

◎ 제12회 변호사시험 형법 선택형, 사례형 문제 총평

1. 선택형 문제

(1) 선택형 문제는,

① 형법 영역에서 18문제(45%), 형사소송법 영역에서 12문제(30%), 그리고 형법과 형사소송법 통합형 10문제(25%)가 각각 출제되었는데, 이러한 출제 비율은 제1회~제12회까지 단 한 차례도 바뀌지 않고 그대로 유지되고 있는 출제형태입니다.

② 그리고 형법 영역에서는 총론 10문제, 각론 8문제가 출제되었으나, 사실 총·각론을 결합한 유형 4문제가 출제되었기 때문에 총론의 출제비중이 각론보다 더 중하다기 보다는 총·각론의 비중이 거의 동일하다고 보면 될 것 같습니다.

③ 특별형법은 정보통신망법 제70조 사이버 명예훼손죄, 특경법 제3조의 재산범죄 가중처벌 규정, 폭처법 제2조 제2항 공동범죄, 아청법 제7조 제5항의 위계에 의한 간음죄, 특가법상의 위험운전치상죄 등등 판례와 관련된 지문들이 여러 개 출제되었습니다. 다만, 출제된 지문들은 위낙 형법과 관련이 깊은 것들이어서 출제가 예상되던 것들이었습니다.

④ 순수한 형법 객관식 사례형 문제는 지난 제6회에서는 2문제가 출제되었고, 제7회에서는 1문제가 출제되었는데, 제8회 시험에서는 2문제가 출제되었습니다. 제9회과 10회에서는 무려 4문제가 출제되어 객관식 사례형 문제의 비중이 훨씬 높아졌었습니다. 그러나 지난 제11회 시험에서는 단지 1문제만 출제되었고, 금번 제12회에서는 단 한 문제도 출제되지 않아서 그 비중이 아주 현저하게 낮아진 것을 알 수 있습니다.

⑤ 형사소송법과의 통합형 객관식 사례형 문제는 사례형 문제를 풀면서 추출해야 하는 쟁점들이 그대로 지문화 되는 방식이어서 사례형 문제를 잘 푸는 수험생들은 어렵지 않게 풀 수 있는 난이도라고 생각됩니다.

⑥ 이번 12회 변호사시험은 우연방위나 위법성조각사유의 전제사실의 착오 등과 같은 순수이론지문은 거의 보이지 않고, 판례 지문이 월등하게 많이 출제되었습니다. 순수한 형법이론 보다는 판례의 내용을 물어보는 형식이 강화된 것으로 보입니다.

⑦ 여전히 2022년 법전협이 주최한 전국 모의시험과 연계된 판례지문들이 매우 많이 출제되었으며, 법전협 변시 모의고사 문제를 풀어보는 것은 객관식 문제를 해결하기 위한 필수적인 작업이라고 판단됩니다.

⑧ 이제 변시를 대비해서는 위의 시험에서 출제된 문제들을 반드시 점검하는 것은 형법 객관식 문제의 고득점으로 가는 필수적인 과정이 되어가고 있습니다.

⑨ 2022년도 상반기만 해도 아주 중요한 판례가 많이 쏟아져 나와서 최소한 1~2개 정도는 출제될 것으로 예상되었는데, 전혀 출제되지 않았습니다. 이는 이미 법무부의 예고대로 된 것으로 최신 판례 보다는 평소 중요한 핵심판례 위주로 수험준비를 해야 되겠습니다.

⑨ 형법, 형소법 통합형 문제는 거의 대부분 사례형으로 출제되었는데, 예년과 마찬가지로 여전히 설문과 각 지문이 길고 양이 상당한 것이 대부분이었습니다. 통합형문제는 사실 미니사례를 여러 개 푸는 것과 마찬가지로이기 때문에 시간적 압박과 심적 부담이 있었을 것으로 짐작됩니다. 그리고 예년과 마찬가지로 상당히 높은 정도의 난이도가 유지되고 있었습니다.

⑩ 지난 1-4회 시험들에 비하여 5회부터 시작하여 6-10회 시험에 이르기까지 문제 난이도가 급상승하였고, 문제구성이 복잡적이면서도 정교해지는 추세에 있다고 판단되는데, 이것이 앞으로의 변호사시험의 경향으로 굳어 질 가능성이 높은 만큼 형법이론과 판례를 다면적으로 보는 학습계획이 필요해 보입니다.

(2) 지난 2022년 월비스 한림법학원 종합반에서 형법과목의 강의교재로 사용된 1순환 강의자료인 ㉠ 「형법 사례에센스」+ 「형법압축」 ㉡ 3순환 강의자료인 「형법 선택형 진도별 모의고사」 ㉢ 4순환 교재인 「형법 선택형 정지문 핸드북」를 보신 수험생들이라면 충분히 90점을 상회하는 득점을 할 수 있었다고 사료됩니다.

2. 사례형 문제

(1) 출제된 내용 분석

① 사례형 문제는 제1문 100점(형법 60점, 형소법 40점), 제2문 100점(형법 55점, 형소법 45점) 총 200점 분량으로 2문제 모두 형법과 형사소송법의 통합형으로 출제되었습니다. 지난 제11회 변시에서는 제1문에서 형사소송법의 배점이 45점이 되어 총 90점이 되었는데, 이번 제12회 변시에서는 다시 형법의 비중이 조금 더 높아진 것을 알 수 있습니다.

② 지난 제1~제8회 시험까지는 형법과 형사소송법을 전체를 하나의 틀로 출제하는 방식이었는데, 제9회 시험부터는 쟁점을 나누어서 물어보는 방식으로 출제형태가 변화되었고, 이번 제12회 시험에서는 이러한 출제방식이 완전한 틀로 자리 잡은 것을 알 수 있었습니다. 이전 보다 훨씬 더 선명하게 사례쟁점을 추출할 수 있을 것으로 사료됩니다.

(2) 제1문 출제 쟁점

① 제1문에서 ㉠ 정보통신망법 소정의 비방목적 명예훼손죄, 사문서의 무형위조와 교사 ㉡ 피해자의 동의에 있어서 양해와 승낙의 구별 문제 ㉢ 회사직원의 영업비밀 외부 유출 - 업무상 배임죄+ 배임수재죄+ 죄수 ㉣ 대항범, 위증교사, 위증죄, 범인도피죄, 친족 간의 특례에 의한 책임조각 등이 출제되었습니다.

② “정보통신망법 소정의 비방목적 명예훼손죄, 사문서의 무형위조와 교사”에서 甲이 관리 사무소 직원 B에게 부탁하여 허위 내용이 기재된 B 명의의 사실확인서를 받은 것은 사문서의 작성명의인 B가 허위내용의 사문서를 작성한 무형위조이므로 형법상 사문서위조죄가 성립하지 않고, 따라서 甲이 사문서위조죄의 교사가 될 수 없음을 현출하면 될 것 같습니다.

③ 甲이 약혼녀인 C의 지갑에서 수표를 꺼내 가져가면서 C의 동의가 없음에도 불구하고 C가 동의한 것으로 오인한 사례에서 피해자 C의 동의를 ‘양해’로 보는 견해와 ‘승낙’으로 보는 견해는 형법 기본서 등 두꺼운 교재에서나 볼 수 있는 쟁점입니다.

㉠ 양해로 보는 견해에 의하면 甲의 절도행위는 사실의 착오가 되어 절도의 고의가 조각되고 ㉡ 승낙으로 보는 견해에 의하면 ‘오상피해자의 승낙’이 되어 법효과제한책임설이나 사실의 착오 유추적용설 등에 의하여 역시 절도죄가 성립하지 않게 됩니다.

이 문제에서는 사실의 착오나 위법성조각사유의 전제사실의 착오의 본질적인 내용을 물어보는 것이 아니므로 아주 간결해서 이러한 내용을 기술하면 될 것입니다.

③ 영업비밀 유출에 의한 업무상 배임죄의 성립에 관한 쟁점에 있어서는 회사의 현직직원으로서 영업비밀 반출시에 업무상 배임죄가 기수가 된다는 점만 기술하면 될 것입니다.

경우에 따라서는 X회사의 경쟁 회사 상무 D가 새로 개발한 기밀에 해당하는 메모리칩 도면 파일을 빼내달라는 부탁을 배임수재죄에서 ‘부정한 청탁’으로 보아서 배임수재죄의 성립 여부를 논하면 가점이 있을 수도 있겠습니다. 다만 배점이 있을지는 확실하지 않습니다.

그리고 D의 경우 비신분자가 가중적 신분범인 업무상 배임죄에 가담한 것으로 아주 중요한 쟁점이지만 애석하게도 이 부분의 쟁점을 묻지 않았습니다.

④ 대항범, 위증교사, 위증죄, 범인은닉도피죄, 친족 간의 특례에 의해 책임조각 등 쟁점에 있어서 ‘대항범’ 쟁점은 지난 제3회 문제와 거의 동일하게 출제되었습니다.

위증죄와 위증교사는 답안을 현출하는 데 별다른 문제가 없을 것 같습니다.

다만 “형법 제151조가 정한 범인도피죄에서 ‘도피하게 하는 행위’란 은닉 이외의 방법으로 범인에 대한 수사, 재판, 형의 집행 등 형사사법의 작용을 곤란하게 하거나 불가능하게 하는 일체의 행위를 말한다(대판 2018.8.1. 2015도20396).” 판례에 의하면 재판, 형의 집행 등 형사사법의 작용을 곤란하게 하거나 불가능하게 하는 일체의 행위에는 법정에서 위증하는 행위도 포함된다고 볼 수 있기 때문에 甲의 알리바이 조장을 위한 丙의 위증행위도 범인도피행위가 될 수 있습니다.

다만 이에 대한 명시적인 판례는 존재하지 않습니다. 위증죄로 처벌하면 되지, 또다시 범인도피죄로 처벌할 실익이 없기 때문으로 판단됩니다.

하지만 배점이 20점이나 되기 때문에 이 부분을 현출한다면 혹시 가점이 있을 수도 있을 것입니다. 만약 이 부분을 답안지에 현출한다면 丙은 甲의 동생이기 때문에 범인도피죄에서

친족 간의 특례가 적용되어 범인도피죄로 처벌되지 아니함을 기술해야 합니다. 乙은 물론 위증교사와 더불어 범인도피죄의 교사가 될 것입니다.

(3) 제2문 출제 쟁점

① 제2문은 제1문에 비하면 매우 까다롭고 어려운 쟁점들이었습니다.

㉠ 복수의 거주자 중 일방의 동의를 있으나, 타방의 동의를 기대할 수 없는 경우 ㉡ 정범의 객체의 착오가 교사범에게도 객체의 착오인지 여부 ㉢ 부진정신분범이 비신분자에게 공범으로 가담한 경우 ㉣ 乙이 A의 시계를 훔친 행위가 절도죄인지 아니면 야간주거침입절도죄인지 여부 ㉤ 살인예비의 방조, 범의의 갱신 ㉥ 사자의 점유의 문제와 친족상도례 ㉦ 사자명의 사문서위조 및 동 행사죄 등의 쟁점들이 출제되었습니다.

② 복수의 거주자 중 일방의 동의를 있으나, 타방의 동의를 기대할 수 없는 경우는 가장 확실하게 출제가 예상되던 쟁점이었고, 또 예상대로 출제되었습니다.

주거의 공동거주자 甲이 乙에게 甲과 A가 함께 살고 있는 집의 현관 비밀번호를 알려준 행위가 주거침입죄 성립에 어떠한 영향을 미치는 지가 중요합니다.

다만 이와 관련된 전원합의체 판결도 다수의견과 소수의견(반대의견)으로 나뉘는 만큼 어떤 결론을 취했다는 것 보다는 그러한 결론에 이르는 법리와 그에 따른 법적 효과를 확실하게 현출하는 것이 득점에 더 영향을 미칠 것으로 사료됩니다.

어떠한 결론이나 보다는 그 결론에 이르는 타당하고 설득력 있는 법리 제시는 모든 주관식 사례문제에서 고득점의 핵심 포인트가 됩니다.

그리고 주거침입죄의 성립을 부정하게 되면 乙이 A의 시계를 훔친 것은 단순절도죄이고, 주거침입죄의 성립을 인정하면 야간주거침입절도죄가 될 것입니다.

다만 문제에서는 A와 乙이 친족관계에 있는지가 불분명합니다. A는 甲의 양부이고, 乙은 甲의 사촌동생이기 때문에 나타나는 문제입니다. 만약 乙이 A의 조카가 된다면 친족상도례(상대적 친고죄)가 적용될 터인데 이 부분이 매우 불분명합니다.

③ 정범의 객체의 착오가 교사범에게도 객체의 착오인지 여부는 이미 제8회 시험에서도 출제되었던 쟁점입니다. 다만 甲이 직계존속인 A를 살해할 것을 乙에게 교사했는데, 乙이 A가 아니라 B를 살해한 경우 ‘부진정신분범이 비신분자에게 공범으로 가담한 경우’가 다른 쟁점으로 나타납니다.

그 옛날 사시에서도 볼 수 없던 쟁점입니다. 아마 출제교수님들도 이 부분은 결론이 꼭 이것이어야 된다고 결정짓지는 않았을 것으로 판단됩니다. 그 만큼 논쟁이 많을 수밖에 없는 쟁점입니다. 결국 동일하게 수험생 본인이 내린 결론에 이르는 법리를 어떻게 설득력 있게 제시하였는가가 관건이 될 것입니다.

㉠ 판례대로 제33조 단서 책임개별화작용을 중시하는 견해에 의하면 존속살해교사가 될 것이고 ㉡ 공범종속이론을 중시하는 견해에 의하면 보통살인교사가 될 것입니다. 어느 쪽 결론으로 가든 득점에서는 큰 차이가 나지 않을 것으로 보입니다.

④ 甲이 A를 살해한 부분에 있어서 乙에 대하여 형사책임을 부인하거나 보다 가볍게 인정할

수 있는 이론적 근거를 모두 제시하라는 문제도 매우 어렵습니다.

乙이 甲의 부탁대로 독극물을 구입하였지만 甲에게 주지 않았다 해도 이는 정신적 방조로 해석할 수 있습니다. 다만 乙이 甲에게 전화로 '나는 양심에 걸려 못하겠다'고 한 후 연락을 끊었고 이에 따라 甲도 범행을 단념하였다는 점에서 살인의 실행의 착수로 나가지 않았기 때문에 이는 예비의 방조가 되어 불가벌이 됩니다.

그런데 결국 甲이 범행을 단념한지 1개월 후 A를 살해하여 존속살해죄가 기수가 된 부분을 어떻게 해석해야 하는 지가 중요합니다. “대판 1983.1.18. 82도2761”, “대판 1965.9.28. 65도695” 판례 등에 의하면 ‘범의의 갱신’이라는 개념이 나오는데, 만약 ㉠ 범의의 갱신이 인정된다면 甲이 A를 죽이려다가 단념한 前 행위는 살인예비죄가 되고, 그 이후 A를 살해한 행위는 존속살해죄가 되어 2개의 범죄는 실제적 경합이 됩니다. ㉡ 만약 범의의 갱신을 인정하지 않으면 甲의 행위는 전체가 존속살해죄의 포괄일죄가 됩니다. 그러면 乙은 존속살해죄라는 가중적 신분에 비신분자가 방조의 형태로 되어 또다시 공범과 신분이 쟁점으로 나타나게 됩니다. 이 부분은 이미 설문에서도 배제되고 있기 때문에 논점이 될 수 없습니다.

㉢ 위의 판례들은 통상적으로 이전 행위를 단념하여 중지하였다가 새로운 범의를 일으켜 다시 범행을 하게 되면 ‘범의의 갱신’을 인정하는 입장입니다. 결국 甲이 A를 살해하려다가 일단 단념한 행위를 살인예비죄로 보게 되면 乙의 행위는 예비의 방조가 되어 무죄가 됩니다. 다만 이러한 내용은 역시 형법 기본서에서나 볼 수 있는 내용이므로 어느 정도 이러한 부분만 현출해도 좋은 득점이 예상됩니다.

㉤ 그 외에도 ㉠ 사자의 점유의 문제와 A의 인감도장에 대한 절도죄의 성부 ㉡ A명의 위임장에 대한 사자명의의 사문서위조 및 동 행사죄 등의 쟁점들은 지난 제4회 시험에서 동시에 출제된 매우 중요한 쟁점들입니다.

형법상 A급 사례쟁점으로 출제가 늘 예상되는 만큼 통상적인 답안작성이면 안정적인 득점을 할 수 있을 것입니다.

다만 A의 양자인 甲이 A를 살해하였을 경우 민법상 여전히 친족관계가 유지되는지에 따라 친족상도례가 적용되어 형면제가 될 수 있는지가 아주 조그마한 쟁점으로 남아 있습니다.

친생자일 경우에는 이런 문제가 전혀 발생할 필요도 없는데, 양친자의 경우에도 여전히 친족관계가 유지되는지 살펴보아야 할 것 같습니다.

(4) 아래에는 본 강사가 지난 11월 월비스 한림법학원 침삭반 4순환에서 출제한 문제를 가감 없이 그대로 올려놓도록 하겠습니다. 공동거주자의 일방의 동의가 있는 경우 주거침입죄의 성부와 관련하여 주거에 출입을 동의한 공동거주자가 범행 당시 주거 안에 있지 않고, 외부에 있었던 경우로서 이번 제12회 출제문제와 완벽하게 같은 구조를 가지고 있는 문제입니다.

4순환 모의고사 3회 문제

(1) 甲, 乙, 丙은 함께 여행을 가기로 하고 여행자금을 마련하기 위해 여러 가지로 노력하였

지만 형편이 여의치 않았다. 그러던 중 甲이 “해외여행 중인 우리 아버지(A) 예금통장에는 돈이 많이 있는데…”라고 혼잣말로 중얼거리자 乙이 “그 예금통장으로 돈을 인출하여 여행가자”고 제의하였고, 丙이 乙의 말에 맞장구를 쳤다. 甲은 차마 아버지 A의 통장을 갖고 나올 수 없었다. 결국 A의 통장을 가지고 나와서 인출하는 것은 乙과 丙이 하기로 의견을 모았다. 甲은 乙에게 자기 집 출입문의 비밀번호를 알려주었는데, 비밀번호의 조합이 매우 복잡하여 만약 甲이 비밀번호를 말해주지 않았더라면 乙과 丙은 甲과 A가 사는 아파트에 도저히 들어갈 수 없었을 뻔하였다. 甲이 알려준 대로 乙과 丙은 오후 2시경 甲과 A의 아파트 출입문을 열고 들어갔다. 乙은 안방에 들어가서 장롱에서 예금통장을 찾아내었다. 그 사이 丙은 거실을 뒤졌다. 乙과 丙은 은행에 가서 은행창구에서 현금 8백만 원을 인출하고는 곧바로 A의 통장을 원래 있던 자리에 갖다 놓았다. 乙과 丙이 A의 통장으로 돈을 인출하는 동안 甲은 자기 집에서 멀리 떨어진 PC방에서 乙과 丙의 연락을 기다리며 게임에 열중하고 있었다.

1. 사례 (1)에서 甲, 乙, 丙의 죄책을 논하시오. 단, 예금인출과 관련된 문서죄 등은 논외임.