

## 총평

올해의 법무사 2차 시험 문제는 형법의 기본지식을 묻는, 비교적 평이한 난이도의 출제라고 볼 수 있습니다. 다만 시험을 마친 후 수험생들을 만날 때 첫 인사말이 “야간이에요? 주간이에요?”가 될 정도로 제2문의 시간 관계에 대한 큰 혼선이 있었습니다. 야간으로 쓴 사람, 주간으로 쓴 사람, 야간과 주간을 나누어 쓴 사람 등 제각각이었는데, 준강도의 요건과 기수, 미수의 판단기준이 가장 배점이 큰 부분일 것이고 이를 잘 적어 주었다면 나머지는 작은 논점이므로 대부분 밝은 분위기였던 것으로 생각합니다.

제1문과 제3문은 쟁점이 간단한 문제입니다만 시험은 상대평가이므로 최대한 관련 판례들을 끌어모아 좀 부풀려서 적는 것이 좋겠습니다. 또한 제2문은 기출문제에서 여러 번 등장한 쟁점답게 앞뒤가 딱 맞는 논리적 구성이 무엇보다 중요하다고 봅니다. 실제 학원 모의고사에서 준강도를 출제하면 문제를 미리 알려 주고 출제를 하여도 아주 잘 쓴 답안은 20% 정도에 불과할 정도인데 출제위원이 준강도를 계속해서 출제하는 이유도 여기에 있지 않나 생각합니다.

올해의 전반적인 분위기는 평이했다고 보는 것 같습니다. 그러나 문제는 쉬운데 답이 어렵다는 말이 있듯이 실제 답안 작성 연습이 충분히 되어 있지 않으면 목차를 잡거나 시간을 안배하기가 쉽지 않다는 점을 명심하시고 눈으로만 하는 공부보다 직접 쓰는 연습을 꾸준히 하여야 한다는 점을 강조드립니다.

항상 시험이 끝나면, 어느 정도의 아쉬움은 남는 것이 인지상정입니다. 공부 경력이 많이 쌓이고 실력을 상당히 갖춘 분일수록 그 아쉬움의 크기도 더 크게 다가오지 않을까 생각합니다. 합격은 언제나 그러한 상태에서 찾아옵니다. 완벽하게 공부하고 완벽하게 합격하는 사람은 없습니다. 그동안 고생한 만큼 꼭 고득점합격의 기쁨을 누리시기를 기원합니다.

2023년 11월

이재영 올림

【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)

## I. 쟁점의 정리

횡령죄는 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 반환을 거부함으로써 성립하는 범죄이다(형법 제355조 제1항). 갑의 처분행위가 횡령죄를 구성하는지 여부와 관련하여 횡령죄의 주체인 타인의 재물을 '보관하는 자'의 의미 및 횡령죄의 객체인 '타인의 재물' 여부가 문제되며, 특히 부동산명의신탁의 경우에 신탁자와 수탁자 간의 보호할 가치있는 신임관계를 인정할 수 있느냐가 문제된다.

먼저 횡령죄의 구성요건을 서술한 다음, '부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률'(이하 '부동산실명법'이라 함)에 의하여 명의신탁약정 및 물권변동이 무효가 되는 경우 명의수탁자가 신탁자에 대하여 '타인의 재물을 보관하는 자'에 해당될 수 있는지 검토하기로 한다.

## II. 횡령죄의 성립요건

### 1. 횡령죄의 주체

횡령죄의 주체는 위탁관계에 의하여 타인의 재물을 보관하는 자이다. 횡령죄에서의 보관은 행위자 자신이 위탁관계에 기하여 사실상 또는 법률상 재물을 지배하는 것을 말하며 진정신분범에서의 구성적 신분요소로서의 의미를 갖는다.

판례에 의하면, 부동산에 관한 횡령죄에 있어서 타인의 재물을 보관하는 자의 지위는 동산의 경우와는 달리 부동산에 대한 점유의 여부가 아니라 부동산을 제3자에게 유효하게 처분할 수 있는 권능의 유무에 따라 결정하여야 한다고 본다(대판 2004.5.27. 2003도6988).

부동산에 대하여 등기가 된 경우에는 사실상의 지배가 없는 경우에도 등기명의인에게 법률상의 지배가 인정되어 등기명의인은 보관자에 해당되나 등기명의인이라 하더라도 그 등기가 원인무효이어서 그 부동산을 법률상 유효하게 처분할 수 있는 지위에 있지 않은 자는 횡령죄의 주체에 해당하지 않는다(대판 1989.2.28. 88도 1368).

판례에 의하면, 횡령죄에서의 위탁관계는 계약뿐만 아니라 사무관리·관습·조리·신의칙에 의해서도 인정될 수 있으며 사실상의 신임관계로 족하다. 그러나 위탁관계가 사회질서에 반하여 보호할 가치가 없는 경우에는 횡령죄는 성립할 여지가 없다(대판 1999.6.11. 99도275).

### 2. 횡령죄의 객체

횡령죄의 객체는 타인의 재물에 한하며 부동산도 여기에 포함된다. 재물의 타인성과 관련하여 형법의 독자적인 소유권개념은 없으므로 소유권의 귀속은 원칙적으로 민법에 따라 해결되어야 한다. 여기서 부동산실명법상 명의신탁의 법률관계를 검토할 필요가 있다.

### Ⅲ. 부동산 명의신탁의 법률관계

갑 명의로 이전등기를 한 것은 이른바 신탁자가 수탁자에게 바로 등기명의를 이전하는 양자간 명의신탁에 해당된다. 부동산실명법에 따르면 이러한 양자간 명의신탁을 원칙적으로 금지하고 있으며, 이러한 약정을 하더라도 명의신탁약정은 무효이며, 명의신탁약정에 따른 물권변동도 무효로 본다(부동산실명법 제4조).

다만, 종종, 배우자 및 종교단체에 대해서는 특례를 두어 조세 포탈, 강제집행의 면탈(免脫) 또는 법령상 제한의 회피를 목적으로 하지 아니하는 경우에 유효한 명의신탁을 인정하고 있다(부동산실명법 제8조). 유효한 명의신탁의 경우에는 등기명의를 수탁자로 되어 있을 지라도 신탁자와 수탁자의 내부관계에서는 신탁자의 소유로 인정된다.

### Ⅳ. 甲의 처분행위와 횡령죄의 성부

#### 1. 판례의 태도

과거 판례에 의하면, 양자간 명의신탁을 한 경우, 명의수탁자가 명의신탁자에 대한 관계에서 '타인의 재물을 보관하는 자'의 지위에 있다고 보아 명의수탁자가 그 명의로 신탁된 부동산을 임의로 처분하면 명의신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다고 보았다.

그러나 대법원은 판례를 변경하여, 부동산실명법을 위반한 양자간 명의신탁의 경우 명의수탁자가 신탁받은 부동산을 임의로 처분하여도 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립하지 아니하며, 부동산 명의신탁이 부동산실명법 시행 전에 이루어졌고 같은 법이 정한 유예기간 이내에 실명등기를 하지 아니함으로써 그 명의신탁약정 및 이에 따라 행하여진 등기에 의한 물권변동이 무효로 된 후에 처분행위가 이루어진 경우에도 마찬가지로 적용된다고 보았다(대판 2021.2.18. 2016도18761 전합).

부동산실명법을 위반한 소유권이전등기는 처음부터 원인무효여서 명의수탁자는 명의신탁자가 소유권에 기한 방해배제청구로 말소를 구하는 것에 대하여 상대방으로서 응할 처지에 있음에 불과하며, 명의수탁자가 제3자와 한 처분행위가 부동산실명법 제4조 제3항에 따라 유효하게 될 가능성이 있다고 하더라도 이는 거래 상대방인 제3자를 보호하기 위하여 명의신탁약정의 무효에 대한 예외를 설정한 취지일 뿐 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 위 처분행위를 유효하게 만드는 어떠한 위탁관계가 존재함을 전제한 것이라고는 볼 수 없다는 것이 이유이다. 따라서 말소등기의무의 존재나 명의수탁자에 의한 유효한 처분가능성을 들어 명의수탁자가 명의신탁자에 대한 관계에서 '타인의 재물을 보관하는 자'의 지위에 있다고 볼 수도 없다는 것이다.

#### 2. 검토

부동산실명법을 위반한 양자간 명의신탁의 경우, 형사처벌의 대상이 된다. 나아가 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 무효인 명의신탁약정 등에 기초하여 존재한다고 주장될 수 있는 사실상의 위탁관계라는 것은 부동산실명법에 반하여 범죄를 구성하는 불법적인 관계에 지나지 아닐 뿐 이를 형법상 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것이라고 할 수 없다. 따라서 횡령죄를 부정하는 판례가 타당하다.

위와 반대로 부동산실명법을 위반하지 않는 유효한 명의신탁의 경우, 신탁자와 수탁자간의 사실상의 신임관계를 인정할 수 있으며 수탁자의 처분행위가 제3자에 대해서는 유효하므로 수탁자는 부동산을 제3자에게 유효하게 처분할 수 있는 권능도 인정된다고 보아야 한다. 따라서 수탁자의 처분행위는 횡령죄를 구성하게 된다 할 것이다.

### V. 사안의 해결

- ① 갑의 명의신탁 약정이 부동산실명법을 위반한 경우 A에 대한 신임관계를 보호할 필요가 없고 갑의 처분행위는 횡령죄를 구성하지 않는다.
- ② 부동산실명법을 위반하지 않은 유효한 명의신탁의 경우라면 갑은 등기명의인으로서 부동산을 제3자에게 유효하게 처분할 수 있는 권능을 가진 타인의 재물보관자에 해당하고, 개인적인 채무 변제 등에 사용하려는 점에서 불법영득의사도 인정이 되며, 별도의 위법성조각사유나 책임조각사유가 없으므로 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 그 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 오른손을 깨무는 등 폭행하였다. 甲의 죄책을 논하시오. (20점)

guide) 절도죄는 주간인지 야간인지에 따라 답안 구성이 달라진다. 본 CASE의 모델이 된 판례의 범행시각은 [2003. 12. 9. 06:30경]이어서 야간임이 명백한 사안이었으나 출제 과정에서 07:30으로 수정되었다. 즉 야간인지 주간인지 알 수 없게 출제를 한 것이다. 그래서 수험생 중에는 야간으로 쓴 사람, 주간으로 쓴 사람, 야간인 경우와 주간인 경우로 나누어서 쓴 사람 등으로 분분하였다. 본 답안은 수험생의 편의와 시간을 수정한 출제자의 의도를 고려하여 주간인 경우와 야간인 경우로 나누어서 서술하였다.

주간인 경우와 야간인 경우의 구별점은 다음과 같다.

구 분	야간인 경우	주간인 경우
죄수 관계	야간손괴후주거침입절도죄에 손괴죄와 주거침입죄가 흡수된다.	합동절도와 주거침입죄, 손괴죄는 실제적 경합범 관계가 되며 주거침입죄와 손괴죄는 폭력행위등처벌에관한법률에 의하여 가중된다.
절도 착수시기	손괴시 (시정장치를 뜯는 행위)	훔칠 물건을 물색한 경우 (장소를 물색한 경우는 아님)
준강도	준특수강도미수 <sup>1)</sup> (야간주거침입강도의 예)	준강도미수

1) 모델이 된 판례의 결론은 준강도미수이다. 본 해설지에서는 특별한 학설을 취함이 없는 논리적 귀결로서 특수강도의 예에 따라 처벌되는 준강도미수로 풀이하였다.

## I. 쟁점의 정리

甲이 체포를 면탈할 목적으로 A의 손을 깨무는 등 폭행을 가한 행위와 관련하여 절도의 실행에 착수한 자로서 준강도죄에 해당할 수 있는지, 준강도죄에 해당한다면 미수인지 기수인지 여부가 쟁점이 된다.

야간이란 해가 진 후 해뜨기 전까지를 의미하는 바, 사안의 경우 12. 9. 07:30경이라면 야간인지 주간인지 명확하지 않다. 야간인지 주간인지에 따라 절도죄의 적용법조와 실행의 착수시기 및 죄수관계가 달라지므로 해당 시각이 야간인 경우와 주간인 경우로 나누어서 검토하기로 한다.

## II. 야간인 경우

### 1. 야간손괴후주거침입절도(특수절도)죄의 성부

#### (1) 구성요건

야간손괴후주거침입절도(형법 제331조 제1항)는 야간에 문이나 담 그 밖의 건조물의 일부를 손괴하고 사람의 주거에 침입하여 타인의 재물을 절취함으로써 성립한다. 본죄는 야간이라는 시간적 제약을 받는 손괴죄와 주거침입죄 및 절도죄의 결합범으로서 특수절도죄에 해당한다.

본죄에서 '문이나 담 그 밖의 건조물의 일부'라 함은 주거 등에 대한 침입을 방지하기 위하여 설치된 일체의 위장시설(圍障施設)을 말하고, '손괴'라 함은 물리적으로 위와 같은 위장시설을 훼손하여 그 효용을 상실시키는 것을 말한다.

본죄의 실행의 착수시기는 주거 등에 침입하기 위한 수단으로 건조물 등의 일부를 손괴하기 시작한 때이며 기수시기는 타인의 소지를 침해하여 자기의 사실적 지배아래 둔 때(취득시)이다.

#### (2) 판례의 태도

- ① 출입문을 발로 걷어차자 잠금 고리의 아래쪽 부착 부분이 출입문에서 떨어져 출입문과의 사이가 뜨게 되면서 출입문이 열려 상점 안으로 침입하여 재물을 절취하였다면, 이는 물리적으로 위장시설을 훼손하여 그 효용을 상실시키는 행위에 해당한다(대판 2004.10.15. 2004도4505).
- ② 야간에 연탄집게와 식도로서 방문고리를 파괴하고 방에 침입하여 재물을 절취하면 이는 문호의 손괴에 해당되어 특수절도죄가 성립한다(대판 1979.9.11. 79도1736).

#### (3) 사안의 경우

甲은 시정장치를 뜯음으로써 위장시설의 효용을 상실시키는 행위를 하여 본죄의 실행에 착수하였으나, 바구니에 담고 있던 양주를 그대로 둔 채 나왔으므로 피해자의 점유를 침해하여 甲의 사실적 지배아래 두었다고 보기 어렵다. 따라서 甲은 야간손괴후주거침입절도죄의 미수범에 해당한다.

### 2. 준강도죄의 성부

#### (1) 준강도죄의 구성요건

##### 1) 행위주체

준강도죄(형법 제335조)는 절도가 재물의 탈환에 항거하거나 체포를 면탈하거나 범죄의 흔적을 인멸할 목적으로 폭행 또는 협박할 때에 성립하는 범죄이다. 본죄의 폭행 또는 협박은 절도의 실행에 착수하여 사회통념상 범죄행위가 완료되지 아니하였다고 인정될 만한 단계에서 행하여짐을 요한다. 여기서 절도는 단순절도, 야간주거침입절도 및 특수절도를 가리지 않으며 절도의 기수·미수를 불문한다.

사안의 경우 甲은 특수절도의 미수범에 해당하므로 본죄의 주체가 된다.

**2) 폭행·협박**

준강도죄에서의 폭행·협박은 강도죄의 그것과 동일하게 상대방의 반항을 억압할 정도에 이르러야 한다. 현실적으로 반항을 억압하였음을 필요로 하는 것은 아니다. 폭행 협박은 반드시 재물의 소유자에 대해서 행하여질 것을 요하지 않으며 제3자에게 가하여질 수도 있다.

사안의 경우, 甲은 체포를 면탈할 목적으로 자신의 목을 잡고 있던 A의 오른손을 깨무는 등 폭행을 가하였던 바 이는 상대방의 반항을 억압할 정도의 폭행에 이른 것으로 봄이 상당하다.

**3) 준강도죄의 기수시기**

① 문제점

甲은 절취행위의 기수에 이르지 못했으므로 준강도죄의 기수시기를 폭행시기를 기준으로 하여 기수로 볼 것인지, 절도행위의 기수여부를 기준으로 미수로 볼 것인지 여부가 문제된다.

② 견해대립

강도살인이나 강도상해에서 재물취득여부가 기수성립에 영향이 없듯이 폭행·협박행위를 기준으로 해야 한다는 견해와 준강도죄는 재산죄에 그 본질이 있으므로 절도의 미수·기수를 기준으로 해야 한다는 견해가 대립된다.

③ 판례의 태도

형법 제335조에서 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 전합).

④ 검토

강도죄에서는 재물을 강취하여야 기수가 됨에도 준강도의 기수시기에 대해 폭행 협박을 기준으로 할 때에는 강도의 미수에 해당하는 행위가 준강도의 기수로 처벌받는다라는 불균형을 초래하므로 절취행위를 표준으로 하는 판례의 태도가 타당하다.

**(2) 위법성 및 책임**

A가 甲의 목을 붙잡는 행위는 폭행죄의 구성요건에 해당할 수 있으나 현행범체포로서 정당행위에 해당한다. 이러한 정당행위에 대해서는 정당방위가 불가능하다. A의 오른손을 깨무는 행위가 긴급피난으로서 상당성을 갖추기도 어렵다. 기타 甲에게 위법성조각사유나 책임조각사유는 인정되지 아니한다.

**(3) 처벌 및 죄수판단**

甲의 절취행위가 준강도로 나아간 이상 특수절도죄는 준강도죄에 흡수되고 별도로 성립하지 않는다.

준강도는 형법 제333조(강도) 및 제334조(특수강도)의 예에 따라 처벌된다. 판례에 의하면, 특수강도의 예에 따라 처벌되는 준강도는 폭행, 협박의 행위대양에 따라 결정되어야 한다는 입장이다(대판 1973.11.13. 73도 1553 전합)

야간주거침입강도는 특수강도(형법 제334조 제1항)에 해당하는 바, 사안의 경우 甲은 야간에 주거에 침입한 자가 폭행을 가한 경우로서 결국 특수강도의 예에 따라 처벌되는 준강도의 미수범이 성립한다.

### Ⅲ. 주간인 경우

#### 1. 폭력행위등처벌에관한법률위반(공동주거침입)죄의 성부

2명 이상이 공동하여 형법 제319조 주거침입죄를 범한 경우 폭력행위등처벌에관한법률(이하 '폭처법'이라 함)에 의하여 가중처벌된다(폭처법 제2조 제2항).

판례에 의하면, 폭처법상 '공동하여'라 함은 수인이 동일한 장소에서 동일한 기회에 서로 다른 자의 범행을 인식하고 이를 이용하여 범행을 한 경우임을 요한다(대판 1982.1.26. 81도1934).

사안의 경우 乙은 1층과 2층 계단 사이 즉 가까운 곳에서 망을 보았던 바, 乙과 甲은 동일 기회에 동일한 범행장소에 있으면서 주거침입행위를 공동으로 범하였다고 봄이 상당하다. 따라서 甲에게는 폭처법위반(공동주거침입)죄가 성립한다.

#### 2. 폭력행위등처벌에관한법률위반(공동재물손괴등)죄의 성부

2명 이상이 공동하여 형법제366조 재물손괴죄를 범한 경우 폭처법위반(공동재물손괴)죄에 해당한다(폭처법 제2조 제2항).

사안의 경우 지정장치에 대한 재물손괴죄도 주거침입죄와 마찬가지로 甲과 乙이 같은 범행장소에서 공동하여 범행에 가담하였다고 봄이 상당하다. 따라서 甲에게는 폭처법위반(공동재물손괴)죄가 성립한다.

#### 3. 합동절도죄의 성부

##### (1) 구성요건

합동절도죄(형법 제331조 제2항)는 2인 이상이 합동하여 타인의 재물을 절취함으로써 성립하는 범죄이다. 본죄는 집단범죄의 위험성을 근거로 가중처벌되는 특수절도죄에 해당한다. 판례에 의하면, 본죄가 성립하기 위하여는 주관적 요건으로서의 공모와 객관적 요건으로서의 실행행위의 분담이 있어야 하고 그 실행행위에 있어서는 시간적으로나 장소적으로 협동관계에 있음을 요한다고 하면서, 피해자의 집에서 절취행위를 하는 동안 그 집 안의 가까운 곳에 대기하고 있다가 절취품을 가지고 같이 나온 경우 시간적, 장소적으로 협동관계가 있었다고 본다(대판 1996.3.22. 96도313).

##### (2) 실행의 착수 시기 및 기수시기

판례에 의하면, 2인 이상이 합동하여 야간이 아닌 주간에 절도의 목적으로 타인의 주거에 침입하였다 하여도 아직 절취할 물건의 물색행위를 시작하기 전이라면 특수절도죄의 실행에는 착수한 것으로 볼 수 없는 것으로 본다(대판 2009.12.24. 2009도9667).

본죄의 기수시기는 야간과 동일하게 재물의 취득에 의하여 기수가 된다.

##### (3) 사안의 경우

사안의 경우 乙은 가까운 곳에서 망을 보았고 甲은 乙과 현장에서 시간적, 장소적 협동관계하에서 절취할 양주를 이미 바구니에 담고 있었던 바 합동절도의 실행의 착수는 인정되나 A의 점유를 침탈하여 절취행위가 기수에 이르렀다고 볼 수는 없다. 따라서 甲은 합동절도미수범에 해당된다.

#### 4. 준강도죄의 성부

합동절도에 착수한 甲은 준강도죄의 주체가 되며, 합동절도가 미수인 단계에서 체포를 면탈하기 위하여 폭행

을 가한 경우 준강도미수죄의 구성요건에 해당하고 별도의 위법성조각사유나 책임조각사유가 없으므로 준강도미수죄가 성립한다.<sup>2)</sup>

### 5. 죄수 관계

판례에 의하면, 형법 제331조 제2항의 특수절도에 있어서 주거침입은 그 구성요건이 아니므로, 절도범인이 그 범행수단으로 주거침입을 한 경우에 그 주거침입행위는 절도죄에 흡수되지 아니하고 별개로 주거침입죄를 구성하여 절도죄와는 실체적 경합의 관계에 있다는 입장이다(대판 2009.12.24. 2009도9667).<sup>3)</sup>

따라서 甲의 준강도미수죄, 폭처법상 공동주거침입죄, 공동채물손괴죄는 각 실체적 경합범의 관계에 있게 되고 합동절도미수는 준강도미수죄에 흡수되어 별도로 성립하지 않는다.

## IV. 사안의 해결

甲의 범행시간이 야간인 경우 甲은 준특수강도미수죄에 해당한다(형법 제335조, 제331조 제1항, 제334조 제1항, 제342조, 제25조).

甲의 범행시간이 주간인 경우 甲은 준강도미수죄(형법 제335조, 제331조 제2항, 제342조, 제25조), 폭처법상 공동주거침입죄(폭처법 제2조 제2항, 형법 제319조), 공동채물손괴죄(폭처법 제2조 제2항, 형법 제366조)의 실체적 경합범에 해당된다.

**【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 A에 대하여 주거침입죄가 성립하는지 논하시오. (10점)

### 1. 문제점

갑이 음식점의 방실에 들어간 행위와 관련하여 주거침입죄(형법 제319조 제1항)의 구성요건적 행위인 ‘침입’의 의미 및 침입에 해당하는지 판단하는 기준이 문제된다. 특히 일반인의 출입이 허용된 음식점에 영업주의 승낙을 받아 통상적인 출입방법으로 들어간 경우 침입행위에 해당하는지 여부를 검토하여야 한다.

### 2. 주거침입죄의 구성요건

주거침입죄는 사람의 주거, 관리하는 건조물, 선박이나 항공기 또는 점유하는 방실에 침입함으로써 성립하는 범죄이다. 주거침입죄는 사실상의 주거의 평온을 보호법익으로 한다. 주거침입죄의 객체인 주거는 가옥 자체뿐만 아니라 위요지를 포함하므로 다가구용 단독주택이나 공동주택 안에서 공용으로 사용하는 계단과 복도는 본죄의 객체인 ‘사람의 주거’에 해당한다.

침입이란 주거의 사실상 평온상태를 해치는 행위 태양으로 주거에 들어가는 것을 의미하고, 침입에 해당하는

2) 乙의 죄책과 관련하여, 甲의 준강도행위에 대한 예견가능성이 있으면 준강도미수죄의 공동정범에 해당되고, 만약 예견가능성이 없다면 합동절도미수죄만 성립하게 된다. 즉 甲의 폭행행위는 乙과 공동하여 이루어진 것으로 평가할 수는 없다.

3) 이 판례는 주간인 경우를 전제로 하여 이해하여야 한다.

지는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위 태양을 기준으로 판단함이 원칙이다.

주거침입죄는 출입문을 당겨 보거나 잠금장치를 푸는 등의 침입행위를 개시하였을 때 착수가 인정되며, 사실상의 주거의 평온을 해치는 정도에 이르렀다면 기수에 해당한다. 주거침입죄의 고의는 신체의 일부라도 타인의 주거 안으로 들어간다는 인식이 있으면 족하다.

### 3. 일반인에게 공개된 장소에 범죄목적으로 들어간 경우

#### (1) 판례의 태도

- ① 주거침입죄의 구성요건적 행위인 침입은 주거침입죄의 보호법익과의 관계에서 해석하여야 하므로, 침입이란 주거의 사실상 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것을 의미하고, 침입에 해당하는지는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 판단함이 원칙이다. 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 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 행위태양인지를 평가할 때 고려할 요소 중 하나이지만 주된 평가 요소가 될 수는 없다.
- ② 행위자가 거주자의 승낙을 받아 주거에 들어갔으나 범죄나 불법행위 등을 목적으로 한 출입이거나 거주자가 행위자의 실제 출입 목적을 알았더라면 출입을 승낙하지 않았을 것이라는 사정이 인정되는 경우 행위자의 출입행위가 주거침입죄에서 규정하는 침입행위에 해당하려면, 출입하려는 주거 등의 형태와 용도·성질, 외부인에 대한 출입의 통제·관리 방식과 상태, 행위자의 출입 경위와 방법 등을 종합적으로 고려하여 행위자의 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양에 비추어 주거의 사실상 평온상태가 침해되었다고 평가되어야 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 알았더라면 출입을 승낙하지 않았을 것이라는 사정이 인정되더라도 그러한 사정만으로는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양에 비추어 사실상의 평온상태를 해치는 방법으로 음식점에 들어갔다고 평가할 수 없으므로 침입행위에 해당하지 않는다(대판 2022.3.24. 2017도18272 전합).

#### (2) 사안의 검토

주거침입죄는 사실상 주거의 평온을 보호법익으로 하므로 침입에 해당하는지 여부도 이러한 보호법익을 고려한 판단을 하여야 할 것이다. 설령 음식점 영업주가 사정을 알았더라면 피고인들의 출입을 승낙하지 않았을 것이라는 사정이 인정되더라도, 영업주의 추정적 의사만으로 주거침입죄의 성립을 인정하게 되면, 주거침입죄를 의사의 자유를 침해하는 범죄의 일종으로 보는 것이 되어 주거침입죄가 보호하고자 하는 법익의 범위를 넘어서게 되고, 관리자의 추정적 의사에 따라 주거침입죄의 성립 여부가 좌우되어 범죄 성립 여부가 명확하지 않고 가별성의 범위가 지나치게 넓어지게 되어 부당한 결과를 가져오게 된다.

따라서 음식점 영업주로부터 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 음식점의 방실에 들어간 이상 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 음식점의 방실에 들어갔다고 볼 수 없어 주거침입죄를 부정하는 판례의 입장이 타당하다.