

대 법 원

결 정

사 건 2015도10651 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)
피 고 인 피고인
재 항 고 인 피고인
변 호 인 법무법인 충정
담당변호사 박영화 외 1인
원 심 결 정 서울고등법원 2015. 7. 3.자 2015노872 결정

주 문

재항고를 기각한다.

이 유

재항고이유(피고인의 변호인은 원심결정에 대하여 상고장을 제출하였으나, 원심결정에 대한 불복방법은 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 12. 국선변호인에게, 같은 달 13. 피고인인 재항고인에게 국선변호인 선정결정과 소송기록접수 사실을

통지하였다.

나. 재항고인과 국선변호인이 항소이유서를 제출하지 않고 있던 중 재항고인은 2015. 3. 23. 사선변호인을 선임하였다. 원심은 같은 달 24. 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

로(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 국선변호인의 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 정해

진 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 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 사선 변호인의 선임과 활동, 선임권자와의 관계에 국가는 전혀 개입하지 않는다. 이는 필요 적 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, 형사소송 절차의 신속을 도모하고 항소심 피고인의 권리를 보호하고자 1996. 12. 3. 대법원규칙 제1441호로 신설되었다. 2006. 3. 23. 대법원규칙 제2013호로 신설된 형사소송규칙 제

156조의2 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 제156조

의2 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 게을리 한 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 확대적용하거나 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 제3

항을 유추적용할 수 있는지에 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. 사선변호인으로서 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 피고인은 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 확대적용하거나 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 반대의견, 대법관 김재형의 다수의견에 대한 보충의견과 대법관 이동원의 반대의견에 대한 보충의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였다.

5. 대법관 조희대, 대법관 조재연, 대법관 박정화, 대법관 김선수, 대법관 이동원의 반대의견은 다음과 같다.

가. 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리의 의의, 형사소송법상 국선변호인 제도의 취지, 필요적 변호사건의 성격, 형사 항소심 소송절차에서 항소이유서의 제출이 지니는 중요성 등을 고려할 때, 형사소송법 제33조 제1항의 필요적 변호사건에서 항소법원이 피고인과 국선변호인에게 소송기록접수통지를 하였으나 피고인과 국선변호인이 항소이유서를 제출하지 않고 있는 사이에 항소이유서 제출기간 내에 피고인이 사선변호인을 선임함에 따라 항소법원이 직권으로 기존 국선변호인 선정결정을 취소하였다면, 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 한다고 봄이 타당하다.

다수의견은 이와 달리 이러한 경우에는 새로 선임된 사선변호인에게 다시 소송기록접수통지를 할 필요가 없다고 한다. 그 이유로 형사소송법 등 관련법령에 새로 소송기록접수통지를 하여야 한다는 명문의 규정이 없고, 사안을 달리하는 형사소송규칙 제

156조의2 제3항을 이 사건에 확대적용하거나 유추적용할 수 없으며, 이를 허용할 경우 의도적인 소송지연 등 악용의 우려가 있고, 사선변호인을 선임할 경제적 능력이 없는 피고인의 경우와 비교할 때 형평에 반하며, 항소심과 상고심 운영에 예기치 못한 혼란을 가져올 수 있다는 것을 들고 있다.

다수의견에 따르면 새로 선임된 사선변호인은 국선변호인이 소송기록접수통지를 받은 때부터 기산되는 항소이유서 제출기간에서 국선변호인이 항소이유서를 제출하지 않고 지나버린 기간을 제외한 나머지 기간 동안에 항소이유서를 작성·제출해야만 한다. 이는 법원이 피고인을 위하여 선정한 국선변호인이 소송기록접수통지를 받고도 항소이유서를 제출하지 않은 기간에 대하여 피고인 또는 사선변호인에게 책임을 지우는 것과 다르지 않다. 다수의견은 피고인의 방어능력을 보충할 필요가 불가결한 필요적 변호사건에서 변호인의 항소이유서 제출기간을 사실상 단축시켜 변호인의 조력을 받을 피고인의 헌법상 권리를 침해한다는 점을 간과한 것으로서 동의할 수 없다. 아래에서 구체적인 이유를 살펴본다.

(1) 헌법 제12조 제4항 본문은 "누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다."라고 규정하고 있다. 우리 헌법상의 법치국가원리, 적법절차원칙 등에 비추어 변호인의 조력을 받을 권리는 구속 피의자·피고인뿐만 아니라 불구속 피의자·피고인에게도 당연히 인정된다(헌법재판소 2004. 9. 23. 선고 2000헌마138 결정 참조). 헌법상 보장되는 '변호인의 조력을 받을 권리'는 변호인의 '충분한 조력'을 받을 권리를 의미한다(대법원 2003. 11. 11.자 2003모402 결정 참조).

(2) 형사소송에서 검사의 공격력과 피고인의 방어력 사이에는 현저한 차이가 있으므로, 당사자평등의 원칙을 실현하기 위해 피고인의 방어력을 보충하는 제도가 변호인제

도이다. 변호인의 조력을 받을 권리와 관련하여 형사소송법은 일정한 사유에 해당하는 경우를 필요적 변호사건으로 정하여 변호인이 없는 때에 법원으로 하여금 직권으로 국선변호인을 선정하도록 규정하고 있다(제33조 제1항). 또한 필요적 변호사건의 공판심리절차에서 변호인 없이 개정하지 못하게 하고, 만일 변호인이 출석하지 아니한 때에는 직권으로 새로운 국선변호인을 선정하도록 규정함으로써(제282조, 제283조), 필요적 변호사건의 공판심리절차에서 변호인의 조력을 받을 피고인의 권리가 충분히 보장되도록 하고 있다. 형사소송법 제33조 제1항은 피고인의 구속 여부, 연령·지능, 사건의 중대성 등을 고려하여 특히 피고인의 방어력을 보충해 줄 필요성이 높은 경우를 필요적 변호사건으로 정하고 있으므로, 필요적 변호사건에서 변호인의 충분한 조력을 받을 권리의 보장은 더욱 중요하다.

(3) 형사소송법 제361조의2 제1항, 제2항, 제361조의3 제1항, 제361조의4 제1항, 제364조 제1항 등에 따르면, 피고인이 항소한 경우 형사 항소심은 기본적으로 피고인 또는 변호인이 법정기간 내에 제출한 항소이유서에 포함된 항소이유에 관하여 심판하는 구조이고, 만일 법정기간 내에 적법한 항소이유서가 제출되지 아니하면 직권조사사유가 있는 경우가 아닌 한 원칙적으로 피고인의 항소를 기각하도록 되어 있다.

형사 항소심 소송절차에서 항소이유서의 제출이 지니는 의미와 중요성에 비추어 볼 때, 필요적 변호사건의 피고인에게 변호인의 조력을 받을 권리는 공판심리 단계에서만 아니라 항소이유서의 작성·제출 과정에서도 충분히 보장되어야 한다.

위와 같은 취지를 고려하여 형사소송규칙 제156조의2 제1항 전문은 "기록의 송부를 받은 항소법원은 법 제33조 제1항 제1호부터 제6호까지의 필요적 변호사건에 있어서 변호인이 없는 경우에는 지체 없이 변호인을 선정한 후 그 변호인에게 소송기록접수통

지를 하여야 한다."라고 규정하고 있다. 이로써 필요적 변호사건의 국선변호인이 피고인에 대한 소송기록접수통지와 별도로 소송기록접수통지를 받아 그때부터 일정한 법정기간 동안 피고인을 위하여 항소이유서를 작성·제출할 수 있도록 하고 있다. 그리고 형사소송규칙 제156조의2 제3항은 "제1항, 제2항의 규정에 따라 국선변호인 선정결정을 한 후 항소이유서 제출기간 내에 피고인이 책임질 수 없는 사유로 그 선정결정을 취소하고 새로운 국선변호인을 선정한 경우에도 그 변호인에게 소송기록접수통지를 하여야 한다."라고 규정하고 있다. 위와 같이 피고인이 책임질 수 없는 사유로 국선변호인의 교체가 이루어지는 경우에 새로운 국선변호인이 피고인을 위하여 항소이유서를 충분히 작성·제출할 수 있도록 종전 국선변호인에 대한 항소이유서 제출기간과 별도로 새로운 항소이유서 제출기간을 부여하고 있다.

다수의견에 따르면 종전 국선변호인에 의해 경과된 항소이유서 제출기간을 새로 선임된 사선변호인의 항소이유서 제출기간에 포함시킴으로써 새로 선임된 사선변호인이 항소이유서를 작성·제출할 기간이 사실상 단축된다. 법원은 필요적 변호사건에서 변호인이 없는 때에는 직권으로 국선변호인을 선정하므로, 피고인은 그 선정과정에 개입할 수 없음에도 국선변호인에 의해 경과된 항소이유서 제출기간 단축의 불이익을 피고인에게 돌리는 것은 부당하다.

(4) 다수의견이 지적하는 것처럼 기존 국선변호인 선정결정을 취소하고 새로 선임된 사선변호인에게 소송기록접수통지를 하여야 한다는 명문의 규정은 없으나, 명문의 규정이 없다고 하여 변호인의 조력을 받을 권리를 보장해 주기 위한 조치가 허용되지 않는다고 볼 수는 없다. 종래 대법원은 필요적 변호사건에서 법원이 정당한 이유 없이 국선변호인을 선정하지 않고 있는 사이에 피고인 스스로 변호인을 선임하였으나, 그때

는 이미 피고인에 대한 항소이유서 제출기간이 도과해 버린 후여서 그 사선변호인이 피고인을 위해 항소이유서를 작성·제출할 시간적 여유가 없는 경우에도 형사소송규칙 제156조의2에 규정된 변호인의 조력을 받을 피고인의 권리는 보호되어야 한다는 이유로, 그 경우 법원은 사선변호인에게도 형사소송규칙 제156조의2를 유추적용하여 소송기록접수통지를 함으로써 그 사선변호인이 통지를 받은 날부터 기산하여 소정의 기간 내에 피고인을 위한 항소이유서를 작성·제출할 수 있는 기회를 주어야 한다고 판시해 왔다(대법원 2000. 12. 22. 선고 2000도4694 판결, 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008도11486 판결 참조). 이는 국선변호인과 사선변호인의 차이에도 불구하고 필요적 변호사건에서 변호인의 조력을 받을 헌법상 권리를 실질적으로 보장해 주어야 한다는 취지를 강조한 것으로서, 이 사건의 경우에도 헌법과 형사소송법의 취지와 변호인의 변경에 대해 피고인이 책임질 경우로 보기 어려운 사정들을 고려할 때 형사소송규칙 제156조의2 제3항을 유추적용할 수 있는 사안으로 봄이 타당하다.

이 문제는 소송기록접수통지에 관한 형사소송법 제361조의2나 형사소송규칙 제156조의2 제1항, 제3항이 지켜졌는지 형식적으로 볼 것이 아니라, 필요적 변호사건에서 항소이유서 작성·제출을 위해 변호인의 조력을 받을 권리가 충분히 보장되고 있는지 실질적인 관점에서 살펴보아야 한다. 규정의 문언에만 얽매일 경우 헌법과 형사소송법상 변호인의 조력을 받을 권리가 충분히 보장되지 않는다면 법원은 이를 충분히 보장해 줄 방안을 모색하는 것이 옳다.

형사소송규칙 제156조의2 제3항은 '피고인이 책임질 수 없는 사유'로 국선변호인이 변경된 경우를 전제하고 있는데, 이 사건은 피고인이 스스로 사선변호인을 선임함에 따라 법원이 직권으로 국선변호인 선정결정을 취소한 경우이므로, 형사소송규칙 제156

조의2 제3항을 이 사건에 유추적용할 수 없다는 다수의견은 지나치게 규정에 얽매어 필요적 변호사건에서 방어력의 보충이 필요한 피고인에게 변호인의 조력권을 충분히 보장하지 못한다는 점을 간과한 것이다.

앞서 본 헌법과 형사소송법의 취지에 더하여 필요적 변호사건에서 피고인에게 반드시 변호인이 있어야 한다는 형사소송법의 규정을 고려하면, 피고인이 항소이유서 작성·제출 과정에서 변호인으로부터 조력을 받을 권리는 충분히 보장되어야 한다. 국선 변호인인지 또는 사선변호인인지 여부에 따라 달리 취급할 것이 아니다. 다수의견에 따르면 새로 선임된 사선변호인은 피고인 또는 종전 국선변호인을 기준으로 한 잔여 항소이유서 제출기간 내에 사건을 파악하여 항소이유서를 작성·제출해야 하는데, 극단적으로는 1일 미만의 짧은 기간 내에 항소이유서를 준비해야 하는 경우도 있을 수 있다. 이는 필요적 변호사건에서 변호인의 조력을 받을 피고인의 권리가 충분히 보장된 상황으로 보기 어렵다.

종전 국선변호인이 항소이유서를 제출하지 않고 있던 중 피고인이 사선변호인을 선임한 것은 자신의 방어권을 행사하기 위해 형사소송법 제30조에 정해진 변호인선임권을 행사한 것으로 봄이 타당하다. 형사소송규칙 제18조 제1항 제1호는 변호인이 선임된 때 법원 또는 지방법원 판사는 국선변호인 선정을 취소하여야 한다고 규정하고 있다. 위와 같이 피고인이 변호인선임권을 행사하고, 형사소송규칙에 따른 법원의 결정에 따라 변호인의 변경이 이루어졌으며, 법원이 별도로 취소된 국선변호인의 업무를 새로 선임된 사선변호인에게 인계하는 조치를 취하지도 않았는데, 방어권 행사를 위해 사선변호인을 선임한 피고인의 행위를 피고인이 책임질 사유로 보는 것은 부당하다.

따라서 필요적 변호사건에서 피고인이 책임질 수 없는 사유로 국선변호인이 변경된

경우와 이 사건의 유사성이 인정되므로, 그에 관한 형사소송규칙 제156조의2 제3항을 유추적용할 수 있다. 이는 헌법과 형사소송법이 필요적 변호사건에서 피고인을 위한 변호인의 조력권을 충분히 보장하는 취지에 부합한다.

(5) 다수의견이 지적하는 소송지연 등 악용의 우려는 본말이 전도된 지나친 염려로 보인다. 설령 일부 소송절차가 지연된다고 하더라도 필요적 변호사건에서 변호인의 조력을 받을 헌법상, 형사소송법상 권리의 중요성을 고려할 때 형사사법절차 내에서 충분히 용인할 수 있는 정도로 봄이 타당하다. 피고인이 소송지연을 목적으로 새로 사선 변호인을 선임하였다는 특별한 사정이 있는 경우에는 피고인이나 종전 국선변호인을 기준으로 항소이유서 제출기간을 적용함으로써 악용의 가능성을 배제하면 되므로, 악용의 우려를 들어 필요적 변호사건에서 변호인의 조력권이 사실상 침해되는 상황을 방지하는 것은 받아들이기 어렵다.

다수의견은 경제적 능력에 따른 불평등 문제를 들고 있으나, 위에서 보듯이 소송지연 등 악용의 가능성을 배제할 수 있으므로, 필요적 변호사건에서 자신의 방어권을 행사하기 위해 사선변호인을 선임함으로써 종전 국선변호인 선정결정이 취소된 피고인에게 변호인의 조력권을 충분히 보장해 주기 위한 조치가 경제적 능력이 없는 다른 피고인과의 형평에 반하여 경제적 능력이 있는 피고인을 우대하는 것으로 보기는 어렵다.

다수의견은 항소심이나 상고심 운영에 예상되는 혼란도 우려하고 있으나, 새로 선임된 사선변호인에게 소송기록접수통지가 필요한 경우를 이 사건과 같이 필요적 변호사건에서 항소법원이 국선변호인을 선정하고 피고인과 국선변호인에게 소송기록접수통지를 한 다음 피고인이 사선변호인을 선임함에 따라 항소법원이 국선변호인의 선정을 취소한 경우 및 이와 동일한 사실관계에 해당하는 상고심의 경우로 제한한다면 감당하기

어려운 혼란이 발생할 것으로 보기도 어렵다.

나. 원심결정의 이유와 기록에 의하면, 재항고인은 법정형이 단기 3년 이상의 유기징역에 해당하는 사건으로 기소되었으므로, 이 사건은 형사소송법 제33조 제1항 제6호에 따른 필요적 변호사건인 사실, 재항고인과 재항고인의 제1심 변호인은 제1심판결에 불복하여 원심법원에 항소하였으나, 각 항소장에 항소이유를 기재하지 않은 사실, 원심은 2015. 3. 10. 국선변호인을 선정하였고, 같은 달 12. 국선변호인에게, 같은 달 13. 재항고인에게 각 국선변호인선정결정 및 소송기록접수통지서를 송달한 사실, 그런데 재항고인과 국선변호인이 항소이유서를 제출하지 않고 있던 중 재항고인은 2015. 3. 23. 사선변호인을 선임하였고, 이에 원심은 같은 달 24. 국선변호인 선정결정을 취소한 사실, 원심이 새로 선임된 사선변호인에게 별도로 소송기록접수통지를 하지 않은 상태에서 새로 선임된 사선변호인은 2015. 5. 21. 원심법원에 항소이유서를 제출한 사실, 이에 원심은 2015. 7. 3. 위 항소이유서는 재항고인 또는 국선변호인에게 소송기록접수통지가 이루어진 날부터 기산하여 항소이유서 제출기간 경과 후 제출되었고, 제1심판결에 직권조사사유도 없다는 등의 이유로 형사소송법 제361조의4 제1항에 따라 결정으로 재항고인의 항소를 기각한 사실을 알 수 있다.

다. 위와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 따라 살펴보면, 필요적 변호사건인 이 사건에서 국선변호인이 선정된 후 피고인과 국선변호인이 항소이유서를 제출하지 않고 있는 사이에 그 항소이유서 제출기간 내에 재항고인이 사선변호인을 선임함에 따라 법원이 국선변호인 선정을 취소하였고, 한편 재항고인이 소송지연 등을 위하여 위 변호인을 선임하였다는 등의 특별한 사정이 있다고 볼 수 없으므로, 원심으로서 새로 선임된 사선변호인에게 별도로 소송기록접수통지를 하였어야 하고, 그 사선변호인이 소

송기록접수통지를 받은 날부터 형사소송법 제361조의3 제1항의 기간 내에 항소이유서를 제출하였는지를 심리하여 변호인의 항소이유서가 적법하게 제출되었는지를 판단하여야 한다.

그런데 원심은 새로 선임된 사선변호인에게 소송기록접수통지를 하지 아니하였으므로, 재항고인의 변호인이 2015. 5. 21. 제출한 항소이유서는 항소이유서 제출기간 경과 전 적법하게 제출되었다고 할 것이다. 원심은 이와 달리 위 항소이유서가 항소이유서 제출기간 경과 후 제출되었다고 단정하여 항소를 기각하였다. 이러한 원심결정에는 필요적 변호사건에서 항소이유서 제출기간에 관한 법리를 오해하여 재판에 영향을 미친 잘못이 있다.

그러므로 원심결정을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하여야 한다.

이상의 이유로 다수의견에 반대하는 취지를 밝힌다.

6. 다수의견에 대한 대법관 김재형의 보충의견은 다음과 같다.

가. 반대의견의 요지는, 다수의견이 변호인의 충분한 조력을 받을 권리를 피의자나 피고인에게 보장해 주어야 한다는 헌법과 형사소송법의 취지에 반한다고 하면서, 형사소송규칙 제156조의2 제3항을 유추적용하여 사선변호인에게 다시 소송기록접수통지를 해야 한다는 것이다. 그러나 이러한 주장은 아래와 같은 이유로 타당하지 않다.

나. 필요적 변호사건에서 피고인이 사선변호인을 선임함에 따라 법원이 국선변호인 선정결정을 취소한 경우 사선변호인에게 소송기록접수통지를 하지 않더라도 헌법상 보장된 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한다고 볼 수 없다.

헌법 제12조 제4항은 "누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 변호인의 조력을 받

을 권리를 가진다."라고 정하여 변호인의 조력을 받을 권리를 헌법상 기본권으로 명시하고 있다. 변호인의 조력을 받을 권리는 피고인 등이 국가권력의 일방적인 형벌권 행사에 대항하기 위하여 변호인의 도움을 얻을 권리를 뜻한다. 그런데 변호인의 조력을 받을 권리가 구체적으로 어떠한 내용인지, 그 구체적인 내용이 헌법에서 바로 도출될 수 있는지 아니면 입법을 통해서 비로소 구체화되는 것인지는 형사절차에서 변호인이 담당하는 역할과 기능을 바라보는 관점에 따라 달라질 수 있다.

형사절차에서 변호인은 피의자·피고인이 수사·공소기관과 대립되는 당사자의 지위에서 스스로 방어하는 것을 지원하는 조력자로서의 역할과 피의자·피고인에게 유리하도록 형사절차에 관여하면서 피의자·피고인의 권리가 준수되는지를 감시·통제하는 역할을 담당한다.

형사소송법은 변호인의 조력을 받을 권리를 구현하기 위하여 변호인의 피고인 또는 피의자와의 접견교통권(제34조), 변호인의 소송계속 중의 관계서류 등의 열람·등사권(제35조), 압수·수색 영장의 집행 시 변호인의 참여권(제121조), 구속영장 청구에 따른 피의자 심문 시 변호인 참여권(제201조의2), 체포·구속의 적부심사에 따른 심문기일의 변호인 출석·의견진술권(제214조의2), 검증 시 변호인의 참여권(제145조), 감정 시 변호인의 참여권(제176조), 증인신문 시 변호인의 참여권(제163조, 제163조의2), 변호인의 피고인신문권(제296조의2), 변호인의 증거제출 또는 증인 등의 신문신청권(제294조), 변호인의 최종의견진술권(제303조) 등 수사와 공소제기 후의 여러 절차에서 변호인의 참여 등에 관하여 구체적 내용을 상세히 정하고 있다. 변호인의 조력을 받을 권리를 구현하기 위한 이러한 세부적인 사항까지 헌법 규정에서 당연히 도출되는 것은 아니고 많은 부분은 형사소송법의 규율에 맡겨져 있다.

헌법은 항소이유서 제출제도나 소송기록접수통지에 관해서 아무런 규정을 두고 있지 않다. 어느 범위에서 변호인에게 따로 소송기록접수통지를 하도록 할 것인지와 같이 절차적 권리를 정하는 것은 입법형성에 따라 달리 정할 수 있는 문제이다.

다. 필요적 변호사건에서 피고인과 국선변호인에게 소송기록접수통지를 한 후 새로 선임된 사선변호인에게 소송기록접수통지를 하지 않는다고 하여 형사소송법상 보장된 피고인의 권리를 침해한다고 볼 수도 없다.

입법자는 형사소송법 제361조의2 제2항에서 피고인에 대한 소송기록접수통지 전에 변호인의 선임이 있는 때에는 변호인에게도 소송기록접수통지를 하도록 정하고 있을 뿐이다. 피고인에게 소송기록접수통지를 한 다음에 피고인이 사선변호인을 선임함에 따라 법원이 국선변호인 선정결정을 취소한 경우 사선변호인에게 소송기록접수통지를 다시 하도록 정하고 있지는 않다.

피고인과 국선변호인에게 소송기록접수통지를 한 후 사선변호인이 선임되었다는 이유로 국선변호인 선정결정을 취소하고 사선변호인에게 다시 소송기록접수통지를 할 것 인지는 소송절차상 기술적인 문제이다. 이러한 문제에 관해서 형사소송법과 형사소송 규칙에 아무런 정함이 없다고 해서 형사소송법의 취지에 반한다고 볼 수는 없다. 이는 필요적 변호사건인지 여부에 따라서 달라지지 않는다.

라. 이 사건에서 형사소송규칙 제156조의2 제3항을 유추적용하는 방식으로 문제를 해결하고자 하는 것은 타당하지 않다.

헌법 제108조는 "대법원은 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 소송에 관한 절차, 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다."라고 정하고 있다. 따라서 대법원규칙에서는 법률에 저촉되지 않는 한 법률에 명시적인 위임규정이 없더라도

도 소송절차에 관한 규정을 둘 수 있다. 형사소송규칙 제1조도 "이 규칙은 형사소송법이 대법원규칙에 위임한 사항, 그 밖에 형사소송절차에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다."라고 정하고 있다.

형사소송법은 필요적 변호사건에서 피고인이 사선변호인을 선임함에 따라 법원이 국선변호인 선정결정을 취소한 경우 사선변호인에게 새로 소송기록접수통지를 하는 것을 금지하지 않는다. 대법원이 이러한 경우 사선변호인에게 다시 소송기록접수통지를 하도록 하는 규정을 형사소송규칙에 신설하더라도 법률에 저촉되지 않는다.

대법원이 위와 같은 경우 새로 선임된 사선변호인에게 소송기록접수통지를 해야 할 필요성이 있다고 판단하면, 형사소송규칙을 개정하여 사선변호인의 선임 시기와 경위, 국선변호인 선정결정 취소 시점 등 여러 요소들을 고려하여 전면적으로 또는 일정한 범위에서 소송기록접수통지를 다시 하도록 정할 수도 있다. 국선변호인에 관한 규정인 형사소송규칙 제156조의2 제3항을 이 사건에 유추적용하여 형사 항소심이나 상고심 절차의 명확한 진행에 예상치 못한 혼란을 가져오기보다는 위와 같이 형사소송규칙을 개정하는 것이 더 간명하고 효율적인 방안이다.

그러나 형사소송규칙을 개정하는 경우에도 항소이유서 제출기간이나 소송기록접수통지와 같은 절차 규정은 간명하고 명확하게 정하여 법원이나 변호인은 물론 일반 국민의 입장에서든 복잡하고 혼란스럽게 여겨지지 않도록 해야 한다. 또한 1961년 소송기록접수통지 제도가 도입된 이후 오랜 시간이 흘렀고 법원의 형사재판실무도 대폭 변화하고 있기 때문에, 이러한 변화를 반영할 필요가 있다. 이와 같이 형사소송규칙, 나아가 형사소송법의 개정을 통해 문제를 해결하는 방법이 유추적용을 통해 해결하는 방법보다 바람직한 결과를 가져올 것이다.

마. 요컨대, 형사소송법 제361조의2 제2항에 따라 이 사건에서 사선변호인에게 새로 소송기록접수통지를 하지 않더라도 헌법과 형사소송법상 변호인의 조력을 받을 피고인의 권리를 침해한다고 볼 수 없다. 필요한 경우 대법원이 스스로 형사소송규칙을 개정하여 좀 더 적절한 방식으로 해결할 수 있으므로 굳이 국선변호인에 관한 규정인 형사소송규칙 제156조의2 제3항을 유추적용할 필요성도 없다.

이상과 같이 다수의견에 대한 보충의견을 밝혀 둔다.

7. 반대의견에 대한 대법관 이동원의 보충의견은 다음과 같다.

필요적 변호사건에서 변호인의 조력을 받을 피고인의 권리가 항소이유서의 작성·제출 과정에서 실질적으로 보장되려면 20일의 항소이유서 제출기간이 변호인에게 실질적으로 보장되는 것이 중요하다.

형사소송규칙 제18조 제1항 제1호는 변호인이 선임된 때 법원 또는 지방법원 판사는 국선변호인 선정을 취소하여야 한다고 규정하고 있다. 법원이 위 형사소송규칙에 따라 국선변호인 선정결정을 취소하고도 사선변호인에게 다시 소송기록접수통지를 할 필요가 없다고 보게 되면, 사선변호인은 피고인 또는 국선변호인을 기준으로 한 잔여 항소이유서 제출기간 내에 독자적으로 사건을 파악하여 항소이유서를 작성·제출해야 한다. 그 결과 사선변호인의 항소이유서 제출기간은 사실상 단축되어 20일의 항소이유서 제출기간이 실질적으로 보장되지 않게 된다.

항소이유서 작성·제출 과정에서 변호인의 조력을 받을 피고인의 권리를 실질적으로 보장하기 위해서는 피고인이 사선변호인을 선임하더라도 항소이유서 제출기간 내에는 국선변호인 선정결정을 취소하지 않도록 형사소송규칙 제18조 제1항 제1호를 개정함이 바람직하다.

만일 법원이 국선변호인 선정결정을 취소하지 않는다면 국선변호인이 한 피고인 접견이나 항소이유서 작성을 위한 사실 및 법리에 관한 검토 등 변호활동 자료를 국선변호인과 사선변호인이 함께 활용하여 잔여 항소이유서 제출기간 내에 항소이유서를 제출할 수 있을 것이다. 그 경우 피고인의 변호인들 중 적어도 국선변호인에게 20일의 항소이유서 제출기간이 보장되고, 사선변호인도 국선변호인의 변호활동 자료를 보조적으로 활용할 수 있으므로, 항소이유서 작성·제출 과정에서 변호인의 조력을 받을 피고인의 권리가 충분히 보장된다고 볼 수 있다.

반면 법원이 형사소송규칙 제18조 제1항 제1호에 따라 국선변호인 선정결정을 취소하고도 사선변호인에게 다시 소송기록접수통지를 할 필요가 없다고 보면, 앞서 본 것처럼 사선변호인은 사실상 단축되어 20일에 미치지 못하는 잔여 항소이유서 제출기간 내에 항소이유서를 작성·제출해야 하는데, 이는 항소이유서 작성·제출 과정에서 변호인의 조력을 받을 피고인의 권리가 충분히 보장된 상황이라고 하기 어렵고, 그 결과 필요적 변호를 통하여 변호인의 도움을 받게 하려는 필요적 변호제도 본래의 목적을 이루지 못하게 된다.

이 사건에서 국선변호인의 항소이유서 제출기간 내에 법원이 형사소송규칙 제18조 제1항 제1호에 따라 기존 국선변호인 선정결정을 취소한 이상 법원은 새로 선임된 사선변호인에게 다시 소송기록접수통지를 함으로써 그 변호인에게 항소이유서를 작성·제출할 수 있는 20일의 항소이유서 제출기간을 실질적으로 보장해 주어야 한다.

이상과 같이 반대의견에 대한 보충의견을 밝혀 둔다.

2018. 11. 22.

재판장 대법원장 김명수

주 심 대법관 조희대

 대법관 권순일

 대법관 박상옥

 대법관 이기택

 대법관 김재형

 대법관 조재연

 대법관 박정화

 대법관 민유숙

 대법관 김선수

 대법관 이동원

대법관 노정희