

제13회 변호사시험 형사법 사례형 해설

〈제1문〉 (45점)

문제1. 1)

I. 쟁점의 정리

甲의 절취행위에 가담한 丙의 행위가 폭처법상 공동주거침입죄와 합동절도에 해당하는지 문제 된다. 乙에게 합동범의 공동정범이 성립하는지 문제되고, 절취행위가 미수라는 점에서 甲이 A에 대한 폭행 및 상해로 준강도 미수가 성립하는지 나아가 강도치상죄가 성립하는지 문제된다. 그리고 乙과 丙에게 공동정범의 죄책을 물을 수 있는지 문제 된다.

II. 甲, 乙, 丙의 합동절도 및 공동주거침입

1. 甲과 乙의 합동절도 및 공동주거침입

2인 이상이 합동하여 타인의 재물을 절취하면 합동절도죄가 성립한다. (제331조 제2항) 판례에 따르면 ‘합동절도가 성립하기 위하여는 주관적 요건으로 2인 이상의 범인의 공모가 있어야 하고, 객관적 요건으로 시간적, 장소적으로 협동관계가 있는 실행행위를 분담이 있어야 한다.’ 합동범의 요건을 엄격하게 해석하여야 하므로 판례의 입장이 타당하다.

2. 사안의 경우

사안의 경우 甲과 丙은 금괴를 훔치기로 **공모**하였고, 범행현장에서 丙은 망을 보고 甲은 금괴를 훔치기 위하여 A의 집안으로 들어가 절도의 **실행행위를 분담**하였으므로 甲과 丙은 합동특수절도행위에 해당한다. 甲은 금괴를 취득하지 못하여 절도행위는 미수에 해당한다. 2인 이상 공동하여 주거에 침입한 경우 폭

1) 전형적인 사례구조이다. 합동특수절도와 합동특수절도범 중 1인이 준강도 그리고 치상에 이른 문제이다. 많은 기출문제가 있어 비교적 수월하게 해결할 수 있었을 것이다. 예시답안으로 쟁점부분을 작성하였다. 실제답안에서 보다 압축하거나 쟁점정리를 생략하고 목차에서 쟁점을 부각하여도 된다. 최대한 실전답안으로 작성하였다.

처법에 따라 공동주거침입죄가 성립한다. 절도를 위한 甲과 丙의 주거에 침입한 행위는 일반적으로 출입이 허용된 공간이 아니고 비밀번호를 무단으로 눌러 침입을 한 점에서 사실상 평온상태를 해치는 행위태양²⁾으로 주거에 들어간 것이다. 甲과 乙은 동일 장소에서 동일 기회에 상호 다른 자의 범행을 인식하고 이를 이용하여 이러한 범행을 한 것으로 폭처법상 공동주거침입죄의 죄책을 진다.

2. 합동범의 공동정범

乙은 절도를 제안하였고 A의 집 비밀번호 및 금고의 위치와 비밀번호, CCTV가 없는 도주로까지 상세한 정보와 범행 계획을 제공하는 행위를 하여 절도범행에 기능적 역할분담을 하였다. 현장에 가지 않은 乙에게 합동범의 공동정범을 인정할 수 있는지³⁾에 대하여 긍정설과 부정설이 있으나 판례는 합동범의 공동정범을 인정한다. 판례는 공동주거침입의 경우에도 이를 인정한다. 절도 범행을 실행한 위 2인 이상의 범인의 행위를 자기 의사의 수단으로 하여 합동절도의 범행을 하였다고 평가할 수 있는 정범성의 표지를 갖추고 있다고 보여지는 한 그 다른 범인에 대하여 합동절도의 공동정범의 성립을 인정하는 판례가 타당하다. 乙은 범행현장에 가지는 않았지만 乙이 분담한 기능적 역할에 비추어 보면 乙은 합동절도의 공동정범과 공동주거침입죄의 공동정범의 죄책을 질 수 있다.

Ⅲ. 甲의 죄책

1. 준강도 미수 성부

甲은 절도죄의 실행에 착수한 이후 현장에서 A에게 발각되자 자신을 붙잡으려는 A의 얼굴을 주먹으로 때렸으므로 甲은 절도의 기회에 체포면탈을 목적으로 A를 폭행한 것으로 준강도에 해당한다.(제355조)

판례는 준강도의 기수 여부는 절도행위의 기수여부를 기준으로 판단한다. 강도죄와 준강도죄는 실질적으로 위법성이 같다는 점에서 판례의 입장이 타당하다. 甲은 금괴를 절취하려고 하였으나 A가 이미 오래전 금괴를 처분한 사실이 있어 금괴를 취득하는 것은 불가능하였다. 甲의 행위에는 위험성이 인정되므로 甲의 금괴 절취행위는 불능미수⁴⁾이고 준강도미수에 해당한다.(제27조)

2) 논란이 있을 수 있으나 주거침입에 대한 변경된 판례의 입장에 의하더라도 주거침입행위에 해당한다고 판단된다. 이와 다른 입장에서 주거침입이 성립하지 않는다는 답안을 작성하였더라도 이에 대한 논증을 하였다면 크게 불이익은 없어 보인다.

3) 기본적인 쟁점이다. 충분히게 대비가 되었을 쟁점으로 부분 배점의 변별력은 낮아 보인다.

2. 기본범죄 미수와 결과적가중범

강도치상죄는 강도가 강도의 기회에 사람을 상해에 이르게 함으로써 성립한다. (제337조) 판례는 기본범죄가 미수에 그쳤더라도 과실에 의한 중한 결과가 발생한 이상 결과적 가중범의 기수가 된다고 판시하였다. 중한 결과가 발생한 이상 행위자는 기수 책임을 부담한다고 함이 타당하다. 甲은 강도의 기회에 A를 폭행하여 중한 결과인 상해의 결과를 발생하게 하였고 이에 대한 과실이 인정된다. 따라서 甲은 강도치상죄의 기수범의 죄책을 진다.

IV. 乙과 丙의 강도치상에 대한 죄책

甲의 강도치상죄에 대하여 특수절도를 공모한 乙과 丙에게 공동정범이 성립하는지 문제된다. 판례는 폭행, 협박에 대해 공동의사가 없는 다른 공범자도 이를 예기하지 못한 것으로 볼 수 없으면 강도상해죄의 죄책을 면할 수 없다고 판시하였다. 준강도죄는 결과적 가중범이 아니므로 결과적 가중범의 법리를 준강도죄에 적용할 수 없다고 하여야 한다. 판례에 의하더라도 乙과 丙은 A가 출장 중으로 집이 비어 있었다고 알고 있었고 丙은 금고안에 금괴가 없다는 답을 받고 현장을 떠났으므로 甲이 A를 폭행하고 상해가 발생할 것을 예견할 수는 없었다⁵⁾고 보아야 한다. 따라서 乙과 丙에게는 A에 대한 상해 결과에 대하여 아무런 죄책을 지지 않고 합동특수절도죄의 미수범 죄책만을 진다.

乙은 A와 친족관계에 있어 상대적 친고죄이나 A가 수사기관에 범죄사실을 신고하고 처벌을 구하는 의사를 표시하였으므로 乙에 대한 고소가 인정된다. 이는 소추조건으로 乙의 죄책에는 영향이 없다.(제328조, 제344조)

V. 사안의 해결

甲은 폭처법상 공동주거침입죄와 강도치상죄의 죄책을 지고, 乙과 丙은 폭처법상 공동주거침입죄와 합동특수절도죄의 미수범 죄책을 진다.

4) 미수라는 논증을 하였다면 불능미수인지에 대한 논증을 하지 않았다고 하더라도 크게 문제되지 않을 것이다.

5) 이와 다른 판단을 하였을 수도 있다. 이 부분 또한 논증을 하였다면 큰 불이익은 없어 보인다.

문제2.6) (15점)

I. 옷자락을 붙잡은 행위 적법성⁷⁾

경찰관이 112 신고된 범행 혐의자로 의심할 만한 상당한 이유가 있다고 보이는 甲을 발견하고 검문을 위해 정지를 요구하는 것은 경찰관직무집행법의 불심검문 대상자에 대한 불심검문에 해당한다.(경직법 제3조) 경찰관이 甲을 정지시켜 질문을 하기 위하여 甲을 추격하여 옷자락을 붙잡은 행위는 경찰관이 계속 도망가려는 甲을 정지시키기 위해 취한 불가피한 조치로 이러한 행위는 불심검문의 목적 달성에 필요한 최소한의 범위 내에서 사회통념상 용인될 수 있는 상당한 방법으로 행하여진 것으로 적법하다.

II. 가능한 체포의 방법⁸⁾

신체나 의복류에 증거가 될 만한 뚜렷한 흔적이 있을 때에는 준현행범에 해당하여 누구든지 영장 없이 체포할 수 있다(형사소송법 제211조 제2항 제3호). 甲이 범인으로 불리면 추적된 것은 아니며 누구냐고 묻자 도망을 한 것 아니지만 甲의 손과 소매 부분에 피가 묻어 있어 甲은 신체나 의복류에 증거가 될 만한 뚜렷한 흔적이 있어 준현행범에 해당한다. 강도치사죄는 3년 이상의 징역형에 해당하는 범죄이고 신고내용과 甲의 인상착의가 흡사하며 손 등에 피가 묻어 있어 범죄혐의의 상당성이 인정된다. 甲은 행적에 대해 질문하려고 하자 다시 도주하려고 하였으므로 체포의 필요성 또한 인정된다. 따라서 긴급체포의 요건을 갖추었다. 따라서 甲을 체포하는 방법에는 형소법 제211조 제2항 제3호의 준현행범 체포와 형소법 제200조의3의 긴급체포가 가능하다.

- 6) 울산지방법원 2019. 6. 13. 선고 2018노1309 판결을 사실관계와 거의 동일하게 문제가 출제되었다. 옷자락을 붙잡은 행위에 대한 판단으로 범죄행위에 대한 사실관계만을 달리 하여 문제를 구성한 것으로 보인다. 이번 시험에서 보기에 따라 가장 불의타라고 볼 수 있다. 물론 불심검문의 경우 추적하는 행위 앞을 가로막는 행위 등에 대한 대법원 판례가 존재하고 일반적인 법리로 사안을 해결할 수 있지 않느냐고 할 수 있다. 하급심 판례의 사실관계를 그대로 출제하는 것이 타당한지 의문이다.
- 7) 불심검문의 경우 실력행사가 가능한지에 대해 학설로 ① 제한적 허용설 ② 중범죄에 한해 예외적으로 허용된다는 예외적허용설, ③ 상대방의 의사를 제압하는 정도의 강제에 이르지 않는 물리력 행사가 허용된다는 설득행위설이 있다. 실제 답안에서 학설까지 언급하기에는 분량상 제한이 있을 수 있다. 예시 답안에서는 학설부분은 제외 하였다.
- 8) 체포영장에 의한 체포의 방법이 있을 수 있다. 그러나 사안에 한정하여 답안을 서술하였다. 체포영장에 대한 사실관계가 없고, 가능한 방법으로 논증할 수는 있으나 답안분량과 문제의 내용에 비추어 예시답에서 별도의 언급을 하지 않았다. 그리고 현행범과 긴급체포시 체포당시의 상황을 기초로 그 요건을 갖추었는지에 대한 논의는 질문과 직접적인 관련은 없어 보인다.

문제39). (15점)

I. 공동정범과 중지미수

丁과 戊는 B에 대한 살인을 공모하였고 기능적 행위지배를 통한 공동가공사실이 인정되므로 공동정범에 해당한다. 丁은 살인의 고의로 실행행위에 착수하였으나 후회와 연민으로 인하여 B에 대한 사망의 결과발생을 방지하였다는 점에서 丁에게는 어떠한 견해에 의하더라도 자의성이 인정된다. 丁은 119에 전화를 걸어 B의 구조를 요청하였고, 丁의 신고를 받고 출동한 구조대에 의해 병원으로 이송된 B는 가까스로 목숨을 건질 수 있었으므로 이러한 결과방지행위는 丁이 결과발생을 방지한 것과 동일시할 수 있는 경우에 해당한다. 戊는 실행의 착수 후 이탈하였으나 丁의 중지행위로 사망의 결과가 발생하지 않았다. 따라서 丁의 행위는 중지미수에 해당한다.(제26조)

II. 중지미수의 법적성격

① 중지미수의 형면제는 인적처벌조각사유, 형감경은 책임경감사유로서 중지미수의 효과는 일신전속성을 가짐에 반하여 ② 불능미수의 형감면에 대해서는 불법감면이어서 불능미수의 효과는 연대성을 가진다. 따라서 통설·판례입장인 제한적 종속형식에 따르면 정범의 불능미수는 공범의 죄책에 영향을 미치지 않지만, 정범의 중지미수는 공범의 죄책 범위에 영향을 미치지 않는다.

III. 사안의 경우

丁과 戊는 살인죄의 공동정범에 해당하고 丁의 중지행위로 인하여 사망이라는 결과가 발생하지 않았으므로 丁은 살인죄의 중지미수범의 죄책을 지고 戊는 살인죄의 장애미수범의 죄책을 진다. (제250조, 제25조, 제26조)

9) 전형적인 구조와 쟁점이다. 이 쟁점 또한 얼마나 정확하게 현출하였는지의 문제이다.

문제4.

I.설문 1)의 경우(17점)

1. 휴대전화 압수의 적법성

살인죄는 중범죄에 해당하고 공동정범인 丁의 범행 자백이 있어 **체포 당시 범죄 혐의의 상당성이 인정된다.** 그리고 丁의 자백이 있는 당일 戊는 중국으로 출국할 계획이어서 **체포의 필요성과 긴급성도 인정된다.** 경찰이 戊를 긴급체포한 것이 **현저히 합리성을 잃은 것이라고 볼 사정도 없으므로 戊에 대한 긴급체포는 적법하다.**(제200조의 3) 긴급체포를 하는 경우 체포현장에서 영장 없이 압수, 수색, 검증을 할 수 있다.(제216조 제1항 제2호) 戊의 휴대전화는 긴급체포된 당시 戊가 소지하고 있는 물건이고, 긴급체포를 하면서 압수하였으며 적법한 절차에 따라 사후영장을 발부받았다.(제217조 제3항) 긴급체포 사건인 살인사건과 관련성이 분명하고 긴급성 또한 인정되므로 **戊의 휴대전화 압수는 적법하다.**

2. 녹음파일의 증거능력

녹음파일은 戊가 丁 몰래 녹음한 것이나 戊는 **대화 당사자이므로** 타인 간의 대화를 녹음한 것이 아니므로 통신비밀보호법에 위반되지 않는다.(통비법 제3조 제1항) 적법하게 압수한 휴대전화를 분석하는 절차에 戊가 참여하지 않겠다는 의사를 명시적으로 표시하여 **절차 참여를 보장한 취지가 실질적으로 침해되었다고 볼 수 없다.**(제219조, 제121조) 따라서 제308조의2 위법수집증거에 해당하지 않는다. 전문증거인지 여부는 요증사실과의 관계에서 정해지는데, 원진술자의 진술내용의 진실성이 요증사실로 된 경우에는 전문증거가 되지만 원진술의 존재 자체가 요증사실인 경우에는 그 증거는 원본증거가 된다. 녹음파일의 丁의 “트럭이 준비되었으니 자정이 되면 실행하자.”라는 진술은 **戊에 대한 살인미수죄의 피고사건에서 진술의 존재 자체가 요증사실인 본래증거에 해당한다.** 따라서 녹음파일에 대하여 전문법칙이 적용되지 않는다. 戊가 丁의 진술 부분을 증거로 함에 부동의 하였더라도 증거능력이 인정된다.

II. 설문 2)의 경우¹⁰⁾ (8점)

경찰관 P 작성의 피고인 丁에 대한 피의자신문조서는 丁이 그 내용을 부인하는 이상 증거능력이 없으나, 그것이 임의로 작성된 것이 아니라고 의심할 만한 사정이 없는 한 피고인의 법정에서의 진술을 탄핵하기 위한 반대증거로 사용할 수 있다. 탄핵증거는 범죄사실을 인정하는 증거가 아니므로 엄격한 증거조사를 거쳐야 할 필요가 없다.(제318조의2)

그러나 법정에서 탄핵증거로서의 증거조사는 필요한 것이고, 탄핵증거의 제출에 있어서도 상대방에게 이에 대한 공격방어의 수단을 강구할 기회를 사전에 부여하여야 한다는 점에서 그 증거와 증명하고자 하는 사실과의 관계 및 입증취지 등을 미리 구체적으로 명시하여야 하므로, 증명력을 다투고자 하는 증거의 어느 부분에 의하여 진술의 어느 부분을 다투려고 한다는 것을 사전에 상대방에게 알려야 한다.

10) 증거로 사용할 수 있는 방법을 물어보았다. 내용부인된 사경작성 피신조서에 대한 증거능력에 대한 쟁점은 많이 출제되었다. 이번에는 탄핵증거로 사용할 수 있다는 쟁점에 더하여 그 사용방법까지 물어본 것이다.

〈제2문〉

문제1.¹¹⁾ (55점)

I. 쟁점의 정리

갑과 을의 지갑 절취행위와 관련하여 합동절도가 성립하는지 그리고 절취한 카드를 사용행위에 대하여 현금에 대한 절도죄와 신용카드부정사용죄가 성립하는지 문제된다. 그리고 시계취득행위에 대하여 처분행위가 없어 절도죄가 성립하는지 문제되고 허위진술행위에 대하여 범인도피죄가 성립하는지 경찰관에 대한 상해행위에 대하여 상해행위에 고의가 있어 부진정결과적가중범 인부와 죄수가 문제된다.

II. 지갑절취행위에 대하여¹²⁾

갑과 을은 공모하여 시간적, 장소적으로 협동관계에 있는 실행행위의 분담을 하여 A의 지갑을 절취하였으므로 갑과 을은 합동특수절도의 죄책을 진다.(제331조) 장물죄는 타인이 불법하게 영득한 재물의 처분에 관여하는 범죄이므로 본범의 정범은 장물죄의 주체가 될 수 없어 乙이 지갑을 건네 받은 것은 장물취득에 해당하지 않는다.

III. 카드사용행위에 대하여

1. 현금인출행위

을이 ATM에서 A의 신용카드로 예금 100만 원을 인출한 행위는 현금자동지급기 관리자의 의사에 반하여 그의 지배를 배제하고 그 현금을 자기의 지배하에 옮겨 놓는 것으로 절도죄에 해당한다. 예금¹³⁾을 인출한 것은 신용카드의 본래의 용법에 따라 사용하는 경우가 아니므로 신용카드부정사용죄에 해당하지 않는다.

11) 행위별로 답안을 구성하여야 답안작성이 수월할 것으로 보인다. 죄책 답안구성은 크게 두가지로 주체별 행위별로 나누어 볼 수 있다. 2문의 경우 분량과 배점을 고려하면 사안포섭을 중심으로 답안을 작성하여야 한다.

12) 합동범에 대한 쟁점으로 1문과 중복될 수 있으나 간략하게 사안을 포섭하면 된다. 지갑 안에 있던 카드에 대한 절도는 지갑절도로 처리하였다.

13) 현금서비스나 대출을 받은 것이 아니므로 신용카드부정사용죄는 성립하지 않는다. 주거침입에 대한 논의가 있을 수 있으나 서술을 한다고 하더라도 성립하지 않는다는 논증을 하는 것으로 충분하다

2. 가방구매행위¹⁴⁾

乙은 丙에게 절취한 카드를 주면서 가방을 사달라고 부탁하였고 이를 건네받은 丙은 절취한 신용카드를 사용하여 가방을 구매하였다 그러나 丙은 절취한 카드라는 사실을 모르고¹⁵⁾ 카드를 사용하여 가방을 구매한 것으로 기망행위에 대한 고의가 없어 사기죄가 성립하지 않는다. 乙은 丙에 대한 의사지배를 통하여 절취한 신용카드를 사용하여 가방을 구매하였으므로 乙은 고의 없는 丙을 이용하여 사기죄를 범한 간접정범에 해당한다.(제347조, 제34조) 乙의 행위는 절도행위가 종료된 이후의 행위로 질적초과에 해당하여 甲은 乙의 행위에 대하여 아무런 책임을 지지 아니한다.

IV. 시계취득행위에 대하여

1. 처분행위 인정여부

사기죄는 타인을 기망하여 착오를 일으키게 하고 그로 인한 처분행위를 유발하여 재물·재산상의 이득을 얻음으로써 성립하고, 여기서 처분행위라 함은 재산적 처분행위로서 피기망자가 자유의사로 직접 재산상 손해를 초래하는 작위에 나아 가거나 또는 부작위에 이른 것을 말한다 행위자가 기망행위를 한 경우에도 피기망자의 착오에 빠진 처분행위가 아니라 행위자의 별도의 행위에 의하여 재산상 손해가 발생한 경우 이는 사기가 아니라 절도에 해당한다.

2. 사안의 경우

丙은 매장직원 B에게 시계를 “한번 착용해 보자.”라고 요청했고, B가 건네준 시계를 손목에 차고 살펴보다가 B가 다른 손님과 대화하는 사이 몰래 도망쳤으므로 B의 처분행위가 인정되지 않아 사기죄가 아닌 절도죄¹⁶⁾가 성립한다.

14) 이와 같은 사례구조 또한 모고와 기출문제에서 구성되었던 유형이다. 간접정범에 해당함을 논증하고 이를 이용한 乙의 죄책과 질적초과에 해당하여 甲에 대하여 죄책이 인정되지 않는다. 장물이라는 정을 몰랐을 뿐만 아니라 장물을 취득하거나 사용한 것이라고 볼 수도 없다.

15) 사례문제의 경우 주어진 사실관계는 가공하는 것이 아니다. 기록형으로 보면 인정된 사실관계에 해당한다.

16) 책략절도에 대한 것으로 앞서 언급한 것처럼 배점과 분량을 고려하여 답안을 구성하여야 한다.

V. 허위진술행위에 대하여¹⁷⁾

1. 범인도피죄

범인도피죄는 벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 자를 도피하게 함으로써 성립한다.(제151조 제1항) 범인도피죄에서 ‘도피하게 하는 행위’란 은닉 이외의 방법으로 범인에 대한 수사, 재판, 형의 집행 등 형사사법의 작용을 곤란하게 하거나 불가능하게 하는 일체의 행위를 말한다. 甲은 피의자 신문 과정에서 乙이 지시한 대로 혼자 길 가다가 주운 카드라고 진술한 것만으로 乙의 발견 또는 체포를 곤란 내지 불가능하게 할 정도라고 할 수 없다. 따라서 甲이 한 진술은 乙을 도피하게 하는 행위라고 할 수 없다.

2. 공범에 대한 도피

범인도피죄는 타인을 도피하게 하는 경우에 성립할 수 있는데, 여기에서 타인에는 공범도 포함되나 범인 스스로 도피하는 행위는 처벌되지 않는다. 공범인 甲이 그 범행에 관한 수사절차에서 피의자로 조사받으면서 자기의 범행을 구성하는 사실관계에 관하여 허위로 진술하는 것은 자신의 범행에 대한 방어권 행사의 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없다. 甲의 진술이 乙을 도피하게 하는 결과가 된다고 하더라도 범인도피죄로 처벌할 수 없다.

3. 사안의 경우

甲에게는 범인도피죄가 성립하지 않고 공범인 乙이 이러한 행위를 교사하였더라도 범죄가 될 수 없는 행위를 교사한 것에 불과하여 乙에게도 범인도피교사죄가 성립하지 않는다. 乙의 진술만으로 위계에 의하여 수사가 방해된 것으로 볼 수 없어 위계에 의한 공무집행방해 또한 성립하지 않는다.(제137조)

17) 범인 도피가 아니라고 결론을 내리고 공범에 대한 도피 쟁점을 언급하지 않았을 수 있다. 교사의 내용이 명백한 것은 아니지만 자기 범행을 구성하는 사실관계에 해당하는지 논증을 하는 것이 필요한 것으로 보인다.

VI. 경찰관에 대한 상해행위에 대하여¹⁸⁾

1. 부진정결과적가중범 인정여부

이에 대하여 판례는 특수공무집행방해치상죄는 중한 결과에 대하여 고의가 있는 경우까지도 포함하는 부진정결과적가중범이다. 라고 판시하여 긍정설의 입장이다. 중한결과에 대하여 고의가 있음에도 과실이 있는 경우보다 가볍게 처벌되는 처벌의 불균형을 시정하기 위하여 이를 긍정하는 판례 입장이 타당하다.

2. 부진정결과적 가중범의 죄수

판례는 ① 고의로 중한 결과를 발생하게 한 행위가 별도의 구성요건에 해당하고 그 고의범에 대하여 결과적가중범에 정한 형보다 더 무겁게 처벌하는 규정이 있는 경우에는 그 고의범과 결과적가중범이 상상적 경합관계에 있지만, ② 위와 같이 고의범에 대하여 더 무겁게 처벌하는 규정이 없는 경우에는 결과적가중범이 고의범에 대하여 특별관계에 있으므로 결과적가중범만 성립하고 이와 법조경합의 관계에 있는 고의범에 대하여는 별도로 죄를 구성하지 않는다.는 입장이다. 부진정결과적가중범을 인정하는 근거와 고의범의 법정형이 부진정결과적가중범의 법정형에 비하여 더 무겁지 않은 경우 부진정결과적가중범은 고의범의 불범을 포함한다는 점에서 판례의 입장이 타당하다.

3. 사안의 경우

특수상해죄가 특수공무집행방해치상죄보다 더 무겁지 않으므로 甲은 특수공무집행방해치상죄의 죄책만을 진다.(제144조, 제258조의 2)

VII. 사안의 해결

甲은 합동특수절도죄와 특수공무집행방해치상죄의 죄책을 지고, 乙은 합동특수절도죄, 가방에 대한 사기죄, 가방 구매에 사용한 신용카드부정사용죄, 현금에 대한 절도죄의 죄책을 지고, 丙은 시계에 대한 절도죄의 죄책을 진다.

18) 이 또한 전형적인 쟁점이었다. 부진정결과적 가중범이 출제되는 경우 인정여부와 죄수에 대한 논증을 하여야 한다. 예시답안 보다 간략하게 서술하여도 무방하다고 보인다.

문제2.¹⁹⁾(10점)

I. 별건압수

전자정보에 대한 압수·수색이 종료되기 전에 혐의사실과 관련된 전자정보를 적법하게 탐색하는 과정에서 별도의 범죄혐의와 관련된 전자정보를 우연히 발견한 경우라면, 수사기관은 더 이상의 추가 탐색을 중단하고 법원에서 별도의 범죄혐의에 대한 압수·수색영장을 발부받은 경우에 한하여 그러한 정보에 대하여도 적법하게 압수·수색을 할 수 있다.

II. 압수절차

별도의 압수·수색 절차는 최초의 압수·수색 절차와 구별되는 별개의 절차이고, 별도 범죄혐의와 관련된 압수물은 압수·수색영장에 의한 압수·수색의 대상이 아니어서 저장매체의 원래 소재지에서 별도의 압수·수색영장에 기재 압수·수색을 진행하는 경우와 마찬가지로 피압수자에게 형사소송법 제219조, 제121조, 제129조에 따라 참여권을 보장하고 압수한 전자정보 목록을 교부하는 등 피압수자의 이익을 보호하기 위한 적절한 조치가 이루어져야 한다.

II. 사안의 경우

甲으로부터 임의제출을 받지 않는 한 수사기관은 더 이상의 추가 탐색을 중단하고 법원으로부터 별도의 압수수색영장을 발부받아 적법한 압수절차를 거치는 경우 휴대전화에 저장되어 있는 아동·청소년성착취물을 아동·청소년의성보호에관한법률위반 범행의 유죄 증거로 사용할 수 있다.

19) 많은 기출문제가 있었던 쟁점이다. 얼마나 정확하게 답안을 작성하였는지가 중요하다.

문제3. (10점)

I. 경합범의 일부무죄, 일부유죄에 대한 일부상소²⁰⁾

경합범관계에 있는 수개의 공소사실 일부에 대해 무죄, 나머지 부분에 대하여 유죄가 선고되어 재판의 주문이 수개인 경우 일부상소가 허용된다.(제342조제1항)
검사가 항소한 무죄부분을 항소심이 이유있다고 판단하여 파기할 경우 그파기범위와 항소심 법원의 조치에 대하여 ① 전부파기설 ② 일부파기설의 대립이 있다. 판례는 피고인과 검사가 항소하지 않은 유죄판결 부분은 항소기간이 지남으로써 확정되어 항소심에 계속된 사건은 무죄판결 부분에 대한 공소뿐이며, 그에 따라 항소심에서 이를 파기할 때에는 무죄부분만을 파기해야 한다는 입장이다. 항소심에 계속된 사건은 무죄판결 부분에 대한 공소뿐이라 할 것이므로 일부파기설이 타당하다.

II. 사안의 경우

항소심 법원은 검사가 항소한 무죄부분에 대해서만 심판범위로 한정하여 무죄부분을 파기하고 재판하여 형법 제37조 후단의 경합범으로서 형을 선고해야 한다(제364조 제6항). 검사만이 항소하였으므로 불이익변경금지원칙은 적용되지 않는다. 항소심은 제1심에서 확정된 유죄부분과 동시에 판결할 경우와의 형평을 고려하여 그 형을 감경하거나 면제할 수 있다.(형법 제39조 제1항)

문제4. (10점)

I. 이의제기 방법

형사소송법 제415조는 “고등법원의 결정에 대하여는 재판에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있음을 이유로 하는 때에 한하여 대법원에

20) 제12회의 경우 죄수 판단을 달리하는 경우가 출제될 것이라고 예상하였고 그대로 출제 되었다. 제13회의 경우 이 쟁점이 나올 것이라고 예상하였고 또 다시 적중하였다. 이 쟁점은 일부상소 쟁점 중 기본적인 쟁점으로 충분한 대비를 하였을 것으로 보인다. 상고심과 항소심 절차를 구분하여야 한다.

즉시항고를 할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 제1심 법원에서 보석상태로 재판을 받던 甲에 대하여 항소심인 고등법원이 보석허가결정을 취소하였으므로 고등법원의 취소결정에 대한 이의제기 방법은 **형소법 제415조의 즉시항고**이다.

II. 이의제기의 효력

즉시항고는 재판의 집행을 정지하는 효력이 있다(형사소송법 제410조). 고등법원의 보석취소결정에 대하여 즉시항고를 하는 경우 집행정지의 효력이 있는지 문제된다. 판례는 형사소송법 제415조가 고등법원의 결정에 대한 재항고를 즉시항고로 규정하고 있다고 하여 당연히 즉시항고가 가지는 집행정지의 효력이 인정된다고 볼 수는 없다.는 입장이다.

보통항고의 경우에도 법원의 결정으로 집행정지가 가능한 점(형사소송법 제409조)을 고려하면, 집행정지의 효력이 즉시항고의 본질적인 속성에서 비롯된 것이라고 볼 수는 없으며, 형사소송법 제415조는 재항고심의 심리부담을 경감하고 항소심 재판절차의 조속한 안정을 위하여 재항고이유를 제한함과 동시에 재항고 제기기간을 즉시항고 제기기간 내로 정하고 있으므로 판례의 입장이 타당하다. 따라서 항소심인 고등법원의 보석취소결정에 대하여 즉시항고를 하는 경우 보석취소 결정으로 검사의 집행지휘에 따라 구치소에 수감된 甲에 대하여 집행정지의 효력은 인정되지 않는다²¹⁾.

21) 2022년도 모고 객관식 지문으로 구성되었던 쟁점이었다. 모고 객관식 문제로 다루었던 쟁점은 사례와 기록에 출제될 수 있다고 하였다. 최판 강의자료에도 중요도를 표시하여 두었다. 사례문제로 구성되지 않아 기출사례집에서 다루어 볼 수 없었던 쟁점의 유형으로 이러한 문제에 해결하기 위하여 객관식 학습을 하는 경우 함께 준비하여야 한다고 하였다. 관련조문을 적시하여 사안을 해결하였다면 어느 정도 방어는 하였다고 볼 수 있다. 대법원 2020. 10. 29.자 2020모633 결정

문제 5.²²⁾(15점)

I. 공소장변경의 한계

공소장변경은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서만 허용된다(형사소송법 제298조 제1항). 공소사실의 동일성의 판단기준에 대하여 학설은 ① 기본적 사실동일설, ② 죄질동일설, ③ 구성요건공통설, ④ 소인공통설이 있다. 판례는 공소사실의 동일성은 그 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한가의 여부를 구체적 사실관계에 관하여 개별적으로 판단하여 결정하여야 한다고 하면서 규범적 요소도 아울러 고려하여야 한다.는 입장이다. 기판력의 범위를 확대하고 피고인의 방어권의 범위를 명확히 하는 기본적 사실 동일설이 타당하다.

II. 신설된 법률이 시행되기 이전 행위

포괄일죄에 관한 기존 처벌법규에 대하여 애초에 죄가 되지 않던 행위를 구성요건의 신설로 포괄일죄의 처벌대상으로 삼는 경우에는 신설된 포괄일죄 처벌법규가 시행되기 이전의 행위에 대하여는 신설된 법규를 적용하여 처벌할 수 없고(형법 제1조 제1항), 이는 신설된 처벌법규가 상습범을 처벌하는 구성요건인 경우에도 마찬가지이다. 청소년성보호법이 2020. 6. 2. 법률 제17338호로 개정되면서 상습으로 아동·청소년성착취물을 제작하는 행위를 처벌하는 조항인 제11조 제7항을 신설하고 그 부칙에서 개정 법률은 공포한 날부터 시행한다고 정하였다. C에 대한 2020. 5. 20.²³⁾ 부터 개정 규정이 시행되기 전까지 청소년성보호법 위반 부분에 대하여는 위 개정 규정을 적용하여 청소년성보호법 위반죄로 처벌할 수 없다.

22) 공소장변경에 대한 쟁점은 출제가 유력하였다. 개정법관련 법리는 중요한 쟁점으로 최판에서도 반복되었다. 그런데 이러한 법리를 기반으로 공소장변경의 쟁점으로 이어진 것이다. 문제의 지문에서 ‘공소장변경허가신청을 하였다면’ 이라고 하고 있어 공소장변경의 한계에 대한 쟁점을 묻고 있다는 것을 알 수 있다. 대법원 2022. 12. 29. 선고 2022도10660 판결 대법원 2016. 1. 28. 선고 2015도15669 판결

23) 주어진 사실관계는 2020. 5. 20.로 되어 있으나 명확하게 특정되지 않은 것으로 보이고 피해자를 고려하여 개정 전까지로 하였다. 2020. 5. 20. 범죄라고 하여도 무방할 것으로 보인다.

Ⅲ. 사안의 경우

청소년성보호법 위반죄로 처벌되는 그 이후의 부분과 포괄일죄의 관계에 있지 않고 **실체적 경합관계**에 있게 된다. 실체적 경합관계에 있는 부분은 종전 공소사실과 기본적 사실관계가 동일하다고 볼 수 없으므로, 검사가 공소사실의 동일성이 인정되지 않는 범죄사실을 공소사실로 추가하는 취지의 공소장변경허가신청을 하는 경우 법원은 검사의 공소장변경허가신청을 기각하여야 한다.

〈제1문〉

- (1) 甲, 乙, 丙이 금값 상승에 관해 이야기를 나누던 중 乙은 외삼촌(상대적친고죄) A의 집 안 금고에 금괴가 있는데 A가 출장 중이라 집이 비어 있으니(예견가능성) 금괴를 훔쳐 나누어 갖자고 제안하였다. 이에 동의한 甲과 丙에게 乙은 A의 집 비밀번호 및 금고의 위치와 비밀번호, CCTV가 없는 도주로까지 상세한 정보와 범행 계획을 제공하였다.(범행모의 공모, 乙 주도적 역할)

범행 당일 10:00경(주간) 범행 계획대로 乙은 자신이 거주하는 오피스텔에 남아 있었고,(현장×) 甲과 丙은 A의 집으로 갔다. 丙이 A의 집 비밀번호를 눌러 문을 열어주고 문 앞에서 망을 보는 사이 甲은 A의 집 안으로 들어가 금고를 찾아 열었다. (합동, 침입) 하지만 금고 안은 텅 비어 있었다.(미수)

甲은 계속하여 금괴를 찾던 중,(실행행위 중) 출장이 연기되어 마침 집 안 침실에 있던 A에게 발각되자 자신을 붙잡으려는 A의 얼굴을 주먹으로 때리고 집 밖으로 도망쳤다.(체포면탈목적 폭행, 준강도)

한편, 丙은 망을 보는 시간이 길어지자 甲에게 진행상황을 물어보는 문자메시지를 보냈고, 이에 甲이 금고 안에 금괴가 없다는 답을 보내오자 甲이 집에서 나오기 전에 이미 현장을 떠났다.(예견가능성×)

A는 “집에 침입한 절도범이 나를 때리고 도주하였는데, 절도범한테 맞아서 코에 피가 난다. 절도범은 30대 초반에 빨간색 뿔테안경을 착용하였고, 청바지에 흰색 티셔츠를 입었다.”라고 112에 신고를 하였다.

신고를 받고 출동한 경찰관은 근처를 탐문하던 중, A의 집으로부터 2km 떨어진 지점에서 인상착의가 흡사한 甲을 발견하고 검문을 위해 정지를 요구하였다.(불심검문)

甲이 이를 무시하고 그대로 도주하자 200m 가량 추격하여 甲의 옷자락을 붙잡았고 그로 인해 甲이 바닥에 넘어졌다.(불심검문 위한 적법한 조치)

경찰관은 甲의 손과 소매 부분에 피가 묻어 있는 것을 발견하고 행적에 대하여 질문을 하려고 하였으나 甲이 다시 도주하려고 하자 그 자리에서 체포의 이유와 변호인 선임권 등을 고지하고 甲을 체포하였다.(준헌행범)

경찰 조사 결과 금괴는 이미 오래전에 처분한 터라 사건 당시 금고 안에는 아무 것도 없었고,(불능)

A는 甲의 폭행으로 인해 2주간의 치료를 요하는 비강출혈상을 입었다. (강도치상)

한편, A는 경찰 조사에서 “甲, 乙, 丙에 대한 처벌을 원한다.”라고 진술하였고 경찰관은 이를 진술조서에 기재하였다.(신고, 처벌의사표시 고소)

- (2) 丁과 戊는 수년간 극도로 사이가 좋지 않던 직장 동료 B를 교통사고로 위장하여 살해하기로 마음먹었다. 丁이 1t 트럭을 렌트한 다음 戊가 트럭을 운전하고 丁은 戊의 옆자리에 앉아 B가 퇴근하기를 기다렸다.(살인고의, 예비음모)

자정 무렵 B가 건물 밖으로 나오자 戊가 트럭 속도를 올려 도로를 건너는 B를 강하게 충격한 다음 그대로 도망쳤다.(실행착수) 丁과 戊는 사고 장소에서 3km 떨어진 곳으로 이동하여 주차하였는데,(실행미수)

丁은 후회와 함께 B에 대한 연민이 들어 그를 구호해 주자고 하였으나 戊는 동의하지 않고 그곳을 떠났다.(실행착수 후 이탈, 공동정범 중지)

丁은 119에 전화를 걸어 B의 구조를 요청하였고, 丁의 신고를 받고 출동한 구조대에 의해 병원으로 이송된 B는 가까스로 목숨을 건질 수 있었다.(丁 중지미수 戊 장애미수)

경찰관 P는 丁을 조사하였고, 丁은 범행을 자백하며 戊가 범행 당일 평택항을 통해 중국으로 출국할 계획이라고 진술하였다.(丁 임의성, 긴급성)

경찰은 당일 정오에 평택항에서 출국하려는 戊를 긴급체포하면서, 戊가 소지하고 있던 휴대전화를 영장 없이 압수하였다.(영장주의 예외)

조사 과정에서 戊는 범행을 부인하면서 휴대전화 분석 절차에는 참여하지 않겠다고 하였다.(절차보장)

휴대전화 분석 결과 丁과 戊의 대화 녹음파일이 복구되었고, 대화 중 “트럭이 준비 되었으니 자정이 되면 실행하자.”라는 丁의 발언이 확인되었다.(본래증거)

위 녹음파일은 戊가 丁 몰래 녹음한 것이었다. 경찰은 적법한 절차에 따라 사후영장을 발부받았다.(통비법×)

< 문제 >

1. (1)과 관련하여 甲, 乙, 丙의 죄책을 논하시오. (45점)

합동범, 합동범의 공동정범, 준강도 미수, 기본범죄 미수와 결과적가중범 강도치상, (준)강도치상

2. (1)과 관련하여 경찰관이 甲의 옷자락을 붙잡은 행위의 적법성 및 가능한 체포의 방법을 논하시오. (15점)

불심검문, 준현행범 체포, 긴급체포

3. (2)와 관련하여 丁, 戊의 죄책을 논하시오(특별법 위반의 점은 논외로 함). (15점)

공동정범과 중지미수, 중지미수 법적성격

4. (2)와 관련하여,

1) 戊에 대한 제1심 공판에서 戊가 범행을 부인하면서 녹음파일 중 丁의 진술 부분을 증거로 함에 부동의한 경우, 휴대전화 압수의 적법성 및 녹음파일의 증거능력을 논하시오. (17점)

통비법× , 제200조의 3, 제216조 제1항, 제2호제217조 제3항, 적법, 본래증거

2) 丁에 대한 제1심 공판에서 丁이 범행을 부인하면서 경찰관 P 작성의 丁에 대한 피의자신문조서의 내용을 부인한 경우, 丁의 경찰에서의 진술 내용을 증거로 사용할 수 있는 방법을 논하시오. (8점)

탄핵증거 사용방법

〈제2문〉

- (1) 甲과 乙은 한 건 하기로 하고 집 주변 ATM 앞을 서성대다 현금을 인출하는 A의 뒤에서 몰래 A의 신용카드 비밀번호를 알아낸 다음, 乙이 A에게 길을 묻는 척하고, 甲이 그 사이 A의 지갑을 몰래 꺼내었다.(합동절도)

그 후 甲은 乙에게 “일단 네가 갖고만 있어라. 밤에 만나서 이야기하자.”라고 말하며 그 지갑을 건네주었고, 각자 다른 방향으로 도망쳤다.(장물취득×)

乙은 甲의 말을 어기고 ○○백화점 근처 ATM에서 A의 신용카드로 예금 100만 원을 인출하고 나오다가,(절도, 신용카드부정사용×)

마침 그곳을 지나가던 처남 丙과 마주치자 丙에게 A의 신용카드를 자신의 것인 양 건네주며 “내가 지금 급한 약속이 있으니 아내 생일 선물로 줄 명품 가방을 하나 사 달라.”라고 부탁했다.(丙 장물취득 고의×)

丙은 당연히 乙의 카드로 생각하고 ○○백화점에서 A의 신용카드를 사용하여 500만 원 상당의 명품 가방을 구매하였다.(乙 사기, 신용카드부정사용, 간접정범)

그 후 丙은 옆 매장에서 사고 싶었던 시계를 발견하고 들어가 매장직원 B에게 “한번 착용해 보자.”라고 요청했고, B가 건네준 시계를 손목에 차고 살펴보다가 B가 다른 손님과 대화하는 사이 몰래 도망친 후, 乙을 만나 구입한 가방과 A의 신용카드를 건네주었다.(丙 책략절도, 가방 신용카드 무죄)

乙은 그날 밤 甲에게 A의 신용카드를 주면서 “너부터 사용하고 만일 경찰에 잡히면 혼자 길 가다가 주운 카드라고 말해.”라고 하였다.(장물 취득×, 범인도피교사)

귀가하던 甲은, A의 신고를 받고 甲을 검거하기 위해 인근을 순찰하던 경찰관 P1이 자신에게 다가오자 평소 지니고 있던 접이식 칼을 휘둘러 P1의 팔에 전치 4주의 상처를 입혔다. (특수공집방치상)

뒤늦게 현장에 도착한 경찰관 P2에 의해 체포된 甲은 피의자 신문과정에서 乙이 지시한 대로 진술했다.(범인도피 ×)

- (2) 한편, 경찰관 P2는 현장 부근 CCTV 영상에서 지갑을 건네받는 乙을 발견하고, 乙의 가담 여부를 확인하기 위하여 절도 혐의에 관한 영장을 발부받아 甲의 휴대전화를 압수하여 이를 적법하게 포렌식하였다.

그 과정에서, 甲이 2020. 5. 20. 15세인 C에게 C 자신의 신체 일부를 노출한 사진을 촬영하도록 하였고, 2020. 6. 15. 14세인 D에게 D 자신의 신체 전부를 노출한 동영상을 촬영하도록 하는 등 2023. 2. 10.까지 14~16세의 피해자 100명에게 피해자 자신의 신체의 전부 또는 일부를 노출한 사진과 동영상을 촬영하도록 하여 총 1,000개의 아동·청소년성착취물인 사진과 동영상을 제작한 사실도 밝혀졌다.

< 문제 >

1. 사실관계 (1)에서 甲, 乙, 丙의 죄책은? (55점)

지갑절취행위, 카드사용행위, 시계취득행위, 허위진술행위, 상해행위

2. 사실관계 (2)에서 甲의 휴대전화에 저장되어 있는 아동·청소년성착취물을 아동·청소년의성보호에관한법률위반 범행의 유죄 증거로 사용하기 위한 요건은? (10점)

별건압수, 압수절차

3. 만약 제1심 법원이 피고인 乙에 대하여 1) A의 신용카드 관련 범행에 대해서는 유죄를 인정하였으나, 2) 乙이 甲에게 허위진술을 교사한 범행에 대해서는 무죄를 선고하자, 검사만 2)의 무죄 선고 부분에 대해 항소하였고 항소심 법원이 검사의 항소가 이유 있다고 판단하였다면, 항소심 법원의 조치는? (10점)

경합범의 일부무죄, 일부유죄에 대한 일부상소

4. 제1심 법원에서 보석상태로 재판을 받던 甲에 대하여 항소심인 고등법원이 보석허가 결정을 취소하자 甲은 검사의 집행지휘에 따라 구치소에 수감되었다. 법원의 보석 취소결정에 대한 甲의 이의제기 방법과 그 효력은? (10점)

즉시항고, 집행정지효력, 제415조 제409조, 제410조

5. 사실관계 (2)에서 만약 검사가 甲의 아동·청소년의성보호에관한법률위반 범행에 대하여 ‘피고인은 2020. 6. 15.부터 2023. 2. 10.까지 상습으로 아동·청소년인 피해자 99명에게 신체의 전부 또는 일부를 노출한 사진을 촬영하도록 하는 등 총 999개의 아동·청소년성착취물인 사진 또는 동영상을 제작하였다’ 고 공소를 제기하였다가,

C에 대한 범행을 추가하기 위하여 공소사실을 ‘피고인은 2020. 5. 20.부터 2023. 2. 10.까지 상습으로 아동·청소년인 피해자 100명에게 신체의 전부 또는 일부를 노출한 사진을 촬영하도록 하는 등 총 1,000개의 아동·청소년성착취물인 사진 또는 동영상을 제작하였다’ 고 변경하는 취지의 공소장변경허가신청을 하였다면, 이러한 경우 법원의 조치는? (15점)

공소장변경의 한계, 신설된 법률, 공소장변경허가신청 기각

[참조조문]

구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(법률 제12329호, 2020. 6. 2. 개정되기 전의 것)

제11조(아동·청소년이용음란물의 제작·배포 등) ① 아동·청소년이용음란물을 제작·수입 또는 수출한 자는 무기징역 또는 5년 이상의 유기징역에 처한다.

② 영리를 목적으로 아동·청소년이용음란물을 판매·대여·배포·제공하거나 이를 목적으로 소지·운반하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

③ 아동·청소년이용음란물을 배포·제공하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

④ 아동·청소년이용음란물을 제작할 것이라는 정황을 알면서 아동·청소년을 아동·청소년이용음란물의 제작자에게 알선한 자는 3년 이상의 징역에 처한다.

⑤ 아동·청소년이용음란물임을 알면서 이를 소지한 자는 1년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

⑥ 제1항의 미수범은 처벌한다.

확 인 : 법무부 법조인력과

