

2023년 제29회 법무사 2차 시험

형 사 소 송 법

(출제 : 법원행정처)

(해설 : 법무사단기학원 최철훈)

(※ 답안은 가급적 배점에 맞추어 실제 수험생 들이 작성할 수 있을 정도의 수준으로 구성하였습니다. 판례원문은 해설에 따로 수록하였습니다.)

【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 서술하시오. (10점)
- 1-2. 이때 항고법원은 어떠한 결정을 하여야 하는지와 그 이유를 서술하시오. (5점)

■ 해 설 ■

(동일쟁점기출 : 2016년도 법원사무관승진시험 주관식 문2의 ‘가’번 - 기본서 수록문제)

(2023년 강의시 배부해 드린 요약집 84쪽)

(대사판례 : 대법원 2009.10.23. 자 2009도1032 결정)

- 1-1. 제1심법원이 국민참여재판으로 진행하기로 한 것이 적법한지 여부와 그 이유

○ 결론 - 적법하다.

○ 논거 -

국민의 형사재판참여에 관한 법률 (이하 ‘국참법’ 이라 합니다) 8조 3항이 비록 의사확인서를 제출하지 않은 피고인은 국민참여재판을 원하지 않는 것으로 본다고 규정하고 있으나 위 규정이 7일 이내 의사확인서 제출하지 않은 피고인은 반드시 국민참여재판을 받을 수 없도록

한 규정으로 해석할 수는 없고, 국참법 8조 4항이 1회 공판기일 전까지는 의사변복이 가능하도록 규정한 점, 국민참여재판제도의 사법부에 대한 민주적 정당성과 사법부에 대한 국민의 신뢰를 높이는 제도이므로 의사확인서 제출 안 한 피고인도 국참법 8조 4항을 고려할 때 1회 공판기일 전까지는 의사확인서 제출해서 국민참여재판으로 진행 가능하다.

#### 1-2. 항고법원의 결정유형 및 근거

- 결론 - 항고기각결정
- 논거 -

설문의 결정은 형사소송법 (이하 법명 생략) 제403조 1항의 판결전 소송절차에 관한 결정으로 즉시항고 규정이 없으므로 항고할 수 없고, 법 403조 1항에 의해 항고 불가하므로 결국 불복할 수 없어 법원은 항고기각결정 하여야 한다.

#### ○ 대법원 2009. 10. 23.자 2009도1032 결정

1. 국민의 형사재판 참여에 관한 법률(이하 ‘법’이라고만 한다)에 의하면 제1심 법원이 국민참여재판 대상사건을 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 결정에 해당하며 그에 대하여 특별히 즉시항고를 허용하는 규정이 없으므로 위 결정에 대하여는 항고할 수 없다고 할 것이다( 형사소송법 제403조).

따라서 국민참여재판으로 진행하기로 하는 제1심 법원의 결정에 대한 항고는 항고의 제기가 법률상의 방식에 위반한 때에 해당하여 위 결정을 한 법원이 항고를 기각하여야 하고( 형사소송법 제407조 제1항), 위 결정을 한 법원이 항고기각의 결정을 하지 아니한 때에는 항고법원은 결정으로 항고를 기각하여야 한다( 형사소송법 제413조).

같은 취지에서 원심이 국민참여재판으로 진행하기로 한 제1심 법원의 결정에 대한 검사의 항고를 기각한 것은 정당하고, 거기에 재판에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있다고 할 수 없다.

2. 한편, 법에서는 피고인이 공소장 부분을 송달받은 날부터 7일 이내에 국민참여재판을 원하는지 여부에 관한 의사가 기재된 서면(이하 ‘의사확인서’라고 한다)을 제출하도록 하고( 법 제8조 제2항), 피고인이 그 기간 내에 의사확인서를 제출하지 아니한 때에는 국민참여재판을 원하지 아니하는 것으로 보며( 법 제8조 제3항), 공판준비기일이 종결되거나 제1회 공판기일이 열린 이후 등에는 종전의 의사를 바꿀 수 없도록 규정하고 있다( 법 제8조 제4항).

살피건대, 국민참여재판을 시행하는 이유는 사법의 민주적 정당성과 신뢰를 높이기 위한 것으로서( 법 제1조) 누구든지 법으로 정하는 바에 따라 국민참여재판을 받을 권리를 가지는 것이나( 법 제3조) 시행 초기의 제반 부담 등을 고려하여 국민참여재판 대상사건을 중죄 사건으로 한정한 것 뿐이므로, 법에서 정하는 대상사건에 해당하는 한 피고인은 원칙적으로 국민참여재판으로 재판을 받을 권리를 가지는 것이고, 피고인이 국민참여재판을 원하지 아니하거나 법 제9조 제1항에 따른 배제결정이 있어 국민참여재판을 진행하지 않는 경우( 법 제5조 제1항, 제2항)를 예외로 보아야 하는 점, 법에서 국민참여재판 배제 결정에 대하여 즉시항고를 할 수 있도록 규정하면서도( 법 제9조 제3항), 국민참여재판으로 진행하기로 하는 법원의 판단에 대하여는 불복의 방법을 따로 규정하지 않은 것도 같은 취지에서 비롯된 것으로 볼 수 있는 점, 당초 정부가 제출한 법률안에서는 의사확인서를 제출하지 아니한 피고인의 경우 필요적으로 기일을 열어 피고인을 상대로 국민참여재판을 원하는지 여부를 확인하도록 하였으나, 국회심사과정에서 위와 같은 의사확인 절차로 인한 법원의 부담을 감소시키고 피고인의 필요적 소환으로 인한 절차지연을 방지할 목적으로 공소장 부분을 송달받은 날부터 7일 이내에 의사확인서를 제출하지 아니한 때에는 국민참여재판을 원하지 아니하는 것으로 본다는 내용으로 수정되어 법이 제정된 것으로서, 위와 같은 입법경과에 비추어 볼 때 위 규정의 취지를 위 기한이 지나면 피고인이 국민참여재판 신청을 할 수 없도록 하려는 것으로는 보기 어려운 점, 당초 국민참여재판을 희망하지 않는다는 의사확인서를 제출한 피고인도 제1회 공판기일이 열리기 전까지 의사를 변경하여 국민참여재판 신청을 할 수 있는 것인데(국민참여재판으로 진행하는 경우에는 필요적으로 공판준비기일을 열게 되고 공판준비기일이 종결되면 종전의 의사를 변경할 수 없게 되므로, ‘제1회 공판기일이 열리기 전까지’ 종전의 의사를 변경할 수 있는 피고인에 당초 국민참여재판을 희망하는 의사확인서를 제출한 피고인은 해당하지 않는다), 의사확인서를 제출하지 아니한 피고인은 제1회 공판기일이 열리기 전에도 국민참여재판 신청을 할 수 없다고 보는 것은 형평성에 어긋나는 점, 의사확인서를 제출하지 아니한 피고인이 제1회 공판기일이 열리기 전까지 국민참여재판 신청을 할 수 있도록 허용하더라도 재판이 지연되는 정도는 중하지 아니하며 오히려 국민참여재판으로 진행되는 경우 재판이 더욱 신속하게 종결될 가능성이 큰 점 등에 비추어 보면, 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 있다고 봄이 상당하다.

【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 서술하시오. (5점)

■ 해 설 ■

(동일쟁점기출 : 2016년도 법원사무관승진시험 주관식 문2의 ‘나’번 - 기본서 수록문제)

(2023년 강의시 배부해 드린 요약집 84쪽)

(대상판례 : 대법원 2011.09.08. 선고 2011도7106 판결)

○ 결론 - 위법하다.

○ 논거 -

국참법 제8조 2항 후단에 따라 국민참여재판 의사확인서면 제출에 재소자 피고인 특칙이 적용되고 설문상 피고인이 7일 이내에 구치소장에게 제출하였음에도 이를 간과한 채 통상의 공판 절차로 진행한 위법이 있다.

○ 대법원 2011. 9. 8. 선고 2011도7106 판결

국민참여재판을 받을 권리의 침해에 관한 상고이유에 관하여 먼저 본다.

‘국민의 형사재판 참여에 관한 법률’ 제5조 제1항 제1호에 따르면 형법 제301조의 강간치상죄는 국민참여재판의 대상 사건이므로 법원은 피고인에 대하여 국민참여재판을 원하는지 여부에 관한 의사를 서면 등의 방법으로 반드시 확인하여야 하고( 같은 법 제8조 제1항), 피고인은 공소장 부분을 송달받은 날로부터 7일 이내에 국민참여재판을 원하는지 여부에 관한 의사가 기재된 서면을 제출하여야 하며( 같은 법 제8조 제2항), 법원은 공소 제기 후부터 공판준비기일이 종결된 다음날까지 법 제9조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 국민참여재판을 하지 아니하기로 하는 결정을 할 수 있고( 같은 법 제9조 제1항), 법원은 위 결정을 하기 전에 검사·피고인 또는 변호인의 의견을 들어야 하며( 같은 조 제2항), 제1항의 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다( 같은 조 제3항).

그리고 국민참여재판을 시행하는 이유는 사법의 민주적 정당성과 신뢰를 높이기 위한 것으로서( 법 제1조) 누구든지 법으로 정하는 바에 따라 국민참여재판을 받을 권리를 가지

는 것이나( 법 제3조) 시행 초기의 제반 부담 등을 고려하여 국민참여재판 대상 사건을 중죄 사건으로 한정한 것 뿐이므로, 법에서 정하는 대상 사건에 해당하는 한 피고인은 원칙적으로 국민참여재판으로 재판을 받을 권리를 가지는 것이고, 피고인이 국민참여재판을 원하지 아니하거나 법 제9조 제1항에 따른 배제결정이 있어 국민참여재판을 진행하지 않는 경우( 법 제5조 제1항, 제2항)를 예외로 보아야 하며, 법에서 국민참여재판 배제 결정에 대하여 즉시항고를 할 수 있도록 규정하면서도( 법 제9조 제3항), 국민참여재판으로 진행하기로 하는 법원의 판단에 대하여는 불복의 방법을 따로 규정하지 않은 것도 같은 취지에서 비롯된 것으로 볼 수 있다( 대법원 2009. 10. 23.자 2009도1032 결정 참조).

따라서 피고인이 법원에 국민참여재판을 신청하였음에도 불구하고 법원이 이에 대한 배제결정도 하지 않은 채 통상의 공판절차로 재판을 진행하는 것은 피고인의 국민참여재판을 받을 권리 및 법원의 배제결정에 대한 항고권 등의 중대한 절차적 권리를 침해한 것으로서 위법하다 할 것이고, 앞서 본 국민참여재판제도의 도입 취지나 배제결정에 대한 즉시항고권을 보장한 취지 등에 비추어 이와 같이 위법한 공판절차에서 이루어진 소송행위는 무효라고 보아야 할 것이다.

기록에 의하면, 이 사건의 제1심법원은 피고인에게 공소장 부분을 송달한 날로부터 7일이 채 경과하기도 전에 공판기일을 진행하여 피고인에게 국민참여재판 신청을 위하여 법에서 정하고 있는 기간을 부여하지 않았을 뿐 아니라, 그럼에도 불구하고 제1회 공판기일에 앞서 피고인의 국민참여재판 신청 의사를 확인하는 절차를 거치지도 않은 사실, 이로 인해 피고인은 제1회 공판기일 바로 전날에 구치소장에게 국민참여재판 신청서를 제출하였으나 제1회 공판기일이 진행된 후에야 위 신청서가 법원에 접수된 사실, 이로 인하여 피고인은 국민참여재판을 신청하였음에도 불구하고 통상의 공판절차에 의해 재판을 받게 됨으로써 국민참여재판을 받을 권리를 침해당하였을 뿐 아니라 제1심법원이 위 신청에 대한 배제결정을 하지 않음으로 인하여 국민참여재판을 받기 위해 즉시항고할 권리조차 박탈당한 사실을 인정할 수 있는바, 이와 같이 위법한 공판절차에서 이루어진 소송행위는 무효라고 보아야 할 것이므로, 결국 제1심판결은 소송절차가 법령에 위반하여 판결에 영향을 미친 위법을 범한 것으로서 파기를 면할 수 없다.

그리고 이러한 제1심법원의 소송절차상의 하자는 직권조사사유에 해당하므로, 원심법원 으로서는 비록 피고인이 이러한 점을 항소사유로 삼고 있지 않다 하더라도 이를 살펴 직권으로 제1심판결을 파기하였어야 함에도 불구하고 원심법원은 이러한 제1심판결의 위법에 대하여 아무런 심리, 판단을 하지 아니한 채 피고인의 항소를 기각하고 말았으니, 이러한 원심법원의 판단에도 국민참여재판을 받을 권리 및 소송절차상의 하자에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이다.

그러므로 형사소송법 제391조, 제396조를 적용하여, 원심판결과 제1심판결을 모두 파기

하고 사건을 제1심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

【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 항소법원 판결이 적법한지 여부와 그 이유를 서술하시오. (5점)

■ 해 설 ■

(동일쟁점기출 : 2017년 법원사무관승진시험 주관식 문2의 ‘다’번 - 기본서수록문제)

(2023년 강의시 배부해 드린 요약집 9쪽)

(대상판례 : 대법원 2010. 5. 27. 선고 2010도3377 판결)

○결론 -위법하다.

○근거 -

국선변호인 선정의 효력은 동일법원 동일피고인 병합사건에 미치므로 항소법원은 병합된 제2사건에 대해서도 국선변호인에게 소송기록접수통지를 하여 항소이유서를 제출하도록 기회를 주어야 함에도 이를 하지 않아 위법하다.

○ 대법원 2010. 5. 27. 선고 2010도3377 판결

가. 국선변호인에게 소송기록 접수통지를 하지 아니함으로써 항소이유서 제출기회를 주지 아니한 채 판결을 선고하는 것은 위법하다( 대법원 1973. 9. 12. 선고 73도1919 판결, 대법원 1973. 10. 10. 선고 73도2142 판결 참조). 한편, 국선변호인 선정의 효력은 선정 이후 병합된 다른 사건에도 미치는 것이므로, 항소심에서 국선변호인이 선정된 이후 변호인이 없는 다른 사건이 병합된 경우에는 형사소송법 제361조의2, 형사소송규칙 제156조의2의 규정에 따라 항소법원은 지체 없이 국선변호인에게 병합된 사건에 관한 소송기록 접수통지를 함으로써 국선변호인이 통지를 받은 날로부터 기산한 소정의 기간 내에 피고

인을 위하여 항소이유서를 작성·제출할 수 있도록 하여 변호인의 조력을 받을 피고인의 권리를 보호하여야 한다.

나. 기록에 의하면, 원심은 의정부지방법원 2009노2204 사건(이하 ‘제1사건’이라 한다)에 대하여 피고인의 국선변호인을 선정한 다음 같은 법원 2009노2293 사건(이하 ‘제2사건’이라 한다)과 같은 법원 2010노124 사건(서울동부지방법원에서 이송된 ‘제3사건’이다)을 순차로 병합심리하기로 결정한 사실, 그런데 원심은 국선변호인에게는 병합심리결정문만 송달한 채 소송기록 접수통지서를 송달하지 아니하였고, 국선변호인은 제1사건에 대한 항소이유서만을 제출하고 제2, 3사건에 대하여는 항소이유서를 제출하지 아니한 사실, 원심은 국선변호인이 제2, 3사건에 대한 항소이유서를 제출하지 아니하였음에도 불구하고 위 각 사건에 대한 제1심판결들을 모두 파기하고, 제1사건 중 판시 제1범죄사실에 대하여는 형법 제37조 후단을 적용하여 징역 2월에 처하며, 제1사건 중 판시 제2 내지 제5범죄사실과 제2사건 중 판시 제6범죄사실 및 제3사건의 판시 제7, 8범죄사실에 대하여는 형법 제37조 전단을 적용하여 징역 1년에 처하며, 제2사건 중 판시 점유이탈물횡령의 점에 대하여는 공소를 기각하는 판결을 선고한 사실을 알 수 있다.

그러나 원심의 이와 같은 조치는 앞서 본 법리에 비추어 볼 때 이를 그대로 수긍하기 어렵고, 원심으로서 마땅히 국선변호인이 선정된 이후에 병합된 제2, 3사건에 대하여도 국선변호인에게 소송기록 접수통지를 함으로써 통지를 받은 날로부터 기산한 소정의 기간 내에 국선변호인이 피고인을 위하여 항소이유서를 작성·제출할 수 있도록 하여 변호인의 조력을 받을 피고인의 권리를 보호하였어야 할 것이다. 그럼에도 불구하고, 원심은 국선변호인에게 소송기록 접수통지를 하지 아니함으로써 항소이유서 제출기회를 주지 아니한 채 판결을 선고하였는바, 이러한 원심판결에는 소송절차의 법령위반으로 인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다.

#### 【문 4】

피고인은 제1심에서 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄로 유죄판결을 선고 받고 항소하였으나 항소장에 항소이유를 기재하지 않았다. 항소법원은 2017. 3. 10. 형사소송법 제33조제1항제6호에 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. 국선변호인 선정결정을 취소하였고, 사선변호인에게 소송기록접수통지를 하지 않았다. 사선변호인은 2017. 5. 21. 항소

법원에 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 서술하십시오. (15점)

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

■ 해 설 ■

(동일쟁점기출 : 2019년 제37회 법원행정고등고시 문2의 2번 중 ‘나’-기본서수록)

(2023년 강의시 배부해 드린 요약집 112쪽 Q1)

(대상판례 : 대법원 2018. 11. 22. 선고 2015도10651 전원합의체결정)

○결론 - 적법하다.

○논거 -

국선변호인의 항소이유서 제출기간은 국선변호인에 대한 소송기록접수 통지일로부터 20일 이내이고 설문상 법원이 2017. 3. 12. 국선변호인에게 소송기록접수 통지를 하였으나 피고인이 국선의 항소이유서 제출기간내인 2017. 3. 23. 사선변호인을 선임함에 따라 법원이 기존의 국선변호인 선정결정을 취소하였다. 이 경우에도 사선변호인에게 별도로 소송기록접수통지를 하여야 하는지 문제된다.

대법원은 법 제361조의 2 제1항 및 제2항에 의해 피고인에 대한 소송기록접수 통지 전 사선변호인 선임이 있을 경우에 사선에게 소송기록접수통지를 하도록 규정하고 있을 뿐 설문과 같은 경우에도 사선에게 별도로 소송기록접수통지를 하도록 허용하는 규정이 없고, 만약 사안과 같은 경우에도 소송기록접수통지를 하여야 한다면 돈 많은 피고인이 소송지연수단으로 악용할 우려가 높다는 등의 이유로 설문과 같은 경우에 비록 필요적 국선사건이라 하더라도 별도로 사선에게 소송기록접수통지를 하지 않는다는 입장이다.

결국 대법원은 이 경우 사선변호인은 법률전문가로서 소송기록조회를 통해 사건의 진행상황을 충분히 알 수 있으므로 스스로 피고인 혹은 국선에 대한 소송기록접수통지일로부터 20일 이내에 항소이유서를 작성 및 제출하여야 한다는 입장이다.

그러나 설문상 피고인 및 사선이 소송기록접수 통지일로부터 20일 이내에 항소이유서를 제출



하지 않았고, 항소장에 항소이유도 없으며 직권조사사유도 없으므로 법원이 법 제361조의4 제1항에 따라 결정으로 피고인의 항소를 기각한 조치는 적법하다.

○ 대법원 2018. 11. 22.자 2015도10651 전원합의체 결정

재항고이유(피고인의 변호인은 원심결정에 대하여 상고장을 제출하였으나, 원심결정에 대한 불복 방법은 재항고이므로 위 상고장을 재항고장으로 본다)를 판단한다.

#### 1. 사건의 경위와 쟁점

가. 재항고인은 제1심에서 유죄판결을 선고받고 항소하였으나 항소장에 항소이유를 기재하지 않았다. 원심은 2015. 3. 10. 형사소송법 제33조 제1항 제6호에 따른 필요적 변호사건인 이 사건에서 피고인에게 국선변호인을 선정하고, 같은 달 12일 국선변호인에게, 같은 달 13일 피고인인 재항고인에게 국선변호인 선정결과와 소송기록접수 사실을 통지하였다.

나. 재항고인과 국선변호인이 항소이유서를 제출하지 않고 있던 중 재항고인은 2015. 3. 23. 사선변호인을 선임하였다. 원심은 같은 달 24일 국선변호인 선정결정을 취소하였고 사선변호인에게 소송기록접수통지를 하지 않았다. 사선변호인은 2015. 5. 21. 원심법원에 항소이유서를 제출하였다.

다. 원심은 2015. 7. 3. 형사소송법 제361조의4 제1항에 따라 결정으로 재항고인의 항소를 기각하였다. 위 항소이유서가 재항고인 또는 종전 국선변호인에게 소송기록접수통지를 한 날부터 기산하여 항소이유서 제출기간이 1개월 이상 지난 다음 제출되었고, 제1심판결에 직권조사사유도 없다는 등의 이유를 들었다.

라. 재항고인은 원심이 사선변호인에게 소송기록접수통지서를 다시 송달하고 그 통지서 송달일자를 기준으로 항소이유서 제출기간을 산정하였어야 한다고 주장하며 재항고를 하였다.

마. 이 사건은 필요적 변호사건인데, 항소법원이 이미 피고인과 국선변호인에게 소송기록접수통지를 하였으나, 피고인과 국선변호인이 항소이유서를 제출하지 않고 있던 중 항소이유서 제출기간 내에 피고인이 사선변호인을 선임함에 따라 국선변호인 선정이 취소되었다. 이러한 경우 새로 선임된 사선변호인에게 다시 소송기록접수통지를 해야 하는지 여부가 이 사건의 쟁점이다.

#### 2. 피고인과 국선변호인에 대한 소송기록접수통지 후에 선임된 사선변호인에게 다시 소송기록접수통지를 해야 하는지 여부

가. 형사소송법은 항소법원이 항소인인 피고인에게 소송기록접수통지를 하기 전에 변호인의 선임이 있는 때에는 변호인에게도 소송기록접수통지를 하도록 정하고 있으므로(제361조의2 제2항), 피고인에게 소송기록접수통지를 한 다음에 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 국선

변호인의 선정을 취소한 경우에도 마찬가지이다. 이러한 경우 항소이유서 제출기간은 국선변호인 또는 피고인이 소송기록접수통지를 받은 날부터 계산하여야 한다(대법원 2006. 12. 7.자 2006모623 결정 등 참조).

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.

아래에서 그 이유에 관하여 자세히 살펴본다.

나. 항소인 또는 변호인에게 일정한 기간 내에 항소이유서 제출의무를 부과할 것인지 여부나 그 기간 내에 이를 제출하지 않을 경우 결정으로 항소를 기각할 것인지 여부 등은 기본적으로 입법자가 형사 항소심의 구조와 성격, 형사사법절차의 특성 등을 고려하여 결정할 입법재량의 문제이다.

형사소송법은 형사재판의 당사자에게 항소권을 부여하면서(제357조), 항소이유서 제출의무를 부과하고(제361조의3), 일정한 기간 내에 항소이유서를 제출하지 않은 경우 본안에 관해서 판단하지 않고 형식적 재판인 항소기각결정을 하도록 정하고 있다(제361조의4 제1항). 이는 피고인의 인권보장과 함께 사법자원을 균형있게 배치하고 신속·원활한 항소심 재판의 운영을 도모하기 위한 것이다. 만일 당사자가 법률에 정해진 항소이유서 제출기간을 지키지 못하였는데도 아무런 불이익이 없다면, 항소이유서 제출을 통한 항소심 심판대상의 확정과 신속·원활한 항소심 재판의 구현이라는 항소이유서 제출제도의 목적은 유명무실하게 된다. 위와 같이 제361조의4 제1항이 항소심 재판을 받을 기회를 일부 제한하는 측면이 있으나, 항소이유서 제출제도의 목적에 비추어, 위 조항이 추구하는 신속·원활한 항소심 재판 운영이라는 공익은 당사자의 권리구제라는 사익과 비교해도 그 중요성이 결코 가볍지 않다(대법원 2003. 5. 20.자 2003초기165 결정, 대법원 2005. 12. 5.자 2005초기316 결정, 헌법재판소 2005. 3. 31. 선고 2003헌바34 전원재판부 결정 등 참조).

다. 사선변호인의 선임은 피고인 등 변호인 선임권자(형사소송법 제30조)와 변호인의 사법상 계약으로 이루어지는 반면 국선변호인의 선정은 법원의 재판행위이므로, 양자는 그 성질이 다르다.

형사소송법과 형사소송규칙은 소송기록접수통지 외에도 사선변호인과 국선변호인을 구분하여 달리 취급하고 있다. 법원은 일정한 경우 직권 또는 피고인의 청구 등에 따라 국선변호인을 선정하여야 하고(형사소송법 제33조), 국선변호인이 선정된 사건에 관하여 변호인 없이 개정하지 못하고 만일 변호인이 출석하지 않은 때에는 직권으로 새로운 국선변호인을 선정하여야 한다(형사소송법 제282조, 제283조, 제370조). 국선변호인을 선정한 후에도 법원은 그 선정 취소, 사임 허가, 감독 등의 업무를 담당한다(형사소송규칙 제18조 내지 제21조). 피고인에게 국선변호인의 조력을 받을 권리를 보장해야 할 국가의 의무에는 형사소송절차에서 단순히 국선변호인을 선정해 주는 데 그치지 않고 한 걸음 더 나아가 피고인이 국선변호인의 실질적인 조력을 받을 수 있도록 필요한 업무 감독과 절차적 조치를 취할 책무까지 포함되기 때문이다(대법원 2012. 2. 16.자 2009모1044 전원합의체 결정 등 참조). 반면 사선변호인은 피고인 등 선임권자가 변호인과 위임계약을 체결하고 직접 변호인으로 선임함으로써 그 지위를 취득하게 되고, 사선변호인의 행위와 활동범위는 위임계약의 내용에 따라 이루어진다. 이러한 사선변호인의 선임과 활동, 선임권자와의 관계에 국가는

전혀 개입하지 않는다. 이는 필요적 변호사건이라고 하더라도 다르지 않다.

라. 소송기록접수통지는 항소이유서 제출기간의 기산점이 되므로 소송기록접수통지를 해야 하는 경우와 그 대상이 명확해야 한다. 형사소송법과 형사소송규칙은 항소법원이 소송기록접수통지를 해야 하는 경우를 명시하고 있는데, 사선변호인에게는 피고인에 대한 소송기록접수통지를 하기 전에 선임된 경우에만 소송기록접수통지를 하도록 정하고 있을 뿐(형사소송법 제361조의2 제2항) 형사소송법과 형사소송규칙 어디에도 피고인에 대한 소송기록접수통지 후에 선임된 사선변호인에게 다시 같은 통지를 해야 한다고 정하고 있지 않다. 반면 국선변호인에게는 형사소송법 제361조의2 제2항 외에도 형사소송규칙 제156조의2가 피고인에 대한 소송기록접수통지를 한 후에 선정되더라도 소송기록접수통지를 해야 하는 경우를 추가로 정하고 있다.

변호인에 대한 소송기록접수통지를 정한 형사소송법 제361조의2 제2항은 항소이유서 제출제도를 도입한 1961년에 신설되어 현재까지 유지되고 있으나, 국선변호인에 대한 소송기록접수통지를 정한 형사소송규칙 제156조의2 각항은 1996년부터 순차로 신설되었다. 형사소송규칙 제156조의2 제1항은 법 제33조 제1항의 필요적 변호사건에서 국선변호인 선정과 그 변호인에 대한 소송기록접수 통지의무를 정한 것으로, 형사소송절차의 신속을 도모하고 항소심 피고인의 권리를 보호하고자 1996. 12. 3. 대법원규칙 제1441호로 신설되었다. 2006. 3. 23. 대법원규칙 제2013호로 신설된 형사소송규칙 제156조의2 제2항은 항소이유서 제출기간이 도과하기 전에 법 제33조 제2항에 따른 국선변호인 선정청구가 있어 국선변호인을 선정한 경우 그 변호인에게 소송기록접수통지를 하도록 정하고 있고, 제3항은 제1항과 제2항에 따라 국선변호인 선정결정을 한 후 항소이유서 제출기간 내에 피고인이 책임질 수 없는 사유로 그 선정결정을 취소하고 새로운 국선변호인을 선정한 경우 그 변호인에게 소송기록접수통지를 하도록 정하고 있다.

위에서 보았듯이 형사소송법과 형사소송규칙은 소송기록접수통지에 관하여 사선변호인과 국선변호인을 명확하게 구분하여 정하고 있다. 항소법원이 피고인과 국선변호인에게 소송기록접수통지를 한 다음 피고인이 새로 사선변호인을 선임하였더라도, 그 사선변호인에게 새로운 소송기록접수통지를 해야 할 근거가 없다. 따라서 사선변호인이 피고인 또는 국선변호인의 소송기록접수통지 수령일부터 항소이유서 제출기간이 지나도록 항소이유서를 제출하지 않았다면 항소이유서 부제출의 효과가 발생한다고 보아야 한다. 항소법원이 사선변호인 선임을 이유로 국선변호인 선정을 취소한 경우에도 마찬가지이다.

마. 한편 항소이유서 제출기간 내에 피고인이 책임질 수 없는 사유로 국선변호인이 변경되면 그 국선변호인에게도 소송기록접수통지를 하도록 정하고 있는 형사소송규칙 제156조의2 제3항은, 아래에서 보는 바와 같이, 새로 선임된 사선변호인의 경우까지 확대적용하거나 유추적용할 수 없다.

(1) 법정기간 준수 여부의 기준이 되는 소송기록접수통지와 관련하여 형사소송절차의 명확성과 안정성을 도모하는 소송절차 규정의 특성과 위에서 본 국선변호인과 사선변호인의 차이를 고려하면, 국선변호인의 변경을 대상으로 하는 형사소송규칙 제156조의2 제3항을 사선변호인에게 그대로 확대적용하거나 유추적용하는 것은 신중해야 한다.

법원이 필요적 변호사건에서 피고인에 대한 국선변호인의 선정을 정당한 이유 없이 지체하는 등 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하여야 할 의무를 게을리한 것이 아니라면, 이후 피고인 등이 사법상 위임계약에 따라 사선변호인을 선임하는 과정에서 법원의 관리·감독 의무가 발생할 여지는 없으므로, 새로 선임된 사선변호인에게 국선변호인에 대한 소송기록접수통지에 관한 규정을 확대 적용하거나 유추적용할 이유가 없다.

종래 대법원은 필요적 변호사건에서 국선변호인에 관한 형사소송규칙 제156조의2를 사선변호인에게도 유추적용하여 소송기록접수통지를 하여야 한다고 판단한 적이 있었다(대법원 2000. 12. 22. 선고 2000도4694 판결, 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008도11486 판결 등). 그러나 그 사안들은 법원이 정당한 이유 없이 국선변호인 선정을 지체한 잘못을 인정할 수 있었던 경우로서 법원이 피고인을 위해 국선변호인 선정의무를 다한 이 사건과는 사안을 달리한다.

형사소송규칙 제156조의2 제3항은 ‘피고인이 책임질 수 없는 사유’로 국선변호인이 변경된 경우를 전제하고 있는데, 이 사건은 피고인이 선정된 국선변호인의 조력을 받는 것을 포기하고 자신의 책임으로 사선변호인을 선임함으로써 변호인이 사선변호인으로 변경된 경우로서 피고인이 책임질 수 없는 사유로 국선변호인이 변경된 때에 해당하지 않는다.

이 사건은 형사소송규칙 제156조의2 제3항에서 정한 내용과 사안이 다르고, 이러한 경우까지 위 규정을 확대적용할 이유가 없다. 이 사건에 형사소송규칙 제156조의2 제3항을 유추적용할 수 있는 지에 관해서 보더라도 유추의 전제가 되는 ‘법령의 공백’이 존재하는 경우라고 보기도 어렵다.

(2) 필요적 변호사건에서 변호인의 조력을 받을 피고인의 권리를 충분히 보장해야 한다는 점은 이론의 여지가 없다. 그러나 이 사건과 같은 경우까지 변호인의 조력을 받을 권리를 충분히 보장한다는 이유로 예외를 인정한다면 필요적 변호사건에서 처음부터 사선변호인이 선임된 경우라고 해서 달리 취급할 이유도 없다. 그 결과 필요적 변호사건에서 피고인이 처음부터 사선변호인을 선임하였으나 그 사선변호인이 항소이유서를 제출하지 않고 있던 중 다른 사선변호인으로 교체된 경우 또는 국선변호인과 사선변호인의 변경이 반복된 경우 등 그 범위를 한정하기 어려운 경우까지 법령에 명시적인 규정이 없는데도 변경된 변호인에게 새로 소송기록접수통지를 하여야 한다는 결론에 이를 수 있다. 이러한 논리는 형사소송절차의 명확성과 안정성을 해치고, 신속하고 원활한 항소심 재판을 구현하려는 항소이유서 제출제도의 취지에도 반한다.

(3) 항소법원이 이미 피고인과 국선변호인에게 소송기록접수통지를 한 다음 피고인이 사선변호인을 선임할 때에는 법률전문가인 사선변호인은 선임과정에서 피고인 등으로부터 피고인이나 국선변호인에게 소송기록접수통지가 이루어진 시점을 확인할 수 있고, 이는 사선변호인의 기본적인 임무에 해당한다. 이러한 경우 사선변호인은 소송기록이 항소심에 있다는 것을 알 수 있었다고 보아야 한다. 사선변호인으로서의 당연히 피고인이나 국선변호인에게 소송기록접수통지가 있었던 날을 확인하여 항소이유서 제출기간 내에 항소이유서를 제출하여야 한다. 이러한 경우까지 소송기록접수통지에 관한 형사소송규칙 제156조의2 제3항을 확대적용하거나 유추적용하여 새로운 사선변호인에게 소송기록접수통지를 다시 해야 할 이유가 없다.

(4) 더구나 위와 같은 확대적용 또는 유추적용으로 필요적 변호사건에서 경제적 능력이 있는 피고

인은 이미 선정된 국선변호인에 대한 소송기록접수통지 후 다시 사선변호인을 선임하여 사실상 항소이유서 제출기간을 연장할 수 있게 된다. 이러한 피고인이 형사소송절차를 의도적으로 지연시키기 위하여 소송기록접수통지 제도를 악용할 가능성이 있고, 그러한 경제적 능력이 없는 피고인과 비교하여 형평에도 반하는 결과를 초래한다.

(5) 형사소송규칙 제164조는 제156조의2 규정을 상고심 절차에도 준용하고 있으므로, 위에서 본 문제점은 상고심 절차에서도 그대로 발생할 수 있다. 제156조의2 규정을 사선변호인에게도 확대 적용하거나 유추적용한다면 항소심이나 상고심의 운영에 예기치 못한 혼란을 가져올 수 있다.

바. 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 없다고 보아야 한다.

### 3. 이 사건의 해결

원심은, 이 사건에서 항소이유서 제출기간을 국선변호인 또는 피고인이 소송기록접수통지를 받은 날부터 계산하여 항소이유서 제출기간 내에 적법한 항소이유서가 제출되지 않았고 항소장에도 항소이유의 기재가 없으며, 직권조사사유도 찾아볼 수 없다는 이유로 피고인의 항소를 기각하였다. 위에서 본 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 원심의 이러한 조치는 옳다(더군다나 이 사건 항소심 변호인 중의 한 사람은 제1심에서도 변호인이었기 때문에, 이 사건의 내용이나 진행경과를 잘 알고 있었다고 볼 수 있다). 원심의 조치에 재판에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 없다.

### 4. 결론

재항고를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정에는 대법관 조희대, 대법관 조재연, 대법관 박정화, 대법관 김선수, 대법관 이동원의 반대이견, 대법관 김재형의 다수의견에 대한 보충의견과 대법관 이동원의 반대의견에 대한 보충의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였다.

(출처: 대법원 2018. 11. 22.자 2015도10651 전원합의체 결정 [특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)] > 종합법률정보 판례)

## 【문 5】

준항고인은 준항고청구서에서 수사기관의 압수수색 당시 압수·수색영장을 제시받지 못했고 참여를 위한 통지조차 받지 못했기 때문에 준항고 절차에서 압수·수색 처분의 내역 등을 확인할 수 있을 것이라고 주장하면서, 준항고 취지를 ‘고위공직자범죄수사처 소속 검사들이 2021. 6. 초순경부터 2021. 8. 30.까지 사이에 피의자(준항고인)를 대상으로 실시한 압수·수색 처분 중 피의자에 대한 통지절차를 거치지 아니

하여 피의자의 참여권을 보장하지 아니한 압수·수색 처분을 모두 취소한다’ 고 기재하였다.

이에 대하여 준항고법원은 위 자료는 서울중앙지방법검찰청 검사가 서울중앙지방법검찰청 사건에 관하여 발부받은 압수·수색영장의 집행으로 압수한 것이라는 이유를 들어 준항고인의 청구를 기각하였다.

이와 같은 준항고법원의 결정이 적법한지 여부와 그 이유에 관하여 서술하십시오. (10점)

■ 해 설 ■

(대상판례 : 대법원 2023. 1. 12.자 2022모1566 결정)

(2023년 1순환 3회모의고사 문제 2번 / 2023년 3순환 배부 최신판례자료 - #10판례)

(2023년 마무리특강 - 최신판례강의자료 #10판례)

○결론 - 위법하다.

○논거 -

법 제417조의 준항고는 항고소송의 일종으로 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.

준항고인이 불복의 대상이 되는 압수 등에 관한 처분을 구체적으로 특정하기 어려운 사정이 있는 경우에는 법원은 석명권 행사 등을 통해 준항고인에게 불복하는 압수 등에 관한 처분을 특정할 수 있는 기회를 부여하여야 한다.

그럼에도 원심은 그와 같은 조치를 취하지 아니한 채 준항고인의 이 부분 청구를 기각하였다. 이러한 원심의 판단에는 준항고 대상 특정에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 않아 재판에 영향을 미친 잘못이 있다.

#10. 417조 준항고 :

대법원 2023. 1. 12.자 2022모1566 결정 [수사기관의 압수·수색 처분에 대한 준항고 기각 결정에 대한, 재항고] [공2023상,480]

○ 결정요지

[1] 형사소송법은 수사기관의 압수·수색영장 집행에 대한 사후적 통제수단 및 피압수자의 신속한 구제 절차로 준항고 절차를 마련하여 검사 또는 사법경찰관의 압수 등에 관한 처분에 대하여 불복이 있으면

처분의 취소 또는 변경을 구할 수 있도록 규정하고 있다(제417조). 피압수자는 준항고인의 지위에서 불복의 대상이 되는 압수 등에 관한 처분을 특정하고 준항고취지를 명확히 하여 청구의 내용을 서면으로 기재한 다음 관할법원에 제출하여야 한다(형사소송법 제418조). 다만 준항고인이 불복의 대상이 되는 압수 등에 관한 처분을 구체적으로 특정하기 어려운 사정이 있는 경우에는 법원은 석명권 행사 등을 통해 준항고인에게 불복하는 압수 등에 관한 처분을 특정할 수 있는 기회를 부여하여야 한다.

[2] 형사소송법 제417조에 따른 준항고 절차는 항고소송의 일종으로 당사자주의에 의한 소송절차와는 달리 대립되는 양 당사자의 관여를 필요로 하지 않는다. 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.

☞ 2022모1566 수사기관의 압수수색처분에 대한 준항고기각결정에 대한 재항고 (차) 취소환송 [수사기관의 압수·수색처분에 대한 준항고 사건]

◇준항고인이 참여의 기회를 보장받지 못하였다는 이유로 압수·수색 처분에 불복하였으나 그 불복의 대상을 구체적으로 특정하기 어려운 사정이 있는 경우 법원이 취해야 할 조치 및 심리 방식◇

1. 가. 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 있다(제417조). 피압수자는 준항고인의 지위에서 불복의 대상이 되는 압수 등에 관한 처분을 특정하고 준항고취지를 명확히 하여 청구의 내용을 서면으로 기재한 다음 관할법원에 제출하여야 한다(형사소송법 제418조). 다만 준항고인이 불복의 대상이 되는 압수 등에 관한 처분을 구체적으로 특정하기 어려운 사정이 있는 경우에는 법원은 석명권 행사 등을 통해 준항고인에게 불복하는 압수 등에 관한 처분을 특정할 수 있는 기회를 부여하여야 한다.

나. 형사소송법 제417조에 따른 준항고 절차는 항고소송의 일종으로 당사자주의에 의한 소송절차와는 달리 대립되는 양 당사자의 관여를 필요로 하지 않는다(대법원 1991. 3. 28. 자 91모24 결정, 대법원 2022. 11. 8. 자 2021모3291 결정 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.

2. 가. 준항고인이 참여의 기회를 보장받지 못하였다는 이유로 압수·수색 처분에 불복하는 경우, 준항고인으로서 불복하는 압수·수색 처분을 특정하는 데 한계가 있을 수밖에 없다. 특히나 제3자가 보관하고 있는 전자정보에 대하여 압수·수색을 실시하면서 그 전자정보의 내용에 관하여 사생활의 비밀과 자유 등의 법익 귀속주체로서 해당 전자정보에 관한 전속적인 생성·이용 등의 권한을 보유·행사하는 실질적 피압수자이자 피의자인 준항고인에게 통지조차 이루어지지 않은 경우에는 더욱 그러하다.

나. 사정이 그와 같다면, 원심으로서 준항고취지에 압수·수색 처분의 주체로 기재된 수사기관뿐만 아니라 준항고취지에 기재된 기간에 실제로 압수·수색 처분을 집행한 것으로 확인되거나 추정되는 수사기관, 사건을 이첩받는 등으로 압수·수색의 결과물을 보유하고 있는 수사기관 등의 압수·수색 처분에 대하여도 준항고인에게 석명권을 행사하는 등의 방식으로 불복하는 압수·수색 처분을 개별적, 구체적으로 특정할 수 있는 기회를 부여하여야 한다.

다. 나아가 특정된 각 압수·수색 처분을 한 수사기관과 준항고취지에 기재된 수사기관이 일치하지 않는 경우에는 준항고인에게 준항고취지의 보정을 요구하는 등 절차를 거쳐 이를 일치시키는 방식으로 준항고취지를 보다 명확히 한 다음, 해당 압수·수색 처분이 위법한지 여부를 충실하게 심리, 판단하여야 한다. 준항고인이 준항고취지에서 압수·수색 처분을 한 주체로 지정한 수사처 검사가 압수·수색 처분을 한 사실이 인정되지 않는다는 이유만으로 준항고를 배척할 것은 아니다.

☞ 준항고인은 언론 보도나 수사 과정을 통하여 수사처 검사가 준항고인을 피의자로 하여 대검찰청 감찰부 등에 대한 압수·수색영장을 집행한 것으로 알고 있지만, 수사처 검사의 압수·수색 당시 압수·수색영장을 제시받지 못하였고 참여를 위한 통지조차 받지 못하였다고 주장하면서, 법원에 “수사처 소속 검사가 2021. 9. 초순경부터 2021. 11. 30.까지 사이에 피의자(준항고인)를 대상으로 실시한 압수·수색 처분 중 피의자에 대한 통지절차를 거치지 아니하여 피의자의 참여권을 보장하지 아니한 압수·수색 처분을 모두 취소해 달라.”는 내용의 준항고를 제기한 사안임

☞ 원심은, “준항고인이 사용하던 검찰 내부망인 이프로스 쪽지·이메일·메신저 내역, 형사사법정보시스템의 사건검색조회, 판결문검색조회 부분” 자료 부분과 관련하여서는, 압수·수색영장을 집행한 주체가 수사처 검사라는 전제 하에 그 압수·수색 처분의 취소를 구하는 준항고인의 주장에 대하여, 위 자료는 서울중앙지방법검찰청 검사가 발부받은 압수·수색영장의 집행으로 압수한 것이라는 이유만으로 기각하고, “그 외 나머지 처분” 부분에 관련하여서는 준항고인을 압수·수색영장 대상자로 하여 어떠한 물건에 대한 압수·수색 처분을 하였다고 인정할 자료가 없거나 부족하다고 보고 기각함

☞ 대법원은 위와 같이 법원의 취해야 할 조치를 제시하고, 그와 같은 조치를 취하지 아니한 채 준항고인이 압수·수색 처분의 주체로 지정한 수사처 검사가 압수·수색 처분을 한 사실이 없다거나 준항고인을 압수·수색영장 대상자로 하여 어떠한 물건에 대한 압수·수색 처분을 하였다고 인정할 자료가 없거나 부족하다는 이유만으로 준항고인의 이 부분 청구를 기각한 원심의 판단에는 준항고 대상 특정에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 않아 재판에 영향을 미친 잘못이 있다는 이유로 원심결정을 취소·환송함



## 형사소송법

2. 준항고인은 원심법원에 제출한 준항고청구서에서 수사기관의 압수·수색 당시 압수·수색영장을 제시받지 못하였고 참여를 위한 통지조차 받지 못하였기 때문에 준항고 절차에서 압수·수색 처분의 내역 등을 확인할 수 있을 것이라는 취지의 주장을 하면서, 준항고취지를 ‘고위공직자범죄수사처(이하 ‘수사처’ 라고 한다) 소속 검사들이 2021. 9. 초순경부터 2021. 11. 30.까지 사이에 피의자(준항고인)를 대상으로 실시한 압수·수색 처분 중 피의자에 대한 통지절차를 거치지 아니하여 피의자의 참여권을 보장하지 아니한 압수·수색 처분을 모두 취소한다.’ 라고 기재하였다.

원심은, 수사처 검사가 준항고인이 사용하던 검찰 내부망인 ○○○○ 쪽지·이메일·메신저 내역, 형사사법정보시스템의 사건검색조회, 판결문검색조회 자료(‘이 사건 각 자료 중 PC 저장장치 제외’ 부분)에 대하여 압수·수색영장을 집행하였다는 전제하에 그 압수·수색 처분의 취소를 구하는 준항고인의 주장에 대하여, 위 자료는 서울중앙지방법검찰청 검사가 서울중앙지방법검찰청 2021형제44914호 사건에 관하여 발부받은 압수·수색영장의 집행으로 압수한 것이라는 이유만으로 준항고인의 이 부분 청구를 기각하였다.

원심이 위와 같은 사유로 준항고인의 이 부분 청구를 기각한 조치는 적법한가?  
(10점)

### ■ 해 설 ■

(대법관례 : 대법원 2023. 1. 12.자 2022모1566 결정)

○ 결론 - 위법하다.

○ 논거 -

형사소송법 제417조에 따른 준항고 절차는 항고소송의 일종으로 당사자주의에 의한 소송 절차와는 달리 대립되는 양 당사자의 관여를 필요로 하지 않는다(대법원 1991. 3. 28. 자 91모24 결정, 대법원 2022. 11. 8. 자 2021모3291 결정 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.

준항고인이 불복의 대상이 되는 압수 등에 관한 처분을 구체적으로 특정하기 어려운 사정이 있는 경우에는 법원은 석명권 행사 등을 통해 준항고인에게 불복하는 압수 등에 관한 처분을 특정할 수 있는 기회를 부여하여야 한다.

그럼에도 원심은 그와 같은 조치를 취하지 아니한 채 준항고인이 압수·수색 처분의 주체로 지정한 수사처 검사가 압수·수색 처분을 한 사실이 없다거나 준항고인을 압수·수색 영장 대상자로 하여 어떠한 물건에 대한 압수·수색 처분을 하였다고 인정할 자료가 없거나 부족하다는 이유만으로 준항고인의 이 부분 청구를 기각하였다. 이러한 원심의 판단에는 준항고 대상 특정에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 않아 재판에 영향을 미친 잘못이 있다.