

## 마약류의 절도죄 객체성\*

- 금제품(禁制品) 개념의 재정립과 절도죄의 본질을 중심으로 -

주 현 경\*\*

### < 목 차 >

- I. 문제 제기
- II. 절도죄의 객체로서의 마약류
- III. 금제품 개념의 정립
- IV. 절도죄의 보호법익과 금제품
- V. 결론

## I. 문제 제기

### 1. 판결 1: 대법원 1999. 4. 13. 선고 98도3619 판결

“피고인이 제1심 공동피고인 1, 2와 합동하여 피해자 소유의 대마밭에서 위 제1심 공동피고인 2와 피고인은 쏘나타 승용차 안에서 전조등으로 대마밭을 밝게 비추면서 망을 보고 제1심 공동피고인 1은 대마밭에 들어가 대마초를 따서 이를 절취하고, 대마취급자가 아님에도 불구하고 대마를 흡연할 목적으로 공모하여, 같은 일시경 위 승용차량 내에서 위와 같이 절취한 대마초를 소지하였다는 이 사건 공소사실에 대하여, 거시 증거에 의하면 위 제1심 공동피고인 1이 대마밭에 들어가 5분 정도 대마순을 따고 있는 데 피고인 등이 타고 간 승용차 앞에서 차가 한 대 오는 것이 보여 피고인이 위 제1심 공동피고인 1에게 차가 온다고 소리치니까 위 제1심 공동피고인 1이 얼른 차에 타고 훔친 대마순을 차

\* 이 연구는 2017년 충남대학교 학술연구비에 의해 지원되었음.

\*\* 법학박사, 충남대학교 법학전문대학원 부교수.

량의자 밑에 숨겨두고, 마주오는 차가 지나가기를 기다리고 있었는데, 마주오던 차량에서 경찰관들이 내려 피고인 등을 검거하고, 차안에서 대마순을 찾아” 내었다.

## 2. 판결 2: 대법원 1998. 11. 24. 선고 98도2967 판결

“[...] 유가증권도 그것이 정상적으로 발행된 것은 물론 비록 작성권한 없는 자에 의하여 위조된 것이라고 하더라도 절차에 따라 몰수되기까지는 그 소지자의 점유를 보호하여야 한다는 점에서 형법상 재물로서 절도죄의 객체가 된다 [...] 발매기에서 나오는 위조된 탑승권은 제1심 공동피고인이 이를 뜯어가기 전까지는 OO개발의 소유 및 점유하에 있다고 보아야 할 것이므로, 위 제1심 공동피고인의 행위는 발매할 권한 없이 발매기를 임의 조작함으로써 유가증권인 리프트탑승권을 위조하는 행위와 발매기로부터 위조되어 나오는 리프트탑승권을 절취하는 행위가 결합된 것이고, 나아가 그와 같이 위조된 리프트탑승권을 판매하는 행위는 일면으로는 위조된 리프트탑승권을 행사하는 행위임과 동시에 절취한 장물인 위조 리프트탑승권의 처분행위에 해당한다 할 것이다.

따라서 이 사건에서 제1심 공동피고인이 위 위조된 리프트탑승권을 위와 같은 방법으로 취득하였다는 점을 피고인이 알면서 이를 제1심 공동피고인으로부터 매수하였다면 그러한 피고인의 행위는 위조된 유가증권인 리프트탑승권에 대한 장물취득죄를 구성한다”.<sup>1)</sup>

## 3. 연구 목적 및 필요성

### 1) 연구 목적

이 글은 금제품(禁制品)에 해당하는 마약류가 절도죄의 객체가 되는지, 그렇다면 그 이유가 무엇인지를 확인함을 목적으로 한다. 금제품이란 “법령에 따라 또는 소유 또는 소지가 금지되어 있는 물건”을 의미한다.<sup>2)</sup> 금제품의 절도에 관

1) 생략 및 익명화는 필자가 한 것임.

2) 김성돈, 「형법각론(제5판)」, 성균관대학교 출판부, 2018, 282면; 김성천·김형준, 「형법각론(제2판)」, 동현출판사, 2006, 402면; 배중대, 「형법각론(제9전정판)」, 홍문사, 2015, [61]/12;

련된 대표적 판례는 대마 절취행위의 절도죄를 인정한 위의 대법원 1999. 04. 13. 선고 98도3619 판결(이하 ‘판결 1’이라 칭한다)이다. 판결 1은 대마취급자가 아닌 자가 대마를 절취한 후 흡입할 목적으로 소지한 행위에 대하여, 절도 이후의 대마초 소지행위가 절도죄의 불가벌적 사후행위로 평가될 수 없으며 별도의 무허가대마소지죄로서 실제적 경합됨을 인정한 판례이다. 그러나 본 논문에서는 그 전제가 되는 상황, 즉 대마, 다시 말해 마약류에 해당하는 금제품이 절도죄의 객체로 다루어진 점에 주목하고자 한다.

이미 대법원은 금제품이 절도죄의 객체가 된다고 판시해 왔다. 위조된 스키장 리프트 탑승권에 대한 절도 및 장물취득을 인정한 대법원 1998. 11. 24. 선고 98도2967 판결(이하 ‘판결 2’라 칭한다)이 그 대표적인 예이다.

아래에서는 대상 판결 1과 판결 2 및 이에 관한 기존의 학설대립을 토대로 마약류가 절도죄의 객체가 되는지, 만약 그렇다면 금제품을 재산범죄의 객체로 다루면서 보호하여야 할 형법적 이익은 무엇인지를 확인하려 한다. 이 문제는 결국 절도죄의 보호법익인 타인의 소유권과 사실상 점유 사이의 관계를 풀어내는 것에서 실마리를 찾을 수 있을 것으로 보인다.

## 2) 연구 필요성

‘마약류는 왜 절도죄의 객체가 되는가?’라는 질문은 금제품의 재물죄 객체성에 대한 의문이 구체화된 것이다. 금제품, 그 중에서도 마약류를, 그리고 여러 재물죄 중 절도죄를 소재로 삼아 연구하여 할 필요성은 아래와 같이 세분화하여 설명될 수 있다.

첫째, 왜 ‘금제품’이 문제되는가? 위에서 살펴보았듯 판결 1은 마약류에 대하여, 판례 2는 위조유가증권에 대하여 절도의 객체성을 인정하였다. 그러나 판결 1은 금제품인 대마가 절도죄의 객체가 되는 이유에 대하여는 논증하고 있지 않으며, 판결 2의 판결요지에서는 위조유가증권이라 하여도 “절차에 따라 몰수되기까지는 그 소지자의 점유를 보호하여야 한다”고 하여 소유권보다 소지자의

---

박상기·진지연, 「형법학(제8판)」, 집현재, 2018, 586면; 신동운, 「형법각론(제2판)」, 법문사, 2018, 892면; 이정원, 「형법각론」, 신론사, 2012, 276면; 임웅, 「형법각론(4정판)」, 법문사 2012, 284면; 정영석, 「형법각론(제5전정판)」, 법문사, 1989, 324면; 황산덕, 「형법각론(제4전정판)」, 방문사, 1975, 255면.

점유 보호 필요성을 강조하는 듯하여, 절도죄 보호법익의 본질에 대한 좀 더 깊은 차원의 논의 필요성을 불러일으킨다. 그 외에도 판결 2의 판결 이유에서는 위조유가증권이 절취 전까지 해당 유가증권 발급 회사의 “소유 및 점유하에 있다”는 표현이 있어, ‘금제품의 소유’가 무엇인지에 대한 의문까지 야기된다.

둘째, 여러 금제품 중 ‘마약류’가 중심 소재가 되는 이유는 다음과 같다. 판결 2가 다루는 위조유가증권이 논쟁의 여지없이 절대적 금제품으로 분류됨에 반하여, 판결 1이 다루는 대마를 포함한 마약류는 문헌에 따라 절대적 금제품으로 분류되기도 하고 상대적 금제품으로 분류되기도 한다. 이는 상대적 금제품 개념정의의 불명확성에서 기인한 것으로 보인다. 절대적·상대적 금제품의 분류는 구분설을 취할 경우 절도의 객체성 인정의 기준이 된다는 점에서 중요하므로, 상대적 금제품의 개념을 명확히 정립하고 마약류가 어떠한 성격의 금제품인지를 확인할 필요할 필요가 있다.

셋째, 재물죄의 여러 종류 중 ‘절도죄’가 문제가 되는 이유를 살펴본다. 금제품이 절도죄의 객체가 되는지의 여부는 단순히 절도죄의 차원에서만 본다면 그리 큰 의미를 지니지 않을 수도 있다. 금제품, 예를 들어 불법적으로 소유, 소지한 마약류를 절취당한 피해자는 자신의 마약류 소지를 숨기기 위해 절취사실을 신고하지 않아 숨은 범죄의 영역에 남게 될 확률이 높기 때문이다.<sup>3)</sup> 그러나 절취 금제품의 추후 유통과정을 장물범죄로 다루기 위해서는 선행 행위가 절도죄로 확정될 필요가 있어 여전히 금제품에 대한 절도죄는 그 의미를 지닌다. 판결 2가 위조 리프트탑승권을 장물죄의 객체로 다루었다는 점에서도 절도죄를 다루어야 할 중요성이 다시 한 번 확인된다.

#### 4. 연구 순서

이러한 연구 필요성을 바탕으로 아래에서는 마약류가 금제품으로서 절도죄의 객체성을 가질 수 있는지에 대한 기존의 견해 대립을 우선 확인한 후(Ⅱ), 현재 학설에서 조금씩 다르게 평가되는 금제품 개념을 정리하여 명확히 정립하고 마약류는 어떠한 성질의 금제품인지를 판단한다(Ⅲ). 이를 바탕으로 절도죄의 보호법익과 관련하여 금제품이 절도죄의 객체로 다루어져야 하는 이유를 논증한 후(Ⅳ), 논의를 마무리하겠다(Ⅴ).

3) 김선복, “형법상의 소유권보호와 금제품”, 『형사법연구』 제15호, 한국형사법학회, 2001, 146면.

## II. 절도죄의 객체로서의 마약류

### 1. 마약류의 재물성

마약류가 절도죄의 객체가 되기 위해서는 마약류가 재물로 인정되어야 한다. 절도죄의 객체인 재물이 경제적 가치를 지녀야 하는가라는 논점에 대하여 경제적 교환가치는 없더라도 “소유자, 점유자의 주관적 가치”가 있으면 충분한 것으로 보는 것이 학계의 통설이자 판례의 태도이다.<sup>4)</sup> 위 판결 1과 판결 2에서 다루는 금제품은 유통 시 경제적 이익이 기대되는 물건이기 때문에 경제적 교환가치를 지니는 것으로 보이며, 적어도 피해자의 소극적·주관적 가치를 지닌 재물임에 의문스러운 점은 없다. 특히 판결 2의 사실관계에서 위조유가증권인 위조 스키장 리프트탑승권은 장물로서 이후 대금 47,430,000원에 매수되기까지 하였으므로, 불법적이지만 경제적 가치가 존재하였음은 명백하다. 마약류 역시 절취 이후 장물로서 음성적 거래가 이루어질 수 있으므로 동일하게 경제적 가치가 존재하는 것으로 볼 수 있다. 마약류를 비롯한 금제품은 경제적 가치 또는 소유·점유자의 주관적 가치를 가지는 재물에 해당한다.

### 2. 금제품의 절도죄의 객체성

#### 1) 견해 대립

금제품이 절도죄의 객체가 되기 위해서는 금제품이 재물에 해당함과 동시에 그 재물의 타인성이 인정되어야 한다. 형법 제329조에서 “타인의 재물”로 표현되는 절도죄의 객체는 타인이 점유하는 타인의 재물로 해석되며, 따라서 무주물에 대하여는 절도죄가 성립할 수 없다.<sup>5)</sup> 그런데 금제품은 법률상 소유·소지가 금지되어 있는 물품을 뜻하는 것이어서, 금제품이 절도죄의 객체가 되는지에 대하여 견해가 나뉘고 있다.

4) 김성돈, 앞의 책, 279면; 이상돈, 「형법강론」, 법문사, 2015, 991면. 대법원 1976. 1. 27. 선고 74도3442 판결, 대법원 1996. 5. 10. 선고 95도3057 판결, 대법원 2004. 10. 28. 선고 2004도 5183 판결 등은 “재산죄의 객체인 재물은 반드시 객관적인 금전적 교환가치를 가질 필요는 없고 소유자, 점유자가 주관적인 가치를 가지고 있음으로써 족하다”고 한다.

5) 이재상·장영민·강동범, 「형법각론」(제10판 보정판), 박영사, 2017, 258면.

금제품의 절도 객체성을 인정하는 긍정설은 금제품은 사인(私人) 관계에서 소유가 금지된 것일 뿐 국가의 몰수대상이 되므로 그 소유권은 국가에 귀속되는 것이라 보거나,<sup>6)</sup> 또는 금제품이 법 절차에 따라 몰수될 때까지 소지자의 점유를 보호할 필요가 있다고 한다.<sup>7)</sup> 또한 금제품에 대한 원시취득이 가능하다는 점도 금제품에 대한 재산범죄를 긍정하는 논거가 된다.<sup>8)</sup> 긍정설은 위 판결 1과 판결 2에서 보듯 판례가 취하고 있는 태도이며, 학계에서는 구(舊) 통설이었으나<sup>9)</sup> 구분설의 등장 이후 소수 견해로 돌아선 이후 최근 판례와 함께 좀 더 설득력을 얻어가는 추세이다.<sup>10)</sup>

이에 대립하는 부정설은 금제품의 성질, 즉 소유권의 목적이 될 수 없는 성질을 들어 금제품이 절도죄의 객체가 될 수 없다고 한다. 또한 긍정설이 소지자의 점유를 보호하여야 한다는 논거에 반대하여 형법상 법익으로서의 소지는 “재물의 경제적 이용의 가능성을 보호”하기 위한 것이어야 한다는 논지를 펼친다.<sup>11)</sup>

흥미로운 학설은 절충적 입장인 구분설이다. 현재 우리 학계의 다수설로 평가되는 구분설은 소유권이 성립하지 않을 경우 절도죄의 객체가 될 수 없다고 보는 점에서는 부정설과 동일하지만, 기존의 긍정·부정설과 달리 금제품을 절대적·상대적 금제품으로 나누어 다르게 취급한다. 이에 따르면 아편흡식기, 위조통화<sup>12)</sup>와 같이 소유 및 점유가 모두 금지된 절대적 금제품은 소유권의 객체가 될 수 없어 절도죄의 객체가 될 수 없다. 그러나 소유권은 존재하되 특정한 사람의 소지가 금지된 것, 예를 들어 불법하게 소지하고 있는 무기와 같은 상

6) 김일수·서보학, 「(새로 쓴) 형법각론(제9판)」, 박영사, 2018, 228면; 김태명, 「판례형법각론(제2판)」, 피앤씨미디어, 2016, 237면; 최선호, “절도죄의 객체에 관한 소고”, 「법학연구」 제32권, 한국법학회, 2008, 388면.

7) 박상기·전지연, 앞의 책, 586면.

8) 이경재, “금제품의 재물성과 공범의 책임범위”, 「고시연구」 제32권 제10호, 고시연구사, 2005, 63면.

9) 긍정설을 통설로 보는 서일교, 「형법각론」, 박영사, 1982, 133면.

10) 긍정설을 취하는 김성돈, 앞의 책, 282면; 김일수·서보학, 앞의 책, 228면; 박상기·전지연, 앞의 책, 586면; 신동운, 앞의 책, 892-893면; 임웅, 앞의 「형법각론(4정판)」, 284-285면.

11) 부정설을 취하는 견해로 서일교, 앞의 책, 133-134면. 부정설은 종종 금제품이 경제적 이용가능성이 없다고 주장하는 것으로 오해되기도 하는데, 부정설은 금제품이 현실에서 경제적으로 이용될 수 없다고 본 것은 아니다. 부정설이 주장하는 취지는 형법이 금제품의 소지를 보호함으로써 금제품의 경제적 이용 가능성을 보호해야 할 필요성이 없다는 규범적 맥락의 논지를 펼친 것으로 이해된다.

12) 다만 우리 형법은 제207조 내지 제208조에서 행사 목적 통화 위조 및 위조통화 취득을 금지한다. 따라서 행사의 목적이 없는 사인 소유·소지의 위조통화는 금제품에 해당하지 않는다는 김일수·서보학, 앞의 책, 228면.

대적 금제품은 절도죄의 객체가 될 수 있다고 한다.<sup>13)</sup>

## 2) 평가

첫째, 긍정설은 금제품이라도 소유 금지는 사인을 대상으로 한 것일 뿐 국가가 소유권을 지닌다거나 또는 국가가 직접 점유하기 전, 즉 몰수하기 전이라도 사인의 점유를 보호하여야 한다는 점을 강조한다. 그러나 금제품이 국가의 몰수 선고 이전에 이미 국가의 소유라고 보기는 어렵다. 몰수란 “기소된 범죄행위와 관련된 물건[...]을 박탈하여 국고에 귀속시키는 처분”이며,<sup>14)</sup> 금제품은 몰수대상물 중 “어느 누구의 소유에도 속하지 아니하”는 물건으로서 형법 제48조 제1항의 “범인 이외의 자의 소유에 속하지 아니하”는 물건에 해당하고,<sup>15)</sup> 몰수의 선고가 있으면 물건의 재산권은 국가에 귀속된다. 즉 금제품은 몰수 전에는 누구의 소유도 아닌 물건이며,<sup>16)</sup> 몰수 재판의 확정으로 인하여 비로소 국가에 소유권이 귀속되는 것으로 보는 것이 타당할 것이다.<sup>17)</sup> 설령 소유가 금지된다는 금제품의 성질이 단지 사인의 소유를 금지한다는 의미여서 몰수 선고 이전에 이미 국가의 소유권이 존재한다고 가정하더라도, 이 소유권은 일반적인 재산범죄에서 보호하고자 하는 소유권의 가치와는 조금 다른 특별한 의미를 지니는 것이라 보아야 한다. 몰수의 목적은 범죄의 반복 방지, 그리고 범죄에서 기

13) 배종대, 앞의 책, [61]/12; 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, 259면; 정영석, 앞의 책, 324면; 황산덕, 앞의 책, 255면.

14) 법원도서관 법률백과사전 ‘몰수’ <http://gopenlaw.scourt.go.kr/view/page/searchList.jsp#1.%20%EC%9D%98%EC%9D%98> (최종접속일: 2019. 5. 29.).

15) 배종대, 「형법총론(제12판)」, 홍문사, 2016, [176]/14; 임웅, 「형법총론(제5정판)」, 법문사, 2013, 636면.

16) 금제품에 대하여 사인의 소유권이 금지된다고 하여 국가의 소유권이 존재하는 것으로 볼 수 없다는 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, 259면.

17) 다만 몰수 선고 시 재산권의 국고 귀속의 시기가 판결 확정시(대법원 1980. 8. 26. 선고 80도620 판결)인지 검사의 집행시인지에 대해서는 학설이 대립하고 있다. 법원도서관 법률백과사전 ‘몰수’ <http://gopenlaw.scourt.go.kr/view/page/searchList.jsp#1.%20%EC%9D%98%EC%9D%98> (최종접속일: 2019. 5. 29.). 2011년 형법(총칙)일부개정법률안에서는 몰수재판이 확정되면 소유권이 국고에 귀속된다는 명시적 규정을 두려다, 소유권의 박탈시기, 소유권 이전시기 등이 사안마다 별개로 이루어질 수 있음을 이유로 명시적 규정은 두지 않기로 하였다고 한다(법무부, 「형법(총칙)일부개정법률안 제안 이유서」, 2011, 83면). 2011년 형법일부개정법률안의 몰수 제도 개정안에 대하여 조균석, “범죄수익몰수제도의 문제점과 개선방안 - 2011년 형법일부개정법률안에 대한 검토를 중심으로 -”, 「인권과 정의」 통권 420호, 대한변호사협회, 2011, 114면.

인하는 부정한 이익이 더 이상 생겨나지 않도록 하는 것이다.<sup>18)</sup> 따라서 몰수 이전에 존재할 수 있는 국가의 소유권은 일반적인 물건의 사용·수익·처분권 한이라기보다는 몰수를 통해 금제품의 사회적 이용과 유통을 금지하기 위하여 행사하는 소유권, 다시 말해 사유재산으로서의 이용가치를 국가적 차원에서 소멸시키고자 하는 작용을 담보하기 위한 권리라 보아야 한다.<sup>19)</sup> 정리해 보면, 긍정설을 따른다 하더라도 금제품에 대하여 소유권을 이유로 절도죄의 객체가 될 수 있다고 볼 수는 없다.

긍정설이 금제품에 대해서도 소유권이 존재함을 주장한 이유는 그 자체가 중요한 근거여서라기보다는 ‘금제품에 소유권이 부존재한다’는 부정설의 주장에 대한 반론의 의미가 크다. 긍정설에서 이보다 강조되어야 하는 근거 부분은 국가의 몰수 이전 상태에서도 금제품에 대한 사인의 점유를 보호하여야 한다는 내용이다. 즉, 긍정설은 절도죄의 보호법의 중 소유권보다는 점유에 좀 더 중심적 가치를 두고 있다. 긍정설을 따를 경우 금제품에 대한 사인의 (불법적) 점유가 절도죄의 법익으로 보호되어야 하는 이유를 좀 더 설득적으로 논증해야 할 것이다.

둘째, 부정설은 금제품에 대하여는 소유권이 존재하지 않는 점에 초점을 맞추어, 소유권이 존재하지 않는 재물을 절도죄로부터 보호할 가치가 없다고 평가한다. 우리 형법학에서 거의 유일하게 부정설을 취한 것으로 거론되는 서일교는 재물의 의미를 다룸에 있어 “재산권 특히 소유권의 대상으로 될 수 있는 것”이어야 함을 강조하며,<sup>20)</sup> 금제품에 대해서도 “소유권의 목적” 성부를 기준으로 절도죄 가능성을 다루고 있다. 긍정설을 비판할 때에도 금제품의 ‘소지’라는 형법적 법익의 존재를 회의한다는 점<sup>21)</sup>에서도 부정설은 절도죄에 대하여 소유권의 존재여부를 가장 중요한 기준으로 본다는 점을 확인할 수 있다.

부정설에 대해서는, 구분설에 따를 경우 상대적 금제품은 소유권이 인정될 수 있다는 점을 들어 비판해 볼 수 있다. 하지만 부정설은 애초에 소유권의 목

18) 배종대, 앞의 「형법총론(제12판)」, [176]/7; 신동운, 「형법총론(제7판)」, 법문사, 2013, 784면; 임웅, 앞의 「형법총론(제5정판)」, 633면.

19) 몰수가 “과거에 발생한 불법을 진압하는 성격”의 응보이자 예방의 목적을 지니다는 이상돈, 앞의 책, 657면; 강지현, “몰수제도에 관한 비교연구”, 「법학논총」 제38권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2018, 84-87면 참조.

20) 서일교, 앞의 책, 132면.

21) 위의 책, 133-134면.



적이 될 수 없는 절대적 금제품만을 염두에 두고 절도죄 객체성을 부정한 취지로 읽혀진다. 절대적 금제품에 대해서는 부정설과 구분설 모두 동일한 주장을 하고 있으므로, 부정설은 구분설과 대립되는 학설이라기보다는 구분설을 통해 심층적으로 분석·분류된다고 평가함이 타당할 것이다. 이보다 부정설이 비판될 수 있는 지점은 ‘절도죄의 보호법익이 소유권만으로 한정되는가?’라는 질문이다. 절도죄가 소유권만을 보호하는 형법규범이 아니라면 부정설은 설득력을 잃게 될 것이다.

마지막으로 구분설도 부정설과 마찬가지로 소유권의 존재 유무에 따라 금제품을 구분하여 소유권이 있는 경우 절도죄의 객체성을 인정하고, 소유권이 없는 경우 절도죄의 객체가 될 수 없다고 한다. 구분설의 가장 큰 성과는 금제품 중 소유가 가능한 종류를 분류해 냈다는 점이다. 절대적 금제품과 상대적 금제품의 구분을 통해 금제품 중 소유가 가능한 재물을 걸러낸 후에는 부정설과 동일한 취지의 주장을 하고 있어, 구분설에 대한 비판은 부정설에 대한 비판과 다르지 않다. 또한, 뒤에서 살펴보겠지만 상대적 금제품에 대한 정의가 혼동되기도 한다는 점, 그에 따라 절대적·상대적 금제품의 구분방법이 불명확하다는 점을 비판적으로 지적할 수 있다. 이는 특히 마약류의 분류 시 가장 문제가 된다.<sup>22)</sup>

### 3) 소결

위의 세 가지 견해는 각각 절도죄의 보호법익으로 거론되는 소유권과 점유 중 중점을 두는 가치를 기준으로 금제품의 절도죄 객체성을 긍정 또는 부정하고 있다. 긍정설은 ‘소지’, 즉 사실상의 점유를 보호하여야 함을 강조하고, 부정설과 구분설은 소유권의 목적이 되는 물건만이 절도죄의 대상이 될 수 있다고 한다. 따라서 금제품이 절도죄의 객체가 되는지 여부는 필연적으로 절도죄의 보호법익이 소유권인지 점유인가라는 논의를 이어나간 후에야 비로소 판단내릴 수 있을 것이다.

결론적으로 이 글의 말미에서는 마약류가 절도죄의 객체가 될 수 있음을 확인하려 한다. 그렇다고 하여 기존의 긍정설의 논거를 그대로 받아들이기는 어렵다. 위에서 평가한 것처럼 논거 중 무리해 보이는 부분이 적지 않기 때문이

22) 이 점에 대하여는 아래 III. 3에서 상술한다.

다. 긍정설을 취한다 하더라도 첫째, 금제품에 대한 소유권의 존재 유무를 명확히 할 필요가 있고, 둘째, 소지자의 점유를 형법상 범의으로 보호할 필요가 없다는 부정설의 의미있는 반론에 대한 적절한 답변이 요구된다. 따라서 절도죄의 보호범의 논의에서는 소유권과 점유의 논쟁 외에도 절도죄를 통해 금제품의 사실적 소지에 대한 침해를 금지하여야 하는 이유를 찾아내야 할 것이다. 이 내용은 아래 IV에서 다루어 본다.

또한 구분설에서 나타난 문제점, 즉 상대적 금제품에 대한 정의가 혼동되고, 절대적·상대적 금제품의 구분의 기준이 명확하지 못하다는 점을 확인할 필요가 있다. 아래에서는 이 내용을 다룸과 동시에 금제품의 개념 및 형법학에서의 금제품의 의미를 다시 한 번 짚고 넘어가 보려 한다.

### Ⅲ. 금제품 개념의 정립

#### 1. 형법학과 민법학이 금제품을 바라보는 시각차

형법학과 민법학은 금제품의 개념에 대해 서로 유사하면서도 조금 다르게 접근하고 있다. 일반적으로 민법학에서 금제품은 권리의 객체인 ‘물건’의 의의에 관하여 논할 때 함께 다루어지며, “법령의 규정에 의하여 거래가 금지되는 물건”으로 정의된다.<sup>23)</sup> 금제품은 권리의 객체인 물건 중 공용물, 공공용물과 함께 불용통물(Verkehrsunmögliche Sache)로 분류되어 용통물(Verkehrsmögliche Sache)과 구별된다. 이 때 거래능력(Verkehrsfähige)이 없다는 의미는 물건에 존재하는 사권의 행사가 정지되어 있음을 뜻한다.<sup>24)</sup> 한편 민법학은 일반적으로 금제품을 다시 소유 또는 소지 자체가 금지되는 물건, 그리고 그 외 거래가 금지 또는 제한되는 물건으로 구분한다. 아편, 아편흡식기(형법 제198조 이하), 음란한 문서, 도화, 필름 기타 물건(형법 제243조, 제244조), 위조·변조통화 및 통화유사물(형법 제207조 이하)이 전자에 해당하고, 국보, 보물과 같은 지정문

23) 박윤직(편), 「민법주해 제2권: 총칙(2)」, 박영사, 1992, 8면; 박윤직·김재형, 「민법총칙: 민법강의 I」, 박영사, 2012, 218면; 김선복, 앞의 논문, 154면; 김주수·김상용, 「민법총칙(제6판)」, 삼영사, 2011, 233면; 이영준, 「민법총칙(개정증보판)」, 박영사, 2007, 991면; 지원림, 「민법강의(제10판)」, 홍문사, 2012, 2159면.

24) 박윤직(편), 앞의 「민법주해 제2권: 총칙(2)」, 6-7면.

화재(문화재보호법 제39조, 제60조, 제66조, 제75조 등) 등이 후자에 해당한다. 후자의 금제품에는 거래능력은 없지만 법률상 물건으로서 권리의 객체가 될 수 있는 적격, 다시 말해 물건의 권리능력(Rechtsfähigkeit)은 있어 사권의 객체가 될 수 있다.

한편 형법학에서 금제품은 재산범죄의 객체인 재물의 성질을 파악할 때 다루어지며, 일반적으로 “법령에 따라 또는 소유 또는 소지가 금지되어 있는 물건”을 뜻한다. 즉 민법학에서 말하는 금제품 중 소유 또는 소지 자체가 금지되는 물건만이 형법학에서의 금제품이 된다.[아래 <표1>의 ①]

법률행위와 권리의 행사를 중심으로 다루는 민법학의 금제품에서 금(禁)하는 것은 거래이다. 반면 형법학의 재산범죄에서는 거래의 금지나 제한 여부는 재물죄의 객체성에 영향을 미치지 못한다. 형법학에서는 행위를 통한 보호법익의 침해가 문제되는데, 거래가 금지되거나 제한되더라도 그 물건의 소유권이나 점유는 여전히 존재하고 있어 재산범죄로부터 보호되어야 할 이익 역시 현존하기 때문이다. 다만 소유가 금지되는 물건은 소유권을 보호법익으로 하는 범죄의 객체가 되느냐의 문제를 발생시키기 때문에, 법령에 의해 소유 또는 소지가 금지된 물건만이 형법학에서 금제품으로서의 의미가 있다. 즉 형법학에서는 물건의 사회유해성을 이유로 하는 사인의 소유·소지를 금(禁)하는 데에서 보호법익으로서의 소유권에 관련된 학문적 논쟁이 발생한다.

<표1> 민법학과 형법학이 바라보는 금제품

민법학의 금제품		
법령에 의하여 거래가 금지 또는 제한된 물건 (사권의 행사가 정지)		
① 소유 또는 소지가 금지된 물건		② 그 외 거래가 금지 또는 제한된 물건 (예: 국보, 지정문화재 등)
사인의 소유권의 객체가 될 수 없는 물건 (예: 아편흡식기, 위조통화 등)	단순 소지만 금지된 물건 (불법소지 무기)	
형법학의 금제품		

## 2. 형법학에서의 금제품

형법학에서 말하는 금제품의 예로는 아편, 아편흡식기(형법 제198조 이하), 위조통화 등(형법 제207조 이하), 위조유가증권 등(형법 제214조 이하), 음란한 문서·도화·필름 기타 물건(형법 제243조, 244조), 마약류(마약류 관리에 관한 법률<sup>25)</sup> 제58~61조), 총포(총포·도검·화약류 등 단속법<sup>26)</sup> 제10조, 제12조, 제70조, 제70조의2, 제71조) 등을 들 수 있다. 위 물건들은 각 법령에 따라 소유 또는 소지가 금지된다.

한편 구분설에서는 형법학의 금제품은 법률에 의해 소유 및 소지가 전면적으로 금지된 물건과, 단순히 소지만 금지된 물건으로 구분된다고 한다. 소유와 소지가 전면 금지되는 절대적 금제품으로 가장 많이 인용되는 예는 아편흡식기와 위조통화이며,<sup>27)</sup> 단순히 소지만 금지된 상대적 금제품의 대표적인 예로는 불법하게 소지하고 있는 무기를 들 수 있다.<sup>28)</sup> 위 판결 1에서 살펴본 대마초는 마약류관리법상 마약류에 해당하며(동법 제2조 제1호, 제4호), 동법 제3조 제10호 나목 및 제61조 제1항 제4호에 따라 공무, 학술연구, 의료목적에 위한 승인이 있는 경우를 제외하고는 흡연·섭취 목적 소지가 금지되어 있다. 또한 동법 제4조 제1항 제2호 및 제61조 제1항 제6호에 따라 마약류취급자가 아닌 자의 대마 소유 및 소지행위는 금지되어 있다. 즉 마약류는 법률상 허가받은 자가 소유·소지할 수 있는 마약류와 법률상 허가받지 않은 자의 소유·소지가 금지된 마약류로 구분해 볼 수 있으며, 후자를 우리는 불법 마약류라 부른다. 불법 마약류는 소유 및 소지를 금지하는 금제품이므로 위에서 살펴본 정의에 따른 경우 절대적 금제품으로 분류 될 것이다.<sup>29)</sup>

25) 이하 「마약류관리법」이라 칭한다.

26) 이하 「총검단속법」이라 칭한다.

27) 절대적 금제품의 예로 위조통화를 언급하는 김성돈, 앞의 책, 282면; 박상기·전지연, 앞의 책, 586면; 신동운, 앞의 「형법각론(제2판)」, 892면. 아편흡식기와 위조통화를 절대적 금제품의 예로 들고 있는 김일수·서보학, 앞의 책, 228면; 배종대, 앞의 「형법각론(제9전정판)」, [61]/12; 이상돈, 앞의 책, 771면; 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, 259면.

28) 상대적 금제품으로 불법소지무기를 언급하는 김일수·서보학, 앞의 책, 228면; 박상기·전지연, 앞의 책, 586면; 배종대, 앞의 「형법각론(제9전정판)」, [61]/12; 이상돈, 앞의 책, 771면; 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, 259면.

29) 독일에서 소수 견해로 마약류에 대한 절도죄를 부정한 Engel 역시 독일의 하시기 절도미수에 대한 판결을 비판하면서 관청의 허가·승인을 받지 않은 불법제조 마약류에는 소유자가 존재하지 않는다고 보았다. Engel, Die Eigentumsfähigkeit und Diebstahltauglichkeit von Betäubungsmitteln, NStZ 1991, 521.

그런데 마약류는 학자에 따라 절대적 금제품으로 분류되기도 하고, 상대적 금제품으로 분류되기도 하여 문제가 되고 있다.<sup>30)</sup>

### 3. 상대적 금제품 개념의 의미 변화

#### 1) 소유는 가능하지만 단순 소지가 금지된다는 의미

초기 우리 형법학에서 금제품을 다룬 문헌에서는 ‘상대적 금제품’이라는 표현은 존재하지 않았고, 구분설은 소유권이 존재함에도 불구하고 특정인에게 단순히 소지가 불가한 때에는 여전히 소유권이 존재함을 이유로 소유권 범죄인 절도죄가 성립할 수 있다고 설명하고 있다.<sup>31)</sup> 우리 법에서 소유권을 인정하면서 소지를 제한하는 경우는 그리 흔치 않다. 구분설에서 주로 예로 드는 ‘불법 무기 소지’란 불법적 무기, 즉 소유 및 소지할 수 없는 무기를 소지하였다는 뜻이 아니라, 합법적으로 소유할 수 있는 무기를 다만 불법적으로 소지하고 있는 경우, 즉 ‘무기의 불법적 소지’를 뜻한다. 즉 총포·도검·화약류 등 단속법(이하 ‘총검단속법’으로 약칭한다) 제10조, 제12조 등에 따라 “허가없이 총포·도검·화약류·분사기·전자총격기·석궁을 소지하여서는 아니된다”는 규정을 준수하지 않은 경우, 총검 등에 대한 소유권은 여전히 인정됨에도 불구하고<sup>32)</sup> 소지가 불법적인 상황에서는 금제품에 대한 절도죄가 성립된다고 본 것이다.

#### 2) 소유·소지 여부가 관청의 허가유무에 따라 결정된다는 의미

그런데, 소유는 가능하지만 단순 소지가 불가한 재물을 상대적 금제품이라 명명하면서 그 예에 불법 무기 소지 외 마약류가 등장하기 시작하였다. 위에서 언급하였듯 불법마약류는 ‘단순 소지만 불가한 물건’이 아님에도 불구하고 말이다.

30) 마약류를 절대적 금제품으로 분류하는 임웅, 앞의 「형법각론(4정판)」, 284면; 최선호, 앞의 논문, 387면. 마약류를 상대적 금제품으로 분류하는 김성돈, 앞의 책, 282면; 배종대, 앞의 「형법각론(제9전정판)」, 359면; 이상돈, 앞의 책, 771면. 마약류의 금제품성을 구분함에 있어서의 견해 대립을 지적하는 김선복, 앞의 논문, 155면.

31) 황산덕, 앞의 책, 255면.

32) 동법 제46조 제3항은 범 위반자에 대한 총포 등 소유권포기조치 등에 대해 규정하고 있기는 하나, 소유권 포기 이전에는 여전히 소유권이 존재함은 분명하다.

상대적 금제품은 관청의 허가에 따라 소지 가부가 결정된다는 점이 중요한 의미로 작용한다는 점에 착안하여, 마약류 역시 관청의 허가 유무에 따라 소유·소지 가부가 결정된다는 점을 강조하게 되면서 두 가지를 동일한 의미상에 놓게 된 것으로 생각된다.<sup>33)</sup> 절대적 금제품을 언제라도 소유권의 객체가 될 수 없는 물건의 종류로 바꾸어 정의 내린다면, 마약류는 관청의 허가·승인에 따라 때로는 소유가 가능할 수 있어 상대적 금제품으로 분류될 수도 있는 것이다.

이러한 견해 변화에서는 ‘상대적’의 의미 또한 달라진다. 애초의 ‘상대적’은 소유권이 인정되면서도 소지가 금지된다는 점에서 소유·소지가 모두 금지됨과 비교되는 ‘상대적’의 의미를 지닌다. 반면, 변형된 ‘상대적’의 의미는 소유·소지의 가능성이 절대적으로 정해져 있지 않고 관청의 허가유무에 따라, 즉 논의되는 맥락에 따라 변한다는 내용이다. ‘소유·소지가 전면 금지된 재물과 단순 소지만이 금지된 재물’로 구분하는 방법에 따르면 소유권이 존재하는 특정 재물만이 상대적 금제품이 된다. 반면 ‘소유권의 객체가 될 수 없도록 절대적으로 금지된 재물과 관청이 허가·승인할 경우 소유가 가능한 물건’으로 구분하는 방법을 취하면 관청의 합법적 허가나 승인 요건이 존재하는 금제품의 종류는 모두 상대적 금제품이 된다. ‘불법’ 마약류가 전자의 상대적 금제품이라면, 일반 마약류는 모두 후자의 상대적 금제품이 된다.

### 3) 평가

그러나 변형된 구분설은 금제품과 절도죄의 보호법익의 관계를 고려해 보았을 때 옳지 않은 정의내림이다. 구분설의 핵심은 그 물건을 사용·수익·처분할 수 있는(민법 제211조) 소유권의 권능이 박탈되어 있는 재물을 소유권 범죄인 절도죄의 객체로 보지 않겠다는 것이다. 따라서 기존의 구분설에서는 마약류가 관청의 허가 유무에 따라 소유 또는 소지가 가능해 진다는 점은 중요하지 않고, 소지할 수 없음에도 불구하고 소유권의 대상이 될 수 있는가의 여부만이 중요하다. 마약류는 관청의 승인이 없는 경우 소유권의 대상도 될 수 없으므로 기존의 구분설에 따를 경우 불법 마약류는 절대적 금제품이다. 관청의 승인을 얻어 소유할 수 있는 경우에는 금제품의 범주에 속하지 않음은 물론이다.

33) 관청의 허가 유무와 관련하여 마약류의 소유권 문제를 다룬 Engel의 견해를 절충설로 평가하는 김선복, 앞의 논문, 155-156면 참조.

물론 상대적 금제품의 개념 정의를 변형하여, 관청의 허가·승인을 통하여 소유·소지할 수 있는 재물로 새롭게 정의내리는 것이 불가능한 것은 아니다. 개념은 시대의 흐름에 따라 변화할 수도 있기 때문이다. 이렇게 볼 경우 개인이 소유권을 가질 수 있는 물건이라는 조건이 부가된다면, 기존의 구분설과 동일하게 소유권을 기준으로 절도죄 가능성을 타진해 볼 수 있다. 그러나 이 경우 상대적 금제품이란 이러한 가능성이 있는 종류 그 자체, 예를 들어 마약류 전체를 의미하므로 이러한 특정 종류 중 실제 소유가 금지된 개별적 사례를 찾아야만 절도죄의 객체성을 확인할 수 있다. 중국적으로 소유권 없는 경우와 소유권 있는 개별사례를 구분하여야 한다면, 애초의 절충설과 차이를 두어야 했던 당위성이나 실효성을 찾을 수 없다.

독일에서 예외적으로 구분설을 취한 것으로 국내에 소개된 Engel의 논증은 역설적으로 관청 허가 여부에 따른 분류방식이 구분설의 특징이 될 수 없는 이유를 보여준다. Engel은 절도죄가 소유권 범죄임을 전제한 후 관청의 승인·허가 유무를 기준으로 불법 마약류와 합법적 마약을 구분하고, 불법마약류에 대해서는 소유권이 존재할 수 없다는 점을 강조하여 마약류에 대한 절도죄를 부정하는 논지를 펼쳤다. 그의 견해에 따르면 혹여 금제품의 원재료 각각에 대한 소유권이 존재한다 하여도 그것을 금제품으로 불법 제조한다면 소유권의 내용은 비어있는 것, 다시 말해 “0에 수렴하는 것”이 된다고 한다.<sup>34)</sup> 이러한 결론은 독일의 통설인 긍정설을 따르지 않은 것임은 분명하지만, 그의 견해를 부정설 또는 구분설로 결정짓는 기준은 되기에는 충분치 못하다. 그는 단지 절도죄가 소유권 범죄라는 점, 그리고 불법마약류에는 소유권이 존재하지 않는다는 점만을 강조하였기 때문이다.

정리하자면, 상대적 금제품에 대한 정의는 구분설이 처음 등장했던 때의 이론을 유지하여야 한다. 소유 및 소지가 전면적으로 금지된 경우 절대적 금제품, 사인의 소유권이 존재하지만 법률상 특정인에게 소지가 금지된 상황에 처해 있는 금제품을 상대적 금제품이라 보아야 할 것이다. 관청이 허가·승인 시 소유 또는 소지가 가능한 종류의 물건은 관청의 허가·승인 시에는 금제품의 범주에 포함되지 않고, 관청의 허가·승인을 득하지 못하여 불법적으로 소유하게 되는 경우 소유가 금지된 절대적 금제품이 된다. 즉 구분설의 핵심은 금제품에 대하

34) Engel, NStZ 1991, 521.

여 합법적인 사인의 소유권이 존재하는지의 여부뿐이다.

#### IV. 절도죄의 보호법익과 금제품

지금까지 금제품의 절도죄의 객체성에 대한 학설의 대립(II)과 금제품의 의미, 특히 상대적 금제품에서 소유권 의미의 중요성(III)에 대하여 살펴보았다. 기존의 견해에서 금제품이 절도죄의 객체가 되는지의 여부는 절도죄의 보호법익 중 소유권과 점유 중 무엇을 강조하는지 따라 정반대의 판단이 내려지고 있어, 절도죄의 보호법익이 무엇인가라는 근본적인 쟁점으로 논의를 이어가게 된다.

절도죄의 보호법익이 소유권인지 점유인지에 대하여 보호법익을 소유권으로 보는 소유권설,<sup>35)</sup> 보호법익을 점유로 보는 점유설,<sup>36)</sup> 주된 보호법익은 소유권이며 부차적으로 평온한 점유도 절도죄가 보호하는 법익이라 보는 절충설<sup>37)</sup>로 학설이 대립하고 있다.

##### 1. 보호법익으로서의 소유권

점유만을 절도죄의 보호법익이라고 보는 점유설은 평온한 점유가 절도죄의 보호법익이 된다고 한다. 이 견해는 탈취죄에서 탈취행위의 본질은 점유물의 이전행위라는 점을 강조하며, 탈취행위를 통해 소유권이 실제로 이전되지 않는다는 점을 지적하고 있다.<sup>38)</sup> 그러나 절도죄의 보호법익에서 소유권을 배제하기는 어렵다.

우선 절도죄의 보호법익의 근원이 소유권에서 출발하는 것임은 명백하다. 절

35) 권오걸, “절도죄에 있어서의 절취와 영득”, 『비교형사법연구』, 제7권 제2호, 한국비교형사법학회, 2005, 161면; 김일수·서보화, 앞의 책, 268면; 배종대, 앞의 『형법각론(제9전정판)』, [63]7; 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, 249면.

36) 정창운, 『형법각론』, 박영사, 1960, 132면; 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, 249면에서 재인용.

37) 김성돈, 앞의 책, 276면; 오영근, 『형법각론(제3판)』, 박영사, 2015, 243면; 이상돈, 앞의 책, 987면; 이주일, “절도죄의 보호법익에 대한 재검토”, 『외법논집』 제28집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2007, 365면; 정성근·박광민, 『형법각론』, 삼지원, 2002, 278면. 절충설은 독일의 통설이기도 하다. 독일에서는 절도죄가 “소유권에서 파생되는 점유와 관련한 권한 있는 자의 처분권을 보호”하기 위한 규범이라고 한다. NK-StGB-Kindhäuser, § 242 Rn. 4.

38) 이주일, 앞의 논문, 352-353면.



도죄는 점유를 이전하는 탈취행위를 통해 종국적으로 소유권자가 물건을 자유롭게 사용, 수익, 처분할 수 없도록 하기 때문이다. 절도죄에서의 점유는 소유권에서 파생된 사실상의 재물에 대한 지배 상태를 뜻하는 것이어서 권리행사 방해죄(형법 제323조)가 있는 한 절도죄에서 타인의 소유와 관련 맺지 않는 점유만을 보호할 이유가 없다. 게다가 선의의 제3자는 민법 제249조에 따라 도품을 선의취득하며 다만 민법 제250조에 따라 진정소유자의 반환청구권이 제한적으로 인정된다<sup>39)</sup>는 점에서 원소유자의 소유권 상실은 때로는 단순한 위협의 수준이 아니라 침해의 단계까지 이르기도 한다. 따라서 절도범이 소유권을 취득할 수는 없음에도 불구하고 절취행위 자체를 통해 재물 소유자의 소유권의 이용권한 및 소유권 행사가 직접적으로 침해되는 것임은 명확해 보인다.

절도죄의 법익이 소유권이라 볼 경우, 절도행위는 어떠한 형태로 소유권을 침해 또는 위태화하는지가 문제가 된다. 행위자가 재물을 절도함으로써 소유권자의 민법상 소유권을 이전해 가는 것은 아니기 때문이다. 절도죄를 통해 소유권 자체가 직접 침해되지는 않는 측면을 강조하여 절도죄를 위험범으로 평가하는 견해가 있기도 하지만,<sup>40)</sup> 절도죄의 행위를 통해 침해되는 것은 소유권 자체가 아니라 소유권의 내용이라 보아 침해범으로 이론을 구성하는 것이 타당하리라 생각한다.<sup>41)</sup>

## 2. 보호법익으로서의 소유권과 점유

또한 소유권 외에도 그로부터 파생되는 점유까지도 절도죄의 보호법익으로 함께 고려하여야 한다. 그 근거는 다음과 같다.

39) 민법 제250조 특칙의 해석에 대해서는 견해 대립이 있다. 도품의 경우에도 제3자의 선의 취득 시 그가 소유권을 취득하되, 도품 등 특칙에 따라 진정한 소유자가 반환청구할 경우 그 소유권은 소멸한다는 견해와(대법원 1991. 3. 22. 선고 91다70 판결), 선의의 제3자가 도품을 즉시 선의취득할 수는 없고, 다만 소유권에 기한 물권적 반환청구권 행사의 제한기간인 2년 후 소유권이 제3자에게 귀속된다는 견해(지원림, 『민법원론』, 홍문사, 2017, 1204면)가 그것이다.

40) 배미란, “절도죄의 보호법익 -한국과 일본의 논의 중심으로-”. 『법학연구』 제21권 제2호, 경성대학교 법학연구소, 2013, 288면; 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, 250면.

41) 김성돈, 앞의 책, 276면; 배종대, 앞의 『형법각론(제9전정판)』, [63]/8. 다만, 침해범 논리에 따르면이라도 절도죄의 보호법익은 소유권이라기보다는 소유권의 내용인 ‘소유권의 이용권한’ 또는 ‘소유권의 사실상의 향유’로 보아 보호법익과 침해의 내용을 일치시키는 것이 논리상 좀 더 명확하리라 생각한다. 김선복, 앞의 논문, 149-150면.

절도범이 소유권을 취득하지 못함에도 불구하고 원소유자의 소유권 이용권한이 침해되는 것은 재물에 대한 점유의 배제, 이전 및 새로운 배타적 지배라는 현실적 행위에 기인하는 것이기 때문이다.<sup>42)</sup> 즉 절취행위가 원소유자의 소유권을 직접적으로 상실시키지는 않지만, 절취행위를 통해 재물의 점유는 직접적으로 침해된다. 따라서 절도죄의 보호법익으로 점유 역시 배제할 수 없다. 소유자와 점유자가 다른 경우 이러한 침해로부터 점유 피해자를 보호할 가치는 더 높아진다. 판례 역시 소유권과 점유를 절도죄의 보호법익으로 보고 있다.<sup>43)</sup> 판례는 소유권 침해의사가 불법영득의사라고 하여 소유권이 절도죄의 보호법익에 관련됨을 언급한 때도 있었고,<sup>44)</sup> 점유의 상실에 초점을 맞추기도 하며, 소유권과 점유를 모두 고려한 결합적 견해<sup>45)</sup>를 취한 때도 있다. 특히 소유권과 점유는 각각 충족되어야 하는 법익이라기보다 양자의 뿔 수 없는 결합적 관계에서 파생되는 두 가지의 법익이 사안에 따라 조금씩 경중이 달라질 수 있는 관계 속에 있는 것으로 보인다.

한편, 절도죄의 보호법익으로서의 점유를 ‘평온한 점유’라는 개념으로 제한되게 해석할 필요는 없다.<sup>46)</sup> 평온한 점유는 일반적으로 적법뿐만 아니라 권원 없는 점유까지 포함하는 개념으로 사용되고 있으나, 그 개념이 명확치 않다. 굳이 개념화하자면, 평온한 점유란 “점유의 시작이 평온”함이라고 한다.<sup>47)</sup> 그러나 권원이 불법하더라도 점유의 시작이 평온하다는 것이 의미하는 바가 결국 점유 시작 시의 불법행위 양태의 차이일 뿐이라면,<sup>48)</sup> 불법의 측면에서 동일하거나

42) 이를 이유로 절도죄의 목적은 소유권 침해이며 그 수단은 바로 점유 침해라고 보는 배종대, 앞의 「형법각론(제9전정판)」, [63]/7 참조.

43) 판례의 견해를 소유권 및 점유설로 보는 김성돈, 앞의 책, 276면; 이용식, “소유자의 절도범으로부터의 자기 소유물 탈환과 자구행위”, 「법학논총」 제30권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2010, 81면.

44) 절도죄의 불법영득의사는 “소유권 또는 이에 준하는 본권을 침해하는 의사”이어야 하며 “단순한 점유의 침해만으로는 절도죄를 구성할 수 없다”고 본 대법원 1992. 9. 8., 선고, 91도3149, 판결. 이외에도 승용차에 대한 명의신탁 소유관계에서 제3자가 수탁자로부터 승용차를 가져가 매도할 것을 허락받고 신탁자 몰래 가져간 사례에서 제3자와 명의수탁자가 절도죄의 공모공동정범이라 보아 명의신탁자의 내부적 소유권을 보호법익으로 본 바 있다(대법원 2007. 1. 11. 선고 2006도4498 판결).

45) 예를 들어 절도죄의 피해자가 점유자이기도 하고 소유자이기도 한 것으로 본 대법원 1980. 11. 11. 선고 80도131 판결.

46) 절도죄의 보호법익으로서의 평온점유설에 대하여 이주일, 앞의 논문, 354면.

47) 이용식, 앞의 논문, 79면.

48) 평온하지 않은 점유의 예로 절도를, 평온한 점유의 시작의 예로 기망에 의한 점유취득으로 보는, 위의 논문, 79면.

유사한 결과를 초래한 행위들에 대해 단순히 행위양태의 차이(예: 탈취와 편취)를 기준으로 형법의 보호영역을 결정한다는 점은 납득하기 어렵다. 형법에서 행위에 대하여 규범적으로 차등하게 다루어야 할 것은 행위의 구성요건적 양태 차이가 아니라, 그 행위의 의도에서 나타나는 행위반가치와 구성요건적 결과로 나타나는 결과반가치를 종합하여 판단하는 행위의 불법성의 차이여야 한다. 따라서 절도죄의 법익으로서의 점유는 평온 점유일 필요 없이 소유권의 객체인 재물에 필수적으로 존재하는 사실상의 점유를 의미하는 것으로 보아야 한다.

다만 이렇게 본권에 기인한 점유나 평온한 점유에 한정하지 않고 사실상의 점유를 절도죄의 보호법익으로 보게 된다면, 점유를 보호한다는 의미가 금제품이나 장물과 같은 불법적 점유까지 보호한다는 의미로 확대되어 점유권 없는 자의 점유를 보호하는 모습을 띠게 될 수 있다.<sup>49)</sup> 그러나 우리 형법이 점유권 없는 자의 점유를 보호하기 위하여 절도죄를 규정하는 것이 아님은 명확하다. 따라서 절도죄의 보호법익으로서의 점유란 적법한 점유, 즉 본권에 기인하는 점유이자 본권인 소유권의 향유상태와 불가피한 연관을 맺어 이 점유에 대한 침해가 소유권 향유의 침해에 영향을 미칠 수 있는 점유로 한정하여야 한다.<sup>50)</sup>

### 3. 금제품에의 적용

이렇게 절도죄의 보호법익이 소유권 및 그 권리로부터 (적법하게) 발생하는 점유의 결합적 형태임을 전제한다면, 소유권이 존재하지 않고 적법한 소지상태도 아닌 금제품에 대한 절도죄는 성립할 수 있는가?

첫째, 소유권의 관점에서 살펴보면, 금제품에는 법률상 소유권이 존재하지 않지만, 다만 금제품을 가지고 있는 자는 소유권이 표상하는 권리, 즉 물건을 사용, 수익, 처분하는 사실상의 권리를 누리고 있는 특수한 상황이라 할 수 있다.<sup>51)</sup> 즉 규범을 통해 금지한 행위인 ‘소유’는 사실상의 점유를 통해 현실에서

49) 이러한 점에 대한 비판으로 김경락, “장물에 대한 절취행위와 절도죄의 보호법익 -대법원과 학계의 입장에 대한 비판적 검토-”, 『법조』 제65권 제1호, 법조협회, 2016, 93면.

50) “점유할 권리가 있는” 점유권만이 절도죄의 보호법익으로 포섭될 수 있다는, 위의 논문, 121면 이하. 절도죄의 보호법익으로서의 점유권은 주된 보호법익인 소유권의 향유상태의 침해를 매개하는 것으로 한정되고, 따라서 도둑에 대한 절도는 판례의 결론처럼 절도죄(대법원 1966. 12. 20. 선고, 66도1437 판결)가 되는 것이 아니라 점유이탈물횡령죄의 성립으로 보아야 한다는 이상돈, 앞의 책, 988면.

51) 참고로 독일에서는 위조지폐, 무기, 마약류 등처럼 획득이나 소유가 금지되어 있다 하더

일어나고 있다. 일반적으로 절도죄의 점유는 소유권에서 파생된다는 점에서 서로의 연결고리가 있지만, 이 사안에서는 존재하지 않은 소유권은 사실상의 점유를 통해 불법적 현실화된다는 점에서 서로의 관계를 찾을 수 있다. 절도죄의 보호법익인 소유권과 점유는 사안에 따라 중요도가 높은 보호법익이 강조되는 것이라 볼 때, 금제품의 특수한 성질을 반영하여 (법률상 금지된) 소유권보다는 (이를 실질적으로 향유하는) 사실상의 점유가 행위의 더 높은 비중을 차지하는 상황으로 보아 소유권이 존재하지 않는 문제를 해결할 수 있을 것이다.

또한 역설적이게도 소유가 금지되어 누구에게도 소유권이 존재하지 않는 금제품은 바로 그 가치를 지켜야 할 이유 때문에 소유권에 관련된 범죄의 대상에서 제외될 수 없다. 위조문서인 약속어음에 대한 환부·가환부 가능성을 다룬 대법원 1984. 7. 24. 84도43 결정은 “위조문서의 소유가 허용되지 않는 것은 진정한 문서인 것처럼 통용됨을 금지하고자” 하는 것이라 하여, 금제품의 개념이 존재하는 이유가 사회유해적 물건의 불법적 사용, 처분을 막기 위함이라 본 바 있다. 누구에게도 소유권이 없기 때문에, 소유권이 표상하는 사용, 수익, 처분의 권리를 탈취자 또한 향유하지 못하도록 조치할 필요가 있다. 만약 금제품에는 규범적 개념인 소유권이 없다는 이유만으로 금제품에 대한 절도를 처벌 불가의 영역으로 남겨둔다면 금제품을 규제하는 도그마틱의 의의가 스스로 부정되는 모양새가 되고 말 것이다.

둘째, 점유의 관점에서 살펴본다면, 여타 일반적 재물에 대한 절도에서 점유는 보호해야 할 가치임과 달리, 금제품 및 장물 등 적법하지 않은 점유를 침해하는 절도에서는 절도 피해자의 불법적인 점유가 사회에서 보호되어야 할 가치로 작용하여서는 안 된다는 문제가 발견된다. 따라서 이러한 예외적 상황에 걸맞은, 금제품의 절도에 대한 새로운 보호법익이 필요하다.

#### 4. 새로운 법익 개념: 금제품에 대한 재물의 법적 평온

선행 점유가 불법적 행위에 기인하였음에도 불구하고 그 재물에 대한 이후의

---

라도 원칙적으로 소유가 가능한 것이며 따라서 절도죄의 객체가 될 수 있는 것으로 보는 것이 통설이다. BGH HRRS 2008 Nr. 888 Rn. 4 ff.; NK-StGB-Kindhäuser, § 242 Rn. 20; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, München 2013, § 242 Rn. 5; Marcelli, Diebstahl “verbotener” Sachen, NStZ 1992, 220 f.; Vitt, Zur Eigentumsfähigkeit und Diebstahltauglichkeit von Betäubungsmitteln, NStZ 1992, 221 f.

절취행위 역시 여전히 위법적 행위가 된다면, 후행 절취행위의 위법성은 선행의 불법적 행위와 관련된 특성이 아니라, 선행행위와 무관한 후행행위의 특징에서 그 이유를 찾아야 할 것이다. 후행 절취행위의 반가치는 금제품에 대한 절취에서 불법의 본질이 ‘절도범 역시 금제품의 소유·점유 금지라는 규범을 어긴다’는 측면에 있다. 따라서 “재물의 법적 평온”<sup>52)</sup>을 절도죄의 부가적인 보호법익으로 설정한다면 불법적 점유 보호라는 모순적 상황을 피해 절도죄의 보호법익을 논하는 이론구성이 가능하리라 본다. 재물의 법적 평온이란, 원래 그 재물이 합법적으로 존재해 있어야 할 소유·점유 상태에 있음을 의미한다. 위에서 언급한 “평온한 점유”, 다시 말해 사실상 평온히 점유한 자의 이익을 보호하고자 하는 보호가치와는 전혀 다른 개념이다.

소유권을 향유한다는 것은 그 물건을 자유롭게 사용, 수익, 처분할 권리를 누림, 즉 그 소유물을 자유롭게 사용하고 그를 통해 이익을 얻으며, 자신의 이 권리를 타인에게 옮길 수 있는 권한을 가진다는 뜻이다. 단순 거래만을 금지한 민법학만의 금제품과 달리 형법학의 절대적 금제품은 국가가 그 물건에 소유가 금지되는 성질을 부여함으로써 사인이 금제품의 소유권을 향유할 수 없도록 하고 있다. 그러나 불법이란 이러한 규범적 금지에 반하여 현실에서 이를 이루는 것이다. 즉 불법적으로 절대적 금제품을 소지한 자는 그 물건을 사실상의 지배하는 점유와 함께 (규범적으로는 소유권을 취득하지는 못하지만) 사실상 소유권 취득과 동일한 외관으로 그 물건을 사용, 수익, 처분할 가능성을 가지고 있다.<sup>53)</sup> 이는 이미 재물의 법적 평온이 깨어진 상태이다.

52) “재물의 법적평온”을 절도죄의 부차적 법익으로 보아, 사법(私法)과 형법이 목적하는 보호의 내용을 나눔으로써 좀 더 충실한 형법적 보호 효과를 기대하는 이주일, 앞의 논문, 365면.

53) 금제품을 사실상 지배하며 불법적으로 이를 사용, 수익, 처분할 수 있는 상태를 “사실상 소유상태”에 포함시키고 이를 절도죄의 보호법익으로 보는 견해도 있다(오영근, 앞의 책, 243면). “사실상 소유상태”라는 표현은 규범적으로 소유권 취득이 금지된 금제품이 일상에서는 여타 재물의 소유권 취득 시와 동일하게 사용되는 모습을 적절히 표현하였다는 점에서는 긍정적이지만, 우리 형법이 그동안 재산범죄에서 점유의 개념을 민법과 다르게 이해해 온 것과 달리 소유권의 개념은 민법상의 개념을 그대로 받아들이고 있었던 점을 고려해볼 때, 재산범죄에서 민사법과 다른 새로운 개념을 창출한다는 부담을 안고 있다(형법상 독립적인 소유권 개념은 없으며, 소유권범죄는 민법상의 물권법적 권리 여부에 따라 결정된다는 김선복, 앞의 논문, 148면; 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, 256-257면. 배종대, 앞의 「형법각론(제9전정판)」, [64]/17). 동일한 법률용어의 외관을 띤 단어의 민법상 개념과 형법상 개념은 필요에 따라 구분하여 사용할 수 있으나, 법치국가원리에서 파생되는 법적 안정성과 예측가능성 확보라는 측면을 감안해 본다면 법률의 개념은 가능한 통일성과 체계적합성을 갖추는 것이 바람직하다(형사법과 민사법과의 개념 통일 문제

그러나 이 법적 평온은 한 번 침해되었다고 하여, 이후에 그 불법의 상황이 계속 지속되는 성질을 지니고 있지 않다. 예를 들어 불법소유·소지 금제품을 절취한 자 또는 제3자가 금제품을 점유하게 되면, 새로운 점유자는 기존 점유자와 달리 새롭게 금제품을 사실상 사용·수익 및 처분할 가능성을 가지게 되어, 금제품에 대하여 국가가 금지한 행위가 다시 한 번 새롭게 시작된다. 불가벌적 사후행위와 달리, 금제품의 법적 평온은 새로운 점유가 시작될 때마다 다시 새롭게 침해되는 것이 된다. 일반적 절도죄에서 다수가 언급하는 ‘평온한 점유’와 달리, 금제품에 대한 절도에서는 ‘평온하지 않은 점유’가 순서적으로 발생하면서 계속해서 ‘재물의 법적 평온’이 다시 한 번 침해되는 상태에 돌입하는 것이다. 금제품을 점유하는 것은 이미 재물의 법적 평온이 침해된 상황이지만, 금제품을 절취하는 행위 역시 다시 한 번 재물의 법적 평온을 침해하는 것임에는 차이가 없다.

재물의 법적 평온이 금제품의 절도에 대한 법익이 됨은 물수의 의미에서도 미루어 생각해 볼 수 있다. 금제품의 절취 이후에는 장물취득, 금제품의 유통 등 불법적 후속행위가 발생할 가능성이 매우 크고, 이러한 범죄의 반복, 범죄로 인한 이익의 고리를 끊어내는 방법으로 금제품에 대하여 행하여지는 것이 물수이다. 물수 역시 재물의 법적 평온을 지키기 위한 수단이 되는 것이다.

또한 재물의 법적 평온 개념은 일반적 절도죄의 보호법익인 소유권, 그리고 그와 매개되는 적법한 점유와 관련성이 거의 없는 별개의 개념이 아니다. 재물의 법적 평온은 소유권과 점유를 아우르는 법익이어서, 일반적인 재물에 대한 절도행위는 소유권과 점유를 침해함과 동시에 재물의 법적 평온 역시 침해하는 것이 된다. 다만, 보호법익의 내용은 각 범죄에 가능한 한 구체화되어 해당 형법 규범이 수호하고자 하는 가치를 용이하게 알릴 수 있어야 한다. 따라서 재물의 법적 평온이라는 개념은 소유권과 점유로 포괄할 수 없는 금제품과 같은

---

를 다룬 박광현, “형사법의 독자성과 민사법과의 법질서 통일성 관점에서 바라 본 학제간 고찰”, 『서울법학』 제20권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2012, 264면 이하; 김성수, “민법의 물건과 형법의 재물개념의 상호관계에 관한 연구”, 『경찰법연구』 제5권 제2호, 한국경찰법학회, 2007, 140면 이하, 149면 참조). 유사하게 형법상 점유 개념이 굳이 민법상 점유개념과 구별되는 것은 실무적으로도 이익이 적으며, “법질서의 통일성” 측면에서도 부정적이라는 견해를 취하는 권오걸, “절도죄에 있어서의 점유의 개념과 점유의 타인성: 특히 민법상의 점유개념과의 비교를 통하여”, 『법학논고』 제27권, 경북대학교 법학연구소, 2007, 125면 이하; 김준호, “형법상 점유의 존부와 귀속에 관한 이론적 일고찰”, 『저스티스』 2014, 315-339면 참조.

특수한 객체에 대하여 제한적으로 사용하는 것이 바람직할 것이다.

<표2> 절도죄 보호법익의 재구성

재물의 법적 평온	
재물이 합법적으로 존재하여야 할 소유·점유 상태에 있어야 함	
소유권 존재 → 소유권 보호로 구체화	· 소유권 부존재 → 소유권 관련 보호 불가 · (불법적) 점유 상태 → 점유 보호 불가
(합법적) 점유 → 점유 보호로 구체화	⇒ 재물의 법적 평온 보호(예: 금제품)

### 5. 소결 및 대상관결 분석

정리해 보자면 일반적인 절도죄의 보호법익은 소유권과 그로부터 기인하는 점유까지 포함하는 것이고, 양자는 소유권과 점유의 파생관계를 중심으로 사안에 따라 중요도가 높은 보호법익이 강조되는 것으로 해석할 수 있다. 이 글의 소재인 금제품에 대한 절도의 경우, 소유권은 존재하지 않으나 소유권의 향유형태가 점유를 통해 나타나므로 보호법익으로서의 점유를 고려해 볼 수 있으나, 일반적인 절도죄와 달리 절도죄의 객체가 적법하지 않은 점유 상태이어서 이 또한 보호법익이라 보기 어렵다. 그러나 이러한 특수한 상황은 여전히 처벌의 가치가 있으며, 적법하지 않은 점유에 대한 절도에 대해서는 새로운 법익 개념인 “재물의 법적 평온” 개념을 도입함으로써 처벌의 공백을 메울 수 있다. 금제품에 대한 절도는 모든 재물이 합법적으로 존재해 있어야 할 소유·점유 상태에 있어야 한다는 “재물의 법적 평온”이라는 가치를 침해하고 있기 때문이다.

위 대상관결 1로 돌아가 보면, 이러한 맥락에서 대마초를 절취한 피고인에 대하여 절도죄를 인정한 것은 판례의 태도는 옳다. 흡연할 목적으로 대마를 소지한 것은 법률상 소유 및 소지가 금지된 절대적 금제품인 불법마약류를 소지한 것이다. 그러나 소유권이 존재하지 않는 절대적 금제품이라 하여도 절도죄의 객체가 될 수 있다. 금제품에 대해서는 소유권이 없음에도 불구하고 그것이 표상하는 사용, 수익, 처분의 권리를 누리는 기존의 점유가 존재하며, 이를 절취하는 행위를 통해 역시 행위자 또는 제3자에게의 점유이전을 통해 금제품에 대한 새로운 점유가 다시 시작됨으로써 재물이 다시 한 번 평온하지 못한 상태

에 접어들어 “재물의 법적 평온”이 침해되기 때문이다. 판결 2에 대해서도 동일하게 판단해 볼 수 있다. 위조 리프트탑승권은 부정발급됨과 동시에 금제품이 되며, 그 점유를 절취자 또는 제3자에게 배타적으로 이전하는 탈취행위는 금제품은 재차 불법적 소지 및 부당한 이익을 발생시킬 가능성을 가지게 되어 그 재물의 법적 평온을 깨뜨린다.

## V. 결론

이 글에서는 대법원 1999. 4. 13. 선고 98도3619 판결의 재검토를 통하여 마약류의 절도죄 객체 인정 여부를 다루어 보았다. 마약류의 재물성 인정 여부를 다루기 위해서는 필연적으로 금제품 일반에 대한 재물성을 확인할 필요가 있어, 위조된 스키장 리프트 탑승권에 대한 절도 및 장물취득을 인정한 대법원 1998. 11. 24. 선고 98도2967 판결을 함께 검토하였다.

금제품의 절도죄 객체성에 대하여는 긍정설, 부정설, 그리고 금제품의 종류를 구분하여 절대적 금제품에 대해서는 절도죄 객체성을 부정하는 구분설이 있다. 이러한 학설 대립에서의 쟁점은 크게 두 가지이다. 첫째, 금제품의 재물성을 긍정 또는 부정하는 견해의 각 근거는 절도죄의 보호법익을 무엇으로 보는지에 따라 다르게 결정된다는 것이다. 긍정설은 절도죄에서의 점유 보호를 중요시하는 반면, 부정설과 구분설은 재물에 대한 소유권 여부를 중요한 판단의 근거로 삼고 있다. 둘째, 구분설이 주장하는 절대적 금제품과 상대적 금제품의 구분이 때로는 불명확하다는 점이다. 소유권의 객체가 될 수 있는 상대적 금제품에 포함되는 재물에 대한 명확한 기준이 필요해 보이며, 그 기준은 바로 소유권이 존재하는가이다. 상대적 금제품이란 개인이 소유권을 가지는 물건 중, 법률상 허가를 통하여서만 소지할 수 있으나 불법적으로 소지한 각각의 재물을 뜻하는 것으로 보아야 한다. 이렇게 본다면 구분설은 소유권이 부정되는 금제품에 대하여 부정설과 동일한 논거를 취하고 있다. 따라서 이 쟁점은 절도죄의 보호법익에 대한 근본적인 논의와 연결된다.

절도죄의 보호법익은 소유권과 그로부터 파생되는 점유이다. 그러나 금제품은 다른 일반적 재물과 달리 예외적으로 소유권도 존재하지 않고, 점유 또한 적법한 것이 아니어서 기존의 보호법익 논의로 포섭하기 어려운 점이 있다.



그러나 금제품에 소유권이 존재하지 않는다는 것은 현실이라기보다는 당위(Sollen)의 언명이며, 그럼에도 불구하고 이 금제품에 대해서는 점유의 방식을 통해 소유권의 권리를 불법적으로 실현할 수 있는 현실(Sein)이 존재한다. 예외적인 당위(Sollen)와 현실(Sein)의 차이에서 기인한 모순을 해결하기 위해서는 금제품에 대하여는 형법이 보호하고자 하는 바를 명확히 밝혀야 한다. 그 재물이 합법적으로 존재해 있어야 할 소유·점유 상태에 있어야 함을 의미하는 “재물의 법적 평온” 개념이 그 답이 될 수 있을 것이다.

투고일 : 2019.5.31. / 심사완료일 : 2019.6.9. / 게재확정일 : 2019.6.11.

[참고문헌]

- 곽윤직(편), 「민법주해 제2권: 총칙(2) 제98조-제113조」, 박영사, 1992.
- 곽윤직·김재형, 「민법총칙: 민법강의 I」, 박영사, 2012.
- 김성돈, 「형법각론(제5판)」, 성균관대학교 출판부, 2018.
- 김성천·김형준, 「형법각론(제2판)」, 동현출판사 2006.
- 김일수·서보학, 「(새로 쓴) 형법각론(제9판)」, 박영사, 2018.
- 김주수·김상용, 「민법총칙(제6판)」, 삼영사, 2011.
- 김태명, 「판례형법각론(제2판)」, 피앤씨미디어, 2016.
- 박상기·전지연, 「형법학(제8판)」, 집현재, 2018.
- 배종대, 「형법각론(제9전정판)」, 홍문사, 2015.
- \_\_\_\_\_, 「형법총론(제12판)」, 홍문사, 2016.
- 법무부, 「형법(총칙)일부개정법률안 제안 이유서」, 2011.
- 서일교, 「형법각론」, 박영사, 1982.
- 신동운, 「형법총론(제7판)」, 법문사, 2013.
- \_\_\_\_\_, 「형법각론(제2판)」, 법문사, 2018.
- 오영근, 「형법각론(제3판)」, 박영사, 2015.
- 이상돈, 「형법강론」, 법문사, 2015.
- 이영준, 「민법총칙(개정증보판)」, 박영사, 2007.
- 이재상·장영민·강동범, 「형법각론(제10판 보정판)」, 박영사, 2017.
- 이정원, 「형법각론」, 신론사, 2012.
- 임 용, 「형법각론(4정판)」, 법문사, 2012.
- \_\_\_\_\_, 「형법총론(제5정판)」, 법문사, 2013.
- 정성근·박광민, 「형법각론」, 삼영사, 2002.
- 정영석, 「형법각론(제5전정판)」, 법문사, 1989.
- 정창운, 「형법학각론」, 박영사, 1960.
- 지원림, 「민법강의(제10판)」, 홍문사, 2012.
- \_\_\_\_\_, 「민법원론」, 홍문사, 2017.
- 황산덕, 「형법각론(제4전정판)」, 방문사, 1975.
- 강지현, “물수제도에 관한 비교연구”, 「법학논총」 제38권 제3호, 전남대학교 법학 연구소, 2018, 83-107.
- 권오걸, “절도죄에 있어서의 절취와 영득”, 「비교형사법연구」 제7권 제2호, 한국비

- 교형사법학회, 2015, 125-162면.
- \_\_\_\_\_, “절도죄에 있어서의 점유의 개념과 점유의 타인성: 특히 민법상의 점유개념과의 비교를 통하여”, 『법학논고』 제27권, 경북대학교 법학연구소, 2007, 163-185면.
- 김경락, “장물에 대한 절취행위와 절도죄의 보호범의 -대법원과 학계의 입장에 대한 비판적 검토-”, 『법조』 제65권 제1호, 법조협회, 2016, 90-128면.
- 김선복, “형법상의 소유권보호와 금제품”, 『형사법연구』 제15호, 한국형사법학회, 2001, 145-162면.
- 김성수, “민법의 물건과 형법의 재물개념의 상호관계에 관한 연구”, 『경찰법연구』 제5권 제2호, 한국경찰법학회, 2007, 110-158면.
- 김준호, “형법상 점유의 존부와 귀속에 관한 이론적 일고찰”, 『저스티스』 통권 144호, 한국법학원, 2014, 315-339면.
- 박광현, “형사법의 독자성과 민사법과의 범질서 통일성 관점에서 바라 본 학제 간 고찰”, 『서울법학』 제20권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2012, 257-309면.
- 배미란, “절도죄의 보호범의 -한국과 일본의 논의 중심으로-”, 『법학연구』 제21권 제2호, 경상대학교 법학연구소, 2013, 287-305면.
- 이경재, “금제품의 재물성과 공범의 책임범위”, 『고시연구』 제32권 제10호, 고시연구사, 2005, 61-67면.
- 이용식, “소유자의 절도범으로부터의 자기 소유물 탈환과 자구행위”, 『법학논총』 제30권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2010, 73-105면.
- 이주일, “절도죄 성립여부의 재검토”, 『외법논집』 제36권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2012, 241-250면.
- \_\_\_\_\_, “절도죄의 보호범의 재검토”, 『외법논집』 제28집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2007, 347-368면.
- 조균석, “범죄수익몰수제도의 문제점과 개선방안 - 2011년 형법일부개정법률안에 대한 검토를 중심으로 -”, 『인권과 정의』 통권 420호, 대한변호사협회, 2011, 112-127면.
- 최선호, “절도죄의 객체에 관한 소고”, 『법학연구』 제32권, 한국법학회, 2008, 377-398면.
- Engel, Thorsten, Die Eigentumsfähigkeit und Diebstahlstauglichkeit von Betäubungsmitteln, NStZ 1991, 520-522.

Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, München 2013.

Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich(Hrsg.), Nomos  
Strafgesetzbuch: Lehr- und Praxiskommentar, 5. Aufl., Baden-Baden,  
2017.(NK-StGB-편장 작성자로 인용)

Marcelli, Walter, Diebstahl “verbotener” Sachen, NStZ 1992, 220-221.

Vitt, Elmar, Zur Eigentumsfähigkeit und Diebstahlstauglichkeit von  
Betäubungsmitteln, NStZ 1992, 221-222.

[국문초록]

## 마약류의 절도죄 객체성

- 금제품(禁制品) 개념의 재정립과 절도죄의 본질을 중심으로 -

주 현 경\*

이 글에서는 대법원 1999.04.13. 선고 98도3619 판결의 재검토를 통하여 마약류의 절도죄 객체 인정 여부를 다룬다. 마약류의 재물성 인정 여부를 다루기 위해서는 필연적으로 금제품 일반에 대한 재물성을 확인할 필요가 있으며, 따라서 위조된 스키장 리프트 탑승권에 대한 절도 및 장물취득을 인정한 대법원 1998.11.24. 선고 98도2967 판결(이하 판결 2라 칭한다)을 함께 검토한다.

금제품의 절도죄 객체성에 대하여는 긍정설, 부정설, 그리고 금제품의 종류를 구분하여 절대적 금제품에 대해서는 절도죄 객체성을 부정하는 구분설이 있다. 이러한 학설 대립에서의 쟁점은 크게 두 가지이다. 첫째, 금제품의 재물성을 긍정 또는 부정하는 견해의 각 근거는 절도죄의 보호법익을 무엇으로 보는지에 따라 다르게 결정된다는 것이다. 긍정설은 절도죄에서의 점유 보호를 중요시하는 반면, 부정설과 구분설은 재물에 대한 소유권 여부를 중요한 판단의 근거로 삼고 있다. 둘째, 구분설이 주장하는 절대적 금제품과 상대적 금제품의 구분이 때로는 불명확하다는 점이다. 소유권의 객체가 될 수 있는 상대적 금제품에 포함되는 재물에 대한 명확한 기준이 필요해 보인다. 상대적 금제품이란 개인이 소유권을 가지는 물건 중, 법률상 허가를 통하여서만 소지할 수 있으나 불법적으로 소지한 각각의 재물을 뜻하는 것으로 보아야 한다. 구분설은 소유권이 부정되는 금제품에 대하여 부정설과 동일한 논거를 취하고 있다.

따라서 이 쟁점은 절도죄의 보호법익에 대한 근본적인 논의와 연결되어 있다. 절도죄의 보호법익은 소유권 및 그로부터 발생하는 점유의 결합적 형태로써 각 사안에 따라 두 종류의 법익의 중요도를 다르게 판단할 수 있다. 마약류에 대해서는 소유권이 없음에도 불구하고 그것이 표상하는 사용, 수익, 처분의 권리를 누리는 기존의 점유가 탈취행위를 통해 다시 한 번 반복된다는 점을 문제삼을 수 있다. 이를 규범으로 금지하면서 보호하고자 하는 법익은 “재물의

\* 법학박사, 충남대학교 법학전문대학원 부교수.

62 영남법학 제48호 (2019.6)

법적 평온”이라 명명할 수 있다.

주제어 : 금제품, 마약류, 절도죄의 보호법익, 소유권, 점유

[Abstract]

The Objectivity of Larceny of Illegal Drugs - with Focus on  
Re-evaluation of the Term 'Prohibited Goods' and the Nature of  
Larceny\*

Joo, Hyun-Kyong\*\*

This article reviews the Supreme Court's precedent judgment of 98DO3619 held on April 14th, 1999 and explores whether illegal narcotic drugs may be considered as objects of larceny. As illegal narcotic drugs belong to the category of prohibited goods, it is necessary to evaluate the concept of property of prohibited goods in general prior to evaluating that of narcotic drugs.

There exist two main issues in this academic confrontation between theories regarding the objectivity of larceny of illegal drugs. First, views that affirm or deny the value of prohibited goods as a property are determined by whether the legal interest to be protected from larceny is viewed as possession or ownership of right. Therefore, it is necessary to clarify what the legally protected interest of larceny is. Second, the distinction between absolute and relative prohibition on goods is sometimes unclear in the differential theory.

Relatively prohibited goods are goods that can only be held by an individual through legal authorization, which will otherwise be regarded as illegally possessed. In this sense, the differential theory has the same effect as the denial theory. However, the legal interest to be protected from larceny should be regarded as not only both ownership and possession, but also legal tranquility of property. In conclusion, narcotic drugs can be objects of larceny.

---

\* This work was supported by research fund of Chungnam National University 2017.

\*\* Associate Professor of Law, Chungnam National University Law School.

Key words : prohibited goods, object of larceny, legal interest to be protected from larceny, ownership right, possession