

연구총서 10-13

K O R E A N I N S T I T U T E O F C R I M I N O L O G Y

# 형사상고심에 관한 연구

A Study on the Criminal Appeal

박미숙 · 윤지영

■ 박미숙

한국형사정책연구원 선임연구위원, 법학박사

■ 윤지영

한국형사정책연구원 부연구위원, 법학박사

# 발간사

국민의 권리의식이 향상되고 사회가 다양화되면서 수많은 종류의 사건이 발생하고 있습니다. 대법원이 부담해야 할 상고사건의 수도 매년 증가하고 있습니다. 특히, 형사사건의 경우에는 미결구금일수 산입 조항에 대한 헌법재판소의 위헌 결정 이후로 장기간 미결상태를 유지하고자 하는 피고인들에 의한 상소가 거듭됨으로써 상고 신청 건수가 급증하고 있는 실정입니다.

민사상고와 달리 형사상고에서는 심리불속행과 같은 제한 장치가 없기 때문에 형식적 요건도 구비하지 못한 무리한 상고가 줄을 이어 제기되고 있습니다. 법령위반 등으로 상고이유가 제한되어 있음에도 불구하고 사실문제에 대한 심리가 관행화됨으로써 대법원의 업무 부담이 나날이 과도해지고 있습니다. 이로 인하여 대법원은 법령해석을 통일하는 최고법원으로서의 기능을 수행하는데 어려움을 겪고 있으며, 절대 다수의 무익한 상고사건을 처리하는데 사법자원이 할애됨으로써 정당한 상고인이 신속하고 적절한 재판을 받는데 장애가 되고 있습니다.

최근 들어 이러한 문제의식을 반영하는 듯 상고제도의 개선과 관련된 법률개정안이 여러 차례 발의되었고, 대법원은 고등법원 상고심사부를 설치하는 방안을 제시하기도 하였습니다. 요컨대 상고심의 운영과 관련된 전문가 집단 대부분이 형사상고심의 개선 필요성에는 공감하고 있지만, 각각이 내놓고 있는 개선방안들은 상당한 차이를 보이고 있습니다. 이 연구에서는 형사상고심에 대한 외국의 입법례들을 다각적으로 분석한 후 구체적인 해결방안을 모색하고자 하였습니다. 형사상고심을 효율적으로 운용하여 정당한 상고인의 권리를 적절하게 구제함과 아울러 사법에 대한 국민의 신뢰를 제고하는데 본 연구가 조금이나마 기여할 수 있기를 바라는 바입니다.

2010년 12월

한국형사정책연구원  
원장 김일수



# CONTENTS

국문요약 .....	15
<b>제1장 서론</b> .....	21
제1절 연구의 목적 .....	23
1. 문제의 제기 .....	23
2. 연구의 필요성 .....	24
제2절 연구의 범위와 방법 .....	25
1. 연구의 범위 .....	25
2. 연구의 방법 .....	27
<b>제2장 상소제도의 일반적 고찰</b> .....	29
제1절 상소제도의 개관 .....	31
1. 상소의 의미 .....	31
2. 상소의 종류 .....	32
가. 항소 .....	32
(1) 항소심의 구조 .....	32
(가) 입법주의 .....	32
(나) 현행 항소심의 구조 .....	34
(2) 항소이유 .....	37
나. 상고 .....	38
(1) 상고심의 구조 .....	38
(2) 상고이유 .....	39
(3) 비약적 상고 .....	39

다. 항 고 .....	40
(1) 항고의 종류 .....	40
(2) 준항고 .....	41
제2절 우리나라 법원조직과 심급제도 .....	41
1. 법원의 종류 .....	42
가. 대법원 .....	42
나. 각급법원 .....	43
(1) 고등법원 .....	43
(2) 특허법원 .....	44
(3) 지방법원 .....	44
(4) 가정법원 .....	45
(5) 행정법원 .....	45
다. 특별법원 .....	46
(1) 군사법원 .....	46
(2) 행정심판기관 .....	47
(3) 특수법원 .....	48
2. 심급제도 .....	48
가. 연혁적 고찰 .....	49
나. 현행 심급제도 .....	53
<b>제3장 현행 형사상고제도의 구체적 고찰 .....</b>	<b>55</b>
제1절 현행 형사상고제도의 개관 .....	57
1. 현행법 규정 .....	57
가. 형사상고의 제기 .....	57
나. 형사상고심의 심리 .....	58
다. 형사상고심의 재판 .....	59
2. 민사상고제도와의 비교 검토 .....	61

제2절 대법원의 구성과 기능 .....	64
1. 대법원의 구성 .....	64
2. 대법원의 기능 .....	66
3. 헌법재판소와의 관계 .....	67
제3절 형사상고제도의 운영현황 .....	70
1. 대법원의 업무처리 현황 .....	70
2. 형사상고사건 발생 추이와 처리현황 .....	73
3. 현행제도에 대해 제기되는 비판 .....	77
가. 대법원의 과중한 사건 부담 .....	77
나. 상고심의 법률심으로서의 기능 약화 .....	77
다. 정당한 권리자에 대한 구제 미흡 .....	78
<b>제4장 외국의 입법례</b> .....	79
제1절 미국의 형사상고제도 .....	81
1. 미국의 형사사법제도 개관 .....	81
가. 미국 형사사법제도의 특징 .....	81
나. 형사사건처리 절차의 개관 .....	82
2. 법원조직과 관할 .....	84
가. 법원조직 .....	84
(1) 연방의 법원조직 .....	84
(2) 주의 법원조직 .....	88
나. 관 할 .....	90
3. 미국의 형사상고제도에 관한 구체적 고찰 .....	91
가. 미국의 상소제도에 관한 개관 .....	91
(1) 상소(appeal)의 성격 .....	91
(2) 상소이유 .....	92
(3) 재량적 상소수리제도 .....	93
(4) 상소이유서제도 .....	93

나. 미국 연방대법원의 구성과 기능 .....	94
다. 미국 형사상고제도의 특징 .....	94
4. 미국 형사상고제도의 운영 현황 .....	96
<b>제2절 영국의 형사상고제도 .....</b>	<b>98</b>
1. 영국의 형사사법제도 개관 .....	98
가. 영국 형사사법제도의 특징 .....	98
나. 형사사건처리 절차의 개관 .....	99
2. 법원조직과 관할 .....	101
가. 법원조직 .....	101
나. 관 할 .....	103
3. 영국의 상고제도에 관한 일반적 고찰 .....	104
가. 영국의 상소제도에 관한 개관 .....	104
나. 영국의 상고제도에 관한 구체적 고찰 .....	105
(1) 영국 연방대법원의 설립 .....	105
(2) 상고제도의 유형과 특징 .....	106
4. 영국 형사상고제도의 운영 현황 .....	107
<b>제3절 독일의 형사상고제도 .....</b>	<b>108</b>
1. 독일의 형사사법제도 개관 .....	108
가. 독일 형사사법제도의 특징 .....	108
나. 형사사건처리 절차 개관 .....	109
2. 독일의 법원조직과 심급제도 .....	110
가. 독일의 법원조직 .....	110
(1) 개 관 .....	110
(2) 구법원(區法院, Amtsgericht) .....	112
(3) 지방법원(Landgericht) .....	113
(4) 주상급법원(Oberlandesgericht) .....	115
(5) 연방대법원(BGH) .....	115

나. 독일 형사사건의 심급제도 .....	116
3. 독일의 형사상고제도에 관한 구체적 고찰 .....	118
가. 독일의 상소제도에 관한 개관 .....	118
나. 독일 연방대법원의 구성과 기능 .....	119
다. 독일의 형사상고제도의 특징 .....	121
(1) 상고이유 .....	121
(2) 상고심의 심리절차 .....	123
(3) 민사상고제도와와의 차이점 .....	124
4. 독일 형사상고제도의 운영 현황 .....	124
<b>제4절 프랑스의 형사상고제도 .....</b>	<b>126</b>
1. 프랑스의 형사사법제도 개관 .....	126
가. 프랑스 형사사법제도의 특징 .....	126
나. 형사사건처리 절차 개관 .....	128
2. 프랑스의 법원조직과 심급제도 .....	132
가. 프랑스의 법원조직 .....	132
(1) 파기원(Cour de cassation) .....	132
(2) 항소법원(Cour d'Appel) .....	133
(3) 제1심 법원 .....	134
(4) 특별법원(Jurisdiction d'exception) .....	134
나. 프랑스 형사사건의 심급제도 .....	136
3. 프랑스의 형사상고제도에 관한 구체적 고찰 .....	137
가. 프랑스의 상소제도에 관한 개관 .....	137
나. 프랑스 파기원의 구성과 기능 .....	138
다. 프랑스의 형사상고제도의 특징 .....	139
4. 프랑스 형사상고제도의 운영 현황 .....	140
<b>제5절 일본의 형사상고제도 .....</b>	<b>142</b>
1. 일본의 형사사법제도 개관 .....	142

가. 일본 형사사법제도의 특징 .....	142
나. 형사사건처리 절차의 개관 .....	142
2. 일본의 법원조직과 심급제도 .....	143
가. 일본의 법원조직 .....	143
(1) 최고재판소 .....	144
(2) 고등재판소 .....	144
(3) 지방재판소 .....	146
(4) 가정재판소 .....	146
(5) 간이재판소 .....	147
나. 일본 형사사건의 심급제도 .....	148
3. 일본의 형사상고제도에 관한 구체적 고찰 .....	149
가. 일본의 상소제도에 관한 개관 .....	149
나. 일본 최고재판소의 구성과 기능 .....	151
다. 일본 형사상고제도의 특징 .....	152
4. 일본 형사상고제도의 운영 현황 .....	153
<b>제5장 형사상고제도의 개선방안 .....</b>	<b>155</b>
<b>제1절 종래에 논의된 개선방안 검토 .....</b>	<b>157</b>
1. 사법개혁위원회의 개선 논의 .....	157
2. 법원조직법 개정안 검토 .....	158
가. 고등법원 상고부 설치 법률안 .....	159
나. 대법관 증원 법률안 .....	161
다. 단독대법관부 설치 법률안 .....	162
3. 대법원의 고등법원 상고심사부 설치안 .....	165
<b>제2절 비교법적 분석을 통한 해결방안 모색 .....</b>	<b>167</b>
1. 입법례들의 다각적 분석 .....	167
2. 구체적인 해결방안 모색 .....	172
가. 미시적 해결방안 .....	172

(1) 상고심사제도의 도입 .....	173
(2) 대법원 재판인력의 증원과 전문화 .....	175
나. 거시적 해결방안 .....	177
(1) 경죄와 중죄의 처리절차 분리 .....	177
(2) 하급심 강화 .....	178
<b>제6장 결 론</b> .....	181
<b>참고문헌</b> .....	187
<b>Abstract</b> .....	193

## 표 차례

〈표 1-1〉 본안사건 년별비교표 .....	70
〈표 1-2〉 대법관 1인당 사건 수 .....	71
〈표 1-3〉 민사상고심 심리불속행 처리사건 수(본안사건 기준) .....	72
〈표 1-4〉 전원합의체 판결 추이(본안사건 기준) .....	73
〈표 1-5〉 상고사건 파기율 추이(본안사건 기준) .....	73
〈표 1-6〉 형사 공판사건 년별비교표 .....	74
〈표 2-1〉 연방대법원 상고허가 신청 수리 현황 (2005~2009) .....	97
〈표 3-1〉 영국 대법원 통계(2009년 10월 1일 ~ 2010년 3월 31일) .....	107
〈표 4-1〉 상고이유 : 소송법위반과 실체법위반 .....	122
〈표 4-2〉 독일연방대법원 형사사건 접수·처리 년별비교표 .....	125
〈표 4-3〉 형사상고사건 판결 분류(2009년) .....	126
〈표 5-1〉 수사법원과 판결법원의 구성 .....	129
〈표 5-2〉 프랑스 파기원 형사사건 접수·처리 년별비교표 .....	140
〈표 5-3〉 2009년 프랑스 파기원 형사사건 처리 결과 .....	141
〈표 6-1〉 형사상고사건의 상고이유별 종국총인원 .....	153
〈표 6-2〉 형사소송사건 상고심의 종국구분별 처리인원 .....	154
〈표 7-1〉 주요 국가들의 형사상고심 관련 입법례 비교 .....	170

## 그림 차례

〈그림 1-1〉 심급제도 .....	54
〈그림 2-1〉 연방항소법원과 연방지방법원의 관할권역 .....	87
〈그림 3-1〉 잉글랜드와 웨일즈의 법원조직 .....	102
〈그림 4-1〉 독일 형사사건의 법원구조 .....	117
〈그림 5-1〉 프랑스의 법원 조직과 심급제도 .....	137
〈그림 6-1〉 일본의 사법조직도 .....	149



최근 들어 대법원이 부담해야 할 형사상고사건의 수가 크게 증가하였다. 형사 사건에 대하여는 심리불속행 제도와 같이 상고를 제한하는 장치가 마련되어 있지 않기 때문에 형식적인 요건조차 구비되지 못한 무리한 상고가 줄을 이어 제기되고 있는 것이다. 또한 상고이유가 제한되어 있음에도 불구하고 사실문제에 대한 심리가 관행화되어 있어서 대법원의 업무 부담이 과도해졌고, 그 결과 중요한 법적 쟁점이 문제된 사안에서조차 심도 있는 재판이 이루어지지 못하고 있는 실정이다. 나아가 대법원이 법령해석을 통일하는 최고법원으로서의 기능과 상고심 본래의 목적을 달성하는데 어려움이 발생하였으며, 절대 다수의 무익한 상고사건을 검토하는데 사법자원이 할애됨으로써 정당한 상고인의 권리가 신속하고 적절하게 실현되지 못하고 있다.

이러한 문제의식을 반영하는 듯 상고제도의 개선과 관련된 법률개정안이 여러 차례 발의되었는데, 고등법원 상고부 설치, 대법관 증원, 단독대법관부 설치 등을 그 내용으로 하고 있다. 또한 2010년 3월에는 대법원이 사법제도 개선방안을 발표하면서 고등법원 상고심사부 설치안을 제시하였는데, 상고심의 운영에 관여하고 있는 전문가 집단 대부분이 형사상고제도 개선의 필요성에는 공감하고 있지만, 각각이 내놓고 있는 개선방안들은 상당한 차이를 보이고 있다. 이 연구에서는 상소제도 전반에 관하여 개관한 후 현행 형사상고심의 운영현황에 대하여 구체적으로 고찰하였다. 이러한 이론적 논의를 기초로 종래 제시되었던 개선방안들을 검토하였고, 외국의 입법례들을 다각적으로 분석한 후 구체적인 해결방안을 제시하였다.

상소란 미확정의 재판에 대하여 상급법원에 구제를 구하는 불복신청제도이다. 상급법원에 의해 원심재판의 오류를 시정하는 상소제도는 원판결로 인한 피고인

의 불이익을 구제하고, 법령해석의 통일을 기함으로써 법적 안정성과 정의를 실현하는 기능을 하는데, 전자에 중점을 둔 것이 항소라면, 상고는 후자에 보다 큰 무게를 싣고 있다. 한편 상소는 소송절차를 지연시키기 위한 수단으로 남용될 위험이 있으므로, 오판의 시정과 절차지연의 방지라는 두 가지 이념을 조화시키는 것이 중요하다.

상고심은 대법원장과 대법관으로 구성된 대법원에서 담당하고 있는데, 대법관의 수는 대법원장 포함 14인으로 되어 있다. 대법원의 최고법원으로서의 본연의 역할은 사건에 대한 판단을 매개로 사법정책 방향과 국민의 권리보호 의지를 표명하는 것이다. 우리나라의 상고심은 일반적으로 법령해석의 통일과 당사자의 권리구제라는 두 가지 목적을 모두 달성하려는 것으로 해석되고 있으나, 기본적으로 형사소송법은 상고심을 법률심으로 제한하고 있고, 당사자의 권리구제 역시 법률문제를 다루는 범위 내에서 이루어질 수밖에 없으므로 상고제도의 주된 목적은 법령해석의 통일에 있다. 개별사건에서의 당사자의 권리구제 또한 중요한 의미를 갖지만, 이는 본질적으로 사실심 법원의 임무이지 대법원의 임무는 아닌 것이다.

2009년 상고심에 접수된 본안사건의 수는 총 32,361건이었는데, 14인의 대법관 중 대법원장과 법원행정처장을 제외한 12인의 대법관이 1인당 부담해야 할 평균 사건의 수는 2,700여건에 이르렀다. 또한 2009년 상고심의 접수사건은 2008년 28,040건에 비해 15.4% 증가하였는데, 형사상고심의 접수사건은 18,279건으로 2008년 14,729건에 비해 24.1%나 증가하였고, 같은 기간 민사사건이 7% 늘어난 것과 비교하면 3배 이상 높은 수치였다. 이처럼 형사사건 상고가 급증한 것은 2009년 6월 헌법재판소가 미결구금일수 산입에 대한 형법 제57조 1항에 대해 위헌결정을 내린 영향인 것으로 분석된다.

현행 형사상고심에 대한 문제를 해결하기 위해서는 선진각국의 입법례를 비교 검토할 필요가 있다. 영미의 경우 제1심에서 판결이 선고되면 상소심은 사후심으로서 기능하여 제1심 판결의 당부에 대하여만 재판한다는 점에서 특징적이다. 제1심 판결에 대한 항소심은 일정한 범위 내로 제한되며, 원칙적으로 상고는 상고법원의 허가가 있어야만 가능하다. 2009년 10월에 설립된 영국의 대법원은 총 12명의 대법관(대법원장 포함)으로 구성되어 있고, 미국의 연방대법원은 총 9명

의 대법관(대법원장 포함)으로 구성되어 있다. 미국과 영국은 보통 당사자에게 상고권을 인정하지 않고, 상고인정의 여부는 법원의 재량에 맡기고 있다. 이러한 상고허가제도는 대법관들로 하여금 중요한 사건에 시간과 노력을 집중할 수 있도록 만든다.

독일의 경우 민사사건의 경우에만 상고허가제를 채택하고 있을 뿐 형사사건에 대해서는 아무런 제한을 두지 않다는 점에서 우리나라와 유사하다. 그러나 형사상고심 운영의 제반사항들은 현격한 차이를 보이는 바, 독일은 경죄와 중죄사건의 처리절차를 분리함으로써 경죄사건의 신속한 처리를 도모하고 있다. 또한 독일은 우리와 마찬가지로 3심제를 운영하고 있지만, 중죄사건의 경우에는 지방법원 대형사부를 제1심으로 하고, 항소심 없이 바로 연방대법원에 상고하는 2심 구조를 택하고 있다. 한편 독일의 최고법원은 연방대법원과 연방행정·재정·노동·사회법원으로 전문화되어 있다. 연방대법원은 다시 12개의 민사부와 5개의 형사부로 나뉘고 있고, 연방대법원장을 포함한 131명의 판사로 구성되어 있다. 요컨대 독일은 형사상고를 제한하지는 않지만 최고법원의 구성에 있어서 우리보다 훨씬 많은 사법자원을 가지고 있고, 이분화된 경죄·중죄 처리 절차를 통해 사법자원을 효율적으로 배분하고 있다는 점에서 우리와 차이가 있다.

프랑스는 중죄사건에 대해서는 항소를 허용하지 않았으나, 2000년부터 중죄법원의 판결에 대하여 순환항소제도가 채택됨으로써 토지관할이 다른 중죄법원이 항소심을 담당하고 있다. 한편 프랑스 사법재판의 최고법원인 파기원은 판례나 법령해석의 일관성이 유지되도록 하급법원을 감독하는 기능을 하는 순수한 법률심일 뿐, 하급법원의 소송사건 자체를 직접 다루지는 않는다. 파기원은 독일의 연방대법원과 마찬가지로 다수의 법관을 두며, 전문화되어 있다는 특징을 가지는데, 5개의 민사부(민사부 3개에 상사·재정·경제부, 사회부 포함)와 1개의 형사부로 구성되어 있고, 파기원장 1인, 각 부의 부장을 포함한 판사 120명이 재판 업무를 담당하는 바, 상당한 재판인력을 확보하고 있다.

일본의 경우 최고재판소가 모든 형사사건에 대한 상고심이 된다. 최고재판소는 장관을 포함한 15인의 판사로 구성되는데, 상고이유는 원칙적으로 헌법위반과 판례위반으로 제한된다. 그러나 법령해석과 관련된 중요사항을 포함하는 상고사건에 대해서는 당사자의 상고수리 신청에 의하여 재량으로 상고사건을 수리

할 수 있으므로, 사실상 상고허가제도가 도입되어 있다고 평가된다. 또한 일본은 간이재판소를 설치함으로써 사실상 경죄를 구분하고 있는데, 비교적 발생 빈도가 높은 범죄유형에 대한 신속한 사건 처리를 도모한다는 점에서 우리와 차이를 보이고 있다.

주요 국가들의 형사상고심 관련 입법례와 우리나라의 제도를 다각적으로 분석해 볼 때, 우리나라를 제외한 모든 국가들이 경죄와 중죄를 구분하면서, 각각의 사건 처리절차를 분리시키고 있다는 점에 주목해야 한다. 한편 미국, 영국, 프랑스, 일본 등은 형사사건에 대하여도 상고를 제한하고 있으나, 우리나라와 독일은 민사사건에 대하여만 상고를 제한할 뿐 형사사건에 대하여는 거의 제한을 두고 있지 않다. 최고법원의 구성과 관련하여 미국, 영국, 일본 등이 소수의 대법관을 두고 있는 것에 반해, 독일과 프랑스는 다수의 법관을 두면서 전문화를 실현하고 있고, 독립된 헌법재판 기관을 두고 있지 않는 미국, 영국, 일본과 달리, 독일은 연방헌법재판소를, 프랑스는 헌법원을 별도로 두고 있다.

대법원이 제안하고 있는 고등법원 상고심사부 설치 방안은 고등법원에 상고심사부를 설치하고 경륜 있는 법관 3인으로 하여금 상고의 적격 여부를 판단하게 함으로써 대법원에서의 상고심 진행 여부를 결정하게 하는 제도이다. 동 방안의 경우 상고심은 여전히 대법원이 담당하기 때문에 상고법원의 분산을 방지할 수 있고, 별도의 불복절차를 마련함으로써 국민의 재판받을 권리를 보장하고 있다. 그러나 고등법원 상고심사부 간의 법령해석의 통일을 기하는 것에 어려움이 있고, 당사자가 상고불수리결정에 불복해 즉시항고를 하게 되면 심급이 '제1심 → 제2심 → 고등법원 상고심사부 → 대법원'의 형태로 갈 수밖에 없어 결국 4심화가 되는 것이 아니냐는 비판이 제기되고 있다.

한편 대량의 형사상고사건을 효율적으로 처리할 수 있는 근본적인 방안은 형사사범의 인력을 획기적으로 확충하는 것이다. 최근 정치권을 중심으로 법원 개혁을 요구하는 목소리가 높아지면서 대법관 수를 늘려야 한다는 주장이 제기되고 있다. 대부분의 대법관이 오랜 경력을 가진 고위 법관 중에서 임명됨으로써 관료주의의 폐해와 법관의 독립성 훼손 등이 문제로 지적되고 있다. 이를 해결하기 위해서는 법관 이외에 검사, 변호사, 교수 출신의 법조경력자가 상고심에 관여하여 대법원의 재판에 다양한 시각을 반영시킬 필요가 있을 것이다.

형사상고심의 개선 방안을 논함에 있어 대법원에 사건이 폭주하게 된 근본적인 원인에 대한 처방 없이 상고심사 제도를 도입하고, 대법원의 재판인력을 증원하며 전문화시키는 것은 미시적인 해결방안에 머문 것으로서 그 효과가 미미할 것이다. 형사상고심의 신청 건수 자체가 절대적으로 많다는 우리의 현실에 주목한다면, 형사사법 시스템 전반의 개선과 관련된 거시적인 해결방안이 모색되어야 한다. 그러한 방안으로는 우선, 선택과 집중의 원리를 활용하여 형사사건 처리절차를 통상처리절차와 신속처리절차로 이원화해야 한다. 그리고 하급심을 강화하고 1·2심 법원을 이원화함으로써 대법원이 진정한 의미의 정책법원으로 거듭날 수 있도록 해야 한다. 형사상고심과 관련된 문제를 해결하여 국민의 재판을 받을 권리를 실현시키고, 형사사법에 대한 국민의 신뢰를 제고하기 위해서는 미시적·거시적 개선방안들이 종합적으로 추진되어야 할 것이다.



제1장

서론



# 01 서론

## 제1절 연구의 목적

### 1. 문제의 제기

지난해 대법원에 접수된 상고사건이 사상 처음으로 3만 건을 넘어섰다. 상고사건의 수는 매년 증가하고 있는 추세인데, 2009년을 기준으로 형사상고사건의 수는 전년도 대비 24.1% 증가하였다. 이는 같은 기간 동안 민사사건이 7% 늘어난 것과 비교할 때 3배 이상 높은 수치이다. 이처럼 형사사건 상고가 급증한 것은 지난해 6월 헌법재판소가 미결구금일수 산입과 관련된 형법 제57조 1항에 대하여 위헌결정을 내린 영향이 큰 것으로 보인다. 헌법재판소의 위헌결정으로 미결구금일수가 전부 형기에 산입되자, 구속중인 피고인들이 강제노역의무가 없고 면회가 보다 자유로운 미결상태를 오랫동안 유지하기 위해 상소를 거듭하고 있는 것이다. 또한 우리나라의 경우 민사상고와는 달리 형사상고 대상 사건에 대해서는 거의 제한을 하지 않는 것이 현실이다. 법령위반 등으로 상고이유를 제한하고 있다고는 하나 사실문제에 대한 심리가 관행화되어 있어서 대법원이 과도한 사건부담을 안고 있으며, 형식적 요건도 구비하지 못한 무리한 상고가 줄을 이으면서 사법 자원을 낭비하고 있다.

한편 상고사건의 증가는 대법관들의 업무를 가중시키고 있는데, 대법원장과

법원행정처장을 제외한 나머지 12인의 대법관들이 1인당 부담해야 할 사건의 수는 2009년을 기준으로 해서 2,700여 건에 달하고 있다. 대법관들의 과도한 업무 부담으로 인해 상고심 재판이 부실하게 처리될 우려가 제기되고 있는 바, 2009년 대법원이 처리한 30,102건의 상고사건 가운데 5.35%에 불과한 1,611건만이 파기되었고, 나머지는 모두 기각 등으로 처리되었다. 요컨대, 저마다 억울함을 호소하며 대법원을 찾고 있지만 상고 이유가 인정되는 경우는 극히 드물고, 대법관들이 모든 사건을 직접 검토해줄 것이라는 소송 당사자들의 기대와는 달리 대부분의 상고사건에서는 사실상 대법관을 보조하는 재판연구원들이 상당한 역할을 담당함으로써 비판이 제기되고 있는 것이다.

## 2. 연구의 필요성

헌법은 제27조에서 국민의 재판을 받을 권리를 보장하고 있는데, 특히 동조 제3항은 신속한 재판을 받을 권리를 규정하고 있다.<sup>1)</sup> 대법원이 부담해야 할 사건이 폭주하면서 사법자원이 효율적으로 배분되지 못하고 있고, 이로 인하여 재판을 받을 국민의 권리가 제대로 실현되지 못하고 있다. 무익한 대다수의 상고 사건을 처리하기 위해 대법원의 업무 부담이 가중되고 있으며, 이것은 정당한 상고인이 신속하게 재판을 받는데 중대한 장애요인으로 작용하고 있는 것이다. 또한 법적요건조차 갖추지 못한 상고사건들로 인하여 대법원은 충실한 심리와 판결을 하기가 쉽지 않은데, 중요한 법령해석이 쟁점이 된 사건에 있어서도 심도 있는 검토가 이루어지지 못함으로써, 법령해석을 통일하는 최고법원으로서의 기능과 상고심의 본래 목적을 달성하는데 어려움이 있다.

---

1) 헌법 제27조 ① 모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다. ② 군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역 안에서는 중대한 군사상 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄 중 법률이 정한 경우와 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 군사법원의 재판을 받지 아니한다. ③ 모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다. 형사 피고인은 상당한 이유가 없는 한 지체없이 공개재판을 받을 권리를 가진다. ④ 형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다. ⑤ 형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 당해 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다.

국민들의 재판을 받을 권리를 효과적으로 구현하기 위해서 상고심의 효율적인 운용 방안을 모색할 필요가 있다. 이와 같은 문제의식을 반영하듯 국회에서는 2009년 6월부터 상고제도의 개선과 관련된 법원조직법 개정안이 여러 차례 발의되었다. 법원조직법 개정안들이 각각 고등법원 상고부 설치, 대법관 증원, 단독 대법관부 설치 등을 내용으로 하고 있었던 것에 반해, 2010년 3월 대법원이 발표한 사법제도 개선방안에서는 고등법원 상고심사부 설치안이 주장되었다. 한편 대한변호사협회는 대법관을 50명으로 늘리면서 민사·형사·상사·행정·특허 등의 전문부로 개편해야 한다고 주장하고 있고, 이에 대해 지방변호사협회는 법률해석의 통일성을 기할 수 없으므로 고등법원에 상고심사부를 설치하는 것이 타당하다고 주장하고 있다. 요컨대 상고심의 운영에 관여하고 있는 전문가 집단 대부분이 그 개혁의 필요성에 대하여는 공감하고 있지만, 각각이 내놓고 있는 개선방안들에 있어서는 큰 차이를 보이고 있는 것이다.

국민의 권리의식이 향상되고 사회가 다양화되면서 수많은 종류의 사건이 발생하고 있고, 그에 따라 상고심에 접수되는 사건이 해마다 기하급수적으로 증가하고 있는 상황에서 상고심의 개선방안에 대한 심도 있는 논의가 필요하다. 특히 전체 상고사건의 과반 이상을 차지하고 있는 형사상고사건에 대하여는 민사상고에서와 같은 심리불속행이 이루어지지 않음으로써 제한이 거의 없는 실정인데, 최근 들어 형사상고사건 수가 급증하면서 전체 상고사건의 증가에 지대한 영향을 미치고 있다. 이에 본고에서는 형사상고사건에 대한 효과적인 대응 방안을 검토하여 국민의 재판을 받을 권리를 실현하고, 사법에 대한 국민의 신뢰를 제고하고자 한다.

## 제2절 연구의 범위와 방법

### 1. 연구의 범위

제1장 서론에 이어지는 제2장에서는 상소제도의 이론적 기초에 대해 검토할 것이다. 우선 상소제도 전반에 대하여 개관할 것인데, 상소의 의의를 밝히고 그

종류에 대하여 상세히 기술하도록 한다. 또한 형사상고제도에 관하여 본격적으로 고찰하기에 앞서 우리나라의 법원조직과 심급제도를 살펴보고, 본 장에서 그 연혁과 현재의 모습을 서술할 것이다.

제3장에서는 현행 형사상고제도에 대하여 구체적으로 고찰하겠다. 현행 형사소송법상의 규정들을 통해 형사상고를 제기하는 과정과 그 상고심의 심리 및 재판과정을 살펴본 후, 민사상고제도와 비교 검토하도록 한다. 나아가 형사상고심을 담당하는 대법원의 구성과 기능에 대하여 분석한 후, 대법원과 헌법재판소와의 관계에 대하여도 고찰하고자 한다. 한편, 본 장에서는 형사상고제도의 운영 현황이 제시될 것인데, 대법원의 업무처리 현황과 형사상고사건 발생 추이 및 그 처리현황을 상세히 검토하고, 현행제도에 대하여 제기되는 비판들에 관해서도 정리해 보도록 한다.

제4장에서는 선진각국의 형사상고제도에 관한 비교법적 연구의 일환으로, 영미법계 국가인 미국과 영국 그리고 대륙법계 국가인 독일·프랑스·일본 등 5개국의 형사상고제도를 고찰할 것이다. 우선 각국의 형사사법제도의 특징과 형사사건 처리 절차를 개관한 후, 법원조직 및 심급제도에 관하여 살펴보도록 한다. 이러한 형사사법제도에 대한 전반적인 이해를 기초로 하여 각국의 형사상고심을 담당하고 있는 기관의 구성과 기능에 대하여 검토할 것이다. 나아가 선진각국의 형사상고제도에 관한 특징을 분석한 후, 그 운영 현황을 살펴봄으로써 우리의 문제점을 해결하는데 도움이 될 실마리를 찾고자 한다.

제5장에서는 앞서 논의되었던 우리 제도의 문제점과 외국 입법례들에 대한 검토를 바탕으로 형사상고심의 효율적인 개선방안에 대하여 모색해 볼 것이다. 우선 종래에 논의되었던 개선방안들에 대해 살펴볼 것이며, 2003년 설치되었던 사법개혁위원회에서의 개선 논의를 시작으로, 최근에 발의되었던 법원조직법 개정안들인 고등법원 상고부 설치 법률안, 대법관 증원 법률안, 단독대법관부 설치 법률안 등을 검토하고, 2010년 3월 대법원이 사법제도 개선방안으로 발표했던 고등법원 상고심사부 설치안에 대해서도 상세히 기술하도록 한다. 이렇게 기존의 개선방안들에 대한 장단점을 면밀히 살펴본 후, 비교법적 분석을 통한 해결 방안을 모색할 것인 바, 앞서 검토했던 입법례들에 대한 다각적인 분석을 토대로 구체적인 해결방안을 제시해 보고자 한다.

## 2. 연구의 방법

본 연구에서는 형사상고심과 관련된 국내외 단행본과 논문 및 보고서를 중심으로 한 문헌연구를 주된 방법으로 택하였다. 또한 형사상고심과 관련하여 국내외에서 이루어진 각종 설문조사와 통계 및 분석 자료 등을 활용함으로써 간접적으로나마 경험적 실증연구를 겸하기로 한다. 제2장에서는 상소제도의 일반적 고찰을 위해 법조문을 비롯한 다양한 국내문헌들 및 판례가 검토될 것이다. 제3장에서 현행 형사상고제도를 살펴볼 때에는 형사상고의 구체적인 과정과 형사상고심을 담당하는 대법원의 구성과 기능에 관한 문헌연구가 이루어질 것이다. 또한 이를 기초로 현재 대법원의 업무처리 현황과 형사상고사건의 발생 추이 및 처리 결과 등을 각종 통계자료에 기초하여 작성한 표를 통해 일목요연하게 제시하고자 한다. 제4장에서 외국의 입법례를 연구할 때에는 각국의 법률규정과 문헌들을 바탕으로 형사상고심에 대해 살펴보고, 다양한 사법통계 자료들을 통해 이러한 제도들이 어떻게 운영되고 있는지 분석해 보도록 한다. 이어지는 5장에서 형사상고심의 효율적인 개선방안을 모색함에 있어서는 형사상고심과 관련하여 최근에 발의된 법률안 및 대법원의 개선방안 자료들이 검토될 것이고, 입법례들을 다각적으로 비교·분석함으로써 구체적인 해결방안을 제시하고자 한다.



제2장

상소제도의 일반적 고찰



# 상소제도의 일반적 고찰

## 제1절 상소제도의 개관

### 1. 상소의 의미

상소(上訴)란 미확정의 재판에 대하여 상급법원에 구제를 구하는 불복신청제도를 말한다. 상급법원에 의해 원심재판의 오류를 시정하는 상소제도는 원판결로 인한 피고인의 불이익을 구제하고, 법령해석의 통일을 기함으로써 법적 안정성과 정의를 실현하는 기능을 한다.<sup>2)</sup> 전자에 중점을 둔 것이 항소라면, 상고는 후자에 보다 큰 무게를 싣고 있다.<sup>3)</sup> 한편 상소는 오판으로 인해 불이익을 받는 당사자를 구제하기 위해 필요 불가결한 제도이나, 또한 소송절차를 지연시키기 위한 수단으로 남용될 위험이 있다는 것도 부인할 수 없다. 그러므로 상소에 있어서는 오판의 시정과 절차지연의 방지라는 두 가지 이념이 조화되어야 하는데, 이는 후술할 상소심의 구조에 대한 입법정책상의 문제와 연결된다.

2) 이재상, 형사소송법, 박영사, 2010년, 689-690면; 배종대/이상돈, 형사소송법, 홍문사, 2006, 767-768면; 손동권, 형사소송법, 세창출판사, 2010, 737면; 송광섭, 형사소송법, 형설출판사, 2010, 765-766면; 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2009, 1260면; 이영란, 한국형사소송법, 나남, 2008, 882-883면; 차용석/최용성, 형사소송법, 21세기사, 2008, 752면.

3) 이재상, 앞의 책, 690면; 차용석/최용성, 앞의 책, 784, 805면.

## 2. 상소의 종류

상급법원에 미확정의 재판에 대한 구제를 구하는 불복신청제도인 상소의 종류에는 항소와 상고 및 항고가 있다. 제1심 판결에 대한 상소가 항소이고,<sup>4)</sup> 제2심 판결에 대한 상소는 상고이며,<sup>5)</sup> 법원의 결정에 대한 상소는 항고라고 한다.<sup>6)</sup> 한편 상소심은 심리의 범위에 따라 사실심과 법률심으로 나누어진다. 사실심에서는 법률문제와 사실문제가 모두 심리됨에 반하여, 법률심에서는 법률문제만이 다루어지는데, 우리나라의 항소심은 전자에 속하고, 상고심은 후자에 해당한다.<sup>7)</sup>

### 가. 항 소

#### (1) 항소심의 구조

##### (가) 입법주의

항소심의 구조에 관하여는 사실심리의 기준시점을 언제로 하느냐에 따라 복

---

4) 오판으로 인하여 불이익을 받는 당사자의 구제를 주된 목적으로 하는 항소는 제1심 판결에 대한 상소이므로 결정이나 명령에 대하여는 항소할 수 없고, 판결인 이상 그 내용은 묻지 않는다. 또한 제1심 판결에 대한 제2심 법원에의 상소만을 항소라고 하므로 제1심 판결에 대하여 대법원에 상소하는 것은 항소가 아닌 비약적 상고이다.

5) 원칙적으로 상고는 제2심 판결에 대하여 허용되지만(형사소송법 제371조), 예외적으로 제1심 판결에 대하여 상고가 인정되는 경우도 있는데(동법 제372조), 이를 비약적 상고(Sprungrevision)라고 한다. 상고도 상소의 일종으로서 오판을 시정함에 의하여 원판결에 의해 침해된 당사자의 권리를 구제하는 기능을 가지고 있다는 것을 부정할 수 없는데, 형사소송법이 일정한 범위 안에서 사실오인파 양형부당을 상고이유로 규정하고 있는 것은 이러한 의미에서 이해될 수 있다. 그러나 상고심의 주된 기능은 법령해석의 통일에 있는 바, 판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령·규칙의 위반이 있는 경우가 가장 중요한 상고이유가 된다(동법 제383조). 상고심인 대법원에 명령·규칙심사권이 부여되고(헌법 제107조 2항), 상고심 판결이 당해 사건에 관하여 하급심을 구속하는 효력을 가지는 것도 법령해석의 통일이라는 상고의 주요기능과 맥락을 같이 한다.

6) 판결은 가장 중요한 중국재판임에 반해, 결정은 원칙적으로 판결에 이르는 과정에서의 절차상 사항에 관한 중국 전의 재판이기 때문에, 판결에 대한 상소는 모두 허용할 필요가 있으나 결정에 대한 상소인 항고(Beschwerde)는 법이 특별히 필요하다고 인정하는 경우에 한하여 허용되고, 그 절차도 간이화되어 있다.

7) 이재상, 앞의 책, 690면; 손동권, 앞의 책, 738면; 송광섭, 앞의 책, 771면; 이영란, 앞의 책, 882면; 차용석/최용성, 앞의 책, 751면.

심, 속심, 사후심의 세 가지 입법주의가 있다. 첫째, 복심은 원심의 심리와 판결이 없었던 것처럼 항소심이 피고사건을 전반적으로 다시 심리하는 제도를 말한다.<sup>8)</sup> 복심의 특징으로는 ① 피고사건 그 자체가 항소심의 심판대상이 되고, ② 항소인으로서 원판결에 불복한다는 취지를 밝혀서 항소하는 것으로 충분하기에 항소이유서의 제출이 요구되지 않고, 항소이유에도 제한이 없으며, ③ 항소심의 심리는 기소요지의 진술부터 다시 시작되고, 사실심리와 증거조사의 범위가 제한되지 않으며, ④ 항소심 판결의 주문은 직접 피고사건을 판결하는 것이고, ⑤ 기판력의 시적 범위는 항소심판결 선고시라는 것을 들 수 있다. 복심은 항소심의 심리를 철저하게 진행하여 실체진실의 발견과 피고인의 보호에 기여할 수 있다는 장점이 있으나, 제1심을 경시할 수 있고 소송경제에 반할 뿐만 아니라, 남상소로 인한 소송지연을 초래할 수 있다는 단점이 있다.

둘째, 속심은 제1심의 심리를 토대로 항소심의 심리를 속행하는 제도를 말하는데, 제1심의 변론이 재개된 것처럼 원심의 심리절차가 항소심에 인계되고 새로운 심리와 증거를 보충하여 심판하는 것이다.<sup>9)</sup> 속심의 특징으로는 ① 피고사건의 실체가 항소심의 심판대상이고, ② 항소이유에 제한이 없으며, ③ 항소심은 제1심의 변론이 재개된 것과 같이 사실심리와 증거조사를 행하며 제1심 판결 후에 발생한 사실도 판결의 자료가 되고, ④ 항소가 이유 없을 경우에 판결주문은 항소기각이지만, 이유 있을 경우에는 원심판결을 파기하고 원칙상 재판하여야 하며, ⑤ 기판력의 시적 범위는 항소심판결 선고시라는 점에 있다. 속심은 복심주의에서와 같이 재판을 반복하거나 승계할 필요가 없고, 원판결의 심리를 필요한 범위에서 속행한다는 장점을 가지나 전심의 소송자료에 대한 심증을 이어받는 것은 구두변론주의와 직접주의에 반할 뿐만 아니라 소송지연과 남상소의 위험이 여전히 남아 있다는 단점이 있다.

셋째, 사후심은 원심에 나타난 자료에 따라 원심판결시를 기준으로 원판결의 당부를 사후적으로 심사하는 제도를 말한다.<sup>10)</sup> 사후심의 특징으로는 ① 피고사

8) 현행 독일 형사소송법과 우리나라 제정형사소송법이 1961년 9월 1일 이전까지 취하고 있던 항소심의 구조이다.

9) 우리나라와 일본의 민사소송법이 취하고 있는 항소심의 구조이다. 이시윤, *신민사소송법*, 박영사, 2010, 753면; 정영환, *신민사소송법*, 세창출판사, 2009, 1096면.

권의 실체가 아닌 원판결의 당부가 항소심의 심판대상이고, ② 항소이유가 제한되며 항소인은 항소이유를 제출하여야 하고, ③ 항소심의 심판범위도 항소이유서에 기재된 것에 한정되고, ④ 항소심은 원심에 나타난 증거에 의하여 원판결시를 기준으로 원판결의 당부를 판단할 뿐이지 원판결 후에 발생한 자료를 증거로 할 수는 없고, ⑤ 판결주문도 항소가 이유 없을 때에는 항소기각, 이유 있으면 파기환송을 해야 하며, ⑥ 기판력의 시적 범위는 원심판결 선고시라는 점을 들 수 있다. 사후심은 소송경제와 신속한 재판의 이념에 부합한다는 장점을 가지나, 제1심의 심리가 철저히 이루어지지 아니한 경우에는 항소심에서 원심판결의 당부를 논의할 실익이 없어지며 실제진실의 발견과 피고인의 권리구제에 취약하다는 단점이 있다.

#### (나) 현행 항소심의 구조

현행 형사소송법상 항소심의 구조에 대하여는 속심으로 보는 입장과 사후심으로 보는 입장으로 견해가 나뉜다. 우선 항소심의 소송구조를 원칙적으로 속심이라고 해석하는 견해<sup>11)</sup>는 다음과 같은 이론적 근거를 들고 있다. ① 형사소송법이 들고 있는 항소이유 중 판결 후 형의 폐지나 변경 또는 사면이 있는 경우(형사소송법 제361조의 5 제2호)나 재심청구의 사유가 있는 경우(동조 제13호)는 속심적 성격을 띤 항소이유이고, 형사소송법이 인정하고 있는 가장 중요한 항소이유인 사실오인(동조 제14호)과 양형부당(동조 제15호)은 순수한 사후심에서는 찾아보기 어려운 항소이유이다.<sup>12)</sup> ② 형사소송법은 제1심 법원에서 증거로 할 수 있었던 증거는 항소법원에서도 증거로 할 수 있다고 규정하여(동법 제364조 3항) 항소심이 원심의 심리를 인수할 수 있게 하였고,<sup>13)</sup> 제1심 판결 선고 후에

10) 미국의 형사소송이 이러한 입법의 대표적인 예이다. 이영란, 앞의 책, 937면.

11) 배종대/이상돈, 앞의 책, 810면; 백형구, 형사소송법 조문해설, 한국사법행정학회, 2008, 394면; 송광섭, 앞의 책, 807-808면; 신동운, 앞의 책, 1341-1345면; 신양균, 형사소송법, 화산미디어, 2009, 1022-1023면; 이영란, 앞의 책, 939면; 이재상, 앞의 책, 728-729면; 임동규, 형사소송법, 법문사, 729면; 정웅석/백승민, 형사소송법, 대명출판사, 2009, 925면.

12) 일본 형사소송법도 항소이유로 사실오인과 양형부당을 인정하고 있지만, 양형부당을 이유로 하는 원심판결의 파기는 명백히 정외에 반한다고 인정될 때에만 할 수 있는 것으로 규정하여 사후심에 대한 예외임을 밝히고 있다(일본 형사소송법 제397조 2항).

나타난 자료에 대한 사실심리와 증거조사도 자유롭게 할 수 있으며, 원판결 후에 이루어진 피해변상이나 피해자와의 합의도 항소심 판단의 자료가 될 수 있다. ③ 원칙상 항소심의 심판범위는 항소이유에 포함된 사유로 제한되지만, 항소법원은 항소이유에 포함되지 아니하였더라도 판결에 영향을 미친 사유에 관하여 직권으로 심판할 수 있다(동조 제2항).<sup>14)</sup> ④ 항소심은 항소이유가 없다고 인정한 때에는 항소를 기각해야 하고(동조 제4항), 항소이유가 있다고 인정한 때에는 원심판결을 파기하고 다시 판결하여야 한다(동조 제6항). 항소심의 구조는 원심판결을 파기할 때 항소법원이 피고사건의 실체를 자판하느냐에 따라 결정되는데, 항소심에서 자판할 때에는 속심이 된다. 이 경우에 형사소송법은 원칙적으로 항소법원이 자판하도록 하고 있으므로 항소심의 구조는 원칙적으로 속심이라는 것이다.

다음으로 항소심의 구조를 사후심 또는 원칙적 사후심으로 해석하는 입장<sup>15)</sup>에서는, 형사소송법이 ① 원칙적으로 항소이유를 원판결의 법령위반·사실오인 및 양형부당으로 제한하고 있고(형사소송법 제361조의 5), ② 항소법원은 항소이유에 포함된 사유에 관해서만 심판해야 하며(동법 제364조 1항), ③ 항소이유가 없음이 명백한 경우 항소법원은 변론 없이 항소를 기각할 수 있고(동조 제5항), ④ 항소이유가 없을 때에는 판결로 항소를 기각하고(동조 제4항), 항소이유가 있을 때에는 원심판결을 파기하도록 하고 있을 뿐만 아니라(동조 제6항), ⑤ 형사소송법이 제1심 절차에서의 증인과 피고인 신문방식을 개정하고 전문법칙과 탄핵증거제도 등을 채택하여 공판중심주의·구두변론주의 및 직접심리주의를 철저히 하였으므로 제1심에서 밝혀진 실체진실을 항소심에서 반복하여 심리하는 것

13) 원심법원에 제출하였거나 제출할 수 있었던 자료에 대하여만 심리를 제한하는 규정은 없고, 오히려 제1심의 공판에 관한 규정을 항소심의 심리에 준용(형사소송법 제370조)하도록 함으로써 원심의 기록에 나타난 사실에 대하여 항소심에서 증거조사와 사실심리를 하는 것을 인정하고 있다.

14) 이는 실체진실의 발견과 형법법규의 공정한 실현을 위하여 항소이유에 포함되지 않는 사유라 하더라도 판결에 영향을 미친 사유에 대해 항소법원이 직권으로 심판하여 판결의 적정과 당사자의 이익을 보호하려는 데 그 취지가 있으므로 항소심에 있어서도 실체진실의 발견에 최고의 이념을 두는 속심적 요소가 바탕을 이루고 있는 데 기인한 것이다.

15) 강구진, 형사소송법원론, 학연사, 1982, 561면; 김기두, 형사소송법, 박영사, 1987, 299면; 정영석/이형국, 형사소송법, 법문사, 1994, 458면; 차용석/최용성, 앞의 책, 786-787면.

은 불필요하고 소송의 신속과 경제의 이념에 반하기 때문이라는 것이다.

현행 항소심에서 원심판결시를 기준으로 원심에 나타난 자료에 의해 원판결의 당부를 심사하는 순수한 의미의 사후심이 유지되고 있다고 볼 수는 없다. 이에 대하여 사후심의 본질적 요소는 원판결의 당부를 판단하는 점에 있고, 그 외의 점들은 실정법 해석의 문제에 불과하므로 항소심은 사후심이라고 파악하는 견해도 있다.<sup>16)</sup> 그러나 다수설은 현행 항소심이 원칙적으로는 사후심이지만 속심의 성격도 같이 가지고 있다고 해석하는데, 어느 범위에서 항소심이 속심의 성질을 가지는지에 대해서는 견해가 나뉜다. 속심의 범위를 넓게 해석하는 입장에서는 사실오인과 양형부당이 항소이유에 포함되어 있고, 항소이유서에 포함되지 아니한 경우에도 직권으로 항소법원이 심판할 수 있으므로 항소심에서 사실조사가 시작되거나 파기자판하는 경우에는 속심이 된다고 본다.<sup>17)</sup> 반면 항소심에서 파기자판하는 경우에만 속심이 되고 그 이외에는 사후심의 예외에 지나지 않는다는 견해도 있다.<sup>18)</sup>

항소심의 구조는 항소이유가 제한되고 항소이유서 제출이 요구되며, 판결 주문에서 항소기각이나 원심판결 파기를 선고하여 원판결의 당부를 판단하는 형식적 측면에서 결정할 것이 아니라, 항소심의 이념과 기능적 측면에 중점을 두고 논하여야 할 것이다. 형사소송법상 항소심은 원판결을 기초로 하지만 원판결에 나타난 자료와 관계없이 증거조사와 사실심리를 행하고 자신의 심증에 의하여 피고사건의 실체를 심판하여 항소이유의 유무를 판단한다. 항소심은 법률심이 아닌 사실심인데,<sup>19)</sup> 사실심의 이념은 바로 실체진실의 발견에 있다. 현행 형사소송법이 제1심에 공판중심주의와 직접주의를 강화하였다고는 하나, 제1심 판결에서 진실을 완전히 밝히는 것이 어렵기 때문에 최후의 사실심인 항소심을 통해 진실을 밝혀 피고인을 구제하도록 하고 있는 것이다. 그러므로 현행법상 항소심은 속심이고, 다만 예외적으로 사후심적 성격의 조문들<sup>20)</sup>에 의하여 남상소의 폐

16) 강구진, 앞의 책, 562면. 이에 대하여는 원판결의 당부를 판단하는 것만이 사후심의 본질이라고 볼 수 없다는 비판이 있다. 이재상, 앞의 책, 726면 각주 1.

17) 김기두, 앞의 책, 299면. 이에 의할 때 항소심은 원칙적으로 속심이라고 보는 것과 같은 결과가 된다.

18) 정영석/이형국, 앞의 책, 459면.

19) 제2의 사실심 또는 최후의 사실심이라고 한다.

단방지와 소송경제의 이념을 실현하는 데 지나지 않는다. 대법원도 원칙적으로 항소심은 속심이라는 입장을 명백히 밝히면서 사후심적 요소를 가진 조문들은 남상소의 폐해를 억제하고, 소송경제상의 필요에서 항소심의 속심적 성격에 제한을 가한 것에 불과하다고 판시하고 있다.<sup>21)</sup>

## (2) 항소이유

항소이유란 항소권자가 적법하게 항소를 제기할 수 있는 법률상의 이유를 일컫는다. 형사소송법 제361조의 5에서 제한적으로 열거되고 있는 항소이유는 그 내용에 따라 법령위반을 이유로 하는 것(동조 제1호, 제3호부터 제11호)과 법령위반 이외의 사유를 이유로 하는 것(동조 제2호, 제13호부터 제15호)으로 분류된다. 이들은 다시 상대적 항소이유와 절대적 항소이유로 구분되는데, 일정한 객관적 사유의 존재가 판결에 영향을 미친 경우에 한하여 항소이유로 되는 법령위반과 사실오인이 상대적 항소이유(동조 제1호, 제14호)이고, 일정한 객관적 사유가 존재하면 바로 항소이유가 되는 것이 절대적 항소이유(동조 제2호부터 제13호, 제15호)이다.

법령위반은 원칙적으로 상대적 항소이유에 해당하는데, 판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있는 경우(동조 제1호)가 항소이유가 된다. 한편 법령위반 중 판결에의 영향이 현저하거나 그 입증이 곤란한 경우는 절대적 항소이유가 되는데, ① 관할 또는 관할위반의 인정이 법률에 위반한 때(동조 제3호), ② 판결법원의 구성이 법률에 위반하거나(동조 제4호) 법률상 그 재판에 관

20) 형사소송법에 규정된 항소심의 사후심적 성격을 나타내는 규정으로는 ① 항소이유를 제한하고(제361조의 5) 항소인에게 항소이유서 제출의무를 부여하며(제361조의 3 제1항), ② 원판결의 법령위반과 이유불비 및 이유모순을 항소이유로 하면서(제361조의 5 제1호, 제3호, 제4호, 제11호), ③ 원칙적으로 항소심의 심판범위를 항소이유에 포함된 사유로 제한하고(제364조 1항), ④ 항소이유가 없음이 명백한 때에는 항소장·항소이유서 기타의 소송기록에 의하여 변론 없이 항소를 기각하게 한 규정(동조 제5항) 등을 들 수 있다.

21) 대법원 1983. 4. 26, 82도2829. 「현행 형사소송법상 항소심은 기본적으로 실체적 진실을 추구하는 면에서 속심적 기능이 강조되고 있고, 다만 사후심적 요소를 도입한 형사소송법의 조문들이 남상소의 폐단을 억제하고 항소법원의 부담을 감소시킨다는 소송경제상의 필요에서 항소심의 속심적 성격에 제한을 가하고 있음에 불과하다.」

여하지 못할 판사가 그 사건의 심판에 관여한 때(동조 제7호), 또는 판사의 심리에 관여하지 아니한 판사가 그 사건의 판결에 관여한 때(동조 제8호) 등 법원구성이 위법한 경우, ③ 재판의 공개에 관한 규정에 위반한 때(동조 제9조), ④ 판결에 이유를 붙이지 아니하거나 이유에 모순이 있는 경우(동조 제11호) 등이 이에 해당한다.

한편 법령위반 이외의 항소이유는 항소심의 속심적 성격을 나타내는데, 인정된 사실과 객관적 사실 사이에 차이가 있는 사실의 오인은 판결에 영향을 미친 경우에 항소이유가 된다. 그 외 ① 판결 후 형의 폐지나 변경 및 사면이 있는 때(동조 제2호), ② 재심청구의 사유가 있는 때(동조 제13호), ③ 형의 양정이 부당하다고 인정할 사유가 있는 때(동조 제15호)에는 절대적 항소이유가 된다.

## 나. 상 고

### (1) 상고심의 구조

상고심은 법률문제를 심리하고 판단하는 법률심이자 사후심이다.<sup>22)</sup> 근대 형사소송법은 상고이유를 법령위반으로 제한하여 법률심의 성격을 유지하고 있는데, 우리 형사소송법은 예외적으로 사실오인과 양형부당을 상고이유로 규정하고 있고(형사소송법 제383조 4호), 상고심에서도 파기자판을 할 수 있게 하고 있다(동법 제396조). 요컨대, 현행 상고심은 원칙적으로 법률심이지만 극히 예외적인 경우에는 사실심의 성격도 가지고 있으므로, 상고심을 법률심이라고 하는 경우에는 원칙적인 법률심을 의미하는 것이라고 보아야 한다.<sup>23)</sup> 또한 상고심은 사후심인데, 원칙적으로 상고이유가 법령위반에 엄격히 제한되어 있고(동법 제383조), 상고법원은 변론 없이 서면심리에 의하여 판결할 수 있으며(동법 제390조 1항), 원심판결을 파기하는 때에는 파기환송 또는 이송하여야 하는데, 예외적으로 재판의 신속을 위하여 필요한 때에만 자판을 할 수 있도록 하고 있다(동법 제396

22) 이재상, 앞의 책, 740-741면. 상고심의 구조가 사후심이라는 점에 대해서는 견해가 일치하고 있다.

23) 배종대/이상돈, 앞의 책, 829면; 신동운, 앞의 책, 1377-1378면; 이재상, 앞의 책, 740-741면; 이영란, 앞의 책, 962면.

조, 제397조). 따라서 상고심에서는 새로운 증거가 제출되거나 증거조사를 하는 것이 허용되지 않고, 원판결시를 기준으로 그 당부를 판단한다.<sup>24)</sup>

## (2) 상고이유

형사소송법 제383조에는 ① 판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있는 때(동조 제1호), ② 판결 후 형의 폐지나 변경 또는 사면이 있는 때(동조 2호), ③ 재심청구의 사유가 있는 때(동조 제3호), 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(동조 제4호) 등 4가지 상고이유가 규정되어 있는데, 제1호부터 제3호까지의 상고이유는 항소이유의 경우와 동일하다. 제4호는 중한 형이 선고된 사건에 있어서 중대한 사실오인과 심히 부당한 형의 양정이 있는 경우에 피고인의 구제를 상고심에 맡길 수 있음을 규정하고 있는데, 이는 피고인의 이익을 위하여 피고인이 상고하는 경우에만 적용되는 것이고, 검사는 사실오인이나 양형부당을 이유로 상고할 수 없다.<sup>25)</sup>

## (3) 비약적 상고

비약적 상고란 법령해석에 대한 중요한 사항을 포함하는 사건에 관해서는 제1심 판결<sup>26)</sup>에 대하여 직접 상고하게 하는 것으로서 법령해석의 통일을 위하여 제2심을 생략한 제도라고 할 수 있다.<sup>27)</sup> 형사소송법은 비약적 상고로 인해 상대방이 심급의 이익을 잃지 않도록 그 사건에 대하여 항소가 제기된 경우에는 비약

24) 항소심 판결 선고 당시 미성년자라는 이유로 부정기형을 선고받은 피고인이 상고심 계속중에 성년이 되었다고 하더라도 원판결을 파기하고 정기형을 선고할 수는 없다. 대법원 1985. 10. 8, 85도 1721; 대법원 1986. 12. 9, 86도2181.

25) 배종대/이상돈, 앞의 책, 831면; 신동운, 앞의 책, 1382면; 이재상, 앞의 책, 741면; 차용석/최용성, 앞의 책, 806면.

26) 제1심 법원의 결정에 대하여는 비약적 상고를 할 수 없다.

27) 비약적 상고는 법령해석의 통일에 신속을 기하고, 피고인의 이익을 일찍 회복시키기 위하여 인정된 제도이다. 배종대/이상돈, 앞의 책, 835-836면.

적 상고의 효력이 상실되도록 규정하고 있다(제373조).<sup>28)</sup> 비약적 상고의 이유로는 ① 원심판결이 인정한 사실에 대하여 법령을 적용하지 아니하였거나 법령의 적용에 착오가 있는 때(동조 제1호), ② 원심판결이 있은 후 형의 폐지나 변경 또는 사면이 있는 때(동조 제2호)를 들 수 있다. 원심판결이 인정한 사실에 대하여 실제법을 적용하지 않았거나 잘못 적용한 경우에 비약적 상고가 인정되므로 채증법칙의 위배나 중대한 사실오인 또는 양형의 과중은 비약적 상고의 이유가 되지 않는다.

## 다. 항 고

### (1) 항고의 종류

항고에는 일반항고와 특별항고가 있는데, 형사소송법에 의하여 대법원에 즉시 항고할 수 있다고 명문으로 규정되어 있는 것을 특별항고라 하고, 그 이외의 항고는 일반항고이다. 일반항고는 다시 즉시항고와 보통항고로 나뉘는데, 즉시항고는 즉시항고를 할 수 있다는 명문의 규정이 있는 때에만 허용되는 바, 제기기간이 3일로 제한되어 있고(형사소송법 제405조), 제기기간 내에 항고의 제기가 있는 때에는 재판의 집행이 정지되는 효력을 가진다(동법 제410조).<sup>29)</sup> 법원의 결정에 대하여 불복이 있으면 보통항고가 인정되는데, 형사소송법에 특별한 규정이 있는 때에는 허용되지 않는다(동법 제402조). 법원의 관할 또는 판결전의 소송절차에 관한 결정에 대하여는 특히 즉시항고를 할 수 있는 경우 이외에는 항고를 하지 못하나(동법 제403조 1항), 구금·보석·압수나 압수물의 환부에 관한 결정 또는 감정하기 위한 피고인의 유치에 관한 결정에 대하여는 보통항고를 할 수 있다(동조 제2항).<sup>30)</sup> 또한 대법원은 최종심이므로 그 재판에 대한 상소가 있

28) 항소가 제기된 경우에 비약적 상고는 상고로서의 효력은 물론 항소로서의 효력도 인정되지 않지만, 다만 항소의 취하 또는 항소기각의 결정이 있는 때에는 예외로 한다(형사소송법 제373조 단서).

29) 공소기각의 결정(형사소송법 제328조 2항), 상소기각결정(동법 제360조 2항, 제362조 2항, 제376조)과 같은 종국재판인 결정이나 기피신청기각결정(동법 제23조), 구속의 취소와 집행정지결정(동법 제97조 4항, 제101조 3항), 또는 소송비용부담결정(동법 제192조)과 같이 신속한 구제를 요하는 결정에 대하여 즉시항고가 인정된다.

30) 체포·구속적부심사청구에 대한 청구기각결정 또는 구속된 피의자의 석방을 명하는 결정에 대하여

을 수 없으므로 대법원의 결정에 대하여는 성질상 항고가 허용되지 않고, 항고법원이나 고등법원의 결정에 대하여도 보통항고를 할 수 없다(동법 제415조).<sup>31)</sup>

## (2) 준항고

준항고란 재판장이나 수명법관의 재판과 검사나 사법경찰관의 처분에 대하여 그 소속법원 또는 관할법원에 취소나 변경을 청구하는 불복신청방법을 일컫는다. 상급법원에 대하여 구제를 신청하는 것이 아니므로 준항고는 엄격한 의미에서 상소에 해당하지 않지만, 재판 등의 취소와 변경을 청구한다는 점에서는 상소와 유사한 성질을 가지고 있는 바, 준항고에 대하여는 항고에 관한 규정이 준용된다(형사소송법 제419조).

## 제2절 우리나라 법원조직과 심급제도

법원조직에 관하여 헌법 제101조 2항은 「법원은 최고법원인 대법원과 각급법원으로 조직된다」라고 규정하고 있고, 동법 제102조 제3항은 「대법원과 각급법원의 조직은 법률로 정한다」고 하고 있다. 헌법에 의할 때, 각급법원의 종류와 심급제도는 법률로써 규정해야 하는 바, 이에 관한 기본법이 바로 법원조직법이다.<sup>32)</sup>

는 항고할 수 없다(형사소송법 제214조의 2 제8항).

31) 항고법원 또는 고등법원의 결정에 대한 항고를 재항고라고 하는데, 원칙적으로 항고법원이나 고등법원의 결정에 대하여는 항고할 수 없지만, 재판에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있음을 이유로 하는 때에 한하여 대법원에 즉시항고를 할 수는 있다(형사소송법 제415조).

32) 법원조직법은 1994년 7월에 이른바 사법제도개혁관련 입법의 일환으로서 「각급법원의설치와관할구역에관한법률」, 「각급법원판사정원법」, 「법관의보수에관한법률」, 「상고심절차에관한특례법」, 「행정소송법」 등과 더불어 그 내용이 대폭 개정되었다. 사법제도개혁관련 법률들의 개정요지를 개관하면 다음과 같다.

### (가) 법원조직에 관한 사항

- ① 시·군법원의 설치, ② 민·형사지방법원 구분의 폐지, ③ 행정법원의 신설, ④ 특허법원의 신설과 기술심리관제도의 도입, ⑤ 고등법원 部の 지방법원 소재지 근무, ⑥ 법원의 입법외견제출, ⑦ 법원의 예산독립의 존중, ⑧ 판사회의의 설치, ⑨ 법원행정처의 업무조정.

## 1. 법원의 종류

법원조직법에 의하면, 법원에는 대법원·고등법원·특허법원·지방법원·가정법원·행정법원의 6종이 있고, 지방법원과 가정법원의 사무의 일부를 처리하게 하기 위하여 그 관할구역 내에 지원, 소년부지원, 시·군법원, 등기소를 둘 수 있다.

### 가. 대법원

대법원은 최고법원이며 서울특별시에 둔다(법원조직법 제11조). 어느 국가를 막론하고 최고사법기관으로서 대법원(최고법원)을 두고 있으나 대법원의 헌법상 지위는 사법부의 구조가 일원적 사법집중주의를 취하고 있느냐 아니면 이원적 사법분산주의를 취하고 있느냐에 따라 동일하지 아니하고, 또 헌법재판을 담당하는 기관이 일반법원인가 헌법법원인가에 따라서도 차이를 보인다. 현행헌법상 우리나라의 대법원은 ① 최고법원으로서의 지위,<sup>33)</sup> ② 국민의 기본권보장기관으로서의 지위,<sup>34)</sup> ③ 헌법수호기관으로서의 지위,<sup>35)</sup> ④ 최고사법행정기관으로서의

#### (나) 인사제도에 관한 사항

① 판사직급의 폐지, ② 예비판사제도의 신설, ③ 판사직무권한의 제한, ④ 법관인사위원회의 설치, ⑤ 법관근무평정제도의 도입, ⑥ 법관의 파견근무제한, ⑦ 법관 정년의 조정, ⑧ 사법보좌관제도의 도입.

#### (다) 재판제도에 관한 사항

① 단독판사의 심판범위 확대, ② 상고심절차에 있어서 심리불속행제도의 도입, ③ 행정소송의 삼급구조, ④ 특허소송의 삼급구조.

33) 헌법 제101조에 따라 사법권은 원칙적으로 법원에 속하고, 대법원은 법원 중에서도 최고법원이기 때문에 대법원은 최상급법원의 지위에 있다. 그러나 대법원의 최고법원성·최종심법원성에 대해서는 헌법 자체가 인정하고 있는 예외가 있다. 헌법은 ① 헌법재판 중에서 위헌법률심판·탄핵심판·정당해산심판·권한쟁의심판·헌법소원심판은 헌법재판소의 관할로 하고 있고, ② 국회의원에 대한 징계처분과 자격심사는 국회의 자율적 판단에 일임하고 있으며, ③ 대통령에게는 사면권을 인정하고 있다. 그러므로 이들 사항에 관한 한 대법원의 최고법원성이 제한을 받는다.

34) 역사적으로 볼 때, 법원은 전제군주에 대한 투쟁과정에서 시민의 의회와 제휴하여, 국민의 자유와 권리를 수호하기 위한 기본권보장자의 역할을 담당해 왔으며, 오늘날에도 국민의 기본권보장기관으로서의 지위를 중시하고 있다. 현행헌법에 있어서도 대법원은 최고사법기관으로서 국민의 기본권이 공권력에 의하여 침해된 경우에 일반법원으로서 이를 최종적으로 구제해 주는 최종심법원 역할을 하고 있다.

35) 현행헌법에 있어서 헌법수호기능은 주로 헌법재판소가 담당하고, 법원은 그 일부에 해당하는 명령·

지위<sup>36)</sup> 등을 가지고,<sup>37)</sup> ① 상고심, ② 명령·규칙의 위헌·위법 여부의 최종심사, ③ 위헌법률심판의 제청, ④ 선거소송 등을 관할한다. 특히 대법원은 ① 고등법원 또는 항소법원·특허법원의 판결에 대한 상고사건, ② 항고법원·고등법원 또는 항소법원·특허법원의 결정·명령에 대한 재항고사건, ③ 다른 법률에 의하여 대법원의 권한에 속하는 사건<sup>38)</sup>을 중심으로서 심판하는데(동법 제14조), 대법원의 구성과 기능 및 운영현황에 대하여는 제3장에서 상세히 논하도록 한다.

## 나. 각급법원

### (1) 고등법원

고등법원은 ① 지방법원 합의부·가정법원합의부 또는 행정법원의 제1심판결에 대한 항소사건, ② 지방법원합의부·가정법원합의부 또는 행정법원의 제1심 심판·결정·명령에 대한 항고사건, ③ 다른 법률에 의하여 고등법원의 권한에 속하는 사건 등을 관할하는데(법원조직법 제28조), 고등법원의 심판은 판사 3인으로 구

---

규칙의 위헌심사권 위헌법률심판의 헌법재판소에의 제청권 및 선거에 관한 재판권만을 가지고 있을 뿐이다. 이와 같이 대법원은 선거소송을 그 관할로 하고, 명령·규칙의 위헌심사에서 최종심을 담당하며, 하급법원이 위헌법률심판을 헌법재판소에 제청할 경우 반드시 대법원을 경유하도록 하는 과정에서 헌법의 최고법규성과 규범력을 담보하는 역할을 담당하고 있다.

- 36) 대법원은 최고사법행정기관의 지위에 있다. 사법행정은 재판권의 행사나 재판제도를 운영하고 관리하기 위한 행정작용이라는 점에서 본래의 사법권과는 구별된다. 사법행정의 내용과 범위는 국가에 따라 동일하지 아니하나, 등기·호적·공탁·경매(강제집행)·법인감독·신탁·감정업무 등이 그 주된 내용을 이룬다. 법원의 사법행정사무는 법원의 수장인 대법원장이 총괄한다.
- 37) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010, 1080-1082면. 대법원의 헌법상 지위를 ① 주권행사기관의 하나로서의 지위, ② 최고기관의 하나로서의 지위, ③ 국민의 기본권보장기관으로서의 지위, ④ 최고 최종심법원으로서의 지위, ⑤ 위헌법률심판제청기관으로서의 지위, ⑥ 최고사법행정기관으로서의 지위로 나누어 설명하기도 하고(김철수, 헌법학신론, 박영사, 2010, 1504-1506면), ① 최고법원, ② 기본권보장기관, ③ 헌법보장기관, ④ 최고사법행정기관의 지위를 드는 견해도 있으며(성낙인, 헌법학, 법문사, 2010, 1130면), ① 최고법원으로서의 지위, ② 기본권보호기관으로서의 지위, ③ 법적 평화보장기관으로서의 지위로 나누어 설명하는 입장(허영, 한국헌법론, 박영사, 2010, 1046-1047면)도 있다.
- 38) 다른 법률에 의하여 대법원의 권한에 속하는 사건의 예로는 공직선거법에 의한 선거소송사건과 행정소송법에 의한 기관소송사건 및 지방자치법에 의한 지방자치단체장의 지방의회의결에 대한 제소사건 등을 들 수 있다.

성된 합의부에서 행하여진다(동법 제7조 3항).

## (2) 특허법원

특허법원은 ① 특허법 제186조 1항, 실용신안법 제33조, 디자인보호법 제75조 및 상표법 제86조 2항이 정하는 제1심 사건, ② 다른 법률에 의하여 특허법원의 권한에 속하는 사건 등을 관할하고(법원조직법 제28조의 4), 특허법원의 심판은 판사 3인으로 구성된 합의부에서 행한다(동법 제7조 3항). 종래의 특허심판절차는 특허청 산하의 특허심판소 → 항고심판소 → 대법원으로 되어 있었으나, 1998년 3월 1일 이후로는 특허심판원 → 특허법원 → 대법원으로 진행하고 있다.

## (3) 지방법원

지방법원은 원칙적으로 모든 소송의 제1심을 관할한다. 지방법원의 심판은 단독판사가 행하며, 합의심판을 요할 때에는 판사 3인으로 구성된 합의부에서 이루어진다(법원조직법 제7조 4항, 5항). 지방법원의 단독판사는 ① 대법원규칙이 정하는 민사사건, ② 형사사건은 절도·폭행사건 등과 단기 1년 미만의 징역이나 금고·벌금형에 처할 사건을 관할하고, 지방법원의 합의부는 ① 합의부에서 심판할 것을 합의부 스스로 결정한 사건, ② 민사사건에 관하여는 대법원규칙으로 정하는 사건, ③ 사형·무기 또는 단기 1년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 사건, ④ ③의 사건과 동시에 심판할 공범사건, ⑤ 지방법원판사에 대한 제척·기피사건, ⑥ 다른 법률에 의하여 지방법원합의부의 권한에 속하는 사건 등을 제1심으로 심판한다(동법 제32조 1항).<sup>39)</sup> 또한 지방법원본원합의부(항소부)는 지방법원 단독판사의 판결·결정·명령에 대한 항고사건을 제2심으로 심판한다(동조 제2항).

한편 개정법원조직법에 따라 1995년 9월 1일부로 종래의 순회심판소는 폐지되고 그것을 대신한 시·군법원이 설치되었다.<sup>40)</sup> 시·군법원은 ① 소액사건심판법

39) 지방법원지원의 단독판사와 합의부의 심판 및 관할사항은 지방법원의 그것과 동일하다(법원조직법 제31조, 제32조)

의 적용을 받는 민사사건, ② 화해·독촉 및 조정에 관한 사건, ③ 20만원 이하의 벌금 또는 구류나 과료에 처할 범죄사건, ④ 「가족관계 등록 등에 관한 법률」 제79조의 2에 의한 협의상 이혼의 확인 등을 관할하는데, 시·군법원에 대한 불복사건은 그 지역을 관할하는 지방법원 또는 그 지원이 관할한다(동법 제34조 1항, 2항).<sup>41)</sup>

#### (4) 가정법원

가정법원 및 가정법원지원의 합의부는 ① 가사소송법에서 정한 가사소송과 마류 가사비송사건 중 대법원규칙으로 정하는 사건, ② 가정법원판사에 대한 제척·기피사건, ③ 다른 법률에 의하여 가정법원합의부의 권한에 속하는 사건을 제1심으로 심판한다. 또한 가정법원본원합의부(항소부)는 가정법원단독판사의 판결·심판·결정·명령에 대한 항소·항고사건을 제2심으로 심판한다(법원조직법 제40조 1항, 2항).

#### (5) 행정법원

행정법원은 ① 행정소송법에서 정한 행정사건과 ② 다른 법률에 의하여 행정법원의 권한에 속하는 사건을 제1심으로 심판하고(법원조직법 제40조의 4), 행정법원의 심판은 판사 3인으로 구성된 합의부에서 이루어진다(동법 제7조 3항). 종래의 행정쟁송절차는 원칙적으로 행정처분청의 상급기관(행정심판) → 고등법

40) 법원조직법 제3조 2항은 「지방법원과 가정법원의 사무의 일부를 처리하게 하기 위하여 그 관할구역 안에 시법원 또는 군법원을 둘 수 있다」라고 규정하고 있으며, 시·군법원의 설치·폐지와 관할구역은 따로 법률로 정하게 하고 있다(동법 제3조 3항). 대법원장은 지방법원 또는 그 지원 소속 판사 중에서 그 관할구역 안에 위치한 시·군법원의 관할사건을 심판하게 한다. 시·군법원의 판사는 소속지방법원장 또는 지원장의 지휘를 받아 시·군법원의 사법행정사무를 관장하며, 그 소속 직원을 지휘·감독하되, 다만 가사사건에 관해서는 그 지역을 관할하는 가정법원장 또는 그 지원장의 지휘를 받는다(동법 제33조).

41) 20만원 이하의 벌금·구류·과료에 처할 범죄사건에 대하여는 이를 즉결심판하는데(법원조직법 제34조 3항), 즉결심판으로 유죄선고를 받은 피고인은 그 고지를 받은 날로부터 7일 이내에 정식재판을 청구할 수 있다(동법 제35조, 즉결심판에 관한 절차법 제11조 1항).

원(행정소송) → 대법원으로 진행되었으나, 1998년 3월 1일 이후부터는 행정처분청의 상급기관(행정심판) 또는 행정법원(행정소송) → 고등법원 → 대법원으로 진행하고 있다.

#### 다. 특별법원

헌법에 의할 때, 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속하고(헌법 제101조 1항), 법원은 최고법원인 대법원과 각급법원으로 조직된다(동조 제2항). 따라서 모든 재판은 법관에 의한 것이라야 할 뿐 아니라 대법원을 최종심으로 하는 것이라야 한다. 이에 법관이 아닌 자가 재판을 담당하거나 대법원을 최종심으로 하지 않는 특별법원을 설치할 수 있는지가 문제되는데, 이는 특별법원의 성격을 어떻게 규정하는지에 따라 결정된다. 특별법원이라는 것을 ① 법관의 자격을 가진 자가 재판을 담당하는 경우에도 그 재판에 대한 대법원에의 상고가 인정되지 아니하는 법원, ② 그 재판에 대한 대법원에의 상고는 인정될지라도 법관의 자격이 없는 자가 재판을 담당하는 법원인 예외법원으로 이해한다면,<sup>42)</sup> 예외법원설치금지의 원칙에 따라 군사법원과 같이 헌법이 직접 규정하고 있는 것(제110조)을 제외하고는 법률로써도 특별법원은 설치할 수 없을 것이다.<sup>43)</sup>

##### (1) 군사법원

군사법원은 그 재판에 대한 대법원에의 상고가 인정되지만, 법관의 자격이 없는 국군장교에 의하여 재판이 행해진다는 점에서 헌법이 인정하는 유일한 예외법원인 특별법원이다(헌법 제110조). 군사법원의 상고심은 원칙적으로 대법원으로 하고 있기 때문에(헌법 제110조 2항) 군사법원도 대법원의 하급법원이나, 비

42) 다수설은 헌법에 규정된 법관자격을 가지고 있지 아니한 자가 재판을 담당하거나 그 재판에 대한 대법원에의 상고가 인정되지 아니하는 법원 즉 예외법원을 특별법원이라고 한다. 권영성, 앞의 책, 1089-1090면; 김철수, 앞의 책, 1542면; 성낙인, 앞의 책, 1144-1145면; 허영, 앞의 책, 1056면.

43) 헌법 제101조 1항이 사법권을 법관으로 구성된 법원의 권한이라 규정하고, 헌법 제27조가 국민에게 헌법과 법률에 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리를 보장하고 있음에 기인한다. 권영성, 앞의 책, 1090면.

상계엄하의 군사재판은 군인·군무원의 범죄나 군사에 관한 간첩죄의 경우와 초병·초소·유독음식물공급·포로에 관한 죄 중 법률이 정한 경우에 사형선고의 경우를 제외하고는 단심으로 할 수 있으므로, 이 점에서 군사법원은 전형적인 예외법원의 성격을 가진다.

군사법원의 조직·권한 및 재판관의 자격 등은 법률로 정한다. 이에 관한 법률인 군사법원법에 의하면, 군사법원에는 보통군사법원과 고등군사법원이 있다. 보통군사법원은 국방부·국방부직할통합부대·각군본부·장관급장교가 지휘하는 예하부대 또는 기관에 설치하며, 제1심으로서 군인·군무원·군교도소수감자·국군부대의 간수하에 있는 포로 등이 범한 죄와 군사기밀보호법 제13조의 죄와 그 미수범에 관한 사건을 심판한다. 고등군사법원은 국방부에 설치하며, 보통군사법원의 재판에 대한 항소사건·항고사건 기타 법률에 의하여 고등군사법원의 관할에 속하는 사건을 심판한다. 군사법원에는 관할관을 둔다. 고등군사법원의 관할관은 국방부장관으로 하고, 보통군사법원의 관할관은 그것이 설치되는 부대와 지역의 사령관·장 또는 책임지휘관으로 한다. 다만 국방부보통군사법원의 관할관은 국방부장관이 겸임한다(군사법원법 제7조). 재판관은 군판사와 심판관으로 하되 관할관이 지정하고, 재판장은 선임재판관이 된다. 보통군사법원은 재판관 1인 또는 3인으로 구성하고, 고등군사법원은 재판관 3인 또는 5인으로 구성한다(동법 제22조, 제25조). 군판사는 각군 참모총장이 군법무관 중에서 임명하고, 심판관은 관할관이 법에 관한 소양이 있는 장교 중에서 임명한다(동법 제23조, 제24조).

## (2) 행정심판기관

헌법 제107조 3항은 「재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다. 행정심판의 절차는 법률로 정하며, 사법절차가 준용되어야 한다」라고 규정하고 있고, 행정심판법은 심판청구사건에 있어 심리·의결기능은 재결청에 소속하는 행정심판위원회에 부여하고, 재결청은 그 의결에 따르는 형식적인 의결기능만을 가지도록 규정하고 있다(행정심판법 제31조). 행정소송을 제기함에 있어 행정심판을 거칠 수 있도록 한 것은 행정관청에게 행정처분을 재검토하여 스스로 시정할 기회

를 줌으로써, 행정권의 자주성을 존중하고 아울러 소송사건의 폭주를 피하여 법원의 부담을 줄이고자 하는 데 그 취지가 있다. 행정심판기관은 일반행정심판기관과 특별행정심판기관으로 구분되는데, 해양안전심판원 및 조세심판원과 특허심판원 등은 특별행정심판기관에 해당한다. 그러나 과거 특허심판제도와 관련하여 특허항고심판의 심결에 대한 불복소송을 곧바로 대법원에 상고하도록 규정한 구특허법 제186조 1항이 위헌이 아니냐는 의문이 제기되었는데,<sup>44)</sup> 개정법원조직법과 개정특허법에 의하면, 1998년 3월 1일 이후부터는 특허법 제186조 1항의 사건, 즉 특허심판원의 심결 또는 그 각하결정에 불복하는 자는 특허법원에 소를 제기할 수 있게 되었다(특허법 제186조 1항).

### (3) 특수법원

헌법상 금지되는 것은 오로지 예외법원인 특별법원을 따로 설치하는 것이다. 그러므로 그 재판에 대한 대법원에의 상고가 인정되고, 법관의 자격을 가진 자가 특수한 사건, 예컨대 노동·조세·교통·해난사건 등을 심리(관할)하는 하급심으로서의 특수법원을 법률로써 따로 설치하는 것은 무방하다. 요컨대, 하급법원으로서의 특수법원인 가정법원·행정법원·조세법원·노동법원·특허법원·해난법원·교통법원·간이법원 등은 법률로써 설치할 수 있는데, 법원조직법이 특허법원과 행정법원을 신설한 것도 그 때문이다.

## 2. 심급제도

사법절차와 관련하여 발생할 수 있는 사법적 과오를 최소화하고, 판단의 신중을 기함으로써 공정한 재판을 확보하기 위해 심급제가 채택되어 있는데, 이하에서는 연혁적 고찰과 함께 현행 심급제도에 관하여 살펴보도록 한다.

---

44) 헌법재판소 1995. 9. 28, 92헌가11등(병합). 「특허청의 심판절차에 의한 심결이나 보정각하결정은 특허청의 행정공무원에 의한 것으로서 이를 헌법과 법률이 정한 법원에 의한 재판이라고 볼 수 없으므로 특허법 제186조 제1항은 법원에 의한 사실확정 및 법률적용의 기회를 박탈한 것으로서 헌법상 국민에게 보장된 “법원에 의한” 재판을 받을 권리의 본질적 내용을 침해하는 위헌규정이다.

### 가. 연혁적 고찰

1954년 제정형사소송법은 의용형사소송법의 전례에 따라 항소심을 복심으로 구성하였고, 일제치하에서 배제되었던 ‘중대한 사실오인’과 ‘현저한 양형부당’의 사유를 상고이유에 포함시킴으로써(1954년 형사소송법 제385조),<sup>45)</sup> 한국의 상고심은 법률심을 원칙으로 하면서 사실심리까지도 담당하는 심판기구로 존재하게 되었다.<sup>46)</sup> 새로운 형사소송법이 시행되고 형사사법이 안정을 찾아가는 시기에 범죄즉결례의 폐지와 상고심의 사실심화라는 문제들이 부각되었는데, 일제의 악법 중 하나였던 범죄즉결례가 폐지되면서 대다수의 경미범죄들이 통상적인 형사사건의 통로로 유입되었던 것이다. 이에 대해 즉결심판절차와 약식절차가 활용되었지만 정식재판청구를 거쳐 항소와 상고에 이르는 길이 열려 있었고, 상고심은 법률심으로서의 기능을 발휘하지 못하고 빈번하게 사실심으로 전환되었다. 상고이유의 심리에는 증거조사와 사실심리 부분에 대한 검토가 필요한 ‘중대한 사실오인’과 ‘현저한 양형부당’으로 인하여, 소위 ‘삼세번 재판’이라는 인식이 대두하였고, 일반인들은 상고심을 법률심이 아닌 구체적 타당성을 추구하는 권리

45) 1954년 제정형사소송법의 상고이유는 이하와 같다.

1. 헌법에 위반하거나 헌법의 해석에 착오가 있는 때
2. 대법원의 판례에 상반한 판단을 한 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. 공소(公訴)의 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
15. 중대한 사실의 오인이 있어 판결에 영향을 미칠 때
16. 형의 양정이 심히 부당하다고 인정할 현저한 사유가 있는 때

46) 신동운, 상소제도의 개편에 따른 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구원, 2006, 98면.

구제형 심급으로 받아들였던 것이다.<sup>47)</sup> 경미사건과 사실오인 및 양형부당을 주장하는 사건들이 대법원에 집중되면서 대법원의 사건적체는 심각한 상황에 이르게 되었고, 이 문제를 해결하기 위해 자유당 말기인 1959년 12월에 법원조직법이 개정되었다.<sup>48)</sup>

개정된 법원조직법은 대법원을 대법관과 대법원판사의 이원적 구조로 개편하여 재판부를 증설하는 것을 내용으로 하였다. 이에 의할 때 대법원 재판부는 대법관 1인과 대법원판사들로 구성되며, 대법관 수만큼 재판부가 증설됨으로써 신속한 사건처리가 가능할 것으로 기대되었다. 대법원판사로는 지방법원원장 급의 비중 있는 법관들이 임명되었고, 당시 대법관의 수는 9명이었다(1959년 법원조직법 제5조 2항). 대법원판사제도의 도입은 상고사건의 적체해소에 어느 정도 도움을 주었으나 효율성은 그다지 높지 않았다. 우선 지방법원장급의 법관들이 대법관의 배척판사로 일한다는 것에 대해 강한 거부감을 표하였고,<sup>49)</sup> 폭주하는 상고사건에 비하여 재판부의 증설에 한계가 있었다는 사실이 결정적인 문제가 되었다. 재판부의 증설에는 인적·물적 한계가 있는데, 상고사건의 배출구를 늘리는 것에는 한계가 있었던 것이다.<sup>50)</sup>

5·16 이후 구성된 국가재건최고회의는 정치·경제·사회의 각 분야에서 개혁과제를 점검하였는데, 사법분야에서는 사건의 적체와 재판의 지연이 가장 심각한 문제로 지적되었다.<sup>51)</sup> 1961년 9월 1일 국가재건최고회의는 법률 제705호로 제1차 형사소송법 개정을 단행하였다. 이 개정안의 주요골자는 일본의 신형사소송법을 모델로 삼아 당사자주의를 강화하고 상소구조를 전면적으로 개편하는 것으

47) 신동운, 앞의 보고서, 100면.

48) 고재호, 법조반백년, 박영사, 1985, 40면 이하 참조.

49) 자신의 법적 견해에 따라 주도적으로 재판하던 때와 달리 재판장인 대법관의 지시를 받거나 눈치를 보아야 하는 상황이 결코 달갑지 않았던 것이다. 고재호, 앞의 책, 1985, 40면 이하 참조.

50) 특히 문제가 심각하게 되었던 것은, 소위 '귀속재산'의 처리 때문이었다. 일제가 남기고 간 귀속재산의 처리를 둘러싸고 이해관계자들 사이에 법적 분쟁이 치열하게 벌어졌는데, 민사소송은 물론이고 이와 관련된 고소, 고발사건들이 대법원에까지 몰려들었던 것이다. 노력하지 않고도 재산을 차지할 수 있는 일생일대의 기회에 민·형사소송은 급증할 수 밖에 없었고, 그 종착점이 대법원이었던 것이다. 임상섭, "귀속재산불하 문제에 관한 관견", 희망, 1953년 12월호, 50면 이하 참조.

51) 법률신문 1961년 7월 24.일자.

로 제1심의 심리를 강화하고, 강화된 제1심을 전제로 항소심을 사후심으로 상고심을 순수한 법률심으로 재판성하고자 했다. 이렇게 제1심 공판절차가 강화되면 제2의 제1심이라고 불리는 복심형태의 항소심은 필요 없게 되고, 항소심은 종전에 상고심이 담당하던 기능의 대부분을 수행해야 한다. 그리하여 종전에는 없었던 항소이유서제도가 도입되었는데, 항소이유는 종전의 상고이유 대부분을 그대로 이어받았다.<sup>52)</sup> 한편 상고이유를 헌법해석의 착오 기타 헌법위반이 있는 때, 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 등으로 제한하였다. 그리고 제1심법원의 판결에 불복이 있으면 고등법원에 공소할 수 있었던 것을 지방법원 단독판사가 선고한 것은 지방법원 합의부에, 지방법원 합의부가 선고한 것은 고등법원에 공소하고, 고등법원 판결에 불복이 있으면 대법원에 상고할 수 있었던 것을 제2심 판결에 불복이 있으면 지방법원 합의부가 선고한 것은 고등법원에 상고할 수 있으며 고등법원이 선고한 것은 대법원에 상고할 수 있도록 함으로써 심급제도를 4급 3심제로 하였고, 고등법원에 상고부를 설치하였다.<sup>53)</sup>

1961년 개정형소법은 상고심인 대법원의 업무부담을 줄이기 위하여 고등법원 상고부제도를 선택하였던 바, 고등법원 상고부의 역할은 단독판사 관할사건으로부터 시작된 상고사건을 전담하여 최종심으로 종국처리하는 것이었다. 즉, 고등법원 상고부제도는 단독판사 관할사건의 심급구조를 단독판사 → 지방법원 본원 합의부 → 고등법원 상고부의 구조로 재판성하고, 이에 대해 지방법원 합의부 사건은 종전과 마찬가지로 지방법원 합의부 → 고등법원 → 대법원의 심급구조로 정리되었다.<sup>54)</sup> 이와 같이 1962년부터 1963년까지 고등법원에 상고부를 둔 적이 있으나,<sup>55)</sup> 동 제도에 대해서는 고등법원에 상고부를 두고 중심으로 하는 것

52) 종전의 항소심에서는 단순히 사실오인과 양형부당을 주장하기만 하면 족하였으나 개정된 형사소송법 하에서는 항소이유로 ‘중대한 사실오인’과 ‘현저한 양형부당’을 제시하여야만 했고, 피고인의 구체적 이익을 보호하기 위해 예외적으로 직권심리사유를 인정하였다. 신동운, 앞의 보고서, 103-104면.

53) 천진호, “상소제도론의 발전과 전망”, 형사법연구, 제22호, 한국형사법학회, 2004, 320-321면.

54) 권오병, “상고이유에 관한 고찰”, 법정, 제18권 2호, 1963.2., 67면 이하 참조.

55) 사법개혁위원회 자료집에는 이를 2원적 4심제로 표현하고 있으나(사법개혁위원회 자료집(II), 2005,

은 위헌의 소지가 있고, 상고심 법령해석의 통일기능을 약화시켰다는 문제점이 지적되었다.<sup>56)</sup>

1961년 8월 12일, 법률 제679호로 개정된 법원조직법(1961년 9월 1일 시행) 대법관을 대법원판사로 개칭하고,<sup>57)</sup> 종전의 대법원판사제도를 폐지하였다. 1963년 12월 13일, 제2차 형사소송법 개정은 항소이유 중 하나인 헌법해석의 착오 기타 헌법위반이 있는 때를 판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있는 때로 수정하고, 그에 맞추어 항소이유 중 공소의 수리 또는 기각이 법령에 위반한 때 등을 제외하는 등 항소이유를 조정하였다. 또한 판결에 영향을 미친 사유에 관하여는 항소이유서에 포함되지 아니한 경우에도 항소법원이 직권으로 심판할 수 있도록 하여 항소법원의 직권심판 대상을 확대하였다.<sup>58)</sup> 그리고 심급관할과 관련하여서는 제2심 판결에 대한 상고심을 대법원으로 일원화하는 3심제로 변경하였다.

한편 1963년 12월 13일 법률 제1496호로 법원조직법을 개정하여 대법원판사의 정원 9인을 13인으로 증원하였으며, 1969년 1월 20일 법원조직법 개정(법률 제2084호)에 의하여 대법원판사 13인을 16인으로 증원하였다. 그러나 1981년 1월 29일 법률 제3362호로 개정된 법원조직법은 대법원판사의 정원을 16인에서 12인으로 감축하였고, 이후 헌법개정에 따라 1987년 12월 4일 법률 제3992호로

사법제도비교연구회, 85면) 일종의 4급 3심제로 파악해야 한다. 신동운, 앞의 보고서, 106면.

56) 『사법제도개혁백서(하)』, 대법원 1994, 1102면 참조.

57) 1987년 10월 29일에 공포된 제9차 개정헌법을 통해 대법원판사는 대법관으로 그 명칭이 다시 변경되었다.

58) 제364조 (항소법원의 심판)

- ① 항소법원은 항소이유에 포함된 사유에 관하여 심판하여야 한다.
- ② 항소법원은 판결에 영향을 미친 사유에 관하여는 항소이유서에 포함되지 아니한 경우에도 직권으로 심판할 수 있다(개정).
- ③ 제1심법원에서 증거로 할 수 있었던 증거는 항소법원에서도 증거로 할 수 있다(1963. 12. 13. 신설).
- ④ 항소이유 없다고 인정한 때에는 판결로써 항소를 기각하여야 한다.
- ⑤ 항소이유가 없음이 명백한 때에는 항소장, 항소이유서 기타의 소송기록에 의하여 변론 없이 판결로써 항소를 기각할 수 있다.
- ⑥ 항소이유가 있다고 인정한 때에는 원심판결을 파기하고 다시 판결을 하여야 한다(1963. 12. 13. 본조개정).

법원조직법을 개정하여 대법관의 수를 법원행정처장을 포함하여 14인으로 변경하였다. 또한 1980년 10월 27일에 공포된 제8차 개정헌법에 의하여 대법원에 대법원판사 아닌 법관을 둘 수 있도록 하였으며, 대법원에 행정·조세·노동·군사·특허 등 사건에 대한 전담부를 설치할 수 있도록 하였다. 이후 1981년 1월 29일에는 「소송촉진등에관한특례법」을 제정하여 상고이유를 제한하고 일정한 민사관련 사건에 대한 상고를 허가하는 제도를 신설하였으며, 1994년 7월 27일에는 「상고심절차에관한특례법」을 제정하여 심리불속행제도를 채택하였다.<sup>59)</sup>

#### 나. 현행 심급제도

우리의 사법제도는 재판에 신중을 기하여 위해 심급제를 채택하고 있는데, 헌법 제101조 2항은 법원을 최고법원인 대법원과 각급법원으로 조직하게 하여 간접적으로나마 상하의 심급제를 규정하고 있고, 법원조직법은 법원의 심판권과 관련하여 3심제를 명문으로 규정하고 있다. 우리의 재판제도는 3심제를 원칙으로 운영하고 있는데, 다만 헌법과 관계법률의 규정을 보면, 선거소송과 비상계엄하의 군사재판(사형선고의 경우 제외)은 각각 2심제와 단심제로 하여 3심제에 대한 예외를 인정하고 있다. 민·형사 사건 중 단독사건은 지방법원(지원) 단독판사 → 지방법원 본원 합의부(항소부) → 대법원의 순서로, 합의사건은 지방법원(지원) 합의부 → 고등법원 → 대법원의 순서로 각 심급제를 구성하고 있고, 군사재판은 보통군사법원 → 고등군사법원 → 대법원의 차례로 이루어지고 있다. 그러나 헌법이 명문으로 3심제를 규정하고 있는 것은 아니므로 2심에 의한다고 하더라도 헌법위반은 아니고,<sup>60)</sup> 판례의 입장도 양형의 부당·사실의 오인 등 사실심의 상고제한은 3심제 그 자체에는 위배되지만 합리적인 이유가 있는 경우에는 위헌이 아니라고 보고 있다.<sup>61)</sup> 그러나 법률해석이 문제되는 한 최종심은 대법원이라야 하기 때문에 법령위반에 관한 상고제한은 위헌이고, 사형선고의 경

59) 천진호, 앞의 글, 321-322면.

60) 「법원은 최고법원인 대법원과 각급법원으로 조직된다」는 헌법 제101조 2항을 모든 사건에 대하여 대법원에 상고할 수 있다는 취지로 이해하여서는 아니된다. 헌법재판소 1992. 6. 26. 90헌비25; 헌법재판소 2007. 7. 26. 2006헌마551

61) 대법원 1987. 4. 14, 87도350.

우를 제외하고는 비상계엄하에 군사재판을 단심으로 할 수 있도록 한 헌법 제 110조 4항도 대법원에의 상고를 제한하는 것이므로, 재판청구권에 대한 중대한 제한이 된다.<sup>62)</sup>

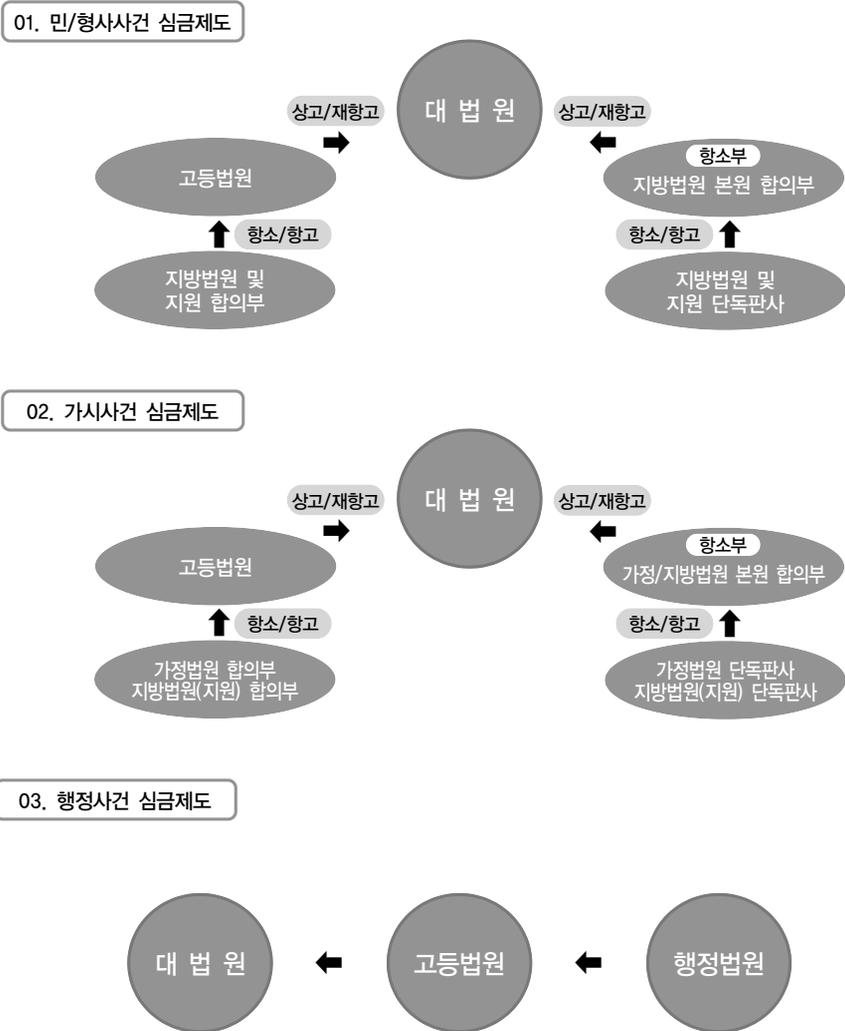


그림 1-1 심급제도<sup>63)</sup>

62) 권영성, 앞의 책, 618면; 김철수, 앞의 책, 1040면; 성낙인, 앞의 책, 774면.

63) 대법원 홈페이지 참조. [http://www.scourt.go.kr/info/scrt\\_intro/judicial](http://www.scourt.go.kr/info/scrt_intro/judicial) (2010년 11월 10일 최종접속)

제3장

현행 형사상고제도의  
구체적 고찰



# 현행 형사상고제도의 구체적 고찰

## 제1절 현행 형사상고제도의 개관

### 1. 현행법 규정

#### 가. 형사상고의 제기

상고를 제기할 때에는 상고기간인 7일 이내에(형사소송법 제374조) 원심법원에 상고장을 제출하여야 한다(동법 제375조). 상고의 제기가 법률상의 방식에 위반하거나 상고권 소멸 후인 것이 명백한 때에는 원심법원은 결정으로 상고를 기각하여야 하고, 이 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다(동법 제376조). 상고기각의 결정을 하는 경우를 제외하고 원심법원은 상고장을 받은 날로부터 14일 이내에 소송기록과 증거물을 상고법원인 대법원에 송부하여야 한다(동법 제377조). 상고법원이 소송기록을 송부 받은 때에는 즉시 상고인과 상대방에 대하여 그 사유를 통지하여야 하는데, 그러한 통지 전에 변호인이 선임된 경우에는 그 변호인에 대하여도 이를 통지하여야 한다(동법 제378조). 상고인 또는 변호인은 소송기록접수의 통지를 받은 날로부터 20일 이내에 상고법원에 상고이유서

를 제출하여야 하는데,<sup>64)</sup> 상고이유서에는 소송기록과 원심법원의 증거조사에 표현된 사실을 인용하여 그 이유를 명시하여야 한다. 상고이유서의 제출을 받은 상고법원은 지체없이 그 부분 또는 등본을 상대방에게 송달하여야 하고, 상대방은 송달을 받은 날로부터 10일 이내에 답변서를 상고법원에 제출할 수 있다. 답변서를 제출 받은 상고법원은 지체없이 그 부분 또는 등본을 상고인 또는 변호인에게 송달하여야 한다(형사소송법 제379조).<sup>65)</sup>

## 나. 형사상고심의 심리

상고심의 심판에는 특별한 규정이 없는 한 항소심의 규정이 준용되지만(형사소송법 제399조), 법률심인 상고심에는 여러 가지 특칙이 인정된다. 첫째, 상고심의 변론과 관련하여 상고심에는 변호사 아닌 자를 변호인으로 선임하지 못하고(동법 제386조), 변호인이 아니면 피고인을 위하여 변론하지 못한다(동법 제387조). 이는 상고심 변론에서는 법률문제가 주로 다루어진다는 특징을 반영하여 변론 담당자를 법률전문가로 제한한 것이다. 또한 피고인 자신이 변론할 수는 없기 때문에 상고심의 공판기일에는 피고인을 소환할 필요가 없고(동법 제389조의 2), 공판기일을 지정하는 경우에도 피고인의 이감을 필요로 하지 않는다.<sup>66)</sup> 검사와 변호인은 상고이유서에 의하여 변론하여야 하고(동법 제388조), 변호인의 선임이 없거나 변호인이 공판기일에 출정하지 아니한 때에는 직권으로 변호인을 선정해야 하는 경우를 제외하고는 검사의 진술을 듣고 판결을 할 수 있다(동법 제389조 1항).<sup>67)</sup> 둘째, 심판범위와 관련하여 상고심은 상고이유서에 포함된 사유에 관하여 심판하여야 한다. 그러나 ① 판결에 영향을 미친 헌법·법

64) 이 경우에도 형사소송법 제344조에서 규정하고 있는 재소자에 대한 특칙이 준용되는 바, ① 교도소 또는 구치소에 있는 피고인이 상소의 제기기간 내에 상소장을 교도소장 또는 구치소장 또는 그 직무를 대리하는 자에게 제출한 때에는 상소의 제기기간 내에 상소한 것으로 간주되고, ② 피고인이 상소장을 작성할 수 없는 때에는 교도소장 또는 구치소장이 소속공무원으로 하여금 대서하게 하여야 한다.

65) 원심의 변호인은 상고장을 제출할 수 있으나, 상고이유서를 당연히 제출할 수 있는 것은 아니다.

66) 다만 법원사무관 등은 피고인에게 공판기일통지서를 송달하여야 한다(형사소송규칙 제161조 1항).

67) 이 경우에 적합한 상고이유서의 제출이 있는 때에는 그 진술이 있는 것으로 간주한다(형사소송법 제389조 2항).

를·명령 또는 규칙의 위반이 있을 때, ② 판결후 형의 폐지나 변경 또는 사면이 있는 때, ③ 재심청구의 사유가 있는 때에는 상고이유서에 포함되지 아니한 때에도 직권으로 심판할 수 있는데(동법 제383조),<sup>68)</sup> 이는 상고심의 최종심으로서의 기능을 고려하여 현저히 정의에 반하는 효과를 구제하기 위한 것이라고 할 수 있다. 셋째, 상고심은 서면심리주의를 취하고 있는 바, 상고법원은 상고장·상고이유서 기타의 소송기록에 의하여 변론 없이 판결할 수 있다(동법 제390조 1항). 이는 사후심의 구조에 비추어 당연하다고 할 수 있는데, 서면심리주의는 상고기각의 경우뿐만 아니라 원심판결을 파기하는 경우에도 적용된다.<sup>69)</sup>

#### 다. 형사상고심의 재판

우선, 공소가 취소되었을 때, 또는 피고인이 사망하거나 피고인인 법인이 존속하지 않게 되었을 때와 같은 경우에는 상고법원은 결정으로 공소를 기각하여야 한다(형사소송법 제382조). 상고를 기각하는 재판으로는 상고기각의 결정과 상고기각의 판결이 있는데, 상고인이나 변호인이 상고이유서 제출기간 내에 상고이유서를 제출하지 아니한 때에는 결정으로 상고를 기각하여야 한다.<sup>70)</sup> 상고의 제기가 법률상의 방식에 위반하거나 상고권 소멸 후인 것이 명백함에도 불구하고 원심법원이 상고기각의 결정을 하지 아니한 때에는 상고법원이 결정으로 상고를 기각하여야 한다(동법 제381조). 반면, 상고이유가 없다고 인정한 경우에

68) 항소법원은 직권조사사유에 관하여는 항소제기가 적법하다면 항소이유서가 제출되었는지 여부나 그 사유가 항소이유서에 포함되었는지 여부를 가릴 필요 없이 반드시 심판하여야 할 것이지만, 직권조사사유가 아닌 것에 관하여는 그것이 항소장에 기재되어 있거나 그렇지 아니하면 소정 기간 내에 제출된 항소이유서에 포함된 경우에 한하여 심판대상으로 할 수 있고, 다만 판결에 영향을 미친 사유에 한하여 예외적으로 항소이유서에 포함되지 아니하였다 하더라도 직권으로 심판할 수 있다 할 것이다. 반면 상고심은 항소법원 판결에 대한 사후심이므로 항소심에서 심판대상이 되지 않은 사항은 상고심의 심판범위에 들지 않는 것이어서 피고인이 항소심에서 항소이유로 주장하지 아니하거나 항소심이 직권으로 심판대상으로 삼은 사항 이외의 사유에 대하여는 이를 상고이유로 삼을 수 없다. 대법원 2005. 7. 14. 2005도2996.

69) 다만 필요한 경우에 상고법원은 특정한 사항에 관하여 변론을 열어 참고인의 진술을 들을 수 있다(형사소송법 제390조 2항).

70) 다만 상고장에 이유의 기재가 있는 때에는 예외로 한다(형사소송법 제380조).

는 판결로써 상고를 기각하여야 한다(동법 제399조, 제364조 4항).

한편, 상고이유가 있는 때에는 판결로써 원심판결을 파기하여야 하는데(동법 제391조), 피고인의 이익을 위하여 원심판결을 파기하는 경우에 파기의 이유가 상고한 공동피고인에 공통된다면, 그 공동피고인에 대하여도 원심판결을 파기하여야 한다(동법 제392조). 이렇게 원심판결을 파기하는 경우에는 파기와 동시에 환송·이송 또는 재판할 하여야 한다. 첫째, 적법한 공소를 기각하였다는 이유로 원심판결 또는 제1심 판결을 파기하는 경우에는 판결로써 사건을 원심법원 또는 제1심 법원에 환송하여야 한다(동법 제393조). 또한 관할위반의 인정이 법률에 위반됨을 이유로 원심판결 또는 제1심 판결을 파기하는 경우에는 판결로써 사건을 원심법원 또는 제1심 법원에 환송하여야 하고(동법 제395조), 그 이외의 사유로 원심판결을 파기하는 때에도 재판하는 경우 외에는 환송 또는 이송하여야 한다(동법 제397조). 둘째, 관할의 인정이 법률에 위반됨을 이유로 원심판결 또는 제1심 판결을 파기하는 경우에는 판결로써 사건을 관할 있는 법원에 이송하여야 한다(동법 제394조). 관할 항소법원으로 이송할 것인가 또는 제1심 법원으로 이송할 것인가는 관할위반이 어느 심급에 있었는가에 의하여 결정된다. 셋째, 상고법원은 원심판결을 파기한 경우에 그 소송기록과 원심법원 및 제1심 법원이 조사한 증거에 의하여 판결하기 충분하다고 인정한 때에는 피고사건에 대하여 직접 판결할 수 있는데, 이 경우에는 불이익변경금지의 원칙이 적용된다(동법 제396조). 재판의 내용으로는 유죄·무죄의 실체판결뿐만 아니라 공소기각·면소의 형식재판이 포함된다. 항소기각의 판결도 할 수 있는데, 이 경우에는 제1심 판결이 확정된다. 상고심의 재판서에는 재판서의 일반적 기재사항 이외에 상고의 이유에 관한 판단을 기재하여야 하는데(동법 제398조), 이는 법령해석의 통일이라는 상고심의 기능에 비추어 당연하다고 판단된다.<sup>71)</sup>

---

71) 대법원재판서에는 합의에 관여한 모든 대법관의 의견을 표시하여야 한다(법원조직법 제15조).

## 2. 민사상고제도와 비교 검토

형사상고와 마찬가지로 민사상고도 고등법원이 선고한 종국판결과 지방법원 합의부가 제2심으로서 선고한 종국판결에 대하여 할 수 있다(민사소송법 제422조 1항).<sup>72)</sup> 민사상고는 판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있다는 것을 이유로 드는 때에만 할 수 있는 것으로 규정하고 있는데(동법 제423조), 다음 중 어느 하나의 사유가 있는 때에는 상고에 정당한 이유가 있는 것으로 한다. ① 법률에 따라 판결법원을 구성하지 아니한 때, ② 법률에 따라 판결에 관여할 수 없는 판사가 판결에 관여한 때, ③ 전속관할에 관한 규정에 어긋난 때, ④ 법정대리권·소송대리권 또는 대리인의 소송행위에 대한 특별한 권한의 수여에 흠이 있는 때, ⑤ 변론을 공개하는 규정에 어긋난 때, ⑥ 판결의 이유를 밝히지 아니하거나 이유에 모순이 있는 때가 바로 절대적 상고이유로 규정되어 있는 것이다(동법 제424조). 또한 상고심절차에는 특별한 규정이 없는 한 항소심절차가 준용되고(동법 제425조), 상고의 제기와 상고심의 심리 및 재판에 있어서는 전술했던 형사상고심의 경우와 대동소이하다.

민사소송법이 법률상의 상고이유에 해당하는 때에만 상고를 제기할 수 있는 것으로 규정하고 있었음에도 불구하고, 사실상 상고이유에 해당하지 않으면서도 마치 이에 해당하는 것처럼 주장하는 남상고가 행해짐으로써 대법원은 상당한 업무 부담을 지게 되었다. 이에 대법원이 법률심으로서의 기능을 효율적으로 수행하고, 법률관계를 신속하게 확정할 수 있도록 상고심절차에 관한 특례를 규정한 「상고심절차에 관한 특례법」이 1994년 7월 27일에 법률 제4769호로 제정되어, 1994년 9월 1일부터 시행되고 있다. 동법의 가장 큰 특징은 심리불속행 제도를 규정하고 있는 것인데, 대법원은 상고이유에 관한 주장이 ① 원심판결이 헌법에 위반되거나, 헌법을 부당하게 해석한 경우, ② 원심판결이 명령·규칙 또는 처분의 법률위반 여부에 대하여 부당하게 판단한 경우, ③ 원심판결이 법률·명령·규칙 또는 처분에 대하여 대법원 판례와 상반되게 해석한 경우, ④ 법률·명

72) 다만, 종국판결 뒤에 양쪽 당사자가 상고할 권리를 유보하고 항소를 하지 아니하기로 합의한 때에는 제1심의 종국판결에 대하여 상고할 수 있다(민사소송법 제422조 2항).

령·규칙 또는 처분에 대한 해석에 관하여 대법원 판례가 없거나 대법원 판례를 변경할 필요가 있는 경우, ⑤ 중대한 법령위반에 관한 사항이 있는 경우, ⑥ 「민사소송법」 제424조 1항<sup>73)</sup> 1호부터 5호까지에 규정된 사유가 있는 경우 중 하나의 사유를 포함하지 않는다고 판단하는 때에는 더 이상 심리를 하지 않고 판결로써 상고를 기각한다(상고심절차에 관한 특례법 제4조 1항). 또한 상고이유에 관한 주장이 위의 사유를 포함하는 경우에도 ① 그 주장 자체로 보아 이유가 없는 때, ② 원심판결과 관계가 없거나 원심판결에 영향을 미치지 아니하는 때에는 심리를 하지 않고 판결로 상고를 기각한다. 요컨대 상고이유에 중대한 법령위반에 관한 사항이 포함되어 있지 않거나, 이러한 사항이 포함되어 있는 경우라 하더라도 상고이유가 그 자체로 보아 이유 없거나 원심판결에 영향을 미치지 아니하는 때에는 심리를 속행하지 아니하도록 규정하고 있는 것이다. 한편, 심리불속행의 사유로 인한 상고기각판결이나 상고이유서부제출로 인한 상고기각판결에는 이유를 기재하지 아니할 수 있도록 하고, 이러한 판결은 선고로 요하지 아니하며 상고인에게 송달됨으로써 효력이 생기도록 하였다(동법 제5조). 그러나 「상고심절차에 관한 특례법」은 민사소송과 가사소송 및 행정소송(특허소송 포함)의 상고사건에만 적용하도록 규정하고 있고(동법 제2조), 형사소송은 그 적용범위에 포함시키지 않고 있다. 또한 민사사건의 경우에는 동법상의 심리불속행 제도 이외에도 소액사건심판법<sup>74)</sup> 소정의 소액사건에 대한 상고제한제도<sup>75)</sup>가 실시

73) 제424조절대적 상고이유) ① 판결에 다음 각호 가운데 어느 하나의 사유가 있는 때에는 상고에 정당한 이유가 있는 것으로 한다.

1. 법률에 따라 판결법원을 구성하지 아니한 때
2. 법률에 따라 판결에 관여할 수 없는 판사가 판결에 관여한 때
3. 전속관할에 관한 규정에 어긋난 때
4. 법정대리권·소송대리권 또는 대리인의 소송행위에 대한 특별한 권한의 수여에 흠이 있는 때
5. 변론을 공개하는 규정에 어긋난 때
6. 판결의 이유를 밝히지 아니하거나 이유에 모순이 있는 때

74) 소액사건심판법은 지방법원 및 지방법원지원에서 소액의 민사사건을 간소한 절차에 따라 신속히 처리하기 위하여 민사소송법에 대한 특례를 규정함을 목적으로 한다(제1조).

75) 소액사건심판법 제3조는 소액사건에 대한 지방법원 본원 합의부의 제2심 판결이나 결정·명령에 대하여는 ① 법률·명령·규칙 또는 처분의 헌법위반여부와 명령·규칙 또는 처분의 법률위반여부에 대한 판단이 부당한 때, ② 대법원의 판례에 상반되는 판단을 한 때에 한하여 대법원에 상고 또는 재항고를 할 수 있다고 함으로써 실질적으로 대법원의 판례에 상반되는 경우에는 상고가 불가능하

되고 있어 형사사건에 비하여 상당수의 사건이 걸러지고 있다.

형사상고에 심리불속행 제도를 도입하지 않은 이유는 남상고를 제한해야 할 필요성이나 긴급성이 민사사건에 비하여 덜하다는 인식에 근거하였고, 『상고심 절차에 관한 특례법』 제정 당시의 형사소송법<sup>76)</sup>은 심리불개시판결제도와 조화되기 어려운 측면이 많았다. 첫째, 민사상고와 달리 형사사건에서는 사실오인이나 양형부당을 상고이유로 주장할 수 있으므로 심리개시의 기준도 달라져야 했다. 둘째, 기록송부절차에서 대법원과 원심법원만이 관여할 수 있는 민사상고와 달리 당시 형사상고에서는 검찰과의 관계조정이 요구되었다. 셋째, 형사상고에서는 변론이 가능하기 때문에 그에 따른 절차의 정비가 필요했다. 넷째, 구속사건의 경우 구속기간의 제한을 받으므로 가능한 신속하게 사건을 대법원에서 처리할 필요가 있다는 점이 고려되어야 했고, 시간적인 여유가 있는 불구속사건의 경우에도 구속사건과 전혀 다른 절차를 취하는 것은 곤란했던 것이다.<sup>77)</sup>

도록 하고 있다.

- 76) 1995년 12월 29일 법률 제5054호로 개정되기 전의 형사소송법상 상고기간은 7일이고(제374조), 방위위배의 상고나 상고권 소멸 후의 상고는 원심법원이 결정으로 상고를 기각하도록 되어 있으며, 이 결정에 대해서는 즉시항고가 가능하도록 하였다(제376조). 기록송부는 검찰청을 경유하도록 되어 있고(377조), 상고이유서를 제출하지 않으면 상고기각의 결정을 하도록 하고 있었다(제380조). 상고이유는 민사소송법(2002년 1월 26일 법률 제6626호로 전문 개정되기 전의) 제393조, 제394조와 상이하며(제383조), 상고심에서의 변론이 가능하였다(제387조, 제388조).
- 77) 그리하여 당시 사법제도발전위원회 연구실은 형사사건의 남상고를 여과하기 위해서는 일본의 상고 수리제를 검토하는 것이 타당하다는 입장을 취하였다. 즉, 기본적인 상고이유인 “판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있는 때”(형사소송법 제383조 1호 이는 동법 제415조 소정의 재항고 이유와 동일함)를 주장하는 경우, 실질적으로 그와 같은 법령위반을 주장하는 취지가 아니라면 상고심의 심리를 개시하지 아니하는 방안을 모색할 수 있고, 위의 상고이유를 주장하지만 그 주장에 법령해석에 관한 중요한 사항이 포함되어 있지 아니함이 명백한 때, 그 주장 자체로 보아 이유 없음이 명백한 때, 원심판결과 무관하거나 원심판결에 영향을 미치는 사유가 아님이 명백한 때 등에는 심리를 개시하지 아니하는 판결을 할 수 있다고 보았던 것이다. 그러나 이에 대해서는 단기간의 구속기간 내에 심리개시여부판단을 위한 절차를 효과적으로 이행하기는 어려울 것이므로 상고이유에 관한 실질적인 주장이 없는 경우에는 심리불개시 재판절차를 거칠 필요없이 곧바로 사건을 종결시키는 것이 타당하다고 보는 입장이 있다. 천진호, 앞의 글, 2004, 336-337면.

## 제2절 대법원의 구성과 기능

### 1. 대법원의 구성

형사상고심을 담당하고 있는 대법원의 조직 현황을 고찰하기에 앞서, 대한민국 건국 후 지금까지 대법원의 구성과 관할이 어떻게 변모되었는지 살펴보는 것은 의미가 있는 일로 사료되며, 그 연혁을 개관하면 다음과 같다. ① 건국헌법의 대법원은 대법원장과 대법관으로 구성되었고, 대법원장인 법관은 대통령이 임명하되 국회의 승인을 얻도록 하였다. 대법원은 대법원규칙을 제정할 권한, 법률의 위헌 여부의 심판을 헌법위원회에 제청할 권한, 명령·규칙·처분의 위헌·위법 여부를 최종적으로 심사할 권한 등을 가지고 있었다. ② 1960년 헌법에서는 법관의 자격이 있는 자로써 조직되는 선거인단이 대법원장과 대법관을 선거하도록 하였고, 일반법관은 대법관회의의 의결에 따라 대법원장이 임명하도록 하였다. 당시 대법원은 규칙제정권과 명령·규칙·처분에 대한 위헌·위법심사권만을 보유하고 있었다. ③ 1962년 헌법은 대법원에 위헌법률심사권을 비롯하여 헌법의 해석권과 정당해산심판권을 부여하였다. 대법원장과 대법원판사의 임명에 관해서는 법관추천회의제도를 채택하여 대법원의 구성을 대통령과 국회로부터 독립시켰다. ④ 1972년 헌법의 대법원은 대법원장과 대법원판사로 구성되었다. 대법원장은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하고, 대법원장 이외의 법관은 대법원장의 제청에 따라 대통령이 임명하였다. 대법원장의 제청권은 형식적인 것일 뿐 법관의 실질적 임명권과 보직·징계권까지도 대통령이 행사함으로써 사법부의 독립은 유명무실한 것이 되었고, 헌법재판에 관해서도 명령·규칙심사권과 선거소송만을 관장하였으며, 법률의 위헌 여부에 관하여는 헌법위원회에 그 심사를 제청할 수 있을 뿐이었다. ⑤ 1980년 헌법의 대법원은 대법원장과 대법원판사로 구성되었지만, 법률이 정하는 바에 의하여 대법원판사가 아닌 법관을 둘 수 있게 하였다. 대법원장은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하고, 대법원판사는 대법원장의 제청으로 대통령이 임명하였으며, 일반법관의 임명권은 대법원장이 가지도록 하였으나, 헌법재판에 관해서는 명령·규칙심사권과 선거소송재판권만을 보유하고 위헌법률심사는 헌법위원회에 제청할 수 있는 권한을 가질 뿐이었

다.<sup>78)</sup>

현재 우리나라의 대법원은 대법원장과 대법관으로 구성되는데,<sup>79)</sup> 대법원장은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하고, 대법관은 대법원장의 제청으로 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명한다(헌법 제104조 1항, 2항). 대법관의 수는 대법원장을 포함하여 14인으로 정하고 있다(법원조직법 제4조 2항).<sup>80)</sup> 헌법은 대법원에 법률이 정하는 바에 의하여 대법관이 아닌 법관을 둘 수 있다고 규정하고 있는데(헌법 제102조 2항 단서), 법관구성을 이원화한 것은 최고법원 운영의 합리화와 재판의 신속을 기하기 위함이다.<sup>81)</sup> 이에 따라 대법원장은 판사 중에서 재판연구관을 지명하여 대법원에서 사건의 심리 및 재판에 관한 조사와 연구에 종사하도록 하고 있는데, 재판연구관은 판사로 보하거나 3년의 기간 내에 범위를 정하여 판사가 아닌 자를 임명할 수 있다(법원조직법 제24조).<sup>82)</sup> 2009년 12월 31일 현재, 재판연구관의 총수는 계약직 연구관을 포함하여 총 88인으로, 고등법원 부장판사인 수석재판연구관과 선임재판연구관 각 1인, 대법관 1인당 3인씩 배정되어 있는 재판연구관 36인,<sup>83)</sup> 공동재판연구관 42인, 계약직 7인 및 헌법재판소 파견 1인이 포함되어 있다.<sup>84)</sup>

한편 대법원의 심판은 대법관전원의 3분의 2 이상으로 구성되는 합의체에서 이루어지는데, ① 명령 또는 규칙이 헌법이나 법률에 위반함을 인정하는 경우, ② 종전의 대법원판례를 변경할 필요가 있음을 인정하는 경우, ③ 부에서 재판함이 적당하지 아니하다고 인정하는 경우, ④ 부에서 심리한 결과, 대법관들의 의견이 일치하지 아니한 경우에 전원합의체가 심판권을 가진다.<sup>85)</sup> 또한 대법원에

78) 권영성, 앞의 책, 1080면 각주 1 참고

79) 대법원장의 임기는 6년으로 중임할 수 없고(헌법 제105조 1항), 대법관의 임기는 6년으로 법률이 정하는 바에 의하여 연임할 수 있다(동법 제105조 2항).

80) 대법관 중 1인은 법원행정처장으로서 재판업무에 직접 관여하지 않고 있다.

81) 권영성, 앞의 책, 1082면; 김철수, 앞의 책, 1533면. 대법원의 업무량이 증가하더라도 소송의 지연이나 재판의 졸속을 방지해야 할 것이나, 대법관의 수를 지나치게 늘릴 수는 없으므로 2원 구성의 방법을 채택한 것이다.

82) 대법원장은 다른 국가기관·공공단체·교육기관·연구기관 기타 필요한 기관에 대하여 소속 공무원 및 직원을 재판연구관으로 근무하게 하기 위하여 파견근무를 요청할 수 있다(법원조직법 제24조 5항).

83) 14인의 대법관 중 대법원장과 법원행정처장을 제외한 12인에게 배정되어 있다.

84) 사법연감 2010, 96면, 192면 참조

는 대법관 3인 이상으로 구성된 부를 둘 수 있는데(법원조직법 제102조 1항), 부에는 일반부와 특별부가 있고, 일반부에는 민사부와 형사부가 있다. 또한 대법원장은 필요하다고 인정할 경우에 특정한 부로 하여금 행정·조세·노동·군사·특허 등의 사건을 전담하여 심판하게 할 수 있는데(동법 제7조 2항), 이러한 대법원의 전담부제도는 재판업무의 전문성과 효율성을 제고하고 재판의 신속성과 적정성을 기하기 위한 것이다.<sup>86)</sup>

## 2. 대법원의 기능

상고심은 법령을 최종적으로 해석하여 무엇이 법인가를 선언하는 것을 제1차적인 목적으로 삼고 있고, 이러한 목적을 달성하기 위해 일정한 중요사건만을 그 대상으로 하여 법령위반 등의 특정사유가 있는 경우에 상고를 할 수 있도록 하는 것이 일반적이다. 최고법원 본연의 모습은 사건에 대한 판단을 매개로 자신의 사법정책 방향이나 국민의 권리보호 의지를 표명하는 것이며,<sup>87)</sup> 상고제도의 목적을 어떻게 설정할 것인지는 각국의 입법정책에 달려있다. 영미법계 국가와 대륙법계 국가 중 프랑스에서는 법령해석의 통일에 상고제도의 목적을 두고 있는 것에 반해, 독일의 상고심은 법령해석의 통일과 당사자의 권리구제를 목적으로 삼되, 전자를 후자보다 우선시하는 것으로 평가된다.<sup>88)</sup> 우리나라의 상고심은 일반적으로 법령해석의 통일과 당사자의 권리구제라는 두 가지 목적을 모두 달성하려는 것으로 해석되고 있으나, 기본적으로 형사소송법은 상고심을 법률심

85) 대법원에는 대법관 전원으로 구성되는 대법관회의가 있는데, 대법원장이 그 의장이 되는 대법관회의에서는 ① 판사의 임명 및 연임에 대한 동의, ② 대법원규칙의 제정과 개정 등에 관한 사항, ③ 판례의 수집·간행에 관한 사항, ④ 예산요구, 예비금지출과 결산에 관한 사항, ⑤ 다른 법령에 의하여 대법관회의의 권한에 속하는 사항, ⑥ 특히 중요하다고 인정되는 사항으로서 대법원장이 부의한 사항 등을 대법관전원의 3분의 2이상의 출석과 출석인원 과반수의 찬성으로 의결된다.

86) 권영성, 앞의 책, 1082면.

87) 천진호, 앞의 글, 331면.

88) 김현석, “고등법원 상고심사부 제도의 도입 필요성 및 시행방안”, 2010년 대법원 주최 사법제도개선(상고심사부/법조일원화) 공청회 자료, 7면.

으로 제한하고 있고, 당사자의 권리구제 역시 법률문제를 다루는 범위 내에서 이루어질 수밖에 없으므로 우리의 상고제도의 주된 목적은 법령해석의 통일에 있다고 보아야 할 것이다. 일반화·추상화되어 있는 법의 적용은 해석을 필요로 하기 마련이고, 한 국가 내에서 그러한 해석이 일관되게 이루어져야 법적 안정성이 보장될 수 있으므로, 형사소송법은 상고심을 원칙상 법률심으로 규정함으로써 국가의 법률해석에 통일을 기하려고 하고 있다.<sup>89)</sup> 개개의 특정 사건에서의 당사자의 권리구제 또한 중요한 의미를 갖지만, 이는 본질적으로 사실심법원의 임무이지 대법원의 임무는 아니다. 즉 사실인정의 당부판단은 항소심의 역할이므로, 대법원이 단순히 제2의 항소심 또는 제3의 사실심으로 작용해서는 아니 되며, 상고심이라는 본질에 기초하여 하급심의 법령적용상 오류를 시정하고 법령해석의 통일을 도모하기 위한 기능을 수행해야 하는 것이다.<sup>90)</sup>

### 3. 헌법재판소와의 관계

헌법 제101조 1항은 「사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다」라고 법원사법의 원칙을 규정하고 있으면서도, 동법 제111조에서는 헌법재판이 헌법재판소의 소관임을 규정함으로써 헌법재판소의 심판사항에 대해서는 법원이 사법권을 행사할 수 없도록 하고 있다. 현행 헌법은 사법작용의 범주에 속하는 민사·형사·행정 등에 관한 일반재판권과 헌법재판권을 각기 분리·독립된 사법기관인 법원과 헌법재판소로 하여금 분장하게 하고 있는 바, 이로 인하여 두 기관 사이에 헌법해석과 법률해석을 둘러싼 의견대립이나 갈등이 발생하기도 한다.<sup>91)</sup>

89) 민사소송법 제423조는 상고이유를 헌법·법률·명령·규칙 위반의 사유가 있는 경우에 한하여 상고할 수 있도록 규정함으로써 상고심이 법률심임을 선언하고 있다.

90) 김현석, 앞의 논문, 7-8면.

91) 1990년 10월 15일 헌법재판소가 법무사법시행규칙 제3조 제1항에 대한 헌법소원을 받아들여 내린 위헌결정에 대하여, 대법원이 헌법상 명령·규칙심사권은 법원에 있고 처분적 행정입법에 대한 취소소송이 가능함에도 헌법재판소가 이를 심사한 것은 법원의 권한을 침해한 것이라고 주장하였다. 이에 헌법재판소는 대법원의 명령·규칙에 대한 최종심사권이란 구체적인 소송사건에서 명령·규칙의 위헌 여부가 「재판의 전제가 되었을 경우」에 대법원이 최종적으로 심사할 수 있는 것이지,

헌법재판소와 법원의 관계를 어떻게 인식하고 정립할 것인지는 중요한 문제인데, 양 기관은 수평적·공화적·상호독립적·상호통제적 관계에 있다고 판단된다.<sup>92)</sup> 첫째, 현행 헌법의 이원적 사법부구조 하에서 헌법재판소와 법원은 수평적·병렬적 관계에 있다. 헌법보장기능과 권한을 양 기관에 분산하고 있는 우리 헌법 규정에 따라, 양 기관은 헌법재판을 분장하는 관계에 있다.<sup>93)</sup> 다만, 헌법재판소가 위헌법률심판·정당해산심판·탄핵심판·권한쟁의심판·헌법소원심판을 담당함에 반해, 대법원은 명령·규칙심사와 선거소송심판을 담당하고 있다는 점에서 구별될 뿐이다. 둘째, 헌법재판소의 위헌법률 심판권은 법원의 심사제청이 있을 때에만 행사될 수 있고, 법원도 법률의 헌법 위반 여부가 재판의 전제가 된 경우에는

명령·규칙 그 자체에 의하여 직접 기본권이 침해되었을 경우에는 헌법소원심판을 청구하는 것이 가능할 뿐 아니라, 이에 대하여 헌법재판소가 심판하는 것은 지극히 당연한 일이라고 응수하였다(헌법재판소 1990. 10. 15. 89헌마178). 또한 1997년 12월 24일에는 구소득세법 제23조 제4항 단서 등에 대한 헌법재판소의 위헌결정에 따르지 아니한 대법원의 판결(대법원 1996. 4. 9. 95누11405)을 취소하고, 헌법소원청구인에 대한 동자세무서장의 7억 원 상당의 양도소득세 등 부과처분도 함께 취소하였다. 이 때 헌법재판소는 ‘법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외한다’는 헌법재판소법 제68조 제1항 본문에 대하여, 「헌법재판소에 위하여 위헌으로 결정된 법령을 적용하여 국민의 기본권을 침해한 법원의 재판에 대해서까지 헌법소원을 허용하지 않는 한 그 한도에서 위헌이라고 결정」함으로써, 법원의 재판도 예외적으로 헌법소원의 대상이 된다고 판시하였다(헌법재판소 1997. 12. 24. 96헌마172등[병합]). 그러나 대법원은 1998년 9월 25일에 헌법재판소가 취소한 위 대법원판결을 인용하여, 구소득세법 제23조 제4항 단서 등에 의거한 양도소득세부과처분을 적법하다고 판시하여 헌법재판소의 결정을 무시하였다(대법원 1998. 9. 25. 97누4572, 96누8352, 96누8369). 2001년 4월 27일에도 대법원이 그 판결문에서 국가배상법 제2조 제1항에 대한 헌법재판소의 ‘한정위헌’ 결정에 대하여 법률조항의 해석기준을 제시함에 그치는 헌법재판소의 한정위헌결정은 법원에 전속되어 있는 법령의 해석·적용권한에 대하여 기속력을 가질 수 없기 때문에 소송사건에서 판결이 확정된 후 헌법재판소에서 당해 소송사건과 관련해 그러한 한정위헌결정이 선고되었더라도 재심사유도 될 수 없다고 판시함으로써 양 기관 간에 갈등을 재연시킨 바 있다(대법원 2001. 4. 27. 95재대14). 권영성, 앞의 책, 1130-1131면 각주 참조.

또한, 헌법재판소의 위헌결정과 대법원의 합헌결정이 같은 날 선고되어 최고사법기관 사이에 상이한 결론이 내려져 논란이 된 일도 있었다. 자동차를 이용한 범죄행위를 한 때에는 반드시 운전면허를 취소하여야 한다는 도로교통법 제78조 제1항 단서 제5호에 대한 위헌제청에 대하여 헌법재판소는 「명확성의 원칙과 직업의 자유 등에 위반된다」고 판시한 반면, 대법원은 「처분청이 재량의 여지가 없음이 명백」하다고 판시한 바 있다. 헌법재판소 2005. 11. 24. 2004헌가28, 대법원 2005. 11. 24. 2005두8061. 성낙인, 앞의 책, 1187-1188면.

92) 권영성, 앞의 책, 1130-1133면; 김철수, 앞의 책, 1605-1608면.

93) 권영성, 앞의 책, 1131면; 김철수, 앞의 책, 1606면.

헌법재판소에 위헌심사를 제청하여 그 심판에 따라 재판해야 하므로, 헌법재판소와 법원은 헌법소송에 있어서 상호 공화적·유기적 관계에 있다.<sup>94)</sup> 셋째, 양 기관은 구성과 기능 및 인사면에서 상호독립적으로 운영되고 있다. 구성면에서 헌법재판소장은 대통령이 국회의 동의를 얻어 임명하고 그 재판관은 국회가 선출한 3인과 대법원장이 지명한 3인 등을 대통령이 임명하는 반면, 대법원장은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하고 다른 대법관들은 대법관회의의 동의를 얻어 대법원장이 임명하고 있다. 기능면에서 헌법재판소는 헌법재판적 기능을 주로 행사하고, 대법원은 사법기능을 주로 행사한다. 넷째, 헌법재판소와 법원은 상호통제 관계에 있는데, 헌법재판소의 위헌법률심판권은 법원의 위헌심판제청이 있어야 행사할 수 있고, 법원의 법률해석권은 헌법재판소의 위헌법률심판권에 의해 제약을 받게 된다. 또한 헌법재판소의 권한쟁의심판과 법원의 기관소송과 관련하여, 법원은 헌법재판소의 권한쟁의심판의 대상이 되는 사항에 대해서는 재판권을 행사할 수 없다.<sup>95)</sup> 헌법재판소는 법원의 재판에 대하여 원칙적으로 헌법소원심판권을 행사할 수 없으나(헌법재판소법 제68조 1항), 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판에 대해서는 심판권을 행사할 수 있다. 대법원규칙이 직접 국민의 기본권을 침해하는 경우에도 헌법재판소는 헌법소원심판의 방식으로 그 위헌 여부를 심사할 수 있다. 반면 법원은 재판의 전제가 될 경우, 명령·규칙에 대한 최종적인 심사권을 갖는데, 이를 헌법재판소규칙에 대해서도 행사할 수 있다. 나아가 대법원장은 3인의 재판관을 지명함으로써 헌법재판소의 구성에 관여하고, 헌법재판소는 법원에 대하여 국회가 탄핵소추를 한 경우에 그 심판권을 가진다. 요컨대, 헌법재판소와 법원은 상호독립적이면서 공화하고, 상호통제하는 관계에 있으므로 그 우열관계를 단순히 평면적으로 논한다는 것은 무의미하며, 서로의 기능과 헌법상의 권한을 존중함으로써 불필요한 위상다툼을 자제할 필요가 있다.<sup>96)</sup>

94) 헌법재판소와 법원이 공화적·유기적 관계에 있다는 다른 근거로는, 헌법재판소의 재판관 중 3인을 대법원장이 지명한다는 것과 헌법재판소장이 판사를 헌법연구관으로 임명할 경우에 있어서 사전에 대법원장에게 파견근무를 요청해야 한다는 점을 들 수 있다.

95) 행정소송법 제3조 제4호 단서에서 「헌법재판소법 제2조의 규정에 의하여 헌법재판소의 관장사항으로 되는 소송은 행정소송법상의 기관소송에서 제외된다」고 규정하고 있기 때문이다.

### 제3절 형사상고제도의 운영현황

#### 1. 대법원의 업무처리 현황

〈표 1-1〉은 2000년부터 2009년까지 각 심급의 법원에 접수되고 처리된 본안 사건 수를 나타낸 것인데,<sup>97)</sup> 2009년 대법원에 접수된 상고사건은 사상 처음으로 3만 건을 넘어섰고, 이는 2004년 2만 건을 넘어선 지 불과 5년 만의 일이다. 2009년 제1심 법원에 접수된 사건은 1,434,530건이었고, 제1심 법원이 처리한 사건 수는 1,455,200건으로 101.4%의 처리율을 나타내고 있다.<sup>98)</sup> 같은 해 항소심에는 128,061건의 사건이 접수되어 126,987건이 처리되었고(처리율 99.2%), 상고심에는 32,361건의 사건이 접수되어 30,102건이 처리되었다. 2009년 상고심의 접수사건은 32,361건으로 2008년 28,040건에 비해 15.4%나 증가하였고, 2008년 100.9%였던 처리율도 2009년에는 93%로 현격히 감소하였다.

**표 1-1** 본안사건 누년비교표

구분 연도	제1심		항소심		상고심	
	접수	처리	접수	처리	접수	처리
2000	981,326	969,254	95,886	94,622	16,492	15,722
2001	1,104,749	1,059,912	98,369	98,261	18,960	18,637
2002	1,289,591	1,245,016	97,765	99,294	18,600	18,717
2003	1,427,445	1,418,712	99,194	100,238	19,295	18,888
2004	1,487,673	1,468,257	103,423	102,627	20,432	20,073
2005	1,396,221	1,419,954	101,724	99,971	22,587	20,623

96) 권영성, 앞의 책, 1133면; 김철수, 앞의 책, 1607-1608면; 허영, 헌법소송법론, 박영사, 2010, 98-99면. 헌법재판소가 헌법소원심판절차에서 법원의 재판을 헌법과 기본권적인 관점에서 심판하게 된다고 해서 헌법재판소가 제4심 재판부 내지는 超상고심 재판부가 되는 것은 아니다. 또 법원이 헌법재판소의 헌법해석을 존중해서 법률을 해석·적용한다고 해서 헌법재판소의 하부기관이 되는 것도 아니다. 법원은 헌법(제103조)이 명한 대로 ‘헌법과 법률에 의하여’ 재판하기 위해서 헌법재판소의 유권적인 헌법해석을 존중하는 것일 뿐이다.

97) 법원행정처, 『사법연감』, 2010, 587-588면.

98) 2009년 이전에 접수되어 미처리되었다가 2009년에 이르러 처리된 사건 수가 포함되어 처리율이 100%를 초과한다.

연도	제1심		항소심		상고심	
	접수	처리	접수	처리	접수	처리
2006	1,577,919	1,473,469	103,851	96,375	22,946	23,003
2007	1,530,165	1,527,607	113,918	112,247	26,392	27,017
2008	1,601,807	1,617,210	123,241	123,109	28,040	28,281
2009	1,434,530	1,455,200	128,061	126,987	32,361	30,102

〈표 1-2〉는 상고심에 접수되고 처리된 본안사건 수를 근거로 대법관 1인당 부담해야 하는 사건 수를 나타낸 것이다.<sup>99)</sup> 총 14인의 대법관 중 대법원장과 법원 행정처장을 제외한 12명의 대법관이 처리하고 있는 사건 수는 2000년 1,310건에서 2009년 2,508건으로 91.45% 증가하였다. 2009년 상고심에 접수된 본안사건의 수는 총 32,361건인데, 12명의 대법관이 1인당 부담해야 할 평균 사건 수는 2,700여건에 이른다.

표 1-2 대법관 1인당 사건 수

연도	구분	상고심 본안사건 수		대법관 1인당 사건 수	
		접수	처리	접수	처리
2000		16,492	15,722	1,374	1,310
2001		18,960	18,637	1,580	1,553
2002		18,600	18,717	1,550	1,560
2003		19,295	18,888	1,608	1,574
2004		20,432	20,073	1,700	1,673
2005		22,587	20,623	1,882	1,719
2006		22,946	23,003	1,912	1,917
2007		26,392	27,017	2,244	2,251
2008		28,040	28,281	2,337	2,357
2009		32,361	30,102	2,697	2,508

한편 〈표 1-3〉은 심리불속행으로 처리된 민사상고심 본안사건의 수를 보여주고 있다.<sup>100)</sup> 1994년부터 시행중인 「상고심절차에 관한 특별법」은 상고이유에 중

99) 법원행정처, 「사법연감」, 2001~2010 참조

100) 대법원 홈페이지 법원통계월보 참조

대한 법령위반에 관한 사항이 포함되어 있지 않거나, 이러한 사항이 포함되어 있는 경우라 하더라도 상고이유가 그 자체로 보아 이유 없거나 원심판결에 영향을 미치지 아니하는 때에는 심리를 속행하지 아니하도록 규정하고 있다. 민사상고의 경우 심리불속행 제도를 통해 상당수의 사건이 걸러지고 있는데, 2009년에 민사상고심에서 처리된 10,458건의 사건 중에서 6,880건이 심리불속행으로 처리되었는 바, 이는 전체 민사상고심 본안사건 처리의 65.8%를 차지하는 것이다.

**표 1-3 민사상고심 심리불속행 처리사건 수(본안사건 기준)**

구분	연도	2005	2006	2007	2008	2009
	처리		7,267	8,655	9,880	10,002
심리불속행		4,308	5,074	6,062	6,333	6,880
심리불속행/처리 (%)		59.2	58.65	61.3	63.3	65.8

〈표 1-4〉는 상고심에서 처리된 전체 본안사건 중에서 전원합의체 판결에서 처리된 사건 수를 나타낸 것이고,<sup>101)</sup> 〈표 1-5〉는 상고사건의 파기율 추이를 보여주고 있다.<sup>102)</sup> 명령이나 규칙이 헌법·법률에 위반함을 인정하거나, 종전의 대법원판례를 변경할 필요가 있다고 인정하는 경우 등에는 대법관전원의 3분의 2 이상으로 구성되는 전원합의체가 심판권을 갖는다. 2000년부터 2010년 9월까지 총 135건의 사건이 전원합의체에서 처리되었는데, 연 평균 12.4건(2000년~2009년)만이 전원합의체에서 다루어졌다. 2009년에는 전체 상고심 처리사건 30,102건 중 15건만이 전원합의체에서 처리되어 0.05%의 처리 비율을 보였으며, 2010년의 경우 9월 기준으로 25,520건의 상고사건이 처리되었는 바, 그 중 11건이 전원합의체에서 다루어졌다. 한편 2005년부터 2009년까지 최근 5년간 상고사건의 평균 파기율은 5.21%로 나타나고 있는데,<sup>103)</sup> 2010년은 9월 기준으로 전체 상고심 처리사건 중 1,280건이 파기되어 5.02%의 파기율을 보이고 있다.

101) 법원도서관 홈페이지. 판례·판결정보 분석.

102) 대법원전원합의체판례집, 법원도서관, 2007.; 법원도서관 사이트, 판례·판결정보 검색 항목 참조.

103) 대법원 상고심 판결에는 파기와 상고기각이 있다. 파기를 좀더 상세하게 분류하자면, 파기자판과 파기환송, 그리고 파기이송으로 나눌 수 있다.

표 1-4 전원합의체 판결 추이(본안사건 기준)

연도	구분	전체 처리사건	전원합의체 처리사건	비율(%)
2000		15,722	11	0.069
2001		18,637	14	0.075
2002		18,717	9	0.053
2003		18,888	7	0.037
2004		20,073	13	0.065
2005		20,623	7	0.034
2006		23,003	15	0.065
2007		27,017	18	0.067
2008		28,281	15	0.053
2009		30,102	15	0.050
2010.9		25,520	11	0.043

표 1-5 상고사건 파기율 추이(본안사건 기준)

연도	구분	전체 처리사건	파기 사건	파기율(%)
2005		20,623	1,172	5.68
2006		23,003	1,185	5.15
2007		27,017	1,234	4.56
2008		28,281	1,514	5.36
2009		30,102	1,611	5.35
2010.9		25,488	1,280	5.02

## 2. 형사상고사건 발생 추이와 처리현황

〈표 1-6〉은 2000년부터 2009년까지 각 심급의 법원에 접수되고 처리된 형사 공판사건 수를 보여준다.<sup>104)</sup> 2009년 제1심 법원에 접수된 사건은 287,842건이었고, 제1심 법원이 처리한 형사사건 수는 281,858건으로 97.9%의 처리율을 나타내고 있다.<sup>105)</sup> 같은 해 항소심에는 70,440건의 형사사건이 접수되어 70.330건이

104) 법원행정처, 『사법연감』, 2010, 635-636면.

처리되었고(처리율 99.8%), 상고심에는 18,279건의 형사사건이 접수되어 16,177건이 처리되었다. 2008년 상고심에 14,729건의 형사사건이 접수되어 14,904건이 처리됨으로써 101.2%의 처리율을 보이던 것이 2009년에는 88.5%로 급감하였다.

표 1-6 형사 공판사건 년별비교표

연도	구분		제1심		항소심		상고심	
	접수	처리	접수	처리	접수	처리	접수	처리
2000	192,269	193,097	57,609	57,209	7,384	7,091		
2001	199,189	201,147	59,532	59,406	8,612	8,330		
2002	209,142	210,573	61,471	61,563	9,134	8,755		
2003	213,519	213,976	60,806	62,132	9,993	9,563		
2004	238,749	237,512	62,242	61,872	10,918	10,678		
2005	216,761	226,826	56,517	58,203	12,359	11,277		
2006	228,005	213,091	55,259	52,066	11,273	11,431		
2007	250,499	241,813	62,067	61,020	13,574	13,723		
2008	275,268	268,892	68,560	66,871	14,729	14,904		
2009	287,842	281,858	70,440	70,330	18,279	16,177		

〈표 1-1〉에서 살펴본 것과 같이 최근에 전체 상고사건의 접수 건수가 크게 늘었는데, 이는 특히 형사사건의 상고 건수가 급증한 것에 기인한다. 2009년 상고심의 접수사건은 32,361건으로 2008년 28,040건에 비해 15.4% 증가하였는데, 형사상고심의 접수사건은 18,279건으로 2008년 14,729건에 비해 24.1%나 증가하였고, 같은 기간 민사 사건이 7% 늘어난 것과 비교하면 3배 이상 높은 수치이다.<sup>106)</sup> 이처럼 형사사건 상고가 급증한 것은 지난해 6월 헌법재판소가 미결구금일수 산입에 대한 형법 제57조 1항에 대해 위헌결정을 내린 영향인 것으로 분석된다.<sup>107)</sup>

형법 제57조 1항은 「판결선고전의 구금일수는 그 전부 또는 일부를 유기징역,

105) 2009년 이전에 접수되어 미처리되었다가 2009년에 이르러 처리된 사건 수가 포함되어 처리율이 100%를 초과한다.

106) 2008년 대법원에 접수된 민사 상고 건수는 9,975건으로, 2009년에는 10,704건으로 7% 증가하였다. 「사법연감」, 2008~2009 참조.

107) 헌법재판소 2009. 6. 25, 2007헌바25.

유기금고, 벌금이나 과료에 관한 유치 또는 구류에 산입한다」고 규정하여 해당 법관이 미결구금일수의 산입범위를 재량에 의해 결정하도록 하고 있다. 피고인이 고의로 부당하게 재판을 지연시키는 것을 막아 형사재판의 효율성을 높이고 피고인의 납상소를 방지하여 상소심 법원의 업무부담을 줄이고자 미결구금일수 산입범위의 결정을 법관의 자유재량에 맡기고 있으나, 미결구금을 허용하는 것 자체가 헌법상 무죄추정의 원칙에서 파생되는 불구속수사의 원칙에 대한 예외이다. 헌법재판소는 형법 제57조 제1항 중 “또는 일부” 부분은 그 미결구금일수 중 일부만을 본형에 산입할 수 있도록 규정하여 그 예외에 대하여 사실상 다시 특례를 설정함으로써, 기본권 중에서도 가장 본질적인 신체의 자유에 대한 침해를 가중하고 있다고 밝혔다. 또한, 형법 제57조 제1항 중 “또는 일부” 부분이 상소 제기 후 미결구금일수의 일부가 산입되지 않을 수 있도록 함으로써, 피고인의 상소외사를 위축시켜 납상소를 방지하려 하는 것은 입법목적의 달성을 위한 적절한 수단이라고 할 수 없고, 납상소를 방지한다는 명목으로 오히려 구속 피고인의 재판청구권이나 상소권의 적정한 행사를 저해한다고 판단하였다. 더욱이 구속 피고인이 고의로 재판을 지연하거나 부당한 소송행위를 하였다고 하더라도 이를 이유로 미결구금기간 중 일부를 형기에 산입하지 않는 것은 처벌되지 않는 소송상의 태도에 대하여 형벌적 요소를 도입하여 제재를 가하는 것으로서 적법 절차의 원칙 및 무죄추정의 원칙에 반한다고 보았다. 따라서 형법 제57조 제1항 중 “또는 일부” 부분은 헌법상 무죄추정의 원칙 및 적법절차의 원칙 등을 위배하여 합리성과 정당성 없이 신체의 자유를 침해하는 것이다.

헌법재판소의 위헌결정으로 미결구금일수 전부가 형기에 산입되자 구속된 피고인들은 강제노역의무가 없고 면회가 보다 자유로운 미결상태<sup>108)</sup>를 장기간 유지하기 위해 상소를 거듭하고 있는데, 밀저야 본전식의 납상소가 현실화되고 있

108) 미결수는 판결이 확정된 기결수와 달리 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」 상 각종 제한을 받지 않는데, 원칙적으로 교도소가 아닌 구치소에 수용되고, 무죄추정원칙에 따라 교정교육 대상에서 제외되며, 본인이 신청하지 않는 한 노역이 부과되지 않는다. 기결수에게 적용되는 10cm 이하의 두발제한 규정 등도 적용되지 않아 머리나 수염을 짧게 깎지 않아도 되고, 특히 가족 등과의 면회도 통상 월 4회로 규정된 기결수와는 달리 매일 한 차례의 접견이 가능하며, 변호인접견은 시간과 횟수에 제한을 받지 않는 등 기결수에 비해 자유롭다.

는 것이다.<sup>109)</sup> 이 같은 상고사건의 증가는 대법관들의 업무 가중으로 이어져 상고심 재판의 부실을 초래할 우려가 있는데, 대법원에 따르면 헌법재판소가 미결구금일수관련 형법조항에 대해 위헌결정을 내린 지난해 6월 25일부터 올해 6월 24일까지 1년 동안 대법원에 상고된 형사구속사건은 모두 7,933건으로, 위헌결정이 나기 전 1년간 상고되었던 3,802건에 비해 무려 2.1배나 증가하였고, 구속사건 항소심판결 대비 상고율도 같은 기간 14.8%에서 29.3%로 두 배나 뛰었다고 한다.<sup>110)</sup>

한편 법원의 약식명령을 받아들이지 못하겠다는 정식재판을 청구하는 사례가 늘고 있는 것도 상고사건이 증가하는 원인 중의 하나이다. 약식명령으로 벌금형 선고가 예정된 피고인이 이를 받아들이지 않고 정식재판을 청구하더라도 약식명령보다 높은 형을 선고하지 못하게 한 불이익 변경 금지의 원칙 때문에 피고인의 입장에서는 손해를 입을 것이 없기 때문이다. 오히려 정식재판을 통해 벌금의 액수가 낮아질 가능성이 생기고, 재판을 하는 동안 벌금 납부를 미룰 수도 있기 때문에 정식재판 청구 건수가 꾸준히 늘고 있고, 이로 인해 형사상고사건의 수도 증가하고 있다는 것이 법원의 분석이다.<sup>111)</sup>

---

109) 헌법재판소 결정에 따라 재판을 기다리며 미결수로 구금된 기간도 모두 형기에 포함되면서 재판이 길어져도 피고인들이 손해 볼 게 없어지면서, 미결수 신분으로 상고심 사건을 기다리면 머리도 기를 수 있고 면회도 상대적으로 자유롭게 때문에 상고이유서에 ‘가족과 면회를 자주 하고 싶어서’라는 황당한 사유를 적어놓은 피고인도 있다고 대법원은 밝혔다. 동아일보, 2010년 3월 9일자

110) 이는 형사 불구속사건의 상소율 변화와 대조적인 모습을 보이는데, 2008년 6월 25일부터 지난해 6월 24일까지 대법원에 상고된 형사 불구속사건의 수는 모두 13,437건으로, 위헌결정이 나기 전 1년간 상고되었던 사건에 비해 12% 정도 증가한 것에 그쳤고, 항소심판결 대비 상고율도 같은 기간 32.5%에서 35.8%로 3.3% 포인트 늘어난 데에 머물렀다. 이렇듯 불구속사건의 상고율에 변화가 없는 것에 반해 구속사건의 상고율이 가파르게 상승한 것은 구속피고인들의 남상소가 현실화되었기 때문인 것으로 분석된다. 법률신문, 2010년 7월 6일자

111) 동아일보, 2010년 3월 9일자

### 3. 현행제도에 대해 제기되는 비판

#### 가. 대법원의 과중한 사건 부담

대법원의 업무처리 현황을 전술하면서, 2009년 상고심에 접수된 본안사건의 수를 기준으로 대법관 1인당 부담해야 할 평균 사건 수가 2,700여건에 이른다는 사실을 적시하였다. 이는 대법관 모두가 1년 365일을 하루도 쉬지 않고 일한다는 가정 하에, 대법관 1인당 하루에 7건 이상의 사건을 검토해야 처리할 수 있는 양이다. 더욱이 대법원까지 올라와 다투는 사건의 경우 재판기록만 수천 쪽에 달하는 것이 보통이라는 점을 고려하면, 대법관 1인이 하루에 들여다보아야 하는 기록의 양은 수만 쪽에 이른다는 계산이 나온다. 대법원의 과중한 업무 부담으로 인하여 상고심에서 활발한 구두 변론을 기대하기란 어려운 실정인데, 매달 두 번 열기는 대법원 선고 기일에 재판정을 가보면 대부분의 경우 대법관들은 수백 건의 사건번호와 선고 결과만을 읽기에도 바쁜 모습을 보이고 있다.<sup>112)</sup> 이렇듯 과도한 대법원의 업무 부담과 관련해서는 효율적인 상고제한 제도의 부재와 대법관 수의 절대적인 부족 등이 문제점으로 지적되고 있다.<sup>113)</sup>

#### 나. 상고심의 법률심으로서의 기능 약화

과중한 업무 부담으로 인하여 대법원은 충실한 심리와 판결을 하기가 어려운 실정인데, 중요한 법령해석이 쟁점이 된 사건에 있어서도 심도 있는 검토를 하는 것이 용이하지 않아서 법령해석을 통일하는 최고법원으로서의 기능과 상고심의 본래 목적 달성에 지장을 주고 있다. 대법관은 전체 소송기록과 상고이유서 등을 검토한 후에 비로소 상고이유의 당부를 판단하는데, 개별사건의 구체적 진실발견에 지나치게 시간과 노력이 집중되고 상고심이 사실심판결에 대한 제2의

112) 동아일보, 2010년 3월 9일자

113) 한편 대법원이 지나치게 경력 법관 중심으로 구성되어 전문성이 부족하고, 사회 변화의 흐름을 반영하지 못한 채 국민의 법 감정과 괴리된 판단을 한다는 비판도 있다. 최근 들어 가치관의 차이에서 비롯된 분쟁이 증가하면서, 대법원이 그 구성을 보다 다양화하여 각계각층의 이해를 반영하면서도 사회의 근본 가치질서가 무엇인지 선언해 줄 것에 대한 요구가 커지고 있는 것이다. 사법개혁위원회자료집(VII), 국민과 함께하는 사법개혁, 2005, 102-103면.

향소심으로 기능하게 됨으로써 법령해석의 통일이라는 최고법원으로서의 상고심 역할을 제대로 수행하지 못하는 결과가 초래될 위험이 있다. 우리나라의 경우 상고대상 사건에 대한 제한이 거의 없고 상고사유는 법령위반 등으로 제한되어 있으나 소송법의 규정이 추상적일 뿐만 아니라 사실문제에 대한 심리가 관행화 되어 결과적으로 대법원이 과도한 사건부담을 안고 있다. 국민의 권리의식이 향상되고 사회가 다양화됨에 따라 수많은 종류의 사건이 발생하게 되고, 그에 따라 상고심에 접수되는 사건이 해마다 기하급수적으로 증가함에도 불구하고 사건 처리의 부담으로 인하여 중요한 법령해석을 쟁점으로 하는 사건에 대하여 충분한 검토를 할 수 없게 되었다. 뿐만 아니라, 이로 인하여 전원합의체가 아닌 부판결이 일반화되고 단독재판적 경향으로 흐르게 되어 법령해석의 통일이라는 상고심 본연의 목적 달성 또한 어려워질 수밖에 없다는 문제가 대두된 것이다.<sup>114)</sup>

#### 다. 정당한 권리자에 대한 구제 미흡

대법원이 부담해야 할 사건이 폭주함으로써 각 사건에 투입해야 할 시간과 노력이 절대적으로 부족해졌고, 이로 인해 구체적인 사건에서 대법원이 담당해야 할 정당한 당사자의 권리구제 기능 역시 제대로 이루어지지 못하고 있다. 결과적으로 패소할 당사자가 제기한 무익한 대다수의 상고사건을 처리하기 위해 업무 부담이 가중되었고, 이것이 정당한 상고사건을 신속하게 처리하는데 중대한 장애요인으로 작용함으로써, 법률관계를 확정하지 못하고 정당한 권리가 조속히 실현되지 못하는 부당한 결과가 초래되고 있는 것이다.<sup>115)</sup> 국민의 권리의식이 향상되고 사회가 다양화됨에 따라 수많은 종류의 사건이 발생하게 되고, 상고심에 접수되는 사건 역시 해마다 계속 증가하는 추세에 비추어 볼 때 이러한 현상은 더욱 심각해질 것으로 보인다.<sup>116)</sup>

114) 천진호, 앞의 글, 332면

115) 천진호, 앞의 글, 331-332면

116) 아울러 종래보다 증가하기는 하였으나 대법원 전원합의체 판결은 그 비율이 여전히 낮은 상황이고, 민사사건의 경우 『상고심절차에 관한 특례법』에 따른 심리불속행 제도로 인하여 상고이유에 관하여 대법원이 만족할 만한 답변을 해주지 않는다는 점에 대하여 불만이 고조되고 있다.

제4장

외국의 입법례



# 외국의 입법례

## 제1절 미국의 형사상고제도

### 1. 미국의 형사사법제도 개관

#### 가. 미국 형사사법제도의 특징

미국의 형사사법제도는 보통법(common law)에 그 기원을 두고 있다. 영국에서 형성·발전된 보통법은 불문법주의, 사인소추주의, 배심제도, 당사자주의, 공판중심주의 등을 그 특징으로 하는데, 미국의 경우 불문법주의 대신에 제정법주의<sup>117)</sup>를 취하고 사인소추 대신에 검사에 의한 국가소추주의를 채택하고 있는 점을 제외하면 보통법의 전통을 유지하고 있다.<sup>118)</sup> 형사상고심과 관련된 미국 사

117) 연방법 영역에 있어서는 이미 *United States v. Hudson and Goodwin*, 11 U.S. 32 (1812) 판결을 통해 common law 상의 범죄가 존재하지 않는다는 것이 확인되었고, 대부분의 주에서도 common law 상의 범죄가 폐지되었거나 폐지되고 있는 추세이다. 로어크 M. 리드 / 이노우에 마시히토 / 아미무로 메구미, 정 완 역, 미국의 형사절차, 한국형사정책연구원, 2000, 22면. 나아가 미국에는 더 이상 common law 상의 범죄가 없다고 파악하는 입장도 있다. Alan B. Morrison, *Fundamentals of American Law*, New York University School of Law, Oxford University Press, 1997. p. 295.

118) 김종구, 형사사법개혁론 - 새로운 패러다임의 비교법적 모색, 법문사, 2004, 209면.; William Burnham, *Introduction to the law and legal system of the United States*, 3rd edition, West

법제도의 특징으로는 배심재판을 들 수 있다. 형사사건의 경우 제출된 증거에 기초하여 배심원들이 사실관계를 확정하고, 이에 대하여 법원직을 적용하여 유무죄를 판단한다.<sup>119)</sup> 여기서 주목해야 할 점은 유무죄를 판단함에 있어서 배심원들은 아무런 이유를 제시하지 않는다는 것이다. 재판에 이유를 붙이지 않음으로써 오류가 발생하기 쉽다는 지적이 있는데,<sup>120)</sup> 이와 관련한 안전장치로서 미국법은 유죄판결에 대해 피고인이 상소(appeal)할 수 있는 길을 열어두면서, 무죄판결에 대해서는 검사의 상소권을 인정하지 않고 있다.

#### 나. 형사사건처리 절차의 개관

미국 연방법령집(United States Code, 이하 U.S.C.) 제18편 연방형사소송법(Crimes and Criminal Procedure)은 범죄를 중죄(felony)와 경죄(misdemeanor) 및 경범죄(infraction)<sup>121)</sup>로 구분하고 있다(18 U.S.C. §3559(a)).<sup>122)</sup> 중죄는 법정 최고형이 사형이나 무기형 또는 1년을 초과하는 구금형에 해당하는 범죄를 말하고(18 U.S.C. §3559(a)(1)~(5)), 경죄는 1년 이하 5일 초과의 구금형 또는 벌금형에 해당하는 범죄를 말하며(18 U.S.C. §3559(a)(6)~(8)), 그 밖에 5일 이하의 구금형에 처하거나 구금형을 과하지 않는 범죄는 경범죄(infraction)로 분류하고 있다(18 U.S.C. §3559(a)(9)). 경죄는 다시 법정형에 따라 A급에서부터 C급까지 분류되는데, 1년 이하 6개월 초과의 구금형을 과하는 A급 경죄, 6개월 이하 30

---

Group, 2002, p. 49.

119) David W. Neubauer, *America's Courts and the Criminal Justice System*, 10th edition, Wadsworth Publishing, 2010, p. 348; Rolando V. del Carmen, *Criminal Procedure: Law and Practice*, 8th edition, Wadsworth Publishing, 2009, pp. 57-59.

120) 신동운, 앞의 보고서, 32면.

121) 미국의 infraction은 범죄사건으로 해석되기도 하는데, 행정처분이라는 제재가 부과되는 범죄사건과 달리 infraction의 경우 5일 이하의 구금형에 처할 수 있다는 점에서 이러한 용어는 적절하지 않다. 우리나라의 현행 경범죄처벌법은 경범죄에 대하여 10만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료의 형을 부과하고 있는데, 벌금의 액수와 구금일수에서는 미국의 infraction과 차이가 있으나 단순한 행정처분이 아닌 구금형까지 부과할 수 있는 경범죄로 해석하는 것이 타당하다고 생각한다.

122) 보통법상 범죄는 반역죄(treason), 중죄(felony), 경죄(misdemeanor)로 구분되었는데, 살인, 강간, 비역(sodomy), 중상해, 강도, 절도, 방화, 주거침입 등만이 중죄에 해당하고 나머지 범죄는 모두 경죄로 분류되었다. 대법원, 바람직한 형사사법시스템의 모색, 자료집 (I), 2004, 365면.

일 초과인 구금형을 과하는 B급 경죄, 30일 이하 5일 초과인 구금형을 과하는 C급 경죄로 각각 구분된다.<sup>123)</sup> 한편 B급 경죄와 C급 경죄 및 경범죄 중에서 개인(individual)에 대하여 5,000달러 이하, 단체(organization)에 대하여 10,000달러 이하의 벌금형을 과하는 범죄를 가리켜 경미한 범죄(petty offense)라고 통칭하고 있으며(18 U.S.C. §19), 중죄와 A급 경죄를 중한 범죄(serious offense)라고 부르고 있다.

일반적으로 미국의 형사절차는 수사의 개시로부터 시작하여 체포(arrest), 입건(booking), 고소장의 제출(filing the complaint), 최초출정(the first or initial appearance), 예비심문절차(preliminary hearing), 대배심절차(grand jury), 기소(indictment) 또는 약식기소(information), 기소인부절차(arrangement), 공판(trial), 양형절차 및 형선고(sentencing), 항소(appeal) 등의 순서로 진행된다.<sup>124)</sup> 보통법 하에서는 모든 범죄가 배심재판을 받을 권리를 가지고 있었으나, 그로 인하여 형사절차의 지연과 법원의 과중한 업무 부담이라는 결과가 초래하자 그 해결을 위해 경미한 사건들에 대한 특별절차를 두게 되었던 바, 미국 연방형사소송규칙(Federal Rule of Criminal Procedure) 제58조<sup>125)</sup>가 주로 이러한 신속절차를 규율하고 있다. 경죄사건의 경우에는 대배심기소나 배심재판을 받을 권리가 생략될 수 있다는 점 등에서 특징적이다.<sup>126)</sup>

123) 피고인이 유죄판결을 받을 때에는 범죄의 구분에 따라 차등을 둔 벌금을 부과할 수 있다. 피고인이 개인일 때, 사망을 초래한 경죄의 경우에는 250,000달러 미만, 사망의 결과를 초래하지 않은 A급 경죄의 경우에는 100,000달러 미만, 사망의 결과를 초래하지 않은 B, C급 경죄의 경우에는 5,000달러 미만, 그리고 경범죄인 경우에는 5,000달러 미만의 벌금에 처할 수 있다(18 U.S.C. § 3571(a)(b)). 한편 피고인이 단체인 경우에는 개인에게 부과되는 벌금 액수의 2배에 상당하는 금액이 부과된다(18 U.S.C. §3571(c)).

124) Wayne R. LaFare/ Jerold H. Israel/ Nancy J. King, *Criminal Procedure*, 4th Edition, Thomson West, 2004, p. 7.

125) 원래 미국 연방은 경죄처리를 위해 “연방치안판사에 의한 경죄처리절차에 관한 규칙(Rules of Procedure for the Trial of Misdemeanor before United States Magistrate Judge)”을 두고 있었으나, 총 9개 조항으로 1980년에 제정되었던 동 규칙은 1990년 5월 1일에 폐지되었고 그 내용의 대부분은 미연방 형사소송규칙 제58조에 편입되었다. 대법원, 바람직한 형사사법시스템의 모색, 자료집( I), 2004, 370면.

126) 법정최고형량이 6개월을 초과하는 중한 범죄(serious offense)의 경우엔 헌법상 “배심재판을 받을 권리”가 인정된다(Baldwin v. New York, 399 U.S. 66 [1970]), 법정최고형량이 6개월의 구금

## 2. 법원조직과 관할

연방국가인 미국은 연방사법체제와 주사법체제라는 이원적 사법체제(dual court system)를 운영하고 있다.<sup>127)</sup> 각 주는 독자적인 사법체제를 갖추고 있다는 점에서 특징적이라 할 수 있겠는데, 미국에는 50개 주의 법원에 수도인 워싱턴 D.C.를 관장하는 콜롬비아 특별구와 연방 자체를 관할하는 법원(연방대법원)이 더해져 총 52개의 법원이 존재한다.<sup>128)</sup> 각주의 입법부들은 자신들의 법원조직을 구성할 수 있는데, 이러한 다양성으로 인하여 미국의 주 법원제도를 일괄적으로 규정하기는 어렵지만, 연방법원제도와 비교했을 때 상당한 유사점을 찾을 수 있다.<sup>129)</sup> 연방국가인 미국의 이원적 사법체제의 중심축은 연방대법원이다. 연방대법원은 각 주의 사법체계에 대하여 독자성을 인정하면서도, 미국 전체 52개의 법원을 통일적으로 조율하는 기능을 한다. 이하에서는 이러한 특징들을 고려하면서 미연방의 사법체제에 대해 살펴보도록 한다.

### 가. 법원조직

#### (1) 연방의 법원조직

연방대법원은 연방헌법에 의해 설립되고 그 밖의 하급법원은 연방의회에 의해

---

형 이하인 경한 범죄(petty offense)에 있어서는 헌법상의 “배심재판을 받을 권리”가 인정되지 않는다(Blanton v. North Las Vegas, 489 U.S. 538 [1989], Lewis v. United States, 59 CrL 2206 [1996]). 헌법상 “배심재판을 받을 권리”가 인정되는지 여부는 실제 선고되는 형량이 아니라, 법정최고형량에 따라 결정된다. Rolando V. del Carmen, p. 384-485.

127) Rolando V. del Carmen, p. 2.

128) David W. Neubauer, p. 59; Rolando V. del Carmen, p. 2. 이에 대해서 워싱턴 D.C.를 제외하고 51개의 법원이 있다고 하는 견해도 있다. James V. Calvi/ Susan Coleman, American Law and Legal System, 4th edition, Prentice-Hall, 2000, P. 40.

129) 주법원 구성은 주마다 다르지만, 대개 연방의 법원 구성방식을 따르는 것이 일반적이다. 예를 들면, 연방대법원과 마찬가지로 대부분의 주법원은 주법과 주헌법규정들에 의거한 최종심을 담당하는 유일한 최고법원이다. 예외가 되는 것은 오클라호마 주와 텍사스 주 단 2주뿐인데, 이들 주는 민사와 형사사건에 대해 각각의 최고법원을 가지고 있다. 텍사스 주에서는 Texas Supreme Court가 민사부문의 최고법원으로, Texas Court of Criminal Appeals이 형사부문의 최고법원으로서 판결하고 있고, 오클라호마 주에서는 Oklahoma Supreme Court가 민사부문을, Oklahoma Court of Criminal Appeals이 형사부문을 담당하고 있다.

서 제정되는 법률에 따라 설치된다(연방헌법 제3조).<sup>130)</sup> 현재 연방법원은 지방법원(District Court), 항소법원(Court of Appeals) 및 대법원(Supreme Court)으로 구성되어 있고, 이밖에 한정적인 관할권을 갖는 특별법원으로서 청구법원(Claims Court)<sup>131)</sup>과 국제거래법원(Court of International Trade)<sup>132)</sup> 및 조세법원(Tax Court)<sup>133)</sup> 등이 있다.<sup>134)</sup> 미국 연방법원은 초기에는 2심제의 형태로 운영되었으나, 1891년에 이르러 오늘날과 같은 3심제의 모습을 갖추었다.<sup>135)</sup>

최하위의 연방법원인 연방지방법원은 형사사건에 관하여 일반적인 관할권을

- 
- 130) 연방법원의 체계는 헌법에 규정되어 있는 헌법법원(constitutional court)과 법률에 의하여 설립된 입법법원(legislative court)으로 나뉜다. 헌법법원 판사들은 종신 동안 재임하고, 재임기간 동안 의회가 헌법법원 판사들의 급료를 줄일 수 없는 반면, 입법법원 판사들은 대통령에 의해서 임명되지만 종신제의 임기나 보수를 보장받지 못한다. James V. Calvi/ Susan Coleman, pp. 43-49.
- 131) 1855년에 설립된 연방특별법원인 연방청구법원은 시민이나 법인이 연방정부를 피고로 하여 제기한 각종 청구권관련 소송을 관할한다.
- 132) 연방국제거래법원은 수입품의 분류 및 등급판정과 관련된 분쟁을 심리한다.
- 133) 연방조세법원은 조세소송을 그 사물관할로 하는데, 행정기관인 조세위원회가 세금의 과소신고 등을 이유로 부족분을 징수하기로 결정한 경우에 이에 불복하는 납세자는 연방조세법원에 대하여 상소할 수 있다.
- 134) 미국의 경우 행정재판을 담당하는 특별한 법원이 존재하지는 않지만 사법적 기능을 가지는 행정심사기관이 연방정부 내에 존재한다. 엄격한 의미에서 이러한 행정기관은 헌법상의 법원과는 별개인데, 연방법원에 소송이 제기되기 전에 행정상의 문제나 분쟁을 심리하는 준사법기관인 것이다.
- 135) 미국이 건국될 당시 연방주의자들은 강력한 연방정부의 출현을 희망하였고, 분권주의자들은 자신들이 속한 주의 고유권한이 축소되지 않기를 바라면서 대립과 갈등이 빚어졌다. 이런 와중에 절충의 산물로 1789년 법원조직법(The Judiciary Act of 1789)이 제정되어 연방지방법원과 연방대법원이 등장하였다. 방대한 국토를 가진 미국에서 연방지방법원으로부터 제기된 상소사건을 단일한 기관인 연방대법원이 모두 처리하기란 역부족이었기에, 연방대법관들이 연방지방법원이 관할하고 있는 각지를 순회하면서 상소사건을 처리하는 데에 많은 시간과 노력이 소요되었고(예를 들어, 1838년 9명의 대법관들이 여행한 거리는 평균 2,975마일이었으며, 노령의 대법관들은 극심한 피로와 질병에 시달렸다), 이로 인해 심각한 상소 적체 현상이 발생하였다. 여기에 더하여 남북전쟁이 종결된 이후, 인구의 급격한 증가와 경제 성장으로 인하여 연방 차원에서 처리해야 할 상소사건이 급증했다(남북전쟁 이후 강화된 연방의 권한과 범위도 이에 한몫하였다). 이에 연방의회는 법원조직법을 재편하여 연방대법원의 과중한 업무 부담을 덜어주고, 충실한 심리와 판결을 할 수 있도록 중간형태의 상소법원을 두기로 하였는데, 이것이 바로 1891년 항소법원법(Court of Appeals Act)에 의해 설치된 순회항소법원(Circuit Court of Appeals)이다. 연방지방법원이 판단한 사건에 불복하는 피고인은 원칙적으로 순회항소법원에 상소하고, 동 법원은 기본적으로 종전의 연방대법원과 동일한 기능을 수행하였다. David W. Neubauer, pp. 63-66.

가지는 사실심법원이다. 연방지방법원은 미국의 50개 주와 콜롬비아 특별구(District of Columbia) 및 속령<sup>136)</sup>에 설치되어 있으며, 각 법원의 판사 수는 인구분포에 비례한다.<sup>137)</sup> 각 소송에 대한 심리는 일반적으로 판사 1인이 담당하는데, 소송의 내용에 따라서는 복수의 판사에 의해 심리가 이루어지기도 한다. 연방지방법원의 심리는 배심재판 또는 배심 없는 재판의 방식을 취하고 있고, 연방지방법원의 상소사건은 지방법원이 소재하고 있는 지역을 관할하는 연방항소법원<sup>138)</sup>에서 다루어지는 것이 통상적이다.<sup>139)</sup>

연방항소법원은 2010년 현재 13개가 설치되어 있는데, 지역적으로 구분되는 12개의 일반 항소법원<sup>140)</sup> 이외에 연방청구법원 및 국제거래법원 등으로부터 상

136) 괌(Guam), 버진 아일랜드(Virgin Islands), 북부 마리아나 제도(Northern Mariana Islands), 푸에르토리코(Puerto Rico)에 각각 1개씩의 연방지방법원이 설치되어 있다.

137) 예컨대, 알래스카 연방지방법원의 판사 정원이 3명인 것에 반해, 남부 뉴욕 연방지방법원의 판사 정원은 28명이다(28 U.S.C. §133).

138) 연방항소법원의 연혁은 1891년에 창설된 순회항소법원(Circuit Court of Appeals)으로 거슬러 올라간다. 동 법원은 각 순회지역에 전속판사를 둔 중간상소법원으로서 1948년에 항소법원(United States Court on Appeals)으로 개칭하였다.

139) 극히 드문 일이지만, 경우에 따라서는 연방지방법원에서 연방대법원으로 직접 상고하는 것이 인정된다.

140) 지역별로 콜롬비아 특별구(District of Columbia) 순회항소법원과 제1 순회항소법원(First Circuit)부터 제11 순회항소법원(Eleventh Circuit)까지 서수로 불리는 11개의 연방항소법원이 설치되어 있는데, 콜롬비아 특별구 항소법원을 제외한 11개 순회항소법원이 3개 이상의 주를 관할한다. Rolando V. del Carmen, p. 7.

각 순회항소법원의 관할지역은 다음과 같다.

D.C. circuit : Washinton D. C.

제1 순회항소법원 : Maine, Massachusetts, New Hampshire, Puerto Rico, Rhode Island

제2 순회항소법원 : Connecticut, New York, Vermont

제3 순회항소법원 : Delaware, New Jersey, Pennsylvania, Virgin Islands

제4 순회항소법원 : Maryland, North Carolina, South Carolina  
Virginia, West Virginia

제5 순회항소법원 : Texas, Louisiana, Mississippi

제6 순회항소법원 : Kentucky, Michigan, Ohio, Tennessee

제7 순회항소법원 : Illinois, Indiana, Wisconsin

제8 순회항소법원 : Arkansas, Iowa, Minnesota

Missouri, Nebraska, North Dakota, South Dakota

제9 순회항소법원 : Alaska, Arizona, California,

소된 사건을 심리하기 위해 특별한 관할권을 가지는 미연방순회항소법원(Court of Appeals for Federal Circuit)이 설치되어 있다. 연방항소법원은 연방법원조직 중에서 중간법원으로서의 위치에 있지만, 대부분의 소송은 연방항소법원에서 종결되고 대법원까지 올라가는 경우는 많지 않으므로 사실상 최종심을 담당하는 법원으로서의 기능을 수행하고 있는 것으로 파악된다. 연방항소법원은 연방지방법원에서 항소된 사건을 심리할 경우 사실관계는 다루지 않고 법률문제에 관해서만 심판한다. 이밖에 연방항소법원은 전국노사관계위원회(National Labor Relation Board) 및 증권거래위원회(Securities and Exchange Commission) 등과 같은 연방의 행정위원회가 내린 결정에 대한 항소사건에 대해서도 심리한다. 연방항소법원의 판사는 대통령에 의해 임명되는데, 각 연방항소법원의 판사 정원은 사건의 부담에 따라 차이가 있고, 보통 1건의 소송을 3인의 판사가 담당한다.<sup>141)</sup>

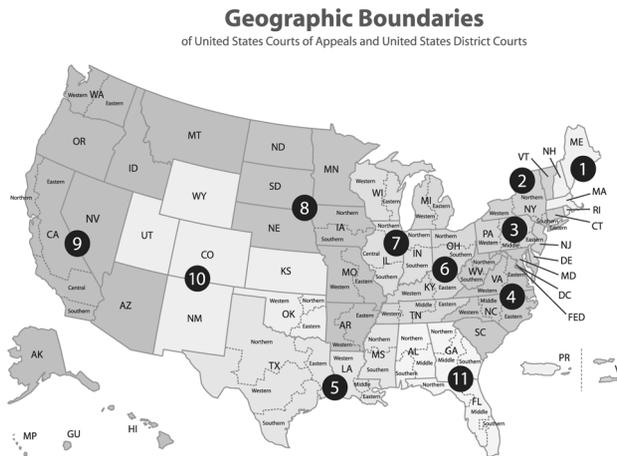


그림 2-1 연방항소법원과 연방지방법원의 관할권역<sup>42)</sup>

Hawaii, Idaho, Montana, Nevada, Oregon, Washington  
Guam, Northern Mariana Islands

제10 순회항소법원 : Wyoming, Utah, Colorado, Kansas, Oklahoma, New Mexico

제11 순회항소법원 : Alabama, Georgia, Florida

141) David W. Neubauer, pp. 75-76.

142) 연방법원행정사무국(Administrative Office of the U.S. Court) 홈페이지 참조  
<http://www.uscourts.gov/uscourts/images/CircuitMap.pdf>

연방법원의 조직에 있어서 최종심을 담당하는 연방대법원(United States Supreme Court)은 각 주 및 속령에서 제기된 모든 사건에 관하여 관할권을 갖는다.<sup>143)</sup> 그러나 대법원은 상고된 소송에 대한 심리여부를 결정할 수 있는 재량권을 가지기 때문에, 실제로 모든 소송당사자들에게 연방대법원에 상고할 수 있는 권리가 부여된 것은 아니고, 대법원이 심리개시를 결정한 소송에 대해서만 하급법원에 대하여 사건기록이송명령서(writ of certiorari)가 발급되는 것이다.<sup>144)</sup> 또한 연방대법원은 특정한 문제, 즉 대사나 영사 등이 관련된 사건과 주 정부가 당사자인 사건에 대하여 제1심 관할권을 갖는다(연방헌법 제3조 2절 2항). 현재 대법원은 대법원장(Chief Justice)과 8명의 대법관(Associate Justice)으로 구성되어 있고,<sup>145)</sup> 대법원에 제기된 사건은 항상 판사 전원의 합의체(en blanc)에서 심리된다.<sup>146)</sup>

## (2) 주의 법원조직

미국의 각 주는 고유한 헌법 및 법령에 따라 주마다 고유한 법원제도를 가지고 있기 때문에 통일된 주 법원 제도 및 조직을 찾아볼 수는 없다. 제1심 법원은 사실심법원(trial court)으로서 보통관할권을 갖는 보통법원 및 특별한 사건에 대해서만 관할권을 갖는 특별법원으로 구분된다. 주법원의 명칭은 주에 따라 다르며 통일되어 있지 않지만, 가장 일방적인 명칭으로는 상급법원(superior court), 지방법원(district court) 혹은 순회법원(circuit court) 등이 있으며, 법원의 종류와

143) Rolando V. del Carmen, pp. 5-6; William Burnham, pp. 176-177.

144) 28 U.S.C. §§1251-1259. ; William Burnham, p. 176-177.

145) 미국 연방대법원 홈페이지. <http://www.supremecourt.gov/about/members.aspx> (2010년 11월 10일 최종접속). 1789년 6명의 대법관으로 출발한 연방대법원은 1869년 이래 대법원장과 8명의 대법관으로 구성되어 왔다. 대법원장과 대법관들은 관례적으로 법조인으로서 출신지역과 인종 등을 적절히 인배하여 대통령이 서명하고 상원의 인준을 받아 임명된다. 대법관으로 임명 전의 전직이 반드시 판사일 필요는 없으므로 법학교수 중에서도 임명될 수 있다. 대통령은 대법관 자리가 빌 경우에 자기의 정치이념에 어울리는 자를 대법관으로 지명하지만 그 직위가 종신제인 까닭에 임기가 정해져 있는 대통령의 정책에 반드시 동조하는 판결을 내리는 것은 아니다.

146) 연방대법원은 여러 부나 분과로 나누어 심판하지 않고 항상 전원합의체로 판결을 내린다. Rolando V. del Carmen, p. 7.

수 및 관할권의 범위 등에 있어서도 일관성을 찾아보기 어렵다.<sup>147)</sup> 사실심법원의 심리는 배심재판 또는 비배심재판에 의해서 이루어지고, 단독판사가 소송을 지휘하는데, 사실심 판사의 업무 부담을 덜기 위해 치안판사(magistrate)를 임명하여 소송 전 절차나 경미한 사건 등을 위임할 수도 있다. 제2심 법원은 보통 중간항소법원(Intermediate Court of Appeals(ICAs), 중간상소법원(Intermediate Appellate Court))이라고 불리는데, 주대법원과 제1심 법원과의 중간에 설치되어 있다.<sup>148)</sup> 미국 주법원은 연방법원과 마찬가지로 2심제에서 출발하였지만, 1심법원의 판결에 대한 불복이 증가하자 대법원의 업무 부담을 줄이고자 대부분의 주에서 중간상소법원(항소법원)을 설치하게 되었고, 동 법원에서의 소송은 일반적으로 3인의 판사에 의해 심리된다. 한편 각 주들은 인구나 법원의 업무량 등을 고려하여 2심제 내지 3심제를 채택하고 있는데, 아직도 소송사건이 많지 않은 10개 주<sup>149)</sup>와 콜롬비아 특별구는 2심제를 유지하고 있다. 각 주는 각자 별도의 최종 상고법원인 주대법원(State Supreme Court)을 두고 있고, 주 대법원의 대법관 수는 주에 따라 다르지만 대개 7인으로 하는 주가 가장 많고, 5인 또는 9인으로 하고 있는 주도 있다.<sup>150)</sup> 주대법관의 임기와 관련하여서는 대부분 6년 내지 12년의 임기제로 선출하고 있으나, 매사추세츠 주와 로드아일랜드 주의 대법관은 종신직이다. 주대법원도 연방대법원과 마찬가지로 전원합의체에서 재판이 이루어진다.

147) 순회법원이라는 명칭은 판사가 심리를 행하는 법원에 정기적으로 출근하는 경우에만 개정하기 때문에 그런 이름이 붙여진 것이다. 또한 뉴욕주에서는 일반적 재판관할권을 갖는 재판소를 “대법원 사실심개정기간”(The Supreme Court Trial Term)이라고 부르고 있다.

148) 뉴욕주에서는 대법원 항소부문(Appellate division of the Supreme Court)이라고 부르고 있다. 최문기·김형남, 미국법강의, 세종출판사, 2001, 38면.

149) Delaware, Maine, Montana, Nevada, New Hampshire, Rhode Island, South Dakota, Vermont, West Virginia, Wyoming는 중간상소법원을 설치하지 않고 있다. David W. Neubauer, p 446, <State Appellate Court Structure> 참조

150) 오클라호마 주의 민사사건 최종심인 Oklahoma Supreme Court가 주헌법에 의해 9인의 대법관으로 구성된 반면, 형사사건 최종심인 Court of Criminal Appeals는 주헌법에 의해 대법관의 수가 규정되어 있지 않으므로 입법부가 입법을 통하여 그 수를 결정할 수 있다. 현재 오클라호마 주 Court of Criminal Appeals의 대법관 수는 5인이다.

David W. Neubauer, p 101, <Courts of Last Resort in Different States(Number of Judges)> 참조

## 나. 관 할

주법원은 연방법원이 관여하고 있지 않은 모든 문제에 대하여 관할권을 가지는데, 연방법원의 관할권은 연방헌법에 규정되어 있다(연방헌법 제3조 2절, 연방헌법수정 제11조). 연방헌법에 의해서 규정된 연방법원의 사물관할사항(subject matter jurisdiction) 이외에도 연방의회에 의해 연방지방법원에 관할권이 전속적으로 부여된 사항(29 U.S.C. §§1333, 1334, 1348(a))이 있는데, 이런 종류의 사건으로는 연방형사법, 해상·해사법, 파산법, 특허·저작권법 등에 기초를 둔 사건이 있다. 연방대법원은 극히 한정된 사건에서 제1심의 사실심관할권을 가진다. 즉, 연방헌법이 열거한 분야에 대한 소송에 대해서는 연방대법원에서 제1심의 소송이 시작되는데, ① 연방과 주 사이의 소송, ② 2개 주 이상간의 소송, ③ 대사, 공사 및 영사에 관한 소송, ④ 주가 다른 주의 시민 및 외국에 대하여 제기한 소송, ⑤ 다른 주에서 부여된 토지의 권리에 관한 소송 등이 그러하다(연방헌법 제3조 2절 2항). 그러나 연방대법원은 2개 주 이상간의 소송의 경우를 제외하고는 제1심의 전속적 관할권을 행사하지 않는 경우가 빈번하다.

법원의 관할권에 있어서 연방법원에 부과된 중요한 제약은 법원은 소송의 해결만을 담당할 수 있다는 것이다. 법원은 실제로 이해관계를 가지는 당사자간의 분쟁에 입각한 소송에 대해서만 심리할 수 있기 때문에 대통령이나 의회의 요청이 있는 경우라 하여도 법원이 자문 의견을 제출하는 것은 허용되지 않는다. 또한 대법원이 관할권을 가지기 위해서는 연방문제가 해당 사건의 중요한 쟁점이 되어야 한다. 한편 연방대법원은 주법의 문제에 대해서 주법원이 내린 판결을 재심리할 수는 없고, 연방문제에 대해서 연방하급법원이나 주 대법원이 내린 판결에 대한 재심리는 연방대법원의 재량에 따라 사건기록이송명령서를 발급함으로써 이루어진다.<sup>151)</sup>

연방법원의 관할권에 속하지 않는 사항들은 주법원이 관할권을 가지는데, 제1

---

151) 사건기록이송명령서는 ① 연방항소법원에 제기된 사건에 대하여 당사자의 요구에 입각하여 발급되는 경우, ② 주법원에서 주법이 연방헌법 혹은 연방법에 저촉한다는 이유로 무효의 최종판결을 확정된 경우 및 ③ 어떤 권리가 연방헌법 또는 연방법 하에서 문제가 되어 주법원에서 최종판결을 확정된 경우 등에 대하여 발급되는 경우가 있다.

심인 사실심법원은 특별한 유형의 사건에 한정하여 관할권을 갖는 것이 아니라 형사사건 및 민사사건 전체에 대한 관할권을 가진다. 대부분의 주에서 항소심은 법률심이므로 항소심에서는 사실발견을 위한 증거조사가 행해지지 않고, 제1심에서의 소송기록만을 근거로 재판이 진행된다. 또한 1984년 양형개혁법(Sentencing Reform Act)의 제정으로 연방정부 산하기관에 연방 양형 위원회(United States Sentencing Commission)가 창설되어 연방양형기준을 만들어 반포하는 업무를 담당하게 되었으며 현재 21개 주가 연방양형기준 지침을 따르고 있다.<sup>152)</sup> 제1심 법원에서 선고된 형이 법이 정한 양형범위(Sentencing Range) 내에 있으면 양형 부당을 이유로 항소하는 것이 허용되지 않는다.

### 3. 미국의 형사상고제도에 관한 구체적 고찰

#### 가. 미국의 상소제도에 관한 개관

##### (1) 상소(appeal)의 성격

사실심 법원(trial court)에서 내린 판단에 불복하는 피고인은 상급법원(appellate court)에 상소(appeal)할 수 있는데, 이 경우 상소권은 우리 형사소송법상의 상고권과 유사한 성격을 가진다.<sup>153)</sup> 우리 형사소송법은 상소의 종류를 항소와 상고 및 항고로 나누면서, 제1심 판결에 대한 상소를 항소, 제2심 판결에 대한 상소를 상고, 그리고 법원의 결정에 대한 상소는 항고라는 용어를 사용하고 있다. 이에 반해, 미국은 제1심 판결에 대한 상소와 제2심 판결에 대한 상소를 모두 “appeal”이라고 지칭하고 있으므로, 기본적으로 “appeal”이라는 단어는 “상소”로 해석해야

152) Alabama, Alaska, Arkansas, Delaware, District of Columbia, Kansas, Louisiana, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Missouri, North Carolina, Ohio, Oregon, Pennsylvania, Tennessee, Utah, Virginia, Washington, Wisconsin.

국립 주법원 센터(National Center for State Courts) 홈페이지.

[http://www.pewtrusts.org/uploadedFiles/wwwpewtrustsorg/Reports/sentencing\\_and\\_corrections/NCSC%20Sentencing%20Guidelines%20profiles%20July%202008.pdf](http://www.pewtrusts.org/uploadedFiles/wwwpewtrustsorg/Reports/sentencing_and_corrections/NCSC%20Sentencing%20Guidelines%20profiles%20July%202008.pdf)

153) 서철원, 미국 형사소송법, 2005, 253면 참조.

할 것이고, 문맥에 따라 제1심 판결에 대한 상소를 의미할 경우에는 “항소”로, 제2심 판결에 대한 상소를 의미할 때에는 “상고”로 해석하는 것이 타당할 것이다. 다만, 미국법상 상소심은 그것이 제1심 판결에 대한 상소이든지, 제2심 판결에 대한 상소이든간에 양자 모두 철저한 사후심이자 법률심으로서의 성격을 가지고 있다. 그러므로 “appeal”이 제1심 판결에 대한 상소를 의미하는 “항소”로 사용될 때에도 법률문제와 사실문제가 모두 심리되는 우리나라의 항소심과는 그 성격을 달리한다는 것을 유념할 필요가 있다.

## (2) 상소이유

상소심 법원은 상소심에 제출된 소송기록을 자료로 삼아 사실심 법원의 판단을 재심사(review)한다. 상소심 절차에서 흔히 제기되는 법률문제로는 배심원의 선정절차가 잘못되었다거나 사실심 공판절차에 증거능력 없는 증거의 제출이 허용되었다는 주장 및 사실심 법원이 관련법을 잘못 해석하였다는 주장 등이 있다. 상소인은 단순한 법률위반 이외에 헌법위반을 상소이유로 주장할 수 있고,<sup>154)</sup> 나아가 피고인이 충분한 변호인의 조력을 받지 못한 상태로 기소인부절차에서 유죄담변을 하였다거나 유죄담변이 임의로 이루어진 것이 아니라는 주장을 내세워 유죄담변의 효력을 다툼 목적으로 상소를 하는 경우도 있다. 미국법상 상소인은 사실심 절차에서 당사자가 적시에 지적한 문제점만을 상소이유로 주장할 수 있다. 그렇기 때문에 사실심 절차에서 소송당사자의 변호인은 법률문제에 대한 판사의 판단이 내려질 때마다 적절한 방법으로 이의를 제기해 두어야 한다. 변호인이 법률문제에 대해 이의를 제기하였으나 사실심 판사가 이를 기각하였다면 법률적 쟁점에 대해 견해의 불일치가 생긴 것인데, 이러한 방식으로 확인된 쟁점만이 상소심의 판단대상이 될 수 있는 것이다.<sup>155)</sup>

154) 불법한 압수·수색, 경찰관의 위법한 피의자신문 등이 그 예이다.

155) 미국법상 형사사건에 대한 상소제기는 유죄평결에 대해서만 허용되며 피고인은 양형이 가혹하다는 이유로 상소할 수 없고 검사 역시 양형이 지나치게 관대하다는 이유로 상소할 수 없다. 그러나 최근에 일부 주에서는 사실심 법관이 선고한 형에 대한 피고인의 상소를 인정하고 있다. David W. Neubauer, p. 445.

### (3) 재량적 상소수리제도

미국법상 소송당사자는 상소할 수 있는 권리를 가지고 있으나, 권리로서의 상소제기는 단 1회에 한한다. 소송당사자는 항소심 절차에서 제기할 수 있는 모든 쟁점들을 주장하여야 하고, 일단 항소심 법원이 최종판단을 내리게 되면 그러한 상소권은 없어진다. 항소심 절차에서 패소한 당사자가 주항소법원이나 연방항소법원보다 상위에 있는 주최고법원이나 연방대법원에 자신의 사건을 다시 심사해 줄 것을 청원(petition)하는 경우가 있는데, 이때의 청원은 권리의 행사가 아니며, 실제로 그 청원은 거의 허용되지 않는다. 이렇듯 미국 연방대법원과 대부분의 주최고법원은 광범위한 재량적 상소수리권을 가지는데, 재량적 상소수리권이란 이들 최고법원이 사건을 선별하여 심리할 수 있는 권한을 말한다. 이러한 구조로 인하여 대부분의 상소사건은 중간단계의 상소심 법원에서 최종적으로 처리되고, 소수의 사건들만이 주최고법원이나 연방대법원에서 심리된다.<sup>156)</sup>

### (4) 상소이유서제도

미국법상 상소심 절차에서 특히 주목되는 것은 상소이유서이다. 상소이유서는 상소심 절차에서 상소인이 주장하는 쟁점을 서면으로 구성해 놓은 것이다. 상소이유서의 내용은 상소인의 관점에서 본 사건의 사실관계, 상소의 대상으로 지목한 쟁점, 그리고 상소인의 주장을 뒷받침할 수 있는 기존판례(선례)의 제시 등으로 이루어진다. 상소심 절차는 이 상소이유서를 중심으로 진행되는데, 우선 상소인은 상소이유서를 상소심 법원에 제출하여야 한다. 또한 상소인은 상소이유서에서 사실심 법원이 잘못 판단했다고 주장하는 법률문제의 오류 목록을 제시한다. 상소이유서가 제출되면 하급심 법원에서 승소한 당사자(피상소인)가 상소이유서에 대하여 답변서를 제출한다. 피상소인은 이 답변서에서 하급심 법원이 내린 원판결이 법적으로 타당하므로 유지되어야 한다는 주장과 함께 그 이유를 제시한다. 답변서가 제출되면 상소인은 그에 대해 재답변서를 제출할 수 있다.<sup>157)</sup>

<sup>156)</sup> David W. Neubauer, p. 445; William Burnham, p. 176.

## 나. 미국 연방대법원의 구성과 기능

미국 연방대법원이 처음 구성되었을 때에는 대법원장을 포함하여 6명의 대법관이 있었는데, 남북전쟁 직후에 10명으로 증원되었다가, 1869년에 의회의 입법을 통해 현재와 같이 9명으로 고정되었다.<sup>158)</sup> 미국 연방대법원은 대법원장 1명과 대법관 8명으로 구성된다.<sup>159)</sup> 미국 전역에 설치되어 있는 수많은 법원들이 서로 다른 법률해석을 한다면, 법 생활의 안정을 기할 수 없을 것이기에, 전원합의체로 운영되는 연방대법원의 주된 임무는 법령해석의 통일을 기할 수 있는 최종심으로서 기능하는 것이다. 요컨대, 연방대법원은 사건관계인이나 피고인의 구체적인 사정을 고려해서 권리구제를 해주는 기관이 아니라, 미국 사회에서 현안이 되고 있는 법률문제 가운데에서도 특히 중요하다고 판단되는 문제를 엄선하여 그에 대한 정책적 판단을 내리는 최상위 법원인 것이다.

## 다. 미국 형사상고제도의 특징

형사사건이 연방대법원에서 심리되는 방법은 3가지가 있는데, 첫째, 권리로서 상고가 허용되는 경우이다. 연방대법원은 ① 연방법원이 의회의 법률이 위헌이라고 판단한 때, ② 연방항소법원이 주 법률이 위헌이라고 판결한 때, ③ 주의 최고법원이 연방법률이 위헌이라고 판결한 때, ④ 개인이 주의 법률이 연방헌법 위반이라고 주장하여 주 최고법원이 그 주장을 인용한 때에는 반드시 그에 대하여 심사한다. 종전에는 권리상고를 할 수 있는 경우가 제법 있었으나, 연방대법원의 업무 부담을 줄이기 위하여 연방의회가 권리상고의 범위를 대폭 축소할 결

157) David W. Neubauer, p448; William Burnham, p. 176.

158) 1935년 대법원이 뉴딜입법들을 연달아 파기하자 뉴딜정책의 헌법적 정합성을 획득하려는 정치적 의도에서, 1937년 프랭클린 루즈벨트 대통령은 대법관 수를 15명으로 늘리는 대법원 증원 계획(the Court Packing Plan)에 대한 청문회를 개최하였으나, 사법부의 권위를 정치적 필요에 맞추려는 대통령의 제안에 뉴딜주의자들마저 반기를 들면서 이를 실현하지 못하였다. Kermit L. Hall/ Paul Finkelman, *The Magic Mirror: Law in American History*, Oxford University Press, 2008, pp. 305-306.

159) 현재 미국 연방대법원 판사들의 자세한 경력에 대하여는 연방대법원 홈페이지 참조 <http://www.supremecourt.gov/about/biographies.aspx> (2010년 11월 10일 최종접속).

과, 권리에 의한 상고는 주법의 연방헌법 위반 여부가 문제된 때 등 법률에 의하여 매우 제한적인 범위 내에서 인정된다. 권리상고를 하기 위해서는 대법원에 당해 사건이 권리상고에 해당하는 사유를 설명하는 서류를 제출해야 하는데, 대법원은 권리상고에 해당하는 사건에 대하여도 구두 변론이나 공식적인 의견 없이 약식절차로 사건을 처리하기도 한다.

둘째, 피고인에게 상고의 권리는 없으나 상급법원이 대법원으로부터 하급법원에 대하여 사건기록을 보내도록 명령하는 이송영장(writ of certiorari)을 발부받아서 대법원의 심리를 받는다.<sup>160)</sup> 이는 허가에 의한 상고로서 연방대법원은 오로지 원심판결, 상고허가신청서 및 그에 대한 답변서만을 검토하여 중요한 법률 문제가 포함되어 있는 경우에 한하여 이송영장(writ of certiorari)을 발부하여 연방하급법원에 재심사를 위한 기록 송부를 명한다. 대법원은 당사자가 제출한 상고허가 신청서(petition for certiorari)를 심사하여 상고허가 여부를 결정하는데, 이송영장이 발부되려면 9명의 대법관 중 4인 이상이 찬성하여야 한다(rule of four).<sup>161)</sup> 중요한 법률문제가 포함되어 있지 않은 경우에는 상고허가신청은 기각되고 하급심 판결은 확정되는데,<sup>162)</sup> 상고허가신청이 기각되었다고 하여 반드시 연방대법원이 하급심 판결의 결론에 찬성한다는 것을 의미하는 것은 아니고, 단지 대법원에서 심리할 만한 사건이 아니라는 사실을 의미하는 것에 불과하다.<sup>163)</sup> 이 경우는 법률심이므로 배심재판을 진행하지 않고, 피고인이 무죄라는 판결을 바로 선고하지도 않는데, 원칙적으로 원심재판에 중대한 잘못이 있는지를 확인하여 판결로 선언하고, 그 잘못을 시정하는 방식으로 다시 재판을 하도록 하는 것이다.

셋째, 하급심법원이 판결을 내리기 전에 법률적 쟁점에 대하여 미리 대법원의 지침을 구하는 법적의견확인(certification)이라는 제도가 있다. 법적의견확인

160) Wayne R. LaFave / Jerold H. Israel / Nancy J. King, pp. 1272-1283.

161) Rolando V. del Carmen, pp. 5-6; William Burnham, pp. 176-177..

162) 상고허가신청을 기각하는 경우에는 아무런 이유를 기재하지 아니한다.

163) 매년 1만 건에 가까운 수의 상고허가청원이 대법원에 접수되나, 연방대법원 전원합의체의 공식의견이 기재되는 판결은 80-90건에 불과하다. 연방대법원 홈페이지 참조

<http://www.supremecourt.gov/about/justicecaseload.aspx>

(certification)은 드물게 허용되는데, 연방대법원은 일단 하급심법원이 판결을 내린 뒤에 선택적으로 그 사건을 검토하는 방식을 선호하고 있다.

형사상고가 허가된 경우에 연방대법원은 ① 기록만을 검토한 후 상고기각을 하거나 ② 변호인이나 검사에게 의견서(brief)를 제출하도록 하거나 ③ 변론기일을 열어 심리를 하기도 한다. 물론 이 기일에서는 검사나 변호인 측의 의견을 청취하는 것이지, 사실관계를 조사하는 것은 아니다. 연방대법원에서 원심이 파기(reverse) 환송(remand)되는 경우에는 원심에서의 오류를 시정하여 다시 재판을 하게 된다. 예컨대, 원심에서 위법수집증거가 채택된 경우에 파기환송을 하게 되면, 그 위법수집증거를 배제한 상태로 다시 재판을 하게 되는 것이다.

#### 4. 미국 형사상고제도의 운영 현황

〈표 2-1〉은 2005년부터 2009년까지 미국 연방대법원에 접수된 상고허가신청 건수와 그 처리현황을 보여주고 있다. 2005년의 경우 5,735건의 상고허가신청이 접수되었는데, 그 중 965건에 대하여 상고가 허가되었다. 이는 다른 해와 비교해 볼 때, 상고허가신청 건수는 상대적으로 적은데 반해, 그 허가 건수가 현저히 많다는 것을 알 수 있다. 특히 상고가 허가된 사건 중의 대부분은 형사사건이었는데, 총 853건이 허가되어 전체 상고허가 건수의 88.4%를 차지하고 있었다. 2005년에 현저히 높은 형사상고 허가율을 보이는 이유는, 워싱턴 주의 양형 시스템이 연방헌법 수정 제6조에 위배된다는 2004년 *Blakely v. Washington* 판결<sup>164</sup>과 연방양형기준의 위임 적용이 피고의 배심재판을 받을 권리를 저해한다는 2005년 *United States v. Booker* 판결<sup>165</sup>의 영향인 것으로 분석된다. 동 판결로 인해 2005년에 형사상고허가 건수가 폭증하였고, 이후 적체되었던 사건들이 처리되면서 예년 수준을 회복한 것으로 파악된다.

한편 2009년의 경우를 살펴보면, 연방대법원에 상고허가가 신청된 사건은 총 5,860건이었는데, 그 중 167건에 대하여 상고가 허가(2.85%)되었고, 5,479건은

164) *Blakely v. Washington*, 124 S.Ct. 2531 (2004).

165) *United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005).

기각(93.5%)되었으며, 101건이 각하(1.72%)되었다. 같은 해 연방대법원에 상고허가가 신청된 형사사건의 수는 총 2,432건으로 전체 상고허가 신청 사건의 41.5%를 차지하고 있다. 신청된 형사사건 중 67건에 대하여 상고가 허가(2.75%)되었고, 2,334건은 기각(95.97%)되었으며, 15건이 각하(0.62%)되었는 바, 대부분의 사건이 기각 처리된다는 것을 알 수 있다.

표 2-1 연방대법원 상고허가 신청 수리 현황 (2005~2009)<sup>166)</sup>

2005년도	이전 회기 미결 사건	신청	처리			본 회기 계류 사건
			허가	기각	각하	
총계	3,331	5,735	965	4,830	54	3,217
형사	1,036	2,172	853	1,356	10	989
U.S. civil	504	908	33	842	12	525
민사	1,681	2,533	79	2,497	31	1,607
행정항소	110	122	0	135	1	96

2006년도	이전 회기 미결 사건	신청	처리			본 회기 계류 사건
			허가	기각	각하	
총계	3,214	7,002	137	6,487	36	3,556
형사	984	3,437	49	3,069	4	1,299
U.S. civil	526	1,029	29	955	18	553
민사	1,607	2,423	50	2,379	14	1,587
행정항소	97	113	9	84	0	117

2007년도	이전 회기 미결 사건	신청	처리			본 회기 계류 사건
			허가	기각	각하	
총계	3,426	7,103	151	6,631	43	3,704
형사	1,272	3,563	74	3,285	3	1,473
U.S. civil	523	923	13	930	11	492
민사	1,522	2,429	60	2,273	28	1,590
행정항소	109	188	4	143	1	149

166) Petitions for review on writ of certiorari to the U.S. Supreme Court filed, terminates, and pending(2005년~2009년) <http://scdb.wustl.edu/> 연방대법원 데이터베이스(The Supreme Court Database) 홈페이지

2008년도	이전 회기 미결 사건	신청	처리			본 회기 계류 사건
			허가	기각	각하	
총계	3,861	6,154	259	6,398	58	3,300
형사	1,567	2,673	170	2,953	5	1,112
U.S. civil	536	780	22	777	16	501
민사	1,612	2,545	50	2,507	35	1,565
행정항소	146	156	17	161	2	122

2009년도	이전 회기 미결 사건	신청	처리			본 회기 계류 사건
			허가	기각	각하	
총계	3,393	5,860	169	5,479	101	3,504
형사	1,142	2,432	67	2,334	15	1,158
U.S. civil	524	856	27	822	33	498
민사	1,601	2,407	66	2,207	52	1,683
행정항소	126	165	9	116	1	165

## 제2절 영국의 형사상고제도

### 1. 영국의 형사사법제도 개관

#### 가. 영국 형사사법제도의 특징

영국의 사법제도를 이해하기 위해서는 먼저 영국의 국가형태에 주목해야 한다. 영국(The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)은 잉글랜드(England), 웨일즈(Wales), 스코틀랜드(Scotland), 북아일랜드(Northern Ireland) 등 4개의 지역으로 구성된 연합왕국이다.<sup>167)</sup> 영국의 사법제도는 4개 지역의 역사와 지리적 상황에 맞물려 형성되었으며, 4개 지역 중 스코틀랜드와 북아일랜드는 독자적인 사법제도를 가지고 있다.<sup>168)</sup> 따라서 보통 영국의 사법제도라고

167) 그레이트 브리튼 북아일랜드 연합 왕국(United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland), 줄여서 연합 왕국(United Kingdom) 혹은 영국(잉글랜드에서 유래)이라고 하는데, 그레이트 브리튼 섬의 잉글랜드, 스코틀랜드, 웨일스 및 아일랜드 섬 북쪽의 북아일랜드로 이루어져 있다. 이 보고서에서 영국은 동일한 형사법제도를 시행하고 있는 England와 Wales를 지칭하는 개념으로 사용한다.

하면 스코틀랜드와 북아일랜드를 제외한 잉글랜드와 웨일즈의 사법제도를 일컫는다. 영국은 과거 형사재판에 있어서 당사자주의와 배심제, 사인소추제도를 취하였으며, 독립된 검찰조직 없이 경찰이 수사와 소추를 담당했다.<sup>169)</sup> 그러나 이와 같은 전통적인 영국의 형사사법시스템은 최근 형사절차에 관한 일련의 성문법 제정에 의한 수사절차의 변화, 검찰제도의 도입, 배심제의 개혁 등으로 급격히 변모하고 있다.<sup>170)</sup>

#### 나. 형사사건처리 절차의 개관

영국의 형사범죄는 범죄의 경중에 따라 약식기소범죄(summary offences), 정식기소범죄(indictable offences), 선택가능범죄(offence triable either way)로 나뉜다.<sup>171)</sup> 약식기소범죄는 치안판사법원(magistrates' court)에서 전속관할권을 가지는 경미한 범죄이고, 정식기소범죄는 형사법원(crown court)에서 전속관할을 가지는 중한 범죄이며, 선택가능범죄는 약식기소범죄 보다는 중하고 정식기소범죄 보다는 경한 범죄로 치안판사의 결정이나 피고인의 의사에 따라 관할법원이 결정된다. 첫째, 약식기소범죄는 모두 성문법상의 범죄<sup>172)</sup>로서,<sup>173)</sup> 쓰레기 무단 투

168) 1707년 스코틀랜드가 연합조약(Treaty of Union)을 체결하여 잉글랜드(웨일즈 포함)에 병합되면서, “스코틀랜드 사법부의 독립”을 조약 내용(Treaty of Union 19조)에 포함시킨 이래 스코틀랜드는 현재까지 독자적인 사법체제를 영위하고 있다. 북아일랜드는 1921년 그레이트 브리튼의 일부가 되면서 1920년 아일랜드 정부법(Government of Ireland Act 1920)에 의하여 독자적인 사법체제를 보장받았다.

169) 영국은 전통적으로 사법기관이 대륙법식으로 중앙 집중화 되는 것을 기피해 왔는데, 1986년 10월 검찰청(Crown Prosecution Service, CPA)이 신설되면서 그러한 전래에서 벗어나게 되었다. John Sprack, *A Practical Approach to Criminal Procedure*, 12 edition, Oxford University Press, 2008, p. 67.

170) 영국 법령 데이터베이스 홈페이지. <http://www.statutelaw.gov.uk> (2010년 11월 10일 최종접속). 경찰권 형사사건의 분류, 항소, 일사부재리, 양형 등 여러 방면에서 형사사법시스템의 전면적인 개편을 가졌은 2003년 형사사법법(Criminal Justice Act 2003) 참조 영국 배심제도의 개혁에 관해서는 Peter Joyce, *Criminal Justice: An Introduction to Crime and the Criminal Justice System*, Willan Publishing, 2006, pp. 240-243 참조

171) 영국 법령 데이터베이스 홈페이지. <http://www.statutelaw.gov.uk> (2010년 11월 10일 최종접속). Interpretation Act 1978, Schedule 1 참조

172) 성문법에 규정된 범죄(statutory offences)란 최고 법정형이 성문법에 규정되어 있고, 법정형에 따

기, TV 수신료 미납, 비위생적 음식물 판매, 무임승차, 대부분의 교통법규 위반 사건들(예컨대, 운전 부주의·속도위반·신호위반·무보험운전 등)이 여기에 해당한다. 2003년 형사사법법(The Criminal Justice Act 2003) 제281조 2항에 의하면 약식기소범죄에 대한 구금형의 최대 선고형량은 51주인데,<sup>174)</sup> 치안판사법원에서 유·무죄의 판단을 하지만, 경죄이더라도 형사법원에 이송되는 사건이 함께 있는 경우에는 형사법원에서 재판한다. 둘째, 정식기소범죄에는 보통법(Common law)상의 범죄와 정식공소장(indictment)에 의한 유죄를 선고하는 형을 명시하고 있는 성문법상의 범죄가 있는데, 예컨대 모살, 고살, 유아살해, 고의적인 중상해, 강간, 강도, 공갈, 방화죄 등이 여기 해당한다. 정식기소범죄는 형사법원에서 제1심 재판이 이루어지는데, 만약 치안판사법원에 기소되면 치안판사법원은 회부절차(committal proceeding) 없이<sup>175)</sup> 피고인에 대한 보석 여부를 결정한 후 사건을 형사법원으로 이송하며, 형사법원은 소추자로부터 정식기소장을 제출받고 제1심 재판을 한다. 셋째, 선택가능범죄는 약식기소범죄와 정식기소범죄를 제외한 중간 영역에 속하는 범죄들로 절도, 강제추행, 약물범죄 등이 이에 해당한다. 선택가능범죄는 피고인의 선택이나 치안판사의 결정<sup>176)</sup>에 따라 형사법원 또는 치안판사법원에서 제1심 재판을 한다. 피고인이 형사법원에서 재판받을 것을 선택하거나 치안판사가 형사법원에서 재판하는 것이 적당하다고 결정한 경우 치안판사는 회부절차에서 공소사실에 관한 증거가 있는지 조사한 후 증거가 있으면 사

---

라 범죄의 종류가 결정되는 범죄를 일컫는다. 한편 보통법(Common law)상의 범죄란 범죄의 구성요건이 성문법이 아닌 보통법에 규정되어 있는 범죄들로서 원칙적으로 정식기소범죄에 해당하는데(다만, Magistrates' Court Act 1980 Schedule 1. 에는 예외가 규정되어 있음), 살인죄(murder)와 증거인멸이나 법관 매수와 같은 사법정의방해죄 등이 있다.

173) 약식기소범죄를 규정하고 있는 법은 정식공소장(indictment)에 의하여 부과되어 질 수 있는 더 중한 형을 규정하지 않고, 단지 약식유죄판결(summary conviction)에 부과되어 질 수 있는 최고 형만을 규정함으로써 약식재판범죄임을 보여준다.

174) 치안판사법원에서 재판하는 약식기소범죄는 일반적으로 최대 6개월의 단기구금형 또는 5,000 파운드의 벌금형이 부과되는 사건이 대부분이었다. 그러나 2003년 형사사법법(Criminal Justice Act 2003)은 약식기소범죄 관련 법률의 형량을 국무장관령으로 최대 51주의 금고형까지로 높게 수정할 수 있다고 규정하고 있다(제281조 2항 (b)).

175) Glenn Hutton/ David Johnston, Evidence & Procedure, Blackstone Press, 2002, p. 10.

176) 치안법원에서는 선택가능범죄에 대하여 죄질, 범죄의 중대성, 과형의 권한 유무 등을 고려하여 직접 재판할 것인지 아니면 형사법원으로 이송하여 처리할 것인지를 결정한다.

건을 형사법원으로 회부하는데, 형사법원은 소추자로부터 정식기소장을 제출받고 제1심 재판을 한다.<sup>177)</sup>

## 2. 법원조직과 관할

### 가. 법원조직

영국의 법원조직은 포괄적인 관할권을 가지는 상급법원과 사건의 성질이나 소송가액에 따라 제한적인 관할권만을 가지는 하급법원으로 구성되어 있다. 영국의 상급법원(Senior Courts of England and Wales)으로는 대법원(Supreme Court)과 항소법원(Court of Appeal), 고등법원(High Court of Justice), 형사법원(Crown Court)이 있는데,<sup>178)</sup> 항소법원에는 민사항소사건을 다루는 민사부와 형사항소사건을 다루는 형사부가 설치되어 있다.<sup>179)</sup> 고등법원은 각기 관할권을 달리하는 형평법부(Chancery Division),<sup>180)</sup> 여왕좌부(Queen's or King's Bench Division),<sup>181)</sup> 가사부(Family Division)<sup>182)</sup> 등의 3부로 구성되어 있고, 형사법원(Crown Court)

177) John Sprack, pp.120-123; Peter Joyce, pp.282-283.

178) Gary Slapper/ David Kelly, *The English Legal System*, Routledge, 2010, p. 166.

179) 2009년 4월 1일 기준으로, 38명의 재판관(Lord of Justice)이 항소법원의 업무를 맡고 있다. 영국 법무부, *Judicial and Court Statistics 2009*, p. 197.

180) 형평법부(Chancery Division)는 17명의 판사들로 구성되어 있으며(2009년 4월 1일 기준, 회사법, 부동산 양도, 유언 공증, 신탁, 파산 등의 사건을 다룬다. 특허법원인 Patents Court(여기서 말하는 “Court”는 독립된 조직으로서의 “법원” 개념이 아니고, 법원 내부의 업무분장에 따른 특정업무 단위를 총칭하는 말이다)와 회사법원인 Company Court, 그리고 파산법원 Bankruptcy라는 3개의 특별법원이 이 형평법부에 속한다. *Judicial and Court Statistics 2009*, p. 197.

181) 여왕좌부는 계약위반, 불법행위소송 등 가장 일반적인 법률분쟁을 취급하며, 72명의 판사가 업무를 맡고 있다(2009년 4월 1일 기준). 이 Queen's Bench Division에는 해사법원인 Admiralty Court와 상사법원인 Commercial Court, 그리고 행정법원인 Administrative Court라는 특별법원이 있다. *Judicial and Court Statistics 2009*, p. 197.

182) 1970년 사법행정법(Administration of Justice Act 1970)에 의하여 “Probate, Divorce and Admiralty Division”이 가사부(Family Division)라는 새 이름으로 등장했다. 가사부에서는 19명(2009년 4월 1일 기준)의 판사가 이혼, 부부재산분쟁, 아동사건 등 우리의 가정법원에서 하는 일을 처리하고 있다. *Judicial and Court Statistics 2009*, p. 198.

183)은 정식기소범죄를 재판하며, 치안판사법원의 항소심으로 기능한다. 영국의 민사하급법원으로는 지방법원(County Court)<sup>184)</sup>과 소액사건법원(Small claims courts)<sup>185)</sup>이 있고, 형사하급법원으로는 치안판사법원(Magistrates Courts)<sup>186)</sup>이 있다.

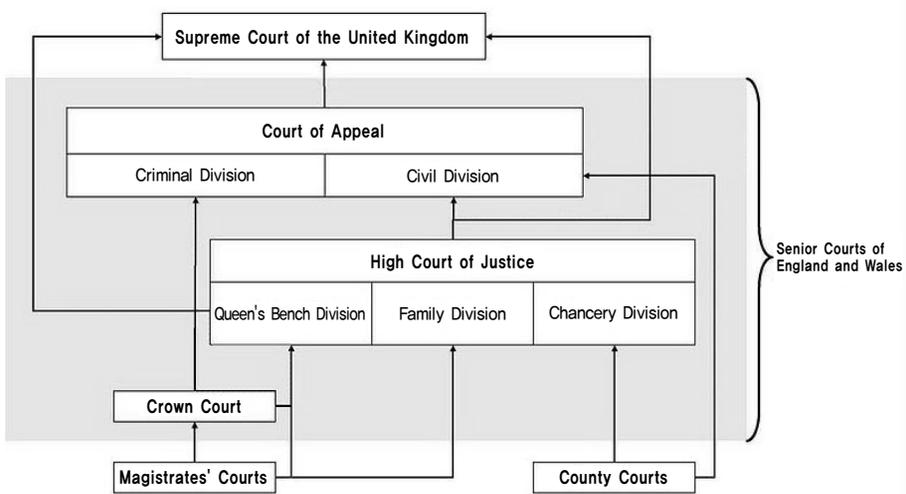


그림 3-1 잉글랜드와 웨일즈의 법원조직<sup>187)</sup>

183) 형사법원은 기존의 형사사법시스템을 현대화하려는 목적으로 제정된 1971년 법원법(Courts Act 1971)에 의해 설립되었다. Gary Slapper/ David Kelly, pp. 241-242. 형사법원의 업무는 680명의 순회판사(Circuit judge)와 1,233명의 판사보(recorder)가 처리하고 있다(2009년 4월 1일 기준). Judicial and Court Statistics 2009, p. 198.

184) 지방법원(County Court)은 계약, 불법행위, 채무, 토지반환소송, 가사문제 등 광범위한 민사소송 업무를 담당하며, 순회판사와 지역판사(district judge) 그리고 부(副)지역판사(deputy district judge)가 사건을 처리한다.

185) 소액사건법원은 'court'라는 표현을 쓰지만 지방법원의 부서에 가깝다(Civil Procedure Rules, Part 26. 민사소송규칙 26장 참조). 소송가액 5,000 파운드 이하의 민사소송(신체상해 사건의 경우, 1,000 파운드)은 지방법원에서 소액사건법원으로 이관되어 처리된다. Peter Joyce, p. 284; Gary Slapper/ David Kelly, pp. 196-198.

186) 약식기소범죄를 전담하는 치안판사법원 사건 대부분은 28,607명의 비상근 시민치안판사(lay magistrate)와 134명의 상근 지역판사(district judge, 과거에는 유급 치안판사 stipendiary magistrate로 불렸다)가 담당하고 있다(2010년 4월 1일 기준). Judicial and Court Statistics 2009, pp. 198-199.

187) [http://en.wikipedia.org/wiki/Courts\\_of\\_England\\_and\\_Wales](http://en.wikipedia.org/wiki/Courts_of_England_and_Wales) (2010년 11월 10일 최종접속).

## 나. 관 할

형사사건에 대한 제1심 재판은 사건의 종류에 따라 치안판사법원이나 형사법원에서 다루어진다. 치안판사법원의 제1심판결에 대한 항소심재판은 고등법원 여왕좌부(Queen's Bench Division of the High Court) 또는 형사법원에서 담당하고, 형사법원의 제1심 판결에 대한 항소심재판은 고등법원 여왕좌부 또는 항소법원 형사부(Criminal Division of the Court of Appeal)가 담당한다. 한편 형사사건에 관한 상고심재판은 대법원에서 담당한다. 치안판사법원에서는 시민치안판사(lay Magistrates)나 지역판사(district Judge)가 약식기소범죄와 선택가능범죄 중 치안판사법원에서 재판하게 된 사건을 처리하고, 형사법원(Crown Court)에서는 순회판사(Circuit Judge)와 판사보(recorder)가 정식기소범죄나 선택가능범죄 중 형사법원에서 재판하게 된 사건에 대하여 배심재판으로 형사 제1심 사건을 처리하거나, 치안판사와 함께 치안법원에서 양형 및 사실에 대하여 항소한 형사항소 사건을 처리한다. 항소법원(Court of Appeal)에서는 재판관(Lord or Lady Justices of Appeal)이 제1심 형사법원에서 유죄선고된 사건에 대한 사실 및 양형에 관한 항소사건을 처리한다. 상고심인 대법원은 법률심으로서 순수한 법률문제만을 심리한다. 대법원은 ① 잉글랜드와 웨일즈의 항소법원 민사부와 형사부가 제기한 상소, ② 잉글랜드와 웨일즈의 고등법원에서 제기한 일부 제한된 사건에 대한 상소, ③ 스코틀랜드의 최고민사법원(the Court of Session)에서 제기한 상소, ④ 북아일랜드의 항소법원이 제기한 상소, ⑤ 북아일랜드의 고등법원이 제기한 일부 제한된 사건에 대한 상소만을 관장한다.<sup>188)</sup> 위의 법원에서 내려진 모든 재판이 상고의 대상이 되는 것은 아니고, 중요한 법적 쟁점이 있는 사건에 관하여만 심리된다.<sup>189)</sup>

188) 영국 대법원은 잉글랜드와 웨일즈, 북아일랜드의 민·형사 사건의 최종 상고심으로 기능하지만, 스코틀랜드의 경우엔 민사 상고심만을 관장한다. 즉, 스코틀랜드 최고형사법원(high court of judiciary)은 영국 대법원에 상소를 제기하지 않는다.

189) 대법원 홈페이지, 대법원상소제기지침 참조

[http://www.supremecourt.gov.uk/docs/31\\_March\\_2010\\_-\\_A\\_guide\\_to\\_bringing\\_a\\_case\\_to\\_The\\_Supreme\\_Court.pdf](http://www.supremecourt.gov.uk/docs/31_March_2010_-_A_guide_to_bringing_a_case_to_The_Supreme_Court.pdf) (2010년 11월 10일 최종접속).

### 3. 영국의 상고제도에 관한 일반적 고찰

#### 가. 영국의 상소제도에 관한 개관

우선 치안판사법원의 판결에 대하여는 검사가 사실오인이나 양형부당을 이유로 해서는 상소할 수 없고, 법률적 쟁점을 이유로 할 때에만 고등법원(High Court, Divisional Court of Queens Bench Division)에 항소할 수 있는데, 공공의 이익을 위하여 중요한 법률적 쟁점을 다루고자 함이 고등법원 여왕좌부에 의해 인정되고 고등법원 여왕좌부 또는 대법원의 상고허가를 받으면 상고를 할 수 있다. 형사법원의 배심판결에 대하여는 원칙적으로 항소하지 못하나, 배심원의 매수나 협박을 이유로 하는 경우에는 무죄판결에 대하여 항소법원(Court of Appeal)에 항소할 수 있다. 또한 법무부 장관이 양형부당(unduly lenient sentence)을 이유로 재선고를 요청하는 허가를 구할 수 있고,<sup>190)</sup> 형사법원의 무죄판결에 대하여 항소법원의 의견을 구하는 신청을 할 수 있다. 항소법원의 의견을 구하는 것은 장래 유사한 사건이 발생하였을 때 잘못된 사유로 무죄가 선고되는 것을 막기 위함인데, 항소법원의 의견에서 형사법원의 판결이 잘못되었다는 결론이 나와도 무죄판결에는 영향이 없다. 정식기소사건의 경우에는 검찰이 재판장의 사건종결결정(terminating ruling)에 대하여 항소법원에 항소할 수 있다. 살인, 강도, 성범죄 등 일정한 범죄에 관한 재판에 대해서는 재판장이 증거에 대해 내린 결정에 대해서도 항소할 수 있다. 또한 2003년 형사사법법은 무죄선고 사건에 대한 재심을 허용하였다. 즉, 무죄가 선고된 사건에 대해 전에 나타나지 않았던 새롭고 강력한 증거가 발견된 경우 항소법원의 무죄판결을 파기하고 다시 재판을 받도록 명할 것을 신청할 수 있다. 재심대상사건은 살인, 강간, 유괴 등 중범죄이고, 지방경찰청장이나 차장 이상의 신청에 의해 검찰총장의 서면동의를 받아 재수사 할 수 있다.<sup>191)</sup>

---

190) 피고는 형사법원이 자신에게 부과한 형량이 범죄에 비해 과도하다고 믿는 경우에, 형량의 재심을 위해 항소법원에 항소할 권리가 인정된다. 반면 1988년 형사사법법(Criminal Justice Act 1988)은 정식기소범죄에 대하여 형사법원이 선고한 형량이 지나치게 관대하다고 판단할 경우(그리고 1988년 형사사법법의 적용을 받는 사건인 경우에), 항소법원의 허가를 받아, 항소법원에 동죄와 관련된 형량을 재심에 붙이도록 하는 권한을 법무부장관에게 부여하였다(1988년 형사사법법 제36조 1항).

## 나. 영국의 상고제도에 관한 구체적 고찰

### (1) 영국 연방대법원의 설립

2009년 10월 1일, 영국 연방대법원이 창설되면서 영국사법사에 큰 획이 그어졌다. 연방대법원은 최상급 상소법원으로서 영국 전역을 관할하는데, 종래에 이 기능은 입법부인 상원(House of Lords)이 맡고 있었다. 1875년에 상원의 최고법원으로서의 기능을 폐지하는 개혁안이 채택된 적이 있었으나 보수파의 반대로 시행되지 못하였고, 그 대신 1876년에 제정된 상소법원법(Appellate Jurisdiction Act 1876)에 따라 세습할 수 없는 귀족으로 임명된 법률가(Lords of Appeal in Ordinary)들이 상고재판을 담당하게 되었다. 이후 상고법원으로서의 상원(House of Lords)은 입법부로서의 상원(House of Lords)과는 사실상 별개의 기관으로 운영되게 되었다.<sup>192)</sup> 그러나 영국에서는 상원이 대법원의 역할을 하는 것이 사법권 독립의 원칙에 부합되지 않는다는 비판이 계속 제기되었는데,<sup>193)</sup> 이에 2003년 6월 12일, 영국정부는 의회나 정부로부터 독립된 별도의 대법원(Supreme Court)을 신설하는 방안을 도입하겠다고 공식발표하였다. 2005년의 헌법개정법률(Constitutional Reform Act 2005) 제3장에 의해 법적 근거가 마련된 영국의 대법원(The Supreme Court)은 종래 상원의 사법적 역할을 대신하면서 1876년과 1888년의 상소법원법에서 정한 상원의 관할권을 가지게 되었다. 또한 대법원은 1998년 스코틀랜드 법, 1988년의 북아일랜드법, 2006년 웨일즈정부법의 권한이양(devolution)과 관련된 문제들에 대해서도 관할권을 가지는데, 이것은 추밀원 사법위원회(Judicial Committee of the Privy Council)로부터 대법원으로 이전된 것이다.<sup>194)</sup>

191) 김한수, “2003 형사사법법 제정에 따른 최근 영국 검찰제도의 변화”, 해외연수검사논문, 대검찰청, 2004.

192) 강일원, “현행 상고제도의 문제점과 개선방안: 영미법계에 비추어”, 사법개혁과 세계의 사법제도 (I), 사법제도비교연구회, 2004, 17면.

193) 입법부로서의 상원이 사법부로서의 상원에 관계하는 일을 철저하게 막을 수는 없었던 바, 정치적 인 개입요소가 적지 않았기 때문에 사법부의 중립이라는 측면에서 문제의 소지가 많았던 것이다.

194) 대법원 홈페이지, 대법원상소제기지침 참조.

[http://www.supremecourt.gov.uk/docs/31\\_March\\_2010\\_-\\_A\\_guide\\_to\\_bringing\\_a\\_case\\_to\\_The](http://www.supremecourt.gov.uk/docs/31_March_2010_-_A_guide_to_bringing_a_case_to_The)

영국 대법원은 2005년 헌법개정법률(Constitutional Reform Act 2005) 제3장 23조 (2)항에서 규정하고 있는 바와 같이 12명의 대법관들로 구성되었다.<sup>195)</sup> 현재 영국 대법원을 구성하고 있는 대법관 대부분은 이전에 상원(House of Lords)에서 재판을 담당하고 있던 상원재판관들이다.<sup>196)</sup>

## (2) 상고제도의 유형과 특징

영국의 상고심은 순수한 법률심으로서 대법원이 관할한다. 원칙적으로 당사자에게는 상고할 권리가 인정되지 아니하고, 상고를 위해서는 원심법원인 항소법원이나 고등법원 또는 대법원의 허가(permission)를 받아야 한다. 상소허가신청(an application for permission to appeal)은 우선 해당 항소법원에 해야 하고, 항소법원에서 허가를 거절하는 경우 대법원에 신청할 수 있다. 허가신청은 상소 허가를 위한 신청서를 제출하는 것에 의한다. 한편 고등법원 판사가 판결한 사건에 대하여는 항소법원을 거치지 않고 곧바로 대법원으로 상고할 수 있는 비약상고(leapfrog)가 허용되는데, 이 경우 양 당사자의 동의가 있어야 하고, 해당 사

---

\_Supreme\_Court.pdf (2010년 11월 10일 최종접속).

1833년 Judicial Committee Act에 의해 설립된 추밀원 사법위원회는 영연방 국가들과 영국의 해외영토 등에서 올라온 상소사건의 최종심을 담당한다. 종래 추밀원 사법위원회는 권한이양입법으로부터 파생된 헌법적 문제들을 판결하는 역할도 담당하였으나, 2009년 10월 영국 대법원의 신설과 함께 이 권한은 연방대법원에 이전되었다.

추밀원 사법위원회 홈페이지. <http://www.jcpc.gov.uk/> (2010년 11월 10일 최종접속).

대법원 신설에 앞서 이러한 권한이양 문제에 대해서는 많은 논의가 있었다. Andrew Le Sueur, *Building the UK's New Supreme Court: National and Comparative Perspectives*, Oxford University Press, 2004.

195) 2005년 헌법개정법률(Constitutional Reform Act 2005) 제3장 23조 3항에서는 대법관의 수를 늘릴 여지를 남겨두고 있는데, 현재 대법원은 대법원장 1인, 부대법원장 1인 그리고 10명의 대법관들로 구성되어 있다.

196) 종래의 상원(House of Lords) 재판은 상원사법의장(Lord Chancellor)과 상원재판관(Lords of Appeal in Ordinary) 및 전·현직 고등법원 판사 이상의 법관(high judicial officer)으로서 귀족 중 3인 이상이 관여해왔다. 상원재판관(Lords of Appeal in Ordinary)은 당초 2명으로 출발하였으나 그 수가 12명으로 증가하였고, 보통 5명의 법관으로 상고위원회(Appellate Committee)를 구성하여 재판하였지만, 중요한 사건인 경우에는 7명의 법관으로 상고위원회(Appellate Committee)를 구성하였다.

건이 일반 공중을 위하여 중요한 법적 쟁점을 가지고 있다는 고등법원의 증명서(certificate)가 제출되어야 하며, 대법원에 상고허가신청을 하여야 한다. 대법원에 대한 상고허가신청은 당사자의 신청(Application)에 의하여 이루어지고, 대법원은 3명의 대법관(Law Lords)으로 구성된 상고심사부(Appeal Panel)에서 판단된다. 상고심사부는 일반적으로 변론절차 없이 서면심리만으로 당해 사건이 일반 공중을 위하여 중요한 법적 쟁점을 가지고 있는지를 판단하여 상고허가 여부를 결정한다.<sup>197)</sup>

#### 4. 영국 형사상고제도의 운영 현황

〈표 3-1〉은 2009년 10월 1일 영국 연방대법원이 출범한 시점으로부터 2010년 3월 31일까지 6개월 동안 영국 대법원이 처리한 사건과 관련된 각종 통계를 보여주고 있다. 이 기간 동안 135건의 상소허가신청이 접수되었는데, 그 신청에 관하여 44건이 허가되어 32.6%의 허가율을 보이고 있고, 50건이 기각되어 37%의 기각율을 나타내고 있다. 한편 대법원에서 심리한 사건은 총 43건이었는데, 판결이 선고된 사건은 42건이었으며, 상소가 기각된 사건은 17건이었다.

표 3-1 영국 대법원 통계(2009년 10월 1일 ~ 2010년 3월 31일)<sup>198)</sup>

구분	월별							계
		10월	11월	12월	1월	2월	3월	
상소허가신청 접수		31*	20	20	14	17	33	135
상소허가신청 허가		16	6	8	5	4	5	44
상소허가신청 기각		11	11	9	8	7	4	50

197) 영국 대법원 홈페이지, 대법원규칙(Rules of Court) 참조

<http://www.supremecourt.gov.uk/procedures/rules-of-the-court.html>

(2010년 11월 10일 최종접속).

198) The Supreme Court Annual Report and Accounts 2009 -2010, Stationery Office, 2010. 영국 대법원 홈페이지. <http://www.supremecourt.gov.uk> (2010년 11월 10일 최종접속). \* 2009년 8월 접수된 13건의 상소허가신청과 2009년 9월 접수된 6건의 상소허가신청을 2009년 10월 상소허가신청 접수 건수에 포함시켰다.

구분	월별							계
	10월	11월	12월	1월	2월	3월		
상소허가신청 기타 처리 결과	0	0	0	0	0	0	0	
상소허가 비용 감면	0	2	2	0	0	1	5	
상소허가 비용 연기	1	0	1	3	1	0	6	
상소 심리 건수	10	10	6	3	6	8	43	
상소 허가 건수	2	3	8	2	0	4	19	
상소 기각 건수	2	2	5	0	5	3	17	
기타 상소 처리 결과 건수	0	0	1	0	0	1	2	
유럽사법재판소 위임 상소 건수	0	1	0	0	0	1	2	
개정 일수	14	11	8	6	11	15	65	
판결 선고 건수	4	5	14	5	6	8	42	

### 제3절 독일의 형사상고제도

#### 1. 독일의 형사사법제도 개관

##### 가. 독일 형사사법제도의 특징

독일은 중죄와 경죄를 구분하고 있는데, 1년 이상의 자유형에 처할 수 있는 중죄(Verbrechen)와 경미한 자유형이나 벌금형에 처할 수 있는 경죄(Vergehen)에 관하여는 각기 다른 절차가 적용된다(독일 형법 제12조).<sup>199)</sup> 또한 연방국가인

199) 과거 독일은 1871년의 제국형법 이래 국가적 제재가 부과되는 모든 구성요건적 행위를 범죄로 파악하여 중죄(Verbrechen)와 경죄(Vergehen) 및 위경죄(Übertretung)로 삼분하였으며, 이에 대하여 형벌이라는 일률적인 법적효과를 부과하였다. 그러나 형사불법과 행정불법을 구별하려는 학계와 입법자의 지속적인 노력은 1952년에 질서위반법(Gesetz über Ordnungswidrigkeiten: OWiG)이라는 새로운 법영역을 탄생시켰고, 1974년에 이르러 형법과 질서위반법을 재정비함으로써 비범죄화 작업을 마무리(기존의 3분 체계에서 중죄와 경죄의 2분 체계로 전환)하였다. 이러한 질서위반법은 경미한 행정질서위반행위를 비범죄화하는 등 일반범죄와 구별하여 행정질서벌의 대상으로 규정함으로써 형사불법과 행정불법을 엄격히 구분하는 획기적인 입법으로 평가되고 있고, 형사사법 영역에서 업무경감과 사법비용의 절감 면에서도 큰 효과를 보고 있다고 한다. Bernd v. Heintschel-Heinegg, Münchener Kommentar Strafgesetzbuch, C.H.Beck, 2003, S. 289; Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band. I., 4. Auflage, C.H.Beck, 2006, S. 272-277; Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetz, 57. Auflage, C.H.Beck, 2010,

독일의 사법권은 16개의 주와 연방에 분할되어 있고, 본질적으로 동일한 사법권이 전문재판권에 따라 헌법재판권과 5개의 독자적인 재판권으로 분할되어 있으며, 심급에 따라 관할 배분 요소가 추가되어 매우 복잡하게 구성되어 있다는 점에서 특징적이다.

#### 나. 형사사건처리 절차 개관

독일의 형사절차는 크게 수사절차(기소전 절차, Vorverfahren)와 중간절차(공판개시절차, Zwischenverfahren) 및 공판절차(Hauptverfahren)로 나뉜다.<sup>200)</sup> 수사절차에서 검사는 피의자에게 충분한 혐의가 있는지를 심사한 후, 혐의가 인정되면 관할 법원에 공소를 제기한다(독일 형사소송법 제170조 1항). 이어지는 중간절차에서는 법원이 공판절차의 개시여부를 결정하게 되는데, 피의자가 범죄를 저질렀다는 사실에 대한 충분한 혐의가 있을 경우 공판절차가 열리게 된다. 공판절차는 형사절차에서 가장 중요한 부분으로서 범죄에 대한 비난을 공개적으로 논의하고 심사하게 되는데, 대부분 판결로 끝난다(동법 제260조). 제1심 공판절차에서 상소절차로 이어질 수 있으며, 이에 상급법원은 해당 사건을 다시 심사하게 된다. 그러나 실무상 정식절차로 처리되는 사건 수는 많지 않고, 대부분의 경우 약식명령절차(Strafbefehlsverfahren, 동법 제407조부터 제412조)에 의해 처리되고 있다.<sup>201)</sup> 독일 형사소송법은 사안이 단순하거나 죄증이 명백한 사건에 있어서 신속한 재판을 도모하기 위해 정식절차와 구분되는 간이한 절차로서 신속공판절차(Beschleunigtes Verfahren, 동법 제417조부터 제420조)를 규정하고 있다.<sup>202)</sup>

S. 62-64.

200) Klaus Volk, Grundkurs StPO, 7. Auflage, C.H.Beck, 2010, S. 8; Werner Beulke, Strafprozessrecht, 11. Auflage, C.F. Müller, 2010, S. 2; Urs Kindhäuser, Strafprozessrecht, 2. Auflage, Nomos, 2010, S. 39.

201) 형사절차에서는 경죄(Vergehen)에 대하여 본질적으로 판결과 동등한 법원의 결정을 약식명령으로 내릴 수 있다. 약식명령은 공판절차 없이 서류로 제출된 증거자료만을 토대로 결정된다. 검찰은 수사 결과 공판이 필요하지 않다고 판단되면 서면으로 형사단독판사나 참심법원에게 약식명령을 청구한다. Klaus Volk, S. 295-297; Werner Beulke, S. 339-341; Urs Kindhäuser, S. 311-316.

## 2. 독일의 법원조직과 심급제도

### 가. 독일의 법원조직

#### (1) 개 관

연방국가인 독일의 재판권은 연방헌법재판소(BverfG, Bundesverfassungsgericht)와 연방법원 및 주의 법원에 의해 행사되는데(독일연방기본법 제92조),<sup>203)</sup> 독일 법원조직법(GVG) 제12조에 따라 각 주에는 구법원(AG, Amtsgericht)과 지방법원(또는 주법원 LG, Landgericht) 및 주상급법원(OG, Oberlandesgericht)이 설치되어 있고, 연방에는 연방대법원(BGH, Bundesgerichtshof)이 설치되어 있어서 연방과 주가 각각에 대하여 권한을 가지고 있다. 연방헌법재판소는 위헌법률심사, 연방기관 사이의 권한쟁의, 연방과 주 사이의 권한쟁의, 헌법소원 등의 사건에 관하여 재판권을 행사하며, 각 주에도 주헌법과 관련한 헌법재판을 담당하는 주헌법재판소가 설치되어 있다.<sup>204)</sup>

헌법재판권을 제외한 나머지 재판권은 통상(민사·가사·형사사건), 재정(세무행정사건), 노동(노동사건), 사회(사회보장사건) 등 5개 분야로 나뉘고, 각 분야마다 최고법원으로서 연방(통상)대법원(Bundesgerichtshof), 연방행정법원(Bundesverwaltungsgericht), 연방재정법원(Bundesfinanzhof), 연방노동법원

---

202) 신속공판절차는 사건의 사실관계가 단순하거나 증거가 명백하여 즉각적인 심리에 적합하고 예상 선고형이 1년 미만의 자유형인 경우에, 검사가 서면 또는 구두로 형사단독판사나 참심법원에 청구함으로써 성립한다. Klaus Volk, S. 297-298; Werner Beulke, S. 341-343; Urs Kindhäuser, S. 318-321.

203) 독일기본법 제101조 1항은 “특별법원(Ausnahmegerichte)은 허용되지 아니한다. 누구든지 법률로 정한 법원에 의한 재판을 받을 권리를 박탈당하지 아니한다”라고 규정하여 공정한 재판을 받을 권리를 보장하는 한편 동조 제2항에서는 특별한 전문분야를 담당하는 전문법원(Sondergerichte)을 법률에 의하여 설치할 수 있도록 하고 있다. 독일 법원조직법 제14조에서 규정하고 있는 해상법원(Gerichte der Schifffahrt)이 전문법원의 한 예이다.

204) 2008년 3월 1일 슐레스비히 홀스타인 주에 주헌법재판소(Schleswig-Holsteinische Landesverfassungsgericht)가 설립됨으로써 독일 16개 주에 모두 주헌법재판소가 설치되었다. 독일 법무부 홈페이지, 법원과 검찰 항목(2010. 1. 1. 기준, 연방과 각 주 법원의 수). <http://www.bmj.bund.de/files/37f9e10b3585af6cd8cd342ef081243d/1161/Zahl%20der%20Gerichte%201.01.2006.pdf> (2010년 11월 10일 최종접속).



한편 각 주에는 5개 분야의 하급법원이 각각 설치되어 있는데, 통상재판권에 관하여는 주상급법원(Oberlandesgericht), 지방법원(Landgericht), 구법원(Amtsgericht)이 설치되어 있고, 행정재판권에 관하여는 고등행정법원(Oberverwaltungsgericht)과 행정법원(Verwaltungsgericht)이, 재정재판권에 관하여는 재정법원(Finanzgericht)이, 노동재판권에 관하여는 주노동법원(Landesarbeitsgericht)과 노동법원(Arbeitsgericht)이, 사회재판권에 관하여는 주사회법원(Landessozialgericht)과 사회법원(Sozialgericht)이 설치되어 있다.<sup>208)</sup>

(2) 구법원(區法院, Amtsgericht)

독일의 구법원(Amtsgericht)은 독일 법원조직법 제24조에 기하여 원칙적으로 제1심사건 전체를 관할하는데, 다만 ① 다른 법원의 제1심 관할로 되어 있는 사건<sup>209)</sup> ② 4년을 초과하는 자유형 선고가 예상되는 사건, ③ 검사가 특별히 중요성을 인정하여 지방법원에 기소한 사건 등은 구법원의 관할에서 제외된다.<sup>210)</sup> 예상 선고형이 4년 이하의 자유형인 사건과 사인소추(Privatklage)<sup>211)</sup>가 제기된

207) 고등법원 성격의 연방법원인 군복무법원(Truppendienstgericht)은 독일기본법 제96조 4항에 따라 설치되어 있다.

208) 법원조직법시행법(EGGVG) 제9조에서는 각 주에 주최고법원(Oberstes Landesgericht)을 설치할 수 있는 가능성을 열어두었으나, 이를 적용하여 주최고법원을 설치한 주는 바이에른 주 뿐이었다. 그러나 바이에른 주의 주최고법원은 2006년 6월 30일부로 폐지되었고 그 역할은 바이에른 주에 소재한 3개의 주상급법원과 연방통상법원이 맡게 되었다. Klaus Volk, S. 11.

209) 법원조직법 제74조 2항의 대참심법원 재판과 동법 제74조a의 국가안보범죄재판부 사건, 그리고 동법 제120조에서 주 상급법원의 관할로 규정한 사건들이 여기 해당한다.

210) Klaus Volk, S. 11-12; Werner Beulke, S. 34; Urs Kindhäuser, S. 148.

211) 사인소추(私人訴訟) 제도는 형사소송에서 피해자에게 형사소추권, 즉 소(訴)제기의 권한을 인정하는 것을 말한다. 독일에서는 범죄정도가 경미하고 공공의 이익을 크게 해하지 않는 범죄의 경우 피해자에게 독자적인 형사소추권을 인정하고 있다. 구체적으로 사인소추가 가능한 범죄유형은 주거침입, 모욕, 서신비밀침해, 상해, 협박, 거래상의 수뢰 및 증뢰죄, 손괴죄와 부정경쟁방지법위반 및 저작권법 위반범죄 등이다(독일 형사소송법 제 374조 1항). 이 가운데 상해죄의 일부와 손괴죄를 제외한 나머지 범죄는 모두 친고죄이다. 검사는 이러한 범죄들이 공익에 관련되어 있을 때에만 공소를 제기할 수 있다(동법 제376조) 또한 뇌물죄와 저작권법 위반범죄를 제외한 범죄에 대해서는 조정전치주의를 취하고 있기 때문에 조정시도가 성공하지 못한 경우에 한하여 피해자는 사인소추절차에 의한 소를 제기할 수 있다(동법 제380조). Klaus Volk, S. 339-341; Werner Beulke, S. 374-375; Urs Kindhäuser, S. 321-323.

경미범죄에 대하여 관할하는(독일 법원조직법 제24조부터 제25조)<sup>212)</sup> 구법원은 형사단독판사(Strafrichter)와 참심법원(Schöffengericht)으로 구성된다. 형사단독판사는 사인소추 사건과 2년 이하의 자유형이 선고될 경죄사건을 담당하고(동법 제25조), 직업판사 1인과 참심원 2인으로 구성된 참심법원은 예상 선고형이 4년 이하인 중간급 경죄를 재판한다.<sup>213)</sup> 참심법원은 사건의 중대성으로 미루어 직업법관이 더 필요하다고 판단될 때에는 검사의 청구에 의하여 2인의 직업법관과 2인의 참심원으로 구성될 수 있으며 이를 확대참심법원이라 지칭한다(동법 제29조 2항). 이러한 구법원 판결에 대한 항소심 재판은 주 지방법원(Landgericht)에서 담당하고 있고, 구법원에 대응하는 검찰청으로는 구검찰청이 설치되어 있으며, 구검찰청에는 경미한 사건을 전담하는 구검사(Amtsanwalt)가 배치되어 사건을 처리하고 있다.<sup>214)</sup>

### (3) 지방법원(Landgericht)

지방법원은 형사사건의 경중에 따라서 형사부(Strafkammer)를 구성하여 제1심 법원 혹은 제2심 항소법원으로 기능한다. 제1심 법원으로서의 지방법원은 3명의 직업법관과 2명의 참심원으로 구성된 대형사부(Große Strafkammer)<sup>215)</sup>가 재판

212) 4년을 초과하는 자유형이 선고될 사건에 대해서는 주 지방법원(Landgericht)이 관할하고, 독일 형법 제80조 침략전쟁선동죄와 동법 제81조 국가반역죄 등의 국가안보와 관련된 일정한 범죄에 대하여는 주 고등법원(Oberlandesgericht)이 제1심 재판권을 가진다.

213) 법원조직법 제28조는 참심법원의 관할에 대하여 ‘형사단독판사의 관할 외의 사건’을 재판한다고 소극적으로 규정하고 있다. 따라서 참심법원은 구법원 관할 형사사건 중에서 형사단독판사가 관할하는 사건을 제외한 모든 사건을 담당한다. Klaus Volk, S. 12; Werner Beulke, S. 35; Urs Kindhäuser, S. 149.

214) 독일 법원조직법(GVG) 제141조는 “각 법원에 검찰청을 설치한다”고 규정하고 있는데, 이는 별도의 독립적인 검찰기관을 설치하여야 한다는 의미가 아니다. 실제로 구법원에 대응하는 구검사들만으로 구성된 독자적인 구검찰청(Amtsanwaltschaft)이 설치되어 있는 곳은 Berlin주와 Hessen주 2곳뿐이다. 구법원에 대응한 별도의 구검찰청을 설치하고 있지 않는 대부분의 주에서는 구법원에 대응하는 구검찰청의 업무를 지방법원에 대응하는 지방검찰청 소속 검사나 구검사가 수행하고 있다. 독일 전자법원 및 행정사서함 (Elektronisches Gerichts-und Verwaltungspostfach) 홈페이지 참조.

<http://www.egvp.de/gerichte/index.php> (2010년 11월 10일 최종접속).

215) 사건이 복잡하지 않다고 판단하는 경우에는 2명의 직업법관과 2명의 참심원으로 구성된 재판부가

을 담당한다(법원조직법 제76조 1항 1문). 구법원의 판결에 대한 항소심으로서 제2심으로 운용되는 지방법원의 경우에는 1인의 직업법관과 2인의 참심원으로 배석을 맡는 소형사부(Kleine Strafkammer)가 사건을 처리한다.<sup>216)</sup> 구법원의 확대참심법원이 판결한 사건에 대해서는 소형사부에 1인의 직업법관이 추가되고, 이를 통하여 항소심 재판부인 소형사부가 강화된다(법원조직법 제76조 3항). 지방법원의 소형사부가 내린 항소심 판결에 대해서는 주상급법원에 상고(Revision)할 수 있다. 한편 대형사부는 대참심법원(Schwurgericht)<sup>217)</sup>의 관할인 법원조직법 제74조가 정하는 중죄(주로 살인 및 치사사건)와 예상 선고형이 4년을 초과하는 중죄(동법 제74조 1항 2문 전단), 그리고 검찰이 사건이 특별히 중요하다고 보아 지방법원에 기소한 중죄(동법 제74조 1항 2문 후단) 등을 제1심 형사법원으로서 관할한다. 이 경우 지방법원의 판결에 대해서는 항소가 인정되지 않고, 곧바로 연방대법원에 상고를 하는 것만이 가능하므로 중죄는 2심 구조를 취하고 있다.<sup>218)</sup>

---

심리에 임할 수 있다(법원조직법 제76조 2항). Klaus Volk, S. 12; Werner Beulke, S. 35; Urs Kindhäuser, S. 147.

- 216) 지방법원에서는 민사사건의 경우 3인의 판사로 구성된 합의부(Kammer)가 재판을 담당하는데, 1명의 직업법관과 2명의 비전문가인 일반인으로 구성되는 상사부를 둘 수 있다. 지방법원은 구법원의 관할이 아닌 민사 제1심 사건과 소가와 관계없이 국가의 책임으로 인한 소와 구법원의 항소심을 담당하는데, 이때에는 항소금액이 600유로 이상이어야 한다(다만, 그 이하의 금액이더라도 제1심 법원이 판결에서 항소를 허용한 경우에는 항소가 가능하데, 제1심 법원은 당해 사건이 기본적인 중요성을 가지고 있을 때, 그리고 법률의 발전이나 통일적인 법률해석을 위하여 항소심의 판단이 필요할 때에는 반드시 항소를 허가하여야 한다(독일 민사소송법 제511조)).
- 217) Schwurgericht의 번역에 있어서 일부 국내문헌에서는 이를 단어의 의미에 따라 “배심법원”이라 지칭하고 있지만, 이는 영미법의 배심법원과 혼동을 야기하므로 적절하지 않다고 판단된다. 독일의 법원에서 시민법관이 담당하는 역할은 영미법에서의 배심원의 역할이 아닌 참심원(Schöffe)의 역할이다. 시민법관이 참심원으로 참여하는 법원임에도 불구하고 이를 ‘Schwur’, 즉 ‘배심원’이라는 표현으로 지칭한 것은 과거에는 이 법원에 3명의 직업법관과 12명의 배심원들이 참여하였고, 배심원들만이 유·무죄를 판단함으로써 영미법의 배심원과 같은 역할을 했기 때문이다. 그러나 1924년 이래 이 법원에 참여하는 시민법관의 수는 점차 축소되었고, 직업법관과 함께 유무죄 및 양형에 대해 판단하게 되었다. 따라서 이들의 역할은 더 이상 배심원의 역할이라 할 수 없으므로 이를 참심원이라 지칭한다. 독일 법령용어집, 한국법제연구원, 2008.
- 218) 지방법원에서 제1심 사건을 심판하는 형사재판부 가운데에는 특정사건만을 심판하는 경제사건 형사재판부(Wirtschaftsstrafkammer, 법원조직법 제74c)와 국가안보범죄(Staatsschutzdelikt, 법원조직법 제74a)를 심판하는 형사재판부가 있는데, 이러한 특정재판부의 구성과 권한은 일반적인 대

## (4) 주상급법원(Oberlandesgericht)

주상급법원에서는 3인의 판사로 구성되는 합의부(Senat)가 재판을 담당한다. 구법원이 제1심으로 심판한 경미사건에 대해 주상급법원은 상고심 법원으로 기능한다. 주상급법원이 상고심으로 재판하는 경우에 다른 주상급법원이나 연방대법원의 기존 판례와 다른 판단을 내리고자 하는 상황이 생길 수 있는데, 이러한 경우에 해당 주상급법원은 반드시 연방법원에 사건을 이송하여야 한다(독일 법원조직법 제121조 2항 참조).<sup>219)</sup> 또한 주상급법원은 반역죄 등의 중대한 공안사건들에 대해서는 제1심 형사법원으로서 기능한다. 이때에는 5인의 직업법관으로 합의부를 구성하는 것을 원칙으로 하나(동법 제122조 2항 1문), 사안의 중요성이 2인의 법관을 더 필요로 하지 않는다고 판단될 때에는 3인의 직업법관으로 구성되는 것이 허용된다(동법 제122조 2항 2문). 요컨대, 특정한 중대 국가안보범죄, 독일연방공화국의 존립을 위태롭게 할 살인 또는 방화 등의 범죄사건으로서 연방검찰총장이 사안의 중대성을 감안하여 형사소추를 직접 수행하는 경우에 주상급법원이 제1심 법원으로 심판하는 것이다. 주상급법원이 제1심 법원으로 심판한 사건에 대해서는 항소가 허용되지 않고, 연방대법원에 상고를 하는 것만이 허용된다.<sup>220)</sup>

## (5) 연방대법원(BGH)

연방대법원은 민·형사사건의 상고심이며, 5인으로 구성된 합의부(Senat)가 재판한다. 민사사건의 상고는 주상급법원이 상고를 허가하거나(Zulassungsrevision)<sup>221)</sup> 상고불허가에 대한 이의에 기해 상고법원이 상고를 허가한 경우에 한하여 가능

형사부의 그것과 동일하다.

219) 이러한 사건이송의무를 통하여 연방대법원에 의한 법령해석의 통일이 보장된다. Werner Beulke, S. 39; Jürgen Peter Graf, Strafprozessordnung (StPO) mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, C.H.Beck, 2010, S. 2031-2032.

220) Klaus Volk, S. 13, 302; Werner Beulke, S. 36-37, 345; Urs Kindhäuser, S. 150.

221) 항소심 법원은 당해 사건이 기본적인 중요성(grundätzliche Bedeutung)을 가지고 있을 때, 그리고 법률의 발전이나 통일적인 법률해석을 위하여 상고심의 판단이 필요할 때에는 반드시 상고를 허가하여야 한다(독일 민사소송법 제543조 2항).

하고,<sup>222)</sup> 형사사건은 연방법 위반을 이유로 하는 상고사건만 다룬다. 연방대법원에서는 재판에 의한 법형성과 판례의 통일을 기하기 위해 전원재판부(Große Senat) 및 전원합의체(Vereinigten Großen Senat)가 구성되기도 한다.<sup>223)</sup>

### 나. 독일 형사사건의 심급제도

독일에서는 예상 선고형이 2년 이하(형사판사 관할사건, Kleinere Kriminalität) 이거나 4년 이하(참심법원 관할사건, Mittlere Kriminalität)의 자유형에 해당하는 경미사건은 구법원에서 제1심 재판을 담당하게 하고 있다. <그림 4-1>을 통해서도 확인할 수 있듯이 구법원 관할 사건은 제1심 구법원(Amtsgericht, AG), 항소심 지방법원(Landgericht, LG), 상고심 주상급법원(Oberlandesgericht, OLG)이라는 3심 형태의 상소제도로 처리된다. 이 경우 심급구조의 종착점은 연방대법원(Bundesgerichtshof, BGH)이 아니라 독일의 각 주에 설치되어 있는 주상급법원이다. 한편 예상 선고형이 2년 이하인 경죄사건과 예상 선고형이 4년 이하인 중급 경죄사건을 제외한 사건에 대하여는 2심 구조의 형사상소제도로 처리된다.

222) 종전에는 상고가액이 60,000 마르크 이상인 경우 특별한 허가절차 없이도 상고를 제기할 수 있었는데, 2002년 1월 1일부터 가액에 의한 상고제도를 폐지하였다. 상고불허가에 대한 이의사건이 폭주하는 것을 예방하기 위하여 민사소송법 시행에 관한 법률(Gesetz betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung) 제26조 8항에서 2011년 12월 31일까지는 상고가액이 20,000 유로 이상인 경우에 한하여 상고불허가에 대한 이의를 제기할 수 있도록 제한하고 있다. 독일이 위와 같이 모든 민사사건에 대한 상고를 허가제로 변경한 이유는 상고법원의 사건 수가 증가하였기 때문이다. 이하의 표는 상고불허가에 대한 이의 및 상고허가신청 건수를 나타낸 것이다. 1992년 2,889건이던 상고불허가에 대한 이의사건은 2002년 4,595건으로 늘어났고, 이후 상고허가신청 수는 감소추세에 있다.

연방대법원 홈페이지. 연간 업무보고서 참조. [http://www.bundesgerichtshof.de/cln\\_134/DE/BGH/Statistik/Taetigkeitsberichte/taetigkeitsberichte\\_node.html](http://www.bundesgerichtshof.de/cln_134/DE/BGH/Statistik/Taetigkeitsberichte/taetigkeitsberichte_node.html) (2010년 11월 10일 최종접속).

<상고허가신청 및 상고불허가에 대한 이의(Nichtzulassingsbeschwerden)-누년비교표>

연도	1992	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
건수	2,899	4,440	4,265	4,595	3,888	3,633	3,233	3,319	3,404	3,230	3,192

223) 연방대법원 홈페이지, 재판부 구성 참조

[http://www.bundesgerichtshof.de/cln\\_136/DE/Richter/BesetzungSenate/weitereSenate/weitereSenate\\_node.html](http://www.bundesgerichtshof.de/cln_136/DE/Richter/BesetzungSenate/weitereSenate/weitereSenate_node.html) (2010년 11월 10일 최종접속).

지방법원(Landgericht)은 예상 선고형이 무기징역 이하인 중죄사건(Schwere Kriminalität)에 대하여 제1심으로 기능하는데, 이 경우에는 항소심 없이 바로 상고심으로 이어진다. 주상급법원(Oberlandesgerichtshof)이 제1심으로 재판하는 중대사건의 경우도 항소심 없이 바로 상고심으로 연결되는데, 양자 모두의 상고심 법원은 연방대법원(Bundesgerichtshof)이다. 요컨대, 중죄사건과 국가안보사건 등의 극히 중대한 범죄사건의 경우에 독일의 상소제도는 사실심과 법률심이라는 2심 구조로 편성되어 있음을 확인할 수 있다.

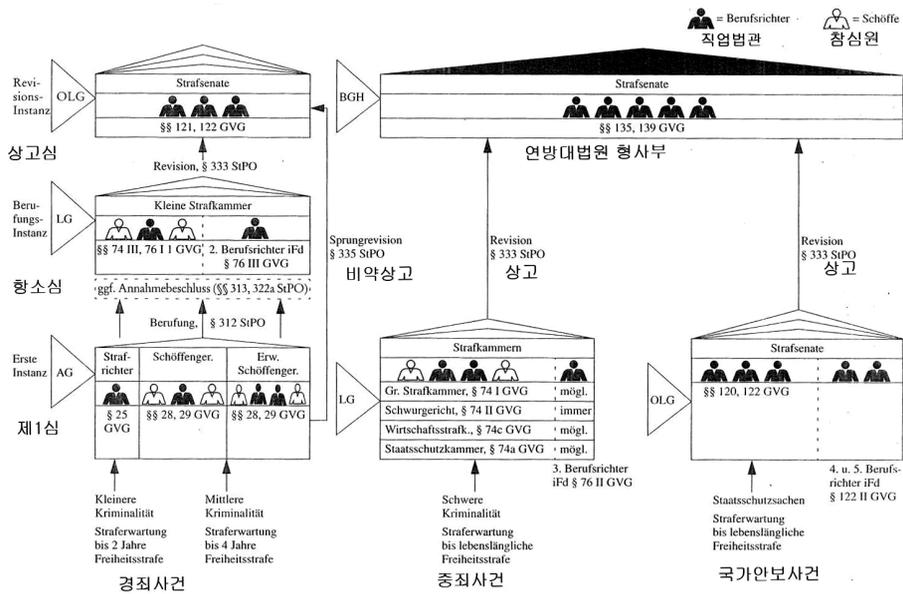


그림 4-1 독일 형사사건의 법원구조<sup>224)</sup>

224) Werner Beulke, S. 41.

### 3. 독일의 형사상고제도에 관한 구체적 고찰

#### 가. 독일의 상소제도에 관한 개관

피고인과 검사는 법원의 재판에 대하여 불복할 수 있는데, 불복방법은 크게 항고(Beschwerde)와 항소(Berufung) 및 상고(Revision)로 나누어진다.<sup>225)</sup> 항고(독일 형사소송법 제304조 이하)는 법원의 결정이나 재판장의 처분에 대한 불복 방법으로서 판결에 대하여는 제기할 수 없다. 항소(동법 제312조부터 제332조)는 사실조사와 법률적용에 대한 불복방법이고, 상고(동법 제333조부터 제358조)는 사실관계 확정 이후에 실질적·형식적 법률적용의 잘못에 대하여만 허용되는데, 항소와 상고에는 모두 불이익 변경금지의 원칙이 적용된다(동법 제331조, 제358조 2항). 항소<sup>226)</sup>는 단독판사와 참심법원의 판결(동법 제312조)이 그 대상이 되고, 경미한 벌금형 등의 특별한 경우는 항소심의 재량에 따라 그 대상이 되는 한편,<sup>227)</sup> 상고는 지방법원 소형사부의 항소심 판결과 지방법원 대형사부의 제1심 판결 그리고 주상급법원이 담당한 제1심 판결(동법 제333조)이 그 대상이 된다. 따라서 단독판사와 참심법원의 판결에 대하여는 우선 주법원의 소형사부에 항소한 후 그 판결에 대하여 상고가 가능하고(법원조직법 제121조), 주법원 대형사부의 판결에 대하여는 상고만이 가능한 바, 오히려 중대한 사안에 대하여 2차 사실심이 불가능하도록 규정하고 있다.

225) Klaus Volk, S. 301-302; Werner Beulke, S. 344; Urs Kindhäuser, S. 335-336.

226) 독일의 항소는 재차의 사실심을 의미한다는 점에서는 우리나라의 항소와 유사하나, 우리나라의 경우에는 모든 사건에 대하여 항소가 인정됨에 반하여 독일의 항소는 구법원 형사단독판사와 참심법원의 판결에 대해서만 허용되고, 경미사건의 경우 항소의 이유 없음이 명백한 때에는 항소가 수리되지 않는다는 점에서 제한적이다(독일 형사소송법 제312조, 제313조 2항).

227) 구법원에서 형사판사나 참심재판부가 재판한 사건에 대해서는 지방법원에 항소(Berufung)를 할 수 있다. 다만 빈번하게 발생하는 경미사건의 경우에는 항소법원이 항소수리결정을 내려야만 항소가 허용되는데(독일 형사소송법 제313조), 이는 경미사건에 대한 남항소를 방지하기 위함이다. Jürgen Peter Graf, S. 1278-1279.

## 나. 독일 연방대법원의 구성과 기능

독일 연방대법원의 기능은 원칙적으로 하급심 법원의 법률적 판단에 대한 사후적인 재심사로 제한되고, 사실관계의 확정은 고등법원 이하 하급심 법원의 전권에 속한다.<sup>228)</sup> 연방대법원은 일반재판부인 12개의 민사재판부와 5개의 형사재판부로 구성되어 있고,<sup>229)</sup> 각 부에는 평균적으로 7명의 판사가 배치되는데, 개개의 사건을 판결할 때에는 5명의 판사(재판장 1명, 배석판사 4명)로 재판부를 구성한다. 여기에 특별재판부인 경제부·변호사부·공증인부·변리사부·공인회계사부·세무사부·카르텔부 등이 구성되어 있는데, 이는 별도의 법관이 배치되어 있는 것이 아니라 필요에 따라 민사부나 형사부의 법관이 특별부를 구성하는 것이다. 사건배당과 관련하여서는 매년 정해지는 사무분담표(Geschäftsverteilungsplan)에 의하는데, 민사부는 특정 분야별로 전문화되어 배당을 받으며,<sup>230)</sup> 형사부는 일반

228) 연방대법원에서 변론기일을 열기도 하지만, 하급심에서 행해지는 증거조사 절차는 없다. 다만, 연방특허법원 판결의 항소심 법원이자 사실심 법원인 민사 제10부의 경우에는 유일하게 변론기일에 증거조사가 이루어진다(특허법 제110조, 제115조).

229) 칼스루에(Karlsruhe)에 위치한 연방대법원에는 2010년 11월 10일 현재, 연방대법원장을 포함하여 총 131명의 법관들이 근무하고 있다. 독일 연방대법원 홈페이지 참조 [http://www.bundesgerichtshof.de/cln\\_134/DE/Richter/richter\\_node.html](http://www.bundesgerichtshof.de/cln_134/DE/Richter/richter_node.html) (2010년 11월 10일 최종접속).

230) 민사 제1부: 저작권법, 산업재산권, 운송주선업·창고업·운송업법  
 민사 제2부: 회사법, 금융시장통화기치안정유지법에 따른 법적 분쟁  
 민사 제3부: 국가배상법, 공증인, 중개인, 위임에 관한 법규, 사무관리  
 민사 제4부: 상속법, 보험계약법  
 민사 제5부: 토지법, 자유박탈관련사건, 상린관계법, 부동산법  
 민사 제6부: 불법행위로 인한 손해배상청구권  
 (예컨대, 도로교통 책임, 제조물 책임 또는 의료사고책임)  
 민사 제7부: (건축에 관한) 도급계약법, 건축법  
 민사 제8부: (동산에 관한) 매매계약법, 주택임차법, 리스법  
 민사 제9부: 파산법, 변호사·공증인·세무사에 대한 손해배상청구권  
 민사 제10부: 특허법, 기증법 (민사 제10-a부: 특허법, 여행계약법)  
 민사 제11부: 은행·증권·유가증권법, 금전대부법  
 민사 제12부: 가족법, 상가 등 영업적인 목적물에 대한 임차법  
 독일연방대법원 홈페이지, 업무분담 항목.  
[http://www.bundesgerichtshof.de/cln\\_134/DE/BGH/AufgabeOrganisation/VerteilungGeschaefte/verteilungGeschaefte\\_node.html](http://www.bundesgerichtshof.de/cln_134/DE/BGH/AufgabeOrganisation/VerteilungGeschaefte/verteilungGeschaefte_node.html) (2010년 11월 10일 최종접속).

사건에 관하여는 각 주상급법원별로 연계하여 사건을 배당받고,<sup>231)</sup> 특수 사건에 대하여는 전문화되어 배당을 받는다.<sup>232)</sup>

동일한 법률문제에 관해 각 재판부가 다른 견해를 가지는 경우에 법률해석의 통일을 기하기 위하여 연방대법원은 민사사건에 대한 전원재판부(Großer Senat in Zivilsachen)<sup>233)</sup>와 형사사건에 대한 전원재판부(Großer Senat in Strafsachen)<sup>234)</sup> 및 민사재판부와 형사재판부의 견해가 다른 경우를 대비한 전원재판부(Großer Senat)를 두고 있다. 전원재판부의 재판을 구하기 위해서는 소부가 당해 법률문제를 결정의 형식으로 확정된 다음, 그 사건의 기록과 결정문을 전원재판부 재판장에게 제출하여야 한다.<sup>235)</sup> 전원재판부의 심리 대상은 특정 사건 자체가 아

- 231) 형사 제1부: Bamberg, Karlsruhe, München, Nürnberg, Stuttgart 주상급법원의 상고심  
 형사 제2부: Frankfurt am Main, Jena, Koblenz, Köln 주상급법원의 상고심  
 형사 제3부: Celle, Düsseldorf, Oldenburg 주상급법원의 상고심  
 형사 제4부: Hamm, Naumburg, Rostock, Saarbrücken, Zweibrücken 주상급법원의 상고심.  
 형사 제5부: Brandenburg, Braunschweig, Bremen, Dresden, Hamburg 및 Schleswig  
 행정구역의 상고심

- 232) 형사 제1부: 군대에서 발생한 형사사건, 국가방위에 반하는 범죄, 세금 및 관세 관련사건  
 형사 제2부: 특별히 관할이 지정되지 않은 그 밖의 사건  
 형사 제3부: 국가안보 관련사건  
 형사 제4부: 교통법규위반 형사사건  
 독일연방대법원 홈페이지, 연방대법원의 조직체제도  
[http://www.bundesgerichtshof.de/cln\\_134/DE/BGH/AufgabeOrganisation/Organisationsplan/organisationsplan\\_node.html](http://www.bundesgerichtshof.de/cln_134/DE/BGH/AufgabeOrganisation/Organisationsplan/organisationsplan_node.html) (2010년 11월 10일 최종접속).

- 233) 재판장이 되는 연방대법원장 이외에 각 민사재판부에 속하는 1명씩의 법관으로 구성된다.  
 독일연방대법원 홈페이지 참조  
[http://www.bundesgerichtshof.de/cln\\_136/DE/Richter/BesetzungSenate/weitereSenate/grosserSenatInZivilsachen.html?nn=589462](http://www.bundesgerichtshof.de/cln_136/DE/Richter/BesetzungSenate/weitereSenate/grosserSenatInZivilsachen.html?nn=589462) (2010년 11월 10일 최종접속).

- 234) 재판장이 되는 연방대법원장 이외에 각 형사재판부에 속하는 2명씩의 법관으로 구성된다.  
 독일연방대법원 홈페이지 참조  
[http://www.bundesgerichtshof.de/cln\\_136/DE/Richter/BesetzungSenate/weitereSenate/grosserSenatInStrafsachen.html?nn=589462](http://www.bundesgerichtshof.de/cln_136/DE/Richter/BesetzungSenate/weitereSenate/grosserSenatInStrafsachen.html?nn=589462) (2010년 11월 10일 최종접속).

- 235) 해당 소부가 다른 소부의 재판과 견해를 달리하는 판단을 내리려는 경우, 우선 선례를 남긴 소부에 의견을 조회한 후 판례변경에 동의하는 회답을 받으면 전원재판부의 소집 없이 판례를 변경할 수 있고, 종전의 재판에서의 견해를 유지하겠다는 취지의 회답을 받으면 전원재판부의 소집을 구

닌 당해 사건의 해결을 위해 필요한 법률문제이고, 그 해석에 대하여 이유를 붙인 결정을 하게 되면 그 결정이 소부를 구속한다.

#### 다. 독일의 형사상고제도의 특징

독일의 상고심은 순수한 법률심으로 사실심리가 행해지지 않는다(독일 형사소송법 제337조 1항). 상고심 법원은 원심판결이 소송법령을 준수하여 적법하게 내려진 것인지, 실체법령이 정당하게 적용된 것인지를 판단할 뿐이다(동조 제2항). 독일 형사재판은 사안의 경중에 따라 2심제 또는 3심제로 진행된다. 연방대법원을 상고심으로 하는 사건은 지방법원이 제1심이거나 고등법원이 제1심인 사건으로서 모두 2심에 해당한다. 구법원을 제1심으로 하는 사건은 비약상고가 인정되지 않는 한 원칙적으로 지방법원을 제2심으로 하고 주상급법원을 제3심(최종심)으로 한다.

##### (1) 상고이유

상고인은 상고이유로 법률위반만을 주장할 수 있다(독일 형사소송법 제337조). 여기서 말하는 ‘법률’이란 성문법을 포함한 법규범 전반을 가리킨다.<sup>236)</sup> 사실문제는 상고이유가 될 수 없고, 상고심 법원은 사실심 법원이 확정된 사실관계를 문제 삼지 않으며, 증거조사의 반복이나 보완은 허용되지 않는다.<sup>237)</sup> 상고인이 상고이유를 통하여 주장하는 원심법원의 법령위반은 크게 소송법위반과 실체법위반으로 나누어진다.<sup>238)</sup> 항소장 제출만을 요하는 항소와 달리 상고의 경우에는

---

할 수 있다. 홍기태, “독일의 상고제도와 현행 상고제도의 개선방안”, 사법개혁과 세계의 사법제도 I], 사법제도비교연구회, 2004, 49면.

236) Klaus Volk, S. 310; Werner Beulke, S. 357; Urs Kindhäuser, S. 360-361; Jürgen Graf, S. 1386-1390; Hans Dshs, Die Revision im Strafprozeß: Bedeutung für die Praxis der Tatsacheninstanz, C.H.Beck, 2007, S. 33-36.

237) Klaus Volk, S. 318; Werner Beulke, S. 357; Urs Kindhäuser, S. 363.

238) 소송법위반은 원심법원의 법원이 판결에 이르는 전 과정에서 준수해야 할 절차를 규정한 법령에 위반한 것을 말하고, 소송법 이외의 법령위반은 모두 실체법위반으로 분류된다. Klaus Volk, S. 316-317; Werner Beulke, S. 357; Urs Kindhäuser, S. 360-361.

상고장의 제출 이외에 상고이유의 제시를 요구하고 있다. 상고이유의 제시는 상고장 제출 후 1개월 이내에 이루어져야 하는데, 상고이유는 조서에 기재되거나 서면으로 제출되어야 하고, 서면으로 상고이유를 제시하는 경우에는 변호사가 그 상고이유서에 서명하여야 한다(독일 형사소송법 제344조, 제345조).

소송법위반과 실체법위반은 당해 법령위반의 주장방식과 입증방법에 차이가 있는데,<sup>239)</sup> 자세한 내용은 아래의 표와 같이 정리될 수 있다.

**표 4-1 상고이유 : 소송법위반과 실체법위반**

소송법령위반		실체법령위반
㉠ 상소이유에 소송법위반을 내포하는 사실관계를 적시할 것이 요구된다(형사소송법 제344조 2항).		㉠ 판결이 법리오해에서 비롯된 경우가 실체법령위반 사례에 해당한다. ㉡ 상고인은 상고이유를 주장함에 있어서 실체법령위반이 있다고 공격하는 것으로 족하다. ㉢ 실체법위반의 주장이 있는 경우에 상고심 법원은 판결에 영향을 미쳤는지를 포함하여 모든 실체법적 쟁점을 전반적으로 검토하게 된다. <sup>240)</sup>
㉡ 원심법원에 대한 상고심의 심리는 상고 신청시 적시한 사실만을 심사대상으로 한다(동법 제352조).		
절대적 상고이유 (동법 제338조)	상대적 상고이유 (동법 제337조)	
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 공판 기일이 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 상고이유 이외의 소송법령 위반사유	
㉢ 상고인은 해당 소송법령 위반사유가 판결에 영향을 미쳤다는 입증책임은 지지 않는다.	㉢ 상대적 상고이유의 경우에는 ① 당해 법령위반이 있었다는 점과 ② 그 법령위반 때문에 원심판결에 이르게 되었다는 점을 상고인이 입증하여야 한다. <sup>241)</sup>	㉢ 실체법위반을 주장하는 경우에 그 사유를 입증하는 방법에 대해 독일 형사소송법은 아무런 규정을 두고 있지 않다. 이 때문에 그 사유의 입증에 오류가 있더라도 상고가 바로 부적법각하되지는 않는다. <sup>242)</sup>

239) 이하의 설명은, Klaus Volk, S. 318ff; Werner Beulke, S. 357ff; Urs Kindhäuser, S. 361ff; Hans Dshs, S. 40ff.

240) Klaus Volk, S. 319-320; Werner Beulke, S. 357; Urs Kindhäuser, S. 360-361.

## (2) 상고심의 심리절차

상고장이 제출되면 일련의 사전절차를 거친 후 상고심 공판기일이 열리게 된다. 상고장이나 상고이유에 형식요건이 구비되지 않으면 결정으로 상고가 기각된다(독일 형사소송법 제349조 1항). 상고의 경우에는 항소와 달리 전면적인 상고수리제도가 인정된다. 검사의 청구가 있으면 상고심 법원은 ‘명백히 이유 없음’을 들어서 변론 없이 상고를 기각할 수 있는데, 이때의 기각결정은 재판부 전원의 일치된 의견에 기하여야 한다(동조 제2항). 이와 같은 무변론 상고기각결정은 승산 없는 상고사건을 상고심 법원의 업무영역에서 배제하기 위한 장치이다.<sup>243)</sup> 상고심 법원의 심리는 상고이유로 제시된 쟁점에 국한하여 진행되는데(동법 제352조 제1항), 이것은 상고심이 법률심이며 사후심이기 때문에 부과되는 제한이다.

상고심의 공판심리가 끝나면 상고법원은 판결을 선고하게 된다. 상고심 법원의 판결형식은 크게 ① 파기자판, ② 파기환송 또는 파기이송,<sup>244)</sup> ③ 상고기

241) 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. 소송법위반 사유와 원심판결 사이의 인과관계가 확실성의 정도로 입증될 필요는 없다. “정확하게 법령을 적용하였더라면 다른 판결결과가 나왔을 것이다”라는 가능성이 있는 정도로 족하나, 순전히 이론상의 가능성만으로는 충분하다는 것을 의미하지는 않는다. Klaus Volk, S. 320; Werner Beulke, S. 359; Urs Kindhäuser, S. 364.

242) 독일의 실무상 상고심 법원이 실제법위반의 사유로 다루는 것은 크게 두 가지이다. 하나는 심증 형성의 견실성에 대한 다름이다. 이 부분에 대한 공격을 독일 형사소송법학에서는 실시의 흠(Darstellungsstrübe)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 실제법령의 정당한 적용에 대한 다름이다. 법령적용을 다루는 주장은 일단 사실관계가 확정되었다는 전제에서 출발한다. 여기에 해당하는 것으로는 (1) 원심판결의 유무죄 판단에 오류가 있을 것을 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. Werner Beulke, S. 360-361; Hans Dahs, S. 183-184.

243) Klaus Volk, S. 324; Werner Beulke, 2010, S. 361-362; Urs Kindhäuser, S. 371; Jürgen Peter Graf, S. 1539ff.

244) 독일형사소송법 제354조 [본안판결: 파기환송] (StPO § 354 [Eigene Sachentscheidung;

각<sup>245)</sup>의 세 가지로 나누어 볼 수 있다. 상고이유가 인용될 경우에 주로 사용되는 판결형식은 파기환송이나 파기이송이지만, 예외적으로 상고심 법원이 파기자판을 하는 경우가 있다(동법 제354조 1항 참조).<sup>246)</sup> 상고심 법원은 판결의 기초가 된 사실관계에 실체법령이 잘못 적용되었다고 판단할 경우에는 더 이상 사실관계를 판단하지 않고 자판하여 무죄나 공소기각, 또는 처음부터 특정된 형을 선고할 수 있다. 또한 상고심 법원은 검사의 신청이 있는 경우에 법정 최저한도의 형을 선고하거나 형면제의 선고를 할 수 있다.

### (3) 민사상고제도와와의 차이점

독일은 민사사건에 대하여는 상고허가주의를 채택하고 있다. 즉, 상고는 항소법원이 상고를 허가한 때와 항소법원의 상고불허가에 대한 항고 절차에서 상고심이 상고를 허가한 때에만 가능하다. 독일 민사소송법상 상고는 사건이 근본적인 의미를 가지고 있거나 상고심 법원의 판단이 법 형성 또는 판례의 통일을 위해 필요한 경우에만 허용되고, 항소심이 상고를 허가한 경우 상고심은 이에 구속된다. 요컨대, 민사사건의 경우에는 상고허가주의가 채택되어 있는 반면, 형사사건의 경우에는 전면적인 상고수리제도가 인정되고, 명백히 이유 없을 경우에만 상고심 법원이 변론 없이 상고를 기각할 수 있다는 점에서 차이가 있다.<sup>247)</sup>

## 4. 독일 형사상고제도의 운영 현황

〈표 4-2〉는 2005년부터 2009년까지 독일 연방대법원에 접수된 형사사건의 수와 그 처리 건수를 나타낸 것이다. 2009년에는 3,014건의 형사사건이 접수되었

---

Zurückverweisung]) (2),(3); Jüregen Graf, S. 1602ff.

245) 독일형사소송법 제349조 [기각결정-판결](StPO § 349 [Verwerfung ohne Haupt-verhandlung]); Jüregen Graf, S. 1538ff.

246) 독일형사소송법 제354조 [본안판결: 파기환송] (StPO § 354 [Eigene Sachentscheidung; Zurückverweisung]) (1); Jüregen Graf, S. 1576ff.

247) 독일형사소송법 제349조 [기각결정-판결] (StPO § 349 [Verwerfung ohne Hauptverhandlung]). (2), (3); Jüregen Graf, S. 1542ff.

는데, 전년도에 처리되지 못한 430건의 사건을 포함한 총 3,444건의 계류사건 중 2,949건이 처리되어 85.6%의 처리율을 보이고 있다. 한편 2009년에 처리된 형사사건 2,949건 중 판결로 처리된 것은 135건으로 4.6%에 불과했고, 형사소송법 제349조 2항(명백히 이유 없는 상고; 기각) 및 4항(이유 있는 상고)<sup>248)</sup>에 의거한 상고기각 결정이 2,688건으로 91.1%를 차지하였으며, 495건의 형사사건이 미결로 남겨졌다.

표 4-2 독일연방대법원 형사사건 접수·처리 년별비교표<sup>249)</sup>

구분 \ 연도	2005	2006	2007	2008	2009
전년도 미결사건	474	412	338	453	430
접수	2,844	2,860	3,102	3,165	3,014
계류사건 총계	3,318	3,272	3,440	3,618	3,444
처리 총계	2,906	2,935	2,987	3,188	2,949
판결	172	172	141	163	135
형사소송법 제349조 2항 및 4항에 의거한 결정	2,608	2,624	2,713	2,898	2,688
기타	126	137	131	127	124
당해연도 미결사건	412	338	453	430	495

〈표 4-3〉은 2009년 독일 연방대법원에서 처리된 형사상고사건의 판결을 분류한 것이다. 총 5개의 형사부는 135건의 판결을 내렸는데, 파기환송된 사건은 82건으로 60.7%를 차지했고, 기각된 사건은 47건으로 34.8%에 해당한다. 한편 2009년 연방대법원 형사부에서 처리된 대참심법원 판결은 25건이었는데, 5개의 형사부 중 제2부가 가장 많은 사건(8건)을 처리하였다.

248) 법문언상 상고이유가 명백하다는 것은 기각 결정에 문제가 되지 않는다. 결정적인 기준은 재판부 법관 전원의 일치이므로, 상고이유가 있다 하더라도 기각 결정이 내려질 수 있다.

Klaus Volk, S. 324; Werner Beulke, 2010, S. 362; Jüregen Graf, S. 1548ff.

249) 독일 연방대법원 홈페이지.

[http://www.bundesgerichtshof.de/cln\\_134/DE/Home/home\\_node.html](http://www.bundesgerichtshof.de/cln_134/DE/Home/home_node.html) (2010년 11월 10일 최종접속).

표 4-3 형사상고사건 판결 분류(2009년)<sup>250)</sup>

형사부	기각	파기 환송	변경 판결	총계	각 조문 해당 사건 판결		대참심법원 판결
					법원조직법 제74조a	법원조직법 제120조	
1	9	12	1	22	-	-	3
2	7	29	-	36	-	-	8
3	8	20	3	31	2	1	3
4	9	13	2	24	-	-	6
5	14	8	-	22	-	-	5
총계	47	82	6	135	2	1	25

## 제4절 프랑스의 형사상고제도

### 1. 프랑스의 형사사법제도 개관

#### 가. 프랑스 형사사법제도의 특징

프랑스의 재판제도는 개인들 간의 분쟁을 해결하는 사법재판과 개인과 공권력 사이의 분쟁을 해결하는 행정재판으로 이분화 되어 있다. 또한 재판기관도 파기원(Cour de Cassation)을 정점으로 하는 사법법원(juridictions judiciaires)과 국사원(Conseil d'Etat)을 정점으로 하는 행정법원(juridictions administratives)으로 엄격하게 분리되어 있으며,<sup>251)</sup> 법률의 위헌여부에 대하여는 별도의 조직인 헌법평

250) 독일 연방대법원 홈페이지 [http://www.bundesgerichtshof.de/cln\\_134/DE/Home/home\\_node.html](http://www.bundesgerichtshof.de/cln_134/DE/Home/home_node.html) (2010년 11월 10일 최종접속).

251) 행정법원(juridictions administratives)과 사법법원(juridictions judiciaires)은 조직구조, 법관의 지위, 법관의 독립성 보장 방법 등이 서로 상이하다. 이러한 행정·사법법원의 이중구조는 그 관할권과 관련하여서도 복잡한 문제를 야기한다. 행정·사법법원의 관할권 문제는 관할법원(Tribunal des Conflits)에서 조정하나, 관할법원이 사법법원의 최고법원인 파기원과 행정법원의 최고법원인 국사원 위에 존재하는 최고법원인 것은 아니다. 성낙인, “프랑스 사법권·사법제도”, 영남법학, 제 1권 제1호, 1994, p. 44.

관할법원(Tribunal des Conflits)은 2원적 재판질서의 산물로서 조정법원(jurisdiction arbitrale)이라고 한다. 법무부장관(le Garde des Sceaux)이 주재하며 3년 임기로 각 최고법원에서 선출되는 3인의 국사원(Conseil d'Etat) 소속 위원 3인의 파기원(Cour de Cassation) 소속 위원과 그리고

의회(Conseil Constitutionnel)가 심사한다.<sup>252)</sup> 또한 프랑스 형법은 범죄(infractions)를 중죄(crime), 경죄(délit), 위경죄(contravention)로 세분하는데,<sup>253)</sup> 범죄의 종류에 따라 사건처리 절차가 달라지고, 범죄로 인한 신체적·물리적·정신적 손해가 발생한 경우에는 피해자가 소를 제기할 수 있는 사소(action civile)가 인정되고 있다는 점에서도 주목할 만하다.<sup>254)</sup> 나아가 판결을 선고하는 법원

---

추가적인 2인의 위원(관례적으로 국사원과 파기원에서 1인씩 선출된다)으로 구성된다. 법무부 장관이 결정에 참여하는 경우는 가부동수인 경우에만 한정된다. 국사원과 파기원은 각각 서로 구별되는 2원적 재판질서의 최고법원으로서 존재하며 이들 두 최고법원은 종종 관할법원의 판결에 반대하는 입장을 취하기도 한다. 예컨대, 공공서비스의 카테고리로서 사회적 공공서비스라는 개념을 관할법원이 제시한 바 있는데(Naliato 판결, 1955년) 국사원은 사회적 공공서비스라는 카테고리에 대해 계속적으로 소극적 입장을 견지하였고 결국 1983년의 Gambini 판결에서 관할법원은 사회적 공공서비스라는 개념을 포기하였다. 프랑스 법령용어집, 한국 법제연구원 관할법원 항목 참조.

- 252) 헌법평의회는 위헌법률심판을 담당하는 헌법재판기관으로 위헌법률심판 외에 조약에 대한 위헌심사, 국민투표에 대한 적법성심사, 대통령과 상원의원·국민의회의원선거에 관한 선거소송, 대통령의 유고나 결위에 대한 확인, 입법부의 법률과 행정부의 명령에 대한 권한배분, 대통령의 자문역할을 담당하고 있다. 오늘날 프랑스에서는 넓은 의미의 사법(la Justice)이라는 개념 속에 일반사법재판 외에 행정재판도 포함되는 것으로 이해되고 있고, 헌법평의회도 기본권 보장에 기여하는 사법기관으로 이해되고 있다. 그러나 헌법평의회가 파기원, 국사원, 관할법원 위에 존재하는 최고법원인 것은 아니다. 프랑스 법령용어집, 한국 법제연구원, 헌법평의회 항목 참조.
- 253) ① 무기 또는 10년 이상의 구금형으로 처벌할 수 있는 중죄(crime, 프랑스 형사소송법 제131-1조), ② 10년 미만의 구금형 또는 최소 3,750유로의 벌금형으로 처벌할 수 있는 경죄(délit, 동법 제313-3조, 제381조), ③ 1,500유로 이하의 벌금형으로 처벌할 수 있는 위경죄(contravention, 동법 제131-12조, 누범에 대하여는 3,000유로까지 가중할 수 있다. 동법 제131-13조)로 구분되는 것이다. Annie Beziz-Ayache, Dictionnaire de droit pénal général et procédure pénale, 4e édition, Ellipses Marketing, 2008, p. 236.
- 254) 사소(私訴, action civile)는 범죄로 인한 피해를 입은 당사자에 의해 제기되는 피해회복의 소(訴)로서, 프랑스 형사소송법 제2조는 “중죄, 경죄, 위경죄에 의하여 발생한 손해배상을 위한 사소는 범죄에 의하여 직접 발생한 개인적 손해를 입은 모든 자가 행사할 수 있다”고 규정하고 있다. 사소는 원칙적으로 범죄피해자인 사적 당사자(partie civile)에 의해 피고인을 상대로 제기되며 경우에 따라 그 외의 사람이 제기할 수 있다. 사소는 민사법원에 독자적으로 제기할 수 있고, 형사법원에서 진행될 때에는 공소(公訴, action publique)의 부대소송이 된다. 형사소송법 제4조에 따라 범죄피해자는 형사법원과 민사법원 중 어느 법원에 사소를 제기할 것인지 선택할 수 있다. 사소는 원칙적으로 피해의 배상을 목적으로 하는 것이지만 형사법원에 사소를 제기하는 것은 피고인에 대한 유죄입증을 강화하고 형벌권의 발동을 촉구하는 공소판에 대한 견제와 보충의 기능을 동시에 가지고 있는 것으로 평가된다. 사인소추를 통하여 형사법원에 사소 및 공소가 제기된 경우에 사소를 철회하더라도 친고죄를 제외하고 공소에 대한 철회효과는 생기지 않는다. 따라서 공소

이외에 그 이전 단계에서 증거를 조사하고 수집하는 등의 업무를 수행하는 수사법원이 존재한다는 것도 프랑스 형사사법의 특징이다.

한편, 최근 10년 동안 프랑스에서는 대규모의 사법개혁이 단행되고 있는데, 2002년 9월 9일 「사법의 방향과 계획에 관한 법률」(Loi du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice)과 2004년 3월 9일 「범죄의 발전에 따른 사법의 대응에 관한 법률」(Loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité)을 통하여 시민에 대한 사법 서비스의 강화, 시민판사로 운영되는 근린법원(Jurisdiction de proximité)의 도입,<sup>255)</sup> 증가하는 사법기관의 업무 부담과 소송사건 증대에 대한 적절한 대응, 형사소송 절차의 효율화·단순화·명확화와 효과적인 형사사법 조직의 구축 및 새로운 범죄에 대응하기 위한 사법적 수단의 강화 등이 추진되고 있다. 특히 우트로 사건<sup>256)</sup>을 계기로 2007년에 「형사절차의 균형강화를 위한 법률」(Loi du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale)이 제정되었고, 구속(기간)을 제한하고 수사(예심)제도를 개혁하는 것 등을 내용으로 하는 형사소송법 개정이 이루어졌다.

#### 나. 형사사건처리 절차 개관

프랑스 수사법원의 특징은 판결법원 외에 수사법원이 존재한다는 것이다. <표

---

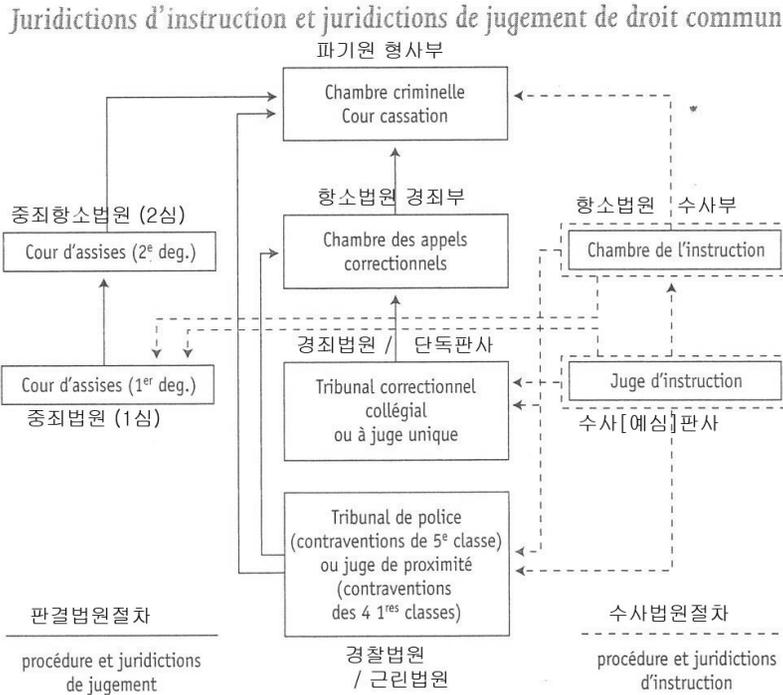
는 검사에 의해 독자적으로 유지된다.

255) 2002년 9월 9일 「사법의 방향과 계획에 관한 법률」(Loi du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice)에 의하여 일부 위경죄(프랑스 형사소송법 제521조 2항)에 대한 재판권을 갖는 근린법원이 신설되었다. Roger Perrot, *Institutions judiciaires*, 14e édition, Montchrestien, 2010, p. 162; Bernard Bouloc·Haritini Matsopoulou, *Droit pénal général et procédure pénale*, 17e édition, Dalloz-Sirey, 2009, p. 214.

256) 우트로 사건(L'affaire d'Outreau)은 2000년대 프랑스 사회를 뒤흔들어 놓은 최대 사법 스캔들이다. 마을 주민들로부터 성폭행을 당했다는 한 미성년자의 증언에 기초하여 수사판사가 2001년에 수사에 착수하여 2003년에 종결하였고 사건은 중죄법원으로 이송되었다. 17인의 피고인들은 수사 개시후 각 1년 이상 3년 이하의 미결구금상태에서 중죄법원으로부터 유죄선고를 받고 항소하였는데, 증인이 수사(예심)단계에서의 진술을 번복함으로써 항소심에서 무죄가 선고된 사건이다. 이는 프랑스 사법의 기능장애를 극적으로 드러낸 사건으로서 이후 다수의 형사개혁입법의 시발점이 되었다. Roger Perrot, p.156.

5-1) 프랑스 수사법원과 판결법원의 구성에서 볼 수 있는 바와 같이, 수사법원과 판결법원은 분리되어 기능하고 있다.

표 5-1 수사법원과 판결법원의 구성<sup>257)</sup>



프랑스의 형사절차도 범죄를 수사한 후 기소여부를 결정하고, 기소된 사건은 심리를 거쳐 판결이 선고된다는 기본 구조에 따르고 있으나 범죄의 종류에 따라 관할 법원 및 재판절차 등이 달라진다.<sup>258)</sup> 수사는 사법경찰(Police judiciaire), 검찰(Ministère public), 수사(예심)판사(Juge d'instruction)<sup>259)</sup>에 의해 이루어지는데,

257) Bernard Bouloc·Haritini Matsopoulou, p. 216.

258) Bernard Bouloc·Haritini Matsopoulou, pp. 212-213.

259) 프랑스 형사법원은 검사의 예심수사개시청구(réquisitoire introductif)를 받은 수사(예심)판사가 사법경찰관을 통해 압수·수색을 하거나 피의자신문 등 수사를 전개하여 증거를 수집한 후 판결법원으로서의 이송 여부를 결정하는 수사법원(jurisdiction d'instruction)과 위와 같은 수사판사의 이송

1808년 범죄수사법이 기소 기능과 수사(예심) 기능 및 재판 기능을 분리하여 각각 다른 사법관에게 맡기는 기능분리의 원칙을 채택한 이래로 동 원칙은 지금까지 유지되고 있다.<sup>260)</sup> 판결법원과 구별되는 수사법원을 두는 이유는 형사법원의 재판에 회부된다는 사실 그 자체가 이미 피고인에게는 중대한 문제이기 때문에 신중하게 고려하기 위함인데,<sup>261)</sup> 프랑스의 수사법원은 수사판사(juge d'instruction)와 항소법원 수사부(Chambre de l'instruction)<sup>262)</sup>라는 2단계의 구조를 취하고 있다. 그러나 모든 형사사건이 반드시 수사판사의 손을 거쳐 처리되는 것은 아니다. 중죄사건의 경우에는 수사판사의 수사절차를 필수적으로 거치도록 되어 있고, 경죄사건의 경우에는 범죄사실이 복잡한지의 여부에 따라 선택적이며, 위경죄 사건의 경우에는 원칙적으로 수사판사의 수사절차를 거치지 않는다.<sup>263)</sup> 수사판사의 기본적인 임무는 실체적 진실의 발견을 목적으로 범죄에 대한 수사를 하는 것인데(프랑스 형사소송법 제81조), 접수된 사건의 사실인정 여부에 필요한

---

결정 또는 그 외 방법으로 기소된 사건을 심리하여 판결을 선고하는 판결법원(jurisdiction de jugement)으로 기능상 구별된다. 예심수사제도는 프랑스 형사절차의 큰 특징 중 하나로서, 이 경우 피의자는 검사의 예심수사개시청구에도 불구하고 피고인이 아닌 피의자(mise en examen)의 신분으로 수사판사의 수사를 받으며 추후 수사판사의 이송결정에 따라 그 사건이 판결법원에 이송되면 비로소 피고인의 신분으로 재판을 받게 된다. 김영기, “프랑스 형사절차의 현재와 개혁동향”, 형사소송이론과 실무, 창간호, 2009, 105-106면; Roger Perrot, p. 151; Bernard Bouloc·Haritini Matsopoulou, pp. 208-209.

260) 프랑스의 형사사건은 소추와 수사(예심) 및 판결이 엄격하게 분리되어 소추는 검사가, 수사는 수사(예심)판사가 맡으며, 재판은 판결법원의 판사가 담당하는 구조를 취하는데, 판사와 검사는 모두 법무부에 사법관으로 소속되어 있지만, 구체적인 역할은 실제로 배분되는 것이다.

261) 조상제, “프랑스 형사사법제도: 형사법원의 구조와 검찰제도를 중심으로”, 비교형사법연구, 제3권 제1호, 2001, 422면; Roger Perrot, pp. 151-152.

262) 항소법원 수사부(Chambre de l'instruction)는 항소법원의 한 부(部)로서 수사(예심)판사 및 석방구금판사가 내린 결정에 대한 불복신청을 심사하여 그 적법성을 통제하는 역할을 한다. 2000년 6월 15일의 『무죄추정 강화에 관한 법률』(Loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes)이 시행되기 이전에는 형사소추부(Chambre d'accusation)가 수사(예심)판사의 예심 종결 후 중죄법원에 이송되기 이전단계에서 사건을 심사하는 2심 수사(예심)법원의 역할을 수행하였으나, 중죄법원의 판결에 대한 항소제도가 신설되면서 현재의 항소법원 수사부로 명칭이 변경되었다. Roger Perrot, pp. 159-160; Bernard Bouloc·Haritini Matsopoulou, p. 212.

263) 극히 예외적으로 지방검찰청 검사장의 청구에 의하여 수사판사의 수사절차를 거치는 경우도 있다(프랑스 형사소송법 제79조).

각종의 증거를 수집하고, 수사과정에서 요구되는 일정한 처분에 관한 결정을 하며, 수사 종료 후 사건을 판결법원에 소추할지의 여부를 결정할 수 있다.<sup>264)</sup> 수사판사의 결정에 대하여는 항소법원 수사부에 항고할 수 있다. 항소법원 수사부는 3명의 항소법원 판사(1명의 장과 2명의 배석판사)로 구성되고, 부의 재판장은 항소법원의 관할 내에 있는 수사판사들을 감독하는 바, 수사판사를 소환하거나 방문할 수 있으며 수사기록을 제출하도록 요구하는 등의 필요한 모든 조치를 취할 수 있다.<sup>265)</sup>

한편, 중죄는 참심제도를 운영하고 있는 중죄법원(Cour d'assies)에서 제1심 재판을 처리하고, 경죄는 경죄법원(tribunal correctionnel)에서, 위경죄는 경찰법원(Tribunal de police)<sup>266)</sup>이나 근린법원(Juridiction de proximité)에서 각각 그 재판을 담당한다.<sup>267)</sup> 수사단계에서 구속이나 사법통제는 중죄와 경죄 피의자에 대해서만 가능하고 위경죄 피의자에 대해서는 불가능하며, 위경죄는 원칙적으로 검찰이 직접 경찰법원에 기소하는 것에 반해, 중죄는 검찰이 사건을 수사판사에게 송치하고 수사판사가 준비절차로서 수사를 한 후 중죄법원에 기소하며, 경죄의 경우에는 검찰이 직접 기소하기도 하고 수사판사에게 송치하여 수사판사가 수사한 후 그 죄를 분류하여 해당 법원에 기소하기도 한다. 위경죄에 관한 경찰법원의 공판절차는 원칙적으로 경죄법원의 공판절차와 동일하나, 피고인은 변호인 또는 특별대리인으로 하여금 대신 출석하게 할 수 있을 뿐만 아니라(프랑스 형사소송법 제544조), 범죄의 증명에 관한 증거의 채택이 경죄사건에 비해 제한

264) 증거수집을 위한 압수수색 영장(Mandat)의 발부, 전문가에의 감정뢰 및 피의자나 참고인에 대한 심문 등의 권한을 가진다.

265) 항소법원 관할 내의 수사판사들은 정기적(3개월마다)으로 수사 중인 사건의 진행 상황을 보고하여야 한다.

266) 일종의 즉결심판법원이라 할 수 있다. 경찰법원은 경죄법원과 마찬가지로 별개의 독립된 법원이 아니라 우리의 지원에 해당하는 소법원(Tribunal d'Instance)이 위경죄 사건을 재판할 때 부르는 이름이다.

267) 만약 동일 피의자가 수 개의 중죄나 경죄를 범한 경우, 중죄 해당 범죄와 경죄 해당 범죄에 대해 각 중죄법원과 지방법원 경죄재판부가 나누어 재판을 담당한다. 프랑스의 경우에도 경합범 개념이 있어 어느 범죄와 그에 대한 판결 확정 전에 범한 죄는 경합범으로 보며(프랑스 형법 제132-2조) 동일한 공판절차를 거친 결과 경합하는 수 개의 범죄가 모두 유죄로 인정되는 경우에는 별개의 형을 각 선고하고 병과하여 집행하는 것이 원칙이다(동 형법 제132-3조).

적이다.<sup>268)</sup> 중죄법원에서는 필요적으로 공판준비절차<sup>269)</sup>를 거쳐야 하고, 일반 시민이 법관과 함께 재판부를 구성하는 참심제<sup>270)</sup>에 의하여 진행된다.

## 2. 프랑스의 법원조직과 심급제도

### 가. 프랑스의 법원조직

프랑스의 법원조직은 일반사건의 재판을 담당하는 사법법원과 행정사건의 재판을 담당하는 행정법원<sup>271)</sup>으로 이원화되어 있는데, 이하에서는 사법법원의 조직과 구성에 대하여 살펴보도록 한다.<sup>272)</sup>

#### (1) 파기원(Cour de cassation)

파기원은 사법법원의 최고법원(la cour suprême)으로, 파기원의 권한·조직·작용은 법원조직법에서 규율하고 있다. 파기원은 최종판결을 통하여 하급법원들이

---

268) 위경죄의 경우 검사의 신청에 따라 공판 없이 약식절차가 진행되기도 한다.

269) 수사판사가 주재하는 준비절차에서 증거의 수집 등 범죄혐의 유무를 판단하기 위한 조사나 심리가 이루어지고 있으나, 그러한 절차는 수사절차에 가깝다는 점에서 우리의 공판준비절차와 차이가 있다.

270) 중죄 재판부는 판사 3인(la cour proprement dite: 혐의의 법원)과 배심원(juré, 프랑스는 참심제를 채택하고 있으나, 재판에 참여하는 사람의 명칭을 배심원이라고 함) 9인으로 구성되는데, 배심원은 판사와 같은 권한을 가지고, 사실인정 이외에 법률판단을 담당한다. 중죄항소법원의 경우, 재판부는 판사 3인과 배심원 12인으로 구성된다. Roger Perrot, pp.165-169; Bernard Bouloc-Haritini Matsopoulou, pp. 219-223.

271) 행정법원(ordre Administratif)은 국사원(Conseil d'État)을 정점으로 하여 제1심 행정법원인 지방행정법원(Tribunal Administrative), 국사원이 제2심으로 관할하는 사건을 제외한 나머지 사건에 대한 항소심 법원의 기능을 하는 고등행정법원(Cour Administrative d'Appel) 및 특별행정법원으로 구성되어 있다.

272) 프랑스의 사법법원은 일상적인 분쟁을 손쉽게 해결할 수 있도록 다양한 종류의 1심 법원이 존재하고, 법과대학 교수나 상공인 등 그 분야의 업무나 관행에 능숙한 자 중 선거 등의 방법으로 사법관이 아닌 법관을 선출한 후 근린판사 등의 지위를 부여하여 1심 재판업무를 수행하게 한다는 점에서 특징적이다. 김영기, 앞의 논문, 105면.

법률을 잘 준수하며 정확하고 일관된 법률해석을 하는지를 감독한다. 즉, 파기원은 판례 및 법령해석의 일관성을 유지할 수 있도록 하급법원을 감독하는 것이므로 하급법원의 소송사건 자체를 다루는 것이 아니라 하급법원의 법적 판결을 심사하는 것이다. 이런 의미에서 파기원은 사실심이 아닌 법률심을 하는 재판부로서 형사 또는 민사 사건에 대하여 최종적인 판결을 행함으로써 사법재판권의 통합원칙을 대변하는 기능을 담당한다고 볼 수 있는데,<sup>273)</sup> 상세한 구성과 기능에 대하여는 후술하도록 한다.

## (2) 항소법원(Cour d'Appel)

항소법원 재판부는 민사부·형사부·상사부·사회부로 구성되는데, 제1심 재판에 대한 항소사건은 원칙적으로 항소법원이 관할한다.<sup>274)</sup> 즉 지방법원과 소법원의 민사재판에 대한 항소사건은 민사부에서, 경죄법원과 경찰법원의 형사재판에 대한 항소사건은 형사부에서, 상사법원의 재판에 대한 항소사건은 상사부에서, 노사조정법원·농촌임대차조정법원·사회보장법원의 재판에 대한 항소사건은 사회부에서 각각 처리된다. 항소법원장은 회기를 정하여 중죄법원을 개정하는데, 항소법원의 부장판사나 판사가 그 재판장을 맡게 되고, 중죄법원 판결에 대한 항소는 파기원 형사부가 지정한 다른 중죄법원에서 관할한다.<sup>275)</sup> 항소법원에서의 보통법정(audience ordinaire)에서는 각 부가 3인의 법관으로 구성되나, 파기원에서 파기환송된 사건을 처리하는 등 법률에서 특별히 규정하고 있는 경우에는 5인의 법관으로 구성된 특별법정(audience solennelle)에서 심리한다.

273) Roger Perrot, pp. 179-182.; Bernard Bouloc·Haritini Matsopoulou, pp. 224-225.

274) 프랑스 법무부 홈페이지.

<http://www.justice.gouv.fr/organisation-de-la-justice-10031/lordre-judiciaire-10033/cour-dappel-12026.html> (2010년 11월 10일 최종접속).

275) 2000년 6월 15일의 「무죄추정 강화에 관한 법률」의 제정으로 중죄법원의 1심 판결에 대한 항소심은 토지관할을 달리하는 다른 중죄법원이 맡게 되며, 배심원 수는 1심 중죄법원의 9인에서 12인으로 늘어나게 된다.

(3) 제1심 법원

프랑스의 제1심 법원으로는 지방법원과 소법원 및 근린법원을 들 수 있다. 첫째, 지방법원(Tribunal de Grand Instance)은 민사 및 형사사건의 제1심 재판을 관할하는데, 지방법원이 형사재판을 담당할 경우 경죄법원(Tribunal de Correctionnel)이라고 불린다. 지방법원 중에는 지적재산법의 규정에 따라 특허권, 실용신안권 등과 관련된 사건을 관할하거나 유럽공동체 상표권과 관련된 사건을 관할하는 전문재판부가 설치된 곳이 있고, 지방법원의 재판은 원칙적으로 3인 이상의 홀수 법관으로 구성된 합의제(collégialité)에서 처리하나, 단독판사가 재판을 하기도 한다. 둘째, 소법원(Tribunal d'Instance)은 사건의 성질이나 소송가액에 따라 법령이 관할권을 부여한 경우에 민사·형사사건의 제1심을 관할하는데, 소법원이 형사재판을 담당할 경우 경찰법원(Tribunal de police)이라고 불린다(법원조직법 L623-1). 지방법원에 비하여 경미한 사건을 담당하고 단독판사가 사건을 재판한다. 셋째, 일상생활에서 발생하는 소액사건을 신속하고 간이하게 처리하고 사법예의 접근을 용이하게 하기 위해 2002년 9월 9일에 시민판사에 의해 운영되는 근린법원(Jurisdiction de Proximité)이 설치되었다.<sup>276)</sup> 원칙적으로 근린법원은 당사자 사이의 조정을 강구한 후에 판결 등의 사법적 결정을 내릴 수 있고, 법률이나 계약의 해석에 관한 어려움이 발생하면 직권이나 당사자의 신청에 의해 사건을 관할 소법원으로 이송할 수 있다.

(4) 특별법원(Jurisdiction d'exception)

프랑스에는 형사특별법원, 상사법원(Tribunal de Commerce),<sup>277)</sup> 노사조정법원

---

276) 근린법원의 관할과 판사(Juge de Proximité)의 지위 등에 관해서는 2003년 2월 26일자 법원조직법 L331-1부터 L331-5와 L331-7과 L331-9에서 규정하고 있다. 일부 유보조항을 제외하고 판사 지위에 관한 규정을 적용받는 근린법원 판사는 직업판사가 아니며, 4년 이상의 법률교육을 이수하거나 법학박사의 학위 또는 이에 상응하는 학위가 있거나 사법보조자의 자격이 있어야 하고, 4년 이상의 법률적 성격의 직업경력이 있어야 한다. 프랑스 법령용어집, 한국 법제연구원, 근린법원 항목 참조; Annie Bezig-Ayache, p. 164.

277) 상사법원은 상인들에 의해 선출된 재판관(Juge consulaire)으로 재판부가 구성되고 직업법관은 관여하지 않는다. Roger Perrot, pp. 120-122.

(Conseil de prud'hommes),<sup>278)</sup> 농촌임대차조정법원(Tribunal Paritaire des Baux Ruraux),<sup>279)</sup> 사회보장법원(Tribunal des Affaires de Sécurité Sociale)<sup>280)</sup> 등의 특별법원이 있다. 대표적인 형사특별법원인 중죄법원(Cour d'Assises)은 회기를 정하여 비상설로 운영되며,<sup>281)</sup> 도 단위로 항소법원 또는 지방법원의 청사에서 개정한다(프랑스 형사소송법 제232조). 중죄법원에서는 항소법원장에 의해 지명되는 항소법원 부장판사 또는 판사 1인이 재판장이 되고, 항소법원 판사 또는 지방법원 판사 2인이 배석판사가 되는데(동법 제240조부터 제243조), 추첨에 의해 선정되는 배심원 9인까지 총 12인으로 재판부가 구성된다.<sup>282)</sup> 또 다른 형사특별법원으로 소년형사법원(Jurisdiction Pénale pour les Mineurs)을 들 수 있는데, 이는 다시 소년중죄법원(Cour d'assises Mineurs)과 소년법원(Tribunal pour Enfants)으로 구분된다. 소년중죄법원은 16세 이상 18세 미만의 미성년자가 범한 중죄사건을 관할하고, 소년법원은 미성년자가 범한 제5급 위경죄와 경죄 및 16세 미만자가 범한 중죄사건을 관할하는데, 단순한 교화처분이나 기타 후견적 처분을 할

278) 근로계약으로부터 기인한 분쟁을 처리하는 동 법원은 사용자와 근로자에 의해 각각 선출된 조정관(Conseiller)으로 구성되고, 각 법원은 보통 5개의 담당부, 즉 공업담당부·상업담당부·농업담당부·기타직업담당부·인사담당부로 나누어져 있다. 조정관을 선출할 경우에도 담당부 별로 분리하여 선출하며, 통상 재판부는 사용자측 조정관 2인과 근로자측 조정관 2인으로 구성된다.

279) 대체로 소법원이 있는 곳에 설치되는 동 법원은 비상설로 운영되는데, 소법원 판사 1인이 재판장이 되고 선출된 임대인 대표와 입차인 대표 각 2인이 배석판사로 참여한다.

280) 사회보장법원은 사회보장제도의 조직과 운영에 관한 분쟁, 치료의 필요성 여부와 이미 실행한 치료 등이 적정한지의 문제, 노동의 기능여부와 노동능력의 상실 정도 등에 관한 사건을 다룬다. 사회보장제도의 조직상 각 구역 내에 있는 현직 지방법원 판사나 은퇴한 판사 1인을 재판장으로 하고, 사용자나 자영업자 대표 1인과 근로자 대표 1인을 배석판사로 하여 재판부가 구성되며, 그 외에 노동능력 상실정도 등의 순수한 기술적인 문제를 다루는 각종 위원회들이 있다.

281) 프랑스의 다른 법원들이 모두 상설적으로 운영되는 것과는 달리, 중죄법원은 비상설적으로 운영되는데, 원칙적으로 3개월마다 한 번씩 개정된다. 그러나 사건이 많은 경우, 항소법원장은 같은 회기 내라고 하더라도 보충재판을 열 것을 명령할 수 있고, 매 재판은 2주 이내에 종결되도록 되어 있다. 이는 중죄법원의 재판에 직업법관과 함께 일반시민 중에 선출된 배심원이 참여하기 때문에, 그들의 생업을 고려하여 회기를 한정할 것이다.

282) 피고인에게 불리한 판결을 할 경우, 중죄법원이 제1심으로 선고할 때에는 최소 8명, 제2심으로 선고할 때에는 최소 10명의 찬성을 필요로 한다(프랑스 형사소송법 제359조).

프랑스 법무부 홈페이지, <http://www.justice.gouv.fr/organisation-de-la-justice-10031/lordre-judiciaire-10033/cour-dassises-12027.html> (2010년 11월 10일 최종접속).

때에는 소년담당판사(Juge des Enfants)가 단독으로 재판을 할 수 있다. 기타 형사특별법원으로 대통령의 반역죄를 담당하는 고등탄핵재판소(Haute Cour de Justice), 정부각료의 직무수행 중 범죄를 관할하는 공화국재판소(Cour de Justice de la République)가 설치되어 있는데, 위 법원은 사법관과 국회의원이 함께 참여하는 정치적 재판기관이라 할 수 있다.

#### 나. 프랑스 형사사건의 심급제도

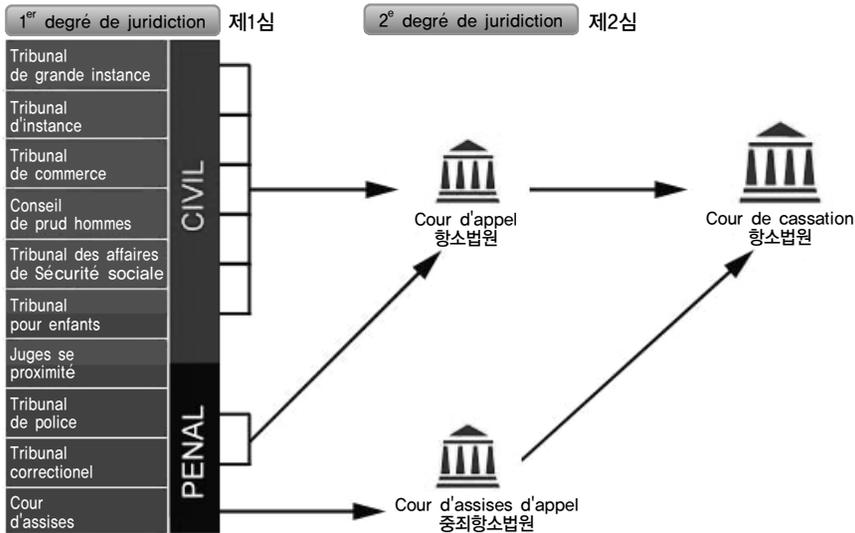
〈그림 5-1〉은 프랑스의 법원 조직과 심급제도를 한눈에 보여주고 있다. 프랑스에서 형사사건은 원칙적으로 2심제에 의해 처리된다. 형사사건은 1개의 상급 법원에 의해서만 다시 심리되는데, 일반 사법법원의 최상급 법원인 파기원은 사실심이 아닌 법률심이며 이를 제3심으로 보지 않는다.<sup>283)</sup> 경찰법원 및 경죄법원의 재판에 대한 항소는 항소법원 형사항소부에서 관할하는데, 우리나라의 경우와 달리 항소법원이 일원화되어 있다. 경죄사건은 중죄사건에 비하여 상대적으로 가벼운 사건이라는 의미일 뿐이지 실제로 가벼운 사건이라고 단정할 수 없으므로 2심제 원칙을 제한하지 않는다. 그러나 위경죄에 대하여는 운전면허 정지 등의 부가형 또는 과도한 벌금이 부과되었을 때와 같이 어느 정도의 중요성이 인정될 때에만 항소가 가능하고, 극히 경미한 범죄에 대하여는 항소가 제한된다(형사소송법 제546조). 한편 중죄사건의 판결에 대하여는 다른 중죄법원이 항소심을 담당하는 순 환항소제도가 운영되고 있다.<sup>284)</sup>

283) <http://www.justice.gouv.fr/organisation-de-la-justice-10031/lordre-judiciaire-10033/>

프랑스 법무부(위 홈페이지 참조)와 프랑스 학계는 법률심인 파기원을 제3심으로 보지 않는다. 이는 법률심인 appeal을 하나의 심급으로 보는 미국이나 대법원을 최종심으로 파악하는 우리나라와는 상이한 대목이다.

284) Roger Perrot, pp. 167-169.; Bernard Bouloc·Haritini Matsopoulou, p. 224.

L'ORDER JUDICIAIRE 사법법원조직



L'ORDER ADMINISTRATIF 행정법원조직

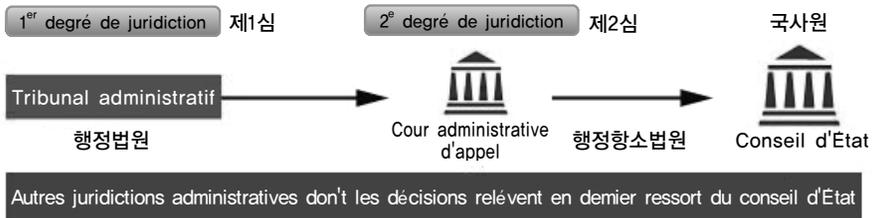


그림 5-1 프랑스의 법원 조직과 심급제도

3. 프랑스의 형사상고제도에 관한 구체적 고찰

가. 프랑스의 상소제도에 관한 개관

프랑스에서는 항소법원 형사부가 제1심 형사사건의 판결에 대한 모든 항소사건을 담당하고 있다. 항소심에서는 증거조사를 다시 행하는데, 경죄사건은 모두 항소가 가능하지만, 위경죄의 경우는 프랑스 형사소송법 제546조에서 규정하고 있는 바, 제5급 위경죄에 규정된 벌금 또는 프랑스 형법 제131-16조에 규정된

보충형이 부과되는 등의 사안에 대해서만 제한적으로 항소가 가능하다. 과거 중죄사건의 경우에는 항소가 허용되지 아니하였으나, 2000년부터 중죄법원의 판결에 대하여도 피고인이 항소할 수 있도록 하여 토지관할이 다른 중죄법원이 항소심을 담당하도록 하는 순환항소제도를 채택하였다.<sup>285)</sup> 중죄항소심에서는 12인의 배심원과 3인의 법관을 포함하여 총 15인으로 재판부를 구성하는데, 항소심에서 피고인에게 불리한 재판을 하기 위해서는 재판부 구성원 중 10인 이상의 찬성이 필요하다. 피고인만이 항소한 경우에는 피고인에게 불이익하게 판결을 변경할 수 없고, 검사는 무죄판결에 대하여 항소할 수 없다.<sup>286)</sup> 한편, 상고와 관련하여 파기원은 사실심이 아닌 법률심으로서 기능한다. 원심재판을 파기하여 환송할 때에는 원심법원이 아닌 같은 심급의 다른 지역 법원이나 같은 법원의 다른 재판부에 환송하고, 1차 파기환송 시에는 파기원의 판단에 기속되지 않지만 2차 파기환송 시에는 파기원의 판단에 기속된다.<sup>287)</sup>

#### 나. 프랑스 파기원의 구성과 기능

파기원은 3개의 민사부, 상사·재정·경제, 사회, 형사 등 총 6개의 재판부로 구성되며, 3개의 민사부도 각 재판부별로 담당하는 사건이 미리 나누어져 있다.<sup>288)</sup> 파기원의 법관으로는 파기원장(Premier Président) 1명, 각 부의 부장(Président de la Chambre) 7명,<sup>289)</sup> 각 부마다 1명씩의 선임판사(Conseiller Doyen)를 포함한 파기원판사(Conseiller) 120명 외에 70여 명의 연구관판사(Conseiller Référendaire)가 있다.<sup>290)</sup> 각 재판부는 5인 이상의 판사로 합의부를 구성하되, 각 재판부에는 3

285) Roger Perrot, pp. 167-169; Bernard Bouloc·Haritini Matsopoulou, p. 224.

286) 법률문제에 한해서 대검찰청 검사장이 파기원에 비상상고를 제기할 수 있을 뿐이다.

287) Roger Perrot, pp. 182-186; Bernard Bouloc·Haritini Matsopoulou, pp. 224-225.

예컨대, Bayonne 지방법원에서의 판결을 Pau 항소법원에 항소한 후, 항소법원의 판결에 대해서 파기원에 상고할 수 있다. 파기원은 원심판결의 법률문제만을 심리한다. 이 사건이 파기원에서 파기되는 경우, 사건은 토지관할을 달리하는 동급의 Bordeaux 중죄항소법원으로 이송된다. Bordeaux 중죄항소법원이 파기원의 결정에 부합하지 않는 판결 또는 결정을 한 경우 다시 상고가 제기될 수 있다(2차 상고, Second pourvoi). 이 경우 파기원은 전원합의부에 의하여 다시 상고를 심사한다.

288) 프랑스 파기원 홈페이지. [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/) (2010년 11월 10일 최중접속).

289) 재판부 6부에 기록담당부서가 추가되어 부장은 총 7명이다.

인의 판사로 구성된 심사부가 있어 수리할 수 없는 상고(les pourvois irrecevables)나 명백히 근거가 없는 상고(les pourvoi non fondés sur un moyens sérieux)를 불허(non admis)한다(법원조직법 L131-6).<sup>291)</sup> 한편, 수 개의 재판부에 공통되는 문제점이 포함된 사건의 경우 혼합부(Chambre Mixte)를 구성하며,<sup>292)</sup> 2차 상고(파기된 사건이 재차 상고된 경우)에 대한 결정을 하는 경우에는 각 부의 재판장과 선임판사 등이 전부 참여하여 전원합의부(Assemblée Plénière)<sup>293)</sup>를 구성하여 재판을 한다. 파기원은 일반 사법법원의 최상급 법원으로 사실심이 아닌 법률심이며 이를 제3심으로 보지 않는다. 즉 파기원은 사안(affaires)을 판단하는 것이 아니라 판결(jugements)을 판단하는 것이므로 항소가 허용되지 않는 민사나 형사사건에서도 판결에 법률 위반이 있으면 파기원에 상고할 수 있고, 검사는 대부분의 사건에서 정당한 법률적용을 위하여 상고할 수 있다.

#### 다. 프랑스의 형사상고제도의 특징

종래 중죄법원의 판결에 대하여는 항소를 인정하지 아니함으로써 2심제 원칙이 배제되어 있었다. 예외적으로 파기원에 상고할 수 있는 방법이 마련되어 있으나, 파기원은 사실문제에 대하여는 판단하지 아니하고 법률문제만을 판단하기 때문에, 중죄사건에 대하여는 중죄법원이 제1심이자 종심으로 판결한다는 점에서 특징적이었다. 경찰법원이나 경죄법원의 판결에 대해서는 항소를 인정하면서 정작 중형을 선고하는 중죄법원의 판결에 대해서 항소를 배제시킨 이유는 배심

290) 프랑스 파기원 홈페이지, 파기원의 구성원 참조

[http://www.courdecassation.fr/institution\\_1/savoir\\_plus\\_institution\\_2845/presentation\\_cour\\_cassation\\_11982.html](http://www.courdecassation.fr/institution_1/savoir_plus_institution_2845/presentation_cour_cassation_11982.html) (2010년 11월 10일 최종접속).

291) 프랑스 파기원 홈페이지, 상고 허가(Admission des pourvois en cassation)항목 참조 [http://www.courdecassation.fr/institution\\_1/autres\\_publications\\_discours\\_2039/publications\\_2201/admission\\_pourvois\\_cassation\\_8424.html](http://www.courdecassation.fr/institution_1/autres_publications_discours_2039/publications_2201/admission_pourvois_cassation_8424.html) (2010년 11월 10일 최종접속).

292) 혼합부는 적어도 3개의 부에 속하는 판사들로 구성되는데, 파기원장, 각 부의 재판장(3인), 각 부의 최선임판사(3인), 각 부당 2인씩의 판사(6인)가 참여한다. 프랑스 파기원 홈페이지, [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/chambres\\_mixtes\\_2740/](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambres_mixtes_2740/) (2010년 11월 10일 최종접속).

293) 프랑스 파기원 홈페이지, [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/assemblee\\_pleniere\\_22/](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/) (2010년 11월 10일 최종접속).

제도를 통해 이미 국민주권이 구현되었고, 수사단계에서 수사판사와 항소법원 형사소추부를 거치는 과정에서 2심제의 원칙이 준수되었다는 것이었다. 그러나 2000년부터 중죄법원의 판결에 대하여도 항소가 인정되고 있다는 것은 주지했던 바와 같다. 한편 파기원이 담당하는 상고심에서는 자판을 하지 않고 파기환송만을 한다는 점에서 주목할 만하다. 또한 1차 파기환송된 사건을 맡은 재판부는 파기원의 판단에 기속되지 않으나, 파기원 전원합의부에 의해 2차 파기환송된 사건을 맡은 재판부는 파기원의 판단에 기속된다는 점에서 특징적이다.

#### 4. 프랑스 형사상고제도의 운영 현황

〈표 5-2〉는 2002년부터 2006년까지 프랑스 파기원에 접수된 형사사건의 수와 그 처리 현황을 보여주는 것이다. 5년 동안 파기원에 접수된 형사사건은 총 41,146건이었던 것에 반해, 총 41,801건의 사건이 처리됨으로써 연 평균 100%가 넘는 처리율을 보이고 있다.<sup>294)</sup> 그러나 2006년에는 2005년 7,765건이던 접수건수가 9,205건으로 18.5%나 증가하면서 연 평균 처리율을 밑도는 결과가 초래되었는데, 총 9,047건의 사건이 처리됨으로써 98.28%의 처리율을 보이고 있는 것이다. 2002년부터 2006년까지 처리된 총 형사사건 41,801건 중 상고불허된 사건이 21,416건으로 가장 많은 비중(51.23%)을 차지했고, 기각으로 처리된 사건은 10,880건으로 26.02%를 차지하고 있다.

표 5-2 프랑스 파기원 형사사건 접수·처리 년별비교표<sup>295)</sup>

구분 \ 연도	2002	2003	2004	2005	2006
접 수	8,310	8,043	7,823	7,765	9,205
처 리	8,814	7,985	8,129	7,826	9,047
파기(Cassation)	345	327	419	413	488

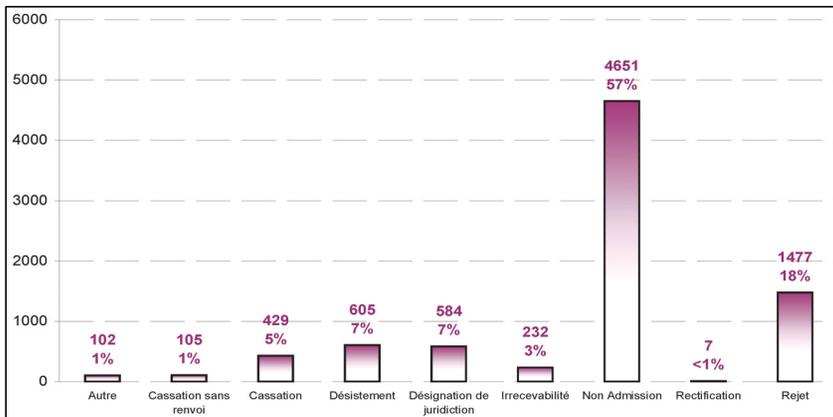
294) 당해 연도 이전에 접수되어 미처리되었다가 당해 연도에 처리된 사건 수가 포함되기 때문에 처리율이 100%를 초과할 수 있다.

295) Annuaire statistique de la justice-2008, 프랑스 법무부(2009.3.30.출간)

구분 \ 연도	2002	2003	2004	2005	2006
기각(Reject)	2,701	2,258	2,158	1,954	1,809
상고불수리 (Irrecevabilité)	254	189	216	161	151
관할지정	625	638	670	619	682
취하	514	564	476	383	563
상고불허 (Non Admission)	4,204	3,852	4,045	4,120	5,195
기타	171	157	145	176	159

한편 <표 5-3>은 2009년 프랑스 파기원의 형사사건 처리 현황을 나타내고 있다. 2009년 프랑스 파기원은 총 8,192건의 형사사건을 처리하였는데, 그 중에 상고불허된 사건이 4,651건으로 57%를 차지하였고,<sup>296)</sup> 기각으로 처리된 사건은 1477건으로 18%를 차지하였다.<sup>297)</sup>

표 5-3 2009년 프랑스 파기원 형사사건 처리 결과<sup>298)</sup>



296) 2008년 형사사건 처리 건수 8,149건 중 상고불허된 사건은 4,726건으로 58%, 2007년 형사사건 처리 건수 8,468건 중 상고불허된 사건은 4,738건으로 56%를 차지하였다.

297) 2008년 형사사건 처리 건수 8,149건 중 기각으로 처리된 사건은 1,557건으로 19%, 2007년 형사사건 처리 건수 8,468건 중 기각으로 처리된 사건은 1,747건으로 21%를 차지하였다.

298) [http://www.courdecassation.fr/publications\\_cour\\_26/rapport\\_annuel\\_36/](http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/)

프랑스 파기원 홈페이지, Rapport annuel 2009 제5장 2009년 통계(Statistiques année 2009) 참조

## 제5절 일본의 형사상고제도

### 1. 일본의 형사사법제도 개관

#### 가. 일본 형사사법제도의 특징

일본은 경죄와 중죄를 명문으로 구분하고 있지는 않지만 경미사건 처리를 전담하는 간이재판소를 설치하고, 간이재판소가 관할하는 범죄를 상세히 규정함으로써 앞서 검토했던 미국이나 독일 등과 같이 경죄를 입법적으로 구분하고 있는 것으로 파악할 수 있다. 일본의 형사사법제도는 1990년대 이후 큰 변화를 보이고 있는데, 특히 사법제도개혁추진계획에 근거한 법적·제도적 변화가 주목된다. 법조양성제도 개혁에 따라 2004년 4월 법학전문대학원이 문을 열었고, 동 대학원을 수료한 자를 대상으로 한 신사법시험이 시행되고 있으며, 「재판의 신속화에 관한 법률(裁判の迅速化に関する法律, 2003년 7월 17일 법률 제107호)」, 「지적고등재판소설치법(知的財産高等裁判所設置法, 2004년 6월 18일 법률 제119호)」, 「재판외 분쟁처리절차 이용 촉진에 관한 법률(裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律, 2004년 12월 1일 법률 제151호)」 등의 법률이 제정되었다. 또한 2009년부터 재판원제도<sup>299)</sup>가 시행되고 있는 바, 사법에 대한 국민적 신뢰를 확보하기 위해 국민이 재판관과 함께 형사소송절차에 참여하고 있다.

#### 나. 형사사건처리 절차의 개관

일본의 형사절차는 우리나라의 형사절차와 상당히 유사한데, 크게 수사와 재판단계로 구분된다. 형사절차는 수사에 의해 개시되고, 수사는 상대방의 동의나

---

299) 재판원제도는 사형 또는 무기징역과 금고에 해당하는 사건, 고의의 범죄행위로 피해자를 사망시킨 사건 등 일정한 중죄를 대상으로 시행한다(재판원이 참가하는 형사재판에 관한 법률 제2조 1항). 위 대상사건은 기본적으로 재판관 3인과 재판원 6인으로 구성되는 합의체에서 심리·판결하고, 자백사건은 재판관 1인, 재판원 4인이 참여할 수 있다(동법 제2조 2항 단서). 재판원은 중의 원선거권자를 중심으로 임의 선출방식에 의해 선임되며(동법 제13조), 사실인정과 법령적용 및 형의 양정에 대한 권한을 갖지만, 법령의 해석에 관한 판단이나 소송절차에 관한 판단 등에 대하여는 권한이 없다. 일본 법무성 홈페이지 재판원제도 항목.

[http://www.moj.go.jp/keiji1/saibanin\\_seido\\_index.html](http://www.moj.go.jp/keiji1/saibanin_seido_index.html) (2010년 11월 10일 최종접속).

승낙을 받아서 행하는 임의수사가 원칙이며, 법률에 특별한 규정이 있는 경우에만 강제수사가 허용된다(일본 형사소송법 제197조 1항). 일본의 인신구속제도도 체포와 구속으로 나누어지는데, 체포된 피의자에 대해서만 구속청구를 할 수 있도록 하는 체포전치주의를 취하고 있다는 점에서 특징적이다.<sup>300)</sup> 수사 결과 범죄의 객관적 혐의가 인정되고 처벌의 필요성이 있다고 판단되면 공소가 제기되는데, 이로써 수사는 종결되고 사건은 공판절차로 이행된다. 충실하고 신속한 심리가 이루어지도록 제1회 공판기일 전에 쟁점과 증거관계를 정리하는 공판전정리절차<sup>301)</sup>를 두고 있고, 제1심의 공판절차는 모두절차, 증거조사절차, 변론절차, 판결선고절차로 이루어진다.

## 2. 일본의 법원조직과 심급제도

### 가. 일본의 법원조직

일본에서 사법권을 행사하는 재판소는 최고재판소와 하급재판소로 크게 나눌

300) 일본 형사소송법은 제207조 1항에서 「전3조의 규정에 의한 구류 청구를 받은 재판관은 그 처분에 관하여 재판소 또는 재판장과 동일한 권한을 가진다」고 규정하고 있다. 여기서 말하는 “전3조의 규정”은 체포절차를 말하며, 이를 전제로 하고 있기 때문에 미체포 피의자에 대하여 곧바로 구류를 청구할 수는 없다. 이것을 체포전치주의라 한다. 三井誠·酒卷匡, 신동운 역, 일본형사소송법, 법문사, 2003, 53-54면; 田口守一, 刑事訴訟法, 弘文堂, 2006, pp. 77-78. 한편 우리나라의 경우에는 체포된 피의자의 구속뿐만 아니라 미체포 피의자를 직접 구속하는 경우도 인정하고 있다.

301) 2004년 5월 개정 형사소송법을 통해 신설된 공판전정리절차는 2005년 11월 1일부터 시행되고 있다. 형사재판이 충실하게 이루어지고 신속하게 처리될 수 있도록 마련된 동 제도에 관하여는 일본 형사소송법 제316조의 2 이하에서 규정하고 있다. 재판소가 소송관계인으로부터 서면을 제출받거나 공판전정리절차 기일을 열어 제1회 공판기일 전에 검찰관의 입증계획 및 증거에 의하여 증명할 예정인 구체적인 사실과 피고인 측의 증명예정사실 등 쟁점과 증거를 정리하는 준비절차로서 재판소의 판단에 의해 임의적으로 절차를 거치도록 하고 있다. 다만, 재판원제도 대상사건은 재판원의 공판 진행절차 등의 이해를 돕기 위해 모든 사건에 대해서 공판전정리절차를 거치도록 규정하고 있다(재판원이 참가하는 형사재판에 관한 법률 제49조). 공판전정리절차가 진행된 사건에 대해서는 부득이한 사유가 없는 한 공판전정리절차 종료 후에는 더 이상 증거조사를 청구할 수 없다(일본 형사소송법 제316조의 32). 일본 최고재판소 홈페이지 공판전정리절차의 흐름 참조 <http://www.courts.go.jp/saikosai/about/iinkai/keizikisoku/sankosiryu.html> (2010년 11월 10일 최종접속).

수 있는데(일본국헌법 제76조 1항), 하급재판소로는 고등재판소, 지방재판소, 가정재판소, 간이재판소 등 4종류가 설치되어 있다(일본 재판소법 제2조).

(1) 최고재판소

일본국헌법에 의해 직접 설치된 최고재판소는 일본의 최상급 법원이다. 일본 재판소법 제6조에 의해 1개소가 동경도에 설치되어 있고, 행정재판권을 포함한 일체의 사법권을 행사한다. 최고재판소는 헌법상 사법권의 대상이 되는 일체의 사건에 관한 권한을 가지고 있으나, 실제로는 사건의 중요성과 필요성 등을 기준으로 상고와 특별항고 등에 관한 재판권을 행사하고 있다. 최고재판소의 구성과 기능에 대해서는 형사상고에 대하여 구체적으로 고찰하면서 보다 상세히 기술하도록 한다.

(2) 고등재판소

고등재판소는 8개의 거점 도시<sup>302)</sup>에 설치되어 있고, 6개의 도시<sup>303)</sup>에 그 지부가 설치되어 있으며, 2005년 4월 1일 「지적고등재판소설치법」에 의거하여 동경 고등재판소의 특별 지부로서 지적고등재판소가 설립(동법 제2조, 일본 재판소법 제22조 1항)되어 있다. 고등재판소는 지방재판소와 가정재판소의 판결, 간이재판소의 형사판결에 대한 공소,<sup>304)</sup> 지방재판소 제2심 판결에 대한 상고, 간이재판소의 판결에 대한 비약상고 및 지방재판소와 가정재판소의 결정에 대한 항고사건을 관할하며, 선거소송과 내란죄 등에 관한 형사사건에 대하여는 제1심 재판의 관할권을 가진다(일본 재판소법 제15조). 한편 지적재산의 보호와 관련하여 사법

302) 동경(東京), 오사카(大阪), 나고야(名古屋), 히로시마(広島), 후쿠오카(福岡), 센다이(仙台). 삿포로(札幌), 타카마쓰(高松).

303) 가나자와(金沢, 나고야고등재판소 지부), 오카야마(岡山, 히로시마고등재판소 지부), 마쓰에(松江, 히로시마고등재판소 지부), 미야자키(宮崎, 후쿠오카고등재판소 지부), 나히(那覇, 후쿠오카고등재판소 지부), 아키타(센다이고등재판소 지부).

304) 일본에서는 제1심 판결에 대한 불복방법을 공소(控訴)라고 부른다. 과거 우리나라에서도 동 용어가 사용되었으나, 공소(公訴)와 발음이 같아서 혼동을 준다는 이유로 1963년 형사소송법 개정 때 공소(控訴)를 항소(抗訴)로 변경하였다.

이 수행해야 할 역할이 중요해진 현대사회에서 지적재산사건에 대한 재판을 보다 충실하고 신속하게 처리하기 위해 설립된 지적재산고등재판소<sup>305)</sup>에는 4개의 전문부가 설치되어 있다. 이 4개의 전문부들은 특허권 등의 기술형 소송에 대해서 동경과 오사카의 지방재판소 전문부가 내린 판결에 대한 공소심과, 상표권 등의 비기술형 소송에 대해서 동경고등재판소 관내의 각 지방재판소가 내린 판결에 대한 공소심을 나누어 담당한다.<sup>306)</sup> 보통의 합의부는 재판관 3인으로 구성되는데 비해서 지적재산고등재판소는 재판관 5인으로 구성되는 ‘대합의 법정’이 가능하다는 점에서 특징적이다.<sup>307)</sup> 즉, 동일한 쟁점을 다루는 사건이 각 전문부

305) 지적재산고등재판소 홈페이지 참조 <http://www.ip.courts.go.jp/> (2010년 11월 10일 최종접속).

306) <http://www.ip.courts.go.jp/aboutus/jurisdiction.html> (2010년 11월 10일 최종접속).



에 분산되어 있는 경우에 사법 판단의 통일이라는 요청에 부응하여 각 전문부의 재판장급의 재판관이 모여 사건담당 재판관과 함께 5인의 합의부를 구성하여 심리할 수 있는 것이다. 이러한 장치로 인해 동일한 쟁점이 문제되는 각각의 사건들에 대해 각 부가 독자적으로 판결하는 상황을 사전에 막음으로써 고등재판소 단계에서 판단의 통일을 도모할 수 있게 되었다.<sup>307)</sup>

### (3) 지방재판소

지방재판소는 전국 50개소가 설치되어 있고, 203개의 지부가 있다.<sup>309)</sup> 지방재판소는 특별한 경우를 제외하고 원칙적으로 제1심 재판소가 된다. 즉, 지방재판소는 고등재판소 또는 간이재판소가 제1심으로 처리하는 사건을 제외한 모든 민사사건과 형사사건을 다루고, 간이재판소의 민사 공소사건이나 기타 법률이 정하는 사건에 관하여 재판권을 갖는다(일본 재판소법 제24조). 다만 선거소송과 내란죄 등의 사건은 고등재판소가 제1심이 되고, 아동복지법위반 등 소년의 복지를 해한 사건은 가정재판소가 제1심이 된다. 한편 지방재판소에서 대다수의 사건은 단독재판관에 의해 처리되지만, 합의체에서 심리와 재판을 하는 것이 상당하다고 결정한 사건, 사형·무기 또는 단기 1년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 죄의 사건, 간이재판소의 민사판결에 대한 공소사건 및 기타 법률에 의해 합의사건으로 정하여진 사건은 재판관 3인으로 구성된 합의체에서 담당한다(동법 제26조).

### (4) 가정재판소

1949년 1월 1일에 설치된 가정재판소와 그 지부는 지방재판소 및 그 지부와 동일한 소재지에 있고, 그 외에도 77개의 가정재판소 출장소가 전국에 설치되어

---

307) 일본의 지적재산고등재판소는 2005년 설립 후 지금까지 총 5건의 대합의 사건을 처리하였는데, ① 2005년 一太郎事件, ② 2005년 パラメータ事件, ③ 2005년 インカートリッジ事件, ④ 2006년 フラッシュメモリー事件, ⑤ 2006년 ソルダーレジスト事件 등이 바로 그것이다.  
[http://www.ip.courts.go.jp/documents/g\\_panel.html](http://www.ip.courts.go.jp/documents/g_panel.html) (2010년 11월 10일 최종접속).

308) 土屋美明, 市民の司法は実現したか, 花伝社, 2005, p. 447.

309) 일본 재판소 홈페이지 참조  
<http://www.courts.go.jp/map.html> (2010년 11월 10일 최종접속).

있다.<sup>310)</sup> 가정사건과 소년사건을 처리하기 위해 설치된 가정재판소는 지방재판소와 동등한 지위를 가지며, 소속되어 있는 조사관들은 복지 및 후견 기능을 담당하고 있다. 한편 인사소송법 개정을 통해 기존에 지방재판소가 관할하고 있던 인사소송이 가정재판소로 이관되었는데, 이로 인하여 가족관계를 둘러싼 분쟁의 조정과 심리는 가정재판소에서만 처리될 수 있게 되었다.<sup>311)</sup> 또한 참여원이 인사소송의 심리 또는 화해 시도에 입회하고, 사건에 대해서 의견을 진술하는 제도가 도입(일본 인사소송법 제9조 1항)되었는데, 이것은 사법에 대한 국민참여의 일환으로 파악된다.<sup>312)</sup>

#### (5) 간이재판소

간이재판소는 소액소송(140만엔 이하)<sup>313)</sup>이나 경미한 형사사건을 간편하고 신속하게 재판하는 제1심 재판소이다.<sup>314)</sup> 일본 재판소법 제정 당시의 간이재판소는 벌금 이하의 형만을 선고할 수 있었으나,<sup>315)</sup> 여러 차례의 개정을 통해 사물

310) <http://www.courts.go.jp/about/sosiki/gaiyo.html>

311) 민병로, “일본의 사법제도 개혁의 현황과 과제”, 공법연구 제34집 제2호, 한국공법학회, 2005, 37면; 일본 법무성 홈페이지 인사소송법 개요 참조  
[http://www.moj.go.jp/houan1/houan\\_houan19.html](http://www.moj.go.jp/houan1/houan_houan19.html) (2010년 11월 10일 최종접속).

312) 국민의 사법참여라는 측면에서 의미가 있으나, 종래 지방재판소가 관할해 오던 사건을 취급하게 됨으로써 가정재판소의 부담은 가중되었다. 日弁連司法改革実現本部編, 司法改革: 市民のための司法をめざして, 日本評論社, 2005, pp. 256-257.

313) 2004년 3월 31일 이전에는 90만 엔 이하였던 상한액을 140만 엔으로 조정한 것은 사건증거로 인한 간이재판소의 부담가중을 줄이기 위한 것이었는데, 부동산 거래나 금전소비대차 등 법률관계가 복잡한 사건도 간이재판소에 제소됨으로써 오히려 부담을 가중시킬 수 있다는 우려도 있다. 따라서 법률의무관계의 중요한 판단은 간이재판소의 재량으로 지방재판소로 이관시킬 수 있는 제도가 적극적으로 활용되어야 하며, 간이재판소 특유의 기능을 충분히 발휘할 수 있도록 운영되어야 한다는 지적이 있다. 土屋美明, 市民の司法は実現したか, 花伝社, 2005, p. 448.

314) 일본 구 형법은 범죄를 경중에 따라 3분하고 있었으며, 비교적 가벼운 죄를 위경죄라 지칭하였다. 이러한 위경죄에 대하여 경찰서장이나 그 대리인이 구류 또는 과료의 형을 선고할 수 있던 위경즉결례가 제2차 세계대전 종전 후에 폐지(1947년 5월 3일)됨에 따라 신속하고 간이하게 경범죄를 처리할 수 있는 대책이 요구되었고, 영장주의 강화에 따라 영장을 신속하게 발부할 수 있는 기구가 필요해졌던 바, 이에 1947년 ‘민중과 가까운 재판소’라는 이념 하에 간이재판소가 설치되었으며, 같은 해 일본 검찰청법을 통해 부검사제도가 신설되었다. 김중구, 앞의 책, 269면, 554면.

315) 조병윤 / 서범정, 경미사건의 간이처리절차에 관한 비교법적 연구 - 독일·일본의 구검찰청 제도를

관할이 확대되었던 바, 현재는 벌금형 이하의 형에 해당하는 죄와 선택형으로 벌금형이 정해져 있는 죄에 대하여 벌금형이 선고될 경우, 그리고 징역형만이 규정되어 있는 죄 중에서 상습도박이나 도박개장 및 절도·횡령·장물죄 등에 대하여 3년 이하의 징역형을 과하는 경우에 관할권을 갖는다(일본 재판소법 제33조). 또한 간이재판소 판사는 반드시 법조자격자일 것을 요하지 않는데, 법조자격자 뿐만 아니라 다년간 사법사무에 종사한 자 또는 간이재판소 판사의 직무에 필요한 학식과 경험이 있는 자도 간이재판소 판사 추천위원회의 추천 및 필기시험 등을 거쳐 간이재판소 판사 선고위원회의 선고로 임명될 수 있다.<sup>316)</sup> 이처럼 비교적 발생 빈도가 높은 범죄유형에 대한 신속한 처리를 목적으로 재판관의 자격을 전문법조인에 한정하지 않는 간이재판소는 2009년 12월 현재 438개가 일본 전역에 설치되어 운영 중인데, 전체 형사사건(본안·처리사건 기준)의 81%, 전체 영장청구사건의 76% 정도의 사건을 처리하고 있다.<sup>317)</sup>

#### 나. 일본 형사사건의 심급제도

일본은 형사사건을 3심제 하에서 처리하고 있는데, 특별한 경우를 제외하고는 원칙적으로 지방재판소가 제1심 재판소가 된다. 지방재판소 판결에 대한 공소는 고등재판소에서 담당하고, 헌법위반이나 판례위반 등의 상고이유가 있는 경우에는 최고재판소에 상고할 수 있다. 한편 벌금 이하의 형에 해당하는 사건, 선택형으로서 벌금형이 규정되어 있는 죄 및 절도, 횡령, 도품 등에 관한 죄에 관한 사건에 대하여는 간이재판소가 제1심 재판소가 되는데, 이에 대한 공소는 고등재판소에서 이루어지고(일본 재판소법 제16조 1호), 상고는 최고재판소가 담당한다.<sup>318)</sup> 이하 〈그림 6-1〉은 일본의 법원조직과 심급제도를 정리한 것이다.

---

중심으로 -, 법무부, 2000, 39-40면.

316) 다른 재판관의 정년이 65세임에 반해 간이재판소 판사의 정년은 70세로 정해져 있는데(일본 재판소법 제50조), 이는 정년퇴직한 일반재판관들이 일정기간 간이재판소에서 근무할 수 있도록 고려한 것이라고 한다. 김종구, 앞의 책(주 100), 273면.

317) 일본 재판소 홈페이지 사법통계 참조

<http://www.courts.go.jp/> (2010년 11월 10일 최종접속).

318) 간이재판소가 관할하는 민사사건에 대해서는 지방법원이 공소심이 되고(일본 민사소송법 제281

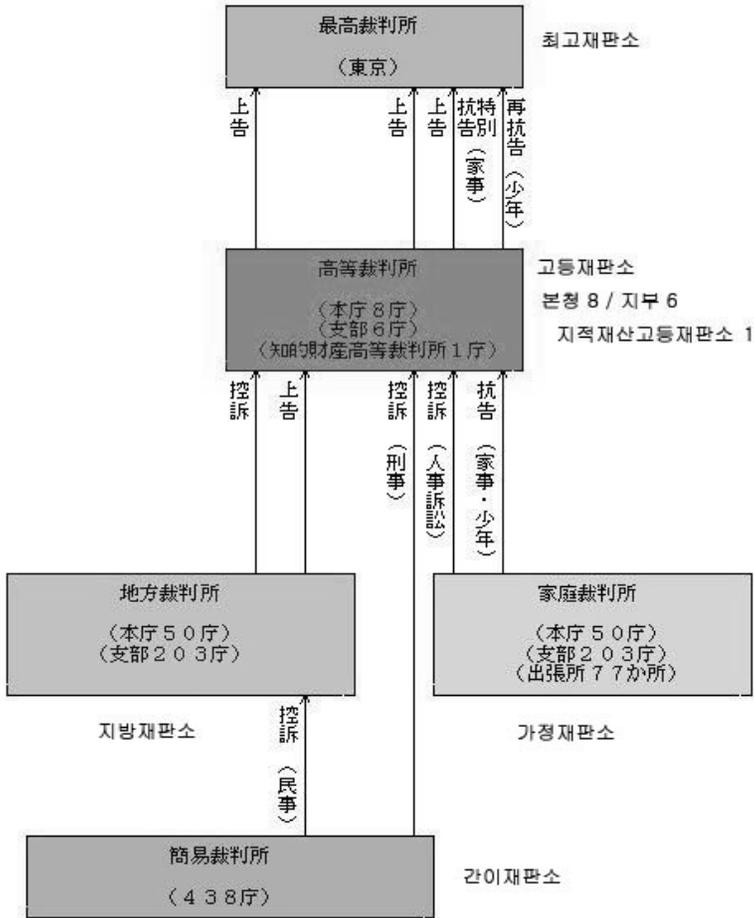


그림 6-1 일본의 사법조직도<sup>319)</sup>

### 3. 일본의 형사상고제도에 관한 구체적 고찰

#### 가. 일본의 상소제도에 관한 개관

일본은 미확정의 재판에 대하여 상급재판소에 시정을 구하는 불복신청으로 공

조), 고등법원이 상고심이 된다(동법 제311조).

319) <http://www.courts.go.jp/about/sosiki/gaiyo.html> (2010년 11월 10일 최종접속).

소와 상고 및 항고를 두고 있다. 공소이유로는 ① 소송절차의 법령위반, ② 사실 오인, ③ 법령적용의 잘못, ④ 양형부당, ⑤ 재심사유가 있을 때, ⑥ 판결 후 형이 폐지·변경되거나 사면된 때 등을 들 수 있는데, 원판결의 잘못을 시정하기 위한 것이 공소이므로, 공소이유로 삼은 잘못은 판결의 결과에 영향을 미치는 것이어야 한다.<sup>320)</sup> 공소인은 공소이유를 주장해야 할 의무가 있고(일본 형사소송법 제376조), 공소재판소는 원칙상 제출된 공소이유만을 조사해야 하나, 일정한 경우 직권으로 조사하는 것도 가능하다(동법 제392조). 일본의 형사공소심은 원칙적으로 사후심이라는 것이 판례<sup>321)</sup>와 통설의 견해이다.<sup>322)</sup> 한편 헌법위반이나 판례위반을 이유로 해서 상고를 제기할 수 있고(동법 제405조), 그 밖에 법령의 해석에 관한 중요한 사항을 포함하는 사건에 관해서도 당사자의 상고수리 신

320) 특정한 중요 절차위반에 관하여는 판결결과에 영향이 있다고 본다. 일본 형사소송법 제377조와 제378조에서 공소이유를 규정하고 있는데, i) 법률에 따라 판결재판소를 구성하지 아니한 경우, ii) 법령에 의하여 판결에 관여할 수 없는 재판관이 판결에 관여한 경우, iii) 심판의 공개에 관한 규정에 위반한 경우, iv) 불법하게 관할 또는 관할위반을 인정된 경우, v) 불법하게 공소를 수리하거나 또는 이를 기각한 경우, vi) 심판의 청구를 받은 사건에 대하여 판결을 하지 아니하거나 또는 심판의 청구를 받지 아니한 사건에 대하여 판결을 한 경우, vii) 판결에 이유를 붙이지 않거나 또는 이유에 어긋남이 있는 경우 등은 소송절차의 법령위반에 특히 중대한 사유가 있는 경우로 절대적 항소이유라 지칭한다. 한편 일본 형사소송법 제377조와 제378조에서 규정하고 있는 경우 외에, 소송절차에 법령위반이 있고 그 위반이 판결에 영향을 미친 것이 명백한 경우(동법 제379조) 및 사실오인(동법 제382조), 법령적용의 잘못(동법 제380조), 양형부당(동법 제381조), 재심사유가 있는 경우(동법 제383조) 그리고 판결 후 형이 폐지·변경되거나 사면된 경우(동법 제382조의 2)에도 항소를 제기할 수 있으며 이를 상대적 항소이유라 부른다. 三井誠·酒卷匡, 앞의 책, 329-330면.

321) 昭和25(あ)2886 昭和26年7月17日 最高裁判所第三小法廷 判決 棄却

322) 三井誠·酒卷匡, 앞의 책, 326면; 田口守一, pp. 463-463; 松尾浩也, 刑事訴訟法(下), 弘文堂, 1999, pp. 213-214; 渥美東洋, 刑事訴訟法, 有斐閣, 2001, pp. 421-422; 後藤昭, 刑事訴訟立法史の研究, 成文堂, 1987, pp. 305-327; 平良木登規男, 刑事控訴審, 成文堂, 1990, pp. 41-50; 平田元, “控訴審の構造”, 刑事訴訟法の争點, 有斐閣, 2002, pp. 210-211. 일본의 구 형사소송법은 복심제도를 취하고 있었고 현행 일본 민사소송법은 속심제도를 취하고 있으나, 현행 일본 형사소송법은 사후심을 채택하고 있다는 것에는 다수 학자들과 법원이 견해의 일치를 보이지만, 엄격한 사후심제 관철에 대해서는 비판의 목소리가 높다. 실제진실의 발견을 해할 우려가 있고 헌법과 형사소송법이 보장하는 피고인의 인권적 측면도 고려해야 한다는 등 여러 가지 이유에서 엄격한 사후심론은 입법과 실무 측면에서 점차 완화되어 가고 있다. 일본 형사소송법은 공소에 이유가 있어서 원심판결을 파기하는 경우에는 원칙적으로 원재판소에 환송하거나 동급 재판소에 이송하도록 하고 있는데, 원판결을 파기하고 재판하는 것과 같은 경우는 속심적 요소로 해석한다.

청에 의해 최고재판소가 재량으로 사건을 수리할 수 있는 바, 사실상 상고허가 제도가 운영되고 있다고 파악된다.<sup>323)</sup> 상고심 재판에서는 상고기각의 결정, 변론을 거치지 않는 상고기각 결정, 상고기각 판결, 원판결 파기(환송·이송·자판), 공소기각 결정 등을 할 수 있다.

#### 나. 일본 최고재판소의 구성과 기능

헌법에 의하여 설치된 일본 유일의 최고법원인 최고재판소는 최고재판소 장관과 14인의 최고재판소 판사로 구성되어 있다. 최고재판소 장관은 내각의 지명에 따라 천황이 임명하고, 14인의 최고재판소 판사는 내각에 의해 임명되어 천황의 인증을 받는다. 최고재판소 재판관 중 적어도 10명 이상은 판사, 검찰관, 변호사, 법학교수 등의 법률가 중에서 임명되도록 규정하고 있다(일본 재판소법 제41조). 2010년 현재, 최고재판소의 재판관은 재판관 출신 6명, 변호사 출신 4명, 검찰관 출신 2명, 법학교수 출신 1명, 행정부 공무원 출신 1명, 외교관 출신 1명으로 구성되어 있다.<sup>324)</sup> 최고재판소 장관과 판사의 임기는 정해진 바가 없으나, 임명 후 최초로 치러지는 중의원의원총선거와 임명된 지 10년이 경과한 후 최초로 치러지는 중의원의원총선거에서 국민심사절차를 거쳐야 한다(일본국헌법 제79조 제2항 및 제3항, 최고재판소재판관국민심사법 제2조).<sup>325)</sup>

최고재판소의 재판은 최고재판소 장관을 포함한 최고재판소 판사 15인 전원으로 구성하는 대법정(정족수 9인)과 5인씩 구성하는 3개의 소법정에서 이루어진다. 소법정은 반대의견이 있더라도 대법정으로 넘기지 않고 소수의견을 명시한 채 다수의견에 따라 판결할 수 있고, 대법정은 헌법재판사건이나 판례변경사건,

323) 민사사건의 경우 1998년 민사소송법 개정을 통해 상고수리제도가 채택되었는데, 원심판결이 최고재판소의 판례와 상반된 판단을 하거나 그 밖에 법령해석에 중요한 사항을 포함하고 있다고 인정되는 경우에만 상고를 수리한다(일본 민사소송법 제B18조 1항).

324) [http://www.courts.go.jp/saikosai/about/saibankan/hanzi\\_itiran.html](http://www.courts.go.jp/saikosai/about/saibankan/hanzi_itiran.html) (2010년 11월 10일 최종접속). 최고재판소 재판관의 출신 구성비와 임관은 관례적으로 운용되며, 이력상 법률가 출신이 절대다수를 차지하고 있다.

325) 최고재판소의 재판관을 제외한 재판관의 임기는 10년이지만, 재임될 수 있다. 대한민국 사법 60주년 기념사업 기획위원회, 우리의 법원 세계의 법원, 사법발전재단, 2008, 134면.

소법정의 합의결과 거부동수인 사건이나 대법정에서 심판하는 것이 상당하다고 인정되는 사건을 심판한다. 최고재판소는 상고 내지 소송법에 의하여 특히 정하여진 항고사건에 대하여 재판권을 가지는데, 상고사건으로는 고등재판소의 제2심 또는 제1심의 판결에 대한 상고사건, 지방재판소나 가정재판소의 제1심의 판결 또는 간이재판소의 형사 제1심 판결에 대한 비약상고사건, 고등재판소에 대한 민사상고사건 중 일정한 사유에 기하여 이송된 사건, 고등재판소의 민사상고심 판결에 대한 특별항고사건, 형사의 확정판결에 대한 비상상고사건 등이 있다. 최고재판소는 법률심이므로 심리는 통상 서면심리에 의하여 상고이유가 없다고 판단되면 구두변론 없이 상고를 기각할 수 있다.

#### 다. 일본 형사상고제도의 특징

형사사건의 경우, 최고재판소가 모든 사건에 대한 상고심이 된다. 그러나 상고이유는 원칙적으로 헌법위반과 판례위반으로 제한되고(일본 형사소송법 제405조),<sup>326)</sup> 법령해석과 관련된 중요사항을 포함하는 상고사건에 대해서는 상고수리 제도가 도입되어 있다(동법 제406조). 일본의 형사소송법은 일반적인 법령위반이나 중대한 사실오인 또는 양형부당을 상고이유로 인정하지 않는다. 다만 상고재판소는 ① 판결에 영향을 미칠 법령위반이 있는 경우, ② 형의 양정이 심히 부당한 경우, ③ 판결에 영향을 미칠 중대한 사실오인이 있는 경우, ④ 재심청구를 할 수 있는 경우에 해당하는 사유가 있는 경우, ⑤ 판결이 있는 후에 형의 폐지 혹은 변경 또는 사면이 있는 경우에 원판결을 파기하지 아니하면 현저히 정의에 반한다고 인정되는 때에는 판결로 원판결을 파기할 수 있다(동법 제411조). 상고인이 형사소송법 제411조의 사유를 권리로 주장할 수 있는 법적 근거는 없기

326) 일본의 구형사소송법은 상고심이 법령해석을 넘어서 사실심까지도 폭넓게 담당하는 것으로 규정하고 있었는데, 전후 신형사소송법에서는 위헌법률 심사를 담당하게 될 최고재판소의 기능변화와 업무역량을 고려하여 상고심을 순수한 법률심으로 확립하였다. 田藤重光, 刑事訴訟法の40年, JURIST, No. 930, 臨時増刊 1989.3.25., p. 8. 참조

전후 일본의 상소제도 개편은 최고법원의 중요성을 감안하여 최고재판소의 업무량을 덜어내려는 작업의 구체화라고 할 수 있는데, 종전의 독일식 사고방식을 버리고 미국식 상고제도를 모델 삼아 상고심 관련 규정을 전면 개정한 것이다. 신동운, 앞의 보고서, 86면

때문에, 설령 상고심에서 상고인이 이러한 사유들에 대하여 주장을 하더라도, 그것은 상고심 법원의 직권발동을 촉구하는 의미만을 가질 뿐, 상고심 법원을 구속하지 않는다.<sup>327)</sup>

#### 4. 일본 형사상고제도의 운영 현황

〈표 6-1〉은 일본 최고재판소가 종국적으로 처리한 형사상고사건의 총 인원 수를 상고이유별로 나타낸 것이다.<sup>328)</sup> 2000년부터 2009년까지 10년 동안 처리한 총 25,139명의 상고사건 가운데, 일본 형사소송법 제405조에 원칙적 상고이유로 규정된 헌법위반과 관례위반을 사유로 한 인원은 4,793명으로 19%를 차지하였다. 동법 제411조의 법령위반과 양형부당 및 사실오인을 상고이유로 한 인원은 14,078명으로 총인원의 56%로 나타났다.<sup>329)</sup>

표 6-1 형사상고사건의 상고이유별 종국총인원

구분 연도	총수	헌법 위반	관례 위반	법령 위반	양형부당· 사실오인	재심사유, 형의폐지· 변경, 사면	기타	취의서 부제출, 취하 등
2000	1,941	300	49	204	785	-	1	602
2001	1,997	221	60	251	870	-	2	593
2002	2,495	392	49	305	1,029	-	1	739
2003	2,783	465	94	320	1,249	-	2	653
2004	2,965	452	105	367	1,283	-	2	756
2005	2,828	483	79	361	1,229	-	2	674
2006	2,779	398	78	352	1,271	-	2	678
2007	2,542	424	94	299	1,161	1	-	563
2008	2,498	465	83	274	1,150	-	5	521
2009	2,311	409	93	272	1,046	-	1	490

\* 상고사유가 병존하는 경우에는, 주된 이유로 구분하였다.

327) 신동운, 앞의 보고서, 75면.

328) 일본 재판소 홈페이지 사법통계 참조 <http://www.courts.go.jp> (2010년 11월 10일 최종접속).

329) 재심사유나 판결 후 형의 폐지·변경 또는 사면을 이유로 상고한 자는 2007년에 단 1명 있었다.

〈표 6-2〉는 일본 최고재판소가 중국적으로 처리한 형사상고사건의 총 인원 수를 처리결과별로 나타낸 것이다.<sup>330)</sup> 2000년부터 2009년까지 10년 동안 처리한 총 25,139명의 상고사건 가운데,<sup>331)</sup> 파기로 사건이 처리된 인원은 41명으로 0.16%에 불과하였다.<sup>332)</sup> 대부분의 사건이 상고기각으로 처리되었는데, 전체 인원의 총 76%에 해당하는 19,187명의 사건이 상고기각되었다. 한편 대법정은 헌법재판사건이나 관례변경사건, 소법정의 합의결과 거부동수인 사건이나 대법정에서 심판하는 것이 상당하다고 인정되는 사건을 심판하는데, 대법정에서 심리되는 사건은 매년 1-2건 정도에 불과하다.平成시대(1989년~현재)에 들어와서 총 36건의 사건이 대법정에서 심리되었는데, 특히 형사사건의 경우에는 단 2건의 기각 판결<sup>333)</sup>만이 대법정을 통해 내려졌다.

**표 6-2 형사소송사건 상고심의 중국구분별 처리인원**

연도	구분	상고심 중국종인원	파기자판			파기환송 ·이송	상고 기각	취하	기타
			유죄	무죄	기타				
2000		1,941 (3)	1	-	-	1	1,371 (3)	558	10
2001		1,997	-	1	-	2	1,433	552	9
2002		2,495	1	-	-	1	1,790	694	9
2003		2,783	3	2	-	1	2,159	609	9
2004		2,965 (2)	-	1	-	4	2,239 (2)	710	11
2005		2,828 (8)	-	-	-	-	2,185 (8)	637	6
2006		2,779	2	-	-	1	2,136	634	6
2007		2,542 (1)	-	-	-	3	2,016 (1)	518	5
2008		2,498 (1)	-	3	-	2	2,012 (1)	476	5
2009		2,311	-	3	-	9	1,846	450	3

\* 제1심에 대한 상고심과 제2심에 대한 상고심의 처리결과를 모두 합산한 것이고, 제1심에 대한 상고심의 수는 ( ) 안에 별도로 기재하였음.

330) 일본 재판소 홈페이지 사법통계 참조. <http://www.courts.go.jp> (2010년 11월 10일 최종접속).

331) 제1심에 대한 상고심의 수는 총 15건에 불과했고, 나머지는 모두 제2심에 대한 상고심이었다.

332) 파기로 처리된 인원수에는 파기자판과 파기환송 및 이송이 포함된 것이다.

333) 昭和62(あ)1351, 平成7年2月22日 最高裁判所大法廷 判決 棄却 (1995. 2. 22. 선고).

平成13(あ)746, 平成15年4月23日 最高裁判所大法廷 判決 棄却 (2003. 4. 23. 선고).

제5장

형사상고제도의 개선방안



# 형사상고제도의 개선방안

## 제1절 종래에 논의된 개선방안 검토

### 1. 사법개혁위원회의 개선 논의

권위주의 정치체제를 청산하고 민주화를 추진하는 과정에서 사법개혁 작업은 필연적으로 대두되는 과제이다.<sup>334)</sup> 참여정부 출범 후 사회 각 분야의 개혁이 추진되는 가운데 사법개혁이 중요한 의제로 등장하였는데, 대법원장의 대법관 임명제청이 지나치게 법원 내부의 승진 코스처럼 운용된다는 시민사회의 비판적 여론이 대두되면서 대법원과 청와대는 사법개혁을 공동으로 추진하는데 합의하였다.<sup>335)</sup> 2003년 10월 24일, 대법원규칙으로 사법개혁위원회규칙이 제정·공포되면서 대법원 산하에 사법개혁위원회가 설치되었는데,<sup>336)</sup> 대법원장이 첫 번째로 부의한 의제가 대법원의 기능과 구성에 관한 것이었다. 애당초 법원 측에서는 대법원을 이원적으로 구성하여 대법관과 대법원판사를 두는 방안을 제시하였는

334) 신동운, “한국 형사사법의 개혁과 전망”, 비교형사법연구, 제8권 제1호, 2006, 2면.

335) 『국민과 함께하는 사법개혁 -사법개혁위원회 백서』, 사법개혁위원회 자료집(VII), 사법개혁위원회, 2005, 11면 이하 참조.

336) 법조계, 학계, 언론계, 시민단체 등 각계 출신의 의원 21인으로 구성되었는데, 심의의 효율성을 높이기 위해 위원회는 전체위원회와 2개의 분과위원회로 구성되었고, 형사사법과 관련된 개혁과제들은 주로 제2분과위원회에 배정되었다.

데, 대법관을 재판장으로, 법원장 급의 중견법관을 대법원판사로 하는 재판부를 다수 증설하여 대법원의 업무량에 대처하자는 것이었다. 이에 대해 변호사단체 및 시민단체 등은 대법관의 대폭적인 증원방안을 주장하였다.<sup>337)</sup> 그러나 이러한 방안들에 대해서는 대법원에 접수되는 사건들을 처리하기 위한 인력보강의 측면에만 머무르고 있다는 한계가 지적되었고, 이에 고등법원 상고부제도가 제안되었다. 사법개혁위원회의 건의문에 다수의견으로 반영된 고등법원 상고부 설치방안은 전국 5개 지역의 고등법원에 상고부를 설치하여 상당수의 상고사건을 처리하게 하고, 대법원에서는 전원합의체 재판부가 변론기일을 열어서 중요한 정책적 판단을 할 수 있도록 하자는 구상이었다.<sup>338)</sup> 이후 동 제도는 2006년 사법제도개혁추진위원회<sup>339)</sup>에서 본격적으로 논의되었지만, 수도권과 지방 변호사들의 이해관계가 엇갈리면서 결국 무산되고 말았다.<sup>340)</sup>

## 2. 법원조직법 개정안 검토

최근에 형사상고심이 폭증하고, 대법원의 운영에 대한 비판의 목소리가 제기되자, 각 언론사들은 대책마련을 촉구하는 보도를 내었고,<sup>341)</sup> 국회의원들은 관련

---

337) 상이한 시각과 접근방법에 대해서는 『사법개혁위원회자료집 (II)』, 139면 이하에 수록된 각 지역 소속 전문연구원의 보고서 참조

338) 고등법원 상소부의 도입과 관련한 회의내용은 『사법개혁위원회자료집 (I)』, 70, 92, 246면 이하. 소수의견으로 대법관의 수를 3 내지 6명 증원하고, 대법관의 구성을 보다 다양화하는 것이 바람직하다고 대법관 증원 방안이 제시되었다. 『국민과 함께하는 사법개혁 -사법개혁위원회 백서』, 사법개혁위원회 자료집(VII), 사법개혁위원회, 2005, 249면

339) 사법개혁위원회의 업무가 거의 마무리될 무렵 사법제도개혁추진위원회의 설치가 건의되었고, 이에 2004년 12월 15일 대통령령으로 사법제도개혁추진위원회 규정이 제정·공포되었으며, 2005년 1월 18일 대통령 산하에 사법제도개혁추진위원회가 구성되어 2005년부터 2006년까지 2년 동안 한시적 기구로 활동하였다.

340) 수도권 변호사들이 하급심 법원의 역량 강화와 대법관 수 증원을 통해 상고사건 폭증 문제를 해결해야 한다고 주장하였는데, 여기에는 고등법원 상고부 설치로 인해 그동안 자신들이 독점해오던 상고사건이 분산되는 것에 대한 우려가 깔려 있다는 비판이 제기되었던 것이다. 동아일보, 2010년 3월 9일자.

341) 동아일보, 2010년 3월 9일자; 법률신문, 2010년 7월 6일자.

법률인 법원조직법 개정안을 발의하였다.

### 가. 고등법원 상고부 설치 법률안

2009년 6월 23일 한나라당 이주영 의원을 포함한 10인의 국회의원들은 고등법원에 상고부를 두는 것을 주된 내용으로 하는 법원조직법 일부개정법률안(의안번호 5257)을 발의하였다. 동 법률안은 대법원의 업무 부담을 완화하여 법적 가치와 기준을 제시하는 최고법원으로서의 기능을 강화하고 개별 사건에 대한 심리를 보다 충실하게 함으로써 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하기 위해 제안되었다.<sup>342)</sup> 동 법률안의 주요내용으로는 ① 상고심 또는 재항고심인 고등법원을 설치하여 상고사건을 대법원과 고등법원이 분장하도록 함에 따라 대법원의 심판권을 조정(안 제14조),<sup>343)</sup> ② 상고심 또는 재항고심을 담당하는 부를 고등법원에 신설하고, 대법원의 심판권의 대상이 되지 아니하는 상고사건 및 재항고사건 등에 대하여는 상고심 또는 재항고심인 고등법원이 심판권 행사(안 제27조 및 제28조), ③ 상고심 또는 재항고심인 고등법원의 법관은 대법관회의의 의결을 거쳐 선발하도록 하되, 임기를 4년으로 하여 독립성을 강화하고, 법관의 자격을 법원장 및 고등법원 부장판사와 동일하게 10년 이상의 법조경력을 가진 자로 하며, 판결에 대법원과 같이 소수의견을 기재하도록 하고 재판연구관을 두도록 하는 등 상고심 또는 재항고심인 고등법원의 법관의 자격과 운영에 관한 규정(안 제17조 제1호의2, 안 제27조의2 및 제27조의3 신설, 안 제44조 제2항) 등이 있다. 요컨대 동 법률안은 고등법원 상고부가 대부분의 상고사건을 처리하되 중요 사건은 곧바로 대법원에 상고할 수 있도록 하였던 것이다.

고등법원 상고부는 1960년대 초반에 이미 설치·운영되었던 적이 있는데,<sup>344)</sup> 기존의 3급 3심제(지방법원, 고등법원, 대법원)를 수정하여, 지방법원 본원 항소

342) 의안번호 5257, 법원조직법 일부개정법률안(이주영 의원등 10인), 2009. 6. 23., 제안이유 참조

343) 대법원에 직접 상고가 가능한 사건을 민사·형사·행정·가사·선거 및 특허 사건에 따라 나누어 규정하고, 상고심 또는 재항고심인 고등법원으로부터 이송된 사건과 상고심 또는 재항고심인 고등법원의 재판에 대한 특별상고 및 특별항고사건을 대법원의 심판권 대상으로 규정함.

344) 1961년 8월 12일부터 1963년 12월 13까지 당시 조진만 대법원장에 의해 창안되어 운영하였다.

부와 고등법원 상고부를 신설하고 4급 3심제로 전환하였다.<sup>345)</sup> 대법원은 모든 사건을 전원합의부로만 심리하였는데, 대법관(당시 명칭은 대법원 판사)의 정원은 대법원장을 포함하여 9인이었다. 한편, 고등법원 상고심판결에 대한 불복과 관련하여, 민사재판의 경우에는 헌법위반, 대법원판례위반, 고등법원 상고심판례 위반 등을 이유로 대법원에 특별상고를 할 수 있었고, 형사재판의 경우에는 특별상고제도를 두지 않은 채 법령위반을 이유로 한 검찰총장의 비상상고만이 가능하도록 하였다. 고등법원 상고부는 전국에 4개부를 설치<sup>346)</sup>·운영하다가 1963년 12월 13일에 폐지되었는데,<sup>347)</sup> 이후 2004년 12월에 사법개혁위원회의 건의문에도 고등법원 상고부 설치방안이 제안되어 2006년 대통령 자문기구인 사법제도개혁추진위원회가 그 시행 방안에 관한 법률안을 의결한 바 있으나 입법에는 이르지 못하였다.

고등법원 상고부 설치 방안은 상고제한 제도를 도입하지 않고 대법원의 사건 부담을 현저히 줄일 수 있는 방법으로서, 사건의 비중에 따라 심급구조에 적절한 차등을 둘 수 있고,<sup>348)</sup> 대법원의 재판부담을 경감시켜 법률심으로서의 기능을 강화시키며, 중요사건의 처리에 역량을 집중시킬 수 있다는 장점이 있다. 그러나 이 방안에 대하여는 대법원의 재판을 받을 권리를 박탈하는 부당한 제도라는 비판이 제기될 수 있다. 또한 고등법원 상고부 간의 법령해석의 통일을 기하는 것에 어려움이 있고, 고등법원 상고심에 대해 불복을 할 경우 단독사건에 대해서는 4심제의 구조를 취하게 되면서 사건의 처리가 지연되고, 소송의 비용이 증가될 우려가 있다는 점 등이 문제로 지적되고 있다.

345) 지방법원 단독부 사건은 지방법원 항소부를 거쳐 고등법원 상고부에서 처리하였고, 지방법원 합의부 사건은 고등법원을 거쳐 대법원에서 처리하였다.

346) 서울고등법원 민사부와 형사부, 대구고등법원, 광주고등법원 등 총 4개였다.

347) 상고심이 여러 곳에 나뉘어 있어 법령해석의 통일을 기하기가 어려웠고, 모든 국민으로 하여금 대법원의 판결을 받을 기회를 보장하는 것이 헌법상 국민의 권리실현에 도움이 된다는 주장 때문에 동 제도는 조기 폐지되었다고 한다. 이광수, “고등법원 상고부 도입방안에 대한 비판적 고찰”, 정보와 법 연구, 특별호, 국민대학교 출판부, 2006년, 295면.

348) 예컨대 단독사건은 고등법원 상고부에서, 합의사건은 대법원에서 처리하는 방안을 상정할 수 있다.

## 나. 대법관 증원 법률안

2010년 3월 24일 한나라당 여상규 의원을 포함한 15인의 국회의원들은 현재 대법원장을 포함하여 14명인 대법관의 수를 24명으로 증원하는 것을 주된 내용으로 하는 법원조직법 일부개정법률안(의안번호 7953)을 발의하였다. 동 법률안은 현행 사법제도의 운영에서 나타난 미비점을 보완하고 재판절차에 따른 문제점을 개선하여 공정하고 충실한 재판을 받을 국민의 권리를 보장하며, 책임 있는 사법체계의 확립을 통해 국민들로부터 신뢰받는 사법을 구현하기 위해 제안되었다.<sup>349)</sup> 동 법률안의 주요내용으로는 ① 대법관의 수를 24명으로 하고 그 중 3분의 1은 주된 경력이 판사가 아닌 자로 하는 것(안 제4조), ② 법관인사위원회의 구성 및 심의사항 등에 대한 규정(안 제25조의2 신설), ③ 형사재정합의부 및 합의재판회부결정부의 구성 및 운영에 관한 규정(안 제32조의2), ④ 대법원장이 제청할 대법관 후보자의 추천을 위하여 대법원에 대법관추천위원회를 두는 것(안 제41조의2 신설), ⑤ 판사의 임용자격을 관련 분야에서 10년 이상 경력이 있는 사람으로 강화(안 제42조), ⑥ 판사의 근무성적 및 자질을 평정하기 위한 기준을 마련하여 연임을 포함한 판사의 인사에 반영(안 제44조의2 신설), ⑦ 재판의 판결서를 사생활이 침해되지 아니하는 범위에서 인터넷 홈페이지에 지체없이 게시(안 제57조 제2항), ⑧ 대법관과 판사 정년의 연장(안 제45조 제4항) 등이 있다.

동 법률안은 대법원에 의한 최종판결을 받고자 하는 국민들의 의식을 존중하고 대법원 구성의 다양성을 구현하기 위한 목적으로 대법관 수를 늘리자는 방안이다. 대법관을 증원함으로써 개별 사건의 신속하고 적절한 처리를 도모할 수 있다는 장점이 있으나, 한정된 사법자원으로 인해 대법관 증원의 정도에는 한계가 따르고,<sup>350)</sup> 본질적인 해결방안이 될 수 없다는 비판이 제기된다. 또한 대법

349) 의안번호 7953, 법원조직법 일부개정법률안(여상규 의원등 15인), 2010. 3. 24., 제안이유 참조.

350) 소수의 증원만으로는 현재의 사건증가 추이에 비추어 그 효과가 미미할 것이다. 예컨대, 10인의 대법관을 증원한다고 하더라도 2009년 접수건수를 기준으로 할 때 총 24인의 대법관은 1인당 1,471건의 사건을 부담하게 되고, 이는 이미 2000년 수준을 넘어서는 것이다. 즉, 10인 정도의 증원만으로는 개별 사건을 신속하고 적절하게 처리하고, 심도있는 법률심사 이루어질 수 있을 정도로 업무가 대폭 경감될 수 없을 뿐만 아니라, 상고사건의 증가 추세에 비추어 볼 때 수년 내에

관을 대폭 증원할 경우에는 전원합의체의 구성과 원활한 운영이 사실상 불가능하게 되어 법령해석의 통일 기능 및 법률심으로서의 정상적인 기능을 하기 어렵게 된다.<sup>351)</sup> 요컨대, 소수의 대법관만을 증원할 경우는 업무부담의 경감이라는 측면에서 큰 효과를 볼 수 없고, 사건 수에 비례하여 대폭 대법관 수를 늘릴 경우에는 대법원 규모가 지나치게 커져 헌법과 법률이 정한 대법원의 기능을 제대로 수행하지 못할 우려가 있는 것이다.

#### 다. 단독대법관부 설치 법률안

2010년 6월 25일 자유선진당 김창수 의원을 포함한 11인의 국회의원들은 대법관 1명과 판사로 보하는 대법관이 아닌 법관 2명으로 구성된 단독대법관부를 신설하는 것을 주된 내용으로 하는 법원조직법 일부개정법률안(의안번호 8675)을 발의하였다. 동 법률안은 대법원의 업무 부담을 경감하고 국민의 권리구제 기능을 강화하며, 고등법원 부장판사 직을 폐지하고 고등법원의 부를 대등한 자격을 가진 법관으로 구성함으로써 고등법원 부장판사 직을 중심으로 한 불합리한 인사구조를 개혁하는 등 현행 사법제도의 운용상 나타난 문제점을 개선·보완하기 위해 제안되었다.<sup>352)</sup> 동 법률안의 주요내용으로는 ① 대법원에 대법관이 아닌 법관을 두도록 명시(안 제4조 제1항), ② 단독대법관부에 속하는 대법관은 그 부의 재판에 있어서 재판장이 되어 그 부의 사무를 감독(안 제13조의2 신설), ③ 대법원에 두는 대법관이 아닌 법관의 보임 및 재보임 기간은 4년(안 제13조의3 신설) ④ 대법관 3명 이상으로 구성된 부에서는 소송가액이 5억원 이상인

---

다시 현재와 같은 상황이 도래할 수 있다. 즉, 최근 10년간 상고심 접수사건 평균 증가율인 연 9.6%(2000년 사건수 대비)를 적용할 경우 2012년경의 상고사건수는 37,111건, 2015년경의 상고사건 수는 41,860건에 이르게 되는데, 대법관을 24인으로 증원하더라도 사건이 증가함에 따라서 2012년경에는 2004년 수준으로, 2015년경에는 2006년 수준으로 복귀하게 되어 대법관 증원의 효과를 전혀 누릴 수 없게 되는 것이다. 김현석, 앞의 글, 19-20면

351) 현재의 업무량에 여유 있게 대처하고 적정수의 대법원판결을 선고하기 위하여 법관 1인당 상고사건 부담건수가 50여 건인 독일 수준에 맞출 경우 우리 대법관의 수는 450명 이상이 되어야 하고(심리불속행 사건을 포함하는 경우, 2006년도 기준), 프랑스 수준에 맞출 경우에도 80명 이상이 되어야 한다. 김현석, 앞의 글, 20-21면.

352) 의안번호 8675, 법원조직법 일부개정법률안(김창수 의원등 11인), 2010. 6. 25., 제안이유 참조

민사사건, 사형·무기 또는 실형 3년 이상의 징역이나 금고가 선고된 형사사건 등을 심판(안 제14조 제1항), ⑤ 단독대법관부는 대법관 3명 이상으로 구성된 부의 심판권이 대상이 되지 아니하는 상고사건 및 재항고사건을 심판하도록 하고, 재판장은 단독대법관부에서 심리를 하기 이전에 대법원 관례와 상반되는 의견을 가지거나 법령의 해석에 관한 중요한 사항을 포함하고 있는 경우 등에는 직권으로 대법관 3명 이상으로 구성된 부에서 재판할 수 있도록 함(안 제14조 제2항), ⑥ 단독대법관부 또는 대법관 3명 이상으로 구성된 부에서 서로 의견이 일치하지 아니하거나 명령 또는 규칙이 헌법이나 법률에 위반함을 인정하는 경우 등에는 대법원 전원의 3분의 2이상의 합의체에서 심판하도록 함(안 제14조 제3항), ⑦ 대법원에 두는 대법관이 아닌 법관의 보임 및 재보임에 대한 동의, 법관인사위원회의 위원장 및 위원의 임명 또는 위촉에 대한 동의에 대해서 대법관회의의 의결을 거치도록 함(안 제17조), ⑧ 대법원장이 아닌 대법관회의의 자문기관으로 법관인사위원회를 두고 그 위원은 법관, 변호사, 법학 교수 등으로 하되 법관 위원은 과반수 미만이 되도록 함(안 제25조의2), ⑨ 고등법원 부장판사 직을 폐지하고 고등법원의 부를 지방법원 합의부 등의 부장판사의 직에 있던 자로서 대등한 자격을 가진 법관으로 구성(안 제27조의2 제2항 및 제44조 제2항), ⑩ 대법원장과 대법관의 임용자격 중 경력요건을 완화하고, 법학박사 학위를 취득한 사람으로서 공인된 대학의 조교수 이상의 직에 있던 자에 대해서는 변호사 자격이 없더라도 대법원장 및 대법관으로서의 임용자격을 부여하는 것(안 제42조) 등이 있다.

동 법률안에서와 같이 대법원에 대법관 아닌 판사를 두고 대법관과 대법관이 아닌 대법원 판사가 부를 구성하여 통상적인 상고사건을 처리하는 방안을 대법원의 2원적 구성방안이라 일컫는다. 우리나라에서는 1959년 1월 13일부터 1961년 8월 11일까지 운영한 적이 있는데,<sup>353)</sup> 1960년 4·19 혁명의 영향으로 대법관

353) 대법원의 사건부담을 해소하기 위하여 대법원에 11인의 대법원판사를 둘 수 있도록 하는 내용의 법원조직법 개정이 있었는데, 이에 따라 대법관 3인과 대법원판사 6인이 배정된 대법원 민사부는 대법관 1인(재판장)과 대법원판사 4인(배석판사)으로 합의부를 구성하였다. 대법관 3인과 대법원판사 5인이 배정된 대법원 형사부는 대법관 3인과 대법원판사 2인으로 합의부를 구성하였으며, 대법관만으로 재판부를 구성하여야 하는 사건은 별도로 지정되었다. 한편, 대법관만으로 구성된

중 사임자가 급증하여 1960년 6월에는 대법관 정수가 6인에 불과하게 됨으로써 대법관만의 재판부를 구성하기도 벅찬 실정이 되었고,<sup>354)</sup> 1961년 5·16 사태 이후 전격적으로 대법관의 수를 9인으로 줄이면서 고등법원에 상고부를 두는 제도로 변경되기에 이른다.<sup>355)</sup> 그러나 대법원의 2원적 구성방안에 대하여는 꾸준한 지지가 이어져오고 있는데,<sup>356)</sup> 사법개혁위원회에서도 대법원측에 의하여 상당히 비중 있는 대안으로 제시된 바 있다.<sup>357)</sup>

대법관의 2원적 구성 방안에 대하여는 상대적으로 경미한 다수의 사건을 보다 신속하게 처리할 수 있고, 그 여력을 중요한 사건들에 투입할 수 있으며, 대법원의 법령해석의 통일 기능과 하급심 판결에 대한 오류를 수정하는 기능을 조화롭게 수행할 수 있다는 장점이 있다. 그러나 이에 대하여는 ① 대법원이 기형적으로 비대해지고 대법원이 이질적인 혼합형태의 구조를 취하고, ② 근본적으로 원

특별부는 선거소송사건, 행정소송사건을 담당하였고, 연합심판을 요하는 경우 대법관 전원 및 당해계속사건에 관한 판사 전원으로 구성된 연합부(현행 전원합의체에 해당)에서 심판하도록 규정되어 있었으나, 실제로 대법원판사는 연합부에 참여하지 않았다. 김현석, 앞의 글, 17-18면

354) 1960년 9월 12일에는 당시 대법원판사 전원을 대법관 직무대리로 발령하는 「대법관직무대리에 관한 임시조치법」이 제정되는 등의 파행을 겪었다.

355) 강일원, ‘고법상고부/대법원의 2원적 구성/대법관 증원방안 검토’, 사법개혁위원회 자료집(II), 사법개혁위원회 2004. 146면 이하.

356) 1979년 7월 6일 법원행정처장을 위원장으로 하는 ‘상고심제도개선위원회’는 대법원의 구성을 위한법률심사·판례변경·정당해산소송·탄핵심판 등 주요사건을 담당하는 법관과 통상의 사건을 담당하는 소부의 구성원인 법관으로 2원화시키는 방안을 제안하였다. 1980년 1월 20일 법제처 산하에 설치되었던 헌법연구반에서도 동 제도의 도입방안에 관한 보고서를 간행하였는데, 대법관의 수를 증원할 경우 상대적으로 대법관의 질이 저하될 우려가 있으므로 재판을 받을 국민의 권리를 실질적으로 보장하기 위해서는 헌법상 동 제도의 도입이 검토될 수 있는데, 이 경우 대법관의 수는 소수정예로 하고 하급법관의 수는 대법관 수의 2배 내지 3배로 하되 그 신분은 일반 법관으로 보하는 게 타당할 것이라고 하였다.

357) 사법개혁위원회에 제시된 내용에 의하면, 6인의 대법관은 2원적으로 구성되는 부 및 전원합의부에 모두 관여하고 나머지 대법관은 전원합의부에 관여하는 형태를 취하며 전원합의부사건의 주심은 전원합의부에만 관여하도록 함으로써 대법관이 소부 사건에만 매몰될 우려를 불식시킨다는 것이었다. 또한 6개의 소부를 구성함으로써 다수의 사건을 충실하게 심리할 수 있을 뿐만 아니라 전문재판을 구성할 수 있게 되고, 소부에서 의견이 일치되지 않는 사건이나 법적으로 중요한 쟁점을 다루는 사건은 모두 전원합의체에 회부하도록 함으로써 대법원의 정책판단기능 및 법령해석의 통일기능을 제고하며, 대법관의 경력을 다양화하여야 한다는 시대적 요청에 부응하여 대법관과 전원합의부에 관여하는 법관을 적절하게 배치할 수 있다는 것이었다.

벤치(one-bench)를 지향하여야 할 대법원의 이상적 운영방향과는 전혀 반대방향으로 가는 것이며, ③ 대법관이 아닌 판사가 대법원 판결에 관여함으로써 대법원 판결에 대한 불신이 높아지게 되고, 합의부가 여럿으로 나뉘게 되어 법령의 통일적 해석에 난점이 생기고, ④ 부장을 맡게 되는 대법관은 부원의 기록까지 모두 검토하여야 하므로 업무 부담이 과중되며, ⑤ 경험이 풍부한 하급심 법관들이 대법원에 집중됨으로써 하급심이 약화되고, 상고사건이 폭증할 우려가 있다는 등의 비판이 있다.<sup>358)</sup>

### 3. 대법원의 고등법원 상고심사부 설치안

2010년 3월 대법원은 고등법원 상고심사부를 설치하는 방안을 포함한 사법제도 개선방안을 전격 발표하였다. 동 방안은 고등법원에 상고심사부를 설치하고,<sup>359)</sup> 경륜 있는 대등한 경력의 법관 3인으로 하여금 상고사건을 심사하게 하여 상고의 적격 여부를 판단함으로써 대법원에서 상고심을 진행하도록 할 것인지를 결정하게 하는 제도이다.<sup>360)</sup> 상고심사부는 원칙적으로 민사·형사·가사·행정소송 등의 모든 상고사건을 대상으로 한다.<sup>361)</sup> 다만, 고등법원 또는 특허법원

358) 송상현, “상고제도의 개선방안”, 사법제도개혁백서(下) I, 대법원, 1994, 163면 이하.

359) 법원측 자료에 의하면 전국 5개 고등법원(서울, 대전, 광주, 대구, 부산)에 총 8개 가량의 재판부를 설치하여 약 25명의 법관을 배치하는 것으로 구상하고 있는데, 서울고등법원에는 3인으로 구성된 재판부를 4개 설치하고, 대전·대구·광주고등법원에는 각각 3인으로 구성되는 재판부 1개씩을, 서울을 제외한 다른 지방에 비해 사건접수건수가 최대 2,000건 이상 많을 것으로 분석된 부산고등법원에는 4인으로 구성되는 1개의 재판부를 설치할 계획이라고 한다. 법률신문, 2010년 3월 31일자, 대법원 사법개혁안 심층분석 ① 상고심사부 도입

360) 각 재판부는 대등한 경력의 고등법원 부장판사급 법관(법원장 경력자 포함) 3인 이상으로 구성되는데, 실제 운영에 있어서는 법조경력 25년~30년의 풍부한 경륜을 갖춘 법조인들로 구성될 것으로 전망된다. 이 경우 재판부 당 최소 1인의 법관은 다양하고 풍부한 법조경력(적어도 법조경력 20년 이상)을 갖춘 검사, 변호사, 법학교수 중에서 별도 임용하여 배치함으로써 인적 구성의 다양화를 모색할 것이라고 한다. 김현석, 앞의 글, 24면.

361) 구 소송촉진 등에 관한 특례법에 의한 상고허가제가 폐지된 이후 대법원의 법률심으로서의 기능을 유지하기 위한 거의 유일한 수단으로 기능해 오고 있는 현재의 심리불속행 제도에 대하여는 개개 사거에 대한 실질적인 이유제시가 미흡하고, 선고일자를 미리 알 수 없다는 점 등에 대한

을 제1심으로 하는 사건, 사형·무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 형사사건, 당선외의 효력이나 공무담임권에 영향을 미치는 공직선거관리법위반 등의 형사사건 및 군사법원 사건 등에는 일정한 예외를 두는 방안이 고려되고 있다.<sup>362)</sup> 고등법원 상고심사부는 상고인 또는 피상고인의 심문신청이 있거나 상고심사에 필요한 경우에는 원칙적으로 구술심문을 실시하고, 심리가 종료되면 양 당사자에게 결정일자를 사전통지한 후 그 기일에 판결로 선고하는데, 상고이유가 없음이 명백한 경우에는 사건을 상고심에 보내지 아니하는 결정(상고심 불송부결정)을 하고, 그렇지 않은 경우에는 사건을 상고심에 보내는 결정(상고심 송부결정)을 한 다음 대법원에 소송기록을 송부한다. 상고심사부가 상고심 불송부결정을 할 때에는 실질적인 이유를 밝혀야 하고, 이러한 결정에 대하여는 즉시항고를 허용하여<sup>363)</sup> 대법원의 최종 판단을 받을 수 있도록 한다.<sup>364)</sup>

요컨대, 고등법원 상고심사부는 대법원의 재판이 필요하다고 판단되는 사건을 걸러주는 일종의 '문지기(gate keeping) 재판부'로 볼 수 있다.<sup>365)</sup> 이는 과거 위헌논란으로 폐지되었던 상고허가제와 유사한데,<sup>366)</sup> 상고여부를 최종적으로 결정했던 허가제와 달리 별도의 불복절차를 마련하여 국민의 재판을 받을 권리를 보장했다는 점에서 차이가 있다. 고등법원 상고심사부가 설치될 경우 대법원이 지향해온 법률심 기능강화에 힘이 실릴 수 있을 것인데, 중요 사건에 충분한 역량을 투입함으로써 권리구제기능과 법률해석의 통일기능을 조화시킬 수 있고 이로 인해 대법원 판결의 신뢰도를 증진시킬 수 있을 것이다. 또한 지방분권시대의

---

불만이 제기되어 왔다. 대법원의 구상에 의하면 상고심사제도가 도입되고 이를 골자로 하여 「상고심절차에 관한 특례법」이 개정되면, 현행 법률에 따른 심리불속행 제도는 폐지될 것이다. 김현석, 앞의 글, 25면

362) 김현석, 앞의 글, 25면

363) 상고심 송부결정에 대하여는 불복이 허용되지 아니한다.

364) 상고심사에 필요한 인지는 현행 인지(민사소송등 인지법 제3조)의 1/2에 해당하는 금액 상당을 붙이되, 상고심사부가 상고심 송부결정을 하거나 상고인이 불송부결정에 대하여 즉시항고를 한 경우에는 나머지 1/2에 해당하는 인지를 붙이도록 한다.

365) 법률신문, 2010년 3월 31일자, 대법원 사법개혁안 심층분석 ① 상고심사부 도입

366) 상고허가제는 상고인이 상고를 원할 경우 대법원이 상고이유서와 원심판결기록을 검토한 뒤 상고 여부를 결정하는 제도로, 1981년 도입되었다가 국민의 재판청구권을 제한한다는 이유로 1990년에 폐지되었다.

요청에 부응하는 분산형 구조를 채택함으로써 지역 주민들의 지리적 접근성을 용이하게 하고, 정당한 상고인들의 권리구제가 무익한 상고로 인하여 지연되는 것을 피할 수 있다는 장점이 있다.<sup>367)</sup> 그러나 상고심사부 설치안에 대하여는 국민의 법감정상 고등법원에서 재판을 끝낼 것인지에 대하여는 의문이고,<sup>368)</sup> 위헌 논란의 불식시키기 위해 별도의 불복절차를 마련하고 있는 바, 당사자가 상고불수리결정에 대해 즉시항고를 하면 결국 4심화(제1심 → 제2심 → 상고심사부 → 대법원)가 된다는 지적이 나오고 있다.<sup>369)</sup>

## 제2절 비교법적 분석을 통한 해결방안 모색

### 1. 입법례들의 다각적 분석

우리의 형사상고심은 폭주하는 사건 수로 인하여 제대로 운영되고 있지 못하다. 과도한 업무 부담으로 인하여 대법원은 중요한 법령해석이 쟁점이 된 사건에 있어서도 충실한 심리와 판결을 하지 못하고 있는 실정인데, 이로 인하여 상고심의 법률심으로서의 기능이 약화되었다. 또한 무익한 상고사건을 처리하는데 사법적 자원이 대폭 할애됨으로써 정당한 권리자의 형사상고를 신속하게 처리하지 못한다는 것도 또 다른 문제로 제기되었다. 이러한 문제들을 해결하기 위하여 기존에 많은 논의들이 있었지만 문제 상황은 전혀 개선되지 않고 있는데, 2009년 6월 미결구금일수 산업과 관련된 형법 규정에 대해 헌법재판소가 위헌결

367) 원칙적 구술심문을 통하여 당사자의 절차적 만족감이 증대되고, 이에 따라 당사자가 재판에 납득하여 승복할 수 있는 토대가 마련됨으로써 패소할 것이 명백한 당사자가 상고제도를 악용하는 경우를 효과적으로 차단할 수 있을 것이다. 김현석, 앞의 글, 26-27면.

368) 대법관 출신인 이회창 자유선진당 대표는 대법원의 업무과중에 대한 해결책으로 고등법원에 상고심사부를 설치한다는 것은 임시방편일 뿐이라고 지적하였다. 즉 대법원이 상고심으로 있는 한 소송 당사자로서는 고등법원 상고심사부의 결정을 고등법원의 재심사 정도로만 인식할 것이고, 여전히 대법원의 재판을 받아보려고 할 것이라고 언급하였다. 법률신문, 2010년 3월 31일자, 대법원 사법개혁안 심층분석 ① 상고심사부 도입

369) 이광수, 앞의 글, 311-312면.

정을 내리면서 형사상고사건은 폭증하고 있는 실정이다. 현행 제도의 개선을 위해 특정 국가의 제도를 모델로 삼는 것에는 무리가 따르는데, 그 제도의 운영에 기반이 되는 사법적인 토대가 저마다 다르기 때문이다. 요컨대, 단편적인 요소만으로 입법례를 비교한 후 해결방안의 실마리를 찾을 수는 없을 것이므로 앞서 검토했던 선진각국의 입법례들을 다각적으로 분석하여 우리의 형사상고심이 나아가야 할 방향을 설정해보도록 한다.

우선 영미법계 형사사법시스템은 범조일원화가 이루어져 있고 배심제도를 채택하고 있는데, 제1심에서 판결이 선고되면 상소심은 사후심으로서 기능하여 제1심 판결의 당부에 대하여만 재판한다는 특징을 가진다. 역사적으로 영국과 미국은 2심제에 가까운 상소제도를 채택하고 있었으나, 상소심의 업무 부담을 완화하기 위하여 항소법원을 설치함으로써 3심제로 이행하였다. 이러한 역사적 배경과 상소심의 사후심으로서의 기능에 의해 제1심 판결에 대한 항소심은 일정한 범위 내로 제한되며, 원칙적으로 상고는 상고법원의 허가가 있어야만 가능하다. 영국에서는 2009년 10월 1일 종래 상원이 가지던 사법적 기능이 폐지되면서 대법원(Supreme Court)이 설립되었는데, 대법원장을 포함하여 총 12명의 대법관으로 구성되어 있다. 미국의 연방대법원은 대법원장을 포함하여 총 9명의 대법관으로 구성되고 전원합의체에서 재판이 진행되는데, 이렇듯 영미법계 국가들의 최고법원들이 소수의 대법관으로 구성되는 것은 상고가 극히 제한되기 때문에 가능하다. 영국과 미국에서는 당사자에게 상고권을 인정하지 않는 것이 보통이며, 상고인정의 여부는 법원의 재량에 맡기고 있는 바, 상고허가제도는 대법관들로 하여금 중요한 사건에 시간과 노력을 집중할 수 있도록 기반을 마련해주고 있다.

한편, 우리의 형사사법에 지대한 영향을 미쳐온 독일의 경우 민사사건의 경우에만 상고허가제를 채택하고 있을 뿐 형사사건에 대해서는 아무런 제한을 두고 있지 않으며, 형사상고심에서 변론 없이 상고를 기각할 수 있다는 점에서 우리의 형사상고심과 유사하다. 양국은 형사사건에 있어서 상고허가제를 인정하지 않는다는 점에서는 동일하지만, 형사상고심 운영의 제반사항들에 있어서는 현격한 차이를 보이고 있다. 우선 독일은 경죄와 중죄사건의 처리절차를 분리함으로써 경죄사건에 관한 신속한 처리가 가능하도록 하고 있다. 또한 독일은 우리와

같이 3심제를 운영하고 있지만, (예상 선고형이 4년을 초과하는) 중죄사건이나 국가안보사건 등의 극히 중대한 사건의 경우에는 구법원이 아닌 지방법원 대형사부가 제1심으로 기능하고, 항소심 없이 바로 연방대법원에 상고하는 것만 가능하게 함으로써 사실심과 법률심이라는 2심 구조를 택하고 있다. 요컨대, 경죄에 대하여는 신속한 재판을 도모할 수 있는 제도를 운영하는 한편 여러 단계의 불복방안을 마련해 두고 있고, 중죄의 경우에는 제1심인 사실심에서 충실한 심리와 재판이 이루어지도록 하는 대신에 이어지는 상고심에서는 하급심에서 확정된 사실관계를 기초로 형식적·실질적 법률 적용에 대한 판단만이 가능하도록 하고 있는 것이다. 또한 최고법원이 연방(통상)대법원과 연방행정법원, 연방재정법원, 연방노동법원, 연방사회법원 등으로 전문화되어 있는데, 연방대법원은 다시 12개의 민사부와 5개의 형사부로 나뉘고 있고, 연방대법원장을 포함한 131명의 판사로 구성되어 있다. 독일의 연방대법원은 다수의 법관과 전문화라는 특징으로 요약될 수 있는 바, 비록 형사상고를 제한하고 있지는 않지만 최고법원의 구성에 있어서 우리보다 훨씬 많은 사법자원을 가지고 있고, 이분화된 경죄·중죄 처리 절차를 통해 사법자원을 효율적으로 배분하고 있다는 점에서 우리와 차이가 있다.

대륙법계 국가인 프랑스는 사법재판과 행정재판을 이분화시키고 있고, 수사법원을 두고 있다는 점에서 특징적이다. 종래 중죄사건에 대해서는 항소를 허용하지 않으면서 예외적으로 파기원에 상고할 수 있는 길만 열어 두었다. 중죄의 경우에는 수사단계에서 수사판사와 항소법원 형사소추부(2006. 6. 15. 이전)를 거치면서 2심제의 원칙이 준수되었고, 배심제도를 통해 이미 국민주권이 구현되었으므로 항소를 배제시켰던 것이다. 그러나 2000년부터 중죄법원의 판결에 대하여 순환항소제도가 채택됨으로써 토지관할이 다른 중죄법원이 항소심을 담당하도록 하고 있다. 한편 프랑스 사법재판의 최고법원인 파기원은 판례나 법령해석의 일관성이 유지되도록 하급법원을 감독하는 기능을 하는 순수한 법률심일 뿐, 하급법원의 소송사건 자체를 직접 다루지는 않는다. 파기원은 독일의 연방대법원과 마찬가지로 다수의 법관을 두며, 전문화되어 있다는 특징을 가지는데, 5개의 민사부(민사부 3개에 상사·재정·경제부, 사회부 포함)와 1개의 형사부 등 총 6개의 재판부로 구성되고, 파기원장 1인, 각 부의 부장을 포함한 판사 120명이

재판 업무를 담당함으로써 상당한 재판인력을 확보하고 있다.

우리나라와 사법적 토대가 가장 유사한 일본의 경우, 최고재판소가 모든 형사 사건에 대한 상고심이 된다. 최고재판소는 장관을 포함한 15인의 판사로 구성되는데, 상고이유는 원칙적으로 헌법위반과 판례위반으로 제한된다. 그러나 법령 해석과 관련된 중요사항을 포함하는 상고사건에 대해서는 당사자의 상고수리 신청에 의하여 재량으로 상고사건을 수리할 수 있으므로, 사실상 상고허가제도가 도입되어 있다고 평가된다. 형사상고심의 운영과 관련하여 검토되어야 할 사법적 토대와 관련해서, 일본의 경우에는 간이재판소를 설치함으로써 사실상 경죄를 구분하여 비교적 발생 빈도가 높은 범죄유형에 대한 신속한 사건 처리를 도모한다는 점에서 우리와 차이를 보인다. 한편 최고재판소는 원칙적으로 5인으로 구성되는 소법정에서 재판을 하고, 헌법재판이나 판례변경 등에 대해서만 15인 전원으로 구성된 대법정에서 재판을 하는데, 헌법재판소가 별도로 설치되어 있는 우리나라와 달리 최고재판소가 헌법재판을 담당하고 있다는 점에서 특징적이나, 대법정에서 심리되는 사건은 매년 1~2건 정도에 불과하다.

**표 7-1 주요 국가들의 형사상고심 관련 입법례 비교**

〈표 7-1-1〉 연방국가 여부 및 경·중죄 구분 여부

	미 국	영 국	독 일	프랑스	일 본	한 국
연방 국가 여부	○	○	○	×	×	×
경죄 중죄 구분	○	○	○	○	○ (간이재판소 설치로 사실상 경죄 구분)	×

〈표 7-1-2〉 각국 최고법원 비교

	미 국	영 국	독 일	프랑스	일 본	한 국
최고 법원	연방 대법원	대법원 (2009년 10월 1일 이전에는 상원이 담당)	연방 대법원 (연방행정·재정·노동·사회법원을 포함한 5개 연방 최고법원이 있음)	파기원	최고 재판소	대법원

제5장 형사상고제도의 개선방안

	미 국	영 국	독 일	프랑스	일 본	한 국
최고법원 구성	대법원장 포함 9인의 대법관	대법원장 포함 12인의 대법관	연방 대 법 원 장 포함 131인의 판사	파기원장 포함 128인의 판사	최고재판소장관 포함 15인의 판사	대법원장 포함 14인의 대법관
최고법원 재판부 구성	전원합의체	원칙적으로 5명으로 구성된 부에서 재판	i) 12개 민사부와 5개 형사부 ii) 각 부에는 평균 7명의 판사 배치 iii) 5인으로 구성된 합의부 재판 iv) 법 해석과 판례의 통일을 기하기 위해 전원재판부 및 전원합의체 구성	i) 3개의 민사부, 상사·재정·경제부, 사회부, 형사부 등 총 6개의 재판부 ii) 각 재판부는 5인 이상의 판사로 합의부 구성 iii) 각 재판부에는 3인의 판사로 구성된 심사부가 상고허가 결정	i) 5인씩 구성되는 3개의 소법정에서 재판 ii) 헌법재판·판례 변경 사건 및 소법정에서 넘긴 사건은 15인으로 구성된 대법정에서 재판	i) 대법관 전원의 2/3 이상으로 구성되는 전원합의체에서 심판 ii) 대법관 3인 이상으로 구성된 부를 둘 수 있음
독립된 헌법재판 기관 유무	×	×	○ (연방 헌법 재판소)	○ (헌법원)	×	○ (헌법 재판소)

<표 7-1-3> 각국 형사상고심 비교

	미 국	영 국	독 일	프랑스	일 본	한 국	
형사상고심 담당 기관	연방 대법원 (주최고법원)	대법원	연방대법원 (경미사건은 주 상급법원이 담당)	파기원	최고 재판소	대법원	
상고심의 성격	법률심	법률심	법률심	법률심 (파기원은 재판하지 않고 파기 환송만 함. 1차 파기환송은 기속력이 없으나, 2차 파기환송은 기속력 있음)	법률심	법률심 (사실문제에 대한 심리가 관행화되어 있음)	
형사상고 제한 제도 유무	○ i) 사실상 중간단계의 상소심 법원에서 사건이 최종적으로 처리 ii) 소수의 사건들만 주최고법원·연방대법원에서 심리	○	×	○ i) 파기원 각 재판부에 3인의 판사로 구성된 심사부가 허가 여부 결정	○ i) 통상 서면 심리로, 상고 이유 없으면 구두 변론 없이 상고 기각 가능 ii) 헌법·판례 위반에 대해 상고 제기 가능	×	i) 형사사건은 전면적인 상고 수리 ii) 민사사건에는 심리불속행 제도 채택

	미 국	영 국	독 일	프랑스	일 본	한 국
					iii) 그 밖의 법령해석에는 상고허가제	
기 타	i) 항소심도 법률심 ii) 상소심 절차는 상소이유서를 중심으로 진행	i) 3인의 대법관으로 구성된 상고심사부가 상고허가 여부 결정	i) 형사상고심에서 법원은 명백히 이유 없으면 변론 없이 상고기각 가능	i) 사법·행정 재판 이분 ii) 수사법원 존재 iii) 2000년부터 중죄법원의 판결에 대하여 항소 인정		i) 형사상고심은 서면심리주의를 취하고 있어서, 소송기록에 의하여 변론 없이 판결 가능

〈표 7-1〉은 앞서 살펴보았던 주요 국가들의 형사상고심 관련 입법례와 우리나라의 제도를 다각적으로 분석해 놓은 것이다. 우리나라를 제외한 모든 국가들이 경죄와 중죄를 구분하고, 각각의 사건 처리절차를 분리시키고 있으며, 우리나라와 독일 외에는 형사상고제한제도를 두고 있다. 한편 최고법원 구성과 관련하여 미국과 영국 및 일본의 경우에는 소수의 대법관을 두고 있는 것에 반해, 독일과 프랑스는 다수의 법관을 두면서 전문화시키고 있는데, 독립된 헌법재판 기관을 두지 않는 미국, 영국, 일본과 달리, 독일은 연방헌법재판소를, 프랑스는 헌법원을 별도로 두고 있다는 점에서 차이를 보인다.

## 2. 구체적인 해결방안 모색

### 가. 미시적 해결방안

절대 다수의 무익한 형사사건 처리로 인해,<sup>370)</sup> 중요한 법적 쟁점을 가지고 있는 사건에 대한 충실한 심리가 이루어지지 못하고 있는 바, 헌법이 규정하고 있는 국민의 재판받을 권리가 제대로 보장되지 않고 있다.<sup>371)</sup> 폭주하는 형사상

370) 2009년 기준으로 대법원에서 처리된 본안 사건수에 대비한 파기된 사건수의 비율을 살펴보면, 민사사건은 7.5%, 형사공판사건은 3.2%, 행정사건은 9.7%, 가사사건은 2.3%에 불과하다.

371) 모든 상고사건에 대하여 동등한 시간과 노력을 투입하는 것이 외형상으로는 평등한 사법서비스를

고사건을 효율적으로 처리할 수 있는 보다 근본적인 방안은 형사사법 인력을 획기적으로 확충하고 물적 시설을 확보하는 방법일 것이다. 그러나 한정된 예산으로 인해 전문적인 인적·물적 자원을 늘리는 것에는 제한이 따르므로 유입되는 형사상고사건에 대한 효과적인 여과장치의 마련이 모색되어야 할 것이다.

#### (1) 상고심사제도의 도입

입법례들의 비교 분석을 통해, 미국과 영국 등의 선진각국들이 무익한 형사상고심의 남발을 막기 위한 상고제한제도를 두고 있다는 것을 확인하였다. 민사사건의 경우에는 심리불속행 제도가 마련되어 있어 여과장치로서 기능하고 있는데, 이를 형사사건에까지 확대하는 방안을 생각해 볼 수 있을 것이다. 그러나 사실오인이나 양형부당을 상고이유로 주장할 수 있는 형사사건을 민사사건과 동일선상에 둘 수는 없고, 현행 심리불속행 제도에 대해서는 사건당사자가 언제 판결이 내려지는지 조차 통지받지 못하고, 아무런 이유를 밝히지 않은 채 심리불속행 판결이 내려진다는 비판이 제기되고 있다. 또한 앞서 언급되었던 고등법원 상고부 설치 방안은 각 고등법원에 상고부를 설치하여 대부분의 상고사건을 처리하도록 하고, 제2심 선고사건 중 일정한 기준에 따른 사건만 대법원에 바로 상고할 수 있도록 하며, 고등법원 상고부 판결에 대하여는 판례위반 등의 제한적인 사유가 있을 때에만 대법원에 상고할 수 있도록 하는 제도이다. 대법원의 사건부담을 현저히 줄일 수 있는 동 방안은 사건의 비중에 따라 심급구조에 적절한 차등을 둘 수 있고, 대법원의 재판부담을 경감시켜 법률심으로서의 기능을 강화시키며, 중요사건의 처리에 역량을 집중시킬 수 있는 장점이 있으나, 대법원의 재판을 받을 권리를 박탈하는 부당한 제도라는 우려가 제기될 수 있다.

한편 대법원이 제안하고 있는 고등법원 상고심사부 설치 방안은 고등법원에 상고심사부를 설치하고 경륜 있는 법관 3인으로 하여금 상고사건을 심사하게 하여 상고의 적격 여부를 판단함으로써 대법원에서 상고심을 진행하도록 할 것인지 여부를 결정하게 하는 제도이다. 대법원의 구상안에 의할 때, 상고인 또는

---

제공하는 것 같지만, 한정된 사법자원을 산술적으로 배분한 후 무익한 사건을 처리하는데 투입하는 것은 실질적 평등에 반할 우려가 있다.

피상고인의 심문신청이 있거나 상고심사에 필요한 경우에는 원칙적으로 구술심문을 실시하고, 심리가 종료되면 양 당사자에게 결정일자를 사전통지한 후 그 기일에 판결로 선고하는데, 상고이유가 없음이 명백한 경우에는 사건을 상고심에 보내지 아니하는 결정(상고심 불송부결정)을 하고, 그렇지 않은 경우에는 사건을 상고심에 보내는 결정(상고심 송부결정)을 한 다음 대법원에 소송기록을 송부한다. 고등법원 상고심사부가 상고심 불송부결정을 할 때에는 실질적인 이유를 밝혀야 하고, 이러한 결정에 대하여는 즉시항고를 허용하여 대법원의 최종 판단을 받을 수 있도록 한다.<sup>372)</sup>

고등법원 상고심사부 설치 방안의 경우 고등법원 상고부 제도와는 달리 대법원이 상고심을 담당하므로 상고법원의 분산을 방지할 수 있고, 별도의 불복절차를 마련함으로써 국민의 재판권을 받을 권리를 보장하였다. 그러나 고등법원 상고부 간의 법령해석의 통일을 기하는 것에는 어려움이 있고, 당사자가 상고불수리 결정에 불복해 즉시항고를 하면 심급이 '제1심 → 제2심 → 고등법원 상고심사부 → 대법원'의 형태로 갈 수밖에 없어 결국 4심화가 되는 것이 아니냐는 비판이 제기되고 있다. 요컨대, 4심제의 구조를 취하게 되면서 사건의 처리가 지연되고, 소송의 비용이 증가될 우려가 있다는 점 등이 문제로 지적되는 것이다. 이에 대하여 4심화에 대한 우려가 있더라도 대법원의 최종판단을 받기 원하는 국민정서를 고려할 때 불복절차를 마련할 수밖에 없고, 고등법원에서의 상고심사는 상고의 적격여부만을 판단할 뿐 사건의 실체에 관한 당부를 판단하는 것은 아니므로 4심화는 기우에 불과하다는 것이 법원행정처의 입장이다. 또한 즉시항고가 늘어나더라도 상고심 대상이 아님이 명백하다고 판단되면 기각결정을 할 수 있어 심리불속행보다는 사건처리에 어려움이 없다는 것이다.<sup>373)</sup> 3심까지 받고자 하는 국민의 열망을 무시할 수 없는 상황에서 동 방안이 도입되더라도, 이것은 종국적인 해결방안이 될 수 없고, 신속사건 처리절차 마련이나 하급심강화 등의 장기적인 목표를 달성하기 전에 시행될 과도기적 조치가 되어야 할 것이다.<sup>374)</sup>

372) 김현석, 앞의 글, 25-26면

373) 법률신문, 2010년 3월 31일자, 대법원 사법개혁안 심층분석 ① 상고심사부 도입

374) 임지봉, 2010년 5월 26일 사법제도개선 대법원 공청회, 제1주제 상고심사부 토론문, 6면

## (2) 대법원 재판인력의 증원과 전문화

대량의 형사상고사건을 효율적으로 처리할 수 있는 근본적인 방안은 형사사법의 인력을 획기적으로 확충하는 것이다. 사법부의 권리구제 및 정책판단이라는 본연의 임무에 충실하면서도 법령의 해석 및 적용에 있어서의 통일성을 도모하기 위해서는 대법관 수의 증원이 필요하다는 주장이 있다.<sup>375)</sup> 반면, 대법관 1인당 적정한 사건 부담을 안기 위해서는 상당한 수의 대법관이 증원되어야 할 것인 바, 이를 위해서는 사법제도의 기본 골격과 법조인력의 확보방안을 근본적으로 바꾸어야 한다는 비판이 있다.<sup>376)</sup> 또한 대법관의 증원으로 인하여 대법원의 위상이 추락될 수 있다는 우려가 제기되고,<sup>377)</sup> 부판결을 축소하고 One Bench로 하여야 할 대법원의 이상적인 운영방식과는 배치된다는 반론도 있다.<sup>378)</sup>

그러나 대법관 1인당 어느 정도의 사건을 부담하는 것이 적절한 것인가는 각 나라마다 그 사회의 제도나 소송시스템에 따라 달리 결정될 수 있는 문제이므로 대법관의 증원이 우리 사법제도의 골격을 근본적으로 바꾸는 것은 아니라는 주장이 있다.<sup>379)</sup> 더욱이 형사사건의 경우에는 적용되지 않지만 이미 심리불속행 제도라는 여과장치를 두고 있음에도 불구하고 여전히 대법관의 사건 부담률이 문제가 되고 있는 상황을 고려한다면 대법원 재판인력의 증원은 적극적으로 검토되어야 한다는 것이다. 또한 대법원의 구성을 연합부의 일원이 되는 대법관과 소부에 속하는 대법관으로 2원화하거나 혹은 대법관과 대법관이 아닌 법관으로 2원화하는 경우, 연합부 또는 각 소부의 부장이 대법관의 합의체를 통하여 One

375) 이광수, 앞의 글, 319면

376) 프랑스나 독일 수준으로 사건부담률을 맞추려면 대법관의 숫자가 70명 내지 150명으로 증원되어야 하는데, 전체 법관 수에서 대법관의 수가 차지하는 비율을 감안할 때 이는 적정하지 않다는 견해가 있다. 송상현, 앞의 글, 165면. 또한 상고심사제도의 도입 없이 기존의 상고제도를 유지하면서 대법관을 증원하려면 일본을 기준으로 했을 때 40명 이상, 미국을 기준으로 하면 600명 이상의 증원이 이루어져야 하는데 이러한 규모의 대법관 증원은 우리 법원 조직의 인적구성상 불가능하다는 견해도 있다. 권성, “남상고여과를 위한 심리불속행 제도”, 사법제도개혁백서 (下) I, 대법원, 1994, 288면.

377) 강일원, 앞의 글, 153면

378) 변재승, 대한변협 상고허가제도공청회 토론회, 인권과 정의, 대한변호사협회, 1994. 2., 15면 이하.

379) 이광수, 앞의 글, 320면

Bench의 취지를 충분히 살릴 수 있을 것이므로 반드시 대법관 전원이 One Bench를 구성하여야 한다는 주장에 대한 반론도 가능하다. 외국의 입법례를 살펴보더라도 우리나라와 같이 별도의 헌법재판기관을 두고 있는 국가들(독일, 프랑스 등)의 경우에는 대체적으로 많은 수의 대법관을 두고 있음을 알 수 있는데, 국가 전체적인 법령의 통일적 해석기능에 대법관의 숫자가 장애요인이 되지는 않는 것이다. 대법관의 증원으로 인하여 대법원의 위상이 추락될 수 있다는 우려와 관련해서는, 대법원의 위상은 대법관의 희소성을 통해 지켜지는 것이 아니라, 대법원 스스로가 국민의 권리 구제와 사법정책법원으로서의 기능을 충실히 수행하려고 노력할 때 지켜지는 것이므로 이 또한 합리적인 근거가 될 수 없다.

최근 정치권을 중심으로 법원 개혁을 요구하는 목소리가 높아지면서 대법관 수를 늘려야 한다는 주장이 제기되었는데, 여상규 의원 등 한나라당 의원들이 공동 발의했던 법원조직법 일부개정안에는 대법원장을 포함해 14명인 대법관의 수를 24명으로 늘리고, 이 중 1/3은 비법관 출신으로 채우도록 명시하였다.<sup>380)</sup> 대부분의 대법관이 경력이 오래된 고위 법관 중에서 임명되는 것으로 인해 관료주의의 폐해와 법관의 독립성 훼손 등이 문제로 지적되고 있는데, 그 해결을 위해 법관 이외에 검사, 변호사, 교수 출신 법조경력자가 함께 상고심에 관여하여 다양한 시각을 반영할 필요가 있다. 또한 대법원 재판 인력의 증원과 관련하여서는 대법원에 대법관과 대법관이 아닌 법관을 두는 2원적인 구성 방안도 고려해 볼 수 있을 것이다.<sup>381)</sup>

380) 2009년 4월 2일부터 4월 9일까지 대법원이 사법제도 개선방안에 대한 일선 판사들의 의견을 수렴하기 위해 실시한 설문조사에서(전국 법원 판사 전원인 2,524명 중 986명이 응답해 39.1%의 응답률을 보임) 대법원의 법률심으로서의 기능회복이나 현행 상고제도의 개선을 위해 도입이 필요한 제도가 무엇이라는 질문에 ‘고등법원 상고부 상고심사제도 등 대법원 아닌 법원이 일정 부분 상고사건을 처리하거나 심사하는 제도가 필요하다’는 응답이 36.4%(523명)로, ‘상고허가제 등을 도입해 상고사건의 적절한 제한해야 한다’는 의견 35.7%(352명)보다 근소하게 많았다. 응답자의 72.11%인 865명이 ‘상고허가제’ 또는 ‘고등법원 상고부 및 상고심사부’ 도입이 필요하다고 응답하였고, 대법관 수를 24명으로 증원하지는 한나라당 법안이나, 50명 이상으로 증원하지는 대한변협의 안에 대해서는 대부분이 반대하였다. 한편 대법관증원이나 대법원의 이원적 구성이 필요하다고 응답한 판사는 각각 8.9%(88명)와 8.5%(84명)에 불과했다. 법률신문, 2010년 4월 19일자

381) 대법원을 2원적으로 구성하는 것은 지금까지 하급심의 합의제가 제구실을 하지 못하는 원인으로

## 나. 거시적 해결방안

국민들이 대법원의 판단을 받고자 하는 원인에 대한 근본적인 처방 없이 고등법원에 상고심사부를 도입하고, 대법관 수를 증원하는 미시적인 해결방안만을 제시하는 것은 타당하지 않다. 앞서 외국의 형사상고제도 운영 현황에서 제시했던 자료에 의할 때, 2009년 한 해 동안 우리나라 대법원이 처리한 형사사건 수는 여타의 국가들에 비하여 월등히 많다는 것을 알 수 있다. 일본의 최고재판소가 2,311건으로 가장 적은 수의 사건을 처리하였고,<sup>382)</sup> 미국 연방대법원이 2,406건, 독일 연방대법원이 2,949건, 프랑스 파기원이 8,192건을 처리한 것에 비해 우리나라 대법원은 무려 16,177건의 형사상고심을 처리하였는 바, 이는 프랑스의 2배, 일본의 7배에 달하는 수치이다. 한편 접수건수 자체도 현저히 많은 실정인데, 2009년 미국 연방대법원에 신청된 형사상고사건의 수가 2,432건이었던 것에 비해, 같은 해 우리나라 대법원에 접수된 형사상고사건의 수는 18,279건으로 미국의 7.5배에 달하는 수치이다. 형사상고심의 신청 자체가 절대적으로 많은 현실에 주목한다면, 대법원이 형사상고사건을 처리하는 과정에만 초점을 맞춘 미시적인 방안뿐만 아니라, 형사사법시스템 전반의 개선과 관련된 거시적인 해결방안이 모색되어야 할 것이다.

### (1) 경죄와 중죄의 처리절차 분리

현재 우리의 형사소송시스템은 판·검사들의 과중한 업무 부담으로 인하여 수사와 재판이 신속하고 적정하게 처리되지 못하고 있고, 이로 인해 사법제도에 대한 국민적 불신이 누적되어 왔다. 형사사법 인력을 획기적으로 확충시킴으로

---

지적되는 법관의 관료화와 합의부원의 재판장예의 예측화 등의 문제를 그대로 내포하고 있으므로 과도기적 조치로 고려될 수 있을 뿐이라고 전제한 후, 대법관 수를 20명 선으로 증원하는 방안을 제시하는 견해가 있다. 대법원장, 법원행정처장을 제외한 나머지 18인의 대법관으로 3인 1부의 6개 소부를 구성하고, 각각의 소부를 전문부화 하여 운영한다면, 대법관의 숫자를 지나치게 늘리지 않으면서도 과중한 사건부담으로부터 벗어나게 되어, 국민의 기본권을 충실히 구제하고 정책적 판단 기능의 수행이라는 대법원 본래의 임무를 다할 수 있을 것이라고 한다. 이광수, 앞의 글 323면.

382) 영국의 대법원은 2009년 10월 1일부터 2010년 3월 31일까지 135건의 상고허가신청을 처리하였다.

써 이 문제를 해결할 수도 있겠지만 한정된 국가 예산으로 인하여 전문적인 인적·물적 자원을 늘리는 것에는 제한이 따르기 때문에, 이 문제에 대해서는 형사사법 절차로 유입되는 사건의 총량을 통제하거나 사법자원을 효율적으로 배분하는 방향으로 논의의 중심이 옮겨지고 있다. 건국 이래 우리가 벤치마킹을 해 오고 있는 선진제국들의 형사 사법제도를 살펴보면, 사건의 경중에 따라 형사처리 절차를 이원화하고 있는데, 대량으로 발생할 수 있는 경미한 사건이나 다툼이 없는 사건에 대하여 별도의 절차를 마련하거나 통상의 절차를 완화시켜 대처하고 있는 것이다. 우리나라의 경우 경한 사건과 중한 사건을 구분하여 처리할 수 있는 신속처리절차가 마련되어 있지 않아 사법역량의 적절한 배분이 이루어지지 못하고 있는 실정인데, 이로 인해 재판의 과정이 국민의 기대수준에 미치지 못하고 있을 뿐만 아니라 피고인의 인권 보장에도 미흡하다는 지적이 있어 왔다.<sup>383)</sup>

많은 국민들이 경미한 형사사건으로 사법기관에 접하게 될 때, 현행 제도만으로 사건을 신속하고 효율적으로 처리하여 국민들의 불편을 방지하고 사법기관의 신뢰를 제고하기란 쉽지 않다. 이로 인해 최근의 논의들은 중한 사건과 경한 사건을 분리하고 한정된 인적·물적 자원을 효율적으로 배분하여 형사사법기관의 자원을 중한 사건에 집중시키고자 하는데, 소위 “선택과 집중”의 원리를 활용하여 형사사건 처리절차를 통상처리절차와 신속처리절차로 이원화하려고 하는 것이다. 이제 우리나라도 경미한 사건은 신속하고 효율적인 절차를 통해서 처리하고, 중한 사건은 엄격하고 정치(精緻)한 절차로 처리하기 위해 사건의 경중에 따라 형사사건을 분리하여 처리함으로써 형사사법 인력을 효과적으로 활용하는 방안을 강구해야 한다.

## (2) 하급심 강화

대법원이 과중한 업무 부담을 안게 된 데에는 대법원 스스로의 책임도 상당하다. 법리 적용의 오류 등을 심리하는 법률심으로 기능해야 할 대법원이 채증법

383) 법무부, 형사소송법 개정안 설명자료, 2006, 216면.

칙 위반 등을 이유로 하급심에서 확정된 사실관계를 다시 다루면서 하급심 판단을 뒤집는 판결을 많이 내렸고, 그로 인하여 소송당사자들은 사실판단까지 뒤집어 질 수 있다는 기대를 가지고 대법원으로 사건을 가져가고 있다. 그 결과 1·2심의 하급심 재판은 대법원 판결을 받기 위해 거쳐 가는 형식적인 절차로 전락되었고, 나아가 법조경력이 짧은 법관들을 하급심에 배치시키는 법관인사제도와 함께 맞물리면서 하급심은 더욱 약화되기에 이르렀다. 형사상고심이 효율적으로 처리되기 위해서는 하급심에서의 심리를 충실히 행함으로써 피고인이 수궁할 수 있는 판결을 내리는 것이 중요하다.<sup>384)</sup> 이를 위해 대법원은 순수 법률심으로서의 역할에 집중하고 사실판단의 문제에 개입하는 것을 자제해야 한다. 그리고 장기적으로는 1·2심 법원 이원화 및 법조일원화를 통해 법조경력이 많은 법관들을 하급심에 배치하고, 승진 중심의 법관인사제도를 대폭 수정하여 관료화된 수직적 법원구조를 바꾸어야 할 것이다.

1·2심 법원 이원화는 1심 판사들은 임기동안에 제1심 사건만을 재판하고, 2심 판사들은 항소심 사건만을 재판하도록 하는 법원구조인데, 고등법원과 지방법원 항소부로 이원화된 현재의 구조는 단일화되고, 임용단계에서부터 1심 판사와 2심 판사가 따로 선발되는 것이다. 이같은 이원화 방안은 중견법관들이 고등부장 전보인사에서 탈락되면 관행적으로 사직을 해왔던 현재의 인사제도의 문제를 해결할 수 있다는 장점이 있고, 사법부가 지향해온 제1심 법원의 사실심 전문법원화, 제2심 법원의 사후심화를 실현할 수 있다는 점에서 긍정적으로 평가받고 있다. 2010년 3월 대법원이 발표한 사법제도 개선방안에 의하면, 제1심은 법조경력 10년 이상의 법관이 단독으로 재판하고, 제2심은 대등한 3인의 고등법원 법관으로 구성된 합의부가 재판하도록 되어 있다. 이 경우 법조경력이 오래된 지방법원 단독판사로부터 재판을 받을 수 있게 됨으로써 사법부에 대한 신뢰가 향상되고, 사건처리의 전문성 또한 높아질 것이라는 분석이 있다.<sup>385)</sup> 고등법원 역

384) 항소심은 제1심 소송절차의 완벽한 되풀이에 불과하므로, 제2심 보다는 제1심 재판을 강화하는 것이 의미가 있고, 현재 대법원에만 있는 재판연구관제도를 하급심에도 확대하는 방안도 함께 검토할 필요가 있다. 천진호, 앞의 글, 327면.

385) 반면 예상되는 문제점으로는 판사가 한 곳에서만 오래 머물러 승진에 대한 유인상실로 의욕이 감소할 수 있고, 나태나 부패문제가 생길 우려가 있다는 것이다. 이에 대하여 대법원은 법관연임심

시 경력이 대등한 법관이 합의부를 구성함으로써 법률심에 가까운 실질적인 합의를 이끌어낼 수 있을 것이고, 이렇게 되면 대법원은 전원합의체를 중심으로 법령해석과 법리판단의 통일을 유지하는 역할에 주력할 수 있을 것이다.<sup>386)</sup> 요컨대 하급심 강화와 1·2심 법원 이원화를 통해 대법원의 업무량은 경감될 것이고, 진정한 의미의 정책법원으로 거듭날 수 있는 것이다.

---

사를 강화해 비리법관을 걸러내는 작업을 강도 높게 병행하겠다는 방침을 밝히고 있다. [대법원 사법개혁안 심층분석] ② 1·2심법원 이원화 및 법조일원화, 법률신문, 2010년 4월 7일자.

- 386) 주 380)의 설문조사에서 법관인사가 이원화되면 어느 법원을 선택하겠느냐는 질문에 대하여 고등법원을 많이 지원할 것이라는 예상을 깨고, 고등법원 및 지방법원의 지원이사 비율이 비슷하게 나타났다. 고등법원 판사를 선택한 법관이 33.98%(335명)였으며, 지방법원을 선택한 법관은 33.87%(334명)였다. 사법연수원 기수별로는 현재 고등부장급이거나 고등부장 승진을 앞둔 법관들은 압도적으로 많이 고등법원 판사를 선택한 반면, 25기 이하부터는 지방법원 판사를 많이 선택했다. 경력이 짧을수록 지방법원을 선호하고 경력이 오래될수록 고등법원을 선호하고 있는 것이다. 한편 기타를 선택한 비율도 32.76%(323명)으로 상당히 높았는데, 이들 중에는 ‘고법이나 지방에 상관없이 수도권에서 근무했으면 좋겠다’는 등의 의견이 다수 있었다. [대법원 사법개혁안 심층분석] ② 1·2심법원 이원화 및 법조일원화, 법률신문, 2010년 4월 7일자.

## 제6장

# 결론



권위주의 정치체제를 청산하고 민주화를 추진하는 과정에서 사법개혁 작업은 필연적으로 대두되었고, 사법개혁의 중요한 의제로 꾸준히 논의되어 온 것이 바로 대법원의 기능과 구성에 관한 문제였다. 그 동안 상고심과 관련된 여러 차례의 제도변화가 있었음에도 불구하고, 2010년 현재에도 대법원의 과도한 업무 부담과 사건의 부실한 처리가 논의의 대상이 되는 것은 보다 근본적인 변화가 필요함을 반증한다. 국민의 권리의식이 향상되고 사회가 다양화됨에 따라 수많은 종류의 사건이 발생하고, 그에 따라 대법원에 제기되는 상고심이 해마다 증가하고 있는 상황에서 상고심의 개선과 관련된 종합적인 논의가 필요한 것이다.

특히 전체 상고사건의 과반 이상을 차지하고 있는 형사상고사건에 대하여는 민사상고에서와 같은 심리불속행이 이루어지지 않음으로써 제한이 거의 없는 실정인데, 최근 들어 형사상고사건의 수가 급증하면서 전체 상고사건의 증가에 지대한 영향을 미치고 있다. 형사재판의 조속한 확정을 통하여 법적 안정성을 확보하고 남상소로 인한 상소법원의 업무 부담을 감경하기 위해 입법자가 강구했던 대표적인 방안은 미결구금일수의 재량적 산입을 통한 상소의 규제였다. 종래 이에 대하여는 헌법상 보장된 무죄추정의 원칙에 반한다는 문제제기가 있었고, 피고인의 이익보호라는 상소제도의 존재이유와 상충되는 면이 있다는 지적이 있었는데, 2009년 6월 마침내 헌법재판소가 관련 규정에 대하여 위헌결정을 내렸다. 동 결정 이후 대법원에 제기되는 형사상고의 수가 폭증하면서 미결상태를

유지하기 위해 상소가 남용될 것이라던 우려는 현실화되었다.

한편 얼마 전 대법원은 상고인이 낸 상고이유서에 적법한 상고이유가 없다면 판결이 아닌 결정으로 상고를 기각할 수 있다는 전원합의체 결정을 내렸다(대법원 2010. 4. 20, 2010도759 전원합의체 결정). 상고이유의 기재가 부적법할 경우 종래에는 판결로 상고를 기각해왔는데, 이번 결정을 통해 앞으로는 결정으로 기각할 수 있게 되었다. 결정으로 상고를 기각하게 되면 기각이유를 생략할 수 있고, 고지방법도 주문낭독이 아닌 우편송달 등의 방식을 이용할 수 있게 되는데, 이는 헌법재판소의 미결구금일수 일부 산입 조항에 대한 위헌결정 이후 폭증하고 있는 형사상고사건에 대응하기 위한 대법원의 교육지책으로 보인다.

대부분의 선진각국들은 무익한 형사상고심의 남발을 막기 위해 상고를 제한하는 제도를 두고 있다. 대량의 형사상고사건을 효율적으로 처리하기 위해서는 효과적인 여과장치가 마련되어야 할 것인데, 본 연구에서는 대법원이 제안하고 있는 고등법원 상고심사부 설치 방안이 검토되었다. 고등법원 상고심사부 설치 방안은 고등법원에 상고심사부를 설치하고 대등한 경력의 경륜 있는 법관 3인으로 하여금 상고사건을 심사하게 하여 상고의 적격 여부를 판단함으로써 대법원에서 상고심을 진행할 것인지 여부를 결정하게 하는 제도이다. 고등법원 상고심사부는 대법원의 재판이 필요하다고 판단되는 사건을 걸러주는 일종의 ‘문지기(gate keeping) 재판부’로 볼 수 있다. 이는 과거 위헌논란으로 폐지되었던 상고허가제와 유사한데, 상고여부를 최종적으로 결정했던 허가제와 달리 별도의 불복절차를 마련하여 국민의 재판을 받을 권리를 보장했다는 점에서 차이가 있다.

고등법원 상고심사부가 설치될 경우 중요 사건에 충분한 역량을 투입함으로써 권리구제기능과 법률해석의 통일기능을 조화시킬 수 있고 이로 인해 대법원 판결의 신뢰도를 증진시킬 수 있을 것이다. 또한 지방분권시대의 요청에 부응하는 분산형 구조를 채택함으로써 지역 주민들의 지리적 접근성을 용이하게 하고, 정당한 상고인들의 권리구제가 무익한 상고로 인하여 지연되는 것을 피할 수 있다는 장점이 있다. 그러나 상고심사부 설치안에 대하여는 국민의 법감정상 고등법원에서 재판을 끝낼 것인지에 대하여는 의문이고, 위헌논란을 불식시키기 위해 별도의 불복절차를 마련하고 있는 바, 당사자가 상고불수리결정에 대해 즉시항고를 하면 결국 4심화가 된다는 지적이 있다.

이에 대해서 고등법원에서의 상고심사는 상고의 적격여부만을 판단할 뿐 사건

의 실체에 관한 당부를 판단하는 것은 아니므로 4심화는 기우에 불과하다는 것이 법원의 입장인데, 즉시항고가 늘어나더라도 상고심의 대상이 아님이 명백하다고 판단되면 기각결정을 할 수 있으므로 심리불속행보다는 사건처리에 어려움이 없다고 한다. 그러나 동 방안은 도입된다고 하더라도 중국적인 해결방안이 될 수는 없고, 신속사건 처리절차 마련이나 하급심강화 등의 장기적인 목표 달성 이전에 시행될 과도기적 조치가 되어야 할 것이다.

한편 대량의 형사상고사건을 효율적으로 처리할 수 있는 근본적인 방안은 형사사법의 인력을 획기적으로 확충하는 것이다. 최근 정치권을 중심으로 법원 개혁을 요구하는 목소리가 높아지면서 대법관 수를 늘려야 한다는 주장이 제기되고 있는데, 대법관 수를 24명으로 증원하고, 그 중 일부를 비법관 출신으로 채우는 법원조직법 개정안도 동일한 맥락에서 발의되었다. 대부분의 대법관이 오랜 경력을 가진 고위 법관 중에서 임명됨으로써 관료주의의 폐해가 발생하고 법관의 독립성이 훼손되는 것도 문제로 지적되고 있는데, 이를 해결하기 위해서는 법관 이외에 검사, 변호사, 교수 출신 법조경력자가 상고심에 관여함으로써 대법원의 재판에 다양한 시각을 반영하게 하는 방안이 모색될 필요가 있다.

형사상고심의 개선 방안을 논함에 있어 대법원에 사건이 폭주하게 된 근본적인 원인에 대한 처방 없이 상고심사 제도를 도입하고, 대법원의 재판인력을 증원하고 전문화시키는 것은 미시적인 해결방안에 머문 것으로서 그 효과가 미미할 것이다. 우리나라의 경우 여타 국가들에 비해 형사상고심의 신청 건수 자체가 절대적으로 많다는 현실을 주목한다면, 형사사법 시스템 전반의 개선과 관련된 거시적인 해결방안이 모색되어야 한다. 그 일환으로 형사사건 처리절차를 통상처리절차와 신속처리절차로 이원화함으로써 형사절차에서의 선택과 집중의 원리를 실현해야 할 것이다. 또한 하급심의 강화와 1·2심 법원의 이원화가 이루어져야 할 것이다. 입법론적으로 볼 때 남상소의 문제는 제1심 공판절차의 충실화를 통해 피고인이 납득할 수 있는 재판을 하고, 상소심의 기능을 사후심으로 국한하며, 상소심 법원의 인적·물적 확충 및 재배치를 통하여 상소사건을 신속히 처리함으로써 대처해야 한다. 요컨대, 형사상고심과 관련된 문제를 해결하여 국민의 재판을 받을 권리를 실현시키고, 형사사법에 대한 국민의 신뢰를 제고하기 위해서는 미시적·거시적인 개선방안들이 종합적으로 추진되어야 할 것이다.



## ■ 국내문헌

### 〈단행본〉

- 강구진, 형사소송법원론, 학연사, 1982  
고재호, 법조반백년, 박영사, 1985  
권영성, 헌법학원론, 법문사, 2009  
김기두, 형사소송법(전정신판), 박영사, 1987  
김종구, 형사사법개혁론 - 새로운 패러다임의 비교법적 모색, 법문사, 2004  
김철수, 헌법학신론, 박영사, 2010  
독일법령용어집, 한국법제연구원, 2008  
대법원전원합의체판례집, 법원도서관, 2007  
바람직한 형사사법시스템의 모색, 자료집(Ⅰ), 대법원, 2004  
배종대·이상돈, 형사소송법(제7판), 2006  
백형구, 형사소송법 조문해설, 2008  
사법개혁위원회 자료집(Ⅰ), (Ⅱ), (Ⅴ), (Ⅶ), 사법개혁위원회, 2005  
사법개혁과 세계의 사법제도(Ⅰ), 사법제도비교연구회, 2004  
사법연감 2010, 법원행정처, 2010  
사법제도개혁백서(하), 대법원, 1994  
서철원, 미국 형사소송법, 법원사, 2005  
성낙인, 헌법학, 법문사, 2010  
손동권, 형사소송법, 세창출판사, 2010  
송광섭, 형사소송법, 형설출판사, 2010  
신동운, 상소제도의 개편에 따른 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구원, 2006  
\_\_\_\_\_, 형사소송법, 법문사, 2009

- 신양균, 형사소송법, 화산미디어, 2009
- 이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2010
- 이영란, 한국형사소송법, 나남, 2008
- 이재상, 형사소송법, 박영사, 2010
- 임동규, 형사소송법, 법문사, 2009
- 정영석·이형국, 형사소송법, 법문사, 1994
- 정영환, 신민사소송법, 세창출판사, 2009
- 정웅석·백승민, 형사소송법, 대명출판사, 2009
- 차용석·최용성, 형사소송법(제3판), 21세기사, 2008
- 최문기·김형남, 미국법강의, 세종출판사, 2001
- 프랑스 법령용어집, 한국 법제연구원
- 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2010
- \_\_\_\_\_, 헌법소송법론, 박영사, 2010
- 로어크 M 리드·이노우에 마시히토·야마무라 메구미, 정완 (역), 미국의 형사절  
차, 한국형사정책연구원, 2000
- 三井誠·酒卷匡, 신동운 역, 일본형사수속법, 법문사, 2003

### 〈논 문〉

- 강일원, “고법상고부/대법원의 2원적 구성/대법관 증원방안 검토”, 사법개혁위원  
회 자료집(II), 사법개혁위원회 2004
- \_\_\_\_\_, “현행 상고제도의 문제점과 개선방안 - 영미법계에 비추어”, 사법개혁과  
세계의 사법제도( I ), 사법제도비교연구회, 2004
- 김영기, “프랑스 형사절차의 현재와 개혁동향”, 형사소송이론과 실무, 창간호,  
2009
- 김한수, “2003 ‘형사사법법’ 제정에 따른 최근 영국 검찰제도의 변화”, 해외연수  
검사논문, 대검찰청, 2004
- 김현석, “고등법원 상고심사부 제도의 도입 필요성 및 시행 방안”, 〈사법제도 개  
선: 상고심사부/법조일원화〉, 대법원, 2010
- 권 성, “납상고여과를 위한 심리불속행 제도”, 사법제도개혁백서 (下1) I, 대법  
원, 1994, 288면.

- 권오병, “상고이유에 관한 고찰”, 법정, 제18권 2호, 1963.
- 민병로, “일본의 사법제도 개혁의 현황과 과제”, 공법연구 제34집 제2호, 한국공법학회, 2005
- 변재승, 대한변협 상고허가제도공청회 토론회, 인권과 정의, 대한변호사협회, 1994
- 성낙인, “프랑스 사법권·사법제도”, 영남법학, 제1권 제1호, 1994
- 송상현, “상고제도의 개선방안”, 사법제도개혁백서(下) I, 대법원, 1994.
- 신동운, “한국 형사사법의 개혁과 전망”, 비교형사법연구, 제8권 제1호, 2006.
- 엄상섭, “귀속재산불하 문제에 관한 관견”, 희망, 1953년 12월호.
- 이광수, “고등법원 상고부 도입방안에 대한 비판적 고찰”, 정보와 법 연구. 특별호, 국민대학교 출판부, 2006년.
- 조병윤·서범정, 경미사건의 간이처리절차에 관한 비교법적 연구 - 독일·일본의 구검찰청 제도를 중심으로-, 법무부, 2000
- 조상제, “프랑스 형사사법제도: 형사법원의 구조와 검찰제도를 중심으로”, 비교형사법연구, 제3권 제1호, 2001
- 천진호, “상소제도론의 발전과 전망”, 형사법연구, 제22호, 한국형사법학회, 2004
- 홍기태, “독일의 상고제도와 현행 상고제도의 개선방안”, 사법개혁과 세계의 사법제도(I), 사법제도비교연구회, 2004

## ■ 국외문헌

### <미 국>

- Alan B. Morrison, Fundamentals of American Law, Oxford University Press, 1997
- David W. Neubauer, America's Courts and the Criminal Justice System, 10th edition, 2010
- James V. Calvi·Susan Coleman, American Law and Legal System, 4th edition, Prentice-Hall, 2000
- Kermit L. Hall·Paul Finkelman, The Magic Mirror: Law in American History, Oxford

University Press, 2008

Rolando V. del Carmen, Criminal Procedure: Law and Practice, 8th edition, Wadsworth Publishing, 2009

William Burnham, Introduction to the law and legal system of the United States, 3rd edition, West Group, 2002

Wayne R. LaFare·Jerold H. Israel·Nancy J. King, Criminal Procedure, 4th Edition, Thomson West, 2004

### 〈영 국〉

Andrew Le Sueur, Building the UK's New Supreme Court: National and Comparative Perspectives, Oxford University Press, 2004

Gary Slapper·David Kelly, The English Legal System, Routledge, 2010

Glenn Hutton·David Johnston, Evidence & Procedure, Blackstone Press, 2002

John Sprack, A Practical Approach to Criminal Procedure, 12 edition, Oxford University Press

Peter Joyce, Criminal Justice: An Introduction to Crime and the Criminal Justice System, Willan Publishing, 2006

### 〈독 일〉

Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band. I., 4. Auflage, C.H.Beck, 2006

Hans Dahs, Die Revision im Strafprozeß: Bedeutung für die Praxis der Tatsacheninstanz, Beck Juristischer Verlag, 2007

Jürgen Peter Graf, Strafprozessordnung (StPO) mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, C.H.Beck, 2010.

Klaus Volk, Grundkurs StPO, 6. Auflage, Beck Juristischer Verlag; Auflage, 2006

Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetz, 57. Auflage, C.H.Beck, 2010

Urs Kindhäuser, Strafprozessrecht, 2. Auflage, Nomos, 2010

Werner Beulke. Strafprozessrecht, 11. Auflage, C.F. Müller, 2010

〈프랑스〉

- Annie Beziz-Ayache, Dictionnaire de droit pénal général et procédure pénale, 4e édition, Ellipses Marketing, 2008
- Bernd v. Heintschel-Heinegg, Münchener Kommentar Strafgesetzbuch, C.H.Beck, 2003
- Roger Perrot, Institutions judiciaires [14e édition], Montchrestien, 2010

〈일 본〉

- 松尾浩也, 刑事訴訟法(下), 弘文堂, 1999
- 渥美東洋, 刑事訴訟法, 有斐閣, 2001
- 日弁連司法改革實現本部編, 司法改革: 市民のための司法をめざして, 日本評論社, 2005
- 田口守一, 刑事訴訟法, 弘文堂, 2006
- 平良木登規男, 刑事控訴審, 成文堂, 1990
- 土屋美明, 市民の司法は實現したか, 花伝社, 2005
- 後藤昭, 刑事控訴立法史の研究, 成文堂, 1987
- 平田元, “控訴審の構造”, 刑事訴訟法の争点, 有斐閣, 2002.



## A Study on the Criminal Appeal

Park, Mi-Suk · Yun, Jee-Young

These days, the number of criminal appeal cases that the Supreme Court were obliged to judge increased remarkably. As the criminal cases have no limitation on the appeal, the unreasonable appeals have continued to file. The hearing of fact has often done despite limitation on the appeal to let the Supreme Court bear burden and not to judge cases properly that had legal dispute. And the Supreme Court had difficulties at attaining its goal of uniform interpretation of laws and regulations to let judges inspect so many useless appeal cases and not to assure the right of appellants promptly and properly.

The revision of laws on appeal system was proposed many times, for instance, the appeal department of the High court, the increase of justice of the Supreme Court and the independent justice of the Supreme Court. In March 2010, the Supreme Court announced reformation of justice system to suggest establishment of inspection department of the appeal at the High court: Most of the professionals who were involved in inspection of the appeal agreed with reformation of criminal appeal system, and they suggested considerably different reformation. This study discussed outlines of the appeal system and examined criminal appeal inspection. And the study inspected reformations that were suggested before to examine legislation cases in foreign countries in many-sided

ways and to give a solution.

The appeal asks higher court to give a remedy of the judgement that has not been decided yet. The appeal system that higher court can make correction of mistakes of the original judgment shall relieve defendant from disadvantages to do two kinds of things, that is to say, the one is to unify interpretation of laws and regulations and the other is to produce legal stability and justice. On the other hand, there are some concerns that the appeal can be used to postpone litigation. So not only making correction of wrong judgement but also prevention of delayed procedure should be harmonized.

The Supreme Court that consists of the chief justice and justice of the Supreme Court shall be in charge of appeal, and the number of justice including chief justice shall be 14. The Supreme Court that plays a role of the highest court gives justice policy directions by using judgement of the cases to express will of protection of the people's rights. The higher court is said to have two goals, that is to say, unification of interpretation of laws and regulations, and remedy of the rights of concerned parties. The Criminal Procedure Act says that higher court is allowed to inspect laws and regulations only and to relieve rights of concerned parties in the scope of dealing with laws and regulations, So the goal of the appeal is said to unify interpretation of laws and regulations. The remedy of rights of concerned party shall be important at individual case: But the remedy belongs not to the court that inspects facts but to the Supreme Court.

In 2009, the appeal court received 32,361 cases and each one of the justice who comprised 12 justices excluding the chief justice and chief of the administration of the Court was forced to judge more than 2,700 cases in average a month. The number of the case that appeal court received in 2009 increased 15.4% more than 28,040 cases that the court did in 2008. In other words, 18,279 criminal cases of appeal court in 2009 was 24.1% up than 14,729 cases in 2008 to increase 3 times or more compared with 7% of civil

cases during same period. The appeal of criminal cases rapidly increased because the Constitutional Court judges that the estimation of number of the days of unconvicted detention of Article 57-1 of the Criminal Act violated the Constitution.

The study examined legislations of advanced countries to solve problems of the criminal appeal court. In the UK and the United States, after the first trial judges, the appeal court is allowed to judge whether the trial is wrong or right. The appeal against the first trial shall be limited within specific scope subject to higher court's permit. The Supreme Court of the UK that was founded in October 2009 consists of 12 justices including chief justice, while that of the Federal Government of the United States does 9 justices including chief justice. Not only the United States but also the UK does not admit of appeal rights of the defendant, and courts are permitted to appeal at their discretion. The permit system allows justices to be concentrated on important cases to spend time and efforts intensively.

In Germany, civil case only adopts an appeal permit, while criminal case has no limitation. So appeal system of Germany is similar to that of Korea. The criminal trial in Germany separates minor crimes from major crimes to judge minor crime cases promptly. Germany has three trial system as Korea has, and it has adopted two trial system to judge major crime cases, that is to say, the first trial at the criminal department of district courts, and the second trial that appeals directly to the Supreme Court of the Federal Government. The highest court in Germany consists of not only the Supreme Court of the Federal Government but also the Court of Administration, Finance, Labor Affairs and Society of the Federal Government. And the Supreme Court of the Federal Government consists of 12 civil courts as well as 5 criminal courts to have 131 judges including the Chief Justice of the Supreme Court of the Federal Government. Germany does not give limitation on appeal of the criminal case, and it has much more judges of the highest court to allocate the judges

efficiently by dual system of minor crime and major crime that is different from court system in Korea.

In France, major crimes were not permitted to appeal. From the year of 2000, judgment at major crime court was permitted to appeal to let another major crime court having different jurisdiction can judge appeal case. La Cour de Cassation, the highest court in France, can supervise lower class courts to keep consistency of judicial precedents and interpretation of laws and regulations and not to deal with law suit cases of low class courts. La Cour de Cassation has been specialized with many judges same as the Supreme Court of the Federal Government of Germany is, that is to say, 5 civil courts including 3 civil courts as well as courts of commerce, finance, economy and society, and 1 chief justice, 120 judges including chief of each department.

In Japan, the highest court can judge appeal of all of the criminal cases. The highest court that consists of 15 judges including minister of the justice can judge appeal of violation of not only the Constitution but also judicial precedent. The court is permitted to judge appeal cases including important subjects concerning interpretation of laws and regulations in accordance with appeal of concerned party. So an appeal permit system is thought to be introduced actually. And police court can actually distinguish minor crimes to take prompt actions against frequent crimes to differ from the court of Korea.

The legislation of criminal appeal trial in not only advanced countries and Korea has features as follow: Other countries than Korea have classified criminal appeal cases into minor crime and major crime to separate processing procedures of each case. And the United States, the UK, France and Japan have limitation on the appeal of criminal cases, while Korea as well as Germany has limitation on the appeal of civil case and almost no limitation on criminal case. The United States, the UK and Japan have small number of justice of the Supreme Court, while Germany and France have many justices to be specialized. Germany has the Constitutional Court of the Federal

Government and France has the Constitutional Court to differ from the United States, the UK and Japan that have no independent constitutional court.

The appeal trial of the High court that the Supreme Court has suggested puts an appeal trial at the High court to let three judges decide upon qualification of the appeal. The Supreme Court can still do appeal trial to prevent appeal courts from being divided, and may have independent appeal procedure to assure the people of the right of access to courts. The appeal trials of the High court may have difficulties at unified interpretation of laws and regulations between them. When a concerned party does not agree with the court's decision to appeal immediately, trials shall be developed in order of the first trial, the second trial, appeal inspection department at the High court and the Supreme Court to produce four trial system and to be criticized.

The criminal court needs to employ judges and prosecutors enough to judge criminal appeal cases effectively. These days, the politicians are asking for reformation of the court by increasing number of justice of the Supreme Court. Most of the justices of the Supreme Court have been appointed among high-ranking judges who have experienced for a long time so that they have produced harmful effects of bureaucratism and damages of independence of the judges. In addition to judges, prosecutors, lawyers, and the ones who worked as professors of law shall join appeal trail to have influence upon trial of the Supreme Court.

Without the countermeasure of enormous increase of the cases at the Supreme Court, the introduction of appeal inspection and employment of judges may not be effective. Too many cases are applied to the criminal appeal trial to require macroscopic program solving in order to reform criminal justice system. At first, the principle of selection and concentration shall be used to have dual processing procedures of criminal cases, that is to say, normal processing and prompt processing. Low class court trial shall be strengthened and courts shall be divided into two, that is to say, first trial court and second

trial court to help the Supreme Court be legal policy court. The people shall be given the rights of access to courts by solving criminal appeal trial related problems, and macroscopic and microscopic reformation needs to be promoted in order to elevate people's reliability upon criminal justice.

연구총서 10-13

## 형사상고심에 관한 연구

발행 / 2010년 12월

발행인 / 김일수

발행처 / 한국형사정책연구원

서울특별시 서초구 태봉로 114

(02)575-5285

등록 / 1990. 3. 20. 제21-143호

인쇄 / (주)현대아트컴

(02)2278-4482

보고서 내용의 무단복제를 금함

정가 7,000원

ISBN 978-89-7366-852-6 93360