

2024년 제30회 법무사 2차 시험

형 법

(출제 : 법원행정처)

(해설 : 법무사단기학원 최철훈 법무사)

【문 1】 아래 각 사안에서 甲에 대한 소송사기죄의 성립 여부를 논하고, 소송사기죄가 성립하는 경우 기수 여부를 함께 논하시오(소송사기죄를 제외한 나머지 범죄에 대해서는 논하지 말 것. 다툼이 있을 때에는 대법원 관례 다수의견에 의함).

1. 甲은 경기도 포천시 영북면 운천리 소재 임야 합계 872,500㎡에 관한 등기부와 지적공부가 한국전쟁 당시 멸실된 후 국가 명의로 소유권보존등기가 되어 있다는 것을 알고 소유권보존등기 말소의 소를 통해 위 임야의 소유권을 취득하려고 마음 먹었다. 甲은 문서위조 전문 브로커들에게 의뢰하여 허위로 위조한 매도문서 등을 미리 준비하여 2023. 12. 8. 의정부지방법원에 ‘위 국유 임야가 원고의 망부(亡父) 소유였으므로, 국가 명의의 소유권보존등기는 원인무효이다’는 취지의 주장을 하면서 국가를 상대로 소유권보존등기 말소의 소를 제기하여 2024. 6. 27. 의정부지방법원으로부터 승소판결을 받았다. 위 판결은 2024. 7. 15. 확정되었으나, 甲은 위 승소판결이 확정된 이후 자신 명의로 위 임야에 관한 소유권보존등기를 마치는 것을 차일피일 미룬 채 현재까지 위 판결에 기한 소유권보존등기는 마치지 않고 있다. (15점)

■ 해 설 ■

(대상판례 : 대법원 2006. 4. 7. 선고 2005도9858 전원합의체 판결)

【문 1】 1. (15점)

- 결론 - 소송사기죄의 기수범이 성립한다.
- 논거 -

1. 문제점

형법 제347조에 의하면 사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득할 때 사기죄의 기수범의 죄책을 부담하게 된다. 소송사기란 법원을 기망하여 자기에게 유리한 판결

을 얻음으로써 상대방의 재물 또는 재산상 이익을 취득하는 것을 내용으로 하는 범죄로서(대법원 2003. 5. 16. 선고 2003도373 판결) 소송사기는 기망의 상대방과 피해자가 다른 것이 특징이다.

사안의 경우 소유권보존등기의 말소소송을 제기하여 승소확정판결을 받은 경우로서 행위자 자신의 명의로 소유권이전등기절차를 이행하라는 판결이 아님에도 불구하고 소송사기가 인정될 수 있는지 여부 및 만약 소송사기가 인정된다면 기수시기가 언제인지 문제된다.

2. 판결의 태도

피고인 또는 그와 공모한 자가 자신이 토지의 소유자라고 허위의 주장을 하면서 소유권보존등기 명의자를 상대로 보존등기의 말소를 구하는 소송을 제기한 경우 그 소송에서 위 토지가 피고인 또는 그와 공모한 자의 소유임을 인정하여 보존등기 말소를 명하는 내용의 승소확정판결을 받는다면, 이에 더 잡아 언제든지 단독으로 상대방의 소유권보존등기를 말소시킨 후 위 판결을 부동산등기법 제130조 제2호 소정의 소유권을 증명하는 판결로 하여 자기 앞으로의 소유권보존등기를 신청하여 그 등기를 마칠 수 있게 되므로, 이는 법원을 기망하여 유리한 판결을 얻음으로써 '대상 토지의 소유권에 대한 방해를 제거하고 그 소유명의를 얻을 수 있는 지위'라는 재산상 이익을 취득한 것이고, 그 경우 기수시기는 위 판결이 확정된 때이다. 라는 것이 대법원의 입장이다.

3. 사안의 해결

설문상 갑은 비록 아직 소유권이전등기를 마치지 않았다고 하더라도 위 판결이 2024. 7. 15. 확정됨에 따라 판결정본 및 확정증명원을 등기원인증명서면으로 하여 자신의 명의로 소유권이전등기를 할 수 있는 지위라는 재산상 이익을 이미 취득하였으므로 결국 소송사기죄의 기수범의 구성요건을 충족하고 설문상 별다른 위법성 조각사유나 책임조각사유를 인정할 사정이 없으므로 소송사기죄의 기수범의 죄책을 부담하여야 한다.

2. 甲은 乙에게 물건을 판매한 후 물품대금을 지급받지 못하자 서울중앙지방법원에 乙을 상대로 물품대금 청구의 소를 제기하여 전부 승소하였고, 위 판결에서 소송비용은 乙이 부담하기로 정해졌다. 甲은 위 판결이 확정된 후 서울중앙지방법원에 乙을 상대로 소송비용액확정신청을 하면서 사실은 물품대금 청구의 소에서 변호사를 선임하지 않았음에도 변호사 보수까지를 포함한 소송비용을 받아내 이를 편취하고자 마음먹었다. 위 계획에 따라 甲은 앞선 소송에서 지출한 소송비용으로 인지대와 송달료 외 변호사 보수 330만 원을 소송비용계산표에 적어 법원에 제출하고, 그에 관한 소명자료로 인지대와 송달료 납부영수증은 제출하였으나, 변호사 비용을 지출

하였음을 증명할 자료는 제출하지 않았다. 甲은 위 소송비용액확정신청의 상대방인 乙이 이의를 제기하자 소송비용액확정신청을 취하하였다. (10점)

■ 해 설 ■

(대상판례 : 대법원 2024. 6. 27. 선고 2021도2340 판결)

【문 1】 2. (10점)

- 결론 - 소송사기죄가 성립하지 아니한다.
- 논거 -

형법 제347조의 사기죄가 성립하기 위해서는 기망행위와 이에 따른 처분행위가 존재하여야 한다. 설문상 소송비용액확정결정 신청에서 애초 선임하지 아니한 변호사 보수비까지 포함하여 소송비용액확정결정신청을 하였으나 이에 대한 소명자료를 제출하지 않은 경우에 형법 제347조의 구성요건인 기망행위가 존재하는지 문제된다.

이에 대해 판례는 “소송비용부담의 재판은 소송비용상환의무의 존재를 확정하고 그 지급을 명하는 데 그치고, 구체적인 소송비용의 액수는 민사소송법 제110조 제1항에 의한 소송비용액확정결정을 통하여 확정되며, 소송비용의 상환을 구하는 자는 소송비용액확정결정에 집행문을 부여받아 그 확정된 소송비용액에 관하여 강제집행을 할 수 있는바, 허위 내용으로 법원을 기망하여 자기에게 유리한 소송비용액확정결정을 받는 행위는 사기죄를 구성할 수 있다. 한편 소송비용액확정결정을 신청할 때에는 비용계산서, 그 등본과 비용액을 소명하는 데 필요한 서면을 제출하여야 하므로(민사소송법 제110조 제2항), 당사자가 단순히 실제 사실과 다른 비용액에 관한 주장만 한 경우를 사기죄로 인정하는 것에는 신중하여야 한다. 소송비용 중 당사자 등이 소송 기타 절차를 수행하기 위하여 법원에 납부하는 인지액 및 민사에납금 등 이른바 ‘재판비용’은 관할법원이 스스로 보존하고 있는 재판서 및 소송기록 등에 의하여 계산할 것이 예정되어 있고, 당사자가 소송 등 수행을 위하여 제3자에게 직접 지출하는 이른바 ‘당사자비용’은 신청인이 반드시 소명하여야 하므로, 소명자료 등을 조작하거나 허위의 소명자료 등을 제출함이 없이 단지 실제 사실과 다른 비용액에 관한 주장만 하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 법원을 기망하였다고 단정하기 어렵기 때문이다.”고 판시하여 원칙적으로 허위의 소명자료를 제출하지 아니한 경우 기망행위가 존재하지 않기 때문에 형법 제347조의 구성요건을 충족하지 못하여 소송사기죄가 성립하지 않는다는 입장이다.

이와 같은 판례의 견해에 의할 때 사안의 甲은 변호사 비용을 지출하였음을 증명할 자료는 제출하지 않은 점에 비추어 형법 제347조의 소송사기죄가 성립하지 아니한다.

【문 2】 아래 사안에서 甲의 죄책을 논하시오(고소한 절도죄에 한정하지 말 것).

甲은 삼촌 丙으로부터 집안일을 도와달라는 부탁을 받고 삼촌 丙의 집에 갔다가 그곳 안방에서 삼촌 丙 명의의 A 은행 예금통장을 발견하였다. 甲은 위 통장 안쪽에 비밀번호로 추정되는 숫자가 적혀 있는 것을 보고는 위 예금통장을 이용해 자신의 계좌에 돈을 이체한 후 그 돈을 인출해 사용하기로 마음먹고 위 예금통장을 가지고 나왔다.

甲은 집에 돌아오는 길에 A 은행 현금자동인출기에 들러 위 예금통장을 넣고 통장에 적혀 있는 숫자 4자리가 삼촌의 예금 비밀번호가 맞는 걸 확인한 후 위 현금자동인출기를 이용해 예금계좌에 있던 500만 원의 예금을 자신 명의의 B 은행 계좌로 이체하였다. 甲은 곧바로 B 은행 현금자동인출기가 있는 곳으로 가서 위와 같이 이체한 500만 원을 자신의 현금카드로 인출한 후 이를 유흥비로 사용하였다. 위와 같은 사실을 알게 된 삼촌 丙은 경찰에 甲을 절도죄로 고소하였다. (15점)

■ 해 설 ■

(대법판례 : 대법원 2010. 5. 27. 선고 2009도9008 판결 [절도])

(대법판례 : 대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도2704 판결 [컴퓨터등사용사기])

(대법판례 : 대법원 2008. 6. 12. 선고 2008도2440 판결 [사기·절도·혼인빙자간음])

○ 결론 - 갑은 병에 대하여는 절도죄 및 A은행에 대하여는 컴퓨터등 사용사기죄의 죄책을 부담하여야 하고 이 범죄들은 실제적 경합범에 해당한다.

○ 논거 -

1. 갑이 병의 승낙없이 병 명의의 예금통장을 가지고 나온 행위가 절도죄를 구성하는지 여부

갑은 병 명의의 예금통장을 이용해 자신의 계좌에 돈을 이체할 목적으로 예금통장을 가지고 나온행위가 예금통장 자체에 대한 불법영득의사는 없더라도 예금통장에 대한 절도죄가 성립하는지 문제된다.

이에 대해 판례는 “예금통장은 예금채권을 표창하는 유가증권이 아니고 그 자체에 예금액 상당의 경제적 가치가 화체되어 있는 것도 아니지만, 이를 소지함으로써 예금채권의 행사자격을 증명할 수 있는 자격증권으로서 예금계약사실 뿐 아니라 예금액에 대한 증명기능이 있고 이러한 증명기능은 예금통장 자체가 가지는 경제적 가치라고 보아야 하므로, 예금통장을 사용하여 예금을 인출하게 되면 그 인출된 예금액에 대하여는 예금통장 자체의 예금액 증명기능이 상실되고 이에 따라 그 상실된 기능에 상응한 경제적 가치도 소모된다. 그렇다면 타인의 예금통장을 무단사용하여 예금을 인출한 후 바로 예금통장을 반환하였다 하더라도 그 사용으로 인한 위와 같은 경제적 가치의 소모가 무시할 수 있을 정도로 경미한 경우가

아닌 이상, 예금통장 자체가 가지는 예금액 증명기능의 경제적 가치에 대한 불법영득의 의사를 인정할 수 있으므로 절도죄가 성립한다.”고 판시하여 예금통장에 대한 절도죄가 인정된다는 입장이다.(대법원 2010. 5. 27. 선고 2009도9008 판결 [절도])

설문상 갑이 병의 예금통장을 가지고 나온 행위는 형법 제329조의 절도죄의 구성요건해당성이 인정되고 별다른 위법성 조각사유 및 책임조각사유도 없으므로 절도죄의 죄책을 부담하여야 한다.

2. 갑이 A 은행 현금자동인출기에서 500만 원의 예금을 자신 명의의 B 은행 계좌로 이체한 행위의 죄책

갑이 A 은행 현금자동인출기에서 500만 원의 예금을 자신 명의의 B 은행 계좌로 이체한 행위가 병의 예금통장에 대한 절도죄의 불가벌적 사후행위인지 아니면 별도의 범죄에 해당하는지 문제된다.

대법원은 “컴퓨터 등 정보처리장치를 통하여 이루어지는 금융기관 사이의 전자식 자금이체거래는 금융기관 사이의 환거래관계를 매개로 하여 금융기관 사이나 금융기관을 이용하는 고객 사이에서 현실적인 자금의 수수 없이 지급·수령을 실현하는 거래방식인바, 권한 없이 컴퓨터 등 정보처리장치를 이용하여 예금계좌 명의인이 거래하는 금융기관의 계좌 예금 잔고 중 일부를 자신이 거래하는 다른 금융기관에 개설된 그 명의 계좌로 이체한 경우, 예금계좌 명의인의 거래 금융기관에 대한 예금반환 채권은 이러한 행위로 인하여 영향을 받을 이유가 없는 것이므로, 거래 금융기관으로서는 예금계좌 명의인에 대한 예금반환 채무를 여전히 부담하면서도 환거래관계상 다른 금융기관에 대하여 자금이체로 인한 이체자금 상당액 결제채무를 추가 부담하게 됨으로써 이체된 예금 상당액의 채무를 이중으로 지급해야 할 위험에 처하게 된다. 따라서 친척 소유 예금통장을 절취한 자가 그 친척 거래 금융기관에 설치된 현금자동지급기에 예금통장을 넣고 조작하는 방법으로 친척 명의 계좌의 예금 잔고를 자신이 거래하는 다른 금융기관에 개설된 자기 계좌로 이체한 경우, 그 범행으로 인한 피해자는 이체된 예금 상당액의 채무를 이중으로 지급해야 할 위험에 처하게 되는 그 친척 거래 금융기관이라 할 것이고, 거래 약관의 면책 조항이나 채권의 준점유자에 대한 배리 적용 등에 의하여 위와 같은 범행으로 인한 피해가 최종적으로는 예금 명의인인 친척에게 전가될 수 있다고 하여, 자금이체 거래의 직접적인 당사자이자 이중지급 위험의 원칙적인 부담자인 거래 금융기관을 위와 같은 컴퓨터 등 사용자기 범행의 피해자에 해당하지 않는다고 볼 수는 없으므로, 위와 같은 경우에는 친족 사이의 범행을 전제로 하는 친족상도례를 적용할 수 없다.”고 판시하였다.(대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도2704 판결 [컴퓨터등사용자기])

설문상 갑이 A 은행 현금자동인출기를 이용해 병의 예금통장에서 자신의 예금계좌로 이체 한 행위는 형법 제347조의 2 의 컴퓨터등 사용사기죄의 구성요건을 충족하고 설문상 별다른 위법성조각사유가 책임조각 사유도 없으므로 결국 갑은 A 은행을 피해자로 하는 컴퓨터등 사용사기죄의 죄책을 부담하여야 한다.

3. 계좌이체 후 자신의 현금카드로 B은행 현금자동인출기에서 현금을 인출한 행위의 죄책

대법원은 “절취한 타인의 신용카드를 이용하여 현금지급기에서 계좌이체를 한 행위는 컴퓨터등사용사기죄에서 컴퓨터 등 정보처리장치에 권한 없이 정보를 입력하여 정보처리를 하게 한 행위에 해당함은 별론으로 하고 이를 절취행위라고 볼 수는 없고, 한편 위 계좌이체 후 현금지급기에서 현금을 인출한 행위는 자신의 신용카드나 현금카드를 이용한 것이어서 이러한 현금인출이 현금지급기 관리자의 의사에 반한다고 볼 수 없어 절취행위에 해당하지 않으므로 절도죄를 구성하지 않는다.(대법원 2008. 6. 12. 선고 2008도2440 판결 [사기·절도·혼인빙자간음])” 고 판시한바 있다.

이와 같은 입장에 의할 때 갑이 자신의 현금카드를 이용해 B 은행의 현금자동인출기에서 돈을 인출한 행위는 절도죄에 해당하지 않고 이러한 행위를 처벌하는 법률도 존재하지 않으므로 범죄를 구성하지 아니한다.

4. 죄수관계

갑이 병의 승낙없이 병 명의의 예금통장을 가지고 나온 행위는 절도죄를 구성하고, 갑이 절취한 병의 예금통장을 이용해 A은행 현금자동인출기에서 갑 명의의 계좌로 이체한 행위는 A은행에 대한 컴퓨터등사용사기죄를 구성하며 갑의 이와 같은 행위는 수개의 행위로 수개의 범죄를 저지른 경우이므로 실체적 경합범 관계에 있다.

【문 3】 아래 사안에서 甲의 죄책을 논하시오.

甲은 친구 丁으로부터 사업자금을 빌리면서 甲 소유의 경기도 광주시 오폭읍에 있는 X 토지에 관하여 채권자를 丁으로 하는 근저당권을 설정해주었다.

甲이 약속한 기한까지 차용금을 변제하지 않자 丁은 X 토지에 관한 임의경매를 신청하였다. 甲은 X 토지가 제3자에게 매각되는 것을 저지할 의도로 자신이 운영하는 주식회사 A 명의로 위 경매절차에 참여하여 X 토지의 감정가 대비 약 300% 이상의 높은 금액을 매수 희망가액으로 적어 내 최고가매수신고인으로 매각허가결정을 받았으나, 그 대금지급기한까지 매각대금을 내지 않았다.

甲은 X 토지에 대한 재매각절차가 개시되자 이번에는 자신이 운영하는 또 다른 회사인 주식회사 B 명의로 X 토지의 감정가 대비 약 400% 이상 높은 금액으로 입찰에 참여해 다시 최고가매수신고인으로 매각허가결정을 받았으나, 이번에도 대금지급기한까지 매각대금을 내지 않았다.

甲은 그 후 丁에게 빌린 돈 전부를 변제하였고, 丁은 X 토지에 관한 임의경매신청을 취하하였다. (10점)

■ 해 설 ■

(대상판례 : 대법원 2023. 12. 21. 선고 2023도10254 판결 [경매방해])

○ 결론 - 형법 제315조의 경매, 입찰의 방해죄의 죄책을 부담하여야 한다.

○ 논거 -

형법 제315조에 의하면 위계 또는 위력 기타 방법으로 경매 또는 입찰의 공정을 해한 자는 처벌하도록 규정하고 있는바 설문의 행위가 이에 해당하는지 문제된다.

이에 대해 대법원은 “입찰방해죄는 위계 또는 위력 기타의 방법으로 입찰의 공정을 해하는 경우에 성립하고, 여기서 ‘입찰의 공정을 해하는 행위’란 공정한 자유경쟁을 방해할 염려가 있는 상태를 발생시키는 것으로서, 그 행위에는 적정한 가격형성에 부당한 영향을 주는 것뿐 아니라 적법하고 공정한 경쟁방법을 해하거나 공정한 경쟁구도의 형성을 저해하는 행위도 포함된다(대법원 2009. 5. 14. 선고 2008도11361 판결, 대법원 2015. 8. 27. 선고 2015도9352 판결 등 참조).”고 판시한 후 설문과 유사한 사안에서 “피고인은 민사집행법상 기일입찰 방식의 경매절차에서 경매목적물을 매수할 의사나 능력 없이 오로지 경매목적물이 제3자에게 매각되는 것을 저지하기 위하여 경매절차를 지연할 목적으로 다른 사람의 명의를 이용하여 감정가와 현저하게 차이가 나는 금액으로 입찰하는 행위를 반복함으로써 제3자의 매수를 사실상 봉쇄하여 전체적으로 경매절차를 형해화하는 정도에 이르렀고, 이는 위계로써 경매의 공정을 해한 것으로 볼 수 있다.”고 판시한 바 있다.

이러한 대법원의 태도에 의할 때 갑의 행위는 위계로써 입찰의 공정을 해하는 행위에 해당하고 갑의 행위에 별다른 위법성 조각사유나 책임조각사유도 없으므로 갑은 형법 제315조의 경매입찰방해죄의 죄책을 부담하여야 한다.

총 평

2024년도 형법의 출제경향과 관련하여

문1은 소송사기의 성부 및 성립할 경우 기수여부를 묻는 문제로서

과거 강사가 법무사 시험을 준비할 때 중요하게 다루었던 소송사기의 쟁점을 특히 2024년도에 소송사기의 쟁점과 관련하여 최신판례가 나오면서 최신판례와 더불어 과거 중요하게 다루었던 쟁점도 함께 출제한 것을 보입니다.

문2는 절도죄와 컴퓨터등사용사기죄의 성부를 묻는 질문으로 이 또한 과거 강사가 법무사시험을 준비할 때 중요하게 다루었던 쟁점 중 하나였습니다.

문3은 2023년도 12월에 나온 최신판례로서 대다수의 경매신청은 그것이 임의경매이든 강제경매이든 변호사가 아닌 법무사가 주로 신청한다는 점에 비추어 경매입찰 방해죄와 관련한 최신 판례를 그대로 출제한 것으로 보입니다.

형법은 총론과 각론으로 구성되고 총론은 행위론, 범죄론, 미수론, 공범론, 죄수론, 형벌론으로 구별되나 법무사 시험은 총론 적 쟁점은 거의 묻지 않습니다. 각론은 형법전에 의하면 국가적 법익에 관한 죄, 사회적 법익에 관한 죄, 개인적 법익에 관한 죄의 순서로 규정하고 있으나 법무사 시험에서는 이와는 반대로 출제되며 특히 법무사가 실제 업무에서 많이 다루는 개인적 법익에 관한 죄 중 재산죄 부분에 상당한 출제의 비중을 두고 있는 듯 합니다.

올해 시험도 충분히 예견가능했던 문제들로 보이고 과거 기출문제의 출제경향과 최신판례를 충분히 학습한 수험생 이었다면 고득점을 노려볼만한 문제들로 구성된 것으로 보입니다.

앞으로의 공부방법도 마찬가지로 기존 기출문제 분석을 통해 법무사시험에서 주로 출제되는 쟁점을 파악하여 이 부분 지식을 폭넓게 습득하고 최신 판례를 꾸준히 공부하는 방법 뿐이라고 보입니다.

2023.11.03.

자택에서 최철훈 법무사

(출제 : 법원행정처)

(해설 : 법무사단기학원 최철훈 법무사)

형사소송법

【문 1】

○○법원은 2020. 9. 9. 건조물침입죄 등으로 공소제기된 피고인에 대하여 징역 1년을 선고하면서 구속영장을 발부하였다(이하 피고인과 관련하여 ‘별건’을 언급할 때에는 위 건조물침입죄 등 사건을 가리킨다). 위 판결은 2021. 3. 11. 확정되었다. 한편, 2020. 12. 22. 피고인에 대하여 상해죄로 ○○법원에 공소가 제기되어 위 구속영장과 확정판결의 집행으로 피고인이 구금된 상태에서, 이 사건 제1심 공판절차가 진행되었다. 제1심에서, 피고인은 2021. 1. 12. ‘빈곤 기타 사유’를 이유로 국선변호인의 선정을 청구하였으나, 제1심법원은 이를 기각하였다. 제1심법원은 2021. 1. 14. 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하면서 피고인에게 징역 3개월을 선고하였고, 피고인은 이에 대하여 양형부당을 이유로 항소하였다. 항소심에서도, 피고인을 위한 국선변호인의 선정 없이 피고인만 출석한 상태에서 2021. 4. 13. 제1회 공판기일이 진행된 다음 곧바로 변론이 종결되었다. 항소심은 2021. 5. 4. ‘제1심판결 선고 이후 확정된 위 별건의 죄’와 ‘이 사건의 죄’가 형법 제37조 후단의 경합범 관계에 있다는 이유로 제1심판결을 파기하면서도 다시 피고인에게 징역 3개월을 선고하였다.

이 사건의 제1심판결 및 항소심판결이 적법한지 여부와 그 이유에 관하여 서술하고, 만약 제1심판결이 부적법할 경우, 항소심법원의 조치는 무엇인지 각 서술하시오. (10점)

(대법원 판결이 있는 경우 대법원 판결의 입장에 따르고, 대법원 판결의 의견이 나눌 경우 다수의견에 따라 서술하시기 바랍니다)

■ 해 설 ■

[대상판례 : 대법원 2024. 5. 23. 선고 2021도6357 전원합의체 판결 [상해]]

- 결론 - 제1심판결 및 항소심판결은 위법하며, 항소심 법원으로서 1심 법원의 소송행위가 피고인에 대하여 국선변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 위법이 있는 상태에서 행하여져 전부 위법함을 이유로 국선변호인을 선정하여 선정된 국선변호인이 공판 심리에 참여한 상태에서 증거조사 등 소송절차를 새롭게 진행하여 형성된 심증에

따라 제1심판결을 파기하고 새롭게 유무죄의 실체재판을 하여야 한다.

○ 논거 -

필요적 변호사건과 관련된 형사소송법 제33조 1항 1호를 해석할 때 피고인이 당해사건에 구속되는 경우에 한정되는지 문제된다.

형사소송법 제33조 제1항 제1호의 문언에 의하면 피고인이 구속된 경우만을 규정할 뿐 당해 사건 구속인 경우로 한정하지 않을 뿐만 아니라 형사소송법상 구속의 개념과 관련된 같은 법 제69조는 본법에서 구속이라 함은 구인과 구금을 포함한다고 라고만 규정하고 있다.

또한 헌법 제12조1항 및 같은 법 제12조 4항에 의하면 국민은 신체의 자유를 가지고 이에 대한 절차권 권리를 보장하기 위해 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때 즉시 변호인의 도움을 받을 수 있도록 규정하고 있을 뿐만 아니라 같은 조 단서에는 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때 법률이 정하는 바에 따라 국가가 변호인을 붙인다고 규정하여 국회로 하여금 국선변호인 제도를 입법하도록 명시하고 있다.

이와 더불어 피고인의 입장에서 보아 피고인이 구속된 경우라면 정신적·육체적으로 위축된 상태에서 방어권 행사는 더욱 어려울 뿐만 아니라 검사라는 법률전문가와의 사이에서 법이라는 저울의 형평성을 복원하기 위해서는 국선변호인의 조력을 받을 권리를 보장해줄 필요성이 더욱 절실할 뿐만 아니라 피고인의 입장에서는 당해사건 구속이던 다른사건 구속이던 구속된 상태에서 방어권 행사가 제한된다는 점에는 아무런 차이가 없다.

이러한 문언해석과 헌법합치적 해석 및 피고인의 입장 등을 고려할 때 형사소송법 제33조 1항 1호의 구속을 당해사건 구속으로 한정할 것은 아니므로 다른 사건으로 구속되었음에도 국선변호인의 조력을 받지 못해 국선변호인의 조력을 받을 권리를 침해 받은 상태에서 이루어진 제1심 및 항소심 법원의 판결은 위법하다.

결국 항소심으로서 변호인의 조력 없이 이루어진 제1심에서의 증거조사절차 등의 위법성을 감안하여, 지체 없이 국선변호인 선정결정을 하여 선정된 변호인으로 하여금 공판심리에 참여하도록 하여야 한다.

【문 2】

제1심법원은 2022. 12. 1. 피고인의 공소장 기재 주소지로 공소장 부분을 송달하였다. 제1심 변호인 A는 피고인을 대리하여 2023. 2. 2. 피고인의 송달영수인으로 변호인 A를, 송달장소로 그 사무소를 각 기재한 신고서를 제1심법원에 제출하였다. 제1심법원은 2023. 9. 13. 피고인에 대한 유죄판결을 선고하였고, 피고인과 검사는 이에 대하여 각 항소하였다.

항소심법원은 2023. 9. 27. 국선변호인 선정결정을 하고 2023. 10. 4. 그 국선변호인에게 국선변호인 선정결정등본, 소송기록접수통지서를 송달하였다. 또한, 항소심법원은 2023. 10. 5. 변호인 A의 사무소로 피고인에 대한 소송기록접수통지서를 송달하였다. 피고인은 항소심에서 변호인 B를 선임하여 2023. 10. 10. 그 선임서를 항소심법원에 제출하였고, 이에 항소심법원은 국선변호인 선정을 취소한 후 2023. 10. 16. 피고인에 대한 제1회 공판기일 소환장을 위 변호인 A의 사무소로 송달하였다. 항소심법원은 위 변호인 B에게 별도로 소송기록접수통지를 하지 않은 채 2023. 11. 7. 제1회 공판기일을 진행하였고, 2023. 12. 19. 제2회 공판기일을 진행한 후 변론을 종결하였다. 항소심법원은 2024. 1. 30. 제3회 공판기일을 열어 피고인과 검사의 항소를 모두 기각하는 판결을 선고하였다.

1. 항소심판결이 적법한지 여부와 그 이유에 관하여 서술하시오. (15점)
2. 위와 일부 사안을 달리하여 2023. 10. 5. 피고인에 대한 소송기록접수통지, 2023. 10. 16. 제1회 공판기일 소환장이 공소장 기재 피고인의 주소지로 적법하게 각 송달되었고, 나머지는 위 사안과 동일한 내용으로 절차가 진행된 경우라고 한다면 항소심판결이 적법한지 여부와 그 이유에 관하여 서술하시오. (5점)

(대법원 판결이 있는 경우 대법원 판결의 입장에 따르고, 대법원 판결의 의견이 나뉠 경우 다수의견에 따라 서술하시기 바랍니다)

■ 해 설 ■

【문 2】 1.

[대상판례 : 대법원 2024. 5. 9. 선고 2024도3298 판결]

○ 결론 - 위법하다.

○ 논거 -

형사소송법 제65조에 의하여 준용되는 민사소송법 제183조 제1항, 제184조에 의하면, 송달은 송달받을 사람의 주소·거소·영업소 또는 사무소 등의 송달장소에서 하여야 하고, 당사자·법정대리인 또는 변호인은 주소 등 외의 장소를 송달받을 장소로 정하여 법원에 신고할 수 있으며, 이 경우에는 송달영수인을 정하여 신고할 수 있다. 송달영수인의 신고가 있으면 송달은 신고된 장소와 영수인에게 하여야 하고, 송달영수인이 송달받은 때에 송달의 효력이

발생하나, 송달영수인 신고의 효력은 그 심급에만 미치므로, 상소 또는 이송을 받은 법원의 소송절차에서는 그 신고의 효력이 없다(대법원 2018. 4. 12. 선고 2017다52064 판결 등 참조).

또한 항소법원이 기록의 송부를 받은 때에는 즉시 항소인과 상대방에게 그 사유를 통지하여야 하고, 그 통지 전에 변호인의 선임이 있는 때에는 변호인에게도 소송기록접수통지를 하여야 하며(형사소송법 제361조의2 제1항, 제2항), 항소인 또는 변호인은 그 통지를 받은 날부터 20일 이내에 항소이유서를 항소법원에 제출하여야 한다(제361조의3 제1항). 항소심의 구조는 피고인 또는 변호인이 법정기간 내에 제출한 항소이유서에 의하여 심판되는 것이므로 항소이유서 제출기간의 경과를 기다리지 않고는 항소 사건을 심판할 수 없다(대법원 1964. 5. 19. 선고 64도71 판결, 1968. 5. 21. 선고 68도457 판결, 대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도2611 판결, 대법원 2024. 1. 25. 선고 2023도12199 판결 참조).

설문을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 제1심 변호인의 사무소는 피고인의 주소·거소·영업소 또는 사무소 등의 송달장소가 아니고, 제1심에서 한 송달영수인 신고의 효력은 원심법원에 미치지 아니하므로, 피고인 1에게 소송기록접수통지서가 적법하게 송달되었다고 볼 수 없다.

이와 같이 피고인 1에 대한 적법한 소송기록접수통지가 이루어지지 않은 상태에서 사선변호인이 선임되고 국선변호인 선정이 취소되었으므로 원심으로서 피고인 1과는 별도로 원심에서 선임된 변호인에게도 소송기록접수통지를 하여야 하고, 그 통지가 이루어지기 전에는 항소이유서 제출기간이 진행하지 않으므로 그 기간의 경과를 기다리지 않고는 항소사건을 심판할 수 없다.

그럼에도 원심은 피고인 1에 대한 적법한 소송기록접수통지가 이루어지지 않은 상태에서 원심에서 선임된 변호인에게도 소송기록접수통지를 하지 아니한 채 판결을 선고하였는데, 이러한 원심판결에는 소송절차의 법령위반으로 인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 취지의 상고이유 주장은 이유 있다.

【문 2】 2. (2019년도 법원행정고등고시 【문 2】 2. 나)

[대상판례 : 대법원 2018. 11. 22. 자 2015도10651 전원합의체 결정]

○ 결론 - 적법하다.

○ 논거 -

설문상 국선변호인에 대한 소송기록접수통지 송달일자는 2023.10.04. 이므로 이로부터 20일 이내에 국선변호인은 항소이유서를 제출할 수 있으나 피고인의 사선변호인은 역수상 국선변호인의 항소이유서 제출기간 도과 전인 2023.10.10. 에 사선변호인 선임계를 제출하였다.

이와 같이 항소심에서 국선변호인이 선정된 후 피고인에 대한 소송기록접수통지와 국선변호

인에 대한 소송기록접수통지가 적법하게 송달된 후 국선변호인의 항소이유서 제출기간 내에 피고인이 사선변호인을 선임함에 따라 국선변호인선정결정을 취소한 경우에도 형사소송규칙 제156조의2 제3항을 유추적용하여 사선변호인 B에게 별도로 법원이 소송기록접수통지를 하여야 하는지 문제되나,

이러한 경우에도 사선변호인에게 소송기록접수통지를 하여야 한다는 규정이 없을 뿐만 아니라 피고인에 대한 소송기록접수통지 전에 사선변호인을 선임한 경우에 사선변호인에게 소송기록접수통지를 하여야 한다는 형사소송법 제361조의 2 제2항에 반하고 소송지연수단으로 악용될 우려도 있다. 따라서 사선변호인의 항소이유서 제출기간은 국선변호인 혹은 피고인의 항소이유서 제출기간 이고 설문상 항소이유서 제출기간 도과 후인 2023. 11. 7. 에 제1회 공판기일을 진행하고, 2023. 12. 19. 제2회 공판기일을 진행한 후 변론을 종결하여 3회 공판기일에 판결을 선고한 항소심 법원의 조치에 소송절차에 관한 법령위반의 위법은 없다.

【문 3】

피고인은 2018. 11. 19. 자전거를 운행하던 중 전방주시의무를 게을리하여 진행한 과실로 전방에서 보행하고 있던 피해자 A를 보지 못하고 자전거 앞바퀴 부분으로 피해자를 들이받아 넘어지게 하였다. 결국 피고인은 업무상 과실로 피해자에게 뇌손상 등의 중상해를 입게 하였다는 교통사고처리특례법위반(치상)의 죄로 ○○지방법원에 공소가 제기되었다. A는 위 사고로 의식불명이 되었고 치료를 받던 중인 2019. 6. 14.경 담당의사로부터 의사표현이 불가능한 식물인간 상태라는 취지의 진단을 받았고, A에 대하여 2019. 6. 20. ○○가정법원의 성년후견개시심판에 의해 성년후견인으로 A의 법률상 배우자인 B가 선임되었다.

위 가정법원은 성년후견인의 법정대리권의 범위에 ‘소송행위’를 포함시키고 그 대리권 행사에 법원의 허가를 받도록 정하였다. A는 제1심 변론종결일 무렵인 2020. 9. 21.경까지도 의식을 회복하지 못하였다.

B는 피고인 측으로부터 합의금을 수령한 후 이 사건 제1심 판결 선고 전인 2020. 11. 10. 제1심법원에 위 가정법원의 허가를 받아 “피해자는 4,000만 원을 지급받고 피고인의 형사처벌을 원하지 않는다.”라는 내용의 서면을 제출하였다.

제1심법원이 형사소송법 제327조 제6호 규정에 따라 공소기각판결을 선고할 수 있는지 여부에 관하여 밝히고 그 이유를 서술하시오. (10점)

(대법원 판결이 있는 경우 대법원 판결의 입장에 따르고, 대법원 판결의 의견이 나뉠 경우 다수의견에 따라 서술하시기 바랍니다)

■ 해 설 ■

[대상판례 : 대법원 2023. 7. 17. 선고 2021도11126 전원합의체 판결]

○ 결론 - 제327조 제6호 규정에 따라 공소기각판결을 선고할 수 없으며 유무죄의 실체판단을 하여야 한다.

○ 논거 -

반의사불벌죄에서 성년후견인은 명문의 규정이 없는 한 의사무능력자인 피해자를 대리하여 피고인 또는 피의자에 대하여 처벌을 희망하지 않는다는 의사를 결정하거나 처벌을 희망하는 의사표시를 철회하는 행위를 할 수 없다.

교통사고처리 특례법 제3조 제2항에서 차의 운전자가 교통사고로 인하여 범한 업무상과실치상죄는 ‘피해자의 명시적인 의사’에 반하여 공소를 제기할 수 없도록 규정하여 문언상 그 처벌여부가 ‘피해자의 ‘명시적’인 의사에 달려 있음이 명백하므로, 을이 갑을 대신하여 처벌불원 의사를 형성하거나 결정할 수 있다고 해석하는 것은 법의 문언에 반한다.

교통사고처리 특례법은 물론 형법·형사소송법에도 반의사불벌죄에서 피해자의 처벌불원의사에 관하여 대리가 가능하다거나 법정대리인의 대리권에 피해자의 처벌불원 의사표시가 포함된다는 규정을 두고 있지 않다. 따라서 반의사불벌죄의 처벌불원의사는 원칙적으로 대리가 허용되지 않는다고 보아야 한다.

이는 성년후견인의 법정대리권 범위에 통상적인 소송행위가 포함되어 있거나 성년후견개시심판에서 정하는 바에 따라 성년후견인이 소송행위를 할 때 가정법원의 허가를 얻었더라도 마찬가지이다.

결국 피해자가 직접 처벌불원의 의사를 표시한 바 없고, 설문상 소송요건에 별다른 부적법사유가 없으므로 법원은 유무죄의 실체판단을 하여야 한다.

【문 4】

경찰이 피해자 A에 대한 범죄 혐의사실로 발부된 압수·수색영장(‘제1영장’)에 따라 2022. 6. 24. 피의자의 휴대전화 및 전자정보에 관한 집행을 하고 압수목록을 교부한 다음(‘1차 압수·수색’), 2022. 7. 27. 그 복제본이 저장되어 있던 경찰관의 컴퓨터에서 피해자 B에 대한 범죄 혐의사실에 관한 증거를 압수(‘2차 압수·수색’)하였다가, 검사의 보완수사요구에 따라 압수·수색영장(‘제2영장’)을 발부받아 2022. 9. 10. 다시 경찰관의 컴퓨터에서 피해자 B, C에 대한 범죄 혐의사실에 관한 증거를 압수(‘3차 압수·수색’)하였다.

2차 압수·수색과 3차 압수·수색의 각 적법 여부 및 그 이유를 서술하시오(견해 대립이 있는 경우 대법원 판례 및 대법원 전원합의체 판례의 다수 의견에 의함). (10점)

■ 해 설 ■

[대상판례 : 대법원 2023. 10. 18. 선고 2023도8752 판결 / 사실관계를 단순화 함]

1. 2차 압수·수색의 적법여부

○결론 - 2차 압수·수색은 위법하다.

○논거

가) 압수·수색은 해당 혐의사실과 관련된 유관증거를 선별하여 출력하거나 다른 저장매체에 저장하는 등 필요한 절차를 마치면 종료하는 것이므로, 압수·수색영장에 기하여 집행 대상인 전자정보의 선별, 출력 혹은 저장이 이루어지고 그 자리에서 압수목록 및 전자정보확인서까지 교부된 경우에는 원칙적으로 그 시점에 압수·수색이 종료된 것으로 볼 수 있다. 즉, 경찰이 2022. 6. 24. 제1영장에 기해 피해자 공소외 1(피해자 A)에 대한 전자정보를 압수하고 같은 날 피고인에게 압수목록까지 교부한 이상, 이때 제1영장에 기한 압수·수색은 종료되었고, 이로써 제1영장은 그 목적을 달성하여 효력이 상실되었다고 보아야 하므로, 2차 압수·수색이 제1영장을 이용한 것이라면 이는 효력을 상실한 영장을 재집행한 것이 되어 그 자체로 위법하다.

나) 결국 경찰의 2차 압수·수색은 제1영장의 혐의사실인 '피해자 공소외 1에 대한 공소사실'과 별도의 범죄 혐의인 '피해자 공소외 2(피해자 B)에 대한 공소사실'에 대한 수사를 위하여 피해자 공소외 1에 대한 제1영장에 기한 전자정보 복제본을 대상으로 영장 없이 압수·수색한 것이다. 즉, 압수·수색절차의 종료로 삭제·폐기의 대상일 뿐 더 이상 수사기관의 탐색·복제·출력 대상이 될 수 없는 복제본을 대상으로 새로운 범죄 혐의의 수사를 위하여 기존 압수·수색 과정에서 출력하거나 복제한 유관정보의 결과물에 대한 열람을 넘어 그 결과물을 이용하여 새로이 영장 없이 압수·수색한 경우에 해당하여, 이는 그 자체로 위법하다고 볼 수밖에 없다.

다) 따라서 경찰의 2차 압수·수색은 적법한 압수·수색절차에 요구되는 관련 규정을 준수하지 아니함으로써 영장주의 및 적법절차 원칙을 위반하여 위법하고, 아래에서 보는 바와 같이 그 이후에 제2영장을 발부받아 3차 압수·수색을 하였다는 사정만으로는 그 하자가 치유된다고 보기 어렵다.

2. 3차 압수·수색의 적법여부

○결론 - 3차 압수·수색은 위법하다.

○논거

3차 압수·수색은 피고인의 휴대전화가 아니라 제1영장에 기하여 실시한 1차 압수·수색에 따른 복제본이 저장된 경찰관 컴퓨터의 전자정보를 대상으로 발부된 제2영장을 집행한 것인 바, 이는 제1영장의 집행이 종료됨에 따라 당연히 삭제·폐기 되었어야 할 전자정보를 대상으로 한 것이어서 위법하다. 경찰이 검찰에 송치하는 사건에서 별도의 적법성 확보를 위한 조치 (사건 분리 후 피압수자에 대한 참여권 보장 하에 재복제 실시 등)를 하지 아니한 이상, 압수·수색절차의 종료로 삭제·폐기 되었어야 할 전자정보를 계속 소지하는 행위는 그 자체로서 위법하기 때문이다(위 대법원 2018도 19782 판결 참조).

결국 경찰의 3차 압수·수색 또한 영장주의를 위반한 것이어서 위법하고, 그것이 제2영장에 따른 집행이라는 이유만으로 달리 보기 어렵다.

총 평

이번 2024년도 형사소송법 문제는 모두 본 법무사가 학원모의고사에서 출제하거나 강의시간에 충분히 설명한 쟁점들로 모두 구성되었습니다.

특히 강의를 할 때 아예 “올해 문제를 해설해 드리겠습니다” 라면서 설명해 드렸던 문제가 그대로 출제되었습니다.

다만, 구체적으로 문제를 분석하면 법원행정처는 문제가 변별력을 갖추수 있도록 세심한 주의를 한 점이 엿보입니다..

문1은 법 제33조 1항 1호의 구속이란 당해사건 구속 만이 아니란 별건 구속도 포함 된다는 최근 전합 판례를 출제하였고, 이 문제는 모든 강사가 소위 찍을 것이기에 변별력을 유지하기 위해 항소심 법원이 취하여야 할 조치까지 설명을 요구한 것으로 보입니다. 판례에서 언급하였듯 1심 소송절차가 위법하므로 항소심에서는 국선 변호인을 선정한 후 항소심에서 국선이 참여한 상태에서 새롭게 소송절차를 진행하여야 한다는 점까지 답안을 작성하라고 요구하였습니다. 모든 수험생들이 다들 별건구속도 포함한다고 답안 작성하였을 것으로 보이나 항소심에서 국선을 선정한 상태에서 다시 새롭게 소송절차를 진행하여 형성된 심증을 바탕으로 유무죄의 실체재판을 하여야 한다고 쓴 답안은 그리 많지는 않을 것으로 보입니다. 판례가 별건구속에도 국선을 선정하여야 하는 논거로 제시한 3가지와 항소심 법원의 조치 부분을 정확히 작성하였다면 문 1에서는 상당히 고득점 할 것으로 보입니다.

문2의 1번 문제는 송달영수인 신고가 당해 심급에만 효력이 있으므로 항소심 으로서는 피고인에 대한 송달을 1심 송달영수인에게 하여서는 안된다는 판례로 모의고사로 출제하였고 2번 문제는 사안을 약간 변형하여 피고인 및 국선변호인에 대한 소송기록접수통지 후 국선변호인의 항소이유서 제출기간 내에 사선을 선임한 경우에도 사선에게 별도로 소송기록접수통지를 하여야 하는지를 묻는 문제로 기출문제해설로 충분히 설명드렸으므로 답안 작성하는데에는 별다른 어려움이 없었을 것으로 보입니다.

문3은 반의사불벌죄에서 처벌불원의 의사표시는 법문상 의사능력 있는 피해자만 오직 할 수 있다는 대법원 판례를 묻는 문제로서 이 판례 또한 모의고사로 출제했고 강의에서 조문을 직접 보면서 충분히 설명드렸으므로 답안 작성하는데 별다른 어려움이 없었을 것으로 보입니다.

문4 또한 삭제 폐기되어야 할 대상을 상대로 한 2차 및 3차 압수 수색은 영장주의

위반으로 위법하다는 최신판례로서 모의고사 로 이미 출제하였고 해설도 충분히 하였기에 답안 작성하는데 별다른 어려움은 없었을 것으로 보입니다.

작년 형사소송법은 주로 법원행정처에서 출제한 법원행정고등고시 및 법원사무관일 반승진 기출문제의 쟁점과 동일한 쟁점을 주로 출제하고 1문제만 최신판례로 출제 하였는데 올해 시험은 최신판례로 거의 도배하다시피 하였다고 볼 수 있습니다.

사실 최신판례로 대다수의 문제를 구성하는 것은 과거에는 흔한 출제 경향이었으며 이러한 출제경향은 앞으로도 계속 이어질 것으로 보입니다.

강사로서는 최신판례를 계속 확인하여 모의고사화 함으로써 수험생 께서 답안 작성에 별다른 어려움이 없도록 계속 최선의 노력을 다 할 것입니다.

2023.11.03.

자택에서 최철훈 법무사