

형법

【문 1】 아래 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 전문브로커들에게 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 편취하기로 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 이의를 제기하자 소송비용액확정신청을 취하하였다. (10점)

【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 비밀번호가 맞는 걸 확인한 후 위 현금자동인출기를 이용해 예금 계좌에 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)

【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 임의경매를 신청하였다. 甲은 X 토지가 제3자에게 매각되는 것을 저지할 의도로 자신이 운영하는 주식회사 A 명의로 위 경매절차에 참여하여 X 토지의 감정가 대비 약 300% 이상의 높은 개금을 매수 희망가액으로 적어 내 최고가매수신고인으로 매각허가결정을 받았으나, 그 대금지급기한까지 매각대금을 내지 않았다.

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

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

[문 1]

아래 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 다수의 견에 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 전문브로커들에게 의뢰하여 허위로 위조한 매도문서 등을 미리 준비하여 2023. 12. 8. 의정부지방법원에 ‘위 국유 임야가 원고의 망부(亡父) 소유였으므로, 국가 명의의 소유권보존등기는 원인무효이다’ 는 취지의 주장을 하면서 국가를 상대로 소유권보존등기 말소의 소를 제기하여 2024. 6. 27. 의정부지방법원으로부터 승소판결을 받았다. 위 판결은 2024. 7. 15. 확정되었으나, 甲은 위 승소판결이 확정된 이후 자신 명의로 위 임야에 관한 소유권보존등기를 마치는 것을 차일피일 미룬 채 현재까지 위 판결에 기한 소유권보존등기는 마치지 않고 있다. (15점)

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 편취하기로 마음먹었다. 위 계획에 따라 甲은 앞선 소송에서 지출한 소송비용으로 인지대와 송달료 외 변호사 보수 330만 원을 소송비용 계산표에 적어 법원에 제출하고, 그에 관한 소명자료로 인지대와 송달료 납부영수증은 제출하였으나, 변호사 비용을 지출하였음을 증명할 자료는 제출하지 않았다. 甲은 위 소송비용액확정신청의 상대방인 乙이 이의를 제기하자 소송비용액확정신청을 취하하였다. (10점)

✓ 출제포인트: 소송사기죄 성부와 기수시기 대판 2011.12.13, 2011도8873, 대판 2024.6.27, 2021도2340

- I. 문제점
- II. 소송사기죄(제347조)의 의미 및 성립요건 → 소송사기죄 인정의 엄격성
- III. 사안 1. 에서 甲의 소송사기죄의 성부
 - 1. 소송사기죄의 성립여부
 - 2. 소송사기죄의 기수여부
- IV. 사안 2. 에서 甲의 소송사기죄의 성부
- V. 사안의 해결

<예시답안>

- I. 문제점

사안 1.에서 甲이 허위로 위조한 매도문서 등을 미리 준비하여 국가를 상대로 소유권보존등기 말소의 소를 제기하여 승소판결을 받은 행위와 관련하여 소송사기죄가 성립하는지 문제되고, 소송사기죄가 성립한다면 기수시기가 언제인지가 기수여부와 관련하여 문제된다.

사안 2. 에서 甲이 변호사를 선임하지 않았음에도 변호사 보수까지를 포함한 소송비용을 편취하고자 마음

먹고 변호사 보수 330만 원을 소송비용계산표에 적어 법원에 제출하였으나 이를 증명할 자료는 제출하지 않은 행위와 관련하여 이를 법원에 대한 기망행위라고 보아 소송사기죄를 인정할 수 있는지 문제된다.

II. 소송사기죄(제347조)의 의미 및 성립요건: 소송사기죄 인정의 엄격성

소송사기는 법원을 기망하여 자기에게 유리한 판결을 얻음으로써 상대방의 재물 또는 재산상 이익을 취득하는 것을 내용으로 하는 범죄로서, 이를 처벌하는 것은 필연적으로 누구든지 자기에게 유리한 주장을 하고 소송을 통하여 권리구제를 받을 수 있다는 민사재판제도의 위축을 가져올 수밖에 없으므로, 피고인이 그 범행을 인정할 경우 외에는 그 소송상의 주장이 사실과 다름이 객관적으로 명백하거나 피고인이 그 소송상의 주장이 명백히 허위인 것을 인식하였거나 증거를 조작하려고 한 흔적이 있는 등의 경우 외에는 이를 쉽사리 유죄로 인정하여서는 안 된다.

그리고 소송사기가 성립하기 위하여는 제소 당시에 그 주장과 같은 채권이 존재하지 아니한다는 것만으로는 부족하고 그 주장의 채권이 존재하지 아니하는 사실을 잘 알면서도 허위의 주장과 증명으로써 법원을 기망한다는 인식을 하고 있어야만 하고, 단순히 사실을 잘못 인식하였다거나 법률적 평가를 잘못하여 존재하지 않는 권리를 존재한다고 믿고 제소한 행위는 사기죄를 구성하지 않는다(대판 2018.12.28, 2018도13305).

III. 사안 1. 에서 甲의 소송사기죄의 성부

1. 소송사기죄의 성립여부

(1) 문제점

허위의 주장을 하면서 소유권보존등기 명의자를 상대로 보존등기의 말소를 구하는 소송을 제기하여 승소 확정판결을 받은 경우, 소송사기의 성립 여부가 문제된다.

(2) 판례의 태도

피고인 또는 그와 공모한 자가 자신이 토지의 소유자라고 허위의 주장을 하면서 소유권보존등기 명의자를 상대로 **보존등기의 말소를 구하는 소송**을 제기한 경우 그 소송에서 위 토지가 피고인 또는 그와 공모한 자의 소유임을 인정하여 **보존등기 말소를 명하는 내용의 승소확정판결**을 받는다면, 이에 터 잡아 언제든지 단독으로 상대방의 소유권보존등기를 말소시킨 후 위 판결을 부동산등기법 제130조 제2호 소정의 소유권을 증명하는 판결로 하여 자기 앞으로의 소유권보존등기를 신청하여 그 등기를 마칠 수 있게 되므로, 이는 법원을 기망하여 유리한 판결을 얻음으로써 ‘대상 토지의 소유권에 대한 방해를 제거하고 그 소유명의를 얻을 수 있는 지위’라는 재산상 이익을 취득한 것이다(대판 2006.4.7, 2005도9858 전원합의체).

[동지판례] 甲이 일제시대 사정(査定)받은 토지에 대하여 소유자 미복구를 원인으로 국가 명의의 소유권보존등기가 되어 있는 상태에서, 피고인이 갑의 상속인인 것처럼 조작하여 국가를 상대로 **소유권보존등기 말소등기 청구소송**을 제기하여 이를 인용하는 취지의 화해권고결정이 확정되었다면 사기죄가 성립한다(대판 2011.12.13, 2011도8873).

(2) 사안의 경우

甲은 등기부와 지적공부가 한국전쟁 당시 멸실된 후 국가 명의로 소유권보존등기가 되어 있다는 것을 알고 소유권보존등기 말소의 소를 통하여 위 임야의 소유권을 취득하려고 마음먹고, 허위로 위조한 매도문서 등을 미리 준비하여 국가를 상대로 소유권보존등기 말소의 소를 제기하여 법원을 기망하여 승소판결을 받음으로써 ‘대상 토지의 소유명의를 얻을 수 있는 지위’라는 재산상 이익을 취득하였으므로 甲에게는 소송사기죄가 성립한다.

2. 소송사기죄의 기수여부

(1) 실행의 착수시기

피고인 또는 그와 공모한 자가 자신이 토지의 소유자라고 허위의 주장을 하면서 소유권보존등기 명의자를 상대로 **보존등기의 말소를 구하는 소송을 제기한 경우** 소송사기의 실행에 착수한 것이다(대판 2006.4.7, 2005도9858 전원합의체).

(2) 기수시기

피고인 또는 그와 공모한 자가 자신이 토지의 소유자라고 허위의 주장을 하면서 소유권보존등기 명의자를 상대로 **보존등기의 말소를 구하는 소송을** 제기한 경우 그 소송에서 위 토지가 피고인 또는 그와 공모한 자의 소유임을 인정하여 **보존등기 말소를 명하는 내용의 승소확정판결을** 받는다면, 이에 터 잡아 언제든지 단독으로 상대방의 소유권보존등기를 말소시킨 후 위 판결을 부동산등기법 제130조 제2호 소정의 소유권을 증명하는 판결로 하여 자기 앞으로의 소유권보존등기를 신청하여 그 등기를 마칠 수 있게 되므로, 이는 법원을 기망하여 유리한 판결을 얻음으로써 '대상 토지의 소유권에 대한 방해를 제거하고 그 소유명의를 얻을 수 있는 지위'라는 재산상 이익을 취득한 것이고, 그 경우 기수시기는 위 **판결이 확정된 때**이다(대판 2006.4.7, 2005도9858 전원합의체).

(3) 사안의 경우

甲은 허위로 위조한 매도문서 등을 미리 준비하여 국가를 상대로 소유권보존등기 말소의 소를 제기하여 승소판결을 받았으므로 甲이 아직 자기 앞으로 소유권보존등기를 경로하지 않은 상태라고 하더라도 소송사기죄의 기수에 해당한다.

IV. 사안 2. 에서 甲의 소송사기죄의 성부

1. 문제점

소송비용액확정결정을 신청하는 당사자가 소명자료 등을 조작하거나 허위의 소명자료 등을 제출함이 없이 단지 실제 사실과 다른 비용액에 관한 주장만 하는 경우, 사기죄의 성립 여부가 문제된다.

2. 판례의 태도

[소송비용액확정결정신청의 소송비용액계산서에 실제 지출하지 않은 변호사비용을 기재한 행위가 소송사기에 해당하는지 여부가 문제된 사건] 소송비용부담의 재판은 소송비용상환의무의 존재를 확정하고 그 지급을 명하는 데 그치고, 구체적인 소송비용의 액수는 민사소송법 제110조 제1항에 의한 소송비용액확정결정을 통하여 확정되며, 소송비용의 상환을 구하는 자는 소송비용액확정결정에 집행문을 부여받아 그 확정된 소송비용액에 관하여 강제집행을 할 수 있는바, **허위 내용으로 법원을 기망하여 자기에게 유리한 소송비용액확정결정을 받는 행위는 사기죄를 구성할 수 있다.**

한편 소송비용액확정결정을 신청할 때에는 비용계산서, 그 등본과 비용액을 소명하는 데 필요한 서면을 제출하여야 하므로(민사소송법 제110조 제2항), **당사자가 단순히 실제 사실과 다른 비용액에 관한 주장만 한 경우를 사기죄로 인정하는 것에는 신중하여야 한다.** 소송비용 중 당사자 등이 소송 기타 절차를 수행하기 위하여 법원에 납부하는 인지액 및 민사에납금 등 이른바 '재판비용'은 관할법원이 스스로 보존하고 있는 재판서 및 소송기록 등에 의하여 계산할 것이 예정되어 있고, 당사자가 소송 등 수행을 위하여 제3자에게 직접 지출하는 이른바 '당사자비용'은 신청인이 반드시 소명하여야 하므로, **소명자료 등을 조작하거나 허위의 소명자료 등을 제출함이 없이 단지 실제 사실과 다른 비용액에 관한 주장만 하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 법원을 기망하였다고 단정하기 어렵기 때문이다**(대판 2024.6.27, 2021도2340).

3. 사안의 경우

甲이 변호사를 선임하지 않았음에도 변호사 보수까지를 포함한 소송비용을 편취하고자 마음먹고 변호사

보수 330만 원을 소송비용계산표에 적어 법원에 제출하였으나 이와 관련하여 변호사 비용을 지출하였음을 증명할 자료는 제출하지 않았으므로 甲의 소송비용액확정신청이 객관적으로 법원을 기망하기에 충분하다고 보기는 어려워 사기죄의 기망행위라고 볼 수 없다. 따라서 甲에 대하여는 소송사기죄가 성립하지 않는다.

V. 사안의 해결

사안 1. 에서 甲에 대하여는 소송사기죄가 성립하고, 소송사기죄는 기수이다.

사안 2. 에서 甲에 대하여는 소송사기죄가 성립하지 않는다.

[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 명의 의 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 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)

✓ 출제포인트: 절도죄의 성부 및 친족상도례 적용여부, 컴퓨터사용사기죄의 성부 및 친족상도례 적용여부

I. 문제점

II. 삼촌 丙의 집에 들어간 행위의 죄책: 주거침입죄의 성부

III. 삼촌 丙의 예금통장을 가지고 나온 행위의 죄책: 절도죄의 성부

예금통장에 대한 절도죄의 성부 → 성립시 친족상도례의 적용여부: 적용 O

IV. 삼촌 丙의 예금을 자신명의로 계좌로 이체한 행위의 죄책: 절도죄 또는 컴퓨터사용사기죄의 성부

500만 원의 예금에 대한 검사죄의 성부 → 성립시 친족상도례의 적용여부: 적용 X

V. 甲이 자신의 계좌로 이체한 500만 원을 인출 후 사용한 행위의 죄책: 절도죄 또는 횡령죄의 성부

VI. 사안의 해결

<예시답안>

I. 문제점

첫째, 甲이 삼촌 丙의 집에 들어간 행위와 관련하여 주거침입죄의 성부가 문제된다.

둘째, 삼촌 丙의 예금통장을 가지고 나온 행위와 관련하여 절도죄(제329조)의 성부 및 친족상도례의 적용여부가 문제된다.

셋째, 삼촌 丙의 예금을 자신명의로 계좌로 이체한 행위와 관련하여 절도죄 또는 컴퓨터사용사기죄(제347조의2)의 성부가 검토되어야 하고, 컴퓨터사용사기죄(제347조의2)가 성립하는 경우 친족상도례의 적용여부가 문제된다.

넷째, 甲이 자신의 계좌로 이체한 500만 원을 인출 후 사용한 행위와 관련하여 절도죄(제329조) 등의 성부가 문제된다.

II. 삼촌 丙의 집에 들어간 행위의 죄책: 주거침입죄(제319조)의 성부

1. 구성요건

주거침입죄는 사람의 주거, 관리하는 건조물, 선박이나 항공기 또는 점유하는 방실에 침입함으로써 성립하는 범죄이다(제319조 제1항). 주거침입죄의 보호법익은 법적 주거권(주거권설)이 아니라, 사실상의 주

거의 평온(사실상의 평온설)이고, 보호정도는 침해범이다.

종래 판례는 침입이란 '주거자 또는 관리자의 의사 또는 추정적 의사에 반하여 주거 안으로 들어가는 것' 을 의미한다고 보았으나, 최근 대법원은 2020도12630 전원합의체 판결에 의하여 침입이란 '거주자가 주거에서 누리는 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것' 을 의미하는 것으로 변경하였다.

2. 사안의 경우

甲은 삼촌 丙으로부터 집안일을 도와달라는 부탁을 받고 삼촌 丙의 집에 들어갔으므로, 침입이라 볼 수 없어 甲에게는 주거침입죄가 성립하지 않는다.

III. 삼촌 丙의 예금통장을 가지고 나온 행위의 죄책: 절도죄(제329조)의 성부

1. 구성요건

절도죄는 타인의 재물을 그의 의사에 반하여 절취함으로써 성립하는 범죄이다(제329조). 주된 보호법익은 소유권이고, 부차적 보호법익은 점유권이다(소유권 및 점유권설). 보호의 정도는 침해범이다.

2. 사안의 경우

(1) 예금통장을 돌려 주지 않은 경우

甲은 삼촌 丙의 예금통장을 이용해 자신의 계좌에 돈을 이체한 후 그 돈을 인출해 사용하기로 마음먹고 위 예금통장을 가지고 나왔으므로 甲에게는 예금통장에 대한 절도죄가 성립한다.

(2) 예금통장을 돌려 준 경우

[예금통장 절도사건] 대법원은 타인의 예금통장을 무단사용하여 예금을 인출한 후 바로 예금통장을 반환하였다 하더라도 그 사용으로 인한 위와 같은 경제적 가치의 소모가 무시할 수 있을 정도로 경미한 경우가 아닌 이상, 예금통장 자체가 가지는 예금액 증명기능의 경제적 가치에 대한 불법영득의 의사를 인정할 수 있으므로 절도죄가 성립한다(대판 2010.5.27, 2009도9008)고 하였다.

[사실관계] ○○주식회사 현장소장인 甲이 월급 등을 제대로 지급받지 못할 것을 염려하여 회사 명의의 농협통장을 몰래 가지고 나와 예금 1,000만원을 인출한 후 다시 제자리에 갖다 놓았다면 예금통장에 대한 절도죄가 성립한다.

따라서 甲이 삼촌 丙의 예금통장을 이용해 자신의 계좌에 500만 원을 이체한 후 예금통장을 다시 제자리에 갖다 놓았다 하더라도 甲은 예금통장에 대한 절도죄의 죄책을 진다.

(3) 친족상도례(제344조, 제328조 제2항)의 적용여부

직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자간 이외의 친족간에 절도죄를 범한 때에는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다(제344조, 제328조 제2항).

사안에서 甲은 따로 살고 있는 삼촌 丙의 집에서 예금통장에 대한 절도죄를 범하였으므로 친족상도례가 적용되고, 삼촌 丙의 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있으나, 삼촌 丙은 경찰에 甲을 절도죄로 고소하였으므로 검사는 甲을 절도죄로 공소제기할 수 있다.

IV. 삼촌 丙의 예금을 자신명의의 계좌로 이체한 행위의 죄책: 컴퓨터사용사기죄(제347조의2)의 성부

1. 판례의 태도

대법원은 절취한 타인의 신용카드를 이용하여 현금지급기에서 계좌이체를 한 행위는 컴퓨터 등 사용사기죄에서 컴퓨터 등 정보처리장치에 관한 없이 정보를 입력하여 정보처리를 하게 한 행위에 해당함은 별도로 하고 이를 절취행위라고 볼 수는 없다(대판 2008.6.12, 2008도2440)고 보았다.

따라서 甲에게는 절도죄가 아니라 컴퓨터 등 사용사기죄가 성립한다.

2. 친족상도례(제344조, 제328조 제2항)의 적용여부

(1) 판례의 태도

대법원은 범행으로 인한 피해자는 이체된 예금 상당액의 채무를 이중으로 지급해야 할 위험에 처하게 되는 그 친척 거래 금융기관이라 할 것이므로 할아버지가 피해자가 아니라는 취지에서 손자가 할아버지 소유 농업협동조합 예금통장을 절취하여 이를 현금자동지급기에 넣고 조작하는 방법으로 예금 잔고를 자신의 거래 은행 계좌로 이체한 경우, 위 농업협동조합이 컴퓨터 등 사용자기 범행 부분의 피해자이므로 친족상도례를 적용할 수 없다(대판 2007.3.15, 2006도2704)고 하였다.

(2) 사안의 경우

삼촌 丙이 아니라 A 은행이 컴퓨터 등 사용자기 범행 부분의 피해자이므로 친족상도례를 적용할 수 없다.

V. 甲이 자신의 계좌로 이체한 500만 원을 인출 후 사용한 행위의 죄책: 절도죄의 성부

1. 판례의 태도

대법원은 절취한 타인의 신용카드를 이용하여 현금지급기에서 계좌이체를 한 행위는 컴퓨터 등 사용자기 죄에서 컴퓨터 등 정보처리장치에 권한 없이 정보를 입력하여 정보처리를 하게 한 행위에 해당함은 별도로 하고 이를 절취행위라고 볼 수는 없고, / 한편 위 계좌이체 후 현금지급기에서 현금을 인출한 행위는 자신의 신용카드나 현금카드를 이용한 것이어서 이러한 현금인출이 현금지급기 관리자의 의사에 반한다고 볼 수 없어 절취행위에 해당하지 않으므로 절도죄를 구성하지 않는다(대판 2008.6.12, 2008도2440)고 하였다.

2. 사안의 경우

甲이 계좌이체한 500만 원을 자신의 현금카드로 인출한 행위는 자신의 현금카드를 이용한 것이어서 절취행위에 해당하지 않으므로 따로 절도죄가 성립하지 않는다.

VI. 사안의 해결

첫째, 甲이 삼촌 丙의 집에 들어간 행위와 관련하여 甲은 주거침입죄의 죄책을 지지 않는다.

둘째, 甲은 삼촌 丙의 예금통장을 가지고 나온 행위와 관련하여 예금통장을 사용 후 제자리에 돌려놓았다 하더라도 예금통장에 대한 절도죄(제329조)의 죄책을 지고, 이 경우 친족상도례(제344조, 제328조 제2항)가 적용된다. 사안에서 삼촌 丙은 경찰에 甲을 절도죄로 고소하였으므로 검사는 甲을 절도죄로 공소제 기할 수 있다.

셋째, 甲은 삼촌 丙의 예금 500만 원을 자신 명의의 B 은행 계좌로 이체한 행위와 관련하여 컴퓨터사용자기죄(제347조의2)의 죄책을 지고, 친족상도례(제344조, 제328조 제2항)는 적용되지 않는다.

넷째, 甲이 자신의 계좌로 이체한 500만 원을 인출 후 사용한 행위와 관련하여 따로 절도죄(제329조)의 죄책을 지지 않는다.

결론적으로 甲은 절도죄(제329조)와 컴퓨터사용자기죄(제347조의2)의 죄책을 지고 양죄는 실제적 경합 관계에 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 임의경매를 신청하였다. 甲은 X 토지가 제3자에게 매각되는 것을 저지할 의도로 자신이 운영하는 주식회사 A 명의로 위 경매절차에 참여하여 X 토지의 감정가 대비 약 300% 이상의 높은 개금을 매수 희망가액으로 적어 내 최고가매수신고인으로 매각허가결정을 받았으나, 그 대금지급기한까지 매각대금을 내지 않았다.

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

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

✓ 출제포인트: 위계에 의한 경매방해죄 성립 여부 대판 2023.12.21, 2023도10254

- I. 문제점
- II. 위계에 의한 경매방해죄(제315조)의 성부
- III. 위계에 의한 공무집행방해죄(제137조)의 성부
- IV. 사안의 해결

<예시답안>

I. 문제점

첫째, 甲이 자신의 X 토지에 대한 경매절차에서 그 매각을 저지하기 위하여 주식회사 A 명의로 주식회사 B 명의로 최고가매수신고인으로 매각허가결정을 받고도 매각대금을 내지 않은 행위에 대하여 위계에 의한 경매방해죄가 성립하는지 문제된다.

둘째, 甲의 행위가 법원이 실시하는 경매를 방해함으로써 법원경매업무를 담당하는 집행관에 대한 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하는지 문제된다.

II. 위계에 의한 경매방해죄(제315조)의 성부

1. 구성요건

위계에 의한 경매방해죄는 위계로 경매의 공정을 해함으로써 성립하는 범죄이다(제315조). 추상적 위험범이다.

① ‘위계’란 행위자가 행위목적 달성을 위하여 상대방에게 오인·착각 또는 부지를 일으키게 하여 이를 이용하는 것을 말한다.

② ‘경매’란 다수인으로부터 구두로 청약을 받아 그 중 최고가격의 청약자에 승낙을 하여 매매를 성립시키는 것(경락)을 말한다.

③ ‘경매(입찰)의 공정을 해하는 행위’란 공정한 자유경쟁을 방해할 염려가 있는 상태를 발생시키는 것으로서, 그 행위에는 적정한 가격형성에 부당한 영향을 주는 것뿐 아니라 적법하고 공정한 경쟁방법을 해하거나 공정한 경쟁구도의 형성을 저해하는 행위도 포함된다

2. 판례의 태도

[위계에 의한 경매방해죄 성립 여부가 문제된 사건] 피고인이 이 사건 각 부동산이 낙찰되지 않게 하기 위하여 제3자 명의로 매각허가결정을 받은 후 매각대금을 납부하지 않는 방법으로 위계로써 경매의 공정을 해하였다는 입찰방해의 공소사실로 기소된 사안에서, 원심은, 피고인이 이 사건 각 부동산을 담보로 투자자를 구하여 대출을 받거나 조합원을 모집하여 분양대금이 충분히 모일 때까지 이 사건 각 부동산이 경매로 타인에게 넘어가는 것을 저지할 의도만 있었을 뿐 처음부터 이 사건 각 부동산을 낙찰받아 경매대금을 납부할 의사는 없었다는 등의 이유로, 피고인이 위계로써 경매의 공정을 해하였다고 판단하였고, 대법원도, 피고인이 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, 원심판결을 수긍하여 상고를 기각하였다(대판 2023.12.21, 2023도10254).

3. 사안의 경우

甲은 경매절차에서 경매목적물을 매수할 의사나 능력 없이 오로지 경매목적물이 제3자에게 매각되는 것을 저지하기 위하여 경매절차를 지연할 목적으로 다른 사람의 명의를 이용하여 감정가와 현저하게 차이가 나는 금액으로 입찰하는 행위를 반복함으로써 제3자의 매수를 사실상 봉쇄하여 전체적으로 경매절차를 형해화하는 정도에 이르렀고, 이는 위계로써 경매의 공정을 해한 것으로 볼 수 있다. 따라서 甲에게는 위계에 의한 경매방해죄가 성립한다.

III. 위계에 의한 공무집행방해죄(제137조)의 성부

1. 구성요건

위계에 의한 공무집행방해죄는 위계로써 공무원의 직무집행을 방해함으로써 성립하는 범죄이다(제137조).

- ① ‘위계’란 상대방의 오인·착각·부지를 이용하는 일체의 행위를 말한다.
- ② ‘직무집행’이란 법령의 위임에 따른 공무원의 적법한 직무집행인 이상 공권력의 행사를 내용으로 하는 권력적 작용뿐만 아니라 사경제주체로서의 활동을 비롯한 비권력적 작용도 포함한다.
- ③ 기수시기 : 현실적으로 구체적인 공무집행이 저지되거나 곤란하게 하는 상태에 이르러야 기수이다. 위계에 의한 공무집행방해죄에서 ‘위계’라 함은 행위자의 행위목적은 이루기 위하여 상대방에게 오인, 착각, 부지를 일으키게 하여 그 오인, 착각, 부지를 이용하는 것으로서, 상대방이 이에 따라 그릇된 행위나 처분을 하여야만 위 죄가 성립한다. 만약 그러한 행위가 구체적인 직무집행을 저지하거나 현실적으로 곤란하게 하는 데까지는 이르지 않은 경우에는 위계에 의한 공무집행방해죄로 처벌할 수 없다(대판 2017.4.27, 2017도2583).

2. 판례의 태도

법원경매업무를 담당하는 집행관의 구체적인 직무집행을 저지하거나 현실적으로 곤란하게 하는 데까지는 이르지 않고 입찰의 공정을 해하는 정도의 행위는 형법 제315조의 경매입찰방해죄에만 해당될 뿐, 형법 제137조의 위계에 의한 공무집행방해죄에는 해당되지 않는다(대판 2000.3.24, 2000도102).

[사실관계] 법원에서 실시하는 입찰에서 상대방입찰참가자의 경매브로커로부터 상대방입찰참가자의 입찰가격을 알아내어 다른 입찰참가자에게 알려주고 그보다 높은 가격으로 부동산을 낙찰받도록 한 경우 입찰방해죄가 성립한다.

3. 사안의 경우

甲의 경매의 공정을 해하는 행위로 인하여 법원경매업무를 담당하는 집행관의 구체적인 직무집행을 저지하거나 현실적으로 곤란하게 하는 데까지는 이르지 않았으므로 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하지 않고, 위계에 의한 공무집행방해죄는 미수범처벌규정이 없으므로 甲을 위계에 의한 공무집행방해죄로 처벌할 수는 없다.

IV. 사안의 해결

甲은 위계로써 경매의 공정을 해하였으므로 위계에 의한 경매방해죄의 죄책을 부담하나, 법원경매업무를 담당하는 집행관의 구체적인 직무집행을 저지하거나 현실적으로 곤란하게 하는 데까지는 이르지 않았으므로 위계에 의한 공무집행방해죄의 죄책을 부담하지는 않는다.