

2018 제24회 법무사 2차시험 형법 기출문제 및 해설

【문 1】

갑과 을은 2017. 6. 20. 다툼을 벌이다 서로 상대방에게 상해를 가하였다. 갑은 당시 이미 폭력 전과가 다수 있어 위 상해행위로 중한 처벌을 받을 것을 염려하여 위 상해행위 직후 수사기관의 소환에 불응한 채 도피하기 시작하였다. 갑은 2017. 7. 무렵부터 2017. 12. 무렵까지 평소 가깝게 지내왔던 후배인 병으로 하여금 자신이 거주하던 수원 일대에서 병이 운행하는 승용차로 갑 자신이 원하는 목적지까지 이동시켜 줄 것을 요구하거나 속칭 ‘대포폰’을 구하여 줄 것을 요구하였고, 병이 이에 응하여 갑의 도피를 도와주었다. 이 경우 갑이 병에 대한 범인도피교사의 죄책을 지는지(형법 제151조 제1항, 제31조 제1항)에 관하여 논하시오. (다툼이 있는 경우 각 견해와 그 논거를 설명하고, 결론과 논거는 판례에 의함) (20점)

<제1문의 해설>

I. 문제의 소재

甲이 乙에 대한 상해행위에 대해 수사기관의 소환에 불응한 채 도피하고 있는 와중에 丙은 甲이 원하는 목적지까지 승용차로 이동시켜주고 대포폰도 구하여주는 등의 행위를 하였는바 이러한 행위가 범인도피죄에 해당하는지가 우선 문제되고, 다음으로 상해행위를 범하고 도피하는 과정에서 甲이 丙을 이용한 행위가 범인도피교사죄에 해당하는지 여부가 문제되는데 이의 전제로 甲의 행위가 자기도피행위의 일환인지 아니면 丙을 교사하여 이루어진 행위인지 여부를 먼저 검토하도록 한다.

II. 丙의 죄책 - 범인도피죄(형법 제151조)의 성부

1. 범인도피죄의 성립여부

① 범인도피죄의 주체는 ‘범인 이외의 자’이므로 丙은 본죄의 주체가 될 수 있고, ② 객체는 ‘벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 자’이나 甲의 경우 횡령이나 배임의 죄책 등 벌금 이상에 해당하는 자가 아니다. 그러나 ‘죄를 범한 자’는 범죄의 혐의를 받아 수사대상인 사람이면 그가 진범인지 여부를 묻지 않는다는 것이 판례(대판 2013도 152)이므로 이에 따르면 본 요건도 충족한다. 또한 ③ ‘도피하게 하는 것’이란 은닉 이외의 방법으로 관헌의 발견 내지 체포를 곤란하게 하는 일체의 행위를 말하는바 사안에서 丙이 자신이 운전하는 자동차를 이용하여 甲이 원하는 목적지 까지 이동시켜주는 등 수원 일대를 이동하게 한 행위와 甲에게 대포폰을 개설하여 준 행위는 관헌의 발견 내지 체포를 곤란하게 하는 행위에 해당한다.

2. 사안의 경우

丙의 행위는 범인도피죄의 구성요건에 해당하고 달리 위법성이나 책임을 조각하는 사유가 없으므로 범인도피죄의 죄책을 진다.

Ⅲ. 甲의 죄책

1. 자기도피의 경우에도 본죄가 성립되는지 여부

범인 자신의 도피행위는 본죄를 구성하지 않는다는 점에서는 견해의 대립이 없으나, 그 이유에 대해서는 ① 기대가능성이 없으므로 책임이 조각된다는 견해가 있으나, ② 본죄의 범인은 타인을 의미하므로 구성요건해당성이 없어 처벌할 수 없다는 다수설과 판례의 태도가 타당하다.

2. 甲의 행위가 자기도피행위인지 도피교사행위인지 여부

(1) 구별기준

대법원은 “범인 스스로 도피하는 행위는 처벌되지 아니하는 것이므로, 범인이 도피를 위하여 타인에게 도움을 요청하는 행위 역시 도피행위의 범주에 속하는 한 처벌되지 아니하는 것이며, 범인의 요청에 응하여 범인을 도운 타인의 행위가 범인도피죄에 해당한다고 하더라도 마찬가지로 마땅하지 않다.”라고 판시하여 타인에게 도움을 요청하는 행위일지라도 자기 스스로의 도피행위의 범주에 속한다면 이는 자기도피행위로서 처벌할 수 없다는 입장이다.

(2) 견해의 대립

① 정범인 丙으로 하여금 범인도피죄를 범하게 하였으므로 이는 방어권의 남용에 해당하고 공범종속성 중 제한적 종속형식에 따를 때 甲은 본죄의 교사범의 죄책을 부담하여야 한다는 견해와, ② 비록 정범인 丙에게 범인도피죄가 성립한다 하더라도 이는 방어권의 남용에 해당하지 않는 자기도피의 일환이므로 범인도피교사죄가 성립할 여기가 없다는 견해의 대립이 있다.

(3) 검토 및 사안의 경우

甲이 丙에게 요구하여 丙이 운전하는 차로 수원 일대를 이동한 행위나 丙에게 대폰폰의 개설을 의뢰하여 이를 개설 받은 행위는 甲 스스로의 도피행위의 범주에 속한다고 평가함이 타당하다. 최근 판례역시 설문과 동일한 사안에서 “피고인의 이러한 행위는 형사사법에 중대한 장애를 초래한다고 보기 어려운 통상적 도피의 한 유형으로 볼 여지가 충분하다. 그런데도 원심은 공소외인의 범인도피행위가 인정된다는 이유만으로 피고인에 대하여 범인도피교사의 점을 유죄로 판단하였으니, 이러한 원심판결에는 범인도피교사죄의 성립요건에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.”(대판 2014.04.10. 2013도 12079)고 판시하였다.

3. 소결론

甲의 행위는 자기도피행위의 범주에 속한다고 평가되므로 범인도피죄의 구성요건해당성 자체

가 인정되지 아니한다.

따라서 자기도피행위의 범주에 속하지 않는 경우에 검토해 볼 수 있는 범인도피교사죄의 성부는 더 이상 논의할 필요가 없다.

결론적으로 甲이 丙을 이용하여 행한 사안의 일련의 행위에 대하여 범인도피죄는 물론 범인도피교사죄도 성립하지 아니한다.

IV. 사안의 해결

丙이 자신의 승용차를 운전하여 甲이 요구하는 목적지까지 이동시켜주거나 甲에게 대포폰을 개설하여 甲의 도피를 도운 행위는 범인도피죄에 해당하나, 甲이 丙에게 부탁하여 이러한 도피행위가 이루어지게 한 행위는 자기도피에 해당하여 범인도피죄나 범인도피교사죄에 해당하지 아니한다.

【문 2】

채무자 甲은 채권자 乙에게 차용금을 변제하지 못할 경우 자신의 어머니 소유 부동산에 대한 유증상속분을 대물변제하기로 약정하였다. 위 부동산에 관하여 유증을 원인으로 소유권이전등기를 마쳤음에도 甲은 이를 제3자에게 매도하였다. 甲에게 배임죄가 성립하는지 여부 및 그 이유에 대하여 설명하시오. (다툼이 있는 경우 결론은 판례의 다수의견에 의하되, 각 논거를 모두 설명함) (30점)

<제2문의 해설>

I. 쟁점의 정리(2점)

甲이 채권자 乙의 차용금을 변제하지 못할 경우 어머니 소유 부동산에 대한 유증상속분을 대물변제하기로 약정한 것은 대물변제약에 해당하는데 위 부동산에 관하여 유증을 원인으로 자기 앞으로 소유권이전등기를 마쳤음에도 이를 제3자에게 매도한 행위가 배임죄를 구성하는지가 문제되는데 이는 배임죄의 구성요건인 타인의 사무처리자 지위와 관련하여 논의되어야 한다.

II. 甲의 배임죄(제355조 제2항)의 성부 - (6점)

1. 배임죄의 구성요건

배임죄는 ① 타인의 재산상 사무처리자가 ② 임무위배행위를 통하여 ③ 본인에게 손해를 가하고 ④ 자신이나 제3자가 재산상 이익을 취득함으로써 성립하는 범죄로서 타인의 사무처리자만이 주체가 될 수 있는 진정신분범에 해당한다.

사안에서는 甲이 乙에게 차용금을 변제하지 못한 경우에 대물변제하기로 예약한 부동산을 乙에게 이전하여 줄 의무가 배임죄에서 말하는 신임관계에 기초하여 채권자의 재산을 보호 또는 관리하여야 하는 '타인의 사무'에 해당하는지와 이에 해당할 경우 그 논거를 살펴보도록 한다.

2. 대물변제약정과 타인의 사무처리자 지위

(1) 판례의 태도

(가) 반대의견

담보계약을 체결한 채권자와 채무자 사이에는 담보계약 자체로부터 피담보채권의 발생원인이 된 법률관계와는 별도의 독자적인 신임관계가 발생한다고 보아야 한다. 담보 목적으로 체결된 대물변제예약에서 신임관계의 본질은 담보로 제공하기로 한 부동산의 담보가치를 채권자에게 취득하게 하는 데 있으며, 이는 결국 배임죄의 성립 여부에 있어 양자가 다르지 않다는 것을 의미한다. 따라서 담보 목적으로 부동산에 관한 대물변제약약을 체결한 채무자가 신임관계를 위반하여 당해 부동산을 제3자에게 처분함으로써 채권자로 하여금 부동산의 소유권 취득을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하였다면 이러한 행위는 대물변제예약에서 비롯되는 본질적·전형적 신임관계를 위반한 것으로서 배임죄에 해당한다고 보아야 한다.

(나) 다수의견

- ① 대물변제예약에서, 약정의 내용에 좇은 이행을 하여야 할 채무는 특별한 사정이 없는 한 '자기의 사무'에 해당하는 것이 원칙이다.
- ② 채무자가 대물변제예약에 따라 부동산에 관한 소유권을 이전해 줄 의무는 예약 당시에 확정적으로 발생하는 것이 아니라 채무자가 차용금을 제때에 반환하지 못하여 채권자가 예약완결권을 행사한 후에야 비로소 문제가 되고, 채무자는 예약완결권 행사 이후라도 얼마든지 금전채무를 변제하여 당해 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무를 소멸시키고 의무에서 벗어날 수 있다.
- ③ 채권자는 당해 부동산을 특정물 자체보다는 담보물로서 가치를 평가하고 이로써 기존의 금전채권을 변제받는 데 주된 관심이 있으므로, 채무자의 채무불이행으로 인하여 대물변제예약에 따른 소유권등기를 이전받는 것이 불가능하게 되는 상황이 초래되어도 채권자는 채무자로부터 금전적 손해배상을 받음으로써 대물변제약약을 통해 달성하고자 한 목적을 사실상 이룰 수 있다.

그러므로 채권 담보를 위한 대물변제예약 사안에서 채무자가 대물로 변제하기로 한 부동산을 제3자에게 처분하였다고 하더라도 형법상 배임죄가 성립하는 것은 아니다

(2) 검토 및 사안의 경우

대물변제예약의 궁극적 목적은 차용금반환채무의 이행 확보에 있고, 채무자가 대물변제예약에

따라 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무는 궁극적 목적을 달성하기 위해 채무자에게 요구되는 부수적 내용이었어서 이를 가지고 배임죄에서 말하는 신임관계에 기초하여 채권자의 재산을 보호 또는 관리하여야 하는 '타인의 사무'에 해당한다고 볼 수는 없다(대판 2014.08.21. 2014도3363 전합)는 것을 고려할 때 판례의 다수의견이 타당하다.

따라서 사안에서 甲이 乙과 대물변제예약을 한 자신 앞으로 소유권이전등기를 한 후 제3자에게 매도한 행위는 배임죄의 구성요건에 해당하지 아니한다고 봄이 타당하다.

Ⅲ. 사안의 해결 (2점)

甲은 乙에 대하여 배임죄의 구성요건인 타인의 사무처리자에 해당하지 아니하므로 乙에게 대물변제하기로 예약한 부동산을 제3자에게 매도한 행위는 배임죄를 구성하지 아니한다.