대 법 원

제 2 부

판 결

사 건	2015도11696 강간
피 고 인	피고인
상 고 인	피고인
변 호 인	변호사 최기상(국선) 법무법인 로앤파트너스 담당변호사 고정윤
원 심 판 결	대전고등법원 2015. 7. 9. 선고 (청주)2015노18 판결
판 결 선 고	2015. 12. 10.

주 문

원심판결 중 유죄 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 대전고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 헌법 제12조 제1항 후문에서 규정한 적법절차의 원칙, 그리고 헌법 제27조가 보장하는 기본권, 즉 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회가 실질적으로 부여되는 재판을 받을 권리 등을 구

현하기 위하여 현행 형사소송법은 당사자주의·공판중심주의·직접주의를 그 기본원칙으로 하고 있다(대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도10412 판결 등 참조). 공판중심주의를 실현하고 이를 통하여 피고인의 방어권을 실질적으로 보장하기 위하여 형사소송법은, 판결은 법률에 다른 규정이 없으면 구두변론에 의하여야 하고(제37조 제1항), 공판정에서의 변론은 구두로 하여야 하며(제275조의3), 검사는 공소장에 의하여 공소사실·죄명 및 적용법조를 낭독하여야 하고(제285조), 피고인은 검사의 모두진술이 끝난 후에 공소사실의 인정 여부를 진술하여야 하며(제286조 제1항), 재판장은 피고인의 모두진술이 끝난 다음에 피고인 또는 변호인에게 쟁점의 정리를 위하여 필요한 질문을 할 수 있고, 검사 및 변호인으로 하여금 공소사실 등의 증명과 관련된 주장 및 입증계획 등을 진술하게 할 수 있도록 하는 등의 규정을 두고 있는데(제287조), 이러한 제1심 공판절차에 관한 규정은 특별한 규정이 없으면 항소심의 심판절차에 준용된다(제370조). 나아가 항소심 공판절차와 관련하여 형사소송규칙은, 항소인은 그 항소이유를 구체적으로 진술하여야 하고(제156조의3 제1항), 상대방은 항소인의 항소이유 진술이 끝난 뒤에 항소이유에 대한 답변을 구체적으로 진술하여야 하며(같은 조 제2항), 법원은 항소이유와 답변에 터잡아 해당 사건의 사실상·법률상 쟁점을 정리하여 밝히고 그 증명되어야 하는 사실을 명확히 하여야 하고(제156조의4), 항소심의 증거조사와 피고인 신문절차가 종료한 때에는 검사는 원심 판결의 당부와 항소이유에 대한 의견을 구체적으로 진술하여야 하며(제156조의7 제1항), 재판장은 검사의 의견을 들은 후 피고인과 변호인에게도 의견을 진술할 기회를 주어야 한다고 규정하고 있다(같은 조 제2항).

공판중심주의를 실현하고 이를 통하여 피고인의 방어권을 실질적으로 보장하기 위하여 마련된 위와 같은 형사소송법과 형사소송규칙의 규정들에 비추어 볼 때, 검사가 공

판정에서 구두변론을 통해 항소이유를 주장하지 않았고 피고인도 그에 대한 적절한 방어권을 행사하지 못하는 등 검사의 항소이유가 실질적으로 구두변론을 거쳐 심리되지 않았다고 평가될 경우, 항소심법원이 이러한 검사의 항소이유 주장을 받아들여 피고인에게 불리하게 제1심판결을 변경하는 것은 허용되지 않는다(대법원 1994. 10. 21. 선고 94도2078 판결 참조).

한편, 검사가 일부 유죄, 일부 무죄가 선고된 제1심판결 전부에 대하여 항소하면서 유죄 부분에 대하여는 아무런 항소이유도 주장하지 않은 경우에는, 유죄 부분에 대하여 법정기간 내에 항소이유서를 제출하지 않은 것이 되고, 그 경우 설령 제1심의 양형이 가벼워 부당하다 하더라도 그와 같은 사유는 형사소송법 제361조의4 제1항 단서의 직권조사사유나 같은 법 제364조 제2항의 직권심판사항에 해당하지 않으므로, 항소심이 제1심판결의 형보다 중한 형을 선고하는 것은 허용되지 않는데(대법원 2008. 1. 31. 선고 2007도8117 판결, 대법원 2014. 7. 10. 선고 2014도5503 판결 등 참조), 이러한 법리는 검사가 유죄 부분에 대하여 아무런 항소이유를 주장하지 않은 경우뿐만 아니라 검사가 항소장이나 법정기간 내에 제출된 항소이유서에서 유죄 부분에 대하여 양형부당 주장을 하였으나, 그러한 항소이유 주장이 실질적으로 구두변론을 거쳐 심리되지 아니한 경우에도 마찬가지로 적용된다.

2. 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

가. 검사는, 이 사건 공소사실 중 강간 부분은 유죄로, 마약류관리에 관한 법률 위반(향정) 부분은 무죄로 판단한 제1심판결 전부에 대하여 항소하면서, 항소장에서 항소이유로 "피고인의 강간범행에 대하여 유죄를 선고하면서도 징역 3년을 구형한 검사의 의견과 달리 원심은 징역 2년 6월을 선고하였는데, ① 피고인의 범행수법, ② 피해자

및 그 가족들의 피해정도, ③ 미합의(피해자는 피고인의 엄벌을 여전히 원하고 있음) 등을 고려하면 이는 너무 가벼워 부당함"이라고 기재하였다.

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

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

라. 원심은 검사의 사실오인 및 법리오해 주장을 배척하면서도 검사의 양형부당 주장을 받아들여 피고인에게 징역 2년 6월을 선고한 제1심판결을 파기하고 피고인에게 징역 4년을 선고하였다.

3. 가. 위와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 원심의 공판과정에서 검사의 양형부당 항소이유가 실질적으로 구두변론을 거쳐 심리되었다고 보기 어려우므로, 원심이 검사의 양형부당 항소이유를 받아들여 제1심보다 중한 형을 선고하는 것은 허용되지 않고, 나아가 그와 같은 사유가 형사소송법 제361조의4 제1항 단서의 직권조사사유나 같은 법 제364조 제2항의 직권심판사항에 해당하지도 않는 만큼, 원심이 피고인에게 불리하게 직권으로 제1심판결의 형보다 중한 형을 선고하는 것도 역시 허용되지 않는다.

나. 그런데도 원심은, 검사의 양형부당 주장이 구두변론을 거쳐 적법하게 심리되었다는 잘못된 전제에서 검사의 양형부당 주장을 받아들여 피고인에게 제1심보다 중한 형을 선고하였으니, 이러한 원심의 조치에는 항소심의 공판절차와 심판범위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 취지의 상고이유 주장은 이유 있다.

4. 그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결 중 유죄 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 박상옥 _____

대법관 이상훈 _____

주 심 대법관 김창석 _____

대법관 조희대 _____