

2023 법무사 2차시험 [형법] 해설지

김민준 법무사

[1문]

1. 결론

甲에게는 횡령죄가 성립하지 않는다.

2. 이유

① 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부한 때에는 횡령죄가 성립한다. (형법제355조 제1항) 사안의 경우, 甲과 A는 이 사건 부동산에 대한 명의신탁약정에 따라 등기명의를 취득한 자로서 甲이 이후 이 사건 부동산을 처분한 행위에 대하여 ‘타인의 재물을 보관하는 자’의 지위에서 형법상 횡령죄의 죄책을 지는지가 문제된다.

② 명의신탁재산에 대한 횡령죄성부와 관련하여 최근 대법원은,

(1) 형법 제355조 제1항이 정한 횡령죄에서 보관이란 위탁관계에 의하여 재물을 점유하는 것을 뜻하므로 횡령죄가 성립하기 위하여는 재물의 보관자와 재물의 소유자사이에 법률상 또는 사실상의 위탁관계가 존재하여야 하고, 횡령죄의 본질이 신임관계에 기초하여 위탁된 타인의 물건을 위법하게 영득하는 데 있음에 비추어 볼 때 위탁관계는 횡령죄로 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것으로 한정함이 타당하다. 는 입장을 기초로

(2) 부동산실명법을 위반하여 명의신탁자가 그 소유인 부동산의 등기명의를 명의수탁자에게 이전하는 이른바 양자간 명의신탁의 경우, 계약인 명의신탁약정과 그에 부수한 위임약정, 명의신탁약정을 전제로 한 명의신탁 부동산 및 그 처분대금 반환약정은 모두 무효이고, 나아가 부동산실명법에 반하여 범죄를 구성하는 불법적인 관계에 지나지 아니할 뿐 이를 형법상 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것이라고 할 수 없다.

(3) 또한 명의수탁자가 명의신탁자에 대하여 소유권이전등기말소의무를 부담하게 되나, 위 소유권이전등기는 처음부터 원인무효여서 명의수탁자는 명의신탁자가 소유권에 기 말소등기의무의 존재나 명의수탁자에 의한 유효한 처분가능성을 들어 명의수탁자가 명의신탁자에 대한 관계에서 ‘타인의 재물을 보관하는 자’의 지위에 있다고 볼 수도 없다. (대법원 2021. 2. 18. 선고 2016도18761 전원합의체 판결)

고 판시하여 부동산실명법을 위반한 양자간명의신탁관계에서 명의수탁자가 자신의 이름으로 소유권이전등기가 되어있음을 기화로 이를 처분한 경우, 형법상 횡령죄의성립을 부정하는 입장이다. 따라서 사안의 경우 甲에게는 형법상 횡령죄가 성립하지 않는다.

[2문]

1. 결론

甲은 준강도미수(형법제335조, 제331조제2항, 제342조), 건조물침입(형법제319조), 손괴죄(형법제366조)의 죄책을 진다.

2. 이유

(1) 문제점

설문에 따라 甲은 乙과 합동절도의 계획하고, 2003. 12. 9. 07시 30분 경 이 사건 주점의 시정장치를 뜯고 침입하여 주점내 재물을 절취하던 중 주점으로 돌아온 A로 인해 절취행위를 완료하지 못하고 체포를 면탈하기 위한 과정에서 A를 폭행하였는 바 이때 甲의 죄책 특히 형법 제335조에 따른 준강도의 기·미수 여부가 문제된다.

(2) 甲의 죄책

① 甲이 절도의 범행을 위하여 주간에 주점내 시정장치를 뜯고 주점내부로 침입한 행위는 형법상 건조물침입죄 및 손괴죄를 각 구성한다.

② 甲의 절도(합동절도)행위 및 준강도 성부와 관련하여

- (1) 절도죄의 실행의 착수 및 기수시기에 있어 판례는 “절취할 물건의 물색행위를 시작하기 전이라면 특수절도죄의 실행에는 착수한 것으로 볼 수 없는 것 (대법원 2009. 12. 24. 선고 2009도9667 판결)” 이라고 하여 절취행위에 밀접한 행위 (물색 행위등)가 있는 경우 실행의 착수를 인정하고 있고,

“입목을 절취하기 위하여 캐낸 때에 소유자의 입목에 대한 점유가 침해되어 범인의 사실적 지배하에 놓이게 되므로 범인이 그 점유를 취득하고 절도죄는 기수에 이른다.(대법원 2008. 10. 23. 선고 2008도6080 판결)” 고 하여 절취물이 범인의 사실적 지배하에 놓인 경우 절도죄의 기수를 인정하고 있다.

사안의 경우 甲은 주점내 재물에 대한 취거 행위에 나아갔으므로 절도죄의 실행에 착수에 이르렀으나, 그 완전한 지배를 확보하지 못한 채 실행행위를 종료하였으므로 절도행위는 미수에 그쳤다고 볼 것이다.

- (2) 나아가 절취행위가 미수에 이른 절도범인이 체포등을 면탈하기 위해 폭행행위를 가한 경우 그 죄책에 있어서 대법원은

“형법 제335조의 처벌취지는, 강도죄와 준강도죄의 구성요건인 재물탈취와 폭행·협박 사이에 시간적 순서상 전후의 차이가 있을 뿐 실질적으로 위법성이 같다고 보기 때문이다.” 는 점을 기초로 “만일 강도죄에 있어서는 재물을 강취하여야 기수가 됨에도 불구하고 준강도의 경우에는 폭행·협박을 기준으로 기수와 미수를 결정하게 되면 재물을 절취하지 못한 채 폭행·협박만 가한 경우에도 준강도죄의 기수로 처벌받게 됨으로써 강도미수죄와의 불균형이 초래된다.” 이유를 근거로 절도미수 범인이 폭행·협박을 가한 경우에도 강도미수에 준하여 처벌하여야 한다는 입장이다. (대법원 2004. 11. 18. 선고 2004도5074 전원합의체 판결)

따라서 甲은 판례의 입장에 따라 준강도미수가 성립한다.

- ③ 결국 사안의 경우 甲은 형법상 준강도미수, 건조물침입, 손괴죄가 각 성립하고 각 각은 실체적경합 관계에 있다고 할 것이다.

[3문]

1. 결론

甲에게는 주거침입죄가 성립하지 않는다.

2. 이유

① 사람의 주거, 관리하는 건조물, 선박이나 항공기 또는 점유하는 방실에 침입한 자는 형법상 주거침입죄가 성립한다 (형법제319조 제1항) 사안의 경우, 甲은 B와의 대화 및 만남의 내용을 도청 내지 녹화하기 위한 장치를 설치 및 확인하기 위해 음식점의 방실에 침입한 바 이 경우 甲의 음식점 출입행위는 통상의 이용 목적을 벗어난 것으로서 영업주인 A의 추정적의사에 반할 소지가 있다는 점에서 형법상 주거침입죄의 성부가 문제된다.

② 이와 관련하여 종전까지 대법원은 일반인의 출입이 허용된 음식점이더라도 영업주의 명시적 또는 추정적의사에 반하여 들어간 경우 주거침입죄가 성립한다는 입장이었으나 최근 그 견해를 바꾸어,

(1) 주거침입죄는 사실상 주거의 평온을 보호법익으로 하고, 이때 침입이란 주거의 사실상 평온상태를 해치는 행위 태양으로 주거에 들어가는 것을 의미하므로 침입에 해당하는지는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위 태양을 기준으로 판단함이 원칙이다. 는 입장을 기초로

(2) 거주자의 의사에 반하는지는 사실상의 평온상태를 해치는 행위 태양인지를 평가할 때 고려할 요소 중 하나이지만 주된 평가 요소가 될 수는 없고, 따라서 침입 행위에 해당하는지는 거주자의 의사에 반하는지가 아니라 사실상의 평온상태를 해치는 행위 태양인지에 따라 판단되어야 한다.

(3) 일반인의 출입이 허용된 음식점에 영업주의 승낙을 받아 통상적인 출입방법으로 들어갔다면 특별한 사정이 없는 한 주거침입죄에서 규정하는 침입행위에 해당하지 않는다. 설령 행위자가 범죄 등을 목적으로 음식점에 출입하였거나 영업주가 행위자의 실제 출입 목적을 알았다더라면 출입을 승낙하지 않았을 것이라는 사정이 인정되더라도 그러한 사정만으로는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행

위 태양에 비추어 사실상의 평온상태를 해치는 방법으로 음식점에 들어갔다고 평가할 수 없으므로 침입행위에 해당하지 않는다. (대법원 2022. 3. 24. 선고 2017도18272 전원합의체 판결) 고 판시한바,

- ③ 사안의 경우 甲이 비록 영업주A의 추정적의사에 반하여 출입한 것이라고 하더라도 그 출입의 행위태양을 객관적 외형적으로 판단하였을 때 사실상 평온상태를 해치지 않는 방법으로 출입한 것으로 형법상 주거침입죄는 성립하지 않는다고 보아야 한다.