

I. 형사소송법 선택형

형사소송법의 선택형은 최근 시험에 비추어 다소간 난이도가 있는 문제들로 구성이 되어 있습니다. 특히, 최신판례들이 적절히 배열되어 있고 지엽적인 지문들까지 상당수 포함되어 있어, 선택형을 별도로 준비하지 않고 단지 기출문제집으로만 준비한 경우에는 당황했을 수도 있었으리라 생각이 됩니다.

II. 형사소송법 사례형

형사소송법 사례형은 비교적 쉬운 문제가 출제되었다고 생각할 수 있으나, 일부상소에 관한 사례, 항소심의 재판형식으로서 파기자판과 특별한 사정이 없는 이상 새롭게 증거조사를 할 수 없다는 취지 등이 출제되어, 제대로 공부를 하지 않은 수험생으로서는 무척 당황스러운 시험일 수도 있었다. 개괄적으로 보면 다음과 같다.

1. 사례 1문 4번

甲과 C가 사촌관계인 경우, 甲이 권리행사방해죄가 성립하는 경우 이는 친고죄에 해당한다.

4- 1)

일단, 권리행사방해죄와 관련하여 친고죄의 고소전 수사를 우선적으로 서술해야 한다. 고소의 가능성이 없다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 이상 고소전 임의수사뿐 아니라 강제수사도 가능하다고는 것이 판례의 태도이므로(제한적 허용설), 고소전에 수사를 한 것을 위법이라 볼 수는 없다.

甲에게는 현주건조물방화미수교사죄 및 존속살해교사미수죄가 성립하는 반면, 권리행사방해죄의 경우 乙이 소유자가 아니어서 정범인 乙에게 권리행사방해죄가 성립할 수 없어 甲에게 권리행사방해죄의 교사범이 성립할 수 없고 나아가 乙에 대한 의사지배를 인정할 수 없어 간접정범이라고 보기도 어렵다. (설문(3)에서는 출제자가 권리행사방해죄가 성립할 수 있는 논거를 제시하라고 출제하였으나, 본 문제에서는 이에 현혹될 필요가 없다.)

가. 현주건조물방화미수 및 존속살해미수 교사죄와 관련하여서는 긴급체포의 요건 가운데 체포의 필요성이 인정되는지 문제된다. 자진출석하였다는 점에서 체포의 필요성을 부인한 사례도 있으나 범죄의 중대성 측면을 고려할 때 범죄의 필요성을 인정해도 무방하다.

나. 권리행사방해교사죄의 경우에는 ① 친고죄의 고소전 수사 ② 긴급체포의 적법성이 문제되는데 범죄의 중대성요건은 충족하더라도 체포당시 수사주체의 입장에서 보아도 범죄혐의의 상당성을 인정할 수 없을 것이다.

4-2)

고소가 없는 상황에서 권리행사방해죄로 공소제기한 다음 고소장을 접수받은 경우에는 ① 권리행사방해죄에 무죄사유가 있고 고소가 존재하지 않아 형사소송법 제327조 제2호의 공소기각판결사유가 있어 형식재판의 선순위성을 고려할 때 공소기각판결이 원칙임을 우선적으로 서술할 필요가 있다. ② 다음으로, 친고죄의 고소는 소송조건으로서 추완이 될 수 없다는 점을 추가적으로 서술해주어야 한다.

설문(5)

상해죄와 절도죄는 실체적 경합범으로서 제1심법원이 모두 유죄를 인정하여 경합범가중례에 따라 징역1년을 선고했으나, 피고인 甲만 제1사실과 제2사실 모두 무죄라는 취지로 항소하였다. 항소심에서 제1사실에 대해 무죄를, 제2사실에 대해 징역 1년에 집행유예 2년을 선고하였고, 검사만이 제1사실에 대해 상고하자 법원은 제1사실로 유죄라는 취지로 파기환송한 경우

5-1)

항소심의 판결은 분리가능하므로, 형사소송법 제342조 제2항의 반대해석에 따라 불복한 상해사실(제1사실)만이 상고심으로 이심되고 상고심의 심판대상이 되며, 불복하지 않은 제2사실은 분리·확정되었다. 따라서 파기환송을 받은 항소심의 경우에는 제1사실에 대해서만 심판대상으로 삼을 수 있다.

5- 2)

피고인만이 항소한 1심판결에 대해 검사가 상고한 경우라 하더라도 불이익변경금지원칙은 적용되고, 상고심뿐 아니라 파기환송을 받은 항소심에도 불이익변경금지원칙은 적용된다. 원래 1심은 제1사실을 제2사실과 경합범가중을 하면서 징역1년을 선고하였는바, 甲에게 이미 제2사실에 대해 징역 1년에 집행유예2년이 선고되어 확정된 이상, 환송받은 항소심이 추가로 징역 1년을 선고한 것은 결국, 징역1년의 1심판결을 징역1년에 더하여 징역1년에 집행유예2년을 추가한 것이어서 원심과 환송받은 항소심을 전체적·실질적으로 비교해볼 때 불이익변경금지원칙에 반한다고 보아야 한다.

2문

설문 5.

丙에 대해서는 甲과 X,Y,Z를 강제추행하였다는 사실로 압수·수색영장이 발부되었고, 丙의 주거지에 있는 丙의 태블릿 PC, 휴대폰은 압수할 물건에 포함되어 있다.

丙에게 사전통지를 하지않았고(급속을 요하는 경우로 포섭가능) 丙의 참여가 없었다는 점 및 영장의 제시가 이루어지지 못한 점(피압수자를 만나지 못한 경우이어서 위법이 아니라고 결론낼 수도 있음), 주거주 내지 간수자에 해당하는 C가 참여하지 않겠다고 하자 이웃사람이나 지방공공단체의 직원도 참여시키지 않은 점(주거주 등의 참여권은 제219조가 준용하는 제121조의 피의자등의 참여와 달리 생략할 수 있는 예외가 없다는 점을 고려해야 함), 휴대폰과 클라우드의 별개의 정보저장매체이고 영장의 문상장 클라우드에 대해서는 압수·수색절차를 진행하였다는 점 등이 문제되는데, 당사자인 丙의 참여가 없고 주거주등의 참여, 영장에 기재되지 않은 별건의 정보저장매체를 압수하였다는 점 등에 비추어 위법하고, 위법수집증거로서 증거능력이 없다는 결론이 나올 것이다.

설문 6.

사례(2)에서 甲은 강제추행의 피해자이므로 사법경찰관 P가 작성한 진술조서는 제312조 제4항에 따라 증거능력이 판단되어야 한다. 영상녹화물은 진정성립의 대체증명장치로 사용될 수 있는데, 이 경우 영상녹화물은 동의를 얻어 작성해야 하고, 형사소송규칙 제134조의3이하에서 규정한 적법한 절차와 방식을 준수한 것이어야 한다. 기타 제312조 제4항의 요건은 서술하는 것으로도 충분하다.

설문 7.

丙의 공소사실에 대해 항소심의 심리 과정에서 심증형성에 영향을 미칠 만한 객관적 사유가 새로 드러난 것이 없음에도 1심의 사실인정에 관한 판단을 재평가한 것의 적법성이 문제된다. 항소심은 속심으로 파기자판이 원칙이고 파기자판을 위해서는 새롭게 증거조사를 하여 이를 토대로 심판하여야 한다. 다만, 심증형성에 영향을 미칠 만한 객관적 사유가 새로 드러난 것이 없음에도 사실심인 1심판단을 파기하고 새롭게 증거조사하는 것도 한계가 존재할 수밖에 없다. 이와 관련하여 “형사소송규칙 제156조의5 제2항에 의하면 항소심의 증거조사 중 증인신문의 경우, 항소심 법원은 ‘제1심에서 조사되지 아니한 데에 대하여 고의나 중대한 과실이 없고, 그 신청으로 인하여 소송을 현저하게 지연시키지 아니하는 경우(제1호)’, ‘제1심에서 증인으로 신문하였으나 새로운 중요한 증거의 발견 등으로 항소심에서 다시 신문하는 것이 부득이하다고 인정되는 경우(제2호)’, ‘그 밖에 항소의 당부에 관한 판단을 위하여 반드시 필요하다고 인정되는 경우(제3호)’에 한하여 증인을 신문할 수 있다. 위 규정은 형사재판의 사실인정에 있어서 제1심 법원과 항소심 법원의 역할 및 관계 등에 관한 입법 취지 등에 비추어 항소심에서의 증거조사는 필요 최소한에 그쳐야 한다는 점을 반영한 것이다. 이를 고려하면, 형사소송규칙 제156조의5 제2항 제3호는 비록 포괄적 사유이기는 하지만 항소심 법원에 증인신문에 관한 폭넓은 재량을 부여한 것으로 볼 것이 아니라 제1, 2호가 규정한 사유에 준하는 ‘예외적 사유’로 보아야 한다. 따라서 실체적 진실발견이라는 형사소송의 이념에 비추어 항소심에서의 추가적인 증거조사가 필요한 경우가 있음을 긍정하더라도, 피해자가 범죄의 성격과 다양한 사정에서 비롯된 심리적 부담 등으로 인하여 제1심 법원에 증인으로 출석하지 못하거나 제대로 증언할 수 없었던 경우 등과 같은 특별한 사정이 없는 이상, 항소심 법원으로서 형사소송규칙 제156조의5 제2항의 규정 취지와 내용에 유념하여야 한다(대판 2024.07.25. 2020도7802).” 라는 최신판례의 내용을 참조할 필요가 있다.

Ⅲ. 형사법기록형

기록형에서는 지금까지와 유사한 난이도로 출제된 것으로 볼 수 있습니다. 다만, 공식 변호사 시험문제로서는 변론요지서임에도 유죄판결로서 정상변론이 필요한 경우가 처음으로 출제되었다는 점에서 주목할 필요가 있겠습니다.

Ⅰ. 피고인 김갑동에 대하여

1. 특수강도교사의 점

- 김갑동은 법정에서 야간주거침입절도를 교사한 것이라고 자백.(15면) 특수강도의 범행은 예견가능성이 없어 특수강도교사는 성립할 수 없고, 야간주거침입절도교사죄만 성립가능함
- 김갑동은 김부호의 여동생의 남편(김부호의 처남)으로서 동거하지 않는 친족에 해당하나, 강도죄의 경우 친족상도례규정이 적용되지 않음.
- 방망이를 휘둘러 특수강도한 사실과 관련하여, 방망이로 폭행 또는 협박할 것까지 교사하였는지 문제됨. 비록 김갑동이 야구방망이를 사준 사실이 있으나, 김갑동은 김부호의 출장사실을 몰랐음.
- 대화에 참여하지 않은 자가 타인간의 대화를 지득한 내용을 녹음한 usb는 통비법위반으로 증거로 사용할 수 없음.
- 김부호의 진술조서에 기재된 갑갑동의 말은 전문진술이 기재된 조서에 해당하나, 통비법위

반에 해당함

- 김갑동이 교사하였다고 한 이을남의 경찰단계의 자백은 이른바 사경작성 공범피신조서로서 제312조 제3항에 따라 당해피고인 김갑동이 내용을 부인하는 이상 증거능력없음
- 결국, 특수강도를 교사하였다는 점은 합리적 의심없는 정도로 증명되었다고 볼 수 없음.

2. 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점

여신이의 진술서는 증거능력있으나(35면), 여신이의 치마속을 촬영한 부분에 대해서는 여신이의 허락이 있었다고 법정에서 진술하고 있음(25면).

나피해의 진술조서 증거능력없음(증거부동의, 나피해 증인으로 출석한 사실이 없어 진정성립과 반대신문기회보장되지 않음).

나피해가 피해신고하자, 김갑동으로부터 휴대폰 임의제출받음. 피의자의 의사를 쉽게 확인할 수 있음에도 이를 확인하지 않아 임의제출의 효력은 혐의와 관련된 부분에만 미침. 압수목록 교부받지 못함. 그러나 동기·경위, 수단·방법, 상습성과 관련된 자료 등으로 사용될 수 있어 혐의와의 객관적 관련성이 인정될 수 있고, 추가된 사진이 3장으로 소수인점, 현장에서 스스로 대상이나 장소를 지정한 점에 비추어 압수목록미교부는 적법절차의 실질적 내용을 침해한 것으로 볼 수는 없어 이를 위법수집증거로 볼 수 없고 증거능력인정됨.

김갑동은 경찰진술의 내용을 부인하고 있으나 이는 김갑동의 법정 부인진술에 대한 탄핵증거로 사용가능(3건의 사진촬영 및 나피해에 대한 사진촬영부분 자백)

결국, 나피해, 성명불상자 2인에 대한 카메라등 이용촬영죄에 대해서는 유죄판결이 예상되나, 여신이의 경우에는 구성요건해당성이 없어 형사소송법 제325조 전단의 무죄예상됨

3. 장물취득의 점

김갑동과 이을남이 4촌관계에 있으나 동거가족은 아니므로, 형법 제365조에 따라 형의 필요적 감면대상인 제365조 제2항은 적용되지 않음.

그러나 김갑동은 김부호의 매제로서 해당동거하지 않는 친족(4촌이내의 인척)으로, 친고죄에 해당함. 김부호는 처벌을 원치 않는다고 증인으로서 진술함(24면). 제327조 제2호의 공소기각 판결이 예상됨

4. 범인도피의 점

자신도 특수강도의 공범에 해당함. 단지 야간주거침입절도죄의 교사죄만 인정된다고 하더라도 혐의를 받는 이상 범인으로서 범인도피죄의 주체가 될 수 없음.

II. 피고인 이을남에 대하여

1. 특수강도의 점

김부호의 진술서(36면), 야구방망이 휘두르며 3천만원 강도하였다고 진술함. 본인도 자백하고 있다는 점에서 유죄판결이 될 수밖에 없음.

다만, 법정에서 공사사실을 모두 자백하고 뉘우친다고 진술하고 있는 점, 실제 야구방망이를 휘둘렀으나 상대방에게 직접적으로 가격하지 않은 점, 실제 강취한 재물을 분배받지 않은 점, 피해자 김부호가 처벌을 원치 않는 점(24면) 등은 정상판단시 유리한 사유로 고려할 수 있음

2. 사문서변조 및 변조사문서행사의 점

이미지파일 자체는 계속성이 없어, 문서에 해당하지 않음. 사문서변조죄가 성립하지 않는 이상 변조사문서행사죄도 성립하지 않음

3. 특수상해의 점

증거동의한 광사장의 고소장등에 의해 입증. 특수협박사실의 기판력이 미쳐 면소판결예상됨

4. 범인도피교사의 점

형법 제151조 제2항에 따라 처벌되지 않는 공범에 대해서도 범인도피교사죄는 성립함. 그러나, 특수강도와 관련한 공범인 이을남이 김갑동을 도피하도록 한 것은 자기비호권의 연장선에 있다고 볼 것이므로 방어권남용이라고 볼 수 없어 범인도피교사죄가 성립하지 않음. 형사소송법 제325조 전단의 무죄선고변론

5. 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(운전자폭행등)의 점

특가법상 운전자폭행죄와 관련하여 오토바이 운전자를 폭행한 것은 운전자폭행죄의 구성요건 해당성이 없음.

다만, 특수폭행은 아니고 축소사실인 단순폭행에 해당. 단순폭행죄를 축소인정하더라도 피해남이 처벌을 원치않는다고 의사를 표시한 이상(38면) 형사소송법 제327조 제6호에 따라 공소기각판결을 선고해주도록 변론

IV. 총평

금번 변호사시험, 형사법 또는 형사소송법은 지금까지 많이 출제되지 않은 학설의 설명(형법의 경우), 다양한 조문문제와 기출의 범위를 벗어난 상당수의 선택형지문, 사례형에서의 상소파트 등의 강조라는 측면에서 보다더 변별력을 강화하려는 취지를 엿볼 수 있습니다. 수험생으로서는 향후 편법적으로 기출문제나 중요출제파트부분, 그리고 단순한 판례의 정리만으로는 좋은 점수를 얻을 수 없다는 점을 명심하고 핵심이론파트 등에서는 이론과 판례를 모두 체계적으로 정리해둘 필요가 있겠습니다. 또한 선택형에 있어서는 단순한 지문정리 몇 개가 아니라 체계적으로 법학을 학습할 수 있도록 해야할 것입니다.