

2023년 제29회 법무사 제2차 시험 형법

〈중평〉

이번 시험의 형법 문제는 중요한 판결을 중심으로 무난하게 출제되어 수험생 입장에서 답안을 기술하는데 크게 어려움이 없었을 것이라 생각합니다.

[문 1]의 양자간 명의신탁 사건(〈부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률에 위반한 이른바 양자간 명의신탁에서 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분한 경우 횡령죄가 성립하는지 여부가 문제된 사건〉 기출문제와 함께 공부하는 형법개념노트 188p., 189p.)과 [문 3] 몰래카메라설치 사건(〈영업주 몰래 카메라를 설치하기 위하여 음식점에 출입한 경우 주거침입죄가 성립하는지가 문제된 사건〉 기출문제와 함께 공부하는 형법개념노트 144p., 145p.)은 최신판례 중 누구나 예상할 수 있는 중요한 판결들이었고, 입문강의 때도 출제예상 A급이라고 강조한 바 있었습니다.

[문 2]의 양주바구니 사건(〈준강도의 미수·기수 판단기준〉(양주바구니사건) 기출문제와 함께 공부하는 형법개념노트 167p.)은 또한 최신판례는 아니지만, 대법원에서 견해가 첨예하게 대립했던 중요한 판결로 함께 공부했던 사실관계가 그대로 출제되었습니다.

최신판례나 중요판례를 중심으로 출제된다는 형법의 최근 출제경향을 고려하면, 예비순환과 1순환을 통하여 개념의 이해와 틀짜기(체계잡기)가 끝나면 모의고사를 치르는 2순환, 3순환 과정에 수업시간 중 배운 중요판례와 최신판례를 틈틈이 학습하시기 바랍니다. 형법 고득점이라는 결과로 보답받게 되실 겁니다.

시험을 치르시느라 수고들 많이 하셨습니다.
수험생 여러분의 합격을 기원합니다.

<예시답안>

【문 1】

甲은 2013. 12.경 A로부터 A 소유인 ○○○아파트를 명의신탁 받아 이를 보관하여 달라는 취지의 부탁을 받고 2014. 1. 13.경 위 아파트를 甲의 명의로 이전등기하고 그 무렵부터 A를 위하여 위 아파트를 보관하게 되었다. 甲은 2015. 8. 6.경 개인적인 채무 변제 등에 사용하기 위하여 약 2억 원 상당인 위 아파트를 B에게 1억 7천만 원에 매도하고, 2015. 8. 7.경 위 아파트에 대하여 B에게 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 경료해 주었다. 甲의 횡령죄 성립 여부에 관하여 논하시오. (20점)

<초안지>

[문 1]의 해결: 甲의 횡령죄 성립 여부(20점)

- I. 문제점
- II. 횡령죄의 구성요건
- III. 명의신탁에 있어서 수탁자의 임의처분의 경우 횡령죄의 성립여부
 1. 부동산실명법에 위반한 양자간 명의신탁의 경우
 2. 부동산실명법상 유효한 양자간 명의신탁의 경우
 3. 보론: 중간생략등기형 명의신탁, 계약명의신탁에서 수탁자의 신탁재산 임의처분의 경우
- IV. 사안의 해결

[문 1]의 해결: 甲의 횡령죄 성립 여부(20점)

I. 문제점

甲은 A소유의 아파트를 명의신탁 받아 보관하면서 이를 개인적인 채무변제에 사용하기 위하여 B에게 매도하고, 소유권이전등기를 경료해 주었는데, 甲의 횡령죄 성립 여부와 관련하여서는 양자간 명의신탁에 의하여 수탁자의 지위에 있는 甲이 **횡령죄의 주체인 타인의 재물을 보관하는 자에 해당하는지**가 문제된다. 설문에서는 甲과 A간의 명의신탁이 부동산실명법에 위반되는 경우인지 아닌지를 명시하고 있지 아니하므로 甲과 A간의 명의신탁이 부동산실명법에 위반되는 경우인지 아닌지를 나누어 검토하여야 한다.

II. 횡령죄의 구성요건

1. 의 의

횡령죄란 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부함으로써 성립하는 범죄이다(제355조 제1항). 횡령죄의 보호법익은 소유권이고, 그 보호정도는 위법범이다.

2. 주 체

횡령죄의 주체는 위탁관계에 의하여 타인의 재물을 보관하는 자이다. 여기서 보관이란 행위자 자신이 위탁관계에 의해 재물을 사실상 지배 또는 법률상 지배하는 것을 말하는 바, 재물의 보관은 위탁관계에 의하여 이루어져야 한다. 횡령죄의 본질이 위탁에 의한 신뢰관계를 배신한다는 점에 있기 때문이다. 부동산의 경우 보관자의 지위는 점유를 기준으로 할 것이 아니라 그 부동산을 제3자에게 유효하게 처분할 수 있는 권능의 유무를 기준으로 결정하여야 한다.

3. 행위

횡령행위란 불법영득의사(소유권침해의사)를 실현하는 일체의 행위를 말한다. 횡령행위에는 법률행위(㉠ 매매, 저당권설정, 예금인출행위 등) 뿐만 아니라 사실행위(㉡ 소비, 은닉 등)도 포함하고 부작위에 의하여도 가능하다. 법률행위의 경우 유효·무효 여부 또는 취소가능성 등은 따지지 않는다.

III. 명의신탁에 있어서 수탁자의 임의처분의 경우 횡령죄의 성립여부

1. 부동산 실명법에 위반한 양자간 명의신탁의 경우

양자간 명의신탁(2자간 명의신탁)이란 부동산 소유자인 신탁자가 수탁자와 명의신탁약정을 하고, 신탁자로부터 수탁자에게로 등기를 이전하는 경우를 말한다.

(1) 견해의 대립

양자간 명의신탁에서 명의수탁자가 그 부동산을 임의처분한 경우 이는 부동산실명법에 위반한 민법상 불법원인급여에 해당하여 수탁자에게 소유권이 귀속하므로 횡령죄는 성립하지 않는다는 견해(횡령죄 부정설)와 부동산실명법에 의하면 명의신탁약정과 물권변동은 무효(부동산실명법 제4조)라고 하고 있으므로 소유권은 신탁자에게 있고 수탁자는 사실상 위탁관계에 의한 보관자에 해당하므로 횡령죄가 성립한다는 견해(횡령죄 긍정설)의 대립이 있다.

(2) 판례의 태도

1) 종래의 판례

2자간 명의신탁에서 부동산을 소유자로부터 명의수탁 받은 자가 이를 임의로 처분하였다면 명의신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다(대판 2009.8.20, 2008도12009)고 보고 있었다.

2) 변경된 판례

〈부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률에 위반한 이른바 양자간 명의신탁에서 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분한 경우 횡령죄가 성립하는지 여부가 문제된 사건〉에서 부동산실명법에 위반한 이른바 양자간 명의신탁의 경우 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 무효인 명의신탁약정 등에 기초하여 존재한다고 주장될 수 있는 사실상의 위탁관계라는 것은 부동산실명법에 반하여 범죄를 구성하는 불법적인 관계에 지나지 아니할 뿐 이를 형법상 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것이라고 할 수 없으므로 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분하여도 횡령죄가 성립하지 않는다(대판 2021.2.18, 20016도18761).

(3) 검토

부동산실명법에 위반한 양자간 명의신탁은 불법적인 것이므로 형법상 보호가치 있는 신임관계를 인정할 수 없고, 말소등기의무의 존재나 명의수탁자에 의한 유효한 처분가능성을 들어 명의수탁자가 명의신탁자에 대한 관계에서 ‘타인의 재물을 보관하는 자’의 지위에 있다고 볼 수도 없다. 따라서 명의수탁자가 신탁부동산을 임의처분하여도 횡령죄가 성립하지 않는다고 보는 것이 타당하다.

2. 부동산실명법상 유효한 양자간 명의신탁의 경우

(1) 부동산실명법상 유효한 명의신탁: 종중·배우자 및 종교단체에 대한 특례

부동산실명법은 ① 종중(宗中)이 보유한 부동산에 관한 물권을 종중 외의 자의 명의로 등기한 경우 ② 배우자 명의로 부동산에 관한 물권을 등기한 경우 ③ 종교단체의 명의로 그 산하 조직이 보유한 부동산에 관한 물권을 등기한 경우 조세 포탈, 강제집행의 면탈(免脫) 또는 법령상 제한의 회피를 목적으로 하지 아니하는 경우에는 유효한 명의신탁으로 보고 있다(부동산실명법 제8조).

(2) 판례의 태도

피고인과 A가 토지의 각 특정부분을 1, 2로 구분하여 소유하면서 **공유등기**를 하였다가(**상호명의신탁관계**) 토지를 분할하여 분할된 각 토지에 종전 토지의 공유등기가 전사된 후, 피고인이 분할 후 A소유인 토지부분에 피고인의 공유지분이 남아 있음을 기화로, 그에 대하여 근저당권을 설정한 행위는 **횡령죄**를 구성한다(대판 2014.12.24, 2011도11084).

(3) 검토

변경된 판례의 태도는 부동산실명법에 위반한 무효인 명의신탁에 대하여 보호가치 있는 신임관계를 인정하고 있지 않은 것이므로, 부동산실명법상 유효한 명의신탁의 경우 수탁자가 부동산을 임의처분하면 여전히 신탁자에 대한 **횡령죄**가 성립한다고 보아야 한다.

3. 보론: 중간생략등기형 명의신탁, 계약명의신탁의 경우

판례는 ① **매도인이 선의인 계약명의신탁**의 경우 그 소유권이전등기에 의한 당해 부동산에 관한 물권 변동은 유효하고, 한편 신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁 약정은 무효이므로, 결국 수탁자는 전소유자인 매도인뿐만 아니라 신탁자에 대한 관계에서도 유효하게 당해 부동산의 소유권을 취득한 것으로 보아야 할 것이고, 따라서 그 **수탁자는 타인의 재물을 보관하는 자라고 볼 수 없다**(대판 2000.3.24, 98도4347)고 하면서 수탁자가 임의처분을 하더라도 신탁자는 수탁자에 대하여 부당이득반환청구권을 행사할 수 있을 뿐, 형법적으로도 **횡령죄는 물론 배임죄도 성립하지 아니한다**(대판 2010.11.11, 2008도7451)고 하였고, ② **매도인 악의인 경우의 계약명의신탁**의 경우에도 명의수탁자가 매도인에 대한 관계에서 **횡령죄에서 '타인의 재물을 보관하는 자' 또는 배임죄에서 '타인의 사무를 처리하는 자'의 지위에 있다고 볼 수도 없다**(대판 2012.11.29, 2011도7361)고 보았다. ③ 또한 이른바 **중간생략등기형 명의신탁**을 한 경우, 명의수탁자가 신탁 받은 부동산을 임의로 처분하여도 명의신탁자에 대한 관계에서 **횡령죄가 성립하지 아니한다**(대판 2016.5.19, 2014도6992 전원합의체)고 판시한 바 있다.

IV. 사안의 해결

부동산실명법에 위반한 양자간 명의신탁의 경우 형법상 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것이라고 할 수 없으므로 명의수탁자가 명의신탁자에 대한 관계에서 '타인의 재물을 보관하는 자'의 지위에 있다고 볼 수도 없고, 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분하여도 **횡령죄가 성립하지 않는다**고 보아야 한다. 따라서 **甲에게는 횡령죄가 성립하지 않는다**.

만약 부동산실명법에 위반되지 않는 유효한 명의신탁의 경우라면 **甲은 A에 대한 관계에서 타인의 재물을 보관하는 자의 지위에 있다고 보아야 할 것이므로 甲에게는 횡령죄가 성립한다**.

【문 2】

甲은 乙과 합동하여 영업을 마친 주점을 대상으로 주점 내에 있는 양주를 훔치기로 하고서 그 범행에 필요한 무전기, 플라스틱 바구니 3개 정도를 준비한 후 장소를 물색하였다. 甲, 乙은 2003. 12. 9. 07:30경 A 운영의 ‘○○주점’에 이르러, 乙은 1층과 2층 계단 사이에서 甲과 무전기로 연락을 취하면서 망을 보고, 甲은 불상의 방법으로 주점의 시정장치를 뜯고 침입하여 위 주점 내 진열장에 있던 임페리얼 등 양주 45병 시가 1,622,000원 상당을 미리 준비한 바구니 3개에 담고 있던 중, 계단에서 서성거리고 있던 乙을 수상하게 여기고 A가 주점으로 다시 돌아오자 소리를 듣고서 양주를 그대로 둔 채 출입문을 열고 나오다가 A에게 발각되었다.

A가 甲을 붙잡자, 甲은 체포를 면탈할 목적으로 자신의 목을 잡고 있던 A의 오른 손을 깨무는 등 폭행하였다. 甲의 죄책을 논하시오. (20점)

〈초안지〉

[문 2]의 해결: 甲의 죄책(20점)

- I. 쟁점의 정리
- II. 특수절도죄의 성립여부
- III. 준강도죄의 성립여부
- IV. 준강도죄의 미수인지 기수인지 여부
 - 1. 준강도죄에서 미수·기수의 판단기준
 - 2. 검토
- V. 사안의 해결

[문 2]의 해결: 甲의 죄책(20점)

I. 쟁점의 정리

甲과 乙은 합동절도(제331조 2항 후단)를 공모하고, 양주 45병을 바구니에 담던 중 체포를 면탈할 목적으로 A를 폭행하였는 바, 이와 관련하여 특수절도죄(합동절도) 또는 준강도죄가 성립하는지, 준강도죄가 성립한다면 미수인지 기수인지가 문제된다.

II. 특수절도죄의 성립여부

1. 특수절도죄의 구성요건

합동절도란 2인 이상이 합동하여 타인의 재물을 절취함으로써 성립하는 범죄이다(제331조 제2항 후단).

2. 합동의 의미

합동범은 ‘2인 이상이 공동하여’ 죄를 범하는 공동정범과 유사하나, 합동이란 다수인의 시간적·장소적 협동(현장성)을 의미한다는 견해(현장설)가 판례의 입장이다. 그러므로 합동은 공동보다 좁은 의미이다. 판례는 두 사람이 공모 합동하여 (야간에) 타인의 재물을 절취하려고 한 사람은 망을 보고 또 한 사람은 기구를 가지고 출입문의 자물쇠를 떼어내거나 출입문의 환기창문을 열었다면 시간적·장소적 협동 관계에 있었다고 보아 특수절도죄의 실행에 착수한 것이라 보고 있다(대판 1986.7.8, 86도843).

3. 실행의 착수여부

합동절도의 실행의 착수시기는 물색행위시이다. 다만 합동절도범이 야간주거침입을 한 경우 주거침입 시로 보는 견해와 물색행위시로 보는 견해가 나누어진다.

판례는 절도죄의 실행의 착수 시기는 재물에 대한 타인의 사실상의 지배를 침해하는 데에 밀접한 행위를 개시한 때라고 할 것이고, 실행의 착수가 있는지 여부는 구체적 사건에 있어서 범행의 방법, 태양, 주변상황 등을 종합 판단하여 결정하여야 한다(대판 2010.4.29, 2009도14554)고 하면서 합동절도범이 야간주거침입을 한 경우 실행의 착수를 인정한 바 있다.

3. 사안의 경우

甲과 乙은 합동하여 주점 내에 있는 양주를 훔치기로 공모하고, 2003. 12. 9. 07: 30 경 주점에 침입하여 주점 내 진열장에 있던 양주 45병을 바구니에 담은 행위를 하여 재물에 대한 타인의 사실상 지배를 침해하는 밀접한 행위를 개시하였으므로 사실관계에서 사건 당일의 일출시간에 따라 주간이든 야간이든 甲에게는 특수절도죄(합동절도)의 착수가 인정된다. 다만 甲은 A에게 발각되어 체포를 면탈할 목적으로 A를 폭행하였으므로 준강도죄의 성부가 문제된다.

III. 준강도죄의 성립여부

1. 준강도죄의 구성요건

- ① 준강도죄는 절도가 재물의 탈환을 항거하거나 체포를 면탈하거나 죄적(범죄의 흔적)을 인멸한 목적으로 폭행 또는 협박을 가한 때에 성립하는 범죄이다(제335조). 신분범이고 목적범이다.
- ② 준강도죄의 주체는 절도범인이다. 단순절도, 야간주거침입절도, 특수절도, 상습절도 모두 포함되고, 절도의 실행에 착수한 자이어야 하나, 미수·기수를 불문한다.

2. 사안의 경우

甲은 특수절도죄의 실행에 착수하여 절도의 신분을 가지고 있고, 체포를 면탈할 목적으로 A를 폭행하였으므로 준강도죄가 성립한다. 다만 양주 45병을 바구니에 담던 중 A를 폭행하였는 바 준강도죄의 미수인지 기수인지 여부가 문제된다.

IV. 준강도죄의 미수인지 기수인지 여부

1. 준강도죄에서 미수·기수의 판단기준

(1) 절도행위 기준설(다수설 및 판례의 다수의견)

절도의 기수·미수가 기준이 된다는 견해이다. 준강도죄의 주된 보호법익이 재산이므로, 절취행위를 기준으로 함이 타당하다고 보면서 절도가 미수인 이상 상대방의 반항을 억압하는 폭행·협박이 행해졌더라도 준강도죄의 미수가 성립한다고 한다.

[준강도의 미수·기수 판단기준](양주바구니사건) 형법 제335조에서 절도가 재물의 탈환을 항거하거나 체포를 면탈하거나 죄적을 인멸할 목적으로 폭행 또는 협박을 가한 때에 준강도로서 강도죄의 예에 따라 처벌하는 취지는, 강도죄와 준강도죄의 구성요건인 재물탈취와 폭행·협박 사이에 시간적 순서상 전후의 차이가 있을 뿐 실질적으로 위법성이 같다고 보기 때문인바, 이와 같은 준강도죄의 입법 취지, 강도죄와의 균형 등을 종합적으로 고려해 보면, 준강도죄의 기수 여부는 절도행위의 기수 여부를 기준으로 하여 판단하여야 한다(대판 2004.11.18, 2004도5074 전원합의체).

(2) 폭행·협박행위 기준설(판례의 반대의견)

폭행·협박의 기수·미수가 기준이 된다는 견해이다. 준강도죄의 구성요건적 행위를 폭행·협박으로 파악하고 이를 기준으로 미수·기수를 결정한다. 따라서 절도가 기수이더라도 폭행·협박에 의하여 상대방의 반항이 억압되지 않았다면, 준강도죄의 미수가 성립한다고 본다.

(3) 종합설(판례의 별개의견)

절취행위와 폭행·협박행위의 양자를 기준으로 하여 결정된다고 하는 견해이다. 이 견해는 절취행위와 폭행·협박행위 중 어느 하나가 미수에 그친 경우에는 모두 준강도죄의 미수가 성립한다고 한다.

2. 검토

준강도죄를 강도죄의 예에 따라 처벌하는 취지는 강도죄와 준강도죄의 구성요건인 재물탈취와 폭행·협박 사이에 시간적 순서상 전후의 차이가 있을 뿐 실질적으로 위법성이 같다고 보기 때문이므로 준강도죄의 기수 여부는 절도행위의 기수 여부를 기준으로 판단하여야 한다.

V. 사안의 해결

甲은 乙과 합동하여 양주를 훔치기로 공모하고 양주 45병을 미리 준비한 바구니에 담던 중 양주를 그대로 둔 채 체포를 면탈할 목적으로 A를 폭행하였는 바, 아직 절도의 기수에 이르지 못하였으므로 甲에게는 준강도죄의 미수범이 성립한다.

【문 3】

甲은 2022. 1. 24.과 2022. 1. 26. A가 운영하는 음식점에서 기자인 B를 만나 식사를 대접하면서 B가 부적절한 요구를 하는 장면 등을 확보할 목적으로 B와 식사하기에 앞서 또는 식사를 마친 후 녹음·녹화장치를 설치하거나 장치의 작동 여부 확인 및 이를 제거하기 위하여 위 음식점의 방실에 들어갔다. 甲은 위 출입에 A의 승낙을 받았으나, A는 甲의 위와 같은 출입목적을 알지 못하였다. 甲의 (행위가) A에 대하여 주거침입죄가 성립하는지 논하시오. (10점)

〈초안지〉

[문 3]의 해결: 甲의 주거침입죄 성립 여부(10점)

- I. 주거침입죄의 구성요건과 문제점
- III. 주거침입죄에서 침입의 의미
 - 1. 종래판례
 - 2. 변경판례
- III. 사안의 해결

[문 3]의 해결: 甲의 주거침입죄 성립 여부(10점)

I. 주거침입죄의 구성요건과 문제점

주거침입죄는 사람의 주거, 관리하는 건조물, 선박이나 항공기 또는 점유하는 방실에 침입함으로써 성립하는 범죄이다(제319조 제1항). 주거침입죄의 보호법익은 법적 주거권(주거권설)이 아니라, 사실상의 주거의 평온(사실상의 평온설, 판례)이고, 보호정도는 침해범(판례)이다.

甲이 녹음·녹화장치를 설치하거나 장치의 작동 여부 확인 및 이를 제거하기 위하여 A의 음식점에 A의 승낙을 받고 들어간 행위가 주거침입죄에서의 침입에 해당하는지가 문제된다.

II. 주거침입죄에서 침입의 의미

1. 종래 판례의 태도

[초원복집사건] 일반인의 출입이 허용된 음식점이라 하더라도, 영업주의 명시적 또는 추정적 의사에 반하여 들어간 것이라면 주거침입죄가 성립되는바, 기관장들의 조찬모임에서의 대화내용을 도청하기 위한 도청장치를 설치할 목적으로 손님을 가장하여 그 조찬모임 장소인 음식점에 들어간 경우에는 영업주가 그 출입을 허용하지 않았을 것으로 보는 것이 경험칙에 부합하므로, 그와 같은 행위는 주거침입죄가 성립한다(대판 1997.3.28, 95도2674).

2. 변경된 판례의 태도

<영업주 몰래 카메라를 설치하기 위하여 음식점에 출입한 경우 주거침입죄가 성립하는지가 문제된 사건>
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 알았더라도 출입을 승낙하지 않았을 것이라는 사정이 인정되더라도 그러한 사정만으로는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위 태양에 비추어 사실상의 평온상태를 해치는 방법으로 음식점에 들어갔다고 평가할 수 없으므로 침입행위에 해당하지 않는다(대판 2022.3.24, 2017도18272 전원합의체).

3. 검토

주거침입죄의 구성요건적 행위인 침입은 주거침입죄의 보호법익과의 관계에서 해석하여야 하므로, 침입이란 주거의 사실상 평온상태를 해치는 행위 태양으로 주거에 들어가는 것을 의미하고, 침입에 해당하는지는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위 태양을 기준으로 판단함이 타당하다. 따라서 침입행위에 해당하는지는 거주자의 의사에 반하는지가 아니라 사실상의 평온상태를 해치는 행위 태양인지에 따라 판단되어야 한다.

III. 사안의 해결

甲이 A로부터 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 음식점의 방실에 들어간 행위는 주거침입죄에서 규정하는 침입행위에 해당하지 아니하고, 설령 기자인 B와의 대화 내용과 장면을 녹음·녹화하기 위한 장치를 설치하거나 장치의 작동 여부 확인 및 이를 제거할 목적으로 각 음식점의 방실에 들어갔고, A가 행위자의 실제 출입 목적을 알았더라도 출입을 승낙하지 않았을 것이라는 사정이 인정되더라도 그러한 사정만으로는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위 태양에 비추어 사실상의 평온상태를 해치는 방법으로 음식점에 들어갔다고 평가할 수 없으므로 甲에게 주거침입죄가 성립하지 않는다.