

# 형사소송법

## 【문 1】

### <기본적 사실관계>

甲은 상습으로 2016. 10. 5.부터 2017. 10. 25.까지 15회에 걸쳐 피해자들의 신용카드와 체크카드 18장을 절취하고, 같은 기간 동안 위와 같이 절취한 카드를 이용하여 현금인출기에서 40회에 걸쳐 피해자들 소유의 현금 합계 111,500,000원을 절취하였다.

(각 설문은 상호관련성이 없으며, 절취한 신용카드 사용과 관련된 여신전문금융업법 위반죄는 고려하지 말 것)

1. (위 기본사실에 추가하여) 甲의 위 행위 중 2017. 10. 25.의 범행에 대하여만 단순절도죄(형법 제329조)로 2018. 3. 5. 공소가 제기되어, 2018. 7. 3. 피고인 甲을 징역 6월에 처하는 판결이 선고되어 2018. 7. 12. 확정되었다. 이후 2018. 9. 3. 피고인 甲의 나머지 범행들 중 절도범행 전체에 대하여 형법상 상습절도죄로 공소가 제기되었다. 1심 법원은 검사의 공소제기에 대하여 어떤 판결을 내려야 하는지 설명하시오.

(관련 법리에 관한 대법원 판결이 있는 경우 대법원 판결의 입장과 논거를 포함시킬 것. 만약 대법관들의 의견이 갈린 경우 다수의견에 따를 것) (10점)

- 계 속 -

2. (위 기본사실에 추가하여) 피고인 甲은 위 범죄 행위 이전에 2007. 12. 10. A고등법원에서 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(이하 ‘특정범죄가중법’이라 한다) 위반(절도)죄 등으로 징역 4년을 선고받고, 2016. 1. 5. B지방법원에서 상습절도죄 등으로 징역 4년을 선고받았다[위의 2016. 1. 5. 선고 판결은 2013년에 특정범죄가중법 위반(절도)죄 등에 관하여 선고된 판결을 대상으로 한 재심판결임].

피고인 甲에 대하여는 위 범죄행위 이전에 저지른 범행과 관련하여 다음과 같은 재심판결도 확정된 바 있다. 피고인 甲은 상습으로 2003. 2. 1.부터 2003. 8. 20.까지 신용카드를 절취하고 절취한 신용카드를 이용하여 현금을 인출하여 절취하였다는 범죄사실로 2003. 10. 20. B지방법원에서 특정범죄가중법 위반(절도)죄 등으로 징역 2년을 선고받았고 2003. 12. 19. 그 판결이 확정되었다. 위 판결에 적용되었던 법률조항인 구 특정범죄가중법(2010. 3. 31. 법률 제10210호로 개정된 것, 이하 같다) 제5조의4 제1항 중 형법 제329조에 관한 부분 등이 헌법에 위반된다는 헌법재판소 결정(헌법재판소 2015. 2. 26. 선고 2014헌가16 등 전원재판부 결정)이 나오자, 피고인 甲은 위 판결에 대한 재심을 청구하여 같은 법원에서 상습절도로 공소장이 변경된 다음 2016. 8. 10. 상습절도죄 등으로 징역 2년을 선고받고 항소하였다가 2016. 12. 15. 항소기각판결을 선고받았고, 2016. 12. 20. 위 재심판결이 확정되었다(이하 ‘이 사건 제1재심판결’이라 한다).

위의 판결들과 관련하여 피고인 甲은 2016. 9. 5. 최종적으로 형의 집행을 종료하였다. 2017. 11. 20. 피고인 甲의 2016. 10. 5.부터 2017. 10. 25.까지 위의 절취의 범행들에 관하여, 두 번 이상 실형을 선고받고 그 집행이 끝나거나 면제된 후 3년 이내에 다시 상습적으로 절도죄를 범하였다는 이유로 특정범죄가중법 위반(절도)죄로 공소가 제기되었다. 확정된 이 사건 제1재심판결의 기판력이 위 공소사실 중 제1재심판결 선고 전에 범한 2016. 10. 5.자 각 절도 범죄에 미치는지 설명하시오.

(관련 법리에 관한 대법원 판결이 있는 경우 대법원 판결의 입장과 논거를 포함시킬 것. 만약 대법관들의 의견이 갈린 경우 다수의견에 따를 것) (10점)

- 계 속 -

**【문 2】**

甲, 乙은 한약사로서 A와 공모하여 한약사 자격이 없는 A가 한약국을 개설하여 다이어트 한약을 판매할 수 있게 하였다. 甲은 자신이 개설한 한약국에서 보건복지부장관이 정한 조제 방법을 따르지 않았음에도 불구하고 한의사의 처방전 없이 한약을 조제하고, 전화 상담만을 받고 고객들에게 이를 택배로 판매하였다. 위 각 사실을 공소사실로 하여 甲, 乙에 대하여 각 약사법 위반죄로 공소가 제기되었다. 제1심은 피고인 甲, 乙(이하 甲, 乙을 함께 지칭할 때는 ‘피고인들’이라 한다)에게 유죄를 인정하면서 각 벌금 1,000만 원의 형을 선고하였다. 이에 대해 피고인 乙은 양형부당만을 이유로 항소하였으나 피고인 甲은 항소하지 않았고 검사는 피고인들에 대해 양형부당을 이유로 항소하였다. 2심 법원은 검사의 항소이유를 받아들여 제1심판결을 파기하고 피고인 甲에 대해 징역 6월 및 집행유예 1년, 피고인 乙에 대해 벌금 2,000만 원의 형을 각 선고하였다. 피고인들은 원심판결에 대하여 논리와 경험칙에 반하여 사실을 잘못 인정하고 필요한 심리를 다하지 아니하였거나 법리를 오해하였다는 점을, 피고인 乙은 이에 덧붙여 양형이 부당하다는 점을 상고이유로 삼아 상고하였다. 위와 같은 상고이유들이 적법한지 설명하시오.

(관련 법리에 관한 대법원 판결이 있는 경우 대법원 판결의 입장과 논거를 포함시킬 것. 만약 대법관들의 의견이 갈린 경우 다수의견에 따른 것) (10점)

**【문 3】** 공소장 변경과 관련하여 다음 질문에 답하시오.

1. 피고인 甲에 대하여, 피고인 甲은 A, B와 합동하여 2019. 8. 8. 01:00경 피해자 X를 둘러싼 다음 돈을 내라고 요구하였으나 이에 불응하자 피해자 X의 가슴과 얼굴을 구타하여 항거 불능케 하고 피해자 X로부터 현금 20만 원을 강취하였다는 특수강도죄의 공소사실로 공소가 제기되었다. 이에 대하여 1심 법원은 공소장 변경절차를 거치지 않고, 피고인 甲과 A, B가 합동하여 피해자 X에게 가한 폭행이 재물을 제공케 할 수단으로서 피해자를 외포케 함에 그치고 그 반항을 억압할 정도에 이르지 아니하였다고 보아 특수강도죄가 아닌 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(공동공갈)죄로 처단하는 유죄판결을 내렸다. 위 유죄판결이 적법한지 설명하시오.

(관련 법리에 관한 대법원 판결이 있는 경우 대법원 판결의 입장과 논거를 포함시킬 것. 만약 대법관들의 의견이 갈린 경우 다수의견에 따른 것) (5점)

- 계 속 -

2. 피고인 甲에 대하여, 피고인 甲은 피해자 A를 강제추행하여 외음부 열상을 입게 하였다는 강제추행치상죄의 공소사실로 공소가 제기되었다. 이에 대하여 1심 법원은 공소장 변경절차를 거치지 않고, 강제추행 사실을 인정한 다음 피해자 A가 입은 상해는 극히 경미한 것으로 이로 인하여 신체의 완전성이 손상되었다거나 건강 상태가 불량하게 변경되었다고 볼 수 없으므로 강제추행치상죄에 있어서의 상해에 해당하지 아니한다고 판단하여 피고인 甲을 강제추행죄로 처단하는 유죄판결을 내렸다. 위 유죄판결이 적법한지 설명하시오.

(관련 법리에 관한 대법원 판결이 있는 경우 대법원 판결의 입장과 논거를 포함시킬 것. 만약 대법관들의 의견이 갈린 경우 다수의견에 따를 것) (5점)

3. 피고인 甲에 대하여, 피고인 甲은 사실상 혼인관계에 있던 피해자 A의 집에서 동거 생활을 하던 중, 피해자 A가 ‘술 사먹을 돈은 있고 애들 학비 줄 돈은 없느냐’고 말하자 격분하여 피해자 A의 얼굴을 수회 때리고 배를 걷어찬 후 피해자 A의 양쪽 손과 발목을 테이프로 묶은 후 피해자 A를 베란다로 끌고 가 베란다 창문을 열고 난간 밖으로 밀어 12층에서 떨어지게 하여 살해하였다는 살인죄의 공소사실로 공소가 제기되었다. 피고인 甲은 피해자 A를 때리고 양쪽 손과 발목을 테이프로 묶었다는 등 살인의 점을 제외한 나머지 공소사실을 전부 시인하였다. 이에 대하여 1심 법원은 피고인 甲이 피해자 A를 베란다로 끌고 가 떨어뜨린 사실을 인정할 증거는 없으나, ‘피해자 A를 베란다로 끌고 가 베란다 창문을 열고 난간 밖으로 밀어 12층에서 떨어지게 하여 살해하였다’는 점을 제외한 나머지 공소사실은 모두 인정된다고 판단하였다. 아래 질문에 답하시오.

(관련 법리에 관한 대법원 판결이 있는 경우 대법원 판결의 입장과 논거를 포함시킬 것)

가. 1심 법원이 검사에게 공소 제기된 사실에 포함된 더 가벼운 범죄사실인 폭행이나 상해, 체포·감금 등의 죄로 공소장 변경을 요구하여야 하는지에 관하여 설명하시오. (5점)

나. 1심 법원이 공소장 변경 없이 직권으로 폭행이나 상해, 체포·감금 등의 죄를 인정하지 않고 무죄판결을 내린 경우 그 적법 여부에 관하여 설명하시오. (5점)