

재산범죄의 연혁적 고찰

이 태 언*

<목 차>

- I. 서론
- II. 재산범죄의 성격
- III. 재산범죄의 연혁
- IV. 결론

I. 서론

신석기 시대의 후반에 이르러 인류들은 농경의 기술을 터득함으로써 일정한 장소에 정착하게 되어 씨족사회를 이루게 되었다. 초창기에는 토지의 생산량이 적었을 뿐만 아니라 혈족끼리 모여 사는 일종의 정착적 집단생활을 했기 때문에 사유재산에 대한 개념이 미약했으나 사회가 발전되면서 인구도 증가하고 경작 가능한 토지는 한정되는 등의 현상이 나타남으로써 토지소유를 기초로 하여 사유재산제도가 형성되기 시작했다.

이후 사유재산제도의 확립으로 많이 가진 자는 자연히 영향력이 강해지게 되어 적게 가진 자들을 지배하게 됨으로써 사회의 분화가 촉진되었다. 이로써 사유재산에 대한 침해사례가 발생하게 되었고 재산범죄로서의 절도죄 등이 사회문제로 등장하게 되었다. 사회생활에 있

* 법학부 교수·법학박사

어 재산의 비중은 대단한 것으로 생명 다음으로 귀중한 것으로 인식되고 있는데 경우에 따라서는 재산의 획득을 위해 생명이나 신체를 희생하는 수도 적지 않았다. 우리사회에 발생되고 있는 범죄 사례중에 1999년의 경우 총 형사범 240만명(184만건)중 형법범은 74만7천여명인데 그 중에서 사기, 절도, 횡령, 배임이 49만7천여명으로 형법범의 66%를 차지하며 전체형사범의 20%이상이 되는데 자본주의 사회에서 재산과 관련된 불법행위는 친자본주의적 범죄라고 할 것이다.

각국은 입법례에 따라 재산침해의 유형과 재산의 개념에 의한 객체가 다소간 다를 수 있으나 이 논문에서는 우리 형법을 중심으로 연구하였는데 먼저는 재산범죄의 성격에 대해 고찰하였는데 여기서는 재산범죄의 종류와 객체에 대해 살펴보았고, 둘째로는 재산범죄의 연혁을 고찰하였는데 편의상 고대이전 즉 국가조직이 활성화되기 전의 원시국가시대와 고대, 중세의 법제에 있어 재산범죄, 그리고 근대이후의 법제상의 재산범죄의 경우로 나누어 연구하였다. 그러나 의외로 이 분야에 대한 자료가 적어 본래 의도한 바와는 거리가 큰 논문이 되고 말았으나 현행제도를 좀 더 명확히 이해하는 의미에서도 연혁적인 고찰은 필요하다고 볼 때 이 논문은 이 방면에 대한 관심을 유발시킨 효과는 있을 줄 안다.

II. 현행법상 재산범죄의 성격

1. 재산범죄의 종류

재산범죄는 타인의 재산을 보호법익으로 하는 범죄로 형법에서는 기본범죄로 절도와 강도, 사기와 공갈, 횡령과 배임, 장물, 손괴 그리고 권리행사를 방해하는 범죄로 분류하고 있다. 이와같이 재산범죄는 범죄의 형태는 다양하지만 객체가 재산 즉, 재물과 재산상의 이익이라는 공통점을 가지고 있다. 재산에 관한 범죄는 넓게는 방화와 실화의 죄, 일수와 수리에 관한 죄(제177조이하), 신용,업무 및 경매에 관한 죄(제313조이하).등과 같이 개인의 재산을 간접적으로 보호하는 범죄도 포

합하지만 대체로 재산범죄라 할 때는 재산적 법익을 직접 보호하는 개인적 재산범죄만을 말한다.

재산에 관한 범죄는 자본주의 경제의 기초가 되는 사유재산제도를 바탕으로 할 때에 인정되는데 원론적으로 볼 때 공산주의와 같이 사유재산을 인정하지 않는 체제에서는 성립될 여지가 없다. 우리나라는 헌법제23조1항에서 「모든국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.」라고 규정함으로써 사유재산권을 보장하고 있다. 민주국가에서 개인의 재산에 대한 보호는 개인 뿐 아니라 사회공공의 질서유지 나아가서 국가의 발전을 위해서도 불가결한 것이기 때문에 이에 대한 보장은 자본주의 내지 민주주의의 바탕을 지키는 일이어서 형법에서는 사유재산에 대한 불법한 침해를 세부적으로 규정하여 보호하고 있는 것이다. 형법에서는 재산죄(Vermögensverbrechen)를 재산권의 존재형태 및 침해의 방법에 따라 대개 3가지로 분류하고 있다.¹⁾

재산범죄의분류, 객체, 보호법익을 간결하게 설명하면 다음과 같다.

(1) 재물죄와 이익죄

이는 재산의 종류에 따른 분류로 재물죄(Sachdelikt)란 재물을 침해하는 범죄로 절도, 강도, 사기, 공갈, 횡령, 장물의 죄가 이에 속한다. 이익죄(Bereicherungsdelikt)란 재산상의 이익을 침해하는 범죄로 배임죄가 이에 속하는데 재물죄와 이익죄의 성격을 겸하는 것으로는 강도, 사기 공갈죄 등이 있다.

(2) 영득죄와 손괴죄

이는 재산침해의 태양이나 결과에 따른 분류로써 행위자에게 고의의 내용으로서 영득의 의사가 필요한가에 따라 절도, 강도, 사기, 공갈, 횡령, 장물의 죄와 같이 영득의 의사가 필요한 범죄를 영득죄(Aneignungsdelikt), 단순한 손괴의 의사만을 요하는, 즉 재물의 효용가치를 손실 또는 감소시키는 손괴죄(Vermögensschädigungsdelikt)로 분류한다.

1) 이태언. 형법각론, 형설출판사. 1997. 161-162쪽

(3) 탈취죄와 편취죄

영득의 죄를 그 침해의 방식에 따라 나는 것으로 탈취를 수단으로 하는 즉 타인의 의사에 의하지 않고 재물의 취득을 가져오는 범죄로 이것은 i)점유주의 의사에 반하여 재물을 취득하는 절도와 강도의 죄, ii) 위법상태에 있는 재물을 계속하여 취득하고있는 소위 상태범인 절도의 죄 iii)자기의 점유에 속하는 타인의 물건에 대하여 타인(권리자)의 의사에 의하지 않고 타인의 재산을 보관하는 것을 기화로 권한을 남용하여 타인의 재물을 유용하는 경우로 나눌 수 있다.

편취는 점유주의 의사에 의해 재물의 이전이 이루어지는 범죄이지만 사실은 점유주의 하자있는 의사에 의해 재물이 이전되는 경우인데 사기와 공갈의 죄가 이에 속하다.

2. 재산죄의 객체

재산범죄에 있어 재산의 개념이나 내용은 재물과 재산상의 이익으로 나눈다.

1) 재물

재물이란, 대체로 민법에서 말하는 물건 같은 의미로 사용되고 있는데 민법제 98조가 「본법에서 물건이라 함은 유체물 및 전기 기타 자연력을 말한다」라고 규정하고 있으나²⁾ 형법은 제 346조에서 「본장의 죄에 있어 관리할 수 있는 동력은 재물로 간주한다」고 규정하고 이를 사기와 공갈의 죄(제354조), 횡령과 배임의 죄(제361조) 및 손괴의 죄(제372조)에서 준용하고 있다.³⁾ 이와 같이 재물에는 통상적 개념인 물건으로서의 유체물과 전기 같은 관리할 수 있는 동력이나 자연력도 포함하고 있는 것이다. 재물의 범위에 관한 학설로는 유체물에 한한다는 유체물설(Körperlichkeitslehre)이 있는데 이설은 재물은 일정한 공

2) 이태언, 241쪽. 진계호, 형법각론, 대왕사, 1993. 553-554쪽

3) 이재상, 형법각론, 박영사, 1992. 243쪽

간을 점하고 있는 물질에 한한다는 견해로⁴⁾ 전기, 수력등의 에너지는 재산상의 가치는 있으나 본죄의 보호 범익은 민법의 물건편에 규정되어있는 유체물을 전제로 하고 있기 때문에 이에 한정되어야 한다고 한다. 즉 재물에서의 물은 물건 즉 유체물(기체를 포함)을 의미한다는 것이 과학이나 일상의 용어법인데 전기 등 에너지는 재물성을 지닐 수 없어 이를 관리할 수 있다 하더라도 유체물로서는 소유할 수가 없는 것이라고 한다. 이에 비해 관리가능설(Beherrschbarceitslehre)은 재물을 관리 가능한 것으로 보고 관리만 현실적으로 가능하면 전기나 수력 등의 동력도 재물이 될 수 있다고 본다.⁵⁾ 그 근거로는 i) 유체물이 재물인 것은 그것이 유체물이기 때문이 아니라 유체물이기 때문에 사람이 관리·지배하여 사용할 수 있다는 점에 있고, ii) 민법상의 「물」과 형법상의 「물」을 법체계가 다른 데도 동일시해야 할 이유가 없으며, 특히 구 민법에서와는 달리 현행민법에서는 유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력을 물건으로 규정하고 있어 관리 가능성설이 타당하다고 하는데 관리가능한 무체물로서는 전기 에너지와 공기의 압력, 인공냉기 인공온기 등이 있다.⁶⁾ 통설의 견해가 타당한데 형법은 재물과 이익을 구별하고 있고 여기서의 관리는 물리적 관리에 국한되어야 함으로 채권 기타 재산권에 있어서 같이 사무적으로 관리 가능한 것은 제외해야 할 것이다.⁷⁾

재물의 가치는 경제적 금전적인 소위 교환가치 뿐 아니라 사용가치 즉, 주관적인 효용도 포함된다.⁸⁾ 그러나 가치가 너무 적거나 주관적인 가치가 없을 때에는 형법의 성격상 위법성이 조각된다고 볼 것이다. 판례는 주관적 가치나 소득적 가치만 있어도 경제적 가치가 있다고 보고 재물이 된다고 본다. 그러므로 경제적 교환적 가치가 없더라도

4) 이재상, 242쪽, 강구진 형법각론(1), 박영사, 1983. 243쪽

5) 통설, 유기천, 형법각론(상), 일조각, 1982. 192쪽, 황산덕, 형법각론, 방문사, 1983. 270쪽, 정영석, 형법각론, 법문사, 1983. 322쪽, 김종원 형법각론(상), 법문사, 1971. 174쪽. 이태언 163쪽, 이재상. 241쪽. 정성근 281쪽

6) 이태언 163쪽

7) 이태언. 164쪽

8) 돌아가신 조상의 사진, 애인으로부터 온 편지.

주관적인 가치가 있는 것은 재물이 된다. 그 외도 i) 사람의 신체도 몸체로부터 분리가 된 경우에는 재물이 될 수도 있고(장기매매 등) 시체·유해로서의 성질을 상실하여 학술의 연구로 쓰이게 되면 재산죄의 객체가 되며, ii) 금제품도 소유권의 성립이 인정되는데 법정절차에 의해 몰수되기까지는 소지가 보호되어야 하므로 재산성이 인정되어 이를 침해하면 탈취죄가 된다. 소지가 금지된 것이라도 사실상의 점유는 존중되어야 하기 때문이다. 그러므로 소지만 일정한 사람에게 금지된 경우 예컨대 사용이 금지된 균용 알콜은 금제품일지라도 재산죄의 객체가 되며 아편흡식기와 같이 소유권의 성립자체가 인정되지 않은 경우에만 재산성이 상실된다고 보아야 한다.⁹⁾

iii) 불법적인 금여물에 대하여는 소유, 점유가 가능하므로 횡령죄는 부정되나 횡령죄의 객체로서의 재물성은 인정된다. iv) 재물은 타인의 것이어야 하나 공유물인 경우에도 절도 기타 재산범죄의 목적물이 된다. v) 부동산도 절도의 대상이 되는가 하는 것은 강도나 절도에 있어 객체의 장소적 이동이 필요한가에 따른 문제로 귀착될 것으로 부동산도 유체물에 틀림없으니 재물인 것은 분명하나 독일처럼 형법에 「가동물건을 취득한 때」라고 규정된 경우는 문제가 없지만 우리의 경우는 형법에 명문이 없으니 절도의 객체에서 부동산을 제외할 이유가 없을 뿐 아니라 절도는 재물에 대한 지배의 이전을 요하는 것일 뿐 장소적 이동까지 필요한 것은 아니므로 부동산도 절도의 객체로 보는 것이 옳다.¹⁰⁾

2) 재산상의 이익

재산범죄 중 강도, 사기, 공갈, 배임죄 등은 재산상의 이익도 객체로 하고 있는데 재산상의 이익이란 재물이외의 일체의 재산상의 가치, 이익을 말한다. 적극적인 재산증가나 소극적인 재산의 감소, 또는 일시적인 이익이나 영구적인 이익을 불문하며 피해자의 처분행위가 법률상 유효하거나 무효이거나 또는 취소 할 수 있는 것이거나의 여부도

9) 정영석, 324쪽, 남홍우, 형법각론, 고대출판부, 1965. 154쪽, ;황산덕, 272쪽

10) 통설로 김종원(상), 181쪽, 정성근 295쪽, 이태언 165쪽, 황산덕 276쪽

불문한다. 그러나 전체 재산에서 보아 비록 일부의 재산에 손실이 있더라도 전체적으로 볼 때 상대방에게 손실을 끼치지 않았다면 재산죄가 성립되지 않는다. 이익취득의 형태로는¹¹⁾ i) 피해자로 하여금 일정한 재산상의 처분을 하게 하여 이익을 취득함으로써 상대방에게 손해를 주는 경우로 채무를 면제한다든지 채무이행을 연기시키는 경우 등이다. ii) 피해자에게 의무 없는 일정한 노무를 제공하는 것으로, 유효한 입장권이 없이 입장하여 관람케 함으로서 목적인 바의 이를 취하는 것이다.

iii) 피해자에게 일정한 의사 표시를 하게 하는 것인데 부동산 소유권을 이전하게 한다든지, 채무를 부담한다는 의사를 표시하게 함으로서 행위자가 그 의사 표시에 따른 이익을 취득하게 되는 경우들이다. 재산상의 이익의 성격에 관해서는 3가지 견해가 있다. i) 법률적 재산설 (Juristische Vermögenseheorie)인데 재산상의 이익을 법률상 보호를 받을 권리뿐만 아니라 재물이외의 일체의 경제적 가치 또는 이익이라는 것이다. 이 견해는 재산상 이익의 범위가 명확하고 성립요건을 확실하게 할 수 있는 이점이 있지만, 경제적으로 손해를 주더라도 민법상의 권리, 의무와 관련이 없으면 재산적 손해로 볼 수 없게 되는 불합리한 점이 있다.

ii) 경제적 재산설 (Wirtschaftliche Vermögenstheorie)로 개인에게 속하는 경제적 가치 또는 경제적인 재의 총칭을 재산상의 이익이라고 하는데 위법한 경제적 가치도 포함된다.¹²⁾ iii) 법적, 경제적 재산설 (Juristische-Ökonomische Vermittlungslehre)로 민법상 보호할 필요가 있는 경제적 가치를 재산적 이익으로 보는 것이다. 생각건대 재산적 이익은 민법에서 직접보호하지 않더라도 경제적 법률적 견지에서 보호할 만하면 형법의 성격상 보호해야 하므로 법적, 경제적 재산설의 견해가 타당하다.¹³⁾ 재산상의 손해에 대해서 이익죄는 행위자가 재산적인 이득을 취함으로써 상대방에게 재산상의 손해를 끼쳐야만 하는

11) 이태언, 165쪽

12) 정성근, 288쪽

13) 이태언, 166쪽

데 i)재물이나 개개의 재산권의 경우는 영득 그 자체가 상대방에게 손해가 되니 문제가 없고, ii)전체의 재산상태에 대한 경우는 재산상태는 전체를 고려하여 상대방에게 손해가 있는 경우에만 문제가 된다.¹⁴⁾

3) 재산범죄의 보호법익

재산범죄의 보호법익은 i)재산죄 일반에 공통되는 보호법익과 ii)물권을 침해하는 재산죄의 보호법익으로 나눈다. 종래에는 재산죄 전체에 공통되는 법익을 a)소유권으로 보는 견해 b)점유 또는 소지로 보는 견해 c)소유권 및 소지로 보는 견해 등이 있었지만 이들 견해들은 재산이 개인의 소유형태로 보장된 데서 나온 피상적인 견해들이어서 불합리하다. 그러므로 재산죄 전체에 걸친 보호법익은 재산에 의한 권리 즉 재산권이라고 밖에 말할 수 없을 것이다. 재산죄에 대한 보호법익을 개별적으로 나누어 보면 절도, 횡령, 강도, 사기, 공갈 등은 물권의 침해를 내용으로 하는데 물권의 내용이 무엇인가에 따라서 a)점유설인데 이는 물권의 내용을 점유 또는 소유로 본다. 그 근거는 사유재산의 사회 문화적인 기능은 재물의 소유에 있는 것이 아니라 그 경제적 이용가치 즉 점유 또는 소지에 있다고 보기 때문이다.¹⁵⁾ b)소유권설인데 이는 물권의 내용을 소유권으로 보고 소유권을 재산죄의 보호법익으로 본다. 이에선 소유자채도 포함된다는 견해와 점유를 제2차적인 보호법익으로 보아도 좋을 것이라는 견해가 있다.¹⁶⁾ 생각건대 현행법은 소유권을 보호하는 절도죄 등과 소유권 이외의 제한물권을 보호하는 권리행사방해죄로 구분하여 규정하고 있으므로 소유권설이 타당하다고 생각된다.¹⁷⁾

14) 이태언 166쪽, 진계호 381쪽

15) 정영석 331쪽, 정창운 형법각론, 박영사, 1960. 132쪽, 木村, 刑法各論, 有斐閣, 1987. 106쪽, 주거의 개념도 과거에는 소유에 중점이 있었으나 최근에는 서구와 같이 우리나라도 이용, 사용에 의미를 두어 임대주택 등이 보급, 확산되고 있다.

16) 김종원(상), 178쪽

17) 동지, 진계호 368쪽, 강구진 258쪽

4) 특수한 경우

(1) 사용절도의 문제

사용절도(Gebrauchshebstahl)란 물건의 경제적 이익을 영구적으로 점유하거나 그 물건을 취득(영득)할 의사 없이 일시적으로 사용할 생각으로 잠시 활용하는 것인데¹⁸⁾ 이는 타인의 점유를 완전히 배제한 것이 아닐 뿐 아니라 손해가 경미한 경우에는 처벌해서는 안된다고 보지만 절도죄의 보호법익을 점유권으로 보면 사용절도도 범죄가 된다.¹⁹⁾ 절도죄의 보호법익이 소유권의 보호라고 본다면 불법 영득의 의사가 없는 사용절도는 처벌할 수 없게 된다. 즉, 일시적인 사용의사는 영득의 의사라 볼 수 없고²⁰⁾ 손해가 경미할 뿐 아니라 재물의 소지가 피해자로부터 완전히 없어진 것이 아니며, 권리자의 권리가 완전히 배제된 것도 아니고, 공서양속에 반한다고 볼 수도 없기 때문에 처벌해서는 안된다는 입장이다. 판례는 동료 종업원이 파출소에 연행되었다는 소식을 듣고 그를 만나기 위해 사장소유의 자동차를 타고 가다가 사고를 낸 경우²¹⁾ 무단운행의 거리가 2km정도로 그에 소요된 시간이 10분 정도인 경우²²⁾ 처럼 일시 사용목적으로 자동차나 자전거를 타고 간 때는 불법 영득의 의사를 인정 할 수 없으나, 오토바이를 절취하여 약 10시간 30분 동안 사용하고 원래 있는 곳에 갖다 둔 경우²³⁾나 해변에 둔 배를 절취하여 용무를 마치고 다른 곳에 방치한 경우와 같은 경우에도 불법 영득의 의사가 있다고 보기는 무리여서 처벌하기는 어렵다고 보겠으나 일시사용이 아니거나 일시사용이라 하더라도 가치를 소비했거나 소비할 의사가 있었다면 영득의 의사가 있다고 보아야한다(타인의 건전지를 일시 사용하는 경우)개정형법에서는 자동차등 불법 사용죄(제331조의 2)를 신설하여 처벌하고 있기 때문에 사용절도의

18) 광장에 세워둔 자전거를 타고 몇 바퀴를 돌았다든지 야간응급한 이유로 타인의 자동차를 무단운행한 뒤 제자리에 놓아두는 경우

19) 정영석, 316쪽

20) 유기천(각상) 200쪽, 김종원(상) 187쪽, 서일교 형법각론, 박영사, 1982, 144쪽

21) 대판1981.12.8 81도1761

22) 대판 1984.4.24. 84도 311

23) 대판81.10.13. 81도 2394

범위가 크게 되었다고 할 것이다.

(2) 친족상도례(Familien und Hauschebstabl)

형법제328조는 재산범죄의 처벌에 있어 친족간에는 형을 면제하고 있다. 즉, 근친인 직계혈족, 배우자, 동거친족 호주, 가족 또는 그 배우자 간에는 강도와 손괴죄를 제외한 재산 범죄는 형을 면제하고(제328조 ①항) 원친(遠親)으로 볼 수 있는 ①항 이외의 친척간에는 친고죄로 하고 있는데 (제328조 ②항) 동거친족은 동일한 주소에서 일상생활을 같이하는 경우로 주택의 일부를 임차하여 취사 기거 하는 경우는 동거친척이 아니다. 그리고 내연의 부부관계도 본조에 해당되지 않고 피해자가 타가에 입양한 경우에는 생가를 중심한 친족관계는 유효하다. 또 재산의 소유자, 점유자 쌍방과 범죄간에 친족관계가 있어야 한다. 이같은 특례를 인정한 것은 친족간에 재물의 관리 소비는 공동체적 형태로 이루어지는 경우가 많기 때문에 재산권의 내용을 친족간의 정의(情誼)를 바탕으로 한 친족내부에 맡기는 것이 타당하다고 보았기 때문이다.²⁴⁾

III. 재산범죄의 연혁

형법에서 규정하고 있는 재산범죄에 대한 개념과 재산의 성격 종류 객체나 보호법의 등을 고찰하였으나 이와 같은 현행법상의 재산범죄는 성경 등에서 규정하고 있는 절도를 중시하는 재산범죄와 뿌리를 같이 하는 것으로 모든 제도들은 발생초기에는 비슷하다가도 시간이 흐름에 따라, 또 지역이나 환경에 따라 적절한 방법으로 변형되게 된다. 그렇다고 성경적 절도의 개념이 우리 현행법의 원류라고 볼 것은 아니나 직·간접적으로 영향을 미친 것은 사실이다. 현행법은 절도죄의 내용을 구체적으로 세분화시키고 있지만 절도의 개념은 성경이 훨씬 넓게 보고 있다.

24) 이태언, 167쪽

형법에서는 재산범죄의 일반적인 연혁을 시대별로 나누어 고찰하면 다음과 같다.

1. 고대이전의 시대

1) 함무라비 법전

현재 각국에서는 우리 형법과 같이 재산범죄를 성격에 따라 체계적으로 분류하여 특성에 따라 처벌하고 있으나 재산범죄가 이렇게 체계를 갖추기까지는 많은 입법적 과정을 거쳤다.

1) 함무라비 법전²⁵⁾은 현재 완전한 형태로 전하고 있는 세계 최고(最古)의 법전인데 제 6조에서 제 25조에 걸쳐 재산 범죄로서 절도죄를 규정하고 있다.

①제 6조와 제 8조는 신전과 궁궐의 물건을 훔칠 경우에 대한 규정으로 처벌은 사형이거나 훔친 물건의 30배 혹은 10배를 배상토록 하고 있다. ②제 7조, 제 9조, 제 10조, 제 12조는 장물에 대한 범죄를 취급하고 있고 ③제 11조는 남의 것을 자기 것인 것처럼 증거 없이 주장하는 자들에 대한 규정이 있는데 이 경우는 사형에 처하게 했고 ④제 13조는 도난소송에서 증인이 가까이 없을 때에는 6개월간의 기간을 주도록 하고 있다.

⑤제 21조-제 22조는 불법으로 남의 집을 침입하거나 강제로 남의 집을 약탈, 파괴할 경우에 대한 규정인데 이때는 사형에 처하게 하였고

⑥제 23-제 24조는 백성들이 도난을 당했을 때 행정관청이 범인을 잡지 못하면 피해자가 신 앞에 선서하고 국가로부터 도난 당한 액수를 보상받을 수 있도록 하고 있으며 ⑦제 25조는 남의 집의 화재를 진압하다가 그 집의 물건을 훔친 경우에 대한 조문으로 이때도 사형에 처하도록 하고 있다. ⑧제 117조에는 가족도 채무에 대한 담보로 제공

25) 티그리스 유프라테스 강사이의 바벨론 지역에 있던 우르제3왕조(BC2060-1950)이후 바벨론 제1왕조 : 고바빌로니아(BC1805-1507)가 세워졌는데 제6대 왕 함무라비는 43년간 통치하면서 메소포타미아 전역을 통일했는데 그의 재위기간에 만들어진 전문272조로 된 최초의 완전한 형태로 전해오는 법전이다. 1901.12-1902.1월 사이에 모르간(M.J.deMorgm)이 이끈 프랑스 탐험대에 의해 Elam의 수도Susa에서 발견되었다.

할 수 있도록 하고 있다.

2) 함무라비법전에서는 타인의 물건을 보관하는 경우에 대한 규정도 있다. ①제 120조에서는 타인의 곡식을 맡아 있는 자가 이를 훔쳐내었을 때에는 2배로 보상을 하도록 하였고, ②계약서 없이 맡긴 물건은 소유권을 주장할 수 없도록 하고 있으며(제 123-4조) ③타인의 물건을 보관하고 있는 자가 도둑을 맞은 경우는 보관하는 이가 전액을 배상해야하고(제 125조), ④불가항력적인 재난으로 인해 타인의 재물을 보관하다가 손실을 입힌 경우는 신 앞에 맹세함으로써 보관인으로서의 보상책임을 면하게 되고(제 266조) ⑤목자가 가축을 제대로 돌보지 않아 주인의 가축에 손실을 발생시킨 경우에는 목자는 가축의 주인에게 배상을 하도록 하고 있고(제 267조) ⑥가축이 맹수에게 찢기어 죽었을 경우에는 목자가 배상하지 않아도 되게 되어있다(제 244조)

3) 농사를 짓는데 사용할 동물에 한 규정도 있다.

①빌려온 소를 죽이면 소주인에게 반드시 배상을 해야 하고(제 245조), ②빌려온 소의 뼈를 부러뜨리면 다른 소로 배상을 해야 하고(제 246조), ③빌려온 소의 눈을 상하게 하면 소값의 반을 은으로 배상토록 하였으며(제 247조), ④빌려온 소의 뿔을 상하거나 꼬리를 찢르면 소값의 1/4을 배상토록 하고 있다(제 248조).²⁶⁾

2) 재산죄에 대한 성경의 규정

구약성경에서 대표적인 법률적 성격의 조항들은 십계명이 규정되어 있는 출애굽기와 신명기인데 십계명은 종교법이면서도 실정법적인 규범성을 갖추고 있다. 십계명의 여덟째 항목이 절도죄에 대한 것으로 도적질하지 말라는 간단한 말로 표현하고 있다. 출애굽기 제 20장 15절과 신명기 제5장 19절에 규정된 절도금지에 대한 조문은 출애굽기 22장 1절에서 15절까지 재산범죄에 대한 시행 세칙적인 조항들로 상세하게 설명되어 있다.²⁷⁾ 이를 대체적으로 설명하면 다음과 같다.

26) 광도희, 함무라비 법전과 구약계약법전의 비교연구, 서울신대대학원 석사, 1995. 85쪽

27) 성경에 규정된 재산범죄에 대한 상세는 이태언, 재산범죄의 성경적 고찰, 의

1) 사람이 소나 양을 도적질하여 잡거나 팔면 그는 소 하나에 소 다섯으로 갚고 양 하나에 양 넷으로 갚아야 한다.²⁸⁾

동물의 절취하여 이를 죽여서 처분하거나 산채로 타인에게 매매함으로써 소유권 회복을 어렵게 한 경우인데 ① 소의 경우는 사람과 애착이 많은 동물이어서 5배로 배상을 받고 ② 양은 혼하고 상대적으로 애착이나 비중이 적기 때문에 4배의 배상으로 만족하도록 했다. 이같은 제도는 백제나 고구려 부여 시대의 1책12법과도 상통한다. 고대시절에는 이같은 가축들이 절취의 대상인 재물의 주된 대상이었는데 유목생활을 하던 중동의 경우는 더욱 그러하다.

2) 도적이 뚫고 들어옴을 보고 그를 쳐죽이면 피흘린 죄가 없으나 해가 들은 후 이면 피흘린 죄가 있으리라 도적은 반드시 배상할 것이나 배상할 것이 없으면 그 몸을 팔아 그 도적질한 것을 배상할 것이오 도적질한 것이 살아 그손에 있으면 소나 나귀나 양을 무른하고 잡절을 배상할지니라²⁹⁾

밤에 침입한 도둑(특수절도)의 경우 고의로 살해해도 죄가 되지 않으나 주간에는 절도를 방어하기 위해서라도 생명을 해해서는 안된다. 또 도둑질한 가축이 아직 그 사람 손에 있어 반환할 수 있을 때에는 2배를 배상하면 되지만 죽이거나 팔아서 없애버렸다면 동일한 가축을 반환할 수 없으므로 다른 태양으로 배상할 수밖에 없는데 이때는 소는 5배, 양은 4배로 갚아야 했다. 이같이 가축에 따라 배상의 정도가 다른 것은 그 가축의 주인이 애지중지하는 정도의 차이 때문인데 잃은 가축을 다시 찾으면 아무런 문제가 없으나 못 찾았을 때 추가적인 보상이 필요하기 때문이다. 이는 위자료적인 성격도 겸하고 있다. 구약시대에는 사회가 단순하였기 때문에 재산범죄도 오늘날과는 달리 절도죄가 대부분이었다. 해들은 후는 ① 도둑의 가택침입목적이 살인이 아닌 단순한 절도의 경우 ② 집주인이 여러 방법으로 쫓아낼 수 있는 환한 대낮이므로 해가 들은 후의 살인은 과잉방위가 되는 것이다.

대논총, 비교법연구소, 1999, 33-68쪽을 참조할 것.

28) 출애굽기 22장 1절

29) 출애굽기 22장 2-4절

3) 사람이 밭에서나 포도원에서 먹이다가 그 짐승을 놓아서 남의 밭에서 먹게 하면 자기 밭의 제일 좋은 것과 자기 포도원의 제일 좋은 것으로 배상해야 한다.³⁰⁾ 밭이나 포도원에서 짐승을 먹이는 경우이나 밭 주변의 풀만 뜯어먹도록 엄격하게 지키는 것인데 이 과정에서 고의로 짐승을 풀어놓아 남의 밭의 곡식이나 실과를 먹게 했다면 자기 소유의 곡식이나 실과의 최상품으로 배상토록 한 것이다. 풀어놓는다는 것은 짓밟아 망쳐버리게 한다는 뜻이 내포되어 있고 먹여치우는 것도 포함되어 있는데 이는 윤리적인 의미가 강하다. 즉 과실이 아닌 고의로 타인의 생계유지의 방법인 곡식이나 일을 망쳐버린 경우인데 동물 즉 가축의 경우와 달리 곡물이나 실과는 가중적인 배상방법이 아니고 같은 양의 배상이 이루어졌던 것이 특징이다.

4) 불이 나서 가시나무에 미쳐 날가리나 거두지 못한 곡식이나 전원을 태우면 불 놓은 자가 반드시 배상할 것이다.³¹⁾ 이 경우는 고의로 방화한 경우보다는 과실(실화)로 인한 방화로 탈곡하기 위해 베어 모아 놓은 곡식이나 아직 밭에 있는 곡식 그 자체를 태우거나 농작물을 훼손한자에 대한 처벌인데 고의는 아니었다 하더라도 타인의 재산에 손해를 발생케 한 것이므로 마땅히 같은 수량으로 배상을 하도록 하고 있다.

5) 사람이 돈이나 물품을 이웃에게 맡겨 지키게 하였다가 그 이웃의 집에서 봉적(逢賊)하였는데 그 도적이 잡히면 갑절을 배상할 것이오 도적이 잡히지 않으면 그 집주인이 재판장 앞에 가서 자기가 그 이웃의 물품에 손댄 여부의 조사를 받을 것이며 어떠한 과실에든지 소에 든지 나귀에 양에 든지 의복에 든지 또는 아무 잃은 물건에 든지 이것이 그것이다 하면 두편이 재판장 앞에 나갈 것이오 재판장이 죄 있다고 하는 자가 그 상대방에게 갑절을 배상할지다.³²⁾ 이 경우는 자기의 재산을 타인에게 보관을 시킨 경우인데 보관자는 위탁자의 신뢰를 존중하여 잘 보관을 해야 하는 것이다. 보관 중에 도둑이 들어와서

30) 출애굽기 22장 5절

31) 출애굽기 22장 6절

32) 출애굽기 22장 7-9절

자기가 보관하고 있는 타인의 재물을 훔쳐갔을 때의 처벌내용이다.

즉 ① 도적이 잡히지 않아서 물건을 잃은데 대해 갑절의 배상을 받는 경우인데 “손댄 여부”란 것은 “그가 손을 놓지 않았는지”란 뜻인데 이 말은 집주인의 맹세를 가리키는 것이 아니다. 집주인의 맹세였다면 “그가 손대지 않았음을”이라고 했을 것이다. 봉적은 도둑 맞은 것을 말한다.

② 도난 당한 물건이 발견되었을 경우 그 물건의 배상에 대해 물건을 맡은 사람이나 잃어버린 물건을 발견한 사람이 훔쳤거나 소홀히 했다면 그들은 원 주인에게 갑절을 배상해야 한다. 그러나 원 주인이 뒤집어 씌운 것이라면 그가 상대방의 무고에 대한 배상을 2배로 하도록 하고 있다.

6) 사람이 나귀나 소나 양이나 다른 짐승을 이웃에게 맡겨 지키게 하였다가 죽거나 상하거나 물려가도 본 사람이 없으면 두 사람 사이에 맡은 자가 이웃의 것에 손을 대지 아니하였다고 여호와로 맹세할 것이요 그 임자는 그대로 믿을 것이며 그 사람은 배상하지 아니하려니와 만일 자기에게서 봉적하였으면 그 임자에게 배상할 것이요 만일 찢겼으면 그것을 가져다가 증거 할 것이요 그 찢긴 것에 대하여 배상하지 않을 지니라.³³⁾

이 부분은 값을 지불하고 가축을 지키도록 맡긴 경우인데 가축이 상하거나 손실이 생겼을 때 맡은 사람이 그렇게 했음을 증거할 사람이 없는 경우에는 맡은 사람의 맹세, 곧 죽이지도 상하게도 처벌도 하지 않았다는 말을 인정해야 했다. 왜냐하면 맹세란 참된 것을 확고하게 하는 것이기 때문인데 맹세로 증거 곧 진실을 대신하게 된다. 맹세는 하나님을 두고 하는 것이므로 그보다 더 확실한 증거는 없다. 사나운 짐승이 가축을 습격했을 때는 증거물을 제시하여 고의가 아니었음을 밝혀야 한다. 이것은 선량한 관리자로서의 주의의무를 다하였는데도 불구하고 발생한 역부족의 사태이기 때문이다. 찢긴 경우는 맹수에게 희생당한 것을 말하는데 짐승을 맡았던 자는 찢긴 조각을 증거

33) 출애굽기 22장 10-13절

로 제출해야 짐승이 맹수에게 죽었음이 확인되어 배상을 하지 않아도 되는 것이다.

7) 만일 이웃에게 빌려온 것이 그 임자가 함께 있지 아니할 때에 상하거나 죽으면 반드시 배상하려니와 그 임자가 그것과 함께 하였으면 배상하지 않을 것이며 세낸 것도 세를 위하여 있는 즉 배상하지 않을 지라.³⁴⁾

소나 다른 가축을 어떤 필요 때문에 빌려오거나 세를 내은 경우에 대한 규정이다. 세를 내은 경우에 짐승이 상해를 입었을 때는 이미 돈을 지불한 것이기 때문에 더 이상의 보상을 필요치 않은 것이다. 그러나 가축의 주인이 보는데서 사고를 당하게 되면 자연적 현상으로 보고 임차한 사람이 책임을 질 필요가 없는 것이다.

성경중 모세의 5경 그 중에서도 출애굽기에는 시민법적인 것과 종교법적인 것을 포함한 고대사회의 생활규범에 관해 많은 규정이 있는데 주로 살인이나 위증 등 사람간에 있어 일어나는 범죄들과 각종 종교적인 규례들이 많으나 아직 재산관념이 확립되지 않은 시대여서 재산관계의 범죄는 비교적 단순한 것인데 위의 7가지 경우가 당시 사회에서 주로 문제가 되던 사례들이었다.

이 같은 성경의 규정은 구체적인 면에서는 함무라비 법전과 내용이 다르지만 근본적인 정신이나 범죄의 양상은 함무라비 법전과 크게 다를 바가 없다고 할 것이다. 다만 함무라비 법전은 BC 2000년경에 제정된 실정법인데 비해 성경적 규정은 BC1400년경에 종교와 정치가 일체가 된 이스라엘 민족의 종교법이자 시민법이며 도덕법이라고 할 것이다.

2) 고조선 시대(BC 194-BC108)

한국의 고조선은 대체로 단군 조선, 한씨 조선, 위만조선의 3기로 나누는데 단군 조선은 신화적인 형태로, 한씨 조선에 대해서도 구체적인 기록이 적지만 위만조선은 정복에 의해 세워진 최초의 국가적 면

34) 출애굽기 22장 14-15절

모를 갖춘 나라로 볼 수 있다. 위만조선은 연나라에 살고있던 위만이 란 교포가 본국에 돌아와서 세력이 커지자 왕을 배신하여 몰아낸 뒤 세운 국가인데 당시 중국측에는 춘추전국시대로 사회가 불안한 상태에 있어 조선지방으로의 유이민이 많았는데 이들을 합리적으로 다스리기 위한 통치규범으로서의 법이 필요했다. 법은 당시 사회의 모습을 집약한 문화규범이기 때문에 법을 통해 그 시대의 상황을 짐작할 수 있다. 한서 지리지에 의하면 고조선시대에는 8개의 범금(법금)이 있었다고 하는데³⁵⁾ 그중 3개조목의 내용만이 전하고 있는데 그것은 ①사람을 죽인자는 당장에 죽이며(相殺以堂時償殺) ②사람을 상해한 자는 곡물로 배상케하고(相傷以穀償) ③사람의 물건을 훔친자는 소유주 집의 노비로 삼거나 50만냥의 속전을 냄으로서 면제 받을 수 있도록 규정하고 있다(相盜者男沒八爲其家奴, 女子爲婢欲自贖賣者五十萬)³⁶⁾ 이와 같이 절도죄는 살인 상해죄와 더불어 가장 오랜 역사를 가진 범죄인데 그 시대에도 사유재산이 인정되는 바탕위에서 경제활동의 여건이 마련되어 있었고 재산범죄의 원형이라 볼 수 있는 절도 행위가 있었던 것으로 볼 수 있다.

즉 전형적인 절도로서의 규정은 ③의 경우인데 ②와 같이 사람을 상해함으로 인한 처벌적인 보상으로 곡물로 배상하는 것보다 절도죄가 사실상 형이 중한 것을 볼 수 있다. 다만 조문의 내용으로는 사람을 상해한 경우 곡물을 어느정도로 지급해야 하는지를 알수가 없는데 상해가 절도보다 중한 범죄라고 볼 수 있기 때문에 절도의 경우 면책되는 50만냥보다는 많아야 할 것으로 볼 수 있다. 그러나 노비가 되는 것은 재물로 인한 배상보다 정도가 심한 것일 뿐 아니라 일단 노비가 되면 당대뿐 아니라 자손들도 노비신분을 면치 못한다고 볼 때 절도죄의 경우 노비형벌을 상해죄와의 형평상 너무 가혹한 것으로 볼 수 있다. 이는 아마 절도죄가 당시에 자주 발생하는 사회적으로 문제가 심각했기 때문에 가혹한 조항을 두긴 했으나 실제로는 배상금을 내는 것으로 충족되었을 것으로 생각된다. 이 당시는 단순한 사회였기 때문

35) 한우근 한국통사 을유문화사, 1984, 29쪽

36) 이태언, 한국사강의, 세종, 1997. 20쪽

에 범죄 발생의 빈도나 종류가 많지 않았고 특히 재산적인 것이 크게 부각되지 않은 사회였기 때문에 절도죄 정도가 행해졌을 정도였다.

2. 고대 · 중세의 유럽법

1) 로마법

로마시대³⁷⁾에는 재산죄의 형태로 절도죄 강도죄 횡령죄 등을 포함하는 푸르툼(furtum)이라는 관념과 절도죄 등의 은닉(celare)으로서의 장물죄가 독립된 범죄로 인정되었고, 배임죄의 관념은 아직 존재하지 않았으며 사기죄 공갈죄도 분명한 개념이었고 사기적 행태에 의한 배임의 특례인 *frana patroni*가 12동판법에 규정되어 있는데 이것이 사기죄의 시초로 보인다. 후기로마법(B.C 200-BC 30)에 와서 사기적 행태를 분류하여 일부는 *furtun*(절도)로, 대부분은 위조죄(*crimen falsi : falsum*)으로 파악하였다. B.C 30- A.D476의 전기 전제군주정 시대에도 사기죄가 위조죄에 열거된 예시속에 포함되어 있었다. Hadrianus 제 때에는 판례에서 *stellionatus*라는 집합개념으로 파악하였는데 이 말은 윤곽이 애매한 개념으로서 하나의 재산범죄만 의미했는지가 분명치 않다. ③공갈죄의 그니원은 후기로마법의 위협(*concussio*)에서 유래되는데 공무집행을 가장(*concussio publica*)하거나 형사고소의 위협에 의해 재산상의 이익을 강요할 때 인정되었다. ④ 장물죄는 후기 로마법과 중세독일법에서는 사후중범(*auxlium post delictum*)으로 취급하였다. 이런 형태는 장물죄뿐 아니라 범인은닉죄도 같은 입장이었다.³⁸⁾ (오도기 p412) ⑤ 손괴죄에 있어 로마법에서 뿐 아니라 중세독일법에서는 公物(건조물, 도로 등)등의 파손 경우만 손괴로 처벌하였다.

재물손괴죄도 사형벌(私刑罰)의 대상이 된데 불과했다.³⁹⁾ 로마법에서의 *furtum*을 “타인의 재물을 위법하게, 자기의 이익을 추구하는 방

37) 초기 로마법에서는 사기적 행태에 의한 배임의 특례로서 *frams patroni*가 12 동판법에 규정되어 있는데 이것이 사기죄의 시초이다. 후기 로마법에서는 사기적 행태의 일부는 절도로, 대부분은 위조죄로 되어있다.

38) 오도기의 5인공저, 형법각론, 한국사법행정학회, 1986, 412쪽

39) 진계호 363쪽

향으로 함부로 사용하는 것이라고 정의하였다. 그러므로 이 개념에는 오늘날의 절도죄에 강도, 횡령, 점유 이탈물 횡령죄, 점유침해, 사용침탈 및 사기의 경우까지 포함된다.⁴⁰⁾

4) 게르만 -독일법

초기 게르만 법을 거쳐 중세 독일법에서 비로소 재산범죄의 양상이 구체화되게 되었다. 1532년 카로리나 형법전에서는 강도를 공탈자로보아 방화죄 등과 같이 공간에 관한 범죄로 규정함으로써 절도와 구별했고, 위탁물의 횡령을 절도와 같은 것으로 규정하였지만, 아직 재물의 손괴나 사기, 공갈의 개념을 명확히 구별되지 못했다.⁴¹⁾ 근세 독일법에서는 절도와 강도는 처음부터 명확하게 구별되었는데, 절도는 은밀하고 모욕적인 취거(取去)이고, 강도는 반드시 폭행을 수반할 필요는 없으나 공공연한 취거를 의미하였다.⁴²⁾ 독일 보통법시대에는 두가지 조류가 있었는데 i)Carpzoz에 의해 주장된 것으로 강도를 노상강도로 파악하는 것이고, ii)Böhmer, Meister가 주장한 바로 강도의 본질적 특성을 사람에 대한 폭행으로 보는 것이었다. 재산 범죄가 오늘날과 같은 개념으로 구분된 것은 1794년의 프로이센 일반 란트법에 의해 규정이 되면서이다. 동법 2부 제 20장은 제 14절에서 「재산침해 특히 영득」에서 절도, 횡령, 강도, 공갈에 관해(제 1105조이하) 제 15절의 「가별적 사리행위 및 사기에 의한 재산침해」에서 사기, 배임에 관해(제 1256조이하), 제 16절의 「복수, 악의, 무분별에 의한 재산 손괴」에서 재산손괴죄에 관해(제 1488조이하) 각각 규정했고 장물죄는 제 28장 1절에 「범죄와 형벌일반」의 부분에서 범죄실행후에 범죄이익에 관여하는 공범의 일종으로 규정함과 동시에 절도,강도에 대한 공범으로 개별화 하였다.(제 1218조이하)⁴³⁾ 그러나 i)절도죄에 있어 소유권자와

40) 김일수의 5인공저 형법각론, 한국사법행정학회 1986, 256쪽

41) 진계호 363쪽

42) 카로리나 형법전 제126조, 제157조에서 제175조의 규정이 이같은 전통에 의해 규정되었다. 김일수 형법각론, 293쪽

43) 진계호 363쪽

단순한 점유자에 대한 경우를 구별하지 않았고, ii) 자기 소유물도 타인이 보관 이용하는 경우에는 타인의 소유물로 취급하였으며 iii) 친족상도는 불가 별로 하였고(제 1108조이하) iv) 절도의 중형태로서 제 1163조이하에 폭력적 절도, 제 1184조이하에 부동산 강탈죄를 규정했으나 형은 가벼웠다. v) 또 점유이탈물 횡령을 절도죄의 일종으로 규정하였고(제 1132조) vi) 공갈죄는 불리한 계약, 강제인 경우(제 1254조)에는 재량적인 법률형이나 가벼운 징역형으로, 재물을 갈취한 경우는(제 1258조) 절도, 강도와 동일하게 처벌하였다. vii) 사기죄의 경우는 벌금형을 요하는 고유의 사기죄 및 폭리죄(제 1256조이하 제 1328조)이외에 가중사유로서 배임죄를 규정했으며 viii) 문서에 관한 사기를 포함한 위조(제 1377조 이하), 경계표이동, 제거(제 140조), 위증, 무고등 다른 의무를 수반하는 사기죄의 가중형태로 규정하였다.⁴⁴⁾

중세독일법에도 사기에 대한 분명한 규정은 없다. carolina 형법전에도 제 111조~제 114조, 제 178조에 사기에 대한 조문이 있으나 위조법의 관점에서 규율되어 있는데 불과했다.⁴⁵⁾

이는 독일의 보통법시대에도 마찬가지로여서 carpzor 은 중세 신의 법률가들이 사용했던 falsum의 개념을 좋아하여 srellionat를 단지 falsum의 보조개념으로 사용하였다. 1794년 프로이센 일반관트법 제 1236조 이하나 1813년 바이에른 형법초안 제 256조도 진실성의 침해로 인한 가해의 일반적인 개념으로 국한하여 사용하였다. 이러한 과정을 거쳐 사기가 위조로부터 세분화되어 재산이전죄로 확정된 것은 1813년 바이에른 형법초안 제 256조로 진실성의 침해로 인한 가해의 일반적인 개념으로 국한하여 사용했다. 이러한 과정을 거쳐 사기가 위조로부터 세분화되어 재산이전죄로 확정된 것은 1810년 프랑스 형법의 영향이었다.

③ 공갈죄는 1532년의 carolina 형법전에 독립된 구성요건은 아니었으나 로마법상의 concussi를 채용하여 독립된 범죄로 보았다. 1794년 프로이센 형법 제 1254조, 제 1255조가 타인에게 재산상 손해를 가져온 계약을

44) 진제호 364쪽

45) 김봉태의 5인 공저, 형법각론, 사법행정학회, 1986, 332쪽

강요하는 자는 위협죄(concussion)에 의해 처벌한다는 규정을 두고 있다.

④ 배임죄는 근대이후에 인정된 범죄인데 로마법이나 카로리나 형법에서는 후견인과 같은 일정한 임무를 가진자만 처벌하고 오늘날과 같은 배임일반에 관한 규정은 없다.

⑤ 손괴죄는 1794년 프로이센 지방법령에서 사물의 손괴를 처벌함으로써 처벌되었다. 그 이전에는 사물(私物)의 손괴는 범죄가 되지 않고 공물의 손괴만 처벌이 되었다.

3. 근세이후 서양법제

1810년에 제정된 프랑스 형법전은 독일의 프로이센 일반법의 영향을 받았는데 제 405조에서 사기죄를 재산범죄로 독립시켰다. 이는 당시의 경제적 자유주의에 따른 유물론적 사고의 영향을 많이 받았는데 Merkel이 사기를 일반적인 위조의 개념에서 분리하여 재산범죄로 분류한 이후 1851년의 프로이센형법전 제 241조, 1871년의 독일 형법전 제 263조에서 오늘날과 같이 사기죄로 규정하였다. 미국에서는 1757년의 제정법에 의해 시민간의 사기가 처벌의 대상이 되었다가 1916년 절도법률에 전승되었다.

사기죄가 독립범죄로 된 것은 19c에 와서인데 이렇게 된 것은 경제적 자유주의나 유물론적 사고의 영향이 컸다고 할 것이다. 사기죄의 분명한 구성에 가장 큰 역할을 한이가 mercel이다. 그는 사기죄를 일반적인 위조의 개념에서 분리하여 분명한 재산범죄로 파악하였다. 동양에서는 唐律에 이미 위증과 함께 사기취재의 규정이 있다.⁴⁶⁾

③ 공갈죄는 독일에서는 1851년 프로이센 형법 제234조에서 공갈을 이득목적의 협박으로 보아 공갈이 재산범죄인지 자유를 침해하는 범죄인지 불명했는데 1943년 5,29일의 형법 조정 규칙의 개정에서 공갈이 재산범죄로 확정되었는데 그후 1953년 수정법률이 공갈죄의 이 규정을 유지했고 1975년의 개정 형법에서도 이대로 인정하고 있다.

④ 횡령죄는 최근 경제발전(자본주의 성숙으로 인해)야기된 범죄유

46) 서일교, 조선왕조 형사제도사연구, 228쪽

형인데 독일에서는 점유이탈물 횡령을 배임죄는 1810년 나폴레옹 형법 제408조이하에 사용남용죄를 입법화하여 사임위반도 범죄가 됨을 규정하였다.⁴⁷⁾ 그러나 이것은 위탁물 횡령죄와 유사한 개념으로 사용된데 불과했다. 오늘날과 같은 배임죄는 1851년 프로이센 형법 제246조가 최초인데 이것이 독일형법 제266조에 계수된 것을 우리 구형법에 이어 현행형법이 배임죄로 규정하였다.

⑤ 장물죄는 19세기에 와서 범인은닉죄와 더불어서 사후중범적인 범죄에서 분범과 독립된 범죄로 분리되었다. 지금도 영미법이나 독일에서는 범인은닉이나 장물죄는 같은 범주로 보고 있으나⁴⁸⁾ 우리형법은 장물죄는 재산범죄의 일종으로 함으로써 구분하고 있다. 1861년 영국에서 malicious damage act가 제정되었다. 현재 독일에서는 고의에 의한 타인의 物(부동산 포함)에 대하여 손괴를 인정하고 있다. 우리형법은 일본형법가안의 영향을 받아 재물 문서손괴죄를 기본범죄로 하고 공익건조물파괴를 특수유형으로 사설하여 보통손괴죄보다 가중하고 있다.

V. 결론

범죄는 반질서적 행위로서 인간의 본성을 악한 것으로 보는 한 조직사회 이전의 자연상태에서도 엄밀한 의미에서의 범죄는 행해졌다고 볼 것이다. 생활관계에서 발생하는 범죄를 크게 민사적인 것과 형사적인 것으로 나눈다면 발생 빈도면에서는 민사적인 것이 훨씬 많고 피해정도에서는 형사적인 것이 심각하겠지만 형사에서는 모든 질서위반 반사회적 행위를 범죄로서 처벌하지 않고 처벌할 실익이 있는 질적으로 일정한 단계에 도달해야 처벌한다. 즉 범죄성립의 요건을 갖출 뿐 아니라 가벌성이 있어야 한다. 그러나 민사적인 사건은 순전히 개인적인 것으로 피해자가 고소 고발을 하는 한 아무리 사소한 것이라도 재

47) 유기천, 각론(상), 321쪽

48) 유기천 각론(상), 343쪽

판의 전제로서 사건이 될 수 있는 것이다.

형사범죄를 여러측면에서 나누고 있으나 대개 침해법익을 기준으로 국가, 사회, 개인 법익에 관한 범죄로 나눌 때 양적으로나 질적으로 개인법익에 대한 죄가 제일문제가 되는데 이는 다시 사람(人身)을 대상으로 하는 범죄와 재물을 대상으로 하는 범죄로 나눌수 있는데 객관적인 중요성이야 사람의 생명이나 신체, 명예 등을 직접대상으로 하는 인신에 관한 것이 더 중요하겠으나 현실적 실제적으로는 재산에 관한 범죄가 주로 문제가 된다.

재산범죄는 사람이 사회적 동물일 뿐 아니라 생명체로서 의식주 문제를 해결하는 것이 선결문제이므로 인간의 최초의 범죄도 재물에 대한 것이었다. 즉 에덴동산에 살던 최초의 인간 아담과 이브가 범한 죄는 명령불복종일수 있으나. 결국 동산의 주인이신 하나님의 선악과 열매를 비록 뱀의 교사에 의한 것이긴 하나 절취한 것이다. 하나님의 소유를 그의 분명한 의사에 반하여 절취한 것이다. 이로서 경제적, 환경적인 면에서 완벽했던 에덴동산은 폐쇄되고 아담과 이브는 험한 세상으로 추방되었는데 추방된 그 땅에서 오늘날과 같이 수고하여 의식주를 해결해야 했던 삶의 현장에서 처음으로 범한 죄는 그의 큰아들에 의해 이루어진 살인죄였다. 이처럼 인류최초의 범죄는 결국 재물의 취득이 그 대상이 된 것인데 이후 인간세계의 범죄들은 재물 관련 범죄가 대종을 이루게 된 것이다.

이 논문이 의도한 본래의 내용은 재산범죄의 각 태양들의 개별적인 기원을 연구하는 것이었는데 이에 관한 자료를 수집하는 것이 쉽지 않아서 이러한 작업은 뒷날로 미루기로 하고 재산범죄의 일반에 관한 총론적인 연혁을 그것도 고대이전의 함무라비 법전이나 성경 등을 중심으로 고찰하였는데, 이것들은 인류 최초의 법들로 볼 수 있기 때문에 특별한 의미가 있다고 보았기 때문이다. 고대이후의 재산범죄에 대해서는 로마법이나 게르만법 나아가서 동양에 있어 중국법이나 우리의 고대법에서 규정되어 있는 재산성 범죄에 대한 체계적인 연구는 다음기회로 미룰 수밖에 없어 이 논문에서는 이들에 대해서는 개략적

24 比較法學 (第 11 輯)

인 기술만 하였다.

사안의 중요성에도 불구하고 재산범죄를 연혁적으로 관찰하는 논문이 거의 없는 것은 의아스러운 일인데 앞으로 이 분야에 관한 연구가 좀더 활발해야 할 필요성이 크다고 할 것이다.