

2018 제24회 법무사 2차시험 형사소송법 기출문제 및 해설

【문 1】

1. 모욕죄 피해자인 A는 고소의 의미를 충분히 이해하는 미성년자(만 16세)로서 2018. 5. 1. 피고인 甲을 모욕죄로 고소하였다가, 2018. 8. 2. 자유로운 의사에 기하여 위 고소를 취소하였다. 그런데 피해자 A의 법정대리인인 B는 A의 고소취소를 뒤늦게 알고 심하게 나무라면서, A가 B의 고소에 반대했음에도 고소기간 내인 2018. 8. 4. 피고인 甲을 같은 모욕죄로 고소하는 B 자신 명의로 된 고소장을 수사기관에 제출하였다. 검사는 법정대리인 B의 고소장 제출이 있자 이후 피고인 甲에 대해 모욕죄로 공소를 제기하였다. (관련 판례가 있는 경우, 판례의 입장과 그 논거를 포함시켜 설명하여야 함)

가. 위 공소제기는 적법한지 그 결론과 논거를 설명하시오. (6점)

나. 만약 B가 건강상 문제로 2018. 8. 4. 직접 자기 명의로 고소하지 못하여 B의 동생이자 A의 작은 아버지인 C에게 고소를 위임하였고, C가 B의 의사에 따라 고소를 진행하면서 B명의로 아닌 C의 명의로 고소하고, B명의로 위임장 제출이나 '대리'라는 표시도 하지 않은 경우, 위 공소제기가 적법한지 그 결론과 논거를 설명하시오. (4점)

A. "문 1- 1 - 가"에 대하여 (6점)

I. 결 론

법정대리인의 고소권은 고유권이므로 피해자 본인의 고소권이 소멸해도 고소를 할 수 있고, 고소기간도 법정대리인이 안 날부터 기산한다. 따라서 친고죄인 모욕죄의 고소기간 내에 법정대리인의 고소가 있었으므로, 검사의 공소제기는 적법하다.

II. 이 유

1. 문제점

피해자의 법정대리인은 독립하여 고소할 수 있다(제225조 제1항). 독립하여 고소할 수 있다는 뜻에 대하여 견해가 대립되고 있다.

2. 법정대리인의 고소권(판례)

- ① 법정대리인의 고소권은 무능력자의 보호를 위하여 법정대리인에게 주어진 고유권이므로, 법정대리인은 피해자의 고소권 소멸 여부에 관계없이 고소할 수 있고, 이러한 고소권은 피해자의 명시한 의사에 반하여도 행사할 수 있다(대판 1999.12.24., 99도3784).

- ② 법정대리인의 고소권은 무능력자의 보호를 위하여 법정대리인에게 주어진 고유권으로서 피해자의 고소권 소멸 여부에 관계없이 고소할 수 있는 것이므로, 법정대리인의 고소기간은 법정대리인 자신이 범인을 알게 된 날로부터 진행한다(대판 1987.6.9, 87도857).

3. 사안의 경우

- ① 피해자 본인은 고소를 취소하였으므로, 본인의 고소권은 소멸하였다(제232조 제2항).
② 그러나 법정대리인의 고소권은 고유권이므로, 피해자 본인의 명시한 의사에 반하여도 행사할 수 있으므로, 법정대리인이 고소기간 내에 한 고소는 친고죄인 모욕죄에 대한 적법·유효한 고소이다.
③ 검사의 공소제기는 적법하다.

B. “문 1 - 1 - 나”에 대하여 (4점)

I. 결 론

- ① C의 고소는 법정대리인 B의 고소를 대리한 것으로 대리권이 적법하게 수여되었음이 증명되었으므로 적법한 고소이다.
② 검사의 공소제기도 적법하다.

II. 이 유

1. 고소의 대리

고소 또는 그 취소는 대리인으로 하여금 하게 할 수 있다(제236조).

2. 판 례

형사소송법 제236조의 대리인에 의한 고소의 경우, 대리권이 정당한 고소권자에 의하여 수여되었음이 실질적으로 증명되면 충분하고, 그 방식에 특별한 제한은 없으므로, 고소를 할 때 반드시 위임장을 제출한다거나 ‘대리’라는 표시를 하여야 하는 것은 아니고, 또 고소기간은 대리고소인이 아니라 정당한 고소권자를 기준으로 고소권자가 범인을 알게 된 날부터 기산한다(대판 2001.9.4, 2001도3081).

【문 1】

2. 甲은 운전 중 업무상 과실로 교통사고를 일으켜 피해자 A에게 상해를 입혔으나, 교통사고처리특례법 제3조 제2항 단서에 해당하는 사정은 없었다. 피해자 A는 甲이 이 사건 교통사고로 인한 피해자 A의 치료비 전액을 부담하는 조건으로 더 이상 민·형사상 문제삼지 아니하기로 甲과 합의하면서 甲으로부터 일부 합의금 명목으로 150만 원을 수령하였다. 피해자 A는 甲에게 甲이 직접 수사기관에 제출하라는 '더 이상 甲의 처벌을 원하지 않는다'는 내용이 담긴 합의서를 작성·교부해주었고, 甲은 위 합의서를 수사기관에 제출하였다. 그런데 甲이 이후 태도를 바꾸어 피해자 A에게 약속한 치료비 전액을 지급하지 아니하였다. // 검사는 甲이 수사기관에 제출한 위 합의서에는 치료비 전액 부담 조건이 전혀 기재되어 있지 않았지만, 피해자 A로부터 '甲이 치료비 전액을 부담하는 것을 조건으로 합의해 놓고는 그 지급을 거부하고 있으니 다시 처벌해달라'는 이야기를 듣고 甲을 통해 그 사실 관계가 맞다는 것을 확인한 후 甲에 대하여 A의 상해와 관련된 교통사고처리특례법위반죄로 공소를 제기하였다. 피고인 甲에 대한 공소제기의 적법성 및 법원이 취할 조치에 관하여 그 결론과 논거를 설명하시오. (관련 판례가 있는 경우, 판례의 입장과 그 논거를 포함시켜 설명하여야 함) (5점)

C. “문 1 - 2”에 대하여 (5점)**I. 결 론**

- ① 처벌불원의사를 표시하여 다시 고소할 수 없는 바, 검사의 공소제기는 법률규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다.
- ② 법원은 공소기각판결을 선고하여야 한다(제327조 제2호).

II. 이 유**1. 재고소 금지**

- ① 교통사고처리특례법 제3조 제2항 단서에 해당하는 사정이 없으므로, A의 상해와 관련한 교통사고처리특례법 위반죄는 반의사불벌죄이다(동법 제3조 제2항 본문).
- ② 고소를 취소한 자는 다시 고소하지 못하고, 이는 반의사불벌죄에 준용된다(제232조 제2항, 제3항).

2. 합의내용을 불이행한 경우

- ① 피해자는 그 합의를 작성·교부함으로써 피고인에게 자신을 대리하여 자신의 처벌불원의사를 수사기관에 표시할 수 있는 권한을 수여하였고(제236조 참조), 이에 따라 피고인이 그 합의를 수사기관에 제출한 이상 피해자의 처벌불원의사가 수사기관에 적법하게 표시되었으며,
- ② 이후 피고인이 피해자에게 약속한 치료비 전액을 지급하지 아니한 경우에도 민사상 치료비에 관한 합의금지급채무가 남는 것은 별론으로 하고 처벌불원의사를 철회할 수 없다(대판 2001.12.14, 2001도4283).

3. 사안의 경우

- ① 처벌불원의사표시가 수사기관에 유효하게 제출되었으므로, 검사에게는 공소권이 없다.
- ② 공소권이 없음에도 검사는 공소제기하였으므로, 이는 공소제기가 법률규정에 위반하여 무효인 때에 해당하므로, 법원은 공소기각판결을 선고하여야 한다(제327조 제2호).

4. 관련문제

처벌불원의 합의서가 제1심 판결 선고 전에 법원에 제출된 경우, 법원은 공소기각판결을 선고하여야 한다(제327조 제6호).

【문 1】

3. 공소시효와 관련하여 아래의 질문에 답하십시오.

(관련 판례가 있는 경우, 판례의 입장과 그 논거를 포함시켜 설명하여야 함)

가. 피고인 甲에 대하여, ‘피고인 甲은 토지를 매입하여 주겠다고 피해자 A를 속여 피해자 A로부터 2011. 3. 5. 토지대금을 송금받아 편취하였다’는 내용을 공소사실로 하여 2018. 2. 1. 단순사기죄(형법 제347조 제1항)로 공소가 제기되었다. 1심 진행 중 검사는 2018. 4. 25.에 이르러 피고인 甲에 대한 공소사실을 ‘피고인 甲이 위 토지대금을 2011. 4. 5. 임의로 소비하여 횡령하였다’는 내용으로 변경하고 죄명과 적용법조를 사기죄에서 단순횡령죄(형법 제355조 제1항)로 변경하는 공소장변경신청을 하였다. 1심 법원은 2018. 5. 1.에 열린 공판기일에서 검사의 공소장변경신청을 허가하였다. 1심 법원이 최종적으로 피고인 甲에 대한 공소제기와 관련하여, 공소시효 완성여부에 관하여 어떤 판단을 하여야 하는지에 관하여 결론과 논거를 설명하십시오. (8점)

D. “문 1 - 3 - 가”에 대하여 (8점)

I. 결 론

- ① 변경된 사실인 횡령죄의 법정형을 기준으로, 완성여부는 당초공소제기시를 기준으로 판단하므로 甲의 횡령죄에 대한 공소시효는 완성되지 아니하였다.
- ② 법원은 시효완성을 이유로 면소판결을 선고할 수 없고, 실체판결을 선고하여야 한다.

II. 이 유

1. 문제점

공소장변경이 있는 경우, 공소시효의 기간과 기산점이 문제된다.

2. 공소장변경과 공소시효(대판 2001.8.24, 2001도2902)

- ① 공소장 변경이 있는 경우에 공소시효의 완성 여부는 당초의 공소제기가 있었던 시점을 기준으로 판단할 것이고 공소장 변경시를 기준으로 삼을 것은 아니다.
- ② 공소장변경절차에 의하여 공소사실이 변경됨에 따라 그 법정형에 차이가 있는 경우에는 변경된 공소사실에 대한 법정형이 공소시효기간의 기준이 된다(대판 2003도585).
- ③ 사안의 경우, 변경된 사실인 단순횡령죄에 대한 법정형을 기준으로, 완성여부는 당초의 공소제기가 있었던 시점을 기준으로 삼는다.

3. 공소시효의 완성여부

- ① 횡령죄의 법정형은 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금(형법 제355조)이므로, 중한 형인 5년 이하의 징역을 기준으로 하므로(제250조), 공소시효 기간은 7년이다(제249조 제1항 제4호).
- ② 시효는 범죄행위의 종료한 때로부터 진행하고(제252조 제1항), 공소제기로 시효는 정지된다(제253조 제1항).
- ③ 사안에서 甲의 횡령죄의 공소시효는, 범죄행위의 종료시인 2011.4.5.부터 진행하고, 공소제기시인 2018.2.1. 시효가 정지된다.
- ④ 공소장변경시를 기준으로 완성여부를 판단할 것이 아니므로, 횡령죄에 대한 공소시효는 아직 완성되지 아니하였다.

【문 1】

3. 공소시효와 관련하여 아래의 질문에 답하시오.

(관련 판례가 있는 경우, 판례의 입장과 그 논거를 포함시켜 설명하여야 함)

나. 검사는 2018. 6. 29. 피고인 甲에 대하여 ‘피고인 甲은 2010. 2. 3. 공소외 乙에게, A지역의 체비지를 싸게 매입할 수 있도록 OO시청 체비지 담당공무원 丙에게 전달해 달라며 7,000만 원을 교부하였다’는 내용을 공소사실로 하여 공소를 제기하였다. 한편 공소외 乙, 丙에 대하여는 2011. 1. 10. 각각 제3자 뇌물취득죄, 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(뇌물)죄로 공소가 제기되어, 2012. 4. 20. OO고등법원에서 각각 유죄판결이 내려진 후 상고가 기각되어 2012. 7. 27. 확정되었다. 乙, 丙에 대한 공소제기 후 유죄판결이 확정된 것이 甲에 대한 공소시효 진행에 미치는 영향은 어떠한지, 법원은 피고인 甲에 대한 공소제기와 관련하여 최종적으로 공소시효 완성여부에 관하여 어떤 판단을 하여야 하는지에 관하여 결론과 논거를 설명하시오. (7점)

E. “문 1 - 3 - 나”에 대하여 (7점)

I. 결 론

- ① 필요적 공범(乙, 丙)에 대한 공소제기로 인한 시효정지의 효력은 대항범(甲)에게 미치지 아니한다.
- ② 甲의 뇌물공여죄의 7년의 공소시효는 공소제기시인 2018.6.29. 완성되었으므로, 법원은 甲의 뇌물공여죄에 대하여 면소판결을 선고하여야 한다(제326조 제3호).

II. 이 유

1. 공범과 시효정지

- ① 시효는 공소의 제기로 진행이 정지되고 공소기각 또는 관할위반의 재판이 확정된 때로부터 진행한다(제253조 제1항).
- ② 공범의 1인에 대한 공소제기로 인한 시효정지는 다른 공범자에게 대하여 효력이 미치고 당해사건의 재판이 확정된 때로부터 진행한다(제253조 제2항).

2. 판 례(대판 2015.2.12, 2012도4842)

- ① 뇌물공여죄와 뇌물수수죄 사이와 같은 이른바 대항범 관계에 있는 자는 강학상으로는 필요적 공범이라고 불리고 있으나, 서로 대항된 행위의 존재를 필요로 할 뿐 각자 자신의 구성요건

을 실현하고 별도의 형벌규정에 따라 처벌되는 것이어서, 2인 이상이 가공하여 공동의 구성요건을 실현하는 공범관계에 있는 자와는 본질적으로 다르며, 대항범 관계에 있는 자 사이에서는 각자 상대방의 범행에 대하여 형법 총칙의 공범규정이 적용되지 아니한다.

- ② 형사소송법 제253조 제2항에서 말하는 (공소제기로 시효정지의 효력이 미치는) ‘공범’에는 뇌물공여죄와 뇌물수수죄 사이와 같은 대항범 관계에 있는 자는 포함되지 않는다.

3. 甲의 뇌물공여죄의 시효완성 여부

- ① 甲(뇌물공여죄)과 乙(제3자 뇌물취득죄), 丙(특가법상 뇌물수수죄)은 필요적 공범 관계이다.
- ② 필요적 공범인 乙과 丙에 대한 공소제기로 인한 시효정지의 효력은 대항범인 甲에게는 미치지 않는다.
- ③ 甲의 뇌물공여죄는 5년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금형(형법 제133조 제1항)이므로, 중한 형인 5년 이하의 징역을 기준으로 공소시효 기간은 7년이다(제249조 제1항 제4호).
- ④ 범죄행위의 종료시인 2010.2.3.부터 초일을 산입하여 7년의 시효가 진행하는바(제252조 제1항, 제66조 제1항 단서), 공소제기시인 2018.6.29. 공소시효가 완성된 것이 역수상 명백하다.

【문 2】

<기본적 사실관계>

甲은 乙을 폭행하여 폭행죄로 기소되었다. 제1심 법원은 소송촉진 등에 관한 특례법(이하 ‘소송촉진법’이라고 함) 제23조에 의해 공시송달의 방법으로 공소장부분과 소환장을 송달하였다. 제1심 법원은 甲이 불출석한 상태에서 심리를 진행하여 유죄를 선고하였다. (다음 각 설문은 상호관련성 없음)

1. (위 기본사실에 추가하여) 이후 甲은 확정된 제1심 판결에 대하여 위 소송촉진법 제23조의2에 따른 재심을 청구하는 대신에 항소권회복청구를 하였고, 위 항소권회복청구가 인용되었다. 甲은 항소심 재판을 받게 되었고, 이 항소심 절차에서 피해자 乙은 더 이상 피고인 甲에 대한 처벌을 원하지 않는다는 합의서를 제출하였다. 이 경우 항소법원은 어떠한 판결을 하여야 하는지 설명하시오. (10점)

2. (위 기본사실에 추가하여) 검사 S는 양형부당을 이유로 제1심 판결에 대해서 항소하였으나 항소를 기각하는 판결이 선고되었고 이 항소심판결은 확정되었다. 甲은

해외여행 중이어서 소환장을 받을 수 없었고, 이는 자신이 책임질 수 없는 사유에 의해 항소기간을 초과하였기 때문에 항소권이 회복되어야 한다고 주장하면서 위 제1심 판결에 대하여 항소권회복청구를 하였다. 이 경우 甲의 항소권회복청구가 적법한지 여부와 법원은 어떤 조치를 해야 하는지 설명하시오(단, 항소심의 공시송달 등의 절차는 적법함). (10점)

A. “문 2 - 1”에 대하여 (10점)

I. 결 론

- ① 항소심에서 처벌불원의사표시는 소송법적 효력이 없으므로 법원은 공소기각판결을 할 수 없고, 실체판결(유죄판결)을 선고하여야 한다.
- ② 단, 합의서가 제출된 사정은 양형에서 고려할 수 있다.

II. 이 유

1. 처벌의사 철회의 시기

- ① 폭행죄는 반의사불벌죄이다(형법 제260조 제1항, 제3항).
- ② 반의사불벌죄에 있어서 처벌불원 의사표시 또는 처벌의사의 철회는 제1심판결 선고전까지 가능하고, 이 경우 법원은 공소기각판결을 선고하여야 한다(제327조 제6호).
- ③ 형사소송법 제232조 제1항 및 제3항은 반의사불벌죄에서 처벌을 희망하는 의사표시의 철회를 어느 시점까지로 제한할 것인지는 형사소송절차 운영에 관한 입법정책의 문제로, 위 규정은 국가형벌권의 행사가 피해자의 의사에 의하여 좌우되는 현상을 장기간 방치하지 않으려는 목적에서 철회 시한을 확일적으로 제1심 판결 선고 시까지로 제한한 것이다(대판 2016.11.25., 2016도9470).

2. 소송촉진법 제23조의 불출석 재판과 구제방법

- ① 소송촉진법 제23조에 따라 제1심 공판이 피고인이 불출석한 상태에서 진행되어 유죄판결이 확정된 경우 피고인의 구제방법은 두 가지가 있다.
- ② 소송촉진법 제23조의2에 따라 14일 이내에 제1심 법원에 재심청구를 하여 구제받을 수 있고, 이 경우 제1심 재판절차가 진행된다.
- ③ 또한 항소권회복청구와 동시에 항소를 제기하여 구제받을 수 있는바(제345조, 제346조 제3항), 이 경우 항소심 재판이 진행된다.

3. 처벌불원의사표시가 가능한지 여부(대판 2016.11.25., 2016도9470)

- ① 피고인이 소송촉진법 제23조의2에 따라 제1심 법원에 재심청구를 하여 재심의 제1심 공판절차가 진행되는 경우, 피고인은 처벌의사를 철회할 수 있다. 이 경우 법원은 공소기각판결을 선고할 수 있다(제327조 제6호).
- ② 그러나, 항소권회복청구를 함으로써 항소심 재판을 받게 되었다면, 항소심을 제1심이라고 할 수 없는 이상 항소심 절차에서는 처벌을 희망하는 의사표시를 철회할 수 없다.

<기본적 사실관계>

甲은 乙을 폭행하여 폭행죄로 기소되었다. 제1심 법원은 소송촉진 등에 관한 특례법(이하 ‘소송촉진법’이라고 함) 제23조에 의해 공시송달의 방법으로 공소장부본과 소환장을 송달하였다. 제1심 법원은 甲이 불출석한 상태에서 심리를 진행하여 유죄를 선고하였다. (다음 각 설문은 상호관련성 없음)

2. (위 기본사실에 추가하여) 검사 S는 양형부당을 이유로 제1심 판결에 대해서 항소하였으나 항소를 기각하는 판결이 선고되었고 이 항소심판결은 확정되었다. 甲은 해외여행 중이어서 소환장을 받을 수 없었고, 이는 자신이 책임질 수 없는 사유에 의해 항소기간을 도과하였기 때문에 항소권이 회복되어야 한다고 주장하면서 위 제1심 판결에 대하여 항소권회복청구를 하였다. 이 경우 甲의 항소권회복청구가 적법한지 여부와 법원은 어떤 조치를 해야 하는지 설명하시오(단, 항소심의 공시송달 등의 절차는 적법함). (10점)

B. “문 2 - 2”에 대하여 (10점)

I. 결 론

- ① 항소심 판결이 선고되면 제1심판결에 대한 항소권이 소멸되어 제1심판결에 대한 항소권회복청구와 항소는 적법하다고 볼 수 없다.
- ② 법원은 제347조 제1항에 따라 결정으로 기각하여야 한다.

II. 이 유

1. 문제점

소송촉진법 제23조에 따라 진행된 제1심 불출석 재판에 대하여, 검사가 항소하여 항소심판결이 선고된 경우 피고인이 항소권회복청구를 할 수 있는지 문제된다.

2. 판례(대결 2017.3.30, 2016모2874)

- ① 제1심판결에 대하여 피고인 또는 검사가 항소하여 항소법원이 판결을 선고한 후에는 상고법원으로부터 사건이 환송 또는 이송되는 경우 등을 제외하고는 항소법원이 다시 항소심 소송절차를 진행하여 판결을 선고할 수 없다.
- ② 따라서 항소심판결이 선고되면 제1심판결에 대한 항소권이 소멸되어 제1심판결에 대한 항소권 회복청구와 항소는 적법하다고 볼 수 없다. 이는 제1심 재판 또는 항소심 재판이 소송촉진 등에 관한 특례법이나 형사소송법 등에 따라 피고인이 출석하지 않은 가운데 불출석 재판으로 진행된 경우에도 마찬가지이다.
- ③ 따라서 제1심판결에 대하여 검사의 항소에 의한 항소심판결이 선고된 후 피고인이 동일한 제1심판결에 대하여 항소권 회복청구를 하는 경우 이는 적법하다고 볼 수 없어 형사소송법 제347조 제1항에 따라 결정으로 이를 기각하여야 한다.

3. 관련문제(대판 2015.8.27, 2015도1054)

사안의 경우, 피고인은 ① 소송촉진법 제23조의2에 따라 제1심법원에 재심청구를 하거나, ② 상고권회복청구와 동시에 상고를 하여 구제를 받을 수 있다.