

NATIONAL ASSEMBLY HIGHER CIVIL SERVICE EXAM

입법고등고시

2차 기출 완성

제4권 형법

2016~2024년 제2차시험 기출 · 자습용 · 2026년 10월 판

차례

일러두기	3
제0장 시험 이해와 답안 쓰는 법	4
0-1 문제지에서 확인되는 시험 구조	5
0-2 8개년 출제 지도	5
0-3 주제별 빈도와 경향	6
0-4 형법 사례형 답안 쓰는 법	7
0-5 학습 계획	8
제1장 구성요건론 — 인과관계 · 고의 · 착오	9
1-1 핵심 개념	10
1-2 기출 풀이	13
2018 제2문 준강도미수, 타격의 착오, 방화 후 탈출 차단	13
2019 제3문 1인에 대한 발언과 독극물 택배	16
2024 제3문 차량 충격 후 강에 떨어뜨린 살인	18
제2장 위법성과 책임	20
2-1 핵심 개념	21
2-2 기출 풀이	24
2016 제1문 양부를 살해하려 한 방화와 정당방위	24
2016 제2문 반지 바꿔치기와 무고한 사람의 체포	27
2021 제2문 타사 명의 영수증과 오인 타격·우연방위	29
2023 제1문 침입 절도범 제압과 총알 없는 권총	31
제3장 미수와 예비	34
3-1 핵심 개념	35
3-2 기출 풀이	37
2019 제2문 주거침입 후 준강간 시도와 치상	37
2024 제2문 강간 목적 침입 후 중단과 보복 방화	39
제4장 정범과 공범	41
4-1 핵심 개념	42
4-2 기출 풀이	45
2018 제1문 부친의 예금통장 절취와 현금 인출	45
2019 제1문 부친의 원두막 방화를 이용한 딸	48
2020 제1문 승용차 손괴 교사와 이탈, 경찰관 상해	51
2024 제1문 날치기가 강도로, 이탈한 공범과 위증	54
제5장 재산범죄 ① — 절도 · 강도와 친족상도례	57
5-1 핵심 개념	58
5-2 기출 풀이	61
2016 제3문 모친의 현금카드로 인출·이체 후 소각	61
2017 제1문 사주받은 절도, 경찰관 폭행, 장물 변제	63
2021 제1문 야간 침입 포기, 살해 후 추락, 혼외자 인지	66
제6장 재산범죄 ② — 사기 · 횡령과 불법원인급여	69
6-1 핵심 개념	70
6-2 기출 풀이	73
2017 제3문 통장 양도와 피해금 인출, 도피	73
2020 제3문 명의신탁 부동산의 임의 처분과 횡령	75
2021 제3문 양도한 보증금 채권의 수령과 국외 도박장	77
2023 제2문 도박자금 차용 사기와 보이스피싱 계좌	79
제7장 국가적 · 사회적 법익 — 뇌물 · 공무방해 · 문서 · 사법기능	81
7-1 핵심 개념	82
7-2 기출 풀이	85

2017 제2문 위생점검을 빌미로 한 금품 수수와 채권자 살해	85
2018 제3문 위력에 의한 공무 방해와 허위 훈련확인서	88
2020 제2문 뇌물 전달 위탁금의 소비와 허위 고소	90
2023 제3문 습득한 신분증과 전자 파일·이미지의 사용	92
부록 참조 자료	94
부록 A 연도별 문항 일람	95
부록 B 주제 색인	96
부록 C 핵심 조문과 판례 법리	98

일러두기

이 권의 구성. 이 책은 2016~2021년, 2023~2024년 입법고등고시 제2차시험 형법 기출 24개 대문(8개년, 해마다 3문)을 주제별로 재배열하고, 문항마다 출제 포인트, 답안 개요, 예시답안을 붙인 자습서이다. 0장에서 시험 구조와 형법 사례형 답안 쓰는 법을 정리하고, 1~7장에서 주제별 핵심 개념 카드와 기출 풀이를 제공한다. 부록에는 연도별 문항 일람(A), 주제 색인(B), 이 책에서 쓴 핵심 조문과 판례 법리의 요지(C)를 실었다.

공부법. 형법 기출은 거의 모두 “甲·乙의 죄책은?”을 묻는 사례형이다. 문제지 원문을 읽은 뒤 바로 해설을 보지 말고, 먼저 행위자별·행위 단계별로 사실관계를 끊어 ‘행위 → 문제 되는 죄’ 목록을 만들어 본다. 그다음 답안 개요 표와 비교하고 예시답안을 읽는다. 예시답안은 하나의 모범 구성이며, 학설이 나뉘는 쟁점(간접정범과 교사범의 경계, 우연방위, 예비의 중지 등)에서는 다른 결론도 근거가 충실하면 좋은 평가를 받을 수 있다.

표기 기준.

- 조문은 따로 법령명을 적지 않으면 형법 조문이다. 형사소송법, 민법, 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(부동산실명법), 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(성폭력처벌법)은 법령명을 밝혔다.
- 판례는 “판례는 …라는 입장이다”처럼 태도로 적고, 판결 연도는 확실한 것만 적었다. 대법원 사건번호는 신지 않았다. 답안에서도 사건번호보다 판례의 법리를 정확히 쓰는 것이 중요하다.
- 예시답안은 출제 당시 법령·판례를 기준으로 하며, 이후 개정은 직접 확인해야 한다. 출제 뒤 판례가 바뀐 쟁점(공동거주자의 승낙과 주거침입, 채권양도인의 추심금 소비 등)과 헌법재판소 결정(친족상도례)은 해당 답안에 한 줄 주로 밝혔다.
- 2020년 12월 형법 개정(2021년 12월 시행)으로 조문의 표현이 쉬운 우리말로 바뀌었다(예: 방화죄의 ‘소훼’는 ‘불태운’). 조문 번호와 내용은 같으므로 이 책은 출제 당시 문제지의 용어를 그대로 쓰고, 해설에서는 두 표현을 섞어 썼다.
- 문제지 원문의 표기(띄어쓰기, 따옴표, 날짜 표기)는 가능한 한 그대로 옮겼다. 2016~2019년 문제지는 HWP 원본에서 본문을 확인하였고, 2020년 이후 문제지는 공개된 PDF를 보고 확정하였다. 2017년 제2문의 소문 배점 표기는 원문의 꺾쇠를 < > 로 바꾸었다.
- 성범죄·가정폭력이 소재인 문항은 문제지의 사실관계만 옮기고 법률 판단에 필요한 범위에서만 다루었다.

출처와 주의. 기출 문항은 국회사무처 국회채용시스템 자료실에 공개된 문제지에서 옮겼다. 외부 배포·판매 전에 이용 조건을 확인해야 한다. 예시답안은 출제 당시 법령·판례를 기준으로 하며, 이후 개정은 직접 확인해야 한다. 예시답안과 해설은 이 책의 저자가 작성한 것으로 출제기관의 공식 답안이 아니다.

제0장

시험 이해와 답안 쓰는 법

배점 구조 · 8개년 출제 지도 · 주제별 빈도 · 형법 사례형 답안의 구성 · 학습 계획

이 장에서 다루는 내용

0-1 문제지에서 확인되는 시험 구조	5
0-2 8개년 출제 지도	5
0-3 주제별 빈도와 경향	6
0-4 형법 사례형 답안 쓰는 법	7
0-5 학습 계획	8

0-1 문제지에서 확인되는 시험 구조

2016~2024년(2022년 제외) 형법 문제지는 모두 **대문 3개**로 구성되며, 배점 합계는 매년 100점이다. 거의 모든 대문이 甲·乙·丙 등의 행위를 서술한 사례를 주고 “죄책은?” 또는 “죄책을 논하시오”를 묻는다. 예외는 2020년 제3문(명의신탁 부동산 처분의 횡령죄 성부에 대한 긍정·부정 논거 제시)뿐이다. 소문으로 나눌 때는 행위자별 ((1) 甲, (2) 乙) 또는 사실관계의 장면별로 나누는 것이 보통이다.

연도	회차	제1문	제2문	제3문
2016	제32회	40점	30점	30점
2017	제33회	40점	40점(25·15)	20점
2018	제34회	40점	40점	20점
2019	제35회	40점(15·25)	30점	30점(10·20)
2020	제36회	50점	30점	20점
2021	제37회	40점(20·20)	30점(15·15)	30점
2023	제39회	50점(30·20)	30점	20점
2024	제40회	50점	30점	20점

괄호 안은 소문 배점이다. 2020년부터 제1문이 50점으로 커진 해가 많다(2021년 제외). 특별법 위반을 ‘논외’로 한다는 단서가 자주 붙지만(2016-3, 2017-3, 2018-3, 2020-1, 2023 전 문항, 2024-3), 단서가 없는 문항도 있으므로 형법상 죄책을 중심으로 쓰되 명백히 문제되는 특별법은 한두 문장으로 언급한다.

이 과목이 없는 해

2022년에는 시험이 없었고, **2025~2026년 공개 문제지에는 이 과목이 없다. 시험 과목 편성은 공고로 확인 할 것.** 시험 시간, 답안지 분량, 선택·필수 여부 등 문제지에 나타나지 않는 사항은 매년 국회사무처 공고로 확인해야 한다.

0-2 8개년 출제 지도

연도	문	소재와 핵심 쟁점	주제(이 책의 장)	배점
2016	1	양부 살해 목적 방화 / 장애미수·방화치사·존속살해·정당방위	위법성·책임(2장)	40
	2	반지 바꿔치기, 오인 체포 / 절도·사기 구별·오상 체포·정당방위	위법성·책임(2장)	30
	3	모친 현금카드 인출·이체 / 절도·컴퓨터사용사기·친족상도례	절도·강도(5장)	30
2017	1	사주받은 절도, 경찰관 폭행 / 준강도·교사 범위·장물취득	절도·강도(5장)	40
	2	공무원의 공갈적 금품 수수, 채권자 살해 / 수뢰·공갈·강도살인	국가적 법익(7장)	40
	3	통장 양도와 피해금 인출 / 사기방조·횡령·범인도피교사	사기·횡령(6장)	20
2018	1	부친 통장 절취·인출 / 합동범의 공동정범·친족상도례	공범론(4장)	40
	2	준강도미수, 타격의 착오, 방화 후 탈출 차단 / 착오·방화와 살인	구성요건·착오(1장)	40
	3	위력에 의한 공무 방해, 예비군확인서 / 업무방해·허위공문서 간접정범	국가적 법익(7장)	20

연도	문	소재와 핵심 쟁점	주제(이 책의 장)	배점
2019	1	딸의 부친 원두막 방화 이용 / 간접정범·제33조 단서·방화 치사	공범론(4장)	40
	2	주거침입 후 준강간 시도와 치상 / 불능미수·강간치상	미수론(3장)	30
	3	1인에 대한 발언, 독극물 택배 / 공연성·방법의 착오·인과 관계	구성요건·착오(1장)	30
2020	1	손괴 교사, 이탈, 차량 몰색 중 경찰관 상해 / 이탈·원인에서 자유로운 행위·강도상해	공범론(4장)	50
	2	뇌물 전달 위탁금 소비, 허위 고소 / 증뢰물전달·불법원인 급여·무고	국가적 법익(7장)	30
	3	중간생략등기형 명의신탁 / 횡령죄 긍정·부정 논거	사기·횡령(6장)	20
2021	1	야간 침입 포기, 살해 후 추락, 혼외자 인지 / 개괄적 고의·친족상도례	절도·강도(5장)	40
	2	타사 명의 영수증, 오인 타격·우연방위 / 위조·업무방해·특수중상해	위법성·책임(2장)	30
	3	채권양도 후 보증금 수령, 국외 도박장 / 횡령·속인주의	사기·횡령(6장)	30
2023	1	침입 절도범 제압 중 중상해, 총알 없는 권총 / 과잉방위·불능미수·중지미수	위법성·책임(2장)	50
	2	도박자금 차용 사기, 보이스피싱 계좌 / 사기·사기방조·도박방조	사기·횡령(6장)	30
	3	습득 신분증, 파일 합성, 이미지 제시 / 문서의 개념·공문서부정행사	사회적 법익(7장)	20
2024	1	날치기 중 폭행, 이탈, 제3자 상해, 위증 / 공모 초과·강도 상해·위증교사	공범론(4장)	50
	2	강간 목적 침입 후 중단, 보복 방화 / 강간예비·현주건조 물방화·살인미수	미수론(3장)	30
	3	차량 충격 후 강에 유기 / 개괄적 고의	구성요건·착오(1장)	20

0-3 주제별 빈도와 경향

장	주제	대문 수	배점 합계
1	구성요건론 — 인과관계·고의·사실의 착오	3	90
2	위법성과 책임	4	150
3	미수와 예비	2	60
4	정범과 공범	4	180
5	재산범죄 ① — 절도·강도와 친족상도례	3	110
6	재산범죄 ② — 사기·횡령과 불법원인급여	4	100
7	국가적·사회적 법익 — 뇌물·공무방해·문서·사법기능	4	110
	합계	24	800

장 배정은 대문의 중심 쟁점 기준이다. 실제로는 한 대문에 총론과 각론 쟁점이 4~6개씩 섞여 있으므로, 부록 B의 주제 색인으로 개념별 출제 문항을 함께 찾아보는 것이 좋다.

경향 세 가지

- ① **총론 쟁점이 각론 사례 속에 숨어 있다.** 착오(2018-2, 2019-3, 2021-2, 2024-1), 개괄적 고의(2021-1, 2024-3), 공범의 이탈·초과(2020-1, 2024-1), 미수의 세 형태(2016-1, 2021-1, 2023-1)가 절도·방화·살인 사례에 얹혀 출제된다.
- ② **재산범죄와 방화·살인이 각론의 중심이다.** 24문 가운데 절도·강도가 쟁점이 된 문항이 10개 안팎이고, 방화(2016-1, 2018-2, 2019-1, 2024-2)와 친족상도례(2016-3, 2018-1, 2021-1)가 반복된다.
- ③ **전원합의체 판례가 곧 출제 소재이다.** 준강도의 기수 판단, 합동범의 공동정범, 공무와 업무방해, 준강간의 불능미수(2019년, 같은 해 출제), 명의신탁과 횡령, 계좌명의인의 피해금 인출처럼 판례 변경이나 전원합의체 판결이 있는 쟁점은 곧바로 문제가 된다.

0-4 형법 사례형 답안 쓰는 법

형법 사례형 답안은 **행위자별, 행위 단계별**로 사실을 끊은 뒤, 각 단위마다 범죄론 체계의 순서로 검토한다.

단계	검토할 것	답안에서의 모습(예: 2018-2)
① 행위 분해	누가, 언제, 무엇을 했는지 장면별로	“甲의 행위는 ① 베란다 침입 시도와 B 폭행, ② C 자상, ③ 방화와 탈출 차단의 세 단계이다.”
② 구성요건	객관적 요건(객체·행위·결과·인과관계), 주관적 요건(고의·목적·착오)	“가로막은 C를 찌른 것은 방법의 착오이며 판례는 법정적 부합설을 따른다.”
③ 위법성	정당방위·긴급피난·자구행위·정당행위, 오상·우연방위	사실관계에 침해 상황이 있으면 반드시 검토
④ 책임	책임능력(제10조 제3항), 금지착오, 기대가능성	음주·흥분·공포가 서술되면 검토
⑤ 미수·공범	착수 시기, 장애·중지·불능, 공동정범·교사·방조, 이탈·초과, 신분	“실행의 착수 전 이탈이므로 공동정범의 책임이 없다.”
⑥ 죄수·처벌	상상적 경합·실체적 경합·흡수, 친족상도례 등 처벌조각	“준강도미수죄, 살인죄, 현주건조물방화죄와 살인죄는 실체적 경합이다.”

실전 팁

결론을 먼저 보여 준다. 답안의 첫 부분(문제의 소재)에서 검토할 행위와 쟁점을 한 문장으로 나열하고, 마지막 결론에서 “甲은 ○○죄와 △△죄의 실체적 경합”처럼 **죄명과 죄수**를 한 줄로 정리한다. 채점자는 결론의 죄명 목록으로 답안의 완성도를 먼저 판단한다. 문제가 소문으로 나뉘지 않아도 행위자별로 ‘II. 甲의 죄책 / III. 乙의 죄책’처럼 큰 제목을 나누는 것이 좋다.

자주 하는 실수

- **결론에 죄수를 빠뜨리는 것.** 죄명만 나열하고 상상적 경합·실체적 경합을 밝히지 않으면 사례형 답안의 마무리가 빠진다.
- **판례 결론만 쓰고 논거를 생략하는 것.** “판례는 법정적 부합설”로 끝내지 말고 사안 포섭(같은 구성요건 내 착오 → 고의 기수)까지 쓴다.
- **사건번호를 외워 쓰려다 틀리는 것.** 사건번호는 쓰지 않아도 감점이 없지만, 틀린 사건번호와 잘못 요약한 판례 태도는 감점 요인이다.

- **문제가 일부러 넣은 사실을 버리는 것.** ‘겁이 나서’(2016-1), ‘상당량의 술’(2020-1), ‘아무런 저항 없이’(2023-1), ‘변론이 분리된’(2024-1), ‘인지(민법 제855조)’(2021-1)는 모두 쟁점의 단서이다.
- **행위자 한 명을 빠뜨리는 것.** 甲·乙·丙 모두의 죄책을 물으면, 범죄가 성립하지 않는 사람도 “무죄”라는 결론과 이유를 적어야 한다(2016-2의 丙, 2020-1의 乙).

출제 당시 법령·판례 기준

예시답안은 출제 당시를 기준으로 쓰고, 이후 바뀐 것은 짧게 덧붙인다. 이 책에서 주를 단 변화는 다음과 같다. ① 공동거주자 일방의 승낙과 주거침입(2021년 전원합의체, 2016-1·2018-1), ② 채권양도인의 추심금 소비와 횡령(2022년 전원합의체, 2021-3), ③ 양자간 명의신탁과 횡령(2021년 전원합의체, 2020-3), ④ 친족상도례 헌법불합치(헌법재판소 2024년, 2016-3·2021-1), ⑤ 강간 등 예비·음모 처벌 신설(2020년, 2024-2는 신설 이후 출제).

0-5 학습 계획

단계	기간(예시)	할 일
1	1~2주	1~3장(총론: 착오·위법성·미수)의 개념 카드를 먼저 익힌다. 모든 각론 사례가 이 틀 위에서 움직인다.
2	3~4주	4장(공범론). 장마다 개념 카드 → 기출 문제만 보고 ‘행위·문제 되는 죄’ 목록 작성(15분) → 답안 개요 표와 비교 → 예시답안 정독.
3	5~7주	5~7장(각론)과 부록 C. 재산범죄는 객체(재물·이익), 피해자(친족상도례), 죄수(불가벌적 사후행위)를 함께 정리한다.
4	8주 이후	연도별 3문항을 실제 시간에 맞추어 작성(시험 시간은 공고 확인). 써봄(writegrow.net) 같은 첨삭 도구나 스터디로 피드백을 받는다.

제1장

구성요건론 — 인과관계 · 고의 · 착오

인과관계와 객관적 귀속 · 구체적 사실의 착오 · 개괄적 고의 · 부진정 결과적 가중범 | 기출 3문항: 2018-2, 2019-3, 2024-3

이 장에서 다루는 내용

1-1 핵심 개념	10
1-2 기출 풀이	13
2018 제2문 준강도미수, 타격의 착오, 방화 후 탈출 차단	13
2019 제3문 1인에 대한 발언과 독극물 택배	16
2024 제3문 차량 충격 후 강에 떨어뜨린 살인	18

1-1 핵심 개념

형법 사례는 결과가 ‘의도한 대로’ 일어나지 않는 지점에서 출제된다. 의도와 다른 사람이 쓰러지고(방법의 착오), 의도와 다른 경로로 죽고(인과과정의 착오), 죽었다고 생각한 뒤의 행위로 죽는다(개괄적 고의). 이 장의 개념은 모든 장의 사례에서 다시 쓰인다.

인과관계와 객관적 귀속

결과범에서 행위와 결과 사이에 인과관계가 있어야 기수가 된다(제17조). 판례는 상당인과관계설을 따라, 행위가 결과 발생의 유일하거나 직접적인 원인이 아니더라도 그 행위와 다른 사정(피해자의 지병, 제3자의 행위, 피해자의 도피 행동)이 결합하여 결과를 일으킨 경우에도 일반적 경험칙상 예견할 수 있으면 인과관계를 인정한다. 학설은 합법칙적 조건설로 인과관계를 확정된 뒤 위험의 창출·실현과 규범의 보호목적으로 객관적 귀속을 판단한다.

대립 구도

제17조 · 상당인과관계설(판례) ↔ 합법칙적 조건설 + 객관적 귀속론

쓰이는 기출 2019-3 (기존 폐질환 악화), 2016-1 (불길을 피해 추락)

답안 속 문장

“독극물 중독이 없었다면 합병증도 없었고, 기존 질환이 중독으로 악화되어 사망하는 것은 일반적으로 예견 가능한 경과이므로 인과관계가 인정된다.”

구체적 사실의 착오 — 객체의 착오와 방법의 착오

행위자가 인식한 사실과 발생한 사실이 같은 구성요건에 속하는 경우이다. **객체의 착오**(甲인 줄 알고 A를 때림)는 어느 학설에 의하더라도 발생 사실에 대한 고의 기수가 된다. **방법(타격)의 착오**(A를 겨냥했으나 B가 맞음)는 구체적 부합설에 따르면 의도한 객체에 대한 미수와 발생한 객체에 대한 과실범의 상상적 결합이고, 법정적 부합설에 따르면 발생한 객체에 대한 고의 기수이다. 판례는 법정적 부합설을 따라, 살해하려던 사람을 찌르다 이를 가로막은 사람을 찔러 사망하게 한 경우 그에 대한 살인죄를 인정하였다.

대립 구도

제15조 제1항 · 구체적 부합설 ↔ 법정적 부합설(판례) ↔ 추상적 부합설

쓰이는 기출 2018-2 (가로막은 C), 2019-3 (택배를 마신 丁), 2021-2 (객체의 착오), 2024-1 (빚나간 소주병)

답안 속 문장

“의도한 객체와 실제 객체가 모두 ‘사람’이라는 같은 구성요건에 속하므로, 판례가 따르는 법정적 부합설에 따르면 발생한 결과에 대한 고의가 조각되지 않는다.”

개괄적 고의

제1행위로 결과가 발생한 것으로 오인하고 다른 목적의 제2행위를 하였는데 실제로는 제2행위로 결과가 발생한 경우이다. 학설은 ① 제1행위 미수와 제2행위 과실범의 실체적 결합설, ② 개괄적 고의설, ③ 인과과정의 착오설(비본질적이면 기수), ④ 계획실현설로 나뉜다. 판례는 살해 의도로 가격하여 정신을 잃은 피해자를 죽은 줄 알고 매장하여 질식사하게 한 사안에서 전 과정을 개괄적으로 보아 살인죄 기수를 인정하였다.

대립 구도

제13조, 제15조 · 미수+과실설 ↔ 기수설(개괄적 고의·인과과정 착오·계획실현)

쓰이는 기출 2024-3 (충격 후 강에 유기), 2021-1 (1) (내리친 뒤 추락)**답안 속 문장**

“처음부터 살해를 의도하였고 그 은폐를 위한 후속 행위로 사망하였으므로, 전 과정을 개괄적으로 보면 당초 예견한 사실이 실현된 것으로서 살인죄의 기수가 성립한다.”

부진정 결과적 가중범 — 현주건조물방화치사(상)

중한 결과에 대해 과실뿐 아니라 고의가 있는 경우에도 성립하는 결과적 가중범이다. 판례는 현주건조물방화치사·치사죄(제164조 제2항), 특수공무집행방해치사죄(제144조 제2항)를 부진정 결과적 가중범으로 본다. 그 결과 사람을 살해할 목적으로 현주건조물에 방화하여 사망하게 하면 현주건조물방화치사죄 하나만 성립하고 살인죄는 따로 성립하지 않는다. 다만 판례는 존속살해의 경우 존속살해죄와 현주건조물방화치사죄의 상상적 경합을, 방화 후 탈출을 막아 사망하게 한 경우에는 현주건조물방화죄와 살인죄의 실제적 경합을 인정하였다. 사망에 이르지 않으면 현주건조물방화죄와 살인미수죄의 상상적 경합이 된다.

대립 구도

제164조 제2항 · 고의 포함(부진정) ↔ 과실만(진정) · 하나의 방화행위 ↔ 별개의 살해행위

쓰이는 기출 2016-1, 2018-2, 2019-1 (2), 2024-2, 2020-1 (특수공무집행방해치사)**답안 속 문장**

“현주건조물방화치사죄는 사망에 대한 고의가 있는 경우도 포함하는 부진정 결과적 가중범이므로, 살해 목적의 방화로 사람이 사망하면 이 죄만 성립한다.”

방화죄의 기수 — 독립연소설

판례는 불이 매개물을 떠나 목적물에 옮겨 붙어 독립하여 연소할 수 있는 상태에 이르면 방화죄의 기수가 된다고 본다(독립연소설). 매개물에만 불이 붙고 목적물에 옮겨 붙기 전에 꺼졌으면 미수이다. 현주건조물방화죄는 공공의 위험을 요건으로 하지 않는 추상적 위험범이므로 실제로 사람이 다칠 위험이 없었더라도 성립한다. 현주건조물인지는 사람의 주거로 사용하는지 또는 사람이 현존하는지로 판단한다.

대립 구도

제164조, 제166조, 제174조 · 독립연소설(판례) ↔ 효용상실설·중요부분연소개시설

쓰이는 기출 2016-1 (옷가지만 연소), 2019-1 (주거로 쓰는 원두막), 2024-2 (집이 모두 탐)**답안 속 문장**

“옷가지에만 불이 붙고 건물에는 옮겨 붙기 전에 꺼졌으므로 방화는 독립연소에 이르지 않은 미수이다.”

명예훼손의 공연성 — 전파가능성

공연성은 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 말한다. 판례는 한 사람에게 사실을 적시하더라도 그로부터 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있으면 공연성을 인정한다. 다만 전파가능성은 엄격히

인정하며, 상대방이 피해자와 특별한 관계에 있거나 직무상 비밀 유지가 기대되는 경우, 피해자 본인에게만 전달되는 경우에는 부정한다. 사실 여부를 확인하는 질문 과정에서 사실을 언급한 경우 명예훼손의 고의를 인정하기 어렵다는 것도 판례이다.

대립 구도

제307조 · 전파가능성 이론(판례) ↔ 직접 인식 필요설

쓰이는 기출 2019-3 (1)

답안 속 문장

“비밀을 당부하며 한 사람에게만 확인 차원의 질문을 하였고, 그 말이 피해자 본인에게 전달되었을 뿐이므로 전파가능성을 인정하기 어렵다.”

1-2 기출 풀이

2018 제2문

준강도미수, 타격의 착오, 방화 후 탈출 차단

40점 · 단일 문항 · 야간주거침입절도의 착수, 준강도 기수 판단, 법정적 부합설, 방화와 살인의 죄수

제2문 (40점)

甲은 A가 집에 금품을 많이 보관하고 있다는 사실을 알고 금품을 훔치기로 마음먹고 밤 10시 경 가스배관을 타고 A의 집 2층으로 올라가 베란다 문을 열다가 B가 “도둑이야!”하고 소리치자 B를 폭행하고 도주하였다.

A가 범인을 찾기 위해 여기저기를 수소문하고 다니자 甲은 A를 살해하기로 마음먹고 야간에 C와 함께 산책 중인 A에게 몰래 다가가 A를 칼로 찌르려고 할 때 C가 가로막는 바람에 C의 복부를 칼로 찌르게 되었고, C는 복부에 자상(刺傷)을 입고 며칠 후 사망하였다.

甲은 A가 자신을 알아볼 것을 두려워한 나머지 A를 살해하기로 마음먹고 자정 무렵 A의 집 부근에 휘발유를 뿌리고 A의 집에 불을 붙였는데, 잠을 자고 있던 A가 잠에서 깨어 현관 밖으로 나오려 하자 甲은 A가 현관을 벗어나지 못하도록 현관문 앞에 물건을 쌓아두어 A는 질식사하고 말았다.

甲의 죄책을 논하시오.

출제 포인트

출제 의도 한 행위자의 세 장면에 각각 다른 총론 쟁점(착수 시기, 방법의 착오, 부진정 결과적 가중범의 죄수)을 배치하였다. **연결 개념** 베란다 창문 개방 시도의 착수, 준강도의 기수·미수(전원합의체), 법정적 부합설, 살해 목적 방화의 판례 두 갈래. **함정** 셋째 장면을 ‘살해 목적 방화 → 현주건조물방화치사죄 하나’로 끝내기 쉽다. 탈출을 막은 별개의 살해행위가 있으므로 판례는 현주건조물방화죄와 살인죄의 실제적 경합으로 본다.

■ 답안 개요

행위	문제 되는 죄	쟁점	결론
밤 10시 베란다 문을 열다 B 폭행	야간주거침입절도, 준강도	주거침입 착수 시기, 준강도 기수 기준(절도 기준)	준강도미수
A를 찌르다 가로막은 C 사망	살인	방법의 착오(법정적 부합설), 인과 관계	C에 대한 살인죄
A의 집 방화	현주건조물방화	사람이 현존하는 주거	현주건조물방화죄
현관 앞 물건으로 탈출 차단 → 질식사	살인, 방화치사	별개의 살해행위 개입 → 죄수	살인죄, 방화죄와 실제적 경합

권장 분량: 약 2,000~2,400자

예시답안 — 2018 제2문

I. 문제의 소재

甲의 행위는 세 단계이다. ① 야간에 가스배관을 타고 올라가 베란다 문을 열다가 B를 폭행한 행위(야간 주거침입절도의 실행착수, 준강도 미수), ② A를 찌르려다 가로막은 C를 찔러 사망하게 한 행위(방법의 착오), ③ A의 집에 불을 놓고 탈출을 막아 사망하게 한 행위(현주건조물방화치사와 살인의 관계)이다.

II. 쟁점별 검토

1. 첫째 행위 — 준강도 미수. (1) 실행의 착수. 야간주거침입절도죄는 주거침입 시점에 실행의 착수가 있다. 주거침입죄는 신체가 주거 안으로 들어가지 않았더라도 침입을 위한 구체적 행위를 시작하면 착수가 인정되며, 판례는 야간에 아파트 베란다 난간까지 올라가 유리창문을 열려고 시도한 경우 야간주거침입절도죄의 실행착수를 인정하였다. 밤 10시경 2층 베란다 문을 연 甲에게도 착수가 있다. 재물을 가져가지 못하였으므로 미수이다.

(2) 준강도. 절도의 실행에 착수한 자가 체포 면탈이나 죄적 인멸의 목적으로 폭행하면 준강도죄(제335조)가 된다. 甲은 B가 “도둑이야!”라고 소리치자 B를 폭행하고 도주하였으므로 체포 면탈 목적이 인정된다. 판례(전원합의체)는 준강도의 기수·미수를 절도의 기수·미수를 기준으로 판단하므로, 甲은 준강도미수죄(제342조, 제335조)이다. 야간주거침입절도미수는 준강도미수에 흡수된다. 준강도의 주체인 ‘절도’는 절도의 실행에 착수한 자이면 충분하므로 아직 재물을 손에 넣지 못한 단계의 甲도 주체가 되고, 폭행의 상대방 B가 재물의 소유자 A가 아니어도 무방하다. 폭행은 B의 반항을 억압할 정도에 이르러야 하나, 체포를 면하려고 소리친 사람을 폭행한 이상 그 정도는 통상 인정된다.

2. 둘째 행위 — C의 사망. 甲은 A를 살해하려고 칼로 찔렀으나 가로막은 C를 찔렀다. 의도한 객체와 다른 객체에 결과가 발생한 방법(타격)의 착오이며, A와 C는 같은 구성요건(사람)에 속하는 구체적 사실의 착오이다. 구체적 부합설에 따르면 A에 대한 살인미수와 C에 대한 과실치사의 상상적 경합이다. 판례는 법정적 부합설을 따라, 살해하려던 사람을 찌르다가 이를 가로막은 사람을 찔러 사망하게 한 사안에서 그에 대한 살인죄를 인정하였다. 판례에 따르면 甲은 C에 대한 살인죄(제250조 제1항)가 성립한다. 칼로 복부를 찔러 며칠 후 사망하였으므로 인과관계도 인정된다. 법정적 부합설 안에서도 의도한 객체 A에 대한 살인미수와 C에 대한 살인기수의 상상적 경합으로 보는 견해가 있으나, 판례는 C에 대한 살인죄만을 인정하였다.

3. 셋째 행위 — 방화와 살인. (1) 현주건조물방화. 甲은 자정 무렵 A가 잠자고 있는 A의 집에 휘발유를 뿌리고 불을 붙였으므로 사람이 주거로 사용하고 현존하는 건조물에 대한 현주건조물방화죄(제164조 제1항)가 성립한다. 집 부근에 뿌린 휘발유를 매개로 불이 A의 집에 옮겨 붙어 A가 질식사할 정도로 연소가 진행되었으므로 불이 목적물에 독립하여 연소할 수 있는 상태에 이르러 기수이다. 이 단계의 甲에게는 A를 살해하려는 고의가 처음부터 있었다.

(2) 판례의 구별. 판례는 살해할 목적으로 현주건조물에 방화하여 사람을 사망하게 한 경우에는 현주건조물방화치사죄 하나만 성립한다고 본다. 그러나 방화 후 사람이 빠져나오려 하자 이를 가로막아 사망하게 한 경우에는, 방화와는 별개의 새로운 살해행위가 있으므로 현주건조물방화죄와 살인죄의 실체적 경합이 된다고 하였다. 甲은 불을 붙인 뒤 A가 현관 밖으로 나오려 하자 현관문 앞에 물건을 쌓아 탈출을 막았고, A는 질식사하였다. 따라서 판례에 따르면 현주건조물방화죄와 살인죄의 실체적 경합이다. 이에 대하여는 甲이 처음부터 살해의 목적으로 방화하였으므로 탈출 차단을 방화에 의한 살해의 일부로 보아 현주건조물방화치사죄만 성립한다는 견해도 가능하나, 독립된 살해행위가 개입한 점을 중시하는 판례가 타당

하다. 방화만으로 A가 사망하였다면 하나의 현주건조물방화치사죄로 평가되었을 것이지만, 甲은 A가 스스로 탈출하여 생명을 건질 수 있었던 기회를 새로운 행위로 막았기 때문이다.

4. 특별법. 문제에서 특별법을 논외로 하지 않았으나, A는 수사기관에 고소·고발하거나 진술한 사람이 아니라 스스로 범인을 수소문한 것에 불과하므로 특정범죄가중처벌법상 보복범죄의 가중처벌 규정을 적용하기 어렵다. 범행 동기는 양형에서 고려된다.

III. 결론

甲은 ① 준강도미수죄, ② C에 대한 살인죄, ③ 현주건조물방화죄와 A에 대한 살인죄를 범하였고, 이들은 모두 실체적 경합(제37조)이다.

근거: 형법 제15조 제1항, 제37조, 제164조, 제250조, 제330조, 제335조, 제342조 · 베란다 창문 개방 시도 판례 · 준강도 기수 전원합의체 판례 · 법정적 부합설 판례 · 방화 후 탈출 차단 판례

2019 제3문

1인에 대한 발언과 독극물 택배

총 30점 · 소문 2개 · 전파가능성, 실행의 착수, 방법의 착오, 인과관계

제3문 (30점)

유기농 농산물 체인점을 운영하는 甲은 A지점 지점장 乙에 대한 안 좋은 소문을 듣게 되었다. 이에 A지점 납품업체 직원인 丙을 아무도 없는 자신의 사무실로 따로 불러 “다른 지점에서는 농산물 납품대가로 지점장에게 따로 100만 원을 준다는데, 乙에게는 납품비로 얼마나 줬나? 乙이 납품비를 돈으로 받아 해먹었고, 지금 뒷조사 중이다”라고 말하였다. 이에 丙은 “저는 그런 일이 없습니다.”라고 대답하였다. 甲은 丙에게 자신과 만난 사실을 비밀로 해줄 것을 당부하였으나 丙은 甲이 한 말을 그대로 乙에게 전달하였다.

乙은 자신이 아무 죄가 없음에도 甲이 자신의 비리를 캐다고 생각하여 앙심을 품고, 甲을 살해하고자 독성 물질이 주입된 유기농 과일주스 선물세트를 택배로 혼자 살고 있는 甲의 집에 보냈다. 그런데 甲의 집에 오랜만에 찾아온 친구 丁이 甲에게 배달된 선물세트 속 주스 한 병을 먹고 복통을 호소하면서 정신을 잃고 쓰러졌다.

丁은 호출을 받고 출동한 구급차에 의해 인근 병원으로 후송되어 치료를 받던 중 기존의 폐질환이 악화되는 등의 합병증으로 사망하였다.

- (1) 甲의 죄책은? (10점)
- (2) 乙의 죄책은? (20점)

출제 포인트

출제 의도 (1)은 명예훼손의 공연성을 전파가능성 이론의 한계까지 판단하게 하고, (2)는 착오와 인과관계를 한 사례에서 겹쳐 묻는다. **연결 개념** 전파가능성의 엄격한 인정, 확인 차원 질문과 고의, 이격범의 착수 시기(발송·도달), 법정적 부합설, 피해자 지병과 인과관계. **합정** (1)에서 ‘1인에게 말했으니 공연성 없음’으로 끝내거나 반대로 ‘전파가능성 있음’으로 단정하는 것. 비밀 당부, 질문의 경위, 피해자 본인에게 전달된 사정을 모두 써야 한다.

■ 답안 개요

행위	문제 되는 죄	쟁점	결론
(1) 甲 — 丙에게 乙의 비리 언급	명예훼손(제307조 제1항)	전파가능성, 사실 확인 질문과 고의	불성립
(2) 乙 — 독극물 주스 택배 발송	살인	이격범의 착수 시기(도달시설)	착수 인정
(2) 丁이 마시고 합병증으로 사망	살인 / 살인미수·과실치사	방법의 착오, 기존 질환과 인과관계	판례: 丁에 대한 살인죄

권장 분량: (1) 약 600~700자 · (2) 약 1,100~1,300자

예시답안 — 2019 제3문

I. 문제의 소재

(1)은 한 사람에게만 한 발언의 공연성(전파가능성)과 명예훼손의 고의를, (2)는 독극물 택배를 받은 다른 사람이 마시고 기존 질환의 악화로 사망한 경우의 착오와 인과관계를 묻는다.

II. (1) 甲의 죄책

1. 사실의 적시와 허위성. 甲은 “乙이 납품비를 돈으로 받아 해먹었고, 지금 뒷조사 중이다”라고 하여 乙의 사회적 평가를 떨어뜨릴 구체적 사실을 말하였다. 내용은 허위이나 甲은 소문을 듣고 말한 것이어서 허위의 인식이 없으므로 사실적시 명예훼손죄(제307조 제1항)가 문제된다.

2. 공연성. 판례는 개별적으로 한 사람에게 사실을 적시하더라도 그로부터 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있으면 공연성을 인정한다(전파가능성 이론). 다만 전파가능성은 엄격하게 인정하여야 하며, 상대방이 피해자와 특별한 관계에 있거나 비밀 유지를 기대할 수 있는 관계에 있는 경우, 발언 경위상 전파될 가능성이 낮은 경우에는 공연성을 부정한다. 甲은 아무도 없는 사무실로 丙만 따로 불러 비밀을 당부하였고, 발언은 乙의 비리 여부를 확인하기 위해 납품업체 직원에게 질문하는 과정에서 나왔다. 丙은 결국 그 말을 피해자인 乙 본인에게 전달하였을 뿐인데, 피해자 본인에게 전달되는 것은 불특정 다수에 대한 전파가 아니다. 이러한 사정에 비추어 전파가능성을 인정하기 어렵다.

3. 고의. 판례는 사실 여부를 확인하는 과정에서 질문하며 그 사실을 언급한 경우에는 명예훼손의 고의를 인정하기 어렵다고 본다. 甲의 발언은 체인점 운영자로서 지점장의 비리 소문을 확인하려는 질문이었으므로 명예훼손의 고의도 부정된다.

III. (2) 乙의 죄책

1. 실행의 착수. 독극물 택배의 착수 시기는 발송시설과 도달시설이 대립하나, 섭취 가능한 상태가 된 때 생명에 대한 직접적 위험이 생기므로 도달시설이 타당하다. 선물세트는 甲의 집에 배달되었으므로 실행의 착수가 있다.

2. 방법의 착오. 乙은 甲을 살해하려 하였으나 그 집을 방문한 丁이 주스를 마셨다. 의도한 객체(甲)와 다른 객체(丁)에 결과가 발생한 방법의 착오이다. 구체적 부합설은 甲에 대한 살인미수와 丁에 대한 과실치사의 상상적 경합으로 보고, 법정적 부합설(판례)은 같은 구성요건 사이의 착오이므로 丁에 대한 살인의 고의를 인정한다.

3. 인과관계. 丁은 주스를 마시고 쓰러졌고 치료 중 기존 폐질환이 악화되는 등의 합병증으로 사망하였다. 판례는 살인의 실행행위가 피해자의 사망이라는 결과를 발생하게 한 유일하거나 직접적인 원인이 아니더라도, 그로부터 발생한 다른 사실이 경합하여 사망의 결과를 일으킨 경우에도 그 행위와 사망 사이에 인과관계가 있다고 본다. 독극물로 의식을 잃을 정도의 중독이 없었다면 합병증이 생기지 않았을 것이고, 피해자의 기존 질환이 중독으로 악화되어 사망하는 것은 일반적으로 예견 가능한 경과이므로 인과관계가 인정된다.

IV. 결론

(1) 甲은 공연성과 고의가 없어 명예훼손죄가 성립하지 않는다. (2) 乙은 판례(법정적 부합설)에 따르면 丁에 대한 살인죄이고, 구체적 부합설에 따르면 甲에 대한 살인미수죄와 丁에 대한 과실치사죄의 상상적 경합이다.

근거: 형법 제15조 제1항, 제17조, 제250조, 제254조, 제267조, 제307조 · 전파가능성 이론 판례 · 사실 확인 과정의 질문(명예훼손 고의 부정) 판례 · 사망과 다른 원인의 경합(인과관계 인정) 판례

2024 제3문

차량 충격 후 강에 떨어뜨린 살인

20점 · 단일 문항 · 개괄적 고의

제3문 (20점)

甲은 승용차를 운전하여 퇴근하다가 평소 자신을 지속적으로 괴롭혀 온 직장선배 A가 횡단보도를 건너는 것을 우연히 발견하고 교통사고를 가장하여 A를 살해하기 위하여 승용차로 A를 충격하였고, A는 그 충격으로 쓰러진 채 움직이지 않았다. 甲은 승용차에서 내려 A를 살펴 보았으나 숨을 쉬지 않자 죽었다고 생각하고 승용차 뒷좌석에 A를 싣고 사고 장소를 벗어났다. 甲은 인적이 드문 다리 위에서 멈춘 다음 A를 꺼내어 다리 아래 강으로 떨어뜨렸다. 이후에 A의 사인은 익사로 판명되었다. 甲의 죄책을 논하시오(특별법 위반은 논외로 함).

출제 포인트

출제 의도 개괄적 고의의 학설과 판례를 정확히 정리하고 포섭하는지를 본다. **연결 개념** 미수·과실 분리설, 개괄적 고의설, 인과과정의 착오설, 계획실행설, 매장 질식사 판례. **합정** 사체유기죄를 성립시키는 것(객체가 살아 있었다), 특별법(도주차량)을 길게 쓰는 것(논외 단서가 있다).

■ 답안 개요

행위	문제 되는 죄	쟁점	결론
살해 고의로 차량 충격	살인(착수)	실행의 착수	살인 실행 착수
사망 오인 후 강에 떨어뜨림 → 익사	살인 기수 / 과실치사	개괄적 고의의 학설·판례, 인과과정 착오의 본질성	판례: 살인죄 기수

권장 분량: 약 1,100~1,300자

예시답안 — 2024 제3문

I. 문제의 소재

甲은 살해의 고의로 승용차로 A를 충격한 뒤(제1행위), A가 죽었다고 오인하고 강에 떨어뜨렸는데(제2행위), A의 사인은 익사였다. 결과가 살인 고의가 없는 제2행위로 발생한 이른바 개괄적 고의 사례에서 살인죄의 기수를 인정할 수 있는지가 쟁점이다.

II. 쟁점별 검토

1. 제1행위. 甲은 A를 살해하기 위하여 승용차로 충격하였으므로 살인의 실행에 착수하였다. A는 충격으로 쓰러져 움직이지 않았으나 이 행위로 사망하지는 않았다.

2. 제2행위. 甲은 A가 이미 죽었다고 생각하고 사체를 처리할 의사로 강에 떨어뜨렸다. 이 시점의 甲에게는 살인의 고의가 없고, A가 살아 있었으므로 사체유기죄도 성립할 수 없다. 객관적으로는 살아 있는 사람을 강에 떨어뜨려 익사하게 하였으므로 과실치사의 구성요건에 해당한다.

3. 학설. ① 미수·과실 분리설은 두 행위를 분리하여 제1행위의 살인미수죄와 제2행위의 과실치사죄의 실체적 경합으로 본다. 결과에 대한 행위자의 인식이 없는 부분까지 고의 기수로 처벌할 수 없다는 점을 근거로 한다. ② 개괄적 고의설은 처음의 살인 고의가 두 행위 전체를 포괄한다고 보아 살인죄 기수를 인정

한다. ③ 인과과정의 착오설은 두 행위를 하나의 사건으로 보고 실제 인과과정과 행위자가 생각한 인과과정의 차이가 일반적 생활경험의 범위 안에 있어 비본질적이면 기수를 인정한다. ④ 계획실현설은 제1행위 당시 살해의 의도가 확정적이었는지(의도적 고의) 미필적이었는지에 따라 결론을 달리한다.

4. 판례. 판례는 피해자를 살해할 의도로 가격하여 피해자가 정신을 잃자 사망한 것으로 오인하고 범행을 은폐하려고 매장하여 질식사하게 한 사안에서, 전 과정을 개괄적으로 보면 피해자를 살해하려는 당초의 예견 사실이 결국 실현된 것으로서 살인죄의 죄책을 면할 수 없다고 하였다.

5. 사안의 적용. 甲은 처음부터 A를 살해하려는 확정적 고의로 차량으로 충격하였고, 교통사고로 가장하려는 계획 아래 사체를 처리하려고 A를 강에 떨어뜨렸다. 살해 후 은폐 행위는 살인의 경과에서 흔히 예상되는 것이므로 인과과정의 차이는 비본질적이다. 제1행위와 제2행위는 시간적·장소적으로 이어진 하나의 범행 계획 속의 행위이므로 판례에 따라 살인죄(제250조 제1항)의 기수를 인정할 수 있다.

6. 그 밖의 문제. 교통사고 후 구호 조치 없이 피해자를 차에 싣고 현장을 떠난 행위는 특정범죄가중처벌법상 도주치사 등이 문제될 수 있으나 특별법 위반은 논외이다.

III. 결론

판례에 따르면 甲은 살인죄의 기수이다. 미수·과실 분리설에 따르면 살인미수죄와 과실치사죄의 실체적 경합이 된다.

근거: 형법 제13조, 제15조, 제17조, 제161조, 제250조, 제254조, 제267조 · 살해 후 매장(개괄적 고의) 판례

제2장

위법성과 책임

정당방위의 요건과 한계 · 과잉방위와 제21조 제3항 · 오상방위·오상체포 · 우연방위 · 원인에서 자유로운 행위 | 기출 4문항: 2016-1, 2016-2, 2021-2, 2023-1

이 장에서 다루는 내용

2-1 핵심 개념	21
2-2 기출 풀이	24
2016 제1문 양부를 살해하려 한 방화와 정당방위	24
2016 제2문 반지 바꿔치기와 무고한 사람의 체포	27
2021 제2문 타사 명의 영수증과 오인 타격·우연방위	29
2023 제1문 침입 절도범 제압과 총알 없는 권총	31

2-1 핵심 개념

사실에 ‘침해’가 서술되어 있으면 위법성 검토가 필요하다는 신호이다. 입법고시 형법은 정당방위를 부정하는 판례 사안(의붓아버지 살해, 빨래 건조대 사건)을 그대로 각색하거나, 방위 상황과 행위자의 인식이 어긋나는 사안(오상 체포, 우연방위)을 자주 낸다.

정당방위의 요건

자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위로서 상당한 이유가 있으면 벌하지 않는다(제21조 제1항). ① 침해의 현재성은 침해가 급박하거나 진행 중이거나 아직 계속되는 상태이다. ② 방위의사가 필요하다(판례). ③ 상당성은 침해의 방법·정도, 법익의 종류, 방위 수단 등을 종합하여 사회통념상 용인될 수 있는지로 판단한다. 판례는 의붓아버지의 계속된 성폭행을 벗어나려 잠든 그를 살해한 사안에서 상당성을 부정하여 정당방위와 과잉방위를 모두 인정하지 않았다.

대립 구도

제21조 제1항 · 방위의사 필요설(판례) ↔ 불요설 · 계속적 침해의 현재성

쓰이는 기출 2016-1, 2016-2 (丙의 뿌리침), 2023-1 (1), 2024-2 (乙의 복수)

답안 속 문장

“침해의 계속성을 고려하여 현재성을 인정할 여지는 있으나, 잠든 사람의 생명을 빼앗은 것은 사회통념상 상당성을 결여하여 정당방위가 될 수 없다.”

과잉방위와 제21조 제3항

방위행위가 그 정도를 초과한 경우 정황에 따라 형을 감경하거나 면제할 수 있고(제21조 제2항), 그 행위가 야간이나 그 밖의 불안한 상태에서 공포·경악·흥분 또는 당황으로 인한 때에는 벌하지 않는다(제3항). 과잉방위는 방위의사에 기한 방위행위가 상당성을 넘은 경우이므로, 침해가 끝난 뒤 공격의 의사로 한 행위는 과잉방위도 아니다. 판례는 집에 침입한 절도범을 제압한 뒤 저항하지 않는 그를 빨래 건조대로 수회 가격한 사안에서 정당방위와 과잉방위를 모두 부정하였다.

대립 구도

제21조 제2항·제3항 · 질적 과잉 ↔ 양적(시간적) 과잉

쓰이는 기출 2023-1 (1), 2016-1

답안 속 문장

“저항 없이 기어가는 침입자를 십수 회 가격한 것은 방위의 의사를 넘어 공격의 의사가 압도한 행위이므로 과잉방위에도 해당하지 않고, 제21조 제3항도 적용될 수 없다.”

위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오

정당화 상황이 없는데 있다고 오인한 경우(오상방위, 오상 체포)이다. ① 엄격책임설은 금지착오로 보아 오인에 정당한 이유가 있을 때만 책임을 조각한다(제16조). ② 제한책임설 중 유추적용설은 구성요건 착오를 유추하여 고의를 조각하고, 법효과제한책임설은 고의범의 책임을 부정하여 과실범으로 처벌한다. 판례는 오인에 정당한 이유가 있으면 위법성이 조각된다고 본 예가 있다. 오상방위는 객관적으로 위법한 침해이므로 상대방은 이에 대해 정당방위를 할 수 있다.

대립 구도

제16조 · 엄격책임설 ↔ 제한책임설(유추적용설·법효과제한책임설) ↔ 소극적 구성요건표지이론

쓰이는 기출 2016-2 (乙의 오인 체포)

답안 속 문장

“무고한 丙에게 乙의 체포는 객관적으로 위법한 침해이므로 丙은 이에 대해 정당방위를 할 수 있다.”

우연방위

객관적으로 정당방위 상황이 있었으나 행위자가 이를 모르고 공격의 의사로 행위한 경우이다. ① 기수범 설은 주관적 정당화요소가 없어 위법성이 조각되지 않는다고 본다. ② 불능미수설은 결과반가치가 상쇄되어 행위반가치만 남으므로 불능미수 규정을 유추한다. ③ 위법성조각설은 객관적 정당화 상황만으로 위법성이 조각된다고 본다. 판례는 방위의사 없이 공격의 의사로 한 행위에 정당방위를 인정하지 않는다.

대립 구도

주관적 정당화요소 필요(기수범설·불능미수설) ↔ 불요(위법성조각설)

쓰이는 기출 2021-2 (2)

답안 속 문장

“乙은 침입하는 강도라는 사실을 모르고 보복의 의사로 행위하였으므로 방위의사가 없어 정당방위가 성립하지 않는다.”

현행범 체포와 정당행위

현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있다(형사소송법 제212조). 사인의 현행범 체포는 법령에 의한 행위로서 위법성이 조각되며(제20조), 체포를 위해 필요한 최소한의 강제력 사용도 포함된다. 현행범 체포의 요건은 체포 당시의 구체적 상황을 기초로 판단한다. 반면 위법한 체포에 대한 저항은 정당방위가 될 수 있다.

대립 구도

제20조 · 형사소송법 제212조 · 체포 당시 기준 ↔ 사후 판명 기준

쓰이는 기출 2016-2, 2023-1 (1)

답안 속 문장

“도망하려는 침입 절도범을 붙잡는 범위의 실력 행사는 현행범 체포로서 정당화될 수 있으나, 제압된 뒤의 가격은 그 범위를 넘는다.”

원인에서 자유로운 행위

위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 심신상실·미약의 감면 규정을 적용하지 않는다(제10조 제3항). 판례는 고의에 의한 경우뿐 아니라 과실로 위험 발생을 예견할 수 있었던 경우도 포함한다고 보아, 음주운전을 할 의사로 술을 마신 경우 등에 감경을 부정한다. 범행에 대한 두려움을 떨치려고 술을 마신 사안은 전형적 적용례이다.

대립 구도

제10조 제3항 · 일치설(원인행위 착수) ↔ 예외설(실행행위 착수)

쓰이는 기출 2020-1 (丙의 음주)**답안 속 문장**

“丙은 범행을 예견하고 두려움을 떨치려 스스로 술을 마셨으므로, 제10조 제3항에 따라 심신미약을 이유로 형을 감경할 수 없다.”

장애미수와 중지미수 — 자의성

범죄의 실행에 착수하여 자의로 중지하거나 결과 발생을 방지한 때에는 형을 감경 또는 면제한다(제26조). 판례는 자의성을 일반 사회통념상 범죄 완수에 장애가 되는 사정이 있었는지로 판단한다. 판례는 방화 후 불길이 치솟는 것을 보고 겁이 나서 불을 끈 경우, 피해자의 귀가·발각의 위험으로 그만둔 경우를 장애미수로 보았다. 결과가 발생하면 중지미수는 성립할 여지가 없다.

대립 구도

제25조, 제26조 · 사회통념설(판례) ↔ 프랑크 공식 ↔ 규범설

쓰이는 기출 2016-1, 2021-1 (1), 2023-1 (2)**답안 속 문장**

“불길이 치솟는 것을 보고 겁이 나서 불을 끈 것은 일반 사회통념상 범죄 완수에 장애가 되는 사정에 의한 것이므로 중지미수가 아니다.”

2-2 기출 풀이

2016 제1문

양부를 살해하려 한 방화와 정당방위

40점 · 단일 문항 · 주거침입, 방화의 기수와 자의성, 현주건조물방화치사와 존속살해, 정당방위·과잉방위

제1문 (40점)

甲은 10세 때 양아버지 A로부터 성추행을 당하고 12세 때 강간을 당한 이래 8년동안 A로부터 성행위 불응 시 자신과 가족들에게 가해지는 심한 폭행과 공포분위기 속에서 성행위를 강요당해왔고, A의 협박으로 인해 도망갈 엄두도 못한 채 A의 통제와 지배상태하에서 A와의 성관계를 계속적으로 강요받아 왔다.

甲의 양어머니 B도 甲이 A로부터 강간을 당하고 있는 사실을 알면서도 해결책을 마련해 주거나 방패막의 역할을 하지 못한 채 오히려 A로부터 협박과 폭행을 받아 두려움을 느낀 상태에서 甲이 성적 상대로 응해 주도록 회유·설득·조장·방치하여 왔다.

그러던 중 甲이 남자친구인 乙에게 자신과 A와의 관계를 고백하였다. 함께 번민하던 甲과 乙은 A를 살해하는 것이 甲이 성적 노예상태에서 벗어나는 유일한 길이라고 생각한 나머지 불을 놓아 A를 살해하고 강도로 위장하기로 공모하였다. 2015. 7. 13. 01:30경 乙은 甲이 열어 준 문을 통하여 A의 집안으로 들어 간 다음, 이어서 A가 술에 취해 잠들어 있는 방에 몰래 들어갔다. 甲은 장롱 안에 있는 옷가지를 꺼내어 A가 나갈 수 있는 출입문과 침대 주변에 놓아두었다. 그리고 乙은 라이터로 휴지에 불을 붙여 옷가지에 옮겨 결국 건물을 소훼하려고 하였다. 그러나 甲과 乙은 건물에 불이 옮겨 붙기 전에 불길치 치솟는 것을 보고 겁이 나서 화장실에서 물을 받아다가 불을 껐다. 그런데, 그 와중에 A는 불길을 피하여 창문을 넘다가 추락하여 사망하였다.

甲과 乙의 죄책은?

출제 포인트

출제 의도 의붓아버지 살해 사건의 정당방위 판례와 방화 후 겁이 나서 불을 끈 판례(장애미수), 살해 목적 방화의 죄수 판례를 한 사례에 결합하였다. **연결 개념** 독립연소설, 자의성의 사회통념설, 부진정 결과적 가중범, 존속살해와 제33조 단서, 계속적 침해와 상당성. **합정** 불을 껐다는 사실에 끌려 중지미수를 인정하는 것. 사망 결과가 발생하였으므로 결과적 가중범은 기수이고, 방화 부분의 중지도 '겁이 나서'이므로 장애미수이다. 甲과 乙의 신분 차이(존속)를 구별해야 한다.

■ 답안 개요

행위	문제 되는 죄	쟁점	결론
乙이 甲이 열어 준 문으로 출입	주거침입	공동거주자 일방의 승낙(출제 당시 판례 · 2021년 변경)	乙 주거침입죄
옷가지에 불, 건물 연소 전 소화	현주건조물방화미수	독립연소설, ‘겁이 나서’의 자의성	장애미수
A가 불을 피하다 추락사	현주건조물방화치사, (존속)살인	인과관계, 부진정 결과적 가중범, 존속살해와의 죄수, 제33조 단서	甲 존속살해+방화치사(상상적), 乙 방화치사
8년간의 성적 침해	위법성·책임	현재성·상당성, 과잉방위, 기대가능성	모두 부정, 양형 고려

권장 분량: 약 2,200~2,600자

예시답안 — 2016 제1문

I. 문제의 소재

甲과 乙은 A를 살해할 목적으로 A가 잠든 방에 불을 놓았으나 건물에 옮겨 붙기 전에 불을 꺾고, A는 불길을 피하다 추락하여 사망하였다. ① 乙의 출입이 주거침입인지, ② 방화의 기수·미수와 중지미수 여부, ③ 살인 고의가 있는 방화에서 현주건조물방화치사죄와 살인죄(甲은 존속살해죄)의 관계, ④ 계속된 성적 침해를 이유로 정당방위·과잉방위·기대불가능성을 인정할 수 있는지가 쟁점이다.

II. 쟁점별 검토

1. 乙의 주거침입. 乙은 공동거주자인 甲이 열어 준 문으로 들어갔다. 출제 당시 판례는 공동거주자 중 한 사람의 승낙이 있어도 다른 거주자의 의사에 반하는 출입이면 그의 주거의 평온을 해치므로 주거침입죄가 성립한다는 입장이었다. A를 살해하러 들어온 乙의 출입은 A의 의사에 명백히 반하므로 주거침입죄(제319조 제1항)가 성립한다. 甲도 공동정범으로 불 여지가 있으나, 자기가 함께 사는 주거이므로 甲 자신의 출입은 문제되지 않는다. 다만 대법원은 2021년 전원합의체 판결에서 공동거주자 일방의 승낙을 받아 통상적인 출입 방법으로 들어간 경우 주거침입죄가 성립하지 않는다고 견해를 바꾸었으므로, 현재 기준으로 결론이 달라질 수 있다.

2. 방화의 기수 여부와 중지미수. 판례는 불이 매개물을 떠나 목적물에 옮겨 붙어 독립하여 탈 수 있는 상태에 이르면 방화죄의 기수가 된다는 독립연소설을 따른다. 사안에서는 옷가지만 탔고 건물에는 불이 옮겨 붙기 전에 꺼졌으므로 현주건조물방화는 미수이다(제174조). 甲과 乙은 스스로 불을 꺾지만, 그 동기는 불길이 치솟는 것을 보고 ‘겁이 나서’였다. 판례는 자의성을 일반 사회통념상 범죄 완수에 장애가 되는 사정이 있었는지로 판단하며, 매개물에 점화한 뒤 불길이 치솟는 것을 보고 겁이 나서 불을 끈 경우에는 중지미수를 부정하였다. 따라서 방화 부분은 장애미수이다.

3. A의 사망과 죄책. (1) 인과관계. A는 방 안에 놓인 불길을 피해 창문을 넘다가 추락하였다. 불을 피해 탈출하다 다치거나 사망하는 것은 방화행위의 위험이 현실화한 전형적 경과이므로 상당인과관계(객관적 귀속)가 인정된다. 甲과 乙이 의도한 사망의 경과(소사)와 실제 경과(추락사)가 다르지만, 이는 비본질적인 인과과정의 착오로서 고의의 기수 책임을 배제하지 않는다.

(2) 현주건조물방화치사죄. 제164조 제2항은 현주건조물방화죄를 범하여 사람을 사망에 이르게 한 경우를 처벌한다. 판례는 이를 사망에 대한 고의가 있는 경우도 포함하는 부진정 결과적 가중범으로 보며, 기

본범죄가 미수에 그쳐도 중한 결과가 발생하면 결과적 가중범이 성립한다고 보는 것이 일반적이다. 따라서 甲과 乙에게 현주건조물방화치사죄의 공동정범(제30조)이 성립한다.

(3) 살인죄와의 관계. 판례는 사람을 살해할 목적으로 현주건조물에 방화하여 사망에 이르게 한 경우 현주건조물방화치사죄만 성립하고 살인죄는 따로 성립하지 않지만, 존속살해의 경우에는 존속살해죄와 현주건조물방화치사죄의 상상적 경합이 된다고 하였다. 甲에게 A는 양부로서 법정 직계존속이므로 甲은 존속살해죄(제250조 제2항)와 현주건조물방화치사죄의 상상적 경합이다. 乙에게는 존속이라는 신분이 없으므로 제33조 단서에 따라 보통살인의 범위에서만 책임을 지고, 이는 현주건조물방화치사죄에 흡수된다.

4. 위법성과 책임. (1) 정당방위. A의 성적 침해는 8년간 반복되어 왔으므로 침해의 현재성을 인정할 여지는 있다. 그러나 판례는 의붓아버지의 계속된 성폭행을 피하려고 잠든 그를 살해한 사안에서, 다른 구제수단이 있었고 잠든 사람을 살해한 것은 사회통념상 상당성을 결여하였다는 이유로 정당방위는 물론 과잉방위도 부정하였다. 사안도 A가 술에 취해 잠든 상태에서 불을 놓은 것이므로 같다. 乙의 행위도 타인(甲)을 위한 정당방위로 정당화되지 않는다.

(2) 긴급피난과 기대가능성. 생명을 빼앗는 행위는 상당성이 인정되기 어려우므로 긴급피난도 부정된다. 다만 장기간의 성폭력과 강요된 상황은 책임을 감경하는 사정으로서 작량감경(제53조)에서 고려될 수 있다.

III. 결론

甲은 존속살해죄와 현주건조물방화치사죄의 상상적 경합(제40조)이고, 乙은 현주건조물방화치사죄와 주거침입죄의 실체적 경합(제37조)이다. 방화 자체는 장애미수이나 사망 결과로 결과적 가중범의 기수가 되므로 중지미수의 감면은 없다. 정당방위·과잉방위·긴급피난은 인정되지 않고, 甲과 乙의 사정은 양형에서 고려된다.

근거: 형법 제21조, 제22조, 제26조, 제30조, 제33조, 제40조, 제164조, 제174조, 제250조, 제319조 · 의붓아버지 살해 사건(정당방위·과잉방위 부정) · 방화 후 겁이 나서 불을 끈 사건(장애미수) · 존속살해와 현주건조물방화치사의 관계에 관한 판례

2016 제2문

반지 바꿔치기와 무고한 사람의 체포

30점 · 단일 문항 · 절도와 사기의 구별, 오인 체포, 위법한 체포에 대한 정당방위

제2문 (30점)

甲은 2016. 3. 24. 19:30경 백화점 귀금속 매장에 방문하여 해당 매장 직원 乙에게 여자친구에게 선물할 적당한 반지를 찾고 있다고 말한 후, 매장에 진열된 시가 2억 원 상당의 다이아몬드 반지를 가리키며 자신의 약혼녀가 마음에 들어 할지 모르니 반지의 사진을 찍어 약혼녀에게 보내달라고 요청하였다. 이에 乙이 그 반지를 테이블 위에 올려놓고 다른 손님을 응대하기 위해 잠시 시선을 돌린 사이에 甲은 미리 준비해두었던 가짜 다이아몬드반지를 꺼내어 바꿔치기 한 후 진짜 다이아몬드반지를 들고 백화점을 빠져나갔다.

乙이 손님 응대 후 돌아보니 甲이 사라져 있고 테이블 위에 놓인 반지를 자세히 살펴보니 가짜 반지로 의심되어 곧장 甲을 찾아 출구 쪽으로 나갔다가, 甲과 인상착의가 비슷한 丙을 甲으로 잘못 알아 경찰이 올 때까지 丙을 붙잡았다.

이에 화가 난 丙은 자신에게 아무런 잘못도 없는데 왜 붙잡냐며 乙을 세게 뿌리쳤고 이에 乙은 바닥에 넘어지며 팔에 경미한 부상을 입었다.

甲, 乙, 丙의 죄책은?

출제 포인트

출제 의도 세 사람의 죄책을 각각 다른 범죄론 단계(구성요건의 구별, 위법성 전제사실의 착오, 정당방위)에서 판단하게 한다. **연결 개념** 처분행위의 유무, 사인의 현행범 체포, 엄격책임설과 제한책임설, 오상방위에 대한 정당방위. **함정** 甲을 사기로 쓰는 것(처분행위가 없다), 丙을 상해죄로 쓰는 것(상해 고의가 없으므로 폭행치상 구성요건), 乙을 단순히 '정당행위'로 처리하는 것(丙은 현행범이 아니다).

■ 답안 개요

행위	문제 되는 죄	쟁점	결론
甲 — 반지 바꿔치기 후 도주	절도 / 사기	처분행위 유무(열람 허용 ≠ 처분)	절도죄
乙 — 인상착의가 비슷한 丙을 붙잡음	체포	현행범 체포 요건, 위법성조각사유 전제사실 착오	오인에 정당한 이유 → 불처벌
丙 — 乙을 뿌리쳐 경미한 부상	폭행치상	위법한 침해(오상 체포)에 대한 정당방위, 상당성	정당방위로 무죄

권장 분량: 약 1,600~2,000자

예시답안 — 2016 제2문

I. 문제의 소재

甲이 반지를 바꿔치기하여 가져간 행위가 절도인지 사기인지, 乙이 무고한 丙을 범인으로 오인하여 붙잡은 행위가 현행범 체포로 정당화되는지, 丙이 이를 뿌리쳐 乙을 다치게 한 행위가 정당방위인지가 쟁점이다.

II. 甲의 죄책 — 절도인가 사기인가

사기죄는 기만에 따른 피해자의 처분행위로 재물이 이전되어야 하고, 처분행위가 없이 행위자가 재물을 가져가면 절도죄이다. 판례는 귀금속점에서 구경하겠다고 물건을 건네받은 뒤 달아난 경우, 점원이 물건을 보여 준 것은 처분행위가 아니라 점포의 지배 아래 잠시 열람을 허용한 것에 불과하다고 보아 절도죄를 인정한다. 乙이 반지를 테이블 위에 올려놓은 것은 사진 촬영을 위한 것이었고, 반지는 여전히 매장(乙)의 점유 아래 있었다. 甲은 乙이 시선을 돌린 틈에 반지를 바꿔치기하여 가져갔으므로 기만은 점유 침탈의 수단이었을 뿐 처분행위를 끌어내지 못하였다. 따라서 甲에게는 사기죄가 아닌 절도죄(제329조)가 성립하고, 가짜 반지를 놓아둔 것은 발각을 늦추려는 수단일 뿐이다.

III. 乙의 죄책 — 오인 체포

1. 구성요건. 乙은 경찰이 올 때까지 丙을 붙잡아 신체활동의 자유를 박탈하였으므로 체포죄(제276조 제1항)의 구성요건에 해당한다.

2. 현행범 체포(정당행위). 현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있으므로(형사소송법 제212조), 요건을 갖춘 사인의 체포는 법령에 의한 행위(제20조)이다. 그러나 丙은 범인이 아니므로 객관적으로는 현행범 체포의 요건이 갖추어지지 않았다. 현행범 체포의 요건은 체포 당시의 상황을 기초로 판단하지만, 인식착의가 ‘비슷하다’는 것만으로 붙잡은 판단에 그만한 합리성이 있다고 단정하기는 어렵다.

3. 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오. 乙은 丙이 범인이라고 믿었으므로 정당화 사정을 오인한 경우이다. 엄격책임설은 금지착오로 보아 오인에 정당한 이유가 있을 때만 책임을 조각하고(제16조), 제한책임설은 고의범을 부정하고 과실범으로 처벌하는데 체포죄에는 과실범 규정이 없다. 판례는 오인에 정당한 이유가 있으면 위법성이 조각된다고 본 예가 있다. 범인이 달아난 직후 출구 쪽에서 인상착의가 비슷한 사람을 경찰 도착 시까지만 붙들어 둔 사정에 비추어 오인에 정당한 이유가 있으므로, 어느 견해에 의하더라도 乙은 처벌되지 않는다.

IV. 丙의 죄책 — 뿌리치다 다치게 한 행위

1. 구성요건. 丙은 乙을 세계 뿌리친 폭행의 고의만 있었고 상해는 의도하지 않았으므로, 상해죄가 아니라 폭행치상죄(제262조)의 구성요건에 해당한다.

2. 정당방위. 오상 체포는 객관적으로 위법한 침해이므로 정당방위가 가능하다. 무고한 丙에게 乙의 체포는 현재의 부당한 침해이고, 丙은 자신의 신체의 자유를 지키기 위하여 뿌리친 것이다. 붙잡은 손을 뿌리치는 것은 체포에서 벗어나기 위한 최소한의 수단이며 부상도 경미하므로 상당성도 인정된다. 판례도 위법한 체포를 면하기 위한 저항은 정당방위가 될 수 있다는 입장이다. 따라서 丙의 행위는 정당방위(제21조 제1항)로 위법성이 조각된다.

V. 결론

甲은 절도죄이다. 乙은 체포죄의 구성요건에 해당하나 오인에 정당한 이유가 있어 처벌되지 않고, 丙은 정당방위로 무죄이다.

근거: 형법 제16조, 제20조, 제21조, 제262조, 제276조, 제329조, 제347조 · 형사소송법 제212조 · 귀금속 열람 중 도주(절도) 판례

2021 제2문

타사 명의 영수증과 오인 타격·우연방위

총 30점 · 소문 2개 · 사문서위조, 신용훼손과 업무방해, 객체의 착오, 특수중상해, 우연방위

제2문 (30점)

X퀵서비스 회사 운영자인 甲은 과거 乙이 운영하는 Y퀵서비스 회사(이하 Y사)에서 직원으로 일하면서 소지하게 된 Y사 명의의 영수증을 보관하고 있었다. 甲은 이를 이용하여 자신이 배달업무를 하면서 손님의 불만이 예상되는 경우에는 Y사 명의의 영수증에 자신이 한 배달내용을 기입하여 교부하였다. 이로써 손님들은 불친절하고 배달을 지연시킨 업체가 Y사라고 오인하여 이용을 기피하였고, 그 결과 Y사의 영업이익이 점차 감소하였다. 이러한 사실을 추후에 알게 된 乙은 甲에게 보복하기로 마음먹고 늦은 밤 甲을 자신의 집으로 불러내었다. 정원에 숨어 甲이 오기를 기다리고 있던 乙은 현관문을 열고 들어가는 사람을 甲으로 오인하고 야구방망이로 내리쳤는데, 그 사람은 야구방망이를 피하려다 왼쪽 눈 부위를 맞아 실명하였다. 사실 그는 칼을 들고 침입하던 강도범 A였다.

(1) 甲의 죄책은? (15점)

(2) 乙의 죄책은? (15점)

출제 포인트

출제 의도 (1)은 각론의 구별(신용훼손 ↔ 업무방해, 문서위조의 작성권한), (2)는 총론의 착오와 우연방위를 묻는다. **연결 개념** 사실증명에 관한 사문서, 신용의 의미, 위계, 객체의 착오, 특수중상해·중상해(제258조의2), 주관적 정당화요소. **합정** ‘영업이익 감소’에서 신용훼손죄를 성립시키는 것. 판례상 신용은 지불능력·지불의사에 대한 신뢰이다. (2)에서 객체의 착오와 우연방위를 섞어 쓰지 말고 구성요건 → 위법성 순서로 나누어야 한다.

■ 답안 개요

행위	문제 되는 죄	쟁점	결론
(1) Y사 명의 영수증에 기입·교부	사문서위조, 동행사	작성권한 없는 명의 사용, 사실증명 문서	성립(실체적 경합)
(1) 손님들이 Y사 이용 기피	신용훼손 / 업무방해	신용의 의미, 위계, 위험범	위계 업무방해만 성립
(2) 甲으로 오인하고 A를 가격 → 실명	특수중상해	객체의 착오, 위험한 물건, 난치의 결과	구성요건 해당
(2) A는 침입 강도였음	위법성	우연방위 — 기수범설·불능미수설·위법성조각설	판례: 특수중상해죄

권장 분량: (1) 약 800~1,000자 · (2) 약 800~1,000자

예시답안 — 2021 제2문

I. 문제의 소재

(1)은 타인 회사 명의의 영수증에 자신의 배달 내용을 기입해 교부한 행위가 문서위조인지, 그로 인해 Y사의 영업이 위축된 것이 신용훼손인지 업무방해인지를 묻는다. (2)는 사람을 오인하여 야구방망이로 내리쳐 실명하게 한 행위(객체의 착오)와, 피해자가 실제로는 침입하던 강도였던 경우(우연방위)를 묻는다.

II. (1) 甲의 죄책

1. 사문서위조와 행사. 영수증은 금전 수령이나 거래 사실을 증명하는 사실증명에 관한 사문서이다. Y사 명의의 영수증 양식에 내용을 기입하여 완성하는 것은 Y사만이 할 수 있는데, 퇴사한 甲은 그런 권한이 없다. 권한 없이 Y사 명의의 문서를 작성하여 일반인이 Y사가 작성한 진정한 문서로 오신할 수 있게 하였으므로 사문서위조죄(제231조)가 성립하고, 이를 손님에게 교부하였으므로 위조사문서행사죄(제234조)가 성립한다. 손님 불만이 예상될 때마다 반복한 경우 각 영수증마다 별개의 죄가 된다.

2. 신용훼손과 업무방해. 신용훼손죄(제313조)의 ‘신용’은 사람의 지불능력이나 지불의사에 대한 사회적 신뢰를 말하고, 판례는 상품이나 서비스의 품질에 대한 평가는 이에 포함되지 않는다고 본다. 불친절하고 배달이 늦은 업체라는 인식은 서비스 품질에 관한 것이므로 신용훼손죄는 성립하지 않는다. 한편 위계에 의한 업무방해죄(제314조 제1항)의 위계는 상대방에게 오인·착각을 일으켜 그 부지를 이용하는 것이다. 甲은 손님들로 하여금 배달 업체를 Y사로 오인하게 하여 Y사의 이용을 기피하게 하였다. 업무방해죄는 업무방해의 결과가 실제로 발생할 필요 없이 그 위험이 있으면 성립하는데, 사안에서는 영업이익 감소라는 결과까지 발생하였다. 따라서 위계에 의한 업무방해죄가 성립한다.

3. 죄수. 사문서위조죄와 행사죄는 실체적 경합(판례)이고, 위조사문서행사와 업무방해는 하나의 교부행위로 이루어졌으므로 상상적 경합이다.

III. (2) 乙의 죄책

1. 구성요건 — 객체의 착오. 乙은 甲인 줄 알고 A를 내리쳤다. 같은 구성요건(사람) 내에서의 객체의 착오는 어느 학설에 의하더라도 고의 기수 책임에 영향이 없다. 야구방망이는 위험한 물건이고, 이를 휴대하여 상해하였으므로 특수상해이며, 그 결과 A가 실명하였으므로 불구 또는 난치의 질병에 이르게 한 것이어서 특수중상해죄(제258조의2 제2항, 제258조 제2항)의 구성요건에 해당한다. 실명의 결과에 대해서는 적어도 예견가능성이 있다.

2. 위법성 — 우연방위. A는 칼을 들고 침입하던 강도였으므로 객관적으로는 乙의 주거에 대한 현재의 부당한 침해가 있었고, 乙의 행위는 결과적으로 이를 막았다. 그러나 乙은 그 사실을 모르고 보복의 의사로 행위하였다. ① 판례와 다수설은 정당방위에는 주관적 정당화요소인 방위의사가 필요하다고 보아 위법성 조각을 부정하고, 행위 반가치가 있으므로 기수범으로 처벌한다. ② 결과반가치가 상쇄되므로 불능미수 규정을 유추하여 미수범으로 처벌하자는 견해가 있다. ③ 객관적 정당화 상황이 있으면 위법성이 조각된다는 견해도 있다. 판례는 방위의사 없이 공격의 의사로 한 행위에 정당방위를 인정하지 않는다.

3. 결론. 판례와 다수설에 따르면 乙은 특수중상해죄 기수이다. 불능미수설에 따르면 결과 불법이 상쇄되어 특수상해죄의 불능미수(제258조의2 제3항, 제27조)로 처벌될 수 있다.

IV. 결론

(1) 甲은 사문서위조죄, 위조사문서행사죄, 위계에 의한 업무방해죄가 성립하고 신용훼손죄는 성립하지 않는다. (2) 乙은 판례에 따르면 특수중상해죄가 성립한다.

근거: 형법 제15조 제1항, 제21조, 제27조, 제231조, 제234조, 제258조, 제258조의2, 제313조, 제314조 · 신용의 의미(품질 평가 제외) 판례 · 방위의사 필요 판례

2023 제1문

침입 절도범 제압과 총알 없는 권총

총 50점 · 소문 2개 · 정당방위·과잉방위·제21조 제3항, 특수중상해, 살인예비, 불능미수와 중지미수

제1문 (50점)

甲은 자정 무렵에 귀가하여 문을 열자 때마침 자신의 집 2층 거실에 침입하여 절취할 물건을 찾고 있던 乙을 발견하였다. 甲은 乙에게 누구냐고 물었으나 乙이 대답을 얼버무리며 도망하려 하자, 달려가 乙의 얼굴을 주먹으로 수 회 때려 넘어뜨리고 넘어진 상태에서 아무런 저항 없이 몸을 일으키려 하는 乙의 얼굴과 온몸을 주먹과 발로 수 회 가격하였다. 이후 甲이 경찰에 신고하기 위해 전화가 있는 1층으로 내려가려고 하다가 거실 바닥을 기어가는 乙을 발견한 후, 乙이 도망가지 못하도록 완전히 제압하기 위해 아무런 저항도 하지 않는 乙의 뒤통수와 등을 알루미늄 빨래 건조대로 십수 회 가격하였다. 이로 인해 乙은 외상성경막하출혈 등으로 의식을 잃어 응급실에 후송되었는데, 그로부터 몇 개월이 지났는데도 의식이 돌아오지 않고 있다.

甲에 대한 원한에 사로잡혀 있던 乙의 아들 丙은 甲을 죽이기 위하여 권총을 구입한 후, 합의문제로 만나자며 甲을 야간에 한적한 곳으로 불러냈다. 미리 도착한 丙은 잠시 후 나타난 甲에게 권총을 조준하여 방아쇠를 당기려다가 한 번 더 고민해보기로 하고 권총을 가방에 넣었는데, 사실 그 권총에는 총알이 없었다. 丙의 범행계획을 미리 알았던 그의 배우자 A가 총알을 미리 빼두었기 때문이다.

(1) 甲과 乙의 죄책을 논하시오(특별법 위반은 논외로 함). (30점)

(2) 丙의 죄책을 논하시오(특별법 위반은 논외로 함). (20점)

출제 포인트

출제 의도 (1)은 빨래 건조대 사건 판례를 거의 그대로 옮겨 정당방위·과잉방위·제21조 제3항의 한계를 묻고, (2)는 미수의 세 형태(장애·중지·불능)가 겹치는 사례를 묻는다. **연결 개념** 침해의 종료, 일련의 행위 평가, 위험한 물건, 생명에 대한 위험(중상해), 총 조준의 착수, 위험성 판단, 불능미수의 중지. **합정** (1)에서 乙의 죄책을 빠뜨리는 것(‘甲과 乙의 죄책’), (2)에서 총알이 없었다는 이유로 곧바로 불능범(무죄)이라 쓰는 것, A의 행위를 이유로 자의성을 부정하는 것.

■ 답안 개요

행위	문제 되는 죄	쟁점	결론
(1) 乙 — 자정 무렵 침입, 물색	야간주거침입절도	착수, 미수	야간주거침입절도미수
(1) 甲 — 도망하려는 乙 주먹 가격	상해·폭행	정당방위·현행범 체포	정당화 여지
(1) 甲 — 저항 없는 乙을 건조대로 십수 회 가격 → 의식불명	특수중상해	침해 종료, 과잉방위·제21조 제3항 부정(판례)	특수중상해죄
(2) 丙 — 권총 구입, 불러냄	살인예비	예비와 미수의 관계	미수에 흡수
(2) 丙 — 조준 후 스스로 중단, 총알 없음	살인미수	착수, 불능미수의 위험성, 불능미수의 중지	중지미수 규정 적용(감면)

권장 분량: (1) 약 1,600~1,900자 · (2) 약 1,000~1,200자

예시답안 — 2023 제1문

I. 문제의 소재

(1)은 야간에 집에 침입한 절도범을 발견하고 제압하는 과정에서 저항하지 않는 그를 빨래 건조대로 십수 회 가격하여 의식불명에 이르게 한 甲의 행위가 정당방위·과잉방위(제21조 제2항·제3항)로 처벌되지 않는지, 그리고 乙의 죄책을 묻는다. (2)는 총알이 없는 권총을 조준하였다가 스스로 그만둔 丙의 행위에서 실행의 착수, 불능미수와 중지미수의 관계를 묻는다.

II. (1) 乙의 죄책

乙은 자정 무렵 甲의 집에 침입하여 절취할 물건을 찾고 있었다. 야간주거침입절도죄(제330조)는 주거침입 시 착수가 있고, 재물을 취득하지 못하였으므로 야간주거침입절도미수죄(제342조, 제330조)이다. 乙은 도망하려 하였을 뿐 폭행·협박을 하지 않았으므로 준강도는 문제되지 않는다.

III. (1) 甲의 죄책

1. 구성요건. 甲은 乙을 주먹과 발로 여러 차례 때리고, 저항하지 않는 乙의 뒤통수와 등을 알루미늄 빨래 건조대로 십수 회 가격하였다. 빨래 건조대는 그 사용 방법에 비추어 사람의 생명·신체에 위험을 줄 수 있는 위험한 물건이므로 특수상해에 해당하고, 乙이 외상성경막하출혈로 수개월간 의식을 회복하지 못하고 있으므로 생명에 대한 위험을 발생시킨 것이어서 특수중상해죄(제258조의2 제2항, 제258조 제1항)의 구성요건에 해당한다.

2. 정당방위. (1) 첫 단계. 야간에 자기 집에 침입한 절도범이 도망하려는 상황에서 이를 저지하기 위해 주먹으로 몇 차례 때린 것은 현재의 부당한 침해에 대한 방위 또는 현행범 체포(형사소송법 제212조)로서 정당화될 여지가 있다.

(2) 이후의 행위. 그러나 乙은 넘어진 뒤 아무런 저항 없이 몸을 일으키려 하였고, 甲이 경찰에 신고하러 내려가던 때에는 거실 바닥을 기어가고 있었다. 이 단계에서 乙의 침해는 사실상 종료되었거나 극히 미약하였고, 甲은 ‘완전히 제압하기 위해’ 저항하지 않는 乙의 뒤통수를 빨래 건조대로 십수 회 가격하였다. 판례는 이와 같은 사안에서 피고인의 행위는 방위행위의 한도를 넘어선 것으로서 사회통념상 용인될 수 없다고 하여 정당방위를 부정하였다.

3. 과잉방위와 제21조 제3항. 과잉방위는 방위의사에 기한 방위행위가 상당성을 초과한 경우이다. 판례는 위 사안에서 피고인의 일련의 행위를 하나로 보더라도 그 행위는 방위의 의사를 넘어 공격의 의사가 압도적인 것이고, 저항 없는 피해자를 장시간 가격한 것이어서 과잉방위에도 해당하지 않는다고 보았다. 과잉방위가 성립하지 않으므로, 야간 그 밖의 불안스러운 상태에서 공포·경악·흥분 또는 당황으로 인한 경우 별하지 않는다는 제21조 제3항도 적용되지 않는다. 이에 대하여는 야간에 자기 집에서 침입자와 맞닥뜨린 극도의 흥분 상태를 고려하여 제21조 제3항을 적용해야 한다는 반론이 있으나, 신고하러 가다가 다시 돌아와 저항 없는 자를 장시간 가격한 경위에 비추어 받아들이기 어렵다.

4. 결론. 甲은 특수중상해죄가 성립하고 위법성과 책임이 조각되지 않는다. 다만 침입 절도범을 상대로 한 상황은 양형에서 고려된다. 이후 乙이 사망하면 상해치사죄(제259조)가 문제된다.

IV. (2) 丙의 죄책

1. 살인예비. 丙은 甲을 살해하기 위해 권총을 구입하고 甲을 한적한 곳으로 불러냈으므로, 실행에 착수하기 전까지는 살인예비죄(제255조)에 해당한다. 실행에 착수하면 예비는 미수에 흡수된다.

2. 실행의 착수. 살인죄의 실행착수는 살해의 의사로 생명에 대한 직접적 위험을 발생시키는 행위를 시작한 때이다. 판례는 살해의 의사로 총을 겨누고 방아쇠를 당기려 한 경우 착수를 인정한다. 丙은 甲에게 권총을 조준하여 방아쇠를 당기려 하였으므로 착수가 있다.

3. 불능미수. 권총에 총알이 없었으므로 결과 발생은 처음부터 불가능하였다. 위험성은 행위자가 인식한 사정을 기초로 일반인의 관점에서 판단하는데, 장전된 줄 알고 권총을 사람에게 조준한 행위는 일반인에게 생명의 위험을 느끼게 하므로 위험성이 인정된다. 따라서 장애미수가 아니라 불능미수(제27조)의 요건을 갖춘다.

4. 중지미수의 경합. 丙은 ‘한 번 더 고민해 보기로 하고’ 권총을 가방에 넣었다. 외부적 장애 없이 스스로의 결정으로 그만둔 것이므로 자의성이 인정된다. 문제는 결과 발생이 처음부터 불가능하였는데도 중지미수를 인정할 수 있는지이다. 결과가 불가능하였다는 사정은 행위자가 몰랐고, 행위자의 관점에서는 결과를 피하려는 자의적 중지가 있었으므로, 불능미수보다 유리한 중지미수 규정(제26조)을 적용하는 것이 형평에 맞다는 것이 다수설이다. 이에 따르면 丙은 살인죄의 중지미수로서 형을 감경 또는 면제한다. 총알을 미리 빼 둔 A의 행위는 결과 불발생의 원인이지만 丙이 이를 몰랐으므로 자의성 판단에 영향이 없다.

V. 결론

(1) 乙은 야간주거침입절도미수죄, 甲은 특수중상해죄이다. (2) 丙은 살인죄의 불능미수의 요건을 갖추나 자의로 중지하였으므로 중지미수 규정에 따라 형이 감경 또는 면제된다(살인예비죄는 흡수).

근거: 형법 제21조, 제25조~제27조, 제250조, 제255조, 제258조, 제258조의2, 제330조, 제342조 · 형사소송법 제212조 · 빨래 건조대 사건(정당방위·과잉방위 부정) 판례 · 총 조준(살인 착수) 판례

제3장

미수와 예비

실행의 착수 · 불능미수와 위험성 · 결과적 가중범과 미수 · 예비·음모와 예비의 중지 | 기출 2문항: 2019-2, 2024-2

이 장에서 다루는 내용

3-1 핵심 개념	35
3-2 기출 풀이	37
2019 제2문 주거침입 후 준강간 시도와 치상	37
2024 제2문 강간 목적 침입 후 중단과 보복 방화	39

3-1 핵심 개념

미수론 문제는 ‘언제 실행에 착수했는가’에서 시작한다. 착수가 없으면 예비(처벌 규정이 있는 경우만), 착수가 있으면 결과 불발생의 이유에 따라 장애미수·중지미수·불능미수로 나뉜다. 중지미수의 자의성은 2장의 개념 카드를, 이 장에서는 착수 시기와 불능미수, 예비를 정리한다.

실행의 착수 — 범죄별 기준

판례는 범죄마다 구성요건의 실현에 이르는 밀접한 행위를 시작한 때를 기준으로 본다. ① 주강 절도는 재물에 대한 사실상 지배를 침해하는 밀접한 행위, 즉 물색행위를 시작한 때. ② 야간주거침입절도는 주거침입 시(침입을 위한 구체적 행위 시작, 예: 베란다 창문·현관문을 열려는 시도). ③ 강간은 폭행·협박 개시 시, 준강간은 심신상실 상태를 이용한 간음의 수단이 되는 행동을 시작한 때. ④ 살인은 생명에 대한 직접적 위험을 발생시키는 행위(예: 총 조준) 시. ⑤ 성폭력처벌법상 주거침입강간 등은 주거침입이 아니라 강간 등의 실행 시.

대립 구도

제25조 · 주관설 ↔ 객관설(형식적·실질적) ↔ 주관적 객관설(개별적 객관설)

쓰이는 기출 2018-2, 2019-2, 2020-1, 2021-1, 2023-1 (2), 2024-2

답안 속 문장

“간음할 의사로 피해자의 속옷을 벗기려 한 것은 간음의 수단이 되는 행동을 시작한 것이어서 준강간의 실행착수가 있다.”

불능미수와 위험성

실행의 수단 또는 대상의 착오로 결과 발생이 불가능하더라도 위험성이 있으면 처벌하되 형을 감경 또는 면제할 수 있다(제27조). 판례(전원합의체, 2019년)는 피해자가 실제로는 심신상실·항거불능 상태가 아니었는데 그러한 상태라고 인식하고 이용하여 간음한 경우 준강간죄의 불능미수를 인정하고, 위험성은 행위자가 행위 당시 인식한 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 결과 발생의 가능성이 있는지로 판단한다고 하였다(추상적 위험설에 가까운 기준). 위험성이 없으면 불능범으로 처벌되지 않는다.

대립 구도

제27조 · 추상적 위험설 ↔ 구체적 위험설 ↔ 객관설

쓰이는 기출 2019-2, 2023-1 (2)

답안 속 문장

“행위자가 인식한 대로 피해자가 술에 취해 잠들어 있었다면 결과가 발생할 수 있었으므로 위험성이 인정되어 준강간죄의 불능미수가 성립한다.”

불능미수와 중지미수의 경합

결과 발생이 처음부터 불가능하였으나 행위자가 그 사정을 모르고 자의로 중지한 경우이다. 불능미수(임의적 감면)보다 중지미수(필요적 감면)가 유리하므로, 자의로 결과를 피하려 한 행위자를 불능미수로만 처벌하면 형평에 어긋난다는 이유에서 다수설은 중지미수 규정을 적용(준용)한다.

대립 구도

제26조 ↔ 제27조 · 중지미수 적용설(다수설) ↔ 불능미수설

쓰이는 기출 2023-1 (2)

답안 속 문장

“결과 발생이 불가능하였다는 사정을 몰랐던 丙이 자의로 중지하였으므로 중지미수 규정을 적용하여 형을 감경 또는 면제한다.”

결과적 가중범과 기본범죄의 미수

기본범죄가 미수에 그쳐도 중한 결과가 발생하면 결과적 가중범이 성립한다는 것이 판례·다수설이다. 강간치상죄(제301조)는 강간 미수범이 상해를 입힌 경우도 포함하며, 상해는 간음행위나 그 수단인 폭행에 서뿐 아니라 강간에 수반하는 행위에서 생긴 경우도 포함된다. 강도상해죄도 강도의 기수·미수와 관계없이 상해가 발생하면 기수이다.

대립 구도

제15조 제2항, 제301조, 제337조 · 결과적 가중범의 미수 인정 여부

쓰이는 기출 2019-2, 2016-1, 2020-1, 2024-1

답안 속 문장

“제301조는 강간 등의 미수범이 상해의 결과를 일으킨 경우도 포함하므로 준강간이 불능미수에 그쳤더라도 강간치상죄가 성립한다.”

예비·음모와 예비의 중지

예비·음모는 법률에 특별한 규정이 있는 경우에만 처벌한다(제28조). 살인(제255조), 강도(제343조), 방화(제175조)에 더해 2020년 신설된 제305조의3은 강간·준강간 등의 예비·음모를 처벌한다. 판례는 중지범은 실행에 착수한 후 자의로 중지한 경우이므로 실행 착수 전인 예비에는 중지범을 인정할 수 없다고 하여 중지미수 규정의 준용을 부정한다. 학설은 예비의 형이 중지미수보다 무거워지는 불균형을 이유로 준용을 주장하기도 한다.

대립 구도

제28조, 제305조의3 · 준용 부정(판례) ↔ 준용 긍정(형의 불균형 시정)

쓰이는 기출 2024-2, 2023-1 (2) (살인예비)

답안 속 문장

“강간의 폭행·협박에 나아가지 않았으므로 실행의 착수가 없고, 강간 목적으로 도구를 준비해 침입한 행위는 강간예비죄에 해당하며, 예비 단계의 자의적 중단에는 중지미수 규정이 적용되지 않는다.”

3-2 기출 풀이

2019 제2문

주거침입 후 준강간 시도와 치상

30점 · 단일 문항 · 주거침입·절도미수, 준강간의 착수와 불능미수, 강간치상

제2문 (30점)

甲은 물건을 훔치려고 혼자 사는 A(여, 26세)의 집에 오전 8시경 침입하였다. 집안을 뒤지다 보니 훔칠만한 물건은 보이지 않았고 대신 잠들어있던 A를 발견하였다. 甲은 A가 그 전날 술을 많이 마서 취한 상태로 잠을 자고 있는 것으로 생각하여 A를 간음하기로 마음먹고 A의 팬티를 벗기려 하였다. 하지만 A는 甲이 자신의 집에 침입한 순간 깨어나 있었으나 두려움에 자는 척을 하고 있었는데 甲이 자신의 몸을 만지자 놀라서 甲의 손가락을 깨물었다. 이에 甲이 손가락을 비틀어 빼는 과정에서 A는 치아가 빠지는 상해를 입었다.
甲의 죄책은?

출제 포인트

출제 의도 같은 해 선고된 준강간 불능미수 전원합의체 판례를 바로 출제하였다. **연결 개념** 주간 주거침입 절도의 착수, 준강간의 착수, 불능미수의 위험성, 결과적 가중범의 기본범죄 미수, 강간에 수반하는 행위. **합정** A가 깨어 있었으므로 ‘준강간 불가능 → 무죄’로 쓰거나, 강간죄(폭행·협박)로 의율하는 것. 처음의 절도 목적 침입과 절도 미수를 빠뜨리기 쉽다. 특별법 단서가 없으므로 성폭력처벌법은 한두 문장으로 언급한다.

■ 답안 개요

행위	문제 되는 죄	쟁점	결론
오전 8시 절도 목적 침입, 물색	주거침입, 절도미수	주간 절도의 착수(물색)	주거침입죄, 절도미수죄
잠든 줄 안 A의 속옷을 벗기려 함	준강간	착수, 객체의 불능, 위험성(2019 전원합의체)	준강간 불능미수
손가락을 비틀어 빼다 치아 탈락	강간치상	기본범죄 미수, 수반행위, 예견가능성	강간치상죄(미수 흡수)
특별법	성폭력처벌법	주거침입강간 등과 그 치상	우선 적용 가능

권장 분량: 약 1,600~1,900자

예시답안 — 2019 제2문

I. 문제의 소재

甲은 절도 목적으로 주거에 침입하여 물색하였으나 훔칠 물건을 찾지 못하였고, 잠든 것으로 생각한 A를 간음하려다 실제로는 A가 깨어 있어 준강간의 객체가 될 수 없었으며, 그 과정에서 A가 상해를 입었다. 주거침입과 절도미수, 준강간의 불능미수, 강간치상죄의 성부와 죄수가 쟁점이다.

II. 쟁점별 검토

1. 주거침입과 절도미수. 甲은 물건을 훔치려고 A의 의사에 반하여 주거에 들어갔으므로 주거침입죄(제319조 제1항)가 성립한다. 오전 8시경이므로 야간주거침입절도죄는 문제되지 않는다. 주간 주거침입 절도의 실행착수 시기는 재물에 대한 사실상 지배를 침해하는 밀접한 행위, 즉 물색행위를 시작한 때이다. 甲은 집안을 뒤졌으므로 절도의 실행에 착수하였고, 훔칠 물건이 없어 미수에 그쳤으므로 절도미수죄(제342조, 제329조)이다.

2. 준강간의 착수와 불능미수. (1) 착수. 준강간죄(제299조)는 사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음하는 범죄이다. 판례는 심신상실 등의 상태를 이용하여 간음할 의사로 간음의 수단이라고 할 수 있는 행동을 시작한 때 실행의 착수를 인정한다. 甲이 간음할 의사로 A의 속옷을 벗기려 한 것은 실행의 착수이다.

(2) 객체의 흠결. A는 이미 깨어 있었으므로 실제로는 심신상실·항거불능 상태가 아니었다. 판례(전원합의체, 2019년)는 피고인이 피해자가 심신상실 또는 항거불능 상태에 있다고 인식하고 그러한 상태를 이용하여 간음하였으나 실제로는 그러한 상태에 있지 않았던 경우, 실행의 수단 또는 대상의 착오로 결과의 발생이 불가능하지만 위험성이 있으므로 준강간죄의 불능미수(제27조)가 성립한다고 하였다. 위험성은 행위자가 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 결과 발생의 가능성이 있는지로 판단한다. 甲이 인식한 대로 A가 술에 취해 잠들어 있었다면 준강간의 결과가 발생할 수 있으므로 위험성이 인정된다. 따라서 甲은 준강간죄의 불능미수이며, 간음에 이르지 못한 점에서도 기수는 아니다.

3. 강간치상죄. 제301조는 제297조부터 제300조까지의 죄(미수 포함)를 범한 자가 사람을 상해하거나 상해에 이르게 한 때를 처벌하므로, 기본범죄가 미수에 그쳐도 성립한다. 상해는 간음행위 자체나 그 수단인 폭행에서 생긴 것뿐 아니라 강간에 수반하는 행위에서 생긴 것도 포함된다. 甲이 A의 몸을 만지다 손가락을 물리자 이를 비틀어 빼는 과정에서 A의 치아가 빠졌으므로, 상해는 범행에 수반하는 행위에서 발생하였고 그 결과는 예견할 수 있었다. 판례도 강간하려다 손가락을 물리자 이를 비틀어 빼는 과정에서 피해자에게 치아 결손의 상해를 입힌 경우 강간치상죄를 인정하였다. 甲이 손가락을 빼낸 것은 자초한 위난에 대한 것이므로 정당방위나 긴급피난이 될 수 없다. 따라서 甲은 (준)강간치상죄(제301조)가 성립하고, 준강간미수는 이에 흡수된다.

4. 특별법. 문제에서 특별법을 논외로 하지 않았으므로 덧붙이면, 주거침입죄를 범한 사람이 준강간 등을 범하고 상해에 이르게 한 경우에는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법의 주거침입강간 등에 관한 가중 규정과 그 상해·치상 규정이 우선 적용될 수 있다. 이 경우 주거침입죄는 별도로 성립하지 않는다.

III. 결론

형법상 甲은 주거침입죄, 절도미수죄, 준강간미수(불능미수)를 기본범죄로 하는 강간치상죄의 실체적 경합(제37조)이다. 성폭력처벌법을 적용하면 주거침입과 준강간미수, 치상을 결합한 그 법의 가중처벌 규정 하나와 절도미수죄의 실체적 경합이 된다.

근거: 형법 제27조, 제37조, 제299조, 제300조, 제301조, 제319조, 제329조, 제342조 · 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 · 준강간 불능미수 전원합의체 판례(2019) · 손가락 비틀다 치아 결손(강간치상) 판례

2024 제2문

강간 목적 침입 후 중단과 보복 방화

30점 · 단일 문항 · 강간의 착수, 강간예비(제305조의3), 예비의 중지, 현주건조물방화와 살인미수

제2문 (30점)

甲(男, 35세)은 같은 동네에 살고 있는 乙(女, 23세)를 강간할 목적으로 밧줄과 청테이프를 구입·소지하고 乙이 살고 있는 아파트(202호)에 침입하였으나 乙이 자는 모습을 본 순간 후회가 되어 모든 행위를 중단하고 아파트를 빠져나왔다. 다음 날 CCTV를 통해 甲이 자신의 아파트에 침입한 사실을 확인한 乙은 복수심에 甲을 살해하기로 마음먹고 甲이 자고 있는 집에 휘발유가 든 화염병을 던져 불을 내고 도망하였다. 이로 인하여 甲의 집은 모두 불탔으나 甲은 소방관의 출동으로 가까스로 목숨을 건졌다.

甲과 乙의 죄책을 논하시오.

출제 포인트

출제 의도 2020년 신설된 강간예비죄를 적용하게 하고, 예비의 중지라는 전통 쟁점을 결합하였다. 乙 부분은 사망하지 않은 살해 목적 방화의 죄수를 묻는다. **연결 개념** 강간 착수 시기, 주거침입강간의 착수, 예비의 중지(판례 부정), 현주건조물방화와 살인미수의 상상적 경합, 침해의 현재성. **합정** 甲에게 ‘강간 중지미수’를 인정하는 것(착수가 없다). 乙에게 현주건조물방화치사(상)를 쓰는 것(사망·상해 결과가 없다), 정당방위 검토를 생략하는 것.

■ 답안 개요

행위	문제 되는 죄	쟁점	결론
甲 — 밧줄·청테이프 구입·소지, 202호 침입	주거침입, 강간예비	강간의 착수 없음, 제305조의3	주거침입죄, 강간예비죄
甲 — 후회하여 중단	중지미수 준용	예비의 중지	부정(판례), 양형 사유
乙 — 화염병으로 甲의 집 전소	현주건조물방화	현존 주거, 기수	현주건조물방화죄
乙 — 살해 고의, 甲 구조됨	살인미수	죄수, 정당방위(현재성 없음)	살인미수와 상상적 경합

권장 분량: 약 1,600~1,900자

예시답안 — 2024 제2문

I. 문제의 소재

甲은 강간의 목적으로 도구를 준비하고 乙의 주거에 침입하였으나 실행에 나아가기 전에 스스로 그만두었다. 강간죄의 실행착수 여부, 강간예비죄와 예비의 중지, 주거침입죄가 문제된다. 乙은 복수심에서 甲을 살해하려고 甲이 자고 있는 집에 화염병을 던져 집을 모두 태웠으나 甲은 구조되었다. 현주건조물방화죄와 살인미수죄의 관계, 정당방위의 성부가 문제된다.

II. 甲의 죄책

1. 주거침입. 甲은 乙의 의사에 반하여 乙이 사는 아파트(202호)에 들어갔으므로 주거침입죄(제319조 제1항)가 성립한다.

2. 강간의 실행착수 여부. 강간죄(제297조)의 실행착수는 간음의 수단인 폭행·협박을 개시한 때이다. 甲은 乙이 자는 모습을 보고 모든 행위를 중단하였으므로 폭행·협박을 시작하지 않았다. 강간의 목적으로 주거에 침입한 것만으로는 강간의 착수가 없으므로, 강간미수나 그 중지미수는 문제되지 않는다. 같은 이유로 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법의 주거침입강간죄도, 판례가 그 실행착수를 강간 등의 실행착수 시점으로 보는 이상 미수에도 이르지 않는다.

3. 강간예비. 2020년 형법 개정으로 신설된 제305조의3은 강간 등의 죄를 범할 목적으로 예비·음모한 사람을 처벌한다. 甲은 강간의 목적으로 밧줄과 청테이프를 구입·소지하고 피해자의 주거에 침입하였으므로, 범죄 실현을 위한 외적 준비행위로서 강간예비죄가 성립한다.

4. 예비의 중지. 甲은 후회하여 스스로 중단하였다. 실행의 착수 후라면 중지미수(제26조)로 형이 필요적으로 감면되는데, 예비 단계에서 자의로 그만둔 경우에도 이를 준용할지에 대해 견해가 나뉜다. 판례는 중지범은 실행에 착수한 후 자의로 중지한 경우이므로 실행의 착수가 없는 예비에는 중지범의 관념을 인정할 수 없다고 하여 준용을 부정한다. 따라서 甲의 후회는 양형 사유에 그친다.

5. 죄수. 주거침입죄와 강간예비죄는 보호법익이 달라 함께 성립하고, 침입 행위가 겹치므로 상상적 경합으로 보는 것이 자연스럽다.

III. 乙의 죄책

1. 현주건조물방화. 乙은 甲이 자고 있는 집에 휘발유가 든 화염병을 던져 불을 냈고, 집은 모두 탔다. 사람이 주거로 사용하고 현존하는 건조물을 불태웠으므로 현주건조물방화죄(제164조 제1항) 기수이다.

2. 살인미수. 乙은 甲을 살해하기로 마음먹고 방화하였으나 甲은 소방관의 출동으로 목숨을 건졌다. 살인의 실행에 착수하였으나 외부적 사정으로 결과가 발생하지 않았으므로 살인미수죄(제254조, 제250조 제1항)이다. 사망·상해의 결과가 없으므로 현주건조물방화치사상죄는 문제되지 않는다.

3. 죄수. 하나의 방화행위로 현주건조물방화죄와 살인미수죄를 범하였으므로 상상적 경합(제40조)이다.

4. 위법성. 甲의 침입은 전날 이미 종료되었으므로 현재의 부당한 침해가 없고, 乙의 행위는 복수심에 의한 것이어서 방위의사도 없다. 따라서 정당방위가 성립하지 않으며 다른 위법성조각사유도 없다.

IV. 결론

甲은 주거침입죄와 강간예비죄가 성립하고, 예비의 중지에는 중지미수 규정이 적용되지 않는다. 乙은 현주건조물방화죄와 살인미수죄의 상상적 경합이다.

근거: 형법 제26조, 제40조, 제164조, 제250조, 제254조, 제297조, 제305조의3, 제319조 · 예비의 중지(중지범 부정) 판례

제4장

정범과 공범

공모공동정범 · 합동범과 그 공동정범 · 공모관계의 이탈 · 공범의 초과 · 간접정범 · 신분과 공범 | 기출 4문항:
2018-1, 2019-1, 2020-1, 2024-1

이 장에서 다루는 내용

4-1 핵심 개념	42
4-2 기출 풀이	45
2018 제1문 부친의 예금통장 절취와 현금 인출	45
2019 제1문 부친의 원두막 방화를 이용한 딸	48
2020 제1문 승용차 손괴 교사와 이탈, 경찰관 상해	51
2024 제1문 날치기가 강도로, 이탈한 공범과 위증	54

4-1 핵심 개념

입법고시 형법에서 배점이 가장 큰 영역이다. 등장인물이 둘 이상이면 먼저 각자의 가담 형태(공동정범·교사·방조·간접정범)를 확정하고, 그다음 실행된 범죄가 공모·교사의 범위 안에 있는지(초과), 도중에 빠졌는지(이탈), 신분이 다른지(제33조)를 차례로 본다.

공동정범과 공모공동정범

2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때에는 각자를 정범으로 처벌한다(제30조). 판례는 공모자 중 일부가 실행행위를 분담하지 않았더라도, 전체 범죄에서 그가 차지하는 지위·역할, 범죄 경과에 대한 지배나 장악력 등을 종합하여 단순한 공모자에 그치지 않고 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하면 공모공동정범으로 처벌한다.

대립 구도

제30조 · 기능적 행위지배설 ↔ 공동의사주체설 · 공모공동정범 긍정(판례) ↔ 부정

쓰이는 기출 2018-1 (甲), 2016-1, 2024-1

답안 속 문장

“甲은 현장에 가지 않았지만 범행의 계기와 통장 위치·비밀번호 등 범행 성공에 필수적인 정보를 제공하여 본질적으로 기여하였으므로 공모공동정범이다.”

합동범과 합동범의 공동정범

‘2인 이상이 합동하여’(특수절도·특수강도 등)는 주관적 공모와 객관적인 시간적·장소적 협동관계를 요한다(현장설). 현장에서 망을 보거나 대기하는 것도 협동에 해당한다. 판례(전원합의제)는 3인 이상이 합동절도를 공모한 후 2인 이상이 현장에서 실행한 경우, 현장에 가지 않은 공모자도 정범성의 표지를 갖추면 합동절도의 공동정범이 된다고 하였다.

대립 구도

제331조 제2항 · 현장설(판례) ↔ 가중적 공동정범설 ↔ 공모공동정범설

쓰이는 기출 2018-1, 2021-1 (2), 2024-1

답안 속 문장

“乙과 丙은 같은 집 안에서 역할을 나누어 함께 범행하였으므로 시간적·장소적 협동이 인정되고, 현장에 없던 甲도 합동절도의 공동정범이 된다.”

공모관계의 이탈

실행착수 전에 공모관계에서 이탈하면 이후 다른 공모자의 행위에 대해 공동정범의 책임을 지지 않으며, 이탈의 표시는 명시적일 필요가 없다. 다만 판례는 공모자가 공모를 주도하여 다른 공모자의 실행에 영향을 미친 경우에는 그 영향력을 제거하여야 이탈이 인정된다고 본다. 실행착수 후에 이탈한 경우에는 다른 공모자의 범행 완성을 저지하지 않는 한 공동정범의 책임을 지며, 중지미수도 결과를 방지해야 인정된다.

대립 구도

실행착수 전 이탈(책임 없음) ↔ 실행착수 후 이탈(책임 있음) · 주도자의 기여 제거

쓰이는 기출 2020-1 (乙), 2024-1 (乙)

답안 속 문장

“乙은 실행착수 전에 범행 포기를 제안하고 자신이 준비한 도구를 모두 가지고 귀가하여 기여를 제거하였으므로 이후 丙의 범행에 대해 공동정범의 책임이 없다.”

공범의 초과와 결과적 가중범의 공동정범

정범이 교사·공모의 범위를 질적으로 초과한 부분에 대해 교사자·공모자는 책임을 지지 않고, 양적으로 초과한 경우에는 공통되는 범위에서 책임을 진다. 결과적 가중범에서는 기본범죄를 공동으로 하고 중한 결과를 예견할 수 있었다면 결과적 가중범의 공동정범·교사범이 된다. 판례는 합동절도의 공범 중 1인이 준강도를 범한 경우 다른 공범이 이를 예견할 수 있었다면 준강도의 공동정범 책임을 인정한다.

대립 구도

질적 초과(책임 없음) ↔ 양적 초과(공통 범위) · 예견가능성 기준

쓰이는 기출 2017-1 (乙의 교사), 2020-1 (甲의 교사), 2024-1 (乙)

답안 속 문장

“乙은 폭행 직후 명시적으로 반대하고 가담을 거절하였으므로 甲의 강도상해는 공모 범위를 질적으로 초과한 것이어서 乙은 특수절도의 범위에서만 책임을 진다.”

간접정범과 고의 있는 도구

어느 행위로 처벌되지 않는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사·방조하여 범죄의 결과를 발생하게 한 자는 교사·방조의 예에 의하여 처벌한다(제34조 제1항). 피이용자가 경한 죄의 고의만 가진 경우(가중 사정을 모르는 경우) 배후자의 지위에 대해 간접정범설, 교사범설, 결합설(경한 죄 교사와 중한 죄 간접정범의 상상적 결합)이 대립한다. 공문서 작성권자를 보좌하는 공무원이 허위 보고로 작성권자를 이용하면 허위공문서작성죄의 간접정범이 된다는 것이 판례이다.

대립 구도

제34조 · 간접정범설 ↔ 교사범설 ↔ 결합설

쓰이는 기출 2019-1 (1), 2018-3

답안 속 문장

“甲은 원두막이 주거라는 사정을 모르는 乙의 착오를 이용하여 그의 인식을 넘는 중한 불법을 실현하였으므로 현주건조물방화죄의 간접정범이다.”

신분과 공범 — 제33조

신분관계로 성립되는 범죄(진정신분범)에 가공한 비신분자도 공동정범·교사범·방조범이 된다(제33조 본문). 신분관계로 형의 경중이 있는 경우(부진정신분범) 신분 없는 자는 무거운 형으로 벌하지 않는다(단서). 판례는 단서를 신분자가 비신분자에게 가공한 경우에도 적용하여, 모해 목적이 있는 자가 그 목적이 없

는 자를 교사하여 위증하게 하면 모해위증교사죄가 된다고 본다. 존속살해(직계비속), 상습도박(상습성), 업무상 횡령(업무자)이 대표적인 부진정신분범이다.

대립 구도

제33조 본문(진정신분범) ↔ 단서(부진정신분범) · 신분자가 비신분자를 교사한 경우

쓰이는 기출 2019-1 (2), 2016-1, 2023-2 (乙), 2018-3 (甲)

답안 속 문장

“존속살해죄는 부진정신분범이므로 제33조 단서에 따라 신분자인 甲은 존속살해죄의 교사범이 되고, 정범 乙은 보통살인의 범위에서 책임을 진다.”

4-2 기출 풀이

2018 제1문

부친의 예금통장 절취와 현금 인출

40점 · 단일 문항 · 불법영득의사, 합동절도와 합동범의 공동정범, 친족상도례

제1문 (40점)

甲, 乙, 丙은 함께 여행을 가기로 하고 여행자금을 마련하기 위해 여러 가지로 노력하였지만 형편이 여의치 않았다. 그러던 중 甲이 “해외 근무 중인 우리 아버지(A) 예금통장에는 돈이 많이 있는데…”라고 혼잣말로 중얼거리자 乙이 “그 예금통장으로 돈을 인출하여 여행하자”고 제의하였다.

차마 甲은 A의 통장을 갖고 나올 수 없었다. 결국 A의 통장을 가지고 나와서 인출하는 것은 乙과 丙이 하기로 하였다. 甲이 알려준 대로 乙과 丙은 오후 2시경 A의 아파트 문을 열고 들어갔다. 乙은 안방에 들어가서 장롱에서 예금통장을 찾아내었다. 그 사이 丙은 거실 소파에 앉아 있었다.

乙과 丙은 현금자동지급기에 甲이 알려준 비밀번호를 입력하여 현금 6백만 원을 인출하고 곧바로 A의 통장을 원래 있던 자리에 갖다 놓았다.

甲, 乙, 丙의 죄책을 논하시오.

출제 포인트

출제 의도 현장에 가지 않은 공모자(甲)와 현장에서 역할이 약했던 공모자(丙)의 정범성, 그리고 피해자가 달라지는 두 절도에서 친족상도례가 갈리는 구조를 묻는다. **연결 개념** 통장 반환과 불법영득의사, 현금 인출과 은행의 점유, 현장설, 합동범의 공동정범(전원합의체), 제328조 제3항. **함정** 통장을 반환했으니 절도가 아니라고 쓰는 것, 현금 600만 원에도 친족상도례를 적용하는 것(피해자는 은행), 丙을 방조범으로 낮추는 것.

■ 답안 개요

행위	문제 되는 죄	쟁점	결론
乙·丙 — 오후 2시 A의 아파트 출입	주거침입	주간(야간주거침입절도 아님)	주거침입죄 공동정범
乙 안방 물색, 丙 거실 대기 — 통장 취득·반환	특수절도(합동)	불법영득의사(예금증명 기능 소모), 현장설	특수절도죄
ATM에서 600만 원 인출	특수절도 / 컴퓨터사용사기	현금은 재물, 은행의 점유	은행에 대한 특수절도죄
甲 — 제의 수용, 정보 제공, 현장 부재	공모공동정범, 합동범의 공동정범	기능적 행위지배, 전원합의체 판례	같은 죄의 공동정범
甲과 A의 부자관계	친족상도례	피해자별 적용, 제328조 제3항	통장 절도만 형 면제

권장 분량: 약 2,000~2,400자

예시답안 — 2018 제1문

I. 문제의 소재

乙과 丙은 甲이 알려 준 대로 낮에 A의 아파트에 들어가 예금통장을 가지고 나와 현금을 인출한 뒤 통장을 제자리에 갖다 놓았다. ① 통장을 반환한 경우의 불법영득의사, ② 현금 인출의 죄명과 피해자, ③ 현장에 함께 있었던 乙·丙의 합동절도와 현장에 없던 甲의 죄책(합동범의 공동정범), ④ 甲에 대한 친족상도례 적용 범위가 쟁점이다.

II. 乙과 丙의 죄책

1. 주거침입. 오후 2시경 A의 의사에 반하여 A의 아파트에 들어갔으므로 주거침입죄(제319조 제1항)의 공동정범이다. 주간이므로 야간주거침입절도죄는 문제되지 않는다.

2. 예금통장 절도 — 불법영득의사. 판례는 예금통장을 사용하여 예금을 인출한 후 통장을 반환하더라도, 예금통장은 예금액을 증명하는 기능을 가지고 있고 인출된 만큼 그 기능이 소모되었으므로 통장 자체가 가지는 경제적 가치가 그만큼 소모되었다고 보아 불법영득의사를 인정한다. 乙·丙은 600만 원을 인출하는 데 통장을 사용하였으므로 통장을 제자리에 갖다 놓았더라도 통장에 대한 절도죄가 성립한다.

3. 합동절도. 제331조 제2항의 ‘2인 이상이 합동하여’는 주관적으로 공모가 있고 객관적으로 시간적·장소적 협동관계가 있는 경우를 말한다. 乙이 안방에서 통장을 찾는 동안 丙은 같은 집 거실에 있었다. 丙이 직접 물색하지는 않았지만 현장에서 乙과 함께 범행을 수행하며 대기·감시의 역할을 한 것이므로 시간적·장소적 협동이 인정된다. 따라서 통장 절도는 특수절도죄(합동절도)이다. 또한 乙·丙이 함께 현금자동지급기에서 비밀번호를 입력하여 600만 원을 인출한 행위도 기계를 관리하는 은행의 의사에 반하여 현금의 점유를 옮긴 것이므로 은행에 대한 특수절도죄이다. 현금의 인출은 재물의 취득이어서 재산상 이익을 객체로 하는 컴퓨터등사용사기죄(제347조의2)에는 해당하지 않는다는 것이 판례이다. 甲이 비밀번호를 알려 주었다는 사정은 은행에 대한 관계에서 인출 권한을 부여하는 것이 아니므로, 예금주 A의 의사에 반하는 이상 은행의 의사에도 반한다.

III. 甲의 죄책

1. 공모공동정범. 甲은 범행 현장에 가지 않았다. 그러나 범행의 계기를 제공하였고, 통장의 위치와 아파트에 들어가는 방법, 비밀번호를 알려 주어 범행 성공에 필수적인 정보를 제공하였다. 판례는 공모자 중 일부가 실행에 나가지 않아도 전체 범행에서 차지하는 지위·역할, 범행 경과에 대한 지배나 장악력을 종합하여 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 인정되면 공모공동정범으로 처벌한다. 甲의 기여는 이 기준을 충족한다.

2. 합동범의 공동정범. 판례(전원합의체)는 3인 이상이 합동절도를 공모한 후 2인 이상이 현장에서 절도를 실행한 경우, 현장에 가지 않은 공모자도 정범성의 표지를 갖추면 합동절도의 공동정범이 된다고 하였다. 따라서 甲은 통장 절도와 현금 인출 절도 모두에서 특수절도죄의 공동정범이며, 주거침입죄의 공동정범이기도 하다.

3. 친족상도례. 甲은 A의 아들이므로 A를 피해자로 하는 통장 절도에는 제344조, 제328조 제1항이 적용되어 형이 면제된다. 그러나 친족상도례는 신분관계 없는 공범에게는 적용되지 않으므로(제328조 제3항) 乙과 丙은 그대로 처벌된다. 현금 인출 절도의 피해자는 현금을 점유·관리하는 은행이므로 甲에게도 친족상도례가 적용되지 않는다. 주거침입죄에는 친족상도례가 준용되지 않는다. 甲이 그 아파트에 함께 사는 사람이라면 공동거주자로서 출입에 동의한 것이 되어, 2021년 대법원 전원합의체 판결 이후의 기준으로 주거침입죄가 부정될 여지가 있으나, 문제는 A의 아파트라고만 하고 있으므로 甲이 거주자가 아닌 것으로 전제한다.

IV. 죄수와 결론

통장 절도와 현금 인출 절도는 피해자와 객체가 다르므로 실체적 경합이며, 주거침입죄와도 실체적 경합이다. 통장의 절취가 현금 인출의 수단이었다 하더라도, 인출은 은행이라는 새로운 피해자의 점유를 침해하므로 불가벌적 사후행위가 아니다.

乙과 丙은 주거침입죄, 특수절도죄(통장), 특수절도죄(현금 600만 원)의 실체적 경합이다. 甲은 같은 죄들의 공동정범이 되지만, 통장에 대한 특수절도죄는 친족상도례로 형이 면제되고, 주거침입죄와 현금에 대한 특수절도죄로 처벌된다.

근거: 형법 제30조, 제37조, 제319조, 제328조, 제329조, 제331조 제2항, 제344조 · 예금통장 일시 사용 후 반환(불법영득 의사 인정) 판례 · 합동절도의 공동정범 전원합의체 판례

2019 제1문

부친의 원두막 방화를 이용한 딸

총 40점 · 소문 2개 · 고의 있는 도구와 간접정범, 제33조 단서, 현주건조물방화치사의 교사

제1문 (40점)

A는 사업에 실패하고 수박농사를 짓고 있는데, 연일 술을 마시고 부인 B와 딸 甲을 폭행하곤 하였다. 甲은 이 사실로 무척 괴로워하였고, 심지어 A가 乙과의 결혼에 심하게 반대하자 이에 앙심을 품었다. 이에 甲은 乙을 불러, A의 수박밭 원두막에 불을 놓게 하였다.

(1) 甲은 A가 수박밭 원두막을 주거로 사용한다는 점을 잘 알면서도 이 사실을 모르는 乙에게 비어있는 그 원두막에 방화하게 한 경우, 甲의 죄책은? (15점)

(2) 甲이 乙에게 “원두막에서 잠자고 있는 A를 살해하려 한다.”는 사실을 알려주고 방화하게 하였고, 이로 인해 A가 실제로 사망한 경우, 甲의 죄책은? (25점)

출제 포인트

출제 의도 같은 외형(甲이 乙에게 방화하게 함)에서 乙의 인식이 달라질 때 甲의 가담 형태가 어떻게 바뀌는지 묻는다. **연결 개념** 현주건조물의 의미(주거 사용), 제15조 제1항, 고의 있는 도구, 부진정신분범과 제33조 단서, 부진정 결과적 가중범의 교사, 존속살해와 방화치사의 죄수. **합정** (1)에서 원두막이 비어 있었으니 일반건조물방화라고 쓰는 것(주거로 사용하면 현주건조물), (2)에서 甲을 보통살인 교사로 쓰고 제33조 단서에 관한 판례를 놓치는 것.

■ 답안 개요

행위	문제 되는 죄	쟁점	결론
(1) 乙 — 빈 원두막인 줄 알고 방화	일반건조물방화	제15조 제1항(가중 사정 불인식)	일반건조물방화죄
(1) 甲 — 주거 사실을 알고 乙 이용	현주건조물방화 간접정범 / 일반건조물방화 교사	고의 있는 도구, 간접정범설·교사범설·결합설	현주건조물방화 간접정범
(2) 乙 — 살해 의도를 알고 방화, A 사망	현주건조물방화치사	살해 목적 방화(판례: 방화치사만)	현주건조물방화치사죄
(2) 甲 — 乙을 교사	존속살해교사, 방화치사교사	제33조 단서(신분자의 교사), 부진정 결과적 가중범의 교사, 죄수	상상적 경합

권장 분량: (1) 약 800~900자 · (2) 약 1,300~1,500자

예시답안 — 2019 제1문

I. 문제의 소재

甲은 乙을 이용하여 아버지 A가 주거로 사용하는 원두막에 불을 놓게 하였다. (1)은 피이용자가 경한 죄의 고의만 가진 경우 이용자의 죄책(간접정범과 교사범의 경계)을, (2)는 신분자가 사정을 아는 비신분자를 교사하여 존속을 살해하게 한 경우의 죄책(제33조 단서)과 부진정 결과적 가중범의 교사를 묻는다.

II. (1) 乙이 주거 사실을 모른 경우

1. 乙의 죄책. 제164조 제1항은 사람이 주거로 사용하거나 사람이 현존하는 건조물을 객체로 한다. 원두막은 A가 주거로 사용하므로 사람이 현존하지 않더라도 현주건조물이다. 乙은 이를 모르고 ‘비어 있는 원두막’에 불을 놓았으므로, 제15조 제1항에 따라 중한 현주건조물방화죄로 처벌할 수 없고 자신이 인식한 타인 소유 일반건조물방화죄(제166조 제1항)의 고의범이 된다.

2. 甲의 죄책. 甲은 현주건조물이라는 사정을 알면서 이를 모르는 乙을 이용하였다. 乙은 일반건조물방화의 고의를 가진 정범이므로 ‘고의 있는 도구’이다. ① 간접정범설은 甲이 乙의 착오를 이용하여 가중 사정(주거 사용)에 대해서는 우월한 의사지배를 하였으므로 현주건조물방화죄의 간접정범(제34조 제1항)이 된다고 본다. ② 교사범설은 정범인 乙이 고의범으로 처벌되는 이상 배후자를 간접정범으로 볼 수 없고, 甲은 일반건조물방화죄의 교사범이 될 뿐이라고 본다. ③ 결합설은 일반건조물방화교사와 현주건조물방화의 간접정범을 상상적 경합으로 본다. 甲이 乙의 인식 범위를 넘는 중한 불법을 착오를 이용해 실현하였으므로 그 부분까지 간접정범으로 처벌하는 ①이 불법에 상응한다. 따라서 甲은 현주건조물방화죄의 간접정범이다. 원두막은 A가 주거로 사용하는 곳이므로 방화 당시 비어 있었더라도 ‘사람의 주거로 사용하는’ 건조물에 해당하고, 현주건조물방화죄는 추상적 위험범이어서 실제로 사람이 다칠 위험이 있었는지는 묻지 않는다. 원두막이 A의 소유이므로 자기소유 건조물에 관한 규정도 문제되지 않는다.

III. (2) 乙이 살해 의도를 안 경우

1. 乙의 죄책. 乙은 A가 원두막에서 잠자고 있고 甲이 A를 살해하려 한다는 사실을 알고 불을 놓았으므로 적어도 미필적 살인의 고의가 있다. A가 사망하였으므로, 판례에 따르면 살해 목적으로 현주건조물에 방화하여 사람을 사망하게 한 경우 현주건조물방화치사죄(제164조 제2항)만 성립하고 살인죄는 따로 성립하지 않는다. 乙은 A의 자녀가 아니므로 존속살해는 문제되지 않는다.

2. 甲의 정범·공범 형태. 甲은 사실을 알리고 乙로 하여금 방화하게 하였을 뿐 실행을 분담하지 않았다. 판례의 공모공동정범은 범행에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배를 요하는데, 사안에는 甲이 범행 방법을 정하거나 현장을 지휘하는 등 범행을 지배하였다는 사정이 나타나지 않는다. 따라서 범행 결의를 일으킨 교사범(제31조 제1항)으로 본다. 乙은 이제 살해 의도를 알고 있으므로 甲이 乙을 도구로 이용하였다고 볼 수 없어 간접정범도 성립하지 않는다.

3. 존속살해의 교사 — 제33조 단서. 존속살해죄(제250조 제2항)는 직계비속이라는 신분 때문에 형이 가중되는 부진정신분범이다. 제33조 단서는 신분 때문에 형의 경중이 있는 경우 신분 없는 자는 중한 형으로 벌하지 않는다고 하는데, 판례는 이 단서를 신분자가 비신분자에 가공한 경우에도 적용하여, 신분자는 자기의 신분에 따른 중한 죄의 교사범이 된다고 본다(모해위증교사 판례). 이에 따라 甲은 존속살해죄의 교사범이 된다. 정범의 죄명(보통살인)에 따른다는 반대 견해도 있다.

4. 현주건조물방화치사의 교사. 결과적 가중범의 교사범은 중한 결과의 예견가능성이 있으면 성립하고, 甲은 사망을 의욕하기까지 하였으므로 현주건조물방화치사죄의 교사범이다.

5. 위법성과 책임. A가 술을 마시고 가족을 폭행해 온 사정과 결혼 반대는 범행의 동기에 불과하고, 잠든 A에 대한 방화 시점에 현재의 부당한 침해가 있었다고 볼 수 없으므로 정당방위나 긴급피난은 성립하지 않으며 기대불가능성도 인정되지 않는다. 이러한 사정은 양형에서 고려된다.

6. 죄수. 판례는 존속을 살해할 목적으로 현주건조물에 방화하여 사망하게 한 경우 존속살해죄와 현주건조물방화치사죄의 상상적 경합을 인정한다. 甲은 존속살해교사죄와 현주건조물방화치사교사죄의 상상적 경합(제40조)이다.

IV. 결론

(1) 甲은 현주건조물방화죄의 간접정범이다. (2) 甲은 존속살해교사죄와 현주건조물방화치사교사죄의 상상적 경합이다.

근거: 형법 제15조, 제31조, 제33조, 제34조, 제40조, 제164조, 제166조, 제250조 · 방화치사·모해위증교사 판례

2020 제1문

승용차 손괴 교사와 이탈, 경찰관 상해

50점 · 단일 문항 · 공모관계 이탈, 원인에서 자유로운 행위, 절도의 착수, 강도상해, 특수공무집행방해치상, 교사의 초과

제1문 (50점)

甲, 乙, 丙은 정당한 이유 없이 자신들을 해고한 사장 A에 대하여 원한을 가지게 되었다. 甲은 乙과 丙에게 A가 최근 구입한 고급 승용차를 파손하도록 사주하였다. 乙과 丙은 이를 수락하고 범행에 필요한 준비를 마친 후 약속한 날 A의 집 부근에서 만났다. 乙은 A의 승용차가 주차되어 있는 집 앞에 CCTV가 설치되어 있고 승용차 블랙박스 성능도 우수할 것이라면서 범행을 포기하자고 하였다. 범행에 대한 두려움을 떨치기 위해 상당량의 술을 마시고 온 丙은 자기 혼자라도 범행을 하겠다고 고집하였다. 이에 乙은 자신이 준비한 범행도구를 모두 가지고 집으로 돌아가 버렸다. 혼자 남은 丙은 준비한 송곳과 망치로 A의 승용차 타이어에 펑크를 내고 운전석 유리창을 깨뜨렸다. 이후 丙은 범행 도구를 챙기다가 차 안에 귀중품이 있을 수 있다는 생각이 들어 부서진 유리창 안으로 상체를 들이밀고 훔칠 물건을 찾기 시작했다. 그때 순찰 중이던 경찰관 P가 丙의 행동을 수상히 여기고 丙에게 다가가 “여기서 뭘 하느냐?”고 문자 체포될 것이 두려웠던 丙은 망치로 P의 어깨를 내리쳐 어깨 골절상을 입히고 도주하였다.

甲, 乙, 丙의 죄책은? (단, 특별법 위반은 논외로 한다)

출제 포인트

출제 의도 세 사람의 가담 단계를 시간 순으로 나누어 공범론(교사·이탈·초과)과 각론(손괴·준강도·강도상해·공무방해)을 함께 검토하게 한다. **연결 개념** 실행착수 전 이탈과 기여 제거, 제31조 제2항, 제10조 제3항, 차량 물색의 착수, 특수강도의 준강도, 특수공무집행방해치상의 성격, 질적 초과. **합정** 乙을 손괴의 공동정범으로 처벌하는 것, 丙의 음주로 형을 감경하는 것, 甲에게 강도상해까지 귀속시키는 것.

■ 답안 개요

행위	문제 되는 죄	쟁점	결론
丙 — 송곳·망치로 타이어·유리창 파손	재물손괴·특수손괴	위험한 물건 휴대, 제10조 제3항	특수손괴죄, 감경 없음
丙 — 유리창 안으로 상체를 넣어 물색	절도미수	차량 내 절도의 착수	착수 인정
丙 — 경찰관 P를 망치로 내리쳐 골절	준강도, 강도상해, 특수공무집행방해치상	체포 면탈 목적, 강도상해 기수, 부진정 결과적 가중범, 죄수	강도상해·특수공무집행방해치상(상상적)
乙 — 포기 제안 후 도구를 가지고 귀가	손괴의 공동정범, 제31조 제2항	실행착수 전 이탈, 기여 제거, 예비 처벌 규정 없음	무죄
甲 — 乙·丙에게 파손 사주	손괴교사	질적 초과 부분 불귀속	특수손괴(재물손괴) 교사죄

권장 분량: 약 2,600~3,200자

예시답안 — 2020 제1문

I. 문제의 소재

甲은 乙·丙에게 A의 승용차 파손을 교사하였고, 乙은 실행 전에 범행을 포기하고 도구를 가지고 귀가하였으며, 술에 취한 丙 혼자 차량을 손괴한 뒤 차 안을 뒤지다가 경찰관에게 망치를 휘둘러 골절상을 입혔다. ① 실행착수 전 공모관계 이탈, ② 丙의 음주와 원인에서 자유로운 행위, ③ 절도의 착수와 준강도·강도상해, 공무집행방해의 관계, ④ 교사의 초과가 쟁점이다.

II. 丙의 죄책

1. 재물손괴. 丙은 송곳과 망치로 A 소유 승용차의 타이어에 펑크를 내고 유리창을 깨뜨렸으므로 재물손괴죄(제366조)가 성립한다. 송곳과 망치는 사용 방법에 따라 사람의 생명·신체에 위험을 줄 수 있는 위험한 물건이므로, 이를 휴대하여 손괴한 丙에게는 특수손괴죄(제369조 제1항)가 성립한다.

2. 음주 — 원인에서 자유로운 행위. 丙이 상당량의 술을 마셔 심신미약 상태였을 수 있다. 그러나 丙은 범행에 대한 두려움을 떨치려고, 즉 범행을 예견하고 스스로 술을 마셨다. 위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 제10조 제1항·제2항이 적용되지 않으므로(제10조 제3항) 책임감면이 없다. 판례는 고의에 의한 경우뿐 아니라 과실로 위험 발생을 예견할 수 있었던 경우도 포함한다고 본다.

3. 절도미수. 판례는 노상에 세워 둔 자동차 안의 물건을 훔치려고 차 안을 들여다본 것만으로는 착수를 부정하지만, 차 문을 열려고 손잡이를 당기는 등 재물에 대한 사실상 지배를 침해하는 밀접한 행위를 시작하면 착수를 인정한다. 丙은 부서진 유리창 안으로 상체를 들이밀고 훔칠 물건을 찾기 시작하였으므로 몰색행위로서 절도의 실행에 착수하였고, 재물을 취득하지 못하였으므로 절도미수이다. 이 고의는 손괴 후 새로 생긴 것이므로 손괴와 별개의 범죄이다.

4. 준강도와 강도상해. 절도의 실행에 착수한 丙이 경찰관 P의 질문을 받자 체포를 면탈하려고 망치로 P의 어깨를 내리쳤으므로 준강도죄(제335조)가 성립한다. 판례(전원합의체)에 따르면 흉기를 휴대·사용한 경우 특수강도의 준강도가 되며, 준강도의 기수·미수는 절도의 기수·미수에 따른다. 그러나 준강도범이 사람을 상해하면 강도상해죄(제337조)가 성립하고, 강도상해죄는 강도의 기수·미수와 관계없이 상해가 발생하면 기수이다. 丙은 망치로 어깨를 내리쳐 골절상을 입혔으므로 상해의 고의도 인정되어 강도상해죄 기수이다. 강도상해죄가 성립하면 준강도는 이에 흡수된다. 경찰관의 질문은 아직 체포 행위가 아니었지만, 丙은 체포될 것을 두려워하여 폭행하였으므로 체포 면탈의 목적이 인정되고, 준강도의 목적은 실제로 체포가 시도되었을 것을 요하지 않는다.

5. 특수공무집행방해치상. P는 순찰 중 거동이 수상한 丙에게 질문하는 적법한 직무를 집행하고 있었다. 위험한 물건인 망치로 P를 폭행하였으므로 특수공무집행방해죄(제144조 제1항)이고, 상해에 이르게 하였으므로 특수공무집행방해치상죄(제144조 제2항)가 성립한다. 판례는 이를 부진정 결과적 가중범으로 보아, 상해의 고의가 있는 경우에도 이 죄만 성립하고 특수상해죄는 따로 성립하지 않는다고 본다. 하나의 행위로 강도상해죄와 특수공무집행방해치상죄를 범하였으므로 상상적 경합이다.

III. 乙의 죄책 — 실행착수 전 이탈

공모자가 다른 공모자의 실행착수 전에 공모관계에서 이탈하면, 이후 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범의 책임을 지지 않는다. 이탈의 표시는 명시적일 필요가 없다. 판례는 공모자가 공모를 주도하여 다른 공모자의 실행에 영향을 미친 경우에는 그 기여를 제거하여야 이탈이 인정된다고 하지만, 乙은 주도자가 아니었고 범행 포기를 제안하며 자신이 준비한 범행도구를 모두 가지고 귀가하여 자신의 기여를 제거하였다. 따라서 乙은 丙의 손괴에 대해 공동정범의 책임이 없다. 교사를 승낙하고 실행에 나아가지 않은

자는 예비·음모에 준하여 처벌하는데(제31조 제2항), 재물손괴죄에는 예비·음모 처벌 규정이 없으므로 乙은 무죄이다.

IV. 甲의 죄책 — 교사의 범위

甲은 범행 결의가 없던 乙·丙에게 승용차 파손을 결의하게 하였고, 丙이 이를 실행하였으므로 甲은 丙의 손괴에 대한 교사범이다. 파손의 방법을 특정하지 않았으나 차량 파손에는 통상 도구 사용이 예정되어 있으므로 특수손괴교사죄로 볼 수 있다. 丙의 절도미수, 강도상해, 특수공무집행방해치상은 교사 내용을 질적으로 초과한 것이므로 甲은 책임지지 않는다. 乙에 대한 교사는 乙이 실행에 나아가지 않았으므로 제31조 제2항의 문제이나 처벌 규정이 없다. 甲이 丙에게 교사한 것은 손괴이고 丙의 절도 고의는 손괴 후 새롭게 생긴 것이므로, 甲이 이를 예견할 수 있었다고 하더라도 교사의 고의가 미치지 않는다. 결과적 가중범의 교사에서 중한 결과에 대한 예견가능성이 문제되는 경우와 달리, 이 경우는 별개의 고의범이기 때문이다.

V. 결론

丙은 특수손괴죄, 그리고 강도상해죄와 특수공무집행방해치상죄의 상상적 경합이 실제적 경합(제37조)이고, 음주로 인한 감경은 없다. 乙은 무죄, 甲은 특수손괴교사죄(또는 재물손괴교사죄)이다.

근거: 형법 제10조 제3항, 제31조, 제37조, 제40조, 제144조, 제335조, 제337조, 제342조, 제366조, 제369조 · 특수강도의 준강도 전원합의체 판례 · 실행착수 전 공모관계 이탈 판례 · 특수공무집행방해치상(부진정 결과적 가중범) 판례

2024 제1문

날치기가 강도로, 이탈한 공범과 위증

50점 · 단일 문항 · 절도의 강도 전환, 공모 초과와 실행 중 이탈, 강도의 기회와 방법의 착오, 공동피고인의 위증과 위증교사

제1문 (50점)

甲이 군대 동기 乙을 만나 점심을 먹다가 술값을 마련하려면 날치기라도 해야 한다고 말하자 乙은 고개를 끄덕였다. 식당을 나온 甲과 乙은 거리를 거닐다가 은행에서 현금을 찾아 나오는 A를 발견하고 뒤따라갔다. 그 뒤 乙이 망을 보고 있는 사이에 甲이 A가 들고 있던 손가방을 낚아채자 깜짝 놀란 A가 손가방 끈을 거머쥐고 5m 가량 끌려왔다. 이에 甲은 주먹으로 A의 얼굴을 쳤고 A는 코피를 흘리면서 길바닥에 쓰러져 기절하였다. 그 과정에서 甲이 乙에게 A의 손가방을 챙기라고 말했지만, 乙은 “이건 아니지. 현금만 빼앗기로 했지 사람까지 다치게 하기로 한 건 아니잖아. 그만두자!”고 말하였다. 甲은 “이제 와서 무슨 소리냐?”고 화를 냈고, 乙은 더 이상 말도 없이 서둘러 자리를 떠나 그냥 귀가하였다. 甲은 A의 손가방을 집어 들고 골목길을 나오다가 이 광경을 지켜보던 주민 B가 자신을 막아서자, 甲은 길가에 굴러다니던 소주병을 주워 B의 머리를 향해 던졌다. 날아간 소주병은 B를 빗나가 지나가던 주민 C의 이마에 부딪혀 박살이 났고 C는 이마가 찢어져 전치 4주의 상해를 입었다. 이후 甲은 A에 대한 사건으로 구속 상태에서 수사를 받으면서 乙과 공모하여 범행을 하다가 乙이 중간에 혼자 빠져나갔다고 진술하였다. 그러나 참고인으로 출석한 乙은 처음부터 甲이 혼자 한 것이고 자신은 전혀 관여하지 않았다고 진술하였다. 검사 P는 甲과 乙이 공범관계에 있다고 판단하여 공동피고인으로 기소하였다. 그 사이 乙은 甲을 찾아가 “제발 나는 빼주라!”고 간청하였고, 변론이 분리된 乙의 사건 공판정에서 증인으로 선서한 甲은 “사실 나 혼자 범행을 했고, 乙은 아무런 상관도 없다.”고 증언하였다. 그런데 乙이 甲과 함께 범행을 하려 했고 중간에 처벌이 두려워 그만두고 달아났다는 점과 甲이 이런 사정을 다 알면서도 甲 본인의 처벌을 줄이기 위하여 허위임을 알면서 진술하였다는 점이 사실로 확인되었다.

甲과 乙의 죄책을 논하시오.

출제 포인트

출제 의도 사건 현장(공범론·강도상해)과 재판 과정(사법기능에 관한 죄)을 한 문제에 담았다. **연결 개념** 날치기와 강도, 실신의 상해성, 질적 초과와 예견가능성, 실행착수 후 이탈, 강도의 기회, 법정적 부합설, 피해자별 강도상해의 실체적 경합, 변론 분리와 증인적격, 증언거부권과 기대가능성, 자기 사건 위증교사. **함정** 乙에게 실행착수 후 이탈을 이유로 무죄를 주는 것, 반대로 강도상해까지 귀속시키는 것, 甲의 수사 단계 진술이나 乙의 참고인 진술을 위증으로 다루는 것.

■ 답안 개요

행위	문제 되는 죄	쟁점	결론
甲 — 손가방 낚아챌, 저항하자 주먹으로 쳐 기절	강도상해	절도의 강도 전환, 실신의 상해성	강도상해죄(A)
乙 — 망보다 반대하고 귀가	특수절도 / 강도상해 공동정범	질적 초과·예견가능성, 실행착수 후 이탈	특수절도죄
甲 — B에게 소주병, 빗나가 C 상해	강도상해	강도의 기회, 방법의 착오(법정적 부합설)	강도상해죄(C), A와 실체적 경합
甲 — 변론 분리 후 선서하고 허위 증언	위증	증인적격, 증언거부권, 기대가능성	위증죄
乙 — “나는 빼 달라” 간청	위증교사	자기 사건 위증교사(방어권 남용)	위증교사죄

권장 분량: 약 2,600~3,200자

예시답안 — 2024 제1문

I. 문제의 소재

甲과 乙은 낚치기(절도)를 공모하였으나 甲이 A를 때려 손가방을 빼앗았고, 乙은 반대하며 이탈하였다. 이어 甲은 막아선 B에게 소주병을 던졌으나 빗나가 C가 다쳤다. 이후 甲은 乙의 간청에 따라 乙의 재판에서 허위 증언을 하였다. ① 낚치기가 강도로 바뀐 경우 甲의 죄책과 乙의 공동정범 책임(공모 초과, 실행 중 이탈), ② 강도의 기회에 제3자를 다치게 한 방법의 착오, ③ 변론이 분리된 공동피고인의 위증과 피고인 자신의 위증교사가 쟁점이다.

II. A에 대한 범행

1. 甲 — 강도상해. 甲은 A의 손가방을 낚아챌으나 A가 끈을 거머쥐고 끌려오자 주먹으로 A의 얼굴을 쳐 기절시키고 가방을 가져갔다. 재물을 아직 확보하지 못한 상태에서 탈취를 완성하기 위해 반항을 억압할 정도의 폭행을 가하였으므로 절도는 강도로 전환된다. A는 코피를 흘리며 기절하였는데, 판례는 의식을 잃는 것과 같은 생리적 기능의 훼손도 상해로 본다. 주먹으로 얼굴을 친 행위에 상해의 미필적 고의도 인정되므로 甲은 강도상해죄(제337조)이다. 판례도 낚치기 과정에서 피해자가 놓지 않자 강제력을 행사하여 상해를 입힌 경우 강도치상죄 등을 인정한다.

2. 乙 — 공동정범의 범위. (1) 절도의 공동정범. 乙은 ‘낚치기라도 해야 한다’는 甲의 말에 고개를 끄덕여 절도를 공모하였고, 현장에서 망을 보았다. 시간적·장소적 협동이 있으므로 합동절도(제331조 제2항)의 관계에 있다.

(2) 공모 초과. 공동정범은 공모한 범위에서 책임을 지고, 다른 공모자가 이를 질적으로 초과한 부분은 원칙적으로 책임지지 않는다. 판례는 절도를 공모한 공범 중 1인이 준강도를 범한 경우 다른 공범이 이를 예견할 수 있었다면 준강도의 공동정범으로 처벌하지만, 사안에서 乙은 甲의 폭행 직후 “사람까지 다치게 하기로 한 건 아니다”라며 명시적으로 반대하고 가방을 챙기라는 甲의 요구를 거절하였다. 乙에게 폭행·상해에 대한 의사 연락이나 기능적 행위지배를 인정할 수 없으므로 강도상해죄의 책임은 없다.

(3) 실행 중 이탈. 공모자가 실행의 착수 후에 이탈한 경우에는 이미 착수한 범행이 다른 공모자에 의해 완성되는 것을 막지 않는 한 공동정범의 책임을 면하지 못하고, 중지미수도 결과 발생을 방지해야 인정된다. 乙은 甲이 이미 가방을 낚아채 실행에 착수한 후 자리를 떠났을 뿐 재물 취득을 막지 않았다. 따라서 乙은 공모한 범위인 특수절도죄(합동절도)의 기수 책임을 진다.

III. B와 C에 대한 범행

1. 강도의 기회. 강도상해죄의 상해는 강도의 기회에 이루어지면 되고 피해자가 강도 피해자일 필요가 없다. 甲은 가방을 들고 골목을 나오다 막아선 B를 피하려 소주병을 던졌으므로 강도 범행 직후 도주 과정, 즉 강도의 기회에 이루어진 행위이다.

2. 방법의 착오. 甲은 B의 머리를 향해 소주병을 던졌으나 빗나가 C가 다쳤다. 판례(법정적 부합설)에 따르면 같은 구성요건 내의 방법의 착오는 고의를 조각하지 않으므로 C에 대한 상해의 고의가 인정된다. 소주병은 위험한 물건이지만, 강도의 기회에 상해를 입혔으므로 C에 대한 강도상해죄가 성립한다. 구체적 부합설에 따르면 B에 대한 강도상해미수와 C에 대한 과실치상의 상상적 경합이 된다.

3. 죄수. 판례는 강도가 한 번의 강도 범행 기회에 여러 사람에게 상해를 입힌 경우 피해자별로 강도상해죄가 성립하고 이들은 실체적 경합이라고 본다. 甲은 A와 C에 대한 각 강도상해죄의 실체적 경합이다.

IV. 법정 진술과 위증

1. 甲 — 위증. 공동피고인은 자기 사건에서는 증인적격이 없으나, 판례는 변론이 분리되어 다른 공동피고인의 사건에서 증인으로 선서하고 증언한 경우 허위 진술을 하면 위증죄가 성립한다고 본다. 甲은 자기 기억에 반하여 “나 혼자 범행했다”고 허위로 증언하였으므로 위증죄(제152조 제1항)가 성립한다. 자신의 형사책임과 관련된 사항이라도 증거거부권이 있으므로 사실대로 진술하거나 증언을 거부할 것을 기대할 수 있어 기대불가능성으로 책임이 조각되지 않는다. 다만 증거거부권을 고지받지 못하여 그 행사에 사실상 장애가 있었다면 위증죄가 부정될 수 있는데, 사안에는 그러한 사정이 나타나지 않는다. 수사 단계에서의 진술은 선서가 없으므로 위증이 아니다.

2. 乙 — 위증교사. 피고인이 자기 사건에서 허위 진술을 하는 것은 처벌되지 않지만, 판례는 피고인이 타인을 교사하여 자기 사건에 관하여 위증하게 한 경우 방어권의 남용으로서 위증교사죄가 성립한다고 본다. 乙은 甲에게 “나는 빼 달라”고 간청하여 허위 증언을 하게 하였으므로 위증교사죄(제152조 제1항, 제31조 제1항)이다. 乙이 참고인으로서 수사기관에 허위 진술을 한 것은 그 자체로 처벌되지 않는다.

V. 결론

甲은 A에 대한 강도상해죄, C에 대한 강도상해죄, 위증죄의 실체적 경합이다. 乙은 특수절도죄와 위증교사죄의 실체적 경합이고, 강도상해죄의 책임은 지지 않는다.

근거: 형법 제15조 제1항, 제30조, 제31조, 제37조, 제152조, 제331조 제2항, 제333조, 제337조 · 실행착수 후 이탈 판례 · 강도 기회의 수인 상해(실체적 경합) 판례 · 변론 분리 공동피고인의 위증 판례 · 피고인의 위증교사 판례

제5장

재산범죄 ① — 절도·강도와 친족상도례

불법영득의사·카드와 현금자동지급기·야간주거침입절도·준강도와 강도상해·살인·장물죄·친족상도례 |
 기출 3문항: 2016-3, 2017-1, 2021-1

이 장에서 다루는 내용

5-1 핵심 개념	58
5-2 기출 풀이	61
2016 제3문 모친의 현금카드로 인출·이체 후 소각	61
2017 제1문 사주받은 절도, 경찰관 폭행, 장물 변제	63
2021 제1문 야간 침입 포기, 살해 후 추락, 혼외자 인지	66

5-1 핵심 개념

재산범죄 사례는 ① 객체가 재물인지 재산상 이익인지, ② 피해자(소유자·점유자)가 누구인지, ③ 사후 처분이 새로운 법의 침해인지의 세 질문으로 정리된다. 피해자를 확정해야 친족상도례의 적용 여부도 판단할 수 있다.

불법영득의사와 일시 사용

절도죄는 권리자를 배제하고 타인의 물건을 자기 소유물과 같이 이용·처분할 의사(불법영득의사)를 요한다. 판례는 현금카드를 일시 사용하고 곧 반환한 경우 카드 자체의 경제적 가치가 소모되지 않아 불법영득의사를 부정하지만, 예금통장은 예금액 증명 기능이 소모되므로 인출 후 반환하더라도 불법영득의사를 인정한다. 사용 후 버리거나 불태운 경우에는 반환 의사가 없으므로 불법영득의사가 인정된다.

대립 구도

제329조·현금카드(일시 사용 → 부정) ↔ 예금통장(기능 소모 → 인정)

쓰이는 기출 2016-3, 2018-1, 2017-1

답안 속 문장

“예금통장은 예금액을 증명하는 기능을 가지며 인출된 만큼 그 기능이 소모되므로, 통장을 제자리에 돌려놓았더라도 불법영득의사가 인정된다.”

타인 카드에 의한 현금 인출과 이체

판례는 절취한 카드로 현금자동지급기에서 현금을 인출하면 기계를 관리하는 금융기관의 의사에 반해 현금의 점유를 옮긴 것이므로 금융기관에 대한 절도죄가 된다고 본다. 컴퓨터등사용사기죄(제347조의2)의 객체는 재산상 이익이므로 현금 인출에는 적용되지 않는다. 반면 계좌 이체는 재산상 이익의 취득이므로 컴퓨터등사용사기죄이고, 피해자는 금융기관이다. 그래서 손자가 조부의 카드로 이체한 사안에서도 친족상도례가 적용되지 않았다.

대립 구도

제329조 ↔ 제347조의2·재물(현금) ↔ 재산상 이익(이체)

쓰이는 기출 2016-3, 2018-1

답안 속 문장

“현금 인출은 B은행의 점유를 침해한 절도이고, 계좌 이체는 재산상 이익을 취득한 컴퓨터등사용사기이며, 두 경우 모두 피해자가 금융기관이어서 친족상도례가 적용되지 않는다.”

야간주거침입절도와 주거침입

야간에 사람의 주거 등에 침입하여 타인의 재물을 절취하면 야간주거침입절도죄(제330조)이고, 주거침입 시 실행의 착수가 있다. 주간의 주거침입 절도는 주거침입죄와 절도죄의 실체적 경합이며, 절도의 착수는 물색 시이다. 공동거주자 일방의 승낙을 받고 들어간 경우에 대해 대법원은 2021년 전원합의체 판결로, 통상적인 출입 방법에 따라 들어갔다면 주거침입죄가 성립하지 않는다고 견해를 바꾸었다.

대립 구도

제319조, 제330조, 제331조·야간(착수=침입) ↔ 주간(착수=물색)

쓰이는 기출 2017-1, 2018-2, 2021-1, 2023-1, 2019-2, 2016-1

답안 속 문장

“밤 9시경 만능열쇠로 현관문을 연 행위는 침입을 위한 구체적 행위의 개시이므로 야간주거침입절도죄의 실행에 착수한 것이다.”

준강도 — 절도의 기회와 기수 판단

절도가 재물의 탈환에 항거하거나 체포를 면탈하거나 범죄의 흔적을 인멸할 목적으로 폭행·협박하면 강도로 처벌한다(제335조). 폭행·협박은 절도의 기회, 즉 실행 중이거나 실행 직후 추적당하는 상태에서 이루어져야 하고, 상대방은 피해자 외에 경찰관 등이어도 된다. 판례(전원합의체)는 준강도의 기수·미수를 절도의 기수·미수에 따라 판단하고, 흉기를 휴대·사용한 경우 특수강도의 준강도가 된다고 본다. 체포 면탈을 위해 경찰관을 폭행하면 준강도죄와 공무집행방해죄의 상상적 경합이다.

대립 구도

제335조, 제342조 · 절도 기준설(판례) ↔ 폭행·협박 기준설

쓰이는 기출 2017-1, 2018-2, 2020-1

답안 속 문장

“20분간 끊임 없이 추격당하던 중 체포를 면하려 경찰관을 폭행하였으므로 절도의 기회가 계속된 상태에서의 폭행으로서 준강도가 성립한다.”

강도상해와 강도살인

강도가 사람을 상해하면 강도상해죄(제337조), 살해하면 강도살인죄(제338조)이다. 강도상해는 강도의 기수·미수와 관계없이 상해가 기수이면 기수이고, 상해는 강도의 기회에 이루어지면 되며 피해자가 강도 피해자일 필요가 없다. 한 번의 강도 기회에 여러 사람을 상해하면 피해자별로 강도상해죄가 성립하여 실체적 경합이다. 채무 면탈 목적의 살해는 살해로 채무를 사실상 면하는 이익의 이전이 있어야 강도살인이 되며, 상속인이 채권을 확인할 수 있는 경우에는 살인죄만 성립한다(판례).

대립 구도

제337조, 제338조 · 강도의 기회 · 재산상 이익의 이전

쓰이는 기출 2020-1, 2024-1, 2017-2 (2)

답안 속 문장

“상속인이 채권을 알고 증명 수단까지 가지고 있었으므로 살해로 일시적으로 추급을 면한 것에 불과하여 강도살인죄는 성립하지 않는다.”

장물취득과 본범의 공범

장물죄는 재산범죄로 영득한 재물(장물)을 취득·양도·운반·보관하거나 이를 알선하는 범죄이다(제362조). 본범의 정범은 장물죄의 주체가 될 수 없지만, 교사범·방조범은 될 수 있다는 것이 판례이다. 채권자가 사

정을 알면서 장물로 변제를 받는 것도 장물취득이다. 본범이 절취한 재물을 처분하는 것은 불가벌적 사후 행위이다.

대립 구도

제362조 · 본범의 정범(주체 아님) ↔ 본범의 교사·방조범(주체)

쓰이는 기출 2017-1 (乙)

답안 속 문장

“절도를 교사한 乙은 본범의 정범이 아니므로, 사정을 알면서 훔친 돈으로 변제를 받은 행위는 장물취득죄가 되어 절도교사죄와 실체적 경합이다.”

친족상도례

직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자 사이의 절도·사기·횡령 등은 형을 면제하고(제328조 제1항, 제344조 등), 그 밖의 친족 사이는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다(제2항). 신분관계 없는 공범에게는 적용되지 않는다(제3항). 판례는 친족관계가 행위자와 소유자 및 점유자 모두 사이에 있어야 한다고 보고, 인지의 소급효는 친족상도례에도 미친다고 본다. 주거침입죄·손괴죄에는 준용 규정이 없다. 헌법재판소는 2024년 제328조 제1항에 대해 헌법불합치 결정을 하였다.

대립 구도

제328조, 제344조, 제354조, 제361조, 제365조 · 형 면제(제1항) ↔ 친고죄(제2항)

쓰이는 기출 2016-3, 2018-1, 2021-1 (2)

답안 속 문장

“인지의 소급효는 친족상도례에도 미치므로 범행 후 인지가 있으면 범행 당시 직계혈족 관계가 있었던 것으로 보아 형을 면제한다.”

5-2 기출 풀이

2016 제3문

모친의 현금카드로 인출·이체 후 소각

30점 · 단일 문항 · 불법영득의사, 현금 인출과 절도, 이체와 컴퓨터등사용사기, 친족상도례

제3문 (30점)

甲은 2015. 11. 13. 03:00경 자신의 집에서 모친 A의 방에 들어 있던 A 소유의 B은행 계좌 현금카드를 몰래 가지고 나와 같은 날 06:00경 현금자동입출금기에 그 현금카드를 집어넣고 비밀번호를 입력한 다음 현금 70만 원을 인출하였다.

그 후 甲은 다시 그 현금카드를 집어넣고 비밀번호를 입력한 다음 A의 B은행 계좌에 있던 600만 원을 甲의 C은행 계좌로 이체한 후, 그 현금카드를 불태워버렸다.

甲의 죄책은?(특별법은 논외로 함.)

출제 포인트

출제 의도 한 장의 카드로 일어난 네 행위(취득·인출·이체·소각)마다 객체와 피해자를 구별하게 한다. **연결 개념** 카드 일시 사용과 불법영득의사, 현금(재물)과 이체(이익), 피해자 확정과 친족상도례, 불가벌적 사후행위. **합정** 모두 A에 대한 범죄로 보고 일괄 형 면제로 끝내는 것. 인출과 이체의 피해자는 금융기관이다.

■ 답안 개요

행위	문제 되는 죄	쟁점	결론
모친 가방에서 카드를 몰래 가져감	절도(카드)	불법영득의사(소각으로 반환 의사 없음)	성립, 형 면제
ATM에서 70만 원 인출	절도 / 컴퓨터사용사기	현금은 재물, B은행의 점유	B은행에 대한 절도
600만 원 계좌 이체	컴퓨터등사용사기	재산상 이익, 피해자는 금융기관	성립, 친족상도례 부적용
카드 소각	손괴	불가벌적 사후행위	별죄 불성립

권장 분량: 약 1,600~1,900자

예시답안 — 2016 제3문

I. 문제의 소재

甲은 모친 A의 현금카드를 몰래 가져가 현금을 인출하고, 다른 계좌로 이체한 뒤 카드를 불태웠다. 카드 자체에 대한 절도(불법영득의사), 현금 인출의 죄명, 계좌 이체의 죄명, 카드 소각의 평가, 그리고 피해자가 누구인지에 따른 친족상도례의 적용 여부가 쟁점이다.

II. 쟁점별 검토

1. 현금카드의 절취. 절도죄에는 불법영득의사가 필요하다. 판례는 현금카드를 일시 사용하고 곧 반환한 경우 카드 자체의 경제적 가치가 소모되지 않으므로 불법영득의사를 부정한다. 그러나 甲은 카드를 사용한 뒤 반환하지 않고 불태웠다. 소유자를 배제하고 자기 소유물처럼 처분할 의사가 드러났으므로 카드에

대한 불법영득의사가 인정되어 절도죄(제329조)가 성립한다. 카드 소각은 절취한 재물의 사후 처분으로서 새로운 법익 침해가 없어 불가벌적 사후행위이며 별도의 손괴죄가 되지 않는다.

2. 현금 70만 원의 인출. 판례는 절취한 타인의 현금카드로 현금자동입출금기에서 현금을 인출한 행위를 그 기계를 관리하는 금융기관의 의사에 반하여 현금의 점유를 이전한 것으로 보아 절도죄를 인정한다. 컴퓨터등사용사기죄(제347조의2)는 객체가 ‘재산상 이익’이므로 재물인 현금의 인출에는 적용되지 않는다는 것이 판례이다. 따라서 甲은 B은행에 대한 절도죄를 범하였다.

3. 600만 원의 계좌 이체. 이체는 재물의 이전이 아니라 예금채권이라는 재산상 이익의 이전이다. 甲은 권한 없이 정보를 입력하여 정보처리를 하게 함으로써 재산상 이익을 취득하였으므로 컴퓨터등사용사기죄가 성립한다. 판례는 이 경우 피해자를 계좌 명의인이 아니라 이체 지급 의무를 지게 되는 금융기관으로 본다.

4. 친족상도례. 甲은 A의 아들, 즉 직계혈족이므로 A를 피해자로 하는 재산범죄에는 제344조, 제328조 제1항에 따라 형이 면제된다. ① 카드 절도의 피해자는 소유자·점유자인 A이므로 형이 면제된다. ② 현금 인출 절도의 피해자는 현금을 점유·관리하는 B은행이다. 판례는 절도죄에서 친족상도례가 적용되려면 소유자와 점유자 모두와 친족관계가 있어야 한다고 보므로 적용이 없다. ③ 컴퓨터등사용사기죄도 판례는 피해 금융기관을 피해자로 보아, 손자가 조부의 카드로 이체한 사안에서 친족상도례 적용을 부정하였다. 사안의 600만 원 이체에도 같은 법리가 적용된다.

5. 죄수. 카드 절도, 현금 인출 절도, 컴퓨터등사용사기는 각각 별개의 행위와 피해자를 가지므로 실체적 경합(제37조)이다. 같은 카드를 두 번 사용한 70만 원 인출과 600만 원 이체는 객체(재물·이익)와 죄명이 달라 포괄일죄가 되지 않는다.

III. 결론

甲은 ① 현금카드 절도죄(형 면제), ② B은행에 대한 절도죄(70만 원), ③ 컴퓨터등사용사기죄(600만 원)를 범하였고 ②와 ③은 실체적 경합으로 처벌된다. 카드 소각은 불가벌적 사후행위이다.

주: 헌법재판소는 2024년 친족상도례 중 형 면제를 규정한 제328조 제1항에 대해 헌법불합치 결정을 하였다. 출제 당시 기준으로 풀었으며, 이후의 입법 상황은 직접 확인해야 한다.

근거: 형법 제37조, 제328조, 제329조, 제344조, 제347조의2 · 현금카드 일시 사용(불법영득의사 부정) 판례 · 절취 카드로 현금 인출(절도) 판례 · 조부 카드 이체(친족상도례 부적용) 판례

2017 제1문

사주받은 절도, 경찰관 폭행, 장물 변제

40점 · 단일 문항 · 야간주거침입절도, 준강도와 공무집행방해, 사문서위조·사기, 교사의 범위, 장물취득

제1문 (40점)

R회사 대표이사 甲이 乙에게 빌린 1억 원의 채무변제 유예를 요청하자, 乙은 甲에게 이번 기회에 빚도 갚고 어려운 자금 사정도 해결할 겸, 혼자 사는 사채업자 A(70세)가 집안에 다액의 현금과 귀금속 등을 보관하고 있다는 정보를 알려주며 그것을 훔칠 것을 사주하였다. 甲은 乙의 이야기를 듣고 A의 일정을 확인한 다음 그가 외출한 시간에 현금 등을 훔치기로 마음먹었다. 범행 당일 21:00경 A가 외출한 것을 확인한 甲은 그의 집에 들어가 현금 2억 원 및 A명의로 예금통장과 도장을 자신의 가방에 넣어 현관을 나오다가, 예정보다 일찍 귀가하던 A와 마주치자 그대로 도주하였다. A는 “도둑이야!”라고 소리를 지르며 甲을 추격하였으나 연로하여 미처 따라가지 못하였다.

그런데 마침 근처를 순찰하던 경찰관 P가 이 장면을 목격하고 약 20분간 추격하여 甲을 체포하려고 하자 甲은 체포를 면탈하기 위하여 P의 복부를 발로 차서 넘어뜨리고 2억 원 등이 든 가방을 가지고 도주하였다. 甲은 A명의로 예금청구서를 작성하여 그의 도장으로 날인한 다음 예금통장과 함께 은행 창구 직원에게 제출하여 5천만 원을 인출한 후 A의 도장과 예금통장을 파쇄하였다. 며칠 후 甲은 乙을 만나 훔친 돈 중에서 1억 원을 채무변제를 위하여 교부하였는데, 乙은 甲의 범행을 알면서도 이를 받았다.

甲과 乙의 죄책은?

출제 포인트

출제 의도 절도 이후 이어지는 행위들(도주 중 폭행, 통장 사용, 장물 처분)을 각론별로 정확히 이름 붙이는지 본다. **연결 개념** 절도의 기회, 준강도 기수 판단, 준강도와 공무집행방해의 상상적 경합, 예금청구서 위조와 은행에 대한 사기, 교사의 질적 초과, 본범 교사범의 장물죄. **합정** 乙에게 준강도의 교사 책임을 묻는 것, 甲이 乙에게 준 돈을 甲의 새로운 범죄로 보는 것, 통장·도장 파쇄를 손괴로 따로 처벌하는 것.

■ 답안 개요

행위	문제 되는 죄	쟁점	결론
甲 — 21시 A의 집에서 현금·통장·도장 절취	야간주거침입절도	야간, 기수 시기	기수(준강도에 흡수, 주거침입 별도)
甲 — 20분 추적한 경찰관 P를 발로 찰	준강도, 공무집행방해	절도의 기회, 기수 판단, 죄수	상상적 경합
甲 — 예금청구서 작성·날인·제출, 5천만 원 인출	사문서위조·행사, 사기	인장부정사용 흡수, 은행의 처분행위	실체적 경합
甲 — 통장·도장 파쇄	손괴	불가벌적 사후행위	불성립
乙 — 절도 사주	교사범	질적 초과(준강도·공무방해)	야간주거침입절도교사
乙 — 1억 원을 알고 받음	장물취득	본범 교사범의 장물죄 주체성	성립, 실체적 경합

권장 분량: 약 2,000~2,400자

예시답안 — 2017 제1문

I. 문제의 소재

甲은 乙의 사주로 야간에 A의 집에 들어가 재물을 가지고 나오다가, 추적하던 경찰관을 폭행하고 달아났다. 이후 훔친 통장과 도장으로 예금을 인출하고 1억 원을 乙에게 변제하였다. 甲에 대해서는 야간주거침입절도와 준강도, 공무집행방해의 관계, 예금 인출의 죄책을, 乙에 대해서는 교사의 범위와 장물취득죄의 성립을 검토한다.

II. 甲의 죄책

1. 야간주거침입절도. 21:00경은 일몰 후의 야간이므로, 甲이 A의 집에 들어가 현금 2억 원, 예금통장, 도장을 가방에 넣은 행위는 야간주거침입절도죄(제330조)이다. 가방에 넣고 현관을 나오던 시점에 이미 재물에 대한 새로운 점유를 취득하였으므로 기수이다. 예금통장은 그 자체로 예금 인출에 쓰이는 경제적 가치가 있어 재물성이 인정된다.

2. 준강도와 공무집행방해. 준강도죄(제335조)는 절도범이 재물 탈환에 항거하거나 체포를 면탈하거나 죄적을 인멸할 목적으로 폭행·협박한 경우이며, 폭행·협박은 절도의 기회, 즉 절도 실행 중이거나 실행 직후 추적당하는 상태에서 이루어져야 한다. 甲은 현관에서 A와 마주쳐 도주하였고, 이를 목격한 경찰관 P가 약 20분간 계속 추적하는 과정에서 체포를 면탈하려고 P를 발로 차 넘어뜨렸다. 추적이 끊김 없이 이어졌으므로 절도의 기회가 계속되고 있었고, 상대방이 절도 피해자가 아닌 경찰관이어도 무방하다. 절도가 기수이므로 준강도도 기수이다. 판례는 준강도의 기수·미수를 절도의 기수·미수에 따라 판단한다. 또한 P는 범인을 체포하려는 적법한 직무를 집행 중이었으므로 공무집행방해죄(제136조 제1항)가 함께 성립하며, 판례는 절도범이 체포를 면하려 경찰관을 폭행한 경우 준강도죄와 공무집행방해죄를 상상적 경합으로 본다. 절도는 준강도에 흡수된다. 야간주거침입절도 중 주거침입 부분은 준강도의 구성요건에 포함되지 않으므로, 주거침입죄가 따로 성립하여 준강도죄와 실체적 경합이 된다고 보는 것이 일반적이다.

3. 예금 인출. 甲은 권한 없이 A 명의의 예금청구서를 작성하고 A의 도장을 날인하였으므로 사문서위조죄(제231조)가 성립하고, 이를 은행 직원에게 제출하였으므로 위조사문서행사죄(제234조)가 성립한다. 도장의 날인은 사문서위조에 흡수되어 인장부정사용죄가 따로 성립하지 않는다. 은행 직원은 甲을 정당한 청구권자로 오신하여 5천만 원을 지급하였으므로 은행에 대한 사기죄(제347조 제1항)가 성립한다. 통장과 도장을 파쇄한 것은 절취한 재물의 사후 처분으로서 불가벌적 사후행위이다.

4. 1억 원의 변제. 절도범이 훔친 돈으로 자기 채무를 갚는 것은 장물의 처분일 뿐 새로운 범죄가 아니다.

III. 乙의 죄책

1. 교사의 범위. 乙은 범행 결의가 없던 甲에게 A의 집 재물을 훔칠 것을 사주하였으므로 교사범(제31조 제1항)이다. A의 ‘집안’에 있는 재물을 훔치라고 한 이상 주거침입을 수반하는 절도의 교사이다. 甲이 실행한 준강도·공무집행방해는 교사 내용을 질적으로 초과한 것이다. 교사범은 정범이 교사의 범위를 초과한 부분에 대해 책임을 지지 않으므로 乙은 절도(야간의 주거침입절도) 범위에서만 책임을 진다. 예금 인출 부분도 교사의 범위 밖이다.

2. 장물취득. 甲이 준강도로 확보한 현금은 재산범죄로 영득한 재물이므로 장물이다. 乙은 이를 알면서 채무변제로 1억 원을 받았으므로 장물취득죄(제362조 제1항)가 성립한다. 본범의 정범은 장물죄의 주체가 될 수 없지만, 교사범·방조범은 본범의 정범이 아니므로 장물죄의 주체가 될 수 있다는 것이 판례이다. 채권자가 변제로 받았다는 사정도 장물취득죄의 성립을 막지 않는다. 절도교사죄와 장물취득죄는 실체적 경합이다.

IV. 결론

甲은 준강도죄와 공무집행방해죄의 상상적 경합, 주거침입죄, 사문서위조죄, 위조사문서행사죄, 사기죄의 실체적 경합이다. 乙은 야간주거침입절도교사죄와 장물취득죄의 실체적 경합이다.

근거: 형법 제31조, 제37조, 제40조, 제136조, 제231조, 제234조, 제330조, 제335조, 제347조, 제362조 · 준강도 기수 판단 (절도 기준) 전원합의체 판례 · 준강도와 공무집행방해의 상상적 경합 판례 · 절도교사자의 장물취득 판례

2021 제1문

야간 침입 포기, 살해 후 추락, 혼외자 인지

총 40점 · 소문 2개 · 야간주거침입절도의 착수와 자의성, 개괄적 고의, 승계적 공동정범, 인지와 친족상도례

제1문 (40점)

甲은 같은 아파트에 사는 노년의 여성 A의 집에 몰래 들어 금품을 절취하기로 마음먹고, 밤 9시경 A가 외출한 틈을 타 만능열쇠로 A의 집 현관문을 열다가 집으로 돌아오는 A를 발견하고는 범행을 포기하였다. 그 다음날 A가 甲을 자신의 집으로 불러 “어제 밤에 왜 우리 집에 들어오려고 했느냐”고 추궁하자 甲은 A를 죽이려고 옆에 있던 아령으로 A의 머리를 내리쳤다. A가 실신하자, 甲은 A가 사망한 것으로 오인하고 자살로 가장하기 위해 A를 아파트 베란다에 끌고 가 10여미터 아래로 떨어뜨렸다. A는 추락이 직접적인 원인이 되어 현장에서 사망하였다.

며칠 후, 甲은 자신이 자주 가는 식당의 주인 B가 다량의 현금을 식당 안 금고에 보관해 둔다는 사실을 알고 이 현금을 훔치려고 마음먹었다. 甲은 식당이 쉬는 날 오후 2시경 B의 식당으로 가서 식당 안에 몰래 들어가 금고를 열려고 하였으나 금고가 열리지 않았다. 그러자 甲은 금고를 통째로 들고 나오기로 마음먹고, 친구 乙에게 전화를 걸어 식당으로 오게 한 다음 乙과 함께 금고를 들고 나오다가, 마침 다음날 음식을 미리 준비하기 위해 식당으로 돌아온 B에게 발각되어 금고를 식당 안에 그대로 둔 채 乙과 함께 도주하였다.

(1) A에 대한 甲의 죄책은? (20점)

(2) 甲과 乙이 B에 대한 범죄사실로 1심 재판을 받던 중 B는 甲이 자신의 혼외자임을 알게 되어 인지(민법 제855조)하였다. 이때 甲과 乙의 죄책은? (20점)

출제 포인트

출제 의도 (1)은 미수의 자의성과 개괄적 고의를, (2)는 합동절도의 미수와 ‘재판 중 인지’라는 독특한 사정이 친족상도례에 미치는 영향을 묻는다. **연결 개념** 주거침입 착수, 발각 위협과 자의성, 매장 질식사 판례, 금고 반출과 기수 시기, 승계적 공동정범, 인지의 소급효(민법 제860조), 제328조 제3항. **합정** (2)에서 인지가 범행 후이므로 친족상도례를 부정하는 것, 乙에게도 형 면제를 주는 것, 건조물침입까지 형 면제하는 것.

■ 답안 개요

행위	문제 되는 죄	쟁점	결론
(1) 밤 9시 만능열쇠로 현관문 개방, A 귀가에 포기	야간주거침입절도미수	착수 시기, 자의성(외부 장애)	장애미수
(1) 아령 가격 → 사망 오인 → 추락사	살인	개괄적 고의(판례: 기수)	살인죄
(2) 휴일 식당 침입, 금고 개방 시도	건조물침입, 절도	주간 절도 착수	건조물침입죄
(2) 乙을 불러 금고를 함께 들고 나오다 발각	특수절도미수	반출 전 미수, 승계적 공동정범, 합동	甲·乙 특수절도미수
(2) 재판 중 B가 甲을 인지	친족상도례	인지의 소급효, 공범에의 부적용	甲 절도 형 면제, 乙 처벌

권장 분량: (1) 약 1,000~1,200자 · (2) 약 1,000~1,200자

예시답안 — 2021 제1문

I. 문제의 소재

(1)은 야간에 만능열쇠로 현관문을 열다가 포기한 행위의 착수와 자의성, 살해의 고의로 내리친 뒤 사망한 것으로 오인하여 떨어뜨려 사망하게 한 경우(개괄적 고의)를 묻는다. (2)는 식당에서 금고를 들고 나오다 발각된 甲과 중간에 가담한 乙의 죄책, 그리고 재판 중 인지가 있는 경우 친족상도례의 적용을 묻는다.

II. (1) A에 대한 甲의 죄책

1. 야간주거침입절도미수. 야간주거침입절도죄(제330조)는 주거침입 시점에 실행의 착수가 있다. 甲은 밤 9시경 만능열쇠로 A의 집 현관문을 열고 있었으므로 침입을 위한 구체적 행위를 시작한 것이고, 판례도 이 단계에서 착수를 인정한다. 甲은 A가 돌아오는 것을 보고 범행을 포기하였다. 자의성은 일반 사회통념상 범죄 완수에 장애가 되는 사정이 있었는지로 판단하는데, 피해자의 귀가로 발각 위험이 생긴 것은 전형적인 외부적 장애이므로 중지미수가 아니라 장애미수이다. 따라서 야간주거침입절도미수죄(제342조, 제330조)가 성립한다.

2. 살인 — 개괄적 고의. 甲은 A를 죽이려고 아령으로 머리를 내리쳤고(제1행위), A가 실신하자 사망한 것으로 오인하고 자살로 가장하려고 베란다에서 떨어뜨렸으며(제2행위), A는 추락으로 사망하였다. 결과는 살인 고의가 없는 제2행위로 발생하였다. ① 제1행위의 살인미수와 제2행위의 과실치사의 실체적 경합으로 보는 견해, ② 두 행위를 하나의 행위로 보고 인과과정의 착오가 비본질적이면 기수를 인정하는 견해, ③ 개괄적 고의를 인정하는 견해가 있다. 판례는 살해의 의도로 피해자를 가격하여 피해자가 정신을 잃자 사망한 것으로 오인하고 죄책을 인멸하려 매장하여 질식사하게 한 사안에서, 전 과정을 개괄적으로 보면 처음에 예견된 사실이 결국 실현된 것으로서 살인죄의 기수가 된다고 하였다. 사안도 처음부터 살해를 의도하였고 사체 처리를 위한 후속 행위로 사망하였으므로 살인죄(제250조 제1항) 기수가 성립한다. 사체 유기를 의도한 부분은 살아 있는 사람에 대한 것이어서 별도로 문제되지 않는다.

3. 죄수. 야간주거침입절도미수죄와 살인죄는 실체적 경합(제37조)이다.

III. (2) 甲과 乙의 죄책

1. 건조물침입. 甲은 식당이 쉬는 날 몰래 식당 안에 들어갔으므로 관리자 B의 의사에 반한 건조물침입죄(제319조 제1항)가 성립한다. 乙도 甲의 연락을 받고 B의 의사에 반하여 식당에 들어갔으므로 건조물침입죄가 성립한다.

2. 절도의 착수와 미수. 甲이 금고를 열려고 한 때 절도의 실행에 착수하였다. 금고를 들고 나오다가 식당 안에 그대로 두고 도주하였으므로, 부피가 크고 무거운 금고를 식당 밖으로 반출하지 못하여 새로운 점유를 확립하지 못하였다. 따라서 미수이다.

3. 乙의 가담 — 승계적 공동정범과 합동절도. 乙은 甲의 실행 도중 가담하였다. 판례는 승계적 공동정범이 가담 이전의 행위에 대해서는 책임을 지지 않는다고 본다. 乙은 가담 이후 甲과 함께 현장에서 금고를 들고 나오려 하였으므로 시간적·장소적 협동관계가 있어, 甲과 乙은 합동절도, 즉 특수절도미수죄(제342조, 제331조 제2항)이다. 주간이므로 야간 요건은 문제되지 않는다.

4. 인지와 친족상도례. B는 1심 재판 중 甲을 혼외자로 인지하였다. 인지는 그 자의 출생 시에 소급하여 효력이 생기므로(민법 제860조), 판례는 범행 후 인지가 있으면 그 소급효가 친족상도례에도 미쳐 범행 당시 친족관계가 있었던 것으로 본다. 甲은 B의 직계혈족이므로 B에 대한 특수절도미수죄에 대해 제344조, 제328조 제1항이 적용되어 형이 면제된다. 법원은 형면제의 판결을 선고한다. 그러나 친족상도례는 신분관계 없는 공범에게는 적용되지 않으므로(제328조 제3항) 乙은 그대로 처벌된다. 건조물침입죄에는 친족상도례가 준용되지 않으므로 甲도 처벌된다.

IV. 결론

(1) 甲은 야간주거침입절도미수죄와 살인죄의 실체적 경합이다. (2) 甲은 건조물침입죄로 처벌되고 특수절도미수죄는 형이 면제되며, 乙은 건조물침입죄와 특수절도미수죄의 실체적 경합이다.

주: 헌법재판소는 2024년 제328조 제1항에 대해 헌법불합치 결정을 하였다. 이후의 입법 상황은 직접 확인해야 한다.

근거: 형법 제30조, 제37조, 제250조, 제319조, 제328조, 제330조, 제331조 제2항, 제342조, 제344조 · 민법 제855조, 제860조 · 살해 후 매장(개괄적 고의) 판례 · 인지의 소급효와 친족상도례 판례

제6장

재산범죄 ② — 사기·횡령과 불법원인급여

사기와 절도의 구별 · 불법원인급여와 재산범죄 · 계좌명의인의 피해금 인출 · 명의신탁과 횡령 · 채권양도와
 횡령 · 도박죄와 속인주의 | 기출 4문항: 2017-3, 2020-3, 2021-3, 2023-2

이 장에서 다루는 내용

6-1 핵심 개념	70
6-2 기출 풀이	73
2017 제3문 통장 양도와 피해금 인출, 도피	73
2020 제3문 명의신탁 부동산의 임의 처분과 횡령	75
2021 제3문 양도한 보증금 채권의 수령과 국외 도박장	77
2023 제2문 도박자금 차용 사기와 보이스피싱 계좌	79

6-1 핵심 개념

사기·횡령 문제는 민사법과 형법의 경계에서 나온다. 무효인 약정(명의신탁), 반환청구가 막힌 급여(불법원인급여), 대항요건을 갖추지 못한 양도(채권양도)에서 ‘형법이 보호할 위탁관계가 있는가’를 묻는 판례가 이 영역의 핵심이며, 그 상당수가 전원합의체로 정리되었다.

사기와 절도의 구별 — 처분행위

사기죄는 기망 → 착오 → 처분행위 → 재산상 손해(이익 취득)의 연쇄가 필요하다. 처분행위는 재물의 점유를 넘겨주는 피해자의 의사에 의한 행위이고, 기망이 점유 침탈의 수단에 불과하면 절도죄이다. 판례는 귀금속점에서 구경하겠다며 물건을 건네받아 달아난 경우 절도죄를 인정한다. 차용 시 변제 의사·능력을 속여 돈을 빌리는 것은 전형적인 사기이다.

대립 구도

제329조 ↔ 제347조 · 점유 이전에 대한 피해자 의사 유무

쓰이는 기출 2016-2, 2023-2, 2017-1

답안 속 문장

“점원이 반지를 테이블에 올려놓은 것은 매장의 지배 아래 잠시 열람을 허용한 것일 뿐 처분행위가 아니므로, 바꿔치기하여 가져간 행위는 절도이다.”

불법원인급여와 사기·횡령

불법원인급여(민법 제746조)는 급여자가 반환을 청구할 수 없다. 판례는 ① 기망으로 불법원인급여를 하게 한 경우에도 사기죄를 인정하고(피해자의 불법성은 기망자의 범죄 성립을 막지 않는다), ② 불법원인급여로 맡긴 물건은 소유권이 수령자에게 귀속되므로 이를 소비해도 횡령죄가 성립하지 않는다고 본다(뇌물 전달 위탁금). 다만 수령자 측의 불법성이 현저히 큰 경우 등에는 달리 볼 여지가 있다.

대립 구도

민법 제746조 · 사기(성립) ↔ 횡령(불성립) · 법질서 통일설 ↔ 형법 독자성설

쓰이는 기출 2020-2 (乙의 소비), 2023-2 (도박자금 사기)

답안 속 문장

“도박자금으로 빌려준 돈이 불법원인급여라 하더라도, 변제 의사와 능력을 속여 교부받았다면 사기죄가 성립한다.”

계좌명의인의 사기 피해금 인출

판례(2018년 전원합의체)는 계좌명의인이 사기와 무관하게 계좌를 넘겨준 경우 송금된 피해금에 대해 피해자와의 사이에 신의칙상 보관관계가 성립하므로 이를 인출하면 피해자에 대한 횡령죄가 된다고 보았다. 반면 명의인이 사기의 공범이면 자신이 가담한 범행의 결과 피해금을 보관하게 된 것일 뿐 위탁관계가 없고 인출은 새로운 법익 침해가 아니어서 별도의 횡령죄가 성립하지 않는다. 사기범과의 관계에서도 범죄 실현을 위한 위탁관계는 보호할 가치가 없어 횡령죄가 되지 않는다.

대립 구도

제355조 제1항 · 공범 아닌 명의인(피해자에 대한 횡령) ↔ 공범인 명의인(별도 횡령 없음)

쓰이는 기출 2017-3, 2023-2

답안 속 문장

“甲은 계좌를 넘겨 사기를 방조한 공범이므로, 피해금을 인출하여 사용하였더라도 사기방조죄 외에 별도의 횡령죄는 성립하지 않는다.”

명의신탁 부동산의 처분과 횡령

부동산실명법 제4조에 따라 명의신탁약정과 그에 따른 물건변동은 무효이다(계약명의신탁에서 매도인이 선의이면 물건변동은 유효). 판례는 ① 중간생략등기형(3자간 등기명의신탁)에서 수탁자의 처분은 신탁자에 대한 횡령이 아니라고 하여 종래 판례를 변경하였고(2016년 전원합의체), ② 매도인 악의의 계약명의신탁에서도 수탁자는 신탁자·매도인 어느 쪽에 대해서도 보관자가 아니라고 하며, ③ 양자간 명의신탁에서도 횡령죄를 부정하였다(2021년 전원합의체). 공통 논거는 무효인 위탁관계를 형법이 보호할 수 없다는 것이다.

대립 구도

부동산실명법 제4조 · 사실상 위탁관계설(긍정) ↔ 보호가치 없는 위탁관계설(부정, 현재 판례)

쓰이는 기출 2020-3

답안 속 문장

“부동산실명법이 금지하고 처벌하는 명의신탁약정에 기초한 위탁관계는 형법상 보호할 가치가 없으므로 수탁자는 횡령죄의 보관자가 아니다.”

채권양도인의 추심금 소비

채권양도는 양도인의 통지나 채무자의 승낙이 없으면 채무자에게 대항하지 못하므로(민법 제450조), 통지 전 채무자가 양도인에게 한 변제는 유효하다. 1999년 전원합의체 판례는 양도인이 통지 전 추심하여 받은 금전은 양수인을 위해 보관하는 것이므로 소비하면 횡령죄라고 하였으나, 2022년 전원합의체 판결로 변경되어 양도인과 양수인은 이익 대립 관계에 불과하여 보관자 지위가 없으므로 횡령죄가 성립하지 않는다.

대립 구도

민법 제450조 · 횡령 긍정(1999 전원합의체) ↔ 부정(2022 전원합의체)

쓰이는 기출 2021-3

답안 속 문장

“출제 당시 판례에 따르면 양도 통지 전 추심한 금전은 양수인을 위하여 보관하는 것이므로 이를 임의로 소비하면 횡령죄가 성립한다.”

도박죄와 속인주의

도박(제246조 제1항), 상습도박(제247조), 영리 목적 도박장소 등 개설(제247조)이 처벌된다. 상습성은 부진정신분이므로 상습범을 방조한 비상습자는 단순도박죄의 방조범이다(제33조 단서). 도박자금을 빌려주는 것은 도박방조가 될 수 있다. 형법은 대한민국 영역 밖에서 죄를 범한 내국인에게 적용되며(제3조), 행위지에서 처벌되는지는 묻지 않는다. 판례도 외국 카지노에서의 도박에 형법을 적용한다.

대립 구도

제3조, 제246조, 제247조 · 속인주의(쌍방가벌성 불요)

쓰이는 기출 2021-3, 2023-2

답안 속 문장

“속인주의는 행위지법의 처벌 여부를 요건으로 하지 않으므로 C국에서 처벌되지 않더라도 甲에게 도박장소 등 개설죄가 성립한다.”

6-2 기출 풀이

2017 제3문

통장 양도와 피해금 인출, 도피

20점 · 단일 문항 · 사기방조, 공범인 계좌명의인의 인출, 범인도피와 자기도피 교사

제3문 (20점)

甲은 乙의 부탁으로 자신의 명의로 된 예금통장을 乙이 사기행위에 이용할 것이라는 것을 알면서 乙에게 양도하였다. A는 乙의 기망행위에 속아 현금 500만 원을 甲의 예금계좌로 송금하였고 乙은 이 사실을 알고서 가지고 있던 甲의 통장으로 돈을 인출하려 하였으나 그에 앞서 甲이 소지하고 있던 현금카드로 그 500만 원을 인출 소비하였다. 이후 甲은 乙의 보복과 범행 발각이 두려워 자신의 친구 丙에게 자신의 범행 사정을 알려주면서 대포폰을 요청하여 개설 받고, 丙이 운전하는 자동차를 타고 다니면서 숨어 지냈다.

甲, 乙, 丙의 죄책은? (특별법 위반은 논외로 한다.)

출제 포인트

출제 의도 짧은 사례에 재산범죄(사기·횡령)와 사법기능에 관한 죄(범인도피)를 결합하였다. **연결 개념** 사기의 기수 시기, 방조범, 공범인 명의인의 인출(별도 횡령 부정), 범인의 자기도피 교사(방어권 남용), 제151조 제2항. **합정** 甲의 인출을 A에 대한 횡령으로 쓰는 것(공범이므로 부정), 범인 자신은 처벌되지 않는다면 범인도피교사를 부정하는 것.

■ 답안 개요

행위	문제 되는 죄	쟁점	결론
乙 — A를 속여 500만 원 송금받음	사기	기수 시기(계좌 입금)	사기죄
甲 — 사기에 쓰일 줄 알고 통장 양도	사기방조	방조의 고의, 정범 기수	사기방조죄
甲 — 현금카드로 500만 원 인출·소비	횡령(A·乙)	공범인 명의인의 인출	별도 횡령 불성립
甲 — 丙에게 대포폰 요청, 은신	범인도피교사	자기도피 교사(방어권 남용)	성립
丙 — 대포폰 개설, 차량으로 은신 조력	범인도피	친족 특례 부적용	범인도피죄

권장 분량: 약 1,100~1,300자

예시답안 — 2017 제3문

I. 문제의 소재

乙의 사기, 통장을 양도한 甲의 사기방조, 사기방조범인 甲이 피해금을 인출한 행위의 횡령 여부, 甲의 은신을 도운 丙의 범인도피와 이를 요청한 甲의 범인도피교사가 쟁점이다.

II. 乙의 죄책

乙은 A를 기망하여 500만 원을 甲 명의 계좌로 송금하게 하였다. 피해자의 처분행위로 금원이 범인이 지배하는 계좌에 입금된 때 사기죄는 기수가 되므로, 乙에게 사기죄(제347조 제1항)가 성립한다. 그 뒤 甲이 먼저 돈을 인출하여 乙이 이익을 누리지 못하였더라도 기수에 영향이 없다.

III. 甲의 죄책

1. 사기방조. 甲은 乙이 사기에 이용할 것을 알면서 자기 명의 통장을 양도하였으므로, 정범의 실행을 용이하게 한 방조범이다. 乙의 사기가 기수에 이르렀으므로 甲은 사기방조죄(제347조 제1항, 제32조)이다.

2. 피해금 인출과 횡령. 판례는 사기범에게 계좌를 넘겨준 명의인이 송금된 피해금을 인출한 경우, 명의인이 사기와 무관하면 피해자와의 사이에 신의칙상 보관관계가 성립하여 피해자에 대한 횡령죄가 된다고 본다. 그러나 명의인이 사기의 공범이라면 자신이 가담한 범행의 결과 피해금을 보관하게 된 것일 뿐 피해자와의 위탁관계가 없고, 인출은 새로운 법익 침해가 아니므로 사기죄 외에 별도로 횡령죄를 구성하지 않는다. 또한 사기범과의 관계에서도 범죄 실현을 위한 위탁관계는 형법상 보호할 가치가 없으므로 사기범에 대한 횡령죄도 성립하지 않는다. 甲은 사기의 방조범이므로 500만 원을 인출하여 소비하였더라도 별도의 횡령죄는 성립하지 않는다. 자기 명의 계좌에서 자기 현금카드로 인출한 것이므로 은행에 대한 절도·컴퓨터등사용사기도 성립하지 않는다.

3. 범인도피교사. 범인이 스스로 도피하는 것은 처벌되지 않는다. 그러나 판례는 범인이 타인을 교사하여 자기를 도피하게 한 경우 방어권의 남용으로 보아 범인도피교사죄를 인정한다. 甲은 범행 사정을 알리고 丙에게 대포폰을 요청하여 개설받았으므로 범인도피교사죄(제151조 제1항, 제31조 제1항)가 성립한다.

IV. 丙의 죄책

범인도피죄는 벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 자를 은닉 이외의 방법으로 수사기관의 발견·체포를 곤란하게 하는 행위이다. 丙은 甲의 범행 사정을 알면서 대포폰을 개설해 주고 자동차로 함께 다니며 숨어 지내게 하였으므로 범인도피죄(제151조 제1항)가 성립한다. 丙은 친족이나 동거가족이 아닌 친구이므로 제151조 제2항의 특례도 적용되지 않는다.

V. 결론

乙은 사기죄, 甲은 사기방조죄와 범인도피교사죄의 실체적 경합(피해금 인출은 별도의 횡령죄가 되지 않음), 丙은 범인도피죄이다.

근거: 형법 제31조, 제32조, 제151조, 제347조, 제355조 제1항·계좌명의인의 사기피해금 인출(공범인 경우 횡령 부정) 판례·범인의 자기도피 교사 판례

2020 제3문

명의신탁 부동산의 임의 처분과 횡령

20점 · 단일 문항 · 명의신탁의 유형, 횡령죄 긍정·부정 논거

제3문 (20점)

다주택자 X는 Y로부터 부동산을 매수하면서 甲과의 명의신탁약정을 통해 甲에게 소유권이전등기를 마치도록 했고, 당시 Y는 X와 甲 사이의 명의신탁약정을 알고 있었다. 그 후 甲은 그 부동산을 임의로 처분하였다. 甲의 횡령죄 성립 여부에 대해서 A는 긍정하고 B는 부정한다. A의 주장 논거와 B의 주장 논거를 각각 제시하시오.

출제 포인트

출제 의도 판례 변경의 양쪽 논거를 균형 있게 쓰게 하는 논거형 문항이다. **연결 개념** 3자간 등기명의신탁과 계약 명의신탁의 구별, 부동산실명법 제4조, 사실상 위탁관계, 위탁관계의 보호가치, 2016·2021년 전원합의체. **합정** 유형을 확정하지 않고 바로 논거를 나열하는 것. 문언상 매수인은 X이므로 중간생략등기형이다. 매도인의 악의는 계약명의신탁으로 읽는 경우에 의미가 있으므로 두 해석을 짧게 언급한다.

■ 답안 개요

행위	문제 되는 죄	쟁점	결론
X가 Y로부터 매수, 甲 명의 등기	—	명의신탁 유형(중간생략등기형), 실명법상 효력	소유권은 Y
甲의 임의 처분 — A(긍정)	횡령	사실상 위탁관계, 신임관계 위배, 종래 판례	신탁자 또는 Y에 대한 횡령
甲의 임의 처분 — B(부정)	횡령	위탁관계의 보호가치, 채권적 지위, 2016 전원합의체	불성립(타당)

권장 분량: 약 1,100~1,300자

예시답안 — 2020 제3문

I. 문제의 소재

매도인 Y가 명의신탁약정을 아는 상태에서 신탁자 X가 Y로부터 부동산을 매수하고 수탁자 甲 명의로 등기한 경우, 甲이 이를 임의로 처분한 행위가 횡령죄인지를 묻는다. 먼저 명의신탁의 유형과 민사상 효력을 확정하고, 이를 바탕으로 긍정설(A)과 부정설(B)의 논거를 정리한다.

II. 명의신탁의 유형과 효력

문언상 매매계약의 당사자(매수인)는 X이고 등기만 甲에게 이전되었으므로, 이는 3자간 등기명의신탁(중간생략등기형 명의신탁)이다. 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(부동산실명법) 제4조에 따라 명의신탁약정과 그에 따른 물건변동은 무효이므로 소유권은 여전히 매도인 Y에게 있고, X는 Y에 대한 매매계약상 소유권이전등기청구권을 가질 뿐이다. 甲이 계약 당사자였다면 매도인 악의의 계약명의신탁인데, 이때에도 물건변동은 무효이다.

III. A(긍정설)의 논거

① 형법상 ‘보관’은 민법상 유효한 위탁관계를 요하지 않고 사실상의 위탁관계로 충분하다. 甲은 X와의 약정에 따라 등기명의를 가지고 부동산을 사실상 지배하므로 X를 위하여 보관하는 자이다. ② 무효인 명의신탁약정이라도 신탁자와 수탁자 사이에는 사실상의 신임관계가 있고, 이를 배신하여 임의 처분하는 것은 횡령죄의 본질인 신임관계 위배에 해당한다. ③ 소유권이 Y에게 남아 있다면 甲은 소유자 Y의 부동산을 등기명의인으로서 보관하는 지위에 있으므로, 적어도 Y에 대한 횡령죄가 성립한다. ④ 종래 판례도 중간생략등기형 명의신탁에서 수탁자가 임의로 처분하면 신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다고 보았다. ⑤ 부정하면 처벌의 공백이 생긴다.

IV. B(부정설)의 논거

① 부동산실명법은 명의신탁약정을 무효로 하고 신탁자와 수탁자를 모두 형사처벌한다. 이처럼 법이 금지한 위탁관계는 형법상 보호할 가치가 있는 위탁관계라고 할 수 없다. ② 신탁자 X는 소유자가 아니고 Y에 대한 채권적 청구권만 가지므로 甲이 X의 ‘재물’을 보관한다고 볼 수 없다. ③ 甲과 매도인 Y 사이에는 위탁 신임관계가 없다. Y는 甲에게 부동산을 보관시킨 것이 아니라 매매의 이행으로 등기를 넘겨 주었을 뿐이므로 甲은 Y에 대해서도 보관자가 아니다. ④ 횡령죄를 인정하면 무효인 약정의 이행을 형벌로 강제하는 결과가 된다. ⑤ 대법원 전원합의체는 2016년 중간생략등기형 명의신탁에서 수탁자의 임의 처분은 신탁자에 대한 횡령죄가 되지 않는다고 하여 종래 판례를 변경하였다. 매도인 악의의 계약명의신탁에서도 판례는 수탁자가 신탁자나 매도인 어느 쪽에 대해서도 보관자 지위에 있지 않다고 보아 횡령죄를 부정한다.

V. 평가

법질서의 통일성에 비추어 출제 당시 판례인 부정설(B)이 타당하며, 甲에게 횡령죄는 성립하지 않는다. 대법원은 2021년 전원합의체 판결에서 양자간 명의신탁에서도 같은 이유로 횡령죄를 부정하였다.

근거: 형법 제355조 제1항·부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조·중간생략등기형 명의신탁 전원합의체 판례(2016)·매도인 악의 계약명의신탁 판례·양자간 명의신탁 전원합의체 판례(2021)

2021 제3문

양도한 보증금 채권의 수령과 국외 도박장

30점 · 단일 문항 · 채권양도와 횡령(판례 변경), 사기의 성부, 속인주의, 도박장소 등 개설

제3문 (30점)

임차인 甲은 임대인 A에 대한 2억 원의 임대차보증금 반환채권을 자신의 금전소비대차 채권자인 B에게 채무이행을 위해 양도하였으나, 그 사실을 A에게 알리지 않았다. 임대차기간 만료 수개월 전, 甲은 A에게 사정상 급히 이사를 가야한다며 임대차계약의 해지 및 보증금 반환을 요청하였다. 새로운 임대차계약을 통해 보증금을 올릴 수 있다고 판단한 A는 흔쾌히 이를 승낙하고, 甲에게 보증금 전액을 돌려주었다.

甲은 A로부터 받은 2억 원을 가지고 C국에 가서 한국인 관광객과 C국에 거주하는 한국교민을 상대로 도박장을 개설하여 돈을 벌었다. 한편, 이러한 甲의 도박장개설 행위는 C국에서 형사상 처벌되지 않는다.

甲의 죄책은?

출제 포인트

출제 의도 민법상 대항요건과 형법상 보관자 지위의 관계, 그리고 형법의 장소적 적용범위를 묻는다. **연결 개념** 민법 제450조, 1999년 전원합의체(횡령 긍정), 채무자에 대한 사기 부정, 제3조, 제247조. **합정** 출제 후 판례가 바뀌었으므로(2022년) 출제 당시 기준으로 결론을 내고 변경을 덧붙여야 한다. ‘C국에서 처벌되지 않는다’는 문장에 끌려 형법 적용을 부정하는 것.

■ 답안 개요

행위	문제 되는 죄	쟁점	결론
이사를 이유로 해지·반환 요청	A에 대한 사기	통지 전 변제의 유효성, 손해 없음	불성립
보증금 2억 원 수령·소비	B에 대한 횡령	양도인의 보관자 지위(1999 ↔ 2022 전원합의체)	출제 당시: 횡령죄
C국에서 도박장 개설	도박장소 등 개설	속인주의, 행위지 불처벌	성립, 실체적 경합

권장 분량: 약 1,600~1,900자

예시답안 — 2021 제3문

I. 문제의 소재

임대차보증금 반환채권을 양도하고 채무자 A에게 양도 통지를 하지 않은 甲이 A로부터 보증금을 받아 소비한 행위가 양수인 B에 대한 횡령죄인지, A에 대한 사기죄인지, 그리고 내국인이 도박이 처벌되지 않는 외국에서 도박장을 개설한 경우 우리 형법이 적용되는지가 쟁점이다.

II. 보증금 수령과 소비

1. A에 대한 사기죄. 甲은 ‘급히 이사를 가야 한다’며 계약 해지와 보증금 반환을 요청하였다. 그러나 채권 양도는 양도인이 채무자에게 통지하거나 채무자가 승낙하지 않으면 채무자에게 대항하지 못하므로(민법

제450조 제1항), 통지를 받지 못한 A가 양도인 甲에게 한 변제는 유효하다. A는 보증금 반환으로 채무를 면하였을 뿐 재산상 손해가 없고, 이사 사유는 A의 처분 판단에 중요한 사항이라 보기 어렵다. 따라서 A에 대한 사기죄는 성립하지 않는다.

2. B에 대한 횡령죄 — 출제 당시 판례. 출제 당시 판례(1999년 전원합의체)는 채권양도인이 양도 통지를 하기 전에 채무자로부터 채권을 추심하여 금전을 수령한 경우, 그 금전은 양수인의 소유에 속하고 양도인은 이를 양수인을 위하여 보관하는 지위에 있으므로, 이를 임의로 소비하면 횡령죄가 성립한다고 하였다. 이 법리에 따르면 甲은 B에게 귀속되어야 할 2억 원을 B를 위하여 보관하던 중 C국으로 가져가 도박장 개설에 사용하였으므로 횡령죄(제355조 제1항)가 성립한다. 금액이 5억 원 미만이므로 특정경제범죄 가중 처벌법은 문제되지 않는다.

3. 판례 변경. 대법원은 2022년 전원합의체 판결로 위 판례를 변경하여, 채권양도인과 양수인 사이의 관계는 통상의 계약에 따른 이익 대립 관계에 불과하고 양도인이 양수인의 재산을 보관하는 신임관계에 있다고 할 수 없으므로, 양도인이 수령한 금전을 소비하더라도 횡령죄가 성립하지 않는다고 하였다. 출제 당시 기준으로 답하되 이 변경을 함께 적는 것이 좋다.

III. 국외 도박장 개설

1. 형법의 적용 — 속인주의. 형법은 대한민국 영역 밖에서 죄를 범한 내국인에게 적용된다(제3조). 속인주의는 행위지법에서의 처벌 여부를 요건으로 하지 않으므로, C국에서 도박장 개설이 처벌되지 않더라도 우리 형법이 적용된다. 판례도 내국인이 도박이 허용되는 외국의 카지노에서 도박한 경우 형법을 적용한다.

2. 도박장소 등 개설죄. 제247조는 영리의 목적으로 도박을 하는 장소나 공간을 개설한 사람을 처벌한다. 甲은 한국인 관광객과 교민을 상대로 도박장을 개설하여 돈을 벌었으므로 영리 목적이 인정되고, 도박장소 등 개설죄가 성립한다. 도박장 개설죄는 개설로 기수가 되며 실제로 도박이 이루어졌는지는 묻지 않는다.

3. 횡령금의 사용. 횡령한 돈을 도박장 개설 자금으로 쓴 것은 횡령 후의 처분이므로 별도의 재산범죄가 되지 않는다.

IV. 결론

출제 당시 판례에 따르면 甲은 B에 대한 횡령죄와 도박장소 등 개설죄의 실체적 경합이고, A에 대한 사기죄는 성립하지 않는다. 2022년 판례 변경 이후의 기준으로는 횡령죄가 성립하지 않아 도박장소 등 개설죄만 남는다.

근거: 형법 제3조, 제37조, 제247조, 제347조, 제355조 제1항 · 민법 제450조 · 채권양도인의 추심금 소비 전원합의체 판례(1999, 2022 변경) · 외국 카지노 도박(속인주의) 판례

2023 제2문

도박자금 차용 사기와 보이스피싱 계좌

30점 · 단일 문항 · 상습도박, 불법원인급여와 사기, 사기방조, 계좌명의인의 인출, 도박방조와 제33조 단서

제2문 (30점)

도박의 습벽이 있는 甲은 도박 중 자금이 부족하자 옆에서 구경하고 있던 乙에게 변제할 의사와 능력이 없음에도 불구하고 높은 이자를 약속하고 차용증도 써주면서 도박자금을 빌려 달라고 하였다. 이에 乙은 甲이 상습도박 전과가 있음을 알면서도 甲의 말에 속아 甲에게 도박자금으로 1천만 원을 빌려주었다. 甲은 乙로부터 채무변제 독촉을 받게 되자 보이스피싱 범죄에 이용되리라는 사정을 알면서도 자신의 명의로 OO은행 예금계좌를 개설하여 보이스피싱 범죄자 X에게 빌려주고 그 대가로 수수료료를 받았다. 며칠 후 보이스피싱 범죄에 속은 A가 甲의 예금계좌에 2천만 원을 입금하자 甲은 별도로 만들어 소지하고 있던 접근매체를 이용하여 2천만 원을 임의로 인출하여 사용하였다.

甲과 乙의 죄책을 논하시오(특별법 위반은 논외로 함).

출제 포인트

출제 의도 2017-3과 같은 계좌명의인 쟁점을 2018년 전원합의체 이후 기준으로 다시 묻고, 도박을 매개로 甲·乙 모두에게 죄책을 지운다. **연결 개념** 차용사기, 불법원인급여와 사기, 사기방조, 공범인 명의인의 인출, 상습성(부진정신분), 도박방조. **합정** 乙을 피해자로만 보고 도박방조를 빠뜨리는 것, 乙에게 상습도박방조를 인정하는 것, ‘별도로 만든 접근매체’를 이유로 은행에 대한 절도를 쓰는 것.

■ 답안 개요

행위	문제 되는 죄	쟁점	결론
甲 — 습벽에 따른 도박	상습도박	상습성	상습도박죄
甲 — 변제 의사 없이 1천만 원 차용	사기	차용사기, 불법원인급여와 사기	사기죄
甲 — 보이스피싱 범죄자에게 계좌 대여	사기방조	정범(X)의 기수	사기방조죄
甲 — A의 입금액 2천만 원 인출	횡령	공범인 명의인(2018 전원합의체)	불성립
乙 — 도박자금 대여	도박방조	제33조 단서(상습성은 부진정신분)	단순도박 방조

권장 분량: 약 1,600~1,900자

예시답안 — 2023 제2문

I. 문제의 소재

甲에 대해서는 상습도박, 도박자금 차용의 사기(불법원인급여와 사기), 보이스피싱 범죄자에게 계좌를 빌려준 사기방조, 피해금 인출의 횡령 여부를, 乙에 대해서는 도박자금을 빌려준 도박방조와 상습성의 신분 문제를 검토한다.

II. 甲의 죄책

1. 상습도박. 도박의 습벽이 있는 甲이 도박을 하였으므로 상습도박죄(제246조 제2항)가 성립한다. 상습성은 행위자의 속성인 부진정신분이다.

2. 乙에 대한 사기. 甲은 변제할 의사와 능력이 없음에도 높은 이자를 약속하고 차용증을 써 주며 1천만 원을 빌렸다. 차용 시 변제 의사·능력에 관하여 상대방을 기망하여 금원을 교부받으면 사기죄가 성립한다. 乙이 甲의 상습도박 전과를 알았다는 사정은 甲의 변제 의사에 대한 착오를 부정할 사정이 아니며, 乙은 甲의 말에 속아 돈을 빌려주었다. 도박자금은 불법원인급여이지만, 판례는 기망에 의한 교부라면 불법원인급여로서 민사상 반환을 청구할 수 없는 경우에도 사기죄가 성립한다고 본다. 사기죄는 재산을 보호하는 것이고 피해자의 불법성이 기망자의 범죄 성립을 막지 않기 때문이다. 따라서 甲은 사기죄(제347조 제1항)가 성립한다.

3. 계좌 대여 — 사기방조. 甲은 보이스피싱 범죄에 이용되리라는 사정을 알면서 자기 명의 계좌를 X에게 빌려주고 수수료를 받았다. 이는 X의 사기 실행을 용이하게 한 것이고, A가 기망당해 그 계좌에 2천만 원을 입금함으로써 X의 사기가 기수에 이르렀으므로, 甲은 사기방조죄(제347조 제1항, 제32조)이다. 접근매체 대여의 전자금융거래법 위반은 논외이다.

4. 피해금 인출 — 횡령 여부. 판례(2018년 전원합의체)는 사기범에게 계좌를 제공한 명의인이 사기의 공범이 아닌 경우에는 피해자를 위하여 피해금을 보관하는 지위에 있으므로 이를 인출하면 피해자에 대한 횡령죄가 성립하지만, 명의인이 사기의 공범이라면 자신이 가담한 범행의 결과 피해금을 보관하게 된 것 일 뿐 피해자와의 위탁관계가 없고 인출은 새로운 법익 침해가 아니므로 별도의 횡령죄가 성립하지 않는다고 하였다. 또한 사기범과의 관계에서도 범죄 실행을 위한 위탁관계는 보호할 가치가 없어 횡령죄가 성립하지 않는다. 甲은 사기방조범이므로 2천만 원을 인출하여 사용하였더라도 별도의 횡령죄는 성립하지 않는다. 자기 명의 계좌에서 자기가 만든 접근매체로 인출하였으므로 은행에 대한 절도나 컴퓨터등사용사기도 성립하지 않는다.

III. 乙의 죄책

1. 도박방조. 도박하는 사람에게 도박자금을 빌려주는 것은 도박을 용이하게 하는 행위이므로 도박방조가 된다. 乙은 甲이 도박 중이라는 것을 알고 도박자금으로 1천만 원을 빌려주었다.

2. 상습성과 제33조 단서. 정범 甲은 상습도박죄이지만 상습성은 형을 가중하는 부진정신분이므로, 상습성이 없는 乙에게는 제33조 단서에 따라 단순도박죄(제246조 제1항)의 방조범이 성립한다. 乙이 사기의 피해자라는 사정도 도박방조죄의 성립에 영향이 없다.

IV. 결론

甲은 상습도박죄, 乙에 대한 사기죄, A에 대한 사기방조죄의 실체적 경합이고, 피해금 인출은 별도의 횡령죄가 되지 않는다. 乙은 도박방조죄(단순도박죄의 방조)이다.

근거: 형법 제32조, 제33조, 제37조, 제246조, 제347조, 제355조 제1항·불법원인급여와 사기 판례·계좌명의인의 피해금 인출 전원합의체 판례(2018)

제7장

국가적·사회적 법익 — 뇌물·공무방해·
문서·사법기능

뇌물과 공갈·증뢰물전달·공무와 업무방해·허위공문서작성의 간접정범·문서의 개념과 공문서부정행사·
무고·위증·범인도피 | 기출 4문항: 2017-2, 2018-3, 2020-2, 2023-3

이 장에서 다루는 내용

7-1 핵심 개념	82
7-2 기출 풀이	85
2017 제2문 위생점검을 빌미로 한 금품 수수와 채권자 살해	85
2018 제3문 위력에 의한 공무 방해와 허위 훈련확인서	88
2020 제2문 뇌물 전달 위탁금의 소비와 허위 고소	90
2023 제3문 습득한 신분증과 전자 파일·이미지의 사용	92

7-1 핵심 개념

국가적·사회적 법익에 관한 죄는 단독 문항보다 재산범죄 사례의 뒷부분(경찰관 폭행, 허위 고소, 법정 증언, 도피)에 붙어 나오는 일이 많다. 이 장의 개념은 2017-1, 2017-3, 2020-1, 2024-1에서도 쓰인다.

뇌물죄와 공갈죄의 관계

뇌물죄의 보호법익은 직무집행의 공정과 그에 대한 사회의 신뢰, 직무행위의 불가매수성이다. 판례는 공무원이 직무집행의 의사 없이 직무처리를 병자하여 공갈한 경우에는 공갈죄만 성립하고 상대방은 피해자일 뿐이지만, 직무집행의 의사로 또는 직무와 대가관계 있는 금품을 공갈하여 받은 경우에는 수뢰죄와 공갈죄의 상상적 경합이며 금품을 준 상대방에게도 뇌물공여죄가 성립한다고 본다.

대립 구도

제129조, 제133조, 제350조 · 직무집행 의사 유무

쓰이는 기출 2017-2 (1)

답안 속 문장

“甲은 자신이 관여하는 위생점검을 지렛대로 삼아 ‘봐 달라’는 부탁의 대가로 돈을 받았으므로 수뢰죄와 공갈죄의 상상적 경합이고, 乙에게는 뇌물공여죄가 성립한다.”

증뢰물전달죄(제3자 뇌물교부)

뇌물공여 등의 행위에 제공할 목적으로 제3자에게 금품을 교부한 자와 그 사정을 알면서 금품을 교부받은 자를 처벌한다(제133조 제2항). 제3자에게 교부한 때 기수가 되며, 공무원에게 전달되었는지는 묻지 않는다. 전달을 맡은 자가 이를 소비해도 불법원인급여이므로 횡령죄가 성립하지 않는다(판례).

대립 구도

제133조 제1항(공여) ↔ 제2항(전달) · 교부 시 기수

쓰이는 기출 2020-2

답안 속 문장

“甲은 공무원에게 전달할 뇌물을 乙에게 교부하였고 乙은 그 사정을 알면서 받았으므로 두 사람 모두 증뢰물전달죄가 성립한다.”

공무집행방해와 업무방해

공무집행방해죄는 폭행·협박(제136조) 또는 위계(제137조)를 수단으로 한다. 판례(전원합의체)는 공무원이 직무상 수행하는 공무는 업무방해죄의 업무에 포함되지 않는다고 보아, 위력으로 공무를 방해한 경우 처벌하지 않는다. 위험한 물건을 휴대하여 공무집행을 방해하면 특수공무집행방해죄, 상해에 이르면 특수공무집행방해치상죄(제144조)이며, 판례는 후자를 부진정 결과적 가중범으로 본다. 위계에 의한 공무집행방해는 공무원이 충분히 확인하였는데도 발견하지 못할 정도의 위계여야 한다는 것이 판례의 경향이다.

대립 구도

제136조, 제137조, 제144조, 제314조 · 공무 포함설 ↔ 불포함설(판례)

쓰이는 기출 2018-3, 2017-1, 2020-1, 2023-3

답안 속 문장

“공무원이 직무상 수행하는 공무는 업무방해죄의 업무에 포함되지 않으므로, 위력으로 시청의 민원처리업무를 방해한 것은 업무방해죄가 되지 않는다.”

허위공문서작성죄의 간접정범

허위공문서작성죄(제227조)는 작성권한 있는 공무원만 범할 수 있는 진정신분범이다. 판례는 작성권자를 보좌하여 기안 등을 담당하는 공무원이 허위 내용을 보고하여 사정을 모르는 작성권자의 결재를 받으면 허위공문서작성죄의 간접정범이 된다고 본다. 반면 공무원 아닌 자가 공무원을 속여 허위 공문서를 작성하게 한 경우에는 제228조에 해당하지 않는 한 처벌되지 않는다. 비공무원이 보조공무원을 교사하면 제33조 본문에 따라 교사범이 된다.

대립 구도

제227조, 제228조, 제34조 · 보조공무원(간접정범 긍정) ↔ 비공무원(부정)

쓰이는 기출 2018-3

답안 속 문장

“乙은 작성권자를 보좌하는 지위에서 허위 보고로 사정을 모르는 동대장의 명의로 확인서를 발급받게 하였으므로 허위공문서작성죄의 간접정범이다.”

문서의 개념과 전자 이미지

형법상 문서는 문자 등 가독적 부호로 계속적으로 물체 위에 고정된 의사표시로서 명의인을 알 수 있고 법률관계·사회생활상 중요한 사항의 증거가 될 수 있는 것이다. 판례는 컴퓨터 화면에 나타나는 이미지는 계속적으로 고정된 것이 아니어서 문서가 아니라고 본다. 권한 없이 타인 명의로 문서를 작성하면 위조(유형 위조)이고, 사실증명에 관한 영수증도 사문서이다.

대립 구도

제225조, 제231조, 제232조의2 · 계속성·증명성·보장성 · 문서(출력물) ↔ 화면 이미지(문서 아님)

쓰이는 기출 2023-3, 2021-2 (1), 2017-1

답안 속 문장

“甲은 신청서를 파일로 만들어 화면으로 보게 하였을 뿐 출력하지 않았으므로, 계속성이 없어 형법상 문서가 아니고 사문서위조죄가 성립하지 않는다.”

공문서부정행사

사용권자와 용도가 특정된 공문서를 사용권한 없는 자가 본래의 용도에 따라 사용하거나, 사용권한 있는 자라도 본래의 용도 외로 사용하면 공문서부정행사죄(제230조)가 성립한다. 신분 확인을 위해 타인의 주민등록증이나 운전면허증 실물을 제시하는 것은 전형적인 부정행사이다. 판례는 운전면허증을 촬영한 이미지 파일은 공문서가 아니므로 이를 제시해도 이 죄가 성립하지 않는다고 하였다.

대립 구도

제230조 · 실물 제시(성립) ↔ 이미지 파일 제시(불성립)

쓰이는 기출 2023-3

답안 속 문장

“운전면허증을 촬영한 이미지 파일은 공문서에 해당하지 않으므로, 이를 경찰관에게 자기 것처럼 제시하였더라도 공문서부정행사죄가 성립하지 않는다.”

무고 · 위증 · 범인도피와 자기비호

① 무고죄(제156조)의 ‘형사처분을 받게 할 목적’은 결과 발생의 미필적 인식으로 족하고, 돈을 돌려받으려는 다른 목적이 있어도 된다. ② 공동피고인은 변론이 분리되면 다른 공동피고인 사건의 증인이 될 수 있고, 선서 후 허위 진술하면 위증죄(제152조 제1항)이다. 증언거부권이 있으므로 기대가능성이 부정되지 않으나, 증언거부권을 고지받지 못해 행사에 사실상 장애가 있었다면 위증이 부정될 수 있다. ③ 범인 자신의 도피·위증은 처벌되지 않지만, 타인을 교사하여 자기를 도피하게 하거나 자기 사건에서 위증하게 하면 방어권의 남용으로 범인도피교사죄·위증교사죄가 성립한다는 것이 판례이다. 친족·동거가족의 범인도피는 처벌하지 않는다(제151조 제2항).

대립 구도

제151조, 제152조, 제156조 · 자기비호(불가별) ↔ 타인 이용(교사범 성립)

쓰이는 기출 2020-2, 2024-1, 2017-3

답안 속 문장

“피고인이 자기 사건에서 허위 진술하는 것은 처벌되지 않지만, 타인을 교사하여 위증하게 하는 것은 방어권의 남용이어서 위증교사죄가 성립한다.”

7-2 기출 풀이

2017 제2문

위생점검을 빌미로 한 금품 수수와 채권자 살해

총 40점 · 소문 2개 · 공무상비밀누설, 수뢰와 공갈의 관계, 뇌물공여, 채무면탈 목적 살인과 강도살인

제2문 (40점)

서울시 마포구 보건소 식품위생팀에 근무하는 공무원 甲은 A로부터 빌린 돈 5천만 원과 그 이자를 변제하라는 독촉을 여러 번 받게 되자, 관할구역에서 대형 음식점을 경영하는 乙을 찾아가 다음 주에 있을 구청의 위생점검 계획을 알려주며, “이번에는 지난번처럼 대충 넘어가지 않을 것이다”고 하고, 이어서 “무사히 넘어가려면, 돈 좀 써야 할 것이다”라고 하였다. 이에 두려움을 느낀 乙은 현금 100만 원을 甲에게 건네주며, “요즘 많이 어렵다. 좀 봐달라”고 사정하였고, 甲은 그 돈을 받아 챙겼다. 그 후 다른 음식점으로 향하던 甲은 이런 위험한 행동을 계속할 수는 없다고 생각하여 ‘차라리 A를 죽여 빚 독촉에서 말끔히 벗어나자’고 결심하였다. 그리고 甲은 실제로 그 다음날 A의 집 앞에서 귀가하는 A를 기다리다가 그를 살해하고 도주하였다. 하지만 甲의 기대와는 달리, A의 부인 B는 그 5천만 원의 채권을 잘 알고 있었고, 또 B에게는 그 채권의 존재를 증명할 확실한 방법까지 확보되어 있었기 때문에, 궁극적으로 甲이 그 5천만 원의 채무를 면할 수 없는 상황이었다.

(1) 100만 원의 수수와 관련된 甲과 乙의 죄책은? <25점>

(2) 채무면탈을 위해 A를 살해한 행위와 관련된 甲의 죄책은? <15점>

출제 포인트

출제 의도 (1)은 공무원의 공갈적 금품 수수에 관한 판례의 구별 기준을, (2)는 채무면탈 목적 살인이 강도살인이 되기 위한 ‘이익의 이전’ 요건을 묻는다. **연결 개념** 직무관련성·대가관계, 수뢰와 공갈의 상상적 경합, 공갈 피해자의 뇌물공여, 재산상 이익의 사실상 이전, 상속인의 채권 확인 가능성. **함정** 乙을 공갈의 피해자로만 보고 뇌물공여를 부정하는 것, (2)에서 ‘채무면탈 목적’만 보고 강도살인으로 단정하는 것. B가 채권을 증명할 수 있다는 사실이 결론을 가른다.

■ 답안 개요

행위	문제 되는 죄	쟁점	결론
(1) 甲 — 위생점검 계획을 알려 줌	공무상비밀누설	실질적 비밀	성립 가능
(1) 甲 — “돈 좀 써야” 하여 100만 원 수수	수뢰, 공갈	직무집행 의사·대가관계(판례)	상상적 경합
(1) 乙 — 두려워 “봐 달라”며 교부	뇌물공여	공갈 피해자의 공여 의사	뇌물공여죄
(2) 甲 — 채무면탈 목적으로 A 살해	강도살인 / 살인	재산상 이익의 이전, 상속인의 채권 확인 가능	살인죄

권장 분량: (1) 약 1,400~1,600자 · (2) 약 800~1,000자

예시답안 — 2017 제2문

I. 문제의 소재

(1)은 공무원이 직무와 관련하여 상대방을 겁주어 돈을 받은 경우 수뢰죄와 공갈죄의 관계, 그리고 겁을 먹고 돈을 준 상대방이 뇌물공여죄로 처벌되는지를 묻는다. (2)는 채무를 면할 목적으로 채권자를 살해하였으나 상속인이 채권을 확실히 증명할 수 있어 채무를 면할 수 없었던 경우 강도살인죄가 성립하는지를 묻는다.

II. (1) 100만 원의 수수

1. 공무상비밀누설. 甲은 다음 주 구청의 위생점검 계획을 乙에게 알려 주었다. 단속 일정은 사전에 알려지면 단속의 실효성이 떨어지므로 실질적으로 비밀로 보호할 가치가 있는 직무상 비밀이고, 이를 단속 대상자에게 누설하였으므로 공무상비밀누설죄(제127조)가 성립할 수 있다.

2. 甲 — 수뢰죄와 공갈죄. 甲은 관할구역 음식점의 위생업무를 담당하는 공무원으로서 “무사히 넘어가려면 돈 좀 써야 할 것”이라고 하여 乙을 두렵게 하고 100만 원을 받았다. 판례는 공무원이 직무와 관계없이 단순히 공갈의 수단으로 직무집행을 빙자한 경우에는 공갈죄만 성립하지만, 직무집행의 의사로 또는 직무처리와 대가관계 있는 금품을 공갈하여 받은 경우에는 수뢰죄와 공갈죄의 상상적 경합이 된다고 본다. 甲은 자신이 관여하는 위생점검을 지렛대로 삼아 ‘봐 달라’는 乙의 부탁과 맞바꾸어 돈을 받았으므로, 돈은 직무와 대가관계에 있다. 따라서 甲은 수뢰죄(제129조 제1항)와 공갈죄(제350조 제1항)의 상상적 경합이다. 甲이 돈을 받은 동기가 사적인 채무 변제 독촉이었다는 사정은 뇌물성에 영향이 없다. 뇌물죄의 보호법익은 직무집행의 공정과 그에 대한 사회의 신뢰 및 직무행위의 불가매수성이므로, 직무와 관련하여 받은 이상 실제로 부정한 처사를 하였는지와 관계없이 수뢰죄가 성립한다. 받은 후 단속에서 실제로 봐 주었다면 수뢰후부정처사죄(제131조 제1항)가 문제되지만 사안에는 그러한 사정이 없다.

3. 乙 — 뇌물공여죄. 공갈의 피해자도 의사결정의 자유가 완전히 박탈된 것이 아니라면 뇌물공여죄가 성립할 수 있다. 판례는 공무원의 공갈로 금품을 준 경우에도 그 공여가 직무에 관한 것이면 공여자에게 뇌물공여죄를 인정한다. 乙은 겁을 먹었지만 스스로 “좀 봐 달라”고 하며 직무 처리에 대한 대가로 돈을 주었으므로 뇌물공여죄(제133조 제1항)가 성립한다. 두려움은 양형에서 고려될 사정이다. 이에 대하여는 공갈의 피해자는 하자 있는 의사에 따라 교부한 것이므로 뇌물공여의 고의를 인정할 수 없다는 견해도 있으나, 乙이 위생점검에서 편의를 받으려는 목적을 스스로 표시한 이상 직무와의 대가관계에 대한 인식은 충분하다.

III. (2) 채무면탈 목적의 살해

1. 강도살인죄의 요건. 강도살인죄(제338조)는 강도가 사람을 살해한 경우이며, 재산상 이익을 취득할 목적으로 사람을 살해하는 경우도 포함된다. 채무를 면할 목적으로 채권자를 살해한 경우 강도살인죄가 성립하려면 살해로 채무를 사실상 면하여 재산상 이익의 지배가 범인에게 옮겨 와야 한다.

2. 판례의 태도. 판례는 채무의 존재가 명백하고 채권자의 상속인이 있으며 그 상속인이 채권을 확인할 방법이 확보되어 있는 경우에는, 채무를 면탈할 의사로 채권자를 살해하더라도 일시적으로 채권자 측의 추급을 면한 것에 불과하므로 재산상 이익의 지배가 범인에게 옮겨 왔다고 볼 수 없어 강도살인죄가 성립하지 않는다고 하였다.

3. 사안의 적용. A의 부인 B는 상속인으로서 채권을 잘 알고 있고 증명할 확실한 방법도 확보하고 있어, 甲은 궁극적으로 채무를 면할 수 없었다. 따라서 재산상 이익의 취득이 없어 강도살인죄는 성립하지 않고 살인죄(제250조 제1항)가 성립한다. 이에 대하여는 이익 취득의 '목적'으로 살해한 이상 강도살인죄의 미수(제342조)로 보아야 한다는 견해도 있으나, 판례는 살인죄로 의율한다. 강도살인죄의 기수·미수는 살인의 기수·미수에 따르는 것이 일반적 이해이므로, 강도살인죄를 인정하는 입장에서도 미수를 말하는 것은 '재산상 이익 취득이 불가능한 강도'를 어떻게 평가할지의 문제이다. 판례는 재산상 이익의 이전이 없으면 강도의 요건 자체가 갖추어지지 않는다고 보아 살인죄만 인정한다.

4. 살인죄의 성립. 甲은 A의 귀가를 기다려 계획적으로 살해하였으므로 살인의 고의와 인과관계가 모두 인정되고, 채무 면탈이라는 동기는 위법성이나 책임을 조각하지 않는다. 살인죄는 (1)의 범죄와는 별개의 행위이므로 실체적 경합이다.

IV. 결론

(1) 甲은 수뢰죄와 공갈죄의 상상적 경합 및 공무상비밀누설죄, 乙은 뇌물공여죄이다. (2) 甲은 강도살인죄가 아닌 살인죄이며, (1)의 죄들과 실체적 경합이다.

근거: 형법 제127조, 제129조, 제133조, 제250조, 제338조, 제342조, 제350조 · 공무원의 공갈과 수뢰의 관계 판례 · 채무면탈 목적 살인(상속인의 채권 확인 가능 시 강도살인 부정) 판례

2018 제3문

위력에 의한 공무 방해와 허위 훈련확인서

20점 · 단일 문항 · 공무와 업무방해죄, 허위공문서작성의 간접정범, 비신분자의 교사

제3문 (20점)

甲은 시청에 들러 민원을 제기하면서 시장과의 면담을 요구하다가 제지당하자 위력을 행사하여 민원처리업무를 방해했다. 甲은 자신의 요구가 받아들여지지 않은 것에 화가 나 술을 마셨고 다음날 아침 늦잠을 자는 바람에 예비군훈련에 불참했다. 그런데 甲은 평소 친분이 있는 소속 예비군동대 직원으로서 예비군동대장 A의 업무를 보조하는 乙에게 예비군훈련사실확인서를 발급해달라고 부탁했고, 이에 乙은 예비군훈련사실확인서 작성권자인 예비군동대장 A에게 甲의 훈련사실을 허위로 보고해서 A 명의의 예비군훈련사실확인서를 발급받아 甲에게 전해주었다.

甲과 乙의 죄책을 논하시오. (특별법은 논외로 함)

출제 포인트

출제 의도 공무에 관한 업무방해 전원합의체 판례와 보조공무원의 간접정범 판례라는 두 개의 정형 판례를 묻는다. **연결 개념** 공무집행방해죄의 수단 한정, 진정신분범, 보조공무원과 비공무원의 구별, 제33조 본문. **합정** 甲에게 업무방해죄를 인정하는 것, 乙을 공문서위조로 쓰는 것(작성권자 명의로 작성권자가 발급하였다), 예비군법 위반을 길게 쓰는 것(특별법 논외).

■ 답안 개요

행위	문제 되는 죄	쟁점	결론
甲 — 위력으로 시청 민원처리업무 방해	업무방해, 공무집행방해	공무의 업무성(전원합의체), 수단의 한정	모두 불성립
乙 — 허위 보고로 동대장 명의 확인서 발급	허위공문서작성 간접정범	보조공무원의 간접정범	성립
乙 — 확인서를 甲에게 전달	허위작성공문서행사	공범에게 교부	불성립
甲 — 乙에게 발급 부탁	허위공문서작성 교사	제33조 본문(진정신분범)	교사범

권장 분량: 약 1,100~1,300자

예시답안 — 2018 제3문

I. 문제의 소재

공무원의 직무를 위력으로 방해한 행위가 업무방해죄가 되는지, 작성권자를 보좌하는 공무원이 허위 보고로 작성권자의 결재를 받아 허위 공문서를 만들게 한 경우의 죄책, 이를 부탁한 비공무원의 죄책이 쟁점이다.

II. 甲의 위력 행사 — 업무방해죄의 성부

업무방해죄(제314조 제1항)의 ‘업무’에 공무가 포함되는지에 대해 판례(전원합의체)는, 형법이 공무집행 방해죄를 별도로 두면서 그 수단을 폭행·협박(제136조)과 위계(제137조)로 한정된 것은 그 밖의 수단에 의한 공무 방해를 처벌하지 않겠다는 취지이므로, 공무원이 직무상 수행하는 공무는 업무방해죄의 업무에 포함되지 않는다고 하였다. 甲이 시청의 민원처리업무를 위력으로 방해한 것은 공무원의 공무를 방해한 것이므로 업무방해죄가 성립하지 않는다. 위력은 폭행·협박에 이르지 않은 것으로 전제되어 있으므로 공무집행방해죄도 성립하지 않는다.

III. 乙의 죄책 — 허위공문서작성죄의 간접정범

1. 구성요건. 허위공문서작성죄(제227조)는 직무에 관하여 문서를 작성하는 공무원이 행사할 목적으로 허위의 문서를 작성하는 범죄로서 진정신분범이다. 작성권자인 예비군동대장 A는 허위임을 알지 못하고 확인서를 발급하였으므로 고의가 없다.

2. 보조공무원의 간접정범. 판례는 공문서의 작성권한자를 보좌하여 문서의 기안 등 작성을 담당하는 공무원이 허위의 내용을 기재하거나 보고하여 그 사정을 모르는 작성권자로 하여금 결재·서명하게 한 경우 허위공문서작성죄의 간접정범이 성립한다고 본다. 반면 공무원이 아닌 자가 공무원을 속여 허위 공문서를 작성하게 한 경우에는 제228조(공정증서원본 등 부실기재)에 해당하는 경우 외에는 처벌하지 않는다. 乙은 예비군동대장의 업무를 보조하는 동대 직원으로서 확인서 작성 업무에 관여하는 지위에서 허위 보고를 하였으므로 허위공문서작성죄의 간접정범(제34조 제1항, 제227조)이 성립한다.

3. 행사. 乙은 발급받은 확인서를 甲에게 전해 주었다. 허위 공문서를 사정을 아는 공범에게 교부하는 것은 행사에 해당하지 않는다는 것이 판례의 경향이므로, 허위작성공문서행사죄는 甲이 이를 실제로 제출하는 경우에 문제된다. 사안에서는 제출 사실이 나타나지 않는다.

IV. 甲의 죄책 — 교사범

甲은 乙에게 확인서 발급을 부탁하여 범행을 결의하게 하였다. 허위공문서작성죄는 진정신분범이지만 제33조 본문에 따라 신분 없는 자도 교사범이 될 수 있다. 따라서 甲은 허위공문서작성교사죄이다. 예비군 훈련 불참은 특별법(예비군법)의 문제로 논외이다.

V. 결론

甲의 위력 행사는 공무에 대한 것이어서 업무방해죄가 성립하지 않는다. 乙은 허위공문서작성죄의 간접정범, 甲은 그 교사범이다.

근거: 형법 제33조, 제34조, 제136조, 제137조, 제227조, 제228조, 제314조 · 공무와 업무방해죄 전원합의체 판례 · 보조공무원의 허위공문서작성 간접정범 판례

2020 제2문

뇌물 전달 위탁금의 소비와 허위 고소

30점 · 단일 문항 · 증뢰물전달, 불법원인급여와 횡령, 무고의 목적

제2문 (30점)

甲은 자신이 운영하는 사업체가 보도 교체 공사의 수주를 받기 위해서는 공무원 A의 도움이 필요하다고 생각했다. A와 안면이 없는 甲은 평소 가깝게 지내는 乙이 A와 친분이 있다는 것을 알고 乙을 만났다. 甲은 보도 교체 공사의 수주를 받을 수 있도록 도와주는 대가로 현금 500만 원을 A에게 전달해달라며 乙에게 건네주었다. 그런데 乙은 甲으로부터 건네받은 돈을 자신의 생활비로 전부 소비했다. 甲은 乙에게 건네준 돈이 A에게 전달되지 않은 사실을 알고 乙에게 그 돈을 돌려달라고 했는데 乙은 그 돈의 반환을 차일피일 미루었다. 이에 甲은 乙을 고소하면 乙이 겁을 먹고 그 돈을 빨리 돌려줄 것이라는 생각으로, 乙이 자신의 돈을 몰래 훔쳐갔다고 수사기관에 고소하였다. 甲과 乙의 죄책은?

출제 포인트

출제 의도 전달자에게 맡긴 뇌물이라는 하나의 돈을 두고 뇌물죄·횡령죄·무고죄를 차례로 판단하게 한다. **연결 개념** 제133조 제2항의 두 행위 유형, 민법 제746조와 소유권 귀속, 무고죄 목적의 미필적 인식. **함정** 乙을 횡령죄로 처벌하는 것, A에게 전달되지 않았으므로 甲이 무죄라고 쓰는 것, 돈을 돌려받으려는 목적이었으므로 무고가 아니라고 쓰는 것.

■ 답안 개요

행위	문제 되는 죄	쟁점	결론
甲 — A에게 전달하라며 500만 원 교부	증뢰물전달	교부 시 기수	성립
乙 — 사정을 알고 받음	증뢰물전달	정을 알고 교부받은 자	성립
乙 — 생활비로 소비, 반환 지연	횡령	불법원인급여, 소유권 귀속(판례)	불성립
甲 — 乙이 훔쳤다고 고소	무고	허위 사실, 형사처분 목적(미필적 인식)	성립, 실체적 경합

권장 분량: 약 1,600~1,900자

예시답안 — 2020 제2문

I. 문제의 소재

甲이 공무원에게 전달해 달라며 乙에게 돈을 건넨 행위와 乙이 이를 받은 행위의 죄책(증뢰물전달죄), 乙이 그 돈을 소비한 행위가 횡령죄인지(불법원인급여), 돈을 돌려받으려고 乙을 절도로 고소한 甲의 무고죄가 쟁점이다.

II. 甲의 죄책

1. 증뢰물전달. 제133조 제2항은 뇌물공여 등의 행위에 제공할 목적으로 제3자에게 금품을 교부한 자를 처벌한다. 甲은 공사 수주를 도와주는 대가로 공무원 A에게 전달해 달라며 500만 원을 乙에게 건넸으므로 증뢰물전달죄(제3자 뇌물교부죄)가 성립한다. 이 죄는 제3자에게 교부한 때 기수가 되므로, 돈이 A에게 전달되지 않았어도 성립에 영향이 없다.

2. 무고. 무고죄(제156조)는 타인으로 하여금 형사처분을 받게 할 목적으로 공무소에 허위의 사실을 신고하는 범죄이다. 甲은 자신이 직접 건네준 돈을 乙이 ‘몰래 훔쳐 갔다’고 고소하였으므로 객관적 진실에 반하는 허위 사실을 신고하였다. 甲의 주된 목적은 돈을 빨리 돌려받는 것이었지만, 판례는 형사처분을 받게 할 목적은 허위 신고로 형사처분이라는 결과가 발생할 수 있다는 인식이 있으면 충분하고 그 결과를 회망할 필요는 없다고 본다. 수사기관에 절도로 고소하면 乙이 형사처분을 받을 수 있음을 甲은 알고 있었으므로 무고죄가 성립한다. 신고 사실의 핵심이 허위이고, 乙이 실제로 횡령죄로도 처벌되지 않는다는 점에서도 무고는 성립한다. 증뢰물전달죄와 무고죄는 실체적 경합이다.

III. 乙의 죄책

1. 증뢰물전달. 제133조 제2항은 그 정을 알면서 금품을 교부받은 자도 처벌한다. 乙은 A에게 전달할 뇌물이라는 사정을 알고 500만 원을 받았으므로 증뢰물전달죄가 성립한다. A에게 전달하지 않았더라도 이미 성립한 죄에 영향이 없고, A에 대한 뇌물공여죄는 성립하지 않는다.

2. 횡령의 성부 — 불법원인급여. 횡령죄(제355조 제1항)는 타인의 재물을 보관하는 자가 이를 횡령하는 범죄이다. 뇌물로 전달하라고 맡긴 돈은 민법 제746조의 불법원인급여에 해당하여 甲은 그 반환을 청구할 수 없다. 판례는 불법원인급여의 경우 급여자가 반환을 청구할 수 없는 결과 소유권이 수령자에게 귀속된다고 보아, 뇌물 전달을 부탁받고 받은 돈을 소비한 경우 횡령죄가 성립하지 않는다고 본다. 이에 대하여는 형법의 독자성을 들어 횡령죄를 긍정하는 견해도 있으나, 민법상 반환의무가 없는 자를 형벌로 강제하는 것은 법질서의 통일에 반하므로 판례가 타당하다. 따라서 乙이 돈을 생활비로 소비하고 반환을 미룬 것은 횡령죄가 되지 않는다.

3. 사기 여부. 乙이 처음부터 전달할 의사 없이 돈을 받았다면 사기죄가 문제될 수 있으나, 사실관계상 그러한 사정은 나타나지 않는다.

IV. 결론

甲은 증뢰물전달죄와 무고죄의 실체적 경합이다. 乙은 증뢰물전달죄만 성립하고, 돈의 소비는 불법원인급여로서 횡령죄가 성립하지 않는다.

근거: 형법 제37조, 제133조 제2항, 제156조, 제355조 제1항 · 민법 제746조 · 뇌물 전달 위탁금 소비(횡령 부정) 판례 · 무고죄의 목적(미필적 인식) 판례

2023 제3문

습득한 신분증과 전자 파일·이미지의 사용

20점 · 단일 문항 · 점유이탈물횡령, 문서의 개념, 사전자기기록위작, 공문서부정행사

제3문 (20점)

甲은 길을 가다가 A의 주민등록증과 운전면허증이 들어 있는 지갑을 주웠다. 甲은 A의 주민등록증을 이용하여 A 명의의 휴대전화를 개통하기로 마음먹었다. 甲은 자신의 컴퓨터로 A 명의의 인장 그림파일을 만들어 이를 합성하는 방식으로 A 명의의 휴대전화 신규가입신청서 파일을 작성하였다. 이후 甲은 그 신규가입신청서 파일을 이동통신사 대리점 직원 B에게 이메일로 발송하여 컴퓨터로 이를 보게 하였다. B가 A의 신분 확인을 요청하자 甲은 대리점을 방문하여 A의 주민등록증을 동생의 것이라고 하면서 B에게 제시하였다. 며칠 후 甲은 승용차를 운전하던 중 교통법규를 위반하여 교통경찰관 P로부터 운전면허증 제시를 요구받자, 자신의 휴대전화에 저장된 A의 운전면허증을 촬영한 이미지 파일을 마치 자신의 운전면허증인 것처럼 제시하였다.

甲의 죄책을 논하시오(특별법 위반은 논외로 함).

출제 포인트

출제 의도 디지털 환경에서 문서죄의 경계(파일·이미지)를 판례로 정리하게 한다. **연결 개념** 문서의 계속성, 화면 이미지 판례, 사전자기기록의 의미, 사용권한 없는 자의 본래 용도 사용, 운전면허증 이미지 파일 판례. **합정** 신청서 파일을 사문서위조로 쓰는 것, 운전면허증 이미지 제시를 공문서부정행사로 쓰는 것, 지갑 습득(점유이탈물 횡령)을 빠뜨리는 것.

■ 답안 개요

행위	문제 되는 죄	쟁점	결론
지갑을 주워 가짐	점유이탈물횡령	불법영득의사	성립
인장 그림파일 합성, 신청서 파일 작성·이메일 발송	사문서위조·행사, 사인위조, 사전자기기록 위작	문서의 계속성, 전자기록의 의미	불성립(사전자기기록은 다툼)
A의 주민등록증을 ‘동생 것’이라며 제시	공문서부정행사	사용권한 없는 자의 본래 용도 사용	성립
운전면허증 촬영 이미지 제시	공문서부정행사, 위계공무집행방해	이미지 파일의 공문서성(판례)	불성립

권장 분량: 약 1,100~1,300자

예시답안 — 2023 제3문

I. 문제의 소재

지갑의 영득, 신청서 파일의 문서성, 주민등록증과 운전면허증 이미지 제시의 공문서부정행사죄 성부가 쟁점이다.

II. 쟁점별 검토

1. 점유이탈물횡령. 길에 떨어진 지갑은 소유자의 의사에 의하지 않고 점유를 이탈한 재물이다. 甲이 이를 주워 반환하지 않고 그 안의 주민등록증을 휴대전화 개통에 이용하려 한 것은 불법영득의 의사로 가진 것이므로 점유이탈물횡령죄(제360조 제1항)가 성립한다.

2. 신청서 파일 — 문서위조의 성부. 형법상 문서는 문자 등의 가독적 부호로 계속적으로 물체 위에 고정된 의사표시여야 한다. 판례는 컴퓨터 모니터 화면에 나타나는 이미지는 그때그때 전자적 반응을 일으켜 화면에 나타나는 것에 불과하여 계속적으로 화면에 고정된 것이 아니므로 형법상 문서가 아니라고 본다. 甲은 신청서를 파일로 만들어 이메일로 보내 B가 컴퓨터로 보게 하였을 뿐 출력하지 않았으므로, 사문서위조죄(제231조)와 행사죄는 성립하지 않는다. 인장 그림파일 역시 물체 위에 현출된 인영이 아니므로 사인위조죄(제239조)를 인정하기 어렵다.

3. 사전자기기록위작의 검토. 제232조의2는 사무처리를 그르치게 할 목적으로 권리·의무 또는 사실증명에 관한 타인의 전자기록 등 특수매체기록을 위작하는 행위를 처벌한다. 甲은 이동통신사의 가입 업무를 그르치게 할 목적으로 A 명의의 가입신청서 전자파일을 권한 없이 만들었다. 다만 甲의 파일은 사무처리 시스템에 입력된 정보가 아니라 사람에게 화면으로 보여 주기 위한 이미지 형태의 파일이어서, 이 죄의 ‘전자기록’으로 볼 수 있는지 다툼이 있고 부정하는 것이 타당하다.

4. 주민등록증의 제시 — 공문서부정행사. 공문서부정행사죄(제230조)는 사용권한 없는 자가 공문서를 그 본래의 용도에 따라 사용하는 경우에 성립한다. 甲은 B의 신분 확인 요청에 A의 주민등록증을 제시하였다. ‘동생의 것’이라고 하였더라도 이는 명의인 A 본인의 신분을 확인시키려는 본래의 용도에 따른 사용이고, 甲에게는 A를 대리하여 이를 사용할 권한이 없으므로 공문서부정행사죄가 성립한다.

5. 운전면허증 이미지 파일의 제시. 판례는 운전면허증을 촬영한 이미지 파일은 공문서에 해당하지 않으므로 이를 경찰관에게 제시하더라도 공문서부정행사죄가 성립하지 않는다고 하였다. 따라서 이 부분은 무죄이다. 판례는 공무원이 충분히 확인하지 않고 상대방이 제시한 허위 자료를 믿은 경우 위계에 의한 공무집행방해죄를 부정하는 경향이므로, 이 죄도 인정하기 어렵다.

III. 결론

甲은 점유이탈물횡령죄와 공문서부정행사죄(주민등록증)의 실제적 경합이다. 신청서 파일은 문서가 아니어서 사문서위조·행사죄가 성립하지 않고, 사전자기기록위작죄는 다툼이 있으나 부정하는 것이 타당하다. 운전면허증 이미지 파일의 제시는 공문서부정행사죄가 되지 않는다.

근거: 형법 제137조, 제230조, 제231조, 제232조의2, 제239조, 제360조 · 컴퓨터 화면의 이미지(문서성 부정) 판례 · 운전면허증 이미지 파일(공문서부정행사 부정) 판례

부록

참조 자료

A 연도별 문항 일람 · B 주제 색인 · C 핵심 조문과 판례 법리

이 장에서 다루는 내용

부록 A 연도별 문항 일람	95
부록 B 주제 색인	96
부록 C 핵심 조문과 판례 법리	98

부록 A 연도별 문항 일람

연도	문	주제	배점	수록 장
2016	1	방화의 장애미수, 현주건조물방화치사와 존속살해, 정당방위	40	2장
	2	절도와 사기의 구별, 오인 체포, 위법한 체포에 대한 정당방위	30	2장
	3	현금카드 절도, 인출·이체, 친족상도례	30	5장
2017	1	준강도와 공무집행방해, 예금 인출, 장물취득	40	5장
	2	수뢰와 공갈, 뇌물공여, 채무면탈 목적 살인	40	7장
	3	사기방조, 피해금 인출, 범인도피교사	20	6장
2018	1	불법영득의사, 합동범의 공동정범, 친족상도례	40	4장
	2	준강도미수, 방법의 착오, 방화와 살인의 죄수	40	1장
	3	공무와 업무방해, 허위공문서작성 간접정범	20	7장
2019	1	고의 있는 도구, 제33조 단서, 방화치사 교사	40	4장
	2	준강간의 불능미수, 강간치상	30	3장
	3	공연성, 방법의 착오, 인과관계	30	1장
2020	1	공모관계 이탈, 원인에서 자유로운 행위, 강도상해	50	4장
	2	증뢰물전달, 불법원인급여, 무고	30	7장
	3	명의신탁과 횡령(논거형)	20	6장
2021	1	착수와 자의성, 개괄적 고의, 인지와 친족상도례	40	5장
	2	사문서위조·업무방해, 객체의 착오, 우연방위	30	2장
	3	채권양도와 횡령, 속인주의와 도박장 개설	30	6장
2023	1	정당방위·과잉방위의 한계, 불능미수와 중지미수	50	2장
	2	상습도박, 차용사기, 사기방조, 도박방조	30	6장
	3	문서의 개념, 공문서부정행사	20	7장
2024	1	공모 초과와 이탈, 강도상해, 위증·위증교사	50	4장
	2	강간예비와 예비의 중지, 방화와 살인미수	30	3장
	3	개괄적 고의	20	1장

부록 B 주제 색인

개념에서 기출 문항으로 찾아가는 색인이다. 굵은 글씨의 문항이 그 개념을 중심 쟁점으로 다룬다.

개념	기출 문항
인과관계·객관적 귀속	2019-3 , 2016-1
방법(타격)의 착오·법정적 부합설	2018-2 , 2019-3 , 2024-1
객체의 착오	2021-2
개괄적 고의	2024-3 , 2021-1
부진정 결과적 가중범(방화치사·특수공무 방해치상)	2016-1 , 2018-2 , 2019-1, 2020-1, 2024-2
방화죄의 기수(독립연소)·현주건조물	2016-1 , 2019-1, 2024-2
명예훼손의 공연성(전파가능성)	2019-3
정당방위의 요건·상당성	2016-1 , 2016-2 , 2023-1 , 2024-2
과잉방위·제21조 제3항	2023-1 , 2016-1
위법성조각사유 전제사실의 착오	2016-2
우연방위	2021-2
현행범 체포	2016-2 , 2023-1
원인에서 자유로운 행위	2020-1
실행의 착수 시기	2019-2 , 2024-2 , 2018-2, 2020-1, 2021-1, 2023-1
중지미수의 자의성	2016-1 , 2021-1 , 2023-1
불능미수와 위험성	2019-2 , 2023-1
예비·음모, 예비의 중지	2024-2 , 2023-1
공모공동정범	2018-1
합동범과 합동범의 공동정범	2018-1 , 2021-1, 2024-1
승계적 공동정범	2021-1
공모관계의 이탈(착수 전·후)	2020-1 , 2024-1
교사·공모의 초과	2024-1 , 2017-1, 2020-1
간접정범(고의 있는 도구, 보조공무원)	2019-1 , 2018-3
신분과 공범(제33조)	2019-1 , 2016-1, 2023-2, 2018-3
불법영득의사(통장·카드)	2016-3 , 2018-1
카드 현금 인출·이체	2016-3 , 2018-1
야간주거침입절도	2017-1 , 2021-1 , 2018-2, 2023-1
준강도	2017-1 , 2018-2 , 2020-1
강도상해·강도의 기회	2020-1 , 2024-1
강도살인(채무면탈)	2017-2
장물취득	2017-1
친족상도례	2016-3 , 2018-1 , 2021-1
절도와 사기의 구별(처분행위)	2016-2
불법원인급여와 사기·횡령	2020-2 , 2023-2
계좌명의인의 피해금 인출	2017-3 , 2023-2
명의신탁과 횡령	2020-3

개념	기출 문항
채권양도인의 추심금 소비	2021-3
도박·도박장 개설, 속인주의	2021-3, 2023-2
재물손괴·특수손괴	2020-1
강간치상·준강간	2019-2
뇌물과 공갈, 증뢰물전달	2017-2, 2020-2
공무와 업무방해, 공무집행방해	2018-3 , 2017-1, 2020-1
신용훼손·위계 업무방해	2021-2
허위공문서작성	2018-3
문서의 개념·사문서위조	2023-3, 2021-2 , 2017-1
공문서부정행사	2023-3
무고	2020-2
위증·위증교사	2024-1
범인도피·범인도피교사	2017-3

부록 C 핵심 조문과 판례 법리

이 책의 예시답안에서 쓴 조문과 판례 법리의 요지이다. 조문은 내용을 요약한 것이므로 정확한 문언은 법령집으로 확인한다. 2020년 12월 개정으로 표현이 쉬운 우리말로 바뀌었으나 번호와 내용은 같다.

■ C-1 총칙 조문

조문	요지
제3조	대한민국 영역 밖에서 죄를 범한 내국인에게 적용(속인주의)
제10조 제3항	위험 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 감면 규정 부적용
제13조, 제15조	고의·특별히 무거운 죄가 되는 사실을 인식하지 못한 행위는 무거운 죄로 벌하지 않음(제15조 제1항), 결과적 가중범(제2항)
제16조, 제17조	법률의 착오(정당한 이유)·인과관계
제20조~제23조	정당행위·정당방위(과잉방위 제2항, 야간 공포 등 제3항)·긴급피난·자구행위
제25조~제28조	장애미수(임의적 감면)·중지미수(필요적 감면)·불능미수(위험성, 임의적 감면)·예비·음모(특별규정)
제30조~제34조	공동정범·교사범(제31조 제2항·제3항 효과 없는 교사·실패한 교사)·종범·신분(본문·단서)·간접정범
제37조, 제40조	실체적 경합·상상적 경합(가장 무거운 죄에 정한 형)

■ C-2 각칙 조문

조문	요지
제127조, 제129조, 제131조, 제133조	공무상비밀누설·수뢰·수뢰후부정처사·뇌물공여(제1항)와 증뢰물 전달(제2항)
제136조, 제137조, 제144조	공무집행방해·위계공무집행방해·특수공무방해(제2항 치사상)
제151조, 제152조, 제156조	범인은닉·도피(친족·동거가족 불벌)·위증·모해위증·무고
제164조, 제166조, 제174조, 제175조	현주건조물등방화(제2항 치상·치사)·일반건조물등방화·미수·예비·음모
제227조, 제230조, 제231조, 제232조 의2, 제234조, 제239조	허위공문서작성·공문서부정행사·사문서위조·사전자기록위작·위조사문서행사·사인위조
제246조, 제247조	도박·상습도박·영리 목적 도박장소 등 개설
제250조, 제254조, 제255조	살인·존속살해·미수·예비·음모
제257조, 제258조, 제258조의2, 제262조	상해·중상해(생명 위험, 불구·난치)·특수상해·특수중상해·폭행치사상
제276조, 제297조, 제299조, 제301조, 제305조의3	체포·감금·강간·준강간·강간 등 상해·치상·강간 등 예비·음모(2020년 신설)
제307조, 제313조, 제314조, 제319조	명예훼손·신용훼손·업무방해·주거·건조물침입
제328조, 제344조	친족상도례(직계혈족 등 형 면제, 그 밖의 친족 친고죄, 공범 부적용)·절도·강도죄에의 준용(강도는 제외)
제329조~제331조, 제335조, 제337조, 제338조, 제342조	절도·야간주거침입절도·특수절도(합동)·준강도·강도상해·치상·강도살인·치사·미수
제347조, 제347조의2, 제350조	사기·컴퓨터등사용사기·공갈

조문	요지
제355조, 제360조, 제362조	횡령·배임·점유이탈물횡령·장물취득 등
제366조, 제369조	재물손괴·특수손괴

■ C-3 출제된 판례 법리 요지

쟁점	판례 법리(요지)
준강도의 기수	절도의 기수·미수에 따라 판단(전원합의체)
합동범의 공동정범	현장에 없는 공모자도 정범성 표지를 갖추면 합동절도의 공동정범(전원합의체)
공무와 업무방해	공무원의 공무는 업무방해죄의 업무에 포함되지 않음(전원합의체)
준강간의 불능미수	심신상실 상태가 아닌 피해자를 그렇게 인식하고 간음 → 불능미수(2019년 전원합의체)
계좌명의인의 인출	공범 아니면 피해자에 대한 횡령, 공범이면 별도 횡령 없음(2018년 전원합의체)
명의신탁과 횡령	중간생략등기형(2016년)·양자간(2021년) 전원합의체 모두 횡령 부정
채권양도인의 추심금 소비	횡령 긍정(1999년 전원합의체) → 부정(2022년 전원합의체)
공동거주자의 승낙	다른 거주자의 의사에 반하면 주거침입(종래) → 통상적 출입이면 불성립(2021년 전원합의체)
살해 목적 방화	현주건조물방화치사죄만 성립·존속살해는 상상적 경합·탈출 차단은 방화죄와 살인죄의 실체적 경합
방화 중지의 자의성	불길이 치솟는 것을 보고 겁이 나서 소화 → 장애미수
의붓아버지 살해	계속된 성폭행이 있었어도 잠든 사람 살해는 상당성 없음 → 정당방위·과잉방위 부정
빨래 건조대 사건	저항 없는 침입자에 대한 장시간 가격 → 정당방위·과잉방위 부정
개괄적 고의	살해 후 사망 오인 매장 → 질식사도 살인 기수
채무면탈 목적 살인	상속인이 채권을 확인할 수 있으면 강도살인 아닌 살인
통장·카드의 일시 사용	통장은 불법영득의사 인정, 현금카드는 부정
카드 인출·이체	인출은 금융기관에 대한 절도, 이체는 컴퓨터등사용사기(피해자 금융기관, 친족상도례 부적용)
인지와 친족상도례	인지의 소급효가 친족상도례에 미침
불법원인급여	기만에 의한 급여는 사기 성립, 위탁물 소비는 횡령 부정
문서·공문서부정행사	화면 이미지는 문서 아님·운전면허증 이미지 파일 제시는 공문서부정행사 아님
자기비호와 교사	자기도피 교사·자기 사건 위증교사는 방어권 남용으로 교사범 성립
신분자의 비신분자 교사	모해 목적 있는 자가 목적 없는 자를 교사 → 모해위증교사(제33조 단서)

헌법재판소는 2024년 제328조 제1항(친족상도례 중 형 면제)에 대해 헌법불합치 결정을 하였다. 이후의 입법 상황은 직접 확인해야 한다.

AI 논술 첨삭 서비스

써봄

writegrow.net

직접 쓴 답안, 이제 바로 첨삭받으세요.

Google Gemini 3.1 Pro를 활용한 한국어 논술 자동 첨삭 서비스

네 개 영역으로 나누어 점수를 매기고, 고칠 곳을 짚어 줍니다

논리구조

단락의 배치와 흐름이 논지를 따르는가

근거타당성

이론·조문·자료가 주장을 실제로 뒷받침하는가

주장명확성

입장과 결론이 처음부터 끝까지 분명한가

언어표현

문장이 정확하고 간결한가

영역별 점수와 함께 **강점 · 개선점 · 구체적 제언**을 담은 상세 피드백을 제공하고, 첨삭 결과는 PDF 리포트로 내려받을 수 있습니다. PDF·DOCX·TXT 파일을 올릴 수 있고, 여러 편을 한 번에 올리는 일괄 첨삭(최대 10편)도 지원합니다.

이 책과 함께 쓰는 법

- 1 기출 문항을 실전처럼 시간을 재고 씁니다**
예시답안을 보기 전에 답안 개요를 세우고 끝까지 씁니다.
- 2 답안을 써봄에 올려 첨삭을 받습니다**
손글씨 답안은 옮겨 적어 TXT·DOCX로 올리면 됩니다. 영역별 점수와 고칠 곳이 바로 나옵니다.
- 3 책의 출제 포인트·예시답안과 비교해 다시 씁니다**
첨삭에서 약하게 나온 영역을 중심으로 같은 문항을 한 번 더 씁니다.

회원가입하면 3회 무료 분석

요금제	월 이용료
개인 — 수험생	9,900원
교사 — 교사·학원	29,900원

요금과 제공 내용은 2026년 9월 writegrow.net 기준이며 변경될 수 있습니다.



writegrow.net

QR 코드로 바로 접속