

대법원 2002. 6. 20. 선고 2002도807 전원합의체 판결

【성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(장애인에대한준강간등)·보건범죄단속에관한특별조치법위반(부정의료업자)】 , [공2002.8.1.(159),1750]

【판시사항】

- [1] 의료행위의 의미 및 안마나 지압이 이에 해당하는지 여부(한정 적극)
- [2] 공소사실 특정의 정도
- [3] 경합범 관계에 있는 공소사실 중 일부에 대하여 유죄, 일부에 대하여 무죄의 각 판결이 선고되어 유죄부분에 대하여는 피고인이, 무죄부분에 대하여는 검사가 각 상고를 제기한 경우, 쌍방의 상고를 모두 기각하는 때의 상고제기 후의 미결구금일수 산입 방법

【판결요지】

- [1] 의료행위라 함은 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰·검안·처방·투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미한다 할 것이고, 안마나 지압이 의료행위에 해당하는지에 대해서는 그것이 단순한 피로회복을 위하여 시술하는 데 그치는 것이 아니라, 신체에 대하여 상당한 물리적인 충격을 가하는 방법으로 어떤 질병의 치료행위에까지 이른다면 이는 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위, 즉 의료행위에 해당한다고 보아야 한다.
- [2] 공소사실의 기재에 있어서 범죄의 일시·장소·방법을 명시하여 공소사실을 특정하도록 한 법의 취지는 법원에 대하여 심판의 대상을 한정하고 피고인에게 방어외의 범위를 특정하여 그 방어권 행사를 쉽게 해 주기 위한 데에 있는 것이므로, 공소사실은 이러한 요소를 종합하여 구성요건 해당사실을 다른 사실과 구별할 수 있을 정도로 기재하면 족하고, 공소장에 범죄의 일시·장소·방법 등이 구체적으로 적시되지 않았더라도 위와 같이 공소사실을 특정하도록 한 법의 취지에 반하지 아니하고 공소범죄의 성격에 비추어 그 개괄적 표시가 부득이한 경우에는, 그 공소내용이 특정되지 않아 공소제기가 위법하다고 할 수 없으며, 특히 포괄일죄에 있어서는 그 일죄의 일부를 구성하는 개개의 행위에 대하여 구체적으로 특정되지 아니하더라도 그 전체 범행의 시기와 종기, 범행방법, 피해자나 상대방, 범행횟수나 피해액의 합계 등을 명시하면 이로써 그 범죄사실은 특정된다.
- [3] [다수의견] 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있는 공소사실 중 일부에 대하여는 유죄, 나머지 일부에 대하여는 무죄를 선고하였고 그 중 유죄부분에 대하여는 피고인이 상고하고 무죄부분에 대하여는 검사가 상고한 경우에 있어서는, 원심판결 전부의 확정이 차단되어 상고심에 이심되는 것이고 유죄부분에 대한 피고인의 상고가 이유 없더라도 무죄부분에 대한 검사의 상고가 이유 있는 때에는 피고인에게 하나의 형이 선고되어야 하는 관계로 무죄부분 뿐 아니라 유죄부분도 함께 파기되어야 하는 것이므로, 쌍방의 상고를 모두 기각하는 판결이 선고되기 전까지는 검사의 상고로 인하여 유죄부분과 무죄부분이 모두 파기될 가능성을 내포하고 있어 두 부분은 서로 밀접하게 관련되어 있고, 따라서 검사의 상고가 이유 있는지 여부를 가리기 전에는 유죄부분에 대한 피고인의 상고만을 분리하여 기각할 수 없어, 상고심의 미결구금이 오로지 피고인의 책임으로 돌릴

사유로 인하여 생긴 것이라고는 할 수 없다고 할 것이니, 이러한 경우 법문의 문언대로 당연히 형사소송법 제482조 제1항 제1호의 '검사가 상소를 제기한 때'에 해당하는 것으로 보아야 할 것이고, 따라서 피고인과 검사의 상고를 모두 기각하는 경우에 있어서도 상고제기 후의 판결선고 전의 구금일수는 형사소송법 제482조 제1항 제1호에 의하여 그 전부가 본형에 산입되는 것이라 할 것이며, 이와는 달리 경합범의 관계에 있는 사실 중 일부를 유죄로, 일부를 무죄로 각 판결하고 그 중 유죄부분에 대하여는 피고인이, 무죄부분에 대하여는 검사가 각 상고를 제기한 경우에 상고심에서 쌍방의 상고를 모두 기각하는 때에는 원심의 유죄부분과 무죄부분은 가분적이어서 쌍방의 상고는 서로 영향을 미치지 않으므로 상고 후의 구금일수를 형법 제57조에 의하여 재정산입하여야 한다고 판시한 대법원 2002. 2. 5. 선고 2001도6311 판결은 이 판결의 견해와 저촉되는 한도 내에서 이를 변경하기로 한다.

[반대의견] 경합범으로 공소제기된 수 개의 범죄사실 중 일부에 대하여 유죄, 일부에 대하여 무죄의 선고가 있으면 그 선고와 동시에 공소범죄사실이 2개로 나뉘어져 각기 상소의 대상이 되고 상소된 그 부분 범죄사실만이 이심되어 상소심의 심판대상이 되는 것이며, 이처럼 공소범죄사실이 원심판결의 선고와 동시에 유죄부분과 무죄부분으로 나뉘어져 각기 상소의 대상이 되는 결과, 피고인이 유죄부분, 검사가 무죄부분에 대하여 각 상소하여 그 모두가 상소심의 심판대상이 되었다가 한꺼번에 기각되더라도, 그 상소가 형사소송법 제482조 제1항 제1호 소정의 법정통산요건인 '검사가 상소를 제기한 때'에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 무죄부분과 유죄부분을 나누어 살펴보아야 함은 당연한바, 그렇다면 검사는 유죄부분에 대해서는 상고한 바 없으므로 유죄부분에 대한 미결구금일수를 산입함에 있어서 위 조항에 의하여 법정통산되어야 한다고 해석할 수는 없는 것이 명백하다.

【참조조문】

[1] 의료법 제25조 제1항, 보건범죄단속에관한특별조치법 제5조 / [2] 형사소송법 제254조 제4항 / [3] 형법 제37조, 제57조 제1항, 형사소송법 제482조 제1항 제1호

【참조판례】

[1] 대법원 1974. 11. 26. 선고 74도1114 전원합의체 판결 (공1975, 8222), 대법원 1999. 3. 26. 선고 98도2481 판결 (공1999상, 818), 대법원 1999. 6. 25. 선고 98도4716 판결 (공1999하, 1555), 대법원 2000. 2. 25. 선고 99도4542 판결 (공2000상, 903), 대법원 2000. 9. 8. 선고 2000도432 판결 (공2000하, 2162), 대법원 2001. 7. 13. 선고 99도2328 판결 (공2001하, 1890), 대법원 2001. 7. 13. 선고 99도2328 판결 (공2001하, 1890) / [2] 대법원 1988. 11. 8. 선고 88도1580 판결 (공1988, 1552), 대법원 1992. 9. 14. 선고 92도1532 판결 (공1992, 2932), 대법원 1997. 7. 11. 선고 97도1097, 97감도34 판결 (공1997하, 2581), 대법원 1997. 12. 26. 선고 97도2609 판결 (공1998상, 475), 대법원 1999. 11. 12. 선고 99도2934 판결 (공1999하, 2559), 대법원 2000. 11. 24. 선고 2000도2119 판결 (공2001상, 208) / [3] 대법원 1991. 5. 28. 선고 91도739 판결 (공1991, 1834), 대법원 1992. 1. 21. 선고 91도1402 전원합의체 판결 (공1992, 951), 대법원 1997. 6. 13. 선고 96도2606 판결 (공1997하, 2093), 대법원 1999. 11. 12. 선고 99도2934 판결 (공1999하, 2559), 대법원 2000. 6. 13. 선고 2000도778 판결 (공2000하, 1700), 대법원 2000. 11. 28. 선고 2000도2123 판결 (공2001상, 229), 대법원 2002. 2. 5. 선고 2001도6311 판결 (공2002상, 717) (변경)

【전문】

【피고인】 피고인

【상고인】 피고인 및 검사

【변호인】 변호사 이영학 외 1인

【대상판결】

【원심판결】 서울고법 2002. 1. 29. 선고 2001노2773 판결

【주문】

상고를 모두 기각한다.

【이유】

상고이유를 본다.

1. 피고인의 국선변호인과 사선변호인의 각 상고이유에 대하여

가. 사실오인 및 법리오해 등의 주장에 대하여

의료행위라 함은 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰·검안·처방·투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미한다 할 것이고, 안마나 지압이 의료행위에 해당하는지에 대해서는 그것이 단순한 피로회복을 위하여 시술하는데 그치는 것이 아니라, 신체에 대하여 상당한 물리적인 충격을 가하는 방법으로 어떤 질병의 치료행위에까지 이른다면 이는 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위, 즉 의료행위에 해당한다고 보아야 할 것이다 (대법원 1974. 11. 26. 선고 74도1114 전원합의체 판결 , 2000. 2. 25. 선고 99도4542 판결 등 참조).

원심판결 이유에 의하면 원심은, 제1심판결의 채용 증거들을 종합하여, 피고인은 공소의 1 이 정신질환으로 불면증에 시달리고 있다는 사실을 알고서 이를 고쳐주기 위하여 두 손으로 관절 등 온 몸을 주무르고 팔·다리 등 신체에 대하여 순간적으로 힘을 가하는 방법으로 시술을 한 사실, 피고인이 그 판시와 같은 기간 동안 공소의 1 등에게 한 위와 같은 시술행위는 단순히 피로회복을 위한 것이 아니라, 허리디스크, 관절신경통, 불면증, 우울증, 정신병 등 질병을 호소하는 여러 환자들에 대하여 그 질병의 치료행위에까지 나아간 것인 사실을 각 인정한 다음, 피고인의 이와 같은 행위는 그 내세우는 명칭(기치료, 스포츠마사지)여하에 불구하고, 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 의료행위에 해당한다고 판단하여 피고인을 보건범죄단속에관한특별조치법위반의 유죄로 인정하여 처벌하고 있는바, 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 수긍이 되고, 원심판결에 상고이유에서 지적하는 바와 같이 심리를 제대로 하지 아니한 채, 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하였거나, 의료행위에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

그리고 상고이유에서 들고 있는 대법원판례들은 이 사건과 사안을 달리하여 원용하기에 적절하지 아니하다.

나. 공소사실 특정에 관한 주장에 대하여

공소사실의 기재에 있어서 범죄의 일시·장소·방법을 명시하여 공소사실을 특정하도록 한 법의 취지는 법원에 대하여 심판의 대상을 한정하고 피고인에게 방어권 범위를 특정하여 그 방어권 행사를 쉽게 해 주기 위한 데에 있는 것이므로, 공소사실은 이러한 요소를 종합하여 구성요건 해당사실을 다른 사실과 구별할 수 있을 정도로 기재하면 족하고, 공소장에 범죄의 일시·장소·방법 등이 구체적으로 적시되지 않았더라도 위와 같이 공소사실을 특정하도록 한 법의 취지에 반하지 아니하고 공소범죄의 성격에 비추어 그 개괄적 표시가 부득이한 경

우에는, 그 공소내용이 특정되지 않아 공소제기가 위법하다고 할 수 없으며, 특히 포괄일죄에 있어서는 그 일죄의 일부를 구성하는 개개의 행위에 대하여 구체적으로 특정되지 아니하더라도 그 전체 범행의 시기와 동기, 범행방법, 피해자나 상대방, 범행횟수나 피해액의 합계 등을 명시하면 이로써 그 범죄사실은 특정되는 것이라고 할 것이다 (대법원 1999. 11. 12. 선고 99도2934 판결 참조).

기록에 의하면, 피고인에 대한 이 사건 보건범죄단속에관한특별조치법위반죄의 공소사실은 일정기간 계속된 피고인의 각 의료행위를 포괄하여 일죄를 구성하는 것으로 공소를 제기하면서 전체 범행의 시기와 동기, 범행방법, 공소의 1 외 성명 불상 다수의 환자들을 상대한 범행내용 등을 명시함으로써 공소사실을 특정하였다고 할 것이고, 이 부분 공소사실 중 일죄의 일부를 구성하는 개개의 행위에 관하여 그 범행대상이 되는 다수의 환자들을 구체적으로 특정하지 않았다고 하더라도 심판의 대상이 불분명해진다거나 피고인에게 방어에 어려움을 초래한다고 볼 수 없다고 할 것이므로, 같은 취지에서 원심이 이 부분 공소사실이 특정되었다고 판단한 조치는 수긍이 되고, 원심판결에 상고이유로 주장하는 바와 같이 공소사실의 특정에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

다. 양형부당 등에 관한 주장에 대하여

피고인에 대하여 10년 미만의 징역형 및 벌금형이 선고된 이 사건에 있어서 원심의 양형이 과중하다는 사유는 적법한 상고이유가 될 수 없다.

그리고 원심이 이 사건 보건범죄단속에관한특별조치법위반죄에 대하여 자의적·편파적으로 양형을 하였다는 취지의 주장 역시 적법한 상고이유가 될 수 없을 뿐만 아니라, 기록을 살펴봐도 원심이 피고인에게 불리한 예단을 가지고 자의적·편파적인 재판을 하였음을 인정할 자료가 없으므로 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

2. 검사의 상고이유에 대하여

원심판결 이유에 의하면 원심은, 피고인에 대한 이 사건 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 위반죄의 각 공소사실에 대하여, 피고인의 수사기관 및 제1심 법정에서의 각 진술은 피해자가 정신장애로 항거불능 상태에 있었다는 공소사실을 부인하는 내용으로서 유죄의 증거가 되지 못하고, 피해자와 피해자의 남편 공소의 2의 수사기관 및 제1심 법정에서의 각 일부 진술, 피해자에 대한 치료를 담당하여 온 의사 공소의 3의 제1심 법정에서의 진술과 공소의 3 작성의 진단서의 기재 등에 의하면, 피해자는 만성정신분열증의 정신장애가 있었으나, 지속적인 치료를 통하여 이 사건 무렵에는 양호하게 현실적응을 한 상태였는데, 이러한 상황에서 약물복용을 중단하고 피고인과 성관계를 가질 때까지는 불과 4일 내지 6일 정도 밖에 지나지 아니하여 그 동안에 피해자의 정신장애가 갑자기 극도로 악화되었다고 보기 어렵고, 피해자도 당시 잠을 제대로 자지 못하여 정신이 몽롱한 상태였을 뿐이라고 하고 있으며, 이 사건 당시 피해자는 피고인 운영의 한국활법송파연수원까지 자동차를 손수 운전하여 내왕하였으므로, 이와 같은 정도만으로는 피고인이 피해자와 성교를 할 당시 피해자가 정신장애로 인하여 심리적·물리적으로 항거불능 또는 항거를 현저히 곤란하게 할 정도의 상태에 있었다고 볼 수 없고, 이 부분 공소사실에 부합하는 피해자 및 공소의 2의 각 일부 진술은 믿기 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판단하여 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하고 있는바, 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 조치는 수긍이 되고, 거기에 상고이유에서 지적하는 바와 같이 채증법칙을 위배하여 사실을 오인한 위법이 있다고 할 수 없다.

3. 그러므로 피고인과 검사의 상고를 모두 기각하기로 하는바, 이 사건에서와 같이 원심이 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있는 공소사실 중 일부에 대하여는 유죄, 나머지 일부에 대하여는 무죄를 선고하였고 그 중 유죄부분에 대하여는 피고인이 상고하고 무죄부분에 대하여는 검사가 상고한 경우에 있어서는, 원심판결 전부의 확정이 차단되어 상고심에 이심되는 것이고 유죄부분에 대한 피고인의 상고가 이유 없더라도 무죄부분에 대한 검사의 상고가 이유 있는 때에는 피고인에게 하나의 형이 선고되어야 하는 관계로 무죄부분 뿐 아니라 유죄부분도 함께 파기되어야 하는 것이므로 (대법원 1997. 6. 13. 선고 96도2606 판결, 대법원 2000. 6. 13. 선고 2000도778 판결 등 참조) 쌍방의 상고를 모두 기각하는 판결이 선고되기 전까지는 검사의 상고로 인하여 유죄부분과 무죄부분이 모두 파기될 가능성을 내포하고 있어 두 부분은 서로 밀접하게 관련되어 있고, 따라서 검사의 상고가 이유 있는지 여부를 가리기 전에는 유죄부분에 대한 피고인의 상고만을 분리하여 기각할 수 없어, 상고심의 미결구급이 오로지 피고인의 책임으로 돌릴 사유로 인하여 생긴 것이라고는 할 수 없다고 할 것이니, 이러한 경우 법문의 문언대로 당연히 형사소송법 제482조 제1항 제1호의 '검사가 상소를 제기

한 때'에 해당하는 것으로 보아야 할 것이고, 따라서 피고인과 검사의 상고를 모두 기각하는 경우에 있어서도 상고제기 후의 판결선고 전의 구금일수는 형사소송법 제482조 제1항 제1호에 의하여 그 전부가 본형에 산입되는 것이라고 할 것이다.

이와는 달리, 경합범의 관계에 있는 사실 중 일부를 유죄로, 일부를 무죄로 각 판결하고 그 중 유죄부분에 대하여는 피고인이, 무죄부분에 대하여는 검사가 각 상고를 제기한 경우에 상고심에서 쌍방의 상고를 모두 기각하는 때에는 원심의 유죄부분과 무죄부분은 가분적이어서 쌍방의 상고는 서로 영향을 미치지 않으므로 상고 후의 구금일수를 형법 제57조에 의하여 재정산입하여야 한다고 판시한 대법원 2002. 2. 5. 선고 2001도 6311 판결은 이 판결의 견해와 저촉되는 한도 내에서 이를 변경하기로 한다.

4. 따라서 피고인과 검사의 상고를 모두 기각하고, 상고 제기 후의 미결구금일수는 법정통산될 것이므로 따로 그 산입을 정하지 아니하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

이 판결에는 위 판례변경 부분에 관하여 대법관 조무제, 대법관 이용우, 대법관 배기원의 반대의견이 있는 외에는 관여 대법관의 의견이 일치되었다.

5. 대법관 조무제, 이용우, 배기원의 반대의견은 다음과 같다.

가. 다수의견은, 형법 제37조 전단의 경합범 중 일부는 유죄, 일부는 무죄가 선고되고 그 중 유죄부분에 대하여는 피고인이, 무죄부분에 대하여는 검사가 각 상고한 사안(이하 '이 사건 사안'이라 줄인다)에서, 피고인과 검사의 상고가 모두 이유 없어 기각되는 경우에도 형사소송법 제482조 제1항 제1호에 해당하는 것으로 보아 판결선고 전의 미결구금일수 전부가 법정통산되는 것으로 해석하여야 한다고 주장하나, 이는 형사소송법 제482조 제1항 제1호 '검사가 상소를 제기한 때'의 해석을 그르친 것으로서 받아들일 수 없다.

우리 형사법은 판결선고 전의 미결구금일수 산입에 관하여 심급을 묻지 아니하고 법원의 재량에 맡기는 재정통산을 원칙으로 하고 있다(형법 제57조 제1항). 그러나 '피고인의 책임으로 돌릴 수 없는 미결구금'에 대하여서까지 미결구금일수의 산입을 법원의 재량에 맡기는 것은 피고인에게 가혹하다고 보아, 그 미결구금일수를 형의 집행단계에서 본형에 자동통산되는 것으로 하고 그 통산된 일수에 대하여는 이미 본형의 집행을 마친 것으로 함으로써 형사사법의 형평을 꾀하고 있는바, 이것이 예외적으로 형사소송법 제482조 제1항에서 법정통산규정을 둔 취지이다.

한편, 이 사건 사안과 같이 원심이 경합범으로 공소제기된 수 개의 범죄사실 중 그 일부에 대하여 유죄, 일부에 대하여 무죄를 각 선고하고 무죄부분에 대하여는 검사가 상고하였으나 유죄부분에 대하여는 피고인과 검사 모두 상고하지 아니한 경우, 그 유죄부분은 상소기간의 도과로 확정되므로 무죄부분의 상고가 이유 있는 경우에도 그 무죄부분만이 파기될 수밖에 없는 것이다(대법원 1992. 1. 21. 선고 91도1402 전원합의체 판결 참조). 이 전원합의체 판결은 경합범으로 공소제기된 수 개의 범죄사실 중 일부에 대하여 유죄, 일부에 대하여 무죄의 선고가 있으면 그 선고와 동시에 공소범죄사실이 2개로 나뉘어져 각기 상소의 대상이 되고 상소된 그 부분 범죄사실만이 이심되어 상소심의 심판대상이 된다는 당연한 논리를 확인한 것이다.

이처럼 공소범죄사실이 원심판결의 선고와 동시에 유죄부분과 무죄부분으로 나뉘어져 각기 상소의 대상이 되는 결과, 이 사건 사안과 같이 피고인이 유죄부분, 검사가 무죄부분에 대하여 각 상소하여 그 모두가 상소심의 심판대상이 되었다가 한꺼번에 기각되더라도, 그 상소가 형사소송법 제482조 제1항 제1호 소정의 법정통산요건인 '검사가 상소를 제기한 때'에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 무죄부분과 유죄부분을 나누어 살펴보아야 함은 당연하고, 그렇다면 이 사건 사안에서 검사는 유죄부분에 대해서는 상고한 바 없으므로 유죄부분에 대한 미결구금일수를 산입함에 있어서 위 조항에 의하여 법정통산되어야 한다고 해석할 수는 없는 것이 명백하다. 뿐더러 형사소송법 제331조는 무죄의 선고가 있으면 구속영장은 그 효력을 잃는다고 규정하므로 이 사건 사안에서 상고심의 미결구금은 오로지 유죄부분에 불복한 피고인의 상고로 인하여 생긴 것이다. 따라서 이 경우에 미결구금일수를 법정통산되는 것으로 해석하는 것은 피고인의 책임으로 돌릴 수 없는 미결구금일수를 전부 통산해주기 위하여 예외적으로 법정통산규정을 둔 법의 취지에도 정면으로 반하게 된다.

나. 다수의견은, 이 사건의 사안에서 유죄부분에 대한 피고인의 상고가 이유 없더라도 무죄부분에 대한 검사의 상고가 이유 있어 파기될 때는 유죄부분도 함께 파기되어야 하므로(이른바, 전부파기설), 쌍방의 상고를 모두 기각하는 판결이 선고되기 전까지는 검사의 상고로 인하여 유죄부분과 무죄부분이 모두 파기될 가능성을 내포하고 있어 서로 밀접하게 관련되어 있게 되므로 상고심의 미결구금이 오로지 피고인의 책임으로 돌릴 사

유로 인하여 생긴 것이라고 할 수 없다고 주장한다.

그러나 이 사건 사안에서, 앞서와 같이 무죄부분은 원심판결의 선고로 그 구속영장의 효력이 소멸되므로 무죄부분에 대한 검사의 상고로 미결구금이 생길 수가 없고, 따라서 피고인이 유죄부분에 대하여 상고하지 아니했다면 유죄부분은 상고기간의 도과로 확정되어 애초부터 상고심의 미결구금일수가 생길 여지가 없다는 점을 생각한다면 이 사건의 경우 문제된 미결구금일수는 무죄부분에 대한 검사의 상고와는 전혀 관계가 없고 오로지 피고인의 이유 없는 상고로 인한 것임이 명백한 것이다.

이 사건 사안에서 무죄부분 파기시 원심판결 전부를 파기하는 대법원의 판례는 상고심의 심판범위에 관한 이론의 논리적 귀결로 인한 것이 아니라, 원래 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있던 수개의 범죄사실이 원심에서 일부는 유죄, 일부는 무죄가 선고되어 2개로 나뉘어 졌으나 무죄부분에 대한 검사의 상고가 이유 있어 파기되는 이상 원심에서 유죄부분과 무죄부분이 병합 심리되어 하나의 형이 선고되도록 하여야 피고인에게 유리하다는 정책적 배려에서 파기의 범위를 확장한 것일 뿐이다. 이 점은 형법 제37조 후단의 경합범에 대해서는 판례가 이 사건 사안과 같은 경우에 있어서도 상고이유가 있는 부분만을 파기할 뿐 원심판결 전부를 파기하지 아니하고 있는 데서도 명백하다(대법원 1999. 11. 12. 선고 99도2934 판결 참조).

따라서 다수의견이 전부파기설을 취하는 대법원 판례를 내세워 유죄부분과 무죄부분이 밀접하게 관련되어 있어 쌍방의 상고가 모두 기각될 경우에 미결구금일수가 법정통산되어야 한다고 주장하는 것은 이유가 없는 것이다.

다. 결론적으로 다수의견은 이때까지 잘못 적용되어온 법원의 실무관행에서 벗어나지 못한 채 이 사건 사안에서 무죄부분에 대한 검사의 상고와 유죄부분에 대한 피고인의 상고가 모두 기각될 경우, 검사가 유죄부분에 대하여는 상고를 한 바 없는데도 같이 심판받는 무죄부분에 대한 검사의 상고가 있었으니 이를 형사소송법 제482조 제1항 제1호 '검사가 상고를 제기한 때'의 법정통산요건에 해당되는 것으로 보아 미결구금일수가 법정통산되는 것으로 해석하자는 것이나, 이는 피고인의 책임으로 돌릴 수 없는 미결구금에 한하여 예외적으로 법정통산 되도록 규정한 형사소송법 제482조 제1항의 입법 취지와 경합범으로 공소제기된 수 개의 범죄사실 중 일부유죄, 일부무죄의 선고가 있으면 그 선고와 동시에 공소범죄사실이 2개로 나뉘어져 각기 상소의 대상이 된다는 앞서 본 전원합의체판결의 취지에 반하고, 전부파기설을 취한 대법원의 판례가 정책적 배려의 산물임을 간과한 것이다.

따라서 다수의견이 변경하고자 하는 대법원판결은 그대로 유지되어야 한다고 믿는다.

대법원장 최종영(재판장) 송진훈 서성 조무제 변재승(주심) 유지담 윤재식 이용우 배기원 강신욱 이규홍 손지열 박재윤