

## 제1절 형사소송법의 의의와 성격

### I. 형사소송법의 의의

#### 1. 형사소송법의 개념

형사소송법이란 형사절차를 규율하는 법률체계를 말한다. 형법이 형벌권의 발생요건을 규정하는 법률이라 한다면, 형사소송법은 형벌권을 실현하기 위한 법률이라 할 수 있다.

형사절차란 수사절차, 공소제기절차, 공판절차 및 집행절차를 포함하는 일련의 절차를 말하며, 특히 공소제기후의 공판절차를 협의의 형사절차라고 한다.

#### 2. 형사절차법정주의

형사절차는 반드시 법률에 의하여 규정할 것이 요구된다는 원칙을 말한다. 헌법 제12조 제1항은 죄형법정주의와 형사절차법정주의를 함께 선언한 것으로, 특히 헌법상의 적법절차에 관한 일반조항으로 형사절차 전반에 걸친 지도이념이 된다. 따라서 구체적 사안에서 명문규정이 없는 경우에 재판규범으로 기능한다.

### II. 형사소송법의 성격

#### 1. 절차법(節次法)

형사법 중 형법이 실체법임에 대하여, 형사소송법은 형법을 실현하는 절차를 규정하는 절차법이다. 실체법이 정적·고정적이라면 절차법은 동적·발전적이다.

#### 2. 공법(公法)

민사법이 개인과 개인 등의 평균적 정의의 실현을 목적으로 함에 대하여, 형사법은 국가와 개인 등의 배분적 정의의 실현함을 목적으로 한다.

#### 3. 사법법(司法法)

사법법인 형사소송법의 기본성격은 법적 안정성의 유지에 있다. 공판절차에 있어서는 사법법의 이념인 법적 안정성이 강조되지만, 수사절차와 형의 집행절차에 있어서는 합목적성이 강조된다.

## 제2절 형사소송법의 법원과 적용범위

### 1. 형사소송법의 법원(法源)

#### 1. 헌 법

형사절차법정주의 내지 적정절차의 원칙(제12조 제1항), 고문금지와 불이익진술거부권(제12조 제2항), 영장주의(제12조 제3항, 제16조), 변호인의 조력을 받을 권리(제12조 제4항), 구속적부심사청구권(제12조 제6항), 자백배제법칙과 자백의 보강법칙(제12조 제7항), 일사부재리의 원칙(제13조 제1항), 법관에 의하여 법률에 의한 정당한 재판을 받을 권리(제27조 제1항), 신속한 공개재판을 받을 권리(제27조 제3항), 무죄추정(제27조 제4항), 형사피해자의 공판정진술권(제27조 제5항), 형사보상청구권(제28조) 등.

법원의 조직과 권한(제101조 내지 제108조), 재판공개 원칙(제109조), 군사법원(제110조) 등.

#### 2. 형사소송법

(1) 형식적 의미의 형사소송법(「형사소송법」이라는 명칭을 가진 법전)

(2) 실질적 의미의 형사소송법(그 실질적 내용이 형사절차를 규정한 법률)

#### 3. 대법원규칙 등

##### (1) 대법원규칙

① **형사소송규칙** : 대법원은 법률에 저촉하지 아니하는 범위 안에서 소송에 관한 절차, 법원의 내부 규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다(헌법 제108조). 이에 의한 것이 형사소송규칙이다.

② **대법원예규**(大法院例規)<sup>1)</sup> : 사법부 내부의 복무지침이나 업무처리지침으로서 간접적으로 형사절차에 영향을 미치지만, 직접적으로 소송관계인의 권리와 의무에 영향을 미쳐서 형사절차를 규율하는 효과는 없으므로 형사소송법의 직접적인 법원은 아니다.

##### (2) 대통령령, 법무부령 등

헌법 제108조에 근거한 형사소송규칙과 달리, 헌법적 근거가 없는 수사기관 내부의 업무처리지침에 불과한 각종의 **대통령령** 및 **법무부령** 등도 형사소송법의 법원이 아니다. **대통령령**인 검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정(약칭 ‘수사준칙’),<sup>2)</sup> 검사의 수사개시 범죄 범위에 관한 규정(대통령령 제32902호, 2022. 9. 8. 일부개정, 2022. 9.10. 시행), **법무부령**인 검찰사건사무규칙·검찰압수물 사무규칙 등, **행정안전부령**인 경찰수사규칙 등이 그것이다.<sup>3)</sup> [변23(1)]

##### (3) 판례

대법원 판례는 당해 사건의 하급심을 기속할 뿐 형사소송법의 법원은 아니나, **헌법재판소의 위헌결정** 및 **헌법불합치결정**은 법률의 효력을 소급적으로 실효시키므로 법원이 된다.

1) **대법원예규의 법원성** : 대법원이 같은 종류의 사항에 관하여 일반적·계속적으로 적용할 사무처리지침으로 정한 일반재판예규(재일)와 형사재판예규(재형)도 형사소송에 적용되는 중요한 준칙이다(법원실무(1), 31면).

2) **검·경수사권조정**을 내용으로 형사소송법이 개정(법률 제16924호, 2020. 2. 4.)됨에 따라 검사와 사법경찰관의 상호협력에 필요한 사항과 수사를 할 때 지켜야 하는 일반적인 수사준칙 등을 규정한 것이다.

3) **법무부령인 검찰사건사무규칙** : 형사소송법의 직접적인 법원이 아니다(대판 2007.10.25. 2007도4961). ●1

## II. 형사소송법의 적용범위

### 1. 장소적 적용범위

#### (1) 원 칙(속지주의)

형사소송법은 대한민국의 법원에서 심판되는 사건에 대하여만 적용된다. 대한민국 영역 외일지라도 영사재판권이 미치는 지역에서는 형사소송법이 적용되고, 국적은 불문한다.

#### (2) 예 외(치외법권지역)

대한민국 영역 내라 할지라도 국제법상의 치외법역에서는 형사소송법이 적용되지 않는다.

### 2. 인적 적용범위

#### (1) 원 칙(속인주의)

형사소송법은 대한민국 영역 내에 있는 모든 사람에게 효력이 미친다. 즉 우리나라에 재판권이 있는 사람이라면 국적·주거·범죄지를 불문하고 형사소송법이 적용된다.

#### (2) 예 외(치외법권지역)

##### 1) 국내법상의 관계

① **대통령**은 내란 또는 외환의 죄를 범한 경우를 제외하고는 재직중 형사상의 소추를 받지 아니한다(헌법 제84조).

② **국회의원**의 면책특권(헌법 제44조)에 해당하는 사항에 대하여 공소가 제기된 때에는 ‘공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때’에 해당하므로 제327조 제2호의 공소기각판결을 하여야 한다(대판 1992.9.22. 91도3317).

##### 2) 국제법상의 관계

외국의 원수, 그 가족 및 대한민국 국민이 아닌 수행자, 신임받은 외국의 사절과 그 직원·가족 및 승인 받고 대한민국 영역 내에 주둔하는 외국의 군인에 대하여도 형사소송법은 적용되지 않는다.

### 3. 시간적 적용범위

#### (1) 원 칙

형사소송법도 시행시부터 폐지시까지 효력을 가지는 것이 원칙이다.

#### (2) 예 외

**법률변경시 어떤 법을 적용해야 할 것인가**가 문제된다. 소급효금지의 원칙은 절차법인 형사소송법에는 적용되지 않으므로 신법 또는 구법을 적용할 것인가는 결국 **입법정책의 문제**라고 할 수 있다.

2007년 개정법 부칙은 개정법 시행 당시 수사 중이거나 법원에 계속 중인 사건에도 개정법이 적용되는 것이 원칙이지만(부칙 제2조), **공소시효**에 대하여는 개정법 시행 전에 범한 죄에 대하여는 예외를 인정하여 종전의 규정을 적용하도록 하고 있다(부칙 제3조).<sup>4)</sup>

4) 법률의 변경과 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호의 적용범위 ㉠ 소위 ‘동기설’을 폐지한 대판(소합) 2022.12.22. 2020도16420[전동킥보드 음주운전 사건] 등의 상세는 623p 참조

## Chapter

## 05

## 공소의 제기

## 제1절 공소와 공소권이론

## 제1관 총 설

## 제2관 공소권남용이론 [사16, 입06]

## I. 서 설

공소권남용이론이란 공소권의 행사가 형식적으로는 적법하게 보이지만 실질적으로는 부당한 경우, 즉 공소권남용의 경우에 형식재판에 의하여 소송을 종결시켜야 한다는 이론을 말한다.

① 피고인을 조기에 형사절차에서 해방시키고, ② 검사의 부당한 공소권행사를 통제하기 위하여 주장된 이론이다.

## II. 공소권남용론의 인정여부

## 1. 학 설

① 긍정설 : 검사의 부당한 공소제기의 규제 필요성, 소송조건으로 통제하기 어려운 검사의 공소권 행사의 적정성을 도모할 수 있다는 점을 근거로 긍정하는 견해이다.

② 부정설 : 공소기각재판과 면소판결사유를 제한적으로 열거하고 있는 현행법의 해석상 공소권남용을 소송조건으로 보아 형식재판으로 절차를 종결시킬 수 없다는 견해이다.

## 2. 판 례

종래 대법원은 차별적 공소제기와 관련하여 평등권을 침해하였거나 공소권을 남용하였다고 할 수 없다고 하였다(대판 1996.2.13. 94도2658).

그러나 그 후 ① 누락기소 사안에서는 공소권의 남용을 인정한 바 있으며(대판 2001.9.7. 2001도3026 [소위 차량절도 및 도로교통법위반 사건]), ●126·127 ② 위법한 함정수사에 기한 공소제기는 무효라고 하여 공소기각판결을 한 판례도 있다(대판 2005.10.28. 2005도1247[소위 '작업'에 의한 함정수사 사건] 등). ●37

■ 기소편의주의에 따른 검사의 소추재량이 내재적 한계를 가지는지 여부(적극) 및 검사의 공소권 행사를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수 있는 경우

① 검사의 소추재량은 공익의 대표자인 검사로 하여금 객관적 입장에서 공소의 제기 및 유지 활동을 하게 하는 것이 형사 소추의 적정성 및 합리성을 기할 수 있다고 보기 때문이므로 스스로 내재적인 한계를 가지고, 따라서 검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 가함으로써 소추재량을 현저히 일탈하였다고 판단되는 경우에는 이를 공소권남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수 있다(대판 2017.8.23. 2016도5423). ●124 [변24(3)]

- ② 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수 있는 검사의 '자의적인 공소권의 행사'란 단순히 직무상의 과실에 의한 것만으로는 부족하고 적어도 미필적이나마 어떤 의도가 있어야 한다(대판 2001.9.7. 2001도 3026[소위 차량절도 및 도로교통법위반 사건] 등). [변24(3)]
- ☞ 피고인이 절취한 차량을 무면허로 운전하다가 적발되어 절도 범행의 기소중지자로 검거되었음에도 무면허 운전의 범행만이 기소되어 유죄의 확정판결을 받고 그 형의 집행중 가석방되면서 다시 그 절도 범행의 기소중지자로 긴급체포되어 절도 범행과 이미 처벌받은 무면허 운전의 일부 범행까지 포함하여 기소된 경우, 그 후행 기소가 적법한 것으로 보아 유죄를 인정한 원심판결에는 공소권 남용에 관한 법리 오해 또는 심리미진의 위법이 있다고 한 사례. [변24(3)]
- ③ 피고인이 중국에 거주하는 갑과 공모하여, 탈북자들의 북한 거주 가족에 대한 송금의뢰 등 중국으로 송금을 원하는 사람들로부터 피고인 등 명의의 계좌로 입금받은 돈을 갑이 지정·관리·사용하는 계좌로 재송금하는 방법으로 무등록 외국환업무를 영위하여 외국환거래법 위반으로 기소된 경우, 검사는 종전에 기소유예 처분을 하였다가 4년여가 지난 시점에 다시 기소하였고, 종전 피의사실과 공소사실 사이에 이를 반복할 만한 사정변경이 없는 점 등 여러 사정을 종합하면, 위 공소제기는 검사가 공소권을 자의적으로 행사한 것으로서 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 보아 공소를 기각한 원심판결이 정당하다(대판 2021.10.14. 2016도14772(위계공무집행방해·외국환거래법위반)[소위 서울시공무원 유○우 사건]).

### 3. 검토

공소권행사가 실질적으로 부당한 경우, 즉 검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 소추재량권을 현저히 일탈한 위법이 있는 경우에는 피고인을 조기에 형사절차에서 해방시키고 검사의 부당한 공소권 행사를 통제할 필요성이 있으므로 긍정설이 타당하다.

## III. 공소권남용의 유형

### 1. 무혐의 사건에 대한 기소

범죄의 객관적 혐의가 없음에도 불구하고 검사가 공소를 제기하는 경우에 법원은 형식재판으로 소송을 종결시킬 수 있는지가 문제된다.

① 공소기각결정설(제328조 제1항 4호), ② 공소기각판결설(제327조 제2호), ③ 피고사건이 범죄로 되지 아니하거나 범죄사실의 증명이 없는 때(제325조)에 해당하므로 무죄를 선고하여야 한다는 무죄판결설이 대립한다.

생각건대, 범죄혐의의 부존재는 현행법상 공소기각의 사유가 아니고, 사건의 실체에 관한 판단이므로 무죄판결설이 타당하다.

### 2. 소추재량을 일탈한 기소

#### (1) 문제점

기소유예처분을 함이 상당한 사건을 기소한 경우 법원이 어떠한 재판을 하여야 하는지가 문제된다.

#### (2) 학설

① 공소기각판결설 : 검사의 소추재량은 기속재량이므로 소추재량을 남용한 공소제기는 무효인 때(제327조 제2호)에 해당하여 공소기각의 판결로 절차를 종결해야 한다는 견해이다.

② 유죄판결설(통설) : 기소유예의 여부는 검사의 재량에 속하며 소추재량의 남용은 공소기각 사유에 해당하지 않고, 기소유예의 정상은 사건의 실체에 관한 문제이므로 유죄판결을 해야 한다는 견해이다.

## (3) 검 토

기소유예시 고려해야 할 정상에 관한 사실은 실체적 사실이므로 이를 소송조건으로 다루는 것은 타당하지 않고, 법원이 소추재량의 당부를 판단하는 것도 적절하지 않으므로 **유죄판결설**이 타당하다.

## ■ 공소권남용이 아니라는 판례

- ① 무혐의결정 3년 후에 재기소한 경우 : 일차 무혐의결정이 있는 범죄사실에 대하여 3년 후에 동일한 혐의로 고소됨에 따라, 검사가 새로이 수사결과에 터잡아 공소를 제기한 것이 공소권남용이라 볼 수 없다(대판 1995.3.10. 94도2598[무혐의결정 3년 후 재기소 사건]).
- ② 정치적 고려 사건 : 기업들에 대하여 막강한 영향력을 가지고 있던 국세청의 고위 공무원들과 공모하여 기업들로부터 거액의 정치자금을 모금한 행위는 정치자금의 투명한 조달을 왜곡하고 공정한 선거를 방해할 뿐만 아니라 기업들에 대하여는 막중한 경제적 부담을 지우는 것으로서, 검찰이 수사과 기소 단계에서 제15대 대통령 선거의 당선자측과 낙선자측을 불평등하게 취급하는 정치적인 고려가 있었다고 하더라도, 그 범죄행위에 상응한 책임을 묻는 검사의 공소제기가 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 볼 수 없다(대판 2004.4.27. 2004도482).

## 3. 차별기소(선별기소, 불평등기소) [사16]

## (1) 문제점

범죄의 성질과 내용이 비슷한 여러 피의자 중 일부만을 선별하여 공소제기하고 다른 사람들은 수사에 착수하지도 않거나 기소유예하는 것을 차별기소라고 한다. 차별기소에 대하여 법원은 어떤 재판을 하여야 하는지에 대하여 견해가 대립한다.

## (2) 학 설

- ① 공소기각판결설 : 검사의 선별기소는 헌법이 규정한 **평등원칙에 위반한** 공소권의 행사로서 공소기각판결(제327조 제2호)을 하여야 한다는 견해이다.
- ② 실체판결설(다수설) : 현행법은 기소편의주의(제247조)에 의하여 검사에게 공소권행사의 재량을 인정하고 있으므로 검사의 선별기소가 불합리한 경우에도 유·무죄의 실체판결을 해야 한다는 견해이다.

## (3) 판 례

동일한 구성요건에 해당하는 행위를 한 공동피의자 중 일부만을 기소하고 다른 일부에 대하여는 불기소처분을 하였다 할지라도 **평등권을 침해**하였거나 **공소권을 남용**하였다고 할 수 없다고 판시하여(대판 1990.10.12. 90도1744), **실체판결설**의 입장이다. [변12(2),13]

## (4) 검 토

검사의 자의적인 차별기소는 헌법상 평등원칙에 위반한 공소권의 행사로서 공소기각판결(제327조 제2호)의 대상이 된다고 보는 것이 타당하다.

다만, 공소기각판결설이 타당하더라도 검사의 차별기소가 **합리적 기준을 결여하는 자의적인** 공소권 행사로서 **평등권을 침해**하는 구체적 사유가 인정될 때 비로소 공소기각판결에 의한 형사절차의 종결을 긍정할 수 있을 것이다.

## ■ 차별적 공소제기(선별기소)가 공소권남용이 아니라는 판례

어떤 사람에 대하여 공소가 제기된 경우 그 공소가 제기된 사람과 동일하거나 다소 중한 범죄구성요건에 해당하는 행위를 하였음에도 불기소된 사람이 있다는 사유만으로는 그 공소의 제기가 평등권 내지 조리에 반하는 것으로서 공소권남용에 해당한다고 할 수 없다(대판 2012.7.12. 2010도9349). ●125

## 제1절 개 관

## 제1관 상소의 의의와 종류

## I. 상소의 의의

상소(上訴)란 미확정의 재판에 대하여 상급법원에 구제를 구하는 불복신청제도를 말한다. 상소에는 항소(抗訴)(제357조 이하), 상고(上告)(제371조 이하), 항고(抗告)(제402조 이하) 등이 있다.

상소는 미확정의 재판에 대한 불복방법이라는 점에서 확정판결에 대한 비상구제절차인 재심(제420조 이하)이나 비상상고(제441조 이하)와 구별된다.

## II. 상소의 종류

상소는 피고사건에 대한 소송계속을 원심법원으로부터 상소법원으로 이전시키는 효력(移審의 효력)과, 원칙적으로 재판의 확정으로 인하여 발생하는 집행력과 기판력을 정지하는 효력(停止의 효력)을 발생시킨다는 점에서 재판에 대한 다른 불복방법들과 구별된다.

항소와 상고는 ‘법원의 판결’에 대한 불복방법이고, 항고는 ‘법원의 결정’에 대한 불복방법이다.

## 1. 항소, 상고 - 법원의 판결에 대한 불복방법

항소는 제1심 판결에 대한 상소이다. 제1심법원의 판결에 대하여 불복이 있으면 지방법원단독판사가 선고한 것은 지방법원본원합의부에 항소할 수 있으며, 지방법원합의부가 선고한 것은 고등법원에 항소할 수 있다(제357조).

상고는 제2심 판결에 대한 상소이다. 제2심 판결에 대하여 불복이 있으면 대법원에 상고할 수 있다(제371조). 상고는 제2심 판결에 대한 불복방법이지만 예외적으로 제1심 판결에 대하여 항소를 제기하지 아니하고 곧바로 상고를 할 수도 있다(제372조). 이를 **비약적 상고**라고 한다.

## 2. 항 고 - 법원의 결정에 대한 불복방법

법원의 결정에 대하여 불복이 있으면 형사소송법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 항고를 할 수 있다(제402조).

항고는 보통항고(제402조)와 즉시항고(제405조)로 나뉜다. 항고법원 또는 고등법원의 결정에 대하여는 재판에 영향을 미친 헌법, 법률, 명령 또는 규칙의 위반이 있음을 이유로 하는 때에 한하여 대법원에 즉시항고를 할 수 있다(제415조). 대법원에 제기하는 즉시항고를 재항고(再抗告)라고 한다.

지방법원단독판사의 결정에 대한 항고사건은 지방법원본원합의부(일정한 지방법원지원합의부)가 제2심으로 심판하며(법원조직법 제32조 제2항 제2호), 지방법원합의부의 제1심 결정에 대한 항고사건은 고등

법원이 심판한다(동법 제28조 제1호). 항고법원, 고등법원 또는 항소법원의 결정에 대한 재항고사건은 대법원이 중심으로 심판한다(제415조, 법원조직법 제14조 제2호).

## 제2관 상소권

### I. 상소권자

#### 1. 고유의 상소권자

##### (1) 검사와 피고인

검사 또는 피고인은 상소를 할 수 있다(제338조 제1항).

##### (2) 항고권자

검사 또는 피고인 아닌 자로서 법원의 결정을 받은 자는 항고할 수 있다(제339조). 과태료의 결정을 받은 증인 또는 감정인(제151조, 제161조, 제177조), 소송비용부담의 결정을 받은 피고인 아닌 자(제192조, 제193조)가 여기에 해당한다.

#### 2. 당사자 이외의 상소권자

피고인의 법정대리인은 피고인을 위하여 상소할 수 있다(제340조). 또 피고인의 배우자, 직계친족, 형제자매 또는 원심의 대리인(제276조 단서, 제277조 단서)이나 변호인은 피고인을 위하여 상소할 수 있다(제341조 제1항). 피고인의 법정대리인은 피고인의 명시한 의사에 반하여도 상소할 수 있지만, 그 밖의 상소권자는 피고인의 명시한 의사에 반하여 상소하지 못한다(동조 제2항).

이들의 상소권은 모두 피고인의 상소권에 기초한 독립대리권이므로 피고인의 상소권이 소멸한 후에는 이들도 상소할 수 없다(대판 1998.3.27. 98도253 등). 따라서 원심판결선고 후에 피고인이 사망한 경우에 원심의 변호인이 공소기각결정(제328조 제1항 제2호)을 구하며 상소하는 것은 허용되지 않는다.

[변14(1), 14(3), 16(3)]

### II. 상소제기기간

#### 1. 상소제기기간

항소와 상고는 7일(제358조, 제374조), 즉시항고도 7일로 연장되었다(제405조). [2019.12.31. 개정]

보통항고의 경우에는 기간의 제한이 없고 항고의 이익이 있는 한 언제든지 할 수 있지만, 원심결정을 취소하여도 실익이 없게 된 때에는 상소권이 소멸한 것으로 볼 것이다(제404조 참조).

#### 2. 상소제기기간의 기산점

재판을 선고 또는 고지한 날로부터 진행한다(제343조 제2항). 판결이 공판정에서 선고된 경우에는 선고한 날로부터 상소의 제기기간이 진행한다. 판결문이 송달된 날이 기준이 되는 것이 아니다(헌재결 1995.3.23. 92헌바1).

#### 3. 상소제기기간의 특칙

상소제기기간은 초일을 산입하지 않고 익일부터 계산한다(제66조 제1항 본문). 상소제기기간의 말일이 공휴일·토요일에 해당하는 날은 상소제기기간에 산입하지 아니한다(제66조 제3항 참조).

**예** 제1심 판결선고일이 6.1. → 항소제기기간은 6.8.까지

#### 4. 재소자 특칙

① 교도소·구치소에 있는 피고인이 상소의 제기기간 내에 상소장을 교도소장·구치소장 또는 그 직무를 대리하는 자에게 제출한 때에는 상소의 제기기간 내에 상소한 것으로 간주된다(제344조 제1항, 규칙 제152조 참조).

② 상소장 제출에 관하여 재소자에 대한 특칙을 규정한 형사소송법 제344조 제1항은 **상소이유서 제출**에 관하여도 준용된다(대판(全합) 2006.3.16. 2005도9729).

### Ⅲ. 상소의 포기·취하

상소의 포기란 **상소제기기간 내에 원심법원에 대하여 상소권의 행사를 포기한다는 의사를 표시하는 소송행위**를 말한다(제349조). [변15(1)]

상소의 취하란 **일단 제기한 상소를 상소심의 재판이 있을 때까지 철회하는 상소법원에 대한 소송행위**를 말한다(제349조). [변15(1)] 단, **소송기록이 상소법원에 송부되지 아니한 때에는 상소의 취하를 원심법원에 할 수 있다**(제353조). [변16(3), 21(2)]

**법정대리인이 있는 피고인이 상소의 포기·취하를 함에는 법정대리인의 동의를 얻어야 한다**(제350조).

상소의 포기·취하는 **서면으로 하여야 하지만, 공판정에서는 구술로 할 수 있다**(제352조 제1항). [변16]

**교도소·구치소에 있는 피고인이 상소의 포기나 취하에 관한 서면을 교도소장 등 그 직무를 대리하는 자에게 제출한 때에는 그때에 상소의 포기 또는 취하가 있는 것으로 간주된다**(제355조, 제344조 제1항 참조).

상소를 취하한 자 또는 상소의 포기나 취하에 동의한 자는 그 사건에 대하여 다시 상소하지 못한다(제354조). 형사소송법 제354조는 **상소를 포기한 자에 대하여 규정하고 있지 않으나 상소권의 포기**에 의하여 상소권은 소멸하므로 재상소가 금지되는 것은 당연하다(대결 1999.5.18. 99모40). [변14(3)]

#### ■ 피고인의 상소포기 후 변호인의 상소제기 허부(소극)

형사소송법 제341조 제1항에 원심의 변호인은 피고인을 위하여 상소할 수 있다 함은 변호인에게 고유의 상소권을 인정한 것이 아니고 피고인의 상소권을 대리하여 행사하게 한 것에 불과하므로, **변호인은 피고인의 상소권이 소멸된 후에는 상소를 제기할 수 없는 것이고, 상소를 포기한 자는 형사소송법 제354조에 의하여 그 사건에 대하여 다시 상소를 할 수 없다**(대판 1998.3.27. 98도253). [변19(1)]

#### ■ 변호인의 상소취하에 피고인의 동의가 없는 경우, 상소취하의 효력이 발생하는지 여부(소극) 및 피고인의 구술동의의 방식(명시적) [변17(2), 24(2)]

**변호인은 피고인의 동의를 얻어 상소를 취하할 수 있으므로**(제351조, 제341조), **변호인의 상소취하에 피고인의 동의가 없다면 상소취하의 효력은 발생하지 아니한다**. 한편 변호인이 상소취하를 할 때 원칙적으로 피고인은 이에 동의하는 취지의 서면을 제출하여야 하나(규칙 제153조 제2항), 피고인은 공판정에서 구술로써 상소취하를 할 수 있으므로(제352조 제1항 단서), **변호인의 상소취하에 대한 피고인의 동의도 공판정에서 구술로써 할 수 있다**. 다만 상소를 취하하거나 상소의 취하에 동의한 자는 다시 상소를 하지 못하는 제한을 받게 되므로(제354조), 상소취하에 대한 피고인의 구술 동의는 **명시적으로 이루어져야만 한다**(대판 2015.9.10. 2015도7821).

### Ⅳ. 상소권의 회복 [변17(2), 20(2) 법15 법행22]

#### 1. 상소권회복의 의의

상소권의 회복이란 **상소권자가 자기 또는 대리인이 책임질 수 없는 사유로 인하여 상소제기기간이 경과한 후에 법원의 결정에 의하여 소멸된 상소권을 회복시키는 것을 말한다**(제345조 참조).