

【문 1】 다음 각 설문에 답하고 그 이유를 간략히 서술하시오. (각 설문의 사안은 모두 별개이며, 다툼이 있는 경우는 가장 최근의 판례에 의함. 그리고 특별법위반 여부는 논외로 한다)

1. 甲과 乙은 함께 식당을 운영하기로 하되, 점포 임대차보증금은 甲이 단독으로 부담하고 배달용 차량은 甲과 乙이 공동으로 소유(지분비율 각 50%)하기로 하였다. 이에 따라 甲은 2020. 4. 1. 丙으로부터 그 소유의 상가건물 1층을 보증금 2,000만 원, 차임 월 100만 원에 임차하였다. 甲은 영업부진으로 인하여 영업을 정리하기로 乙과 합의하고 2021. 11.경 丙에 대하여 가지는 임대차보증금 반환채권을 丁에게 양도하고 배달용 차량도 1,000만 원에 매도하였다. 그런데 甲은 차량 매도대금을 甲 명의의 계좌로 수령하여 개인 채무의 변제에 모두 사용하였다. 2021. 12.경 이 사실을 안 乙이 甲에게 항의하자, 甲은 뒤늦게 乙에 대한 기존 대여금 채권 500만 원과 상계한다고 주장하였다(실제 甲 주장의 대여금 채권 자체는 존재하는 것으로 추후 확인되었다). 한편 甲은 丁에게 양도한 임대차보증금 반환채권에 관하여 丙에게 채권양도의 통지를 하지 아니하고 있다가, 2022. 3. 31. 임대차기간이 만료되자 丙으로부터 보증금 중 연체차임 등을 공제한 잔액 1,200만 원을 반환받은 후 생활비 등으로 소비하였다. 甲의 죄책 유무를 논하고 그 이유를 간략히 서술하시오. (15점)

2. 甲과 乙은 동업계약을 체결하고 2021. 4. 1. 상가건물 1층을 매수하여 식당을 운영하였고, 乙의 배우자인 丁이 때때로 함께 출근하여 주방일을 도와주었다. 그런데 甲과 乙 사이에 2021. 11.경 수익 배분 문제로 서로 다툼이 발생하였다. 다음날 乙이 丁과 함께 출근하자 甲은 부재중이었고, 甲의 처남으로 마침 식당을 방문한 丙이 식당 문을 잠그고 문을 열어줄 것을 거부하였다. 이에 乙은 丁과 함께 식당 문에 설치된 자물쇠를 부수고 문을 열고 들어갔다(그 자물쇠는 甲과 乙이 식당을 개업할 당시 새로 설치한 것이었다). 乙과 丁의 죄책 유무를 논하고 그 이유를 간략히 서술하시오. (15점)

I 설문 1. 에 대한 판단

1. 문제점

① 채권양도 이후에 채권을 변제 받아 이를 소비한 행위와 ② 공동으로 소유하는 차량 매도대금을 임의로 소비하고 상계를 주장한 행위에 대한 횡령죄(형법 제355조 제1항)의 성부가 문제된다.¹⁾ 횡령죄는 타인소유, 자기점유하에 있는 재물을 횡령함으로써 성립한다. 사안에서는 금전을 타인의 소유물로 볼 수 있는가 즉 금전 기타 대체물의 소유권을 어떻게 평가할 것인가를 검토하여야 한다.

2. 채권양도통지를 하지 않고 수령하여 사용한 행위

(1) 금전 기타 대체물의 소유권 귀속

판례에 의하면, 목적, 용도를 정하여 금전을 위탁받은 경우 정해진 목적, 용도에 사용할 때까지는 이에 대한 소유권이 위탁자에게 유보되어 있는 것이 원칙이라는 입장이다. 또한 금전의 수수를 수반하는 사무처리를 위임 받은 자가 그 행위에 기하여 위임자를 위하여 제3자로부터 수령한 금전은 목적이나 용도를 한정하여 위탁된 금전과 마찬가지로 달리 특별한 사정이 없는 한 그 수령과 동시에 위임자의 소유에 속하고, 위임을 받은 자는 이를 위임자를 위하여 보관하는 관계에 있다고 본다(대판 2005.11.10. 2005도3627).

(2) 채권양도 당사자 사이의 신임관계 및 금전의 위탁관계

① 과거 판례에 의하면, 채권양도인이 채권양도 통지를 하기 전에 채무자로부터 채권을 추심하여 금전을 수령한

1) 차량 매도행위에 대한 사기죄나 배임죄 등도 문제 삼을 수는 있겠으나 출제의도를 고려하여 모두 생략하였습니다.

경우 그 금전은 채권양도인이 아니라 채권양수인이 소유하고, 나아가 채권양도인이 채권양수인을 위하여 채권 보전에 관한 사무를 처리하는 자의 지위에 있다고 보았으나 아래와 같이 판례를 변경하였다.

- ② 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. 2017도3829 전합).

(3) 검토

횡령죄의 성립을 부정하는 판례의 입장이 타당하며, 그 논거는 다음과 같다.

- ① 채권 자체와 채권의 목적물인 금전은 엄연히 구별되므로, 채권양도에 따라 채권이 이전되었다는 사정만으로 채권의 목적물인 금전의 소유권까지 당연히 채권양수인에게 귀속한다고 볼 수 없다.
- ② 금전의 교부행위가 변제의 성질을 가지는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 금전이 상대방에게 교부됨으로써 그 소유권이 상대방에게 이전된다.
- ③ 횡령죄가 성립하려면 재물의 보관자와 재물의 소유자(또는 그 밖의 본권자) 사이에 위탁신임관계가 존재해야 하는데 채권양수인의 의사는 자신이 채권을 온전히 이전받아 행사할 수 있도록 대항요건을 갖추어 달라는 것이지, 채권양도인으로 하여금 대신 채권을 추심하거나 금전을 수령해 달라는 것이 아니므로 횡령죄를 인정할 만한 위탁신임관계가 존재한다고 볼 수 없다.

3. 차량판매대금을 소비하고 상계를 주장하는 행위

(1) 동업재산의 처분행위

- ① 판례에 의하면, 동업재산은 동업자의 합유에 속하므로, 동업관계가 존속하는 한 동업자는 동업재산에 대한 지분을 임의로 처분할 권한이 없고, 동업자 한 사람이 지분을 임의로 처분하거나 또는 동업재산의 처분으로 얻은 대금을 보관 중 임의로 소비하였다면 횡령죄의 죄책을 면할 수 없다.
- ② 동업자 사이에 손익분배 정산이 되지 아니하였다면 동업자 한 사람이 임의로 동업자들의 합유에 속하는 동업 재산을 처분할 권한이 없는 것이므로, 동업자 한 사람이 동업재산을 보관 중 임의로 횡령하였다면 지분비율에 관계 없이 횡령한 금액 전부에 대하여 횡령죄의 죄책을 부담한다(대판 2011.6.10. 2010도17684).

(2) 상계 주장에 대한 판단

판례에 의하면, 위탁 취지에 반하여 매각대금으로 수령한 금원 중 피해자에게 반환하여야 할 돈을 자신의 피해자에 대한 채권의 변제에 충당한다는 명목으로 그 반환을 거부하면서 자기의 소유인 것 같이 이를 처분하였다면 불법영득의 의사가 인정되며(대판 2005.8.19. 2005도3681), 위탁자에 대한 채권의 존재는 횡령죄의 성립에 영향을 미치는 것이 아니며, 또한 상계할 수 있는 반대채권이 있어 그에 상계충당하였다는 것만으로는 용도 내지 목적을 특정하여 위탁한 돈의 반환을 거절할 정당한 사유가 되지 못한다고 판시한 바 있다(대판 1997.9.26. 97도 1520).

(3) 검토

동업자산인 차량 매도대금을甲이 개인 채무의 변제에 모두 사용한 경우 횡령죄의 보호법익인乙의 신임관계는 이미 침해되었다고 보아야 하므로 을의 상계주장은 횡령죄의 성립에 영향이 없다고 보아야 한다.

4. 결론

금전채권을 양수인에게 양도한 경우 채권양도통지가 있기 전에 추심한 금전의 소유권은 양도인에 있으므로 그 금전을 소비한 행위는 횡령죄에 해당되지 않으나, 동업재산을 처분한 대가를 임의로 소비한 행위는 횡령죄에 해당된다.

II. 설문 2. 에 대한 판단

1. 문제점

을과 정이 식당에 들어간 행위와 관련하여 건조물침입죄(형법 제319조 제1항)의 공동정범에 해당하는지 여부가 문제되며, 을과 정이 자물쇠를 부순 행위와 관련하여 재물손괴죄(형법 제366조)의 공동정범에 해당하는지 여부가 문제된다. 건조물침입과 관련해서는 공동거주자 중 한 사람의 침입행위 및 공동거주자가 들어가는 행위에 외부인이 가담한 경우 본죄를 구성하는지 여부를 검토하여야 하고 재물손괴죄와 관련해서는 공동으로 소유하는 재물을 타인의 소유물로 볼 수 있는지 여부가 문제된다.

2. 乙의 죄책

(1) 재물손괴죄의 성부

1) 구성요건

재물손괴죄는 타인의 재물을 손괴하여 그 효용을 해한 경우에 성립한다. 자물쇠는 甲과 乙이 식당을 개업할 때 새로 설치한 것으로서 동업재산에 해당된다. 동업재산은 동업관계가 청산되지 않는 한 동업자들의 공동소유, 공동점유하에 있다고 보아야 하므로 서로 간에 재물의 타인성이 인정된다. 따라서 을이 자물쇠를 부순행위는 손괴죄의 구성요건해당성이 인정된다.

2) 위법성조각사유

① 자구행위 해당여부

자구행위란 법률에서 정한 절차에 따라서는 청구권을 보전(保全)할 수 없는 경우에 그 청구권의 실행이 불가능해지거나 현저히 곤란해지는 상황을 피하기 위하여 한 상당한 이유가 있는 행위를 말한다(형법 제23조). 사안의 경우 을의 손괴행위가 청구권의 실행이 불가능하거나 현저히 곤란해지는 긴급사정하에서 이루어진 것은 아니므로 자구행위에 해당되지 않는다.

② 정당행위 인정여부

법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 벌하지 아니한다(형법 제20조). 관례에 의하면, 정당행위를 인정하려면 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호이익과 침해이익과의 범익균형성, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다.

사안의 경우 을이 재물을 손괴해야 할 특별한 긴급한 사정이 보이지 않으므로 정당행위에 해당되지 않는다고 판단된다.

3) 소결

을에게 기타 위법성을 조각하거나 책임을 조각할 만한 사유는 인정되지 않으므로 재물손괴죄가 성립한다.

(2) 건조물침입죄의 성부

1) 구성요건

건조물침입죄는 관리하는 건조물에 침입함으로써 성립한다. 판례에 의하면, 주거침입죄의 구성요건적 행위인 침입은 주거침입죄의 보호법익과의 관계에서 해석하여야 하므로, 침입이란 거주자가 주거에서 누리는 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것을 의미하고, 침입에 해당하는지 여부는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 판단함이 원칙이다. 사실상의 평온을 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것이라면 특별한 사정이 없는 한 거주자의 의사에 반하는 것이겠지만, 단순히 주거에 들어가는 행위 자체가 거주자의 의사에 반한다는 거주자의 주관적 사정만으로 바로 침입에 해당한다고 볼 수 없다(대판 2021.9.9. 2020도12630 전합).

2) 공동거주자의 침입여부

판례에 의하면, 공동거주자 중 한 사람이 법률적인 근거 기타 정당한 이유 없이 다른 공동거주자가 공동생활의 장소에 출입하는 것을 금지한 경우, 다른 공동거주자가 이에 대항하여 공동생활의 장소에 들어갔더라도 이는 사전 양해된 공동주거의 취지 및 특성에 맞추어 공동생활의 장소를 이용하기 위한 방편에 불과할 뿐, 그의 출입을 금지한 공동거주자의 사실상 주거의 평온이라는 법익을 침해하는 행위라고는 볼 수 없으므로 주거침입죄는 성립하지 않는다. 설령 그 공동거주자가 공동생활의 장소에 출입하기 위하여 출입문의 잠금장치를 손괴하는 등 다소간의 물리력을 행사하여 그 출입을 금지한 공동거주자의 사실상 평온상태를 해쳤더라도 그러한 행위 자체를 처벌하는 별도의 규정에 따라 처벌될 수 있음은 별론으로 하고, 주거침입죄가 성립하지 아니함은 마찬가지이다(대판 2021.9.9. 2020도6085 전합).

3) 검토

형법상 건조물침입죄의 객체인 건조물은 타인이 관리하는 것에 한하고, 타인과 공동으로 관리하고 있는 자가 행위자인 경우에는 그가 공동생활에서 이탈한 후가 아니면 본죄의 객체가 되지 않는다고 보는 판례의 입장이 타당하다. 이 사건 당시 갑과 을 사이에 수익분배로 다툼이 있었을 뿐 을이 공동관리자의 지위에서 이탈하였다고 볼 수 없다. 이러한 상황에서 갑 혹은 갑의 처남이 일방적으로 을의 출입을 금지할 법률적인 근거 기타 정당한 이유가 있었다고 인정되지 않는다. 따라서 을이 들어가는 과정에서 출입문에 자물쇠를 손괴하는 등의 방법을 사용하였다고 하더라도 건조물침입죄가 성립하지 않는다.

3. 丁의 죄책

(1) 재물손괴죄의 성부

정은 을과 함께 타인의 소유물인 자물쇠를 부수었던 바 재물손괴죄의 공동정범에 해당된다.²⁾

(2) 건조물침입죄의 성부

1) 판례의 태도

판례에 의하면, 공동거주자의 승낙을 받아 공동생활의 장소에 함께 들어간 외부인의 출입 및 이용행위가 전체적으로 그의 출입을 승낙한 공동거주자의 통상적인 공동생활 장소의 출입 및 이용행위의 일환이자 이에 수반되는 행위로 평가할 수 있는 경우, 그 외부인에 대하여 주거침입죄가 성립하지 않는다고 판시하였다(대판 2021.9.9. 2020도6085 전합).

2) 검토

丁은 을과 부부로서 을과 함께 식당에 출근을 하는 관계이다. 따라서 을의 승낙에 따른 공동생활 장소의 출입

2) 특별법을 논하자면, 폭처법상 공동재물손괴에 해당될 수 있으나 문제의 취지상 형법상의 범죄로 한정하였습니다.

및 이용행위는 을의 통상적인 공동생활 장소의 출입 및 이용행위의 일환이자 이에 수반되는 행위로 평가할 수 있는 경우로서 이러한 정의 행위는 전체적으로 을의 행위와 동일하게 평가할 수 있다고 보아야 한다. 따라서 을에게 건조물침입죄가 성립하지 않는 것과 마찬가지로 丁도 건조물침입죄가 성립하지 않는다.

4. 결론

공동생활관계에서 이탈하지 않은 상태에서 정당한 이유 없이 이루어진 출입금지 조치에 대항하여 공동거주자로서 공동생활의 장소에 출입하는 행위 및 이에 수반하는 행위는 건조물침입죄를 구성하지 않으며 을과 정은 결국 재물손괴죄의 공동정범에 해당될 뿐이다.

【문 2】 주점을 운영하는 甲은 평소 자신의 민원을 느리게 처리하는 시청 공무원에 대해 불만을 가지고 있었다. 그러던 어느 날 이러한 시청 공무원들을 가만둘 수 없다고 생각한 甲은 시청 청사 내 주민생활복지과 사무실에 술에 취한 상태로 찾아가 소란을 피웠다. 이 때 시청 주민생활복지과 소속으로 주민생활복지에 대한 통합조사 및 민원 업무에 관한 직무를 담당하는 A공무원이 목소리를 낮춰달라는 요청과 함께 민원 내용에 대한 질문을 하였으나 甲은 욕설을 하면서 계속하여 소란을 피웠고, 이에 A공무원이 피고인을 제지하며 사무실 밖으로 데리고 나가려고 하자 甲은 손에 들고 있던 휴대전화를 휘둘러 뺨을 1회 때렸다. A공무원은 민원 상담을 시도하였으나 甲의 욕설과 소란으로 인해 정상적인 민원 상담이 이루어지지 아니하고 다른 민원 업무 처리에 장애가 발생하는 상황이 지속되어 甲을 사무실 밖으로 데리고 나간 것이고, 그 과정에서 甲의 팔을 잡는 등 다소의 물리력을 행사하였다.

시청을 나온 甲은 기분이 풀리지 않자 잠이나 한숨 잘 까 생각하여 시청 근처에 있는 모텔 방에 투숙하였다. 모텔 방에서 담배를 피운 甲은 재떨이에 담배를 고게 되었으나 담뱃불이 완전히 꺼졌는지 확인하지 않은 채 휴지를 재떨이에 버리고 잠을 잔 탓에 담뱃불이 휴지와 옆에 있던 침대시트에 옮겨 붙어 화재가 발생하였고, 잠에서 깬 甲은 불이 붙은 사실을 발견하고서도 불을 끄는 조치를 하거나 모텔 주인이나 다른 방에 투숙 중인 손님 B에게 화재사실을 알리고 119에 신고를 하는 등의 조치를 취하지 아니하고 모텔을 빠져나갔으며, 결국 불길은 순식간에 모텔 전체에 번져 손님 B가 사망하였다. 그러나 불길이 순식간에 모텔 전체로 번져, 불이 난 사실을 알리지 아니하였다는 사정만으로는 甲이 이 사건 화재를 용이하게 소화할 수 있었다고 보기 어려웠다.

甲의 죄책을 논하시오. (20점)

(특별법 위반죄는 논외로 하고, 다툼이 있는 경우 대법원 판례에 따름)

I. 쟁점의 정리

갑이 시청 청사 내에 소란을 피우러 들어간 행위에 대해서 건조물침입죄(형법 제319조 제1항), A의 뺨을 때린 행위와 관련해서는 공무집행방해죄(형법 제136조 제1항)의 성부가 문제되며, 화재사실을 알리지 아니하고 달아난 행위와 관련해서는 부작위에 의한 현주건조물방화치사죄(형법 제164조 제2항)의 성부가 문제된다. 갑에게 부작위에 의한 방화죄의 성부가 부정된다면 담뱃불을 제대로 끄지 않은 행위와 관련하여 과실범으로서 중과실치사죄(형법 제268조), 및 중실화죄(형법 제171조)의 성부가 문제된다.

II. 건조물침입죄의 성부

1. 문제점

건조물침입죄는 관리하는 건조물에 침입함으로써 성립한다. 갑이 공무집행을 방해할 의사로 일반인에게 공개된 청사 내 건물로 들어간 경우 건조물침입죄를 구성하는지 문제된다.

2. 판례의 태도

판례에 의하면, 일반인의 출입이 허용된 음식점에 영업주의 승낙을 받아 통상적인 출입방법으로 들어갔다면 특별한 사정이 없는 한 주거침입죄에서 규정하는 침입행위에 해당하지 않는다. 설령 행위자가 범죄 등을 목적으로 음식점에 출입하였거나 영업주가 행위자의 실제 출입 목적을 알았다더라면 출입을 승낙하지 않았을 것이라는 사정이 인정되더라도 그러한 사정만으로는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위 태양에 비추어 사실상의 평온상태를 해치는 방법으로 음식점에 들어갔다고 평가할 수 없으므로 침입행위에 해당하지 않는다(대판 2022.3.24. 2017도18272 전합).

3. 검토

침입에 해당하는지 여부는 보호법익과의 관계에서 판단하는 것이 타당하다. 갑이 청사 내에 출입할 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위태양을 기준으로 판단할 때 통상적인 출입방법으로 들어간 것으로 보이므로 건조물침입죄에 해당되지 않는다.

Ⅲ. 공무집행방해죄의 성부

1. 공무집행방해죄의 구성요건

공무집행방해죄는 직무를 집행하는 공무원에 대하여 폭행 또는 협박한 경우에 성립한다. 여기서 '직무를 집행하는'이란 공무원이 직무수행에 직접 필요한 행위를 현실적으로 행하고 있는 때만을 가리키는 것이 아니라 공무원이 직무수행을 위하여 근무 중인 상태에 있는 때를 포괄하고, 직무의 성질에 따라서는 그 직무수행의 과정을 개별적으로 분리하여 부분적으로 각각의 개시와 종료를 논하는 것이 부적절하고 여러 종류의 행위를 포괄하여 일련의 직무수행으로 파악하는 것이 타당한 경우가 있다.

공무집행방해죄는 공무원의 적법한 공무집행이 전제되어야 하고, 공무집행이 적법하기 위해서는 그 행위가 공무원의 추상적 직무 권한에 속할 뿐만 아니라 구체적으로 그 권한 내에 있어야 하며, 직무행위로서 중요한 방식을 갖추어야 한다. 추상적인 권한은 반드시 법령에 명시되어 있을 필요는 없다. 추상적인 권한에 속하는 공무원의 어떠한 공무집행이 적법한지는 행위 당시의 구체적 상황에 기초를 두고 객관적·합리적으로 판단해야 하고, 사후적으로 순수한 객관적 기준에서 판단할 것은 아니다.

2. 판례의 태도

시청 주민생활복지과 소속 공무원이 주민생활복지과 사무실에 방문한 피고인에게 민원 내용을 물어보며 민원 상담을 시도한 행위, 피고인의 욕설과 소란으로 정상적인 민원 상담이 이루어지지 않고 다른 민원 업무 처리에 장애가 발생하는 상황이 지속되자 피고인을 사무실 밖으로 데리고 나간 행위는 민원 안내 업무와 관련된 일련의 직무수행으로 포괄하여 파악함이 타당한 점, 행위 당시의 구체적 상황에 기초를 두고 객관적·합리적으로 판단해 보면, 담당 공무원이 피고인을 사무실 밖으로 데리고 나가는 과정에서 피고인의 팔을 잡는 등 다소의 물리력을 행사했다더라도, 이는 피고인의 불법행위를 사회적 상당성이 있는 방법으로 저지한 것에 불과하므로 위법하다고

볼 수 없는 점, 소란을 피우는 민원인을 제지하거나 사무실 밖으로 데리고 나가는 행위도 민원 담당 공무원의 직무에 수반되는 행위로 파악함이 타당하고 직무권한의 범위를 벗어난 행위라고 볼 것은 아닌 점 등을 종합하면, 피고인의 행위는 시청 소속 공무원들의 적법한 직무집행을 방해한 행위에 해당하므로 공무집행방해죄를 구성한다(대판 2022.3.17. 2021도13883).

3. 검토

A가 갑을 사무실 밖으로 데리고 나가는 과정에서 갑의 팔을 잡는 등 다소의 물리력을 행사하였다고 하더라도, 이는 갑의 불법행위를 사회적 상당성이 있는 방법으로 저지한 것에 불과하므로 위법하다고 볼 수 없다. 따라서 이에 대해 폭행을 가한 갑의 행위는 공무집행방해죄의 구성요건에 해당하고 별도의 위법성조각사유가 없으며 술에 취한 상태였다 하더라도 그것만으로는 책임이 조각되거나 감경된다고 할 수 없다. 따라서 공무집행방해죄가 성립한다.

IV. 현주건조물방화치사죄의 성부

1. 현주건조물방화치사죄의 구성요건

현주건조물방화는 불을 놓아 사람이 주거로 사용하거나 사람이 현존하는 건조물 등을 불태움으로써 성립하며, 현주건조물방화치사죄는 현주건조물방화에 대한 부진정결과적 가중범으로서 사망의 결과에 대하여 고의가 있는 경우에도 성립한다는 것이 판례이다.

주거로 사용한다는 것은 행위자 이외의 사람이 사실상 일상생활의 장소로 사용하고 있음으로써 족하며, '사람이 현존하는'이란 건조물 등의 내부에 범인 이외의 사람이 존재하는 것을 말한다. 사안의 경우 모델이 현주건조물에 해당하는 점에는 의문이 없다.

2. 부진정부작위범의 구성요건

작위범의 구성요건을 부작위로 실현하는 부진정부작위범의 객관적 구성요건이 인정되기 위해서는 ① 결과발생의 위험이라는 구성요건적 상황 ② 요구되는 행위에 대한 부작위의 존재 ③ 결과방지가능성(개별적 행위가능성) ④ 보증인지위 ⑤ 행위정형의 동가치성 ⑥ 결과발생 및 인과관계가 인정되어야 하며, 주관적 구성요건으로서 고의가 있어야 한다.

여기서 보증인지위란 결과발생을 방지할 의무를 지는 지위를 말하며, 행위정형의 동가치성은 부작위에 의한 구성요건적 결과가 구성요건에서 요구하는 수단과 방법에 의하여 행하여질 것을 요한다는 의미이다.

보증인지위를 인정하기 위하여는 법령, 계약, 조리 또는 선행행위에 의하여 작위의무의 근거가 인정되면 족하다는 형식결과, 작위의무를 법익의 보호기능에 따른 "보호의무"와 위험에 대한 발생을 방지할 의무인 "안전의무"로 나누고 실질적으로 작위의무의 내용과 한계를 명백히 하지는 기능설(실질설)의 입장이 있다. 실질설에 의하면 선행행위에 의한 작위의무가 인정되기 위해서는 ① 선행행위는 결과발생에 대한 상당한 위험을 야기할 수 있는 것이어야 하고 ② 선행행위는 위법한 것이어야 하며 ③ 의무위반은 그 법익을 보호하기 위한 규범을 침해한 것이어야 한다.

3. 판례의 태도

판례에 의하면, 피고인이 담뱃불을 확인하지 아니하고 잠을 잔 과실로 화재가 발생한 경우, 이러한 피고인의 과실은 중대한 과실에 해당한다고 전제한 다음, 화재가 피고인의 중대한 과실 있는 선행행위로 발생한 이상 피고인에게 이 사건 화재를 소화할 법률상 의무는 있다 할 것이나, 피고인이 이 사건 화재 발생 사실을 안 상태에서 화재를 용이하게 소화할 수 있었다고 보기 어려운 경우에는 현주건조물방화치사죄는 성립하지 아니한

다고 판시하였다(대판 2010.1.14. 2009도12109).

4. 사안의 검토

사안의 경우 갑의 보증인지위와 관련하여서는 선행행위에 의한 안전의무가 문제되는 경우이다. 갑이 담뱃불이 완전히 꺼졌는지 여부를 확인하지 않은 채 잠을 잔 행위로 화재를 발생시킨 선행행위가 있었고 이는 위법한 것이며 이러한 선행행위는 방화죄의 보호법익인 공공의 안전을 침해하는 행위로 평가되므로 갑에게 선행행위에 의한 보증인지위가 인정된다.

그러나 방화죄에 대한 부진정부작위범이 성립하기 위해서는 보증인지위가 인정되는 외에 부작위 당시 소화의 가능성 및 용이성이 있어야 한다. 갑이 잠에서 깨어난 시점에서는 이 사건 화재를 용이하게 소화할 수 있었다고 보기 어려웠다는 점에서 결과방지가 가능성이 있다고 볼 수 없고 그렇다면 부작위범은 성립할 여지가 없다.

V. 중실화죄 및 중과실치사죄의 성부

1. 중실화죄의 성부

중대한 과실로 인하여 현주건조물을 불태운 경우에는 중실화죄가 성립한다. 중과실이란 주의의무를 현저히 태만히 하는 것을 말한다. 즉 조금만 주의하였다면 결과의 발생을 회피할 수 있었음에도 이를 게을리한 경우를 말한다. 중과실이 있는지 여부는 사회통념에 비추어 판단한다.

갑이 재떨이에 담배를 끄게 되었으나 담뱃불이 완전히 꺼졌는지 여부를 확인하지 않은 채 방치하고 다시 불이 붙기 쉬운 휴지를 재떨이에 버렸다면 이는 주의의무를 현저히 태만히 한 것으로 보이고 불길의 모텔 전체에 번진 결과는 갑의 중과실과 인과관계가 있으므로 중실화죄에 해당된다.

2. 중과실치사죄의 성부

중과실치사죄는 중대한 과실로 인하여 사람을 사망에 이르게 함으로써 성립한다. 중과실과 사망의 결과간에 상당인과관계가 있어야 한다.

갑이 조금이라도 주의를 기울여 담뱃불을 제대로 소화하였다면 B의 사망의 결과는 발생하지 않았을 것이므로 갑의 중과실과 B의 사망간에 상당인과관계가 인정된다. 따라서 B에 대한 중과실치사죄가 성립한다.

VI. 사안의 해결

갑이 일반인에게 공개된 장소에 범죄 목적으로 들어갔다 하더라도 건조물침입죄에 해당하지 않으며, A를 폭행한 행위는 적법한 공무집행에 대한 행위로서 공무집행방해죄에 해당된다.

갑이 불을 끄지 않고 달아난 행위와 관련하여 부작위당시 소화가능성이 없을 경우 부작위범은 성립하지 않으며 중실화죄와 중과실치사죄의 상상적 경합범에 해당될 뿐이다(형법 제40조). 이 두 범죄와 공무집행방해죄와의 관계는 실체적 경합범 관계이다.