

刑法 第242條(竊盜罪)의 客觀的 構成要件要素

孫 東 權

(建國大學校 法科大學 副教授)

< 目 次 >

I. 序 論	IV. 竊盜罪의 實行着手時期와 既遂時期
II. 行爲客體	1. 실행착수시기
1. 財物	2. 기수시기
2. '他人의' 재물	3. 기수시기와 관련된 보호정도
III. 竊取行爲	4. 절도죄의 보호영역(Schutzbereich)과 소위 額面 價値說(Wertsummetheorie)
1. 개념요소	V. 結 論
2. 자동판매기의 내용물을 절취한 경우	
3. 타인 신용카드(또는 현금카드)를 사용하여 현금 자동지급기로부터 현금을 대출(또는 인출)한 경우	

I. 序 論

형법 제242조는 타인의 재물을 절취함으로써 성립하는 절도죄를 규정하고 있다. 여기에는 절도죄의 객관적 구성요건만 규정되어 있다. 그러나 절도죄의 성립을 위해서는 적어도 그러한 객관적 구성요건의 실현에 대한 인식과 의사를 내용으로 하는 고의가 있어야 한다. 더 나아가 절도죄의 성립을 위해서는 고의를 초과하는 주관적 구성요건요소로서 불법영득의사가 행위자에게 있어야 한다는 것이 통설에 해당한다. 형법 제242조에 의하면 절도죄는 행위객체에서는 순수한 재물죄, 행위태양에서는 탈취죄, 그리고 불법영득의사를 주관적 불법요소로서 요구하는 영득죄에 해당한다. 절도죄의 보호법익이 무엇인가에 대해서는 견해의 대립이 있다. 즉, 행위의 객체는 점유이나 보호법익은 소유권¹⁾만이라는 설과²⁾ 소유권은 물론 점유도

1) 그런데 절도행위에 의하여 소유권 자체가 침해되지는 않는다. 따라서 절도죄의 구성요건으로 특별히 보호되는 것은

보호법익이 된다는 설³⁾의 대립이 그것이다. 소유자와 점유자가 불일치할 경우, 전자의 견해에 의하면 피해자는 1명(즉 소유자)이 되고, 후자의 견해에 의하면 2명(소유자와 점유자)이 된다. 그런데 피해자가 누구인가는 친족상도례규정의 적용에서 중요하게 작용한다. 왜냐하면 피해자가 數人인 경우에는 가해자와 '모든' 피해자 사이에 해당 친족관계가 있어야 특례규정이 적용되기 때문이다. 그런데 소유자가 전당포에 담보로 잡힌 물건을 소유자의 아들이 훔쳐갔을 때에 피해자를 소유자만으로 해석한다면 그 아들을 처벌할 수 없다. 그러나 이 경우에도 재물의 점유를 필수요소로 하는 담보권을 가지고 있는 전당포 주인이 보호되어야 하는 것은 당연한 요청이다. 이를 위해서는 절도죄의 보호법익은 소유권은 물론 점유권자의 점유도 포함된다는 견해가 타당하다.⁴⁾ 그리고 절도죄의 보호정도에 대해서도 견해대립이 있는데, 이에 대해서는 아래에서 기수시기와 관련하여 살펴보기로 한다.

II. 行爲客體

본죄의 행위객체는 「타인의 재물」이다. 더 정확히 표현하면 본죄의 행위객체인 타인의 재물이란 타인이 소유하고 타인이 점유하는 재물을 말한다. 이를 분설하면 다음과 같다.

1. 財物

(1) 유체성설과 관리가능성설

본죄의 재물이 무엇인가에 대하여는 견해의 대립이 있다. 우선 재물은 일정한 공간을 차지하고 있는 유체물(körperlicher Gegenstand)에 한한다는 '有體性說'이 있다.⁵⁾ 이 설은 유체물인 한 고체, 액체, 기체(가스, 증기)의 여부를 불문한다. 그리고 동물도 재물이 된다. 그런데 유체물이란 유체적 권리객체를 의미하지 권리주체를 의미하는 것은 아니다. 따라서 살아있는

소유권 그 자체라기 보다는 소유자로서의 외관적 지위가 되는 셈이다.

- 2) 우리나라에서는 예컨대 배종대, 각론(01년), [63] 6; 이재상, 각론(98년), 16/2; 김일수, 각론(01년), 232면; 박상기, 각론(99년); 진계호, 각론(96년), 272면; 이정원, 각론(99년), 270면; 독일에서는 예컨대 Samson, in: SK, § 242 Rn. 1; Eser, in: S./S./Eser, § 242 Rn. 1
- 3) 독일의 다수설과 판례의 태도이다. 우리나라에서는 임용, 각론 상(00년), 246면; 이형국, 각론연구 I(97년), 377면; 정성근, 각론(98년), 353면; 김종원, 각론 상(71년), 178면; 강구진, 각론 I(83년), 260면
- 4) 절도죄의 보호법익을 소유권만으로 보는 국내의 주장자들은 점유를 보호하는 권리행사방해죄라는 구성요건이 보충적으로 존재하므로 별문제가 없다고 설명한다. 그러나 실문 사례에서 상기한 아들은 자기소유의 재물에 대해 행위한 것이 아니므로 권리행사방해죄로서 처벌되지 않는다. 따라서 상기한 아들의 행위에 대해 절도죄를 인정하지 않는다면 전당포 주인이 가지는 담보재산권은 보호되지 않는 결과가 된다. 따라서 국내에서 절도죄의 보호법익에 대해서 권리행사방해죄의 규정과 연계하여 파악하는 것은 결코 바람직한 방향이 아니다.
- 5) 김일수, 각론, 234면; 박상기, 227면; 배종대, 각론, [64] 6; 강구진, 각론, 245면; 이정원, 각론, 274면

사람은 권리의 주체이지 객체가 아니므로 재물이 될 수 없다. 그리고 수정되기 전의 정자나 난자는 여기의 재물이 될 수 있지만 착상전의 胚芽는 이미 생명체로 되었기 때문에 재물로 간주되어서는 안 될 것이다.⁶⁾ 이와 관련하여 문제되는 것은 살아있는 사람의 신체에서 분리된 신체일부 및 의료보조장치(therapeutische Hilfsmittel)도 여기의 재물인가에 있다. 독일의 다수설은 양자의 재물성을 인정한다. 다만 독일에서는 의료보조장치가 사람의 신체에 고착된 경우에는 (예컨대 금이빨, 인공심장 등) 재물성이 상실된다는 견해가 있다. 그러나 Samson은 사람의 신체에 고착된 의료보조장치에 대해서도 재물성을 인정하는 것이 그 보유자에게 더 유리하다는 근거로 전자의 견해를 반대하는데,⁷⁾ 그의 견해가 더 설득력이 있는 것으로 사료된다. 더 나아가 독일에서는 '시체'가 재물인가에 대하여도 견해대립이 있으나, 우리나라에서는 재물성을 인정하면서 그것의 '타인성'과 관련하여 주로 논의된다.

상기와 같은 유체물이 아닌 것은 원칙적으로 재물이 아니다. 따라서 권리 그 자체는 재물이 아니다. 다만 그 권리가 문서에 화체되면 재물이 된다. 또한 전기 기타의 에너지도 개념적으로는 무체물이므로 재물이 아니다. 그러나 형법 제346조는 '관리할 수 있는 동력은 재물로 간주한다'고 규정하고 있다. 따라서 이 규정은 유체성설에 의하면 예외적 규정이 된다.

다음으로 재물은 유체물 뿐만 아니라 관리가능한 무체물도 포함한다는 '管理可能性說'이 있다.⁸⁾ 여기서 관리가 가능하다는 의미는 물리적 관리에 한한다. 이 설에 의하면 각종 에너지도 당연히 재물이 된다. 그리고 형법 제346조는 예시적 규정 또는 주의적 규정에 불과한 것이 된다. 따라서 타인의 전기를 도전하는 것은 유체성설에 의하면 제346조의 예외규정에 의하여, 관리가능성설에 의하면 당연히 절도죄가 성립한다(대판 1958.10.31, 4291형상361). 그러나 이 설에 의하더라도 권리와 전파와 같이 사무적 관리만이 가능한 것은 재물이 될 수 없다. 그리고 컴퓨터프로그램, 전자복사도 그 자체만으로는 절도죄의 객체인 재물이 될 수 없는 것은 유체성설과 동일하다. 따라서 회사 직원이 업무와 관련하여 다른 사람이 작성한 회사의 문서를 복사기를 이용하여 복사를 한 후 원본은 제자리에 갖다 놓고 그 사본만 가져 갔다면 그 회사 소유의 문서의 사본을 절취한 것으로 볼 수는 없다(대판 1996.8.23, 95도192). 다만 '그 사본에 대한 복사용지는 절취될 수 있을 것이다. 그리고 타인집에 들어가 일반전화를 무단으로 사용하는 것은 전기통신사업자가 통신을 매개하여 주는 의무를 부당하게 이용하는 것에 해당하는데, 이 의무는 무형적인 이익에 불과하고 물리적 관리의 대상이 될 수 없어 재물이 아니므로 그 행위에 대해 절도죄는 성립할 수 없고 주거침입죄만 성립된다(대판 1998.6.24, 98도700).

생각건대, 재물의 개념을 둘러싼 양자의 견해대립은 형법 제346조를 포함하여 고려한다면

6) 장영민, 생명공학의 형법적 한계, 한국형사정책연구원, 1994년, 76면

7) Samson, SK, § 242 Rn. 4

8) 이재상, 각론, 16/10; 임웅, 각론 상(00년), 247면; 진계호, 각론, 324면; 김종원, 각론, 174면; 유기천, 각론 상(82년), 184면; 정영석, 각론(83년), 322면

절도죄성립을 인정하는 범위에 있어서 큰 차이가 없다. 단지 이론적인 면에서만 보면, 유체성설은 유체물과 형법 제346조의 관리가능한 '동력만이' 재물이 되는데 반하여, 관리가능성설은 동력 아닌 것도 관리가 가능하면 재물로 보는 차이가 있을 뿐이다. 그러나 절도죄의 객체로서 유체물도 아니고 동력도 아니면서 관리가능한 것은 거의 상상할 수 없다. 따라서 절도죄의 성립범위와 관련하여 양자의 구별실익은 거의 없고 단순한 개념상의 구별만이 필요할 뿐이다. 그런데 후자에 관한한 재물은 유체물에 한하는 것이 우리의 언어관념이다. 따라서 본인은 유체성설을 지지한다. 독일의 RuB는 바닷물과 공기는 재물이 아니라고 한다.⁹⁾ 그러나 이들도 개념적으로 유체물이므로 재물인 것은 틀림없다. 다만 우리나라 판례에 의하면 그것은 관리할 수 있는 유체물이 아니므로 절도죄의 객체인 재물이 될 수 없을 뿐이다.¹⁰⁾ 그런데 Samson은 그것에는 재물의 '타인성(Fremdheit)'이 결여되므로 절도죄의 객체가 될 수 없다고 한다.¹¹⁾

(2) 경제적 교환가치의 필요성

절도죄의 객체인 재물은 객관적으로 경제적 가치, 특히 교환가치가 있어야 하는가에 대하여 견해대립이 있다. 대법원판례는 재산죄의 객체인 재물은 반드시 객관적인 금전적 교환가치를 가질 필요는 없고 소유자, 점유자가 주관적인 가치를 가지고 있음으로써 족하다고 한다. 이 경우 주관적, 경제적 가치의 유무를 판별함에 있어서는 그것이 타인에 의하여 이용되지 않는다고 하는 소극적 관계에 있어서 그 가치가 성립하더라도 관계없다는 것이다. 따라서 피고인이 절취한 백지의 자동차출고의뢰서 용지도 그것이 어떠한 권리도 표창하고 있지 않다 하더라도 경제적 가치가 없다고는 할 수 없어 절도죄의 객체가 되는 재물에 해당한다(대판 1996.5.10, 95도3057). 그리고 주민등록증(대판 1969.12.9, 69도1627)과 불상(대판 1972.1.31, 71도2239)은 물론이고 주권포기각서도 주권을 포기한다는 의사표시가 담긴 처분문서로서 그 경제적 가치가 있어 재물성이 있다(대판 1996.9.10, 95도2747). 더 나아가 법원으로부터 송달된 심문기일소환장도 재물에 해당한다(대판 2000.2.25, 99도5775). 그리고 발행자가 회수하여 세조각으로 찢어버림으로서 폐지로 되어 쓸모없는 것처럼 보이는 약속어음의 소지를 침해하여 가져갔더라도 절도죄가 성립한다(대판 1976.1.27, 74도3442). 다수학설도 재물성의 인정을 위하여 객관적·경제적 가치 및 교환가치를 요구하지 않는다. 왜냐하면 절도죄는 형식적 소유권을 보호법칙으로 하고 있을 뿐이라는 것이다. 문제는 객관적으로도 주관적으로도 전혀 무가치한 것¹²⁾에 대해서 재물성을 인정할 수 있는냐에 있다. 이에 대하여 재물이 될 수 없다

9) in: LK, § 242 Rn. 1

10) 대판 1964.6.23, 64도209

11) in: SK, § 242 Rn. 6

12) 독일의 Samson은 경제적으로도 비물질적으로도 무가치(weder wirtschaftlichen noch immateriellen Wert)한 것으

는 견해도 있으나, 그것에 대해서도 형식적 소유권이 가능하므로 재물성을 인정하여야 한다. 다만 깨진 탱크에서 떨어지는 물방울과 같은 경제적으로도 정신적으로도 가치없는 재물의 절취행위는 구성요건해당성 또는 위법성이 조각되는 것으로 보는 것이 옳다.¹³⁾

(3) 不動産의 경우

과거 우리나라에서는 8.15해방과 6.25 등 혼란기에 월남피난민, 전쟁이재민, 일본 등 해외로부터의 귀국자 등이 국유 또는 귀속재산이나 부채자 또는 부역자, 친일파 등의 부동산을 점거하는 사태가 성행하였다.¹⁴⁾ 오늘날에 있어서도 부동산투기 등으로 인한 사회혼란, 토지의 부족, 고액의 地價 등에 수반하여 타인의 부동산을 불법으로 점거하는 사례가 빈발하고 있다. 이와 같은 先占者 優先의 관념은 타인의 건물에 들어가 점거한다든지, 타인의 토지에 함부로 불법경작을 한다든지, 타인소유의 공터에 자재를 함부로 야적한다든지, 판자집을 불법건축한다든지 하는 현상을 조장하였다. 이러한 경우에 부동산의 被侵奪者는 당연히 민사절차에 의하여 그 침해의 배제를 구할 수 있다. 그러나 민사절차에만 의존한다면 재판지연, 비용부담등으로 인해 피침탈자의 구제가 용이하지 않으며, 대개의 경우에 그는 불리한 조건으로 화해를 하게 되어 無權侵害者가 이득을 보게 되고 부동산소유자의 피해는 아주 크게 된다. 따라서 무권리자에 의한 타인부동산의 침탈행위에 대하여 형법적 처벌의 필요성이 있게 된다. 그런데 타인부동산의 침탈행위에 대한 형사처벌에 있어서 우리형법은 한계를 지니고 있다. 우리형법은 토지의 경우에는 경계를 손괴 이동시켜 경계를 인식불능케 하는 행위에 대해서는 경계침범죄(형법 제370조)로 처벌할 수 있다. 그리고 타인의 주거에 불법하게 침해하는 경우에는 주거침입죄로 처벌할 수 있다. 그러나 주거아닌 타인의 토지에 함부로 불법경작을 한다든지, 타인소유의 공터에 원자재등을 함부로 야적한다든지, 가건물을 불법건축 한다든지 하는 경우에 대해서는 처벌하는 명시적 법규가 없다. 이러한 행위에 대하여 형사처벌할 수 있는 가능성은 종래 부동산에 대하여 절도죄를 인정할 수 있느냐의 해석에 달려 있었다. 그런데 부동산절도죄의 성립에 대해서는 지금까지 학설대립이 있어 왔다. 적극설¹⁵⁾을 취하는 논거는 다음과 같다. 첫째, 형법은 절도죄의 객체를 재물로 하고 있고 부동산도 재물에 해당하며 독일형법과 같이 동산(bewegliche Sache)만을 절도죄의 객체로 하는 규정도 없다. 둘째, 절취는 재물에 대한 점유의 배제를 요하지만 반드시 장소적 이전까지 요건으로 하는 것이 아니므로 부동산도 재물에 포함된다. 반면에 소극설¹⁶⁾은 역사적으로 볼 때 절도죄의 객체

로 표현한다.

13) Vgl. Samson, SK, § 242 Rn. 7

14) 손태봉, 부동산범죄의 원인과 그 태양, 검찰 1호(1968년 5월), 185면

15) 김종원, 각론, 181면; 정성근, 각론, 327면; 정영석, 각론, 325면; 황산덕, 각론, 276면; 임용, 각론 상, 250면; 오영근, 재산범죄의 체계에 대한 한독 형법의 비교연구, 형사법연구 제11호, 1999, 201면

는 로마법 이래 동산에 제한되어 왔으며, 사실상 부동산에 대한 절도로는 그 권리를 절취하거나 경계를 침범하거나 부동산에 침입하여 점거하는 것을 생각할 수 있을 뿐인데, 권리는 물리적으로 관리할 수 있는 동력이 아니므로 재물이 될 수 없고, 경계를 침범하는 것에 대해서는 경계침범죄가 마련되어 있으며, 타인의 부동산에 침입하여 점거하는 것도 주거침입죄를 구성할 뿐이라 할 것이므로 부동산은 절도죄의 객체가 될 수 없다는 논거를 들고 있다. 양견해는 우리 실정법의 해석과 관련하여서는 각자 나름대로의 타당한 설득력을 가지고 있기 때문에 여기서 본인은 이론적인 면에서의 판단은 일단 留保한다. 다만 형법개정을 통해 도입된 '不動産強制執行效用侵害罪'(제140조의 2)와 관련하여 부동산절도죄의 인정여부를 밝히고자 한다. 부동산강제집행효용침해죄는 '강제집행으로 명도 또는 인도된 부동산에 침입하거나 기타 방법으로 강제집행의 효용을 해한 자는 처벌한다'는 내용으로 되어 있다. 이러한 내용의 부동산강제집행효용침해죄의 의미를 상기한 타인부동산에 대한 침탈행위와 관련하여 파악한다면, 동 행위에 대한 부동산절도죄의 성립은 부정되는 방향으로 귀결되어야 할 것이다. 왜냐하면 부동산강제집행효용침해죄의 입법취지는 부동산침탈행위에 대하여 곧바로 부동산절도죄 또는 일본과 같이 '부동산침탈죄¹⁷⁾'를 인정할 것이 아니라, 그 침탈행위에 대해 먼저 민사상의 강제집행절차를 거쳐 침탈물을 철거시켰음에도 불구하고 다시 침탈하는 행위만을 - 절도죄가 아니라- 본죄에 의하여 형사처벌하려는 데에 있는 것으로 보여지기 때문이다.¹⁸⁾

2. '他人의' 재물

절도죄의 행위객체는 타인의 재물이다. 여기서 타인의 재물이란 행위자 아닌 타인이 소유하고 점유하는 재물을 말한다. 여기의 타인은 그 재물의 소유자이면서 점유도 하는 한 사람인 경우가 전형적이다. 그러나 반드시 소유자와 점유자가 일치하는 한 사람이어야 하는 것은 아니다. 예컨대 아버지 시계를 아들이 차고 있다면 이는 소유자(아버지)와 점유자(아들)가 다른 경우이고, 이 시계를 제3자가 훔치게 되면 절도죄가 성립한다. 아래에서는 관련사항을 더 구체적으로 분설한다.

(1) '타인소유'의 재물

타인의 재물이 되기 위해서는 우선 「타인소유」의 재물이어야 한다. 예컨대 타인의 토지위

16) 김일수, 각론, 237면; 박상기, 각론, 229면; 배종대, 각론, [64] 15; 이재상, 각론, 16/17; 진계호, 각론, 253면; 이정원, 각론, 279면; 이형국, 각론, 386면

17) 일본의 부동산침탈죄에 대해서는 緒方重威, 不動産侵害, 刑事裁判實務大系 8, 青林書院, 1991年, 197면 이하

18) 법무부, 형법개정법률안 제안이유서, 1992년, 267면

에 무단으로 식재한 후 열린 과일은 타인소유물이 되므로 식재한 자가 이를 따서 가져간 행위에 대해서는 절도죄가 성립한다(대판 1998.4.24, 97도3425). 반면에 수산업법에 의한 소위 양식어업권은 행정관청의 면허를 받아 해상의 일정구역 내에서 그 소유의 수산동·식물을 양식할 수 있는 권리를 가리키는 것으로서 그 면허를 받았다는 사실만으로써 곧 당해구역 내에 자연적으로 번식하는 수산동·식물에 관하여 당연히 소유권이나 점유권을 취득한다고 할 수는 없으므로, 타인이 굴 양식면허를 받은 구역 내에서 자연서식의 반지락을 채취하였다고 하더라도 수산업법 위반이 됨은 별론으로 하고 절도죄를 구성한다고는 할 수 없다(대판 1983.2.8, 82도696).

그리고 타인이 점유하더라도 자기소유의 재물에 대해서는 절도죄가 성립될 수 없다. 예컨대 전당포에 맡긴 자기 시계를 훔친 행위는 절도죄가 아니라 권리행사방해죄가 성립될 뿐이다. 여기에서 재물의 타인성은 민사이론 내지 민법에 의하여 결정된다. 따라서 소유권이전형 담보물, 예컨대 매도담보에 제공한 물건을 채무자가 다시 훔치면 그는 절도죄가 되는 것으로 해석하여야 한다. 그리고 타인소유물이 되기 위해서는 소유자가 실제로 존재하여야 한다. 따라서 無主物에 대해서는 절도죄가 성립되지 않는다. 예컨대 야생동물을 몰래 잡아가면 절도죄가 되는 것이 아니라, 민법상의 無主物先占규정에 의하여 행위자는 소유권까지 취득한다. 물론 소유자 있는 동물원 속의 동물 또는 연못 속의 물고기를 잡아가면 절도죄가 성립될 수 있다. 그리고 소유자가 소유권을 포기한 물건은 절도죄의 객체가 될 수 없는 무주물이 된다. 그러나 잃어버린 물건이나 잘못 두고온 물건은 무주물이 되지 않고, 소유자는 여전히 존재한다(그것은 경우에 따라 점유자가 없는 점유이탈물이 될 수 있는데 이에 대해서는 후술한다). 死體에 대해서는 독일에서는 그 타인소유성의 문제에 앞서서 그것이 재물인가 아니면 인격의 유산(Rückstand der Persönlichkeit)인가에 대하여 확실의 대립이 있다. 그러나 우리나라에서는 사체의 재물성은 인정되고, 다만 그 재물의 타인'소유성'과 관련하여 문제가 있을 뿐이다. 이에 대하여 우리나라의 통설은 장례를 지내는 死體는 존경 추모의 대상이 되는 것일 뿐, 소유의 객체는 될 수 없으므로 그를 훔치더라도 절도죄는 될 수 없고 사체영득죄가 성립된다고 한다. 그렇지만 병원에 있는 해부용 사체일 경우에는 소유의 객체가 되고, 그를 훔치면 절도죄가 성립한다. 그러나 죽은 사람이 품고 있는 재물은 타인소유물이 된다. 즉 상속인이 그 재물을 상속하거나, 상속인이 없으면 그 재물은 국고에 귀속된다(다만 그 재물을 가져가는 행위가 절도죄가 되는지, 아니면 점유이탈물횡령죄가 되는지의 문제가 남아 있다. 이에 대해서는 후술한다).

재물의 타인성과 관련하여 문제되는 또다른 것으로는 일인회사의 일인주주가 회사창고에서 회사재산을 훔친 경우이다. 이때 그 재물은 실질적으로는 일인주주가 전적으로 출자한 재물이지만, 법적으로는 회사소유, 즉 타인소유의 재물이 된다. 따라서 회사직원이 점유하는 회사재산을 일인주주가(일인회사에서 주주는 1명밖에 없더라도 회사직원은 여러 명 있을 수

있다) 훔치면 절도죄가 성립한다. 타인과 共同所有하는 재물은 절도죄의 객체에 있어서는 타인소유의 재물로 본다. 따라서 민법상 조합에 해당하며 그 소유형태가 合有라는 공동소유형태인 동업재산을 동업자의 한 사람이 다른 동업자 몰래 훔쳐가면 절도죄가 성립한다. 그리고 교회가 분열되면 그 재산은 분열 당시 교인들의 총유에 속하는 것이므로, 다른 교파가 점유하는 교회재산을 몰래 가져가면 절도죄를 구성한다(대판 1998.7.10, 98도1126).

(2) '타인점유'의 재물

1) 형법상 점유개념

절도죄는 탈취죄이므로 그 행위객체는 타인이 점유하는 재물이어야 한다. 이 점에서 자기가 점유하는 타인소유의 재물을 객체로 하는 횡령죄와 구별되고, 소유자는 존재하나 어느 누구의 점유에도 해당하지 않는 재물을 객체로 하는 점유이탈물횡령죄와도 구별된다. 그리고 행위자 아닌 타인이 점유하는 재물을 탈취하는 점에서 절도죄는 취거에 의한 권리행사방해죄와 같으나, 후자는 자기소유물을 객체로 하는 점에서 타인소유물을 객체로 하는 전자와 다르다. 여기서의 점유(Gewahrsam)란 지배의사에 의한 사실상의 재물의 지배(die von einem Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft)를 말한다.¹⁹⁾ 즉 형법상의 점유는 사실상의 지배관계가 기준이 되므로 민법상의 점유(Besitz)와는 다르다. 따라서 간접점유(민법 제194조 1항)는 민법상 인정되나 형법에서는 인정되지 않는 반면에, 가정부와 같은 점유보조자(민법 제195조)의 경우에 민법상 점유는 인정되지 않으나 형법상 점유는 인정된다. 그리고 민법에서 인정되는 상속에 의한 점유의 이전(민법 제193조)은 형법에서는 사실상의 재물지배가 없는 한 인정되지 않는다. 그러므로 예컨대 野山에서 이미 죽은지 오래된²⁰⁾ 자가 품고 있는 지갑을 가져가는 행위는 객관적으로 점유자 없는 물건, 즉 점유이탈물의 횡령죄가 될 뿐이다.²¹⁾

2) 개념요소

(가) 객관요소와 한계

형법상 점유는 사실적 개념이고, 법률적 개념이 아니다. 이는 재물과 사람 사이에 밀접한 장소적 연관 또는 재물에 대한 장소적 작용 가능성이 있으면 인정된다. 따라서 재물

19) Dreher/Tröndle, § 242 Rn. 9; S./S./Eser, § 242 Rn. 14

20) 죽은지 얼마되지 않는 경우에 사자의 점유인정 여부에 대해서는 아래에서 점유의사와 관련하여 다시 설명하기로 한다.

21) 野山이 아닌 어떤 집 속에서 죽은 사람의 호주머니에 있는 지갑은 점유이탈물이 아니다. 왜냐하면 그 집 및 그 집 속에 있는 재물을 일반적으로 지배하는 다른 점유자가 있기 때문이다. 따라서 그것을 누가 가져가면 그의 행위는 타인(형법에서도 소유는 상속되므로 상속인)이 소유하고 그 집을 사실상 지배하는 다른 사람이 점유하는 재물을 훔친 절도죄가 될 것이다.

을 握持하고 있으면 점유가 인정되는 것은 틀림없으나, 반드시 그러한 것은 아니다. 형법상 점유는 사회적 규범적 요소에 의해 확대되는 경우가 있다. 그것은 장소적으로 멀리 떨어져 있어도 정신적 점유가 인정되는 경우이다. 예컨대, 주차장이나 도로변에 세워둔 자동차는 차주의 점유에, 밭에 두고온 농기구는 농부의 점유에, 잠금장치를 한 빈집의 물건은 집주인의 점유에, 집으로 돌아오는 길을 아는 가축은 그 가축주인의 점유에, 화재시 집앞에 내어 놓은 가구는 집주인의 점유에 여전히 속하는 것이다. 그리고 강간을 당한 피해자가 도피하면서 현장에 놓아두고 간 손가방은 점유이탈물이 아니라 사회통념상 피해자의 지배하에 있는 물건이라고 보아야 할 것이므로 피고인이 그 손가방안에 들어 있는 피해자 소유의 돈을 꺼낸 소위는 절도죄에 해당한다(대판 1984.2.28, 84도38). 이와는 달리 사회적 규범적 요소에 의하여 점유의 개념이 제한되는 경우도 있다. 즉 사실상의 재물지배와 지배의 의사가 있음에도 불구하고 점유가 인정되지 않는 경우이다. 예컨대 음식점에서 손님이 사용하고 있는 그릇, 가정부가 만지는 그릇 가구 등은 주인만이 점유자가 된다.

이와 관련하여 잃어버린 물건의 경우가 특히 문제된다. 자기지배영역 밖에서 잃어버린 물건은 주인이 소재를 알고 곧바로 찾을 수 있을 때에는 여전히 주인의 점유가 인정된다. 그러나 주인이 그 물건을 곧바로 찾을 수 있는 때에 한하므로 행위자가 이를 발견한 경우에는 그때부터 그 물건은 점유이탈물이 된다.²²⁾ 따라서 공중전화박스에 놓여 있는 물건을 제3자가 발견하여 가져간 경우에는 점유이탈물횡령죄가 될 뿐이다. 그러나 이러한 경우에 그 재물의 소재가 행위자 아닌 다른 사람의 새로운 점유가 개시되는 경우에는 절도죄의 객체가 될 수 있는 타인의 점유물이 된다. 따라서 이러한 재물을 타인이 가져가면 절도죄가 성립한다. 이에 따라 판례는 종업원으로 종사하던 당구장의 당구대 밑에서 어떤 사람이 잃어버린 금반지를 주워서 손가락에 끼고 다니다가 그 소유자가 나타나지 않고 용돈이 궁하여 전당포에 전당잡힌 사례에서는 물건을 잃어버린 장소가 당구장과 같이 타인의 관리 아래 있을 때에는 그 물건은 일용 그 관리자의 점유에 속한다 할 것이고, 이를 그 관리자가 아닌 제3자가 취거하는 것은 유실물 횡령이 아니라 절도죄에 해당한다고 판시하였다(대판 1988.4.25, 88도409).

그런데 다른 판례는 승객이 놓고 내린 지하철의 전동차 바닥이나 선반 위에 있던 물건을 가지고 간 경우, 지하철의 승무원이 유실물법상 전동차의 관수자로서 승객이 잊고 내린 유실물을 교부받을 권능을 가질 뿐 전동차 안에 있는 승객의 물건을 점유한다고 할 수 없고, 그 유실물을 현실적으로 발견하지 않는 한 이에 대한 점유를 개시하였다고 할 수도 없으므로, 그 사이에 위와 같은 유실물을 발견하고 가져간 행위는 점유이탈물횡령죄에 해당함은 별도로 하고 절도죄에 해당하지는 않으며(대판 1999.11.26, 99도3963), 고속버스에 두고 내린 물건에 대해서도 버스가 발견하지 않는한 점유의사를 인정할 수 없으므로 점유이탈물에 불과하다고(대판 1993.3.16, 92도3170) 각각 판시하였다. 이 판례에 대해서는 다음과 같은 비

22) Krey, BT, Bd. 2, 6. Aufl., S. 9

판이 불가피한 것으로 판단된다. 사회의 통상관념에 의하면 일반적으로 지배되는 영역 (generell beherrschter Raum, räumlicher Machtbereich) 내에 있는 물건은 그 영역을 사실적으로 지배하는 자의 점유에 속하는 것이다. 그 영역의 사실적 지배자가 그 영역내에 있는 물건의 위치를 모르더라도 그의 그 물건에 대한 점유의 인정에는 영향을 끼칠 수 없다. 왜냐하면 자기지배영역내에 있는 물건에 대해서 그 영역지배자는 일반적인 점유의사(genereller Gewahrsamswille)도 아울러 가지고 있기 때문이다.²³⁾ 따라서 대법원판례가 고속버스 운전자가 유실물을 발견하지 않은한 그의 점유를 인정할 수 없고, 그러한 상태에서 제3자가 그 물건을 가져가는 행위는 절도죄가 성립할 수 없다고 판시한 논거는 설득력이 없다.

2) 형법상 점유의 주관요소

재물의 점유는 그 재물에 대한 지배의사가 있어야 한다. 그런데 유아 정신병자에게도 점유의사는 인정된다. 그리고 사람이 손에 잡고 있지 않은 물건에도 점유의사는 미칠 수 있다. 예컨대 편지함에 들어있는 물건은 주인에게, 여객이 분실하여 여관방에 처박혀 있는 물건은 여관주인에게, 양식장의 물고기는 양식업자에게 점유의사가 있는 것으로 볼 수 있다. 여기의 지배의사는 앞의 지하철 및 고속버스 사례에서 기술한 바와 같이, 구체적 재물을 인식하고서 그것을 지배하겠다는 의사는 물론, 자기의 지배영역 내에 있는 물건에 대한 일반적 지배의사 (genereller Gewahrsamswille)도 포함된다. 더 나아가 그 지배의사는 재물에 대한 현실적 지배의사는 물론, 잠재적 지배의사도 포함된다. 따라서 수면에 빠져있는 자와 의식을 잃은 자에게도 점유의사가 인정될 수 있다.

그리고 육지로부터 멀리 떨어진 섬에서 광산을 개발하기 위하여 발전기, 경운기 엔진을 섬으로 반입하였다가 광업권 설정이 취소됨으로써 광산개발이 불가능하게 되자 육지로 그 물건들을 반출하는 것을 포기하고 그대로 유기하여 둔 채 섬을 떠난 후 10년 동안 그 물건들을 관리하지 않고 있었다면, 그 섬에 거주하는 피고인이 그 소유자가 섬을 떠난지 7년이 경과한 뒤 노후된 물건들을 피고인 집 가까이 옮겨 놓았다 하더라도, 그 물건들의 반입 경위, 그 소유자가 섬을 떠나게 된 경위, 그 물건들을 옮긴 시점과 그 간의 관리상황 등에 비추어 볼 때 피고인이 그 물건들을 옮겨 갈 당시 원소유자나 그 상속인이 그 물건들을 점유할 의사로 사실상 지배하고 있었다고는 볼 수 없으므로, 그 물건들을 절도죄의 객체인 타인이 점유하는 물건으로 볼 수 없다(대판 1994.10.11, 94도1481)

그런데 우리나라 판례는 死者의 점유를 인정하는 취지의 판시를 하고 있다.²⁴⁾ 예컨대, 피해자를 살해한 방에서 사망한 피해자 곁에 4시간 30분쯤 있다가 그곳 피해자의 자취방 벽에 걸려 있던 피해자가 소지하는 물건들을 영득의 의사로 가지고 나온 경우 피해자가 생전에

23) Lackner, § 242 Anm. 3a, cc

24) 사망시간이 오래되지 않은 것을 조건으로 사자의 점유를 인정하는 견해로는 박상기, 각론, 240면; 배종대, 각론, [64] 35

가진 점유는 사망 후에도 여전히 계속되는 것으로 보아야 한다는 것이다(대판 1993.9.28, 93도2143). 그러나 死者는 전혀 점유의사를 가질 수 없다. 따라서 사람을 살해한 후에 비로소 영득의사가 생겨 死者의 지갑을 가져간 경우에는 "타인이 새로이 점유를 취득할 만한 특별한 사정이 없으면" 그 재물에 대해서 절도죄는 성립할 수 없고 점유이탈물횡령죄가 될 뿐이다.²⁵⁾ 이 경우 사망시간의 경과 정도는 아무런 영향을 미치지 못하는 것으로 보아야 한다. 다만 처음부터 재물절취의 의사를 가지고 사람을 살해한 경우에는 살해행위시 생전점유에 대해 침해를 개시한 것으로 보아야 하므로(사망후의 재물취득은 기수를 위한 요건에 불과함) 적어도 절도죄가 성립될 것이고, 더 나아가 강도살인죄가 성립될 수 있을 것이다. 그러나 사망후 비로소 영득의사가 생긴 상기한 판례사안의 경우에는 사자의 점유 그 자체를 인정하여서는 안 되고, 사망장소가 자취방이었기 때문에 새로운 점유자가 있었다고 해석하여 절도죄를 인정하는 것만이 타당할 것이다. 또 다른 문제는 혼수상태에 빠진 자가 품고 있는 지갑을 가져간 이후에 그 자가 의식을 회복함이 없이 그대로 죽은 경우에 발생할 수 있다. 이 사례에 대해 독일의 BayObLG는 절도죄를 부정하고 점유이탈물횡령죄를 인정하였다.²⁶⁾ 그러나 절도죄의 성립여부는 행위시를 기준으로 결정된다. 그런데 행위시를 기준으로 하면 절도죄가 성립되는 것을 사후에 피해자가 사망하였다는 것을 근거로 소급적으로 절도죄의 성립을 부정하고 점유이탈물횡령죄를 인정하는 것은 타당하지 않다.²⁷⁾

3) 공동점유의 경우

절도죄의 성립여부에 있어서는 객체인 물건에 대하여 공동점유가 형성되어 있는가 아니면 단독점유가 형성되어 있는가의 구별은 중요하다. 왜냐하면 행위자의 단독점유물인 경우에는 절도죄의 성립가능성은 부정되기 때문이다(즉 횡령죄의 성립만이 가능함). 그러나 공동점유의 경우에는 절도죄의 성립이 가능하다. 그런데 공동점유는 대등관계의 공동점유(gleichrangiger Mitgewahrsam)와 상하관계의 공동점유(mehrstufiger Mitgewahrsam)로 나누어 보아야 한다. 만약 그것이 대등관계의 공동점유(gleichrangiger Mitgewahrsam)에 속하는 물건이라면 그것은 절도죄의 행위객체로서 요구되는 타인의 점유물이 된다. 따라서 동업체에 제공된 물품은 동업관계가 청산되지 않는 한 동업자들의 공동점유에 속하므로, 그 물품이 원래 피고인의 소유라거나 피고인이 다른 곳에서 빌려서 제공하였다는 사유만으로는 절도죄의 객체가 됨에 지장이 없다(대판 1995.10.12, 94도2076). 그리고 피고인이 피고인과 피해자의 동업자금으로 구입하여 피해자가 관리하고 있던 다이야포크레인 1대를 그의 허락 없이 공소의인으로 하여금 운전하여 가도록 한 행위는 절도죄를 구성한다(대판 1990.9.11, 90도1021). 더 나아가 조합원의 1인이 조합원의 공동점유에 속하는 합유의 물건을 다른 조합원의

25) 이와 같이 사자점유를 부정하는 설로는 김일수, 각론, 240; 이계상, 각론, 16/26

26) in: JR 1961, 188

27) Krey, a.a.O., S. 7

승락없이 조합원의 점유를 배제하고 단독으로 자신의 지배하에 옮긴다는 인식이 있었다면 절도죄에 있어서의 불법영득의 의사가 있었다고 볼 것이다(대판 1982.12.28, 82도2058). 그리고 산지기로서 중중소유의 분묘를 간수하고 있는 자는 그 분묘에 설치된 석등이나 문관석 등을 점유하고 있다고는 할 수 없으므로, 이러한 물건 등을 반출하여 가는 행위는 횡령죄가 아니고 절도죄를 구성한다(대판 1985.3.26, 84도3024).

그런데 단독점유와 공동점유의 구별이 어려운 한계적인 경우가 적지 않다. 이에 대한 우리나라 판례의 태도는 다음과 같다. 은행에서 찾은 현금을 운반하기 위하여 소지하게 된 자가 그 금원중 일부금을 꺼내어 이를 영득한 경우에는 피고인의 운반을 위한 소지는 피고인의 독립적인 점유에 속하는 것이 아니고 피해자의 점유에 종속하는 점유의 기관으로서 소지함에 지나지 않으므로 이를 영득한 행위는 피해자의 점유를 침탈함에 돌아가기 때문에 절도죄가 성립한다고 해석함이 정당하다(대판 1966.1.31, 65도1178). 또한 인장이 들은 돈계좌를 사실상 별개 가옥에 별거 중인 남편이 그 거주가옥에 보관 중이었다면 처가 그 돈 계좌의 열쇠를 소지하고 있었다고 하더라도 그안에 들은 인장은 처의 단독보관하에 있는 것이 아니라 남편과 공동보관하에 있다고 보아야 할 것이므로, 공동보관 중의 1인인 처가 다른 보관자인 남편의 동의없이 불법영득의 의사로 위 인장을 취거한 이상 절도죄를 구성한다고 보아야 할 것이다(대판 1984.1.31, 83도3027). 그리고 보관계약에 따라 보관 중인 포장된 가마니 속의 정부 소유미의 점유는 정부에 있다 할 것이므로 이를 발취한 보관자의 행위는 절도죄에 해당할 것이고, 횡령죄에 해당한다고 볼 수 없다(대판 1956.1.27, 4288형상375). 반면에 피해자가 그 소유의 오토바이를 타고 심부름을 다녀오라고 하여서 그 오토바이를 타고 가다가 마음이 변하여 이를 반환하지 아니한 채 그대로 타고 가버렸다면 횡령죄를 구성함은 별론으로 하고 적어도 절도죄를 구성하지는 아니한다(대판 1986.8.19, 86도1093). 또한 피해자가 시장 점포에서 물건을 매수하여 묶어서 그곳에 맡겨 놓은 후 그곳에서 약 50미터 떨어져 동 점포를 살펴볼 수 없는 단 가게로 가서 지게 집꾼인 피고인을 불러 피고인 단독으로 위 점포에 가서 맡긴 물건을 운반해 줄 것을 의뢰하였더니 피고인이 동 점포에 가서 맡긴 물건을 찾아 피해자에게 운반해 주지 않고 용달차에 싣고 가서 처분한 것이라면 피고인의 위 운반을 위한 소지관계는 피해자의 위탁에 의한 보관관계에 있다고 할 것이므로 이를 영득한 행위는 절도죄가 아니라 횡령죄를 구성한다(대판 1982.12.23, 82도2394).

그리고 우편배달부가 보관중인 봉투안에 들어 있는 돈을 꺼내어 착복한 경우와 같이 봉함 또는 시정된 포장물의 점유관계에 대해서 견해대립이 있다. 이에 대해서는 포장물전체에 대하여는 수탁자(우편배달부)의 점유를, 내용물에 대해서는 위탁자의 점유를 인정하는 견해(대판 1956.1.27, 4288형상375), 포장물전체와 내용물에 대하여 위탁자의 점유를 인정하는 견해,²⁸⁾ 모두에 대해 수탁자의 단독점유를 인정하는 견해²⁹⁾ 등으로 나누어진다. 생각건대, 위탁

28) 황산덕, 형법각론, 1983, 275면

물의 경우에는 그것이 소비임치가 아니면 그 물건의 소유권은 위탁자에게 있고, 수탁자는 그 물건에 대해 점유를 하고 있는 것이다. 문제는 수탁자가 그 물건에 대해 단독점유를 가지는가에 있을 뿐이다. 그리고 포장물 전체와 그 내용물을 구분하는 것은 아무런 근거가 없다. 생각컨대, 운반중인 소포물에 대해서는 그것을 사실상 처분할 수 있는 지위가 우체부에게만 있기 때문에 그의 단독점유를 인정하는 견해가 타당하다. 따라서 이를 영득하면 횡령죄가 인정되어야 할 것이다.

금전출납에 있어서는 금전출납자가 자기책임으로 계산대를 관리하는 경우에는 -예컨대 계산대 열쇠를 혼자 가지고 있는 경우에는- 單獨占有者가 된다.³⁰⁾ 따라서 은행, 역 또는 백화점에서 혼자 금고열쇠를 가지고 있는 출납직원이 돈을 꺼내어 가면 횡령죄가 성립될 뿐이다. 이 경우에 주인 또는 상급자가 그에 대하여 지시권(Weisungsrecht)을 가지고 있다 하더라도 그것만을 근거로 공동점유로 되는 것은 아니다.³¹⁾ 왜냐하면 지시권을 가지고 있는 상급자라도 그 출납직원의 협조 없이 혼자 힘으로는 금고에서 돈을 가져갈 수 없기 때문이다. 따라서 금전을 관리하는 출납직원이 그 돈에 대하여 독자적인 책임 아래 다른 사람의 협조 없이 단독으로 돈을 사실상 인출할 수 있는 때에는 그의 단독점유를 인정하는 것이 옳다(따라서 출납직원이 만지는 금원을 착복하는 행위에 대해 횡령죄를 인정하여야 한다).³²⁾ 반면에 주인도 금고열쇠를 가지고 있는 경우에는 공동점유를 인정하여야 한다. 판례는 점포주인이 점원에게 금고열쇠와 오토바이 열쇠를 맡기고 금고안의 돈은 배달될 가스대금으로 지급할 것을 지시한 후 외출하자 점원이 혼자서 점포를 지키다가 금고 안의 현금을 꺼내어 오토바이를 타고 도주한 경우에 피고인은 점원으로서는 평소는 점포 주인인 위 피해자의 점유를 보조하는 자에 지나지 않으나 위 범행 당시는 위 피해자의 위탁을 받아 금고 안의 현금과 오토바이를 사실상 지배하에 두고 보관한 것이라고 보겠으니, 피고인의 위 범행은 자기의 보관하에 있는 타인의 재물을 영득한 것으로서 횡령죄에 해당한다고 보아야 할 것이라고 판시하였다(대판 1982.3.9, 81도3396).

다음으로 상하관계의 공동점유(mehrstufiger Mitgewahrsam)에 있어서는 양자간에 상위점유자의 점유만 보호 받는다.³³⁾ 따라서 상위점유자가 훔치면 앞에서 기술한 단독점유의 경우와 마찬가지로 절도죄가 성립될 여지가 없고, 하위점유자가 훔친 경우에만 절도죄의 성립이 가능하다. 그런데 주인과 점원의 관계로서 금고속의 금원에 대하여 공동점유하고 있다면 점원의 점유는 주인에 대하여 보호받지 못하는 상하관계의 공동점유에서 하위자의 점유에 불과하다.

29) 김종원, 작론, 183면

30) Krey, a.a.O., S. 11

31) BGHSt 8, 273(275); Dreher/Tröndle, § 242 Rn. 10

32) 영업시간 동안 자기책임하에 출납을 담당하는 셀프서비스점의 출납담당자에 대하여 계산대내 금원의 단독점유를 인정하는 독일판례로는 OLG Hamm NJW 1973, 1809(1811)

33) Dreher/Tröndle, § 242 Rn. 10

(3) 특수한 경우

1) 禁制品의 경우

금제품이란 소유 또는 점유가 금지되어 있는 물건을 말한다. 이것이 절도죄의 객체가 될 수 있는 재물인가에 대하여는 견해대립이 있다. 소극설은 금제품은 경제적 이용가능성이 없으므로 절도죄의 보호법익이 없다는 것이다.³⁴⁾ 이에 대해 적극설은 금제품이라도 국가가 소유권을 가지고 몰수할 때까지 금제품의 점유는 보호되어야 한다는 것이다.³⁵⁾ 이에 대하여 다수설은 절도죄의 보호법익은 형식적 소유권이며, 따라서 형식적 소유권이 인정되는 금제품은 그 경제적 이용가능성이 없더라도 절도죄의 객체가 될 수 있다는 논거로 소극설을 비판하고, 사인에 대한 소유금지 가 곧바로 국가의 소유인정이라는 결과를 유도하는 것은 잘못이라는 논거로 적극설을 비판하면서, 결론적으로 불법무기·마약처럼 단순히 점유가 금지된 금제품에 대해서는 절도죄가 성립되지만, 위조통화·아편흡식기와 같이 소유 및 점유가 모두 금지된 금제품은 보호법익이 탈락되므로 절도죄가 성립할 수 없다고 한다.³⁶⁾ 생각건대, 개인소유가 허용되는 금제품은 개인점유가 금지되더라도 절도죄의 객체가 되는 것으로 보아야 한다. 그리고 소유 및 점유가 개인에게 금지된 금제품이라도 종국적으로 국가가 이를 몰수하여야 하는 국가소유의 것이 되므로 행위자의 입장에서는 그러한 금제품도 절도죄의 객체인 타인의 재물이 된다. 따라서 소유 및 점유가 개인에게 금지된 금제품의 경우에는 전술한 재물의 가치성 여부에 의하여 절도죄 성립이 결정되어야 한다. 즉, 금제품을 회수할 이익이 제3자 또는 국가에게 있는 경우에는 설령 개인에게 소유 및 점유가 금지된 금제품이더라도 절도죄가 성립될 수 있는 것이다. 예컨대 스키장 직원이 회사의 리프트탑승권 발매기를 전산조작하여 위조한 탑승권을 처분하기 위하여 발매기에서 뜯어간 행위는 유가증권위조죄 이외에 절도죄도 성립하는 것이다(대판 1998.11.24, 98도2967의 태도임). 이 경우 회사는 위조된 유가증권을 회수할 이익을 가지기 때문이다.

2) 不法原因給與物의 경우

독일의 Krey는 동성연애자 A가 동성연애관계를 유지하는 조건으로 B에게 수표를 건네 주었는데 그 이후 B에게 실망을 느낀 A가 그 수표를 몰래 훔쳐가 버린 사례에 대하여 다음과 같은 논리로서 절도죄의 성립을 긍정하였다: 수표의 소유권은 일응 A에서 B에게로 넘어갔다. 그러나 이러한 물권행위의 근거가 된 채권행위는 동성연애관계의 유지에 관한 합의이다. 이 합의는 선량한 풍속에 반하는 것으로서 무효이다. 이 무효성에 근거하여 수표의 소유권이 여전히 A에게 유보되는 것이 아닌가의 문제가 생긴다. 이는 물권행위의 유인성과 무인성에

34) 서일교, 각론(82년), 134면

35) 박상기, 각론, 229면; 정성근, 각론, 328면; 임용, 각론 상, 254면

36) 김일수, 각론, 237면; 이재상, 각론, 16/21; 배종대, 각론, [64] 11; 이형국, 각론, 385면; 이정원, 각론, 281면

관한 이론에 의하여 결정된다. 그런데 채권행위의 무효는 원칙적으로 물건행위의 효력에 영향을 끼치지 않는다(소위 물건행위의 無因性, 抽象性). 그리고 수표를 양도하는 물건행위 그 자체는 비윤리적이지 않다. 따라서 소유권의 양도행위는 그 원인되는 채권의 무효와는 관계없이 효력이 있다. 즉 수표에 대한 소유권은 B에게 귀속된다. A가 수표가 여전히 자기소유물이라고 착각하지 않은 이상 그에게는 타인소유물을 절취한다는 故意도 있는 것으로 된다. 그리고 불법원인급여물은 반환청구권이 없으므로 A가 이를 훔치는 순간에 불법영득의 의사도 있는 것으로 볼 수 있다. 결론적으로 A는 절도죄를 범한 것이 된다.

그런데 우리나라 (민사)대법원판례(대판 1979.11.13, 79 다 483)는 불법원인급여물에 대해서 급부자는 -민법 제746조 본문에 의해- 상대방에게 반환청구권을 행사할 수 없을 뿐만 아니라, 더 나아가 그 급부물의 소유권까지 상대방에게 넘어간다고 판시하였다. 따라서 우리나라 대법원판례에 의하면, 상기사례에서 A의 행위는 물건행위의 無因性과는 관계없이 절도죄에 해당한다. 그리고 불법원인급여물은 당사자간에서의 반환여부가 문제되는 것일 뿐이고, 제3자의 입장에서는 타인이 소유하고 점유하는 재물인 것이 틀림없으므로 불법원인급여물을 제3자가 절취한 경우에는 당연히 절도죄가 성립한다.

III. 竊取行爲

1. 개념요소

절도죄의 행위는 절취(Wegnahme)이다. 절도죄의 성립에 요구되는 절취란 타인이 점유하고 있는 재물을 점유자의 의사에 반하여 그 점유를 배제하고 자기 또는 제3자의 점유로 옮기는 것을 말한다. 따라서 절취는 타인의 기존점유의 배제와 새로운 점유의 취득을 양요소로 한다. 여기서 기존점유의 배제란 기존점유자의 물건에 대한 사실상 지배를 그의 의사에 반하여 종식시키는 것을 말한다. 그리고 점유배제의 수단 방법에는 제한이 없다. 다만 상대방의 의사에 반하여야 한다. 절도죄의 행위가 상대방의 의사에 반하여 탈취한다는 점에서 상대방의 하자있는 의사에 기한 사기죄 및 공갈죄의 편취죄와 구별된다. 그러나 양자의 구별이 어려운 경우도 있다(소위 책략절도와 사기죄의 구별). 이와 관련하여 예컨대 피고인이 피해자 경영의 금방에서 마치 귀금속을 구입할 것처럼 가장하여 피해자로부터 순금목걸이 등을 건네받은 다음 화장실에 갔다 오겠다는 핑계를 대고 도주한 것이라면 위 순금목걸이 등은 도주하기 전까지는 아직 피해자의 점유하에 있었다고 할 것이므로 이를 절도죄로 의을 차단한 것은 정당하다(대판 1994.8.12, 94도1487).

절도죄의 경우 상대방이 점유배제를 동의하면 그 배제행위는 절도죄의 구성요건해당성이

없는 諒解(Einverständnis)가 된다. 따라서 피고인이 동거중인 피해자의 지갑에서 현금을 꺼 내가는 것을 피해자가 현장에서 목격하고도 만류하지 아니하였다면 피해자가 이를 허용하는 묵시적 의사가 있었다고 봄이 상당하여 이는 절도죄를 구성하지 않는다(대판 1985.11.26, 85도1487). 그러나 예식장에서 축의금 접수인인 것처럼 행세하면서 하객으로부터 받은 축의금을 가지고 달아난 경우 피해자의 교부행위의 취지는 신부측에 전달하는 것일 뿐 피고인에게 그 처분권을 주는 것이 아니므로, 이를 피고인에게 교부한 것이라고 볼 수 없고 단지 신부측 접수대에 교부하는 취지에 불과하므로 피고인이 그 돈을 가져간 것은 신부측 접수처의 점유를 침탈하여 범한 절취행위라고 보는 것이 정당하다(대판 1996.10.15, 96도2227).

이와 관련하여 예컨대 갑이 금은방에 들어가 경찰을 사칭하면서 진열된 귀금속을 장물로 압수하는 것을 금은방 주인이 갑을 경찰로 믿고 다루어 보아야 이득이 없다는 생각으로 가만히 있는 경우³⁷⁾ 갑에게 절도죄가 성립될 것인가의 문제가 대두된다. 이는 상대방의 절취행위를 보고서 가만히 있는 것(Duldung)도 양해에 해당하는가와 관계된다. 만약 이것도 효과 있는 양해에 해당한다면 갑의 행위는 절도죄가 아니라 사기죄가 될 뿐이다(만약 사기죄를 인정한다면 여기서 금은방주인이 가만히 있는 것은 사기죄의 구성요소인 처분행위에 해당할 것이다). 양해의 경우는 순수한 사실적 성격을 가지는 것이기 때문에 위법성을 조각하는 승낙과는 달리 하자있는 의사표시에 대해 전혀 그 양해를 무효화 시키는 효력을 가지지 못한다고 해석하는 견해가 많이 등장하고 있다. 이에 의하면 주인을 상해할 목적으로 전기검침을 가장하여 들어가려 하자 그에 기망된 주인이 안방에서 대문을 원격조종장치로 열어 주어서 정원속까지 들어갔다 좌절된 자에 대해서 상해의 죄는 -정원까지밖에 들어가지 않았으므로 상해죄의 실행착수가 아직 없었고 상해예비죄는 처벌규정이 없으므로- 물론이고 주거침입죄로도 처벌할 수 없게 된다. 우리나라 판례도 “피고인이 피해자에게 이 사건 명크 45마리에 관하여 자기에게 그 권리가 있다고 주장하면서 이를 가져간 데 대하여 피해자의 묵시적인 동의가 있었다면 피고인의 주장이 후에 허위임이 밝혀졌더라도 피고인의 행위는 절도죄의 절취행위에는 해당하지 않는다(대판 1990.8.10, 90도1211)”고 판시하였다. 그리고 상기한 갑의 경우에도 절도죄의 성립이 부정되어야 할 것이다. 그러나 이러한 견해는 타당하지 않은 것으로 판단된다. 양해의 의사표시도 의사표시의 일종이기 때문에 하자있는 경우에 승낙의 의사표시와 차이를 둘 이유가 없기 때문이다. 따라서 상기사례에서 금은방 주인이 가만히 있는 것은 갑의 절취행위에 대한 양해로 보아서 안된다. 왜냐하면 금은방 주인이 가만히 있는 것은 행위자인 갑의 기망에 의한 것이므로 기껏해야 하자있는 양해에 불과하기 때문이다. 따라서 갑의 행위에 대해서는 절도죄가 성립된다.

다음으로 물건을 소유자의 지배영역내에 숨기는 것도 占有排除라 볼 수 있는가가 문제된다. 거래관념에 의하면 일반적으로 지배된 영역(generell beherrschter Raum) 내에 있는 물건

37) 이 사례에 대한 해설로는 Krey, a.a.O., S. 15 f.

에 대해서는 그 영역의 정당한 지배자가 그 물건을 객관적으로 점유하는 것으로 보아야 한다. 예컨대 어떤 집에 떨어져 있는 물건은 그 집의 거주 소유자가 일반적으로 점유하는 것이다. 객관적으로 물건이 일반적 지배영역 속에 있는한 그 영역지배자가 그 물건의 위치를 모르더라도 점유는 인정된다. 왜냐하면 일정한 영역의 지배 권한자는 그 속에 있는 물건에 대하여 일반적인 점유의사(genereller Gewahrsamswille)도 가지고 있기 때문이다.³⁸⁾ 그러나 소유자의 지배영역내에 있는 물건이더라도 행위자가 이를 숨긴 경우에는 그 소유자의 점유는 탈락되는 것으로 보아야 한다. 따라서 물건을 소유자의 지배영역 내에 숨기는 행위에 대해서도 절도죄는 성립된다.³⁹⁾

2. 자동판매기의 내용물을 절취한 경우

형법 제348조의 2는 “부정한 방법으로 대가를 지급하지 아니하고 자동판매기, 공중전화 기타 유료자동설비를 이용하여 재물 또는 재산상의 이익을 취득”하는 것에 대해 便宜施設不正利用罪를 인정하는 규정을 두었다. 여기서 자동판매기 속의 물건은 그 설치자가 소유하고 점유하는 재물이다. 따라서 기계설치자 아닌 자가 자동판매기에 동전유사물을 투입하여 나온 물건을 가져 간다면 그 행위는 절도죄가 될 수 있다. 문제는 그 행위가 기계설치자의 의사에 반하여 취거하는 절도죄의 절취(Wegnahme)가 되는가에 있다. 자동판매기는 제품의 금액에 해당하는 돈을 넣은 자는 그 제품을 가져 가도록 조작되어 있는 기계이다. 따라서 자동판매기의 설치자는 돈을 투입하고 나온 물건을 가져 가도록 동의한 것으로 해석할 수 있다. 그러나 자동판매기설치자의 동의는 제한적으로(bedingt) 의사표시된 것이다. 이 경우에는 행위자가 그 제한조건을 충족시키는 경우에만 절도죄의 구성요건해당성은 배제된다. 자동판매기에서의 제한조건이란 다른아닌 정당한 지불수단의 투입이다. 따라서 위조동전, 외국의 동전과 같은 부정한 작동물을 투입하여 나온 물건을 가져가는 것은 기계설치자의 의사에 반하는 절취행위가 성립한다. 따라서 상품자동판매기에 부정한 작동물을 투입하여 나온 담배, 콜라 등과 같은 저가의 물품을 가져가는 행위는 형식적으로는 절도죄와 편의시설부정이용죄가 동시에 성립한다. 그러나 이 경우에는 편의시설부정이용죄만 적용되어야 한다. 왜냐하면 편의시설부정이용죄는 자동판매기를 사용하여 재물을 취득하여 절도죄등을 구성하는 경우에 절도죄의 법정형으로 처벌하는 것이 부당할 정도로 사안이 경미한 때에는 편의시설부정이용죄로 처벌함으로써 절도죄의 처벌범위를 축소하는 기능도 가지고 있기 때문이다.⁴⁰⁾ 편의시설부정이용죄는 자동설비를 이용하여 재물 또는 재산상의 이익을 취득한 경우에만 적용되는 것이므로 자동설비를 정상적인 방법으로 이용할 것을 요하고 자동설비를 파괴하여 그 속에 있는

38) Lackner, § 242 Anm. 3a, cc

39) 이에 대한 사례제시와 해설로는 Krey, BT/2(Vermögensdelikte), 6. Aufl., S. 8

40) 법무부, 형법개정법률안 제안이유서, 183면; 이재상, 형법개정안중 각칙의 신설규정, 고시계 92년 8월, 45면

현금을 절취한 경우에는 절도죄가 성립되므로 본죄가 성립되지 않는다.

3. 타인 신용카드(또는 현금카드)를 사용하여 현금자동지급기로부터 현금을 대출(또는 인출)한 경우

(1) 절도죄 또는 컴퓨터사용사기죄?

타인의 신용카드를 이용하여 현금자동지급기에서 금원을 꺼내 간 행위에 대해 절도죄를 인정하기 위해서는 '타인의 재물을 절취한' 이라는 절도죄의 객관적 구성요건이 우선적으로 충족되어야 한다. 여기의 재물의 타인성은 소유와 점유의 모두가 행위자 아닌 타인에 있는 경우를 말한다. 현금자동지급기 속에 있는 금원의 소유와 점유가 행위자 아닌 그 기계의 관리자인 은행에게 있는 것은 명백하다. 다음으로 행위자가 '상대방의 의사에 반하여' 그 재물을 취거하여야, 즉 절취행위를 하여야 절도죄가 성립될 수 있다. 이에 대하여 대법원판례는 신용카드를 사용하여 현금자동인출기에서 현금을 인출하고 그 현금을 취득한 행위는 현금자동인출기 관리자의 의사에 반하여 그의 지배를 배제하고 그 현금을 자기의 지배하에 옮겨 놓는 것이 되므로 절도죄를 구성한다고 판시하였다.⁴¹⁾ 국내의 다수학자들도 이러한 입장에 있다.⁴²⁾ 이들은 상대방의 의사에 반하는 절취행위가 되는 논거로서, 카드발행자가 실제로 정당한 카드사용권자인지를 확인하기 위하여 비밀번호를 요구하고 있는 것은 카드소유자인 '정당한 사용권자'에게만 현금의 점유를 이전하겠다는 조건부 이전의사임을 의미하므로 정당한 사용권자 아닌 자가 현금을 인출해 가는 것은 기계관리자의 의사에 반한다는 것을 들고 있다. 그러나 그 자체 정당한 카드와 비밀번호를 입력하여 자동지급기에서 금원을 꺼내 간 행위가 관리자의 의사에 반한다는 견해는 완전히 옳다고 볼 수 없다. 왜냐하면 현금자동지급기는 은행이 그 자체 정당한 현금카드 또는 신용카드를 소지하고 비밀번호를 알고 있는 자가 거래약정에 상응한 청구금액을 서비스하도록 기계조작된 것이기 때문이다. 즉 현금자동지급기를 관리하는 자의 의사는 그 자체 적법한 카드와 비밀번호를 입력하는 자에게 아무런 조건없이 청구금액을 교부해 주겠다는 것이다.⁴³⁾ 그리고 설령 기계관리자의 의사가 정당한 사용권자에게만 현금을 교부하겠다는 조건부 이전의사라 하더라도 신용카드의 정당한 사용권자는 그 자체 정당한 카드를 소지하고 그 자체 올바른 비밀번호를 입력하는 자 이상으로 불

41) 이미 대판 1986.3.25, 85 도 1572; 최근에는 대판 1995.7.28 선고, 95 도 997

42) 김일수, 한국형법 IV, 239면; 차용석, '컴퓨터범죄에 관련된 범죄와 형법(하)', 고시연구 88년 6월, 110면; 이재상, '현금카드의 사용절도와 부정사용', 고시계 1996년 11월, 195면; 장영민·조영관, '컴퓨터범죄에 관한 연구', 133면; 강동범, '절취한 현금카드의 부정사용행위에 대한 형사책임', 고시계 1996년 9월, 76면

43) 같은 취지로는 BGHSt 35, 152 ff; 하태훈, '현금자동인출기 부정사용에 대한 형법적 평가', 형사판례연구 [4], 330면

수는 없다. 만약 카드를 발급받은 카드소유자만이 정당한 사용권자라면 오늘날 가족, 친구, 동료 사이에 신용카드를 빌려 사용하여 현금을 인출해 가는 자 모두가 절도죄의 절취행위를 범하는 것이 된다. 왜냐하면 신용카드의 약관에 의하면 카드는 카드명의인만이 사용해야 하며 또한 타인에게 비밀번호를 누설해서도 안되기 때문이다. 그리고 그 사용을 카드명의인이 동의하였다 고 하더라도 -절도죄의 절취가 인정된다면- 피해자 승낙(양해)에 의한 절도죄의 구성요건 또는 위법성은 조각될 수 없다. 여기의 피해자는 기계관리자이지 카드소유자가 아니고, 기계관리자는 타인의 사용을 동의한 적이 없기 때문이다. 따라서 현금자동지급기에 '당신이 카드의 진정한 소유자입니까?'라는 입력의 란이 없는 이상 신용카드의 정당한 사용권자는 그 자체 정당한 카드와 비밀번호를 입력하는 자로 보아야 한다.⁴⁴⁾ 특히, 이러한 의사는 카드회사가 비밀번호를 아는 카드의 점유자에게 금원을 지급한 경우에 그가 정당한 카드권리자가 아니라 하더라도 책임을 지지 아니한다는 면책약정이 체결된 경우에는 더욱 명백하게 인정될 수 있다. 그런데 현재 각 카드회사의 규약에는 이러한 면책규정이 실제로 설정되어 있는 것은 주지의 사실이다.⁴⁵⁾ 기계관리자의 의사가 이러하다면 그 자체 정당한 카드와 비밀번호를 입력하여 현금자동지급기에서 금원을 꺼내 가는 행위는 상대방의 동의에 의한 행위가 되고, 이 경우 상대방의 동의는 '절취'라는 절도죄의 구성요건요소를 배제시키는 소위 諒解(Einverständnis)에 해당한다.⁴⁶⁾ 결론적으로 우리나라 판례가 이러한 행위에 대해 절도죄를 인정하는 것은 전혀 문제가 없는 것은 아니다.⁴⁷⁾ 그렇기 때문에 이 경우 컴퓨터使用詐欺罪의 성립을 인정하려는 견해가 있다. 이 죄는 컴퓨터등 정보처리장치에 허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력하여 정보처리를 하게 함으로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 경우에 성립한다(제347조의 2). 그런데 타인의 카드와 비밀번호를 사용하여 현금자동지급기에서 돈을 꺼내 간 것이 이 구성요건을 충족하는지가 문제된다. 만약 동조항의 문언을 엄격히 해석한다면, 진실한 데이터를 권한없이 사용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출해 가는 행위는 여기에 포함되지 않는 것으로 보아야 한다. 왜냐하면 동조항은 '허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력'하는 경우에 한하여 규정하고 있기 때문이다. 여기서 허위의 정보를 입력한다는 것은 예컨대 허위의 입금데이터를 입력하여 예금원장파일의 殘高를 증액시킨 경우와 같이 사실관계와 일치하지 않는 자료를 입력하는 경우를 말한다. 그리고 부정한 명령을 입력한다는 것은 허위의 프로그램을 입력하는 경우를 의미한다. 그런데 여기의

44) 손동권, 신용(현금)카드 부정사용의 유형별 범죄성립과 죄수, 형사판례연구[7], 339면

45) 이의 예를 든 글로는 하태훈, 형사판례연구[4], 331면

46) 손동권, '1995년 형법 중요판례명석', 고시연구 1996년 5월, 173면; 동일한 취지로는 하태훈, 형사판례연구 [4], 330면

47) 최근에는 카드명의인이 타인에게 현금인출을 의뢰하자, 그 타인이 부탁의 한도액보다 초과인출하여 그 일부를 영득하는 행위의 죄책이 문제되고 있다. 이 경우 역시 그 자체 적법한 카드와 비밀번호를 입력하기 때문에 절도죄는 성립되지 않고, 카드명의인의 재물을 -위탁에 따라- 보관하다가 이를 횡령한 것도 아니며, 이 경우에는 그 타인이 카드명의인의 사무를 처리하다가 본인에게 재산상 손해를 끼치는 배임죄로 문의하는 것이 가장 타당할 것이다. 이와 유사한 독일판례로는 OLG Köln, NJW 1992, 125

허위성은 객관적 사실과의 상위여부가 아니라 시스템운영자의 의사(Wille des Systembetreibers)에 반하는 것인가의 여부에 의하여 결정된다.⁴⁸⁾ 따라서 시스템운영자의 의사에 합치하는한 사실과는 다른 허위의 결과를 낳게하는 프로그램을 입력하더라도 본죄가 성립되지 않는다. 그런데 법무부가 발간한 형법개정법률안 제안이유서(182면)에 의하면 진실한 자료를 부정하게 사용하는 경우도 동조의 부정한 명령을 입력하는 경우에 해당한다고 되어 있다. 이 이유서에 따르면 타인의 신용카드와 비밀번호를 사용하여 현금자동지급기에서 돈을 꺼내어 가는 행위도 컴퓨터등사용사기죄의 행위태양에는 속하게 된다. 그러나 진실한 자료를 부정하게 사용하는 것을 부정한 명령을 입력하는 것으로 해석하는 것은 무리가 있는 것으로 판단된다. 왜냐하면 전자의 부정은 행위태양의 요소이고 후자의 부정은 행위객체의 요소로서 서로 기능이 다르기 때문이다.

(2) 소결

타인 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 돈을 꺼내어 가는 행위에 대해서는 이에 상응하는 재산죄의 성립을 인정하여야 한다. 그런데 이에 상응하는 실정법상의 범죄구성요건이 절도죄라고 하는 것과 컴퓨터사용사기죄라고 하는 것 모두가 위에서 살펴본 바와 같이 해석상 문제가 있다. 본인은 타인의 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 돈을 꺼내가는 행위의 실질은 물건을 훔치거나 빼앗는 탈취죄 보다는 상대방을 기망하여 재물을 교부하게 하는 편취죄에 가까운 것으로 생각한다. 따라서 우리 형법도 독일형법 제263a조의 컴퓨터사기죄(Computerbetrug)와 같이 데이터의 부정사용(unbefugte Verwendung von Daten)을 행위태양으로 입법화하는 것이 가장 바람직하다. 다만 아직 이것이 입법화되지 않은 현단계에서는 불가피하게 '컴퓨터사용 사기죄'를 적용하거나, 우리나라 대법원 판례와 같이 '절도죄'를 적용하더라도 이를 수용할 수 밖에 없을 것으로 사료된다.⁴⁹⁾ 다만, 양자 중에서 법정형이 작은 절도죄의 성립을 인정하는 것이 입법상 흠결이 있는 현상에서는 상대적으로 더 나은 선택이라고 볼 수 있다. 다만, 판례와 같이 절도죄를 인정할 경우에 신용카드부정사용죄와의 죄수문제가 특별히 대두된다. 이에 대해 신용카드를 현금자동인출기에 넣어 비밀번호를 입력하고 원하는 현금서비스금액을 입력하여 현금인출구에 교부된 현금을 인출하는 일련의 행위를 신용카드부정사용죄로 보면 한 개의 행위로 신용카드부정사용죄와 절도죄의 구성요건을 실현시킨 상상적 경합이 된다는 견해도 있으나,⁵⁰⁾ 신용카드'부정사용'과 재물의 '절취'는 행위

48) Samson, SK, § 263a Rn. 5

49) 물론 엄격한 죄형법정주의의 정신에 의하면 자동지급기를 통한 현금대출행위 그 자체는 무죄가 되어야 할 것이다. 무죄설로는 하태훈, 형사판례연구 [4], 341-342면; 김영환, 현금자동지급기의 부정사용에 관한 형법적인 문제점, 형사판례연구 [6], 260면 이하

50) 하태훈, 형사판례연구 [4], 342면

태양이 전혀 다르기 때문에 한 개의 행위로 포섭할 수 없으며 따라서 판례와 같이 실제적 경합관계를 인정하는 것이 타당할 것이다(그러나 전술한 바와 같이 신용카드'부정사용'과 사기죄의 '기망행위'는 서로 겹치므로 판례와는 달리 신용카드부정사용죄와 사기죄 또는 컴퓨터사용사기죄 사이에는 상상적 경합관계로 볼 수 있을 것이다).

IV. 竊盜罪의 實行着手時期와 既遂時期

1. 실행착수시기

단순절도죄의 경우에 타인의 점유를 배제하는 행위를 개시한 때에 실행의 착수는 인정된다. 따라서 주간에 주거에 침입하여 절도를 하려는 경우에 주거침입만으로는 절도죄의 실행 착수는 부정되고 적어도 재물을 물색하거나 재물에 접근하였을 때에 인정된다(그러나, 야간 주거침입절도죄는 주거침입이 구성요건적 행위이므로 주거침입으로 이미 실행의 착수가 인정된다). 판례에 나타난 실행착수시점은 다음과 같다. 노상에 세워 놓은 자동차안에 있는 물건을 훔칠 생각으로 자동차의 유리창을 통하여 그 내부를 손전등으로 비추어 본 것에 불과하다면 비록 유리창을 따기 위해 면장갑을 끼고 있었고 칼을 소지하고 있었다 하더라도 절도의 예비행위로 볼 수는 있겠으나 타인의 재물에 대한 지배를 침해하는데 밀접한 행위를 한 것이라고는 볼 수 없어 절취행위의 착수에 이른 것이었다고 볼 수 없다(대판 1985.4.23, 85도464). 반면에 소매치기의 경우 피해자의 양복상의 주머니로부터 금품을 절취하려고 그 호주머니에 손을 뻗쳐 그 걸을 더듬은 때에는 절도의 범행은 예비단계를 지나 실행에 착수하였다고 봄이 상당하다(대판 1984.12.11, 84도2524). 그리고 금품을 절취하기 위하여 고속버스 선반 위에 놓여진 손가방의 한쪽 걸쇠만 열었다 하여도 절도범행의 실행에 착수하였다고 할 것이다(대판 1983.10.25, 83도2432). 또한 범인들이 함께 담을 넘어 마당에 들어가 그 중 1명이 그 곳에 있는 구리를 찾기 위하여 담에 붙어 걸어가다가 잡혔다면 절취대상품에 대한 물색행위가 없었다고 할 수 없다(대판 1989.9.12, 89도1153).

2. 기수시기

다음으로 절도죄의 기수시기에 대해서는 단순히 물건에 접촉하면 이미 기수가 된다는 접촉설(Kontrektationstheorie), 물건에 대해 새로운 점유를 취득하면 기수가 된다는 취득설(Apprehensionstheorie), 물건의 이전까지 요하는 이전설(Ablationstheorie), 더 나아가 물건을 은닉하여야 비로소 기수가 된다는 은닉설(Illationstheorie) 등의 견해대립이 있으나 이 중에서

취득설이 통설이다. 이 경우 자동차를 절취할 생각으로 자동차의 조수석문을 열고 들어가 시동을 걸려고 시도하는 등 차 안의 기기를 이것저것 만지다가 핸드브레이크를 풀게 되었는데 그 장소가 내리막길인 관계로 시동이 걸리지 않은 상태에서 약 10미터 전진하다가 가로수를 들이받는 바람에 멈추게 되었다면 절도의 기수에 해당한다고 볼 수 없을 뿐 아니라 도로교통법 제2조 제19호 소정의 자동차의 운전해당하지 아니한다(대판 1994.9.9, 94도1522).

취득설은 절취행위가 제3자에 의해 관찰되지 않는 경우는(bei unbeobachteten Entwendung) 물론이고 타인(특히 백화점의 점원)에 의해 관찰되고 있는 경우에도 동일하게 타당하다는 것이 독일의 다수설이다.⁵¹⁾ 다만 경찰이 자신의 고가품을 절도기회에 제공하면서 이를 관찰하고 있는 합정절도사태에 있어서는 합정에 걸린 자에게 절도죄의 기수를 인정할 수는 없다. 왜냐하면 백화점의 점원에 의해 관찰되고 있는 경우에는 그 점원이 절취행위에 동의한 것이 아니지만, 합정절도의 경우에는 행위자의 절취행위를 경찰이 양해(Einverständnis)했다고 보아야 하기 때문이다. 그런데 구성요건을 조각하는 양해는 위법성을 조각하는 승낙과는 달리 행위자가 이를 몰랐다고 하더라도 기수성립을 배제하는 효과에는 변함이 없다.⁵²⁾ 그러나 행위자가 구성요건을 조각하는 동의사실을 몰랐지만 지갑을 취득한다는 생각으로(즉 주관적으로는 기수의 고의로) 실행에 착수하였으므로 절도죄의 불능미수는 성립된다.⁵³⁾

3. 기수시기와 관련된 보호정도

절도죄의 보호정도에 대해서 견해대립이 있다. 그것은 보호법익이 현실적으로 침해되어야 기수가 된다는 침해법설(다수설)과 점유의 침탈로 인하여 피해자는 소유권을 잃는 것이 아니므로 위법범으로 보아야 한다는 위험범설⁵⁴⁾의 대립으로 나타난다. 그런데 본죄의 보호정도에 관한 해답은 우선적으로 그 보호법익이 무엇인가와 밀접한 관계가 있다. 만약 절도죄의 보호법익을 소유권 그 자체로 보는 견해에 의하면 절도행위에 의하여 소유권 자체가 현실적으로 침해되는 것은 법적으로 불가능하다. 절취당하더라도 그 재물에 대한 소유권은 행위자와 피해자 사이에 후자에게 여전히 보유된다(다만, 제3자의 경우에는 동산에 대한 선의취득이 인정될 여지가 있다). 따라서 절도죄의 보호법익에 대하여 소유권설을 주장하는 자는 그 보호정도에 있어서는 단호하게 침해법설을 주장하여서는 안된다. 그런데 절취행위에 의하여 법적

51) 이에 대한 소개로는 Krey, a.a.O., § 1(Diebstahl) Rn. 42 ff.

52) S./S./Lenckner, vor § 32 Rn. 29 ff.; Krey, a.a.O., S. 14

53) 경찰에게는 절도죄미수의 공범이 성립되지 않는다. 왜냐하면 정범의 기수를 원하는 자만이 그 정범의 공범이 될 수 있기 때문이다(S./S./Cramer, § 26 Rn. 16, § 27 Rn. 19). 그런데 Jescheck(Lb, 3. Aufl., S. 560)은 합정교사자가 고의로 정범을 통해 제3의 행위객체에 위법성을 야기시키려고 하였다면 그의 행위에 대해 공범의 성립을 인정하여야 한다는 논지를 편다. 그러나 상기의 사례는 정범 이외의 행위객체가 개입하지 않았으므로 이에 해당하는 경우가 아니다.

54) 이재상, 각론, 16/3

인 소유권 자체는 현실적으로 침해될 수 없으나 재물에 대한 점유와 소유권의 내용인 사실상의 사용·수익·처분권의 행사는 현실적으로 침해될 수 있다. 즉 절도죄의 보호법익에 대해 점유를 포함하거나 보호법익으로서의 소유권을 소유자로서의 사실상 지위로 보게 되면 절도죄를 침해범으로 볼 여지가 생긴다. 그런데 이에 대한 중국적인 판단은 다시 절도죄의 기수시기와 관련된다. 절도죄의 기수시기에 관한 통설인 취득설에 따르면, 행위자가 상대방의 점유를 배제하고 새로이 점유를 취득하여야 절도죄는 기수가 된다. 즉 절도죄의 기수시점에서는 이미 재물에 대한 점유나 소유자로서의 사실상 지위는 현실적으로 침해된 상태이다. 따라서 필자와 같이 절도죄의 보호법익에 대해 점유를 포함하거나 소유권 그 자체가 아니라 소유권의 사실상 행사에서 바라보는 입장에서는 절도죄의 보호정도는 침해범으로 이해하는 것이 타당한 것으로 사료된다.

4. 절도죄의 보호영역(Schutzbereich)과 소위 類面價值說(Wertsummetheorie)

절도죄는 재물에 대한 형식상 법적 지위(formale Rechtsposition)로서의 소유권을 보호하는 범죄이다. 따라서 원칙적으로 절취하는 재물의 대체가치를 행위자가 현장에 남겨두더라도 절도죄의 성립에 영향을 미칠 수 없다. 예컨대 특정한 책을 훔치면서 그 현장에 시가에 해당하는 책값을 남겨 두더라도 그 훔친 행위는 절도죄에 해당한다. 그러나 돈이나 자기앞수표의 경우에도 그러한 것은 아니다. 돈이나 자기앞수표를 동일한 가치로 대체시키면서 가져가는 행위에게까지 절도죄의 보호영역이 미치는 것은 아니다.⁵⁵⁾ 동전이나 수표는 재물 그 자체(주석, 종이)가 아니라 화체된 액면가치(verkörperte Wertsumme)가 기준이 된다. 따라서 동일한 가치를 남겨두고 금전을 가져가는 자에게는 불법영득의 의사가 없는 것으로 해석하여야 한다.

독일의 Schröder는 금전이 아닌 대체물의 경우(예컨대 어떤 자가 1킬로 설탕 1봉지를 500그램 설탕 2봉지로 몰래 바꾸어 가는 경우)에도 상기와 동일하게 적용하려고 한다.⁵⁶⁾ 그러나 Roxin은 금전의 경우에만 액면가치설을 적용하고 대체물의 경우에는 이를 적용할 수 없다고 한다.⁵⁷⁾ 더 나아가 Schröder는 상점주인이 잠시 자리에 없는 동안에 손님이 담배값을 남겨두고 담배를 가져간 경우에도 규범의 보호영역에 관한 액면가치설을 적용하여 그 손님의 행위에 대해 절도죄의 성립을 부정한다. 그러나 이 경우에는 추정적 승낙에 의하여 위법성이 조각되는 것으로 보는 것이 바람직하다.⁵⁸⁾

55) S./S./Eser, § 242 Rn. 4a; Heimann-Trosien, LK, § 242 Rn. 71; Rudolphi, JuS 1969, S. 549 ff.

56) in: S./S./Schröder, 17. Aufl., § 242 Rn. 4a

57) Roxin, Geld als Objekt von Eigentums- und Vermögensdelikten, in: H. Mayer-FS, 1965, S. 469 ff.

58) 이상의 설명으로는 Krey, a.a.O., S. 19 f.

V. 結 論

이상에서 살펴 본 바와 같이, 절도죄의 행위객체는 반드시 타인이 소유하고 타인이 점유하는 재물이어야 한다. 반면에 타인이 소유하지만 행위자가 점유하다가 그 재물을 영득하는 경우에는 횡령죄, 타인이 소유하지만 어느 누구도 점유하는 자가 없는 재물을 행위자가 영득하는 경우에는 점유이탈물횡령죄, 타인이 점유하지만 그의 점유에 제공한 소유자 자신이 그 재물을 무단으로 취거하는 경우에는 취거에 의한 권리행사방해죄가 각각 성립할 뿐이다. 따라서 해당재물의 소유(권)와 점유(권)의 여하는 절도죄와 다른 재산범죄의 성립 사이에 한계를 지우는 중요한 작용을 한다. 이 경우 소유(권)와 점유(권)의 개념은 법질서의 통일성이라는 관점에서 가능한한 민법이론과 일치시키되, 불가피한 경우에는 형법고유의 개념도 정립되어야 한다. 특히 본문에서 밝힌 바와 같이, 공동소유와 공동점유의 민법개념은 형법상 절도죄 객체의 영역에서는 원칙상 타인소유와 타인점유로 귀결되는 것이다.

《參考文獻》

I. 國內

- 강구진: - 형법강의 각론 I, 박영사, 1983년
- 강동범: - 절취한 현금카드의 부정사용행위에 대한 형사책임,
고시계 1996년 9월, 76면
- 김영환: - 현금자동지급기의 부정사용에 관한 형법적인 문제점,
형사판례연구 [6], 박영사, 1998년
- 김일수: - 형법각론, 제4판, 박영사, 2001년
- 한국형법 IV [各論 中], 박영사, 1994년
- 김종원: - 형법각론(상), 법문사, 1971년
- 박상기: - 형법각론, 전정판, 박영사, 1999년
- 배종대: - 형법각론, 제4판, 홍문사, 2001년
- 법무부: - 刑法改正法律案 提案理由書, 1992년
- 손동권: - 신용(현금)카드 부정사용의 유형별 범죄성립과 죄수,
형사판례연구[7], 1999년
- 손태봉: - 부동산범죄의 원인과 그 태양, 검찰 1호(1968년 5월), 180면
- 오영근: - 재산범죄의 체계에 대한 한독 형법의 비교연구,
형사법연구 제11호, 1999년
- 유기천: - 형법학(각론강의 상, 하), 일조각, 1982년
- 이재상: - 형법각론, 신정판, 박영사, 1999년
- 현금카드의 사용절도와 부정사용, 고시계 1996년 11월, 195면
- 이정원: - 형법각론, 법지사, 1999년
- 이형국: - 형법각론 연구 I, 법문사, 1997년
임웅: - 형법각론 상, 법문사, 2001년
- 장영민: - 생명공학의 형법적 한계, 한국형사정책연구원, 1994년, 76면
- 장영민·조영관: - 컴퓨터범죄에 관한 연구,
정성근: - 형법각론, 전정판, 법지사, 1998년

- 정영석: - 형법각론, 법문사, 1983년
 진계호: - 형법각론, 제3판, 대왕사, 1996년
 차용석: - 컴퓨터범죄에 관련된 범죄와 형법(하)', 고시연구 88년 6월, 110면
 하태훈: - 현금자동인출기 부정사용에 대한 형법적 평가,
 형사판례연구 제4집, 박영사, 1996년
 황산덕: - 형법각론, 방문사, 1983년

II. 國外

- Dreher/Tröndle: Kommentar, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 40. Aufl.
 Tröndle/ Fischer: Kommentar, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 49. Aufl.
 Krey: Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, Vermögensdelikte, 6. Aufl., 1985
 Jescheck: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. Aufl.
 Jescheck/Ruß/Willms: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Fünfter
 Band(1989) und Sechster Band(1988), 10. Aufl.
 Lackner/Kühl: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 23 Aufl., 1999
 Neumann/Jung: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1. Aufl. 1995
 Roxin: Geld als Objekt von Eigentums- und Vermögensdelikten,
 in: H. Mayer-FS, 1965.
 Rudolphi/Horn/Samson: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch,
 Band II, 6. Aufl., 1999
 Schönke/Schröder/Bearbeiter: Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl., 2001
 Wassermann(Gesamtherausgeber): Kommentar zum Strafgesetzbuch,
 Band 1, 1990
 Wessels/ Hillenkamp: Strafrecht Besonderer Teil/2(Straftaten
 gegen Vermögenswerte), 24. Aufl., 1999
 佐藤道夫(編): 財産の刑法犯, 刑事裁判實務大系 8, 青林書院, 1991年