

2019년 제25회 법무사시험 2차 시험

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 6개월에 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)

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 인출하였다는 범죄사실로 2003. 10. 20. B지방법원에서 특정범죄가중법 위반(절도)죄 등으로 징역 2년을 선고받았고 2003. 12. 19. 그 판결이 확정되었다. 위 판결에 적용되었던 법률조항인 그 특정범죄가중법(2010. 3. 31. 법률 제 10210호로 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. 5부터 2017. 10. 25까지 위의 절취 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. 0. 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 따른 것) (10점)

【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 조제방법을 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’이라고 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 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 따를 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 따를 것) (5점)

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)

【문 1. 1】 포괄일죄(상습범)의 일부 확정판결의 기판력¹⁾

I. 문제점

상습절도죄에 대한 법원의 조치는 포괄일죄의 일부의 기판력이 어디까지 미치는지와 관련하여 문제된다.

II. 포괄일죄(상습범)의 일부 확정판결의 기판력

1. 학 설

- ① 실체판결설 : 별개의 범죄사실이므로 후소에 대하여 실체판결을 하여야한다는 견해이다.
- ② 면소판결설 : 포괄일죄는 소송법상 일죄로 공소사실의 동일성이 인정되므로 기판력의 효력에 의하여 면소판결을 하여야 한다는 견해이다.

2. 판 례

- ① 종래 면소판결설의 입장이었지만(대판(全합) 1978.2.14. 77도3564),
- ② 근래 상습범으로서 포괄일죄의 관계에 있는 여러 개의 범죄사실 중 일부에 대하여 유죄판결이 확정된 경우에, 기판력이 미치기 위해서는 전의 확정판결에서 당해 피고인이 상습범으로 기소되어 처단되었을 것을 필요로 한다고 하여(대판(全합) 2004.9.16. 2001도3206[인천신공항사기 사건][다수의견]), 부분적으로 실체판결설로 태도를 변경하여, 상습사기죄가 포괄일죄의 기판력을 인정받기 위하여 범인이 처음부터 상습사기죄로 기소되어 확정판결을 받아야 한다는 입장이다.

3. 검 토

포괄일죄 일부의 기판력이 지나치게 확장되는 것을 방지하자는 관점에서는 전원합의체의 다수의견도 일면 이해할 수도 있다.

(그러나 이러한 판례의 태도는 공소불가분의 원칙(제248조 제2항)이나 일사부재리의 법리(헌법 제13조 제1항 후단, 법 제326조 제1호)에 어긋나므로, 이론적으로는 면소판결설이 타당하다고 본다.)

III. 문제의 해결

대법원 전원합의체 다수의견에 따르면, 단순절도죄의 기판력은 후소인 상습절도에 미치지 아니하므로, 법원은 후소인 상습절도에 대하여 실체판결을 하여야 한다.

(다만, 면소판결설에 따른다면, 전소(단순절도)의 기판력은 후소(상습절도)에 미치므로, 법원은 면소판결(제326조 제1호)을 하여야 할 것이다.)

1) 법무사 2012, 법행 2017 등. ☞ 상세는 사례연습 [사례 138], Blackbox 178p, 마무리특강자료 99p 등 참조.

【문 1. 2】 상습범에 대한 재심판결의 기판력의 범위 등1)

I. 문제점

포괄일죄인 상습절도에 대한 재심판결의 기판력이 재심판결 선고 전의 범죄에 미치는지 여부가 문제된다.

II. 상습범에 대한 재심판결의 기판력의 범위

1. 판례의 입장

근래 전원합의체판결[다수의견]은 “상습범으로 유죄의 확정판결을 받은 사람이 그 후 동일한 습벽에 의해 범행을 저질렀는데 유죄의 확정판결에 대하여 재심이 개시된 경우, 동일한 습벽에 의한 후행범죄가 재심대상판결에 대한 재심판결 선고 전에 저지른 범죄라 하더라도 **재심판결의 기판력이 후행범죄에 미치지 않는다.**”고 판시하여(대판(全합) 2019.6.20. 2018도20698[재심판결에 관한 기판력의 범위, 재심판결을 확정판결로 하여 후단 경합범이 성립할 수 있는지 문제된 사건] [다수의견]),

선행범죄에 대한 재심판결의 기판력은 재심판결 선고 전의 후행범죄에 미치지 않는다는 입장을 분명히 하였다.

2. 논 거

- ① 재심심판절차에서는 공소장변경 또는 추가기소 후 이를 재심대상사건에 병합·심리하는 것이 허용되지 않으므로 **재심심판절차에서는 후행범죄에 대하여 사실심리를 할 가능성이 없고,**
- ② 재심대상판결을 전후하여 범한 선행범죄와 후행범죄의 일죄성은 재심대상판결에 의하여 **분단되어 동일성이 없는 별개의 상습범**이 되고,
- ③ 만약 재심판결의 기판력이 재심판결의 선고 전에 선행범죄와 동일한 습벽에 의해 저질러진 모든 범죄에 미친다고 하면, 선행범죄에 대한 재심대상판결의 선고 이후 재심판결 선고시까지 저지른 범죄는 동시에 심리할 가능성이 없었음에도 모두 처벌할 수 없다는 결론에 이르게 되는데, 이는 **처벌의 공백을 초래하고 형평에 반한다**는 점을 논거로 든다.

III. 문제의 해결

대법원 전원합의체 다수의견에 따르면, **상습범에 대한 재심판결의 기판력은 재심판결 선고 전의 범죄(후행사건)에는 미치지 않는다.**

(이에 따르면, 법원은 후행사건에 대하여 면소판결이 아닌 **실체재판을 진행**하여야 한다.)

1) 2019 3순환 모의고사(1회). ⇨ 상세는 Blackbox 205-206p, 마무리특강자료 118p 등 참조.

【문 2】 항소심에서 심판되지 않은 사항에 대한 상고이유의 허부1)

I. 문제점

사안의 상고이유의 적법성은 소위 ‘상고이유 제한에 관한 법리’ 등과 관련하여 문제된다.

II. 상고이유의 제한

1. 형사소송법의 관련규정

- ① 검사·피고인은 항소심판결에 대하여 불복이 있으면 대법원에 상고할 수 있다(제338조 제1항, 제371조).
- ② 상고이유의 제한(제383조) (생략)

2. 판례

- ① 종래부터, 피고인은 상고심에서 사실오인이나 법령위반 등 새로운 사유를 상고이유로 내세울 수 없고, 피고인은 원심판결에 대하여 채증법칙위반으로 인한 사실오인 또는 법리오해 등 잘못이 있다는 등 새로운 주장을 상고이유로 삼을 수 없다고 하였다.
즉, 상고심은 항소심에 대한 사후심이므로 항소심에서 심판대상이 되지 않은 사항은 상고심의 심판 범위가 아니므로 피고인이 항소심에서 항소이유로 주장하지 않거나 항소심이 직권으로 심판대상으로 삼은 사항 이외의 사유는 이를 적법한 상고이유로 삼을 수 없다(대판 2011.11.10. 2011도9919 등 참조).
- ② 상고이유를 제한하는 법리는 상고심의 사후심 구조에서 유래한 것으로, 항소이유로 주장하지 않거나 항소심이 직권으로 심판대상으로 삼은 사항 이외의 사유는 적법한 상고이유가 아니다.

3. 상고이유 제한 법리의 논거 - 대판(全合) 2019.3.21. 2017도16593[처방전 없는 한약 조제·판매 사건]

- ① 상고심의 사후심 구조(제379조 제1항, 제2항, 제384조 본문, 제391조, 제393조 내지 제397조 등)
 - ② 법령 해석·적용의 통일 및 직권심판(제364조 제2항, 제384조 단서 등)
 - ③ 피고인의 절차적 권리 보장과의 관계(제370조, 제390조 제1항, 제389조의2 등)
- ☞ 결국 양형이 원칙적으로 재량 판단이라는 점을 감안하면, 항소심이 검사의 양형부당에 관한 항소를 받아들여 제1심판결을 파기하고 보다 높은 형을 선고한 것은 심급제도 하에서 부득이하게 발생된 결과이다. 따라서 제1심과 항소심 사이의 양형 판단이 피고인에게 불리한 내용으로 달라졌다는 사정변경이 사후심 구조에 따른 상고이유 제한 법리의 타당성 등에 영향을 미칠 만한 것이라고 보기는 어렵다.

III. 문제의 해결

대법원 전합합의체 다수의견에 따르면, 피고인 甲, 乙의 채증법칙위반, 심리미진 및 법리오해의 상고이유 주장은 항소심의 심판대상이 되지 않은 사유로서 상고심에 이르러 새로이 주장되는 것이므로 적법한 상고이유가 아니고, 또한 피고인 乙의 양형부당의 주장도 피고인에게 벌금형이 선고된 사건으로 형사소송법 제383조 제4호에 반하지 않으므로 적법한 상고이유가 아니다.

1) 2019 3순환 모의고사(1회). ☞ 상세는 Blackbox 188-189p, 마무리특강자료 106-107p 등 참조.

【문 3. 1】 공소장변경의 필요성¹⁾

I. 문제점

위 유죄판결의 적법성은 법원이 구체적으로 어느 범위에서 공소장변경 없이 직권으로 공소사실과 다른 사실을 인정할 수 있는지, 즉 공소장변경의 필요성(요부)과 관련하여 문제된다.

II. 공소장변경 필요성의 판단기준

① 동일벌조설, ② 법률구성설, ③ 사실기재설(통설)이 대립하지만,

판례는 피고인의 방어권행사에 실질적 불이익을 초래할 염려가 없는 때에는 법원이 공소장변경 없이 직권으로 공소사실과 다른 사실을 인정할 수 있다고 하여, 사실기재설(실질적 불이익설)의 입장이다.

생각건대, 공소장변경의 주된 취지가 피고인의 방어권보장에 있으므로 사실기재설(실질적 불이익설)이 타당하다.

III. 문제의 해결

대법원 전합합의체 다수의견에 따르면, 법원이 특수강도의 공소사실을 공소장변경 없이 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(공동공갈)죄로 유죄판결을 한 것은 위법하다(대판(全합) 1968.9.19. 68도995).

【문 3. 2】 공소장변경의 필요성과 축소사실의 인정²⁾

I. 문제점

위 유죄판결의 적법성은 공소장변경의 필요성에 있어서 축소사실을 인정하는 경우의 문제이다.

II. 공소장변경의 필요성과 축소사실을 인정하는 경우

법원이 인정하고자 하는 구성요건을 달리하는 사실이 ‘공소장에 기재된 공소사실’에 포함되는 경우에는 축소사실을 인정하더라도 일반적으로 방어권행사에 실질적인 불이익을 초래하지 않으므로 공소장변경 없이 축소사실을 인정할 수 있다(통설·판례).

판례도 강제추행치상죄의 공소사실에 대하여 강제추행죄로 유죄판결을 할 수 있다는 입장이다(대판(全합) 1999.4.15. 96도1922[소위 롯데슈퍼할아버지 사건][다수의견]).

III. 문제의 해결

대법원 전합합의체 다수의견에 따르면, 법원이 강제추행치상죄의 공소사실에 대하여 상해에 해당하지 않는다고 판단하여 강제추행죄로 유죄판결을 한 것은 적법하다.

1) 사시 2016 등 다수, 변시 다수, 입시 2014·2015 등. ☞ 상세는 Blackbox 77p, 마무리특강자료 44p 등 참조.

2) 사시 2016 등 다수, 변시 다수. ☞ 상세는 기본서 339p (2) 1) ②, Blackbox 77p, 마무리특강자료 44p 등 참조.

【문 3. 3. 가】 법원의 공소장변경요구¹⁾

I. 문제점

법원이 검사에게 공소장변경을 요구하여야 하는지는 법원의 검사에 대한 공소장변경요구(제298조 제2항)의 법적 성격과 관련하여 문제된다.

II. 법원의 검사에 대한 공소장변경요구의 법적 성격

① 실체진실발견 및 제298조 제2항 문언상 법원의 의무라는 의무설, ② 법원의 권리일 뿐 의무는 아니라는 재량설, ③ 원칙적으로 법원의 재량이지만, 무죄판결을 하는 것이 현저히 정의에 반하는 경우(증거의 명백성, 범죄의 중대성)에 한하여 예외적으로 의무가 된다는 예외적 의무설이 대립한다.

판례는 “법원이 검사에게 공소장의 변경을 요구할 것인지의 여부는 법원의 재량에 속하는 것이므로 법원이 검사에게 공소장의 변경을 요구하지 아니하였다고 하여 위법한 것이라고는 볼 수 없다.”고 하여(대판 2009.5.14. 2007도616 등),²⁾ 재량설의 입장이다.

생각건대, 당사자주의를 강화한 현행법의 해석상 재량설이 타당하다.

III. 문제의 해결

판례에 따르면, 1심 법원이 살인죄의 공소사실에 포함된 더 가벼운 범죄사실인 폭행이나 상해, 체포·감금 등의 죄로 공소장변경을 요구하여야 하는 것은 아니다.

1) 사시 2016·2013, 변시 다수. ☞ 상세는 Blackbox 79p, 마무리특강자료 46-47p 등 참조.

2) 살인죄의 공소사실을 상해치사 또는 감금치사죄로 공소장변경을 요구하지 아니한 것이 위법하다고 볼 수 없다는 사례.

【문 3. 3. 나】 축소사실의 인정과 법원의 심판의무(소위 ‘판결편의주의’)¹⁾

I. 문제점

위 무죄판결의 적법성은 법원이 공소장변경 없이 축소사실을 인정할 수 있는데, 법원이 축소사실에 대하여 유죄판결을 하여야 하는 것이 법원의 의무인지 아니면 축소사실에 대하여 무죄판결을 하여도 적법한 판결인지가 소위 ‘판결편의주의’와 관련하여 문제된다.

II. 공소장변경의 필요성과 소위 ‘판결편의주의’

판례는 “공소장변경이 없는 경우에 반드시 축소사실을 인정해야 하는 것은 아니나, 축소사실의 사안이 중대하여 공소장이 변경되지 않았다는 이유로 이를 처벌하지 않는다면 적정절차에 의한 신속한 실체적 진실의 발견이라는 형사소송의 목적에 비추어 현저히 정의와 형평에 반하는 것으로 인정되는 경우가 아닌 한 법원이 직권으로 그 범죄사실을 인정하지 아니하였다고 하여 위법한 것이라고까지 볼 수는 없다.”고 판시하여(대판 1993.12.28. 93도3058[목사부인폭행 사건] 등), 소위 ‘판결편의주의’ 를 인정하고 있다.

생각건대, ① 사안의 중대성과, ② 정의·형평을 고려하여 판단하는 판례의 입장이 타당하다.

다만, ‘현저히 정의와 형평’에 반하여 축소사실에 대하여 유죄판결을 해야 할 경우에는 법원은 석명권(규칙 제141조)을 발동하여 검사에게 공소장변경을 요구(제298조 제2항)하는 것이 바람직하다고 본다.

III. 문제의 해결

판례에 따르면, ① 사안의 중대성과 ② 정의·형평에 비추어, 법원이 공소장 변경 없이 직권으로 폭행이나 상해, 체포·감금 등의 죄를 인정하지 않고 무죄판결을 내린 것은 위법하다(대판 2009.5.14. 2007도616).

1) 사시 다수, 변시 다수, 입시 2016 등. ⇨ 상세는 Blackbox 78p, 마무리특강자료 44-45p 등 참조.