

◎ 제13회 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~제13회까지 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. 이런 출제형태는 지난 제12회 시험에서도 동일하게 유지된 바 있습니다.

③ 특별형법은 성폭력처벌법 제14조 위반(카메라등이용촬영·반포 등)죄, 정보통신망법 제70조 사이버 명예훼손죄, 도로교통법위반(음주운전)죄 및 교통사고처리특례법위반(치상)죄, 특정경제범죄가중법위반(배임)죄 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 제6회에서 2문제, 제7회에서는 1문제, 제8회 시험에서는 2문제가 출제되었고, 제9회와 10회에서는 무려 4문제가 출제되어 객관식 사례형 문제의 비중이 훨씬 높아졌었습니다. 그러나 지난 제11회 시험에서는 단지 1문제만 출제되었고, 제12회에서는 단 한 문제도 출제되지 않아서 그 비중이 아주 현저하게 낮아진 것을 알 수 있었습니다. 이번 제13회에서는 3문제가 출제되어 그 비중이 다시 높아졌습니다.

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 13회 변호사시험에서는 순수 이론지문은 예상했던 대로 위법성조각사유의 전제사실의 착오와 관련하여 객관식 사례형식으로 1문제가 출제되었습니다. 우연방위나 오상방위, 그리고 사실의 착오와 관련된 이론쟁점들은 평소 반드시 잘 정리가 되어 있어야 할 아주 중요한 쟁점입니다.

다만 그 이외에는 판례 지문이 월등하게 많이 출제되었습니다. 순수한 형법이론 보다는 판례의 내용을 물어보는 형식은 이미 형법 객관식 문제에 있어 대세가 되었습니다.

⑦ 여전히 2023년 법전협이 주최한 6월, 8월, 10월 시행 전국 모의시험과 연계된 판례지문들이 매우 많이 출제되었으며, 법전협 변시 모의고사 문제를 풀어보는 것은 객관식 문제를 해결하기 위한 필수적인 작업이라고 판단됩니다. 이제 변시를 대비해서는 위의 시험에서 출제된 문제들을 반드시 점검하는 것은 형법 객관식 문제의 고득점으로 가는 필수적인 과정이 되어가고 있습니다.

⑧ 2023년도 법전협 선정 「형법표준판례 498선」에서도 적지 않은 분량의 판례가 출제되었습니다.

⑨ 제13회 1책형 3번 문제같이 한 문제를 푸는 데 5분 이상 소요되는 문제가 출제될 경우 (1~6회, 11회, 13회) 최소한의 시간으로 이 문제를 해결해야 방법(탈출구)을 마련해 두어야 할 것입니다.

⑩ 형법, 형소법 통합형 문제는 모두 다 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.

⑪ 지난 1-4회 시험들에 비하여 5회부터 시작하여 6-13회 시험에 이르기까지 문제 난이도가 급상승하였고, 문제구성이 복합적이면서도 정교해지는 추세에 있다고 판단되는데, 이것이 앞으로의 변호사시험의 경향으로 굳어 질 가능성이 높은 만큼 형법이론과 판례를 다면적으로 보는 학습계획이 필요해 보입니다.

(2) 지난 2023년 월비스 한림법학원 종합반에서 형법과목의 강의교재로 사용된 ㉠ 3순환 강의자료인 「형법 선택형 진도별 모의고사」 ㉡ 4순환 교재인 「형법 선택형 정지문 핸드북」, 그리고 본강사의 수험교재인 「형법 쟁점별 핵심 암기장」을 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. 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 방식이

었는데, 제9회 시험부터는 쟁점을 나누어서 물어보는 방식으로 출제형태가 변화되었고, 이번 제13회 시험에서도 역시 이러한 출제방식이 완전한 틀로 자리 잡은 것을 알 수 있었습니다.

(2) 제1문 출제 쟁점

(가) 제1문 (1)에서는 ㉠ 합동특수절도와 공동정범의 성부, 친족상도례 ㉡ 폭처법 제2조 제2항 공동주거침입죄와 공동정범의 성부 ㉢ 준강도의 기수·미수의 구별기준 ㉣ 준강도미수에 의한 강도치상죄, 즉 결과적 가중범의 미수(?) ㉤ 준강도의 공동정범 등이 출제되었습니다.

① “합동특수절도와 공동정범의 성부”에서 ㉠ 甲과 丙은 범행현장인 A의 집에서 시간적, 장소적으로 협동하여 절도행위를 하였으므로 합동특수절도가 되며 ㉡ 乙은 甲과 丙에게 A의 집 비밀번호 및 금고의 위치와 비밀번호, CCTV가 없는 도로로까지 상세한 정보와 범행계획을 제공하였다는 점에서 주모자로서 적극가담에 의한 기능적 행위지배가 인정되므로 비록 범행현장에 없었다고 하여도 합동특수절도의 공동정범이 성립합니다. ㉢ 다만 금고 안이 텅 비어 있었다는 점에서 합동특수절도는 미수입니다. ㉣ 그리고 乙은 A의 조카이므로 친족상도례가 적용됨을 간단하게 현출해야 합니다. 乙과 A는 비동거친족이므로 상대적 친고죄가 될 것입니다.

② “폭처법 제2조 제2항 공동주거침입죄와 공동정범의 성부”에서 甲과 丙은 동일 장소, 동일 기회에 A의 집에 침입한 것이므로 폭처법 제2조 제2항 공동주거침입죄의 죄책을 집니다. 이때 丙이 A의 집밖에서 망을 보았어도 여전히 동일 장소, 동일 기회는 인정이 됩니다. 乙은 주모자로서 합동특수절도와 공동정범의 법리와 동일하게 본죄의 공동정범이 될 수밖에 없습니다.

③ “준강도의 기수·미수의 구별기준”과 관련하여 ㉠ “甲은 계속하여 금괴를 찾던 중, 출장이 연기되어 마침 집 안 침실에 있던 A에게 발각되자 자신을 붙잡으려는 A의 얼굴을 주먹으로 때리고 집 밖으로 도망쳤다.”는 것인바, 합동절도미수인 甲은 절도의 기회에 체포면탈의 목적으로 폭행을 한 것이므로 준강도죄가 성립합니다. ㉡ 그리고 합동절도가 미수이므로 판례와 다수설의 입장인 ‘절취행위기준설’을 취하면 甲의 준강도죄는 미수가 됩니다.

④ A가 준강도미수인 甲에게 폭행을 당하여 코피가 났는데, ㉠ 만약 코피가 난 것을 상해로 본다면 기본범죄인 준강도가 미수인 상태에서 치상의 결과가 발생한 것이므로 준강도미수에 의한 강도치상죄, 즉 결과적 가중범의 미수가 쟁점이 될 수도 있습니다. ㉡ 그러나 “상대적 상해개념”에 의하여 코피가 난 것까지 상해로 보는 경우는 아직 없으므로 결과적 가중범의 미수는 쟁점이 아닐 듯합니다. ㉢ 다만 코피가 난 것은 극히 경미한 상처로서 “상대적 상해개념”에 따라 상해가 아니라고 현출한다면 가점이 있을 수도 있다고 보입니다.

⑤ “준강도의 공동정범”에서 ㉠ 판례는 ‘폭행·협박에 대한 예견가능성’이 있는 경우 폭행·협박에 가담하지 않은 다른 공범에 대하여도 준강도의 공동정범을 인정합니다. 만약 예견가능성이 부정될 경우 합동절도의 죄책만을 집니다. ㉡ 판례는 합동절도범들이 다른 길로 도

주를 한 경우에도 예견가능성을 인정하여 준강도의 공동정범을 인정하는 경우가 많습니다.

㉔ 그런데 “丙은 망을 보는 시간이 길어지자 甲에게 진행상황을 물어보는 문자메시지를 보냈고, 이에 甲이 금고 안에 금괴가 없다는 답을 보내오자 甲이 집에서 나오기 전에 이미 현장을 떠났다”는 점에서 丙에게 ‘폭행·협박에 대한 예견가능성’을 인정하기는 어렵다고 생각됩니다. 이 경우 준강도의 공동정범은 성립하지 않고, 합동특수절도의 미수의 죄책만을 진다고 답안지에 현출하면 될 것입니다. ㉕ 물론 예견가능성을 인정하여 준강도미수의 공동정범이 된다고 하여도 전혀 무방합니다. ㉖ 어떠한 결론이냐가 중요한 것이 아니라 그 결론에 이르는 타당하고 설득력 있는 법리 제시는 모든 주관식 사례문제에서 고득점의 핵심 포인트가 됩니다. ㉗ 다만 乙은 범행현장에 없었으므로 어느 견해에 의하든 ‘폭행·협박에 대한 예견가능성’을 인정하는 것에는 상당한 무리가 있는 것으로 보입니다.

㉘ 그리고 ㉙ “신고를 받고 출동한 경찰관은 근처를 탐문하던 중, A의 집으로부터 2km 떨어진 지점에서 인상착의가 흡사한 甲을 발견하고 검문을 위해 정지를 요구하였다. 甲이 이를 무시하고 그대로 도주하자 200m 가량 추격하여 甲의 옷자락을 붙잡았고 그로 인해 甲이 바닥에 넘어졌다.”는 점에서 甲에게 도주죄의 죄책을 물어볼 여지도 있습니다. ㉚ 경찰관이 검문을 위해 甲에게 정지를 요구하였고, 甲이 이를 무시하고 그대로 도주하였다는 점에서 甲은 아직 체포되지 않은 것이므로 도주죄는 성립하지 않습니다. 이 부분은 답안지에 현출할 필요는 없어 보입니다.

(나) 제1문 (2)에서는 丁과 戊에 대하여는 ㉛ 살인행위를 공모한 살인죄의 공동정범으로서 ㉜ 공범과 중지미수가 주된 쟁점입니다.

㉝ 丁과 戊는 B를 교통사고로 위장하여 살해하기로 마음먹고, 戊가 트럭을 운전하고 丁은 戊의 옆자리에 앉아 있다가 B가 건물 밖으로 나오자 戊가 트럭 속도를 올려 도로를 건너는 B를 강하게 충격한 다음 그대로 도망쳤다는 점에서 공동하여 살인행위를 한 것입니다.

㉞ 丁은 후회와 함께 B에 대한 연민이 들어 119에 전화를 걸어 B의 구조를 요청하였고, 丁의 신고를 받고 출동한 구조대에 의해 병원으로 이송된 B는 가까스로 목숨을 건질 수 있었다는 점에서 중지미수에 있어 ‘자의성’이 인정되고, 또한 자의에 의하여 결과발생을 방지한 것이므로 살인죄의 중지미수가 됩니다. ㉟ 丁이 B를 구호해 주자고 하였으나 戊는 동의하지 않고 그곳을 떠났다는 점에서 전혀 자의성이 인정되지 아니하므로 戊는 살인죄의 장애미수가 됩니다. ㊱ 전체적으로 쟁점은 ‘공범과 중지미수’가 될 것입니다.

(3) 제2문 출제 쟁점

㊲ 제2문에서는 ㊳ 합동특수절도 ㊴ 신용카드범죄와 공동정범의 착오, 그리고 신용카드 범죄에 대한 간접정범과 장물취득죄의 성부 ㊵ 책략절도와 사기죄의 구별기준 ㊶ 특수공무집행방해치상죄와 특수상해죄의 성부 및 죄수관계 ㊷ 공동정범 사이의 범인은닉·도피죄의 성부 등이 출제되었습니다.

② “합동특수절도”에서 甲과 乙은 한 건 하기로 하고 집 주변 ATM 앞을 서성대다 현금을 인출하는 A의 뒤에서 몰래 A의 신용카드 비밀번호를 알아낸 다음, 乙이 A에게 길을 묻는 척하고, 甲이 그 사이 A의 지갑을 몰래 꺼내었다는 점에서 甲과 乙은 무난하게 합동특수절도가 됩니다.

③ “신용카드범죄”와 관련하여 ㉠ 乙은 ○○백화점 근처 ATM에서 A의 신용카드로 예금 100만 원을 인출한 것이므로 인출한 현금에 대하여 절도죄가 성립합니다. 이때 컴퓨터등사용사기죄는 성립하지 않음을 간략하게 현출해야 합니다. 이는 판례 사안으로서 변시 5회에서 객관식으로 출제된 바 있습니다. ㉡ 또한 신용카드 본래의 용도인 여신기능(대출기능)에 따라 사용한 것이므로 신용카드부정사용죄가 성립합니다.

④ “丙이 당연히 乙의 카드로 생각하고 ○○백화점에서 A의 신용카드를 사용하여 500만 원 상당의 명품 가방을 구매한 경우”에서 ㉠ 丙은 당연히 乙의 카드로 생각하였다는 점에서 사기의 고의가 없어 사기죄(절취한 카드로 물품을 구입하면 사기죄 성립)가 성립하지 않지만, 丙은 사기의 고의가 없는 丙을 이용한 것이므로 의사지배가 인정되어 사기죄의 간접정범이 됩니다. ㉡ 또한 신용카드 본래의 용도에 따라 사용한 것이므로 신용카드부정사용죄의 간접정범도 성립합니다. ㉢ 그리고 乙은 사기장물인 가방을 丙으로부터 취득한 것인바, 간접정범을 포함한 재산범죄의 정범에 대하여는 장물죄가 성립하지 아니하므로 장물취득죄는 성립하지 않습니다.

⑤ “책략절도와 사기죄의 구별기준”에서는 ㉠ 피기망자의 처분행위가 있었는지 여부가 관건이 됩니다. 그런데 “丙은 옆 매장에서 사고 싶었던 시계를 발견하고 들어가 매장직원 B에게 “한번 착용해 보자.”라고 요청했고, B가 건네준 시계를 손목에 차고 살펴보다가 B가 다른 손님과 대화하는 사이 몰래 도망쳤다”는 점에서 피기망자인 매장직원 B는 丙이 시계를 한번 착용해보자고 요청을 하였기 때문에 丙에게 시계를 건네준 것에 불과하므로 시계를 매도하겠다는 등의 어떠한 재산적 처분행위도 한 바 없으므로 丙에게는 사기죄가 아니라 절도죄가 성립합니다. ㉡ 그리고 乙은 이러한 丙의 행위에 대하여 전혀 아는 바가 없으므로 일종의 공범의 착오 중 질적 초과가 되어 이 부분 어떠한 죄책도 지지 않습니다. ㉢ 또한 乙은 甲의 말을 어기고 신용카드범죄 등을 범하였다는 점에서 甲 역시 乙과 丙의 범행에 대하여 전혀 아는바 없으므로 이는 공동정범의 착오(질적 초과)가 되어 甲은 무죄가 됩니다.

⑥ “특수공무집행방해치상죄와 특수상해죄의 성부 및 죄수관계”는 이미 변시 1회와 6회에서 2번이나 출제된 쟁점입니다. ㉠ 甲은 A의 신고를 받고 甲을 검거하기 위해 인근을 순찰하던 경찰관 P1이 자신에게 다가오자 평소 지니고 있던 접이식 칼을 휘둘러 P1의 팔에 전치 4주의 상처를 입힌 것인바, ㉡ 甲은 적법하게 직무를 수행하고 있는 경찰관 P1에게 흉기 또는 위험한 물건인 접이식 칼을 휘둘러 전치 4주의 상처를 입힌 것이므로 위 죄에 모두 해당합니다. ㉢ 죄수는 중한 죄인 특수공무집행방해치상죄가 특수상해죄에 대하여 특별관계에 있으므로 특수공무집행방해치상죄 1죄만 성립함을 현출하면 되겠습니다.

⑦ “공동정범 사이의 범인은닉·도피죄의 성부 ”에서 甲과 乙은 A의 신용카드에 대한 합동절도 즉, 특수한 형태의 공동정범의 관계에 있습니다. ㉠ 乙은 甲에게 A의 신용카드를 주면서

“너부터 사용하고 만일 경찰에 잡히면 혼자 길 가다가 주운 카드라고 말해.”라고 하였다는 점에서 甲에게 자신에 대한 범인은닉·도피죄를 사주, 즉 교사한 것입니다. ㉠ 그런데 “뒤늦게 현장에 도착한 경찰관 P2에 의해 체포된 甲은 피의자 신문과정에서 乙이 지시한 대로 진술한 경우” 합동범, 즉 특수한 형태의 공동정범인 甲이 경찰관에게 허위진술을 한 행위는 정범(합동범이나 공동정범도 정범)의 자기 은닉·도피행위에 불과하므로 범인은닉·도피죄의 구성요건해당성이 조각되어 무죄가 됩니다. ㉡ 乙의 경우 피교사자인 甲의 행위에 대하여 최소한 위법성이 인정되어야 교사범이 성립할 수 있는데(공범종속형식 중 제한종속형식), 甲의 행위가 구성요건에도 해당하지 않기 때문에 乙은 교사범이 될 수 없습니다. 이 부분 甲과 乙은 모두 무죄가 됩니다. ㉢ 별도로 위계에 의한 공무집행방해죄의 성부도 검토해 볼 수 있으나, 70년대 나온 판례에 의하면 이 경우 위계 공무집행방해죄는 성립하지 않는바, 실전 사례에서는 큰 의미 없는 부분으로 현출 시 약간의 가점이 기대될 뿐입니다. 답안지에 현출하는 것 보다는 2문 마지막 쟁점이라는 점을 고려하여 우선적으로 2문 형사소송법 쟁점으로 가는 것이 득점에 훨씬 더 좋을 것으로 사료됩니다.

(4) 이번 제13회 변호사시험에서 출제된 형법사례문제는 단1개의 쟁점도 빠짐없이 모두가 본 강사가 지난 2023년 월비스 한림법학원 종합반 정규과정 1순환~5순환에서 출제한 형법 사례쟁점들과 일치하였습니다.

그 중에서도 지난 2023년 12월 19일 실시된 「형법 리마인드 SCREEN 특강」에서 강의한 형법 사례쟁점들을 가감 없이 그대로 올려놓도록 하겠습니다. 이번 제13회 변시에서 출제된 ① 「준강도의 기수·미수의 구별기준」 ② 「공동정범 사이의 범인은닉·도피교사」와 완벽하게 같은 구조를 가지고 있는 문제입니다.

1. 준강도의 기수·미수의 구별기준

5순환 「형법 리마인드 SCREEN 특강」

【문제】 乙은 유흥비를 벌어 볼 요량으로 길거리에서 지나가는 여성의 핸드백을 날치기하기로 결의하였다. 乙은 대담하게도 사람들이 많이 다니는 大路에서 B(女)가 명품손가방을 메고 가는 것을 보고는 B의 손가방을 짹째 잡아채려고 하였으나, 그만 가방끈을 놓치는 바람에 乙의 날치기는 실패로 끝났고, 그 광경을 보고 사람들이 乙을 붙잡으려고 몰려오자, 乙은 도주를 하기 시작하였다. 그 사이 행인 A가 乙의 허리춤을 잡고 놓아주지를 않았다. 乙은 A에게 잡히지 않고 달아나기 위하여 A에게 폭행을 가하여 A의 팔을 뿌리치고서야 간신히 도주를 할 수 있었다. 乙의 죄책을 논하시오.

위의 쟁점은 종합반 3순환 5회 문제로 출제된 바 있습니다.

【문제】 丙은 사실 여러 가지 범죄사실로 처벌받은 전력이 있으며, 특히 어떤 건물이나 상점이든 출입문 비밀번호나 금고 비밀번호를 아주 쉽게 알아내는 재주를 지니고 있었다. 丙

은 고가의 귀금속을 절취할 목적으로 복면을 쓰고 훔칠 장소를 물색하던 중, 2023.11.9. 03:30경 강남구 역삼동 소재 5층 건물 중 1층에 입점해 있는 귀금속 판매점의 출입문 비밀번호를 조작하여 출입문을 연 다음 상점 안으로 몰래 들어갔다. 丙은 여러 종류의 귀금속들을 보관하고 있는 금고의 비밀번호를 즉시 알아내고는 번호를 눌러서 금고문을 연 다음에 귀금속들을 미리 준비해 간 가방에 담을 채비를 하였다. 그런데 사실은 귀금속 판매점 안에는 종업원 D가 숙직 아닌 숙직을 하면서 자고 있었는데, 丙은 그러한 사실을 모르고 있었다. 인기척에 잠을 깬 D가 丙을 발견하고 丙을 붙잡으려고 하였다. 丙은 붙잡히지 않으려고 D를 힘껏 밀어뜨려서 땅바닥에 넘어지게 하였는데, 丙이 의도한 바를 넘어서서 D는 팔목이 부러지는 상해를 입었다. 이러한 혼란스러운 상황에서 丙은 귀금속 중 단 하나도 가방 안에 담지 못한 상태에서 귀금속을 훔쳐 갈 것을 포기하고 빈손으로 귀금속 판매점을 빠져나왔다. 丙의 죄책을 논하시오.

2. 자기 범죄의 범인도피교사와 공동정범 사이의 범인도피행위

5순환 「형법 리마인드 SCREEN 특강」

【문제】 乙은 친구인 甲과 공모하여 사기범행을 범한 적이 있다. 피해자의 고소로 수사를 받게 된 乙은 甲에게 자신들의 행위는 정상적인 거래였다고 혐의사실을 부인하는 허위의 진술을 사주하였다. 乙의 요청 내지는 사주에 따라 甲은 사기의 범행에 대한 수사절차에서 수사기관에 출석하여 참고인 또는 피의자 지위에서 자신의 행위는 적법한 거래였다고 허위의 진술하면서 그에 관한 허위자료를 제출하였다. 이 경우 甲과 乙의 죄책을 논하시오.

위의 쟁점은 종합반 1순환 8회 문제로 출제된 바 있습니다.

【문제】 乙은 IT 사업이 실패로 끝나자 사업 업종을 바꾸어 C콜라텍을 운영하게 되었다. 乙은 자신의 콜라텍에 대한 강제집행을 면탈할 의도로 후배인 丁과 공모하여 丁이 C콜라텍을 양수하는 것처럼 가장하여 재산의 허위양도에 의한 강제집행면탈죄를 범하였다. 그런데 乙은 丁에게 실제 양수한 것처럼 진술해달라고 요청을 하면서 허위의 진술을 사주하였다. 乙의 요청 내지는 사주에 따라 丁은 강제집행면탈의 범행에 대한 수사절차에서 수사기관에 출석하여 참고인 또는 피의자 지위에서 자신이 C콜라텍을 실제 양수하였다고 진술하면서 그에 관한 허위자료를 제출하였다. 乙과 丁의 죄책을 논하시오.