

재심과 비상상고의 교차영역

권 오 결*

〈국문초록〉

우리 형사소송법상 특별구제절차에는 재심과 비상상고가 규정되어 있다. 재심은 유죄의 확정판결을 받았더라도 그 판결에 중대한 사실인정의 오류가 있는 경우에는 판결을 받은 자의 이익을 위하여 확정된 판결을 시정하는 비상구제절차를 말한다(제420조). 비상상고 제도는 이미 확정된 판결에 대하여 법령 적용의 오류를 시정함으로써 법령의 해석·적용의 통일을 도모하는 비상구제절차를 말한다(제441조). 이러한 재심과 비상상고는 이미 확정된 판결에 대한 새로운 재판으로서 그 심판의 대상과 관련하여 교차되는 영역이 나타난다. 즉 재심의 사유인 동시에 비상상고의 대상으로 될 수 있는 영역이 발생할 가능성에 대한 논의이다. 구체적으로는 1) 사실오인으로 인하여 법령위반의 오류가 발생한 경우에 이것도 법령위반으로 보아 검찰총장은 비상상고를 할 수 있는가의 문제와 2) 소송법적 법령위반으로 인하여 발생한 사실의 오인에 대해 비상상고는 물론 재심을 청구할 수 있는가의 문제이다. 이 문제는 재심과 비상상고의 목적과 한계와 관련한 문제이며, 사실오인 그 자체이든 사실오인을 이유로 하는 법령위반이 현저히 정의에 반하는 경우에는 시정절차를 두는 것이 형사소송법의 이념에도 적합하다고 본다. 법적 논증과정에서 법원은 일반적으로 사실관계를 전제로 법령을 적용하여 법적 결론을 도출한다. 일반적인 상고사건의 경우도, 예를 들어 살인죄로 공소제기된 경우에, 과실치사를 주장하는 피고인은 자신이 고의살인범이 아닌데 사실관계를 잘못 판단하여 잘못된 법리와 법령을 적용하여 유죄판결을 했다는 것을 이유로 할 것이다. 즉 법리나 법령의 잘못된 해석 및 적용을 문제 삼는 것이지만, 그러한 잘못된 법리나 법령의 해석 및 적용은 잘못된 사실판단을 전제하는 것이다. 이처럼 사실 문제와 법률문제의 엄격한 구분은 쉽지 않으며 서로 혼재되어 있는 경우가 많다. 재심과 비상상고가 교차하는 영역에서 실체적 진실발견과 절차적 정의를 조화하기 위한 합리적인 해석론은 사실오인의 원인을 국가기관-수사기관이나 법원-이 제공하였고 그 결과로 법령위반이 초래된 경우에는 재심은 물론 비상상고를 통한 피고인 구제의 방법이 허용되어야 한다고 본다. 또한 소송법적 법령위반- 예컨대 위법수집증거의 증거능력을 배제하지 않은 법령위반-으로 유죄의 사실로 오인된 경우에는 비상상고는 물론 재심을 통한 피고인의 구제도 허용되는 것이 형사소송의 이념의 관점에서 타당하다고 본다. 이러한 해석론은 재심과 비상상고가 정의의 회복은 물론 피고인 구제라는 공통의 목적과 기능을 가지고 있다는 점에서 설득력이 있다고 생각한다.

* 경북대학교 법학전문대학원 교수 / 경북대학교 법학연구원 연구위원

주제어 : 재심, 비상상고, 전제사실 오인, 법령위반, 피고인 구제

• 투고일 : 2023.04.07. / 심사일 : 2023.04.20. / 게재확정일 : 2023.04.24.

I. 들어가는 말

우리 형사소송법상 특별구제절차에는 재심과 비상상고가 규정되어 있다. 재심은 유죄의 확정판결을 받았더라도 그 판결에 중대한 사실인정의 오류가 있는 경우에는 판결을 받은 자의 이익을 위하여 확정된 판결을 시정하는 비상구제절차를 말한다(제420조). 비상상고 제도는 이미 확정된 판결에 대하여 법령 적용의 오류를 시정함으로써 법령의 해석·적용의 통일을 도모하는 비상구제절차를 말한다(제441조).¹⁾

제420조(재심이유) 재심은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 이유가 있는 경우에 유죄의 확정판결에 대하여 그 선고를 받은 자의 이익을 위하여 청구할 수 있다.

제441조(비상상고이유) 검찰총장은 판결이 확정된 후 그 사건의 심판이 법령에 위반한 것을 발견한 때에는 대법원에 비상상고를 할 수 있다.

상소나 재심이 피고인 또는 유죄의 확정판결을 받은 자의 불이익을 구제하는 데 목적이 있는 반면에, 비상상고는 법령 적용의 오류를 시정함으로써 법령의 해석·적용의 통일을 도모하고,²⁾ 피고인의 구제하려는 데에 주된 목적이 있다.³⁾ 즉 비상상고는 법체계의 整合性을 유지하는 목적을 추구한다.⁴⁾

1) 피고인이 112신고를 받고 출동한 경찰관을 모욕하고, 있지 않은 범죄를 경찰관에게 거짓으로 신고하였다는 공소사실에 대하여, 형법 제311조, 경범죄 처벌법 제3조 제3항 제2호, 형법 제37조, 제38조를 적용하여 피고인을 벌금 3,000,000원에 처한 약식명령(원판결)이 확정된 후 비상상고가 제기된 사안에서, 위 각 죄의 법정형은 “1년 이하의 징역이나 금고 또는 2,000,000원 이하의 벌금”, “600,000원 이하의 벌금, 구류 또는 과료”이므로 그중 벌금형을 선택할 경우 벌금액은 위 범조에서 정한 벌금형의 다액을 합산한 2,600,000원을 초과할 수 없어 원판결이 법령을 위반한 경우에 해당한다는 이유로, 원판결을 파기하고 다시 벌금 2,600,000원을 선고한 사례(대법원 2021. 12. 30. 선고 2021오24 판결 [모욕·경범죄처벌법 위반] > 종합법률정보 판례).

2) 대법원 2005. 3. 11. 2004오2.

3) 이재상, 형사소송법, 54/3.

4) 배종대/이상돈/정승환, 형사소송법, 88/2.

그런데 비상상고의 이유로서 ‘심판의 법령 위반’에는 확정판결에 이르게 된 재판의 내용의 법령위반은 물론 그 절차에 있어서의 법령위반을 포함한다. 즉 판결의 법령위반과 소송절차의 법령위반을 말한다.

이러한 재심과 비상상고는 특별구제절차로서 이미 확정된 판결에 대한 새로운 심리로서 교차되는 영역이 나타난다. 즉 재심의 사유인 동시에 비상상고의 대상으로 될 수 있는 영역이 발생할 가능성에 대한 논의이다. 구체적으로는 1) 사실 오인으로 인하여 법령위반의 오류가 발생한 경우에 이것도 법령위반으로 보아 검찰총장은 비상상고를 할 수 있는가의 문제와 2) 법령위반으로 인하여 발생한 사실의 오인에 대해 비상상고는 물론 재심을 청구할 수 있는가의 문제이다.

1) 피고인 갑은 13세 미만임 불구하고 법원은 갑을 15세로 오인하여(사실오인) 유죄판결을 선고하였다(법령위반 : 형법 제10조의 책임능력 배제규정위반)

2) 피고인 갑에 대해 검사가 제출한 증거가 위법수집증거임에도 불구하고 배제하지 않고(법령위반 : 형사소송법 제308조 2의 위법수집배제규정위반) 법원이 그 증거능력을 인정하여, 범죄사실을 인정하고 (사실오인) 갑에 대해 유죄판결을 선고하였다.

1)의 경우에는 현재 대법원의 견해에 의하면 법령적용의 전제사실의 오인으로서는 법령위반에 해당하지 않아 비상상고의 대상이 되지 아니한다. 특히 최근의 형제복지원 사건에 대한 비상상고에 대해 대법원은⁵⁾ “형사소송법이 정한 비상상고이유인 ‘그 사건의 심판이 법령에 위반한 때’란 확정판결에서 인정한 사실을 변경하지 아니하고 이를 전제로 한 실체법의 적용에 관한 위법 또는 그 사건에서의 절차법상의 위배가 있는 경우를 뜻한다. 단순히 그 법령을 적용하는 과정에서 전제가 되는 사실을 오인함에 따라 법령위반의 결과를 초래한 것과 같은 경우에는 이를 이유로 비상상고를 허용하는 것이 법령의 해석·적용의 통일을 도모한다는 비상상고 제도의 목적에 유용하지 않으므로 ‘그 사건의 심판이 법령에 위반한 때’에 해당하지 않는다고 해석하여야 한다”고 판시하여 비상상고를 기각하였다.

2)의 경우에는 소송절차의 법령위반으로서 비상상고의 대상이 될 것이다. 그러나 만약 비상상고가 기각된다면 피고인은 다시 재심을 청구할 수가 있을 것인가?

1)과 2)의 문제는 모두 피고인의 구제의 폭을 넓히려고 하는 하나의 시도라

5) 대법원 2021. 3. 11. 선고 2018오2 판결[폭력행위등처벌에관한법률위반(변경된 죄명: 특수강금) <형제복지원 비상상고 사건>].

고 할 수 있다. 1)의 경우에 만약 비상상고를 인정한다면 재심이라는 힘들고 긴 여정- [재심의 청구-재심개시결정- 재심공판]-을⁶⁾ 거치지 않더라도 검찰총장의 비상상고의 제기로써 피고인의 억울함을 신속하게 그리고 효율적으로 구제할 수 있고 동시에 실체적 진실발견이라는 국가형사사법의 목적을 달성할 수 있다. 특히 형제복지원 사건 등과 같이 재심 등으로 피해자들의 명예를 회복하기 어려운 과거사 사건 등에 있어서는 그 판결의 잘못이 기록에 명확히 오류가 드러난 이상 전향적인 해석을 통해 논리일관성을 유지하면서도 구제가 가능하도록 제도를 운용할 필요가 있다.⁷⁾ 그러나 법원이 적법한 비상상고이유에 관하여 그동안 견지해 온 원칙을 벗어나 비상상고를 쉽게 허용한다면, 확정 판결의 확정력과 기판력에 토대를 둔 법적 안정성에 커다란 혼란을 초래할 수 있으며, 또한 비상상고인이 주장하는 사정을 헤아려 비상상고이유의 범위를 확대하는 것은 법령의 해석·적용에 통일을 도모하려는 비상상고 제도 본래의 의의와 기능에도 부합하지 않는다는 주장도 제기된다.⁸⁾ 따라서 실체적 진실발견의 제정립이라는 재심의 목적과 법령해석의 통일과 피고인 구제라는 비상상고의 목적이 실체적 정의와 절차적 정의라는 관점과 조화될 수 있는 방안이 필요하다고 본다. 만약 사실의 오인에 기인하는 법령위반을 비상상고의 법령위반에 포함한다고 본다면, 유죄의 확정판결을 받은 자는 재심의 청구와, 검찰총장을 통한 비상상고라는 두 가지 가능성을 가지게 된다. 그러나 현행 법률상 개인이 비상상고를 청구할 수는 없다. 따라서 위의 가능성을 현실화하기 위해서는 사실오인에 의한 법령위반을 비상상고의 법령위반에 포함된다는 해석론과, 개인의 비상상고 청원절차라는 절차규정에 대한 입법론이 동시에 필요한 영역이다.

한편 2)에 대해서 검찰총장의 비상상고가 기각된 경우에 다시 피고인이 재심을 청구할 수 있다면 피고인의 진실을 향한 노력을 계속할 수 있을 것이며, 피고인의 구제의 범위가 확대되는 것으로 될 수 있을 것이다. 이 문제는 재심의 본질과 한계에 대한 영역이다.

6) 재심으로 가는 길은 멀고도 험하다. 우선 재심개시결정이라는 관문을 통과해야 한다. 이 관문은 일단 재심을 허용한다는 결정이다. 이 관문을 통과하더라도 재심공판에서 다시 피고인의 무죄(또는 가벼운 범죄)가 입증되어야 한다. 이 과정에서는 시간과 비용이 필요하다. 그리고 이미 피고인이 사망하거나 증거가 인멸된 경우도 많은 것이다.

7) 차호동, “비상상고제도의 전향적 운용 필요성 - 대법원 2021. 3. 11. 선고 2018오2 판결(형제복지원 비상상고 신청 사건)을 중심으로 -”, 형사법의 신통향 통권 제71호(2021 · 여름), 221면.

8) 대법원 2021. 3. 11. 선고 2018오2 판결

II. 재심과 비상상고의 차이점과 기능

	재심(형사소송법 제420조-440조)	비상상고(형사소송법 제441조 447조)
사유	사실오인	법령위반
목적	사실오인의 시정을 통한 피고인 구제	법령해석의 통일과 피고인 구제
대상	확정된 유죄판결(무죄,연소,공소기각, 관할위반의 확정판결은 대상 아님)	모든 판결(무죄,연소,공소기각, 관할위반의 확정판결도 대상)
청구권자	유죄판결을 선고받은자, 그 법정대리인, 배우자, 형제자매, 검사	검찰총장
관할법원	원판결법원	대법원(상소불가능)
심판절차	심급에 따라 다시재판(일반절차와 동일하므로 상소가능)	원판결 또는 원심소송절차를 파기함에 그치고, 다시 재판하지 아니함(446조 1호,2호)(다만 원판결이 피고인에게 불리한 경우에는 다시판결: 446조 1호 단서)
재판의 효력	재심심판에서의 판결은 피고인에게 미침	파기자판의 경우를 제외하고는(446조 1호 단서) 피고인에게 미치지 아니함
무죄판결의 공시	관보와 신문에 공시(440조)	공시절차 없음

재심과 비상상고는 확정재판에 존재하는 중대한 하자를 시정·구제하기 위한 특별소송절차인 점에서 양자는 동일하다.⁹⁾ 그러나 위 도표에서 보는 것처럼 재심과 비상상고는 그 사유와 절차 등에 있어서 차이가 있다. 또한 재심은 독일,프랑스, 일본, 미국 등을 비롯한 대부분의 국가에서 인정하고 있지만, 비상상고는 대륙법계에서도 한국, 프랑스¹⁰⁾, 일본 등에서만¹¹⁾ 인정하고 있다.

9) 伊藤榮樹 외, 注釋 刑事訴訟法 제7권, 立化書房, 平成 12년, 195면.

10) 프랑스 형사소송법 제620조(검찰총장이 법무부장관의 공식적인 명령에 기하여 법률에 위반한 사법상 처분 또는 판결에 대하여 대법원 형사부에 파기를 청구한 때에는 그 처분 또는 판결을 파기할 수 있다); 일본 형사소송법 제454조(검사총장은 판결이 확정된 후 그 사건의 심판이 법령에 위반되었음을 발견한 때에는 최고재판소에 비상상고를 할 수 있다). 프랑스의 비상상고제도가 일본에 계수되었고, 우리 형사소송법도 일본 형사소송법의 규정과 거의 유사하다.

11) 한편 독일의 경우에는 현행 형사소송법에서는 비상상고규정이 없다. 그러나 나치법(1940년)에서는 실질상 정의의 요청에 기하여 판결확정 후 1년 이내에 검찰총장의 상고를 인정하였다. 이는 피고인에 대하여 유리,불리를 불문하고 항상 현실적 효력을 가지며 오로지 당해사건의 처리의 교정을 목적으로 하는 것이었다; 서일교, 형사소송법강의, 제일문화사(1955), 328면.

재심제도는 형사소송에 있어서 법적 안정성과 정의의 이념이 충돌하는 경우에 정의를 위하여 판결의 확정력을 제거하는 가장 중요한 경우라고 할 수 있다.¹²⁾ 원칙적으로 재판의 확정력은 형사절차의 가장 중요한 요소로서 절차적 안정성의 이념과 더불어 더 이상 한 사건에 형사사범의 자원이 소모되지 않도록 함으로써 소송경제의 이념에도 이바지 한다.¹³⁾ 그러나 정의감정에 비추어 감내하기 힘들 정도로 명백한 확정판결의 오류를 방지하는 것은 피고인 개인의 이익뿐만 아니라 형사사범에서 실체적 진실발견의 이념을 또한 훼손하는 결과가 된다. 결국 명백한 오류를 시정함으로써 형사사범에 있어서의 절차적 정의와 실체적 정의가 일정한 균형을 이루도록 유지하고 조정하는 제도가 바로 재심제도라고 할 수 있다.¹⁴⁾ 재심은 실체적 진실발견을 위하여 인정하지 아니할 수 없다는 당위성과 법적 안정성과 절차적 정의가 훼손될 수 있다는 위험성을 모두 안고 있는 제도이며, 따라서 이러한 허용성과 위험성의 적절한 조화가 필요한 영역이 아닐 수 없다. 재심은 확정판결을 대상으로 한다는 점에서 미확정재판에 대한 구제신청제도인 상소와 다르고, 사실오인을 시정하기 위한 제도라는 점에서 법령위반을 이유로 검찰총장이 청구하는 비상상고와 다르다. 또한 재심은 그 효력이 피고인에게 직접적으로 미친다는 점에서 원칙적으로 피고인에게 효력이 미치지 않는 비상상고와 구별된다.

재심 제도와 마찬가지로 비상상고 제도는, 이미 확정된 판결을 시정하는 역할을 하고 있기 때문에 법적 안정성의 견지에서 그간 대법원은 인정요건을 매우 엄격히 해석해왔다. 비상상고 사건은 연간 사건 수 역시 통계에 별도로 집계되지 않을 정도로 적었으며¹⁵⁾ 이에 따라 관련 판례 역시 많지 않고 관련 연구가 활발하게 이루어지지 못한 분야였던 것이 사실이다.¹⁶⁾ 프랑스, 일본을¹⁷⁾

12) 이재상, 형사소송법, 53/2.

13) 배종대/이상돈/정승환, 형사소송법, 85/8.

14) 재심은 형법의 두 가지 기본 원칙, 즉 한편으로는 법적 확실성과 다른 한편으로는 실질적인 정의의 사이를 중재한다. 이러한 예외적 특성으로 인해 재심에 부과되는 요구 사항은 항소 및 수정의 경우보다 훨씬 높다; Rudolph Rechtsanwälte, "WIEDERAUFNAHME VON STRAFVERFAHREN"(<https://www.rudolph-recht.de/wiederaufnahme-von-strafverfahren>; 2023.3.26.08.15).

15) 대법원 2021. 12. 30. 선고 2021오24 판결; 대법원 2021. 12. 30. 선고 2021오12 판결 ; 대법원 2021. 3. 11. 선고 2019오1 판결; 대법원 2021. 3. 11. 선고 2018오2 판결; 대법원 2018. 4. 10. 선고 2018오1 판결 ; 대법원 2017. 6. 15. 선고 2017오1 판결 ; 대법원 2015. 5. 28. 선고 2014오3 판결; 대법원 2011. 2. 24. 선고 2010오1 판결 ; 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009오1 판결 ; 대법원 2006. 4. 14. 선고 2006오1 판결; 대법원 2000. 10. 13. 선고 99오1 판결; 대법원 1993. 6. 22. 선고 93오1 판결; 대법원 1976. 4. 27. 선고 76오1 판결; 대법원 1970. 6. 30. 선고 70오1 판결 등이다.

거친 비상상고제도의 도입경과를 바탕으로 우리나라 비상상고제도의 주된 목적이 법령 해석·적용의 통일인지 또는 피고인의 구제인지에 대한 논의가 있다. 이에 대하여 대법원은 “비상상고 제도는 이미 확정된 판결에 대하여 법령 적용의 오류를 시정함으로써 법령의 해석·적용의 통일을 도모하려는 데에 그 목적이 있다. 형사소송법이 확정판결을 시정하는 또 다른 절차인 재심과는 달리, 비상상고의 이유를 심판의 법령위반에, 신청권자를 검찰총장에, 관할법원을 대법원에 각각 한정하여 인정하고(제441조), 비상상고 판결의 효력이 일정한 경우를 제외하고는 피고인에게 미치지 않도록 규정한 것도(제447조) 이러한 제도 본래의 의의와 기능을 고려하였기 때문이다”라고 하여¹⁸⁾ 법령의 해석·적용의 통일을 도모하려는 데에 그 목적이 있다고 한다.¹⁹⁾ 학계는 비상상고의 주된 목적은 법령 해석·적용의 통일이고 부수적으로 피고인의 구제기능을 수행한다는 견해와²⁰⁾ 피고인의 구제 역시 주된 목적이라고 보는 견해가 나뉘어 있다. 전자는 현행법상의 비상상고제도가 프랑스법의 ‘법률의 이익을 위한 상고’에서 유래한다는 입장이며, 후자는 프랑스법의 ‘공익을 위한 상고’에서 유래하는 것으로 파악할 수 있다.²¹⁾ 견해 차이에 따라 비상상고의 활용범위에 관한 해석론이 달라질 수 있다. 비상상고 제도의 의의와 기능은 적법한 비상상고 이유의 의미가 무엇인지, 그 범위가 어디까지인지를 해석·판단하는 때에도 중

16) 차호동, “비상상고제도의 전향적 운용 필요성 - 대법원 2021. 3. 11. 선고 2018오2 판결(형제복지원 비상상고 신청 사건)을 중심으로 -” 193면.

17) 일본에서의 비상상고제도는 프랑스 형사소송법상의 법률을 위한 상고(recours dans intérêt de la loi) 및 공익을 위한 상고(recours dans intérêt public) 제도에서 유래하고 있다. 전자가 재판의 옳을 입은 학설에 불과하다는 말이 있듯이, 당사자에 대해 어떠한 효력도 미치지 않으며, 단지 장래에 대해서만 동일한 오류를 방지하도록 하는 제도임에 반하여, 후자는 법령에 위반한 재판상의 행위와 판결을 파기하는 구제제도로서, 피고인에게 이익이 되는 한 현실적인 효력을 가지는 것이기 때문에, 일본의 비상상고제도에 대해서도 위와 어느쪽의 영향을 보다 강력하게 받았는지에 대한 이해의 차이에 따라 그 목적, 기능에 대해 약간의 차이가 있다. 일본에서는 프랑스법상의 법률을 위한 상고와 동일한 취지의 비상상고제도를 채용하였다. 현행 형사소송법 역시 구형사소송법의 비상상고제도를 원용하고 있다; 伊藤榮樹 외, 注釋 刑事訴訟法 제7권, 立化書房, 平成 12년, 196면.

18) 대법원 2021. 3. 11. 선고 2018오2 판결

19) 일본의 경우에도 판례의 입장이다. 最判昭和26.1; 昭和28.7. 판례는 일관해서 비상상고의 목적은 법령의 해석적용을 통일적으로 하는 것에 있으며, 개개의 사건에서의 구제를 목적으로 하는 것은 아니라는 취지로 판시하고 있지만, 학설에서는 구체적 사건에 있어서 피고인의 불이익의 구제도 또한 비상상고의 중요한 임무로 보는 견해도 유력하다(平野, 刑訴344; 光藤, 刑訴法講座(3), 166; 伊藤榮樹 외, 注釋 刑事訴訟法 제7권, 立化書房, 平成 12년, 196면).

20) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 형사소송법, 2016, 홍문사, 881면; 이창현, 형사소송법, 정독, 2022, 1345면; 신양균/조기영, 형사소송법, 박영사, 2020, 1255면.

21) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 형사소송법, 2016, 홍문사, 880면.

요한 지침이 된다.²²⁾ 즉 법령 해석·적용의 통일이 주된 목적이라는 견해에 의하면 비상상고 제도의 엄격한 운용으로 이어질 여지가 있기 때문이다.²³⁾

생각건대 재심과 비상상고는 모두 형사소송법상 특별구제절차에 해당한다. 특별구제절차는 통상적인 일반 형사소송절차 즉, 항소와 상고, 항고 등의 상소 제도를 모두 이용한 경우에라도, 피고인의 형사절차상의 구제를 위한 제도라는 의미이다. 비상상고(형사소송법 제441조)는 법문에서 ‘사건의 심판이 법령에 위반한 것을 발견한 때’라고 규정하고 있다. 이 문언은 비상상고를 제기할 수 있는 사유를 규정한 것이며, 조문에서 비상상고의 목적을 직접 규정하고 있는 것은 아니다. 이러한 비상상고의 목적은 해석론의 영역으로서 학설과 판례에 맡겨져 있는 것이다. 그러나 대법원이 비상상고의 목적에서 피고인의 구제는 비상상고의 목적이 아니라는 것을 명시적으로 밝힌 적은 없다.

비상상고제도는 형사소송법상의 절차의 하나이므로 형사소송법의 이념의 관점에서 그 목적과 기능을 발견해야 한다고 본다. 형사소송법은 일반적으로 ‘실체적 진실발견, 적법절차의 원칙, 신속한 재판’을 그 이념으로 한다. 이 각 이념들은 복합적 성격을 가지고 있다.²⁴⁾ 이 각 이념들은 독자적 의미를 가지면서도 서로 보완하고 견제하면서 적절한 조화를 통해 전체 형사소송의 지도이념으로 작동한다. 예컨대 신속한 재판의 이념만을 강조한다면 재심이나 비상상고 제도는 가능한 한 엄격하게 운용되어야 한다. 그러나 실체적 진실발견의 원리를 강조하면 상대적으로 재심과 비상상고는 더 확대하여 해석하고 해석되어야 한다. 이러한 양 이념사이를 중개하는 것이 적법절차의 원칙이라고 본다. 즉 신속한 재판도 적법절차의 원칙을 준수하면서 진행되어야 한다. 또한 실체적 진실발견의 원칙 또한 적법절차의 범위 안에서 추구되어야 한다. 이러한 관계는 재심과 비상상고에도 당연히 적용된다. 재심은 신속한 재판의 관점에서는 억제되어야 하지만, 실체적 진실발견의 관점에서 확대되어야 한다. 비상상고 역시 신속한 재판의 관점에서는 억제되어야 하지만, 적법절차의 관점에서는 확대되어야 한다. 형사소송절차는 적법절차를 통한 실체적 진실발견을 신속한 재판을 통해 구체화하는 과정이다. 이러한 이념 상호간의 관계의 지향점은 피고인의 구제에 있다고 할 수 있다. 형사소송절차는 적극적으로 본다면 범죄의 혐

22) 대법원 2021. 3. 11. 선고 2018오2 판결.

23) 피고인의 이익을 위한 재심도 제한적인 범위에서 인정되는데, 법률상 불이익은 없다 하더라도 피고인에게 사실상 불이익을 주는 형식으로 비상상고를 확대 운용하는 것은 이익재심만을 인정하는 형사소송법의 체계에 비추어 난점이 있다고 생각하는 견해는 김종구, “확정판결 후 구제수단으로서 비상상고에 관한 고찰”, 法學論叢 第29輯 第1號, 2022, 48면.

24) Werner Beulke, Strafprozeßrecht, C.F.Müller, 1996, 2면.

의가 있는 자에 대한 수사를 통해 유죄판결을 법원에 청구하고, 법원은 증거에 기초하여 피고인에게 유죄 또는 무죄의 선고를 통하여 형사사법정의를 실현하는 과정이다. 또한 형사소송절차는 각 단계에서 억울한 자를 배제하는 절차를 마련하고 있다. 수사단계에서의 각종의 절차들-예컨대 영장주의, 구속의 기간 등-, 공소제기단계의 절차들-예컨대 공소장일본주의-, 공판단계의 절차들-예컨대 증거재판주의, 위법수집증거배제법칙, 상소제도- 등을 통해 억울한 자를 절차에서 배제시켜 자유를 회복하는 절차를 마련하고 있다. 즉 형사사법시스템은 한편으로는 죄있는 자에 대해 형벌권을 실현하는 과정이지만(유죄자필벌), 다른 한편으로는 죄없는 자에 대해 형벌을 부과하는 과정으로부터 배제하는 역할(무죄자불벌)을 하는 것이다. 특히 상소제도와 특별구제절차는 더욱더 피고인의 억울함을 해소하는 절차로서²⁵⁾ 피고인 구제를 본질적인 기능으로 한다고 하지 않을 수 없다.

또한 형사보상은 피고인의 구제를 위한 실질적인 방안이라고 할 수 있다. 형사보상 및 명예회복에 관한 법률(이하 ‘형사보상법’이라고 한다)은 형사소송 절차에서 무죄재판을 받은 자에 대한 정당한 보상과 실질적 명예회복에 이바지하기 위하여 형사보상과 명예회복을 위한 방법과 절차 등을 규정함으로써 헌법상 형사보상청구권의 내용을 구체화하고 있다.²⁶⁾ 형사보상법 제2조 제1항은 “형사소송법에 따른 일반 절차 또는 재심이나 비상상고 절차에서 무죄재판을 받아 확정된 사건의 피고인이 미결구금을 당하였을 때에는 이 법에 따라 국가에 대하여 그 구금에 대한 보상을 청구할 수 있다.”라고 정하고 있다. 재심 뿐만 아니라 비상상고도 피고인에게 형사보상을 청구하는 것이 허용되어 있다. 따라서 재심과 마찬가지로 비상상고 역시 피고인의 구제라는 기능을 수행한다고 보는 것이 타당하고, 이러한 기능에 근거해서 비상상고와 재심의 교차영역에 대한 해석론을 전개하는 것이 바람직하다고 생각한다.

III. 사실오인으로 인한 법령위반과 비상상고

비상상고는 원판결의 법령위반을 이유로 한다. 따라서 사실오인 그 자체는 비상상고의 대상이 되지 않는다.²⁷⁾ 문제는 사실오인의 결과로 법령위반의 오

25) 물론 죄있는 자가 상소를 제기하는 경우도 많지만, 100%로 완벽한 진실을 발견할 수 없는 것 또한 형사사법시스템의 본질적인 한계일 것이다.

26) 대법원 2017. 5. 30. 선고 2015다223411 판결.

류가 발생한 경우에 이것을 법령위반으로 보아 비상상고를 할 수 있는가에 있다. 예컨대 모욕죄에 해당하고 고소가 취소되었기 때문에 형사소송법 제327조를 적용하여 공소기각의 판결을 선고하여야 함에도 불구하고, 재판부가 일반 명예훼손(형법 제307조 1항)의 사실로 오인하여 형법 제301조를 적용하여 유죄를 선고한 경우에, 피고인은 법령위반을 이유로 비상상고를 할 수 있는가이다. 이 논의는 사실오인으로 인한 법령위반도 법령위반의 범주에 포섭할 수 있는가에 대한 근본적인 고찰에서 출발한다. 이에 대해서는 다음의 견해가 대립하고 있다.²⁸⁾

1. 학설

- 1) 소극설²⁹⁾ : 비상상고는 피고인의 구제를 목적으로 하는 재심과 달리 법령해석의 통일을 목적으로 한다는 입장에서, 실체법적 사실인가 소송법적 사실인가를 불문하고 법령위반이 사실오인으로 인한 때에는 비상상고를 인정할 수 없다는 견해이다. 대법원도³⁰⁾ 형사소송법이 정한 비상상고이유인 ‘그 사건의 심판이 법령에 위반한 때’란 확정판결에서 인정한 사실을 변경하지 아니하고 이를 전제로 한 실체법의 적용에 관한 위법 또는 그 사건에서의 절차법상의 위배가 있는 경우를 뜻한다. 단순히 그 법령을 적용하는 과정에서 전제가 되는 사실을 오인함에 따라 법령위반의 결과를 초래한 것과 같은 경우에는 이를 이유로 비상상고를 허용하는 것이 법령의 해석·적용의 통일을 도모한다는 비상상고 제도의 목적에 유용하지 않으므로 ‘그 사건의

27) 비상상고는 재심처럼 확정 판결 후 구제수단의 하나라 할 수 있지만, 재심과 달리 사실심리까지 하는 새로운 재판(new trial)이 아니고, 상고(appeal)의 일종으로 사실심이 아니라 법률심이다. 비상상고에서는 인정한 사실을 변경하지 않고, 인정된 사실을 전제로 사실관계에 실체법 적용상의 부당 및 절차법상 위배 여부를 판단한다; 김종구, “확정판결 후 구제수단으로서 비상상고에 관한 고찰”, 41면.

28) 일본에서는 즉 죄로 되는 사실, 위법성조각사유·책임조각사유 등 법률상 범죄의 성립을 조각할 수 있는 사실, 형의 필요적 면제에 해당하는 사실 등의 실체법적 사실에 대한 오인의 구제는 재심에 의해서 이루어져야 하고, 비상상고의 문제로는 되지 않는다고 한다. 다만 형의 가중감경의 이유로 되는 사실 등의 사실과 소송법적 사실에 대한 사실오인에서 유래하는 법령위반에 대해서는 비상상고의 대상으로 되는 가의 문제는 비상상고의 목적, 기능을 어떻게 이해하는가에 따라서 견해가 나뉘어 진다; 伊藤榮樹 외, 注釋 刑事訴訟法 제7권, 立化書房, 平成 12년, 208면.

29) 엄정철, 신형사소송법, 서울고시학회(1961); 서일교, 형사소송법강의, 330면; , 307면; 권오병, 394; 서일교, 391.

30) 대법원 2021. 3. 11. 선고 2018오2 판결.

심판이 법령에 위반한 때'에 해당하지 않는다고 해석하여야 한다“라고 하여 소극설의 입장을 취하고 있다. 소극설은 만일 사실오인의 위법이 없었다면 법령위반의 오류도 없었을 것이므로 비상상고로 구제해야 할 필요가 없다는 논거를 제시한다. 이 견해는 사실오인으로 인해 발생하는 법령적용의 위법은 재심제도로도 충분히 시정할 수 있다고 본다.³¹⁾

- 2) 적극설³²⁾ : 비상상고는 법령해석의 통일, 법령적용의 통일 뿐만 아니라 위법의 선언에 의해 장래에 향해 경고의 의미 및 피고인의 구제의 기능도 인정하여야 한다는 입장에서, 법령위반의 전제가 된 사실오인이 소송법적 사실인 경우는 물론 실체법적 사실인 때에도 모두 비상상고의 대상이 될 수 있다는 견해이다.
- 3) 절충설³³⁾ : 소송법적 사실로 인한 법령위반과 실체법적 사실로 인한 법령위반을 구별하여 전자의 경우에는 비상상고를 허용하고, 후자의 경우에는 허용하지 않는 견해이다. 이 견해는 실체법적 사실은 엄격한 증명에 의해서 인정되는 것으로서, 실체법적 사실이 확정된 경우에는 비상상고에 있어서도 원법원의 판단에 구속되지만,³⁴⁾ 소송법적 사실은 실체법적 사실과 달리 판결이유에 명시되지 않기 때문에 법령위반이 사실오인에 기인하는가 또는 해석적용의 오류에서 발생하는 가를 구별하기가 곤란하다는 점, 소송법적 사실의 오인으로 인하여 법령위반이 초래된 사항을 비상상고의 판결을 통해 지적하는 것은 하급심법원의 장래심판에 대한 경고로서의 의미를 가질 수 있다는 점, 형사소송법 제444조 제2항이 법원의 관할, 공소의 수리와 소송절차에 관하여 사실조사를 허용하고 있다는 점³⁵⁾ 등을 근거로 제시한다. 이에 따르면 친고죄의 고소나 고소취소에 관한 사실의 오인, 이중기소사실의 오인, 피고인의 사망사실의 오인 등은 소송법적 사실의 오인으로서는 비상상고의 이유에 해당한다고 한다.

31) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 형사소송법, 2016, 홍문사, 884면.

32) 송광섭, 578; 신양균, 1120; 이은모, 855; 이재상, 54/15; . 이재상·조균석, 형사소송법, 832면; 平出, “非常上告に關する判例の新傾向について”, *ジュリ* 29, 6이하.

33) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 형사소송법, 885면; 신동운, 1382; 노명선·이완규, 형사소송법, 646면; 임동규, 형사소송법, 857면; 이창현, 형사소송법, 1352면; 신양균/조기영, 1261면; 平野, 형사법강좌(6)1333이하.

34) 伊藤榮樹 외, 注釋 刑事訴訟法 제7권, 立化書房, 平成 12년, 208면.

35) 신동운, 1382; 배종대/이상돈/정승환, 90/15.

2. 소위 형제복지원 사건의 경우

대법원은³⁶⁾ 최근 소위 형제복지원 비상상고사건을³⁷⁾ 기각하여 다시 한번 비상상고에 대한 관심이 증대되고 있다. 즉 2018. 11. 21. 검찰총장은 내무부 훈령 제410호에 근거하여 민간인들을 부랑인으로 규정, 감금하여 가혹행위 등을 저지르고도 그것이 정당행위에 해당한다는 취지의 무죄판결이 선고, 확정된 이른바 ‘형제복지원 사건’의 관련자에 대하여 비상상고를 신청하였다. 이 사건은 무죄 판결이 확정된 사건 관계인에 대한 비상상고를 통한 시정을 요구한 최초 사례였다는 점에서 많은 주목을 받게 되었다. 이 비상상고에 대해 대법원은 형제복지원 사건에서처럼 전제가 되는 사실을 오인함에 따라 법령위반의 결과를 초래한 것은 사실문제이며, 비상상고의 대상이 아니라고 판단하였다.³⁸⁾ 즉 동사건의 확정판결에서의 형법상 정당행위 이론의 적용에 따른 무죄 판결은 형법 제20조의 적용에 관한 전제사실-훈령-을 오인함에 따라 법령위반의 결과를 초래한 경우에 불과하여 결국 “그 사건의 심판이 법령에 위반한 때”에 해당하지 않는다고 판단하였다.³⁹⁾ “형사소송법이 정한 비상상고이유인 ‘그 사건의 심판이 법령에 위반한 때’란 확정판결에서 인정한 사실을 변경하지 아니하고 이를 전제로 한 실체법의 적용에 관한 위법 또는 그 사건에서의 절차법상의 위배가 있는 경우를 뜻한다. 단순히 그 법령을 적용하는 과정에서 전제가 되는 사실을 오인함에 따라 법령위반의 결과를 초래한 것과 같은 경우에는 이를 이유로 비상상고를 허용하는 것은 법령의 해석·적용의 통일을 도모한다는 비상상고 제도의 목적에 유용하지 않으므로 ‘그 사건의 심판이 법령에 위반한 때’에 해당하지 않는다고 해석하여야 한다”라고 판시하였다. 결국 이 비상상고의 대상사건은 법령적용의 위반이 있었던 것이 아니라 그 전제가 되는 법령적용

36) 대법원 2021. 3. 11. 선고 2018오2 판결.

37) 2018년 당시 검찰총장이 검찰 대검찰청 과거사위원회의 권고에 따라 형제복지원 인권유리사건에 대해 검찰의 직무유기를 시인하고 이에 대해 피해자들에게 사죄하고, 가해자였던 형제복지원 원장에 대해 무죄를 확정된 2차 환송심판결(88노593판결)과 함께 제1차 항소심판결(87노1048)에 대해서 비상상고를 제기하였으나, 대법원은 비상상고를 기각하였다.

38) 김중구, “확정판결 후 구제수단으로서 비상상고에 관한 고찰”, 40면.

39) 대법원의 기각 판결에 불구하고 위 사건은 기록상 나타나는 법률상의 오류가 아닌 사건 처리의 전제가 된 법률의 위헌성 등에 근거를 두어 비상상고를 청구한 사례였다는 점에서 또 이번 대법원 판결을 포함한 그간 비상상고 관련 판례의 경향에 비추어 그 요건 및 범위를 넓혀 전향적으로 해석하였다는 점에서 향후 비상상고 관련 연구에 있어 많은 시사점을 던져주었다; 차호동, “비상상고제도의 전향적 운용 필요성 - 대법원 2021. 3. 11. 선고 2018오2 판결(형제복지원 비상상고 신청 사건)을 중심으로 -”, 194면.

의 전제사실의 오인이므로 비상상고의 이유에 해당하지 않는다는 의미이다. 대법원은 이 사건에서 내무부 훈령의 존재는 형법 제20조를 적용하기로 하면서 그 적용의 전제로 삼은 여러 사실 중 하나일 뿐이라고 한다. 따라서 내무부 훈령의 위헌 무효 여부에 대한 판단은 사실 문제의 판단이며, 이처럼 훈령의 위헌 무효에 대한 잘못된 판단은 전제되는 사실문제의 잘못된 판단이며, 이로 인해 형법 제20조라는 법령을 잘못 적용한 경우는 비상상고의 대상이 아니라는 것이다.⁴⁰⁾⁴¹⁾

이에 대해 대부분의 견해는 형제복지원 사건의 경우, 사건은 이미 위헌·무효인 법령을 잘못 적용한 것이며, 사실관계의 오인이 있었던 것은 아니기 때문에 비상상고의 대상으로 보아야 한다는 입장이다.⁴²⁾ 즉 내무부 훈령은 형법 제20조의 정당행위 조항을 통하여 당해 사건에 적용되고 있는 것이며, 위헌임이 명백한 법령을 법원이 합헌으로 해석하고 이를 적용하여 판단한 경우는 결국은 법률문제의 판단에 오류가 있었다고 보아야 한다고 주장한다.⁴³⁾

4. 사건

사실오인으로 인한 법령위반이 비상상고의 이유가 되는가의 문제는 근본적으로는 비상상고의 목적 내지 기능을 무엇으로 보는가의 문제에서 출발한다. 만약 비상상고의 목적이 주로 법령의 해석 및 적용의 통일에 있다고 보는 경우에는 소극설의 입장이 타당하며, 이것은 근본적으로는 법적 안정성에 가치우위를 두는 입장이라고 할 수 있다. 그러나 위에서 언급한 것처럼 비상상고는

40) 김종구, “확정판결 후 구제수단으로서 비상상고에 관한 고찰”, 41면.

41) 이에 대해 대법원은 원판결의 오류인 ‘형법 제20조의 적용에 관한 전제 사실의 오인(f)을 ‘법령을 적용하는 과정에서의 전제 사실의 오인’(F)과 동일시(f=F)하고, 이러한 점을 근거로 삼아 원판결의 법원이 범한 오류가 법령위반에 해당하지 않고($\sim p$) 따라서 비상상고가 허용되지 않는다($\sim q$)는 결론($f \rightarrow \sim p/\sim q$)에 이르고 있다는 견해는, 김성돈, “형제복지원 비상상고 사건” 대법원 판결에 대한 비판적 소고”, 형사법연구 제33권 제2호(2021 여름), 92면.

42) 대표적으로 김종구, “확정판결 후 구제수단으로서 비상상고에 관한 고찰”⁴⁵면; 임석순, “비상상고의 근본목적과 전제사실오인으로 인한 법령위반의 비상상고 적격성”, 민주법학 제79호, 2022; 강호정/최달용, “형제복지원 비상상고 판결 비판”, 민주법학 제77호, 2021 등.

43) 형법 제20조는 ‘법령에 의한 행위’가 정당행위로서 위법성이 조각된다고 하는데, 형법 제20조가 구체적인 사건에 적용되기 위해서는 그 적용의 전제가 되는 ‘법령’이 있어야 하고, 그 전제되는 법령이 형법 제20조를 통하여 구체적인 사건에 적용되는 것이다. 따라서, 형제복지원 사건에서도 내무부 훈령이 형법 제20조를 통하여 구체적인 사건에 적용되어 위법성조각 여부가 판단된 것이다. 결국 적용되는 법령의 해석에 문제가 있었으며, 이는 사실문제가 아니라 법률문제이므로 비상상고의 대상이 된다고 보아야 할 것이라고 한다. 김성돈, 91면 이하.

법령의 해석 및 적용의 통일뿐만 아니라 피고인의 구제에도 있다고 보아야 하고, 법적 안정성과 동시에 구체적 타당성도 비상상고의 이념에 해당한다. 따라서 사실오인이 소송법적 사실인 경우뿐만 아니라 실체법적 사실인 경우에도 사실조사에 의하여 그 사실이 용이하게 밝혀질 수 있는 경우에는 비상상고를 허용하는 것이 타당하다고 생각한다.

앞에서 언급한 것처럼 대법원은 형제복지원사건에 대한 비상상고에서 ‘전체사실의 오인’으로 인한 절차 위반의 경우를 법령위반으로 포섭하지 않았다. 그러나 사실오인으로 인한 판결의 오류는 전적으로 국가의 오류라고 할 수 있다. 즉 법적 논증의 과정에 있어서 재판부의 사실 오인은 전체적으로 볼 때 형사소송절차의 위반으로 법령위반으로 포섭할 여지가 있다고 본다. 사법시스템의 오류로 인한 결과를 시민에게 귀속시킬 수는 없다. 특히 확정된 판결이 법령에 위반하는 경우 그 법령위반으로 인하여 피고인에게 불이익이 발생하는 경우에는 더 더욱 구제의 필요성이 높아진다고 보아야 하는 것은 형사소송법의 이념에도 부합하는 점, 유죄 판결에 대한 재심제도가 별도로 마련되어 있기는 하나 법령 오류로 인한 피고인의 불이익을 모두 해소하기에는 부족한 점, 형사소송법 제441조는 ‘심판이 법령에 위반한 것’을 이유로 규정하고 있을 뿐 적극적으로 사실오인으로 인한 법령위반을 제외하고 있는 것은 아니라는 점, 또한 확정된 판결이 법령에 위반한 것이 명백함에도 이를 방치함으로써 생기는 실체적 진실발견 및 사법정의 실현의 장애 등을 고려하면 피고인의 불이익 구제를 위한 비상상고는 보다 넓게 운용되어야 한다고 본다. 특히 재심사유 엄격한 제한으로 인하여 재심제도가 피고인에 대한 구제기능을 제대로 수행하지 못하고 있는 현실을 감안하여 비상상고의 피고인 구제기능이 더 강조되어야 한다.⁴⁴⁾⁴⁵⁾

한편 이에 대하여 확정판결의 법령위반 사항이 피고인의 이익을 해치는 경

44) 개별 판결에 오류가 있는 경우, 특히 재심의 요건이 엄격하게 한정되어 있어 사건관계인 으로서는 이를 재심 등 다른 절차로 다투기 어려운 경우(예를 들어 벌금형의 상한을 초과한 벌금형이 선고, 확정된 경우) 신속한 권리구제를 위하여 항후 입법 등을 통해 비상상고 체계를 재정비할 필요성이 있다고 본다는 견해는 차호동, “비상상고제도의 전향적 운용 필요성 - 대법원 2021. 3. 11. 선고 2018오2 판결(형제복지원 비상상고 신청 사건)을 중심으로 -”, 201면.

45) 한편 이에 반하여 특히 형제복지원 사건처럼 피고인에게 불이익한 비상상고를 확대 운용 한다면, 재심이 할수 없는 기능까지 비상상고가 하게 되어, 재심과 비상상고를 구분하여 규정하고 있는 우리 형사소송법상 확정판결 후의 구제수단의 규정 체계에 부합하기 어려운 점도 있게 된다는 견해는 김종구, “확정판결 후 구제수단으로서 비상상고에 관한 고찰”, 48면.

우에는 검찰총장으로 하여금 반드시 비상상고를 신청하도록 의무를 부과하고 있는 것으로 해석하여야 한다는 견해도 있으나 입법론은 별론으로 하더라도, 현행 형사소송법의 해석상으로는 무리라고 판단된다. 따라서 재심과 비상상고가 교차하는 영역- 구체적으로는 사실오인으로 인한 법령위반의 경우-에 대해서는 피고인이 검찰총장에게 비상상고의 청구를 요구할 수 있도록 하는 입법적인 논의가 필요하다. 즉 일단 피고인의 요구를 접수한 후에 그 청구의 여부는 검찰총장의 재량으로 하더라도 일단 피고인에게 재심이전에 비상상고라는 또 하나의 억울함을 해소할 수 있는 길을 열어주어야 한다고 생각한다. 비상상고는 법령의 해석·적용의 통일성을 기한다는 목적과 더불어, 피고인뿐 아니라 피해자를 위한 확정 판결 후 구제수단으로서 기능도 인정된다는 점에서 보면, 전제사실이 소송법적 사실인 경우 및 실체법적 사실이라 하더라도 그 사실이 기록에 의하여 명백히 인정될 수 있는 경우에는 비상상고를 인정하여 비상상고의 대상범위가 지나치게 축소되지 않도록 할 필요가 있다고 생각된다.⁴⁶⁾

IV. 소송절차의 위법과 재심

소송절차상의 법령위반은 비상상고의 대상이 된다. 그런데 비상상고의 의의를 부정하는 것은 아니지만, 비상상고가 있기 때문에 오히려, 재심에서 절차의 위법을 다루지 않는 경우도 생각할 수도 있다.⁴⁷⁾ 소송절차의 법령위반- 증거능력 판단의 오인으로 인한 법령위반- 으로 비상상고를 신청하였으나, 기각된 경우에 법령위반의 결과인 사실오인을 이유로 당사자인 피고인이 재심을 청구하는 것은 가능한가? 이러한 문제의 제기는 구제에 있어서 흠결을 보완하고자 하는 점에서 출발한다. 결국 논의의 핵심은 절차의 위법을 어떻게 이론 구성하는가에 있다. 재심 사유로서의 신증거에 의해 증명될 수 있는 사실은 반드시 범죄의 구성요건에 관한 사실에 한정되지 않고, 증거능력, 증명력에 관한 사실도 포함할 수도 있다고 보는 것이다.⁴⁸⁾ 또한 이러한 경우에 특히 문제로 되는 것은 소송법적 사실, 특히 증거능력의 유무를 좌우할 정도의 법령위반의 오류가 구성요건사실 등의 범죄 사실의 인정 오류에 연결되는 경우이다. 예컨대 검사가 제출한 증거가 수사기관이 위법하게 취득한 증거임에도 불구하고 이를

46) 김종구, “확정판결 후 구제수단으로서 비상상고에 관한 고찰”, 44면.

47) 鴨良弼, 刑事再審の研究, 成文堂, 1980, 25면.

48) 井戸田, ‘再審’, 刑訴法講座 三卷 一九八 頁, 1964.

간과하여 증거능력을 인정하고, 이 증거로 인해 범죄사실의 인정으로 연결된 경우이다. 즉 증거능력의 인정에 있어서 법령위반이 있었고, 그 결과 잘못된 범죄사실의 인정으로 유죄가 선고된 경우에, 이 사유는 재심사유에 해당하는 것인가? 증거능력에 대한 법적 규제를 알지 못하는 대륙법계의 전통을 그대로 유지한다면 이러한 문제가 생길 여지가 없을 것이다. 그러나 영미법의 증거법칙을 수용한 - 자백법칙과 전문법칙에 관하여 엄격한 규정이 존재하는 - 현행 법에 있어서는 이러한 점을 간과할 수 없을 것이다.

생각건대 진술증거의 증거능력 인정에 관한 법령위반으로 인한 사실인정의 오류는 재심의 문제로 다룰 수 있다고 본다. 절차상의 사실 오인에 따라서 듀프로세스(적법절차)의 위반이 야기되고, 그 때문에 실체심리에 대한 사실오인도 야기된 경우에는 재심사유에 해당한다고 할 해석할 수 있다. 재심도 역시 형사소송절차의 일부분이기 때문에 사실오인을 야기시킨 원판결의 중대한 법령위반을 재심단계에서도 검토하는 노력은 이론적으로나 실무적으로 필요하다고 볼 수 있기 때문이다.

V. 결론

재심제도는 기존의 확정판결에서 사실오인이 있는 경우에 이를 시정하여 피고인을 구제하고 정의를 회복하는 비상구제절차이다. 비상상고는 기존의 확정판결에서의 법령 적용의 오류를 시정함으로써 법령의 해석·적용의 통일을 도모하고, 피고인을 구제하는 비상구제절차이다. 이때 재심과 비상상고의 교차영역에 위치하는 쟁점인 1)‘사실오인으로 인한 법령위반’의 경우에는 재심은 물론 비상상고를 통해 원판결을 시정할 수는 없을 까? 2) 소송법적 법령위반으로 인한 사실오인에 대해서도 비상상고는 물론 재심을 청구하는 것이 가능한가? 라는 것이 이 연구의 내용이다. 이 문제는 재심과 비상상고의 목적과 한계와 관련한 문제이며, 사실오인 그 자체이든 사실오인을 이유로 하는 법령위반이 현저히 정의에 반하는 경우에는 시정절차를 두는 것이 형사소송법의 이념에도 적합하다고 본다.

법적 논증과정에서는 일반적으로 사실관계를 전제로 법령을 적용하여 법적 결론을 도출한다. 일반적인 상고사건의 경우도, 예를 들어 살인죄로 공소제기된 경우에, 과실치사를 주장하는 피고인은 자신이 고의살인범이 아닌데도 법관

이 사실관계를 잘못 판단하여 잘못된 법리와 법령을 적용하여 유죄판결을 했다는 것을 이유로 할 것이다. 즉 법리나 법령의 잘못된 해석 및 적용을 문제삼는 것이지만, 그러한 잘못된 법리나 법령의 해석 및 적용은 잘못된 사실판단을 전제하는 것이다. 이처럼 사실문제와 법률문제의 엄격한 구분은 쉽지 않으며 서로 혼재되어 있는 경우가 많다. 재심과 비상상고가 교차하는 영역에서 실제적 진실발견과 절차적 정의를 조화하기 위한 합리적인 해석론은 사실오인의 원인을 국가기관-수사기관이나 법원-이 제공하였고 그 결과로 법령위반이 초래된 경우에는 재심은 물론 비상상고를 통한 피고인 구제의 방법이 허용되어야 한다고 본다. 또한 소송법적 법령위반- 예컨대 위법수집증거의 증거능력을 배제하지 않은 법령위반- 으로 유죄의 사실로 오인된 경우에는 비상상고는 물론 재심을 통한 피고인의 구제도 허용되는 것이 형사소송의 이념의 관점에서 타당하다고 본다. 이러한 해석론은 재심과 비상상고가 정의의 회복은 물론 피고인 구제라는 공통의 목적과 기능을 가지고 있다는 점에서 설득력이 있다고 생각한다.

한편 과거사에 대한 반성이 문제로 된 절차에서 무죄의 확정판결을 받은 자에 대한 재심 또는 비상상고를 통한 유죄의 인정은 독일과 같이 불이익재심이 허용되는 경우에는 가능하다.⁴⁹⁾ 그러나 우리 형사소송법은 억울한 피고인의 구제라는 대원칙하에서 재심과 비상상고가 운영되고 있다. 구체적으로 형사소송법상의 불이익변경금지의 원칙, 이익재심의 원칙, 원 판결이 피고인에게 불리한 경우에만 다시 재판한다는 비상상고의 규정(형소법 제446조 1호 단서)은 역사적 반성의 결과가 반드시 법적 반성의 결과로 연결되어야 하는 것을 요구하는 것이 아니다. 법적 영역에서의 비난과 사회적·정치적·역사적 영역에서의 비난이 항상 같아야 하는 것은 아니다. 비난의 방향과 대상이 항상 같아야 한다면, 법관의 자유심증에 의한 규범적 판단과 법감정이 같아야 한다는 것이나 다름 없다. 순수히 법관의 자유심증에 근거하여 경험칙과 논리칙에 따른 재판이 아니라 여론에 의한 재판으로 종결되어야 하는 것이라는 것과 다름 없다. 법관의 법적 판단은 모든 진실을 완벽하게 밝혀내는 ‘흠결 없는 판단’이 아니라, 법관의 자유심증의 결과로서 ‘인간’의 판단이기 때문이다.

49) 즉 해석론이 아니라 입법론의 문제이다!!!

[참고문헌]

- 김성돈, “‘형제복지원 비상상고 사건’ 대법원 판결에 대한 비판적 소고”, 형사법연구 제33권 제2호(2021 여름).
- 김종구, “확정판결 후 구제수단으로서 비상상고에 관한 고찰”, 法學論叢 第29輯 第1號, 2022.
- 강호정/박원영, “형사재심에 대한 몇가지 단상”, 부산법조37호(2020).
- 강호정/최달웅, “형제복지원 비상상고 판결 비판”, 민주법학 제77호, 2021.
- 권오걸, “불이익재심의 허용여부에 대한 비교법적 검토”, 법학연구 제17권 제2호 (한국법학회, 2017).
- 김성룡, “재심제도의 본질론에 근거한 관련 쟁점의 새로운 이해- 불이익재심과 관할.제척사유를 중심으로 -”, 『형사소송이론과 실무』 제8권 1호, 한국형사소송법학회, 2016.
- 독일형사소송법, 디텔름 클레스제브스키 지음/ 김성돈 옮김, 성균관대학교 출판부.
- 박찬운, “이중처벌금지원칙과 불이익재심의 가능성”, 『법조』 통권701호, 2015.
- 이용식, “형사재심제도의 한계와 구조에 관한 재조명”, 『형사법연구』 제19권 3호, 한국형사법학회, 2007.
- 임석순, “비상상고의 근본목적과 전제사실오인으로 인한 법령위반의 비상상고 적격성”, 민주법학 제79호, 2022.
- 윤동호, “재심심판절차의 본질과 상습범의 수죄성”, 형사법연구 제32권 제1호(2020 봄), 174면.
- 정태욱, “법절차의 정의가치”, 『법철학연구』 제1권, 한국법철학회, 1998.
- 프랑크 잘리거 저/윤재왕 역, 『라트부르흐공식과 법치국가』, 길안사, 1995.
- 차호동, “비상상고제도의 전향적 운용 필요성 - 대법원 2021. 3. 11.선고 2018오2 판결(형제복지원 비상상고 신청 사건)을 중심으로 -”, 형사법의 신동향 통권 제71호(2021 · 여름).
- 배종대/이상돈/정승환/이주원, 형사소송법, 홍문사, 2016.
- 배종대/이상돈/정승환, 신형사소송법, 홍문사(2009).
- 서일교, 형사소송법강의, 제일문화사(1955).
- 신동운, 신형사소송법, 법문사(2008).
- 신양균, 형사소송법, 화산미디어(2009).
- 신양균/조기영, 형사소송법, 박영사, 2020.
- 이창현, 형사소송법, 정독, 2022.

엄정철, 신형사소송법, 서울고시학회(1961).

이은모, 형사소송법, 박영사(2011).

이재상, 신형사소송법, 박영사(2008).

_____, 신형사소송법연습, 박영사(2010).

임동규, 형사소송법, 법문사(2009).

정영석/이형국, 형사소송법, 법문사(1996).

정용석/백승민, 형사소송법, 대명출판사(2008).

차용석/최용성, 형사소송법, 21세기사(2008).

伊藤榮樹 외, 注釋 刑事訴訟法 제7권, 立化書房, 平成 12년.

鴨良弼, 刑事再審の研究, 成文堂, 1980.

田口守一. 刑事裁判の拘束力, 成文堂, 1980.

田宮裕, 刑事再審制度の基礎理論, 立教法學 13号(1974).

福島弘, 再審制度の研究, 中央大學出版部, 2015.

Kindhäuser, Strafprozessrecht, Nomos, 2013.

Werner Beulke, Strafprozeßrecht, C.F.Müller, 1996.

Alex Stein, Foundations of Evidence Law, Oxford University Press, 2005.

Christopher Allen, Practical Guide to Evidence, Routledge—Cavendish, 2008.

Dennis, The Law of Evidence, Sweet & Maxwell, 2007.

[Abstract]

Criminal Retrial and Emergency Appeal

Kwon Oh Geol*

The retrial system is an emergency remedy procedure to relieve the accused and restore justice in cases where there is a mistake in fact in the existing final judgment. An emergency appeal is an emergency relief procedure that seeks to unify the interpretation and application of laws by correcting errors in the application of laws and regulations in existing final judgments and provides relief for the accused. At this time, in the case of 1) 'law violation due to misrecognition of facts', which is an issue located in the intersection of retrial and emergency appeal, can't the original judgment be corrected through a retrial as well as an emergency appeal? 2) Is it possible to request a retrial as well as an emergency appeal for misidentification of facts due to legal violation? That is the content of this study. This issue is related to the purpose and limitations of retrial and emergency appeal, and it is considered appropriate to the idea of the Criminal Procedure Act to have a corrective procedure in cases where a violation of the law due to a misrecognition of fact or a misrecognition of fact is significantly contrary to justice.

In the process of legal argumentation, a legal conclusion is drawn by applying laws and regulations on the premise of facts. In the case of a general appeal case, for example, in the case of an indictment for murder, the defendant alleging negligent manslaughter is not an intentional murderer, but he misjudged the facts as a murderer and was convicted by applying the wrong legal principles and laws. will do for a reason In other words, the wrong interpretation and application of laws and statutes is a problem, but such wrong interpretation and application of laws and statutes presuppose wrong judgment of facts. As such, it is not easy to strictly distinguish between matters of fact and matters of law, and in many cases they are mixed. In the realm where retrial

* Professor, Kyungpook National University of Law School

and emergency appeal intersect, the rational interpretation theory to harmonize the discovery of the substantive truth and procedural justice is the case where the cause of the misrecognition of fact was provided by a state agency – an investigative agency or a court – and as a result, a violation of the law. I believe that the method of redressing the accused through emergency appeal as well as retrial should be allowed. In addition, from the viewpoint of the ideology of criminal procedure, in the case of a violation of the law of litigation – for example, a violation of the law that does not exclude the admissibility of evidence of illegal collection evidence – the defendant's relief through an emergency appeal as well as a retrial is allowed in the case of misunderstanding as a fact of guilt. I think it is reasonable. I think this interpretation theory is persuasive in that retrial and emergency appeal have a common purpose and function of restoring justice as well as relieving the accused.

On the other hand, the recognition of guilt of a person who has received a final verdict of innocence in a procedure in which reflection on past history is an issue is possible in cases where unfavorable retrial is permitted, as in Germany. However, in our Criminal Procedure Act, retrial and emergency appeals are operated under the great principle of relief of unfair defendants. Specifically, the principle of prohibition of changing disadvantages under the Criminal Procedure Act, the principle of retrial of interests, and the provision of emergency appeal (proviso to Article 446, subparagraph 1 of the Criminal Procedure Act) that the original judgment is retried only when it is unfavorable to the accused, the result of historical reflection must necessarily be the result of legal reflection. It does not require that it be connected to. Criticism in the legal realm and condemnation in the social, political and historical realm do not always have to be the same. If the direction and target of both criticisms should be the same, it is no different than that the judge's normative judgment based on his free spirit and the legal sentiment should be the same. It is no different from the fact that the conclusion should be concluded by public opinion rather than the conclusion according to the rules of experience and logic purely based on the judge's free spirit. This is because the judge's legal judgment is not an infallible judgment that perfectly reveals all the

truth, but a human judgment as a result of the judge's free spirit.

Keywords : The retrial system, emergency appeal, 'law violation due to misrecognition of facts', due process of Law, the ideology of criminal proceedings