

〈제13회 변호사시험 형사법기록형 모범답안〉

〈검토의견서〉 (50점)

I. 피고인 김갑동에 대한 검토의견서 (50점)

1. 뇌물수수의 점¹⁾

가. 확정판결

피고인 이을남은 2016. 11. 25. 피고인 김갑동에게 뇌물을 공여하였다는 공소사실로 2022. 12. 25. 공소가 제기되어 2023. 6. 17. 서울중앙지방법원(2022고단 87103)에서 징역 1년 집행유예 2년 판결을 선고받아 2023. 6. 25. 확정되었음.

나. 대항범에 대한 공소제기

위 사건에 관하여 피고인 김갑동은 피고인 이을남과 대항범 관계에 있음. 검사는 대항범인 김갑동에 대하여 위 기간 동안은 형소법 제253조 제2항에 의하여 이 사건 뇌물수수죄에 대한 공소시효는 정지되어 공소시효가 완성되지 않았음을 전제로 이 사건 공소를 제기하였음.

다. 법리

뇌물공여죄와 뇌물수수죄 사이와 같은 대항범 관계에 있는 자 사이에서는 각자 상대방의 범행에 대하여 형법 총칙의 공범 규정이 적용되지 아니하는 점에 비추어 보면 형소법 제253조 항에서 말하는 ‘공범’에는 뇌물공여죄와 뇌물수수죄 사이와 같은 대항범 관계에 있는자는 포함되지 않음.

라. 이 사건의 경우

뇌물수수죄 공소사실의 공소시효는 7년인데, 이 사건 공소는 피고인이 김갑동이 뇌물을 수수함으로써 뇌물수수행위를 완료한 2016. 11. 25.부터 7년이 경과한 2023. 11. 30.에 제기되었음.

마. 결론

그렇다면 이 부분 공소사실은 공소시효가 완성된 때에 해당하므로 형사소송법 제326조 제3호에 의하여 면소판결 선고가 예상된다.

1) 제12회 변호사시험 사례형 문제와 2016년 1차 모고와 유사한 사안이다. 최신판례와 모고해설 등 여러차례에 걸쳐 출제가 예상된다고 강조했던 부분이다.

2. 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(도주치상)의 점

가. 도주치상의 점

1) 법리

특가법상 도주는 사고운전자가 사고로 인하여 피해자가 사상을 당한 사실을 인식하였음에도 불구하고 피해자를 구호하는 등 도로교통법 제54조 제1항에 규정된 위무를 이행하기 전에 사고현장을 이탈하여 사고를 낸 자가 누구인지 확정할 수 없는 상태를 초래하는 것임. 도주의사는 구호조치를 취하지 아니한 채 사고현장을 이탈하여 사고를 낸 자가 누구인지 확정할 수 없는 상태를 초래하려는 의사를 말함. 사고운전자가 실제로 피해자를 구호하는 등 도교법 제54조 제1항의 조치를 취할 필요가 있었다고 인정되지 아니하는 때에는 사고운전자가 피해자의 구호조치 없이 사고 장소를 떠났더라도 위 법률 제5조의3 제1항 위반죄가 되지 아니함.

2) 이 사건의 경우

나피해의 진술조서 및 사고장소 CCTV 영상분석 수사보고서에 의하면 ① 피해자는 30세의 건강한 여성으로 사고로 인하여 전치 2주의 요추부염좌로 병원에서 물리치료를 1회 받았을 뿐 외상이 없었던 사실이 인정되고²⁾ ② 사고 당시 차량의 정체도 없었고 충격 직전의 운전 속도는 시속 20km 정도로 비교적 저속이었던 사실이 인정됨.

나목격의 진술조서 및 CCTV 영상분석 수사보고서에 의하면 ③ 피해자는 사고당시 대화하거나 이동하는 것에 문제가 없었으며 ④ 피고인이 피해자에게 괜찮냐고 하면서 병원에 가자고 여러 차례 말한 사실이 인정되고, ⑤ 피해자는 병원에 갈 필요가 없다고 하면서 먼저 현장을 떠나 혼자서 근처에 있는 버스정류장으로 걸어가서 버스를 타고 간 사실이 인정됨. ⑥ 나목격의 택시에 타고 있던 손님, 그 외 길 가던 사람들이 교통사고 직후 피고인과 피해자가 대화하고 있는 상황을 지켜보고 있었던 사실이 인정되고 ⑦ 피고인이 자리를 떠나려는 피해자의 팔을 붙잡았고 이후 피해자가 현장을 떠난 모습이 확인되어 피해자가 스스로 사고현장을 떠난 사실이 인정됨.

나피해는 법정에서 자신이 허리가 아프다고 하는데도 병원에 가자는 말을 하지 않

2) 형법상 상해가 아니라고 판단할 수도 있을 것이다. 그러나 업무상과실치상을 전제로 하는 특가법에서 치상부분을 인정하지 않는다면 이후 기록에 나타난 사실관계의 논증을 생략할 수 있다는 것으로 이는 수험과는 거리가 있어 보인다. 출제의도에 따라 도주사실과 도주의사를 논증하여야 한다.

왔고, 연락처를 달라고 하는데도 주지 않았고, 기분이 좋지 않아 먼저 현장을 떠난 것이라고 진술하였음. 그러나 피해자의 진술은 피고인이 병원에 가자고 여러 차례 말을 하였다는 목격자인 나목격의 진술과 모순되고 피해자는 합의금 액수에 불만을 가지고 있어 허위의 진술을 할 동기가 있음. 따라서 나피해의 이러한 법정 진술은 신빙성이 없음.

위와 같은 인정사실에 의하면 피해자가 이 사건 사고로 상해를 입었더라도 도교법 제54조 제1항에서 정한 구호조치의 필요성이 인정되지 않고 피고인에게 도주의 의사도 인정되지 않음. 그 밖에 나머지 증거만으로는 구호조치의 필요성 및 도주의사를 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없음.

3) 결론

따라서 ① 이 부분 공소사실은 ② 합리적인 의심의 여지 없는 증거가 없어 ③ 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하므로, ④ 형사소송법 제325조 후단의 무죄사유가 있고 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없으므로 축소사실인 교통법위반이 문제됨.

나. 축소사실인 교통법위반의 점에 관하여

1) 법리

교통법 제3조 제2항 단서 제2호 ‘중앙선을 침범하였을 때’라 함은 교통사고의 발생 지점이 중앙선을 넘어선 모든 경우를 가리키는 것이 아니라 부득이한 사유가 없이 중앙선을 침범하여 교통사고를 발생케 한 경우를 말함.

2) 이 사건의 경우

나목격의 진술조서 및 CCTV 영상 그리고 실황조사서에 의하면 나목격이 운전 중 잠시 졸다가 깨서 깜짝 놀라 브레이크를 밟은 사실과 전동킥보드 전방의 택시가 차량 정체가 없는데도 갑자기 브레이크등이 들어오면서 급정거한 사실이 인정되고, 사고장소는 보도와 차도가 구분되지 않은 곳으로 도로의 폭이 비교적 좁으며 사고 당시 비가 오고 있었고 노면이 미끄러운 상태였던 사실이 인정됨.

이러한 인정사실과 교통사고 분석 전문가 의견서에 피고인의 음주 여부를 불문하고 중앙선을 침범하지 않았다면 택시와의 충돌을 피하기 어려웠을 것으로 판단하고 있

는 점에 의하면 피고인이 일으킨 사고는 중앙선 침범 자체에 운전자를 비난할 수 없는 객관적 사정이 있어 부득이한 사유로 중앙선을 침범하여 발생한 교통사고임. 달리 피고인에게 부득이한 사유가 없이 중앙선을 침범하여 교통사고를 발생케 한 사실을 인정할 증거가 없음.

3) 처벌불원의 의사표시

이 부분 공소사실은 교통법 제3조 제1항, 형법 제268조에 해당하는 죄로서 같은 법 제3조 제2항 본문에 따라 피해자의 명시적인 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없음. 피해자가 처벌을 희망하지 않는 의사표시나 처벌을 희망하는 의사표시의 철회를 하였다고 인정하기 위해서는 피해자의 진실한 의사가 명백하고 믿을 수 있는 방법으로 표현되어야 함.

이러한 의사표시는 공소제기 이후에도 제1심판결이 선고되기 전이라면 수사기관에도 할 수 있는 것이지만, 한번 명시적으로 표시된 이후에는 다시 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시를 철회하거나 처벌을 희망하는 의사를 표시할 수 없음.

피해자의 경찰 진술조서에 의하면 ‘현재 합의 중이고 심하게 다친 것은 아니어서 처벌을 원하지는 않습니다.’라고 진술³⁾한 사실이 인정되어 처벌불원의 의사표시를 한 사실이 인정됨. 피해자는 법정에서 경찰에서 처벌을 원하지 않는다고 진술하였다는 사실을 확인하면서 피고인이 합의금 액수를 터무니없이 낮게 제안해 기분이 나빠 처벌을 원한다는 진술을 하였음.

그러나 피해자는 공소제기 이전인 2020. 1. 10. 임의로 출석하여 수사기관에서 처벌불원의 의사를 명시적으로 표시하였으므로 다시 처벌을 희망하는 의사를 표시할 수 없음.

다. 결론

따라서 이 부분 공소사실은 공소제기 절차가 법률의 규정에 위반되어 무효인 때에 해당하여 형사소송법 제327조 제2호에 따라 공소기각판결 선고가 예상된다.

3) 이러한 의사표시를 조건부 의사로 보아 처벌불원의 의사표시가 없는 것으로 보는 경우 교통법위반에 대한 유죄판단을 하여야 하나, 조건부 의사를 표시한 것으로 보이지 않고 처벌불원의 의사표시를 한 이후 4년의 시간이 경과한 이후 증언이 이루어졌다. 이러한 사실관계를 근거로 처벌불원의 의사표시가 있었던 것으로 판단된다. 하급심 판례에서 유사한 사안이 있다. 대구지방법원 2023. 4. 4. 선고 2022노3071 판결

3. 도로교통법위반(음주운전)의 점

가. 법리

범죄의 성립과 처벌에 관하여 규정한 형벌법규 자체 또는 그로부터 수권 내지 위임을 받은 법령의 변경에 따라 범죄를 구성하지 아니하게 되거나 형이 가벼워진 경우에는, 종전 법령이 범죄로 정하여 처벌한 것이 부당하였다거나 과형이 과중하였다는 반성적 고려에 따라 변경된 것인지 여부를 따지지 않고 원칙적으로 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호가 적용됨.

나. 이 사건의 경우

구 도로교통법이 2020. 6. 9. 개정되어 2020. 12. 10. 개정 도로교통법이 시행되면서 제2조 제19호의2 및 제21호의2에서 전동킥보드와 같은 ‘개인형 이동장치’와 이를 포함하는 ‘자전거 등’에 관한 정의규정을 신설함에 따라 개인형 이동장치 음주운전 행위는 자동차 등 음주운전 행위를 처벌하는 제148조의2의 적용 대상에서 제외되는 한편 자전거 등 음주운전 행위를 처벌하는 제156조 제11호가 적용되어 법정 형이 종전보다 가볍도록 법률이 변경되고 별도의 경과규정은 두지 않고 있음.

이 부분 공소사실과 같이 도로교통법 제44조 제1항 위반하여 술에 취한 상태로 전동킥보드를 운전한 행위는, 이 사건 법률 개정 전에는 구 도로교통법 제148조의2 제3항이 적용되어 1년 이하의 징역이나 500만원 이하의 벌금으로 처벌되었으나, 이 사건 법률 개정 후에는 도로교통법 제156조 제11호가 적용되어 20만 원 이하의 벌금이나 구류 또는 과료로 처벌되게 되었음.

이러한 이 사건 법률 개정은 구성요건을 규정한 형벌법규 자체의 개정에 따라 형이 가벼워진 경우에 해당함이 명백하므로, 종전 법령이 반성적 고려에 따라 변경된 것인지 여부를 따지지 않고 형법 제1조 제2항을 적용하여야 함.

다. 결론

이 부분 공소사실은 형법 제1조 제2항에 따라 행위시법인 구 도로교통법 제148조의2 제3항, 도로교통법 제44조 제1항 제3호로 처벌할 수 없음. 이 부분 공소사실에 대하여는 형법 제1조 제2항에 따라 개정 도로교통법 제148조의2가 적용되어야 하므로 범죄 후 법령의 개폐로 형이 폐지된 때에 해당하여 형사소송법 제326조 제4호에 의하여 면소사유가 있으나 이 사건 공소사실에 대하여는 범죄 후 법률의 변경

에 의하여 형이 구법보다 경한 때에 해당하여 형법 제1조 제2항에 따라 재판시법인 개정 도로교통법을 적용하여야 하므로 신법인 도로교통법 제156조 제11호, 제44조 제1항에 따라 유죄판결선고가 가능함⁴⁾.

- 4) 이러한 결론에 이른다면 음주운전으로 인한 교통사고로 교통법위반에 대한 검토가 필요하고 교통법상 단서조항인 음주운전에 해당한다고 인정하는 경우 앞서 검토한 반의사불벌에 대한 논의가 무의미하게 된다. 반의사불벌에 대한 검토를 요구하는 것이 출제의도로 보인다. 교통법상의 8호 단서 규정에 신법이 적용되는 경우도 해당된다고 해석되는 경우, 교통법위반죄는 유죄로 판단되게 된다. 최근 판례에서 위험운전치상의 경우 자전거 등에 개인형 이동장치도 포함되는 것으로 해석한 것이 있으나 이러한 법리가 교통법에도 그대로 적용된다면 반의사불벌에 대한 논의 없이 8호 단서에 대하여 유죄판결 선고가 가능하다는 검토를 하여야 한다. 출제의도를 선해해 보면 음주운전은 면소판결로 처벌이 불가능한 것으로 하고, 교통법 축소사실로 중앙선 침범에 해당하지 않으므로 처벌불원의사 표시를 검토하여 결론을 도출하는 것으로 출제된 것으로 보인다. 보다 자세한 내용은 강의를 통하여 설명하고자 한다. 하급심 판례를 참고로 첨부한다.

서울동부지방법원 2021. 4. 1. 선고 2020고정1239 판결 도로교통법위반(음주운전)

범죄사실

피고인은 2020. 10. 31. 14:00경 혈중알콜농도 0.176%의 술이 취한 상태로, 서울 성동구 B의 C역 도로에서부터 같은 구 D에 있는 'E 주택조합사무실' 입구에 이르기까지 약 900m 구간에서 개인용 이동장치인 전동킥보드를 운전하였다.

범죄사실에 대한 해당법조 도로교통법 제156조 제11호, 제44조 제1항(벌금형 선택)

면소 부분

검사는 이 사건 공소사실에 대하여 2020. 6. 9. 법률 제17371호로 개정되기 전의 도로교통법 제148조의2 제3항 제2호, 제44조 제1항을 적용하여 공소를 제기하였다.

기록에 의하면, 이 사건 전동킥보드(세그웨이 나인봇 맥스)는 전동기에 의한 최대 속력이 25km/h이고, 차체 중량이 18.7kg인 사실을 인정할 수 있다. 이에 따르면, 이 사건 전동킥보드는 2020. 6. 9. 법률 제17371호로 개정되어 2020. 12. 10.부터 시행된 도로교통법(이하 이를 '개정 도로교통법'이라고 하고, 위 개정 전의 도로교통법을 '개정전 도로교통법'이라고 한다) 제2조 19의2호가 정한 '개인형 이동장치'에 해당하여 같은 법 제148조의2의 적용대상이 아니다.

다만, 이 사건 공소사실은 개정 도로교통법의 시행일 전의 행위이므로 개정 전 도로교통법 제148조의2로 처벌되는지가 문제되나, 기록에 의하면, 개정 도로교통법의 개정 취지는 '개인형 이동장치의 이용자가 증가하는데 비해 이에 대한 운행 규정이 미비한 상황'이므로 이를 보완·개선하여 사회적·기술적 변화를 법률에 반영하기 위한 것'이므로 저속, 저중량의 전동킥보드는 도로교통상의 위험도가 낮고, 운송용 외 레저 및 스포츠 용도로 많이 사용되는 실정임에도 이에 대한 도로교통법상의 중전 규율은 고속, 고 중량의 원동기장치자전거와 동일하게 되어 있어 2회 이상 음주운전에 대한 가중처벌규정이 적용되는 등 결과적으로 과잉처벌의 소지가 있었다. 개정 도로교통법은 이러한 도로교통환경 변화에 따른 결과적 과잉처벌 상태를 해소하기 위하여 원동기장치자전거에 대한 규율을 세분화한 것으로 보인다. 이러한 개정 취지, 경위에 비추어 보면, 개인형 이동장치 규정을 신설하고 개인형 이동장치 음주운전행위에 대한 법정형을 대폭 낮춘 것은 단순히 개인형 이동장치의 이용자 증가라는 현상에 대처한 법률의 변경에 그치지 아니하고, 개인형 이동장치에 해당하는 원동기장치자전거에 대한 중전 처벌규정이 지나치게 무겁다는 반성적 고려에서 한 법률 개정으로 보는 것이 타당하다.

따라서 이 사건 공소사실에 대하여는 형법 제1조 제2항에 따라 이 사건 전동킥보드와 같은 개인형 이동장치를 적용대상에서 제외한 개정 도로교통법 제148조의2가 적용되어야 하므로 범죄 후 법령의 개폐로 형이 폐지된 때에 해당하여 형사소송법 제326조 제4호에 의하여 면소를 선고하여야 할 것이나, 이와 일죄의 관계에 있는 판시 도로교통법위반(음주운전) 죄를 유죄로 인정한 이상 주문에서 따로 면소를 선고하지 아니한다.

4. 위증의 점

가. 법리

증언거부사유가 있음에도 증인이 증언거부권을 고지받지 못함으로 인하여 그 증언거부권을 행사하는 데 사실상 장애가 초래되었다고 볼 수 있는 경우에는 위증죄의 성립이 부정됨. 이미 유죄의 확정판결을 받은 경우에는 헌법 제13조 제1항에 정한 일사부재리의 원칙에 의해 다시 처벌받지 아니하므로 자신에 대한 유죄판결이 확정된 증인은 공범에 대한 사건에서 증언을 거부할 수 없음. 즉 피고인에게는 증언을 거부할 권리가 인정되지 않음⁵⁾.

나. 이 사건의 경우

피고인 김갑동은 2023. 1. 7. 서울동부지방법원(2022고단4321)에서 벌금 300만원의 유죄판결을 선고 받고, 2023. 1. 10. 항소하여 2023. 4. 15. 항소기각 판결을 선고 받아 2023. 4. 23. **판결이 확정된** 사실이 인정됨.

공범인 이을남에 대한 폭처법위반(공동상해)사건(2023고단10793)의 증인신문조서에 의하면 피고인 김갑동은 2023. 4. 23. 유죄판결이 확정된 이후인 2023. 5. 14. 공범인 이을남에 대한 피고사건에서 증인으로 출석하여 판결이 확정된 사실과 다르게 허위의 진술을 한 사실이 인정됨.

5) 대법원 2011. 11. 24. 선고 2011도11994 판결 [1] 형사소송법 제148조의 증언거부권은 헌법 제12조 제2항에 정한 불이익 진술의 강요금지 원칙을 구체화한 자기부죄거부특권에 관한 것인데, 이미 유죄의 확정판결을 받은 경우에는 헌법 제13조 제1항에 정한 일사부재리의 원칙에 의해 다시 처벌받지 아니하므로 자신에 대한 유죄판결이 확정된 증인은 공범에 대한 사건에서 증언을 거부할 수 없고, 설령 증인이 자신에 대한 형사사건에서 시종일관 범행을 부인하였더라도 그러한 사정만으로 증인이 진실대로 진술할 것을 기대할 수 있는 가능성이 없는 경우에 해당한다고 할 수 없으므로 허위의 진술에 대하여 위증죄 성립을 부정할 수 없다. 한편 자신에 대한 유죄판결이 확정된 증인이 재심을 청구한다 하더라도, 이미 유죄의 확정판결이 있는 사실에 대해서는 일사부재리의 원칙에 의하여 거듭 처벌받지 않는다는 점에 변함이 없고, 형사소송법상 피고인의 불이익을 위한 재심청구는 허용되지 아니하며(형사소송법 제420조), 재심사건에는 불이익변경 금지 원칙이 적용되어 원판결의 형보다 중한 형을 선고하지 못하므로(형사소송법 제439조), 자신의 유죄 확정판결에 대하여 재심을 청구한 증인에게 증언의무를 부과하는 것이 형사소추 또는 공소제기를 당하거나 유죄판결을 받을 사실이 발로(發露)될 염려 있는 증언을 강제하는 것이라고 볼 수는 없다. 따라서 자신에 대한 유죄판결이 확정된 증인이 공범에 대한 피고사건에서 증언할 당시 앞으로 재심을 청구할 예정이라고 하여도, 이를 이유로 증인에게 형사소송법 제148조에 의한 증언거부권이 인정되지는 않는다. [2] 피고인이 마약류관리에 관한 법률 위반(향정)죄로 이미 유죄판결을 받아 확정된 후 별건으로 기소된 공범 甲에 대한 공판결자의 증인으로 출석하여 허위의 진술을 한 사안에서, 피고인에게 증언을 거부할 권리가 없으므로 증언에 앞서 증언거부권을 고지받지 못하였더라도 증인신문절차상 잘못이 없다고 판단하여 위증죄를 인정한 원심판단을 수긍한 사례.

피고인에게 공범에 대한 피고사건에서 증언을 거부할 권리가 없으므로 그 증언에 앞서 피고인이 증언거부권을 고지받지 못하였더라도 증인신문절차상 잘못이 없음.

다. 결론

따라서 이 부분 공소사실은 피고인이 증언거부권을 고지받지 못하였다고 하더라도 유죄판결 선고가 예상됨.

5. 절도의 점

가. 법리

절도죄란 타인이 점유하고 있는 자기 이외의 자의 소유물을 점유자의 의사에 반하여 그 점유를 배제하고 자기 또는 제3자의 점유로 옮기는 것을 말하고, 사기죄는 타인을 기망하여 착오에 빠뜨리고 그로 인하여 피기망자가 처분행위를 하도록 유발하여 재물 또는 재산상의 이익을 얻음으로써 성립하는 범죄임.

사기죄에서 처분행위는 착오에 빠진 피해자의 행위를 이용하여 재산을 취득하는 것을 본질적 특성으로 하는 사기죄와 피해자의 행위에 의하지 아니하고 행위자가 탈취의 방법으로 재물을 취득하는 절도죄를 구분하는 역할을 함.

피기망자의 의사에 기초한 어떤 행위를 통해 행위자 등이 재물 또는 재산상의 이익을 취득하였다고 평가할 수 있는 경우라면 사기죄에서 말하는 처분행위가 인정됨.

사기죄가 성립하려면 피기망자가 착오에 빠져 어떠한 재산상의 처분행위를 하도록 유발하여 재산적 이득을 얻을 것을 요하고, 피기망자와 재산상의 피해자가 같은 사람이 아닌 경우에는 피기망자가 피해자를 위하여 그 재산을 처분할 수 있는 권능을 갖거나 그 지위에 있어야 함.

나. 이 사건의 경우

나주인과 이장현의 진술조서에 의하면 매장 주인인 나주인은 매장의 고객이었던 피해자 이장현의 지갑을 습득한 사실이 인정되고, 습득한 피해자의 지갑을 피고인이 건네 받은 사실이 인정됨. 나주인은 김갑동에게 ‘이 지갑이 선생님 지갑이 맞나요.’라고 물었고, 김갑동은 “제 것이 맞습니다.”라고 말하여 김갑동의 말을 믿고 지갑을 건네 준 사실이 인정됨. 피고인은 탈취의 방법으로 지갑을 취득한 것이 아니라 자신을

지갑의 소유자라고 착각한 매장 주인의 행위를 이용하여 그 지갑을 취득한 것임.
달리 피고인이 탈취의 방법으로 재물을 취득한 사실을 인정할 증거가 없음.

다. 결론

따라서 ① 이 부분 공소사실은 ② 합리적인 의심의 여지 없는 증거가 없어 ③ 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하므로, ④ 형사소송법 제325조 후단의 무죄판결 선고가 예상된다.

그러나 나주인과 이장현의 진술조서 등에 의하면 매장주인 나주인은 매장 고객이었던 피해자가 놓고 간 물건을 습득한 자로서 이를 피해자 또는 소유자에게 반환할 수 있는 권능 내지 지위가 인정되고, 피고인은 피기망자인 매장 주인의 의사에 기초한 교부행위에 의하여 지갑을 취득한 사실이 인정됨. 따라서 피고인이 지갑을 취득한 것은 사기죄에서 말하는 처분행위에 해당함. 만일 검사가 사기죄로 공소장 변경신청을 하는 경우 피고인에게 사기죄에 대하여 유죄판결 선고가 예상된다.⁶⁾

6) 이 부분은 신작모의고사에서 출제한 문제와 매우 유사하게 출제되었다. 신작모고에서는 주위적 공소사실과 예비적 공소사실로 나누어 출제한 부분만 차이가 있을 뿐이다. 최신판례에서 기록형 문제가 구성되는 경우가 있어 신작모고로 출제하였고 매우 중요한 판례라고 강조하여 드렸다.

〈변론요지서〉 (50점)

II. 피고인 이을남에 대한 변론요지서 (50점)

1. 정보통신망이용촉진및정보보호에관한법률위반의 점

가. 판결의 선고와 확정

피고인은 2021. 7. 1. 서울중앙지방법원에서 벌금 300만원의 약식명령을 발령 받았으나 이에 대하여 정식재판을 청구하였고, 2021. 9. 30. 서울중앙지방법원에서 벌금 200만 원 선고받고 2021. 10. 8. 확정되었습니다. 약식명령은 정식재판의 청구에 의한 판결이 있는 때에는 그 효력을 잃습니다⁷⁾. (형소법 제456조)

나. 법리

위 확정판결의 범죄사실과 위 확정판결 선고 전에 범한 이 사건 공소사실은 같은 장소에서 동일한 방법으로 시기를 달리하여 정보통신망을 통하여 불안감을 유발하는 문언을 반복적으로 피해자에게 도달하게 한 것입니다. 문자메시지의 발송시기와 발송방법, 그 내용의 유사성과 함께 이 사건 범죄 자체가 구성요건의 성질에서 이미 동종행위가 반복될 것으로 당연히 예상되는 범죄인 점에서, 이 사건 공소사실과 위 확정판결의 범죄사실은 동일 죄명에 해당하는 수 개의 행위를 단일하고 계속된 범의 아래 일정 기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에 해당하여 포괄일죄의 관계에 있습니다. 그렇다면 위 확정판결의 기판력은 판결선고 전 범죄에 대하여 미치게 됩니다.

다. 2021. 9. 30. 이전의 정통망법위반의 점

따라서 판결 선고 전인 2021. 9. 29. 까지의 공소사실 부분은 확정판결이 있는 때에 해당하므로 형소법 제326조 제1호에 의하여 면소판결을 선고하여 주시기 바랍니다.

라. 2021. 10. 2.자 정통망법위반의 점⁸⁾

피고인의 2021. 10. 2. 자 범행은 판결선고 이후의 범죄이나 피고인이 자백하고 있고, 포괄일죄로 범행 중 일부에 대하여는 처벌을 받았으며 이외에 동종 전과도 없습니다. 피고인은 본건 범행 이후 별도의 정통망법위반죄를 저지르지 않았으며 수사과정에서부터 반성하고 있습니다. 이와 같은 점을 고려하시어 법이 허용하는 가장 관대한 형벌을 선고하여 주시기 바랍니다.

7) 약식명령 이후 정식재판절차가 진행된 것으로 처음으로 등장한 유형의 문제이다. 물론 정식재판을 기준으로 판단을 하게 되는 것으로 기존의 면소판결의 유형과 동일한 것이다. 이 유형의 문제는 제12회 상습범의 기판력 문제와 거의 유사하게 출제된 것이다. 형소법 제456조를 언급하였다면 매우 훌륭한 답안으로 볼 수 있다.

8) 정상변론의 부분이다. 변론요지서에서 정상변론을 하라고 기재되어 있고 출제경향에 비추어 이 부분 정상변론으로 족하다.

2. 정보통신망이용촉진및정보보호에관한법률위반(명예훼손)의 점

정통망법 제70조 제3항에 의하면 정통망법위반의 점은 반의사불벌죄입니다. 반의사불벌죄의 피해자는 피의자나 피고인 및 그들의 변호인에게 자신을 대리하여 수사기관이나 법원에 자신의 처벌불원의사를 표시할 수 있는 권한을 수여할 수 있습니다.

피고인은 2023. 11. 1. 수사기관에 피해자 김갑동의 처벌불원의사가 표시된 합의서를 제출한 사실이 있습니다. 피해자 김갑동은 합의서를 작성·교부함으로써 피고인에게 자신을 대리하여 자신의 처벌불원의사를 수사기관에 표시할 수 있는 권한을 수여하였고, 이에 따라 피고인이 그 합의서를 수사기관에 제출하여 피해자의 처벌불원의사가 수사기관에 적법하게 표시되었습니다.

피해자인 김갑동은 2023. 10. 31. 피고인 이을남과 합의서를 작성하였고 피고인에 대한 처벌을 희망하지 아니한다는 의사를 명시적으로 표시하였습니다. 피해자는 처벌불원의사를 표시하면서 합의금을 250만 원으로 정하되, 피고소인은 2023. 10. 31. 고소인에게 이미 현금 50만 원을 지급하였고, 2023. 11. 20.까지 나머지 합의금 200만 원을 지급한다는 약정을 하였습니다. 피고인이 피해자에게 약속한 합의금을 지급하지 못하였다고 하더라도 이는 민사상 합의금 지급채무가 있는 것으로 이러한 점만을 이유로 처벌불원의사를 철회할 수는 없습니다.⁹⁾

9) 게시 즉시 삭제하였다는 이을남의 변소요지가 있어 이에 대한 논증이 필요한 것이 아닌지 의문이 있을 수 있다. 변론요지서라는 점을 고려하면 이러한 변소는 범죄성립에 영향이 없는 것으로 정상변론대상이 될 수 있다. 그러나 합의서 작성에 대하여 처벌불원의 의사표시가 존재하는 것을 확인할 수 있다. 합의금 약정이 이행되지 않은 사안으로 이 부분 또한 답안을 작성할 때 판단이 명확하지 않았을 수 있다. 아래의 판례를 참조하여 보기 바란다. [대법원 2007. 10. 25. 선고 2006도346 판결] 원심판결 이유에 의하면 원심은, 정보통신망을 이용한 명예훼손의 경우에도 게재행위의 종료만으로 범죄행위가 종료하는 것이 아니고 원래 게시물이 삭제되어 정보의 송수신이 불가능해지는 시점을 범죄의 종료시기로 보아서 이때부터 공소시효를 기산하여야 한다는 검사의 주장을 배척하고, 이 경우도 게재행위 즉시 범죄가 성립하고 종료한다고 판단하였다. 살피건대, 서적·신문 등 기존의 매체에 명예훼손적 내용의 글을 게시하는 경우에 그 게시행위로서 명예훼손의 범행은 종료하는 것이며 그 서적이나 신문을 회수하지 않는 동안 범행이 계속된다고 보지는 않는다는 점을 고려해 보면, 정보통신망을 이용한 명예훼손의 경우에, 게시행위 후에도 독자의 접근가능성이 기존의 매체에 비하여 좀 더 높다고 볼 여지가 있다 하더라도 그러한 정도의 차이만으로 정보통신망을 이용한 명예훼손의 경우에 범죄의 종료시기가 달라진다고 볼 수는 없다. 따라서 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 원심판결에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

[대법원 2001. 12. 14. 선고 2001도4283 판결] 피해자가 피고인과 사이에 피고인이 교통사고로 인한 피해자의 치료비 전액을 부담하는 조건으로 민·형사상 문제삼지 아니하기로 합의하고 피고인으로부터 합의금 일부를 수령하면서 피고인에게 합의서를 작성·교부하고, 피고인이 그 합의서를 수사기관에 제출한 경우, 피해자는 그 합의서를 작성·교부함으로써

피해자 김갑동은 법정에서 2023. 10. 31. 합의금 중 일부는 받았고 합의서 약정대로 2023. 11. 20.까지 잔액을 받기로 하였으나 미지급되었으므로, 합의서 내용은 파기되어야 한다고 하였으나 이러한 진술만으로 처벌불원의사가 철회된 것으로 볼 수는 없습니다.

따라서 이 부분 공소사실은 공소제기 절차가 법률의 규정에 위반되어 무효인 때에 해당하므로 형사소송법 제327조 제2호에 따라 공소기각판결을 선고하여 주시기 바랍니다¹⁰⁾.

3. 위증교사의 점¹¹⁾

가. 증거능력 없는 증거

김갑동의 사경작성 제1회, 제2회 피자신문조서는 공범인 이을남이 내용부인취지로 부동의하므로 형소법 제312조 제3항에 따라 증거능력이 없습니다.

김갑동의 검사작성 피의자신문조서는 김갑동의 사경작성 제2회 피의자신문조서 기재내용과 동일합니다. 그런데 피고인은 김갑동에 대한 검사작성 제1회 피의자신문조

피고인에게 자신을 대리하여 자신의 처벌불원의사를 수사기관에 표시할 수 있는 권한을 수여하였고, 이에 따라 피고인이 그 합의서를 수사기관에 제출한 이상 피해자의 처벌불원의사가 수사기관에 적법하게 표시되었으며, 이후 피고인이 피해자에게 약속한 치료비 전액을 지급하지 아니한 경우에도 민사상 치료비에 관한 합의금지급채무가 남는 것은 별론으로 하고 처벌불원의사를 철회할 수 없다고 한 사례. 원심은, 피해자 권돌석이 2000. 5. 29. 피고인과 사이에, 피고인이 이 사건 교통사고로 인한 피해자의 치료비 전액을 부담하는 조건으로 더 이상 민·형사상 문제삼지 아니하기로 합의하고 피고인으로부터 일부 합의금 명목으로 150만 원을 수령하면서 피고인에게 합의서를 작성·교부한 사실, 피고인이 위 합의서를 수사기관에 제출한 사실을 인정한 다음, 위 인정 사실에 의하면, 피해자는 위 합의서를 작성·교부함으로써 피고인에게 자신을 대리하여 자신의 처벌불원의사를 수사기관에 표시할 수 있는 권한을 수여하였다 할 것이고, 이에 따라 피고인이 위 합의서를 수사기관에 제출한 이상 피해자의 처벌불원의사가 수사기관에 적법하게 표시되었다 할 것이며, 이후 피고인이 피해자에게 약속한 치료비 전액을 지급하지 아니한 경우에도 민사상 치료비에 관한 합의금지급채무가 남는 것은 별론으로 하고 처벌불원의사를 철회할 수 없다는 이유로 이 사건 공소는 결국 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다고 판단하였는바, 기록을 살펴보면 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 반의사불벌죄에 있어서 처벌을 희망하지 않는 의사표시에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

10) 김갑동의 검토의견서와 결론이 동일한 부분이다. 합의서를 제출한 것이 피해자가 아닌 점에서 기존에 출제가 되지 않았던 쟁점이었다. 2023년 모고에서 조건부 고소가 출제되었고 해설 강의에서 이 부분에 대한 언급을 하였다. 조건부 합의로 판단하여 답안을 작성하였을 수도 있으나, 논증이 정확하게 하였다면 크게 불이익은 없을 것으로 보인다.

11) 공범인 공동피고인에 해당한다. 이러한 유형으로 공범 공피가 출제 될수 있다고 수업시간에 언급하였다. 공범 공피의 법리를 적용하여 문제를 해결하여야 한다.

서에 대하여 증거동의를 하고 있습니다. 피고인 이을남은 범행을 부인하고 있어 이는 착오기재에 불과하므로 김갑동의 검사작성 피신조서는 공범인 이을남이 내용부인 취지로 부동의 하는 것으로 형소법 제312조 제1항에 따라 증거능력이 없습니다.¹²⁾

나. 신빙성 없는 증거¹³⁾

김갑동은 법정에서 이을남의 부탁을 받고 이을남에 대한 폭처법위반(공동상해) 사건에서 위증하고 다음 날 이을남한테서 현금 500만 원을 받았다고 진술하고 있습니다. 김갑동은 경찰에서 이을남이 위증을 부탁하였고 위증한 다음 날 이을남한테서 위증해 준 대가로 현금 500만 원을 받았다고 진술하면서 받은 현금을 하나은행에 입금하였다고 진술하였습니다.

그러나 계좌추적결과를 제시하자 계좌로 송금한 것이라고 진술을 번복하였습니다. 차용증 사본을 제시하자 계좌로 받은 돈은 빌려준 돈을 받은 것이고 별도로 현금을 받았다고 또 다시 진술을 번복하고 있어 김갑동의 진술에는 일관성이 없습니다.

김갑동과 이을남 사이에 다른 거래내역이 발견되지 않아으며 현금 500만원을 이을남으로부터 받았다면 계좌에 입금을 하거나 사용한 흔적이 있어야 하는데 김갑동은 이에 대하여 합리적인 이유를 밝히지 못하고 있습니다.

계좌추적결과에 의하면 2020. 5. 15. 16:00경 김갑동의 하나은행 계좌에서 이을남의 신한은행 계좌로 500만 원이 송금된 사실과 2023. 5. 15. 15:00경 이을남의 신한은행 계좌에서 김갑동의 하나은행 계좌로 500만 원이 송금된 사실이 있고 이는 차용증의 내용과도 일치하므로 이을남이 김갑동에게 500만 원을 송금한 것은 이을남이 빌린 돈을 갚은 것으로 보는 것이 합리적입니다.

피고인 김갑동은 벌금이 많이 나와서 무척 억울하다고 하고 있고 뇌물사건으로 직장을 그만두었고, 이을남으로부터 협박성 문자를 수차례 받은 사실이 있어 허위진술을 할 동기가 있습니다. 이을남으로부터 위증을 부탁받고 위증을 하였다는 김갑동의 진술은 신빙성이 없습니다.

12) 기타 증거에 검찰 피신조서가 경찰 피신과 동일한 내용이라도 적시되어 있다. 이 부분까지 출제를 한 것인지 의문이나 관련 판례에 따라 답안에 서술하였다.

13) 사실인정론의 전형적인 유형이다. 객관적인 증거는 반드시 사실인정에 활용하여야 한다고 수차례 강조한 부분이다.

다. 부족증거

그 밖에 나머지 증거만으로 피고인 이을남이 위증을 교사하였다는 사실을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없습니다.

라. 결론

따라서 ① 이 부분 공소사실은 ② 합리적인 의심의 여지 없는 증명이 없어 ③ 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하므로, ④ 형사소송법 제325조 후단의 무죄판결을 선고하여 주시기 바랍니다.

4. 무고의 점¹⁴⁾

가. 법리

무고죄에 있어서 허위의 사실이라 함은 그 신고된 사실로 인하여 상대방이 형사처분이나 징계처분 등을 받게 될 위험이 있는 것이어야 하고 비록 신고내용에 일부 객관적 진실에 반하는 내용이 포함되었다 하더라도 그것이 독립하여 형사처분 등의 대상이 되지 아니하고 단지 신고사실의 정황을 과장하는 데 불과하거나 허위의 일부사실의 존부가 전체적으로 보아 범죄사실의 성부에 직접 영향을 줄 정도에 이르지 아니하는 내용에 관계되는 것이라면 무고죄가 성립하지 아니합니다. 그리고 피해를 입었다는 신고사실에 관하여 불기소처분 내지 무죄판결이 내려졌다고 하여, 그 자체를 무고를 하였다는 적극적인 근거로 삼아 신고내용을 허위라고 단정하여서는 아니 됩니다.

나. 증거능력 없는 증거

1) 이을남의 사경작성 피의자신문조서는 이을남이 내용을 부인하므로 형소법 제312조 제3항에 따라 증거능력이 없습니다.

2) 이을남의 진술서는 피고인이 증거로 함에 동의한 바 없고, 수사가 시작된 이후에 수사기관의 관여 아래 작성된 것이거나, 개시된 수사와 관련하여 수사과정에 제출할 목적으로 작성한 것으로, 수사과정에서 작성한 진술서¹⁵⁾입니다. 이는 형소법

14) 전형적인 후단 무죄 유형이 아니라 답안작성에 어려움이 있었을 것으로 예상된다. 그러나 법리를 확인하고 증거를 통하여 사실인정을 하는 내용을 답안에 기재하는 것으로 결론을 도출하였으면 된다. 통상 1유형 후단무죄에서 법리와 사실인정 문제로 출제하였으나 이 부분은 법리와 증거능력 없는 증거 및 신빙성 문제로 이어지는 유형이었다.

15) 최신판례에서 정리하였던 부분이다. 수사과정에서 작성된 진술서는 사례나 기록에서 출제될 수 있다고 강조하여 드렸다.

제312조 제5항에 의하여, 형소법 제312조 제3항에 따라 증거능력이 결정되어야 합니다. 이을남의 진술서에 대하여 피고인 이을남이 내용을 부인하므로 형소법 제312조 제3항에 따라 증거능력이 없습니다.

3) 김갑동의 고소장과 진술조서는 공범 아닌 공동피고인이 작성한 고소장으로 형소법 제313조의 피고인 아닌 자가 작성한 진술서 및 형소법 제312조 제4항의 진술조서에 해당합니다. 피고인이 이를 증거로 함에 동의한 바 없으므로, 원진술자인 김갑동이 선서하고 증언으로 진정성립을 하여야 합니다. 그러나 공범 아닌 공동피고인이 피고인신문과정에서 진정성립을 하고 있을 뿐 증언으로 진정성립이 이루어지지 않았습니다. 따라서 김갑동의 고소장과 진술조서는 형소법 제313조 및 형소법 제312조 제4항에 따라 증거능력이 없습니다¹⁶⁾.

4) 김갑동이 피고인 신문과정에서 이을남의 몸에 손을 댄 사실이 없다는 진술은 공범 아닌 공동피고인의 지위에서 한 진술로서 증언으로 진술한 것이 아니므로 증거능력이 없습니다.

5) 증인 한주점의 진술 중 김갑동이 “내가 이을남 몸에 손도 안 댔는데 멍살을 잡아 흔들고 다리를 걸어 넘어뜨렸다고 상해로 고소한 것은 너무나 것 아니냐. 어제는 이을남이 나에게 전화해서 ‘네가 멍살 잡고 다리를 걸어 넘어뜨려 치료받는 데 돈이 많이 드니 치료비를 부담하라’고 터무니없는 말을 하더라.”라는 말을 들었다는 진술¹⁷⁾은 피고인 아닌 자의 진술이 피고인 아닌 타인의 진술을 내용으로 하는 전문진술로서 피고인이 증거로 함에 동의한 바 없어 형소법 제316조 제2항의 요건을 갖추어야 하는데 원진술자인 김갑동이 이 법정에 출석하고 있으므로 형소법 제316조 제2항의 출석불능의 요건을 갖추지 못하여 증거능력이 없습니다.

나. 신빙성 없는 증거

김갑동은 수사기관과 법정에서 이을남의 몸에 손을 댄 사실이 없다고 진술하고 있습니다. 그러나 한주점은 증언으로 김갑동이 갑자기 연성을 높였고 이을남의 멍살을 잡아 흔들었다고 진술하였고 이을남도 김갑동이 멍살잡은 손을 잡고 실랑이를 벌이

16) 공범 아닌 공동피고인에 해당한다. 공범 아닌 공피의 진술서 및 진술조서의 진정성립은 증언으로 하여야 한다. 공범 아닌 공동피고인이 피고인신문과정에서의 진술은 증거능력이 없다. 이 부분 또한 출제가 되지 않았던 부분이라 신작 모고로 문제를 구성하여 출제하였었다.

17) 전문진술에 대한 것이다. 통상 진술조서와 연계하여 출제 되었으나, 전문진술만으로 출제 되었다. 원진술자가 김갑동인 점을 확인하는 것에 어려움이 있을 수 있었으나 요증사실과의 관계에서 전체적인 진술을 전문진술로하여 검토하면 된다.

다가 뒤로 자빠졌고 “아이구 나 죽겠네.”라고 소리쳤다는 진술을 하였습니다. 김갑동의 진술은 객관적 제3자의 지위에 있는 한주점의 진술과 불일치합니다. 한주점의 증언은 이을남의 고소내용 중 김갑동이 먹살을 잡아 흔들었다는 내용과 일치합니다. 이을남의 몸에 손을 댄 사실이 없다는 김갑동의 진술은 신빙성이 없습니다. 달리 김갑동이 이을남의 몸에 손을 대지 않았다는 사실을 인정할 증거가 없습니다. 오히려 김갑동이 이을남의 먹살을 잡아 흔들어서 넘어진 사실을 인정할 수 있습니다.

다. 고소내용의 경우¹⁸⁾

이을남은 김갑동이 자신의 먹살을 잡아 흔들고 다리를 걸어 바닥에 넘어뜨렸고 김갑동의 위와 같은 폭행으로 전치 3주의 뇌진탕, 경추부염좌의 상해를 입었다는 내용으로 김갑동을 고소하였습니다.

한주점의 진술에 의하면 김갑동이 이을남의 먹살을 잡아 흔들었고 이을남도 김갑동이 먹살잡은 손을 잡고 실랑이를 벌이다가 뒤로 자빠진 사실은 인정되나 김갑동이 이을남의 다리를 걸어 넘어뜨린 사실은 인정되지 않습니다.

피고인은 일관되게 김갑동이 먹살을 잡아 흔들었다는 진술을 하고 있고 이을남은 김갑동이 다리를 걸어 넘어뜨렸다는 내용을 포함하여 김갑동을 상해죄로 고소하였으나 이러한 내용이 허위라고 하더라도 신고사실의 정황을 과장하는 데 불과하거나 허위의 일부사실의 존부가 전체적으로 보아 범죄사실의 성부에 직접 영향을 줄 정도에 이르지 아니하는 내용입니다.

달리 피고인이 객관적인 진실에 반하는 내용으로 고소한 사실을 인정할 증거가 없습니다.

라. 결론

따라서 ① 이 부분 공소사실은 ② 합리적인 의심의 여지 없는 증명이 없어 ③ 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하므로, ④ 형사소송법 제325조 후단의 무죄판결을 선고하여 주시기 바랍니다.

18) 김갑동이 먹살을 잡아 흔드는 방법으로 폭행을 하였다는 사실은 인정되나, 다리를 걸어 넘어뜨리게 했다는 사실은 허위의 사실로 확인된다. 요증사실에 대한 사실인정을 통하여 허위사실과 폭행사실을 인정하고 신고사실의 정황을 과장하는 것에 불과하거나 범죄사실 성부에 직접영향을 주지 않는 것으로 결론을 도출하면 된다.