



## 명쾌한 수다

# 제1심의 공소기각판결이 위법한 경우, 항소심이 취해야 할 조치는 무엇일까요?

제1심의 공소기각판결이 위법한 경우, 항소심은 사건을 심리하여 판결할 수 있을까요? 오늘은 판례를 통해 제1심의 공소기각판결이 위법했을 때, 항소심이 취해야 할 조치는 무엇인지 알아보겠습니다.

### 〈사건의 개요〉

피고인은 필로폰을 구매달라는 공소외인의 부탁을 받고 필로폰을 소지하게 되었습니다.

이러한 행위가 위법한 함정수사에 해당 하는지에 대해 제1심과 원심은 다르게 판단하였습니다.

## 제1심판단

제1심 법원은 범죄를 저지를 의사가 없는 사람에게 범죄를 저지르도록 만들었기 때문에 위법한 함정수사라고 보았습니다.

“이 부분 공소사실은 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당하므로 형사소송법 제327조 제2호에 의하여 공소를 기간한다.”(부산지법 2019. 8. 14. 선고 2019고단675 판결).

## 관련 법령

### 형사소송법 제327조(공소기각의 판결)

다음 경우에는 판결로써 공소기각의 선고를 하여야 한다.

1. 피고인에 대하여 재판권이 없는 때
2. 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때
3. 공소가 제기된 사건에 대하여 다시 공소가 제기되었을 때
4. 제329조의 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

## 원심판단

원심은, 필로폰 소지행위가 범의가 유발된 위법한 함정수사에 기인한 것이 아니라고 보았습니다.

“공소를 기각한 제1심 판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.”(부산지법 2019. 10. 18. 선

고 2019노2582 판결).

“이에 따라 위 공소사실과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있는 필로폰 투약으로 인한 마약류 관리에 관한 법률 위반(향정)의 공소사실에 대하여, 피고인에게 징역 1년 및 10만원의 추징을 명하는 유죄판결을 선고하였습니다.”

### 관련 법령

#### 형법 제37조(경합범)

판결이 확정되지 아니한 수개의 죄 또는 금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄와 그 판결확정전에 범한 죄를 경합범으로 한다.

### 대법원 판결

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심이 판사와 같은 이유를 들어 피고인이 필로폰을 소지한 행위는 수사기관의 사술이나 계약 등에 의해 범의가 유발된 위법한 함정수사라고 볼 수 없고 제1심이 이 부분에 대하여 공소기각 판결을 선고한 것은 잘못이라고 판단한 조치는 정당하다.

그런데 형사소송법 제366조는 “공소기각 또는 관할위반의 재판이 법률에 위반됨을 이유로 원심판결을 파기하는 때에는 판결로써 사건을 원심법원에 환송하여야 한다.”라고 규정하고 있으므로, 원심으로서 위와 같이 제1심의 공소기각 판결이 법률에 위반된다고 판단한 이상 본안에 들어가 심리할 것이 아니

라 제1심판결을 파기하고 사건을 제1심법원에 환송하여야 한다(대법원 1998. 5. 8. 선고 98도631 판결 등 참조). 따라서 원심이 제1심의 공소기각 판결이 잘못이라고 하여 파기하면서도 사건을 제1심법원에 환송하지 아니하고 본안에 들어가 심리한 후 피고인에게 유죄를 선고한 것은 형사소송법 제366조를 위반한 것이다(대법원 2020. 1. 30. 선고 2019도 15987 판결).

### 관련 법령

#### 형사소송법 제366조(원심법원에의 환송)

공소기각 또는 관할위반의 재판이 법률에 위반됨을 이유로 원심판결을 파기하는 때에는 판결로써 사건을 원심법원에 환송하여야 한다.

### 결론

따라서, 앞서본 바와 같은 이유로 제1심 판결을 모두 파기하고, 이 사건을 제1심 법원에 환송하였습니다.

판결이 절차적으로 위법하다면, 사회적 혼란을 야기할 수 있으며 많은 시간이 소요될 수 있습니다.

그러므로 적법한 절차를 지켜 판결할 수 있도록 더욱 세심한 주의가 필요할 것입니다.

(출처/명쾌한 판사와 함께하는 법원 이야기)