

2025년 제31회 법무사 제2차 시험 형법

<총평>

이번 2025년 형법시험문제는 중요판례와 최신판례를 중심으로 출제해왔던 최근의 경향과는 다르게 지엽적인 판결들을 중심으로 출제가 되었다. 문제형식도 'OO죄의 성부를 논하시오'가 아니라 '甲과 乙의 죄책을 논하시오'라는 형식이어서 형법 전체에 대한 이해도에 따라 수험생별로 답안의 목차구성에 어느 정도 차이가 날 수 있도록 출제되었다.

하지만 형법 기본서를 중심으로 착실하게 공부해 온 수험생들이라면 수업시간에 배운 내용을 바탕으로 답안을 작성하기에 충분한 문제들이었고, 본인의 리걸 마인드로 얼마든지 합격점수를 얻을 수 있는 문제라고 생각된다.

다만 아쉬운 점은 2024년 시험의 주된 쟁점이 사기죄의 성립여부와 절도죄의 성립여부, 컴퓨터사용등사기죄의 성립여부 및 친족상도례 등이었던 것과 비교하여 이번 2025년 시험의 주된 쟁점도 사기죄의 성립여부와 절도죄의 성립여부 또는 자동차등불법사용죄의 성립여부 등으로 거의 동일한 쟁점이라는 것이다.

내년 2026년 시험을 준비하시는 분들은 출제경향을 신경쓰기 보다 기본에 충실한 공부를 하기를 부탁드린다. 예비순환을 통하여 형법의 기본 개념의 이해와 틀짜기(체계잡기)를 하고, 1순환을 통하여 기출문제의 분석과 핵심사례를 연습하고 답안작성에 필요한 사항들은 어느 정도 암기한 다음, 진도별 모의고사를 치르는 2순환, 전범위 모의고사를 치르는 3순환에서 답안작성연습과 최신판례를 학습하는 과정을 하루하루 성실히 따라가다 보면 합격이라는 좋은 결과로 이어질 거라 생각된다.

시험을 치르시느라 수고들 많이 하셨습니다.
수험생 여러분의 합격을 기원합니다!

서울법학원 오 상 훈

2025년 제31회 법무사 2차 시험 문제

형 법

【문 1】 아래 각 사안에서 甲과 乙의 죄책을 논하시오.

(죄수를 포함하고, 형법을 제외한 다른 법률 위반은 논하지 말 것)

1. 甲은 사업 실패 후 약 5,000만 원 정도의 채무를 부담하고 있고 달리 소유한 적극재산이 없어 파산신청을 하기로 마음먹었다. 甲은 법무사를 찾아가 파산신청에 대한 상담을 하였고, 관련서류를 준비하여 한 달 뒤에 신청서를 제출하기로 하였는데, 파산신청을 하고 나면 경제활동을 하기 어려울 것을 염려하여 마지막으로 친구들에게 돈을 빌려 평소 갖고 싶었던 고가의 자동차를 구매하기로 마음먹었다. 甲은 법무사 상담을 마친 다음 날 어릴 적 친구였던 乙을 오랜만에 만나 “지금 하고 있는 사업이 일시적으로 어려움에 빠졌는데 사업자금을 빌려주면 급한 변제를 해결하고 3개월 뒤에 반드시 갚겠다”고 말하여 乙로부터 3,000만 원을 송금받았고, 다시 그 다음 날 마찬가지로 어릴 적 친구였던 丙을 만나 乙에게 했던 것과 똑같은 이야기를 하면서 丙으로부터 3,000만 원을 송금받았다. 甲은 乙, 丙으로부터 받은 합계 6,000만 원으로 자동차를 구매하고 남은 돈을 생활비로 사용하였다. 이후 甲은 파산신청을 하여 파산선고를 받고 면책허가결정까지 받았다. (20점)
2. 乙은 위와 같이 甲에게 빌려준 돈을 돌려받지 못하게 되자 상심하여 취하도록 술을 마셨고, 이후 집으로 돌아가는 길에 甲이 새로 산 자동차에 열쇠가 꽂힌 채 길가에 주차되어 있는 것을 발견하였다. 乙은 甲에게 복수하려는 생각으로 위 자동차를 운전하여 자신의 집으로 향하였는데, 도중에 음주단속을 하던 경찰관에게 적발되어 음주측정을 하게 되었다. 경찰관은 乙에 대한 음주측정을 마친 후 주취운전자 적발보고서를 작성하여 乙에게 서명을 요구하였고, 乙은 위 ‘주취운전자 적발보고서’의 운전자 란에 甲의 서명을 하여 경찰관에게 제출하였다. 경찰이 乙에게 “집으로 돌아갔다 다음날 경찰에 출석하라”고 말하자 乙은 甲의 자동차를 그 자리에 세워둔 채 그대로 집으로 귀가하였다. (30점)

<예시답안>

[문 1]의 1.

【문 1】 아래 각 사안에서 甲과 乙의 죄책을 논하시오.

(죄수를 포함하고, 형법을 제외한 다른 법률 위반은 논하지 말 것)

1. 甲은 사업 실패 후 약 5,000만 원 정도의 채무를 부담하고 있고 달리 소유한 적극재산이 없어 파산신청을 하기로 마음먹었다. 甲은 법무사를 찾아가 파산신청에 대한 상담을 하였고, 관련서류를 준비하여 한 달 뒤에 신청서를 제출하기로 하였는데, 파산신청을 하고 나면 경제활동을 하기 어려울 것을 염려하여 마지막으로 친구들에게 돈을 빌려 평소 갖고 싶었던 고가의 자동차를 구매하기로 마음먹었다. 甲은 법무사 상담을 마친 다음 날 어릴 적 친구였던 乙을 오랜만에 만나 “지금 하고 있는 사업이 일시적으로 어려움에 빠졌는데 사업자금을 빌려주면 급한 변제를 해결하고 3개월 뒤에 반드시 갚겠다” 고 말하여 乙로부터 3,000만 원을 송금받았고, 다시 그 다음 날 마찬가지로 어릴 적 친구였던 丙을 만나 乙에게 했던 것과 똑같은 이야기를 하면서 丙으로부터 3,000만 원을 송금받았다. 甲은 乙, 丙으로부터 받은 합계 6,000만 원으로 자동차를 구매하고 남은 돈을 생활비로 사용하였다. 이후 甲은 파산신청을 하여 파산선고를 받고 면책허가결정까지 받았다. (20점)

✓ 초안

- I. 문제점
- II. 사기죄(제347조 제1항)의 성부
 1. 구성요건
 2. 기망행위 및 고의 → 차용금사기 / 용도사기
 3. 기수시기
 4. 죄수관계 → 피해자별
- III. 횡령죄(제355조 제1항)의 성부: X ∵ 타인의 재물 X 보관자 X
- IV. 배임죄(제355조 제2항)의 성부: X ∵ 채무자는 채권자의 사무처리자 X 민사채무불이행에 불과
- V. 장물취득죄(제362조)의 성부: X ∵ 본범의 정범이므로 주체 X
- VI. 사안의 해결

<예시답안>

I. 문제점

첫째, 甲이 사업 실패 후 약 5,000만 원 정도의 채무를 부담하고 있고, 법무사와 상담하여 한 달 뒤에 파산신청을 하기로 하였음에도 친구들에게 돈을 빌린 행위와 관련하여 사기죄의 고의가 인정되는지, 기망행위에 해당하는지가 문제되고, 乙과 丙에 대한 사기죄가 성립하는 경우 죄수관계가 문제된다.

둘째, 甲이 乙과 丙으로부터 빌린 돈으로 자동차를 구매하고 남은 돈을 생활비로 사용한 행위와 관련하여 횡령죄, 배임죄 또는 장물죄의 성부가 문제된다.

II. 사기죄(제347조 제1항)의 성부

1. 구성요건

사기죄는 사람을 기망하여 재물을 편취하거나 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 함으로써 성립하는 범죄이다(제347조). 보호법익은 전체로서의 재산권이라는 견해가 다수설이고, 보호의 정도는 침해범이다.

사기죄가 성립하기 위하여는 ① 기망행위 ② 피기망자의 착오 ③ 처분행위 ④ 재물 또는 재산상 이익의 취득이 순차적으로 인과관계가 있어야 한다.

2. 기망행위에의 해당여부 및 고의 인정여부

(1) 문제점

사안에서 甲이 사업 실패 후 약 5,000만 원 정도의 채무를 부담하고 있고, 법무사와 상담하여 한 달 뒤에 파산신청을 하기로 하였음에도 평소 갖고 싶었던 자동차를 구매하기로 마음먹고 乙과 丙에게 “지금 하고 있는 사업이 일시적으로 어려움에 빠졌는데 사업자금을 빌려주면 급한 변제를 해결하고 3개월 뒤에 반드시 갚겠다” 고 말한 행위에 대하여 사기죄의 고의가 인정되고 사기죄의 기망행위에 해당하여 甲에게 사기죄가 성립하는지 문제된다.

(2) 판례의 태도

대법원은 이미 **과다한 부채의 누적** 등으로 신용카드사용으로 인한 대출금채무를 변제할 의사나 능력이 없는 상황에 처하였음에도 불구하고 신용카드를 사용한 경우, 사기죄에 있어서 기망행위 내지 **편취의 범의**를 인정할 수 있고(대판 2005.8.19, 2004도6859), **용도를 속이고 돈을 빌린 경우에 있어서 만일 진정한 용도를 고지하였더라면 상대방이 돈을 빌려 주지 않았을 것**이라는 관계에 있는 때에는 사기죄의 실행행위인 **기망**은 있는 것으로 보아야 한다(대판 1996.2.27, 95도2828)고 판시하였다.

또한 대법원은 **차용금 사기죄로 기소된 피고인이 파산신청을 하여 면책허가결정이 확정된 사안**에서, [1] 개인파산·면책제도를 통하여 면책을 받은 채무자에 대한 차용금 사기죄의 인정 여부는 그 사기로 인한 손해배상채무가 면책대상에서 제외되어 경제적 회생을 도모하려는 채무자의 의지를 꺾는 결과가 될 수 있다는 점을 감안하여 보다 신중한 판단을 요한다고 하면서도 [2] 피고인이 파산신청 2년 전부터 불과 40여 일 전까지 여러 사람으로부터 돈을 빌려서 채무변제와 생활비 등으로 사용한 것은 사기죄를 구성한다고 판시하였다(대판 2007.11.29, 2007도8549).

[사실관계] 피고인이 2006. 5. 8. 파산신청을 하여 2006. 9. 15. 파산선고를 받고 이어서 2007. 3. 23. 면책허가결정을 받아 그 면책허가결정이 2007. 4. 8. 확정된 사실을 알 수 있으나, 한편 피고인은 2001년경 전 남편이 사업에 실패하여 이혼을 하면서 4~5천만 원 가량의 보증채무를 부담하고 있었고 달리 소유한 재산이 전혀 없어 돈을 차용하더라도 이를 변제할 의사나 능력이 없었음에도 불구하고 2004. 4.경부터 파산신청을 하기 불과 40여 일 전인 2006. 3. 28.경까지 피해자들로부터 총 6천만 원의 돈을 빌려서 채무 변제와 **생활비** 등으로 사용한 사실을 알 수 있으므로, 이러한 피고인의 행위가 **사기죄에 해당한다**고 판단한 제1심판결을 그대로 유지한 원심의 조치는 결론에 있어서 정당하다(대판 2007.11.29, 2007도8549).

(3) 사안의 경우

甲이 약 5,000만 원 정도의 채무를 부담하고 있는 상태에서 한 달 뒤에 파산신청을 하기로 하였음에도 평소 가지고 싶었던 고가의 자동차를 구매하기 위하여 乙과 丙에게 “지금 하고 있는 사업이 일시적으로 어려움에 빠졌는데 사업자금을 빌려주면 급한 변제를 해결하고 3개월 뒤에 반드시 갚겠다” 고 말한 경우 甲에게는 변제의사와 변제능력이 없었다 보아야 하므로 사기죄의 고의가 인정되고, 만약 사업자금이 아니라 고가의 자동차를 구매할 것이라는 진정한 용도를 고지하였다면 乙과 丙은 돈을 빌려 주지 않았을 것이므로 이는 사기죄의 기망행위에 해당한다(이른바 차용금사기 중 용도사기).

참고로 한 달 뒤에 파산신청을 하기로 한 사실을 고지하지 않는 행위는 부작위에 의한 기망행위 여부가 문제될 수 있으나, 甲은 “지금 하고 있는 사업이 일시적으로 어려움에 빠졌는데 사업자금을 빌려주면 급한 변제를 해결하고 3개월 뒤에 반드시 갚겠다” 고 말하여 작위에 의한 기망 중 명시적 기망행위를 하였으므로 명시적·묵시적 기망행위 없는 경우에만 문제되는 부작위에 의한 기망행위에 해당하는지는 별도로 검토를 요하지 않는다.

3. 기수시기

사기죄의 기수시기는 피기망자의 처분행위로 자기 또는 제3자가 재물의 교부를 받거나 재산상 이익을 취득한 때이다.

대법원은 타인의 명의를 빌려 예금계좌를 개설한 후, 통장과 도장은 명의인에게 보관시키고 자신은 위 계좌의 현금인출카드를 소지한 채, 명의인을 기망하여 위 예금계좌로 돈을 송금하게 한 경우, 명의인을 기망하여 위 통장으로 돈을 송금 받은 이상, 이로써 송금 받은 돈을 자신의 지배하에 두게 되어 편취행위는 기수에 이르렀다고 할 것이고, 이후 편취금을 인출하지 않고 있던 중 명의인이 이를 인출하여 갔다 하더라도 이는 범죄성립 후의 사정일 뿐 사기죄의 성립에 영향이 없다(대판 2003.7.25, 2003도2252)고 판시하였다.

사안에서 乙과 丙으로부터 각 3,000만 원을 송금받은 때 사기죄는 기수에 이르게 된다.

4. 죄수관계

판례는 피해자별로 사기죄의 죄수를 판단하고 있다.

대법원은 [사기 범행의 피해자들이 부부인 경우 사기죄의 죄수관계가 문제된 사건]에서 “다수의 피해자에 대하여 각각 기망행위를 하여 각 피해자로부터 재물을 편취한 경우에는 범의가 단일하고 범행방법이 동일하더라도 각 피해자의 피해법익은 독립한 것이므로 이를 포괄일죄로 파악할 수 없고 피해자별로 독립한 사기죄가 성립된다. / 다만 피해자들의 피해법익이 동일하다고 볼 수 있는 사정이 있는 경우에는 이들에 대한 사기죄를 포괄하여 일죄로 볼 수 있다(대판 2023.12.21, 2023도13514)” 고 판시하였다.

사안에서 乙과 丙에 대하여 각각 기망행위를 하였으므로 乙과 丙에 대한 사기죄가 각 성립하고 양죄는 실체적 경합관계에 있다고 보아야 한다.

III. 횡령죄(제355조 제1항)의 성부

1. 구성요건

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

횡령죄의 주체는 타인의 재물을 보관하는 자라야 하고(진정신분범), 여기에서 보관이란 위탁관계에 의하여 재물을 점유하는 것을 뜻하므로 횡령죄가 성립하기 위하여는 재물의 보관자와 재

물의 소유자(또는 기타의 본권자) 사이에 위탁관계가 있어야 한다.

사안에서 甲이 乙과 丙으로부터 사업자금으로 빌린 돈을 乙과 丙의 소유라고 보아 甲을 타인의 재물을 보관하는 자라 볼 수 있는지 문제된다.

2. 타인의 재물 보관자에의 해당여부

금전 등은 대체가 가능하므로 보관자가 소유자가 되는 것이 원칙이다(“금전은 소지가 있는 곳에 소유가 있다”).

대법원도 최근 **[채권양도 후 통지 전 수령·소비사건]**에서 “채권양도인이 채무자에게 채권양도 통지를 하는 등으로 채권양도의 대항요건을 갖추어 주지 않은 채 채무자로부터 채권을 추심하여 금전을 수령한 경우, 특별한 사정이 없는 한 금전의 소유권은 채권양수인이 아니라 채권양도인에게 귀속하고 채권양도인이 채권양수인을 위하여 양도 채권의 보전에 관한 사무를 처리하는 신임관계가 존재한다고 볼 수 없다. 따라서 채권양도인이 위와 같이 양도한 채권을 추심하여 수령한 금전에 관하여 채권양수인을 위해 보관하는 자의 지위에 있다고 볼 수 없으므로, 채권양도인이 위 금전을 임의로 처분하더라도 **횡령죄는 성립하지 않는다**(대판 2022.6.23, 2017도 3829 소슴)” 고 판시한 바 있다.

3. 사안의 경우

사안에서 甲이 乙과 丙으로부터 사업자금으로 빌린 돈은 채권자인 乙과 丙의 소유가 아니라 송금받음과 동시에 채무자인 甲의 소유가 된다고 보는 판례의 태도가 타당하다. 따라서 甲은 타인의 재물을 보관하는 자라 볼 수 없고, 빌린 돈을 사업자금으로 사용한 것이 아니라 자동차를 구입하고 남은 돈을 생활비로 사용하였다 하더라도 甲은 횡령죄의 죄책을 지지 않는다.

IV. 배임죄(제355조 제2항)의 성부

1. 구성요건

배임죄란 타인의 사무를 처리하는 자가 그 ‘임무에 위배하는 행위’ 로 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가하는 것을 내용으로 하는 범죄이다(제355조 제2항). 타인의 사무처리자만이 주체가 되는 진정신분범이다.

배임죄의 주체로서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’ 란 타인과의 대내관계에 있어서 신의성실의 원칙에 비추어 그 사무를 처리할 신임관계가 존재한다고 인정되는 자를 말한다. 다만 배임죄는 재산죄이므로 여기의 사무는 재산적 사무(타인의 재산보호·관리사무)에 제한된다.

사안의 경우 甲은 乙과 丙으로부터 사업자금 조로 각 3,000만 원씩 차용하였는바, 이와 관련하여 甲이 배임죄의 주체로서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’ 에 해당하는지 문제된다.

2. 타인의 사무처리자에의 해당여부

대법원은 최근 **[채권양도담보사건]**에서 “금전채권채무 관계에서 금전채무의 이행은 어디까지나 채무자가 자신의 급부 의무의 이행으로서 행하는 것이므로 이를 두고 채권자의 사무를 맡아 처리하는 것으로 볼 수 없다. 따라서 금전채권채무의 경우 채무자는 채권자에 대한 관계에서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’ 에 해당한다고 할 수 없다(대판 2021.7.15, 2020도3514)” 고 판시하였다.

3. 사안의 경우

설문에서 甲이 乙과 丙에게 지는 의무는 채무의 변제라는 자기사무에 해당한다고 보는 판례의

태도가 타당하다. 따라서 채무자인 甲을 채권자인 乙과 丙의 사무를 처리하는 자라 볼 수 없고, 따라서 甲이 빌린 돈을 사업자금으로 사용한 것이 아니라 자동차를 구입하고 남은 돈을 생활비로 사용하였다 하더라도 甲은 배임죄의 죄책을 지지 않는다.

V. 장물취득죄(제362조)의 성부

1. 구성요건

장물취득죄는 장물을 취득함으로써 성립하는 범죄이고, 보호법익은 본범의 피해자의 재산권이다. 사안에서 사기죄를 범한 甲이 장물죄의 주체가 될 수 있는지 문제된다.

2. 장물죄의 주체에의 해당여부

대법원은 장물죄는 타인(본범)이 불법하게 영득한 재물의 처분에 관여하는 범죄이므로 자기의 범죄에 의하여 영득한 물건에 대하여는 성립되지 아니하고 이는 불가벌적 사후행위에 해당한다고 할 것이지만, 여기에서 자기의 범죄라 함은 정범자(공동정범과 합동범을 포함한다)에 한정된다(대판 1986.9.9, 86도1273)고 판시하고 있다.

3. 사안의 경우

장물죄는 본범이 불법하게 영득한 재물의 처분에 관여하는 범죄이므로 본범은 장물죄의 주체가 될 수 없다고 보는 판례가 타당하다. 따라서 사안에서 본범인 甲은 장물죄의 주체가 될 수 없고, 甲은 장물취득죄의 죄책을 지지 않는다.

VI. 사안의 해결

甲이 변제할 의사나 능력이 없었음에도 불구하고 乙과 丙에게 각 3,000만 원씩 총 6,000만 원을 빌린 행위에 대하여는 그 후 파산신청을 하여 파산선고를 받고 면책허가결정까지 받았다 하더라도 乙과 丙에게 각 사기죄의 죄책을 진다.

사기죄의 죄수와 관련하여서는 사기죄는 피해자별로 성립하고 별개의 기망행위가 있었으므로 乙에 대한 사기죄와 丙에 대한 사기죄는 실체적 경합관계(제37조)에 있다고 보아야 한다.

이외에 甲은 횡령죄, 배임죄, 장물취득죄의 죄책을 지지 않는다.

[문 1]의 2.

【문 1】 아래 각 사안에서 甲과 乙의 죄책을 논하시오.

(죄수를 포함하고, 형법을 제외한 다른 법률 위반은 논하지 말 것)

2. 乙은 위와 같이 甲에게 빌려준 돈을 돌려받지 못하게 되자 상심하여 취하도록 술을 마셨고, 이후 집으로 돌아가는 길에 甲이 새로 산 자동차에 열쇠가 꽂힌 채 길가에 주차되어 있는 것을 발견하였다. 乙은 甲에게 복수하려는 생각으로 위 자동차를 운전하여 자신의 집으로 향하였는데, 도중에 음주단속을 하던 경찰관에게 적발되어 음주측정을 하게 되었다. 경찰관은 乙에 대한 음주측정을 마친 후 주취운전자 적발보고서를 작성하여 乙에게 서명을 요구하였고, 乙은 위 ‘주취운전자 적발보고서’의 운전자란에 甲의 서명을 하여 경찰관에게 제출하였다. 경찰이 乙에게 “집으로 돌아갔다 다음날 경찰에 출석하라”고 말하자 乙은 甲의 자동차를 그 자리에 세워둔 채 그대로 집으로 귀가하였다. (30점)

✓ 초안

- I. 문제점
- II. 甲의 자동차를 운전하여 간 행위의 죄책
 - 1. 절도죄(제329조)의 성부
 - (1) 구성요건 → 불법영득의사 인정여부
 - (2) 기수시기
 - (3) 책임능력 인정여부 → 원인에 있어서 자유로운 행위(제10조 제3항) or 제10조 제1항, 제2항
 - 2. 자동차등 불법사용죄(제331조의2)의 성부 → 불법영득의사 없는 경우
 다른 장소에 버린 경우 불법영득의사가 인정되므로 절도죄 O 자동차등불법사용죄 X(2002도3465)
- III. 주취운전자 적발보고서의 운전자란에 甲의 서명을 하여 제출한 행위의 죄책
 - 1. 사문서위조죄 및 동행사죄(제231조, 제234조)의 성부: O
 → 문서의 종류(공문서와 사문서의 개념) → 공사혼용문서 중 사문서에 해당
 - 2. 위계에 의한 공무집행방해죄(제137조)의 성부: X ∵ 충분한 수사 X
 - 3. 범인도피죄(제151조)의 성부: X ∵ 자기OO
- IV. 사안의 해결
 절도죄와 사문서위조 및 동행사죄의 실제적 경합(제37조)

〈예시답안〉

I. 문제점

첫째, 乙이 甲의 자동차를 운전하여 간 행위와 관련하여 절도죄 또는 자동차등불법사용죄의 죄책을 지는지가 특히 불법영득의사 인정여부와 관련하여 문제된다.
 둘째, 乙이 주취운전자 적발보고서의 운전자란에 甲의 서명을 하여 제출한 행위와 관련하여 甲이 공문서위조죄 또는 사문서위조죄 및 동행사죄의 죄책을 지는지, 위계에 의한 공무집행방해죄의 죄책을 지는지, 범인도피죄의 죄책을 지는지가 문제된다.

II. 甲의 자동차를 운전하여 간 행위의 죄책

1. 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.

또한 절도죄는 영득죄이므로 주관적 구성요건으로 절도죄의 고의뿐만 아니라 불법영득의사가 인정되어야 한다.

사안에서 乙이 甲의 소유인 자동차를 甲의 의사에 반하여 가져 간 사실은 인정되나, 甲에게 복수하려는 생각으로 甲의 자동차를 운전하여 갔으므로 乙에게 甲의 자동차에 대한 불법영득의사가 인정되어 절도죄가 성립하는지 문제된다.

(2) 불법영득의사 인정여부

1) 불법영득의사의 의의

불법영득의사란 권리자를 배제하고 타인의 재물을 자기의 소유물과 같이 그 경제적 용법에 따라 이용·처분할 의사를 말한다. 다시 말해 타인의 재물에 대하여 그 소유권을 침해할 의사를 말한다(소유권침해의사). 불법영득의사는 고의 이외의 초과 주관적 구성요건요소이다.

2) 판례의 태도

대법원은 소유자의 승낙 없이 오토바이를 타고 가서 **다른 장소에 버린 경우**, 자동차 등 불법사용죄가 아닌 절도죄가 성립한다(대판 2002.9.6, 2002도3465)고 하면서, 일시사용의 목적으로 타인의 점유를 침탈한 경우에도 이를 반환할 의사 없이 상당한 장시간 점유하고 있거나 **본래의 장소와 다른 곳에 유기하는 경우에는** 이를 일시 사용하는 경우라고는 볼 수 없으므로 영득의사가 없다고 할 수 없다(대판 2002.9.6, 2002도3465)고 판시하고 있다.

[참고판례] 타인의 재물을 점유자의 승낙 없이 무단사용하는 경우에 있어서 ① 그 사용으로 인하여 물건 자체가 가지는 경제적 가치가 상당한 정도로 소모되거나 또는 ② 사용 후 그 재물을 본래 있었던 장소가 아닌 다른 장소에 버리거나 ③ 곧 반환하지 아니하고 장시간 점유하고 있는 것과 같은 때에는 그 소유권 또는 본권을 침해할 의사가 있다고 보아 불법영득의 의사를 인정할 수 있을 것이나, / 그렇지 않고 ① 그 사용으로 인한 가치의 소모가 무시할 수 있을 정도로 경미하고, 또한 ② 사용 후 곧 반환한 것과 같은 때에는 그 소유권 또는 본권을 침해할 의사가 있다고 할 수 없어 불법영득의 의사가 있다고 인정할 수 없다(대판 1999.7.9, 99도857).

3) 사안의 경우

사안에서 복수하려는 생각으로 자동차를 운전하여 간 것이 자동차에 대한 절취의사라면 당연히 불법영득의사가 인정되고, / 설사 甲이 채무를 변제할 때까지 자동차를 가지고 있다가 채무를 변제하면 돌려줄 생각 즉 일시사용의 의사이었다 하더라도 음주측정을 마친 후 甲의 자동차를 그 자리에 세워 둔 채 그대로 집으로 귀가하여 자동차를 본래의 장소에 다른 곳에 유기하였으므로 乙에게는 불법영득의사가 인정된다고 보아야 한다.

(3) 기수시기

절도죄는 타인의 점유를 배제하고 자기 또는 제3자의 지배하에 둔 때 즉 재물을 취득한 때 기수가 된다(취득시설). 휴대가 가능하거나 쉽게 운반할 수 있는 재물은 손안에 넣거나 호주머니 또

는 가방에 넣었을 때 기수가 되지만, 쉽게 운반할 수 없는 재물은 피해자의 지배범위를 벗어날 수 있는 상태가 되었을 때 기수가 된다.

대법원은 길가에 시동을 걸어놓은 채 세워둔 모르는 사람의 자동차를 함부로 운전하고 약 200미터 가량 갔다면 절도의 기수에 해당한다(대판 1992.9.22, 92도1949)고 판시하였다.

사안에서 乙은 甲의 자동차를 운전하여 자신의 집으로 향하여 甲의 지배범위를 벗어난 상태가 되었으므로 乙의 절취행위는 기수에 해당한다고 보아야 한다.

(4) 책임능력 인정여부

1) 문제점

乙은 甲에게 빌려준 돈을 돌려받지 못하게 되자 상심하여 취하도록 술을 마신 상태에서 甲의 자동차를 운전하여 갔으므로 책임조각사유인 심신상실(제10조 제1항)이나 책임감경사유인 심신미약(제10조 제2항)을 주장할 수 있는지 문제된다.

2) 원인에 있어서의 자유로운 행위에의 해당여부

대법원은 형법 제10조 제3항은 고의에 의한 원인에 있어서의 자유로운 행위뿐만 아니라 과실에 의한 원인에 있어서의 자유로운 행위에도 적용된다고 하면서 피고인이 음주운전을 할 의사를 가지고 음주만취한 후 운전을 결행하여 교통사고를 일으켰다면 피고인은 음주시에 교통사고를 일으킬 위험성을 예견하였는데도 자의로 심신장애를 야기한 경우에 해당하므로 위 법조항에 의하여 심신장애로 인한 감경 등을 할 수 없다(대판 1992.7.28, 92도999)고 판시하였다.

3) 사안의 경우

乙이 절도죄를 범할 고의로 취하도록 술을 마신 것은 아니므로 고의에 의한 원인에 있어서의 자유로운 행위에 해당하지 않고, 설문에는 나와 있지 않지만 만약 평소 절도의 습벽이 있어 위험발생을 예견할 수 있었음에도 취하도록 술을 마신 후 과실로 절도를 한 경우인 과실에 의한 원인에 있어서의 자유로운 행위에 해당한다면 절도죄는 과실범을 처벌하지 않으므로 무죄가 된다. 그러나 사안의 경우 절도의 고의와 불법영득의사가 인정되는 경우이므로 과실에 의한 원인에 있어서의 자유로운 행위에 해당한다고 보기는 어렵다.

따라서 乙의 행위는 원인에 있어서의 자유로운 행위라고 보아 제10조 제3항을 적용할 수는 없고, 정도에 따라 심신상실 또는 심신미약 상태하에서의 행위에 해당하므로 제10조 제1항 또는 제10조 제2항을 주장할 수 있다고 판단된다.

(5) 소결

乙에게는 甲의 소유인 자동차를 甲의 의사에 반하여 가져 갔고, 甲의 자동차에 대한 불법영득의사가 인정된다. 다만 취하도록 술을 마신 상태에서 행위하였으므로 이로 인한 심신상실 또는 심신미약으로 인한 책임조각·감경을 주장할 수 있다고 판단된다. 심신상실이 인정되는 경우라면 절도죄의 죄책을 지지 않지만(제10조 제1항), 심신미약이 인정되는 경우라면 절도죄의 죄책을 지고 다만 형을 감경할 수 있을 뿐이다(제10조 제2항).

사안에서는 乙이 취하도록 술을 마신 후 집으로 돌아가는 길에 甲이 새로 산 자동차라는 점을 알아내고 복수하려는 생각으로 위 자동차를 운전하여 집으로 향하였다는 점, 음주측정을 마친 후 서명을 요구하는 경찰관에게 甲의 서명을 하여 제출하였다는 점 등을 고려하면 乙은 심신상실의 정도라 보기는 어렵고, 심신미약을 주장할 수는 있다고 보인다.

2. 자동차등 불법사용죄(제331조의2)의 성부

(1) 구성요건

자동차등 불법사용죄는 권리자의 동의 없이 타인의 자동차, 선박, 항공기 또는 원동기장치자전거를 일시 사용함으로써 성립하는 범죄이다(제331조의2). 권리자의 동의 없이 일시사용한다는 인식과 의사(고의)는 있어야 하나, 불법영득의사가 없는 사용절도를 예외적으로 처벌하는 경우이므로 불법영득의사를 요하지 않는다.

(2) 절도죄와의 관계

절도죄에 대하여는 보충관계이다. 따라서 불법영득의사가 있다면 절도죄가 성립하고 자동차 등 불법사용죄는 성립하지 않는다.

대법원도 자동차 등 불법사용죄는 타인의 자동차 등의 교통수단을 불법영득의 의사 없이 일시 사용하는 경우에 적용되는 것으로서 불법영득의사가 인정되는 경우에는 절도죄로 처벌할 수 있을 뿐 본죄로 처벌할 수 없다(대판 2002.9.6, 2002도3465)고 판시한 바 있다.

(3) 사안의 경우

乙에게는 甲의 자동차에 대한 불법영득의사가 인정되므로 절도죄가 성립하고, 자동차등불법사용죄의 죄책을 지지 않는다.

Ⅲ. 주취운전자 적발보고서의 운전자란에 甲의 서명을 하여 제출한 행위의 죄책

1. 사문서위조죄 및 동행사죄(제231조, 제234조)의 성부

(1) 문제점

乙이 음주측정을 마친 후 주취운전자 적발보고서의 운전자란에 甲의 서명을 하여 제출한 행위와 관련하여 공문서위조 및 동행사죄의 죄책을 지는지 사문서위조 및 동행사죄의 죄책을 지는지가 문제된다.

(2) 문서의 종류

1) 공문서

공문서란 ① 공무소 또는 공무원이 ② 그 직무에 관하여 작성한 문서를 말한다. 따라서 공무원이 작성한 문서라도 직무에 관한 것이 아니라 개인적 용도로 작성한 경우 공문서가 아니다. 대법원은 최근 [금융감독원장 명의 문서위조사건]에서 “금융위원회의 설치 등에 관한 법률(이하 ‘금융위원회법’이라고 한다) 제69조는 금융위원회 위원 또는 증권선물위원회 위원으로서 공무원이 아닌 사람과 금융감독원의 집행간부 및 직원은 형법이나 그 밖의 법률에 따른 벌칙을 적용할 때에는 공무원으로 보고 있다. 그렇다면 금융위원회법 제29조, 제69조 제1항에서 정한 금융감독원 집행간부인 금융감독원장 명의의 문서를 위조, 행사한 행위는 사문서위조죄, 위조사문서행사죄에 해당하는 것이 아니라 공문서위조죄, 위조공문서행사죄에 해당한다(대판 2021.3.11, 2020도14666)” 고 판시한 바 있다.

2) 사문서

사문서란 사인의 명의로 작성한 문서 중 권리의무와 사실관계를 증명하는 것만을 말한다. 권리·의무에 관한 문서라 함은 권리의무의 발생·변경·소멸에 관한 사항이 기재된 것을 말하며, 사실증명에 관한 문서는 권리·의무에 관한 문서 이외의 문서로서 ‘거래상 중요한 사실을 증명하는 문서’를 의미한다.

대법원은 최근 [특정 후보자에 대한 지지선언 형식의 기자회견을 위해 허무인 명의 서명부를 작성한 사안]

에서 피고인이 허무인 명의로 작성한 이 사건 서명부 21장은 주된 취지가 특정 대통령후보자에 대한 정치적인 지지 의사를 집단적 형태로 표현하고자 한 것일 뿐, / 실체법 또는 절차법에서 정한 구체적인 권리·의무에 관한 문서 내지 거래상 중요한 사실을 증명하는 문서에 해당한다고 보기 어렵다고 보아, 무죄를 선고한 원심판결을 수긍하여 상고를 기각하였다(대판 2024.1.4, 2023도1178).

3) 공사혼용문서의 경우

공사혼용문서(복합문서)란 1개의 문서에 공문서와 사문서가 복합된 문서이다.

대법원은 주취운전자적발보고서, 주취운전자정황진술보고서의 **운전자란**에 타인의 성명을 기재하여 경찰관에게 제출한 경우의 죄책은 사문서위조 및 동행사죄에 해당한다(대판 2004.12.23, 2004도6483)고 보았다.

(3) 사안의 경우

사안에서 **주취운전자 적발보고서**는 경찰관이 직무에 관하여 작성하는 문서이므로 **공문서**에 해당하나, / 주취운전자 적발보고서의 **운전자란**은 **甲의 주소, 주민등록번호 등을 기재한 사실증명에 관한 사문서**에 해당하므로 **乙이 甲의 서명을 한 행위에 대하여는 사문서위조죄, 위조한 사문서를 진정한 것인 양 경찰관에게 제출한 행위에 대하여는 위조사문서행사죄의 죄책을 지고, 양자는 실체적 경합관계에 있다.**

2. 위계에 의한 공무집행방해죄(제137조)의 성부

(1) 구성요건

위계에 의한 공무집행방해죄는 위계로써 공무원의 직무집행을 방해함으로써 성립하는 범죄이다(제137조). 보호법익은 공무이며, 보호정도는 추상적 위험범이다.

乙이 음주측정을 마친 후 주취운전자 적발보고서의 운전자란에 甲의 서명을 하여 제출한 행위와 관련하여 위계에 의한 공무집행방해죄의 성부가 문제된다.

(2) 위계에의 해당여부

위계란 상대방의 오인착각부지를 이용하는 일체의 행위를 말하는바, 판례는 현실적으로 구체적인 공무집행이 저지되거나 곤란하게 하는 상태에 이르러야 기수라고 보고 있다.

또한 대법원은 수사기관이 범죄사건을 수사할 때에는 피의자 등의 진술 여하에 불구하고 피의자를 확정하고 그 피의사실을 인정할 만한 객관적인 모든 증거를 수집·조사하여야 할 권리와 의무가 있고, 한편 **피의자는 진술거부권과 자기에게 유리한 진술을 할 권리와 유리한 증거를 제출할 권리를 가질 뿐이고 수사기관에 대하여 진실만을 진술하여야 할 의무가 있는 것은 아니므로 피의자 등이 수사기관에 대하여 허위사실을 진술하거나 피의사실 인정에 필요한 증거를 감추고 허위의 증거를 제출하였다**고 하더라도, 수사기관이 충분한 수사를 하지 아니한 채 이와 같은 허위의 진술과 증거만으로 증거의 수집·조사를 마쳤다면, 이는 **수사기관의 불충분한 수사에 의한 것**으로서 피의자 등의 위계에 의하여 수사가 방해되었다고 볼 수 없어 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립된다고 할 수 없다(대판 2011.2.10, 2010도15986 ; 대판 2019.3.14, 2018도18646)고 하였다.

(3) 사안의 경우

판례의 태도에 따르면 **乙이 음주측정을 마친 후 주취운전자 적발보고서의 운전자란에 甲의 서명을 하여 제출한 행위만으로 현실적으로 구체적인 공무집행이 저지되거나 곤란하게 하는 상태**

에 이르렀다 보기는 어렵다. 따라서 위계에 의하여 수사가 방해되었다고 볼 수는 없으므로 乙은 위계에 의한 공무집행방해죄의 죄책을 지지 않는다.

3. 범인도피죄(제151조)의 성부

(1) 구성요건

범인도피죄는 벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 자를 은닉 또는 도피하게 함으로써 성립하는 범죄이다(제151조 제1항). 범인비호적 내지 사후중범적 행위를 독립적 구성요건으로 규정한 것이다. 추상적 위험범이고, 계속범이다.

乙이 음주측정을 마친 후 주취운전자 적발보고서의 운전자란에 甲의 서명을 하여 제출한 행위와 관련하여 乙이 범인도피죄의 주체가 될 수 있는지가 문제된다.

(2) 주체에의 해당여부

범인도피죄는 타인을 도피하게 하는 경우에 성립하므로 범인자신의 은닉·도피행위는 처벌되지 않는다.

대법원도 이른바 [콜라텍 허위양도사건]에서 범인도피죄는 타인을 도피하게 하는 경우에 성립할 수 있는데, 여기에서 타인에는 공범도 포함되나 범인 스스로 도피하는 행위는 처벌되지 않는다(대판 2018.8.1, 2015도20396)고 판시한 바 있다.

(3) 사안의 경우

乙은 벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 범인에 해당하므로 범인도피죄의 주체가 될 수 없고, 따라서 스스로 도피행위를 하였다 하더라도 乙은 범인도피죄의 죄책을 지지 않는다.

IV. 사안의 해결

乙이 甲의 자동차를 운전하여 집으로 향하던 중 음주측정을 받고 甲의 자동차를 그 자리에 세워둔 채 집으로 귀가한 행위에 대하여 乙에게는 甲의 자동차에 대한 불법영득의사가 인정되므로 乙은 절도죄의 죄책을 진다. 다만 취하도록 술을 마신 상태이므로 심신미약(제10조 제2항)의 주장을 할 수 있을 뿐이다.

乙이 주취운전자 적발보고서의 운전자란에 甲의 서명을 한 행위에 대하여는 사문서위조죄, 경찰관에게 이 서류를 제출한 행위에 대하여는 위조사문서행사죄의 죄책을 지고 양죄는 실체적 경합관계(제37조)에 있다.

乙의 절도죄와 사문서위조 및 동행사죄간의 죄수관계 또한 실체적 경합관계(제37조)이다.