

## 형법상 재산 개념에 관한 연구

임 정 호\*

### 국 | 문 | 요 | 약

형법에서 재산상 손해라는 개념은 배임죄와 사기죄 등에서 논의되는 것이다. 독일형법 제266조 제1항 배임죄의 재산상 손해의 개념은 재산상의 위험의 가능성을 포함하고 있으므로 제263조 사기죄의 재산상 손해와 같은 의미를 가지고 있으며, 우리의 경우도 마찬가지이다.

그렇다면 구체적으로 재산상 손해에 있어서 재산의 개념을 무엇이라고 정의할 것인가? 재산의 개념을 무엇이라고 정의하느냐에 따라 형법상 배임죄와 사기죄 및 강도죄 등의 성립범위는 넓어질 수도 있고 좁아질 수도 있다. 따라서 재산의 개념을 적절하고 합리적으로 제한하는 것이 중요하다.

첫째, 법률적 재산개념이 있다. 법률적 재산개념은 민사법상 정당한 소유물이나 점유물과 같이 오직 법적으로 승인된 재산만이 형법상의 재산에 속한다고 보는 견해이다. 이 견해는 재산을 순수하게 법률적으로만 판단하고, 경제적 가치를 문제 삼지 않는다. 둘째, 경제적 재산개념이 있다. 경제적 재산개념은 재산의 법적 측면을 전혀 고려하지 않고 경제적 교환가치만으로 재산을 개념 짓는 견해이다. 셋째, 법률적·경제적 재산개념이 있다. 법률적·경제적 재산개념은 적법한 외관과 함께 경제적 가치가 인정되면 형법상 재산으로 인정한다. 넷째, 개인적 재산개념은 재산상 손해의 산정 기능을 함께 그친다고 해야한다.

법률적 재산개념과 경제적 재산개념은 한 가지 측면만을 강조하는 견해들이다. 만약 법적 유효성만 중시하게 되면 법적 평화의 확립을 추구하는 형사정책적 목표를 실현하기 곤란해질 것이다. 또한 경제적 가치만을 강조하면서 법적으로 보호받지 못하는 재산을 형법을 통하여 보호하려 한다면 법질서의 통일성이 침해될 수 있을 것이다. 따라서 재산상 손해 발생의 산정에 앞서 재산개념을 확정하기 위하여는 법률적·경제적 재산개념을 채택함이 타당하다.

❖ 주제어 : 재산상 손해, 법률적 재산개념, 경제적 재산개념, 법률적·경제적 재산개념

\* 한국형사정책연구원 부연구위원, 법학박사

## I. 논의의 필요성

생명·신체·자유·명예와 함께 개인의 재산을 보호하는 것은 우리 헌법이 지향하고 있는 자유민주주의를 토대로 한 시장경제체제의 근간을 이룬다(헌법 제23조 참조).<sup>1)</sup> 즉 재산을 보호하는 것은 자본주의경제체제의 이념적 기초이면서 동시에 그 전제조건이라 하겠다. 이에 따라 우리 형법은 절도죄를 비롯하여 각종 재산관련 범죄행위를 처벌하고 있는데, 이는 개인이 향유하는 헌법상 재산을 보장하기 위함이다. 이처럼 형법상 재산에 관한 죄의 규정들은 우리 국민의 재산권 보장을 통하여 경제적 측면에서의 개성신장은 물론 사회생활의 물질적 터전을 확보하여 주는 기능을 한다.<sup>2)</sup>

한편 이러한 재산에 관한 죄의 규정들과 관련하여, 형법에서 재산개념이 사기죄와 배임죄 등에서 논의되고 있다. 예를 들어 형법 제347조 제1항은 “사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자”를 벌하고 있어서 그 보호법익을 ‘재산’으로 해석한다. 또한 제355조 제2항은 “타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때”에 이를 처벌하여 역시 그 보호법익이 ‘재산’이라고 해석되고 있다. 이와 같이 형법의 해석에 있어서 ‘재산’은 그 중요성을 간과할 수 없는 개념이라고 할 수 있다. 그렇다면 구체적으로 재산의 개념을 무엇이라고 정의할 것인가? 재산의 개념을 무엇이라고 정의하느냐에 따라 형법상 사기죄 및 배임죄 등의 성립범위는 넓어질 수도 있고 좁아질 수도 있다. 왜냐하면 행위자의 기망행위나 임무위배행위 등이 있을 때, 그러한 당해 행위에 의하여 ‘재산상 손해’가 발생하였다고 하려면 처음부터 ‘재산’에 해당하는 것이 존재하여야 하기 때문이다. 따라서 재산상 손해의 판단에 앞서 재산의 개념을 적절하고 합리적으로 제한하는 것을 어떻게 할 것인지 생각해 볼 필요가 있다.

1) 박상기, 형법각론 2008년, 241면.

2) 박상기, 전계서, 241면.

## II. 재산상 손해와 재산개념

형법 제355조 제2항 배임죄는 “타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로서 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때” 이를 처벌하도록 규정하고 있으며, 제347조 제1항 사기죄는 “사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자”를 처벌하도록 규정하고 있다. 이러한 배임죄와 사기죄에서 각각 임무위배행위와 기망행위에 의한 피해자의 재산상 손해발생여부가 성립요건이 되는지 문제이다.

우선 배임죄의 경우에는 재산상 손해발생이 배임죄의 성립요건이라는 점에 대하여 비교적 견해가 일치하는 것으로 생각된다. 배임죄의 경우, 형법 제355조 제2항은 ‘타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로서 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때’ 배임죄가 성립함을 규정한다. 즉 ‘타인의 (재산상)사무처리자’가 임무위배행위를 행한 경우, 당해 임무위배행위로 인하여 본인에게 재산상의 손해가 발생하여야 함은 물론이고 행위자 또는 제3자가 재산상 이익을 취득해야 배임죄가 성립한다. 판례도 재산상 손해가 없는 경우에 배임죄를 인정하지 않는다.<sup>3)</sup> 이 경우 임무위배행위와 재산상의 손해발생 간에는 인과관계가 있어야 함은 물론이다.<sup>4)</sup> 그러므로 임무위배행위를 통해 재산상 이익을 취득했지만 재산상 손해가 발생하지 않거나, 재산상 손해는 발생했지만 다른 원인에 의한 것이면 배임죄는 성립할 수 없다고 해야만 한다.<sup>5)</sup> 이 때 인과관계의 존재여부를 인과관계의 유무 확정(사실판단의 문제) 및 형사책임의 귀속범위확정(규범판단의 문제)을 모두 포함하는 상당인과관계설에 따라 판단하게 되면 상이한 성격의 문제를 동일한 차원으로 판단하게 되어 타당하지 아니하므로, 합법칙적 조건설에 따라 판단하면 된다.<sup>6)</sup>

3) 대판 2004. 4. 9, 2004도771. “대표이사가 개인의 차용금 채무에 관하여 개인 명의로 작성하여 교부한 차용증에 추가로 회사의 법인 인감을 날인하였다고 하더라도 회사에 재산상 손해가 발생하였다거나 재산상 실해 발생의 위험이 초래되었다고 볼 수 없다.”

4) 김성천·김형준, 형법각론 2006년, 612면; 박상기, 전계서, 405면; 백형구, 형법각론 2002년, 223면; 이재상, 형법각론 2006년, 418면; 임웅, 형법각론 2006년, 451면; 정성근·박광민, 형법각론 2006년, 465면; 정영일, 형법각론 2006년, 335면; 진계호, 형법각론 2003년, 423면.

5) 김성천·김형준, 전계서, 612면. 참고로 독일에서도 재산상 손해는 행위자의 재산관리의무위반에서 기인한 것이어야 한다는 것이 판례이다. BGHSt 46, 30, 34.

한편 사기죄의 경우, 판례와 일부 학설이 재산상 손해발생을 사기죄의 성립요건에서 제외하고 있다. 즉 대법원은 “사기죄의 본질은 기만에 의한 재물이나 재산상 이익의 취득에 있고 상대방에게 현실적으로 재산상 손해가 발생함을 그 요건으로 하지 않는다”고 해석하고 있다.<sup>7)</sup> 하지만 사기죄는 재산범죄이므로 재산상 손해발생은 불가피한 성립요건이라고 해석하는 것이 타당한 견해라고 생각된다.<sup>8)</sup>

결국 재산상 손해발생은 배임죄, 사기죄 등의 성립요건이라고 해야 한다. 또한 배임죄에서의 재산상 손해는 사기죄에서의 재산상의 손해와 마찬가지로 재산적 가치의 감소를 의미하는 것<sup>9)</sup>이며, 이를 달리 해석할 필요는 없다고 생각된다.<sup>10)</sup>

그렇다면 구체적으로 재산상 손해는 어떤 방법으로 해석하는 것이 적절한 것인가? 사기죄와 배임죄 등의 보호법익은 전체로서의 재산이므로, 여기서 재산상 손해라고 하려면 손해의 발생여부와 손해액의 산정은 행위의 전후를 총체적으로 비교하여 행위 이후의 본인의 전체재산가액이 행위이전보다 감소된 경우 재산상 손해가 발생하였다는 것이 판례이다.<sup>11)</sup> 즉 재산상 손해와 이에 의한 이익이 동시에 발생한 경우 이를 정산하여 전체재산가치의 감소가 있었는가를 판단하여야 한다.<sup>12)</sup> 재산상 손해의 산정과 관련하여, 손해를 끼친 행위 전과 후에 재산소유자의 총재산을 비교해 보아 더 가난하게 되지 않았다면 손실이 없는 것이 된다. 얻은 이익이 발생한 손해를 경제적으로 완전히 상쇄할 때가 이러한 경우에 해당한다.<sup>13)</sup> 그리고 재산상 손해도 고의의 대상에 포함되며 그 고의가 우연적이었더라도 충분하다. 손해에 상당하는 재산상 위험이 발생한 상황에서 행위자가 최종적인 손해발생을 아직까지는 막을 수 있다고 바라거나, 혹은 그럴 수 있다고 믿는다고 해서 반드시 고의가 없다고 인정되는 것은 아니다.<sup>14)</sup>

6) 박상기, 형법총론 2008년, 97면.

7) 대법원 2002. 2. 5, 2001도5789.

8) 박상기, 형법각론 2008년, 326면.

9) 김성천·김형준, 전거서, 612면; 박상기, 전거서, 405면.

10) 일부 견해는 사기죄에 있어서의 재산개념은 법률적·경제적 재산개념으로 보고, 다시 배임죄의 재산개념은 경제적 재산개념으로 보는 것이 있다. 배종대, 형법각론, 552면.

11) 대판 1999. 4. 13, 98도4022.

12) 이정원, 형법각론, 469면.

13) BGHSt 31, 232, 234.

14) BGHSt 47, 148, 157; Wessels/Hillenkamp, BT, §18 Rn 778.

그런데 이와 같은 ‘재산상 손해’는 ‘재산’이라는 개념을 포함하므로 구체적으로 재산 개념이 무엇인지가 문제이다. 재산을 무엇이라고 정의하느냐에 따라 형법상 사기죄 및 배임죄 등의 성립범위는 넓어질 수도 있고 좁아질 수도 있다.

재산에 관한 여러 가지 개념을 발생시킨 독일에서도 현재 형법적으로 보호되는 재산의 개념은 논란이 없지 아니하고, 그 경계가 아직 최종적으로 확인되지 않았다. 독일의 판례와 학설은 비교적 극단적인 견해를 탈피하여 중재적인 학설 쪽으로 기우는 특징이 있다는 평가가 있다.<sup>15)</sup> 우리의 경우도 판례와 학설이 재산에 대해 동일한 견해를 취하고 있지는 아니한 것으로 생각된다. 과거부터 현재까지 재산개념에 관하여는 몇 가지 견해가 존재하므로 각각의 견해를 분석하여 보고, 어떤 견해를 따르는 것이 균형감각을 유지하며 재산개념에 대한 적절하고 합리적인 제한을 가하는 것인지를 판단하도록 한다.

### Ⅲ. 학설의 태도

#### 1. 법적 재산개념(Juristischer Vermögensbegriff)

##### 가. 의 의

민사법상 정당한 소유물이나 점유물과 같이 오직 법적으로 승인된 재산만이 형법상의 재산에 속한다고 보는 견해이다. 이는 재산을 순수하게 법률적으로만 판단하고, 그 경제적 가치를 문제 삼지 않는 특징이 있다. 자유주의 국가체계의 소극적 권리개념을 바탕으로 한 것으로 평가된다.<sup>16)</sup> 이 견해가 한때 주장되었던 이유로 첫째, 당시 권리침해설의 영향, 둘째, 다른 법영역(특히 민법)에 대한 형법의 종속성 강조, 셋째, 처벌의 명확성 중시 등이 있다는 日本에서의 분석이 있다.<sup>17)</sup>

15) Wessels/Hillenkamp, BT, §13 Rn 530.

16) 배종대, 전거서, 463면.

17) 林幹人, 刑法各論 2003年, 148면.

법적 재산개념에 따르면 절도범의 도둑, 무효인 청구권 등은 애초에 재산이라 할 수 없다. 또한 이 견해를 적용하게 되면, 법적으로 승인되지 않는 불법재산 또는 사실상의 이익 및 노동력 등은 형법상 재산개념에 포함되지 않게 된다.<sup>18)</sup>

이 견해는 사실 독일의 형법학자 Binding에 의해 최초로 제시된 견해라고 할 수 있으며, 그는 개별 재산권의 총계를 재산으로 보았다.<sup>19)</sup> 한때 독일제국법원 시절에 이 견해를 취한 판례가 있었지만,<sup>20)</sup> 오늘날 독일에서도 판례는 물론 학설을 통하여 지지하는 자를 찾을 수 없다고 한다.<sup>21)</sup> 물론 현재 우리나라에서도 이 견해의 지지자는 없는 것으로 보인다.

## 나. 비판

이 견해는 다음과 같은 문제점이 있다. 법적 재산개념 자체가 민사법상의 권리관계와 의무관계를 기초로 한 것이므로, 이와 무관한 재산의 침해에 대하여는 비록 사기를 행한 자가 현실적으로 재산상의 이익을 취득하였더라도 재산죄를 인정하지 않는 불합리성이 있다.<sup>22)</sup> 따라서 이 견해를 취할 경우 사기죄의 기망행위와 배임죄의 임무위배행위로 인한 피해자에 대한 고려는 무시되고, 지나치게 행위자를 보호하게 될 우려가 있다.

또한 예를 들어 불충분한 담보로 일정액의 대출을 행하는 이른바 부정대출의 경우에도 법적으로는 여전히 당해 액수만큼의 채권이 남는다는 이유로 전체 재산의 감소가 발생하지 않아 재산상 손해를 인정하지 않게 될 우려가 있다는 지적이 있을 수 있다.<sup>23)</sup>

기망행위나 임무위배행위 등으로 인한 피해자에 대한 고려를 무시할 수 없는 점, 재산개념에 대한 형법의 독자적 해석론의 필요성 등을 고려할 때, 법적 재산개념은 형법상 재산개념의 해석론으로 불충분하다.

18) 임웅, 전계서, 256면.

19) Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts Besonderer Teil, I. Bd., 2.Aufl. 1902, S.238.

20) RGSt 3, 332; 11, 72.

21) Tröndle/Fischer, StGB, §263 Rn 54에 따르면 법적 재산개념은 과거 Hirschberg, "Der Vermögensbegriff im Strafrecht", 1934 등에서 지지된 바 있는 견해라고 한다.

22) 박상기, 전계서, 321면; 배종대, 전계서, 400면.

23) 前田雅英, 刑法各論講義 2007年, 332면.

## 2. 경제적 재산개념(Wirtschaftlicher Vermögensbegriff)

### 가. 의 의

이는 재산의 법적 측면을 전혀 고려하지 않고 경제적 교환가치만으로 재산을 판단하는 견해이다. ‘민법에 대한 형법의 독자성’<sup>24)</sup>을 강조하는 견해라고도 할 수 있다. 따라서 경제적 교환가치가 없는 개인의 사법적 권리는 재산이 되지 않지만, 반면에 불완전한 청구권이나 노동력처럼 사법상 권리는 없더라도 경제적 가치만 있으면 얼마든지 재산이 될 수 있게 된다. 즉 ‘한 개인의 모든 금전가치가 있는 재화’를 포괄하고, 불법적으로나 혹은 기타 인정할 수 없는 방법에 의해 얻은 가치도 재산에 포함시키는 이론으로서 극단적으로 경제적 측면에 초점을 둔 고찰방법이라 할 수 있다.

판례는 “배임죄에 있어 재산상의 손해를 가한 때라 함은 현실적인 손해를 가한 경우 뿐만 아니라 재산상 손해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되고, 재산상 손해의 유무에 대한 판단은 본인의 전 재산 상태와의 관계에서 법률적 판단에 의하지 아니하고 경제적 관점에서 파악하여야 하며, 따라서 법률적 판단에 의하여 당해 배임행위가 무효라 하더라도 경제적 관점에서 파악하여 배임행위로 인하여 본인에게 현실적인 손해를 가하였거나 재산상 손해 발생의 위험을 초래한 경우에는 재산상의 손해를 가한 때에 해당한다고 할 것”이라고 하여 이른바 경제적 재산개념에 입각하여 재산상 손해발생 여부를 결정한다.<sup>25)</sup>

학설 중에도 재산상의 손해를 규정함에 있어서 경제적 재산개념에 입각하여 “재산은 금전으로 환산가능한 경제적 가치 자체로서 경제적 가치가 법적으로 승인되었는가의 여부는 문제되지 않는다”고 하거나 “재산상 손해는 경제적 재산가치의 감소에 의해 인정”된다고 하는 견해들이 상당수 존재한다.<sup>26)</sup> 결국 사실상의 소유물과 점유물 혹은 법적 효력은 없지만 사실상 실행이 가능한 청구권(사회상규에 위반되는 법률행위에 의한

24) 임웅, 전계서, 258면.

25) 대판 2004. 3. 26, 2003도7878; 1992. 5. 26, 91도2963.

26) 손동권, 형법각론 2005년, 376면 및 458면; 오영근, 형법각론 2006년, 501면; 이재상, 전계서, 341면 및 418면; 임웅, 전계서, 258면; 정성근·박광민, 전계서, 465면; 정영일, 전계서, 334면; 조준현, 형법각론 2005년, 391면; 진계호, 전계서, 423면.

청구권 등)도 재산상의 이익이 인정되면 형법상의 재산이라고 한다. 또한 재산감소의 여부는 경제적 관점에서 판단되므로 법률상 당연무효인 경우에도 재산상 손해는 인정될 수 있다고 한다.<sup>27)</sup>

이러한 경제적 재산개념은 법률적 재산개념에 이어 독일제국법원의 판결을 통해 판례로 수용된 후 독일연방법원의 판결을 통해 그 입지가 더욱 강화되었고, 학계에서도 이를 지지하는 견해가 존재한다.<sup>28)</sup> 日本에서도 경제적 재산개념을 판례가 따른 바 있으며, 학계에서도 이를 지지하는 견해가 있다.<sup>29)</sup>

독일에서는 경제적 재산개념을 따라야만 하는 이유로 형법적으로 보호받지 않는 재산이란 것은 있어서는 안 된다는 점, 경제적 재산개념을 따르지 않으면 자력구제가 빈번히 발생할 것이라는 점 등이 제시된다.<sup>30)</sup> 예를 들어 화대의 지급을 약속받은 창녀가 그 지급을 받지 못할 경우에도 형법에 의한 보호를 받지 못한다면, 화대를 지급하지 않은 손님에게 차라리 자력으로 강제적으로 지급받는 수단을 강구할 것이라는 점을 예상해 볼 수 있다. 이러한 경제적 재산개념을 취하게 된다면, 행위자가 형법의 적용을 피하기 어려워지게 되고 사기나 공갈 혹은 배임 등의 범죄로부터 모든 경제적 가치가 보호받을 수 있게 될 것이다.<sup>31)</sup>

## 나. 비판

하지만 경제적 재산개념을 따를 경우 다음과 같은 문제점이 있다. 우선 이 견해는 재산개념을 한없이 넓힌다.<sup>32)</sup> 비록 이 견해가 현실적인 경제적 이익을 철저히 보호하는 점을 특징으로 하지만, 명백하게 위법한 이익까지도 형법적으로 보호되는 이익이라고 보는 점에서 사회질서의 유지라는 형법의 기본적 기능과 모순된다. 예를 들면 불법원인급여의 경우에도 사기죄의 성립을 인정하며, 절도범의 도둑이나 장물범의 장물을 사취

27) 손동권, 전게서, 458면; 임웅, 전게서, 257면; 정영일, 전게서, 334면.

28) RGSt 44, 230; BGHSt 2, 364; 26, 347; Fritjof Haft, BT I, S.98; Tröndle/Fischer, StGB, §263 Rn 54.

29) 最決昭和 50・5・24 刑集 37・4・437; 前田雅英, 刑法各論講義 2007年, 332면.

30) Fritjof Haft, BT I, S.98.

31) Wessels/Hillenkamp, BT, §13 Rn 531.

32) 배종대, 전게서, 401면.

한 경우에는 이 물건의 주인이 아닌 한 사기죄의 성립이 가능하다는 점이 문제다.<sup>33)</sup>

전술한 바와 같이 만약 법적 재산개념을 따르게 될 경우, 형법에 의하여 보호 가능한 재산의 범위는 지나치게 협소하게 될 것이다. 반면 이러한 경제적 재산개념을 따를 경우, 우리는 보호가치와 관계없이 거의 모든 형태의 재산을 형법상의 재산으로서 보호하게 될 것이다. 이 경우 법적 통일성이라는 가치는 추구하기 힘들 것이다. 아울러 확대된 재산개념으로 말미암아 형법의 적용대상은 지나치게 확대될 것이고, 이로 인하여 형법의 최후수단적 성격이 훼손될 우려가 발생한다. 따라서 경제적 재산개념에 따라 형법상 재산개념을 이해하는 것은 적절치 않다고 생각된다.

### 3. 법률적 · 경제적 재산개념(Juristisch-Wirtschaftlicher Vermögensbegriff 혹은 konomisch-Juristischer Vermögensbegriff)

#### 가. 의 의

법률적 · 경제적 재산개념을 따르면 적법한 외관을 갖고 있는 소유물 혹은 점유물로서 경제적 가치가 인정되면 형법상 재산이라고 보게 된다. 따라서 법적으로 인정되고 보호받는 처분권이거나 법질서의 보호를 받는 개인의 모든 경제적 재화의 총체를 형법상의 재산이라고 보거나, 혹은 권리로 인정되기에 이르지 않는 것이라도 경제적 가치를 가지면서 법의 보호대상이 되는 것 또는 법이 용인하거나 적어도 금지하지 않는 것까지 포함해서 재산으로 보게 된다.<sup>34)</sup>

재산개념에 관한 여러 학설들을 발생시킨 독일에서는 아직까지 경제적 재산개념이 판례를 통해 어느 정도 고수되고 있는 것이 현실이라고 한다. 하지만 민법과 형법의 가치적 모순을 피하기 위하여 부분적으로 규범적 가치를 개입시켜서 이를 보완 내지 수정하고 있는 것이 바로 법률적 · 경제적 재산개념이다.<sup>35)</sup> 현재 독일의 다수설이 이

33) 김성천 · 김형준, 전계서, 451면; 박상기, 전계서, 321면; 배종대, 전계서, 401면.

34) 강구진, 형법각의(각론 1) 1983년, 250면; 김성천 · 김형준, 전계서, 452면; 김일수 · 서보학, 형법각론 2007년, 424면; 박상기, 전계서, 324면; 배종대, 전계서, 464면; 이정원, 전계서, 357면; 이형국, 형법각론 2007년, 421면; 안경옥, “사기죄의 기수”, 형사판례의 연구 1, 지송이재상교수화갑기념논문집 간행위원회 편, 827면 및 “불법원인급여와 사기죄의 성립-대법원 2001도2991 판결과 관련하여”, 형사법연구, 제17호, 121면.

견해를 취하며,<sup>36)</sup> 일부 판례가 이 견해를 수용한 것으로 평가되기도 한다.<sup>37)</sup> 日本에서도 법률적·경제적 재산개념의 지지자들이 다수 존재한다.<sup>38)</sup> 참고로 독일에서는 형법상 재산을 법적인 하자 없이 개인의 것으로 인정되는 재산이라거나, 혹은 범규범의 보호 하에서 개인이 임의대로 쓸 수 있는 모든 경제재로서의 재산이라고 하면서 이른바 법률적·경제적 조정이론<sup>39)</sup>이라는 용어를 사용하거나, 혹은 규범적 제한이 있는 경제적 재산개념<sup>40)</sup>이라는 용어를 사용하는 등 다양한 방식으로 법률적·경제적 재산개념을 정의내리는 것으로 보인다.<sup>41)</sup>

독일에서 이러한 법률적·경제적 재산개념이 반영된 전형적인 사례로 소개되는 것으로는, 독일연방대법원의 이른바 매춘부화대사건에 대한 판결이 있다. 이에 따르면 매춘부에게 약속한 대가, 즉 화대를 지급하지 않은 자의 행위는 사기죄가 되지 않는다고 한다.<sup>42)</sup> 이 판결은 매춘부와 고객 사이에 성립된 합의는 풍속에 위배되고 이로 인해

35) Wessels/Hillenkamp, BT, §13 Rn 534.

36) LK/Tiedemann, StGB, §263 Rn 132; Schönke/Schröder, StGB, §263 Rn 78ff.; Wessels/Hillenkamp, BT, §13 Rn 535. 이 견해를 지지하는 독일의 학자들은 이 견해를 스스로 “통설”이라고 표현한다.

37) BGHSt 31, 180. 그렇지만 독일 판례가 근본적으로 경제적 재산개념을 완전히 탈피했다고 보기는 어렵다.

38) 大谷實, 刑法講義各論 1997年, 282면; 藤重光, 刑法綱要各論 1990年, 547면; 西田典之, 刑法各論 1999年, 196면; 林幹人, 刑法各論 2003年, 155면; 平川宗信, 刑法各論 1995年, 339면; 平野龍一, 刑法概說 1977年, 221면.

39) Juristische-Ökonomische Vermittlungslehre

40) Wirtschaftlicher Vermögensbegriff mit normativer Schranke

41) LK/Tiedemann, StGB, §263 Rn 132; Wessels/Hillenkamp, BT, §13 Rn 535.

42) Wessels/Hillenkamp, BT, §13 Rn 534. 실질적으로는 2001년 12월 20일에 제정된 독일성매매법(ProstG vom 20. 12. 2001.) 등을 통해 비록 수정이 되어버렸지만 방법적으로 아주 좋은 선례라고 한다. 즉 독일에서는 사기죄(독일형법 제263조)의 경우와 관련하여, 매춘부에게 금전지급을 약속하고 성교를 한 다음에 이를 지불하지 않은 사건에서, 사회상규에 위반하는 목적의 서비스 제공을 근거로 한 경우에는 그 대가가 재산개념에 포함되지 않는다고 하여 사기죄 성립을 부인하였다. 이에 대하여 순수한 경제적 재산개념에 범질서와의 조화를 조건으로 한 입장이라고 하여 법률적·경제적 재산개념에 근접한다고 평가한 견해가 있다. 박상기, 전게서, 322면; 임웅, 전게서, 258면 각주 3 참조; BGH JR 1988, 125~126, “Dimenlohn Fall”. 그 외에도 BGHSt 4, 373(이 사건에서 독일 연방대법원은 부녀의 정조가 재산상의 이익이 될 수 없음을 강조하였음) 등 다수의 판례가 일관되게 소위 매춘부의 화대를 편취한 행위자에 대한 사기죄의 성립을 부정한다(BGH JZ 1987, 684). 결론이 이와는 정반대로 도출된 우리나라 사례로는 대판 2001. 10. 23. 2001도2991 참조(“사기죄의 객체가 되는 재산상의 이익이 반드시 사법상 보호되는 경제적 이익만을 의미하지 아니하고, 부녀가 금품 등을 받을 것을 전제로 성행위를 하는 경우 그 행위의 대가는 사기죄의 객체인 경제적 이익에 해당하므로, 부녀를 기망하여 성행위 대가의 지급을 면하는 경우 사기죄가 성립”).

민법적으로 효력이 없다는 당시의 지배적 견해를 근거로 하었다고 생각된다.<sup>43)</sup> 따라서 성적 업무를 통해 사전에 약속된 대가나 혹은 통상적인 대가를 받을 것에 대한 매춘부의 기대는 형법적으로 보호되는 재산에 포함되지 않는다. 행위자가 처음부터 의도한 대로 성행위에 대한 대가를 지불하지 않아도 전혀 사기죄의 행위를 행하지 않은 것이며, 사기죄의 미수범도 아니다. 또한 처음부터 대가를 지불하지 않을 계획 등을 하여도 처벌되지 않는 환각범으로만 간주된다고 한다.<sup>44)</sup>(하지만 이는 실질적으로는 지난 2001년 12월 20일에 제정된 독일성매매법<sup>45)</sup> 등을 통해 수정되었다) 또한 이른바 폰섹스 제공자가 합의된 요금을 청구할 수 있는 권리도 역시 형법상 사기죄로부터 보호될 재산에 포함되지 않는다고 한다.<sup>46)</sup>

이러한 법률적·경제적 재산개념을 견지하게 된다면, 법규범의 보호영역에 포함되지 않는 소득전망이나 기타 지위 등도 역시 형법으로 보호되는 재산에 포함되지 않으며, 이런 점에서 재산은 법규범의 변화에도 영향을 받는다고 한다. 결국 독일에서 말하는 법률적·경제적 재산개념을 충실히 따를 경우, 형법으로 보호되는 재산은 경제적 가치를 측정할 수 있고 법적으로 명확하게 부인되지 않아서 법규범의 보호 하에 있게 되는 모든 재화라고 할 수 있다.<sup>47)</sup> 덧붙이자면 충분히 구체화될 수 있고 법적으로 정당한 근거를 가지며 또한 법률적으로 하자가 없는 다양한 권리들이 이에 포함된다. 따라서 독일민법 제134조와 제138조 등에 의거하여 무효인 경우에는 형법상 재산에 포함될 수 없다. 하지만 금지되거나 혹은 사회상규에 위배되는 일이 아니라면, 서비스를 창출하기 위하여 투입되는 노동력도 경우에 따라 재산에 포함될 여지가 있게 된다.<sup>48)</sup> 더

43) Wessels/Hillenkamp, BT, §13 Rn 534. 한편 이에 관하여는 독일연방대법원의 판례에서 다음과 같은 논리를 찾을 수 있다. “자신의 노동력을 서비스를 생산하는데 제공할 수 있는 가능성은, 그 업무가 통상적으로 임금을 지급받고 제공되는 것이라면, 독일형법 제263조에 기술된 재산에 포함될 수 있을 것이다. 그러나 금지되거나 풍습에 위배되는 법률관계를 통해 생성된 효력이 없는 청구권에 대하여 형법이 보호를 제공한다면, 형법은 다른 법규범들과 모순관계에 서게 될 것이다. 매춘은 오늘날의 견해로도 일반적으로 공서양속에 위배된다고 간주된다.” BGHZ 67, 119, 122.

44) Wessels/Hillenkamp, BT, §13 Rn 534. 하지만 이 문헌은 한편으로는 이미 매춘부가 대가로 지급받은 부분은 형법에 의해 보호된다고 한다.

45) ProstG vom 20. 12. 2001. 이 법 제1조에 따르면, 사전에 합의된 보수를 대가로 하는 성행위가 행해지면 이러한 합의는 법률상 유효한 청구권(혹은 채권)의 근거가 된다.

46) Wessels/Hillenkamp, BT, §13 Rn 534.

47) Wessels/Hillenkamp, BT, §13 Rn 534, 535.

48) BGHSt 31, 178, 179; Wessels/Hillenkamp, BT, §13 Rn 535.

나아가 참고로 벌금납부나 범칙금납부와 관련된 국가의 청구권은 형법의 제재수단이라는 ‘벌금형의 특수한 본질’로 인하여, 독일형법 제263조의 사기죄에 의한 보호를 받을 국가의 재산에 포함되지 않는다는 견해<sup>49)</sup>가 있다는 점이 흥미롭다. 즉 비록 벌금형으로 인한 재원이 국가예산에 경제적 중요성을 가질지는 모르지만, 그 자체가 국고를 채우기 위한 것은 아니며 이는 과태료의 경우도 마찬가지라고 한다.<sup>50)</sup>

## 나. 비 판

법률적·경제적 재산개념은 다음과 같은 문제점을 가진다. 우선 이 개념은 소위 사기꾼과 같은 범죄자들이 ‘자신의 희생양을 덜 윤리적인 자들의 부류에서 찾도록 자극하는 면’이 있다.<sup>51)</sup> 또한 이 개념은 형법이 해결할 수도 있는 영역을 일부 포기하도록 하며, 이를 통해 행위자가 경제적 손해를 마음대로 가할 수 있는 영역을 허용하게 된다.<sup>52)</sup>

## 4. 개인적 재산개념(Personaler Vermögensbegriff)

### 가. 의 의

개인적 재산개념은 법적 재산개념과 경제적 재산개념이라는 두 가지 극단적 견해에서 벗어나 경제적 가치에 대한 개인적 관점을 가미하고자 시도된 것으로 평가된다.<sup>53)</sup> 이 견해는 엄밀히 말하면 재산개념 그 자체라기보다는, 재산상의 손해개념 내지는 재산상의 손해산정의 기준이다. 재산을 법공동체가 경제거래상의 독자성을 인정하는 목적물에 대한 지배권에 근거한 재산권자의 경제적 능력으로서 중시한다. 또한 재산을 재산소유자에 대한 개인적 가치와 관련하여 파악하여, 재산을 소유함으로써 가능하게 될 각 개인의 활동영역을 보호하는데 재산보호의 의미와 목적을 둔다.<sup>54)</sup> 즉 개인적 재산개

49) Harro Otto, BT, §51 Rn 83; Wessels/Hillenkamp, BT, §13 Rn 537.

50) Wessels/Hillenkamp, BT, §13 Rn 537.

51) RGSt 44, 230, 249.

52) Wessels/Hillenkamp, BT, §13 Rn 535.

53) 김성천·김형준, 전게서, 451면.

54) 박상기, 전게서, 322면.

념은 재산의 기능을 인격발현의 토대로 보면서, 손해발생 여부를 확인하는데 있어서 우선적으로 재산소유자의 경제적 능력이라는 측면이 축소되었는지, 그리고 재산을 처분한 자가 이를 통해 추구한 목적이 무엇이었는가에 초점을 맞춘다고 한다.<sup>55)</sup>

예를 들면 “원래 사고자 했던 책 대신에 속아서 자신에게 필요 없는 다른 책을 샀을 경우 설사 지불한 가격이 구입한 책에 상당하여 객관적인 손실이 없다 하더라도 구입자 개인의 입장에서 볼 때 구입한 금액을 다른 용도로 사용하는 것이 불능하여졌기 때문에 재산상의 손실을 인정한다”고 한다.<sup>56)</sup> 또한 “세숫비누를 두 달에 한 개 정도 소비하는 사람이 협박에 의해 10개들이 세숫비누 500상자를 구입하게 된 경우, 손익계산만으로는 재산상의 손실이 전혀 발생하지 않는 것으로 평가되지만 돈이 남아도는 사람이 아닌 이상 개인적 입장에서 이는 경제적 손해를 입는 일이 된다”고 한다.<sup>57)</sup> 사기죄에 관한 우리 판례 중에도 개인적 재산개념의 입장을 수용했다고 보이는 것이 있다.<sup>58)</sup>

결국 개인적 재산개념에 대하여는 여러 가지 설명이 가능하겠지만, 재산보호의 목표를 “개인의 경제적 거래”에 두는 것이라고 할 수 있다. 결국 재산상의 손해를 재산가치 자체의 상실이라기보다는, 추구된 경제적 성과 내지는 결과에 도달하지 못하여 발생하는 재산의 감소가 재산상의 손해가 된다고 하는 것이다.<sup>59)</sup> 그리하여 손해의 발생 여부와 그 범위를 결정하는 데는 재화 그 자체의 측면보다도 개인적 측면을 강조한다. 간단히 요약하면, 이 견해는 경제적인 금전가치가 아닌, 개인적 사용가치에 초점을 둔 견해라고 할 수 있을 것이다.<sup>60)</sup>

그러므로 예를 들어 독일형법상 배임죄의 해석에 있어서, 특정 목적으로 책정되어 지급된 공공자금을 그 목적에 위배되도록 사용한 경우 이와 같은 사용을 재산상 손해로 평가한다. 이런 점에서 독일 판례는 이른바 개인적 재산개념이론을 수용하고 있다는

55) Wessels/Hillenkamp, BT, §13 Rn 532.

56) 박상기, 전게서, 323면.

57) 김성천·김형준, 전게서, 451면.

58) 대판 2002. 2. 5, 2001도5789. “소비자들은 피고인 등이 위 허위광고에 기망당하여 구매행위를 한 것으로 보여지고, 이와 같이 허위광고와 소비자들의 구매간의 인과관계가 인정되는 이상 이 사건 판매물품의 품질이 비교적 우수하다거나 소비자들도 나름대로 가격과 품질을 교량하였을 것이라는 점은 사기죄의 성립에 아무런 영향이 없다.”

59) Harro Otto, BT, §51 Rn 54ff.; NK/Kindhäuser, StGB, §263 Rn 272ff.

60) Fritjof Haft, BT I, S.97.

견해도 있다.<sup>61)</sup> 그런데 이에 반해 비록 예산을 초과하였으나, 예산이 책정된 본래의 목적으로 자금이 사용되었을 경우에는 배임죄의 재산상 손해가 아니라고 판결한 것이 있다.<sup>62)</sup>

## 나. 비 판

개인적 재산개념은 재산상 손해의 산정을 위하여 어느 정도 수용이 가능한 개념이라고 할 수 있다. 이미 고찰한 바와 같이 우리 대법원도 이 견해에 대해 전면적으로 부정적인 태도를 보이지는 않는 것으로 보인다. 즉 우리나라 판례의 경우 적어도 ‘손해산정’에 있어서 개인적 재산개념의 근본원리를 외면하지는 않고 있다고 볼 여지가 있다.

하지만 개인적 재산개념에 대하여는 “원래 재산개념이라는 것이 경제적 측면을 완전히 배제하지 않는 한, 똑같은 내용의 재산이라 할지라도 언제 어느 경우어나 어디에서나 누구에게나 항상 똑같은 가치를 가지는 것은 아니라는 점을 포용하고 있는 것이기 때문에, 단지 같은 내용의 재산이라도 개인적으로 각기 다른 의미를 가질 수 있다는 점만을 이유로, 굳이 개인적 재산개념과 같은 별도의 재산개념을 만들어 낼 필요는 없다”는 비판이 있다.<sup>63)</sup> 독일에서도 현재 재산개념 자체의 해석에 있어서는 개인적 재산개념에 대한 지지자를 거의 찾을 수 없다는 견해도 있다.<sup>64)</sup>

재산상 손해의 산정을 함에 있어서 어차피 본인에게 발생한 전체재산가치의 감소를 고려해야 하고, 이러한 전체재산가치의 감소는 만약 본인에게 재산상 손해와 이에 의한 이익이 동시에 발생한 경우에는 이를 정산하여 판단하여야 할 것이므로, 이에 개인적 재산개념이 어느 정도 반영된 것이라고도 할 수 있다. 따라서 재산상 손해에 관한 전제 개념으로서 재산의 개념을 확정함에 있어서는 개인적 재산개념을 이용할 필요는 없다고 본다.

61) Harro Otto, BT, §54 Rn 35.

62) 이러한 ‘본래 목적에 위배되는 자금의 부적절한 사용’에 관한 판결로는 BGHSt 40, 287, 291 등다수.

63) 김성천·김형준, 전게서, 452면.

64) Fritjof Haft, BT I, S.97.

## IV. 결론

이상과 같이 형법상 ‘재산’에 대한 몇 가지 학설논쟁을 살펴보았다. 위 학설들은 다음과 같이 요약할 수 있을 것이다.

첫째, 법률적 재산개념은 민사법상 정당한 소유물이나 점유물과 같이 오직 법적으로 승인된 재산만이 형법상의 재산에 속한다고 보는 견해이다. 이 견해는 재산을 순수하게 법률적으로만 판단하고, 경제적 가치를 문제 삼지 않는다. 둘째, 경제적 재산개념은 재산의 법적 측면을 전혀 고려하지 않고 경제적 교환가치만으로 재산을 개념 짓는 견해이다. 셋째, 법률적·경제적 재산개념은 적법한 외관과 함께 경제적 가치가 인정되면 형법상 재산으로 인정한다. 마지막으로 개인적 재산개념은 재산상 손해의 판단에는 도움을 주지만, 재산 그 자체의 개념과는 다소 거리가 있어 보인다.

법률적 재산개념과 경제적 재산개념은 앞서 살펴본 바와 같이 각각 한 가지 측면만을 강조하는 견해들이다. 여러 견해들 중 법률적 재산개념을 제외하면 모두 경제적 가치를 전제로 하는 개념들이다. 법적 유효성만을 중시하여 재산상의 손해에 있어서의 재산개념을 정한다면 법적 평화의 확립을 추구하는 형사정책적 목표와 상충한다는 문제가 생긴다. 그러므로 재산개념은 기본적으로는 경제적 관점에서 출발해야 한다. 하지만 법적으로 보호받지 못하는 재산을 형법이 보호하는 것도 문제가 되며, 법질서의 통일성이라는 관점에서 보면 다른 법률이 보호해 주지 않는 재산을 과연 형법이 보호해 주어야만 하는 것인지 의문이 들게 된다. 즉 비록 재산개념의 이해를 경제적 관점에서 출발한다고 하더라도 경제적 재산개념만으로는 법질서 내에서의 상호모순이라는 문제를 해결할 수 없어 곤란하다. 결국 전체적으로 보아 법적 재산개념과 경제적 손해개념에 비하여 극단적 성격을 탈피하는 법률적·경제적 재산개념에 따라 형법상 재산개념을 이해하는 것이 보다 합리적이라고 생각된다. 형법상 사기죄, 배임죄 등에서 재산상 손해를 논하기 위하여 처음부터 문제되는 재산이 법률적·경제적 재산개념에 합치되는 것인가를 먼저 파악하는 것이 중요하다고 할 것이다.

## 참고문헌

### [국내문헌]

- 강구진, 형법강의(각론 I), 1983년, 박영사
- 김성천·김형준, 형법각론 제2판, 2006년, 동현출판사
- 김일수·서보화, 형법각론 제7판, 2007년, 박영사
- 박상기, 형법각론 제7판, 2008년, 박영사
- 박상기, 형법총론 제8판, 2008년, 박영사
- 배종대, 형법각론 제6전정판, 2006년, 홍문사
- 백형구, 형법각론 개정판, 2002년, 청림출판
- 손동권, 형법각론 개정판, 2005년, 율곡출판사
- 안경옥, “사기죄의 기수”, 형사판례의 연구 I, 지송이재상교수회갑기념논문집 간행위원회  
편, 2003년, 박영사
- 안경옥, “불법원인급여와 사기죄의 성립-대법원 2001도2991 판결과 관련하여-”, 형사법연  
구 제17호
- 오영근, 형법각론 중판, 2006년, 박영사
- 유기천, 형법학[각론강의I], 전정신판, 1995년, 일조각
- 이재상, 형법각론 제5판(보정판), 2006년, 박영사
- 이정원, 형법각론 제3판, 2003년, 법지사
- 이형국, 형법각론, 2007년, 법문사
- 임웅, 형법각론 개정판 보정, 2006년, 법문사
- 정성근·박광민, 형법각론 제2판, 2006년, 삼지원
- 정영일, 형법각론 초판, 2006년, 박영사
- 조준현, 형법각론 개정판, 2005년, 법원사
- 진계호, 형법각론 제5판, 2003년, 대왕사

[독일문헌]

- Fritjof Haft, Strafrecht Besonderer Teil I, 8.Auflage, 2004  
Harro Otto, GrundKurs Strafrecht Die einzelnen Delikte, 7.Auflage, 2005  
Kindhäuser/Neumann/Paeffgen(Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch Band 2  
258-358, 2.Auflage, 2005  
Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar 159-358, 27.Auflage, 2006  
Tiedemann, Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch 33.Lieferung, 11.Auflage, 2000  
Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze 185-358, 52.Auflage, 2004  
Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil/2, 28.Auflage, 2005  
Wilfried Küper, Strafrecht Besonderer Teil, 6.Auflage, 2005

[일본문헌]

- 西田典之, 刑法各論第4版, 弘文堂, 1999年  
林幹人, 刑法各論, 東京大學出版會, 2003年  
平川宗信, 刑法各論, 有斐閣, 1995年  
平野龍一, 刑法概說, 東京大學出版會, 1977年  
前田雅英, 刑法各論講義, 東京大學出版會, 2007年



## Zusammenfassung Eine Forschung über den Vermögensbegriff

Lim, Jung-Ho<sup>\*</sup>

Der Begriff 'Vermögensschaden' wird im Strafrecht unter Untreue und Betrug benutzt. Da der Begriff des Vermögensschadens in Bezug auf Untreue im deutschen Strafgesetzbuch (§266 Abs. 1) die Möglichkeit des gefährdeten Vermögens impliziert, ist er mit dem Begriff des Vermögensschadens bezüglich Betrug (§263 StGB) inhaltlich identisch. Dies gilt auch im koreanischen Strafgesetz.

Wie sollte man dann konkret den Vermögensbegriff beim Vermögensschaden definieren? Je nach dem, wie man den Begriff 'Vermögen' definiert, kann der Umfang von Untreue und Betrug im Strafrecht kleiner oder größer werden. Daher ist es wichtig, den Vermögensbegriff korrekt und angemessen zu bestimmen.

Erstens gibt es den juristischen Vermögensbegriff. Bei dem juristischen Vermögensbegriff wird nur das juristisch anerkannte Vermögen, wie das zivilrechtliche Eigentum als strafrechtliches Vermögen anerkannt. Hier wird also das Vermögen als rein juristisch bewertet; der wirtschaftliche Wert wird dabei nicht betrachtet.

Zweitens kann man von dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff sprechen. Beim wirtschaftlichen Vermögensbegriff werden juristische Aspekte des Vermögens ausgeschlossen. Das Vermögen wird nur als Tauschwert wirtschaftlicher Güter definiert.

Drittens gibt es den juristisch-wirtschaftlichen Vermögensbegriff (auch ökonomisch-juristischen Vermögensbegriff). Beim juristisch-wirtschaftlichen Vermögensbegriff wird Vermögen als strafrechtlich anerkannt, wenn der wirtschaftliche Wert und das rechtmäßige Aussehen zugleich anerkannt wird.

Die ersten zwei Vermögensbegriffe - der juristische und der wirtschaftliche - betonen

---

<sup>\*</sup> Associate Research Fellow, Korean Institute of Criminology, Ph.D. in Law

jeweils nur einen einzigen Aspekt. Betont man aber nur die Rechtsgültigkeit, ist es schwer das kriminalpolitische Ziel zu verwirklichen, das die Verankerung des juristischen Friedens anstrebt. Wird andererseits nur der wirtschaftliche Wert betont, bedroht dies die Rechtsordnung, wenn man das rechtlich nicht geschützte Vermögen durch das Strafrecht schützen will. Daher ist der juristisch-wirtschaftliche Vermögensbegriff die Lösung.

❖ Keywords : Vermögensschaden, Juristischer Vermögensbegriff, Wirtschaftlicher Vermögensbegriff, Juristisch-Wirtschaftlicher Vermögensbegriff