

반환의사가 있는 예금통장의 절취에 관한 대법원판례 평석

유 용 봉*

국 | 문 | 요 | 약

대법원은 피고인이 피해자의 예금통장을 부정사용하여 예금액을 인출한 대상 판례에서 예금통장의 예금채권을 표창하는 유가증권성을 본 연구와 달리 부정하고 동 통장을 소지함으로써 예금채권의 행사자격을 증명할 수 있는 자격증권이기에 때문에 예금액에 대한 증명기능을 인정하고 이를 경제적 가치로 인정하였다. 또한 대상판결은 피고인에 의한 예금인출은 예금통장 자체의 예금액 증명기능이 상실되고 이에 따라 그 상실된 기능에 상응한 경제적 가치도 소모된 것에 대한 문서성에 한정하여 불법영득의 의사를 인정하며 절도죄가 성립한다고 판결하였다. 그러나 본 연구에서 핵심적으로 밝힌 바와 같이 예금통장상 감액기장 부분은 특수한 기명증권적 성격 즉, 유가증권과 동일한 법적 효력을 갖고 있기 때문에 이를 바탕으로 영득을 긍정해야 함을 지적하였다. 주요 쟁점사항으로는 예금통장을 소지한 명의인만이 동 통장상의 예금액의 청구권을 행사할 수 있기 때문에 예금통장은 기명증권적 성격과 양도성이 없는 관계로 특수한 기명증권적인 특성을 갖고 있어, 동 특성은 넓은 의미의 유가증권적 성격에 해당하기 때문에 불법영득의사의 객체에 해당함을 밝혔다.

- ❖ 주제어 : 예금통장절취, 불법영득의사, 예금통장의 특수한 기명증권적 성격, 예금통장의 유가증권적 성격, 물체설, 가치설, 수정된 물체설, 절충설, 사용절도

[대상판결] 대법원 2010. 5. 27. 선고 2009도9008 판결

* 한세대학교 경찰행정학과 교수, 법학박사

1. 사실관계

원심¹⁾은 이 사건 공소사실 중 ‘피고인이 2007. 12. 11. 피해자 공소외 주식회사(이하 ‘피해자’라 한다)의 사무실에서 피해자 명의의 농협 통장(이하 ‘이 사건 통장’이라 한다)을 몰래 가지고 나와 예금 1,000만 원을 인출한 후 다시 이 사건 통장을 제자리에 갖다 놓는 방법으로 이를 절취하였다’는 절도의 점에 대하여, 그 판시와 같이 피고인이 피해자의 현장소장으로 근무하던 중 월급 등을 제대로 지급받지 못할 것을 염려하여 위 공소사실과 같은 행위에 이른 사실을 인정한 다음, 피고인의 그러한 행위로 인하여 이 사건 통장 자체가 가지는 경제적 가치가 그 인출된 예금액 만큼 소모되었다고 할 수 없고 피고인이 위와 같이 이 사건 통장을 사용하고 곧 반환한 이상 피고인에게 이 사건 통장에 대한 불법영득의 의사는 없었다고 보아야 한다는 이유로, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 부분에 대해 검사는 상고하였다.

2. 판결요지

그러나 원심의 판단에 관하여 대법원은 다음과 같은 이유로 수긍할 수 없다고 하였다. 타인의 재물을 점유자의 승낙 없이 무단사용하는 경우에 있어서, 그 사용으로 인하여 재물 자체가 가지는 경제적 가치가 상당한 정도로 소모되거나 또는 그 사용 후 재물을 본래의 장소가 아닌 다른 곳에 버리거나 곧 반환하지 아니하고 장시간 점유하고 있었다면 그 소유권 또는 이에 준하는 본권을 침해할 의사가 있다고 보아 불법영득의 의사를 인정할 수 있다²⁾는 점이 대법원의 입장이다.

한편 대법원은, 예금통장이 예금채권을 표창하는 유가증권이 아니고 그 자체에 예금액 상당의 경제적 가치가 화체되어 있는 것도 아니지만, 이를 소지함으로써 예금채권의 행사자격을 증명할 수 있는 자격증권으로서 예금계약사실 뿐 아니라 예금액에 대한 증명기능이 있고 이러한 증명기능은 예금통장 자체가 가지는 경제적 가치라고 보아야 하므로, 예금통장을 사용하여 예금을 인출하게 되면 그 인출된 예금

1) 춘천지법 강릉지원 2009. 8. 14. 선고 2009노123 판결

2) 대법원 1987. 12. 8. 선고 87도1959 판결, 대법원 1992. 4. 24. 선고 92도118 판결 등 참조

액에 대하여는 예금통장 자체의 예금액 증명기능이 상실되고 이에 따라 그 상실된 기능에 상응한 경제적 가치도 소모된다는 입장이다. 이에 따라 대법원은 타인의 예금통장을 무단사용하여 예금을 인출한 후 바로 예금통장을 반환하였다 하더라도 그 사용으로 인한 위와 같은 경제적 가치의 소모가 무시할 수 있을 정도로 경미한 경우가 아닌 이상, 예금통장 자체가 가지는 예금액 증명기능의 경제적 가치에 대한 불법영득의 의사를 인정할 수 있으므로 절도죄가 성립한다고 판시하였다.

앞서 언급한 바와 같이 대법원은 동 사건에서 통장 자체가 가지는 예금액 증명기능의 경제적 가치는 피고인이 이 사건 통장을 무단사용하여 예금 1,000만 원을 인출함으로써 상당한 정도로 소모되었다고 할 수 있으므로, 피고인이 그 사용 후 바로 이 사건의 통장을 제자리에 갖다 놓았다 하더라도 그 소모된 가치에 대한 불법영득의 의사는 인정할 수 있다고 판시하였다.

I. 문제제기

대상 판결에서 대법원은 피고인의 행위 중 사전행위로서 예금통장 자체의 범행에 대해 검토한 것은 타당하다. 그러나 예금통장 자체에 관하여 절도죄상 불법영득에 관한 접근방식이나 해석론은 긍정하기는 어렵다. 구체적으로 이는 피해자의 예금통장상 1천만원 감액된 부분이 동 통장의 증명기능이 상실되고 그로 인한 기능은 경제적 가치도 소모된다는 결론을 유도하였기 때문이다.

위의 사안에서 대법원의 심사숙고한 해석론은 예금통장 자체에 대한 증명기능을 중심으로 경제적 자격증명용 증권이라는 문서로서의 성격만을 중점 검토하였다. 물론 문서의 경우 그 자체가 타인의 소유나 점유에 해당할 경우에 불법영득의 대상체에 해당할 수 있다. 그러나 대상사안처럼 피고인이 예금액 중 1천만원을 인출하고 예금통장 자체를 피해자에게 반환 할 경우 동 통장상 물체자체에는 변화가 없는 것은 자명하다. 피고인의 행위는 물체설에 따를 경우 사용절도일 뿐이다. 다음으로 대법원은 예금통장의 법적 성격에 있어 유가증권의 요소가 있는가 에 대하여도 가치설의 입장에서 근접하게 접근하였다. 그러나 대법원은 예금통장의 유가증권적 성격

즉, 불법영득의사의 객체에 해당 여부에 관하여는 타당하지 않는 수범범위를 확정하였다.

그러므로 본 연구에서는 피해자의 예금통장이 유가증권적 특성을 갖기 위하여 동 통장 자체는 피고인이 행한 영득행위 이전에 우리 형법 제 225조, 231조, 232조, 236조상의 문서개념과 일치 여부를 먼저 밝힌다. 이 점은 예금통장이 유가증권적 성격을 갖기 위하여 동 통장은 먼저 문서라는 성격이 전제되어야 하기 때문이다.

따라서 본 연구는 대법원이 간과한 부분 즉, 예금통장의 유가증권적 특성과 문서성의 상관관계를 핵심사항으로 가치설과 절충설의 입장에서 수범범위를 확정된 후 감액 기장된 동 통장이 불법영득의사의 객체에 해당하므로 절도죄가 성립함을 밝히려고 한다.

더불어 위의 사안에서 피고인의 행위는 사전행위와 사후행위로 구별할 수 있다. 전자의 경우는 피해자 소유의 농협 예금통장을 절취한 피고인의 행위³⁾이며, 후자의 경우는 동 예금통장을 현금자동지급기에 넣고 조작하는 방법 또는 은행원을 이용하여 예금 잔고를 인출한 피고인의 행위이다. 통상 예금통장이나 신용카드 범죄의 경우 행위주체는 사후행위로서 예금인출이나 예금액의 이체를 목적으로 범행을 행하는 특성이 있다.

한편 피해자 소유의 농협 예금통장을 절취한 피고인의 사전행위 즉 전자의 경우도 농협 예금통장을 현금인출용으로 사용 후에 동 통장의 점유권자이며 명의인인 피해자에게 동 통장을 되돌려 줄 반환의사의 유무에 따라 절도죄의 성립에 영향을 미친다. 전자의 경우도 피고인이 동 예금통장의 점유권자인 피해자에게 동 통장을 되돌려 줄 반환의사의 유무는 절도죄상 행위주체인 피고인의 행위고의 외에 초과주관적 구성요건요소로서 불법영득의사의 객체가 될 수 있는가 란 문제와 관련이 있다.

대사판결에서 피고인이 절취한 피해자 명의의 농협 예금통장은 먼저 형법 제329조상 절도죄의 객체에 해당하여야 하며 나아가 불법영득의사의 객체로서 성격을 갖추어야 한다.

3) 본 연구에서는 한정된 지면관계상 사전행위인 피해자 소유의 농협 예금통장을 절취한 피고인의 행위만을 검토하기로 한다.

II. 타인 명의의 예금통장을 부정사용 후 피해자에게 반환한 경우

1. 형법 제329조상 절도죄의 성립 여부

1) 객관적 구성요건

위의 대상 판례에서 피해자 명의의 예금통장 자체가 동조가 요구하는 규범의 수범범위에 해당하기 위하여는 피해자 명의의 통장 자체는 형체물로서 재물성과 타인성이 전제되어야 한다.

(1) 예금통장의 법적 성격

통상 예금통장은 시중 금융기관인 농협중앙회 등이 불특정 다수의 고객에 대하여 청약의 용도로 제시하는 증서이다. 동 증서의 경우 고객은 시중의 금융기관인 농협중앙회 등이 제시한 예금계약기본거래약관을 숙지한 후에 금융실명거래및비밀보장에 관한 법률상 각 개인 또는 기업 고객의 실명에 따라 발행하는 예금액에 대한 증서이다. 동 증서상에는 예금주가 명기되어 있고 동 예금주는 자신의 이름아래 동 예금증서의 명의권을 법적 거래질서에서 행사할 수 있는 형체물이며, 타인에게 양도할 수 없다는 것이 특징이다.⁴⁾ 또 예금통장 자체상에는 동 통장을 발행한 발행자, 명의인, 예금통장의 고유번호, 명의인의 서명 또는 날인, 유효기간 등이 명기되어 있기 때문에 동 통장의 형체성(Koerperlichkeit)과 가시성을 인정할 수 있고 통장의 문서성을 긍정할 수 있다. 또한 동 통장에는 예금주의 이름이 명기되어 있어 동 예금주가 동 통장에 대한 명의권한을 갖고 있는 대상체⁵⁾이기 때문에 동 예금통장의 명의인은 사실상 또는 법적 거래질서에서 동 통장에 대한 점유권을 행사할 수 있다. 따라서 시중 금융기관인 농협중앙회 등이 발행한 예금통장 자체는 형법상 명의권한이나 점유권과 관련한 범죄의 객체에 해당할 수 있으며 구체적으로 영득범죄의 객체

4) 이에 관하여는 예금통장을 발행하는 시중의 각 금융기관의 약관에 명의인의 이름과 양도할 수 없다는 규약이 각각 명시되어 있다.

5) 이 설을 지지하는 입장은 RGSt 4, 414, 415; 5, 218, 220; 10, 369, 371; 24, 22, 35; Binding, StGB(BT-1), 264면 참조.

에 해당할 수 있다.

(2) 예금통장의 문서성

앞서 언급한 바와 같이 예금통장이 유가증권적 성격을 갖추었을 때 동 통장의 경우 불법영득의사의 객체에 해당할 수 있다. 예금통장이 굳이 유가증권적 성격이 있어야 함은 대상사건에서 피고인이 1000만원을 인출한 경우 동 금액은 피해자의 통장에 감액 기장되기 때문이다.

예금통장이 유가증권적 성격을 갖추기 위한 사전요건은 동 예금통장이 문서로서 성격을 갖추어야 함이다. 유가증권은 사문서로서의 성격이 있고, 넓은 의미에 있어서 문서의 일종⁶⁾이기 때문이다. 여기에서 말하는 유가증권은 무기명 증권, 기명증권, 특수한 형태의 기명증권 등을 포함한 넓은 의미에 있어서 개념이다. 문서란 형법상 유지기능, 증명기능, 보증기능이 있어야 함을 요하기도 하고,⁷⁾ 계속기능, 증명기능, 보장기능이 있어야 함을 요한다.⁸⁾

앞서 말한 바와 같이 시중 금융기관인 농협중앙회 등이 발행한 예금통장은 우리 형법 제231조상 사문서에 해당한다. 구체적으로 예금통장은 형법 제231조상 문서의 지속적 성격 또는 계속적 성격과 증명기능이 있다. 전자의 경우는 동 통장의 발행자인 시중 금융기관인 농협중앙회 등의 의사표시가 동 통장 상에 표시되어 있기 때문이다. 후자의 경우도 동 통장에는 동 통장의 발행자인 농협중앙회 등과 명의인의 이름이 명기⁹⁾되어 있고¹⁰⁾ 동 통장은 예금액의 인출, 계좌상 금액의 조회나 타

6) 이와 관련하여 불란서 형법이 유가증권에 관한 죄를 문서위조죄의 일종으로 규정하고 있고, 일본 형법이 문서위조죄 다음에 본죄(本罪)를 규정하고 있는 것은 본 죄를 문서죄로서의 성격을 강조한 것이라고 할 수 있다. 한편 독일 형법 제151조와 오스트리아 형법 제237조가 본죄를 통화에 관한 죄와 함께 규정하고 있는 것은 경제적인 거래에 있어서 유가증권 거래의 대량성과 통화와 유사한 도구 또는 수단으로서의 기능 때문에 통화와 같은 신용을 필요로 한다는 점을 고려한 것이며 이에 관하여는 Arzt/Weber, StGB(BT, LH-2), S. 161; Dreher/Troendle, §151 Rn. 1; Herdegen, LK, §151 Rn. 1; Rudolphi, SK, §151 Rn. 1; Schoenke/Schroeder-Stree, §151 Rn. 1; 이재상, 앞의 책, 505면 참조.

7) 손동권, 형법각론, 율곡출판사, 2007, 624면 이하.

8) 배종대, 형법각론, 홍문사, 2006, 678면 이하.

9) 여기에서 말하는 명의인은 예금통장을 발행한 명의권자인 금융기관이나 발행사로부터 예금통장을 법적 절차에 따라 점유하여 동 통장을 은행거래상 사용할 수 있는 사람을 의미하며, 동 통장의

계좌로 이체 등 문서로서 증명능력이나 증명목적이 분명하여 문서로서 증명의 적합성이 전제될 뿐만 아니라 시중 금융기관인 농협중앙회 등이 발행하여 동 통장을 법적 거래상 보증을 하기 때문에 동조상 문서로서 성격을 갖는다.

나아가 위의 대상판례에서 예금통장이 형법상 문서이기 위해서는 동 예금통장 자체는 특별한 형식으로 형제화된 관념 내지 사상을 표시하는 수단으로서 법적 거래상 증명력이 확실해야 하고 발행자를 인식할 수 있어야 한다.¹¹⁾ 예금통장의 법적 거래상 구체적인 증명력은 이를 이용하여 금융기관의 은행원을 통하거나 자동적으로 작동하는 현금자동인출기를 통하여 예금액을 인출할 수 있는 매개수단이라는 점과 이를 발행한 금융기관을 인식할 수 있는 점에서 예금통장이 문서 개념과 일치한다는 것을 부정할 수 없다. 따라서 예금통장은 우리 형법이 요구하는 문서개념에 해당하는 객체라는 점은 의문의 여지가 없다.

여기에서 말하는 시중 금융기관인 농협중앙회 등이 발행한 예금통장의 문서성은 전통적인 금융거래수단으로서 문서성격만을 말하며, 최근에 발행한 예금통장상의 자기띠(magnetic-tape)나 마이크로 칩(micro chip 또는 IC칩) 부분을 포함한 의미를 말하는 것은 아니다. 과거 예금통장은 대인간에 금융거래수단으로서 문서성을 갖는 예금통장이 주류를 이루었으나, 현재는 동 예금통장상 자기띠(magnetic-tape)나 마이크로 칩(micro chip 또는 IC칩)이 부착되어 현금자동인출기를 통한 무인 금융거래수단의 성격을 갖기 때문에 양자는 서로 기능적인 관점에서 구별하여야 할 성격이 있다. 그러나 본 연구에서는 은행원을 통한 대인간 거래나 현금자동인출기를 통한 대자동기기를 통한 거래의 경우 별 문제를 제기하지 않는다. 그 이유는 명의인이 대인간이든 대자동기기간을 통하여 자신의 예금액을 인출할 경우 예금통장상에는 인출액만큼 감액분이 동일하게 기장되기 때문이다.

법적 절차에 따른 명의권은 첫째 고객이 예금통장의 발행 금융기관과 은행계좌개설 및 이용계약을 체결하고 예금통장 사용계약을 체결한 후 명의인의 권한을 확보하여 동 통장의 점유권을 취득한다.

10) 이에 관하여는 예금통장을 발행하는 시중의 각 금융기관이나 발행사의 약관에 명의인의 이름과 양도할 수 없다는 규약이 각각 명시되어 있다.

11) 상세히는 Samson, SK, §269 Rn. 7 참조.

2) 주관적 구성요건

형법 제329조상 절도죄는 주관적 구성요건으로 제13조상 고의를 필요로 한다. 고의란 통상 구성요건을 실행함에 있어서 행위주체의 인식과 의사를 말하며, 절도죄의 경우 동죄가 요구하는 객관적 구성요건 요소에 해당하는 사실을 행위주체가 인식하고 행위의사를 갖고 있어야 함을 의미한다.

위의 대상 판례에서 행위주체인 피고인은 피해자 명의의 통장을 절취행위 당시 예금통장 자체가 동 통장을 발행한 금융기관에 속한다는 사실과 그 예금통장을 명의인(Gewahrsamsinhaber)인 피해자의 이름아래 사용한다는 사실을 인식하고 예금통장의 사실상 지배를 원하였으므로 동죄상 절취고의를 인정함에 별도의 문제를 제기하지 않고 이를 긍정할 수 있다.

나아가 형법 제329조상 절도죄는 초과 주관적 구성요건의 요소로서 고의 외에 재물에 관한 불법영득의사(Rechtswidriger Zueignungsabsicht)를 다수설(적극설)¹²⁾은 특별히 필요로 한다. 주관적 요소로써 고의 외에 불법영득의사가 필요하다는 입장은 절도죄의 보호법익이 명의권 침해로써 성립하며, 동 명의권 침해의사인 불법영득의사를 요구하기 때문에 이를 필요로 한다고 본다. 더불어 절도죄가 손괴죄보다 더 무겁게 처벌되는 것은 절도죄에 강한 행위반가치 때문이며 동 행위반가치는 불법영득의사라고 한다. 이러한 불법영득의사는 일반적인 절도와 사용절도가 구별될 수 있기 때문에 절도죄는 불법영득의사가 필요하다고 할 수 있다.

한편 절도죄에 불법영득의 의사가 불필요하다는 입장¹³⁾은 독일 형법에서는 불법

12) 같은 의견 서일교, 형법각론, 330면; 유기천, 각론강의(상), 317면; 황산덕, 형법각론, 270면; 강구진, 형법각론의 각론 1, 276면; 김종원, 형법각론 (상), 법문사, 1971, 185면; 이재상, 형법각론, 박영사, 2006, 263면; 김성찬·김형준, 형법각론, 동현출판사, 2000, 377면; 박상기, 형법각론, 박영사, 2005, 260면; 배종대, 형법각론, 홍문사, 2006, 348면; 백형구, 형법각론, 청림출판 1999, 136면; 이정원, 형법각론, 법지사, 2000, 326면; 이형국, 형법각론연구 I, 법문사, 1997, 390면; 임웅, 형법각론, 법문사, 2003, 285면; 정영일, 형법개론, 박영사, 2003, 442면; 진계호, 형법각론, 대왕사, 1985, 263면; 김일수서보화, 형법각론, 박영사, 2005, 291면.

13) 한편 소수설은 이를 불필요하다고 보며 이에는 정영석, 형법각론, 법문사, 1983, 301면; 정성근·박광민, 형법각론, 삼지원, 2003, 281면; 이진호, 신고 형법각론, 일신사, 1975, 285면; 오영근, 절도죄의 불법영득의사와 사용절도, 형사판례연구 II(1994), 175면 이하. 나아가 불법영득의사의 법적 성격에 관하여 고의의 내용에 불과하다는 입장도 있으며 이에는 배종대, 형법각론, 홍문사, 2006, 366면; 유기천, 형법학(각론강의 상), 일조각, 1982, 213면; 정성근, 형법각론(전정판), 법지사,

영득의사를 절도죄의 구성요건에 해당함을 명문으로 규정하고 있음에 반하여¹⁴⁾ 우리 형법상 절도죄에는 그러한 규정이 없다는 점을 들고 있다. 더불어 독일 형법은 일반적인 사용절도를 절도죄와는 구분하여 따로 범죄로 규정하고, 단순히 손괴, 은닉의 의사로 타인의 재물을 취거한 경우에 불법영득의사를 절도죄의 요건으로 하면 절도죄로 처벌될 수 없는 불합리한 결과가 초래한다고 한다.

3) 사건

비록 우리 형법 제329조에서 절도죄의 구성요건에 독일 형법 제242조에 명시된 불법영득의 의사가 없다하더라도 동 규범을 인정하는 것이 타당하다고 생각한다.

이 문제는 당초에 우리 형법 조문이 입법될 당시 세심한 검토 없이 전적으로 일본 형법 제235조상 절도죄의 규정을 그대로 입법한 입법자들의 실수가 크기 때문이다. 그럼에도 불구하고 판례의 경우 또한 동죄상 불법영득의사를 인정하고 있다.¹⁵⁾

둘째로 우리 형법 제329조의 절도죄는 타인의 재물을 취득함으로써 성립하는 영득죄이다. 타인의 재물은 통상 적법하게 영득할 수도 있고 불법적인 방법으로 영득할 수 있다. 전자의 경우가 매매계약이나 증여의 형태로 가능한 경우이고, 후자의 경우가 바로 우리 형법이 금지하고 있는 절도죄상 영득의 경우를 의미한다. 이 후자의 규범은 행위주체가 자신의 행위 이전에 타인 재물을 불법적으로 영득하겠다는 의사를 갖는 경우를 말하며 매매계약 등에 의해 타인 재물을 적법하게 영득하겠다는 것을 의미하지 않는다. 따라서 영득이란 개념은 앞의 적법과 불법한 양자를 포함하며, 그 중에서 불법영득은 후자의 경우만을 의미한다.

셋째로 절도죄의 보호법익이 점유이기 때문에 불법영득이 불필요하다고 하지만

1998, 376면; 진계호, 형법각론(제3판), 대왕사, 1996, 267면 등이다.

14) 독일 형법 제242조 제1항은 타인의 동산물을 불법하게 영득할 의사로써 절취한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다 라고 규정하고 있고 동조 제2항에 미수는 처벌한다 라고 규정하고 있다. 동조의 원문은 § 242. Diebstahl. (1) Wer eine fremde bewegliche Sache einen anderen in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar. 이다.

15) 배종대, 앞의 책, 368면 이하 재인용; 대판 1961.6.28, 4294형상179; 대판 1992.9.8, 91도3149; 대판 2000.10.13, 2000도3655.

절도죄처럼 명의권을 침해하는 의사든지 동산물의 점유를 침해하는 의사든지 행위주체가 객체인 재물을 사실상 적법하지 않는 방법으로 즉 우리 형법이 금지하고 있는 영득의사로 타인의 재물을 취득한다는 점에서는 불법영득의 의사는 긍정할 수 있다.

넷째로 사용절도의 경우 재물의 사용으로 피해자에게 중대한 가치의 감소를 초래하기 때문에 절도죄의 성립을 인정해야 한다고 한다. 원칙적으로 맞는 말이다. 그래서 우리 형법에 예외적으로 사용절도 처벌의 특별규정으로 형법 제331조의2의 자동차등 불법사용죄를 신설하여 자동차란 재물의 불법영득을 인정하고 있다.¹⁶⁾

동법상 요구되는 불법영득이란 규범은 내용상 재물에 대하여 불법적으로 명의자 혹은 점유자를 배제한다는 소극적 요소(Enteignung)¹⁷⁾와 그 재물에 대하여 명의자 혹은 점유자로서의 권리나 지위를 불법적으로 새로이 취득(Aneignung)한다는 적극적 요소를 포함한 규범으로서 성격을 갖는다. 전자는 영구적이어야 함에 반해 후자는 잠시 동안의 점유 상태라도 충분하다. 다시 말하면 불법영득이란 행위주체가 외관상 타인 재물에 관한 명의자 혹은 점유자로서의 지위를 불법적으로 취득한 재물에 대해 행사하는 것을 말하기 때문에 법률적으로는 유효하지 않는 사실상의 재물 지배까지를 포함한다.

2. 불법영득의사의 객체

위의 대상판례에서 행위주체인 피고인이 타인인 피해자의 예금통장을 잠시 사용한 후 동 통장을 점유자이며 명의인인 피해자에게 반환하였다. 이 때 행위주체인 피고인은 피해자의 예금통장을 피해자의 지배범위로부터 일시적으로 배제하려는 영득 의사를 가졌을 뿐, 동 개념이 요구하는 영구적인 배제 의사를 갖지 않았다. 이 경우 행위주체인 피고인의 행위는 절도죄가 요구하는 영득의사의 개념에 포섭할 수 없는 문제가 발생한다. 동 행위를 영득의사의 객체로 보아 절도죄상 영득개념에 포

16) 손동권, 앞의 책, 285면.

17) 불법영득의사의 내용 중 소극적 요소는 명의자의 권리행사를 배제하려는 의사로써 사용절도와 구별되며, 권리자 배제의사는 어느 정도의 계속성과 영속성이 있어야 하며 판례는 동 요소를 상당히 확대하여 인정한다.

함할 것인가 아니면 단순한 사용절도(furtum usus; strafloser Gebrauchsanmassung)에 해당하는가에 대하여 학설은 상이한 입장으로 나누어 대립하고 있다.

구체적으로 대상 판례에서 피고인은 피해자의 예금통장상 1천만원을 인출한 후에 동 통장을 원 점유자이며 명의인인 피해자에게 되돌려 주었다. 이 때 피고인은 자신이 인출한 금액 1천만원만큼 액면가가 감액 기장되어 있는 상태로 동 통장을 명의인인 피해자에게 반환하였다. 동 통장상 금액의 감소 기장분은 예금통장 자체는 물질적 변화가 없으나 감액기장된 금액만큼 가치가 감소되었기 때문에 불법적인 영득을 인정하여야 한다는 점에서 물체설과 수정된 물체설, 가치설과 절충설의 대립, 그리고 대법원의 입장 등 문제를 야기한다.

이때에도 행위주체인 피고인이 피해자에게 반환한 예금통장의 경우 유가증권의 성격을 갖는가 아닌가에 따라 동 예금통장이 영득체인가 아닌가의 여부를 결정할 수 있다. 여기에서 말하는 유가증권은 무기명 증권, 기명증권, 특수한 형태의 기명증권 등을 포함한 넓은 의미에 있어서 개념을 의미한다. 예금통장이 유가증권이기 위한 사전요건은 물론 동 예금통장이 문서로서 성격을 갖추어야 한다.¹⁸⁾ 대상판례에서 예금통장상 감액 기장된 부분과 관련하여 대법원은 피해자의 경제적 자격증명용 증권으로 보아 경제적 자격증명의 객체로 인정하여 피고인에 대한 불법영득을 인정하여 절도죄가 성립한다고 하였다. 구체적으로 대법원은 동 판결의 해석론상 유가증권적 성격까지를 긍정하였으나 핵심적으로 증명기능이란 문서의 증명기능성만을 강조하여 불법영득체란 결론을 유도한 한계가 있다.

1) 물체설

절도죄상 초과주관적 구성요건요소로서 영득의사의 객체를 확정함에 있어 물체설(Substanztheorie)은 영득의사의 객체를 물체 자체라고 보며¹⁹⁾ 영득 의사의 내용을 명의권의 행사로 본다. 이 설에 따르면 예금통장 자체가 영득의 대상이어야 하며

18) 이에 관하여는 본 연구의 핵심 부분이며 방대한 양으로 인해 다음 항을 바꾸어서 사건 부분에 언급하기로 함.

19) RGSt 4, 414, 415; 5, 218, 220; 10, 369, 371; 24, 22, 35; Binding, StGB(BT-1), S. 264. 우리나라에 있어서는 이를 물질설이라고도 하며 양자는 동일한 의미이다.

피고인이 동 예금통장을 사용시 동 통장 자체에 물체상의 감소가 직접 있어야 한다. 위의 대상판례에서 피고인은 자신이 절취한 예금통장 자체에는 전혀 관심이 없고, 그 예금통장을 이용하여 피해자의 거래은행계좌에서 예금액을 인출하기 위한 수단으로서 이해관계를 갖는다. 이처럼 피고인이 예금통장을 그러한 예금액의 인출수단으로 사용할 경우 그 예금통장 자체에 물체상의 감소는 없다. 따라서 이 설상 예금통장 자체는 영득체 일 수 있지만, 위의 대상판례에서 피고인이 타인의 예금통장을 잠시 사용 후 원 점유자인 피해자에게 반환 의사를 갖는 경우에는 피고인이 동 예금통장 자체의 영득을 원치 않고 피해자에게 반환하였기 때문에 단순한 사용절도로 취급된다.²⁰⁾

2) 수정된 물체설

수정된 물체설(Die modifizierte Substanztheorie)은 물체설이 확립한 영득대상물의 확정을 전면적으로 부정하고, 영득의사의 객체라는 개념을 물체 그 자체가 갖고 있는 개념을 의미하는 것이 아닌 물체에 대한 소유권자로서의 지배권 또는 한 물체에 귀속되어 있는 전형적인 사용가능성에 관한 법적 지위(Rechtsposition zur Verwendungsmöglichkeit)를 영득의 객체로 본다.²¹⁾ 따라서 이 설에 따르면 행위 주체가 절취한 물체를 사용한 후에 소유자 또는 명의인에게 되돌려 줄 경우 동 물체에 대한 소유권자 또는 명의인의 사용권 또는 이용권을 침해한 경우로 보아 영득을 인정하는 입장이다.²²⁾ 대법원은 감액된 예금통장을 피해자의 경제적 자격증명용 증권으로 보아 경제적 자격증명의 객체로 인정하여 피고인에 대한 불법영득을 인정하여 절도죄가 성립한다고 하여 이설의 입장에 따른 결론을 유도했다.

그러나 동설의 문제는 첫째, 예금통장의 명의인인 피해자가 자신의 예금통장을

20) Gropp, JZ 1983, 488; Steinhilper, Jura 1983, 410; ders., GA 1985, 117; Frey, Computercriminalitaet in eigentums- und vermögensstrafrechtlicher Sicht, 1987, 140; Krey, StGB(BT-2), Rn. 513e; AG Hamburg, NJW 1987, 336; Wessels, StGB(BT-2), § 2 IV 4 f.; a.A. OLG Duesseldorf, CR 1987, 440 = Vorlagebeschluss zu BGH NJW 1988, 979; 같은 의견 이재상, 앞의 책, 248면; 김일수, 한국형법 (IV), 박영사, 1996, 60면; 배종대, 앞의 책, 374면.

21) Welzel, Lb, S. 341.

22) Rudolphi, GA 1965, 46.

사용할 계획이 전혀 없는 상태에서 자신의 사무실에 동 통장을 방치해 둔 시점에, 피고인이 이를 잠시 사용 후 피해자의 사무실에 다시 반환할 경우에는 이 설이 요하는 예금통장의 사용권 또는 이용권을 침해하였다고 볼 수 없다²³⁾는 점이다. 이유는 통상 행위주체가 타인 명의의 예금통장을 잠시 이용 후 반환시 예금통장 자체의 고유한 기능이나 이용가능성을 객체적으로도 침해하지는 않기 때문이다.

둘째, 피고인이 피해자의 예금통장상 금액을 부정인출 후 명의인에게 되돌려 줄 경우에도 수정된 물체설에 따를 경우 예금통장의 영득은 긍정될 수 있다.²⁴⁾ 그 이유는 피고인이 피해자의 예금통장을 절취하여 부정인출한 1천만원에 대한 사용권을 침해하기 이전에 물체설상 영득의사의 구성요소에 해당하는 표지인 배제요소를 인정하기 때문이다. 결국 수정된 물체설의 모순은 물체설상 소유권자의 배제요소를 인정한다는 점이다.

그러나 앞서 언급한 모순 외에도 동설에 의할 경우라도 불법영득은 결국 동 통장의 유가증권성이 전제될 경우에 가능한 결론이다.

3) 가치설

반면 가치설(Sachwerttheorie)은 절도죄상 영득의사의 객체에 관하여 물체설과 달리 물체 자체가 아닌 그 물체 속에 내재한 경제적 이용가치까지를 영득의 개념에 포함하여 확정한다.²⁵⁾ 동설상 가치란 물체자체가 갖고 있는 실질적인 면을 의미하며 피고인이 위의 대상판례에서 예금통장을 인출수단으로 사용할 경우 동 통장 상에는 피고인이 인출한 예금액만큼 감소가 있게 된다. 따라서 이 설에 의하면 동 통장 자체는 영득의 대상이 될 수 없지만, 피고인이 타인의 예금통장을 잠시 사용한 후에 원 점유자인 피해자에게 반환 의사를 갖는 경우에는 동 예금통장상 인출액 1천만원 만큼의 가치의 감소가 있기 때문에 예금통장 자체의 영득이 아닌 동 예금통장상 1천만원 만큼의 실질적인 가치감소로 불법영득은 인정할 수 있다.²⁶⁾

23) Ebenda.

24) Ranft, wistra 1987, 80.

25) 이 설을 지지하는 입장은 RGSt 40, 10, 13 f.; 43, 17 ff.; Frank, § 242 Anm. VII 2a.

26) 배종대, 앞의 책, 374면; 절충설에 따라 이를 인정하는 입장은 손동권, 앞의 책, 291면

그러나 동설에 의할 경우도 동 통장상 금액분 1천만원에 관하여 유가증권적 성격이 전제된 후에 가능한 결론이다.

4) 절충설

우리 형사법학계에서는 절도죄상 불법영득의사의 객체에 관하여 절충설이 다수설의 입장에 있다. 동설이 요구하는 불법영득에 해당하는 객체는 물체설상의 물체 자체와 가치설상의 실질적인 가치를 포함하여 보는 입장²⁷⁾과 양설상의 한 가지 요소가 있을 경우로 보는 입장²⁸⁾으로 구분할 수 있다. 앞의 양 입장은 대상사례의 경우 예금통장 자체의 물체적 감소는 인정하지 않지만, 가치설상 기능가치의 감소²⁹⁾나 실질적인 가치의 감소로 인한 불법영득의사의 객체임을 인정³⁰⁾하여 절도죄의 초과 주관적 구성요건에 해당한다고 한다.³¹⁾

위의 대상판례에서 피해자의 예금액 중 1천만원을 인출한 피고인의 행위를 절충설 중 물체자체와 실질적인 가치를 포함하는 입장에 따른다면 불법영득을 부정할 수 있다. 그 이유는 대상 판례에서 구체적으로 피고인이 피해자의 예금액을 부정 인출할 경우 동 통장상 금액의 감소는 있었으나 예금통장 자체에는 감소가 없기 때문이다. 따라서 이 입장은 물체설상의 물체자체와 가치설상의 실질적인 가치의 양면이 있을 때 한하여 불법영득을 인정하기 때문에 피고인이 반환의사를 갖고 있는 사례의 경우는 불법영득이란 개념을 인정할 수 없어 절도죄가 성립하지 않는다.

반면 양설상의 한 가지 요소만 충족할 경우 불법영득을 인정하는 절충설 입장은 예금통장상의 물체적 감소는 부정하고, 가치설상 기능가치의 감소³²⁾나 실질적인 가치의 감소로 인한 불법영득의사의 객체만을 인정³³⁾한다. 이 입장에 따라 피고인의

27) 배종대, 앞의 책, 375면; 김일수서보학, 앞의 책, 295면; 박상기, 앞의 책, 261면; 이재상, 앞의 책, 263면; 임웅, 앞의 책, 289면; 정영일, 앞의 책, 443면.

28) 손동권, 앞의 책, 291면.

29) 김일수서보학, 앞의 책, 295면.

30) 배종대, 앞의 책, 375면.

31) 절도죄상 초과주관적 구성요건요소로서 불법영득의사가 불필요하다는 입장은 오영근, 『형법각론』, 박영사, 2005, 312면 이하 참조; “타인의 예금통장으로 예금을 인출하고 반환한 경우의 죄책”, 『고시계』 2010. 9, 152면 이하.

32) 김일수서보학, 앞의 책, 295면.

행위를 검토해 본다면 피고인이 피해자의 예금액 1천만원을 부정 인출할 경우 예금통장 자체에는 물질적 감소가 없었기 때문에 불법영득은 부인되나, 피해자의 예금통장상에는 액면가가 감소 기장되어 있기 때문에 가치설의 입장에서는 불법영득을 긍정할 수 있다.³⁴⁾

그러나 앞의 양 절충설 역시 예금통장상 감액 기장된 부분과 관련한 유가증권적 성격에 관해서는 본질적인 관점에서 언급하지 않고 있다. 동설에 의할 경우도 동통장상 감액분 1천만원에 관하여 유가증권적 성격이 전제된 후에 가능한 결론이다.

III. 사건

위의 대상 판결에서 핵심적 내용은 피고인이 피해자에게 반환한 예금통장의 경우 동 통장이 본질적으로 영득체의 성격을 갖추고 있는가 란 문제이다. 이를 다른 말로 말하자면 감액 기장된 예금통장의 경우가 통상 유가증권(Wertpapier)의 성격을 갖는가 아닌가에 따라 동 예금통장이 영득체인가 아닌가란 결론에 도달할 수 있기 때문이다. 이때에도 예금통장 자체가 구체적으로 경제적 가치를 갖는 형체물로서 특성과 기능을 갖고 있어야 함을 요구한다. 그러한 요구는 예금통장 자체가 적어도 넓은 의미에 있어서 유가증권과 동일한 성격을 갖고 있어야 함을 의미한다. 앞서 언급한 바와 같이 유가증권은 무기명 증권, 기명증권, 특수한 형태의 기명 증권 등을 포함한 넓은 의미의 개념을 말한다. 세부적으로 동 통장 자체가 급부가 확실하게 약속된 기명증권이나 무기명증권(Inhaberpapier)적 성격이나 적어도 특수한 형태의 기명증권적 성격을 최소한 갖추고 있어야 유가증권적 성격이 있다고 할 수 있고, 절도죄가 요구하는 불법영득의사의 객체에 해당할 수 있다.

33) 배종대, 앞의 책, 375면.

34) 손동권, 앞의 책, 291면.

1. 예금통장의 유가증권적 특성

유가증권에 관하여는 우리 형법 제214조에 규정되어 있고, 동조는 유가증권의 보호법익을 권리의무에 관한 문서위조죄의 특수형태로서 법적 거래의 안전과 기능이라 한다. 유가증권은 통상 기명증권 또는 무기명증권의 형태로 거래질서상 유통되기도 한다. 후자의 경우는 증권상에 특정한 권리자의 성명이 기재되어 있지 않아 동 증권의 소지자를 권리자로 인정하는 증권의 형태를 말하며, 예를 들면 어음, 수표, 공채증서, 양도성예금증서 등을 말한다. 한편 전자의 경우는 증권상에 특정한 권리자의 성명이 기재되어 있어 동 증권의 소지자를 권리자로 인정하는 증권의 형태를 원칙적으로 말하며³⁵⁾ 예외적으로 특수한 기명증권적 형태를 포함한다. 예금통장이 유가증권(Sparbuch als ein qualifiziertes Wertpapier)과 동일한 법적 효력을 갖기 위해서는 적어도 앞의 양 요소가 있어야 한다. 이는 구체적으로 예금통장 자체에 확실한 급부가 약속되어 있거나 예금통장 자체가 청구권적 보증효력을 갖추고 있어야 함을 의미한다. 유가증권의 핵심적 요소에 해당하는 급부의 약속이나 동 보증효력은 법적 거래질서에 있어서 권리자가 동 증권상 권리를 행사하기 이전에 형체화가 전제되어 있어야 함을 의미한다.

이에 따른다면 예금통장은 자체가 확실한 급부가 약속된 증서이어야 하며 일반적인 거래질서상 양도가 가능해야 유가증권의 성격이 있다고 할 수 있다.

2. 예금통장의 무기명 또는 기명 증권적 특성

무기명증권은 기명증권과는 다르게 동 증권상에 동 증권을 발행한 발행주체와 특정한 권리자의 성명이 기재되어 있지 않고 서명도 없는 것³⁶⁾이 특징이다. 이 말은 동 증권을 발행한 발행자는 동 증권을 소지한 소지자에게 증권상 급부에 이행의무를 부담하며 권리자가 아닌 지참자에게도 동 증권상 명기된 급부를 거절할 수 없는 성격³⁷⁾을 뜻한다. 이에 예를 들어 수표, 주권, 상품권 등이 해당한다.

35) 유가증권에 관하여는 우리 상법 제65조에 규정되어 있다.

36) Thomas, Palandt-BGB, § 807 Rn. 1.

그러나 예금통장 거래는 이러한 무기명 증권적 거래 성격과는 다르다. 예금통장을 발행한 금융기관은 예금통장을 지참한 자가 누구든지 개의치 않고 예금액을 지급³⁸⁾하지 않는다. 그 이유는 예금통장상에는 동 통장의 발행인과 명의인의 성명, 발행금융기관의 고유번호와 예금통장의 번호 등이 명시되어 있고 각 금융기관의 예금 거래약관상 명의인에게만 예금액을 지급한다는 내용이 규정되어 있기 때문이다.

더욱이 예금통장상에는 소유권자인 발행주체와 점유권자인 명의인의 서명이 명기되어 있어 이 점이 예금통장과 무기명증권과의 차이점이다. 따라서 예금통장은 무기명증권상의 특성을 갖고 있지 않다.³⁹⁾

무기명증권은 자체가 액면가로 표시된 가치를 언제나 형체화하여 동 증권상 갖고 있는 반면에, 후자인 예금통장 자체는 이를 형체화 하고 있지 않고 예금액만 기장되어 있다. 더욱이 후자인 예금통장은 대인간 거래에 있어서 금융기관이 제공하는 예금청구서에 명의인의 서명이 없이는 실제적인 예금인출수단의 역할을 할 수 없으며, 현금인출기를 이용한 예금인출의 경우는 통장에 고유한 비밀번호의 입력없이는 실제적인 예금인출수단의 역할을 할 수 없다. 그러나 예금통장이 앞서 말한 명의인의 서명이나 비밀번호의 입력에 따른 예금액을 동 통장을 발행한 금융기관으로부터 보증받는다든 점에서 기명증권적 성격을 갖추고 있다. 단지 예금통장의 소유권은 이를 발행한 금융기관에 한정되어 있고, 거래약관에 근거하여 명의인에게만 사용권을 허용⁴⁰⁾하는 이유로 양도성이 없는 특수한 형태의 기명증권적 성격⁴¹⁾을 갖고 있기 때문에 예금통장은 예외적으로 유가증권적인 특성을 갖는다고 할 수 있다.

반복하자면 예금통장의 경우 예금통장을 소지한 명의인만이 동 통장상의 예금액의 청구권을 동 통장을 발행한 금융기관이나 그 밖의 현금자동인출기에 행사할 수

37) Thomas, Palandt-BGB, Einfuehrung 1 b vor § 793 BGB; ders., §807 Rn. 1d.

38) Gropp, JZ 1983, 489; Lenckner/ Winkelbauer, wistra 1984, 85; Frey, aaO, S. 144; AG Muenchen, wistra 1986, 269.

39) Wiecher, JuS 1987, 849; Stecher, WM 1977, 187 f.; Lenckner/Winkelbauer, wistra 1984, 85; Ahrens, aaO, S. 91; Frey, aaO, S. 144 f.; Bieber, aaO, S. 7; BGH NJW 1988, 980; Ehrlicher, aaO, s. 60; Spahn, Jura 1989, 514 f.

40) 거의 모든 예금통장은 발행금융기관에서 동 통장의 명의권은 발행금융기관이라고 명시하고 있고, 동 통장의 명의인은 타인에게 양도하여서는 않된다는 규약을 명시하고 있다.

41) AG Muenchen, wistra 1986, 269; Bieber, aaO, S. 7.

있기⁴²⁾ 때문에 예금통장의 경우 기명증권적 성격이 있다고 할 수 있다. 그러나 예금통장은 양도성이 없는 관계로 원칙적인 관점에서 기명증권이라 할 수 없고 동 통장의 명의인에게만 한정하여 동 통장을 발행한 금융기관이나 그 밖의 현금자동인출기에 행사할 수 있는 성격으로 인하여 특수한 기명증권적(ein qualifiziertes Legitimationspapier)인 특성⁴³⁾을 갖고 있다고 할 수 있다.⁴⁴⁾ 따라서 예금통장은 이러한 특수한 형태의 기명증권적 특성을 갖고 있고, 앞서 언급한 바와 같이 넓은 의미에 있어서 유가증권적 성격을 포함하기 때문에 유가증권의 일종이라 할 수 있다.

결론적으로 금융기관이 발행한 예금통장은 동 통장상 기재된 액면가에 대하여 급부가 확실하게 약속된 특수한 형태의 기명증권적 성격을 갖추고 있기 때문에 동 통장은 넓은 의미에 있어서 유가증권적 성격이 있다고 할 수 있고, 절도죄가 요구하는 불법영득의사의 객체에 해당할 수 있다.

IV. 결어

앞서 검토한 것과 같이 예금통장은 특수한 형태의 기명증권적인 특성 즉 유가증권적인 특성을 갖고 있으며, 자체가 경제적인 가치를 갖는 형체물이라 할 수 있다. 그러므로 피고인이 피해자의 예금통장을 잠시 사용 후에 동 통장의 명의인인 피해자에게 되돌려 줄 반환의사가 있는 경우에는 1천만원의 인출결과에 따른 예금통장상 가치 감소가 있기 때문에 가치설 또는 절충설상의 영득 의사의 대상이라 할 수 있다.⁴⁵⁾

결론적으로 예금통장상 1천만원이란 가치의 금액 기장분은 유가증권적 성격 즉,

42) Thomas, Palandt-BGB, §808 Rn. 1a.

43) Thomas, Palandt-BGB, §808 Rn. 1 a ; Schroth, NJW 1981, 731 ff; OLG Duesseldorf, CR 1987, 439 f.

44) Vgl. Mueller, Rudolf / Wabnitz, Heinz Bernd, Wirtschaftskriminalitaet, 3. Aufl., Muechen, 1993, S. 70 mwN.

45) 이에 Samson, SK, § 242 Rn. 70; 자세히는 Samson, JA 1978, 291 참조; Bockelmann, StGB(BT-1), § 3 II 2; Schoenke/Schroeder-Eser, § 242 Rn. 49; Heimann-Trosien, LK, § 242 Rn. 40.

세부적으로 특수한 기명증권적 성격이 있어야 영득의사의 객체에 해당한다. 이러한 특수한 기명증권적 성격이란 전제 아래 타인 명의의 예금통장을 피고인이 사용 후 명의인인 피해자에게 반환하는 경우에 가치설이나 절충설에 따를 경우 절도죄가 성립할 수 있다.

참고문헌

- 김성찬·김형준, 「형법각론」, 동헌출판사 2000.
- 김일수, 「한국형법」 (IV), 박영사, 1996
- 김일수/서보학, 「형법각론」, 박영사 2005.
- 김종원, 「형법각론」 (상), 법문사 1971.
- 박상기, 「형법각론」, 박영사 2005.
- 배종대, 「형법각론」, 홍문사 2006.
- 백형구, 「형법각론」, 청림출판 1999.
- 손동권, 「형법각론」, 율곡출판사 2007.
- 정영일, 「형법개론」, 박영사, 2003
- 오영근, 「형법각론」, 박영사 2005.
- 오영근, 절도죄의 불법영득의사와 사용절도, 형사판례연구 II(1994), 175면 이하.
- 유기천, 「형법학」(각론강의 상), 일조각 1982.
- 이건호, 「신호 형법각론」, 일신사 1975
- 이정원, 「형법각론」, 법지사 2000.
- 이재상, 「형법각론」, 박영사 2006.
- 임웅, 「형법각론」, 법문사 2003.
- 이형국, 「형법각론연구 I」, 법문사 1997.
- 정성근, 「형법각론」, 법지사 1990.
- 정성근·박광민, 「형법각론」, 삼지원 2002.
- 정영석, 「형법각론」(5정판), 법문사 1983.
- 진계호, 「신호 형법각론」, 대왕사 1985.
- 황산덕, 「형법각론」(5전정판), 서울: 방문사 1983.
- Bieber, Klaus-Dieter ; Rechtsprobleme des ec-Geldautomatensystems, WM Sonderbeil.
Nr. 6/1987, 1 ff.
- Binding, Karl : Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrecht, Besonderer Teil, 1.
Band, 2. Aufl., 1902.

- Bockelmann, Paul : Strafercht, Besonderer Teil, Band 1, 2. Aufl., Muenchen 1982.
- Dreher, Eduard/ Troendle, Herbert : Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 47. Aufl., Muenchen 1995.
- Gropp, Walter : Die Codekarte : der Schluessel zum Diebstahl, JZ, 1983, 487ff.
- Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch Bd. 5-7, 10. Aufl., Berlin/New York 1988.
- Lenckner, Theodor/Winkelbauer, Wolfgang : Strafrechtliche Probleme im modernen Zahlungsverkehr, wistra 1984, 83ff.
- Mueller, Rudolf / Wabnitz, Heinz Bernd ; Wirtschaftskriminalitaet, 3. Aufl., Muechen, 1993.
- Palandt, Otto : Buegerliches Gesetzbuch, 49. Aufl., Muenchen 1996.
- Samson, Erlich : Grundprobleme des Diebstahls , JA 1980, 285ff.
- Steinhilper, Udo : Missbrauch von Euroscheckkarten in strafrechtlicher Hinsicht, Jura 1983, 408ff.
- Rudolphi, Hans-Joachim/ Samson, Erich/ Horn, Eckhard : Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, Bd. II(§§ 80-358), 4. Aufl., Neuwied, 1991.
- Schoenke, Adolf/ Schroeder, Horst : Strafgesetzbuch, Kommentar, 24. Aufl., Muenchen: C.H. Beck, 1995.
- Wessels, Johannes : Strafrecht, Besonderer Teil 2, Straftaten gegen Vermoegenswerte, 15. Aufl., Heidelberg 1992.
- Welzel, Hans : Das deutschen Strafrecht, 11. Aufl., Berlin 1969.

Kritik zur Sparbuchsdiebstahl durch den unberechtigten Inhaber nach der hoechstgerichtlichen Entscheidung

Yoo, Yong-Bong*

Die Arbeit behandelt sich um ein Kritik zur Rechtswidriger Zueignungsabsicht eines Sparbuchsdiebstahls durch den unberechtigten SparbuchsInhaber nach der hoechstgerichtlichen Entscheidung. In ihr werden zunaechst die relevanten Fall als Problemstellung dargestellt, um sodann die bestimmte Loesungsmoeglichkeit einer strafrechtlichen Pruefung zuzufuehren. Ein Schwerpunkt der Untersuchung liegt darin, wie bei der genannten Fallgestaltung Verkoerperung eines Vermoegenswertes des Sparbuchs mit Rueckgabewille an den berechtigten SparbuchsInhaber nach § 329 KStGB in Betracht kommt.

Zu fordern ist hier besondere Elemente der "Rechtswidriger Zueignungsabsicht" nach den Theorien z.B. Substanz-, Sachwert- bzw. Vereinigungs- und die modifizierte Substanztheorien beim Diebstahlstatbestand i. S. von § 329 KStGB.

Schliesslich erfolgt im letzten Kapital eine besondere Verhaeltnis der Verkoerperung eines Vermoegenswertes des Sparbuchs als eine Rechtsnatur des qualifizierten Legitimationspapiers mit Rueckgabewille an den berechtigten SparbuchsInhabernach der allen Theorien i. S. von Rechtswidriger Zueignungsabsicht § 329 KStGB.

❖ Key words : Sparbuchsdiebstahl, Rechtswidriger Zueignungsabsicht, Sparbuch als ein qualifiziertes Legitimationspapier, Sparbuch als ein qualifiziertes Wertpapier, Substanztheorie, Sachwerttheorie, Die modifizierte Substanztheorie, Vereinigungstheorie, furtum usus.

투고일 : 5월 19일 / 심사(수정)일 : 6월 15일 / 게재확정일 : 6월 15일
--

* Associate Professor, Department of Police Administration, Hansei University