

2026년도 제15회 변시 예시답안

- 윌비스 한림법학원 정주형

제1 검토의견서(40점)

I. 김갑동에 대하여

1. 특정범죄가중처벌등에 관한 법률위반(절도)의 점

- ① 피고인은 특수절도죄와 야간주거침입절도죄, 절도죄로 각각 징역형을 선고받고 형집행이 종료한 2023.11.28.로 3년 이내인 2025.6.19. 22시경 서울 서초구 강남대로 305 앞 골목에서 김현기 소유의 포르쉐 승용차의 내부에 있던 현금 500만원과 BC 신용카드 1장을 절취한 사실로 기소됨.
- ② 이을남이 망을 봐준 사실이 인정되는지 여부와 무관하게, 피고인은 자신의 절도범행을 경찰, 법정에서 자백하고 있고(14면, 15면, 28면) 이을남의 진술, 이피해의 진술 등이 김갑동의 자백을 보강함.
- ③ 다만, 김갑동은 2020. 7.1. 선고된 절도범죄가 2018.5.4. 선고된 절도 범죄의 판결이 확정되기 전에 범한 것이어서 후단의 경합범의 관계에 있어 동시에 판결할 수 있었으므로 형평상 '세번의 징역형'에 포함될 수 없다고 주장하고 있음.
- ④ 그러나 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의4 제5항 제1호의 '세 번 이상 징역형을 받은 사람'은 그 문언대로 형법 제329조 등의 죄로 세 번 이상 징역형을 받은 사실이 인정되는 사람으로 해석하면 충분하고, 전범 중 일부가 나머지 전범과 사이에 후단 경합범의 관계에 있다고 하여 이를 처벌조항에 규정된 처벌받은 형의 수를 산정할 때 제외할 것은 아님(대판 2020.03.12. 2019도17381).
- ⑤ 피고인 김갑동에게는 특가법 제5조의4 제5항 소정의 상습특수절도죄가 성립하고 유죄 판결이 예상됨. (이 경우 별도로 누범가중도 하여야 함.)

2. 공갈의 점

(1) 공갈죄의 성부

- ① 2020.3.11. 15:00경 서울 서초구에 있는 피해자 이을남의 집에서 손바닥으로 피해자의 얼굴을 1회 때려 이에 겁을 먹은 피해자로부터 현금 1억 원이 들어 있는 비닐봉지를 건네받은 사실로 공갈죄로 기소됨
- ② 그러나, 공갈죄의 대상이 되는 재물은 타인의 재물을 의미하므로, 사람을 공갈하여 자기의 재물을 교부받는 경우에는 공갈죄가 성립하지 아니함(대판 2012.08. 30. 2012도 6157).

- ③ 현금 1억원은 2020.3. 초순경 검정색 비닐봉지에 담아 이을남에 맡겨두고 수시로 찾아쓰기로 하였는데 이을남이 도둑이 들어 잃어버렸다고 했으나 그대로 있어 얼굴을 때리고 돌려받은 것으로서(36면), 이을남이 다른 금전과 섞거나 교환하지 않고 비닐봉지에 그대로 넣어 보관하고 있었으므로 이는 김갑동의 재물임.
- ④ 결국 사람을 폭행을 하여 자기의 재물인 현금 1억원을 교부받았다 하더라도 공갈죄는 성립하지 않고 단지 폭행죄만 인정될 뿐임. 따라서 공갈죄의 공소사실에 대해서는 형사소송법 제325조 전단에 따라 무죄선고가능.

(2) 폭행죄의 인정여부

- ① 다만, 공갈죄로 기소되었으나 피고인 스스로 폭행만을 주장하고 있는바 피고인의 방어권행사에 실질적 불이익이 없고 법원으로는 축소사실인 폭행죄를 직권인정할 수 있음.
- ② 그런데, 폭행죄는 그 법정형이 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료로서(형법 제260조 제1항), 공소시효는 5년(형사소송법 제249조 제1항 제5호)임.
- ③ 폭행죄의 범행이 종료된 날(2020.3.11.)로부터 5년이 경과하여 2025.10.15. 공소제기가 제기되었으므로 해당공소사실에 대해서는 면소판결이 예상됨

3. 횡령의 점

(1) 김을동의 포터화물차의 횡령

- ① 김을동이 주식회사 화무와 지입계약을 체결한 시가 2천만원 상당의 포터승용차(47면 수사보고)를, 김갑동은 김을동으로부터 2주간 빌려 사용하던 도중 2025.6.30. 10시경 인터넷 사이트를 통해 알게 된 성명불상자에게 위 화물차를 임의로 매도함
- ② 김갑동은 화물차 횡령사실을 경찰과 법정에서 자백하였고, 김갑동이 증거동의를 한 김을동의 고소장의 진술은 김갑동의 자백을 보강함.
- ③ 횡령죄에서 재물의 보관은 재물에 대한 사실상 또는 법률상 지배력이 있는 상태를 의미하며, 횡령행위는 불법영득의사를 실현하는 일체의 행위를 말함. 따라서 소유권의 취득에 등록이 필요한 타인 소유의 차량을 인도받아 보관하고 있는 사람이 이를 사실상 처분하면 횡령죄가 성립하며, 보관 위임자나 보관자가 차량의 등록명의자일 필요는 없음. 그리고 이와 같은 법리는 지입회사에 소유권이 있는 차량에 대하여 지입회사에서 운행관리권을 위임받은 지입차주가 지입회사의 승낙 없이 보관 중인 차량을 사실상 처분하거나 지입차주에게서 차량 보관을 위임받은 사람이 지입차주의 승낙 없이 보관 중인 차량을 사실상 처분한 경우에도 마찬가지로 적용됨(대판[전합] 2015.06.25. 2015도1944). 결국, 김갑동의 행위는 횡령죄에 해당함
- ④ 그런데, 김갑동과 김을동은 4촌관계에 있으므로(가족관계증명서, 48면), 김갑동의 횡령죄는 친고죄임(행위시 기준, 형법 제328조 제2항).
- ⑤ 김을동은 2025.7.25. 적법하게 고소를 제기하였다가 제1심판결선고전인 2025.12.1. 고

소를 취소한 바 있음(16면). 그렇다면, 법원은 김갑동의 횡령죄에 대해서는 적법한 고소취소를 이유로 형사소송법 제327조 제5호에 따라 공소기각판결을 선고할 것으로 예상된다

(2) 최부자의 비트코인의 횡령

- ① 피고인은 2025.7.1. 10시경 알 수 없는 경위로 피해자 최부자의 가상지갑에 들어 있는 1비트코인을 자신의 가상지갑으로 이체받아 보관하던 중 개인채무변제 등으로 임의소비한 사실로 기소되었고, 2025.12.1. 예비적 죄명 배임죄로 공소장변경신청됨(18면). 공소사실의 동일성이 인정되므로 법원은 공소장변경을 허가해야함.
- ② 피고인은 비트코인을 임의소비한 점을 자인(37, 경찰진술)하고 있고 증거동의를 한 최부자의 피해진술(고소장)이 이를 보강하는 증거에 해당함(35면)
- ④ 그러나 가상자산은 국가에 의해 통제받지 않고 블록체인 등 암호화된 분산원장에 의하여 부여된 경제적인 가치가 디지털로 표상된 정보로서 **재산상 이익에 해당할 뿐 이를 재물이라 할 수 없어 횡령죄는 성립하지 않음**
- ⑤ 또한 가상자산에 대해서는 현재까지 관련 법률에 따라 법정화폐에 준하는 규제가 이루어지지 않는 등 법정화폐와 동일하게 취급되고 있지 않고 그 거래에 위험이 수반되므로, **형법을 적용하면서 법정화폐와 동일하게 보호해야 하는 것은 아니며, 원인불명으로 재산상 이익인 가상자산을 이체받은 자가 가상자산을 사용·처분한 경우 이를 형사처벌하는 명문의 규정이 없는 현재의 상황에서 착오송금 시 횡령죄 성립을 긍정한 판례를 유추하여 신의칙을 근거로 피고인을 배임죄로 처벌하는 것은 죄형법정주의에 반함** (대판 2021.12.16. 2020도9789).
- ⑥ 결국, 피고인의 횡령죄나 배임죄에 대해서는 모두 형사소송법 제325조 전단에 따라 무죄선고 예상된다

제2 변론요지서 (60점)

II. 이을남에 대하여

1. 특수절도의 점

(1) 쟁점

검사는 김갑동이 2025.6.19.22시경 서울 서초구 강남대로 205 앞 골목에서 고급차량 내의 있는 물건(현금 500만원과 BC신용카드)을 훔칠 때, 피고인 이을남이 망을 보아주었다는 사실로 특수절도(합동절도)죄로 공소제기하면서, 훔친물건 중 BC신용카드를 교부받아 사용한 점을 특수절도의 공범이라는 정황증거로 제출하고 있습니다.

반면, 이을남은 김갑동이 자신을 폭행한 적이 있어 무서워 범행현장으로 갔으나 절도의 실행착수전에 이탈하였음을 주장하며, BC신용카드는 김갑동이 실적을 채워야한다며 건네주자 30만원을 결제하고 현금 25만원을 반환한 것뿐이라고 변소하고 있습니다(45, 경찰피신).

(2) 증거능력없는 증거

- ① 김갑동이 범죄를 저지르고 떠날 때까지 이을남이 골목 입구에 서서 망을 보았다는 취지의 최외국의 진술은, **비록 피고인이 동의한 상태에서 중계에 의한 영상증인신문을 진행한 것이지만 선서없이 이루어진 것으로서(19면) 적법한 증거조사를 거친 것으로 볼 수 없어 증거능력이 없습니다.**¹⁾
- ② 또한 이을남이 망을 봐주었다는 공범 김갑동의 경찰단계의 진술(29면)은 피고인 이을남이 내용을 부인하고 있으므로 증거능력이 인정되지 않습니다.

(3) 증거의 증명력 판단

- ① 정목적은 이을남을 가리키며 이을남이 ‘그냥 간다’ 라고 말했고, ‘배신자’ 라는 말이 들렸다고 증언하고 있으며(22면), 같은 취지의 진술서를 서초경찰서에 출석하여 제출한 점(48면)등에 비추어, 망을 봐달라는 김갑동의 부탁에 대해 김갑동이 차량들을 향해 손전등을 비추고 있자 “형, 나 그냥 갈래” 라고 말하며 현장에서 이탈하였다는 이을남의 경찰진술이 오히려 신빙성이 높다고 할 것입니다(31면).
- ② 이을남은 김현기명의로 신용카드로 30만원의 물품을 구매한 후 이을남에게 25만원을

1) 대판 2024.09.12. 2020도14843 「범죄사실의 인정을 위한 증거조사는 특별한 사정이 없는 한 공개된 법정에서 법률이 그 증거방법에 따라 정한 방식으로 하여야 하고, 이를 토대로 형성된 심증에 따라 공소가 제기된 범죄사실이 합리적인 의심이 없는 정도로 증명되었는지 여부를 판단하여야 한다. 형사소송법에서 정한 절차와 방식에 따른 증인신문절차를 거치지 아니한 채 증인에 대하여 선서 없이 법관이 임의의 방법으로 청취한 진술과 그 진술의 형식적 변형에 불과한 증거(녹음파일 등)는 적법한 증거조사 절차를 거치지 않은 증거로서 증거능력이 없다. 따라서 사실인정의 자료로 삼을 수도 없고, 피고인이나 변호인이 그러한 절차 진행에 동의하였다거나 사후에 그와 같은 증거조사 결과에 대하여 이의를 제기하지 아니하고 그 녹음파일 등을 증거로 함에 동의하였더라도 그 위법성이 치유되지 않는다.」

입금한 사실이 있는 것은 사실이나(증거목록 4, 5), 현금 500만원과 신용카드를 절도 하였음에도 공범인 이을남이 단지 30만원 혹은 5만원만을 분배받았다는 것은 경험칙에 비추어 납득하기 어렵고, 오히려 신용카드의 실적을 올리기 위해 사용해 주었을 뿐이라는 이을남의 진술이 신빙성이 높습니다.

- ③ 또한 범행 이후 김갑동과 이을남은 별도로 통화한 사실조차 없으므로, 이을남이 공동 범행의 대가로 BC신용카드를 분배받아 사용하였다는 김갑동의 말은 믿기 어렵습니다.

(4) 부족증거

피해자 김현기가 현금과 신용카드를 도난당하였다고 한 피해진술(27면)은 이을남이 공범으로 범행에 가담하였음을 입증하기에 부족합니다.

(5) 소결

이상의 증거관계에 비추어 피고인 이을남은 김갑동의 전화를 받고, 범행현장에 나간 것은 사실이나 절도의 실행 착수 전에 현장에서 이탈한 것으로 봄이 상당합니다. 판례는 공모자 중 1인이 다른 공모자가 실행의 착수에 이르기 전에 공모관계에서 이탈한 경우에는 그 이후의 다른 공모자의 행위에 대하여는 공동정범이 성립하지 않는다고 보고 있습니다(대판 1986.01.21. 85도2371).

그렇다면, 피고인이 합동하여 절도죄를 범한 사실이 합리적 의심없는 정도로 증명되었다고 볼 수 없는 이상 피고인에게 형사소송법 제325조 후단에 따라 무죄를 선고하여 주시기 바랍니다.

2. 사기방조의 점

(1) 쟁점

검사는 피고인을 2025.9.말경 케이부동산 현장 임장 사원 모집광고를 보고 연락하여 일명 서영락 대리료 행세하는 성명불상자로부터 보이스피싱의 범죄일환임을 알면서 피해자로부터 현금 1천만원을 건네받은 뒤 서영락 대리가 지정한 계좌에 송금한 사실(사기방조)로 기소하였습니다. 피고인은 자신은 보이스피싱이라는 점을 모른 채 단지 10일동안 부동산 임장 아르바이트를 하고 수고비를 받는 것으로 생각하였다는 취지(방조의 고의가 없음)로 변호하고 있습니다.

(2) 증거의 증거능력

- ① 경찰은 이을남을 2025.10.1. 12:00경 현행범인으로 체포한 이후 집으로 이동하여 형사소송법 제216조 제1항 제2호에 따라 영장없이 통장 1개를 발견하고 압수하였고 해당 통장에 대해 피고인은 증거동의를 한바 있습니다. 그러나, 통장을 압수한 피고인의 집

은 체포현장이라 할 수 없고 사후영장 또한 발부받은바 없어 통장에 대한 압수는 위법하다 할 것이므로, 통장은 위법수집증거로서(형사소송법 제308조의2) 증거능력이 없고 이는 피고인이 증거동의하였다 하더라도 달리 볼 것은 아닙니다.

- ② 돈을 받은 뒤 급히 자리를 피하고 계속 주위를 두리번 거렸다는 취지의 이피해의 진술이 기재된 진술조서(41면)는 이피해가 보복이 두렵다는 이유로 증언을 거부한 점에서 반대신문의 기회가 보장된바 없어 형사소송법 제312조 제4항의 요건을 갖추었다고 볼 수 없고(24면) 나아가 형사소송법 제148조, 제149조에 해당하지 않음에도 정당한 이유 없이 증언을 거부하고 있고 피고인이 증언거부사유를 초래하고 있다는 사정도 없는바²⁾ 형사소송법 제314조에 따라서도 증거능력이 인정될 수 없습니다.³⁾

(3) 증거의 증명력 판단

- ① 수사보고에 의하면 피고인은 2025.9.22.부터 9.30.까지 총 5회에 걸쳐 130만원을 입금 받은 사실이 있습니다(40면). 그런데 해당 입금내역의 입금자명은 “교육수당” 으로 기재되어 있고, 10여일간 130만원을 지급받은 것은 식비를 포함하여 일당 13만원 정도로 경험칙상 이례일 정도로 과도한 금액이 아닙니다.
- ② 또한 피고인이 2025.9.21. 일명 서영락 대리에게 신분증 앞뒷면과 이력서를 전송한 사실, 2025.9.22.~9.30. 전국각지의 건물 및 토지사진을 촬영하여 전송한 사실(17면) 등은 피고인 스스로가 부동산 임장 아르바이트를 하고 있다고 믿을만한 정황에 속한다고 보아야 할 것입니다.
- ③ 나아가 보이스피싱의 수거책이나 입금책 등의 공범으로 활동하면서 자신의 얼굴이 명백히 드러나게 모자나 마스크도 차지 않고 현금다발을 건네받고 CCTV가 촬영되는 ATM 기기를 수회 돌아다닌다는 것은 이례에 속한다고 할 것이며 오히려 피고인이 보이스피싱의 공범임을 인식하지 못하였다고 볼만한 정황에 해당합니다.

(4) 소결

이와 같이 피고인에게 보이스피싱 범죄의 방조로서의 고의가 있다는 점이 합리적 의심없

2) 대판[전합] 2019.11.21. 2018도13945 「수사기관에서 진술한 참고인이 법정에서 증언을 거부하여 피고인이 반대신문을 하지 못한 경우에는 정당하게 증언거부권을 행사한 것이 아니라도, 피고인이 증인의 증언거부 상황을 초래하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 형사소송법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당하지 않는다고 보아야 한다. 따라서 증인이 정당하게 증언거부권을 행사하여 증언을 거부한 경우와 마찬가지로 수사기관에서 그 증인의 진술을 기재한 서류는 증거능력이 없다. 다만 피고인이 증인의 증언거부 상황을 초래하였다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 형사소송법 제314조의 적용을 배제할 이유가 없다. 이러한 경우까지 형사소송법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당하지 않는다고 보면 사건의 실체에 대한 심증 형성은 법관의 면전에서 본래증거에 대한 반대신문이 보장된 증거조사를 통하여 이루어져야 한다는 실질적 직접심리주의와 전문법칙에 대하여 예외를 정한 형사소송법 제314조의 취지에 반하고 정의의 관념에도 맞지 않기 때문이다.」

3) 피고인이 보복이 두렵다는 이유로 주소를 옮기고 또 소환에도 응하지 아니하여 결국 구인장을 발부하였지만 그 집행이 되지 않은 경우에는 제314조의 필요성요건을 인정한바 있다(대판 1999.06.11. 99도943). 그러나 본 사안은 보복이 두렵다는 이유로 출석을 하지 않은 경우와 달리 보복이 두렵다는 이유로 증언거부권을 행사하고 있는바, 이는 정당한 이유없이 증언을 거부한 경우에 해당한다.

는 정도로 증명되었다고 볼 수 없으므로, 사기방조의 공소사실에 대해 형사소송법 제325조 후단에 따라 무지를 신고하여 주시기 바랍니다.

3. 전자기록등내용탐지의 점

(1) 공소사실

피고인은 2025.2.10. 14시경 서울 서초구에 있는 자신의 주거지에서 피해자 박주인이 사용하는 노트북컴퓨터에 해킹 프로그램인 spy를 몰래 설치한 다음, 위 프로그램을 작동시켜 비밀장치된 피해자의 전자기록인 피해자의 아이디 및 비밀번호를 알아냈다는 사실로 공소제기 되었습니다.

(2) 전자기록등내용탐지죄의 성부

- ① 형법 제316조 제2항의 전자기록 등 특수매체기록이란 일정한 저장매체에 전자방식이나 자기방식 또는 광기술 등 이에 준하는 방식에 의하여 저장된 기록을 의미한다. 따라서 전자기록은 그 자체로서 객관적·고정적 의미를 가지면서 독립적으로 쓰이는 것이 아니라 개인 또는 법인이 전자적 방식에 의한 정보의 생성·처리·저장·출력을 목적으로 구축하여 설치·운영하는 시스템에서 쓰임으로써 예정된 증명적 기능을 수행하는 것은 전자기록에 포함됩니다. 개정 형법이 전자기록 등 특수매체기록을 위 각 범죄의 행위 객체로 신설·추가한 입법취지, 전자기록등내용탐지죄의 보호법익과 그 침해행위의 태양 및 가벌성 등에 비추어 볼 때, **피해자의 아이디, 비밀번호는 전자방식에 의하여 피해자의 노트북 컴퓨터에 저장된 기록으로서 형법 제316조 제2항의 ‘전자기록 등 특수매체기록’에 해당하는 것은 사실입니다.**
- ② 그러나, 형법 제316조 제2항 소정의 전자기록등내용탐지죄는 봉합 기타 비밀장치한 전자기록 등 특수매체기록을 기술적 수단을 이용하여 그 내용을 알아낸 자를 처벌하는 규정인바, **전자기록 등 특수매체기록에 해당하더라도 봉합 기타 비밀장치가 되어 있지 아니한 것은 이를 기술적 수단을 동원해서 알아냈더라도 전자기록등내용탐지죄가 성립하지 않습니다**(대판 2022.03.31. 2021도8900).
- ③ 피고인에 대한 검사의 공소사실 어디에도 비밀장치한 전자기록내용을 탐지하였다고 하거나 비밀장치하였다는 사실에 대한 증거가 없고, 피고인도 비밀장치가 설정되어 있지 않다고 주장합니다(경찰, 44면).
- ④ 그렇다면, 노트북컴퓨터에 봉합 기타 비밀장치가 되어 있다는 사실이 합리적 의심없는 정도로 증명되지 않은 이상, 피고인에게 본건 공소사실에 대해서는 형사소송법 제325조 후단의 무죄사유가 존재합니다.

(3) 소추조건의 충족여부

- ① 전자기록등비밀탐지죄는 적법한 고소가 있어야 논할 수 있는 친고죄입니다(형법 제318조).
- ② 이을남의 범행일은 2025. 2. 10.이고 피해자 박주인은 그 다음날인 2025. 2. 11.에 범행을 알게 되었음에도 불구하고, 범인을 안 날로 6월이 경과한 2025. 8. 31.에야 비로소 고소를 제기하였습니다(38면). 이와 같이 박주인의 고소는 고소기간을 초과하여 제기된바 그 고소는 무효라 할 것입니다. 따라서 공소제기절차가 법률규정에 반하여 무효인 때에 해당하는바(형사소송법 제327조 제2호), 피고인의 전자기록등내용탐지죄에 대해서는 공소기각판결사유가 존재합니다.

(4) 소결

피고인의 전자기록등내용탐지의 공소사실에 대해 무죄사유와 공소기각판결사유가 모두 존재하는바, 피고인의 본건 공소사실에 대해 판결로써 공소를 기각하여 주시기 바랍니다.