

罪數判斷의 基準과 不可罰的 事後行爲의 判別

황 정 인*

국 | 문 | 요 | 약

불가벌적 사후행위는 구성요건을 충족하는 행위의 가벌성을 부정하는 것이므로 그 근거와 요건이 명확해야 한다. 종래 학설은 죄수론을 추상화 위계화 하는 데 치중한 나머지 정작 불가벌적 사후행위의 판별 기준에 대해서는 상대적으로 소홀하였던 측면이 있다. 이 글에서는 불가벌적 사후행위가 어느 범주에 속하는 지에 대한 기존의 논의에서 비켜서서, 죄수판단의 기준 내지 원칙에 천착하여 불가벌적 사후행위를 판별하는 실천적인 방법을 제시하고자 하였다.

우선 형법 제37조와 제40조에서 죄수판단의 기준에 관한 실마리를 발견하였다. 그것은 '행위의 數' 와 '죄의 數' 인데, 여기서 '행위' 는 '사회적 형법적 행위' 로, '죄' 는 구성요건 충족으로 각각 파악하였다. 이것을 기준으로 하여 一罪가 되는 유형들을 3개의 群으로 나누어 보았다. 단일 행위로 1회 구성요건을 충족한 《제1군》, 단일 행위로 複數의 구성요건을 충족한 《제2군》, 그리고 複數의 행위로 複數의 구성요건을 충족한 《제4군》 등이 그것이다. 이 중 《제1군》은 행위와 구성요건충족의 단일성만으로, 또 《제2군》 중 일부 유형들은 충족된 구성요건들의 추상적 논리적인 해석만으로 각각 비교적 간명하게 一罪判別이 가능함을 밝혔다. 그러나 나머지 유형들은 해당 유형의 표지를 추출하여 개별적으로 판별기준을 설정해야 하는 것으로 확인되었다. 이에 그 대표적인 유형인 불가벌적 사후행위의 표지를 추출한 끝에, 사후행위가 '범죄' 이고 사후행위에 의해 침해되는 법익이 선행행위의 침해법익을 초과하지 않아야 한다는 불가벌적 사후행위의 판별기준을 도출할 수 있었다.

이어서 이 판별기준을 절도죄의 사후행위에 적용해 보았다. 절도죄에 의해 침해되는 법익은 절취품에 대한 소유자의 사용 수익 처분권이라는 점에서 출발하여, 절도범인이 절취품을 사용·수익 처분하는 각각의 양태를 그 절취품의 종류에 따라 가벌성을 추적한 결과 절취품의 '사실적 처분행위' 만이 불가벌적 사후행위에 해당한다는 결론에 도달하였다.

❖ 주제어 : 죄수론, 죄수판단의 기준, 불가벌적 사후행위, 불가벌적 사후행위의 판별

* 대전중부경찰서 경정. 한국형사정책연구원 파견.

I. 문제의 제기

절도범인이 물건을 훔친 다음 그 물건을 부수더라도 절도죄 외에 손괴죄로 처벌되지는 않는다는 데 이견이 없다. 이와 같이 주된 범죄행위 事後의 행위가 범죄구성요건을 충족함에도, 그 불법과 책임이 이미 주된 범죄행위에 대한 평가에 남김없이 반영되었기 때문에 별도로 처벌되지 않는 경우 그 사후행위를 ‘不可罰的 事後行爲’라고 한다. 불가벌적 사후행위를 인정하지 않을 수 없는 이론적 필요는 ‘범죄론’의 限界에서 나온다.

범죄론은 범죄의 성립요건을 규명하는 형법학의 분야이다. 범죄론에 의하면 어떤 행위가 범죄구성요건을 충족하면 거기에 위법성·책임 조각사유가 없는 이상 1개의 범죄를 구성하는 것으로 된다. 그러나 범죄론에서 확인된 ‘범죄’가 곧바로 형벌의 적용대상으로서의 ‘범죄’로 될 수는 없다. 그 이유는, 범죄론은 1개의 행위가 1개의 구성요건을 충족하는 것을 想定하여 전개되지만, 실제사례에서는 행위 혹은 충족되는 구성요건이 複數일 수도 있고 兩者가 모두 複數일 수도 있기 때문이다. 이러한 현상은 주로 구성요건간의 重疊에 의해 발생한다. 구성요건간의 중첩은 立法技術上 각각의 구성요건들의 包攝範圍를 완전히 排他的으로 규정하기 어렵기 때문에 불가피하다. 뿐만 아니라, 개별적으로 관찰하면 複數의 행위가 각각 구성요건을 충족하는 것처럼 보이지만 해당 구성요건의 성격이나 행위태양 등을 고려할 때 이를 전체적으로 보아 1개의 범죄로 취급해야 하는 경우도 있다. 구성요건의 중첩이라든지 전체적으로 1개의 범죄로 취급해야 하는 경우들을 고려하지 않고 범죄론에서 확인된 ‘범죄’들을 그대로 처벌하는 것은 ‘二重評價’이자 ‘二重處罰’이 된다.

따라서 범죄론에서 확인된 ‘범죄’들 중에서 형벌의 적용 대상이 되는 ‘범죄’를 가려내야만 하는데, 이것은 ‘罪數論’의 임무이다. 죄수론에 대하여 “범죄론과 형벌론의 접합영역”¹⁾ 내지 “범죄론과 형벌론의 중간에 위치하는 이론”²⁾이라면서, “범죄론과 형벌론의 연결기능”³⁾을 한다는 설명들이 이를 잘 나타내고 있다.⁴⁾

1) 임웅, 형법총론, 법문사, 2009, 545면.

2) 김일수·서보학, 형법총론, 박영사, 2002, 665면 ; 이재상, 형법총론, 박영사, 2007, 505면.

3) 박상기, 형법총론, 박영사, 2009, 472면.

4) 정성근·박광민, 형법총론, 삼지원, 2009, 607면은 “죄수론은 몇 개의 범죄성립을 인정할 수 있느냐라

불가벌적 사후행위는 범죄론이 확인한 ‘범죄’이지만 이를 처벌하는 것이 ‘이중처벌’에 해당되기 때문에 죄수론의 차원에서 그 가벌성을 부정하는 대표적 사례이다. 이로써 절도범인이 훔친 물건을 부순 행위는 범죄론상 數罪일지라도 一罪로 처벌된다. 이와 같이 범죄구성요건을 충족하는 행위의 가벌성을 부정하는 것이기 때문에 불가벌적 사후행위는 그 근거와 인정요건이 명확해야 한다. 그러나 이에 대해 형법은 아무런 언급을 하지 않은 채 학설에 일임하고 있다.

종래 학설들은 대부분, 범죄론상 數罪이지만 一罪⁵⁾로 파악해야 하는 사례들을 크게 法條競合과 包括一罪로 구분하고⁶⁾, 법조경합을 다시 特別關係와 補充關係, 吸收關係 등으로 유형화하였다.⁷⁾ 그리고 그 위에서 불가벌적 사후행위를 어느 범주에 위치시킬 것인지를 두고 논의가 집중되었다.

다수설은 법조경합 중의 흡수관계에 속하는 것으로 보고 있다.⁸⁾ 여기에 對해서, 불가벌적 사후행위는 범죄론상으로도 一罪이므로 ‘單純一罪’⁹⁾에 속한다는 견해,¹⁰⁾ 법조경합의 유형으로 보충관계와 특별관계만을 인정하면서 불가벌적 사후행위는 보충관계에 속한다는 견해,¹¹⁾ 법조경합은 어디까지나 1개의 행위를 전제로 한

는 범죄성립 자체를 논의하는 것이므로 범죄론의 영역에 속한다”라고 하면서도, “여기에서 범죄성립은 어떤 범죄가 몇 개 성립하느냐의 문제이므로 범죄의 일반적 성립요건(구성요건해당성·위법성·책임)과 구별해야 한다”고 하고 있는 점에 비추어 죄수론의 임무 내지 기능을 다르게 파악하는 것으로 보이지는 않는다.

- 5) 一罪에는 ‘실체법상의 一罪’와 ‘科刑上の 一罪’가 있다. 과형상의 一罪는 실체법상으로는 數罪이지만 科刑에 있어서만 一罪로 취급하는 것으로서 상상적경합(형법 제40조)가 여기에 해당한다. 이하 이 글에서 一罪라고 하면 ‘실체법상의 一罪’만을 지칭한다.
- 6) 포괄一罪의 개념을 부정하면서 一罪에는 단순一罪와 법조경합만이 있다고 하는 견해는 김일수·서보학, 앞의 책, 682면.
- 7) 법조경합의 유형 중에 ‘擇一關係’까지 포함시키는 견해도 있다. 그러한 견해로는 임웅, 앞의 책, 560면 ; 신동운, 형법총론, 법문사, 2006, 731면 ; 오영근, 형법총론, 박영사, 2006, 693면.
- 8) 김성돈, 형법총론, 성균관대학교 출판부, 2009, 697면 ; 정성근·박광민, 앞의 책, 623면 ; 이재상, 앞의 책, 517면 ; 박상기, 앞의 책, 486면 ; 김일수·서보학, 앞의 책, 679면 ; 손동권, 형법총론, 율곡출판사, 2006, 587면 ; 오영근, 앞의 책, 687면 ; 배종대, 형법총론, 홍문사, 2005, 772면.
- 9) 일반적으로 一罪를 ‘단순一罪’와 이에 대비되는 ‘과형상 一罪’로 나누고, ‘단순一罪’ 중에서 범죄론상으로도 一罪인 것은 ‘협의의 단순一罪’라고 부르고 있다. 그러나 ‘과형상 一罪’와 대비되는 의미에서는 ‘실체법상 一罪’라고 부르는 것이 더 정확하다. 既述한 바와 같이(주 5) 이 글에서는 과형상 一罪에 대비되는 ‘실체법상 一罪’를 ‘一罪’라고 한다. 또 一罪 중에서 범죄론상으로도 一罪인 것을 ‘단순一罪’라고 지칭한다.
- 10) 신동운, 위의 책, 719면.

다면서 불가벌적 사후행위는 선행행위와는 별개의 행위이므로 법조경합에 속할 수 없고 ‘부진정 실체적 경합’과 유사한 관계라는 견해¹²⁾ 등이 대립하고 있다. 또 외국에서는, 실체적 경합이지만 인적 처벌조각사유라는 견해,¹³⁾ 포괄1죄라는 견해,¹⁴⁾ 그리고 심지어 법조경합의 흡수관계에 속하는 경우와 특별관계에 가까운 경우 및 포괄1죄로 파악해야 하는 경우도 있다는 견해¹⁵⁾까지 등장하였다.

이러한 종래의 논의양상을 눈여겨보면 다분히 죄수론을 抽象化·位階化하려는 경향이 있음을 알 수 있다. 즉, 一罪로 파악해야 하는 사례들을 유형화하고, 비슷한 유형들을 묶어 추상적인 상위 개념 아래 위치시킴으로서 죄수론을 구조적으로 체계화하고자 한다. 이러한 태도가 의미를 갖기 위해서는 추상적인 상위개념들이 동일한 인식척도에 의해 相互 완벽하게 배타적으로 설정되어야 할 터이지만 전혀 그렇지 않다는데 문제가 있다.

예를 들어서, 법조경합을 “1개 또는 수개의 행위가 외관상 수개의 형벌법규에 해당하는 것 같이 보이나 형벌법규의 성질상 하나의 형벌법규만 적용되고 다른 법규의 적용을 배척하여 一罪만 성립하는 경우”라고 개념 지으면서, 포괄1죄에 대해서는 “수개의 행위가 포괄적으로 1개의 구성요건에 해당하여 1죄를 구성하는 경우”라고 개념 짓고 있는 주류적인 견해¹⁶⁾를 보자. 이 견해는 불가벌적 사후행위가 법조경합에 속한다고 하고 있으나, 위와 같은 개념정의에 의하면 왜 그것이 포괄1죄에는 속할 수 없는지 이해하기 어렵다. 불가벌적 사후행위가 別罪를 구성하지 않는 이유를 “사후행위가 이미 주된 범죄에 의하여 완전히 평가되었기 때문”¹⁷⁾이라고 한다면, 절도범이 절취한 물건을 손괴한 경우에 절도행위와 손괴행위가 포괄적으로 절도죄 1개의 죄만을 구성하는 것으로 볼 수 있고 이것은 포괄1죄의 개념에도 잘 포

11) 김성찬·김형준, 형법총론, 동헌출판사, 2005, 639면.

12) 임웅, 앞의 책, 559면.

13) Maurach-Gössel-Zipf, Strafrecht, Allg. Teil, 2. Teilband, 7. Aufl., 1989, S. 337{임웅, “불가벌적 사후행위, 사전행위, 수반행위에 대한 형법적 고찰”, 형사정책연구 제20권 제3호(2009년 가을), 주 12에서 재인용}.

14) 浅田和茂, 刑法總論, 成文堂, 2007, 476면.

15) 井田良, 刑法總論의理論構造, 成文堂, 2005, 456면.

16) 이재상, 앞의 책, 512면과 519면.

17) 이재상, 위의 책, 516면.

섭되기 때문이다.

또한 이 견해에서는 보충관계에 대하여 “어떤 형벌법규가 다른 형벌법규의 적용이 없을 때에 보충적으로 적용되는 것”¹⁸⁾이라고 개념지우고 있다. 절도행위에 대한 범죄의 증거가 없어서 처벌받지 않는 때에는 그 사후행위인 손괴행위가 처벌될 수 있다¹⁹⁾고 보는 이상, 이 사례에서 손괴죄는 절도죄가 적용되지 않는 경우 보충적으로 적용될 수 있으므로 절도죄에 대한 보충관계에 있음이 개념상 분명하다. 그런데 이 견해에서는 “특별관계나 보충관계가 인정되지 않는 경우”만을 흡수관계로 한정한다.²⁰⁾ 즉, 위와 같은 사례에서 절도행위와 손괴행위는 절도죄가 처벌될 수 있으면 흡수관계이고 절도죄가 처벌될 수 없으면 보충관계라는 것이다. 이것은 보충법이 ‘潛在的’으로 적용될 수만 있으면 보충관계가 되는 법리를 도외시한 편의적인 개념 조작이 아닐 수 없다. 개념조작을 통해 개념들 간 비배타성의 難點을 回避하려는 것이 아닌가 생각된다.

이처럼 죄수론을 추상화 위계화하려는 태도는, 정교하지 않은 개념 그리고 이로 인한 불필요한 견해의 난립과 개념의 조작 등으로 불가벌적 사후행위를 ‘뭐가 뭔지 알 수 없는’ 상태에 몰아넣고 있을 뿐, 불가벌적 사후행위의 근거와 인정요건을 명확히 해야 하는 죄수론의 임무로부터는 동떨어져 있다.

이것은 단지 개념들을 보다 정교하게 버림으로써 해소될 문제가 아니라고 생각한다. 구성요건들이 중첩되는 입법기술상의 한계를 입법자가 극복할 수 없는 것처럼, 죄수론에서도 複雜多岐하기 이를 데 없는 범죄양태들을 추상적인 개념들로 체계화하려는 자체가 애당초 과욕이었던 측면이 있다. 범죄론이 추상적인 체계화에 그런 대로 성공할 수 있었던 이유는 ‘1개의 행위가 1개의 구성요건을 충족한다’고 하는 매우 비현실적인 實驗室的 假定을 전제로 했기 때문이다. 범죄론에서 확인된 ‘범죄’에 곧바로 형벌을 적용할 수 없는 이유도 바로 그 전제의 비현실성에서 비롯된다. 죄수론의 소임은 어디까지나 현실세계의 量刑을 염두에 두고 범죄론이 확인한 ‘범죄’들로부터 형벌의 적용대상인 ‘실제’ 범죄를 가려내는 데 있으므로 이를 지나

18) 이재상, 위의 책, 514면.

19) 이재상, 위의 책, 518면.

20) 이재상, 위의 책, 515면.

치게 추상화 위계화하려는 태도는 방법론적으로 문제가 없지 않아 보인다.

따라서 이 글에서는 불가벌적 사후행위가 어느 범주에 속하는 지를 둘러싼 기존의 분분한 논의에서 비켜서고자 한다. 그보다는 죄수판단의 기준 내지 원칙이 무엇 인지를 검토하고 이를 토대로 불가벌적 사후행위를 판별하는 실천적인 방법을 제시 하는 데 목표를 두고 있다.

II. 죄수판단의 기준

죄수판단의 기준으로서 講學上 행위표준설, 법익표준설, 의사표준설, 구성요건표준설 및 이들을 종합적으로 고려해야 한다는 총합설(종합판단설) 등이 거론되나, 국내의 학설은 대개 구성요건표준설²¹⁾ 혹은 총합설²²⁾을 따르고 있다. 구성요건 표준설은 구성요건을 1회 충족하면 一罪이고 수개의 구성요건에 해당하면 數罪라고 하는데, 이에 의하면 동일한 구성요건을 반복적으로 충족하는 접속범이나 집합범을 數罪라고 해야 하고, 무엇보다 구성요건해당의 회수를 판단하기 어렵다. 총합설은 지나치게 網羅的이어서 결국은 법관의 자질과 양식에 맡기자는 것과 다를 바가 없게 된다. 결국 어느 것도 죄수판단의 기준으로 삼기에 만족스럽지 않다.

형법은 제40조에서 “1개의 행위”가 “수개의 죄”에 해당하는 경우를 상상적 경합으로 하고 있다. 그리고 제37조에서는 “수개의 죄”를 실제적 경합(경합범)이라고 하고 있는데, 제40조와의 對比上 ‘수개의 행위’가 ‘수개의 죄’에 해당하는 경우를 말한다고 해석된다.²³⁾ 이와 같이 형법이 죄수론과 관련한 규정을 둔 이상 이를 죄수판단의 기준을 설정하는 출발점으로 삼는 것이 바람직하다. 그런데 이들 법 규정을 들어 ‘행위표준설’을 비판하고 ‘구성요건표준설’을 옹호하는 논리로 삼는 다음과 같은 주장들이 있다.

21) 배종대, 앞의 책, 765면 ; 이재상, 앞의 책, 509면 ; 정성근·박광민, 앞의 책, 611면 ; 신동운, 앞의 책, 717면 ; 김성돈, 앞의 책, 691면.

22) 오영근, 앞의 책, 678면 ; 손동권, 앞의 책, 582면.

23) 임웅, 앞의 책, 548면 ; 김성돈, 앞의 책, 691면 ; 정성근·박광민, 앞의 책, 611면.

- ① 제37조와 제40조는 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 경우 및 수개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 경우를 규정하였으므로 그 해석상 “행위와 죄는 동의어가 될 수 없으며, 죄수의 결정에서 죄가 행위를 의미한다고 할 수 없다”²⁴⁾면서, 따라서 행위의 숫자에 따라 죄수가 결정된다는 ‘행위표준설’은 부당하다는 취지의 주장.
- ② 제37조와 제40조에서 “‘수개의 죄’라 할 때의 ‘죄’는 구성요건충족 또는 구성요건해당성을 떠나서는 생각할 수 없다”²⁵⁾면서 ‘구성요건표준설’이 타당하다는 취지의 주장.
- ③ 제37조와 제40조가 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 경우 및 수개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 경우를 규정하고 있는데, 이러한 태도에 따르면 “행위의 단복을 논하기 전에 먼저 범죄의 개수를 묻는 방법이 현행형법의 태도와 조화될 수 있다”²⁶⁾고 하여 구성요건표준설이 형법의 태도와 부합한다는 취지의 주장.

범죄론에서 확인된 ‘범죄’와, 형벌이 적용되는 대상으로서의 ‘범죄’는 구별되는 개념임을 이미 언급한 바 있다. 형법 제40조와 제37조에서 말하는 ‘죄’가 이 중에서 어느 것을 의미하는지가 문제되는데, 이들 법 규정을 죄수판단의 기준을 설정하는 출발점으로 삼으려면 마땅히 ‘범죄론에서 확인된 범죄’라고 해석하여야 한다. 왜냐하면 이들 법 규정에서의 ‘죄’를 형벌이 적용되는 대상으로서의 ‘범죄’라고 하면 ‘행위의 수’가 죄수판단과 무관해 지는 것은 차치하더라도 도대체 무엇을 가지고 죄수를 판단해야 하는지를 이들 법 규정을 통해서 전혀 가늠할 수 없게 되기 때문이다. 위 ①과 ③의 주장들은 제37조와 제40조에서의 ‘죄’를 형벌이 적용되는 대상으로서의 ‘범죄’로 파악하고 있어서 옳지 않다.

범죄론에서 확인된 ‘범죄’란 구성요건이 충족된 것을 전제로 한다. 따라서 이하에서는 혼동을 피하기 위해 형벌이 적용되는 대상으로서의 ‘범죄’만을 ‘범죄’라고 하

24) 이재상, 앞의 책, 509면.

25) 정성근·박광민, 앞의 책, 611면.

26) 김성돈, 앞의 책, 691면.

고, 범죄론에서 확인된 ‘범죄’는 ‘구성요건충족’으로 고쳐 부르고자 한다. 위 ②의 주장은 제37조와 제40조에서의 ‘죄’를 ‘구성요건충족’으로 파악하는 점에서는 타당하나, 이들 법 규정이 구성요건충족이 모두 數回인 경우에도 행위의 單複에 따라 달리 취급하고 있다는 사실을 간과하고 있다. 제37조와 제40조는 ‘구성요건충족 回數’와 함께 ‘行爲의 數’를 죄수판단의 양대 축으로 삼고 있다고 이해하는 것이 합리적이다. 이하에서는 이들 두 개의 축을 가지고 죄수판단의 기준을 정립해 보고자 한다. 그 전에 우선 죄수론상 ‘행위’의 개념을 명백히 할 필요가 있다.

1. 죄수론상 ‘행위’의 개념

제37조와 제40조에서의 ‘행위’의 개념, 다시 말해서 ‘죄수론상 행위개념’에 대해 이를 ‘자연적 행위’라고 하는 견해는 찾아보기 어렵다. 대개의 학설은 죄수론의 임무를 고려하여 합목적적으로 행위개념을 파악한다. 그 중 일부 학설은 죄수론상의 행위개념을 ‘구성요건적 행위’와 동일시하고 있으나²⁷⁾ 받아들이기 어렵다. 구성요건에 해당하는 행위란 언제나 단지 하나의 구성요건을 침해하는 것이기 때문이다.²⁸⁾ 어떤 행위가 수개의 구성요건에 해당하여 상상적 경합이 되기 위해서는 그 행위가 반드시 구성요건적 행위일 필요는 없다.²⁹⁾

한편, 외부적으로 분리할 수 있는 개별적 동작이 죄수론상 1개의 행위가 되느냐 또는 수개의 행위가 되느냐 하는 것은 “사회적·형법적 의미의 脈絡”에서 결정할 문제라고 하는 견해가 있다³⁰⁾. 이 견해에서는 다음과 같이 사회적·형법적 의미의 兩面에서 죄수론상 행위의 單複을 결정한다. 사회적 의미의 측면에서는 우선, 물리적 동작이 다수이더라도 단일한 결의에 의하여 계속적으로 반복해서 동일한 범죄구성요건을 실현한 것이면 사회적 의미로 보아 1개의 행위로 평가한다. 예컨대 동일인을 여러 차례 구타하여 상해한 경우에 개개의 구타행위가 각각 상해행위가 되는 것이 아니라 전체적으로 하나의 상해행위를 이룬다고 한다. 그리고 비전속적·개인적 범의

27) 이재상, 앞의 책, 531면 ; 정성근·박광민, 앞의 책, 638면 ; 손동권, 앞의 책, 600면.

28) 김일수·서보학, 앞의 책, 670면

29) 김성돈, 앞의 책, 718면.

30) 임웅, 앞의 책, 549-552면.

에 있어서 동일한 기회에 다수의 동작으로 다수인의 범익이 침해된 경우에 사회적 의미로 보아 1개의 행위로 평가된다. 예컨대 운동장에 벗어 놓은 다수인의 옷과 시계 등을 동일한 기회에 절취한 경우 1개의 절취행위로 평가된다고 한다. 형법적 의미의 측면에서는, 범죄의 구성요건이 다수의 자연적 행위를 단일한 것으로 평가할 때에는 1개의 행위가 되고, 여기에 해당되는 것으로서는 결합범과 계속범이 있다고 한다. 이에 의하면 결합범인 야간주거침입절도죄(형법 제330조)에 있어서 주거침입과 절취는 하나의 야간주거침입절도행위가 되고, 계속범인 체포·감금죄에서는 범죄행위의 종료시까지 감금상태를 야기·유지하는 일련의 행위는 전체적으로 1개의 감금행위가 된다. 생각건대, 인간의 물리적인 행위는 끝없이 분할할 수 있으나 그 중에서 사회적·형법적으로 보아 ‘하나의 행위’라고 인식될 수 있는 범위에서만 죄수론적으로 의미가 있으므로 “사회적·형법적 행위설”이 타당하다. 換言하면, 죄수론에서 행위의 單復은 “사회적·형법적 행위”의 관점에서 결정되어야 한다.

한편, “사회적·형법적 행위”라는 것은 죄수론상의 행위에 대한 이해의 측면에서, “구성요건적 법적행위”³¹⁾, “해석학적 행위”³²⁾, “법률적 의미의 행위”³³⁾, “사회통념상의 행위”³⁴⁾ 등의 표현과 대동소이하다고도 볼 수 있다. 그러나 “사회적·형법적 행위설”을 主唱하는 견해는 이를 단지 행위 단일성에 대한 판단척도로서 뿐 아니라 죄수판단의 畧과정에 하나의 기준으로 일관되게 관철시키고자 한다³⁵⁾는 점에서 여타의 견해들과 차별적이며, 대단히 실천적이고 문제해결 지향적이다. 이러한 의미에서 이 견해를 죄수판단에 관한 “사회적·형법적 행위 표준설”이라고 부를 수 있다.³⁶⁾ 종래 複數의 행위가 있는 것으로 인식하였던 결합범과 불가벌적 수반행위 등이 사실은 죄수론상 단일한 행위에 지나지 않음을 밝혀내어 이를 죄수판단에 적용한 것은 “사회적·형법적 행위 표준설”의 두드러진 功績이다.

이 글도 기본적으로 “사회적·형법적 행위 표준설”과 뜻을 같이하여 ‘사회적·형법

31) 김성돈, 앞의 책, 719면.

32) 김일수·서보학, 앞의 책, 671면.

33) 박상기, 앞의 책, 478면.

34) 오영근, 앞의 책, 717면.

35) 임웅, 앞의 책, 550-552면은 ‘사회적·형법적 행위’의 관점에서 죄수판단의 방법을 제시하고 있다.

36) 임웅, 앞의 책, 549-552면 참조.

적 행위' 개념을 죄수판단의 과정에 일관되게 관철하고자 한다. 다만, 既述한 바와 같이 죄수판단에 있어서 '行爲의 數'와 '구성요건충족 回數'가 모두 기준이 되어야 한다는 本稿의 입장에서는 "사회적·형법적 행위"만을 죄수판단의 기준으로 용립하는 견해는 받아들이기 어렵다. '행위의 수'만이 기준이라면 행위가 단일한 상상적 경합을 數罪로 규정한 형법 제40조를 설명하기 어려운 難點이 있다.

2. 죄수판단의 기준 : 행위-구성요건충족의 格子(Grid)

형법 제37조와 제40조의 해석상 '행위의 수'와 '죄의 수'가 죄수판단의 기준이 되어야 하며, 이때 '행위'란 "사회적·형법적 행위"이고, '죄'란 "구성요건충족"이라는 사실을 확인하였다. 이들 두 요소는 다음과 같은 '격자'를 형성한다.

【표 1】 행위-구성요건충족의 격자

		구성요건충족	
		단일	복수
행위	단일	《제1군》	《제2군》
	복수	《제3군》	《제4군》

《제1군》은, 범죄론상으로도 一罪(즉, 단순一罪, 주9번 참조)라는데 의문의 여지가 없다. 《제3군》은 죄수론의 세계에서는 존재할 수 없다. 1개의 구성요건에 여러 개의 행위가 요구되는 것을 講學上 '多行爲犯'(Mehraktige Delikte)이라고 한다. 강도(폭행과 탈취), 준강도(질취와 폭행), 사기(기망과 편취), 공갈(협박과 갈취) 등이 여기에 속한다. 그러나 이것은 범죄론상의 행위개념을 전제한 것이고, 죄수론의 행위개념인 "사회적·형법적 행위"의 관점에서 보면 단일한 '강도행위', '준강도 행위', '사기행위', '공갈행위' 등이 존재할 뿐이다. 이때 사기와 공갈의 경우에는 단일한 구성요건이 충족된 것³⁷⁾이어서 《제1군》에, 강도와 준강도는 각각 '폭행죄와

37) 편취와 갈취는 모두, 비록 하자있는 의사일망정 피해자의 의사에 의해서 재물이나 재산상 이익을 교부한 것이고 이를 별도로 처벌하는 구성요건은 없다.

절도죄³⁸⁾, ‘절도죄와 폭행죄’라는 2개씩의 구성요건을 충족하므로 《제2군》에 속한다.³⁹⁾

《제2군》에 해당되는 것 중에서 그것이 ‘상상적 경합’이면 數罪가 되나, 상상적 경합이 아닌 경우는 一罪이다. 이와 마찬가지로 《제4군》에 해당되는 것 중에서 그것이 ‘실체적 경합’이면 數罪가 되지만, 실체적 경합이 아닌 경우는 一罪이다. 이것이 죄수를 판단하는 기준이다.

여기서, 《제2군》과 《제4군》에서 一罪로 되는 것들을 다시 유형화하여야 하는 것 아닌가 하는 의문이 있을 수 있다. 실제로 “사회적·형법적 행위 표준설”에서는 《제2군》에서 一罪로 되는 것들을 범조경합(특별관계·보충관계·흡수관계·택일관계)이라고 하고, 《제4군》에서 一罪로 되는 것들을 포괄일죄·불가벌적 사후행위·불가벌적 사전행위라고 하여 각각 유형화를 하고 있다⁴⁰⁾. 하지만 이와 같이 죄수론을 추상화·위계화하는 것이 이 글의 관심사가 아님은 서론에서 이미 언급하였다.

부연하거니와, 죄수판단 기준은 이 정도면 부족함이 없다. 먼저 “사회적·형법적인 행위”의 관점에서 해당 행위의 單複을 결정하고 몇 개의 구성요건을 충족하였는지를 파악한 다음, 그 중에서 상상적 경합과 실체적 경합 외에는 모두 一罪로 판단하면 되는 것이다. 물론, 《제2군》과 《제4군》에 해당하는 것 중에서 상상적·실체적 경합이 아닌 것들의 최소한의 유형화는 가능하고 필요하지만 그것은 죄수판단 기준의 문제가 아니라 “一罪의 유형들”을 가려내는 판별의 기준 내지 방법의 문제이다.

Ⅲ. 一罪의 유형들과 그 판별기준

一罪에 해당하는 유형들은 이미 학설과 판례를 통해 상당히 밝혀져 있다. 여기서는 ‘행위·구성요건 충족의 격자’의 각 群별로 一罪에 해당하는 유형들을 살펴본

38) 탈취는 피해자의 의사에 반해서 재물을 교부받는 것이다. 이와 같이 피해자의 의사에 의하지 않거나 의사에 반해서 타인의 재물을 취거하는 것은 ‘절취’에 해당된다.

39) ‘多行爲犯’ 중에서 《제2유형》에 속하는 것은 대개 2개의 구성요건이 결합한 결합범의 형태이다.

40) 임웅, 앞의 책, 551면 참조.

다음 一罪를 판별하는 대강의 기준을 제시해 보겠다.

1. 一罪의 유형들

(1) 《제1군》에 속하는 유형

단일행위로 단일 구성요건을 충족하는 것이 여기에 해당된다. 이 유형은 범죄론 상으로도 一罪이다. 종래 複數行爲로 인식되던 것 중에 “사회적·형법적 행위” 개념에 의하여 단일행위로 평가하여야 하는 사례가 다수 포함된다. 계속범은 범죄행위 종료시까지 1개의 행위이고, 전체가 1개의 구성요건을 충족하는 것으로 평가된다. 그러므로 계속범은 모두 《제1군》이다. 감금죄와 각종 영업범 및 직업범이 여기에 해당할 것이다.

종래 불가벌적 수반행위라고 불리던 유형 중 대부분은 ‘사회적·형법적 행위’ 개념에 의하면 수반 ‘행위’가 아니라 수반 ‘현상’에 불과하다⁴¹⁾. 예를 들어서, 자동차불법사용죄(형법 제331조의2)에 있어서 휘발유가 소비되는 것은 형법적으로 의미를 부여할 수 없는 ‘수반현상’이므로 단일한 ‘자동차불법사용행위’만이 존재한다. 또 휘발유 소비에 대한 영득의사가 인정되지 않아 절도죄의 구성요건을 충족하지도 않는다. 결국 《제1군》에 해당한다.

종래 불가벌적 사전행위로 파악되던 유형 중에서 여기에 해당하는 것들이 있다. 일련의 행위과정이 예비-미수-기수의 단계로 계속해서 진행하였다면 이 일련의 행위과정은 1개의 행위이다. 이때 예비나 미수 처벌규정이 없으면 《제1군》이다.

(2) 《제2군》에 속하는 유형

단일행위로 복수의 구성요건을 충족하는 경우다. 강도, 준강도, 야간주거침입절도 등과 같은 결합범은 여기에 해당한다. 종래 불가벌적 수반행위로 취급되던 유형 중에서도 여기에 해당하는 것들이 있다. 예를 들어서, 살인행위로 발사한 총알이 피해자의 옷을 훼손한 경우에, 옷을 훼손한 것은 살인행위의 ‘수반현상’에 불과하다. 따

41) 여기에 대한 상세한 설명은 임웅, 앞의 글, 279면.

라서 1개의 살인행위만이 존재하지만 그 행위로 인해서 ‘살인죄’와 함께 ‘재물손괴죄’의 구성요건까지 충족하므로 《제2군》이다.

단일행위로 하나의 결과가 발생했을 뿐인데도 ‘구성요건의 중첩’으로 인해서 의견상 複數의 구성요건을 충족하는 경우(종래의 특별관계와 보충관계 중 일부)도 여기에 해당한다. 예컨대 존속살해죄(제250조 제2항)를 범했을 때 보통살인죄(제250조 제1항)가, 특수절도죄(제331조)를 범했을 때 단순절도죄(제329조)가 각각 중첩적으로 성립하고, 현주건조물방화죄(제164조)를 저질렀을 때 일반건조물방화죄(제166조)가 중첩적으로 성립한다.

결과적가중범도 여기에 해당한다. 단일한 상해치사 행위가 상해치사죄(제259조 제1항) 뿐 아니라 상해죄(제257조 제1항)의 구성요건까지 충족하기 때문이다. 종래 불가벌적 사전행위로 불리던 유형 중에서 여기에 해당하는 것들이 있을 수 있다. 일련의 행위과정이 예비-미수-기수의 단계로 계속해서 진행한 경우에 예비나 미수 처벌규정이 있으면 《제2군》이다.

시간적·장소적으로 서로 ‘극히 근접한’ 조건하에서 수개의 동종의 행위가 동일한 법익을 침해하는 소위 ‘접속범’은 행위 단일성이 인정된다. 단일한 행위로 동일한 구성요건을 수회 충족한 것이므로 《제2군》이다.

(3) 《제4군》에 해당하는 유형

복수의 행위로 복수의 구성요건을 충족하는 경우다. 우선 불가벌적 사후행위가 여기에 해당한다. 단일하고도 계속된 범의 아래 동종의 범행을 일정기간 반복하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우⁴²⁾를 소위 ‘연속범’이라고 한다. 연속범은 접속범과는 달리 시간적·장소적으로 ‘근접한 접속’이 없어서 행위 단일성이 인정되지 않는다. 그리고 동일한 구성요건을 수회 충족하였으므로 《제4군》에 해당된다.

상습범은 구성요건적으로 상습성을 요구하고 있기는 하나 상습성이라는 것은 ‘複數의 행위’가 아니라 행위자의 ‘상습적인 습벽’⁴³⁾을 의미한다. 따라서 수회 범행한 경우 그 행위들을 단일하다고 평가할 수 없으므로 《제4군》에 해당한다. 다만, 단

42) 대법원 2000. 1. 21. 선고 99도4940 판결 등 참조.

43) 대법원 2000. 11. 10. 선고 2000도3483 판결 참조.

1회의 행위가 상습범으로 된 경우⁴⁴⁾는 단일한 행위여서 《제1군》이 될 것이다.

불가벌적 수반행위라고 불리는 것 중에 대부분은 수반행위가 아니라 수반현상에 불과하여 《제1군》이나 《제2군》에 해당된다는 점을 위에서 설명하였다. 그러나 개중에는 수반현상이 아니라 수반행위로 평가해야 할 것들도 발견된다. 이를테면, 사문서위조(제231조)를 위한 사인위조(제239조 제1항)의 경우에 인장을 위조한 것은 ‘사회적 형법적 행위’ 관점에서 보더라도 어엿한 ‘행위’라고 평가해야 한다. 따라서 이런 경우는 《제4군》에 해당한다.

2. 一罪 판별의 기준

一罪가 되는 유형들을 살펴보았다. 구체적으로 개별 유형들을 판별하는 기준이 중요한데, 모든 유형에 적용되는 단일한 기준은 존재하지 않는다. 어디까지나 개별 유형들의 표지를 추출함으로써 개별적인 판별 기준을 설정해 나가야 할 것이다. 다만 제한된 범위에서나마 공통적인 판별 기준 내지 방법을 제시하는 것은 가능하다.

(1) 행위와 구성요건충족의 단일성만으로 판별 가능한 경우

《제1군》에 해당하는 유형들은 행위 및 구성요건충족의 단일성만 확인되면 一罪라고 판별할 수 있다. 범죄론상으로도 一罪이기 때문에 구성요건의 중첩문제는 발생하지 않는다. 이때, ‘행위의 數’는 ‘사회적 형법적 행위’ 개념에 의하고, ‘구성요건충족’의 回數는 객관적·형식적으로 판단해야 한다.

(2) 충족된 구성요건들의 추상적·논리적인 해석만으로 판별 가능한 경우

複數의 구성요건충족이 있는 경우에, 어떤 유형군은 충족된 구성요건들을 추상적·논리적으로 해석함으로써 서로 ‘전체집합과 부분집합’의 관계에 있다는 사실을 확인할 수 있다. 이때 부분집합에 해당하는 구성요건은 배척된다. 전체집합의 불법

44) 단 1회의 범행에 대해 동종전과가 있다는 이유 등으로 상습성이 인정되는 사례가 허다하며, 동종전과가 없는 단 1회의 범행에 대해서도 범행의 수단과 방법, 동기 등 제반사정을 참작하여 상습범으로 인정할 수 있다. 여기에 대해서는 대법원 1987. 9. 8. 선고 87도1371 판결 참조.

이 부분집합의 불법을 “남김없이 포착”⁴⁵⁾하고 있기 때문이다. 이때 ‘추상적·논리적’으로 해석한다는 의미는 입법자의 의도라든지 구체적인 행위양태 등을 고려할 필요 없이 오로지 구성요건만을 논리적으로 해석한다는 것이다. 《제2군》 중 상당수의 유형이 여기에 해당된다. 결합범⁴⁶⁾, 종래 특별관계와 보충관계로 분류되던 것들 중 대부분⁴⁷⁾, 결과적가중범, 그리고 예비·미수·기수의 관계가 그러하다.

(3) 개별적으로 표지를 추출하여야 하는 경우

《제2군》 중 일부 유형과 《제4군》에 속하는 유형들은 위와 같은 비교적 간명 한 방법으로는 판별이 가능하지 않다. 예를 들어서 살인행위로 발사한 총알이 피해자의 옷을 훼손한 경우에 ‘살인죄’와 ‘손괴죄’의 구성요건을 충족하는데, 살인죄와 손괴죄 간에는 어떠한 구성요건적 중첩도 논리적으로 발견할 수 없다.

그러나 구성요건적으로 아무런 중첩이 없다고 하더라도, 어떤 구성요건을 실현하는 구체적 행위양태가 다른 구성요건의 충족이나 동종 구성요건의 반복적 충족을 매우 전형적으로 동반하는 경우가 있다. 그리고 입법자가 이러한 전형적인 동반을 상정하여 구성요건을 설정한 것이라면 그 구성요건 속에는 다른 구성요건충족에 대한 불법과 책임의 내용까지 모두 반영되어 있다고 할 것이다. 그런데도 충족된 모든 구성요건을 ‘범죄’로 인정하여 처벌하는 것은 ‘이중처벌’이 된다.

어떠한 경우가 이러한 경우인가를 판별하기 위해서는, 구체적인 사례속의 행위를 관찰대상으로 삼아 적용물망에 오른 법률구성요건들이 구체적인 행위의 불법내용과 책임내용을 어떻게 평가하고 있는가를 살펴야 한다.⁴⁸⁾ 결국 각각의 유형들을 특징짓는 표지를 추출함으로써 개별적인 기준들을 설정할 수밖에 없다. 아래에서는 여기에 속하는 대표적인 유형인 불가벌적 사후행위의 판별기준을 정리해 본다.

45) 김성돈, “범조경합의 유형과 그 판단방법”, 법조 통권 제580호(2005년 1월), 49면.

46) 강도죄에 있어서의 강도죄와 폭행죄·절도죄, 준강도죄와 절도죄·폭행죄, 야간주거침입절도죄와 주거침입죄·절도죄 등.

47) 존속살인죄와 보통살인죄, 특수절도죄와 단순절도죄, 현주건조문방화죄와 일반건조물방화죄 등.

48) 김성돈, 앞의 글, 58면.

3. 불가벌적 사후행위의 판별기준

불가벌적 사후행위가 되기 위해서는 첫째, 사후행위가 ‘범죄’이어야 한다. 여기서 ‘범죄’라 함은 범죄론상의 ‘범죄’를 의미하므로 구성요건에 해당할 뿐 아니라 위법·유책할 것이 요구된다. 둘째, 사후행위에 의해 침해되는 법익은 선행행위에 의한 침해법익과 동일하거나 침해의 정도를 초과하지 않아야 한다. 입법자가 사후행위의 전형적인 동반을 예정하여 선행행위의 구성요건에 사후행위에 대한 불벌과 책임까지 남김없이 반영해 둔 경우만이 불가벌적 사후행위가 되는 법리상 당연한 귀결이다. 여기까지는 학설⁴⁹⁾·판례⁵⁰⁾가 일치한다.

한편, 엄밀히 말해서 불가벌적 사후행위는 처벌되지 않는 것이 아니라 선행행위에 포함되어 함께 처벌되는 것으로 이해된다. 이러한 의미에서 ‘共罰的 事後行爲’⁵¹⁾ 혹은 ‘함께 처벌된 행위’⁵²⁾(sog mitbestrafte Taten)라고 부르기도 한다. 이 점에서 선행행위가 처벌되지 않는 경우에 사후행위를 처벌할 수 있는지가 문제된다. 다수의 견해는 ‘선행행위에 의하여 행위자가 처벌받을 것을 요하지 않는다’고 전제하면서, ①선행행위가 공소사효의 완성 또는 소송조건의 결여를 이유로 해서 처벌되지 않는 경우에는 그 사후행위도 불가벌이지만, ②선행행위가 범죄성립요건을 결여하거나 범죄의 증거가 없기 때문에 처벌되지 않는 경우에는 사후행위만이 별도로 처벌될 수 있다고 한다.⁵³⁾ 여기에 對하여 ②의 경우까지도 불가벌이라는 견해⁵⁴⁾와 ①②의 경우 모두 사후행위를 처벌할 수 있다는 소수 견해들이 있다.

49) 김성돈, 앞의 책, 698면 ; 정성근·박광민, 앞의 책, 624면 ; 김일수·서보환, 앞의 책, 679면 ; 이재상, 앞의 책, 517면 ; 오영근, 앞의 책, 688면 ; 손동권, 앞의 책, 588면 ; 신동운, 앞의 책, 719면 ; 배종대, 앞의 책, 772면 ; 김성천·김형준, 앞의 책, 640면 ; 박상기, 앞의 책, 493면.

50) “신용카드를 절취한 후 이를 사용하는 경우 신용카드의 부정사용행위는 새로운 법익의 침해로 보아야 하고 그 법익침해가 절도범행보다 큰 것이 대부분이므로 위와 같은 부정사용행위가 절도범행의 불가벌적 사후행위가 되는 것은 아니다.” 대법원 1996. 7.12. 선고 96도1181 판결.

51) 井田良, 앞의 책, 456면.

52) Maurach·Gössel·Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Aufl., 1988, S. 458(김성돈, 앞의 글, 40면에서 재인용).

53) 배종대, 앞의 책, 773면 ; 손동권, 앞의 책, 589면 ; 정성근·박광민, 625면 ; 이재상, 앞의 책, 518면.

54) 오영근, 앞의 책, 688면. “주된 범죄로 행위자가 처벌받은 경우는 물론이고 주된 범죄로 처벌받지 않았어도 불가벌적 사후행위가 된다. 예를 들어 甲이 재물을 절취한 후 손괴한 사례에서 절도사실이 증거부족으로 무죄라고 하더라도 甲을 손괴죄로 처벌할 수 없다.”

불가벌적 사후행위를 별도로 처벌하지 않는 이유는 별도의 처벌이 ‘이중평가’ 내지 ‘이중처벌’이 되기 때문이다. ②의 경우에는 선행행위가 無罪이므로 ‘이중평가’ 내지 ‘이중처벌’의 문제가 발생하지 않음이 명백하다. ①의 경우는 선행행위가 구성요건에 해당하고 위법·유책한 ‘범죄’일 수도 있다. 그러나 공소시효가 완성되거나 소송조건이 결여되었으면 공소가 제기되지 않을 것이고, 설령 공소가 제기되더라도 법원은 실체재판으로 나아가지 아니한 채 면소판결⁵⁵⁾이나 공소기각의 판결⁵⁶⁾로 종결해 버린다. 따라서 선행행위에 대한 아무런 ‘평가’도 ‘처벌’도 없는 것이므로 역시 ‘이중평가’ 내지 ‘이중처벌’의 문제가 발생할 여지가 없다. 결국 ①②의 경우 모두 사후행위를 처벌할 수 있다는 견해가 타당하다. 이런 관점에서, 불가벌적 사후행위가 되기 위해서 “선행행위에 의하여 행위자가 처벌받을 것을 요하지 않는다”는 다수의 견해는 정확하지 않다. “선행행위는 가벌적이어야 한다”⁵⁷⁾라고 해야 할 것이다. 제IV장에서는 앞에서 살펴본 표지들을 불가벌적 사후행위의 인정여부가 가장 문제되는 절도죄의 사후행위에 적용해 보기로 한다.

IV. 절도죄 사후행위예의 적용

절도죄 사후행위가 불가벌적 사후행위가 되기 위해서는 첫째, 사후행위가 ‘범죄’이어야 하고, 둘째, 사후행위에 의해 침해되는 법익은 절도죄의 침해법익과 동일하거나 침해의 정도를 초과하지 않아야 함을 확인하였다. 따라서 우선 절도죄의 침해법익이 무엇인지를 살펴보아야 한다.

절도죄는 타인의 물건을 그 권리자의 점유를 侵奪하여 현실적으로 지배하는 범죄다. 타인의 소유물을 절취해서 점유하더라도 그 소유권까지 취득할 수는 없다. 그렇지만 점유를 침탈당한 소유자는 그 물건에 대한 소유자로서의 權能을 사실상 행사할 수 없게 되기 때문에 절도죄는 피해자의 점유 뿐 아니라 소유권까지 침해하는

55) 형사소송법 제326조 제3호.

56) 형사소송법 제327조 제3호, 제5호, 제6호.

57) 임웅, 앞의 글, 285면.

것이다. 소유권자는 그 소유물을 사용·수익·처분할 수 있으므로⁵⁸⁾, 소유권을 침해한다 함은 그 목적물을 사용·수익·처분하는 권능을 침해하는 것이라고 할 수 있다.

따라서 절도범인이 절취품을 계속 점유하는 것은 물론이고, 그것을 사용·수익·처분하는 행위 자체는 절도죄에서 당연히 예정하는 법익침해로서 별죄를 구성하지 않는다. 불가벌적 사후행위인지 여부가 문제되는 것은 절취품에 대한 사용·수익·처분 등의 행위가 동시에 다른 구성요건을 충족하는 경우이다. 다른 구성요건을 충족하더라도 새로운 법익침해가 없다면 불가벌적 사후행위가 되나, 새로운 법익침해가 있으면 별죄를 구성한다. 새로운 법익이 침해되었는지 여부는 절도죄와 사후행위 각각에서 침해된 법익의 종류와 주체(피해자), 침해의 대상 등을 모두 비교하여 종합적으로 판단하여야 한다. 따라서 피해자가 동일하더라도 침해된 법익의 종류와 침해의 대상이 다른 경우 새로운 법익이 침해되었다고 할 수 있는 경우가 있다⁵⁹⁾.

1. 절취품의 사용행위

절도범인이 절취한 자전거를 타고 다니는 것과 같이 절취품을 단순히 그 용법에 따라 사용하는 행위는 가벌성이 없다. 그 이유는 불가벌적 사후행위라서가 아니라 어떠한 범죄 구성요건에도 해당되지 않기 때문이다.

2. 절취품의 수익행위

‘수익’이란, 목적물로부터 생기는 果實을 수취하는 것을 말한다. 수익행위는 훔친 소가 낳은 새끼를 취득하는 것과 같은 天然果實의 收取行爲와 훔친 소를 타인

58) 민법 제211조.

59) 김창중, “불가벌적 사후행위의 범위”, 재판자료 제50집, 대법원, 1990, 6면. “개인적 법익에 관한 범죄에 있어서 보호법익이 동일인에게 속할 것, 즉 피해자가 동일인일 것을 요한다는 점에 관하여 보건대, 통상은 피해자가 동일하면 새로운 법익의 침해가 없는 경우가 대부분이라 할 것이나 반드시 그런 것은 아니다. 예컨대 東京高裁 昭和37. 2. 21. 判決의 사례에서 보면 洋品類를 절취한 후 정당하게 구입한 것처럼 가장하여 피해자 점포에 가서 대금을 환불받은 사안에서 사후행위를 따로 사기죄로 처벌하고 있다. 따라서 피해자는 동일하나 범죄의 성립이 인정되는 경우가 있는 것이다.”

에게 빌려 주고 사용료를 받는 것과 같은 法定果實의 수취행위로 나뉜다. 천연과실의 수취행위는 범죄의 구성요건에 해당할 여지가 없음이 명백하므로 불가벌적 사후행위와는 무관하게 가벌성이 없다.

법정과실의 수취행위는 절취품을 제3자에게 사용·수익하게 하고 그 借賃을 받는 賃貸借⁶⁰⁾의 경우가 대부분일 것이다. 그런데 임대차계약에서 반드시 임대인이 그 목적물에 대하여 소유권 기타 그것을 처분할 권한이 있어야 하는 것은 아니다⁶¹⁾. 따라서 절취품을 임대하더라도 그 임대차계약은 유효하게 성립하고 임차인은 목적물을 계약 내용에 따라 사용·수익할 수 있으므로 절취한 장물이라는 사실을 상대방에게 고지하지 아니하였다는 점만으로는 사기죄의 기망행위에 해당하지 않는다.⁶²⁾ 그 밖에 어떤 범죄도 성립하지 않으므로 불가벌적 사후행위가 아니다.

다만, 그 목적물이 반드시 임대인의 소유일 것을 특별히 계약의 내용으로 삼은 경우에는 마치 자기의 소유물인 것처럼 적극적으로 기망하고 借賃을 받는 행위가 예외적으로 사기죄의 구성요건을 충족할 수 있다. 이 경우에 절도죄로 인해 침해된 법익과 사기행위로 인해 침해된 법익의 종류(재산)는 같지만, 피해자(법익의 주체)가 다르고, 침해의 대상(절취품 : 借賃) 또한 다르므로, 결국 새로운 법익침해가 있는 것이어서 불가벌적 사후행위가 아니라 별도의 사기죄를 구성한다.⁶³⁾

3. 절취품의 처분행위

‘처분’이란 물건이 가지는 교환가치를 실현하는 것으로서, 물건의 소비·개조·파괴 등과 같은 事實的 처분과, 양도·담보설정·교환 등과 같은 法律的 처분을 포함한다. 사실적 처분행위에 있어서 절취품을 소비하거나 개조·파괴하는 행위는 재물손괴죄의 구성요건을 충족하지만, 그로 인한 법익침해와 절도죄로 인한 법익침해는 피해자도 동일하고 법익의 종류(재산)도 동일하며 침해의 대상(절취품)도 동일하여(절취

60) 민법 제618조.

61) 대법원 1975. 1. 28. 선고 74다2069 판결.

62) 대법원 1991. 12. 24. 선고 91도2698 판결 참조.

63) 그렇지만 부동산과는 달리 동산의 임대차 계약에서는 목적물에 대한 소유권 기타 처분권의 귀속을 특별히 계약의 내용으로 삼는 경우는 매우 드물다.

품) 새로운 법익침해가 전혀 없으므로 불가벌적 사후행위가 된다.

‘법률적 처분행위’에 대해서는 그로 인해 새로운 법익침해가 발생하는지 여부를 일률적으로 말하기 어렵다. 처분의 대상이나 처분방법에 따라 처분행위의 요건과 효과가 달라지기 때문이다. 이하에서는 처분의 대상과 처분방법에 따라 새로운 법익침해가 발생하는지를 살펴본다.

(1) 金錢

금전은 特定性이 요구되지 않고 일정한 價値로서만 존재한다. 따라서 금전에 대한 소유권의 행사는 대부분 상대방에게 금전의 소유권을 이전하는 ‘讓渡’의 형태이고, 양도와 동시에 금전의 소유권은 상대방에게 이전된다. 無償으로 금전을 수여하는 증여⁶⁴⁾, 물건을 사고 금전으로 대금을 지불하는 賣買⁶⁵⁾, 금전을 빌려 주고 이자를 받는 消費貸借⁶⁶⁾ 등의 경우는 물론이고, 금전의 보관을 위탁하는 경우에도 그 성질은 대부분 消費任置⁶⁷⁾이므로 교부된 금전의 소유권은 상대방에게 이전된다.

절취한 금전을 위와 같이 양도하면, 비록 양도인인 절도범인이 정당한 소유자가 아니더라도 善意의 讓受人은 즉시 그 소유권을 취득하고⁶⁸⁾ 절도의 피해자(진정한 소유자)는 양수인에 대해 반환청구를 할 수도 없으므로⁶⁹⁾, 절도범인이 금전의 정당한 소유자인 것처럼 속여 위와 같은 거래가 이루어졌다고 하더라도 양수인에 대하여 사기죄가 성립하지 않는다. 결국 절취한 금전의 양도행위는 구성요건에 해당되지 않아 당연히 가벌성이 없는 것이지 불가벌적 사후행위와는 무관하다.

(2) 動産

금전 이외의 동산을 절취하여 제3자에게 양도한 경우에도 민법 제249조의 규정

64) 민법 제554조.

65) 민법 제563조.

66) 민법 제598조.

67) 민법 제702조.

68) 민법 제249조. “평은, 공연하게 동산을 양수한 자가 선의이며 과실 없이 그 동산을 점유한 경우에는 양도인이 정당한 소유자가 아닌 때에도 즉시 그 동산의 소유권을 취득한다.”

69) 민법 제250조 단서.

에 의해 선의의 양수인은 그 소유권을 선의취득한다. 그러나 민법 제250조 본문의 규정에 따라 금전 이외의 절취 동산에 있어서는 피해자가 도난당한 날로부터 2년 내에 그 반환을 청구할 수 있고 이 경우 양수인은 소유권을 상실한다. 따라서 동산을 양수하는 자로서는 그 동산이 사실은 盜品이라는 사실을 알았더라면 이를 有償으로 양수하지는 않았을 것이라는 관계에 서므로, 그러한 사실을 고지하지 아니하고 그 물건에 대한 진정한 권리자인 것처럼 가장하여 절취동산을 제3자에게 有償으로 양도하는 행위는 그 代價 상당액을 편취한 사기죄를 구성한다. 이때 사기죄가 불가벌적 사후행위가 되려면 절도죄에서 침해된 법익 외에 다른 법익침해가 없어야 할 것이다. 그러나 예컨대, 甲이 A의 시계를 훔쳐 B에게 10만원을 받고 판매한 경우에 절도죄로 침해된 법익의 주체는 A, 종류는 재산, 침해의 대상은 시계이고, 사기행위로 침해된 법익의 주체는 B, 종류는 재산, 침해의 대상은 금전(10만원)이다. 이와 같이 법익의 주체와 침해의 대상이 다르므로 甲의 사기행위는 절도죄의 불가벌적 사후행위가 되지 않고 별도의 사기죄가 성립한다. 절취한 동산을 제3자에게 담보로 제공한 경우도 그러하다.⁷⁰⁾

금원을 차용하면서 절취동산에 대해 ‘대물변제의 예약’⁷¹⁾을 하거나 ‘양도담보’로 제공한 경우에도 마찬가지다. 게다가 대물변제예약에서는 목적물을 담보설정자(채무자)가 계속 점유하고, 양도담보에 있어서는 통상 목적물을 담보권자(채권자)에게 점유개정의 방식으로 引渡하는데, 이와 같은 방식에 의해서는 담보권자가 담보권을 선의취득할 수 없기⁷²⁾ 때문에, 담보권자는 도품에 대해 유효한 담보권을 취득하지 못한다. 따라서 절취한 동산을 담보로 제공하고 금원을 차용하는 행위는 그 차용금

70) 민법 제250조의 규정은 動産質權에도 준용되므로(민법 제329조), 質權者가 질권을 선의취득하더라도 피해자가 2년 내에 반환청구권을 행사하면 질권자는 그 질권을 상실한다. 따라서 동산을 절취한 자가 제3자에게 절취동산에 대해 질권을 설정해 주고 금원을 차용하는 경우 상대방으로서는 담보로 제공된 물건이 盜品이라는 사실을 알았더라면 이를 담보로 금원을 차용해 주지 않았을 것이라는 관계에 있으므로, 질권설정자(절도범)가 사실은 그 물건이 절취한 것이라는 사실을 고지하지 아니한 행위는 사기죄의 기망행위에 해당한다. 또한 이러한 사기행위는 절도죄와는 피해자와 침해의 대상이 다른 새로운 법익을 침해한 것이므로 절도죄와는 별개로 제3자에 대해 기망수단으로써 차용금 상당액을 편취한 사기죄가 성립하게 된다.

71) 민법 제607조.

72) 동산의 선의취득에 필요한 점유의 취득은 현실적인 인도가 있어야 하고 소위 점유개정에 의한 점유취득만으로서의 그 요건을 충족할 수 없다(대법원 1999. 1. 26. 선고 97다48906 판결 참조).

상당액에 대한 사기죄가 성립한다.⁷³⁾

(3) 有價證券

유가증권이란, 재산권이 증권에 化體되어 있고, 그 권리의 행사와 처분에 증권의 점유를 필요로 하는 증권⁷⁴⁾으로서 그 증권상에 화체된 권리가 指示債權인지 또는 無記名債權인지에 따라 指示證券과 無記名證券으로 나뉜다. 재산권이 증권에 화체되어 있으므로 유가증권의 절취행위에는 그 증권 자체에 대한 소유권 침해 뿐 아니라 거기에 화체된 권리에 대한 침해까지도 포함되어 있는 것이다. 불가벌적 사후행위와 관련해서는 증권을 절취한 자가 그 증권에 화체된 권리를 ‘행사’하거나 ‘처분’함에 있어서 새로운 법익이 침해되는지가 중요하다.

가. 권리의 행사

유가증권상의 권리를 행사한다는 것은 그 증권에 화체된 請求權을 실행하는 것을 말한다. 이를 지시증권의 경우와 무기명증권의 경우로 나누어 검토해 본다.

(ㄱ) 지시증권

지시증권에 화체된 권리를 행사하여 그 채무자로부터 채무를 변제 받으려면 背書의 連續으로 권리를 증명해야 한다.⁷⁵⁾ 그런데 절취한 유가증권에 배서의 연속이 있을 리 없으므로 절도범인으로서의 증권상의 배서를 위조하는 등의 방법으로 채무

73) 대법원 1980. 11. 25. 선고 80도2310 판결. “절도범인이 그 절취한 장물을 자기 것인 양 제3자를 기망하여 금원을 편취한 경우에는 장물에 관하여 소비 또는 손괴하는 경우와는 달리 제3자에 대한 관계에 있어서는 새로운 법익의 침해가 있다고 할 것이므로 절도죄 외에 사기죄의 성립을 인정할 것인 바...”

74) 대법원 1972. 12. 26. 선고 72도1688 판결.

75) 지시증권은 背書하여 양수인에게 교부하는 방식으로 양도된다. 증권이 배서와 교부에 의하여 양도되면 그 증권에 화체된 권리(지시채권)가 양수인에게 이전되는 것이다(민법 제508조 참조). 또 증권의 점유자가 배서의 연속으로 그 권리를 증명하는 때에는 적법한 소지인으로 본다. 이것을 배서의 자격수여적 효력이라 한다(민법 제513조 제1항 참조). 소지인이 증권을 취득한 때에 양도인이 無權利者라는 것을 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 경우 외에는 누구든지 증권의 적법한 소지인에 대하여 그 반환을 청구하지 못한다(선의취득).

자로 하여금 자신이 진정한 채무자인 것으로 믿게 하여야만 할 것이다. 배서를 위조하거나 또는 최종 被背書人의 신분증을 위조·행사하여 채무자로 하여금 배서의 연속이 있는 것처럼 속여 채무를 변제 받았다면 유가증권위조죄·위조유가증권행사죄(신분증을 위조 행사한 경우는 공문서위조·행사죄) 및 사기죄의 구성요건을 충족한다. 그리고 이것은 유가증권 절도죄에 의해 침해된 법익 이외의 새로운 법익을 침해한 것이므로 불가벌적 사후행위가 아니라 별도의 문서죄와 사기죄가 성립한다.

다른 방법, 예컨대 자신이 최종 피배서인이라고 거짓말하는 등으로 채무자를 속여 변제를 받았다면 채무자의 변제는 중과실에 해당되어 무효이므로⁷⁶⁾ 채무자는 이 증으로 채무를 변제해야 하는 재산상의 손해를 입게 되고, 따라서 채무자를 피해자로 하는 사기죄의 구성요건을 충족한다. 유가증권 절도죄로 인해 침해된 법익의 피해자는 증권의 최종 소지인(즉 절취당한 자)이고 침해의 대상은 증권에 화체된 청구권인데 반해서, 사기행위로 인한 피해자는 증권상의 채무자이고 침해의 대상은 증권에 화체된 청구권과 무관하게(증권상 채무변제의 효력이 없으므로) 채무자가 변제를 위해 제공한 금품 기타 재산상의 이익이다. 결국 새로운 법익침해가 있는 것이므로 별도의 사기죄가 성립한다.

(ㄴ) 무기명증권

무기명증권에 화체된 청구권을 행사하기 위해서는 그 증권을 채무자에게 교부하기만 하면 된다.⁷⁷⁾ 따라서 자신이 적법한 권리자가 아니라는 사실을 채무자에게 고지하지 아니하였더라도 채무자의 변제는 유효하여 免責되므로 그러한 不告知는 사기죄의 기망행위가 되지 아니한다. 따라서 구성요건의 欠缺로 당연히 불가벌이다.

설령 위와 같은 행위가 사기죄의 구성요건을 충족한다고 보더라도 채무자로부터 채무의 변제를 받은 것은 증권에 화체된 권리의 행사에 불과하여 증권의 절취행위에 이미 예정되어 있는 것이고 피해자도 절도죄의 피해자와 동일인(최종 소지인 : 그의 증권상 권리가 변제로 인해 소멸되었으므로)이므로 새로운 법익침해가 없어 불가벌적 사후행위에 해당한다. 판례는 이러한 입장이다.⁷⁸⁾

76) 민법 제518조 단서 참조.

77) 무기명증권은 양수인에게 교부함으로써 양도의 효력이 있다(민법 제523조). 무기명증권도 지시증권과 마찬가지로 소지인이 善意無重過失로 증권을 취득한 때에는 증권상의 권리를 선의취득한다.

나. 권리의 처분

유가증권에 화체된 권리를 처분한다 함은 이를 제3자에게 양도하는 것을 의미한다. 통상 제3자에게 물품구입대금으로 유가증권을 교부하거나 유가증권을 할인 받거나 차용금의 담보로 제공하는 등의 방식으로 양도가 행해진다.

(ㄱ) 지시증권

지시증권은 배서 및 교부에 의해 양도한다⁷⁹⁾. 양도인이 진정한 권리자가 아닌 경우에도 양수인은 배서의 연속을 증명하면 증권을 선의취득하고⁸⁰⁾, 채무자는 양수인의 前者가 증권을 절취한 무권리자라는 항변으로 양수인에게 대항하지 못한다(인적항변의 단절).⁸¹⁾ 그러나 도난 된 유가증권은 배서의 연속이 없으므로 양수인은 선의취득을 할 수 없다. 따라서 지시증권을 제3자에게 유상으로 양도한 경우에도 대개 사기죄의 구성요건을 충족하고, 절도의 피해법익과 무관하게 제3자의 법익을 침해하였으므로 불가벌적 사후행위에 해당하지 않아 사기죄가 성립한다.

(ㄴ) 무기명증권

무기명증권을 양수한 자는 그 양도인의 無權利를 알았거나 중과실로 알지 못한 경우가 아니면 증권의 점유만으로도 선의취득을 한다⁸²⁾. 하지만 이때 증권을 도난당한 피해자는 법원에 公示催告⁸³⁾를 申請할 수 있는데, 그것이 받아들여지고 공시

78) 대법원 1975. 8. 29. 선고 75도1996 판결. “이 사건 열차승차권은 그 성격상 도난 당한 즉시 피해자는 그 가액 상당의 손실을 입게 되고 절취한 자는 그 상당의 재물을 취득한다 할 것이므로 피고인이 절취한 이권 열차승차권으로 역직원에게 자기의 소유인양 속여 현금과 교환하였다 하여도 이를 가리켜 새로운 법익침해가 있는 것으로 볼 수는 없고 따라서 절도죄 외에 달리 사기죄가 성립한다고 볼 수 없다. 이는 절도행위의 불가벌적 사후행위로 보아야 할 것이고 별도로 사기죄를 구성하는 것을 아니라고 할 것인바, 이는 열차승차권은 그 자체에 권리가 화체되어 있는 무기명증권이므로 이를 곧 사용하여 승차하거나 권면가액으로 양도할 수 있고 매입금액의 환불을 받을 수 있는 것으로서 그 환불을 받음에 있어 비록 기망행위가 수반한다 하더라도 따로이 사기죄로 평가할 만한 새로운 법익의 침해가 있다고 할 실질을 가진 것으로 볼 수 없어 절도의 사후처분행위로서 불가벌적인 것으로 볼 수 있다.”

79) 민법 제508조.

80) 민법 제514조, 제513조.

81) 민법 제515조.

82) 민법 제524조, 제514조.

최고기간 내에 권리의 신고가 없어 除權判決이 선고되면 그 消極的 效力으로 증권은 무효가 되어 그 이후에는 증권의 정당한 소지인이라도 그 증권상의 권리를 행사할 수 없다. 공시최고 이전에 증권을 선의취득한 자도 제권판결의 선고로 증권상의 권리를 상실한다.⁸⁴⁾ 그러므로 누구든 증권이 절취된 것으로서 양도인이 무권리 자라는 사실을 알았다라면 그 증권을 有償으로 양수하지 않았을 것이기 때문에, 절취한 증권을 마치 진정한 권리자인 것처럼 행세하여 유상으로 양도하는 행위는 사기죄의 기망행위에 해당한다. 이것은 절도죄로 인해 침해된 법익과 피해자도 다르고(최종 소지자 : 양수인) 침해의 대상도 다르므로(증권상의 권리 : 증권 양수 대금) 새로운 법익의 침해이다. 결국 별도의 사기죄가 성립한다.

다만 무기명증권의 처분(양도)에 있어서 위와 같은 논리를 일률적으로 적용하는 것은 적당하지 않다고 생각된다. 무기명증권 중에서도 열차승차권이나 상품권 등과 같이 각각의 증권을 특정하기 어려워 이를 절취 당한 피해자가 공시최고절차에 의해 그 증권상의 권리를 무효로 하는 것이 거의 불가능에 가까운 경우에는 증권을 선의취득함으로써 양수인은 사실상 확정적으로 증권상의 권리를 취득한다고 보아야 한다. 이와 같이 양수인이 소유권을 유효하게 취득한다면 양도인이 진정한 권리자인 것처럼 속였더라도 사기죄의 기망행위에 해당하지 않고, 설령 사기죄의 기망행위에 해당한다고 보는 경우에도 그로 인한 법익침해는 절도의 피해자가 증권상의 권리를 상실한 것에 지나지 않고 피해자도 절도의 피해자와 동일하므로 새로운 법익 침해가 없어 불가벌적 사후행위에 해당한다고 해야 할 것이다.

(4) 금융기관 발행의 자기앞手票

자기앞수표도 무기명증권의 한 종류이다. 그런데 판례⁸⁵⁾와 일부 학설⁸⁶⁾은 절취한 자기앞수표를 사용(수표상 권리의 처분, 즉 양도를 말함)하는 행위에 대해서 자기앞수표가 “현금을 대신하는 기능”을 한다는 이유로, 절취한 금전을 소비한 행위

83) 민법 제524조, 제521조, 민사소송법 제446조 이하 참조.

84) 대법원 1994. 10. 11. 선고 94다18614 판결.

85) 대법원 1987. 1. 20. 선고 86도1728 판결.

86) 신동운, 앞의 책, 719면 ; 이재상, 앞의 책, 517면.

와 마찬가지로 불가벌적 사후행위로 이해하고 있다. 하지만 위에서 설명한 바와 같이 절취한 금전을 사용하는 행위는 구성요건에 해당하지 않기 때문에 불가벌인 것이 불가벌적 사후행위가 아니다. 자기앞수표에 대해서는 좀 더 검토가 필요하다.

자기앞수표는 발행은행이 자기 자신을 支給人으로 하여 발행하는 수표이다.⁸⁷⁾ 이와 같이 은행이 발행인 겸 지급인인 자기앞수표는 資金不足 등으로 인한 支給拒絶(不渡)의 위험이 거의 없다. 설령 지급거절을 하더라도 지급제시기간 내에 지급제시가 된 이상 은행은 그 발행인으로서 遡求義務를 부담하므로⁸⁸⁾ 소지인에게 수표금을 지급하여야 한다. 또 은행 스스로가 자신에게 지급을 위탁한 것이므로 지급위탁이 취소⁸⁹⁾될 염려도 없다.⁹⁰⁾ 이와 같이 금융기관 발행의 자기앞수표는 대단히 안전하다는 의미에서 속칭 ‘保證手票’라고도 한다. 여기에다가 보관·후대·계산이 매우 간편하다는 점이 더해져서 오늘날 현금의 代用으로 널리 이용되고 있다.

도난 된 자기앞수표를 지급제시기간⁹¹⁾ 내에 善意·無重過失로 양수한 자는 수표상의 권리를 선의취득하고⁹²⁾, 지급인인 은행은 양도인이 無權利者라는 항변으로써 양수인(소지인)에게 대항하지 못하여(인적항변의 단절)⁹³⁾ 양수인은 수표상의 권리를 유효하게 취득하게 된다. 설령 피해자의 도난 신고에 의해 은행이 수표금의 지급을 거절해도⁹⁴⁾ 은행에 대해 소구권을 행사할 수 있어서 양수인이 수표상의 권리를 행사하는데 아무런 지장이 없다. 따라서 수표를 절취한 자가 진정한 권리자로 행세

87) 수표법 제6조 제3항.

88) 수표법 제39조.

89) 수표법 제32조 제2항.

90) 은행에 자기앞수표의 발행을 의뢰한 사람은 지급위탁자가 아니기 때문에 지급위탁을 취소할 수 없고, 발행의뢰인이 자기앞수표를 분실 또는 도난당하여 은행에 대하여 수표금의 지급을 중지해 달라고 요구하는 것은 지급위탁의 취소가 아니라 事故申告에 불과하다.

91) 국내에서 발행하고 지급할 수표의 지급제시기간은 발행일로부터 10일이다(수표법 제29조 제1항 참조).

92) 자기앞수표는 거의 전부 무기명식이므로 배서의 연속을 요함이 없이 그 소지만으로 선의취득 한다(수표법 제21조 참조).

93) 수표법 제22조.

94) 위에서 살펴보았듯이 발행의뢰인 기타 수표를 분실, 도난당한 자는 지급위탁인이 아니어서 지급위탁의 취소를 할 수 없고, 은행에 대해 지급 중지를 요구하는 것은 분실, 도난 신고에 불과하므로 은행으로서는 소지인에게 수표금을 지불하여도 무방하나, 은행은 관행상 분실, 도난 신고가 있으면 수표금을 지급하지 않는다. 그렇지만 지급제시한 소지인이 정당한 소지인이 아님을 입증하지 못하는 한 도난 또는 분실의 신고가 있었다는 이유만으로 은행이 상환의무를 면하는 것은 아니다.

하여 수표를 양도하여도 사기죄의 기망행위에 해당하지 않는 것처럼 보이기도 한다. 그렇지만 이것은 자기앞수표를 지급제시기간을 넘겨 양수하는 경우가 극히 드물고 선의취득의 가능성이 매우 높다는 사실이 전제될 때만 그러하다.

가. 선의취득의 가능성

“無重過失”은 선의취득의 요건이다. 그런데 수표를 받는 사람이 상대방의 주민등록번호를 확인하거나 도난 여부를 확인하는 등의 조치를 하지 않았던 등의 사례에서 대법원이 그의 중과실을 인정한 판례가 다수 있다.⁹⁵⁾ 중과실의 범위를 매우 넓힘으로써 결과적으로 선의취득의 요건을 엄격하게 하고 있는 것이다. 그런데 상관행상 자기앞수표는 통상 주민등록번호나 도난여부의 확인 없이 유통되고 있기 때문에 현실적으로 도난 수표에 대해 선의취득을 인정받지 못할 위험이 매우 높다. 선의취득이 인정되기 어렵다면 자기앞수표의 ‘현금을 대신하는 기능’은 허구에 가깝다.

나. 제시기간 경과 후의 취득

수표의 소지인은 지급제시기간 내에 지급제시를 하여야 한다.⁹⁶⁾ 지급제시기간 내에 지급제시를 하지 아니하면 수표소지인은 수표상의 권리를 상실하여 지급인으로부터 수표금을 지급 받을 수 없을 뿐 아니라 발행인에 대해 소구권도 행사할 수 없다.⁹⁷⁾ 그런데 자기앞수표는 은행이 발행자 겸 지급인이므로 지급제시기간을 넘겨 지급제시를 하여도 통상적으로는 지급거절을 하지는 않는다. 따라서 금융기관 발행의 자기앞수표는 商去來上 지급제시기간 이후에도 유통되고 있다. 문제는 도난수표의 경우에는 지급제시기간을 넘겨 지급제시 되면 은행은 지급을 거절하고, 소지인은 소구권도 행사할 수 없으므로 수표상의 모든 권리를 잃는다는 데 있다.

이 경우에 발행은행에 대해 수표법상의 利得償還請求權⁹⁸⁾ 행사할 수 있는지

95) 대법원 1990. 12. 21. 선고 90다카28023 판결 ; 대법원 1981. 6. 23. 선고 81다167 판결 ; 대법원 1990. 11. 13. 선고 90다카23394 판결 ; 대법원 1988. 10. 25. 선고 86다카2026 판결 등.

96) 수표법 제29조.

97) 수표법 제39조.

98) 수표법 제63조.

가 문제된다. 이득상환청구권은 수표상의 권리가 소멸할 당시의 정당한 소지인으로서 그 수표상의 권리를 행사할 수 있었던 자에게 인정된다.⁹⁹⁾ 따라서 지급제시기간 경과 후에 수표를 취득한 자는 그 수표상의 권리가 소멸할 당시의 정당한 소지인이 아니므로 이득상환청구권이 없다. 또한 이득상환청구권은 수표상의 권리가 아니어서 수표의 양도에 의해 함께 양도되지 않고 指名債權의 양도방법¹⁰⁰⁾에 의해서만 양도되므로 양도인이 채무자인 은행(수표 발행인)에게 양도의 통지를 하거나 승낙을 받아야 한다. 대법원은 “제시기간을 초과하여 수표상의 권리가 소멸된 수표를 양도하는 경우에 특별한 사정이 없으면 수표상의 권리의 소멸로 인해서 소지인에게 발생한 이득상환청구권을 양도함과 동시에 그에 수반해서 이득을 한 발행인인 은행에 대하여 소지인을 대신해서 그 양도에 관한 통지를 할 수 있는 권능을 부여하는 것”¹⁰¹⁾이라고 판시하고 있다. 따라서 통상적인 경우라면 제시기간을 넘겨 수표를 취득한 양수인이라도 그 수표를 은행에 제시함으로써 양도인을 대위하여 양도통지를 한 것으로 되어 유효하게 이득상환청구를 할 수 있을 것이다. 그렇지만 도난수표의 양수인인 경우에는 그 양도인이 정당한 수표소지인이 아니기 때문에 위와 같은 양도 권능이 부정된다.¹⁰²⁾ 또한 이득상환청구권은 선의취득이 되는 것도 아니어서,¹⁰³⁾ 결국 도난 수표를 지급제시기간 이후에 취득한 사람은 수표상의 권리는 물론 이득상환청구권도 행사할 수 없다.

다. 소결

상관행상 자기앞수표의 거래에서 상대방의 주민등록번호나 도난수표인지 여부를 확인하지 않는 경우가 많고, 또 지급제시기간 경과 후에 유통되는 경우도 허다하다. 따라서 도난 된 자기앞수표의 양수인은 선의취득을 하지 못할 위험이 높고, 제시기간을 넘겨 양수하면 아무런 권리를 취득하지 못하게 된다. 그렇다면 누구든 도난 된 자기앞수표라는 사정을 알았더라면 이를 有償으로 양수하지 않았을 것이라는

99) 대법원 1978. 6. 13. 선고 78다568 판결.

100) 민법 제450조.

101) 대법원 1976. 1. 13. 선고 70다2462 판결.

102) 대법원 1981. 6. 23. 선고 81다167 판결.

103) 대법원 1980. 5. 13. 선고 80다537 판결.

관계가 인정된다고 하지 않을 수 없다. 따라서 수표를 절취한 자가 마치 정당한 소지인인양 행세하여 수표를 양도(처분)하는 행위는 사기죄의 기망행위에 해당하고 이는 그 수표가 금융기관 발행의 자기앞수표로서 사실상 현금을 대신하는 기능을 하고 있다고 하여 달리 볼 것이 아니다. 또한 사기행위로 인한 법익침해는 그 피해자(양수인)나 침해의 대상(수표 양수의 代價)이 절도로 인한 법익침해의 피해자(수표의 정당한 소지인) 및 침해의 대상(수표상의 권리)과 달라서 새로운 법익침해에 해당하므로 불가벌적 사후행위에 해당하지 않는다(사기죄 성립).¹⁰⁴⁾ 결국 절취한 자기앞수표를 양도(처분)하는 행위를 일반적인 무기명증권 양도(처분)의 경우와 달리 취급할 이유가 없다.

(5) 유가증권 아닌 免責證券

채무자가 증서소지인에게 변제하여 그 책임을 면할 목적으로 발행한 증서를 면책증권이라 한다.¹⁰⁵⁾ 유가증권도 채무자가 증권 소지인에게 변제하면 그 책임을 면하므로 면책증권에 해당하지만, 유가증권 아닌 면책증권도 있다. 신발표, 철도의 수하물상환증, 예금통장, 전당표 등이 그것이다. 유가증권 아닌 면책증권은 증권에 재산권이 화체되어 있지 아니하다. 그렇기 때문에 그 증권의 절취행위는 증권 자체의 소유권을 침해함에 그치고 다른 재산권을 침해하는 것이 예정되어 있지 않다. 그러므로 절취한 면책증권을 사용하여 재산권을 침해하는 것은 예외 없이 사기죄가 성립한다.¹⁰⁶⁾ 대법원도 같은 견해이다.¹⁰⁷⁾¹⁰⁸⁾

104) 임용, 앞의 글, 288면은 절취한 자기앞수표를 사용하는 행위 중에 사기죄가 성립되는 경우가 있음을 논증하고 있다. 그러나 그 논거는 이 글과 다르다.

105) 민법 제526조.

106) 면책증권인 예금통장에는 아무런 재산권도 화체되어 있지 않다. 따라서 통장을 절취한 행위 속에 예금인출 행위는 예견되어 있지 않기 절취한 예금통장(면책증권)을 사용하여 예금을 인출하는 경우에는 절도죄 외에 사기죄가 성립한다. 이에 반해서 절취한 무기명 유가증권을 행사하여 채권을 변제 받는 경우에는, 유가증권으로서 권리가 화체되어 있기 때문에 그 유가증권의 절취행위 속에는 유가증권에 화체된 권리의 침해가 예견되어 있다. 따라서 별도로 사기죄가 성립하지 않는다.

107) 대법원 1974. 11. 26. 선고 74도2817 판결. “절도행위 완성 후 그 장물을 처분하는 것은 재산죄에 수반하는 사후처분행위에 불과하므로 별죄를 구성하지 않으나, 그 사후처분이 새로운 다른 법익을 침해하는 경우에는 별죄가 성립한다고 보아야 할 것인바, 피고인이 피해자 경영의 양복점에서 피해자 명의의 은행예금통장을 절취하여 그를 이용하여 은행원을 기망하여 진실한 명의인이 예금

V. 결론

불가벌적 사후행위는 구성요건을 충족하는 행위의 가벌성을 부정하는 것이므로 그 근거와 요건이 명확해야 한다. 종래 학설은 죄수론을 추상화·위계화 하는 데 치중한 나머지 정작 불가벌적 사후행위의 판별 기준에 대해서는 상대적으로 소홀하였던 측면이 있다. 이 글에서는 불가벌적 사후행위가 어느 범주에 속하는 지에 대한 기존의 논의에서 비켜서서, 죄수판단의 기준 내지 원칙에 천착하여 불가벌적 사후행위를 판별하는 실천적인 방법을 제시하고자 하였다. 그 결과를 요약 정리하면서 이 글을 맺고자 한다.

우선 형법 제37조와 제40조에서 죄수판단의 기준에 관한 실마리를 발견하였다. 그것은 ‘행위의 數’와 ‘죄의 數’인데, 여기서 ‘행위’는 ‘사회적·형법적 행위’로, ‘죄’는 구성요건충족으로 각각 파악하였다. 이것을 기준으로 하여 一罪가 되는 유형들을 3개의 群으로 나누어 보았다. 단일 행위로 1회 구성요건을 충족한 《제1군》, 단일 행위로 複數의 구성요건을 충족한 《제2군》, 그리고 複數의 행위로 複數의 구성요건을 충족한 《제4군》 등이 그것이다. 이중 《제1군》은 행위와 구성요건충족의 단일성만으로, 또 《제2군》 중 일부 유형들은 충족된 구성요건들의 추상적·논리적인 해석만으로 각각 비교적 간명하게 一罪判別이 가능함을 밝혔다. 그러나 나머지 유형들은 해당 유형의 표지를 추출하여 개별적으로 판별기준을 설정해야 하는 것으로 확인되었다. 이에 그 대표적인 유형인 불가벌적 사후행위의 표지를 추출한 끝에, 사후행위가 ‘범죄’이고 사후행위에 의해 침해되는 법익이 선행행위의 침해법익을 초과하지 않아야 한다는 불가벌적 사후행위의 판별기준을 도출할 수 있었다.

이어서 이 판별기준을 절도죄의 사후행위에 적용해 보았다. 절도죄에 의해 침해

을 찾는 것으로 오신 시켜 예금의 인출명의 하의 금원을 편취한 것은 절도죄 외에 새로운 법익을 침해하는 것으로서 사기죄가 성립한다.”

- 108) 대법원 1980. 10. 14. 선고 80도2155 판결. “소위 장물을 처분하는 것은 재산죄에 수반되는 사실 행위여서 범죄를 구성하는 것은 아니나 절취한 전당표를 전당포에 제시 기망하여 전당물을 되찾아 편취하는 것은 다시 새로운 법익을 침해하는 행위로서 사기죄를 구성한다고 봄이 상당하고 이를 절도의 사후행위라고 볼 것이 아니라 할 것인바, 그러므로 본건에 있어 피고인이 절취한 전당표를 공소의甲에게 교부하고 자기 누비 것이니 찾아 달라고 정당한 소지인인 것같이 거짓말을 하여 이를 믿은 동인이 전당포에 이르러 그 종업원에게 위 전당표를 제시 기망케 하고 전당물인 금목걸이를 교부받게 하여 편취한 행위는 마땅히 형법 제347조의 사기죄에 해당한다.”

되는 법익은 절취품에 대한 소유자의 사용·수익·처분권이라는 점에서 출발하여, 절도범인이 절취품을 사용·수익·처분하는 각각의 양태를 그 절취품의 종류에 따라 가벌성을 추적한 결과 [표 2]에 정리해 놓은 바와 같이 절취품의 ‘사실적 처분행위’만이 불가벌적 사후행위에 해당한다는 결론에 도달하였다.

【표 2】 절도죄 사후행위의 가벌성

사후행위의 종류		가벌성			
사용		불가벌(구성요건 불해당)			
수익		불가벌(구성요건 불해당)			
사실적 처분		불가벌적 사후행위			
처분	법률적 처분	금전	불가벌(구성요건 불해당)		
		동산	사기죄 성립		
		유기증권	지시식	행사	사기죄 성립
				처분	
		무기명식	행사	불가벌(구성요건 불해당)	
			처분	사기죄 성립(예외 : 승차권, 상품권 등)	
면책증권	사기죄 성립				

참고문헌

- 김성돈, 형법총론, 성균관대학교 출판부, 2009.
- 김성천·김형준, 형법총론, 동현출판사, 2005.
- 김일수·서보학, 형법총론, 박영사, 2002.
- 박상기, 형법총론, 박영사, 2009.
- 배종대, 형법총론, 홍문사, 2005.
- 손동권, 형법총론, 율곡출판사, 2006.
- 신동운, 형법총론, 법문사, 2006.
- 오영근, 형법총론, 박영사, 2006.
- 이재상, 형법총론, 박영사, 2007.
- 임 응, 형법총론, 법문사, 2009.
- 정성근·박광민, 형법총론, 삼지원, 2009.
- 井田良, 刑法總論の理論構造, 成文堂, 2005.
- 淺田和茂, 刑法總論, 成文堂, 2007.
-
- 김성돈, “범죄경합의 유형과 그 판단방법”, 법조 통권 제580호(2005년 1월).
- 김창중, “불가벌적 사후행위의 범위”, 재판자료 제50집, 대법원, 1990.
- 임 응, “불가벌적 사후행위, 사전행위, 수반행위에 대한 형법적 고찰”, 형사정책연구 제20권 제3호(2009년 가을).

Standard of counting crimes and distinguishing the unpunishable act after crime

Hwang, Jeong-In*

'The unpunishable act after crime' is a legal term referring to a criminal act which is unpunishable because it relates to a preceding crime. In other words, if the act has been done separately, it should be punished. Thus, it would be very important to verify the legal bases and qualifications of the unpunishable act after crime.

However, until now, researchers have solely focused on abstracting and grading the theories of counting crimes, and disregarded the basic matter. This paper introduces several practical standards to differentiate 'the unpunishable act after crime'. Stepping aside from a debate where a crime act belongs which most research had been done, it is written for the purpose to suggest the standards of counting crimes.

Articles 37 and 40 of the criminal code refer to two standards of counting crimes. One is "the number of action" which regards the action as a 'social and penal' action; the other one is "the number of violating the criminal law". With this two standards, we tried to classify the single crime into three groups.

Single crimes which are combinations of 'single action' and 'single violation' belong to the first group, while combinations of 'single action' and 'multiple violations' fall under the second group. And combinations of 'multiple actions' and 'multiple violations' are regarded as the fourth group.

Among them, the first group could easily be judged by the unicity of action and violation. And we realized that some of the single crimes can belong to the

* Superintendent, Dispatched at Korean Institute of Criminology.

second group by abstract and logical interpretation of the articles of criminal law which can be applicable to each crime. Relatively, it also is not so difficult. By contrast, It is verified that for the other single crimes (the fourth group including some of the second group), we should establish individual standards by extracting the distinct features of each type.

'The unpunishable act after crime' is a typical type of the fourth group and its distinct features are identified as followings; After crime is an another crime distinct from other crimes. And deprived 'benefit and protection of the law' by the after crime act should not excess that of the preceding crime. Finally, as a result of application of these two features upon the act been done after theft, we reach a conclusion that only the physical disposals of stolen goods should be classified as unpunishable acts after larceny.

❖ Key words : theories of counting crimes, Standard of counting crimes, unpunishable act after crime, distinguishing the unpunishable act after crime