

<제12회 변호사시험 형사법 사례형 총평>

1. 들어가며

먼저 제12회 변호사시험에 최선을 다하신 수험생들에게 수고하셨다는 말을 전합니다. 제12회 변호사시험 형사법 선택형과 기록형 시험은 무난한 편이었지만, 사례형 시험은 기본이 튼튼하지 않으신 분들에게는 답안을 작성하기에 쉽지 않았으리라는 생각이 들 정도로 까다로운 시험이었다고 평가합니다.

사례형 시험에 대한 예시답안을 작성하는 것은 발표전까지 마음을 졸이시는 많은 분들에게 때로는 마치 비수를 꽂는 듯한 느낌을 줄 수도 있어 몇 년 전부터 자제하여 왔습니다. 그러나 이번에는 한림법학원의 부탁도 있고, 내년 시험을 대비하시는 분들을 위하여 사례형 답안에 대한 간략한 해설을 하게 되었습니다.

부탁드리고 싶은 것은 변호사시험 중 사례형 시험이란 답을 맞추는 중요한 것이 아니라 변호사로서 얼마나 법원을 설득할 수 있는 능력이 있는지를 평가하는 것이므로 너무 정답을 찾는 데 연연할 필요는 없다고 생각합니다. 이러한 점 참고하시고 아래의 간략한 해설은 저의 주관적인 해설에 불과하므로 저와 견해가 다르더라도 너무 개의치 말아주시기 바랍니다.

2. 형사법 사례형 시험 간략 해설

<제1문>

1.문(10점)

① 제1행위에 대하여는 정통방법 제70조 제2항에 해당한다는 점을 실시하고 ② 제2행위에 대하여는 ㉠ 사문서의 무형위조를 교사하는 것은 범죄가 성립하지 않음을 ㉡ 정통방법 제70조 제2항에 해당함을 실시하고 ③ 제1행위와 제2행위의 죄수관계를 실시하고 ④ 정통방법 제70조 제3항에 따라 반의사불벌죄임을 실시할 수 있을 것입니다.

2.문(15점)

① 양해로 보는 견해에 대하여는 구성요건요소에 대한 인식이 없었으므로 사실의 착오 규정인 제13조의 적용으로 고의가 조각되어 구성요건해당성이 없어 무죄라는 논리를 실시하고, ② 승낙으로 보는 견해에 대하여는 절도죄의 구성요건에 해당하지만, 위법성 조각사유의 전제사실이 없음에도 있다고 착오한 경우이므로 위전착에 대한 논의를 실시할 수 있을 것입니다.

3.문(15점)

① 정보는 절도죄의 객체가 되지 않으므로 절도죄는 무죄라는 점을 실시하고, ② 업무상 타인의 사무를 처리하는 자임에도 임무에 위배되는 행위를 하고 영업기밀을 넘겨주어 회사에 손해를 끼치고 이득을 취하였으므로 업무상배임죄가 성립한다는 점을 실시할 수 있을 것입니다(배임수재죄에 대하여는 임무와 관련된 것이 아니라 불법행위와 관련된 것이므로 논할 필요가 없는 것이 원칙이다).

4.문(20점)

(4)에서 ① 乙의 죄책에 대하여는 제127조의 공무상비밀누설죄가 성립하고 ② 甲에게는 대항범이지만 처벌규정이 없어 제127조의 공무상비밀누설죄의 교사범이 성립하지 않음을 설시할 수 있을 것입니다.

(5)에서 ① 丙의 죄책에 대하여는 친족이지만 위증죄가 성립하고 ② 乙에게는 위증죄의 교사범이 성립함을 설시할 수 있을 것입니다.

5.문 가.(10점)

W의 증언은 피고인 甲의 증언을 내용으로 하는 전문진술이므로 제316조 제1항에 따라 특신상태가 증명되면 증거능력을 인정받을 수 있음을 설시할 수 있을 것입니다.

5.문 나.(15점)

E의 진술을 기재한 진술조서는 피고인 아닌 자인 E가 피고인 아닌 타인인 B의 진술을 내용으로 하는 전문진술을 기재한 조서이므로 재전문증거입니다. 따라서 재전문증거의 증거능력인정 여부에 대하여 긍정설 내지는 판례의 태도에 따라 제316조 제2항의 요건과 제312조 제4항의 요건을 구비하면 증거능력이 인정됨을 설시할 수 있을 것입니다.

6.문(15점)

일부상소의 심판범위에 대한 논의 중 실체적 경합으로 기소된 사건이 일부상소된 후 상상적 경합으로 판명된 경우 항소심의 심판범위에 대한 논의 중 ① 면소판결설 ② 일부이심설 ③ 전부이심설 등의 견해와 ④ 판례의 태도인 전부이심설을 설시한 후 사안을 해결할 수 있을 것입니다.

<제2문>

1.문 가.(32점)

(1) 乙의 죄책은 ① 공동주거자인 甲의 주거에서의 현실적인 승낙이 없었으므로 주거침입죄가 성립하고 ② B를 살해한 부분에 대하여는 구체적 사실의 착오 중 객체의 착오이므로 어떠한 부합설에 따르더라도 B에 대한 살인죄의 기수범이 성립하고 ③ 명품시계를 가지고 나온 부분에 대하여는 사자의 점유에 대한 논의를 설시하고 판례의 태도인 생전점유계속설에 따라 절도죄가 성립함을 설시할 수 있을 것입니다(야간주거침입절도죄의 문제는 주거침입시에 절도의 의사가 없었으므로 판례의 법리에 따라 검토하지 않는다).

(2) 甲의 죄책은 ① 甲은 외부에 있으면서 乙을 교사하여 주거의 사실상의 평온을 해하도록 하였으므로 주거침입죄의 교사범이 성립하고 ② 양부인 A를 살해하려고 하였으나, B를 살해한 부분에 대하여는 판례의 태도인 공범과 신분에 대하여 책임개별화를 강조하는 것을 전제로 양부인 A에 대한 존속살해죄의 불능미수와 B에 대한 살인기수의 교사범의 상상적 경합범이 성립한다(이 부분은 부합설의 실질적 의미와 구체적 타당성을 고찰한 결론입니다)는 등으로 설시하고 ③ 乙의 절도범행에 대하여는 교사의 추상적 사실의 착오 중 질적인 착오이므로 책임을 부담하지 않음을 설시할 수 있을 것입니다.

1.문 나.(10점)

乙의 죄책은 ① 甲의 살해행위에 대하여 乙의 행위는 방조의 인과관계에 인정되지 않아 방조죄가 성립하지 않음을 ② 타인예비가 성립하지 않음을 ③ 예비의 방조가 성립하지 않음을 설시할 수 있을 것입니다.

1.문 다.(13점)

甲의 죄책은 ① 부동산을 임의로 처분하기로 마음먹은 것만으로는 범죄가 성립하지 않고 ② 병실에 있던 인감도장에 대하여는 절도죄의 성립과 친족상도례를 검토하고 ③ 위임장을 작성한 부분에 대하여는 사자명의로 사문서위조죄가 성립함을 설시하며 ④ 인감증명서를 발급받은 부분에 대하여는 범죄가 성립하지 않음을 설시할 수 있을 것입니다.

2.문(15점)

A의 시계에 대한 압수방안으로는 ① 제218조에 의한 乙의 임의제출 ② 제215조 제1항에 따른 영장에 의한 합수 ③ 제217조 제1항에 따른 긴급압수 ④ 제216조 제1항 2호의 체포현장의 해석에서 시간·장소적 접착설에 따른 압수 등을 설시할 수 있을 것입니다.

3.문(15점)

① 범행현장을 촬영한 사진에 대하여는 제49조 제2항을 원용하면서 제312조 제6항의 요건을 갖추면 증거능력이 인정되고 ② 범행재연사진에 대하여는 진술의 일부인 사진이며, 검증에 참여한 현장진술이므로 전문법칙이 적용되어 제312조 제3항의 요건을 갖추면 증거능력이 인정되고 ③ 감정의뢰회보서는 국과수가 작성한 것이므로 제315조 제1호에 따라 당연히 증거능력이 인정될 수 있지만, 현장 DNA의 수집과정에 위법이 없어 독수독과가 아니어야 한다는 점을 설시할 수 있을 것입니다.

4.문(15점)

CD의 증거능력을 부정하는 논거로는 ① 제218조의 영치의 요건을 구비하지 못하였으므로 증거능력이 없다는 점 ② 새로운 증거를 발견하였을 경우 탐색을 중단하고 새로이 영장을 청구하지 아니한 점 ③ 당사자와 책임자의 참여 미비 ④ 복사본의 문제점 ⑤ 사후영장으로는 위법성의 치유가 불가하다는 점 등을 설시할 수 있을 것입니다.