

2023년도(제29회) 법무사 형사소송법(총평)

여러분! 정말 수고가 많으셨습니다.

먼저, 전체적으로는 작년과 비교해보았을 때 어느 정도 수험생에게는 큰 부담은 있다고 볼 수 없다고 조심스럽게 예측합니다.

각설하고, 올해 형사소송법 문제를 간단히 살펴보도록 하겠습니다.

【문 1-1】은 국민참여재판의 신청시기의 문제로 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제8조의 해석과 관련하여 공소장 부분을 송달받은 날부터 7일 이내에 의사확인서를 제출하지 아니한 피고인도 제1회 공판기일이 열리기 전까지는 국민참여재판 신청을 할 수 있고, 법원은 그 의사를 확인하여 국민참여재판으로 진행할 수 있다는 대결 2009.10.23. 2009도1032, 【문 1-2】는 법원의 국민참여재판 회부결정은 제403조 제1항의 “ ”에 해당하므로 검사는 항고로 불복할 수 없고 이에 대한 항고법원의 조치와 관련한 대결 2009.10.23. 2009도1032, 【문 2】는 피고인의 국민참여재판을 받을 권리 등을 침해한 것은 위법하다는 대판 2011.9.8. 2011도7106, 【문 3】은 국선변호인 선정의 효력은 병합사건에도 미치므로 항소법원은 국선변호인에게 병합된 사건에 관하여도 소송기록접수통지를 하여 항소이유서 제출의 기회를 부여해야 한다는 대판 2010.5.27. 2010도3377, 【문 4】는 필요적 변호사건에서 소송기록접수통지 후에 새로 선임된 사선변호인에 대하여는 법 제361조의2 및 규칙 제156조의2 제3항의 해석과 관련하여 항소법원은 사선변호인에게 다시 소송기록접수통지를 할 의무가 없고 항소이유서제출기간은 피고인 또는 종전 국선변호인에게 기록통지한 날부터 기산된다는 대판(全合) 2018.11.22. 2015도10651[다수의견], 【문 5】는 준항고의 청구의 방식과 관련하여 준항고의 대상 등이 다소 특정되지 아니하였더라도 법원은 석명권 행사(규칙 제141조) 등을 통하여 특정할 수 있는 기회를 부여하여야 하지 준항고를 쉽사리 배척할 것은 아니라는 대결 2023.1.12. 2022도1566 등과 관련하여 출제되었습니다.

국민참여재판과 관련한 【문 1】 및 【문 2】는 3순환 모의문제로, 【문 4】의 소송기록접수통지와 관련한 대판(全合) 2018.11.22. 2015도10651은 2순환, 3순환 모의문제에서 반복 출제된 바 있었습니다. 다만, 【문 5】의 최신판례는 저의 뇌피셜 관점에서 석명권 행사 등(규칙 제141조)으로 충분히 커버될 수 있다고 판단하여 최신판례의 자료로도 제공하지 않은 불찰이 있었습니다. (다만, 제가 존경하는 H학원의 지민 선생님이 시험장에서 제공한 출제예상 중요판례의 자료에는 실려 있었습니다)

어쨌건 주사위는 던져졌습니다. 약간의 운도 작용하겠지만, 뿌린 만큼 거둘 수 있을 것입니다. 다시 한 번 여러분의 파이팅에 박수를 보내며, 합격을 기원하겠습니다.

내일을 계획하며 잠시나마 편한 마음으로 자유를 만끽하기 바랍니다.

서울법학원·박문각 김영환 올림

2023년 제29회 법무사 형사소송법

【문 1】

피고인은 공소장 부분을 송달받은 날부터 7일이 경과한 이후 제1회 공판기일이 열리기 전 국민참여재판을 신청하였다. 제1심법원은 피고인의 의사를 확인하여 국민참여재판으로 진행하기로 결정하였다. 법원의 위 결정에 대하여 검사가 항고하였다. 제1심법원은 항고장을 항고법원에 송부하였다.

- 1-1. 제1심법원이 국민참여재판으로 진행하기로 한 것이 적법한지 여부와 그 이유에 관하여 서술하십시오. (10점)
- 1-2. 이때 항고법원은 어떠한 결정을 하여야 하는지와 그 이유를 서술하십시오. (5점)

【문 2】

甲은 강간치상 혐의로 기소되었다. 제1심법원은 甲에게 공소장 부분을 송달받은 날부터 7일이 경과하기 전에 공판기일을 진행하였고, 제1회 공판기일 전 甲에게 국민참여재판 신청 의사를 확인하지도 않았다. 甲은 제1회 공판기일 전날 구치소장에게 국민참여재판 신청서를 제출하였으나 제1회 공판기일이 진행된 후에야 위 신청서가 제1심법원에 접수되었다. 제1심법원은 甲에게 유죄를 선고하였다.

제1심판결이 적법한지 여부와 그 이유에 관하여 서술하십시오. (5점)

【문 3】

항소법원은 2019. 5. 27. 제1사건(업무방해)에서 구속된 피고인을 위하여 국선변호인을 선정하였고, 2019. 8. 7. 제2사건(사기)을 병합심리하기로 결정하였다. 항소법원은 2019. 8. 4. 피고인에게 제2사건에 관한 소송기록접수통지를 하였으나, 국선변호인에게는 소송기록접수통지를 하지 않았다. 피고인과 국선변호인 모두 제2사건에 대하여 항소이유서를 제출하지 않았다. 항소법원은 2019. 8. 24. 병합을 이유로 제1사건의 제1심판결 중 업무방해죄 부분과 제2사건의 제1심판결을 파기하면서 피고인에게 징역 7월을 선고하였다.

이때 항소법원의 판결이 적법한지 여부와 그 이유를 서술하십시오. (5점)

【문 4】

피고인은 제1심에서 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄로 유죄판결을 선고받고 항소하였으나 항소장에 항소이유를 기재하지 않았다. 항소법원은 2017. 3. 10. 형사소송법 제33조 제1항 제6호에 따른 필요적 변호사건인 이 사건에서 피고인에게 국선변호인을 선정하고, 2017. 3. 12. 국선변호인에게, 2017. 3. 13. 피고인에게 각 국선변호인 선정결정과 소송기록접수 사실을 통지하였다.

피고인과 국선변호인이 항소이유서를 제출하지 않고 있던 중 피고인은 2017. 3. 23. 사선변호인을 선임하였다. 항소법원은 2017. 3. 24. 국선변호인선정결정을 취소하였고, 사선변호인에게 소송기록접수통지를 하지 않았다. 사선변호인은 2017. 5. 21. 항소법원에 항소이유서를 제출하였다.

항소법원은 2017. 7. 3. 위 항소이유서가 피고인 또는 종전 국선변호인에게 소송기록접수통지를 한 날부터 기산하여 항소이유서 제출기간이 1개월 이상 지난 다음 제출되었고, 제1심판결에 직권조사사유도 없다는 이유로, 형사소송법 제361조의4제1항에 따라 결정으로 피고인의 항소를 기각하였다.

위 항소기각 결정이 적법한지 여부와 그 이유에 관하여 서술하시오. (15점)

(대법원 판결이 있는 경우 대법원 판결의 입장에 따르고, 대법원 판결의 의견이 나뉠 경우 다수의견에 따라 서술하시기 바랍니다)

【문 5】

준향고인은 준향고청구서에서 수사기관의 압수·수색 당시 압수·수색영장을 제시받지 못했고 참여를 위한 통지조차 받지 못했기 때문에 준향고 절차에서 압수·수색 처분의 내역 등을 확인할 수 있을 것이라고 주장하면서, 준향고 취지를 ‘고위공직자범죄수사처 소속 검사들이 2021. 6. 초순경부터 2021. 8. 30.까지 사이에 피의자(준향고인)를 대상으로 실시한 압수·수색 처분 중 피의자에 대한 통지절차를 거치지 아니하여 피의자의 참여권을 보장하지 아니한 압수·수색 처분을 모두 취소한다’고 기재하였다.

이에 대하여 준향고법원은 위 자료는 서울중앙지방검찰청 검사가 서울중앙지방검찰청 사건에 관하여 발부받은 압수·수색영장의 집행으로 압수한 것이라는 이유를 들어 준향고인의 청구를 기각하였다.

이와 같은 준향고법원의 결정이 적법한지 여부와 그 이유에 관하여 서술하시오. (10점)

【문 1-1】 국민참여재판의 신청기간 (10점)

[번시 14(1),16 법원사 16]

I. 제1심법원이 국민참여재판으로 진행하기로 한 것은 **적법**하다.

II. 이 유

- ① 피고인의 국민참여재판의 신청기간이 「국민의 형사재판 참여에 관한 법률」 제8조와 관련하여 문제된다.
- ② 법원은 대상사건의 피고인에 대하여 국민참여재판을 원하는지 여부에 관한 의사를 서면 등의 방법으로 반드시 확인하여야 한다. 이 경우 피고인 의사의 구체적인 확인 방법은 대법원규칙으로 정하되, 피고인의 국민참여재판을 받을 권리가 최대한 보장되도록 하여야 한다(동법 제8조 제1항).
- ③ 피고인은 공소장 부분을 송달받은 날부터 7일 이내에 국민참여재판을 원하는지 여부에 관한 의사가 기재된 서면을 제출하여야 한다(동조 제2항). 피고인이 제2항의 서면을 제출하지 아니한 때에는 국민참여재판을 원하지 아니하는 것으로 본다(동조 제3항).
- ④ 그러나 피고인은 ‘공판준비기일 종료시까지’ 또는 ‘제1회 공판기일 전까지’ 국민참여재판 희망 여부에 대한 종전 의사를 번복할 수 있다(동조 제4항 참조).
- ⑤ 따라서 공소장 부분을 송달받은 날부터 7일 이내에 의사확인서를 제출하지 아니한 피고인도(동조 제3항 참조) **제1회 공판기일이 열리기 전까지는** 국민참여재판 신청을 할 수 있고, 법원은 그 의사를 확인하여 국민참여재판으로 진행할 수 있다(대결 2009.10.23. 2009모1032).

【문 1-2】 국민참여재판 회부결정에 대한 항고의 허부(=소극) 및 항고법원의 조치 (5점)

I. 항고법원은 **결정으로 항고를 기각**하여야 한다.

II. 이 유

- ① 법원의 국민참여재판 회부결정에 대한 검사의 항고 허부 및 항고법원의 조치가 문제된다.
- ② 제1심 법원이 피고인의 의사에 따라 국민참여재판으로 진행함에 있어 별도의 국민참여재판 개시결정을 할 필요는 없고, 그에 관한 이의가 있어 제1심 법원이 국민참여재판으로 진행하기로 하는 결정에 이른 경우 이는 ‘판결 전의 소송절차에 관한 결정’에 해당하며(제403조 제1항), 그에 대하여 특별히 즉시항고를 허용하는 규정이 없으므로 위 결정에 대하여는 항고할 수 없다(대결 2009.10.23. 2009모1032). [번시 14(1)]
- ③ 따라서 국민참여재판으로 진행하기로 하는 제1심 법원의 결정에 대한 검사의 항고는 ‘항고의 제기가 법률상의 방식을 위반한 때’에 해당하여 위 결정을 한 법원(=제1심법원)이 항고를 기각하여야 하고(제407조 제1항), 위 결정을 한 법원이 항고기각의 결정을 하지 아니한 때에는 항고법원은 결정으로 항고를 기각(제413조)하여야 한다(위 판례).

【문 2】 국민참여재판을 받을 권리의 침해(=위법)와 그 효과(=무효) (5점)

I. 제1심판결은 위법하다.

II. 이 유

- ① 국민참여재판을 시행하는 이유나 ‘국민의 형사재판 참여에 관한 법률’의 여러 규정에 비추어 볼 때, 위 법에서 정하는 대상 사건에 해당하는 한 피고인은 원칙적으로 국민참여재판으로 재판을 받을 권리를 가진다.
- ② 따라서 피고인이 법원에 국민참여재판을 신청하였는데도 법원이 이에 대한 배제결정도 하지 않은 채 통상의 공판절차로 재판을 진행하는 것은 피고인의 국민참여재판을 받을 권리 및 법원의 배제결정에 대한 항고권 등 중대한 절차적 권리를 침해한 것으로서 위법하다(대판 2011.9.8. 2011도7106).
- ③ 그리고 국민참여재판제도의 도입 취지나 위 법에서 배제결정에 대한 즉시항고권을 보장한 취지 등에 비추어 이와 같이 위법한 공판절차에서 이루어진 소송행위는 무효라고 보아야 한다(위 판례 등).
☞ 위와 같은 사안에서, 피고인이 국민참여재판을 받을 권리를 침해당하였을 뿐 아니라 이를 위해 배제결정에 대하여 즉시항고할 권리조차 박탈당한 위법한 공판절차에서 이루어진 소송행위는 무효라고 보아야 하므로 제1심판결에는 직권파기사유가 있는데도, 제1심판결의 위법에 대하여 아무런 심리, 판단을 하지 아니한 채 피고인의 항소를 기각한 원심판단에 국민참여재판을 받을 권리 및 소송절차상 하자에 관한 법리오해의 위법이 있다는 이유로, 원심판결과 제1심판결을 모두 파기하고 사건을 제1심법원에 환송한 사례.

【문 3】 국선변호인 선정의 효력이 병합사건에도 미치는지 여부(적극) (5점) [법원사 17]

I. 항소법원의 판결은 위법하다.

II. 이 유

- ① 항소법원의 판결의 적법 여부는 국선변호인 선정의 효력이 병합사건에 대하여도 미치는지와 관련하여 문제된다.
- ② 먼저, 국선변호인에게 소송기록접수통지를 하지 아니함으로써 항소이유서 제출기회를 주지 아니한 채 판결을 선고하는 것은 위법하다(대판 1973.9.12. 73도1919; 대판 1973.10.10. 73도2142 등 참조).
- ③ 한편, 국선변호인 선정의 효력은 선정 이후 병합된 다른 사건에도 미치는 것이므로, 항소심에서 국선변호인이 선정된 이후 변호인이 없는 다른 사건이 병합된 경우에는 형사소송법 제 361조의2, 형사소송규칙 제156조의2의 규정에 따라 항소법원은 지체 없이 국선변호인에게 병합된 사건에 관한 소송기록접수통지를 함으로써 국선변호인이 통지를 받은 날로부터 기산한 소정의 기간 내에 피고인을 위하여 항소이유서를 작성·제출할 수 있도록 하여 변호인의 조력을 받을 피고인의 권리를 보호하여야 한다(대판 2010.5.27. 2010도3377).
- ④ 따라서 항소법원이 국선변호인 선정 이후 병합된 사건에 관하여 국선변호인에게 소송기록 접수통지를 하지 아니함으로써 항소이유서 제출기회를 주지 아니한 채 판결을 선고한 것은 위법하다(위 판례).

【문 4】 필요적 변호사건에서 기록통지 후에 새로 선임된 사선변호인에 대한 기록통지 요부(소극) 및 항소이유서 제출기간의 기산점(= 피고인 또는 종전 국선변호인이 기록통지를 받은 날로부터) (15점) [법행 19, 법원사 21]

I. 항소법원의 위 항소기각 결정은 적법하다.

II. 이 유

- ① 필요적 변호사건에서 소송기록접수통지 후에 새로 선임된 사선변호인에 대하여도 소송기록접수통지를 할 필요가 있는지 및 항소이유서 제출기간의 기산점 등이 문제된다.
- ② 형사소송법 제361조의2 제2항에 따르면, 항소법원이 항소인인 피고인에게 소송기록접수통지 전에 변호인의 선임이 있는 때에는 변호인에게도 소송기록접수통지를 하도록 하므로, 피고인에게 소송기록접수통지 후에 변호인이 선임된 경우에는 변호인에게 다시 같은 통지를 할 필요가 없다.
- ③ 이는 필요적 변호사건에서 항소법원이 국선변호인을 선정하고 피고인과 그 변호인에게 소송기록접수통지를 한 다음 피고인이 사선변호인을 선임함에 따라 항소법원이 국선변호인의 선정을 취소한 경우에도 마찬가지이다. 이 경우 항소이유서 제출기간은 국선변호인 또는 피고인이 소송기록접수통지를 받은 날로부터 계산하여야 한다.
- ④ 한편 형사소송규칙 제156조의2 제3항은 항소이유서 제출기간 내에 피고인이 책임질 수 없는 사유로 국선변호인이 변경되면 그 국선변호인에게도 소송기록접수통지를 하여야 한다고 정하고 있는데, 이 규정을 새로 선임된 사선변호인의 경우까지 확대해서 적용하거나 유추적용할 수는 없다.
- ⑤ 결국, 형사소송법이나 그 규칙을 개정하여 명시적인 근거규정을 두지 않는 이상 현행 법규의 해석론으로는 필요적 변호사건에서 항소법원이 국선변호인을 선정하고 피고인과 국선변호인에게 소송기록접수통지를 한 다음 피고인이 사선변호인을 선임함에 따라 국선변호인의 선정을 취소한 경우, 항소법원은 사선변호인에게 다시 소송기록접수통지를 할 의무가 없다(대결(全합) 2018.11.22. 2015도10651[다수의견]).
- ⑥ 다만, [5인의 반대의견] 헌법 제12조 제4항의 변호인의 조력을 받을 권리의 실질적 보장을 위해 형사소송규칙 제156조의2 제3항을 유추적용하여야 한다. 이에 따르면, 항소법원은 피고인이 소송지연 등을 위하여 새로 변호인을 선임하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 새로 선임된 사선변호인에게 소송기록접수통지를 하여 그 변호인에게 항소이유서 작성·제출을 위한 기간을 보장해 주어야 한다.

【문 5】 준항고인이 불복의 대상이 되는 압수 등에 관한 처분을 구체적으로 특정하기 어려운 사정이 있는 경우, 법원의 조치(= 석명권 행사) (10점)

I. 준항고법원이 준항고인의 청구를 기각한 결정은 **부적법**하다.

II. 이 유

- ① 준항고법원의 기각결정의 적법 여부는 준항고법원의 석명권 행사(규칙 제141조) 등과 관련하여 문제된다.
- ② 형사소송법은 수사기관의 압수·수색영장 집행에 대한 사후적 통제수단 및 피압수자의 신속한 구제절차로 준항고 절차를 마련하여 검사 또는 사법경찰관의 압수 등에 관한 처분에 대하여 불복이 있으면 처분의 취소 또는 변경을 구할 수 있도록 규정하고 있고(제417조), 피압수자는 준항고인의 지위에서 불복의 대상이 되는 압수 등에 관한 처분을 특정하고 준항고 취지를 명확히 하여 청구의 내용을 서면으로 기재한 다음 관할법원에 제출하도록 하고 있다(제418조).
- ③ 다만, 준항고인이 불복의 대상이 되는 압수 등에 관한 처분을 구체적으로 특정하기 어려운 사정이 있는 경우에는 법원은 석명권 행사 등을 통해(규칙 제141조) 준항고인에게 불복하는 압수 등에 관한 처분을 특정할 수 있는 기회를 부여하여야 한다.
- ④ 한편, 제417조에 따른 준항고 절차는 항고소송의 일종으로 당사자주의에 의한 소송절차와는 달리 대립되는 양 당사자의 관여를 필요로 하지 않는다(대결 1991.3.28. 91모24, 대결 2022.11.8. 2021모3291 등 참조).
따라서 준항고인이 불복의 대상이 되는 압수 등에 관한 처분을 한 수사기관을 제대로 특정하지 못하거나 준항고인이 특정한 수사기관이 해당 처분을 한 사실을 인정하기 어렵다는 이유만으로 준항고를 쉽사리 배척할 것은 아니다(대결 2023.1.12. 2022모1566[수사기관의 압수·수색처분에 대한 준항고 사건]).
- ⑤ 따라서 사안에서 준항고법원이 석명권 행사 등을 통해 준항고인에게 불복하는 압수 등에 관한 처분을 특정할 수 있는 기회를 부여하지 않은 채 준항고인의 청구를 기각한 결정은 부적법하다.