

竊盜罪에서의 不法領得意思

孫 徠 權

(建國大學校 法科大學 副教授)

< 目 次 >

I. 序 論	IV. 절도와 사용절도의 한계
II. 不法領得意思의 意義 내지 性格	1. 일반론
1. 고의를 초과하는 주관적 구성요건요소?	2. 자동차불법사용죄와의 한계
2. 불법영득의사의 구체적 요소	V. 結 論
III. 領得意思의 客體	參考文獻
1. 견해대립	Zusammenfassung
2. 비판	

I. 序 論

형법 제242조는 타인의 재물을 절취하는 것을 절도죄의 객관적 구성요건요소로서 규정하고 있다. 이것으로부터 절도죄는 행위객체와 관련하여 순수한 재물죄에 해당하고, 행위태양과 관련하여 탈취죄임을 알 수 있다. 그리고 절도죄의 주관적 구성요건요소로서 객관적 구성요건의 표지에 대한 인식과 의사를 의미하는 고의가 요구되는 것은 명백하다. 문제는 절도죄의 주관적 구성요건요소로서 고의 이외에 불법영득의 의사(Absicht rechtswidriger Zueignung)가 요구되는가에 있다. 만약 이것이 주관적 구성요건요소로서 요구되면 절도죄는 영득죄라는 성격도 아울러 가지게 된다. 그리고 이에 따르면 불법영득의사 없이 타인의 의사에 반하여 그의 재물을 취거할 뿐인 소위 사용절도에 대해서는 절도죄의 성립이 부정되어야 할 것이다. 이에 대해서 종래에는 견해대립이 있었다. 그러나 형법개정을 통하여 불법영득의사를 요구하지 않고 성립되는 '自動車등 不法使用罪'(즉, 사용절도의 특별처벌규정)가 형법에 신설됨으로써(제331조의 2), 이와 상반되는 절도죄의 경우는 고의 이외에 불법영득의사가 요구되는 영득죄임이 입법내용으로 거의 정착되었다. 따라서 현재에는 절도죄의 성립을 위해 불법영득의사가 요구된다는

것을 전제하고서 그 개념, 객체, 사용절도, 특히 자동차불법사용죄와의 한계 등의 구체적 문제점이 논의되고 있다. 특히 오늘 날에는 재물(특히 신용카드를 비롯한 각종 전자카드)을 사용하여 재산상 이익을 취득하고서 카드 자체는 제자리로 돌려주는 경우가 많이 발생하는데, 과연 이 경우에 절도죄의 성립을 인정할 수 있을지가 문제된다. 아래에서는 절도의 죄에서 불법영득의사를 둘러싼 이러한 구체적 문제점을 해명하기로 한다.

II. 不法領得意思의 意義 내지 性格

1. 고의를 초과하는 주관적 구성요건요소?

절도죄의 주관적 구성요건으로 고의 이외에 불법영득의 의사가 있어야 하는가에 대하여 독일형법 제242조에는 명문의 규정이 있으나 우리 형법에는 명문의 규정이 없기 때문에 학설의 대립이 있을 수 있다. 이에 대한 적극설의 논거는 (i) 절도죄의 보호법익이 소유권인 이상 절도죄의 성립에 소유권을 침해한다는 의사로서의 불법영득의사를 요한다는 것, (ii) 점유침해의 점에서 보면 피해자가 점유를 전혀 회복할 수 없는 손피괴가 그 회복이 가능한 절도죄보다 불법이 더 큼에도 불구하고 절도죄가 손피괴보다 법정형이 더 큰 것은 절도죄의 성립에는 불법영득의 의사를 필요로 하기 때문이라는 것 등을 들 수 있다. 현재 다수설¹⁾과 판례²⁾의 태도에 해당한다. 이에 반하여 절도죄의 주관적 구성요건으로서 고의 이외에 불법영득의사가 불필요하다는 소극설을 주장하는³⁾ 논거로는 (i) 절도죄의 보호법익은 점유이고, (ii) 불법영득의 의사를 요구하는 명문의 규정이 없으며, (iii) 사용절도도 재물의 사용으로 피해자에게 중대한 가치의 감소를 초래하는 경우에는 절도죄의 성립을 인정하여야 한다는 것 등을 든다. 그리고 불법영득의사의 법적 성격에 대하여 다수설은 고의를 초과하는 주관적 구성요건요소로서 이해하는데 반하여, 소수설⁴⁾은 고의의 내용에 불과하다고 해석하고 있다.

생각컨대, 절도죄의 보호법익은 소유권(의 행사)이고, 보호법익이 소유권이면 명문규정이 없더라도 이론상 불법영득의 의사를 요구할 수 있으며, 사용절도로 인한 재물가치의 현저한 손상이 있는 경우에는 필요설에 의하더라도 절도죄가 인정될 수 있으므로 필요설이 타당하다. 그리

1) 김일수/ 서보학, 형법각론, 박영사 2003, 283면; 김성천/ 김형준, 형법각론, 동헌출판사 2000, 377면; 박상기, 형법각론, 박영사 2000, 245면; 배종대, 형법각론, 홍문사 2001, 340면; 백형구, 형법각론, 청림출판 1999, 136면; 유기천, 형법각론(상), 일조각 1982, 200면; 이재상, 형법각론, 박영사 2000, 259면; 이정원, 형법각론, 법지사 2000, 326면; 이형국, 형법각론연구 I, 법문사 1997, 390면; 임웅, 형법각론, 법문사 2001, 268면; 진제호, 형법각론, 대왕사 2000, 310면

2) 대판 1999.4.9, 99도519; 대판 1996.5.10, 95도3057

3) 소극설의 주장자로는 오영근, 절도죄의 불법영득의사와 사용절도, 형사판례연구(2), 175면; 이진호, 신고 형법각론, 일신사 1975, 318면; 정성근, 형법각론, 법지사 1996, 381면; 정영석, 형법각론, 법문사 1983, 301면

4) 배종대, 형법각론, 340면; 유기천, 형법각론 상, 213면; 정성근, 형법각론, 378면; 진제호, 형법각론, 310면

고 불법영득의사를 요구하지 않고 성립되는 '自動車등 不法使用罪(즉 사용절도)'가 형법에 특별히 신설된 것도 일반 절도죄의 경우는 불법영득의사가 요구되는 이유가 될 수 있다. 그런데 절도죄의 고의는 타인의 재물을 그의 의사에 반하여 취거(절취)한다는 객관적 구성요건표지의 인식과 의사까지만 미치는 것이다. 따라서 사용절도의 경우에도 상대방의 의사에 반하여 재물을 취거한다는 절도죄의 고의는 인정되는 것이다. 반면에 절도죄의 고의는 절취한 재물을 영득하는 것까지는 미치지 못한다. 따라서 불법영득의사가 절도죄의 주관적 구성요건요소로서 필요하다면 그것은 고의를 초과하는 주관적 구성요건요소로서 이해되어야 한다.

2. 불법영득의사의 구체적 요소

(1) 소극적 요소와 적극적 요소

절도죄에서 불법영득의사의 요소인 領得(Zueignung)은 소유권에 유사한 처분권을 취득하는 적극적 요소(Aneignung)와 소유권자를 그 지위에서 배제한다는 소극적 요소(Enteignung)가 있어야 한다. 여기서 소극적 요소는 반드시 영구적이어야 한다. 소극적 요소가 영구적이어야 하는 점에서 절도죄는 그것이 일시적인 사용절도와 구별된다. 이러한 사용절도는 원칙적으로 처벌되지 않는다.

반면에 소유권자에 유사한 지위를 취득할 의사(적극적 요소)는 영구적이든 일시적이든 관계 없다. 다만 새로운 점유의 취득이 있어야 한다. 이것이 없으면 기존점유를 배제하더라도 절도죄가 성립될 수 없다. 예컨대 의도적으로 추운 겨울에 새장 속의 새를 밖으로 날려보내어 얼어 죽게 한 것은 기존점유를 배제하였으나 새로운 점유의 취득이 없기 절도죄가 성립되지 않고 경우에 따라서 손괴죄에 해당될 뿐이다.⁵⁾ 그러나 타인의 음식을 먹거나 석탄을 태우는 것과 같이 행위자가 물건에 대한 손괴행위를 통하여 동시에 그 물건의 경제적 가치를 획득하는 경우에는 새로운 점유의 취득이라는 요소가 충족되는 것이고, 따라서 그 행위는 절도죄에 해당된다.⁶⁾

그리고 훔친 물건을 그 주인에게 다시 파는 경우에도⁷⁾ 절도죄가 성립할 것인가가 문제된다. 이에 대해 독일의 통설은 훔친 물건을 주인에게 다시 팔 계획을 가지고 그대로 실행한 경우에도 행위자에게 불법영득의 의사가 있는 것으로 본다.⁸⁾ 그 이유는 다음과 같다. 훔친 타인의 물건을 자기의 이름으로 파는 행위는 그 재물이 자기의 소유물이라는 것을 표출하는 것이기 때문

5) 이 사례에 대한 해설로는 Krey, Strafrecht, Besonderer Teil Bd. 2(1991), S. 22 ff.; 새를 죽일 의사 없이 불쌍하여 단순히 날려보낸 경우에는 손괴죄도 인정하기 어렵다.

6) S./S./Eser, § 242 Rn. 56

7) 이에 대한 사례와 해설로는 Krey, a.a.O., S. 28 f.

8) 이에 반대하는 견해로는 Maiwald, Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikt, 1970, S. 111

에 불법영득의사의 적극적 요소인 재물에 대한 취득의사(Aneignungswille)가 있는 것이 된다. 그리고 양도자에게는 이 경우에 상대방에 대한 영구적인 배제의사(Enteignungswille)도 있는 것으로 보아야 한다. 왜냐하면 피해자는 행위자에 의해 기망당하면서 대가를 지불하고 자기재물을 되찾는 것이기 때문이다.

다음으로 제3자를 영득시킬 의사도 절도죄의 불법영득의사의 요소를 충족시키는가가 문제된다. 사기죄와 배임죄는 제3자에게 이익을 취득하게 하는 경우에도 성립한다고 법에 명시되어 있는데 반하여 절도죄에는 이러한 표현이 없다. 따라서 제3자에게 줄 의사로 타인의 재물을 훔치는 경우에도 (불법영득의 의사 및) 절도죄가 성립할 것인지가 특별히 문제된다. 이에 대해 독일의 다수설은 원칙적으로 절도죄의 성립을 부정하고 있다. 다만 부정설도 제3자에게 대가(entgeltlich)를 받는 경우와 무상인 경우에도(unentgeltlich) 제3자에의 교부가 월권적인 재산권행사의 표현(Ausdruck angemäßer Eigentumsmacht)인 경우, 예컨대 행위자가 증여와 같은 법률적 처분행위를 하거나 간접적인 이익을 보는 경우에는 불법영득의 의사가 인정된다고 한다. 그러나 아무런 대가없이 단순히 제3자에게 훔친 돈을 교부하려는 행위자에게는 불법영득의 의사 및 절도죄(정범)가 성립되지 않는다는 것이다.⁹⁾ 이러한 다수설에 의하면 갑이 을에게 부탁하여 절취행위를 하게 하고 을은 처음의 의사대로 절취재물 모두를 곧바로 갑에게 교부한 경우에 갑은 불법영득의사가 없는, 즉 목적 없는 고의 있는 도구(absichtsloses doloses Werkzeug)인 을을 이용한 자로서 절도죄의 간접정범이 되고, 을은 절도죄의 종범이 성립될 것이다. 그런데 Roxin은¹⁰⁾ 제3자에게 단순히 건네주는 것도 영득행위가 성립된다고 한다. 왜냐하면 어느 누구도 먼저 재물을 자기가 영득하지 않고 제3자에게 영득시킬 수 없기 때문이라는 것이다. Roxin의 견해에 의하면 을에게 불법영득의 의사가 인정되므로 오히려 을이 절도죄의 정범이 되고 갑은 절도죄의 교사범이 될 뿐이라는 것이다. 생각건대, 이론에 크게 벗어나지 않으면 가능한 실정법에 충실하게 해석하는 것이 바람직하다. 그런데 간접정범에 관한 형법 제34조는 피이용자가 처벌되지 않거나 과실범으로 처벌되는 경우에 한정한다. 즉 목적 없는 고의있는 도구를 이용하는 경우에 피용자에게 (고의)방조범을 인정하는 것이 형법 제34조에 비추어 어렵게 된다. 그리고 훔쳐서 건네 줄 의사를 불법영득의사에 포함시키는 주장은 이론적으로도 충분히 가능하다. 왜냐하면 불법영득의사에 본인은 물론이고 제3자를 영득시킬 의사도 포함시키는 것은 얼마든지 해석가능하기 때문이다.¹¹⁾ 따라서 을을 절도죄의 정범, 갑을 교사범(우리 형법 제33조와 공모공동정범을 인정하는 판례에 의하면 공동정범의 인정도 가능함)으로 처리하는 견해(Roxin의 견해)가 더욱 나은 것으로 판단된다.

불법영득의사의 인정여부와 관련된 우리 나라 대법원 판례의 태도를 정리하면 다음과 같다.

9) 이 문제에 대한 사례와 해설은 Krey, a.a.O., S. 30 f.

10) Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 4. Aufl., S. 341 f.

11) 김일수/ 서보학, 형법각론, 290면; 박상기, 형법각론, 248면; 임용, 형법각론, 275면

[긍정판례] ① 피해자가 경영하는 주점의 잠겨 있는 샷타문을 열고 그곳 주방안에 있던 맥주 등을 꺼내어 마셨다면 타인의 재물에 대한 불법영득의 의사가 있었다고 할 것이고 주점까지 가게된 동기가 주점점원의 초청에 의한 것이었다 하더라도 피해자의 승낙없이 재물을 지거하는 행위는 절도죄를 구성한다(대판 1986.9.9, 86도1439)

② 피고인이 길가에 시동을 걸어놓은 채 세워둔 모르는 사람의 자동차를 함부로 운전하고 약 200미터 가량 갔다면 불법영득의 의사가 있었다 할 것이다(대판 1992.9.22, 92도1949)

③ 절도죄의 성립에 필요한 불법영득의 의사는 영구적으로 그 물건의 경제적 이익을 보유할 의사가 필요치 아니하여도 소유권 또는 이에 준하는 본권을 침해하는 의사 즉 목적물의 물질을 영득할 의사나 물질의 가치만을 영득할 의사이어도 영득의 의사가 있다 할 것이다(대판 1973.2.26, 73도51).

④ 회사의 총무과장이 회사의 물품대금채권을 확보할 목적으로 채무자의 승낙을 받지 아니한 채 그의 의사에 반하여 부산에 있는 자동차를 운전하여 광주로 옮겨 강제집행이 있기까지 회사의 지배하에 두었다면 불법영득의 의사가 있었다고 볼 수 밖에 없다(대판 1990.5.25, 90도573).

⑤ 피고인이 현금 등이 들어 있는 피해자의 지갑을 가져갈 당시에 피해자의 승낙을 받지 않았다면 가사 피고인이 후일 변제할 의사가 있었다고 하더라도 불법영득의사가 있었다고 할 것이다(대판 1999.4.9, 99도519).

[부정판례] ① 내연관계에 있던 여자가 계속 회피하며 만나 주지 않자 내연관계를 회복시키지 않을 목적으로 그녀의 물건을 가져 와 보관한 후 이를 찾으로 오면 그 때 그물건을 반환하면서 타일러 다시 내연관계를 지속시킬 생각으로 물건을 가져왔고 그녀의 가족에게 그 사실을 그녀에게 연락하라고 말하였으며 그 후 이를 보관하고 있으면서 이용 내지 소비하지 아니한 경우 불법영득의 의사가 있다고 할 수 없다(대판 1992.5.12, 92도280).

② 상사와의 의견 충돌 끝에 항의의 표시로 사표를 제출한 다음 평소 피고인이 전적으로 보관, 관리해 오던 이른바 비자금 관계 서류 및 금품이 든 가방을 들고 나온 경우, 불법영득의 의사가 있다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 그 서류 및 금품이 타인의 점유하에 있던 물건이라고도 볼 수 없다(대판 1995.9.5, 94도3033).

③ 피고인이 피해자의 전화번호를 알아 두기 위하여 피해자가 떨어뜨린 전화요금 영수증을 습득한 후 돌려주지 않은 경우에 그에게 불법영득의 의사가 있다고 인정하기 어렵다(대판 1989.11.28, 89도1679).

④ 피고인이 타인 소유의 버스요금함 서랍 견본 1개를 그에 대한 최초고안자로서의 권리를 확보하겠다는 생각으로 가지고 나가 변리사에게 의장출원을 의뢰하고 그 도면을 작성한 뒤 당일 이를 원래 있던 곳에 가져다 두었다면 불법영득의사를 인정할 수 없다(대판 1991.6.11, 91도

878)

⑤ 가구회사의 디자이너가 평소 임의처분이 허용된 자신이 제작한 가구 디자인 도면을 가지고 나온 행위에 불법영득의사를 인정할 수 없다(대판 1992.3.27, 91도2831).

⑥ 피고인이 피해자등과 말다툼을 하면서 시비하는 중에 그들중 일행이 피고인을 식칼로 찔러 죽이겠다고 위협을 하여 주위를 살펴보니 식칼이 있어 이를 갖고 파출소에 가져가 협박의 증거물로 제기하였다면, 가사 피고인의 위 협박의 신고내용이 허위라고 하더라도 불법영득의사가 있었다고 할 수는 없다(대판 1986.7.8, 86도354)

⑦ 사촌형제인 피해자와의 분규로 재단법인 이사장직을 사임한 뒤 피해자의 집무실에 찾아가 잘못을 나무라는 과정에서 화가 나서 피해자를 혼내주려고 피해자의 가방을 들고 나온 경우 불법영득의 의사가 있다고 할 수 없다(대판 1993.4.13, 93도328)

⑧ 군인이 총기를 분실하고 그를 보충하기 위하여 총기를 취거한 경우에는 불법영득의 의사가 있다고 할 수 없다(대판 1977.6.7, 77도1069).

⑨ 피고인이 군무를 이탈할 때 총기를 휴대하고 있는지 조차 인식할 수 없는 정신상태에 있었고 총기는 어떤 경우라도 몸을 떠나서는 안된다는 교육을 지속적으로 받아왔다면 사격장에서 군무를 이탈하면서 총기를 휴대하였다는것만 가지고는 피고인에게 총기에 대한 불법영득의 의사가 있었다고 할 수 없다(대판 1992.9.8, 91도3149)

(2) 내용

판례는 불법영득의 의사와 함은 권리자를 배제하고 타인의 물건을 자기 소유물과 같이 그 경제적 용법에 따라 이용처분할 의사를 말하는 것이라고 판시하였다(대판 1961.6.28, 4294형상179). 그런데 절도죄의 객체인 재물은 객관적으로 경제적 가치, 특히 교환가치가 있어야 하는가에 대하여 견해대립이 있다. 판례는 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). 다수설도 재물성의 인정을 위하여 객관적 경제적 가치 및 교환가치를 요구하지 않는다. 왜냐하면 절도죄는 형식적 소유권을 보호법적으로 하고 있을 뿐이라는 것이다. 다만 깨진 탱크에서 떨어지는 물방울과 같은 경제적으로도 정신적으로도 전혀 가치 없는 재물의 절취행위는 구성요건해당성 또는 위법성이 조각되는 것으로 보는 것이 옳다.¹²⁾ 이와 같이 절도죄의 객체인 재물에는 경제적 가치를 요하지 아니하므로 영득의사에 대해서도 반드시 경제적 용법에 따라 이용할 의사임을 요하지는 않는 것으로 보는 것이 타당하다.

[관련판례] 절도죄의 성립에 필요한 불법영득의 의사라 함은 권리자를 배제하고 타인의 물건을 자기의 소유물과 같이 그 경제적 용법에 따라 이용, 처분할 의사를 말하는 것으로 영구적으로 그 물건의 경제적 이익을 보유할 의사가 필요한 것은 아니지만 단순한 점유의 침해만으로는 절도죄를 구성할 수 없고 소유권 또는 이에 준하는 본권을 침해하는 의사 즉 목적물의 물질을 영득할 의사이거나 또는 그 물질의 가치만을 영득할 의사이든 적어도 그 재물에 대한 영득의 의사가 있어야 한다(대판 1992.9.8, 91도3149).

(3) 領得의 不法

원칙적으로 타인의 재물을 영득하는 것이 객관적으로 불법하여야 불법영득의사는 인정될 수 있다. 다만, 여기의 불법을 판단하는 기준에 대해서는 견해대립이 있다. 재물에 대한 반환청구권이 있는가를 기준으로 하여 설령 절취행위의 위법이 있더라도 반환청구권이 있으면 불법영득의사를 부정하는 견해(다수설)와 절취행위의 불법을 기준으로 하여 절취가 위법하면 설령 반환청구권이 있더라도 불법영득의사는 인정된다는 견해¹³⁾의 대립이 그것이다. 다수설에 따르면 행위자가 재물에 대하여 물권적 청구권 또는 특정물 채권에 의한 반환청구권이 있는 때에는 불법영득의사를 인정하지 않는다. 다만 종류채권에 대한 청구권이 있는 경우에는 불법영득의사를 인정하여야 한다고 한다. 왜냐하면 종류채권에 있어서는 채권자가 채무자의 재물을 임의로 취거하여 채권의 만족을 얻을 수 없기 때문이라는 것이다. 생각건대, 절도죄는 소유권을 침해하는 재산범죄이므로 영득의사의 불법은 재물에 대한 적법한 반환청구권의 유무에 따라 판단되는 것이 옳다.¹⁴⁾ 그러나 적법한 반환청구권은 국가기관에 의해 집행될 수 있으므로 범죄의 방법에 의한 실현은 최대한 금지되어야 한다. 따라서 반환청구권이 있는 경우에도 상대방이 평온하게 지배하고 있는 경우에는 불법영득의사를 인정하는 것이 타당하다. 아래의 판례가 물권적 청구권 또는 특정물채권에 의한 반환청구권이 있음에도 불구하고 불법영득의 의사를 인

12) Vgl. Samson, SK, § 242 Rn. 7

13) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl.(1969), S. 346)

14) 김일수/ 서보학, 형법각론, 289면; 임웅, 형법각론, 275면

정한 것에 대해서는 이러한 의미로 이해하면 될 것이다.

[관련판례] ① (갑)회사가 공소외 (을)에게 철재를 외상 판매하고 그 대금지급을 위하여 받은 약속어음이 부도되어 동 물품의 반환청구권을 가지고 있다 하여도, (갑)회사의 사원인 피고인이 위 (을)로부터 피해자 (병)이 위 철재를 매수하여 점유하고 있는 사실을 알고서도 이를 운반하여 갔다면 절도죄의 성립에 영향이 없다(대판 1983.11.22, 83도2539).

② 외상 매매계약을 해제하여 동 외상 매매 물품의 반환청구권이 피고인에게 있다 하여도 매수인의 승락을 받지 아니하고 동 물품을 가져 갔다면 절도행위에 해당된다(대판 1973.2.28, 72도2538).

③ 형법상 절취란 타인이 점유하고 있는 자기 이외의 자의 소유물을 점유자의 의사에 반하여 그 점유를 배제하고 자기 또는 제3자의 점유로 옮기는 것을 말하는 것으로, 비록 약정에 기한 인도 등의 청구권이 인정된다고 하더라도, 취거 당시에 점유 이전에 관한 점유자의 명시적·묵시적인 동의가 있었던 것으로 인정되지 않는 한, 점유자의 의사에 반하여 점유를 배제하는 행위를 함으로써 절도죄는 성립하는 것이고, 그러한 경우에 특별한 사정이 없는 한 불법영득의 의사가 없었다고 할 수는 없다. 굴삭기 매수인이 약정된 기일에 대금채무를 이행하지 아니하면 굴삭기를 회수하여 가도 좋다는 약정을 하고 각서와 매매계약서 및 양도증명서 등을 작성하여 판매회사 담당자에게 교부한 후 그 채무를 불이행하자 그 담당자가 굴삭기를 취거하여 매도한 경우, 굴삭기에 대한 소유권 등록 없이 매수인의 위와 같은 약정 및 각서 등의 작성, 교부만으로 굴삭기에 대한 소유권이 판매회사로 이전될 수는 없으므로 굴삭기 취거 당시 그 소유권은 여전히 매수인에게 남아 있고, 매수인의 의사표시 중에 자신의 동의나 승낙 없이 현실적으로 자신의 점유를 배제하고 굴삭기를 가져가도 좋다는 의사까지 포함되어 있었던 것으로 보기는 어렵다는 이유로, 그 굴삭기 취거행위는 절도죄에 해당하고 불법영득의 의사도 인정된다(대판 2001.10.26, 2001도4546).

IV. 領得意思의 客體

1. 견해대립

불법영득의 목표는 현실적인 소유권취득이 될 수는 없다. 왜냐하면 절취행위를 통하여 재물의 소유권을 취득할 수는 없기 때문이다. 오히려 여기의 영득은 재물에 대하여 권리자를 배제하고 소유자에 유사한 지배권을 획득하는 것이다. 이에 대해서는 異見이 있을 수 없다. 문제는 무엇에 대한 이러한 영득목표가 있어야 불법영득의사가 인정될 것인가에 있다. 즉 영득의사의

객체(Zueignungsobjekt)는 무엇인가? 이에 대해서는 견해대립이 있다. 物體說(Substanztheorie)에 의하면,¹⁵⁾ 불법영득의사란 재물의 물체 자체에 대하여 소유자를 배제하고 소유자에 유사한 지위를 획득하는 의사를 의미한다. 따라서 이 설에 의하면 예금통장을 절취하여 예금을 인출한 후에 처음 의사대로 그 통장을 반환한 경우에는 절도죄가 성립되지 않는다. 이와는 달리 價値說(Sachwerttheorie)에 의하면, 불법영득의사의 객체는 물체 그 자체가 아니라 물체가 가지고 있는 경제적 가치라고 한다. 이에 따르면 경제적 가치 없는 재물(예컨대 애인의 사진)을 절취하면 절도죄의 성립이 어렵지만, 반면에 사용절도의 경우에는 그를 통해 경제적 이익을 취득하게 되면 절도죄가 성립될 수 있다. 그리고 절충설(Vereinigungslehre)에 의하면, 영득의사의 객체는 물체 또는 경우에 따라서는 그 물체에 化體된 가치라고 한다.

2. 비판

이 중에서 물체설은 형사정책적 관점에서 절도죄의 성립범위를 너무 좁게 하는 단점을 가지고 있다. 즉 예금통장에 화체된 예금액에 대해 불법영득의사가 인정됨에도 불구하고 그 통장 자체를 돌려주면 절도죄의 성립이 부정되는 단점이 있는 것이다. 그리고 가치설은 그 범위를 제한하지 않으면 모든 사용절도에 대해 절도죄를 인정하여야 하고, 결국 절도죄를 이득죄와 같은 성질의 범죄로 만들게 되는 단점이 있다. 그리고 경제적 가치가 없는 물건에 대해서 절도죄의 성립이 부정되어야 하는 단점도 지니고 있다. 따라서 절충설이 가장 타당하고 다수설이기도 하다.¹⁶⁾ 다만 불법영득의사의 객체에 포함되는 가치의 범위는 절도죄가 이득죄가 아니고 소유권침해죄인 본질이 그대로 유지되도록 제한되어야 한다. 그것은 재물과 결합되어 있는 특수한 기능가치를 침해하는 경우에만 불법영득의 의사를 인정할 수 있게 하는 것이다. 따라서 예컨대 예금통장을 절취하여 예금을 인출한 후에 통장을 곧바로 반환할 의사로 예금통장을 절취하였다면 불법영득의사와 절도죄의 성립이 인정된다. 왜냐하면 예금통장에는 그에 고유한 예금액이라는 기능가치가 화체되어 있기 때문이다. 그 기능가치에 대하여 행위자가 상대방의 지위를 배제하고 자기가 외관적으로 그 소유자로서의 지위를 가질 의사가 있는 한 불법영득의사가 인정된다. 다만 그 가치는 재물자체에 직접적으로 화체된 가치(lucrum ex re)에 제한되고, 법률행위를 통해 간접적으로 재물로부터 얻는 이익(lucrum ex negotio cum re)은 여기에 해당되지 않는다.¹⁷⁾ 따라서 갑이 오로지 사은금을 받기 위하여 개를 훔쳐서 처음의도대로 곧바로 주인에게 돌려주었다면, 갑은 마치 자기가 개를 발견한 것처럼 기망하여 간접적으로 개로부터 이익

15) 물체설을 주장하는 독일의 대표적 학자로는 Rudolphi, Der Begriff der Zueignung, GA 1965, S. 33

16) 김일수/서보학, 형법각론, 287면; 강구진, 형법각론 I, 박영사 1983, 274면; 김성천/김형준, 형법각론 380면; 김종원, 형법각론, 187면; 박상기, 형법각론 247면; 배종대, 형법각론, 348면; 백형구, 형법각론, 136면; 이재상, 형법각론, 262면; 이정원, 형법각론, 331면; 이형국, 형법각론, 393면; 임용, 형법각론, 272면

17) Krey, a.a.O., S. 26 Rn. 69

(사은금)을 취할 의사가 있었을 뿐이기 때문에 그에게 절도죄의 불법영득의사는 없었던 것이 된다. 따라서 갑의 행위에 대해서는 -사기죄의 성립은 별론하고서- 절도죄가 성립할 수 없다.¹⁸⁾ 그리고 고객에게 배달하기로 결정된 물품과 그에 대한 영수증을 백화점에서 몰래 가져나와서 고객에게 그 물건을 그대로 배달하고 현금을 수령하여 착취한 경우에도 이와 유사하다. 이 사안에 대해 독일의 BayObLG(MDR 1964, 776; JR 1965, 26)은 물품을 교부하고 대가를 받았으므로 가치설에 근거하여 그 '물품에 대해서' 불법영득의 의사를 인정하였다. 그러나 물품 자체에 화체된 가치를 취득한 것이 아니라 사기행위에 의하여 그 물품으로부터 간접적으로 이익을 취했으므로 물품에 대해 불법영득의 의사를 부정하는 것이 옳다(독일의 다수견해이다).¹⁹⁾ 그러나 영수증에 대해서는 갑이 거기에 화체된 가치를 을로부터 취득하였으므로 불법영득의사를 인정할 수 있다는 견해가 있다(독일 Schröder와 Wessels의 견해이다).

이상과 같이, 재물이 가지고 있는 '특수한 기능가치'를 침해함이 없이 재물자체를 사용하고 반환한 경우에는 영득의사가 인정되지 않아 절도죄가 성립되지 않는다. 예컨대 주민등록증이나 현금자동인출카드를 사용하고 반환한 경우에는 절도죄가 성립되지 않는다. 왜냐하면 주민등록증은 물론이고 현금카드 내지 신용카드에도 그 카드를 사용할 수 있는 자격자에 대한 신원에 관한 사항은 기재되어 있으나 그 카드 자체에 경제적 가치는 화체되어 있지 않기 때문이다. 그런데 전화카드의 경우에는 선불식과 후불식을 나누어 살펴볼 필요가 있다. 선불식 전화카드는 그 카드 자체에 전화기를 사용할 수 있는 금액이 화체되어 있고, 그리고 전화를 걸 때마다 그 금액이 감소되기 때문에 이를 사용하고 카드를 돌려준 경우에도 절도죄가 성립될 수 있다. 그러나 후불식 전화카드의 경우는 그러한 금액이 카드 자체에 화체되어 있지 않기 때문에 이를 사용하고 돌려 준 경우에는 절도죄가 성립할 수 없다. 따라서 편의시설부정이용죄, 컴퓨터사용사기죄, 사문서부정행사죄의 성립만이 문제될 뿐이다.²⁰⁾

그리고 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 행위에까지 절도죄의 보호영역이 미치는 것은 아니다.²¹⁾ 동전이나 수표는 재물 그 자체(주식, 종이)가 아니라 화체된 액면가치(verkörperte Wertsumme)가 기준이 된다. 따라서 동일한 가치를 남겨두고 금전을 가져가는 자에게는 불법영득의 의사가 없는 것으로 해석하여야 한다.²²⁾ 그

18) 독일의 Eser(Strafrecht 4, Fall 3 A 39)는 다른 논거를 추가하여 역시 불법영득의 의사를 부정하고 있다. 즉 갑은 예완건의 소유자로서가 아니라 발견자로서 나타났기 때문에 상기사례는 불법영득의사의 적극적 요소인 소유자로서의 외관적 지위를 취득할 의사가 없는 경우라는 것이다.

19) 이에 대한 소개로는 Krey, a.a.O., S. 29

20) 이 경우에 사문서부정행사죄 이외에 컴퓨터사용사기죄를 인정하는 견해도 있다(김일수/ 서보학 449면).

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

리고 독일의 Schröder는 금전 아닌 대체물의 경우(예컨대 어떤 자가 1킬로 설탕 1봉지를 500그램 설탕 2봉지로 몰래 바꾸어 가는 경우)에도 상기와 동일하게 적용하려고 한다.²³⁾ 그러나 Roxin은 금전의 경우에만 액면가치설을 적용하고 대체물의 경우에는 이를 적용할 수 없다고 한다.²⁴⁾ 더 나아가 Schröder는 상점주인이 잠시 자리에 없는 동안에 손님이 담배 값을 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.²⁵⁾

[관련판례] ① 주민등록증이나 혼인신고서를 작성하기 위해 피해자의 도장을 몰래 꺼내어 사용한 후 곧바로 제자리에 갖다 놓은 경우에 절도죄는 성립되지 않는다(대판 2000.3.28, 2000도 493).

② 신용카드업자가 발행한 신용카드를 이를 소지함으로써 신용구매가 가능하고 금융의 편의를 받을 수 있다는 점에서 경제적 가치가 있다 하더라도, 그 자체에 경제적 가치가 화체되어 있거나 특정의 재산권을 표창하는 유가증권이라고 볼 수 없고, 단지 신용카드회원이 그 제시를 통하여 신용카드회원이라는 사실을 증명하거나 현금자동지급기 등에 주입하는 등의 방법으로 신용카드업자로부터 서비스를 받을 수 있는 증표로서의 가치를 갖는 것이어서, 이를 사용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출하였다 하더라도 신용카드 자체가 가지는 경제적 가치가 인출된 예금액만큼 소모되었다고 할 수 없으므로, 이를 일시 사용하고 곧 반환한 경우에는 불법영득의 의사가 없다(대판 1999.7.9, 99도857).

③ 편의시설부정이용의 죄는 부정한 방법으로 대가를 지급하지 아니하고 자동판매기, 공중전화 기타 유료자동설비를 이용하여 재물 또는 재산상의 이익을 취득하는 행위를 범죄구성요건으로 하고 있는데, 타인의 케이티전화카드(한국통신의 후불식 통신카드)를 절취하여 전화통화에 이용한 경우에는 통신카드서비스 이용계약을 한 피해자가 그 통신요금을 납부할 책임을 부담하게 되므로, 이러한 경우에는 피고인이 '대가를 지급하지 아니하고' 공중전화를 이용한 경우에 해당된다고 볼 수 없어 편의시설부정이용의 죄를 구성하지 아니한다(대판 2001.9.25, 2001도 3625).

④ 사용자에 관한 각종 정보가 전자기록되어 있는 자기띠가 카드번호와 카드발행자 등이 문자로 인쇄된 플라스틱 카드에 부착되어 있는 전화카드의 경우 그 자기띠 부분은 카드의 나머지 부분과 불가분적으로 결합되어 전체가 하나의 문서를 구성하므로, 전화카드를 공중전화기에 넣어 사용하는 경우 비록 전화기가 전화카드로부터 판독할 수 있는 부분은 자기띠 부분에 수록된

22) 우리 나라에서는 김일수/ 서보학, 형법각론, 288면; 임용, 형법각론 272면

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

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

25) 이상의 설명으로는 Krey, a.a.O., S. 19 f.

전자기록에 한정된다고 할지라도, 전화카드 전체가 하나의 문서로서 사용된 것으로 보아야 하고 그 자기띠 부분만 사용된 것으로 볼 수는 없으므로 절취한 전화카드를 공중전화기에 넣어 사용한 것은 권리의무에 관한 타인의 사문서를 부정행사한 경우에 해당한다(대판 2002.6.25, 2002도461).

V. 절도와 사용절도의 한계

1. 일반론

불법영득의 의사는 소유권에 유사한 처분권을 취득한다는 적극적 요소와 소유권자를 그 지위에서 배제한다는 소극적 요소가 있어야 한다. 여기서 소유권자에 유사한 지위를 취득할 의사(적극적 요소)는 영구적이든 일시적이든 관계없다. 그러나 소유자를 종래의 지위에서 배제시키는 의사(소극적 요소)는 반드시 영구적이어야 한다. 이 점에서 절도죄의 불법영득의사는 원칙적으로 처벌되지 아니하는 사용절도(bloße Gebrauchsanmaßung)와 구별된다. 사용절도는 소유자를 일시적으로 배제시키는 의사가 있을 뿐이다. 그리고 불법영득의사의 객체에는 재물의 일반적 사용가치는 포함되지 않는다. 따라서 재물을 단순히 사용하여서 이익을 얻고 그 재물을 처음의 의사대로 돌려준 경우에는 원칙적으로 절도죄가 성립할 수 없고 사용절도가 될 뿐이다. 그러나 재물 그 자체에 대해서는 반환의사가 있더라도 재물의 기능가치를 제거하거나, 재물의 사용으로 인하여 그 재물의 가치가 소멸 또는 현저히 감소되었거나, 재물의 사용이 장시일에 걸치는 경우에는 사용절도의 범위를 벗어나 절도가 된다. 예컨대 자동차를 장기간 사용하는 경우에는 절도죄가 성립된다. 그리고 사용절도는 반환의사가 있어야 비로소 긍정된다. 그런데 이 반환의사는 재물을 원래의 장소에 돌려 놓아서 권리자가 확실히 취득할 수 있게 하여야 비로소 인정될 수 있다. 그 정도에 미치지 않는 반환의사에 대해서는 사용절도를 인정할 수 없다. 따라서 타인의 자동차를 일시 사용한 후에 버릴 의사로 운전한 경우에는 당연히 절도죄가 된다. 그리고 자동차사용에 대해 사용절도가 인정되는 경우에는 휘발류의 소비에 대해서도 역시 절도죄가 성립되지 않는 것으로 보아야 한다. 왜냐하면 휘발류의 소비는 자동차운전에 불가피하게 따라오는 것이기 때문이다.²⁶⁾

2. 자동차불법사용죄와의 한계

(1) 자동차불법사용죄의 입법

26) Krey, a.a.O., S. 25 Rn. 65

自動車등 不法使用罪는 권리자의 동의 없이 타인의 자동차, 선박, 항공기 또는 原動機裝置自轉車を 일시 사용함으로써 성립하는 범죄이다(제331조의 2). 이 구성요건은 자동차와 자가운전자의 증가에 따라 자동차의 불법사용이 증가하였고 이로 인한 實害와 피해자의 감정을 고려하여 독일형법 제248조의 b(Unbefugter Gebrauch eines Fahrzeugs)의 예에 따라 영득의사없는 불법사용을 처벌하는 자동차등 불법사용죄의 구성요건이 1995년 개정형법을 통하여 도입되었다.

본 죄의 보호법익에 대해서는 객체에 대한 사용권이라는 사용권설²⁷⁾과 사용권은 소유권의 파생효과에 불과하다는 소유권설(다수설)이 대립한다. 생각건대, 본 죄는 소유자가 가지는 사용권은 물론이고 비소유자(예컨대 제한물권자)의 정당한 사용권도 보호하여야 하기 때문에 사용권설이 타당한 것으로 판단된다. 사용권설에 의하면 소유자도 본 죄의 주체가 될 수 있다.

본죄의 행위객체는 자동차, 선박, 항공기, 원동기장치된 자전거에 한한다. 자동차와 원동기장치된 자전거의 정의에 대해서는 도로교통법(내지 자동차관리법)에 규정되어 있다. 본죄의 행위는 권리자의 동의없이 그 객체를 일시 사용하는 것이다. 여기의 사용은 자동차등을 통행수단으로서 실제로 사용하는 것을 의미하므로 단순히 자동차안에서 잠자는 것, 자동차의 라디오를 들은 것, 물건을 자동차에 실은 것, 시동만 건 것 등은 여기의 사용에 해당하지 않는다. 권리자의 동의없는 사용이란 불법사용은 물론이고 널리 무단사용하는 경우까지 포함된다. 반면에 권리자가 동의한 경우에는 구성요건해당성이 부정되는 양해가 된다. 동의는 명시적인 의사표시는 물론이고 묵시적인 행위, 객관적 사정에 의한 추정 등으로도 인정될 수 있다. 그리고 일시사용이란 권리자를 계속적으로 배제하는 데까지 이르지 않은 채 무단히 경제적 용법에 따라 그 물건을 이용하는 것을 말한다. 다만 불법하게 사용을 개시한 경우에만 본죄가 인정될 수 있고, 적법하게 사용하다가 과도하게 초과사용했을 뿐인 경우에는 형법의 보충성원칙에 따라 본죄의 성립을 부정하는 것이 타당하다.

본죄의 주관적 구성요건은 권리행사방해죄와 같이 객관적 구성요건요소에 대한 인식과 의사, 즉 고의만 있으면 충족되고 고의를 초과하는 불법영득의사는 그 요건이 아니다. 물론 미필적 고의로도 족하다. 권리자의 동의가 있다고 착오한 경우에는 구성요건적 착오로서 고의가 조각되고, 동의가 있었음에도 불구하고 없는 것으로 착오한 경우에는 불능범 또는 불능미수의 문제가 발생한다.

(2) 절도죄와의 한계

절도죄에 대해 자동차불법사용죄는 법조경합의 보충관계에 있다. 따라서 하나의 행위로서 절도죄가 성립하면 자동차불법사용죄의 성립여지는 없고, 절도죄의 성립이 부정될 때에만 자

27) 김일수/ 서보학 302면; 백형구 146면; 임웅 287면; 정성근 393면

동차불법사용죄의 성립여부는 발생하게 된다. 절도죄의 성립여부는 불법영득의 의사에 있다. 그런데 이론적으로는 자동차의 경우에도 권리자가 특별한 어려움 없이 자동차를 되찾을 수 있는 장소에 행위자가 되돌려 놓았을 때에만 사용절도는 인정된다. 따라서 제3자가 그 자동차에 쉽게 개입할 수 있는 장소에 돌려 놓은 경우(BGHSt 22, 45의 사례), 대도시의 경우에는 권리자에 가깝다 하더라도 원래의 위치가 아닌 다른 곳에 돌려 놓은 경우(BGH VRS 19, 441의 사례)에는 불법영득의 의사가 인정될 것이다. 이것은 독일 판례의 태도이기도 하다. 그러나 이러한 독일의 판례는 자동차의 경우에는 사용절도를 처벌하는 규정이 독일형법에 있기 때문에 절도죄의 성립을 이렇게 확대할 형사정책적 필요성은 없다는 비판을 받는다.²⁸⁾ 그런데 이제는 우리나라에도 자동차의 경우에는 사용절도를 처벌하는 규정이 마련되었기 때문에 타인자동차의 불법사용에 대해 상기한 독일의 판례와 같이 절도죄의 성립을 확대할 형사정책적 필요성은 없게 된다. 따라서 어떤 자가 자동차를 사용하고 원래 자리가 아닌 다른 장소에 돌려 놓더라도 그 장소가 소유자가 어렵지 않게 되찾을 수 있는 가까운 장소이면 그의 행위에 대해서는 절도죄가 아니라 자동차불법사용죄를 적용하는 것이 타당할 것이다.

그리고 행위자가 원래의 자리에 되돌려 놓을 의사로 자동차를 운행하다가 사후에 숲속에 방치하자고 마음을 바꾼 경우에 절도죄의 성립이 문제된다. 이 경우에 자동차불법사용죄만이 인정될 수 있을 뿐이라는 견해가 있다.²⁹⁾ 왜냐하면 불법영득의사의 유무는 행위시를 기준으로 결정되기 때문이라는 것이다.³⁰⁾ 다만, 절취행위 이후에 자동차를 숲 속에 버리자는 의사는 자기가 보관하는 타인의 자동차에 대한 횡령죄 내지 점유이탈물횡령죄의 성립에만 의미가 있을 뿐이라는 것이다. 그러나 불법영득의사는 반드시 절취행위의 착수시에 있어야만 인정되는 것이 아니고 절취행위를 계속하는 동안에 가지는 경우에도 포함시키는 것이 타당하다. 따라서 절취행위를 계속 하는 동안에 반환거부(불법영득)의 의사가 생기고 그에 따라 반환을 거부(영득)하였다면 절도죄의 성립을 긍정하는 것이 타당할 것이다.

[관련판례] ① 타인의 물건을 점유자의 승낙없이 무단사용하는 경우에 있어서 그 사용으로 물건 자체가 가지는 경제적 가치가 상당한 정도로 소모되거나 또는 사용후 본래의 장소가 아닌 다른 곳에 버리거나 곧 반환하지 아니하고 장시간 점유하고 있었다면 그 소유권 또는 본권을 침해할 의사가 있다고 보아 불법영득의 의사를 인정할 수 있을 것이나 그렇지 아니하고 그 사용으로인한 가치의 소모가 무시할 수 있을 정도로 경미하고 또 사용후 곧 반환하였다면 그 소유권 또는 본권을 침해할 의사가 있다고 할 수 없어 불법영득의 의사를 인정할 수 없다(대판 1987.12.8, 87도1959).

② 동네 선배로부터 차량을 빌렸다가 반환하지 아니한 보조열쇠를 이용하여 그 후 3차례에

28) Heimann-Trosien, LK, § 242 Rn. 53

29) Krey, a.a.O., S. 26 Rn. 68

30) Dreher/Tröndle, § 242 Rn. 24; Krey, a.a.O., S. 25

걸쳐 위 차량을 2-3시간 정도 운행한 후 원래 주차된 곳에 갖다 놓아 반환한 경우 피해자와의 친분관계, 차량의 운행경위, 운행시간, 운행 후의 정황 등에 비추어 불법영득의 의사가 있었다고 볼 수 없다(대판 1992.4.24, 92도118)

③ 차량을 반환할 의사로 피해자의 동의 없이 일시 사용한 경우이므로 특수절도죄가 아닌 자동차등불법사용죄를 적용해야 한다(대판 1998.9.4, 98도2181)

④ 피고인들이 친구의 근무처인 세차장에 들렀다가 이 사건 승용차를 발견하고는 습득한 승용차 열쇠로 문을 열고 시동을 걸고서 아는 여자를 만나러 가기 위해 위 차를 운행하여 갔다가 위 세차장으로 되돌아 오던 중 위 승용차가 운행정지처분을 당하여 앞 번호판이 없었던 관계로 매마침 순찰중이던 방범대원에게 검문을 당하여 입건되었고 피고인들이 검거장소까지 운행한 거리가 약 2킬로미터 정도로서 그에 소요된 시간이 약 10분 정도라면 피고인들은 위 승용차를 불법영득하려 한 것이 아니고 잠깐 동안 사용할 의사로 위와 같이 무단운행한 것이라 인정되므로 피고인들에게 불법영득의 의사가 있다고 보기 어렵다. 불법영득의 의사없이 타인의 자동차를 일시 사용하는 경우 휘발유가 소비되는 것은 필연적이므로 자동차의 사용방법, 사용시간, 주행거리 그밖의 구체적인 상황으로 보아 자동차 그 자체의 일시사용이 그 주목적이고 소비된 휘발유의 양이 매우 적은 것임이 명백한 경우에는 그 휘발유의 소비는 자동차의 일시사용 가운데 포함되는 것으로서 이에 대하여는 별도의 절도죄가 성립되지 아니한다(대판 1984.4.24, 84도311)

⑤ 형법 제331조의 2, 제332조, 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의 4 제1항 등의 관련 법조항의 규정취지나 자동차 등 불법사용죄의 성질에 비추어 보면, 상습으로 절도, 야간주거침입 절도, 특수절도 또는 그 미수 등의 범행을 저지른 자가 마찬가지로 절도 습벽의 발현으로 자동차 등 불법사용의 범행도 함께 저지른 경우에 검사가 형법상의 상습절도죄로 기소하는 때는 물론이고, 자동차 등 불법사용의 점을 제외한 나머지 범행에 대하여 특가법상의 상습절도 등의 죄로 기소하는 때에도 자동차 등 불법사용의 위법성의 평가는 특가법상의 상습절도 등 죄의 구성요건적 평가 내지 위법성 평가에 포함되어 있다고 보는 것이 타당하다. 따라서 상습절도 등의 범행을 한 자가 추가로 자동차 등 불법사용의 범행을 한 경우에 그것이 절도 습벽의 발현이라고 보이는 이상 자동차 등 불법사용의 범행은 상습절도 등의 죄에 흡수되어 1죄만이 성립되고, 이와 별개로 자동차 등 불법사용죄는 성립하지 않는다고 보아야 하고, 검사가 상습절도 등의 범행을 형법 제332조 대신에 특가법 제5조의 4 제1항으로 의율하여 기소하였다 하더라도 그 공소제기의 효력은 동일한 습벽의 발현에 의한 자동차 등 불법사용의 범행에 대하여도 미친다고 보아야 할 것이다(대판 2002.4.26, 2002도429).

IV. 結 論

본문에서 상술한 바와 같이, 절도죄를 포함한 형법상 재산범죄의 주관적 구성요건요소로서 객관적 구성요건의 표지에 대한 인식과 의사를 의미하는 고의 이외에 그것을 초과하는 불법영득의 의사(Absicht rechtswidriger Zueignung)가 요구된다. 따라서 단순한 사용절도는 형법의 보충성 원칙에 상응되게 민사문제의 영역에만 머물고 원칙적으로 형사문제의 영역에까지 확대되지 말아야 한다. 다만, 입법자가 예외적으로 규정한 自動車등에 대한 사용절도만이 형사문제가 될 수 있을 뿐이다. 그러나 불법영득의사의 객체를 오직 물체 그 자체만으로 보아서 절도죄의 성립을 과도하게 제한하려는 견해도 역시 자제되어야 한다. 왜냐 하면 물체에 화체된 재산적 가치를 이미 배타적으로 영득한 경우에 그 물체 자체만을 돌려 주는 것은 아무런 의미가 없기 때문이다. 따라서 물체 자체만을 돌려 주는 경우에도 불법영득의사와 절도죄의 성립가능성은 인정되어야 한다. 다만, 그 범위는 물체 자체에 직접 재산적 가치가 화체되었을 때에만 인정되어야 할 것이다. 이 경우에 현금대출용 신용카드와 후불식 전화카드는 여기에 포함될 수 없을 것이고, 선불식 전화카드 내지 교통카드 등은 여기에 포함될 수 있을 것이다. 그리고 처벌과 불가별 문제로서의 절도죄와 사용절도의 한계, 중한 처벌과 경한 처벌 문제로서의 절도죄와 자동차불법사용죄의 한계는 앞으로 판례의 발전과 더불어 더욱 구체적으로 정립되어야 할 것이다.

《參考文獻》

I. 國內

- 강구진: 형법강의 각론 I, 박영사 1983년
김성천/ 김형준: 형법각론, 동현출판사 2000년
김일수/ 서보학: 형법각론, 박영사 2003년
김일수: 한국형법 IV [各論 中], 박영사, 1994년
김종원: 형법각론(상), 법문사 1971년
박상기: 형법각론, 박영사 2000년
배종대: 형법각론, 홍문사 2001년
백형구: 형법각론, 청림출판 1999년
손동권: 형법사례연구, 법원사 2000년
오영근: 재산범죄의 체계에 대한 한독 형법의 비교연구,
형사법연구 제11호, 1999년
오영근: 절도죄의 불법영득의사와 사용절도, 형사판례연구(2)
유기천: 형법학(각론강의 상, 하), 일조각 1982년
이재상: 형법각론, 박영사 2000년
이정원: 형법각론, 법지사 2000년
이형국: 형법각론 연구 I, 법문사 1997년
임웅: 형법각론, 법문사 2001년
정성근: 형법각론, 법지사 1996년
정영석: 형법각론, 법문사 1983년
진계호: 형법각론, 대왕사, 2000년
황산덕: 형법각론, 방문사 1989년

II. 國外

- Dreher/Tröndle: Kommentar, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 40. Aufl.
Eser, Albin: Strafrecht III, 2. Aufl., 1981
Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. Aufl.
Jescheck/Ruß/Willms: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Fünfter Band(1989) und

Sechster Band(1988), 10. Aufl.

Krey, Volker: Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 1991

Lackner/Kühl: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 23 Aufl., 1999

Maiwald, Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikt, 1970

Neumann/Jung: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1. Aufl. 1995

Roxin: Geld als Objekt von Eigentums- und Vermögensdelikten, in: H. Mayer-FS, 1965.

Roxin: Täterschaft und Tatherrschaft, 4. Aufl.

Rudolphi: Der Begriff der Zueignung, GA 1965, S. 33

Rudolphi/Horn/Samson: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band II, 4. Aufl.

Schönke/Schröder/Bearbeiter: Strafgesetzbuch Kommentar, 23. Aufl.

Wassermann(Gesamtherausgeber): Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 1990

Welzel: Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969

Wessels: Strafrecht Besonderer Teil/2(Straftaten gegen Vermögenswerte), 17. Aufl.

Zusammenfassung

Die Absicht rechtswidriger Zueignung beim Diebstahl

Dong-Kwun Son

(An Associate Professor, Department of Law, College of Law, Konkuk University)

In Korea ist die herrschende Lehre, dass für den subjektiven Tatbestand des Diebstahls Vorsatz und die Absicht rechtswidriger Zueignung notwendig sind. Zum Vorsatz gehört nur das Bewusstsein, dass die Sache in fremdem Eigentum und fremdem Gewahrsam steht. Die Absicht rechtswidriger Zueignung geht als subjektives Tatbestandselement über den äusseren Tatbestand der Wegnahme hinaus. Nach der Substanztheorie sollte Gegenstand der Zueignung nur die Sache selbst sein können. Nach der Sachwerttheorie ist Gegenstand der Zueignung dagegen die wirtschaftliche Wert. Die Vereinigungstheorie als herrschende Lehre bezweckt aber eine Verbindung der Substanztheorie und Sachwerttheorie. Nach der Vereinigungstheorie sollte in der Wegnahme eines Sparbuchs zwecks Abhebung von Geld eine Zueignung auch dann liegen, wenn der Täter die Absicht hat, das Buch selbst zurückzugeben. Die Abgrenzung von Zueignung und Gebrauch einer Sache ist deshalb besonders wichtig, weil die blosse Gebrauchsanmassung straflos ist. § 331 II des koreanischen Strafgesetzes regelt aber den sog. Gebrauchsdiebstahl an Kraftfahrzeugen und Fahrrädern. Der Gebrauchsdiebstahl an Kraftfahrzeugen und Fahrrädern ist in Korea ausnahmsweise strafbar, wie § 248b des deutschen Strafgesetzes.