

14회 변호사시험 형법 주관적인 강사 간이 해설

[총평]

안녕하세요 올해부터 처음 변호사시험을 강의하게 된 박지용 변호사입니다. 타직렬에서는 5년째 강사생활을 하고 있지만 변시로는 올해 사실상 처음 인사를 드리게 되었습니다.

형사법의 출제경향은 변시뿐만 아니라 타직렬에서도 이미 수준이 높아지고 있었고, 그렇다면 대한민국 최고 시험인 변시의 수준이 올라가는 것은 당연합니다.

그래서 그런것인지 선택형은 무난하게 출제되었지만, 사례형은 예년과는 다르게 출제된 측면도 있는 것 같습니다.

대표적인게 판례의 입장에 대한 비판적인 입장을 요구한 문제가 3문제나 (1문의 3번, 2문의 1번, 4번) 출제되었습니다. 우리 입장에서 판례 입장을 외우고 정리하기만 해도 양이 너무 많은데 이를 비판하려면 판례의 논거나 입장도 정확히 알아야 할 수 있으니 힘든 일입니다.

또한 문제를 이전보다 세분화해서 출제했습니다. 그렇다는 것은 목차구성과 같은 형식적 측면 보다는 해당 쟁점에 대해 실질적으로 무슨 내용을 적었는지 보겠다는 것 아닌가 하는 생각이 듭니다.

그렇지만 아주 지엽적이거나 과거의 학문적인 내용을 물어본 것이 아니고 당연히 공부해야하는 부분들을 정확히 알고 있는지를 물어본 것이기 때문에 공부를 어떻게 했느냐에 따라 충분히 대처가 가능했다고 생각이 됩니다.

따라서 스타일이 다소 생소한 것은 사실이지만 대처할만한 시험이었다고 생각이 됩니다.

아래 내용은 지극히 개인적인 간이해설입니다. 제 변시강의 목표는 완벽한 100점짜리 답안을 만들어 내자가 아니라 우리가 할수 있는 공부시간 내에서, 또 주어진 시험 시간내에 현실적으로 쓸수 있는 답안을 함께 고민하고 안정적으로 합격할 수 있는 답안을 만들어 갈 수 있도록 하는 것이 목표입니다. 그런 차원에서 “아래 내용 정도가 들어갔다면 합격은 안정적이지 않을까” 하는 정도로 봐주시면 좋겠습니다.

세세한 목차(지나고 보니 저도 학생때 목차구성에 너무 신경을 썼던 것 같은데, 결국 내용이 중요하고 목차는 부수적인 것이라고 생각이 됩니다) 까지 정리하면 제가 답안을 올리는 시간이 더 길어질 것 같아 내용 중심으로 올려보겠습니다.

아 그리고 모두 수고하셨습니다.

4일간의 변호사시험의 노고는 꺾어보지 못한 사람은 알지 못하지요

2~3주는 그래도 쉬시기를 바라겠습니다.

박지용 드림

[사례형 제1문]

문제 1.

갑은 고의의 현주건조물방화죄와 고의의 존속살인죄를 교사하였으나 현주건조물방화치사죄는 치사 속에 고의가 포함된 부진정결과적가중범이므로 결과적으로 현주건조물방화치사죄와 존속살인죄를 교사한 것이고 정범인 을이 이를 실행에 착수하여 완료했다면 판례에 따르면 양죄는 상상적 경합범이 된다.

그러나 정범인 을이 이를 실행하는 과정에서 미수에 그쳤고, 불이 나자 겁이 나서 이를 중지한 것은 중지미수의 자의성이 인정되지 않으므로 장애미수가 성립한다. 그러나 현주건조물방화치사죄의 미수범은 존재하지 않으므로 결국 을은 현주건조물방화죄와 살인미수죄의 상상적 경합범이 성립한다.

따라서 결론적으로 갑도 현주건조물방화죄와 존속살인죄의 미수범에 대한 상상적 경합범의 교사죄의 죄책을 진다.

문제 2

을이 B에게 뇌물로 줄 돈을 마련하기 위해 수술비라고 속이고 돈을 빌린 행위는 B가 이 사실을 알았더라면 돈을 빌려주지 않았을 것이라는 점이 인정되면 (용도)사기죄가 성립한다.

그 후 을이 3000만원을 병에게 교부하면서 P1에게 전달해 달라고 부탁하였고 실제로 P1에게 전달된 1000만원에 대해서는 증뢰죄, 전달되지 않은 2000만원에 대해서는 제3자뇌물교부죄가 성립한다. 병이 실제로 전달한 1000만원에 대해서는 증뢰물 전달죄가 성립하고 실제로 전달하였다고 하여 추가 뇌물공여죄는 성립하지는 않는다

병이 뇌물로 줄 돈을 보관중에 2000원을 소비한 것은 위탁한 취지에 반한 것이지만 애초에 뇌물로 전달하기 위하여 받은 돈은 불법원인급여이므로 임의로 소비한 것에 대해서 횡령죄가 성립하지는 않는다.

문제 3.

권리행사방해죄는 소유자만 범할수 있는 신분범이다. 따라서 소유자인 갑만 권리행사방해죄의 주체가 될 수 있으므로 실제판례에서 소유자가 아닌 을은 권리행사방해죄의 주체가 될 수 없어 권리행사방해죄가 성립할 수 없으므로 갑 또한 권리행사방해죄의 교사범이 될 수 없다고 판시한 바 있다.

① 그러나 을은 그저 위 범행의 도구가 된 것뿐이고 갑이 이를 이용하여 범죄에 나아간 것이라면 갑은 권리행사방해죄의 간접정범이 성립할 수 있다.

② 또한 갑의 경우 을과 범죄를 공모하고 그 공모에 기능적 행위지배가 있고 을이 이를 바탕으로 실행에 나아간 경우 권리행사방해죄의 공모공동정범과 또한 성립할 수 있다.

답안과 무관한 강사의 개인 첨언

위 사안의 경우 판례는 권행방을 부정했음에도 인정할수 있는 근거를 물어보고 있으니 사실상 판례에 대한 비판논거를 제시하라는 문제입니다. 그래도 너무 막연하게 판례에 대한 비판을 요구하는 것은 아니며, 객관식으로 출제도 잘되는 판례였고 현장에서도 왜 안되는지 학생들이 많이 물어보던 질문하는 판례이기도 했습니다. 결국 중요 최신판례는 쟁점과 판례의 법리를 정확히 아는게 갈수록 중요할 것 같습니다.

문제 4

- 1) 갑과 C는 동거하지 않은 친족이고 이에 대한 권리행사방해죄의 경우 친고죄가 된다. 친고죄에서 고소는 소추조건이지 수사의 조건이 아니므로 고소가 없는 상태에서 수사하는 것 자체가 위법은 아니다. 그러나 자진출석한 갑에게 갑에게는 도주의 우려가 있다고 보기 어려우므로 위 긴급체포에서 체포의 필요성 요건이 충족되지 않아 위법하다.
- 2) 친고죄로서 피해자의 고소가 있어야 죄를 논할 수 있고 기소 이후의 고소의 추완은 허용되지 아니한다 할 것이므로 친고죄에서 기소가 된 후에 고소장이 제출된 경우 법률의 규정에 위반하여 무효인때에 해당하므로 공소기각 판결을 해야 한다.

문제 5.

- 1) 경합범 중 일부에 대하여 무죄, 일부에 대하여 유죄를 선고한 항소심 판결에 대하여 검사만이 무죄 부분에 대하여 상고를 한 경우 상고하지 아니한 유죄판결 부분은 상고기간이 지남으로써 확정되므로 상고심의 심판범위는 무죄부분에 한정된다.
- 2) 제1심판결에 대해서 피고인만 항소하였으므로 항소심은 불이익변경금지원칙에 따라 1심판결보다 피고인에게 불리하게 판결할 수 없다. 검사만이 상고한 후 파기환송심에서도 불이익변경금지원칙은 유지된다고 보아야 하므로 파기환송심도 제1심판결보다 불이익한 판결은 할 수 없다. 다만 파기환송심도 1년을 선고하였다면 제1심의 징역 1년보다 불리하게 판결한 것은 아니므로 위법하다고 볼 수 없다.

[사례형 제2문]

문제 1

갑과 을은 특수절도를 공모하고 범죄의 실행에 착수하였고, 이에 을은 범행중 체포를 면탈할 목적(혹은 재물의 탈환에 항거할 목적)으로 A를 폭행하였으므로 (준)강도죄가 성립하고 상해까지 가하였으므로 (준)강도상해죄가 성립한다.

그리고 갑은 절도의 실행에 착수한 후에 이탈한 것이므로 이탈이 인정되지 않아 공범책임을 지게 되고 판례에 따르면 준강도상해죄의 공범이 성립한다.

그러나 갑과 을은 절도를 공모하였고 공범인 을이 강도상해죄의 범행에 나아간 경우 갑은 전혀 공모한 바 없는 폭행·협박에 대해 예견가능성이 있다는 이유만으로 준강도의 공범을 인정하는 것은 타당하지 않으므로 특수절도죄의 죄책을 진다고 해석하여야 한다. 설령 준강도가 인정된다 하더라도 상해에 대한 고의도 인정되지 않으므로 예견가능한 경우 강도치상죄의 죄책을 지는 것이 타당하다.

문제 2.

을이 칼로 협박한 행위로 A가 도주 하던 중 T가 운전한 차량에 들이받혔고 의사의 수술지연이 공동원인이 사망하였다.

판례에 따르면 다른행위가 개입되었고 심지어 다른 원인이 사망의 직접원인이 되었다 하여도 통상예견가능한 범위 내라면 인과관계를 긍정한다.

다만 인과관계가 인정되더라도 그에 대한 최종책임을 행위자에게 객관적으로 귀속시킬수 있느냐에 대해서 한번 더 검토하는 객관적 귀속이론에 따르면 결과발생의 과정이 지나치게 비유형적인 경우 인과관계가 부정될 수도 있다.

문제 3.

사안에서 원진술자는 을이고 을에게 들은 이야기를 진술하는 법정증인은 W다.

따라서 을이 피고인 사건에서는 316조 1항이 적용(피고인의 진술을 내용)되므로 을이 W에게 이야기할 때 특신상태가 인정되면 증거능력이 인정된다.

반면 갑이 피고인 사건에서는 피고인 아닌자의 진술이 되므로 제316조 제2항이 적용되므로 원칙적으로 증거능력이 없고 원진술자인 을이 법정에서 진술하지 못하는 요건이 충족되고 특신상태가 인정되면 예외적으로 증거능력이 인정된다.

문제 4.

공무집행의 적법성과 관련하여 범죄체계상 지위와 관련하여 대표적으로 구성요건요소로 보는 견해와 위법성 요소로 보는 견해의 대립이 있다.

사안에서 P1의 직무집행은 적법함에도 불구하고 丙은 이를 위법하다고 판단한 것이므로 착오가 발생한 것이다.

직무집행의 적법성을 구성요건요소로보면 병은 공무집행방해죄의 고의가 조각되어 과실범의 문제가 될 뿐이고 과실에 의한 공무집행방해죄는 처벌되지 않으므로 무죄가 된다.

반면 위법성요소로 보게되면 이에 대한 착오는 위법성의 착오가 될 것이고 형법 제16조가 적용된다. 따라서 오인에 정당한 이유가 있으면 무죄가 되겠으나 정당한 이유가 없으면 공무집행방해죄가 성립한다.

답안과 무관한 강사의 개인 첨언

개인적으로 낯설긴하지만 올해의 출제 경향은 좋은 방향이라고 생각합니다. 아무도 알지 못하는 구석진 판례나 이론을 제사하며 풀어봐 하는 것이 최악의 문제라고 생각하는데, 올해는 중요한 판례들을 잘 사례화 하여 출제하였다고 생각이 듭니다.

두가지를 강조하고 싶은데,

- ① 충분히 예상 가능한 중요 최판이었고(이미 촬영해 놓은 타직렬 최판강의에서 강조를 많이 했습니다) ,
- ② 현실적으로 현장에서 쓸수 있는 답안을 제시해 드리고 싶었습니다. 이런 문제가 나왔으니 범죄체계론을 처음부터 끝까지 다시 새롭게 정리하며 체계적 지위를 논하는 것은 사실상 어려운 일이 아닌가 하는 생각이 들었습니다.

위 내용은 올해 나온 중요 최신판례 2024. 7. 25. 2023도16951(경찰관들에게 고성으로 항의만 하였을 뿐 유형력을 행사할 의도가 없었는데도 경찰관 A가 자신의 몸을 밀치자 이를 위법하다고 오인하여 저항한 사건)를 사례화 한 것이 아닌가 개인적으로 생각해봅니다.

원심은 위법성조각사유의 전제사실로 판단하였고, 대법원은 사실의 착오는 없으므로 단순 법률의 착오로 판단하였습니다. 개인적으로도 사실을 착오한 부분은 없으니 법률의 착오로 정리한 대법원의 판단이 옳다고 생각하였습니다.

그런데 위법한 공무수행에 대해서 폭행한 경우 공집방은 구성요건이 탈락하고, 그 과정에서 상해를 입은 것은 정당방위로 위법성이 조각되는 것도 우리가 잘 알고 있는 내용입니다.

문제로 따지자면 판례는 적법한 공무집행의 체계적 지위를 구성요건요소로 보고 있는 것이죠. 그렇다면 구성요건요소를 취하고 있는 판례에 입장에 따르면 이에 대한 착오는 사실의 착오로 풀어야 할 것 같지만, 올해 최판은 법률의 착오로 정리했으니 나름 쟁점이 될만한 요소가 있는 것이죠(이 부분은 저도 이 변시 답안을 쓰면서 부분이기도 합니다).

그렇지만 지엽적인것도 아니고 우리가 공부하는 내용을 정확히 알고 있는지를 물어보는 문제여서 좋은 출제방향이라고 생각이 들었습니다.

문제 5.

N 클라우드를 통해서 다운로드를 받은 경우 결국 원격지에 있는 자료를 다운받아야 하므로 영장에 ‘압수할 물건’에 별도로 원격지 서버 저장 전자정보가 특정되어 있어야 한다. 주어진 내용으로는 원격지 서버 저장 전자정보가 특정되었다고 보기 어려우므로 위법한 압수수색이 된다.

태블릿 PC에서 이미징한 자료의 경우 우선 압수수색영장을 집행하기 위해서는 형사소송법 제118조에 의해 “압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 하고, 처분을 받는 자가 피고인인 경우에는 그 사본을 교부하여야 하지만 처분을 받는 자가 현장에 없는 등 영장의 제시나 그 사본의 교부가 현실적으로 불가능한 경우에는 예외로 한다”고 규정하고 있으므로 피의자 丙에게 이를 제시하지 못한 것이 위법하다고 볼 수는 없다.

그러나 압수수색 영장의 경우 기본적으로 일시 등을 미리 고지하고 피의자의 참여권을 보장하여야 함에도 이를 하지 않은 경우 위법하므로 태블릿 PC는 위법하게 수집한 증거에 해당한다.

문제 6.

수사과정에서 작성된 참고인 조서의 경우 312조 4항이 적용되므로 조서가 그 조서가 검사 또는 사법경찰관 앞에서 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 영상녹화물로 증명된다면 ① 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 ② 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 원진술자를 신문할 수 있었던 때 ③ 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다.

문제 7.

항소심이 그 심리과정에서 심증의 형성에 영향을 미칠 만한 객관적 사유가 새로 드러난 것이 없음에도 불구하고 제1심 판단을 뒤집고자 할 때에는, ① 제1심의 증거가치 판단이 명백히 잘못되었다거나 ② 사실인정에 이르는 현저히 경험칙에 어긋나는 등 만한 합리적인 사정이 있어야 한다. 그러나 이러한 점이 없음에도 불구하고 제1심을 판단을 뒤집는 판결을 한 것은 위법하다.