

# 타인의 예금통장으로 예금을 무단인출하고 바로 반환한 사람의 형사책임\*

오 영 근\*\*

## 목 차

- I. 서 론
- II. 예금통장과 현금카드 영득의 비교
- III. 예금통장을 반환한 행위의 범죄체계론상의 의미
- IV. 판례의 문제점 및 바람직한 해결방법
- V. 예금통장으로 현금자동지급기에서 현금을 인출한 경우의 문제

대상판결 : 대법원 2010. 5. 27. 선고 2009도9008 판결<sup>1)</sup>

## [사실관계 및 재판의 경과]

### I. 사실관계

피고인은 A주식회사의 현장 사무소장으로 근무하던 사람이다. 피고인은 회사로부터 월급을 제대로 받지 못할지도 모른다고 염려하게 되었다. 이에 피고

\* 이 논문의 일부는 고시계, 2010. 7월호에 게재되었지만, 허일태교수님의 회갑을 기념하기 위해 내용의 대부분을 수정·보완하였음.

\*\* 한양대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

1) 이 판결의 취지와 의의에 대해서, 장준현, “타인의 예금통장을 무단사용하여 예금을 인출한 후 예금통장을 반환한 경우 예금통장에 대한 절도죄가 성립하는지 여부(한정 적극)”, 대법원판례해설, 제84호(2010 상반기) 667-676면.

인은 2007. 12. 11. A주식회사의 사무실에서 회사 직원들이 자리를 비운 틈을 타 그 곳 책상 서랍에 있던 A주식회사 명의의 농협 당좌통장 1개를 몰래 가지고 나와 근처 농협에서 예금 1,000만원을 인출한 후 다시 그 통장을 제자리에 갖다 놓았다.

## II. 재판의 경과

피고인은 위와 같은 방법으로 A주식회사 명의의 예금통장을 절취하여 절도죄를 범했다는 이유로 기소되었다. 제1심인 춘천지방법원 속초지원 단독판사는 피고인에게 절도죄의 유죄를 인정하고, 절도죄, 사기죄, 사문서위조 및 동행사죄의 경합범을 인정하여 피고인에게 징역 1년 6월을 선고하였다(춘천지방법원 속초지원 2009. 5. 7. 선고 2009고단48 판결). 피고인이 양형부당을 이유로 항소하였다.

항소심인 춘천지방법원 강릉지원 합의부는 피고인의 행위로 인하여 A주식회사의 예금통장 자체가 가지는 경제적 가치가 그 인출된 예금액만큼 소모되었다고 할 수 없고 피고인이 위와 같이 예금통장을 사용하고 곧 반환한 이상 피고인에게 예금통장에 대한 불법영득의 의사는 없었다고 보아야 하고, 예금통장은 예금계약사실을 증빙하는 증표일 뿐이라는 이유로 직권으로 피고인에게 절도죄의 무죄를 인정하여 제1심판결을 파기하고, 피고인에게 사기죄와 사문서위조 및 동행사죄의 경합범만을 인정하여 징역 1년, 집행유예 2년을 선고하였다(춘천지법 강릉지원 2009. 8. 14. 선고 2009노123 판결).

검사가 상고하였다. 대법원은 검사의 상고를 받아들여 항소심판결을 파기하고 사건을 춘천지법 강릉지원 합의부로 환송하였다.

### [판결요지]

예금통장은 예금채권을 표창하는 유가증권이 아니고 그 자체에 예금액 상당

의 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 예금액에 대하여는 예금통장 자체의 예금액 증명기능이 상실되고 이에 따라 그 상실된 기능에 상응한 경제적 가치도 소모된다. 그렇다면 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 성립한다.

## [평 석]

### I. 서 론

대법원은 대상판결 이전의 판결에서 타인의 현금카드등을 승낙없이 무단사용하여 예금을 인출하고 바로 제자리에 돌려놓은 경우에 현금카드등에 대한 절도죄가 성립하지 않는다고 하였다. 예를 들어 대법원은 “타인의 재물을 점유자의 승낙 없이 무단사용하는 경우에 있어서 그 사용으로 인하여 물건 자체가 가지는 경제적 가치가 상당한 정도로 소모되거나 또는 사용 후 그 재물을 본래 있었던 장소가 아닌 다른 곳에 버리거나 곧 반환하지 아니하고 장시간 점유하고 있는 것과 같은 때에는 그 소유권 또는 본권을 침해할 의사가 있다고 보아 불법영득의 의사를 인정할 수 있을 것이나 그렇지 아니하고 그 사용으로 인한 가치의 소모가 무시할 수 있을 정도로 경미하고 또한 사용 후 곧 반환한 것과 같은 때에는 그 소유권 또는 본권을 침해할 의사가 있다고 할 수 없어 불법영득의 의사를 인정할 수 없다. … 피해자로부터 지갑을 잠시 건네받아 임의로 지갑에서 현금카드를 꺼내어 현금자동인출기에서 현금을 인출하고 곧바

로 피해자에게 현금카드를 반환한 경우, 현금카드에 대한 불법영득의사가 없다  
“고 하였다<sup>2)</sup>).

만약 이전의 대법원 판결들의 취지를 대상판결의 사건에 그대로 적용한다면  
항소심처럼 예금통장에 대한 절도죄를 인정하지 말아야 했을지도 모른다. 그러  
나 대상판결은 타인의 예금통장을 무단사용하여 예금을 인출하고 바로 제자리  
에 돌려놓은 경우에는 현금카드, 신용카드, 직불카드 등의 경우와는 달리 예금  
통장에 대한 절도죄가 성립한다는 것을 명백히 하고 있다.

대상판결과 이전의 판결들을 종합하여 보면 ①예금통장에는 예금계약사실  
및 예금액에 대한 증명기능이라는 경제적 가치가 있지만 현금카드등에는 이러  
한 증명기능이 없어 경제적 가치가 없고, ②예금통장으로 예금을 인출하고 바  
로 반환한 경우에는 이러한 증명기능이라는 경제적 가치의 소모가 있지만, 현  
금카드등의 경우에는 이러한 경제적 가치의 소모가 없고, ③이에 따라 예금통  
장에 대한 불법영득의사를 인정할 수 있지만, 현금카드등에 대한 불법영득의사  
를 인정할 수 없다는 것이다.

여기에서 다음과 같은 의문이 제기될 수 있다.

첫째, 예금통장이 갖는 예금사실과 예금액에 대한 증명기능을 예금통장의 경  
제적 가치라고 할 수 있는가이다.

둘째, 오늘날에도 예금통장이 예금사실과 예금액에 대한 증명기능을 할 수  
있는가 및 현금카드는 예금사실과 예금액에 대한 증명기능을 할 수 없는가이다.

셋째, 영득의 객체의 문제이다. 물체 그 자체를 영득한 때에는 불법영득 혹  
은 불법영득의사를 인정하는 데에 큰 문제가 없지만, 물체를 통한 이익을 취득  
하고 물체 자체는 즉시 반환한 경우 어떠한 가치를 침해해야 불법영득 혹은  
불법영득의사를 인정할 수 있는가이다.

2) 대법원 1998. 11. 10. 선고 98도2642 판결; 대법원 1999. 7. 9. 선고 99도857 판결 등. 이 판결에  
대한 비판적 평석으로, 최관식, “신용카드에 대한 절도죄 성립여부”, 법률신문 3027호(2001. 11.)  
15면. 여기에서는 신용카드로 50만원을 인출한 것은 분명히 신용카드의 경제적 가치를 취득한  
것이라고 한다. 직불카드에 대해서도 판례는 “은행이 발급한 직불카드를 사용하여 타인의 예금  
계좌에서 자기의 예금계좌로 돈을 이체시켰다 하더라도 직불카드 자체가 가지는 경제적 가치가  
계좌이체된 금액만큼 소모되었다고 할 수는 없으므로, 이를 일시 사용하고 곧 반환한 경우에는  
그 직불카드에 대한 불법영득의 의사는 없다고 보아야 한다.”고 하여(대법원 2006. 3. 9. 선고  
2005도7819 판결)라고 하여 같은 입장을 취한다. 이 판결에 대한 평석으로, 성낙현, “직불카드  
부정사용행위와 관련한 영득의 객체문제”, 법조 제56권 제6호(2007. 6.), 291-324면 참고.

넷째, 예금통장을 즉시 반환하고 그 사용으로 인한 경제적 가치의 소모가 무시할 수 있을 정도로 경미한 경우, 절도죄의 구성요건해당성이 조각되는지 아니면 위법성이 조각되는지 문제된다. 대상판결에 의하면 이러한 경우 불법영득의사가 인정되지 않을 것이다. 그러나 통설은 경미한 범익침해의 경우 구성요건해당성은 인정되지만 위법성이 조각된다고 한다.

## II. 예금통장과 현금카드 영득의 비교

### 1. 영득의 의미

대상판결은 “예금통장을 사용하여 예금을 인출하게 되면 그 인출된 예금액에 대하여는 예금통장 자체의 예금액 증명기능이 상실되고 이에 따라 그 상실된 기능에 상응한 경제적 가치도 소모되기 때문”이라고 한다<sup>3)</sup>.

타인 재물의 경제적 가치를 소모시킨 것만 가지고는 손괴죄는 성립할 수 있어도 영득죄까지 성립할 수 있는 것은 아니기 때문에, 예금통장의 영득을 인정하기 위해서는 예금통장을 통해 무엇을 영득하였는가가 중요하다. 반납할 생각 없이 예금통장을 절취하였지만 아직 현금을 인출하지 않았을 때에도 예금통장에 대한 영득행위 내지 불법영득의사는 인정해야 할 것이다. 이 단계에서는 예금통장에 대한 절도죄를 인정할 수 없다고 한다면, 행위자가 마음이 변하여 바로 예금통장을 반환한 경우 예금통장에 대한 절도죄를 인정할 수 없게 된다. 이는 타인의 재물을 절취하였다가 바로 반환한 경우 절도죄가 성립하지 않는다고 하는 것과 같이 부당하다<sup>4)</sup>.

그런데 현금을 인출하지 않은 한 예금통장에 고유한 경제적 가치가 소모되었다고 할 수는 없다. 이 경우에도 절도죄를 인정한다면 단순히 예금통장이라

3) 독일형법에 따른 해결을 소개한 것으로, 유용봉, “절취한 타인 명의의 예금통장과 불법영득의사”, 한국 형사법학의 이론과 실천(정암 정성진박사 고회기념논문집), 2010, 500-502면.

4) 판례도 타인의 재물을 절취하였다가 후일 반환한 경우에도 절도죄의 성립에는 영향이 없다고 한다(대법원 1983. 3. 8. 선고 83도54 판결)

는 물체만을 영득하였기 때문이 아니라 물체와 아울러 그 예금통장으로 현금을 인출할 수 있는 가능성이라는 경제적 가치를 함께 영득하였다는 의미를 지닌 절도죄를 인정해야 할 것이다.

영득행위 내지 불법영득의사가 인정되기 위해서는 권리자를 배제하고 재물을 사용, 수익, 처분하는 행위 내지 의사가 필요하다. 그런데 영득이란 사용, 수익, 처분하여 소유자가 되려는 행위이면 족하다. 따라서 현실적인 사용, 수익, 처분행위가 없다고 하더라도 사용, 수익, 처분할 수 있는 지위를 취득하면 영득이라고 할 수 있다.

그러나 경제적 가치가 있는 방식으로 재물을 사용, 수익 또는 처분하는 행위가 있어야 영득행위를 인정할 수 있는 것은 아니다. 예를 들어 타인의 예금통장을 하루동안 가져와 그것을 다른 사람들에게 보이고 자신이 돈이 많다고 자랑하고 반환한 경우에도 행위자가 예금통장의 소유자를 하루동안 배제한 행위와 예금통장을 사용한 행위가 있으므로 영득행위나 불법영득의사를 인정할 수 있다. 왜냐하면 이 경우에서 예금통장의 사용, 수익행위가 있기 때문이다. 여기에서 사용, 수익이란 반드시 재산적 가치가 있는 형태로서의 사용이나 이익의 취득을 의미하는 것은 아니다. 남의 야구방망이를 훔쳐서 다른 사람을 때리는 용도에 사용한 경우에도 경제적 용법에 따른 사용은 아니지만 영득이라고 할 수 있다.<sup>5)</sup>

## 2. 예금통장의 증명기능과 경제적 가치

대상판결은 예금통장의 증명기능을 경제적 가치라고 하는데 이는 타당하다고 할 수 있다. 그리고 영득행위의 평가에서 이러한 경제적 가치를 고려하는 것 역시 타당하다고 할 수 있다. 단순한 종이와 증명적 기능을 가진 문서를 절취한 경우를 달리 취급해야 하는 것도 이 때문이다. 예를 들어 등기부등본은

5) 이런 의미에서 판례가 “불법영득의 의사라 함은 권리자를 배제하고 타인의 물건을 자기의 소유물과 같이 그 ‘경제적 용법’에 따라서 이를 이용하고 또는 처분할 의사를 말하는 것이다”(대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도8081 판결; 대법원 1996. 5. 10. 선고 95도3057 판결 외 다수판결.)라고 하는 것은 오해의 소지가 있다. 즉 ‘경제적 용법’이라는 표현은 사족이라고 할 수 있다.

부동산에 대한 권리관계를 증명하는 기능을 지니고 있기 때문에 경제적 가치를 지닌 것이라고 할 수 있다. 등기부등본을 절취한 경우 등기부등본이 가지는 증명가치를 고려하지 않고 물체로서의 가치만을 고려한다면 이는 불과 몇십원짜리 종이를 절취한 것이 되는데, 이것은 사리에 맞지 않는다고 할 수 있다.

그러나 대상판결에서 말하는 예금통장의 경제적 가치와 등기부등본의 경제적 가치의 의미는 다르다고 할 수 있다. 예금통장의 경제적 가치는 예금사실과 예금액의 증명기능에 있는 것이 아니라 예금통장을 통한 예금잔액의 직접적 처분가능성에 있다고 할 수 있다. 따라서 1억원이 예금되어 있는 예금통장을 절취한 경우와 1억원짜리 부동산의 등기부등본을 절취한 경우 양자는 그 의미는 다르다고 할 수 있다. 예금통장을 통해서만 바로 1억원을 처분할 수 있지만, 등기부등본만을 가지고 1억원짜리 부동산을 바로 처분할 수 있는 것은 아니기 때문이다.

따라서 예금통장이 갖는 경제적 가치는 예금사실과 예금액에 대한 증명기능보다는 예금통장을 통한 잔액의 직접적 처분가능성에 있다고 해야 할 것이다.

### 3. 예금통장과 현금카드의 증명기능

대상판결에 의하면 예금통장은 예금사실과 예금액의 증명기능이 있고, 비교판결들에 의하면 현금카드는 예금사실과 예금액의 증명기능이 없다. 그런데 이것은 과거에는 타당할 수 있어도 오늘날에는 타당하다고 하기 어렵다.

예금통장은 가독성이 있기 때문에 과거 수기(手記)로 예금통장을 취급하던 시대에는 예금통장을 보면 예금사실과 예금액이 그대로 나와 있다. 따라서 예금통장에 예금사실과 예금액에 대한 증명기능이 있었다고 할 수 있다. 그러나 출금, 입금 및 이체사무가 전산화된 오늘날에는 예금통장은 더 이상 예금사실과 예금액에 대한 증명기능을 가졌다고 하기 어렵다. 통장정리를 하지 않은 예금통장은 예금사실과 예금액을 그릇되게 증명하는 경우가 더 많다고 할 수 있다. 예를 들어 오늘날에는 예금통장에 1천만원의 잔액이 있다고 기록되어 있어도 예금계약이 해지되어 있을 수도 있고, 예금잔액이 한 푼도 없을 수도 있다. 현재와 같이 인터넷뱅킹이 활성화되어 있는 상황에서는 예금통장에 표기되어

있는 잔액과 실제 잔액이 일치하는 경우는 별로 없다고 할 수 있을 정도이다.

반면 현금카드에는 예금사실과 예금액의 증명기능이 확실히 존재한다. 현금카드에는 아예 그 자체로 가독성(可讀性)이 없기 때문에 현금자동지급기에 넣거나 은행창구에서 조회를 해봐야 예금사실과 예금액의 내용을 알 수 있다. 이와 같이 현금카드는 반드시 조회과정을 거치기 때문에 예금사실과 예금잔액을 정확하게 증명해주고, 현금카드만을 가지고 예금사실이나 예금잔액을 속일 수도 없다.

예금통장의 경제적 가치가 잔액에 대한 처분가능성에 있다고 한다면 현금카드의 경우에도 잔액에 대한 처분가능성은 동일하게 존재한다. 오늘날에는 예금통장으로 바로 현금을 인출하거나 계좌이체를 할 수도 있는데, 이 경우에는 예금통장이나 현금카드나 그 기능에서 별로 차이가 없다.

이러한 의미에서 본다면 타인의 예금통장으로 현금을 인출하고 바로 반환한 경우에는 예금통장에 대한 절도죄가 성립하고, 타인의 현금카드로 현금을 인출하고 바로 반환한 경우에는 현금카드에 대한 절도죄가 성립하지 않는다고 하는 판례의 입장은 타당하지 않다<sup>6)</sup>. 오늘날과 같은 전산화시대에서는 두 경우 모두에서 예금통장과 현금카드의 절도죄를 인정해야 할 것이다.

### III. 예금통장을 반환한 행위의 범죄체계론상의 의미

#### 1. 경미한 범의침해행위의 범죄체계론상 지위

통설은 경미한 범의침해의 경우 구성요건해당성은 있지만 위법성이 조각된다고 한다. 그런데 대상판결에 의하면 예금통장의 가치소모가 경미한 경우 불

6) 판례의 입장을 지지하는 견해로, 강동범, “신용카드 부정취득행위의 형사책임에 대한 검토”, 한국형사법학의 오늘(정은 이영란교수 화갑기념논문집), 2008, 529면; 김일수/서보학, 형법각론 295면; 배종대, 형법각론 [64]77; 손동권, 형법각론, §20/42; 이재상, 형법각론, §16/59; 임웅, 형법각론, 290면; 정영일, 형법각론, 263. 판례의 입장을 반대하는 견해로, 박상기, 형법각론, 266면. 한편 신용카드를 발급받는 것은 특수한 기능가치를 지닌 재물의 취득이라고 하는 입장으로, 이정원, “자기신용카드 부정사용에 대한 형사책임 - 대법원 2005. 8. 19, 2004도6859 -”, 비교형사법연구, 제7권 제2호, 2005, 190-192면 및 동논문 192면 각주 18에 소개되어 있는 논문.

법영득의사가 인정되지 않는다고 한다. 이 말은 행위자가 영득한 가치 및 이로 인해 소모된 가치가 경미한 경우 불법영득의사가 인정되지 않는다는 의미일 것이다. 통설, 판례에 의하면 불법영득의사란 재산범죄 중 영득죄에서 요구되는 것으로서 고의와 구별되는 초과주관적 구성요건요소이므로<sup>7)</sup>, 불법영득의사가 인정되지 않는다는 것은 예금통장절도죄의 구성요건해당성이 없다는 의미가 된다.

여기에서 경미한 절도행위는 절도죄의 위법성이 조각되는 것인지 아니면 절도죄의 구성요건해당성이 조각되는지 문제가 된다.

## 2. 불법영득의사

불법영득의사는 독일형법에서 차용한 개념으로서 ‘Absicht sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen’을 번역한 것이다. Absicht를 의도적 고의라고도 하는 견해가 있지만<sup>8)</sup>, 의도적 고의 또는 Absicht는 우리 형법에서는 ‘목적’이라고 해야 할 것이다<sup>9)</sup>.

불법영득의사에서 불법이란 rechtswidrig를 번역한 것인데 이는 위법이라고 번역하는 것이 좀더 정확하다. 우리나라에서도 불법과 위법을 구별하는 견해가 다수설이지만<sup>10)</sup> 실제 사용할 때에는 혼동하여 쓰는 경우가 많다<sup>11)</sup>. 이에 비해 독일

7) 이에 대해 불법영득의사가 고의의 내용이라고 하는 견해는, 배종대, 형법각론, §64/55; 유기천, 형법각론, 213면; 정성근/박광민, 형법각론, 295면; 진계호, 형법각론, 257면.

8) 김일수/서보학, 형법총론, 189면; 배종대, 형법총론, [53] 23; 성낙현, 형법총론, 170-171면; 이상돈, 형법강의, 133-134면은 의도적 고의의 한 형태로서 목적이나 불법영득의사를 든다.

9) 독일형법 제226조 제1항은 중상해의 결과를 초래한 경우 1년에서 10년 이하의 징역에 처하도록 규정하고 있고, 제2항은 “Verursacht der Täter eine der in Absatz 1 bezeichneten Folgen absichtlich oder wissentlich, so ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren”라고 규정하고 있다. 여기에서 absichtlich oder wissentlich의 번역이 문제되는데, wissentlich는 중상해에 대한 고의가 있는 경우 absichtlich는 중상해에 대한 목적이 있는 경우라고 하여, 제1항에서는 중상해에 대한 과실이 있는 경우 제2항에서는 ‘중상해에 대한 목적이나 고의가 있는 경우’를 규정하고 있다고 할 수 있다. 한편 독일형법 제267조, 제268조의 문서위조죄등에서 ‘zur Täuschung der Rechtsverkehr’라고 규정하고 있는데, 우리 형법에서는 문서위조죄등에서 ‘행사할 목적’이라는 용어를 사용하고 있지만 독일에서는 이를 목적으로 파악하지 않고 고의의 한 내용으로 파악한다(Lackner/Kühl, StGB, §267 7., §268 6). 이와 같이 독일에서는 고의의 한 내용이라고 보는 것을 우리나라에서는 목적이라고 보아야 할 때도 있고, 그 반대의 경우도 있을 수 있다. 그런데 불법영득의사에서 Absicht는 목적이라고 번역하는 것이 자연스러울 것이다.

형법에서는 불법은 Unrecht, 위법성은 Rechtswidrigkeit라고 구별하여 사용한다.

### 3. 사례에의 적용

결국 불법영득의사란 위법영득의 목적이라고 할 수 있는데, 예금통장을 반환한 경우 불법영득의사가 없다고 하는 것은 경미한 가치를 영득한 경우에는 위법하다고 할 수 없기 때문에 위법영득 행위나 결과가 없고 따라서 위법영득의 목적도 없다는 의미일 것이다. 그렇다면 예를 들어 정당방위의사로 타인의 재물을 절취한 경우에도 절도죄의 구성요건해당성은 있지만 정당방위로서 위법성이 조각되는 것이 아니라, 정당방위의사가 있으므로 불법영득의사 내지 위법영득의사가 인정되지 않아 절도죄의 구성요건해당성이 조각된다는 의미가 될 것이다. 이 경우 통설이 거부하는 소극적 구성요건요소이론이 절도죄에서는 타당하다는 의미가 된다<sup>12)</sup>.

이와 같은 혼란은 독일형법과 같은 절도죄의 입법방식 때문에 초래되는 것이라고 할 수 있다<sup>13)</sup>. 다행히도 우리나라는 독일형법과 같은 복잡한 입법방식을 취하지 않고 있기 때문에 불법영득의사라는 개념에서 불법이라는 개념은 위법성에 위치시키고 영득의사는 고의의 한 내용으로 파악하면 족하다고 생각된다<sup>14)</sup>. 절도죄와 손

10) 우리나라에서도 통설은 불법은 실체적 개념, 양적 개념이고, 위법성은 관계적 개념, 질적 개념이라고 한다. 따라서 절도죄나 강도죄가 위법하다는 점에서는 동일하지만, 불법에서는 차이가 있다고 한다. 강도죄의 불법이 절도죄의 불법보다 크다는 것이다. 위법과 불법을 구별하는 통설을 지지하는 학자에 대해서는, 오영근, 형법총론, §8/26 참조. 기타, 성낙현, 앞의 책, 204-205면.

11) 예를 들어 불법주차라는 말이 많이 쓰이지만 이 때의 불법은 양적인 개념이 아니라 질적인 개념으로서의 위법을 의미한다. 즉, 불법주차란 위법주차를 의미한다(이에 반대하는 견해로, 김성돈, 형법총론, 238면). 이에 비해 형사소송법에서 위법수집증거의 증거능력을 위법성의 정도에 따라 달리 파악하려고 하는 것은 위법을 양적인 개념 즉 불법과 같은 개념으로 보고 있는 것이다.

12) 이에 대해 필자 스스로 답을 제시하려는 노력을 할 수도 있으나, 그에 앞서 불법영득의사가 필요하다는 입장에서 이 질문에 대해 대답을 해야 할 책임이 있을 것이라 판단된다. 따라서 필자는 의문만 제기하기로 하고, 이 질문에 대한 불법영득의사 필요론자들의 답변을 기대한다.

13) 독일에서도 영득의 위법성의 범죄체계상의 위치에 대해 견해가 대립한다(Lackner/Kühl, StGB, §242 5d dd 참조). 또한 횡령죄의 행위태양을 '위법하게 영득한 자라고 규정함으로써 인해 역시 위법성의 인식이 고의의 내용인가에 대해 견해가 대립한다(같은 책, §246 6b 참조).

14) 판례도 피고인이 범의를 부인하는 경우 "사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당

과실이 행위와 고의 단계에서는 구별되지 않고 초과주관적 구성요건요소인 목적 단계에서야 구별될 수 있도록 하는 것은 사고의 낭비라고 할 수 있기 때문이다<sup>15)</sup>. 만약 절도죄와 손괴죄가 초과주관적 구성요건요소인 불법영득의사의 단계에서나 구분될 수 있다고 한다면 손괴죄에서도 불법손괴의사 내지 불법손괴의 목적이 필요하다고 해야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 손괴의 목적으로 타인의 재물을 취거한 경우에도 불법손괴의사를 논하는 경우는 없다<sup>16)</sup>.

따라서 대상판결의 사건에서 절도죄를 인정하거나 부정하더라도 불법영득의사가 아닌 영득의 고의의 문제로 논하면 족할 것이다.

#### IV. 판례의 문제점 및 바람직한 해결방법

대상판결의 결론은 타당하지만 그 논리에서는 다음과 같은 문제점이 있다.

첫째, 예금계약사실과 예금액에 대한 증명기능이 예금통장 자체가 가지는 경제적 가치라고 하는 것은 일응 타당하다고 할 수 있지만, 예금통장에서 더 중요시해야 할 경제적 가치는 예금통장을 통해 현금을 인출할 가능성이라고 해야 할 것이다.

둘째, 예금통장은 예금사실과 예금액에 대한 증명기능을 하지만 예금통장에 기재되어 있는 예금사실과 예금액 보다는 실제의 예금사실과 예금액이 더 중요하다. 예금사실과 예금액은 다른 여러 가지 수단에 의해서도 증명할 수 있

---

할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결 상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 한다”고 한다(대법원 2005. 8. 25. 선고 2005도 3410 판결; 대법원 2004. 3. 26. 선고 2003도7878 판결, 2004. 7. 9. 선고 2004도810 판결 등).

15) 독일형법상 횡령죄의 구성요건은 단순히 또는 위탁관계에 의해 ‘자기가 보관하는 타인의 동산을 위법하게 영득한 자’이다. 이와 같이 횡령죄의 행위태양이 위법영득이기 때문에 횡령죄의 성립에 불법영득의사는 요구되지 않는다. 대신 위법성의 인식이 고의의 내용인가 여부에 대해 견해가 대립한다. Lackner/Kühl, StGB, §246 5.

16) 독일에서는 손괴의 목적으로 타인의 재물을 취거하였다가 영득한 경우에는 횡령죄(우리나라에서는 점유이탈물횡령죄)의 성립 여부가 문제된다고 한다(Lackner/Kühl, StGB, §242 5). 그런데 독일형법 제303조 손괴죄는 “위법하게 타인의 재물을 손괴하거나 파괴한 자는”이라고 규정하고 있으면서도, 손괴의 위법성에 대한 인식은 물론 고의의 내용이 아니고, 위법성의 인식 일반의 문제로 해결해야 한다고 한다. 같은 책, §303 4.

다. 예를 들어 예금통장의 잔고와 실제의 잔고가 일치하지 않는 경우 입금의로서등 다른 수단에 의해 실제의 예금액이 증명된다면, 이것이 예금통장에 기재된 예금액에 우선한다. 나아가 현금카드등도 예금사실과 예금액에 대한 증명기능을 할 수 있고, 이러한 증명기능은 예금통장보다 오히려 현금카드가 더 확실하게 수행한다. 예금통장이 아날로그 방식으로 증명기능을 수행한다면, 현금카드는 디지털방식으로 증명기능을 수행하기 때문이다. 예를 들어 통장정리를 하지 않은 경우와 같이 예금통장에 표시된 예금액이 실제의 예금액과 얼마든지 다를 수 있다. 그러나 현금카드에 의해 표시되는 예금액과 실제 예금액이 다른 경우란 없다. 이러한 의미에서 실제 예금액과의 관련성이라는 측면에서도 예금통장과 현금카드 사이에 본질적 차이가 있다고 하기 어렵다.

셋째, 예금통장으로 예금을 인출하나 현금카드로 예금을 인출하나 별로 다를 것이 없고, 오늘날에는 예금통장보다 현금카드로 예금을 인출하는 경우가 훨씬 많다. 이는 양자에서 아무런 기능의 차이가 없다는 것을 의미한다. 하나의 예금통장에 수개의 현금카드등이 연계되어 있다고 하더라도(실제 이런 경우란 별로 없을 것이다), 예금통장이나 현금카드등의 경제적 가치가 달라진다고 할 수는 없을 것이다. 이것보다는 현금카드로는 하루 일정액 이상으로 인출할 수 없는 경우 현금카드와 예금통장 사이에 경제적 가치의 차이가 있는지 문제될 수 있을 것이다. 이 경우에도 현금카드로도 수일간에 걸쳐 예금액을 인출할 수 있으므로 예금통장과 현금카드 사이의 차이는 그다지 크다고 할 수 없을 것이다.

넷째, 대상판결이 예금통장에 대한 불법영득의사를 언급하고 있지만, 불법영득의사를 규정하는 독일의 영득죄 입법방식은 범죄체계론상의 혼란만 가져오게 된다. 따라서 불법영득의사를 명문으로 규정하고 있지 않은 우리 형법에서 굳이 불법영득의사라는 혼란스러운 개념을 사용할 필요는 없을 것이다.

이러한 관점에서 본다면 타인의 예금통장과 현금카드등을 절취하여 현금을 인출하고 바로 제자리에 반납한 경우들을 달리 평가하는 판례의 입장은 타당하다고 할 수 없다. 대상판결에서 예금통장 절도죄를 인정하는 것과 같이 현금카드등을 사용하여 현금을 인출하고 바로 제자리에 반환한 경우에도 현금카드등에 대한 절도죄를 인정하는 방향으로 전환하여야 할 것이다.

## V. 예금통장으로 현금자동지급기에서 현금을 인출한 경우의 문제

### 1. 판례의 입장에 따른 죄책과 죄수

대상판결에서는 언급하고 있지 않지만, 만약 피고인이 타인의 예금통장으로 현금자동지급기에서 현금을 인출한 경우 어떤 죄책이 인정될 수 있는지 문제될 수 있다.

판례는 타인의 현금카드로 현금자동지급기에서 현금을 인출한 경우 현금에 대한 절도죄를 인정하고<sup>17)</sup>, 절취한 타인의 예금통장을 현금자동지급기에 넣고 계좌이체를 한 경우 반납한 경우 예금통장에 대한 절도죄 이외에 컴퓨터등사용사기죄를 인정한다<sup>18)</sup>.

이러한 판례의 입장을 따른다면, 절취한 타인의 예금통장으로 은행의 현금자동지급기에서 현금을 인출한 경우에는 예금통장에 대한 절도죄와 현금에 대한 절도죄가 별도로 성립한다고 할 것이다.

### 2. 바람직한 해결방법

그런데 예금통장에 대한 절도죄에 이미 경제적 가치의 소모 가능성이 포함되어 있고, 피고인이 현금을 인출할 때에 경제적 가치소모의 가능성이 현실화되는 것이라고 할 수 있다. 따라서 예금통장에 대한 절도죄와 현금에 대한 절도죄의 경합범을 인정하는 것은 예금통장의 경제적 가치에 대한 영득을 예금통장에 대한 절도죄와 현금인출로 인한 절도죄에서 이중평가한 것이라는 의문이 들 수 있다.

따라서 타인의 예금통장으로 현금자동지급기에서 현금을 인출하고 예금통장을 반납한 경우는 다음과 같이 해석해야 할 것이다.

첫째, 현금자동지급기에서 현금을 인출한 경우 현금에 대한 절도죄가 아닌 컴퓨터등사용사기죄를 인정해야 할 것이다. 판례는 이 경우 절도죄를 인정하면서 그 근거로서 현금은 재물이고 재산상 이익이 아니므로 컴퓨터등사용사기죄는 성립할

17) 대법원 2002. 7. 12. 선고 2002도2134 판결.

18) 대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도2704 판결.

수 없다고 한다<sup>19)</sup>. 그러나 재물과 재산상 이익은 특별 대 일반의 관계에 있다고 할 수 있다. 즉, 재산상 이익의 특별한 형태가 재물이라고 할 수 있다. 따라서 재산상 이익을 취득한다고 하여 당연히 재물을 취득한 것은 아니지만, 재물을 취득한 경우에는 당연히 재산상 이익을 취득하는 것이라고 할 수 있다<sup>20)</sup>.

실사 재물과 재산상 이익을 택일적 관계라고 본다고 하더라도 현금은 재물의 성격과 함께 재산상 이익의 성격을 모두 지니고 있으므로 현금을 취득한 경우에는 재물 뿐만 아니라 재산상 이익도 취득한 것이라고 할 수 있다. 판례도 현금의 재산상 이익으로서의 성격을 인정하고 있다. 예를 들어 판례는 “금전은 고도의 대체성을 가지고 있어 다른 종류의 통화와 쉽게 교환할 수 있고, 그 금전 자체는 별다른 의미가 없고 금액에 의하여 표시되는 금전적 가치가 거래상 의미를 가지고 유통되고 있는 점에 비추어 볼 때, 장물인 현금을 금융기관에 예금의 형태로 보관하였다가 이를 반환받기 위하여 동일한 액수의 현금을 인출한 경우에 예금계약의 성질상 인출된 현금은 당초의 현금과 물리적인 동일성은 상실되었지만 액수에 의하여 표시되는 금전적 가치에는 아무런 변동이 없으므로 장물로서의 성질은 그대로 유지된다”고 한다<sup>21)</sup>. 여기에서 말하는 금전의 가치성이란 재산상 이익과 같은 의미라고 할 수 있다.

둘째, 그러나 위와 같이 예금통장에 대한 절도죄와 현금에 대한 컴퓨터등사용사기죄가 모두 성립한다고 하더라도 양자를 경합범이라고 하는 것은 문제가 있다. 양자는 수단 대 목적의 관계 내지 가능성 대 현실화의 관계에 있다고 할 수 있으므로 상상적 경합관계에 있다고 하거나, 예금통장 절도죄는 불가벌적 사전행위(不可罰的 事前行爲)<sup>22)</sup>로서 현금에 대한 컴퓨터등사용사기죄에 흡수된다고 해야 할 것이다.

19) 대법원 2002. 7. 12. 선고 2002도2134 판결.

20) 이에 대해 재물을 취득한 경우 재산상 이익도 취득한 것이라고 해석하는 것을 유추해석(하태훈, 형법사례연습, 2004, 243면) 혹은 확대해석(한영수, 앞의 논문, 144면; 정영일, 형법각론, 271면)이라고 보는 견해도 있다.

21) 대법원 2004. 3. 12. 선고 2004도134 판결.

22) 불가벌적 사후(事後)행위가 인정된다면 불가벌적 사전(事前)행위도 인정해야 할 것이다. 예를 들어 금고의 열쇠를 훔쳐 다음 날 이를 이용하여 금고 안에 있는 보석을 절취한 경우 금고열쇠 절도죄와 보석절도죄의 실제적 경합범을 인정할 것이 아니라 전자는 후자의 불가벌적 사전행위라고 해야 할 것이다.

주제어 : 예금통장, 현금카드, 직불카드, 신용카드, 불법영득의사

Keyword : Bank Book, Cash Card, Debit Card, Credit Card, Absicht der  
sich Rechtswidrig zu Zueignen

투고일 2011.11.11 / 심사일 2011.11.24 / 게재확정일 2011.12.05

[Abstract]

The Critical Review on the Korean Supreme Court's Attitude toward  
the Theft of a Bankbook and That of a Cash Card

- The Criminal Case of the Korean Supreme Court 2010. 5. 27. 2009 Do 9008 -

Oh, Young Keun\*

Through the criminal case 2010. 5. 27. 2009 Do 9008, the Korean Supreme Court decides that if a person has stolen another's bankbook and withdrawn a cash by using it at a bank and returned it immediately, he is guilty of the crime of the bankbook theft. In the several criminal cases before, however, the Korean Supreme Court have been in a position that if a person has stolen another's cash card or credit card and withdrawn a cash by using it at the automatic machine(ATM) and returned it immediately, he has not been guilty of the cash card or the credit card theft.

This paper reviews the attitude of the Korean Supreme Court toward the bankbook theft and the cash card of credit card theft critically and suggests some reasonable solutions.

The contents of this paper is as follows:

[The Process of the Case]

[The Summary of the Judgement]

[Review]

I. Introduction

II. The Comparison between the 'Zueingung' of a bankbook and that of a Cash Card

---

\* School of Law, Hanyang University Prof. Dr.

III. The Criminal Theoretical Meaning of the Immediate Return of a Bankbook or a Cash Card.

IV. Some Reasonable Solutions

V. The Relating Issues

