

# 대 법 원

## 제 1 부

## 판 결

사 건	2009도9667 특수절도미수
피 고 인	피고인 1 외 1인
상 고 인	검사
원 심 판 결	춘천지방법원 강릉지원 2009. 8. 28. 선고 2009노176 판결
판 결 선 고	2009. 12. 24.

## 주 문

상고를 기각한다.

## 이 유

상고이유를 본다.

형법 제331조 제2항의 특수절도에 있어서 주거침입은 그 구성요건이 아니므로, 절도범인이 그 범행수단으로 주거침입을 한 경우에 그 주거침입행위는 절도죄에 흡수되지 아니하고 별개로 주거침입죄를 구성하여 절도죄와는 실체적 경합의 관계에 있게 되고(대법원 2008. 11. 27. 선고 2008도7820 판결 참조), 2인 이상이 합동하여 야간이 아닌 주간에 절도의 목적으로 타인의 주거에 침입하였다 하여도 아직 절취할 물건의 물색행위를 시작하기 전이라면 특수절도죄의 실행에는 착수한 것으로 볼 수 없는 것이어서

그 미수죄가 성립하지 않는다(대법원 1992. 9. 8. 선고 92도1650, 92감도80 판결 참조).

위 법리에 비추어 보면, 원심이 주간에 피해자의 아파트 출입문 시정장치를 손괴하다가 마침 귀가하던 피해자에게 발각되어 도주한 피고인들에 대하여 형법 제331조 제2항에 정한 특수절도죄의 실행의 착수가 없었다는 이유로 무죄를 선고한 조치는 옳고, 주장과 같은 법리오해의 위법이 없다.

그러므로 상고를 기각하기로 관여 대법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

재판장          대법관          김능환          \_\_\_\_\_

주    심          대법관          김영란          \_\_\_\_\_

                  대법관          이홍훈          \_\_\_\_\_

                  대법관          민일영          \_\_\_\_\_