

## 마약류 관리에 관한 법률 위반(향정)

[대법원 2012. 10. 11. 2012도8544]



### 【판시사항】

기피신청을 받은 법관이 소송진행을 정지하지 않고 한 소송행위의 효력(=무효) 및 그 후 기피신청에 대한 기각결정이 확정된 경우에도 동일한 법리가 적용되는지 여부(적극)

### 【참조조문】

형사소송법 제22조

### 【참조판례】

대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다78467, 78474 판결(공2010상, 539)

### 【전문】

#### 【피 고 인】

【상 고 인】 피고인

【변 호 인】 변호사 조경훈

【원심판결】 의정부지법 2012. 7. 5. 선고 2012노701 판결

#### 【주문】

】

원심판결을 파기하고, 사건을 의정부지방법원 본원 합의부에 환송한다.

#### 【이유】

】 상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 각 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

기피신청을 받은 법관이 형사소송법 제22조에 위반하여 본안의 소송절차를 정지하지 않은 채 그대로 소송을 진행하여서 한 소송행위는 그 효력이 없고, 이는 그 후 그 기피신청에 대한 기각결정이 확정되었다고 하더라도 마찬가지이다.

이 사건 기록에 의하면, 피고인이 2011. 11. 15. 제1심법원에 기피신청서를 제출한 사실, 제1심법원은 위와 같이 기피신청이 있었는데도 2011. 11. 29. 제6회 공판기일을 열어서 검사가 신청한 증거인 공소외인에 대한 진술조서, 통화내역, 계좌거래내역 등을 증거로 채택하는 증거결정을 하고, 종전에 채택한 증거들을 포함하여 검사가 신청한 모든 증거에 대하여 증거조사를 실시한 사실, 위 기피신청은 2011. 12. 8. 기각되었고, 2011. 12. 26. 그 기각결정에 대한 항고가 기각되었으며, 2012. 2. 2. 그 항고기각결정에 대한 재항고가 기각된 사실, 한편 원심은 제1심법원의 증거조사가 유효함을 전제로 하여 제1심법원이 조사한 증거들을 근거로 이 사건 공소사실이 유죄로 인정된다고 판단한 사실 등을 알 수 있다.

위 인정 사실을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 소송진행 정지의 예외로서 급속을 요하는 경우라고 볼 아무런 사정이 없는 이 사건에 있어서, 제1심법원이 제6회 공판기일에 한 증거결정 및 증거조사는 기피신청을 받은 법관이 형사소송법 제22조에 위반하여 본안의 소송절차를 정지하지 않은 채 그대로 소송을 진행하여서 한 소송행위로서 모두 그 효력이 없고, 이는 그 후 위 기피신청에 대한 기각결정이 확정되었다고 하더라도 마찬가지이다.

따라서 제1심법원은 적법한 증거조사를 거치지 않은 증거들을 이 사건 공소사실을 인정하는 증거로 삼아 유죄의 판단을 하였고, 원심은 별도로 증거조사절차를 거치는 등의 조치를 취하지 아니한 채 제1심법원이 실시한 증거조사 결과를 원용하여 이 사건 공소사실이 유죄로 인정된다는 이유로 제1심판결을 그대로 유지하였다.

결국 원심판결에는 기피신청을 받은 법관이 소송진행의 정지 중에 한 소송행위의 효력에 관한 법리를 오해하여 증거결정 및 증거조사의 유효성에 관한 판단을 그르침으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 민일영(재판장) 박보영 김신(주심)