

<判例研究>

不法領得의 意思와 使用窃盜

崔 大 權*

1961年 6月 28日 大法院 判決(4294 刑上 179 特殊窃盜)

〔判決要旨〕 刑法上 窃盜罪의 成立에 必要한 不法領得의 意思라 함은 權利者를 排除하고 他人의 物件을 自己의 所有物과 同樣으로 其 經濟的 用法에 따라서 이를 利用하고 또는 處分할 意思를 말하는 것이고 永久的으로 其 物件의 經濟的 利益을 保持할 意思인 것을 必要로 하지 아니한다.

〔事實〕 被告人이, 海邊에 매어 놓은 傳馬船을 그 所有者의 承諾없이 操船하여 用務를 마친 後에 他場 所에 放置한 事實에 對하여, 原審(서울高等法院)은, 本件 傳馬船을 當初부터 단순히 一時的으로 使用할 目的으로 타고 다닌 事實은 認定할 수 있으나 不法領得의 意思가 있었다고 認定할만한 證據를 發見할 수 없다고 하여 無罪를 宣告하였던 바, 上告人(檢事)은 窃盜인 證據가 充分함으로 原審에 是 採證法則 違反으로 因한 重大한 事實의 誤認이 있다고 하여 上告하였던 것이다.

〔判決理由〕 ……被告人은 本件 傳馬船을 當初부터 단순히 一時的으로 使用할 目的으로 타고 다닌 事實은 認定할 수 있으나 正當한 所有 또는 占有者의 所持를 排斥하고 此를 不法으로 自己의 所持로 하려는 不法領得의 意思가 있었다고 認定할 만한 證據가 없다고 하였으나 前示 各證據를 記錄에 對照하여 檢討하면 被告人은 本件 傳馬船을 續紀 4293年 10月 22日 仁川市松峴洞 1番地 海邊에서 所有者 崔永德의 承諾없이 操船하여 用務를 마치고 仁川市寶水洞 所在 大仁埠順에 放置한 것을 同月 24日에 崔永德이 發見한 것이 分明한 바이므로 前段 說示한 바에 依하여 被告人에게 不法領得의 意思가 있었다고 볼 것임……

〔參照條文〕 刑法第 329條.

〔評釋〕

第一、 不法領得의 意思와 窃盜罪의 保護法益

1. 窃盜罪는 主觀的構成要件으로서 不法領得의 意思를 必要로 한다.

舊刑法第 242條와 같은 規定을 두지 아니한 우리 刑法은, 窃盜罪의 客體를 「他人의 財物」에 限局하였고, 그리고 自己의 財物에 對하여는 경우에 따라 權利行使妨害罪만을 認定하였으므로(323·325), 窃盜罪의 保護法益은 어디까지나 所有權으로 보아야 하며, 따라서 비록

* 서울大學校 法科大學 助教

明文規定의 根據는 없으나 竊盜罪의 要件으로서 所有權에 대한 侵害를 內容으로 하는 不法領得의 意思를 必要로 하며, 이를 否認하는 理論은 誤謬이다.⁽¹⁾

그러므로 위의 大法院 判例는 竊盜罪 構成에 不法領得의 意思를 必要로 함을 認定하였다는 點에서보다는 그 不法領得意思의 內容을 闡明하였다는 點에서 더 意味있는 것이라고 생각된다. 그 뿐만 아니라 判例는 占有가 行爲의 客體인 同時에 保護의 客體도 된다는 것을 認定하였다고 생각한다. 所有者라고만 하지 않고 權利者라고 하여, 領得意思의 概念要素로서 質權者, 賃借權者 등을 포함한 「權利者를 排除하여」라는 要件을 記述하고 있다는 點에서, 이를 看取할 수 있다. 丙의 財物을 借用하고 있는 乙로부터 甲이 그 財物을 竊取하였다고 하는 경우에 乙의 占有도 또한 保護된다고 보지 않을 수 없다. 占有의 侵害자체가 전혀 考慮되지 않는다는 것은 不當하다. 乙은 甲에 대하여 返還請求權을 갖는다(民法 204).

그러므로 親族相盜例(刑法 328)의 適用에 있어서, 丙과 乙이 모두 甲의 親族이어야 그 適用이 있으며, 丙 또는 乙중에 어느 하나와 親族關係가 없다면 그 適用도 없다고 생각되는 바,⁽²⁾ 만약 所有權만을 保護法益으로 본다면 丙은 甲의 親族이나 乙이 甲의 親族이 아닌 경우에도 328條는 適用되어야 할 것이기 때문이다.⁽³⁾

2. 橫領이나 竊盜나 他人의 財物에 대한 領得罪라 할 것 같으면, 領得罪의 가장 純粹한 形態를 橫領罪에서 볼 수 있다. 橫領行爲란 他人의 財物에 대하여 「不法領得의 意思를 表現하는 行爲」에 不過하다. 이에 反하여 竊盜罪에 있어서는 領得要件은 主觀的 要件 즉 不法領得意思로 化하여 버리고 그 客觀的 要件은 取去(Wegnahme)에 있다. 그러므로 領得要件을 直接 客觀的 行爲構成要件要素로 하는 것은 不當하다.⁽⁴⁾

3. 占有의 移轉 즉 取去(竊取)가 있을 때에 竊盜罪는 既遂에 到達하는 것이며, 日常生活上의 概念으로 竊盜罪가 成功하였느냐 어떠한는 전혀 無關하다. 그러므로 竊盜罪는 危殆犯으로 보아야 한다.⁽⁵⁾

그러면 竊盜罪가 既遂에 到達하였을 뿐만 아니라 더 나아가 日常生活上의 概念으로 竊盜가 成功하여 現在 竊盜犯人이 그것을 使用하고 있다고 하는 경우에 그는 目的物에 대하여 어떠한 地位 또는 權限을 가지고 있는 것이냐.

이 點은 竊盜罪의 既遂 未遂를 論하기 爲하여는 別意味가 없으나 領得意思를 規定함에는 重要한 意味가 있다. 竊盜에 依하여 財物에 대한 所有權 자체는 取得할 수 없다(民法 188 參

(1) 劉基天 刑法學(各論講義)(上) S. 269; 黃山德 刑法各論 S. 138; 徐壹教 刑法講義(各論) S. 123; 우리 刑法上 竊盜罪의 本質을 占有의 侵害로 보는 見解는 構成될 餘地가 없을 것이다.
(2) 劉基天 前揭書 S. 302; 徐壹教 前揭書 S. 125.
(3) 黃山德 前揭書 S. 132.
(4) Mezger, Strafrecht II 7. Aufl. S. 117.
(5) 劉基天 前揭書 S. 246; Mezger, a.a.O.S. 121. 그러나 竊盜罪의 保護法益이 所有權일 뿐만 아니라 前述과 같이 占有도 이에 포함된다면, 占有가 保護法益인 限에서는 竊盜罪는 侵害犯이다.

照). 그러나 所有權에 準하는 事實上的 地位를 取得한다고 생각한다. 民法上 竊盜犯人이라도 그 占有하는 物件(盜品)에 대하여 所有權者로서의 推定을 받으며(民法 200 參照), 그로부터 盜品을 讓渡받은 者는 善意인 限 所有權을 取得한다(民法 249, 다만 正當한 權利者는 竊取의 날로부터 2年間 그 返還을 請求하여 그 地位를 回復할 수 있다. 그리고 判例은 竊盜犯人으로부터 盜品을 善意로 取得한 者라도 2年間은 所有權을 取得하는 것이 아니라고 보고 있다. 詳細는 金曾漢 著 新物權法(上) 334 頁 以下 參照. 惡意(情을 알고)로 讓受받은 者는 贓物罪의 罪責을 질 것이다).

이같이 竊盜犯인은 盜品을 讓渡할 수 있는 地位에 있을 뿐만 아니라 이를 自己의 物件인 것처럼 經濟的으로 使用·收益할 수 있는 것이다. 이것은 바로 所有權의 內容이다(民法 211). 이같은 所有權에 準하는 地位를 竊盜犯인은 事實上 取得하는 것이며, 事實은 領得意思도 이러한 所有權에 準하는 地位를 그 內容으로 한다. 領得意思의 概念規定이 어려운 것도 實은 이러한 事情에서 基因하는 것이다.⁽⁶⁾

第二. 領得의 概念

먼저, 獨逸에 있어서의 領得意思에 관한 概念規定을 보면, 物質說(Substanztheorie)과 價値說(Sachwerttheorie)의 對立을 볼 수 있다.

領得意思의 客體에 관하여, 物質說은, 領得이라고 하는 語意로 보나 領得犯罪의 歷史的 發達過程으로 보아 外形의인 財物의 物質(Substanz der Sache)에 着眼한다. 다만 前述한 바와 같이 그러한 財物의 所有權 자체는 取得할 수 없다는 點을 考慮하여, 領得이란 「他人의 財物에 대한 所有權者와 同様の 支配의 設定」(die Herstellung der eigentümerähnlichen Herrschaft über die fremde Sache) 또는 「永久的인 權利者 排除下의 所有權 內容의 行使」(das Ausüben des Eigentümsinhaltes unter dauerndem Ausschluss des Berechtigten)라고 한다.⁽⁷⁾

그러나 이 見解에 依할 것 같으면, 貯金通帳을 竊取하여 預置된 現金의 一部를 찾아 쓴 後 通帳을 주인에게 返還할 생각으로 貯金通帳을 竊取한 경우에는, 貯金通帳이란 物體를 가지겠다는 意思는 없으므로 이를 竊盜라 할 수 없다(物質說에 依하면 使用竊盜라 하여야 할 것이다. 그리고 後에 銀行에서 現金 一部를 찾아 쓴 後 도로 返還하였다면 돈을 찾은 點에 대하여서만 詐欺의 成立을 認定할 수 있을 것이다). 그리고 電氣를 쓴 後 소용없게 된 것을

(6) 그러므로 領得意思를 目的物에 대한 所有權 자체를 取得하려는 意思로는 理解할 수 없다고 할 수도 있을 것이다. Mezger, a.a.O. S. 121. 勿論 이것은 竊盜罪의 保護法益이 所有權 자체인 것과 矛盾되지 않는다고 생각된다. 이것은 一面 竊盜罪가 危殆犯인 點에서도 看取할 수 있을 뿐만 아니라 他面 竊盜犯인이 竊取한 財物에 대하여 取得하는 一定한 事實上的 地位에 대하여 所有權者는 權利를 主張하여 그 權利內容을 回復할 수 있는 바(民法 213 條), 이는 竊盜犯인의 所有權인 것과 같은 事實上的 地位가 所有權의 侵害를 內容으로 하는 때문이며, 따라서 결국 竊盜罪는 所有權 자체를 保護하는 것이 된다는 點에서도 알 수는 있을 것이다.

(7) 이 見解의 追從者로서, Binding, Liszt-Schmidt, v. Hippel, Gerland, Welzel.

둘러 줄 意思로 電池를 竊取하는 경우도 마찬가지이다.

그러므로 價値說은, 財物을 經濟的價値의 觀點에서 把握하여 「財物의 經濟的 價値를 行爲者의 財産에 옮기는 것」(die Zuführung des wirtschaftlichen Wert der Sache in das Vermögen des Täters)을 領得이라고 본다.⁽⁸⁾

그러나 問題의 解決은, 價値的 觀念만으로는 不可能하며 (無制限한 價値說은 刑法解釋의 範圍를 超越하며, 따라서 罪刑法定主義에 어긋난다), 오히려 「財物」자체에 대하여 어떠한 形態의 關係를 維持하는 것이 必要하다. 그렇지 않으면 「財物의 領得」이라 할 수 없을 뿐더러, 價値的 觀點만으로는 例컨대 단순한 債權도 行爲客體로 삼게 되어 도저히 許容될 수 없는 까닭이다. 그러므로 순수한 財産說(reine Vermögenstheorie)은 維持될 수 없다. 刑法上의 竊盜는 「利得」犯罪(Bereicherungsdelikt)가 아닌 까닭이다. 따라서 取去와 同時에 完全히 補償한 경우라도, 그리고 經濟的으로 無價値한 物作에 대하여도, 竊盜罪는 成立한다.

이같이 價値說이라 하더라도 財物의 物體自體와의 關聯을 떠나는 것은 許容될 수 없을 뿐더러, 竊盜罪는 財物의 價値로부터 獨立될 수 있는 까닭에, 獨逸 Reichsgericht 의 判例가 兩見解를 結合하여 領得이란 「行爲者가 財物자체나 혹은 그 財物에 體化된 價値를 自己財産으로 만드는 것」(dass die Sache selbst oder doch der in ihr verkörperte Sachwert vom Täter dem eigenen Vermögen einverleibt wird)이라고 한 後에, 領得意思란 財物자체이거나 혹은 그 財物에 體化된 價値를 가지려는 意思를 말한다는 見解가 判例 및 有力한 學者의 見解가 되고 있다.⁽⁹⁾

그러나 Maurach 는, 「財物에 體化된 價値를 가지려는 意思」는, 前述한 바 無制限한 價値說의 認定이 法的 安定性에 주는 危險性을 考慮하여, 오로지 補充的 原理이라는 點이 強調되어야 한다고 한다. 持히 價値說을 二次的으로 利用함으로써 一時 占據한 財物로부터 利益을 얻는 것이면 무엇이든 竊盜로 評價하게 되어서는 안된다. 그러므로 財物에 體化된 價値를 減少시켜 이를 權利者로부터 永久히 적어도 豫見할 수 없는 期間 排除하는 行爲만이 要件대 價値說에 따라 領得이라 할 수 있다(따라서 하루 저녁 報酬를 받고 演奏하기 爲하여 音樂家가 他人의 바이올린을 가져오는 것은 竊盜가 아니다). 價値說을 擴張하면 도대체 使用竊盜라 생각되는 경우도 竊盜로 處罰하지 않을 수 없을 것이다.⁽¹⁰⁾

한편 Welzel 은, 物質說을 固守하면서, 物質說이 貯金通帳 Case에서 부딪치는 難關도 民法關係를 자세히 음미한다면 表面的인 것에 그친다. 勿論 免責證券(Legitimationspapieren)은 權利가 그 證券의 占有와 結付되어 있는 것은 아니지만, 그러나 免責證券에 있어서도 그 證券

(8) Frank 以來 展開된 理論이다.

(9) Mezger, a. a. O. S. 122; Maurach, Deutsches Strafrecht, besonderer. Teil, 2. Aufl. S. 187; Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 8. Aufl. S. 836.

(10) Maurach, a. a. O. S. 187.

의 占有는 權利를 行使할 수 있는 可能性과 結付되어 있다. 故로 그 占有와 結付된 法的 地位를 利用할 意思를 가지고 이 文書를 利用하는 것이 刑法上의 領得概念에 포함된다고 하는 것은 實質的으로 正當한 것이다. 故로 이 文書의 占有와 結付된 法的 地位를 權利者처럼 行使하는 것이 이 경우의 領得이라고 하고 있다.⁽¹¹⁾

勿論 이같은 見解는 不當하지는 않다. 그러나 物質說을 이렇게 넓게 擴張한다면 實際로 結合說과 다른 點이 과연 무엇인지 疑問이다.

아무튼 이러한 學說의 對立은 財物에 대한 不法領得의 意思와 使用竊盜의 그것과의 限界를 긋는데 實際的 意味가 있는 것이다. 一般的으로 말하면 價値說은 物質說보다 領得의 概念을 財物의 단순한 一時 使用의 範圍에 더 넓게 擴張함으로 刑法的으로 너무 嚴格한 結果를 가져온다고 할 수 있다.⁽¹²⁾

第三. 不法領得의 意思

1. 그러면 領得意思에 관한 韓國 및 日本의 學說, 判例는 어떠한가.

日本에도 領得意思를 要하지 아니한다는 見解가 있으나 論外로 하고, 이를 肯定하는 見解에 관하여서만 말한다면, 우리 大法院의 判決과 꼭 같은 趣旨를 闡明한 日本判例(大判大 4, 5, 21)의 態度를 지지하는 見解와 「權利者를 排除하여 所有權의 內容을 行使하려는 意思」로 보는 見解의 둘로 大別할 수 있다. 또 우리 나라 學者의 그것도 마찬가지로 이 두 見解로 나누어 볼 수 있다.⁽¹³⁾ 그리고 判例의 態度는 獨逸學說의 所謂 價値說이며 나중 見解는 物質說이라고 理解되고 있다.⁽¹⁴⁾ 그러나 後述과 같이 이 두 見解가 반드시 獨逸의 價値說 및 物質說과 一致하는지는 疑問이다.

2. 아무튼 우리 大法院 判例가 領得意思에 관하여 日本 判例의 그것을 追從하고 있다는 것은 注目할 만하다.

1. 첫째 判例가 財物의 經濟的 面을 把握한 것은 반드시 不當하지는 않다고 생각한다. 왜냐하면 所有權이란 經濟的 및 社會的 意味, 더 나아가 一國의 法秩序의 制度的 表現으로서의 意味도 있는 것이지만 自由民主主義를 基本秩序로 하는 우리 나라에서는 또한 資本主義經濟秩序를 原則으로 하는 以上 財物의 經濟的 價値가 重要한 意味를 가지고 있다는 點을 認定할 수 있을진대, 所有權을 保護하되 그 經濟的 價値의 面을 把握하여 保護한다고 보는 것도 不當하지는 아니할 것이다.

그 뿐만 아니라 經濟生活, 經濟事情의 變遷에 따라 物件의 概念은 生成, 發展되는 것인 바, 民法은 이를 追認하여 電氣 其他 管理할 수 있는 自然力도 民法上 物件으로 하였으며 (民法

(11) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 5. Aufl. S. 264.

(12) Mezger, a. a. O. S. 122.

(13) 黃山德 前掲書 S. 138; 徐臺教 前掲書 S. 123.

(14) 平場安治, 森下忠 判例體系 刑法各論 S. 314.

98), 따라서 그 위에 所有權이 成立할 것이다. 이는 한편 刑法上 財物로서 竊盜의 客體가 된다(刑法 346). 管理할 수 있는 動力이 物件 또는 財物이 될 수 있는 것은, 다른 要件도 있겠지만, 가장 重要한 것은 有體物과 同視할 만한 經濟的 重要性 또는 價値 때문인 것이다. 그렇다면 財物의 經濟的 面을 把握하는 것은 財物 그 自體를 把握하는 것과 거의 다름이 없을 것이다.

2. 그러나 判例의 不法領得意思가 財物의 經濟的 面을 把握하여 「…其 經濟的 用法에 따라서 이를 利用하고 또는 處分할 意思…」라고 하였으나, 獨逸의 價値說과 同一하다고는 볼 수 없다. 獨逸의 價値說은 罪刑法定主義와의 關係上 財物에 體화된 價値만을 着眼하여야 한다는 點은 前述하였다. 그러나 文脈上 「其」란 財物을 意味한다고 생각되므로 判例의 領得意思는 財物의 經濟的 用法에 따라 利用 또는 處分할 意思만을 의미하며, 따라서 價値가 財物의 物體와 一定한 關聯性을 가지고 있어서 價値說에서와 같은 難點이 없다. 判例가 「權利者를 排除하고 他人의 物件을 自己의 物件과 同樣으로」라는 要件을 添加하고 있음에 비추어 더욱 그러하다.

3. 다만 前述한 바와 같이, 竊盜는 經濟的으로 無價値한 物件에 대하여도 成立할 수 있는 까닭에 領得을 經濟的 用法에 따른 利用에 限定할 必要는 없을 것이다. 그러므로 Maurach는 結合說을 따르나 價値說을 補充的인 原理로 보고 있는데 不過하다.

더구나 實際로 財物의 「經濟的 用法에 따라서 이를 利用 또는 處分」하는 것은 곧 所有權의 內容(民法 211條)의 行使에 不過하다고 생각한다.

과연 그렇다면 「經濟的」이란 수식어는 不必要하거나 輕視하여도 좋은 形容詞에 不過하다.⁽¹⁵⁾ 「他人의 物件을 自己의 所有物과 同樣으로」라는 要件을 「其 經濟的 用法에 따른 利用 또는 處分」이란 要件과 關聯시켜 생각할 때 이 點은 더욱 分明해진다.

이같이 「經濟的」이라는 要件을 嚴格히 要求하지 않을 때에는 判例의 不法領得意思是 實際로 「權利者를 排除하여 所有權의 內容을 行使하려는 意思」와 全혀 同一하다는 結論에 到達한다. 그리고, 權利者를 排除하고 他人의 物件을 自己의 所有物과 同樣으로 所有權의 內

(15) 最近의 日本判例中 「經濟的 用法에 따라서」라는 要件을 들지 않고 있는 判例가 있음은 參考할 必要가 있다.

特定立候補者를 當選시키기 爲하여 投票 增加의 目的을 가지고 投票用紙를 가지고 나온 事件에 대하여, 「權利者를 排除하고……自己의 所有物과 같이……이것을 利用할 意思」를 領得意思라고 하고, 따라서 被告人 등은 不法領得의 意思가 없다고 할 수 없다고 하였다(最判昭 33, 4, 17).

投票用紙의 經濟的 用法이라고 하는 概念 자체가 意味가 없음은 勿論이다. 그러므로 經濟的 價値있는 財物에 限하여 損壞의 意思와 區別하기 爲하여 經濟的 用法이란 要件을 要求할 뿐이고 經濟的 價値를 말할 수 없는 財物에 대하여는 이를 要求하지 않음을 알 수 있다. 따라서 判例의 不法領得의 意思是 物件의 所有者라든 一般的으로 行하는 바와 같은 그 物件의 本來의 用途에 적합한 方法에 따라 利用 또는 處分하는 意思를 意味하게 되고, 이리하여 결국 判例의 見解는 「權利者를 排除하고 所有權의 內容을 行使하려는 意思」와 別로 다르지 않음을 알 수 있을 것이다.

容을 行使한다는 것은, 「經濟的 用法에 따라서」의 要件을 除外하면, 바로 獨逸의 物質說과도 一致한다고 생각된다.

4. 다만 「權利者를 排除하고 所有權의 內容을 行使하려는 意思」를 領得意思로 보는 見解가, 經濟的 用法에 制限되지 않는 까닭에, 따라서 毀損 또는 隱匿의 意思도, 마치 所有者와 같이 支配處分하려는 意思인 點에 差異가 없음으로, 또한 領得의 意思에 內包된다고 보아, 단지 放棄·破壞·隱匿할 目的만을 가지고 품친 경우에도 領得의 意思가 있다고 보는데⁽¹⁶⁾ 대하여, 「經濟的 用法에 따라」라는 要件은 領得意思를 損壞隱匿의 意思와 區別하기 爲하여 必要한 要素로 생각된다.⁽¹⁷⁾ 왜냐하면 損壞의 意思는 領得의 意思와 區別되지만 그 損壞가 바로 物件의 經濟的 用法에 따른 利用에 不適當한 경우(장작 또는 石炭의 燃燒)에는 領得의 意思를 認定할 수 있기 때문이다.

5. 以上 본 바에 의하면, 判例의 領得意思에 관한 見解는 대체로 獨逸의 結合說의 立場과 같다고 생각된다. 다만 「經濟的 用法에 따라서」의 要件은 補充的 要件으로 보아야 하며, 이를 嚴格히 要求할 것은 아니다. 그러므로 判例의 見解가 妥當하다고 생각되며 이를 지지하는 바이다.

經濟的 用法의 內容으로서 經濟的 利益取得의 意思가 不法領得意思의 主要內容을 構成하며, 따라서 이 經濟的 利益取得의 意思가 領得罪과 損壞罪를 區別하는 Merkmal의 意味를 갖는다고 보는 見解가 있다.⁽¹⁸⁾ 이 見解는 竊盜罪가 利得犯罪가 아닌 以上 全혀 不當하며, 만약 判例의 見解가 이와 같은 것이라면 그 限에 있어서 刑法解釋의 範圍를 超越하여 罪刑法定主義原則에 反하는 까닭에 도저히 許容될 수 없을 것이다.⁽¹⁹⁾ 「經濟的 用法에 따라서」란 財物을 파악하되 주로 經濟的 面에서 把握하였음을 表示하여 「經濟的 用法에 따라서 利用 또는 處分」하는 것은 곧 所有權의 內容(民法 211)을 指示함에 不適當하다고 함은 前述하였다. 원래 「經濟的 用法에 따른 利用·處分」의 要件을 드는 理由는, 竊盜罪以外에 損壞罪를 따

(16) 團藤 各論 S. 316-317; 香川達夫 判例演習〔刑法各論〕平野·福田·大塚編集 S. 192, 不法領得의 意思.

(17) 競賣事件의 進行을 一時 妨害할 意思下에 競賣場에서 競賣記錄을 가지고 나와 이를 隱匿할 것을 決意하여 實行한 경우에, 不法領得의 意思를 가지고 行한 것이라 할 수 없고 文書를 隱匿한 것에 不適當하다(大判附 9, 12, 22).

또 단지 放棄할 目的으로 物件을 權利者로부터 取去한 경우에도 不法領得의 意思는 없다. 잡지라도 使用한 後에 放棄하는 것은 竊盜罪를 問擬해야 할 것이다. Maurach, a. a. O. S. 185.

(18) 香川 前掲書; 江家 刑法各論 S. 271, 註(17)에서 든 日本 判例는 「經濟上의 用法에 따라 利益을 獲得하려」는 意思(利得의 意思)를 領得의 意思에 附加 또는 包含하려는 것처럼 보이고 있다.

康政哲 刑法各論講義 S. 374는 不法領得의 意思를 아예 利得의 意思로 보고 있는 바, 이에 대하여도 本文의 批判이 妥當할 것이다.

(19) 判例가 「永久的으로 其 物件의 經濟的 利益을 保持할 意思인 것을 必要로 하지 않는다」고 한 것은 後述하는 바와 같이 一時使用의 경우라도 不法領得의 意思가 肯定될 수 있다는 것이지만, 한편 領得意思에는 經濟的 利益을 保持할 意思(利得의 意思)를 포함하지 아니한다는 點도 表現한 것이라고 볼 수 있다.

로 두고 있는 以上 단순한 破壞隱匿의 意思만을 가진 때까지 窃盜罪로 볼 必要는 없으므로 이때 行爲의 面以外에 意思의 面에서 兩者를 區別할 수 있는 標準을 든다면 그 財物의 經濟的 用法에 따른 利用 또는 處分이나 라는 것인데 있다. 또 主觀的 價値 밖에 없거나 그 밖에 經濟的 價値를 말할 수 없는 物件에 대하여 이 要件을 要求할 수 없는 것임은 前述한 바이다. 따라서 經濟的 用法이란 결국 補充的인 要件이라는 뜻은 經濟的 價値를 가진 財物에 대하여는 損壞의 意思와 區別되는 所有權의 內容을 行使하려는 意思 즉 領得意思를 認定하기 爲한 手段에 不過하다는 것이고 꼭 經濟的 用法에 따라야 한다는 것은 아니다. 따라서 經濟的 用法에 따른 利用·處分이란 결국 所有權의 內容의 行使에 不過하게 된다는 것을 알 수 있다.

結局 이러한 不法領得意思에 관한 見解의 對立은 保護法益인 그 物件의 所有權, 嚴格히 말하면 前述한 所有權에 準하는 事實上의 地位를 中心으로 하여 回轉함을 알 수 있으며, 따라서 「問題의 所在은 保護法益을 떠나서 判斷할 수 없다는 곳으로 돌아간다」고 본 것은⁽²⁰⁾ 問題의 核心을 파악한 것이다. 따라서 아무리 恣意하게 構成된 見解에 따르더라도 具體的인 경우에 卽應하여 不法領得意思의 存否를 判斷함에는 物件의 所有權, 嚴格히 말하면 物件에 대한 所有權에 準하는 事實上의 地位의 考慮에 依存하지 않을 수 없다.

第四. 使用窃盜와 不法領得意思

窃盜罪의 主觀的 構成要件으로 不法領得意思가 必要하다면, 이러한 不法領得意思없이 一時使用한 後에 原狀대로 返還하려는 意思를 가지고 他人의 財物에 대한 占有를 侵害하는 것은 使用窃盜로서 罪가 되지 않을 것이다.⁽²¹⁾ 그러므로 使用窃盜의 問題는 不法領得意思를 消極的인 面에서 다시 한번 다루는 것에 不過하다. 따라서 비록 一時使用의 意思였다고 하더라도 不法領得意思의 存在가 肯定되면 使用窃盜는 아닌 것이다.⁽²²⁾

一時使用의 경우에, 物體 자체를 가지려는 것이 아니면 領得意思가 아니라는 物質說, 財物을 利用하여 經濟的 價値를 얻으려는 것이면 무엇이든 領得意思가 됨으로(使用窃盜를 인정할 餘地가 없게 될 것이다) 그 財物에 體化된 價値를 얻으려는 것만이 領得意思라고 하는 價値說의 結論은 이미 보아왔으며, 結局 結合說이 妥當한 結論이라는 것도 보아 왔다. 그러므로 行爲者가 財物 자체를 使用은 하지만 그러나 所有者로 하여금 그 財物을 使用하지 못하도록 排除하지는 않거나 오직 一時的으로만 排除하려는 때에 使用窃盜가 되는 것이다.⁽²³⁾

(20) 劉基天 前掲書 S. 274.

(21) 그러나 刑事政策上 이를 處罰할 必要가 있다고 하여 이를 處罰하는 特別規定을 두는 것은 別個의 問題이다. 立法例로는 獨逸刑法 248 b 및 獨逸 1960年 刑法案 244의 自動車 등의 無斷使用, 日本改正刑法假案 422의 一般的 規定 등이 있다.

(22) 大判大 9, 2, 4; 東高判昭 26, 12, 27.

(23) Schönke-Schröder, a. a. O. S. 836 a) α).

Ein blosser Gebrauchsdiebstahl liegt vor, wenn der Täter die Sache zwar für sich verwerten, aber den Eigentümer von ihrer Verwertung nicht oder nur zeitweise ausschliessen will(RGSt. 35 356).

따라서 前述과 같이 結合說에 立脚하고 있다고 생각되는 判例가 本件의 경우에 使用窃盜를 否認하였음은 妥當한 바이다. 被告가 被害者의 占有를 侵害하여 占據한 傳馬船을 使用한 後 본래 있던 場所에서 떨어진 他場所에 放置하였다고 하는 것은 꼭 배를 가질 생각은 없었더라도 返還할 意思는 없었다고 생각되므로 不法領得意思의 存在를 肯定하기에 足하다. 物件을 훔친 後 海岸에 매어 둔 배를 타고 달아나다가 얼마가지 못하고 걸려서 逮捕된 事件에 關하여, 被告가 만드시 배까지 窃盜할 思想은 있었음이라고 한 陳述에 의하여 一時使用의 意思 밖에 없으므로 不法領得의 意思가 있었다고 볼 수 없다는 被告人側의 主張이 있었으나, 日本判例⁽²⁴⁾는 우리 大法院과 마찬가지로 不法領得의 意思가 있다고 判斷하고 있다. 그러므로 判例는 永久的으로 其 經濟的 利益을 保持할 意思인 것을 必要로 하지 아니한다고 하고 있다.

使用窃盜를 不法領得의 意思가 있는 경우로부터 區別하기 爲하여, 不法領得의 意思는 權利者의 排除는 만드시 永續의임을 要하지 않으나 一時的이라도 「權利者의 排除에 있어서 完全함」을 要한다는 標準을 들고 있는 學者가 많다.⁽²⁵⁾ 위에 論한 바에 따라 이를 볼 때 적절한 見解이며, 이에 찬성하는 바이다. 그러나 權利者 排除의 完全性이라고 하는 것은 不法領得意思와는 別個의 標準인 것이 아니라 바로 不法領得意思의 判斷의 標準에 不過하다는 것을 注意할 必要가 있다.

그 밖에 (1) 被害者의 推定的 同意,⁽²⁶⁾ (2) 損害가 輕微하기 때문에,⁽²⁷⁾ (3) 行爲가 公序良俗에 反하지 않는 경우에 限하여,⁽²⁸⁾ 라는 標準을 드는 學者가 있으나, 이것은 窃盜罪의 違法性 등에 관한 一般論이며 使用窃盜에서만 問題되는 것은 아닐 것이다.

現金一部를 찾아 쓰고 돌려 주는 例의 貯金通帳 case (Sparkassenbuchsfall)에 대하여, 우리 大法院 判例에 의하면 어떠한 判斷을 내릴 것인가는, 이를 다룬 判例가 없으므로 確言할 수 없으나, 우리 判例의 見解가 結合說의 立場에 있다고 생각됨으로 窃盜罪의 成立을 肯定할 수 있을 것이다.⁽²⁹⁾

(24) 最判昭 26, 7, 13

이 事件에서 비록 배를 窃取할 思想까지는 없었다 하더라도 權利者를 排除하여 自己가 使用, 이를 타고 도망하여 그 곳에 버리고 달아날 思想이 있음으로 返還할 思想이었다고는 생각되지 않으며, 따라서 不法領得의 意思가 있다 할 것이다.

(25) 金鍾源 法政 第18卷 第4號 S. 69; 徐壹教 前掲書 S. 132; 小野 各論 S. 238.

(26) 牧野 重訂 日本刑法(下卷) S. 344.

(27) 宮本 大綱 S. 353; 平場·森下 各論 S. 315 은 소위 使用窃盜로서 罪가 되지 않는 것은, 權利者를 完全히 排除하지 않으며, 또한 損害가 輕微하기 때문에 可罰的 違法에 到達하지 않은 경우에 限하여야 한다고 하고 있다. 그러나 損害의 輕微를 드는 것은 違法性的 問題와 領得意思와를 混同하는 것이다.

(28) 江家 刑法講義(各論) S. 261; 福田 各論 S. 226-227 은 損害의 輕微, 行爲가 公序良俗에 反하지 않는 點, 權利者를 完全히 排除하지 않는 點을 들고 있다.

(29) 權利者를 排除하여 所有權의 內容을 行使하려는 意思를 領得意思로 보는 見解에 의하면 法律(民法)的으로 이 結論이 不可能하지 않을까 생각된다. 왜냐하면 所有權의 內容이란 法律的으로 是貯

第五. 餘 論

第三者를 爲한 領得의 意思도 不法領得의 意思에 包含되는가.

行爲者의 不法領得의 意思는 財物(그 物體이든 體化된 價値이든 間에) 자체의 「領得」(sich die Sache zuzueignen)을 指向하는 것이어야 한다. 그러므로 理論的으로 말하면 否定하는 것이 妥當할 것이다. 첫째 明文上 第三者를 爲한 경우를 許容하고 있는 詐欺(347)나 恐嚇(350)과의 對照上 그러할 뿐더러, 根本的인 것으로부터 考察할 때 領得意思는 없으나 惡意있는 道具의 경우에 難點을 가져오는 까닭이다.

問題는 처음부터 財物을 奪取한 後 즉시 第三者에게 줄 생각인 때에 일어난다.

領得意思는 權利者의 地位를 自己가 대신 차지하려는 것이지 그 經濟的 價値를 終局的으로 自己에게 歸屬시키려는 것은 아니다.⁽³⁰⁾ 따라서 즉시 第三者에게 移轉하려는 경우라도 선 물하는 경우와 같이 行爲者가 第三者에 대하여 所有者인 것과 마찬가지로의 地位에서 處分(그 經濟的 用法에 따른 處分 또는 所有權의 內容의 行使) 하는 것이면 行爲者는 領得意思를 가지는 것이라 할 수 있다. 이와는 달리, 自己 스스로 所有者의 地位를 차지하려는 意思(領得意思)없이 그 行爲를 시킨 第三者(甲)에게 —報酬를 받든지 不然이든지— 傳하여 줄 意思를 가지고 奪取하는 者(乙)는, 領得意思는 없으나 惡意있는, 竊盜犯(甲)의 道具(따라서 스스로는 幫助犯이 될 것이다)에 不過하다.⁽³¹⁾

다시 甲이 他人(丙)이 所有 및 占有하는 財物을 情을 모르는 第三者(乙)에게 自己의 物件인 것 같이 속여 이를 賣却하고 그 物件을 가져가게 한 경우에 乙에게 領得意思가 있다고 할 것이나.

日本의 判例(最判大 8·2·13)는 甲의 竊盜罪의 成立을 否認한다. 따라서 領得意思에는 第三者를 爲한 領得의 意思는 포함되지 않는다는 趣旨이다. 그러므로 乙에 대한 關係에 있어서 詐欺罪의 成否만이 問題된다. 그러나 이를 肯定하는 判例가 있음을 注意할 必要가 있다 (最決照 31·7·3; 廣高判照 27·10·3; 大判大 15·12·24; 大高判 28·6·22).⁽³²⁾ 그 뿐만 아니라 不法領得意思의 面에서는 竊盜와 區別할 必要가 없다고 생각되는 橫領罪에 있어서 不法領得意思에 第三者를 爲한 不法領得意思도 포함된다는 判例가 많다(大判明 44·4·17; 大判照

金通帳의 所有權 자체에 대하여 말하여야 할 것이며 預金에 대한 債權 자체는 通帳의 所有權의 內容은 아니기 때문이다. 勿論 Welzel 처럼 그에 結付된 法律的 可能性까지 포함하여 극히 넓게 解釋한다면 別問題이지만.

(30) 註 18의 本文參照.

(31) Welzel a. a. O. S. 265.

(32) 이러한 경우에 着手時期는 어느 때로 보아야 하느냐 하는 問題가 생긴다. 이 問題와 關聯하여 만약 乙이 賣買契約締結後 直時 搬出하지 않고 數個月 또는 數年을 經過한 後에 搬出하였다고 하는 경우 또는 賣買契約締結後에 곧 所有者가 이를 探知하고 自己權利를 確保하는 措置를 取한 경우에 생기는 竊盜罪의 成否, 既遂냐 未遂냐, 不可罰의 豫備냐 하는 問題가 考慮되어야 할 것이다. 高田 最判解説 31·S. 189, 191-192.

8.7.5; 大判大 12·12·1; 最判昭 30·12·9; 最判昭 32·6·27). 그러므로 日本의 判例는 一般的으로 第三者를 爲한 領得의 意思도 領得意思에 包含시키려는 趣旨로 생각된다. 그러나 事件의 具體的 內容을 檢討할 때, 특히 위에 든 橫領의 경우는 대개 會社代表가 會社를 爲하여 橫領한 경우인데 法人에는 法罪能力이 없는 點이 은연중 考慮되었으리라는 것을 생각할 때, 竊盜罪에 있어서 第三者를 爲한 領得意思도 반드시 領得의 意思라고 보아야 할 必要가 있는 지는 疑問이다.