

총평

올해의 법무사 2차 시험 문제는 기본중의 기본에 해당하면서 변별력있는 문제로 출제되었다고 볼 수 있습니다. “기본적이고 중요한 쟁점은 반드시 출제된다.”는 것을 다시금 확인할 수 있었습니다.

【문 1】은 소송사기의 쟁점으로서 보존등기말소소송에서의 기수시기, 변호사비용과 관련한 기망행위 인정여부 문제, 【문 2】는 할아버지를 삼촌으로 수정한 ‘손자·할아버지 계좌이체사건’, 【문 3】은 경매방해죄의 성립요건을 검토하는 문제입니다.

【문 1】과 【문 2】는 이미 학원 모의고사에서 여러 번 답안작성 연습을 하였던 문제이며, 본 해설 자료도 기존의 학원 모의고사 해설자료와 별 차이가 없습니다. 특히 【문 1】의 소송사기는 3순환 제3회 모의고사에서 문제스타일과 두 문제의 배열 순서까지 일치하는 적중률을 보였습니다.

【문 3】은 잘 출제되지 않던 범죄이긴 하나, 2순환, 3순환을 거치면서 최신판례 자료로 검토하였고, 시험 전날 보시라고 신신당부했던 내용에 포함되어 있어, 상당한 대처가 가능하였던 문제로 판단됩니다.

구체적인 쟁점은 해설자료를 참조하시기 바랍니다.

시험은 상대평가이고 쉬웠다, 어려웠다는 평가도 매우 상대적인 것이어서, 어려웠다는 사람이 합격하고, 쉬웠다는 사람이 불합격하는 경우도 비일비재합니다. 공부를 많이 하시고, 아는 것과 써야할 것을 많이 보유하고 있는 사람일수록 시험후의 아쉬움도 더 크고, 자책감도 더 크게 밀려올 수 밖에 없지 않을까 생각합니다.

아무쪼록 그동안 고생한 만큼 좋은 성적으로 합격하시기를 진심으로 기원합니다.

저도 2025년을 대비하는 수험생에 대하여 한층 업그레이드된 강의와 자료로 보답해드릴 것을 약속드립니다.

수고하셨습니다.

2024년 11월

이 재 영 올림

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

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

2. 甲은 乙에게 물건을 판매한 후 물품대금을 지급받지 못하자 서울중앙지방법원에 乙을 상대로 물품대금 청구의 소를 제기하여 전부 승소하였고, 위 판결에서 소송비용은 乙이 부담하기로 정해졌다. 甲은 위 판결이 확정된 후 서울중앙지방법원에 乙을 상대로 소송비용액확정신청을 하면서 사실은 물품대금 청구의 소에서 변호사를 선임하지 않았음에도 변호사 보수까지를 포함한 소송비용을 받아내 이를 편취하고자 마음먹었다. 위 계획에 따라 甲은 앞선 소송에서 지출한 소송비용으로 인지대와 송달료 외 변호사 보수 330만 원을 소송비용계산표에 적어 법원에 제출하고, 그에 관한 소명자료로 인지대와 송달료 납부영수증은 제출하였으나, 변호사 비용을 지출하였음을 증명할 자료는 제출하지 않았다. 甲은 위 소송비용액확정신청의 상대방인 乙이 이익을 제기하자 소송비용액확정신청을 취하하였다. (10점)

guide) 나머지 범죄를 논하지 말라는 것은 사문서위조죄나 위계에 의한 공무집행방해죄 등을 논하지 말라는 의미이다. 또한 기수여부를 논하라는 것은 제1문의 경우 왜 승소확정판결시에 기수가 되는지에 대한 명확한 근거를 밝히라는 의미이므로 이에 관한 Key Word를 잘 표현해 주어야 한다.

I. 논의의 전개방향

사안과 관련하여, 먼저 소송사기의 일반 법리를 살펴본 후, 제1문과 제2문에 대한 핵심쟁점을 검토하기로 한다.

II. 소송사기의 법리

1. 소송사기의 의의¹⁾

사기죄는 사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 경우에 성립한다(형법 제347조). 사기죄는 기망행위, 착오, 처분행위, 재물 또는 재산상 이익의 취득을 요건으로 한다.

법원에 대해 허위의 주장을 하여 법원을 기망함으로써 자기에게 유리한 판결을 얻고 이에 기해 상대방으로부터 재물이나 재산상의 이익을 취득하는 것을 소송사기라고 하는데 피기망자와 피해자가 다른 삼각사기의 전형적인 형태이다.

1) 소송사기 일반론은 시간안배에 맞게 분량을 조절하여야 한다.

2. 기망행위

(1) 법원에 대한 기망행위가 인정되는가의 문제

기망행위란 신의칙에 반하는 행위로서 사람으로 하여금 착오에 빠지게 하는 것을 말한다. 기망행위는 소송절차에서는 법원에 대한 변론행위로서, 강제집행절차에서는 집행법원이나 집행관에 대한 의사표시 내지 신청행위로 나타난다.

(2) 기망행위의 정도

법원에 대하여 허위사실의 주장 내지 증거조작 등 적극적 사술을 사용해야 한다. 따라서 단순한 부인이나 불리한 사실에 대해 묵비하는 정도로는 기망이 되지 않는다.

3. 처분행위

판례에 의하면, 피기망자와 재산상의 피해자가 같은 사람이 아닌 경우에는 피기망자가 피해자를 위하여 그 재산을 처분할 수 있는 권능을 갖거나 그 지위에 있어야 한다.

법원의 판단은 법적 구속력이 있으므로 법원은 피해자의 재산을 사실상 처분할 수 있는 지위에 있으며, 피해자의 처분행위에 갈음하는 효력을 가진 법원의 재판은 재산처분행위로 평가된다.

4. 주관적 요건

판례에 의하면 이른바 소송사기가 성립하려면, 권리가 존재하지 않는다는 사실을 알고 있으면서도 허위 주장을 하여 법원을 기망한다는 사실을 인식하여야만 된다 할 것이므로, 단순히 사실을 잘못 인식하거나 법률적인 평가를 잘못하여 존재하지도 않는 권리를 존재한다고 믿고 제소한 경우에는 사기죄가 성립되지 않는다.

5. 실행의 착수 및 기수시기

판례에 의하면, 일반적으로는 원고의 경우 법원에 소장을 제출한 때에, 피고의 경우 허위의 증거를 제출하거나 그에 따른 주장을 담은 답변서나 준비서면을 제출한 때에 실행의 착수가 인정되고, 승소판결확정시에 기수가 된다. 강제집행절차를 통한 소송사기는 집행절차의 개시신청을 한 때 또는 진행 중인 집행절차에 배당신청을 한 때에 실행의 착수가 인정된다.

Ⅲ. 제1문에 대한 판단

1. 문제점

자신이 과거에 소유자로 등재되어 있던 자가 이전등기말소소송을 제기하는 경우와는 달리 보존등기말소소송은 승소하더라도 바로 원고가 소유권을 취득하는 것은 아니기 때문에 과연 보존등기말소소송을 제기하는 경우 사기의 실행의 착수를 인정할 수 있는지, 국가 앞으로 보존등기가 되어 있을 경우 승소판결이 확정되었을 때 바로 소송사기죄의 기수를 인정할 수 있을 것인지 여부가 문제된다.

2. 판례의 태도

종전 판례는 보존등기 말소소송의 경우 원고가 승소한다고 가정하더라도 등기명의인들의 등기가 말소될 뿐이고 이로써 원고가 부동산에 대하여 어떠한 권리를 회복 또는 취득하거나 의무를 면하는 것은 아니므로 보존등기에 대한 말소등기 청구소송의 제기만으로는 사기의 실행에 착수한 것이라고 할 수 없다고 하였으나, 판례를 변경하

여, 소송에서 보존등기 말소를 명하는 내용의 승소확정판결을 받는다면, 이에 더 잡아 언제든지 단독으로 상대방의 소유권보존등기를 말소시킨 후 위 판결을 부동산등기법상 소유권을 증명하는 판결로 하여 자기 앞으로의 소유권보존등기를 신청하여 그 등기를 마칠 수 있게 되므로, 이는 법원을 기망하여 유리한 판결을 얻음으로써 '대상 토지의 소유권에 대한 방해를 제거하고 그 소유명의를 얻을 수 있는 지위'라는 재산상 이익을 취득한 것이고, 그 경우 **기수시기는 위 판결이 확정된 때**라고 판시하였다.

또한 특정한 명의로 사정된 토지에 대해 토지 소유자가 행방불명되어 생사 여부를 알 수 없다 하더라도 그가 사망하고 상속인도 없다는 점이 증명되거나 토지에 대하여 민법상 국가귀속 절차가 이루어지지 아니한 이상 그 토지가 바로 무주부동산이 되어 국가 소유로 귀속되는 것은 아니지만, 이미 국가 명의로 소유권보존등기가 되어 있는 상태에서 소유권보존등기의 말소 청구를 하고 청구의 일부인용 판결에 준하는 화해권고결정이 확정된 이상, 청구인용 부분에 대하여는 법원을 기망하여 유리한 결정을 받음으로써 **대상 토지의 소유명의를 얻을 수 있는 지위'라는 재산상 이익을 취득**하였다고 할 것이고, 이는 사기죄의 대상인 재산상 이익의 편취에 해당한다고 하여 사기죄의 성립을 긍정하였다(대판 2011.12.13. 2011도8873).

3. 사안의 검토

사기죄의 객체는 타인의 재물 또는 재산상의 이익인데 여기서 재산상 이익이란 반드시 영속적이거나 현실적인 것을 요하는 것은 아니다. 법원을 기망하여 승소확정판결을 받은 자는 **부동산등기법상 단독 신청**으로 등기를 마칠 수 있는 지위를 취득하므로 토지취득의 개연성까지 있다고 할 수 있고 **이러한 갑의 지위를 재산상 이익으로 평가할 수 있다고 봄이 상당하다.**

따라서 갑은 허위의 주장을 하면서 보존등기의 말소를 구하는 소송을 제기함으로써 소송사기죄의 실행의 착수가 인정되고, 승소판결이 확정된 이상 실제 말소등기를 마쳤는지 여부는 불문으로 하고 사기죄는 이미 기수에 이르렀다고 본다.

IV. 제2문에 대한 판단

1. 문제점

소송비용액확정결정신청의 소송비용액계산서에 실제 지출하지 않은 변호사비용을 기재한 행위가 소송사기죄에서의 기망행위에 해당되는지 혹은 소송사기 미수범에 해당하는지 여부가 문제된다.

2. 판례의 태도

판례에 의하면, **허위 내용으로 법원을 기망하여 자기에게 유리한 소송비용액확정결정을 받는 행위가 사기죄를 구성할 수 있다**고 보면서도, 이때 소송비용액확정결정을 신청하는 당사자가 **소명자료 등을 조작하거나 허위의 소명자료 등을 제출함이 없이 단지 실제 사실과 다른 비용액에 관한 주장만 하는 경우에는 원칙적으로 사기죄가 성립하지 않는다**는 입장이다.

소송비용액확정결정을 신청할 때에는 비용계산서, 그 등본과 비용액을 소명하는 데 필요한 서면을 제출하여야 하므로(민사소송법 제110조 제2항), 당사자가 단순히 실제 사실과 다른 비용액에 관한 주장만 한 경우를 사기죄로 인정하는 것에는 신중하여야 한다. 소송비용 중 당사자 등이 소송 기타 절차를 수행하기 위하여 법원에 납부하는 인지액 및 민사예납금 등 이른바 '재판비용'은 관할법원이 스스로 보존하고 있는 재판서 및 소송기록 등에 의하여 계산할 것이 예정되어 있고, 당사자가 소송 등 수행을 위하여 제3자에게 직접 지출하는 이른바 '당사자비용'은 신청인이 반드시 소명하여야 하므로, 소명자료 등을 조작하거나 허위의 소명자료 등을 제출함이 없이 단지 실제 사실과 다른 비용액에 관한 주장만 하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 법원을 기망하였다고

단정하기 어렵기 때문이다(대판 2024.6.27. 2021도2340).

3. 사안의 검토(소송사기의 엄격적용)

갑은 변호사비용과 관련한 소명자료 등을 조작하거나 허위의 소명자료를 제출하지는 않았으나, 갑의 이 사건 각 소송비용액확정신청이 객관적으로 법원을 기망하기에 충분하다고 보기는 어려우므로, 이를 사기죄의 기망 행위라고 단정할 수 없다. 따라서 사기죄는 성립하지 않는다.

부당한 소송당사자의 주장은 법원의 공정한 판단에 의하여 여과될 수 있으며, 소송사기를 너무 쉽게 처벌하는 것은 **민사재판제도의 위축**을 가져올 수밖에 없으므로, 험사리 유죄로 인정하여서는 안 된다고 보는 것이 대법원의 판단인 바, 이는 형벌의 적용을 최소한도에 그치도록 하는 형법의 보장적 기능에 부합하는 해석으로서 타당 하 할 것이다.

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

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

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

guide) 이른바 손자·할아버지 계좌이체 사건에서 할아버지를 삼촌으로 변형하였다. 직계혈족의 경우 형이 면제되는 친족상도 례 규정에 대해서는 헌법불합치 결정이 있었고, 친고죄로 처벌하는 친족상도례 규정에 대해서는 합헌결정이 있었음을 고려하여 직계혈족인 할아버지를 ‘동거하지 않는 삼촌’으로 바꾼 것이다. 컴퓨터등사용사기죄와 관련해서 피해자가 누구인지에 관한 쟁점을 서술하는 것이 핵심이다.

I. 쟁점의 정리

- ① 갑이 삼촌의 예금통장을 가지고 나온 행위에 대해서는 절도죄(제329조)의 성부 및 친족상도례의 적용여부가 문제되며,
- ② 자신의 계좌로 예금채권을 이체한 부분에 대해서 사기죄(제347조), 절도죄(제329조), 편의시설부정이용죄(제348조의2), 컴퓨터등사용사기죄(제347조의2) 등의 성부가 문제되며, 여기서도 친족상도례의 적용여부가 문제된다.²⁾
- ③ 범죄목적으로 은행에 들어간 것이 건조물침입죄(제319조 제1항)가 되는지 여부가 문제되며,
- ④ 기타 갑이 이체한 돈을 자신의 현금카드로 인출한 후 이를 유흥비로 사용한 행위에 대해서 별도의 절도죄나 사기죄를 구성할 수 있는지 여부도 문제된다.

2) 배점을 고려할 때 컴퓨터등사용사기죄만 서술해 주어도 충분할 것으로 보인다.

II. 예금통장을 가지고 나온 행위에 대하여

1. 절도죄의 성부

절도죄는 타인의 재물을 절취함으로써 성립하는 범죄이다. 절취는 ① 타인의 점유의 배제, ② 새로운 점유의 취득을 그 내용으로 한다.

사안의 경우 예금통장은 절도죄의 객체인 재물에 해당하고 삼촌의 점유를 침탈하여 이를 영득하였으므로 절도죄가 성립한다.³⁾

2. 친족상도례 적용여부

(1) 적용 범주

친족상도례는 처벌조건 내지 소추조건에 관한 문제로서 재산죄에 대하여 친족간의 특수사정을 고려한 특례이다.

직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자간의 절도죄는 형을 면제하나(제344조, 제328조 제1항), 이에 대해서는 헌법불합치 결정(헌재 2024.6.27. 2020헌마468)에 따라 그 적용이 중지되었다.

형법 제348조 제1항 이외의 친족간에 절도죄를 범한 때에는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다(제344조, 제328조 제2항). 이 조항에 대해서는 제328조 제1항과 달리 합헌결정이 있었다.

(2) 사안의 경우

갑은 집안일을 도와달라는 부탁을 받고 삼촌의 집에 간 것이므로 삼촌과 갑은 동거하지 않는 친족임을 알 수 있다. 따라서 갑의 절도죄는 제328조 제2항에 따라 친고죄에 해당하고 실제 삼촌 丙은 甲을 절도죄로 고소하였으므로 갑을 절도죄로 처벌함에 지장이 없다.

III. 계좌이체 행위에 대하여

1. 절도죄의 성부

절도죄는 재물을 객체로 하는 바, 갑은 계좌이체행위를 통하여 예금채권을 취득하였으므로 재산상 이익을 취득한 것에 불과하여 절도죄에는 해당되지 아니한다.

2. 사기죄의 성부

사기죄는 사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 함으로써 성립하는 범죄이다. 현금자동지급기와 같은 기계에 대해서는 기망행위가 인정될 수 없으므로 사기죄는 성립하지 않는다.

3. 편의시설부정이용죄의 성부

편의시설부정이용죄란 부정한 방법으로 대가를 지급하지 아니하고 자동판매기, 공중전화 기타 유료자동설비를 이용하여 재물 또는 재산상의 이익을 취득한 경우에 성립한다. 여기서 유료자동설비는 대가를 지급할 것을 요건으로 작동하는 기계를 말하는 바 현금자동지급기는 이에 해당하지 않는다.

3) 예금통장을 반환한 경우에는 불법영득의사까지 쟁점이 되고 학원모의고사에서도 그렇게 연습하였지만, 본 사안의 경우에는 돌려주었다는 내용이 없으므로 큰 논점은 되지 않는다.

4. 컴퓨터등사용사기죄의 성부

(1) 구성요건

컴퓨터등 정보처리장치에 허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력하거나 권한 없이 정보를 입력·변경하여 정보처리를 하게 함으로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 함으로써 성립하는 범죄이다. '권한 없이 정보를 입력한다'는 것은 정당한 정보의 권한 없는 사용을 의미한다.

(2) 판례

판례에 의하면 권한 없이 인터넷뱅킹으로 타인의 예금계좌에서 자신의 예금계좌로 돈을 이체한 것에 대해 컴퓨터등사용사기죄에 해당한다고 판시하고 있다.

(3) 사안의 경우

갑은 평소에 알고 있던 삼촌의 비밀번호를 권한 없이 사용하여 예금채권이라는 재산상 이익을 취득하였으므로 컴퓨터등사용사기죄가 성립한다.

5. 컴퓨터등사용사기죄에 대한 친족상도례의 적용여부

(1) 문제점

갑에게 성립된 컴퓨터 사용사기죄의 피해자가 삼촌인 경우에는 절도죄와 같이 친족상도례가 역시 적용될 수 있지만 은행이 피해자가 되는 경우에는 친족상도례가 적용될 수 없기 때문에 피해자가 누구인지 살펴볼 필요가 있다.

(2) 판례의 태도

판례에 의하면, 권한없이 친족의 예금통장으로 계좌이체를 하여 컴퓨터등사용사기죄가 성립한 사안에서, 거래 금융기관으로서 예금계좌 명의인에 대한 예금반환 채무를 여전히 부담하면서도 환거래관계상 다른 금융기관에 대하여 자금이체로 인한 이체자금 상당액 결제채무를 추가 부담하게 됨으로써 이체된 예금 상당액의 채무를 이중으로 지급해야 할 위험에 처하게 되고 따라서 **그 범행으로 인한 피해자는 이체된 예금 상당액의 채무를 이중으로 지급해야 할 위험에 처하게 되는 친족 거래 금융기관**이라 할 것이고, 거래 약관의 면책 조항이나 채권의 준점유자에 대한 법리 적용 등에 의하여 위와 같은 범행으로 인한 피해가 최종적으로는 예금 명의인인 친족에게 전가될 수 있다고 하여, 자금이체 거래의 직접적인 당사자이자 이중지급 위험의 원칙적인 부담자인 거래 금융기관을 위와 같은 컴퓨터 등 사용사기 범행의 피해자에 해당하지 않는다고 볼 수는 없으므로, 위와 같은 경우에는 친족 사이의 범행을 전제로 하는 친족상도례를 적용할 수 없다고 하였다(대판 2007.3.15. 2006도2704).

(3) 검토

컴퓨터등사용사기죄의 재산상 손해는 반드시 현실적인 재산의 감소에 제한되지 않고 경제적 관점에서 재산가치에 대한 위험만으로도 손해가 발생하였다고 할 것이므로 계좌이체시 은행도 재산상의 손해를 입을 위험이 있다고 판단된다. 따라서 친족상도례를 적용할 수는 없다.

IV. 건조물침입죄의 성부

1. 문제점

건조물침입죄는 타인의 건조물에 들어가는 경우에 성립하는 범죄로서 사실상 주거의 평온을 보호법익으로 한다. 일반인에게 공개된 은행에 범죄목적으로 침입한 경우 영업주의 추정적 의사에 반하여 들어간 것으로서 본죄가 성립하는지 여부가 문제된다.

2. 판례의 태도

과거 판례에 의하면, 일반인의 출입이 허용된 음식점이라 하더라도, 영업주의 명시적 또는 추정적 의사에 반하여 들어간 것이라면 주거침입죄가 성립한다고 보았으나 다음과 같이 판례를 변경하였다.

판례에 의하면, 침입이란 주거의 사실상 평온상태를 해치는 행위 태양으로 주거에 들어가는 것을 의미하고, 침입에 해당하는지는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위 태양을 기준으로 판단함이 원칙이다. 사실상의 평온상태를 해치는 행위 태양으로 주거에 들어가는 것이라면 대체로 거주자의 의사에 반하겠지만, 단순히 주거에 들어가는 행위 자체가 거주자의 의사에 반한다는 주관적 사정만으로는 바로 침입에 해당한다고 볼 수 없다. 거주자의 의사에 반하는지는 사실상의 평온상태를 해치는 행위 태양인지를 평가할 때 고려할 요소 중 하나이지만 주된 평가 요소가 될 수는 없다. 따라서 침입행위에 해당하는지는 거주자의 의사에 반하는지가 아니라 사실상의 평온상태를 해치는 행위 태양인지에 따라 판단되어야 한다(대판 2022.3.24. 2017도18272 전합).

3. 사안의 경우

범죄를 범할 목적이 있다는 사정만으로는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위 태양에 비추어 사실상의 평온상태를 해치는 방법으로 은행에 들어갔다고 평가할 수 없으므로 건조물침입죄는 성립하지 않는다.

V. 기타 범죄

1. 甲 자신의 현금카드로 돈을 인출한 행위에 대하여

(1) 판례의 태도

판례에 의하면, 컴퓨터등 사용사기죄의 범행으로 예금채권을 취득한 다음 자기의 현금카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출한 경우, 현금카드 사용권한 있는 자의 정당한 사용에 의한 것으로서 현금자동지급기 관리자의 의사에 반하거나 기망행위 및 그에 따른 처분행위도 없었으므로, 별도로 절도죄나 사기죄의 구성요건에 해당하지 않는다(대판 2004.4.16. 2004도353).

(2) 사안의 경우

갑이 자신의 계좌에 있는 돈에 대해서는 예금채권자로서 인출권한을 가지고 있으므로 절도죄의 성립을 부정하는 것이 타당하다.

2. 유흥비로 사용한 행위에 대하여

갑이 현금 인출행위가 별도의 사기죄나 절도죄의 구성요건에 해당하지 않는 결과, 인출한 현금의 장물성은 부정되며, 그 현금을 사용한 행위도 별도의 법익 침해가 없어 불가벌적 사후행위에 해당할 뿐이다.

VI. 사안의 해결

갑은 절도죄(제329조), 컴퓨터등사용사기죄(제347조의 2)가 성립하고 양죄는 실체적 경합범 관계가 된다. 절도죄에 대해서는 친족상도례가 적용되어, 친고죄로 고소가 있어야 처벌할 수 있으나, 컴퓨터등사용사기죄는 친족상도례가 적용될 수 없어 삼촌의 고소없이도 처벌할 수 있다.

【문 3】 아래 사안에서 甲의 죄책을 논하시오.

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

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

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

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

I. 문제점.

갑의 행위와 관련해서는 경매·입찰방해죄(제315조)의 성부가 문제되며, 위계로써 ‘입찰의 공정을 해하는 행위’에 해당될 수 있는지 여부가 쟁점이다.

나아가 위계에 의한 공무집행방해죄(제137조) 혹은 사기죄(제347조)의 성부도 검토될 수 있다.

II. 경매·입찰방해죄의 성부

1. 성립요건

경매·입찰방해죄는 위계 또는 위력 기타 방법으로 경매 또는 입찰의 공정을 해함으로써 성립하는 범죄이다(제315조). 본죄의 보호법익은 경매 또는 입찰의 공정이며, 추상적 위법범이므로 현실적으로 공정이 해하여진 결과가 발생하였을 것을 요하지 않는다. 본죄가 성립하기 위해서는 경매 또는 입찰이 현실적으로 존재하여야 한다. 여기서 ‘입찰의 공정을 해하는 행위’란 공정한 자유경쟁을 방해할 염려가 있는 상태를 발생시키는 것으로서, 그 행위에는 적절한 가격형성에 부당한 영향을 주는 것뿐 아니라 적법하고 공정한 경쟁방법을 해하거나 공정한 경쟁구도의 형성을 저해하는 행위도 포함된다.

2. 판례의 태도

판례에 의하면, 갑의 행위는 민사집행법상 기일입찰 방식의 경매절차에서 경매목적물을 매수할 의사나 능력 없이 오로지 경매목적물이 제3자에게 매각되는 것을 저지하기 위하여 경매절차를 지연할 목적으로 다른 사람의 명의를 이용하여 감정가와 현저하게 차이가 나는 금액으로 입찰하는 행위를 반복함으로써 제3자의 매수를 사실상 봉쇄하여 전체적으로 경매절차를 형해화하는 정도에 이르렀고, 이는 위계로써 경매의 공정을 해한 것으로 볼 수 있다고 보아 경매방해죄의 성립을 인정하고 있다(대판 2023.12.21. 2023도10254).

3. 검토

경매란 공정한 자유경쟁을 통한 적절한 가격형성을 달성하고자 하는 절차인데, 이에 부당한 영향을 주는 상태를 발생시키는 갑의 행위에 대해서는 경매방해죄의 성립을 인정하는 것이 타당하다.

Ⅲ. 위계에 의한 공무집행방해죄의 성부

관례에 의하면, 국가나 공공단체의 경매·입찰이라고 하더라도 위계로써 그 공정을 해하는 행위는 위계에 의한 공무집행방해죄가 아니라 그 특별죄로서의 성질을 겸비하는 경매·입찰방해죄에만 해당하고 위계에 의한 공무집행방해죄로 의율할 수는 없다. 피고인의 범죄행위가 법원경매업무를 담당하는 집행관의 구체적인 직무집행을 저지하거나 현실적으로 곤란하게 하는 데까지는 이르지 않고 입찰의 공정을 해하는 정도의 것임이 명백한바, 이러한 행위라면 형법 제315조의 경매·입찰방해죄에만 해당될 뿐, 형법 제137조의 위계에 의한 공무집행방해죄에는 해당되지 않는다(대판 2000.3.24. 2000도102).

Ⅳ. 사기죄의 성부

甲이 처음부터 제때에 변제할 생각이 없이 사업자금을 빌려 丁을 기망하였다면 설령 담보물을 제공하였다 하더라도 丁에 대한 사기죄(제347조)가 성립할 여지가 있으나, 차용할 당시에는 제때에 변제할 생각이었다가 추후에 채무불이행 상태가 된 것이라면 丁에 대한 사기죄는 성립하지 않는다.

v. 사안의 해결

갑에게는 경매방해죄가 성립하며, 위계에 의한 공무집행방해죄는 별도로 성립할 여지가 없다.