

항소심의 직권조사사유와 직권심판사유

김 현 철*

〈국문초록〉

형소법은 제361조의4 제1항 단서에서 직권조사사유를 규정하고, 제364조 제2항에서 직권심판을 규정하면서도 직권조사사유나 직권심판의 정의나 구체적인 범위에 관하여는 규정하고 있지 않고, 형사소송규칙에도 직권조사사유나 직권심판에 관한 정의나 범위 등에 관한 규정이 없어 구체적으로 어떤 것이 직권조사사유나 직권심판사유에 해당하는지는 해석에 맡겨져 있다. 그리고 범조항의 체계와 문언상 직권조사사유와 직권심판사유의 관계에 관한 명확한 파악도 어려워 이것도 결국 해석에 맡겨져 있다.

한편 위와 같이 형소법은 제361조의4 제1항 단서에서 직권조사사유를 규정하고, 제364조 제2항에서 직권심판을 규정하면서도 구체적인 직권조사사유나 직권심판의 범위에 관하여 규정하고 있지 않아 위 조항들의 해석이나 실무운영에 따라 항소심이 사후심적으로 또는 속심적으로, 당사자주의적으로 또는 직권주의적으로 운영될 여지가 있다. 그리고 직권조사사유나 직권심판의 범위에 관한 해석, 특히 사실오인이나 양형부당을 직권조사사유나 직권심판의 범위에 포함되는지 여부는 법원의 업무부담과 소송경제에도 큰 영향을 미치는 문제이다.

본 논문에서는 직권조사사유와 직권심판 규정의 연혁과 취지, 직권조사사유와 직권심판의 의의 및 범위, 양자의 관계에 대하여 살펴보았다. 특히 직권조사사유와 직권심판의 범위, 양자의 관계에 관하여는 항소심의 구조, 형소법 제361조의5 항소이유와 연계하여 살펴보았다.

필자는 민사상 직권조사사유의 개념과 연계하여 형사상 직권조사사유의 개념을 정립한 후 이를 구체적으로 유형화하였다.

적법한 항소가 있었으나 항소이유서의 제출이 없었을 경우 직권조사사유 외의 항소이유에 대하여 직권심판을 할 수 있는지와 관련하여 필자는 항소이유서의 제출이 없으면 직권심판을 할 수 없다는 견해를 구체적 논거들을 들어 제시하였다. 직권조사사유와 직권심판사유가 형소법 제361조의5에 규정된 항소이유들에 국한되는지와 관련하여 필자는 법정의 항소이유 외에 추가적 항소이유를 인정하는 것은 형소법 제361조의5에 항소이유를 범정한 것에 정면으로 반하는 해석이기 때문에 직권조사사유와 직권심판사유는 형소법 제361조의5에 규정된 항소이유들에 국한된다는 견해를 제시하였다.

그리고 형소법 제361조의5의 항소이유를 각 직권조사사유와 직권심판사유로 분류한 후 직권조사사유와 직권심판사유의 합리적 규정형식과 관련하여 형소법 제

* 변호사, 전 부산고등법원 판사

361조의5 제1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 11호는 직권조사사유로 형소법 제361조의4 제1항에 구체적·한정적으로 규정하고, 제13호와 제14호는 직권심판사유로 형소법 제364조 제2항에 구체적·한정적으로 규정하며, 제15호 양형부당은 직권조사사유나 직권심판 규정에서 제외하는 것으로 형소법 개정이 이루어져야 할 것이라는 견해를 제시하였다.

주제어 : 직권조사사유, 직권심판, 항소이유, 항소이유서 부제출, 형소법 제361조의4 제1항 단서, 형소법 제364조 제2항

• 투고일 : 2021.10.10. / 심사일 : 2021.10.25. / 게재확정일 : 2021.10.25.

I. 서설

형사소송법(이하 ‘형소법’이라 한다) 제361조의4 제1항은 “항소인이나 변호인이 전조 제1항의 기간 내(항소법원의 소송기록 접수통지를 받은 날로부터 20일 이내)에 항소이유서를 제출하지 아니한 때에는 결정으로 항소를 기각하여야 한다. 단, 직권조사사유가 있거나 항소장에 항소이유의 기재가 있는 때에는 예외로 한다.”고 규정하여 원칙적으로 항소이유서 제출기간 내에 항소이유서를 제출하지 않은 경우 결정으로 항소를 기각하도록 하면서도 직권조사사유가 있는 경우에는 그 사유에 대하여 조사·심리·판단하도록 하고 있다.

그리고 형소법 제364조 제1항은 “항소법원은 항소이유에 포함된 사유에 관하여 심판하여야 한다.”고 규정하여 항소심은 원칙적으로 항소인이 항소이유로 한 사항에 관하여 심판하도록 하면서도 제2항에서 “항소법원은 판결에 영향을 미친 사유에 관하여는 항소이유서에 포함되지 아니한 경우에도 직권으로 심판할 수 있다.”고 규정하여 항소인이 항소이유로 한 사항 외에도 판결에 영향을 미친 사유에 관하여는 직권으로 심판할 수 있도록 규정하고 있다.

형소법 제361조의4 제1항 본문의 항소이유서 제출기간 내에 항소이유서를 제출하지 않은 경우의 항소기각결정 규정과 제364조 제1항의 항소이유에 포함된 사항에 관한 심판 조항은 1961년 형소법 제1차 개정시 항소심의 사후심적, 당사자주의적 성격 강화를 위하여 항소이유서제도를 도입하면서 신설한 규정인데 제1차 개정시 형소법 제361조의4 제1항 단서의 직권조사사유 규정과 제364조 제2항의 직권심판 규정을 같이 신설하여 법원의 후견적, 직권적 역할 또한 부여하고 있다.

그러나 형소법이나 형사소송규칙에 직권조사사유나 직권심판사유에 관한 정의나 범위 규정 등 구체적 규정이 없어 구체적으로 어떤 것이 직권조사사유나 직권심판사유에 해당하는지는 해석에 맡겨져 있는데, 그동안 직권조사사유나 직권심판사유와 관련한 학계의 논의가 거의 없고 교과서에도 법조문의 기술이나 판례가 사실오인이나 양형부당을 직권심판사항으로 보고 있다는 정도의 간단한 기술 외에 구체적 설명 또한 없는 실정이다. 그리고 법조항의 체계와 문언상 직권조사사유와 직권심판사유의 관계에 관한 명확한 파악도 어려워 이것도 결국 해석에 맡겨져 있다. 그동안 학계의 논의나 교과서적 설명이 거의 없었던 것은 직권조사사유나 직권심판이 이론적인 면보다는 실무와 밀접히 관련되어 있고 1심이 아닌 항소심에서야 비로소 문제되는 것에 기인하는 것으로 보인다.

한편 위와 같이 형소법은 제361조의4 제1항 단서에서 직권조사사유를 규정하고, 제364조 제2항에서 직권심판을 규정하면서도 구체적인 직권조사사유나 직권심판의 범위에 관하여 규정하고 있지 않아 위 조항들의 해석이나 실무운영에 따라 항소심이 사후심적으로 또는 속심적으로, 당사자주의적으로 또는 직권주의적으로 운영될 여지가 있다. 그리고 직권조사사유나 직권심판의 범위에 관한 해석, 특히 사실오인이나 양형부당을 직권조사사유나 직권심판의 범위에 포함되는지 여부는 법원의 업무부담과 소송경제에도 큰 영향을 미치는 문제이다.

이하에서는 직권조사사유·직권심판 규정의 연혁과 취지, 직권조사사유·직권심판의 의의 및 범위, 양자의 관계에 대하여 살펴본다. 그리고 각 관련 부분에서 바람직한 항소심의 구조와 연계하여 필자의 견해를 제시하고자 한다.

II. 직권조사사유·직권심판 규정의 연혁과 취지

1. 직권조사사유·직권심판 규정의 연혁

구형소법¹⁾의 항소심은 복심으로서 제1심판결의 당부를 판단하는 것이 아니라 사건 자체를 다시 재판하는 것이었으므로 제1심판결의 파기나 항소이유의 개념은 필요하지 않았다. 그리고 1954년 제정 형소법 제364조 제3항은 “공소(控訴)²⁾ 이유있다고 인정한 때에는 원심판결을 파기하고 다시 판결하여야 한

1) 조선형사령에 의하여 우리나라에 적용된 일본의 구형소법(대정형소법)을 구형소법이라 한다.

다.”고 규정하여 제1심판결이 잘못되었다는 항소가 이유 있을 경우 파기하도록 하였으나 항소이유를 구체적으로 한정하지는 않았다. 일본의 신형소법에서 항소이유를 구체적·제한적으로 열거하고 있었음에도 제정 형소법이 이와 같이 항소이유를 제한하지 않았던 것은 일제강점기에 범죄즉결례 등에 의하여 상소가 제한되었던 우리의 역사적 배경에서 국민들이 상소의 기회가 최대한 확장되기를 원하였던 것과 관련이 있다고 한다.³⁾ 해방 이후 많은 법률전문가들이 일본으로 돌아간 후 법률전문가 인력이 절대적으로 부족한 상태에서 항소사건의 수와 항소율은 증가하는 추세였다.⁴⁾ 5.16 군사혁명 이후 국가재건 최고회의의 개혁과제 논의과정에서 사법분야의 사건 적체와 재판의 지연은 심각한 문제로 지적되어 1961년 제1차 형소법 개정으로 항소심 규정은 대폭 개정되었다. 항소이유를 법정하고(형소법 제361조의5), 법정기간 내에 항소이유서를 항소법원에 제출하도록 하였으며(형소법 제361조의3 제1항), 항소법원은 원칙적으로 항소이유에 포함된 사유에 관하여 심판하도록 하고(형소법 제364조 제1항), 항소이유 없음이 명백한 경우에는 변론 없이 항소를 기각할 수 있도록 하였다(형소법 제364조 제5항). 이와 같은 제1차 형소법 개정은 전문법칙과 탄핵증거제도의 도입, 증인에 대한 교호신문제도의 도입 등 제1심에서의 공판중심주의·직접주의의 강화와 동시에 항소심의 사후심적 성격을 강화하는 방향으로 이루어진 것이다.⁵⁾

2) 제정 형소법은 항소(抗訴)를 공소(控訴)로 표현하였는데, 기소를 의미하는 ‘공소(公訴)’와 한글 표현이 같아 혼동될 수 있어 1963년 형소법 제2차 개정시 공소(控訴)를 항소(抗訴)로 용어변경 하였다.

3) 신동운, “상소제도의 개편에 따른 문제점과 개선방안”, 한국형사정책연구원, 2006, 88쪽 이하.

4) 1960년에 발간된 사법연감은 1953년부터 1960년까지 7년간의 항소사건의 수와 항소율의 추이를 기록하고 있는데, 1960년의 신건은 4,700건으로 1953년의 2,445건에 비해 1.9배에 달하였다. 1954년, 1956년을 제외하고는 항소사건의 수가 계속 증가하였고, 항소율은 15-25% 내에서 증감하였다(심희기, “항소심의 구조: ‘속심 겸 사후심론’의 비판적 분석”, 『형사재판의 제문제』 제5권, 2005, 519쪽에서 재인용).

5) 1961년 형소법 제1차 개정시 대법원이 추진한 제1심에서의 공판중심주의·직접주의의 강화와 더불어 추진된 이와 같은 항소심의 개혁은 이후 변호사회의 반발에 부딪혀 1963년 제2차 형소법 개정시 항소이유를 대폭 확장하는 것으로 개정되었다. 1961년 제1차 개정 형소법은 제361조의5에서 항소이유를 구체적·한정적으로 열거하였는데, 1963년 제2차 개정 형소법은 제361조의5 제1호에 ‘판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있는 때’라는 일반적·포괄적 항소이유를 신설하였다. 그리고 제1차 개정 형소법 동조 제14호 ‘중대한 사실의 오인이 있어 판결에 영향을 미친 때’를 ‘사실의 오인이 있어 판결에 영향을 미친 때’로 개정하여 항소이유를 확장하였고, 제1차 개정 형소법 동조 제15호 ‘형의 양정이 심히 부당하다고 인정할 현저한 사유가 있는 때’를 ‘형의 양정이 부당하다고 인정할 사유가 있는 때’로 개정하여 항소이유를 확장하였다. 이로써 제1심의 공판중심주의·직접주의의 강화를 통하여 제1심 중심주의를 추진하면서 항소심에 사후심적 요소를 강화하

형소법 제361조의4 제1항은 제1차 형소법 개정의 이와 같은 개혁방향에 따라 신설된 것으로⁶⁾ 원칙적으로 법정기간 내에 항소이유서 제출을 강제하면서도(즉 법정기간 내에 항소이유서를 제출하지 않은 경우 항소기각 결정을 하도록 하면서도) 직권조사사유가 있는 경우는 바로 항소기각 결정을 하지 않고 심리를 진행하도록 하였다.

제정 형소법에서 형소법 제364조 제1항은 “전2조7)의 경우 외에는 공소(控訴)법원은 피고사건에 대하여 다시 심판하여야 한다.”고 규정되었던 것을 제1차 형소법 개정시 항소이유서제도를 도입하면서 위와 같은 제1차 개정의 개혁방향에 따라 형소법 제364조 제1항을 “공소(控訴)법원은 공소(控訴)이유에 포함된 사유에 관하여 심판하여야 한다.”로 개정하여 항소심의 심판범위를 원칙적으로 당사자가 적시한 항소이유에 한정하는 것으로 개정하면서도 제2항에서 “공소(控訴)법원은 제361조의5의 제1호 내지 제6호, 제10호와 제13호 내지 제15호의 사유⁸⁾에 관하여는 공소(控訴)이유서에 포함되지 아니한 경우에도 직권으로 심판할 수 있다.”고 규정하여 항소이유서에 포함되지 아니한 경우에도 법원이 후견적 지위에서 직권으로 심판할 수 있도록 하였다. 직권심판사유와 관련하여 제1차 형소법 개정에서는 위와 같이 직권으로 심판할 수 있는 항소이유를 한정적으로 열거하였는데 1963년 제2차 개정시 “항소법원은 판결에 영향을 미친 사유에 관하여는 항소이유서에 포함되지 아니한 경우에도 직권으로 심판할 수 있다.”고 일반적·포괄적 조항으로 개정하는 방식으로 직권심판범위를 더 확장하였다.

여 남상소의 폐단을 막고 소송경제를 도모하려던 제1차 개정시의 개혁의지는 크게 퇴색하게 되었다.

- 6) 형소법 제2차 개정에서 공소(控訴)를 항소(抗訴)로 용어 변경을 한 것 외에는 위 조항은 현재까지 유지되고 있다.
- 7) 형소법 제362조는 공소의 제기가 법률상의 방식에 위반하거나 공소권소멸 후인 것이 명백한 때에는 제1심법원은 결정으로 공소를 기각하여야 하는데, 제1심 법원이 기각을 하지 않은 경우 항소법원이 결정으로 공소를 기각하여야 한다는 규정이고, 제363조는 제328조의 공소기각결정의 사유가 있는 때에는 항소심 법원은 결정으로 공소를 기각하여야 한다는 규정이다.
- 8) 직권심판사유로 규정되었던 형소법 제361조의5(항소이유)의 각 호는 다음과 같다.
 - 1. 헌법해석의 착오 기타 헌법위반있는 때, 2. 판결 후 형의 폐지나 변경 또는 사면이 있는 때, 3. 관할 또는 관할위반의 인정이 법률에 위반한 때, 4. 판결법원의 구성이 법률에 위반한 때, 5. 공소의 수리 또는 기각이 법령에 위반한 때, 6. 법령의 적용이 없거나 적용에 착오가 있어 판결에 영향을 미칠 때, 10. 심판의 청구가 있는 사건을 판결하지 아니하거나 심판의 청구가 없는 사건을 판결한 때, 13. 재심청구의 사유가 있는 때, 14. 중대한 사실의 오인이 있어 판결에 영향을 미칠 때, 15. 형의 양정이 심히 부당하다고 인정할 현저한 이유가 있는 때.

2. 직권조사사유 · 직권심판 규정의 취지

형소법은 사후심적 요소로 항소이유서제도를 채택하였다. 항소심은 원칙적으로 당사자가 항소이유로 삼은 부분에 한하여 제1심판결에 하자가 있는지 사후적인 심사를 하도록 한 것이다. 그리고 이와 같은 취지에서 형소법 제361조의4 제1항 본문은 당사자가 정해진 기간 내에 항소이유서를 제출하지 않으면 변론 없이 결정으로 항소를 기각하도록 하고 있다. 그러나 형소법 제361조의4 제1항 단서에서 직권조사사유가 있는 경우에는 예외를 인정함으로써 당사자의 항소이유서 제출과 관계없이 당사자가 파악하지 못한 제1심판결의 절차면이나 법령적용 등의 오류를 바로 잡아 실제진실주의 또는 재판의 적정을 추구하고 있다.

한편 형소법 제364조 제1항, 제2항은 항소심법원의 심판범위에 대하여 규정하고 있는데, 제1항에서 항소이유서에 포함된 사유에 대해서는 이를 심판(심리·판단)해야 한다고 하여 심판의무를 부여함과 동시에 제2항에서 판결에 영향을 미친 사유에 관하여는 항소이유에 포함되지 않은 사유라도 직권으로 심판할 수 있는 것으로 규정하고 있다. 직권심판을 규정한 형소법 제364조 제2항의 취지는 형소법이 항소이유를 제한하고 소정기간 내에 항소이유서의 제출을 하도록 하는 등 항소절차를 제한하고 있기 때문에 당사자가 미처 생각지 못하거나 적절하게 항소이유서에서 지적하지 못한 사유도 있을 것이 예상되므로 실제적 진실의 발견과 형벌법규의 공정한 실현을 위하여 법원에게 판결에 영향을 미친 사유가 항소이유서에 포함되지 않는 경우에도 직권으로 심판을 하여 판결의 적정을 기하고 당사자의 이익을 보호하려는 데 있다.⁹⁾

형소법 제364조 제1항은 항소심의 사후심적 성격 강화 취지뿐만 아니라 당사자주의 또는 변론주의를 강화한 규정이다. 그러나 동조 제2항에서는 판결에 영향을 미친 사유 전반에 대해 법원이 직권심판을 할 수 있도록 함으로써 직권심판 범위의 해석에 따라 광범위하게 직권주의적 심판이 이루어질 여지가 있고 이에 따라 동조 1항의 취지가 퇴색할 수 있는바, 직권심판의 범위를 해석함에 있어 동조 1항의 취지가 중요하게 고려되어야 할 것이다.

Ⅲ. 직권조사사유와 직권심판사유

9) 대법원 1976. 3. 23. 선고 76도437 판결.

1. 직권조사사유

1) 직권조사사유의 의의

우리 형소법이나 형사소송규칙에는 직권조사사유에 관한 정의 규정이 없다. 원래 직권조사사항(사유)은 민사소송에서 변론주의의 예외(제한)와 관련하여 항변사항과 대립되는 것으로 논의되던 개념이다.¹⁰⁾ 변론주의는 주장과 소송자료(사실과 증거)의 수집·제출 책임을 당사자에게 맡기고 당사자가 주장하거나 수집하여 제출한 소송자료만을 변론에서 다루고 재판의 기초로 삼아야 한다는 민사소송의 대원칙이다.¹¹⁾ 이는 당사자, 즉 검사와 피고인에게 소송의 주도적 지위를 인정하여 당사자 사이의 공격·방어에 의하여 심리가 진행되고 법원은 제3자의 입장에서 당사자의 주장과 입증을 판단하는 형사소송에서의 당사자주의와 상응하는 것이다. 민사소송에서 직권조사사항이란 공익에 관한 것이기 때문에 당사자의 신청 또는 이의에 관계없이 법원이 반드시 직권으로 조사하여 판단하여야 할 사항을 말하는 것으로 항변사항과 대립되는 개념이다. 민사소송에서 직권조사사항에 속하는 것으로는 소송요건·상소요건, 절차적 강행법규의 준수, 실체법의 해석·적용, 상고심의 심리불속행사유, 외국재판의 승인요건(민소법 제217조 제2항), 제척기간, 소송계속의 유무와 전소확정판결의 유무 등이 있다. 이와 같은 직권조사사항(사유)의 개념을 형사소송에 대응시켜 보면 직권조사사유란 당사자가 주장, 이의하지 않은 경우에도 법원이 직권으로 조사하여 심리·판단하여야 하는 사유를 말한다고 할 수 있다. 형사 항소심, 특히 항소이유와 관련하여서는 항소이유서 제출기간 내에 항소이유서를 제출하지 않거나 항소장에도 항소이유의 기재가 없어 항소인이 항소이유로 주장하지 않은 경우에도 법원이 직권으로 조사하여야 하는 사유를 말한다고 할 수 있다. 그리고 위 민사소송에서의 직권조사사항 중 소송요건·상소요건, 절차적 강행법규의 준수, 실체법의 해석·적용이 주로 형사소송에서의 직권조사사유가

10) 민사소송법이나 민사소송규칙에도 직권조사사항에 관한 정의 규정은 없다.

11) 변론주의의 근거는 ① 당사자의 이기심에 의지하여 그에게 유리한 소송자료를 수집시키는 것이 법원이 조사하는 것보다 충실한 자료수집이 되어 진실규명에 좋은 수단이 된다(당사자의 입이 법관보다 더 잘 말한다. 사건의 실체에 대해 잘 아는 순서는 당사자 본인, 변호사, 법관이다)는 수단설, ② 당사자가 변론에 제출하여 쟁점화되었던 사실·증거만을 재판의 기초로 하는 것이 양쪽 당사자에 대한 예측하지 못한 불이익을 막아주고 절차보장을 보다 잘 해 주는 결과가 된다는 절차보장설, ③ 민사소송의 대상인 재산관계는 형사소송의 대상인 범죄관계와는 달리 사적자치의 영역이 지배하는 영역이어서 그 소송자료의 수집도 국가의 개입보다 이익을 누리려는 당사자의 책임에 일임하는 것이 합당하다는 본질설이 있다. 위 ①, ②의 근거는 형사소송에서 당사자주의의 근거가 될 것이다.

될 것이다. 실체법의 해석·적용뿐만 아니라 절차법의 해석·적용도 법의 해석·적용과 관련되는 것으로 당연히 직권조사사항이 된다고 생각되므로 아래에서는 이를 포함시켜 검토한다. 판례는 “형소법 제361조의4 제1항 단서 소정의 직권조사사유라 함은 법령적용이나 법령해석의 착오 여부 등 당사자가 주장하지 아니하는 경우에도 법원이 직권으로 조사하여야 할 사유를 말한다.”고 하고 있다.¹²⁾

직권조사사유에 대한 법령상의 정의규정이 없어 어떤 사유가 직권조사사유에 해당하는지를 판단하는 것이 쉽지 않다. 우리 형소법은 항소이유를 법정해 놓고 당사자에게 항소이유를 적시한 항소이유서를 제출하도록 하여 원칙적으로 당사자가 항소이유로 삼은 사항을 항소심법원의 심판대상으로 하고 있는 점, 직권조사란 당사자가 적시한 항소이유의 심사와는 다른 면, 즉 당사자가 주의 깊게 살피지 못하는 절차면이나 법령적용의 오류 등을 바로잡아 실체진실주의 또는 재판의 적정을 추구하는 데 주목적이 있는 점, 직권조사사유는 법원에 그 조사의무가 인정되는 점 등에 비추어 보면 직권조사사유란 당사자가 항소이유로 삼지 않았다는 이유로 항소심법원이 이를 조사·심리하지 않을 경우 재판의 적정을 해칠 개연성이 높은 정도에 이르는 사유임을 요한다고 할 것이다. 직권조사사유의 해석에 있어서 직권조사사유를 너무 넓게 해석하면 항소이유를 법정하고 항소이유서제도를 도입하여 항소심은 원칙적으로 당사자가 항소이유로 삼은 사항에 관하여 심판하도록 하여 사후심적 요소를 강화한 형소법 규정들의 취지에 반함을 유의하여야 할 것이다. 특히 위 규정의 도입시에 비해 변호사수가 비교할 수 없을 정도로 늘어나고 국선변호인 제도가 획기적으로 확대되어 피의자나 피고인이 법률전문가인 변호인의 도움을 받을 수 있는 기회가 늘어난 점, 2007년 및 2020년의 형소법 개정으로 공판중심주의·직접주의가 강화됨에 따라 법원의 업무부담이 상당히 증가하였음에도 신속절차가 도입되지 않은 상황에서 1심 중심 운영과 항소심의 사후심적 운영 강화를 통하여 법원 자원의 효율적 배분이 필요한 점 등에 비추어 보면 직권조사사유의 범위를 가능한 한 좁게 해석할 필요가 있다고 생각된다. 아래에서는 위에서 살펴본 직권조사사유의 의미와 사후심적 요소를 강화한 형소법 규정들의 취지를 고려하여 소송요건·상소요건, 절차적 강행법규의 준수, 실체법·절차법의 해석·적용이라는 일반적·추상적 직권조사사유의 해석요소들을 구체화하는 방식으로 어떤 것을 직권조사사유로 볼 것인지에 대하여 살펴본다.

12) 대법원 2003. 5. 16.자 2002모338 결정; 대법원 2006. 3. 30.자 2005모564 결정.

2) 구체적 직권조사사유

(1) 관할위반

형소법 제1조는 “법원은 직권으로 관할을 조사하여야 한다.”고 규정하고 있으므로 관할권의 유무는 직권조사사유이다. 관할권도 아래에서 보는 소송조건에 해당한다. 다만 토지관할위반의 경우에는 피고인의 신청이 없으면 관할위반의 선고를 하지 못하고(형소법 제320조 제1항), 관할위반의 신청은 피고사건에 대한 진술 전에 하여야 하므로(형소법 제320조 제2항) 항소심에서 토지관할권의 유무는 직권조사사유가 될 수 없다.

(2) 소송조건외의 존부

소송조건이란 전제로서의 형사소송이 적법하게 성립·유지·존속하기 위한 기본조건, 즉 사건의 실체에 대하여 심판할 수 있는 실체심판의 전제조건을 말한다. 소송조건은 공소제기의 유효요건이고 소송조건이 없는 때에는 형식재판으로 소송을 종결시키고 절차의 존속과 발전이 허용되지 않으므로 소송조건은 전제로서의 소송의 허용조건이기 때문에 당사자의 주장과 관계없이 조사·판단 하여야 하는 직권조사사유에 해당한다. 형소법 제328조, 제327조의 공소기각의 결정·판결 사유와 형소법 제326조의 면소판결의 사유가 소송조건에 해당한다. 형소법 제328조는 공소기각결정의 사유로 ‘① 공소가 취소되었을 때, ② 피고인이 사망하거나 피고인인 법인이 존속하지 아니하게 되었을 때, ③ 형소법 제12조 또는 제13조의 규정에 의하여 재판할 수 없는 때, ④ 공소장에 기재된 사실이 진실하다 하더라도 범죄가 될 만한 사실이 포함되지 아니하는 때’를, 형소법 제327조는 공소기각판결의 사유로 ‘① 피고인에 대하여 재판권이 없는 때, ② 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때, ③ 공소가 제기된 사건에 대하여 다시 공소가 제기되었을 때, ④ 제329조(공소취소와 재기소)의 규정에 위반하여 공소가 제기되었을 때, ⑤ 고소가 있어야 죄를 논할 사건에 대하여 고소의 취소가 있을 때, ⑥ 피해자의 명시한 의사에 반하여 죄를 논할 수 없는 사건에 대하여 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시가 있거나 처벌을 희망하는 의사표시가 철회되었을 때’를, 형소법 제326조는 면소판결의 사유로 ‘① 확정판결이 있을 때, ② 사면이 있을 때, ③ 공소의 시효가 완성되었을 때, ④ 범죄 후의 법령개폐로 형이 폐지되었을 때’를 각 규정하고 있다. 차의 교통으로 인한 업무상과실치사상죄, 중과실치사상죄, 업무상과실재물손괴죄, 중과실재물손괴죄를 저지른 경우 교통사고처리특례법 제4조 제1항에 의한

자동차종합보험 또는 공제에 가입된 것도 소극적 소송조건이 된다.

판례는 반의사불벌죄에 있어서 처벌불원의 의사표시와 관련하여 “반의사불벌죄에 있어서 처벌불원의 의사표시의 부존재는 소극적 소송조건으로서 직권조사사항이라 할 것이므로 당사자가 항소이유로 주장하지 아니하였다고 하더라도 이를 직권으로 조사·판단하여야 한다.”고 판시하고 있다.¹³⁾

(3) 형의 폐지 또는 변경

형의 폐지¹⁴⁾ 또는 변경 여부는 실체법의 적용과 관련되는 것으로 직권조사사유에 해당한다. 제1심판결 이전에 법률이 개정되어 제1심이 개정된 법률을 적용하였어야 함에도 이를 간과한 경우 직권으로 조사하여 개정된 법률을 적용해야 한다.

판례는 폭력행위 등 처벌에 관한 법률이 개정되어 야간에 행해진 범죄에 대하여 형법 본조에 정한 형의 1/2을 가중하도록 하는 규정이 삭제된 사안에서 이와 같이 개정된 법률을 적용하는 것은 직권조사사유라고 하고 있고,¹⁵⁾ 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률이 개정되면서 가중처벌하는 수뢰액의 기준이 상향조정된 사안에서 이와 같이 개정된 법률을 적용하는 것은 직권조사사유라고 하고 있다.¹⁶⁾

(4) 소년범의 부정기형 선고

소년법 제60조 제1항은 소년이 범정형으로 장기 2년 이상의 유기형에 해당하는 죄를 범한 경우에는 그 형의 범위에서 장기와 단기를 정하여 부정기형을 선고하도록 하고 있는데, 이는 실체법의 적용과 관련되는 것으로 직권조사사항이다. 판례는 제1심판결 선고 후 항소심판결 당시 성년이 되었다면 피고인이 소정기간 내에 항소이유서를 제출하였는지 여부를 가릴 것 없이 직권으로 심리하여 제1심판결을 취소하고 정기형을 선고하여야 한다고 하고 있다.¹⁷⁾

(5) 필요적 변호사건의 간과

형소법 제282조는 “형소법 제33조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사

13) 대법원 2002. 3. 15. 선고 2002도158 판결; 대법원 2008. 2. 29. 선고 2007도11339 판결.

14) ‘범죄 후의 법령개폐로 형이 폐지되었을 때’는 형소법 제326조에 면소사유로 규정되어 있다.

15) 대법원 2006. 4. 28. 선고 2006도672 판결.

16) 대법원 2006. 5. 25. 선고 2005도8424 판결.

17) 대법원 1976. 1. 19.자 75모72 결정.

건 및 같은 조 제2항·제3항의 규정에 따라 변호인이 선정된 사건에 관하여는 변호인 없이 개정하지 못한다.”고 규정하고 있는바, 위 필요적 변호 규정은 절차적 강행법규에 해당하므로 필요적 변호사건에서의 변호인의 공판 참여 여부는 직권조사사유이다. 판례는 필요적 변호사건인데도 제1심의 공판절차가 변호인 없이 이루어진 경우 항소심은 직권으로 변호인이 있는 상태에서 소송행위를 새로이 한 후 위법한 공판절차에 따른 제1심판결을 파기하고 항소심에서의 진술 및 증거조사 등 심리결과에 기하여 다시 판결하여야 한다고 한다.¹⁸⁾

(6) 공소장변경이 불필요한 축소사실의 심판

공소제기된 범죄사실이 인정되지 아니하나 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 공소가 제기된 범죄사실에 포함된 보다 가벼운 범죄사실이 인정되는 경우에 법원은 심리의 경과에 비추어 피고인의 방어권행사에 실질적 불이익을 초래할 염려가 없다고 인정되는 때에는 공소장이 변경되지 않더라도 직권으로 공소장에 기재된 공소사실과 다른 범죄사실을 인정할 수 있다. 이와 같이 그 포함된 범죄사실을 심리·재판하는 것은 일반적인 경우 법원의 권한에 그치고 법원에 직권조사의무가 있다고 할 수는 없다. 다만 이를 무죄로 판단할 경우 공소가 제기된 범죄사실과 대비하여 볼 때 실제로 인정되는 범죄사실의 사안이 중대하여 공소장이 변경되지 않았다는 이유로 이를 처벌하지 않는다면 적정절차에 의한 신속한 실체적 진실의 발견이라는 형사소송의 목적에 비추어 현저히 정의와 형평에 반하는 것으로 인정되는 경우에는 법원이 직권으로 그 범죄사실을 인정하지 않는 것은 위법하다.¹⁹⁾

형소법 제298조는 공소장의 변경과 관련하여 “① 검사는 법원의 허가를 얻어 공소장에 기재한 공소사실 또는 적용법조의 추가, 철회 또는 변경을 할 수 있다. 이 경우에 법원은 공소사실의 동일성을 해하지 아니하는 한도에서 허가하여야 한다. ② 법원은 심리의 경과에 비추어 상당하다고 인정할 때에는 공소사실 또는 적용법조의 추가 또는 변경을 요구하여야 한다.”고 규정하고 있는바, 검사의 공소장변경신청이나 법원의 공소장 변경요구 없이 법원이 직권으로 축소사실을 인정할 수 있는지 및 축소사실 인정의 의무여부는 절차법의 해석·적용과 관련되는 것으로 직권조사사유에 해당한다고 봄이 타당하다.

18) 대법원 2002. 9. 4.자 2002모239 결정.

19) 대법원 2004. 12. 10. 선고 2004도5652 판결; 대법원 2006. 3. 30.자 2005모564 결정.

(7) 기타

판례에 의하면 범죄사실에 대한 증거의 요지를 누락하는 등 제1심판결의 이유불비의 하자²⁰⁾, 고소장에 기재된 범죄일시가 서로 모순되는 등 이유모순의 하자²¹⁾, 제척사유의 유무·증거능력의 유무·보강증거의 존부²²⁾는 직권조사사유에 해당한다고 한다.

3) 직권조사사유 심리후의 처리

항소이유서 제출기간 내에 항소이유서가 제출되지 않았고 항소장에도 항소이유의 기재가 없는 사건에서 항소심 법원이 직권조사사유가 있는지 여부에 관하여 심리하기 위하여 구두변론을 거쳤다고 하더라도 심리결과 직권조사사유가 없다고 판단된 경우에는 결정으로 항소를 기각하여야 한다. 즉 구두변론을 거쳤다고 하여 판결로써 항소를 기각하여야 하는 것이 아니다.²³⁾ 다만 이 경우 판결로써 항소를 기각하더라도 종국재판으로서 항소를 기각한다는 점에서 동일하므로 위법하다고 볼 수는 없다고 할 것이다.²⁴⁾ 실무상 동일 절차에서 복수의 피고인이 재판받는 경우 또는 피고인과 검사의 쌍방항소에서 일방이 항소이유서를 제출하지 않는 경우에는 최종적으로 판결을 할 때에 판결주문에서 항소기각의 주문을 함께 내는 경우가 많다.²⁵⁾

한편 직권조사사유의 심리 결과 파기사유가 있는 경우는 1심판결을 파기하고 원칙적으로 재판²⁶⁾하여야 할 것이다.

4) 직권조사사유와 상고이유의 제한

피고인이 제1심판결에 대하여 양형부당만을 항소이유로 하여 항소하였다가 항소가 기각된 경우 피고인은 항소심판결에 대하여 사실오인 또는 법리오해의 위법이 있다는 것을 상고이유로 삼을 수 없다.²⁷⁾ 상고심은 항소심판결에 대한

20) 대법원 2005. 9. 9. 선고 2005도3782 판결.

21) 대법원 1973. 11. 6.자 73도70 결정.

22) 대법원 2005. 12. 5.자 2005초기316 결정.

23) 대법원 1996. 6. 18.자 96도36 결정.

24) 김우진, “항소이유서 미제출과 직권조사사유”, 『형사판례연구』 제15호, 2007. 9., 534쪽.

25) 대법원 1998. 8. 21. 선고 98도1523 판결.

26) 다만, 공소기각 또는 관할위반의 재판이 법률에 위반됨을 이유로 원심판결을 파기하는 때에는 판결로써 사건을 원심법원에 환송하여야 하고(형소법 제366조), 관할인정이 법률에 위반됨을 이유로 원심판결을 파기하는 때에는 판결로써 사건을 관할법원에 이송하여야 한다(형소법 제367조).

27) 대법원 2005. 9. 30. 선고 2005도3345, 2005감도14 판결.

사후심이므로 항소심에서 심판대상이 되지 않은 사항은 상고심의 심판범위에 들지 않기 때문이다.²⁸⁾ 한편 항소이유서를 제출하지 않은 피고인은 항소심에서 직권조사사유가 있다는 이유로 제1심판결을 파기한 경우 항소심이 직권으로 심판대상으로 삼은 사항 이외에는 상고이유로 삼을 수 없다.²⁹⁾

2. 직권심판사유

1) 직권심판사유의 의의

직권심판사유란 판결에 영향을 미친 사유에 관하여 항소이유서에 포함되지 아니한 경우에도 항소법원이 직권으로 심판할 수 있는 사유를 말한다.

판례에 의하면 형소법 제364조 제2항 직권심판 조항의 취지는 형소법이 항소이유를 제한하고 소정 기간내에 항소이유서의 제출을 하도록 하는 등 항소절차를 제한하고 있기 때문에 당사가 미처 생각지 못하고 또는 적절하게 항소이유서에 지적하지 못한 사유도 있을 것이 예상되므로 실체적 진실의 발견과 형벌법규의 공정한 실현을 위하여 법원에게 판결에 영향을 미친 사유가 항소이유서에 포함되지 않는 경우에도 직권으로 심판을 하여 판결의 적정을 기하고 당사자의 이익을 보호하려는 데 있다고 하면서 동 조항의 판결에 영향을 미친 사유는 널리 항소이유가 될 수 있는 사유 중에서 직권조사사유를 제외한 것으로서 판결에 영향을 미친 경우를 포함한다고 한다.³⁰⁾ 판례는 법령위반³¹⁾ 뿐 아니라 사실오인³²⁾과 양형부당³³⁾을 직권심판사유에 포함시키고 있다.

28) 대법원 2000. 3. 28. 선고 99도2831 판결.

29) 대법원 2005. 7. 14. 선고 2005도2996 판결.

30) 대법원 1976. 3. 23. 선고 76도437 판결.

31) 대법원 2011. 5. 13. 선고 2011도1094 판결; 대법원 2011. 9. 8. 선고 2011도7106 판결.

32) 대법원 1968. 9. 2. 선고 68도1028 판결; 대법원 2001. 7. 13. 선고 2001도2229 판결.

33) 대법원 1990. 9. 11. 선고 90도1021 판결; 대법원 2010. 12. 9. 선고 2008도1092 판결. 90도1021 판결은 “항소법원은 판결에 영향을 미친 사유에 관하여는 항소이유서에 포함되지 아니한 경우에도 직권으로 심판할 수 있는 것이므로 피고인이 사실오인만을 이유로 항소한 경우에 항소심이 직권으로 양형부당을 이유로 제1심판결을 파기하고 제1심의 양형보다 가벼운 형을 정하였다 하여 거기에 항소심의 심판범위에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.”고 판시하고 있고, 2008도1092 판결은 “판결에 영향을 미치는 사유는 항소이유서에 포함되지 아니한 것이라도 항소심의 심판의 대상이 될 뿐만 아니라, 검사만이 항소한 경우 항소심이 제1심의 양형보다 피고인에게 유리한 형량을 정할 수 없다는 제한이 있는 것도 아니다. 따라서 항소법원은 제1심의 형량이 너무 가벼워서 부당하다는 검사의 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 제1심판결에 양형이 부당하다고 인정할 사유가 있는지 여부를 심판할 수 있고, 그러한 사유가 있는 때에는 제1심판결을 파기하고 제1심의 양형보다 가벼운 형을 정하여 선고할 수 있다.”고 판시하고 있다.

현행 형소법상 항소심은 사후심적 요소가 강화된 속심의 구조를 취하고 있고 당사자주의를 기본 구조로 하고 보충적으로 직권주의를 가미하고 있는 것으로 평가할 수 있다. 즉 항소인은 원심판결에 법정의 항소이유가 있음을 구체적으로 명시하여 항소이유서를 제출하여야 하고(형소법 제361조의3 제1항, 형사소송규칙 제155조), 상대방도 답변내용을 구체적으로 명시하여 답변서를 제출하여야 하며(형소법 제361조의3 제3항, 형사소송규칙 제155조)³⁴⁾, 공판기일에 항소인은 항소이유를 상대방은 답변을 구체적으로 진술하여야 하고(형사소송규칙 제156조의3 제1항), 또 항소법원은 항소인이 항소이유에 포함한 사유에 대해서는 반드시 심리·판단해야 하는 것(형소법 제364조 제1항) 등은 형사소송심의 사후심적 요소 강화와 당사자주의적 기본구조를 나타내는 것이다.

그러나 항소심 절차는 절차의 특성상 1심에 비해 어느 정도 직권주의적으로 되지 않을 수 없는 측면이 있다. 항소심에서는 당사자인 검사의 주장이라고 할 수 있는 공소사실 자체 보다 1심판결의 당부를 매개로 하여 공소사실에 대한 공격방어가 이루어진다고 할 수 있고, 국가기관의 공권적 판단인 1심판결에 잘못이 있는 경우 이를 바로잡는 것은 당사자의 주장이 없더라도 당연히 이행되어야 할 공익적인 요청이라고 할 수도 있기 때문이다. 직권심판은 재판의 공정과 오류시정을 위해 항소법원으로 하여금 원심판결의 당부를 심사하도록 할 필요에 의하여 인정된 것이고, 그 이념은 실체적 진실주의 또는 재판의 적정에 있다고 할 수 있다. 또한 당사자는 주로 사실인정이나 양형 등 판결의 결론에 직접 관계된 사항들에만 관심을 두는 것이 보통이므로 절차면이나 법령적용의 문제에 대해서는 당사자로부터의 오류 지적이 충분하지 못할 수 있다는 것도 직권심판이 필요한 이유이다. 형소법 제364조 제2항의 직권심판은 이와 같은 필요 및 관점에서 규정된 것이라고 볼 수 있다.

당사자의 항소이유가 인정되지 않더라도 직권심판에 의하여 원심판결이 파기될 수 있다. 그리고 반드시 당사자가 주장하는 항소이유의 심리 후에 직권심판이 이루어져야 하는 것은 아니고 직권심판사유를 먼저 심리하여 직권심판으로 원심판결이 파기될 수도 있다.³⁵⁾

2) 항소이유서 제출의 요부

항소의 제기가 법률상의 방식에 위반하거나 또는 항소권소멸 후에 이루어져

34) 다만 조문상 ‘답변서를 제출하여야 한다’고 기재되어 있음에도 불구하고 의무로 해석되지는 아니한다.

35) 대법원 2006. 6. 27. 선고 2005도4177 판결.

형소법 제360조 제1항 또는 제362조 제1항에 의해 결정으로 항소를 기각하여야 할 경우는 적법한 항소가 존재한다고 할 수 없기 때문에 직권조사 또는 직권심판도 할 수 없다. 한편 적법하게 항소가 제기된 사건에서 소송조건외 흠결 등 직권조사사유가 있는 경우는 항소이유서 제출이 없더라도 조사·심리를 하여 그 사유가 인정된다면 그 사유에 상응한 재판(1심판결 파기 및 재판, 1심판결 파기 및 공소기각 또는 면소, 1심판결 파기 및 환송 또는 이송 등)을 해야 한다(형소법 제361조의4 제1항 단서).

그런데 적법한 항소가 있었으나 적법한 항소이유서의 제출이 없었을 경우 직권조사사유 외의 항소이유에 대하여 직권심판을 할 수 있는지가 문제된다. 비록 직권조사사유에까지는 미치지 않더라도 사안에 맞는 적정한 재판을 위한 직권발동의 여지를 열어둘 필요가 있을 뿐 아니라 형소법 제364조 제2항은 직권심판을 의무가 아니라 재량사항으로 정하고 있는 것에 불과한 점, 형소법은 항소장에 항소이유의 기재가 있으면 항소이유서가 제출되지 않았더라도 항소기각의 결정을 하지 않도록 하고 있어 반드시 적식의 항소이유서를 요구하지 않는 점(형소법 제361조의4 제1항 단서) 등에 비추어 보면 항소이유서의 제출이 없더라도 직권심판을 할 수 있다고 해석하는 견해가 있다.³⁶⁾ 판례도 피고인이 항소한 사안과 관련하여 피고인이 항소이유서를 제출하지 않았다고 하더라도 제1심판결이 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 사유가 있는 경우에는 형소법 제364조 제2항에 의하여 직권심판을 할 수 있다고 한다.³⁷⁾ 대법원 2001. 7. 13. 선고 2001도2229 판결은 “피고인이 항소이유서를 제출하지 아니한 것이라고 할지라도 제1심판결이 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 사유가 있는 경우에는 형소법 제364조 제2항에 의하여 직권으로 이를 심판할 수 있는 것이다”라고 판시하고 있고, 대법원 1968. 9. 2. 선고 68도1028 판결은 “형소법 제361조의4의 규정에 의하면 항소인이나 변호인이 같은 법 제361조의3 제1항 소정 항소이유서 제출기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니한 때에는 결정으로써 항소를 기각하여야 하나, 직권조사사유가 있을 때에는 예외로 한다고 되어 있고, 같은 법 제364조 제2항의 규정에 의하면 항소법원은 판결에 영향을 미친 사유에 관하여는 항소이유서에 포함되지 아니한 경우에도 직권으로 심판할 수 있다고 되어 있어서 판결에 영향을 미친 사유를 전반적으로 직권사유로 규정하였음을 알 수 있으니만큼 항소인이 법정기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니한 때에도 항소이유서에 포함되지 아니한 경우와 같이 판결에 영향을

36) 『주석 형사소송법(제5판)』(IV), 한국사법행정학회, 2017, 251쪽.

37) 대법원 2001. 7. 13. 선고 2001도2229 판결; 대법원 1968. 9. 2. 선고 68도1028 판결.

미친 사유가 있으면 항소법원은 항소이유서를 법정기간 내에 제출하지 아니하였다는 이유로 결정으로 항소를 기각할 것이 아니라 직권으로 심판하여야 된다고 해석하는 것이 상당하다.”고 판시하고 있다.

그러나 항소이유서의 제출이 없더라도 직권심판을 할 수 있다고 해석하는 위 견해와 판례는 다음과 같은 이유로 타당하지 않다고 생각된다.

① 형소법 제364조 제2항에서 “항소법원은 판결에 영향을 미친 사유에 관하여는 항소이유서에 포함되지 아니한 경우에도 직권으로 심판할 수 있다.”고 규정하고 있는바, ‘항소이유서에 포함되지 아니한 경우에도’라는 문언은 항소이유서가 제출된 경우를 전제로 하고 있다. 즉 항소이유서가 제출되었음을 전제로 그 항소이유서에 포함되지 않은 항소이유에 관하여 직권으로 심판할 수 있다는 의미이다.

한편 항소이유서가 제출되지 않았더라도 항소장에 항소이유의 기재가 있는 때에는 항소장이 항소이유서를 겸하는 것으로 선해하여 직권심판이 가능하다고 봄이 타당하다고 생각된다. 이와 같이 선해하는 것이 형소법 제361조의4 제1항 단서와도 조화로운 해석이라고 생각된다.

② 형소법 제364조 제1항은 “항소법원은 항소이유에 포함된 사유에 관하여 심판하여야 한다.”고 규정하여 항소심은 원칙적으로 항소인이 항소이유로 한 사항에 관하여 심판하도록 하면서도 제2항에서 “항소법원은 판결에 영향을 미친 사유에 관하여는 항소이유서에 포함되지 아니한 경우에도 직권으로 심판할 수 있다.”고 규정하여 항소인이 항소이유로 한 사항 외에도 판결에 영향을 미친 사유에 관하여는 직권으로 심판할 수 있도록 규정하고 있는바, 형소법 제364조 제1항, 제2항의 체계적 해석상 직권심판은 항소이유서가 제출된 경우를 전제로 하고 있다.

③ 형소법 제361조의4 제1항은 “항소인이나 변호인이 전조 제1항의 기간 내 (항소법원의 소송기록 접수통지를 받은 날로부터 20일 이내)에 항소이유서를 제출하지 아니한 때에는 결정으로 항소를 기각하여야 한다. 단, 직권조사사유가 있거나 항소장에 항소이유의 기재가 있는 때에는 예외로 한다.”고 규정하여 원칙적으로 항소이유서 제출기간 내에 항소이유서를 제출하지 않은 경우 결정으로 항소를 기각하도록 하면서도 직권조사사유가 있는 경우에는 항소이유서를 제출하지 않은 경우에도 직권조사사유에 대하여 조사·심리하도록 하고 있는데, 형소법 제364조 제2항은 이와는 달리 항소이유서에 포함되지 아니한 경우에도 직권심판을 할 수 있다고 하여 형소법 제361조의4 제1항과 달리 항소이유서가 제출된 경우를 전제로 하고 있다.

④ 위 68도1028 판결은 “... 항소인이 법정기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니한 때에도 항소이유서에 포함되지 아니한 경우와 같이 판결에 영향을 미친 사유가 있으면 항소법원은 항소이유서를 법정기간 내에 제출하지 아니하였다는 이유로 결정으로 항소를 기각할 것이 아니라 직권으로 심판하여야 된다고 해석하는 것이 상당하다.”고 판시하고 있는데, 항소인이 법정기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니한 경우를 항소이유서는 제출되었으나 항소이유서에 포함되지 아니한 경우와 같이 취급하는 아무런 근거를 제시하지 않고 있다.

⑤ 현행 형소법상 항소심은 사후심적 요소가 강화된 속심의 구조를 취하고 있고 당사자주의를 기본 구조로 하고 보충적으로 직권주의를 가미하고 있는바, 문언의 의미를 확장하여 직권심판의 범위를 넓히는 것은 이와 같은 항소심 구조에 반하게 된다. 오히려 이와 같은 항소심 구조와의 조화를 위해서는 가능한 직권심판의 범위를 좁게 해석하는 것이 바람직하다.

한편 판례는 검사가 항소한 경우는 피고인이 항소한 경우와 달리 취급하고 있다. 대법원 1978. 1. 10. 선고 77도3376 판결은 “경합범의 관계에 있는 별개의 범죄사실에 대하여 각별로 유죄와 무죄가 선고된 제1심판결 전부에 대하여 검사의 항소가 있었으나 무죄부분에 대하여는 항소이유서가 제출되지 아니한 경우에 있어서는 가사 그 증거의 취사와 사실인정에 잘못이 있다 하더라도 항소심이 위 무죄부분에 대하여 직권으로 심리·판단하여야 할 사유가 없다.”고 판시하고 있고, 대법원 1971. 3. 23. 선고 70도2752 판결은 “제1심에서 무죄를 선고한 판결에 가사 증거취사와 사실인정에 잘못이 있다 하여도 이는 형소법 제361조의4 제1항 단서의 직권조사사유에 해당된다고 할 수 없을 뿐 아니라, 본건과 같이 검사가 항소이유서를 제출하지 아니한 경우에는 형소법 제364조 제2항 소정의 ‘항소법원은 판결에 영향을 미친 사유에 관하여는 항소이유서에 포함되지 아니한 경우에도 직권으로 심판할 수 있다’는 경우에도 해당될 수 없다고 해석함이 상당하므로 원심이 위와 같이 제1심에서 무죄를 선고한 공소사실에 대하여 검사의 항소이유서 제출기간이 도과된 본건에 있어서 제1심에서 무죄된 사실에 대한 직권조사를 거쳐 이 부분을 유죄로 인정한 것은 잘못이다.”고 판시하고 있으며, 대법원 2017. 3. 15. 선고 2016도19824 판결은 “검사가 제1심 유죄판결 또는 일부 유죄, 일부 무죄로 판단한 제1심판결 전부에 대하여 항소하면서 항소장이나 항소이유서에 단순히 ‘양형부당’이라는 문구만 기재하였을 뿐 그 구체적인 이유를 기재하지 않은 경우, 항소심이 제1심판결의 유죄부분의 형이 너무 가볍다는 이유로 파기하고 그보다 무거운 형을 선고할 수

없다.”고 판시하고 있다.³⁸⁾ 일부무죄가 선고된 제1심판결 전부에 대하여 검사의 항소가 있었다 하더라도 그 항소이유서에 무죄부분에 관하여 아무런 언급이 없으면 이 부분에 대하여는 법정기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니한 경우에 해당한다고 할 것이어서 설령 무죄부분에 관하여 증거취사나 사실인정 또는 양형에 잘못이 있다 하더라도 형소법 제361조의4 제1항 단서의 직권조사사유에 해당하거나 제364조 제2항의 경우에 해당된다고 할 수 없다고 한 판례³⁹⁾도 같은 취지이다.

이와 같은 판례는 직권심판조항이 피고인에 대한 후견적 역할에 중점을 두고 있으므로 법률전문가인 검사에 대하여는 이와 같은 후견적 역할이 필요하지 않다는 관념에 기인하는 것으로 보인다. 그리고 위 77도3376 판결, 70도2111 판결, 2007도8117 판결의 경우 검사가 경합범 관계에 있는 유죄부분과 무죄부분에 대하여 모두 항소를 하였으나 항소이유서에 유죄부분에 대하여는 항소이유를 기재하였으나 무죄부분에 대하여는 항소이유를 기재하지 않은 사안으로 무죄부분은 항소심의 심판범위나 공방의 대상에서 제외되었다고 본 것으로 볼 수도 있다.

위에서 자세히 본 바와 같이 형소법 제364조 제2항의 해석상 항소이유서의 제출이 없는 경우 직권심판을 할 수 없다고 봄이 타당하고, 이는 피고인이 항소한 경우나 검사가 항소한 경우 모두 동일하다고 할 것인바, 검사가 항소한 경우에 관한 위 판례들은 타당하다고 할 것이다.

3) 직권조사사유와의 관계

형소법 제361조의4 제1항은 법정기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니한 때라도 직권조사사유가 있는 때에는 결정으로 항소기각을 하지 못하고 그 사유에 대한 심리를 하도록 하고 있고, 형소법 제364조 제2항은 항소법원은 판결에 영향을 미친 사유에 관하여는 항소이유서에 포함되지 아니한 경우에도 직권으로 심판할 수 있도록 하고 있는데 둘 사이의 관계에 대하여는 규정하고 있지 않다.⁴⁰⁾

38) 대법원 2015. 12. 10. 선고 2015도11696 판결도 동일한 취지이다.

39) 대법원 1970. 11. 30. 선고 70도2111 판결; 대법원 2008. 1. 31. 선고 2007도8117 판결 등.

40) 일본의 경우에는 일본 형소법 제392조 제2항에서 절대적 항소이유와 상대적 항소이유를 망라하여 직권으로 조사할 수 있음을 규정하고 있는데, 우리와 같이 직권조사사유와 직권심판사유로 구별하고 있지는 않다.

일본 형소법 제392조[조사의 범위] ① 항소재판소는 항소이유서에 포함된 사항을 조사하여야 한다. ② 항소재판소는 항소이유서에 포함되지 아니한 사항이라 하더라도 제377조

판례는 직권조사사유 및 직권심판과 관련하여 “직권조사사유에 관해서는 항소제기가 적법한 이상 항소이유서의 제출 여부를 가릴 필요 없이 반드시 심판하여야 할 것이지만 직권조사사유가 아닌 것은 그것이 항소장에 기재되었거나 그렇지 않으면 소정기간 내에 제출된 항소이유서에 포함되었을 경우에 한해서만 심판의 대상이 될 수 있을 뿐이고 단지 판결에 영향을 미친 사유에 한해서는 예외적으로 항소이유서에 포함되지 아니하였다 하더라도 직권으로 심판할 수 있다.”고 판시하고 있고,⁴¹⁾ “직권심판사유를 규정한 형소법 제364조 제2항의 판결에 영향을 미친 사유라는 것은 널리 항소이유가 될 수 있는 사유 중에서 직권조사사유를 제외한 것으로서 판결에 영향을 미친 경우를 포함하는 것이다.”라고 판시하고 있다.⁴²⁾

위와 같은 형소법의 규정과 판례의 판시를 종합하면 직권조사사유와 직권심판사유는 다음과 같은 차이점이 있다. ① 직권조사사유는 법원이 의무적으로 조사·심판해야 하지만 직권심판사유는 법원이 심판 여부에 대하여 재량권을 가진다. ② 직권조사사유는 판결에 영향을 미쳤는지 여부와 관계없이 조사·심판하도록 하고 있으나 직권심판사유는 판결에 영향을 미친 경우에 한하여 심판할 수 있다. 이는 직권조사사유는 당사자의 항소이유의 심사와는 다른 관점, 즉 당사자들이 주목하지 못하는 절차면이나 법령적용의 오류를 바로잡아 실제 진실주의 또는 재판의 적정을 추구하는데 주된 목적이 있는 반면 직권심판은 그보다는 당사자, 특히 피고인의 이익을 보호함으로써 판결의 적정을 기하려는 데 기울어 있는 제도로 설계된 것에서 오는 차이인 것으로 이해된다.⁴³⁾

직권조사사유와 직권심판의 규정 내용, 취지와 범위, 차이점 등을 종합해 보면 직권조사사유는 1심판결에 소송요건·상소요건, 절차적 강행법규의 준수, 실체법·절차법의 해석·적용 등 중대·명백한 하자가 존재하여 항소이유서 제출 여부나 판결결과에 대한 영향 여부에 관계없이 심사하여야 하는 사유를 말하고 직권심판사유는 사실오인이나 양형부당 등 그 밖의 구체적으로 검토·심리해 보아야 알 수 있는 하자가 존재하여 판결결과에 영향을 미쳤기 때문에 항소인이 항소이유로 주장하지 않았더라도 심사하여야 하는 사유를 말한다 할 수 있다. 따라서 논리적 판단순서상 직권조사사유의 유무를 먼저 판단하여 직권조사사유가 없는 경우 다음으로 직권심판사유를 판단하는 것이 타당하다

내지 제382조 및 제383조에 규정하는 사유에 관하여는 직권으로 조사할 수 있다.

41) 대법원 1976. 3. 23. 선고 76도437 판결; 대법원 2001. 1. 30. 선고 99도3949 판결.

42) 대법원 1976. 3. 23. 선고 76도437 판결.

43) 앞의 「주석형사소송법」, 165쪽.

고 생각된다.

한편 대법원 판례 중에는 일부무죄가 선고된 제1심판결 전부에 대하여 검사의 항소가 있었다 하더라도 그 항소이유서에 무죄부분에 관하여 아무런 언급이 없으면 이 부분에 대하여는 법정기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니한 경우에 해당한다고 할 것이어서 설령 무죄부분에 관하여 증거취사나 사실인정 또는 양형에 잘못이 있다 하더라도 형소법 제361조의4 제1항 단서의 직권조사사유에 해당하거나 제364조 제2항의 경우에 해당된다고 할 수 없다고 한 판례⁴⁴⁾ 등 직권조사사유와 직권심판사유를 명확하게 구별하지 않고 혼합하여 판시한 것들이 있다.

4) 직권심판의 시기 등

직권심판을 위한 심리의 시기에 대해서는 특별한 제한은 없고, 공판기일 전에도 할 수 있다. 그리고 직권심판의 대상이 되는 사항에 대해 사전에 당사자에게 변론을 하게 할 필요도 없다. 그러나 심리의 결과를 당사자에게 불이익하게 사용하여 불의타를 주는 것은 바람직하지 않으므로 운용상 그 결과를 법정에서 당사자에게 알려주고 변론의 기회를 주는 것이 바람직할 것이다.⁴⁵⁾

직권심판사유가 존재할 경우 항소인이 그 사유를 항소이유서에서 주장하였다가 철회한 경우에도 심리할 수 있다.⁴⁶⁾

5) 직권심판의 범위

(1) 직권심판 규정의 문언 및 개정 경과

형소법 제364조 제2항은 ‘판결에 영향을 미친 사유에 관하여는 항소이유서에 포함되지 아니한 경우에도 직권으로 심판할 수 있다.’고만 규정하고 있어 문언만을 보면 판결에 영향을 미친 사유이기만 하면 심판의 범위에 아무런 제한이 없는 것처럼 보인다. 그리고 직권심판 규정의 연혁을 보면 제1차 형소법 개정에서는 앞서 본 바와 같이 직권으로 심판할 수 있는 항소이유를 한정적으로 열거하였는데 제2차 개정시 “항소법원은 판결에 영향을 미친 사유에 관하여는 항소이유서에 포함되지 아니한 경우에도 직권으로 심판할 수 있다.”고 일반적·포괄적 조항으로 개정하는 방식으로 직권심판범위를 더 확장하였다. 또

44) 대법원 1970. 11. 30. 선고 70도2111 판결; 대법원 2008. 1. 31. 선고 2007도8117 판결 등.

45) 앞의 「주석형사소송법」, 252쪽.

46) 대법원 1997. 5. 9. 선고 95도2653 판결.

한 제2차 개정 형소법의 개정이유를 보면 “항소법원은 판결에 영향을 미친 사유에 관하여는 항소이유서에 포함되지 아니한 경우에도 직권으로 심판할 수 있도록 하여 항소법원의 직권심판대상을 확대함”이라고 되어 있어 개정취지 또한 직권심판사유 확대임을 알 수 있다. 그러나 위 규정에 의한 심판범위는 위 규정 자체의 형식적 문언만이 아니라 형소법 제364조 제1항, 제361조의4 제1항, 제361조의5 등 다른 형소법 규정들과의 유기적·체계적 해석에 의해 정해져야 할 것이다.

(2) 법정항소이유에 제한되는지 여부

형소법 제364조 제2항의 직권심판 사항과 관련하여 형소법 제361조의5에 규정된 항소이유들에 국한되는지가 문제된다. 직권조사사유와 관련하여서도 동일한 문제가 발생한다. 형소법 제364조 제2항의 직권심판 사항은 형소법 제361조의5에 규정된 항소이유들에 국한되지 않고 법원은 직권으로 그 이외의 사유들로도 직권심판을 할 수 있다고 해석하는 견해⁴⁷⁾가 있다. 그러나 직권심판 사항은 형소법 제361조의5의 항소이유에 해당하는 사유 중 항소이유서에 포함되지 않은 사유로 한정된다고 해석하는 것이 타당하다고 생각된다. 왜냐하면 법정의 항소이유 외에 추가적 항소이유를 인정하는 것은 형소법 제361조의5에 항소이유를 법정한 것에 정면으로 반하는 해석이기 때문이다. 또한 형소법 제361조의5(항소이유)는 “다음의 사유가 있을 경우에는 원심판결에 대한 항소이유로 할 수 있다.”고 규정하여 당사자가 항소한 경우만을 전제로 항소이유를 법정하고 있지 않은바(만약 직권심판의 경우를 제외하고 당사자가 항소한 경우만을 상정하여 항소이유를 법정하였다면 “다음의 사유가 있을 경우에는 ‘피고인 또는 검사는’ 원심판결에 대한 항소이유로 할 수 있다.”고 규정하였을 것이다), 항소심의 심판대상은 당사자가 항소이유로 한 것이든 직권으로 심판하는 경우이든 모두 형소법 제361조의5의 법정 항소이유에 의해 제한된다고 해석하는 것이 형소법 제361조의5의 규정과의 조화로운 해석이고, 나아가 형소법 제361조의5의 적용에 있어서 직권으로 심판하는 경우를 당사자가 항소이유로 한 경우와 달리 볼 근거도 없다.

이에 관한 판례의 입장은 명확하지 않다. 양형부당을 사유로 한 직권심판과 관련하여 판례는 “항소법원은 항소이유에 포함된 사유에 관하여 심판하여야 하고, 다만 판결에 영향을 미친 사유에 관하여는 항소이유서에 포함되지 아니

47) 김봉수, “항소이유서제도와 항소심의 구조-항소이유서 유효조건 해석을 통한 사후심으로의 전환-”, 『비교형사법연구』 제10권 제1호, 2008, 6., 347쪽.

한 경우에도 직권으로 심판할 수 있다. 한편 항소이유에는 ‘형의 양정이 부당하다고 인정할 사유가 있는 때’가 포함되고(형소법 제361조의5 제15호), 위와 같이 판결에 영향을 미치는 사유는 항소이유서에 포함되지 아니한 것이라도 항소심의 심판의 대상이 될 뿐만 아니라...”라고 판시하고 있는바,⁴⁸⁾ 위 판례는 양형부당이라는 법정의 항소이유가 있음을 전제로 그 사유가 직권심판사항이 될 수 있다고 판시함으로써 직권심판사항은 법정 항소이유로 제한된다는 것을 전제로 하고 있는 것으로 보인다.

한편 형법 제37조 전단의 경합범에 대하여 1심법원이 공소제기된 사건별로 별개의 형을 선고하였으나 그 사건이 모두 항소되어 항소심법원이 이를 병합심리하게 된 경우의 직권조사사항 여부와 관련하여 판례는 “동일한 피고인에 대한 수 개의 범죄사실 중 일부에 대하여 먼저 공소가 제기되고 나머지 범죄사실에 대하여는 별도로 공소가 제기됨으로써 이를 심리한 각 제1심법원이 공소제기된 사건별로 별개의 형을 선고하였으나, 그 사건이 모두 항소되어 항소심법원이 이를 병합심리하게 되었고 또한 그 수 개의 범죄가 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있게 되는 경우 위 범죄 모두가 경합범에 관한 법률규정에 따라 처벌되어야 하는 것이므로, 공소제기된 사건별로 별개의 형을 선고한 각 제1심판결에는 사후적으로 직권조사사유가 발생하였다고 보아야 할 것이고, 따라서 이와 같은 경우 피고인이 어느 사건에 대하여 적법한 기간 내에 항소이유서를 제출하지 않았다고 하더라도, 항소심법원은 제1심판결을 모두 파기하고 피고인을 형법 제37조 전단의 경합범에 대한 처벌례에 따라 다스려야 할 것이요 형사소송법 제361조의4 제1항 단서, 제364조 제2항의 규정과 경합범의 법리상 당연하다.”고 판시하고 있는바,⁴⁹⁾⁵⁰⁾ 위 판례는 법정의 항소이유 외의 직권조사사유를 인정하고 있다고 할 수 있다(위 판례는 공소제기된 사건별로 별개의 형을 선고한 각 1심판결에는 사후적으로 직권조사사유가 발생하였다고

48) 대법원 2010. 12. 9. 선고 2008도1092 판결.

49) 대법원 1998. 10. 9.자 98모89 결정.

50) 위 사건의 항소심의 경과를 보면, 피고인이 1998. 4. 30. 1심(창원지방법원 98교합00외 1건)에서 특수강도죄 등으로 징역 3년을 선고받고 항소한 사건(부산고등법원 98노00 사건)을 심리하던 중, 피고인이 1998. 1. 16. 1심(창원지방법원 97고단000외 4건)에서 폭력행위등 처벌에관한법률위반죄로 징역 3년에 집행유예 4년을 선고받고 항소심에 계속중이던 사건(창원지방법원 98노000 사건)에 대하여 1998. 6. 16. 병합심리결정을 하여 소송기록을 송부받아(부산고등법원 98노0000 사건) 심리를 마친 다음, 1998. 8. 19. 병합한 위 사건(위 98노0000 사건)을 분리하여 이에 대하여는 피고인이 적법한 기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니하였고 항소장에도 항소이유의 기재가 없으며 제1심판결에 직권조사사유도 없다는 이유로 형소법 제361조의4 제1항에 의하여 항소기간 결정을 하고, 나머지 사건(위 98노00 사건)에 대하여는 항소이유를 받아들일 수 없다고 하여 항소기간 판결을 선고하였다.

하면서도 후반부에서는 직권조사사유와 직권심판사유를 명확하게 구별하지 않고 혼용하여 판시하고 있다.). 그러나 직권조사사유는 법령적용이나 법령해석의 착오 여부 등 당사자가 주장하지 아니하는 경우에도 법원이 직권으로 조사하여야 할 사유로서 1심판결을 전제로 1심판결의 법령적용 등의 오류를 바로 잡기 위한 것으로 1심판결에 오류가 없는 경우 직권으로 조사할 사유 자체가 없으므로 오류가 없는 1심판결이 항소심에 이르러 병합되었다는 우연한 사정만으로 직권조사사유가 있다고 할 수 없는 점, 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있는 사건이 시차를 두고 기소되어 1심에서 별개로 판결이 선고되었다는 이유만으로 경합범 관계에 있는 두 개의 사건에 대한 각 판결에 오류가 있다고 할 수 없고(심지어 1개의 사건에 대한 1심판결 선고시까지 다른 사건의 수사가 이루어지지 않거나 수사 중이지만 아직 실체가 밝혀지지 않아 1개의 사건의 1심판결시까지 두 사건이 경합범이 될 가능성이 있는지 조차 모를 수도 있고, 각 다른 법원에 사건이 계속된 경우 당사자가 병합신청을 하지 않는 한 각 법원은 다른 사건의 존재 자체를 모를 것이다) 특히 병합심리 여부는 법원의 재량에 속하므로(형소법 제300조) 각 재판부가 다른 사건에 대하여 알았더라도 경합범을 병합심리하지 않았다고 하여 각 1심판결에 잘못이 있다고 할 수 없는 점(심지어 두개의 사건이 같은 법원 같은 항소심 재판부에 계속된다라도 그 재판부가 2개의 사건을 병합하여 심리하여야 할 의무가 있는 것은 아니다), 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있는 두 사건이 항소심에서 병합된 경우 1개의 형을 선고하는 것은 병합심리의 특성 및 형법 제37조 전단 및 제38조 제1항의 법규정에 의한 처단형 산정에 있어서의 피고인의 이익을 위한 사유 때문이지 직권조사사유에 의한 것이라고 보기 어려운 점, 형소법 제364조 제2항은 “항소법원은 판결에 영향을 미친 사유에 관하여는 항소이유서에 포함되지 아니한 경우에도 직권으로 심판할 수 있다.”고 규정하고 있는바 1심판결 후 사후적으로 발생한 사유인 항소심에서의 병합이 판결에 영향을 미친 사유라고 할 수 없는 점 등에 비추어 보면 위 판례가 형법 제37조 전단의 경합범에 대하여 1심법원이 공소제기된 사건별로 별개의 형을 선고하였으나, 그 사건이 모두 항소되어 항소심법원이 이를 병합심리하게 된 경우를 직권조사사유에 해당한다고 하거나 직권심판조항을 언급하여 판시한 것은 잘못된 판시라고 생각된다. 직권조사사유라는 개념을 활용하려면 사후적 직권조사사유라고 할 것이 아니라 항소심 이르러서의 병합심리의 특성 및 형법 제37조 전단 및 제38조 제1항의 법규정에 의한 처단형 산정에 있어서의 피고인의 이익을 위하여 직권조사사유를 유추적용하는 것으로 판시하였어야 할 것이다.

형법 제37조 전단의 경합범에 대하여 1심법원이 공소제기된 사건별로 별개의 형을 선고하였으나 그 사건이 모두 항소되어 법리오해, 사실오인, 양형부당 등의 각 사건에 대한 항소이유서가 제출되었고(또는 항소장에 항소이유의 기재가 있고) 항소심법원이 이를 병합심리하게 된 경우 법원실무는 『항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 피고인이 각 원심판결에 대하여 각 항소를 제기하여 이를 당심에서 병합하여 심리하게 되었는데, 피고인에 대한 원심판결들의 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 의하여 경합범 가중을 한 형기 범위 내에서 단일한 선고형으로 처단하여야 할 것이므로, 이 점에서 피고인에 대한 원심판결들은 더 이상 유지될 수 없게 되었다. 따라서 원심판결들에는 위와 같은 직권파기사유가 있으므로, 피고인의 (법리오해, 사실오인, 양형부당) 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 원심판결들을 모두 파기하고 변론을 거쳐 다음과 같이 다시 판결한다.』의 형식으로 판결이유를 작성하고 있어⁵¹⁾ 직권조사사항 조항이 아닌 직권심판 조항에 따라 직권파기를 하고 있다. 위와 같은 법원실무도 앞서 본 바와 같은 이유로 직권심판이라는 개념을 활용하려면 직권심판 조항을 유추적용하는 형식으로 바뀌어야 할 것이다.

(3) 형소법 제361조의5 항소이유와 직권조사사유·직권심판사유의 분류

직권조사사유는 항소인이나 변호인이 항소이유서 제출기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니한 때에도 결정으로 항소를 기각하지 않고 직권으로 조사·심리하여야 하고 직권심판사유는 판결에 영향을 미친 사유에 관하여 항소이유서에 포함되지 아니한 경우에도 항소법원이 직권으로 심판할 수 있다는 점에서 차이가 날 뿐 당사자가 주장하는 사유와 마찬가지로 형소법 제361조의5 항소이유로 규정된 것이어야 한다고 봄이 타당함을 앞서 살펴보았다. 형소법 제361조의5는 ‘1. 판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있는 때, 2. 판결 후 형의 폐지나 변경 또는 사면이 있는 때, 3. 관할 또는 관할 위반의 인정이 법률에 위반한 때, 4. 판결법원의 구성이 법률에 위반한 때, 5. 삭제<1963. 12. 13>, 6. 삭제 <1963. 12. 13>, 7. 법률상 그 재판에 관여하지 못할 판사가 그 사건의 심판에 관여한 때, 8. 사건의 심리에 관여하지 아니한 판사가 그 사건의 판결에 관여한 때, 9. 공판의 공개에 관한 규정에 위반한 때, 10. 삭제 <1963. 12. 13>, 11. 판결에 이유를 붙이지 아니하거나 이유에 모순이

51) 형사항소심 판결작성실무, 사법연구지원재단, 2007, 146쪽.

있는 때, 12. 삭제 <1963. 12. 13>, 13. 재심청구의 사유가 있는 때, 14. 사실의 오인이 있어 판결에 영향을 미칠 때, 15. 형의 양정이 부당하다고 인정할 사유가 있는 때'를 항소이유로 규정하고 있는데, 구체적으로 위 항소이유 중 어떤 것이 직권조사사유에 해당하고 어떤 것이 직권심판사유에 해당 할 수 있는지에 관하여 본다.

항소이유가 될 수 있는 사유 중에서 직권조사사유를 제외한 것으로서 판결에 영향을 미친 경우가 직권심판사유이므로 형소법 제361조의5 항소이유 중 직권조사사유에 해당할 수 있는 것부터 본다.

우선 3, 4, 7, 8, 9호는 절차적 강행법규를 위반하여 당사자의 중대한 절차적 권리가 침해된 것으로 직권조사사유에 해당한다고 할 것이다. 1호는 판결의 내용이나 절차가 법령에 위반한 것으로서 절차적 강행법규의 준수, 실체법·절차법의 해석·적용에 잘못이 있는 경우이므로 직권조사사유에 해당한다고 할 것이다. 2호는 1심판결 후 사후적으로 새로 발생한 사정이 있는 경우로서 1심판결에 잘못이 없지만 법령의 적절한 적용을 위한 것으로 예외적으로 직권조사사유에 포함시키거나 직권조사사유 규정을 유추적용하는 것이 타당하다고 생각된다. 11호는 형소법 제323조(유죄판결에 명시될 이유) 등 절차법의 적용에 잘못이 있는 경우이므로 직권조사사유에 해당한다고 할 것이다. 13호 재심청구사유는 유죄의 확정판결 후 원심판결의 서류 또는 증거물이 확정판결에 의하여 위조 또는 변조된 것이 증명된 때 등 사후적으로 새로 발생한 사정이 있는 경우로서 절차적 강행법규의 준수, 실체법·절차법의 해석·적용에 잘못이 있는 경우라고 할 수 없고 그와 같은 사정을 알지 못한 1심판결에 잘못이 있다고 할 수도 없으므로 직권조사사유에 해당하지 않는다고 봄이 타당하다. 14호 사실오인과 15호 양형부당은 소송조건·상소요건, 절차적 강행법규의 준수, 실체법·절차법의 해석·적용과 관련이 없고 원칙적으로 당사자의 주장이나 입증에 있어야 그 실체를 알 수 있다는 점에서 직권조사사유에 해당하지 않는다고 봄이 타당하다. 따라서 사실오인과 양형부당은 판결에 영향을 미친 경우 직권심판사유에 해당할 수 있다.

판례는 사실오인⁵²⁾과 양형부당⁵³⁾뿐만 아니라 법령위반도 직권심판사유에 포함시키고 있다.

대법원 2011. 5. 13. 선고 2011도1094 판결은 “제1심이 위법한 공시송달 결정에 터잡아 공소장 부분과 공판기일 소환장을 송달하고 피고인의 출석 없이 심

52) 대법원 1968. 9. 2. 선고 68도1028 판결; 대법원 2001. 7. 13. 선고 2001도2229 판결.

53) 대법원 1990. 9. 11. 선고 90도1021 판결; 대법원 2010. 12. 9. 선고 2008도1092 판결.

리·판단한 이상, 이는 피고인에게 출석의 기회를 주지 아니한 것이 되어 그 소송절차는 위법한 것이다. 한편 항소법원은 판결에 영향을 미친 사유에 관하여는 항소이유서에 포함되지 아니한 경우에도 직권으로 심판할 수 있으므로, 원심으로서는 검사만이 양형부당으로 항소하였다더라도 마땅히 직권으로 제1심의 위법을 시정하는 조치를 취했어야 할 것이다. 즉 원심으로서는 다시 적법한 절차에 의하여 소송행위를 새로이 한 후 위법한 제1심판결을 파기하고, 원심에서의 진술 및 증거조사 등 심리결과에 기하여 다시 판결하여야 할 것이다.”라고 판시하여,⁵⁴⁾ 법령위반도 직권심판사유에 포함시키고 있다. 그러나 이와 같은 법령위반은 절차적 강행법규위반이나 절차법의 해석·적용에 잘못이 있는 것으로 위에서 본 바와 같이 직권조사사유에 해당한다고 봄이 타당하다. 이와 같은 판시는 판례가 직권조사사유와 직권심판사유를 명확하게 구별하지 않고 혼용하여 판시한 것에 기인하는 것으로 보인다.

형소법 제364조 제2항의 문언과 앞서 본 직권심판 규정의 연혁 및 개정이유에 의하면 양형부당도 직권심판의 범위에 포함된다고 할 수 밖에 없다. 그러나 현행 형소법상 항소심은 사후심적 요소가 강화된 속심의 구조를 취하고 있고 당사자주의를 기본 구조로 하고 보충적으로 직권주의를 가미하고 있는 점, 직권심판 조항의 규정취지는 당사자가 미처 생각지 못하거나 또는 적절하게 항소이유서에 지적하지 못한 사유도 있을 것을 예상하여 실제적 진실의 발견과 형벌법규의 공정한 실현을 위한 것인데 양형부당의 경우 사실오인과 달리 위와 같은 규정취지와 관련성이 적은 점, 형소법 제1, 2차 개정시에 비해 변호사수가 비교할 수 없을 정도로 늘어나고 국선변호인 제도가 획기적으로 확대되어 피의자나 피고인이 법률전문가인 변호인의 도움을 받을 수 있는 기회가 늘어나서 당사자가 미처 생각지 못하거나 또는 적절하게 항소이유서에 지적하지 못한 경우를 대비한 법원의 후견적 역할의 필요성이 줄어든 점, 2007년 및 2020년의 형소법 개정으로 공판중심주의·직접주의가 강화됨에 따라 법원의 업무부담이 상당히 증가하였음에도 신속절차가 도입되지 않은 상황에서 1심 중심 운영과 항소심의 사후심적 운영 강화를 통하여 법원 자원의 효율적 배분이 필요한 점, 실무상 당사자가 적시하는 항소이유 중 양형부당이 대부분을 차지하고 있어 이를 직권심판 사항으로까지 할 필요성이 적은 점, 공판중심주의와 직접주의를 취하고 있는 우리 형소법에서는 양형판단에 관하여도 1심의 고유한 영역이 존재하는데, 1심의 양형이 재량의 합리적인 범위를 벗어나지 않는

54) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2002도5800 판결; 대법원 2010. 7. 29. 선고 2010도6823 판결; 대법원 2014. 5. 16. 선고 2014도3037 판결도 동일한 취지이다.

경우에는 이를 존중함이 타당하고, 1심의 형량이 재량의 합리적인 범위 내에 속함에도 항소심의 견해와 다소 다르다는 이유만으로 1심판결을 파기하여 1심과 별로 차이 없는 형을 선고하는 것은 자제함이 바람직한 점⁵⁵⁾ 등에 비추어 보면 향후 양형부당은 직권심판사유에서 제외하는 방향으로 형소법 개정이 이루어져야 할 것이다.⁵⁶⁾ 형소법 제364조 제2항에 의하면 직권심판 여부는 법원의 재량으로 되어 있는데 위와 같이 직권심판의 범위에서 양형부당을 제외하는 것으로 형소법이 개정되기 전에는 법원이 양형부당 여부에 대한 직권판단을 자제하는 방식으로 실무 운영이 이루어져야 할 것이다.

그리고 직권조사사유와 직권심판사유의 합리적 규정형식과 관련하여, 위에서 본 바와 같이 직권조사사유와 직권심판사유는 항소이유로 규정된 것이어야 한다는 것을 전제로 한다면, 위에서 살펴본 형소법 제361조의5 항소이유 중 직권조사사유와 직권심판사유의 분류에 대한 견해에 따라 제361조의5 제1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 11호는 직권조사사유로 형소법 제361조의4 제1항에 구체적·한정적으로 규정하고, 제13호와 제14호는 직권심판사유로 형소법 제364조 제2항에 구체적·한정적으로 규정하며, 제15호 양형부당은 직권조사사유나 직권심판 규정에서 제외하는 것으로 형소법 개정이 이루어져야 할 것이다.

(4) 판결에 영향을 미친 사유

직권심판사유란 ‘판결에 영향을 미친 사유’에 관하여 항소이유서에 포함되지 아니한 경우에도 항소법원이 직권으로 심판할 수 있는 사유를 말한다.

‘판결에 영향을 미친 사유’에 있어서 ‘판결’은 선고받은 1심판결을 말한다. 불이익변경금지원칙에 의해 1심판결을 변경할 수 없는 경우에도 그 자체로 판결에 영향이 없다고 할 수 없다. 예컨대 처단형의 산정을 잘못하여 법정형의 하한을 벗어난 판결을 선고한 경우 판결에 영향을 미친 법률위반의 위법이 있기 때문에 1심판결을 파기하여 1심과 같은 형을 선고하고 이유에서 1심이 법정형을 벗어나 선고한 법률위반의 잘못이 있지만 불이익변경금지원칙 때문에 1심

55) 대법원 2015. 7. 23. 선고 2015도3260 전원합의체 판결.

56) 1심 무죄판결에 대하여 검사가 법리오해 또는 사실오인으로 항소하여 항소심이 그 항소이유를 받아들여 1심판결을 파기하고 형을 정하여 선고하는 경우, 1심의 유죄판결에 대하여 피고인이 법리오해 또는 사실오인으로 항소하여 항소심이 일부 범죄사실에 대하여 그 항소이유를 받아들여 1심판결을 파기하고 새로 감경한 형을 정하여 선고하는 경우는 법리오해 또는 사실오인의 항소이유를 받아들여 1심판결을 파기함에 따라 새로 형을 정하여 선고하는 것이지 직권으로 양형부당을 판단하는 것이 아니므로 이와 같은 경우를 대비하여 양형부당을 직권심판의 범위에 둘 필요도 없다.

과 같은 형을 선고한다는 점을 밝혀야 할 것이다.

‘판결에 영향을 미친다’는 것은 판결의 주문이 달라질 경우뿐만 아니라 이유 중에서 구성요건적 평가에 직접 또는 간접적으로 관계된 부분에 영향을 미치는 경우를 포함한다. 예컨대 인정된 사실이 횡령죄에 해당하는데 배임죄를 적용했을 경우 법정형에 차이가 없고 선고할 형도 같은 것으로 보이는 경우라도 판결에 영향을 미친 것이 된다.

종래의 통설은 ‘판결에의 영향’을 판결 내용에의 영향으로 이해한다.⁵⁷⁾ 그러나 판결에의 영향은 판결 내용에의 영향 외에 절차를 위반한 결과 판결 자체가 무효가 되는 경우도 포함하여 파악함이 타당하다고 생각된다.

우선 판결 내용에 영향을 미치는 경우는 ‘해당 사유가 없으면 다른 내용의 판결이 선고되었을 경우’(내용에 있어 다른 판결)이다. 예컨대 적법하게 증거조사를 하지 않은 증거를 유죄의 증거로 삼았는데 그 증거를 제외하면 범죄사실을 인정할 수 없는 때를 들 수 있다. 다음으로 절차를 위반한 결과 판결 자체가 무효가 되는 경우는 ‘해당 절차의 위반이 없으면 유효한 판결이 선고되었을 경우’(유효성에 있어 다른 판결)이다. 예컨대 피고인의 불출석 재판의 사유가 없음에도 피고인의 출석 없이 판결을 선고한 경우 피고인을 출석시켜 판결을 선고했더라도 판결의 내용이 달라진다고 생각할 수 없기 때문에 절차의 위반이 판결 내용에 영향을 미친다고 할 수는 없다. 그러나 이와 같은 판결의 선고절차에 관한 효력규정에 위반했을 경우 판결 그 자체가 무효가 되고 따라서 그 위법이 판결에 영향을 미친다고 할 수 있다.⁵⁸⁾ 진술거부권을 고지하지 않고 재판을 진행하거나 피고인의 신체를 구속한 채로 심리를 진행하여 증거조사를 한 경우 등 소송절차에 중대한 위법이 있는 경우는 판결 내용에 대한 영향을 생각할 것도 없이 판결 자체가 무효가 되어 판결에 영향을 미친다고 봄이 타당하다고 생각된다. 이 경우 그와 같은 중대한 절차위반은 그 자체가 판결에 당연히 영향을 미친다고 하거나 그와 같은 절차과정에서 행해진 소송행위가 무효이고 그 무효인 소송행위를 기초로 하는 판결도 무효라고 하는 두 가지 설명이 가능하다.⁵⁹⁾

57) 정승환, 「형사소송법」, 박영사, 2018, 778쪽; 신양균, 「형사소송법」, 화산미디어, 2009, 1026쪽; 임동규, 「형사소송법(제12판)」, 법문사, 2016, 757쪽. 한편 이주원, 「형사소송법(제2판)」, 박영사, 2020, 648쪽; 신동운, 「신형사소송법(제5판)」, 법문사, 2014, 1608쪽. 이재상/조근석/이창은, 「형사소송법(제13판)」, 박영사, 2021, 826쪽은 판결에의 영향을 판결 내용에의 영향이라고 하면서도 판결의 실질적 내용 이외에 절차법규의 위반으로 인하여 판결의 무효를 초래하는 경우도 여기에 해당한다고 한다.

58) 앞의 「주석형사소송법」, 192쪽.

위와 같은 두 종류의 판결에의 영향은 논리적으로 절차위반으로 판결 자체가 무효가 되는지 여부를 검토하고 다음으로 판결 내용에 영향을 미치는지를 검토하여야 할 것이다.

판례는 판결내용 자체가 아니고, 피고인의 신병확보를 위한 구속 등 조치와 공판기일의 통지, 재판의 공개 등 소송절차가 법령에 위반되었음에 지나지 아니한 경우에는, 그로 인하여 피고인의 방어권, 변호인의 변호권이 본질적으로 침해되고 판결의 정당성마저 인정하기 어렵다고 보여지는 정도에 이르지 아니하는 한, 그것 자체만으로는 판결에 영향을 미친 위법이라고 할 수 없다고 하고 있다.⁶⁰⁾ 따라서 필요적 변호사건에서 변호인 없이 개정하여 유죄를 선고한 경우 그 법령위반은 유죄판결에 영향을 미친 것으로 되지만⁶¹⁾ 필요적 변호사건에서 변호인 없이 개정하여 무죄를 선고한 경우 그 법령위반은 무죄판결에 영향을 미친 것으로는 되지 않는다고 한다.⁶²⁾

‘판결에 영향을 미친 사실오인’은 사실오인에 의하여 판결의 주문에 영향을 미쳤을 경우와 범죄에 대한 구성요건적 평가에 직접 또는 간접으로 영향을 미쳤을 경우를 의미한다.⁶³⁾ 공판중심주의와 직접주의를 취하고 있는 우리 형소법에서는 양형판단에 관하여도 제1심의 고유한 영역이 존재하는바, 제1심의 양형이 재량의 합리적인 범위를 벗어나지 아니하는 경우에는 이를 존중함이 타당하며, 제1심의 형량이 재량의 합리적인 범위 내에 속함에도 항소심의 견해와 다소 다르다는 이유만으로 제1심판결을 파기하여 제1심과 별로 차이 없는 형을 선고하는 것은 자제함이 바람직한바⁶⁴⁾, ‘판결에 영향을 미친 양형부당’은 결국 제1심의 양형이 재량의 합리적인 범위를 벗어났는지에 의하여 판단하게 될 것이다. 구체적 판단에 있어서는 양형기준이 설정된 범죄의 경우 권고형의 범위내인지, 권고형을 벗어난 형을 선고하였다면 권고형을 벗어난 합리적인 이유가 있는지 등의 요소를 고려하여 판단하여야 할 것이다. 그리고 속심인 항소심

59) 앞의 「주석형사소송법」192쪽은 무효사유가 일부의 공판절차에만 존재하는 경우 예를 들면 일부 공판기일에 피고인의 신체를 구속한 채로 심리를 했을 경우나 검사의 의견진술 및 피고인과 변호인의 최후진술 절차를 거치지 않고 변론을 종결하여 판결을 선고했을 경우도 판결은 무효가 된다고 해석해야 하는 것이지만 이러한 경우는 해당기일에서의 소송행위를 무효로 하는 것에 의해서 즉시 판결이 무효가 된다고는 생각할 수 없고, 오히려 전제로서의 절차과정에 적정절차 내지 공판의 기본원칙에 반하는 중대한 위법이 있으므로 판결이 무효가 된다고 간결하게 설명하는 편이 낫다고 한다.

60) 대법원 2005. 5. 26. 선고 2004도1925 판결.
 61) 대법원 2006. 1. 13. 선고 2005도5925 판결.
 62) 대법원 2003. 3. 25. 선고 2002도5748 판결.
 63) 대법원 1996. 9. 20. 선고 96도1665 판결.
 64) 대법원 2015. 7. 23. 선고 2015도3260 전원합의체 판결.

의 성격상 1심판결 선고 후의 합의 등 사정변경이 있는 경우 이를 반영하여 양형을 할 수 밖에 없을 것인데 이 경우는 1심의 양형이 합리적인 재량의 범위내인지에 대한 판단은 희석될 수 밖에 없고 항소심 고유의 양형재량이 크게 작용할 수 밖에 없을 것이다.

영향을 ‘미친다’는 것은 오류사유가 없으면 유효성 또는 내용에 있어서 다른 판결에 이르는 것을 말한다. 즉 오류사유와 판결 사이에 규범적 인과관계가 존재해야 하고, 이는 판결에 영향을 미쳤을 가능성으로 충분하다.

6) 직권심판의무 여부

형소법 제364조 제2항은 ‘직권으로 심판할 수 있다’고 하여 법원의 권한을 인정하는 형태로 규정되어 있으므로 원칙적으로 직권심판의 여부는 법원의 재량이다.

판례는 “법원은 심리의 경과에 비추어 피고인의 방어권행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없다고 인정되는 때에는 공소장이 변경되지 않았더라도 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 직권으로 공소사실과 다른 범죄사실을 인정할 수 있고, 이와 같은 경우 공소가 제기된 범죄사실과 대비하여 볼 때 실제로 인정되는 범죄사실의 사안이 중대하여 공소장이 변경되지 않았다는 이유로 이를 처벌하지 않는다면 적정절차에 의한 신속한 실체적 진실의 발견이라는 형사소송의 목적에 비추어 현저히 정의와 형평에 반하는 것으로 인정되는 경우라면 법원으로서 직권으로 그 범죄사실을 인정하여야 한다.”고 하여⁶⁵⁾ 공소장변경의 요부(축소사실의 인정)와 관련하여 예외적으로 직권심판의무를 인정하고 있다.

IV. 결론

형소법은 제361조의4 제1항 단서에서 직권조사사유를 규정하고, 제364조 제2항에서 직권심판을 규정하면서도 직권조사사유나 직권심판의 정의나 구체적인 범위에 관하여는 규정하고 있지 않고, 형사소송규칙에도 직권조사사유나 직권심판에 관한 정의나 범위 등에 관한 규정이 없어 구체적으로 어떤 것이 직권

65) 대법원 2003. 5. 13. 선고 2003도1366 판결; 대법원 2004. 12. 10. 선고 2004도5652 판결; 대법원 2006. 4. 13. 선고 2005도9268 판결.

조사사유나 직권심판사유에 해당하는지는 해석에 맡겨져 있다. 그리고 법조항의 체계와 문언상 직권조사사유와 직권심판사유의 관계에 관한 명확한 파악도 어려워 이것도 결국 해석에 맡겨져 있다.

한편 위와 같이 형소법은 제361조의4 제1항 단서에서 직권조사사유를 규정하고, 제364조 제2항에서 직권심판을 규정하면서도 구체적인 직권조사사유나 직권심판의 범위에 관하여 규정하고 있지 않아 위 조항들의 해석이나 실무운영에 따라 항소심이 사후심적으로 또는 속심적으로, 당사자주의적으로 또는 직권주의적으로 운영될 여지가 있다. 그리고 직권조사사유나 직권심판의 범위에 관한 해석, 특히 사실오인이나 양형부당을 직권조사사유나 직권심판의 범위에 포함되는지 여부는 법원의 업무부담과 소송경제에도 큰 영향을 미치는 문제이다.

이상에서 직권조사사유와 직권심판 규정의 연혁과 취지, 직권조사사유와 직권심판의 의의 및 범위, 양자의 관계에 대하여 살펴보았다. 특히 직권조사사유와 직권심판의 범위, 양자의 관계에 관하여는 항소심의 구조, 형소법 제361조의5 항소이유와 연계하여 살펴보았다.

필자는 민사상 직권조사사유의 개념과 연계하여 형사상 직권조사사유의 개념을 정립한 후 이를 구체적으로 유형화하였다.

적법한 항소가 있었으나 항소이유서의 제출이 없었을 경우 직권조사사유 외의 항소이유에 대하여 직권심판을 할 수 있는지와 관련하여 필자는 항소이유서의 제출이 없으면 직권심판을 할 수 없다는 견해를 구체적 논거들을 들어 제시하였다. 직권조사사유와 직권심판사유가 형소법 제361조의5에 규정된 항소이유들에 국한되는지와 관련하여 필자는 법정의 항소이유 외에 추가적 항소이유를 인정하는 것은 형소법 제361조의5에 항소이유를 법정한 것에 정면으로 반하는 해석이기 때문에 직권조사사유와 직권심판사유는 형소법 제361조의5에 규정된 항소이유들에 국한된다는 견해를 제시하였다.

그리고 형소법 제361조의5의 항소이유를 각 직권조사사유와 직권심판사유로 분류한 후 직권조사사유와 직권심판사유의 합리적 규정형식과 관련하여 형소법 제361조의5 제1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 11호는 직권조사사유로 형소법 제361조의4 제1항에 구체적·한정적으로 규정하고, 제13호와 제14호는 직권심판사유로 형소법 제364조 제2항에 구체적·한정적으로 규정하며, 제15호 양형부당은 직권조사사유나 직권심판 규정에서 제외하는 것으로 형소법 개정이 이루어져야 할 것이라는 견해를 제시하였다.

[참고문헌]

<단행본>

- 신동운, 신형사소송법(제5판), 법문사, 2014.
신양균, 형사소송법, 화산미디어, 2009.
이재상/조균석/이창은, 형사소송법(제13판), 박영사, 2021.
이주원, 형사소송법(제2판), 박영사, 2020.
임동규, 형사소송법(제12판), 법문사, 2016.
정승환, 형사소송법, 박영사, 2018.
주석 형사소송법(제5판) (IV), 한국사법행정학회, 2017.
형사항소심 판결작성실무, 사법연구지원재단, 2007.

<논문>

- 김봉수, “항소이유서제도와 항소심의 구조-항소이유서 유효조건 해석을 통한 사후 심으로의 전환-”, 『비교형사법연구』 제10권 제1호, 2008. 6.
김우진, “항소이유서 미제출과 직권조사사유”, 『형사판례연구』 제15호, 2007. 9.
신동운, “상소제도의 개편에 따른 문제점과 개선방안”, 한국형사정책연구원, 2006.
심희기, “항소심의 구조: ‘속심 겸 사후심론’의 비판적 분석”, 『형사재판의 제문제』 제5권, 2005.

[Abstract]

Reasons for ex officio investigation
and ex officio judgment of the appeal trial

Kim, Hyun Cheol*

The Criminal Procedure Act stipulates reasons for ex officio investigation in the Article 361-4 (1) proviso, and stipulates reasons for ex officio judgment in Article 364 (2), but does not stipulate the definition or specific scope of the reasons for ex officio investigation or ex officio judgment. Even in the Criminal Procedure Rules, there are no specific provisions regarding the definition or scope of ex officio investigation or ex officio judgment. Therefore, it is left to interpretation which specifically falls under the reasons for ex officio investigation or ex officio judgment. In addition, because it is difficult to clearly grasp the relationship between the reason for ex officio investigation and the reason for ex officio judgment in the system and literature of the legal provisions, it is ultimately left to interpretation.

Because the Criminal Procedure Act does not stipulate the definition or specific scope of the reasons for ex officio investigation or ex officio judgment while it stipulates reasons for ex officio investigation in the Article 361-4 (1) proviso, and stipulates reasons for ex officio judgment in Article 364 (2), there is room for the appeal trial to operate as post trial or rehearing trial, partyism or ex officio depending on the interpretation. Interpretation about the scope of the reasons for ex officio investigation or ex officio judgment, especially whether to include misconception of facts or improper determination of punishment, is a matter that greatly affects the court's burden of work and the litigation economy.

In this thesis, author studied the history and purpose of the ex officio investigation and ex officio judgment regulations, the meaning and scope of the reasons for ex officio investigation and ex officio judgment, the relationship

* Lawyer, former Judge of Busan High Court

between the two. In particular, author studied the scope of the reasons for ex officio investigation and ex officio judgment and the relationship between the two in connection with the structure of the appeal trial and the reason for appeal under Article 361-5 of the Criminal Procedure Act.

After establishing the concept of criminal ex officio investigation in connection with the concept of civil ex officio investigation matters, author specifically categorized it.

Regarding whether an ex officio judgment can be made on the reason of appeal other than the reason for ex officio investigation if there was a legitimate appeal but no submission of document of the reason for appeal, author presented an opinion that an ex officio judgment cannot be made without the submission of document of the reason for appeal with presenting concrete arguments. Regarding whether the reasons for ex officio investigation and ex officio judgment are limited to the reasons for appeal stipulated in Article 361-5 of the Criminal Procedure Act, author presented an opinion that the reasons for ex officio investigation and ex officio judgment should be limited to the reasons for appeal stipulated in Article 361-5 of the Criminal Procedure Act because acknowledging additional reasons for appeal is directly contrary to limiting the reasons for appeal in Article 361-5 of the Criminal Procedure Act.

In addition, after classifying the reasons of appeal under Article 361-5 of the Criminal Procedure Act into reasons for ex officio investigation and reasons for ex officio judgment, author presented an opinion that the Criminal Procedure Act needs to be revised to the reasons of appeal of Article 361-5 No. 1, 3, 4, 7, 8, 9 are stipulated in a specific and limited way in Article 361-4 (1) as the reasons for ex officio investigation, the reasons of appeal of Article 361-5 No. 13, 14 are stipulated in a specific and limited way in Article 364 (1) as the reasons for ex officio judgment, the reasons of appeal of Article 361-5 No. 15 is excluded from reasons for ex officio investigation and reasons for ex officio judgment.

Keywords : reasons for ex officio investigation, ex officio judgment,
reasons for appeal, no submission of document of the reason for
appeal, Article 361-4 (1) proviso of the Criminal Procedure Act,
Article 364 (2) of the Criminal Procedure Act

