



제422회 국회(임시회)
제1차 법제사법위원회

형사소송법 일부개정법률안

검 토 보 고

<공범에 대한 재판 관여 시를 제척·기피 사유로 추가>

■ 이견태의원 대표발의(의안번호 제2204419호)

2025. 2.

법 제 사 법 위 원 회

수석전문위원 정 환 철

목 차

I . 제안경 위	1
II . 제안이유	1
III . 검토의견	3
1. 개정안 주요내용	3
2. 제척·기파·회피제도	3
3. 개정안에 대한 검토	6

I. 제안경위

1. 발 의 자: 이견태의원 등 10인
2. 발 의 일: 2024. 9. 30.
3. 회 부 일: 2024. 10. 2.

II. 제안이유

현행법에서는 법관에 대한 제척 및 기피 사유로 “법관이 사건에 관하여 전심재판 또는 그 기초되는 조사, 심리에 관여한 때”를 두고 있으나, 법관이 사건에 관하여 피고인에 대한 공소제기 이전에 그 공범에게 유죄를 선고한 재판 또는 그 기초되는 조사나 심리에 관여한 경우는 제척 및 기피 사유로 하고 있지 않음.

법관이 전심재판에 관여한 경우를 제척 및 기피 사유로 하는 것은 예단을 방지하여 공정한 재판을 하기 위함인데, 법관이 피고인에 대한 공소제기 이전에 피고인과 공범으로 범한 죄에 관하여 유죄를 선고한 재판에 관여한 경우 피고인에 대하여 유죄의 예단을 가지게 될 가능성이 매우 높으므로, 공정한 재판을 위해서는 이 경우도 마찬가지로 제척 및 기피사유로 할 필요성이 있다는 지적이 있음.

이에 법관이 사건에 관하여 피고인에 대한 공소제기 이전에 그 공범에게 유죄를 선고한 재판 또는 그 기초되는 조사나 심리에 관여한

경우 등을 제척 및 기피 사유로 추가하여 공정한 재판을 도모하려는
것임(안 제17조제7호의2 신설).

Ⅲ. 검토의견

1. 개정안 주요내용

개정안은 법관이 당해 사건 피고인¹⁾에 관하여 공범관계에 있는 자에게 유죄를 선고하거나 그 기초되는 조사나 심리에 관여한 사실이 있는 때 당해 피고인 사건에서 제척하도록 하려는 것임(안 제17조제7호의2 신설).

현행	개정안
第17條(除斥의 原因) 法官은 다음 境遇에는 職務執行에서 除斥된 다. 1. ~ 7. (생략) <u><신설></u> 8. · 9. (생략)	第17條(除斥의 原因) ----- ----- -----. 1. ~ 7. (현행과 같음) <u>7의2. 법관이 사건에 관하여 피 고인에 대한 공소제기 이전에 그 공범에게 유죄를 선고한 재판 또는 그 기초되는 조사 나 심리에 관여한 때</u> 8. · 9. (현행과 같음)

2. 제척·기피·회피제도 개관

법관의 제척(除斥)제도는 기피·회피제도와 함께 재판의 공정성을 제고하기 위하여 법관으로 하여금 본인이 담당하는 사건과 특수한 관계가 있

1) 사건의 직접 당사자인 피고인

는 경우에 해당 사건의 직무집행에서 배제하는 제도임.²⁾

제척제도의 취지는 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 재판 기타 직무를 수행할 것이 기대되는 법관 또한 하나의 자연인임을 고려하여 구조적으로 중립성·공정성을 담보함으로써 국민의 공정한 재판을 받을 권리를 보장하고, 재판에 대한 국민의 신뢰를 제고하려는 것임.

현행 형사소송법 제17조는 제척의 원인이 되는 사유로 총 9가지를 열거³⁾하고 있으며, 제척의 원인에 해당하는 법관은 법률상 당연히 그 사건에 대해 재판뿐만 아니라 일체의 소송행위를 포함한 직무에 관여할 수 없음.⁴⁾

참고로, 재판의 공정성에 대한 국민의 신뢰를 담보하고, 국가형벌권의 정당한 실현을 위해 제척 외에 기피·회피 제도를 두고 있는데, 각 제도를 비교하면 아래와 같음.

2) 신동운, 신형사소송법(2008), 법문사, p.598

3) 「**형사소송법**」 제17조(제척의 원인) 법관은 다음 경우에는 직무집행에서 제척된다.

1. 법관이 피해자인 때
2. 법관이 피고인 또는 피해자의 친족 또는 친족관계가 있었던 자인 때
3. 법관이 피고인 또는 피해자의 법정대리인, 후견감독인인 때
4. 법관이 사건에 관하여 증인, 감정인, 피해자의 대리인으로 된 때
5. 법관이 사건에 관하여 피고인의 대리인, 변호인, 보조인으로 된 때
6. 법관이 사건에 관하여 검사 또는 사법경찰관의 직무를 행한 때
7. 법관이 사건에 관하여 전심재판 또는 그 기초되는 조사, 심리에 관여한 때
8. 법관이 사건에 관하여 피고인의 변호인이거나 피고인·피해자의 대리인인 법무법인, 법무법인(유한), 법무조합, 법률사무소, 「외국법자문사법」 제2조제9호에 따른 합작법무법인에서 퇴직한 날부터 2년이 지나지 아니한 때
9. 법관이 피고인인 법인·기관·단체에서 임원 또는 직원으로 퇴직한 날부터 2년이 지나지 아니한 때

4) 제척사유는 법률에 규정된 사유 외에 유추·확대해서는 안 되는 것으로 보는 것이 일반적임(이시윤, 신민사소송법(제8판), 박영사, 2014, p.78; 신동운, 신형사소송법(제5판), 법문사, 2014, p.782 참조)

＜ 형사소송법상 제척·기피·회피제도 비교 ＞

제도	제척(제17조)	기피(제18조)	회피(제24조)
사유	법률상 제척사유 (총 9가지)	법률상 제척사유 + 법관이 불공평한 재판을 할 염려가 있는 때	
별도의 신청 요부	불요	검사 또는 피고인(변호인)의 신청	법관 스스로 소속법원에 신청
절차	불요 (사유 해당시 자동적으로 효과 발생)	기피신청에 대한 재판 - 소속법원 합의부에서 결정 (단, 합의부 미구성시 직근 상급법원 결정)	회피신청에 대한 재판 - 소속법원 합의부에서 결정 (단, 합의부 미구성시 직근 상급법원 결정)
효과	해당 사건의 직무집행에서 배제		

기피(忌避)제도는 법관이 제척사유가 있음에도 재판에 관여하거나 불공평한 재판을 할 염려가 있는 경우에 검사 또는 피고인의 신청에 의해 해당 법관을 해당 사건의 직무집행에서 배제시키는 제도이며,⁵⁾ 회피(回避)제도는 법관이 스스로 제척사유에 해당하거나 그 밖의 불공평한 재판을 할 염려가 있다고 생각하는 경우에 자발적으로 해당 사건의 직무집행에서 벗어나는 제도임.⁶⁾

- 5) 「형사소송법」 제18조(기피의 원인과 신청권자) ①검사 또는 피고인은 다음 경우에 법관의 기피를 신청할 수 있다.
1. 법관이 전조 각 호의 사유에 해당되는 때
 2. 법관이 불공평한 재판을 할 염려가 있는 때
- ②변호인은 피고인의 명시한 의사에 반하지 아니하는 때에 한하여 법관에 대한 기피를 신청할 수 있다.
- 6) 「형사소송법」 제24조(회피의 원인 등) ①법관이 제18조의 규정에 해당하는 사유가 있다고 사료한 때에는 회피하여야 한다.
- ②회피는 소속법원에 서면으로 신청하여야 한다.

제척은 법률상 제척사유에 해당되면 자동적으로 해당 법관은 해당 사건의 직무집행에서 배제되는 효과가 있는 반면, 기피는 그 사유가 비유형적이고 검사 또는 피고인의 신청이 있는 경우에 기피당한 법관의 소속법원합의부의 결정에 따라 직무집행에서 배제됨.

한편, 회피는 법관 본인의 의사에 따라 해당 법관이 소속된 법원의 합의부 결정으로 해당 사건의 직무집행에서 배제된다는 점에서 제척·기피와 구별되는 측면이 있음.

3. 개정안에 대한 검토

「형사소송법」 제17조제7호⁷⁾는 법관이 사건에 관하여 전심재판 또는 그 기초되는 조사, 심리에 관여한 경우를 제척사유로 규정하였음. 이는 전심재판 등에 관여한 법관은 당해 사건에 관하여 예단이나 편견을 가질 위험성이 있다는 점을 고려한 것임. 그런데 공범에 대한 사건에서 일부 피고인만 분리되어 판결이 선고된 이후 다른 공범에 대하여 재판절차가 개시된 경우에는 전심재판 관여에 해당하지 않으므로 종전 공범의 재판에 관여한 법관이 제척되지 않는다는 것이 학계 다수설의 입장임.⁸⁾

③제21조의 규정은 회피에 준용한다.

제21조(기피신청에 대한 재판) ①기피신청에 대한 재판은 기피당한 법관의 소속법원합의부에서 결정으로 하여야 한다.

②기피당한 법관은 전항의 결정에 관여하지 못한다.

③기피당한 판사의 소속법원이 합의부를 구성하지 못하는 때에는 직근 상급법원이 결정하여야 한다.

7) 「형사소송법」 제17조(제척의 원인) 법관은 다음 경우에는 직무집행에서 제척된다.

7. 법관이 사건에 관하여 전심재판 또는 그 기초되는 조사, 심리에 관여한 때

8) 김희옥·박일환, 주석 형사소송법 I, 한국사법행정학회, 2017. 11., p.88

개정안은 공범에게 유죄를 선고한 재판 또는 그 기초되는 조사나 심리에 관여한 경우도 전심재판 등에 관여한 경우와 유사하게 예단이나 편견을 가질 위험성이 높다는 점을 고려하여, 이를 제척·기피사유로 추가함으로써 공정한 재판을 기하려는 취지임.

다만, 다음의 측면에서 추가 검토가 필요함.

첫째, 형사소송법은 공범관계에 있는 피고인들에 대한 재판에서 변론의 병합 및 분리를 재량사항으로 규정하고 있는데, 공범들의 변론이 분리된 경우는 법관의 제척사유가 되나 변론이 병합된 경우 제척사유로 보지 아니하는 등 우연한 사정에 의하여 제척여부가 결정될 수 있다는 점을 고려하여 검토할 필요가 있음.

변론의 병합 및 분리와 관련하여 법원에게 재량을 부여한 「형사소송법」 제300조⁹⁾에 대하여 헌법재판소는 “법원으로 하여금 소송경제와 신속한 재판, 실체적 진실발견의 요청, 검사의 입증이나 피고인 측의 방어의 편의, 경합범처벌조항 적용의 이익, 공범 사이의 사건 처리의 형평, 병합 또는 분리 심리의 장단점을 종합적으로 고려하여 변론의 병합과 분리 여부를 개별적으로 판단하도록 한 것”이라고 설시¹⁰⁾한바 있음.

이에 따라 법원은 공범 간 사건이라 하더라도 병합 또는 분리 심리의 장단점을 고려하여 변론을 분리할 수 있는데, 개정안에 따를 경우 법관이

9) 「형사소송법」 제300조(변론의 분리와 병합) 법원은 필요하다고 인정한 때에는 직권 또는 검사, 피고인이나 변호인의 신청에 의하여 결정으로 변론을 분리하거나 병합할 수 있다.

10) 헌재 2011. 3. 31. 2009헌바351

분리한 사건에 대하여 유죄판결을 선고하면 다른 공범에 대한 재판에서 제척됨. 이는 소송경제를 저해하는 측면이 있고, 제척사유에 해당하는 것을 피하기 위해 변론의 분리를 지양함으로써 오히려 피고인의 이익에 반하는 결과를 초래할 우려도 있음.

특히, 개정안에 따르면이라도 공범 사건은 변론을 병합하여 동일한 법원이 판결을 내리는 것이 가능한데, 변론이 분리되었음을 이유로 갑자기 제척 사유에 해당하게 되어 한 쪽 사건의 심리에서 제척되는 것이 변론의 병합 및 분리와 관련하여 법원에게 재량을 부여하고 있는 현행 형사소송 체계에 비추어 적절한 것인지 검토할 필요가 있음.

둘째, 현행 「형사소송법」 제17조제7호가 전심재판 또는 그 기초되는 조사, 심리에 관여한 경우를 제척사유로 규정한 것은 우리 형사소송제도가 채택하고 있는 심급제도의 실효성을 확보하는 측면도 있다는 점을 고려할 필요가 있음.

헌법재판소는 “심급제도는 하급심의 잘못된 재판을 상소심으로 하여금 바로잡게 함으로써 재판청구권을 실질적으로 보장하기 위한 하나의 수단”이라고 판시¹¹⁾하고 있는바, 전심 재판에 관여한 법원이 상급심의 재판에도 관여할 경우 예단 또는 편견을 가진 법원에 의해 상급심 심리가 이루어짐으로써 심급제도의 취지가 형해화될 우려가 있다고 할 것임.

그러나 개정안이 제척사유로 규정하고 있는 공범 사건에 대한 재판은

11) 헌재 2004. 12. 16. 2003헌바105

전심재판이 아니어서 이에 관여한 법관이 예단으로 잘못된 재판을 할 경우 피고인은 이에 상소할 수 있고, 상소심에서는 「형사소송법」 제17조제7호에 따라 해당 법관의 재판관여가 제척 될 것이라는 점도 함께 고려하여 검토할 필요가 있음.

결론적으로, 공범에게 유죄를 선고한 재판 또는 그 기초되는 조사나 심리에 관여한 경우를 법관의 제척사유로 추가하고자 하는 개정안의 경우, 변론의 병합·분리 제도와 체계 정합성, 심급제도의 형해화 방지가 그 취지인 제17조제7호 제척사유와의 균형 등을 고려하여 논의할 필요가 있음.

문 의 처
02)6788-5063