

타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드 사용행위의 형사책임

최 관 식*

국문요약

타인명의를 모용하여 신용카드를 발급받는 행위와 이를 사용하여 현금자동지급기 또는 ARS, 인터넷에서 현금대출을 받는 행위는 별개의 사회적 행위이므로 양자를 구별하여야 한다. 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금대출을 받는 행위에 대하여 절도죄설, 사기죄설, 컴퓨터 등 사용사기죄설이 주장되지만 우리 형법체계에서는 타당하지 않다. 모용자가 타인명의를 모용하여 카드회사에 카드발급을 신청·발급받는 행위는 현금자동지급기에서 현금인출의 선행행위로 모용자가 타인명의를 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출하는 행위가 절도죄라면 이는 절도죄의 예비행위로 불가별이다. 사기죄가 성립한다면 이는 사기죄의 일부가 된다. 양자를 사회상규상 별개의 행위로 본다면 사기죄의 일부로 되지 않는다. 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 사용하여 ARS·인터넷에서 신용대출의 경우 모용자는 컴퓨터 등 사용사기죄에 해당하며 타인명의를 모용하여 신용카드회사를 기망하여 신용카드를 발급받는 행위는 컴퓨터 등 사용사기의 예비행위로 불가별이다. 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 이용하여 현금자동지급기에서의 금전인출과 ARS·인터넷상 신용대출의 양자를 포함한 다수행위는 타인명의를 모용·발급받은 신용카드로 현금자동지급기에서 현금대출에 대하여 절도죄설, 사기죄설 및 컴퓨터 등 사용사기죄설의 입장은 타당하지 않다. 이는 판결로서가 아닌 근본적인 형사정책적 해결책으로 형법및 여신전문금융업법을 개정하여 현금자동지급기상 현금인출, ARS·인터넷에서 신용대출행위를 별개의 행위로 인정하여 별개의 법률로서 규율할 필요가 있다.

* 경운대학교 경찰행정학부 교수

I. 들어가면서

현대사회는 신용이 지배하는 사회라 할 정도로 우리 사회에서 신용을 전제로 한 경제가 발달하고 있다. 개인 또는 단체가 가지는 신용이 바로 그에 대한 사회적·경제적 지위의 척도로 여겨질 정도로 우리들의 일상생활을 지배한다. 이러한 신용이라는 요소가 제도화되어 우리들의 일상을 지배하는 것 중의 하나로서 신용카드를 들 수 있다, 이러한 신용카드는 본래적 용도인 카드소지자가 지니는 경제적 의미의 신용을 기초로 하여 각종 상품 또는 서비스의 신용거래를 하는 것에서 이제는 신용카드를 전제로 개인 또는 단체가 가지는 신용카드의 존부·종류등에 따라 개인 또는 단체가 속하는 사회에서의 사회적·신분적 지위와 역할을 나타내는 기능을 하고 있다. 신용카드를 이용한 사회적 기능중 가장 많이 행하여지고 경제생활에 중대하고도 많은 영향을 미치는 것으로 신용카드를 이용한 거래이다. 특히 신용카드를 이용한 물품거래이외 현금자동지급기에서 현금을 대출 또는 신용서비스를 받으며 나아가 현재 고도로 발달한 IT환경에서 ARS 또는 인터넷을 이용하여 현금을 거래하거나 신용대출을 받는 등 디지털기기를 이용한 거래에로 확장되고 있다. 이러한 신용카드를 이용한 거래는 바로 이와 관련되는 형법문제를 야기하고 있다. 자기의 신용카드를 이용한 거래가 아닌 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 이용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출하거나 ARS 또는 인터넷에서 신용대출을 받는 경우 형법상 어떠한 범죄가 성립하는가²⁾에 대하여 논란되고 있다. 이러한 행위에 대하여 형법상 문제로 되는 것은 위에서 살펴본 바와 같이 우선 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 이용하여 현금자동지급기에서 금전을 인출한 행위가 컴퓨터 등 사용사기죄가 성립하는가 또는 절도죄가 성립하는가 라는 문제와 타인명의를 도용하여 발급받은 신용카드를 이용하여 ARS나 인터넷에서 신용대출을 받은 경우를 고찰할 필요가 있다. 이러한 문제의 이면에 재산죄의 일종으로서 절도죄와 컴퓨터 등 사용사기죄에서의 행위의 대상인 재물과 재산상의 이익이라는 형법상의 이분법상 개념논리의 문제가 있기 때문이다. 마지막으로 이러한 양자의 문제가 고찰된 후 타인명의를

1) 본 논문에서는 자기명의신용카드를 사용한 행위는 논의에서 배제한다.

도용하여 발급받은 신용카드를 이용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출한 행위와 ARS나 인터넷에서 신용대출을 받은 경우를 다수 행한 경우 이러한 행위의 법적 성격을 고찰하여야 한다. 이는 죄수론의 문제인 동시에 이들 다수의 행위를 개개의 행위로 보아 경합범으로 보는 경우와 포괄일죄로 보는 경우는 양형이나 이후 공소장기재 및 변경 등 형사절차에서 다르게 행하여지기 때문이다. 아래에서는 이러한 문제점을 가지고 세 가지 사항에 대하여 아래에서 연구하고자 한다.

II. 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출한 행위

1. 원심과 대법원의 판시내용

타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 이용하여 현금자동지급기에서 금전을 인출한 행위에 대하여 대법원판결 2006. 7. 27. 2006도3126에 대한 원심판결³⁾은 ‘타인의 명의를 모용하여 신용카드를 발급받는 경우에는 신용카드회사는 타인의 명의를 모용한 자에게 기망당하여 그 모용자에게 카드사용권한을 준 것이고, 따라서 그에 기초하여 모용자가 신용카드를 사용하는 구체적·개별적인 행위(ARS를 통한 신용대출과 현금자동지급기를 이용한 현금서비스 포함)는 포괄적으로 신용카드회사에 대한 사기죄를 구성하는 것으로 풀이하여야 할 것이며, 그럼으로써 타인을 모용하여 발급받은 1개의 신용카드를 이용한 범행이 사기죄, 절도죄, 컴퓨터이용사기죄가 실제법상 수죄로 분단되는 것을 방지할 수 있다’라는 이유로, 이 부분 각 현금인출행위와 ARS 등을 통한 신용대출행위를 사기죄로 인정하고 있다. 이러한 원심판결의 내용을 분석한다면 원심판결이 사기죄로 인정한 핵심은 행위자가 타인명의를 모용하여 카드회사를 기망하였고 카드회사는 이에 기망당하여 모용자에게 카드사용권한을 준 것 즉, 카드회사에 대한 기망에 중점을 둔 것이라고 할 수 있다. 이러한 모용자의 카드회사에 대한 기망에 중점을 두는 경우 이러한 기망에 기하여 카드회사가

3) 대구지법 2006. 4. 25. 2006노228.

발급한 신용카드를 모용자가 현금자동지급기에서 현금을 인출하는 행위는 카드회사에 대한 기망의 연장선상에 두어지는 행위의 하나라고 할 수 있다. 따라서 결과적으로 모용자가 현금자동지급기에서 현금을 인출하는 행위는 카드회사에 대하여 별개의 기망등 행위가 존재하는 것이 아니라고 할 수 있다. 이점에서 카드회사에 대한 포괄적 행위성을 인정할 수 있다.

그러나 대법원은 이러한 원심판단에 대하여 다음과 같은 이유로 부정한다. 모용자가 타인명의를 모용하여 신용카드를 발급받은 경우, 비록 카드회사가 모용자로부터 기망을 당한 나머지 모용자에게 피모용자 명의로 발급된 신용카드를 교부하고, 사실상 모용자가 지정한 비밀번호를 입력하여 현금자동지급기에 의한 현금대출(현금서비스)을 받을 수 있도록 하였다 할지라도, 카드회사의 내심의 의사는 물론 표시된 의사도 어디까지나 카드명의인인 피모용자에게 이를 허용하는 데 있을 뿐, 피고인에게 이를 허용한 것은 아니라는 점에서 피고인이 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금대출을 받는 행위는 카드회사에 의하여 미리 포괄적으로 허용된 행위가 아니라, 현금자동지급기의 관리자의 의사에 반하여 그의 지배를 배제한 채 그 현금을 자기의 지배하에 옮겨 놓는 행위로서 절도죄⁴⁾에 해당하며, 또한 위와 같이 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드의 번호와 그 비밀번호를 이용하여 ARS 전화서비스나 인터넷 등을 통하여 신용대출을 받는 방법으로 재산상 이익을 취득하는 행위 역시 미리 포괄적으로 허용된 행위가 아닌 이상, 컴퓨터 등 정보처리장치에 권한 없이 정보를 입력하여 정보처리를 하게 함으로써 재산상 이익을 취득하는 행위로서 컴퓨터 등 사용사기죄에 해당하며 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 이용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출하거나 ARS 전화서비스나 인터넷 등으로 신용대출을 받는 행위를 기망당한 카드회사가 카드사용을 포괄적으로 허용한 것에 기초한 것으로 파악하여 포괄적으로 카드회사에 대한 사기죄가 된다고 볼 수는 없다고 한다.

대법원이 관시한 내용에 따라 비록 모용자가 타인명의를 모용하여 카드회사에 카드발급을 신청하여 발급받았다 하여도 카드회사의 내심의 의사는 물론 표시된 의사도 어디까지나 카드명의인인 피모용자에게 이를 허용하는 데 있을 뿐, 모용자에게 이를 허용한 것은 아니라고 한다면 모용

4) 대법원 2002. 7. 12. 선고 2002도2134.

자가 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금대출을 받는 행위는 모용자에 의한 타인명의를 신용카드발급과 동일선상에 두어질 수 없는 별도의 가치를 가진 행위라고 할 수 있다. 모용자가 타인명의를 모용하여 카드회사에 카드발급을 신청하여 발급받는 행위와 모용자가 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금대출을 받는 행위는 양자가 동일한 가치를 지닌 행위가 아니므로 행위의 포괄성을 인정할 수 없다. 따라서 모용자가 타인명의를 모용하여 카드회사에 카드발급을 신청하여 발급받는 행위와는 별개로 행위자가 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금대출을 받는 행위에 대한 법적 판단을 하여야 한다. 이러한 행위의 법적 성격은 과연 어떠한가.

2. 모용자가 타인명의를 모용하여 카드회사에 카드발급을 신청·발급받는 행위와 모용자가 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금인출을 받는 행위의 성격

대법원이 판시한 대로 이는 카드회사에 의하여 미리 포괄적으로 허용된 행위가 아니라, 현금자동지급기의 관리자의 의사에 반하여 그의 지배를 배제한 채 그 현금을 자기의 지배하에 옮겨 놓는 행위로서 절도죄에 해당하는가 또는 모용자가 타인의 명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금대출을 받는 행위는 컴퓨터라는 기기를 사용하여 행하는 컴퓨터 등 사용사기죄가 성립하는가. 우선 이 문제는 절도죄인가 컴퓨터 등 사용사기죄가 성립하는 가라는 논의에 앞서 모용자가 타인명의를 모용하여 카드회사에 카드발급을 신청하여 발급받는 행위와 모용자가 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금대출을 받는 행위의 성격여부를 고찰하여야 한다. 이에 대하여 신용카드의 발급·사용이라는 행위의 양자를 포괄하여 전체적으로 고찰하는 전체적 고찰설⁵⁾과 개별적 행위로 이해하는 개별적 고찰설이 있

5) 김재봉, 신용카드 부정발급·사용과 다처분행위 사기죄, 형사재판의 연구 I, 박영사, 2003, 918면; .안경옥, 타인명의를 모용·발급받은 신용카드를 이용한 현금인출행위와 컴퓨터 등 사용사기죄, 형사판례연구[11], 박영사, 2003, 150면. 여신전문금융업법 제70조(벌칙) ①의 4호에서 '사람을 기망하여 취득한 신용카드 또는 직불카드를 판매하거나 사용

다. 그러나 이는 첫째, 신용카드회사가 신용카드를 발급하는 것은 신용카드신청자가 정당한 사용자로서 신용카드를 그 경제적 용도에 맞게 사용하는 것을 전제로 한다고 할 수 있다. 만일 신용카드명의자와 다른 모용자가 정당한 사용권한이 없이 사용할 것을 신용카드회사가 원칙적으로 허용하지 않는다는 것은 사회상규에 합당하며 이는 신용카드계약약관에 규정되어 있다는 점에서 알 수 있다. 이러하다면 비록 모용자가 신용카드회사에 대하여 기망하여 타인명의 신용카드를 신청하여 발급받는 행위는 모용자가 신용카드발급이후 물품구매, 현금 또는 신용대출이라는 본래의 용도에 사용하기 위한 준비단계라는 점에 불과하다. 일종의 예비행위이다. 이러한 신용카드의 본래적 용도에 대하여 예비행위에 불과한 행위를 전제로 발급이후 물품구매, 현금 또는 신용대출과 같은 신용카드의 본래적 행위를 포괄하여 행위성을 판단하는 것은 본말이 전도된 것이다. 둘째, 이러한 경우 모용자가 타인명의를 모용하여 신용카드회사로부터 신용카드를 발급받아 신용카드발급이후 물품구매, 현금 또는 신용대출이라는 본래의 용도에 사용하기 위한 고의로 단지 모용자가 타인명의를 모용하여 신용카드회사로부터 신용카드를 발급받아 이를 사용하지 않고 단지 보관만 한 경우 과연 이를 절도죄의 미수, 사기죄의 미수라고 할 정도의 위법성이 존재한다고 할 것인가. 이는 우리형법상 절도죄의 미수를 처벌하지 않을 뿐 아니라 사기죄의 미수로서 사기의 실행의 착수라고 할 행위성을 갖추지 못하고 있다. 이는 형법상의 형사법의 형태가 아닌 신용카드신청과 발급이라는 경제질서를 교란하는 경제질서범의 형태로 규율하는 것이 보다 타당하다. 여신전문금융업법에서 규율하는 것이 보다 타당하다. 결론적으로 모용자가 타인명의를 모용하여 카드회사에 카드발급을 신청하여 발급받는 행위와 행위자가 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금인출을 하는 행위는 일견 하나의 연속적인 행위로 보아 포괄하여 하나의 절도죄 또는 사기죄로 볼 것이 아니라 양자의 행위는 별개의 행위로 보아 각자 형법적 판단을 하는 것이 타당하다. 우리사

한 자는 7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다' <개정 2002.3.30>라고 규정하고 있다. 동법에서 사람이라는 요소에 신용카드회사를 포함하는 경우 신용카드발급과 사용을 모두 포함하는 전체적 고찰설의 입장이라고 할 수 있다. 그러나 이는 여신전문금융업법이라는 특별법의 목적에 부합하고자하는 규정이며 형법과는 별도로 고찰되어야 한다. 이하에서는 본 판례평석의 취지상 여신전문금융법상의 범죄는 제외한다.

회에서의 일반적인 신용카드사용에 관하여 살펴보아도 신용카드를 사용하고자 하는 자가 신용카드회사에 신청·발급받아 곧바로 사용하는 경우도 있지만 신청·발급과 사용사이에 어느 정도 시간적 간격이 있으며 이러한 신청·발급이 있다고 하여도 실제로 사용하지 않는 신용카드가 상당수 있다는 점에서 양자를 반드시 연결하여 생각할 필요는 없다.

3. 모용자가 타인명의를 모용하여 카드회사에 카드발급을 신청하여 발급받는 행위와 모용자가 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금인출을 하는 행위에 대한 법적 판단

모용자가 타인명의를 모용하여 카드회사에 카드발급을 신청하여 발급받는 행위와 행위자가 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금인출을 하는 행위는 별개의 행위로 보는 것이 타당하다. 그러면 이러한 두 개의 행위에 대하여 법적 판단을 판단할 것인가. 모용자가 타인명의를 모용하여 카드회사에 카드발급을 신청하여 발급받는 행위를 하여 행위자가 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금인출을 하는 행위는 동시에 또는 아주 근접한 시간에 행한다고 하여도 이는 별개로 행위이며 이러한 사안에서 형법적 판단의 중점은 모용자가 타인명의를 모용하여 카드회사에 카드발급을 신청하여 발급받는 행위에 있는 것이 아니라 오히려 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금인출을 하는 행위에 있다. 따라서 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금인출을 하는 행위에 대하여 형법적 판단을 하고 이에 대한 선행행위인 모용자가 타인명의를 모용하여 카드회사에 카드발급을 신청하여 발급받는 행위에 대하여 판단을 하여야 한다.

- 1) 우선 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금인출을 하는 행위는 형법상 어떠한 범죄가 성립하는가. 첫째, 절도죄⁶⁾은 대법원이 취하는 견해이다. 절도죄가 성립하기 위

6) 강동범, 자기신용카드의 부정사용에 대한 형사책임, 형사판례연구[5], 박영사, 1997, 381

하여 타인의 재물에 대하여 타인의 동의없이 절취 즉, 취거하여야 한다. 절도죄가 성립하기 위하여 그 대상이 재물이어야 하며 그 재물에 대한 타인의 점유를 배제하여야 한다. 대법원이 절도죄를 인정하는 근거로 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금대출을 받는 행위는 현금자동지급기의 관리자의 의사에 반하여 그의 지배를 배제한 채 그 현금을 자기의 지배하에 옮겨 놓는 행위⁷⁾라고 한다. 이러한 견해에 대하여 검토되어야 할 점으로 현금이 재물이라는 점, 현금자동지급기에 있는 현금은 타인의 점유 즉, 현금자동지급기관리자(은행, 신용회사 기타등)에 속한다는 점은 타당하다.⁸⁾ 그러나 절취가 성립하기 위하여 재물점유자의 의사에 반하는 것이 필요한 점에서 현금자동지급기에서 모용자가 타인명의를 신용카드를 제시하여 비밀번호를 사용하는 것이 이에 해당하는 가이다. i) 현금자동지급기관리자의 의사가 현금자동지급기에 제시된 신용카드의 비밀번호가 일치하면 족하고 신용카드의 정당한 소지인 여부를 불문하는 경우 이는 관리자의 의사에 반하지 않으므로 절도죄가 성립하지 않는다. ii) 현금자동지급기관리자의 의사가 현금자동지급기에 제시된 신용카드의 비밀번호가 일치하고 또한 신용카드의 정당한 소지인이어야 하는 경우 모용자는 신용카드의 정당한 소지인이 아니므로 관리자의 의사에 반하기 때문에 절도죄가 성립한다. 대법원판례가 취하는 절도죄설은 ii)의 경우를 전제로 한다.⁹⁾ 그러나 이러한 대법원이 전제로 하

면; 박상기, 형법각론, 박영사, 2005, 341면; 손동권, 형법각론, 율곡출판사, 2005, 389면. 손동권교수는 이론상 컴퓨터사용사기죄설이 타당하나 동죄의 객체가 재산상의 이익으로 되어 있으며 현금이라는 재물을 이에 포함하는 것은 유추해석이라는 이유와 컴퓨터사용사기죄의 법정형이 절도죄보다 높다는 문제를 들어 죄형법정주의원칙상 절도죄설을 취한다. 절도죄설에 반대하는 견해로 김영환, 신용카드부정사용에 관한 형법해석론의 난점, 형사판례연구[3], 1996, 박영사, 318면. 현금자동지급기의 부정사용에 관한 형법적인 문제점, 형사판례연구[6], 박영사, 1998, 249-251면; 안경옥, 타인명의를 모용·발급받은 신용카드를 이용한 현금인출행위와 컴퓨터 등 사용사기죄, 형사판례연구[11], 박영사, 2003, 155면; 천진호, 타인명의예금 인출행위의 형사책임과 장물죄, 형사판례연구[13], 박영사, 2005, 373면; 하태훈, 현금자동인출기 부정사용에 대한 형법적 평가, 형사판례연구[4], 박영사, 1996, 330면.

7) 대법원 2002. 7. 12. 2002도2134.

8) 동지 배종대, 형법각론, 홍문사, 2003, 453면; 임웅, 352면; 이에 반하여 박상기교수는 현금자동지급기에 있는 현금은 현금자동지급기관리자의 점유가 아니라 신용카드명의로인이라고 한다. 박상기, 342면.

9) 임웅, 353면.

는 근거중 모용자가 비밀번호를 입력하는 이외에 신용카드소지인이 정당한 소지인임을 전제로 하는 것은 사실상 확인할 수 없는 것을 내용으로 한다는 점에서 현실성이 없다. 보다 중요한 점은 모용자가 정확한 비밀번호를 입력하고 현금자동지급기로부터 현금을 인출하는 것이 과연 우리 관념상 절취에 해당할 것인가라는 점이다. 절취는 타인의 의사에 반하는 취거행위라는 점에 비추어 현금자동지급기에서 현금을 인출하는 과정은 현금자동지급기가 비밀번호를 확인하는 결과로 이루어지는 점에서 점유자의 의사에 반한다는 절취와 성격이 다르다.¹⁰⁾ 물론 모용자가 비밀번호를 입력하는 이외에 신용카드소지인이 정당한 소지인임을 전제로 하는 경우 점유자의 의사에 반한다고 할 수 있을 지라도 신용카드소지인이 정당한 소지인이 아니므로 현금자동지급기에서 현금을 인출하는 행위가 관리자의 의사에 반한다는 견해는 카드의 정당한 소지인을 확인할 방법이 없는 현실적인 문제가 있다.¹¹⁾ 절도죄설에서는 타인 명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금대출을 받는 행위를 위한 전단계인 타인명의를 모용한 신용카드의 발급행위는 사실상 절도죄의 실행의 착수이전의 행위로 절도죄의 예비죄가 된다, 우리형법상 절도죄의 예비죄를 처벌하지 않으므로 별도로 여신전문금융업법에서 처벌하지 않는 한 처벌하지 못하는 가벌성의 공백이 생긴다. 그리고 절도죄설을 취하는 경우 모용자가 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금인출을 하는 행위와 동일인이 동일한 신용카드를 사용하여 ARS 또는 인터넷에서 신용대출을 받는 행위가 본질적으로 유사하다는 점¹²⁾에서 고려하면 전자의 행위에 대하여 절도죄가 되어 형법상 6년 이하 징역 또는 1천만원이하의 벌금에 해당하지만 후자의 경우 10년 이하의 징역 또는 2천만원이하의 벌금에 해당하는 형벌상의 부정합의 문제가 발생한다. 이는 모용자가 동일한 타인명의를 신용카드로서 현금자동지급기에서 사용하는 경우와 동일한 또는 유사한 장소에서 ARS 또는 인

10) 조현욱, 위임받은 금액을 초과한 현금인출과 컴퓨터사용사기죄, 비교형사법연구 2006, 제8권 제1호, 423면; 하태훈, 331면.

11) 배종대, 453면; 안경옥, 155면; 임웅, 353면. 손동권, 신용(현금)카드 부정사용의 유형별 범죄성립과 죄수, 339면.

12) 대관 2007. 3. 15. 2006도2704. 절취한 친족 소유의 예금통장을 현금자동지급기에 넣고 조작하여 예금잔고를 다른 금융기관의 자기 계좌로 이체하는 방법인 경우 컴퓨터 등사용사기죄가 성립한다.

터넷을 사용하여 현금출납, 신용대출, 계좌이체를 하는 경우 결국 서로 다른 형벌을 가하는 형사정책적 문제¹³⁾가 발생하는 불합리가 있다.¹⁴⁾

둘째, 원심법원이 주장하는 사기죄설¹⁵⁾은 타인명의를 모용하여 신용카드를 발급받는 경우에는 신용카드회사는 타인명의를 모용한 자에게 기망당하여 그 모용자에게 카드사용권한을 준 것이고, 따라서 그에 기초하여 모용자가 신용카드를 사용하는 구체적·개별적인 행위(ARS를 통한 신용대출과 현금자동지급기를 이용한 현금서비스 포함)는 포괄적으로 신용카드회사에 대한 사기죄라고 하는 것이지만 이는 i) 모용자가 타인의 명의를 모용하여 카드회사에 카드발급을 신청하여 발급받았다 하여도 카드회사의 내심의 의사는 물론 표시된 의사도 어디까지나 카드명의인인 피모용자에게 이를 허용하는 데 있다는 점에서 타당하지 않다.¹⁶⁾ ii) 모용자가 타인명의를 모용하여 카드회사에 카드발급을 신청하여 발급받는 행위와 행위자가 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금인출을 하는 행위는 별개의 행위로 보는 입장에서 양자의 행위를 포괄하여 사기죄라고

13) 박상기, 형법각론, 박영사, 2005, 333면.

14) 대판 2003. 5. 13. 2003도1178. 우리 형법은 재산범죄의 객체가 재물인지 재산상의 이익인지에 따라 이를 재물죄와 이득죄로 명시하여 규정하고 있는데, 형법 제347조가 일반 사기죄를 재물죄 겸 이득죄로 규정한 것과 달리 형법 제347조의2는 컴퓨터 등사용사기죄의 객체를 재물이 아닌 재산상의 이익으로만 한정하여 규정하고 있으므로, 절취한 타인의 신용카드로 현금자동지급기에서 현금을 인출하는 행위가 재물에 관한 범죄임이 분명한 이상 이를 위 컴퓨터 등사용사기죄로 처벌할 수는 없다고 할 것이고, 입법자의 의도가 이와 달리 이를 위 죄로 처벌하고자 하는 데 있었다거나 유사한 사례와 비교하여 처벌상의 불균형이 발생할 우려가 있다는 이유만으로 그와 달리 볼 수는 없다.

15) 김대웅, 신용카드를 이용한 현금자동인출기 사용행위의 형사책임, 형사판례연구[11], 박영사, 2003, 143면; 김재봉, 918면; 안경옥, 타인 명의의 신용카드를 부정 사용한 행위의 형사책임에 대한 재조명, 비교형사법연구, 제4권 제2호, 2002, 266면; 오영근, 형법각론, 박영사, 2005, 420면; 정영일, 형법각론, 박영사, 2006, 264면. 정영일교수는 모용자가 기망행위에 의하여 카드회사의 착오로 카드가 발급된 경우 카드를 발급받은 경우와 그 카드사용은 포괄적으로 사기죄가 성립한다고 한다. 사기죄설을 부정하는 견해로 김영환, 현금자동지급기의 부정사용에 관한 형법적 문제점, 252면; 손동권, 신용(현금)카드 부정사용의 유형별 범죄성립과 죄수, 형사판례연구[7], 박영사, 1999, 337면; 하태훈, 333면. 김영환, 손동권, 하태훈교수는 현금자동인출기로부터 현금을 인출하는 것은 사람을 기망한 것이 아니므로 기망행위가 없다고 한다.

16) 김우진, 신용카드부정사용죄의 기수시기, 형사판례연구[3], 박영사, 1996, 296면. 은행과 현금자동지급기를 일체적으로 고찰하여 현금자동지급기에 신용카드를 주입하는 행위를 기망행위, 지급기의 지급을 처분행위로 보아 사기죄의 성립을 인정하는 것은 지나친 확대해석이라고 한다.

하는 것은 타당성이 없다. iii) 타인명의를 모용하여 발급받은 1개의 신용카드를 이용하여 현금자동지급기에서 현금인출, ARS와 인터넷에서 신용대출이 사기죄, 절도죄, 컴퓨터 등 사용사기죄의 실제법상 수죄로 분리되는 것을 방지할 수 있다는 점은 실무상 편리하다는 점을 인정할 수 있으나 현실적으로 범죄목록에 각 행위별로 나열된다는 점에서 이를 개개의 행위에 따른 절도죄, 사기죄, 컴퓨터 등 사용사기죄가 아닌 일개의 사기죄로 논의할 커다란 실익이 없다는 점에서 사기죄설은 타당하지 않다.

셋째, 컴퓨터사용사기죄설¹⁷⁾은 모용자가 타인명의를 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출하는 행위는 신용카드의 정당한 소지자가 아님에도 불구하고 정당한 소지인인양 가장하여 컴퓨터에 비밀번호를 입력하여 현금의 정당한 인출자가 아님에도 불구하고 정당한 인출자임을 가장하여 인출하는 것은 기망에 해당하므로 컴퓨터사용사기죄가 성립한다고 한다. 컴퓨터 등 사용사기죄설의 장점은 모용자가 타인명의를 모용한 신용카드로서 ARS 또는 인터넷을 이용하여 현금출납, 신용대출을 한 경우 컴퓨터 등 사용사기죄가 성립하는 점에 비추어 범죄및 형벌체계의 일관성을 가진다는 점이다. 그러나 이러한 주장의 결정적인 취약점은 컴퓨터 등 사용사기죄의 대상이 재물이 아닌 재산상의 이익에 해당한다는 점이다.¹⁸⁾ 현금은 재물이기 때문이다.¹⁹⁾ 일부 긍정설이 취하는 바와 같이 재산상의 이익에 재물을 포함하는 경우 형법의 재산죄의 분류기준인 재산상의 이익과 재물이라는 틀을 허물어버리는 결과로 된다. 또한 이는 죄형법정주의의 유추해석금지에 대한 위반이라는 문제가 제기된다.²⁰⁾ 이러한 이유로 현행형법상 컴퓨터 등 사용사기죄가 성립하지 않는다.

결론적으로 대법원이 주장하는 절도죄설, 하급심판결이 주장하는 사기

17) 구모영, 신용카드 부정사용행위에 대한 형사책임, 형사재판의 연구 I, 박영사, 2003, 895면; 김일수/서보학, 형법각론, 박영사, 2004, 446면; 박수희, 신용카드 부정사용에 대한 형사책임, 형사재판의 연구 I, 박영사, 2003, 877면; 배종대, 452면; 손동권, 신용(현금)카드 부정사용의 유형별 범죄성립과 죄수, 341면; 안경옥, 164면; 이재상, 형법각론, 박영사, 2006, 351면, 366면; 정성근/박광민, 형법각론, 삼지원, 2002, 352면; 정영일, 272면. 이러한 견해는 재물은 컴퓨터사용사기죄의 대상인 재산상의 이익에 대한 특별규정이라는 이유로 긍정한다. 이에 반하여 박상기교수는 현금이 재물이라는 이유로 컴퓨터 사용사기죄를 부정한다. 박상기, 341면.

18) 임웅, 352면; 조현욱, 425면.

19) 강동범, 382면.

20) 손동권, 389면.

죄설, 컴퓨터 등 사용사기죄설은 모두 현행 형법체계에서는 타당하지 않다.²¹⁾ 형법상 처벌할 필요가 있는 행위를 형법이론상, 형법규정상의 이유로 처벌하지 못하는 것은 형사정책적으로 문제를 남긴다. 그러나 현실의 문제를 해결하기 위하여 형법을 개정하여 컴퓨터 등 사용사기죄의 대상에 재물을 포함하여 컴퓨터 등 사용사기죄로 규율하는 것이 타당하다.

2) 선행행위인 모용자가 타인명의를 모용하여 카드회사에 카드발급을 신청하여 발급받는 행위는 어떠한 형법적 판단을 받는가.

모용자가 타인명의를 모용하여 카드회사에 카드발급을 신청하여 발급받는 행위는 모용자가 타인명의를 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출하는 행위를 하기 위한 선행행위의 성격을 지닌다. 대법원이 판시한 견해에 따라 모용자가 타인명의를 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출하는 행위가 절도죄가 성립한다면 모용자가 타인명의를 모용하여 카드회사에 카드발급을 신청하여 발급받는 행위는 절도죄의 예비행위가 되며 절도죄가 성립하는 경우 이에 포섭되지만 만약 모용자가 신용카드회사로부터 신용카드를 발급만 받고 현금자동지급기에서 현금을 인출하지 않은 상태는 절도죄의 예비죄가 성립한다. 우리 형법상 절도죄의 예비죄는 처벌하지 않으므로 형법상 불가벌이다. 만일 양자의 행위가 포괄하여 사기죄를 구성한다면 이러한 선행행위는 사기죄의 실행의 착수시기를 구성하는 요소로서 사기죄의 일부가 된다.²²⁾ 그러나 양자의 행위는 사회상규상 별개의 행위로 본다면 사기죄의 일부로 되지 않으며 또한 위에서 살펴본바와 같이 사기죄가 성립하지 않다는 점을 고려하면 타당하지 않다.

결국 모용자가 신용카드회사로부터 신용카드를 발급만 받은 행위는 모용자가 타인명의를 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출하는 행위에 대한 절도죄설, 사기죄설과 컴퓨터 등 사용사기죄설 모두 타당하지 않으므로 이를 별도로 고찰하여야 한다. 더욱이 모용자가 신용카드회사로부터 신용카드를 발급만 받은 행위와 모용자가 타인명의를 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출하는 행위가 서로 다른

21) 조현욱, 424면.

22) 정영일, 264면. 정영일교수는 모용자가 카드회사를 기망하여 카드를 발급만 받은 경우에도 사기죄가 성립한다고 한다.

별개의 사회적 행위라는 점을 고려한다면 보다 타당하다.²³⁾ 현실적으로 신용카드를 발급받아 사용하지 않는 휴면카드가 상당히 존재함을 고려할 때 이는 의미가 있다. 모용자가 타인명의를 모용하여 신용카드회사로부터 신용카드를 발급만 받은 행위에 대하여 사기죄가 성립한다는 견해²⁴⁾가 있다. 그러한 이유로 발급받은 신용카드를 이용하여 물품을 구입하거나 현금서비스를 받을 기회가 있기 때문이라고 한다. 그러나 신용카드회사가 정당한 청구자인양 기망당하여 신용카드를 발급하였다 하여도 형법상 사기죄의 대상인 재산상의 이익을 취득하기 위한 직접적인 행위가 아닌 이 전단계의 행위라고 하여야 하므로 재산죄의 일종으로서의 사기죄의 기망이라고 할 수 없다. 따라서 사기죄가 성립하지 않는다. 또한 신용카드의 본래적 기능을 고려할 때 비록 신용카드의 재물성을 인정하여도 모용자가 신용카드회사의 의사에 반하여 취득한 경우가 아니므로 절도죄가 성립할 수 없다. 결국 모용자가 타인명의로 신용카드회사로부터 신용카드를 발급만 받은 행위는 모용자가 타인명의로 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출하는 행위를 위한 전단계의 행위이다.²⁵⁾ 물론 이 과정에서 타인명의 신용카드발급에 따른 카드발급신청서를 작성하는 행위가 사문서위조·동행사죄가 됨은 별론으로 하고 모용자가 신용카드회사에 대하여 타인명의를 모용하여 신용카드를 발급받는 행위 자체는 신용카드발급이라는 경제질서법의 성격을 가진다고 할 수 있다. 이를 형법에 포함하여 처벌할 것인가 또는 이와 관련된 법률인 여신전문금융업법²⁶⁾에서 별도로

23) 이재상, 361면.

24) 김재봉, 신용카드 부정발급·사용과 다처분행위 사기죄, 형사재판의 연구 I, 박영사, 2003, 915면. 그러나 김재봉교수는 플라스틱판의 경제적 가치가 경미하여 이를 독자적으로 처벌할 가치는 거의 없다고 한다; 안경옥, 타인명의를 모용·발급받은 신용카드를 이용한 현금인출행위와 컴퓨터 등 사용사기죄, 형사판례연구[11], 박영사, 2003, 153면; 오영근, 420면. 이러한 견해에 의하면 부정발급받은 신용카드로 현금서비스를 받는 것은 사기죄의 포괄일죄가 된다; 이재상, 362면; 임 응, 형법각론, 법문사, 2002, 348면.

25) 안경옥, 타인명의를 모용·발급받은 신용카드를 이용한 현금인출행위와 컴퓨터 등 사용사기죄, 형사판례연구[11], 박영사, 2003, 150면.

26) 여신전문금융업법 제70조(벌칙) ①의 4호에서 '강취·횡령하거나 사람을 기망·공갈하여 취득한 신용카드 또는 직불카드를 판매하거나 사용한 자는 7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다' <개정 2002.3.30>라고 규정하고 있다. 이 경우 사람이라는 요소에 신용카드회사를 포함하는가 또는 신용카드가 정당한 카드임을 요하는가에 대하여 의문이 있다는 점에서 신용카드발급과 사용을 포괄하여 규정하는 것은 문제가 있다.

규율하여야 할 것인가라는 형법과 특별법과의 처벌에 관한 역할분담이라는 형사정책적 문제를 제기한다.

Ⅲ. 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 사용하여 ARS나 인터넷에서 신용대출을 받은 경우

타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 사용하여 ARS나 인터넷에서 신용대출을 받은 행위는 대법원은 동판결 2006. 7. 27. 2006도3126에서 이에 대하여 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드의 번호와 그 비밀번호를 이용하여 ARS 또는 인터넷 등을 통하여 신용대출을 받는 방법으로 재산상 이익을 취득하는 행위 역시 미리 포괄적으로 허용된 행위가 아닌 이상, 컴퓨터 등 정보처리장치에 권한 없이 정보를 입력하여 정보처리를 하게 함으로써 재산상 이익을 취득하는 행위로서 컴퓨터 등 사용사기죄에 해당한다고 한다. 원심판결은 앞에서 본바와 같이 타인의 명의를 모용하여 신용카드를 발급받는 경우 신용카드회사는 타인명의를 모용한 자에게 기망당하여 그 모용자에게 카드사용권한을 준 것이고, 따라서 그에 기초하여 모용자가 신용카드를 사용하는 구체적·개별적인 행위(ARS를 통한 신용대출과 현금자동지급기를 이용한 현금서비스 포함)는 포괄적으로 신용카드회사에 대한 사기죄를 구성한다고 한다. 그러나 이미 고찰한 바와 같이 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 이용하여 ARS나 인터넷을 이용하여 신용대출을 받은 행위는 모용자가 현금자동지급기에 있는 현금을 인출하는 것과 달리 현실적으로 현금이라는 재물에 대한 타인의 점유를 전제로 하는 것이 아니므로 절도죄가 성립하지 않음은 명백하다. 또한 타인명의를 모용으로 신용카드회사를 기망하여 신용카드를 발급받는 행위와 이를 이용하여 ARS나 인터넷에서 신용대출을 받은 행위는 서로 다른 별개의 행위이므로 양자를 포괄하여 신용카드회사에 대한 사기죄가 성립한다는 것은 타당하지 않다. 이는 컴퓨터 등 정보처리장치에 권한없이 정보를 입력하여 정보처리를 하게 함으로써 재산상 이익을 취득하는 행위로서 컴퓨터 등 사용사기죄에 해당하는 것이 타당하다.²⁷⁾

27) 이는 타인의 현금카드를 계좌이체하는 경우와 유사하다. 재산상의 이익을 취득하기 때

왜냐하면 모용자는 정당한 피모용자를 모용하였으므로 신용카드회사가 발급한 타인명의를 신용카드를 사용할 정당한 권한이 없기 때문이다. 따라서 컴퓨터 등 정보처리장치에 권한 없이 비밀번호등 정보를 입력하여 정보처리를 하게 함으로써 재산상 이익을 취득하는 행위에 해당하여 컴퓨터 등사용 사기죄가 성립한다.²⁸⁾ 이러한 입장에서 대법원판례²⁹⁾가 타당하다. 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 사용하여 ARS나 인터넷에서 신용대출을 받은 행위가 컴퓨터 등 사용사기죄가 성립한다고 하여도 타인명의를 모용하여 신용카드회사를 기망하여 신용카드를 발급받는 행위는 별개의 행위인 점에서 이에 대하여 별도의 형법적 판단을 받아야 한다. 이미 살펴본 바와 같이 이는 타인명의를 신용카드를 사용하여 ARS나 인터넷에서 신용대출을 받은 행위를 내용으로 하는 컴퓨터사용 사기죄라는 범죄의 행위의 일부를 구성하는 것이 아니라 컴퓨터사용사기의 이전단계에 해당하는 예비행위이기 때문이다. 따라서 이러한 행위는 타인명의를 모용한 신용카드를 이용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출하기 위하여 타인명의를 모용하여 신용카드회사로부터 신용카드를 신청·발급받는 행위와 같이 동일한 성격을 가진다.

IV. 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출하는 행위와 ARS나 인터넷에서 신용대출을 받은 행위의 양자를 포함한 다수 행위를 행한 경우

타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 이용하여 현금자동지급기에서 현금을 대출한 행위와 ARS나 인터넷을 이용하여 신용대출을 받은 때 양자를 포함한 다수의 행위를 행한 경우 이는 각각 성립하는 범죄들의 종류와 이를 포함한 죄수론의 성격을 지닌다.

첫째, 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 사용하여 현금자동지

문이다. 손동권, 형법각론, 389면; 정성근/박광민, 352면.

28) 인터넷을 이용하는 경우 컴퓨터사용사기죄와 정보통신망이용촉진및 정보보호등에 관한 법률 제48조 제1항 위반죄의 상상적 경합이 된다. 손동권, 형법각론, 389면.

29) 김일수/서보학, 450면.

급기에서 현금대출을 받는 행위가 절도죄라는 입장(대법원판례)은 타인명의를 도용하여 발급받은 신용카드를 이용하여 현금자동지급기에서 금전을 인출한 행위와 ARS나 인터넷을 이용하여 신용대출을 받은 경우가 다수 행하여진 때 절도죄와 컴퓨터 등 사용사기죄가 별도로 성립하며 양자의 관계는 실제적 경합의 관계로 된다.³⁰⁾ 절도죄와 컴퓨터 등 사용사기죄는 보호법익이 다르기 때문이다. 이때 이러한 행위의 전단계인 타인명의를 모용하여 신용카드회사로부터 신용카드를 발급받는 행위는 사실상 별개의 행위로 된다. 그러나 절도죄설은 절취는 타인의 의사에 반하여 취거하는 행위라는 점에 비추어 현금자동지급기에서 현금을 인출하는 과정은 현금자동지급기가 비밀번호를 확인하는 결과로 이루어지므로 점유자의 의사에 반한다는 절취와 성격이 다르다는 점에서 타당하지 않으며 따라서 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 이용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출한 행위와 ARS나 인터넷에서 신용대출을 받은 경우가 다수 행하여진 때 절도죄와 컴퓨터 등 사용사기죄가 별도로 성립하며 양자의 관계는 실제적 경합의 관계로 된다는 견해는 타당하지 않다.

둘째, 타인명의를 도용하여 발급받은 신용카드를 이용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출한 행위에 대하여 신용카드회사에 대한 사기죄가 성립한다는 입장(원심판례)에서 모용자가 신용카드를 사용하는 구체적·개별적인 행위(ARS를 통한 신용대출과 현금자동지급기를 이용한 현금서비스 포함)는 포괄적으로 신용카드회사에 대한 사기죄를 구성한다. 이러한 견해는 타인명의를 모용하여 신용카드회사로부터 신용카드를 발급받는 행위도 포함되어 평가된다. 이는 타인명의를 모용하여 발급받은 1개의 신용카드를 이용한 다수의 범행이 사기죄, 절도죄, 컴퓨터 등 사용사기죄의 실제법상 수죄로 분단되는 것을 방지된다는 입장이다. 사기죄설은 모용자가 타인명의를 모용하여 카드회사에 카드발급을 신청하여 발급받았다 하여도 카드회사의 내심의 의사는 물론 표시된 의사도 어디까지나 카드명의인인 피모용자에게 이를 허용하는 데 있다는 점에서 타당하지 않으며 신용카드회사에 대한 기망을 공통분모라고 하여 이를 포괄일죄라는 견해역시 타당하지 않다.

셋째, 컴퓨터 등 사용사기죄설은 ARS나 인터넷을 이용하여 신용대출을 받은 경우에도 컴퓨터 등 사용사기죄가 성립하므로 타인명의를 모용하

30) 대판 2006. 7. 27. 2006도3126.

여 발급받은 신용카드를 이용하여 현금자동지급기에서 금전을 인출한 행위와 ARS나 인터넷에서 신용대출을 받은 경우가 다수 행하여진 때 컴퓨터 등 사용사기죄가 성립하며 모두 포괄일죄가 성립할 가능성이 높다. 본 죄를 범한 후 재물을 사용하는 경우 불가벌적 사후행위가 된다.³¹⁾

V. 결 론

[1] 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출한 행위와 ARS나 인터넷에서 신용대출을 받은 경우에 있어서

1) 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출한 행위

모용자가 신용카드회사를 기망하여 타인명의 신용카드를 신청·발급받는 행위는 모용자가 신용카드발급이후 물품구매, 현금 또는 신용대출이라는 본래의 용도에 사용하기 위한 일종의 예비행위이다. 이때 모용자가 타인명의를 모용하여 신용카드회사로부터 신용카드를 발급받아 신용카드발급이후 물품구매, 현금 또는 신용대출이라는 본래의 용도에 사용하기 위한 고의로 단지 모용자가 타인명의를 모용하여 신용카드회사로부터 신용카드를 발급받아 이를 사용하지 않고 단지 보관만 한 경우 과연 이를 절도죄의 미수, 사기죄의 미수라고 할 정도의 위법성의 존재에 의문이 있다는 점에서 모용자가 타인명의를 모용하여 카드회사에 카드발급을 신청·발급받는 행위와 모용자가 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출하는 행위는 일견 하나의 연속적인 행위로 포괄하여 하나의 절도죄 또는 사기죄로 볼 것이 아니라 양자의 행위는 별개의 행위로서 각자 형법적 판단을 하는 것이 타당하다.

첫째, 우선 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출하는 행위는 형법상 어떠한 범죄가 성립하는가에

31) 안경옥, 타인명의를 모용·발급받은 신용카드를 이용한 현금인출행위와 컴퓨터 등 사용사기죄, 형사판례연구[11], 박영사, 2003, 165면.

대하여 절도죄설은 현금자동지급기에서 모용자가 타인명의의 신용카드를 제시하여 비밀번호를 사용하는 것이 점유자의 의사에 반하는 절취여부에 대하여 신용카드소지인이 정당한 소지인이 아니라는 점을 이유로 현금자동지급기에서 현금을 인출하는 행위가 관리자의 의사에 반한다고 하기에는 문제가 있다. 타인명의를 모용한 신용카드의 발급행위는 절도죄의 예비죄가 되지만 우리형법상 불가벌이므로 여신전문금융업법에서 별도로 처벌하지 않는 한 처벌하지 못하는 가벌성의 공백이 생긴다. 사기죄설은 카드회사의 내심의 의사는 물론 표시된 의사도 어디까지나 카드명의인인 피모용자에게 이를 허용하는 데 있다는 점, 모용자가 타인명의를 모용하여 카드회사에 카드발급을 신청·발급받는 행위와 행위자가 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금대출을 받는 행위는 별개의 행위로 보는 입장에서 양자의 행위를 포괄하여 사기죄라고 하는 것은 타당성이 없다. 컴퓨터 등 사용사기죄설은 동죄의 대상이 재물이 아닌 재산상의 이익에 해당한다는 점에서 결국 컴퓨터 등 사용사기죄가 성립한다고 할 수 없게 되는 단점이 있다. 결론적으로 대법원이 주장하는 절도죄설, 원심판결이 주장하는 사기죄설, 컴퓨터 등 사용사기죄설은 모두 현행 형법체계에서는 타당하지 않다. 형법상 처벌할 필요가 있는 행위를 형법이론상, 형법규정상의 이유로 처벌하지 못하는 것은 형사정책적으로 문제를 남긴다.

둘째, 선행행위인 모용자가 타인명의를 모용하여 카드회사에 카드발급을 신청하여 발급받는 행위는 어떠한 형법적 판단을 받는가. 이는 모용자가 타인명의의 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금인출행위를 하기 위한 선행행위의 성격을 지닌다. 모용자가 타인명의의 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출하는 행위가 절도죄라면 모용자가 타인명의를 모용하여 카드회사에 카드발급을 신청·발급받는 행위는 절도죄의 예비행위가 되지만 우리 형법상 절도죄의 예비죄는 처벌하지 않으므로 형법상 불가벌이다. 만일 양자의 행위가 포괄하여 사기죄를 구성한다면 이러한 선행행위는 사기죄의 실행의 착수시기를 구성하는 요소로서 사기죄의 일부가 된다. 그러나 양자의 행위는 사회상규상 별개의 행위로 본다면 사기죄의 일부로 되지 않는다. 모용자가 신용카드회사로부터 신용카드를 발급만 받은 행위는 비록 신용카드회사가 정당한 신청자인양 기망당하여 신용카드를 발급하였다 하여도 형법상 사기죄의 대상인 재산

상의 이익을 취득하기 위한 직접적인 행위가 아닌 전단계의 행위이므로 재산죄의 일종으로서의 사기죄의 기망이 아니므로 결국 모용자가 신용카드회사로부터 신용카드를 발급만 받은 행위는 모용자가 타인명의를 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금을 대출하는 행위를 위한 전단계의 행위로서 우리형법상 형법적 평가이전의 문제라고 할 수 있다. 이를 고려한다면 이는 신용카드신청·발급이라는 경제질서법의 성격을 가진다고 할 수 있다. 이를 형법에 포함하여 처벌할 것인가 다른 관련된 법률인 여신전문금융업법에서 별도로 규율하여야 할 것인가라는 형법과 특별법과의 처벌에 관한 역할분담이라는 형사정책적 문제를 제기한다. 개정 여신전문금융업법 제70조(벌칙) ①의 4호에서 ‘사람을 기망·공갈하여 취득한 신용카드 또는 직불카드를 판매하거나 사용한 자는 7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다’라고 규정하지만 신용카드신청·발급과 사용을 포괄하여 규정하는 것은 문제가 있다.

2) 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 사용하여 ARS 또는 인터넷에서 신용대출을 받은 경우 모용자는 정당한 피모용자를 모용하였으므로 신용카드회사가 발급한 타인명의를 신용카드를 사용할 정당한 권한이 없으며 컴퓨터 등 정보처리장치에 권한 없이 정보를 입력하여 정보처리를 하게 함으로써 재산상 이익을 취득하는 행위로서 컴퓨터 등 사용사기죄에 해당한다. 그리고 타인명의를 모용하여 신용카드회사를 기망하여 신용카드를 신청·발급받는 행위는 별개의 행위인 점에서 이에 대하여 별도의 형법적 판단을 받아야 한다. 이는 타인명의를 신용카드를 사용하여 ARS나 인터넷을 이용하여 신용대출을 받은 행위를 내용으로 하는 컴퓨터 등 사용사기죄라는 범죄의 행위의 일부를 구성하는 것이 아니라 컴퓨터 등사용사기의 이전단계에 해당하는 예비행위이다.

3) 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 이용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출한 행위와 ARS나 인터넷에서 신용대출을 받은 경우에 있어서 양자를 포함한 다수의 행위를 행한 경우의 법적 성격에 대하여 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금대출을 받는 행위에 대하여 절도죄설에서는 절도죄와 컴퓨터 등 사용

사기죄가 별도로 성립하며 양자의 관계는 실제적 경합의 관계로 된다. 사기죄설에서 모용자가 신용카드를 사용하는 구체적·개별적인 행위(ARS를 통한 신용대출과 현금자동지급기를 이용한 현금서비스 포함)는 포괄적으로 신용카드회사에 대한 사기죄를 구성한다. 그러나 신용카드회사의 의사는 어디까지나 카드명의인인 피모용자에게 이를 허용하는 데 있다는 점에서 타당하지 않으며 신용카드회사에 대한 기망을 공통으로 하여 이를 포괄일죄라는 견해 역시 타당하지 않다. 컴퓨터 등 사용사기죄설에서는 컴퓨터 등 사용사기죄가 성립하며 모두 포괄일죄가 성립할 가능성이 높다. 그러나 모용자가 신용카드를 사용하는 구체적·개별적인 행위 중 ARS 또는 인터넷에서 신용대출행위와 현금자동지급기를 이용한 현금서비스라는 재물에 관한 행위는 양자의 행위가 엄연히 다르다는 점을 간과한다는 점에서 타당성이 없다. 결국 이러한 점을 고려한다면 원심판례나 대법원판례가 취하는 견해는 모두 타당하지 않다.

[2] 타인명의를 모용하여 발급받은 신용카드를 사용하여 현금자동지급기에서 현금을 인출한 행위와 ARS나 인터넷에서 신용대출을 받은 경우에 대한 형법적 평가의 문제를 해결하는 방법으로 기존의 형법규범을 전제로 하여 법해석의 일종인 판결로서 해결하는 방법은 절도죄설, 사기죄설, 컴퓨터 등 사용사기죄설을 취한다고 하여도 적절한 해답을 줄 수 없다. 특히 우리형법이 취하는 재산죄의 대상으로서의 재물과 재산상의 이익이라는 이분법적 사고에 기초한 법해석으로 넘을 수 없는 한계가 엄연히 존재하기 때문이다. 이에 대한 근본적인 형사정책적 해결책으로 형법을 개정하여 컴퓨터 등 사용사기죄의 대상에 재물을 포함하여 판결이 극복할 수 없는 한계를 해결하는 방법이다. 또한 모용자가 타인명의를 모용하여 카드회사에 카드발급을 신청·발급받는 행위와 신용카드회사로부터 발급받은 신용카드를 사용하여 현금자동지급기 및 ARS 또는 인터넷에서 신용대출받는 행위는 별개의 행위로 인정하여 별개의 법규로서 규율할 필요가 있다. 모용자가 타인명의를 모용하여 카드회사에 카드발급을 신청·발급받는 행위는 사실상 사기죄, 절도죄 또는 컴퓨터 등 사용사기죄의 예비행위의 성격을 가지므로 여신전문금융업법을 개정하여 신용카드사용과는 별도로 규율할 필요가 있기 때문이다.

참고문헌

- 김일수/서보학, 형법각론, 박영사, 2004.
- 박상기, 형법각론, 박영사, 2005.
- 배중대, 형법각론, 홍문사, 2003.
- 손동권, 형법각론, 율곡출판사, 2005.
- 오영근, 형법각론, 박영사, 2005.
- 이재상, 형법각론, 박영사, 2006.
- 임 우, 형법각론, 법문사, 2002.
- 정성근/박광민, 형법각론, 삼지원, 2002.
- 정영일, 형법각론, 박영사, 2006.
- 강동범, 자기신용카드의 부정사용에 대한 형사책임, 형사판례연구[5], 박영사, 1997.
- 구모영, 신용카드 부정사용행위에 대한 형사책임, 형사재판의 연구 I, 박영사, 2003.
- 김대웅, 신용카드를 이용한 현금자동인출기 사용행위의 형사책임, 형사판례연구[11], 박영사, 2003,
- 김영환, 신용카드부정사용에 관한 형법해석론의 난점, 형사판례연구[3], 박영사, 1996.
- _____, 현금자동지급기의 부정사용에 관한 형법적인 문제점, 형사판례연구[6], 박영사, 1998.
- 김우진, 신용카드부정사용죄의 기수시기, 형사판례연구[3], 박영사, 1996,
- 김재봉, 신용카드 부정발급·사용과 다처분행위 사기죄, 형사재판의 연구 I, 박영사, 2003.
- 박수희, 신용카드 부정사용에 대한 형사책임, 형사재판의 연구 I, 박영사, 2003.
- 손동권, 신용(현금)카드 부정사용의 유형별 범죄성립과 죄수, 형사판례연구[7], 박영사, 1999.
- 안경욱, 타인 명의의 신용카드를 부정 사용한 행위의 형사책임에 대한 재조명, 비교형사법연구, 제4권 제2호, 2002.
- _____, 타인명의를 모용·발급받은 신용카드를 이용한 현금인출행위와 컴퓨터 등 사용사기죄, 형사판례연구[11], 박영사, 2003.
- 조현욱, 위임받은 금액을 초과한 현금인출과 컴퓨터사용사기죄, 비교형사법연구 제8권 제1호, 2006.
- 천진호, 타인명의를예금 인출행위의 형사책임과 장물죄, 형사판례연구[13], 박영사, 2005.

The criminal Liability on the Misuse of the Other's name and Receipt, Use of
Other's Credit Card

Choi, Kwan-Sig*

Supreme Court Decision 2002Do2134 has been delivered on July 12, 2002 [Special Larceny·Fraud·Violation of the Specialized Credit Financial Business Act] is concerned about that the criminal liability of a defendant who withdrew cash from an automated teller machine(hereafter 'ATM') and ARS or Internet by using a credit card that had been issued under false representation of the identity of another person constitutes Larceny, Fraud or Fraudulent Use of Computer etc. which is provided in Article 329, 347, 347-2 of the Criminal Code. Also Supreme Court Decision 2002Do2134 convicted of Larceny in the case of the criminal liability of a defendant who withdrew cash from ATM by using a credit card that had been issued under false representation of the identity of another person because he obtained the control of cash without consent and against the will of the ATM manager although a credit card company, deceived by the defendant, issued the card under the name of another and ostensibly allowed him to get cash loan by inserting the card and inputting pin number he chose, and its intent, implicit as well as explicit, lies in authorizing not the defendant but another regarding the card. And Supreme Court Decision 2002Do2134 convict of Fraudulent Use of Computer in the case of the criminal liability of a defendant who withdrew cash from ARS or Internet by using a credit card that had been issued under false representation of the identity of another person.

But this Supreme Court Decesion 2002Do2134 has many criminal theoretical problems in the points about Larceny, Fraud, Fraudelent Use of Computer. Especially Supreme Court Decesion 2002Do2134 has faulty conclusion that the criminal liability of a defendant who withdrew cash from ATM by using a credit card that had been issued under false representation of the identity of another person constitutes not Fraudulent Use of Computer but Larceny.

Thus, in this article it will be studied what the criminal liability of a defendant who withdraw cash from ATM, ARS or Internet by using a credit card that had been issued under false representation of the identity of another person is.

주제어 : 사기죄, 절도죄, 컴퓨터 등 사용사기죄, 신용카드

Keywords : Larceny, Fraud, Fraudelent Use of Compute, Credit card

* Professor, Department of Police Administration, Kyungwoon University, Ph.D. in Law