 이를 상고의 이유로 할 수 있다.	재심청구를 할 수 있는 경우에 해당하는 사유가 있는 때 (제383조 1호)
제414조 중대한 사실의 오인이 있음을 의심하기에 족한 현저한 사유가 있을 때에는 이를 상고의 이유로 할 수 있다.	사실의 오인이 있고 그 오인이 판결에 영향을 미치는 것이 명백함을 이유로 하는 때 (제382조)
제415조 판결이 있은 후 형의 폐지 혹은 변경 또는 대사가 있었을 때에는 이를 상고의 이유로 할 수 있다.	판결이 있은 후 형의 폐지 혹은 변경 또는 대사가 있는 때 (제383조 2호)

나. 항소이유의 분류

위의 대비표에서 알 수 있는 것처럼 전후 일본 형소법의 항소심은 전전의 상고심을 거의 그대로 전진 배치시켜 놓은 것임을 알 수 있다. 여기에서 몇 가지 사항을 정리해 볼 수 있다.

첫째로 항소이유서제도가 도입되면서 항소의 가능성이 축소되었다. 종전의 항소심에서는 단순히 제1심 판결에 불복이 있음을 항소장에 표시하기만 하면 항소가 허용되었다. 이에 대하여 신형소법의 항소심에서는 일정하게 제한된 항소이유의 범위 내에서만 항소가 허용된다.

두 번째로, 절대적 항소이유가 대폭 줄어들었다. 종전의 상고심에서는 21개의 절대적 상고이유가 인정되었다. 그러나 신형소법의 항소심에서는 7개의 사유만 절대적 항소이유로 인정되었다. 그 결과 종전에 절대적 상고이유에 해당하던 사유들은 이제 상대적 항소이유로 격하되었다.

세 번째로, 종전에 상대적 상고이유로 분류되었던 법령위반의 사유가 새

로운 항소심 체제 하에서 소송법령위반과 실체법령위반으로 이분화되었다.

네 번째로, 중대한 사실오인과 현저한 양형부당이라는 종전의 상고이유는 새로운 항소심 체제에서 단순한 사실오인과 양형부당의 사유로 완화되었다.

다섯 번째로, 종전에 상고이유로 인정되었던 재심사유나 형의 폐지·변경 및 대사(大赦)가 항소이유로 인정되었다.

다. 항소이유서제도의 도입

위에서 살펴본 바와 같이 전후 일본의 항소심은 사실상 상고심을 전진 배치하는 형태로 재편되었다. 다만 사실오인과 양형부당의 사유가 확장된 형태로 항소이유에 편입된 점이 다소 다른 부분이다. 이 부분은 항소심은 곧 사실심이라는 대륙법적 사고가 작용한 대목이라고 생각된다. 이와 같이 사실오인과 양형부당의 심리가능성을 인정하였음에도 불구하고 1949년부터 시행된 일본의 신형사소송법은 영미법의 영향을 받아 항소심의 구조를 순수한 형태의 사후심으로 지향하고 있었다. 이러한 입법의도는 특히 항소이유서 작성방식을 통하여 분명하게 드러난다(일본 신형소법 제376조 제2항).

전후 일본의 신형사소송법은 종전의 상고이유를 항소이유로 전진 배치하면서 이를 몇 가지 유형으로 구분하여 조문에 배열하였다. 그런데 일본의 입법자가 단순 나열방식을 사용하지 않고 조문의 배열을 유형화를 한 데에는 항소이유서의 작성방식이 중요한 계기가 되고 있다. 이와 관련하여 일본 입법자가 제시한 요구조건을 살펴본다.

우선, 항소이유서에는 항소의 이유를 간결하게 명시하여야 한다(일본 형소규칙 제240조). 다음으로, 항소이유서를 작성할 때에는 원칙적으로 소송기록 및 제1심 법원에서 조사한 증거에 나타나 있는 사실로서 그 사유가 있음을 믿기에 족한 것을 원용하여야 한다(일본 형소법 제378조, 제379조,

제381조, 제382조). 이처럼 항소이유서 작성에 소송기록의 원용을 요구한 것은 새로운 항소심이 사후심임을 전제로 한 것이다. 즉 제1심이 판단한 증거와 사실관계를 중심으로 항소이유를 구성하라고 요구한 것이다.

한편 일정한 항소이유의 경우에는 검찰관 또는 변호인의 보증서가 필요하다(일본 형소법 제377조). 또는 해당 항소이유가 있음을 소명하는 자료를 첨부해야 하는 경우도 있다(일본 형소법 제383조). 사실관계를 다투지 않고 순수하게 실제법령위반만을 다투는 경우에도 법령위반의 오류 및 그 오류가 명백히 판결에 영향을 미치고 있음을 항소이유서에 나타내야 한다(일본 형소법 제380조).

라. 1954년 형사소송법의 일부개정

이와 같이 항소심을 사후심으로 파악하여 항소이유서의 작성방식을 엄격하게 요구하게 되자 새로운 항소제도가 피고인의 구체적 이익보호에 미흡하다는 비판이 제기되었다. 이 때문에 일본 정부는 연합국의 점령통치를 벗어난 직후인 1954년에 형사소송법을 일부 개정하여 항소심의 사후심적 성격을 완화하였다.⁶⁸⁾

사후심적 성격이 완화된 것은 특히 사실오인과 양형부당에 관한 대목이다. 1954년의 일본 개정형소법은 (1) 제1심 법원의 증거조사에서 누락된 증거 및 사실과 (2) 제1심 판결 후에 발생한 사실을 항소심에서 고려할 수 있도록 근거규정을 신설하였다.

먼저, 항소인은 부득이한 사유로 제1심 변론종결 전에 조사를 신청할 수 없었던 증거에 의하여 증명할 수 있는 사실로서 사실오인과 양형부당의 항소이유가 있음을 믿기에 족한 것은 소송기록 및 원심법원에서 조사한 증거에 나타나 있는 사실 이외의 사실이라도 항소이유서에 원용할 수

68) 이 부분의 개정과정에 대해서는, 団藤重光, 刑事訴訟法の40年, JURIST, No. 930, 臨時増刊 1989. 3. 25., 2면 이하 참조.

있다(일본 형소법 제382조의 2 제1항).

다음으로, 항소인은 제1심 변론종결 후 판결 전에 발생한 사실로서 사실오인 및 양형부당의 항소이유가 있음을 믿기에 족한 것도 이를 항소이유서에 원용할 수 있다(일본 형소법 제382조의 2 제2항). 이상의 개정을 통하여 일본 신형소법의 항소심구조는 엄격한 사후심으로부터 속심으로 어느 정도 방향을 전환하게 되었다.⁶⁹⁾

마. 항소심의 공판절차

일본 신형사소송법상 항소심의 공판절차는 기본적으로 사후심 형식을 취하고 있다.⁷⁰⁾ 신형소법은 원칙적으로 항소심의 심판에 제1심의 공판절차 규정을 준용하고 있다. 그런데 일본 신형소법의 항소심은 제1심 판결의 하자 유무를 판단하는 것을 주임무로 하고 있다. 이 때문에 항소심 절차에는 다음과 같은 특색이 나타나고 있다.

새로운 항소심 구상에 따르면 당사자는 항소이유를 적절히 주장하고 상대방의 주장에 충분히 반론을 제기해야 한다. 그렇게 하려면 고도의 법률 지식이 필요하다. 이 때문에 일본 형소법은 항소심에서 변호사 아닌 사람을 변호인(소위 특별변호인)으로 선임하는 것을 허용하지 않는다. 공판기일에 피고인이 출석하는 것은 권리로 되어 있지만 의무는 아니다. 대부분의 사건에서 피고인들이 출석하고 있지만 피고인의 출석이 항소심 공판개정의 법률적 요건으로 되어 있지는 않다.

이러한 특색은 일본 형소법상의 항소심이 종전의 상고심을 전진 배치시

69) 横川敏雄, 刑事控訴審の實際, 1978, 3면은 다음과 같이 분석하고 있다. “(전략) 사실의 조사가 있었던 것은 종국 총인원의 66.27%에 이르러 약간 의외의 느낌이 있다. 그러나 여기에서 말하는 사실의 조사 가운데에는 10분 내지 15분으로 끝나는 피고인질문이나 제정 증인의 신문은 포함하고 있으므로 66.27%라고 하는 숫자만을 보고 항소심의 운용이 속심적으로 되었다고 우려하는 것은 성급하다.”

70) 이하의 일본 형소법상 항소심 심리절차에 대해서는, 三井誠・酒卷匡 著, 신동운 역, 입문 일본형사수속법, 2003, 332면 참조.

킨 데에서 기인하는 것이라고 할 수 있다. 항소심에서 변론은 변호사만 할 수 있다. 피고인이 출석하더라도 피고인 자신에 의한 변론은 인정되지 않는다. 이 점은 피고인이 작성한 항소이유서가 제출되어 있더라도 마찬가지이다. 변호인이 필요성을 인정한 경우에만 피고인이 작성한 항소이유서에 기초하여 변호인이 변론을 행한다. 이러한 사정 때문에 항소심에서는 해당 사건이 필요적 변호사건이 아니고 제1심에서 변호인이 선임되지 않은 경우라 할지라도 통상적으로 법원이 직권으로 국선변호인을 선정한다.

이와 같이 일본의 신형소법은 항소심 공판절차에서의 변론을 원칙적으로 변호인에게만 허용하고 있다. 그러나 실제를 보면 피고인이 출석한 경우 재판부가 피고인질문을 허용하거나 재정(在廷) 중인 정상증인(情狀證人)을 조사하는 일이 많다고 한다. 한편 항소심 재판부가 원판결의 당부를 판단하기 위하여 사실조사의 필요를 느낄 때가 있다. 이럴 때에는 당사자가 신청한 증거 가운데 필요하다고 인정하는 것을 재판부가 적극적으로 채택하여 수차례 공판기일을 거듭하면서 조사를 진행하는 일도 있다고 한다.⁷¹⁾

참고로 1998년도에 일본에서 항소심 법원이 처리한 중국재판의 상황을 보면 다음과 같다.

항소이유·파기이유 별 중국 인원 내역⁷²⁾

이유 구분	총 수	절대적 항소이유	절차법령위반 법령적용의 오류	양형부당	사실오인	판결후의 정상	기 타
피고인측 신청	5,592 (%)	95 (1.7)	537 (9.6)	4,137 (74.0)	1,495 (26.7)	114 (2.0)	11 (0.2)
검사측 신청	113 (%)	2 (1.8)	24 (21.2)	54 (47.8)	41 (36.3)	-	1 (0.9)
파 기	786 (%)	13 (1.7)	55 (7.0)	169 (21.5)	71 (9.0)	511 (66.)	-

(복수의 이유가 있는 것은 중복 계상함)

71) 三井誠・酒巻匡 著, 신동운 역, 입문 일본형사수속법, 2003, 332면 이하 참조.

72) 三井誠・酒巻匡 著, 신동운 역, 입문 일본형사수속법, 2003, 338면.

항소심의 종국 구분⁷³⁾

중국 총인원	과 기		항소(抗訴)기각		공소(公訴)	취 하
	자 판	환송·이송	판 결	결 정	기 각	
5,670 (%)	778 (13.7)	8 (0.1)	3,905 (68.9)	13 (0.2)	17 (0.3)	949 (16.7)

바. 상고이유의 재편성

전후 일본의 신형사소송법이 대부분의 상고이유를 항소이유로 전진 배치함으로써 상고심인 최고재판소의 업무를 경감하였다고 한 점은 앞에서 설명하였다. 이제 구형소법과 신형소법의 상고이유를 비교해 보기로 한다.

절대적 상고이유의 비교

일본 구형소법	일본 신형소법
	(제411조) 1. 헌법위반이 있거나 또는 헌법해석에 오류가 있는 것
	2. 최고재판소의 판례와 상반된 판단을 한 것
	3. 최고재판소의 판례가 없는 경우에 대심원 혹은 상고재판소인 고등재판소의 판례 또는 이 법률 시행 후의 공소(控訴)재판소인 고등재판소의 판례와 상반된 판단을 한 것
(제410조) (1) 법률에 따라 판결재판소를 구성하지 아니하였을 때	
(2) 직무의 집행에서 제외되어야 할 판사가 심판에 관여한 때	
(3) 판사가 편파의 우려 있다고 하여 기피되어 그 기피신청이 이유 있다고 인정되었음에도 불구하고 심판에 관여한 때	
(4) 심리에 관여하지 않은 판사가 판결에 관여한 때	

73) 三井誠・酒巻匡 著, 신동운 역, 입문 일본형사수속법, 2003, 338면.

84 상소제도의 개편에 따른 문제점과 개선방안

(5) 불법하게 관할 또는 관할위반을 인정한 때	
(6) 불법하게 공소(公訴)를 수리하거나 또는 이를 기각한 때	
(7) 심판의 공개에 관한 규정에 위반한 때	
(8) 별단의 규정이 있는 경우를 제외하고 피고인이 출두하지 않고 심판한 때	
(9) 공판정에서 피고인의 신체를 구속한 때	
(10) 법률에 의하여 변호인을 요하는 사건 또는 결정에 의하여 변호인을 붙인 사건에서 변호인이 출석하지 않고 심리한 때	
(11) 불법하게 변호권의 행사를 제한한 때	
(12) 검사가 하는 피고사건 진술을 듣지 않고 심판한 때	
(13) 법률에 의하여 공판에서 조사할 증거를 조사하지 않았을 때	
(14) 공판정에서 한 증거조사청구에 대하여 결정을 해야 할 경우에 이를 하지 않았을 때	
(15) 공판정에서 한 이의신청에 대하여 결정을 하지 않았을 때	
(16) 법률에 의하여 공판절차를 정지하거나 또는 갱신할 사유가 있는 경우에 이를 정지하거나 또는 갱신하지 않았을 때	
(17) 피고인 또는 변호인에게 최종 진술할 기회를 주지 않았을 때	
(18) 심판의 청구를 받은 사건에 관하여 판결을 하지 않거나 또는 심판의 청구를 받지 않은 사건에 관하여 판결한 때	
(19) 판결이유를 붙이지 않거나 또는 이유에 저어(齟齬)가 있을 때	
(20) 판결에 판시해야 할 판단을 유탈한 때	
(21) 판결서에 판사의 서명 혹은 날인 또는 계인이 빠졌을 때	

상대적 상고이유의 비교

일본 구형소법	일본 신형소법
제409조 상고는 제412조 내지 제415조에 규정한 경우를 제외하고 법령의 위반을 이유로 하는 때에 한하여 이를 할 수 있다.	제406조 최고재판소는 전조(제405조)의 규정에 의하여 상고할 수 있는 경우 이외의 경우에도 법령의 해석에 관한 중요사항을 포함하는 것이라고 인정되는 사건에 관하여는 그 판결확정 전에 한하여 재판소규칙이 정하는 바에 따라 스스로 상고심으로서 그 사건을 수리할 수 있다.
제411조 전조(제410조)의 경우를 제외하고 법령에 위반한 일이 있었다 할지라도 판결에 영향이 미치지 않았음이 명백한 때는 이를 상고의 이유로 할 수 없다.	
	제411조 상고재판소는 제405조 각호에 규정하는 사유가 없는 경우라도 다음의 사유가 있어 원판결을 파기하지 아니하면 현저히 정의에 반한다고 인정되는 때에는 판결로 원판결을 파기할 수 있다.
	1. 판결에 영향을 미칠 법령위반이 있는 것
제412조 형의 양정이 심히 부당하다고 사료할 현저한 사유가 있을 때에는 이를 상고의 이유로 할 수 있다.	2. 형의 양정이 심히 부당한 것
제413조 재심의 청구를 할 수 있는 경우에 해당하는 사유가 있을 때에는 이를 상고의 이유로 할 수 있다.	4. 재심청구를 할 수 있는 경우에 해당하는 사유가 있는 것
제414조 중대한 사실의 오인이 있음을 의심하기에 족한 현저한 사유가 있을 때에는 이를 상고의 이유로 할 수 있다.	3. 판결에 영향을 미칠 중대한 사실오인이 있는 것
제415조 판결이 있은 후 형의 폐지 혹은 변경 또는 대사(大赦)가 있었을 때에는 이를 상고의 이유로 할 수 있다.	5. 판결이 있은 후에 형의 폐지 혹은 변경 또는 대사가 있는 것

상고제도의 개편에 대해서는 앞에서 언급하였으므로 여기에서는 되풀이하지 않는다.⁷⁴⁾ 요컨대 전후 일본 형소법의 상고이유는 헌법위반과 판례위반으로 엄격히 제한되었다. 이것은 피고인이나 검사가 권리로서 상고이유를 주장할 수 있는 영역이 대폭 축소되었음을 의미한다. 최고재판소는 헌

74) 전술 64면 이하 참조.

법위반과 판례위반 이외 법령위반, 중대한 사실오인, 현저한 양형부당 등의 사유를 판단할 수 있다. 그러나 이 경우는 최고재판소가 후견적 입장에서 상고사건의 구체적 타당성을 도모하기 위하여 인정된 것이다. 이 경우 최고재판소의 판단을 구하는 것은 직권발동을 촉구하는 데에 지나지 않는다.

실제로 일본에서 최고재판소가 형사사건에 대해 상고심으로서 실체판단은 내리는 경우는 매우 드물다. 참고로 1998년 일본 최고재판소가 형사사건에 대해 내린 상고심 중급재판의 현황을 보면 아래의 표와 같다. 한국의 경우와 비교해 볼 때⁷⁵⁾ 실로 놀라운 차이라고 하지 않을 수 없다. 이러한 일본의 상고심 운영은 전후의 신형사소송법이 종전의 독일식 사고방식을 버리고 미국법의 모델에 좇아 상고심을 전면적으로 재편한 데에 기인한 것이라고 생각된다.

상고심의 종국 구분⁷⁶⁾

종국 총인원	파 기		상고기각		공소(公訴) 기각	취 하
	자 판	환송·이송	판 결	결 정		
1,490 (%)	-	1 (0.1)	8 (0.5)	1,095 (73.5)	10 (0.7)	376 (25.2)

75) 후술 114면 이하 참조.

76) 三井誠·酒卷匡 저, 신동운 역, 입문 일본형사수속법, 2003, 345면.

제3장 한국의 상소제도

제1절 의용형사소송법 시대의 상소제도

1. 문제제기의 필요성

가. 형사사법의 운영주체

주지하는 바와 같이 우리가 우리의 형사사법을 본격적으로 운영한 것은 1945년 8·15 광복 이후부터이다. 해방 후 미군들이 진주한 후 한 동안 점령군재판소가 재판을 담당하였으나 이윽고 한국인들 사이에 발생하는 문제에 대해서는 한국인들로 구성된 법원에서 재판을 하게 되었다.⁷⁷⁾

그런데 일본인들이 물러간 후 그 자리를 채울 수 있는 직업법률가들은 매우 드물었다. 법률가로서 본격적인 훈련을 받은 사람들은 적었고 재판업무는 시급하였다. 이러한 상황에서 일종의 응급조치로 미군정은 치안관제도를 도입하였다. 정규의 법률가들이 아닌, 전직 법원·검찰의 서기나 등기소 직원 등 소송서류를 취급할 수 있는 사람들에게 치안관(治安官) 자격을 부여하여 경미사건을 심판할 수 있도록 하였던 것이다.⁷⁸⁾ 이들은 이후 정규법률가 자격을 획득하여 대한민국 출범초기 사법부의 구성원이 되었다.

그런데 여기에서 먼저 확인하고 가야 할 사항이 있다. 그것은 일제 하의 상소제도이다. 일제는 조선형사령을 통하여 일본의 구형사소송법을 이 땅에 의용하였다. 이렇게 하여 이 땅에 시행된 형사소송법전을 가리켜서

77) 해방후 법원의 재건과정에 대해서는, 법원행정처, 법원사, 1995, 165면 이하, 특히 174면 이하 참조.

78) 미군정하의 경미사건 처리방안에 대해서는, 신동운, 경미범죄의 효율적 처리방안, 형사정책, 제15권 제2호, (2003), 19면 이하 참조.

의용형사소송법(依用刑事訴訟法)이라고 한다. 이 의용형사소송법은 조선형사령이 발효된 1912년을 기점으로 하여 1954년 우리 형사소송법이 제정, 시행될 때까지 이 땅에서 효력을 발휘하고 있었다. 40년 넘게 시행된 의용형사소송법이 식민지에서 어떠한 형태의 상소제도를 제공하고 있었는가를 확인하는 작업은 대단히 중요한 의미가 있다. 1954년 제정형사소송법이 설정한 상소제도는 의용형소법의 상소제도에 대한 반성과 변화를 의미하는 것이기 때문이다.

나. 식민지 형사사법제도의 특징

일제의 형사사법조직은 문자 그대로 식민지형 사법조직이다.⁷⁹⁾ 식민지에서는 최소의 비용으로 최대의 수탈을 가능하게 하는 사법조직이 필요하다. 식민지에 다수의 법원과 검찰청을 설치하는 것은 낭비요 사치다. 가능하면 적은 수의 인원과 건물로 형사사법을 운영해 가야 한다. 이러한 관점에서 일제는 몇 가지 비책을 마련하였다. 그것은 우리 민족을 억압하기 위한 장치였으며, 이를 구체화한 법령은 근대 형사소송법의 핵심을 제거하는 악법 중의 악법이었다.

우선 일제는 전체 형사사건의 흐름 가운데 경미사건을 통상의 사법절차에서 배제하였다. 일제는 소위 범죄즉결례(犯罪即決例)를 제정하여 선고형 3개월 이하에 처할 도박이나 폭행사건을 위시하여 벌금이나 구류·과료에 처할 사건에 대해 수사기관에게 즉결처분의 권한을 부여하였다. 당시 일본의 경우와 비교해 보면, 일본에서는 위경즉결례(違警即決例)에 기하여 경찰기관이 소위 위경죄(違警罪)로 범위가 한정된 경미범죄에 대해 자체적으로 수사하고 심판하여 형을 선고할 수 있었다. 그 범위는 ‘위경죄’로 한정되어 있어서 외관이 분명하였다.

79) 자세한 내용은, 신동운, “일제하 형사절차에 관한 연구”, 박병호 교수 환갑기념(II) 한국법사학논총, 1991, 401면 이하 참조.

그러나 식민지로 들어오게 되면 일본의 ‘위경즉결례(違警卽決例)’는 ‘범죄즉결례(犯罪卽決例)’로 형태가 바뀌었다. 단순한 경찰법령 위반사범뿐만 아니라 일반범죄도 적용대상이 되었다. 폭행, 도박을 위시하여 빈번하게 일어나는 범죄사건에 대해 일제의 헌병과 경찰은 수사, 재판 및 형집행을 소위 ‘즉결’이라는 이름 아래 일관작업으로 수행하였다. 이러한 사건은 형집행까지도 즉결로 처리되었으므로 재판에 불복하여 상소한다는 것은 생각할 수 없었다.

범죄즉결례의 도움을 받아 식민지 법원, 검찰은 중간급 이상의 범죄사건들만을 처리하였다. 따라서 많은 수의 판사, 검사가 필요하지 않았다. 해방 직전인 1944년을 기준으로 놓고 볼 때 인구 2,600만 명에 가까운 한반도 전체에 법관의 정원은 250명, 검사의 정원은 132명에 불과하였다.⁸⁰⁾ 대략 인구 10만 명에 법관 1명인 셈이다.

다. 상소제도에 대한 인식부족

이러한 상황에서 식민지 조선인들은 일제 사법조직의 말석을 차지하는 것으로도 영광으로 알았다. 일본의 고등문관시험 합격자는 조선인들 사이에 최고의 수재로 인정받았다. 그러나 일제의 사법조직 내부로 들어가게 되면 사정은 전혀 달랐다. 조선인 고등문관시험 합격자는 대부분 지방법원이나 지원의 판사, 검사에 머물렀다. 승진해도 복심법원 배석판사가 고작이었다. 일제 말 내선일체(內鮮一體)를 강조하던 시기에 지방법원 부장관사로 승진한 것이 일제시대에 한국 사람이 올라갔던 최고 직위였다.

여기에서 이러한 사정을 말하는 이유는 일제의 사법조직 하에서 활동하던 조선인 판·검사들이 상소제도에 대해 깊은 인식을 가질 여유가 거의 없었다는 점을 지적하기 위함이다. 당시의 시점으로 돌아가서 생각해 본다.

80) 법원행정처, 법원사, 1995, 165면 이하, 특히 91면 참조.

대부분의 경미사건은 헌병, 경찰이 범죄즉결례를 통하여 처리해 준다. 형집행까지 일관작업으로 처리하기 때문에 상소의 문제는 생각할 필요가 없다. 사건부담이나 업무적체니 하는 문제는 전혀 관심이나 논의의 대상이 아니다. 반발과 저항이 완전히 봉쇄된 식민지에서 사건의 적체는 아무런 문제가 되지 않는다. 항소심이나 상고심은 조선 사람들의 몫이 아니다. 상소제도의 운영은 일본인 고위 사법관료가 알아서 할 일이다.

이러한 상황에서 상소제도에 문제가 있다고 느끼는 사람들은 조선인 변호사뿐이다. 아래에서 검토하는 것처럼 식민지에서는 일본과 달리 ‘중대한 사실오인’이나 ‘현저한 양형부당’이 상고이유로 인정되지 않았다. 이들의 입장에서 볼 때 상고이유의 제한은 식민지 사람들에 대한 차별의 구체적 징표이다. 그러니 이들은 상소의 기회가 최대한 확장되기를 원한다.

2. 의용형사소송법과 상소제도

가. 일제하의 심급제도

여기에서 일제하의 상소제도를 잠시 정리해 보기로 한다. 일제 초기의 조정기를 거쳐 1912년 조선총독부재판소령에 의하여 지방법원(地方法院), 복심법원(覆審法院), 고등법원(高等法院)이라는 3급 3심제가 수립되었다. 구한말과 일제 초기에 설치되었거나 설치가 예정되었던 구재판소(區裁判所)는 폐지되었다. 형사사건의 상소제도는 이제 제1심 지방법원, 항소심 복심법원, 상고심 고등법원으로 재편성되었다.⁸¹⁾

상소심의 구조는 일본의 구형사소송법이 의용되었기 때문에 일본의 경우와 대동소이하였다. 항소심은 복심(覆審)으로 관념되었다. 항소인이 항소장을 제출하기만 하면 항소심 법원은 처음부터 사실심리를 다시 진행하였

81) 자세한 내용은, 법원행정처, 법원사, 1995, 80면 이하 참조.

다. 일제하에서 변호사 업무를 수행하던 조선인 법률가들은 항소이유라는 것을 알지 못하였다. 항소심 절차가 복심 형태로 진행되므로 일정한 쟁점을 항소이유로 재구성할 필요가 없었던 것이다.

나. 상고이유의 제한

이미 앞에서 살펴본 것처럼⁸²⁾ 의용형사소송법(일본 구형사소송법)에 의할 때 상고심은 기본적으로 법률심이며 사후심이다. 상고사유는 21개의 절대적 상고이유를 위시하여 상대적 상고이유로서 법령위반이 인정되었다. 그런데 여기에서 일제하의 상고제도와 관련하여 주목할 점이 있다. 그것은 일본에서 상고이유로 인정되었던 ‘중대한 사실오인’(일본 구형소법 제414조)와 ‘현저한 양형부당’(일본 구형소법 제412조)이 식민지에서는 상고이유로 인정되고 있지 않았다는 점이다.⁸³⁾

다만 법령위반과 사실오인 및 양형부당에 대해 상고심의 직권심리권을 규정한 의용형사소송법 제434조 제2항 및 제3항은 그대로 유지되고 있었다.

82) 진술 59면 이하 참조.

83) 중대한 사실오인과 현저한 양형부당을 일제가 상고이유에서 제외한 법적 근거는 아직 확인하지 못하였다. 법원행정처, 주요 구법령집(상), 1987, 730면에 의하면 중대한 사실오인을 상고이유로 규정한 일본 구형소법 제414조 및 현저한 양형부당을 상고이유로 규정한 동법 제412조 항목에 ‘(불필요)’라고 기재되어 있다. 우리 형사소송법을 제정하는 과정에서 1953년 12월 김병로 대법원장은 형사소송법의 조속한 제정을 촉구하는 공한을 국회의장에게 보내게 된다. 이 공한에서 김 대법원장은 다음과 같이 지적하고 있다. “사건관계에 있어 공연(空然)한 재판을 하게 되는 이유는 현행 형사소송법(의용형소법: 필자 주)에는 대법원에서 형의 양정에 관하여 판단을 할 수 없으므로 (중략) 판결을 파훼(破毀)하여 고등법원에 [환송]하는 판결을 하고 고등법원이 다시 판결하여야 하게 되었습니다. 신형사소송법초안에는 이러한 경우에 대법원이 [환송]하지 아니하고 직판(直判)하게 되어 있습니다.” 신동운, “제정형사소송법의 성립경위”, 형사법연구, 제22호, (2004 겨울), 177면 참조.

3. 해방후 사법제도의 재편과 영미법의 영향

1945년 8월 우리 민족은 일제의 압제로부터 마침내 해방되었다. 해방 후 미군이 진주하면서 미군정이 실시되었다. 미군정 당국의 입장에서 볼 때 점령지역의 통치는 기본적으로 기존의 법령체계 및 사법체계를 그대로 유지하는 것이 편리하였다. 그래서 범죄즉결례(犯罪即決例)를 위시한 일부 일제의 악법들을 제거하는 조치를 취하되, 기존의 법령체제는 일단 그대로 유지하기로 하였다.⁸⁴⁾ 그리하여 조선형사령은 유지되었고 이를 매개로 일본의 구형사소송법이 그대로 의용되었다. 일본이 1949년부터 신형사소송법을 시행하였음에도 불구하고 이 땅에는 일본의 구형사소송법이 여전히 의용되고 있었다.

해방과 함께 일본인들이 물러가면서 우리 손으로 우리의 형사사법을 운영하게 되었다. 이러한 상황에서 새로운 형법과 형사소송법이 필요하게 되는 것은 당연한 사실이다. 새로운 시대에 사법조직 또한 새롭게 구성되어야 한다. 미군정 당국은 이러한 상황에서 법원과 검찰을 분리시키는 개혁을 단행하였다. 일제 시대에는 종래의 독일식 사법제도 구상에 따라 검찰이 법원에 병치(併置)되어 있었고 독자적인 조직을 구비하지 못하였다. 이에 대해 미군정은 전후 일본의 경우에 그러하였던 것처럼⁸⁵⁾ 미군정 하의 법원조직법과 검찰청법을 통하여 법원과 검찰을 상호 독립된 기관으로 완전히 분리하였다.⁸⁶⁾

원래 미군정 당국의 사법개혁 구상에 의하면 법원과 검찰을 분리시키면서 일본의 경우처럼 영미식의 당사자주의 형사소송절차를 도입하려고 했

84) 김병화, 한국사법사(현세편), 1979, 3면 이하 참조.

85) 일본의 재판소구성법과 검찰청법의 분리에 관하여는, 小田中聰樹, 現代刑事訴訟法論, 1977, 86면 이하 참조.

86) 자세한 내용은, 법원행정처, 법원사, 1995, 190면 이하; 대검찰청, 한국검찰사, 1976, 234면 이하; 문준영, 한국 검찰제도의 역사적 형성에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2004, 232면 이하; 이완규, 검찰제도와 검사의 지위, 2005, 259면 이하 참조.

던 것으로 보인다. 미군정 전 기간을 걸쳐서 검사를 공소유지자로 하고 수사권을 경찰에 부여하였던 사정은 이러한 구상을 잘 드러내고 있다.⁸⁷⁾

그러나 1945년 말 모스크바 삼상회의에서 신탁통치안이 결정된 후 우리 민족은 전국적으로 일대 쫓겨난 단행하였다. 일제의 압제로부터 해방된 민족에게 또 다시 외국의 신탁통치가 시행된다는 것은 결코 받아들일 수 없는 일이었다. 이와 같이 강력한 반대에 부딪치게 되자 미군정 당국은 한국인들에게 점진적으로 통치권을 이양하는 방침을 취하게 되었다. 그리고 그 수순의 제일차적 영역은 사법(司法) 분야이었다.

제2절 제정형사소송법 시대의 상소제도

1. 형사소송법 제정의 기본방침

가. 법전편찬위원회의 출범

1947년 중순 미군정 당국은 새로이 출범할 단독정부에 대비하여 법전편찬사업을 준비하도록 하였다. 이를 담당할 기구로 법제편찬위원회가 구성되었다. 그러나 그 작업은 지지부진하였다.⁸⁸⁾ 그 결과 1948년 8월 신생 대한민국이 출범하였을 때에는 헌법과 법원조직법 및 검찰청법이 갖추어져

87) 미군정 당시의 개혁구상에 관하여는, 신동운, “수사지휘권의 귀속에 관한 연혁적 고찰(I)”, 서울대학교 법학 제42권 1호, (2001. 5.), 178면 이하; 신동운, “수사지휘권의 귀속에 관한 연혁적 고찰(II)”, 서울대학교 법학 제42권 2호, (2001. 7.), 238면 이하; 문준영, 한국 검찰제도의 역사적 형성에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2004, 178면 이하; 이완규, 검찰제도와 검사의 지위, 2005, 244면 이하 참조.

88) 이러한 사정을 통박하면서 특정 입법례를 모델로 설정하여 법전편찬 작업을 가속화하고자 제안한 사람은 엄상섭이다. 효당학인, “법전편찬에 대하여”, 법정, 제3권 제6호, (1948. 6.), 10~11면; 신동운 편저, 효당 엄상섭 형사소송법논집, 2005, 53면 이하에 재수록.

있었을 뿐 형법과 형사소송법은 아직 마련되어 있지 않았다. 일본어로 된 법전을 가지고 재판을 하지 않으면 안 되는 상황이 빚어졌던 것이다.⁸⁹⁾

이러한 가운데 대한민국 정부는 법전편찬위원회를 구성하였다. 김병로 대법원장을 위원장으로 하는 법전편찬위원회는 형사소송법 요강안을 마련하여 심의에 착수하였다. 이 심의과정에서는 1949년에 시행된 일본의 신형사소송법이 입법의 모델로 신중하게 검토되었다. 미군정의 영향 하에 입법된 일본의 신형소법은 민주주의 승전국가인 미국의 입법 모델을 따른 것으로서 이상적인 입법례로 평가되었다. 따라서 입안에 관여하는 인사들에게 전후 일본의 신형사소송법이 모델로 작용할 여지는 충분하였다.

나. 형사사법 개혁의 여건

그러나 정작 사법(司法) 분야의 업무를 관장하고 있던 김병로 대법원장은 일본식 형사소송법으로의 전면적인 전환이 무리라고 판단하였다. 우선 기존의 대륙식 형사절차에 익숙해 있는 한국의 법률가들에게 이념만을 앞세워서 영미식 형사절차를 도입한다면 생소한 개념과 절차 때문에 사건을 제대로 처리하지 못할 것이라는 의구심이 대두되었다. 여기에 더하여 해방 직후와 대한민국 출범 초기에 형사사법 분야의 업무량이 급격히 증가하였다. 좌우익의 대립, 일제가 남기고 간 귀속재산의 처리문제 등 당시의 현안을 둘러싸고 형사사건들이 법원으로 몰려들었다. 가뜩이나 사건의 적체에 시달리는 상황에서 생소한 개념으로 가득 차 있는 일본식 형사소송절차를 도입하는 것은 무리라고 판단되었다.

영미식으로 전환하기 어렵게 만드는 또 하나의 요인은 직업법률가의 절대적 부족이었다. 영미식 당사자주의가 성공하기 위한 관건은 충분한 수의

89) 이후 형법 및 형사소송법의 제정경위에 대해서는, 신동운, “제정형법의 성립경위”, 형사법연구, 제20호, (2003 겨울), 9면 이하; 신동운, “제정형사소송법의 성립경위”, 형사법연구, 제22호, (2004 겨울), 159면 이하 각 참조.

변호인을 확보하는 일이다. 당사자주의가 성공적으로 정착하려면 검사와 피고인 사이에 무기대등이 이루어져야 한다. 단지 법전상의 무기대등이 아니라 실제 형사절차에서 피고인의 지위가 검사와 대등한 수준으로 강화되어야 한다. 이를 달성하려면 반드시 변호인의 충분한 조력이 있어야 한다.

일본의 경우에는 패전 후 식민지에서 활동하던 법률가들이 대거 일본으로 돌아 왔다. 종래에 없었던 새로운 법률가 예비군이 넉넉하게 보장되었던 것이다. 영미식 당사자주의가 실현될 수 있는 사법 인프라가 일본에는 구비되어 있었던 것이다.

이에 반하여 대한민국에는 훈련받은 법률가가 극도로 부족하였다. 검찰의 경우도 이제 갓 출범한 검찰조직에 훈련된 검사를 확보하는 일이 쉽지 않았다. 유능한 변호인을 선임할 수 있는 유자력자(有資力者)의 경우에는 오히려 검사를 능가할 기량이 있었다. 재판부도 변호인의 기량에 압도당할 여지가 있었다. 그러나 역으로 돈 없는 피고인의 경우에 당사자주의는 그림의 떡이었다. 결국 당사자주의란 피고인의 경제적 능력 여하에 따라 형사재판의 결론을 달리할 수 있는 위험한 제도로 인식되었다.⁹⁰⁾

이러한 현실인식을 바탕으로 당사자주의 형사소송의 핵심적 표지라고 할 수 있는 공소장일본주의는 우리 형사소송법에 들어오지 않게 되었다. 법전편찬위원회와 국회 심의 과정을 통하여 당사자주의와 공소장일본주의가 세밀하게 검토되었으나 한국의 형사사법 현실이 처하고 있는 상황에 비추어 입법자는 이를 채택하지 않기로 결단하였던 것이다.

90) 법전편찬위원회 총회의 형사소송법요강안에 대한 심의 석상에서 김병로 법전편찬위원장은 다음과 같이 발언하고 있다. “공개법정에서 복잡다기한 사안에 대하여 신문을 함에 있어서는 그 기술, 방법, 태도 등에 있어 능숙을 요하며 능숙한 변호인의 뛰어난 신문으로 인하여 때로는 법관의 위신에 관계되는 우려도 없지 않을 것이며 또한 현재의 우리 제일선 법관의 평균기능으로 보아 실제의 가능 여부가 문제라고 생각되는바, 요는 우리는 실재를 무시하고 이론만 가지고 결정지을 수는 없는 것이다.” 신동운, “제정 형사소송법의 성립경위”, 형사법연구, 제22호, (2004 겨울), 212면 참조.

2. 1954년 제정형사소송법의 특색

가. 의용형소법의 구조 유지

이후 진행된 우리 형사소송법의 입법작업은 이와 같은 대체적 상황인식에 기초하여 전개되었다. 그 결과 1954년에 제정된 우리 형사소송법은 의용형사소송법의 기본구조를 일단 그대로 유지하였다.⁹¹⁾ 수사절차에서는 일본과 달리 검찰과 경찰 사이에 지휘감독의 관계가 인정되었다(형소법 제195조, 제196조). 독일식의 검·경관계를 유지한 것이다. 공소제기 단계에서 공소장일본주의는 채택되지 않았다. 검사는 공소제기와 함께 일건 수사기록을 법원에 제출하였다. 공판절차에서는 종전처럼 모두진술, 피고인신문, 증거조사, 결심의 순으로 공판기일이 진행되었다. 일본의 신형사소송법이 모두진술, 증거조사, 피고인신문, 결심의 순으로 공판기일의 순서를 바꾼 것과 크게 다른 부분이다.

증거법의 영역에서도 1954년의 제정형사소송법은 일본이 취한 것과 궤도를 크게 달리하였다. 일본의 신형소법은 전문법칙(傳聞法則)을 천명하면서 검사작성 피고인신문조서와 사경작성 피의자신문조서를 대등하게 취급하였다. 다만 참고인의 경우에는 검사작성 진술조서가 사경작성 진술조서에 비하여 증거능력의 분야에서 우대되었다.⁹²⁾ 그러나 한국 형소법의 경우에는 구도가 뒤바뀌었다. 검사작성 피의자신문조서는 사경작성 피의자신문조서에 비하여 월등 우월한 지위에 서게 된다. 사경작성 피의자신문조서에 대해서는 소위 '내용을 부인'하기만 하면 증거능력이 상실된다(제정형소법 제312조 단서). 이에 대하여 검사작성 피의자신문조서는 '내용을 부인'하더라도 '성립의 진정'을 인정하는 한 증거능력이 인정된다(형소법 제

91) 신동운, “제정형사소송법의 성립경위”, 형사법연구, 제22호, (2004 겨울), 163면 이하 참조.

92) 三井誠·酒卷匡 著, 신동운 역, 입문 일본형사수속법, 2003, 261면 이하, 269면 이하 각 참조.

312조 본문). 수사단계에서 피의자의 자백을 서면으로 확보할 수 있는 것은 검사작성 피의자신문조서뿐이다.⁹³⁾

나. 기존 상소제도의 유지

1954년의 한국 형사소송법과 1949년의 일본 형사소송법이 차이를 보이는 영역은 이것뿐이 아니다. 우리의 분석대상인 상소제도의 경우에도 그 차이는 분명하게 드러난다. 앞서서도 설명한 바와 같이 1954년 형사소송법을 제정함에 있어서 입법자의 구도는 일단 기존의 시스템을 유지한다는 것이었다. 기존의 실무에 충격을 가하지 않으면서 신생 대한민국의 사법조직을 안착시킨다는 구상이었다.

그리하여 상소제도도 의용형사소송법의 구상에 따라 항소심은 제1심 판결에 대한 불복장치로, 상고심은 항소심 판결에 대한 불복장치라는 구상에 입각하여 편성되었다. 나아가 일본의 구형사소송법에서는 인정되었으나 의용형사소송법에서는 인정되지 않았던 ‘중대한 사실오인’과 ‘현저한 양형부당’이 상고이유로 들어오게 되었다. 이 부분의 상고이유 확장은 일체의 압제와 차별대우를 청산하는 의미를 가지고 있었다.

3. 제정형사소송법과 상소제도

가. 의용형소법 방식의 상소제도

1954년의 제정형사소송법은 먼저 항소심을 의용형사소송법의 전례에 따라 복심(覆審)으로 구성하였다. 다음으로 제정형사소송법은 의용형소법의

93) 각종 조서의 증거능력에 대한 연혁적 고찰은, 신동운, “형사사법개혁의 쟁점과 동향”, 한국형사정책연구원 편, 21세기 형사사법개혁의 방향과 대국민 법률서비스 개선방안 [II], 2004, 86면 이하 참조.

21개 사유보다는 다소 축소되었으나 여전히 15개의 절대적 상고이유를 인정하였다. 나아가 상대적 상고이유로 실체법령위반과 소송법령위반이 규정되었다. 일제에 의하여 배제되었던 ‘중대한 사실오인’과 ‘현저한 양형부당’의 사유도 1954년의 제정형사소송법에 들어오게 되었다.

나아가 중요한 법령위반사유와 사실오인 및 양형부당이 상고심의 직권 심리 대상에 포함되었다(1954년 형사소송법 제385조). 결국 한국의 상고심은 일본의 구형사소송법에서와 마찬가지로 법률심을 원칙으로 하면서도 사실심리까지도 담당하는 심판기구로 자리매김 되었다.

상고이유의 변천

의용형사소송법	제정형사소송법
	1. 헌법에 위반하거나 헌법의 해석에 착오가 있는 때
	2. 대법원의 관례에 상반한 판단을 한 때
(1) 법률에 따라 판결재판소를 구성하지 아니하였을 때	5. 판결법원의 구성이 법률에 위반한 때
(2) 직무의 집행에서 제외되어야 할 판사가 심판에 관여한 때	8. 법률상 그 재판에 관여하지 못할 판사가 그 사건의 심판에 관여한 때
(3) 판사가 편파의 우려 있다고 하여 기피되어 그 기피신청이 이유 있다고 인정되었음에도 불구하고 심판에 관여한 때	
(4) 심리에 관여하지 않은 판사가 판결에 관여한 때	9. 사건의 심리에 관여하지 아니한 판사가 그 사건의 판결에 관여한 때
(5) 불법하게 관할 또는 관할위반을 인정한 때	4. 관할 또는 관할위반의 인정이 법률에 위반한 때
(6) 불법하게 공소(公訴)를 수리하거나 또는 이를 기각한 때	6. 공소(公訴)의 수리 또는 기각이 법령에 위반한 때
(7) 심판의 공개에 관한 규정에 위반한 때	10. 공판의 공개에 관한 규정에 위반한 때
(8) 별단의 규정이 있는 경우를 제외하고 피고인이 출두하지 않고 심판한 때	
(9) 공판정에서 피고인의 신체를 구속한 때	
(10) 법률에 의하여 변호인을 요하는 사건 또는 결정에 의하여 변호인을 붙인 사건에서 변호인이 출석하지 않고 심리한 때	

(11) 불법하게 변호권의 행사를 제한한 때	
(12) 검사가 하는 피고사건 진술을 듣지 않고 심판한 때	
(13) 법률에 의하여 공판에서 조사할 증거를 조사하지 않았을 때	
(14) 공판정에서 한 증거조사청구에 대하여 결정을 해야 할 경우에 이를 하지 않았을 때	
(15) 공판정에서 한 이의신청에 대하여 결정을 하지 않았을 때	
(16) 법률에 의하여 공판절차를 정지하거나 또는 갱신할 사유가 있는 경우에 이를 정지하거나 또는 갱신하지 않았을 때	
(17) 피고인 또는 변호인에게 최종진술할 기회를 주지 않았을 때	
(18) 심판의 청구를 받은 사건에 관하여 판결을 하지 않거나 또는 심판의 청구를 받지 않은 사건에 관하여 판결한 때	11. 심판의 청구가 있는 사건을 판결하지 아니하거나 심판의 청구가 없는 사건을 판결한 때
(19) 판결이유를 붙이지 않거나 또는 이유에 저어(齟齬)가 있을 때	12. 판결에 이유를 붙이지 아니하거나 이유에 모순이 있는 때
(20) 판결에 판시해야 할 판단을 유탈한 때	
(21) 판결서에 판사의 서명 혹은 날인 또는 계인이 빠졌을 때	
	7. 법령의 적용이 없거나 적용에 착오가 있어 판결에 영향을 미칠 때
	13. 소송절차가 법령에 위반되어 판결에 영향을 미칠 때
제412조 형의 양정이 심히 부당하다고 사료할 현저한 사유가 있을 때에는 이를 상고의 이유로 할 수 있다. (의용형소법은 '불필요'로 규정; 필자 주)	16. 형의 양정이 심히 부당하다고 인정할 현저한 사유가 있는 때
제413조 재심의 청구를 할 수 있는 경우에 해당하는 사유가 있을 때에는 이를 상고의 이유로 할 수 있다.	14. 재심청구의 사유가 있는 때
제414조 중대한 사실의 오인이 있음을 의심하기에 족한 현저한 사유가 있을 때에는 이를 상고의 이유로 할 수 있다. (의용형소법은 '불필요'로 규정; 필자 주)	15. 중대한 사실의 오인이 있어 판결에 영향을 미칠 때
제415조 판결이 있은 후 형의 폐지 혹은 변경 또는 대사가 있었을 때에는 이를 상고의 이유로 할 수 있다.	3. 판결 후 형의 폐지나 변경 또는 사면이 있는 때

나. 의용형소법과 제정형소법의 여건변화

그런데 새로운 형사소송법이 시행되고 우리의 형사사법이 어느 정도 안정을 찾아가는 시기에 중대한 문제가 부각되기 시작하였다. 이미 앞서서도 지적한 바와 같이 미군정 당국은 일체의 악법 가운데 하나로 ‘범죄즉결례’를 폐지하였다. 그리하여 범죄즉결례로 처리되던 대다수의 경미범죄들이 통상적인 형사사건의 통로로 유입되었다. 이에 대비하기 위하여 즉결심판 절차와 약식절차가 활용되었으나 정식재판청구를 거쳐 항소와 상고에 이르는 길이 열려 있었다.

다른 한편으로, 상고심이 법률심으로서의 기능을 발휘하기보다 사실심으로 전환되는 일이 빈번하게 일어나게 되었다. 소위 전통적 범감정을 내세우면서 ‘삼세번 재판’이라는 인식이 전면에 대두되었다. 일반인들은 상고심을 법률심으로 보기보다는 구체적 타당성을 추구하는 권리구제형 심급으로 보았다. 그리하여 대법원이 세 번째의 사실심으로 기능하기를 원하는 양상이 나타났다. 이러한 변화의 계기는 무엇보다도 ‘중대한 사실오인’과 ‘현저한 양형부당’이라는 상고이유에 있었다. 이 두 가지 상고이유의 심리에는 증거조사와 사실심리 부분에 대한 검토가 필요하기 때문이다.

다. 상고사건의 적체와 대법원의 이원적 구성

이렇게 하여 경미사건과 사실오인 및 양형부당을 주장하는 사건들이 대법원에 몰려들게 되었다. 전국 각지의 법원에서 심리된 사건들이 유일의 상고심인 대법원에 집중되면서 대법원의 사건적체는 심각한 상황에 이르게 되었다. 이러한 애로사항을 타개하기 위하여 자유당 말기인 1959년 12월에 법원조직법이 개정되었다.⁹⁴⁾ 그 내용은 대법원을 대법관과 대법원판

94) 당시의 상황은, 고재호, 법조만백년, 1985, 40면 이하 참조.

사의 이원적 구조로 재판하여 재판부를 증설하는 것이었다.

개정된 법원조직법에 따르면 대법원의 재판부는 대법관 1인과 대법원판사들로 구성된다. 대법원판사로는 지방법원원장 급의 비중 있는 법관들이 임명된다. 당시 대법관의 수는 9명이었다(1959년 법원조직법 제5조 제2항). 대법관 수만큼 재판부가 증설될 것이므로 사건처리도 그만큼 빨라질 것이라는 것이 개정된 법원조직법의 구상이었다.

대법원판사제도의 도입은 일단 상고사건의 적체해소에 어느 정도 도움을 주었으나 효율성은 그다지 높지 않았다. 우선 지방법원원장 급의 비중 있는 법관들이 대법관의 배석판사로 일한다는 것에 대해 강한 거부감을 나타내었다. 자신의 법적 견해에 따라 주도적으로 재판하던 때와 달리 재판장인 대법관의 지시나 눈치를 보아야 하는 것이 결코 유쾌한 일은 아니었다.⁹⁵⁾

그러나 무엇보다도 결정적인 문제는 폭주하는 상고사건에 비하여 재판부의 증설이 처음부터 한계가 있었다는 사실이다. 재판부의 증설에는 인적, 물적 측면에서 한계가 있다. 그러나 상고사건은 그칠 줄 모르고 몰려든다. 상고사건의 배출구를 늘리는 데에는 한계가 있다. 이에 반해 상고사건의 투입구에는 무한대로 사건이 몰려오는 것이다.

특히 문제가 심각하게 되었던 것은 소위 귀속재산의 처리 때문이었다. 일제가 남기고 간 소위 '귀속재산'의 처리를 둘러싸고 이해관계자들 사이에 법적 분쟁이 치열하였다. 귀속재산과 관련하여 민사소송은 물론이고 이와 관련된 고소, 고발사건들이 대법원에까지 몰려들었다.⁹⁶⁾ 노력하지 않고도 재산을 차지할 수 있는 일생일대의 기회에 민사, 형사의 송사가 급증할 것은 불문가지이며 그 종착점은 전국에 유일한 대법원이었던 것이었다. 대법원이 이와 같이 몰려드는 상고사건과 씨름하는 사이에 1961년 5·16 군사 쿠데타가 일어나게 되었다.

95) 고재호, 법조반백년, 1985, 40면 이하 참조.

96) 엄상섭, "귀속재산불하 문제에 관한 관견", 희망, 1953년 12월호, 50면 이하 참조.

제3절 1961년 형사소송법 시대의 상소제도

1. 최고회의의 출범과 사법개혁

가. 사법개혁을 위한 의견수렴

5·16 후 국가재건최고회의가 구성되었다. 최고회의는 정치, 경제, 사회의 각 분야에서 개혁과제를 점검하였는데 사법분야에서는 사건의 적체와 재판의 지연이 가장 심각한 문제로 지적되었다.⁹⁷⁾ 이러한 상황에서 1961년 7월 1일 조진만 대법원장이 사법부의 수장으로 취임하였다. 그는 사법부의 개혁과 관련하여 사건의 능률적 처리와 남상소(濫上訴)의 방지를 강조하였다.⁹⁸⁾

사법개혁과 관련하여 각계의 의견이 수합되는 가운데 법원, 법무부, 변호사단체 등에 대해 의견조회가 행하여졌다. 법원 측은 별다른 개혁안이 없었다.⁹⁹⁾ 법무부 또한 마찬가지였다.¹⁰⁰⁾ 그런데 서울 소재의 양대 지방변호사회는 사법개혁의 방안으로 지방법원 본원합의부에 항소부를 둘 것과 고등법원에 상고부를 둘 것을 제안하였다. 교통이 불편한 상황에서 항소심 재판을 받기 위하여 일일이 고등법원 소재지로 가야하는 시민들의 불편을 덜어줄 것과 상고심 법원의 사건적체와 심리지연을 해소하려는 것이 개혁안의 취지였다.¹⁰¹⁾ 이에 반해 원로법조인들로 구성된 대한변호사협회는 사법개혁의 필요가 없다는 의견을 제시하였다.¹⁰²⁾

97) 법률신문 1961. 7. 24.자 참조.

98) 법률신문 1961. 7. 24.자 인터뷰 참조.

99) 법률신문 1961. 7. 3.자 참조.

100) 법률신문 1961. 8. 7.자 참조.

101) 법률신문 1961. 7. 24.자 참조.

102) 법률신문 1961. 8. 7.자 참조.

나. 1961년 개정형사소송법과 당사자주의 강화

1961년 9월 1일 국가재건최고회의는 그 동안 수합된 의견을 정리하여 형사소송법개정법률안을 통과시켰다.¹⁰³⁾ 이 개정안의 주요골자는 일본의 신형사소송법을 모델로 삼아 당사자주의를 강화하고 상소구조를 전면적으로 개편하는 것이었다. 전체적인 구상은 제1심의 심리를 강화하고, 강화된 제1심을 전제로 항소심을 사후심으로, 상고심을 순수한 법률심으로 재편성하는 것이었다.¹⁰⁴⁾ 제1심의 강화방안으로 피고인에 대한 검사와 변호인의 신문제도(형소법 제287조), 증인에 대한 교호신문제도(형소법 제161조의 2), 증거법에서 전문법칙(형소법 제310조의 2)과 탄핵증거(형소법 제318조의 2)의 제도가 도입되었다. 검사와 피고인·변호인이 서로 공격·방어를 행하여 제1심 공판절차에서 사실관계가 확정되도록 한다는 구상이다.

2. 항소심의 개편

이렇게 제1심 공판절차가 강화되면 제2의 제1심이라고 불리는 복심(覆審) 형태의 항소심은 필요 없게 된다. 이러한 관점에서 보면 항소심은 종전에 상고심이 담당하던 기능의 대부분을 수행해야 한다. 그리하여 종전에는 없었던 항소이유서제도가 도입되었다. 항소이유는 종전의 상고이유 대부분

103) 1961년 9월 형소법의 상소제도 개정에 대한 해설로, 김종수, “상소제도의 개혁”, 법정, 제16권 11호, (1961. 11.), 34면 이하 참조.

104) 1961년 9월의 형소법 개정 직후인 1961년 11월에 발표한 글에서 김종수는 상소제도의 개정내용을 다음과 같이 설명하고 있다. “(전략) 이와 같은(1954년 제정형사소송법; 필자 주) 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.” 김종수, “상소제도의 개혁”, 법정, 제16권 11호, (1961. 11.), 34면.

을 그대로 이어받는 형태로 되었다. 일본의 신형사소송법이 항소이유에 구형소법의 상고이유를 전진 배치해 놓은 것과 마찬가지로 양상이었다.¹⁰⁵⁾

종전의 항소심에서는 단순히 사실오인과 양형부당을 주장하기만 하면 족하였으나 개정된 형소법 하에서는 항소이유로 ‘중대한 사실오인’(61년 형소법 제361조의 5 제14호)과 ‘현저한 양형부당’(61년 형소법 제361조의 5 제15호)을 제시하지 않으면 안 되게 되었다. 1954년 형사소송법은 상고심을 법률심입과 동시에 사실심으로 인정하고 있었다. 종전의 상고이유와 비교해 보면 금방 알 수 있는 것처럼 1961년 개정형소법의 항소이유는 1954년 제정형소법의 상고이유를 그대로 물려받은 것이었다.

다만 피고인의 구체적 이익을 보호하기 위하여 예외적으로 직권심리사유를 인정하였다. 즉 1961년 개정형소법 제364조 제2항은 “[항]소법원은 제361조의 5의 제1호 내지 제6호, 제10호와 제13호 내지 제15호의 사유에 관하여는 [항]소이유서에 포함되지 아니한 경우에도 직권으로 심판할 수 있다”고 규정하였다. 이것은 1954년 제정형사소송법이 규정해 두었던 상고심법원의 직권심리사유를 항소심으로 옮겨 온 것이다. 그 결과 중요한 법령위반 사유는 대부분 직권심리사유로 인정되었다. 또한 ‘중대한 사실오인’도 직권심리사유에 포함되었다. 그러나 ‘현저한 양형부당’은 직권심리사유에서 배제되었다. 이것은 실재상 대단히 중요한 변화를 의미한다.

항소이유와 상고이유의 비교

1954년 형소법 상고이유	1961년 형소법 항소이유
1. 헌법에 위반하거나 헌법의 해석에 착오가 있는 때	1. 헌법해석의 착오 기타 헌법위반 있는 때
2. 대법원의 관례에 상반한 판단을 한 때	
3. 판결후 형의 폐지나 변경 또는 사면이 있는 때	2. 판결후 형의 폐지나 변경 또는 사면이 있는 때

105) 전술 65면 이하 참조.

4. 관할 또는 관할위반의 인정이 법률에 위반한 때	3. 관할 또는 관할위반의 인정이 법률에 위반한 때
5. 판결법원의 구성이 법률에 위반한 때	4. 판결법원의 구성이 법률에 위반한 때
6. 공소(公訴)의 수리 또는 기각이 법령에 위반한 때	5. 공소(公訴)의 수리 또는 기각이 법령에 위반한 때
7. 법령의 적용이 없거나 적용에 착오가 있어 판결에 영향을 미칠 때	6. 법령의 적용이 없거나 적용에 착오가 있어 판결에 영향을 미칠 때
8. 법률상 그 재판에 관여하지 못할 판사가 그 사건의 심판에 관여한 때	7. 법률상 그 재판에 관여하지 못할 판사가 그 사건의 심판에 관여한 때
9. 사건의 심리에 관여하지 아니한 판사가 그 사건의 판결에 관여한 때	8. 사건의 심리에 관여하지 아니한 판사가 그 사건의 판결에 관여한 때
10. 공판의 공개에 관한 규정에 위반한 때	9. 공판의 공개에 관한 규정에 위반한 때
11. 심판의 청구가 있는 사건을 판결하지 아니하거나 심판의 청구가 없는 사건을 판결한 때	10. 심판의 청구가 있는 사건을 판결하지 아니하거나 심판의 청구가 없는 사건을 판결한 때
12. 판결에 이유를 붙이지 아니하거나 이유에 모순이 있는 때	11. 판결에 이유를 붙이지 아니하거나 이유에 모순이 있는 때
13. 소송절차가 법령에 위반되어 판결에 영향을 미칠 때	12. 소송절차가 법령에 위반되어 판결에 영향을 미칠 때
14. 재심청구의 사유가 있는 때	13. 재심청구의 사유가 있는 때
15. 중대한 사실의 오인이 있어 판결에 영향을 미칠 때	14. 중대한 사실의 오인이 있어 판결에 영향을 미칠 때
16. 형의 양정이 심히 부당하다고 인정할 현저한 사유가 있는 때	15. 형의 양정이 심히 부당하다고 인정할 현저한 이유가 있는 때

3. 상고심의 개편

가. 고등법원 상고부의 도입

그런데 상고심의 구조는 전후 일본 형사소송법의 그것과 사뭇 다른 양상을 나타내게 되었다. 그 이유는 무엇보다도 고등법원 상고부를 도입한 데에서 비롯된다. 일본은 전후 상소제도를 개혁하면서 제1심을 강화하고, 항

소심을 사후심으로 하며, 상고심을 순수한 법률심으로 정비하는 개혁을 단행하였다. 구형사소송법의 상고심 기능을 대폭 항소심으로 옮기면서 항소심에 대해 원칙적 사후심이요, 예외적 속심의 구조를 인정하였던 것이다.

이미 앞에서 살펴본 것처럼 전후 일본의 신형사소송법상의 심급구조는 실질적으로 2심제도를 취하고 있다. 제1심 판결에 대한 불복은 항소심에 그치는 것을 원칙으로 하고, 상고심인 최고재판소에의 불복은 헌법위반과 판례위반만을 권리상고로 인정하였다. 나머지 법령위반의 주장은 직권발동을 촉구하는 것에 지나지 않게 되었다. 사실오인과 양형부당은 아예 상고이유로 인정되지 않았다. 이와 같은 개혁은 제1심 판결에 대한 불복사건을 고등재판소로 집중시키면서 그곳에서 대부분의 사건이 종국처리되도록 한다는 구상에 입각한 것이었다.

이에 대해 우리의 1961년 개정형소법은 상고심인 대법원의 업무부담을 줄이기 위하여 고등법원 상고부제도를 선택하였다. 고등법원 상고부의 역할은 단독판사 관할사건으로부터 시작된 상고사건을 전담하여 최종심으로 종국처리하는 것이다. 고법상고부제도는 단독판사 관할사건의 심급구조를 단독판사 → 지방법원 본원합의부 → 고등법원 상고부의 구조로 재편성하는 것이었다. 이에 대해 지방법원 합의부 사건은 종전과 마찬가지로 지방법원 → 고등법원 → 대법원의 심급구조로 정리되었다.

나. 전후 일본 형소법과의 비교

이제 전후 일본의 상소제도와 1961년 개정형소법의 상소제도를 비교해 본다. 일본이 전후에 항소심인 고등재판소에 사실상 상고심 법원의 기능을 부여한 것은 1891년 항소법원법 제정을 통해 전국 각지에 순회항소법원을 설치한 미국의 사례를 연상시킨다. 대부분의 상소사건을 제1심 법원과 최고재판소의 중간에 위치하는 고등재판소로 하여금 처리하도록 한 것이 비

슷한 맥락으로 파악되기 때문이다.

이에 대해 1961년 우리 개정형소법의 상소제도는 오히려 독일 형소법의 그것을 닮았다고 할 수 있다. 심급제도는 이원적으로 구성되어 단독판사가 재판한 사건과 합의부가 재판한 사건으로 통로가 나누어진다. 경미사건은 단독판사 제1심, 지방법원 본원합의부 항소심, 고등법원 상고부 상고심으로 종결된다. 이에 대해 중한 사건은 지방법원 합의부, 고등법원 항소심, 대법원 상고심으로 종결된다(1961년 형소법 제357조, 제371조). 이것은 전통적인 3심제도를 충실하게 유지한 것이라고 할 수 있다.

경미범죄와 중한 범죄로 나누어서 심급제도를 구성한 점과 경미범죄의 경우 고등법원 상고부가 최종심으로서 상고사건을 종국처리하는 점은 경미범죄의 경우 구재판소 제1심, 지방재판소 항소심, 주상급법원 상고심의 3심제도를 가지고 있는 독일의 법원조직과 유사하다. 다만 중한 사건의 경우에 독일이 지방법원 제1심, 연방대법원 상고심의 2심제도를 가지고 있는 데에 비해 1961년 개정형소법은 이 영역에서도 3심제도를 유지하고 있다는 점에 차이가 있다.

일본의 전후 신형사소송법은 최고법원인 최고재판소의 업무량을 대폭적으로 감경하였다. 이는 헌법재판과 판례통일의 기능을 특히 강조한 결과이다. 우리의 1961년 개정형소법은 일본의 예를 참고하면서 대법원의 업무경감을 시도하였다. 우선 경미사건의 영역에서 고등법원 상고부를 도입함으로써 상고사건의 상당량을 덜어내었다. 다음으로 상고이유를 헌법위반과 판례위반으로 제한하였다(1961년 형소법 제383조 제1호 내지 제3호). 일본 형소법과는 달리 ‘중대한 사실오인’과 ‘현저한 양형부당’을 상고이유로 유지하되 그 적용대상을 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건으로 한정하였다(1961년 형소법 제383조 제4호). 이와 같이 상고이유를 제한한 것은 영미법의 영향을 받은 것으로 대법원의 헌법판단 기능을 중시하였기 때문이다.¹⁰⁶⁾

다. 상고이유의 제한

1961년 개정형사소송법은 다음과 같은 방식으로 상고이유를 개편하였다.

1961년 형소법의 상고이유 개편

1954년 형사소송법 상고이유	1961년 형사소송법 상고이유
1. 헌법에 위반하거나 헌법의 해석에 착오가 있는 때	1. 헌법해석의 착오 기타 헌법위반이 있는 때
2. 대법원의 관례에 상반한 판단을 한 때	2. 대법원의 관례에 상반한 판단을 하여 판결에 영향을 미침이 명백한 법령위반이 있을 때 3. 대법원의 관례가 없는 경우에 고등법원의 상고심판례에 상반한 판단을 하여 판결에 영향을 미침이 명백한 법령위반이 있을 때
3. 판결후 형의 폐지나 변경 또는 사면이 있는 때	
4. 관할 또는 관할위반의 인정이 법률에 위반한 때	
5. 판결법원의 구성이 법률에 위반한 때	
6. 공소의 수리 또는 기각이 법령에 위반한 때	
7. 법령의 적용이 없거나 적용에 착오가 있어 판결에 영향을 미칠 때	
8. 법률상 그 재판에 관여하지 못할 판사가 그 사건의 심판에 관여한 때	
9. 사건의 심리에 관여하지 아니한 판사가 그 사건의 판결에 관여한 때	
10. 공판의 공개에 관한 규정에 위반한 때	
11. 심판의 청구가 있는 사건을 판결하지 아니하거나 심판의 청구가 없는 사건을 판결한 때	
12. 판결에 이유를 붙이지 아니하거나 이유에 모순이 있는 때	
13. 소송절차가 법령에 위반되어 판결에 영향을 미칠 때	
14. 재심청구의 사유가 있는 때	

106) 권오병, “상고이유에 관한 고찰”, 법정, 제18권 2호, (1963. 2.), 67면 이하 참조.

15. 중대한 사실의 오인이 있어 판결에 영향을 미칠 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
16. 형의 양정이 심히 부당하다고 인정할 현저한 사유가 있는 때	

위의 대비표에서 확인할 수 있는 것은 우선 절대적 상고이유가 ‘헌법위반’의 사유 하나로 축소되었다는 사실이다. 일본 신형사소송법과 비교해보면 ‘헌법위반’ 다음으로 등장하는 상고이유가 ‘판례위반’이다. 그런데 1961년 개정형소법은 판례위반을 ‘판결에 영향을 미침이 명백한 법령위반’과 결부시켜 놓고 있다. 판례위반을 상고이유로 주장하더라도 판결에 영향을 미친 법령위반에 해당한다는 점을 상고인이 상고이유에서 설득력 있게 주장해야 한다는 것이다.

헌법위반과 판례위반 이외의 상고이유 영역에 대해 1961년 개정형소법은 원칙적으로 상고를 제한하였다. 이미 항소심법원이 사실상 상고심의 기능을 수행하고 있으므로 굳이 상고이유를 추가로 인정할 필요가 없다는 태도라고 할 수 있다. 다만 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건의 경우에는 피고인의 구체적 이익을 보호하기 위하여 (1) 명백한 법령위반이 있거나 (2) 중대한 사실의 오인이 있어 판결에 영향을 미친 때 또는 (3) 형의 양정이 심히 부당하다고 인정할 현저한 사유가 있는 때를 예외적인 상고이유로 인정하였다.¹⁰⁷⁾

여기에서 한 가지 더 주목할 점이 있다. 그것은 상고심에 대해 직권심리사유를 전면적으로 배제한 것이다. 1954년 제정형사소송법은 의용형사소송법의 영향을 받아 제385조에서 상고심 법원의 직권심리사유를 폭넓게 인정하고 있었다. 그러나 1961년의 입법자는 이 조문을 전면 삭제해 버렸다. 사실오인이나 양형부당의 사유는 이제 상고심의 직권심리 대상에서 사

107) 1961년 형사소송법의 상고심에 대한 당시의 분석으로는, 권오병, “상고이유에 관한 고찰”, 법정, 제18권 2호, (1963. 2.), 67면 이하; 김윤근, “형사상고심의 기능과 현행 상고사유에 대한 비판”, 법정, 제18권 2호, (1963. 2.), 70면 이하 참조.

라지게 된 것이다.

라. 대법원의 기능과 위상

이와 같은 상고이유 개편에 따르면 이제 상고심인 대법원은 원칙적으로 헌법판단을 전담하는 심판기구로 자리매김 된다. 헌법위반을 다투는 경우는 절대적 상고이유로 된다. 그러나 관례위반은 판결에 영향을 미친 경우에만 상고심의 심리대상이 된다. 나머지 영역의 법령위반, 사실오인, 양형 부당은 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 중형사건의 경우에만 예외적으로 상고이유로 허용된다.

이제 상고심인 대법원은 일반사건의 사실심리에 매달릴 필요가 없다. 직권심리의 부담도 없다. 법령위반의 경우도 대부분 항소심 법원에서 사건이 종결된다. 관례위반도 판결에 영향을 미치는 경우에 한하여 심판한다. 이렇게 하여 전국에 하나뿐인 대법원은 헌법해석이나 관례의 통일에 전념할 수 있는 여력을 확보하게 된다.

4. 상소제도 개편에 대한 반발

가. 사법감독관회의와 항소심의 구조

상소제도의 재편을 통하여 최고법원의 위상을 확립하려는 시도가 1961년 개정형소법의 핵심적인 내용이다. 그러나 그 개혁 의도는 여러 가지 측면에서 저항에 부딪혔다. 기존의 재판관행을 전혀 고려하지 않았으며 새로운 상소제도를 구현할 사법 인프라가 갖추어지지 못하였기 때문이다. 일부 엘리트의 개혁구상이 그 의도를 제대로 이해하지 못하는 개혁 상대방의 저항에 직면하는 상황이 발생한 것이다.

1961년의 상소제도 개편에 대한 반발은 우선 항소심의 구조와 관련한 법원, 검찰간의 대립이라는 형태로 나타났다. 개정된 형사소송법은 1961년 9월 1일부터 시행되었으나 그 본격적인 운영은 1962년에 들어와서 시작되었다. 5·16 이후 50여명의 법관이 법원을 떠난 후 결원의 보충이 여의치 않았다.¹⁰⁸⁾ 새로운 상소제도의 운영과 관련하여 실무자들 사이에 통일된 지침도 필요하였다.

이러한 상황에서 1962년 1월 대법원에서는 사법감독관회의가 열렸다. 새로운 형사소송법의 시행과 관련하여 사법부 수뇌부에 대하여 일선 법관들이 질문을 제기하였다. 이 가운데는 항소심의 공판절차를 어떻게 진행할 것인가 하는 질문이 들어 있었다. 이에 대해 사광욱(史光郁) 대법원판사는 “현행(1961년 개정형소법; 필자 주) 형소법 제364조 제5항 ‘항소이유 있다고 인정할 때에는 원심판결을 파기하고 다시 판결하여야 한다’는 규정 중 ‘다시 판결’이란 곧 복심(覆審)을 뜻하는 입법취지이니만큼 항소심은 일부 복심을 의미하는 것이다”라는 답변을 제시하였다.¹⁰⁹⁾

나. 공소장낭독 거부사건

1962년 1월 25일 서울고등법원 항소부에서는 업무상 횡령죄 피고사건의 항소심에 대한 공판이 열렸다. 이 사건을 담당한 재판장은 항소심 공판절차를 복심형태로 진행하라는 사법감독관회의의 지침에 따라 공판 관여 검사에게 공소장을 낭독하도록 요구하였다. 이에 대해 담당 검사는 “본건 사건은 복심이 아닌 이상 공소장낭독을 할 수 없다”고 주장하면서 재판장의 요구를 거부하였다.¹¹⁰⁾

108) 법률신문 1961. 11. 20.자는 ‘서울고법은 인원 없어 상고부도 못 구성’이라는 제하의 기사를 1면 머리기사로 게재하고 있다. 같은 문제를 보도한 것으로, 법률신문 1961. 12. 18. 및 1962. 2. 12.자 참조.

109) 법률신문 1962. 2. 12.자 “복심제 시비가 남긴 것” 제하의 기사 참조.

110) 법률신문 1962. 2. 12.자 “복심제 시비가 남긴 것” 제하의 기사 참조.

공판기일에 재판장의 지시를 검사가 거부하는 사태란 상상할 수 없는 것이었다. 특히 5·16 후 군정(軍政) 상황에서 법원과 검찰이 충돌 양상을 보인 것은 도하 언론의 관심을 끌기에 충분하였다. 각종 신문들이 기사 및 사설로 이 문제를 취급하였고¹¹¹⁾ 법원과 검찰은 각각 기관의 자존심을 걸고 이 문제에 대한 이론검토와 대응책을 모색하였다.

이와 같이 급박한 상황에서 1962년 1월 29일 법원과 검찰은 타협점을 모색하였고 다음과 같은 합의점을 도출하였다: (1) 항소재판부에서는 사후심(事後審)으로 볼 수 있는 조항을 살려 서류심사 끝에 항소기각할 수 있는 것은 항소기각하고, (2) 항소이유가 있다고 인정되어 변론공판을 개정하였을 때 사실심리의 범위는 재판부에서 정한다. (3) 항소심에서도 검찰측에서 증거를 제시한다. (4) 피고인이 항소하였는가 검사가 항소하였는가를 가리지 않고 개정형소법 제287조(피고인신문의 방식; 필자 주)에 의거 검사가 피고인을 신문한다.¹¹²⁾

1962년 1월 31일 항소심의 구조와 관련하여 논란의 도화선이 되었던 업무상 횡령죄 피고사건에 대해 항소심 판결이 선고되었다. 이 사건은 피고인이 제1심에서 징역 2년을 받고 항소한 사안이었다. 항소심 재판부는 피고인이 제1심 판결을 선고받은 후 항소심 공판이 개정되기 전에 피해변상을 했기 때문에 정상을 참작한다는 이유로 원심판결을 파기하고 자판(自判)하여 징역 1년 6월을 선고하였다. 항소심의 공판절차에 대해 언론에서는 이를 복심(覆審)으로 재판한 것이라고 보도하였다.¹¹³⁾

1962년 2월 1일 아침 조진만 대법원장은 최고회의를 방문하여 항소심의 구조와 관련한 법원과 검찰의 대립에 대해 의견을 개진하고 돌아왔다. 그 직후 조 대법원장은 언론에 “사후심 또는 복심이라는 일정한 개념이 있는

111) 동아일보 1962. 1. 28.자; 조선일보 1962. 1. 30.자 사설; 경향신문 1962. 1. 30.자; 경향신문. 1962. 2. 4.자 사설 등 참조.

112) 동아일보 1962. 1. 31.자 참조.

113) 경향신문 1962. 2. 1.자 참조.

것이 아니라 두 가지가 혼합된 것이라고 생각하면 틀림없다. 개정형사소송법 361조와 364조[의] 5개 [조]항에 명시되어 있으니 그대로만 하면 되는 것이고 아무런 말썬이 될 수는 없다”는 입장을 밝혔다.¹¹⁴⁾

다. 항소심의 구조에 대한 논전

이 ‘공소장낭독 거부사건’을 계기로 항소심의 구조와 관련하여 복심설, 사후심설, 속심설 등의 여러 견해가 지상에 발표되었다.¹¹⁵⁾ 항소심에서의 공소장낭독거부 사건은 우리 형사소송법학사에 있어서 중요한 의미를 갖는다. 우리 형소법의 관련규정을 놓고 독자적인 문제의식 하에 치열한 학문적 검토와 법리논쟁이 전개되었기 때문이다.

1961년 형소법 하의 항소심 구조논쟁은 외국의 문헌을 번안하여 전개할 수 있는 성질의 것이 아니다. 우리의 절박한 사법현실을 놓고 문제해결의 대안으로 시도된 것이 1961년의 개정형사소송법이다. 그러한 점에서 당시 실무계와 학계의 여러 인사들이 제시한 의견은 한국 형사소송법학의 노작(勞作)으로서 대단히 창의적이며 경청할 가치가 있는 성과물이다.

그러나 이와 같은 법학사적 성과를 잠시 차지한다면 이 ‘공소장낭독 거부사건’이 가져온 부정적 효과는 적지 않았다. 무엇보다도 이 사건은 1961년 개정형사소송법이 충분한 이론적 검토 없이 성급하게 이루어진 것이며, 따라서 이에 대한 개정이 필요하다는 일반적 공감대를 형성하는 결정적 계기가 되었다.

114) 조선일보 1962. 2. 1.자 참조.

115) 검찰 측의 견해를 제시한 글로는, 홍종민, “공소심(控訴審)의 구조에 관한 연구”, 법조, 제11권 2호, (1962. 2.), 21면 이하; 김윤근, “형사공소심(刑事控訴審)의 성격에 대한 시비”, 법조 제11권 3호, (1962. 3.), 26면 이하; 최대교, “항소심의 구조”, 법정, 제18권 7호, (1963. 7.), 59면 이하 참조. 한편 법원 측의 견해를 제시한 글로는, 이병용, “개정형사소송법하에서의 공소심(控訴審)운영문제”, 법정, 제17권 12호, (1962. 12), 35면 이하 참조. 학계의 견해를 밝힌 글로는, 김기두, “상소제도의 의의와 상소심의 구조”, 법제월보, 1962. 3., 7면 이하 참조.

라. 변호사단체의 비판

이러한 논란을 배경으로 최고회의 법사위원회는 형사소송법 개정안을 준비하였다. 이 과정에서 변호사단체에서는 고등법원 상고부제도의 폐지를 주장하였다.¹¹⁶⁾ 그리고 상고심에서 사실심리 가능성을 배제한 부분에 대해 집중적인 비난을 가하였다. 특히 10년 이하의 형이 선고된 사건에 대해 대법원에 사실오인과 양형부당을 상고이유로 주장하지 못하도록 한 데에 대하여 비난이 집중되었다.¹¹⁷⁾ 또한 항소이유서제도의 실시에도 비판이 가해졌다.¹¹⁸⁾

제4절 1963년 개정형사소송법 이후의 상소제도

1. 항소제도의 개편

가. 항소이유의 재편성

이와 같은 우여곡절을 거친 끝에 1963년 개정형사소송법이 마련되었다. 1963년의 개정형소법은 항소제도와 상고제도 전반에 걸쳐서 재차의 개정을 단행하였다. 그런데 그 전반적인 구도는 1961년의 형소법 개정 이전으로 환원하는 것이었다. 여기에서 먼저 항소이유의 개정상황을 살펴본다.

116) 법률신문 1962. 7. 30.자 및 1962. 8. 6.자에 실린 '대한변협 형사소송법개정안' 참조.

117) 김은호, "형소법은 개정되어야 한다", 법률신문, 1962. 8. 6.자; 신순언, "사법의 민주화(상, 중, 하)", 법률신문, 1962. 8. 20.자, 1962. 8. 27.자, 1962. 9. 3.자 참조.

118) 신순언, "사법의 민주화(상, 중, 하)", 법률신문, 1962. 8. 20.자, 1962. 8. 27.자, 1962. 9. 3.자 참조.

항소이유의 개편

1961년 형소법 항소이유	1963년 형소법 항소이유
1. 헌법해석의 착오 기타 헌법위반 있는 때	1. 판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있는 때
2. 판결 후 형의 폐지나 변경 또는 사면이 있는 때	2. 판결 후 형의 폐지나 변경 또는 사면이 있는 때
3. 관할 또는 관할위반의 인정이 법률에 위반한 때	3. 관할 또는 관할위반의 인정이 법률에 위반한 때
4. 판결법원의 구성이 법률에 위반한 때	4. 판결법원의 구성이 법률에 위반한 때
5. 공소(公訴)의 수리 또는 기각이 법령에 위반한 때	5. 삭제
6. 법령의 적용이 없거나 적용에 착오가 있어 판결에 영향을 미칠 때	6. 삭제
7. 법률상 그 재판에 관여하지 못할 판사가 그 사건의 심판에 관여한 때	7. 법률상 그 재판에 관여하지 못할 판사가 그 사건의 심판에 관여한 때
8. 사건의 심리에 관여하지 아니한 판사가 그 사건의 판결에 관여한 때	8. 사건의 심리에 관여하지 아니한 판사가 그 사건의 판결에 관여한 때
9. 공판의 공개에 관한 규정에 위반한 때	9. 공판의 공개에 관한 규정에 위반한 때
10. 심판의 청구가 있는 사건을 판결하지 아니하거나 심판의 청구가 없는 사건을 판결한 때	10. 삭제
11. 판결에 이유를 붙이지 아니하거나 이유에 모순이 있는 때	11. 판결에 이유를 붙이지 아니하거나 이유에 모순이 있는 때
12. 소송절차가 법령에 위반되어 판결에 영향을 미칠 때	12. 삭제
13. 재심청구의 사유가 있는 때	13. 재심청구의 사유가 있는 때
14. 중대한 사실의 오인이 있어 판결에 영향을 미칠 때	14. 사실의 오인이 있어 판결에 영향을 미칠 때
15. 형의 양정이 심히 부당하다고 인정할 현저한 이유가 있는 때	15. 형의 양정이 부당하다고 인정할 사유가 있는 때

위의 대비표에서 알 수 있는 것은 먼저 상대적 항소이유로서 별도로 인정되었던 실체법령위반과 소송법령위반의 항소이유가 하나로 합쳐져서 단순한 법령위반으로 재구성되었다는 점이다. 즉 ‘헌법, 법률, 명령, 규칙위반’이라는 일반조항의 형태로 법령위반의 항소이유가 재정리되었다.

다음으로 절대적 항소이유가 다소 축소되었다. 삭제된 종전의 항소이유는 주로 소송법령위반에 해당하는 것인데, 일반적인 법령위반의 영역으로 흡수되었다. 그런데 항소이유의 재편에서 무엇보다도 주목되는 점은 종전의 항소이유가 ‘중대한 사실오인’과 ‘현저한 양형부당’으로 제한되어 있었던 것이 일반적인 ‘사실오인’과 일반적인 ‘양형부당’으로 완화되었다는 사실이다.

이와 같이 재편성된 항소이유를 다시 정리해 보면 항소이유는 크게 법령위반과 사실오인, 양형부당으로 대별된다. 이 가운데 소송법령위반의 일부사유에 대해서는 절대적 항소이유를 인정한다. 이 일부의 절대적 항소이유를 잠시 논외로 한다면, 항소이유는 일반적인 ‘법령위반’ 이외에 제한이 붙지 않은 ‘사실오인’과 ‘양형부당’으로 재구성된다. 이것은 1961년 개정형소법이 항소이유제도를 도입하기 전에 시행되었던 항소제도를 연상시킨다.

제정형사소송법 당시에는 항소장만 제출하면 되었고 굳이 항소이유서를 작성할 필요가 없었다. 일단 항소가 제기되면 법원은 다시 심판을 하면서 전면적으로 법령위반과 사실오인, 양형부당을 따져 보았다. 이것은 복심형태의 항소심이 가져오는 구조적 특성이었다. 이와 같은 의용형소법 이래의 항소심 구상은 새로이 개정된 항소심의 직권심리사항에서 더욱 더 분명하게 드러난다.

1963년 개정형소법 제363조 제2항은 “항소법원은 판결에 영향을 미친 사유에 관하여는 항소이유서에 포함되지 아니한 경우에도 직권으로 심판할 수 있다”고 규정하였다. 이 조항은 현재에도 실정법으로 유지되고 있다. 이제 항소인은 항소이유를 불충분하게 구성하여도 어느 정도 안심할 수 있다. 항소심 법원이 판결에 영향을 미친 모든 사유에 대해 직권으로 심판해 줄 것이기 때문이다. 직권심리의 대상은 법령위반뿐만 아니라 사실오인과 양형부당의 전 범위에 미친다. 직권심리의 대상을 전혀 제한하지 않은 것은 의용형사소송법 이래의 항소심 인식이 그대로 드러난 것이라고

할 수 있다. 다만 차이가 있다면 의용형소법 시대의 항소심 법원은 직권심리의 의무를 지고 있었으나 1963년의 개정형소법은 ‘직권으로 심판할 수 있다’고 함으로써 법원에 재량권을 부여한 점이다.

나. 개정된 항소심의 특색

이제 1963년의 개정형사소송법에서는 전면적으로 일반화된 법령위반의 사유 외에 아무런 제한을 붙이지 아니한 사실오인과 양형부당이 항소이유로 등장하게 되었다. 직권심리의 범위에도 아무런 제한이 없다. 이러한 변화는 항소심 구조를 복심으로 이해하였던 당시 법률가들의 인식이 그대로 반영된 것이라고 할 수 있다. 다만 여전히 항소이유서제도가 유지되고 있다는 점에서 사후심적 요소의 잔재를 일부 찾아볼 수 있을 뿐이다.

1963년 개정형사소송법은 항소이유를 재편성하는 과정에서 사실심리의 가능성을 전면적으로 열어 두었다. 여기에서 의용형소법 이래 사용된 복심형태의 심리방식이 나올 여지가 있게 되는데, 이렇게 되면 업무량 증가의 문제가 대두된다. 이에 대한 해결방안으로 1963년의 입법자는 제1심의 심리결과를 최대한 활용하기로 하고, 1963년 개정형소법 제364조 제3항에서 “제1심 법원에서 증거로 할 수 있었던 증거는 항소법원에서도 증거로 할 수 있다”는 규정을 마련하였다. 이렇게 하여 1963년의 입법자는 제정형소법의 복심구조로 회귀하지 않고 속심형으로 항소심 구조를 전환하였던 것이다. 이제 제1심의 변론을 토대로 하면서 추가로 사실심리를 행하는 속심형태의 항소심이 우리 형사소송법의 골격을 이루게 되었다.

속심이란 제1심의 심리결과를 활용하는 항소심 공판진행 방식이다. 그렇지만 어디까지나 사실심리가 본격적으로 행해지는 항소심 심리방식이다. 제1심의 심리결과를 활용하게 되므로 새로운 항소심에서는 제1심 공판절차에서와 같은 공소장낭독이나 피고인신문이 필요 없게 된다. 그렇지만 마

치 제1심 공판절차가 재개되는 것과 같은 형태로 항소심이 진행되기 때문에 사실심리는 전면적으로 행해진다.

여기에서 한 가지 주목할 점이 있다. 1963년 개정형사소송법은 사실심리를 전면적으로 행하기로 하면서도 항소이유서제도를 유지하였다. 미국이나 일본의 상소제도를 검토하면서 확인한 바와 같이 항소이유서제도는 사후심 방식의 항소심 구조를 나타내는 중요한 표지이다. 1963년 개정형사소송법은 사실심리의 전면적 재개를 허용하였다. 이것은 의용형소법 이래의 복심구조에 가까운 항소심을 의미한다. 그런데 사후심구조의 특징인 항소이유서가 여전히 요구되고 있다. 여기에서 한국 형사소송법의 항소심구조를 사후심으로 볼 것인가 아니면 속심으로 볼 것인가 하는, 이론상 매우 까다로운 쟁점이 등장하게 되었다.¹¹⁹⁾

2. 상고제도의 개편

가. 상고이유의 재편성

이제 상고심의 변화를 본다.¹²⁰⁾ 이해를 돕기 위하여 먼저 1961년 개정형소법의 상고이유와 1963년 개정형소법의 그것을 대비하고, 이어서 1954년 제정형소법의 상고이유와 1963년 개정형소법의 그것을 대비하기로 한다.

119) 이 문제에 대해서는, 박창래, “형사항소심의 구조”, 사법논집, 제6집, (1975), 671면 이하; 조원석, “현행 형사소송법상의 항소심의 구조”, 사법연구자료, 제18집, (1991), 289면 이하; 이상돈, “형사소송에서 항소심과 상고심의 공판형태”, 안암법학, 창간호, (1993), 338면 이하; 백형구, “형사항소심의 이론적·실무적 고찰”, 변호사, 제24집, (1994), 251면 이하; 백형구, “형사항소에 관한 소송법이론의 재구성”, 저스티스, 통권 제49호, (1998. 9.), 61면 이하 참조.

120) 당시의 시점에서 이를 논한 글로, 이용훈, “상고제도를 논함”, 법정, 제20권 7호, (1965. 7.), 27면 이하 참조.

상고이유의 변경 1

1961년 형소법 상고이유	1964년 형소법 상고이유
1. 헌법해석의 착오 기타 헌법위반이 있는 때	1. 판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있을 때
2. 대법원의 관례에 상반한 판단을 하여 판결에 영향을 미침이 명백한 법령위반이 있을 때	
3. 대법원의 관례가 없는 경우에 고등법원의 상고심판례에 상반한 판단을 하여 판결에 영향을 미침이 명백한 법령위반이 있을 때	
	2. 판결후 형의 폐지나 변경 또는 사면이 있는 때
	3. 재심청구의 사유가 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	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

상고이유의 변경 2

1954년 형소법 상고이유	1963년 형소법 상고이유
1. 헌법에 위반하거나 헌법의 해석에 착오가 있는 때	1. 판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있을 때
2. 대법원의 관례에 상반한 판단을 한 때	
3. 판결후 형의 폐지나 변경 또는 사면이 있는 때	2. 판결 후 형의 폐지나 변경 또는 사면이 있는 때
4. 관할 또는 관할위반의 인정이 법률에 위반한 때	
5. 판결법원의 구성이 법률에 위반한 때	
6. 공소의 수리 또는 기각이 법령에 위반한 때	
7. 법령의 적용이 없거나 적용에 착오가 있어 판결에 영향을 미칠 때	
8. 법률상 그 재판에 관여하지 못할 판사가 그 사건의 심판에 관여한 때	
9. 사건의 심리에 관여하지 아니한 판사가 그 사건의 판결에 관여한 때	
10. 공판의 공개에 관한 규정에 위반한 때	
11. 심판의 청구가 있는 사건을 판결하지 아니하거나 심판의 청구가 없는 사건을 판결한 때	

12. 판결에 이유를 붙이지 아니하거나 이유에 모순이 있는 때	
13. 소송절차가 법령에 위반되어 판결에 영향을 미칠 때	
14. 재심청구의 사유가 있는 때	3. 재심청구의 사유가 있는 때
15. 중대한 사실의 오인이 있어 판결에 영향을 미칠 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
16. 형의 양정이 심히 부당하다고 인정할 현저한 사유가 있는 때	

상고이유의 변화에서 가장 크게 주목되는 것은 1963년의 개정형사소송법이 절대적 상고이유를 전면적으로 배제해 버렸다는 사실이다. 1963년 개정형소법의 상고이유를 크게 나누어 보면 법령위반, 사실오인, 양형부당이 있다. 세 가지 사유는 모두 ‘판결에 영향을 미친’ 사유라는 공통적 표지를 가지고 있다. 양형부당의 경우에는 이 점이 분명하게 드러나지 않으나 양형이 주문에 표시된다는 점에서 양형부당은 당연히 판결에 영향을 주는 사유에 속한다.

한편 1961년 개정형소법에서 폐지되었던 상고심 법원의 직권심리사유가 부활되었다. 1963년 개정형소법 제383조 제2문은 “전조 제1호 내지 제3호의 경우에는 상고이유서에 포함되지 아니한 때에도 직권으로 심판할 수 있다”고 규정하고 있다. 즉 법령위반, 형의 폐지 등의 사유, 재심사유 등이 제한 없이 직권심리사유로 부활하였다. 다만 10년 이상의 형이 선고된 사건의 ‘중대한 사실오인’과 ‘현저한 양형부당’은 직권심리대상에서 제외되고 있다.

나. 기타의 상고이유

1963년 개정형소법이 인정한 상고이유 가운데 ‘판결에 영향을 미친’ 상대적 사유를 제외하면 남는 사유는 (1) 판결 후 형의 폐지나 변경 또는 사면이 있는 때(형소법 제383조 제2호)와 (2) 재심청구의 사유가 있는 때(형

소법 제383조 제3호)의 두 가지이다. (1)의 사유는 항소심 판결 이후에 발생한 사유이므로 처음부터 원심판결에 영향을 미칠 여지가 없다. 이 경우는 특별히 절대적 상고이유를 규정하기 위하여 ‘판결에 영향을 미친 사유’라는 요건을 명시하지 아니한 것이 아니다. 피고인의 이익보호를 위해 사후적 구제책을 마련한 정책적 규정이다.

(2)의 재심사유에 대해서도 마찬가지로 분석이 가능하다. 재심은 확정판결의 사실관계에 들어 있는 오류를 바로잡기 위한 비상구제절차이다. 재심사유는 사실관계에 오류를 발생시키는 사유를 말한다. 증거의 조작이나 새로운 증거의 발견이 중요한 내용이다. 그런데 만일 항소심 단계에서 증거조작이 발견되었거나 새로운 증거가 발견되었다면 그것은 항소심의 판단오류이며 통상적인 법령위반의 사유에 해당한다.

이에 대하여 항소심 판결 종료 후에 증거조작이 발견되었거나 새로운 증거가 발견되었다면 이것은 항소심 판결을 닦할 일이 아니다. 항소심 법원이 개입할 여지가 없었기 때문이다. 이 경우는 피고인의 구제라는 형평성의 관점에서 독자적인 상고이유로 인정된 것이다. 그러므로 이때에는 ‘판결에 영향을 미친’이라는 요건이 별도로 요구되지 않는다.

다. 상고이유서제도의 실종

여기에서 주목되는 사항이 하나 있다. 다른 나라의 입법례들을 보면 상고이유가 구체적으로 열거되어 있다. 독일 형사소송법이나 의용형사소송법은 상고이유를 대단히 상세하게 규정하고 있다. 1954년의 제정형사소송법도 마찬가지로 상고이유를 자세히 열거해 놓고 있다. 미국법이나 일본의 신형사소송법은 상고이유를 헌법위반이나 판례위반으로 대폭 제한하고 있지만, 그러한 제한에도 불구하고 상고이유는 구체적으로 명시되어 있다. 이와 같이 각국이 상고이유를 구체적으로 규정하는 이유는 상고이유서의

작성 때문이다.

상고심은 원칙적으로 법률심이며 사후심이다. 상고심 법원은 상고인이 주장한 상고이유를 판단대상으로 삼아 상고인과 피상고인의 주장과 반론을 통해 심리를 진행해 간다. 심리의 원활을 위해 상고이유는 세분화되며, 상고이유서를 작성함에 있어 엄격한 방식의 준수가 요구된다.

그런데 이러한 외국의 입법례와 달리 1963년 개정형소법의 상고이유는 원칙적으로 ‘판결에 영향을 미친 헌법, 법률, 명령, 규칙 위반’, 이것 하나뿐이다(형소법 제383조 제1호). 사실오인이나 양형부당이 상고이유로 제시되어 있으나(형소법 제383조 제4호) 그것은 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에 한정되고 있어서 실제로 큰 의미가 있는 것은 아니다.

요컨대 1963년 개정형소법의 상고이유는 항소심 판결에 불복이 있으니 다시 심리해 달라는 주장 이외에 아무것도 아니다. 상고이유서의 제출은 요구되고 있으나(형소법 제379조 제1항) 엄격한 방식성을 갖추어 상고이유를 제시할 필요가 없다. 물론 상고이유서에는 소송기록과 원심법원의 증거조사에 표현된 사실을 인용하여 그 이유를 명시하여야 한다(형소법 제379조 제2항). 그러나 상고이유의 표목이 세분화되지 아니한 상황에서 상고이유서를 정밀하게 작성한다는 것은 처음부터 불가능하다. 현재의 상황은 1954년 제정형사소송법 당시의 항소심을 연상시킨다. 당시 항소인은 제1심 판결에 불복이 있으니 항소한다는 의사표시를 하기만 하면 족하였다. 구체적인 쟁점은 항소심 법원이 알아서 판단하라는 방식이었다.

1963년 개정형소법의 상고이유도 실질에 있어서는 마찬가지로 차원이라고 생각된다. 상고인은 ‘판결에 영향을 미치는 법령위반’이 있음을 주장하기만 하면 된다. 그것이 소송법령위반인지 실체법령위반인지는 구체적으로 제시할 필요가 없다. 실무상으로는 법리오해, 채증법칙위반, 심리미진의 위법 등으로 상고이유가 구성되고 있다. 그러나 그것은 법령에 근거한 것이 아

니다. 요컨대 1963년에 형사소송법이 개정되면서 상고이유서를 통한 쟁점 중심의 상고심 절차는 사라져 버렸다고 말할 수 있다.

라. 상고심의 업무량 증가

1963년 개정형소법은 우리나라 상고제도의 발전에 있어서 결정적인 후퇴를 의미한다. ‘판결에 영향을 미친 법령위반’이라는 일반조항 때문에 상고이유서의 작성은 의미를 잃게 되었다. 이제 대법원은 제대로 쟁점이 정리되지 아니한 상고이유서를 가지고 심리에 임해야 한다.

고등법원 상고부제도 또한 폐지되었다. 형사 상고사건의 폭주를 차단할 아무런 장치가 존재하지 않는다. 민사사건의 경우에는 「상고심절차에 관한 특례법」에 근거한 심리불속행이라는 장치라도 있지만(동법 제4조) 형사사건의 경우에는 그것도 없다. 대법원의 입장에서는 그나마 1961년 이래 대법원의 사실심리 가능성이 제한되었다는 점을 위안으로 삼을 수 있을 뿐이다. 10년 이하의 형이 선고된 사건의 경우에는 사실오인과 양형부당의 주장을 상고심 판단대상에서 제외할 수 있다. 이 부분은 직권심리의 대상에서도 제외되어 있다. 이러한 제한을 실무계의 요구에도 불구하고 양보하지 않고 지켜낸 것이 1963년 형사소송법의 성과라면 성과이다.¹²¹⁾

그러나 나머지 사건의 경우에는 걸러내는 장치가 전무하다. 법령해석의 통일을 담당해야 할 상고심 법원의 위상이 극도로 초라해진 것이다. 고법 상고부가 폐지되고 상고이유서제도가 정립되지 아니한 상황에서 대법원의 업무량은 급격히 증가하였다. 참고로 여기에서 최근 대법원의 업무처리 현

121) 1962. 4. 18. 62도48, 카드 4194 판례는 다음과 같이 설시하고 있다. “[형소법 제383조] 제4호의 규정은 상고심의 성격이 소위 사후심 법률심입에 비추어 양형의 현저한 부당을 사유로 상고할 수 있음은 오로지 피고인의 이익을 위하여 있는 것이고 검사로서는 위 사유로서는 상고이유로 할 수 없다.” 이 판례를 위시한 일련의 판례에 대한 검찰 측 비판으로, 조희채, “상고 이유에 관한 고찰 -양형부당을 이유로 한 검사상고에 대하여-”, 검찰, 1968년 9월호, 37면 이하 참조.

황을 살펴본다.¹²²⁾

상고사건 파기율 추이

구 분	처 리	파 기	파기율(%)
2000년	15,772	910	5.76
2001년	18,653	1,157	6.20
2002년	18,718	1,219	6.51

구 분	접수 및 처리 추이		대법관 1일단 연평균 사건부담	
	접 수	처 리	접 수	처 리
2000년	16,492	15,722	1,270	1,209
		심리불속행 3,764건		919 (심리불속행 제외 시)
2001년	18,960	18,653	1,458	1,434
		심리불속행 4,253건		1,107 (심리불속행 제외 시)
2002년	18,602	18,718	1,430	1,439
		심리불속행 4,308건		1,108 (심리불속행 제외 시)

여기에서 참고로 일본 최고재판소의 업무처리 현황에 관한 통계를 다시 한번 소개한다.¹²³⁾

중국 총인원	파 기		상고기각		공소(公訴) 기각	취 하
	자 판	환송·이송	판 결	결 정		
1,490 (%)	-	1 (0.1)	8 (0.5)	1,095 (73.5)	10 (0.7)	376 (25.2)

위에 소개된 일본 최고재판소의 업무처리 현황에 관한 통계는 형사사건에 관한 것뿐이다. 이에 대하여 우리 대법원의 업무처리 현황에 관한 통계

122) 이하의 통계수치는, 사법개혁위원회, 사법개혁위원회 자료집 (II), 2004. 5., 5면 이하 참조.

123) 전술 75면 참조.

는 민사, 형사, 행정 등을 모두 포함한 수치이다. 그럼에도 불구하고 주목되는 것은 우리나라 대법관 1명의 연간 처리건수가 일본 최고재판소의 형사사건 처리 총건수와 맞먹는다는 사실이다.

정확한 숫자를 여기에서 제시할 수는 없지만, 위의 통계자료를 기초로 놓고 볼 때 일본 최고재판소의 전체 업무처리건수가 형사사건의 4배에 이른다고 가정한다면 연간 약 6,000건을, 5배에 이른다고 가정한다면 연간 약 7,500건 정도의 사건을 최고재판소가 처리한다고 말할 수 있다. 우리 대법원과 일본 최고재판소 사이에 업무량의 강도를 비교할 때 대법원 쪽이 2.5배 내지 3배 정도 높다고 말할 수 있다. 우리의 3배 정도에 이르는 일본의 인구수나 세계의 경제대국인 일본의 경제규모에 비추어 볼 때 우리 대법원의 업무량은 실로 경악할 정도로 많다고 하지 않을 수 없다.

또 한 가지 대비되는 것은 일본 최고재판소의 파기율과 우리 대법원의 파기율이다. 일본의 경우 1998년에 형사사건 상고심에서 최고재판소가 원심판결을 파기한 사건은 단 한 건이었다. 대부분은 본안판단에도 이르지 못하고 결정으로 상고가 기각되었다. 이러한 사정은 최근에도 비슷할 것으로 추측된다. 이에 대해 우리 대법원에서의 파기율은 5% 내지 6%에 이른다. 이것 또한 대단히 높은 숫자라고 하지 않을 수 없다.

제5절 사법개혁위원회의 상소제도 개편논의

1. 대법원의 기능과 위상

가. 대법원의 업무량 과중

2003년 말 사법개혁위원회가 출범하였다. 대법원장이 사법개혁위원회에

부외한 다섯 가지 안건 가운데 첫 번째가 ‘대법원의 기능과 위상’이었다. 이 의제와 관련하여 대법원이 제출한 통계자료를 보면 2003년 현재 대법관 1인당 연간 사건처리 건수는 1,400건을 상회한다. 이에 대하여 고등법원에 근무하는 법관 1인당 연간 사건처리 건수는 140여건 정도이다.¹²⁴⁾ 단순 수치만을 비교해 볼 때 대법관이 고등법원 재직 중인 판사의 10배가 넘는 업무량을 부담한다. 고등법원의 항소심에서는 공판기일이 열린다는 점을 감안하더라도, 대법관의 사건부담이 실로 놀라운 정도에 이르고 있다고 하지 않을 수 없다.

법관 1일당 처리건수 (2002년)

법원	구분	가동 법관 수	본안사건	
			총 건수	1인당 처리 건수
대법원		13	18,718	1,439.8
고등법원		189	26,867	142.2
지방법원		1,236	1,317,442	1,065.9

대법원은 밀려드는 업무량 때문에 서면심리를 할 수밖에 없다. 이러한 사정을 감안하여 기록만 가지고 업무량의 강도를 비교해 보자. 대법원의 기록은 1심과 2심을 거쳐 올라왔기 때문에 그 부피가 1심이나 항소심에 비하여 2배 내지 3배에 달한다. 대법관은 이와 같이 방대한 분량의 소송기록을 읽어야 한다.

단순히 수치만 가지고 기계적으로 분석해 본다. 대법관 1명이 휴일을 뺀 업무 처리일에 빠짐없이 상고사건을 처리한다고 가정하자. 현실적으로 거의 불가능한 전제를 설정해서 계산을 해 보더라도 대법관 1명이 하루에 4건 내지 5건의 상고사건을 처리한다는 답이 나온다. 상식적으로 볼 때 이

124) 아래의 통계표는 사법개혁위원회, 사법개혁위원회 자료집 (II), 2004. 5., 71면의 표를 참조하여 작성하였음.

것은 도저히 가능한 숫자가 아니다. 사정이 이렇다 보니 대법원의 처지는 절박하다. 그래서 대법원은 「소송촉진 등에 관한 법률」에 기하여 상고허가 제도를 시도해 보았고, 이후 변호사단체의 극심한 비난 속에서도 「상고심절차에 관한 특례법」에 근거해서 심리불속행제도를 계속 유지해 가고 있다.¹²⁵⁾

민사사건의 경우에는 이러한 제도의 시행을 통해 어느 정도 사건의 경감을 피할 수 있다. 그러나 형사사건의 경우에는 민사에서와 같은 차단장치가 없다. 단지 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건이라는 통제장치가 있을 뿐이다(형소법 제383조 제4호). 그러나 그것은 원래 상고심 법원의 심판영역이 아닌 사실오인이나 양형부당을 차단하는 장치일 뿐이다.

이러한 상황에서 경미사건에 대한 상고사건이 대법원에 몰려오고 있다. 1995년 말 형사소송법의 개정에 의하여 약식명령에 대한 정식재판청구사건에서 불이익변경금지의 원칙이 도입되었다(형소법 제457조의 2). 약식명령에 불복하여 정식재판을 청구하더라도 아무런 불이익을 염려할 필요가 없게 되었다. 정식재판사건은 제1심을 거쳐 항소심, 상고심까지 올라갈 수 있다. 그렇게 되다 보니 이제는 기판력의 시간적 적용범위를 늘리기 위하여 정식재판청구사건에 대한 상고사건이 대법원에 몰려들게 되었다. 법원 관계자의 증언에 의하면 현재 형사 상고사건의 약 20%에 달하는 사건이 이러한 사건이라고 한다.

나. 재야 법조계의 인식

이러한 상황에 처해 있으면서도 재야 법조계에서는 ‘삼세번 재판’을 주장한다. 그것도 헌법상 최고심인 대법원의 재판을 포함한 ‘삼세번 재판’을

125) 우리나라 대법원 및 상고제도의 변천에 관한 간략한 검토는, 사법개혁위원회, 사법개혁위원회 자료집 (II), 2004. 5., 79면 이하 참조.

주장한다. 그리고 그것이 우리 국민이 공유하고 있는 법감정이라고 강변한다. 그러나 이것은 현실적인 주장이 아니다. 물론 일반 국민의 입장에서 자신의 일생이 걸린 형사사건이나 자신의 전 재산이 걸린 민사사건에 대해 최종적으로 대법원의 판단을 받아보고 싶어 한다. 일견 이해할 수 있는 일이다. 그러나 조금만 더 생각해 보면 그러한 사고방식이 얼마나 순진한 것이며 동시에 위험한 것인가를 알 수 있다.

현실의 세계에서 대법관의 숫자는 한정되어 있다. 현재 실제 재판에 참여할 수 있는 대법관은 13명이다. 설혹 대법관의 숫자를 늘린다고 하여도 곧 한계가 있다. 장관급인 대법관을 대거 늘릴 수는 없기 때문이다. 그렇다면 대법관의 인원수는 제한적일 수밖에 없다는 전제에서 출발해야 한다. 대법관들은 하급심에 비하여 훨씬 방대한 분량의 소송기록을 보아야 한다. 여기에 더하여 접수되는 상고사건의 수는 가히 천문학적이다.

이러한 상황에서 대법관이 취할 수 있는 방법은 다른 것이 없다. 일단 접수한 순서대로 사건을 쌓아놓고 묵묵히 처리해 갈 뿐이다. 사건에 대한 심리가 지연되어 국민이 고통을 받는 것은 제도가 그러니 어쩔 수가 없다. 대법관으로서의 최선을 다해 상고사건의 심리에 임할 뿐이다. 사건적체로 인한 국민들의 고통은 현재와 같은 터무니없는 상고제도를 그대로 유지해 가려는 순진한 국민들의 몫일뿐이다.

2. 사법개혁과 상소제도의 개편

가. 사법개혁위원회의 건의문

2003년부터 본격적으로 활동을 개시한 사법개혁위원회는 2004년 말 대통령과 대법원장에게 사법개혁에 관한 건의문을 제출하였다. ‘대법원의 기능과 위상’과 관련하여 사법개혁위원회는 건의문을 제시하였는데, 그 내용

은 고등법원 상고부 설치를 주장하는 다수의견과 대법관 증원을 요구하는 소수의견으로 나뉘었다.

사법개혁위원회의 다수의견은 다음의 논거들을 들어 고등법원 상고부의 설치를 제안하였다.¹²⁶⁾

(1) 최종적인 법령해석을 통하여 법적 가치와 기준을 제시하는 대법원의 기능을 보다 강화하고, 개별사건에 대한 심리를 더욱 충실히 할 필요가 있다.

(2) 각 고등법원에 상고부를 설치하여 대부분의 상고사건을 처리하도록 하고, 제2심 선고사건 중 일정 소가(訴價) 이상 또는 일정 선고형 이상 등 일정 기준에 따른 중요 사건은 대법원에 바로 상고할 수 있도록 한다.

(3) 고등법원 상고부 관할 사건 중 고등법원 상고부가 판례변경의 필요성 등 중요하다고 인정하는 사건에 대하여는 대법원에 이송할 수 있도록 하고, 고등법원 상고부 판결에 대하여는 판례위반 등 매우 제한적 사유로 대법원에 특별상고할 수 있도록 한다.

(4) 고등법원 상고부는 경력이 많은 고등법원 부장판사 3인으로 구성하되, 상고부 설치 취지에 부합하도록 구성하는 방안을 모색함이 바람직하다.

이상의 다수의견에 대해 사법개혁위원회 소수의견은 다음의 논거들을 들어 대법관의 증원을 주장하였다.¹²⁷⁾

(1) 대법원에 의한 최종판결을 받고자 하는 국민들의 의식을 존중하고 대법원 구성의 다양성을 구현하기 위하여 대법관을 증원할 필요가 있다.

(2) 대법관의 수를 3 내지 6명 증원하고, 대법관의 구성을 경력, 성별, 가치관 등 여러 측면에서 보다 다양화하는 것이 바람직하다.

(3) 대법원에 전문재판부를 두는 것을 검토할 필요가 있다.

126) 사법개혁위원회, 사법개혁을 위한 건의문, 2004. 12. 31., 5면 이하 참조.

127) 사법개혁위원회, 사법개혁을 위한 건의문, 2004. 12. 31., 6면 이하 참조.

나. 사법제도개혁추진위원회의 법률안

사법개혁위원회의 건의사항을 구체적으로 실천하기 위하여 대통령 산하에 「사법제도개혁추진위원회」가 구성되었다. 사개추위는 고등법원 상고부제도의 실시를 위하여 법원조직법, 민사소송법, 형사소송법 등의 관련법률에 대한 개정안을 성안하였다. 사개추위가 마련한 개정법률안들은 정부 내의 법률안 제안절차를 거쳐서 정부안으로 국회에 제출되었으며, 2006년 11월 현재 심의 도중에 있다. 이제 사개추위가 마련한 개정법률안 가운데 형사 상소제도와 관련한 내용을 살펴본다.¹²⁸⁾

먼저, 대법원과 고등법원 상고부의 심판권에 대해서 본다. 대법원은 사형, 무기 또는 3년 이상의 징역이나 금고가 선고된 형사사건을 중심으로 재판한다(법원조직법 개정안 제14조 제1호 나 목). 상고심인 고등법원은 대법원의 심판권 대상이 되지 않는 나머지 상고사건을 중심으로 심판한다(동 개정안 제28조 제1항 제1호).

다음으로, 고등법원 상고부의 구성에 관하여 본다. 고등법원 상고부에는 부장판사를 두지 않고(동 개정안 제27조 제2항 참조) 대등한 경력의 판사로 재판부를 구성하여 보다 충실한 심리와 합의가 이루어지도록 한다. 고등법원 상고부 법관의 임기를 4년으로 규정하여 고등법원 상고부의 독립성을 강화한다(동 개정안 제27조의 2). 대법원과 동일하게 고등법원 상고부의 판결에 소수의견을 기재하도록 하고 재판연구관을 두도록 한다(동 개정안 제27조의 3).

사개추위의 고등법원 상고부제도는 1961년 개정형소법의 고등법원 상고부제도와 비교할 때 몇 가지 다른 점이 있다. 우선 심판권의 범위에 차이가 있다. 1961년 형소법은 지방법원 합의부가 선고한 항소심 판결에 대해서만 고등법원 상고부가 상고심으로 심판할 수 있도록 하였다. 즉 단독판

128) 이하에 소개하는 내용은, 사법제도개혁추진위원회, 사법제도개혁추진위원회 의결현황, 2005. 12., 362면 이하 참조.

사 제1심, 지방법원 합의부 항소심, 고등법원 상고부 상고심이라는 심급구도가 전제되고 있었다. 이에 대해 사개추위의 고등법원 상고부제도는 ‘3년의 징역이나 금고’라는 선고형을 기준으로 이보다 가벼운 모든 형사사건을 고법 상고부의 심판대상으로 설정하였다. 따라서 고등법원이 항소심으로 선고한 사건에 대해서도 고법 상고부가 상고심으로 재판할 경우가 생기게 되었다. 이러한 관할권 조정은 보다 많은 사건을 고등법원 상고부에서 처리할 목적으로 제안되었다.

또 다른 차이점이 있다면 사건이송과 특별상고이다. 1961년 개정형소법은 고등법원 상고부를 도입하면서 법령해석의 통일을 위한 장치를 마련하지 않았다.¹²⁹⁾ 당시 단기간에 개정법률안을 마련하는 과정에서 발생한 미비점이라고 할 수 있다. 이에 대해 사개추위가 성안한 고등법원 상고부제도에서는 법령해석의 통일을 위한 안전장치로 사건이송과 특별상고가 마련되었다.

사건이송은 고등법원 상고부에 계속된 사건 중 법령의 해석에 관한 중요한 사항을 포함하고 있거나 사안의 중대성 등에 비추어 대법원에서 심판함이 상당하다고 인정하는 사건에 대해 당해 사건을 대법원으로 이송하는 것을 말한다. 대법원에의 사건이송은 (1) 당사자의 이송신청에 기한 경우(형소법 개정안 제383조의 3), (2) 고등법원 상고부의 직권이송에 기한 경우(동 개정안 제383조의 2), (3) 대법원의 결정에 기한 직권이송의 경우(동 개정안 제383조의 4) 등으로 나누어진다.

다음으로, 특별상고는 고등법원이 상고심으로 선고한 중급판결에 대해 대법원에 다시 상고하는 것을 말한다. 특별상고는 사실상 제4심에 해당하므로 그 사유가 극히 제한되어 있다. 특별상고의 사유는 (1) 판결에 헌법 위반이 있거나, 판결의 전제가 된 명령·규칙·처분의 헌법 또는 법률의 위반 여부에 대한 판단이 부당할 때, (2) 대법원판례(대법원판례가 없는

129) 당시 이 점을 비판한 글로는, 김윤근, “형사상고심의 기능과 현행 상고사유에 대한 비판”, 법정, 제18권 2호, (1963. 2.), 70면 이하, 특히 72면 참조.

경우에는 상고심인 고등법원의 판례를 말한다)와 상반된 판단을 한 때이다(동 개정안 제401조의 2).

3. 1961년 고법상고부제도의 실패요인

가. 1961년 고등법원 상고부의 구상

이미 앞에서 검토한 바와 같이 고등법원 상고부제도는 이미 1961년 개정형사소송법에 의하여 2년 여 동안 실시된 바가 있다.¹³⁰⁾ 그런데 실패하였다고 판단된 이 제도를 지금의 시점에서 다시 도입하려는 이유는 무엇인가 하는 의문이 제기될 수 있다. 아래에서는 이 점에 대하여 살펴보기로 한다.

1961년 개정 형사소송법이 지향한 개혁구상은 제1심의 강화이며, 이를 토대로 한 상소제도의 전면적 재편성이었다. 1961년의 입법자는 제1심이 충실화되고 집중화된다는 전제에 서서 두 가지 측면에서 대법원의 부담을 경감하려고 하였다. 하나는 종래의 상고이유를 항소이유로 전진 배치하는 방안이었다. 종래 상고심 법원에서 다루어지던 사건의 대부분을 항소심이 처리하게 하여 그것으로 끝나게 하자는 것이었다.

다른 하나는 비교적 경미한 사건에 대해 고등법원이 상고심으로 사건을 종국처리하도록 하는 방안이었다. 앞에서도 언급한 바와 같이 고등법원 상고부제도는 전후 일본의 신형사소송법에 들어 있지 않은 시도이다.

나. 고법상고부제도와 전후 일본 상소제도의 비교

전후 일본 형소법의 상소제도는 미국법의 영향을 받아 급격하게 영미식

130) 1961년 개정형소법의 고등법원 상고부제도에 대한 분석은, 사법개혁위원회, 사법개혁위원회 자료집 (II), 2004. 5., 89면 이하 참조.

으로 재편되었다. 일본의 상소제도는 실질적으로 2심 구조라고 할 수 있다. 제1심 공판절차를 충실화하고 이를 바탕으로 항소심은 사후심적으로 운영한다. 사후심적 성격은 항소이유서를 중심으로 한 항소심 진행방식에서 구체적으로 드러난다. 물론 새로운 증거의 제출이나 양형사유의 반영이 필요한 경우도 있다. 실제로 이 때문에 사실심리의 필요성이 많이 반영되어 일본에서는 실무상 속심의 형태로 항소심 재판이 진행되고 있다고 한다. 그렇지만 심급절차는 사실상 여기에서 끝난다.¹³¹⁾

일본의 경우 최고재판소에의 상고는 헌법위반과 판례위반의 사유로 엄격하게 제한되어 있다. 여타의 법령위반에 대해서는 직권발동의 촉구만 가능하다. 사실오인이나 양형부당은 아예 상고이유에 들어오지 못한다. 그러니 일본 최고재판소의 업무량은 우리에게 비하여 월등하게 적다.¹³²⁾

일본의 전후 형사소송법은 실질적으로 제1심과 항소심 중심으로 심급제도를 재편하고 상고심인 최고재판소가 제3심으로 기능하는 영역을 대폭 축소하였다. 그러나 우리의 고등법원 상고부제도는 전통적인 3심제를 그대로 유지한 것이다. 선고형 3년 미만의 비교적 경미한 사건의 경우에는 지방법원 단독판사, 지방법원 본원 항소부(일부는 고등법원), 고등법원 상고부의 통로로, 사형, 무기 또는 3년 이상의 징역이나 금고가 선고된 중한 사건의 경우에는 지방법원 합의부, 고등법원, 대법원의 통로로 심급제도를 이원화한 것이다. 통로는 이원화되어 있으나 심급제도는 어디까지나 3심제를 유지하고 있다.

3심제의 유지는 상소제도의 변혁에 대한 재야법조계의 우려를 반영한 것이라고 할 수 있다. 3심제의 바탕에는 가능하면 많은 심급을 통하여 피고인을 투텅게 보호한다는 생각이 작용하고 있다. 그러나 그와 동시에 3심

131) 전술 70면 이하 참조.

132) 최고재판소 업무량과 내부의 사건처리 방식에 관한 재판관의 진술은, 藤田宙靖, “행정 사건과 일본의 최고재판소”, Seoul National University College of Law BK21 Law Program, Law and Globalization, 2005, 131면 이하 참조.

제를 통한 변호사 업계의 업권을 보장하려는 현실적인 고려가 있음도 부인할 수가 없다.

다. 변호인의 수급문제

1961년의 입법자는 항소심을 사후심으로 개편하여 사실상 상고심 법원의 기능을 수행하도록 요구하였다. 그러나 그러한 개혁 시도는 실패로 돌아갔다. 여기에서 그 실패의 요인을 몇 가지로 분석해 본다.

우선, 변호사 인력의 부족을 지적할 수 있다. 1961년 형소법은 항소이유서제도를 도입하였다. 항소이유서를 중심으로 사후심 방식으로 항소심을 진행해 가겠다는 것이다. 그런데 항소심을 사후심으로 진행하려면 먼저 항소이유가 정밀하게 구성되어야 한다. 제대로 작성되지 않은 항소이유서는 원칙적으로 무변론 항소기각의 대상이 되어야 한다(형소법 제361조의 4 제1항 본문). 그러나 1961년 입법자가 예상하였던 정밀한 항소이유서제도는 실현되지 않았다.

1961년 당시에는 무엇보다도 변호사가 크게 부족하였다. 이러한 상황 아래 변호인 없는 피고인이 항소하는 대해 엄밀한 항소이유서를 요구하는 것은 무리였다. 이러한 문제점을 예상하여 1961년 입법자는 직권조사사유를 일부 인정하였다. “단, 직권조사사유가 있거나 항소장에 항소이유의 기재가 있는 때에는 예외로 한다”는 단서조항(형소법 제361조의 4 제1항 단서)이 그것이다. 이 조항을 근거로 항소심 법원은 항소이유서가 제대로 작성되지 않은 사건도 ‘항소장에 항소이유의 기재가 있는 때’로 보아 적법한 항소로 인정해 주었다. 경우에 따라 전혀 항소이유가 제시되지 않더라도 직권으로 심리를 해주었다. 피고인의 구체적 이익을 도외시킬 수 없었기 때문이다. 결국 항소이유서제도는 변호사 부족 때문에 이후 유명무실한 장치로 전락하게 되었다.¹³³⁾

라. 기성 법조인의 인식

항소이유서제도가 유명무실화하는 데에는 기성 법률가들의 책임도 크다. 의용형사소송법 시절 이래 항소심 변호인은 항소장 하나만 적어내면 그것으로 끝이었다. 구체적인 항소이유는 항소심 공판이 진행되는 과정에서 개발하여 주장하면 그만이었다. 항소제기의 초입단계에서부터 항소이유서 작성을 요구하는 개정형소법은 변호인의 업권에 대한 불편한 간섭으로 이해되었다.

다음으로, 기성 법률가의 상소제도에 대한 인식도 항소심을 사후심으로 운영하는 데에 장애요인으로 작용하였다. 일제 이래의 형사실무에 익숙해 있던 기성의 법률가들은 상소제도를 다음과 같이 생각하였다. 상소제도란 법령의 해석, 통일에도 의미가 있지만 가장 중요한 것은 피고인의 구체적 이익을 도모하는 것이다.¹³⁴⁾ 피고인의 이익을 도모하려면 재판은 삼세번을 하여야 한다. 제1심은 사실점과 법률점 전반에 대하여 판단을 내린다. 이 제1심 판결에 대해 피고인 보호를 위한 장치가 항소심이다. 항소심에서는 사실점과 법률점의 오류를 바로잡는다. 이에 대해 법령해석의 통일을 담당하는 심급이 상고심이다. 그러나 이 상고심에서도 사실점의 오류를 바로잡을 가능성을 열어두어야 한다.¹³⁵⁾ 이러한 전통적 인식에 비추어 보면 항소심을 사후심으로 운영한다는 것은 항소심의 고유기능이어야 할 사실심리를 포기함을 의미한다.¹³⁶⁾

133) 강형주 외, “항소심의 기능구조론”, 대법원, 「바람직한 형사사법시스템의 모색」 자료집 (III), 2004, 168면 이하에서는 현직 판사들이 우리나라 항소심의 여러 문제점들을 상세히 분석하고 있다. 그러나 항소이유서제도 자체에 대해서는 별다른 문제의식을 보이고 있지 않다.

134) 예컨대, 김윤근, “형사상고심의 기능과 현행 상고사유에 대한 비판”, 법정, 제18권 2호, (1963. 2.), 71면 이하 참조.

135) 의용형사소송법의 상고이유와 관련하여, 전술 87면 이하 참조.

136) 항소심의 기능에 대한 최근의 다양한 시각에 대해서는, 강형주 외, “항소심의 기능구조론”, 대법원, 「바람직한 형사사법시스템의 모색」 자료집 (III), 2004, 238면 이하 참조.

마. 법원의 위상과 사실심리

1961년 개정형사소송법을 기준으로 놓고 볼 때, 항소심을 사후심으로 파악하게 되면 법원은 이제 검사나 변호인이 제시한 항소이유를 주어진 쟁점으로 삼아 그 한도 내에서만 심판을 해야 한다. 종래 항소심 법원의 고유영역으로 여겨 왔던 사실관계의 전면적 재심리는 허용되지 않는다. 사실심리 가능성 제한은 항소심의 무게중심이 검찰로 넘어가는 것을 의미한다. 피고인 측에는 대개 변호인이 없다. 직업법률가로서 항소심의 쟁점을 구체적으로 설정할 수 있는 측은 검사이다. 이제 법원은 검사가 제시한 항소이유를 중심으로 그 당부만을 판단하는 처지에 놓이게 된다. 실체적 진실발견을 임무로 하는 법원으로서 받아들일 수 없는 상황에 이르게 된 것이다.

이러한 상황에서 항소심을 복심구조로 파악하여 사실심리 가능성을 전면적으로 확보하려 한 것이 1962년 사법감독관회의의 답변이라고 할 수 있다. 그리고 이를 계기로 법원과 검찰 간에 일종의 사법과동에 이를 정도의 대립국면이 조성되었던 사실은 앞에서 설명한 바와 같다.¹³⁷⁾

바. 제1심 공판절차의 부실과 항소심의 역할

항소심이 사후심으로 작용하려면 제1심 법원의 심리가 충실해져야 한다. 이를 위해서는 피고인을 조력하는 변호인이 적극적으로 변론에 참여하여야 한다. 교호신문제도(형소법 제161조의 2), 전문법칙(형소법 제310조의 2) 등은 제1심 절차를 공판중심주의로 진행하도록 하는 장치이지만, 그에 필수적인 전제조건은 모든 사건에 변호인이 관여해야 한다는 것이다.

직업법률가인 검사에 대항하여 공격, 방어를 행할 수 있는 또 다른 직업법률가가 변호사이다. 변호사의 수가 충분히 확보되어 있지 아니한 상황

137) 전술 100면 이하 참조.

에서 당사자주의를 논하거나, 공판중심주의, 제1심 절차의 강화를 논하는 것은 이상론일 뿐이다. 변호사가 부족한 상황에서 당사자주의나 공판중심주의를 논하는 것은 자칫 형식적인 무기대등이나 기회균등만을 의미한다. 실질적으로는 검사 중심의 공판절차를 초래할 뿐이다.

피고인과 검사 사이에 존재하는 실질적 불평등을 그대로 간과할 수는 없다. 여기에 필요한 것이 법원의 개입이다. 법원은 실제적 진실발견과 피고인의 이익보호를 놓고 양자의 중간영역에서 활동한다. 항소심에서도 법원의 기능과 역할은 마찬가지이다. 현실적으로 변호인이 부족한 상황에서 항소심 법원이 취할 수 있는 길은 직권심리범위의 확장이었다. 그리고 이를 통하여 항소이유서와 직권심리의 상호관계가 원칙과 예외의 관계에서 예외와 원칙의 관계 쪽으로 변질되어 갔던 것이다.

이러한 상황은 결국 항소장 하나만 적어내면 나머지는 법원이 모든 것을 알아서 해주던 의용형소법시대의 복심절차와 비슷한 상태로 돌아가는 것을 의미한다. 항소이유서제도를 도입한 입법자의 명시적 결단에도 불구하고 항소심의 실무는 자신들에게 편리한 방향으로 나아간다. 피해자의 보호를 내세워 사법부가 사실상 입법자의 역할을 대신하게 되는 것이다.

제6절 한국 상소제도의 개선방안

1. 항소심제도의 개편

가. 변호사인력의 확충

이제 사법시험합격자 1천명의 시대가 되었다. 1961년의 사법개혁 당시와 비교해 볼 때 상소제도를 전면적으로 개편할 수 있는 사법 인프라가

상당 부분 확보된 셈이다. 2006년 7월 국회는 의원입법의 형식으로 국선변호제도를 대폭 확대하였다. 이제 구속영장이 청구되는 단계로부터 시작하여 모든 구속피의자, 피고인에게 국선변호인이 선정되게 되었다(형소법 제33조, 제201조의 2, 제282조, 제283조 참조). 제1심의 충실화를 위한 최소한의 조건이 구비된 것이다. 항소이유서를 법정의 방식에 맞추어 작성할 수 있는 여건이 구비되면서 다시 한번 항소심을 사후심으로 작동시켜 볼 수 있는 계기가 도래한 것이다.

물론 국선변호인이 없는 사건이나 변호인이 있더라도 새로운 증거가 발견되었거나 피해자와의 합의 등 새로운 양형사실이 등장한 사건의 경우에 이러한 사실들을 항소심 법원에 제출해야 할 필요는 있다. 그러나 피고인 보호라는 구체적 이익에 중점을 둔 나머지 그로 인한 부작용을 간과해서는 안 된다. 항소심이 제2의 사실심이라는 점을 염두에 두고 증거를 미리 제출하지 않는 실무가적 편법을 경계하지 않으면 안 된다. 제1심에서는 자백하여 집행유예를 받아두고 항소심에서 본격적으로 무죄를 다투는 방식의 항소심은 지양되지 않으면 안 된다. 무용한 사실심을 두 번씩 되풀이할 정도로 우리나라의 사법역량이 충분한 것은 아니다.

나. 항소심의 사후심 강화

이제 항소심의 구조는 사후심 쪽으로 무게 중심이 옮겨져야 한다. 현재 항소심의 조문구조를 보면 사후심과 속심이 모두 가능하게 되어 있다. 무변론항소기각(형소법 제364조 제5항)을 위시하여 항소이유서의 제출에 대한 제재방안(형소법 제361조의 4 제1항 본문)이 명시되어 있는 것을 보면 일차적으로 항소심의 사후심적 운용이 가능하다.

이에 대해 직권심리사유를 무제한적으로 허용한 점(형소법 제364조 제2항), 제1심의 증거를 항소심절차에서도 그대로 증거로 할 수 있도록 한 점

(형소법 제364조 제3항), 그리고 항소이유가 있다고 인정할 때 원심판결을 파기하고 항소심에서 다시 판결하여야 한다고 규정한 점(형소법 제364조 제6항) 등에 비추어 보면 현행 항소심을 제2 라운드의 사실심으로 파악할 수도 있다. 즉 제1심이 수집한 증거를 활용하면서 항소심 법원이 재차의 사실심리를 진행하는 것으로 새길 여지도 있는 것이다.

1961년 형사소송법을 개정한 것이 1963년 개정형소법이다. 상소제도에 관한 한 이 1963년의 개정형소법 구상은 현재에도 그대로 유지되고 있다. 1963년 개정형소법은 피고인 보호를 위하여 항소이유를 법령위반, 사실오인, 양형부당으로 대폭 확대하였다. 무제한적인 직권심리사유를 더하여 보면 사실상 과거의 항소심 방식으로 돌아간 것이라고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 1963년 개정형소법은 사후심적 항소심의 특징이라고 할 수 있는 항소이유서제도를 그대로 유지하였다(형소법 제361조의 3).

1963년 개정형소법 제364조 제3항은 제1심 법원에서 증거로 할 수 있었던 증거를 항소심에서도 증거로 할 수 있도록 허용하였다. 이 조문은 현행 법으로서 여전히 효력을 유지하고 있다. 이 조항에 근거하여 현행 항소심은 속심 형태로 운영되고 있다. 그런데 현행 형사소송법은 사후심적 항소심의 핵심적 표지인 항소이유서제도를 함께 규정해 놓고 있다. 요컨대 속심과 사후심이 하나의 법전 속에서 충돌하고 있다. 여기에서 양자의 충돌을 어떻게 해소해야 할 것인가 하는 난제가 생긴다.

입법론적으로 볼 때 항소이유서제도는 앞으로 계속 유지할 필요가 있다고 생각된다. 변호사의 수가 대폭적으로 확충되면서 제1심 공판절차의 충실화가 기대된다. 또한 무의미한 재판절차의 반복을 막기 위해서라도 제1심의 심리를 강화해야 한다. 제1심 공판절차가 충실하게 진행된다는 전제 아래 항소심은 항소이유서를 중심으로 가능하면 사후심 방식으로 운영되어야 한다.

사후심 방식의 항소심은 가능하면 법률심 중심으로 운용되어야 한다.

제1심 절차가 공판중심주의를 확립하여 주된 공격, 방어의 무대가 될 때 항소심은 법률심으로 기능하는 것이 바람직하다. 특히 시민이 배심원으로 참여하여 사실판단을 행하는 소위 국민참여재판제도가 도입된다면 항소심은 더욱 더 법률심으로 순화되어야 한다. 항소심을 법률심 중심으로 운영할 때 사법역량을 확보할 수 있다. 가동 가능한 사법역량의 범위 안에서 시민들은 수준 높은 사법판단과 충분한 권리구제를 받을 수 있다. 그러므로 사실오인과 양형부당이라는 항소사유는 1961년 입법자들의 구상처럼 ‘중대한 사실오인’과 ‘현저한 양형부당’으로 강화되는 것이 바람직하다.

그런데 1961년 개정형소법과 같은 내용의 형소법개정이 이루어지기 전이라도 항소심은 실무에서 사후심 중심으로 운영되어야 한다고 본다. 우리 형소법은 속심형 항소심과 사후심형 항소심을 모두 가능하게 하는 조문체계를 가지고 있다. 최근에 대법원은 항소이유서에 기재되지 아니한 사항에 대해 법원이 직권조사를 하지 않았다는 상고인의 주장에 대해 이를 배척하는 판례를 내어놓았다.¹³⁸⁾ 이 판례에 나타난 대법원의 태도는 항소심을 기본적으로 사후심으로 운영하면서 필요한 최소한도의 영역에서 항소심의 직권판단을 허용하는 것이라고 새길 수 있다. 이렇게 볼 때 최근의 대법원 판례를 항소심 운영의 새로운 방향을 제시하는 것이라고 새길 여지도 충분하다.

2. 상고심제도의 개편

가. 상고사건의 적체

엄청난 업무량에서 기인하는 우리나라 상고제도의 문제점에 대해서는 앞에서 언급하였다.¹³⁹⁾ 우리나라 상소제도에 있어서 가장 시급한 해결을

138) 2006. 3. 30. 2005모564, 공 2006, 777.

요하는 문제는 상고심 법원에의 사건폭주이다. 대법원은 전국에 단 하나 설치되어 있는 최종심이다. 대법원은 법령해석의 통일을 담당한다. 구체적인 피고인의 권리구제는 하급법원에 맡겨야 한다. 만일 모든 피고사건에 대해 대법원의 최종판단을 구한다면 건잡을 수 없는 사건의 적체가 일어날 것이다.

실무가들이 전하는 최근의 분석에 의하면 대법원의 상고사건 가운데 20% 이상을 약식명령에 대한 정식재판청구사건이 차지하고 있다고 한다. 확정판결의 시간적 효력범위를 최대한 확장하기 위한 상고사건의 급증 때문이다. 여기에는 약식명령사건에 대해 불이익변경금지원칙을 도입한 1995년의 형사소송법 개정이 중요한 계기로 작용하고 있다(형소법 제457조의 2). 이처럼 경미한 사건이 대법원에 몰려들면서 정작 신중하게 심리해야 할 비중 있는 사건들이 밀려나고 있다. 상고심의 심리가 제때에 이루어지지 못한다.

대법원에 가는 사람들은 구속사건을 제외하면 대체로 2, 3년씩을 기다려야 한다. 사람들은 이 기간 동안 대법원이 자신들의 사건을 신중하게 분석·검토하고 있다고 생각한다. 그러나 그것은 커다란 오해요 오산이다. 대부분의 사건에서 2, 3년의 기간은 무의미하게 대기하는 휴면기간일 공산이 크다. 이 기간을 단축하거나 무수한 사건 가운데에서 재판부의 눈에 띄려면 그 사건에 특별한 개성이 부여되어야 한다. 이를 위한 유효한 방법 가운데 하나는 전직 대법관 출신의 변호사를 확보하는 일이다.

나. 상고사건의 적체와 전관예우

1인당 업무량을 산술적으로 비교해 볼 때 현재 우리나라 대법관은 고등법원에 재직하는 판사보다 4배 이상 많은 사건을 처리한다. 이제 대법관의

139) 전술 113면 이하 참조.

입장에 서서 생각해 보자. 상고사건은 엄청나게 몰려온다. 대법원의 사건 처리량은 연간 18,000건이라는 경이적인 수치를 기록하고 있다. 상고사건은 몰려드는데 사건의 경중을 판단하기가 쉽지 않다. 그런데 만일 어느 사건의 담당 변호인이 한때 동료였거나 선임자로 활동하였던 소위 전관 변호사라면 사정은 달라질 것이다. 이제 그 사건은 좀더 유념해서 검토해야 할 사건으로 개성이 부각될 것이다.

전관예우라는 말이 있다. 당해 사건을 심리하는 법원에서 근무하였던 변호사를 재판부가 우대한다는 말이다. 사람들은 실제로 이러한 우대가 있을 것으로 기대하여 자신의 사건을 들고 소위 전관 변호사를 찾아간다. 그런데 전관예우라고 하여 사건의 결론이 뒤바뀔 것인가? 재판관련 업무에 종사하는 판사, 검사에게 물어보면 그러한 일은 결코 있을 수 없다고 한다. 전관예우 때문에 사건의 결론이 바뀐다는 것은 결코 있어서는 안 될 일이며 믿고 싶지도 않은 일이다. 요컨대 사건의 결론이 뒤바뀌는 일은 결코 있을 수 없다고 본다.

그러나 심리절차가 촉진되고 사건의 분석과 심리에 보다 많은 주의와 정성이 들어가게 된다면 그것은 사건의 결론 변화에 못지않은 중요한 이익이다. 우리나라 대법관은 1인당 연간 1,400건 정도의 사건을 처리하고 있다. 이러한 상황에서 자신의 사건이 대법관의 눈에 띄는 일이 어디 쉬운 일인가? 그러니 심리의 촉진과 사건에의 개성 부여 자체가 전관예우에 해당한다. 전임자에 대한 전관예우란 바로 이러한 곳에서부터 시작된다.

다. 상고사건 적체해결과 재야 법조계의 협조

요컨대 형사사건에 대한 한국의 상고제도는 난맥상 그 자체이다. 일국의 최고법원에 모든 상고사건이 몰려들고 있다. 그 정도는 해를 더하면서 날로 가중되고 있다. 우리나라 대법관이 외국을 시찰할 때 겪는 고충이 있

다고 한다. 다른 나라 대법관들이 한국의 상고심 처리량이 어느 정도인가를 물어볼 때 어물어물하면서 답변을 하지 못하는 것이 현실이라고 한다.

재야 법조계는 이 문제에 대해 애써 외면한다. 소위 ‘삼세번 재판론’이 전가의 보도이다. 그러나 그 이면에는 대법원의 상고사건이 가져다주는 막대한 소송수가 작용하고 있다. 직업법률가들은 자신에게 돌아오는 개별사건의 처리에만 익숙하다. 여러 개의 개별사건들이 모여서 커다란 흐름을 이룬다는 사실, 그리고 그 흐름을 적절히 조정하고 통제해야 한다는 정책적 요청에는 별다른 관심이 없다. 상고사건의 폭주는 그저 상고심 법관의 문제일 뿐이다.

대한변협이나 기타 변호사단체는 언필칭 피고인의 구체적 이익을 강조한다. 물론 틀린 말은 아니다. 그러나 1개의 최고법원이 처리할 수 있는 업무량에 한계가 있음은 분명하다. 상식이 있는 사람들이라면 이 점을 솔직하게 시인해야 한다. 그렇지 않고 ‘삼세번 재판’의 명분론에 집착하는 한국민들은 엄청난 고통에서 벗어날 수 없다. 직업법률가들은 대법원의 상고사건을 통하여 많은 액수의 보수를 확보한다. 그러나 그 이면에는 수년간의 무의미한 대기기간, 극히 조홀(粗忽)한 상고심 판단, 거액의 변호사 보수지급이라는 국민들의 삼중고가 자리 잡고 있다.

라. 국민적 관점에서의 상소제도 개편

상소제도의 개혁은 대법원이나 그 밖의 사법기관이 처하고 있는 업무량 해소의 문제가 아니다. 변호사단체의 업권(業權)에만 집착할 문제도 아니다. 특히 상고사건의 적체는 우리 국민 모두가 앓고 있는 고통의 원천이다. 세계의 다른 나라들이 알까봐 두려워하는 치부 중의 치부이다. 이제 이 상소제도에 개혁을 가할 시점이 되었다.

고등법원 상고부 도입을 위시하여 항소심의 전면개편을 시도하였던

1961년의 경험은 다시 한번 음미되어야 한다. 이미 우리가 시도해 보았던 개혁이므로 그 취지와 문제점을 쉽게 분석해 낼 수 있다. 1961년과 비교해 볼 때 오늘의 상황은 크게 호전되고 있다. 우선 사법시험 합격자 1,000명이라는 숫자가 이를 말해주고 있다. 2006년 7월, 모든 구속피의자, 피고인에게 국선변호제도가 확대되었다. 국민 역량의 발현이요 사법개혁의 자랑스러운 성과이다.

1961년의 상소제도 개혁은 당시의 열악한 사회·경제적 여건과 실무가들의 몰이해 속에서 좌절되었다. 그러나 국민소득 2만 달러를 바라보는 오늘의 시대에 상소제도 개편의 여건은 크게 변화하고 있다. 고등법원 상고부제도의 도입으로 대변되는 새로운 상소제도를 통하여 21세기 한국 사회에 선진국 수준의 사법 서비스가 확충되기를 고대해 본다.

참고문헌

[단행본]

- 고재호, 법조반백년, 1985
- 김병화, 한국사법사(현세편), 1979
- 대검찰청, 한국검찰사, 1976
- 대법원, 「바람직한 형사사법시스템의 모색」자료집 (III), 2004
- 문준영, 한국 검찰제도의 역사적 형성에 관한 연구, 서울대학교 박사학위
논문, 2004
- 법원행정처, 법원사, 1995
- 법원행정처, 주요 구법령집(상), 1987
- 사법개혁위원회, 사법개혁위원회 자료집 (II), 2004. 5.
- 사법개혁위원회, 사법개혁을 위한 건의문, 2004. 12. 31.
- 사법제도개혁추진위원회, 사법제도개혁추진위원회 의결현황, 2005. 12.
- 사법제도비교연구회 편, 사법개혁과 세계의 사법제도 [I], 2004
- 三井誠·酒卷匡 저, 신동운 역, 입문 일본형사수속법, 2003
- 서철원, 미국 형사소송법, 2005
- 신동운 편저, 효당 엄상섭 형사소송법논집, 2005
- 이완규, 검찰제도와 검사의 지위, 2005
- 치안연구소, 주요국가의 수사구조 및 사법경찰제도, 1996
- 한국형사정책연구원 편, 21세기 형사사법개혁의 방향과 대국민 법률서비스
개선방안[II], 2004
- Roxin C./Arzt. G./Tiedemann, K. 공저, 최석윤/이경재/박미숙 공역, 독일
형사법 입문, 1998
- 潮見俊隆·利谷信義 編著, 日本の法學者, 1974
- 小野清一郎, 刑事訴訟法講義 全, 全訂 第3版, 1942

小田中聰樹, 現代刑事訴訟法論, 1977

橫川敏雄, 刑事控訴審の實際, 1978

Beulke, W., Strafprozessrecht, 7. Auflage, 2004

Neubauer, D. W., America's Courts and the Criminal Justice System,
8th edition, 2005

Roxin, C., Strafverfahrensrecht, 25. Auflage, 1998

[논문]

강일원, “현행 상고제도의 문제점과 개선방안 -영미법계에 비추어-”, 사법
제도비교연구회 편, 사법개혁과 세계의 사법제도 [I], 2004, 19면
이하

권오병, “상고이유에 관한 고찰”, 법정, 제18권 2호, 1963. 2., 67면 이하

김기두, “상소제도의 의의와 상소심의 구조”, 법제월보, 1962. 3., 7면 이하

김윤근, “형사공소심(刑事控訴審)의 성격에 대한 시비”, 법조 제11권 3호,
(1962. 3.), 26면 이하

김윤근, “형사상고심의 기능과 현행 상고사유에 대한 비판”, 법정, 제18권
2호, 1963. 2., 70면 이하

김은호, “형소법은 개정되어야 한다”, 법률신문, 1962. 8. 6.

김중수, “상소제도의 개혁”, 법정, 제16권 11호, 1961. 11., 34면 이하

團藤重光, 「刑事訴訟法の40年」, ジュリスト, No. 930, 臨時増刊 1989. 3.
25., 2면 이하

대한변협 형사소송법개정안, 법률신문 1962. 7. 30.; 1962. 8. 6.

박창래, “형사항소심의 구조”, 사법논집, 제6집, 1975, 671면 이하

백형구, “형사항소심의 이론적·실무적 고찰”, 변호사, 제24집, 1994, 251면
이하

백형구, “형사항소에 관한 소송법이론의 재구성”, 저스티스, 통권 제49호,

1998. 9., 61면 이하

신순연, “사법의 민주화(상, 중, 하)”, 법률신문, 1962. 8. 20.자, 1962. 8. 27. 자, 1962. 9. 3.자

신동운, 경미범죄의 효율적 처리방안, 형사정책, 제15권 제2호, (2003), 19면 이하

신동운, “독일의 수사구조 및 사법경찰제도”, 치안연구소, 주요국가의 수사구조 및 사법경찰제도, 1996, 88면 이하

신동운, “수사지휘권의 귀속에 관한 연혁적 고찰(I)”, 서울대학교 법학 제42권 1호, 2001. 5., 178면 이하

신동운, “수사지휘권의 귀속에 관한 연혁적 고찰(II)”, 서울대학교 법학 제42권 2호, 2001. 7., 238면 이하

신동운, “일제하의 예심제도에 관한 연구”, 서울대학교 법학, 제27권 1호, 1986. 4., 13면 이하 참조

신동운, “일제하 형사절차에 관한 연구”, 박병호 교수 환갑기념(II) 한국법사학논총, 1991, 401면 이하

신동운, “제정형법의 성립경위”, 형사법연구, 제20호, 2003 겨울호, 9면 이하

신동운, “제정형사소송법의 성립경위”, 형사법연구, 제22호, 2004 겨울호, 159면 이하

신동운, “형사사법개혁의 쟁점과 동향”, 한국형사정책연구원 편, 21세기 형사사법개혁의 방향과 대국민 법률서비스 개선방안[III], 2004, 86면 이하

엄상섭, “귀속재산불하 문제에 관한 관견”, 희망, 1953년 12월호, 50면 이하

이병용, “개정형사소송법하에서의 공소심(控訴審)운영문제”, 법정, 제17권 12호, 1962. 12, 35면 이하

- 이상돈, “형사소송에서 항소심과 상고심의 공판형태”, 안암법학, 창간호, 1993, 338면 이하
- 이용훈, “상고제도를 논함”, 법정, 제20권 7호, 1965. 7., 27면 이하
- 조원석, “현행 형사소송법상의 항소심의 구조”, 사법연구자료, 제18집, 1991, 289면 이하
- 조희채, “상고 이유에 관한 고찰 -양형부당을 이유로 한 검사상고에 대하여-”, 검찰, 1968년 9월호, 37면 이하
- 최대교, “항소심의 구조”, 법정, 제18권 7호, 1963. 7., 59면 이하
- 홍기태, “독일의 상고제도와 현행 상고제도의 개선방안”, 사법제도비교연구회 편, 사법개혁과 세계의 사법제도 [I], 2004, 42면 이하
- 홍종민, “공소심(控訴審)의 구조에 관한 연구”, 법조, 제11권 2호, 1962. 2., 21면 이하
- 효당학인, “법전편찬에 대하여”, 법정, 제3권 제6호, 1948. 6., 10면 이하
경향신문 1962. 1. 30.; 1962. 2. 1.; 1962. 2. 4.
- 동아일보 1962. 1. 28.; 1962. 1. 31.
- 법률신문 1961. 7. 3.; 1961. 7. 24.; 1961. 8. 7.; 1961. 11. 20.; 1962. 2. 12.;
1962. 7. 30.; 1962. 8. 6.
- 조선일보 1962. 1. 30.; 1962. 2. 1.

Reform in the Korean Appellate System : Problems and Solutions

Shin, Dong-Woon*

Korea has been undergoing a major reform in criminal justice system since the Committee on Judicial Reform was formed in 2003. Of course, the reform in criminal procedure is the most important issue because the result of the reform will be directly reflected in the everyday life of people. In relation to this, it is critical to diversify the overall selection process of criminal cases.

The modern criminal justice system of Korea was established under the chaotic situation during the period of liberation from Japan and Korean war. Since the society was in grave situation and the country was struggling with extreme poverty at that time, the initial establishment of selection process of criminal cases should be considered a temporary measure rather than a well-planned one. The national income of Korea has increased astonishingly since then. Naturally the expectation of citizens has risen due to the improvement in economic status and democratization in politics.

Under these circumstances it is necessary to reorganize the current selection process of Criminal Justice System. In this context, it is important to operate appellate system efficiently by diversifying the channels to process appellate cases.

* Professor, Collage of Law, Seoul National University, Ph.D. in Law

This report is purported to identify the major problems in appellate system and propose solutions. To accomplish this goal, the author takes a broad view instead of analyzing current appellate system in a microscopic manner.

First, in the chapter two, "Appellate Systems Overseas", an overview on appellate systems of America, Germany, and Japan, which influenced Korean appellate system either directly or indirectly, is provided. These three countries are thought to have played significant roles in the initial establishment of modern appellate system of Korea.

Secondly, in the chapter three, "Korean Appellate System", characteristics and issues of Korean appellate system are analyzed and solutions are proposed. It is necessary to inquire into the history of establishment of Korean appellate system of Korea. The author examines the history of establishment of appellate system by scrutinizing a series of legislations including Japanese Criminal Procedure Act, Korean Criminal Procedure Act of 1954, Reformed Korean Criminal Procedure Act of 1961, and Reformed Korean Criminal Procedure Act of 1963.

The next step is to identify the major issues in Korea appellate system and find solutions. In relation to this, the author points out the problems that are caused by centralization of appellate cases in Korean Supreme Court and proposes appellate branches at High Court's level as a solution. The system of appellate branch of High Court was initially introduced in the Reformed Korean Criminal Procedure Act of 1961 but it was eliminated in the Reformed Korean Criminal Procedure Act of 1963.

The author investigates the issues that were raised in 1961 and 1963 regarding the appellate branch of High Court and also examines the draft of an appellate branch of High Court recently proposed by Presidential Committee on Judicial Reform. The author concludes that the introduction of an appellate branch of High Court can be a potent solution to the problems of current Korean appellate system.

[연구자 약력]

신 동 운

서울대학교 법학과 졸업
동 대학원 석사학위 취득
동 대학원 박사과정 수료
독일 막스프랑크 국제 및 외국형법연구소 객원연구원
독일 프라이부르크 대학교 박사학위 취득(Dr. jur)
미국 워싱턴주립대학교 Law School 방문교수
현재 국가인권위원회 비상임위원
서울대학교 법과대학 교수

저서 사례입문 형법총론(개정판)
형사소송법 I (제2판)
형법총론
객관식 형사소송법
판례백선 형법총론
판례백선 형법각론 I 국가적 범의
입문 일본형사수속법(역서) 외 다수

연구총서 06-20

상소제도 개편에 따른 문제점과 개선방안

발행	2006년	12월	일
발행인	이	태	훈
발행처	한국형사정책연구원 서울시 서초구 우면동 142 전화 : (02) 575 - 5282/ 9		
등록	1990. 3. 20. 제 21 - 143호		
인쇄	화신문화 (02) 2277-0624		

보고서 내용의 무단복제를 금함
구독문의 : 출판실 (02) 571-0363

< 정가 7,000원 >

ISBN 89 □□ 7366 □□ 634 □□ 7