

## 2024년 법무2차 대비 동차반 형사소송법 설명회 자료

2023.11.03. 제29회 법무사2차 형사소송법 기출문제와 해설

### 2023년 제29회 법무사 2차 시험

## 형 사 소 송 법

(출제 : 법원행정처)

(해설 : 법무사단기학원 최철훈)

#### 【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 범명 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.

☞ 2016년 법원사무관승진시험 주관식 (4.23.)

[문2] 검사는 피고인 甲을 강간치상죄로 구속 기소하였는데, 공소사실의 내용은 ‘피고인 甲은 2015. 6. 3. 21:00경 서울 강남구 역삼대로 100에 있는 피고인의 집에서 피해자 乙을 1회 간음하여 강간하고, 그로 인하여 피해자에게 약 4주간의 치료가 필요한 상해를 입게 하였다’는 것이다.

제1심 법원은 제1회 공판기일 전 공판준비절차를 개시하였다.

가. 피고인 갑이 공소장부분을 송달받고 10여일이 지난 후 피고인 甲의 변호인 丙은 공판준비기일에 출석하여 국민참여재판을 청구하자, 제1심 법원은 피고인 甲측의 국민참여재판 희망의 의사표시를 토대로 국민참여재판 개시결정을 하였다. 이에 검사는 피고인이 공소장 부분을 송달받고 7일 이내에 국민참여재판 희망여부에 대해 의견서를 제출하지 않아 국민참여재판 개시거부로 간주되었음에도 불구하고 법원이 국민참여재판을 개시한 것은 위법하다며 항고를 제기하였다. 검사의 주장이 정당한지 여부와 국민참여재판 개시결정에 대한 항고가 적법한지 여부에 대하여 근거를 들어 설명하시오. [10점]

[문2]

설문 가. 검사의 주장이 정당한지 여부와 국민참여재판 개시결정에 대한 항고가 적법한지 여부 (10점) (대상판례 : 대법원 2009.10.23. 자 2009도1032 결정)

○ 결론

법원이 국민참여재판을 개시한 것은 위법하다는 검사의 주장은 정당하지 않다.  
국민참여재판 개시결정에 대한 항고가 적법하지 않다.

○ 논거

1. 법원이 국민참여재판을 개시한 것은 위법하다는 검사 주장의 타당성

가. 문제점

검사는 피고인이 공소장 부분을 송달받고 7일 이내에 국민참여재판 희망여부에 대해 의견서를 제출하지 않아 국민참여재판 개시거부로 간주되었음에도 불구하고 법원이 국민참여재판을 개시한 것은 위법한지 여부

나. 판례

국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제8조는 피고인이 공소장 부분을 송달받은 날부터 7일 이내에 국민참여재판을 원하는지 여부에 관한 의사가 기재된 서면(이하 '의사확인서')을 제출하도록 하고, 피고인이 그 기간 내에 의사확인서를 제출하지 아니한 때에는 국민참여재판을 원하지 아니하는 것으로 보며, 공판준비기일이 종결되거나 제1회 공판기일이 열린 이후 등에는 종전의 의사를 바꿀 수 없도록 규정하고 있다. 위 규정의 취지를 위 기한이 지나면 피고인이 국민참여재판 신청을 할 수 없도록 하려는 것으로는 보기 어려운 점<sup>1)</sup> 등에 비추어 볼 때, 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<sup>2)</sup>.

2. 국민참여재판 개시결정에 대한 항고가 적법한지 여부

가. 문제점

국민참여재판 개시결정에 대한 항고가 적법한지 여부가 문제된다.

나. 판례

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).

- 1) 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 배제결정에 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...
- (대법원 2009.10.23. 자 2009도1032 결정[국민참여재판회부결정에대한재항고])
- 2) 대법원 2009.10.23. 자 2009도1032 결정[국민참여재판회부결정에대한재항고]

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)<sup>3)</sup>.

## 【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.

☞ 2016년 법원사무관승진시험 주관식 (4.23.)

[문2] 검사는 피고인 甲을 강간치상죄로 구속 기소하였는데, 공소사실의 내용은 ‘피고인 甲은 2015. 6. 3. 21:00경 서울 강남구 역삼대로 100에 있는 피고인의 집에서 피해자 乙을 1회 간음하여 강간하고, 그로 인하여 피해자에게 약 4주간의 치료가 필요한 상해를 입게 하였다’는 것이다.

제1심 법원은 제1회 공판기일 전 공판준비절차를 개시하였다.

3) 대법원 2009.10.23. 자 2009모1032 결정[국민참여재판회부결정에대한재항고] / 2015 형사소송실무1 502쪽 각주 386

나. 만일 피고인 甲이 공소장 부분을 송달받은 날로부터 5일이 되는 시점에 구치소장에게 국민참여재판을 희망하는 의견서를 제출하였다. 그런데 법원이 이에 대한 아무런 판단 없이 통상 절차로 제1심을 진행하였다면 제1심 법원의 조치가 적법한지 여부에 대하여 근거를 들어 설명하시오. [10점]

[문2]

설문 나. 국민참여재판에 재소자에 대한 특칙이 적용되는지 여부 : 적극 (10점)  
(대사판례 : 대법원 2011.09.08. 선고 2011도7106 판결)

1. 문제점

국민참여재판에 재소자에 대한 특칙이 적용되는지 문제된다.

2. 사안의 경우

(1) 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제8조 제2항에 의해 재소자특칙이 적용된다.

따라서 피고인 甲이 공소장 부분을 송달받은 날로부터 5일이 되는 시점에 구치소장에게 국민참여재판을 희망하는 의견서를 제출하였다면 5일이 되는 시점에 법원에 제출한 것으로 된다. 그런데 법원이 이에 대한 아무런 판단 없이 통상 절차로 제1심을 진행하였다면 제1심 법원의 조치는 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제8조 제2항 및 제1항에 반하므로 적법하지 않다<sup>4)</sup>.

(2) 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.<sup>5)</sup>

【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, 국선변호인에

4) 제8조(피고인 의사의 확인) ① 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.

② 피고인은 공소장 부분을 송달받은 날부터 7일 이내에 국민참여재판을 원하는지 여부에 관한 의사가 기재된 서면을 제출하여야 한다. 이 경우 피고인이 서면을 우편으로 발송한 때, 교도소 또는 구치소에 있는 피고인이 서면을 교도소장·구치소장 또는 그 직무를 대리하는 자에게 제출한 때에 법원에 제출한 것으로 본다.

5) 대법원 2011.09.08. 선고 2011도7106 판결[강간치상] / 2015년 형사소송실무1 502쪽 각주388

게는 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)

(대사판례 : 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.

☞ 2017년 법원사무관승진시험 주관식 (4.22.)

[문 2] 다음의 경우에 국선변호인 선정 또는 이와 관련된 법원의 조치가 적법한지 여부에 대하여 그 논거를 들어 각각 설명하시오. (아래 사안은 각각 별개이고, 다툼이 있는 경우 판례에 의함) 【총30점】

다. 제1심 판결이 선고되면서 피고인이 법정 구속되었고, 항소심 법원이 직권으로 국선변호인 B를 선정하였는데, 항소심에서 변호인 없는 다른 사건이 병합된 상태에서, 항소심 법원이 위 B에게 병합된 사건에 관한 소송기록접수통지를 하지 않았지만, 피고인이 2개의 사건에 대한 항소이유서를 직접 작성해 기한 내에 제출하자, 항소심 법원이 변론 후 피고인에게 유죄 판결을 선고한 경우(변론을 위한 공판기일에는 국선변호인 B가 출석하였음) 【10점】

○ 결론 - 법원의 조치는 위법하다.

○ 논거 -

[2] 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 국선변호인

에게 병합된 사건에 관한 소송기록 접수통지를 함으로써 국선변호인이 통지를 받은 날로부터 기산한 소정의 기간 내에 피고인을 위하여 항소이유서를 작성·제출할 수 있도록 하여 변호인의 조력을 받을 피고인의 권리를 보호하여야 한다.

[3] 항소법원이 국선변호인 선정 이후 병합된 사건에 관하여 국선변호인에게 소송기록 접수통지를 하지 아니함으로써 항소이유서 제출기회를 주지 아니한 채 판결을 선고한 것은 위법하다고 한 사례.

(대법원 2010.5.27, 선고, 2010도3377, 판결)

#### 【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. 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)

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

☞ 2019년 제37회 법원행정고등고시 제2차 시험 형사소송법

2. 다음 물음에 답하십시오. (각 물음은 상호관련성이 없음)

나. 피고인 甲은 1심에서 유죄판결을 선고받고 항소하였으나 항소장에 항소이유를 기재하지 않았다. 2심 법원은 2015. 3. 5. 필요적 변호사건인 이 사건에서 甲에게 국선변호인을 선정하고, 같은 달 7일 국선변호인에게, 같은 달 8일 甲에게 국선변호인 선정결정과 소송기록접수 사실을 통지하였다. 甲과 국선변호인이 항소이유서를 제출하지 않고 있던 중 甲은 2015. 3. 23. 사선변호인 A를 선임하였다. 2심 법원은 같은 달 24일 국선변호인 선정결정을 취소하였고 사선변호인 A에게 소송기록접수통지를 하지 않았다. 사선변호인 A는 2015. 4. 12. 2심 법원에 항소이유서를 제출하였다. 2심 법원은 형사소송법 제361조의4 제1항에 따라 결정으로 甲의 항소를 기각하였는데 사선변호인 A의 항소이유서가 제출기간이 지난 다음 제출되었고, 1심 판결에 직권조사사유도 없다는 등의 이유를 들었다. 甲은 2심 법원이 형사소송규칙 제156조의2 제3항을 유추적용하여 사선변호인에게 소송기록접수통지서를 다시



송달하고 그 통지서 송달일자를 기준으로 항소이유서 제출기간을 산정하였어야 한다고 주장하며 재항고를 하였다. 甲의 재항고가 타당한지 여부 및 근거를 설명하시오. (10점)

■ 해 설 ■

(출처 : 대법원 2018. 11. 22. 자 2015도10651 전원합의체 결정)

- 결론 - 타당하지 않다.
- 논거

재항고 사유와 관련하여 피고인과 국선변호인에 대한 소송기록접수통지 후에 선임된 사선변호인에게 다시 소송기록접수통지를 해야 하는 것은 아니라는 것이 판례의 입장이다.

가. 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.

① 항소이유서 제출기간을 정하고(361조의3), 이를 어길 경우 항소기각결정(361조의4 제1항) 하도록 한 형사소송법의 제반 규정은 입법자의 재량이다. 만약 이를 제한하지 않을 경우 사법자원의 효율적 운영과 항소심 재판의 원활한 운영을 저해한다.

② 사선변호인의 선임은 사법상의 계약으로서 사선변호인 선임에 국가가 개입하지 않으므로 사선변호인의 활동에 까지 국선변호인에서와 같은 업무감독과 절차적 조치를 취할 의무가 법원에게는 없다.

③ 형사소송법과 형사소송규칙은 소송기록접수통지에 관한 사선변호인과 국선변호인에 대해 명확하게 구분하고 있으며, 국선변호인을 선정한 이후 사선변호인을 선임한 경우에 별도로 사선변호인에게 소송기록접수 통지하도록 요구하는 규정이 없다.

나. 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 위 규정은 법원이 필요적 변호사건에서 피고인에게 국선변호인의 조력을 받을 권리를 충실히 보장토록 하기 위한 규정으로, 법원이 피고인이 자신과 변호인과의 사법상 위임계약에 따라 선임한 사선변호인에게 까지 위 규정에 따른 의무를 충실히 이행할 필요가 없다.

② 사선변호인은 법률전문가로서 마땅히 국선변호인에 대한 소송기록접수통지일자를 확인할 기본적인 임무가 있다.

③ 만약 위 규정을 사안의 경우 까지 확대시킨다면 필요적 변호사건의 경우 경제적 능력 있는 피고인은 계속 사선변호인을 선임하여 소송기록접수통지를 받도록 함으로서 상소심절차

를 의도적으로 지연시킬 수 있다.

이와 같은 이유로 필요적 변호사건에서 법원이 국선변호인을 선정하여 소송기록접수통지를 하였는데, 국선변호인의 항소이유서 제출기간 내에 피고인이 새롭게 사선변호인을 선임하여 국선변호인 선정결정을 취소하였다 하더라도 새롭게 선임된 사선변호인에게 별도로 소송기록 접수통지를 할 필요는 없으며, 새롭게 선임된 사선변호인의 항소이유서 제출기간은 피고인 또는 국선변호인의 항소이유서 제출기간이다.

이 사안의 경우 원심은, 이 사건에서 항소이유서 제출기간을 국선변호인 또는 피고인이 소송 기록접수통지를 받은 날부터 계산하여 항소이유서 제출기간 내에 적법한 항소이유서가 제출 되지 않았고 항소장에도 항소이유의 기재가 없으며, 직권조사사유도 찾아볼 수 없다는 이유로 피고인의 항소를 기각한 조치는 적법하다.

#### 【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 아니하여 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 서술하시오. (10점)

#### ■ 해 설 ■

(대상판례 : 대법원 2023. 1. 12.자 2022도1566 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 2022도1566 결정 [수사기관의 압수·수색처분에 대한 준항고기각결정에 대한, 재항고] [공2023상,480]

○ 결정요지

[1] 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 행사를 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.

☞ 2022도1566 수사기관의 압수·수색처분에 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 서울중앙지방검찰청 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 준항고

인이 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

## 총 평

이번 시험은 법원사무관승진기출 및 법원행정고등고시 기출문제와 최신 대법원 결정 1개 정도 출제하였고, 1년 동안 강의를 충실히 수강한 수험생들은 시험이 너무 쉬워서 오히려 “다른 사람들도 다들 잘 보았는데 혹시 내가 실수라도 하지 않았을까” 라는 쓸데없는 걱정을 할 정도의 최근 보기드문 가장 쉬운 난이도 라고 보입니다.

국민참여재판이 다른 시험에서는 모두 출제되었으나 아직 우리 시험에서는 출제되지 않았는바 이번 시험에서 드디어 출제되었으나 굉장히 쉬운 쟁점에서 출제되었습니다.

최근 약 10년간의 출제경향을 보면 최근 1년간 판례의 사실관계를 그대로 출제한 경우, 과거 오랜 수년전 판례의 사실관계를 출제한 경우, 최신판례와 더불어 이와 관련된 형사소송법 및 특별법 상의 제도를 물어본 경우, 공범인 공동피고인의 증인 적격 및 법정진술의 증거능력 등 기본적인 쟁점을 사례로 만들어서 출제한 경우, 전문증거에 해당하는지와 관련하여 교과서에 나오는 기본적인 내용을 묻는 경우, 법무사 시험에 출제한 판례를 다시 약간만 변형하여 출제한 경우, 이번 시험처럼 법원사무관승진 시험 및 법원행시 기출문제를 약간 변형하여 출제한 경우 등 출제경향이 굉장히 복잡하여 법무사 시험의 출제경향이 단순하게 이렇다 라고 말씀드릴 수는 없습니다.

다만 최근 법무사 시험의 최신판례 출제경향은 너무 유명한 쟁점은 출제하지 않고 대신 다소 지엽적인 쟁점의 최신판례를 출제하여 변별력을 유지하려는 입장으로 보이고 이를 간파하여 1순환 모의고사에서 출제한 판례가 그대로 이번 시험에 출제되는 효과를 보았는바, 이처럼 법무사 시험의 출제경향을 숙지하고 내년 2024년도 법무사 시험 준비에 만전을 기하여 여러분의 법무사 자격 취득에 많은 도움을 드리 고자 합니다.

타 학원 수강생분들께서 올해 시험이 어떻게 느껴졌을 지는 알 수 없으나 최소한 제 강의를 1년간 꾸준히 수강한 수강생들은 올해 시험은 너무나 쉬웠다고 느꼈을 것입니다.

앞으로도 제 수강생들이 이런 생각을 가질 수 있도록 강의 준비에 최선의 노력을 다하겠습니다.

2023.11.08.

관악구 신림동 법무사 사무실에서 최철훈 강사 올림

# 형사소송법을 처음 공부하는 사람이 초시에서 합격점수를 얻는 방법

형사소송법은 조문, 기출문제, 최신판례만 알아도 합격하는데 충분한 점수를 얻는다. 기출문제는 법원행시(10년치), 법원사무관승진(10년치), 법원서기보 객관식 문제(최근 3년) 이다.

1. 형사소송법은 법학이고 법학은 법률해석학 이다.  
⇒ 강의를 듣고 복습할 때 꼭 법전으로 조문을 확인하고 공부하자 !
2. 나는 형법도 모르는데 형사소송법은 너무 힘들지 않을까?  
⇒ 공부해 보면 전혀 다른 과목이란 것을 알게 된다.
3. 기출문제는 어떻게 보는거야? 난 도통 무슨말인지 못알아먹겠어~~  
⇒ 강의 중에 자료로 배부하고 강사가 해설한다. 강사가 해설하거나 언급한 기출문제는 꼭 독서실에서 숙지하고 잘 이해안되면 동강으로 다시 듣자.
4. 최신판례는 어떻게 공부해야 해?  
⇒ 물론 동차반에서 최신판례를 강의하나 시간 관계상 충분히 언급할 수 없다. 따라서 최신판례 마무리 특강을 꼭 활용하자.
5. 쌤 ~~ 강의교재는 무엇으로 해?  
⇒ 처음부터 1000페이지 짜리 책으로 공부하라고 안한다. 요약집으로 강의하고 요약집이 가독성이 떨어지므로 복습도 동영상 강의듣는 것으로 하자. 단, 기출문제해설과 최신판례는 꼭 스스로 읽어 보고 스스로 이해하자.
6. 한번 강의 듣고 합격 점수 나올 수 있을 까?  
⇒ 물론 첫술에 배부를 수 없다. 그러나 조문, 기출, 최신판례 만이라도 알면 합격하는데 지장 없는 점수 나온다.
7. 올해는 동차 이니깐 쉬엄쉬엄 분위기 파악하고 내년 시험을 위해 최선을 다하자?  
⇒ 헛된 망상을 버리자. 항상 시험은 올해 합격을 목표로 하고, 수험생은 자신의 위치에서 이번 시험에 어떻게 합격할 것인가를 고민하고 실천해야 한다.