

2024년 제30회 법무사 형사소송법 기출(해설)

【문 1】

○○법원은 2020. 9. 9. 건조물침입죄 등으로 공소제기된 피고인에 대하여 징역 1년을 선고하면서 구속영장을 발부하였다(이하 피고인과 관련하여 ‘별건’을 언급할 때에는 위 건조물침입죄 등 사건을 가리킨다). 위 판결은 2021. 3. 11. 확정되었다.

한편, 2020. 12. 22. 피고인에 대하여 상해죄로 ○○법원에 공소가 제기되어 위 구속영장과 확정판결의 집행으로 피고인이 구금된 상태에서, 이 사건 제1심 공판절차가 진행되었다. 제1심에서, 피고인은 2021. 1. 12. ‘빈곤 기타 사유’를 이유로 국선변호인의 선정을 청구하였으나, 제1심법원은 이를 기각하였다. 제1심법원은 2021. 1. 14. 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하면서 피고인에게 징역 3개월을 선고하였고, 피고인은 이에 대하여 양형부당을 이유로 항소하였다. 항소심에서도, 피고인을 위한 국선변호인의 선정 없이 피고인만 출석한 상태에서 2021. 4. 13. 제1회 공판기일이 진행된 다음 곧바로 변론이 종결되었다. 항소심은 2021. 5. 4. ‘제1심판결 선고 이후 확정된 위 별건의 죄’와 ‘이 사건의 죄’가 형법 제37조 후단의 경합범 관계에 있다는 이유로 제1심을 파기하면서도 다시 피고인에게 징역 3개월을 선고하였다.

이 사건의 제1심판결 및 항소심판결이 적법한지 여부와 그 이유에 관하여 서술하고, 만약 제1심판결이 부적법할 경우, 항소심법원의 조치는 무엇인지 각 서술하시오. (10점)

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

【문 2】

제1심법원은 2022. 12. 1. 피고인의 공소장 기재 주소지로 공소장 부분을 송달하였다. 제1심 변호인 A는 피고인을 대리하여 2023. 2. 2. 피고인의 송달영수인으로 변호인 A를, 송달장소로 그 사무소를 각 기재한 신고서를 제1심법원에 제출하였다. 제1심법원은 2023. 9. 13. 피고인에 대한 유죄판결을 선고하였고, 피고인과 검사는 이에 대하여 각 항소하였다.

항소심법원은 2023. 9. 27. 국선변호인 선정결정을 하고 2023. 10. 4. 그 국선변호인에게 국선변호인 선정결정등본, 소송기록접수통지서를 송달하였다. 또한, 항소심법원은 2023. 10. 5. 변호인 A의 사무소로 피고인에 대한 소송기록접수통지서를 송달하였다. 피고인은 항소심에서 변호인 B를 선임하여 2023. 10. 10. 그 선임서를 항소심법원에 제출하였고, 이에 항소심법원은 국선변호인 선정을 취소한 후 2023. 10. 16. 피고인에 대한 제1회 공판기일 소환장을 위 변호인 A의 사무소로 송달하였다. 항소심법원은 위

변호인 B에게 별도로 소송기록접수통지를 하지 않은 채 2023. 11. 7. 제1회 공판기일을 진행하였고, 2023. 12. 19. 제2회 공판기일을 진행한 후 변론을 종결하였다. 항소심법원은 2024. 1. 30. 제3회 공판기일을 열어 피고인과 검사의 항소를 모두 기각하는 판결을 선고하였다.

1. 항소심판결이 적법한지 여부와 그 이유에 관하여 서술하시오. (15점)
2. 위와 일부 사안을 달리하여 2023. 10. 5. 피고인에 대한 소송기록접수통지, 2023. 10. 16. 제1회 공판기일 소환장이 공소장 기재 피고인의 주소지로 적법하게 송달되었고, 나머지는 위 사안과 동일한 내용으로 절차가 진행된 경우라고 한다면 항소심판결이 적법한지 여부와 그 이유에 관하여 서술하시오. (5점)

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

【문 3】

피고인은 2018. 11. 19. 자전거를 운행하던 중 전방주시의무를 게을리하여 진행한 과실로 전방에서 보행하고 있던 피해자 A를 보지 못하고 자전거 앞바퀴 부분으로 피해자를 들이받아 넘어지게 하였다. 결국 피고인은 업무상 과실로 피해자에게 뇌손상 등의 중상해를 입게 하였다는 교통사고처리특례법위반(치상)의 죄로 ○○지방법원에 공소가 제기되었다. A는 위 사고로 의식불명이 되었고 치료를 받던 중인 2019. 6. 14.경 담당 의사로부터 의사표현이 불가능한 식물인간 상태라는 취지의 진단을 받았고, A에 대하여 2019. 6. 20. ○○가정법원의 성년후견 개시심판에 의해 성년후견인으로 A의 법률상 배우자인 B가 선임되었다.

위 가정법원은 성년후견인의 법정대리권의 범위에 ‘소송행위’를 포함시키고 그 대리권 행사에 법원의 허가를 받도록 정하였다. A는 제1심 변론종결일 무렵인 2020. 9. 21.경 까지도 의식을 회복하지 못하였다.

B는 피고인 측으로부터 합의금을 수령한 후 이 사건 제1심 판결 선고 전인 2020. 11. 10. 제1심법원에 위 가정법원의 허가를 받아 “피해자는 4,000만 원을 지급받고 피고인의 형사처벌을 원하지 않는다.”라는 내용의 서면을 제출하였다.

제1심법원이 형사소송법 제327조 제6호 규정에 따라 공소기각판결을 선고할 수 있는지 여부에 관하여 밝히고 그 이유를 서술하시오. (10점)

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

【문 4】

경찰이 피해자 A에 대한 범죄 혐의사실로 발부된 압수·수색영장(‘제1영장’)에 따라 2022. 6. 24. 피의자의 휴대전화 및 전자정보에 관한 집행을 하고 압수목록을 교부한 다음(‘1차 압수·수색’), 2022. 7. 27. 그 복제본이 저장되어 있는 경찰관의 컴퓨터에서 피해자 B에 대한 범죄 혐의사실에 관한 증거를 압수(‘2차 압수·수색’)하였다가, 검사의 보완수사요구에 따라 압수·수색영장(‘제2영장’)을 발부받아 2022. 9. 10. 다시 경찰관의 컴퓨터에서 피해자 B, C에 대한 범죄 혐의사실에 관한 증거를 압수(‘3차 압수·수색’)하였다.

2차 압수·수색과 3차 압수·수색의 각 적법 여부 및 그 이유를 서술하시오(견해 대립이 있는 경우 대법원 판례 및 대법원 전원합의체 판례의 다수의견에 의함). (10점)

【문 1】 제33조 제1항 제1호의 필요적 국선변호인 선정사유인 ‘피고인이 구속된 때’의 의미 (10점)**I. 제1심판결 및 항소심판결은 모두 위법하다.****II. 이유**

- ① 제1심판결 및 항소심판결은 적법 여부는 형사소송법 제33조 제1항 제1호의 필요적 국선변호인 선정사유인 ‘피고인이 구속된 때’의 의미와 관련하여 문제된다.
- ② 중대 판례는 제33조 제1항 제1호의 ‘피고인이 구속된 때’란, 피고인이 해당 형사사건에서 구속되어 재판을 받는 경우만을 의미한다는 입장이었다(대판 2017.1.12. 2016도19006 등 참조).
- ③ 최근 대법원 전원합의체는 제33조 제1항 제1호의 ‘피고인이 구속된 때’란 피고인이 해당 형사사건에서 구속되어 재판을 받고 있는 경우에 한정된다고 볼 수 없고, 피고인이 별건으로 구속영장이 발부되어 집행되거나 다른 형사사건에서 유죄판결이 확정되어 그 판결의 집행으로 구금 상태에 있는 경우 또한 포괄하고 있다고 보아(대판(全합) 2024.5.23. 2021도6357(상해)[다수의견]), 중대의 입장을 변경하였다.
- ④ 구체적인 이유는 다음과 같다.
 - ㉠ ‘구속’이라는 법 문언의 의미 : 법 제69조의 구속이란 구인과 구금을 포함한다는 규정에 비추어, 제33조 제1항 제1호의 ‘구속’은 해당 형사사건의 구속으로 한정되지 않는다.
 - ㉡ 헌법 그리고 입법 목적을 고려한 해석 : 헌법 제12조 제1항, 특히 제4항 단서의 국선변호인 선정 규정의 입법목적을 고려하여야 한다.
 - ㉢ 사건이 아닌 피고인의 입장에선 해석 : 변호인의 조력을 통한 방어권의 보장은 사건의 병합·분리 여부와 무관하게 형사재판을 받는 피고인의 입장 및 관점에서 실현되어야 한다.
- ⑤ 만일 이 사건(상해)과 관련, 제33조 제1항 제1호에서 정한 국선변호인이 선정되었더라면 피고인의 범행 자체나, 유리한 양형자료를 제출하는 등 방법으로 방어권을 행사할 여지가 있었다.
- ⑥ 결국, 이 사건(상해)은 변호인 없이는 개정하지 못하는 제282조, 제370조의 필요적 변호사건에 해당하되, 국선변호인의 선정 없이 피고인만 출석한 상태에서의 제1심판결 및 이를 그대로 유지한 항소심판결은 모두 위법하다.

III. 제1심판결이 부적법할 경우, 항소심법원의 조치

필요적 변호사건에서 제1심의 공판절차가 변호인 없이 증거조사와 피고인신문 등 심리가 이루어졌다면, 그와 같은 소송행위는 모두 무효이다(대판 2011.9.8. 2011도6325 등).

따라서 항소심으로서 변호인이 있는 상태에서(제283조) 새로 소송행위를 한 후 위법한 제1심판결을 파기하고 항소심에서의 진술 및 증거조사 등 심리결과에 기초하여 다시 판결하여야 한다(제364조 제6항의 항소심의 파기재판의 원칙, 대판 2015.12.24. 2015도10544 등 참조).

1) 2순환 모의고사(1), 3순환 모의고사(2) 및 입문반 연습문제(1) 등, III. ⇨ 1순환 모의고사(1) 등.

- 【문 2-1】 (1) 송달영수인 신고의 효력이 상소 이송을 받은 법원에 미치는지 여부(소극)¹⁾,
 (2) 항소이유서 제출기간이 경과 전에 항소사건을 심판할 수 있는지 여부(소극) (15점)**

I. 위 항소심판결은 위법하다.

II. 이유

- ① 송달영수인 신고의 효력이 상소 또는 이송을 받은 법원의 소송절차에 미치는지 여부, 항소이유서 제출기간이 경과하기 전에 항소사건을 심판할 수 있는지 여부가 문제된다.
- ② 송달영수인 신고의 효력이 상소 또는 이송을 받은 법원의 소송절차에 미치는지 여부(소극) : 형사소송법 제65조에 의하여 준용되는 민사소송법 제183조 제1항, 제184조에 의하면, 송달은 송달받을 사람의 주소·거소·영업소 또는 사무소 등의 송달장소에서 하여야 하고, 당사자·법정대리인 또는 변호인은 주소 등 외의 장소를 송달받을 장소로 정하여 법원에 신고할 수 있으며, 이 경우에는 송달영수인을 정하여 신고할 수 있다. 송달영수인의 신고가 있으면 송달은 신고된 장소와 영수인에게 하여야 하고, 송달영수인이 송달받을 때에 송달의 효력이 발생하나, 송달영수인 신고의 효력은 그 심급에만 미치므로, 상소 또는 이송을 받은 법원의 소송절차에서는 그 신고의 효력이 없다(대판 2018.4.12. 2017다52064 등 참조).
- ③ 항소이유서 제출기간이 경과하기 전에 항소사건을 심판할 수 있는지 여부(소극) : 또한 항소법원이 기록의 송부를 받은 때에는 즉시 항소인과 상대방에게 그 사유를 통지하여야 하고, 그 통지 전에 변호인의 선임이 있는 때에는 변호인에게도 소송기록접수통지를 하여야 하며(361조의2 제1항, 제2항), 항소인 또는 변호인은 그 통지를 받은 날부터 20일 이내에 항소이유서를 항소법원에 제출하여야 한다(제361조의3 제1항). 항소심의 구조는 피고인 또는 변호인이 법정기간 내에 제출한 항소이유서에 의하여 심판되는 것이고, 항소이유서 제출기간의 경과 전에는 추가·철회·변경이 가능하므로 항소이유서 제출기간의 경과를 기다리지 않고는 항소사건을 심판할 수 없다(대판 2024.1.25. 2023도12199 등 참조). → [사례 186, 유제 106] [변21 법원19] ★★
- ④ 제1심에서의 송달영수인 신고의 효력은 그 심급에만 미치므로, 항소심법원이 국선변호인 선정결정을 하고 그 국선변호인에게 국선변호인 선정결정등본, 소송기록접수통지서를 송달하였지만, 제1심 변호인의 사무소로 피고인에 대한 소송기록접수통지서 등을 송달하고 새로 선임된 항소심 변호인에게 별도로 소송기록접수통지를 하지 않은 채 공판기일을 진행한 후 변론을 종결하고 판결을 선고한 것은 소송절차 법령위반의 위법이 있다(대판 2024.5.9. 2024도3298(공직선거법위반)[피고인에 대한 적법한 소송기록접수통지가 이루어지지 않은 상태에서 선임된 사선변호인에 대한 소송기록접수통지의 필요성이 문제된 사건].

1) 2순환 모의고사(1), 3순환 모의고사(2) 등.

【문 2-2】 **소송기록접수통지 후에 피고인이 사선변호인을 선임한 경우, 새로 선임된 사선변호인에게 다시 기록통지를 하여야 하는지 여부(소극)**¹⁾ (5점)

I. 항소심법원의 위 항소기각판결은 적법하다.

II. 이유

- ① 필요적 변호사건²⁾에서 항소심법원이 국선변호인을 선정하고 피고인과 그 국선변호인에게 소송기록접수통지를 한 후에 피고인이 새로 선임한 사선변호인에게 다시 소송기록접수통지를 하여야 하는지가 형사소송법 제361조의2 제2항 등 관련하여 문제된다.
- ② 대법원 전원합의체는 “형사소송법은 항소법원이 항소인인 피고인에게 소송기록접수통지 전에 변호인의 선임이 있는 때에는 변호인에게도 소송기록접수통지를 하도록 하므로(제361조의2 제2항), 피고인에게 소송기록접수통지 후에 변호인이 선임된 경우에는 변호인에게 다시 같은 통지를 할 필요가 없다. 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.”는 입장이다(대결(소수) 2018.11.22. 2015도10651[다수의견 참조]).
- ③ 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 없다는 입장이다(위 소수 다수의견).
- ④ [5인의 반대의견] 헌법 제12조 제4항의 변호인의 조력을 받을 권리의 실질적 보장을 위해 형사소송규칙 제156조의2 제3항을 유추적용하여야 한다. 이에 따르면, 항소법원은 피고인의 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.
- ⑤ 결국 2018년 소수 다수의견에 따르면, 항소심법원이 위 변호인 B에게 별도의 기록통지를 하지 않은 채 공판기일을 진행하여 피고인·검사의 항소를 모두 기각한 판결은 적법하다.

1) 2023년 2순환 모의고사(1) 등. ☞ 법무사 2023(15점), 법행 2019, 법원 2021 등.

2) 사안은 불분명하지만, 항소심법원이 국선변호인을 선정할 것으로 보아 필요적 변호사건으로 전제합니다.

【문 3】 성년후견인이 의사무능력인 피해자를 대리하여 반의사불벌죄의 처벌불원 의사를 결정하거나 처벌희망의사를 철회할 수 있는지 여부(소극)¹⁾ (10점)

I. 제1심법원은 공소기각판결(제327조 제6호)을 선고할 수 없다.

II. 이 유

1. 문제점

성년후견인이 의사무능력인 피해자를 대리하여 반의사불벌죄의 처벌불원의사를 결정하거나 처벌희망의사를 철회할 수 있는지 여부가 문제된다.

2. 대법원 전원합의체의 다수의견

반의사불벌죄에서 성년후견인은 **명문의 규정이 없는 한** 의사무능력자인 피해자를 대리하여 피고인 또는 피의자에 대하여 처벌을 희망하지 않는다는 의사를 결정하거나 처벌을 희망하는 의사표시를 철회하는 행위를 **할 수 없다**. 이는 **성년후견인의 법정대리권 범위에 통상적인 소송행위가 포함되어 있거나 성년후견개시심판에서 정하는 바에 따라 성년후견인이 소송행위를 할 때 가정법원의 허가를 얻었더라도 마찬가지이다**(대판(全合) 2023.7.17. 2021도11126(교통사고처리특례법위반(치상)[자전거 사고로 피해자가 의식불명의 식물인간이 된 사건 또는 성년후견인 선임 사건]).

3. 구체적인 근거

- ① **문언상**(‘피해자’의 ‘명시적’인 의사) : 교통사고처리 특례법 제3조 제2항과 형사소송법의 문언상 처벌을 원하지 아니하는 의사결정 자체는 **피해자가 하여야 하고 대리될 수 없다**.
- ② 형사사법의 목적과 보호적 기능, 국가소추주의·국가형벌독점주의에 대한 예외로서 **반의사불벌죄의 지위 등을** 감안하면, 반의사불벌죄에서 처벌을 원하지 않거나 처벌희망의 의사표시를 철회하는 의사결정 그 자체는 **특별한 규정이 없는 한 피해자 본인이 하여야 한다**.
- ③ **친고죄와 반의사불벌죄의 준별** : 형사소송법은 친고죄의 고소 및 고소취소와 반의사불벌죄의 처벌불원의사를 달리 규정하였으므로, 양자를 동일하게 취급할 수 없다(특히 친고죄에 관한 제236조, 고소 및 그 취소의 대리, 반의사불벌죄에 관한 제232조 제3항, 제239조).
- ④ 성년후견인에 의한 처벌불원의사 **대리의 한계**
- ⑤ 성년후견인의 처벌불원의사는 **소극적 소송조건 아닌 양형인자로서의 ‘합의’ 로 보면 족하다**.

4. 5인의 반대의견

- ① 성년후견인이 의사무능력인 피해자를 대리하여 반의사불벌죄의 처벌불원의사의 효력을 인정하는 것이 **새롭게 도입된 성년후견제도의 취지를 반영하는 해석**이다.
- ② 피해자의 의사능력결여에 관한 법률의 흠결이므로, 피고인에게 유리한 **법 제26조를 유추적용**할 수 있다.

1) 1순환 모의고사(1), 2순환 모의고사(2), 3순환 모의고사(3) 및 입문반 연습문제(1) 등.

【문 4】 압수 완료 후 무관정보(⇒ 삭제·폐기 등 하여야),

if 보관(또는 복제본) → 위법(사후영장 또는 증거동의로도 위법성 치유 ×)¹⁾ (10점)

I. 2차 압수·수색과 3차 압수·수색 모두 위법하다.

II. 이유

1. 2차 압수·수색의 적법 여부

- ① 압수·수색은 유관증거를 선별하여 출력하거나 다른 저장매체에 저장하는 등 필요한 절차를 마치면 종료하므로, 사안에서 제1영장은 그 목적을 달성하여 효력이 상실되었으므로, 2차 압수·수색이 제1영장을 이용한 것이라면 이는 효력을 상실한 영장을 재집행한 것으로 **그 자체로 위법하다.**
- ② 결국 경찰의 2차 압수·수색은 압수·수색절차의 종료로 삭제·폐기의 대상일 뿐 더 이상 수사기관의 탐색·복제·출력 대상이 될 수 없는 복제본을 대상으로 새로운 범죄 혐의의 수사를 위하여 기존 압수·수색 과정에서 출력하거나 복제한 유관정보의 결과물에 대한 열람을 넘어 그 결과물을 이용하여 새로이 영장 없이 압수·수색한 경우에 해당하여, 이는 **그 자체로 위법하다.**
- ③ 따라서 경찰의 2차 압수·수색은 영장주의 및 적법절차 원칙을 위반하여 **위법**하고, 그 이후에 제2영장을 발부받아 3차 압수·수색을 하였다는 사정만으로 **그 하자가 치유된다고 보기 어렵다.**

2. 3차 압수·수색의 적법 여부

- ① 3차 압수·수색은 피고인의 휴대전화가 아니라 제1영장에 기하여 실시한 1차 압수·수색에 따른 복제본이 저장된 경찰관 컴퓨터의 전자정보를 대상으로 발부된 제2영장을 집행한 것인바, 이는 제1영장의 집행이 종료됨에 따라 당연히 삭제·폐기되었어야 할 전자정보를 대상으로 한 것으로 **위법하다.** 압수·수색절차의 종료로 삭제·폐기되었어야 할 전자정보를 계속 소지하는 행위는 **그 자체로서 위법**하기 때문이다(대판 2023.6.1. 2018도19782 참조).
- ② 따라서 경찰의 3차 압수·수색 역시 피의자의 참여권 등 압수·수색의 절차 관련 규정을 준수하지 않는 등 영장주의와 적법절차 원칙을 위반한 것이어서 **위법**하고, 그것이 제2영장에 따른 집행이라는 이유만으로 **달리 보기 어렵다**(대판 2023.10.18. 2023도8752).

※ 또 다른 접근방법 - 대검찰청 서버(D-NET) 계속 보관 사건

- 1. 한편, 수사기관이 압수 후에 무관정보를 삭제·폐기·반환하지 않은 채 그대로 **보관**하고 있다면, 무관정보 부분에 대하여는 압수의 대상이 되는 전자정보의 범위를 넘어서는 전자정보를 영장 없이 압수·수색하여 취득한 것이어서 **위법**하고, 사후에 법원으로부터 압수·수색영장이 발부되었다거나 증거동의하였다고 하여 **그 위법성이 치유된다고 볼 수 없다.**
- 2. 사안처럼, **복제본이 사후에 법원으로부터 복제본을 대상으로 압수·수색영장을 발부받아 집행**하였다고 하더라도, 이는 압수·수색절차가 종료됨에 따라 당연히 삭제·폐기되었어야 할 전자정보를 대상으로 한 것으로 **위법**하다(대판 2024.4.16. 2020도305[대검찰청 서버(D-NET) 계속 보관 사건]).

1) 3순환 모의고사(3), 2순환 모의고사(2) 유사. ⇨ 상세는 자료 게시판에 올린 법행 2024 【문 1】 (25점) 참조.