

## ◎ 제14회 변호사시험 형법 사례형 문제 총평

### 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. 이러한 추세는 지난 11회 변시(제1문에서 형사소송법의 배점이 45점이 되어 총 90점)를 제외하고는 변호사시험에서 여전히 계속되고 있습니다.

(2) 지난 제1~제8회 시험까지는 형법과 형사소송법을 전체를 하나의 틀로 출제하는 방식이었는데, 제9회 시험부터는 쟁점을 나누어서 물어보는 방식으로 출제형태가 변화되었고, 지난 제13회 시험에 이어서 이번 제14회 시험에서도 더 세분화되어 이러한 출제방식이 완전한 틀로 자리 잡은 것을 알 수 있었습니다.

### 2. 제1문 출제 쟁점

(1) 제1문 (1)에서는 ㉠ 현주건조물방화치사죄와 주거침입죄의 성부 및 죄수 관계 ㉡ 부진정(가중적) 신분범이 비신분자에게 가담한 경우와 관련한 공범과 신분 등이 출제되었습니다.

① “현주건조물방화치사죄의 성부”에서 ㉠ 乙이 A의 집에 불을 질러서 A를 살해하려고 하였으나 실패한 행위와 관련하여 형법에서 현주건조물방화치사죄를 처벌하는 규정이 없으므로 乙의 행위는 현주건조물방화죄와 살인미수의 상상적 경합이 됩니다. 이미 여러 차례 객관식 문제에서 출제되었던 쟁점입니다. ㉡ 불길이 집 천장까지 붙었다는 점에서 판례와 다수설의 입장인 독립연소설에 따라 현주건조물방화죄는 기수가 됩니다.

② 乙은 ㉠ 방화살인의 목적으로 사적 공간인 A의 집에 들어간 것이므로 이를 통상적인 출입방법으로 볼 수는 없고, 따라서 주거침입죄가 성립합니다. ㉡ 설문에서 “乙은 A가 자고 있는 집에 휘발유를 뿌리고 불을 질렀다.”고 되어있으나 통상 주거에 침입해야 방화를 할 수 있고, 특히 아파트나 빌라 등 공동주택은 예외가 있을 수 없으므로 주거침입죄의 성부를 한줄 정도 간단히 쓸 필요가 있습니다. ㉢ 상상적 경합관계에 있는 현주건조물방화죄와 살인미수죄는 주거침입죄와 실체적 경합이 됩니다.

(2) 제1문 (2)에서는 ㉠ 사기죄 ㉡ 제3자 뇌물교부죄와 제3자 뇌물취득죄(변시 사례로 총 4번 출제) ㉢ 불법원인급여와 횡령죄의 성부(변시 사례 3번 출제)가 주된 쟁점입니다.

① 乙이 B에게 수술비 명목인 것처럼 말하여 3천만 원을 빌린 행위는 기망에 의한 재물취득행위이므로 사기죄가 성립합니다.

② 乙이 丙에게 3천만원을 주면서 P1에게 건네주라고 부탁한 행위에 대하여 ㉠ 제3자 뇌물

교부죄(乙) ㉠ 제3자 뇌물취득죄 또는 증뢰물전달죄(丙)가 성립합니다. ㉡ 증뢰물전달죄가 성립하면 별도로 뇌물공여죄가 성립하지 않음도 현출해야 합니다. ㉢ 통상 실무에서는 실제 공무원에게 뇌물이 전달된 경우에는 그 돈에 대하여는 뇌물공여죄가 성립한다고 하던데, 이에 대한 판례는 아무리 검색을 하여도 찾을 수가 없습니다.

③ 丙이 뇌물 3천만 원 중 2천만 원을 임의로 소비한 행위에 대하여는 “불법원인급여와 횡령죄의 성부”가 쟁점입니다. ㉠ 법리의 핵심인 “민법 제746조 본문”이 적용되고, ㉡ 그에 따른 법률효과를 논함으로써 결론을 도출하게 되면 상당한 득점이 있을 수 있습니다.

(3) 제1문 (3)에서는 ㉠ 甲에게 권리행사방해죄가 성립할 수 있는 논거를 모두 서술하는 것이 쟁점입니다. ㉡ 그런데 이 부분에서는 실제 사건의 판례에 따른 사실관계가 그대로 출제된 것이 아니라 출제 교수님들이 사실관계의 내용을 바꾸어서 변경된 문제로 출제를 하였습니다. ㉢ 그 결과 실제 사건에 대한 대법원 판결과는 다른 결론이 도출되었습니다. ㉣ 다시 말하자면, 원래의 사실관계를 변경함으로써 전혀 다른 결론을 끌어내는 고난도의 출제가 이루어졌습니다.

(가) 권리행사방해죄의 교사범의 성립을 부정한 대법원 판결(대판 2022.9.15. 2022도5827)의 실제 사건의 사실관계를 가감 없이 그대로 가져 왔습니다.

【피고인은 서울 서초구 (주소 생략)에 있는 지상 5층 ○○○○○ 건물(이하 ‘이 사건 건물’이라고 한다)을 다른 사람과 공동으로 건축하여 관리하고 있다. 공소외 1은 이 사건 건물 및 부지를 매입하기 위한 공탁금, 등기비용 기타 소요자금 7억 원을 대납하는 조건으로 이 사건 건물 5층에서 약 2개월 동안 아내인 피해자 공소외 2를 포함한 가족들과 함께 임시로 거주하고 있다. 피고인은 2019. 11. 4. 22:10경 이 사건 건물 5층에서 피해자를 만나 위 돈이 입금되지 않았으면서 퇴거를 요구하였으나 받아들여지지 않자, 피해자의 가족을 내쫓을 목적으로 아들인 공소외 3에게 이 사건 건물 5층 현관문에 설치된 디지털 도어락(이하 ‘이 사건 도어락’이라고 한다)의 비밀번호를 변경할 것을 **지시하였고**, 공소외 3은 피고인의 **지시에 따라** 이 사건 도어락의 비밀번호를 변경하였다.】

① ㉠ ‘지시하였고, 지시에 따라 실행하였다’는 점에서 ㉡ 교사 이외에는 다른 해석의 여지가 없고, 당연히 진정신분범인 권리행사방해죄의 교사범은 성립할 수 없습니다.

② 위의 사실관계를 보건대, 원 판결은 위 대법원 판례는 법리적으로 그 자체 어떠한 비판도 받을 여지가 없는 아주 훌륭한 판결입니다. 이와 동일한 쟁점(교사범의 성부)이 2년 전 제41회 법원행시 2차 문제로 출제된 바 있습니다.

(나) 이번에는 변시문제가 어떻게 변형되어 출제되었는지를 살펴보겠습니다.

【 (3) 한편, X시(市)에 살고 있는 甲은 자신이 단독으로 소유한 Y시(市) 소재 빌라에 거주 중인 임차인 C와 집수리 문제로 갈등이 발생하자 C를 쫓아내기로 마음먹었다. 이에 甲은 乙에게 위 빌라 현관문에 자신이 구입하여 설치해 준 **도어락의 비밀번호를 변경해 달라고 요청하였고, 그 사정을 알고 있던 乙은 이를 이행하였다.** 】

① 제1문의 (3)에서는 원 판결의 **“지시하였고”, “지시에 따라” 이 부분을 “요청하였고, 그 사정을 알고 있던 乙은 이를 이행하였다”**라고 사실관계를 변경하였습니다.

② ① 지시하고, 지시에 따르는 것은 정범의 실행행위와 교사행위가 될 수밖에 없지만, ① 요청하여 이를 이행하는 것은 공동정범에 있어 공동가공의 의사로 해석될 수 있습니다.

③ 제14회 변시와 같이 “요청과 이행”과 같은 사실관계를 공동정범으로 보아 풀어야 하는 출제방식은 사실 이미 여러 차례 있습니다. 그 중 몇 가지 사례를 들면,

㉠ 제1회 변시 1문 - 승계적 공동정범

(절도범행을 범한) **甲은 乙에게 사정을 이야기하고 도와달라고 부탁하였고 乙은 이를 승낙하여** 甲과 乙은 그곳 길바닥에 있던 깨진 소주병을 한 개씩 들고 甲을 체포하기 위하여 달려드는 경찰관 P1의 얼굴을 찔러 약 4주간의 치료를 요하는 안면부 열상을 가했다.

☞ 甲의 준강도행위에 대하여 乙이 승계적 공동정범으로 가담한 경우로 “부탁과 승낙”의 의미가 단순히 교사행위와 정범의 실행행위를 넘어서서 승계적 공동정범의 성립을 위한 공동가공의 의사로 해석된 경우입니다. 이번에 배점된 10점을 넘어서는 상당히 큰 배점입니다.

㉡ 제7회 변시 2문 - 가중적 신분범인 업무상 배임죄에 비신분자가 공동정범으로 가담한 사례

甲은 X주식회사의 대표이사이고 乙은 사채업자이다. 甲이 乙에게 수억 원 대 내기 골프에 필요한 돈을 빌린 후 변제기에 갚지 않자 乙은 위 채무가 甲이 회사와 무관하게 개인적인 용도로 차용한 것임을 잘 알면서도, **甲에게 위 채무담보목적으로 약속어음을 발행해 줄 것을 요청하였다. 甲이 이를 승낙하여** 乙은 위 회사 사무실에서 위 회사 약속어음 용지에 액면금 5억 원, 발행일 등을 기재하고 甲은 수취인을 乙로 기재하고 “X주식회사 대표이사 甲”이라고 새겨진 명판과 법인인감도장을 각각 날인한 후 약속어음을 乙에게 교부하였다.

업무상 배임행위에 대한 “요청과 승낙에 의한 이행”으로서 이번 문제와 구성이 같습니다. 甲과 乙 사이에는 공동가공의 의사가 인정되어 甲은 업무상 배임미수, 乙은 가중적 신분범에 비신분자가 가담한 경우에 해당하여 형법 제33조 본문에 따라 업무상 배임미수의 공동정범이 성립하나, 처벌은 단서에 따라 단순배임죄에 정한 형으로 처벌됩니다.

④ 결국 이번 제14회 문제에서도 “요청과 이행” 사이에는 공동가공의 의사가 인정되어 물건(빌라)의 소유주인 진정신분범인 甲은 진정신분범인 권리행사방해죄가 되고, 비신분자 乙은 형법 제33조 본문에 따라 권리행사방해죄의 공동정범이 됩니다.

(다) 권리행사방해죄의 간접정범의 성립과 관련하여,

① 간접정범의 정범표지는 우월한 의사지배에 의한 지배·조종행위에 있습니다. 쉽게 말하자면, 도구에 대하여 심한 가스라이팅을 하여 자기 마음대로 가지고 노는 ‘의사지배’가 간접정범의 절대적인 정범표지입니다.

② 비록 甲이 진정신분이 있는 자로서 권리행사방해죄의 간접정범이 될 수 있는 신분범으로서의 요건을 가지고 있다고 하여도

**③ “도어락의 비밀번호를 변경해 달라고 요청하였고, 그 사정을 알고 있던 乙은 이를 이행하였다.”** 라는 사실관계에서는 甲이 乙을 심한 가스라이팅을 하여 의사지배를 함으로써 도구처럼 이용하고 있다고는 전혀 보이지 아니하므로 간접정범의 성립은 있을 수 없습니다.

(4) 여론

① 이번 쟁점의 배점은 10점인바, 그에 적당할 정도의 양만 현출하면 될 것입니다.

② 결국 이 쟁점은 기존의 판례의 사실관계를 변경하여 응용한 고난도의 출제형태로 볼 수 있음을 다시 한번 말씀드립니다.

## 2. 제2문 출제 쟁점

(1) 제2문 1. (1)에서는 ㉠ 합동특수절도 ㉡ 준강도의 공동정범 등이 출제되었습니다.

① 합동특수절도는 변사에서 무려 7번(변시2, 5, 6, 8, 11, 13, 14)이나 출제된 쟁점입니다. 甲과 乙 사이에 ㉠ 공동가공의 의사와 ㉡ 현장에서의 시간적, 장소적 협동이 충분히 인정되는 점을 현출하여 합동절도의 성립을 인정하면 될 것입니다.

② 합동절도에 의한 준강도죄의 공동정범에 대한 판례의 법리는 학계에서 가장 비판을 많이 받는 부분입니다. 한번은 출제될 수 있는 부분이 결국 출제된 것입니다. 형법강사들 역시 이 부분을 강의하면서 자연스럽게 이에 대한 비판점들을 항상 설명하곤 합니다.

③ 일단 판례에 따라 합동절도인 乙이 체포면탈의 목적으로 A에게 폭행을 가하여 상해를 입힌 행위에 대하여는 준강도에 의한 강도상해죄 또는 강도치상죄가 성립합니다. 그러나 이 사실을 모르는 甲이라고 할지라도 폭행, 협박에 대한 ‘예견가능성’이 있으면 준강도상해(치상)죄의 공동정범을 인정하는 것이 판례의 태도입니다.

④ 공동정범이 성립하기 위하여는 ㉠ ‘공동가공의 의사’가 인정되어야 하는바, 공범의 추가 범행사실을 인지하지 못하는 자에게 (어떻게 보면 무조건적으로)예견가능성을 인정하여, 이것만으로 준강도의 공동정범의 성립을 인정하는 판례의 태도를 비판하면 될 것입니다. ㉡ 예견가능성은 ‘과실’을 의미하는바, ‘의사적 요소’가 결여되어 있어 이것만으로 공동가공의 의사를 인정할 수 없습니다. ㉢ 또한 이것은 다수설의 태도이기도 합니다.

⑤ 동일한 취지에서 ㉠ 다수설은 ‘과실범의 공동정범’을 비판합니다. ㉡ 다만 위의 것들을 제외하고는 향후 변시에서 판례를 비판할 만한 것을 발견하기는 쉽지 않습니다.

(2) 제2문 2. (1)에서는 乙이 A를 사망하게 한 사실에 대하여 “乙의 죄책을 인과관계 및 객관적 귀속의 관점에서 논하시오”라고 출제되었습니다.

① 다수설과 같이 “인과관계와 객관적 귀속”의 이중적 방법론으로 해결하는가 또는 판례처럼 ‘상당인과관계’로 해결하는가는 별다른 차이가 없습니다.

② 주어진바와 같이 객관적 귀속의 방법으로 해결할 경우 먼저 ㉠ 합법칙적 조건설에 따라 일단 乙의 특수강도행위와 A의 사망 사이에는 인과관계가 인정되는 것을 간단하게 밝히고 ㉡ “A는 바로 병원으로 후송되었으나 A의 장파열을 치료하던 의사가 수술을 지연하여 복막염으로 사망하였다”는 부분이 ‘비유형적 인과관계’에 해당하는 것으로 일반인의 입장으로 보아 ‘예견가능성’, 즉 ‘상당성’이 있는가에 따라 객관적 귀속 여부를 현출하면 될 것입니다. ㉢ 사례에서 객관적 귀속이 인정되는가에 대한 결론이 중요한 것이 아니라 수험생 자신의 설득력 있는 논거제시가 득점의 포인트가 될 것입니다.

③ 참고로 ‘상당인과관계’의 관점에서 논하여도 인과관계의 문제는 생략될 것이지만, 비유형적 인과관계의 상황에서 상당성이 있는가는 동일하게 현출되어야 합니다.

(3) 제2문 4. (1)에서는 공무집행방해죄에 있어 ‘적법성의 체계적 지위’와 관련하여 적법한 공무집행에 대한 착오의 문제가 출제되었습니다.

① 지난 제12회 변시에서 출제되었던 피해자의 동의에 대하여 착오가 있는 경우, 이를 구성요건요소인 ‘양해’로 볼 것인가 아니면 위법성조각사유로서 ‘승낙’으로 볼 것인지에 따라 구

성요건적 착오가 되는가 아니면 위법성조각사유의 전제사실의 착오가 되는가 하는 쟁점과 동일한 맥락에 있는 쟁점입니다.

② 학설은 ㉠ 직무집행의 적법성은 구성요건요소이고 그에 대한 착오는 사실의 착오로서 고의를 조각한다는 구성요건요소설이 다수설이고 ㉡ 직무집행의 불법은 정당방위를 허용하는 위법한 침해가 되므로 직무집행의 적법성은 위법성의 요소가 된다는 위법성요소설은 적법성에 대한 착오가 있는 경우 이를 ㉢ 위법성조각사유의 전제사실의 착오로 보는 견해와 ㉣ 법률의 착오로 보는 견해로 다시 나누어집니다.

② 판례(대판 2024.7.25. 2023도16951)는 ㉠ “공무집행이 적법한데도 위법하다고 오인한 경우에는 형법 제16조가 적용되므로 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다.”고 판시하여 법률의 착오설을 취합니다. ㉡ 다만 위의 판례를 비롯한 모든 판례는 공무집행의 ‘적법성’을 당연히 구성요건요소로 보고 있으면서도 적법성의 판단은 법적 평가의 문제이므로 이에 관한 착오는 사실판단의 문제인 사실의 착오나 위법성조각사유의 전제사실의 착오로 볼 수 없다는 점에서 판례는 법무 현실을 반영한 절충적인 입장을 취하고 있고, 개인적으로 판례의 입장이 타당하다고 생각합니다.

③ 형법 마지막 쟁점인 만큼 학설만 간략하게 소개하고, 수험생 개인의 결론만 내리면 될 것입니다.

3. 이번 제14회 변호사시험에서 출제된 형법사례문제는 단지 ‘적법성의 착오’ 1개 쟁점을 제외하고는 모두가 본 강사가 지난 2024년 월비스 한림법학원 종합반 정규과정 1순환~5순환에서 출제한 형법사례쟁점들과 일치하였습니다.

그 중에서도 지난 2024년 월비스 한림 종합반에서 출제한 사례쟁점들 중 2개를 골라서 가감 없이 그대로 올려놓도록 하겠습니다.

### 1. 종합반 3순환 모의고사 5회(형법+ 형소법 통합 1회) 문제 - 제3자뇌물교부죄 등+ 불법원인급여와 횡령죄의 성부

【문제】 시내 중심가에서 대형 마트를 운영하는 甲은 비좁은 주차장 때문에 마트 고객들의 불만사항이 폭주하자, 이 문제를 해결하기 위하여 관할 구청 도로관리과에 여러 차례 민원을 넣었으나 전혀 해결될 기미가 보이지 않았다. 이에 甲은 불만을 품고 마트 직원들과 함께 관할 구청 민원실과 도로관리과에 몰려가 구청장과의 면담을 요구하면서 이를 제지하는 공무원들에게 욕설을 하고 소란을 피웠다. 다만 甲 등이 소란을 피운 행위는 폭행에 이를 정도는 아니었다. 그 뒤에도 여전히 주차장 문제가 해결되지 않자 甲은 도로관리과 담당 공무원을 매수하기로 마음먹고 담당 공무원 A에게 전화해서 민원사항과 관련하여 전달할 것이 있으니 조속히 한 번 만나자고 제의를 하였다. A는 甲이 뇌물을 준비한 것으로 판단하

고 자신이 甲으로부터 직접 받으면 돈을 받은 사실이 쉽게 발각될 것이라고 생각하여 직접 만날 필요는 없으니 전할 것이 있으면 제3자를 통하여 전해달라고 말하였다. 그러자 甲은 자신의 충복인 마트 부점장 丁에게 1천만 원짜리 수표 5장이 담긴 서류봉투를 건네주면서 A에게 뇌물로 전달하고 오라고 시켰다. 丁은 A에게 뇌물을 전달하여 주러 가던 도중에 서류봉투 안의 수표 중 1장을 꺼내 자신이 갖고, 나머지 수표가 담긴 봉투를 A에게 전해주었다. 甲과 丁의 죄책을 논하시오.

## 2. 침식반 1순환 모의고사 7회 - 권리행사방해죄의 교사범의 성부(원래 판례 쟁점 그대로 출제하였음)

【문제】 乙은 신축한 빌라 건물의 소유자이고, B는 乙의 허락을 받아 그 빌라에 거주하고 있었다. 그러던 중 乙과 B 사이에 다툼이 생겨 乙이 B에게 퇴거를 요청하였는데, B가 이를 거부하자 乙은 B를 내쫓을 목적으로 자신의 아들인 丙에게 그 빌라 현관문에 설치된 디지털 도어락(빌라 신축 당시 乙에 의해 설치된 것임)의 비밀번호를 변경할 것을 지시하였다. 이에 아버지 乙이 지시한대로 丙은 B가 현관문을 열어 둔 채 잠시 외출한 틈을 타 디지털 도어락의 비밀번호를 변경하고 현관문을 닫아 두어 외출 후 돌아온 B가 빌라 안으로 들어가지 못하도록 하였다. 권리행사방해죄의 성부와 관련하여 乙과 丙의 죄책을 논하시오.