

주요 형사특별법의 법체계의 정비와 통합 방안에 관한 연구

: 경제범죄 관련 형사특별법의 처벌규정들의 형법예의 편입가능성을 중심으로

Study on the Reform of Special Criminal Acts

: Possibility to the Integration of the Criminal Provisions in Special Criminal Acts relating to the Economic Crimes into the Criminal Code

김유근

발간사

우리나라의 형사법체계는 형법전 외에도 많은 형사특별법이 존재하고 이제는 이들 형사특별법 없이는 법적용이 가능하지 않을 정도에 이르렀습니다. 그런 만큼 형사특별법은 형법전 이상으로 우리 생활에 밀접한 것이 되었습니다.

형사특별법은 본래 규율대상의 전문성으로 인하여 형법전에 규정하기에는 적절하지 않거나 혹은 법체계상 개관가능한 일관된 법체계를 만들기 위하여 각 전문분야를 별도로 규정할 필요가 있는 경우에 제정되어 왔으며 이것은 우리나라 법률체계의 발전에 많은 기여를 한 것은 부인할 수 없습니다.

그러나 다른 한편으로 특별법의 범람에 대해서도 경종을 울릴 때가 된 것은 아닌가라는 생각이 듭니다. 지금의 특별법 제정의 현실은 규율대상의 전문성보다는 오히려 당벌성에 경도되어 가중처벌을 위하여 제정되는 경우가 흔치 않게 관찰되고 있으며 지나치게 많은 특별법과 유사·중복규정으로 인하여 오히려 법체계의 개관가능성을 저해하여 심지어는 전문적인 법적용자조차도 착오에 빠질 정도에 이르기도 합니다. 그래서 형사특별법의 일반법화라든지 형법전의 공동화 또는 형해화라는 비판은 전혀 근거가 없는 것은 아니라고 생각합니다.

특히 현행 형사특별법체계가 그 수범자인 일반국민에게 안정적인 법적용에 대한 충분한 예측가능성과 신뢰를 줄 수 있는가라는 의문이 제기되기도 합니다. 왜냐하면 법률은 법적용자를 위한 것이 아니라 일반국민들에게 행동의 지침을 제시하는 것이기도 하기 때문입니다. 여기에서 특별법의 홍수 속에서 형법전은 어떤 의미를 가져야 하는가라는 근본적인 문제가 제기되며, 바로 여기에 형사특별법에 대한 지속적인 연구가 필요한 이유가 있습니다.

이러한 의미에서 이번에 형사특별법, 특히 경제범죄 관련 형사특별법의 정비방안에 관한 연구를 수행하게 된 것은 매우 의미있는 것이라고 생각합니다. 한국형사정책연구원은 연구원 설립 초기부터 형사특별법의 정비방안에 대한 심도있는 연구를 수행해 왔으며 다방면에서 정책수행에 기여해 왔습니다. 이러한 의미에서 본 연구는 이러한 일련의 연구원의 노력의 결실이라고 볼 수 있습니다.

과중한 업무에도 불구하고 짧은 시간 안에 중요한 연구를 수행해 주신 김
유근 박사의 노고를 치하하는 바입니다.

2017년 12월

한국형사정책연구원

원장 **김진환**

목 차

국문요약 1

서 론 3

제1절 경제범죄의 개념 5

1. 범죄학적인 관점 5

2. 법학적인 관점 6

제2절 연구의 범위 9

| 제1장 | 경제범죄 관련 형사특별법의 문제점과 정비를 위한 기준 11

제1절 경제범죄 관련 형사특별법의 문제점 13

제2절 경제범죄 관련 형사특별법의 정비를 위한 기준 15

1. 고려사항 15

2. 형사특별법의 정비를 위한 기준 18

가. 체계정합성과 유사·중복규정의 정비 18

나. 법정형의 균형 26

다. 불필요한 경합관계의 제거 26

라. 독립구성요건의 기본법으로의 편입과 행정법종속적인 가중처벌규정들의 정비 32

| 제2장 | 일괄적인 정비가 가능한 영역 33

제1절 범죄수익 또는 피해의 가액에 따른 법정형의 구분의 문제점 35

1. 가액에 따른 법정형의 구분의 적절성 37

2. 입법방식	41
가. 주요 외국의 입법례에서 취하고 있는 규정방식	42
1) 오스트리아	43
2) 중국	44
3) 캐나다	48
4) 미국	49
5) 영국	51
6) 독일	51
나. 검토	52
3. 부록: 이득액에 따른 법정형의 구분	53
제2절 형사특별법에 정한 몰수·추징의 법적 성격과 정비방안	62
1. 법적 성격: 이익박탈적 몰수·추징과 징벌적 몰수·추징	62
2. 문제점	65
3. 정비방안	71
제3절 부정한 금품 등 수수 및 제공	72
1. 각 법률에 산재한 부정한 금품 등의 수수 및 제공에 대한 처벌규정	72
2. 법정형의 불균형	73
가. 금품등수수와 제공의 법정형의 균형	73
나. 다른 법률에서의 법정형의 균형	76
다. 가액에 따라 법정형을 구분하고 있는 경우에서의 금품등수수 죄와 제공죄의 법정형의 불균형	77
3. 주요 외국의 입법례	79
4. 정비방안	84
5. 부록 : 부정한 금품 등 수수 및 제공에서의 수수와 제공의 관계	87
 제3장 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」	99
제1절 특정재산범죄(제3조)	101
제2절 금융회사 등의 임직원과 관련한 죄	106
1. 금융회사 등의 임직원의 범죄구성요건의 규정체계	106

- 2. 적용범위 109
- 3. 금융회사 등의 임직원의 수증재(제5조 및 제6조) 111
- 4. 사금융알선 등의 죄(제8조) 116
- 5. 저축관련 부당행위의 죄(제9조) 120
- 6. 무인가 단기금융업의 가중처벌 (제11조) 121
- 7. 금융회사 등의 임직원의 보고의무(제12조) 122
- 8. 정비방안 123

| 제4장 | 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 125

제1절 뇌물죄의 가중처벌(제2조) 127

제2절 알선수재죄(제3조) 129

- 1. 법체계상의 문제 131
 - 가. 「변호사법」 제111조와의 경합문제 131
 - 1) 「변호사법」 제111조 제1항과 특가법상 알선수재의 유사성 132
 - 2) 적용범위의 차이 134
 - 3) 소결 135
 - 4) 제삼자알선증재죄의 신설 136
 - 나. 형법전의 뇌물죄 체계와의 관계 136
 - 1) 알선수재죄의 법전편제상의 위치 136
 - 2) 형법상 알선수뢰와의 관계 138
- 2. 알선증재죄의 신설의 필요성 142
- 3. 개정방안 143
- 4. 정비방안 144

제3절 재산국외도피죄(제4조) 145

- 1. 「국내재산 도피방지법」과의 관계 145
- 2. 다른 범죄구성요건과의 경합관계에서 발생하는 문제점 148
 - 가. 이중 처벌의 문제 - 법령을 위반한 선행행위와 특경법상
재산국외도피죄 간에 상상적·실체적 경합이 항상 성립하는 문제 148
 - 나. 다른 범죄구성요건과의 관계 149

3. 법정형의 불균형	152
4. 정비방안	156
가. 특정법상 재산국외도피죄를 「외국환거래법」·「범죄수익은닉 규제법」·「조세범 처벌법」 등으로 옮기는 방안	156
나. 형법전으로의 편입	157
제4절 국고 등 손실(제5조)	159
제5절 관련 개별 법률에의 편입이 가능한 규정들	161
1. 「관세법」 위반행위의 가중처벌(제6조)과 관계 공무원의 무기사용(제7조) ...	161
가. 「관세법」 위반행위의 가중처벌(제6조)	161
나. 관계 공무원의 무기사용(제7조)	165
다. 정비방안	166
2. 조세포탈의 가중처벌(제8조)	166
가. 「조세범 처벌법」 제3조 제1항	166
나. 「조세범 처벌법」 제4조 및 제5조	168
다. 「지방세기본법」 제102조 제1항	168
라. 정비방안	169
3. 세금계산서 교부의무 위반 등의 가중처벌(제8조의2)	169
제6절 외국인을 위한 탈법행위(제12조)	169

| 제5장 | 재정범죄 관련 형사특별법 - 공적 부조를 위한

각종 보조금 및 급여의 부정수급 179

1. 복잡한 경합관계	181
2. 복지급여 등의 부정수급과 형법상 사기죄	186
3. 정비방안	190
가. 형법상 사기죄나 횡령죄로의 일원화	190
나. 문제점	191
다. 「보조금 관리에 관한 법률」에 정한 부정수급 처벌규정의 유지	192
라. 정비방안	195
4. 부록: 보조금 사기 및 횡령	196

| 제6장 | 보험범죄 관련 형사특별법 - 「보험사기방지 특별법」 ... 199

- 1. 보험사기죄와 형법상 사기죄와의 관계 201
- 2. 문제점 203
- 3. 정비방안 209

| 제7장 | 금융범죄 관련 형사특별법 213

제1절 「국내재산 도피 방지법」 215

제2절 「부정수표단속법」 217

- 1. 각 조문의 문제점 218
 - 가. 부정수표발행인의 형사책임(제2조) 219
 - 1) 부정수표 발행·작성죄(제2조 제1항) 219
 - 2) 부도수표 발행·작성죄(제2항) 221
 - 3) 과실범의 처벌문제 227
 - 나. 위조·변조자의 형사책임(제5조) 230
 - 다. 법인·단체 등의 형사책임(제3조) 233
 - 라. 거짓 신고자의 형사책임(제4조) 233
 - 마. 「형사소송법」의 특례(제6조) 234
 - 바. 금융기관의 고발의무와 불고지죄(제7조) 235
- 2. 정비방안 235

제3절 「전기통신금융사기 피해 방지 및 피해금 환급에 관한 특별법」 237

- 1. 전기통신금융사기 목적 정보 등 입력죄 238
 - 가. 전기통신금융사기 목적 정보 등 입력죄의 구성요건의 문제점 239
 - 나. 다른 범죄구성요건들과의 규율의 중복성 246
 - 1) 보호법익 및 행위유형의 중첩적인 규율 246
 - 2) 경합관계의 복잡성과 적용의 혼란 250
 - 다. 소결 252
- 2. 제16조(벌칙) 252
- 3. 양벌규정의 문제 254
- 4. 정비방안 255

결론	257
참고문헌	259
Abstract	271

표 차례

〈표 1-1〉 중국 「형법전」의 각칙 편에서의 경제범죄의 구성체계 19

〈표 2-1〉 이득액 또는 포탈액 등에 따른 법정형의 차등 54

〈표 2-2〉 각 법률에서의 몰수·추징의 성격 68

〈표 2-3〉 형법상 수뢰죄와 증뢰죄의 법정형의 관계 75

〈표 2-4〉 가액에 따라 법정형을 구분한 경우에서의 수수와 제공의 법정형의 관계 ... 78

〈표 2-5〉 민간영역에서의 부정한 금품 등의 수수 및 제공의 규정체계 85

〈표 2-6〉 부정한 금품 등 수수 및 제공에서의 수수와 제공의 관계 88

〈표 3-1〉 특정재산범죄의 가중처벌의 정비방안 105

〈표 3-2〉 금융회사 등의 임직원의 수재 등의 죄 106

〈표 3-3〉 공무원에 대한 뇌물죄와 민간영역의 수증재죄의 비교 108

〈표 3-4〉 특경법 제2조 제1호 “금융회사등”의 수증재죄 109

〈표 3-5〉 금융회사 등의 임직원과 관련한 죄의 정비방안 123

〈표 4-1〉 특가법상 뇌물죄의 가중처벌 규정의 정비방안 128

〈표 4-2〉 형법상 알선수뢰와 특가법상 알선수재의 구성요건의 비교 139

〈표 4-3〉 특가법상 알선수재죄의 정비방안 144

〈표 4-4〉 특경법상 재산국외도피죄의 정비방안 159

〈표 4-5〉 특경법상 국고손실죄의 정비방안 161

〈표 4-6〉 관세법 위반행위의 가중처벌(제6조) 162

〈표 4-7〉 특가법 제6조의 정비방안 166

〈표 4-8〉 특가법 제6조의 정비방안 169

〈표 5-1〉 보조금사기와 보조금횡령의 경합관계 185

〈표 5-2〉 복지급여 등의 부정수급 처벌규정의 정비방안 195

〈표 5-3〉 보조금 사기 및 횡령 196

〈표 6-1〉 보험사기죄와 형법상 사기죄의 비교 202

〈표 6-2〉 보험사기죄 정비방안 211

〈표 7-1〉 「국내재산 도피 방지법」의 정비방안 217

〈표 7-2〉 「부정수표 단속법」 정비방안 237

〈표 7-3〉 통신사기피해환급법의 정비방안 255

그림 차례

[그림 4-1] 특경법상 재산국외도피죄와 조세포탈관련 범죄구성요건의 법정형의 비교 ...	154
[그림 4-2] 특경법상 재산국외도피죄와 다른 범죄구성요건들 간의 관계	156

국문요약

본보고서는 “주요 형사특별법의 법체계의 정비와 통합방안”의 일환으로서 특히 “경제범죄 관련 형사특별법의 처벌규정들의 형법への 편입가능성”을 가늠하고 통합 방안을 제시하는 것을 그 목적으로 한다.

현재까지 많은 문제제기가 있어 왔음에도 불구하고 여전히 개선되지 못하는 이른바 ‘특별법만능주의’ 또는 ‘특별법우선주의’에 대하여 문제를 제기하고 과연 특별법에 의하지 않으면 규율의 공백이나 법체계상의 개관가능성이 현저하게 저하되거나 통일적인 규율이 불가능한 것인지 그리고 그렇다면 형법전은 과연 ‘특별법의 홍수(*Flut der Sondergesetze*)’ 속에서 어떤 의미를 갖는 것인지에 대하여 경제범죄 관련 특별법들을 예로 들어 살펴보고, 정책입안자들이 생각하는 것처럼 특별법으로 도피하지 않더라도 형법전을 통한 규율이 가능하다는 점, 형법전에 의한다고 하더라도 통일적인 규율이 저해된다거나 법체계상 개관가능성이 훼손되지 않는다는 점 그리고 오히려 형법전을 통한 통일적인 규율이 법체계의 정합성을 제고할 수 있는 방안이라는 점을 보이고자 한다.

이러한 목적을 위하여 형사특별법의 문제점에 관하여 간략하게 살펴보고 형사특별법 중에서 일괄적으로 정비가 가능한 영역이 어디인지 그리고 형법전으로의 통합이나 정비가 가능한 개별 형사특별법이 무엇인지를 나누어 검토한다.

이때 (1) 일괄적으로 정비가 가능한 영역으로는 ① 범죄수익 또는 피해의 가액에 따른 법정형의 구분, ② 형사특별법에 정한 몰수·추징에 관한 규정들 그리고 ③ 각 법률에 산재하는 부정한 금품 등 수수 및 제공에 대한 처벌규정들의 문제들을 들 수 있다.

그리고 (2) 형법전으로의 통합 또는 개별적인 정비가 필요한 형사특별법으로는 그동안 많은 비판의 대상이 되어온 ① 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률과 ② 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률을 비롯하여 ③ 재정범죄에서는 공적 부조를 위한 각종 보조금 및 급여의 부정수급에 관련된 규정들, ④ 보험범죄에서는 보험사기방지

2 주요 형사특별법의 법체계의 정비와 통합 방안에 관한 연구

특별법, ⑤금융범죄에서는 ㉔ 국내재산 도피 방지법, ⑥ 부정수표단속법 그리고 ㉕ 전기통신금융사기 피해 방지 및 피해금 환급에 관한 법률을 들 수 있다.

본 보고서에서 검토된 개별 형사특별법들은 현행 형사특별법을 정비하는 경우뿐만 아니라 장래 형사특별법을 제정하는 경우에도 고려되어야 하는 관점들이 어떤 것들인지를 개별적인 예시를 통하여 보여주기 위한 것일 뿐이지 현재 정비가능하고 필요한 형사특별법을 빠짐없이 열거한 것은 아니며 본 보고서의 지면 관계상 그것은 가능하지도 않다. 물론 각 영역의 형사특별법 내지 특별형법(각종 민사·행정법에 규정된 형벌규정들)을 범주화하여 열거한 다음 그 해석론과 함께 간략한 정비방안을 제시하고 있는 경우는 많으나 여기에서는 개별문제를 보다 심도있게 분석함으로써 정비할 때 고려되어야 할 관점들이 얼마나 많은지를 보이고자 한다. 이와 함께 본 보고서에서는 개별적인 형사특별법의 보호법익, 행위유형, 법체계상의 정합성 그리고 다른 법률과의 법정형과의 관계 등을 종합적으로 검토하여 단 하나의 형사특별법이라도 제대로 정비할 수 있는 방안이 무엇인가를 개별적으로 검토하였다.

서론

본보고서는 “주요 형사특별법의 법체계의 정비와 통합방안”의 일환으로서 특히 “경제범죄 관련 형사특별법의 처벌규정들의 형법에의 편입가능성”을 가늠하고 통합 방안을 제시하는 것을 그 목적으로 한다.

물론 여기에서 경제범죄의 개념은 일의적으로 확정된 개념은 아닐 뿐만 아니라 우리나라 형사법에서 ‘형사특별법’ 혹은 ‘특별형법’이란 무엇인가라는 문제와 관련해서도 종국적인 기준이 존재하는 것도 아니다.

그러나 본 보고서에서는 경제범죄의 개념을 정의하거나 혹은 형사특별법 또는 특별형법의 입법형식의 기준을 제시하는 것을 목적으로 하는 것은 아니며, 현재까지 많은 문제제기가 있어 왔음에도 불구하고 여전히 개선되지 못하는 이른바 ‘특별법만능주의’ 또는 ‘특별법우선주의’에 대하여 문제를 제기하고 과연 특별법에 의하지 않으면 규율의 공백이나 법체계상의 개관가능성이 현저하게 저하되거나 통일적인 규율이 불가능한 것인지 그리고 그렇다면 형법전은 과연 ‘특별법의 홍수(*Flut der Sondergesetze*)’ 속에서 어떤 의미를 갖는 것인지에 대하여 경제범죄 관련 특별법들을 예로 들어 살펴보고, 정책입안자들이 생각하는 것처럼 특별법으로 도피하지 않으면 형법전을 통한 규율이 불가능하지 않다는 점, 형법전에 의한다고 하더라도 통일적인 규율이 저해된다거나 법체계상 개관가능성이 훼손되지 않는다는 점 그리고 오히려 형법전을 통한 통일적인 규율이 법체계의 정합성을 제고할 수 있는 방안이라는 점을 보이고자 한다.

이러한 목적을 위하여 형사특별법의 문제점에 관하여 간략하게 살펴보고 형사특별법 중에서 일괄적으로 정비가 가능한 영역이 어디인지 그리고 형법전으로의 통합이나 정비가 가능한 개별 형사특별법이 무엇인지를 나누어 검토한다.

이때 (1) 일괄적으로 정비가 가능한 영역으로는 ① 범죄수익 또는 피해의 가액에 따른 법정형의 구분, ② 형사특별법에 정한 몰수·추징에 관한 규정들 그리고 ③ 각 법률에 산재하는 부정한 금품 등 수수 및 제공에 대한 처벌규정들의 문제들을 들

수 있다.

그리고 (2) 형법전으로의 통합 또는 개별적인 정비가 필요한 형사특별법으로는 그동안 많은 비판의 대상이 되어온 ① 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률과 ② 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률을 비롯하여 ③ 재정범죄에서는 공적 부조를 위한 각종 보조금 및 급여의 부정수급에 관련된 규정들, ④ 보험범죄에서는 보험사기방지 특별법, ⑤ 금융범죄에서는 ㉠ 국내재산 도피 방지법, ㉡ 부정수표단속법 그리고 ㉢ 전기통신금융사기 피해 방지 및 피해금 환급에 관한 법률을 들 수 있다.

본 보고서에서 검토된 개별 형사특별법들은 현행 형사특별법을 정비하는 경우뿐만 아니라 장래 형사특별법을 제정하는 경우에도 고려되어야 하는 관점들이 어떤 것들인지를 개별적인 예시를 통하여 보여주기 위한 것일 뿐이지 현재 정비가가능하고 필요한 형사특별법을 빠짐없이 열거한 것은 아니며 본 보고서의 지면 관계상 그것은 가능하지도 않다. 물론 각 영역의 형사특별법 내지 특별형법(각종 민사·행정법에 규정된 형벌규정들)을 범주화하여 열거한 다음 그 해석론과 함께 간략한 정비방안을 제시하고 있는 경우는 많으나 여기에서는 개별문제를 보다 심도있게 분석함으로써 정비할 때 고려되어야 할 관점들이 얼마나 많은지를 보이고자 한다. 이와 함께 본 보고서에서는 개별적인 형사특별법의 보호법익, 행위유형, 법체계상의 정합성 그리고 다른 법률과의 법정형과의 관계 등을 종합적으로 검토하여 단 하나의 형사특별법이라도 제대로 정비할 수 있는 방안이 무엇인가를 개별적으로 검토하였다.

제1절 경제범죄의 개념

경제범죄의 개념과 범위를 정확히 확정하는 것은 그리 쉽지 않다.

1. 범죄학적인 관점

(1) 범죄학적인 관점에서는 경제범죄를 ① 보호대상에 초점을 맞추어 일반적으로 국민경제에 광범위한 “영향(*Außenwirkungen*)”을 미치거나 경제생활에 불가결한 일반인의 “신뢰(*Vertrauen*)”¹⁾를 침해하는 범죄로 규정하거나 ② 행위자중심적인 관점에서 이른바 “화이트칼라범죄(*White-collar-crime*)”²⁾나 기업범죄(*corporate crime*)로 파악하거나 또는 ③ 직업관련적 관점(“*occupational crime*”)에 초점을 맞추어 정의하기도 한다.³⁾

그러나 범죄학적 관점에서의 경제범죄의 개념은 경제범죄의 사회현상을 파악하는데에는 적합하지만(경제범죄의 현상학적 관점) 형사법해석 및 법률분류에 그대로 사용하기에는 적합하지 않다.

물론 범죄학적 관점에서의 경제범죄의 개념이 현행법을 설명할 수 없는 것은 아니다. 즉 경제범죄가 일반 재산범죄보다 경제에 대한 파급효과가 중대하다는 것은 특정 경제범죄의 가중처벌 등에 관한 법률 등 여러 법률에서 범죄수의 또는 피해의 가액에 따라 법정형을 구분하여 가중처벌하고 있는 것을 보더라도 쉽게 알 수 있다. 또한 예컨대 소비자보호법제에서는 불량제품으로부터의 국민안전뿐만 아니라 제품에 대한 신뢰가 그리고 금융 및 증권범죄에서는 금융 및 증권거래의 안정성뿐만 아니라 이에 대한 일반국민의 신뢰가 중요한 보호법익이 된다. 그리고 행위자관련적 관점은 예컨대 회사법 등 여러 법률에서 범죄유형을 신분범(*Sonderdelikte*)으로 규정하고 있으며, 현행법상 경제범죄의 영역에는 많은 부분이 기업범죄로 이루어져 있다는 점을 잘 설명해

1) 이에 대하여 비판적인 견해로는 Eisenberg, Ulrich, *Kriminologie*, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2005, §47 Rn. 5.

2) Sutherland, Edwin H., White-Collar Criminality, in: *American Sociological Review*, Vol. 5, No. 1(Feb., 1940), pp. 1(Hefendehl, Roland, Außerstrafrechtliche und strafrechtliche Instrumentarien zur Eindämmung der Wirtschaftskriminalität, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 119(2008), S. 818 Fn. 10에서 재인용).

3) 이에 관한 상세한 것은 Graf/Jäger/Wüttig/Wüttig Rn. 2 zu Einführung; Tiedemann *Wirtschaftsstrafrecht AT* Rn. 43; Kudlich/Oglakcioglu *Wirtschaftsstrafrecht* Rn. 4 f., 14.

준다.

그러나 예컨대 개인적 범익침해범죄인 재산범죄로 규정되어 있는 각종 사기, 횡령 및 배임죄는 경제에 대한 직접적인 파급효과가 크지 않음에도 불구하고 이미 경제범죄로 다루어지고 있다.⁴⁾ 또한 경제생활에 대한 일반국민의 신뢰에만 초점을 맞추게 되면 국가의 조세·재정과 관련한 국가기능을 침해하는 범죄는 경제범죄의 범주에서 제외될 수도 있다. 그리고 예컨대 행위자관련적 관점의 경우 행위자프로필에 따라 행위자에 대한 법적 정의규정을 정하는 것은 쉽지 않을 뿐만 아니라 형법상 신분범(*Sonderdelikte*)만이 경제범죄로 규정될 수밖에 없는 문제가 생긴다.⁵⁾ 즉 예컨대 기업이 공무원에게 뇌물을 제공한 경우에는 경제범죄가 되지만 공무원이 해당 뇌물을 수수한 경우 수뢰죄는 경제범죄에서 제외되어 대항범관계에 있는 부정한 금품 등의 제공 및 수수의 성격이 행위주체에 따라 달리 정해지게 되는 문제가 발생한다. 이것은 특히 국제상거래에서의 외국 공무원에 대한 뇌물제공에서 문제된다. 즉 예컨대 우리나라 기업인이 외국 공무원에게 뇌물을 제공한 경우 제공자의 입장에서 경제범죄가 되지만 외국에서는 부패범죄가 되는데 경제범죄의 여부가 행위자의 국적에 따라 결정되는 문제가 발생한다.

2. 법학적인 관점

그렇다고 하여 법학적인 관점에서 경제범죄의 개념이 일의적으로 정의되어 있는 것도 아니다.

물론 경제범죄를 개인적 범익을 보호하는 전통적인 재산범죄(재산 또는 재산권의 침해)와 구별하여 초개인적 범익을 보호하는 범죄구성요건으로 이해하는 것이 일반적인 경향이기는 하다.⁶⁾ 경제범죄는 예컨대 건전한 경제질서 및 이에 대한 일반국민의 신뢰 그리고 경제에 대한 국가의 통제기능(*Funktionsstichtigkeit des Staates zur Wirtschaftslenkung*)⁷⁾이라는 초개인적 범익을 침해하는 범죄로 파악되기도 한다.⁸⁾

4) 이에 관한 상세한 것은 *Ronnau, Thomas*, Untreue als Wirtschaftsdelikt, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 119(2008), S. 890 ff.

5) *Tiedemann Wirtschaftsstrafrecht AT* Rn. 44.

6) 박상기·손동권·이순래, 『형사정책』, 한국형사정책연구원, 2015, 240면.

7) *Achenback, Hans*, Das Strafrecht als Mittel der Wirtschaftslenkung, in: *Zeitschrift für die gesamte*

그러나 이러한 이해가 정확한 것인가에 대해서는 의문이 제기된다. 왜냐하면 초개인적 범익을 보호하는 경제범죄라도 개인적 범익과도 관련되며,⁹⁾ 개인적 범익을 보호하는 전통적인 재산범죄라도 경제형법적인 관점에서 해석되는 경우가 적지 않기 때문이다.^{10)·11)} 예컨대 산업스파이(영업비밀 등의 절도), 비현금 지급결제수단(신용카드, 현금카드 등)의 위조 또는 사기 및 부정사용, 형법상 컴퓨터등사용사기죄를 포함한 각종 컴퓨터범죄(해킹(손괴), 각종 금융사기(파밍(사기), 보이스피싱(전기통신금융사기), 보험사기(보험회사의 재산권 침해) 등), 기업인의 횡령·배임, 지적 재산권 침해범죄 등은 궁극적으로는 개인적 범익을 침해하는 재산범죄에 해당하지만 이 범죄들을 경제범죄에서 전적으로 배제하고 설명하기는 쉽지 않으며, 반대로 사회적 범익이라고 하더라도 전통적인 재산범죄의 구성요건을 통하여 보호되는 경우가 많기 때문이다(각종 복지급여 및 보조금사기 등).

또한 “거래의 공정성 확보” 및 “경제질서의 유지” 그리고 이에 대한 “일반국민의 신뢰”라는 매우 추상적인 초개인적 범익에 대한 침해 또는 심지어는 침해의 위험이 있다고 하여 곧바로 형법이 관여할 수 있는가에 대해서도 형법의 최후수단성이라는 관점에서 문제가 제기되기도 한다. 즉 초개인적 범익을 보호하기 위한 범죄는 추상적 위험범으로 규정되는 경우가 많은데 여기에 더하여 초개인적 범익에 대한 침해의 위험을 발생시키는 행위까지도 처벌하는 경우 가벌성이 지나치게 확대될 위험이 있기 때문이다. 이러한 의미에서 초개인적 범익에 대한 침해만으로는 충분하지 않고 “거래관계자의 재산적 이익”이라는 개인적 범익에 가까운 이익이 침해될 위험이 있을 때 비로소 형법이 관여할 수 있다는 견해도 이해할 수 없는 것은 아니다.¹²⁾

Strafrechtswissenschaft, Vol. 119(2008), S. 790 ff. 형법을 통한 경제질서의 조정이라는 관념에 대하여 비판적인 견해로는 *Hefendehl, Roland*, *Außerstrafrechtliche und strafrechtliche Instrumentarien zur Eindämmung der Wirtschaftskriminalität*, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft(ZStW)*, Vol. 119(2008), S. 828 ff. 또한 형법을 통한 국가기능의 보호 등에 대하여 비판적인 견해로는 대표적으로 *Hassmer, Winfried*, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, in: *Neue Zeitschrift für Strafrecht(NStZ)*, 1998, S. 557.

8) *Graf/Jäger/Wittig/Wittig* Rn. 3 zu Einführung; *Tiedemann Wirtschaftsstrafrecht AT* Rn. 45.

9) *Eisenberg, Ulrich*, *Kriminologie*, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2005, §47 Rn. 1.

10) 京藤哲久, 「刑法から経済刑法へ」, 『明治学院大学法科大学院ローレビュー』, 第19号(2013), 14頁以下.

11) 사기범죄도 경제범죄라는 견해로는 *Achenback, Hans/Ransieck, Andreas/Rönnau, Thomas*, *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 4. Auflage, C.F. Müller, 2015, Teil 5 Kapitel 1 Betrug Rn. 1 ff.

따라서 본 보고서에서는 경제범죄의 개념을 일의적으로 정의하기 보다는 “거래의 공정의 확보” 및 “경제질서의 유지” 그리고 이에 대한 “일반국민의 신뢰”를 보호하는 범죄유형을 원칙적으로 경제범죄로 보고 개인적 법익을 보호하는 전통적인 범죄유형(사기, 횡령·배임, 위조, 손괴 등)이라고 하더라도 경제질서 및 경제제도의 보호에 초점이 맞추어져 있는 것이라면 넓은 의미에서의 경제범죄로 다루고자 한다.¹³⁾

이와 관련하여 「대검찰청 사무분장 규정」 별표 1 “형사부 형사1과 분장사건”은 “1. 경제사건”¹⁴⁾을 규정하고 있으나 동 규정이 경제범죄의 개념을 정의한 것이라고 보기보다는 대검찰청의 “사무분장”의 목적을 위하여 편의상 구분한 것에 불과하다. 그리고 부패범죄의 경우도 그 범죄의 특수성으로 인하여 대검찰청 반부패부에 전담시키는 것일 뿐이다. 또한 반부패부의 전담사건에 “금융·증권·조세·공정거래·첨단범죄사건”이 포함되어 있는기는 하지만(동 규칙 제15조 제6호) 이들 범죄들이 경제범죄가 아니라는 것을 의미하지도 않는다.

12) 芝原邦爾, 「經濟刑法の保護法益」, 法学協會雜誌, 115卷4号(1988), 430頁以下(芝原邦爾·西田典之·佐伯仁志·橋爪隆, 『ケースブック經濟刑法』, 第3版, 有斐閣, 2016, 4頁以下에서 재인용).

13) 같은 견해로는 한상훈, “경제범죄의 개념과 형사법적 대책”, 『형사정책』, 제19권 제2호(2007), 211면 이하.

14) 형사부 형사1과 분장사건 중 경제사건으로 열거되어 있는 것으로는 “통화에 관한 죄(형법 제18장), 유가증권, 우표와 인지에 관한 죄(형법 제19장), 건설기계관리법위반, 건설산업기본법위반, 건축법위반, 계량에관한법률위반, 고압가스안전관리법위반, 관세법위반, 공인중개사법위반, 국내재산도파방지법위반, 국유재산법위반, 국토의계획및이용에관한법률위반, 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반, 농수산물유통및가격안정에관한법률위반, 농업협동조합법위반, 담배사업법위반, 대외무역법위반, 독점규제및공정거래에관한법률위반, 디자인보호법위반, 무역보험법위반, 물가안정에관한법률위반, 보험업법위반, 부동산등기특별조치법위반, 부정수표단속법위반, 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률위반, 비료관리법위반, 사료관리법위반, 산업표준화법위반, 상법위반, 상표법위반, 상호저축은행법위반, 새마을금고법위반, 석유및석유대체연료사업법위반, 소금산업진흥법위반, 소비자기본법위반, 수산업법위반, 수산업협동조합법위반, 신용협동조합법위반, 실용신안법위반, 양곡관리법위반, 에너지이용합리화법위반, 여신전문금융업법위반, 영화및비디오물의진흥에관한법률위반, 외국인투자촉진법위반, 외국환거래법위반, 은행법위반, 음악산업진흥에관한법률위반, 인삼산업법위반, 자본시장과금융투자업에관한법률위반, 저작권법위반, 전기사업법위반, 전기용품안전관리법위반, 조세범처벌법위반, 주식회사의외부감사에관한법률위반, 주택법위반, 중소기업협동조합법위반, 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반, 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(제6조, 제8조, 제9조, 제10조, 제12조), 특허법위반, 품질경영및공산품안전관리법위반, 하도급거래공정화에관한법률위반, 각종 특수은행법위반” 등이 있다.

제2절 연구의 범위

본 보고서는 경제관련 행정법규에 규정된 전체 형벌규정을 개관하는 것을 그 목적으로 하는 것이 아니며 (본 보고서의 제목이 말해주듯이) 경제범죄를 규정한 “형사특별법”의 정비방안을 마련하려는 것이다. 따라서 본 보고서의 연구범위도 독립된 형사특별법으로 규정된 형벌규정들을 형법전에 편입하거나 또는 정비할 수 있는가라는 관점에서 결정된다.

형사특별법을 형벌과 형사절차가 주된 내용으로 규정된 법률이라고 보고 각 경제영역에서 대표적인 형사특별법을 선별하여 검토해 나가고자 한다.

가장 대표적인 경제범죄 관련 형사특별법이라고 한다면 (1) 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」(제3장)을 들 수 있다. 그 밖에 (2) 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 중에서 특히 경제범죄에 해당될 수 있는 “뇌물죄의 가중처벌”(제2조), “알선수재”(제3조), “재산국외도피죄”(제4조), “국고 등 손실”(제5조), 관세 및 국세·지방세의 포탈(제6조부터 제8조 및 제8조의2) 그리고 외국인을 위한 탈법행위(제12조) 등을 검토할 것이다(제4장). 이어 (3) 재정범죄와 관련해서는 공적 부조를 위한 각종 보조금 및 급여의 부정수급행위의 문제를 검토하고(제5장), (4) 보험범죄와 관련해서는 「보험사기 방지법」을 다룰 것이다(제6장). 그리고 마지막으로 (5) 금융범죄로는 「국내재산 도피 방지법」, 「부정수표단속법」 그리고 「전기통신금융사기 피해 방지 및 피해금 환급에 관한 법률」을 다룬다(제7장).

(6) 그리고 이들 개별 형사특별법들을 상세하게 다루기 전에 일괄적인 정비가 가능한 영역으로서 ① 범죄수익 또는 피해의 가액에 따른 법정형의 구분의 문제를 알아보고, ② 형사특별법의 몰수·추징규정과 ③ 각 법률에 정한 부정한 금품 등 수수 및 제공죄의 정비방안에 대하여 검토한다(제2장).

이들 문제를 검토하기 전에 우선 경제범죄 관련 형사특별법의 문제점에서 도출할 수 있는 정비방안의 기준에 관하여 살펴보고자 한다(제1장).

경제범죄 관련 형사특별법의 문제점과 정비를 위한 기준

경제범죄 관련 형사특별법의 문제점과 정비를 위한 기준

제1절 경제범죄 관련 형사특별법의 문제점

경제범죄 관련 형사특별법에 대해서는 지금까지 많은 비판들¹⁵⁾이 제기되어 왔는데 대표적인 것으로는 다음을 들 수 있다. (1) 첫째 형사특별법은 법제정목적상 형법전의 규율공백의 보충보다는(규율대상의 전문성으로 인한 형사특별법의 불가피성) 오히려 사회적 엄벌주의의 요청에 부응하여 「형법전」의 기본구성요건에 대한 형벌가중구성요건을 규정하는 것을 주된 목적으로 하고 있다는 점¹⁶⁾, (2) 둘째 “형사특별법의 일반법화”에 의하여 「형법전」이 형해화된다는 점,¹⁷⁾ (3) 셋째 형사특별법에 대한 과도한 의존으로 인하여 특별법만능주의(“형법의 형해화, 사문화, 공동화 그리고 형벌의 비대화”)¹⁸⁾에 빠지게 된다는 점, (4) 넷째 형사특별법 상호 간의 적용상의 선후관계 뿐만 아니라 특별법과 일반법 간에도 때로는 법조경합으로 그리고 때로는 상상적·실체적 경합이 인정되기도 하여 법적용의 혼란을 야기한다는 점,²⁰⁾ (5) 다섯째 형사특별

15) 대표적으로는 허일태(편), “형사특별법의 형법 편입방향”, 『형법연구 IV』, 동아대학교 출판부, 2009, 436면 이하; 박상기/박상기 외, 『형사특별법론』, 한국형사정책연구원, 2012, 39면 이하; 전지연/박상기 외, 『형사특별법론』, 한국형사정책연구원, 2012, 199면 이하; 손동권/박상기 외, 『형사특별법론』, 한국형사정책연구원, 2012, 458면 이하 등이다.

16) 박상기/박상기 외, 『형사특별법론』, 한국형사정책연구원, 2012, 36면 이하.

17) 박상기/박상기 외, 『형사특별법론』, 한국형사정책연구원, 2012, 39면.

18) 특히 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」과 관련해서는 5.16 군사쿠데타의 성공 후 국가재건 최고회의가 “국가재건과업을 수행함에 있어서 형법, 국방경비법, 해안경비법 기타의 처벌법규에 불구하고 특정범죄를 가중처벌하기 위하여 한시법으로서 1963년 3월 5일 제정한 「특정범죄처벌에 관한 임시특례법」(법률 제640호; 1961.7.1. 제정, 시행 1961.7.1.)이 1965년 5월 25일 대법원에 의하여 위헌결정을 받으면서 그 후속입법으로 1990년 12월 31일 제정된 것(법률 제4295호; 1991년 1월 1일 시행)으로서 이제 형법전을 대체하는 상시법이 되었다는 비판에 대해서는 전지연/박상기 외, 『형사특별법론』, 한국형사정책연구원, 2012, 200면 이하.

19) 박상기/박상기 외, 『형사특별법론』, 한국형사정책연구원, 2012, 40면.

법 간에 유사·중복규정이 양산됨으로써 법 적용상에 혼란을 가중시킨다는 점들이 지적되고 있다. 그리고 ⑥ 이 다섯 번째 문제는 여기에 그치는 것이 아니라 입법정책적으로도 여러 형사특별법에 산재하고 있는 유사·중복규정들 중에서 어느 한 법률만이 일반적으로 개정되는 경우(법률의 소관부처가 상이하기 때문에 개정 시에 상호 협의가 충분히 이루어지지 않은 경우) 타방 법률에 규율의 공백이 발생하거나 동일한 규정임에도 규정내용을 달리하게 되어 법률상 경합문제 내지는 충돌 심지어는 모순이 발생하게 된다.

그러나 다른 한편으로 (1) 법률의 전문성에 따라 관련규정들을 하나의 형사특별법에 규정함으로써 법 적용의 편의성을 제고할 수 있고 (2) 그때그때의 시대적 요청에 즉각적으로 대응할 수 있다는 이점도 있을 수 있다.

그러나 (1) 법률의 전문성과 구체화는 관련 경제영역을 규율하는 행정법에 규율하면 되는 것이지 새로운 형벌규정을 위한 특별법을 제정할 필요는 없을 것이다. 또한 예컨대 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」(이하 “특경법”이라 한다)이나 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」(이하 “특가법”이라 한다) 등 가중처벌만을 위한 법률들의 경우에는 규율내용의 전문성이나 불법의 정형성에 일관되어 있는 것도 아니다.²⁰⁾ 즉 「특가법」의 경우 “「형법」, 「관세법」, 「조세범 처벌법」, 「지방세기본법」, 「산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률」 및 「마약류관리에 관한 법률」에서 가중처벌의 필요성을 기준으로 부패범죄부터 폭력범죄, 교통범죄 그리고 금융 및 조세범죄 등 재산 및 경제범죄에 이르기까지 다양한 이질적인 범죄유형들을 선별하여 규정하고 있지만 이와는 별도로 「특경법」은 “건전한 국민경제윤리에 반하는 특정경제범죄에 대한 가중처벌”(동법 제1조)을 규정하면서도 「특가법」에 규정되어 있는 경제범죄에 대해서만은 「특경법」에서 제외하여야 하는 괴리가 존재한다.

(2) 또한 형사특별법이라고 하여 일반법에 비하여 시대적 요청에 그때그때 즉각적으로 대응할 수 있다거나 기본법인 형법전이라고 하여 법적 안정성이라는 측면에서 그 개정에 신중하여야 한다는 일반원칙은 존재하지 않는다. 즉 해당 구성요건에 대한 법률효과가 “형벌”인 이상 그것이 형법전이든 형사특별법이든 아니면 형사법 외의

20) 전지연/박상기 외, 『형사특별법론』, 한국형사정책연구원, 2012, 203면 이하.

21) 「특가법」과 관련해서는 전지연/박상기 외, 『형사특별법론』, 한국형사정책연구원, 2012, 200면 이하.

개별 민사법이나 행정법에 규정된 형벌규정이든 상관없이 동일한 정도로 그 개정에 신중하여야 하는 것이지 형법전에 규정되어 있지 않았다는 이유만으로 형법전에 규정된 규정보다 용이하게 개정될 수 있는 것은 아니다. 이것은 그 법률효과를 형벌로 규정하고 있는 한 해당 규정에는 형법의 근본원칙인 법적 안정성과 죄형법정주의가 동일하게 적용되어야 한다는 실질적 형법개념으로부터의 당연한 귀결이며²²⁾ 이러한 실질적 형법개념을 포기하지 않는 한 「형법」 제8조(총칙의 적용)²³⁾에 의해서도 배제시킬 수 없다.

제2절 경제범죄 관련 형사특별법의 정비를 위한 기준

이러한 경제범죄 관련 형사특별법의 문제점을 바탕으로 형사특별법을 정비할 때 고려하여야 하는 사항들과 정비를 위한 기준은 살펴보면 다음과 같다.

1. 고려사항

경제범죄 관련 형사특별법을 정비할 때 고려하여야 하는 사항들을 정리하면 다음과 같다.

(1) 첫째 형사특별법을 폐지하거나 또는 관련 규정을 삭제할 때 우선 고려하여야 하는 것은 그러한 폐지나 삭제로 인하여 가벌성의 흠결, 즉 처벌의 공백이 발생하는지의 여부이다.

(2) 둘째 설령 형사특별법의 규정들을 형법전이나 관련 민사·행정법규에 편입시킬 필요가 있는 경우라고 하더라도 ① 단순히 관련 규정을 해당 법률에 신설하기만 하면 되는 것인지 아니면 ② 다른 법률들에 정한 관련 규정들도 함께 정비하여야 하는 것은 아닌지를 검토하여야 한다(다른 법률에의 파급효과). 이때 함께 고려되어야 하는

²²⁾ Kim, Yookem, *Individuelle und kollektive Zurechnung: Schwierigkeiten mit der Bestrafung von Unternehmen und Unternehmen*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2007, S. 175.

²³⁾ 「형법」 제8조(총칙의 적용) 본법 총칙은 타법령에 정한 죄에 적용한다. 단, 그 법령에 특별한 규정이 있는 때에는 예외로 한다.

것은 특히 ③ 다른 법률에 정한 유사한 행위유형과의 법정형의 균형이다.

(3) 셋째 형사특별법에 정한 행위를 다른 법률에 편입시키는 경우 해당 구성요건이 독립구성요건이었든 아니면 애초의 가중구성요건이었든 해당 구성요건을 다른 유사한 범죄유형에 비하여 가중처벌할 것인가를 판단하여야 할 것이다.

① 만약 편입되는 구성요건이 기존의 법률로는 처벌되지 않았던 독립구성요건이라면 본래 형사특별법에 규정되었던 구성요건은 특별가중구성요건이 아니기 때문에 애초에 규정되었던 법정형을 그대로 수용하더라도 문제가 없을 것이다.

② 그러나 형사특별법에 규정되어 있던 구성요건이 다른 법률의 기본구성요건에 대한 특별가중구성요건인 경우에는 문제가 그리 쉽지 않다. 왜냐하면 형사특별법에 정해져 있는 (a) 특별가중구성요건의 법정형이 기본구성요건에 비하여 지나치게 높게 설정되어 있을 뿐만 아니라 (b) 법정형의 가중의 기초가 된 특별가중구성요건에 규정된 특별가중인자를 어떻게 반영할 것인지 그리고 (c) 기본구성요건에 대한 특별가중구성요건으로 다른 법률에 편입시키더라도 어떤 규정방식을 취해야 할지라는 문제가 남기 때문이다.

(a) 특히 법정형과 관련하여 어느 정도의 죄질에 해당하는 행위에 대하여 어떤 법정형을 부과할 것인가에 대한 기준, 즉 법정형의 종류와 범위를 결정하는 절대적인 기준이란 존재하지 않기 때문에 형벌의 적절한 종류와 범위를 정하는 것은 더욱 쉽지가 않다. 따라서 법정형은 어디까지나 다른 범죄유형과의 비교를 통하여, 즉 형벌체계의 균형을 고려하여 정할 수밖에 없는데 이것도 지금에 와서는 용이하지 않게 되었다. 즉 종래 형벌체계의 균형을 판단하기 위한 (그래도 사용가능했던) 비교점은 바로 살인죄의 법정형이었으나 그 동안 강력범죄, 성폭력범죄 그리고 좁은 의미의 재산범죄를 포함한 경제범죄가 형벌규정의 인플레이션과 법정형의 상승을 주도해 왔기 때문이다. 이제는 살인죄에만 규정되었던 사형만 규정되어 있지 않을 뿐 그 징역형은 살인죄의 법정형을 상회하고 있으며, 심지어는 생명을 침해하지 않는 범죄임에도 불구하고 선택형 없이 사형만 단독형으로 규정된 경우도 찾아 볼 수 있다(특히 「균형법」의 경우²⁴⁾). 그리고 현행 재산범죄 및 경제범죄의 법정형을 살펴보면 신체 및 건강에 대한

24) 「균형법」 제5조(반란) 제1호, 제11조(군대 및 군용시설 제공) 제1항, 제12조(군용시설 등 파괴), 제13조(간첩) 제1항, 제18조(불법 전투 개시), 제19조(불법 전투 계속), 제22조(항복), 제29조(부대 인솔 도피), 제24조(직무유기) 제1호, 제33조(적진으로의 도주), 제45조(집단 항명) 제1호, 제84조

침해를 수반하는 범죄가 그렇지 않은 재산범죄 및 경제범죄보다 반드시 그 죄질이 중하다고 단정할 수 없을 정도로 그 법정형이 높다.

(b) 형사특별법에서 법정형의 가중의 기초가 된 특별가중요소를 그대로 다른 법률에 반영할 것인가라는 문제도 그리 쉽지 않다. 특히 이 문제는 다른 추가적인 가중구성요건 없이 이득액·수수액·포탈세액·피해액 등 가액에 따라서만 법정형을 가중하고 있는 경우에는 더욱 더 그렇다.

(c) 특히 가액에 따라 법정형을 가중하는 방식도 반드시 명확한 것만은 아니다. 왜냐하면 가액에 따라 법정형을 구분할 때에도 기본구성요건에 대하여 특별가중구성요건을 규정하거나 또는 애초부터 기본구성요건의 법정형을 가액에 따라 구분할 수 있기 때문이다. 그런데 이 문제가 중요한 것은 어느 방식을 취하느냐에 따라 그 효과가 다르기 때문이다. ㉠ 기본구성요건에 대한 특별가중구성요건으로 규정하는 경우 양구성요건이 경합하는 경우 특별가중구성요건을 적용하여야 하지만 그렇다고 하여 특별구성요건을 적용하지 않았다고 하여 반드시 법령에 반하는 것은 아닐 뿐만 아니라 형량이 낮은 기본구성요건으로 공소를 제기한 후 법관이 공소장변경 없이 형량이 높은 특별가중구성요건으로 판결하는 것은 법령에 위반한 재판이 되어 항소사유가 된다.²⁵⁾ 달리 말해 기본구성요건에 대한 특별가중구성요건으로 규정하는 방식은 양자가 동일한 법률에 규정되어 있음에도 불구하고 법조경합의 관계가 성립하여 다른 의미에서는 공소를 제기하는 검사에게 매우 넓은 적용법조의 선택권을 부여하게 된다. ㉡ 검사의 자의적인 적용법조의 선택과 이에 근거한 공소제기를 제한하는 최선의 방법은 무엇보다도 적용법조의 선택의 폭을 좁히고 적용법조의 선택을 강제하는 방법일 것인데 기본구성요건의 법정형을 애초부터 처벌례로 규정하는 방식일 것이다. 왜냐하면 처벌례로 규정된 법정형의 구분 간에는 선택권이 전혀 없기 때문이다.

(4) 유사·중복된 규정들 간의 불필요한 경합관계(특히 법조경합과 상상적 경합)로 인하여 법적용자로 하여금 편의에 따라 자의적으로 적용법조를 선택하지 못하도록 할 필요가 있다. 이를 위해서는 유사·중복규정들에 대한 정비가 필요하다.

(5) 마지막으로 헌법재판소 결정과 대법원 판례의 입장을 반영할 필요는 있으나

(전지 강간) 등.

²⁵⁾ 이은모, 『형사소송법』, 제5판, 박영사, 2015, 470면; 이재상·조근석, 『형사소송법』, 제10판 보정판, 박영사, 2016, 453면.

헌법재판소의 결정이나 대법원 판례의 해석을 (해석론은 별론으로 하고) 입법론적으로 반영할 것인가에 대한 검토도 필요하다.

이상의 내용을 바탕으로 형사특별법의 관련규정을 검토하는 경우에 구체적으로 고려하여야 할 사항들을 들면 (1) 다른 법률의 유사·중복 구성요건과의 동일성(삭제시 규율의 공백이 발생되는지의 여부), (2) 단순한 삭제가 아닌 대체규정을 관련 법률에 정하는 경우 신설규정의 ① 법전편찬상의 위치, ② 법정형의 균형, ③ 참조조문들의 정비(과실범·미수범·상습범, 벌금·자격정지·몰수·추징, 양벌규정 등), ④ 법문언의 수정 필요성 검토(특히 헌법재판소 결정·대법원 판례의 해석론 반영), (3) 형사특별법의 관련 규정의 정비로 인하여 다른 법률에 연쇄적인 정비가 필요한지의 여부 등이다.

2. 형사특별법의 정비를 위한 기준

경제범죄 관련 형사특별법의 정비방안을 모색하는데 있어서 착안하게 될 기준은 다음 여섯 가지로 집중하고자 한다. 이러한 기준의 단순화는 앞서 언급한 바와 같이 해당 형사특별법과 개별 구성요건의 입법취지 및 배경을 훼손하지 않으면서도 단기간에 간명한 정비가 가능하도록 하려는데 그 취지가 있으며(그렇지 않으면 모든 것을 다시 정비하여 새로운 경제범죄 관련 법률의 제정을 고려하여야 하는데 이것은 장기적인 과제에 속한다) 이 연구의 주안점은 개별 형사특별법의 형벌규정들이 전체 형사법질서체계와 조화될 수 있도록 정비함으로써 형사특별법의 체계정합성과 개관가능성을 개선하는데 있기 때문이다.

경제범죄 관련 형사특별법의 정비를 위한 구체적인 기준은 다음과 같이 정리할 수 있다: (1) 체계정합성, (2) 법정형의 균형, (3) 유사·중복규정의 정비, (4) 법조경합의 가능한 방지, (5) 독립구성요건의 형법전으로의 편입, (6) 형사법 외의 법률에 대한 종속성이 강한 개별 구성요건의 기본법으로의 편입.

가. 체계정합성과 유사·중복규정의 정비

형사특별법의 폐지 또는 관련 규정의 삭제 그리고 이에 수반되는 관련 규정의 신설 등이 체계정합적일 것이 요구된다. 예컨대 (1) 규율의 공백이 발생되는지의 여부, (2)

관련 대체규정의 신설이 필요한 경우 법전체계상 법률의 어디에 위치시킬 것인지 그리고 (3) 관련 규정들 간에 체계정합적으로 구성요건을 구성할 필요가 있다.

이때 고려하여야 하는 것은 보호법익과 행위유형이다.

경제범죄에서는 일반적으로 초개인적 법익이 문제가 되기는 하지만 우리나라 형법 전에는 별도로 경제범죄와 관련하여 초개인적 법익에 관하여 규정한 장이 없다. 이와 달리 주요 외국의 입법례는 살펴보면 형법전의 각칙에 매우 다양한 장을 규정하고 있는데 아래의 표는 중국 「형법전」²⁶⁾에 규정된 경제범죄 관련 규정들을 예시로 나타낸 것이다.

〈표 1-1〉 중국 「형법전」의 각칙편에서의 경제범죄의 구성체계

장	절	범죄유형
제3장 (사회주의 시장 경제질서 파괴 죄, 破坏社会主义 市场经济秩序罪)	제1절 (가짜, 불량상품 생산, 판매죄, 生 产、销售伪劣 商品罪)	제140조(불량상품 생산·판매죄, 生产、销售伪劣产品罪)
		제141조(가짜 약 생산·판매죄, 生产、销售假药罪)
		제142조(불량약품 생산·판매죄, 生产、销售劣药罪)
		제143조(안전표준에 부합하지 않는 식품의 생산·판매죄, 生产、销售不符合安全标准的食品罪)
		제144조(유독·유해식품 생산·판매죄, 生产、销售有毒、有害食品罪)
		제145조(표준에 부합하지 않는 의료기기의 생산·판매죄, 生产、销售不符合标准的卫生器材罪)
		제146조(안전표준에 부합하지 않는 상품의 생산·판매죄, 生产、销售不符合安全标准的产品罪)
		제147조(가짜 농약, 동물약품, 화학비료, 종자 생산·판매죄, 生产、销售伪劣农药、兽药、化肥、种子罪)
		제148조(위생표준에 부합하지 않는 화장품의 생산·판매죄, 生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪)
		제149조(불량상품 생산·판매죄 조항의 적용원칙, 对生产、销售伪劣商品行为的法条适用原则)
제150조(불량상품 생산·판매죄에 관한 양벌규정, 单位犯本节规定之罪的处罚规定)		

26) 중국 「형법전」 규정들의 번역은 기본적으로 甲斐克則·劉建利(翻譯), 『中華人民共和國刑法』, 2011; 법무부, 『중국 형사법』, 2008.3. (http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_03/ListShowData.do?strNbodCd=noti0011&strWrtNo=589&strAnsNo=A&strRtnURL=MOJ_40600000&strOrgGbnCd=100000); 검색일: 2017년 7월 6일)을 참조하고 개정사항은 <http://www.chnlawyer.net/law/subs/xingfa.html#382>(검색일: 2017년 7월 6일)에 게재된 2017년 중국 형법전을 비교하여 반영한 것이다.

20 주요 형사특별법의 법체계의 정비와 통합 방안에 관한 연구

장	절	범죄유형
	제2절 (일수죄, 走私罪)	제151조(무기·탄약 밀수죄, 핵재료 밀수죄, 위조통화 밀수죄, 문화재 밀수죄, 귀금속 밀수죄, 희귀동물 밀수죄, 희귀동물제품 밀수죄, 수출입 금지물품 밀수죄, 走私武器, 弹药罪, 走私核材料罪, 走私假币罪; 走私文物罪, 走私贵重金属罪, 走私珍贵动物罪, 走私珍贵动物制品罪; 走私国家禁止进出口的货物, 物品罪) 제152조(음란물 밀수죄, 폐기물 밀수죄, 走私淫秽物品罪; 走私废物罪) 제153조(보통화물·물품 밀수죄, 走私普通货物, 物品罪) 제154조(특수형태의 보통화물 밀수죄, 特殊形式的走私普通货物, 物品罪) 제155조(밀수죄로 간주하는 간접적 밀수행위, 间接走私行为以相应走私犯罪论处的规定) 제156조(밀수죄의 공범, 走私共犯) 제157조(밀수의 무장 엄호, 밀수범 체포에 대한 저항, 武装掩护走私, 抗拒缉私的处罚规定)
	제3절 (회사, 기업관리 질서방해죄, 妨害对公司、企业的管理秩序罪)	제158조(회사등기 허위신청죄, 虚报注册资本罪) 제159조(허위출자, 출자불법철회죄, 虚假出资, 抽逃出资罪) 제160조(주식사채 사기발행죄, 欺诈发行股票、债券罪) 제161조(중요정보 허위제공·은폐죄, 违规披露、不披露重要信息罪) 제162조(청산 방해죄, 재산은닉, 회계자료 폐기, 허위기재, 허위파산죄, 妨害清算罪, 隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪; 虚假破产罪) 제163조(공무원 아닌 자의 수뢰죄, 非国家工作人员受贿罪) 제164조(공무원 아닌 자에 대한 증뢰죄, 외국공무원 및 국제공공단체 직원에 대한 증뢰죄, 对非国家工作人员行贿罪; 对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪) 제165조(동종업무 불법경영죄, 非法经营同类营业罪) 제166조(친척·친구를 위한 부당이득 도모죄, 为亲友非法牟利罪) 제167조(계약상 배임죄, 签订、履行合同失职被骗罪) 제168조(직무소홀, 직권남용에 의한 파산 손실죄, 国有公司、企业、事业单位人员失职罪, 国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪)
	제4절 (금융관리질서 파괴죄, 破坏金融管理秩序罪)	제169조(국유재산 부정환산판매죄, 배임에 의한 상장회사 이익 침해죄, 徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪; 背信损害上市公司利益罪) 제170조(통화위조죄, 伪造货币罪) 제171조(위조통화 판매·구매·운반죄, 금융기관 직원의 위조통화 구매·환취죄, 出售、购买、运输假币罪; 金融工作人员购买假币、以假币换取货币罪; 伪造货币罪) 제172조(위조통화 소지·사용죄, 持有、使用假币罪) 제173조(통화변조죄, 变造货币罪)

장	절	범죄유형
		<p>제174조(금융기관 불법설립죄, 금융영업 허가증 위조·변조·양도죄, 擅自设立金融机构罪; 伪造、变造、转让金融机构经营许可证、批准文件罪)</p> <p>제175조(고리전대죄, 대출금·어음·신용장·보증서 편취죄, 高利转贷罪; 骗取贷款、票据承兑、金融票证罪)</p> <p>제176조(공중예금 불법유치죄, 非法吸收公众存款罪)</p> <p>제177조(금융증권 위조·변조죄, 신용카드 관리방해죄, 신용카드 정보 절취·매수·불법제공죄, 伪造、变造金融票证罪; 妨害信用卡管理罪; 窃取、收买、非法提供信用卡信息罪)</p> <p>제178조(국가 발행 유가증권 위조·변조죄, 주식채권 위조·변조죄, 伪造、变造国家有价证券罪; 伪造、变造股票、公司、企业债券罪)</p> <p>제179조(주식사채 무단발행죄, 擅自发行股票、公司、企业债券罪)</p> <p>제180조(내부거래죄, 내부정보 누설죄, 미공개 정보 이용 거래죄, 内幕交易、泄露内幕信息罪; 利用未公开信息交易罪)</p> <p>제181조(증권·선물거래 관련 허위정보 날조·전파죄, 증권·선물 매매계약 체결 유인죄, 编造并传播证券、期货交易虚假信息罪; 诱骗投资者买卖证券、期货合约罪)</p> <p>제182조(증권·선물시장 조작죄, 操纵证券、期货市场罪)</p> <p>제183조(직무상 횡령, 탐오죄, 职务侵占罪; 贪污罪)</p> <p>제184조(공무원 및 기업 직원의 수뢰죄, 公司、企业人员受贿罪)</p> <p>제185조(자금 유용죄, 공적 자금 유용죄, 신탁재산 무단운용죄, 자금 불법운용죄, 挪用资金罪、挪用公款罪; 背信运用受托财产罪; 违法运用资金罪)</p> <p>제186조(불법용자죄, 违法发放贷款罪)</p> <p>제187조(고객 자금 미기재죄, 吸收客户资金不入账罪)</p> <p>제188조(금융증서 불법발행죄, 违规出具金融票证罪)</p> <p>제189조(불법어음 인수·지불·보증죄, 对违法票据承兑、付款、保证罪)</p> <p>제190조(외환도피죄, 逃汇罪)</p> <p>제191조(자금세탁죄, 洗钱罪)</p>
	제5절 (금융사기죄, 金融诈骗罪)	<p>제192조(모금사기죄, 集资诈骗罪)</p> <p>제193조(대출사기죄, 贷款诈骗罪)</p> <p>제194조(어음사기죄, 금융증권사기죄, 票据诈骗罪、金融凭证诈骗罪)</p> <p>제195조(신용장사기죄, 信用证诈骗罪)</p> <p>제196조(신용카드사기죄, 信用卡诈骗罪、盗窃罪)</p> <p>제197조(유가증권사기죄, 有价证券诈骗罪)</p> <p>제198조(보험사기죄, 保险诈骗罪)</p> <p>제199조(사형에 처하는 금융사기죄, 部分金融诈骗罪的死刑规定)</p> <p>제200조(금융사기죄의 양벌규정, 单位犯金融诈骗罪的处罚规定)</p>

22 주요 형사특별법의 법체계의 정비와 통합 방안에 관한 연구

장	절	범죄유형
	제6절 (세금징수의 관리를 위태롭게 하는 죄, 危害稅收征管罪)	제201조(탈세죄, 逃稅罪) 제202조(납세거부죄, 抗稅罪) 제203조(체납세금은닉죄, 逃避追繳欠稅罪) 제204조(수출세금환급금 편취죄, 騙取出口退稅罪, 偷稅罪) 제205조(부가가치세 전용 영수증, 수출세금환급금, 세금공제용 증서 부정 작성죄, 虛開增值稅專用發票, 用於騙取出口退稅, 抵扣稅款發票罪; 虛開發票罪) 제206조(부가가치세 전용 영수증 위조 판매죄, 偽造, 出售偽造的增值稅專用發票罪) 제207조(부가가치세 전용 영수증 불법 판매죄, 非法出售增值稅專用發票罪) 제208조(부가가치세 전용 영수증 불법 구매죄, 위조된 부가가치세 전용 영수증 구매죄, 非法購買增值稅專用發票, 購買偽造的增值稅專用發票罪; 虛開增值稅專用發票罪, 出售偽造的增值稅專用發票罪, 非法出售增值稅專用發票罪) 제209조(수출세금환급금, 세금공제영수증 불법제조·판매죄, 납세증서 불법제조·판매죄, 非法製造, 出售非法製造的用於騙取出口退稅, 抵扣稅款發票罪; 非法製造, 出售非法製造的發票罪; 非法出售用於騙取出口退稅, 抵扣稅款發票罪; 非法出售發票罪) 제210조(부가가치세 전용 영수증, 수출세금환급금, 세금공제액 영수증 절취·편취죄, 盜竊罪, 詐騙罪; 持有偽造的發票罪) 제211조(세금징수위해죄의 양벌규정, 單位犯危害稅收征管罪的處罰規定) 제212조(세무기관 추징 우선 원칙, 稅務機關徵繳優先原則)
	제7절 (지적재산권 침해죄, 侵犯知識產權罪)	제213조(등록상표 도용죄, 假冒註冊商標罪) 제214조(등록상표도용상품 판매죄, 銷售假冒註冊商標的商品罪) 제215조(등록상표표지 불법제조죄, 불법등록상표표지 판매죄, 非法製造, 銷售非法製造的註冊商標標識罪) 제216조(특허도용죄, 假冒專利罪) 제217조(저작권 침해죄, 侵犯著作權罪) 제218조(권리침해복제품 판매죄, 銷售侵權复制品罪) 제219조(상업비밀침해죄, 侵犯商業秘密罪) 제220조(지적 재산권 침해죄의 양벌규정, 單位犯侵犯知識產權罪的處罰規定)
	제8절 (시장질서교란죄, 擾亂市場秩序罪)	제221조(상업신용상품 평판 훼손죄, 損害商業信譽, 商品聲譽罪) 제222조(허위광고죄, 虛假廣告罪) 제223조(입찰담합죄, 串通投標罪) 제224조(계약사기죄, 合同詐騙罪; 組織, 領導傳銷活動罪)

장	절	범죄유형
		제225조(불법경영죄, 非法经营罪) 제226조(강매죄, 强迫交易罪) 제227조(유가증권 위조, 위조유가증권 암거래죄, 차표·선표 암거래죄, 伪造、倒卖伪造的有价票证罪; 倒卖车票、船票罪) 제228조(토지사용권 불법양도·암거래죄, 非法转让、倒卖土地使用权罪) 제229조(허위증명서류 제공죄, 증명서류 중대부실기재죄, 提供虚假证明文件罪; 出具证明文件重大失实罪) 제230조(상품검사 면탈죄, 逃避商检罪) 제231조(시장질서교란죄의 양벌규정, 单位犯扰乱市场秩序罪的处罚规定)
제5장 (재산침범죄, 侵犯财产罪)		제263조(강도죄, 抢劫罪) 제264조(절도죄, 盗窃罪) 제265조(절도죄, 盗窃罪) 제266조(사기죄, 诈骗罪) 제267조(탈취죄, 抢夺罪; 抢劫罪) 제268조(다중탈취죄, 聚众哄抢罪) 제269조(사후강도죄, 抢劫罪) 제270조(횡령죄, 侵占罪) 제271조(업무상 횡령죄, 职务侵占罪; 贪污罪) 제272조(자금유용죄, 挪用资金罪; 挪用公款罪) 제273조(특정자금·물자 유용죄, 挪用特定款物罪) 제274조(공갈죄, 敲诈勒索罪) 제275조(재물손괴죄, 故意毁坏财物罪) 제276조(생산경영설비 파괴죄, 破坏生产经营罪; 拒不支付劳动报酬罪)
제8장 (탐오뇌물죄, 贪污贿赂罪)		제382조(부패죄, 贪污罪) 제383조(부패죄 처벌규정, 对犯贪污罪的处罚规定) 제384조(공금유용죄, 挪用公款罪) 제385조(수뢰죄, 受贿罪) 제386조(수뢰죄 처벌규정, 对犯受贿罪的处罚规定) 제387조(단체수뢰죄, 单位受贿罪) 제388조(수뢰죄, 영향력 남용 수뢰죄, 受贿罪; 利用影响力受贿罪) 제389조(증뢰죄, 行贿罪) 제390조(증뢰죄 처벌규정, 对犯行贿罪的处罚) 제391조(단체에 대한 증뢰, 对单位行贿罪) 제392조(뇌물알선죄, 介绍贿赂罪) 제393조(단체증뢰죄, 单位行贿罪)

24 주요 형사특별법의 법체계의 정비와 통합 방안에 관한 연구

장	절	범죄유형
		제394조(부패죄, 贪污罪) 제395조(대규모자산 출처의 설명 불능죄, 해외예금 은닉죄, 巨额财产来源不明罪; 隐瞒境外存款罪) 제396조(국유재산 부정분배죄, 벌금·몰수재물 부정분배죄, 私分国有资产罪; 私分罚没财物罪)
제9장 (독직죄, 渎职罪)*		제403조(회사증권 관리상 직권남용죄, 滥用管理公司, 证券职权罪) 제404조(세금 미징수·과소징수죄, 徇私舞弊不征, 少征税款罪) 제405조(불법 영수증 발행, 세금 공제, 수출세 환급죄, 수출세 환급 증명서 불법제공죄, 徇私舞弊发售发票, 抵扣税款, 出口退税罪; 违法提供出口退税证明罪) 제406조(국가공무원의 책임소홀에 의한 사기 피해죄, 国家机关工作人员签订、履行合同失职被骗罪) 제407조(임목벌채허가증 부정발행죄, 违法发放林木采代许可证罪) 제408조(환경감독관리 소홀죄, 식품감독관리 소홀죄, 环境监管失职罪; 食品监管渎职罪) 제409조(전염병 예방치료 소홀죄, 传染病防治失职罪) 제410조(토지 수용·점용 불법 비준죄, 국유토지사용권 불법 영가 불하죄, 非法批准征用, 占用土地罪; 非法低价出让国有土地使用权罪) 제411조(밀수 방임죄, 放纵走私罪) 제412조(상품 부정검사죄, 상품검사 소홀죄, 商检徇私舞弊罪; 商检失职罪) 제413조(동식물 부정검역죄, 동식물 검역소홀죄, 动植物检疫徇私舞弊罪; 动植物检疫失职罪) 제414조(위조·불량상품 생산·판매 범죄행위 방임죄, 放纵制售伪劣商品犯罪行为罪) 제415조(밀항자에 대한 출입증명서 발행죄, 밀항자 통과허가죄, 办理偷越国(边)境人员出入境证件罪; 放行偷越国(边)境人员罪) 제418조(공무원·학생 부정모집죄, 招收公务员, 学生徇私舞弊罪) 제419조(책임소홀로 인한 문화재 훼손·유실 초래죄, 失职造成珍贵文物损毁, 流失罪)

* 독직죄에는 그 밖에도 제397조(직권남용죄, 직무소홀죄, 滥用职权罪; 玩忽职守罪), 제398조(고의의 국가기밀 누설죄, 과실의 국가기밀 누설죄, 故意泄露国家秘密罪; 过失泄露国家秘密罪), 제399조(무고·비호죄, 재판죄, 판결·결정 집행업무상의 직권남용죄, 불법중재죄, 徇私枉法罪; 民事, 行政枉法裁判罪; 执行判决, 裁定失职罪; 执行判决, 裁定滥用职权罪; 枉法仲裁罪), 제400조(피구금자 부정석방죄, 책임소홀로 인한 피구금자 도주 초래죄, 私放在押人员罪; 失职致使在押人员脱逃罪), 제401조(불법 감형·가석방·감옥 외 집행죄, 徇私舞弊减刑, 假释, 暂予监外执行罪), 제402조(형사사건 미이송죄, 徇私舞弊不移交刑事案件罪), 제416조(유괴·납치된 아동·여성 미구조죄, 유괴·납치된 아동·여성 구조방해죄, 不解救被拐卖, 绑架妇女, 儿童罪; 阻碍解救被拐卖, 绑架妇女, 儿童罪), 제417조(범죄자 도피 방조죄, 帮助犯罪分子逃避处罚罪)가 규정되어 있다.

이 표를 살펴보면 중국 「형법전」은 우리나라가 특경법이나 각 민사법이나 행정법(파산법, 자본시장법, 공정거래법, 상법상 벌칙, 저작권법 등 지적 재산권법, 조세법 처벌법, 관세법, 외환관리법, 밀항단속법 등) 등에 규정하고 있는 행정법종속성이 없는 독립구성요건들을 모두 형법전에 편입시키고 있음을 알 수 있다.

예컨대 중국 「형법」 각칙 제5장은 “재산침범죄”를 규정하여 우리나라의 강도·절도·사기·횡령 등 개인적 법익에 관한 죄를 규정하고 있는데 대하여 제3장 “회사 및 기업의 관리질서파괴죄”에는 경제영역에서 초개인적 법익에 대한 침해범죄라고 말할 수 있는 범죄들을 규정하고 있다. 즉 ① 제1절 “가짜, 불량상품 생산·판매죄”에서는 소비자를 침해하는 범죄를, ② 제2절 “밀수의 죄”에서는 관세법 위반 등을, ③ 제3절 “회사 및 기업의 관리질서를 위태롭게 하는 죄”에서는 우리나라 상법 벌칙규정에 규정한 특별배임이나 증뢰죄, 특경법상 금융회사 등의 임직원의 수증재죄나 외국 공무원에 대한 증뢰죄 그리고 파산범죄 등을 규정하고 있다. 그리고 ④ 제4절 “금융질서 파괴죄”에서는 통화 및 결제지급수단의 위·변조, 증권범죄(시세조작, 내부자거래 등), 불법대출·융자 그리고 부정어음죄 등을 규정한다. 또한 ⑤ 제5절 “금융사기죄”에서는 각종 금융사기, 예컨대 모금·대출·어음·신용장·신용카드·유가증권·보험사기 등을, ⑥ 제6절 “세금징수의 관리를 위태롭게 하는 죄”에서는 조세 및 관세범죄를, ⑦ 제7절 “지적 재산권 침범죄”에서는 등록상표·특허·저작권 등의 권리침해를 규정한다. 또한 ⑧ 제8장 “탐오죄”에서는 공무원범죄 중 공무원의 횡령·증수죄 등 부패범죄를 규정하고 있고 ⑨ 제9장 “독직죄”에서는 선행하는 장에 규정된 죄와 관련한 공무원의 직무유기죄에 관하여 상세하게 규정한다.

이것을 보면 중국의 경우 우선 보호법익에 따라 장을 구별하는 한편 절에서는 각 경제영역별로 구분한 다음 행위유형에 따라 구분하고 있다는 점에서 매우 범죄구성요건의 규정체계가 매우 체계적이라는 점을 알 수 있다.²⁷⁾

우리나라 형법전은 중국 형법전과 같이 애초부터 경제범죄에 관한 장을 두고 있지 않으며 재산범죄로서 사기·공갈, 횡령·배임 등이 기본적인 장을 구성하고 나머지 경제영역 들은 모두 민·상사법이나 행정법에 맡기고 있다. 그렇다고 중국 민·상법 또는

27) 중국 「형법전」에는 그 밖에도 “문화재의 관리를 방해하는 범죄”(제6장 “사회관리질서를 어지럽히는 죄” 제4절), 공공의 위생을 해하는 죄(동장 제5절), “환경자원의 보호를 파괴하는 죄”(제6절) 그리고 “약물을 밀수·판매·운반 또는 제조하는 죄”(제7절)를 규정하고 있다.

행정법에 형벌규정이 없는 것은 아니지만 행정법중속성이 약한 독립구성요건들을 형법전에 편입시켰다는 점에서는 형사법의 개관가능성이라는 점에서 체계적인 형태를 갖추고 있다고 말할 수 있다.

나. 법정형의 균형

이미 앞서 “1. 고려사항”에서도 언급했듯이 유사한 범죄유형 간의 법정형의 불균형은 가중처벌위주의 형사특별법에서 자주 발견될 수 있다. 따라서 형사특별법의 법정형을 정비할 때에는 다음과 같은 점에 유의하여야 할 것으로 보인다.

(1) 유사한 범죄구성요건의 불법성 및 책임의 경중에 따라 법정형을 조정할 필요가 있다. 특히 이때 유의할 것은 죄질이 다른 유사 범죄유형을 일괄적으로 하나의 법정형으로 가중하는 것은 자제해야 한다.

현행 형사특별법은 그 죄질을 달리하는 기본법의 범죄유형들을 일괄적으로 하나의 법정형으로 가중하는 경우가 많은데 심지어는 방조범을 정범으로 그리고 미수범을 정범에 준하여 처벌하거나 또는 기본구성요건의 정범과 함께 미수범, 공범, 상습범을 한꺼번에 하나의 법정형으로 일률적으로 가중하는 경우를 흔히 찾아볼 수 있다.

그러나 죄질 및 책임의 경중에 따라 형량이 정해져야 한다는 책임원칙은 판결선고시의 선고형을 정할 때에만 적용되는 것이 아니라 형사입법을 하는 경우에도 마찬가지로 유효한 원칙이다.

(2) 특히 법정형의 불균형은 가액에 따라 법정형을 구분하는 경우에 흔히 찾아볼 수 있다. 즉 다수의 일반법의 기본구성요건을 하나로 묶어 일괄적으로 가액에 따라 법정형을 가중하는 경우 연동된 개별 구성요건들의 가별성과 죄질의 경중이 간과되어 자칫 가별성과 죄질의 경중이 역전되는 현상도 발생할 수 있다.²⁸⁾

다. 불필요한 경합관계의 제거

불필요한 경합관계는 상호 경합하는 구성요건들의 경우 적용법조의 선택과 관련하여 검사나 법관에게 지나치게 넓은 재량을 부여할 수 있다는 점에서 문제가 될 수

²⁸⁾ 이에 관한 상세한 것은 제2장 제1절 참조.

있다. 따라서 간명하고 일관적인 법적용을 위하여 무엇보다도 유사·중복규정을 정비하는 방안이 필요할 것이다. 그 이유는 다음과 같다.

1) 첫째 형사특별법과 일반법의 구성요건이 상호 동일 또는 유사하거나 흡수관계에 있고 보호법익도 동일한 구성요건들 간에 상상적 경합이 성립되지만 법정형의 경중에 차이가 없는 경우 경합하는 규정들 중 하나는 불필요한 유사·중복규정이 될 뿐만 아니라 적용법조의 선택에 있어서 지나친 재량이 부여될 우려가 있다. 예컨대 특가법상 알선수재(「특가법」 제3조)와 변호사법상 알선수재(「변호사법」 제111조 제1항)는 보호법익 뿐만 아니라 구성요건이 매우 유사할 뿐만 아니라 법정형도 동일하다(5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금).²⁹⁾ 또한 「보험사기방지 특별법」 제8조에 정한 “보험사기죄”의 경우에도 벌금형에 미미한 차이가 있을 뿐³⁰⁾ 유기징역의 상한은 형법상 사기죄와 동일하다(10년).³¹⁾ 32)

이때 구성요건들이 경합한다고 하더라도 법정형에 큰 차이가 없기 때문에 애초부터 가중처벌의 의미도 희석된다.

2) 둘째 상호 법정형이 다른 형사특별법과 일반법의 구성요건이 법조경합의 관계에 있는 경우 검사의 기소재량이 문제된다. 왜냐하면 범죄사실(공소사실)에 차이가 없는 경우 일반법을 적용할 것인가 아니면 특별법을 적용할 것인가의 여부가 법리에 의하여 결정되는 것이 아니라(특별법 우선주의) 검사의 재량에 의하여 결정되기 때문이다.

이때에도 특별법의 법정형이 일반법의 것보다 중한 경우와 그 반대인 경우를 나누어 생각할 수 있다.

(1) 특별법의 법정형이 일반법의 것보다 중한 경우

특히 이 문제는 형사특별법 중 구성요건이 동일하면서 범죄수익액 등 가액에 따라 법정형이 구별된 가중구성요건에서 문제된다.

29) 이것은 보호법익, 구성요건 그리고 법정형이 상이한 특가법상 알선수재와 사기죄 간에 상상적 경합이 성립(대법원 2012.6.28. 선고 2012도3927 판결)되는 것과는 구별된다.

30) 「형법」 제347조 제1항: 10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금; 「보험사기방지 특별법」 제8조: 10년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금.

31) 상습범과 미수범의 처벌은 동일하다.

32) 형법상 사기죄와 보험사기방지 특별법상 보험사기죄는 상상적 경합이 아니라 법조경합으로 다루어질 것으로 예상되지만 법조경합이라고 하더라도 보호법익 및 행위유형이 동일한 규정 간에 법조경합이 과연 의미가 있는지에 대해서는 의문이다.

물론 검사가 법정형이 낮은 일반법의 죄명으로 기소하였음에도 불구하고 법원이 범죄사실에 대하여 공소장변경 없이 형이 중한 특별법을 적용하는 것은 피고인의 실질적인 방어권보장과 불고불리의 원칙에 의하여 허용되지 않는다.³³⁾ 즉 판례는 원칙적으로 “법원이 공소장의 변경 없이 직권으로 공소장에 기재된 공소사실과 다른 범죄사실을 인정하기 위하여는, 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내이어야 할 뿐더러 또한 피고인의 방어권행사에 실질적 불이익을 초래할 염려가 없어야 한다”³⁴⁾라고 밝히면서 “일반법과 특별법이 동일한 구성요건을 가지고 있고 그 구성요건에 해당하는 어느 범죄사실에 대하여 검사가 그 중 형이 가벼운 일반법의 법조를 적용하여 그 죄명으로 기소하였는데 그 일반법과 특별법을 적용한 때 형의 범위가 차이 나는 경우에는, 비록 그 공소사실에 변경이 없고 적용법조의 구성요건이 완전히 동일하다 하더라도, 그러한 적용법조의 변경이 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래한다고 보아야 하며, 따라서 법원은 공소장변경 없이는 형이 더 무거운 특별법의 법조를 적용하여 특별법 위반의 죄로 처단할 수 없다”³⁵⁾는 입장을 견지하고 있다. 그래서 예컨대 공소장변경 없이 형법상 상습절도를 (구)특가법상 상습절도(「(구)특가법」 제5조의4 제1항³⁶⁾으로³⁷⁾ 또는 형법상 사기죄를 특가법상 특정재산범죄(「특가법」 제2조)로³⁸⁾ 변경하여 가중처벌할 수 없다고 한다. 이것은 「특가법」 제4조에 정한 “뇌물죄 적용대상의 확대”의 경우에도 마찬가지이다.³⁹⁾

33) 이은모, 『형사소송법』, 제5판, 박영사, 2015, 470면; 이재상·조균석, 『형사소송법』, 제10판 보정판, 박영사, 2016, 453면.

34) 대법원 1990.10.26. 선고 90도1229 판결; 1996.5.10. 선고 96도755 판결; 1999.4.9. 선고 98도667 판결; 2001.2.9. 선고 2000도5358 판결.

35) 대법원 2007.12.27. 선고 2007도4749 판결(형법상 상습절도와 특가법상 상습절도); 대법원 2008. 3. 14. 선고 2007도10601 판결(형법상 뇌물죄와 특가법상 뇌물죄의 가중처벌).

36) 헌법재판소 2015.2.26. 2014헌가16·19·23(병합)의 위헌결정으로 법률 제13717호(2016.1.6. 일부개정, 2016.1.6. 시행)에 의하여 삭제됨.

37) 대법원 2007.12.27. 선고 2007도4749 판결.

38) 대법원 2008.3.14. 선고 2007도10601 판결.

39) 대법원 2001.2.9. 선고 2000도5358 판결: “위 공소사실은 피고인이 특가법 제4조에 의하여 공무원으로 의제되는 정부관리기업체의 간부직원인 한국도로공사 건설사업소장의 지위에 있으면서 그 직무와 관련하여 금원을 교부받았다는 것이고, 거기에는 피고인이 특가법 제4조에 의하여 공무원으로 의제되는 정부관리기업체의 간부직원이 아니라 한국도로공사법 제13조의3, 제12조의2에 의하여 공무원으로 의제되는 기업체의 임·직원(고속도로관리공단 상무)의 지위에 있으면서, 피고인이 종전에 특가법 제4조에 의하여 공무원으로 의제되는 한국도로공사 건설사업소장의 지위에 있을 당시에 담당하였던 직무와 관련하여 금원을 교부받았다는 취지의 공소사실이 포함된

그러나 가중처벌을 규정한 형사특별법의 입법취지는 해당 행위의 가벌성의 중대성 그리고 이에 따른 법관의 양형재량에 대한 제한 등에 있다고 볼 수 있다. 그런데 법관의 심리는 불고불리의 원칙에 따라 검사가 공소장에 기재한 공소사실에 기속된다면, 법관의 양형에 이르기 전에도 기소단계에서 법적용의 재량으로 인하여 형사특별법 적용의 강제성이 배제된다면 애초부터 법관의 양형재량에 대한 제한의 의미도 희석될 것이다.

물론 이것은 형사특별법의 구성요건을 실현한 모든 행위자를 중한 형으로 가중처벌하여야 한다는 것을 의미하는 것은 아니다. 또한 형사특별법이 현행 형법의 형벌체계와의 비례성을 벗어나 지나치게 중한 형을 정하고 있는 경우에는 더욱 더 그렇다. 그리고 검사의 기소재량을 인정하지 말아야 한다는 것을 의미하는 것도 아니다. 문제는 일관되고(*konsequent-konkludent*) 일의적인 법적용이 담보되지 않는 한 법적용의 예측가능성과 신뢰성을 기대하기 어렵기 때문에 범죄구성요건을 신설할 때에는 유사·중복 규정으로 인한 불필요한 경합관계를 제거함으로써 일의적인 법적용이 가능하도록 하여야 한다(일종의 법적용의 강제).

특히 범죄수익 등 가액에 따라 법정형이 가중된 경우와 관련하여 만약 이러한 가중이 불가피한 것이라고 한다면 현행법과 같이 별도의 법률(형사특별법)에 독립된 가벌성을 정한 독립구성요건처럼 규정할 것이 아니라(이 경우 일반법과의 관계에서 이를 상상적 경합으로 볼 것인지 아니면 법조경합으로 볼 것인지의 문제가 발생하게 될 뿐만 아니라 설령 어느 하나로 본다고 하더라도 여전히 적용법조의 선택과 관련하여 검사와 법관의 재량의 여지가 남는다) 일반법의 기본구성요건과 함께 규정하여(항을 달리 하거나 기본구성요건 다음에 규정하는 방식) 일종의 차별례로 규정함으로써⁴⁰⁾ 법적용의 강제성을 담보하여 일관된 법적용을 가능하게 하거나 아니면 양형단계에서 책임문제로 정하는 것이 적절할 것이다(이 경우 검사와 법관의 적용법조의 선택에서 적어도 재량의 여지를 제거할 수 있다).

것으로는 볼 수 없으므로, 피고인이 위 금품을 교부받은 것이 설령 한국도로공사법 제13조의3, 제12조의2, 형법 제129조 제1항에 해당할 수 있다고 하더라도 법원으로서의 공소장변경이 되지 않는 한 후자의 점에 관하여까지 적극적으로 심판할 수 없을 것이어서, 원심이 그 점에 관하여 심판하지 않은 것이 위법하다고는 할 수 없다”.

40) 따라서 경합의 문제는 발생하지 않는다.

(3) 특별법의 법정형이 일반법의 것보다 경한 경우

구성요건이 동일 또는 유사하거나 흡수관계에 있는 특별법의 법정형이 일반법의 것보다 경한 경우에도 마찬가지로 문제된다.

이 문제는 특히 사기행위를 정한 범죄구성요건들, 무엇보다도 공공부문의 각종 보조금 및 급여의 부정수급에서 문제된다. 즉 예컨대 「고용보험법」 제116조 제2항은 “거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 실업급여·육아휴직 급여 및 출산전후휴가 급여등을 받은 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다”고 규정하고 있는데 이러한 처벌규정이 형법에 대하여 특별법 관계에 있다면 “거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로” 보조금 및 각종 급여 등(재물 또는 “재산상의 이익”(「형법」 제347조 제2항))을 편취하는 행위는 형법상 사기죄의 전형적인 행위유형에 속한다.⁴¹⁾ 이것은 「근로자직업능력 개발법」 제62조의3(3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금), 「국민연금법」 제128조 제1항(3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금) 등에서도 크게 다르지 않다.⁴²⁾

따라서 이들 부정수급행위가 문제되는 경우 실무상 이들 부정수급 처벌규정과 상상적 결합관계에 있는 형법상 사기죄로 기소하는 것이 일반적이다.⁴³⁾ 그것은 형법상 사기죄의 법정형이 각종 법률에 정한 부정수급에 대한 처벌규정에 정한 것보다 높기 때문인데⁴⁴⁾ 그 밖에도 죄질이 중한 경우 형법상 사기죄는 이들 법률들에는 규정되어 있지 않은 상습범(「형법」 제351조)이나 미수범(동법 제352조)도 처벌할 수 있을 뿐만 아니라 경우에 따라서는 특경법상 특정재산범죄(동법 제3조)에 의하여 범죄수익 등 가액에 따라 가중처벌할 수도 있어서 법적용상의 개방성이 있기 때문이다. 그런데

41) 고용보험법에 의하여 재원이 마련되어 지급되는 실업급여 등 각종 급여의 부정수급은 동시에 보험사기의 성격도 함께 가지고 있으나 「보험사기방지 특별법」은 공공부문의 보험 등에 의하여 재원이 조달되는 각종 보조금 및 급여의 부정수급을 동법의 적용범위에서 제외하고 있다(동법 제2조 제2호).

42) 다만 「보조금 관리에 관한 법률」 제40조 제1호는 “거짓 신청이나 그 밖의 부정한 방법으로 보조금이나 간접보조금을 교부받거나 지급받은 자 또는 그 사실을 알면서 보조금이나 간접보조금을 교부하거나 지급한 자”에 대하여 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다.

43) 이 문제점에 관해서는 김유근·탁희성·안성훈·윤정숙·박학모·박준희, 『부정수급 사례·유형별 프로파일링 및 기획조사 활용방안 등 마련』, 고용노동부, 2015, 105면 이하.

44) 김유근·탁희성·안성훈·윤정숙·박학모·박준희, 앞의 책, 105면 이하.

이러한 상상적 경합과 법적용 실무에 따르면 개별 법률에 정한 부정수급 처벌규정들의 적용가능성은 점차 상실하게 된다.⁴⁵⁾

그런데 더욱 문제를 복잡하게 만드는 것은 이러한 경합관계는 여기에 그치지 않는다는 점이다. 즉 「보조금 관리에 관한 법률」 제2조 제1호는 “보조금”을 정의하면서 앞서 언급한 공공부문의 각종 보조금 및 급여도 동법의 규율대상이 된다고 규정하면서 동법 제40조 제1호⁴⁶⁾는 마찬가지로 부정수급에 대한 처벌규정을 정하면서 형법상 사기죄보다 중한 형을 정하고 있다. 그런데 문제는 동법은 형법상 사기죄와 같이 사습범이나 미수범 규정을 두고 있지 않기 때문에 죄질이 중한 부정수급에 대해서는 대응하지 못한다는 점이다. 이러한 점에서도 형법상 사기죄 규정의 적용이 선호될 수 밖에 없다.

이상의 내용을 종합해 볼 때 불필요한 경합관계를 회피하기 위한 방법은 다음과 같이 정리할 수 있다:

(1) 형사특별법과 일반법의 구성요건이 상호 동일 또는 유사하거나 흡수관계에 있으면서 법정형이 동일한 경우 형사특별법의 규정을 삭제하여 일반법만이 적용될 수 있도록 한다.

(2) 이때 형사특별법의 법정형이 범죄수익 등 가액에 따라 가중된 경우 이 규정을 기본구성요건을 정한 일반법에 규정하면서 이를 처벌레로 규정하거나 혹은 양형요소로 참작하도록 한다.

(3) 형사특별법의 법정형이 일반법의 기본구성요건의 것보다 경한 경우 일반법의 기본구성요건으로 일원화하거나 또는 독립구성요건을 일반법에 규정함으로써 산재되어 있는 유사·중복규정을 삭제한다.

45) 보조금사기를 형법상 사기죄로 일원화할 수 있는지의 여부에 관한 상세한 것은 후술한다(제5장 3. 가.).

46) 「보조금 관리에 관한 법률」 제40조(벌칙) 제1호 “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.

1. 거짓 신청이나 그 밖의 부정한 방법으로 보조금이나 간접보조금을 교부받거나 지급받은 자 또는 그 사실을 알면서 보조금이나 간접보조금을 교부하거나 지급한 자
2. ... [생략].”

라. 독립구성요건의 기본법으로의 편입과 행정법종속적인 가중처벌규정들의 정비

형사특별법에 규정되어 있는 범죄구성요건이 독립구성요건으로서 다른 법률에 종속되지 않은 것이라면 형법전에 독자적인 가별성을 갖는 독립구성요건으로 편입하고 행정법종속적인 가중처벌규정은 해당 행정법 또는 민사법에 규정하여 그 전문성을 고려하는 것이 적절하다.

일괄적인 정비가 가능한 영역

일괄적인 정비가 가능한 영역

제1절 범죄수익 또는 피해의 가액에 따른 법정형의 구분의 문제점

법정형의 규정방식과 관련하여 경제범죄 관련 형사특별법 및 특별형법 처벌규정들 중에는 기본구성요건(행위유형 및 행위객체)은 동일하면서 다만 범죄수익 또는 피해의 가액(이하 “가액”이라 한다)에 따라 법정형을 구분하고 있는 경우를 흔히 찾아볼 수 있는데 특히 경제범죄 관련 범죄구성요건에서 이러한 법정형의 규정방식을 많이 찾아 볼 수 있다.

가액에 따라 법정형을 구분하고 있는 것으로는 예컨대 (1) 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」(이하 “특경법”이라 한다) 제3조(특정재산범죄의 가중처벌), 제4조(재산국외도피의 죄), 제5조(수재 등의 죄), 제11조(무인가 단기금융업의 가중처벌) (2) 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」(이하 “특가법”이라 한다)⁴⁷⁾ 제2조(뇌물죄의 가중처벌), 제5조(국고 등 손실), 제6조(「관세법」 위반행위의 가중처벌), 제8조(조세포탈의 가중처벌), 제8조의2(세금계산서 교부의무 위반 등의 가중처벌), 제12조(외국인을 위한 탈법행위) 등이 있으며, 그 밖에 (3) 「조세범 처벌법」 제3조 제1항(포탈세액에 따른 벌금형) 및 제6조(무면허 주류의 제조 및 판매), (4) 「보험사기방지 특별법」 제11조(보험사기죄의 가중처벌), (5) 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제443조(벌칙: 불공정거래), (6) 「외국환거래법」 제27조(벌칙), 제27조의2(벌칙), 제29조(벌칙), (7) 「보험사기방지 특별법」 제11조(보험사기죄의 가중처벌), (8) 「증권관련 집단소송법」 제60조(배임수재), (9) 「국제상거래에 있어서 외국공무원에 대한 뇌물방지법」

⁴⁷⁾ 특가법에서 경제범죄 외에 피해액에 따라 법정형을 구분하고 있는 것으로는 제9조(「산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률」 등 위반행위의 가중처벌), 제11조(마약사범 등의 가중처벌).

제3조(뇌물공여자 등의 형사책임) 등을 들 수 있다.⁴⁸⁾

처음으로 가액에 따라 법정형을 구분한 법률이 무엇이었는지 그리 명확하지 않으나 현재 폐지된 「(구)특정범죄처벌에 관한 임시특례법」⁴⁹⁾이 1961년 7월 1일 제정 당시 가액에 따라 법정형을 구분하지 않다가 1962년 1월 6일의 개정으로 동법 제3조의4가 신설되면서 (구)외국환관리법 제21조부터 제30조까지의 위반행위에 대하여 가액에 따라 법정형을 구분했던 예가 있으며, 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」(1966년 2월 23일 제정)⁵⁰⁾이나 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」(1984년 1월 1일)⁵¹⁾은 제정 당시부터 가액에 따라 법정형을 구분하였다.

그런데 이러한 가액에 따른 법정형의 구분에 대해서는 긍정적인 견해를 찾아보기 어려울 정도로 비판적인 견해가 우세하고 이를 삭제하여야 한다는 견해가 대부분인 것이 사실이다.⁵²⁾ 그러나 가액에 따른 법정형의 구분 자체가 문제인지 아니면 가액에 따라 법정형의 구간을 정하면서 각 구간의 가중정도가 지나치게 중한 것인지(중벌주의)의 문제는 구분하여 살펴 볼 필요가 있다.

법정형을 가액에 따라 구분하는 입법방식에 대해서는 이것이 (1) 과연 형사법체계와 조화될 수 있는가, (2) 만약 그렇지 않다면 법정형을 가액에 따라 구분할 때 이를 ① 현행법과 같이 형사특별법에 정하여도 체계정합성과 형벌체계의 균형이라는 관점에서 전혀 문제가 없는가, ② 오히려 기본구성요건에 대한 가중구성요건으로서 형법 전 또는 해당 개별 법률에 함께 규정하거나 ③ 독립된 가중구성요건으로서가 아니라 처벌례로 정하는 것이 적절한 것은 아닌가 아니면 (3) 가액에 따른 형의 차등은 양형단계에서 선고형에 반영하는 것으로 충분한 것은 아닌가라는 문제가 제기된다.

48) 그 밖에 가액에 따라 법정형을 구분하고 있는 규정들은 “3. 부록” 참조.

49) 법률 제957호, 1962.1.6. 일부개정, 1962.1.6. 시행.

50) 법률 제1744호, 1966.2.23. 제정, 1966.3.26. 시행.

51) 법률 제3693호, 1983.12.31. 제정, 1984.1.1. 시행.

52) 대표적으로 전지연/박상기 외, 『형사특별법론』, 한국형사정책연구원, 2012, 203면 이하, 212면 이하, 217면 이하; 손동권/박상기 외, 『형사특별법론』, 한국형사정책연구원, 2012, 461면 이하, 495면 이하; 오영근, “특정범죄가중처벌등에관한법률 폐지의 당위성”, 『형사정책』, 제17권 제2호(2005), 47면 이하; 허일태(편), “형사특별법의 형법 편입방향”, 『형법연구 IV』, 동아대학교 출판부, 2009, 463면 이하; 안경옥, “특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률의 정비방안”, 『형사정책』, 제17권 제2호(2005), 한국형사정책학회, 15면 이하, 18면 이하. 그러나 다른 견해로는 한상훈, “경제범죄의 개념과 형사법적 대책”, 『형사정책』, 제19권 제2호(2007), 227면 이하.

1. 가액에 따른 법정형의 구분의 적절성

“가액에 따라 법정형을 구분”하는 방식에 대해서는 ① 가액의 다과(多寡)는 행위객체의 침해의 정도를 의미할 뿐이어서 책임을 결정하는 요인으로 기능하기에는 적절하지 않으며 가액의 구분에 따라서만 과도하게 가중처벌하는 것은 책임원칙에 반한다는 점, ② 법관의 양형재량을 지나치게 제한한다는 점, ③ 가액의 확정은 그리 쉽지 않다는 점, ④ 경제사정에 따라 가액변경의 필요성이 발생하게 되어 이로 인하여 잦은 법률개정이 필요하게 된다는 점 등의 비판^{53), 54)}이 제기되고 있다.

그런데 이러한 비판에 대해서는 다음과 같은 반론을 제기할 수 있다.

(1) 첫째 가액의 다과는 “단순히” 행위객체(Tatobjekt)의 침해의 정도를 나타낼 뿐이어서 다른 불법구성요건요소의 추가 등이 없이 행위객체의 침해의 정도에 따라서만 법정형을 구분하는 것은 적절하지 않다는 비판⁵⁵⁾에 대해서는 행위객체의 침해는 곧 구성요건적 결과발생을 의미하는데 구성요건적 결과의 중대성은 바로 가벌성의 경중을 구성하는 하나의 요소라는 점을 생각할 때,⁵⁶⁾ 구성요건적 결과의 중대성의 정도에 따라 법정형을 구분하여 정하는 것은 오히려 죄형법정주의, 특히 법률주의(*lex scripta*,

53) 안경옥, “특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률의 정비방안”, 『형사정책』, 한국형사정책학회, 제17권 제2호(2005), 18면 이하; 이기현, “동종의 범죄를 가액에 따라 차등처벌하는 특별형법규정 - 해석상의 문제점을 중심으로 -”, 『형사판례연구 3』, 형사판례연구회, 박영사, 1995, 113면; 전지연/박상기 외, 『형사특별법론』, 한국형사정책연구원, 2012, 203면 이하, 212면 이하; 손동권/박상기 외, 앞의 책, 495면 이하.

54) 이러한 비판에 대하여 부정적인 견해로는 한상훈, “형법 및 형사특별법상 재산범죄 가중처벌규정의 문제점과 개선방안 - 상습범, 누범 및 가중적 구성요건을 중심으로: 형법 및 형사특별법상 재산범죄 가중처벌규정의 문제점과 개선방안”, 『형사법연구』, 제26호(2006), 152면 이하; 이주희, “「특정경제범죄가중처벌등에관한 법률」에 관한 소고 - 존치의 타당성과 개선방안을 중심으로 -”, 『법과 정책연구』, 한국법정책학회, 제15집 제1호, 133면 이하.

55) 헌법재판소 2012.12.27. 2011헌바217(재판관 송두환, 재판관 박한철, 재판관 이정미, 재판관 이진성, 재판관 안창호의 위헌의견).

56) 독일 「형법」 제263조에 정한 사기죄는 (법문언상 우리나라와 달리) 피해자에 대한 침해범죄로 규정하면서 제3항에 정한 사기죄의 중한 경우들(*in besonderen schweren Fällen*) 중의 하나로 “중대한 재산상의 피해가 발생한 경우(*einen Vermögensverlust großen Ausmaßes herbeiführt*)”를 들고 있는데 이 재산상 피해의 규모는 결과불법(*Erfolgsrecht*)으로 파악되고 있다(*Sch/Sch/Perrot*²⁹ Rn. 188b §263; LK-Tiedemann¹² Rn. 298 zu §263). 그리고 같은 취지로는 한상훈, “형법 및 형사특별법상 재산범죄 가중처벌규정의 문제점과 개선방안 - 상습범, 누범 및 가중적 구성요건을 중심으로: 형법 및 형사특별법상 재산범죄 가중처벌규정의 문제점과 개선방안”, 『형사법연구』, 제26호(2006), 154면; 이주희, “「특정경제범죄가중처벌등에관한 법률」에 관한 소고 - 존치의 타당성과 개선방안을 중심으로 -”, 『법과 정책연구』, 한국법정책학회, 제15집 제1호, 133면.

the principle of legality)와 책임원칙의 구체적인 내용인 (입법단계에서의) 형벌의 개별화의 요청에 상응하는 것은 아닌가 그리고 반대로 설령 가액의 다과에 따라 법정형을 구분하지 않았다고 하더라도 가벌성과 책임에 따라 형벌의 종류와 범위를 정한 것이 죄형법정주의와 책임원칙에 반하지 않는 한 정당한 것은 아닌가라는 반론을 제기할 수 있다. 즉 죄형“법정”주의와 “책임”원칙의 요청에 반하지 않는 한 형벌의 개별화를 처벌구성요건의 법정형에 구현하든 아니면 이를 법관이 양형에서 선고형에 반영하도록 하든 그것은 입법정책적 재량에 속한다고 말할 수 있다.⁵⁷⁾

이러한 의미에서 2012년 12월 27일 헌법재판소가 『특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조 제1항 등 위헌소원』에서 “금융기관 임·직원의 직무관련 수재 등 행위는 일반적인 형사법에 비하여 범행의 동기나 행위의 태양 등이 비교적 정형화되어 있고, 그것이 국가경제에 미치는 병폐와 피해는 수수액이 많을수록 심화될 뿐 아니라 일반적으로 수수액이 증가하면 범죄에 대한 비난가능성도 높아진다고 보는 것이 합리적인 점에 비추어 볼 때, 비록 수수액의 다과만이 죄의 경중을 가늠하는 유일한 기준은 아니라 할지라도 수수액이 형벌의 범위를 정하는 데 중요한 기준이 되는 것은 틀림없다. 그러므로 위 법률조항과 같이 수수액을 기준으로 한 단계적 가중처벌에는 수긍할 만한 합리적인 이유가 있다”⁵⁸⁾고 실시하고 있는 것도 이해할 수 없는 것은 아니다.

그렇다고 하여 앞서 언급한 두 가지 선택지들, 즉 형벌의 개별화를 법정형에 구현할 것인가 아니면 양형에서 선고형에 반영하도록 할 것인가 중에서 어느 일방을 선택할 것인가의 문제가 법체계의 필연적인 귀결이라고 보기도 어렵다. 왜냐하면 주요 외국의

57) 이 논거는 가액에 따라 법정형을 구분하고 있는 처벌규정에 대한 위헌심판에서 헌법재판소가 흔히 제시하는 논거들 중의 하나이다. 다음 각주에 제시된 헌법재판소의 결정.

58) 헌법재판소 2012.12.27. 2011헌바217(강조는 저자에 의한 것임). 헌법재판소는 가액에 따른 법정형의 구분에 대해서는 일관적으로 이를 헌법에 반하지 않는다고 결정하고 있다. 헌법재판소 2013.7.25. 2011헌바397, 2012헌바407(병합); 2015.3.26. 2012헌바297; 2015.5.28. 2013헌바35·319·438(병합). 그 밖에 헌법재판소 1998.5.28. 97헌바68; 2001.3.21. 99헌바7 전원재판부; 2005.7.21. 2003헌바98; 2008.4.24. 2007헌가20; 2008.4.24. 2007헌가20; 2009.12.29. 2008헌바64 전원재판부; 2010.4.29. 2008헌바170; 2011.12.29. 2010헌바117; 2011.6.30. 2009헌바354, 2010헌가67(병합); 2011.6.30. 2009헌바354등; 2012. 12. 27. 2011헌바217; 2013.12.26. 2012헌바217·253, 2013헌바268·278(병합); 2012헌바407(병합); 2013.8.29. 2011헌바364; 2014.7.24. 2012헌바188; 2015.11.26. 2015헌바340; 2015.12.23. 2015헌바244; 2015.12.23. 2015헌바249; 2015.2.26. 2013헌바200등; 2015.2.26. 2014헌바99·153(병합); 2015.7.30. 2015헌바175; 2016.12.29. 2016헌바37; 2016.3.31. 2016헌바25; 2016.5.26. 2016헌바81 참조.

입법례를 살펴보면 법정형의 규정방식은 영미법체계인지 아니면 대륙법체계인지에 따라 명확히 구분되지 않기 때문이다.

즉 후술하는 바와 같이(이하의 2. 가. 2)) ① 독일 형법에서는 가액에 따라 법정형을 구분하는 처벌규정을 찾아보기 어려울 뿐만 아니라 그렇다고 하여 영미법과 같이 표준화된 양형기준이 존재하는 것도 아닌 반면 같은 대륙법계에 속하는 ② 오스트리아 형법의 경우 경제적 범죄수익 또는 피해가 문제되는 범죄구성요건에서는 대부분 그 가액에 따라 법정형을 구분하고 있다. 그리고 ③ 중국 형법의 경우 초기에는 가액에 따라 법정형을 구분하다가 최근에는 형법전에는 “가액이 비교적 큰 경우”, “현저하게 큰 경우” 그리고 “특별히 현저하게 큰 경우” 등에 따라 법정형을 구분하고 이에 상응하는 구체적인 가액은 사법해석에 위임하는 규정방식을 취한다. 이에 대하여 정밀하게 계량화된 양형기준을 정하고 있는 ④ 미국의 경우에도 연방형법 (특히 가액의 중요한 의미를 갖는 범죄구성요건에서) 뿐만 아니라 많은 주 형법에서 가액은 가벌성의 하한을 결정하거나 가중처벌의 기준으로 사용되고 있다. 또한 ⑤ 캐나다 형법에서도 많은 범죄구성요건에서 가액에 따라 법정형을 구분하고 있다. 이에 대하여 같은 영미법계에 속하는 ⑥ 영국의 경우 경제범죄 관련 법률들에서 가액에 따라 법정형을 구분하는 경우는 찾아볼 수 없고 양형기준에서 가액의 다과를 선고형에 반영하도록 하고 있다.

또한 범죄수익이나 피해의 특정 가액을 가벌성의 하한으로 정하는 경우를 찾아보기 힘든 것도 아니다. 즉 예컨대 우리나라 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」 제22조와 제23조(제8조 제1항과 제2항과 관련하여)의 경우 수수금지금품 등의 가액이 1회 100만원 또는 매 회계연도 300만원을 초과하는지의 여부는 형사처벌과 과태료 부과처분의 경계를 구분하는 기준으로 사용되고 있으며,⁵⁹⁾ 비록 과태료에 관한 것이지만 「조세범처벌법」 제15조 제1항은 「소득세법」 제162조의3 제4항과 「법인세법」 제117조의2 제4항에 정한 거래금액 10만원 이상인 때의 현금영수증 발급의무를 위반한 경우 거래대금의 100분의 50에 상당하는 과태료를 부과하도록 하고 있다.

(2) 둘째 따라서 실정법률에 명문으로 가액에 따라 법정형의 구간을 구분하는 것

⁵⁹⁾ 그렇다고 하여 가액에 따라서만 형사처벌과 과태료 부과처분이 구분되는 것은 아니다. 즉 수수금지금품 등의 가액이 1회 100만원 또는 매 회계연도 300만원을 초과하는 경우에는 직무관련성과 대가성을 불문하고 형사처벌하도록 하고 있는데 대하여 이 기준가액 이하의 금품등을 수수한 경우라고 하더라도 직무관련성이 있다면 과태료를 부과하도록 하고 있다.

자체는 법관의 양형재량을 현저하게 제한하는 것이라고 보기는 어려울 것이다. 가액의 다과를 가별성을 결정하는 요소들 중의 하나로 보고 가액에 따라 범죄구성요건을 만들어 법정형을 달리 정할 것인지 아니면 범죄성립과는 무관한 요소로 보고 이를 양형에서 책임⁶⁰⁾의 경중을 정하는 양형인자로 고려할 것인가의 문제는 여전히 입법재량에 속한다고 말할 수 있다. 또한 형벌의 개별화의 궁극적인 목적이 행위자의 책임에 상응하는 형벌이 부과되어야 한다는 요청에 있다면 행위자의 책임에 상응하는 형벌의 범위가 법정형에 규정되어 있는 아니면 양형단계에서 처단형 또는 선고형의 결정에서 고려되든 행위자에게는 아무런 상관이 없을 것이다. 또한 현행법과 같이 법정형을 결정하는 가액이 범죄성립요건으로 규정되는 경우 해당 가액에 이르지 않으면 해당 가액에 상응하는 범죄 자체가 성립되지 않는 반면 해당 가액을 초과하는 경우 다른 불법요인들의 고려없이 곧바로 범죄가 성립하고 가액에 따라 정해진 법정형의 구간 내에서 법관이 선고형을 결정하게 되는데 이것이 반드시 피고인에게 불리한 것인가는 의문이다. 그리고 가액이 확정되지 않는 한 가액에 따라 가중처벌하는 것이 허용되지 않는다는 것은 당연한 귀결이다.⁶¹⁾

여기에서 주의할 것은 가액에 따라 법정형을 구분함으로써 법관의 양형재량이 제한되는가의 문제와 가액에 따라 구분된 법정형이 지나치게 가중됨으로써 발생하는 법관의 양형재량의 제한의 문제는 구별된다는 점이다(이에 관한 것은 3. 참조).

(3) 셋째 가액확정은 그리 쉬운 것은 아니며 가액기준에 미세하게 미달하거나 또는 초과한 경우 이를 바탕으로 가별성의 경중을 경계짓는 것은 불합리며, 다수의 행위가 문제되는 경우 이를 포괄일죄(과형상 일죄)로 파악할 것인가 아니면 경합범으로 파악

60) 여기에서 책임은 범죄성립에 필요한 책임(*Schuld*)을 말하는 것이 아니고 선고형을 정하기 위하여 고려하게 되는 인적 요인들을 의미한다.

61) 대법원 2012.8.30. 선고 2012도5220 판결: “특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)죄는 재산상 이익의 가액이 일정액 이상이라는 것이 범죄구성요건의 일부로 되어 있고 그에 따라 형벌도 가중되는 만큼 그 재산상 이익의 가액은 엄격하고 신중하게 판단하여야 한다(대법원 2007.4.19. 선고 2005도7288 전원합의체 판결 참조). 따라서 업무상배임으로 인한 재산상의 이익이 있었다는 점은 인정되지만 그 가액을 구체적으로 산정할 수 없는 경우에는 재산상 이익의 가액을 기준으로 가중 처벌하는 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)죄로 의율할 수는 없다(대법원 2001.11.13. 선고 2001도3531 판결 참조)”. 또한 독일 「형법」 제263조(사기) 제3항 제2호에 정한 재산상의 피해의 해석에서도 현실적인 피해가 발생할 것이 요구되며 재산상의 피해의 위험(“*Gefährdungsschaden*”)만으로는 충분하지 않다(*Sch/Sch/ Perron*²⁹ Rn. 188c zu §263; LK-Tiedemann¹² Rn. 298 zu §263; BGH Beschluß vom 25. 4. 2007 - 2 StR 25/07).

할 것인가에 따라 가액 및 법정형이 달라진다는 비판⁶²⁾과 관련해서는 이것은 어디까지나 사실인정의 문제이며 구성요건요소의 일부를 계량화 및 수량화하고 있는 모든 구성요건⁶³⁾에서 발생하는 문제라고 말할 수 있다. 또한 가액의 확정에 따라 또는 다수의 죄를 포괄일죄로 파악할 것인가 아니면 경합범으로 파악할 것인가에 따라 법정형의 가중구간이 달라지는 문제와 관련해서는 법정형이 아닌 양형기준에서 가액에 따라 선고형을 구분하는 경우에도 마찬가지로 발생된다. 따라서 여기에서 제기되는 문제가 반드시 가액에 따라 법정형을 구분한 입법방식에 고유한 문제인가에 대해서는 의문이다.

(4) 넷째 경제사정에 따라 가액을 변경할 필요가 때문에 잦은 법률개정이 필요하게 된다는 비판과 관련해서는 설령 가액을 양형인자로 정하여 양형에서 고려하도록 하더라도 동일한 문제가 발생한다. 물론 양형기준의 개정은 법률개정보다 용이하지만 양형기준의 잦은 변경은 마찬가지로 법적 안정성을 해한다는 점에서는 법률개정의 경우와 크게 다르지 않다.

이상에서 살펴보았듯이 앞서 지적되었던 가액에 따른 법정형의 구분의 문제점들은 가액에 따른 법정형의 구분 자체의 내재적인 문제라기보다는 오히려 현행법의 규정방식이 안고 있는 문제점에 기인하는 것은 아닌가라는 의문을 제기할 수 있다. 즉 형법전에 정한 본죄에 대한 가중처벌을 형사특별법에 전적으로 위임하면서 그 적용에 있어서 검사에게 지나치게 폭넓은 기소재량을 부여하는 것이 법 적용에 혼란을 야기할 우려는 없는지 그리고 가액의 차이에 비하여 지나치게 중한 법정형 구간을 설정하고 죄질이 다른 죄들을 일률적으로 동일하게 가중하고 있는 것이 과연 적절한지라는 문제가 바로 그것이다.

2. 입법방식

가액에 따라 법정형을 구분하는 것 자체가 형법이론적으로 수긍할 수 있는 것이라고 하더라도 이것으로 그 “입법방식”의 타당성의 문제까지도 동시에 해결된 것은 아니기 때문에 현행법의 규정방식이 과연 타당한 것인가에 대해서는 별도의 검토가

⁶²⁾ 전지연/박상기 외, 『형사특별법론』, 한국형사정책연구원, 2012, 203면.

⁶³⁾ 「형법」 제9조(형사미성년자), 소년법상 범죄소년과 촉법소년의 구별(「소년법」 제4조) 등.

필요하다.

물론 가액에 따라 법정형을 구분할 때 어떤 규정방식을 취할 것인가는 원칙적으로 입법재량에 전적으로 맡겨져 있으며 이것은 아래에서 살펴보는 바와 같이 주요 외국의 입법례를 살펴보다도 쉽게 알 수 있다. 여기에서는 우선 가액에 따라 법정형을 구분하는 경우 주요 외국의 입법례가 어떤 방식들을 사용하고 있는지를 살펴보고 다음으로 우리나라의 규정방식에 내재하는 문제점에 대하여 검토하고자 한다.

가. 주요 외국의 입법례에서 취하고 있는 규정방식

가액에 따라 법정형을 구분하는 처벌구성요건은 주요 외국의 입법례에서 그리 어렵지 않게 찾아볼 수 있다. 그런데 이때 그 규정방식은 각 입법례에 따라 상이한데 대체적으로 다음 세 가지 방식으로 구분할 수 있다.

(1) 첫째 기본구성요건에서는 범죄성립요건만을 정하고 처벌은 별도의 처벌례를 정하여 규정하는 방식이다. 이것은 특히 중국이나 미국 연방형법에서 흔히 찾아볼 수 있는 형식이다. 이처럼 처벌례를 두는 방식은 우리나라 법체계에서 그 예를 전혀 찾아볼 수 없는 것은 아니며 예컨대 「증권관련 집단소송법」 제60조(배임수재) 제1항⁶⁴⁾이나 (가액에 따른 법정형의 구분은 아니지만) 경합범의 처벌례를 정한 「형법」 제37조(경합범)와 제38조(경합범과 처벌례)⁶⁵⁾도 이러한 규정방식을 취하고 있는 경우에 속한다.

(2) 둘째 기본구성요건에 대한 법정형은 정해져 있지만 범죄수익 또는 피해의 가액이 일정 가액 이상일 때 가액에 따라 가중처벌하는 방식이다. 이 규정방식은 이하에서 소개하는 거의 대부분의 입법례에서 찾아볼 수 있는데 중국, 미국 연방 및 주 형법 그리고 캐나다 등이 이러한 방식을 취한다.

⁶⁴⁾ 「증권관련 집단소송법」 제60조(배임수재) ① 제7조제1항에 따라 증권관련집단소송의 소를 제기하는 자, 대표당사자, 원고측 소송대리인 또는 분배관리인이 그 직무에 관하여 부정한 청탁을 받고 금품 또는 재산상의 이익을 수수(收受)·요구 또는 약속한 경우에는 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다.

1. ...
2. ...
3. ...

⁶⁵⁾ 「형법」 제38조(경합범과 처벌례) ①경합범을 동시에 판결할 때에는 다음의 구별에 의하여 처벌한다.

(3) 셋째 가액을 양형인자로 보고 법률에는 형의 종류와 범위만을 정하고 구체적인 가액에 따른 형의 결정은 양형기준에 정함으로써 양형단계에서 선고형에 형벌의 개별화를 실현하는 방식이다. 영국 형법의 규정방식이 대표적이며, 미국의 경우에도 가액에 따라 법정형을 구분하지 않는 범죄구성요건들이 이러한 방식을 따른다. 그리고 정형화된 양형기준을 갖지 않는 독일, 일본 그리고 프랑스 등은 법관의 양형재량에 의하여 가액이 반영될 뿐이다.

이하에서는 각 입법례별로 가액에 따른 법정형의 규정방식에 대하여 상세하게 살펴보고자 한다.

1) 오스트리아

오스트리아 형법은 범죄수익 또는 피해의 가액이 문제되는 거의 모든 범죄구성요건에서 가액에 따라 법정형을 구분하고 있다.

즉 재산범죄(손괴,⁶⁶ 절도,⁶⁷ 권리행사방해,⁶⁸ 사기,⁶⁹ 배임,⁷⁰ 범죄수익은닉⁷¹)에서는 범죄수익이나 피해의 가액이, 통화에 관한 죄⁷²의 경우에는 위·변조된 통화의 명목 가치가, 공무원의 직무에 관한 죄에서 특히 뇌물죄⁷³의 경우에는 수수 및 제공액이

66) 예컨대 증손괴죄(제1215조 제1항 제7호(5천 유로), 제2항(30만 유로)), 데이터손괴(제126a조 제2항(5천 유로), 제4항 제1호(30만 유로)), 컴퓨터시스템의 기능장애(제126b조 제4항(30만 유로)).

67) 중절도(제128조 제1항 제3호(5천 유로), 제2항(30만 유로)), 관리할 수 있는 동력의 절도(제132조 제2항(4천 유로, 30만 유로)), 횡령(제133조 제2항(5천 유로, 30만 유로)), 점유이탈물횡령(제134조 제3항(5천 유로, 30만 유로)), 지속적인 점유의 박탈(제135조 제2항(5천 유로, 30만 유로)), 자동차의 부정사용(제136조 제3항(피해액: 5천 유로, 30만 유로)).

68) 타인의 사냥권 및 낚시권의 중침해(제138조 제1호(5천 유로)), 중과실에 의한 채권자의 이익침해(제159조 제4항 및 제5항(100만 유로)), 강제집행면탈(제162조 제2항(5천 유로)).

69) 중사기(제147조 제2항(5천 유로), 제3항(30만 유로)), 컴퓨터등 사용사기(제148a조 제2항(피해액 5천 유로, 30만 유로)), 보조급사기(제153b조 제3항(5천 유로), 제4항(30만 유로)), 위장파산(제156조 제2항(30만 유로)).

70) 배임(제153조 제3항(5천 유로, 30만 유로)).

71) 장물(제164조 제3항(5천 유로), 제4항(30만 유로)), 자금세탁(제165조 제4항(5만 유로)).

72) 위·변조된 통화의 인도 및 소지(제233조 제2항(30만 유로)), 제234조 제2항(명목가치가 30만 유로 이상의 주화의 함량을 조작하거나 사용한 때).

73) 단순수뢰(제304조 제2항(3천 유로, 5만 유로)), 이익수수(제305조(3천 유로, 5만 유로)), 영향력 행사목적 이익수수(제306조 제2항(3천 유로, 5만 유로)), 단순증뢰(제307조 제2항(3천 유로, 5만 유로)), 이익제공(제307a조(3천 유로, 5만 유로)), 영향력 행사목적 이익제공(제307b조(3천 유로, 5만 유로)), 위법한 개입(제308조 제3항(3천 유로, 5만 유로)), 공무원행사인의 금품등 수수 및 제공(제309조 제3항(3천 유로, 5만 유로)). 그리고 직원남용의 경우 직원남용에 의한 피해의 가액(제302조 제2항(피해액: 5만 유로))이 기준이 된다.

그리고 각종 환경범죄의 경우에는 오염제거비용⁷⁴⁾이 법정형 구분의 기준이 된다.

예컨대 오스트리아 「형법」 제146조는 단순사기(*Betrug*)에 대하여 6월 이하의 자유형 또는 350일수의 벌금에 처하도록 하고 있는데 대하여 제147조는 중사기(*Schwerer Betrug*, 重詐欺)에 관하여 정하면서 (1) 위·변조된 문서, 위·변조 또는 타인의 점유를 이탈한 비현금거래수단, 허위 또는 위조된 정보 등이나(동조 제1항 제1호) (2) 공무원에 대한 허위의 신고 등을 이용하여 사기를 범하거나(제3호) (3) 도핑을 통하여 스포츠경기를 조작하여 경미하지 않은 손해를 발생시키는 사기를 범한 때(제1a항) 그리고 (4) 사기로 취득한 이득이 5천 유로를 초과한 때에는 3년 이하의 자유형에 처하고, (5) 그 이득이 3만 유로를 초과한 때에는 10년 이하의 자유형에 처하도록 하고 있다.

오스트리아 형사법에서는 가중처벌만을 위한 형사특별법이 존재하지 않고 형법전 단일체계 내에서 기본구성요건과 가중구성요건이 함께 규정되기 때문에 기본구성요건에 대하여 가중구성요건의 우선적인 적용은 강제적이고 양자 간에 적용법조의 선택에서 법적용상의 재량의 문제는 발생하지 않는다.

2) 중국

중국 형법이 가액에 따라 법정형을 규정하는 방식은 크게 두 가지로 구분할 수 있다. 즉 (1) ① 첫째 기본구성요건에서 처음부터 구체적인 가액에 따라 법정형을 구분하거나 또는 ② 둘째 형법전의 범죄구성요건에는 죄질의 경중에 따른 법정형만을 정하고 구체적인 가액의 결정은 사법해석(司法解釋)⁷⁵⁾에 위임하는 방식이다. 이때에도 (2) ① 기본구성요건에서 처음부터 법정형을 가액에 따라 구분하거나 또는 ② 기본구성요건에는 범죄성립요건만을 정하고 별도의 처벌례 규정(“처벌규정(处罚规定)”)을 두기도 한다.⁷⁶⁾ 이때 전자(2)①)는 ㉠ 처음부터 범죄구성요건에 대한 법정형을

74) 제177b조 제2항 제4호, 제180조 제1항 제4호, 제2항, 제181조 제2항, 제181조 제1항 제1호 제4호, 제2항, 제181c조 제2항, 제181d조 제1항 제4호, 제2항, 제181e조 제2항(대체적으로 오염제거비용이 5만 유로를 초과한 때).

75) 예컨대 사기범죄에 관한 사법해석은 『最高人民法院 最高人民检察院 关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释』 (2011.2.21.)(<http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-2486.html>; 검색일: 2017년 8월 6일), 부패범죄의 경우는 『最高人民法院 最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释(2016.4.18.)』 (<http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-19612.html>(검색일: 2017년 8월 6일) 그리고 환경범죄의 경우는 『最高人民法院 最高人民检察院关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释』 (2016.12.8.)(<http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-33781.html>; 검색일: 2017년 8월 6일) 참조.

가액에 따라 구분하거나 또는 ㉔ 기본구성요건에 대한 법정형을 규정하고 일정한 가액을 초과하는 경우에는 가액에 따라 가중처벌하도록 규정하는 방식으로 나누어진다.

중국 형법은 과거⁷⁷⁾ 구체적인 가액에 따라 법정형을 구분하여 규정하는 것이 일반적이었으나(1), ①⁷⁸⁾ 수차례의 형법개정을 거치면서(현재 제9차(2015.8.29.)) 현재는 예컨대 “가액이 비교적 큰 경우(数额较大)”, “현저하게 큰 경우(数额巨大)” 그리고 “특별히 현저하게 큰 경우(数额特别巨大)” 등에 따라 또는 여기에 정상의 경중(“다른 정상이 비교적 중한 경우(其他较重情节)”, “현저하게 중한 경우(其他严重情节的)” 또는 “특별히 현저하게 중한 경우(其他特别严重情节的)”)를 결합하여 법정형을 구분하여 정하고 구체적인 가액의 결정은 사법해석에 위임하고 있다(1)②.⁷⁹⁾

현재에도 구체적인 가액에 따라 법정형을 구분하고 있는 것으로는(1)① 예컨대⁸⁰⁾ 중국 「형법」 제140조(위조·불량품 생산판매죄, 生产、销售伪劣产品罪)를 들 수 있다. 동조는 “생산자 또는 판매자가 제품에 불순물 또는 가짜물질을 혼합하여 가짜를 진품으로, 불량품을 우량품으로 또는 불합격품을 합격품으로 가장한 경우 그 판매금액이 5만 위안 이상 20만 위안 미만일 때에는 2년 이하의 유기징역 또는 구역에 처하고,

76) 우리나라 「형법」 제37조(경합범)와 제38조(경합범과 처벌례) 참조.

77) 제9차 형법개정 이전의 중국 「형법전」은 甲斐克則·劉建利(翻譯), 『中華人民共和國刑法』, 2011; 법무부, 『중국 형사법』, 2008.3.(http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_03/ListShowData.do?strNbodCd=noti0011&strWrtNo=589&strAnsNo=A&strRtnURL=MOJ_40600000&strOrgGbnCd=100000; 검색일: 2017년 7월 6일) 참조.

78) 중국 「형법」 (구) 제153조(일반물건밀수죄), (구) 제201조(탈세), (구) 제203조(제납세금도피죄) 그리고 (구) 제383조(횡령죄의 처벌규정) 등은 가액에 따라 법정형을 구분하고 있었다. 그러나 현행법에서도 구체적인 가액에 따라 법정형을 구분하고 있는 것으로는 불량제품 등 생산판매죄(제3장 “사회주의시장경제의 질서를 파괴하는 죄”, 제1장 “위조품 및 불량제품을 생산 또는 판매하는 죄”)에 관하여 정한 제140조부터 제149조(제150조는 양벌규정) 등을 들 수 있다.

79) 이처럼 범죄수익이나 피해의 다과를 수량화·계량화시키지 않고 추상적인 용어를 사용하는 것이 죄형법정주의에 반하는 것인가에 대해서는 논란이 될 수 있다. 참고로 독일이나 스위스 등의 경우 예컨대 경미한 재물이나 재산상의 이익(“geringfügige Sachen”, “geringfügige Vermögenswerte”) 등의 표현을 사용하여 가벌성의 하한이나 감경사유를 정하기도 한다(§§ 89c Abs. 5, 243 Abs. 2, 248a, 352 Abs. 1, 353 Abs. 1 dStGB; Art. 174ter Abs. 1, 221 Abs. 3, 223 Abs. 1 Zweiter Halbsatz, 227 Abs. 1 Zweiter Halbsatz, 228 Abs. 1 Zweiter Halbsatz, 332^{decies} Abs. 1 b. schwStGB).

80) 중국 「형법전」 규정들의 번역은 기본적으로 甲斐克則·劉建利(翻譯), 『中華人民共和國刑法』, 2011; 법무부, 『중국 형사법』, 2008.3.(http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_03/ListShowData.do?strNbodCd=noti0011&strWrtNo=589&strAnsNo=A&strRtnURL=MOJ_40600000&strOrgGbnCd=100000; 검색일: 2017년 7월 6일)을 참조하고 개정상황은 <http://www.chnlawyer.net/law/subs/xingfa.html#382>(검색일: 2017년 7월 6일)에 게재된 2017년 중국 형법전을 비교하여 반영한 것이다.

판매금액의 100분의 50 이상 2배 이하의 벌금을 병과하거나 또는 벌금만을 부과한다. 판매금액이 20만 위안 이상 50만 위안 미만일 때에는 2년 이상 7년 이하의 유기징역에 처하고, 판매금액의 100분의 50 이상 2배 이하의 벌금을 병과한다. 판매금액이 50만 위안 이상 200만 위안 미만일 때에는 7년 이상의 유기징역에 처하고, 판매금액의 100분의 50 이상 2배 이하의 벌금을 병과한다. 판매금액이 200만 위안 이상일 때에는 15년의 유기징역 또는 무기징역에 처하고, 판매금액의 100분의 50 이상 2배 이하의 벌금 또는 재산몰수를 병과한다”고 규정하고 있다.

구체적인 가액을 명시하지 않고 법정형을 구분하고 있는 것으로는(2)①㉠ 사기죄(诈骗罪)를 정한 중국 「형법」 제266조를 들 수 있다. 동조는 “공공과 개인의 재물을 편취한 사람은, 그 가액이 비교적 큰 경우(数额较大)⁸¹⁾에는, 3년 이하의 유기징역, 구역(拘役) 또는 관제(管制)에 처하고, 벌금을 병과하거나 또는 벌금만을 부과한다. 그 가액이 현저하게 크거나(数额巨大) 다른 정상이 현저하게 중한 경우(其他严重情节)에는 3년 이상 10년 이하의 유기징역에 처하고 벌금을 병과한다. 그 가액이 특별히 현저하게 크거나(数额特别巨大) 다른 정상이 특별히 현저하게 중한 경우(其他特别严重情节)에는 10년 이상의 유기징역 또는 무기징역에 처하고 벌금 또는 재산몰수를 병과한다. 본법에 달리 정한 때에는 그에 따른다”고 규정하고 있는데 이때 구체적인 금액은 사법해석⁸²⁾에 따른다. 그리고 동 사법해석 제1조에 따르면 “그 가액이 비교적 큰 경우”란 이득액이 3천 위안에 이르거나 또는 1만 위안 이상인 경우,⁸³⁾ “그 가액이 현저하게 큰 경우”란 3만 위안에 이르거나 10만 위안 이상인 경우 그리고 “그 가액이 특별히 현저하게 큰 경우”란 50만 위안 이상인 경우를 말한다.

이에 대하여 절도죄(盗窃罪)를 정한 중국 「형법」 제264조는 “공공과 개인의 재물

81) 사기죄의 사법해석 『>』(2011.4.8.) 제1조에 따르면 “가액이 비교적 큰 때”란 3천 위안에 이르거나 1만 위안 이상일 때, “현저히 큰 때”란 3만 위안에 이르거나 10만 위안 이상일 때 그리고 “가액이 특별히 큰 때”란 50만 위안 이상일 때를 말한다(<http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-2486.html>; 검색일: 2017년 8월 7일).

82) 『最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释』(2011.4.8.)(<http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-2486.html>; 검색일: 2017년 8월 7일) 제1조.

83) 사법해석에 “그 가액이 3천 위안에 이르거나 또는 1만 위안 이상인 때”라고 규정하고 있는 것은 중국의 지역에 따른 경제발전의 편차를 반영하여 법관으로 하여금 가액의 하한을 3천 위안과 1만 위안 중 하나를 선택할 수 있도록 재량을 부여한 것이라고 한다. 이러한 사법해석의 해석에 많은 도움을 준 한국형사정책연구원의 김경찬 박사에게 이 자리를 빌려 감사의 말을 전하고자 한다.

을 절취한 사람은, 그 재물의 가액이 비교적 큰 경우(数额较大) 또는 반복하여 절도하거나, 침입절도를 하거나, 위험한 물건을 휴대하여 절도를 하거나 소매치기를 한 경우에는 3년 이하의 징역, 구역 또는 관제(管制)에 처하고, 벌금을 병과하거나 또는 벌금만을 부과한다. 재물의 가액이 거액이거나(数额巨大) 또는 다른 정상이 현저하게 중한 경우(其他严重情节)에는 3년 이상 10년 이하의 유기징역에 처하고, 벌금을 병과한다. 가액이 특별히 거액이거나(数额特别巨大) 또는 다른 정상이 특별히 현저하게 중한 경우(其他特别严重情节)에는 10년 이상의 유기징역 또는 무기징역에 처하고, 벌금 또는 재산몰수를 병과한다”고 규정하여 앞서 언급한 (2)①㉞에 해당하지만, 애초에 기본구성요건에서도 가액을 정하여 법정형을 정하고 있기 때문에 결국 (2)①㉞과 차이가 없다.

그리고 처벌례(2)②)를 규정하고 있는 대표적인 것으로는 중국 「형법」 제383조에 정한 “탐오죄의 처벌규정”(对犯贪污罪的处罚规定)(공무원의 횡령죄)을 들 수 있다. 즉 중국 「형법」 제382조는 탐오죄(贪污罪)의 구성요건만을 정하고 그 법정형은 제383조에 정하고 있다. 제383조는 본래 구체적인 가액에 따라 법정형을 구분하고 있었으나⁸⁴⁾ 2015년 8월 29일의 제9차 형법개정에 의하여 “가액이 비교적 크거나 다른 정상이 비교적 중한 경우(贪污数额较大或者有其他较重情节的)”(제1호), “가액이 현저하게 크거나 다른 정상이 현저하게 중한 경우(贪污数额巨大或者有其他严重情节的)”(제2호) 그리고 “가액이 특별히 현저하게 크거나 다른 정상이 특별히 현저하게

84) 중국 「형법」 제383조(탐오죄의 처벌규정)

제1항 [...]

1. 개인의 횡령액이 10만 위원 이상인 때에는 10년 이상의 유기징역 또는 무기징역에 처하고 재산의 몰수를 병과할 수 있다. 정상이 특별히 현저하게 중한 때에는 사형에 처하고 재산의 몰수를 병과한다.
2. 개인의 횡령액이 5만 위안 이상 10만 위원 미만인 때에는 5년 이상의 유기징역에 처하고 재산의 몰수를 병과할 수 있다. 정상이 특별히 현저하게 중한 때에는 무기징역에 처하고 재산의 몰수를 병과한다.
3. 개인의 횡령액이 5천 위안 이상 5만 위원 미만인 때에는 1년 이상 7년 이하의 유기징역에 처한다. 정상이 중한 때에는 7년 이상 10년 이하의 유기징역에 처한다. 개인의 횡령액이 5천 위안 이상 1만 위안 미만이고 범행 후에 개전의 정상이 현저하고 장물을 적극적으로 반환한 때에는 그 형을 감경하거나 면제하고 그 소속단체 또는 상급 주무기관의 행정처분으로 대체할 수 있다.
4. 개인의 횡령액이고 정상이 비교적 중한 때에는 2년 이하의 징역 또는 구역에 처한다. 정상이 비교적 가벼운 때에는 그 소속단체 또는 상급 주무기관이 그 정상을 참작하여 행정처분을 내린다.

제2항 [...]

중한 경우(贪污数额特别巨大或者有其他特别严重情节的)”(제3호)에 따라 구분하여 정하고 있다. 그 구체적인 가액은 사법해석⁸⁵⁾에 따르면 제1호의 경우 3만 위안 이상 20만 위안 미만, 제2호의 경우 20만 위안 이상 300만 위안 미만 그리고 제3호의 경우에는 300만 위안 이상으로 정해져 있다. 또한 동 처벌례는 “수뢰죄”(제385조)(제386조(“수뢰죄의 처벌규정”))와 “증뢰죄”(제389조)(제390조(“증뢰죄의 처벌규정”))에 준용하도록 되어 있다.

이상에서 알 수 있듯이 중국 형법의 경우에도 가액에 따라 법정형을 구분할 때에는 「형법전」이라는 단일법전 체계 내에서 일종의 처벌례로 규정되기 때문에 가액에 따른 법정형의 구분은 강제적이고 우리나라와 같이 다른 법률에 규정되어 있기 때문에 초래되는 경합관계(상상적 경합)로 인한 적용법조의 선택의 문제(검사의 기소재량)는 애초부터 발생하지 않는다.

3) 캐나다

캐나다 「형법」에서도 범죄수익 또는 피해의 가액은 각종 경제범죄에서 법정형을 구분하는 중요한 기준이 된다. 그런데 캐나다 형법에서 특기할 만한 것은 형법전에 양형기준까지도 함께 규정하고 있어서 가액은 가중양형인자로도 사용된다.

예컨대 캐나다 「형법」 제380조는 사기죄(*Fraud*)에 관하여 규정하면서 사기로 편취한 재산상 이익이 5천 캐나다 달러를 초과한 경우에는 14년 이하의 자유형에 처하고 (Sec. 380(*Fraud*) Subs. (1) (a) *Criminal Code*), 그 가액이 5천 캐나다 달러를 초과하지 않은 경우에는 2년 이하의 자유형에 처하거나 또는 약식재판(*summary conviction*)에 회부하도록 하고 있다(b)). 또한 그 가액이 1백만 캐나다 달러를 초과한 경우에는 법관으로 하여금 2년 이하의 자유형을 선고하지 못하도록 하고 있다(Sec. 380 Sub. 1.1(*Minimum punishment*)).

또한 주가조작(Sec. 382(*Fraudulent manipulation of stock exchange transactions*)), 주식시장에서의 내부자거래(Sec. 382.1(*Prohibited insider trading*)) 또는 허위의 경영공시 등의 죄(Sec. 400(*False prospectus, etc.*))에서는 그 범죄수익의 가액이 1백만 캐나다 달러를 초과한 경우에는 이를 가중양형인자로 고려하도록 하고 있다(Sec. 380.1(*Sentencing - aggravating circumstances*) (1.1)(*Aggravating circumstance - value of the fraud*)).⁸⁶⁾

⁸⁵⁾ 『最高人民法院 最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释(2016. 4.18.)』 제1조(<http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-19612.html>; 검색일: 2017년 8월 6일).

4) 미국

미국의 경우에도 범죄수익 또는 피해의 가액이 문제되는 범죄에서 가액이 가벌성의 하한을 결정하거나 가중처벌의 기준으로 정하고 있는 경우가 적지 않다.

예컨대 「연방형법(18. Title(Crimes And Criminal Procedure) USCS)」은 범죄수익이나 피해의 가액이 문제되는 경우라도 일반적으로는 그 가액에 따라 법정형을 구분하기 보다는 양형위원회의 연방양형기준(USSC Sentencing Guidelines)⁸⁷⁾에 형벌의 개별화를 반영하는 것이 일반적이다. 그렇다고 하여 연방형법이 가액에 따라 법정형을 구분하고 있는 규정이 전혀 없는 것은 아니지만, 그렇다고 하여 중국이나 캐나다 그리고 미국 각 주 형법전과 같이 가액에 따라 법정형의 구간이 상세하게 구분되어 있는 것은 아니다. 가액이 가벌성의 하한을 결정하거나 형의 가중 또는 감경의 기준으로 사용되고 있는 것으로는 예컨대 제1장 “뇌물, 선물 그리고 이익충돌(Bribery, graft, and conflicts of interest)”⁸⁸⁾ 제31장 “횡령 및 절도(Embezzlement and theft)”⁸⁹⁾ 또는 제47장 “사기와 사실에 반하는 진술(Fraud and false statements)”⁹⁰⁾ 등을 들 수 있다.⁹¹⁾

⁸⁶⁾ Sentencing - aggravating circumstances
Sec. 380.1
(1) ... [생략]

Aggravating circumstance - value of the fraud

(1.1) Without limiting the generality of section 718.2, when a court imposes a sentence for an offence referred to in section 382, 382.1 or 400, it shall also consider as an aggravating circumstance the fact that the value of the fraud committed exceeded one million dollars.

(2) ... [생략]

⁸⁷⁾ United States Sentencing Commission, Guidelines Manual, 2016(<https://www.ussc.gov/guidelines/2016-guidelines-manual>; 검색일: 2017년 8월 10일). 예컨대 기본적인 경제범죄의 양형기준을 정한 PART B(Basic Economic Offenses) §2B1.1.(절도 등) Subs. (b)(1), §2B2.1.(주거침입 등에서의 피해) Subs. (b)(2), §2B3.1.(강도 등) Subs. (b)(7), §2B4.1.(금융기관에서의 뇌물 등) (b)(1), §2B5.1. Subs. (b)(1) 및 §2B5.3. (b)(1)(상표권 등 침해) 또는 §2C1.1.(공무원의 뇌물죄 등) (b)(2) 등은 범죄수익 또는 피해의 가액에 따라 범죄의 등급(Level) 및 이에 따른 법정형이 결정된다.

⁸⁸⁾ 18 USCS Sec. 215 Subs. (a), 225 Subs. (a)(2).

⁸⁹⁾ 18 USCS Sec. 641, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 661, 662, 665, 666, 667, 669, 670 Sub. (c)(2).

⁹⁰⁾ 18 USCS Sec. 1003, 1025, 1028 Subs. (b)(1)(D), 1029 (a)(2)(5), 1030 Sub. (a)(4), (c)(2)(B)(iii), (c)(4)(A)(i)(I), 1031 Subs. (a), (b), (c), (g)(1), 1033 (b)(2), 1037 Sub. (b)(2)(E), 1039 (d).

⁹¹⁾ 가액이 가벌성의 하한을 결정하거나 가중 또는 감경의 기준으로 정하고 있는 규정으로는 예컨대 18 USCS Sec. 43 Subs. (b), 215 Subs. (a), 225 Subs. (a)(2), 228 Subs. (a), 443, Sec. 510 (c), 641, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 661, 662, 665, 666,

각 주 형법의 경우 양형기준과는 별도로 「형법전」에서 명문으로 가액에 따라 법정형을 구분하는 방식을 흔치 않게 찾아볼 수 있는데 연방형법보다는 상세하게 가액에 따라 법정형을 구분한다.⁹²⁾ 그리고 이때에도 법정형의 규정방식은 우선 총칙에 여러 등급의 경죄(*Misdemeanor*)와 중죄(*Felony*)를 구분하고 각칙에서는 해당 죄를 범한 자에 대해서는 어떤 등급의 경죄 또는 중죄로 처벌한다고만 규정함으로써 각칙에 구체적인 법정형을 규정하는 경우는 많지 않다.

예컨대 위스콘신 주⁹³⁾의 경우 금융기관을 대상으로 대출사기(위스콘신 주 「형법」 Sec. 943.82(*Loan Fraud*))를 범한 때에는 그 가액이 (1) 5백 달러를 초과하지 않은 경우 A급 경죄⁹⁴⁾로서 9월 이하의 징역 또는 1만 달러 이하의 벌금(또는 병과), (2) 500 달러를 초과하지 않으나 과거 경죄나 중죄로 유죄판결을 받은 경우에는 I급 중죄⁹⁵⁾로서 3년 6월 이하의 징역 또는 1만 달러 이하의 벌금(또는 병과), (3) 500 달러 이상 1만 달러 미만인 경우 H급 중죄로서 6년 이하의 징역 또는 1만 달러 이하의 벌금(또는 병과), (4) 1만 달러 이상 10만 달러 미만인 경우 G급 중죄로서 10년 이하의 징역 또는 2만5천 달러 이하의 벌금(또는 병과) 그리고 (5) 10만 달러를 초과하는 경우에는 E급 중죄로서 15년 이하의 징역 또는 5만 달러 이하의 벌금(또는 병과)에 처하도록 하고 있다.

이러한 가액에 따른 법정형의 규정방식은 예컨대 (2) 뉴욕 주⁹⁶⁾, (3) 캘리포니아

667, 669, 670 Sub. (c)(2), 843 (a), 872, 892 Subs. (b)(4), 982 Subs. (b)(2), 1003, 1025, 1028 Subs. (b)(1), 1029 (a)(2)(5), 1030 Sub. (a)(4), (c)(2)(B)(iii), (c)(4)(A)(f)(l), 1031 Subs. (a), (b), (c), (g)(1), 1033 (b)(2), 1037 Sub. (b)(2)(E), 1039 (d), 1159 Subs. (b)(1), 1163, 1167, 1168, 1361, 1366 Subs. (a), (b), 1388 Sub. (d)(4), 1389 Sub. (a), 1511 Subs. (b)(1)(iii), 1656, 1707, 1711, 1751 (g), 1864 (b)(4), 1920, 1955 Subs. (b)(1)(iii), (c), 1956 (c)(7)(D), (f)(2), 1957 (a), 2113 (b), 2118 (a), (b), 2255 (a), 2314, 2015, 2318 Subs. (e)(4), 2319 Sub. (b)(1), 2319 Subs. (b)(1), (c)(1), (3), 2520 (c)(1), (2), 3185 (6) 등을 들 수 있다.

92) 미국 형법의 경우 일반적으로 범죄를 경죄(*Misdemeanor*)와 중죄(*Felony*)로 구분하고, 다시 각각을 여러 등급(*Class, Degree*)으로 나눈다(*Samaha, Joel, Criminal Law, 11th Ed., Wadsworth, United States etc., 2014, p. 14.*). 특히 미국 주 형법의 경우 대체적으로 각 등급에 상응하는 형벌을 형법전의 총칙편(대체적으로 “*penalties*”라는 표제로 규정)에 규정한다. 따라서 개별 범죄구성요건에서는 해당 범죄가 경죄나 중죄의 어떤 등급에 해당하는지에 관해서만 규정할 뿐이고 구체적인 형벌은 각 등급에 해당하는 법정형에 의한다.

93) 예컨대 Chap. 943 *Crimes against Property* Subchap. III *Misappropriation* Sec. 943.20. *Theft* Subs. (3) *Penalties* 등. <http://docs.legis.wisconsin.gov/statutes/prefaces/toc>(검색일: 2017년 8월 10일).

94) 경죄의 법정형은 Sec. 939.51.(*Classification of misdemeanors*) Subs. (3) 참조.

95) 중죄의 법정형은 Sec. 939.50(*Classification of felonies*) Subs. (3) 참조.

96) 예컨대 Title J *Offenses Involving Theft*, Title J *Offenses Involving Fraud*나 보험사기죄(176.00-176.70) 등. 뉴욕 주 「형법전」은

주,⁹⁸⁾ (4) 워싱턴 주,⁹⁹⁾ (5) 플로리다 주,¹⁰⁰⁾ (6) 텍사스 주 「형법」¹⁰¹⁾ 등의 경우에도 크게 다르지 않다.

5) 영국

영국의 경우 가액에 따라 법정형을 구분하는 경우를 찾아보기는 쉽지 않으며 일반적으로 가액은 양형인자로 고려된다. 예컨대 사기방지법(*Fraud Act 2006*)에서는 법정형을 가액에 따라 구분하지 않고 있으며 양형기준에서 가액에 따라 선고형을 구분하고 있다.¹⁰²⁾

6) 독일

독일 형법에서도 범죄수익 또는 피해의 가액의 경중에 따라 법정형을 구분하지만 그렇다고 하여 형법전에 구체적인 가액을 규정하지는 않는다. 즉 범죄수익액 또는 피해액이 과중한 경우를 “죄질이 중한 경우”(“*in besonders schweren Fällen*”)로 정하여 기본 구성요건에 대한 가중구성요건으로 정한다. 예컨대 단순사기죄에서 가중처벌대상이 되는 경우(*in besonderen schweren Fällen* §263 Abs. 3 dStGB)로는 “중대한 재산상의 손해를 초래할 때(*einen Vermögensverlust großen Ausmaßes herbeiführt*)” (§263(Betrug) Abs. 3 Nr. 2 die erste Alternative dStGB)나 “타인을 경제적으로 곤궁한 상태로 빠지게 할 때(*eine andere Person*

<http://public.leginfo.state.ny.us/lawssrch.cgi?NVLWO>: (검색일: 2017년 8월 10일).

⁹⁷⁾ 뉴욕 주 「형법」에서 절도죄와 관련해서는 손동권/박상기 외, 『형사특별법론』, 한국형사정책연구원, 2012, 496면 이하.

⁹⁸⁾ 예컨대 Part 1. Title 13 Chap. 10 *Crimes Against Insured Property and Insurers*, Title 17 Chap. 1. *Bribery and Corruption* 등. 캘리포니아 주 「형법전」은 <http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes/TOCSelected.xhtml?tocCode=PEN&tocTitle=+Penal+Code+-+PEN>(검색일: 2017년 8월 10일).

⁹⁹⁾ 예컨대 9A.56 *Theft and robbery*; 9A.61.030 *Defrauding a public utility in the first degree* 등. 워싱턴 주 「형법전」은 <http://apps.leg.wa.gov/rcw/default.aspx?Cite=9A>(검색일: 2017년 8월 10일).

¹⁰⁰⁾ 예컨대 Title XLVI Chap. 812 Sec. 812.014 *Theft* 등. 플로리다 주 「형법전」은 http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App_mode=Display_Index&Title_Request=XLVI#TitleXLVI(검색일: 2017년 8월 10일).

¹⁰¹⁾ 예컨대 재산범죄(특히 절도, Chap. 31(Theft) Sec. 31.03. Subs. (e) etc.), 사기범죄(특히 상표권 침해, Chap. 32(Fraud) Sec. 32.23. Subs. (e) etc.) 등, 자금세탁(Chap. 34(Money Laundering) Sec. 34.02. Subs. (e)) 또는 보험사기(Chap. 35(Insurance Fraud) Sec. 35.02. Subs. (c)) 등. 텍사스 주 「형법전」은 <http://www.statutes.legis.state.tx.us/>(검색일: 2017년 8월 10일).

¹⁰²⁾ *Sentencing Council, Fraud, Bribery and Money Laundering Offences, Definitive Guideline*, 2014(<https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Fraud-bribery-and-money-laundering-offences-Definitive-guideline2.pdf>; 검색일: 2017년 8월 17일), p. 7.

in wirtschaftliche Not bringt)”로 규정한다. 이때 연방법원은 가중처벌의 기준이 되는 “중대한 재산상의 손해”를 5만 유로로 판단한 바가 있다.¹⁰³⁾

나. 검토

우리나라의 경우 일반적으로 (1) 일반법에 기본구성요건을 정하고 가중처벌은 전적으로 형사특별법에 위임하면서 (2) 다수의 기본구성요건들에 대하여 그 죄질의 경중에 상관없이 가액에 따라서만 일률적으로 동일한 법정형을 정하고 있다. 일견 이러한 규정방식은 아무런 문제가 없어 보이지만 자세히 살펴보면 자의적인 법적용의 여지를 남겨둠으로써 자칫 일관적이고 신뢰할 수 있는 법적용을 기대하기 어렵게 만든다.

그 가장 큰 원인들 중의 하나는 우리나라의 경우 기본구성요건을 일반법에 규정하고 가액에 따른 가중처벌은 형사특별법에 전적으로 맡김으로써 (1) 형사특별법의 가중처벌규정을 독자적인 범죄구성요건으로 정한 것인지 아니면 기준가액을 초과한 경우의 처벌례를 정한 것인지, 그리고 만약 형사특별법의 가중처벌규정이 일반법에 대한 독립구성요건을 정한 것이라고 한다면,¹⁰⁴⁾ (2) 양자가 법조경합의 관계에 있는지 아니면 ② 상상적 경합관계에 있는지가 명확하지 않다는 점이다. 이러한 불명확성은 적용법조의 선택에 있어서 자의적인 법적용을 가능하게 함으로써 적용법조의 선택에 대한 예측을 어렵게 만들어 법적용의 안정성과 신뢰를 저해할 위험이 있다.

또한 형사특별법의 가중처벌규정은 지나치게 많은 기본구성요건을 연동시키고 있을 뿐만 아니라 기본구성요건의 죄질의 경중을 무시하고 일률적으로 동일한 법정형을 정하고 있는 것은 책임원칙의 실질적인 내용인 형벌의 개별화의 이념과도 부합되지

¹⁰³⁾ BGH Beschluß vom 17.11.2006 – 2 StR 388/06; *Sch/Sch/Perron*²⁹ Rn. 188c §263; MK-*Hefendehl* Nr. 852 zu §263.

¹⁰⁴⁾ 헌법재판소 2015.2.26. 2014헌가16 등 결정: “현행 특가법 조항을 살펴보더라도, 뇌물죄는 가액에 따라(제2조), 체포·감금죄는 결과발생의 정도에 따라(제4조의2), 횡령·배임죄는 행위자의 신분과 대상, 액수에 따라(제5조) 법정형을 정하고 있고, 보복범죄의 가중처벌(제5조의9), 운행 중인 자동차 운전자에 대한 폭행 등의 가중처벌(제5조의10) 등에 관해서도 가중적 구성요건의 표지를 추가하여 규정하고 있다. 이에 반하여 심판대상조항은 그러한 표지가 전혀 없이 법적용을 오로지 검사의 기소재량에만 맡기고 있으므로, 법집행기관 스스로도 법적용에 대한 혼란을 겪을 수 있고, 이는 결과적으로 국민의 불이익으로 돌아올 수밖에 없다. 한편, 이러한 사정은 법집행기관이 피의자나 피고인으로부터 자백을 유도하거나 상소를 포기하도록 하는 수단으로 악용될 소지도 있다(헌재 2014.4.24. 2011헌바2; 헌재 2014.11.27. 2014헌바224 등 참조); 헌법재판소 2014.11.27. 2014헌바224, 2014헌가11(병합).

않는다.

따라서 가액에 따라 법정형을 구분하는 경우 기본구성요건과 특별가중구성요건으로 규정함으로써 법조경합이 성립될 가능성을 남겨둘 것이 아니라 예컨대 「형법」 제38조 제1항¹⁰⁵⁾과 같이 “~ 다음의 구별에 의하여 처벌한다”고 규정하는 것이 바람직하다. 물론 이에 대해서도 기본구성요건과 특별가중구성요건으로 규정하지 않았을 뿐 가중처벌의 다른 이름에 불과하다는 비판이 있을 수 있다. 그러나 앞서 언급한 바와 같이 가액에 따라 가벌성과 죄질의 경중에 차이가 있다는 점, 가벌성과 죄질의 경중에 따라 법정형을 달리 정하는 것은 오히려 책임원칙에 상응한다는 점 그리고 적어도 이러한 규정방식은 법적용상 불확실성을 제거할 수 있다는 점에서 가액에 따라 법정형을 구분하는 것이 구성요건을 규정하는 적절한 방식이라고 판단된다.

3. 부록: 이득액에 따른 법정형의 구분

아래의 표는 이득액에 따라 법정형을 구분하고 있는 규정들을 정리한 것이다.

¹⁰⁵⁾ 「형법」 제38조

① 경합범을 동시에 판결할 때에는 다음의 구별에 의하여 처벌한다.

1. 가장 중한 죄에 정한 형이 사형 또는 무기징역이나 무기금고인 때에는 가장 중한 죄에 정한 형으로 처벌한다.
2. 각 죄에 정한 형이 사형 또는 무기징역이나 무기금고 이외의 동종의 형인 때에는 가장 중한 죄에 정한 장기 또는 다액에 그 2분의 1까지 가중하되 각 죄에 정한 형의 장기 또는 다액을 합산한 형기 또는 액수를 초과할 수 없다. 단 과료와 과료, 몰수와 몰수는 병과할 수 있다.
3. 각 죄에 정한 형이 무기징역이나 무기금고 이외의 이종의 형인 때에는 병과한다.

〈표 2-1〉 이득액 또는 포탈액 등에 따른 법정형의 차등

법률명	조문	참조조문 및 내용	법정형	비고
특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률	제2조(뇌물죄의 가중처벌)	「형법」 제129조, 제130조 또는 제132조	[수뢰액] 1억원 이상인 경우: 무기 또는 10년 이상의 징역 5천만원 이상 1억원 미만인 경우: 7년 이상의 유기징역 3천만원 이상 5천만원 미만인 경우: 5년 이상의 유기징역	뇌물제공에 대한 가중처벌 규정은 없음. 뇌물제공: 「형법」 제133조: 5년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금
	제2항		[수뢰액이 3천만원 미만인 경우] 「형법」 제129조, 제130조 또는 제132조의 예에 따름.	
	제5조(국고 등 손실)	「형법」 제355조	[벌금의 범위] *「형법」 제129조·제130조 또는 제132조에 규정된 죄를 범한 사람은 그 죄에 대하여 정한 형(제1항의 경우를 포함한다)에 수뢰액의 2배 이상 5배 이하의 벌금	「특가법」 제2조 제1항에 해당하는 죄를 범한 경우에 한정하지 않고 “「형법」 제129조·제130조 또는 제132조에 규정된 죄를 범한 사람”에 대해서도 벌금형을 가중하는 경우 위한의 소지가 있음 - 구성요건은 동일하면서 법정형만 가중.
	제6조(「관세법」 위반행위의 가중처벌)	「관세법」 제269조 제1항	[국고 또는 지방자치단체의 손실] 5억원 이상인 경우: 무기 또는 5년 이상의 징역 1억원 이상 5억원 미만인 경우: 3년 이상의 유기징역 [국고 또는 지방자치단체의 손실이 1억원 미만인 경우] 「형법」 제355조(횡령·배임): 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금 (10년 이하의 자격정지 병과(제358조), 미수범(제359조), 친속상도예(제361조))	
			[물품가액] 1억원 이상인 경우: 무기 또는 7년 이상의 징역 3천만원 이상 1억원 미만인 경우: 3년 이상의 유기징역 [물품가액이 3천만원 미만인 경우] 제269조 제1항: 7년 이하의 징역 또는 7천만원 이하의 벌금	

법률명	조문	참조조문 및 내용	법정형	비고
	제2항	제269조 제2항	<p>[수입한 물품의 원가] 5억원 이상인 경우: 무기 또는 5년 이상의 징역 2억원 이상 5억원 미만인 경우: 3년 이상의 유기징역</p> <p>[수입한 물품의 원가가 2억원 미만인 경우] 제269조 제2항: 5년 이하의 징역 또는 관세액의 10배와 물품 원가 중 높은 금액 이하에 상당하는 벌금</p>	
	제3항	제269조 제3항	<p>[물품의 원가가 5억원 이상인 경우] 1년 이상의 유기징역</p> <p>[물품의 원가가 5억원 미만인 경우] 제269조 제3항: 3년 이하의 징역 또는 물품원가 이하에 상당 하는 벌금</p>	
	제4항	제270조 제1항 제1호, 제4항, 제5항	<p>[포탈·면탈하거나 감면·환급받은 세액] 2억원 이상인 경우에는 무기 또는 5년 이상의 징역 5천만원 이상 2억원 미만인 경우에는 3년 이상의 유기징역</p> <p>[세액이 5천만원 미만인 경우] 3년 이하의 징역 또는 포탈한 관세 등의 5배 이하에 상당하는 벌금</p>	제270조 제1항 제1호, 제4항, 제5항의 법정형은 동일
	제5항	제270조 제1항 제2호 및 제2항	<p>[수입한 물품의 원가] 5억원 이상인 경우: 3년 이상의 유기징역 2억원 이상 5억원 미만인 경우: 1년 이상의 유기징역</p> <p>[원가가 2억원 미만인 경우] 제270조 제1항 제2호: 3년 이하의 징역 또는 포탈한 관세액 의 5배와 물품원가 중 높은 금액 이하에 상당하는 벌금 제270조 제2항: 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금</p>	

법률명	조문	참조조문 및 내용	법정형	비고
	제6항		[벌금의 병과] 제1항부터 제6항의 경우 제1항의 경우: 물품가액의 2배 이상 10배 이하 제2항의 경우: 수입한 물품 원가의 2배 제3항의 경우: 수출하거나 반송한 물품의 원가 제4항의 경우: 포탈·면탈하거나 감면·환급받은 세액의 2배 이상 10배 이하 제5항의 경우: 수입한 물품의 원가	
	제7항	제271조	제1항부터 제6항까지의 예에 따름.	
	제8항	단체 또는 집단 또는 상습: 「관세법」 제269조부터 제271조까지 또는 제274조	무기 또는 10년 이상의 징역	
제8조(조세 포탈의 가중처벌)	제1항	「조세범 처벌법」 제3조 제1항, 제4조 및 제5조, 「지방세기본법」 제102조제1항	[연간 포탈세액 등] 10억원 이상인 경우: 무기 또는 5년 이상의 징역 5억원 이상 10억원 미만인 경우: 3년 이상의 유기징역 [연간 포탈세액 등이 5억원 미만인 경우] 「조세범 처벌법」 제3조 제1항, 제4조 및 제5조, 「지방세기본법」 제102조제1항에 따른 법정형	다만 「조세범 처벌법」 제3조 제1항 단서 제1호(3억원 이상) 및 제2호(5억원 이상)와 「지방세기본법」 제102조 제1항 단서 제1호(3억원 이상) 및 제2호(5억원 이상)와의 관계에서 위헌의 소지가 있음 - 구성요건이 동일하면서 법정형만 가중.
	제2항	벌금의 병과	제1항의 경우에 포탈세액 등의 2배 이상 5배 이하에 상당하는 벌금	
제8조의2(세금계산서 교부의무 위반 등의 가중처벌)		(영리목적) 「조세범 처벌법」 제10조제3항 및 제4항 전단	[공금가액 등] 50억원 이상인 경우: 3년 이상의 유기징역 30억원 이상 50억원 미만인 경우: 1년 이상의 유기징역 [공금가액 등이 30억원 미만인 경우] 3년 이하의 징역 또는 공금가액 등의 3배 이하에 상당하는 벌금. 단서: 세무사·공인회계사 및 변호사가 제3항을 범한 때: 「세무사법」 제22조제2항에도 불구하고 해당 항의 2분의 1을 가중.	단서는 위헌의 소지 - 구성요건이 동일하면서 법정형만 가중.

법률명	조문	참조조문 및 내용	법정형	비고
제9조(「산림자원 의 조성 및 관리 에 관한 법률」 등 위반행위의 가중 처벌)		「산림자원의 조성 및 관 리에 관한 법률」 제73조 및 제74조	임산물의 원산지 가격이 1억원 이상이거나 산림 훼손면적이 5만제곱미터 이상인 경우: 3년 이상 25년 이하의 징역 임산물의 원산지 가격이 1천만원 이상 1억원 미만이거나 산 림 훼손면적이 5천제곱미터 이상 5만제곱미터 미만인 경우: 2년 이상 20년 이하의 징역 [위의 기준 미만인 경우] 제73조: 제1항 - 7년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금 (미수범 처벌(제2항); 상습범(제3항 제6호)); 제3항 - 1년 이 상 10년 이하의 징역 제74조: 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금(상 습범(제3항))	양벌규정: 동법 제78조(제74조 제1항, 제2항)
제11조(마약사범 등의 가중처벌)	제1항	「마약류관리에 관한 법 률」 제58조제1항제1호 부터 제4호까지 및 제6 호·제7호	[마약 등 가액] 5천만원 이상인 경우: 무기 또는 10년 이상의 징역 500만원 이상 5천만원 미만인 경우: 무기 또는 7년 이상의 징역 [마약 등 가액이 500만원 미만인 경우] 무기 또는 5년 이상의 징역	마약류관리법상 마약 등 가액이 500만 원 미만인 경우에도 무기징역까지 부과 할 수 있어서 특기법에서 유기징역을 가 중하는 것이 의미있는지는 의문.
	제2항	「마약류관리에 관한 법 률」 제59조제1항부터 제3항까지 및 제60조	[마약 등 가액] 5천만원 이상인 경우: 무기 또는 7년 이상의 징역 500만원 이상 5천만원 미만인 경우: 무기 또는 3년 이상의 징역 [마약 등 가액이 500만원 미만인 경우] 제59조 제1항: 1년 이상의 유기징역(상습범(제2항); 미수범 (제3항)) 제60조 제1항: 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금 (상습범(제2항); 미수범(제3항))	미수범(제59조 제3항; 제60조 제3항)에 대해서도 가중처벌의 타당성 의문.
제12조(외국인을 위한 탈법행위)			[재산권의 가액] 1억원 이상인 경우: 무기 또는 10년 이상의 징역 1억원 미만인 경우: 무기 또는 3년 이상의 유기징역	「외국인투자 촉진법」 등 참조

법률명	조문	참조조문 및 내용	법정형	비고	
특정경제범죄 기중 처벌 등에 관한 법률	제3조(특정재산 범죄의 기중처벌)	「형법」 제347조(사기), 제350조(공갈), 제350조의2(특수공갈), 제351조(제347조, 제350조 및 제350조의2의 상습범만 해당한다), 제355조(횡령·배임) 또는 제356조(업무상의 횡령과 배임)	[이득액] 50억원 이상인 경우: 무기 또는 5년 이상의 징역 5억원 이상 50억원 미만인 경우: 3년 이상의 유기징역 [이득액이 5억원 미만인 경우] 「형법」 제347조(사기), 제350조(공갈), 제350조의2(특수공갈), 제351조(제347조, 제350조 및 제350조의2의 상습범만 해당한다), 제355조(횡령·배임) 또는 제356조(업무상의 횡령과 배임)에 따름.		
	제4조(재산국외 도피의 죄)	제1항의 경우에 이득액 이하의 벌금 도피액의 2배 이상 10배 이하에 상당하는 벌금	[벌금의 병과] 제1항의 경우에 이득액 이하의 벌금 도피액의 2배 이상 10배 이하에 상당하는 벌금	「국내재산 도피 방지법」 제1조 및 제2조: 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」 제3조 및 제4조, 「외국환거래법」 「벌칙」 참조 미수범에 대한 감경 배제	
	제5조(금융회사 등 임직원의 수재 등의 죄)	제1항 또는 제2항의 형 "도피액"의 2배 이상 10배 이하에 상당하는 벌금 [수수액이 3천만원 미만] 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지 [수수액] 1억원 이상인 경우: 무기 또는 10년 이상의 징역 5천만원 이상 1억원 미만인 경우: 7년 이상의 유기징역 3천만원 이상 5천만원 미만인 경우: 5년 이상의 유기징역 제1항부터 제4항의 경우에 수수액의 2배 이상 5배 이하의 벌금	제1항 또는 제2항의 형 "도피액"의 2배 이상 10배 이하에 상당하는 벌금 [수수액이 3천만원 미만] 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지 [수수액] 1억원 이상인 경우: 무기 또는 10년 이상의 징역 5천만원 이상 1억원 미만인 경우: 7년 이상의 유기징역 3천만원 이상 5천만원 미만인 경우: 5년 이상의 유기징역 제1항부터 제4항의 경우에 수수액의 2배 이상 5배 이하의 벌금	제6조(금융회사 등 임직원의 증거 등의 죄): 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금	
	제3항	미수범	제1항 또는 제2항의 형	제1항 또는 제2항의 형	제1항 또는 제2항의 형
	제4항	양벌규정	"도피액"의 2배 이상 10배 이하에 상당하는 벌금	"도피액"의 2배 이상 10배 이하에 상당하는 벌금	"도피액"의 2배 이상 10배 이하에 상당하는 벌금
제5조(금융회사 등 임직원의 수재 등의 죄)	제1항 - 제3항 제4항	단순수재(제1항), 제삼자금융제공(제2항), 앞선수재(제3항) 기중처벌	[수수액] 1억원 이상인 경우: 무기 또는 10년 이상의 징역 5천만원 이상 1억원 미만인 경우: 7년 이상의 유기징역 3천만원 이상 5천만원 미만인 경우: 5년 이상의 유기징역 제1항부터 제4항의 경우에 수수액의 2배 이상 5배 이하의 벌금	제6조(금융회사 등 임직원의 증거 등의 죄): 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금	
제5항	벌금의 병과	벌금의 병과	벌금의 병과	벌금의 병과	

법률명	조문	참조조문 및 내용	법정형	비고
	제11조(무인가산 금융영업의 기준 처벌)	「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제444조제22호(단기금융업 무만 해당한다)	[수수료액] 수수료액이 연 10억원 이상일 때: 3년 이상의 유기징역 수수료액이 연 1억원 이상 10억원 미만일 때: 1년 이상의 유기징역 1억원 미만: 5년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금	자본시장법 제448조(양벌규정) 벌금 병과
조세범 처벌법	제3조(조세 포탈 등)		[포탈세액] 3년 이하의 징역 또는 포탈세액의 3배 이하에 상당하는 벌금 1. 포탈세액등이 3억원 이상이고, 그 포탈세액등이 신고·납부하여야 할 세액(납세의무자의 신고에 따라 정부가 부과·징수하는 조세의 경우에는 결정·고지하여야 할 세액을 말한다)의 100분의 30 이상인 경우 2. 포탈세액등이 5억원 이상인 경우 [상기 기준 미만인 경우] 2년 이하의 징역 또는 포탈세액 등의 2배 이하에 상당하는 벌금	「지방세기본법」 제102조와 유사 상습범: 1/2 기준(제4항)
	제6조(무면허 주류의 제조 및 판매)		3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금 해당 주세 상당액의 3배의 금액이 3천만원을 초과할 때에는 그 주세 상당액의 3배의 금액 이하의 벌금	벌금의 차등
지방세기본법	제102조(지방세의 포탈)		[포탈세액 등] 3년 이하의 징역 또는 포탈세액의 3배 이하에 상당하는 벌금 1. 포탈세액등이 3억원 이상이고, 그 포탈세액등이 신고·납부하여야 할 세액의 100분의 30 이상인 경우 2. 포탈세액등이 5억원 이상인 경우 [상기 기준 미만인 경우] 2년 이하의 징역 또는 포탈세액 등의 2배 이하에 상당하는 벌금	「조세범 처벌법」 제3조와 유사 상습범: 1/2 기준(제4항)
증권관련 집단소송법	제60조(배임 수재)	단순수재, 제삼자금융 등제공	[수수료액] 1억원 이상인 경우: 무기 또는 10년 이상의 유기징역에 처하되, 수수료액 상당하는 금액 이하의 벌금 병과	[증재] 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금

법률명	조문	참조조문 및 내용	법정형	비고
국제상거래에 있어서 외국공무원에 대한 뇌물방지법		3천만원 이상 1억원 미만인 경우: 5년 이상의 유기징역에 처하되, 수수액에 상당하는 금액 이하의 벌금 병과 수수액이 3천만원 미만인 경우: 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금	[자격정지] 10년 이하의 자격정지 병과(제3항)	[자격정지] 10년 이하의 자격정지 병과(제3항)
국제상거래에 있어서 외국공무원에 대한 뇌물방지법	제3조(뇌물공여 자 등의 형사책임)	[범죄행위로 얻은 이익이 1천만원 이하인 경우] 5년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금 [범죄행위로 얻은 이익이 1천만원 이하인 경우] 5년 이하의 징역 또는 그 이익의 2배에 해당하는 금액 이하의 벌금	[범죄행위로 얻은 이익이 1천만원 이하인 경우] 5년 이하의 징역 또는 그 이익의 2배에 해당하는 금액 이하의 벌금	법정형의 기준은 범문인상 증거에 의하여 아니라 "범죄행위로 얻은 이익"(국제상거래와 관련하여 부정한 이익을 얻을 목적으로)이다. 양벌규정(제4조)
보험사기 방지법	제11조(보험사기 죄의 가중처벌)	[보험사기이득액] 50억원 이상일 때: 무기 또는 5년 이상의 징역 50억원 이상 50억원 미만일 때: 3년 이상의 유기징역 [보험사기이득액이 5억원 미만인 경우] 제8조(보험사기죄): 10년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금 제9조(상습범): 1/2 가중	제11조 - 특경법 제14조에 정한 취업제한 준용	제11조 - 특경법 제14조에 정한 취업제한 준용
자본시장과 금융투자업에 관한 법률	제443조(벌칙)	10년 이하의 징역 또는 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 2배 이상 5배 이하에 상당하는 벌금 [그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 없거나 산정하기 곤란한 경우 또는 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 5배에 해당하는 금액이 5억원 이하인 경우] 5억원 이하의 벌금	제1항 또는 제2항에 따라 징역에 처하는 경우: 10년 이하의 자격정지 양벌규정(제448조) 벌금의 차등	제1항 또는 제2항에 따라 징역에 처하는 경우: 10년 이하의 자격정지 양벌규정(제448조) 벌금의 차등
외국환거래법	제27조(벌칙)	제1항의 징역형의 가중 제2항 제1항 5년 이하의 징역 또는 5억원 이하의 벌금 다만, 위반행위의 목적물 가액의 3배가 5억원을 초과하는 경우에는 그 벌금을 목적물 가액의 3배 이하	[이익 또는 손실액] 50억원 이상인 경우: 무기 또는 5년 이상의 징역 50억원 이상 50억원 미만인 경우: 3년 이상의 유기징역 5년 이하의 징역 또는 5억원 이하의 벌금 다만, 위반행위의 목적물 가액의 3배가 5억원을 초과하는 경우에는 그 벌금을 목적물 가액의 3배 이하	벌금의 차등 양벌규정 (제31조)

법률명	조문	참조조문 및 내용	법정형	비고
	제27조의2(벌칙)	제1항	3년 이하의 징역 또는 3억원 이하의 벌금 다만, 위반행위의 목적물 가액의 3배가 3억원을 초과하는 경우에는 그 벌금을 목적물 가액의 3배 이하	
	제29조(벌칙)	제1항	1년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금 다만, 위반행위의 목적물 가액의 3배가 1억원을 초과하는 경우에는 그 벌금을 목적물 가액의 3배 이하	
국내 재산도피 방지법	제2조(벌칙)		10년 이하의 징역이나 금고 또는 100만원 이하의 벌금 다만, 해당 범죄행위의 목적물의 가액의 3배가 100만원을 초과할 때에는 벌금액은 해당 가액의 3배 이하	벌금의 차등
부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률	제18조(벌칙)	제1항	10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금 다만, 벌금형에 처하는 경우 위반행위로 인한 재산상 이득액의 10배에 해당하는 금액이 1억원을 초과하면 그 재산상 이득액의 2배 이상 10배 이하의 벌금	벌금의 차등
		제2항	5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금 다만, 벌금형에 처하는 경우 위반행위로 인한 재산상 이득액의 10배에 해당하는 금액이 5천만원을 초과하면 그 재산상 이득액의 2배 이상 10배 이하의 벌금	
온실가스 배출권의 할당 및 거래에 관한 법률	제41조(벌칙)	제1항	3년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금 다만, 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액이 1억원을 초과하는 경우에는 그 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액 이하의 벌금	벌금의 차등
		제3항	1억원 이하의 벌금 다만, 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액이 1억원을 초과하는 경우에는 그 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액 이하의 벌금	
원전비리 방지를 위한 원자력발전사 업자들의 관리·감독에 관한 법률	제31조(중수리의 기준치별)	제1항	형법 제129조부터 제133조: 특가법에 의하여 기준되는 경우를 포함	특가법에 의하여 기준된 형을 제자 1/2
		제2항	그 외에 대하여 정한 용에 수뢰액의 5배 이상 10배 이하의 벌금	

제2절 형사특별법에 정한 몰수·추징의 법적 성격과 정비방안

형사특별법에서 정비하기 매우 어려운 규정들 중의 하나가 바로 몰수·추징 규정이다. 그 이유는 판례가 이익박탈적 성격을 갖는 형법상 몰수·추징과 징벌적 성격을 갖는 형사특별법 또는 특별형법상 몰수·추징을 구별하면서 후자에 대해서는 다수의 공범자들 간에 공동연대추징을 인정하고 있어서 만약 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」(이하 「특경법」이라 한다)이나 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」(이하 「특가법」이라 한다) 또는 - 필요에 따라서는 - (몰수·추징이 부가되는) 다른 법률의 처벌규정을 「형법전」에 편입시키거나 또는 그 전문성 때문에 개별 행정법에 편입시키는 경우 「형법전」에 정한 이익박탈적 몰수·추징과 이들 형사특별법의 징벌적 몰수·추징을 조화시키는 것이 그리 쉽지 않다는 데에 있다.

1. 법적 성격: 이익박탈적 몰수·추징과 징벌적 몰수·추징

몰수·추징의 법적 성격과 관련하여 대법원과 헌법재판소는 「형법전」에 정한 이익박탈적 몰수·추징과 구별되는 징벌적 몰수·추징을 인정하면서 특히 「외국환관리법」,¹⁰⁶⁾ 「관세법」,¹⁰⁷⁾ 「마약류 관리에 관한 법률」,¹⁰⁸⁾ 「한국마사회법」,¹⁰⁹⁾ 「밀항단속법」¹¹⁰⁾에 정한 몰수·추징뿐만 아니라 특경법상 국외재산도피죄에 대한 몰수·추징(「특경법」 제10조(몰수·추징) 제3항(제1항과의 관계에서); 제4조(국외재산도피의 죄))¹¹¹⁾에 대해서도 그 법적 성격을 징벌적 몰수·추징으로 해석하고 있다.

106) 대법원 1982.11.23. 선고 81도1737 판결; 대법원 1983.9.27. 선고 83도1911 판결; 대법원 1998. 5. 21. 선고 95도2002 전원합의체 판결; 헌법재판소 2012.5.31. 2010헌가97.

107) 대법원 1976.8.24. 선고 76도2024 판결; 대법원 1983.9.27. 선고 83도1911 판결; 대법원 1984.6.12. 선고 84도397 판결; 대법원 2007.12.28. 선고 2007도8401 판결; 대법원 2008.1.17. 선고 2006도455 판결; 헌법재판소 1998.2.5. 96헌바96; 2004.3.25. 2001헌바89; 2008.10.30. 2008헌바11; 2008.12.26. 2005헌바30; 2010.5.27. 2009헌가28; 2010.7.29. 2008헌바145; 2012.4.24. 2010헌바363; 2013.10.24. 2012헌바85; 2015.10.21. 2013헌바388.

108) 대법원 1982.11.9. 선고 82도2055 판결; 대법원 1989.12.8. 선고 89도1920 판결; 대법원 2001.12.28. 선고 2001도5158 판결; 대법원 2007.3.15. 선고 2006도9314 판결; 대법원 2009.6.11. 선고 2009도 2819 판결; 대법원 2010.8.26. 선고 2010도7251 판결.

109) 헌법재판소 2009.7.30. 2007헌가11 전원재판부.

110) 대법원 2008.10.9. 선고 2008도7034 판결.

111) 대법원 2008.10.9. 선고 2008도7034 판결; 대법원 2005.4.29. 선고 2002도7262 판결; 헌법재판소

그런데 이러한 징벌적 몰수·추징이 문제가 되는 것은 형법상 이익박탈적 몰수·추징과는 달리 몰수·추징 대상자들에게 공동연대책무를 인정한다는 점이다.

즉 판례는 ① “외국환관리법상의 몰수와 추징은 일반 형사법의 경우와 달리 범죄사실에 대한 징벌적 제재의 성격을 띠고 있다고 할 것이므로, 여러 사람이 공모하여 범칙행위를 한 경우 몰수대상인 외국환 등을 몰수할 수 없을 때에는 각 범칙자 전원에게 대하여 그 취득한 외국환 등의 가액 전부의 추징을 명하여야 하고, 그 중 한 사람이 추징금 전액을 납부하였을 때에는 다른 사람은 추징의 집행을 면할 것이나, 그 일부라도 납부되지 아니하였을 때에는 그 범위 내에서 각 범칙자는 추징의 집행을 면할 수 없다고 해석하여야 할 것이다”¹¹²⁾라고 밝히면서 “따라서 관세법상의 추징은 다수 당사자 간의 채권관계에 있어서의 민법상의 분할의 원칙을 적용할 수 없다”¹¹³⁾는 견해를 견지하고 있으며, ② “다수인이 공모하여 관세를 포탈한 경우 범칙자 중 1인이 소유 또는 점유하던 물품을 몰수할 수 없게 된 때에는 그 물품의 소유 또는 점유사실 유무를 불문하고 범칙자 전원으로부터 각각 그 물품의 범칙 당시의 가액을 추징할 수 있음”¹¹⁴⁾ 뿐만 아니라 공범자들에게 “이미 추징이 선고되어 그 판결이 확정되었다

2011.12.29. 2010헌바117.

112) 대법원 1998.5.21. 선고 95도2002 전원합의체 판결: “이 견해와 달리 외국환관리법상의 추징이 범인들이 당해 범죄행위로 인하여 부당하게 얻은 이익을 박탈하려는 데에 그 목적이 있다고 보아 공범들이 개별적으로 얻은 이익의 한도에서 추징하여야 한다는 견해를 표명한 바 있는 대법원 1980.4.22. 선고 79도1847 판결과 1985.3.12. 선고 84도2747 판결은 이를 변경하기로 한다”. 그 밖에 대법원 2010.8.26. 선고 2010도7251 판결; 대법원 2001.12.28. 선고 2001도5158 판결.

113) 대법원 1976.8.24. 선고 76도2024 판결; 대법원 1973.8.31. 선고 73도1550 판결.

114) 대법원 1984.6.12. 선고 84도397 판결; 대법원 2006.4.14. 선고 2006도638 판결; 대법원 2007.12.28. 선고 2007도8401 판결: “관세법상의 추징은 일반 형사법에서의 추징과는 달리 징벌적 성격을 띠고 있어 여러 사람이 공모하여 관세를 포탈하거나 관세장물을 알선, 운반, 취득한 경우에는 범칙자의 1인이 그 물품을 소유하거나 점유하였다면 그 물품의 범칙 당시의 국내도매가격 상당의 가액 전액을 그 물품의 소유 또는 점유사실의 유무를 불문하고 범칙자 전원으로부터 각각 추징할 수 있는 것이고, 범인이 밀수품을 소유하거나 점유한 사실이 있다면 압수 또는 몰수가 가능한 시기에 범인이 이를 소유하거나 점유한 사실이 있는지 여부에 상관없이 관세법 제282조에 따라 몰수 또는 추징할 수 있다(대법원 1983.5.24. 선고 83도639 판결, 대법원 2005.7.29. 선고 2005도3478 판결 등 참조). 그리고 관세법 제282조 제3항에서는 같은 조 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 몰수할 물품의 전부 또는 일부를 몰수할 수 없을 때에는 그 몰수할 수 없는 물품의 범칙 당시의 국내도매가격에 상당한 금액을 범인으로부터 추징한다고 규정하고 있는데, 위 관세법 제282조 제3항의 ‘몰수할 수 없을 때’라 함은 범인이 이를 소비, 은닉하는 등 그 소유 또는 점유의 사실이 범인의 이익으로 귀속시킬 수 있는 사유로 인한 경우뿐 아니라, 범인의 이익과는 관계없는 훼손, 분실 그 밖에 소재장소로 말미암은 장애사유로 인한 경우도 포함하는 것 ... (대법원 1991.12.13. 선고 91도2274 판결 등 참조)”이라고 밝히고 있다. 범인이 추징대상을 소유한 경우에 대해서는 대법원 1995.3.10. 선고 94도1075 판결.

할지라도 형법상의 추징과는 달리 징벌적 성격을 가지는 관세법상의 추징에 있어서는 이 사건 피고인에게 대하여 또 다시 추징을 선고하였다 하여 위법은 아니다¹¹⁵⁾라고 밝히고 있다. 또한 심지어는 ③ 특가법상 재산도피죄(「특가법」 제4조, 제10조 제3항 및 제1항)와 관련해서도 “특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제10조 제3항, 제1항에 의한 몰수·추징은 범죄로 인한 이득의 박탈을 목적으로 한 형법상의 몰수·추징과는 달리 재산국외도피 사범에 대한 징벌의 정도를 강화하여 범행 대상인 재산을 필요적으로 몰수하고 그 몰수가 불능인 때에는 그 가액을 납부하게 하는 소위 징벌적 성격의 처분이라고 보는 것이 상당하므로 그 도피재산이 위 피고인들이 아닌 회사의 소유라거나 위 피고인들이 이를 점유하고 그로 인하여 이득을 취한 바가 없다고 하더라도 위 피고인들 모두에 대하여 그 도피재산의 가액 전부의 추징을 명하여야 하는 것이므로 ... 피고인들에게 공동연대하여 추징을 명한 원심판결은 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 위법이 없다¹¹⁶⁾고 판시하고 있다.¹¹⁷⁾

그런데 이러한 몰수·추징의 법적 성격에 관한 논의는 일본에서도 동일하게 진행된 바 있다. 즉 몰수·추징과 관련하여 우리나라와 거의 동일한 규정을 두고 있는 일본에서도 대심원(大審院) 이래 몰수·추징을 형법상 이익박탈적인 것과 특별형법에 정한 징벌적인 것으로 구분하고 후자의 경우 공동연대책무를 인정한다.¹¹⁸⁾ 따라서 형법상 뇌물죄(일본 「형법」 제197조)와 관련하여 (필요적 몰수를 정하고 있음에도 불구하고 (제197조의5) 수인이 뇌물을 공동으로 수수한 경우에는 각자가 실제로 수수한 부분에

115) 대법원 1976.11.23. 선고 76도3045 판결.

116) 대법원 2005.4.29. 선고 2002도7262 판결. 그 밖에 대법원 1999.7.9. 선고 99도1695 판결; 대법원 2000.9.8. 선고 2000도546 판결; 대법원 2001.12.28. 선고 2001도5158 판결; 대법원 2007.3.15. 선고 2006도9314 판결. 또한 헌법재판소 2011.12.29. 2010헌바117.

117) 김성돈, 『형법각론』, 제4판, 성균관대학교 출판부, 2016, 795면 이하에 열거된 판례도 참조.

118) 大コメンタル刑法(第二版) 第一卷(山田), §19の2 Rn. 27以下; 最判昭31・3・13刑集12卷3号 527頁(昭和31(あ)3437): “관세법 제118조에서 범죄와 관련된 화물을 몰수하는 취지 또는 이를 몰수할 수 없을 때에는 그 몰수할 수 없는 물건의 범행 시의 가격에 상당하는 가액을 범인으로 부터 추징하는 취지는, 논하는 바와 같이, 단순히 범인의 손에 부정한 이익이 머무르지 못하도록 박탈하려는 것에 불과한 것이 아니라 오히려 국가가 관세법규에 위반하여 수입한 화물 또는 그 대체가액이 범인의 손에 있지 못하도록 함으로써 밀수입의 단속을 엄격히 감행하고자 하는 목적에서 나온 것이라고 해석하여야 하며, 따라서 공범이 있는 경우, 이러한 취지를 관철하기 위해서는, 추징하여야 하는 가액에 대하여 공동연대책임을 부담하게 하여 납부시켜야 한다고 해석하는 것이 상당하다”(大コメンタル刑法(第二版) 第一卷(山田), §19の2 Rn. 28에서 재인용).

대해서만 추징이 가능하고 따라서 수수액을 정할 수 없는 경우에는 이를 추징할 수 없다고 해석하고 있다.¹¹⁹⁾ 이것은 일본 공직선거법상의 금품등 수수의 경우에도 동일한 것이 적용된다고 한다.¹²⁰⁾

2. 문제점

그러나 법문언이 아니라 단지 해석만으로 몰수·추징을 이익박탈적 성격과 징벌적 성격의 것으로 구분하고 그 법적 효과(공동연대채무)도 달리 규정하는 것이 법 적용의 안정성과 안정적인 법 적용에 대한 일반 국민의 예측가능성이라는 관점에서 과연 타당한가에 대해서는 의문이 제기된다.¹²¹⁾ 그 이유는 다음과 같다.

첫째 해당 몰수·추징이 징벌적인 것인지 아니면 이익박탈적인 것인지는 법문언상 구별되지 않기 때문에 그 성격과 법적 효과는 전적으로 몰수·추징을 구형하는 검사나 몰수·추징의 판결 또는 결정을 내리는 법관의 해석재량에 맡겨질 수밖에 없다는 점이다. 즉 앞서 언급한 대법원 판례와 헌법재판소 결정은 양자를 전적으로 개별 법률의 입법목적, 일반예방의 견지 그리고 이에 상응하는 징벌의 강화라는 관점에서 구별했다고 판단할 수밖에 없다.¹²²⁾ 이러한 문제점은 이미 앞서 언급한 대법원의 1998년 5월 21일 전원합의체 판결의 반대의견에서도 지적된 바 있다. 즉 “형벌법규는 죄형법정주의의 내용인 유추해석의 금지나 명확성의 원칙상 문리에 따라 해석하여야 한다. 외국 환관리법상의 추징의 성격이 징벌적인가 아니면 이익박탈적인가의 여부는 먼저 외국 환관리법상의 추징에 관한 규정을 문리해석하여 그 결과에 따라 판단해야 할 것이다.

119) 大判昭和9・7・16刑集13卷972頁(大コメンタル刑法(第二版) 第一卷(山田), §19〇2 Rn. 28에서 재인용). 과거에는 형법상 뇌물죄에서도 각자의 분배액이 얼마이든 이를 불문하고 평등하게 분배하여 추징하여야 한다는 것이 판례의 입장이었다(大判明42・10・5録15輯1204頁; 大判明45・6・18録18輯884頁(大コメンタル刑法(第二版) 第一卷(山田), §19〇2 Rn. 28에서 재인용)). 그런데 우리나라 판례는 “여러 사람이 공동으로 뇌물을 수수한 경우 그 가액을 추징하려면 실제로 분배받은 금품만을 개별적으로 추징하여야 하고 수수금품을 개별적으로 알 수 없을 때에는 평등하게 추징하여야 [한다]”는 입장을 취하고 있다(대법원 2011.11.24. 선고 2011도9585 판결(신동운, 『형법각론』, 법문사, 2017, 798면 이하).

120) 大判昭10・1・29刑集14卷29頁(大コメンタル刑法(第二版) 第一卷(山田), §19〇2 Rn. 28에서 재인용).

121) 마찬가지로 비판적인 견해로는 김성돈, 『형법각론』, 제4판, 성균관대학교 출판부, 2016, 795면 이하.

122) 대법원 1998.5.21. 선고 95도2002 전원합의체 판결.

즉, 추징의 성격이 징벌적인가 아니면 이익박탈적인가 여부는 추징에 관한 규정의 해석 기준이 아니고 해석의 결과일 따름이다. 따라서 다수의견과 같이 추징에 관한 규정의 해석에 앞서, 징벌적인가 아니면 이익박탈적인가의 여부를 따져보고 이에 기초하여 추징의 방법을 정하려는 것은 형벌법규에 대한 올바른 해석방법이 아니라고 생각한다.¹²³⁾

둘째 형법상 몰수·추징은 이익박탈적 성격을 그리고 특별법상의 것은 징벌적 성격을 갖는다고 명확하게 구분할 수 있는지도 의문이다. 예컨대 공무원범죄에서 가장 심각한 범죄로 규정되는 형법상 단순수뢰죄는 입법목적, 일반예방의 견지 그리고 이에 상응하는 징벌의 강화라는 관점에서 외환거래법이나 관세법만큼 범죄의 심각성이 덜한 것인지, 그리고 특별법이나 「특가법」에 규정된 범죄구성요건들은 가중처벌할 정도로 중대한 범죄임에도 불구하고 그 몰수·추징은 단순히 이익박탈적인 것이라고 말하는 것이 과연 타당한가라는 의문이 제기된다. 그리고 후술하는 바와 같이(아래의 그림) 실제로 판례에 따르면 몰수·추징의 특별법인 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」(이하 “범죄수익은닉규제법”이라 한다), 「공무원범죄에 관한 몰수 특례법」(이하 “공무원범죄몰수법”이라 한다) 그리고 「부패재산의 몰수 및 회복에 관한 특례법」(이하 “부패재산몰수특례법”이라 한다)에 정한 몰수·추징은 이익박탈적 성격을 가지며, 동일 법률의 동일 몰수·추징규정도 경우에 따라 이익박탈적인 것으로도 그리고 징벌적인 것으로도 해석되고 있다(네 번째 문제점).

셋째 그렇다고 하여 몰수·추징이 임의적인 것인지 아니면 필요한 것인지의 여부에 따라 몰수·추징의 성격을 구별할 수 있는지도 의문이다.¹²⁴⁾ 왜냐하면 판례는 예컨대 형법상 뇌물죄(「형법」 제129조 이하)의 경우 필요적 몰수를 규정하면서도(제134조) “여러 사람이 공동으로 뇌물을 수수한 경우에 그 가액을 추징하려면 실제로 분배 받은 금품만을 개별적으로 추징하여야 한다”¹²⁵⁾고 판시하여 이때의 몰수는 이익박탈

123) 대법원 1998.5.21. 선고 95도2002 전원합의체 판결 대법관 천경송, 대법관 정귀호, 대법관 박준서, 대법관 송진훈의 반대이견.

124) 그러나 신동운, 『형법각론』, 법문사, 2017, 795면은 이를 긍정하는 것 같다.

125) 대법원 2011.11.24. 선고 2011도9585 판결. 다만 “수수금품을 개별적으로 알 수 없을 때에는 평등하게 추징하여야 한다”고 밝히고 있으나 만약 형법상 뇌물죄에 정한 몰수·추징이 이익박탈적인 것이라면 실제로 수뢰한 가액을 알 수 없을 때에는 몰수·추징할 수 없다고 하여야 하는 것이 일관적일 것이다. 일본 판례에서도 과거에는 형법상 뇌물죄에서 각자의 분배액이 얼마이든 이를 불문하고 평등하게 분배하여 추징하여야 한다는 것이 판례의 입장이었으나(大判明42·

적 성격을 가지는 것이라고 해석하고 있을 뿐만 아니라 마찬가지로 필요적 몰수·추징을 정하고 있는 「특가법」 제13조와 관련해서도 특가법상 가중처벌되는 뇌물죄에 대한 관계에서 이익박탈적 성격을 갖는다고 밝히고 있다.¹²⁶⁾ 그리고 판례¹²⁷⁾는 임의적 몰수·추징을 정하고 있는 「범죄수익은닉규제법」이나 「부패재산몰수특례법」의 경우나 그리고 필요적 몰수·추징을 정하고 있는 「공무원범죄몰수법」의 경우에도 해당 몰수·추징은 이익박탈적인 것이라고 보고 있다.

넷째 문제를 더욱 복잡하게 만드는 것은 각종 형사특별법이 경합하는 경우 그 적용의 우선순위(특별법 관계)에 따라 몰수·추징의 성격도 뒤바뀐다는 점이다.

아래의 표는 각 법률에서의 몰수·추징이 이익박탈적인 것인지 아니면 징벌적인 것인지를 나타낸 것이다.

이때 「범죄수익은닉규제법」 제8조부터 제10조의3에 정한 임의적 몰수·추징은 하급심 판례에 따르면 이익박탈적 성격을 가지는 것으로 해석된다.¹²⁸⁾ 그리고 「공무원범죄몰수법」 제3조 및 제6조에 정한 필요적 몰수·추징은 범인이 취득한 당해 재산을 범인으로부터 박탈하여 범인으로 하여금 부정한 이익을 보유하지 못하게 함에 그 목적이 있기¹²⁹⁾ 때문에 실질적으로 피고인에게 귀속된 경우에만 필요적 추징이 가능하다고 해석되는 한¹³⁰⁾ 이익박탈적인 것이라고 해석할 수 있다. 또한 「부패재산몰수특례법」 제3조도 임의적 몰수를 정하고 있을 뿐만 아니라 앞서 언급한 몰수특별법과 그 몰수의 성격을 달리한다고 보기 어렵다는 점에서 이익박탈적인 것이라고 해석될 수 있다.

10·5録15輯1204頁; 大判明45·6·18録18輯884頁(大コメンタル刑法(第二版) 第一卷(山田), §19の2 Rn. 28에서 재인용)) 현재는 실제로 수뢰한 가액을 알 수 없는 경우에는 몰수·추징할 수 없다는 입장을 견지하고 있다(大判昭和9·7·16刑集13卷972頁(大コメンタル刑法(第二版) 第一卷(山田), §19の2 Rn. 28에서 재인용)).

126) 대법원 1975.4.22. 선고 73도1963 판결; 대법원 1978.2.28. 선고 77도4037 판결; 대법원 1994.2.25. 선고 93도3064 판결; 대법원 1999.6.25. 선고 99도1900 판결; 헌법재판소 2009. 4. 30. 2008헌바55.

127) 아래의 네 번째 문제점에 열거된 판례들 참조.

128) 광주고등법원 2006. 7. 10. 선고 2005노301 판결; 광주지법 2006.11.15. 선고 2006노1200 판결.

129) 대법원 2004.10.27. 선고 2003도6738 판결. 그 밖에 대법원 1999.6.25. 선고 99도1900 판결; 대법원 2010.7.8. 선고 2010도3545 판결.

130) 대법원 2004.10.27. 선고 2003도6738 판결.

〈표 2-2〉 각 법률에서의 몰수·추징의 성격

법률	죄명	참조조문 ¹⁾	특경법 (필요적)	특가법 (필요적)	범죄수익은 닉규제법 (임의적)	공무원범죄물 수법(필요적)	부패재산물 수득례법(임 의적)
특경법	특정재산범죄 가중 처벌(§3)	- (횡령·배임 x)	-		이익박탈적 ²⁾	-	이익박탈적 (횡령·배임) ³⁾
	재산국외도피(§4)	- (국내재산도피 방지법 x ; 외 환거래법 \circ)	징벌적 ⁴⁾		이익박탈적	-	-
	수재(§5)	-	이익박탈적 ⁵⁾		이익박탈적	-	이익박탈적
	증재(§6)	-	이익박탈적 ⁵⁾		-	-	이익박탈적
	알선수재(§7)	-	이익박탈적 ⁵⁾		이익박탈적	-	이익박탈적
	사금융알선(§8)	-	-		-	-	이익박탈적
	저축관련부당행위 (§9)	-	이익박탈적		-	-	이익박탈적
특가법	뇌물죄 가중처벌 (§2)	이익박탈적 (필요적) ⁵⁾		- (명문의 규정 은 없으나 이 익박탈적) ⁶⁾	이익박탈적	이익박탈적	이익박탈적
	알선수재(§3)	이익박탈적		이익박탈적 ⁷⁾	이익박탈적	-	이익박탈적
	뇌물죄 적용대상 확대(§4)	이익박탈적		이익박탈적 ⁶⁾	-	-	-
	국고등손실(§5)	-		이익박탈적	이익박탈적	이익박탈적	-
	관세법위반(§6)	징벌적 (관세법)		징벌적(?) ⁸⁾	이익박탈적	-	-
	조세포탈(§8)	- (조세범 처벌법 x)		이익박탈적	이익박탈적	-	-
	세금계산서 교부의 무위반(§8조의2)	- (조세범 처벌법 x)		이익박탈적	-	-	-
	산림자원법 위반행 위(§9)	이익박탈적 (필요적)		이익박탈적	-	-	-

- 1) 참조조문이란 특경법과 특가법 각 조문에서 연동되어 있는 참조조문들을 말한다. 예) 특경법 제3조(특정재산 범죄의 가중처벌)에서는 형법상 횡령·배임죄 등을 말한다.
- 2) 하급심 판례에 따르면 징벌적인 성격을 갖는다고 한다. 광주고등법원 2006. 7. 10. 선고 2005노301 판결; 광주지법 2006.11.15. 선고 2006노1200 판결.
- 3) 횡령·배임의 가중처벌규정인 특경법 제3조는 적용대상에서 빠져 있다.
- 4) 대법원 2008.10.9. 선고 2008도7034 판결; 대법원 2005.4.29. 선고 2002도7262 판결; 헌법재판소 2011.12.29. 2010헌바117.
- 5) 대법원 2011.11.24. 선고 2011도9585 판결; 헌법재판소 2009. 4. 30. 2008헌바55.
- 6) 대법원 1975.4.22. 선고 73도1963 판결; 대법원 1978.2.28. 선고 77도4037 판결; 대법원 1994.2.25. 선고 93도3064 판결; 대법원 1999.6.25. 선고 99도1900 판결; 헌법재판소 2009. 4. 30. 2008헌바55.
- 7) 대법원 2006.10.27. 선고 2006도4659 판결; 헌법재판소 2009. 4. 30. 2008헌바55.
- 8) 관세법에 정한 몰수·추징은 징벌적 성격을 가지고 있다는 판례에 따르면 가중처벌규정도 마찬가지로 징벌적 성격을 가지고 있다고 볼 수 있으나 이 경우 동일한 법률(특가법)의 동일한 몰수·추징규정의 법적 성격이 참조 조문에 의하여 달라지는 문제가 발생한다.

이 표를 살펴보면 각 죄에 대하여 여러 법률들의 몰수·추징규정이 상호 중첩적으로 적용됨으로써 어떤 법률을 적용하느냐에 따라 해당 죄에 대한 몰수·추징의 법적 성격과 법적 효과(공동연대추징)가 뒤바뀐다는 것을 쉽게 알 수 있다.

(1) 물론 예컨대 ① 형법상 횡령·배임의 경우 형법전에서도 그리고 ② 그 가중처벌규정을 정하고 있는 「특경법」(제3조)에서도 몰수·추징규정을 두고 있지 않아 ③ 「범죄수익은닉규제법」과 ④ 「부패재산몰수특례법」에 의하여 임의적 몰수·추징을 하게 되는데 이때 이들 몰수·추징에 이익박탈적 성격을 인정한다고 하더라도 법적용상 혼란은 발생하지 않는다.

(2) 그러나 특경법상 재산국외도피죄와 관련해서는 그 기본구성요건이라고 말할 수 있는 ① 「국내재산 도피 방지법」에서는 몰수·추징을 규정하고 있지 않은 반면 참조조문(“법령을 위반하여”)이 될 수 있는 「외국환거래법」에는 필요적 몰수·추징이 규정되어 있으며 판례의 견해에 따르면 이것은 징벌적 성격을 가지는 것이라고 한다. 또한 판례는 ② 특경법상 재산국외도피죄에 대한 필요적 몰수·추징도 징벌적 성격을 갖는 것이라고 해석하고 있으나 문제는 특경법상 재산국외도피죄를 적용대상으로 하는 ③ 범죄수익은닉규제법에서는 임의적 몰수·추징을 규정하면서 이익박탈적 성격을 인정하고 있다는 점이다. 따라서 특경법상 몰수·추징규정을 적용할 것인지 아니면 「범죄수익은닉규제법」의 규정을 적용할 것인지에 따라 몰수·추징의 법적 성격과 효과가 달라지는 문제가 발생한다.

(3) 이러한 문제는 「관세법」에 대한 가중처벌규정을 두고 있는 「특가법」 제6조에서도 그대로 발생한다. 즉 ① 「관세법」에 규정된 필요적 몰수·추징은 징벌적 성격을 가진다면 이에 상응하여 ② 특가법상 필요적 몰수·추징도 징벌적 성격을 가진다고 유추해 볼 수 있을 것이다. 그러나 ③ 「특가법」 제6조를 적용대상으로 하는 「범죄수익은닉규제법」의 임의적 몰수·추징을 판례가 이익박탈적 성격을 갖는 것으로 이해하는 한 법률에 따라 몰수·추징의 성격이 바뀌게 된다.

(4) 형법상 뇌물죄에 대한 몰수·추징은 어떤 법률을 적용법률로 할 것인가에 따라 임의적인 것이 되기도 그리고 필요한 것이 되기도 하는 문제가 발생한다. 즉 형법상 뇌물죄에 대해서는 「특가법」뿐만 아니라 「범죄수익은닉규제법」, 「공무원범죄몰수법」 그리고 「부패재산몰수특례법」이 적용될 수 있는데 이들 법률에 규정된

몰수·추징은 이익박탈적 성격을 가지고 있다고 해석된다. 그런데 문제는 ① 형법상 뇌물죄 및 ② 특가법상 가중처벌되는 뇌물죄에 대한 몰수·추징은 필요적인데 대하여 ③ 「범죄수익은닉규제법」의 것은 임의적이며, ④ 「공무원범죄몰수특례법」의 것은 필요적인 것인데 대하여 ⑤ 「부패재산몰수특례법」에서는 임의적인 것이다.

다섯째 이상의 내용에서 알 수 있듯이 동일한 법률에 규정된 동일한 몰수·추징의 성격이 참조조문에 따라 또는 기본구성요건에 따라 바뀌게 되는 것이 과연 적절한 것인가라는 의문이 제기된다. 즉 앞서 살펴 보았듯이 특경법상 금융기관 임직원의 수증채죄 및 알선수채에 대한 몰수·추징은 뇌물죄의 경우와 같이 이익박탈적 성격을 갖는다는 것이 판례의 입장이다. 그런데 다른 한편으로 동일한 특경법에 규정된 재산 국외도피죄에 대한 몰수·추징은 징벌적 성격을 갖는다면 「특경법」 제10조에 정한 몰수·추징은 그 자체가 고유한 법적 성격을 갖는 것이 아니라 제10조의 적용대상이 되는 특경법의 범죄구성요건의 참조조문에 대한 몰수·추징의 법적 성격에 따라 그 성격도 바뀐다는 것을 의미하게 되는데 이것은 법규정의 일관적인 적용을 어렵게 만든다. 이것은 비단 특경법만의 문제는 아니다. 판례의 견해에 따라 관세법에 정한 몰수·추징을 징벌적 성격을 가지는 것으로 해석하고 이에 상응하여 관세법 위반행위에 대한 가중처벌을 정한 「특경법」 제6조에 대한 몰수·추징(제13조)을 징벌적인 것이라고 해석하는 한 동일한 문제가 발생한다.

여섯째 문제를 더욱 복잡하게 만드는 것은 이들 형사특별법 간에 우선순위가 명확하지 않기 때문에 몰수·추징이 어떤 성격을 가지는가는 전적으로 법적용자의 재량에 맡겨져 있다는 점이다. 이것이 법적용의 안정성과 법적용에 대한 일반 국민의 예측가능성을 심각하게 저해한다는 것은 분명할 것이다.

즉 「특경법」이나 「특가법」 위반행위의 경우 단순히 동법에 정한 몰수·추징규정을 적용하면 되는 것인지 아니면 몰수·추징의 “특별법”인 「범죄수익은닉규제법」이나 「공무원범죄몰수법」 또는 「부패재산몰수특례법」을 적용하여야 하는 것인지가 명확하지 않을 뿐만 아니라 적용대상이 상호 중첩되어 있는¹³¹⁾ 「범죄수익은닉규제법」, 「공무원범죄몰수법」 또는 「부패재산몰수특례법」 간에서도 그 적용의

131) 이 문제점에 관한 상세한 것은 홍찬기, “범죄수익 몰수·추징제도의 문제점과 개선방안”, 『형사법연구』, 제26권 제2호(2014), 205면 이하.

우선순위가 명확하지 않다. 물론 「부패재산몰수특례법」 제3조 단서는 “다만 법령에 따라 부패재산을 몰수하여야 하는 경우에는 그 법령에 따라 몰수한다”고 규정하고 있어서 그 적용에서는 후순위가 되지만 「범죄수익은닉규제법」이나 「공무원범죄 몰수법」에는 이러한 규정을 두고 있지 않아 마찬가지로 이들 법률 간에 그리고 「특경법」이나 「특가법」 과도 경합하게 된다.

이상의 내용에 비추어 볼 때 아직 판례가 그 입장을 명확하게 밝히고 있지 않은 개별 법률에 정한 몰수·추징의 성격을 정할 때에는 “개별 법률의 입법목적, 일반예방의 견지 그리고 이에 상응하는 징벌의 강화”에 대한 판단이 전적으로 법적용자에게 맡겨지게 되어 법적용자 스스로에 대해서도 그리고 일반국민에 대해서도 법적용에 대한 예측가능성을 담보하지 못하게 되고 결국 법적용의 불안정을 초래할 수 있다.

3. 정비방안

징벌적 몰수·추징 그리고 공동연대추징을 인정할 것인가와 관련해서는 논란이 있으나¹³²⁾ (1) 민사법과 달리 형사법은 책임의 개별화(*Individualisierung der Schuld*)가 책임원칙의 핵심적인 내용이라는 점에서 연대책임을 인정하는 공동연대추징은 형법의 책임원칙과 조화되기 어려우며,¹³³⁾ (2) 몰수·추징에 징벌적 성격을 인정하는 경우 가벌성의 경중에 따라 이를 징벌적 제재에 반영하여야 하는데 가벌성의 경중은 이미 재산형인 벌금형에 반영되었음에도 불구하고¹³⁴⁾ 이를 당벌성만으로 다시 몰수·추징에 반영하는 것은 행위를 2중 평가하는 것일 뿐만 아니라 벌금과 몰수의 경계를 불명확하게 한다는 점 그리고 (3) 앞서 보았듯이 각종 몰수특례법과의 경합관계로 인하여 몰수·추징의 법적 성격이 어떤 법률을 적용하느냐에 따라 달라짐으로써 법적용상의 안정성이

132) 긍정하는 견해로는 황일호, “징벌적 몰수·추징의 법적 문제”, 『중앙법학』, 제10권 제2호(2006), 122면. 그러나 부인하는 견해로는 같은 견해로는 서보하, “공법 간에 취득한 이익이 다른 경우의 추징방법 - 외국환관리법 및 관세법상의 몰수·추징의 법적 성격과 추징방법을 중심으로 -”, 『형사판례연구』 8(2001), 박영사, 201면; 강철하, “범죄수익박탈제도의 문제점 및 개선방향”, 『법조』, 제60권 제10호(2011), 347면 이하; 신영호, “몰수의 법적 성격에 관하여 - 징벌적 몰수·추징의 개념사용을 보며 -”, 『법학연구』, 제41권 제1호(2000.12.), 부산대학교, 233면 이하.

133) 서보하, 앞의 글, 199면 이하; 강철하, 앞의 글, 347면 이하.

134) 서보하, 앞의 글, 197면 참조.

저해된다는 점에서 징벌적 몰수·추징의 개념을 인정하는 것은 적절하지 않다.

따라서 형사특별법에 정한 몰수·추징을 정비하는 경우에도 그것이 징벌적 성격을 가지고 있는지의 여부와는 상관없이 형법전의 몰수·추징 규정을 적용하도록 하고 각 행정법에 몰수·추징규정을 두는 경우에도 그 적용원칙은 형법전의 몰수·추징에 따르도록 하는 것이 몰수·추징의 일관적이고 일의적인 적용을 위해서는 최선의 방법일 것이다. 따라서 「특경법」 및 「특가법」에 정한 몰수·추징규정은 이를 삭제하고 형법전의 몰수·추징규정에 의하여 규율하는 것이 타당하다.¹³⁵⁾

제3절 부정한 금품 등 수수 및 제공

1. 각 법률에 산재한 부정한 금품 등의 수수 및 제공에 대한 처벌규정

부정한 금품 등 수수 및 제공에 대한 처벌규정들은 각 경제영역을 규율하는 개별 법률에 산재해 있어서¹³⁶⁾ 각 법률에 규정된 처벌규정들을 개관하기 쉽지 않을 뿐만 아니라 규정체계가 통일되지 못하여 일관적인 법적용을 어렵게 만든다.

즉 개별 법률에 규정된 처벌규정을 살펴보면 ① 단순수재죄만을 규정한 경우, ② 증재죄를 함께 규정한 경우, ③ 제3자금품제공죄를 규정하지 않은 경우, ④ 단순수재나 제3자금품제공죄에서 “부정한 청탁”을 요구하는 경우(둘 중에 하나에서 요구하는 경우와 양자 모두 요구하지 않는 경우), ⑤ 단순수재뿐만 아니라 알선수재의 경우에도 제3자금품제공죄를 규정한 경우, ⑥ 수수 후 부정처사죄가 없는 경우 또는 ⑦ 몰수·추징규정이 없는 경우 등, 그 규정체계가 통일되지 못하기 때문에 자칫 개별 법률에 정한 직무와 관련하여, 부정한 금품 등이 수수 및 제공 또는 제3자에게 제공된 경우 처벌의 공백이 발생할 우려가 있다.

또한 법정형의 적정성과 관련하여 특히 문제가 되는 것은 부정한 금품 등의 수수

¹³⁵⁾ 다만 지나치게 많은 몰수특별법을 형법전으로 어떻게 편입시킬 것인가의 문제와 이를 위하여 형법전의 몰수·추징규정을 어떻게 정비하여야 할 것인가의 문제는 보다 많은 연구가 필요하기 때문에 여기에서는 더 이상 상세하게 다루지 않도록 한다.

¹³⁶⁾ 이하에 첨부된 “4. 부록: 부정한 금품 등 수수 및 제공에서의 수수와 제공의 관계” 참조.

및 제공의 법정형의 균형의 문제이다. 즉 전체 형사법체계에서 양 행위유형의 법정형의 균형에 대한 일관된 기준을 찾기가 쉽지 않으며 이러한 문제는 범죄수의 등에 따라 구분된 법정형에 그대로 옮겨져 있다.

2. 법정형의 불균형

가. 금품등수수와 제공의 법정형의 균형

금품등수수와 제공은 상호 대항범관계에 있다는 점(필요적 공범)에서 일견 양 행위 유형에는 불법성의 경중에 차이가 없다고 볼 수 있다. 이러한 의미에서 영국,¹³⁷⁾ 미국,¹³⁸⁾ 프랑스,¹³⁹⁾ 스위스,¹⁴⁰⁾ 오스트리아¹⁴¹⁾ 등이 예컨대 뇌물죄와 관련하여 수뢰죄와 증뢰죄의 죄질에 차이를 두지 않고 증뢰죄를 각 수뢰죄에 정한 법정형으로 처벌하고 있는 것도 쉽게 이해할 수 있다. 그리고 독일 형법은 부정처사 수뢰죄와 증뢰죄의 법정형의 상한을 동일하게 규정하지만 수뢰죄의 법정형의 하한을 증뢰죄의 것보다 약간 높게(3월) 정하고 있기는 하지만,¹⁴²⁾ 그 밖의 대부분의 금품등제공죄의 법정형은 금품등수수죄의 것과 동일하게 규정되어 있다.¹⁴³⁾

그러나 다른 한편으로 예컨대 뇌물죄와 관련하여 부정한 금품 등을 수수·요구하는

¹³⁷⁾ Section 11 Subs. (1) of the *Bribery Act 2010*: 10년 미만의 자유형 또는 벌금 또는 병과할 수 있다.

¹³⁸⁾ 18 USC §201(b)(1), (2): 제11장(Bribery, Graft, And Conflicts Of Interest)에 정한 벌금 또는 이익의 3배를 초과하지 않는 벌금에 처하거나(이때 다액인 것을 부과한다) 15년 이하의 자유형.

¹³⁹⁾ 프랑스 「형법」 제432-11조(수뢰), 제433-1조(증뢰): 10년 이하의 자유형 또는 1백만 유로 이하의 벌금. 프랑스 「형법전」은 프랑스 법률정보서비스를 참조함(<https://www.legifrance.gouv.fr/>; 2017년 6월 27일). 그 밖에 *Banknecht, Gesine/Lüdicke, Lieslotte(Übers.), Das französische Strafgesetzbuch Code pénal in Kraft getreten am 1. März 1994, 2. Aufl. nach dem Stand vom 1. Juni 2009, Duncker & Humboldt, Berlin, 2009; 법무부, 『프랑스 형법』, 2008.11.(http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_03/ShowData.do?strNbodCd=noti0011&strWrtNo=587&strAnsNo=A&strFilePath=moj/&strRtnURI=MOJ_40600000&strOrgGbnCd=100000); 검색일: 2017년 6월 27일).*

¹⁴⁰⁾ Art. 322^{ter}(Bestechung), Art. 322^{quater}(Sich bestechen lassen) schwStGB: 5년 이하의 자유형 또는 벌금.

¹⁴¹⁾ §304(Bestechlichkeit) Abs. 1, §307(Bestechung) Abs. 1 östStGB: 3년 이하의 자유형.

¹⁴²⁾ 예컨대 부정처사 수뢰(§332(Bestechlichkeit) Abs. 1)의 법정형은 6월 이상 5년 이하의 자유형 또는 벌금인데 대하여 부정처사 증뢰(§334(Bestechung) Abs. 1)의 법정형은 3월 이상 5년 이하의 자유형 또는 벌금이다.

¹⁴³⁾ 예컨대 단순수뢰(§331(Vorteilsannahme)와 단순증뢰(§333(Vorteilsgewährung)), 상거래 및 의료기관에서의 부정한 금품 등 수수 및 제공의 경우(제299조(Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr), 제299a(Bestechlichkeit im Gesundheitswesen), 제299b조(Bestechung im Gesundheitswesen) 제공죄의 법정형은 각 수수죄의 것과 동일하게 규정되어 있다.

사람(특히 공무원인 경우)은 대체로 제공자에 대하여 우월한 지위에 있다는 점에서 제공행위가 수수·요구행위(특히 요구의 경우)에 비하여 죄질이 경하고 그러한 점에서 전자를 후자보다 경하게 처벌하는 것도 직관적으로 이해할 수 없는 것은 아니다. 실제로 일본의 경우 뇌물죄와 관련하여 증뢰죄의 법정형이 수뢰죄보다 낮게 규정되어 있는데¹⁴⁴⁾ 이를 두고 “관료(공무원)에 의한 통제력이 강했던 일본의 전통에서 볼 때 수뢰자에 대하여 증뢰자는 약자의 입장에 있다”는 이유에서¹⁴⁵⁾ 증뢰죄는 “책임감경적 신분범”¹⁴⁶⁾으로 볼 수 있다는 해석도 없는 것은 아니다. 또한 중국¹⁴⁷⁾도 수뢰죄를 공여죄에 비하여 훨씬 중하게 처벌한다.¹⁴⁸⁾

이에 대하여 우리나라의 경우 부정한 금품 등의 수수 및 제공의 법정형¹⁴⁹⁾에 대해서는 일관된 기준을 찾기가 그리 쉽지 않다. 즉 「형법」 제133조는 수뢰죄의 개별유형의 법정형의 차이를 고려하지 않고 각 수뢰유형에 상응하는 증뢰행위를 일괄적으로 동일한 법정형에 처하고 있다(5년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금).¹⁵⁰⁾ 그런데

144) 일본 「형법」 제198조는 제197조부터 제197조4에 정한 각종 수뢰죄에 대한 증뢰죄를 정하면서 그 법정형을 3년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있는데 이 법정형은 각 수뢰죄의 본조에 정한 형보다 감경된 것이다.

145) 西田典之, 『刑法各論』, 第五版, 弘文堂, 2010, 490頁; 西田典之·山口厚·佐伯仁志, 『注釈刑法 第二卷 各論(1)』§§77 - 198, 有斐閣, 2016, 820頁.

146) 西田典之, 『刑法各論』, 第五版, 弘文堂, 2010, 490頁; 山口厚, 『刑法各論』, 補訂版, 有斐閣, 2008, 621頁以下.

147) 중국의 경우 수뢰죄의 죄질이 특히 중한 경우 사형 또는 무기징역까지 처할 수 있는데 대하여(중국 「형법」 제385조(수뢰죄), 제386조(수뢰죄의 처벌례)(제383조(탐오죄의 처벌례))) 증뢰죄의 죄질이 특히 중한 경우 10년 이상의 유기징역에 처하도록 하고 있다(제389조(증뢰죄), 제390조(증뢰죄의 처벌례)). 김유근·안수길, 『부정부패방지를 위한 법령의 정비방안 연구』, 한국형사정책연구원, 2016, 290면 이하; 甲斐克則·劉建利(翻譯), 『中華人民共和國刑法』, 2011, 179頁以下. 중국 현행 「형법전」(2017)은 <http://www.chnlawyer.net/law/subs/xingfa.html#382> 참조(검색일: 2017년 6월 27일).

148) 중국의 경우 수뢰죄에 대해서는 정상에 따라 사형 또는 무기징역까지 부과할 수 있는데 대하여(중국 「형법」 제38(수뢰죄), 제386조(수뢰죄의 처벌규정); 제383조(탐오죄의 처벌규정) 제1항 다목) 증뢰죄에 대해서는 정상에 따라 무기 또는 10년 이상의 유기징역에 처하도록 하고 있다(제389조(증뢰죄), 제390조(증뢰죄의 처벌규정)). 중국 현행 형법전은 <http://www.chnlawyer.net/law/subs/xingfa.html#382>(검색일: 2017년 7월 6일)에서 볼 수 있다. 2015년 제9차 형법개정에서 수뢰죄의 번역은 김유근·안수길, 『부정부패방지를 위한 법령의 정비방안 연구』, 한국형사정책연구원, 2016, 290면 이하. 그 밖에 甲斐克則·劉建利(翻譯), 『中華人民共和國刑法』, 2011; 법무부, 『중국 형사법』, 2008.3.(http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_03/ListShowData.do?strNbodCd=noti0011&strWrtNo=589&strAnsNo=A&strRtnURL=MOJ_40600000&strOrgGbnCd=10000); 검색일: 2017년 7월 6일).

149) 아래에 첨부된 “5. 부록” 참조.

150) 증뢰죄의 이러한 규정방식은 일본 「형법」 제198조(증뢰)와 동일하다.

이처럼 수뢰죄의 개별유형에 정한 각각의 법정형을 고려하지 않고 각 수뢰유형에 대한 증뢰죄에 대하여 하나의 법정형을 정하다 보니 수뢰죄의 법정형이 경우에 따라서는 증뢰죄의 것보다 중하거나 혹은 그 반대의 경우가 발생한다.

아래의 표는 형법상 수뢰죄와 증뢰죄의 법정형의 관계를 나타낸 것이다.

〈표 2-3〉 형법상 수뢰죄와 증뢰죄의 법정형의 관계

조문	죄명	법정형	수뢰와 증뢰의 법정형의 관계	
제129조	제1항	단순수뢰	5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지	수뢰 > 증뢰
	제2항	사전수뢰	3년 이하의 징역 또는 7년 이하의 자격정지	수뢰 < 증뢰
제130조		제삼자뇌물제공*	5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지	수뢰 > 증뢰
제131조 ¹⁵¹⁾	제1항	수뢰후부정처사	1년 이상의 유기징역	수뢰 > 증뢰
	제2항	사후수뢰(제삼자 뇌물제공 포함)	1년 이상의 유기징역	수뢰 > 증뢰
	제3항	퇴직후수뢰	5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지	수뢰 > 증뢰
제132조		알선수뢰	3년 이하의 징역 또는 7년 이하의 자격정지	수뢰 < 증뢰

* 여기에서는 제삼자뇌물제공(제130조)을 편의상 수뢰로 구분하여 제133조와 비교하였다.

이 표를 살펴보면 징역형이 5년 이하로 정해져 있으면서도 자격정지가 선택형으로 정해진 단순수뢰(제129조 제1항), 제삼자뇌물제공(제130조)(제133조 제2항이 적용되는 경우) 그리고 퇴직후수뢰(제131조 제3항) 등의 경우 수뢰죄가 증뢰죄보다 중하게 처벌된다(수뢰 > 증뢰).¹⁵²⁾ 이것은 「형법」 제357조에 정한 「배임수증재」의 경우에도 크게 다르지 않다(수재(제삼자증재도 포함) > 증재).¹⁵³⁾

그러나 다른 한편으로 「형법」 제129조 제2항의 사전수뢰나 제132조의 알선수뢰의 경우(3년 이하의 징역 또는 7년 이하의 자격정지) 앞서 살펴보았던 수뢰죄와 증뢰죄의 법정형의 균형(수뢰 < 증뢰)이 역전되어 수뢰죄가 증뢰죄보다 경하게 처벌된다.

법정형의 경중은 구성요건에 규정된 행위의 불법성 및 책임의 경중을 나타낸다고

¹⁵¹⁾ 「형법」 제131조에 정한 죄에 대해서는 10년 이하의 자격정지를 병과할 수 있도록 규정하고 있다(제131조 제4항).

¹⁵²⁾ 형벌의 경중과 관련하여 「형법」 제41조(형의 종류)와 제50조(형의 경중) 제1항 본문에 의하면 자격정지(제41조 제5호)는 벌금(제41조 제6호)보다 중한 형으로 규정되어 있다.

¹⁵³⁾ 수재(제삼자증재도 포함): 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금(「형법」 제357조 제1항). 증재: 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금.

볼 때 과연 수뢰와 증뢰 간의 불법성의 경중의 차이가 앞서 살펴본 두 경우에 역전되는 가는 형법전의 법문언만으로는 명확히 설명될 수 없다.

나. 다른 법률에서의 법정형의 균형

다른 법률에 정한 금품등수수죄와 제공죄의 경우 대체적으로 제공죄의 법정형을 각각의 수수죄의 것에 상응시켜 동일하게 규정하는 경우를 많이 볼 수 있으나 그렇다고 하여 모든 경우에 그러한 것은 아니다(“5. 부록” 참조).

예컨대 (특가법상 알선수재죄(제3조)와는 달리 알선증재죄도 함께 규정하고 있는) 「변호사법」 제111조 제1항,¹⁵⁴⁾ 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」 제22조 제1항 제1호 및 제2호(금품등수수)와 제3호(금품등제공)는 수수죄와 제공죄에 대하여 동일한 법정형을 정하고 있다. 이것은 「상법」 제630조에 정한 “발기인, 이사 기타의 임원의 독직죄”,¹⁵⁵⁾ 제631조에 정한 “권리행사방해 등에 관한 증수죄”¹⁵⁶⁾ 그리고 제634조의2에 정한 “주주의 권리행사에 관한 이익공여의 죄”¹⁵⁷⁾의 경우나 각 법률에 정한 금품등수수죄 및 제공죄가 마치 상호 대항범관계에 있는 의료법(수수),¹⁵⁸⁾ 약사법(제공)¹⁵⁹⁾ 그리고 의료기기법(제공)¹⁶⁰⁾에서도 크게 다르지 않다.¹⁶¹⁾

그렇다고 하여 동일한 법률 내에서도 통일적으로 규정되어 있는 것도 아니다. 예컨대 「특경법」에서의 금융회사 등의 임직원의 수증재죄에서는 수수자(동법 제5조 제1항)가 공여자(제6조)에 비하여 중하게 처벌되는데 대하여 저축 관련 부당행위와 관련해서는 수수자(제9조 제1항)와 공여자(동조 제3항)를 동일한 법정형에 처하고 있다.

그렇기 때문에 특가법상 알선수재죄(제3조)는 알선증재죄에 관한 규정을 두고 있지

154) 형법상 뇌물제공죄의 법정형은 「변호사법」 제111조 제1항에 정한 금품등 제공죄보다 중하다.

155) 5년 이하의 징역 또는 1천5백만원 이하의 벌금.

156) 1년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금.

157) 1년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금.

158) 「의료법」 제88조 제2호.

159) 「약사법」 제94조 제1항 제5의2호.

160) 「의료기기법」 제53조.

161) 「의료법」 과 「약사법」 및 「의료기기법」은 금품등수수죄 및 제공죄에 대하여 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금을 정하고 있다.

않으나 특가법상 알선수재죄를 「형법전」에 편입할 때에는 동 증재죄를 함께 신설할 필요가 있다. 그런데 형법상 뇌물죄 체계에서 공여죄는 「형법」 제133조(뇌물공여 등)¹⁶²⁾에 각종 수뢰죄를 일괄적으로 열거하고 이에 대한 공여죄에 대하여 일률적으로 동일한 법정형을 규정하는 방식을 취하고 있다. 따라서 특가법상 알선수재죄를 「형법전」에 편입하는 경우에도 일견 「형법」 제133조의 열거규정에 단순히 신설된 알선수재죄의 조문을 삽입하기만 하면 되는 것처럼 보이지만, 공여죄를 규정하고 있는 「형법」 제133조의 법정형은 죄질의 경중을 고려하지 않고 하나의 법정형을 정하고 있기 때문에 단순히 열거규정에 알선수재죄의 조문을 삽입하는 것만으로는 충분하지 않다.

그런데 이 문제는 특히 범죄이득액 등에 따라 법정형을 구분하고 있는 형사특별법에서 두드러지게 나타난다.

다. 가액에 따라 법정형을 구분하고 있는 경우에서의 금품등수수죄와 제공죄의 법정형의 불균형

부정한 경제적 이익의 수수 및 제공과 관련하여 수수액에 따라 수수자를 가중처벌하면서도 제공자에 대해서는 제공액(=수수액)에 따라 가중처벌하지 않는 경우가 있다. 예컨대 「특가법」 제2조(뇌물죄의 가중처벌)는 수뢰자에 대해서는 수뢰액에 따라 최고 무기징역까지 가중처벌되는데 대하여 증뢰자에 대해서는 증뢰액에 상관없이 특가법이 아니라 「형법」 제133조가 적용되도록 하고 있다. 이것은 금융회사 등의 임직원의 수증재(「특경법」 제5조 및 제6조)¹⁶³⁾나 증권관련 집단소송에서의 배임수증재(「증권관련 집단소송법」 제60조 및 제61조)에서도 크게 다르지 않다.

아래의 표는 가액에 따라 법정형을 구분하고 있는 경우에 부정한 금품 등의 수수자와 제공자에 대한 법정형의 차이를 나타낸 것이다.

¹⁶²⁾ 「형법」 제133조(뇌물공여등)

“①제129조 내지 제132조에 기재한 뇌물을 약속, 공여 또는 공여의 의사를 표시한 자는 5년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

②전항의 행위에 공할 목적으로 제삼자에게 금품을 교부하거나 그 정을 알면서 교부를 받은 자도 전항의 형과 같다”.

¹⁶³⁾ 예컨대 수수액이 1억원 이상일 때 무기 또는 10년 이상의 징역(제4항 제1호)(동법 제6조는 증제자에 대한 가중처벌: 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금).

〈표 2-4〉 가액에 따라 법정형을 구분한 경우에서의 수수와 제공의 법정형의 관계

조문	수수	제공	법정형의 관계
특경법상 수증재죄 (제5조 제4항)	수수액이 1억원 이상일 때: 무기 또는 10년 이상의 징역	5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금 (제6조 제1항)	수수 > 제공
	수수액이 5천만원 이상 1억원 미만일 때: 7년 이상의 유기징역		수수 > 제공
	수수액이 3천만원 이상 5천만원 미만일 때: 5년 이상의 유기징역		수수 > 제공
	5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지 (제1항)		수수 > 제공
특가법상 뇌물죄의 가중처벌(제2조 제1항)	수뢰액이 1억원 이상일 때: 무기 또는 10년 이상의 징역	5년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금 (형법 제133조)	수수 > 제공
	수뢰액이 5천만원 이상 1억원 미만일 때: 7년 이상의 유기징역		수수 > 제공
	수뢰액이 3천만원 이상 5천만원 미만일 때: 5년 이상의 유기징역		수수 > 제공
	수뢰액이 3천만원 미만일 때: 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지(형법 제129조 제1항)		수수 > 제공
	형법상 사전수뢰(제129조 제2항)(3년 이하의 징역 또는 7년 이하의 자격정지)		수수 < 제공
	알선수뢰(제132조)(3년 이하의 징역 또는 7년 이하의 자격정지)		수수 < 제공
증권관련 집단소송법(제60조 제1항)	수수액이 1억원 이상일 때: 무기 또는 10년 이상의 유기징역에 처하되, 수수액에 상당하는 금액 이하의 벌금을 병과할 수 있다.	7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금(제61조 제1항)	수수 > 제공
	수수액이 3천만원 이상 1억원 미만일 때: 5년 이상의 유기징역에 처하되, 수수액에 상당하는 금액 이하의 벌금을 병과할 수 있다.		수수 > 제공
	수수액이 3천만원 미만일 때: 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금		수수 = 제공

입법론적으로는 부정한 이익의 제공행위는 수수행위의 각 유형에 따라 차등하여 정하되¹⁶⁴⁾ 각 유형의 수수행위와 동일한 법정형으로 정하는 것이 합리적이라고 판단 된다.¹⁶⁵⁾ 그 이유는 다음과 같다.

164) 이 논의는 일본 현행법에서도 제기되고 있다. 西田典之·山口厚·佐伯仁志, 『注釈刑法 第二卷 各論(1)』 §77 - 198, 有斐閣, 2016, 820頁.

165) 같은 취지로는 西田典之·山口厚·佐伯仁志, 『注釈刑法 第二卷 各論(1)』 §77 - 198, 有斐閣, 2016, 820頁.

첫째 수수자와 공여자는 대항범 관계에서 부정한 이익을 상호 수수하고 제공함으로써 ‘공무원의 직무집행의 공정성과 이에 대한 국민의 신뢰’(보호법익)를 해하는 데에 공동으로 가공하였다는 점(경우에 따라서는 필요적 공범이 성립된다)에서 그 죄질에 차이를 둘 필요가 없다.

둘째 과연 모든 경우에 공여자가 수수자에 대하여 약자의 지위에 있는가라는 근본적인 문제를 제기할 수 있다. 즉 부정한 금품 등의 제공자가 적극적으로 금품 등을 제공한 경우 이러한 행위가 소극적 수수행위보다 그 죄질에서 경하다고 말하기는 쉽지 않다. 따라서 보편적 적용이 요구되는 「형법」의 법정형(선고형이 아니다)에서부터 이미 공여죄의 형을 수수죄보다 감경할 필요는 없다. 만약 수수자가 공여자의 열악한 지위를 이용하거나 강요의 정황이 인정되는 경우라면 공여자의 법정형을 감경할 것이 아니라 금품등수수죄에 더하여 직권남용이나 강요 또는 협박죄의 상상적·실질적 경합을 인정하여 수수자를 가중처벌하는 것이 보다 합리적이다. 이때 직권남용이나 강요죄와 뇌물죄는 상호 모순되는 것은 아닌가라는 의문이 제기되지만 만약 직권남용이나 강요로 인하여 금품 등을 제공할 수밖에 없었다면 이 시점에서 피해자가 되지만 이 피해자가 더 나아가 금품 등의 제공의 대가로 또 다른 이익을 취득하였다면 이 시점에서부터는 피해자의 지위를 상실하고 금품등제공죄의 정범으로 전환된다.

따라서 이상의 논의를 고려한다면 예컨대 공여죄를 정한 「형법」 제133조의 법정형은 “제129조부터 제132조의2의 예에 의한다”고 규정하여 수수죄와 공여죄의 법정형을 서로 일치시키는 한편 다른 금품등제공죄의 경우에도 이에 상응하여 구성요건을 정비하는 것이 바람직하다.

3. 주요 외국의 입법례

주요 외국의 입법례를 살펴보면 민간영역에서의 부패도 형법전에 규정하면서 통일적으로 모든 영역에 적용되도록 하는 추세를 보이고 있다.¹⁶⁶⁾

이때에도 그 규정방식은 대체적으로 (1) 형법의 체계상 공무원의 뇌물죄와 구별하지 않고 동일한 장에 규정하거나 심지어는 (2) 공공부문과 민간부문의 부패를 구별하지

¹⁶⁶⁾ 이하의 입법례와 함께 김유근·안수길, 『부정부패방지를 위한 법령의 정비방안 연구』, 한국형사정책연구원, 2016, 18면 이하도 참조.

않거나 또는 (3) 원칙적으로 범죄유형을 상세하게 구별하여 규정하는 입법례로 구분된다.

(1) 공공부문과 민간부문을 형법전의 동일한 장에 규정하는 입법례로는 예컨대 ① 스위스 형법을 들 수 있는데 2015년 9월 25일 제19장 “수뢰(*Bestechung*)”의 장을 전면개정하여¹⁶⁷⁾ 제1절에 “국내 공무원의 뇌물에 관한 죄(1. *Bestechung schweizerischer Amtsträger*)”를, 제2절에는 “외국 공무원의 뇌물에 관한 죄(2. *Bestechung fremder Amtsträger*)”를 그리고 제3장에는 본래 (구)공정거래법(*Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG*) 제4a조 및 제23조¹⁶⁸⁾에 의하여 규율되었던 “민간인의 뇌물에 관한 죄(3. *Bestechung Privater*)”를 규정하게 된다.¹⁶⁹⁾

② 또한 오스트리아의 경우 형법 제22장 “공무원의 가별적인 직무위반, 부패 및 이와 유사한 행위(*Strafbare Verletzungen der Amtspflicht, Korruption und verwandte strafbare Handlungen*)”에서 민간영역에서의 수증재죄(제309조(기업의 임직원 및 권한을 위임받은 자의 수증재, *Geschenkannahme und Bestechung von Bediensteten oder Beauftragten*))를 함께 규정하고 있다. 그리고 공무원개념에 외국 공무원을 포함시켜(§74 Abs. 1 Z. 4 lit. b, d) 외국 공무원에 대한 뇌물죄는 일반 뇌물죄 규정에 의하여 함께 규율된다.¹⁷⁰⁾

(2) 이에 대하여 공공영역과 민간영역을 구별하여 규정하고 있는 것으로는 독일과 중국의 입법례를 들 수 있다.

① 독일의 경우 2015년 11월 26일 형법개정에 의하여 부패범죄체계에 많은 변화를 가져왔다.¹⁷¹⁾ 오스트리아의 경우와 같이 공무원 개념에 외국 공무원을 포함시켜 외국 공무원에 대한 뇌물죄는 “제30장 직무에 관한 죄(*Straftaten im Amt*)”에서 함께 규율된다. 이에 대하여 민간영역의 부패범죄는 그 행위유형에 따라 달리 정하고 있다. 즉 사인뇌물(*Privatbestechung*)이라고 할 수 있는 민간영역에서의 부정한 금품 등 수수 및 제공은 불공정거래의 한 행위유형에 포함시켜 “제26장 공정거래에 관한 죄(*Straftaten gegen den Wettbewerb*)”에 규정하면서 여기에 상거래¹⁷²⁾와 의료기관¹⁷³⁾의 리베이트에 대하여 규정하

167) 2016년 1월 1일부터 시행. “*Korruptionsstrafrecht*” AS 2016 1287; BBl 2014 3591.

168) 이에 관한 상세한 것은 *Pieth, Mark*, Korruptionsstrafrecht, in: *Ackermann, Jürg-Beat/Heine, Günter, Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz*, Stämpfli Verlag, Bern, 2013, §22 N93 ff.; BSK StGB-Pieth³ N 21 vor Art. 322^{ter}.

169) 스위스 형법 제322^{octies}조(민간영역에서의 뇌물공여, *Bestechung*) 및 제322^{novies}조(민간영역에서의 뇌물수수, *Sich bestechen lassen*).

170) 김유근·안수길, 앞의 책, 27면.

171) 이에 관한 상세한 것은 김유근·안수길, 앞의 책, 23면 이하.

172) §§299(*Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr*), 300(*Besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit*

는 한편 스포츠영역에서의 부정한 금품 등의 수수 및 제공은 스포츠의 승부조작사기라는 관점에서 “제22장 사기와 배임(*Betrug und Untreue*)”의 장에 규정하고 있다.¹⁷⁴⁾

② 또한 스페인 형법의 경우 공공부문에서의 부패범죄는 “제19부 공공행정에 대한 죄(*Title XIX On felonies against the public administration*)”, “제5장 부패(*Chapter V On corruption*)”에 규정하고 있는데 대하여(Articles 419 - 427bis), 민간영역에서의 부패는 “제13부 재산 및 사회경제질서에 대한 죄(*Title XIII felonies against property and against social-economic order*)”, “제10장 지적 재산권 및 산업재산권, 시장 그리고 소비자에 대한 죄(*Chapter XI. On felonies against intellectual and industrial property, the market and consumer*)”, “제4절 사인 간의 부패(*Subchapter 4. On Corruption Between Private Individuals*)”에 규정한다(Article 286bis, 286ter, 286quater).¹⁷⁵⁾, ¹⁷⁶⁾ 그리고 국제상거래에서의 외국 공무원에 대한 뇌물죄는 “제10절 국제상거래에서의 부패(*On felonies of corruption in international commercial transaction*)” 제445조에 의하여 처벌된다.¹⁷⁷⁾

③ 중국의 경우 공직부패는 “제8장 탐오뇌물죄(贪污贿赂罪)”에서 규정되는데 대하여 민간영역에서의 부패와 관련해서는 “제3장 사회주의 시장경제질서를 파괴하는 죄(破坏社会主义市场经济秩序罪)”, “제3절 회사 및 기업의 관리질서를 방해하는 죄(妨害对公司、企业的管理秩序罪)”에서 상거래에서의 부정한 금품 등의 수수 및 제공과 외국 공무원에 대한 뇌물죄를 함께 규정한다.¹⁷⁸⁾

und Bestechung im geschäftlichen Verkehr und im Gesundheitswesen), 301(*Strafantrag*) StGB.

¹⁷³⁾ §§299a(*Bestechlichkeit im Gesundheitswesen*), 299b(*Bestechung im Gesundheitswesen*), 300(*Besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr und im Gesundheitswesen*), 301(*Strafantrag*) StGB.

¹⁷⁴⁾ §§265c(*Sportwettbetrug*), 265d(*Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben*), 265e(*Besonders schwere Fälle des Sportwettbetrugs und der Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben*) StGB.

¹⁷⁵⁾ 스페인 형법전은 “*LegislationOnline*”에 게재되어 있는 스페인 형법전(*Ministerio de Justicia, Criminal Code*, 2013)(<http://www.legislationonline.org/documents/section/criminal-codes>; 검색일: 2017년 11월 4일)과 “*Global Legal Insight*” 홈페이지에 게재되어 있는 것(<https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/bribery-and-corruption/global-legal-insights---bribery-and-corruption/spain>; 검색일: 2017년 11월 4일)을 참조하였다.

¹⁷⁶⁾ 스페인 형법은 2015년 3월 30일 “*Organic Law 1/2015*”에 의하여 대대적으로 개정되었는데(같은 해 7월 1일부터 시행) 민간부패를 정한 스페인 형법 제286bis, 286ter 그리고 286quater도 함께 개정되었다고 한다(<https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/bribery-and-corruption/global-legal-insights---bribery-and-corruption/spain>; 검색일: 2017년 11월 4일).

¹⁷⁷⁾ “*Global Legal Insight*” 홈페이지에 게재되어 있는 “*Spain*”(https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/bribery-and-corruption/global-legal-insights---bribery-and-corruption/spain; 검색일: 2017년 11월 4일).

(3) 영국 부패방지법(*Bribery Act 2010*)은 애초부터 공무원과 민간인을 구별하지 않고 부정한 금품 등의 수수 및 제공을 그 규율대상으로 한다.

(4) 미국의 경우 연방형법은 민간부패에 관하여 규율하지 않고 주 형법이 이를 규율하고 있다.¹⁷⁹⁾ 그리고 외국 공무원에 대한 뇌물죄는 1977년 해외부패방지법(*Foreign Corrupt Practices Act; FCPA*)에 의하여 연방무역법(*US Code Title 15 Commerce And Trade*), “제2B장 증권거래(Chapter 2B Securities Exchanges)”의 장에 규정되어 있다.¹⁸⁰⁾ 또한 “모범형법전(*Model Penal Code*)”은 공직부패와 민간부패를 구별하여 전자는 “공행정에 대한 죄(*Offences Against Public Administration*)”¹⁸¹⁾의 장, “제240절 뇌물과 부패한 영향력(*Article 240. Bribery and Corrupt Influence*)”에 그리고 민간부패는 공정거래를 해하는 사기범죄의 일종으로서 “재산에 대한 죄(*Offences Against Property*)”의 장, “제224절 위조와 사기적인 행위(*Article 224. Forgery and Fraudulent Practices*)”¹⁸²⁾에 규정되어 있다.

(5) 일본 「형법전」에는 민간부패의 처벌을 위한 일반규정도, 우리나라 「형법」 제357조에 정한 「배임수증재죄」도 그리고 외국 공무원에 대한 뇌물죄의 처벌에 대한 일반규정도 두고 있지 않으며, 일본 「회사법」¹⁸³⁾ 제960조부터 제962조, 제967조부터 제972조 및 제975조¹⁸⁴⁾ 그리고 개별 법률에 정한 처벌규정들에 의하여 규율되는 것으로 설명된다. 그러나 자세히 살펴보면 민간영역에서의 부정한 금품 등의 수수 및 제공은 「경제관계법칙의 정비에 관한 법률(經濟關係罰則ノ整備ニ關スル法律)」에 의하여 규율된다.

178) 중국 「형법」 제163조(비공무원에 대한 증뢰, 非国家工作人员受贿罪), 제164조(비공무원에 대한 증뢰; 외국공무원·국제적 공공단체 관원에 대한 증뢰, 对外国家工作人员行贿罪; 对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪).

179) Rendleman, Dong, Commercial Bribery: Choice and Measurement Within a Remedies Smorgasbord, *Washington & Lee Law Review*, Vol. 74 Issue 1, pp. 374(<http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol74/iss1/7>; 검색일: 2017년 11월 4일).

180) 15 USC'S Title 15 §§78dd(*Foreign securities exchanges*)-1~3, 78ff(*Penalties*).

181) Section 240.0 - 240.7.

182) Section 224.8(*Commercial Bribery and Breach of Duty to Act Disinterestedly*).

183) 법률 제86호, 2005년 7월 26일 제정.

184) 일본 회사법의 해당 규정들은 우리나라 상법에 규정된 것과 법문언이 거의 동일하다. 우리나라 상법 제622조(발기인, 이사 기타의 임원등의 특별배임죄), 제623조(사채권자집회의 대표자 등의 특별배임죄), 제624조(특별배임죄의 미수), 제630조(발기인, 이사 기타의 임원의 독직죄), 제631조(권리행사방해 등에 관한 증수죄), 제632조(징역과 벌금의 병과), 제633조(몰수, 추징), 제634조의2(주주의 권리행사에 관한 이익공여의 죄) 그리고 제634조의3(양벌규정).

동법은 제2차 세계대전 종전 직전인 1944년 2월 10일 제정되었는데(법률 제4호) 당시 전시통제경제법령(특히 국가총동원법 등)의 적용을 받는 경제단체들의 부패행위를 국가총동원법에 규정된 뇌물죄에 준하여 처벌하기 위하여 제정된 것이었다.¹⁸⁵⁾ 즉 1933년 4월 5일 일본 상법에 대한 대대적인 개정(법률 제72호, 제2차 개정)에 의하여 특별배임죄와 증수죄 등의 벌칙규정이 신설되었으나¹⁸⁶⁾ 동 규정들이 회사의 재산권이라는 개인적 법익의 보호에 초점이 맞추어져 있었을 뿐만 아니라 특별배임의 경우 회사의 경제적 손해를 그 전제로 한다고 해석되었던 대하여 이러한 요건을 요구하지 않는 그리고 뇌물죄에 준하여 경제단체의 직무수행의 공정성과 청렴성이라는 사회적 법익을 보호하는 규정을 마련한 것이라고 한다.¹⁸⁷⁾ 현재는 국가총동원법의 폐지로 인하여 동법에 의하여 설립된 경제단체가 소멸하면서 지금의 형태로 개정되었다.¹⁸⁸⁾

참고로 제2차 상법 개정 당시 일본 형법전에 대한 전면개정을 위한 논의가 진행 중이었는데¹⁸⁹⁾ 그러한 노력의 하나가 바로 1940년 4월 26일에 공포된 『형법 및 감옥법 개정조사위원회 종합결의 및 유보조항(刑法竝監獄法改正調査委員會總會決議及留保條項(刑法總則及各則未定稿))』, 즉 이른바 개정형법가안(改正刑法假案)이었다.¹⁹⁰⁾ 그러나 동 가안은 폐기되었고 동 가안에 규정된 배임수증재죄(제444조)는 법전화되지 못했다.

185) 동법에 관한 입법경위에 대해서는 伊東研祐, 「經濟關係罰則ノ整備ニ關スル法律(昭和19年法4号)と会社法967条の罪(取締役等の贈収賄罪【利益收受等罪】)」, 慶應法学, No.34(2016.3.), 18頁以下.

186) 일본 상법상 특별배임이나 증수죄의 신설의 입법경위 등에 관한 상세한 것은 伊東研祐, 「特別背任罪の解釈視座について: 昭和13年商法罰則改正と改正刑法假案」, 島大法学 56(4)(2013.3.), 島根大学法文学部, 30頁以下; 落合誠一(編集), 『会社法コンメンタール(21) 雑則(3)・罰則』, 商事法務, 2011, §960, 60頁(島田総一郎)(특별배임), §967, 125頁以下(佐伯仁志)(증수죄).

187) 이러한 해석은 伊東研祐, 「經濟關係罰則ノ整備ニ關スル法律(昭和19年法4号)と会社法967条の罪(取締役等の贈収賄罪【利益收受等罪】)」, 慶應法学, No.34(2016.3.), 2頁以下 및 21頁.

188) 伊東研祐, 「經濟關係罰則ノ整備ニ關スル法律(昭和19年法4号)と会社法967条の罪(取締役等の贈収賄罪【利益收受等罪】)」, 慶應法学, No.34(2016.3.), 21頁.

189) 일본 상법상 특별배임 및 증수죄와 개정형법가안과의 관계에 관한 것은 伊東研祐, 「特別背任罪の解釈視座について: 昭和13年商法罰則改正と改正刑法假案」, 島大法学 56(4)(2013.3.), 島根大学法文学部, 40頁以下.

190) 林弘正, 『改正刑法假案成立過程の研究』, 成文堂, 2004, 14頁以下; 改正刑法假案研究会編, 「改正刑法假案立案資料(一)」, 『香川法学』, 34卷3·4号(2015), 330頁以下. 일본 「개정형법가안」의 원문은 日本評論社, 「刑法改正条文対照表」, 『法律時報』別冊付録, 第48卷10号(1971.9.) 참조.

4. 정비방안

이상의 내용에 비추어 볼 때 민간부문의 부패를 구성요건으로 정할 때 발생하는 문제는 그 불법성을 궁극적으로 어디에서 찾을 것인가라는 문제로 귀결된다.

(1) 부정한 금품 등의 수수 및 제공행위 자체에서 불법성을 보는 경우 그 보호법익은 직무수행의 공정성과 이에 대한 일반 국민 또는 해당 영역의 관련자들의 신뢰가 되며 그 행위유형은 뇌물죄에 준하는 것이 된다.

(2) 이에 대하여 금품 등의 수수 및 제공을 통하여 부당한 경제적 이익을 취득한 행위에서 불법성을 찾게 되면 그 보호법익은 거래에서의 공정성과 이에 대한 해당 영역의 관련자들의 신뢰가 될 것이고 부정한 금품 등의 수수 및 제공이라는 반칙행위, 기망행위를 통하여 경제적 이득을 취한 행위는 사기에 준하는 행위유형이 된다. 이러한 유형으로서 대표적인 것이 바로 스포츠에서의 승부조작일 것이다. 실제로 독일 「형법」은 스포츠계의 승부조작(리베이트)을 사기범죄의 하나로서 “제22장 사기와 배임”의 장에 규정하고 있다.¹⁹¹⁾

(3) 또한 부정한 금품 등의 수수 및 제공은 상거래 등에서의 경쟁에서 요구되는 신의칙에 반하는 행위로서 배임의 요소도 없는 것은 아니다. 또한 이러한 배임적인 요소는 자신의 회사에 대한 배임을 구성하기도 하는데 이 경우 부정한 금품 등의 수수 및 제공은 회사에 대한 손해의 발생 또는 손해발생의 구체적인 위험을 발생시키는 행위가 될 것이다. 다만 우리나라의 경우 형법상 배임수증재죄가 있기 때문에 어느 정도 중간적인 처벌규정이 존재하는 셈이다. 배임수증재죄가 없는¹⁹²⁾ 일본의 경우 상법상 특별배임은 회사의 경제적 손해를 전제로 한 것인데 대하여 증수죄는 형법상 뇌물죄의 연장선상에 있는 규정으로서 경제활동에서의 공정성과 청렴성을 그 보호법익으로 한다는 점에서 양자는 보충관계에 있다는 견해도 있다.¹⁹³⁾

191) 독일 「형법」 제265c조(스포츠사기, *Sportwettbetrug*), 제265d조(직업스포츠 경기의 조작, *Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben*) 그리고 제265e조(스포츠사기와 직업스포츠 경기의 조작의 가중처벌, *Besonders schwere Fälle des Sportwettbetrugs und der Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben*)는 2017년 4월 11일 신설되었으며(BGBl I S. 815; BT-Drucks. 18/8831) 2017년 4월 19일부터 시행되었다.

192) 일본 개정형법가안은 결국 폐기되어 동 가안에 규정되었던 배임수증재죄는 법전화되지 못했다. 伊東研祐, 「特別背任罪の解釈視座について: 昭和13年商法罰則改正と改正刑法假案」, 島大法学 56(4)(2013.3.), 島根大学法文学部, 40頁以下.

(4) 민간영역에서의 부정한 금품 등의 수수 및 제공과 관련한 현행 처벌규정들은 앞서 언급한 바와 같이 체계적으로 구성되어 있다고 보기는 어렵다. 즉 ① 단순수재죄만을 규정한 경우, ② 증재죄를 함께 규정한 경우, ③ 제3자금품제공죄를 규정하지 않은 경우, ④ 단순수재나 제3자금품제공죄에서 “부정한 청탁”을 요구하는 경우(둘 중에 하나에서 요구하는 경우와 양자 모두 요구하지 않는 경우), ⑤ 단순수재뿐만 아니라 알선수재의 경우에도 제3자금품제공죄를 규정한 경우, ⑥ 수수 후 부정처사죄가 없는 경우 또는 ⑦ 몰수·추징규정이 없는 경우 등 그 규정체계가 통일되지 않았기 때문에 자칫 개별 법률에 정한 직무와 관련하여 부정한 금품 등이 수수 및 제공 또는 제3자에게 제공된 경우 처벌의 공백이 발생할 우려가 있다.

따라서 민간영역의 부패에 대한 처벌규정을 신설하는 경우 뇌물죄의 규정체계에 준하여 다음과 같이 규정하는 것이 적절하다.

〈표 2-5〉 민간영역에서의 부정한 금품 등의 수수 및 제공의 규정체계

	대분류	중분류	소분류		내용	비고	
			소분류 1	소분류 2			
1.	수재	단순수재			형법상 배임죄(제355조 제2항)와 같이 “재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 한 때”라는 방식으로 규정하는 경우 뇌물죄와 같이 단순수재와 제3뇌물제공을 다른 항으로 구분하여 규정할 필요가 없게 되어 구성요건을 간이하게 기술할 수 있다.		
		제3자증재					
		알선수재	신분자	알선수재			위와 같음.
			비신분자	알선수재 제3자알선증재			「변호사법」 제111조와 같이 신분자의 직무에 관하여 비신분자가 알선하는 행위
2.	증재			각 행위유형에 대한 증재죄를 규정할 필요가 있으며, 이때 ① 수재와 증재의 죄질에 경중을 둘 것인지 아니면 ② 수재와 동일한 법정형을 부과하도록 할 것인지에 대해서는 논란	가액에 따른 법정형 구분		

195) 伊東研祐, 「經濟關係罰則ノ整備ニ關スル法律(昭和19年法4号)と会社法967条の罪(取締役等の贈收賄罪【利益收受等罪】)」, 慶應法学, No.34(2016.3.), 2頁以下. 그러나 이에 대하여 부정적인 견해로는 山口厚, 『經濟刑法』, 商事法務, 2012, 44頁以下(古川伸彦); 落合誠一(編集), 『会社法コンメンタール〈21〉雜則(3)・罰則』, 商事法務, 2011, §967, 125頁以下(佐伯仁志).

	대분류	중분류	소분류		내용	비고
			소분류 1	소분류 2		
					이 있다. 예컨대 현행 형법상 뇌물죄의 경우 수뢰를 증뢰에 비하여 중하게 처벌하고 있다. 그러나 원칙적으로 수뢰와 증뢰는 대항범의 관계에 있으면서 필요적 공범이라는 점에서 그 죄질의 경중에 차이를 둘 필요는 없을 것으로 판단된다(주요 외국 입법례에서는 대체적으로 죄질의 경중에 차이를 두지 않는 경향에 있다). 양형에서 수동적 증재와 적극적 증재를 고려함으로써 구체적인 형평성을 구현할 수 있을 것으로 판단된다.	
3.	부정한 이득을 받은 제3자	제3자알선증재(신분자·비신분자)에서 부정한 이득을 받은 제3자			“고의가 있는 경우에 한하여” 공범의 일반이론으로 규율할 수도 있으나 죄책을 명확하게 하기 위하여 명문의 규정(고의범)을 두는 방안을 생각할 수 있다.	
		알선을 의뢰한 제3자				
4.	몰수·추징				몰수·추징은 이익박탈적 성격을 갖는다. 징벌적 성격의 몰수·추징은 부인하고 가벌성과 책임의 경중은 “형벌”인 벌금에 반영하는 것이 적절하다. 몰수·추징방식은 「범죄수익은닉규제법」에 따르도록 규정할 필요가 있다.	
5.	양벌규정				만약 법인의 형사책임을 긍정하는 정책적인 결단 ¹⁹⁴⁾ 을 내린다면 법인의 형사책임은 형법 총칙에 규정하여야 하고 그 책임유형은 관리·감독책임이 된다. 부정한 금품 등 수수 및 제공죄에 대해서도 법인의 형사책임을 인정하여야 할 것이다. 만약 법인의 형사책임을 부인하는 경우 「질서위반행위 규제법」 제11조(법인의 처리 등) ¹⁹⁵⁾ 에 따라 과태료를 부과하도록 한다.	

194) 법인의 형사책임의 문제의 핵심은 만약 “형벌”을 부과한다면 법인에게도 이를 부과할 수 있는지의 여부이다. 따라서 한편으로 형법전에서는 법인의 형사책임을 부인하면서 형사특별법 및 행정형법에서 법인의 형사책임을 긍정할 수 있는지의 여부, 즉 “법률”에 따라 법인의 형사책임을 달리 정할 수 있는지의 여부는 논의의 핵심에서 벗어난 것이라고 말할 수 있다. “형벌”규정이 어떤 법률에 규정되어 있다고 하더라도 그 제재의 법률효과가 “형벌”이라면 형법전의 일반이론, 즉 책임원칙이 그대로 적용되어야 하기 때문에(이른바 “실질적 의미에서의 형벌”) 예컨대 「형법」 제8조(총칙의 적용범위)에 의하여 다른 법률에 규정된 양벌규정의 정당성이 인정될 수 있는지의 여부는 중요한 문제는 아니다. 왜냐하면 동조에 의한다고 하더라도 형법의 기본원칙인 책임원칙과 죄형법정주의를 배제할 수 없기 때문이다(김유근, “기업형벌과 형벌이론간의 괴리”, 『비교형사법연구』, 제9권 제1호(2007), 309면 이하).

195) 「질서위반행위규제법」 제11조(법인의 처리 등)

5. 부록 : 부정한 금품 등 수수 및 제공에서의 수수와 제공의 관계

아래의 표는 부정한 금품 등 수수 및 제공에서의 수수와 제공의 관계를 비교한 것이다.

-
- ① 법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인·사용인 및 그 밖의 종업원이 업무에 관하여 법인 또는 그 개인에게 부과된 법률상의 의무를 위반한 때에는 법인 또는 그 개인에게 과태료를 부과한다.
 - ② 제7조부터 제10조까지의 규정은 「도로교통법」 제56조제1항에 따른 고용주등을 같은 법 제160조제3항에 따라 과태료를 부과하는 경우에는 적용하지 아니한다.

<표 2-6> 부정한 금품 등 수수 및 제공에서의 수수와 제공의 관계

법률명	조문	청탁		수수와 제공의 관계		법정형		양벌 규정	미수 범	불수·추징	상습 범
		청탁	부정청탁	수수	제공	법정형의 조건	법정형				
건설산업기본법	제38조의2(부정한 청탁에 의한재물 등의 취득 및 제공 금지), 제95조의2(벌칙)(부정한 청탁)		○	○	○	수수= 제공	5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금	X	X	X	X
경료·경정법	제29조(벌칙) 제1항(수재)(부정한 청탁)		○	○	○	수수= 제공	5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금	X	X	○	X
	제29조(벌칙) 제2항(수·재후부정청사)(부정한 청탁)		○	○	○	수수= 제공	7년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금	X	X	○	X
	제30조(벌칙) (제3자수재)			○	○	수수= 제공	5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금	X	X	○	X
공공기관의 운영에 관한 법률	제55조(벌칙)		○	○	○	수수= 제공	3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금; 경제적 이익의 5배에 해당하는 금액이 5천만원을 초과하면 경제적 이익의 5배에 상당하는 금액 이하의 벌금	X	X	○	X
공인회계사법	제22조(명의대여등 금지) 제3항; 제53조(벌칙) 제1항 제1호			○	○	X	5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금	X	X	X	X
공직선거법	제230조(매수 및 이해유도죄) 제1항 제1호부터 제7호; 제공		X	○	○	수수= 제공	5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금	○	X	○	X
	제230조(매수 및 이해유도죄) 제3항; 지시자		X				7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금	○	X	○	X
	제230조(매수 및 이해유도죄) 제4항; 운반자		X				5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금	○	X	○	X
	제230조(매수 및 이해유도죄) 제7항 제2호; 제공		X		○	수수= 제공	3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금	○	X	○	X
	제230조(매수 및 이해유도죄) 제8항; 지시자		X				5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금	○	X	○	X

법률명	조문	청탁		수수와 제공의 관계	법정형		양벌 규정	미수 범	몰수·추징 범	상습 범
		청탁	부정 청탁		법정형의 관계	법정형의 조건				
	제230조(벌칙) 제4항	x	x			5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금	x	x	o	x
	제231조(재산상의 이익목적의 매수 및 이해유도죄) 제1항	x	x	수수=제공	수수=제공	7년 이하의 징역 또는 300만원 이상 5천만원 이하의 벌금	o	x	o	x
	제231조(재산상의 이익목적의 매수 및 이해유도죄) 제2항: 지시자	x	x			10년 이하의 징역 또는 500만원 이상 7천만원 이하의 벌금	o	x	o	x
	제232조(후보자에 대한 매수 및 이해유도죄) 제1항	x	x	수수=제공	수수=제공	7년 이하의 징역 또는 500만원 이상 5천만원 이하의 벌금	o	x	o	x
	제232조(후보자에 대한 매수 및 이해유도죄) 제2항: 지시자	x	x			10년 이하의 징역 또는 500만원 이상 7천만원 이하의 벌금	o	x	o	x
	제233조(당선인에 대한 매수 및 이해유도죄) 제1항	x	x	수수=제공	수수=제공	1년 이상 10년 이하의 징역	o	x	o	x
	제233조(당선인에 대한 매수 및 이해유도죄) 제2항: 지시자	x	x			1년 이상 10년 이하의 징역	o	x	o	x
	제235조(방송신문 등의 불법이용을 위한 매수죄) 제1항	x	x	수수=제공	수수=제공	5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금	o	x	o	x
	제235조(방송신문 등의 불법이용을 위한 매수죄) 제2항	x	x			7년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금	o	x	o	x
관세시법	제13조의2, 벌칙 x	x	x			x	x	x	x	x
교육공무원법	제24조의2(선거운동의 제한) 제1항, 제62조(벌칙)	x	x	수수=제공	수수=제공	2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금	x	x	x	x
국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률	제5조의2(청렴계약), 제5조의3(청렴계약 위반에 따른 계약의 해제, 해지 등)	x	x			x	x	x	x	x
국민의 형사재판 참여에 관한 법률	제56조(배심원 등에 대한 청탁죄)		o	수탁=청탁		2년 이상의 징역 또는 500만원 이하의 벌금	x	x	x	x

법률명	조문	청탁		수수외 제공의 관계		법정형		양벌 규정	미수 범	몰수·추징	상습 범
		청탁	부정 청탁	수수	제공	법정형의 조건	법정형				
국민체육진흥법	제14조의3(선수 등의 금지행위) 제1항(수제), 제47조(벌칙) 제1호(수제후부정청탁)		○	○	수수=제공		7년 이하의 징역 또는 7천만원 이하의 벌금	○	×	○	×
	제14조의3(선수 등의 금지행위), 제48조(벌칙) 제2호(수제)		○	○	수수=제공		5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금	○	×	○	×
국민투표법	제100조(다수인매수 및 다수인미(해유도죄) 제1항	×	×	○	수수=제공		5년 이하의 징역이나 금고 또는 50만원 이상 250만원 이하의 벌금	×	×	○	×
	제100조(다수인매수 및 다수인미(해유도죄) 제2항(청탁죄)		○		수수=청탁		5년 이하의 징역이나 금고 또는 50만원 이상 250만원 이하의 벌금	×	×	×	×
	제99조(매수 및 미(해유도죄) 제1항	×	×	○	수수=제공		3년 이하의 징역이나 금고 또는 150만원 이하의 벌금	×	×	○	×
	제99조(매수 및 미(해유도죄) 제2항	×	×	○	수수=제공		7년 이하의 징역이나 금고	×	×	○	×
국제상거래에 있어서 외국공무원에 대한 뇌물방지법	제3조(뇌물공여자 등의 형사책임) 제1항 1문	×	×	○		1. 범죄행위로 얻은 이익이 1천만원 미만인 때	5년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금	○	×	○	×
	제3조(뇌물공여자 등의 형사책임) 제1항 2문	×	×	○		2. 범죄행위로 얻은 이익이 1천만원 이상인 때	5년 이하의 징역, 이익의 2배에 해당하는 금액 이하의 벌금	○	×	○	×
국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률	제16조(사범방해죄) 제5항(외국공무원에 대한 뇌물공여)	×	×	○			5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금	×	×	×	×
	제16조(사범방해죄: 참고인, 증인 등의 금품공여 및 수수) 제1항 제3호 및 제4호	×	×	○	수수=제공		5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금	×	×	×	×
금융지주회사법	제34조(대주주의 거래 등의 제한 등) 제9항 제2호, 제70조(벌칙) 제1항 제3호, 제45조의4(주요출자자의 부당한 영향력 행사 금지) 제2호, 제70조(벌칙) 제1항 제7호	×	×	○			10년 이하의 징역 또는 5억원 이하의 벌금	○	×	×	×

법률명	조문	청탁		수수와 제공의 관계		법정형		양벌 규정	미수 범	물수 추진	상습 범
		정탁	부정탁	수	제공	법정형의 관계	법정형의 조건				
금융지주회사법	제48조의3(수리등의 금지등) 제1항, 제70조 제2항 제2호	X	X	O	X			O	X	X	X
기상산업진흥법	제26조(벌칙) 제1항		O	O	X			O	X	X	X
농업협동조합법	제50조(선거운동의 제한) 제1항, 제172조(벌칙) 제1항 제2호	X	X	O	O	수수=제공		X	X	X	X
도시 및 주거환경정비법	제11조(시공자의 선정 등) 제5항, 제84조의2(벌칙) 제1호	X	X	O	O	수수=제공		X	X	X	X
	제11조(시공자의 선정 등), 제84조의3(벌칙) 제1호	X	X	O	O	수수=제공		X	X	X	X
	제21조(조합의 임원) 제4항, 제84조의2(벌칙) 제3호	X	X	O	O	수수=제공		O	X	X	X
독점규제 및 공정거래에 관한 법률	제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지), 제66조(벌칙) 제1항 제9의2호	X	X	X	O			O	X	X	X
문화재수리 등에 관한 법률	제6조의2(부정한 청탁에 의한 재물 등의 취득 및 제공 금지)		O	O	O			X	X	X	X
번호사업법	제110조(알선수재)	X	X	O	X			X	X	O	O
	제111조(알선수재)	X	X	O	O	수수=제공		X	X	O	O
병역법	제92조(전문연구요원 등의 편입 및 복무의무 위반 등) 제3항(병역지정업체의 장외 수재)		O	O	O	수수=제공		O	X	O	X
	제92조(전문연구요원 등의 편입 및 복무의무위반 등) 제4항(병역지정업체의 장외의 자외 수재)		O	O	O	수수=제공		X	X	O	X
보험업법	제111조(대주주의 거래제한 등) 제5항 제1호, 제2호, 제200조 제5호	X	X	O	X			O	X	X	X

법률명	조문	청탁		수수와 제공 관계	법정형		양벌 규정	미수 범	물수 추진	상습 범	
		청탁	부정 청탁		수수의 제공	법정형의 조건					법정형
부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률	제201조(벌칙) 제1항 및 제2항(검사인의 수재 증제)		○	○	수수= 제공		5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금	x	x	○	x
	제202조 제2호	x	x	○	수수= 제공		3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금	○	x	x	x
	제203조(벌칙) 제1항 및 제2항(각종 수재증제)	○	○	○	수수= 제공		1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금	x	x	○	x
	제98조(특별이익의 제공 금지), 제202조 제2호	x	x	x	○		3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금	○	x	x	x
	제8조(금품등의 수수 금지) 제1항, 제22조(벌칙) 제1항 제1호 및 제3호(제공)	x	x	○	수수= 제공	1회 10만원 초과, 회계연도 300만원 초과 직무관련성 x, 대기성 x	3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금	○	x	○	x
신림조합법	제8조 제4항(배우자의 금품수수 신고의무), 제22조(벌칙) 제1항 제2호(배우자의 금품수수 신고의무위반)	x	x	○	수수= 제공	1회 10만원 초과, 회계연도 300만원 초과 및 제3호(제공사) 직무관련성 ○, 대기성 x	3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금	○	x	○	x
	제10조(외부강의등의 사례금 수수 제한) 제5항(초과사례금의 신고. 반환의무), 제23조(과태료 부과) 제4항	x	x	○	수수= 제공		x	x	x	x	x
상법	제40조(선거운동의 제한) 제1항, 제132조(벌칙) 제1항 제2호	x	x	○	수수= 제공		2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금	x	x	x	x
	제622(발기인, 이사 기타의 임원 등의 특별배 임직)	x	x	○			10년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금	x	제63조 4조의3	x	x

법률명	조문	청탁		수수와 제공의 관계	법정형		양벌 규정	미수 범	몰수·추징	상습 범
		청탁	부정 청탁		수수와 제공	법정형의 조건				
세무사법	제12조의4(금품 제공 등의 금지), 벌칙 X	X	X			X	X	X	X	X
신용협동조합법	제27조의2(임원의 선거운동 제한) 제1항, 제99조(벌칙) 제3항	X	X	수수=제공		1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금	X	X	X	X
신탁법	제140조(신탁사채권자집회의 대표자 등의 특별배임죄) 제143조(권리행사방해 등에 관한 중죄, 수뢰죄)	X	X	수수=제공		7년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금	X	O	X	X
약사법	제47조의2(약품등의 판매 질서) 제2항 및 제3항 그리고 제94조 제1항 제5의2호(벌칙)	X	X	수수=제공		3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금	O	X	O	X
여신전문금융업법	제50조의2(자금지원 관련 금지행위 등) 제5항, 제70조(벌칙) 제1항 제10호	X	X	수수=제공		7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금	O	X	X	X
영업조합법	제28조(선거운동의 제한) 제1항, 제59조(벌칙) 제1항	X	X	수수=제공		2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금	X	X	X	X
외국법자문사법	제46조 제3호(알선등수재)	X	X			7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금	X	X	O	O
유류오염손해배상보장법	제58조(관리인의 수뢰죄)	X	X	수수>제공		5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금	X	X	O	X
은행법	제35조의4(대주주의 부당한 영향력 행사의 금지) 제1항, 제66조(벌칙) 제1항 제4호	X	X			10년 이하의 징역 또는 5억원 이하의 벌금	O	X	X	X
의료기기법	제13조(제조업자의 의무) 제3항, 제18조(판매업자 등의 준수사항) 제2항, 제53조(벌칙)	X	X	수수=제공		3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금	O	X	X	X
의료법	제23조의2(부당한 경제적 이익등의 취득 금지), 제88조의2(벌칙)	X	X	수수=제공		3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금	X	X	X	X
자본시장과 금융투자업에 관한 법률	제35조(대주주의 부당한 영향력 행사의 금지), 제444조(벌칙) 제5호 제37조(신의상실의무 등) 제2항, 벌칙 X	X	X			5년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금	O	X	X	X

법률명	조문	청탁		수수와 제공의 관계		법정형		양벌 규정	미수 범	몰수·추징	상습 범
		청탁	부정 청탁	수	제공	법정형의 조건	법정형				
전통 소싸움경기에 관한 법률	제444조 제5호(대주주의 부당한 영향력 행사의 금지)	X	X	O	X			O	X	X	X
	제85조(불건전 영업행위의 금지) 제4호, 제6호, 제98조(불건전 영업행위의 금지) 제1항 제2호, 제4호, 제2항 제4호, 제108조 제4호, 제444조(벌칙) 제8호	X	X					O	X	X	X
	제98조의2(성과보수의 제한)	X	X					X	X	X	X
	제25조(벌칙) 제1항(수재) 제1호		O	O	O	수수	수수> 제공	X	X	X	X
정당법	제25조(벌칙) 제2항(수재후부정청사)		O	O	O	수수	수수> 제공	X	X	X	X
	제50조(당대표경선등의 매수 및 이해유도죄)	X	X	O	O	수수=	수수= 제공	X	X	O	X
	제50조(당대표경선등의 매수 및 이해유도죄)	X	X	O	O	수수=	수수= 제공	X	X	O	X
	제469조(주민소환투표에 관한 벌칙) 제2항 제1호부터 제3호: 제공	X	X	O	O	수수<	수수< 제공	O	X	O	X
제주특별자치도 국제자유도시 조성을 위한 특별법	제469조(주민소환투표에 관한 벌칙) 제2항 제4호: 지시자	X	X					O	X	O	X
	제469조(주민소환투표에 관한 벌칙) 제2항 제8호	X	X					O	X	X	X
	제469조(주민소환투표에 관한 벌칙) 제2항 제8호: 운반자	X	X					O	X	O	X
	제16조(금품 수수 및 공여): 징계	X	X					X	X	X	X
주민소환에 관한 법률	제29조(벌칙) 제1항 제1호(제공)	X	X	O	O	수수<	수수< 제공	X	X	O	X

법률명	조문	청탁	정 부 정 청 탁	수수와 제공		법정형의 관계	법정형		양벌 규정	미수 범	몰수·추징	상습 범
				수 수	제 공		법정형의 조건	법정형				
	제29조(벌칙) 제8호	X	X					5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금	X	X	X	X
주민투표법	제29조(벌칙) 제1호(제공)	X	X	O	O	수수(제공)		3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금	X	X	X	X
주식회사의 외부 감사에 관한 법률	제19조(벌칙) 제1항 및 제2항		O	O	O	수수=제공		5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금; 경제적 이익의 5배에 해당하는 금액이 5천만원을 초과하면 경제적 이익의 5배에 상당하는 금액 이하의 벌금	X	X	O	X
중소기업창업 지원법	제15조의2(대주주의 행위제한) 제1항 제2호, 제48조(벌칙) 제1항 제2호	X	X	O	X			5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금	O	X	X	X
	제53조(선거운동의 제한) 제1항 및 제2항, 제137조(벌칙) 제1항 제2호	X	X	O	O	수수=제공		2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금	X	X	X	X
증권관련 집단소송법	제60조(배임수재) 제1항 제1호	X	X	O	O	수수(제공)	1. 수수액이 1억원 이상인 경우	무기 또는 10년 이상의 징역	X	X	O	X
증권관련 집단소송법	제60조(배임수재) 제1항 제2호	X	X	O	O	수수(제공)	2. 수수액이 3천만원 이상인 경우	5년 이상의 유기징역; 수수액에 상당하는 금액 이하의 벌금	X	X	X	X
	제60조(배임수재) 제1항 제3호	X	X	O	O	수수=제공	3. 수수액이 3천만원 미만인 경우	7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금	X	X	X	X
	제61조(배임증재) 제1항 및 제2항	X	X	X	O			7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금	X	X	O	X
채무자 회생 및 파산에 관한 법률	제645조(회생수립죄)	X	X	O	O	수수=제공		5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금	X	X	O	X
특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률	제5조(수재 등의 죄) 제1항(금융회사등의 임직원), 제2항(제3차 증재), 제3항(알선), 제4항(가중)	X	X	O	O	수수(제공)	1. 수수액이 1억원 이상일 때	무기징역 또는 10년 이상의 징역; 수수액의 2배 이상 5배 이하의 벌금	X	X	O	X
	제5조(수재 등의 죄) 제1항(금융회사등의 임직원), 제2항(제3차 증재), 제3항(알선), 제4항(가중)	X	X	O	O	수수(제공)	2. 수수액이 5천만원 이상 1억원 미만일 때	7년 이상의 유기징역; 수수액의 2배 이상 5배 이하의 벌금	X	X	O	X

법률명	조문	청탁		수수외 제공의 관계		법정형		양벌 규정	미수 범	몰수·추징	상습 범
		정탁	부정탁	수공	제공	법정형의 조건	법정형				
하도급거래 공평화에 관한 법률	제12조의2(경제적 이익의 부당요구 금지), 제30조(벌칙) 제1항 제1호	x	x	o	x		하도급대금의 2배에 상당하는 금액 이하의 벌금	o	x	x	x
한국미사회법	제51조(벌칙) 제1호부터 제3호	x	x	o	o	수수=제공	5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금	x	x	o	x
협동조합기본법	제37조 제1항, 제117조(벌칙) 제3항 제2호	x	x	o	o	수수=제공	2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금	x	x	x	x
형법	제129조 제1항(수뢰)	x	x	o	o	수수>제공	5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지	x	x	o	x
	제129조 제2항(사전수뢰)	o		o	o	수수<제공	3년 이하의 징역 또는 7년 이하의 자격정지	x	x	o	x
	제130조(제삼자노물제공)		o	o	o	수수>제공	5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지	x	x	x	x
	제130조(제삼자노물제공)	x	x	x	o		5년 이하의 징역	x	x	o	x
	제131조 제1항(수뢰후부정처사)	x	x	o	o	수수>제공	1년 이상의 유기징역 또는 10년 이하의 자격정지	x	x	o	x
	제131조 제2항(사후수뢰)		o	o	o	수수>제공	1년 이상의 유기징역 또는 10년 이하의 자격정지	x	x	o	x
	제131조 제3항(퇴직후수뢰)	o		o	o	수수>제공	5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지	x	x	o	x
	제132조(일선수뢰)	x	x	o	o	수수<제공	3년 이하의 징역 또는 7년 이하의 자격정지	x	x	o	x
	제357조(배임수증제)	x	x	o	o	수수>제공	5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금	x	o	o	x
형의 실효 등에 관한 법률	제9조(벌칙)(부정청탁받은후부정처사)		o	o	x		1년 이상의 유기징역	x	x	x	x

「특정경제범죄 가중처벌 등에
관한 법률」

「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」

「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」(이하 “특경법”이라 한다)에서 경제범죄 관련 처벌규정에 해당하는 것은 예컨대 동법 제3조에 정한 “특정재산범죄의 가중처벌” 및 금융회사 등의 임직원과 관련한 죄들, 예컨대 수증재죄(제5조 및 제6조), 알선수재죄(제7조), 사금융알선 등의 죄(제8조), 저축관련 부당행위(제9조), 무인가 단기금융업의 가중처벌(제11조) 등이다. 또한 특경법 제12조는 금융회사 등의 임직원의 보고의무와 그 처벌규정을 규정하고 있다. 여기에서는 이들 규정들의 정비방안에 관하여 상세하게 다루고자 한다.

제1절 특정재산범죄(제3조)

특정재산범죄의 가중처벌과 관련하여 「특경법」 제3조 제1항은 “「형법」 제347조(사기), 제350조(공갈), 제350조의2(특수공갈), 제351조(제347조, 제350조 및 제350조의2의 상습범만 해당한다), 제355조(횡령·배임) 또는 제356조(업무상의 횡령과 배임)의 죄를 범한 사람은 그 범죄행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재물 또는 재산상 이익의 가액(이하 이 조에서 “이득액”이라 한다)이 5억원 이상일 때에는 다음 각 호의 구분에 따라 가중처벌한다”고 규정하고 있다.

그런데 동조와 관련해서는 ① 이득액이 5억원 미만일 때에는 형법전에 그리고 그 이상일 때에는 형사특별법에 처벌규정을 규정하여야 하는지에 대해서 형법이론적으로 필연적인 이유가 있는지 ② 반대로 형법전에 일괄적으로 규정하면 안 되는지에 대한 명확한 해답을 찾기는 그리 쉽지 않다는 점 외에도 다음과 같은 문제를 제기할

수 있다.

첫째 제3조 제1항이 가중처벌의 대상으로 하고 있는 형법상 배임죄와 관련하여 배임죄 체제상 중첩적인 가중처벌을 규정한 것은 아닌가라는 의문이 제기된다.

즉 ① 형법상 단순배임(「형법」 제355조 제2항; 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금)은 이미 ② 업무상 배임(제356조; 10년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금)에 의하여 가중처벌된다.

③ 그런데 입법연혁상 형법상 단순배임과 업무상 배임을 가중처벌하기 위하여 규정된 것이 바로 상법상 특별배임(「상법」 제622조)이다. 즉 상법상 특별배임의 연혁을 살펴보면 1962년 1월 20일 제정된 우리나라 「상법」¹⁹⁶⁾과 동일한 범문언어로 구성되어 있던 당시 일본 「(구)상법」 제486조에 정한 특별배임은 1938년 4월 5일 「상법」 2차 개정(법률 제72호)에 의하여 신설되었는데 당시 일본 「형법」 제247조에 정한 배임죄의 가중구성요건으로 구상되었던 규정이었다.^{197), 198)}

이렇게 본다면 ㉠ 형법상 단순배임은 업무상 배임에 의하여 가중처벌될 뿐만 아니라 ㉡ 다시 상법상 특별배임에 의하여 가중처벌된다. 그리고 ④ 형법상 단순배임과 업무상배임은 재차 「특경법」 제3조에 의하여 그리고 ⑤ 상법상 특별배임은 「특경법」 제5조부터 제9조에 의하여 가중처벌되는 결과가 된다.

둘째 “특정재산범죄”의 기준이 그리 명확하지 않다는 점이다. 물론 특정재산범죄로 열거된 범죄들(사기·공갈·특수공갈, 횡령·배임, 업무상 횡령·배임)은 경제생활에 중

¹⁹⁶⁾ 법률 제1000호, 1962.1.20. 제정, 1963.1.1. 시행.

¹⁹⁷⁾ 일본 상법상 특별배임의 입법취지와 형법상 배임죄와의 관계에 관한 상세한 것은 伊東研祐, 「特別背任罪の解釈視座について: 昭和13年商法罰則改正と改正刑法假案」, 島大法学 56(4) (2013.3.), 島根大学法文学部, 30頁以下; 落合誠一(編集), 『会社法コンメンタール〈21〉 雑則(3)・罰則』, 商事法務, 2011, §960, 59頁以下(島田聡一朗).

¹⁹⁸⁾ 일본 「상법」 제2차 개정이 논의되던 당시에는 형법전면개정에 대한 논의도 진행되고 있었으나 형법개정을 기다릴 수 없어서 특별배임과 증수죄가 신설되었다고 한다(일본 상법상 특별배임 및 증수죄와 개정형법가안과의 관계에 관한 것은 伊東研祐, 「特別背任罪の解釈視座について: 昭和13年商法罰則改正と改正刑法假案」, 島大法学 56(4)(2013.3.), 島根大学法文学部, 40頁以下). 당시 진행되었던 형법개정논의는 1940년 4월 26일 『형법 및 감옥법 개정조사위원회 종합결의 및 유보조항(刑法並監獄法改正調査委員会總會決議及留保條項(刑法總則及各則未定稿)』, 즉 이른바 개정형법가안(改正刑法假案)으로 공표되었으나(林弘正, 『改正刑法假案成立過程の研究』, 成文堂, 2004, 14頁以下; 改正刑法假案研究会 編, 「改正刑法假案立案資料(一)」, 『香川法学』, 34卷3·4号(2015), 330頁以下. 일본 「개정형법가안」의 원문은 日本評論社, 「刑法改正条文対照表」, 『法律時報』 別冊付録, 第48卷10号(1971.9.) 참조) 동 가안은 폐기되었고 동 가안에 규정되어 있던 배임수증죄(제444조)는 법전화되지 못했다.

대한 영향을 미칠 수 있는 대표적인 재산범죄라는 것은 분명하다. 그러나 그렇다고 하여 이들 범죄유형에 준하는 다른 범죄들이 특정재산범죄에서 배제된 이유가 반드시 명확한 것도 아니다. 물론 특정재산범죄에 어떤 범죄유형을 포함시킬 것인가는 전적으로 입법자의 재량에 맡겨져 있다고도 말할 수 있으나 그럼에도 불구하고 특별히 가액에 따라 법정형을 가중하는 경우에는 가벌성과 죄질의 경중에 비추어 제3조에 열거된 범죄유형에 준하는 범죄를 포함시키는 것이 보다 일관적인 기준일 것이다.

예컨대 「형법전」은 사인뇌물(*Privatbestechung*)에 대한 명문규정을 두고 있지 않고 기껏해야 상법상 특별배임이나 증수뢰죄에 의존할 수밖에 없다는 점에서 형법상 배임수증재죄(「형법」 제267조)가 간접적으로나마 그 기능을 수행할 수 있다고 본다면, 「특경법」 제3조가 특정재산범죄에서 형법상 배임수증재죄를 배제한 특별한 이유가 무엇인지 명확하지 않다. 이것은 사기죄와 관련해서도 동일한 것이 적용된다. 즉 범죄 피해의 규모 등을 고려할 때 컴퓨터등 사용사기죄(제347조의2)가 단순사기보다 그 죄질이 경하다고 보기는 쉽지 않다.

넷째 반대로 형법 제350조의2에 정한 특수공갈죄가 「특경법」 제3조의 특정재산범죄로서 가중처벌되는 것이 (물론 특수공갈은 단순공갈에 비하여 그 죄질이 중한 것은 사실이기는 하지만) 그 입법과정을 볼 때 설득력을 얻기가 쉽지 않다.

본래 「특경법」 제3조에 정한 “특정재산범죄”의 범위는 동법 제정당시¹⁹⁹⁾ “형법 제347조(사기)·제350조(공갈)·제351조(제347조 및 제350조의 상습범에 한한다)·제355조(횡령, 배임) 또는 제356조(업무상의 횡령과 배임)”이었으나 그 이후 2016년 1월 6일 형법개정²⁰⁰⁾에 의하여 특수공갈죄(제350조의2)가 「형법전」에 신설되면서 「특경법」 제3조를 함께 개정하여(타법개정)²⁰¹⁾ 특정재산범죄에 형법상 특수공갈죄가 추가된 것이다(상습범에 대한 가중처벌도 포함).

그런데 형법상 특수공갈죄는 형법제정 당시에는 규정되어 있지 않았던 것이었다. 즉 특수공갈죄는 본래 「(구)폭력행위등 처벌에 관한 법률」(이하 “폭처법”이라 한다) 제3조 제1항에 규정되던 것으로서 동조 제1항은 “단체나 다중의 위력으로써 또는

199) 법률 제3693호, 1983.12.31. 제정, 1984.1.1. 시행.

200) 법률 제13719호, 2016.1.6. 일부개정, 2018.1.7. 시행.

201) 법률 제13719호, 2016.1.16. 타법개정, 2016.1.6. 시행.

단체나 집단을 가장하여 위력을 보임으로써 제2조제1항 각 호²⁰²⁾에 규정된 죄를 범한 사람 또는 흥기나 그 밖의 위험한 물건을 휴대하여 그 죄를 범한 사람은 제2조제1항 각 호의 예에 따라 처벌한다”고 규정하고 있었다. 그런데 2015년 9월 24일 헌법재판소가 동 규정의 “흥기나 그 밖의 위험한 물건을 휴대하여”에 대하여 구성요건이 동일하면서 법정형만 가중된 경우라는 이유로 단순위헌 결정²⁰³⁾을 내리자 2016년 1월 6일 「폭처법」의 개정에서 제2조 제1항을 삭제하고 “단체나 다중의 위력으로써 또는 단체나 집단을 가장하여 위력을 보임으로써” 범하는 공갈죄를 「형법전」에 “특수공갈죄”로 신설하게 된 것이다.²⁰⁴⁾

즉 특경법상 특수공갈죄에 대한 가중처벌은 본래 「(구)폭처법」에서 그 행위태양(“단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대하여”; 또한 동법 제2조 제1항 제3호는 공갈죄를 상해·존속상해·존속체포·존속감금과 함께 규정하여 가중처벌하고 있다) 때문에 가중처벌되던 것을 이제는 형법전에 편입시키면서 행위태양(“단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대하여”)에 의하여 단순공갈죄보다 가중한 후 이를 재차 「특경법」에서 이득액에 따라 가중처벌하는 방식으로 변경한 것이다.

또한 「(구)폭처법」 제3조 제1항에 따르면 특수공갈죄는 제2조에 정한 상습범의 예에 따라(동조 제1항 제3호) 3년 이상의 유기징역에 처하도록 하고 있었는데 「형법전」으로 편입되면서 그 법정형은 1년 이상 15년 이하의 징역으로 변경되어 「(구)폭처법」의 것보다 하향되었으나 「특경법」 제3조에 의하여 (경우에 따라서는) 무기징역까지 처할 수 있게 되었다는 점에서 지나친 가중이 아닌지 의문이다.

202) (구) 「폭처법」 제2조(폭행 등)

① 상습적으로 다음 각 호의 죄를 범한 사람은 다음의 구분에 따라 처벌한다.

1. 「형법」 제260조제1항(폭행), 제283조제1항(협박), 제319조(주거침입, 퇴거불응) 또는 제366조(재물손괴 등)의 죄를 범한 사람: 1년 이상의 유기징역
2. 「형법」 제260조제2항(존속폭행), 제276조제1항(체포, 감금), 제283조제2항(존속협박) 또는 제324조(강요)의 죄를 범한 사람: 2년 이상의 유기징역
3. 「형법」 제257조제1항(상해)·제2항(존속상해), 제276조제2항(존속체포, 존속감금) 또는 제350조(공갈)의 죄를 범한 사람: 3년 이상의 유기징역

② 2명 이상이 공동하여 제1항 각 호에 규정된 죄를 범하였을 때에는 「형법」 각 해당 조항에서 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.

③ 이 법(「형법」 각 해당 조항을 포함한다)을 위반하여 2회 이상 징역형을 받은 사람이 다시 제1항 각 호에 규정된 죄를 범하여 누범(累犯)으로 처벌할 경우에도 제1항과 같다.

④ 제2항과 제3항의 경우에는 「형법」 제260조제3항 및 제283조제3항을 적용하지 아니한다.

203) 헌법재판소 2015.9.24. 2014헌바154 결정.

204) 형법 일부개정법률안(대안)(의안번호: 1918116)(법제사법위원회장)(원안가결: 2015.12.9.).

다섯째 이득액의 구간에 따라 적용“법률”을 달리하는 경우 경합문제가 발생하게 되는데 이때에도 상상적 경합이 아닌 범조경합이 성립한다면 결국 범죄행위에 의해서가 아니라 법적용자의 선택에 의하여 적용법조가 결정되어 법적용의 안정성뿐만 아니라 안정적인 법적용에 대한 일반국민의 기대가능성과 예측가능성을 저해하게 될 것이라는 점은 이미 앞서 언급하였다.²⁰⁵⁾

이상의 논의에 비추어 볼 때 「특경법」 제3조는 삭제하고 형법상 사기죄 등의 법정형에 이득액에 따른 법정형의 구분을 반영하는 것이 바람직하다고 판단된다.²⁰⁶⁾ 이때에도 주의할 것은 형법상 배임죄와 같이 손해발생뿐만 아니라 손해발생의 구체적인 위험까지도 처벌대상으로 하는 경우 손해액을 산정할 수 없는 경우가 발생할 수 있다. 이 경우를 대비하여 독립적인 법정형을 정할 필요가 있을 것이다.

〈표 3-1〉 특정재산범죄의 가중처벌의 정비방안

현행법	시안
특경법 제3조 (특정재산범죄 의 가중처벌)	<p>삭제</p> <p>형법상 사기·공갈, 배임·횡령 등과 동일한 법정형을 정하고 있는 재산범죄들에 대하여 가액에 따라 법정형을 구분하는 것이 적절하다.</p> <p>이때 규정체계를 기본구성요건에 대한 가중구성요건으로 규정하는 것이 아니라 처벌례로 규정하면 강제적으로 법적용상의 재량이 제한되기 때문에 범조경합으로 인한 법적용자의 자의적인 적용법조의 선택을 방지할 수 있다.</p> <p>예)</p> <p>「형법」 제347조(사기) ① 사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 사람은 다음 각호의 구분에 따라 처벌한다.</p> <p>...</p> <p>...</p> <p>...</p>

205) 제1장 제2절 2. 다.

206) 이득액에 따라 법정형을 구분하는 것에 대하여 비판적인 견해로는 전지연/박상기 외, 『형사특별법론』, 한국형사정책연구원, 2012, 217면 이하; 손동권/박상기 외, 『형사특별법론』, 한국형사정책연구원, 2012, 461면 이하; 오영근, “특정범죄가중처벌등에관한법률 폐지의 당위성”, 『형사정책』, 제17권 제2호(2005), 47면 이하; 허일태(편), “형사특별법의 형법 편입방향”, 『형법연구 IV』, 동아대학교 출판부, 2009, 463면 이하; 안경옥, “특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률의 정비방안”, 『형사정책』, 제17권 제2호(2005), 한국형사정책학회, 15면 이하. 그러나 다른 견해로는 한상훈, “경제범죄의 개념과 형사법적 대책”, 『형사정책』, 제19권 제2호(2007), 227면 이하.

제2절 금융회사 등의 임직원과 관련한 죄

「특경법」 제5조부터 제9조까지는 금융회사 임직원의 수증재 및 알선수재 그리고 사금융알선 및 저축관련 부당행위에 관한 것을 정하고 있다. 부정한 금품 등의 수수 및 제공 등에 관하여 정하고 있는 처벌규정들의 이득액에 따른 법정형의 구분에 관한 문제에 대해서는 이미 앞서 다루었기 때문에²⁰⁷⁾ 여기에서는 무엇보다도 (1) 행위주체를 특별히 ‘금융회사등’ 임직원으로 한정된 것이 과연 타당한가라는 문제, (2) 금융회사 임직원의 행위와 관련한 처벌규정들 내에 내재하는 개별적인 문제점들에 대하여 살펴보고자 한다.

1. 금융회사 등의 임직원의 범죄구성요건의 규정체계

「특경법」에 정한 금융회사 등의 임직원의 범죄구성요건의 규정체계를 표로 나타내면 다음 표와 같다.

〈표 3-2〉 금융회사 등의 임직원의 수재 등의 죄

조문		법정형		비고
제5조 (수재의 죄)	제1항(수재의 죄)	5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지		수수액의 2배 이상 5배 이하의 벌금의 필요적 병과(제5항)
	제2항 (제3자금품공여)	5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지		
	제3항(금융회사등 임직원의 알선수재)	(3천만원 미만일 때) 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지		
	제4항 (가중처벌)	제1호 1억원 이상일 때	무기 또는 10년 이상의 징역	
	제2호 5천만원 이상 1억원 미만일 때	7년 이상의 유기징역		
	제3호 3천만원 이상 5천만원 미만일 때	5년 이상의 유기징역		
제6조 (증재의 죄)	제1항(증재 등의 죄)	5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금		
	제2항 (제3자 수증재)	5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금		
제7조(일반인의 알선수재의 죄) (금융회사등의 임직원의 직무에 관하여)		5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금		

²⁰⁷⁾ 제2장 제1절.

조문		법정형	비고
제8조(사금융 알선 등의 죄)		7년 이하의 징역 또는 7천만원 이하의 벌금	
제9조 (저축 관련 부당 이득의 죄)	제1항(일반인의 금품 등 이익의 수수 등)	5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금	벌금의 임의적 병과(제4항)
	제2항(일반인의 제3 자대출알선)	5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금	
	제3항(금융회사등 임 직원의 금품, 대출 등 제공)	5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금	
	제5항(양벌규정)		

〈표 3-3〉 공무원에 대한 뇌물죄와 민간영역의 수증제외의 비교

내 용	대상	보유 범의 역	단순증수외				제3자뇌물제공				알선수외				양벌 규정					
			수외 증외	변정형의 관계	부정한 정탁	결과 발생	부정처 사죄	미수 범	수외	증외	부정한 정탁	부정한 정탁	증외	수외		증외	부정한 정탁	제3자의 이익 ¹⁾	부정 처사	알선 수외 ²⁾
뇌물	공무원	사회적	○	수외 > 증외	×3)	×	○4)	×	○	○	○	○	○	○	○	×	×	×	변호사법 §111-특 가법 §3	×
뇌물	일반인	개인적· 사회적(?)	○	수외 = 증외	○	×	×	×	×	×	×	×	×	×	×	×	×	×	○	
뇌물	금융회사 등 임직원	사회적	○	수외 > 증외	×	×	×	×	○	○	○	○	○	○	○	○	×	×	제7조	×6)
뇌물	금융회사 등 임직원	사회적	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	○
뇌물	외국 공무원 에 대한 증외죄 ⁷⁾	사회적	-	-	×	×	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	○
뇌물	타인의 사 무처리자	개인적	-	-	-8)	×9)	×10)	○	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
뇌물	타인의 사 무처리자	개인적	○	수외 > 증외	○	×9)	×	○	○	○	○	○	○	○	○	○	×	×	○	×
뇌물	회사의 임 직원	개인적	○	-	×8)	○	×10)	○	○	○	○	○	○	○	○	×	×	○	○	○

1) 제3자를 위한 알선수외를 의미한다.
 2) 알선수제외의 행위주체는 일반인이다. 이에 대하여 형법상 알선수외의 행위주체는 공무원이며, 특경법 제5조 제3항의 행위주체는 금융회사 등의 임직원이다.
 3) 형법 제129조 제2항(사전수외): 청탁, 제131조 제3항(부정처사후 수외): 청탁
 4) 형법 제131조 제1항(수외후 부정처사죄)
 5) 형법상 알선수외나 특경법 제5조 제3항에 정한 알선수제는 “그 지위를 이용하여”를 요구하며, “정탁”이나 “부정한 정탁”이 있을 것을 요구하지 않는다.
 6) 특경법에서 양벌규정을 정하고 있는 것은 재산국외도피죄(제4조 제4항)와 지출관련 부당행위죄(제9조 제5항)가 유일하다.
 7) 국제뇌물방지법 제3조 제1항은 부정한 이익을 얻을 목적으로 뇌물을 제공하여야 한다는 점에서 목적범이다.
 8) 청탁 또는 부정한 청탁을 요구하지 않고 임무위반을 요구한다.
 9) 해성상 손해의 발생 또는 손해발생의 구체적인 위험을 요구하는데 이 경우 이것이 결과발생이 되지 않더라도 동일 형법과 같이 범의인상 손해의 발생을 명문으로 규정하고 있지 않기 때문에 해석으로 한정하는 것이 과연 타당한지에 대한 논란이 있다. 여기에서는 명문으로 범의인상 규정되어 있는지의 여부에 따라서 표기할 것이다.
 10) 임무위반은 행위태양이고 회사에 대한 손해는 결과이기 때문에 부정처사죄를 규정하는 것이라고 말할 수 없다.
 11) 형법상 배임수증제외는 특경법 제3조의 적용이 배제되어 있다.

2. 적용범위

「특경법」 제2조 제1호는 “금융회사등”에 해당하는 기관들을 정하고 있는데 제1호 각호에 정한 기관들의 근거법률 자체가 부정한 금품 등 수수 및 제공에 대한 처벌규정을 두고 있는가하면 그렇지 않은 경우가 있다. 아래의 표는 특경법상 금융회사등에 해당하는 기관들의 근거법률들을 정리한 것이다.

〈표 3-4〉 특경법 제2조 제1호 “금융회사등”의 수증재죄

호	법률명	조문	부정 청탁	수재	증재	관계	법정형	양벌규정	공무원 의제규정
가.	한국은행법	-	X	X	X	-	-	X	제106조 제1항
	금융위원회 설치 등에 관한 법률	-	X	X	X	-	-	X	제69조
	은행법 ¹⁾	제66조 제1항 제4호, 제35조 의4(대주주의 부당한 영 향력 행사의 금지) 제1항	X	○	X	-	10년 이하의 징역 또는 5억원 이하의 벌금	제68조 의2	-
나.	자본시장과 금 융투자업에 관 한 법률 ¹⁾	제443조 제1항 제7호; 제 176조 제4항(시세조작)	X	○	X	-	10년 이하의 징역 또는 그 이득·손실액의 2배 이상 5배 이하에 상당하는 벌금 ²⁾	제448조	-
		제444조 제1항 제5호, 제 35조(대주주의 부당한 영 향력 행사의 금지)	X	○	X	-	5년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금	제448조	-
		제444조 제1항 제8호, 제 85조, 제98조(불건전 영 업행위)	X	X	X	-	5년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금-	제448조	-
다.	상호저축은행 법 ¹⁾	제39조 제1항 제1호, 제 12조의3(대주주의 부당한 영향력 행사의 금지) 제2 호	X	○	X	-	10년 이하의 징역 또는 5억원 이하의 벌금	제39조 의2	-
		제39조 제2항 제2호(특별 배임)	X	○	X	-	1년 이상 10년 이하의 징역 또는 1천만원 이 상 1억원 이하의 벌금	○	-
라.	농업협동조합 법 ³⁾	-	X	X	X	-	-	X	-
마.	수산업협동조 합법 ³⁾	-	X	X	X	-	-	X	-
바.	신용협동조합 법 ³⁾	-	X	X	X	-	-	X	-

호	법률명	조문	부정 청탁	수재	증재	관계	법정형	양벌규정	공무원 의제규정
사.	새마을금고법 ³⁾	-	X	X	X	-	-	X	-
아.	보험업법	제201조(검사인의 수증재)	○	○	○	수수 =제공	5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금	X	-
		제202조 제3호; 제98조 (특별이익의 제공금지)	X	○	○	수수 =제공	3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금	X	-
		제203조(각종 수증재)	○	○	○	수수 =제공	1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금	X	-
자.	신용보증기금법	-	X	X	X	-	-	X	제48조 의2
차.	기술보증기금법	-	X	X	X	-	-	X	제25조

- 1) 일반적인 수증재죄는 없다.
- 2) 다만, 이득·손실액이 없거나 산정하기 곤란한 경우 또는 그 가액의 5배에 해당하는 금액이 5억원 이하인 경우에 벌금의 상한액을 5억원으로 한다
- 3) 불법선거운동과 관련한 수증재만 규정되어 있다.

그런데 이 표를 살펴보면 다음과 같은 문제를 발견할 수 있다.

첫째 금융회사 등의 임직원의 수증재죄를 정한 「특경법」 제5조 및 제6조는 “부당한 청탁”을 요건으로 정하고 있지 않기 때문에 표에 열거된 법률들 중 예컨대 수재죄를 정하면서 “부당한 청탁”을 구성요건으로 정하고 있지 않은 「보험업법」 제203조²⁰⁸⁾에 정한 각종 수증재의 처벌규정과 관계에서 「특경법」 제5조는 구성요건이 동일하면서 법정형만 가중한 형태가 되어 위헌의 소지가 있게 된다.

둘째 반대로 “부정한 청탁”을 요구하는 규정에 대하여 「특경법」 제5조는 추가적인 가중구성요건을 추가하기는커녕 오히려 구성요건을 완화하고 있을 뿐만 아니라 이에 더하여 법정형까지 가중시키고 있어서 실질적으로 2중 가중의 형태가 되어 가중 처벌의 폭이 지나치게 크다.

셋째 「특경법」 제5조 제1항 및 제4항에 따르면 수수액이 3천만원 미만일 때 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처하도록 하고 있는데, 이보다 높은 법정형을 정하고 있는 「은행법」, 「자본시장법」 그리고 「상호저축은행법」의 경우

²⁰⁸⁾ 「보험업법」 제203조(벌칙)

- ① 다음 각 호의 사항에 관하여 부정한 청탁을 받고 재산상의 이익을 수수·요구 또는 약속한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.
 1. 보험계약자총회, 상호회사의 창립총회 또는 사원총회에서의 발언이나 의결권 행사
 2. 제3장제2절·제3절 및 제8장제2절에서 규정하는 소(訴)의 제기 또는 자본금의 100분의 5 이상에 상당하는 주주 또는 100분의 5 이상의 사원의 권리의 행사
- ② 제1항의 이익을 약속 또는 공여하거나 공여 의사를 표시한 자도 제1항과 같다.

「특경법」을 적용하게 되면 자칫 자신들의 법률에 정한 법정형보다 감경된 「특경법」의 법정형을 적용하여야 하는 불합리한 결과가 발생한다.

넷째 위의 표에서 공무원 의제규정이 있는 법률의 경우 해당 법률의 적용을 받는 임직원은 금융회사 등의 임직원이기 때문에 「특경법」을 적용받아야 하는 것인지 아니면 공무원 의제규정에 의하여 「특가법」 제3조에 정한 “뇌물죄의 가중처벌” 규정의 적용을 받아야 하는지 명확하지 않다.

다섯째 법률용어의 통일이 필요하다. “금융회사등”과 관련하여 유사·중복개념들이 지나치게 많다. 예컨대 “금융회사등”이라는 개념을 사용하면서도 「금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률」 제2조 제1호, 「특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률」 제2조 제1호, 「외국환거래법」 제2조 제17호, 「공적자금관리 특별법」 제2조 제2호, 「사회기반시설에 대한 민간투자법」 제2조 제16호 등에 정한 개념정의는 모두 다르다. 이러한 점에서 전체 법체계에서 개념사용을 통일할 필요가 있다.

3. 금융회사 등의 임직원의 수증재(제5조 및 제6조)

금융회사 등의 임직원의 증수뢰죄²⁰⁹⁾에 대해서는 다음과 같은 문제를 제기할 수 있다.

첫째 「특경법」 제5조 및 제6조에 정한 금융회사 등의 임직원의 증수뢰죄는 특경법상 금융회사 등이 상법상 회사에 해당하지 않는다는 특별한 이유가 없는 한²¹⁰⁾ 상법상 독직죄(「상법」 제630조(발기인, 이사 기타의 임원의 독직죄))에 대한 가중처벌규정이라고 볼 수 있는데 그것은 상법상 독직죄는 회사재산에 대한 손해를 요구하지 않을 뿐만 아니라 동 규정은 본래 형법상 공무원의 증수뢰죄(「형법」 제129조부터 제133조)에 상응하여 민간영역에서의 부패범죄를 규정한 것이라고 해석할 수 있기

209) 금융회사 등의 임직원의 증수뢰죄는 1944년 2월 10일 제정된 일본 「경제관계 벌칙의 정비에 관한 법률(經濟關係罰則ノ整備ニ關スル法律)」의 법문언과 매우 유사하게 규정되어 있다. 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률(안)」을 심의한 국회 본회의에서 동법의 입법취지 및 검토의견을 설명하면서 일본의 동법이 언급된 것을 볼 때(제119회 국회, 『법제사법위원회회의록』 제13호, 1983년 12월 5일, 8면)(국회의안정보시스템: <http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=009795>; 검색일: 2017년 11월 9일) 일본 법률이 동법에 많은 영향을 미친 것으로 추측된다.

210) 「특경법」 제2조 제1항에 정한 “금융회사등”이 상법상 회사에 해당하지 않을 특별한 이유는 없다(「상법」 제5조).

때문이다.²¹¹⁾ 즉 우리나라 「상법」²¹²⁾ 제630조는 일본 「(구)상법」 제493조²¹³⁾ 그리고 현행 일본 「회사법」²¹⁴⁾ 제967조와 그 법문언이 거의 동일한데²¹⁵⁾ 일본의 규정은 일본 (구)「상법」 제2차 개정 당시(1933년 4월 5일 법률 제72호) 형법상 뇌물죄에 상응하여 회사의 임직원의 증수죄를 처벌하기 위하여 신설된 규정으로서 동조의 보호 법익은 회사 임직원의 직무수행의 공정성과 청렴성이라는 사회적 법익이라고 해석되고 있다.²¹⁶⁾ 217)

그런데 상법상 독직죄가 “부정한 청탁”이 있을 것을 요구하고 있는데 대하여 특정 법상 수뢰죄(제5조 제1항)에서는 금융회사 등의 임직원의 경우에는 이를 요구하지 않음으로써 구성요건을 완화하면서도 그 법정형²¹⁸⁾은 오히려 수수액이 3천만원 이상

211) 한석훈, 『기업범죄의 쟁점 연구』, 법문사, 2013, 364면 이하; 양동희·김립호, “상법상 이사 등의 독직죄(상법 제630조)에 관한 연구”, 『가천법학』, 제8권 제3호(2015.9.), 141면 이하.

212) 법률 제1000호, 1962.1.20. 제정, 1963.1.1. 시행.

213) 일본 회사법이 제정되기 전의 (구)상법의 벌칙규정은 青山善充·菅野和夫, 小法典 平成17年度, 有斐閣, 2004, 1277頁.

214) 법률 제86호, 2005년 7월 26일 제정.

215) 우리나라 상법 벌칙규정의 연혁에 관해서는 박길준, “상법상의 벌칙규정에 대한 입법론적 고찰: 일본법과의 비교를 중심으로”, 『연세행정논총』, 제15집(1990), 146면; 한석훈, “상법 벌칙규정의 개정과제”, 『기업법연구』, 제27권 제2호(2013), 한국기업법학회, 275면 이하도 참조.

216) 落合誠一(編集), 『会社法コンメンタール 〈21〉 雑則(3)·罰則』, 商事法務, 2011, §967, 125頁以下(佐伯仁志); 山口厚, 『經濟刑法』, 商事法務, 2012, 43頁以下(古川伸彦).

217) 또한 일본은 (구)상법상 회사의 임직원의 증수죄만으로는 충분하지 않다는 이유에서 제2차 세계대전 종전 직전인 1944년 2월 10일 「경제관계 벌칙의 정비에 관한 법률(經濟關係罰則ノ整備ニ関スル法律)」(법률 제4호)을 제정했다. 동법에 관한 입법경위에 대해서는 伊東研祐, 「經濟關係罰則ノ整備ニ関スル法律(昭和19年法4号)と会社法967条の罪(取締役等の贈収賄罪【利益收受等罪】)」, 慶應法学, No.34(2016.3.), 2頁以下, 18頁以下, 21頁以下. 또한 伊東研祐, 「特別背任罪の解釈視座について: 昭和13年商法罰則改正と改正刑法假案」, 島大法学 56(4)(2013.3.), 島根大学法文学部, 30頁以下; 落合誠一(編集), 『会社法コンメンタール 〈21〉 雑則(3)·罰則』, 商事法務, 2011, §960, 60頁(島田総一郎)(특별법임), §967, 125頁以下(佐伯仁志)(증수죄).

218) 「특경법」 제5조에 정한 “수재 등의 죄”의 법정형은 3천만원 미만일 때 5년 이상의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처하고(제1항) 3천만원 이상일 때에는 제4항에 정한 가액에 따른 법정형의 구분에 따라 처벌된다.

「특경법」 제5조 제4항 “제1항부터 제3항까지의 경우에 수수, 요구 또는 약속한 금품이나 그 밖의 이익의 가액(이하 이 조에서 “수수액”이라 한다)이 3천만원 이상일 때에는 다음 각 호의 구분에 따라 가중처벌한다.

1. 수수액이 1억원 이상일 때: 무기 또는 10년 이상의 징역
2. 수수액이 5천만원 이상 1억원 미만일 때: 7년 이상의 유기징역
3. 수수액이 3천만원 이상 5천만원 미만일 때: 5년 이상의 유기징역”

제5항 “제1항부터 제4항까지의 경우에 수수액의 2배 이상 5배 이하의 벌금을 병과한다”.

5천만원 미만일 때 5년 이상의 유기징역에 처하도록 함으로써 상법상 독직죄의 법정형의 상한을 하한으로 규정하고 있을 뿐만 아니라 수수액이 1억원 이상일 때에는 무기징역까지 부과할 수 있도록 한 것은 지나치게 중한 법정형을 정한 것은 아닌가라는 의문이 제기된다. 왜냐하면 종전의 범죄구성요건은 그대로 놔두면서 구성요건을 완화한 새로운 범죄구성요건을 신설하는 경우는 종전의 범죄구성요건으로는 처벌할 수 없었던 행위유형을 이른바 구성요건이 완화된 그물망 구성요건(*Auffangtatbestand*)으로 포착하기 위한 경우, 즉 종전에는 범죄가 아니었던 행위를 새롭게 범죄로 규정하기 위한 경우가 일반적이기 때문이다. 이것은 예컨대 형법상 뇌물죄(「형법」 제129조)와 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」 제8조의 관계나 독일,²¹⁹⁾ 오스트리아²²⁰⁾ 그리고 스위스²²¹⁾ 형법상 뇌물죄와 금품등 수수죄와의 관계에서도 크게 다르지 않다. 그럼에도 불구하고 특경법상 금융회사 등의 증수죄는 상법상 독직죄보다 그 법정형을 가중하면서 추가적인 가중적 구성요건을 추가하는 것이 아니라 오히려 구성요건을 완화하고 있는 것은 가중의 폭이 지나치게 큰 것은 아닌가라는 의문이 제기된다.

물론 “금융기관은 사기업이지만, 국민경제와 국민생활에 중대한 영향을 미치는 금융업무를 담당하고 있으므로 시장경제질서의 원활한 운영을 위해서는 투명하고 공정하게 그 기능을 수행하여야 [하고]” 그러한 의미에서 “금융기관의 임·직원에게는 공무원이나 공무원으로 의제되는 공적 업무를 담당하는 사람들에 버금가는 정도의 청렴성과 직무의 불가매수성이 요구되며, 이들이 직무와 관련하여 금품수수 등의 수재행위를 하였을 경우에는 별도의 배임행위가 있는지를 불문하고 형사제재를 가함으로써 금융업무와 관련된 각종 비리와 부정의 소지를 없애고, 금융기능의 투명성·공정성을 확보할 필요가 있으므로, 금융기관의 임·직원의 직무와 관련한 수재행위에 대하여 공무원의 수취죄와 동일하게 처벌한다 하더라도 거기에는 합리적인 근거가 있다”고도 볼 수도 있을 것이다.^{222), 223)} 또한 대법원 판례도 “금융기관 임·직원이 직무와 관련하여

219) 독일 「형법」 제332조(수취, *Bestechlichkeit*)와 제331조(금품 등 수수, *Vorteilsannahme*)의 관계.

220) 오스트리아 「형법」 제304조(수취, *Bestechlichkeit*)와 제305조(금품 등 수수, *Vorteilsannahme*)의 관계.

221) 스위스 「형법」 제322^{quater}조(수취, *Sich bestechen lassen*)와 제322^{sexies}조(금품 등 수수, *Vorteilsannahme*)의 관계.

222) 「특경법」 제5조 제1항에 대한 합헌결정인 헌법재판소 2015.5.28. 2013헌바35·319·438(병합). 그 밖에 헌법재판소 1999.5.27. 98헌바26 전원재판부; 2001.3.21. 99헌바72·2000헌바12(병합) 전원재판부.

금품을 수수한 행위 등을 처벌하는 위 법률 제5조의 입법취지는 금융기관은 특별법령에 의하여 설립되고 그 사업 내지 업무가 공공적 성격을 지니고 있어 국가의 경제정책과 국민경제에 중대한 영향을 미치기 때문에 그 임·직원에 대하여 일반 공무원과 마찬가지로 엄격한 청렴의무를 부과하여 그 직무의 불가매수성을 확보하고자 하는데 있다²²⁴⁾고 판단함으로써 규율대상과 규율범위의 정당성을 인정하고 있다.²²⁵⁾ 이것은 의료기관²²⁶⁾ 및 제약회사²²⁷⁾ 그리고 사립학교 임직원 및 법인 임직원과 언론기관 임직원(「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」)²²⁸⁾을 규율대상으로 하는 경우에도 마찬가지로 적용되며, 뇌물죄의 적용범위를 특정 민간기업에 확대한 「특가법」 제4조에 대한 헌법재판소 결정²²⁹⁾에서도 그 논리구조에는 큰 차이가 없다.

그러나 “공무원이나 공무원으로 의제되는 공적 업무를 담당하는 사람들에 버금가는 정도의 청렴성과 직무의 불가매수성이 요구”되기 때문에 규정된 것이 바로 상법상 독직죄였다는 점 그리고 이때에도 그 구성요건을 엄격하게 규정하여(“부정한 청탁”) 공직부패와 민간부패 간에는 죄질에 경중이 있다는 가치판단을 내렸다는 점을 고려할 때, 만약 이러한 가치판단에 변동이 생겼다면, 즉 이제 금융회사 등의 임직원의 증수재

223) (1) (구) 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조 제4항 제1호등 - 헌법재판소 2006.4.27. 선고 2006헌가5 전원재판부 결정; 헌법재판소 2013.7.25. 선고 2011헌바397, 2012헌바407(병합) 결정. (2) 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조 제1항 - 헌법재판소 1999.5.27. 선고 98헌바26 전원재판부 결정; 헌법재판소 2001.3.21. 선고 99헌바72, 2000헌바12(병합) 전원재판부 결정; 헌법재판소 2012.12.27. 2011헌바217. (3) 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제7조 - 헌법재판소 2016.3.31. 선고 2015헌바197, 288(병합) 결정. (4) 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제9조 제1항 - 1999.7.22. 선고 98헌가3 전원재판부 결정(헌법재판소 결정은 김유근·안수길, 『부정부패방지를 위한 법령의 정비방안 연구』, 한국형사정책연구원, 2016, 131면 각주 214)에서 재인용).

224) 대법원 2000.2.22. 선고 99도4942 판결.

225) 금융기관 임직원을 특별하게 취급하는 것에 대하여 긍정적인 견해로는 손동권/박상기 외, 『형사특별법론 - 5대 형사특별법』, 한국형사정책연구원, 2012, 465면 이하.

226) 헌법재판소 2015.11.26. 선고 2014헌바299 전원재판부 결정(헌법재판소 결정은 김유근·안수길, 앞의 글, 131면 각주 215)에서 재인용).

227) 헌법재판소 2013.8.29. 2011헌가19, 2012헌가12, 2012헌바98, 2013헌가11(병합) 결정; 헌법재판소 2016.2.25. 선고 2014헌바393 전원재판부 결정.

228) 헌법재판소 2016.7.28. 선고 2015헌마236·412·662·673(병합) 결정: “공무원에 버금가는 정도의 공정성·청렴성 및 직무의 불가매수성이 요구되는 각종 분야에 종사하는 사람 중 어느 범위까지 청탁금지법의 적용을 받도록 할 것인지는 업무의 공공성, 청탁관행이나 접대문화의 존재 및 그 심각성의 정도, 국민의 인식, 사회에 미치는 파급효 등 여러 요소를 고려하여 입법자가 선택할 사항으로 입법재량이 인정되는 영역이다”(김유근·안수길, 앞의 글, 130면 이하에서 재인용).

229) 정부관리기업체 간부직원: 헌법재판소 2002.11.28. 2000헌바75 전원재판부 결정.

에 대해서는 공직부패와 비교하여 죄질에 경중이 없다는 가치판단으로 변경했다면, 회사의 임직원등에 관한 상법상 독직죄를 개정하여야 하는 것이지 상법상 독직죄는 그대로 놔두고 가중구성요건의 추가 없이 그리고 심지어 구성요건을 완화하여 “가중” 처벌규정을 신설한 것은 법체계 간의 가치판단에 혼란을 야기할 우려가 있다. 물론 상법상의 일반 회사의 임직원등과 비교할 때 금융회사 등의 임직원의 부패행위는 “국민경제와 국민생활에 중대한 영향”을 미치기는 하지만 이러한 당별성이 2중의 가중효과, 즉 한번은 구성요건의 완화를 통하여 그리고 다른 한번은 법정형의 상향을 통한 가중을 정당화시킬 정도인지는 의문이다. 그리고 “어떤 범죄를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제, 즉 법정형의 종류와 범위의 선택은 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황, 국민일반의 가치관 내지 법감정, 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다”²³⁰⁾라는 논거는 형법이론과 전체 법체계의 체계정합성은 입법자의 입법재량을 제한할 수 있다는 점을 간과한 것은 아닌가라는 의문이 제기된다.

둘째 앞의 표에서 알 수 있듯이 회사의 임직원과 관련한 부정한 금품 등의 수수 및 제공죄의 경우 형법상 배임수증재죄, 상법상 특별배임 및 증수뢰죄 그리고 특정법상 증수뢰죄 그리고 이들 규정들 외에도 각 다른 법률에 정한 수증재죄가 서로 경합하고²³¹⁾ 그 규정방식도 상이하하다. 즉 ① 단순수재죄만을 규정한 경우, ② 증재죄를 함께 규정한 경우, ③ 제3자금품제공죄를 규정하지 않은 경우, ④ 단순수재나 제3자금품제공죄에서 “부정한 청탁”을 요구하는 경우(둘 중에 하나에서 요구하는 경우와 양자 모두 요구하지 않는 경우), ⑤ 단순수재뿐만 아니라 알선수재의 경우에도 제3자금품제공죄를 규정한 경우, ⑥ 제3자금품제공죄에서 그 금품을 수수한 자에 대한 처벌규정이 없는 경우, ⑦ 수수 후 부정처사죄가 없는 경우, ⑧ 몰수·추징규정이 없는 경우 또는 ⑨ 양벌규정이 있는 경우 등 그 규정체계가 통일되지 못하고 있다. 더욱이 회사 임직원의 금품 등 수수 및 제공의 입증에 곤란한 때에는 이제는 형법상 배임죄와 횡령죄가 흡사 그물망 구성요건과 같이 기능하게 된다. 이러한 점에서 공직부패와는 달리 민간

230) 헌법재판소 2015.5.28. 2013헌바35·319·438(병합).

231) 제2장 제1절 3. 부록 참조.

부패의 처벌규정의 전체 체계를 개관하는 것은 쉽지 않으며 그런 만큼 법적용에 있어서도 혼란을 야기할 수 있다.

4. 사금융알선 등의 죄(제8조)

사금융알선 등의 죄를 규정한 「특경법」 제8조는 “금융기관의 임·직원이 그 지위를 이용하여 자기의 이익 또는 소속금융기관외의 제삼자의 이익을 위하여 자기의 계산 또는 소속금융기관외의 제삼자의 계산으로 금전의 대부, 채무의 보증 또는 인수를 하거나 이를 알선한 때에는 7년이하의 징역 또는 7천만원이하의 벌금에 처한다”고 규정하고 있다. 그런데 동 규정은 1954년 6월 23일 제정된 일본의 「출자의 인수, 예금 및 금리 등의 단속에 관한 법률(出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律)」(법률 제195호) 제3조²³²⁾와 그 법문언이 거의 동일하다(동법 제3조의 위반행위에 대해서는 3년 이하의 징역 또는 3백만엔 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(동법 제8조 제3항 제3호)).²³³⁾

그런데 사금융알선 등의 죄(제8조)와 관련하여 다음과 같은 문제를 제기할 수 있다.

첫째 제5조 제1항은 금융회사 등의 임직원의 단순수재를, 제2항은 제3자금융제공부정한 청탁을 그리고 제3항은 지위이용 알선수재를 규정하고 있는데 이때 해당 금품 등은 “그 직무에 관하여” 수수하여야 한다. 그런데 금융회사 등의 직무란 제2조 제1호에 정한 “금융회사등”에 해당하는 기관의 직무를 의미하는데 “금융회사등”이란 은행, 투자매매·중개·집합투자·신탁업자, 증권금융회사 및 종합금융회사, 보험회사 그리고 기금 등이 포함되기 때문에 대부·대출·채무보증·인수 또는 저축 등은 당연히 금융회

232) 「出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律」 第三条 (浮貸し等の禁止) “金融機関(銀行、信託会社、保険会社、信用金庫、信用金庫連合会、労働金庫、労働金庫連合会、農林中央金庫、株式会社商工組合中央金庫、株式会社日本政策投資銀行並びに信用協同組合及び農業協同組合、水産業協同組合その他の貯金の受入れを行う組合をいう。)の役員、職員その他の従業者は、その地位を利用し、自己又は当該金融機関以外の第三者の利益を図るため、金銭の貸付け、金銭の貸借の媒介又は債務の保証をしてはならない。”

233) 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률(안)」을 심의한 국회 본회의에서 동법의 입법취지 및 검토의견을 설명하면서 일본 「출자의 인수, 예금 및 금리 등의 단속에 관한 법률」이 언급된 것을 볼 때(제119회 국회, 『법제사법위원회회의록』 제13호, 1983년 12월 5일, 8면)(국회의안 정보시스템: <http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=009795>; 검색일: 2017년 11월 9일) 일본 법률이 동법에 많은 영향을 미친 것으로 추측된다.

사 등의 직무에 포함된다고 말할 수 있다. 따라서 제8조에서 금융회사 등의 임직원이 금융회사 등의 직무의 하나인 사금융(대부·대출·채무보증·인수)에 관하여 자기의 이익 또는 소속 금융회사등 외의 제3자의 이익을 위하여 자기의 계산으로 또는 소속 금융회사등 외의 제3자의 계산으로 금전의 대부, 채무의 보증 또는 인수를 하거나 이를 알선하는 행위를 별도로 처벌할 필요가 있는지 그리고 이때에도 그 가액이 3천만원 미만일 때에는 제5조에 정한 형(5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지)보다 중하게(7년 이하의 징역 또는 7천만원 이하의 벌금) 그러나 3천만원 이상일 때에는 제5조(제4항: 가액에 따른 가중처벌)보다 현저하게 경하게 처벌하는 것이 과연 적절한 것인지에 대해서는 의문이다.

물론 양자가 그 구체적인 구성요건에서 정확히 일치하는 것은 아니다. 예컨대 제5조 제2항에 정한 제3자금품제공의 경우 ① “부정한 청탁”이 있을 것을 요구하고 있는데 대하여 제8조는 이를 요구하지 않으며, 지위이용 알선죄를 정한 제8조는 ② “자기의 이익 또는 소속 금융회사등 외의 제3자의 이익을 위하여 자기의 계산으로 또는 소속 금융회사등 외의 제3자의 계산으로” 행위해야 한다고 규정한다.

(1) 그러나 제3자금품제공의 경우 “부정한 청탁”을 요구하는 것이 일반적이라는 점에서 사금융 알선 등과 관련한 제8조에서만 이를 요구하지 않는 것은 구성요건을 지나치게 완화한 것은 아닌가라는 의문이 제기된다. 예컨대 형법상 제삼자뇌물제공(제130조)이나 제3자배임증재(제357조 제1항 “제3자로 하여금 이를 취득하게 한 때”) 등은 “부정한 청탁”이 있을 것을 요구하고 있을 뿐만 아니라 심지어 가액에 따라 가중처벌될 정도로 그 죄질이 중한 「특경법」 제5조 제2항도 “부정한 청탁”을 요구하고 있다는 점에서 제8조가 정한 사금융 알선 등의 죄에서 이를 요구하지 않는 것은 적절하지 않다고 판단된다.

(2) 제5조 제3항에서는 금융회사 등의 임직원이 그 지위를 이용하여 “소속 금융회사 등 또는 다른 금융회사 등의 임직원의 직무에 속하는 사항의 알선에 관하여 금품이나 그 밖의 이익을 수수, 요구 또는 약속하였을 때” 그리고 제8조에서는 “자기의 이익 또는 소속 금융회사등 외의 제3자의 이익을 위하여 자기의 계산으로 또는 소속 금융회사등 외의 제3자의 계산으로 금전의 대부, 채무의 보증 또는 인수를 하거나 이를 알선하였을 때” 범죄가 성립한다는 점에서 법문언상 ㉔ 전자는 알선목적 수재를 그리고

㉞ 후자는 자기 또는 제3자의 이익을 위한 알선죄를 규정한 것이라고 볼 수 있다. 따라서 “법문언상” 범죄성립시기도 전자는 금품 등을 수수하였을 때 그리고 후자는 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 금융회사 등의 직무의 하나인 대부행위 등을 알선하였을 때 성립한다고 해석하는 것이 타당할 것이다. 그런데 만약 이러한 해석이 부당한 것이 아니라면 문제는 후자의 경우는 부정한 금품 등 수수 후 부정처사죄와 그 실질에서 구별되지 않게 되는 문제가 발생하게 된다.

둘째 다른 한편으로 그 모델이 된 것으로 추측되는 일본 「출자의 인수, 예금 및 금리 등의 단속에 관한 법률」도 동일한 행위에 대하여 3년 이하의 징역 또는 3백만엔 이하의 벌금에 처하고 있다는 점을 고려할 때에도 지나치게 높은 법정형이라고 판단된다.

셋째 사금융알선 등의 죄는 “금융회사등의 임직원이 그 지위를 이용하여 자기의 이익 또는 소속 금융회사등 외의 제3자의 이익을 위하여 자기의 계산으로 또는 소속 금융회사등 외의 제3자의 계산으로 금전의 대부, 채무의 보증 또는 인수를 하거나 이를 알선”함으로써 해당 금융회사등에 부실대출 및 부당한 채무보증·인수 등을 하도록 함으로써 해당 금융회사 등에 손해를 발생시키거나 손해발생의 위험을 야기하는 범죄라고 해석한다면 동죄는 형법상 배임·배임수재나 상법상 “회사재산을 위태롭게 하는 죄”(「상법」 제625조) 등에 해당하는 범죄라고 볼 수 있다.^{234), 235)}

그런데 형법상 배임죄(「형법」 제355조 제2항) 및 배임수증재죄(제357조)의 특별가

234) 山口厚, 『經濟刑法』, 商事法務, 2012, 9頁以下(古川伸彦).

235) 대법원 2011.8.18. 선고 2009도7813 판결: “동일인 대출한도를 초과하여 대출함으로써 상호저축은행법을 위반하였다고 하더라도, 대출한도 제한규정 위반으로 처벌함은 별론으로 하고, 그 사실만으로 특별한 사정이 없는 한 업무상배임죄가 성립한다고 할 수 없으나, 일반적으로 이러한 동일인에 대한 대출한도 초과대출이라는 임무위배의 점에 더하여 대출 당시의 대출채무자의 재무상태, 다른 금융기관으로부터의 차입금, 기타 채무를 포함한 전반적인 금융거래상황, 사업현황 및 전망과 대출금의 용도, 소요기간 등에 비추어 볼 때 채무상환능력이 부족하거나 제공된 담보의 경제적 가치가 부실하여 대출채권의 회수에 문제가 있는 것으로 판단되는 경우에는 재산상 손해가 발생하였다고 보아 업무상배임죄가 성립한다고 할 것이다(대법원 2008.6.19. 선고 2006도4876 전원합의체 판결 등 참조)”. 그러나 대법원 2008.6.19. 선고 2006도4876 전원합의체 판결: “새마을금고의 동일인 대출한도 제한규정은 새마을금고 자체의 적절한 운영을 위하여 마련된 것이지 대출채무자의 신용도를 평가해서 대출채권의 회수가능성을 직접적으로 고려하여 만들어진 것은 아니므로 동일인 대출한도를 초과하였다는 사실만으로 곧바로 대출채권을 회수하지 못하게 될 위험이 생겼다고 볼 수 없고, 구 새마을금고법(2007.5.25. 법률 제8485호로 개정되기 전의 것) 제26조의2, 제27조에 비추어 보면 동일인 대출한도를 초과하였다는 사정만으로는 다른 회원들에 대한 대출을 곤란하게 하여 새마을금고의 적절한 자산운용에 장애를 초래한다는 등 어떠한 위험이 발생하였다고 단정할 수도 없다”.

중구성요건이 상법상 특별배임(「상법」 제622조 제1항)이라고 본다면²³⁶⁾ 결국 「특경법」 제8조에 정한 “사금융 알선 등의 죄”는 이들 구성요건들의 특별가중구성요건이 된다. 그런데 형법상 배임죄 및 배임수증재죄가 그 범죄성립에 “부정한 청탁”을 요구하고 있는데 대하여 상법상 특별배임은 이를 요구하지 않음으로써 구성요건을 완화시키면서도 그 범정형은 형법상 배임죄²³⁷⁾나 배임수증재죄²³⁸⁾의 두 배에 달하는데(10년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금(「상법」 제622조 제1항)) 「특경법」 제8조에 정해진 범정형은 7년 이하의 징역 또는 7천만원 이하의 벌금이어서 특별가중구성요건이라는 「특경법」을 적용하는 경우 자칫 형을 기본구성요건보다 감경시키는 문제가 발생하게 된다.

넷째 사금융 알선 등의 죄는 상법상 특별배임 외에도 다른 법률의 특별가중구성요건이어서 복잡한 경합관계를 야기한다. 예컨대 「은행법」은 “제35조의2제1항부터 제3항까지 및 제7항·제8항을 위반하여 대주주에게 신용공여·무상양도를 한 자와 그로부터 신용공여·무상양도를 받은 대주주 또는 자산을 매매·교환한 당사자”(제66조 제1항 제2호) 또는 은행의 대주주가 부당한 영향력을 행사하여 신용공여를 하게 하거나 이를 받은 자(제35조의4)에 대하여 10년 이하의 징역 또는 5억원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있을 뿐만 아니라(제66조 제1항 제4호) 동일 차주 등에 대한 신용공여의 한도를 초과하여 신용공여를(제35조, 제67조 제2호) 하거나 다른 회사 등에 대한 신용공여 등 출자 제한(제37조)을 위반한 때에는 3년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(제67조 제3호). 또한 「보험업법」 제209조 제1항 제7의2호에 따르면 보험회사 또는 그 임직원이 대부업무와 관련하여 부당한 편익을 제공받아 불공정한 대출을 하거나(제110조의2 제1항 제3호) 보험회사의 우월적 지위를 이용하여 보험회사 이용자의 권익을 부당하게 침해하는 대출을 한 경우(동항 제4호) 1억원 이하의 과태료를 부과하도록 하고 있다.

다섯째 동죄는 부정대출을 받은 자의 죄책에 대해서는 규정하고 있지 않아서 대항범관계에 있는 필요적 공범인 부정대출을 받은 자는 공범이 성립하는 경우에 한하여

²³⁶⁾ 일본 회사법 제967조에 정한 특별배임죄와 형법 197조에 정한 배임죄와의 관계도 이와 동일하다.

²³⁷⁾ 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금.

²³⁸⁾ 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금.

처벌할 수 있는 한계가 있다.

5. 저축관련 부당행위의 죄(제9조)

제9조 제1항은 “저축을 하는 사람 또는 저축을 중개하는 사람이 금융회사 등의 임직원으로부터 그 저축에 관하여 법령 또는 약관이나 그 밖에 이에 준하는 금융회사 등의 규정에 따라 정하여진 이자, 복금, 보험금, 배당금, 보수 외에 어떤 명목으로든 금품이나 그 밖의 이익을 수수하거나 제3자에게 공여하게 하였을 때에는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 [처하도록]” 하고 있다는 점에서 행위주체가 일반인이라는 점에서 제7조에 정한 알선수재의 죄의 경우와 같다.

동조는 저축과 관련하여 일반인이 금품 등을 받는 행위를 처벌하는 규정으로서 일종의 은행의 리베이트를 통한 불공정거래행위에 대한 처벌규정에 해당한다고 말할 수 있다. 그런데 「은행법」 제34조의2(불건전 영업행위의 금지) 제1항 제3항은 “은행 업무, 부수업무 또는 겸영업무와 관련하여 은행이용자에게 정상적인 수준을 초과하여 재산상 이익을 제공하는 행위”를 한 은행에 대하여 1억원 이하의 과태료를 부과하도록 하고 있는데(제68조 제1항 제5의2호) 이들 규정들은 2016년 3월 29일 신설된 것들이다.²³⁹⁾ 따라서 저축관련 부당행위에 대하여 신설된 「은행법」 제34조의2 및 제65조 제1항 제5의2호를 적용하여야 하는 것인지(신법우선주의) 아니면 그럼에도 불구하고 「특경법」을 적용하여야 하는지(특별법우선주의)가 명확하지 않다.

또한 리베이트를 통한 불공정거래행위를 처벌하는 다른 법률들과 비교할 때에도 지나치게 높은 법정형을 정하고 있다. 즉 예컨대 의료리베이트와 관련하여 「의료법」 제23조의3 및 제88조 제2호, 「약사법」 제47조 제2항 및 제3항 그리고 제94조 제1항 제5의2호, 그리고 「의료기기법」 제13조 제3항 및 제53조는 동일한 행위유형에 대하여 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다.

²³⁹⁾ 법률 제14129호, 2016.3.29. 일부개정, 2016.7.30. 시행.

6. 무인가 단기금융업의 가중처벌 (제11조)

제11조 제1항은 “「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제444조제22호(단기금융업무만 해당한다)의 죄를 범한 사람은 그 영업으로 인하여 취득한 이자, 할인 및 수입료 또는 그 밖의 수수료의 금액(이하 이 조에서 "수수료액"이라 한다)이 연 1억원 이상일 때에는 다음 각 호의 구분에 따라 가중처벌한다”고 규정하고 있는데 이와 관련하여 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(이하 “자본시장법”이라 한다) 제444조 제22호에 정한 무인가 단기금융업무(동법 제360조 제1항)를 영위한 사람에게 대하여 5년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다. 이때 금융기관의 단기금융업무란 “1년 이내에서 대통령령으로 정하는 기간 이내에 만기가 도래하는 어음의 발행·할인·매매·중개·인수 및 보증업무와 그 부대업무로서 대통령령으로 정하는 업무”를 말하며(동법 제360조 제1항) 여기에서 대통령령이 정하는 업무란 “어음을 담보로 한 대출업무”를 말한다(동법 시행령 제348조 제2항). 즉 무인가 단기금융업의 가중처벌을 정한 「특경법」 제11조는 1년 이내에 만기가 도래하는 어음을 담보로 한 대출업무를 인가를 받지 않고 하는 행위를 처벌하는 규정이라고 말할 수 있다.

동 규정은 단군 이래 최대 금융사기라고 불렸던 1980년대 초반에 발생했던 “장영자·이철희 금융사기(어음사기) 사건”이 직접적인 발단이 되어 규정된 것으로 추측된다. 이 사건은 자금사정이 어려운 중견기업에 돈을 빌려주고 차입금의 2.9배에 달하는 단기 약속어음을 받아 이를 할인하여 되파는 수법으로 1천4백여 억원의 수수료를 챙기고 그 과정에서 발생된 7000억원이 넘는 불량어음을 유통시켜 중견기업들을 연쇄 도산시키는 원인을 제공하였을 뿐만 아니라 해당 기업들의 9400여명의 소액주주가 가지고 있던 주식을 휴지조각으로 만들어 국민경제에 심각한 파급효과를 끼쳤던 사건이었다.²⁴⁰⁾

그러나 이러한 입법배경과는 별개로 동 규정에 대해서는 다음과 같은 문제를 제기할 수 있다.

²⁴⁰⁾ 이 사건은 정치스캔들로도 변저 당시 국무총리, 법무부장관, 검찰총장, 국가안전기획부장, 청와대 비서관들 및 정당 사무총장 등이 경질되기도 하였다. 이 사건에 관한 것은 경향신문, 2015년 5월 7일 보도자료 “경향으로 보는 ‘그때’1982년 5월7일 이철희·장영자 어음 사기사건”(http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201505072053295; 검색일: 2017년 11월 9일)와 시사저널, 2013년 2월 27일 보도자료 “[표창원의 사건 추적] 금융 시장 짓밟은 ‘가장 못된 손’”(http://www.sisapress.com/journal/article/136832; 검색일: 2017년 11월 9일)을 요약·정리한 것이다.

첫째 동 규정도 「자본시장법」에 가액에 따라 법정형을 구분하여 정하면 되는데도 불구하고 특별법으로, 그것도 다른 중대한 법률위반(내부자거래, 시세조정 또는 부정거래행위 등)을 제쳐두고 무인가 단기금융업만을 「특경법」에 규정한 것은 지나치게 입법의 발단이 된 특정 사건에 경도된 입법이었다고 말할 수 있다.

둘째 인·허가를 요하는 행위에 대하여 적법한 인·허가를 취득하지 아니하고 영업을 하는 행위는 행정절차위반을 의미하는 것으로서 동 행정절차위반이 사람의 생명·신체·건강 등 안전과 직접적으로 관련된 것이 아닌 한 그것은 여전히 단순한 행정사범이라고 말할 수 있다.

셋째 동 규정의 입법의 발단이 되었던 사건에서 문제가 된 것은 무인가 단기금융업이 아니라 사기범죄이다. 그런데 무인가 단기금융업은 사기범죄의 미수 또는 예비단계의 행위임에도 불구하고 형법상 사기죄(「형법」 제347조 제1항, 10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금)보다 법정형이 지나치게 높다.

따라서 무인가 단기금융업의 가중처벌을 정한 「특경법」 제11조는 삭제하고 「자본시장법」에 의하여 처벌하면 충분하며, 무인가 단기금융업을 통하여 사기범죄를 범하는 경우는 형법상 사기죄와의 상상적·실체적 경합을 인정하면 될 것으로 판단된다.

7. 금융회사 등의 임직원의 보고의무(제12조)

「특경법」에 정한 죄를 인지한 금융회사 등의 임직원에게 보고의무를 부과하고 동 의무위반에 대하여 형사처벌을 정하고 있는 것이 바로 「특경법」 제12조이다.

그러나 금융회사 등의 임직원의 보고의무와 처벌규정은 이미 「범죄수익은닉규제법」 제5조에 정한 “범죄수익”과 「특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률」 제2조 제3호에 정한 “불법재산”과 관련하여 규정되어 있기 때문에 「특경법」에서 별도로 다시 규정할 필요는 없다.

8. 정비방안

이상의 내용을 바탕으로 정비방안을 정리하면 다음과 같다.

〈표 3-5〉 금융회사 등의 임직원과 관련한 죄의 정비방안

현행법	시안	
제5조(수재 등의 죄)	삭제	형법 “제34장 신용, 업무와 경매에 관한 죄” 또는 “제34장의2 공정거래에 관한 죄”를 신설하여 일반 국민의 부정한 금품 등 수수 및 제공에 관한 처벌규정을 신설하는 방안을 생각할 수 있다(제2장 제3절 4.에 정한 규정체계에 따라). 이때 수수자와 제공자의 법정형에 차이를 둘 필요는 없을 것이다.
제6조(증재 등의 죄)	삭제	
제7조(알선수재의 죄)	삭제	
제8조(사금융 알선 등의 죄)	삭제	부당대출은 금융회사 등의 임직원의 배임행위로 볼 수 있기 때문에 형법상 배임·배임수증재나 상법상 특별배임을 적용하여 법 적용을 간명하게 하는 것이 바람직하다.
제9조(저축관련 부당행위의 죄)	삭제	이른바 금융리베이트는 의료리베이트 등과의 관계에서 법체계의 균형을 맞추는 것이 바람직하다.
제11조(무인가 단기금융업의 가중처벌)	삭제	보호법익에 따라 적용법조를 구별하는 것이 형사법의 전체 체계상 정합적이라고 볼 수 있다. ① 만약 “무인가” 단기금융업 자체가 문제라면 이것은 행정절차 위반사범으로서 「자본시장법」으로 규율하더라도 충분하다. ② 이와 달리 무인가 단기금융업으로 인한 “경제적 손해의 발생 또는 손해발행의 위험의 방지”에 초점이 맞추어진 규정이라면 형법상 사기죄로 규율하는 것이 적절하다.
제12조(보고의무 등)	삭제	금융회사 등의 임직원의 보고의무는 특히 「특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률」 제2조 제3호에 정한 “불법재산”에 포함시켜 금융회사 등의 보고의무를 일원화시킬 필요가 있다.

「특정범죄 가중처벌 등에
관한 법률」

「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」

「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」(이하 “특가법”이라 한다)에서 경제범죄 관련 처벌규정에 해당하는 것은 뇌물죄의 가중처벌(제2조), 알선수재(제3조) 및 그 몰수규정(제13조), 국고 등 손실(제5조), 외국인을 위한 탈법행위(제12조) 및 그 몰수규정(제13조), 관세법 위반행위의 가중처벌(제6조), 조세포탈의 가중처벌(제8조), 세금계산서 교부의무 위반 등의 가중처벌(제8조의2) 그리고 외국인을 위한 탈법행위(제12조) 등이다. 여기에서는 이들 규정들의 정비방안에 관하여 상세하게 다루고자 한다.

제1절 뇌물죄의 가중처벌(제2조)

「특가법」 제2조 제1항은 “「형법」 제129조·제130조 또는 제132조에 규정된 죄를 범한 사람은 그 수수·요구 또는 약속한 뇌물의 가액(이하 이 조에서 “수뢰액”이라 한다)에 따라 다음 각 호와 같이 가중처벌한다”고 규정하면서 각호에서 “1. 수뢰액이 1억원 이상인 경우에는 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다, 2. 수뢰액이 5천만원 이상 1억원 미만인 경우에는 7년 이상의 유기징역에 처한다, 3. 수뢰액이 3천만원 이상 5천만원 미만인 경우에는 5년 이상의 유기징역에 처한다”고 규정하고 있다.

그런데 이미 “범죄수익 또는 피해의 가액에 따른 법정형의 구분의 문제점”과 “부정한 금품 등 수수 및 제공죄의 정비”에서 언급되었던 것 외에 특가법상 뇌물죄의 가중처벌과 관련해서는 ① 수수액이 3천만원 미만일 때에는 형법전에 그리고 그 이상일 때에는 특가법에 규정하여야 하는지에 대하여 형법이론적으로 필연적인 이유가 있는지 ② 반대로 형법전에 일괄적으로 규정하면 안 되는 이유가 무엇인지에 대한 명확한

해답을 찾기가 쉽지 않다는 점을 지적할 수 있다.

또한 「특가법」은 증뢰자에 대한 가중처벌규정을 두고 있지 않다. 물론 수뢰자와 증뢰자 간에 죄질에 경중이 있다는 것이 형법 제정당시의 가치판단이었다고 하더라도 현재에 있어서는 수뢰자와 증뢰자의 죄질에 경중을 두지 않는 것이 주요 외국의 입법례의 경향일 뿐만 아니라²⁴¹⁾ 「특경법」 제9조(저축관련 부당행위의 죄) 제3항이 부정한 금품 등의 공여자를 수수자와 동일한 법정형에 처하도록 하고 있고 증뢰자의 죄질의 경중은 양형에서 고려하면 충분하다는 점을 감안한다면 반드시 수수자와 제공자의 죄질에 경중을 둘 필요가 없으며 이러한 점에서 뇌물죄에서도 수뢰자와 증뢰자의 법정형에 차이를 둘 필요는 없을 것이다.

이를 바탕으로 「특가법」 제2조의 정비방안을 제시하면 다음과 같다.

〈표 4-1〉 특가법상 뇌물죄의 가중처벌 규정의 정비방안

현행법	시안		
특가법 제2조 (뇌물죄의 가 중처벌)	삭제	개정	「형법」 제129조(수뢰, 사전수뢰) ①공무원 또는 중재인이 그 직무에 관하여 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 때에는 다음 각호의 구분에 따라 처벌한다. 1. ... 2. ... 3. ... 「형법」 제133조(뇌물공여등) ①제129조 내지 제132조에 기재한 뇌물을 약속, 공여 또는 공여의 의사를 표시한 사람은 제129조의 예에 따라 처벌한다.
각종 몰수특례 법	정비		각종 몰수특례법의 적용대상에서 특가법 제3조 및 변호사법 제111조를 삭제한다. 1. 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」 제2조 별표 “중대범죄” ① 제1호 나. “제2편제7장 공무원의 직무에 관한 죄 중 제129조부터 제133조 및 제132조의2의 죄”(신설) ② 제5호(변호사법 제111조): 삭제 ③ 제19호: “제3조” 삭제 「부패재산의 몰수 및 회복에 관한 특례법」 제2조 제1호 별표 2. “부패범죄” ① 제1호 가. “제2편제7장 공무원의 직무에 관한 죄 중 제129조 및 제132조의2의 죄”(신설) ② 제3호: 삭제(특가법 제2조도 삭제한다는 전제에서) ③ 제10호: 「변호사법」 제33조 및 제109조부터 제110조까지의 죄(“제111조” 삭제)

241) 주요 외국의 입법례에 관한 상세한 것은 김유근·안수길, 『부정부패방지를 위한 법령의 정비방안 연구』, 한국형사정책연구원, 2016, 15면 이하.

제2절 알선수재죄(제3조)

「특가법」 제3조는 “알선수재”라는 표제 하에 “공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 금품이나 이익을 수수·요구 또는 약속한 사람은 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다”고 규정하고 있는데 동 규정은 특히 공무원의 신분을 가진 사람뿐만 아니라 공무원의 신분을 가지지 않은 사람이 대가를 받고(또는 약속받아) 공무원의 직무에 관여하는 것을 사전에 방지함으로써 공무원의 직무의 공정성과 이에 대한 국민의 신뢰를 보호하는 기능을 한다.²⁴²⁾ 이러한 의미에서 형법상 뇌물죄²⁴³⁾와 마찬가지로 추상적 위험범이라고 말할 수 있으며 다른 한편으로 공무원의 직무범죄(직권남용이나 뇌물죄 등)의 예비 또는 미수단계의 행위를 독립된 정범으로 처벌하는 것과 같은 피상을 나타낸다.

그런데 특가법상 알선수재의 정비방안과 관련하여 이를 대체 없이 삭제할 것인가 아니면 다른 규율방식을 채택할 것인가와 관련해서는 논란이 있을 수 있다.²⁴⁴⁾ 이와 관련하여 특가법상 알선수재는 형법의 과도한 개입이고 형법상 뇌물죄로 대응하더라도 충분하며 특가법상 알선수재를 대체 없이 삭제해도 규율의 공백이 발생되지 않는다는 이유에서 특가법상 알선수재를 대체 없이 삭제하는 것이 타당하다는 견해가 있다.²⁴⁵⁾

물론 「변호사법」 제111조 제1항 전단은 “공무원이 취급하는 사건 또는 사무에 관하여 청탁 또는 알선을 한다는 명목으로 금품·향응, 그 밖의 이익을 받거나 받을

242) 대법원 2014.6.26. 선고 2011도3106 판결: “공무원 신분을 가지지 않은 자도 학연이나 지연 또는 개인의 영향력 등을 이용하여 공무원의 직무에 영향력을 미칠 수 있으므로 이러한 자가 공무원의 직무와 관련하여 알선자 내지는 중개자로서 알선을 명목으로 금품 등을 수수하는 등의 행위를 하게 되면, 공무원의 직무 집행의 공정성은 의심받게 될 것이므로, 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조에서는 공무원의 직무에 속한 사항에 관해 알선을 명목으로 금품 등을 수수하면 형사처벌을 하고 있다”.

243) 형법상 뇌물죄를 추상적 위험범으로 보는 견해로는 김유근·안수길, 『부정부패방지를 위한 법령의 정비방안 연구』, 한국형사정책연구원, 2016, 97면 및 각주 133)에 열거된 문헌들; 김성돈, 『형법각론』, 제4판, 2016, 741면; 김일수·서보하, 『새로운 형법각론』, 2015, 648면; 오영근, 『형법각론』, 제3판, 2014, 713면; 임웅, 『형법각론』, 제7정판, 2016, 897면; LK¹²-Somada Rn 39 f. vor §331; *Kindhäuser*⁴ BT I §76 Rn 1.

244) 이러한 논란에 관한 상세한 것은 전지연/박상기 외, 『형사특별법론』, 한국형사정책연구원, 2012, 228면 이하 및 238면 이하.

245) 이러한 견해로는 전지연/박상기 외, 『형사특별법론』, 한국형사정책연구원, 2012, 238면 이하.

것을 약속한 자 또는 제3자에게 이를 공여하게 하거나 공여하게 할 것을 약속한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다”고 규정하고 있어서 특가법상 알선수재보다 그 적용범위가 넓다. 따라서 특가법상 알선수재를 삭제한다고 하여 가벌성의 흠결이 발생된다고는 보이지 않는다. 그러나 동 규정은 후술하는 바와 같이 변호사의 신분을 가진 사람만이 범할 수 있는 진정신분범도(예컨대 동법 제110조) 그리고 신분에 의하여 그 가벌성의 경중에 차이가 있는 부진정신분범도 아닐 뿐만 아니라 동법 제109조와 같이 변호사의 자격이 없는 일반국민이 변호사의 직무를 수행하는 등 변호사의 직무와 관련된 규정이 아니라는 점에서 「변호사법」에 알선수재죄(제111조 제1항)를 그대로 둘 것인가라는 근본적인 문제도 제기된다.

또한 알선수재를 형사처벌하는 것이 특히 국민의 기본권인 청원권을 정당한 이유없이 제한하기 때문에 알선수재를 「형법」의 규율범위에서 배제하는 것이 타당한 것은 아닌가라는 의문이 제기될 수도 있다.²⁴⁶⁾ 그러나 공무원이 아닌 사람이 공무원의 직무에 관여하는 것은 공무원의 직무집행의 공정성과 이에 대한 일반국민의 신뢰를 침해할 수 있다는 점(금지목적의 정당성),²⁴⁷⁾ 국민의 청원권은 법령에 의하여 보장되어 있어서 적정절차에 따라 행사될 수 있기 때문에 이해충돌상황²⁴⁸⁾을 초래할 수 있는 알선을 위한 부정한 금품 등의 수수 등을 허용하여 청원권을 실현할 필요는 없을 것이다(비례성의 원칙).²⁴⁹⁾ 실제로 헌법재판소는 특가법상 알선수재의 위헌여부와 관련하여 2005년 11월 24일 결정에서 이와 유사한 논거로 단순합헌결정을 내린 바 있으

246) 알선수뢰와 관련하여(알선수재와는 성격을 달리하지만) 1907년 제정된 일본 「형법전」은 제정 당시 단순수뢰죄(제197조 제1항 전단)만을 두고 있었다. 그 후 1941년 형법개정에 의하여 수탁수뢰죄(제197조 제1항 후단), 사전수뢰죄(제197조 제2항), 제삼자뇌물제공죄(제197조의2) 그리고 가중수뢰죄(제197조의3)가 신설되었으나 알선수뢰죄는 국민의 청원권을 제한할 수 있다는 우려에서 신설대상에서 배제되었다가 1958년에야 비로소 「형법전」 제197조의4에 규정되었다(이에 관한 상세한 것은 土本武司, 「日本における贈収賄の特異性と法的規制」, 『法律文化』, 2004, 東京リーガルマインド, 22頁以下). 그리고 2000년 6월 전직 건설장관의 비서관이 뇌물을 수수한 사건을 계기로 2000년 11월 29일 「공직자 등의 알선행위에 의한 이득 등의 처벌에 관한 법률(公職にある者等のあつせん行為による利得等の処罰に関する法律)」을 제정하여 알선등 행위에 대한 경각심을 강화하고 있다.

247) 유사한 논거로는 헌법재판소 2005.11.24. 2003헌바108 전원재판부.

248) 이해충돌상황을 초래하는 행위만으로도 형사처벌되는 입버레로는 미국을 들 수 있다. 김유근·안수길, 『부정부패방지를 위한 법령의 정비방안 연구』, 한국형사정책연구원, 2016, 20면.

249) 논거는 다르지만 동일한 결론은 전지연/박상기 외, 『형사특별법론』, 한국형사정책연구원, 2012, 228면 이하 및 238면 이하.

며,²⁵⁰⁾ 특가법상 알선수재와 유사한 구성요건을 규정하고 있는 (구) 「변호사법」 제 111조에 대해서도 단순합헌결정을 내리고 있다.²⁵¹⁾

그러나 체계정합성과 개관가능성이라는 관점에서 (1) 특가법상 알선수재와 (2) 이와 유사한 구성요건을 정한 「변호사법」 제111조를 삭제하고 (3) 「형법전」 각칙 제7장 “공무원의 직무에 관한 죄”에 「변호사법」 제111조 제1항을 그대로 옮겨 규정하면서 (4) 법정형을 하향조정하는 것이 적절하다(이때 다른 공무원의 직무범죄와 같이 가액에 따른 가중처벌을 할 것인가의 여부도 결정하여야 한다). 그리고 이와 함께 (5) 알선제삼자증재죄와 (6) 수재에 상응하는 증재죄를 신설할 필요가 있다. 이에 관하여 아래에서 상세하게 다루고자 한다.

1. 법체계상의 문제

특가법상 알선수재의 정비방안과 관련하여 동 규정을 삭제한다고 하여 동 규정을 그대로 「형법전」에 옮겨 놓으면 되는 것은 아니다. 왜냐하면 「형법전」과의 체계정합성뿐만 아니라(「형법전」의 편제상 어디에 위치시킬 것인가(“공무원의 직무에 관한 죄”), 법정형의 문제 등) 특히 유사한 적용범위를 갖는 다른 법률규정과의 경합관계도 함께 고려하여야 하기 때문이다.

가. 「변호사법」 제111조와의 경합문제

특가법상 알선수재와 구성요건이 유사한 것으로는 바로 「변호사법」 제111조 제1항을 들 수 있다. 즉 동 규정은 “공무원이 취급하는 사건 또는 사무에 관하여 청탁 또는 알선을 한다는 명목으로 금품·향응, 그 밖의 이익을 받거나 받을 것을 약속한 자 또는 제3자에게 이를 공여하게 하거나 공여하게 할 것을 약속한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. 이 경우 벌금과 징역은 병과할 수 있다”고 규정하고 동조 제2항은 “다른 법률에 따라 「형법」 제129조부터 제132조까지의 규정에 따른 벌칙을 적용할 때에 공무원으로 보는 자는 제1항의 공무원으로 본다”고 규정

²⁵⁰⁾ 헌법재판소 2005.11.24. 2003헌바108 전원재판부.

²⁵¹⁾ 헌법재판소 2012.04.24. 2011헌바40 전원재판부.

하고 있다.

본래 「변호사법」 제111조는 (1966년 3월 26일 「특가법」의 제정 전²⁵²⁾인) 1961년 10월 17일 「(구)법률사무취급단속법」²⁵³⁾ 제2조에 처음 규정되었다가 1973년 1월 25일 동법을 폐지하면서 (구)「변호사법」 제54조로 옮겨졌고²⁵⁴⁾, ²⁵⁵⁾ 이후 수차례의 개정으로 현재(현행법 제111조)에 이르고 있다.

그런데 「변호사법」 제111조를 자세히 살펴보면 특가법상 알선수재의 법정형과 동일하면서 그 적용범위가 넓어 특가법상 알선수재를 정비하는 경우 「형법전」에 특가법상 알선수재 규정을 그대로 옮겨 규정할 것이 아니라 「변호사법」 제111조를 「형법전」에 편입하는 것이 체계정합성이라는 관점에서 적절한 것은 아닌가라는 의문이 제기된다.

1) 「변호사법」 제111조 제1항과 특가법상 알선수재의 유사성

「변호사법」 제111조 제1항과 특가법상 알선수재는 보호법익, 행위주체 그리고 행위(알선 및 알선대상)를 공유하기 때문에 예컨대 실무상 특가법상 알선수재가 문제되는 경우 「변호사법」 제111조와 상상적 경합관계가 성립하는 경우가 많다(그러나 그 반대의 경우가 반드시 성립하는 것은 아니다(“나.”에서 후술).

첫째 「변호사법」 제111조는 그 법문언에서도 알 수 있듯이 공무원이 아닌 사람이 공무원의 직무에 관여하는 것을 사전에 방지함으로써 공무원의 직무집행의 공정성과 이에 대한 일반국민의 신뢰를 보호하는 기능을 수행한다는 점에서 특가법상 알선수재와 그 보호법익을 달리 한다고 보기 어렵다. 즉 「변호사법」 제111조 제1항의 알선의 대상은 변호사의 직무가 아니라 공무원의 직무와 관련된다(셋째도 참조).

둘째 「변호사법」 제111조와 특가법상 알선수재의 행위주체에는 차이가 없다. 즉 「변호사법」 제111조도 그리고 특가법상 알선수재도 변호사의 신분을 가진 사람만이 또는 공무원의 신분을 가진 사람만이 범할 수 있는 진정신분범을 정한 것도 그리고

252) 법률 제1744호, 1966.2.23., 제정, 1966.3.26. 시행.

253) 법률 제751호, 1961.10.17. 제정, 1961.10.17. 시행.

254) 법률 제2452호, 1973.1.25. 일부개정, 1973.1.25. 시행.

255) “변호사법개정법률안(대통령)”(의안번호: BB0107), 29면. 동 법률안은 1973년 1월 19일 대통령이 발의하고 당일 비상국무회의(1972-73)에서 의결된 것으로 되어 있다(국회 의안정보시스템(<http://likms.assembly.go.kr/bill/BillSearchResult.do>; 검색일자: 2017년 6월 12일)).

그 신분관계에 의하여 법정형의 경중에 차이가 있는 부진정신분법²⁵⁶⁾을 정한 것도 아니다. 즉 그 행위주체는 모든 일반인이다.²⁵⁷⁾ 이것은 「변호사법」 제109조가 변호사가 아닌 사람이 대가를 받고 법률사무와 관련한 직무(동법 제109조 제1호)를 수행하는 것을 금지하거나(무자격자의 법률행위의 금지)²⁵⁸⁾ 동법 제110조²⁵⁹⁾가 변호사나 그 사무직원이 판사·검사 등에 금품 등을 제공하거나 그 공무원과 교제한다는 명목으로 금품 등을 받는 등의 행위를 하는 것을 금지하고 있는 것과 구별된다.

셋째 「변호사법」 제111조 제1항은 “공무원이 취급하는 사건 또는 사무에 관하여 청탁 또는 알선을 한다는 명목으로” 금품 등을 수수하는 등의 행위를 규율대상으로 하고 있다는 점에서 특가법상 알선수재가 “공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여” 금품 등을 수수하는 등의 행위를 규율대상으로 하고 있는 것과 (비록 그 법문언은 차이가 있으나) 그 실질에 있어서 규율대상에 차이가 없다. 이것은 판례가 특가법상 알선수재의 “공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여”의 해석과 관련하여 “특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제3조의 ‘공무원의 직무에 속한 사항’에는 공무원이 법령상 관장하는 직무 그 자체뿐만 아니라 직무와 밀접한 관계가 있는 행위 또는 관례상이나 사실상 관여하는 직무행위도 포함되고, 구체적인 행위가 공무원의 직무에 속하는지 여부는 그것이 공무의 일환으로 행하여졌는가 하는 형식적인 측면과 함께 그 공무원이 수행하여야 할 직무와의 관계에서 합리적으로 필요하다고 인정되는 것이라고 할 수 있는가 하는 실질적인 측면을 아울러 고려하여 결정하여야 할 것이고, 위 법리는 구 변호사법(2008.3.28. 법률 제8991호로 개정되기 전의 것) 제111조 제1항에서 정하는 ‘공무원이 취급하는 사건 또는 사무’에 관한 해석에도 그대로 적용될 수 있다.”²⁶⁰⁾고 판시한 것을 보더라도 양 규정의 해석에 중대한 차이가 존재한다고 보기는 어렵다.

256) 물론 「형법」 제33조에 의하여 공무원 직무범죄의 공범이 성립되는 범위 내에서는 그러하지 아니한다.

257) 전지연/박상기 외, 『형사특별법론』, 한국형사정책연구원, 2012, 232면.

258) 이와 유사한 규정으로는 「외국법자문사법」 제46조 제1호.

259) 「변호사법」 제110조도 간접적으로는 사법권의 공정한 집행을 담보하기 위한 규정이라는 하지만 다른 한편으로는 직접적으로는 의뢰인의 열악한 지위를 이용한 의뢰인에 대한 사해행위로도 볼 수 있다. 이와 유사한 규정으로는 「외국법자문사법」 제46조 제3호.

260) 대법원 2010.1.28. 선고 2009도6789 판결(강조는 저자에 의한 것임).

넷째 실무에서 특가법상 알선수재가 문제되는 경우 「변호사법」 제111조 제1항이 상상적 경합관계에 서게 되는데 이 경우 가중처벌의 의미는 없다. 즉 양 죄가 경합하는 경우 「형법」 제40조에 의하여 가장 중한 죄에 정한 형으로 처벌하게 되는데 특가법상 알선수재나 「변호사법」 제111조는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있고 몰수·추징과 관련해서도 양 죄에 차이가 없기 때문에(「특가법」 제13조, 「변호사법」 제116조) 양 죄가 경합한다고 하더라도 어느 규정을 적용한다고 하더라도 실질적으로 그 처벌에는 차이가 없다.²⁶¹⁾

다섯째 「변호사법」 제111조 제2항은 “다른 법률에 따라 「형법」 제129조부터 제132조까지의 규정에 따른 벌칙을 적용할 때에 공무원으로 보는 자는 제1항의 공무원으로 본다”고 정하고 있으나 이것은 다른 법률에 정한 공무원의제규정에 의하여 공무원으로 의제되는 사람은 공무원으로 본다는 당연한 것을 정한 것이기 때문에 이 규정에 의하여 「형법전」과 특가법상 알선수재의 적용이 달라지지는 않는다.²⁶²⁾

2) 적용범위의 차이

그러나 「변호사법」 제111조 제1항은 특가법상 알선수재에 대하여 다음과 같이 적용범위에 차이를 보인다.

첫째 특가법상 알선수재와 달리 「변호사법」 제111조 제1항은 알선목적 뿐만 아니라 “청탁”의 명목으로 금품 등을 수수하는 행위도 금지한다.

둘째 「변호사법」 제111조 제1항 전단은 알선자 자신이 금품 등을 수수하는 행위 뿐만 아니라 “제3자에게 이를 공여하게 하거나 공여하게 할 것을 약속”하는 행위(알선 제삼자증재)도 처벌대상으로 규정하고 있어서 이익귀속주체가 알선자 자신에게만 한정되어 있는 특가법상 알선수재와 구별된다.

셋째 「변호사법」 제111조의 상습범은 가중처벌되는데 대하여(동법 제114조) 특가법상 알선수재에 대해서는 상습범 가중처벌 규정이 없다.

²⁶¹⁾ 특가법상 알선수재의 범정형에 대해서는 이하의 “형법전의 뇌물죄 체계와의 조화”에서 후술한다.

²⁶²⁾ 따라서 「변호사법」 제111조 제1항을 형법전에 편입하더라도 동조 제2항은 대체 없이 삭제하더라도 가벌성의 공백이 발생되지 않는다.

3) 소결

이상의 내용을 종합해 보면 「변호사법」 제111조 제1항은 보호법익, 행위주체 그리고 구성요건의 기술에 있어서 특가법상 알선수재와 유사하다. 그렇기 때문에 실무상 특가법상 알선수재가 문제되는 경우 「변호사법」 제111조 제1항과 상상적 경합관계가 성립하게 되지만, 그렇다고 하여 그 반대의 경우가 반드시 성립하는 것은 아니다. 즉 「변호사법」 제111조 제1항이 문제되는 경우 반드시 특가법상 알선수재와 상상적 경합이 성립되지는 않는다. 이러한 점에서 「변호사법」 제111조 제1항이 특가법상 알선수재보다 그 적용범위가 넓다고 볼 수 있다.²⁶³⁾

따라서 특가법상 알선수재를 정비하는 경우 특가법상 알선수재의 법문언을 그대로 「형법전」에 옮겨 놓을 것이 아니라 특가법상 알선수재와 경합관계에 있는 「변호사법」 제111조 제1항을 「형법전」에 규정하고 동조를 삭제함으로써 불필요한 경합관계²⁶⁴⁾를 해소하는 것이 적절하다.

물론 특가법상 알선수재를 삭제하더라도 「변호사법」 제111조를 그대로 유지하고 구태여 형법을 개정하지 않을 수도 있을 것이다.

그러나 「변호사법」은 변호사의 지위와 직무에 관한 법률이라는 점을 고려할 때 변호사가 아닌 사람이 변호사의 직무를 수행하는 것을 금지하거나(동법 제109조) 변호사가 공무원의 직무에 관하여 금품 등을 수수하는 등의 행위를 금지하는 것(동법 제110조)은 동법의 입법취지에 비추어 정당한 것이라고 볼 수 있으나 변호사가 아닌 사람이 변호사의 직무와 관련이 없는 공무원의 직무에 관한 청탁이나 알선을 한다는 명목으로 금품 등을 수수하는 행위를 금지하는 것은 「변호사법」의 본래 입법취지와는 이질적인 것이라는 점에서 「변호사법」 제111조를 그대로 유지하는 것이 적절한 것인지에 대해서는 의문이다.

그럼에도 불구하고 「변호사법」 제111조를 삭제하는 것이 전혀 문제가 없는 것은

²⁶³⁾ 이렇게 본다면 연혁적으로 「변호사법」 제111조 제1항이 있음에도 불구하고 그 적용범위와 법정형이 완전히 중첩되는(왜냐하면 특가법상 알선수재의 적용범위가 「변호사법」 제111조 제1항보다 좁게 때문에) 특가법상 알선수재를 신설한 것은 불필요한 입법이 아니었는지 의문이다.

²⁶⁴⁾ 특가법상 알선수재와 「변호사법」 제111조 제1항은 보호법익, 행위의 불법성 그리고 법정형의 경중에 차이가 없기 때문에 보호법익 등이 상이한 범죄행위 간의 상상적 경합관계에 비하여 법적용에 있어서 큰 의미는 없을 것이다.

아니다. 즉 특가법상 알선수재와 달리 「변호사법」 제111조 제1항은 알선제삼자증재죄를 규정하고 있을 뿐만 아니라 동법 제114조는 제111조의 상습범을 처벌하고 있기 때문에 형법전에도 알선제삼자증재죄와 상습범 가중처벌 규정을 둘 것인지가 문제된다.

4) 제삼자알선증재죄의 신설

특가법상 알선수재와 「변호사법」 제111조를 삭제하면서 「형법전」에 알선제삼자증재죄를 함께 신설할 것인가가 문제된다.

그러나 현행법상으로도 「변호사법」 제111조 제1항에 의하여 처벌되는 제삼자알선증재죄를 대체 없이 삭제하는 것은 규율의 공백을 발생시킬 우려가 있다. 또한 이것은 바로 이 제삼자증재죄의 가벌성의 공백을 메우기 위하여 2016년 5월 29일 형법개정²⁶⁵을 통하여 형법상 배임수증재죄(「형법」 제357조 제1항)에 제삼자배임증재 처벌규정을 신설한 입법취지와도 배치된다.

이상의 내용을 종합하면 「변호사법」 제111조 제1항(구성요건표지 “청탁”+단순알선수재+알선제삼자증재죄)은 특가법상 알선수재(단순알선수재)의 규율내용을 포괄하는 규정이라고 볼 수 있다. 따라서 특가법상 알선수재와 「변호사법」 제111조를 삭제하고 종전의 「변호사법」 제111조 제1항의 법문언을 그대로 「형법전」에 옮겨 규정한다면 특가법상 알선수재뿐만 아니라 「변호사법」 제111조 제1항에 정한 제삼자알선증재도 포괄할 수 있을 것이다.

나. 형법전의 뇌물죄 체계와의 관계

1) 알선수증재죄의 법전편제상의 위치

특가법상 알선수재와 변호사법상 알선수증재를 「형법전」에 편입시키는 경우 법전편제상 「형법전」의 어디에 위치시킬 것인가가 문제된다.

앞서 언급한 바와 같이 특가법상 알선수재²⁶⁶는 공무원의 신분을 가진 사람만이 범할 수 있는 신분범이 아니다. 따라서 현행법상 공무원의 신분을 가진 사람이 행위주

²⁶⁵ 법률 제14178호, 2016.5.29. 일부개정, 2016.5.29. 시행.

²⁶⁶ 여기에서는 서술의 편의상 “변호사법상 알선수증재”를 빼고 “특가법상 알선수재”로 설명하기로 한다.

체가 되는 범죄만을 정하고 있는 「형법전」 각칙 제7장 “공무원의 직무에 관한 죄”에 알선수증재죄를 규정하는 것은 일견 적절하지 않은 것처럼 보인다. 그렇다고 하여 공무원의 직무에 속한 사항의 알선 등에 관하여 부정한 금품 등을 수수하는 행위를 재산범죄, 특히 제40장 “횡령과 배임의 죄” 등 다른 장에 규정하는 것도 법체계의 정합성의 관점에서 볼 때 그 타당성이 의심된다. 그러나 결론적으로 말해 알선수증재죄는 「형법전」 각칙 제7장 “공무원의 직무에 관한 죄”에 규정하는 것이 적절할 것이다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째 특가법상 알선수재의 행위주체가 공무원의 신분을 가진 사람에 한정되어 있지 않다는 이유로 부정한 금품 등을 받는 것을 금지하는 「형법」 제357조(배임수증재) 다음에 규정하는 방식도 생각할 수 있으나 형법상 배임수증재죄는 법전편제상 어디까지나 개인적 법익을 침해하는 배임범죄이자 재산범죄로서 구별된다. 그런데 특가법상 알선수재는 개인적 법익을 침해하는 배임범죄의 성격을 갖는 것이 아니라 공무원의 직무의 공정성과 이에 대한 일반국민의 신뢰라는 국가적 법익을 침해하는 공공부문의 부패범죄이다.

둘째 현행 「형법전」 각칙 제7장 “공무원의 직무에 관한 죄”에 규정되어 있는 죄들 중에서 공무원의 신분을 가지지 않은 사람이 범할 수 있는 죄는 찾아볼 수 없는 것은 사실이다. 그러나 “공무원의 직무에 관한 죄”의 장의 성격을 특징지우는 표지는 행위주체의 공무원의 신분이라고 보기 보다는 오히려 공무원의 직무의 공정성이라는 보호법익의 내용이며,²⁶⁷⁾ 그 보호정도를 추상적 위험범이라고 본다면, 공무원의 직무 집행의 공정성과 이에 대한 일반국민의 신뢰를 침해하는 특가법상 알선수재를 “공무원의 직무에 관한 죄의 장”, 특히 뇌물죄 체계에 편입시킨다고 하여 법체계의 정합성과 범죄구성요건 규정의 일관성이 깨지는 것은 아니다. 그리고 앞서 언급한 바와 같이 특가법상 알선수재죄는 공무원의 직무범죄(직권남용이나 뇌물죄 등)의 예비 또는 미수단계의 행위를 독립된 정범으로 처벌하는 것과 같은 피상을 나타낸다는 점에서도 형법상 뇌물죄 체계에 편입시키는 것이 적절할 것이다.

셋째 특가법상 알선수재(동법 제3조)는 「특가법」에서 “뇌물죄의 가중처벌”(동법 제2조)과 “뇌물죄 적용대상의 확대”(제4조) 사이에 규정되어 있다는 점에서도 동죄가

267) 김성돈, 『형법각론』, 제4판, 성균관대학교 출판부, 2016, 723면.

부패범죄의 일종임을 나타내고 있을 뿐만 아니라 「부패재산의 몰수 및 회복에 관한 특별법」 제2조 제1호는 부패범죄의 범위를 정하면서 동호 별표 제3호에서 특가법상 알선수재를 부패범죄로 규정하고 있다는 점에서도 특가법상 알선수재를 형법전에 편입시킬 때에는 「형법전」의 “공무원의 직무에 관한 죄”에 규정하는 것이 전체 법체계를 고려했을 때에도 타당하다고 볼 수 있다.

2) 형법상 알선수뢰와의 관계

그런데 특가법상 알선수재를 「형법전」에 편입시키는 경우 동죄와 유사한 구성요건을 정한 형법상 알선수뢰죄(「형법」 제132조)와의 관계가 문제된다.

특가법상 알선수재는 형법상 알선수뢰와는 별개의 독립된 범죄구성요건으로 규정되어 있다. 그것은 알선수재를 정한 「특가법」 제3조가 다른 규정들과는 달리²⁶⁸⁾ 「형법전」의 기본구성요건과 연동되어 있지 않다는 점에서도 명확하다. 그러나 자세히 살펴보면 특가법상 알선수재는 형법상 알선수뢰와 밀접한 관련을 맺고 있음을 알 수 있다.

형법상 알선수뢰는 행위주체가 “공무원”이라는 점, 그 구성요건에 “그 지위를 이용하여”라는 표지가 있다는 점 그리고 수수대상과 관련하여 형법상 알선수뢰의 경우 “뇌물”로 그리고 특가법상 알선수재의 경우 “금품”으로 규정되어 있다는 점을 제외하고는 그 법문언상 특가법상 알선수재와 동일한 구성요건으로 규정되어 있다. 양 죄를 비교한 것이 아래의 표이다.

²⁶⁸⁾ 예컨대 「특가법」에 규정된 죄들 중에서 「형법전」이나 다른 법률에 규정된 처벌규정에 정한 기본구성요건과 연동되지 않거나 「특가법」이 처벌대상으로 하고 있는 행위에 대하여 기본법이 처벌규정을 두고 있지 않은 경우에는 「특가법」 제4조의3(공무상 비밀누설의 가중처벌), 제5조(국고 등 손실), 제5조의5(보복범죄의 가중처벌 등), 제5조의10(은행 중인 자동차 운전자에 대한 폭행 등의 가중처벌), 제5조의11(위험운전 치사상), 제5조의12(도주선박의 선장 또는 승무원에 대한 가중처벌), 제12조(외국인을 위한 탈법행위) 등을 들 수 있다. 물론 이때 보복범죄, 위험운전 치사상 그리고 선박뺑소니 등을 단순히 치사상·상해·살인죄나 폭행죄 등의 가중처벌규정이라고 본다면 기본구성요건에 연동된 것이라고도 볼 수 있으나 이들 범죄유형의 특수성을 강조하는 한 독립된 범죄구성요건으로 볼 수 있을 것이다. 그리고 「특가법」의 다른 규정들은 예컨대 기본구성요건의 결과불법의 경중(이득액 등 재산적 가치에 따른 가중: 제2조, 제6조, 제8조, 제8조의2, 제9조, 제11조; 신체에 대한 침해정도에 따른 가중: 제4조의2, 제5조의2)이나 행위태양의 중대성(제5조의4; 특가법에 정한 죄에 대한 무고(제14조)나 특수직무유기(제15조))에 따른 가중처벌 또는 재범가중(제5조의5)을 그 내용으로 한다.

〈표 4-2〉 형법상 알선수뢰와 특가법상 알선수재의 구성요건의 비교

범죄구성요건	행위주체	행위유형	법정형
형법상 알선수뢰 (제132조)	공무원이	그 지위를 이용하여 다른 공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 때에는	3년 이하의 징역 또는 7년 이하의 자격정지에 처한다.
특가법상 알선수재(제3조)	(누구든지)	공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 금품이나 이익을 수수·요구 또는 약속한 사람은	5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

그 해석과 관련해서도 양자 모두 알선의 대상이 되는 공무원의 직무수행이 부정한 것일 필요가 없고, “알선”의 의미가 달리 해석되지 않을 뿐만 아니라 대가관계의 입증의 정도와 관련해서도 양자 모두 전체적·포괄적 대가관계²⁶⁹⁾의 입증만으로 충분한 것으로 해석된다.²⁷⁰⁾

물론 수수객체와 관련하여 형법상 알선수뢰는 “뇌물”로 그리고 특가법상 알선수재는 단순히 “금품”이라고 규정하고 있어서 양자는 다른 구성요건이라고도 볼 수 있다. 그러나 뇌물을 “직무에 관한 불법한 보수 또는 직무에 관한 부당한 이익”이라고 해석하는 것이 일반적인 견해²⁷¹⁾라고 본다면 이것이 특가법상 알선수재의 “금품”과 다른 성격의 것이라고 해석할 필요는 없을 것이다. 왜냐하면 해석상 특가법상 알선수재의 “금품”도 마찬가지로 “공무원의 직무에 속하는 사항”의 알선에 관하여 수수된 것이어

269) 특가법상 알선수재죄에서의 대가관계와 관련해서는 대법원 2017.1.12. 선고 2016도15470 판결.

270) 대법원 2017.1.12. 선고 2016도15470 판결: “알선수재죄는 ‘공무원의 직무에 속한 사항을 알선한다는 명목’으로 ‘금품 등을 수수’함으로써 성립하는 범죄이다. 여기에서 ‘알선’이란 공무원의 직무에 속하는 일정한 사항에 관하여 당사자의 의사를 공무원 측에 전달하거나 편의를 도모하는 행위 또는 공무원의 직무에 관하여 부탁을 하거나 영향력을 행사하여 당사자가 원하는 방향으로 결정이 이루어지도록 돕는 등의 행위를 의미한다. 이 경우 공무원의 직무는 정당한 직무행위인 경우도 포함되고 알선의 상대방인 공무원이나 직무내용이 구체적으로 특정되어 있을 필요도 없다. 또한 알선의 명목으로 금품을 받았다면 실제로 어떤 구체적인 알선행위를 하였는지와 상관없이 범죄는 성립한다. 그리고 공무원의 직무에 속한 사항의 알선과 수수한 금품 사이에 대가관계가 있는지는 알선의 내용, 알선자와 이익 제공자 사이의 친분관계, 이익의 다과, 이익을 주고받은 경위와 시기 등 여러 사정을 종합하여 결정하되, 알선과 주고받은 금품 사이에 전체적·포괄적으로 대가관계가 있으면 충분하다. 한편 알선자가 받은 금품에 알선행위에 대한 대가로서의 성질과 그 밖의 행위에 대한 대가로서의 성질이 불가분적으로 결합되어 있는 경우에는 그 전부가 불가분적으로 알선행위에 대한 대가로서의 성질을 가진다.”

271) 이재상·장영민·강동범, 『형법각론』, 제10판 보정판, 박영사, 2017, 721면; 김일수·서보학, 『새로쓴 형법각론』, 제8판, 박영사, 2015, 650면; 임웅, 『형법각론』, 제7정판, 법문사, 2016, 908면; 오영근, 『형법각론』, 제3판, 박영사, 2014, 713면.

야 한다는 점에서 금품의 직무관련성이 인정되어야 할 뿐만 아니라 해당 금품은 알선 행위에 대하여 대가성 있는 것이어야 하기 때문에²⁷²⁾ 이러한 의미에서 해당 금품은 이미 부당한 이익이기 때문이다. 따라서 특가법상 알선수재의 ‘금품’도 형법상 알선수뢰의 ‘뇌물’과 그 실질에 있어서는 달리 해석될 필요가 없을 것이다.

이렇게 본다면 형법상 알선수뢰는 실질적으로 특가법상 알선수재에 대하여 행위주체(“공무원”)와 특수한 행위태양(“그 지위를 이용하여”)에 의하여 그 행위불법이 중한 가중구성요건이라고 볼 수 있다. 즉 특가법상 알선수재는 기본구성요건이고 형법상 알선수뢰는 특별가중구성요건인 셈이다. 만약 이러한 해석이 정당하다면 현행법이 특가법상 알선수재를 형법상 알선수뢰보다 가중처벌하고 있는 것은 기본법과 특별법의 불법성을 전도시켜 법정형을 역전시킨 것이라고 말할 수 있다.

(가) 이러한 모순은 특히 공무원의 신분을 가진 사람이 특가법상 알선수재를 범한 경우에 두드러지게 나타난다. 즉 공무원이 그 지위를 이용하여 다른 공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 금품 등을 수수한 경우에는 형법상 알선수뢰에 의하여 3년 이하의 징역 또는 7년 이하의 자격정지에 처하게 되는데 대하여 공무원이 그 지위를 이용함이 없이 형법상 알선수뢰와 동일한 행위(“다른 공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 금품 등을 수수”)를 한 경우에는 특가법상 알선수재에 의하여 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처해짐으로써 가중처벌된다. 그러나 직관적으로도 그 지위를 이용하는 행위는 그렇지 않은 행위에 비하여 그 죄질이 중하다는 것은 부인하기 어려울 것이다. 즉 여기에서 “그 지위를 이용하여”라는 구성요건은 다른 구성요건이 동일한 조건 하에서는 추가적인 가중구성요건이 된다. 그렇다면 형벌체계의 균형상 이에 상응하여 공무원의 지위를 이용한 행위(형법상 알선수뢰)에 대한 법정형은 그렇지 않은 행위(특가법상 알선수재)의 것보다 중한 것이 자연스러울 것이다.

이때 공무원이 특가법상 알선수재를 범한 경우 “그 지위를 이용”한 정황은 이미 행위자가 공무원의 신분을 가지고 있다는 사실로부터 추론될 수 있다고 해석할 수도 있을 것이다(그러나 이것은 명백히 법문에 반하는 해석이 될 것이다). 그러나 이 경우 또 다른 문제에 봉착하게 된다. 만약 특가법상 알선수재가 공무원이 그 지위를 이용하

272) 대법원 2017.1.12. 선고 2016도15470 판결.

여 다른 공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 금품 등을 수수하는 행위까지도 포괄하는 규정이라고 본다면 (경합문제에 의한 기소권의 남용의 문제를 별론으로 하고) 특가법상 알선수재는 형법상 알선수뢰와 구성요건이 동일하면서도 법정형만 가중한 것이 되는데 이러한 처벌구성요건에 대해서는 이미 헌법재판소가 위헌결정²⁷³⁾을 내린 바가 있다. 즉 특가법상 알선수재는 공무원이 그 지위를 이용하여 다른 공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 금품 등을 수수한 경우까지 포괄하는 규정이라고 해석하는 한 위헌의 소지가 있게 된다.

참고로 형법상 알선수뢰의 “공무원이 그 지위를 이용하여”에 대한 대법원의 해석을 볼 때에도 공무원이 특가법상 알선수재를 범한 경우라고 하여 당연히 “그 지위를 이용”한 것이 되는 것이 아님을 알 수 있다. 즉 대법원 판례는 ““공무원이 그 지위를 이용하여라 함은 친구, 친족관계 등 사적인 관계를 이용하는 경우이거나 단순히 공무원으로서의 신분이 있다는 것만을 이용하는 경우에는 이에 해당한다고 할 수 없고, 적어도 다른 공무원이 취급하는 사무의 처리에 법률상이거나 사실상으로 영향을 줄 수 있는 관계에 있는 공무원이 그 지위를 이용하는 경우이어야 한다.”²⁷⁴⁾고 판시함으로써 엄격하게 해석하고 있다.

이렇게 본다면 「형법」 과 「특가법」 은 기본법과 특별법이라는 관계에 있음에도 불구하고 역설적으로도 형법상 알선수뢰가 특가법의 알선수재의 가중구성요건이 되며, 이러한 의미에서 특가법상 알선수재는 형법상 알선수뢰에 대하여 이른바 “그물망 구성요건 또는 포착구성요건(*Auffangtatbestand*)”이 됨을 알 수 있다.

(나) 이것은 공무원의 신분을 가지지 않은 사람이 특가법상 알선수재를 범한 경우에 더욱 분명해 진다. 왜 공무원이 아닌 사람이 공무원의 지위를 이용하지도 않고 “공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여” 금품이나 이익을 수수한 행위(특가법상 알선수재)가 공무원이 그 지위를 이용하여 동일한 행위를 한 경우(형법상 알선수뢰)에 비하여 중하게 처벌되어야 하는지를 설명하는 것은 그리 쉽지 않다. 동일한 범죄구성요건을 실현한 것이라면 공무원의 신분을 가진 사람은 그렇지 않은 사람에 비하여 중하게 가중처벌되어야 하는 것은 직관적으로나 그리고 「형법」 제135조²⁷⁵⁾에 비추어 볼

273) 헌법재판소 2014.4.24. 2011헌바2 전원재판부.

274) 대법원 2010.11.25. 선고 2010도11460 판결.

때에도 분명하며(이러한 의미에서 여기에서 공무원의 신분은 가중구성요건인 셈이다), 더욱이 공무원이 “그 지위를 이용”한 경우라면 더욱 그러하다.

이상의 내용에 비추어 볼 때 특가법상 알선수재를 형법전에 편입시키는 경우 형법상 알선수죄보다 그 법정형을 하향조정하는 것이 형벌체계의 균형을 유지할 수 있는 방법이 될 것이다.

2. 알선증재죄의 신설의 필요성

「형법전」에 알선수재를 규정하는 경우에는 이에 상응하는 알선증재죄도 함께 규정할 필요가 있다. 「특가법」은 알선수재에 상응하는 알선증재죄를 규정하고 있지 않기 때문에 알선수재를 통하여 부정한 금품 등을 받은 수수자는 처벌할 수 있으나 그 제공자는 공범이 성립되지 않는 이상 처벌할 수 없는 가벌성의 흠결이 발생하기 때문이다.²⁷⁶⁾

물론 「특가법」에 규정되지 않은 알선증재죄를 신설하는 것이 과연 과잉입법에 해당하는 것은 아닌가라는 의문이 제기될 수 있다. 그러나 부정한 목적으로 금품 등을 제공하는 행위와 이를 수수하는 행위는 상호 대항범의 관계에 있다는 점에서 수수행위가 형사처벌의 대상이 된다면 제공행위도 마찬가지로 형사처벌의 대상이 되도록 규정할 필요가 있다.²⁷⁷⁾

275) 「형법」 제135조(공무원의 직무상 범죄에 대한 형의 가중) “공무원이 직권을 이용하여 본장 이외의 죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다. 단 공무원의 신분에 의하여 특별히 형이 규정된 때에는 예외로 한다”.

276) 금품 등 수수행위에 대한 처벌규정은 있으나 제공행위에 대한 별도의 처벌규정이 없는 경우 등 제공행위에 대하여 형법총칙의 공범규정을 적용하여 공범(교사범·방조범)으로 처벌하거나(대법원 2014.1.16. 선고 2013도6969 판결(특가법상 알선수재); 대법원 2001.12.28. 선고 2001도 5158 판결) 수뢰자와 증뢰자 1인에 대한 공소시효를 대항범 관계에 있는 타방 당사자에게도 적용하는 것은 허용되지 않는다는 것이 판례의 입장이다(대법원 2015.2.12. 선고 2012도4842 판결 (「형사소송법」 제253조 제2항(공범의 시효와 정지)이 수뢰자와 증뢰자와 같은 대항범 관계에도 적용되는지의 여부(소극)).

277) 그렇다고 하여 대항범의 경우 한 행위가 유죄판결을 받았다고 하여 동 행위의 대항되는 행위도 필연적으로 유죄판결을 받아야 한다는 것을 의미하는 것은 아니며 이것은 사실인정과 유죄입증의 문제임은 물론이다.

3. 개정방안

이상의 논의를 바탕으로 특가법상 알선수재를 형법전에 편입시키는 경우에는 다음 사항들을 고려하여야 한다.

(1) 첫째 특가법상 알선수재는 「특가법」에서 삭제하고 「형법전」 각칙 제7장 “공무원의 직무에 관한 죄”에서 뇌물죄 체계에 “알선수재”라는 표제로 편입한다.

(2) 둘째 알선수재는 「형법」 제132조에 정한 “알선수뢰” 다음에 「형법」 제132조의2로 규정한다. 알선수뢰는 행위주체가 “공무원”이라는 점과 “그 지위를 이용하여” 범하는 죄라는 점에서 알선수재의 가중된 구성요건이며 이러한 의미에서 알선수재는 기본구성요건이 된다. 그러나 알선수재는 알선수뢰에 의해서는 포착할 수 없는 행위유형들을 포섭할 수 있도록 담보하는 규정이라는 의미에서 이른바 ‘그물망구성요건’ 또는 ‘포섭구성요건’의 성격을 가지므로 알선수재는 알선수뢰의 뒤에 위치시키는 것이 바람직하다.

(3) 셋째 알선수재를 형법전에 규정할 때에는 그 법정형을 알선수뢰보다 하향조정하여야 한다. 이것은 앞서 언급한 바와 같이 알선수재는 알선수뢰의 기본구성요건이라는 성격과 이른바 그물망 구성요건의 성격을 동시에 갖는다는 점에서 알선수뢰보다 그 죄질이 중하다고 볼 수 없기 때문이다. 현행법상 알선수뢰의 법정형은 3년 이하의 징역 또는 7년 이하의 자격정지에 처하고 있는 점을 고려할 때 알선수재는 1년(또는 2년) 이하의 징역 또는 5년 이하의 자격정지에 처하는 것도 생각할 수 있다.²⁷⁸⁾

(4) 넷째 특가법상 알선수재를 형법전에 편입하는 경우 이와 유사한 규정내용을 가지는 「변호사법」 제111조도 함께 삭제한다. 그런데 「변호사법」 제111조 제1항은 알선행위 뿐만 아니라 청탁행위도 처벌대상으로 삼고 있다는 점에서 형법전에 알선수재를 신설하는 경우 이를 「형법」 제133조(뇌물공여등)에 반영할 것인지를 검토해야 할 것이다.

²⁷⁸⁾ 현행 특가법상 알선수재의 법정형(5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금)을 유지하기 위하여 형법상 알선수뢰의 법정형을 상향하는 것도 생각할 수 있으나 그렇게 되면 현행 뇌물죄 전체의 법정형을 상향하여야 법정형의 균형이 유지될 것이다.

4. 정비방안

이상의 논의를 바탕으로 정비방안을 제시하면 다음과 같다.

〈표 4-3〉 특가법상 알선수재죄의 정비방안

현행법	시안	
특가법 제3조 (알선수재)	삭제	<p>[신설] 형법 제132조의2(알선수재) 공무원이 취급하는 사건 또는 사무에 관하여 청탁 또는 알선을 한다는 명목으로 금품·향응, 그 밖의 이익을 받거나 받을 것을 약속한 자 또는 제3자에게 이를 공여하게 하거나 공여하게 할 것을 약속한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <ul style="list-style-type: none"> • 형법상 알선수뢰(제132조)가 벌금형의 임의적 병과를 규정하고 있지 않기 때문에 사인이 알선수재하는 경우에 벌금의 병과를 규정하게 되면 공무원보다 사인이 보다 중하게 처벌되는 결과가 되기 때문에 변호사법 제111조 제2항에 정한 벌금형의 병과규정은 편입하지 않는다.
		<p>[신설] 제133조(뇌물공여등) ①제129조 내지 제132조 및 제132조의2에 기재한 뇌물을 약속, 공여 또는 공여의 의사를 표시한 자는 5년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.</p>
변호사법 제111조	삭제	<p>형법전에 알선수재죄를 규정하는 경우 변호사법 제111조에 정한 알선수재죄도 삭제한다.</p>
각종 몰수특례법	정비	<p>각종 몰수특례법의 적용대상에서 특가법 제3조 및 변호사법 제111조를 삭제한다.</p> <p>1. 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」 제2조 별표 “중대범죄”</p> <p>① 제1호 나. “제2편제7장 공무원의 직무에 관한 죄 중 제129조부터 제133조 및 제132조의2의 죄”(신설)</p> <p>② 제5호(변호사법 제111조): 삭제</p> <p>③ 제19호: “제3조” 삭제</p> <p>「부패재산의 몰수 및 회복에 관한 특례법」 제2조 제1호 별표 2. “부패범죄”</p> <p>① 제1호 가. “제2편제7장 공무원의 직무에 관한 죄 중 제129조 및 제132조의2의 죄”(신설)</p> <p>② 제3호: 삭제(특가법 제2조도 삭제한다는 전제에서²⁷⁹⁾)</p> <p>③ 제10호: 「변호사법」 제33조 및 제109조부터 제110조까지의 죄(“제111조” 삭제)</p>

279) 2. “뇌물죄의 가중처벌(제2조)” 참조.

제3절 재산국외도피죄(제4조)

「특경법」 제4조는 “재산국외도피의 죄”라는 표제 하에 제1항에서 “법령을 위반하여 대한민국 또는 대한민국국민의 재산을 국외로 이동하거나 국내로 반입하여야 할 재산을 국외에서 은닉 또는 처분하여 도피시켰을 때에는 1년 이상의 유기징역 또는 해당 범죄행위의 목적물 가액(이하 이 조에서 ‘도피액’이라 한다)의 2배 이상 10배 이하에 상당하는 벌금에 처한다”고 정하고, 제2항에서는 도피액에 따른 가중처벌을, 제3항에서는 미수범 처벌을 그리고 제4항에서는 양벌규정을 정하고 있다. 또한 국외도피재산은 동법 제10조 제1항 및 제4항에 의하여 필요적 몰수·추징대상이 될 뿐만 아니라 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」(이하 “범죄수익은닉규제법”이라 한다)에 정한 범죄수익도 된다(동법 제2호 제4호).

그런데 특경법상 재산국외도피죄와 관련해서는 (1) 동 구성요건이 다른 범죄구성요건과 연동되어 있지 않다는 점에서 독립구성요건인지 아니면 1950년 4월 21일 제정된 「국내재산 도피 방지법」²⁸⁰⁾ 제1조에 정한 국내재산도피죄의 가중처벌규정인지가 문제된다. 그리고 (2) 특경법상 재산국외도피죄는 ① 법령을 위반한 국내재산의 국외 이전이나 또는 ② 법령을 위반한 해외보유재산의 은닉·처분 등에 의한 도피를 처벌한다는 점에서 다른 범죄구성요건, 예컨대 불법금융(외국환)·해외부동산거래, 범죄수익 은닉 또는 조세포탈 등과 어떻게 구별되는지가 문제된다.

1. 「국내재산 도피방지법」과의 관계

우선 제기되는 문제는 특경법상 재산국외도피죄가 그 구성요건이 유사한 「국내재산 도피방지법」 제1조에 정한 “국내재산 도피 금지”와 어떻게 구별되는가이다.

1950년 4월 21일 제정된 「국내재산 도피방지법」²⁸¹⁾ 제1조(이하 “국내재산도피죄”라 한다)는 “누구든지 국내에 있는 재산을 도피시킬 목적으로 외국 또는 군사분계선 이북의 지역으로 재산을 이동하거나 이동하는 결과를 생기게 하는 행위를 할 수 없

²⁸⁰⁾ 법률 제129호, 1950.4.21. 제정, 1950.4.21. 시행. 「국내재산 도피 방지법」에 관한 것은 제7장 제1절 참조.

²⁸¹⁾ 「국내재산 도피방지법」의 정비에 관한 상세한 것은 제7장 제1절에서 상술한다.

다”²⁸²)고 규정하면서 다만 위법성조각사유로서 “정부가 허가한 경우”(동법 제3조(적용 배제) 제1호), “정부의 필요에 따라 재산을 이동하거나 이동하는 결과를 생기게 하는 행위를 하는 경우”(제2호) 그리고 “여행 또는 일시 체재에 필요한 일상수요품을 이동하는 경우”(제3호)를 들고 있다.

이때 두 구성요건의 입법취지는 국부의 해외유출방지에 있다고 볼 수 있으며 양자의 보호법익은 불법한 국내자산의 해외이전 또는 해외보유재산의 은닉 등의 행위로 인하여 발생할 수 있는 국가의 경제관리권(조세징수권, 사법의 기능(특히 범죄수익추적) 등)이며, 그 보호의 정도는 구체적 위험범²⁸³)이라고 말할 수 있다. 그런데 보호법익과 관련하여 판례는 “재산국외도피의 죄는 국내의 재산을 해외에 도피시킴으로써 국부에 손실을 가져오는 행위를 처벌함으로써 국가재산을 보호하려는 데 그 목적이 있는 것이므로, 국가 경제의 발전과 세계화에 따라 외환 거래에 관한 규제가 크게 완화되었다고 하더라도, 우리나라의 경제규모나 구조, 국부의 해외 유출이 국민 경제에 미치는 영향 등을 고려할 때 국내 재산을 해외로 도피하는 행위를 처벌해야 할 필요성은 여전히 있다고 보아야 할 것이다”²⁸⁴)라고 밝히고 있어서 일견 보호법익을 국가재산²⁸⁵)으로 보고 있는 듯한 인상을 준다. 그러나 특별법상 재산국외도피죄나 「국내재산 도피 방지법」 제1조 및 제2조의 도피대상은 국가·지방자치단체·기타 공공기관의 재산뿐만 아니라 개인의 재산이 모두 포함된다. 물론 개인의 재산의 총체가 넓은 의미에서 국가의 부의 일부를 구성한다고도 말할 수 있으나 그렇다고 하여 국가의 부 전체를 보호법익으로 파악하게 되면 보호법익이 지나치게 추상화될 우려가 있으며 이 견해에 의하면 예컨대 형법전의 재산범죄는 개인적 법익이 아니라 국가적 법익을 침해하는 범죄라는 결과가 된다. 따라서 양 구성요건의 입법취지가 국부의 해외유출방지에 있다고는 하지만 그 보호법익은 불법한 국내자산의 해외이전 또는 해외보유재산의 은닉 등의 행위로 인하여 침해될 수 있는 국가의 경제관리권이라고

282) 이를 위반한 경우에는 “10년 이하의 징역이나 금고 또는 100만원(圓) 이하의 벌금”에 처하도록 하고 이때 “해당 범죄행위의 목적물의 가격의 3배가 100만원(圓)을 초과할 때에는 벌금액은 해당 가격의 3배 이하”로 한다.

283) 노수환·이진국, “계속범과 상태범의 구별기준에서 본 재산국외도피죄의 구성요건 고찰”, 『성균관법학』, 제28권 제3호(2016.9.), 624면은 추상적 위험범으로 파악한다.

284) 대법원 2005.4.29. 선고 2002도7262 판결.

285) 노수환·이진국, 앞의 글, 624면.

보는 것이 타당하다.

또한 보호범의 보호의 정도와 관련하여 판례가 “재산국외도피죄는 자신의 행위가 법령에 위반하여 국내재산을 해외로 이동한다는 인식과 그 행위가 재산을 대한민국의 법률과 제도에 의한 규율과 관리를 받지 않고 자신이 해외에서 임의로 소비, 축적, 은닉 등 지배·관리할 수 있는 상태에 두는 행위라는 인식을 가지고 국내재산을 해외로 이동하여 대한민국 또는 대한민국 국민의 재산이 유출될 위험이 있는 상태를 발생하게 하는 것, 즉 도피시킴으로써 범죄는 성립”²⁸⁶⁾하고 “소정의 재산국외도피죄에서 말하는 ‘재산의 은닉’은 재산의 발견을 불가능하게 하거나 곤란하게 만드는 것을 말하고, 재산의 소재를 불명하게 하는 경우뿐만 아니라 재산의 소유관계를 불명하게 하는 경우도 포함한다”²⁸⁷⁾고 해석하고 있다는 점을 고려할 때 재산도피나 은닉은 국가경제관리권의 직접적인 침해결과는 아니지만 이에 대한 구체적 위험을 야기하는 행위로 볼 수 있기 때문에 특경법상 재산국외도피죄는 구체적 위험범이라고 볼 수 있다. 즉 재산국외이동 등의 행위 자체가 곧바로 “도피”에 해당하는 것은 아니며 이에 더하여 이러한 선행행위를 통하여 도피의 결과를 발생시켜야 하는데 도피행위는 국가경제관리권에 대한 구체적 위험을 야기한다.

또한 양자 모두 도피대상이 되는 재산 자체가 불법재산(「특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률」 제2조 제3호)일 것을 요구하고 있지 않으나 특경법상 재산국외도피죄에서의 도피재산은 범죄수익은닉규제법상 범죄수익에 해당하는데 대하여(동법 제2조 제1호 및 제4호 참조) 국내재산도피죄에서의 도피재산은 동법에서 말하는 범죄수익에 해당하지 않는다.²⁸⁸⁾

그러나 양자의 구성요건을 자세히 살펴보면 서로 구별된다. 즉 ① 국내재산도피죄는 목적범(“재산을 도피시킬 목적으로”)으로 규정되어 있어서 도피에 대한 인식과 의욕은 추가적인 주관적 요소인데 대하여 특경법상 재산국외도피죄에서의 도피는 객관적 구성요건으로서 도피의 고의는 주관적 구성요건이 된다. 또한 ② 전자의 경우 재산의 소유자의 국적을 불문하는데 대하여 후자는 대한민국 또는 대한민국 국민의

²⁸⁶⁾ 대법원 2005.4.29. 선고 2002도7262 판결.

²⁸⁷⁾ 대법원 2008.2.15. 선고 2006도7881 판결; 대법원 2005.5.13. 선고 2004도7354 판결.

²⁸⁸⁾ 특경법상 재산국외도피죄의 도피재산은 범죄수익으로 규정하면서 국내재산도피죄의 도피재산은 범죄수익으로 규정하지 않은 이유는 명확하지 않다.

재산임을 요한다. 그리고 ③ 전자는 국내재산의 불법적인 국외이전을 금지하는데 그 치는데 대하여 후자는 국내재산의 불법적인 해외이전을 통한 도피뿐만 아니라 국외재산의 불법적인 은닉 또는 처분을 통한 도피까지도 처벌대상으로 한다는 점에서 국내재산도피죄의 목적을 달성하는 것을 그 구성요건적 결과로 규정하고 있다. 즉 국내재산도피죄는 특경법상 재산국외도피죄의 미수단계에 해당하는 행위를 포착하는 구성요건이라고 볼 수 있다.

이상의 내용을 바탕으로 범죄유형을 간명하게 정리하면 (1) 국내재산도피죄는 “재산도피목적 국내재산의 외국이전죄”를 그리고 (2) 특경법상 재산국외도피죄는 “① 법령을 위반한 국외재산이전에 의한 또는 ② 해외보유재산 은닉·처분 등에 의한 재산도피죄”를 규정한 것이라고 말할 수 있다.

그런데 국내재산도피죄는 재산도피 목적으로 국내재산을 외국으로 이전하는 행위라는 점에서 결국 재산도피라는 목적성 때문에 실질적으로 특경법상 재산국외도피죄에서 법령을 위반한 국외재산이전에 의한 재산도피죄(2)①와 크게 다르지 않으나, 다만 특경법상 재산국외도피죄는 법령위반에 의하여 국내재산도피죄보다 형이 가중된 경우라고 말할 수 있다. 이에 대하여 특경법상 재산국외도피죄에서 해외보유재산 은닉·처분 등에 의한 재산도피죄(2)②는 국내재산도피죄가 규율대상으로 삼지 않는 행위유형으로서 새로운 독립구성요건이라고 말할 수 있다.

2. 다른 범죄구성요건과의 경합관계에서 발생하는 문제점

특경법상 재산국외도피죄는 국외로의 재산이전이나 또는 해외보유재산의 은닉·처분이 “법령을 위반할 것”과 이를 통하여 재산을 “도피”할 것을 구성요건으로 정하고 있다는 점 그리고 재산국외도피의 “목적”(탈세, 범죄수익 은닉 등)은 불문한다는 점에서 이와 유사한 행위유형을 규율대상으로 하는 다른 법률위반과의 경합관계가 문제된다.

가. 이중 처벌의 문제 - 법령을 위반한 선행행위와 특경법상 재산국외도피죄 간에 상상적·실체적 경합이 항상 성립하는 문제

특경법상 재산국외도피죄는 “법령을 위반한” 재산국외이동행위 등을 통하여 재산을 도피시키는 행위이다. 따라서 만약 선행행위인 법령위반행위가 다른 범죄구성요건

을 충족하는 경우 특경법상 재산국외도피죄는 이미 내재적으로 두 가지 범죄구성요건의 상상적·실체적 경합을 내포하는 구성요건이 되는데 이것은 이중처벌에 해당하는 것은 아닌가라는 의문이 제기된다.

물론 다른 범죄구성요건의 충족을 전제로 하고 있는 범죄구성요건이 전혀 없는 것은 아니다. 예컨대 형법상 장물죄(「형법」 제362조 이하, 제360조 제2항)나 범죄수익은닉규제법상 범죄수익은닉·가장죄(동법 제3조) 등의 경우에도 장물 또는 범죄수익을 발생시킨 전제범죄의 성립이 필요하다. 그러나 이 전제범죄는 장물죄에서의 장물 또는 범죄수익은닉·가장죄에서의 범죄수익의 개념요소이지 본죄인 장물죄나 범죄수익은닉·가장죄의 구성요건은 아니다.

이와 달리 특경법상 재산국외도피죄에서의 불법한 재산국외이동행위 등은 본죄인 재산국외도피죄의 구성요건요소이기 때문에 만약 불법한 재산국외이동행위 등이 이미 다른 법률에서 범죄구성요건으로 규정되어 있는 경우에는 본죄의 성립과 동시에 선행행위 간에 상상적·실체적 경합관계가 필연적으로 성립할 수밖에 없어서 이러한 의미에서 하나의 범죄구성요건을 통하여 다수의 범죄구성요건을 충족하도록 만들어 행위자를 이중처벌하는 것은 아닌가 또는 재산국외도피의 범행은 다른 법령위반행위의 불가별적 사후행위에 불과하기 때문에 법령위반행위 외에 재산국외도피행위를 처벌하는 것은 이중처벌이 아닌가라는 의문이 제기된다.²⁸⁹⁾

그러나 본죄인 특경법상 재산국외도피죄와 그 선행행위는 구성요건을 달리할 뿐만 아니라 보호법익과 입법취지가 다르기 때문에 별개의 범죄구성요건으로서 선행행위의 처벌은 본죄의 성립에 따른 부수적인 효과라고 볼 수 있다. 따라서 하나의 구성요건 내에 다른 법률에 정한 구성요건의 충족을 구성요건요소로 정하고 있다고 하더라도 이것만으로 이중처벌이라고 규정하기는 어렵다.

나. 다른 범죄구성요건과의 관계

그런데 특경법상 재산국외도피죄의 이러한 규정방식, 즉 하나의 구성요건이 다른 구성요건의 충족을 전제로 성립하도록 하는 규정방식은 다른 법률과의 관계에서 또

²⁸⁹⁾ 실제로 특경법상 재산국외도피죄는 외국환관리법 위반행위에 대한 불가별적 사후행위가 아니라고 판단한 것으로는 대법원 2008.2.15. 선고 2006도7881 판결.

다른 문제를 야기한다.

특히 문제가 되는 것이 바로 특경법상 재산국외도피죄와 「대외무역법」 및 「범죄수익은닉규제법」 간의 관계이다.

판례는 특경법상 재산국외도피죄 구성요건의 “법령을 위반하여”에서 “법령”과 관련하여 이것은 “외국환 관리에 관한 법률과 법규명령”을 의미하는 것으로서²⁹⁰⁾ “① 대외무역법에 따른 물품의 수출·수입대금의 결제가 결국 외국환에 의하여 이루어지는 점, ② ‘외화 도피 목적의 수출입 가격 조작’을 금지하는 대외무역법 제43조의 경우 그 자체로 외국환의 거래 및 국외 이동이 예정되어 있는 점, ③ 특정경제범죄법 제4조 제1항의 ‘법령’은 그 입법 취지 등을 고려할 때 법령의 형식적 명칭과 목적이 어떠한지를 가리지 않고 국내 재산의 국외로의 이동을 규율·관리하는 법령을 모두 포함하는 취지로 볼 수 있는 점”²⁹¹⁾을 이유로 「대외무역법」 제43조의 위반행위도 특경법상 재산국외도피죄 구성요건의 “법령”에 해당한다고 밝히고 있다. 이 판례에 따르면 경우에 따라서는 「관세법」 제270조의2 제3호에 정한 수출입가격의 조작죄(2년 이하의 징역 또는 물품원가와 5천만원 중 높은 금액 이하의 벌금)도 이 법령에 해당할 수 있다.

「대외무역법」 제43조(수출입 물품등의 가격 조작 금지)는 “수출입 물품 등의 가격 조작 금지”라는 표제 하에 “무역거래자는 외화도피의 목적으로 물품등의 수출 또는 수입 가격을 조작하여서는 아니 된다”고 규정하고 동법 제53조 제2항 제9호에 의하여 형사처벌된다(5년 이하의 징역 또는 수출·수입·경유·환적·중개하는 물품 등의 가격의 3배에 해당하는 금액 이하의 벌금).

그런데 문제는 「대외무역법」 제43조를 위반하여 특경법상 재산해외도피죄를 범하는 경우 그 실질은 범죄수익을 은닉·가장하는 것과 동일한 것이 되는데 이 경우 특경법상 재산해외도피죄는 범죄수익은닉·가장죄와 구성요건이 동일하면서 법정형만 가중된 형태가 되어버리는 결과가 된다.

이것을 예를 들어 설명하면 다음과 같다.

“무역거래자가 외화도피의 목적으로 물품 등의 수출 및 수입 가격을 조작하여(「대

²⁹⁰⁾ 대법원 2015.5.29. 선고 2013도3295 판결. 그리고 헌법재판소 2007.7.26. 2006헌바12 전원재판부 결정도 참조.

²⁹¹⁾ 대법원 2015.5.29. 선고 2013도3295 판결.

외무역법」 제43조를 위반하여(1) “취득한 재산”(2)을 “국외로 이동하거나 국내로 반입하여야 할 재산을 국외에서 은닉 또는 처분하여”(3) “도피”시킨 경우(4) 특경법상 재산국외도피죄가 성립하게 된다.

(1) 이때 「대외무역법」 제43조의 위반행위는 동법 제53조 제2항 제9호(제43조의 위반행위)에 의해서 형사처벌된다.

(2) 그리고 「대외무역법」 제53조 제2항 제9호는 동시에 범죄수익은닉규제법상 “중대범죄”(동법 제2조 제1호 별표 제4호, “대외무역법 제53조 제2항 제9호의 죄”)에도 해당하기 때문에 결국 「대외무역법」 제43조의 위반행위(제53조 제2항 제9호)로부터 유래한 재산은 범죄수익은닉규제법상 “범죄수익”이 된다.

(3) 그런데 「대외무역법」 제53조 제2항 제9호를 범하여 취득한 범죄수익을 “국외로 이동하거나 국내로 반입하여야 할 재산을 국외에서 은닉 또는 처분하여”(3) “도피”시키는 행위(4)와 관련해서는 판례에 따르면 도피란 “대한민국 또는 대한민국 국민의 재산이 유출될 위험이 있는 상태를 발생하게 하는 것”²⁹²⁾이고 은닉은 “재산의 발견을 불가능하게 하거나 곤란하게 만드는 것을 말하고, 재산의 소재를 불명하게 하는 경우 뿐만 아니라 재산의 소유관계를 불명하게 하는 [것]”²⁹³⁾을 의미한다.

(4) 그렇다면 「대외무역법」 제43조 위반행위(제53조 제2항 제9호)에 의하여 국외 이전 또는 해외보유재산의 은닉·처분행위는 범죄수익은닉규제법상 범죄수익은닉·가장죄(동법 제3조; 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금)와 그 실질에 있어서는 구별되지 않게 된다.

더욱이 특경법상 재산국외도피죄의 재산은 「대외무역법」 제43조 위반행위(제53조 제2항 제9호)와 마찬가지로 범죄수익은닉규제법상 범죄수익이기 때문에(동법 제2호 나목 4)), 결국 「대외무역법」 제43조를 위반하여 국외로 이전함으로써 범죄수익이 된 재산 또는 해외에 보유하고 있는 재산을 은닉·처분하여 범죄수익이 된 재산을 도피시키면 특경법상 재산국외도피죄가 성립하고 범죄수익을 도피시킨 죄(특경법상 재산국외도피죄)의 재산은 다시 범죄수익이 되어 이를 은닉·가장하는 행위는 범죄수익은닉·가장죄가 성립한다는 이상한 결과가 나오게 된다. 즉 특경법상 재산국외도피

²⁹²⁾ 대법원 2005.4.29. 선고 2002도7262 판결.

²⁹³⁾ 대법원 2008.2.15. 선고 2006도7881 판결; 대법원 2005.5.13. 선고 2004도7354 판결.

죄가 범죄수익을 국외도피하는 행위까지 포섭되면 그 실질에 있어서 범죄수익은닉·가장죄와 구별되지 않게 되거나 또는 매우 이상한 범죄유형이 된다(재산국외도피죄와 범죄수익은닉·가장죄의 구별의 혼란).

따라서 특경법상 재산국외도피죄로부터 유래하는 재산을 「범죄수익은닉규제법」의 적용대상으로 하기 위해서는 “법령을 위반하여”에서의 “법령”에 「범죄수익은닉규제법」의 적용대상 법률은 포함되지 않게 할 필요가 있다.

3. 법정형의 불균형

특경법상 재산국외도피죄는 재산국외도피의 목적을 불문한다. 즉 그 재산이 범죄수익이나 부패재산으로서 이를 은닉·가장하기 위한 목적이든 아니면 합법적인 재산이기는 하지만 이에 대한 세금을 회피하기 위한 탈세의 목적이든 이를 가리지 않는다. 즉 특경법상 재산국외도피죄는 범죄수익이나 부패재산의 은닉·가장 또는 탈세의 수단으로 사용된다.

그런데 문제는 수단에 불과한 행위에 대한 법정형이 그 목적에 해당하는 본죄보다 지나치게 높게 규정되어 있다는 점이다.

특경법상 재산국외도피죄의 경우 도피재산의 가액이 5억원 미만일 때에는 1년 이상 5년 미만의 유기징역 또는 도피액의 2배 이상 10배 이하에 상당하는 벌금에, (제4조 제1항 및 제2항 제2호), 5억원 이상 50억원 미만일 때에는 5년 이상의 유기징역에 그리고 50억원 이상일 때에는 무기 또는 10년 이상의 징역에 처하도록 하고 있다.²⁹⁴⁾

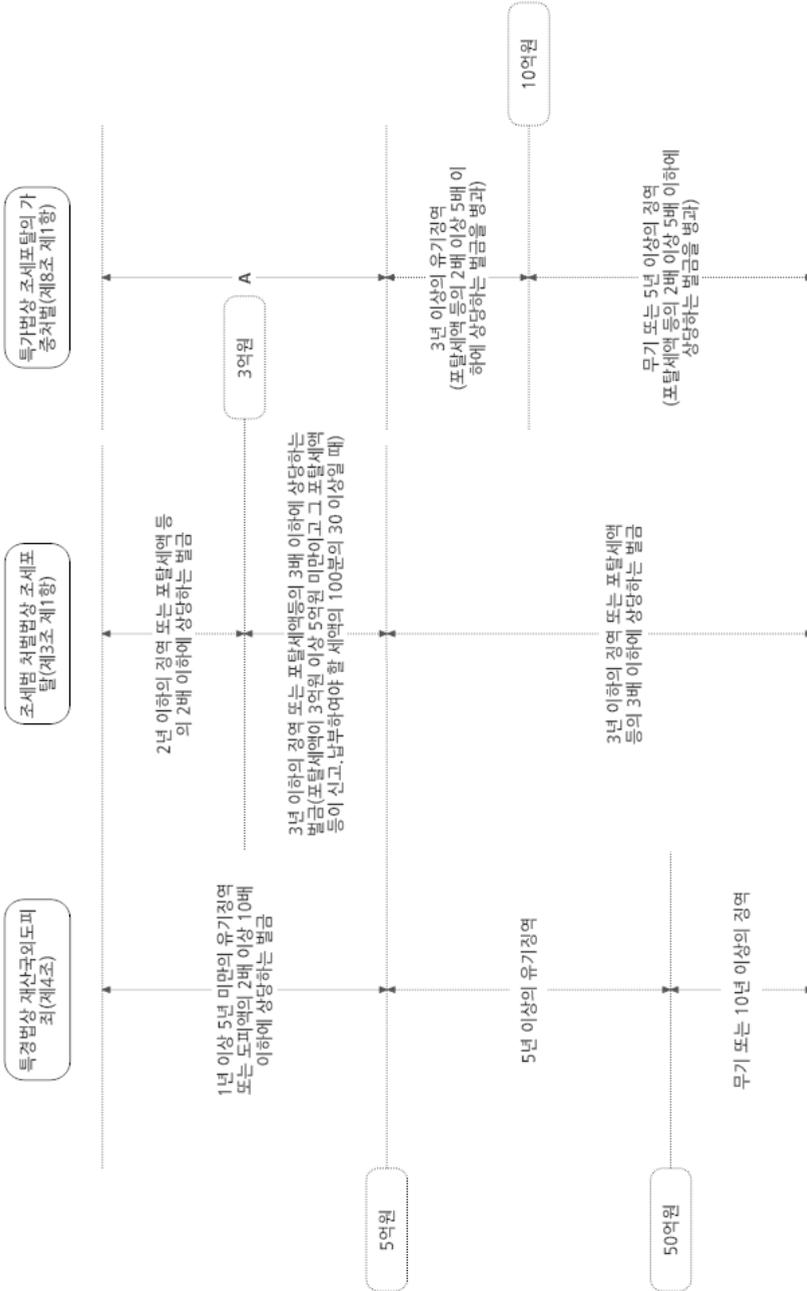
²⁹⁴⁾ 장영민(편저), 『5대 형사특별법 제·개정 자료집』, 한국형사정책연구원, 2009.12., 400면에 기재된 제119회 국회 법제사법위원회 회의록 제13호 법무부장관 배명인의 발언에 따르면 “재산국외도피죄의 경우 외국환관리규정에 의한 해외이주비지급 허가기준은 1세대당 10만불 한화로 약 8000만원 상당이 됩시다마는 이 한도로 되어 있어 1억원 이상의 재산도피사범을 일용 가중처벌토록 하는데 1억원을 기준을 둔 것이라고!” 한다. 또한 “한동안 떠들썩했던 34만불 밀반출사건도 한화로 2억 7000여만원인데 10억원, 50억원 등의 기준이 무슨 실효성이 있을까 생각하실는지 모르지만 본 규정의 경우 국내재산을 해외에 이동시키는 소위 밀반출의 경우뿐 만 아니라 국내에 반입해야 할 재산을 국외에서 은닉 또는 처분하는 경우도 포함시키고 있는 바 걱정하고 있는 무역거래의 규모에 미루어 보아 10억원이면 약 125만불입니다. 50억원이면 265만불 상당의 재산을 해외에서 은닉하는 경우는 충분히 예상할 수 있는 것으로 보아지기도 합니다. 또한 앞으로 경제규모의 대형화와 재화가치의 하락에 따라 가까운 기간내에 개정없이 처벌규정의 실효성을 거두기 위해서는 현시점에서 이 정도의 기준을 정해두는 것이 타당하지 않을까 이렇게 생각하고, 1억, 10억, 50억 선으로 일용 기준을 삼은 것입니다”.

그리고 「조세범 처벌법」 제3조 제1항에 따르면 “포탈세액등이 3억원 이상이고, 그 포탈세액등이 신고·납부하여야 할 세액의 100분의 30 이상인 경우”(동항 제1호)와 “포탈세액등이 5억원 이상인 경우”(제2호)에는 3년 이하의 징역 또는 포탈세액등의 3배 이하에 상당하는 벌금에 처하도록 하고 있으며, 그 외의 경우에는 2년 이하의 징역 또는 포탈세액 등의 2배 이하에 상당하는 벌금에 처하도록 하고 있다. 또한 특가법상 조세포탈(동법 제8조 제1항)은 연간 포탈세액 등이 5억원 이상 10억원 미만일 때에는 3년 이상의 유기징역에 그리고 10억원 이상일 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하도록 하고 이때 그 포탈세액 등의 2배 이상 5배 이하에 상당하는 벌금을 병과하도록 하고 있다(동조 제2항).

또한 「조세범 처벌법」 제3조 제1항은 「특가법」 제8조에 의하여 재차 포탈세액 등에 따라 가중처벌되는데 포탈세액 등이 연간 10억원 이상일 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에(동항 제1호) 그리고 연간 5억원 이상 10억원 미만일 때에는 3년 이상의 유기징역에 처하도록 하고 있으며 양자 모두 포탈세액 등의 2배 이상 5배 이하에 상당하는 벌금을 병과하도록 하고 있다.

그리고 범죄수익은닉규제법상 범죄수익은닉·가장죄(동법 제3조 제1항)의 경우 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다.

여기에서 가액에 따라 법정형을 구분하고 있는 특경법상 재산국외도피죄와 조세포탈의 경우를 비교하면 다음 그림과 같다.



[그림 4-1] 특경법상 재산국의도피죄과 조세포탈관련 범죄구성요건의 범정형의 비교

특경법상 재산국외도피는 마찬가지로 가액에 따라 법정형이 구분된 조세포탈이나 또는 단일 법정형으로 규정된 범죄수익은닉·가장죄보다 법정형이 훨씬 높게 규정되어 있다. 그런데 앞서 언급한 바와 같이 특경법상 재산국외도피는 조세포탈이나 범죄수익은닉·가장죄의 수단으로서 미수단계의 행위에 해당하기 때문에 그 수단에 불과한 특경법상 재산국외도피죄의 법정형은 재산국외도피의 최종목적에 해당하는 조세포탈이나 범죄수익은닉·가장죄의 죄질보다 경한 것이어야 하는 것은 아닌가라는 의문이 제기된다.

그리고 앞서 언급한 바와 같이 특경법상 재산국외도피죄(「대외무역법」 제43조의 위반행위의 경우)와 범죄수익은닉·가장죄가 구별되지 않는 경우 어느 죄를 인정할 것인가에 따라 법정형이 다르게 된다. 물론 양자는 입법취지와 보호법익이 다르기 때문에 실제적 경합으로 별개로 기소할 수는 있지만²⁹⁵⁾ 범죄수익은닉·가장행위와 구별되지 않는 재산국외도피행위의 재산에 대하여 다시 범죄수익은닉·가장죄로 처벌하는 것이 과연 타당한지에 대해서는 의문이다.

더욱이 특경법상 재산국외도피죄는 미수범을 처벌하면서 정범과 동일한 형에 처하도록 하고 있는데(「특경법」 제4조 제3항)²⁹⁶⁾ 이것은 재산국외도피죄의 고의를 가지고 재산의 불법국외이전이나 해외보유재산의 은닉·처분행위를 하는 것만으로도 재산국외도피죄의 정범과 동일하게 처벌된다는 의미가 된다. 그런데 재산국외도피의 목적으로 재산의 불법국외이전은 이미 「국내재산 도피 방지법」 제1조에 정한 국내재산도피죄의 구성요건과 그 실질에 있어서 동일하기 때문에²⁹⁷⁾ 결국 특경법상 재산국외도피죄의 미수범은 국내재산도피죄와 구성요건이 동일하면서 법정형만 가중된 형태로서 위헌²⁹⁸⁾의 소지가 있게 된다. 이것은 「외국환거래법」이나 「대외무역법」 위반행위에 대해서도 그대로 적용되는데 이들은 실질적으로 특경법상 재산국외도피죄의 미수단계의 행위와 크게 다르지 않음에도 불구하고 특경법상 재산국외도피죄의 미수범으로 처벌하는 경우 「외국환거래법」이나 「대외무역법」 위반행위에 대한

²⁹⁵⁾ 실제로 대법원 2008.2.15. 선고 2006도7881 판결.

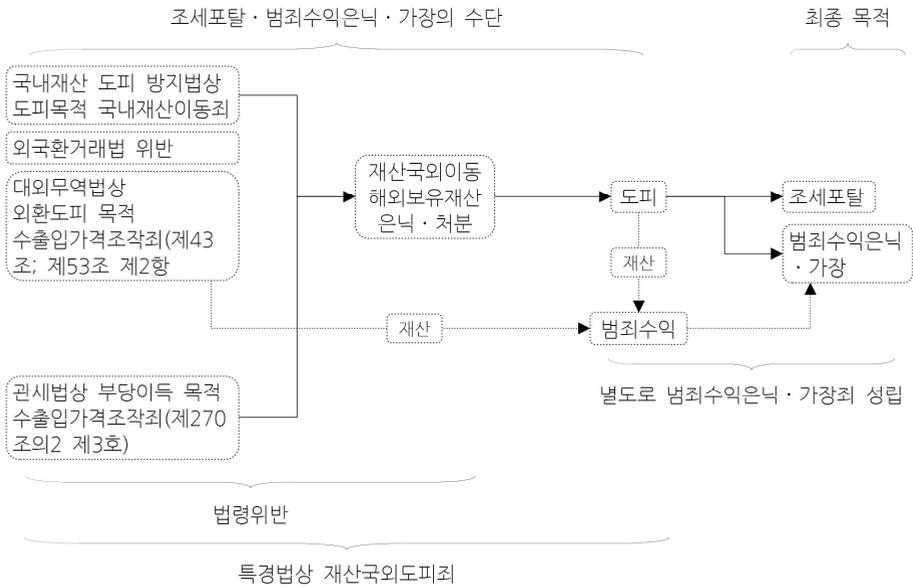
²⁹⁶⁾ 특경법상 재산국외도피죄의 미수범을 정범과 동일하게 처벌하는 것에 대하여 비판적인 견해로는 이주희, “「특정경제범죄가중처벌등에관한 법률」에 관한 소고 - 존치의 타당성과 개선방안을 중심으로 -”, 『법과 정책연구』, 한국법정책학회, 제15집 제1호, 134면.

²⁹⁷⁾ 앞서 언급한 바와 같이 국내재산도피죄에서의 재산국외이동은 불법할 것을 요구하고 있지 않다.

²⁹⁸⁾ 헌법재판소 2014.4.24. 2011헌바2 전원재판부.

법정정보다 훨씬 중하게 가중처벌되는 결과가 된다.

이상의 내용을 그림으로 나타내면 다음과 같다.



[그림 4-2] 특경법상 재산국외도피죄와 다른 범죄구성요건들 간의 관계

4. 정비방안

이상의 내용을 바탕으로 정비방안을 제시하면 다음과 같다.

가. 특경법상 재산국외도피죄를 「외국환거래법」·「범죄수익은닉규제법」·「조세범 처벌법」 등으로 옮기는 방안

특경법상 재산국외도피죄의 정비방안으로 동죄를 「외국환거래법」·「범죄수익은닉규제법」·「조세범 처벌법」 등으로 옮기는 방안을 생각할 수 있다. 그러나 특경법상 재산국외도피죄는 그 목적을 불문한다는 점에서 특정 목적을 위하여 제정된 「외국환거래법」·「범죄수익은닉규제법」·「조세범 처벌법」 등에 옮기는 것은 적절하지 않다.

「외국환거래법」은 “외국환거래와 그 밖의 대외거래의 자유를 보장하고 시장기능

을 활성화하여 대외거래의 원활화 및 국제수지의 균형과 통화가치의 안정을 도모”(동법 제1조)를 그 입법목적으로 하고 있는데 대하여 특경법상 재산국외도피죄에서의 외국환거래법 위반행위는 그 수단에 불과하고 궁극적인 입법목적은 국부의 해외유출의 방지에 있다는 점에서 특경법상 재산국외도피죄는 외국환의 관리와는 거리가 멀다고 말할 수 있다. 설령 특경법상 재산국외도피죄에서의 법령위반이 “외국환 관리에 관한 법률과 법규명령”의 위반을 의미하는 것이라고 하더라도 그것은 여전히 재산국외도피의 수단에 불과하다.

또한 범죄수익의 은닉·가장이나 조세포탈은 재산국외도피를 통하여 달성하고자 하는 최종목적이고 재산국외도피는 그 수단에 불과하다는 점 그리고 특경법상 재산국외도피죄에서 도피대상이 되는 재산은 반드시 범죄수익은닉규제법상 범죄수익일 필요가 없다는 점에서 「범죄수익은닉규제법」이나 「조세범 처벌법」으로 옮겨 규정하는 것도 적절하지 않다고 판단된다.

나. 형법전으로의 편입

그렇다면 특경법상 재산국외도피죄를 대체 없이 삭제할 것인가 아니면 이를 형법전으로 편입할 것인가가 문제된다.

처벌의 공백과 관련하여 「외환거래법」, 「대외무역법」 또는 「관세법」은 재산국외도피행위의 미수단계의 행위를 이미 형사처벌하고 있을 뿐만 아니라 재산국외도피행위의 목적에 해당하는 조세포탈은 「관세법」, 「조세범 처벌법」 그리고 「특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률」에 의하여 그리고 범죄수익의 은닉·가장은 「범죄수익은닉규제법」에 의하여 규율되고 있기 때문에 특경법상 재산국외도피죄를 대체 없이 삭제한다고 하더라도 실제로 처벌의 공백이 발생할 것이라고는 판단되지 않는다. 또한 「특경법」 제4조 제4항에 정한 양벌규정과 관련해서도 「외환거래법」, 「대외무역법」, 「관세법」, 「조세범 처벌법」 그리고 「범죄수익은닉규제법」 등에 규정되어 있어서 처벌의 공백은 발생하지 않는다.

그리고 재산도피행위 자체를 별도로 형사처벌할 것인가와 관련하여 (앞서 언급한 바와 같이) 다른 구성요건과의 구별이 쉽지 않다는 이유에서 재산도피행위를 처벌하는 별도의 규정을 두는 것은 적절하지 않다고 판단된다. 즉 국내재산의 불법적인 국외

이동(「특경법」 제4조 제1항 첫 번째 행위유형)이나 “재산의 발견을 불가능하게 하거나 곤란하게 만드는 것”, 즉 “재산의 소재를 불명하게 하는 경우뿐만 아니라 재산의 소유관계를 불명하게 하는 [것]”²⁹⁹⁾(은닉)(두 번째 행위유형)이 “대한민국 또는 대한민국 국민의 재산이 유출될 위험이 있는 상태를 발생하게 하는 것”³⁰⁰⁾(도피)에 해당하지 않는 경우를 찾는 것도 그리 쉽지 않다.³⁰¹⁾ 그리고 범죄수익은닉·가장이나 조세포탈과 관련없는 재산국외도피를 찾기도 그리 쉽지 않다.³⁰²⁾ 왜냐하면 단순한 부당이득을 위한 재산국외도피라도 결과적으로 국가경제관리권을 회피하는 것이라면 이것은 국가의 조세징수권을 회피하는 것과 동일하기 때문이다. 그렇다면 국부의 국외유출 자체를 가중처벌하는 데에 그 의의가 있는가에 대해서도 의문이다. 즉 합법적인 국부의 국외유출은 동법에 의하지 않더라도 적법한 경제활동이고 국내재산의 “불법한” 국외이동이나 해외보유재산의 “불법한” 은닉·처분은 이미 다른 법률에 의하여 규율되고 있으며 다른 한편으로 이러한 불법행위로부터 유래한 재산을 “보유하는 것 자체”는 이미 불법한 국외이동이나 해외보유재산의 불법한 은닉·처분행위에 내재된 행위로 볼 수 있어서 불가별적 사후행위의 성격을 가지는 것은 아닌가라는 의문이 제기된다.³⁰³⁾

더욱이 특경법상 재산국외도피죄는 미수범(동법 제4조 제3항)을 정범과 동일하게 처벌하고 있는데 재산국외도피죄의 미수는 그 실질에 있어서 「외환거래법」이나 「대외무역법」 위반행위와 다르지 않다는 점에서 자칫 구성요건이 동일하고 법정형

299) 대법원 2008.2.15. 선고 2006도7881 판결; 대법원 2005. 5. 13. 선고 2004도7354 판결.

300) 대법원 2005.4.29. 선고 2002도7262 판결.

301) 예컨대 해외보유재산을 은닉하여 도피시키는 행위에서 “은닉”과 “도피”의 2개의 고의를 입증하여야 하는가 아니면 “은닉하여 도피시키는” 하나의 고의의 입증만을 요구하는가가 문제이다. 대법원은 2개의 고의를 요구하는 것 같다. 대법원 2010.9.9. 선고 2007도3681 판결: “이 사건의 경우 원심판결 이유 및 기록에 의하면, 피고인은 현지 영업비용을 원활하게 조달할 의사로 이 사건 증개수수료를 외국은행 계좌로 입금받은 것이고, 위 은행계좌가 회계장부에 계상되지 아니하여 과세자료에는 반영되지 않았으나, 그 명목이 피고인의 실명으로 되어 있을 뿐 아니라 송장 등 무역관계서류에 기재되어 있어 위 계좌의 존재를 쉽게 확인할 수 있음을 알 수 있는바, 이러한 사정에 비추어 볼 때 피고인의 이 부분 공소사실 기재의 행위가 외국환거래법 위반죄나 조세범 처벌법 위반죄를 구성함은 별론으로 하고, 원심이 유죄의 근거로 들고 있는 사정만으로는 특경법 제4조 제1항 후단의 재산국외도피죄를 구성한다거나 피고인에게 국내에 반입하여야 할 재산을 국외에서 은닉하여 도피시킨다는 범의가 있었다고 단정하기 어렵다.”

302) 바로 앞의 각주에 소개된 판례 참조.

303) 그러나 대법원 2008.2.15. 선고 2006도7881 판결은 이를 부인한다.

만 가중된 형태가 될 우려가 있다.³⁰⁴⁾ 그리고 다른 법령위반을 구성요건으로 정함으로써 법적용상 혼란을 야기할 우려가 있다는 점은 이미 앞서 언급하였다.

마지막으로 현행 특경법상 재산국외도피죄는 동죄보다 죄질이 중한 (재산국외도피죄의 목적에 해당하는) 범죄수익은닉·가장죄나 조세포탈보다 그 법정형이 지나치게 높다는 점에서 형벌체계의 불균형을 초래한다.

이상의 내용에 따르면 재산국외도피죄를 대체 없이 삭제하는 것이 적절하다고 판단된다.

〈표 4-4〉 특경법상 재산국외도피죄의 정비방안

현행법	시안	
제4조(재산국외도피의 죄)	삭제	구성요건 자체의 문제점 때문에 「외환거래법」, 「대외무역법」, 「관세법」, 「조세법 처벌법」 그리고 「범죄수익은닉규제법」 등에 의하여 규율하는 것이 적절하다.

제4절 국고 등 손실(제5조)

「특가법」 제5조는 “국고 등 손실”에 관하여 정하면서 “「회계관계직원 등의 책임에 관한 법률」 제2조제1호·제2호 또는 제4호(제1호 또는 제2호에 규정된 사람의 보조자로서 그 회계사무의 일부를 처리하는 사람만 해당한다)에 규정된 사람이 국고(國庫) 또는 지방자치단체에 손실을 입힐 것을 알면서 그 직무에 관하여 「형법」 제355조의 죄를 범한 경우” 그 손실액에 따라 가중처벌하고 있는데 동조는 행위주체가 회계관계 공무원과 이른바 공무수행사인 및 그 보조자라는 점에서 진정신분범을 정한 것이라고 말할 수 있다.³⁰⁵⁾

그런데 동조의 정비방안과 관련해서는 동조를 대체 없이 삭제하여 형법상 업무상 횡령·배임으로 규율할 것인가라는 문제가 제기된다.³⁰⁶⁾ 왜냐하면 동 규정의 표제가

³⁰⁴⁾ 헌법재판소 2014.4.24. 2011헌바2 전원재판부.

³⁰⁵⁾ 전지연/박상기, 앞의 책, 261면.

제시하는 바와 같이 회계관계 공무원 또는 공무수행사인이 그 직무와 관련하여 국가 또는 지방자치단체의 국고에 “손실을 가했다”는 점에 그 불법성이 있는 것인지 아니면 이들이 국가 또는 지방자치단체의 국고를 개인적으로 착복했다는 점, 즉 부패범죄라는 점에 그 불법성이 있는지가 명확하지 않기 때문이다.

후자에 초점을 맞춘 것이 바로 중국 「형법」 제382조에 정한 “탐오죄(贪污罪)”이다. 즉 동조 제1항은 “공무원이 직무상의 지위를 이용하여 횡령, 절취, 편취 또는 기타 방법으로 공공의 재물을 불법으로 영득하는 것을 탐오죄라고 한다”고 규정하고 제2항에서는 “국가기관 또는 국유회사, 기업, 사업체 또는 인민단체로부터 위임을 받아 국유재산을 관리하거나 운영하는 자가 직무상의 지위를 이용하여 착복, 절취, 편취 또는 기타 방법으로 국가의 재물을 불법하게 영득한 경우에는 이를 탐오죄로 의율한다”고 규정하면서 이를 공무원의 뇌물죄와 동일하게 처벌한다(중국 「형법」 제383조(탐오죄의 처벌규정)).³⁰⁷⁾

그러나 우리나라 「특가법」 제5조의 표제가 “국고 등 손실”로 되어 있을 뿐만 아니라 “국고 또는 지방자치단체에 손실을 입힐 것”에 대한 인식을 요구하고 있다는 점 그리고 중국 「형법」 제382조 제1항과는 달리 일반 공무원의 횡령·배임행위에 대한 가중처벌규정을 두고 있지 않다는 점에서 부패범죄의 유형을 정한 것이라기보다는 오히려 국고에 손실을 가하는 죄를 정한 것이라고 보는 것이 타당할 것이다. 따라서 회계관계 공무원 및 공무수행사인이 개인적인 횡령·배임행위에 의하여 국고에 손해를 발생시키거나 손해발생의 위험을 발생시킨 때에 국고손실죄가 성립된다고 보아야 할 것이다.

정비방안과 관련하여 회계관계 공무원 및 공무수행사인 등의 경우 국고에 중대한 손실을 가할 수 있는 지위에 있다는 점에서 다른 일반 공무원보다 중한 주의의무가 요구되는 것은 사실이지만 일반 사인의 경우 예컨대 회사의 회계에 관련된 직에 있다

306) 이에 대하여 긍정적인 견해로는 전지연/박상기, 앞의 책, 265면 이하

307) 정확히 말하면 공무원의 수뢰죄의 처벌은 탐오죄의 처벌례(중국 형법 제383조)에 따르면 규정하고 있다(동법 제385조(수뢰죄) 및 제386조(수뢰죄의 처벌규정)). 중국 현행 「형법전」은 <http://www.chnlawyer.net/law/subs/xingfa.html#397>에 게재되어 있다(검색일: 2017년 11월 10일). 중국 「형법전」의 번역은 법무부, 『중국 형사법』, 2008.3.(http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_03/ListShowData.do?strNbodCd=noti0011&strWrtNo=589&strAnsNo=A&strRtnURL=MOJ_40600000&strOrgGbnCd=100000; 검색일: 2017년 11월 10일); 甲斐克則·劉建利(翻譯), 『中華人民共和國刑法』, 2011을 참조하였다.

고 하여 보다 가중처벌되는 것이 아니며 일반적으로 업무상 횡령·배임에 의하여 처벌된다는 점을 고려할 때 회계관계 공무원 및 공무수행사인 등의 경우에도 형법상 업무상 횡령·배임으로 처벌하는 것이 적절할 것이다. 그리고 업무상 횡령·배임에 대해서도 가액에 따라 법정형이 구분된다면 「특가법」의 가중처벌의 목적도 충족되리라고 본다.³⁰⁸⁾

〈표 4-5〉 특경법상 국고손실죄의 정비방안

현행법	시안	
제5조(국고 등 손실)	삭제	형법상 업무상 횡령·배임으로 처벌

제5절 관련 개별 법률에의 편입이 가능한 규정들

특가법에는 개별 법률에 규정된 벌칙규정을 그 포탈세액 등에 따라 법정형을 “가중”하는 구성요건들이 있는데 이들 규정들은 별도의 “다른” 법률이 아니라 해당 법률에 법정형을 “구분”하여 규정하는 것이 법체계의 정합성, 규율의 통일성 그리고 법적용의 간명성(불필요한 경합관계의 해소)이라는 관점에서 적절하다고 판단된다.

그러한 특가법의 규정으로는 제5조에 정한 “국고 등 손실”, 제6조에 규정된 “「관세법」 위반행위의 가중처벌”, 제8조에 규정된 “조세포탈의 가중처벌” 그리고 제9조에 규정된 “세금계산서 교부의무 위반 등의 가중처벌”이 있다.

1. 「관세법」 위반행위의 가중처벌(제6조)과 관계 공무원의 무기사용(제7조)

가. 「관세법」 위반행위의 가중처벌(제6조)

특가법 제6조 제1항부터 제7항은 관세법 벌칙규정에 정한 각 행위유형별로 포탈세액에 따라 법정형을 구분하고 있는데 이것을 표로 나타내면 다음과 같다.

³⁰⁸⁾ 전지연/박상기, 앞의 책, 265면 이하.

〈표 4-6〉 관세법 위반행위의 가중처벌(제6조)

특가법 제6조	관세법		
	조문		내용
제1항	제269조 (밀수출입죄)	제1항	수출입 금지물품의 밀수출입(제234조)
제2항		제2항 (수입)	제1호 수출입 또는 반송의 신고(제241조 제1항 및 제2항(간이신고)), 입항전수입신고(제244조 제1항) ① 미신고 수입(다만 제253조제1항에 따른 반송신고를 한 자는 제외) ② 제1호의 신고를 하였으나 해당 수입물품과 다른 물품으로 신고하여 수입하는 행위
제3항	제3항 (수출)	제1호	관세법 제269조 제1항이 수입에 관한 것이라면 제2항은 수출에 관한 것이며 제1항에 상응하여 제2항 규정
		제2호	
제4항	제270조 (관세포탈죄 등)	제1항	제1호 수출입 또는 반송신고 및 입항전수입신고 ① 세액결정에 영향을 미치기 위한 과세가격 또는 관세율 등의 거짓 신고, 미신고
		제4항	부정한 방법으로 관세를 감면받거나 관세를 감면받은 물품에 대한 관세의 징수를 면탈하는 행위
		제5항	부정한 방법으로 관세를 환급받는 행위
제5항	제1항	제2호	수출입 또는 반송신고 및 입항전수입신고 ② 세액결정에 영향을 미치기 위한 허위서류 작성을 통한 제86조 제1항의 사전심사·재심사, 제87조 제3항의 재심사를 신청하는 행위
		제2항	수출입 또는 반송신고 및 입항전수입신고 수입에 필요한 허가·승인·추천·증명 또는 그 밖의 조건을 갖추지 아니하거나 부정한 방법으로 갖추어 수입하는 행위
제6항	포탈세액에 따른 벌금형의 가중처벌(특경법)		
제7항	제271조 (미수범 등)	제1항	제269조 및 제270조의 교사범과 방조범을 정범에 준하여 처벌
		제2항	제268조의2, 제269조 및 제270조의 미수범을 본죄에 준하여 처벌
		제3항	제268조의2, 제269조 및 제270조 「특경법」 제7항은 예비도 본의 예비는 본법의 형의 2분의 1 감경 죄에 준하여 정범으로 처벌
제8항	제269조부터 제271조		단체 또는 집단을 구성 상습범

(1) 위의 표를 살펴 볼 때 「특가법」에 정한 각 「관세법」 위반행위를 「관세법」의 해당 벌칙규정에 규정한다고 하여 「관세법」의 체계정합성을 훼손할 것이라고는 판단되지 않는다.³⁰⁹⁾ 오히려 「관세법」 위반행위의 처벌과 그 가중처벌을 각각 「관

309) 마찬가지로 전지연/박상기 외, 『형사특별법론』, 한국형사정책연구원, 2012, 343면 이하.

세법」과 「특가법」에 구별하여 규정하는 경우 법 적용 시에 양자를 비교하여 적용법조를 찾아내야 하는 번거로움이 있을 뿐만 아니라(왜냐하면 「특가법」에 규정된 가액기준은 「관세법」 위반행위에 따라 상이하기 때문에) 「관세법」 위반행위의 처벌규정의 체계를 개관하는 것을 어렵게 만든다. 특히 「관세법」 제269조부터 제271조를 단체 또는 집단을 구성하여 범하는 경우 또는 동조의 상습범은 「관세법」에 규정해서는 안 될 이유를 찾기가 그리 쉽지 않다.^{310), 311)}

(2) 그렇다고 하여 「특가법」에 규정된 모든 규정을 그대로 관세법에 편입할 수 있는 것은 아니다. 「특가법」 제6조 제7항은 “「관세법」 제271조에 규정된 죄를 범한 사람은 제1항부터 제6항까지의 예에 따른 그 정범 또는 본죄에 준하여 처벌한다”고 정하고 있는데 「관세법」 제271조(미수범 등)는 제1항에서 제269조 및 제270조의 교사범과 공범을 정범에 준하여 그리고 제2항에서는 제268조의2, 제269조 및 제270조의 미수범은 정범에 준하여 처벌하도록 하고 있으며, 제268조의2, 제269조 및 제270조의 예비는 본죄의 2분의 1을 감경하도록 규정하고 있다. 그런데 「특가법」 제8조 제7항은 제271조에 규정된 죄를 범한 사람에 대하여 “그 정범 또는 본죄에 준하여 처벌”하도록 함으로써 심지어 본죄보다 그 형을 2분의 1을 감경하여 처벌하도록 한 예비까지도 본죄에 준하여 처벌하도록 하고 있어서 과연 적절한 것인가라는 의문이 제기된다.³¹²⁾

① 그런데 「형법」 제32조 제2항은 중범에 대하여 필요적 감경을 하도록 정하고 있다는 점에서 「관세법」 제271조 제1항이 중범까지도 정범에 준하여 처벌하도록 하고 있는 것은 「형법」 제32조 제2항에 대한 중대한 예외를 정한 것이라고 말할

310) 전지연/박상기 외, 앞의 책, 345면.

311) 이처럼 기본 법률에 규정하여야 함에도 특별법에 규정하여 오히려 법률의 체계정합성을 훼손하는 경우들을 흔히 않게 찾아볼 수 있다. 예컨대 「형법」 제303조는 “업무상 위력 등에 의한 간음”을 그리고 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 “성폭력처벌법”이라 한다) 제10조는 “업무상 위력 등에 의한 추행”을 규정하고 있는데 후자를 형법에 규정하지 않고 성폭력처벌법에 규정하여야 하는 필연적인 이유가 있는 것인지 그리고 “업무상 위력 등에 의한 추행”이 성폭력범죄의 가중처벌과 어떤 관계인지 이해하기는 그리 쉽지 않다(김유근, 『성폭력범죄 처벌규정에 대한 전반적인 고찰』, 한국형사정책연구원, 2012, 41면 이하). 이와 마찬가지로 상습범 규정도 기본 구성요건에 상응하여 해당 법률에 규정하면 되는 것인지 구태여 이를 특별법에서 규정하여야 하는 필연적인 이유는 찾기 쉽지 않다.

312) 마찬가지로 비판적인 견해로는 오영근, “특정범죄가중처벌등에관한 법률폐지의 당위성”, 『형사정책』, 제17권 제2호(2005), 한국형사정책학회, 47면.

수 있다(「형법」 제8조(총칙의 적용)). 물론 중범을 정범에 준하여 처벌하는 경우가 전혀 없는 것은 아니다. 예컨대 「관세법」과 「특가법」을 제외하면 「보험업법」 제204조 제2항, 「수출용 원재료에 대한 관세 등 환급에 관한 특례법」 제23조의2 제1항, 「자유무역지역의 지정 및 운영에 관한 법률」 제62조 제1항, 「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」 제477조 제2항 그리고 「출입국관리법」 제2항이 그것이다. 그러나 사람의 생명·신체·건강 등을 해하는 죄에서도 중범을 정범에 준하여 처벌하지 않는다는 점을 고려할 때(설령 관세법에서만은 중범을 정범에 준하여 처벌하겠다는 것이 입법자의 의지라고 하더라도) 형벌체계의 균형을 현저하게 일탈한 것은 아닌지 의문이다. 물론 교사범 및 중범을 정범에 준하여 처벌하는 것은 공범과 정범의 구별에 대한 입증의 곤란을 극복하기 위한 하나의 방편이 될 수는 있으나 그렇다고 하여 정범과 중범의 가벌성의 경중을 고려하지 않고 형사소송법상의 입증책임을 완화하기 위한 수단으로 공범을 정범에 준하여 처벌하도록 하는 것은 타당하지 않다고 판단된다. 따라서 앞서 언급한 모든 법률에서도 마찬가지로 공범을 정범에 준하여 처벌하는 규정을 삭제하고 형법의 공범이론에 따라 죄질을 구별하여 처벌하도록 하는 것이 타당하다.

② 이것은 미수를 정범에 준하여 처벌하는 것에도 그대로 적용된다. 물론 미수범에 대하여 「형법」 제25조 제2항은 임의적 감경을 규정하고 있기 때문에 형식적으로는 아무런 문제가 없어 보인다. 그러나 애초부터 미수범에 대한 감경의 가능성을 전적으로 배제할 것을 명문으로 규정하고 있는 것은 앞서 언급한 법률들 외에 찾아보기 쉽지 않을 뿐만 아니라³¹³⁾ 미수범에 대한 감경의 가능성을 인정하지 않는다는 것은 정범과 미수의 죄질의 경중을 전혀 고려하지 않는다는 것을 의미하게 되는데 이것이 과연 죄질의 경중에 따른 책임형벌을 부과하도록 하고 있는 책임원칙과 조화될 수 있는지는 의문이다. 그리고 정범과 미수범을 구별하지 않는다는 것은 앞서 언급한 바와 같이 정범과 미수범의 구별에 대한 입증을 요하지 않는다는 것을 의미하기 때문에 입증책임의 완화를 위하여 책임원칙을 희생하는 것이 과연 정당한가라는 또 다른 문제가 제기된다. 따라서 미수범에 대해서는 구체적인 상황에 따라서 임의적으로 형을

313) 「대외무역법」 제56조, 「물류정책기본법」 제71조 제1항 단서, 「불공정무역행위 조사 및 산업피해구제에 관한 법률」 제40조의2 등.

감경할 수 있도록 하는 것이 타당하다.

③ 예비는 「형법」이나³¹⁴⁾ 「군형법」³¹⁵⁾에서도 극히 예외적인 경우에만 규정되어 있고 그 밖에 「방위산업기술보호법」 22조, 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」 제18조의3, 「산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률」 제37조 등에서도 예비죄를 규정하고 있다. 또한 앞서 언급한 경제관련 법률들에서도 예비죄를 규정한다. 그런데 예비죄를 규정하고 있는 법률들 중에서 예비죄를 정범에 준하여 처벌하도록 하고 있는 것은 여기에서 문제가 되는 「특가법」 제6조 제7항 외에 극히 일부 경제관련 법률들뿐이며³¹⁶⁾ 그 외의 법률들에서는 (그것이 설령 사람의 생명·신체·건강에 대한 죄라고 하더라도) 예비를 정범에 준하여 처벌하도록 규정하고 있지는 않다는 점에서 예비를 정범에 준하여 처벌하도록 하는 규정은 마찬가지로 형벌체계의 균형을 일탈한 것으로 판단된다. 따라서 예비를 처벌할 필요성이 있다고 하더라도 죄질의 경중을 구별하여 정범에 비하여 2분의 1을 감경하도록 하는 것이 타당하다.

이상의 논의를 종합하면 중범을 정범에 준하여 처벌하도록 하는 한편 미수범과 예비를 본죄에 준하여 처벌하도록 한 특가법 제6조 제7항은 대체 없이 삭제하는 것이 타당하며,³¹⁷⁾ 이와 함께 다른 법률에서도 중범을 정범에 준하여 처벌하도록 하는 규정을 삭제하고 미수범에 대해서는 임의적 감경을 그리고 예비에 대해서는 필요적 감경을 하도록 규정하여야 한다고 판단된다.

나. 관계 공무원의 무기사용(제7조)

제7조는 관세 공무원의 무기사용에 관하여 정한 규정으로서 동 규정은 관세법에 규정하면 충분하고 특정범죄 가중처벌을 위한 특가법에 규정할 필요는 없을 것이다.

314) 「형법」 제28조, 제90조, 제101조, 제120조, 제150조, 제175조, 제183조, 제191조, 제197조, 제213조, 제224조, 제255조, 제296조 그리고 제343조.

315) 「군형법」 제8조 제2항, 제16조 제2항, 제26조, 제53조 제2항, 제59조 제2항 그리고 제76조 단서.

316) 앞서 언급한 경제관련 법률들 외에 「보험업법」 제204조 제2항, 「수출용 원재료에 대한 관세 등 환급에 관한 특례법」 제23조의2 제1항, 「자유무역지역의 지정 및 운영에 관한 법률」 제62조 제1항, 「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」 제477조 제2항 그리고 「출입국관리법」 제1항.

317) 그러나 전지연/박상기 외, 앞의 책, 342면 이하는 중범을 정범에 준하여 그리고 예비를 본죄에 준하여 처벌하도록 한 규정에 대하여 입법자의 의지를 존중하여 그 타당성을 인정하고 있는 것 같다.

다. 정비방안

〈표 4-7〉 특가법 제6조의 정비방안

현행법		시안			
제6조 (「관세법」 위반 행위의 가중처벌)	제1항부터 제6항	삭제	관세법 해당 조문에 가액에 따라 법정형을 구분		
	제7항	삭제	「관세법」 제271조	제1항	방조범에 대해서는 형법의 공범에 관한 일반이론으로 해결하는 것이 타당하다.
				제2항	미수범에 대하여 임의적 감경을 할 수 있도록 개정하는 것이 바람직하다.
				제3항	예비는 관세법 제274조 제3항에 따라 2분의 1을 감경하도록 한다.
다른 법률에서도 이에 준하여 개정하는 것이 바람직하다.					
제8항	삭제	관세법에 규정			
제7조(관세 공무원의 무기 사용)		삭제	관세법에 규정		

2. 조세포탈의 가중처벌(제8조)

「특가법」 제8조 제1항은 “조세범 처벌법 제3조 제1항, 제4조 및 제5조, 「지방세 기본법」 제102조제1항에 규정된 죄를 범한 사람”은 포탈세액이 연간 5억원 이상인 경우 포탈세책에 따라 가중처벌하도록 하고 있다.

가. 「조세범 처벌법」 제3조 제1항

「조세범 처벌법」 제3조 제1항은 “사기나 그 밖의 부정한 행위로서 조세를 포탈하거나 조세의 환급·공제를 받은 자는 2년 이하의 징역 또는 포탈세액, 환급·공제받은 세액(이하 “포탈세액등”이라 한다)의 2배 이하에 상당하는 벌금에 처[하도록]” 하면서 “포탈세액등이 3억원 이상이고, 그 포탈세액등이 신고·납부하여야 할 세액(납세의무자의 신고에 따라 정부가 부과·징수하는 조세의 경우에는 결정·고지하여야 할 세액을 말한다)의 100분의 30 이상인 경우”(동항 제1호) 또는 “포탈세액등이 5억원 이상인 경우”에는 3년 이하의 징역 또는 포탈세액등의 3배 이하에 상당하는 벌금에 처하도록

하고 있는데 「특가법」 제8조는 여기에 더하여 다시 가중처벌하려는 규정이다.

그러나 조세범 처벌법 제3조 제1항은 조세포탈에 대하여 가액에 따라 가중처벌하는 방식으로 구성요건을 규정하고 있어서 자칫 특가법 제8조 제1항은 2중 가중의 형태의 피상을 갖게 될 뿐만 아니라 포탈세액을 5억원을 기준으로 법률을 달리하여 적용법조를 상이하게 만들 이유는 없다. 이러한 점에서 특가법 제8조의 규정내용을 조세범 처벌법에 반영하여 가액에 따라 법정형을 구분하여 규정하는 것이 타당하다고 판단된다.

그런데 「조세범 처벌법」 제3조 제1항과 「특가법」 제8조 제1항의 가벌성의 기준은 상이하기 때문에 「특가법」의 규정을 어떻게 「조세범 처벌법」에 반영할 것인가가 문제된다. 즉 「특가법」 제8조 제1항은 “연간” 포탈세액을 기준으로 가벌성의 하한을 정하고 있는데 대하여 조세범 처벌법은 여기에서 문제가 되는 제3조 제1항을 포함하여 모든 구성요건에서 연간 포탈세액을 기준으로 하지 않는다.

그런데 범죄로부터의 이득액의 합산액을 산정할 때 실체법상 일죄나 과형상 포괄일죄인 경우의 합산액을 의미하고 경합범과 같이 실체법상 및 과형상 수죄인 경우에는 합산액은 개별 행위에 따라 판단하여야 하고 이를 합산해서는 안된다는 것이 판례의 입장이다.³¹⁸⁾ 이에 따라 판례는 “원래 조세포탈범의 죄수는 위반사실의 구성요건 충족 회수를 기준으로 1죄가 성립하는 것이 원칙이지만, 특정범죄가중처벌등에관한법률 제8조 제1항은 연간 포탈세액이 일정액 이상이라는 가중사유를 구성요건화 하여 조세범처벌법 제9조 제1항의 행위와 합쳐서 하나의 범죄유형으로 하고 그에 대한 법정형을 규정한 것이므로, 조세의 종류를 불문하고 1년간 포탈한 세액을 모두 합산한 금액이 특정범죄가중처벌등에관한법률 제8조 제1항 소정의 금액 이상인 때에는 같은 항 위반의 1죄만이 성립하고, 같은 항 위반죄는 1년 단위로 하나의 죄를 구성하며 그 상호간에는 경합범 관계에 있고, 같은 항에 있어서의 '연간 포탈세액 등'은 각 세목의 과세기간과 관계없이 각 연도별(1월 1일부터 12월 31일까지)로 포탈한 세액을 합산한 금액을 의미한다”³¹⁹⁾고 판시하고 있다.

³¹⁸⁾ 대법원 1993.6.22. 선고 93도743 판결: “특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조 제1항에서 말하는 이득액은 단순 1죄의 이득액이나 포괄 1죄가 성립되는 경우의 이득액의 합산액을 의미하는 것이고 경합범으로 처벌될 수죄에 있어서 이득액을 합한 금액을 의미하는 것이 아니다”. 그 밖에 대법원 2000.3.24. 선고 2000도28 판결; 대법원 2011.7.28. 선고 2009도8265 판결.

그렇다면 「특가법」 제8조 제1항은 포탈세액을 연간으로 합산하여 이를 일죄로 정함으로써 포탈행위가 개별적으로 판단되었을 때 개별 포탈세액이 가벌성의 하한을 넘지 못하는 것을 방지하기 위한 것이라는 의미가 된다. 즉 동조 제1항은 애초부터 경합범을 정범(일죄)으로 정하여 가벌성을 확대한 것이라고 말할 수 있다. 이러한 의미에서 특가법 제8조 제2항은 그 실질에 있어서 조세범 처벌법 제3조 제1항을 한번은 구성요건을 완화함으로써 그리고 다른 한번은 법정형을 가중함으로써 2중으로 가중처벌하게 되는 규정이라고 말할 수 있다.

그러나 이러한 실질적인 2중의 가중처벌은 형벌체계의 균형을 일탈한 것으로서 연간 포탈세액을 기준으로 할 것이 아니라 「조세범 처벌법」 제3조와 같이 포탈세액으로 법정형을 구분하고³²⁰⁾ 경합범에 대해서는 「형법」 제37조 이하에 정한 경합범의 일반규정에 의하여 해결하는 것이 일관된 법적용을 가능하게 할 것이다.

나. 「조세범 처벌법」 제4조 및 제5조

「조세범 처벌법」 제4조 및 제5조와 관련한 「특가법」 제8조의 적용도 동법 제3조 제1항에 대한 것과 크게 다르지 않다.

다. 「지방세기본법」 제102조 제1항

본래 「지방세기본법」의 벌칙규정은 2010년 세법에 대한 대대적인 개편작업에 의하여 2010년 3월 31일 「지방세기본법」³²¹⁾이 제정되기 전까지 「(구)지방세법」 제84조는 「조세범 처벌법」(동법 제3조 제1항은 현행과 동일하다)을 준용하도록 하고 있었다. 그러다 2010년 3월 31일의 「지방세기본법」의 제정으로 동법에 지방세포탈 등에 관한 독자적인 처벌규정이 신설되었지만(동법 제129조) 「조세범 처벌법」 제8조 제1항에 따른 법정형의 구분을 그대로 받아 들였다. 그러다 2011년 12월 31일

319) 대법원 2001.3.13. 선고 2000도4880 판결(전지연/박상기, 앞의 책, 35면에서 재인용); 대법원 2011.6.30. 선고 2010도10968 판결.

320) 연간 포탈세액 등의 차이에 따른 형벌의 차등화를 폐지한다는 결론에 있어서는 전지연·박상기, 앞의 책, 355면과 같다.

321) 법률 제10219호, 2010년 3월 31일 제정, 2011년 1월 1일 시행.

지방세기본법 제134조에 정한 조세범 처벌법의 준용규정을 삭제하면서³²²⁾ 「특가법」 제3조 제1항의 적용대상에 「지방세기본법」 제129조 제1항이 추가된 것이다.³²³⁾ 그렇기 때문에 동조에 관한 것은 앞서 언급한 「조세범 처벌법」 제3조 제1항에 관하여 언급한 것이 그대로 적용된다.

라. 정비방안

〈표 4-8〉 특가법 제6조의 정비방안

현행법		시안	
제8조 (조세포탈의 가중처벌)	제1항	삭제	조세범 처벌법 제3조 제1항, 제4조 및 제5조에 가액에 따른 법정형을 반영하는 것이 타당하다. 이때에도 동법 제3조 제1항, 제4조 및 제5조의 법정형이 상이하기 때문에 죄질의 경중에 따라 법정형도 달리 정하는 것이 적절하다.
	제2항	삭제	만약 조세범 처벌법 제3조, 제4조 및 제5조의 법정형을 포탈세액에 따라 구분하는 경우 특가법 제8조 제2항의 벌금형을 그대로 편입시키는 방안을 생각할 수 있다.

3. 세금계산서 교부의무 위반 등의 가중처벌(제8조의2)

세금계산서 교부의무 위반 등의 가중처벌 규정(제8조의2)과 관련해서도 앞서 언급한 다른 규정들과 마찬가지로 「조세범 처벌법」 제10조 제3항 및 제4항에 편입하여 규정하는 것이 간명한 법 적용이라는 측면에서 타당하다고 판단된다.

제6절 외국인을 위한 탈법행위(제12조)

「특가법」 제12조는 “외국인을 위한 탈법행위”라는 표제 하에 “외국인에 의한 취득이 금지 또는 제한된 재산을 외국인을 위하여 외국인의 자금으로 취득한 사람”에 대하여 “재산권의 가액이 1억원 이상인 경우에는 무기 또는 10년 이상의 징역”(제1

322) 법률 제11136호, 2011.12.31. 일부개정, 2012.4.1. 시행.

323) 법률 제11136호, 2011.12.31. 타법개정.

호)에 그리고 “재산권의 가액이 1억원 미만인 경우에는 무기 또는 3년 이상의 유기징역”(제2호)에 처하도록 규정하고 있다.

동조는 본래 1966년 2월 23일 특가법 제정 시부터 규정되었던 것으로서 애초의 입법취지는 특가법 제정 당시 동법에 대한 심사보고서에서 밝히고 있듯이 외국인에 의한 우리나라 토지의 매점을 방지하는 데에 있었다. 즉 동 규정은 “한일국교정상화에 따르는 민족적주체성확립과 경제적침략을 방지하기 위한 조치로서”³²⁴⁾ “이것은 특히 대일청구권 그 관계는 관련되어서 또 최근에 외국인의 돈으로 특히 일본 사람 돈으로 국내 부동산을 매점하는 행위가 있다 해서 정부의 정책으로서 이것을 강조한 의미가 있었으며”³²⁵⁾ 당시 “현행처벌법규에는 규정되어 있지 않은 범행에 대하여는 특별법을 제정하지 않고서는 처벌할 방도가 없다”³²⁶⁾는 인식 하에 규정된 것이었다.

그러나 이러한 애초의 입법취지와는 달리 동 규정은 사회의 변화에 따라 다른 법적 의미를 부여받게 되는데 그것은 동 규정에 대한 헌법재판소의 1999년 5월 27일 합헌결정³²⁷⁾의 다수의견이 밝히고 있는 바와 같이 외국인이나 외국자본에 의한 부동산투기의 방지, 특히 내국인의 명의를 통한 외국인의 명의신탁의 방지가 바로 그것이다.³²⁸⁾

324) 장영민(편저), 『5대 형사특별법 제·개정 자료집』, 한국형사정책연구원, 2009.12., 60면.

325) 장영민(편저), 앞의 책, 73면(제53회 국회 법제사법위원회 회의록 법무부차관(이동호)의 발언).

326) 장영민(편저), 앞의 책, 62면.

327) 헌법재판소 1999.5.27. 96헌바16 전원재판부 다수의견.

328) 헌법재판소 1999.5.27. 96헌바16 전원재판부 다수의견: “우리나라의 토지 문제는 비좁은 국토에 따른 공급의 절대적 부족과 과밀한 인구, 도시화 및 산업화에 따른 토지 수요의 급속한 증대로 인하여 만성적인 수요초과 상태를 나타내고 있어서 투기적 요소가 상존하고 있다. 더욱이 부동산 담보위주 대출의 불건전한 금융관행과 토지세제의 미비 등으로 인하여 경제개발이 본격적으로 시작된 1960년대 초반부터 지속적으로 지가가 상승함에 따라 엄청난 불로소득이 발생하였으며 또한 토지 소유의 편중 심화로 불로소득이 특정계층에만 집중됨으로써 대다수 근로자의 근로의욕을 상실시키는 등 우리 사회의 안정 및 지속적인 경제성장에 최대한의 걸림돌로 대두되었다. 그런데 재일교포, 재미교포 등 수백만에 달하는 해외동포들을 포함하여 한국의 실정을 잘 아는 외국인이나 외국기업들에서는 이와 같은 부동산 투기현상에 편승하여 국내 부동산의 매입에 적극적으로 나서는 한편 직접 매입 및 소유를 제한하고 있는 국내법을 회피하기 위하여 내국인을 앞세워 내국인 명의로 부동산을 매입하기 시작하였다. 따라서 국내의 과열된 부동산 투기현상을 억제하기 위하여는 해외로부터 유입되는 투기자금을 차단할 필요가 절실하게 되었고 이에 정부는 기존의 부동산 관련법 규정만으로는 이러한 해외 투기자본의 불법적인 국내 부동산 취득과 관련하여 내국인의 부정행위를 예방하고 척결하기에 미흡하다는 입법정책적 판단에 따라 1966. 2. 23. 법률 제1744호로 “특가법”을 제정하면서 동법 제12조에 외국인을 위한 내국인의 탈법행위를 가중처벌하는 규정을 두고 제13조에는 불법으로 취득한 재산에 대한 몰수 및 추징 규정을 두었다.... 우리나라에서 부동산 투기가 대형화, 본격화된 것은 1964년 전후로서 그 이후 1990년대까지 급격한 산업화과정을 겪으면서 매 10년을 주기로 이미 3·4차례 부동산 투기열풍과 지가폭등을 경험하였는데, IMF체제 이후 우리 사회전체의 거품이 빠지면서 부동산

그러나 과연 이러한 규율목적이 현재에도 유효한 것인가 그리고 동 규정의 구성요건의 기술방식과 법정형이 현행법의 법체계와 조화될 수 있는지는 의문이다.

첫째 특가법이 제정되던 당시 외국인의 부동산거래는 원칙적으로 허가제로 시행되었으나³²⁹⁾ 1998년 5월 25일 「외국인토지법」³³⁰⁾이 전부개정되면서 원칙적으로 신고제로 전환되었다. 다만 예외적으로 군사시설, 문화재보호구역, 전통건조물보존지구 그리고 생태계보존지구에서의 토지거래에 대해서만 허가를 받도록 하였고(동법 제4조 제2항) 이를 위반한 외국인에 대해서는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하도록 했다(제7조). 이것은 동법의 대체입법인 2016년 1월 19일 제정된 「부동산거래신고 등에 관한 법률」³³¹⁾에서도 그대로 유지된다(동법 제7조부터 제9조, 제26조(벌칙) 제1항). 또한 외국인의 부동산거래에 대한 허가제를 규정하던 당시의 「(구)외국환관리법」 제21조 제1항 제7호³³²⁾도 1998년 9월 16일 제정된 「외국환거래법」으로

가격이 폭락하여 정부의 공시지가에도 못 미치는 실거래가가 형성되는 등 극심한 침체상황에 빠져들었다. 그러자 정부는 1998년 이후 주요 경기부양책의 일환으로 부동산 및 건설경기 활성화에 부심하게 되었고, 그 대책으로 외국인 및 외국자본에 대하여 국내 부동산 시장의 업종개방을 확대하고 토지취득 관련 규제를 완화함으로써 사실상 외국자본의 무제한 국내 토지 취득을 가능케 하였다. 그런데 외국인이나 외국자본에 대한 부동산 시장의 전면개방은 우리사회가 앞서 여러차례 경험한 바와 같은 부동산 투기열풍의 재현 가능성을 내포하고 있으며 더욱이 IMF체제로 인한 경제적, 심리적 침체상태가 극복되는 경우에는 언제든지 되살아날 위험성이 있는 것이다. 더욱이 외국인의 경우 1998. 5. 26.부터 시행된 외국인토지법에 따라 국내토지 취득시 내국인과 동일하게 대우를 받게되므로 굳이 내국인 명의를 차용할 필요가 없음에도 내국인의 명의를 앞세워 위장매입하는 경우는 국내지가의 상승차익만을 노린 투기매입이 거의 확실하다 할 것이고 이러한 경우 정부에서 이를 사전 감지하기도 어려우며, 또한 외국인의 불법적인 국내 부동산투기를 막는데 종래 부동산 보유세나 거래세만으로는 실질적인 통제가 거의 불가능한 것이 현실이다. 따라서 이 사건 법률조항은 외국인이나 외국의 거대한 부동산관련자본이 탈법적인 방법으로 국내 부동산을 매입한 다음 본래 용도와는 달리 투기 등의 목적으로 사용하는 것을 막기 위해서 내국인이 외국인의 범죄행위에 적극 개입하는 것을 가중처벌함으로써 이를 원천적으로 봉쇄하게 하므로, 이 사건 법률조항의 입법취지는 그 유효성이 충분히 인정될 뿐만 아니라 IMF체제 이후 앞으로 우리 경제현실의 변화추세 등을 감안하여 볼 때 그 유지 필요성은 오히려 커진다 할 것이다”.

329) 「외국인토지법」은 1961년 9월 18일 제정(법률 제718호, 1961.9.18. 시행)된 이래 「(구)외국인의 토지취득 및 관리에 관한 법률」(법률 제4726호, 1994.1.7. 제정, 1994.4.8. 시행)로 대체되었다가 1998년 5월 25일 다시 「외국인토지법」으로 전부개정되었다(법률 제5544호, 1998.6.26. 시행).

330) 법률 제5544호, 1998.5.25. 전부개정, 1998.6.26. 시행.

331) 법률 제13797호, 2016.1.19. 제정, 2017.1.20. 시행.

332) (구)외국환관리법 제21조 제1항 “제21조(자본거래의 허가 및 신고) ①다음 각호의 1에 해당하는 거래 또는 행위(이하 "자본거래"라 한다)를 하고자 하는 거주자나 비거주자는 제2항 및 제3항의 규정에 의하여 재정경제원장관에게 신고하거나 재정경제원장관의 허가를 받아야 한다.

... [생략]

대체되고 허가제가 신고제(동법 제18조(자본거래의 신고 등) 제1항; 제3조 제19호 라목)로 전환되었다. 또한 내국인이든 외국인이든 이를 불문하고 불법적인 명의신탁은 이미 1993년 8월 12일 「금융실명거래 및 비밀보장에 관한 긴급재정경제명령」³³³⁾ 및 그 대체입법으로서 1997년 12월 31일 「금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률」³³⁴⁾ 그리고 1995년 7월 1일 이후 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」³³⁵⁾의 규율대상이 되어 있었다. 즉 외국인에 의한 부동산거래의 원칙적인 허가제가 폐지되고 외국인이라고 하더라도 단순히 신고만 하면 얼마든지 부동산의 득실변경이 가능하다면 외국인이나 외국자본에 의한 부동산투기의 방지라는 애초의 입법취지가 「특가법」 제12조에 의하여 얼마나 유지될 수 있는지는 의문이다. 그리고 외국인의 투자 및 외자유치를 활성화하기 위하여 1997년 12월 13일 「외국인투자 및 외자도입에 관한 법률」 및 그 대체입법인 1998년 9월 16일 「외국인투자 촉진법」³³⁶⁾이 시행되고 있는 상황 하에서는 더욱 그러하다.³³⁷⁾

둘째 행위유형과 관련하여 “외국인에 의한 취득이 금지 또는 제한된 재산권을 외국인을 위하여 외국인의 자금으로 취득”하는 행위는 외국인이 소유권자가 될 수 없는 재산권과 관련하여 대내관계에서는 외국인이 소유권을 보유하기로 하되 대외적으로는, 특히 부동산의 경우 등기부상으로 내국인이 소유권자로 표기되도록 함으로써,

-
7. 거주자에 의한 외국에 있는 부동산 또는 이에 관한 권리의 취득이나 비거주자에 의한 국내에 있는 부동산 또는 이에 관한 권리의 취득
... [생략]

333) 대통령 긴급재정경제명령 제16호, 1993.8.12. 시행.

334) 법률 제5493호, 1997.12.31. 시행.

335) 법률 제4944호, 1995.3.30. 제정, 1995.7.1. 시행.

336) 법률 제5559호, 1998.11.17. 시행.

337) 헌법재판소 1999.5.27. 96헌바16 전원재판부 재판관 김용준, 재판관 김문희, 재판관 이재화, 재판관 고중석의 반대이견: “다수의견은, 이 사건 법률조항에서 외국인을 위한 내국인의 탈법행위를 가장 처벌하는 것은 외국인의 국내법 위반행위에 앞장서서 이를 조장하고 유도한 내국인을 가장 처벌함으로써 우리 사회의 법치질서 확립해야 할 필요성과 아울러 경제적인 측면에서도 외국의 각종 투기자본이 국내에 침투하여 각종 불법적인 부동산투기 등을 통하여 경제질서를 교란하고 궁극적으로는 막대한 부당이득을 외국으로 반출하는 등 그 예상되는 피해의 범위나 규모가 극심한 행위를 대상으로 하기 때문이라고 한다. 그러나 다수의견의 이러한 논리야말로 상정할 수 있는 일부의 특별한 예를 일반화한 것이라 아니할 수 없다. 오늘날 다수의 해외동포가 국내에 투자를 하고 역이민을 오기도 하는 사정에 비추어볼 때, 다수의견이 상정하는 것과 같은 경우가 있을 수 있다 하더라도 그러한 일부의 예를 일반화할 수 없는 이상, 그와 같은 사정은 법정형의 상한을 높게 정하는 근거가 될 수 있을 뿐이며, 그 하한을 높게 정하는 근거가 될 수는 없는 것이다”.

외국인으로 하여금 취득이 금지 또는 제한된 재산권을 내국인이 취득하도록 하는 행위라는 점에서 내국인의 명의신탁행위는 실질적으로 외국인의 불법 부동산취득에 대한 방조행위의 의미를 갖는다.

그런데 외국인의 부동산의 득실변경과 관련하여 허가제가 폐지되고 신고제로 전환된 지금 신고제(동법 제8조 제1항)³³⁸⁾를 위반한 불법 부동산 취득의 정범에 해당하는 외국인에 대해서는 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」 제28조 제4항에 의하여 기껏해야 300만원 이하의 과태료를 부과하도록 하고 제한적 허가제(동법 제9조)³³⁹⁾를 위반하여 부동산을 취득한 외국인에 대해서는 동법 제26조 제1항에 의하여 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하도록 하면서 외국인이 불법적으로 부동산을 취득할 수 있도록 명의를 빌려준 내국인에 대해서는 「특가법」 제12조에 의하여 부동산 가액에 상관없이 무조건 무기징역에 처할 수 있도록 한 것은 정범과 방조범의 죄질의 경중을 고려할 때 형벌체계의 균형을 일탈한 것이라고 볼 수 있다.

338) 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」 제8조(외국인등의 부동산 취득·보유 신고)

① 외국인등이 대한민국 안의 부동산등을 취득하는 계약(제3조제1항 각 호에 따른 계약은 제외한다)을 체결하였을 때에는 계약체결일부터 60일 이내에 대통령령으로 정하는 바에 따라 신고관청에 신고하여야 한다.

② 외국인등이 상속·경매, 그 밖에 대통령령으로 정하는 계약 외의 원인으로 대한민국 안의 부동산등을 취득한 때에는 부동산등을 취득한 날부터 6개월 이내에 대통령령으로 정하는 바에 따라 신고관청에 신고하여야 한다.

③ 대한민국 안의 부동산등을 가지고 있는 대한민국국민이나 대한민국의 법령에 따라 설립된 법인 또는 단체가 외국인등으로 변경된 경우 그 외국인등이 해당 부동산등을 계속보유하려는 경우에는 외국인등으로 변경된 날부터 6개월 이내에 대통령령으로 정하는 바에 따라 신고관청에 신고하여야 한다.

339) 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」 제9조(외국인등의 토지거래 허가)

① 제3조 및 제8조에도 불구하고 외국인등이 취득하려는 토지가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 구역·지역 등에 있으면 토지를 취득하는 계약(이하 "토지취득계약"이라 한다)을 체결하기 전에 대통령령으로 정하는 바에 따라 신고관청으로부터 토지취득의 허가를 받아야 한다. 다만, 제11조에 따라 토지거래계약에 관한 허가를 받은 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 「군사기지 및 군사시설 보호법」 제2조제6호에 따른 군사기지 및 군사시설 보호구역, 그 밖에 국방목적을 위하여 외국인등의 토지취득을 특별히 제한할 필요가 있는 지역으로서 대통령령으로 정하는 지역
2. 「문화재보호법」 제2조제2항에 따른 지정문화재와 이를 위한 보호물 또는 보호구역
3. 「자연환경보전법」 제2조제12호에 따른 생태·경관보전지역
4. 「야생생물 보호 및 관리에 관한 법률」 제27조에 따른 야생생물 특별보호구역

② 신고관청은 관계 행정기관의 장과 협의를 거쳐 외국인등이 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 구역·지역 등의 토지를 취득하는 것이 해당 구역·지역 등의 지정목적 달성에 지장을 주지 아니한다고 인정하는 경우에는 제1항에 따른 허가를 하여야 한다.

③ 제1항을 위반하여 체결한 토지취득계약은 그 효력이 발생하지 아니한다.

이와 관련하여 앞서 언급한 헌법재판소의 다수의견은 “법정형의 종류와 범위를 정함에 있어서 고려해야 할 사항 중 가장 중요한 것은 당해 범죄의 보호법익과 죄질이다. 보호법익과 죄질이 서로 다른 둘 또는 그 이상의 범죄를 동일선상에 놓고 그 중 어느 한 범죄의 법정형을 기준으로 하여 단순한 평면적인 비교로써 다른 범죄의 법정형의 과중여부를 판정하여서는 아니된다”고 전제하면서 “외국 투기자본의 국내 침투에 앞장서서 그 외국인을 위하여 투기용 부동산 등을 사들임으로써, 전 국토를 투기장으로 만들고 국내부동산의 가격폭등을 야기하여 서민들의 소박한 내집 마련 꿈이나 건전한 근로의식을 송두리째 빼앗아 가는 그 장본인인 내국인들에 대하여 그들 개개인의 불법행위들이 모여서 초래하는 우리 경제기반의 붕괴라는 막대한 피해 결과에 따른 인과책임은 물론 국가정책이나 국민의 법감정 및 일반 예방이라는 형사정책적 측면 등을 모두 고려해서 이 사건 법률조항으로 가중처벌하는 것과 외국인을 외국환거래법이나 외국인토지법 등 관련 법률에 의하여 처벌하는 것은 그 죄질이 전혀 다르다 할 것이다³⁴⁰⁾고 밝히고 있다. 그러나 설령 헌법재판소가 밝힌 바와 같이 “당벌성의 요청”이 강하다고 하더라도 명의신탁의 “행위의 구조상” 불법적인 명의신탁행위의 신탁자와 수탁자의 행위는 전혀 이질적인 것도 그리고 그 죄질이 그 주체가 외국인인지 내국인인지의 여부에 따라 변경되지도 않는다는 점에서 불법적인 명의신탁행위에서의 신탁자의 행위가 수탁자의 행위와는 별개의 독립적인 가벌성을 갖는다고 보기는 어렵다. 즉 내국인을 위하여 내국인이 명의수탁자가 되거나 내국인을 위하여 외국인이 명의수탁자가 되는 경우와는 달리 외국인을 위하여 내국인이 명의수탁자가 되는 경우에 그 죄질에 차이가 있는지는 의문이다.³⁴¹⁾

설령 내국인과 외국인의 자본거래를 차별할 수밖에 없다고 하더라도³⁴²⁾ 그리고 헌법재판소 다수의견에 설득력이 있다고 하더라도(그러나 당시의 시대적인 상황 하에서만) 명의신탁자와 명의수탁자의 가벌성의 경중이 앞서 살펴본 「부동산 거래신고

340) 헌법재판소 1999.5.27. 96헌바16 전원재판부.

341) 같은 견해로는 전지연, 『형사특별법 정비방안(3): 특정범죄가중처벌등에관한법률』, 한국형사정책연구원, 2008.12., 216면.

342) 이미 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」에서 외국인등의 부동산거래에 대하여 신고제와 제한적 허가제를 도입하고 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 등이 외국인의 자본거래에 대하여 별도로 규율하고 있는 사실 자체가 내국인과 외국인의 경제활동의 차별적인 대우를 전제할 것이라고 볼 수 있다.

등에 관한 법률」과 「특가법」 제12조의 법정형 간의 격차만큼 그렇게 큰 것인가에 대해서는 의문이 제기된다.

셋째 이상에 따르면 명의수탁자는 명의신탁자와 공동정범이 되거나 기껏해야 방조범의 성격을 갖는다는 점 따라서 명의수탁자의 가벌성은 명의신탁자와 같거나 이보다 작을 수밖에 없다는 점은 이미 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」 제7조에도 반영되어 있다. 즉 동법 제7조 제1항 제1호는 동법 제3조 제1항을 위반한 명의수탁자에 대하여 5년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금에 그리고 동조 제2항은 명의수탁자에 대하여 3년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처하고 있다.³⁴³⁾

그런데 명의신탁자가 외국인이라는 것이 명의수탁자를 「특가법」 제12조에 의하여 목적물의 가액과는 상관없이 무기징역까지 처하고 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」이 전제하는 명의신탁자와 명의수탁자의 가벌성의 경중을 역전시키는 정도의 것인지는 의문이다.

넷째 이러한 명의신탁의 행위구조는 다른 법률의 해석에서도 크게 달라지지 않는다.

예컨대 「외국환거래법」 제18조는 자본거래³⁴⁴⁾를 하려는 사람은 내국인이든 아니면 외국인이든 불문하고 이를 신고하도록 하고 있는데 이때 사전신고의무를 위반하고 자본거래를 한 경우에는 그 목적물의 가액이 10억원 미만인 경우(동법 시행령 제40조 제1항 제2호) 1억원 이하의 과태료를(동법 제32조 제1항 제4호부터 제6호) 그리고 사후 신고의무를 위반한 경우에는 3천만원 이하의 과태료를 부과하도록 하고 있으며(동조 제3항 제1호), 그 목적물의 가액이 10억원 이상인 경우에는 1년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(제29조 제1항 제3호).

따라서 동 규정들에 따르면 외국인의 10억원 이상의 부동산거래(자본거래)를 위하여 내국인이 자신의 명의를 대여한 경우 이러한 외국인에 의한 자본의 차명거래에

343) 본래 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」 제7조 제1항은 교사범을 정범과 동일하게 그리고 방조범을 독립된 구성요건으로 처벌하고 있었으나 이 규정은 2016년 1월 16일의 개정으로 삭제되었다(법률 제13713호, 2017.1.7. 시행). 이것은 교사범과 방조범은 형법전에 규정된 공범규정에 따라 규율하면 충분하며 이를 가중처벌할 필요가 없다는 고려에 기인한 것으로써(국회의안정보시스템: http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_D1Q5D111R2K712M0K2M9S0J4E9S7E1; 검색일: 2017년 10월 9일) 이러한 판단은 정범과 공범의 가벌성의 경중을 고려할 때 형법의 공범이론에 상응하는 것으로서 타당하다.

344) 이때 자본거래에는 “거주자에 의한 외국에 있는 부동산이나 이에 관한 권리의 취득 또는 비거주자에 의한 국내에 있는 부동산이나 이에 관한 권리의 취득”이 포함된다(동법 제3조 제19호 라목).

대해서는 1년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 그리고 내국인의 명의대여행위는 공동정범 또는 기껏해야 방조행위로서 외국인에 대한 법정형과 동일하거나 또는 감경된 형에 처해질 것이다.

그리고 부동산거래의 알선 등을 업으로 하기 때문에 보다 가중된 의무가 부과되는 공인중개사가 불법적인 부동산거래에 관여한 경우에 부과되는 법정형과 비교하더라도 「특가법」 제12조의 법정형은 지나치게 높다. 즉 「공인중개법」 제33조는 “관계 법령에서 양도·알선 등이 금지된 부동산의 분양·임대 등과 관련 있는 증서 등의 매매·교환 등을 중개하거나 그 매매를 업으로 하는 행위”(동조 제5호)와 “탈세 등 관계 법령을 위반할 목적으로 소유권보존등기 또는 이전등기를 하지 아니한 부동산이나 관계 법령의 규정에 의하여 전매 등 권리의 변동이 제한된 부동산의 매매를 중개하는 등 부동산투기를 조장하는 행위”(제7호)에 대하여 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(제48조 제3호).

다섯째 「특가법」 제12조는 재산권의 가액에 따라 무기징역의 하한은 구분하고 있지만 그 상한은 무기징역으로 정하여 외국인을 위하여 내국인이 명의수탁자가 되는 경우에는 재산권의 가액을 불문하고 무조건 무기징역을 선택형으로 선고할 수 있도록 한 것은 재산범죄 및 경제범죄에서는 그 예를 찾아보기 어렵다.

여섯째 「특가법」 제12조는 외국인의 “부동산”의 명의신탁을 규율하는 것이 애초의 입법취지였으나 동조의 법문언은 규율대상을 부동산으로 한정하지 않고 “재산권”으로 정하고 있어서 법문언상으로는 명의신탁이 금지되는 대상은 부동산뿐만 아니라 다른 재산권 전체로 확대되어 있다. 따라서 동조가 동산·주식·채권·외환이나 지적재산(예컨대 특허권) 등의 차명거래 등에 대해서도 포괄적으로 적용되는가라는 해석상 문제가 발생한다.

결론적으로 「특가법」 제12조가 애초에 추구했던 입법목적은 지금에 와서는 희석되었다고 볼 수 있으며, 설령 그 입법목적이 여전히 유효하다고 하더라도 정범과 공범의 죄질의 경중의 차이, 동일한 행위유형의 법정형과의 차이 그리고 동조 자체가 가액에 따라 법정형을 구분하면서도 무기징역만은 가액에 상관없이 무조건적으로 선택형으로 정하고 있는 것은 형벌체계의 균형을 일탈한 것이라는 점에서 동 규정은 삭제하는 것이 타당하다. 그리고 동 규정을 삭제하더라도 (앞서 언급한) 다른 법률들이 동일

한 행위유형을 규율하고 있어서 처벌의 공백이 발생하지도 않는다는 점 그리고 동일한 행위유형에 대한 적용법조가 많다는 것은 동시에 그런 만큼 복잡한 경합관계를 발생시킬 수 있다는 점에서도 동 규정은 대체 없이³⁴⁵⁾ 삭제하는 것이 타당하다고 판단된다.

³⁴⁵⁾ 전지연/박상기 외, 『형사특별법론』, 한국형사정책연구원, 2012, 378면 이하는 원칙적으로 「특가법」 제12조의 삭제를 주장하지만 불법 명의신탁행위가 증가하는 경우 형법전에 새로운 구성요건을 신설하는 것도 고려할 만하다고 생각하는 것 같다. 그러나 불법적인 명의신탁을 형법전에 규정할 정도의 독립적인 보호법익을 침해하는 행위인지에 대해서는 의문이며 불법적인 명의신탁행위는 행정법에 전적으로 종속적인 위반행위로서 이미 다른 여러 영역에서 규율되고 있기 때문에 형법전에 새로운 구성요건을 규정하는 경우 경합되는 또 다른 구성요건을 추가하게 되어 법적용상 혼란을 야기할 뿐만 아니라 설령 다른 법률에 정한 구성요건들을 삭제한다고 하더라도 불법적인 명의신탁행위는 행정법의 관련규정과 연결되지 않는 경우 형법전에 신설된 불법적인 명의신탁행위에 대한 처벌규정은 지나치게 포괄적인 금지규범이 될 우려가 있다.

**재정범죄 관련 형사특별법 -
공적 부조를 위한 각종 보조금 및
급여의 부정수급**

재정범죄 관련 형사특별법 - 공적 부조를 위한 각종 보조금 및 급여의 부정수급

재정범죄 관련 형사특별법과 관련하여 가장 문제가 되는 것들 중의 하나가 바로 공적 부조를 위한 각종 보조금 및 급여의 부정수급이라고 말할 수 있다.

특정 기금을 재원으로 하는 공적 부조를 위한 각종 보조금 및 급여(이하 “복지급여 등”이라 한다)의 부정수급에 대한 처벌규정들은 무엇보다 (1) 법정형이 상이한 개별 법률들의 복잡한 경합관계, (2) 불규칙한 미수범·상습범 규정, (3) 양벌규정 적용의 불규칙성 등으로 인하여 적용법조의 자의적인 선택이 문제될 수 있다. 따라서 복지급여 등의 부정수급을 일괄적으로 형법상 사기죄로 규율하고 각 개별 법률에 산재하는 복지급여 등에 대한 처벌규정을 삭제하거나 「형법전」에 부정수급을 위한 처벌규정을 신설하여 편입하거나 또는 보조금 관리에 관한 일반법의 규정만을 남겨 두고 개별 처벌규정을 삭제하여 부정수급에 대한 처벌규정들을 일원화하는 것이 간명한 법 적용을 위하여 적절한 것은 아닌가라는 의문이 제기된다.

1. 복잡한 경합관계

복지급여 등에 관한 개별 법률들은 대체로 부정수급을 보조금사기나 보조금횡령으로 정하여 이에 대한 처벌규정을 두고 있는데 그 구성요건은 대체적으로 동일하면서도 그 법정형을 달리하고 있다. 이것은 각 법률에 정한 보조금의 법적 성격에 따라 그 부정수급의 가벌성의 경중을 법정형에 반영한 것이라고 말할 수 있다.

예컨대 「고용보험법」 제116조 제2항은 보조금사기에 관하여 정하면서 “거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 실업급여·육아휴직 급여 및 출산전후휴가 급여등을 받은 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다”고 규정하고, 「근로자직업

능력 개발법」 제62조의3은 동법에 정한 국가보조금의 부정수급에 대하여 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에, 「국민연금법」 제128조 제1항은 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금 그리고 「국민기초생활 보장법」 제49조는 1년 이하의 징역, 1천만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처하도록 하고 있다.³⁴⁶⁾ 이에 대하여 「근로복지기본법」 제99조 제2항과 「한국주택금융공사법」 제51조 제1항은 보조금횡령만을 규정하고 있는데 전자의 경우에는 300만원 이하의 과태료에 그리고 후자의 경우에는 500만원 이하의 과태료에 처하도록 규정하고 있다. 그리고 보조금사기와 보조금횡령을 모두 규정하고 있는 것으로는 「지역신문발전지원 특별법」³⁴⁷⁾이 있는데 보조금사기(동법 제20조 제1항)에 대해서는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금을 그리고 보조금횡령(동조 제2항)에 대해서는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다.³⁴⁸⁾ 또한 「보조금 관리에 관한 법률」의 적용대상인 「공공자금관리기금법」, 「공무원연금법」, 「공적자금상환기금법」, 「국민건강증진법」, 「군인복지기금법」, 「군인연금법」, 「보험기금법」, 「사립학교교직원 연금법」 등의 경우 법률 자체에 부정수급에 대한 처벌규정을 두고 있지 않아 전적으로 「보조금 관리에 관한 법률」의 처벌규정이 적용된다.³⁴⁹⁾ 그리고 이들 법률은 미수범 및 상습범 처벌규정을 두지 않고 있다는 점에서 공통되지만 「국민기초생활 보장법」과 「근로자직업능력 개발법」은 양벌규정을 두고 부정수급에 관여한 사업주 및 법인을 처벌할 수 있다는 점에서 차이가 있다.

그런데 여기에 더하여 이들 개별 법률들과는 별도로 모든 국가보조금을 포괄하여 규율하는 일반법인 「보조금 관리에 관한 법률」도 경합하게 된다. 즉 동법은 국가보조금(동법 제2항 제1호³⁵⁰⁾)의 부정수급에 대한 처벌규정을 두고 있어서 개별 법률들에

346) 「보조금 관리에 관한 법률」 제2조 제1호는 동법의 적용을 받는 보조금에 관하여 정하고 있는데 아래 제4절 부록은 동 보조금의 근거법률에 규정된 부정수급에 대한 처벌규정을 정리한 것이다.

347) 「지역신문발전지원 특별법」 제20조 제1항: 보조금사기(5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금); 동조 제2항: 보조금횡령(1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금).

348) 물론 「한국주택금융공사법」과 「지역신문발전지원 특별법」은 특정 산업의 보호 및 육성을 위한 법률이라고 말할 수 있어서 복지급여 등과는 거리가 있다.

349) 아래의 제4절 참조.

350) 「보조금 관리에 관한 법률」 제2조 제1항은 “보조금”을 “국가 외의 자가 수행하는 사무 또는 사업에 대하여 국가(「국가재정법」 별표 2에 규정된 법률에 따라 설치된 기금을 관리·운용하는 자를 포함한다)가 이를 조성하거나 재정상의 원조를 하기 위하여 교부하는 보조금(지방자치

정한 부정수급의 처벌규정들과 경합하게 된다. 동법은 국가보조금을 편취하거나(보조금사기(동법 제40조)) 횡령하는 행위(보조금횡령(제41조))에 대한 처벌규정을 두고 있는데 동법 제40조는 “거짓 신청이나 그 밖의 부정한 방법으로 보조금이나 간접보조금을 교부받거나 지급받은 자 또는 그 사실을 알면서 보조금이나 간접보조금을 교부하거나 지급한 자”에 대하여 징역 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있으며 제41조 제1호는 “보조금이나 간접보조금을 다른 용도에 사용한 자”에 대하여 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다. 또한 부정수급에 법인 등 단체가 관여한 경우 양벌규정이 적용되도록 하고 있다(동법 제43조).

더욱이 국가보조금을 정한 개별 법률들은 개별 법률들과 같이 법률 내에 부정수급(보조금사기 또는 보조금횡령)에 대한 독립적인 처벌규정을 두고 있는 경우가 있는가 하면 그렇지 않은 법률들도 있다.³⁵¹⁾

또한 지방자치단체의 보조금의 부정수급과 관련해서는 「지방재정법」 제97조 제1항 및 제2항이 정하고 있는데 보조금사기의 경우(제1항) 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 그리고 보조금횡령의 경우(제2항) 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다.

그런데 경합문제는 여기에 그치지 않는다. 즉 개별 법률의 복지급여 등의 부정수급이 문제되는 경우이든 아니면 일반법상(「보조금 관리에 관한 법률」) 보조금사기 및 보조금횡령이 문제되는 경우이든 형법상 사기죄나 횡령죄와 경합하게 되는데 실무에서는 범조경합보다는 오히려 상상적 경합을 선호하게 될 것이다. 이것은 형법상 사기의 경우 10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금(제347조 제1항)에 그리고 횡령의 경우 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처하고 있어서(제355조 제1항) 앞서 언급한 보조금에 관한 일반법보다는 벌금형은 경하지만 개별 법률보다는 중하고 일반법이든 개별 법률이든 미수범과 상습범을 처벌하고 있지 않은데 대하여 형법상 사기죄와 횡령죄는 미수범 처벌규정(제352조 및 제359조)을 두고 있으며 특히 사기의 경우에는 상습범(제351조)을 가중처벌할 수 있는 이점이 있다. 그리고 「보조

단체에 교부하는 것과 그 밖에 법인·단체 또는 개인의 시설자금이나 운영자금으로 교부하는 것만 해당한다), 부담금(국제조약에 따른 부담금은 제외한다), 그 밖에 상당한 반대급부를 받지 아니하고 교부하는 급부금으로서 대통령령으로 정하는 것”이라고 규정하고 있다.

351) 아래의 제4절 참조.

금 관리에 관한 법률」의 법정형은 형법상 사기죄나 횡령죄보다 중하지만 형법상 사기죄(상습범 포함)와 횡령죄는 특경법상 특정재산범죄(동법 제3조)로 이득액에 따라 가중처벌할 수 있다. 그리고 사업주나 법인을 처벌할 필요가 있는 경우에도 상상적 경합을 인정하는 한 특경법의 가중처벌과 함께 개별 법률의 양벌규정도 적용할 수 있다. 이러한 복잡한 경합관계를 앞서 언급한 법률들을 중심으로 표로 나타내면 다음과 같다.

〈표 5-1〉 보조금사기와 보조금횡령의 경합관계

	고용보험법	국민기초생활 보장법	국민연금법	근로자직업 능력 개발법	근로복지 기본법	한국주택금융공 사법	지역신문발전 지원 특별법	보조금 관리에 관한 법률	형법
보조금 사기	1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금(제115조 제2항)	1년 이하의 징역, 1천만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료(제49조)	3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금(제128조 제1항)	3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금(제52조의3)	-	-	5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금(제20조 제1항)	10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금(제40조 제1호)	10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금(제347조)
보조금 횡령	-	-	-	-	300만원 이하의 과태료(제99조 제2항)	500만원 이하의 과태료(제68조 제1항 제2호)	1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금(제20조 제2항)	5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금(제41조 제1호)	5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금(제355조 제1항)
미수범	x	x	x	x	x	x	x	x	제352조(사기, 미수), 359조(횡령, 미수)
상습범	x	x	x	x	x	x	x	x	제351조(사기, 상습)
양벌규정	제117조	제51조	제130조	x	x	x	x	제43조	x
특경법 적용여부	x	x	x	x	x	x	x	x	○ (미수범 제외, 상습사기 포함)

* 강조는 형이 중한 것을 나타낸 것이다.

그런데 이제 문제는 부정수급에 대해서는 각기 법정형을 달리하는 ①국가보조금에 관한 개별 법률, ②보조금 관리에 관한 일반법 그리고 ③형법상 사기 및 횡령(「특경법」 적용)이 법적용의 편의에 따라 복잡하게 경합하게 되어 자칫 적용법률의 자의적인 선택의 위험이 있게 되고 그 결과 법적용의 예측가능성과 신뢰성을 기대하기 어렵게 된다.

2. 복지급여 등의 부정수급과 형법상 사기죄

판례는 예컨대 「고용보험법」 상 실업급여 등이나 「근로자직업능력 기본법」 상 직업훈련보조금의 부정수급 또는 「보조금 관리에 관한 법률」 제40조에 정한 보조금 사기를 일반적으로 형법상 사기³⁵²⁾와 상상적 경합관계에 있다고 판단한다.³⁵³⁾

그런데 과연 공공복지를 위한 각종 보조금 및 급여의 부정수급행위가 정확히 형법상 사기죄로 포섭될 수 있는가라는 근본적인 의문이 제기된다.³⁵⁴⁾ 왜냐하면 형법상 사기죄의 피기망자와 처분행위의 주체는 일반적으로 일치하는데 대하여 공공복지를 위한 각종 보조금 및 급여의 부정수급의 경우에는 피기망자와 처분행위자가 보조금 등을 지급하는 정부부처 또는 공공기관이어서 과연 이들 단체 또는 법인 등이 기망행위에 의하여 착오에 빠질 수 있는가라는 문제가 제기되며, 처분행위에 의한 재산상의 손해는 특정 기금의 부담(예컨대 고용보험료에 의하여 실업급여나 직업훈련보조금 등이 조달된다)이나 궁극적으로는 국가재정의 손해로 파악될 수밖에 없는데 이것을 과연 직접적인 재산상의 손해³⁵⁵⁾로 볼 것인가라는 문제가 있다.^{356), 357)}

352) 형법상 횡령과 부정수급의 문제는 형법상 사기와 부정수급의 문제의 연장선이라는 점에서 여기에서는 후자에 대해서만 상세하게 검토하고자 한다.

353) 예컨대 대법원 2016.11.24. 선고 2016도8419 판결(사기·보조금 관리에 관한 법률).

354) 이러한 문제제기로는 이정기, 「보조금 부정수급의 법률적 문제와 개선방안」, 『안암법학』, 제53권(2017), 416면 이하; 신중수, 「국가보조금 부정수급에 대한 형법적 고찰」, 『법학연구』, 제57권 제3호(2016), 부산대학교, 138면 이하.

355) 독일의 사기죄 규정(§263 Abs. 1 StGB: “das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt”)과는 달리 우리나라(제347조 제1항) 및 일본(제246조 제1항)의 형법상 사기죄는 **법문언상 명문으로** 피해자의 재산상의 손해를 요구하고 있지는 않다. 학설에서는 사기죄의 성립에 재산상의 손해발생이 필요하다는 견해(박상기, 『형법각론』, 제8판, 박영사, 2011, 322면 이하; 임웅, 『형법각론』, 제7정판, 법문사, 2016, 411면; 김성돈, 『형법각론』, 제4판, 성균관대학교 출판부, 2016, 353면; 김일수·서보학, 『새로운 형법각론』, 제8판, 박영사, 2015, 347면)와 이를 필요로 하지 않는다는 견해(신동운, 『형법각론』, 법문사, 2017, 964면 이하; 이재상·장영민·강동범, 『형법각론』, 제

이러한 형법상 사기죄의 한계(특히 재산상의 손해의 확정상의 문제점)에 직면하여 예컨대 미국 뉴욕 주 「형법」 제158조 이하의 복지급여사기죄(*Welfare Fraud*)나 제177조 이하의 의료서비스사기죄(*Healthcare Fraud*) 또는 독일 「형법」 제264조에 정한 보조금 사기죄(*Subventionsbetrug*)와 같은 처벌규정을 우리나라 「형법전」에 신설하여야 한다는 견해³⁵⁸⁾와 보조금의 법적 성격에 따라 각 개별 법률에서 규정하면 충분하다는 견해³⁵⁹⁾가 대립한다.

그러나 독일 「형법」 제264조에 정한 보조금사기죄는 단순사기죄(제263조)가 명문으로 재산상의 손해를 요구하고 있기 때문에 이를 구성요건으로 하지 않는 보조금사기 구성요건이 필요했던 것이라는 점을 고려할 때, 사기죄에서 명문으로 재산상의 손해를 규정하지 않은 우리나라 「형법전」에 독일의 보조금사기죄와 같은 구성요건을 두는 데에는 어려움이 있다(따라서 (단순사기죄와 달리) 재산상의 손해를 요구하지 않는다고 명문으로 규정할 것인지 아니면 독일의 경우와 같이 단순사기죄 구성요건에 명문으로 재산상의 손해를 요건으로 정하고 보조금사기죄에는 이를 규정하지 않을

10판 보정판, 박영사, 2017, 347면; 오영근, 『형법각론』, 312면; 박상진, “국고보조금의 부정수급과 사기죄에 대한 연구 - 형법상 사기죄와 보조금 관리에 관한 법률 제40조를 중심으로 -”, 『법학논총』, 제41권 제1호(2017), 단국대학교, 429면)가 대립한다. 판례는 일반적으로 형법상 사기죄는 피기망자의 재산상의 손해를 그 요건으로 하지 않는다는 견해를 견지하고 있다(대법원 2009.1.15. 선고 2006도6687 판결: “사기죄는 타인을 기망하여 그로 인한 하자 있는 의사에 기하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득함으로써 성립되는 것으로, 사기죄의 본질은 기망에 의한 재물이나 재산상의 이익의 취득에 있고 상대방에게 현실적으로 재산상 손해가 발생함을 그 요건으로 하지 않는다”).

356) 특히 「보조금의 관리에 관한 법률」에 정한 보조금과 관련하여 국가보조금은 반대급부를 요하지 않기 때문에 국가보조금의 부정수급의 경우 재산상의 손해가 없으며 이러한 점에서 재산상의 손해를 요건으로 하는 형법상 사기죄로 규율할 수 없다는 견해로는 박성민·이현정, “국가보조금사기에 대한 형법적 대응방안”, 외법논집, 제35권 제3호(2011), 183면; 이정기, 「보조금 부정수급의 법률적 문제와 개선방안」, 『안암법학』, 제53권(2017), 419면; 선종수, “국가보조금 부정수급에 대한 형법적 고찰”, 『법학연구』, 제57권 제3호(2016), 부산대학교, 139면.

357) 그래서 독일 (기업 등에 지급되는) 보조금 사기(§264(*Subventionsbetrug*) *StGB*)는 단순사기(§263(*Betrug*) *StGB*)와는 달리 재산상의 손해를 요구하지 않는다.

358) 류전철, “국가보조금 사취행위의 형법적 고찰”, 『비교형사법연구』, 제5권 제2호(2003), 625면 이하; 선종수, “국가보조금 부정수급에 대한 형법적 고찰”, 『법학연구』, 제57권 제3호(2016), 부산대학교, 142면 이하; 성낙현, “보조금사기죄의 형법예외의 도입에 관한 논의”, 비교형사법연구, 제14권 제1호(2012), 62면 이하.

359) 박성민·이현정, “국가보조금사기에 대한 형법적 대응방안”, 외법논집, 제35권 제3호(2011), 187면 이하; 이정기, 「보조금 부정수급의 법률적 문제와 개선방안」, 『안암법학』, 제53권(2017), 426면 이하; 김성은, “보조금범죄의 현황과 효과적 통제방안”, 『형사정책연구』, 제93호(2013), 한국형사정책연구원, 258면.

것인지). 그리고 독일 보조금사기에서의 보조금은 기업에 대한 경제적 지원금을 의미하고(제264조 제7항)³⁶⁰⁾, ³⁶¹⁾ 복지급여 등의 부정수급은 이른바 ‘복지급여사기(Sozialbetrug: das Erschleichen von Sozialleistungen)’로서 단순사기죄로 처벌된다³⁶²⁾는 점을 고려할 때 복지급여 등의 부정수급의 문제를 해결하기 위하여 독일의 보조금사기 규정이나 해석론에 의존하는 데에는 한계가 있다.

또한 우리나라와 유사한 사기죄 구성요건을 규정하면서도 사기죄의 성립을 위해서는 재산상의 손해가 필요하다고 해석³⁶³⁾하는 일본의 경우에도 사기죄의 보호법익이 재산권이라고 본다면 국가나 공공단체도 마찬가지로 재산권의 주체로서 그 재산권을 보호하여야 한다³⁶⁴⁾,³⁶⁵⁾는 이유에서 복지급여뿐만 아니라 특정 산업의 보호 및 육성을 위한 보조금 등의 부정수급에 대하여 형법상 사기죄를 인정할 수 있다고 본다(일본 「형법」 제246조³⁶⁶⁾,³⁶⁷⁾

360) 독일 「형법」 제264조(보조금사기)

(1) - (6) ... [생략]

(7) 본조에서 보조금이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것을 말한다.

1. 연방법 또는 주법에 따라 공공재원으로부터 조달되어 사업소나 기업에게 지급되는 급부로서 적어도 다음 각목의 요건을 일부라도 충족하는 급부
 - a) (해당 시장에서 통상적으로 인정되는) 상당한 반대급부 없이 지급되고
 - b) 경제의 촉진에 공하는 급부
 2. 유럽공동체의 관련 규정에 따라 공공재원으로부터 조달되는 급부로서 적어도 (해당 시장에서 통상적으로 인정되는) 상당한 반대급부 없이 지급되는 급부.
- 동조 제1항 제1호에 정한 사업소 또는 기업에는 공기업도 포함한다.

361) LK-Tiedemann¹² Rn. 39 ff. zu §264.

362) LK-Tiedemann¹² Rn. 185, 185a zu §263.

363) 西田典之, 『刑法各論』, 第五版, 弘文堂, 2010, 198頁以下; 前田雅英, 『刑法各論講義』, 第5版, 東京大学出版会, 2011, 348頁以下; 山中敬一, 『刑法各論』, 第3版, 成文堂, 2015, 375頁以下; 井田良, 『講義刑法学·各論』, 有斐閣, 2016, 272頁以下. 그러나 사기죄의 범문언상 재산상 손해는 구성요건이 아니라는 견해로는 山口厚, 『刑法各論』, 補訂版, 有斐閣, 2008, 263頁.

364) 大谷實, 『刑法講義各論』, 成文堂, 2009, 248頁以下; 井田良, 『講義刑法学·各論』, 有斐閣, 2016, 256頁.

365) 각종 복지급여 등의 부정수급 처벌규정의 보호법익을 복지급여 등 제도의 재정적 기반의 보전에서 찾는 견해로는 星周一郎, 「不正受給罪と詐欺罪 - 補助金·給付金等の不正取得に関する処罰規定の意義」, 『法学会雑誌』, 第五十二卷 第二号, 首都大学, 2012.1., 218頁以下.

366) 일본 「형법」 제246조(사기) (1) 사람을 기망하여 재물의 교부를 받은 사람은 10년 이하의 징역에 처한다. (2) 전항의 방법으로 재산상 불법한 이익을 취득하거나 타인으로 하여금 이를 취득하게 한 사람에게 대해서도 전항의 형과 같다.

367) 前田雅英, 『刑法各論講義』, 第5版, 東京大学出版会, 2011, 352頁以下; 星周一郎, 「不正受給罪と詐欺罪 - 補助金·給付金等の不正取得に関する処罰規定の意義」, 『法学会雜

참고로 영국의 「사기방지법(Fraud Act 2006)」은 모든 유형의 사기(제2조(사실에 반하는 적극적인 기만에 의한 사기(Fraud by false representation), 제3조(정보의 은닉에 의한 사기(Fraud by failing to disclose information) 그리고 제4조(지위를 남용한 사기(Fraud by abuse of position))에서 기망을 통하여 사기 또는 제3자가 이익을 취득하거나(우리나라와 일본의 법문언어 상응) 또는 타인에게 손해를 가하거나 손해의 위험에 노출시키는 행위³⁶⁸⁾를 사기로 처벌하고 있기 때문에 부정수급을 사기로 인정하는 데에 우리나라나 일본에서 볼 수 있는 재산상의 손해를 둘러싼 논란은 발생되지 않는다.

생각건대 설령 우리나라 형법상 사기죄 규정이 재산상의 손해를 요구한다고 해석한다고 하더라도 처분행위에 대한 반대급부의 동가치성만이 재산상의 손해의 산정의 기준이 되는 것이 아니라 “피해자가 부담한 의무이행이 경제적 부담을 주거나 본래의 처분행위가 가지고 있는 경제적·사회적 목적이 없어진 때”³⁶⁹⁾에도 재산상의 손해로 인정할 수 있다고 본다면 복지급여 등의 부정수급에서도 재산상의 손해를 인정하는 데에 어려움이 없을 것이다.

또한 각 복지급여 등의 법적 성격에 따라 개별 법률에 부정수급 처벌규정을 두어야 한다는 견해³⁷⁰⁾에 대해서는 각종 복지급여 등은 구체적인 근거규정에 따라 그 법적 성격을 달리하지만 그 근거규정이나 법적 성격에 의하여 부정수급의 행위유형(기만에 의한 편취행위) 자체의 성격이 변경되는 것은 아니라고 본다면 복지급여 등의 법적 성격의 개별적인 차이는 형법상 사기죄 성립에 영향을 미치지 않는다고 보아야 한다(사기죄에서는 재산적 이익의 법적 성격의 차이를 구별하지 않는다).

그리고 형법상 사기죄에서는 이른바 “삼각사기(Dreieckbetrug)”³⁷¹⁾나 신용카드의 부정

誌』, 第五十二卷 第二号, 首都大学, 2012.1., 199頁以下, 213頁以下; 最高裁昭和51年4月1日 刑集30・3・425.

368) 영국 「사기방지법」 제2조, 제3조 그리고 제4조는 재산상의 손해와 관련하여 동일하게 규정하고 있다.

“intends, by ...

(i) to make a gain for himself or another, or

(ii) to cause loss to another or to expose another to a risk of loss”.

369) 김성돈, 『형법각론』, 제4판, 성균관대학교 출판부, 2016, 354면; NK-Kindbäuser³ Rn. 296 zu § 263; Sch/Sch/Perrot²⁹ Rn. 104 zu §263.

370) 그러나 보조금의 종류의 다양성으로 인하여 형법의 일반규정을 신설하는 경우 백지형법이 될 수 있다는 견해로는 박성민·이현정, “국가보조금사기에 대한 형법적 대응방안”, 외법논집, 제3권 제3호(2011), 186면.

사용과 같이 피기망자와 처분행위의 주체가 반드시 일치할 것을 요구하지 않기 때문에 설령 복지급여 등의 부정수급에서 피기망자와 처분행위자가 다르다고 하더라도 사기죄의 성립에는 영향을 미치지 않는다.

3. 정비방안

결론적으로 적어도 특정 기금을 재원으로 조달되는 복지급여 등의 부정수급과 관련해서는 무엇보다도 불필요한 경합관계로 인하여 개별 법률의 부정수급 처벌규정의 의미가 희석되는 것을 방지하고 간명한 법적용을 가능하도록 할 필요가 있다. 이를 위하여 개별 법률에 정한 복지급여 등의 부정수급 처벌규정은 삭제하고 부정수급에 대한 처벌은 「보조금 관리에 관한 법률」이나 형법상 사기죄나 횡령죄로 일원화하는 것이 바람직하다.

가. 형법상 사기죄나 횡령죄로의 일원화

특정기금을 재원으로 조달되는 복지급여 등의 부정수급에 대한 처벌을 형법상 사기죄나 횡령죄로 일원화하는 경우 경미한 부정수급행위까지 범죄화하는 과잉범죄화의 위험이 있기는 하지만 (1) 개별 법률 시행령에 형사고발 기준을 명확히 하는 한 애초부터 형사고발을 제한할 수 있으며, (2) 기소단계에서는 여러 법률 중 적용법조를 선택할 때 기소재량을 인정할 것이 아니라 동일 법률에서 경미사건에 대하여 기소할 것인가의 여부를 판단하도록 함으로써 검사의 기소재량을 합리적인 범위 내에서 제한하도록 하는 것이 보다 간명한 법적용을 가능하게 하고(가별성의 경중에 따른 기소재량) (3) 가별성이나 책임에서 고려되지 못한 사정들은 양형단계에서 고려된다면 과잉범죄화의 폐해는 방지할 수 있다.

그리고 죄질이 중한 경우 현행 실무에서와 같이 구태여 다른 법률체계에서 중한 형을 정한 적용법조를 임의적으로 찾아낼 필요없이 형법상 사기죄 또는 횡령죄라는 단일범죄 체계에서 문제를 해결할 수 있다. 즉 죄질의 경중에 따라 형사법상 사기죄의 미수범·상습범³⁷²⁾ 또는 횡령죄의 미수범으로 처벌할 수 있을 뿐만 아니라 부정수급액

371) 이에 관한 상세한 것은 LK-Tiedemann¹²⁾ Rn. 112 ff. zu § 263 참조.

에 따라 가중처벌할 수 있는 가능성도 열려 있다(특경법상 “특정재산범죄의 가중처벌”(「특경법」 제3조)³⁷³⁾. 특히 판례는 보조금 사기와 관련하여 보조금을 신청하는 때에 실행의 착수가 있는 것으로 판단하고 있기 때문에³⁷⁴⁾ 만약 실제로 복지급여 등의 지급이 이루어지지 않았다면 이를 미수범으로 처벌할 수 있다.

또한 복지급여 등의 부정수급은 부정수급자가 단독으로 범하는 경우보다 브로커가 부정수급 행위자를 조직적으로 모집하여 대규모로 범하는 경우가 많은데 이 경우에도 「형법」 제347조 제2항³⁷⁵⁾에 의하여 브로커를 정범으로 처벌할 수 있다.

나. 문제점

그러나 복지급여 등의 부정수급의 처벌을 형법상 사기죄나 횡령죄로 일원화하는 것만으로 모든 문제가 해소되지는 않는다.

첫째 개별 법률에서 부정수급 처벌규정을 삭제하는 경우 개별 법률에 정한 양벌규정의 적용에서 문제가 발생한다. 즉 형법전에는 법인처벌과 관련한 일반규정이 없기 때문에 법인처벌을 정한 개별 법률들의 양벌규정은 참조조문을 모두 수정할 필요가 있게 된다. 그런데 이렇게 되면 이제 부정수급이라는 동일한 행위에 대하여 개인처벌의 경우에는 형법을 그리고 법인처벌의 경우에는 개별 법률을 적용하게 되어 복지급여 등의 부정수급의 처벌은 이원적인 체계가 되는데 이것은 간명한 법적용과는 거리가 있다.

둘째 보조금의 관리에 관한 일반법에서도 부정수급 처벌규정을 삭제하는 경우 특정 기금을 재원으로 하지 않고 일반국세 또는 지방세로부터 직접 지급되는 지원금 및 보조금의 부정수급과 관련해서는 자칫 가벌성의 흠결이 발생할 수 있다. 물론 보조금

372) 예컨대 장기간에 걸쳐 복지급여 등을 부정수급한 경우 이것을 포괄일죄로 볼 것인가 아니면 상습범으로 볼 것인가가 문제될 수 있다.

373) 만약 특경법상 특정재산범죄의 가중처벌 규정을 정비하면서 이와 관련한 규정을 형법전에 편입하거나 양형판단에 위임한다고 하더라도 여전히 부정수급은 형법상 사기죄나 횡령죄의 단일범죄체계에서 해결할 수 있다.

374) 대법원 1999.3.12. 선고 98도3443 판결; 대법원 2003.6.13. 선고 2003도1279 판결. 이재상·장영민·강동범, 『형법각론』, 제10판 보정판, 박영사, 2017, 352면.

375) 「형법」 제348조 제2항 “전항의 방법으로 제삼자로 하여금 재물의 교부를 받게 하거나 재산상의 이익을 취득하게 한 때에도 전항의 형과 같다”.

관리에 관한 법률에 정한 부정수급에 대해서는 동법 위반 외에도 형법상 사기죄나 횡령죄가 성립된다는 것이 판례의 입장이지만 과연 모든 보조금의 부정수급에서 이러한 상상적 경합이 성립할 수 있는지는 의문이다.

참고로 스위스 「형법」은 2015년 3월 20일 “사회보험 또는 사회부조에 근거한 급여의 부정수급죄(*Unrechtmässiger Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe*)” (제148a조)³⁷⁶를 신설하기도 하였다. 동조 제1항은 “사실에 반하거나 또는 불완전한 신고, 사실의 은닉 또는 다른 방법으로 사람으로 하여금 오인하게 하거나 또는 착오에 빠뜨려 사회보험 또는 사회부조에 근거한 급여를 취득하거나 또는 제3자에게 취득하게 한 사람은 1년 이하의 징역 또는 벌금형에 처한다”고 규정하고 죄가 경미한 경우에는 과료에 처하도록 하고 있다(제2항).

다. 「보조금 관리에 관한 법률」에 정한 부정수급 처벌규정의 유지

복지급여 등의 부정수급을 형법상 사기죄나 횡령죄로 일원화하는 경우에도 앞서 언급한 바와 같이 양벌규정의 적용과 관련하여 불가피하게 개별 법률에 양벌규정을 존치시키거나 혹은 이를 삭제하고 「보조금 관리에 관한 법률」에 정한 양벌규정만을 유지시킴으로써 양벌규정의 적용을 일원화시킬 필요가 있다.

개별 법률에 양벌규정을 유지시키는 경우 양벌규정의 참조조문과 법인처벌규정이 각각 다른 법률에 규정되게 되어 법체계상 이질적인 규정이 된다는 점은 이미 앞서 언급하였다.

따라서 (복지급여 등만이 아니라 모든 보조금을 적용대상으로 하는) 「보조금 관리에 관한 법률」의 양벌규정으로 법인처벌을 일원화하는 방안이 남게 되는데 이때에도 양벌규정의 참조조문과 법인처벌이 다른 법률로 분리되지 않도록 「보조금 관리에 관한 법률」에 정한 부정수급 처벌규정을 존치시킬 필요가 있게 된다.

그런데 「보조금 관리에 관한 법률」에 정한 부정수급 처벌규정과 관련하여 독일 「형법」 제364조 제4항과 같이 과실범 처벌규정을 신설할 필요가 있는가라는 문제가 제기된다. 이것은 형법상 사기죄의 경우 구성요건상 사기죄의 과실범이 성립하기 어렵

³⁷⁶ 동 규정은 2015년 3월 20일 신설되어 2016년 10월 1일부터 시행되고 있다.

게 규정되어 있는 것과는 달리 보조금 관리에 관한 법률은 그렇지 않기 때문이다. 즉 형법상 사기죄가 “사람을 기망하여”라고 규정하고 있어서 구성요건의 법문언상 논리적으로 과실범을 생각하기 쉽지 않으나(착오로 사람을 착오로 빠지게 하는 행위)(기망한다는 것은 이미 고의의 내용이다) 「보조금 관리에 관한 법률」 제40조 제1호는 “거짓 신청이나 그 밖의 부정한 방법으로”라고만 규정하고 있어서 착오로 사실에 반하는 사실을 신청하는 행위도 충분히 생각할 수 있기 때문이다. 이것은 보조금사기에 대한 독립구성요건을 규정하고 있는 독일의 경우에도 크게 다르지 않다. 즉 독일 「형법」 제263조 제1항은 사기죄를 규정하면서 “허위의 사실을 사실로 가장하거나 진실한 사실을 왜곡하거나 은닉하여”(“*durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen*”)로 규정하여 행위유형에 애초부터 기망의 고의가 내재되어 있어서 법문언상 과실범이 성립하기 어렵게 규정되어 있는 것과는 달리 보조금사기를 정한 제264조 제1항은 중요한 사실에 관하여 “사실에 반하여 또는 불완전하게 신고”(“*über subventionserhebliche Tatsachen für sich oder einen anderen unrichtige oder unvollständige Angaben machen*”)하기만 하면 보조금사기가 성립할 수 있도록 규정하고 있기 때문에 착오로 사실에 반하거나 불완전한 신고를 하는 과실범은 충분히 생각할 수 있다.

따라서 복지급여 등의 부정수급의 과실범을 신설할 것인가의 여부는 부정수급의 과실범에 대한 당벌성이 얼마나 큰가에 달려 있다고 볼 수 있다. 그러나 복지급여 등의 신청 시에 과실로 사실에 반하는 내용을 신고하여 복지급여 등을 지급받은 경우에는 과오지급된 복지급여 등은 부당이득으로서 이를 반환하도록 하는 것으로 이미 기금의 손실은 보전될 수 있으며, 설령 중과실이 문제된 경우에도 형벌보다는 행정처분으로 해결하는 것이 형벌의 최소성과 행위자에 대한 제재에 대한 민감성이라는 관점에서 결코 경한 제재가 아닐 뿐만 아니라 행정처리 과정에서의 실수까지도 범죄화하는 것은 형법의 과도한 개입이 될 수 있다는 점에서 과실범 처벌규정을 신설하는 것에 대해서는 신중한 검토가 요구된다.³⁷⁷⁾

다만 부정수급에 대한 법정형과 관련해서는 검토가 필요하다. 즉 「보조금 관리에 관한 법률」 제40조 제1호는 보조금사기에 대하여 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하

377) 다른 견해로는 성낙현, “보조금사기죄의 형법예외의 도입에 관한 논의”, 『비교형사법연구』, 제 14권 제1호(2012), 74면 이하, 81면.

의 벌금에 그리고 제41조 제1호는 보조금횡령에 대해서는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있어서 형법상 사기죄(10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금)나 횡령죄(5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금) 보다 법정형이 중하다. 그런데 (앞서 이미 언급한 바와 같이) 예컨대 보조금 관리에 관한 법률 위반과 형법상 사기죄가 경합하는 경우 「형법」 제40조(상상적 경합)에 의하여 법정형이 중한 「보조금 관리에 관한 법률」에 의하여 처벌되지만, 미수범이나 상습범이 문제될 때에는 동법에 미수범·상습범 처벌규정이 없기 때문에 이제는 법정형이 경한 형법상 사기죄나 횡령죄를 근거로 이를 처벌하여야 하고 부정수급액이 현저히 많은 경우에도 특경법상 특정재산범죄의 가중처벌이 적용되기 위해서는 형법상 사기죄를 근거로 하여야 한다. 더욱이 개인처벌 외에 법인처벌을 염두에 둔다면 이제는 보조금 관리에 관한 법률의 양벌규정을 참조하게 된다. 이렇게 보면 보조금 관리에 관한 법률에 정한 부정수급의 법정형과 형법상 사기죄나 횡령죄에 정한 법정형이 상이하기 때문에 발생하는 법 적용상의 근거규정의 선택은 복잡한 양상을 나타내게 된다.

따라서 「보조금 관리에 관한 법률」에 정한 보조금사기나 횡령의 법정형은 형법상 사기죄와 횡령죄의 법정형에 준하여 정하는 것이 타당하다. 그렇게 되면 적어도 미수범·상습범·가액에 따른 법정형의 가중에서 상상적 경합이 성립되었음에도 불구하고 경한 법정형을 정한 규정을 근거로 할 필요가 없기 때문이다.

라. 정비방안

이상의 내용을 바탕으로 법률시안을 구상해 보면 다음과 같다.

〈표 5-2〉 복지급여 등의 부정수급 처벌규정의 정비방안

현행법		시안	
개별 법률에 정한 복지 급여 등의 부정수급		보조금사기, 보조금횡령	
		삭제	
		양벌규정	
		삭제	
보조금 관리에 관한 법률	제40조 (보조금사기)	다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 <u>10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌 금에 처한다.</u>	다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 <u>10년 이하 의 징역 또는 2천만원 이 하의 벌금에 처한다.</u>
	제41조 (보조금횡령)	다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 <u>5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.</u>	다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 <u>5년 이하의 징역 또는 1천5백만원 이 하의 벌금에 처한다.</u>
	제43조 (양벌규정)		유지

또한 현행법상 부정수급을 처벌하는 규정들이 많은데 이들 규정들도 형법상 사기죄로 규율하는 방안도 고려할 필요가 있다. 예컨대 「범죄피해자보호기금법」 제16조, 「보조금 관리에 관한 법률」 제40조 제1호, 「석면 피해 구제법」 제53조 제2호, 「환경오염피해 배상책임 및 구제에 관한 법률」 제47조 제1항, 「근로자직업능력 개발법」 제62조의3, 「4·16세월호참사 피해구제 및 지원 등을 위한 특별법」 제47조 제1항, 그리고 「가습기살균제 피해구제를 위한 특별법」 제45조 제1항 제1호 및 제47조 제1항 등이 그것이다.

4. 부록: 보조금 사기 및 횡령

〈표 5-3〉 보조금 사기 및 횡령

법률명	보조금 사기		보조금 횡령		미수 범	상습 범	양벌 규정
	조문	법정형	조문	법정형			
보조금에 관한 법률	제40조 제1호	10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금	제41조 제1호	5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금	X	X	○ ¹⁾
고용보험법	제115조 제2항	1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금	X	X	-	-	-
공공자금관리기금법	-	-	-	-	-	-	-
공무원연금법	-	-	-	-	-	-	-
공적자금상환기금법	-	-	-	-	-	-	-
과학기술기본법	-	-	-	-	-	-	-
관광진흥개발기금법	제11조 제3항	X	제11조 제2항	X	X	X	X
국민건강증진법	-	-	-	-	-	-	-
국민연금법	제128조 제1항	3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금	X	X	X	X	○ ²⁾
국민체육진흥법	-	-	-	-	-	-	-
군인복지기금법	-	-	-	-	-	-	-
군인연금법	-	-	-	-	-	-	-
근로복지기본법	X	X	제99조 제2항	300만원 이하의 과태료	X	X	X
금강수계 물관리 및 주민지원 등에 관한 법률	-	-	-	-	-	-	-
금융회사부실자산 등의 효율적 처리 및 한국자산관리공사의 설립에 관한 법률	-	-	-	-	-	-	-
기술보증기금법	-	-	-	-	-	-	-
낙동강수계 물관리 및 주민지원 등에 관한 법률	-	-	-	-	-	-	-
남북협력기금법	-	-	-	-	-	-	-
농림수산업자 신용보증법	-	-	-	-	-	-	-
농수산물유통 및 가격안정에 관한 법률	-	-	-	-	-	-	-
농어가 목돈마련저축에 관한 법률	제21조	1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금	X	X	X	X	X
농어업재해보험법	-	-	-	-	-	-	-

법률명	보조금 사기		보조금 횡령		미수 범	상습 범	양벌 규정
	조문	법정형	조문	법정형			
대외경제협력기금법	-	-	-	-	-	-	-
문화예술진흥법	-	-	-	-	-	-	-
방송통신발전 기본법	-	-	-	-	-	-	-
보훈기금법	-	-	-	-	-	-	-
복권 및 복권기금법	-	-	-	-	-	-	-
사립학교교직원 연금법	-	-	-	-	-	-	-
사회기반시설에 대한 민간투자법	-	-	-	-	-	-	-
산업재해보상보험법	제127조 제2항 제1호	2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금	X	X	X	X	X
무역보험법	-	-	-	-	-	-	-
신문 등의 진흥에 관 한 법률	-	-	-	-	-	-	-
신용보증기금법	-	-	-	-	-	-	-
농업소득의 보전에 관 한 법률	제35조	1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금	X	X	-	-	-
양곡관리법	-	-	-	-	-	-	-
수산업·어촌 발전 기 본법	-	-	-	-	-	-	-
양성평등기본법	-	-	-	-	-	-	-
영산강·섬진강수계 물관리 및 주민지원 등에 관한 법률	-	-	-	-	-	-	-
예금자보호법(예금보 험기금채권상환기금 에 한한다)	-	-	-	-	-	-	-
산업기술혁신 촉진법	-	-	-	-	-	-	-
외국환거래법	-	-	-	-	-	-	-
원자력 진흥법	-	-	-	-	-	-	-
응급의료에 관한 법률	-	-	-	-	-	-	-
임금채권보장법	제28조 제1항	3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금	X	X	○ ³⁾	X	○ ⁴⁾
자유무역협정 체결에 따른 농어업인 등의 지원에 관한 특별법	-	-	-	-	-	-	-
장애인고용촉진 및 직 업재활법	제84조	5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금	X	X	X	X	○ ⁵⁾
전기사업법	-	-	-	-	-	-	-
정보통신산업 진흥법	-	-	-	-	-	-	-
주택도시기금법	-	-	-	-	-	-	-

법률명	보조금 사기		보조금 횡령		미수 법	상습 법	양벌 규정
	조문	법정형	조문	법정형			
중소기업진흥에 관한 법률	-	-	-	-	-	-	-
지역신문발전지원 특 별법	제20조 제1항	5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금	제20조 제2항	1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금	X	X	X
청소년기본법	-	-	-	-	-	-	-
축산법	-	-	-	-	-	-	-
한강수계 상수원수질 개선 및 주민지원 등 에 관한 법률	-	-	-	-	-	-	-
한국국제교류재단법	-	-	-	-	-	-	-
한국농촌공사 및 농 지관리기금법	제51조 제1항	지원금액 또는 임차료 의 100분의 20에 상당 하는 금액 이하의 벌금	X	X	X	X	X
한국사학진흥재단법	-	-	-	-	-	-	-
한국주택금융공사법	X	X	제68조 제1항 제2호	500만원 이하의 과 태료	X	X	X
영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률	-	-	-	-	-	-	-
독립유공자예우에 관 한 법률	제43조 제1항 제1호	5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금	X	X	○ ⁶⁾	X	X
방사성폐기물 관리법	-	-	-	-	-	-	-
문화재보호기금법	-	-	-	-	-	-	-
석면피해구제법	제53조 제2호	2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금	X	X	-	-	-
범죄피해자보호기금 법	제16조	5년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금	X	X	X	X	○ ⁷⁾
국유재산법	-	-	-	-	-	-	-
소기업 및 소상공인 지 원을 위한 특별조치법	-	-	-	-	-	-	-
공탁법	-	-	-	-	-	-	-
자동차손해배상 보장법	-	-	-	-	-	-	-
국제질병퇴치기금법	-	-	-	-	-	-	-

1) 보조금에 관한 법률 제43조

2) 국민연금법 제130조

3) 임금채권보장법 제28조 제2항(2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금)

4) 임금채권보장법 제29조

5) 장애인고용촉진 및 직업재활법 제85조

6) 독립유공자예우에 관한 법률 제43조 제2항

7) 범죄피해자보호기금법 제17조

**보험범죄 관련 형사특별법 -
「보험사기방지 특별법」**

제6장

보험범죄 관련 형사특별법 - 「보험사기방지 특별법」

2016년 3월 29일 제정된 「보험사기방지 특별법」³⁷⁸⁾(이하 “보험사기방지법”이라 한다)은 “보험금 누수를 통해 보험회사의 경영을 악화시킬 뿐만 아니라 결국에는 보험료 인상으로 이어져 선량한 다수의 보험계약자들에게 피해를 입히고, 보험이 갖는 사회적 기능을 저해할 우려”가 있음에도 불구하고 “보험사기를 별도의 범죄로 구분하고 관련 범죄에 대한 처벌을 강화하고 있는 외국의 입법례와는 달리, 우리나라의 경우 다른 사기죄와 동일하게 「형법」 상 사기죄로 처벌하고 있을 뿐”이라는 인식에 기인한 것이다.³⁷⁹⁾

1. 보험사기죄와 형법상 사기죄와의 관계

보험사기죄는 기망행위(“보험사기행위”(동법 제2조 제1호))를 통하여 보험금을 취득하거나 또는 제3자로 하여금 보험금을 취득하게 하는 행위를 그 규율대상으로 한다는 점에서 구성요건상 형법상 사기죄와 구별하기가 그리 쉽지 않아 보험사기죄는 형법상 사기죄로 규율할 수 있는 영역에 중복적인 처벌규정을 신설한 것은 아닌가라는 의문이 제기된다.

「보험사기방지법」 제8조는 “보험사기죄”를 규정하면서 “보험사기행위로 보험금을 취득하거나 제3자에게 보험금을 취득하게 한 자”에 대하여 10년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하도록 하면서(동법 제8조) 보험사기이득액의 가액에 따라 해당 가액이 50억원 이상일 때 무기 또는 5년 이상의 징역에 그리고 5억원 이상 50억원

³⁷⁸⁾ 법률 제14123호, 2016.3.29. 제정, 2016.9.30. 시행.

³⁷⁹⁾ 「보험사기방지법」의 입법취지 참조(국회의안정보시스템: http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_B1F6N0F2X1C8B1Z5F3T1W2D3J7D7K2; 검색일: 2017년 10월 9일).

미만일 때 3년 이상의 유기징역에 처하도록 하고(제11조 제1항) 벌금형을 임의적으로 병과할 수 있도록 하고 있다(동조 제2항). 또한 상습범과 미수범 처벌규정을 두는 한편 보험사기죄가 가액에 따라 가중처벌되는 경우(제11조)에는 특경법상 취업제한(동법 제14조)을 부과할 수 있도록 하였다(제16조).

이를 바탕으로 보험사기죄와 형법상 사기죄를 비교하면 다음 표와 같다.³⁸⁰⁾

〈표 6-1〉 보험사기죄와 형법상 사기죄의 비교

		보험사기죄	형법상 사기죄	차이
보호법익		1차적 법익: 재산권(보험회사의 재산·가해가입자의 보험금청구권), 제2차적 법익: 보험업질서의 건전성 ³⁸¹⁾)	재산권	○
보호정도		침해범·구체적 위험범(견해에 따라)·추상적 위험범(사회적 법익)	침해범·구체적 위험범(견해에 따라)	×
재산상의 이득의 수혜자		자기 또는 제3자	자기 또는 제3자(제347조 제2항)	×
특경법 제3조의 적용		×	○	-
법정형 (이득액에 따른 법정 형의 구분)	5억원 미만	10년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금	10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금(제347조)	○
	5억원 - 50억원	3년 이상의 유기징역	[특경법 제3조] 3년 이상의 유기징역	×
	50억원 -	무기 또는 5년 이상의 징역	무기 또는 5년 이상의 징역	×
상습범		○	○	×
미수범		○	○	×
벌금형의 병과		[가중처벌되는 경우] 임의적 병과	[가중처벌되는 경우] 임의적 병과	×
자격정지		×	제363조(10년 이하의 자격정지)	○
취업제한 (특경법 제14조)		[가중처벌되는 경우] 제18조	[가중처벌되는 경우] 특경법 제14조	×

이상의 표를 살펴보면 보험사기죄와 형법상 사기죄에 대한 법률상의 처우와 관련해서는 큰 차이를 보이지 않는다. 즉 보험사기죄는 1차적 법익으로서 재산권을 보호법익

380) 오병두, “『보험사기방지 특별법』에 대한 평가와 개선방향”, 『형사정책』, 제28권 제3호(2016.12.), 308면의 표도 참조.

381) 김슬기, “제정 "보험사기방지 특별법"에 대한 형사법적 검토”, 『연세법학』, 제27호(2016.6.), 73면은 보험사기죄의 보호법익에 사회적 법익을 포함시켜 이해할 수 있다고 보는 것 같다. 그러나 다른 견해로는 양기진, “보험사기방지 특별법의 개정방향: 보험사기 조사의 활성화 방안을 중심으로”, 『선진상사법률연구』, 제77호(2017.1.), 219면 이하.

(보험회사의 재산·보험가입자의 보험금청구권)으로 하는 경우 형법상 사기죄와 큰 차이를 보이지 않으며 다만 제2차적 범의으로서 보험업질서의 건전성까지를 보호범의 것으로 규정하는 경우 그 보호의 정도는 추상적 위험범이 될 것이다.³⁸²⁾ 또한 형사처벌의 수준과 관련해서도 보험사기죄는 형법상 사기죄보다 벌금형이 중할 뿐이고 가액에 따라 가중처벌하는 경우에도 형법상 사기죄에 대해서는 특경법이 적용되어 그 법정형은 동일한 수준으로 규정되어 있다. 그리고 가중처벌되는 경우에 특경법상 취업제한 등(특경법 제14조)이 적용되는 것도 동일하다.

따라서 보험사기죄가 형법상 사기죄에 대한 가중처벌 규정으로서의 의미를 갖는다고 보기는 어렵다. 즉 형법상 사기죄도 그 이득액이 5억원 이상일 때 (보험사기방지법 제11조에 정한 가중처벌의 경우와 동일한 법정형으로 규정된) 특경법 제3조의 “특정경제범죄의 가중처벌”의 규정이 적용되어 차이가 없고 이득액이 5억원 미만일 때에만 보험사기죄(5천만원 이하의 벌금)와 형법상 사기죄(2천만원 이하의 벌금) 간에 벌금형에 차이가 발생하게 되는데 징역형은 동일하고(양자 모두 10년 이하의 징역) 3천만원이라는 벌금형의 차이가 가중처벌의 의미를 부각시킬 정도로 그렇게 큰 지는 의문이다.³⁸³⁾

2. 문제점

보험사기죄와 형법상 사기죄의 관계가 이상에서 서술한 바와 크게 다르지 않다면 보험사기죄 처벌규정의 의의가 과연 어디에 있는지가 문제되며, 이러한 의미에서 보험사기죄는 형법상 사기죄와 중복규정에 불과한 것은 아닌가라는 의문이 제기된다. 이하에서는 보험사기죄의 구성요건의 문제점을 형법상 사기죄와의 관계에서 검토하고자 한다.

첫째 동법 제2조 제1호에 정한 “보험사기행위”라는 용어는 동법 제8조 “보험사기

382) 추상적 위험범으로서의 보험사기죄의 신설에 대하여 비판적인 견해로는 특히 안경옥, “보험사기의 범죄적 특성과 형사처벌”, 『형사법연구』, 제15권 제2호(2003), 251면 이하.

383) 마찬가지로 비판적인 견해로는 김슬기, “제정 “보험사기방지 특별법”에 대한 형사법적 검토”, 『연세법학』, 제27호(2016.6.), 79면 이하; 양기진, “보험사기방지 특별법의 개정방향: 보험사기 조사의 활성화 방안을 중심으로”, 『선진상사법률연구』, 제77호(2017.1.), 215면; 김선협, “현대법의 새로운 과제: 보험사기죄 신설에 관한 고찰”, 『홍익법학』, 제17권 제1호(2016), 98면 이하; 오병두, “『보험사기방지 특별법』에 대한 평가와 개선방향”, 『형사정책』, 제28권 제3호(2016.12.), 307면.

죄」와 「형법」 제347조 사기죄와의 관계에서 용어의 혼란을 야기할 우려가 있다.³⁸⁴⁾

「보험사기방지법」 제2조 제1호는 보험사기행위를 “보험사고의 발생, 원인 또는 내용에 관하여 보험자를 기망하여 보험금을 청구하는 행위”로 규정하고 있어서 자칫 기망을 통하여 보험금을 청구할 때 이미 기수가 되는 것과 같은 인상을 주게 된다. 그런데 일반적으로 형법상 사기죄(「형법」 제347조 제1항 및 제2항)는 기망행위를 통하여 재산상의 이익을 편취할 때 또는 만약 재산상의 손해의 발생을 요구하는 견해³⁸⁵⁾에 의하면 재산상의 손해 또는 손해발생의 위험이 발생할 때 기수에 이르게 되는데 전자에 의하면 침해범으로 그리고 후자에 의하면 구체적 위험범이 되며, 이때 보험금을 청구할 때 실행의 착수가 있는 것으로 보게 된다.³⁸⁶⁾ 그리고 「보험사기방지법」 제8조도 “보험사기죄”를 “보험사기행위로 보험금을 취득하거나 제3자에게 보험금을 취득하게 [하느]” 행위로 규정하고 있어서 형법상 사기죄의 경우와 달리 해석할 특별한 이유는 없을 것이다.

둘째 형법상 사기죄와 보험사기방지법상 보험사기죄가 그 적용범위에서 실질적으로 차이가 있는지, 즉 형법상 사기죄의 가벌성의 흠결을 보충하는 의미에서 보험사기죄의 신설이 의미를 갖는 것인지가 문제된다. 그러나 결론적으로 말해 이에 대해서는 의문이 제기된다. 즉 「보험사기방지법」 제8조에 정한 보험사기죄 구성요건은 보험

384) 이것은 이하에서 검토하게 될 「전기통신금융사기 피해 방지 및 피해금 환급에 관한 특별법」 제2조 제2호에 정한 “전기통신금융사기”가 재산상 이익의 편취 또는 재산상 손해(만약 재산상 손해의 발생을 요구하는 경우)를 필요적으로 요구하고 있지 않다는 점에서 동일한 문제가 발생한다.

385) 독일의 사기죄 규정(§263 Abs. 1 StGB: “das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt”)과는 달리 우리나라(제347조 제1항) 및 일본(제246조 제1항)의 형법상 사기죄는 법문언상 명문으로 피해자의 재산상의 손해를 요구하고 있지 않다. 학설에서는 사기죄의 성립에 재산상의 손해발생이 필요하다는 견해(박상기, 『형법각론』, 제8판, 박영사, 2011, 322면 이하; 임용, 『형법각론』, 제7정판, 법문사, 2016, 411면; 김성돈, 『형법각론』, 제4판, 성균관대학교 출판부, 2016, 353면; 김일수·서보화, 『새로운 형법각론』, 제8판, 박영사, 2015, 347면)와 이를 필요로 하지 않는다는 견해(신동운, 『형법각론』, 법문사, 2017, 964면 이하; 이재상·장영민·강동범, 『형법각론』, 제10판 보정판, 박영사, 2017, 347면; 오영근, 『형법각론』, 312면; 박상진, “국고보조금의 부정수급과 사기죄에 대한 연구 - 형법상 사기죄와 보조금 관리에 관한 법률 제40조를 중심으로 -”, 『법학논총』, 제41권 제1호(2017), 단국대학교, 429면)가 대립한다. 판례는 일반적으로 형법상 사기죄는 피기망자의 재산상의 손해를 그 요건으로 하지 않는다는 견해를 견지하고 있다(대법원 2009.1.15. 선고 2006도6687 판결: “사기죄는 타인을 기망하여 그로 인한 하자 있는 의사에 기하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득함으로써 성립되는 것으로, 사기죄의 본질은 기망에 의한 재물이나 재산상의 이익의 취득에 있고 상대방에게 현실적으로 재산상 손해가 발생함을 그 요건으로 하지 않는다”).

386) 이하에서 구체적으로 논의한다.

금의 편취가 있을 때 비로소 기수에 이르게 되는 침해범(견해에 따라서는 구체적 또는 추상적 위험범)이자 결과범으로 규정되어 있는데 이것은 형법상 사기죄 구성요건의 규정방식과 전혀 다르지 않기 때문에, 만약 보험사기죄 처벌규정의 신설의 목적이 형법상 사기죄에 의하여 포섭될 수 없는 영역(예컨대 보험사기목적 예비행위)을 규율하려는 데에 있었다면 그 목적은 동 구성요건의 규정방식에 의해서는 달성할 수 없으며³⁸⁷⁾ 오히려 기존의 형법상 사기죄의 처벌의 공백은 보험사기죄에 그대로 남아 있게 된다. 즉 보험사기죄이든 아니면 형법상 사기죄이든 미수범 처벌규정이 있다고 하더라도 앞서 언급한 행위들은 실행의 착수를 인정할 수가 없어서 가별성의 공백이 발생하게 된다.³⁸⁸⁾

셋째 보험사기와 관련하여 문제가 되는 것은 무엇보다도 실행의 착수에 이르지 아니한 보험금 편취목적 예비행위, 예컨대 사기보험계약의 체결, 신의칙에 근거한 고지의무의 위반 또는 보험사고의 고의적인 유발 및 위장 등의 행위를 적어도 형법상 사기죄의 미수범으로 처벌할 수 있는가³⁸⁹⁾와 이 행위에 대하여 형법상의 미수범이 아니라 독립적인 가별성을 부여할 수 있는가에 있다. 즉 「보험사기방지법」 제2조 제1호에 정한 “보험사기행위”를 보험사기의 범주에 포함시켜 보험사기죄를 파악할 필요가 있는가에 있다.

판례가 보조금 부정수급에 형법상 사기죄를 적용하면서 그 실행의 착수시기를 보조금의 청구 시라고 보고 있는 점을 고려하여³⁹⁰⁾ 보험금의 부정수급(편취)에 대하여 사기죄를 적용할 때에도 실행의 착수시기를 보험금의 청구 시로 본다면³⁹¹⁾ 앞서 언급

387) 마찬가지로 비판적인 견해로는 양기진, “보험사기방지 특별법의 개정방향: 보험사기 조사의 활성화 방안을 중심으로”, 『선진상사법률연구』, 제77호(2017.1.), 214면.

388) 이에 관한 상세한 것은 세 번째 문제 참조.

389) 보험사기의 유형에 따른 실행의 착수시기에 대한 상세한 것은 안경옥, “보험사기의 범죄적 특성과 형사처벌”, 『형사법연구』, 제15권 제2호(2003), 248면 이하. 임웅, 『형법각론』, 제7정판, 법문사, 2016, 414면 이하; 김슬기, “제정 “보험사기방지 특별법”에 대한 형사법적 검토”, 『연세법학』, 제27호(2016.6.), 73면 이하.

390) 대법원 1999.3.12. 선고 98도3443 판결; 대법원 2003.6.13. 선고 2003도1279 판결. 이재상·장영민·강동범, 『형법각론』, 제10판 보정판, 박영사, 2017, 352면.

391) 김일수·서보학, 『새로쓴 형법각론』, 제8판, 박영사, 2015, 350면 이하; 임웅, 『형법각론』, 제7정판, 법문사, 2016, 414면 이하; 김성돈, 『형법각론』, 제4판, 성균관대학교 출판부, 2016, 355면; 오병두, “『보험사기방지 특별법』에 대한 평가와 개선방향”, 『형사정책』, 제28권 제3호(2016.12.), 306면. 일본의 경우 山中敬一, 『刑法各論』, 第3版, 成文堂, 2015, 375頁; 大判昭7·6·15 刑集11·859(山中敬一, 앞의 책에서 재인용).

한 행위들은 경우에 따라서는 형법상 사기죄의 예비행위에 해당하여 미수범으로도 처벌할 수 없게 된다. 다만 판례는 “타인의 사망을 보험사고로 하는 생명보험계약을 체결함에 있어 제3자가 피보험자인 것처럼 가장하여 체결하는 등으로 그 유효요건이 갖추어지지 못한 경우에도, 그 보험계약 체결 당시에 이미 보험사고가 발생하였음에도 이를 숨겼다거나 보험사고의 구체적 발생 가능성을 예견할 만한 사정을 인식하고 있었던 경우 또는 고의로 보험사고를 일으키려는 의도를 가지고 보험계약을 체결한 경우와 같이 보험사고의 우연성과 같은 보험의 본질을 해칠 정도라고 볼 수 있는 특별한 사정”이 있는 경우에는 형법상 사기죄의 미수범이 성립할 수 있다고 보기 때문에³⁹²⁾ 이러한 판례의 입장에 따른다면 형법상 실행의 착수를 인정할 수 있는 여지가 없는 것은 아니다.

그러나 다른 한편으로 판례는 하자있는 보험계약의 체결과 관련하여 사기에 대한 미필적 고의도 인정되지 않는 경우에는 “기망행위의 실행의 착수로 인정할 수 없는 경우에 피보험자 본인임을 가장하는 등으로 보험계약을 체결한 행위는 단지 장차의 보험금 편취를 위한 예비행위에 지나지 않는다”고 판시하여 사기죄의 미수범을 부인한 바가 있으며,³⁹³⁾ “보험계약자가 상법상 고지의무를 위반하여 보험자와 생명보험계약을 체결한다고 하더라도 그 보험금은 보험계약의 체결만으로 지급되는 것이 아니라 우연한 사고가 발생하여야만 지급되는 것이므로, 상법상 고지의무를 위반하여 보험계약을 체결하였다는 사정만으로 보험계약자에게 미필적으로나마 보험금 편취를 위한 고의의 기망행위가 있었다고 단정하여서는 아니 되고, 더 나아가 보험사고가 이미 발생하였음에도 이를 묵비한 채 보험계약을 체결하거나 보험사고 발생의 개연성이 농후함을 인식하면서도 보험계약을 체결하는 경우 또는 보험사고를 임의로 조작하려는 의도를 갖고 보험계약을 체결하는 경우와 같이 그 행위가 ‘보험사고의 우연성과 같은 보험의 본질을 해할 정도에 이르러야 비로소 보험금 편취를 위한 고의의 기망행위를 인정할 수 있다고 할 것이다’³⁹⁴⁾라고 판시하고 있어서 결국 형법상 사기죄의 실행의 착수시기는 구체적인 사정에 따라 달라지게 되는데 이로 인하여 보험사기에

³⁹²⁾ 대법원 2013.11.14. 선고 2013도7494 판결.

³⁹³⁾ 대법원 2013.11.14. 선고 2013도7494 판결.

³⁹⁴⁾ 대법원 2012.11.15. 선고 2010도6910 판결; 대법원 2013.11.14. 선고 2013도7494 판결; 대법원 2017.4.26. 선고 2017도1405 판결.

대한 처벌의 안정성이 저해될 수도 있다.

넷째 따라서 만약 보험사기의 당벌성이 강하다면³⁹⁵⁾ 행위객체만 상이할 뿐 형법상 사기죄와 구성요건이 동일한 중복규정인 현행 보험사기방지법상 보험사기죄 규정보다는 오히려 형법상 사기죄로 포섭할 수 없는 실행의 착수 이전의 예비단계의 행위나 재산상의 이득의 편취목적 보험금의 청구행위에 대하여 재산상의 이득이나 손해의 발생과는 상관없이 독립적인 가벌성을 인정할 필요가 있다.

실제로 외국의 입법례를 살펴보더라도 보험금 편취 목적 기망행위(보험목적물의 손괴, 부당청구, 고지의무위반 등)의 처벌의 여부를 해석에 맡기기보다는 독립구성요건으로 규정하여 보험금의 편취가 있는 경우에는 가중처벌하거나 이를 형법상 사기죄로 처벌하는 규정방식을 취하는 경우를 쉽게 찾을 수 있다.

예컨대 미국의 경우 연방형법(*Chapter 18 USC*)에서는 보험사기죄를 독립적인 구성요건으로 규정하지는 않고 있으나 미국 보험사기방지협회(*Coalition Against Insurance Fraud*)³⁹⁶⁾가 1995년에 마련한 “보험사기방지법 표준안(*Model Insurance Fraud Act*)”³⁹⁷⁾을 주 형법의 입법기준으로 활용되고 있으며, 주 형법의 경우에는 43개 주가 보험사기를 중범죄(*felony*)로 규정하여 편취한 보험금의 가액에 따라 가중처벌하고 있다.³⁹⁸⁾, ³⁹⁹⁾ 또한 주에 따라서는 보험살인·중상해 등을 보험범죄로 구분하기도 한다(예컨대 뉴욕 주 「형법」 §176.45-176.70). 이와 관련하여 중국 「형법」 제198조(보험금사기, 保险诈骗罪) 제5항도 보험사기목적 살인을 보험범죄로 규정하고 있다.⁴⁰⁰⁾

이에 대하여 독일의 경우 단순사기죄로 포섭할 수 없는 보험사기의 예비 또는 미수단계의 행위를 규율하는데 그친다. 즉 독일 「형법」 제263조(사기) 제3항 제5호는 “사기죄의 특히

395) 「보험사기방지법」의 입법취지에 관해서는 오병두, “『보험사기방지 특별법』에 대한 평가와 개선방향”, 『형사정책』, 제28권 제3호(2016.12.), 313면 이하.

396) 홈페이지 <http://www.insurancefraud.org/index.htm>(검색일: 2017년 10월 14일).

397) <http://www.insurancefraud.org/downloads/Model%20fraud%20act.pdf>(검색일: 2017년 10월 14일).

398) 양기진, “보험사기방지 특별법의 개정방향: 보험사기 조사의 활성화 방안을 중심으로”, 『선진상사법률연구』, 제77호(2017.1.), 230면; 또한 <http://www.insurancefraud.org/statutes.htm>(검색일: 2017년 10월 11일) 참조.

399) 예컨대 미국 캘리포니아 주 「형법」은 “보험의 목적물과 보험자에 대한 범죄(*Chap. 10. Crimes Against Insured Property and Insurers*)”의 장(Article 548-551 *C.A. Penal Code*); 뉴욕 주 「형법」 제176조(보험사기, *Insurance Fraud*)(Article 176 S 176.00-176.70)과 제177조(건강보험사기, *Health Care Fraud*)(Article 176 S 177.00-177.30 *NY Penal Law*).

400) 甲斐克則·劉建利(翻譯), 『中華人民共和國刑法』, 2011, 132면 이하.

중한 경우(*Betrag in besonders schweren Fällen*)”로서 보험사고의 위장행위에 대한 가중처벌규정을 그리고 제265조는 “보험사고의 유발행위(*Versicherungsmißbrauch*)”⁴⁰¹⁾를 규정하고 있다. 그 밖에 오스트리아(제151조), 네덜란드(제327조),⁴⁰²⁾ 핀란드(제36장 제4조,⁴⁰³⁾ 보험사기 목적 방화를 규정),⁴⁰⁴⁾ 스웨덴(제9장 제11조),⁴⁰⁵⁾ 그리스(제388조),⁴⁰⁶⁾ 이탈리아(제642조 제1항),⁴⁰⁷⁾ 아르헨티나(제174조 제1호),⁴⁰⁸⁾ 포르투갈(제315조, 보험금의 편취를 구성요건으로 하고 있다),⁴⁰⁹⁾ 브라질(제171조)⁴¹⁰⁾ 「형법」이 유사한 규정방식을 따르고 있다고 한다.

또한 일반적인 보험사기는 형법상 사기죄로 규율하고 복지급여 등의 부정수급에 대해서만 규율하고 있는 입법례로서는 2015년 3월 20일에 신설된 스위스 「형법」 제148a조 “사회보험 또는 사회부조에 근거한 급여의 부정수급죄(*Unrechtmässiger Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe*)”⁴¹¹⁾와 영국 「1986년 사회보장법(*Social Security Act 1986*)」 제55조⁴¹²⁾를 들 수 있다.

이에 대하여 스페인 「형법」의 경우 보험사기 목적 자기물건에 대한 방화가 방화

401) “*Versicherungsmißbrauch*”를 직역하면 “보험의 남용”이 되지만 이해의 편의를 위하여 의역하였다.

402) LK-Tiedemann¹² Rn. 3 zu §265.

403) Cornils, Karin/Frände, Dan/Marikkala, Jussi(Übers.), *Das finnische Strafgesetzbuch: Rikoslaki, Strafflag nach dem Stand vom 1.10.2005*, Ducker & Humblot, Berlin, 2006, S. 296.

404) Cornils, Karin/Frände, Dan/Marikkala, Jussi(Übers.), *Das finnische Strafgesetzbuch: Rikoslaki, Strafflag nach dem Stand vom 1.10.2005*, Ducker & Humblot, Berlin, 2006, S. 296.

405) LK-Tiedemann¹² Rn. 3 zu §265.

406) LK-Tiedemann¹² Rn. 61 vor §§ 263; Rn. 3 zu §265.

407) LK-Tiedemann¹² Rn. 71 vor §§ 263; Rn. 3 zu §265.

408) Styma, Dirk(Übers.), *Das Strafgesetzbuch der argentinischen Nation / Código Penal de la Nación Argentina: Gesetz Nr. 11179 vom 29. Oktober 1921 nach dem Stand vom 1. Januar 2008*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, S. 136.

409) Fernandes, João Manuel(Übers.), *Das portugiesische Strafgesetzbuch/Código Penal Português: von 1982 in der geänderten und wiederveröffentlichten Fassung des Gesetzes 59/2007 vom 4. September 2010*, Duncker & Humblot, Berlin, 2010, S. 173.

410) LK-Tiedemann¹² Rn. 80 vor §§ 263; Rn. 3 zu §265.

411) 동 규정은 2015년 3월 20일 신설되어 2016년 10월 1일부터 시행되고 있다. AS 2016 2329; BBl 2013 5975.

412) 영국의 경우 보험사기죄는 「1968년 절도방지법(*Theft Act 1968*)」 제16-2(b)에 의하여 처벌되었으나 「2010년 사기방지법(*Fraud Act 2006*)」이 제정되어 「1968년 절도방지법」의 관련 규정들이 삭제된 이래로는 사기죄로 처벌된다. 이에 관한 것은 LK-Tiedemann¹² Rn. 3 zu §265; Rn. 90 vor §263.

죄에 규정되어 있을 뿐(제357조⁴¹³) 보험사기죄는 형법상 사기죄에 의하여 처벌된다.⁴¹⁴ 반면에 프랑스⁴¹⁵와 일본은 보험사기죄를 별도로 규정하지 않고 형법상 사기죄로 규율한다.

3. 정비방안

이상의 내용을 종합해 볼 때 보험사기방지법상 보험사기죄는 정비할 필요가 있다는 결론에 도달하게 된다.

그런데 이와 관련하여 보험사기방지법상 보험사기가 보험회사의 개인적 법익을 보호하는 것이라면 특정 경제영역의 회사의 이익을 보호하기 위한 보험사기죄는 다른 영역과의 관계에서 형평성을 일탈한 것일 뿐만 아니라 보험금 편취목적 기망행위는 다른 법률에 의하여 충분히 규율되고 있기 때문에 형벌의 보충성의 관점에서 보험사기죄를 별도로 규정할 필요가 없다는 견해도 있다.⁴¹⁶ 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 형법상 사기죄로 규율될 수 없는 가벌성의 흠결, 즉 형법상 사기죄의 예비 또는 미수에 해당하는 가벌적인 행위에 대한 규율의 흠결은 현행법상으로도 쉽게 보충될 수 없다. 그리고 보험금 편취목적 기망행위에 대한 형사처벌이 과연 보험회사의 개인적 법익인 재산권만을 보호하기 위한 것인가에 대해서는 의문이 제기된다. 왜냐하면 사기라는 범죄유형이 전통적으로 재산범죄로 인식되어 온 것은 사실이지만(개인적 법익을 보호하는 형법상 사기죄를 포함하여) 사기의 범죄유형은 경제영역 전반에 걸쳐 문제되어 사회적 법익을 보호하기 위한 수단으로서 그리고 경제범죄로서 기능하고 있는 것은 부인할 수 없으며,⁴¹⁷ 이러한 의미에서 많은 입법례가 경제범죄로서 보험사기죄를 규정하고 있기 때문이다. 따라서 독일 「형법」 제265조(보험사고의 유발

413) 스페인 형법전의 영문 번역본(2013년)은 <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>(검색일: 2017년 10월 16일).

414) LK-Tiedemann¹² Rn. 3 zu §265.

415) LK-Tiedemann¹² Rn. 3 zu §265.

416) 김선협, “현대법의 새로운 과제 ; 보험사기죄 신설에 관한 고찰”, 『홍익법학』, 제17권 제1호(2016), 98면 이하.

417) 각종 경제영역에서의 사기행위, 예컨대 편의시설부정이용(「형법」 제348조의2)은 교통편의시설 운영자의 개인적 법익을 보호하는 범죄라고 해석되지 않을 뿐만 아니라 복지급여 등의 부정수급, 전기통신금융사기 또는 각종 유사수신행위 등도 사기죄의 상상적 경합에 의하여 처벌된다.

(*Versicherungsnutzbrauch*)과 관련하여 학설의 다수의견이 동죄의 보호법익을 “보험경제의 사회적 기능(*soziale Leistungsfähigkeit der (Sach-) Versicherungswirtschaft*)” 또는 보험업질서의 건전성으로 보고⁴¹⁸⁾ 그 보호의 정도를 추상적 위험범⁴¹⁹⁾으로 해석하고 있는 것도 납득할 수 없는 것은 아니다.

이상의 내용을 바탕으로 그 정비방안을 생각해 보면 보험금 편취목적 기망행위, 예컨대 보험목적물의 손괴 또는 보험계약체결, 신의칙에 반하는 고지의무위반 또는 보험금의 부당청구 등의 행위는 「형법」이나 「보험사기방지법」의 해석에 맡길 것이 아니라 독립구성요건으로 규율할 필요가 있으며, 다만 보험금의 편취행위는 현행 「특경법」 제3조에 의하여 가액에 따라 가중처벌이 가능한 형법상 사기죄로 일원화하여 규율하는 방안을 생각할 수 있다.

그렇다면 보험금 편취목적 예비행위에 대한 처벌규정을 현행 「보험사기방지법」에 규정할 것인지 아니면 「형법전」에 규정할 것인지가 문제되는데 처벌규정은 형법전에 규정하고 보험사기방지를 위한 조치들에 관한 내용은 현행 「보험사기방지법」에서 규정하는 것이 범죄구성요건을 「형법전」으로 일원화한다는 관점에서 적절할 것으로 판단된다.

이상의 내용을 바탕으로 정비방안을 정리하면 다음과 같다.

418) LK-Tiedemann¹² Rn. 6 zu §265; NK-Hellmann³ Rn. 14 zu §265; MK-Woblers/ Mühlbauer² Rn. 2 zu §263; Graf/Jäger/Wittig/Sackreuther, Rn. 3 zu §265 StGB.

419) LK-Tiedemann¹² Rn. 7 zu §265; NK-Hellmann³ Rn. 16 zu §265; Graf/Jäger/ Wittig/Sackreuther, Rn. 4 zu §265 StGB.

〈표 6-2〉 보험사기죄 정비방안

현행법			시안	비고
「보험사기 방지법」	제8조(보험사기죄)	삭제		보험금의 편취행위는 형법상 사기죄(제347조)로 규율(형법상 사기죄가 보험사기죄로 기능하는 경우 1차적 법익: 재산권(보험회사의 재산·가험가입자의 보험금처구권), 제2차적 법익: 보험경제의 사회적 기능 또는 보험업질서의 건전성)
		신설	「형법」 제347조의3(보험금의 부당청구등) ① 보험계약의 보험계약자, 피보험자, 보험금을 취득할 자, 그 밖에 보험계약 또는 보험금 지급에 관하여 이해관계가 있는 사람(이하 "보험계약자등"이라 한다)이 보험자를 기망하여 보험금을 부당히 청구할 목적으로 고의로 보험목적물 손괴하거나 기타 방법으로 그 효용을 해한 때에는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.	형법상 손괴죄(제366조 제1항, 3년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금)보다 사기목적으로 인하여 형이 가중.
		신설	② 제1항의 목적으로 고의로 보험금의 지급에 영향을 미치는 중대한 사실을 고지하지 아니하거나 은닉하거나 또는 허위의 사실을 고지하여 보험계약을 체결한 때에는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.	보험금 편취목적으로 보험계약을 체결하는 행위는 사기의 미수에 해당하는 행위이기는 하지만 보험목적물을 손괴하는 행위보다 그 가벌성이 경하다는 점을 고려하여 법정형을 정함.
		신설	③ 제1항의 목적으로 보험사고의 발생, 원인 또는 내용에 관하여 고의로 허위의 사실을 고지하여 보험금을 청구한 때에는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.	보험금 청구행위는 형법상 사기죄(보험금 편취의 종료)의 미수에 해당하는 행위이기는 하지만 다른 법률이 각종 복지급여의 부정청구 자체를 형사처벌하는 경우가 많지 않으며 설령 처벌하는 경우에도 과태로 부과처분이나 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하고 있는 점을 고려하여 법정형을 정함.
제9조(상습범)	삭제	「형법」 제351조(상습범)	보험계약 중 신의칙에 따른 고지 의무의 위반행위를 형벌의 대상으로 하는 것은 과잉형벌이 될 우려가 있기 때문에 처벌대상에서 제외.	

212 주요 형사특별법의 법체계의 정비와 통합 방안에 관한 연구

현행법		시안	비고
제10조(미수범)	삭제	「형법」 제352조(미수범) 적용 배제	시안 제347조의3에 정한 행위들은 형법상 사기죄의 예비 또는 미수단계의 행위이기 때문에 이들 행위의 미수를 처벌하게 되면 예비·미수의 미수를 처벌하게 되어 과잉형벌이 될 우려가 있음.
제11조(보험사기죄의 가중처벌)	삭제	「특경법」 제3조(특정재산범죄의 가중처벌) 적용 배제	보험금의 편취에 이르지 아니한 행위이기 때문에 가액에 따라 가중처벌할 필요는 없음.

금융범죄 관련 형사특별법

금융범죄 관련 형사특별법

금융범죄관련 형사특별법들 중에서 여기에서는 「국내재산 도피 방지법」, 「부정수표단속법」 그리고 「전기통신금융사기 피해 방지 및 피해금 환급에 관한 특별법」의 정비방안에 관하여 다루고자 한다. 그 이유는 다른 금융범죄들은 개별 행정법에 별칙규정으로 되어 있는데 대하여 이들 세 법률들은 처벌규정과 형사소송절차가 주된 규정내용을 이루고 있어서 독립된 형사특별법이라고 말할 수 있기 때문이다.

제1절 「국내재산 도피 방지법」

1950년 4월 21일 제정된 「국내재산 도피방지법」⁴²⁰⁾ 제1조는 “국내재산 도피 금지”라는 표제 하에 “누구든지 국내에 있는 재산을 도피시킬 목적으로 외국 또는 군사분계선 이북의 지역으로 재산을 이동하거나 이동하는 결과를 생기게 하는 행위를 할 수 없다”고 규정하고 있다. 그리고 이를 위반한 경우에는 “10년 이하의 징역이나 금고 또는 100만원(圓) 이하의 벌금”에 처하도록 하고 있으며 이때 “해당 범죄행위의 목적물의 가격의 3배가 100만원(圓)을 초과할 때에는 벌금액은 해당 가격의 3배 이하로 한다”. 또한 국내재산도피에 대해서는 양벌규정이 적용된다(제4조). 다만 “1. 정부가 허가한 경우, 2. 정부의 필요에 따라 재산을 이동하거나 이동하는 결과를 생기게 하는 행위를 하는 경우” 그리고 “3. 여행 또는 일시 체재(滯在)에 필요한 일상수요품을 이동하는 경우”에는 도피재산에 해당하지 않는다(제3조(적용배제)). 또한 동죄에 대해서는 양벌규정이 규정되어 있다(제4조).

⁴²⁰⁾ 법률 제129호, 1950.4.21. 제정, 1950.4.21. 시행.

국내재산도피죄는 그 범문언상 특경법상 재산국외도피죄와 달리 도피대상이 되는 재산을 “대한민국 또는 대한민국국민의 재산”으로 한정하고 있지 않아서 외국 재산에도 적용되는가가 문제되지만 본래 동법의 입법취지가 국부의 해외유출방지라는 점 그리고 외국 또는 외국인의 재산을 국외로 이전하는 것에 대하여 허가를 요구할 수 없다는 점을 고려할 때(탈세와 범죄수익의 경우는 제외) 국내재산은 특경법상 재산국외도피죄와 마찬가지로 대한민국 또는 대한민국국민의 재산으로 제한적으로 해석하는 것이 타당하다.

그러나 동법이 제정된 시대적 배경이나 현재 외국과의 자본거래 등 거래실무 그리고 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제4조에 정한 재산국외도피죄(이하 “특경법상 재산국외도피죄”라 한다)와의 관계를 고려할 때 동법은 폐지하는 것이 적절하다고 판단된다. 그 이유는 다음과 같다.⁴²¹⁾

첫째 앞서 언급한 바와 같이 특경법상 재산국외도피죄(제4조)의 경우와 마찬가지로 동법의 보호법익을 ‘불법한 국내자산의 해외이전 또는 해외보유재산의 은닉 등의 행위로 인하여 발생할 수 있는 국가의 경제관리권(조세징수권, 사법의 기능(특히 범죄수익 추적) 등)’이라고 본다면 포괄적인 국가의 경제관리권 전체를 보호법익으로 하는 것은 보호법익이 지나치게 추상화될 위험이 있으며 오히려 조세징수권이나 사법의 기능이라는 구체적인(그러나 여전히 추상적이기는 하지만) 보호법익에 초점을 맞추는 것이 적절할 것이기 때문이다.

둘째 「국내재산 도피방지법」 제3조(적용배제)는 국내재산도피죄의 위법성조각 사유로서 “정부가 허가한 경우”(동조 제1호)를 들고 있으나 관련법령의 개폐와 경제·사회전반의 변화를 제대로 반영하지 못한 것은 아닌가라는 의문이 제기된다. 즉 동조 제1호는 1949년 5월 제정된 「대외무역거래 및 외국환취급규칙」(대통령령 제132호)과 1950년 4월 그 대체입법으로 제정된 「외국환관리규정」 및 「외국환매매규정」이 외환거래에 엄격한 인·허가제를 시행하고 그 후 1961년 12월 그 대체입법으로 제정된 「외환관리법」에서도 이러한 인·허가제에 변화가 없었다는 점에서 그 타당성이 인정될 수 있었다. 그러나 1999년 4월 「외국환거래법」의 시행과 동시에 외환거래가 자유화되어 신고제로 전환되고 2006년에 「외국환거래법」 부칙의 일몰조항(자

421) 제4장 제3절도 함께 참조.

본거래 허가제 적용시한)에 의하여 자본거래가 허가제에서 신고제로 전환되어 해외부동산 취득규제도 완화되면서⁴²²⁾ 재산의 국외이전에 대하여 (현재는 현실적으로 받는 것이 가능하지 않는) 정부의 허가를 요구하고 있는 「국내재산 도피방지법」 제3조 제1호가 여전히 그 타당성을 가질 수 있는지는 의문이다. 물론 정부의 허가는 법령에 따라 부여되는 것이라는 점에 착안한다면 이를 법령을 위반한 경우라고 해석할 수도 있으나 이제는 특경법상 재산국외도피죄의 행위유형 중에서 재산의 불법적인 해외이전행위와는 실질적으로 구별되지 않게 된다.

셋째 “국내재산 도피 방지법”은 특경법이 제정된 1983년 12월 31일 이후에도 적용된 사례가 있기는 하지만⁴²³⁾ 현재에는 적용된 사례를 찾아보기 쉽지 않다.

따라서 특경법상 재산국외도피죄와 같이 동법은 폐지하는 것이 적절하다고 판단된다.

〈표 7-1〉 「국내재산 도피 방지법」의 정비방안

현행법	시안	
국내재산 도피 방지법	폐지	「외환거래법」, 「대외무역법」, 「관세법」, 「조세법 처벌법」 그리고 「범죄수익은닉규제법」 등에 의하여 규율하는 것이 적절하다.

제2절 「부정수표단속법」

「부정수표 단속법」은 “1950년대부터 부정수표가 남발되는 현상이 나타나 수표의 공신력을 저해하고 있음에도 이에 대한 처벌법규가 없어 단속이 곤란할 뿐만 아니라 형법상 사기죄의 성립에 있어서도 그 구성요건인 기망의사를 입증하기 곤란한 문제점이 있어, 부정수표의 발행을 단속·처벌함으로써 유통증권인 수표의 기능을 보장하고

422) 외환거래에 관한 제도의 변천사에 대한 상세한 것은 한국은행, 『우리나라의 외환제도와 원환시장』, 2010.12., 7면 이하(<http://www.bok.or.kr/contents/total/ko/boardView.action?boardBean.brdid=86579&boardBean.menuid=514&boardBean.rnum=1&menuNaviId=514&boardBean.cPage=1&boardBean.categorycd=0&boardBean.sdt=&boardBean.cdt=&boardBean.searchColumn=title&boardBean.searchValue=%EC%9A%B0%EB%A6%AC%EB%82%98%EB%9D%BC%EC%9D%98+%EC%99%B8%ED%99%98%EC%A0%9C%EB%8F%84%EC%99%80+%EC%99%B8%ED%99%98%EC%8B%9C%EC%9E%A5>; 검색일: 2017년 9월 28일).

423) 대법원 1988.8.9. 선고 87도82 판결. 그 이전 판결로는 대법원 1957.5.31. 선고 4290형상59이 있다.

상거래의 안전을 도모하려는” 취지⁴²⁴⁾에서 1961년 7월 3일 제정되었다.⁴²⁵⁾, ⁴²⁶⁾

동법은 7개 조문으로 구성되어 있는데 제2조는 부정수표 및 부도수표 발행죄와 그 과실범을, 제3조는 법인이 발행인인 경우의 처벌규정을, 제4조는 거짓 신고자의 형사책임, 제5조는 수표의 위·변조죄를 규정하고 있다. 그리고 제6조는 형사소송법의 특례로서 재산형의 집행불능 등의 가능성이 있는 경우에 명하게 되는 가납판결을 필요적으로 내리도록 하는 한편 제7조는 금융기관의 고발의무를 규정하고 있다.

앞서 언급한 입법취지를 고려할 때 동법에 규정된 범죄구성요건의 보호법익은 “수표의 지급 확실성”과 “이에 대한 일반 공중의 신뢰”⁴²⁷⁾라고 볼 수 있으며, 이러한 의미에서 부정수표 및 부도수표 발행 및 작성죄 그리고 수표의 위조·변조죄는 추상적 위험범이며 행위객체와 관련해서는 결과범으로서⁴²⁸⁾ 형법상 통화 및 유가증권 위조·변조죄의 경우와 달리 해석할 특별한 사정은 없다.⁴²⁹⁾

1. 각 조문의 문제점

그런데 「부정수표 단속법」에 대해서는 당시의 입법취지가 설령 정당한 것이었다고 하더라도⁴³⁰⁾ 현행법의 규율방식이 과연 적절한 것인가에 대해서는 의문이 제기된다.⁴³¹⁾, ⁴³²⁾

424) 제165회 법제사법위원회회의록 제6호, 15면(<http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=012603>; 검색일: 2017년 10월 17일)(안성조, 앞의 글에서 재인용).

425) 법률 제645호, 1961.7.3., 제정, 1961.9.1. 시행.

426) 동법의 입법취지에 대한 상세한 분석에 관해서는 안성조, “부정수표단속법상 과실범 처벌의 정당성 -과실범 처벌규정의 입법취지를 중심으로-”, 『경찰법연구』, 제12권 제2호(2014), 111면 이하.

427) 헌법재판소 2011.7.28. 2009헌바267 결정; 안성조, “부정수표단속법상 과실범 처벌의 정당성 -과실범 처벌규정의 입법취지를 중심으로-”, 『경찰법연구』, 제12권 제2호(2014), 121면.

428) 김성돈, 『형법각론』, 제4판, 성균관대학교 출판부, 2016, 580, 592면; 임웅, 『형법각론』, 제7정판, 법문사, 2016, 661, 677면 이하; 오영근, 『형법각론』, 제3판, 박영사, 2014, 546면.

429) 그러나 달리 해석하는 것으로는 안성조, “부정수표단속법상 과실범 처벌의 정당성 -과실범 처벌규정의 입법취지를 중심으로-”, 『경찰법연구』, 제12권 제2호(2014), 122면.

430) 그러나 이에 대하여 비판적인 견해로는 장후영, “부정수표단속법에 관하여”, 『법조』, 제11권 제1호(1962), 8면 이하.

431) 그러나 부정수표단속법의 폐지에 대하여 비판적인 견해로는 안성조, “부정수표단속법상 과실범 처벌의 정당성 -과실범 처벌규정의 입법취지를 중심으로-”, 『경찰법연구』, 제12권 제2호(2014), 123면 이하; 김대근·안성조, 『부도수표의 형사처벌 현황과 개선방향』, 한국형사정책연

가. 부정수표발행인의 형사책임(제2조)

1) 부정수표 발행·작성죄(제2조 제1항)

첫째 동법 제2조 제1항은 부정수표 발행 및 작성죄를 정하면서 “가공인물의 명의로 발행한 수표”(제1호), “금융기관(우체국을 포함한다. 이하 같다)과의 수표계약 없이 발행하거나 금융기관으로부터 거래정지처분을 받은 후에 발행한 수표”(제2호) 또는 “금융기관에 등록된 것과 다른 서명 또는 기명날인으로 발행한 수표”(제3호)를 발행하거나 작성한 자는 5년 이하의 징역 또는 수표금액의 10배 이하의 벌금에 처하도록 하고 있는데 이들 행위유형들은 과연 형법상 유가증권위조·변조죄와 구별할 필요가 있는가라는 문제가 제기된다.

① 허무인의 명의로 유가증권을 발행 및 작성하는 행위(「부정수표 단속법」 제2조 제1항 제1호)도 형법상 유가증권위조죄(「형법」 제214조 제1항)에 해당한다면⁴³³⁾ 가설인(假設人) 명의의 수표를 발행 및 작성하는 행위는 객관적 구성요건과 관련해서는 「형법」 제214조에 정한 유가증권위조죄와 구별되지 않는다. 이것은 권한 없는 사람에게 의한 수표의 발행을 정한 「부정수표 단속법」 제2항과 제3항의 경우에도 크게 다르지 않다.

② 다만 부정수표 발행·작성죄의 경우 형법상 유가증권위조죄와는 달리 범죄성립에 “행사할 목적”을 요구하지 않는다는 점에서 구별되는데 이것은 “수표의 강한 유통성과 거래수단으로서의 중요성을 감안하여 유가증권 중 수표의 위·변조행위에 관하여는 범죄성립요건을 완화하여 초주관적 구성요건인 ‘행사할 목적’을 요구하지 아니하는 한편, 「형법」 제214조 제1항 위반에 해당하는 다른 유가증권위조·변조행위보다

구원, 2011, 147면 이하.

432) 부정수표 및 부도수표에 관한 부정수표단속법과 관련하여 어음에 관한 규율이 없다는 비판도 있으나(김대근·안성조, 『부도수표의 형사처벌 현황과 개선방향』, 한국형사정책연구원, 2011, 157면 이하) 어음과 관련해서는 「특경법」 제11조(무인가 단기금융업의 가중처벌)가 적용될 수 있을 것이다.

433) 대법원 1971.7.27. 선고 71도905 판결: “허무인 명의의 유가증권이라 할지라도 적어도 그것이 행사할 목적으로 작성되었고 외형상 일반인으로 하여금 진정하게 작성된 유가증권이라고 오신케 할 수 있을 정도라면 그 위조죄가 성립된다고 해석함이 상당하다”; 대법원 1979.9.25. 선고 79도1980 판결; 정영일, “유가증권에 관한 죄의 판례연구”, 『형사판례연구 4』, 박영사, 1999, 156면; 신동운, 『형법각론』, 법문사, 2017, 361면. 이 판결은 약속어음에 관한 판결이지만 마찬가지로 유가증권인 수표에도 그대로 적용될 것이다.

그 형을 가중하여 처벌하려는 취지”⁴³⁴)라고 한다.

그러나 행사할 목적도 요구하지 않는 부정수표 발행·작성죄가 - 그 보호법익인 “수표의 지급 확실성”과 “이에 대한 일반 공중의 신뢰” 그리고 “거래의 안정”의 침해나 위태화를 고려할 때 - 보호법익의 침해 또는 위태화로부터 가벌성의 단계를 지나치게 앞당기고 있는 것은 아닌가라는 의문이 제기되며 현행법상 부정수표 발행·작성죄는 자칫 “수표의 형식적 완전성”을 그 보호법익으로 하고 있는 것과 같은 피상을 갖는다.

물론 부정수표 발행·작성죄와 같이 “행사할 목적”을 요구하지 않는 경우가 전혀 없는 것은 아니다. 즉 「전자금융거래법」 제49조 제2항 제1호는 “접근매체를 위조하거나 변조한 자”에 대하여 7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 동조 제3항은 “전자화폐는 「형법」 제214조 내지 제217조에 정한 죄의 유가증권으로 보아 각 그 죄에 정한 형으로 처벌한다”고 규정하여 통화 위·변조죄와 같이 행사할 목적과 유통할 목적을 요구하고 있지 않을 뿐만 아니라 유가증권 위·변조죄와 같이 행사할 목적을 요구하지도 않는다. 그러나 전자금융거래법상 접근매체 또는 전자화폐의 위·변조는 거래의 안정을 보호법익으로 하는 동시에 그 접근매체 또는 전자화폐 자체의 완전성도 그 보호법익으로 하여 전자정보의 위·변조의 의미도 함께 내포하고 있다는 점에 주의할 필요가 있다. 그것은 접근매체와 전자화폐의 개념을 고려할 때 명확해 진다. 즉 동법 제2조 제10호에 따르면 접근매체란 “전자금융거래에 있어서 거래지시를 하거나 이용자 및 거래내용의 진실성과 정확성을 확보하기 위하여 사용되는 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 수단 또는 정보를 말한다”고 규정하면서 “가. 전자식 카드 및 이에 준하는 전자적 정보, 나. 「전자서명법」 제2조제4호의 전자서명 생성정보 및 같은 조제7호의 인증서, 다. 금융회사 또는 전자금융업자에 등록된 이용자 번호, 라. 이용자의 생체정보, 마. 가목 또는 나목의 수단이나 정보를 사용하는데 필요한 비밀번호”를 열거하고 있다. 또한 동조 제15호는 전자화폐란 “이전 가능한 금전적 가치가 전자적 방법으로 저장되어 발행된 증표 또는 그 증표에 관한 정보로서 다음 각 목의 요건을 모두 갖춘 것을 말한다”고 규정하면서 “가. 대통령령이 정하는 기준 이상의 지역 및 가맹점에서 이용될 것, 나. 제14호 가목의 요건을 충족할 것, 다. 구입할 수 있는 재화 또는 용역의 범위가 5개 이상으로서 대통령령이 정하는 업종 수 이상일

434) 대법원 2008.2.14. 선고 2007도10100 판결.

것, 라. 현금 또는 예금과 동일한 가치로 교환되어 발행될 것, 마. 발행자에 의하여 현금 또는 예금으로 교환이 보장될 것”을 열거하고 있다. 즉 이 정의규정에 따르면 접근매체나 전자화폐의 위·변조의 경우 여기에는 전자정보의 위·변조의 의미까지도 포함하고 있는 것이다.

그러나 그렇다고 하여 반대로 “발행·작성”이 은행에 대한 지급제시와 제3자에 대한 유통을 의미하는 것이라고 해석하게 되면 이제는 형법상 위·변조된 유가증권 행사죄와 구별되지 않게 된다.

2) 부도수표 발행·작성죄(제2항)

제2조 제2항은 “수표를 발행하거나 작성한 자가 수표를 발행한 후에 예금부족, 거래 정지처분이나 수표계약의 해제 또는 해지로 인하여 제시기일에 지급되지 아니하게 한 경우에도 제1항과 같다”고 규정하고 있다.

(1) 부도수표 발행·작성죄의 착수시기

그런데 동죄의 기수시기와 관련하여 판례는 동죄는 “예금부족 등으로 인하여 제시기일에 지급되지 아니할 것이라는 결과발생을 예견하고 발행인이 수표를 발행할 때에 성립”⁴³⁵⁾한다고 밝히고 있는데 과연 이러한 해석이 타당한 것인지 명문의 법문언어에 반한 해석이 아닌지 의문이 제기된다.⁴³⁶⁾ 왜냐하면 제2조 제2항의 법문언어 동죄는 “제시기일에 지급되지 아니하게 한 경우”에 성립하고, (결과적으로 부도수표가 되는)

⁴³⁵⁾ 대법원 2010.9.30. 선고 2010도6490 판결. 또한 “그 예견은 미필적이라 하더라도 영향이 없으며, 기타 지급제시를 하지 않는다는 특약이나 수표를 발행하게 된 경위 또는 지급하지 못하게 된 경위 등에 대대적 사유가 있다는 사정만으로 부정수표발행의 죄책을 면할 수 없고, 다만 발행인이 그와 같은 결과발생을 예견하지 아니하였거나 특별한 사정이 있어 수표가 지급제시되지 않으리라고 믿고 있었고 그와 같은 믿음이 정당한 것으로 수금되는 예외적인 경우에 부정수표발행의 죄책을 면할 수 있을 뿐이다”고 밝히고 있다. 그 밖에 대법원 1969.4.29. 선고 69도271 판결; 대법원 1992.9.22. 선고 92도1207 판결; 대법원 2007.3.30. 선고 2007도523 판결. 대법원 2003.9.26. 선고 2003도3394 판결: “부정수표단속법 제2조 제2항 위반의 범죄는 예금부족으로 인하여 제시일에 지급되지 아니할 것이라는 결과 발생을 예견하고 발행인이 수표를 발행한 때에 바로 성립하는 것이고 수표소지인이 발행일자를 보충기재하여 제시하고 그 제시일에 수표금의 지급이 거절될 때에 범죄가 성립하는 것은 아니다”.

⁴³⁶⁾ 같은 견해로는 헌법재판소 2011.7.28. 2009헌바267 결정 재판관 김종대, 재판관 목영준의 반대의견: “이 사건 법률조항은, “수표를 발행하거나 작성한 자가 수표를 발행한 후에 예금부족·거래 정지처분이나 수표계약의 해제 또는 해지로 인하여 제시기일에 지급되지 아니하게 한 때”를 처벌하고 있는데, 위 법률조항의 문언 자체만으로는 범죄를 구성하는 행위가 ‘수표를 작성하거나 발행하는 행위’인지 아니면 ‘제시기일에 지급되지 아니하게 한 행위’인지 여부, 범죄가 언제 성립하는지, 고의의 내용은 무엇이고 언제 존재하여야 하는 것인지 매우 모호하다”.

수표를 발행·작성할 때에 실행의 착수가 있다고 보아야 하기 때문이다. 만약 판례가 의미하는 부도수표 발행·작성죄가 되려면 “~ 지급기일에 지급되지 아니하게 할 목적으로 수표를 발행하거나 작성한 자는 ~”이라고 규정했어야 한다. 즉 동 규정의 실행의 착수시기는 “법문언상” 지급기일에 지급되지 아니하게 할 고의를 가지고 수표를 발행·작성한 때이며 실제로 지급기일에 지급되지 아니한 때에 기수가 된다. 만약 제2조 제2항의 기수시기를 판례와 같이 이해하게 되면 수표의 발행·작성 시에 제시기일에 지급되지 않을 것이라고 예측했으나 제시기일에 실제로 지급이 이루어진 경우에도 수표의 발행·작성자는 부도수표 발행·작성죄의 기수의 죄책을 저야 하는데 이것은 심정형벌이 될 우려가 있다.

그런데 반대로 판례의 해석과는 달리 “수표가 지급기일에 지급되지 아니하게 할 목적으로 수표를 발행하거나 작성하는 행위”를 처벌하는 규정이라고 해석하더라도 문제는 해소되지 않는다. 왜냐하면 여기에서 “발행·작성”이 행위자 스스로의 은행에 대한 지급제시나 제3자에 대한 유통을 의미하는 것(유가증권 위조죄에서의 “행사할 목적”에서의 “행사”⁴³⁷⁾이 아니라면 제1항 제1호부터 제2호의 목적을 가지고 있다고 하더라도 실제로 부정수표를 은행에 지급제시하거나 제3자에게 유통시킬 목적이 없다면 제1호부터 제3호에 해당하는 부정수표를 발행·작성하는 행위가 수표의 지급 확실성이나 이에 대한 일반 국민의 신뢰를 침해하거나 침해의 위험을 발생시킬 수 없기 때문이다.

이러한 점에서 제2조 제2항은 정상적으로 유효하게 신용카드를 발급받았으나 대금 결제의 의사나 능력이 없으면서 물품을 구입하는 신용카드의 부정사용⁴³⁸⁾, ⁴³⁹⁾과 그 행위유형이 유사하다고 볼 수 있으나⁴⁴⁰⁾ 부정수표 발행·작성죄와는 해당 부정수표를

437) 이처럼 발행·작성행위가 은행에의 지급제시나 제3자에의 유통을 전제하지 않는다고 해석할 수밖에 없는 이유는 부정수표 단속법 제2조 제1항과 제5조가 형법상 유가증권 위·변조죄에 대하여 가중구성요건인 논거들 중의 하나가 바로 전자에서 요구하고 있는 “행사할 목적”을 후자가 요구하지 않는다는 것이기 때문이다.

438) 물론 구체적인 이론구성에는 차이가 있다. 이에 관한 상세한 것은 김성돈, 『형법각론』, 제4판, 성균관대학교 출판부, 2016, 365면 이하; 신동운, 『형법각론』, 법문사, 2017, 889면 이하.

439) 실제로 스페인 「형법」 제248조(사기죄) 제2항 c)는 신용카드 및 체크카드 그리고 여행자수표의 부정사용을 일괄적으로 규정하면서 형법상 사기죄로 처벌하고 있다(LK-Tiedemann¹² Rn. 75 vor §§ 263.).

440) 따라서 엄격한 의미에서는 수표의 부정발행·작성죄라고 하는 것이 적절하지만 여기에서는 편의상 “부도수표 발행·작성죄”라고 한다.

행사할 것(신용카드 부정사용에서는 물품의 구입)을 요구하지 않는다는 점에서 차이가 있다.

(2) 부도수표 발행·작성죄의 불법성과 행위유형

그렇다면 여기에서 제2조 제2항에 정한 부도수표 발행·작성죄의 불법성이 어디에 있는가라는 문제가 제기된다.

부정수표 발행·작성죄는 그 법문언상 수표의 지급가능성에 대한 가장 또는 기망행위를 요구하고 있지 않기 때문에 그 불법성을 배임(은행에 대한) 또는 기망행위를 통한 경제적 이익의 취득이나 타인에 대한 경제적 손해의 발생 또는 위험발생에서 찾을 수 없다. 그렇게 되면 동죄의 불법성은 기껏해야 과실로라도 수표가 부도났다는 사실에서 찾을 수밖에 없게 되는데 후술하는 바와 같이 부도가 제3자의 우연적인 행위(거래정치처분이나 수표계약의 해제 또는 해지 등)에 의해서도 범죄가 된다는 것은 지나친 가벌성의 확장일 뿐만 아니라 결과적으로 결과책임의 혐의를 벗어나기 힘들다.

그렇다고 하여 판례의 해석을 따르면 더욱 해소하기 어려운 문제가 발생한다. 즉 앞서 언급한 바와 같이 판례에 따라 동죄가 “예금부족 등으로 인하여 제시기일에 지급되지 아니할 것이라는 결과발생을 예견하고 발행인이 수표를 발행할 때에 성립”⁴⁴¹⁾한다고 해석하면 (그리고 이때 부도수표의 “발행·작성행위” 자체가 은행에의 지급제시나 제3자에의 유통도 그리고 (따라서) 부도수표로 인하여 타인에게 경제적 손해가 발생하거나 또는 손해의 구체적인 위험을 발생시킬 것도 전제하지 않는 개념 이라면) 부도수표 발행·작성죄는 사후에 지급불능이 될 가능성(그러나 은행에의 지급제시나 제3자에의 유통가능성이 전혀 없는 경우에는 현실화될 개연성이 전혀 없는 가능성)을 예측하고 정상적인 수표를 발행·작성한 행위를 범죄로 규정한 것이 된다. 이렇게 되면 부도수표 발행·작성죄는 마찬가지로 결과책임을 규정한 것이나 다름이 없게 된다.

그런데 부도수표와 관련한 범죄유형을 (현행법과 별도로) 자세히 살펴보면 현행법의 법문언이나 판례의 견해와는 다른 범죄유형을 생각할 수 있다. 즉 「수표법」

441) 대법원 2010.9.30. 선고 2010도6490 판결.

제3조는 “수표는 제시한 때에 발행인이 처분할 수 있는 자금이 있는 은행을 지급인으로 하고, 발행인이 그 자금을 수표에 의하여 처분할 수 있는 명시적 또는 묵시적 계약에 따라서만 발행할 수 있으며”, 다만 “이 규정을 위반하는 경우에도 수표로서의 효력에 영향을 미치지 아니한다”고 규정한다. 그런데 수표계약을 판례와 같이 “수표발행인이 은행을 지급인으로 하는 것은 발행인과 은행과의 사이에 당좌예금계약에 따라 예금자의 예금이 있는 한도 또는 대월계약을 하였을 때에는 그 대월의 한도에 있어서 은행은 예금자를 위하여 수표의 지급보증을 하고 또는 그 지급을 할 것을 약정하는 것으로서 당사자 간에 있어서만이 효력을 발생함을 원칙으로 하는”⁴⁴²⁾ 것이라고 본다면 수표발행자는 동 계약에 따라 은행에 의하여 지급보증된 한도 내에서만 수표를 발행할 수 있다(권한의 위임과 유사한 형태). 따라서 이러한 권한위임의 범위를 벗어나 수표를 발행함으로써 제시기일에 지급이 이루어지도록 하여 은행에 손해를 발생시켰다면 수표발행·작성자와 지급은행 간에는 배임에 유사한 행위유형이 문제된다.

그리고 수표발행·작성자와 지급불능 수표의 소지인과의 관계에서는 수표발행·작성자가 지급제시일에 수표가 지급되지 않을 것을 인식하고 해당 수표를 발행·작성한 것이기 때문에 형법상 사기와 유사한 행위유형이 된다(*Scheckbetrug*). 또한 만약 수표소지인(동시에 수표발행·작성자가 될 수도 있다)이 제시기일에 지급불능 수표를 제시하여 은행으로부터 자금을 지급받았다면 사기죄가 성립하게 될 것이다(*Scheckreiterei*).⁴⁴³⁾

부도수표 발행·작성행위의 불법성을 이렇게 이해한다면 부도수표 발행·작성행위를 형사처벌하는 입법례들이 수표의 정상적인 지급가능성에 대한 가장 또는 기망행위 혹은 배임적 요소를 그 구성요건으로 규정하고 있는 이유를 쉽게 이해할 수 있게 된다.

예컨대 부정수표 발행죄를 별도로 규정하지 않는 독일,⁴⁴⁴⁾ 스위스, 오스트리아, 프랑스 그리고 일본은 고의적인 부도수표 발행행위를 형법상 사기죄(*Scheckbetrug*, *Scheckreiterei*)로 처벌한다.⁴⁴⁵⁾ 그 밖에 브라질 「형법」은 부정수표 발행·작성죄(브라질 형법 제171

442) 대법원 1970.11.24. 선고 70다2046 판결.

443) LK-Tiedemann¹² Rn. 42, 45 zu §263.

444) Tiedemann *Wirtschaftsstrafrecht* BT Rn. 341 ff.; LK-Tiedemann¹² Rn. 42, 45 zu §263; Achenbach, Hans/Ramsieck, Andreas/Rönnau, Thomas, *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 4. Auflage, C.F. Müller, 2015, Teil 5. Kapitel 1 Betrug Rn. 278 ff.

445) 이들 입법례에서는 형법상 사기죄에 과실범 처벌규정을 두고 있지 않으며 이것은 우리나라의

조(수표사기, 보험사기))를 별도로 규정하면서 이를 사기죄의 일종으로 규정하고 있으며,⁴⁴⁶⁾ 스페인 「형법」 제248조(사기죄) 제2항 c)(2010년 신설⁴⁴⁷⁾)에서 신용카드 및 체크카드와 함께 여행자수표의 부정사용을 형법상 사기죄로 처벌하고 있다.⁴⁴⁸⁾ 그리고 미국 「연방형법(Federal Code)」은 부정수표 발행죄를 별도로 규정하고 있지 않으나 일반적으로 연방은행에 대한 사기죄로 처벌하고 있는데 대하여(18 USCS §§1344, 656, 1005),⁴⁴⁹⁾ 주 형법에서는 부도수표 발행죄를 별도로 규정하고 있는 경우에도⁴⁵⁰⁾ 이를 사기죄의 한 유형으로 규정하는 경우가 많다. 예컨대 뉴욕 주⁴⁵¹⁾와 텍사스 주⁴⁵²⁾ 형법은 부도수표 발행·작성죄를 사기죄의 장에 규정하고 있으며 사기죄의 장에 규정하지 않는 경우에도(예컨대 캘리포니아 주(“위조와 변조”의 절⁴⁵³⁾) 그리고 워싱턴 주(“절도와 강도”의 절⁴⁵⁴⁾) 구성요건으로 “타인을 기망할 고의(with the intent to defraud)”를 요구한다.

다만 미국 “모범형법전(Model Penal Code)” “제224장 (기망목적) 위조와 사기행위(Forgery and Fraudulent Practices)”에 정한 부도수표 발행·작성죄(§224.5 Bad Checks)⁴⁵⁵⁾는 그 외관으로 보면 흡사 우리나라 부도수표 발행·작성죄와 유사한 형식을 가지고 있으며 사기적

경우도 마찬가지이다.

446) LK-Tiedemann¹² Rn. 80 vor §§ 263

447) LK-Tiedemann¹² Rn. 75 vor §§ 263.

448) 스페인 「형법」의 영어 번역본(2013)은 www.legislationline.org/documents/id/18769(검색일: 2017년 10월 23일).

449) 18 USCS §1344(은행 사기, Bank fraud), 656(은행 임직원에 의한 절도, 횡령 또는 권한남용, Theft, embezzlement, or misapplication by bank officer or employee), 1005(은행 부기(簿記), 보고, 거래, Bank entries, reports and transactions).

450) 49개 주에서 부정수표 발행죄를 형사처벌하고 있다고 한다(<http://www.ckfraud.org/penalties.html>; 2017년 10월 22일).

451) NY Penal Law “Other Fraud” Article 190(Issuing a bad checks) Section 190.00-190.15. 또한 뉴욕 주의 입법례에 관한 것은 윤성승, “부도수표에 대한 법적 규제 검토 - 부정수표단속법을 중심으로 -”, 『경찰법연구』, 제6권 제2호(2008), 288면 이하 참조.

452) Texas Penal Code “Chapter 32. Fraud” “Subchapter D. Other Deceptive Practices” Sec. 32.41(Issuance Of Bad Check Or Similar Sight Order).

453) CA Penal Code Title 13. of Crimes against property, Chapter 4. of Forgery and Counterfeiting, Section 476, 476a. 또한 캘리포니아 주의 입법례에 관한 것은 윤성승, 앞의 글, 290면 참조.

454) RCW Title 9A, 9A.56 Theft And Robbery 9A.56.050 Unlawful issuance of checks or drafts.

455) American Law Institute, Model Penal Code and Commentaries, Part II: § 220.1-230.5, American Institute, 1980, p. 314.

인 요소가 없는 것처럼 보인다. 즉 그 제1문은 “지급인에 의하여 지급되지 않을 것(*will not be honored*)을 알면서 수표 또는 기타 일람출급 금전지급 위탁증서⁴⁵⁶⁾를 발행하고 유통시킨(*issues and passes*) 자는 경죄의 죄책을 진다”고 규정하고, 제2문에서는 고의의 추정규정을 두면서 “수표 또는 증서를 발행할 당시 발행자가 지급인에게 예금계좌를 두고 있지 않았을 때”(제1호) 또는 “발행 후 30일 내 지급제시되었으나 발행인의 예금 부족으로 지급인이 지급을 거절하고 그리고 이 지급거절의 통지를 받은 후 10일 내에 발행인이 이를 지급하지 못할 때”(제2호)에는 발행인이 수표 또는 증서의 발행 당시에 “수표 또는 금전지급 위탁증서(선일자(*post-dated*) 수표 또는 금전지급 위탁증서는 제외한다)가 지급되지 않을 것이라는 사실을 알고 있었던 것으로 추정한다”⁴⁵⁷⁾고 규정하고 있는데 이 고의의 추정규정은 부도수표를 수단으로 한 모든 절도(*Theft*)⁴⁵⁸⁾에도 적용된다(제224.5조 제2문). 그런데 우리나라의 사기죄에 해당하는 미국 모범형법전 제223.3조에 정한 “기망에 의한 절도(*Theft by Deception*)”가 범죄성립에 재산상의 손해를 요구하고 부도수표의 발행·작성과 관련해서는 고의를 입증하는 것이 곤란하다는 이유 때문에 부도수표 발행·작성죄를 별도로 규정하고 고의의 추정규정을 두게 된 것이라는 점⁴⁵⁹⁾을 고려할 때 미국 모범형법전도 애초부터 부도수표 발행·작성죄를 사기의 한 유형으로 구상했던 것이라는 점을 추측할 수 있다.

동 규정은 우리나라 판례⁴⁶⁰⁾가 이해하는 부도수표 발행·작성죄와 그리고 「부정수표 단속법」 제4항이 “수표를 발행하거나 작성한 자가 그 수표를 회수한 경우 또는 회수하지 못하였더라도 수표 소지인의 명시적 의사에 반하는 경우 공소를 제기할 수 없다”고 규정하고 있는 것과 유사하기는 하지만 우리나라 판례가 부도수표가 “행사”될 것까지 요구하지 않는다는 점⁴⁶¹⁾에서 그리고 「부정수표 단속법」 제2조 제4항

456) “*sight order for the payment of money*”.

457) 미국 모범형법전 제224.5조의 번역은 김대근·안성조, 『부도수표의 형사처벌 현황과 개선방향』, 한국형사정책연구원, 2011, 39면에 있는 것을 참고하여 수정·보완하였다.

458) 미국 「모범형법전」에서 “*Theft*”는 우리나라의 사기죄도 포함하는 넓은 개념으로 사용되고 있다. 예컨대 제223.3조에 규정된 “기망에 의한 절도(*Theft by deception*)”.

459) 이에 대한 상세한 설명은 *American Law Institute, Model Penal Code and Commentaries, Part II: § 220.1-230.5*, American Institute, 1980, “*Comment*”, pp. 315.

460) 대법원 2010.9.30. 선고 2010도6490 판결.

461) “발행·작성”은 행사로 보지 않는 것 같다. 만약 행사로 보는 경우 제2조 제1항은 유가증권 위변조죄와 그 실질에서 차이가 없어진다는 점은 앞서 이미 언급하였다.

에 정한 반의사불벌죄는 미국 모범형법전 제224.5 제2문 제2호에서는 고의의 추정규정(동시에 고의의 탈락)으로 규정되어 있다는 점에서 구별된다. 또한 미국 모범형법전 제224.5조 제2문 제1호는 예금계좌를 가지고 있지 않았을 때 수표가 지급되지 않을 것이라는 사실을 인식하고 있었던 것으로 추정되는데 대하여 「부정수표 단속법」 제2조 제1항 제2호(“수표계약 없이 발행하거나 금융기관으로부터 거래정지처분을 받은”)와 제2항(“거래정지처분이나 수표계약의 해제 또는 해지”)에서는 판례에 따르면 이 사실로 인한 지급불능이라는 결과발생에 대한 예측이 필요하지만,⁴⁶²⁾ 그러나 법문 언상으로는 행위자에게 그러한 사실에 대한 인식을 요구하지 않고 그러한 사실이 발생하면 죄책을 면할 수 없는 것처럼 규정하고 있다(여기에서도 판례의 해석과 법문 언 간의 괴리가 발생한다).

(나) 제3자의 행위에 의한 가벌성 결정의 문제

「부정수표 단속법」 제2조 제2항에 정한 부도수표 발행·작성죄는 “예금부족, 거래정지처분이나 수표계약의 해제 또는 해지로 인하여 제시기일에 지급되지 아니하게 한 경우”에 그리고 판례에 의하면 “예금부족 등으로 인하여 제시기일에 지급되지 아니할 것이라는 결과발생을 예견하고 발행인이 수표를 발행할 때” 성립하게 된다. 그런데 특히 거래정지처분이나 수표계약의 해제 또는 해지는 은행에 의하여 취해지는 경제적 행위이자 중립적인 직업수행행위인데 부도수표 발행·작성죄의 행위주체의 가벌성이 행위 자체에 내재하는 불법성이 아니라 제3자의 우연적인 그리고 범죄와는 중립적인 경제적·직업수행행위에 의하여 규정지어지는 것(*Dritt-Zuschreibung*)이 과연 타당한가는 의문이다(이것은 제2조 제1항 제2호의 경우에도 동일하게 적용된다).

3) 과실범의 처벌문제

물론 어떤 고의범에 대하여 과실범 처벌규정을 둘 것인가의 여부는 입법재량에 속하는 문제⁴⁶³⁾이기는 하지만 과연 「부정수표 단속법」 제2조 제3항이 부정수표 및 부도수표 발행·작성죄의 과실범을 처벌하는 것이 타당한지는 의문이다.

첫째 제2조 제1항에 정한 부정수표 발행·작성죄의 과실범은 행위자가 자신이 발행·

⁴⁶²⁾ 대법원 2010.9.30. 선고 2010도6490 판결.

⁴⁶³⁾ 이에 대하여 긍정적인 견해로는 안성조, “부정수표단속법상 과실범 처벌의 정당성 -과실범 처벌규정의 입법취지를 중심으로”, 『경찰법연구』, 제12권 제2호(2014), 119면 이하.

작성한 수표가 동항 제1호부터 제3호까지에 정한 수표에 해당한다는 사실을 정상의 주의를 태만함으로써 인식하지 못했거나 인식했더라도 제1호부터 제3호에 정한 부정 수표에 해당하지 않을 것이라고 믿은 경우에 성립한다. 그런데 제1호와 제3호의 경우 예컨대 부주의로 발생한 오탈자를 인식하지 못했다는 이유만으로 이 행위를 “범죄”로 규정할 것인지는 의문이다. 또한 제2항의 경우 수표계약이 이미 체결되어 있다고 확정적으로 믿었거나 혹은 그 동안의 금융거래에 비추어 보아 금융기관으로부터 거래정지 처분을 받을 만한 이유가 전혀 없다고 확신한 경우 수표를 발행·작성할 때마다 금융기관에 수표계약이 체결되었는지 그리고 거래정지처분을 받았는지의 여부를 확인하지 않았다는 주의의무 위반으로 “범죄”로 규정되어야 하는지도 의문이다.⁴⁶⁴⁾

둘째 제2조 제2항에 정한 부도수표 발행·작성죄의 과실범은 행위자가 해당 수표가 지급되지 못하게 되는 원인사실(즉 예금부족, 거래정지처분이나 수표계약의 해제 또는 해지)이 존재한다는 사실과 이로 인하여 결과가 발생된다는 사실을 정상의 주의를 태만함으로써 인식하지 못했거나 또는 인식했더라도 결과가 발생될 것이라고 믿지 않은 경우에 성립하게 된다.⁴⁶⁵⁾ 그러나 판례와 같이 기수시기를 수표의 발행·작성 시로 보게 되면 설령 수표의 발행·작성 후 지급제시 전에 예금이 부족하다는 사실을 알고 충분한 자금을 입금시키거나 거래정지처분을 해제하거나 혹은 수표계약을 다시 체결하여 수표가 지급되도록 하더라도 고의범은 물론 과실범의 기수범의 죄책을 면할 수 없는 불합리한 결과가 발생한다.

그렇다고 하여 법문언에 따라 수표가 지급되지 아니한 경우에 비로소 기수가 된다고 해석하더라도 문제는 해소되지 않는다. 왜냐하면 고의범의 경우와 같이 수표의 지급불능의 원인사실의 발생이라는 우연적인 사건에 의하여 과실범의 성립여부가 결정되기 때문이다.

셋째 부도수표 발행·작성죄의 과실범은 과실에 의한 개인의 채무이행 불능을 처벌하는 (아마도) 유일한 형벌규정일 것으로 판단된다.

464) 마찬가지로 과실범 처벌에 대하여 비판적인 견해로는 윤성승, “부도수표에 대한 법적 규제 검토 - 부정수표단속법을 중심으로 -”, 『경찰법연구』, 제6권 제2호(2008), 295면 이하. 그러나 과실범 처벌의 타당성을 긍정하는 견해로는 안성조, “부정수표단속법상 과실범 처벌의 정당성 -과실범 처벌규정의 입법취지를 중심으로-”, 『경찰법연구』, 제12권 제2호(2014), 126면 이하.

465) 안성조, “부정수표단속법상 과실범 처벌의 정당성 -과실범 처벌규정의 입법취지를 중심으로-”, 『경찰법연구』, 제12권 제2호(2014), 121면.

물론 부도수표 발행·작성죄와 같이 사회적 법익을 침해하는 범죄들 중에서 과실범을 처벌하는 규정이 전혀 없는 것은 아니다. 예컨대 「형법」 제170조에 정한 실화죄 및 업무상실화죄, 제173조의2에 정한 과실평발성물건파열죄, 제181조에 정한 과실일수죄, 제189조에 정한 과실교통방해죄에 불과하며 더욱이 이들 죄들은 공공의 안전 및 사람의 생명·신체·건강에 대한 위해를 가할 위험이 큰 경우에 한정된다. 또한 형법에 정한 재산범죄의 경우에도 제364조에 정한 업무상과실장물죄 외에 과실범을 정한 경우는 찾아볼 수 없으며, 각종 공문서·사문서·통화·유가증권 위·변조죄, 사기·공갈·배임·횡령 등의 죄의 경우에도 고의범만을 처벌한다. 그리고 경제 관련 법률에서도 형법의 경우와 크게 다르지 않다. 예컨대 비현금 지급결제수단과 관련하여 「수표법」⁴⁶⁶⁾ 및 「어음법」⁴⁶⁷⁾은 애초부터 벌칙규정을 두고 있지 않으며 상품권⁴⁶⁸⁾과 관련하여도 현재 일반적인 규율법령이 없다. 벌칙규정을 두고 있는 전자어음의 발행 및 유통에 관한 법률(전자어음),⁴⁶⁹⁾ 전자금융거래법(전자화폐, 선불전자지불수단 등) 그리고 여신전문금융업법(신용카드, 선불카드 등) 등은 (수표의 경우를 제외하고) 과실범 처벌규정을 두고 있지 않다. 그 밖에 외국환거래법(외국환), 전기통신금융사기 피해방지 및 피해금 환급에 관한 특별법, 보험업법, 보험사기방지 특별법, 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(주식 등), 상법상 벌칙규정(주식회사 등), 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(불공정거래), 하도급거래 공정화에 관한 법률(불법하도급), 금융지주회사법,

466) 2016년 자기앞수표의 발행규모는 약 2조 1070억원이라고 한다(한국은행 2017년 3월 2일 보도자료 “2016년중 지급결제동향”, 5면(<http://www.bok.or.kr/contents/total/ko/boardView.action?boardBean.brdid=134295&boardBean.menuid=559&boardBean.rnum=251&menuNaviId=559&boardBean.cPage=26&boardBean.categorycd=0&boardBean.sdt=&boardBean.edt=&boardBean.searchColumn=&boardBean.searchValue=>; 2017년 10월 25일)).

467) 2016년 어음의 발행규모는 약 17조 1540억원이라고 한다(한국은행 2017년 3월 2일 보도자료 “2016년중 지급결제동향”, 5면(<http://www.bok.or.kr/contents/total/ko/boardView.action?boardBean.brdid=134295&boardBean.menuid=559&boardBean.rnum=251&menuNaviId=559&boardBean.cPage=26&boardBean.categorycd=0&boardBean.sdt=&boardBean.edt=&boardBean.searchColumn=&boardBean.searchValue=>; 2017년 10월 25일)).

468) 2016년 지류 상품권의 발행규모는 약 9조552억원이라고 한다(한국경제 2017년 3월 2일 보도자료 “지난해 상품권 발행 사상 최대…9조552억원 어치 풀려”(<http://news.hankyung.com/article/2017030275487>; 검색일: 2017년 10월 25일)).

469) 2016년 전자어음 발행규모는 189만 2,072건, 519조 7,160억원이라고 한다(한국은행 2017년 2월 26일 보도자료 “2016년중 전자어음 이용현황”, 1면(<http://www.bok.or.kr/contents/total/ko/boardView.action?boardBean.brdid=134198&boardBean.menuid=559&boardBean.rnum=258&menuNaviId=559&boardBean.cPage=26&boardBean.categorycd=0&boardBean.sdt=&boardBean.edt=&boardBean.searchColumn=&boardBean.searchValue=>; 2017년 10월 25일)).

예금자보호법, 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률, 조세범 처벌법, 지방세기본법 등⁴⁷⁰⁾도 과실범을 처벌하지 않는다.

더욱이 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」(이하 “채무자회생법”이라 한다)상 과실로 채무이행 불능의 결과를 야기했다고 하여, 즉 과실로 파산하게 되었다고 하여 사기회생죄(동법 제643조), 사기파산죄(동법 제650조) 혹은 과태파산죄(동법 제651조)에 의하여 처벌되지 않는다. 그런데 이제 동일한 행위로 인하여 해당 채무가 수표에 관한 것이라는 이유만으로 채무자회생법상 가벌성이 없는 행위가 부도수표 단속법상 가벌성있는 행위로 되어버리는 결과가 된다. 그리고 채무자회생절차의 개시신청의 주된 목적은 과실로 인한 채무이행 불능상태로부터의 회생인데(「채무자회생법」 제34조 제1항 제1호 및 제2호)⁴⁷¹⁾ 「채무자회생법」 제643조 제1항 제4호에 따르면 회생절차 개시신청이 “「부정수표 단속법」에 의한 처벌회피를 주된 목적으로” 한 것인 때에는 사기회생죄(제643조 제1항 제4호)로 처벌되어 사실상 이행불능채무가 수표와 관련된 것인 때에는 실질적으로 회생절차개시 신청을 위축시킬 수 있어서 동법의 입법취지에 반하게 된다.

그리고 예기치 않은 예금부족으로 인하여(특히 인식 없는 과실의 경우) 수표가 지급 불능이 된 경우에도 이를 “범죄”로 규정하여 처벌하는 것이 과연 형사정책적으로 절절한지는 의문이다.⁴⁷²⁾

나. 위조·변조자의 형사책임(제5조)

「부정수표 단속법」 제5조는 “수표를 위조하거나 변조한 자는 1년 이상의 유기징역과 수표금액의 10배 이하의 벌금에 처한다”고 규정하여 형법상 유기증권 위·변조죄

470) 다만 「관세법」 제276조(허위신고죄 등) 제3항 단서 및 제4항 단서에서는 과실범을 처벌한다.

471) 「채무자회생법」 제34조(회생절차개시의 신청) ①다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우 채무자는 법원에 회생절차개시의 신청을 할 수 있다.

1. 사업의 계속에 현저한 지장을 초래하지 아니하고는 변제기에 있는 채무를 변제할 수 없는 경우

2. 채무자에게 파산의 원인인 사실이 생길 염려가 있는 경우

... [생략]

472) 유사한 비판으로는 장후영, “부정수표단속법에 관하여”, 『법조』, 제11권 제1호(1962), 14면 이하.

(형법 제214조(10년 이하의 징역))의 구성요건인 “행사할 목적”을 요구하지 않으면서도 그 범정형을 상향하였다. 그러나 이러한 구성요건의 규정방식과 범정형은 수표라는 비현금 지급결제수단의 특수성을 감안하더라도 다른 법률규정과의 균형을 현저히 일탈한 것이라고 볼 수 있다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째 제2조 제1항 제1호와 제4호에 정한 부정수표 발행·작성죄가 그 실질에 있어서 유가증권 위·변조행위에 해당한다면 이들 규정들과 제5조에 정한 수표 위·변조죄 간에는 경합관계가 발생하여 법적용에 혼란을 가져올 수 있다.

둘째 제5조는 형법상 유가증권 위·변조죄(제214조 이하)와는 달리 “행사할 목적”을 요구하지 않는다.⁴⁷³⁾ 그렇다면 부정수표 단속법상 수표 위·변조죄의 보호법익이 무엇인가 문제된다. 거래의 안정과 이에 대한 일반 국민의 신뢰를 그 보호법익으로 하는 형법상 통화위조죄(「형법」 제207조 이하)는 위조된 통화를 행사할 목적 외에 유통시킴 목적까지를 요구하고,⁴⁷⁴⁾ 형법상 유가증권 위·변조죄(제214조 이하)는 그 거래의 안정성을 보다 강하게 보호하기 위하여 유통시킴 목적이 없더라도 행사할 목적이 인정된다면 범죄가 성립할 수 있도록 규정하고 있을 뿐만 아니라⁴⁷⁵⁾ 전자금융거래법상 전자화폐 위·변조는 형법상 유가증권의 위·변조죄에 준하여(구성요건에 따라) 처벌하도록 하고 있다(「전자금융거래법」 제49조 제2항). 그렇다면 (설령 유통시킴 목적까지 없다고 하더라도) 행사할 목적조차 없는 수표의 위·변조죄는 과연 무엇을 보호법익으로 하는지가 명확하지 않다. 만약 수표의 위·변조죄의 보호법익을 여전히 수표의 지급 확실성과 이에 대한 일반 국민의 신뢰라고 말한다면 부정수표 단속법상 수표 위·변조죄의 구성요건의 규정방식은 행사할 목적이 없기 때문에 현실적으로 수표의 지급 확실성이나 이에 대한 일반 국민의 신뢰를 침해하거나 침해할 위험을 야기하지 않는 행위로까지 그 가벌성을 앞당겨 확대시킨 것이라고 말할 수 있다.

셋째 수표가 형법상 유가증권 위·변조죄(제214조 제1항)에서의 유가증권에서 제외된다는 특별한 사정이 없는 한 수표는 여전히 형법상 유가증권 위·변조죄에서의 유가증권에 포함된다. 따라서 형법 제214조 제1항을 바꾸어 기술하면 “행사할 목적으로

473) 이 문제는 부정수표 및 부도수표 발행·작성죄에도 그대로 적용된다.

474) 대법원 2012.3.29. 선고 2011도7704 판결.

475) 김성돈, 『형법각론』, 제4판, 성균관대학교 출판부, 2016, 598면; 신동운, 『형법각론』, 법문사, 2017, 364면.

대한민국 또는 외국의 수표를 위조 또는 변조한 자는 10년 이하의 징역에 처한다”가 된다. 그렇다면 제5조는 형법상 유가증권 위·변조죄에서 요구하는 “행사할 목적”을 요구하지 않음으로써 구성요건을 완화했음에도 불구하고 법정형을 지나치게 상향한 것이 된다. 헌법재판소가 추가적인 가중구성요건을 규정함이 없이 구성요건이 동일하면서 법정형만 가중한 것은 형벌균형을 일탈한 것이어서 위헌⁴⁷⁶⁾이라고 판단하고 있는 취지에 비추어 생각해보면 수표 위·변조죄는 심지어 그 구성요건을 완화하면서 법정형을 가중한 경우에 해당하여 더욱 문제될 수 있다. 물론 「부정수표 단속법」은 수표의 특수성에 기인하여 특별히 수표 위·변조죄를 가중처벌한 것이라고도 말할 수 있으나 다른 비현금 지급결제수단과 달리 수표의 위·변조죄만 가중처벌하는 것이 입법 당시에는 몰라도 지금도 그 입법취지가 타당한 것인지는 의문이다.⁴⁷⁷⁾

넷째 부정수표 단속법상 수표 위·변조죄의 법정형(1년 이상의 유기징역 또는 수표 금액의 10배 이하의 벌금)은 형벌체계의 균형을 일탈할 정도로 지나치게 가중된 법정형이다. 앞서 형법상 유가증권 위·변조죄의 법정형과의 문제를 언급하였으나 그 밖에도 1년 이상의 유기징역은 실질적으로 법정형을 정하지 않은 부정기형을 정한 것과 같다. 즉 징역과 금고의 경우 유기는 1개월 이상 30년 이하 그리고 가중할 때에는 50년까지이기 때문에(형법 제42조) 결국 1년 이상의 유기징역이 의미하는 것은 법관은 징역형을 선고할 때 1년 이상 50년 이하의 범위에서 선고형을 정할 수 있다는 것인데 이것은 실질적으로 법률에 법정형을 정하고 있지 않은 것이나 다름이 없다.

다섯째 제5조는 불필요한 경합관계를 발생시켜 검사의 기소재량을 확대할 우려가 있다. 즉 수표의 위·변조행위에 대하여 검사가 법정형이 낮은 일반법인 형법상 유가증권 위·변조죄로 기소하더라도 법원이 범죄사실에 대하여 공소장변경 없이 형이 중한 특별법을 적용하는 것은 피고인의 실질적인 방어권보장과 불고불리의 원칙에 의하여 허용되지 않기 때문에⁴⁷⁸⁾ 검사가 상황에 따라 자의적으로 적용법조를 선택할 위험이 항상 내재되어 있다.

여섯째 경합관계로 인한 문제는 여기에 그치지 않는다. 만약 위·변조가 행사할

476) 헌법재판소 2014.4.24. 2011헌바2 전원재판부.

477) “다” 과실범의 처벌문제” 각주에 언급한 비현금 지급결제수단의 발행실적을 참조.

478) 이은모, 『형사소송법』, 제5판, 박영사, 2015, 470면; 이재상·조균석, 『형사소송법』, 제10판 보정판, 박영사, 2016, 453면.

목적を 가지고 행해졌다면 형법이 적용되는 것인지 아니면 부정수표단속법이 적용되는지, 그리고 위·변조된 수표를 행사한 경우 부정수표 단속법에는 적용법조가 없기 때문에 형법이 적용되는 것⁴⁷⁹⁾인지가 문제된다. 설령 이 경우 다시 형법으로 돌아가서 형법상 위·변조 유가증권 행사죄(형법 제217조: 10년 이하의 징역)를 적용한다고 하더라도 문제는 그 죄질이 중함에도 불구하고 부정수표 단속법상 수표 위·변조죄에 비하여 그 법정형이 지나치게 낮다는 것이다.

다. 법인·단체 등의 형사책임(제3조)

제3조는 “법인·단체 등의 형사책임”에 관하여 정하면서 제1항에서 “제2조의 경우에 발행인이 법인이나 그 밖의 단체일 때에는 그 수표에 적혀 있는 대표자 또는 작성자를 처벌하며, 그 법인 또는 그 밖의 단체에도 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다. 다만, 법인 또는 그 밖의 단체가 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하고 제2항은 “대리인이 수표를 발행한 경우에는 본인을 처벌하는 외에 그 대리인도 처벌한다”고 규정하고 있다.

그런데 법인·단체 등의 형사책임과 관련해서는 - 모든 형사특별법에서 동일하게 문제되는 것이지만 - 형법전에 독일 「형법」 제14조와 같은 “제3자를 위한 행위 (*Handeln für einen anderen*)”의 가벌성에 관한 일반규정을 두지 않는 한 법인·단체 명의 부정수표 및 부도수표와 관련된 범죄는 공범에 관한 일반이론에 따라 직접 수표를 발행·작성한 자연인을 처벌할 수밖에 없다. 이와 관련하여 수표법에 양벌규정을 두는 방안도 생각할 수 있으나 예컨대 비현금 지급결제수단의 하나인 전자화폐의 경우 전자금융거래법에 양벌규정을 두고 있지 않다는 점 그리고 기타 신용카드나 어음에서도 양벌규정을 찾아볼 수 없다는 점에서 수표법에 양벌규정을 두는 것은 의문이다.

라. 거짓 신고자의 형사책임(제4조)

제4조는 “수표금액의 지급 또는 거래정지처분을 면할 목적으로 금융기관에 거짓

479) 실제로 대법원 2010.12.9. 선고 2010도12553 판결.

신고를 한 자는 10년 이하의 징역 또는 20만원 이하의 벌금에 처한다”고 규정하고 있는데 동 규정은 본래 수표발행·작성자가 부정수표 또는 부도수표 발행·작성죄의 처벌을 회피하기 위하여 해당수표를 분실 또는 도난당했다고 허위로 금융기관에 신고하여 수표소지인이 지급받지 못하게 된 경우 부정수표 또는 부도수표 발행·작성죄로도 그리고 사기죄로도 처벌하기 어렵다는 이유에서 규정된 것이었다.⁴⁸⁰⁾

그러나 부정수표 또는 부도수표의 경우에도 사기죄가 성립하는 경우에 한하여 처벌하는 것이 타당하다는 점에서 이때에도 사기죄가 성립하는 경우에 한하여 형사처벌하도록 하는 것이 적절하다. 더욱이 동조는 거짓 신고로 인하여 행위자가 재산상의 이득을 취할 것도 그리고 타인에게 재산상의 손해를 입히거나 입힐 위험을 발생시킬 것도 요구하지 않는다는 점에서 거동범에 해당하는데 그 법정형을 사기죄(「형법」 제347조 제1항: 10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금)에 준하는 징역형으로 정한 것은 지나치게 가중된 법정형이라고 말할 수 있다. 그리고 거짓신고 행위는 경우에 따라서는 「형법」 제327조에 정한 “강제집행면탈죄”로 처벌할 수 있다.

마. 「형사소송법」의 특례(제6조)

제6조는 “「형사소송법」의 특례”를 정하면서 “이 법에 따라 벌금을 선고하는 경우 「형사소송법」 제334조제1항에 따른 가납판결(假納判決)을 하여야 하며, 구속된 피고인에 대하여는 같은 법 제331조에도 불구하고 벌금을 가납할 때까지 계속 구속한다”고 규정하고 있다.

그러나 현행법상 부정수표 및 부도수표 발행·작성죄보다 더 중한 범죄를 정한 특정 경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률, 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률이나 다른 범죄에 대해서도 벌금에 대하여 필요적 가납판결을 규정하고 있는 경우를 찾아보기 쉽지 않을 뿐만 아니라 벌금을 가납할 때까지 구속하도록 함으로써 민·행정법상 강제이행금에 대응하는 “강제이행 신체구속”을 정한 것은 인권에 대한 심각한 침해에 해당하여 현대사회에서 허용될 수 있는 것인지는 매우 의심스럽다. 심지어 동 규정은

480) 입법경위에 관해서는 송석언·양혜진, “부정수표단속법에 관한 소고”, 『법과 정책』, 제4호(1998), 179면 이하; 안성조, “부정수표단속법상 과실범 처벌의 정당성 -과실범 처벌규정의 입법취지를 중심으로”, 『경찰법연구』, 제12권 제2호(2014), 115면.

「형사소송법」 제331조(무죄등 선고와 구속영장의 효력), 즉 “제331조(무죄등 선고와 구속영장의 효력) 무죄, 면소, 형의 면제, 형의 선고유예, 형의 집행유예, 공소기각 또는 벌금이나 과료를 과하는 판결이 선고된 때에는 구속영장은 효력을 잃는다”는 규정의 적용까지도 배제함으로써 신체구속을 담보로 벌금의 징수를 확보하려는 것은 설령 그것이 벌금의 높은 미징수율에 대한 대책이라고 하더라도 지나친 공권력의 남용에 해당하여 허용될 수 없다고 보아야 한다.

바. 금융기관의 고발의무와 불고지죄(제7조)

제7조는 “금융기관의 고발의무”를 규정하고 있으나 「특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률」 제4조는 “불법재산 등으로 의심되는 거래의 보고 등”에 관하여 규정하고 있을 뿐만 아니라 제5조의2는 “금융회사 등의 고객 확인의무”를 규정하고 있으며 제7조는 “수사기관 등에 대한 정보 제공” 그리고 제7조의2는 “특정금융거래정보 제공사실의 통보”에 관하여 정하고 있으면서도 허위보고를 제외하고(동법 제14조 제1호) 보고의무 등의 위반에 대하여 형벌을 부과하고 있지 않고 있다는 점(제17조(과태료))에서 금융기관의 불고지죄를 정한 제7조는 금융기관의 책임을 지나치게 강화한 것이라고 판단되며, 동법 제2조 제3호에 따르면 형법범의 대부분이 동법의 적용대상이 된다는 점에서 금융기관의 의무에 관한 것은 동법을 적용하도록 하는 것이 타당하다.

2. 정비방안

이상의 내용을 바탕으로 정비방안을 제시하면 다음과 같다.

첫째 부정수표 단속법은 폐지하는 것이 적절하다.⁴⁸¹⁾ 이때 동법에 규정된 부정수표 및 부도수표 발행·작성죄의 규정형식은 이론 및 해석상 그리고 법정형에 많은 문제를 내재하고 있기 때문에 이러한 규정형식은 포기하고 수표와 관련해서는 다른 비현금 지급결제수단의 경우와 같이 형법상 사기죄, 배임죄 또는 유가증권 위·변조죄를 구성

⁴⁸¹⁾ 부정수표 단속법의 폐지론에 대한 비판적인 견해로는 김대근·안성조, 『부도수표의 형사처벌 현황과 개선방향』, 한국형사정책연구원, 2011, 141면 이하.

하는 경우에만 처벌하도록 하는 것이 타당하다.

둘째 범정형과 관련해서도 미국의 경우 텍사스 주 등 범죄에 대하여 엄벌주의를 취하고 있는 일부 주에서 부도수표 발행죄 또는 수표사기죄를 중죄(*felony*)로 정하고 있는 경우를 제외하고는 나머지 대부분의 주와 모범형법전이 이를 경죄(*misdemeanor*: 대체적으로 1년 이하의 징역)로 처벌하고 있으며, 독일, 스위스, 일본 등이 사기죄로 처벌하고 있다는 점을 고려할 때 우리나라 형법상 사기죄, 배임죄 그리고 유가증권 위·변조죄의 범정형은 결코 낮은 형량이라고 볼 수 없다. 그리고 과거와는 달리 현재는 다른 비현금 지급결제수단의 중요성이 급증하고 있음에도 불구하고 형법상 사기죄나 유가증권 위·변조죄로 규율되고 있다는 점을 고려할 때 수표의 경우에만 가중처벌을 해야 할 특별한 사정이 있다고 보기는 어렵다.

셋째 제3조에 정한 “법인·단체의 형사책임”과 제4조에 정한 “거짓 신고자의 형사책임”도 이를 삭제한다고 하여 특별히 처벌의 공백이 발생한다고 볼 수 없기 때문에 이를 삭제하고 형법규정에 의하여 규율하도록 하는 것이 타당하다.

넷째 제6조에 정한 “「형사소송법」의 특례”나 제7조에 정한 “금융기관의 고발의무”와 불고지죄는 전자의 경우 국세징수법에 따른 벌금징수절차와 형사소송법의 규정에 따른 벌금징수절차에 따라 그리고 후자의 경우 「특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률」에 따라 규율하도록 하더라도 다른 법률에 비하여 특별히 처벌의 공백이 발생한다거나 벌금의 납부가 불가능해 지는 결과는 초래되지 않을 것이다.

이상의 내용을 바탕으로 정비방안을 제시하면 다음과 같다.

〈표 7-2〉 「부정수표 단속법」 정비방안

현행법		시안	비고
부정수표 단속법		폐지	
제2조	제1항(부정수표 발행·작성죄)	형법상 유가증권 위·변조죄 적용	
	제2항(부도수표 발행·작성죄)	형법상 사기, 배임 또는 유가증권 위·변조죄를 구성하는 경우에만 형사처벌	특경법 제3조(특정재산범죄의 가중처벌)가 적용 가능하게 된다(본 보고서의 입장대로 특경법 제3조를 삭제하고 형법상 사기·배임죄를 가액에 따라 법정형을 구분하는 경우 동 규정이 적용된다).
	제3항(과실범 처벌)	삭제	
	제4항(위법성조각사유, 반의사불벌죄)	삭제	
제3조	(법인·단체 등의 형사책임)	삭제	
제4조	(거짓 신고자의 형사책임)	삭제	
제5조	(위조·변조자의 형사책임)	형법상 유가증권 위·변조죄 적용	
제6조	(「형사소송법」의 특례)	삭제	
제7조	(금융기관의 고발의무)	「특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률」 적용	

제3절 「전기통신금융사기 피해 방지 및 피해금 환급에 관한 특별법」

「전기통신금융사기 피해 방지 및 피해금 환급에 관한 특별법」(이하 “통신사기피해환급법”이라 한다)은 갈수록 교묘해지는 전기·정보통신망 상에서의 피싱기법(Phishing, 예컨대 파밍(Pharming), 스미싱(SMS Phishing), 메모리해킹(Memory Hacking) 또는 보이스피싱(Voice Phishing) 등에 의한 피해가 급증하자 피해자가 민사소송을 기다림이 없이 신속하게 피해금을 회수할 수 있도록 하기 위하여⁴⁸²⁾ 2011년 3월 29일 “전기통신

⁴⁸²⁾ “전화 또는 인터넷 메신저 등 전기통신수단을 이용한 금융사기의 피해자 및 피해금액이 매년 증가하고 있으나 이에 대한 피해자 보호 등 구제절차 등이 미비되어 있는 실정”(2011년 3월 9일 「전기통신금융사기 피해금 환급에 관한 특별법안(대안)」(의안번호: 1811034)(http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_V1B0N0S9M2H7R1Y1P4Y3J2K4B5C6H7; 검색일: 2017년 9월 1일). 의안정보는 국회 의안정보시스템에 게재되어 있는 것을 참조하였다(국회 의안정보시스템; 홈페이지: <http://likms.assembly.go.kr/bill/main.do>; 검색일: 2017년 9월 1일).

금융사기 피해금 환급에 관한 특별법⁴⁸³⁾이라는 명칭의 피해자구제법으로서 출발하였으나 2014년 1월 28일 개정⁴⁸⁴⁾으로 법률명을 현행과 같이 개정하고 피해자보호장치를 정비하였다.

동법은 전기통신금융사기의 피해 방지 및 피해금의 효율적인 환급에 관하여 정하는 동시에 벌칙규정에 (1) 전기통신금융사기 목적 정보·명령입력죄(동법 제15조의2)와 (2) 피해구제의 부정수급 등(제16조)에 대한 처벌규정 그리고 (3) 양벌규정(제17조)을 함께 규정하고 있다.

그런데 동법의 처벌대상이 되는 행위들은 과연 현행법에 의하지 않고서는 처벌될 수 없는 행위들인가가 문제되는데 그것은 일견 벌칙규정에 정한 행위들은 현행법상 형법상 사기죄나 컴퓨터범죄에 의하여 규율될 수 있는 행위들로 보이기 때문이다. 따라서 여기에서는 형사특별법의 정비라는 관점에서 전기통신금융사기 및 동 목적 정보입력 등의 행위 그리고 부정수급 처벌규정에 대하여 검토하고자 한다.

1. 전기통신금융사기 목적 정보 등 입력죄

피싱에 의한 사기범죄의 처벌의 공백을 메우는 동시에 이를 가중처벌하기 위하여 2014년 1월 28일 「통신사기피해환급법」의 개정으로 신설된 것이 바로 전기통신금융사기 목적 정보·명령입력죄(제15조의2)이다.⁴⁸⁵⁾

동법 제2조 제2호는 전기통신금융사기의 정의를 정하면서 “「전기통신기본법」 제2조제1호에 따른 전기통신을 이용하여 타인을 기망(欺罔)·공갈(恐喝)함으로써 재산상의 이익을 취하거나 제3자에게 재산상의 이익을 취하게 하는 다음 각 목의 행위를 말한다”(“다만, 재화의 공급 또는 용역의 제공 등을 가장한 행위는 제외하되, 대출의 제공·알선·중개를 가장한 행위는 포함한다”)고 규정하고, 그 구체적인 행위로는 “자금을 송금·이체하도록 하는 행위”(가목)나 “개인정보를 알아내어 자금을 송금·이체하는 행위”(나목)를 들고 있다. 그리고 동법 제15조의2 제1항은 전기통신금융사기를 목적으

483) 법률 제10477호, 2011.3.29. 제정, 2011.9.30. 시행.

484) 법률 제12384호, 2014.1.28. 일부개정, 2014.7.29. 시행.

485) 동조의 신설경위에 대한 상세한 것은 이창섭, “통신사기피해환급법 제15조의2 제1항 위반죄에 관한 고찰”, 『법학연구』, 제57권 제4호(2016), 93면 이하.

로 “타인으로 하여금 컴퓨터 등 정보처리장치에 정보 또는 명령을 입력”(동조 제1호)하게 하거나 또는 “취득한 타인의 정보를 이용하여 컴퓨터 등 정보처리장치에 정보 또는 명령을 입력하는 행위”(제2호)에 대하여 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다. 그리고 동조 제2항은 미수범 처벌을 규정하고 제3항은 상습범에 대하여 형의 2분의 1까지 가중하도록 하고 있다. 또한 제15조의2에 정한 전기통신금융사기목적 정보입력 등 죄에 대해서는 양벌규정(제17조)이 적용된다.

그런데 여기에서 동법 제15조의2 제1항은 재산상 이익의 처분행위 이전 단계인 정보처리장치에의 정보 등의 입력행위를 형법상 사기죄(「형법」 제347조, 10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금)보다 가중처벌함으로써 그 실질에 있어서는 형법상 사기죄의 예비 또는 미수단계에 있는 행위(컴퓨터범죄)를 정범으로 처벌하고 있다는 점⁴⁸⁶⁾ 더욱이 정범으로 처벌되는 예비 또는 미수단계에 해당하는 행위의 미수범도 처벌함으로써 동죄의 실행의 착수시기를 정하는 것이 쉽지 않다는 점(동조 제2항)에서 과연 동조의 규정방식이 타당한지에 대한 의문이 제기되며 만약 동 규정의 필요성이 인정된다고 하더라도 “피해 방지 및 피해금 환급”에 관한 특별규정을 정한 동법에 정하여야 할 필요가 있는지 아니면 형법에 편입함으로써 법적용을 간명하게 할 수는 없는가라는 의문이 제기되며, 그리고 과연 동법 제15조의2는 형법상 사기죄의 특별구성요건인가 아니면 재산목적 컴퓨터범죄의 특별가중구성요건인가라는 궁극적인 문제가 제기된다.

가. 전기통신금융사기 목적 정보 등 입력죄의 구성요건의 문제점

그런데 전기통신금융사기 목적 정보 등 입력죄의 구성요건의 규정방식이 과연 적절한 것인가라는 의문이 제기된다.

첫째 「통신사기피해환급법」 제15조의2 제1항은 그 범문언상 전기통신금융사기가 아니라 그 예비 또는 미수단계에 해당하는 컴퓨터범죄를 처벌하는 피상을 가지고 있어서 과연 제15조의2 제1항이 형법상 사기죄의 특별구성요건인지(전기통신금융사기에 대한 직접적인 처벌규정) 아니면 전기통신금융사기라는 목적에 의하여 형이 가

486) 이창섭, “통신사기피해환급법 제15조의2 제1항 위반죄에 관한 고찰”, 『법학연구』, 제57권 제4호(2016), 96면 이하.

중된 컴퓨터범죄의 특별구성요건인지가 분명하지 않기 때문에 해석상 많은 문제를 야기한다.⁴⁸⁷⁾

제2조 제2호는 “전기통신금융사기”를 “전기통신을 이용하여 타인을 기망·공갈함으로써 재산상의 이익을 취하거나 제3자에게 재산상의 이익을 취하게 하는 다음 각 목의 행위”로 규정하면서 그 행위로서 “자금을 송금·이체하도록 하는 행위”(가목)와 “개인정보를 알아내어 자금을 송금·이체하는 행위”(나목)를 들고 있다. 이때 “재산상의 이익을 취하거나 제3자에게 재산상의 이익을 취하게 하는” 행위는 문법상 “다음 각 목의 행위”와 동일하기 때문에 제2조 제2호에 정한 전기통신금융사기는 피해자로 하여금 자금을 송금·이체하도록 하거나(피해자의 처분행위, 동호 가목) 개인정보를 알아내어 자금을 송금·이체할 때(행위자의 처분행위, 나목) 비로소 전기통신금융사기죄의 기수가 된다.

이에 대하여 제15조의2 제1항은 “전기통신금융사기를 목적으로” “타인으로 하여금 컴퓨터 등 정보처리장치에 정보 또는 명령을 입력하게 하는 행위”(동항 제1호)와 “취득한 타인의 정보를 이용하여 컴퓨터 등 정보처리장치에 정보 또는 명령을 입력하는 행위”(제2호)를 형사처벌하도록 하고 있는데 이때 피해자로 하여금 정보처리장치에 정보 또는 명령을 입력하게 하거나 또는 타인의 정보를 이용하여 정보처리장치에 정보 또는 명령을 입력하는 행위는 법문언상 반드시 제2조 제2호 각목에 열거한 재산상의 이익의 처분 또는 취득행위와 동일한 것은 아니다.

(1) 만약 법문언에 따라 양 규정이 서로 구별되는 것이라면 제2조 제2호 가목과 나목에 열거된 행위들, 즉 제2조 제2호에 정의된 전기통신금융사기는 동법에 직접적인 처벌규정을 두고 있지 않기 때문에 형법상 사기죄나 공갈죄에 의하여 처벌될 수밖에 없고, 제15조 제1항 제1호 및 제2호는 전기통신금융사기의 예비 또는 미수에 해당하는 컴퓨터범죄(사기를 위한 수단행위)에 대한 처벌규정으로 해석되게 된다. 그리고 그 귀결로서 제15조의2 제1항은 제2조 제2호 각목에 열거된 행위의 실행을 기다림이 없이 제15조의2 제1항에 열거된 행위가 완료됨으로써 이미 기수가 되고 이때 재산상의 이익의 처분 또는 취득행위에 이르지 아니한 때에는 전기통신금융사기(제2조 제2항)

⁴⁸⁷⁾ 이 문제는 대법원 2016.2.19. 선고 2015도15101 전원합의체 판결에서도 관건이 되었다. 특히 반대의견에 대한 반대의견에 대한 대법관 김창석, 대법관 조희대, 대법관 권순일, 대법관 박상옥, 대법관 이기택의 반대의견, 대법관 김창석의 보충의견 그리고 대법관 이기택의 보충의견 참조.

는 미수(형법상 사기죄 또는 공갈죄의 미수(「형법」 제351조))가 된다.

그러나 이렇게 해석하면 전기통신금융사기 목적 예비 및 미수행위(컴퓨터범죄, 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금)가 전기통신금융사기의 기수정범(형법상 사기 및 공갈죄(10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금)보다 중하게 처벌되는 결과가 되는데 이것이 과연 형벌균형상 타당한지는 의문이다. 이것은 제15조의2 제1항이 형법상 사기죄의 성립요건과는 달리 ① 피기망자의 처분행위,⁴⁸⁸⁾ ② (앞서 언급한 과거의 판례에 의하면) 처분행위에 대한 처분의사, ③ 손해의 발생 그리고 ④ 행위자에 의한 재물 또는 재산상의 이익의 편취를 요구하지 않는다는 점, 따라서 제15조의2 제1항은 피해자로 하여금 정보처리장치에 정보·명령을 입력하도록 하거나 취득한 타인의 정보를 이용하여 정보처리장치에 정보·명령을 입력한 사실(그리고 이 행위에 대한 주관적 구성요건(고의))과 이 행위의 목적이 전기통신금융사기라는 것만 입증되면 된다는 점을 고려할 때 더욱 그렇다.

그러나 다른 한편으로 제15조의2 제1항을 전기통신금융사기라는 목적에 의하여 형이 가중된 컴퓨터범죄의 특별구성요건이라고 보는 경우 다른 컴퓨터범죄와는 달리 전기통신금융사기 목적성을 입증하여야 하는 어려움이 있는데 이러한 목적성의 입증은 제15조의2 제1항의 미수범(동조 제2항)에서도 크게 다르지 않다.

또한 제15조의2 제1항이 피기망자의 처분행위 이전의 행위를 포착하기 위한 구성요건이라면 예컨대 피기망자로 하여금 정보·명령을 입력하게 하거나 또는 범인이 취득한 개인정보를 이용하여 정보·명령을 입력한 후 제3자의 사기이용계좌에서 현금을 인출한 경우 「통신사기피해환급법」에는 전기통신금융사기(제2조 제2호)에 대한 직접적인 처벌규정이 없다는 전제에서는 재산상의 이익의 취득행위에 대해서는 다시 형법상 사기죄나 공갈죄를 원용할 수밖에 없게 되어 동법이 전기통신금융사기죄를 별도로 규정한 의미가 희석된다.

(2) 그렇다고 하여 제15조의2 제1항을 전기통신금융사기에 대한 직접적인 처벌규정으로 해석하게 되면⁴⁸⁹⁾ 더욱 심각한 문제가 발생한다. 즉 제15조의2 제1호 및 제2호에

⁴⁸⁸⁾ 제15조의2 제1항의 정보·명령의 입력과 재산상의 처분 또는 취득행위가 구별된다면 제15조의2 제1항에 정한 구성요건의 성립에 피기망자의 처분행위의 입증은 필요하지 않게 된다. 피기망자의 처분행위가 입증되는 경우에는 전기통신금융사기가 성립하여 형법상 사기죄나 공갈죄가 성립하게 된다.

열거된 행위와 제2조 제2호 가목 및 나목에 열거된 행위(이것이 바로 전기통신금융사기이다)가 동일한 것이라면 제15조의2 제1항은 그 범문언상 전기통신금융사기를 목적으로 전기통신금융사기를 범하는 행위를 처벌하는 규정이라는 의미가 되는데 이것은 동어반복에 불과하기 때문이다.

(3) 또한 제2조 제2호 나목은 “개인정보를 알아내어” 자금을 송금·이체하는 행위를 전기통신금융사기의 한 유형으로 정하고 있는데 대하여 제15조의2 제1항 제2호는 “취득한 타인의 정보를 이용하여” 정보처리장치에 정보 또는 명령을 입력하는 행위를 처벌대상으로 하고 있다. 그런데 제2조 제2호 나목에 정한 행위는 “타인을 기망·공갈함으로써 재산상의 이익을 취하거나 제3자에게 재산상의 이익을 취하게 하는” 행위의 한 유형으로 정하고 있는데 대하여 제15조의2 제1항 제2호에 정한 행위는 “전기통신금융사기를 목적으로” 행해질 것을 요구한다. 이때 제15조의2 제1항 제2호에 정한 “취득한 타인의 정보”는, 전기통신금융사기의 목적이라면 제2조 제2호 나목에 정한 “기망에 의하여 취득한 타인의 정보”⁴⁹⁰⁾일 필요가 없는 것인지의 여부가 문제된다.

만약 제15조의2 제1항이 제2조 제2항에 정한 전기통신금융사기에 대한 직접적인 처벌규정이라고 본다면 제15조의2 제1항 제2호에 정한 “취득한 타인의 정보”를 제2조 제2항 나목과 달리 해석할 이유가 없을 것이다.⁴⁹¹⁾ 더욱이 동항 제2호의 “타인”을 피기망자로 한정하지 않고 범인 아니라면 피기망자이든 아니면 다른 사람이든 상관없다고 해석하게 되면 마찬가지로 “타인”이라는 용어를 사용하고 있는 동조 제1호를 해석하는데 어려움이 발생하게 되는데 동조 제1호의 범문언상 “타인”을 “피기망자”로 해석하지 않으면 피기망자, 정보 등 입력자 그리고 그 정보 등의 소유자가 일치하지 않게 되어 제1호가 어떤 행위를 처벌하려고 하는지 알 수 없게 된다. 그렇다고 제1호의 “타인”과 제2호의 “타인”을 범문언에서 달리 해석하여야 할 필연적인 이유를 찾기도 그리 쉽지 않다(“타인”이라는 용어 앞에 특별한 수식어가 있는 것도 아니다).

489) 이렇게 해석하는 견해로는 대법원 2016.2.19. 선고 2015도15101 전원합의체 판결의 대법관 김창석, 대법관 조희대, 대법관 권순일, 대법관 박상옥, 대법관 이기택의 반대의견은 다른 견해를 취한다 : “다수의견이 처벌 대상이라고 말하는 ‘타인’에 대한 전기통신금융사기 행위에 의하여 자금을 사기이용계좌로 송금·이체하는 것을 목적으로 하는 정보 또는 명령의 입력행위는 결국 전기통신금융사기 그 자체와 다를 바 없다”.

490) 대법원 2016.2.19. 선고 2015도15101 전원합의체 판결.

491) 이와 다른 견해로는 이창섭, “통신사기피해환급법 제15조의2 제1항 위반죄에 관한 고찰”, 『법학연구』, 제57권 제4호(2016), 99면 이하.

따라서 예컨대 피기망자가 자금을 범인이 아닌 제3자 명의 사기이용계좌에 송금·이체함으로써 제15조의2 제1항 제1호(그리고 제2조 제2항 가목)의 행위는 이미 기수가 되고 범죄도 종료되며, 동 사기이용계좌에 피기망자의 개인정보가 아닌 제3자의 개인정보를 입력하여 자금을 송금·이체·인출하는 행위는 제15조의2 제1항 제2호(그리고 제2조 제2항 나목)에 정한 전기통신금융사기죄에 해당하지 않게 된다.⁴⁹²⁾ 그러나 설령 제15조의2가 제2조 제2호에 정한 전기통신금융사기에 대한 직접적인 처벌규정이 아니라고 하더라도 양자의 체계적인 해석에 따라 “취득한 타인의 정보”는 피기망자로부터 사취한 개인정보로 해석하는 것이 타당할 것이다.^{493), 494)} 그렇지 않으면 “취득한”이라는 법문언을 구태여 첨가할 필요가 없었을 것이기 때문이다.

둘째 제15조의2 제1항이 재산상의 이익의 처분행위에 이르기 전 단계의 컴퓨터범죄를 포착함으로써 가벌성을 확대하여 피해자보호를 강화한 것이라고 하더라도 바로 그러한 구성요건의 규정방식은 범행 후 범인의 재산상 이익의 취득행위에 대한 가벌성 판단에 혼란을 야기한다.^{495), 496)}

① 제15조의2 제1항 제1호는 피기망자로 하여금 정보처리장치에 정보·명령을 “입력하게 하는 행위”를 그리고 제2호는 피기망자로부터 사취한 정보를 이용하여 정보처리장치에 정보·명령을 “입력하는 행위”를 처벌대상으로 규정하고 있을 뿐 예컨대 형법상 사기죄(「형법」 제347조 제1항)처럼 “재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취

⁴⁹²⁾ 대법원 2016.2.19. 선고 2015도15101 전원합의체 판결의 다수의견의 결과와 동일하다.

⁴⁹³⁾ 대법원 2016.2.19. 선고 2015도15101 전원합의체 판결의 다수의견도 그렇게 해석한다. “통신사기 피해환급법 제2조 제2호에서 정한 ‘타인’은 ‘기망의 상대방으로서 전기통신금융사기의 대상이 된 사람’을 의미하고, 제1호 행위에서 정하고 있는 정보 또는 명령을 입력하는 주체인 ‘타인’ 역시 위와 같은 의미임이 분명하다. 이에 비추어 보면 제2호 행위에서 정하고 있는 정보 취득의 대상인 ‘타인’ 역시 위와 마찬가지로 ‘전기통신금융사기의 대상이 된 사람’을 의미한다고 해석함이 타당하고, 제2호 행위에 관하여서만 이와 달리 해석하여 ‘타인’에 사기이용계좌 명의인까지 포함된다고 볼 수는 없다”. “결국 구 전기통신금융사기 피해금 환급에 관한 특별법(2014.1.28. 법률 제12384호 통신사기피해환급법으로 개정되기 전의 것) 제2조 제2호 본문 (가)목, (나)목, 통신사기피해환급법 제2조 제2호 본문, 처벌조항의 문언과 내용 및 처벌조항의 신설 취지 등을 종합하면, 전기통신금융사기로 인하여 피해자의 자금이 사기이용계좌로 송금·이체된 후 계좌에서 현금을 인출하기 위하여 정보처리장치에 사기이용계좌 명의인의 정보 등을 입력하는 행위는 ‘전기통신금융사기를 목적으로 하는 행위’가 아닐 뿐만 아니라 ‘전기통신금융사기의 대상이 된 사람의 정보를 이용한 행위’가 아니라서, 처벌조항이 정한 구성요건에 해당하지 않는다”.

⁴⁹⁴⁾ 이 결과는 제15조의2 제1항이 “전기통신금융사기를 목적으로” 하는 목적범이라고 해서 크게 달라지지 않는다.

⁴⁹⁵⁾ 바로 대법원 2016.2.19. 선고 2015도15101 전원합의체 판결에서 관건이 된 문제이다.

⁴⁹⁶⁾ 이 문제는 제2조 제2호에서도 마찬가지로 발생한다.

득”할 것을 요구하고 있지 않다. 그 결과 정보 등의 “입력행위”로 이미 제15조의2 제1항은 기수가 되는 동시에 범죄는 종료된다.⁴⁹⁷⁾ 따라서 제15조의2 제1항 또는 제2항의 행위에 의하여 피기망자로부터 범인 명의 계좌에 송금·이체된 후에(제15조의2 제1항) 동 계좌에서 자금을 송금·이체·인출한 범인을 처벌하기 위해서는 역설적으로도(그 처벌의 공백 때문에 제15조의2의 신설의 원인을 제공했던) 형법상 사기죄나 공갈죄를 다시 원용하여 사기죄나 공갈죄의 성립을 판단하여야 하는데 이때 제15조의2 제1항에 규정된 사기 및 공갈 수단을 재차 2중 평가하여 사기죄나 공갈죄의 성립을 판단할 수밖에 없게 된다. 그리고 범인이 아닌 인출책의 경우 범행이 종료된 이후에는 공범이 성립될 수 없기 때문에 마찬가지로 정범에게 형법상 사기죄나 공갈죄가 성립된다는 전제에서만 그 공범이 성립될 수 있다.

② 그렇다고 하여 제15조의2 제1항이 제2조 제2호에 정한 전기통신금융사기에 대한 직접적인 처벌규정이므로 제15조의2 제1항 각호에 정한 행위유형은 단순히 재산상의 이익의 처분 및 취득행위 이전의 컴퓨터범죄가 아니라 재산상의 이익의 처분 및 취득행위와 동일한 것이기 때문에 제15조의2 제1항은 바로 이득죄를 정한 것이라고 하더라도 결과는 크게 달라지지 않는다. 왜냐하면 제15조의2 제1항의 각호의 행위를 실행하면 제15조의2 제1항은 곧바로 기수가 되고 범행도 종료되어 범행이 종료된 이후의 행위는 다른 범죄구성요건이 성립하지 않는 한 불가벌적 사후행위가 되기 때문이다. 제15조의2 제1항이 목적범이라는 사정은 이러한 결과에 영향을 미치지 않는다. 왜냐하면 제15조의2 제1항 각호에 정한 행위는 목적성이 인정될 때 비로소 구성요건해당성이 있을 뿐만 아니라 아무리 목적성이 인정된다고 하더라도 동항 각호에 정한 구성요건을 실현하는 행위가 없는 한 그것으로 범행은 종료되기 때문이다.⁴⁹⁸⁾ 즉 제15조의2 제1항 제2호에 정한 “정보”는 피기망자로부터 사취한 정보라고 해석할 수밖에 없기 때문에 범인 명의의 사기이용계좌로부터 자신의 정보를 입력하여 자금을 송금·이체·인출하는 행위는 구성요건해당성이 없으며 이것은 제3자 명의의 사기이용계좌라고 하여 달리 해석되지 않는다.

497) 그렇지 않다는 견해로는 대법원 2016.2.19. 선고 2015도15101 전원합의체 판결 대법관 김창석, 대법관 조희대, 대법관 권순일, 대법관 박상옥, 대법관 이기택의 반대이견.

498) 다른 견해로는 대법원 2016.2.19. 선고 2015도15101 전원합의체 판결 대법관 김창석, 대법관 조희대, 대법관 권순일, 대법관 박상옥, 대법관 이기택의 반대이견.

③ 그렇다고 하여 이러한 해석상의 문제를 회피하기 위하여 피기망자로부터 송금·입금된 자금을 범인 명이나 제3자 명의 사용이용계좌로부터 송금·이체·인출한 부분에 대하여 횡령죄를 인정하는 것도 그리 쉽지 않다. 물론 대법원은 “어떤 예금계좌에 돈이 착오로 잘못 송금되어 입금된 경우에는 그 예금주와 송금인 사이에 신의칙상 보관관계가 성립한다고 할 것이므로, 피고인이 송금 절차의 착오로 인하여 피고인 명의의 은행 계좌에 입금된 돈을 임의로 인출하여 소비한 행위는 횡령죄에 해당하고 (대법원 1968.7.24. 선고 1966도1705 판결, 대법원 2005.10.28. 선고 2005도5975 판결, 대법원 2006.10.12. 선고 2006도3929 판결 등 참조), 이는 송금인과 피고인 사이에 별다른 거래관계가 없다고 하더라도 마찬가지이다”⁴⁹⁹⁾라는 견해를 견지하고 있어서 일견 제15조의2 제1항과 관련하여 이러한 법리를 적용할 수 있을 것처럼 보인다.⁵⁰⁰⁾ 그러나 대법원은 제15조의2 제1항이 제2조 제2호에 대한 직접적인 처벌규정이라는 전제에서 편취한 재산상의 이익의 송금·이체·인출행위는 이미 본범인 사기범행이 예정하고 있던 행위에 불과하기 때문에 불과별적 사후행위에 해당한다고 보고 있을 뿐만 아니라⁵⁰¹⁾ 설령 제15조의2 제1항을 재산상의 이익의 편취 이전의 컴퓨터범죄를 처벌하기 위한 규정으로 해석한다고 하더라도 컴퓨터범죄 이후에 편취한 재산상의 이익과 관련하여 피기망자와 사기이용계좌 명의인 간에 “신의칙상 보관관계”⁵⁰²⁾의 근거가 되는 “어떠한 위탁관계나 신임관계가 존재한다고 볼 수 없[기]” 때문에⁵⁰³⁾ 횡령죄를 인정하는 것도 쉽지 않다.⁵⁰⁴⁾

셋째 「통신사기피해환급법」 제15조의2 제1항이 피상범죄에 대응하기 위한 처벌구성요건으로 규정된 것임에도 불구하고 오히려 전통적인 수법에 대해서는 대응하지 못하는 규율의 공백이 발생한다. 즉 예컨대 보이스포싱 피해자가 집에 가지고 있던

499) 대법원 2010.12.9. 선고 2010도891 판결.

500) 이와 달리 일본의 경우 과오 송금·입금된 예금이라는 사실을 알고도 계좌명의인이 이를 인출하여 사용한 경우 신의칙에 근거한 고지의무를 위반하여 기망한 것으로 보아 횡령죄가 아니라 사기죄의 성립을 인정한다. 最高裁 平成15·3·12 刑集 57·3·322; 大谷實, 『刑法講義各論』, 成文堂, 2009, 大谷實, 『刑法講義各論』, 成文堂, 2009, 289頁以下; 前田雅英, 『刑法各論講義』, 第5版, 東京大学出版社, 2011, 235頁以下.

501) 대법원 2017.5.31. 선고 2017도3894 판결; 대법원 2017.5.31. 선고 2017도3045 판결.

502) 대법원 2010.12.9. 선고 2010도891 판결.

503) 대법원 2017.5.31. 선고 2017도3894 판결; 대법원 2017.5.31. 선고 2017도3045 판결.

504) 대법원 2017.5.31. 선고 2017도3894 판결; 대법원 2017.5.31. 선고 2017도3045 판결.

현금을 범인에게 직접 전달한 경우에는 자금을 송금·이체하거나 정보처리장치에 정보·명령을 입력한 사실(제2조 제2호)이 없기 때문에 애초부터 「통신사기피해환급법」의 적용대상에서 제외된다. 물론 동법이 “전기통신”금융사기에 관한 법률이라는 점에서는 이해할 수 없는 것은 아니지만, 궁극적인 문제는 동법이 전기통신을 이용하 사기가 아니라 사기범죄 중에서 피해자나 행위자가 전기통신을 이용하여 자금을 송금·이체한 경우만을 전기통신금융사기로 정의하고 있다는 데에 있다. 따라서 동일한 피수범이라고 하더라도 피해자나 범인이 전기통신을 이용하여 자금을 송금·이체하였는지의 여부에 따라 적용법조가 달라지는 문제가 발생한다.

나. 다른 범죄구성요건들과의 규율의 중복성

이러한 구성요건의 문제에도 불구하고 현행법상 전기통신금융사기 및 동 목적 컴퓨터범죄를 규정하지 않고서는 처벌의 공백을 보충할 수 없다면 동 규정의 필요성은 부인될 수 없을 것이다. 그러나 이하에서 살펴보듯이 동 규정은 그 보호법익과 행위유형에서 다른 범죄구성요건들과 중복되어 그 결과 복잡한 경합관계를 발생시킨다.

1) 보호법익 및 행위유형의 중첩적인 규율

① 전기통신금융사기(제2조 제2호)의 처벌

「통신사기피해환급법」 제2조 제2호에 정한 전기통신금융사기는 그 보호법익과 행위유형에서 이미 다른 범죄구성요건과 중첩된다. 즉 범인이 재산상의 이익을 취득한 경우에는 형법상 사기죄(「형법」 제347조), 컴퓨터등사용사기죄(제247조의2)나 공갈죄(제350조) 등에 의하여 처벌될 수 있다(10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금). 그리고 특히 형법상 사기죄에서 재산상의 이익 등의 처분행위의 결과에 대한 인식이 없어서 처분의사를 인정하기 곤란한 경우 사기죄가 성립되지 않는다는 과거의 판례에 따르면 그것이 재물의 경우 절도죄(제329조, 6년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금)로 그리고 재산상의 이익의 경우에는 「전자금융거래법」 제49조 제2항 제4호 및 제5호(7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금)⁵⁰⁵⁾에 의하여 처벌될 수 있다.

⁵⁰⁵⁾ 「전자금융거래법」 제49조(벌칙)

① ... [생략]

또한 이들 범죄구성요건에 대해서는 각각 미수범과 상습범 처벌규정이 규정되어 있다. 그리고 형법상 사기죄와 공갈죄의 경우 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제3조에 의하여 이득액에 따라 가중처벌도 가능하다.⁵⁰⁶⁾

물론 보이스피싱의 유형과 관련하여 처분행위의 결과에 대하여 피해자의 처분의사를 인정하기 어려웠던 범죄피해나 대금연체(“보호형”) 혹은 각종 환급(“보상제공형”) 등을 가장하여 금융거래정보 등을 제공받아 이를 이용하여 재산상 이익을 편취하는 행위⁵⁰⁷⁾는 과거의 판례에 의하면 피기망자에게 처분결과에 대한 인식이 결여되어 처분의사를 인정하기 어려워 형법상 사기죄로 처벌할 수 없었으나⁵⁰⁸⁾ 2017년 2월 16일 대법원 전원합의체 판결⁵⁰⁹⁾이 사기죄에서는 “피기망자가 자신의 작위 또는 부작위에

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. - 3. ... [생략]

4. 전자금융기반시설 또는 전자금융거래를 위한 전자적 장치에 침입하여 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 접근매체를 획득하거나 획득한 접근매체를 이용하여 전자금융거래를 한 자
5. 강제로 빼앗거나, 횡령하거나, 사람을 속이거나 공갈하여 획득한 접근매체를 판매·알선·판매·수출 또는 수입하거나 사용한 자
6. 삭제

506) 본 보고서의 결론에 따라 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」을 정비하는 경우 「형법」에 정한 가액에 따라 형이 가중된 특별구성요건에 따라 가중처벌할 수 있을 것이다.

507) 보이스피싱의 유형에 관한 상세한 것은 금융감독원, 2009년 6월 12일 보도자료 “전화금융사기 피해예방 현황 및 보완대책 - 전화금융사기에 주의 하세요! -”, 5면(http://www.fss.or.kr/fss/kr/promo/bodobbs_view.jsp?seqno=13620&no=1&s_title=전화금융사기&s_kind=title&page=1; 2017년 9월 16일).

508) 처분행위에 대하여 처분의사가 필요하다는 전제에서 처분의사는 피기망자가 처분결과에 대한 인식이 있는 때에 인정된다는 것이 대법원의 일관된 입장이었다: 대법원 1987.10.26. 선고 87도 1042 판결; 대법원 1999.7.9. 선고 99도1326 판결; 대법원 2011.4.14. 선고 2011도769 판결. 이에 대하여 처분행위에 대한 처분의사를 필요로 하지 않는다는 견해로는 이재상·장영민·강동범, 『형법각론』, 제10판 보정판, 박영사, 2017, 345면.

509) 대법원 2017.2.16. 선고 2016도13362 전원합의체 판결: 동 판결의 다수의견은 “사기죄에서 피기망자의 처분의사는 기망행위로 착오에 빠진 상태에서 형성된 하자 있는 의사이므로 불완전하거나 결함이 있을 수밖에 없다. 처분행위의 법적 의미나 경제적 효과 등에 대한 피기망자의 주관적 인식과 실제로 초래되는 결과가 일치하지 않는 것이 오히려 당연하고, 이 점이 사기죄의 본질적 속성이다. 따라서 처분의사는 착오에 빠진 피기망자가 어떤 행위를 한다는 인식이 있으면 충분하고, 그 행위가 가져오는 결과에 대한 인식까지 필요하다고 볼 것은 아니다”라고 전제하면서 “... 피기망자가 기망당한 결과 자신의 작위 또는 부작위가 갖는 의미를 제대로 인식하지 못하여 그러한 행위가 초래하는 결과를 인식하지 못하였더라도 그와 같은 착오 상태에서 재산상 손해를 초래하는 행위를 하기에 이르렀다면 피기망자의 처분행위와 그에 상응하는 처분의사가 있다고 보아야 한다”고 밝히고 있다. 따라서 “사기죄의 본질과 구조, 처분행위와 그 의사적 요소로서 처분의사의 기능과 역할, 기망행위와 착오의 의미 등에 비추어 보면, 비록 피기망자가 처분행위의 의미나 내용을 인식하지 못하였더라도, 피기망자의 작위 또는 부작위가 직접 재산상 손해를 초래하는 재산적 처분행위로 평가되고, 이러한 작위 또는 부작위를 피기망자가 인식

따른 결과까지 인식하여야 처분의사를 인정할 수 있는 것은 아니다”라고 판시함으로써 기존의 입장을 변경했기 때문에 이제는 처벌의 공백이 없어졌다고 볼 수 있다.

그리고 설령 동 판결이 비판의 여지가 전혀 없는 것은 아니라고 하더라도⁵¹⁰⁾ 피기망자의 처분의사를 인정하기 어려울 때에는 (형법상 사기죄(「형법」 제347조 제1항, 10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금)보다 법정형은 낮지만) 재물의 경우 절도죄(제329조, 6년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금)에 의하여 그리고 재산상의 이익의 경우 「전자금융거래법」 제49조 제2항 제4호 및 제5호(7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금)에 의하여 처벌할 수 있다.

② 전기통신금융사기 목적 정보 등 입력행위(제15조의2)의 처벌

이것은 「통신사기피해환급법」 제15조의2에서도 크게 다르지 않다. 즉 만약 동 규정이 피기망자의 처분행위 이전 단계의 범인의 행위를 처벌하는 것을 목적으로 하는 규정이라면 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」(이하 “정보통신망법”이라 한다), 「전자금융거래법」, 형법상 전자기록 위·변작 및 동 행사죄 또는 「개인정보보호법」 등에 의하여 처벌될 수 있다.⁵¹¹⁾

(a) 개인정보를 획득하기 위하여 웹상에 피싱 사이트를 제작·운영하거나 온라인광고 등에 악성코드를 심어놓는 행위는 ㉠ 「정보통신망법」 제70조의2(제48조 제2항, 7년 이하의 징역 또는 7천만원 이하의 벌금)와 제71조 제1항 제2호(제49조의1, 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금)에 의하여 처벌될 수 있으며 그 밖에 진실한 사이트를 모방하여 피싱 사이트를 제작·운영했다면 경우에 따라서는 ㉡ 형법상 공전자기록위·변작(「형법」 제227조의2) 및 동 행사죄(제229조), 사전전자기록위·변작(제232조의2) 및 동 행사죄(제234조)나 또는 ㉢ 저작권법·상표권법에 의해서도 처벌될 수 있다.⁵¹²⁾ 그리고 (b) 피싱 사이트 등을 통하여 개인정보를 수집한 경우에는 「정보통

하고 한 것이라면 처분행위에 상응하는 처분의사는 인정된다. 다시 말하면 피기망자가 자신의 작위 또는 부작위에 따른 결과까지 인식하여야 처분의사를 인정할 수 있는 것은 아니다”라고 한다. 그러나 대법관 이상훈, 대법관 김용덕, 대법관 김소영, 대법관 조희대, 대법관 박상옥, 대법관 이기택의 반대이견 참조.

510) 대법원 2017.2.16. 선고 2016도13362 전원합의체 판결 대법관 이상훈, 대법관 김용덕, 대법관 김소영, 대법관 조희대, 대법관 박상옥, 대법관 이기택의 반대이견.

511) 이하의 정보통신망법의 관련규정들은 임석순, “피싱(phishing)에 대한 형법적 이해와 새로운 구성요건창설의 필요성”, 『안암법학』, 107면 이하를 참고하여 수정·보완한 것이다.

신망법」 제71조 제1항 제11호(제49조, 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금)나 제72조 제1항 제2호(제49조의2 제1항, 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금)에 의하여, (c) 획득한 개인정보를 입력하는 행위는 「정보통신망법」 제71조 제1항 제3호·제6호·제9호·제10호·제11호(5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금)⁵¹³⁾나 「전자금융거래법」 제49조 제1항 제1호·제4호(10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금)에 의하여 처벌된다. 그리고 (d) 획득한 개인정보를 이용하여 전자금융거래를 하는 경우에는 「전자금융거래법」 제49조 제2항 제4호(7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금)에 의하여 처벌된다. 이러한 온라인 상에서의 개인정보의 탈취나 사기적인 획득 등의 행위에 대한 처벌규정들 외에도 (e) 「개인정보보호법」에 의하여 개인정보의 유출·제공 및 목적 외 사용이 금지된다(동법 제71조 제6호, 제72조 제2호, 제73조 제1호). 또한 (f) 이른바 “사이버인질범”인 랜섬웨어(*Ransomware*)를 이용한 범죄의 경우 정보통신망에 대한 침해행위의 부분에 대해서는 「정보통신망법」 제70조의2(제48조 제2항, 7년 이하의 징역 또는 7천만원 이하의 벌금)로 그리고 재산상의 이익의 편취의 부분에 대해서는 형법상 공갈죄(동법 제350조)로 처벌할 수 있다. 그리고 (g) 보이스피싱에 이용할 목적으로 자신의 발신번호를 조작한 경우에는 「전기통신사업법」 제95조의2 제4호(제84조의2 제1항) 및 제5호(제84조의2 제2항)(3년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금)에 의하여 처벌되며,⁵¹⁴⁾ (h) 사기이용통장(이른바 “대포통장”)을 양도·양수·대여·보관·전달·유통하는 행위는 「전자금융거래법」 제49조 제4항 제1호 및 제2호(3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금)와 형법상 사기죄의 방조범 등에 의하여 처벌된다.

512) 임석순, 앞의 글, 107면 이하.

513) 임석순, 앞의 글, 107면.

514) 임석순, 앞의 글, 108면.

2) 경합관계의 복잡성과 적용의 혼란

이상에서 살펴보았듯이 「통신사기피해환급법」 제15조의2 제1항을 제2조 제2호에 정한 전기통신금융사기에 대한 직접적인 처벌규정으로 해석하든 아니면 전기통신금융사기 이전 단계의 행위를 포착하기 위한 처벌규정으로 해석하든 제15조의2 제1항 각호의 행위유형들은 현행법상 여러 규정들에 의하여 규율되고 있으며 이러한 의미에서 처벌의 공백은 거의 나타나지 않는다고 볼 수 있다. 그러나 다른 한편으로 이들 규정들은 「통신사기피해환급법」 제15조의2 제1항과 상상적 경합 또는 실제적 경합관계 혹은 법조경합관계가 성립되어 법적용에 있어서도 많은 혼란을 야기할 수 있다.

첫째 지나치게 많은 규정들과 상상적 또는 실제적 경합관계가 성립하게 된다는 점을 별론으로 하고 제15조의2 제1항을 제2조 제2호에 정한 전기통신금융사기에 대한 직접적인 처벌규정으로서 이득죄를 정한 것이라고 한다면 기망을 통하여 전기통신상에서 정보를 입력하게 하여 처분행위를 유도하는 행위나 기망을 통하여 취득한 개인 정보를 이용하여 재산상의 이익을 편취하는 행위는 바로 전형적인 형법상 사기범죄나 전자금융거래법상 부정한 금융거래에 해당하기 때문에 제15조의2 제1항이 과연 형법상 사기죄나 공갈죄 또는 전자금융거래법상 부정한 금융거래(「전자금융거래법」 제49조 제2항 제4호 및 제5호)의 구성요건과 실질적으로 구별되는지는 의문이다.

둘째 제15조의2 제1항(10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금)을 이득죄로 보는 경우 동죄와 형법상 사기죄나 공갈죄(10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금)의 법정형과 비교할 때 징역형은 동일하면서 벌금형이 가중되어 있다는 점에서 의미가 전혀 없는 것은 아니다. 그러나 형법상 사기죄나 공갈죄는 「특경법」 제3조(특정재산범죄의 가중처벌)에 의하여 가액에 따라 징역형뿐만 아니라 벌금형을 가중할 수 있는데 대하여 「통신사기피해환급법」 제15조의2는 동 규정의 적용대상이 되지 않기 때문에 실질적으로 형법상 사기죄나 공갈죄에 비하여 경하게 처벌되는 불합리한 결과도 야기할 수 있다. 즉 행위결과가 중대함에도 불구하고 행위자의 책임과 행위결과가 상응하지 않게 되는 결과를 야기한다. 따라서 피해액이 중대한 경우 제15조의2 제1항은 불가피하게 형법상 사기죄나 공갈죄와의 상상적 경합이나 실제적 경합관계를 인정해야 할 필요가 발생하게 되는데 이 경우 전기통신금융사기를 독립구성요건으로 규정한 의미도 희석될 뿐만 아니라 전기통신금융사기죄 외에 형법상 사기죄나 공갈죄가

별도로 성립할 수 있는가(또는 적용할 수 있는가)라는 근본적인 문제가 제기된다.

만약 제15조의2 제1항을 앞서 살펴본 판례와 같이 전기통신금융“사기”(제2조 제2호)에 대한 직접적인 처벌규정이라고 본다면 제15조의2는 형법상 사기죄 기본구성요건에 대한 특별가중구성요건이 되어 법조경합(특별법 관계)으로 인하여 형법상 사기죄가 별도로 성립하지 않는다고 보는 것이 타당할 것이다. 그러나 제15조의2 제1항의 구성요건, 즉 피기망자로 하여금 정보 등을 입력하게 하거나 범인이 사취한 정보를 입력하는 행위가 종료되면 그것으로 범행은 종료되고 그 후 범인 명의 사기이용계좌로부터 자금을 인출하는 것은 불가벌적 사후행위로 그리고 제3자 명의 사기이용계좌로부터 자금을 인출하는 행위는 제15조의2 제1항 제2호에 정한 전기통신금융사기의 방조범이 아니라 범인에게 형법상 사기죄가 성립할 수 있다는 전제에서 사기죄의 방조범이 성립할 수 있을 뿐이지만,⁵¹⁵⁾ 이때에도 제15조의2 제1항과 형법상 사기죄의 상상적 경합을 인정하지 않고 법조경합만을 인정하는 경우에는 방조범의 성립도 어려울 수 있다.

반면에 제15조의2 제1항이 이득죄(전기통신금융사기)를 목적으로 한 컴퓨터범죄를 정한 것이라면 형법상 사기죄의 보호법익 및 행위유형과 구별되기 때문에 범인이 제15조의2 제1항의 행위로 재산상의 이익을 취득하거나 피기망자에게 재산상의 피해를 입힌 경우에는 별도로 형법상 사기죄의 성립을 인정할 수 있다. 이 경우 예컨대 사기이용계좌, 이른바 “대포통장”을 대여한 사람은 「전자금융거래법」 제6조 제3항 제1호부터 제3호 및 제49조 제4항 제1호 및 제2호에 의하여 처벌되는 동시에 형법상 사기죄의 방조죄로 처벌될 수 있게 된다.

셋째 이 문제가 가장 첨예하게 나타나는 경우가 바로 양벌규정을 적용할 때이다. 양벌규정은 일반적으로 동법에 정한 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리한 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원을 행위자와 함께 동법의 본조에 정한 형(법인의 경우 벌금)으로 처벌하도록 하고 있다. 그런데

515) 우리나라와 달리 일본 판례는 자신의 계좌가 금융사기범죄에 이용되고 있다는 사실을 알면서 자금을 인출하는 행위에 대하여 신의칙상 고지의무위반에 의한 기망을 인정하여 사기죄의 성립을 인정하지만, 이때 ATM에서 현금을 인출하는 행위에 대해서는 절도죄의 성립을 인정한다. 이에 관한 상세한 것은 田中優輝, 「犯罪行為により自己名義口座に振り込まれた預金の払戻しと詐欺罪・窃盗罪の成否——東京高判平成25年9月4日、判例時報2218号 134頁」, 広島法学 40卷3号(2017), 309頁以下.

만약 제15조의2를 전기통신금융사기에 대한 직접적인 처벌규정으로 보고 형법상 사기죄의 특별구성요건으로 보는 한 형법상 사기죄와 범조경합이 성립하게 되어 제15조의2만이 적용되기 때문에 양벌규정의 적용에서도 마찬가지로 제15조의2에 정한 형벌만을 부과할 수 있을 뿐이다. 이것은 전기통신금융사기의 이득액이 중대한 경우에는 개인뿐만 아니라 법인 또는 사업주 등의 책임이 행위결과와 상응하지 않게 되는 문제를 발생시킨다.

다. 소결

이상에서 살펴본 바와 같이 제15조의2 제1항을 전기통신금융“사기”(제2조 제2항)에 대한 직접적인 처벌규정이라고 해석할 것인지 아니면 사기목적 컴퓨터범죄로 해석할 것인지에 따라 그 법적용이 달라질 뿐만 아니라 다른 법률에 정한 처벌규정에 의하여 복잡한 경합관계가 성립함으로써 법적용에 있어서도 혼란을 가중시킬 우려가 있다. 그렇다고 하여 제15조의2 제1항을 규정하지 않더라도 피싱범죄에 대하여 처벌의 공백이 발생하는 것도 아니라는 점도 살펴보았다. 따라서 전기통신금융사기는 전통적인 형법상 사기죄나 공갈죄 그리고 그 밖의 컴퓨터범죄로 처벌하는 것이 보다 간명한 법적용을 가능하게 할 뿐만 아니라⁵¹⁶⁾ 특경법 제3조의 적용을 가능하게 하여 가중처벌의 목적도 달성할 수 있을 것으로 판단된다.

2. 제16조(벌칙)

제16조 각호⁵¹⁷⁾에 정한 위반행위들은 「통신사기피해환급법」 관련규정들에 대한 종속성이 강할 뿐만 아니라 형법에 정한 보호법익의 침해행위에 쉽게 상응되지 않는 행위들이어서 삭제하거나 혹은 형법전에 편입하는 것은 용이하지 않다.

516) 마찬가지로 제15조의2에 대하여 비판적인 견해로는 임석순, 앞의 글, 110면 이하.

517) 「통신사기피해환급법」 제16조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 거짓으로 제3조제1항에 따른 피해구제를 신청한 자
2. 거짓으로 제3조제2항에 따른 지급정지를 요청한 자
3. 거짓으로 제6조제1항에 따른 피해구제를 신청한 자
4. 거짓으로 제7조제1항에 따른 이의제기를 한 자

제16조는 거짓으로 피해구제를 신청하거나(제1호 및 제3호) 금융기관이 거짓으로 사기이용계좌의 지급정지를 요청하거나(제2호; 제3조 제2항) 또는 지급정지 계좌의 명의인이 거짓으로 이의제기를 하는 등 각종 업무방해행위에 대하여 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다.

특히 동조 제1호와 관련하여 피해자가 금융기관 등에 지급정지 등 피해구제를 신청하면(제3조 제1항) 사기이용계좌의 피해금에 대한 채권소멸절차가 개시되는데 이때 채권이 소멸하면 피해환급금의 지급이 개시되는데(제10조) 그 결과 예컨대 지급정지를 당한 해당계좌의 명의인은 인터넷뱅킹 등 비대면거래가 제한되고 1년간 예금계좌의 개설이 금지될 뿐만 아니라 금융질서문란자⁵¹⁸⁾로 등록되는 경우 최장 12년 간 신규대출의 제한, 신용카드 한도의 축소 및 이용정지, 신규계좌 개설 및 보험가입 제한 등 금융거래가 제한될 수 있다.⁵¹⁹⁾ 따라서 제1호는 피해금 환급절차에서의 부정행위라는 성격뿐만 아니라 지급정지 당한 피해자의 재산권의 행사에 중대한 침해를 초래하는 행위의 특성을 갖는다. 그러나 이러한 행위를 형법으로 처벌하기는 쉽지 않다. 물론 형법상 업무방해죄(「형법」 제314조)로 처벌할 수 있으나 동 규정은 피해자의 개인적 법익을 침해하는 죄로서 「통신사기피해환급법」 제16조가 염두에 두고 있는 피해금 환급절차에서의 부정행위라는 성격이 제대로 반영되지 못한다.

518) 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 제32조 제6항 제9호

「등 시행령」 제28조 제11호

“법 제32조제6항제9호에서 “대통령령으로 정하는 금융질서문란행위자”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 말한다. <신설 2015.9.11.>

1. 부정한 목적으로 다른 신용정보주체의 개인식별정보(제29조에서 정하는 정보를 말한다. 이하 이 호에서 같다)를 이용하여 금융거래 등 상거래를 하거나 그 상거래를 하려는 타인에게 자신의 개인식별정보를 제공한 자
2. 부정한 목적으로 금융거래 등 상거래와 관련하여 거래상대방에게 위조·변조되거나 허위인 신용정보를 제공한 자
3. 대출사기, 보험사기, 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 알아낸 타인의 신용카드 정보를 이용한 거래 또는 이와 유사한 금융거래 등 상거래를 한 자
4. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 법원의 회생절차개시결정·간이회생절차개시결정·개인회생절차개시결정·파산선고 또는 이와 유사한 결정이나 판결을 받은 자
5. 그 밖에 금융거래 등 상거래와 관련하여 금융질서를 문란하게 한 자로서 금융위원회가 정하여 고시하는 자”

519) 금융감독원 2016년 3월 10일 보조자료 “「금융질서문란행위자」로 등록되면 최장 12년간 금융거래시 불이익 부과(16.3.12일부터 시행)”, 3면 (http://www.fss.or.kr/fss/kr/promo/bodobbs_vie_w.jsp?seqno=19277&no=1&s_title=%B1%DD%C0%B6%C1%FA%BC%AD%B9%AE%B6%F5%C7%E0%C0%A7%C0%DA&s_kind=title&page=1; 2017년 9월 12일).

따라서 제16조에 정한 처벌규정은 「통신사기피해환급법」에 그대로 규정하는 것이 적절하다고 판단된다.

3. 양벌규정의 문제

문제는 「통신사기피해환급법」 제15조의2의 삭제로 인하여 발생하게 되는 양벌규정의 공백이다. 즉 제17조는 양벌규정을 정하면서 제15조에 정한 전기통신금융사기의 발생을 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리한 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원을 행위자와 함께 본조에 정한 형(법인의 경우 벌금)으로 처벌하도록 하고 있는데 제15조를 삭제하게 되면 양벌규정을 적용할 수 없게 된다.

더욱이 제15조의2와 함께 형법상 사기죄 또는 공갈죄가 성립하는 경우라고 하더라도⁵²⁰⁾ 양벌규정은 동법에 정한 위반행위에 대한 형벌을 부과하도록 정하고 있기 때문에 행위결과, 즉 이득액이 중대한 경우라고 하더라도 「특경법」 제3조에 따라 이득액에 따라 가중처벌할 수 없는 문제가 있다. 그 결과 양벌규정이 개인의 책임과 법인 또는 사업주 등의 책임을 상응시키려는 본래 취지와는 달리 상호 일치하지 않게 되는 문제가 발생한다(이 문제는 비단 「통신사기피해환급법」에서만 발생하는 문제는 아니다).

따라서 제15조의2를 삭제하면서도 양벌규정이 개인의 책임과 법인 또는 사업주 등의 책임을 상응시켜 적용될 수 있도록 하기 위해서는 양벌규정을 전기통신금융사기로 인하여 형법상 사기죄나 공갈죄 및 동 미수범(전기통신금융사기를 범하기 위한 각종 수단들 중에서 컴퓨터범죄도 포함될 것이다)을 범하는 경우에도 적용될 수 있도록 할 필요가 있다.

⁵²⁰⁾ 실질적으로 범조경합이 성립하여 상상적 경합을 인정하기는 어려울 것이라는 점은 이미 앞서 언급하였다.

4. 정비방안

이상의 내용을 정리하면 다음과 같다.

〈표 7-3〉 통신사기피해환급법의 정비방안

현행법		시안
「통신사기피해환급법」		
제15조의2 (벌칙)	제1항(전기통신금융사기 처벌)	삭제 → 원칙: 형법상 사기죄 또는 공갈죄, 전자 금융거래법, 기타 컴퓨터범죄의 상상적 또는 실제적 경합으로 해결 → 형법상 사기죄 또는 공갈죄가 성립하지 않는 경우 전자금융거래법이나 각종 컴퓨 터범죄로 처벌 가능
	예컨대 사기이용계좌로부터 편취한 자금을 송금·이체·인출만을 담당할 사람의 가벌성	
	정범: 제15조의2 공범: 형법상 사기죄의 공범	정범: 형법상 사기죄 공범: 형법상 사기죄의 공범
	제2항(미수범)	삭제 → 「형법」 제352조(미수범)
	제3항(상습범 가중)	삭제 → 「형법」 제347조(상습범)
	이득액에 따른 가중처벌: 가중처벌: 제15조의2는 형법상 사기 죄 및 공갈죄와 법조경합이 성립하기 때문에 형법상 사기죄 및 공갈죄에 근거한 「특경법」 제3조(특정재산범죄 의 가중처벌)는 적용할 수 없음.	전기통신금융사기로 인하여 형법상 사기죄 또는 공갈죄가 성립하는 경우를 처벌하기 때 문에 자연스럽게 「특경법」 제3조(특정재산법 죄의 가중처벌)의 적용이 가능해짐.
제16조(벌칙)		유지
제17조(양벌규정)	“법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용 인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무 에 관하여 제15조의2 및 제16조의 위반행위를 하 면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 게도 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다. 다만, 법 인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리 하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.”	제17조(양벌규정) “법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개 인의 업무에 관하여 전기통신금융사기로 인 하여 「형법」 제347조부터 제348조, 제250 조, 제259조의2, 제351조 그리고 제352조 를 범하거나 또는 동법 제16조의 위반행위 를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과 (科)한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행 위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경 우에는 그러하지 아니하다”.

결론

형사특별법은 법제정목적상 형법전의 규율공백의 보충보다는 오히려 사회적 엄벌주의의 요청에 부응하여 「형법전」의 기본구성요건에 대한 형벌가중구성요건을 규정하는 것을 주된 목적으로 하고 있어서 자칫 「형법전」을 형해화시키는 주요 원인으로 지적되고 있다.

본 보고서에서는 특히 경제범죄 관련 형사특별법을 대상으로 그 정비방안에 관하여 검토하고자 한다.

(1) 우선 일괄적으로 정비가 가능한 영역으로는 ① 범죄수익 또는 피해의 가액에 따른 법정형의 구분, ② 몰수·추징 규정 그리고 ③ 부정한 금품 등 수수 및 제공죄라고 말할 수 있다.

① 가액에 따라 법정형을 구분하는 한다고 하여 그것이 바로 형법의 책임원칙에 위배되는 것은 아니며 오히려 결과불법에 따라 책임을 개별화시키는 의미를 가질 수 있다. 문제는 가액에 따라 법정형을 구분하면서 형벌체계의 균형을 일탈할 정도의 가중의 정도라고 볼 수 있다. 따라서 법정형을 하향조정하고 가액에 따라 법정형을 구분하는 것이 바람직하다.

② 몰수·추징과 관련하여 징벌적 추징의 개념을 부인하고 가벌성의 경중은 징역형이나 벌금형에 반영하고 몰수·추징은 범죄이익의 박탈의 성격으로만 파악하는 것이 적절하다.

③ 부정한 금품 등 수수 및 제공죄는 많은 법률에서 규정하고 있는데 개별 법률마다 이를 규정할 필요는 없으며 형법전에 민간영역에서의 부패범죄로서 형법전의 배임 및 횡령의 장에 기본구성요건으로 규정할 필요가 있다. 물론 이때에도 부정한 금품 등 수수 및 제공행위는 경우에 따라서는 사기의 수단으로 사용되거나 배임을 구성하는 경우가 있기 때문에 금품등 수수 및 제공행위 자체를 처벌하는 규정과 동 행위의 목적(예컨대 승부조작 등)에 따라 처벌하는 경우를 구별하여 규정하여야 할 것이다.

(2) 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률의 정비와 관련해서는 원칙적으로 동형사특별법을 폐지하고 특정재산범죄의 가중처벌은 형법에 규정된 기본구성요건에서 가액에 따라 법정형을 구분하는 방식으로 정비할 수 있다. 금융회사 등의 임직원의

수증재죄 등의 행위는 형법전에 독립구성요건으로 규정하되 뇌물죄의 체계에 상응하여 구성요건을 마련해야 할 것이다.

(3) 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률과 관련해서는 원칙적으로 경제범죄 관련 가중처벌규정은 동법에서 삭제하는 것이 적절하다. 뇌물죄의 가중처벌과 알선수재는 형법전으로 편입하고 재산국외도피죄는 범죄수익은닉·가장죄나 외국환관리법 위반 등 다른 법률에 의하여 처벌하는 것이 바람직하다. 그리고 국고 등 손실죄는 공무원의 횡령·배임범죄로서 형법상 횡령·배임죄에 의하여 처벌될 수 있기 때문에 동 규정도 대체 없이 삭제한다고 하여 가벌성의 흠결이 발생하지는 않는다. 다만 공무원범죄에 대한 가중처벌의 필요성은 또 다른 문제이다. 관세법 위반행위, 조세포탈 등의 구성요건은 개별 법률에 편입하는 것이 적절하다. 외국인을 위한 탈법행위는 공범에 대한 법정형이 정범의 것에 비하여 형벌체계의 균형을 일탈할 정도로 중한 것이라는 점에서 이를 삭제하고 공범이론에 따라 해결하는 것이 타당하다.

(4) 재정범죄와 관련하여 공적 부조를 위한 각종 보조금 및 급여의 부정수급은 개별 법률에 정한 복지급여 등의 부정수급 처벌규정은 삭제하고 부정수급에 대한 처벌은 「보조금 관리에 관한 법률」이나 형법상 사기죄나 횡령죄로 일원화하는 것이 바람직하다.

(5) 보험범죄 관련 형사특별법과 관련하여 보험사기방지 특별법에 규정된 보험사기죄는 실질적으로 형법상 사기죄와 그 구성요건이 구별되지 않는다는 점에서 이를 삭제하고 보험사기를 목적으로 한 예비 또는 미수단계에 대한 처벌규정이 신설될 필요가 있다.

(6) 금융범죄와 관련하여 ① 국내재산 도피 방지법은 이를 폐지하고 특경법상 재산 국외도피죄와 마찬가지로 범죄수익은닉·가장죄나 외국환관리법 위반행위로 처벌하는 것이 바람직하다. ② 부정수표단속법과 관련하여 이를 폐지하고 형법상 사기, 배임 또는 유가증권 위·변조죄를 구성하는 경우에만 형사처벌하는 것이 타당하다. ③ 전기통신금융사기 피해 방지 및 피해금 환급에 관한 법률에 규정된 전기통신금융사기죄는 폐지하고 형법상 사기죄나 컴퓨터범죄 등으로 처벌하는 것으로 충분하며, 이를 통하여 전기통신금융사기 피해 방지 및 피해금 환급을 위한 법률로 재정립하는 것이 타당하다.

참고문헌

1. 국내문헌

<국가기관>

법무부, 『오스트리아 형법』, 2009.12.(http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_03/ListShowData.do?strNbodCd=noti0011&strWrtNo=589&strAnsNo=A&strRtnURL=MOJ_40600000&strOrgGbnCd=100000; 검색일: 2017년 7월 6일).

법무부, 『프랑스 형법』, 2008.11.(http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_03/ShowData.do?strNbodCd=noti0011&strWrtNo=587&strAnsNo=A&strFilePath=moj/&strRtnURL=MOJ_40600000&strOrgGbnCd=100000; 검색일: 2017년 7월 6일).

법무부, 『독일 형법』, 2008.5.(http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_03/ListShowData.do?strNbodCd=noti0011&strWrtNo=589&strAnsNo=A&strRtnURL=MOJ_40600000&strOrgGbnCd=100000; 검색일: 2017년 7월 6일).

법무부, 『중국 형사법』, 2008.3.(http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_03/ListShowData.do?strNbodCd=noti0011&strWrtNo=589&strAnsNo=A&strRtnURL=MOJ_40600000&strOrgGbnCd=100000; 검색일: 2017년 7월 6일).

United States Sentencing Commission, Guidelines Manual, 2016(<https://www.ussc.gov/guidelines/2016-guidelines-manual>; 검색일: 2017년 8월 10일).

<교과서>

김성돈, 『형법각론』, 제4판, 성균관대학교 출판부, 2016.

김일수·서보학, 『새로쓴 형법각론』, 제8판, 박영사, 2015.

박상기, 『형법각론』, 제8판, 박영사, 2011.

배종대, 『형법각론』, 제9전정판, 홍문사, 2015.

신동운, 『형법각론』, 법문사, 2017.

오영근, 『형법각론』, 제3판, 박영사, 2014.

이재상·장영민·강동범, 『형법각론』, 제10판 보정판, 박영사, 2017.

임응, 『형법각론』, 제7정판, 법문사, 2016.

이은모, 『형사소송법』, 제5판, 박영사, 2015.

이재상·조균석, 『형사소송법』, 제10판 보정판, 박영사, 2016.

〈문헌〉

강철하, “범죄수익박탈제도의 문제점 및 개선방향”, 『법조』, 제60권 제10호(2011), 318-357면.

김대근·안성조, 『부도수표의 형사처벌 현황과 개선방향』, 한국형사정책연구원, 2011.

김선협, “현대법의 새로운 과제 : 보험사기죄 신설에 관한 고찰”, 『홍익법학』, 제17권 제1호(2016), 81-106면.

김성은, “보조금범죄의 현황과 효과적 통제방안”, 『형사정책연구』, 제93호(2013), 한국형사정책연구원, 233-263면.

김슬기, “제정 “보험사기방지 특별법”에 대한 형사법적 검토”, 『연세법학』, 제27호 (2016.6.), 67-84면.

김유근·안수길, 『부정부패방지를 위한 법령의 정비방안 연구』, 한국형사정책연구원, 2016.

김유근·탁희성·안성훈·윤정숙·박학모·박준희, 『부정수급 사례·유형별 프로파일링 및 기획조사 활용방안 등 마련』, 고용노동부, 2015.

김유근, 『성폭력범죄 처벌규정에 대한 전반적인 고찰』, 한국형사정책연구원, 2012.

김유근, “기업형벌과 형벌이론간의 괴리”, 『비교형사법연구』, 제9권 제1호(2007), 307-342면.

노수환·이진국, “계속범과 상태범의 구별기준에서 본 재산국외도피죄의 구성요건 고찰”, 『성공관법학』, 제28권 제3호(2016.9.), 603-639면.

류전철, “국가보조금 사취행위의 형법적 고찰”, 『비교형사법연구』, 제5권 제2호 (2003), 613-632면.

- 박길준, “상법상의 벌칙규정에 대한 입법론적 고찰: 일본법과의 비교를 중심으로”, 『연세행정논총』, 제15집(1990), 143-167면.
- 박상진, “국고보조금의 부정수급과 사기죄에 대한 연구 - 형법상 사기죄와 보조금 관리에 관한 법률 제40조를 중심으로 -”, 『법학논총』, 제41권 제1호(2017), 단국대학교, 419-439면.
- 박상기·신동운·손동권·신양균·오영근·전지연, 『형사특별법론 - 5대 형사특별법』, 한국형사정책연구원, 2012(이하 “저자/박상기 외, 『형사특별법론』, 한국형사정책연구원, 2012”으로 인용한다).
- 박성민·이현정, “국가보조금사기에 대한 형법적 대응방안”, 『외법논집』, 제35권 제3호(2011), 한국외국어대학교, 179-192면.
- 서보학, “공범 간에 취득한 이익이 다른 경우의 추정방법 - 외국환관리법 및 관세법상의 몰수·추징의 법적 성격과 추정방법을 중심으로 -”, 『형사판례연구』, 8(2001), 박영사, 178-201면.
- 선종수, “국가보조금 부정수급에 대한 형법적 고찰”, 『법학연구』, 제57권 제3호(2016), 부산대학교, 129-150면.
- 성낙현, “보조금사기죄의 형법예외의 도입에 관한 논의”, 『비교형사법연구』, 제14권 제1호(2012), 61-84면.
- 송석언·양혜진, “부정수표단속법에 관한 소고”, 『법과 정책』, 제4호(1998), 167-184면.
- 신영호, “몰수의 법적 성격에 관하여 - 징벌적 몰수·추징의 개념사용을 보며 -”, 『법학연구』, 제41권 제1호(2000.12.), 부산대학교, 225-247면.
- 안경옥, “특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률의 정비방안”, 『형사정책』, 제17권 제2호(2005), 한국형사정책학회, 9-32면.
- 안경옥, “보험사기의 범죄적 특성과 형사처벌”, 『형사법연구』, 제15권 제2호(2003), 237-253면.
- 안성조, “부정수표단속법상 과실범 처벌의 정당성 -과실범 처벌규정의 입법취지를 중심으로-”, 『경찰법연구』, 제12권 제2호(2014), 109-134면.
- 양기진, “보험사기방지 특별법의 개정방향: 보험사기 조사의 활성화 방안을 중심으로”, 『선진상사법률연구』, 제77호(2017.1.), 209-239면.

- 양동희·김림호, “상법상 이사 등의 독직죄(상법 제630조)에 관한 연구”, 『가천법학』, 제8권 제3호(2015.9.), 129-162면.
- 오병두, “『보험사기방지 특별법』에 대한 평가와 개선방향”, 『형사정책』, 제28권 제3호(2016.12.), 297-322면.
- 오영근, “특정범죄가중처벌등에관한 법률폐지의 당위성”, 『형사정책』, 제17권 제2호(2005), 한국형사정책학회, 33-53면.
- 윤성승, “부도수표에 대한 법적 규제 검토 - 부정수표단속법을 중심으로 -”, 『경찰법연구』, 제6권 제2호(2008), 290-318면.
- 이기현, “동종의 범죄를 가액에 따라 차등처벌하는 특별형법규정 - 해석상의 문제점을 중심으로 -”, 『형사판례연구 3』, 형사판례연구회, 박영사, 1995, 108-130면.
- 이승호, “背任收贈財罪의 本質과 ‘不正한 請託’의 判斷基準”, 『법조』, 2007.11., 104-132면.
- 이정기, 「보조금 부정수급의 법률적 문제와 개선방안」, 『안암법학』, 제53권(2017), 397-433면.
- 이주희, “『특정경제범죄가중처벌등에관한 법률』에 관한 소고 - 존치의 타당성과 개선 방안을 중심으로 -”, 『법과 정책연구』, 한국법정책학회, 제15집 제1호, 125-152면.
- 이창섭, “통신사기피해환급법 제15조의2 제1항 위반죄에 관한 고찰”, 『법학연구』, 제57권 제4호(2016), 83-106면.
- 임석순, “피싱(phishing)에 대한 형법적 이해와 새로운 구성요건창설의 필요성”, 『안암법학』, 91-118면.
- 장영민(편저), 『5대 형사특별법 제·개정 자료집』, 한국형사정책연구원, 2009.12.
- 장후영, “부정수표단속법에 관하여”, 『법조』, 제11권 제1호(1962), 8-16면.
- 전지연, 『형사특별법 정비방안(3): 특정범죄가중처벌등에관한법률』, 한국형사정책연구원, 2008.12.
- 정영일, “유가증권에 관한 죄의 판례연구”, 『형사판례연구 4』, 박영사, 1999, 150-171면.
- 한상훈, “경제범죄의 개념과 형사법적 대책”, 『형사정책』, 제19권 제2호(2007), 209-232면.

- 한상훈, “형법 및 형사특별법상 재산범죄 가중처벌규정의 문제점과 개선방안 - 상습범, 누범 및 가중적 구성요건을 중심으로: 형법 및 형사특별법상 재산범죄 가중처벌규정의 문제점과 개선방안”, 『형사법연구』, 제26호(2006), 139-168면.
- 한석훈, 『기업범죄의 쟁점 연구』, 법문사, 2013.
- 한석훈, “상법 벌칙규정의 개정과제”, 『기업법연구』, 제27권 제2호(2013), 한국기업법학회, 273-301면.
- 한국은행, 『우리나라의 외환제도와 원환시장』, 2010.12.(<http://www.bok.or.kr/contents/total/ko/boardView.action?boardBean.brdid=86579&boardBean.menuid=514&boardBean.rnum=1&menuNaviId=514&boardBean.cPage=1&boardBean.categorycd=0&boardBean.sdt=&boardBean.edt=&boardBean.searchColumn=title&boardBean.searchValue=%EC%9A%B0%EB%A6%AC%EB%82%98%EB%9D%BC%EC%9D%98+%EC%99%B8%ED%99%98%EC%A0%9C%EB%8F%84%EC%99%80+%EC%99%B8%ED%99%98%EC%8B%9C%EC%9E%A5>; 검색일: 2017년 9월 28일).
- 허일태(편), “형사특별법의 형법 편입방향”, 『형법연구 IV』, 동아대학교 출판부, 2009, 399-508면.
- 홍찬기, “범죄수익 몰수추징제도의 문제점과 개선방안”, 『형사법연구』, 제26권 제2호(2014), 193-229면.
- 황일호, “징벌적 몰수·추징의 법적 문제”, 『중앙법학』, 제10권 제2호(2006), 101-131면.

2. 국외문헌

〈일본〉

- 青山善充·管野和夫, 小法典 平成17年度, 有斐閣, 2004.
- 井田良, 『講義刑法学·各論』, 有斐閣, 2016.
- 伊東研祐, 「經濟關係罰則ノ整備ニ関スル法律(昭和19年法4号)と会社法967条の罪(取締役等の贈収賄罪【利益收受等罪】)」, 慶應法学, No.34(2016.3.), 1-26頁.

- 伊東研祐, 「特別背任罪の解釈視座について: 昭和13年商法罰則改正と改正刑法假案」, 島大法学 56(4)(2013.3.), 島根大学法文学部, 21-50頁.
- 大谷實, 『刑法講義各論』, 成文堂, 2009.
- 大塚仁・河上和雄・佐藤文哉・古田佑紀(編), 大コメンタール刑法, 第一卷, 第二版, 青林書林, 2004(“大コメンタール刑法(第二版) 第一卷(저자)”로 인용한다).
- 落合誠一(編集), 『会社法コメンタール〈21〉雑則(3)・罰則』, 商事法務, 2011.
- 改正刑法仮案研究会 編, 「改正刑法仮案立案資料(一)」, 『香川法学』, 34卷3・4号(2015), 324-330頁.
- 甲斐克則・劉建利(翻譯), 『中華人民共和國刑法』, 2011.
- 京藤哲久, 「刑法から經濟刑法へ」, 『明治学院大学法科大学院ローレビュー』, 第19号(2013), 13-30頁.
- 芝原邦爾・西田典之・佐伯仁志・橋爪隆, 『ケースブック經濟刑法』, 第3版, 有斐閣, 2016.
- 田中優輝, 「犯罪行為により自己名義口座に振り込まれた預金の払戻しと詐欺罪・窃盜罪の成否——東京高判平成25年9月4日、判例時報2218号 134頁」, 広島法学 40卷3号(2017), 309-322頁.
- 土本武司, 「日本における贈収賄の特異性と法的規制」, 『法律文化』, 2004, 東京リーガルマインド, 22-27頁.
- 西田典之, 『刑法各論』, 第五版, 弘文堂, 2010.
- 西田典之・山口厚・佐伯仁志, 『注釈刑法 第二卷 各論(1) §§77 - 198』, 有斐閣, 2016.
- 前田雅英, 『刑法各論講義』, 第5版, 東京大学出版社, 2011.
- 林弘正, 『改正刑法仮案成立過程の研究』, 成文堂, 2004.
- 星周一郎, 「不正受給罪と詐欺罪 — 補助金・給付金等の不正取得に関する処罰規定の意義」, 『法学会雑誌』, 第五十二卷 第二号, 首都大学, 2012.1., 197-234頁.
- 山口厚, 『經濟刑法』, 商事法務, 2012.
- 山口厚, 『刑法各論』, 補訂版, 有斐閣, 2008.
- 山中敬一, 『刑法各論』, 第3版, 成文堂, 2015.
- 日本評論社, 「刑法改正条文対照表」, 『法律時報』, 別冊付録, 第48卷10号(1971.9.)

〈영미 / 독일〉

- Achenback, Hans*, Das Strafrecht als Mittel der Wirtschaftslekung, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft(ZStW)*, Vol. 119(2008), S. 789-815.
- Achenback, Hans/Ransieck, Andreas/Rönnau, Thomas*, *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 4. Auflage, C.F. Müller, 2015.
- Ackermann, Jürg-Beat/Heine, Günter*, *Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz*, Stämpfli Verlag, Bern, 2013
- American Law Institute, Model Penal Code and Commenteries, Part II: §§ 220.1-230.5*, American Institute, 1980.
- Bauknecht, Gesine/Lüdicke, Lieslotte(Übers.)*, *Das französische Strafgesetzbuch Code pénal in Kraft getreten am 1. März 1994*, 2. Aufl. nach dem Stand vom 1. Juni 2009, Duncker & Humboldt, Berlin, 2009.
- Cornils, Karin/Frände, Dan/Marikkala, Jussi(Übers.)*, *Das finnische Strafgesetzbuch: Rikoslaki, Strafflag nach dem Stand vom 1.10.2005*, Ducker & Humblot, Berlin, 2006.
- Styma, Dirk(Übers.)*, *Das Strafgesetzbuch der argentinischen Nation / Código Penal de la Nación Argentina.: Gesetz Nr. 11179 vom 29. Oktober 1921 nach dem Stand vom 1. Januar 2008*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009.
- Eisenberg, Ulrich*, *Kriminologie*, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2005.
- Eser, Albin/Perron, Walter./Stern-Lieben, Detlev(Hrsg.)*, *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, C.H. Beck, 29. Auflage, 2014(“Sch/Sch/저자⁹⁹로 인용한다).
- Hassemer, Winfried*, Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, in: *Neue Zeitschrift für Strafrecht(NStZ)*, 1998, S. 553-.559.
- Hefendehl, Roland*, Außerstrafrechtliche und strafrechtliche Instrumentarien zur Eindämmung der Wirtschaftskriminalität, in: *Zeitschrift für die*

- gesamte Strafrechtswissenschaft(ZStW)*, Vol. 119(2008), S. 816-847.
- Hefendehl, Roland/Hohmann, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band5: §§ 263-358 StGB*, 2. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2014(“MK-저자”로 인용한다).
- Graf, Jüren Peter/Jäger, Markus/Wittig, Petra(Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht Kommentar*, Verlag, C.H. Beck, München, 2011 (“Graf/Jäger/Wittig/저자”로 인용한다).
- Joeck, Wolfgang/Miebach(Hrsg.), Münckner Kommentar zum StGB*, C.H. Beck, 2. Auflage, 2014(이하 “MK-저자”로 인용한다).
- Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Saan, Ruth Rissing-van/Tiedemann, Klaus, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Band 9/Teilband 1: §§ 263-266b*, 12. Auflage, de Gruyter, 2012(“LK-저자¹²”로 인용한다).
- Kim, Yookeun, Individuelle und kollektive Zurechnung: Schwierigkeiten mit der Bestrafung von Unternehmern und Unternehmen*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2007.
- Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich(Hrsg.), NomosKommentar Strafgesetzbuch*, 3. Auflage, 2010(“NK-저자”로 인용한다).
- Kudlich, Hans/Oğlakcioğlu, Mustafa Termmuz, Wirtschaftsstrafrecht*, C.F. Müller, 2011(“Kudlich/Oğlakcioğlu Wirtschaftsstrafrecht”로 인용한다).
- Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Rissing-van Saan, Ruth/Tiedemann, Klaus (Hrsg.), Leipziger Kommentar StGB, Band 9/1: §§ 263-266B*, 12. Auflage, 2012(“LK-저자¹²”로 인용한다).
- Fernandes, João Manuel(Übers.), Das portugiesische Strafgesetzbuch/Código Penal Português: von 1982 in der geänderten und wiederveröffentlichten Fassung des Gesetzes 59/2007 vom 4. September 2010*, Duncker & Humblot, Berlin, 2010.
- Niggli, Marcel Alexander/Wiprächtiger, Hans(Hrsg.), Basler Kommentar Strafgesetzbuch II Art. 111-392 StGB*, Aufl. 3, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2013(“BSK StGB-저자”라 인용한다).

- Pieth, Mark*, Korruptionsstrafrecht, in: *Ackermann, Jürg-Beat/Heine, Günter, Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz*, Stämpfli Verlag, Bern, 2013, S. 677-719.
- Rendleman, Doug*, Commercial Bribery: Choice and Measurement Within a Remedies Smorgasbord, *Washington & Lee Law Review*, Vol. 74 Issue 1, pp. 369-464(<http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol74/iss1/7>; 검색일: 2017년 11월 4일).
- Ronnau, Thomas*, Untreue als Wirtschaftsdelikt, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft(ZStW)*, Vol. 119(2008), S. 887-926.
- Samaha, Joel*, *Criminal Law*, 11th Ed., Wadsworth, United States etc., 2014.
- Sentencing Council, Fraud, Bribery and Money Laundering Offences, Definitive Guideline*, 2014(<https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Fraud-bribery-and-money-laundering-offences-Definitive-guideline2.pdf>; 검색일: 2017년 8월 17일).
- Sutherland, Edwin H.*, White-Collar Criminality, in: *American Sociological Review*, Vol. 5, No. 1(Feb., 1940), pp. 1-12.
- Tiedemann, Klaus*, *Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten*, 3. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2010 (“*Tiedemann Wirtschaftsstrafrecht AT*”로 인용한다).
- Tiedemann, Klaus*, *Wirtschaftsstrafrecht: Besonderer Teil mit wichtigen Rechtstexten*, 3. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2011 (“*Tiedemann Wirtschaftsstrafrecht BT*”로 인용한다).

3. 인터넷 자료

- 경향신문, 2015년 5월 7일 보도자료 “경향으로 보는 ‘그때’1982년 5월7일 이철희·장영자 어음 사기사건”(http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201505072053295; 검색일: 2017년 11월 9일)
- 금융감독원, 2009년 6월 12일 보도자료 “전화금융사기 피해예방 현황 및 보완대책 - 전화금융사기에 주의 하세요! -”, 5면(<http://www.fss.or.kr/fss/kr/pro>)

mo/bodobbbs_view.jsp?seqno=13620&no=1&s_title=전화금융사기&s_kin
d=title&page=1; 2017년 9월 16일)

금융감독원 2016년 3월 10일 보도자료 “「금융질서문란행위자」로 등록되면 최장
12년간 금융거래시 불이익 부과 (‘16.3.12일부터 시행)”, 3면 ([http://www.fss.
or.kr/fss/kr/promo/bodobbbs_view.jsp?seqno=19277&no=1&s_title=%B1%
DD%C0%B6%C1%FA%BC%AD%B9%AE%B6%F5%C7%E0%C0%A7%C
0%DA&s_kind=title&page=1](http://www.fss.or.kr/fss/kr/promo/bodobbbs_view.jsp?seqno=19277&no=1&s_title=%B1%DD%C0%B6%C1%FA%BC%AD%B9%AE%B6%F5%C7%E0%C0%A7%C0%DA&s_kind=title&page=1); 2017년 9월 12일)

시사저널, 2013년 2월 27일 보도자료 “[표창원의 사건 추적] 금융 시장 짓밟은 ‘가장
못된 손’”(http://www.sisapress.com/journal/article/136832; 검색일: 2017년 1
1월 9일)

한국경제 2017년 3월 2일 보도자료 “지난해 상품권 발행 사상 최대…9조552억원 어치
풀려”(http://news.hankyung.com/article/2017030275487; 검색일: 2017년 10
월 25일)

한국은행, 『우리나라의 외환제도와 원환시장』, 2010.12.([http://www.bok.or.kr/conte
nts/total/ko/boardView.action?boardBean.brdid=86579&boardBean.menuid=
514&boardBean.rnum=1&menuNaviId=514&boardBean.cPage=1&boardBea
n.categorycd=0&boardBean.sdt=&boardBean.edt=&boardBean.searchColumn
=title&boardBean.searchValue=%EC%9A%B0%EB%A6%AC%EB%82%9
8%EB%9D%BC%EC%9D%98+%EC%99%B8%ED%99%98%EC%A0%9
C%EB%8F%84%EC%99%80+%EC%99%B8%ED%99%98%EC%8B%9C%
EC%9E%A5](http://www.bok.or.kr/contents/total/ko/boardView.action?boardBean.brdid=86579&boardBean.menuid=514&boardBean.rnum=1&menuNaviId=514&boardBean.cPage=1&boardBean.categorycd=0&boardBean.sdt=&boardBean.edt=&boardBean.searchColumn=title&boardBean.searchValue=%EC%9A%B0%EB%A6%AC%EB%82%98%EB%9D%BC%EC%9D%98+%EC%99%B8%ED%99%98%EC%A0%9C%EB%8F%84%EC%99%80+%EC%99%B8%ED%99%98%EC%8B%9C%EC%9E%A5); 검색일: 2017년 9월 28일)

한국은행 2017년 3월 2일 보도자료 “2016년중 지급결제동향”, 5면([http://www.bok.or.
kr/contents/total/ko/boardView.action?boardBean.brdid=134295&boardBea
n.menuid=559&boardBean.rnum=251&menuNaviId=559&boardBean.cPage=
26&boardBean.categorycd=0&boardBean.sdt=&boardBean.edt=&boardBean.s
earchColumn=&boardBean.searchValue=](http://www.bok.or.kr/contents/total/ko/boardView.action?boardBean.brdid=134295&boardBean.menuid=559&boardBean.rnum=251&menuNaviId=559&boardBean.cPage=26&boardBean.categorycd=0&boardBean.sdt=&boardBean.edt=&boardBean.searchColumn=&boardBean.searchValue=); 검색일: 2017년 10월 25일)

한국은행 2017년 2월 26일 보도자료 “2016년중 전자어음 이용현황”, 1면([http://www.b
ok.or.kr/contents/total/ko/boardView.action?boardBean.brdid=134198&boar
dBean.menuid=559&boardBean.rnum=258&menuNaviId=559&boardBean.cP
age=26&boardBean.categorycd=0&boardBean.sdt=&boardBean.edt=&boardB
ean.searchColumn=&boardBean.searchValue=](http://www.bok.or.kr/contents/total/ko/boardView.action?boardBean.brdid=134198&boardBean.menuid=559&boardBean.rnum=258&menuNaviId=559&boardBean.cPage=26&boardBean.categorycd=0&boardBean.sdt=&boardBean.edt=&boardBean.searchColumn=&boardBean.searchValue=); 2017년 10월 25일)

중국 형법전: <http://www.chnlawyer.net/law/subs/xingfa.html#382>(검색일: 2017년 7월
6일)

- 『最高人民法院 最高人民检察院 关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释』(2011.2.21.)(<http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-2486.html>; 검색일: 2017년 8월 6일)
- 『最高人民法院 最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释』(2016.4.18.)(<http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-19612.html>(검색일: 2017년 8월 6일)
- 『最高人民法院 最高人民检察院关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释』(2016.12.8.)(<http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-33781.html>; 검색일: 2017년 8월 6일)
- 『最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释』(2011.4.8.)(<http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-2486.html>; 검색일: 2017년 8월 7일)
- Sentencing Council, Fraud, Bribery and Money Laundering Offences, Definitive Guideline, 2014(<https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Fraud-bribery-and-money-laundering-offences-Definitive-guideline2.pdf>; 검색일: 2017년 8월 17일)
- United States Sentencing Commission, Guidelines Manual, 2016(<https://www.ussc.gov/guidelines/2016-guidelines-manual>; 검색일: 2017년 8월 10일)
- 스페인 형법전(Ministerio de Justicia, Criminal Code, 2013): <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>(검색일: 2017년 11월 4일)
- “Global Legal Insight”: <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/bribery-and-corruption/global-legal-insights---bribery-and-corruption/spain>(검색일: 2017년 11월 4일)
- <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/bribery-and-corruption/global-legal-insights---bribery-and-corruption/spain>(검색일: 2017년 11월 4일)
- “Spain”(<https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/bribery-and-corruption/global-legal-insights---bribery-and-corruption/spain>; 검색일: 2017년 11월 4일)
- 플로리다 주 「형법전」 : http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App_mode=Display_Index&Title_Request=XLVI#TitleXLVI(검색일: 2017년 8월 10일)
- 프랑스 법률정보서비스를 참조함(<https://www.legifrance.gouv.fr/>; 2017년 6월 27일)
- 텍사스 주 「형법전」 : <http://www.statutes.legis.state.tx.us/>(검색일: 2017년 8월 10일)

<http://www.insurancefraud.org/downloads/Model%20fraud%20act.pdf>(검색일: 2017년
10월 14일)

<http://www.insurancefraud.org/statutes.htm>(검색일: 2017년 10월 11일)

<http://www.ckfraud.org/penalties.html>(2017년 10월 22일)

Abstract

Study on the Reform of Special Criminal Acts : Possibility to the Integration of the Criminal Provisions in Special Criminal Acts relating to the Economic Crime into the Criminal Code

Kim, Yoo-keun

In an attempt to reform the special regulations(acts) system other than the Criminal Code, this report aims to examine whether and how penal provisions in special regulations relating to economic crimes can be integrated into the Criminal Code.

It would expound the problem of the wide-spread belief of so-called “the special regulation first” or “the almighty of the special regulation”, which in spite of every critique could not have been overcome yet. Questions are the following: whether without special regulations the fields, which by the Criminal Code alone would not be able to be covered, are to find, whether without that the Criminal Code could not get alone, and then which meanings it should obtain in the so-called “flood of special acts”. It is tried to ensure by scrutinizing criminal provisions in special regulations relating economic crimes, that by the Criminal Code, but without escaping to special regulations, could regulate every economic fields, and that contrary to every expectation the consistency of the criminal law system be able rather more to be enhanced without that.

To this end, this report distinguishes special regulations, (1) which can under the same criterion at once be reformed and (2) which are able to be modified separately or integrated directly into the Criminal Code:

(1) The similar criminal provisions, which in too many different laws are scattered, should be reformed under the same criterion, are for example ① penal provisions, which distinguish criminal penalties according to the economic worth

of proceeds of crimes or the amount of damage caused by crimes, ② provisions for the confiscation and ③ penal provisions against improper solicitation and graft.

(2) The acts or regulations, which should be modified separately or integrated into the Criminal Code, are: ① “Act on the aggravated punishment etc. of specific economic crimes”, ② “Act on the aggravated punishment etc. of specific crimes”, ③ penal provisions on welfare fraud, ④ “Special Act on the prevention of the insurance fraud” and ⑤ “Act on the prevention of flight of domestic property”, “Illegal check control act” and “Special act on the preventing the loss caused by telecommunication-based financial fraud and the refunding for loss”.

It should be noted that this report focuses on individual criteria for the reform of special regulations, and the acts, which would be analyzed, are selectively chose. So all the regulations, which should be reformed, could not be here exhaustedly examined, and is not actually able to be done so.

연구총서 17-AA-12

주요 형사특별법의 법체계의 정비와 통합 방안에 관한 연구

- 경제범죄 관련 형사특별법의 처벌규정들의 형법에의 편입가능성을 중심으로 -

발 행 | 2017년 12월

발 행 처 | 한국형사정책연구원

발 행 인 | 김진환

등 록 | 1990. 3. 20. 제21-143호

주 소 | 서울특별시 서초구 태봉로 114

전 화 | (02)575-5282

홈페이지 | www.kic.re.kr

정 가 | 10,000원

인 쇄 | (주)현대아트컴 02-3708-7500

I S B N | 979-11-87160-58-8 93360

• 사전 승인없이 보고서 내용의 무단 전재 및 복제를 금함.