

대 법 원

판 결

사 건	2015도3260 가. 게임산업진흥에 관한법률위반 나. 도박개장
피 고 인	피고인 1 외 1인
상 고 인	피고인들
변 호 인	법무법인 청라 외 5인
원 심 판 결	인천지방법원 2015. 2. 5. 선고 2014노4186 판결
판 결 선 고	2015. 7. 23.

주 문

상고를 모두 기각한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 각 탄원서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 안에서)를 판단한다.

1. 유죄판단에 위법이 있다는 취지의 주장에 대하여

가. 피고인 1

원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 그 판시와 같은 이유를 들어 피고인에 대한 이 사건 공소사실(이유무죄 부분 제외)을 유죄로 인정한 원심의

판단에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 진술의 신빙성 판단에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

나. 피고인 2

기록에 의하면, 피고인은 제1심판결에 대하여 항소하면서 항소이유로 양형부당만을 주장하였음을 알 수 있다. 이러한 경우 원심판결에 사실오인과 법리오해의 위법이 있다는 취지의 주장은 적법한 상고이유가 될 수 없다.

2. 양형판단에 위법이 있다는 취지의 주장에 대하여

가. 형사소송법 제361조의5 제15호는 "형의 양정이 부당하다고 인정할 사유가 있는 때"를 항소이유의 하나로 들고 있고, 그 항소이유가 인정되는 경우에 항소심은 제364조 제6항에 따라 제1심판결을 파기하고 다시 판결하여야 하므로, 항소심은 판결 당시 까지 제출된 모든 자료를 토대로 적정한 양형을 하여 제1심의 형의 양정이 부당한지 여부를 가려야 한다.

양형부당은 원심판결의 선고형이 구체적인 사안의 내용에 비추어 너무 무겁거나 너무 가벼운 경우를 말한다. 양형은 법정형을 기초로 하여 형법 제51조에서 정한 양형의 조건이 되는 사항을 두루 참작하여 합리적이고 적정한 범위 내에서 이루어지는 재량 판단으로서, 공판중심주의와 직접주의를 취하고 있는 우리 형사소송법에서는 양형판단에 관하여도 제1심의 고유한 영역이 존재한다. 이러한 사정들과 아울러 항소심의 사후심적 성격 등에 비추어 보면, 제1심과 비교하여 양형의 조건에 변화가 없고 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 자제함

이 바람직하다.

그렇지만 제1심의 양형심리 과정에서 나타난 양형의 조건이 되는 사항과 양형기준 등을 종합하여 볼 때에 제1심의 양형판단이 재량의 합리적인 한계를 벗어났다고 평가되거나, 항소심의 양형심리 과정에서 새로이 현출된 자료를 종합하면 제1심의 양형판단을 그대로 유지하는 것이 부당하다고 인정되는 등의 사정이 있는 경우에는, 항소심은 형의 양정이 부당한 제1심판결을 파기하여야 한다.

그런데 항소심은 제1심에 대한 사후심적 성격이 가미된 속심으로서 제1심과 구분되는 고유의 양형재량을 가지고 있다고 보아야 하므로, 항소심이 그 자신의 양형판단과 일치하지 아니한다고 하여 양형부당을 이유로 제1심판결을 파기하는 것이 앞서 본 바와 같은 이유로 바람직하지 아니한 점이 있다고 하더라도 이를 두고 양형심리 및 양형판단 방법이 위법하다고까지 할 수는 없다. 그리고 위와 같은 원심의 판단에 그 근거가 된 양형자료와 그에 관한 판단 내용이 모순 없이 실시되어 있는 경우에는 양형의 조건이 되는 사유에 관하여 일일이 명시하지 아니하여도 위법하다고 할 수 없다(대법원 1994. 12. 13. 선고 94도2584 판결 등 참조).

나. 한편 형사소송법 제383조 제4호에 의하면, 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에서만 양형부당을 사유로 한 상고가 허용되며, 사실심법원이 양형의 기초사실에 관하여 사실을 오인하였다거나 양형의 조건이 되는 정상에 관하여 심리를 제대로 하지 아니하였다는 사유를 들어 원심판결을 다투는 것은 양형부당 취지의 주장에 해당한다(대법원 1988. 1. 19. 선고 87도1410 판결, 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도7876 판결 등 참조).

다. 피고인들은 양형의 기초사실에 관한 사실오인이나 법리오해, 심리미진 등으로 인

하여 원심판결에 죄형균형 원칙 내지 책임주의 원칙을 위반한 위법이 있다고 주장하고 있으나, 그 사유를 앞서 본 법리들과 원심판결 이유에 비추어 살펴보면 위 주장은 실질적으로 원심의 양형이 부당하다는 취지에 불과하다.

따라서 피고인들에 대하여 형사소송법 제383조 제4호에서 정한 형보다 가벼운 형이 선고된 이 사건에서 위 주장을 비롯하여 원심이 정한 형이 너무 무거워서 부당하다는 취지의 주장은 적법한 상고이유가 되지 못한다.

3. 결론

그러므로 상고를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 대법관 박보영, 대법관 김신, 대법관 권순일의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였다.

4. 대법관 박보영, 대법관 김신, 대법관 권순일의 반대의견은 다음과 같다.

가. 제1심의 양형판단이 적정한 양형의 폭 범위 내에서 이루어진 것이라면 항소심은 이를 존중하여야 하지만, 제1심의 양형심리 과정에서 나타난 양형의 조건이 되는 사항과 양형기준 등에 비추어 제1심의 양형판단이 재량의 합리적인 한계를 벗어났다고 평가되거나 항소심의 양형심리 과정에서 현출된 자료를 종합하면 제1심의 양형판단을 그대로 유지하는 것이 부당하다고 인정되는 등의 사정이 있다면 항소심으로서 제1심판결을 파기하여야 한다는 다수의견에는 전적으로 견해를 같이 한다.

그러나 다수의견이 설시하는 위와 같은 사정이 인정되지 않는데도 제1심판결을 파기하거나, 제1심의 양형판단을 뒤집을 만한 사정에 관한 심리와 판단, 이유설시를 제대로 하지 아니한 채 제1심판결을 파기한 항소심의 부당성을 다투는 주장은 항소심의 양형심리와 양형판단 및 파기이유 설시의 위법성을 지적하는 취지로서 적법한 상고이유라

고 평가하여야 할 것이므로, 이와 달리 평가하는 다수의견에는 찬성할 수 없다.

나. 행정청의 재량이 인정되는 이른바 재량행위에 대한 사법심사는, 행정청의 재량에 의한 공익판단의 여지를 감안하여 원칙적으로 재량권의 일탈이나 남용이 있는지 여부만을 대상으로 하는 것이 원칙이고, 재량권의 일탈이나 남용이라고 평가되지 않는 한 법원은 이를 취소할 수 없다. 재량적 행정행위와 비교하여 볼 때, 사법작용인 제1심의 양형판단도 재량권의 합리적인 한계를 벗어났다고 평가되지 않는 한 최대한 존중되어야 함은 너무나 당연한 일이다.

종래 항소심은 제1심의 양형이 적정한 양형의 폭 범위 내에 있음에도 불구하고 단지 그것이 항소심이 가장 적절하다고 판단하는 형량과 일치하지 아니한다는 이유로 제1심 판결을 파기하면서 제1심과 별로 차이 없는 형을 선고하거나 본형을 그대로 유지한 채 그 집행만을 유예하는 사례가 많이 있었는데, 이러한 항소심 실무관행은 제1심의 양형을 최대한 존중하는 태도와는 거리가 먼 것으로서 남항소를 조장하고 종국적으로는 사법에 대한 신뢰를 저해할 수 있다는 측면에서 정책적으로 바람직하지 않을 뿐만 아니라, 항소이유가 없음에도 항소이유가 있다고 잘못 판단한 것이므로 특별한 사정이 없는 한 '위법'한 것으로 평가하여야 한다.

다. 다수의견은, 제1심의 양형이 부당하다는 항소심의 판단은 특별한 사정이 없는 한 '위법'하다고 평가할 수 없다고 해석하고 있으나, 쉽사리 수긍하기 어렵다. 상고심은 항소심이 제1심판결에 대한 항소이유가 있는지 여부를 제대로 판단하였는지 여부, 항소심에서 항소이유가 있다고 판단하여 제1심판결을 파기하였을 경우 그에 대한 적절한 심리와 판단이 이루어졌는지 및 파기이유 기재가 충분한지 여부 등을 법률심으로서 심사할 권한이 있다. 따라서 항소심이 제1심판결을 파기할 수 없는 경우임에도 제1심판

결을 파기하였다면 이는 항소이유가 없음에도 항소이유가 있다고 잘못 판단한 것이므로, 당연히 상고심의 심사대상이 된다고 보아야 한다. 이는 항소심이 선고한 형량이 부당한지 여부를 심사하는 것이 아니라 항소이유에 대한 판단이 제대로 이루어졌는지를 심사하는 것이므로 양형부당의 문제가 아니라 법령위반의 문제로 보아야 한다.

다수의견과 같이 양형에 있어서의 이른바 '폭의 이론'을 수용하여 제1심의 양형이 적정한 양형의 폭 범위 내에서 이루어진 것이라면 이를 존중하여야 한다고 하면서도 항소심이 이를 위반하여도 적법한 상고이유로 볼 수는 없다고 해석하는 것은, 다수의견이 밝힌 법리의 규범력을 스스로 포기하는 것과 다를 바 없다.

라. 나아가 항소심이 제1심의 양형판단을 뒤집을 만한 특별한 사정이 인정되는 객관적이고 합리적인 근거를 파기이유로 제시하지 않았다면 이 또한 법령위반으로 평가할 수 있다.

형사소송법 제39조는 '재판에는 이유를 명시하여야 한다. 단, 상소를 불허하는 결정 또는 명령은 예외로 한다'고 규정하고 있으나, 그 이유 기재의 정도에 관하여는 형사소송법 제323조가 유죄판결에 명시될 이유에 관하여 규정하고 있을 뿐 다른 규정은 없으므로, 어느 재판에 어느 정도의 이유 기재를 요하느냐는 그 재판의 성격에 따라 결정할 수밖에 없다(대법원 1996. 11. 14.자 96모94 결정 등 참조).

종래와 같이 10년 이상의 형이 선고되지 않는 한 항소심은 무제한의 양형재량을 가진다고 해석하지 않고, 제1심의 양형판단이 재량의 합리적인 한계를 벗어났다고 평가되거나 항소심의 양형심리 과정에서 현출된 자료를 종합하면 제1심의 양형판단을 그대로 유지하는 것이 부당하다고 인정되는 등의 사정이 있는 경우에만 항소심이 제1심과 양형판단을 달리할 수 있다고 해석하는 이상, 항소심이 제1심의 양형을 파기하는 경우

에 제1심의 양형을 파기할 만한 사정에 관한 객관적이고 합리적인 근거의 기재를 요구하는 것은 당연한 것이다.

예컨대 항소심이 제1심과 동일한 양형조건을 나열한 후 이에 대한 평가만을 달리하여 '제1심의 양형이 부당하다'는 이유로 제1심판결을 파기한다면 그러한 판결을 받은 당사자로서는 쉽게 승복하지 못할 것이다. 이는 제1심판결을 왜 파기하였는지에 관한 아무런 이유가 없는 것과 다를 바 없기 때문이다. 따라서 항소심은 제1심과 양형판단을 달리할 경우 양형에 대한 충실한 심리를 한 후 제1심의 양형이 구체적으로 어떤 점에서 어떻게 부당하다는 것인지, 항소심에서 현출된 새로운 양형조건이 피고인에 대한 양형판단에 어떠한 영향을 미치는 것인지 등에 관하여 구체적으로 기재할 필요가 있다.

다수의견이 원용하고 있는 대법원 1994. 12. 13. 선고 94도2584 판결은 '이 사건 범행의 동기, 범행의 도구 및 수법, 피고인의 성행, 전과, 연령, 직업과 환경 등의 양형의 조건을 참작하면 제1심의 형량이 적절하다고 판단된다'는 이유로 항소기각의 판결을 선고하여도 위법이 아니라는 취지로서, 제1심판결을 파기하는 경우에는 보다 구체적인 파기이유를 제시하여야 한다는 반대의견에 오히려 부합하는 선례로 봄이 타당하다.

요컨대, 제1심의 양형판단이 항소심에서 그대로 유지되는 경우와 제1심의 양형판단이 항소심에서 파기되는 경우에 있어서 항소심 이유 기재의 정도는 달라질 수밖에 없다. 이는 사실오인의 항소이유를 배척할 때에는 간단히 '사실오인의 항소이유는 이유 없다'고만 하여도 무방하지만, 항소이유를 받아들일 경우에는 구체적으로 어떤 점에서 제1심의 사실인정이 잘못되었는지를 밝혀야 하는 것과 마찬가지로이다.

마. 제1심과 원심의 판결이유와 기록에 의하면, 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

(1) 제1심은 피고인들에 대한 이 사건 공소사실 중 무죄로 판단한 일부 공소사실을 제외한 나머지 공소사실을 유죄로 인정한 후, ① 피고인 1에게 징역 10개월을 선고하면서 양형의 이유에서 "이 사건 범행은 이 사회 전체의 건전한 근로정신을 훼손하고 다수의 피해자를 양산하며 그 범행동기가 우발적이거나 생계유지에 있기보다는 그릇된 욕심을 채우기 위해 사전에 계획된 점 등에 비추어 보면 그 죄질이 가볍지 아니하고 피고인이 이 사건 범행의 주범인 점, 피고인이 누범기간 중에 이 사건 범행을 행하여 일부 범행을 부인하는 점 등은 불리한 정상이고, 게임에 참가한 자들도 불법 게임물이라는 것을 알았다는 점, 피고인이 판시 확정된 죄와 같이 판결 받았을 경우의 양형을 고려하고 피고인의 환경 등 제반사정을 참작한다."고 실시하였고, ② 피고인 2에게 징역 8개월을 선고하면서 양형의 이유에서 "피고인은 집행유예 기간 중에 이 사건 범행을 저질렀고 동종의 전과가 있는 점, 가담의 정도가 가볍지 아니한 점, 그로부터 수익을 얻은 점, 피고인의 제반 환경 등 제반사정을 참작한다."고 실시하였다.

(2) 제1심판결에 대하여 피고인들과 검사가 모두 항소하였고, 원심은 별다른 증거조사나 피고인신문 없이 제1회 공판기일에 변론을 종결한 후, 제1심이 실시한 양형의 이유와 유사한 사정을 실시하면서 '제1심의 형은 다소 가벼워서 부당하다'는 이유만으로 검사의 양형부당 주장을 받아들여 제1심판결을 파기하면서 피고인 1에게 징역 4년을, 피고인 2에게 징역 1년 6개월을 선고하였다.

바. 위와 같은 소송의 경과와 제1심과 원심의 판결이유를 위와 같은 법리에 비추어 살펴보면, 제1심 양형심리 과정에서 나타난 형법 제51조의 제반 양형조건 등에 비추어 제1심의 양형판단이 재량의 합리적인 한계를 벗어났다거나, 항소심의 양형심리 과정에서 현출된 자료를 더하여 보더라도 제1심의 양형판단을 번복할 정도의 사정변경이 있

대법관 고영한 _____

대법관 김창석 _____

주 심 대법관 김 신 _____

대법관 김소영 _____

대법관 조희대 _____

대법관 권순일 _____

대법관 박상옥 _____