

2023학년도 1학기 학력진단평가 2학년 형법 [사례형] 답안

출 제 자 : 홍승희 교수

시험일시 : 2023. 03. 03.(금) 13:30 ~ 14:50

■ 설문 1: 사실관계 (1)에서 甲과 乙의 죄책 (25점)

I. 甲의 죄책

1. 중고차 매도 관련 (8점)

1) 횡령죄 성립여부(4점)

- 위탁판매대금 중 일부를 착복한 행위의 가벌성과 관련하여

가. 배임죄설 / 나. 횡령죄설 (判) ※ 大判 1995.11.24., 95도1923

<사안적용> A로부터 A 소유 중고차의 매각에 대한 위임을 받아, 이를 B에게 매도하여 5,000만원을 받았으므로, 이 5,000만원은 의뢰자인 A의 소유에 귀속함. 따라서 A 소유의 5,000만원을 보관하는 관계에 있으므로 甲에게는 횡령죄 성립

2) 사기죄 성립여부(4점)

- 자기가 점유하는 타인의 재물을 횡령하기 위하여 기망수단을 사용한 경우, 횡령죄 외에 별도로 사기죄가 성립하는지 여부가 문제됨

- <判例> 별도로 사기죄가 성립하지 않는다는 취지 ※ 大判 1980.12.9., 80도1177

<사안적용> 甲이 매각을 위임한 A에게 4,000만원만 교부하고, 나머지 1,000만원을 불법영득하였다고 하더라도, A는 1,000만원에 대한 재산적 처분행위가 없으므로, 사기죄는 불성립

2. C에 대한 상해 관련 (9점)

1) 상해죄에 대한 구성요건해당성 (3점)

- 甲이 C를 乙로 잘못 알고 C에게 상해를 가한 것은 “구체적 사실의 착오”에 해당 특히 “객체의 착오”에 해당
- 이러한 ‘객체의 착오’는 동기의 착오에 불과하여, -구체적 부합설, 법정적 부합설, 추상적 부합설 모두- (발생한 사실에 대한) 고의를 조각시키지는 않음
- 따라서 甲에게는 상해의 고의가 그대로 인정되고, 타인인 C의 건강을 침해하였으므로, 상해죄의 구성요건해당성이 인정됨

2) 상해죄의 위법성조각 여부 (5점)

- 한편 (객체의) 착오로 상해를 입은 C는 그러나 乙의 사무실 강도범이었으므로, 甲은 정당행위의 위법성조각을 주장할 여지가 있음 (반전된 허용구성요건의 착오)

이때 甲에게는 객관적 정당화상황(㉠)은 존재하였으나, 주관적 정당화요소(㉡)가 없었다는 점에서 위법성조각이 인정되는지 여부가 문제됨

(1) 위법성조각을 위한 주관적 정당화 요소의 필요성

가. 필요설(通)(判): 주관적 정당화요소가 존재할 때 비로소 위법성이 조각된다는 입장으로, 이러한 주관적 정당화 요소가 없다면 불법을 구성하는 결과반가치와 행위반가치 가운데, 행위반가치의 요소인 고의를 상쇄시킬 수 없기 때문 (불법의 실체에 관한 결과불법 일원론 또는 인과적 불법론의 입장)

※ 大判 1997.4.17., 96도3376(전합)

나. 불요설: (불법의 실체에 관한 행위반가치·결과반가치 이원론의 입장)

(2) 주관적 정당화요소의 흠결과 그 효과

- 가. 불능미수범설(通): 비록 주관적 정당화요소는 없었으나, 결과적으로 정당화행위에 해당하므로 '결과반가치' 없으므로, 따라서, 형법 제27조를 유추적용하여 불능미수의 한 형태로 이해
- 나. 기수범설: 구성요건결과가 실제로 발생한 이상, 결과반가치를 부정할 수 없고, 구성요건적 결과까지 발생했으므로 기수범으로 처벌해야
- 다. 위법성조각설(무죄설): 주관적 정당화요소가 필요치 않다는 견해에 따르면, 객관적 정당화상황이 존재했으므로 위법성이 조각되므로 무죄

(3) 결론 (1점) : 통설인 불능미수범설에 의하면, 甲의 행위는 불능미수 규정을 적용하므로, 甲에게는 상해죄의 불능미수범이 성립함

II. 乙의 죄책 (8점)

1. 장물보관죄 성립여부 (4점)

- 乙이 甲으로부터 보관을 부탁받은 수표(1,000만원)는 재산범죄인 횡령죄로 인해 영득한 재물이므로, 장물에 해당
- 乙은 이러한 정을 알면서 보관하였으므로 장물보관죄 성립함

2. 횡령죄 성립여부 (4점)

- 장물범 乙은 보관중인 장물(수표)을 유흥비로 탕진하였으므로, 장물보관죄 외에 별도로 횡령죄가 성립하는지 문제
 - <判例>는 횡령죄 성립을 부정함 ※ 大判 1976.11.23., 76도3067
- ▶ 판례의 입장에 따르면, 乙에게는 별도의 횡령죄가 성립하지 않음

■ 설문 2: 사실관계 (2)에서 乙과 丙의 죄책 (25점)

I. 乙의 죄책

1. 야간주거침입강도미수죄 또는 야간주거침입강도예비죄의 성립여부 (14점)

1) 실행의 착수시기에 따른 가벌성 (9)

- 야간주거침입강도죄의 실행의 착수시기에 관하여

가. 주거침입시설 (判) ※ 大判 1992.7.28., 92도917

→ 주거침입시설에 따르면 乙에게는 야간주거침입강도죄의 미수범 성립

나. 폭행·협박시설 (判) ※ 大判 1991.11.22., 91도2296

→ 폭행·협박시설에 따르면 乙에게는 야간주거침입강도죄의 예비죄 성립여지가 있음

예비란, 실행에 착수하기 전에 이루어지는 범죄의 준비행위로서, 강도를 하기 위해 범행현장을 답사해두는 행위도 포함하므로, 폭행·협박시설에 따르면 乙에게는 야간주거침입강도죄의 예비죄 성립함.

2) 중지 관련 쟁점 (5)

○ 야간주거침입강도죄의 실행의 착수시기를 <주거침입시>로 볼 경우,

: 乙은 A의 재물을 강취하려고 A의 단독주택 외부 벽 창문을 열고 들어가다가 거구의 남자 2명이 다가오자 겁을 먹고 도망갔으므로, 중지미수 성립여부가 문제됨

- 중지미수의 중지성에 대해서는 학설, 판례가 대립

가. 객관설: - 외부적 사정(물리적 장애)에 의해 범죄가 미완성 → 장애미수

- 내부적 동기에 의해 범죄가 중지되면 → 중지미수

나. 주관설: 윤리적 반성, 후회, 동정, 연민, 양심/죄책감 등에 의해 범죄가 중지되면 → 중지미수

[단점] '윤리성' 개념 불분명/ 정책적 판단에 따라 중지미수 축소 可

다. Frank공식

- 할 수 있었으나(가능성 0), 원하지 않아서(의지 X) 중지한 경우 → 중지미수

- 범행을 하고자 했으나(의지 0), 할 수가 없어서(가능성 X) 중지한 경우 → 장애미수

라. **규범설**: 범행을 중단하게 된 행위자의 내심상태를 평가하여, 합법성으로의 회귀가 있는 경우
→ 중지미수

마. **절충설**(判, 通)

- 강제적 장애사유가 없음에도, 자율적 동기에 의하여 범행을 중단하면 → 중지미수
- 사태를 현저하게 불리하게 만든 장애사유로 인해 타율적으로 중지하면 → 장애미수

- 통설인 절충설 및 판례에 의하면, 행위자가 외부적 장애로 인하여 중지한 경우, 중지 X
이에 의하면, 乙에게는 야간주거침입강도죄의 장애미수범이 성립함.

○ 야간주거침입강도죄의 실행의 착수시기를 <폭행·협박시>로 볼 경우,

→ 乙에게는 야간주거침입강도 예비죄의 중지 성립여부가 문제됨.

▶ 부정설인 판례에 의하면, 乙에게는 야간주거침입강도죄의 예비죄가 성립함.

2. 범인도피죄 교사범 성립여부 (3점)

- 乙은 丙에게 도피자금을 부탁하여 골프채를 E에게 매도한 丙으로부터 도피자금(1,000만원)을 건네받았으므로, 범인도피죄의 교사범 성립여부가 문제됨
- 범인이 직접 도피하는 경우에는 범인도피죄는 성립하지 않으나, 타인에게 도피를 교사한 경우, 범인도피죄의 교사범이 성립하는지 여부에 대해서는 학설대립 있음

가. **교사범성립 긍정설**(判): 타인을 교사하여 범죄를 범하게 하는 것은, 범인의 자기비호권의 한계를 일탈한 남용이 되어, 교사범의 성립을 긍정할 수 있다고 한다. <大判 2000.3.24., 2000도20>

나. **교사범성립 부정설**: 첫째, 정범적격이 없는 자가 공범(교사범)이 된다는 것은 부당하며,
둘째, 친족, 호주 또는 동거가족이 본인을 위하여 본죄를 범한 때에 처벌하지 않는 것과의 형평성을 고려할 때, 자신을 위한 교사행위는 처벌할 수 없다.

▶ 교사범성립 긍정설 및 판례에 의하면, 乙에게는 범인도피죄의 교사범 성립

II. 丙의 죄책

1. 골프채 이중양도 관련 배임죄 성립여부 (5점)

- 丙은 D에게 동산인 골프채를 양도하기로 하고 계약금과 중도금을 받았음에도, E에게 양도하였으므로, 동산의 이중양도로서 배임죄 성립여부가 문제됨
특히 丙에게 배임죄의 주체(타인의 사무처리자) 지위를 인정할 수 있는지 여부가 문제임

※ 대판 2011.1.20., 2008도10479(전합)

▶ 판례의 취지에 따라, 丙에게는 D의 사무를 처리하는 지위가 인정되지 않으므로,
동산인 골프채를 이중양도 하였다 하더라도, 배임죄는 성립하지 않음

2. 범인도피죄 성립 여부 (3점)

- 丙은 乙의 요청에 따라 도피자금을 제공하였으므로, 범인도피죄 성립이 문제됨
- 도피의 수단과 방법에는 제한이 없으므로, 도피자금을 제공하는 행위도 범인도피죄의 도피에 해당함.
- 판례도 도피자금제공의 경우, 범인도피죄에 해당하는 것으로 판시함 ※ 大判 1992.2.25., 91도3192

▶ 丙은 乙이 자신의 사정을 이야기하였으므로 범인이라는 정을 알았고, 또한 乙이 부탁한 도피자금을 구해주었으므로, 범인도피죄 성립함