

부도수표의 형사처벌 현황과 개선방향

Reforms and the Current States of Criminal Sanction
against Dishonored Check

김대근 · 안성조

■ 김대근

한국형사정책연구원 전문연구원, 법학박사

■ 안성조

제주대학교 법학전문대학원 조교수

현대 자본주의 사회에서 화폐는 경제체계를 매개하는 매우 중요한 수단입니다. 혹자는 화폐를 자본주의 경제에서 혈액에 비유하기도 하는데, 이와 같은 비유는 화폐가 가지는 순환적 기능을 잘 보여준다고 할 수 있을 것입니다. 화폐가 경제의 혈액과 같은 역할을 하는 이유는 화폐가 가지는 교환가치의 측면일 터인데, 교환가치로서 화폐의 존재는 실은 화폐가 가치는 통용력 다시말해 신용에 기인한다고 할 수 있습니다.

따라서 자본주의사회에서 화폐의 신용력을 유지하고 보호하려는 것은 너무나도 당연하다고 할 것입니다. 오늘날처럼 화폐의 대용물로 신용카드 및 어음, 수표와 같은 매체가 빈번하게 활용되고 있는 상황에서, 이들 매체의 유통성과 신용을 보호하는 것은 법적으로 중요한 과제입니다.

이번 연구에서 특히 주목한 것은 바로 수표의 유통성 보호와 부정수표단속법상의 형사법적 쟁점에 대한 것입니다. 현행 부정수표단속법이 부정수표 등의 발행을 단속·처벌함으로써 국민의 경제생활의 안전과 유통증권인 수표의 기능을 보장함을 목적(제1조)으로 하는데서 확인할 수 있듯이, 동법안에서는 수표의 유통질서와 신용보호를 통해 거래질서와 경제체계를 보장하려는 입장과 경제활동의 자유와 죄형법정주의와 자기책임원칙과 같은 근대법의 원칙들 사이의 긴장이 존재하고 있습니다. 이러한 긴장은 현행 부정수표단속법에서 부정수표를 발행하거나 작성한 자를 처벌하거나, 수표를 발행하거나 작성한 자가 수표를 발행한 후에 예금부족, 거래정지처분이나 수표계약의 해제 또는 해지로 인하여 제시기일에 지급되지 아니하게 한 경우를 처벌할 때, 사기나 고의가 아닌 과실에 의한 경우까지 형사처벌을 하는 법실무에서 첨예하게 드러나게 됩니다. 우리 헌법재판소가 2001년과 2011년 두차례에 걸쳐 부정수표단속법의 위헌성을 판단한 것도 이러한 긴장의 일면을 보여주는 것이라고 할 수 있을 것입니다.

이번 연구에서는 이러한 쟁점들을 망라하여, 부정수표단속법이 가지는 법적 문제점과 그에 따른 형사정책적 대안들을 진지하게 고민하고 있습니다. 특히 대법원의 판례와 헌법재판소의 결정에서 다루어졌던 여러 법해석학적인 문제와 정책적 문제의식을 충분히 분석·검토하고 연구에 반영하고 있어서, 의미있는 성과를 보여주었다고 생각합니다.

물론 여전히 부정수표단속법안의 긴장과 이를 둘러싼 문제의식들은 유효합니다. 사회의 구조와 맥락에 따라 동법에 대한 진지한 입법적 태도와 정책적 방향에 대해서는 여전히 현재성을 가지고 있을 뿐만 아니라, 부정수표단속법 자체가 하나의 개방적 텍스트로서 존재하고 있기 때문입니다. 이번 연구는 그러한 현재성을 보다 나은 미래로 향하게 하는 유의미한 지침이 될 것이라고 생각합니다.

2011년 12월

한국형사정책연구원

원장 김 일 수

오늘날 우리 사회에서 수표가 가지는 경제적 기능은 자못 상당하다고 할 수 있다. 수표는 현금의 대용물로서 화폐와 같이 대량으로 유통되고 있고, 또한 경제사회의 유통질서에 미치는 영향력 또한 적지 않기 때문이다. 경제체계에서 수표가 특히 중요한 이유는 수표의 유통이 자본사회에서 신용을 매개로 이루어진다는 점에 있다. 신용을 통해 더 많은 부가가치를 창출하는 오늘날의 경제체계에서 이러한 수표의 역할과 기능은 경제체계를 유지하는데 있어서 큰 역할을 담당한다고 할 수 있는 것이다.

그러나 현실적으로 기업이나 개인의 경제활동의 와중에는 적법한 지급제시에 대하여 지급이 거절되는 부도현상이 발생하여 수표의 일반적인 신용과 거래질서를 해하는 경우가 빈번하게 발생한다. 이 경우 수표금을 지급받지 못한 소지인에게 재산적 손해를 야기하게 되는 것은 물론이고, 더 나아가 수표를 매개로 하는 거래질서와 경제질서가 흔들리게 되는 것이다. 이러한 문제를 규제하기 위해 부정수표단속법은 부정수표(不正手票) 등의 발행을 단속·처벌함으로써 국민의 경제생활의 안전과 유통증권인 수표의 기능을 보장함을 목적으로 하고(제1조), 부정수표를 발행하거나 작성한 자를 처벌하는 규정을 두고 있다.

문제는 현행 부정수표단속법에서는 사기나 고의가 아닌 과실에 의한 경우까지 처벌한다는 데 있다. 이는 오늘날 형사법의 기본 원칙에 맞지 않은 점이 있을 뿐만 아니라, 단순히 채무불이행 자체만으로 인신구속 등과 같은 법집행을 통해 과도하게 형사법을 투입한다는 비판을 받아온 것 또한 사실이다.

때문에 2000년 들어 헌법재판소는 두차례에 걸쳐 부정수표단속법에 대한 결정을 통해 동법률의 위헌성을 판단한 바 있다. 먼저, 2001년 헌법재판소는 부정수표단속법 제2조 제2항의 위헌제청 사건에서 동조항이 헌법상 국제법 존중원칙과

과잉금지 원칙 등에 위배 되지 않는다는 결정을 하였다. 그러나 이에 대해서는 유력한 소수의견과 학계의 비판 또한 제기된 바 있다. 비교적 최근인 2011년도 헌법재판소는 동법률의 위헌성을 판단하였다. 2011년 헌법재판소 결정은 2000년의 결정에서 다루어진 쟁점 이외에도 자기책임의 원칙이라는 관점이 추가된 점이 특색이다. 이에 대해서 헌법재판소는 이 사건 법률조항은 수표의 발행인이 그 수표가 예금부족·거래정지처분이나 수표계약의 해제 또는 해지로 인하여 제시기일에 지급되지 않을 것이라는 결과발생을 확정적 또는 미필적으로 인식 또는 예견한 경우에 적용되기 때문에 형법상 자기책임의 원칙에 반하지 않는다고 한다.

헌법재판소의 결정들에서 확인할 수 있는 것처럼, 부정수표단속법을 둘러싸고 수표의 유통질서와 신용보호를 통해 거래질서와 경제체계를 보장하려는 입장과, 경제활동의 자유와 죄형법정주의와 자기책임원칙과 같은 근대법의 원칙들 사이에는 지속적인 긴장과 갈등이 존재하고 있다. 본 연구에서는 이러한 긴장과 갈등을 매개로 부도수표 발행에 대한 형사제재의 문제점을 검토하면서, 동법의 구조와 체계를 분석하고, 더 나아가 법의 실효성 제고를 위한 바람직한 법정책의 가능성을 모색하고 있다.

보다 구체적으로 본 연구에서는 부정수표단속법의 입법목적과 연혁을 고찰하고, 동법의 법체계와 구조를 분석하는 작업을 선두로, 부정수표단속법의 형사법적 쟁점들을 검토하였다. 특히 고의와 과실의 문제, 부정수표 발행죄의 주체, 부정수표 발행죄의 행위시기, 죄수 및 다른 범죄와의 관계, 공소불제기의 요건과 형사소송법상의 특례 등에 대한 논점들은 간과해서는 안되는 부정수표단속법의 핵심쟁점이라고 할 수 있다. 이러한 쟁점들을 다루기 위해서 부정수표단속법 관련 판례(법원과 헌법재판소)를 최대한 인용하려고 하였고, 관련 쟁점들을 분석하려고 하였다.

물론 이를 위해서 형사제재에 대한 비교법적 고찰을 무시할 수는 없을 것이다. 따라서 본 연구에서도 부정수표 단속에 관한 해외사례를 검토하고자 한다. 다만 우리의 부정수표단속법과 같은 입법례가 많지 않기 때문에, 특히 미국과 프랑스를 중심으로 한 몇몇 나라의 입법례를 검토하는 정도에 그치려고 한다.

이와 같은 문제의식과 방법을 통해 도출한 결론은 현행 부정수표단속법상 부

도수표에 관한 동법의 의율태도나 판례의 입장은 적어도 법리적으로는 큰 문제가 되지는 않는다는 점이다. 또한 부정수표단속법 제2조 제2항의 수표발행 및 작성의 주체의 제한이나 법정형의 문제, 그리고 과실범 처벌의 타당성 등의 문제도 어느정도 정당화 될 수 있다고 본다. 다만 정책적 차원에서 수표발행 및 작성의 주체를 확장하거나 과실범 처벌규정을 삭제한다든지 부도어음에 대한 형사처벌도 가능케 할 것인지 등의 문제는 향후 충분한 논의가 필요할 것으로 보인다. 아울러 헌법재판소도 지적하고 있는 바와 같이 부정수표단속법으로 인해 외국기업들과 통상마찰을 빚을 우려가 있다는 주장은 좀더 세심한 고민이 필요하다고 할 수 있다. 결국 현재 부도수표에 대한 규제를 형사처벌 대신 민사제재로 대체하는 것이 대체적인 흐름이기는 하지만, 부도수표에 대한 형사처벌의 개선방향은 전면폐지론과 현재와 같은 신중론의 접점에서 찾는 것이 바람직할 것이다.

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

제1장

연구의 목적과 방법

김 대 근

제1절 연구의 목적

자본주의 시장경제 체제에서 수표는 현금의 대용물로서 화폐와 같이 대량으로 유통되고 있고, 또한 경제사회의 유통질서에 미치는 영향력 또한 적지 않다. 때문에 어음과 마찬가지로 수표에도 엄격한 요식성이 요구되고, 이러한 요식성 하에서 유통되는 수표는 일반적 신용과 거래질서를 원활하게 하는 기능을 하게 된다. 그리하여 칼 레너(Karl Renner)가 일찍이 지적했듯이 자본주의사회에서 신용이라는 것은 “사회전체에 흩어져 있는 많고 적은 여러 가지 화폐수단, 축적될 수 있는 모든 잉여가치의 조각을 보이지 않는 실에 의하여, 개개의 또는 결합된 자본가들의 손에 끌어들이고, 마침내는 자본집중이라는 하나의 거대한 기구로 탈바꿈해 버린다.”¹⁾

그러나 기업이나 개인의 경제활동의 와중에는 적법한 지급제시에 대하여 지급이 거절되는 부도현상이 발생하여 수표의 일반적인 신용과 거래질서를 해하는 경우가 빈번하게 발생하는 것 또한 사실이다. 이 경우 수표금을 지급받지 못한 소지인에게 재산적 손해를 야기하게 되는 것은 물론이고, 더 나아가 수표를 매개로 하는 거래질서와 경제질서가 붕괴될 가능성마저 존재하는 것이다.

1) Karl Renner(정동호·신영호 역), Die rechtsinstitute des privatrechts und ihre soziale funktion (사법제도의 사회적 기능), 세창출판사, 2011, 182~183쪽

이러한 문제를 다루기 위해서 여러가지 제재 수단을 강구해볼 수 있을 것이다. 특히 제재의 수단으로서 가장 강력한 형사제재는 거래질서와 경제질서를 보호하기 위해서 가장 빈번하게 투입되는 수단이기도 하다.²⁾ 실제 현행 부정수표단속법에서는 수표의 기능 보호를 위한 형사제재를 규정하고 있다.

그러나 부정수표단속법에서 규정하는 바와 같이, 수표발행 이후의 부도에 경우까지 처벌하는 것은 물론이고, 사기나 고의가 아닌 과실에 의한 경우까지 처벌하는 문제들은 오늘날 형사법의 기본 원칙에 맞지 않은 점이 있는 것 또한 사실이다. 뿐만 아니라 단순히 채무불이행 자체만으로 인신구속 등과 같은 법집행을 통해 과도하게 형사법을 투입하는 데 많은 비판이 있어왔던 것도 부정할 수 없는 현상이다. 주지하다시피 현행 부정수표단속법은 사회경제적인 환경변화에도 불구하고 1961년 제정 당시로부터 약 50여년이 지난 지금까지 형사처벌의 대상 및 규정상의 변동이 거의 없었다는 점도 늘상 비판의 도마위에 오르고 있다.

2000년 들어 헌법재판소는 두차례에 걸쳐 부정수표단속법에 대한 결정을 통해 동법률의 위헌성을 판단한 바 있다. 먼저, 2001년 헌법재판소는 부정수표단속법 제2조 제2항의 위헌제정 사건에서 동조항이 헌법상 국제법 존중원칙과 과잉금지 원칙 등에 위배 되지 않는 다는 결정을 하였다. 그러나 이에 대해서는 유력한 소수의견과 학계의 비판 또한 제기된 바 있다. 그로부터 10년이 지난 2011년에도 동법률은 헌법재판소의 위헌 판단의 검증을 받게 된다. 특히 2011년 헌법재판소 결정은 2000년의 결정에서 다루어진 쟁점이외에도 자기책임의 원칙이라는 관점이 추가된 점이 특색이다. 헌법재판소는 “청구인은 이 사건 법률조항이 연쇄부도 등으로 인하여 수표금을 지급할 수 없게 된 경우 등 발행인에게 책임을 물을 수 없는 경우까지 형벌을 부과하는 것이어서 자기책임의 원칙에 반한다고 주장한다. 그러나 이 사건 법률조항은 수표의 발행인이 그 수표가 예금부족·거래정지처분이나 수표계약의 해제 또는 해지로 인하여 제시기일에 지급되지 않을 것이라는 결과발생을 확정적 또는 미필적으로 인식 또는 예견한 경우에 적용되고, 수표 발행인의 이러한 고의는 수표 발행 당시에 존재하여야 하는 것이라는

2) 형사제재 투입의 효율성에 대한 고찰로는 김대근, 형법적 규제에 대한 법경제학적 접근- 형법경제학, 고려대학교 대학원 석사학위논문, 2003 참조

점에 비추어 보면, 이 사건 법률조항이 수표발행인의 결정과 선택에 관계없이 수표발행인에게 책임을 지우는 것이라 볼 수 없으므로, 청구인의 위와 같은 주장도 이유없다”고 설시한 것이다. 한 마디로 말해 동 조문은 결과발생에 대한 확정적 또는 미필적 고의를 요구하고 있으므로 형법상 자기책임의 원칙에 반하지 않는다는 것이다.

헌법재판소의 결정들에서 확인할 수 있는 것처럼, 부정수표단속법을 둘러싸고 수표의 유통질서와 신용보호를 통해 거래질서와 경제체계를 보장하려는 입장과, 경제활동의 자유와 죄형법정주의와 자기책임원칙과 같은 근대법의 원칙들 사이에는 지속적인 긴장과 갈등이 존재하고 있다. 본 연구에서는 이러한 긴장과 갈등을 매개로 부도수표 발행에 대한 형사제재의 문제점을 검토하면서, 동법의 구조와 체계를 분석하고, 더 나아가 법의 실효성 제고를 위한 바람직한 법정책의 가능성을 모색하려고 한다. 즉, 부도수표 발행에 대한 형사제재의 필요성을 어느정도 긍정하면서, 지나친 형사 제재는 경제활동의 자유와 수표의 유통기능을 훼손할 수 있기 때문에 법의 실효성을 제고하기 위한 이론과 실무의 변화가 요구된다는 문제의식을 지속적으로 보이면서 부정수표단속법의 적용 현황과 실무를 분석하고자 하는 것이다.

제2절 연구의 내용과 방법

본 연구의 문제의식을 크게 수표의 유통질서와 신용보호를 통해 거래질서와 경제체계를 보장하려는 입장과 경제활동의 자유와 죄형법정주의와 자기책임원칙과 같은 근대법의 원칙들 사이의 긴장이라고 한다면, 이를 다루기 위해서는 먼저 부정수표단속법의 법적지위 및 제정취지, 연혁, 내용 분석해야 할 것이다. 이를 통해 부정수표단속법의 입법목적과 연혁을 고찰하고, 동법의 법체계와 구조를 분석하는 작업을 선행해야 하는 것이다.

동시에 부도수표의 형사처벌에 따른 현황과 실무를 살피는 것도 중요하다. 이를 위해 범죄백서 등의 통계 자료들을 활용하여 부도수표의 문제점을 실증적으로 분석하고, 동시에 현재 이루어지고 있는 부도수표 형사처벌에 따른 현황을

점검해야 하는 것이다.

본 연구에서 가장 핵심인 부정수표단속법상 형사책임의 문제점은 보다 심층적으로 검토할 필요가 있을 것이다. 예컨대, 고의와 과실의 문제, 부정수표 발행죄의 주체, 부정수표 발행죄의 행위시기, 죄수 및 다른 범죄와의 관계, 공소불제기의 요건과 형사소송법상의 특례 등이 부정수표단속법의 핵심쟁점이라고 할 수 있다. 이러한 쟁점들을 다루기 위해서 특히 부정수표단속법 관련 판례(법원과 헌법재판소) 분석은 절대적인 중요성을 갖는다. 따라서 대법원과 헌법재판소의 판례들을 최대한 놓치지 않고 검토하도록 할 것이다.

물론 이를 위해서 형사제재에 대한 비교법적 고찰을 무시할 수는 없을 것이다. 따라서 본 연구에서도 부정수표 단속에 관한 해외사례를 검토하고자 한다. 다만 우리의 부정수표단속법과 같은 입법례가 많지 않기 때문에, 특히 미국과 프랑스를 중심으로 한 몇몇 나라의 입법례를 검토하는 정도에 그치려고 한다.

그리고 이러한 문제의식과 방법론을 바탕으로 부도수표의 규제에 대한 바람직한 입법모델과 형사정책을 제시하고자 한다. 이를 위해서 먼저 수표의 법적·경제적 기능과 규제 방법에 대한 법이론을 살피는 것이 의미를 지닐 것이다. 이를 통해 부도수표 제재에 대한 효율적 법모델을 검토하고, 더불어 형사제재의 개선 방안을 모색할 수 있을 것으로 기대한다.

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

제2장 서론

김 대 근 · 안 성 조

“모로코 기업들의 부도수표로 인한 피해가 심각한 것으로 나타났다. 모로코 중앙은행은 부도수표의 의무적인 중앙은행 보고 제도가 시행된 1997년 10월부터 2004년 6월까지 은행잔고가 부족해서 부도 처리된 수표 숫자는 총 19억2500만 건에 이른다고 발표했다. 이중 17%가 1000디람(약 미100달러) 이하였으며 55%가 1000~1만디람(100~1000달러) 사이의 액수였으며 1만디람~10만디람(1000~1만 달러)은 25%, 10만디람(1만달러) 이상은 3%라고 밝혔다. 이들 부도수표중 약 22%만이 추후 결제가 이루어져 정상화됐을 뿐 나머지 수표들은 아직도 미해결 상태인 것으로 집계됐다. 부도수표의 총 누계 금액은 250억디람(약 25억달러)에 달해 모로코 경제에 심각한 악영향을 끼치고 있는 것으로 평가되고 있다. 이에 따라 부도수표 발행으로 수표 발행이 금지된 개인은 34만5000명, 법인은 2만여 곳에 달하며 2003년 6월부터 2004년 6월까지 부도수표 발행률이 17% 증가하는 등 매년 심각해지는 실정이다. 이와 같은 부도수표로 인해 중소기업들이 가장 많은 피해를 당하고 있는 것으로 밝혀져 모로코 중소기업협회는 정부에 부도수표의 경우 법률로 일정 일이 경과한 후에는 자동으로 해결시점까지 지연, 연체 이자를 부과하는 법률 제정 건의를 검토하고 있다. 모로코의 경우 상품 대금으로 받은 수표가 부도 처리될 경우 변호사를 고용해 수표 발행인을 고소해야 하나 재판 과정에 많은 시간이 걸리며 상당수 수표 발행인의 거주지가 불분명해 소재 파악 불가 또는 상품을 인도했다는 증빙 부족 등의 사유로 부도 수표에 대

한 해결에 많은 애로가 있다. 현지에서 활동중인 한국기업들도 상품판매뿐 아니라 효율적인 추심이 중요 관심사가 되고 있다.”³⁾

최근에 헌법재판소는 고의로 부도수표를 발행한 자를 형사처벌하도록 규정하고 있는 부정수표단속법 제2조 제2항에 대하여 합헌결정을 내렸다(2011. 7. 28. 2009헌바267). 동법에서 말하는 부도수표란 정당하게 발행된 수표가 그 후에 예금부족 또는 거래정지처분이나 수표계약의 해제 및 해지 등의 사유로 제시기일에 지급이 거절된 수표를 뜻한다.⁴⁾ 부정수표단속법상 부도수표는, 부정수표의 일종이나 발행 당초부터 부정한 수표로서 지급제시를 하면 지급이 거절된다는 것이 확실한 것으로 수표자체가 위법하게 발행된 위법발행수표(동법 제2조 제1항)와는 구별된다.

부도수표에 대한 현행법상 규제는 수표법상의 규제와 부정수표단속법상 형사책임으로 구분할 수 있다. 우리나라의 현행법제는 부도어음에 대해서는 형사처벌규정을 두고 있지 않지만, 부도수표에 대해서는 수표법상 제재 이외에 부정수표단속법에 의한 형사처벌로 수표의 피지급성을 보장하고 있는 것이 특징이다(고의범의 경우 동법 제2조 제2항에 의해, 과실범의 경우 동법 2조 제3항에 의해 처벌). 이 중에서 동법 제2조 제2항에 대하여 헌법상 과잉금지 원칙 및 평등 원칙에 위배된다는 헌법소원이 제기되었던바, 헌법재판소는 동 조항에 대해 2001년에 내렸던 동일한 취지의 결정(2001. 4. 26. 99헌가13)에 이어 또다시 합헌결정을 내린 것이다.

헌법재판소의 일관된 합헌입장에도 불구하고 동조항에 대한 다양한 차원의 비판논의는 끊이지를 않고 있다. 이에 본고에서는 우선 부정수표단속법의 입법경위 및 현행 조문을 개관해 본 후, 헌법재판소의 입장을 면밀히 분석한 다음, 외국 입법례 및 동법에 대한 여러 검토의견을 취합해 합리적인 개선방향을 모색해 보고자 한다.

3) KOTRA, 동향자료, 2004. 동 자료는 부도수표로 인한 국가와 기업의 피해상황을 잘 보여준다고 하여 본고의 첫머리에 소개한다.

4) 윤철훈, 부정수표단속법, 법률문화원 2001, 35쪽.

제1절 입법취지 및 입법과정

1. 입법의 취지

현대사회에서 개인이나 기업은 수표를 신용이나 지급의 수단으로서 혹은 금융의 수단으로서 널리 이용하고 있다. 거래당사자는 거래를 함에 있어 수표를 이용하여 쉽고 편리하게 재산권을 유통시켜 신용거래를 할 수 있고, 후에 수표금의 지급을 받아 만족을 얻을 수 있다. 그런데 수표가 편리하고 대중화된 만큼 부정하게 발행되어 수표소지인의 적법한 지급제시에 대하여 지급이 거절되는 경우도 증가하게 되었다. 경우에 따라서 수표의 소지인이 수표를 금융기관에 적법하게 지급을 위한 제시를 하였음에도 불구하고 그 지급이 거절되는 상황, 즉 부도현상이 발생할 수 있다. 이러한 사태는 수표의 일반적 신용과 유통질서를 저해하고 수표금을 지급받지 못한 수표소지인으로 하여금 예상치 못한 재산적 손해를 입게 만든다. 그래서 수표의 공신력, 즉 유통성과 피지급성을 확보하기 위한 법제가 다음과 같이 마련되어 있다.

첫째, 수표법은 제3조에서 “수표는 제시한 때에 발행인이 처분할 수 있는 자금이 있는 은행을 지급인으로 하고 발행인이 그 자금을 수표에 의하여 처분할 수 있는 명시 또는 묵시의 계약에 따라서만 이를 발행할 수 있다.”라고 규정하여 수표발행을 위한 수표계약과 수표자금의 확보를 강제하고 있음과 동시에 제67조에서 이에 위반한 때에는 수표의 발행인에게 50만원 이하의 과태료에 처하는 제재를 가하고 있다.

둘째, 형법은 제214조 이하에서 유가증권인 수표의 위조, 변조, 허위작성, 허위기재 및 그 행사와 미수, 예비, 음모행위를 처벌하고 있다.

셋째, 어음교환소규약도 거래정지처분 등 일정한 제재를 규정하고 있다.⁵⁾

5) **어음교환업무규약 제18조【거래정지처분】** ①교환소는 참가은행으로부터 신고받은 부도어음내역 중 세칙에서 정하는 거래정지처분사유에 해당하는 부도어음의 발행인에 대하여 거래정지처분을 하여야 한다.

어음교환업무규약시행세칙 제89조【거래정지처분사유 및 거래정지일】 ①교환소는 부도어음의 발행인에 대하여 거래정지처분을 하여야 하며, 그 각각의 사유와 그에 따른 거래정지일은 다음과 같다.

1. “예금부족”의 부도로서 참가은행으로부터 제82조 또는 제83조에 의한 부도어음 대금의 입금

그러나 수표법상의 과태료는 실효성이 없고, 형법은 구성요건의 엄격성으로 인하여 그 처벌을 피할 수 있는 길이 있고, 또 어음교환소규약상의 제재도 상도의의 실추, 기업경영의 침체, 명의변경에 의한 계정의 재개설 등으로 완전한 것이 되지 못하고 있어, 이에 의한 간접적인 규제만으로는 수표의 공신력을 보호하기 어려운 것 또한 사실이다. 따라서 직접적이고 실효성있게 수표의 공신력을 보호하기 위해서는 수표발행과 관련된 모든 범죄유형을 정형화한 입법이 필요하게 된 것이다.

통보가 없을 때, 다만, “구조조정 대상기업”의 등록이 있는 경우는 제외 : 부도일로부터 제3영업일

2. “무거래”로 인한 부도가 있을 때, 다만, 발행인이 가설인인 경우에는 제외하며, 타 참가은행과 거래하고 있는 사실이 판명되고 부도발생 익영업일에 그 대금을 제82조의 방법에 의하여 입금하였을 때에는 1년간 1회에 한하여 거래정지처분을 면제 : 부도일로부터 제3영업일
3. 부도어음신고서 제80조에 의한 입금사실의 등록이 없는 “사고신고서 접수”, “법적제한” 중 지급정지가처분명령의 송달로 인한 부도로서 제82조 또는 제83조에 의한 사고신고담보금 또는 지급정지가처분담보금의 입금통보가 없을 때, 다만, “은행관리기업”의 등록이 있는 경우는 제외 : 부도일로부터 제3영업일
4. 모든 참가은행을 통하여 1년간 4회 이상 제82조 또는 제83조, 전자어음업무시행세칙 제30조에 의하여 입금통보된 “예금부족”, “사고신고서접수” 또는 “법적 제한” 중 지급정지가처분명령의 송달로 인한 어음의 부도가 있을 때 : 부도일의 익영업일
5. 제87조 제3항 및 제4항의 위·변조 증빙자료 제출확인서를 기간내에 교환소에 제출하지 않았을 때 : 각 제출마감일의 익 영업일
6. 모든 참가은행을 통하여 1년간 2회이상 “한도초과”로 인한 부도가 있을 때 : 부도일의 익영업일

②거래정지처분을 받은 자가 거래정지기간중에 다시 어음의 부도를 낸 경우에는 거래정지처분을 하지 않는다.

어음교환업무규약시행세칙 제90조 【불량거래처에 대한 거래정지처분】 ①교환소는 참가은행의 거래처가 다음 중 하나에 해당하여 관계참가은행(제3호의 경우 비은행결제기관의 거래은행 포함)이 서면신청한 경우 심사위원회 결의에 의하여 거래정지처분을 할 수 있다.

1. 어음의 배서인으로서 상환의무를 이행하지 않았을 때
2. 은행거래에 관하여 신용을 훼손하는 행위를 하였을 때
3. 한은금융망을 통해 콜자금을 조달한 비은행금융기관이 상환일에 동 자금상환을 불이행하였을 때
4. 위·변조 허위 신고자

②참가은행은 전항의 서면신청시 사전에 해당 거래처에 신청사실을 서면통지하여야 한다.

2. 입법의 과정

가. 부정수표단속법(법률 제645호)의 제정과 목적

바로 이러한 필요성에서, 1961년 5·16 군사혁명이후 국가재건최고회의에서는 수표거래의 무질서를 근절하고 부정수표 등의 발행을 단속, 처벌함으로써 국민 경제생활의 안전과 유통증권인 수표의 기능 및 그 피지급성을 보장할 목적으로 형법과 형사소송법에 대한 특별법으로서 1961년 7월 3일 법률 제645호로 부정수표단속법을 제정하고 1961. 9. 1.부터 시행하게 된다.⁶⁾ 어음이나 수표의 부도는 일종의 채무불이행으로서 민사상 책임을 부담해야 할 문제임에도 불구하고 수표의 부도에 대해서는 수표발행인등에게 형사 책임을 부담하게 하는 등 법률은 외국의 입법례에서도 찾아보기 힘든 우리나라에 특유한 법제로 평가받고 있다.

동법 제1조는 “부정수표 등의 발행을 단속, 처벌함으로써 국민경제생활의 안전과 유통증권인 수표의 기능을 보장함을 목적으로 한다”라고 규정하여 부정수표의 남발에서 오는 유통질서의 혼란을 방지하는데 그 목적이 있음을 명백히 하고 있다. 그런데 부정수표단속법의 제정과정에서 부정수표의 발행자를 일반적으로 처벌하는 외국의 입법례가 거의 없을 뿐만 아니라 경제계의 자율적인 규제가 요구되는 영역에 대해서까지 법적 강제력을 행사함으로써 오히려 수표가 가지는 경제적 기능을 저해하는 결과를 초래할 지도 모른다는 우려의 목소리가 주장되기도 하였다. 당시 제정법은 “부정수표를 발행 또는 작성한 자는 2년 이하의 징역 또는 수표금액의 2배 이상 10배 이하의 벌금에 처한다”라고 규정하였던 바, 동법의 시행으로 수표의 공신력을 확보하는데 큰 효과를 거두었음은 부인할 수 없다. 예를 들어 동법이 처음 실시된 1961년도를 그 전년과 대비하여 보면 수표교환액은 증가하였으나, 부도율은 0.065%에서 0.058%로, 1962년의 경우에는 부도율이 0.044%로 감소한 것은 동법의 시행에 기인한 것이라고 해석할 수 있다.

6) 하상제, 부정수표발행인의 형사책임, 형사법실무연구(제123집), 2011, 218~219쪽

나. 입법의 흠결

그러나 당시의 제정법은 한 가지 중대한 입법상의 흠결이 있었는데, 바로 부정수표의 발행죄가 성립하기 위해서 주관적 요건으로서 수표발행인의 고의·과실이 필요한 것인가의 문제를 명확하게 규정하지 않았다는 점이다. 이에 대하여 부정수표단속법은 일종의 특별행정형법이므로 명문규정이 없더라도 그 규정의 입법취지로 보아 죄의 성립에 고의·과실을 필요로 하지 않는다는 해석론도 있었으나, 대법원은 일관되게 부정수표의 발행죄는 고의범임을 거듭 판시하였다. 이러한 판결로 부정수표의 발행이 증가하였고, 이로 말미암아 부정수표단속법은 형해화 되어 사실상의 기능은 거의 마비되고 말았다.

동법의 시행과정에서 또 다른 문제가 발견되었는데 그것은 바로 허위신고라는 예견하지 못한 행위태양이었다. 이는 수표를 발행한 자가 수표자금의 은행에 없을 경우 부정수표발행자로서의 형사책임을 면하기 위하여 해당수표를 분실 또는 도난당하였다고 허위로 금융기관에 신고하는 것을 말한다. 이 경우 금융기관은 수표 소지인에게 지급을 거절하게 되는데, 이때의 지급거절사유는 예금부족으로 인한 것이 아니므로 부정수표단속법으로 처벌하기가 어렵게 된다. 이 경우 형법적으로 사기죄로 의율할 수 있겠으나 사기죄의 구성요건을 입증하는 것이 그리 용이한 것은 아니었다.

다. 개정 부정수표단속법(법률 제1747호)

이와 같이 판례에 의해 고의범만이 처벌되고, 허위신고라는 탈법수단이 횡행함에 따라 부정수표가 다시 남발되는 현상이 나타나게 되었고, 이에 따라 부정수표단속법을 개정해야 한다는 움직임이 구체화되기 시작하였다. 그리하여 부정수표단속법은 1966년 2월 26일 법률 제1747호로 개정되기에 이르렀는데 그 내용을 보면 다음과 같다.

첫째 제2조 제3항에 “과실로 인하여 죄를 범한 자는 3년 이하의 금고 또는 수표금액의 5배 이하의 벌금에 처한다”라는 규정을 신설하여 과실범의 처벌근거규정을 마련하였다. 둘째 제4조에 “수표금액의 지급 또는 거래정지처분을 면할 목

적으로 금융기관에 허위신고를 한 자는 10년 이하의 징역 또는 20만원 이하의 벌금에 처한다.”라고 규정하여 허위신고자를 처벌할 수 있도록 만들었다. 셋째, 제2조 제2항을 “수표를 발행하거나 작성한 자가 수표를 발행한 후 예금부족, 거래정지처분이나 수표계약의 해제 또는 해지로 인하여 제시기일에 지급되지 아니하게 한 때에도 전항과 같다.”라고 개정하여 개정 전에 단순히 “예금부족으로 제시기일에 지급이 되지 아니한 수표”라고 표현한 내용을 의문의 여지가 없도록 좀 더 구체화하였고, 또 고의로 부정수표를 발행 또는 작성한 자에 대한 벌금액의 하한을 철폐하는 등의 조치를 취하였다.

신구조문대비표

부정수표단속법 [법률 제645호, 1961.7.3, 제정]	부정수표단속법 [법률 제1747호, 1966.2.26, 일부개정]
제1조(목적) 본법은 부정수표등의 발행을 단속처벌함으로써 국민의 경제생활의 안전과 유통증권인 수표의 기능을 보장함을 목적으로 한다.	제1조(목적) 이 법----- ----- -----,.
제2조(정의) 본법에서 부정수표라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 것을 말한다. 1. 가설인의 명의로 발행한 수표 2. 은행과의 당좌예금계정의 약정없이 발행하거나 은행으로부터 거래정지처분을 받은 후에 발행한 수표 3. 은행에 등록된 것과 상위한 서명 또는 기명날인으로 발행한 수표 4. 예금부족으로 정시기일에 지급이 되지 아니한 수표	제2조(부정수표발행인의 형사책임) ① 다음 각호의 1에 해당하는 부정수표를 발행하거나 작성한 자는 5년이하의 징역 또는 수표금액의 10배이하의 벌금에 처한다. 1. 가설인의 명의로 발행한 수표 2. 금융기관(우체국을 포함한다. 이하 같다)과의 수표계약없이 발행하거나 금융기관으로부터 거래정지처분을 받은 후에 발행한 수표 3. 금융기관에 등록된 것과 상위한 서명 또는 기명날인으로 발행한 수표 ② 수표를 발행하거나 작성한 자가 수표를 발행한 후에 예금부족·거래정지처분이나 수표계약의 해제 또는

	해지로 인하여 제시기일에 지급되지 아니하게 한 때에도 전항과 같다. ③ 과실로 인하여 전2항의 죄를 범한 자는 3년이하의 금고 또는 수표금액의 5배이하의 벌금에 처한다. [전문개정 1966.2.26]
제3조(주의규정) 은행은 당좌예금계정을 약속함에 있어서는 전조제1호에 해당하지 아니하는가의 여부와 수표를 발행함에 충분한 자산과 신용을 가지는자인가의 여부를 엄정히 조사하여야 한다.	제3조(법인·단체등의 형사책임) ① 전조의 경우에 발행인이 법인 기타의 단체일 때에는 그 수표에 기재된 대표자 또는 작성자를 처벌하며, 그 법인 또는 단체는 전조의 벌금에 처한다.
〈신 설〉	② 대리인이 수표를 발행한 경우에는 본인을 처벌하는 외에 그 대리인도 처벌한다. [전문개정 1966.2.26]
제4조(발행인의 형사책임) ① 부정수표를 발행 또는 작성한 자는 2년이하의 징역 또는 수표금액의 2배이상 10배이하의 벌금에 처한다. ② 전항의 경우에 발행인이 법인 기타 단체일 때에는 그 수표에 기재된 대표자 또는 작성자를 처벌한다. ③ 대리인이 수표를 발행한 경우에는 본인을 처벌하는 외에 그 대리인도 처벌한다.	제4조(허위신고자의 형사책임) 수표금액의 지급 또는 거래정지처분을 면할 목적으로 금융기관에 허위신고를 한 자는 10년이하의 징역 또는 20만원이하의 벌금에 처한다. [전문개정 1966.2.26]
제6조(형사소송법의 특례) 본법에 의하여 벌금을 선고하는 경우에 형사소송법 제334조제1항에 의한 가납판결을 하여야 하며 구속된 피고인에 대하여는 형사소송법 제331조의 규정에 불구하고 벌금을 가납할 때까지 피고인을	제6조(형사소송법의 특례) 이 법----- ----- ----- ----- ----- -----

구속한다.	-----.
제7조(금융기관의 고발의무) ① 금융기관에 종사하는 자가 직무상 부정수표를 발견한 때에는 48시간 이내에 수사기관에 이를 고발하여야 한다.	제7조(금융기관의 고발의무) ① ----- ----- 제2조·제3조 또는 제5조에 규정된 수표----- -----.
② 전항의 고발을 하지 아니한 때에는 100만원이하의 벌금에 처한다.	② 전항의 고발을 하지 아니한 때에는 10만원이하의 벌금에 처한다. [전문개정 1966.2.26]

라. 개정 부정수표단속법(법률 제4587호)

이로써 제정당시의 부정수표단속법상 가장 문제로 되었던 것들은 어느 정도 입법적으로 해결이 되었다. 그러나 한편으로 동법이 부정수표 등의 발행인을 구속하는 등 형사처벌의 정도가 중하여 부도사태를 불가피하게 하여 중소기업가의 기업활동을 위축시킨 것도 사실이었다. 이에 부도를 낸 기업인에 대해 부도수표를 신속하게 회수하도록 함으로써 기업을 회생시키고 형사처벌에서 벗어날 수 있도록 하기 위하여 1993년 12월 10일 법률 제4587호로 이 법을 다시 개정하여 지금에 이르고 있다. 개정내용을 살펴보면 수표가 예금부족이나 거래정지처분, 수표계약의 해제 및 해지로 인해 부도처리가 되더라도 해당수표의 발행자 또는 작성자가 이를 회수하거나, 회수하지 못하였더라도 수표소지인이 그 처벌을 바라지 아니하는 의사표시를 하는 경우에는 공소를 제기할 수 없도록 하고, 금융기관의 종사자도 부도수표 등을 발견한 경우에 종전에는 48시간 이내에 고발하도록 하였던 것을 30일 이내에 할 수 있도록 고발기간을 연장하였다.

신구조문대비표

부정수표단속법 [법률 제1747호, 1966.2.26, 일부개정]	부정수표단속법 [법률 제4587호, 1993.12.10, 일부개정]
제2조(부정수표발행인의 형사책임) ① 다음 각호의 1에 해당하는 부정수표를 발	제2조(부정수표발행인의 형사책임) ① -- -----

행하거나 작성한 자는 5년이하의 징역 또는 수표금액의 10배이하의 벌금에 처한다.	----- 5년 이하----- ----- 10배 이하----- -----.
1. ~ 3. (생략)	1. ~ 3. (현행과 같음)
② (생략)	② (현행과 같음)
③ 과실로 인하여 전2항의 죄를 범한 자는 3년이하의 금고 또는 수표금액의 5배이하의 벌금에 처한다. [전문개정 1966.2.26]	③ 과실로 인하여 전2항의 죄를 범한 자는 3년 이하의 금고 또는 수표금액의 5배 이하의 벌금에 처한다.
〈신설〉	④ 제2항 및 제3항의 죄는 수표를 발행하거나 작성한 자가 그 수표를 회수하거나, 회수하지 못하였을 경우라도 수표소지인의 명시한 의사에 반하여는 각 공소를 제기할 수 없다.
제3조(법인·단체등의 형사책임) ① (생략)	제3조(법인·단체등의 형사책임) ① (현행과 같음)
② 대리인이 수표를 발행한 경우에는 본인을 처벌하는 외에 그 대리인도 처벌한다. [전문개정 1966.2.26]	② 대리인이 수표를 발행한 경우에는 본인을 처벌하는 외에 그 대리인도 처벌한다.
제4조(허위신고자의 형사책임) 수표금액의 지급 또는 거래정지처분을 면할 목적으로 금융기관에 허위신고를 한 자는 10년이하의 징역 또는 20만원이하의 벌금에 처한다. [전문개정 1966.2.26]	제4조(허위신고자의 형사책임) 수표금액의 지급 또는 거래정지처분을 면할 목적으로 금융기관에 허위신고를 한 자는 10년 이하의 징역 또는 20만원 이하의 벌금에 처한다.
제5조(위조, 변조자의 형사책임) 수표를 위조 또는 변조한 자는 1년이상의 유기징역과 수표금액의 10배이하의 벌금에 처한다.	제5조(위조, 변조자의 형사책임) ----- ----- 1년 이상----- ----- 10배 이하----- -----.

제7조(금융기관의 고발의무) ① 금융기관에 종사하는 자가 직무상 제2조·제3조 또는 제5조에 규정된 수표를 발견한 때에는 48시간 이내에 수사기관에 이를 고발하여야 한다.	제7조(금융기관의 고발의무) ① ----- 제2조제1항(발행인이 법인 기타 단체인 경우 포함) ----- 48시간 이내에, 제2조제2항(발행인이 법인 기타 단체인 경우 포함)에 규정된 수표를 발견한 때에는 30일 이내-----.
② 전항의 고발을 하지 아니한 때에는 10만원이하의 벌금에 처한다. [전문개정 1966.2.26]	② 전항의 고발을 하지 아니한 때에는 100만원 이하의 벌금에 처한다.

마. 개정 부정수표단속법(법률 제10185호)

한편 2010년 3월 24일 법률 제10185호로 일부 개정된다. 개정 부정수표단속법은 정부에서 추진하고 있는 “알기 쉬운 법령 만들기 사업”에 따라 제출된 것으로서 내용이 크게 변경된 사항이 없으며, 일반 국민이 이해하기 쉽도록 간결하고 명확하게 정리하려는 것에 불과하다.

신구조문대비표

부정수표단속법 [법률 제4587호, 1993.12.10, 일부개정]	부정수표 단속법 [법률 제10185호, 2010.3.24, 일부개정]
부정수표단속법	부정수표 단속법
제1조(목적) 이 법은 부정수표등의 발행을 단속처벌함으로써 국민의 경제생활의 안전과 유통증권인 수표의 기능을 보장함을 목적으로 한다.	제1조(목적) ----- 부정수표(不正手票) 등의 발행을 단속·처벌함-----.
제2조(부정수표발행인의 형사책임) ① 다음 각호의 1에 해당하는 부정수표를 발	제2조(부정수표 발행인의 형사책임) ① -- 각 호의 어느 하나-----

행하거나 작성한 자는 5년 이하의 징역 또는 수표금액의 10배 이하의 벌금에 처한다.	----- ----- -----.
1. 가설인의 명의로 발행한 수표	1. 가공인물-----
2. 금융기관(우체국을 포함한다. 이하 같다)과의 수표계약없이 발행하거나 금융기관으로부터 거래정지처분을 받은 후에 발행한 수표	2. ----- ----- 수표계약 없이----- ----- -----
3. 금융기관에 등록된 것과 상위한 서명 또는 기명날인으로 발행한 수표	3. ----- 다른 ----- -----
② 수표를 발행하거나 작성한 자가 수표를 발행한 후에 <u>예금부족·거래정지처분</u> 이나 수표계약의 해제 또는 해지로 인하여 제시기일에 지급되지 아니하게 한 때에도 전항과 같다.	② ----- ----- <u>예금부족, 거래정지처분</u> ----- ----- ----- <u>경우에도 제1항</u> -----.
③ 과실로 인하여 전2항의 죄를 범한 자는 3년 이하의 금고 또는 수표금액의 5배 이하의 벌금에 처한다.	③ ---- <u>제1항과 제2항</u> ----- ----- -----.
④ 제2항 및 제3항의 죄는 수표를 발행하거나 작성한 자가 그 수표를 회수하거나, 회수하지 못하였을 경우라도 수표소지인의 명시한 의사에 반하여는 각 공소를 제기할 수 없다.	④ <u>제2항과</u> ----- ----- <u>회수한 경우 또는 회수하지 못하였더라도 수표 소지인의 명시적 의사에 반하는 경우</u> -----.
제3조(법인·단체등의 형사책임) ① 전조의 경우에 발행인이 법인 기타의 단체일 때에는 그 수표에 기재된 대표자 또는 작성자를 처벌하며, 그 법인 또는 단체는 전조의 벌금에 처한다. (단서 신설)	제3조(법인·단체 등의 형사책임) ① 제2조의 경우에 발행인이 법인이나 그 밖----- <u>적혀 있는</u> ----- ----- 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.
② (생 략)	② (현행과 같음)
제4조(허위신고자의 형사책임) 수표금액의 지급 또는 거래정지처분을 면할 목적으로 금융기관에 허위신고를 한 자는 10년 이하의 징역 또는 20만원 이하의 벌금에 처한다.	제4조(거짓 신고자의 형사책임) ----- ----- 거짓 신고----- -----.
제5조(위조, 변조자의 형사책임) 수표를 위조 또는 변조한 자는 1년 이상의 유기징역과 수표금액의 10배 이하의 벌금에 처한다.	제5조(위조·변조자의 형사책임) ---- 위조하거나 ----- -----.
제6조(형사소송법의 특례) 이 법에 의하여 벌금을 선고하는 경우에 형사소송법 제334조제1항에 의한 가납판결을 하여야 하며 구속된 피고인에 대하여는 형사소송법 제331조의 규정에 불구하고 벌금을 가납할 때까지 피고인을 구속한다.	제6조(「형사소송법」의 특례) ---- 따라 ----- 경우 「형사소송법」 제334조제1항에 따른 가납판결(假納判決)을 하여야 하며, ----- 같은 법 제331조에도 ----- 계속 -----.
제7조(금융기관의 고발의무) ① 금융기관에 종사하는 자가 직무상 제2조제1항(발행인이 법인 기타 단체인 경우 포함) 또는 제5조에 규정된 수표를 발견한 때에는 48시간 이내에, 제2조제2항(발행인이 법인 기타 단체인 경우 포함)에 규정된 수표를 발견한 때에는 30일 이내에 수사기관에 이를 고발하여야 한다.	제7조(금융기관의 고발의무) ① ----- 사람이 ----- ---- 법인이거나 그 밖의 단체인 경우를 포함한다) ----- ----- 이내에 수사기관에 고발하여야 하며, 제2조제2항(발행인이 법인이나 그 밖의 단체인 경우를 포함한다)- ---- 수사기관에 -----.
② 전항의 고발을 하지 아니한 때에는 100만원 이하의 벌금에 처한다.	② 제1항----- 아니하면 -----.

제2절 부정수표단속법의 보호법익 및 입법상의 특징

1. 부정수표단속법의 보호법익

부정수표단속법의 보호법익은 수표법상의 공정성이다.⁷⁾ 보호법익이 수표거래의 공정성에 있으므로 부정한 수표로 인하여 수표의 소지인 등이 재산상 손해를 입었느냐를 따지는 일반 형법상의 재산범과는 다르다. 그리고 그 보호받는 정도는 위법범과 침해범의 양자를 모두 포함하고 있다. 부정수표단속법 제2조 제1항의 가설인 명의로 발행한 수표, 금융기관과의 수표계약 없이 발행하거나 금융기관으로부터 거래정지처분을 받은 후에 발행한 수표, 금융기관에 등록된 것과 상위한 서명 또는 기명날인으로 발행한 수표 등은 그러한 수표 자체의 발행만으로도 유통증권인 수표의 기능을 해할 위험이 있는 것이므로 지급제시되어 지급되었는가의 여부를 불문하고 범죄가 성립하는 위법범이라 할 것이고, 동조 제2항의 수표를 발행하거나 작성한 자가 수표를 발행한 후에 예금부족, 거래정지처분이나 수표계약의 해제 또는 해지로 인하여 지급기일에 지급되지 아니하게 한 때에는 그 결과발생을 요건으로 하는 침해범이라 보아야 한다.

2. 부정수표단속법의 입법상의 특징

부정수표단속법은 국민의 경제생활의 안정과 유통증권인 수표의 기능을 보장하기 위하여 제정된 경제형법이며, 부정수표단속법위반죄는 이른바 법정범에 해당하는 것으로서 몇가지 특징을 지니고 있다. 형법상 처벌되지 않는 행위유형이 있는가 하면, 양벌규정을 두어 행위자와 법인을 처벌하고 있다. 또한 필요적 가납판결의 규정과 신고의무를 규정한 것도 다른 법제와 차별되는 특징이라고 할 수 있다. 이를 상설하면 다음과 같다.

7) 한편 부정수표단속법의 목적을 수표의 유통성과 피지급성만 보호하는데 있는 것이 아니라 수표의 피지급성에 문제가 있음을 인식하고 이를 기망의 의도로 이용한 자를 처벌하려는 것이라고 보는 견해도 있다. 이에 대해서는 후술하도록 한다.

첫째, 형법상의 유가증권에 관한 범죄의 범주 아래에서는 범죄로 되지 않고 허용될 수 있는 행위를 처벌하고 있다. 이에 따라 부정수표단속법 제2조에서 금융기관과의 수표계약 없이 발행하거나 금융기관으로부터 거래정지처분을 받은 후에 발행한 수표, 금융기관에 등록된 것과 상위한 서명 또는 기명날인으로 발행한 수표, 발행한 후에 예금부족, 거래정지처분, 수표계약의 해제 또는 해지로 인하여 제시기일에 지급되지 아니하게 한 수표를 발행하거나 작성한 경우를 처벌하는 규정을 두고 있다.

둘째, 양벌규정에 의하여 부정수표의 발행인이나 작성자인 법인과 대리인을 처벌하고 있다. 부정수표단속법 제3조는 수표가 법인 기타의 단체 명의로 발행된 경우에 그 수표에 기재된 대표자 또는 작성자와 그 법인 또는 단체를 함께 처벌하고 있으며, 대리인이 본인을 위하여 수표를 발행하는 경우에 본인과 대리인을 함께 처벌한다고 규정하고 있다.

셋째, 법원이 벌금형을 선고하는 경우에는 필요적으로 가납판결을 하여야 한다. 형사소송법 제334조 제1항에 의하면 법원은 벌금형을 선고하는 경우에 있어서 판결확정 후 벌금형의 집행이 불가능하거나 곤란할 우려가 있다고 판단되면 벌금에 상당하는 금액의 가납을 명할 수 있으며, 이는 법원의 재량에 속하는 사항이다. 또한 형사소송법 제331조에 의하면 법원이 벌금형을 선고하는 경우에는 구속영장의 효력이 실효되므로 피고인을 석방하여야 한다. 그러나 부정수표단속법 제6조에 의하여 법원이 벌금형을 선고하는 경우에는 반드시 가납판결을 하여야 하며, 벌금을 가납할 때까지 피고인을 구속하여야 한다.

넷째, 금융기관의 종사자가 부정수표를 발견한 때에는 그 사실을 수사기관에 의무적으로 고발하여야 한다. 부정수표단속법 제7조는 동법 제2조 제1항 소정의 부정수표에 대해서는 48시간 이내에, 동조 제2항 및 제3항 소정의 부정수표에 대해서는 30일 이내에 부정수표를 발견한 사실을 수사기관에 고발하여야 하며, 이를 이행하지 않는 경우에는 처벌한다고 규정하고 있다.

제3절 부정수표의 유형

부정수표라는 용어는 수표법에는 규정되어 있지 않고, 오직 부정수표단속법에 서만 규정되어 있는 개념이다. 부정수표단속법에서 규정하고 있는 부정수표의 유형은 다음과 같이 크게 두 가지 유형이 있다.

1. 제2조 제1항의 부정수표

여기에는 가설인(假設人)의 명의로 발생한 수표, 금융기관과의 수표계약 없이 발행한 수표, 금융기관으로부터 거래정지처분을 받은 후에 발행한 수표, 금융기관에 등록된 것과 상위한 서명 또는 기명날인으로 발행한 수표가 있다. 이상의 수표들은 수표거래의 신용성과 유통성을 근본적으로 해하는 유형의 수표들로서 이러한 행위에 해당하는 수표발행인들은 대부분 고의범이라 할 수 있다.

2. 제2조 제2항의 부정수표(부도수표)

동항에서 규정하고 있는 부정수표는 수표를 발행한 후에 예금부족, 거래정지 처분이나 수표계약의 해제 또는 해지로 인하여 제시기일에 수표금이 수표소지인에게 지급되지 아니한 것을 말한다. 즉, 수표의 발행행위 자체에는 아무런 흠이 없었으나 발행후의 사정변경(예금부족, 거래정지처분, 수표계약의 해제 또는 해지)으로 인하여 부정수표가 되는 것이다. 통상 이러한 수표들은 부도수표라고 하는데 대부분의 부정수표단속법 위반사건이 여기에 해당한다. 그리고 형법상 책임원칙에 비추어 볼 때, 처벌의 적정성에 관하여 여러 가지 이견이 제기되는 조항이기도 하다. 예컨대 정상적으로 사업을 경영하다가 불가피한 사정으로 부도가 난 경우에 사업주에게 형사책임을 지게 한다는 것은 형사법에 있어서 결과 책임을 인정하는 것과 같다는 것이다.

제4절 외국의 입법례

1. 개관

부정수표단속법의 가장 큰 특징은 수표소지인이 수표를 지급제시하였다가 지급이 거절되는 경우, 즉 부도수표의 경우에 그 수표의 발행인 등에게 형사책임을 지운다는 점이다. 원래 어음이나 수표로 인한 문제는 일종의 채무불이행으로서 민사책임의 문제에 불과하다. 우리나라는 어음의 부도에 관하여는 형법상의 사기죄가 성립하는 경우를 별론으로 하면 대부분 민사상의 채무불이행으로 해결하여 사법적으로 해결하고 있으나, 수표의 부도에 관하여는 고의, 과실을 불문하고 부정수표단속법에 의하여 그 발생인 등을 형사처벌하고 있다. 이와 같이 부도수표를 형사적으로 규제하는 부정수표단속법과 유사한 입법례는 외국에서도 흔하지 않다.

2. 일반적인 입법태도

일반적으로 우리나라와 같이 민사책임을 형사처벌하는 입법례는 거의 없다. 예를 들어 독일에는 일반적으로 수표발행인이 수표를 부도낸 경우 이를 처벌하는 규정은 없다. 다만, 형법의 사기죄에 관한 규정 중 은행으로부터 수표카드를 발급받은 자가 은행과의 약정한도를 초과하는 금액의 수표를 발행하여 은행에게 손해를 가한 경우 처벌하는 규정(독일형법 제266조의 b)을 두고 있을 뿐이다. 또한 일본의 경우에도 수표법에서는 우리나라 수표법과 같이 수표자금과 수표계약이 있는 경우에만 발행할 수 있다는 규정과 함께 그에 위반한 경우 제재하는 규정이 있을 뿐이다. 때문에 그 외에 수표가 지급거절된 경우 발행인을 처벌하는 별도의 규정은 없다.

이처럼 부도수표발행인을 형사처벌하는 우리와 유사한 입법례는 매우 드물다고 할 수 있지만, 몇몇 나라들에서는 우리와 유사한 법제들을 찾을 수 있다. 프랑스와 미국의 입법례가 그러하다. 이하에서는 프랑스와 미국의 입법례를 간략

하게 검토하기로 한다.

3. 프랑스의 경우

프랑스의 경우 1917년에 처음으로 고의로 자금이 부족하면서 수표를 발행하는 행위를 범죄로 규정하였다. 그러다가 1972년에 이르러 부도수표발행인을 두 범주로 나누었는데, 첫째는 사취할 의도로 수표를 발행한 자이고, 둘째는 자금부족 여부에 대한 부주의로 수표를 발행한 자이다. 1972년 법에서는 단지 불성실하게 수표를 발행하는 것 만으로는 범죄가 되지 않았고, 수표발행인이 사취의 의도로 발행을 한 경우에만 범죄가 성립하였다.⁸⁾

1975년의 부도수표에 관한 법에서는 부도수표발행인이 30일 내에 자금을 지급이 가능하게 만들지 못하면, 1년간 수표작성을 금지하도록 규정하였다. 마찬가지로 동 수표발행인이 매 12개월 이내에 두 번째로 발행한 수표를 지급 거절되게 만들면 또 다시 1년 간 수표작성이 금지된다. 동법의 입법취지는 수표작성인의 수표작성권을 박탈함으로써 부도수표발행인에 대한 형사적 제재보다 경제적 제재를 가하려는 것이었다.

1991년의 현행법에는 극히 예외적인 경우를 제외하고는 지급되지 않을 수표를 발행한 자의 행위를 비범죄화하였다. 동법에 따르면 부도수표발행인에게 수표발행 금지하도록 하면서, 동시에 부도수표발행인이 가능한 빨리 미지급액을 지불할 경우 인센티브를 주도록 규정하고 있다. 벌금은 매 12개월 이내에 1회를 초과하여 부도수표를 발행한 경우에 부과된다.

현재 프랑스에서는 부도수표발행인이 형사소추되는 경우가 거의 없다. 다만, 수표발행인이 자금이 부족하면서도 타인을 기망하여 그 수표를 받도록 설득한 경우에는 프랑스형법 제405조에 의해 사기죄의 책임을 진다. 수표발행권한의 박탈은 실질적형사제재의 역할을 한다. 부도수표를 발행한 자는 10년간 수표발행

8) 이하의 프랑스법의 내용은 M. Vasseur, Le cheque sans provision en France 1865-1992, *La Semaine Juridique Edition G* No.9, 1992, 107-117쪽 참조.

권한이 박탈될 수 있다. 그러나 누구든지 미지급액을 지불하거나 과거 12개월 동안 부도수표를 발행하지 않은 사람은 수표발행금지가 해제된다.⁹⁾

4. 미국의 경우

미국의 캘리포니아주 형법 제476조(a)는 “어떤 사람이 자신을 위해서나 타인의 대리인이나 대표자로서 기망할 의사로써 은행 등 금융기관 또는 어떤 회사에게 지불을 의뢰하는 어떤 수표, 어음, 지정환 등을 작성하거나 발행한 경우에 그 작성자가 작성시에 그 금융기관 등에 충분한 자금이나 채권을 갖지 않았다는 것을 알면서 발행한 경우에는 1년 이하의 징역에 처한다”라고 규정하고 있다. 이 밖에도 대부분의 주에서 사기의 의사로 결제할 자금 없이 수표를 발행하는 경우 경죄로 처벌하는 규정을 두고 있다.

미국 모범형법전 제224.5는 “지급인에 의한 지급이 행하여지기 어렵다는 것을 알면서도 수표 기타 금전지불위탁서를 발행한 자는 경죄를 범한 자로 한다”라고 규정하고 있으며, 고의범 추정규정으로 “수표발행자가 구좌계정이 없을 때, 수표 발행 후 30일 이내에 제시되었으나 지급인이 예금부족의 이유로 지급을 거절하고 또한 부도수표는 발행인이 그 수표의 부도를 예견한 것으로 추정한다”라고 규정하고 있다.

부정수표에 관한 미국 각주 입법례의 특징은 모범형법전(Model Penal Code)의 영향을 받아 부정수표 발행에 대해 경죄로 의율하고 있으며, 지급계좌가 전혀 없는 경우 또는 계좌가 있더라도 일정한 기간 내에 지급제시 하였으나 지급 거절되고 거절된 후 자금이 공급된 바가 없는 경우에 발행인 등의 지급이 거절될 사실에 대한 악의를 추정하는 규정을 두는 구조를 취하고 있다는 점이다. 뉴욕주와 델라웨어주법은 발행인 등의 주관적 의도를 추정하는 이러한 규정을 두는 조문구조를 취하고 있으나, 캘리포니아주법은 이러한 추정규정을 두지 않고 구체적인 사실관계에 따른 정황증거로서 부정수표발행인 등의 주관적 의도를 입

9) 이러한 인센티브 조치는 스페인과 이탈리아에도 도입되었다고 한다.

증하도록 하고 있다. 캘리포니아주처럼 기망의 의사를 범죄구성요건으로 하고 있는 주도 있으나, 델라웨어주와 뉴욕주 등 상당수 주에서는 기망의 의사를 구성요건으로 하고 있지 않다.¹⁰⁾

5. 소결

위 입법례들은 부도수표의 발행에 대하여 이를 처벌하되 고의범으로 한정하고 또한 경죄로 취급하고 있다는 공통점이 있다.

그러나 외국과 달리 우리나라의 부정수표단속법은 부도수표의 발행에 대한 고의, 과실범을 모두 처벌하고, 고의범에 대해서는 5년 이하의 징역을, 과실범에 대해서는 3년 이하의 금고에 처할 수 있는 중죄로 규정하고 있다는 점에서 외국의 입법례와 상당히 다르다. 결론적으로 부정수표단속법은 수표의 발행에 관련된 범죄유형을 통합하고 정형화하여 단일한 법으로 제정되었다는 점에서 우리나라에 특유한 입법례라고 볼 수 있을 것이다.

제5절 부정수표단속법 사건처리 현황

부정수표단속법상 부도수표에 대한 처벌규정은 수표발행행위 자체에는 하등의 잘못이 없이 합법적으로 발생한 후에 사정변경으로 책임을 져야 하는 경우로서 부정수표단속법 위반사범의 90% 이상이 부도수표 사건이다.¹¹⁾ 부정수표단속법 위반 중에 부도수표 사건 자체에 한정된 통계는 아니지만, 1973년부터 2009년까지 27년간의 부정수표단속법 위반으로 입건된 사건의 처리결과를 검토해 보면 다음과 같다.¹²⁾

10) 이상의 미국법의 태도에 대해서는 윤성승, 부도수표에 대한 법적 규제 검토 - 부정수표단속법을 중심으로 -, 경찰법연구 제6권 제2호, 2008, 304-309쪽 참조.

11) 이 점에 대해서는 윤보성, 부정수표단속법 해설, 경영법무 통권 제1호, 1994, 103쪽.

12) 이하의 자료분석, 특히 2006년까지의 자료분석은 윤성승, 앞의 논문, 292-294쪽 및 법무원수원

1. 부정수표단속법 위반건수

부정수표단속법 위반사건은 1973년에는 1,694건에 불과하던 것이 1995년에는 11만 건에 가깝게 지속적으로 증가하다가 1996년부터는 9만 6천여 건으로 줄어들어 이후 발생사건수가 점차 감소하는 추세를 보여주고 있다. 특히 1994년에는 그 전해에 비해 약 2배 정도 사건수가 증가해 8만 3천여 건을 기록하는 등 1994년에서 1998년 사이에 사건수가 그 이전년도에 비해 이례적으로 급격히 증가하였는데, 이 기간은 우리나라에 있어 외환위기를 겪던 시기로서 외환위기가 부정수표단속법 위반사범에 영향을 준 것으로 추측된다. 이 점은 특히 1997년에는 발생건수가 75,318건으로 전년보다 10.5% 감소하였다가 1998년에는 IMF구제금융체제로 인한 경기침체 등의 원인으로 전년대비 16.4% 증가해 87,635건을 기록한 것을 보아도 잘 알 수 있다. 특기할 만한 사항으로는 외환위기 이후인 2000년부터 2008년까지 부정수표단속법 위반사건이 지속적으로 감소하였고, 2006년에는 부정수표단속법 위반으로 입건된 사건이 1만 3000여 건으로 급격히 감소한 후에 이러한 추세는 계속 이어져 2007년과 2008년에는 1만 2천여 건, 2009년에 도 1만 3천여 건에 불과한 발생숫자를 보이고 있다.¹³⁾

2. 부정수표단속법 위반 사건의 기소율

부정수표단속법 위반사건에 대한 기소율은 지속적으로 감소하는 추세를 보이고 있는데, 1973년에 80.8%였던 기소율이 1985년에 30.2%까지 점진적으로 떨어졌다가, 다시 1991년도에 50.1%까지 점차 증가했고, 다시 감소하여 1994년에는 역대 최저치인 15.8%를 기록한 후 등락을 거듭하다 2006년에는 24.4%, 2009년에는 21%로 떨어졌다. 이러한 기소율은 2006년을 기준으로 볼 때, 특별법 위반자에 대한 기소율이 64%이고, 형법범의 기소율이 30.9%인데 비해 대단히 낮은 것으로 평가할 수 있다.

범죄백서 제24호, 2007, 93-94쪽을 참조하였음.

13) 대검찰청, 범죄분석(2010, 2009, 2008년도) 참조

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

제3장

부정수표단속법의 형사제재의 범위와 유형

김 대 근 · 안 성 조

제1절 부정수표단속법의 조문분석

이하에서는 헌법재판소에서 위헌심사되었던 조문인 부정수표단속법 제2조에 대해 판례와 주석을 중심으로 그 내용을 검토해 보기로 한다.

[조문구조]

제2조 (부정수표 발행인의 형사책임)

- ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 부정수표를 발행하거나 작성한 자는 5년 이하의 징역 또는 수표금액의 10배 이하의 벌금에 처한다.
 1. 가공인물의 명의로 발행한 수표
 2. 금융기관(우체국을 포함한다. 이하 같다)과의 수표계약 없이 발행하거나 금융기관으로부터 거래정지처분을 받은 후에 발행한 수표
 3. 금융기관에 등록된 것과 다른 서명 또는 기명날인으로 발행한 수표
- ② 수표를 발행하거나 작성한 자가 수표를 발행한 후에 예금부족, 거래정지처분이나 수표계약의 해제 또는 해지로 인하여 제시기일에 지급되지 아

니하게 한 경우에도 제1항과 같다.

③ 과실로 제1항과 제2항의 죄를 범한 자는 3년 이하의 금고 또는 수표금액의 5배 이하의 벌금에 처한다.

④ 제2항과 제3항의 죄는 수표를 발행하거나 작성한 자가 그 수표를 회수한 경우 또는 회수하지 못하였더라도 수표 소지인의 명시적 의사에 반하는 경우 공소를 제기할 수 없다.

1. 개관

동법 제2조는 부정수표의 개념을 수표발행당시를 기준으로 위법하게 발행·작성된 것인지, 적법하게 발행·작성된 것인지를 기준으로 전자는 동조 제1항에서, 후자는 동조 제2항에서 각각 규정하면서 양자 모두 부정수표라는 개념에 포섭하고 있다.¹⁴⁾ 부연하면 본조 제1항의 죄는, 가공인물의 명의로 발행한 수표, 금융기관과의 수표계약 없이 발행한 수표, 금융기관으로부터 거래정치처분을 받은 후에 발행한 수표, 금융기관에 등록된 것과 다른 서명 또는 기명날인으로 발행한 수표를 발행·작성한 경우, 즉 처음부터 위법하게 수표를 발행·작성한 경우에 성립하는 반면, 제2항의 죄는 수표를 발행하거나 작성한 자가 수표를 발행한 후에 예금부족, 거래정치처분이나 수표계약의 해제 또는 해지로 인하여 제시기일에 지급되지 아니하게 한 경우에 성립한다. 이는 수표의 발행·작성 자체에는 형식적인 요건을 구비해 잘못이 없으나, 사후적으로 예금부족 등으로 지급되지 아니한 경우(소위 부도수표)를 처벌하기 위한 것인데, 제2항의 죄가 전체 부정수표단속법 위반사건의 90% 이상을 차지한다. 제1항 및 제2항의 죄는 고의범인데, 그 과실범인 경우는 제3항에 의하여 처벌된다.

본조의 적용대상이 되는 수표 중 가장 대표적인 것은 당좌수표¹⁵⁾이고, 가계수표도 부정수표단속법의 적용에 있어서 당좌수표와 특별히 달리 취급할 것이 없

14) 윤천희, 부정수표단속법, 법률문화원 2001, 27쪽.

15) 당좌수표는 거래하는 은행을 지급인으로 정하여 일정한 금액을 무조건 지급해 줄 것을 위탁하는 유가증권을 말한다.

으므로 당연히 본조의 적용대상이 된다. 그러나 금융기관이 발행하는 자기앞수표(발행인 자신을 지급인으로 하는 수표)는, 성질상 본조의 적용대상 수표에 해당하지 않는다.¹⁶⁾

2. 부정수표의 발행·작성죄(제1항)

본죄는, 가공인물의 명의로 발행한 수표, 금융기관과 수표계약 없이 발행한 수표, 금융기관으로부터 거래정지처분을 받은 후에 발행한 수표, 금융기관에 등록된 것과 다른 서명 또는 기명날인으로 발행한 수표를 발행·작성한 경우에 성립한다.

가. 범행의 주체

1) 수표의 발행자와 작성자

부정수표단속법 제2조 제1항의 주체는 부정수표를 발행한 자 또는 작성한 자를 말한다. 부정수표를 발행한 자는 가설인의 명의로 수표를 발행한 자, 금융기관(우체국 포함)과의 수표계약 없이 또는 금융기관으로부터 거래정지처분을 받은 후에 수표를 발행한 자 및 금융기관에 등록된 것과 상위한 서명 또는 기명날인으로 수표를 발행한 자를 말한다. 여기서 수표의 발행이라 함은, 수표용지에 수표의 기본요건을 작성하여 상대방에게 교부하는 것을 말한다.¹⁷⁾ 따라서 단순

16) 이주원, 특별형법, 홍문사, 2011, 378쪽.

17) 대판 1988.8.9, 87도2555. “부정수표단속법 제2조 제2항의 범죄행위의 주체는 같은 규정 첫머리의 수표를 발행하거나 작성한 자”의 문구를 같은 규정 끝머리의 “.....지급되지 아니하게 한 때”라는 문구와 종합하여 살펴볼때 문제로 된 당해 수표의 발행자로 표시되어 있는 사람과 당해 수표의 수표요건을 작성한 사람 가운데에서 그 수표의 지급인과의 사이에 실질상으로 자금관계가 있는 사람만을 가리킨다 할 것이고 같은 규정의 발행이라는 뜻은 위에서 본 행위주체가 수표용지에 수표의 기본요건을 작성하여 상대방에게 교부하는 행위를 일컫는다 할 것이므로 원심이 선일자수표를 피고인이 실제로 작성하여 소외 채○○에게 넘긴 1980.12.30.을 발행일로 보고 그 선일자 수표상의 당초 발행일인 1981.6.30. 만을 피고인이 위 채○○의 양해아래 1981.12.30.로 고쳤다는 소론 1981.9. 초를 여기에서 말하는 발행한 날로 안본 것은 옳고 여기에는 소론과 같은 법리오해가 있

히 수표의 기본요건을 작성하는 것만으로는 발행이라고 할 수 없다. 그러나 백지수표의 금액란이 부당보충되어 그 금액 전부가 지급거절된 경우, 백지수표의 발행인이 부정수표단속법 제2조 제2항 위반의 죄책을 지는지에 대한 판단에서 대법원은 금액 등을 백지로 한 경우도 발행에 포함된다고 한다.¹⁸⁾ 부정수표를 작성한 자란 수표법상의 수표요건을 대리기입하는 것과 같은 기계적인 행위를 한 자를 지칭하는 것이 아니고¹⁹⁾ 발행인과 공모하거나 그의 포괄적 위임하에서 부정수표를 만든 자를 말하며²⁰⁾ 이때의 작성행위는 발행과 동일시할 정도의 외관을 요한다.²¹⁾

2) 수표의 발행 및 작성 해당 여부

어떤 행위가 수표의 발행 및 작성자에 해당하는지 여부가 문제시되는 것으로는 백지보충권 행사와 이미 적법하게 발행된 수표의 발행일자 등의 사후 정정, 그리고 배서와 보증을 들 수 있다.

우선 백지보충권이란 백지어음이나 수표의 백지를 보충하여 수표를 완성시키는 권리를 말한다. 이것은 보충이라는 하나의 사실적 행위에 의하여 일정한 법률효과를 발생시키는 권리이므로 형성권(形成權)이 된다. 따라서 타인이 발행한

다 할 수 없다. 그리고 이와 같이 발행일에 관한 원심의 판단이 올바른 이상 원심이 같은 수표의 발행일자를 고쳐준 날을 그 무렵이라고 설시했다 해서 채증법칙위배로 인한 사실오인의 허물이라고 할 수도 없다.”

18) 대판 1995.9.29, 94도2464. “부정수표단속법 제2조 제2항은 이른바 부도수표발행죄의 주체를 “수표를 발행하거나 작성한 자”로 규정하고 있는바, 백지수표의 금액란이 부당보충된 경우 적어도 보충권의 범위 내에서는 백지수표의 발행인이 그 금액을 보충한 것과 다를 바 없으므로 백지수표의 발행인은 부정수표단속법 제2조 제2항 소정의 “수표를 발행한 자”에 해당하고, 비록 보충권을 남용하여 부당보충하는 행위가 유가증권위조죄를 구성한다 하여 그 결론을 달리할 수 없으나, 이와 달리 보충권을 넘어서는 금액에 관하여는 발행인이 그와 같은 금액으로 보충한 것과 동일하게 볼 수는 없으므로 백지수표의 발행인에 대하여 보충권을 넘어서는 금액에 대하여까지 부정수표단속법 위반죄의 죄책을 물을 수 없다.”

19) 그러므로 경리담당사원이 사장의 서명날인된 수표용지에 사장의 지시로 금액만을 기입하였다면, 이러한 경리사원은 기계적으로 행동하였을 뿐이므로, 본죄에서 말하는 수표의 작성자로 볼 수 없다. 이에 대해서는 대판 1975.12.23, 75도2737 참조

20) 대판 1975.12.9, 74도2650.

21) 대판 1975.12.9, 74도2650

백지수표의 액면금과 발행일을 기입, 완성하는 행위는 보충권의 행사에 불과하며,²²⁾ 수표의 발행이나 작성으로 볼 수 없다.²³⁾

다음으로 이미 적법하게 발행된 수표의 발행일자 등을 수표소지인의 양해 아래 정정하는 수표문언의 사후 정정행위는, 수표의 발행행위와는 서로 구별되는 것으로서, 수표 발행일의 사후 정정행위는 부정수표단속법에서 규정하는 수표의 발행이라고 할 수 없다.²⁴⁾ 배서는 어음·수표상의 권리자가 그 권리를 제3자에게 이전함과 동시에 어음·수표상의 채무를 부담하는 요식의 단독행위며, 보증은 어음·수표상의 다른 채무를 담보하기 위하여 그 채무와 동일한 내용의 어음·수표채무를 부담하는 어음·수표행위이다. 따라서 배서와 보증은 발행·작성과는 명확히 구분되는 독립적인 행위이므로 본죄가 발행·작성만을 그 행위태

22) 대법원은 “백지어음의 보충권은 어음에 붙어서 추수전전(追遡轉轉)하는 것이므로, 어음을 정당하게 취득한 자는 그에 관한 보충권도 동시에 취득하는 것이다”라고 판시하고 있다. 대판 1960.7.21, 4293 민상113 참조

23) 대판 2004.2.13, 2002도4464. “부정수표단속법이 규정하는 수표의 발행이라 함은 수표용지에 수표의 기본요건을 작성하여 상대방에 교부하는 행위를 일컫는다 할 것이고, 이미 적법하게 발행된 백지수표의 금액이나 발행일을 기입 완성하는 행위는 보충권의 행사로서 이 보충행위를 가리켜 동법에서 규정하는 수표의 발행으로 볼 수 없다(대법원 1981. 9. 8. 선고 81도1495 판결 참조). 원심은, 그 인정 사실에 터잡아 피고인이 이 사건 수표를 발행한 시점은 피고인이 농업협동조합중앙회로부터 거래정지처분을 당한 1997. 1. 31. 이전으로서 김△△에게 채무담보용으로 발행일과 액면금을 백지로 하여 교부한 1996. 말경으로 봄이 상당하고, 피고인이 김△△의 요청으로 2000. 5. 23. 이 사건 수표의 액면금을 1억 8,500만 원으로 기재한 것은 이미 발행된 이 사건 수표의 백지부분을 보충한 것일 뿐이어서 이를 두고 이 사건 수표를 새로 발행한 것으로 볼 수 없다는 이유로 피고인에 대한 이 사건 공소사실에 대하여 유죄를 선고한 제1심을 파기하고 무죄를 선고하였다. 원심판결 이유를 위 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 수표발행에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 볼 수 없다.”

24) 대판 2008.1.31, 2007도727. “...이는 수표의 액면금액 및 발행일자 등을 함께 정정한다거나 법인의 종전 대표자가 발행한 수표의 발행일자 등을 교체된 새로운 대표자가 정정한다고 하여 달리 볼 것이 아니다. 다만 수표 발행자의 죄책은 그 후의 정정행위와는 별개로 결정되어야 할 것이고, 수표상에 기재된 발행일자가 그 지급제시기간 내에 적법하게 정정된 경우에는 정정된 발행일자로부터 지급제시기간이 기산되어 그 기간 내에 지급제시가 이루어지면 그 발행자에 대하여 위 법조항 위반죄에 의한 처벌이 가능하다 할 것이지만, 법인의 대표자가 수표를 발행한 후 그 대표자가 아닌 타인이 대표자 본인의 위임이나 동의 없이 정정한 경우에는 그 타인이 정정하기 전의 발행일자로부터 기산된 지급제시기간 내에 지급제시가 이루어지지 아니한 이상 그 수표를 발행한 대표자 본인을 위 법조항 위반죄로 처벌할 수 없다 할 것이다.”

양으로 규정하고 있는 이상, 그 외의 배서나 보증은 설령 부정수표에 한 것이라도 본죄에 해당하지 않는다.²⁵⁾

나. 부정수표의 유형과 법정형

부정수표의 발행·작성죄에는 다음과 같은 세 가지 유형이 있고, 그 각각의 법정형은 동일하게 5년 이하의 징역 또는 수표금액의 10배 이하의 벌금에 처한다.

1) 가공인물²⁶⁾ 명의로 수표를 발행하는 행위(제2조 제1항 제1호)

‘가공인물의 명의’라 함은 수표 발행인의 명의를 개인인 경우에는 주민등록표상의 명의로 일치하지 아니하는 것을 말하고, 법인인 경우에는 법인등기부상의 명의로 일치하지 아니하는 것을 말한다(부정수표단속법시행령 제2조 제2항). 가공인물의 명의로 발행한 수표는 수표형식상으로만 존재할 뿐, 그 발행인이 실재하지 않아 수표금 지급책임자가 없게 되므로 이로 인해 초래될 수표의 유통질서의 혼란, 즉 당연무효의 수표의 유통 및 수표사기행위를 방지하기 위한 것이다. 예를 들어 망인, 가명, 허무인 명의로 수표를 발행한 경우가 바로 여기에 해당한다. 다만 판례에 의하면 발행인이 망인 또는 가명을 거래상 자기를 표시하는 명칭으로 사용하더라도 그것이 행위자를 지칭하는 것으로 인식되어 온 경우에는 거래관련자가 그 수표의 발행인에 관하여 오신하였다고 할 수 없으므로 이는 ‘수표위조’²⁷⁾에 해당하지 않는다.²⁸⁾ 동 조항은 정당한 수표소지인의 소구권과

25) 이러한 견해로, 이주원 앞의 책, 379쪽 참조.

26) 구법에서는 ‘가설인(假設人)’으로 되어 있었다.

27) 부정수표단속법 제5조.

28) 대판 1996.5.10, 96도527. “원심이, 피고인이 이 사건 공소사실과 같이 공소의 이경숙 발행의 이 사건 가계수표에 피고인의 본명이 아닌 ‘김정우’로 배서를 한 것은 사실이나, 한편 피고인은 1992. 8.경부터 경산시 사동 589에서 ‘농수산물직판장’이라는 상호로 농수산물 등의 판매업을 경영하면서 이 사건 발생시까지 약 2년간 계약서 영수증 등에 ‘김정우’라는 가명을 사용하여 거래관계를 계속해 오면서 약속어음, 가계수표 등에 ‘김정우’로 배서를 해 온 사실 이 사건이 발생하기 전까지 배병탁, 전동수, 정호근 등 이 사건 피해자들뿐만 아니라 다른 사람들도 모두 피고인을 김정우

이득상환청구권을 실효적으로 보호함으로써 수표의 유통증권으로서의 기능을 보장하려는 취지의 규정이다.

2) 수표계약 없이 발행하거나 거래정지처분 후 발행한 수표(제2호 전단 및 후단)

본죄는 수표발행인이 은행 등 금융기관과의 수표계약 없이 수표를 발행하거나, 금융기관으로부터 거래정지처분을 받은 후에 수표를 발행한 경우에 성립한다. 본죄의 수표계약이란 은행의 고객인 수표발행인이 발행한 수표에 대하여 발행인의 당좌예금으로부터 지급하는 절차를 지급인인 은행에 위탁하는 지급위탁계약을 뜻하는 것으로서²⁹⁾ 발행인이 지급인인 금융기관에게 발행인의 수표에 대하여 발행인의 수표자금으로 지급할 의무를 부담시키는 것을 목적으로 하는 계약을 말하는 것이며, 수표의 지급사무를 위탁하는 일종의 위임계약이다.³⁰⁾ 금융기관과의 수표계약 없이 발행한 수표(무거래수표)는 지급인이 없는 수표로서 처음부터 무효이므로, 그 발행을 법률상 금지되는 부정수표의 하나로 열거한 것이다. 마찬가지로, 무효인 수표계약에 의하여 발행한 수표도 여기에 해당한다.³¹⁾

로 알고 거래를 계속해 온 사실을 인정한 다음, 피고인은 거래상 ‘김정우’를 평소 자기를 표시하는 명칭으로 사용하여 온 것이라고 볼 것이므로, 이 사건 가계수표에 배서한 김정우 명의의 권리의무에 관한 기재는 피고인 자신의 배서행위라고 볼 것이고, 이를 가리켜 타인의 명의를 모용하여 수표상의 권리의무에 관한 기재를 위조한 것이라고 할 수는 없다는 이유로 피고인에게 무죄를 선고한 것은 위에서 본 법리에 비추어 옳고, 거기에 소론과 같은 유가증권위조 및 그 행사죄에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다. 논지는 이유가 없다.”

29) 수표법 제3조

30) 대판 1970.11.24, 70다2046. “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 당사자간에 있어서만이 효력을 발생함을 원칙으로 하고 특별한 약정이 없는 한 제3자인 수표의 소지인을 위한 취지는 포함되지 아니한다고 보아야 할 것이므로 은행이 지급보증을 하였든가 제3자인 수표소지인을 위하여 발행인과 은행간에 특약을 하였다는 것이 보이지 아니하는 본건에 있어서 소론이 부정수표단속법의 특수성에 비추어 지급인인 은행은 원고인 수표소지인에 대하여 지급할 의무를 가지는 제3자를 위한 계약이 성립되는 것이라는 논지는 독자적인 견해에 불과하고 원심이 앞에서 설시한바와 같은 취지하에서 판단한 원판결은 정당하고 논지는 채용할 수 없다.”

한편 무거래수표는 대개 타인의 수표용지를 도용하여 가공인물의 명의로 발행되는데, 이는 제1호 소정의 가공인물의 명의로 발행한 수표도 되고 제5조의 수표위조에도 해당된다. 이러한 무거래수표의 발행이 재산상의 이익을 취득한 것이라면, 형법상의 사기죄도 성립될 수 있다.³²⁾

또한 여기서의 금융기관이라 함은, 수표법과 기타의 법령에 의하여 수표의 지급사무를 영위하는 사람 또는 시설을 말한다. 우체국, 농협중앙회 및 지역농협, 지역축협, 수협중앙회 및 지구별수협, 업종별수협, 수산물가공업협동조합, 새마을금고연합회, 상호저축은행중앙회, 신탁중앙회 등이 있다. 다만 여기서의 금융기관은 국내법의 적용을 받는 대한민국에 있는 금융기관을 말하고,³³⁾ 외국의 금융기관의 경우에는 은행법 제1조의 규정에 의하여 대한민국내에 있는 지점이나 대리점을 의미한다.³⁴⁾ 부정수표단속법은 그 제7조로서 이 금융기관에 대하여 고발의무를 과하고, 아울러 이에 위반하는 경우에 있어서의 제재규정을 두고 있는 점에 비추어 볼 때 이와 같은 해석은 타당성을 갖는다고 할 수 있다.

거래정지처분은 어음·수표의 교환결제를 원활히 하고, 나아가 어음과 수표거래의 신용안전을 도모하기 위해 어음교환소에서 마련한 사적 제재처분으로³⁵⁾ 부

31) 대판 1983.10.25, 83도2257. “피고인이 조합대표자인 이사장 임동필의 명의를 도용하여 관계문서를 위조하여 강원은행 중앙지점과 조합간의 수표계약을 체결한 이상 동 수표계약은 무효라고 할 것이므로 동 피고인이 위 은행과의 수표계약없이 이 사건 수표를 발행한 것이라고 판단한 제1심판결을 원심이 유지하였음은 정당하고, 거기에 소론과 같은 당좌개설계약의 효력에 관한 법리오해나 부정수표단속법 제2조 제1항 제2호의 해석을 잘못된 위법이 있다고 할 수 없다.”

32) 이주원 앞의 책, 380-381쪽.

33) 대판 1974.11.12, 74도2920. “원심은 부정수표단속법 제2조 제1항 제2호 소정의 “금융기관”이라 함은 같은법 시행령 제2조 제1항에서 규정한 금융기관의 정의에 비추어 국내법의 적용을 받는 금융기관을 말하는 것이라고 풀이하고, 외국의 금융기관에 있어서는 은행법 제1조의 규정에 의하여 대한민국내에 있는 지점이나 대리점만이 국내법의 적용을 받는 것이므로 이 사건 공소적시 미국항공 제1은행은 위 단속법 소정의 금융기관에 해당하지 않는다고 보고, 따라서 피고인이 위 미국항공 제1은행을 지급인으로 하는 당좌수표를 발행한 사실에 대하여 부정수표단속법 제2조 제1항이 적용될 수는 없다고 판단하고 있는바, 원심의 위와 같은 판단은 정당하다고 보여지며, 부정수표단속법은 그 제7조로서 이 금융기관에 대하여 고발의무를 과하고, 아울러 이에 위반하는 경우에 있어서의 제재규정을 두고 있는 점에 비추어 볼 때, 원심의 위 판단의 정당함이 더욱 명백하다.”

34) 대판 1970.11.24, 70다2046.

35) 윤천희, 앞의 책, 33쪽 참조

도어음, 수표의 발행인이나 불량거래처에게 일정한 사유가 있을 때, 어음교환소가 금융기관과 위 발행인이나 불량거래처 사이의 당좌예금 및 가계당좌예금거래, 대출거래를 일정기간 정지시키는 제재조치를 말한다. 이를 부도처분이라고도 한다. 거래정지처분은 일종의 사적 제재로서의 실질을 갖지만, 수표거래로부터 부도수표를 배제함으로써 수표거래의 안전을 확보하고 거래질서를 유지한다는 공익을 목적으로 하기 때문에, 위헌적이지 않을 뿐만 아니라 민법(제2조, 제750조)이나 형법(제283조)의 규정들과도 저촉되지 않는다고 한다.³⁶⁾

거래정지의 대상은 약속어음 및 수표의 발행인 또는 환어음의 인수인에 한한다. 거래정지처분을 받은 후에는 지급인인 금융기관에 의한 수표금의 지급이 보장되지 않으므로, 그 발행을 부정수표 발행에 포함시켜 금지하려는 것이다.

3) 금융기관에 등록된 것과 다른 서명 또는 기명날인을 발행한 수표(제3호)

본죄는 금융기관에 신고된 서명 또는 기명날인과 다른 서명이나 기명날인으로 수표를 발행하거나 작성함으로써 성립하는 범죄이다. 등록된 것과 다른 기명날인에는 신고된 것과 다른 것뿐만 아니라, 수표상의 기명은 신고된 기명과 동일하더라도 날인만이 다른 경우와, 반대로 수표상의 날인은 신고된 것과 동일하더라도 기명만이 다른 경우를 모두 포함한다.³⁷⁾ 수표의 발행인은 금융기관에 등록된 것과 같은 서명 및 기명날인으로 수표를 발행하여야 한다. 금융기관에 등록된 것과 상이한 서명 및 기명날인으로 발행한 수표는 비록 수표발행의 실질적 요건을 구비하여 금융기관과 수표계약을 체결하고 정상적으로 수표거래를 하고 있더라도 수표요건이 흠결되어 무효이므로, 지급인인 금융기관에 의한 수표금의 지급이 보장되지 않기 때문에 부도사유가 된다.

36) 이기수·최병규, 어음·수표법, 박영사, 2009, 297쪽, 정찬형, 어음·수표법 강의, 박영사, 2009, 362쪽

37) 이에 대해서는 윤천희, 앞의 책, 344쪽

다. 범죄의 성립시기와 공범관계

1) 범죄의 성립시기

본죄는 고의범이므로, 발행·작성하는 수표가 부정수표에 해당한다는 점에 대한 인식과 의사가 있어야 하고,³⁸⁾ 이때의 고의는 미필적 고의로도 충분하다. 예를 들어 회사의 운영자금이 부족하여 다른 사람으로부터 자금을 빌려쓰고 선일자수표를 발행하여 왔는데, 상품판매와 대금회수가 더욱 부진하여 회사의 운영난에 봉착하게 되자 은행의 당좌예금에 대한 확보책이 없음을 알면서 이미 발행된 선일자수표의 부도를 방지하기 위하여 높은 이자를 가산한 선일자수표를 발행하고 자금을 조달하여 당좌예금을 하였기 때문에 전에 발생한 선일자수표의 부도는 방지하였으나 그 와중에 발행한 수표는 자금부족 또는 은행의 거래정지로 인한 무거래 이유로 부도된 사실, 피고인이 부도수표를 회수함에 있어서 현금으로 채무를 변제한 것은 극히 적고 대부분은 공장의 기계시설 등에 저당권을

38) 대표적으로 대판 1965.2.23, 64도669. “원판결을 검토하여 보면 피고인들이 1963. 9. 30, 같은해 10.12, 같은달 20, 같은해 11.10에 본건에 문제가 되어 있는 수표를 각각 원판결 판시와 같은 선일자를 기재하여 발행한 사실과 1963.11.22에 예금부족으로 거래은행이던 중소기업은행 광주지점으로부터 거래정지당한 사실을 인정하고 위 수표는 그 수표 소지자가 은행에 지급을 위한 제시를 하는 날을 기다릴 것 없이 거래정지된 날자에 이미 부정수표로 결정났다고 해석할 것이라는 단정하에 피고인들의 부정수표 단속법 위반행위의 행사책임은 각령제1678호로 공포된 일반사면령에 의하여 사면되었다는 이유로 피고인들을 면소한다는 선고를 하였음이 명백하다. 생각컨대 부정수표 단속법 제4조제1항에서 말하는 부정수표를 발행 또는 작성한 사람의 범죄는 같은법 제2조 각호의 사유를 인식하고 수표를 발행한때에 성립한다고 해석할 것이므로 원심이 본건수표가 그 발행된 후인 1963.11.22에 거래은행으로부터 거래 정지됨으로서 부정수표로 결정되었다고 판단하였음은 부정수표 단속법제2조제2호에 은행으로부터 거래 정지처분을 받은 후에 발행한 수표라는 뜻을 잘못 알고 판단한 점이 있으며 피고인들이 본건수표를 각각 발행한때에 그 수표가 이미 거래정지된 때가 아니면 부정수표단속법제4조제1항, 제3항, 제2조제2호 위반의 범죄가 성립될수 없을뿐더러 가사 위에서 기재한 본건 수표 발행한 날에 이미 거래은행으로부터 거래정지가 되었다하더라도 피고인들의 본건수표 발행의 범죄행위는 모두 위에 적시한 일반사면령에 의하여 사면되었음이 명백하다 할 것이다. 검사의 상고논지중 선일자수표를 발행한 실제의 날자외에 그 수표에 적혀있는 선일자도 발행날자가 됨으로 그 날에도 부정수표 단속법위반 행위가 성립될 뿐 아니라 수표 발행시에 부도 되리라는 예견이 없더라도 부정수표 소지인이 자금을 위하여 거래은행에 수표를 제시한 날에 부도가 되었으면 그 부도시에 부정수표의 요건이 갖추게 되어 범죄가 완성되는 것이라는 주장은 첫머리에서 설명한바와 같이 부정수표단속법위반 행위가 고의범이라고 해석하여야 할 것이니상 논지는 이유없음이 명백하므로 검사의 상고는 이유없다.”

설정하여 주고 회수한 사실이 있다면, 수표를 발행할 때에 수표부도에 관한 미필적 고의가 있었다고 볼 것이다.³⁹⁾

과실로 부정수표를 발행·작성한 경우는 본조 제3항에 의하여 별도로 처벌된다. 부정수표에 해당한다는 점에 대한 인식과 의사는 제2조 제1항 각호의 사유에 대한 인식과 의사를 말하며, 그러한 인식과 의사 하에 발행하거나 작성한 때에 곧바로 성립한다. 또한 부정수표를 발행 또는 작성한 사람의 범죄는 구 부정수표단속법(61.7.3. 법률 제645호) 제2조 각호의 사유를 인식하고 발행한 때에 성립하므로 그 때를 기준으로 하여 일반사면령에 의하여 사면될 여부를 결정하게 된다.⁴⁰⁾

39) 수표발행시 수표부도에 대한 미필적 고의를 인정한 사례로는 대판 1966.2.22, 66도39. “피고인의 변호인의 상고이유의 요지는 피고인이 2억 원이상의 재산이 있는 회사를 경영 하는데 있어서 알미 늬에 속하는 제품 일체의 생산 수출을 하고 27종의 발명특허를 가진 기술자이고 1963.12.27부터 1964.4.28까지 금 25,363,000원을 예금한 실적이 있으며 이 사건으로 부도된 수표금액 도합 13,448,950원 전액이 변제되었으며 피고인이 이 사건으로 부도된 수표를 발행하여 얻은 자금은 기계도입과 공장의 시설 확장에 사용하였고 월평균 500만 원 정도의 제품 판매입금을 기대할 수 있는 다량의 제품이 재고하였던 사실등 제반 사정으로 보아서 회유의 불경기로 매상의 부진과 외상 수금의 부진등 전연 예기치 못하였던 사정 때문에 부도가 되었던 사실을 인정할 수 있는데 원심판결이 피고인에게 고의가 있다고 인정한 것은 부당하다는 것인바 원심판결이 거시하는 증거에 의하면 원심이 인정하는바 피고인이 1964.2월경부터 회사의 운영자금에 부족하여 그 자금 조달책으로 다른 사람으로부터 자금을 빌려 쓰고 선일자수표를 발행하여 왔는데 1964.4월경에 이르러서는 상품의 판매와 대금의 회수가 더욱 부진하여 회사의 운영난에 봉착하게 되자 은행의 당좌예금을 확보할 방책이 없음을 알면서 이미 발행된 선일자수표의 부도를 방지하기 위하여 높은 이자액을 가산한 선일자수표를 발행하고 자금을 조달하여 당좌예금으로 예치하였기 때문에 전에 발행한 선일자수표의 부도는 방지하였으나 4월중에 발행한 선일자수표는 1964.4.27과 같은 달 28일 29일에 제시하여 자금부족으로 부도된 것도 있고 그 이후에 제시된 것은 은행의 거래정지로 인하여 두 거래를 이유로 부도가 된 사실을 인정할수 없는 것이 아니며 원심법원이 위 실시와 같은 사실과 피고인이 이 사건에서 부도된 수표를 회수함에 있어서 현금으로 채무를 변제하고 수표를 회수한 것은 적고 대부분의 채권자에게는 피고인이 경영하는 공장의 대지 기계시설 등에 저당권을 설정하여 주어서 수표를 회수한 것이라는 사실(이 사실도 원심의 심리에 나타난 증거자료에 의하여 인정할수 있는 것임)로 미루어 보아서 피고인 이 수표를 발행할 때에 부도가 될지도 모른다는 미필적인 범의가 있었다고 볼 것이라고 단정한 것은 상당하고 상고 논지는 원심법원이 인정하지 아니하는 사실들을 전제로하여 원심법원의 적법한 사실 인정을 근거없이 비난한 것에 도라가므로 이유없는 것이다.”

40) 대판 1966.12.28, 64도534. “직권으로 살피건대, 본건 공소사실중 제1은 피고인이 1961.9경부터 피고인명으로 중소기업은행 전주지점과 당좌를 개설하고 거래를 하여 오던 중, 1963.3.10경 피고

2) 공범관계

판례는 수표발행인의 인장 옆에 날인한 자에 대하여 발행인이나 작성자로서의 죄책을 물을 수 없다 하여도 발행인의 부정수표발행에 공동가공한 공동정범의 성립을 인정할 수 있다고 보고 있다.⁴¹⁾

3. 부도수표의 발행·작성죄(제2항)

본죄의 부도수표란 수표가 일단 정당하게 발행된 이후에 예금부족 또는 거래 정지처분, 수표계약의 해제 또는 해지로 인하여 제시기일에 지급이 거절된 수표를 말한다. 따라서 본죄는 수표 발행인이 수표의 지급이 거절될 것을 인식 및 예견하고 있으면서도 수표자금을 확보하지 아니하고 지급이 거절되도록 방치함

인가에서 전주시 고사동 거주 김길남에게 지급기일 동년 12.20 수표번호 644505호 액면금 500,000원의 수표 1매를 발행하여 그 정시일에 예금부족으로 지급되지 않게 하여서 부정 수표를 발행한 것이라 함에 있는바 부정수표단속법 제2조 제1항에서 말하는 부정수표를 발행 또는 작성한 사람의 범죄는 같은법 제2조 각호의 사유를 인식하고, 수표를 발행한 때에 성립한다고 해석할 것이므로 그 때를 기준으로 하여 일반사면령에 의하여 사면된 여부를 결정할 것이라 함은 본원의 판례(1965.2.23. 선고 64도669 판결 및 같은해 12.28. 선고 64도534 판결 참조)로 하는바이므로, 위 범죄는 1963.12.14. 공포시행된 일반사면령에 의하여 사면되었다할 것임에도 불구하고, 원판결이 이를 간과하고 다른 범죄행위와 경합범이라는 전제에 서서 형의 선고를 하였음은 판결에 영향을 미친 법률 위반이 있다할 것이고, 원판결은 이점에 있어서 파기를 면할 수 없다.”

- 41) 대판 1973.1.16. 72도2705. “원판결 이유에 의하면 원심은 그 거시의 증거에 의하여 복성전기공업주식회사 상무이사인 피고인은 동 회사 대표이사 민병홍이 발행한 부정수표의 민병홍 인장 옆에 피고인의 실인을 날인하였고 민병홍이 발행하는 수표에는 발행인 민병홍의 날인외에 피고인의 날인까지 필요한 것으로 은행과 당좌거래약정을 하였던 사실을 인정할 수 있으나 그런 경우 피고인은 민병홍이 발행한 수표의 작성자도 아니고 발행자도 아니므로 피고인의 소위는 부정수표단속법 소정의 발행자 또는 작성자로서의 범죄가 성립되지 아니하거나 그 범죄의 증명이 없는 경우에 해당된다고 하여 무죄를 선고하였다. 그러나 그런 경우 피고인이 민병홍 명의의 부정수표를 발행하거나 작성한 자가 아니라 하더라도 피고인의 위 소위는 민병홍의 부정수표 발행행위에 공동가공한 자로서 형법 제30조 소정의 공동정범의 성립을 인정할 수 있는 자료가 될 수 있을 것임에도 불구하고(공소장 변경하여 피고인을 공동정범으로 소추하고 있다) 만연히 범죄의 증명이 없다고 하여 무죄를 선고한 원심판결에는 필경 채증법칙을 어겨 판결에 영향을 미쳤다 할 것이니 이 점을 논난하는 검사의 논지는 이유 있다.”

으로써 성립하는 범죄이다. 즉, 수표를 발행하거나 작성한자가 수표를 발행한 후에 예금부족, 거래정지처분 등으로 인하여 제시기일에 지급되지 아니하게 한 경우에 성립하는 것이다.

제2조 제1항의 부정수표발행죄와 본죄가 다른 점은 다음과 같다. 첫째, 전자가 위법한 발행을 처벌하는 범죄임에 반해, 후자는 일단 적법하게 발행된 수표를 대상으로 한다는 점에서 차이가 있다. 둘째, 후자는 수표가 적법하게 발행·작성된 후 발행인의 예금부족 등의 사유로 인해 제시기일에 수표의 지급거절이라는 결과의 발생이 필요하다는 점에서 차이가 있다. 마지막으로, 전자는 부정수표소지인의 명시한 의사에 관계없이 소추되는 범죄임에 반하여(단, 과실에 의한 경우는 제외), 후자는 수표의 발행인이나 작성자가 그 부도수표를 모두 회수하거나 또는 회수하지 못하였더라도 수표소지인이 발행인이나 작성자에 대한 처벌을 희망하지 아니한다는 명시한 의사를 표시한 때에는 검사가 공소를 제기할 수 없는 반의사불벌죄라는 점에서 중요한 차이가 있다.

가. 범행의 주체

본죄의 주체는 “수표를 정당하게 발행하거나 작성한 자”, 즉 수표의 발행인으로 표시되어 있는 자와 수표의 수표요건을 작성한 자 가운데에서 그 수표의 지급인과의 사이에 실질적인 자금관계가 있는 자만을 의미한다.⁴²⁾ 따라서 타인이 발행한 백지수표의 백지부분인 금액이나 발행연월일 등을 보충기재한 자는 수표의 발행인이나 작성자에 해당되지 않는다.⁴³⁾ 본죄는 진정신분범이다. 다만, 발행명의인이나 직접 발행자가 아니더라도 공모에 의하여 본죄의 공동정범이 될 수는 있다.⁴⁴⁾

42) 대판 1988.8.9, 87도2555.

43) 대판 1981.9.8, 81도1495; 대판 1972.9.26, 72도1459; 대판 1967.12.29, 67도1429.

44) 대판 1993.7.13, 93도1341. “발행명의인이나 직접 발행자가 아니라 하더라도 공모에 의하여 부정수표단속법 제2조 제2항 소정 범죄의 공동정범이 될 수 있는 것 이므로 원심이 피고인에 대하여 다른 공범들과 공모하여 이 사건 당좌수표들을 발행하여 무거래 등의 사유로 각 지급되지 아니하게 하였다는 사실을 확정하고 이에 대하여 위 법조항을 적용하여 처단한 것은 정당하고 거기에 소론과 같은 법리오해의 위법이 있다 할 수 없다.”

그러나 앞서 본 바와 같이 백지수표의 소지인이 액면금과 발행일을 기입 완성하는 행위는 보충권의 행사에 불과할 뿐, 이를 수표의 발행이나 작성으로 볼 수 없으므로, 그 수표가 지급거절되더라도 보충권을 행사하였음에 불과한 소지인을 본죄로 처벌할 수는 없다.⁴⁵⁾ 타인의 기망에 의하여 발행된 수표가 부도된 경우 부정수표단속법 제2조제2항에 해당하는지에 대해서 판례는 수표가 타인의 기망에 의하여 발행된 것이라 하더라도 수표발행인으로서 본죄의 죄책을 면할 수 없다고 한다.⁴⁶⁾

나. 객체

본죄의 객체에는 일반인으로 하여금 진정한 수표인 것으로 오인하게 할 정도의 형식과 외관을 갖추고 유통되고 있는 모든 수표가 포함된다.⁴⁷⁾ 당좌수표, 가계수표 등이 해당되나, 수표 발행인이 자기를 지급인으로 정하여 발행한 자기앞수표⁴⁸⁾는 성질상 제외된다. 지급자금의 확보과정에 있어서 은행은 자기자금을

45) 대판 1981.9.8, 81도1495. “원심판결은 피고인이 1977.9.경부터 공소외 박남구에게 동 박남구 및 공소외 홍민식 발행의 수표나 어음할인 방법에 의한 금원대여를 하여왔는데 1978.4. 경부터 위 박남구는 위 홍민식 발행의 금액 및 발행일자가 백지로 된 본건 수표들을 그때마다 피고인에게 교부하고 금원을 차용하여 갔으며 피고인은 그 백지수표에 금액과 발행년월일을 각 보충기재하여 타에 양도한 취지의 사실을 단정한 다음, 공소사실과 같은 피고인에 의한 금액 및 발행년월일의 기입은 이미 타인에 의하여 발행된 본건 수표에 보충권의 행사로서 금액과 발행년월일을 기입보충한 것인 만큼 이 보충 행위를 가리켜 수표의 발행이나 작성으로 볼 수 없다 하여 무죄를 선고하였다. 기록을 살펴건대, 위 원판시 사실 인정은 그 증거 관계에 비추어 수급이 가므로 은행과의 당좌거래가 없는 피고인이 위 홍민식의 서명날인만 된 수표용지를 이용하여 자신의 계산으로 본건 수표를 발행한 것이라는 소론은 이유없고 위와 같이 타인이 발행한 백지수표에 금액과 발행년월일을 기입 완성하는 행위는 보충권의 행사로 볼 것이며, 이 보충행위를 지목하여 수표의 발행이나 작성이라 볼 수 없을 것이니 이런 취지에서 한 원심의 판단은 정당하고, 견해를 달리하여 수표의 발행 내지 작성으로 보아야 한다는 소론은 채택할 수 없다.”

46) 대판 1987.11.24, 87도2127. “수표가 제시기일에 지급되지 아니하고 부도가 된 이상 설사 그 수표가 타인의 기망에 의하여 발행된 것이라 하더라도 수표발행인으로서 부정수표단속법 제2조 제2항의 죄책을 면할 수 없는 것이다. 원심이 소론이 시취되었다고 주장하는 2매의 수표에 대하여 유죄의 선고를 한 조치는 그 결과에 있어 정당하다.”

47) 대판 1973.6.12, 72도1976.

48) 자기앞수표는 보통 보충수표라고도 하며 법률적으로는 수표금액에 대한 지급채무를 발행일 자신을 지급인으로 하여 발행하는 수표를 말한다.

지급자금으로 하여 수표자금을 확보하기 때문에 애당초 예금부족으로 인한 수표의 부도는 있을 수 없기 때문이다. 본죄의 객체에는 수표법 제1조 소정의 수표요건을 모두 기재한 완성수표는 물론 미완성수표(백지수표)와 무효수표(불완전수표)도 포함된다. 그러나 수표법상 수표요건을 흠결한 백지수표나 불완전수표 등은 본죄의 객체에 해당되지 않는 경우가 있다. 발행일을 실제 발행한 날짜보다 장래의 날짜로 기재하여 발행한 선일자수표도 그러하다.

1) 백지수표

먼저 수표요건 중 일부를 백지로 발행하였다가 나중에 보충권의 행사로 적법하게 보충되어 지급제시되는 경우, 그 백지수표는 발행 당시부터 수표법상 수표요건을 모두 갖추어 발행된 수표와 동일하게 볼 수 있으므로 당연히 본죄의 객체가 된다. 그리고 백지수표의 금액란이 부당보충된 경우에도, 적어도 보충권의 범위 내에서는 백지수표의 발행인이 그 금액을 보충한 것과 다를 바 없으므로 백지수표의 발행인은 본 조항의 ‘수표를 발행한 자’로 볼 수 있다. 다시 말해 비록 보충권자가 보충권을 남용하여 부당보충하는 경우에 동 행위가 유가증권위조죄를 구성한다 하더라도, 발행인은 보충권의 범위 내에서는 여전히 본죄의 죄책을 진다.⁴⁹⁾

49) 대판 1999.6.11. 99도1201. “원심판결 이유에 의하면 원심은, 제1심 판시 별지 범죄일람표(1) 순번 3. 기재 수표는 원래 피고인이 공소외 김규섭에게 같은 범죄일람표(1) 순번 2. 기재 액면 금 35,290,000원으로 된 수표를 발행하면서 그 이자 상당액을 담보하기 위하여 금액란을 백지로 하여 교부한 수표인데 그 후 피고인이 부도가 나자 김규섭은 피고인의 재산에 대하여 진행되는 경매 절차에서 위 순번 2. 기재 수표금 채권액인 위 금 35,290,000원을 확보할 의도에서 그 금원의 10배 상당인 금 352,900,000원으로 위 순번 3. 기재 수표의 금액란을 보충한 사실을 인정한 다음, 일반적으로 수표의 금액란이 보충권 남용에 의하여 부당보충된 경우 발행인은 그 보충권의 범위 내에 한정하여 부정수표단속법위반죄의 죄책을 지고 그 범위를 초과하는 금액에 대하여는 그 책임을 부담하지 아니하지만(대법원 1995. 9. 29. 선고 94도2464 판결 참조), 이 사건과 같이 수표소지자가 채권에 대한 이자를 담보하기 위하여 교부받은 백지수표에 대하여 그 이자가 아닌 원본액의 10배에 달하는 금액을 기재하여 발행하였다면 이는 오히려 보충권의 위임취지에 반하는 것으로서 결국 그 금액의 전부에 대하여 보충권 없이 작성한 것으로 볼 수밖에 없으므로 발행인으로서 위 수표의 금액 전부에 대하여 부정수표단속법위반죄의 죄책을 지지 아니한다고 판단하였다. 원심은, 일반적으로 수표의 금액란이 보충권 남용에 의하여 부당보충된 경우 발행인은 그 보충권

그러나 보충권의 범위 밖에서는 본죄의 죄책을 질 수 없다. 예컨대 보충권을 넘는 금액에 관하여는 발행인이 그와 같은 금액으로 보충한 것과 동일하게 볼 수 없으므로, 백지수표의 발행인에 대하여 보충권의 범위를 넘는 금액에 대하여는 본죄의 죄책을 물을 수 없다.⁵⁰⁾ 판례에 의하면 백지보충권의 소멸시효가 완성된 다음 수표상의 백지부분을 보충하였다고 하더라도, 이는 적법한 보충이라고 할 수 없다. 따라서 소멸시효기간이 완성된 후 백지수표의 백지부분이 보충되어 지급제시되었다면, 그 수표가 예금부족 또는 거래정지처분 등의 사유로 지급거절되었다고 하더라도, 본죄의 죄책을 물을 수 없다.⁵¹⁾

2) 불완전 수표(무효수표)

취득 시 보충권에 의해 보충할 수 없는 수표요건⁵²⁾이 함결되어 있는 불완전 수표는 백지수표와 달리 원칙적으로 무효이다(수표법 제2조). 다만 이때, 발행일의 함결과 발행지의 함결은 구별하여 달리 취급된다.

의 범위 내에서 부정수표단속법위반죄의 죄책을 지지만 그 부당보충의 정도가 심하여 당초의 백지수표와 부당보충된 후의 수표 사이에 동일성이 인정되지 않는 경우에는 백지수표 발행인이 그 보충권의 범위 내에서도 부정수표단속법위반죄의 죄책을 지지 아니한다는 전제에 선 것으로 보인다. 그러나 금액란이 백지인 수표의 소지인이 보충권을 남용하여 그 금액을 부당보충하는 행위가 백지보충권의 범위를 초월하여 발행인의 서명날인이 있는 기존의 수표용지를 이용한 새로운 수표를 발행하는 것에 해당하여 유가증권위조죄를 구성하는 경우에도 백지수표의 발행인은 보충권의 범위 내에서는 부정수표단속법위반죄의 죄책을 진다고 할 것이다(대법원 1972. 6. 13. 선고 72도897 판결, 1995. 9. 29. 선고 94도2464 판결 등 참조). 그렇다면 이 사건의 경우 원금 35,290,000원에 대한 이자 상당액의 보충권이 부여되어 있는 위 순번 3. 기재 수표에 관하여 위 보충권의 범위 내에서는 피고인이 부정수표단속법위반죄의 책임을 부담한다고 할 것이고 원심 판시와 같은 경위나 내용으로 부당보충이 이루어졌다고 하여 결론이 달라질 것은 아니라고 할 것임에도 불구하고, 원심이 그 판시와 같은 이유로 피고인이 부당보충된 금액 전부에 대하여 부정수표단속법위반죄의 책임을 부담하지 않는다고 판단한 조치에는 부정수표단속법위반에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이므로 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.“

50) 대판 2007.10.11, 2007도6035.

51) 대판 2002.1.11, 2001도206. 동 판례에 의하면 발행일을 백지로 하여 발행된 수표의 백지보충권의 소멸시효기간은 백지보충권을 행사할 수 있는 때로부터 6개월이다.

52) 수표법 제1조의 수표요건은 1. 증권의 본문 중에 그 증권을 작성할 때 사용하는 국어로 수표임을 표시하는 글자 2. 조건 없이 일정한 금액을 지급할 것을 위탁하는 뜻 3. 지급인의 명칭 4. 지급지(支給地) 5. 발행일과 발행지(發行地) 6. 발행인의 기명날인(記名捺印) 또는 서명 등이 있다.

우선 발행일이 흠결된 수표는 본 조항의 적용대상이 되지 못한다. 본죄가 성립하려면 일정한 제시기일내에 지급이 거절되어야 하는바, 발행일이 흠결된 경우에는 수표법 소정의 지급제시기간 내에 제시되었는지 여부를 확정할 수 없기 때문이다. 판례 역시 수표의 발행일란의 연월일중 월의 기재가 없는 수표는, 발행일의 기재가 없는 수표로 볼 수 밖에 없고, 이러한 수표는 수표법 소정의 지급제시기간 내에 제시되었는지 여부를 확정할 수 없으므로, 본 조항의 구성요건을 충족하지 못한다고 한다.⁵³⁾ 이와 달리 발행지가 흠결된 수표는 본 조항의 적용대상이 된다. 이는 원래 불완전수표로서 수표법상 유효한 수표가 아니다. 다만 발행인의 명칭에 부기한 지가 있는 때에는 그 곳을 발행지로 보며(제2조 제1항, 제4항), 지급지의 기재가 없는 때에는 지급인의 명칭에 부기한 지를 지급지로 보되 그 기재 기타 다른 표시가 없을 때에는 발행지에서 지급할 것으로 한다

53) 대판 1983.5.10, 83도340. “원심판결 이유에 의하면, 원심은 피고인이 중소기업은행 화양동지점 및 한국상업은행 성동지점과 피고인 명의로 각 당좌계정을 개설하고 원심판결 첨부 목록기재와 같은 위 각 은행거래수표 15매 액면합계 150,200,000원을 발행하여 각 제시기일에 예금부족으로 지급되지 아니하게 한 사실을 인정하고 피고인의 위 행위를 부정수표단속법 제2조 제2항 소정의 부정수표발행에 해당하는 것으로 판단하였는바, 기록에 의하면 위 수표중 소론 수표번호 1486711 및 1486712 액면 각 10,000,000원의 수표 2매는 각 발행일란을 “1982년 월 4일”로 기재하고 또 발행지란을 백지로 하여 발행된 것으로서 그 후 위 각 백지부분이 보충됨이 없이 지급제시되어 각 예금부족을 이유로 지급거절이 된 사실을 인정할 수 있다. 그러므로 우선 위와 같이 발행일의 기재가 흠결된 수표를 부정수표단속법 제2조 제2항의 적용대상인 부정수표로 볼 수 있는지에 관하여 보건대, 부정수표단속법 제2조 제2항에 의하면 수표를 발행하거나 작성한 자가 수표를 발행한 후에 예금부족, 거래정지처분이나 수표계약의 해제 또는 해지로 인하여 제시기일에 지급되지 아니하게 한 때에는 부정수표발행에 해당하는 것으로 규정하고 있는바, 한편 같은법시행령 제2조 제3항에 의하면 위 법 제2조 제2항에서 “제시기일”이라 함은 수표법 제28조 제2항의 규정에 의하여 수표를 제시한 날 및 동법 제29조의 규정에 의한 지급제시 기간내에 금융기관에 지급을 받기 위하여 수표를 제시한 날을 말한다고 규정하고 있으므로, 위 법 제2조 제2항 소정의 부정수표는 수표법 소정의 지급제시 기간내에 제시된 것임을 요하는 것으로서 위와 같은 제시기간의 준수여부를 확정하기 위하여 발행일의 기재는 필수적인 것임을 알 수 있다. 그런데 소론 수표 2매는 발행일란의 발행 연월일 중 월의 기재가 없어 결국 발행일의 기재가 없는 수표로 볼 수 밖에 없고 이와 같이 발행일의 기재가 없이는 그 수표가 수표법 소정의 지급제시 기간내에 제시되었는지의 여부를 확정할 길이 없으니 위 수표 2매는 부정수표단속법 제2조 제2항 소정의 구성요건을 충족하지 못하는 것 이라고 볼 수 밖에 없다. 그럼에도 불구하고 원심이 이 점을 간과하여 위 수표에 관한 부분까지 유죄로 단정하였음은 위 법조의 법리를 오해하였거나 증거의 판단을 그르쳐 적법한 증거없이 사실을 인정한 위법을 저지른 것이라고 하겠으니 이점에 관한 논지는 이유있다고 할 것이다.”

(제2조 제3항)고 규정하고 있다. 또한 수표의 발행지란 실제로 발행행위를 한 장소가 아니라 수표상의 효과를 발생시킬 것을 의욕하는 장소를 말하는 것으로써, 수표의 발행지에 관련된 수표법 제29조 제2항, 제30조, 제36조 제4항, 제48조, 제65조 등과 섭외사법의 관련 규정들을 살펴보면, 수표에 있어서 발행지의 기재는 발행지와 지급지가 국토를 달리하거나 세력을 달리하는 수표 기타 국제수표에 있어서는 수표행위의 중요한 해석 기준이 되는 것이지만, 국내에서 발행되고 지급되는 이른바 국내수표에 있어서는 별다른 의미를 가지지 못한다고 할 것이다.⁵⁴⁾ 따라서 국내수표의 경우에 발행지기재가 없는 경우에도, 부정수표단속법

54) 대판 1999.8.19. 99다23383. “수표법은 발행지를 수표요건의 하나로 규정하고(제1조 제5호), 발행지를 기재하지 아니한 때에는 그 수표는 효력이 없으나, 다만 발행인의 명칭에 부기한 지가 있는 때에는 그 곳을 발행지로 보며(제2조 제1항, 제4항), 지급지의 기재가 없는 때에는 지급인의 명칭에 부기한 지를 지급지로 보되 그 기재 기타 다른 표시가 없을 때에는 발행지에서 지급할 것으로 한다(제2조 제3항)고 규정하고 있다. 그런데 수표의 발행지란 실제로 발행행위를 한 장소가 아니라 수표상의 효과를 발생시킬 것을 의욕하는 장소를 말하는 것으로서, 수표의 발행지에 관련된 수표법 제29조 제2항, 제30조, 제36조 제4항, 제48조, 제65조 등과 섭외사법의 관련 규정들을 살펴보면, 수표에 있어서 발행지의 기재는 발행지와 지급지가 국토를 달리하거나 세력(세력)을 달리하는 수표 기타 국제수표에 있어서는 수표행위의 중요한 해석 기준이 되는 것이지만, 국내에서 발행되고 지급되는 이른바 국내수표에 있어서는 별다른 의미를 가지지 못한다고 할 것이다. 그리고 국내수표란 국내에서 발행되고 지급되는 수표를 말하는 것이므로 국내수표인지 여부는 수표면상의 발행지와 지급지가 국내인지 여부에 따라 결정될 것이지만, 수표면상에 발행지의 기재가 없다고 하더라도 그 수표면에 기재된 지급지와 지급장소, 발행인, 지급할 수표금액을 표시하는 화폐, 수표문구를 표기한 문자, 어음교환소의 명칭 등에 의하여 그 수표가 국내에서 수표상의 효과를 발생시키기 위하여 발행된 것으로 여겨지는 경우에는 발행지를 백지로 발행한 것인지 여부에 불구하고 국내수표로 추단할 수 있다고 할 것이다. 한편 일반의 수표거래에 있어서 발행지가 기재되지 아니한 국내수표도 수표요건을 갖춘 완전한 수표와 마찬가지로 발행양도 등의 유통이 널리 이루어지고 있으며, 어음교환소와 은행 등을 통한 결제 과정에서도 발행지의 기재가 없다는 이유로 지급거절됨이 없이 관행상 발행지가 기재된 수표와 마찬가지로 취급되고 있음은 현저한 사실이고, 나아가 이러한 점에 비추어 보아 발행지의 기재가 없는 수표의 유통에 관여한 당사자들은 완전한 수표에 의한 것과 같은 유효한 수표행위를 하려고 하였던 것으로 봄이 상당하다 할 것이다. 그렇다면 수표면의 기재 자체로 보아 국내수표로 인정되는 경우에 있어서는 발행지의 기재는 별다른 의미가 없는 것이고, 발행지의 기재가 없는 수표도 완전한 수표와 마찬가지로 유통·결제되고 있는 거래의 실정 등에 비추어, 그 수표면상 발행지의 기재가 없는 경우라고 할지라도 이를 무효의 수표로 볼 수는 없다고 할 것이다. 따라서 발행지의 기재가 없는 수표는 효력이 없다는 취지의 대법원 1968. 9. 24. 선고 68다1516 판결, 대법원 1990. 5. 25. 선고 89다카15540 판결, 대법원 1994. 9. 30. 선고 94다8754 판결 등은 위 법리와 저촉되는 한도에서 변경하기로 한다.”

이 보호하고자 하는 유통적 기능을 가진 수표로서 본 조항의 적용대상으로 본다.⁵⁵⁾

한편 판례는 발행한도를 초과하여 발행한 가계수표의 유효성을 긍정하고, 그러한 가계수표도 본 조항의 적용대상이 된다고 하였다.⁵⁶⁾ 발행 당시 기재된 수

55) 대판 1983.5.10, 83도340. “부정수표단속법의 입법목적은 국민의 경제생활의 안정과 유통증권인 수표의 기능을 보장하고자 함에 있으므로(제1조), 같은법 제2조 제2항의 적용대상인 수표도 실제 거래에서 유통증권으로서의 기능을 발휘할 수 있는 수표를 의미하며 그와 같은 기능을 발휘할 수 없는 수표까지 규제대상으로 한 것은 아님이 분명한 것인바, 일반적으로 수표법 제1조 소정의 수표요건을 갖춘 수표가 위와 같은 유통증권으로서의 기능을 가진 수표에 해당함에는 이론의 여지가 없다. 그런데 수표법 제1조에 규정된 수표요건 중 발행지는 국내수표의 경우에 실제적 의의가 없는 요건으로서 그 기재의 유무는 수표의 유통증권으로서의 실제적 기능에 아무런 영향이 없고, 다만 국내수표가 아닌 경우 즉 발행지와 지급지가 국토를 달리하거나 세력을 달리하는 수표 기타 국제수표에 있어서 지급제시기간산정(수표법 제29조), 발행일환산(동법 제30조), 복본발행의 조건(동법 제48조) 및 계산 수표의 효력(동법 제65조)등을 정하는 기준이 되거나 섭외사법상 준거법의 결정에 있어서 발행지를 추정하는 자료가 될 뿐이다. 뿐만 아니라 기록에 의하면 실제거래에 있어서도 국내수표인 이 사건 수표 2매는 발행지기재의 요건이 흠결되었음에도 불구하고 이를 이유로 지급거절이 되지 아니하고 수표요건을 갖춘 유효한 수표와 다름없이 예금부족을 이유로 지급거절이 되었음을 알 수가 있다. 그렇다면 국내수표의 경우에 발행지 기재의 요건이 흠결되었다고 하여도 (발행지를 백지로 발행하였다가 보충함이 없이 지급제시된 경우를 포함한다)발행지기재가 위와 같이 유통증권으로서의 기능에 아무런 영향이 없는 무의미한 것이어서 유통증권으로서의 기능발휘에 장애가 되지 아니하고 실제로도 발행지의 기재의 흠결을 이유로 지급거절이 됨이 없이 유통되고 있는 이상, 수표법상 유효한 수표는 아니나 부정수표단속법이 보호하고자 하는 유통적 기능을 가진 수표라고 보아 같은법 제2조 제2항의 적용대상에 포함된다고 보는 것이 그 법률의 목적에 비추어 타당하다고 할 것이다. 원래 부정수표단속법은 부정수표가 남발됨으로써 유통증권으로서의 수표기능과 그 피지급성에 대한 신뢰가 깨어지고 유통질서의 혼란이 야기되어 국민경제의 안정을 해치는 사회현실을 앞에 놓고 이러한 부정수표의 발행을 제재하여 수표의 유통기능을 확보함으로써 경제질서의 안정을 도모하고자 하는 현실적 필요에서 제정된 것이며 단지 수표법에 규정된 형식적 요건의 준수를 독려하기 위한 수표법의 별칙적 규정으로서 마련된 것은 아니다. 위에서 본바와 같이 발행지기재가 흠결된 수표라도 유효한 수표와 다름없이 유통기능을 발휘할 수 있고 또 실제로 그와 같이 유통되고 있는 이상 이러한 수표의 부정발행으로 인한 폐단은 발행지기재의 요건을 갖춘 수표의 경우와 다를 바 없음에도 불구하고, 오직 발행지기재라는 실체상 무의미한 수표요건이 결여되었다는 형식적 이유만으로 부정수표단속법의 규제대상에서 제외한다면 이는 위와 같은 부정수표단속법 제정의 현실적 필요성과 그 제정목적에 외면한 것이라고 보지 않을 수 없는 것이다. 결국 국내수표의 경우에 발행지기재가 없는 것만으로는 부정수표단속법 제2조 제2항의 적용대상에서 제외될 수 없으니 이 점에 관한 논지는 이유없다.”

56) 대판 1995.11.24, 95도1663. “가계수표 용지에 부동문자로 인쇄되어 있는 ‘30만 원 이하’ 등의 문언은 지급은행이 사전에 발행인과의 사이에 체결한 수표계약에 근거하여 기재한 것으로서 이는

표요건이 나중에 적법하게 정정된 경우에는, 그 정정된 내용에 따라 본 조항이 적용된다. 그러나 수표요건의 정정이 적법하게 이루어지지 않은 경우에는, 정정 전의 내용에 따라 본 조항이 적용될 뿐이다.⁵⁷⁾

3) 선일자수표

선일자수표는, 발행일을 실제 발행한 날짜보다 장래의 날짜로 기재하여 발행한 수표를 말하는데, 당사자간의 신사협정으로 수표금의 지급시기를 늦추기 위해 발행하는 수표로 실제 발행일에는 수표 자금이 없고 나중에 수표상 기재한 날짜에 수표자금의 마련이 예상되는 경우에 발행한다. 선일자수표는 발행일자 전에 지급제시되어도 그것은 유효한 지급제시가 되어 제시된 날에 수표금을 지급하여야 하고 수표의 일람출급성은 선일자수표에도 그대로 적용된다.(수표법 제28조 제1항과 제2항). 수표법 제28조 제2항은, 이러한 선일자수표의 유효성을 인정하고 있다. 그러므로 수표소지인이 그 수표상의 발행일 도래 전에 지급제시한 경우에 예금부족 등으로 지급되지 않았다면, 발행인을 고의가 인정되는 한 본죄의 죄책이 인정된다.⁵⁸⁾ 단, 이 경우 발행일자 이전에는 지급제시하지 않기

단지 수표계약의 일부 내용을 제3자가 알 수 있도록 수표 문면에 기재한 것에 지나지 아니하다 할 것인데, 한편 수표법 제3조 단서에 의하면 수표자금에 관한 수표계약에 위반하여 수표를 발행한 경우에도 수표로서의 효력에는 영향을 미치지 아니하므로, 위 발행 한도액을 초과하여 발행한 가계수표도 수표로서의 효력에는 아무런 영향이 없는 것이다 (당원 1995. 8. 22. 선고 95다10945 판결 참조). 따라서 피고인이 1장당 발행금액을 초과한 금액을 기재하여 가계수표를 발행하였다 하더라도 피고인은 위 수표가 지급되지 아니한 데에 대한 책임을 면할 수 없는 것이므로 이 점에 관한 상고이유의 주장은 이유 없다.”

57) 이에 대해서는 이주원 앞의 책 385-387쪽 참조.

58) 대판 1981.9.22, 81도1181. “부정수표단속법 제2조 제2항 위반의 범죄에 있어서도 고의를 필요로 하는 것은 소론과 같으나, 원심판결이 들고 있는 증거들에 의하면 피고인이 이 사건 수표를 발행할 때에 제시일에 지급되지 아니할 것을 예견하였음을 엿볼 수 있고 또한 소론과 같이 이 사건 수표가 채무의 담보로서 발행되었고 당사자 사이에 지급은행에 제시하지 아니하기로 특약하였는데 소지인이 그 특약을 어기고 제삼자에게 교부하였기 때문에 지급거절됨에 이르렀다는 사정만으로는 부정수표 발행의 죄책을 면하거나 그 고의가 없다고 할 수 없을 것이므로 원심판결에 소론과 같은 부정수표 발행의 고의에 관한 법리를 오해하였거나 심리를 다하지 아니한 위법이 있다고 할 수 없으며, 또한 이 사건에 있어서와 같이 징역 8월에 2년간 집행유예의 형이 선고된 판결에 대하여는 양형부당을 들어 상고이유로 삼을 수 없는 것이므로 원심의 형량이 너무나 무거워 부

로 한 신사협정을 위반하여 부도를 발생시켰다면 수표의 발행인과 소지인 양자간에 손해배상 책임문제가 발생할 수 있다.⁵⁹⁾ 판례에 의하면 수표의 발행인이 지급거절이라는 결과발생을 예견하지 아니하였거나, 특별한 사정이 있어 수표가 지급제시되지 않으리라고 믿고 있었고 그와 같은 믿음이 정당한 것으로 수긍되는 것이라면, 본죄의 죄책이 인정되지 않는다.⁶⁰⁾

다. 행위

본죄의 행위는 ‘수표를 발행한 후에 예금부족 및 거래정지처분이나 수표계약의 해제 또는 해지로 인하여 제시기일에 지급되지 아니하게’하는 것이다.

1) 제시기일의 적법한 지급제시

부정수표단속법 제2조 제2항은 수표를 발행한 자가 그 수표발행 후에 거래정지 처분등으로 인하여 제시기일에 지급되지 아니하게 한 때를 범죄구성요건으로 하고 있는 것이다. 따라서 동조항의 범죄가 성립되기 위해서는 그 수표가 적법

당하다는 논지도 받아들일 수 없다.”

59) 선일자수표를 모르고 미리 제시하는 것을 방지하기 위해 주의환기 목적으로 횡선을 긋고 “기일업수”라는 경고문을 붙이는 경우도 있으나 이는 법적인 효력이 없는 경고문이다.

60) 대판 1992.9.22, 92도1207. “부정수표단속법 제2조 제2항 위반의 죄는 예금부족 등으로 인하여 제시일에 지급되지 아니할 것이라는 결과발생을 예견하고 발행인이 수표를 발행할 때에 성립하고, 그 예견은 미필적이라 하더라도 영향이 없으며, 기타 지급제시를 하지 않는다는 특약이나 수표를 발행하게 된 경위 또는 지급하지 못하게 된 경위 등에 대내적 사유가 있다는 사정만으로 부정수표 발행의 죄책을 면할 수 없으나, 발행인이 그와 같은 결과발생을 예견하지 아니하였거나 특별한 사정이 있어 수표가 지급제시되지 않으리라고 믿고 있었고 그와 같은 믿음이 정당한 것으로 수긍되는 것이라면, 부정수표발행의 죄책을 인정할 수 없다.

피고인이 갑으로부터 돈을 빌리고 그 채무를 담보하기 위하여 소위 견질용으로 수표를 발행한 것이나 갑의 요구에 따라 여러 부동산에 근저당권설정등기 또는 가등기를 하는 방법으로 충분한 담보를 제공하였고, 갑은 피고인이 원리금을 다 갚을 때까지 위 수표를 담보로만 보관하고 있겠다고 각서까지 써 주어서 피고인이 제공한 다른 담보가 있는 한 갑이 수표를 지급제시하지 아니할 것으로 믿었고, 그 후 수표의 원인된 채무가 모두 변제되어서 피고인은 이 수표가 지급제시되지 아니하고 반환될 것으로 믿고 있었고 그 믿음이 정당한데 그 소지인인 갑이 이를 피고인에게 반환하여야 할 의무에 위배하고 백지로 된 발행일을 무단기재하여 부당하게 지급제시한 것이라면, 피고인에게서는 이 수표금이 지급되지 아니함에 따른 위 법 제2조 제2항 위반의 책임을 물을 수 없다.”

한 제시기간내에 제시되어야만 할 것이다.⁶¹⁾ 여기서의 ‘제시기일’이라 함은, 수표법 제28조 제2항(선일자수표)⁶²⁾의 규정에 의하여 수표를 제시한 날 및 동법 제29조(지급제시기간)의 규정에 의한 지급제시기간내에 금융기관에 대하여 수표의 지급을 받기 위하여 수표를 제시한 날을 말한다. 따라서 제시기일에 지급제시되지 않을 것이 명백한 경우에는 본죄가 성립하지 않는다.⁶³⁾ 발행일을 장래로 하여 발행한 선일자수표는 기재된 발행일자 도래 전이라도 언제든지 지급제시할

61) 대판 1982.9.14, 82도1531. “원심판결 및 그 인용하는 제1심판결의 이유에 의하면, 원심은 피고인이 1976.6.27부터 상업은행 중량교지점과 당좌거래 약정을 맺고 당좌수표를 발행하여 오던 중, 일자 미상경 수표번호 981790 액면 금20,000,000원 지급은행 위치점으로된 당좌수표를 발행하여 위 수표가 1981.11.12에 지급제시되었으나 무거래로 지급되지 아니한 사실(제1심판결 별지제1목록 제51순위 기재의 범죄사실)을 인정한 다음 이를 부정수표단속법 제2조 제2항에 해당한다고 하여 원심판시의 다른 부정수표단속법 위반행위 및 근로기준법 위반행위와 경합범으로 처벌하고 있다. 기록에 의하여 살펴보면 피고인이 발행한 위 수표는 발행일이 공란으로 발행되었는데 그 발행일이 보충되지 아니한 채 지급제시된 사실이 인정되고, 피고인은 위 수표를 위 은행과의 거래정지처분이 있기 전인 1981.9.10에 발행하였다고 진술하고 있으며, 달리 기록상 위 수표가 거래정지처분 후에 발행되었다거나, 따로 발행일이 보충되어 지급제시 기간내에 지급제시되었다고 볼 자료도 없다. 그렇다면 거래정지처분 후의 백지수표 발행행위가 부정수표단속법 제2조 제1항에 의하여 처벌되는 것과는 달리 같은 법 제2조 제2항의 경우는 수표를 발행한 자가 그 수표를 발행한 후에 거래정지처분 등으로 인하여 제시기일에 지급되지 아니하게 한 때를 범죄 구성요건으로 하고 있는 것이므로 같은 조항의 범죄가 성립되기 위하여는 그 수표가 적법한 적시기간내에 제시되어야만 할 것이고 위와 같이 발행일이 보충되지 아니한 수표가 그 보충없이 지급제시되었을 때에는 그 제시기간내에 제시되었는지를 따져볼 수도 없을 뿐아니라 그 수표요건이 흠결된 채 제시된 것은 적법한 지급제시라고 할 수도 없어, 그 수표의 발행행위를 부정수표단속법 제2조 제2항에 해당하는 범죄라고 할 수는 없게 된다고 할 것이다. (당원 1977.4.12 선고 77도161 판결참조) 그럼에도 불구하고 원심은 위 수표가 적법한 제시기간내에 지급제시 되었다는 점에 대하여는 아무런 심리도 함이 없이 위와 같은 수표발행행위를 부정수표단속법 제2조 제2항으로 처단하였음은 위 조항 위반의 범죄에 대한 법리를 오해하였거나 심리를 다하지 못한 채 증거없이 사실을 인정한 위법이 있다 할 것이고 이는 판결결과에 영향을 미쳤다고 할 것인 즉 나머지 상고이유에 대한 판단을 기다릴것 없이 원심판결은 파기를 면할 수 없다.”

62) 선일자수표는 발행일자를 실제로 발행하는 날보다 후일의 일자로 써넣는 수표인데, 당사자간의 신사협정으로 수표금의 지급시기를 늦추기 위하여 발행하고 있다. 선일자수표는 발행일자 전에 지급제시되어도 그것은 유효한 지급제시가 되어 제시된 날에 수표금을 지급하여야 한다(수표법 제28조 제2항). 수표의 일람출급성은 선일자수표에도 그대로 적용되며(수표법 제28조 제1항), 이때 지급인이 지급을 거절하면 소지인은 발행인 배서인 기타의 채무자에 대하여 소구권을 행사할 수 있다(수표법 제39조).

63) 대판 1973.12.11, 73도2173; 1989.2.14, 87도2549.

수 있고, 국내수표의 지급제시기간은 10일이다.

본죄는 이러한 지급제시기간내에 적법한 지급제시가 있는 경우에만 성립하고, 제시기일에 지급제시되지 않은 수표가 예금부족 등으로 지급거절된 경우는 성립하지 않는다. 즉, 제시기간이 경과한 후에 제시하여 지급거절된 경우는 해당하지 않는다. 선일자수표는 발행 당시 발행인과 수취인 사이에 발행일 이전에는 제시하지 않겠다고 합의하거나 또는 유통시키지 않겠다는 합의하는 경우 등이 대부분이나, 이러한 특약은 수표법상 효력이 없다. 따라서 이러한 합의에 반하여 지급제시가 이루어진 경우에도 예금부족 등으로 지급되지 않으면 본죄에 해당한다.⁶⁴⁾ 그리고 발행일이 공란으로 발행되었다가 그 발행일이 보충되지 아니한 채 지급제시되었을 때에는, 적법한 지급제시라고 할 수 없으므로 본죄의 죄책을 지지 않는다.⁶⁵⁾

64) 대판 1980.2.26, 79도1198. “원심은 판결이유에서 거시 증거를 종합하여 피고인이 1973.6.13 부산은행 부민동지점에 한림내화공업 주식회사 대표이사 피고인 명의로 당좌계정을 설정하고 수표거래를 하여 오다가 동년 9.7 공소의 황의민에게 액면 금 1,000만원짜리 수표를 발행하면서 그에 상당한 입금도 없이 발행일자를 1974.5.31로한 같은 액면금의 선일자수표를 발행 교부하고 1974.1.30 예금부족으로 동 수표계정을 해약되게 함으로서 수표소지인이 1974.2.19 위 은행에 지급제시 하였으나 무거래로 지급되지 아니하게 한 사실을 인정하고 위 같은 소위에 대하여 부정수표단속법 제2조 제2항으로 의율하였는 바, 기록에 비추어 보면 이와 같은 원심의 사실인정에 채증의 잘못이 있다 할 수 없고 그 판시사실에 의하면 피고인이 본건 선일자수표 발행 후에 예금부족으로 수표 계약이 해지되어 그 지급제시기일에 지급이 되지 아니하였을 뿐 아니라 (당원은 선일자수표를 소지인이 특약에 반하여 그 수표상의 발행일자전에 지급을 위한 제시를 한 경우에 예금부족으로 지급이 되지 아니하면 이러한 수표도 부정수표단속법상의 부정수표로 보아야 된다는 견해를 밝힌 바 있다. 대법원 1974.2.12 선고 73도3445 판결 참조), 발행 당시에 수표 금액에 상당한 예금도 없이 발행하였다는 것인 즉(기록상 수표지급을 위한 당좌예금에 대한 확보책이 있었다는 사정도 엿볼 수 없다) 피고인은 본건 수표를 발행할 때에 수표 부도에 관한 고의가 있었다고 할 것인 바, 원심의 판시취지도 당원과 같은 견해에서 고의범으로 의율한 것으로서 원심의 판단은 정당하고 소론 지적과 같이 발행일자 도래 전에 특약에 반하여 지급제시 하였다거나 수표 발행경위 및 지급 못하게 된 경위 등에 참작할 대내적 사유가 있다는 사정만으로 부정수표 발행의 죄책을 면할 수 없다고 할 것이고 달리 원판결에 법리를 오해하여 법률적용을 그르쳤거나 이유불비의 위법이 있다 할 수 없다.”

65) 대판 1983.5.10, 83도340. “원심판결 이유에 의하면 원심은 피고인이 중소기업은행 화양동지점 및 한국상업은행 성동지점과 피고인 명의로 각 당좌계정을 개설하고 원심판결 첨부 목록 기재와 같은 위 각 은행거래수표 15매 액면합계 150,200,000원을 발행하여 각 제시기일에 예금부족으로 지급되지 아니하게 한 사실을 인정하고 피고인의 위 행위를 부정수표단속법 제2조 제2항 소정의 부

판례에 의하면 수표상에 기재된 발행일자가 그 지급제시기간 내에 적법하게 정정된 경우, 정정된 발행일자로부터 제시기간이 기산되어 그 기간 내에 지급제시가 이루어지면 그 발행자에 대하여 본죄에 의한 처벌이 가능하지만, 법인의 대표자가 수표를 발행한 후 그 대표자가 아닌 타인이 대표자 본인의 위임이나 동의 없이 정정한 경우에는, 그 타인이 정정하기 전의 발행일자로부터 기산된 지급제시기간 내에 지급제시가 이루어지지 않는 한, 그 수표를 발행한 대표자 본인을 본죄로 처벌할 수는 없다.⁶⁶⁾

정수표발행에 해당하는 것으로 판단하였는바, 기록에 의하면 위 수표중 소문 수표번호 1486711 및 1486712 액면 각 10,000,000원의 수표 2매는 각 발행일란을 “1982년 월 4일”로 기재하고 또 발행지란을 백지로 하여 발행된 것으로써 그 후 위 각 백지부분이 보충됨이 없이 지급제시되어 각 예금부족을 이유로 지급거절이 된 사실을 인정할 수 있다. 그러므로 우선 위와 같이 발행일의 기재가 흠결된 수표를 부정수표단속법 제2조 제2항의 적용대상인 부정수표로 볼 수 있는지에 관하여 보건대, 부정수표단속법 제2조 제2항에 의하면 수표를 발행하거나 작성한 자가 수표를 발행한 후에 예금부족, 거래정지처분이나 수표계약의 해제 또는 해지로 인하여 제시기일에 지급되지 아니하게 한 때에는 부정수표발행에 해당하는 것으로 규정하고 있는바, 한편 같은법시행령 제2조 제3항에 의하면 위 법 제2조 제2항에서 “제시기일”이라 함은 수표법 제28조 제2항의 규정에 의하여 수표를 제시한 날 및 동법 제29조의 규정에 의한 지급제시 기간내에 금융기관에 지급을 받기 위하여 수표를 제시한 날을 말한다고 규정하고 있으므로, 위 법 제2조 제2항 소정의 부정수표는 수표법 소정의 지급제시 기간내에 제시된 것임을 요하는 것으로서 위와 같은 제시기간의 준수여부를 확정하기 위하여 발행일의 기재는 필수적인 것임을 알 수 있다. 그런데 소문 수표 2매는 발행일란의 발행 연월일 중 월의 기재가 없어 결국 발행일의 기재가 없는 수표로 볼 수밖에 없고 이와 같이 발행일의 기재가 없이는 그 수표가 수표법 소정의 지급제시 기간내에 제시되었는지의 여부를 확인할 길이 없으니 위 수표 2매는 부정수표단속법 제2조 제2항 소정의 구성요건을 충족하지 못하는 것 이라고 볼 수밖에 없다. 그럼에도 불구하고 원심이 이 점을 간과하여 위 수표에 관한 부분까지 유죄로 단정하였음은 위 법조의 법리를 오해하였거나 증거의 판단을 그릇쳐 적법한 증거없이 사실을 인정한 위법을 저지른 것이라고 하겠으니 이점에 관한 논지는 이유있다고 할 것이다.”

- 66) 대판 2008.1.31. 2007도727. “부정수표단속법이 규정하는 ‘수표의 발행’이라 함은 수표 용지에 수표의 기본요건을 작성하여 상대방에 교부하는 행위를 일컫는다 할 것이므로, 이미 적법하게 발행된 수표의 발행일자 등을 수표 소지인의 양해 아래 정정하는 수표 문언의 사후 정정행위는 위 법 제2조 제2항에서 규정하는 ‘수표의 발행’이라고 할 수 없다 할 것이고 (대법원 1995. 12. 22. 선고 95도1263 판결, 대법원 2000. 9. 5. 선고 2000도2840 판결 등 참조), 이는 수표의 액면금액 및 발행일자 등을 함께 정정한다거나 법인의 종전 대표자가 발행한 수표의 발행일자 등을 교체된 새로운 대표자가 정정한다고 하여 달리 볼 것이 아니다. 다만, 수표 발행자의 죄책은 그 후의 정정행위와는 별개로 결정되어야 할 것이고, 수표상에 기재된 발행일자가 그 지급제시기간 내에 적법하게 정정된 경우에는 정정된 발행일자로부터 지급제시기간이 기산되어 그 기간 내에 지급제시가 이루어지면 그 발행자에 대하여 위 법조항 위반죄에 의한 처벌이 가능하다 할 것이지만, 법인의

지급제시기간의 기산일과 관련하여 수표법 제29조 제4항이 “수표에 적힌 발행일로부터 기산한다”고 규정하는 한편 수표법 제61조는 “이 법에서 규정하는 기간에는 그 첫날을 산입하지 아니한다”고 규정하고 있는바, 판례에 의하면, 초일은 산입하지 않고 수표상의 발행일자 다음날부터 기산한다.⁶⁷⁾

2) 수표의 지급거절

본죄의 지급의 거절이란 지급제시기일에 수표금액의 전부 또는 일부의 지급이 거절된 경우로 수표법 제39조의 지급거절 증명⁶⁸⁾이 있을 때를 말한다. 따라서 지급거절되었더라도 지급거절증명이 없으면 본죄는 성립하지 않는다. 지급거절 증명이 있으면 본죄가 곧바로 성립되는 것이고, 그 후 곧 수표금액을 입금하여

대표자가 수표를 발행한 후 그 대표자가 아닌 타인이 대표자 본인의 위임이나 동의 없이 정당한 경우에는 그 타인이 정정하기 전의 발행일자로부터 기산된 지급제시기간 내에 지급제시가 이루어지지 아니한 이상 그 수표를 발행한 대표자 본인을 위 범조항 위반죄로 처벌할 수 없다 할 것이다.”

- 67) 대판 1982.4.13, 81다1000. “수표법 제29조 제 4 항은 수표의 지급 제시기간을 수표에 기재된 발행일로부터 기산하도록 규정하고 같은 법 제61조는 본법에 규정하는 기간에는 그 초일을 산입하지 아니한다고 규정하고 있어 지급 제시기간을 산출함에 있어 수표에 기재된 발행일자를 초일로 할 것인가 또는 그 다음날부터 기산할 것인가에 관하여 위 두 규정의 해석상 의문이 있을 수 있으나 위 수표법 제29조 제 4 항의 규정은 수표가 실제로 발행된 날과 수표에 발행일로 기재된 날이 서로 다른 경우에 그 수표 제시기간을 기산함에 있어서 수표에 기재된 발행일을 기준으로 한다는 원칙을 밝힌 것으로 기간의 계산은 위 수표법 제61조의 일반 원칙적 규정에 따라 수표에 발행일로 기재된 날은 초일로 산입하지 아니하고 그 다음날부터 기산한다 고 풀이 할 것이며 한편 수표법상의 이득상환청구권은 수표상의 권리가 소멸될 당시의 소지인으로 수표상의 권리를 행사할 수 있는 자에게 발생하는 법리라 할 것인바 원심판결 이유 기재에 의하면 원심은 피고 은행이 발행한 1980.6.24자 액면 금 1,000,000원의 이 사건 자기앞수표를 피고 보조참가인이 소지하고 있다가 1980.7.4 11:00경 이를 분실한 사실을 확정하고 이 수표의 지급 제시기간은 그 발행일자인 1980.6.24일 초일로 산입하여 1980.7.3까지 이므로 그 당시의 수표 소지인이던 피고 보조참가인이 지급 제시기간 도과로 수표상의 권리가 소멸될 당시의 소지인으로 이득상환청구권을 취득하였다고 판시하였다. 그러나 이 수표의 지급 제시기한은 그 발행일자인 1980.6.24일을 산입하지 아니하고 그 다음날인 6.25부터 기산하여 10일이 경과한 1980.7.4일이 역산상 명백하고 이날의 수표 소지인은 그 기한의 경과로 이득상환청구권을 취득한다고 할 것인즉...(이하 생략)...”

- 68) 여기서 증명은 거절증서령(대통령령 제4919호)에 의해 작성된 공증증서, 수표에 제시의 날을 기재하고 일자를 부기한 지급인의 지급거절선언 및 적법한 시기에 수표를 제시하였으나 지급이 없었다는 뜻을 증명하고 일자를 부기한 어음교환소의 선언을 말한다.

변제하였다고 하더라도 본죄의 성립에는 영향이 없다.⁶⁹⁾ 부도수표소지인의 그 수표가 무거래이거나 또는 예금부족으로 지급되지 않으리라는 것을 알고 이를 제시하였다고 하여 수표발행인이 책임질 수 없는 사유에 의하여 수표가 부도처리된 것이라고 할 수 없다.⁷⁰⁾ 본죄의 지급거절사유로 예금부족, 거래정지처분, 수표계약의 해제 또는 해지 등만을 규정되어 있으나 이는 예시적인 것으로 보아

69) 대판 1988.12.6, 88도1406. “당좌수표가 발행되어 그것이 제시기간내에 은행에 제시되었으나 예금 부족으로 지급되지 아니하였다면 그 수표가 지급거절된 다음 날에 그 수표금액을 은행에 입금하여 변제가 되게 하였다고 하더라도 그 수표발행인에게 일단 발생한 형사책임이 그것으로 인하여 소멸한다고 할 수는 없다.”

70) 대판 1984.8.14, 84도1139. “일건기록에 의하여 원심거시의 증거를 모아보면 피고인이 원심판시의 당좌수표 112매, 액면 합계 금 27,694,000,000원의 당좌수표를 발행하여 무거래(당좌거래 계약해제)로 지급되지 아니하게 한 원심판시 범죄사실을 인정하기에 넉넉한 바, 논지는 이 사건 수표등은 상피고인 김동겸이 한국상업은행 혜화동지점 창구를 통하여 조성한 사채자금 금 106,600,000,000여원의 돈을 피고인이 차용함에 있어 담보조로 교부한 액면 합계 금 113,000,000,000원 상당의 주식회사 남태평양레저타운 및 주식회사 현대중건 등의 대표이사인 피고인 명의로 주식회사 명성관광의 대표이사인 신명진 명의의 당좌수표의 일부로서 이 수표 등은 이를 교부받은 동 김동겸과의 사이에 위 채무를 확인하기 위하여 발행한 증표로서 위 두 사람 사이에 그 결산시까지 이를 유가증권으로 적용하지 않음을 특약하고 그 간 4년여에 걸쳐 동인이 보관하고 있었던 것을 주식회사 한국상업은행이 위와 같은 특약있음을 알면서 위 김동겸과의 채권관계없이 이를 양도받아 그 수표가 결제되지 않으리라는 것을 충분히 예견할 수 있음에도 불구하고 피고인과 피고인의 처인 위 신명진으로 하여금 형사처벌을 받게 할 목적으로 지급제시를 하여 부도처리케 한 것이며 이 중 회사정리법에 의하여 보전처분이 된 위 남태평양레저타운과 명성관광 발행수표는 불기소처분되고 주식회사 현대중건 명의의 수표만이 기소된 것으로 이 수표는 부정수표단속법이 규정한 수표가 아닐뿐만 아니라 그 수표가 지급되지 아니한 책임은 피고인에게 귀책될 것이 아니라 의도적으로 부도처리한 소지인인 주식회사 한국상업은행에 있으며 또 부도수표의 형사책임이 회사정리법에 의한 우연한 보전절차로 그 죄책을 달리할 수 없다고 주장한다.

그러나 소론이 드는 사정만으로 이 사건 수표가 부정수표단속법상의 수표가 아니라고 할 근거가 없다고 하겠으며 부정수표단속법은 무거래수표 또는 예금부족으로 그 액면금이 지급되지 아니한 수표를 발행한 수표발행인을 처벌하는 것이므로 그 소지인 이 그 지급일에 수표를 제시하였으나 지급이 되지 아니하였다면 그 수표발행인은 부정수표단속법위반의 죄책을 면할 수 없고 수표소지인이 그 수표가 무거래이거나 또는 예금부족으로 지급되지 않으리라는 것을 알고 이를 제시하였다고 하여 이로써 수표발행인의 책임질 수 없는 사유에 의하여 수표가 부도처리된 것이라고 할 수 없음은 당연하며 설사 이 사건 수표만이 회사정리법에 의한 보전처분대상에서 빠졌다고 하여 기소되었다고 하더라도 이는 회사정리법상 보전명령이 있으면 그 정리신청회사의 특정채무를 제외한 일체의 지급이 정지되는 법률에 의한 것으로서 이와 같은 사정이 피고인의 부정수표단속법상의 책임을 면할 법률상 이유가 될 수 없는 것이므로 원심의 법리오해를 비의하는 상고논지는 어느 것이나 그 이유가 없다.”

야 한다. 왜냐하면 지급거절사유는 어음교환소규약에 의한 부도반환사유에 해당하고 이 사유에는 예금부족 외에 무거래 등 여러 가지 사유가 있기 때문이다.⁷¹⁾

예금부족이라 함은, 발행인이 지급은행과의 사이에 수표계약을 체결한 후 이를 유지하고 있으나, 수표가 제시된 때에 발행인이 처분할 수 있는 수표자금이 부족한 것을 말한다. 거래정지처분의 의미는 전술한 바와 같다. 수표계약의 해제 또는 해지라 함은, 수표를 발행할 때에는 수표계약이 있었으나, 그 수표를 제시하기 전에 해제 또는 해지한 것을 말하는데, 강제·임의, 단독·합의 여부를 불문한다. 지급거절 사유와 관련해 판례는 회사정리법에 의한 보전처분이 있다는 이유로 지급거절된 경우는 본죄에 해당하지 않는다고 보았고⁷²⁾, 당좌수표가 그 발행인의 허위 사고신고서 제출 및 지급정지 의뢰로 지급되지 않는 경우에도, 사고신고서의 내용이 허위였다고 하더라도, 그러한 사정만으로 당좌수표가 본 조항의 ‘예금부족으로 인하여’ 지급되지 않았다고 볼 수는 없다고 한다.⁷³⁾

71) 한편 지급거절 사유를 한정적인 것으로 보아야 한다는 견해로는 이주원 앞의 책, 389쪽 참조.

72) 대판 1990.8.14, 90도1317. “발행된 수표가 제시기일에 지급이 거절되더라도 그 지급거절사유가 예금부족, 거래정지처분이나 수표계약해제 또는 해지로 인한 것이어야만 부정수표단속법 제2조 제2항 위반죄를 구성하는 것이고 회사정리법상의 보전처분이 있을 경우에는 그 지급을 위탁받은 은행은 예금이 있는지의 여부에 관계없이 보전처분을 이유로 당연히 지급거절을 하여야 하는 것이므로 원심이 확정된 바와 같이 판시 7매의 수표가 공소의 삼왕종합식품주식회사에 대한 회사정리법상의 보전처분이 있는 후에 지급제시가 되었다면 비록 은행이 지급거절사유를 예금부족으로 하였다 하더라도 그 지급거절이 회사정리법에 의하여 가해진 지급제한에 따른 것인 이상 위 수표의 발행행위는 부정수표단속법 제2조 제2항 위반의 범죄를 구성하지 않는다 할 것이다. 같은 취지에서 원심이 그 부분에 대하여 피고인에게 무죄의 선고를 한 것은 정당하고 원심의 판단은 결국 회사정리법상의 보전처분으로 인한 지급거절을 이유로 이 사건 범죄를 구성하지 아니한다고 판단하고 있는 것이므로 거기에 판결결과에 영향을 미치는 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다. 그리고 회사정리법상의 보전처분에 따른 법률적 효과로서 일체의 채무변제가 금지되고 그 결과 제시기일에 수표금이 지급되지 아니하게 된 것은 회사의 갱생을 목적으로 하는 회사정리제도의 실효를 거두기 위하여 불가피하다 할 것이므로 이를 가리켜 헌법상의 평등의 원칙에 위배되거나 법질서를 해치는 것이라고도 할 수 없다.”

73) 대판 2006.10.26, 2006도5147. “부정수표단속법 제2조 제2항의 지급거절 사유는 제한적으로 열거된 것이라고 보아야 하므로, 수표가 발행인 또는 작성자의 책임으로 돌릴 수 있는 사유로 인하여 지급거절되었다 하더라도 그 지급거절이 위 규정의 ‘예금부족·거래정지처분 또는 수표계약의 해제·해지’ 이외의 사유로 인한 것인 때에는 그 수표의 발행인 또는 작성자에 대하여 부정수표단속법 제2조 제2항 위반죄가 성립하지 않는다. 따라서 당좌수표가 그 발행인의 허위의 사고신고서 제출 및 지급정지 의뢰로 지급되지 않았다면 그 당좌수표는 같은 법 제2조 제2항의 ‘예금부족으로 인

라. 범죄의 성립시기

본죄의 성립시기는 ‘수표를 발생·작성한 때’이다. 판례의 확립된 입장은, “본죄는 예금부족 등으로 인하여 제시기일에 지급되지 아니할 것이라는 결과발생을 예견하고 발행인이 위 수표를 발행한 때에 바로 성립되고, 수표소지인이 그 제시기일에 지급을 위한 제시를 하여 수표금의 지급이 되지 아니한 때에 성립하는 것은 아니다”라는 것이다.⁷⁴⁾ 이러한 맥락에서 대법원은 부정수표단속법 제2조 제2항 위반죄의 공소시효가 수표부도시가 아닌 ‘수표의 실제 발행일’로부터 진행한다고 해석하는 것이다.⁷⁵⁾ 이는 곧 수표상의 발행일자가 아니라, 수표용지에 필요적 기재사항을 기재하고 이를 다른 사람에게 교부한 때, 즉 수표의 작성교부일로 보고 있는 것이다.⁷⁶⁾ 이때 발행의 개념에는 교부가 포함되므로 수표를 작성하여 교부한 날로부터 공소시효가 진행된다.⁷⁷⁾

본죄는 고의범이므로, 수표를 발생·작성한 자가 수표발행 후에 제시기일에

하여 지급되지 않았다고 볼 수 없고, ‘거래정지처분이나 수표계약의 해제 또는 해지로 인하여’ 지급되지 않은 경우에 해당하지도 않으며, 당좌수표가 지급거절될 당시 그 수표의 당좌계정의 예금잔고가 부족하여 발행인의 사고신고서 제출 및 지급정지 의뢰가 없었더라도 예금부족으로 인하여 지급이 거절될 수밖에 없었다거나 제출된 사고신고서의 내용이 허위임이 밝혀졌다고 하더라도, 허위신고자 및 그 공모자가 부정수표단속법 제4조의 허위신고죄로 처벌받을 수 있을지언정 그러한 사정만으로 위 당좌수표가 부정수표단속법 제2조 제2항의 ‘예금부족으로 인하여’ 지급되지 않았다고 볼 수는 없다.”

74) 대판 2003.9.26, 2003도3394.

75) 대판 2003.9.26, 2003도3394. “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 거절된 때에 범죄가 성립하는 것은 아니다 (대법원 1986. 3. 11. 선고 85도2640 판결, 1996. 3. 8. 선고 95도2114 판결 등 참조). 이와 같은 취지에서 원심이 이 부분 공소사실에 대하여 공소시효가 완성된 때에 해당한다고 판단하여 면소를 선고한 제1심판결을 그대로 유지한 것은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 부정수표단속법 제2조 제2항 위반죄의 공소시효 기산점에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.”

76) 대판 1986.3.11, 85도2640판결 등

77) 이에 대한 비판으로는 하상제, 부정수표발행인의 형사책임, 형사법실무연구(제123집), 2011, 245쪽 참조. 여기에서는 부정수표 단속법 제2조 제2항이 ‘제시기일에 지급되지 아니하게 한 때’를 구성요건적 결과로 규정하고 있는 이상 ‘지급거절사’를 공소시효의 기산점으로 보아야 일관된 해석이라고 주장한다.

지급되지 않게 한다는 점에 대한 인식과 의사가 있어야 한다. 다만 수표의 발행인 등에게 과실이 있는 경우에는 본조 제3항에 의하여 별도로 처벌된다. 본죄의 고의내용은 발행에 관한 고의와 지급거절에 관한 고의 모두를 요한다. 이러한 고의의 존부 판단은 수표의 발생·작성 당시를 기준으로 한다.⁷⁸⁾ 본죄가 성립하려면, 먼저, 수표의 발행 또는 작성에 관한 고의가 있어야 하고⁷⁹⁾, 다음으로 예금부족 등으로 제시기일에 지급되지 않을 것이라는 지급거절의 결과발생에 대한 고의가 요구된다. 본죄는 이러한 결과발생을 예견하고 발행인이 수표를 발행한 때에 성립한다.⁸⁰⁾ 그 예견은 미필적이라 하더라도 영향이 없다.⁸¹⁾ 고의의 인정

78) 이는 대법원의 확고한 입장이다.

79) 대판 2007.5.10, 2007도1931. “원심은 피고인이 공소의 1 주식회사를 인수하여 사업을 하는 공소의 2로부터 자신은 은행과의 수표계약체결에 결격사유가 있으니 피고인이 형식상의 대표이사가 되어 달라는 부탁을 받고, 2004. 12. 22. 명의상의 대표이사가 되어 그 무렵 국민은행 명일역지점과 수표계약을 체결한 사실, 피고인이 명의상의 대표이사가 된 이후에도 위 회사의 모든 업무는 공소의 2가 단독으로 처리하였고 피고인은 회사에 출근도 하지 아니하고 그 경영에 전혀 관여하지 아니한 사실, 이 사건 공소사실 기재 수표들은 공소의 2가 피고인과 특별한 상의 없이 회사에 보관된 피고인의 직인을 이용하여 발행하였다가 지급거절된 사실을 인정한 다음, 피고인이 형식상 대표이사로서 수표계약을 체결한 사실이 있다고 하더라도 위 회사의 경영에 전혀 관여한 바가 없어 위 수표들의 발행사실도 모르고 있었고, 위 회사의 자금 사정에 관하여 알고 있었다는 증거도 없는 이상, 피고인에게 위 수표들의 발행 당시 그 수표들이 제시일에 지급되지 않을 것이라는 결과 발생을 인식하였거나 예견가능성이 있었다고 볼 수 없다고 판단하여, 이 사건 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우라고 보아 피고인에게 무죄를 선고하였다. 그러나 기록에 의하면, 피고인은 신용불량자인 공소의 2의 부탁을 받고 피고인을 대표이사로 하는 수표계약의 체결을 허락한 다음 그 계약에 따른 수표의 발행을 용인하였고, 그 후 단기간 내에 발행된 수십억 원에 달하는 수표들이 결제되지 아니하였음을 알 수 있다. 이러한 사정에 비추어 보면, 피고인은 공소의 2가 발행하는 수표들이 제시일에 지급되지 않을 가능성이 있다고 예견할 수 있었다고 봄이 상당하고, 피고인이 이 사건 수표들의 발행 이전에 위 허락을 철회하여 발행을 반대하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 피고인은 수표의 발행에 따른 부정수표단속법 위반죄의 책임을 면할 수 없다고 할 것이다. 그럼에도 불구하고, 원심은 피고인이 대표이사 명의를 대여한 후 위 회사의 경영에 전혀 관여한 사실이 없다는 이유만으로 피고인에게 위 수표들의 발행 당시 제시일에 지급되지 않을 것이라는 결과의 발생을 예견할 가능성이 있었다고 볼 수 없다고 단정하여 무죄로 판단하였으니, 원심은 법리를 오해하여 피고인의 결과 발생 예견가능성 여부에 관하여 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 있고, 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.”

80) 대판 2007.3.30, 2007도523. “부정수표단속법 제2조 제2항 위반의 죄는 예금부족 등으로 인하여 제시일에 지급되지 아니할 것이라는 결과발생을 예견하고 발행인이 수표를 발행할 때에 성립하고, 그 예견은 미필적이라 하더라도 영향이 없으며, 기타 지급제시를 하지 않는다는 특약이나 수표를 발행하게 된 경위 또는 지급하지 못하게 된 경위 등에 대내적 사유가 있다는 사정만으로 부정수표

여부의 판단에는 수표발행 당시의 자금사정이 주요한 고려요소가 된다.⁸²⁾

마. 법정형과 죄수

부도수표를 발행하거나 작성한 자는 5년 이하의 징역 또는 수표금액의 10배 이하의 벌금에 처한다.

당좌거래를 하는 자가 여러 장의 부도수표를 발행할 경우 그 발행수표의 수만큼 부정수표단속법 위반죄가 성립하고 그 수죄는 실체적 경합범 관계에 있다.⁸³⁾

발행의 죄책을 면할 수 없으나, 발행인이 그와 같은 결과발생을 예견하지 아니하였거나 특별한 사정이 있어 수표가 지급제시되지 않으리라고 믿고 있었고 그와 같은 믿음이 정당한 것으로 수긍되는 것이라면, 부정수표발행의 죄책을 인정할 수 없다 (대법원 1992. 9. 22. 선고 92도1207 판결 등 참조). 원심은, 그 채용증거들에 의하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고인이 이 사건 수표(수표번호 마가10155380호, 액면금액 4억 원)를 발행할 때에 예금부족 등으로 인하여 제시일에 지급되지 아니할 것이라는 결과발생을 미필적으로라도 예견하였음을 인정하고, 피고인이 위 수표가 지급제시되지 않으리라고 믿었다거나 그와 같이 믿은 데에 정당한 이유가 있다고는 인정할 수 없음을 이유로 피고인의 위 부정수표단속법 제2조 제2항 위반의 범죄사실을 유죄로 인정하였는데, 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 증거의 취사선택과 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 심리미진으로 인한 사실오인이나 부정수표발행의 죄책에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.”

81) 대판 2007.3.30, 2007도523.

82) 대판 1997.4.11, 97도249. 사채업을 정상적으로 영위하다 레미콘 업체를 인수하면서 자금사정이 악화되어 부도가 난 피고인이 차용금 또는 공사도급 대금 상당 이익을 편취하고 부정수표를 발행한 것으로 기소된 사안에서, 공사사실 중 일부는 금원차용이나 도급계약 또는 수표발행 이후 경제사정의 변화로 인하여 결과적으로 변제능력이 없어져 차용금이나 공사대금을 변제할 수 없게 되었거나 수표를 결제할 수 없게 된 것으로 볼 여지가 있다는 이유로, 부도를 예상할 수 있었던 시기에 관하여 제대로 심리하지 않은 채 일체의 차용금 및 공사대금과 발행 수표에 대하여 상습사기죄 및 부정수표단속법위반죄로 의율하여 처단한 원심판결을 심리미진, 채증법칙 위배 등을 이유로 파기한 사례.

83) 대판 1986.3.11, 85도2809. “부정수표단속법 제2조 제2항, 제1항이 정하는 수표를 발행하거나 작성한 자가 수표를 발행한 후에 예금부족 거래정지처분이나 수표계약의 해제 또는 해지로 인하여 제시기일에 지급되지 아니하게 한 죄는 그 수표마다 각별히 하나의 죄가 성립하는 것이므로 그 부정수표에 대하여 각별히 공소가 제기되어 각별히 형이 선고되었다고 하더라도 이는 헌법상 일사부재리의 원칙에 반하는 이중처벌에 해당하는 것이라고 할 수 없으므로 상고논지는 독자적 견해에 지나지 아니하여 받아들일만한 것이 되지 못하고 한편 원심이 유지한 제1심판결에 의하여 징역 6월이 선고된 이 사건에서 형의 양정이 무겁다는 것은 적법한 상고이유가 될 수 없음이 형사소송법 제383조의 규정에 의하여 명백하므로 상고논지는 모두 이유가 없다.”

판례에 의하면 당좌수표를 조합이사장 명의로 배임행위로 발행하였으나 부도된 경우, 부도수표발행죄와 더불어 그 수표를 발행하여 조합에 재산상 손해를 가하였기 때문에 업무상 배임죄가 성립하고, 이는 1개의 행위가 수 개의 죄에 해당하는 경우로서 양자는 상상적 경합관계에 있다.⁸⁴⁾

4. 과실에 의한 부정수표 · 부도수표 발행 · 작성죄(제3항)

가. 부정수표단속죄의 과실범

본죄는 과실로 제2조 제1항의 부정수표 또는 제2조 제2항의 부도수표를 발행한 경우에 성립한다. 본죄의 법정형은 3년 이하의 금고 또는 수표금액의 5배 이하의 벌금이다. 과실범에 관한 본 조항은 1966.2.26. 제1차 개정시에 신설되었다. 형법상 과실은 주의의무 위반을 의미한다. 그러므로 제1항의 부정수표발행에서의 과실은 부주의로 수표가 제1항 각호의 사유에 해당한다는 사실을 인식하지 못하는 것을 말하고, 제2항의 부도수표발행에서의 과실은 부주의로 인해 수표발행 후 예금부족 등으로 인하여 제시기일에 지급되지 못하는 것을 예견하지 못하는 것을 의미한다.⁸⁵⁾ 이러한 과실, 즉 주의의무 위반의 존부 판단은 수표의 발행·작성 당시를 기준으로 한다.

본조 제2항의 과실범은 수표를 발행하거나 작성한 자가 과실로 인하여 그 수표가 예금부족 등으로 지급거절되는 것을 예견하지 못하였을 때 성립하는 것이므로, 그 주체는 어디까지나 수표를 발행하거나 작성한 자 본인만이 될 수 있다.

84) 대판 2004.5.13, 2004도1299. “원심이, 유죄의 확정판결을 받은 범죄사실인 피고인 1이 판사와 같이 당좌수표를 부산 제주연료공업협동조합 이사장 명의로 발행하여 그 소지인이 지급제시기간 내에 지급제시하였으나 거래정지처분의 사유로 지급되지 아니하게 한 사실(부정수표단속법위반죄)과 새로운 공소사실인 피고인 1이 동일한 수표를 발행하여 위 조합에 대하여 재산상 손해를 가한 사실(업무상배임죄)은 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일하다고 할 것이어서 1개의 행위가 수 개의 죄에 해당하는 경우로서 형법 제40조에 정해진 상상적 경합관계에 있다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 죄수 또는 기판력의 범위에 관한 법리오해의 위법이 없다.”

85) 대판 1984.2.28, 83도2565.

관련판례에 의하면 퇴임하는 대표이사가 자기명의의 수표가 발행되지 못하도록 제반조치를 취하지 않아, 회사임직원이 퇴임한 대표이사 명의의 수표를 발행한 경우라도, 그 퇴임한 대표이사에게 수표를 발행한 책임을 물을 수는 없다.⁸⁶⁾

나. 과실범성립 관련문제

대법원의 확고한 입장에 의하면 본죄의 기수시기는 수표의 발행·작성시이고,⁸⁷⁾ 본죄의 성립시기를 수표의 발행·작성시로 보는 이상, 고의는 그 시점을 기준으로 존재해야 하므로 본죄의 고의는 수표의 발행·작성시에 존재해야 하는 것으로 보아야 하며, 만일 수표의 발행·작성시에는 고의가 없다가 수표를 발행한 후에 고의가 발동한 경우는 형법이 사후고의를 인정하지 않는바, 고의범으로 볼 수 없음은 분명하며 만일 발생한 결과에 대한 예견가능성이 있었다면 다만 제2조 제3항의 과실범에 해당할 여지만 있다고 할 것이다.

위 경우의 과실은 정상의 주의의무를 태만히 함으로써 수표발행 후 제시기일에 그 수표가 지급되지 아니하게 하는 원인행위(예금부족 등)가 있는 것 및 이로 말미암아 금융기관으로부터 그 수표가 지급거절되는 결과가 발생한다는 사실을 예견하고 회피하지 못하는 것이다. 그렇다면 위 수표의 발행·작성시에 고의가 존재하여야 한다는 취지는 만일 수표의 발행·작성시에는 고의가 존재하지 않았지만, 그 후에 일부러 당좌계약을 해지하여 제시기일에 지급되지 못하게 하는 때에 이를 과실범으로 볼 수 있다는 것인데, 이는 수표가 제시기일에 지급되

86) 대판 1984.2.28, 83도2565. “주식회사의 임직원이 퇴임한 대표이사 명의 당좌거래 약정을 해지하지 아니하고 그의 명판과 인감을 모용하여 수표를 발행하였다면 유가증권위조죄 또는 부정수표단속법 제2조 제2항(그 수표가 예금부족 등으로 지급거절되었을 때) 위반의 죄가 성립하고 그 퇴임한 대표이사에게 수표를 발행한 책임을 물을 수 없다고 할 것이다. 부정수표단속법 제2조 제3항이 정하는 과실범은 그 제2항의 수표를 직접 발행하거나 작성한 자라고 풀이되고 수표를 발행하거나 작성한 자가 과실로 인하여 그 수표가 예금부족 거래정지 처분이나 수표계약의 해제 또는 해지로 인하여 제시기일에 지급되지 못하는 것을 예견하지 못하였을 때 이 죄가 성립할 따름이라고 할 것이므로 이와 같은 취지에서 피고인에게 무죄를 선고한 원심조치는 정당하고 이에 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.”

87) “부정수표를 발행 또는 작성한 사람의 범죄는 같은 법 제2조 각호의 사유를 인식하고, 수표를 발행한 때에 성립한다.” 대판 1966.9.27. 65도324. 동지의 대판 1981.9.22. 81도1661; 1986.3.11. 85도2640

지 못하게 되는 원인행위, 즉 일부러 당좌계약을 해지하게 될 상황을 사전에 예견하고도 이를 회피하지 못하는 경우라 할 수 있을 것이다.

한편 부정수표 단속법 제2조 제1항 또는 제2항 위반의 공소사실을 제3항 위반의 공소사실로 변경하는 것이 가능할지가 문제될 수 있다. 이에 대해서는 기본적인 사실관계가 동일하므로 가능하다고 볼 여지가 있지만, 제1항 또는 제2항 위반죄의 고의범을 공소장변경 절차없이 과실범인 제3항 위반죄로 인정하는 것은 구성요건의 질적 변화를 가져오는 것이므로 부정해야 할 것이다.⁸⁸⁾ 대법원도 본조 제2항 위반의 공소사실(고의범)에 대하여 공소장 변경없이 본조 제3항의 죄(과실범)로 인정할 수 없다고 판시한 바 있다.⁸⁹⁾

88) 같은 견해로는 하상제, 부정수표발행인의 형사책임, 형사법실무연구(제123집), 2011, 252쪽

89) 대판 1981.12.8, 80도2824. “기록에 의하면 검사의 위 피고인에 대한 이 사건 공소사실은 피고인은 피고인 2 주식회사 (이하 피고인 2 회사라고 한다)대표이사로 있던 자로서 1963.12.24 제일은행 중앙지점, 1965.9.16 상업은행 성동지점, 1961.11.16 조흥은행 을지로지점, 1968.9.23 한일은행영업부, 1969.12.5 외환은행 명동지점과 각각 당좌를 개설하고 당좌수표를 발행하여 오던 중, 1975.6.11 위 사무실에서 수표번호 233625 지급은행 제일은행 중앙지점, 발행일 1975.6.11로 된 액면 금 30,000,000원의 당좌수표 1매를 발행하여 한일은행 영업부에 신용대출금에 대한 담보조로 제공한 것을 비롯하여 원심판결 별지 기재내용과 같이 모두 9회에 걸쳐 도합 액면 금 290,345,775원의 당좌수표를 발행하였으나 예금 부족등으로 모두 각 제시기일에 지급되지 아니한 것이다 라는 것으로 적용법조는 부정수표단속법 제2조 제2항으로 되어 있는데 대하여, 원심판결과 원심이 인용한 제1심판결 판시의 범죄사실은 피고인은 위와 같이 당좌를 개설하고 당좌수표를 발행하여 오던 중, 1975.6.11 위 사무실에서 수표번호 233625, 지급은행 제일은행 중앙지점, 발행일 1975.6.11로 된 액면 금 30,000,000원의 당좌수표 1매를 발행하여 한일은행 영업부에 신용대출금에 대한 담보조로 제공함에 있어서는 언제라도 위 은행이 지급을 위한 제시를 하면 예금부족등으로 지급되지 아니한 것을 예상하여 만일에라도 그러한 사태가 발생되지 않도록 미리 만전의 조치를 취해야 할 주의의무가 있음에도 불구하고 피고인은 이를 태만히 하여 부도되지 않으리라 경신하고 만연히 발행한 것을 비롯하여 위 별지와 같이 모두 9회에 걸쳐 도합 액면 금 290,345,775원인 당좌수표를 각 발행하였으나 예금부족 등으로 모두 각 제시기일에 지급되지 아니하게 한 것이다 라는 것이고 같은 법 제2조 제3항, 제2항을 적용 처단하고 있다. 그러나, 공소사실의 동일성이 인정되는 범위내라 하더라도 검사가 공소사실 또는 적용법조를 변경하여 법원의 허가를 받음으로써 그 변경된 공소원인 사실이 법원의 심판대상이 되는 것인바, 이 사건에서 기록상 검사가 피고인에 대한 부정수표단속법 제2조 제2항 위반의 공소사실(고의범)을 원심이 인정한 바와 같은 같은 법 제2조 제3항 위반사실(과실범)로 변경 신청한 흔적이 없음에도 불구하고 위와 같이 처단한 원심의 조처는 필경 심판의 대상이 되지 아니한 사실을 심판한 위법이 있다고 할 것이다.”

5. 수표의 회수 및 반의사불벌죄(제4항)

가. 수표발행인의 수표회수 및 수표소지인의 명시적 의사

1) 수표회수 및 처벌불원

본조 제4항은, ‘제2항과 제3항의 죄는 수표를 발행하거나 작성한 자가 그 수표를 회수한 경우 또는 회수하지 못하였더라도 수표소지인의 명시적 의사에 반하는 경우 공소를 제기할 수 없다’고 규정하고 있다. 수표를 발행하거나 작성한 자가 그 수표를 회수한 경우에도 수표소지인이 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시를 한 것과 동일하게 봐서 본조 제2항 및 제3항의 죄를 소위 반의사불벌죄로 규정한 것이다.⁹⁰⁾ 반의사불벌죄에 있어서 처벌불원의 의사표시의 부존재는 이른바 소극적 소송조건으로서 직권조사사항이기 때문에, 당사자가 항소이유로 주장하지 아니하였다고 하더라도 원심은 이를 직권으로 조사·판단하여야 한다.⁹¹⁾

부도수표가 모두 회수된 경우에는 이미 수표소지인과 발행인 사이에서 부도수표채권의 변제방법 등에 관해 원만한 합의가 이루어진 것으로 추정되기 때문에 피해자인 수표소지인으로서 발행인 등이 이로 인해 처벌을 받음으로써 그의 수표채무이행이나 기업활동에 장애가 되는 것을 원치 않을 수도 있을 뿐만 아니라, 위와 같이 부도수표에 관한 민사상의 문제가 그 수표수수의 당사자 사이에서 원만하게 해결된 경우에 대하여서까지 처벌하는 것은 오히려 부도수표 발행

90) 대판 2002.10.11, 2002도1228. “부정수표단속법 제2조 제4항은 같은 조 제2항 및 제3항의 죄는 수표를 발행하거나 작성한 자가 그 수표를 회수하거나 회수하지 못하였을 경우라도 수표소지인의 명시한 의사에 반하여는 각 공소를 제기할 수 없다고 규정하고 있어 그러한 경우에 해당되면 공소 기각의 판결을 선고하여야 하는데, 그와 같은 부도수표 회수나 수표소지인의 처벌을 희망하지 아니하는 의사의 표시는 제1심판결 선고 이전까지 하여야 하는 것으로 해석되는데, 제1심판결이 소송촉진등에관한특례법 제23조 본문의 특례 규정에 의하여 선고된 다음 피고인이 책임질 수 없는 사유로 공판절차에 출석할 수 없었다고 하여 같은 법 제23조의2의 규정에 의한 재심이 청구되고 재심개시의 결정이 내려진 경우, 피고인으로서 제1심의 공판절차에서 적절한 방어를 할 기회를 가지지 못하였던 것이고 바로 그러한 이유로 인하여 재심청구가 허용된 것이므로, 이 경우에는 위에서 본 부도수표 회수나 수표소지인의 처벌을 희망하지 아니하는 의사의 표시도 그 재심의 제1심판결 선고 전까지 하면 되는 것으로 해석함이 상당하다.”

91) 대법원 2001. 4. 24. 선고 2000도3172 판결 등 참조

기업을 도산시킬 우려가 있다고 사료되어, 이는 기업의 보호육성을 위한 각종 규제완화라는 정책적 차원에서 볼 때, 불합리하다고 판단되어 제2차 개정법⁹²⁾에서 새롭게 규정된 것이다.⁹³⁾ 따라서 수표발행인이나 작성자는 공소제기 전까지 부도수표를 모두 회수하여 이를 검사나 사법경찰관에게 제출하거나 공소제기 후 제1심판결선고전까지 이를 법원에 제출함으로써 부정수표단속법 위반의 죄책을 면할 수 있다.

2) 적용대상 조항

본 조항의 반의사불벌죄 규정은 제2항과 제3항의 죄에 대하여 적용되므로, 고의에 의한 부도수표의 발행·작성과 과실에 의한 부정수표의 발행·작성만이 반의사불벌죄에 해당한다. 따라서 고의에 의한 부정수표의 발행·작성의 경우에는 발행인 및 작성자가 그 수표를 회수하거나 수표소지인의 처벌을 원치 않는 경우라도 항상 처벌된다.

3) 수표회수 및 반의사불벌죄의 효과

반의사불벌죄는 피해자의 명시적 의사가 없더라도 일단 형사소추는 진행될 수 있다는 점에서 친고죄와는 명백히 구별되며, 피해자가 범죄인의 처벌을 희망하지 않는다는 명시적 의사를 표시하거나 그 불처벌의 의사표시를 명백히 철회하지 않으면 공소를 제기할 수 없거나 또는 공소제기 후인 경우에는 공소기각의 판결을 반드시 선고해야 한다. 따라서 발행인 등이 부도수표를 회수하였거나 소지인이 처벌불원한 경우에는 그 시점이 공소제기 전이라면 형사소송법 제327조 제2호에 의하여 공소기각판결을 선고하여야 하고,⁹⁴⁾ 공소제기 후 제1심판결 선

92) 1993.12.10 법률 제4587호.

93) 윤천희, 앞의 책, 44쪽 참조.

94) 대판 1999.5.14, 99도900. “부정수표단속법 제2조 제4항은 수표를 발행하거나 작성한 자가 그 수표를 회수한 경우 수표소지인이 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시를 한 것과 마찬가지로 보아 같은 조 제2항 및 제3항의 죄를 이른바 반의사불벌죄로 규정한 취지라고 해석함이 상당하고, 친고죄에 있어서 고소 및 고소취소 불가분의 원칙을 규정한 형사소송법 제233조의 규정이 반의사불벌죄에 준용되지 아니하나, 부정수표단속법 제2조 제4항의 입법 취지는 수표거래질서의 확보를 위한

고 전이라면 선고 전이라면 형사소송법 제327조 제6호에 의하여 공소기각판결을 선고하여야 한다.⁹⁵⁾ 다만 부도수표가 제1심판결 선고 후에 비로소 회수되었다면 그 회수는 효력이 없어 공소기각판결을 선고할 수 없다.⁹⁶⁾

4) 처벌불원 의사표시를 할 수 있는 소지인

처벌불원의 의사표시를 할 수 있는 소지인은, 부정수표단속법 제2조 제2항 소정의 부도수표를 소지하고 있는 자를 말한다. 통상은 지급제시한 자가 이에 해당한다. 그러나 지급거절 당시의 소지인으로부터 지급거절 이후에 수표를 적법하게 환수받아 실제로 이를 소지하고 있는 자도 여기에 포함된다.⁹⁷⁾ 만약 환수 받은 수표를 분실한 경우에는 그 분실 당시의 소지인이 이러한 처벌불원의 의사

본래의 법기능을 그대로 유지하면서 부정수표를 회수한 경우 등에는 공소를 제기할 수 없도록 함으로써 부도를 낸 기업인의 기업회생을 도모하려는 데에 있는 것인바, 부정수표의 회수는 수표소지인이 수표를 여전히 소지하면서 단순히 처벌을 희망하지 아니하는 의사만을 표시하는 경우와는 달리 그 회수사실 자체가 소극적 소추조건이 되고, 그 소지인의 의사가 구체적 개별적으로 외부에 표출되지도 아니하며, 부정수표가 회수되면 그 회수 당시의 소지인은 더 이상 수표상의 권리를 행사할 수 없게 되는 점, 부정수표단속법 제2조 제4항의 규정 내용에 비추어, 부정수표를 돌려주거나 처벌을 희망하지 아니하는 의사를 표시할 수 있는 수표소지인이라 함은 그 수표의 발행자나 작성자 및 그 공범 이외의 자를 말하는 것으로 봄이 상당하므로, 부정수표가 그 발행자나 작성자 및 그 공범에 의하여 이미 회수된 경우에는 그 수표에 관한 한 처벌을 희망하지 아니하는 의사를 표시할 수 있는 수표소지인은 더 이상 존재하지 아니하게 되는 점 및 부정수표단속법 제2조 제4항의 규정 형식상 ‘수표소지인의 명시한 의사’는 수표를 회수하지 못하였을 경우에 소추조건이 되도록 규정되어 있는 점 등에 비추어 보면, 부정수표가 공범에 의하여 회수된 경우에 그 소추조건으로서의 효력은 회수 당시 소지인의 의사와 관계없이 다른 공범자에게도 당연히 미치는 것으로 보아야 할 것이고, 부정수표를 실제로 회수한 공범이 다른 공범자의 처벌을 원한다고 하여 달리 볼 것이 아니다.”

95) 대판 2002.10.11, 2002도1228.

96) 대판 2002.10.11, 2002도1228.

97) 대판 1999.1.26, 98도3013. “부정수표단속법 제2조 제2항 위반죄에 있어서 제1심판결 선고 전에 당해 수표의 소지인이 그 발행인의 처벌을 원하지 아니하는 의사를 표시한 경우에는 공소기각의 선고를 하여야 하는바, 이러한 처벌을 원치 않는 의사의 표시를 할 수 있는 소지인이란 이러한 의사를 표시할 당시의 소지인을 말하는 것으로서 통상 지급제시를 한 자가 이에 해당한다고 할 것이나, 지급거절 이후 당해 수표를 환수받아 실제로 이를 소지하고 있는 자뿐만 아니라 지급거절 당시의 소지인으로부터 지급거절 이후에 수표를 적법하게 양수받아 실제로 이를 소지하고 있는 자도 이에 해당한다.”

를 표시할 수 있다.⁹⁸⁾ 단, 부정수표단속법 제2조 제1항 소정의 부정수표를 소지하고 있는 자는 여기에 해당되지 아니하고, 과실에 의해 발행된 부정수표를 소지하고 있는 자는 제2조 제4항에 의거 이에 해당된다.

나. 공범의 회수

수표의 회수와 관련하여 공범이 부도수표를 회수한 경우에 이를 회수하지 않은 다른 공범에 대한 효과를 어떻게 인정할 것인지의 문제가 있다. 친고죄에 있어서 고소불가분의 원칙을 규정한 형사소송법 제233조의 규정은 반의사불벌죄에는 준용되지 않는다. 그러나 판례에 의하면 수표가 공범에 의하여 회수된 경우 그 소추조건으로서의 효력은 회수 당시 소지인의 의사와 관계없이 다른 공범에게도 당연히 미친다.⁹⁹⁾ 따라서 공범이 부도수표를 회수하면, 부도수표를 회수하

98) 대판 2000.5.16, 2000도123. “부정수표단속법 제2조 제2항 위반죄에 있어서 제1심판결 선고 전에 당해 수표의 소지인이 그 발행인의 처벌을 원하지 아니하는 의사를 표시한 경우에는 공소기각의 선고를 하여야 하는바, 이러한 처벌불원 의사의 표시를 할 수 있는 소지인이란 이러한 의사를 표시할 당시의 소지인을 말하는 것으로서 통상 지급제시를 한 자가 이에 해당한다고 할 것이나 지급 거절 이후 당해 수표가 전자에게 환수되었다면 환수받아 실제로 이를 소지하고 있는 자가 이에 해당하고, 이 경우 만약 환수받은 수표를 분실하였다면 그 분실 당시의 소지인이 이러한 처벌불원의 의사를 표시할 수 있다고 하여야 할 것이다(대법원 1995. 11. 28. 선고 95도1836 판결 참조). 기록에 의하면, 제1심판결 선고일 전인 1999. 9. 27. 공소외 한영용이 이 사건 수표 중 수표번호 마가 02051576에 관하여, 공소외 김명순이 수표번호 마가 02293276에 관하여 제1심 법원에 ‘이 사건 수표를 소지하다가 분실하였으나 피해변제를 받았으므로 피고인의 처벌을 원하지 아니한다’는 내용의 각 확인서를 제출하고 있고(소송기록 73, 75쪽), 한편 이 사건 수표 2장의 지급제시인은 거래은행의 고발장에 표시되어 있지 아니하나, 수표번호 마가 02051576의 뒷면에는 ‘부흥상사 한영용’의 명판이 찍혀 있고, 수표번호 마가 02293276에도 비록 김명순 명의는 없지만 앞면에 ‘배경련’이라는 기재와 뒷면에 ‘한국새큐리트 주식회사’ 및 ‘(주)항도유리’라는 명판이 날인되어 있는 사실을 인정할 수 있으므로, 이 사건 수표 2장은 그 지급이 거절된 뒤, 한영용과 김명순이 이를 각 환수하여 소지하다가 분실함으로써 피고인에게 반환할 수 없게 되자 소지인으로서 피고인의 처벌을 원하지 아니하는 의사를 표시한 것으로 볼 여지가 있다. 따라서, 원심으로서서는 마땅히 위 각 확인서 제출 당시 한영용과 김명순이 이 사건 수표 2장의 소지인에 해당하는지의 여부를 심리하여 만약 그 소지인에 해당한다면 이 사건 공소를 기각하여야 할 것임에도, 원심은 이 점에 관하여 아무런 심리를 하지 아니한 채 피고인을 유죄로 인정하였으니, 원심판결에는 결국 부정수표단속법 제2조 제4항에 관한 법리를 오해하여 심리를 다하지 아니함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다.”

99) 대판 2009.12.10, 2009도9939. “부정수표단속법 제2조 제4항에서 부정수표가 회수된 경우 공소를

지 않은 공범에 대해, 회수된 수표에 관한 부분의 공소사실에 대하여는 공소를 기각하여야 한다.

한편 본죄를 범한 공범 중 먼저 기소된 공범 중 1인 자신에 대한 제1심판결선고 후에 부도수표를 회수하였는데, 뒤늦게 기소된 나머지 공범에게는 회수의 효력이 인정될 수 있는지 문제될 수 있는바, 발행인 등의 수표회수가 있거나 수표소지인의 명시적인 불처벌 의사가 있는 경우 처벌할 수 없도록 하고 있는 본 조항의 입법취지에 비추어 볼 때, 공범 중 1인의 수표회수의 효력은 나머지 공범에도 미친다고 보아야 하므로, 제1심 계속 중인 나머지 공범에 대해서는 회수된 수표 부분의 공소를 기각하여야 한다.¹⁰⁰⁾

제2절 부정수표단속법 조문의 문제점 검토

1. 고의 또는 과실의 문제

가. 고의 및 과실의 필요성과 고의의 존부판단 시기

1) 문제의 소재와 법문언

부정수표단속법의 제정시부터 해석상 대립이 있었던 문제는 부정수표의 발행죄가 성립하기 위하여 고의 및 과실을 필요로 하는가 하는 것이다.

제기할 수 없도록 하는 취지는 부정수표가 회수된 경우에는 수표소지인이 부정수표 발행자 또는 작성자의 처벌을 희망하지 아니하는 것과 마찬가지로 보아 같은 조 제2항 및 제3항의 죄를 이른바 반의사불벌죄로 규정한 취지로서 부도수표 회수나 수표소지인의 처벌을 희망하지 아니하는 의사의 표시가 제1심판결 선고 이전까지 이루어지는 경우에는 공소기각의 판결을 선고하여야 할 것이고(대법원 1995. 2. 3. 선고 94도3122 판결 등 참조), 이는 부정수표가 공범에 의하여 회수된 경우에도 마찬가지이다(대법원 2005. 10. 7. 선고 2005도4435 판결 등 참조). 위 법리와 기록에 의하여 살펴보면 원심이 피고인에 대한 원심 판시 각 수표를 발행하여 지급되지 아니하게 하였다는 부정수표단속법 위반의 점 중 그 판시 범죄일람표(1) 순번 1, 3, 6, 7, 9, 21, 22 및 범죄일람표(2) 순번 2, 4의 각 수표 9장 액면 합계 84,500,000원을 제외한 나머지 부분을 유죄로 인정한 조치는 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 법리오해 등의 위법이 없다.”

100) 동지의 이주원 앞의 책, 397쪽.

제정당시의 부정수표단속법 제2조는 “부정수표라 함은 가설인의 명의로 발행한 수표, 은행과의 당좌예금계정의 약정없이 발행하거나 은행으로부터 거래정지 처분을 받은 후에 발행한 수표, 은행에 등록된 것과 상위한 서명 또는 기명날인으로 발행한 수표, 예금부족으로 제시기일에 지급이 되지 아니한 수표를 말한다”고 정의하고, 제4조는 부정수표를 작성한 자뿐만 아니라 발행한 자, 대리인이 있을 경우의 본인, 단체나 법인체의 대표자까지 처벌한다고 규정하고 있었다.

2) 견해의 대립과 판례의 입장

이에 대하여 부정수표단속법은 특별행정형법이므로 명문규정이 없더라도 그 규정의 취지로 미루어 보아 고의에 관한 형법총칙의 규정을 배제하여, 고의 및 과실을 필요로 하지 않는다는 해석론¹⁰¹⁾과 일부 판례¹⁰²⁾도 있지만, 대법원은 일관하여 부정수표의 발행죄는 고의범임을 거듭 판시하여 왔다.

즉, 대법원은 “특별형법규정에 의하여 처벌되는 범죄에는 고의를 요하지 아니한다는 취지가 그 법규에 명문으로 규정되었다거나 그 명문이 없다 하여도 법규의 규정 중 위와 같은 취지를 명백히 확인할 수 있는 경우가 아니고서는 특별형벌법규에 의한 범죄구성요건에 있어서도 일반형법의 원칙에 따라 고의를 필요로 한다 할 것이요, 고의에 의한 형벌법규위반과 과실에 의한 위반과는 그 위법성에 대한 사회적 책임비난의 정도에 차이가 있고, 따라서 그 형벌의 정도에 있어서도 차이가 있음이 원칙이며, 범죄구성에 필요한 고의는 죄가 될 사실의 인정 또는 예견이 있으면 족하고 그 사실발생을 희망한다거나 결과발생을 의욕하면서 그 행위를 요하지 아니함은 물론이다. 본건에 있어서 부정수표단속법을 검토하여도 일반형법의 원칙인 고의에 관한 형법총칙의 규정을 배제한다는 명문규정을 발견할 수 없을 뿐만 아니라 법규정을 精査하여 보아도 고의의 요건을 배제한다는 취지를 발견할 수 없고, 본건 공소사실에 대한 위반법조로서 지적된 위의 법

101) 이 점에 대해서는 윤천희, 앞의 책, 29-30쪽 참조.

102) 대판 1965.9.21. 68도627의 원심판결 참조. 원심은 “부정수표단속법 위반죄는 예금 또는 당좌대월금의 한도를 초과한 수표를 발행한 후 지급거절이 되지 아니하게끔 충분한 예금을 하지 아니함으로써 그 수표의 지급이 거절된 결과에 대하여 형사책임을 지우는 부작위범이라고 볼 것”이라고 판시하였다.

제2조 제1항 제2호, 제4조 제1항 및 제3항에 의하면 ‘부정수표를 발행 또는 작성한 자는 2년 이하의 징역 또는 수표금액의 2배 이상 10배 이하의 벌금에 처한다(대리인이 발행한 경우에도 본인도 처벌된다)’라고 규정함으로써 중한 징역형까지를 처벌할 수 있도록 규정하였다는 점들을 종합하여 고찰하면 피고인에 대한 본건 공소사실에 있어서도 피고인의 고의를 필요로 한다고 해석함이 타당한 바”라고 판시하여¹⁰³⁾, 고의를 요함을 명백히 하였고 이어 “부정수표단속법 제4조는 동법 제2조 각호의 1에 해당하는 수표를 고의로 발행 또는 작성하는 행위를 처벌하기 위한 규정이고 위 제2조 제4호의 예금부족으로 정시기일에 지급되지 아니한 수표라는 표현이 마치 그러한 결과발생만으로써 처벌되는 것 같은 형식으로 되어 있으나 그 경우에도 수표발행자가 그러한 결과발생을 예견하고 이를 발행하였다는 주관적 요건이 있어야 한다는 것이 당원이 이미 판례로써 명시한 견해인 바”¹⁰⁴⁾라고 재차 확인하고 있다.

3) 소결

이와 달리 현행 부정수표단속법상의 부정수표발행죄에 대하여는 당연히 고의 및 과실을 필요로 한다고 해석되는데, 이는 제2조 제3항에서 “과실로 인하여 전2항의 죄를 범하는 자는” 이라고 규정되어 있는 점과 제1항과 제2항에서 부정수표발행의 고의범을 규정한 것을 전제로 하여 그 과실범을 규정하고 있다는 데서 그 근거를 찾을 수 있다.

(1) 법문언의 구조

부정수표단속법은 부정수표의 발행죄에 대하여 제2조 제1항에서 가설인의 명의로 수표를 발행하는 행위, 금융기관으로부터 거래정지처분을 받은 후에 수표를 발행하는 행위, 금융기관에 등록된 것과 상위한 서명 또는 기명날인을 수표를 발행하는 행위를, 제2항에서는 수표를 발행하거나 작성한 자가 수표를 발행한 후에 예금부족, 거래정지처분이나 수표계약의 해제 또는 해지로 인하여 제시

103) 대판 1965.6.29. 65도1

104) 대판 1965.9.21. 68도627

기일에 지급되지 아니하게 하는 행위를 나누어 규정하고 있다.

제1항에 규정된 행위들은 발행자체로서 부정수표가 되는 것이고, 제2항에 규정된 것들은 수표를 발행한 후에 도래하는 제시기일에 그 수표가 일정한 사유로 말미암아 지급거절됨으로써 비로소 부정수표가 되는 경우이다.

제1항의 경우에 범죄가 성립하기 위한 고의의 내용은 각 호에 열거된 바와 같은 수표를 발행하거나 작성한다는 사실을 인식하는 것이며, 그 과실의 내용은 정상의 주의를 태만히 함으로써 그러한 사실을 인식하지 못하는 것이다. 제2항의 경우에 있어서 고의의 내용은 예금부족, 거래정지처분, 수표계약의 해제 또는 해지로 인하여 제시기일에 지급되지 아니할 것이라는 인식 또는 예견으로써 확정적임을 요하지 않고 미필적 고의범이라도 무방하다.

제2항에 있어서 고의가 수표의 발행·작성시에 존재하여야 하는가에 대하여 이를 부정하는 견해는, 만일 고의가 수표의 발행·작성시에 존재해야 한다면 수표를 발행할 당시에는 지급제시에 대비한 충분한 예금잔고나 그 확보책이 있었고 고의가 없었다고 하더라도 그 후에 일부러 당좌계약을 해지하여 제시기일에 지급되지 못하게 하는 경우에 위 견해에 의하면 이를 처벌할 수 없는 불합리한 점이 있다고 한다. 따라서 제2조 제2항은 수표를 발행·작성할 때에 고의가 있었던 경우는 물론 수표를 발행한 후에 비로소 고의가 발동된 경우도 처벌하려고 하는 규정으로 이해되므로, 따라서 수표를 발행한 후 그 수표금의 결제를 하기 이전에 수표발행자가 임의로 예금부족상태를 야기하거나 거래정지처분을 자초하고, 또는 당좌계약을 자초하거나 당좌계약을 해지한 경우에는 설사 수표를 발행할 당시에는 충분한 예금잔고나 그 확보책이 있었고 고의가 없었다고 하더라도 위와 같은 사태가 발생하는 순간에 확정적인 고의가 성립하는 것으로 보아야 한다고 주장한다.¹⁰⁵⁾

105) 이에 대해서는 김대웅, 부정수표단속법 제2조 제항 및 제4조 범죄에 관하여, 정연논총, 사법연수원, 2010, 267-268쪽, 조용호, 부정수표단속법 제2조 제2항의 문제점, 재판자료 제31집, 법원도서관, 1986, 709-710쪽 참조

(2) 고의의 성립시기

그러나 대법원의 확고한 입장에 의하면 본죄의 기수시기는 수표의 발행·작성 시가 명백하며,¹⁰⁶⁾ 본죄의 성립시기를 수표의 발행·작성시로 보는 이상, 고의는 그 시점을 기준으로 존재해야 하므로 본죄의 고의는 수표의 발행·작성시에 존재해야 하는 것으로 보아야 하며, 부정론이 거시하는 바처럼 수표의 발행·작성 시에는 고의가 없다가 수표를 발행한 후에 고의가 발동한 경우는 형법이 사후고의를 인정하지 않는바, 고의범으로 볼 수 없음은 분명하며 만일 발생한 결과에 대한 예견가능성이 있었다면 다만 제2조 제3항의 과실범에 해당할 여지만 있다고 할 것이다.

(3) 과실의 성립시기

한편 위 경우의 과실은 정상의 주의의무를 태만히 함으로써 수표발행 후에 이르러 제시기일에 그 수표가 지급되지 아니하게 하는 원인행위(예금부족 등)가 있는 것 및 이로 말미암아 금융기관으로부터 그 수표가 지급거절되는 결과가 발생한다는 사실을 예견하고 회피하지 못하는 것으로 보면 될 것이다. 그렇다면 위 수표의 발행·작성시에 고의가 존재하여야 한다는 취지는 만일 수표의 발행·작성시에는 고의가 존재하지 않았지만, 그 후에 일부러 당좌계약을 해지하여 제시기일에 지급되지 못하게 하는 때에 이를 과실범으로 볼 수 있다는 것인데, 이는 수표가 제시기일에 지급되지 못하게 되는 원인행위, 즉 일부러 당좌계약을 해지하게 될 상황을 사전에 예견하고도 이를 회피하지 못하는 경우라 할 수 있을 것이다.

106) “부정수표를 발행 또는 작성한 사람의 범죄는 같은 법 제2조 각호의 사유를 인식하고, 수표를 발행한 때에 성립한다.” 대판 1966.9.27. 65도324. 동지의 대판 1981.9.22. 81도1661;1986.3.11. 85도2640

나. 고의 및 과실에 관한 판례의 검토

1) 긍정례

(1) 수표를 발행할 때에 수표부도에 관한 미필적 고의가 있었던 사례

피고인이 회사의 운영자금이 부족하여 다른 사람으로부터 자금을 빌려 쓰고 선일자수표를 발행하여 왔는데, 1964년 4월경부터는 상품판매와 대금회수가 더욱 부진하여 회사가 운영난에 봉착하게 되자 은행의 당좌거래에 대한 확보책이 없음을 알면서 이미 발행된 선일자수표의 부도를 방지하기 위하여 높은 이자를 가산한 선일자수표를 발행하고 자금을 조달하여 당좌예금을 하였기 때문에 전에 발행한 선일자수표의 부도는 방지하였으나 4월중에 발행한 수표는 자금부족 또는 은행의 거래정지로 인한 무거래를 이유로 부도된 사실, 피고인이 부도수표를 회수함에 있어서 현금으로 채무를 변제한 것은 극히 적고 대부분은 공장의 기계 설비 등에 저당권을 설정하여 주고 회수한 사실을 인정할 수 있음에 비추어 피고인은 수표를 발행한 때에 부도수표에 관한 미필적 고의가 있었다고 볼 것이다.¹⁰⁷⁾

(2) 수표 부도에 관한 고의가 있는 경우

선일자수표 발행 후에 수표계약이 해지되어 그 지급제시기일에 지급이 되지 아니하고, 발행당시 수표금액에 상당한 예금도 없었으며, 수표지급을 위한 당좌 예금에 대한 확보책도 없었다면, 그 수표를 발행할 때에 부도수표에 관한 고의가 있었다 할 것이다.¹⁰⁸⁾

(3) 당좌예금확보책의 불비

부정수표단속법 제2조 제2항의 위반죄는 예금부족으로 인하여 제시일에 지급되지 아니할 것이라는 결과 발생을 예견하고 발행인이 수표를 발행한 때에 성립하는 것이므로, 수표금액에 상당한 예금이나 수표금 지급을 위한 명확한 당좌예

107) 대판 1966.2.22. 66도39.

108) 대판 1980.2.26. 79도1198

금확보책도 없이 수표를 발행하였다면, 이는 부정수표단속법 위반죄에 해당한다.¹⁰⁹⁾

2) 부정예

(1) 화재로 인하여 장사를 할 수 없게 되어 예금부족으로 수표가 부도로 처리된 경우

피고인은 10여년간 거래관계로 발행한 수표를 정상적으로 결제하여 왔는데 본건 수표는 그 제시일 전일의 화재로 피고인의 점포가 전부 소실되어 영업을 하지 못하게 됨으로써 예금부족의 결과가 발행되었다면 피고인을 부정수표단속법 제2조 제2항 위반죄로 처벌할 수 없다.¹¹⁰⁾

(2) 당좌수표의 발행 명의인에게 수표발행에 관한 고의를 인정하지 아니한 예
피고인 갑이 1968년 11월 7일 조흥은행 목포지점과 당좌수표계약을 체결하고 수표거래를 함에 있어서 을에게 동인의 요청이 있으면 수표장을 떼어주어 갑 명의의 수표를 작성하여 사용하게 하다가 1972년경 갑이 서울로 주거를 옮김에 당하여 을에게 현금과 수표거래에 필요한 고무인과 인감도장을 맡기고 당시까지 발생한 수표로서 미지급된 수표금의 결제와 그 결제가 끝나는대로 위 수표계약의 해지를 의뢰하고 상경한 후 수개월 후에 해결되었으니 안심하라는 그의 연락을 받아 그 계약이 해지된 것으로 알고 8년여를 경과한 바, 을은 갑의 고무인과 인감을 보관함을 기화로 위 수표계약을 해지하지 아니하고 갑 명의로 수표거래를 하여 오다가 갑의 부지 중 이 건 수표의 부도를 발생케 하였다면 갑에게 이 건 수표발행에 관한 고의를 인정할 수 없다.¹¹¹⁾

109) 대판 1988.3.8. 85도1518

110) 대판 1981.3.24. 81도115

111) 대판 1981.8.25. 81도1596

- (3) 수표의 발행을 그 명의자가 묵시적으로 승인한 것으로 볼 수 없다고 한 사례

피고인이 자기가 경영하던 회사를 갑에게 양도함에 있어서, 쓰다 남은 당좌수표와 대표이사 직인을 건네주며 이를 은행에 반납, 새로운 대표이사 명의로 당좌거래 명의를 변경하겠다는 갑의 말을 믿고, 작성 명의자란에 피고인의 고무인이 찍힌 당좌수표 16매와 대표이사 직인을 갑에게 교부하였던바, 그 후 갑이 피고인 모르게 16매의 수표중 7매의 수표에 액면금액을 기재하고 보관 중이던 피고인의 대표이사 직인을 날인하여 피고인 명의의 수표를 발행, 부도에 이르게 된 경우라면 피고인이 위 수표의 사용을 묵시적으로 승인한 것이라고 단정하기 어렵다.¹¹²⁾

- (4) 회사의 임직원이 사임한 대표이사의 명의를 모용하여 부도수표를 발행한 경우

부정수표단속법 제2조 제3항이 정하는 과실범은 수표를 발행하거나 작성한 자가 과실로 인하여 그 수표가 예금부족 등으로 지급거절되는 것을 예견하지 못하였을 때 성립할 따름이므로 그 주체는 어디까지나 수표를 발행하거나 작성한 자 본인이어서 비록 퇴임하는 대표이사가 자기명의로 수표가 발행되지 못하도록 자기명의로 名板을 회수하고 거래은행에 대하여 당좌거래약정을 해지하는 등 제반 조치를 취하지 않아 회사임직원이 퇴임한 대표이사명의로 수표를 발행한 경우라도 그 퇴임한 대표이사에게 과실로 인한 부정수표발행의 책임을 물을 수 없다.¹¹³⁾

- (5) 수표를 견질용으로 발행하면서 다른 담보를 충분히 제공하고 원인채무를 변제하였는데 소지인이 반환의무에 위배하여 지급제시한 경우

피고인이 갑으로부터 돈을 빌리고 그 채무를 담보하기 위하여 소위 견질용으로 수표를 발행한 것이나 갑의 요구에 따라 여러 부동산에 근저당권 설정등기

112) 대판 1983.6.14. 82도2103

113) 대판 1984.2.28. 83도2565

또는 가등기를 하는 방법으로 충분한 담보를 제공하였고, 갑은 피고인이 원리금을 다 갚을 때까지 위 수표를 담보로만 보관하고 있겠다고 각서까지 써 주어서 피고인이 제공한 다른 담보가 있는 한 갑이 수표를 지급제시하지 아니할 것으로 믿었고, 그 후 수표의 원인된 채무가 모두 변제되어서 피고인은 이 수표가 지급제시되지 아니하고 반환될 것으로 믿고 있었고 그 믿음이 정당한데, 그 소지인 갑이 이를 피고인에게 반환하여야 할 의무에 위배하고 백지로 된 발행인을 무단 기재하여 부당하게 지급제시된 것이라면, 피고인에게 이 수표금이 지급되지 아니함에 따른 책임을 물을 수 없다.¹¹⁴⁾

2. 주체와 법정형의 문제

가. 주체의 확장 문제

1) 부정수표를 발행한 자 또는 작성한 자

부정수표단속법 제2조 제1항의 주체는 부정수표를 발행한 자 또는 작성한 자를 말한다. 부정수표를 발행한 자는 가설인의 명의로 수표를 발행한 자, 금융기관(우체국 포함)과의 수표계약 없이 또는 금융기관으로부터 거래정지처분을 받은 후에 수표를 발행한 자 및 금융기관에 등록된 것과 상위한 서명 또는 기명날인으로 수표를 발행한 자를 말한다.¹¹⁵⁾ 부정수표를 작성한 자란 수표법상의 수표요건을 대리기입하는 것과 같은 기계적인 행위를 한 자를 지칭하는 것이 아니고 발행인과 공모하거나 그의 포괄적 위임하에서 부정수표를 만든 자를 말하며 이때의 작성행위는 발행과 동일시할 정도의 외관을 요한다.¹¹⁶⁾ 따라서 경리담당 사원이 사장의 서명날인된 수표용지에 사장의 지시로 금액만을 기입하였다면, 이러한 경리사원은 기계적으로 행동하였을 뿐이므로, 본죄에서 말하는 수표의 작성자로 볼 수 없다.¹¹⁷⁾

114) 대판 1992.9.22. 92도1207.

115) 부정수표단속법의 주체에 대해서는 윤천희, 앞의 책, 28-38쪽 참조.

116) 대판 1975.12.9, 74도2650

2) 정당성의 개념

부정수표단속법 제2조 제2항의 주체는 수표를 정당하게 발행하거나 작성한 자를 말한다. 수표를 정당하게 발행한 자라 함은 은행과 체결한 수표계약에 의하여 적법하게 수표를 발행한 자를 말한다. 그러므로 타인이 발행한 백지수표의 백지부분인 금액이나 발행년월일 등을 보충 기재한 자는 수표의 발행인이나 작성자가 아니다.¹¹⁷⁾ 법 제2조 제2항의 범죄행위의 주체는 같은 규정 첫머리의 “수표를 발행하거나 작성한 자”의 문구를, 같은 규정 끝머리의 “지급되지 아니하게 한 때”라는 문구와 결합하여 살펴볼 때 당해수표의 발행자로 표시되어 있는 사람과 당해수표의 수표요건을 작성한 사람 가운데서 그 수표의 지급인(은행)과의 사이에 실질상으로 자금관계가 있는 사람을 가리킨다.¹¹⁸⁾ 수표의 작성자라 함은 수표의 발행명의인 이외의 사람이 그 수표요건의 전부를 기재하는 경우에 한하지 않고 그 수표작성에 실질적으로 관여하는 경우도 포함한다고 해석함이 부정수표단속법의 입법취지에 부합한다.¹²⁰⁾

117) 대판 1975.12.23, 75도2737

118) 대판 1972.9.26, 72도1459; 대판 1981.9.8, 81도1494

119) 대판 1988.8.9, 87도2555. “부정수표단속법 제2조 제2항의 범죄행위의 주체는 같은 규정 첫머리의 “수표를 발행하거나 작성한 자”의 문구를 같은 규정 끝머리의 “.....지급되지 아니하게 한 때”라는 문구와 종합하여 살펴볼때 문제로 된 당해 수표의 발행자로 표시되어 있는 사람과 당해 수표의 수표요건을 작성한 사람 가운데에서 그 수표의 지급인과의 사이에 실질상으로 자금관계가 있는 사람만을 가리킨다 할 것이고 같은 규정의 발행이라는 뜻은 위에서 본 행위주체가 수표용지에 수표의 기본요건을 작성하여 상대방에 교부하는 행위를 일컫는다 할 것이므로 원심이 선일자 수표를 피고인이 실제로 작성하여 소외 채병률에게 넘긴 1980.12.30.을 발행일로 보고 그 선일자 수표상의 당초 발행일인 1981.6.30. 만을 피고인이 위 채병률의 양해이래 1981.12.30.로 고쳤다는 소론 1981.9. 초를 여기에서 말하는 발행한 날로 안본 것은 옳고 여기에는 소론과 같은 법리 오해가 있다 할 수 없다. 그리고 이와 같이 발행일에 관한 원심의 판단이 올바른 이상 원심이 같은 수표의 발행일자를 고쳐준 날을 그 무렵이라고 실시했다 해서 채증법칙위배로 인한 사실오인의 허물이라고 할 수도 없다.”

120) 대판 1973.1.16, 72도2705. “원판결 이유에 의하면 원심은 그 거시의 증거에 의하여 복성전기공업주식회사 상무이사인 피고인은 동 회사 대표이사 민병홍이 발행한 부정수표의 민병홍 인장옆에 피고인의 실인을 날인하였고 민병홍이 발행하는 수표에는 발행인 민병홍의 날인외에 피고인의 날인까지 필요한 것으로 은행과 당좌거래약정을 하였던 사실을 인정할 수 있으나 그런 경우 피고인은 민병홍이 발행한 수표의 작성자도 아니고 발행자도 아니므로 피고인의 소위는 부정수표단속법 소정의 발행자 또는 작성자로서의 범죄가 성립되지 아니하거나 그 범죄의 증명이 없는 경우에 해

3) 배서인의 경우

그런데 이러한 부정수표단속법의 규율방식에 대해 수표의 발행인이나 작성인 뿐만 아니라 배서인 등도 수표의 피지급성에 문제가 있다는 것을 알고서도 수표 관련자에 대한 기망의 의도로 유통시킨 경우에는 발행인 등과 같이 처벌할 수 있고, 발행인과 작성인만 처벌하여야 할 이유는 없다는 견해가 있다.¹²¹⁾ 부정수표단속법의 목적을 수표의 피지급성만 보호하는데 있는 것이 아니라 수표의 피지급성에 문제가 있음을 인식하고 이를 기망의 의도로 이용한 자를 처벌하려는 것을 목적으로 한다고 본다면 발행인과 이미 발행된 수표를 유통시킨 자를 구별할 필요가 적어진다는 것이다. 실제로 미국의 여러 주의 경우 부정수표의 발행인뿐만 아니라 이를 유통시킨 자도 처벌하는 규정을 두고 있다는 비교법적 근거를 제시한다.

생각건대, 배서란 발행이나 보증 및 인수 등과는 명확히 구분되는 유가증권상의 법률행위(증권행위)로서¹²²⁾ 어음 및 수표상에 어음 및 수표상의 권리자가 그 권리를 제3자에게 이전함과 동시에 어음 및 수표상의 채무를 부담하는 요식의 단독행위이다.¹²³⁾ 이렇게 볼 때, 부정수표단속법상의 발행 및 작성인의 범위를 법문의 가능한 범위 내에서 확장한다 하더라도 배서인을 포함시킬 수 없음은 명백하다. 이 점은 앞서 검토한 바와 같이 본죄의 성립시기가 수표를 발행 및 작성한 때에 인정된다는 판례의 확고한 입장¹²⁴⁾에 비추어 보면 더욱 명확해 진다.

당된다고 하여 무죄를 선고하였다. 그러나 그런 경우 피고인이 민병홍 명의의 부정수표를 발행하거나 작성한 자가 아니라 하더라도 피고인의 위 소위는 민병홍의 부정수표 발행행위에 공동가공한 자로서 형법 제30조 소정의 공동정범의 성립을 인정할 수 있는 자료가 될수 있을 것임에도 불구하고(공소장 변경하여 피고인을 공동정범으로 소추하고 있다) 만연히 범죄의 증명이 없다고 하여 무죄를 선고한 원심판결에는 필경 채증법칙을 어겨 판결에 영향을 미쳤다 할 것이니 이점을 논란하는 검사의 논지는 이유있다.”

121) 이러한 견해로 윤성승, 앞의 논문, 310-311쪽 참조

122) 이 점에 대해서는 안동섭, 앞의 책, 37쪽 이하 참조

123) 배서의 성질은 첫째, 어음 및 수표상에 행하는 요식의 단독행위이며 둘째, 어음 및 수표상의 권리를 제3자에게 이전하는 것을 목적으로 하는 배서인의 증권적 의사표시이고 셋째, 어음 및 수표상의 권리를 이전함과 동시에 어음 및 수표상의 채무를 부담하는 것을 목적으로 하는 증권적 단독행위다. 이에 대해서는 안동섭, 앞의 책, 164-165쪽 참조

124) 대판 1979.9.25, 78도2623; 대판 1981.3.24, 81도115. “원심판결은 피고인이 1978.9.경부터 동

즉, 배서인의 고의가 발행 및 작성자의 고의가 발생한 시점과 동일할 수는 없기 때문이다. 그러므로 “배서인 등도 수표의 피지급성에 문제가 있다는 것을 알고 서도 수표관련자에 대한 기망의 의도로 유통시킨 경우에는 발행인 등과 같이 처벌할 수 있다”는 견해는 형사정책적 측면에서 그 취지에는 공감할 수 있지만, 이에 대한 독립적 구성요건이 입법화 되지 않는 이상, 이는 어디까지나 본죄의 사후종범(auxilium post factum)이 될 여지가 있을 뿐,¹²⁵⁾ 본죄의 주체가 될 수는 없다고 본다.

나. 법정형의 문제

1) 현행법의 태도

현행 부정수표단속법은 부도수표의 경우 고의범은 5년 이하의 징역 또는 수표

년 10월경까지 부산 동구 범일동 소재 피고인 경영의 제일상회에서 동년 11.30자 액면 400,000 원 수표번호 785400 피고인 명의의 농업협동조합 부산지소장 앞으로 된 수표 1매를 위시하여 별지(생략함)기재와 같이 모두 수표 50매 액면 15,960,000원을 작성 발행하여 수표 소지인이 동 제시기일에 동 은행에 제시하였으나 예금부족으로 지급되지 아니하게 하였다는 사실을 단정하고 부정수표단속법 제2조 2항에 분죄한 제1심 판결을 유지하여 피고인의 항소를 기각하였다. 살피건대, 부정수표단속법 제2조 제2항 위반의 범죄는 예금부족으로 인하여 제시일에 지급되지 아니할 것이라는 결과발생을 인식하였거나 예견가능성이 있는데도 불구하고 그 수표를 발행한 때에 성립하는 고의범이라 할 것인 바(당원 1979.12.11. 선고 79도1334 판결 참조), 일진 기록을 검토하여도 피고인에게 그 발행수표가 예금부족으로 부도가 나리라는 인식이 있었다거나 그 예견이 가능하다고 볼 자료를 찾아볼 수 없으며 도리어 피고인의 변소에 의하면 피고인은 10여년간 피복상을 하면서 거래관계로 수표를 발행하여 아무탈 없이 결제하여 왔는데 본건 수표는 1978.11.27 발생한 자유시장의 대화제로 피고인의 점포가 몽땅 타버리는 바람에 현금 300여만원과 상품이 전부 소실되어 장사를 할 수 없게 되어 당좌예금을 못하였다는 것이다. 그렇다면 원심은 부정수표발행에 관한 법리를 오해하여 고의에 관한 증거없이 사실을 단정한 위법이 있다할 것이니 이점에 논지 이유있어 원심판결은 파기를 면할 수 없다.”

- 125) 다시 말해 고의 또는 과실에 의한 부정(부도)수표의 발행 및 작성죄가 성립한 후에 이를 방조하는 유형으로 볼 수 있다는 것이다. 그러나 판례가 본죄의 성립시점에 공소시효가 시작된다고 판시한 점(대판 1986.3.11, 85도2640)에 비추어 보면, 본죄의 성립시기는 범행의 가수시점이자 동시에 종료시점이므로 배서인의 행위는 범행이 이미 종료된 후의 방조에 해당하여(사후방조) 방조범으로 인정될 여지는 없고, 다만 독립된 범죄비호유형으로서의 사후종범이 될 가능성만 본다. 범행종료 후의 방조와 사후종범에 대해서는 이재상, 형법총론, 박영사, 2011, 359쪽과 김일수 서보학, 형법총론, 박영사, 2003, 646쪽 참조.

금액의 10배 이하의 벌금에 처하고, 과실범은 3년 이하의 금고 또는 수표금액의 5배 이하의 벌금에 처한다. 그런데 부정수표단속법의 법정형에 대해 지나치게 높다는 지적이 있다.¹²⁶⁾

2) 비교법적 태도

비교법적으로 보더라도 미국의 경우 모범형법전을 비롯한 대부분의 주가 경죄로 처벌하므로 1년 이하의 구금으로 처벌되는 비교적 가벼운 범죄로 취급하고 있고, 다만 텔라웨어주는 부도수표금액이 큰 경우, 2년 이하의 구금으로 처벌할 수 있는 중죄가 되지만, 중죄의 유형 중에서는 제일 낮은 것 중 하나라는 점을 거시한다. 나아가 중죄로 구분하는 기준이 부도수표금액을 기준으로 한 것이어서 고의범과 과실범을 구분하여 법정형에 차등을 두는 우리나라의 경우와는 다르다고 한다. 결국 우리나라의 부도수표 범죄에 대한 법정형은 미국보다 상당히 높다 할 것인데, 이는 사회신용도의 차이를 고려하더라도 우리나라의 법정형이 지나치게 높게 책정되어 있다는 주장이다. 실무상으로도 이러한 점을 감안하여 잔존 부도액수를 기준으로 법정형보다 매우 낮은 양형기준을 적용하고 있는 것으로 보인다¹²⁷⁾ 지적한다.

3) 소결

본죄의 법정형이 적절한지 여부는 단순히 비교법적인 입법례만 가지고는 판단할 수는 없고, 본죄의 보호법익과의 밀접한 관련성 속에서 고찰할 필요가 있다. 일반적으로 본죄의 보호법익은 기본적으로 수표의 유통성과 피지급성에 대한 사회일반의 신뢰라고 여겨진다.¹²⁸⁾ 나아가 부정수표단속법의 목적을 수표의 피지급성만 보호하는데 있는 것이 아니라 수표의 피지급성에 문제가 있음을 인식하고 이를 기망의 의도로 이용한 자를 처벌하려는 것이라고 본다면,¹²⁹⁾ 사기죄로

126) 윤성승, 앞의 논문 313쪽 참조

127) 법원행정처 양형사례집에 수록된 부정수표단속법 위반사례를 보면, 확정된 형을 기준으로 징역 1년을 초과한 경우가 없다. 법원행정처, 양형사례집, 2001.

128) 이주원, 앞의 책, 375쪽; 윤천희, 앞의 책, 21쪽.

서의 성격도 관념할 수 있을 것이다.¹²⁹⁾ 그런데 사기죄의 법정형 상한이 10년임을 고려할 때, 본죄의 고의범의 법정형 상한이 5년인 것은 과도하다고 생각되지 않는다. 기타 배신행위로서의 성격이 강한 배임죄나 횡령죄의 법정형 상한도 5년이라는 점에 비추어 보더라도 오히려 부정수표단속법의 법정형은 상당히 적절한 것으로 사료된다.

3. 과실범 처벌의 타당성 문제

가. 과실범 처벌의 타당성

부정수표단속법은 부도수표 발행인이나 작성자의 고의가 없더라도, 과실이 있는 경우 처벌한다. 그러나 과실범을 처벌하는 입법례는 전무하다는 점을 들어 과실범 처벌을 폐지해야 한다는 견해가 있다.¹³¹⁾ 이 견해는 우선 앞서 언급한 바 있는 미국의 경우 부정수표 발행자에 대한 처벌은 수표관련자에 대한 사기행위 내지 기망행위에 대한 처벌의 일종이므로, 수표자금의 부족에 대한 악의 또는 기망의 의사가 필요한 고의범으로 규정하고 있다는 점을 든다. 미국의 경우 부도발행 자체는 약속어음의 지급약속을 위반한 경우와 같이 그 자체로는 가벌성이 없으며, 과실에 의한 부도는 수표제도를 이용한 적극적인 기망이 아니므로 이를 처벌할 필요성이 없다고 입법적 결단을 내린 것이라는 것이다. 또한 부도발생을 과실로 유발한 경우에 이를 처벌한다면, 자금관리를 소홀히 하거나 경기가 좋지 않은 상황 속에서 기업활동을 하던 사업자가 연쇄부도 등으로 부도가 나는 경우에도 처벌의 가능성이 있게 된다고 한다. 왜냐하면 경기가 좋지 않은 상황 속에서는 연쇄부도로 인한 자금악화는 조금만 주의를 하면 예견가능한 문제로도 볼 수 있기 때문이라는 것이다.

129) 윤성승, 앞의 논문 310쪽.

130) 이주원, 앞의 책 376쪽.

131) 윤성승, 앞의 논문

나. 판례의 태도

이와 비슷한 맥락의 비판은 부정수표단속법 제2조 제2항에 대한 헌법재판소의 합헌결정에서도 제기된 바 있다.¹³²⁾ 동 합헌결정에서 청구인은 “이 사건 법률조항이 연쇄부도 등으로 인하여 수표금을 지급할 수 없게 된 경우 등 발행인에게 책임을 물을 수 없는 경우까지 형벌을 부과하는 것이어서 자기책임의 원칙에 반한다.”고 주장했던 바, 이에 대해 헌법재판소는 “청구인은 이 사건 법률조항이 연쇄부도 등으로 인하여 수표금을 지급할 수 없게 된 경우 등 발행인에게 책임을 물을 수 없는 경우까지 형벌을 부과하는 것이어서 자기책임의 원칙에 반한다고 주장한다. 그러나 이 사건 법률조항은 수표의 발행인이 그 수표가 예금부족·거래정지처분이나 수표계약의 해제 또는 해지로 인하여 제시기일에 지급되지 않을 것이라는 결과발생을 확정적 또는 미필적으로 인식 또는 예견한 경우에 적용되고, 수표 발행인의 이러한 고의는 수표 발행 당시에 존재하여야 하는 것이라는 점에 비추어 보면, 이 사건 법률조항이 수표발행인의 결정과 선택에 관계없이 수표발행인에게 책임을 지우는 것이라 볼 수 없으므로, 청구인의 위와 같은 주장도 이유없다.”고 설시한 것이다. 한 마디로 말해 동 조문은 결과발생에 대한 확정적 또는 미필적 고의를 요구하고 있으므로 형법상 자기책임의 원칙에 반하지 않는다는 것이다. 그렇다면 이러한 현재의 논리는 과실범에 대해서도 그대로 적용될 수 있다고 본다.

다. 소결

본죄의 존립근거가 단지 수표관련자에 대한 사기행위를 예방하려는 데 있는 것이 아니라, 수표의 유통성과 피지급성에 대한 사회일반의 신뢰보호에도 있다는 점을 고려하면, 반드시 고의범의 형태로 기망의 의사가 있는 경우뿐만 아니라, 그 수표가 예금부족·거래정지처분이나 수표계약의 해제 또는 해지로 인하여 제시기일에 지급되지 않을 것이라는 결과발생을 수표 발행인이 응당 예견가능함에도 이를 회피하지 못한 부주의가 있다면 충분히 그 주의의무 위반을 관념할 수

132) 현재결 2011. 7. 28. 2009헌바267 참조

있다 할 것이고, 자금관리를 소홀히 하거나 경기가 좋지 않은 상황 속에서 기업 활동을 하던 사업자가 연쇄부도 등으로 부도가 나는 경우라 하더라도 결과발생에 대한 주의의무 위반이 인정된다면 당연히 과실범으로서 처벌될 수 있기 때문이다. 그런 점에서 “경기가 좋지 않은 상황 속에서는 연쇄부도로 인한 자금악화는 조금만 주의를 기울이면 예견가능한 문제로도 볼 수 있다”는 논거는 부정수표단속법의 과실범 처벌을 폐지해야 한다는 논거라기보다는 오히려 “조금만 주의를 기울이면 예견가능하기 때문에” 과실범으로 처벌될 수 있다는 논거로 보아야 할 것이다. 그렇다면 부정수표단속법의 과실범 규정은 정당성이 있다고 본다.

제4장

부정수표단속법

제2조 제2항에 대한 합헌결정의 검토

안 성 조

부정수표단속법 제2조 제2항의 위헌성에 대한 검토는 지금까지 총 2차례에 걸쳐 진행되었다. 결과적으로 두 경우 모두 합헌결정이 내려지긴 하였으나 각 위헌심사에서 제기된 동 조항의 문제점과 그에 대한 결정이유에 제시된 논거들은 이론적으로나 실무적으로 매우 중요한 사항들을 포함하고 있다. 이하에서는 두 헌재결정을 면밀히 검토해 봄으로써 동 조항의 합헌성 여부와 법적 타당성을 판단해 보기로 한다.

제1절 부정수표단속법 제2조 제2항 위헌소원(헌재결 2001. 4. 26. 99헌가13)의 검토

1. 헌재결 2001. 4. 26. 99헌가13의 개요

가. 사건의 개요

당해사건의 피고인 신영찬은 1991.5.1.경부터 1998.12.31.경까지 주식회사 충남도시가스의 대표이사로 있던 자로서, 1993.6.3. 동남은행 대전지점과 위 회사

명의로 당좌수표계약을 체결하고 수표를 발행하여 오던 중, 1995.6. 말경 대전 중구 중촌동 210 소재 위 회사 경리와 사무실에서 수표번호 '마가0600240', 발행일자 '1998.6.17.', 액면 '8,260,000,000'원으로 된 당좌수표 1장을 발행하여 소지인이 지급제시기간 내에 지급제시하였으나 거래정지처분으로 지급되지 아니하게 하였다.

위 수표가 위와 같이 부도가 나게 된 경위는, 피고인이 위 회사의 대표이사로써 1995.6. 말경 위 회사의 시설투자 및 운영자금 조달을 위하여 회사채를 발행하면서 주식회사 동아증권을 지급보증회사로 지정하여 위 지급보증회사에 견질용으로 위 회사 명의의 액면란과 발행일이 백지인 위 당좌수표를 발행하였는데, 그로부터 3년여 후인 1998.6. 경 위 회사가 사업부진 등으로 어음교환소로부터 부도처분을 받자 위 부도 직후인 1998.6.15. 대전지방법원에 화의개시신청과 재산보전처분신청을 하여 1998.6.23. 위 법원에서 재산보전처분명령을 받고, 1998.12.1. 화의인가결정을 받아 현재 화의조건을 준수하면서 정상적으로 영업활동을 하고 있었으나, 위 동아증권은 위 재산보전처분신청 이틀 뒤이자 위 재산보전처분명령일 이전인 1998.6. 17. 액면란과 발행일을 위 공소사실 기재와 같이 보충하여 위 수표를 지급제시함으로써 위 수표가 부도에 이르게 된 것이다.

위 공소사실에 대하여 제1심 법원은 위 공소사실을 유죄로 인정하여 피고인에게 징역 2년의 형을 선고하였고 이에 피고인이 불복, 항소하여 현재 대전지방법원 항소심(99노1070호)에 공판계속중인바, 위 항소심 법원은 직권으로 부정수표단속법 제2조 제2항이 헌법 제6조 제1항의 국제법준중주의, 제10조의 행복추구권, 제11조 제1항의 평등권, 제12조 제1항의 실질적 죄형법정주의, 제119조 제1항의 자유와 창의를 보장하는 시장경제질서 및 헌법 제37조 제2항의 자유와 권리의 본질적 내용 침해금지 원칙에 위반할 소지가 있다는 이유로 위헌여부의 심판을 제청하였다.

나. 결정의 요지

1) 쟁점

동 결정에서는 첫째, 지급거절 될것을 예견하고 수표를 발행한 사람이 그 수표의 지급제시일에 수표금이 지급되지 아니하게 한 경우 수표의 발행인을 처벌하도록 규정한 부정수표단속법 제2조 제2항이 국제법존중주의에 위배되는지 여부 둘째, 동 법률조항이 평등의 원칙에 위배되는지 여부 셋째, 동 법률조항이 과잉금지 원칙에 위배되는지 여부 넷째, 위 법률조항이 적법절차 원칙에 위배되는지 여부 다섯째, 동 법률조항이 시장경제질서 원칙에 위배되는지 여부 등이 검토되었다.

2) 다수 의견

결정요지를 보면, 우선 헌법 제6조 제1항의 국제법존중주의는 우리나라가 가입한 조약과 일반적으로 승인된 국제법규가 국내법과 같은 효력을 가진다는 것으로서 조약이나 국제법규가 국내법에 우선한다는 것은 아니다. 이 사건 법률조항에서 규정하고 있는 부정수표 발행행위는 지급제시 될 때에 지급거절 될것을 예견하면서도 수표를 발행하여 지급거절에 이르게 하는 것으로 그 보호법익은 수표거래의 공정성이며 결코 '계약상 의무의 이행불능만을 이유로 구금' 되는 것이 아니므로 국제법존중주의에 입각한다 하더라도 국제연합 인권규약 제11조의 명문에 정면으로 배치되는 것이 아니라고 설시하였고 다음으로, 어음과 수표는 다같이 유통증권이기는 하지만 수표는 현금의 대용물로서 금전지급증권이라는 수표 고유의 특성 때문에 수표의 피지급성의 보장이 어음의 경우보다 더욱 강력하게 요청되는 점에서 어음과는 성질을 달리 하므로 지급거절 될것을 예견하고 수표를 발행하는 행위를 처벌한다고 하여 평등의 원칙에 반한다고 할 수는 없다. 그리고 신용증권으로 변칙 발행된 수표라 하더라도 수표 자체로 그 구별이 어렵고 또한 수표법상의 요건을 갖춘 수표라면 수표로서의 효력에 영향이 없어 언제든지 유통가능성이 있으므로 수표의 피지급성을 확보하고자 하는 법의 입법 목적 달성을 위하여는 위와 같은 수표도 그 적용대상으로 보아야 한다. 또한 수

표소지인이 어음소지인이나 다른 채권자들보다 우선변제받게 된다는 것은 수표 발행인이 처벌을 면하기 위하여 사실상 수표소지인에게 수표금을 지급하는 것 때문에 반사적으로 우선변제받는 것처럼 보일 뿐이므로 평등의 원칙에 반하는 것이 아니라고 보았다. 셋째로 이 사건 법률조항은 부정수표의 발행을 제재하여 수표의 유통기능을 확보함으로써 경제질서의 안정을 도모하고자 하는 데에 그 입법목적이 있고, 또한 과태료의 행정벌이나 금융상의 제재와 같은 대체수단 만으로는 위 입법 목적을 궁극적으로 달성하기에 부족했다는 그동안의 경험적 자각이 이와 같은 정책수단을 선택케 한 것으로 이러한 결단은 원칙적으로 존중되어야 한다. 수표의 법률적 특징과 강력한 유통가능성으로 말미암아 신용증권으로 변칙 발행된 수표 역시 이 사건 법률조항의 적용대상으로 보아야 하며 그렇다고 하여 이 사건 법률조항을 과잉입법이라 할 수 없다고 하면서 이어 1993년의 개정으로 소지인이 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시를 하면 수표발행인은 처벌을 받지 않게 되었고, 또한 금융기관의 고발은 단지 수사의 단서에 불과할 뿐이며, 인신구속에 관하여는 형사소송법의 구속절차에 따르는 것으로서 이 사건 법률조항과는 무관하며 또한 이 사건 법률조항이 채무불이행 자체만으로 처벌하는 것도 아니므로 실질적 죄형법정주의나 적법절차 조항에 위배되지 않는다고 보았다. 마지막으로 현재는 이 사건 법률규정이 다소의 역기능이 있다 해도 그것은 대부분 이용자의 변칙이용의 결과이고, 그로 인하여 우리 헌법이 추구하는 시장경제질서가 왜곡되어 헌법에 위반된다고 볼 수 없다고 실시하였다.

3) 반대 의견

동 결정에 있어서 재판관 권성의 반대의견이 있었던바, 그 요지를 보면 “수표의 부도를 내는 사람들 가운데에는 정말 열심히 기업을 경영하였으나 경제여건이 뜻밖으로 변화하여 눈물을 흘리면서 부도를 내는 사람이 있는 반면에 고의로 부도를 내거나 상대를 속여 돈을 유통하고는 부도를 내버리는 불성실한 사람도 있다. 이러한 두 가지 종류의 사람을 구별하지 않고 똑같이 취급하는 것이 바로 이 법률조항인데 이것은 사람을 사람답게 대접하는 처사가 아니다. 나타난 사실의 이면과 경위를 살피지 아니한 채 사실의 외면만을 기준으로 하여 획일적으로

일을 차단하는 것은 국가의 입장으로서는 매우 편리하다. 그러나 국가의 편의만을 생각하여 외면만을 보고 사람을 다루는 것은 문명한 사회의 법이라는 평가를 받기 어렵다. 국가권력에 대하여 사람을 사람답게 대접할 것을 명하는 문명사회 헌법의 기본정신은 인간의 존엄성을 선언하고 있는 우리 헌법 제10조에 잘 드러나 있고, 국가의 법이 법답게 만들어질 것을 요구하는 헌법정신은 적법절차를 규정한 우리 헌법 제12조의 기초가 되고 있다. 그렇다면 일단 부도가 나기만 하면 옥석을 구분함으로써, 성실하지만 그러나 불운한 사람을, 사람답게 대접하지 않는 이 법률조항은 헌법 제10조와 제12조에 위반되어 위헌임이 분명하다”고 판단하고 있다.

2. 제청법원의 위헌심판제청이유와 관계기관 등의 의견

가. 제청법원의 위헌심판제청이유

제청법원의 위헌심판제청이유는 다음과 같다. 우선 수표와 어음은 같은 유가증권이지만 어음이 신용증권임에 반하여 수표는 지급증권인바, 그래서 수표법은 일람출급성, 이자약정금지, 단기의 제시기간제도 등을 두어 수표가 신용증권화하는 것을 방지하고 있다. 그러나 백지수표나 선일자수표는 사실상 대여금채권의 담보나 장래에 발생하는 손해배상의 담보를 위하여 신용증권의 용도로 널리 변칙적으로 사용되고 있다. 이와 같이 수표가 어음과 같은 역할을 하고 있음에도 수표는 부도시 형사처벌이라는 강제성을 띠고 있다. 대한민국이 1990. 7. 10. 가입하여 조약 1007호로 발효된 국제연합의 ‘시민적및정치적권리에관한국제규약’ 제11조, 즉 ‘어느 누구도 계약상 의무의 이행불능만을 이유로 구금되지 아니한다’는 명문에 정면으로 배치되어 헌법 제6조 제1항의 국제법준중주의에 위반된다고 보았다.

둘째, 신용증권으로 변칙적으로 사용되고 있는 수표는 어음과 같은 역할을 하면서도 어음의 부도와 달리 수표 부도의 경우 발행자가 형사처벌을 받게 됨으로써 합리적 이유 없이 수표소지인을 지나치게 보호하게 되어 헌법 제11조 제1항

의 평등의 원칙에 위반되며, 수표 본래의 지급증권성과는 무관하게 신용증권으로 발행된 수표가 부도난 경우까지 포함하여 발행인을 처벌하는 것은 부정수표 단속법 본래의 입법목적 달성에 필요한 정도를 넘는 과잉입법이다.

셋째, 사업을 하는 사람의 경우 수표가 부도나면 그것이 일시적인 경영난에 의한 것이든, 소위 흑자도산 또는 연쇄부도의 경우이든 그 경위를 참작함이 없이 강력한 금융제재 뿐만 아니라 형사처벌까지 받게 되므로 그것을 피하기 위하여 또 다시 위법한 방법을 쓰게 되는 등 경제질서를 왜곡시키는 결과를 야기함으로써 헌법 제119조 제1항이 규정하는 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 하는 대한민국의 경제질서에 반한다.

넷째, 수표발행인은 수표 부도 즉시 소지인의 의사와는 관계없이 금융기관의 고발조치에 따라 필연적으로 형사입건이 되고 나아가 인신구속에까지 이른다는 점에서 헌법 제10조 소정의 행복추구권의 일반적 행동자유권, 헌법 제12조 제1항의 실질적 죄형법정주의를 침해하는 것이고, 이러한 형사처벌은 국민의 기본권 제한의 한계를 규정한 헌법 제37조 제2항에 위반된다.

나. 관계기관 등의 의견

동 위헌제청에 대해 법무부장관과 대전지방검찰청장은 다음과 같은 의견을 제시하였다. 첫째, 우리 헌법상의 국제법존중주의는 국제법과 국내법의 동등한 효력을 인정한다는 취지일 뿐 국제법우월주의를 채택한 것이 아니며 또한 국제연합의 위 규약 내용은 '계약상의 의무의 이행불능'만을 이유로 구금되지 아니한다는 것이고 이 사건 법률조항은 단순한 계약상의 의무의 이행불능 이상의 의미를 갖는 특별한 경우를 규정한 것이므로 위 규약에 배치되지 않는다.

둘째, 어떤 행위를 범죄로 규정하고 이에 대하여 어떤 형벌을 과할 것인가의 문제는 그 입법이 전체 형벌체계상 현저히 균형을 잃지 않는 한 입법정책의 당부의 문제이지 헌법위반의 문제는 아니다. 수표의 강력한 유통성과 신용성으로 인하여 수표의 부도로 인한 피해는 개인적인 범위를 넘어 전체 국민경제에 불신감을 조장함으로써 경제적 기본질서를 무너뜨리게 되는바, 특히 신용경제 개념이 부족한 우리나라의 현 상황에 비추어 볼 때, 수표 부도를 처벌할 필요가 더

욱 크다. 또한 채권자들 사이의 우선순위는 구체적인 거래태양에 의해 결정되는 것으로 수표소지인이 가장 강력한 보호를 받는다고 단정할 수도 없다.

셋째, 어음은 신용증권인 반면 수표는 지급증권으로서 일람출급성이 있어 그 기능상 차이가 있고 따라서 어음에는 민사책임만 지우고 수표에는 형사책임을 수반하게 하는 것은 그 기능상의 차이에 따른 합리적 차별이므로 평등의 원칙에 반하지 아니한다.

넷째, 수표의 유통성을 보장하여 금융거래의 신용질서를 확립하고 궁극적으로는 국민경제생활의 안정을 도모하고자 하는 이 사건 법률조항은 사회적 시장경제질서를 채택하고 있는 우리 헌법의 경제적 기본질서에 위반되는 것이 아니라 오히려 합리적이고 건전한 경제질서를 확립하게 함으로써 헌법에 보장된 국민의 경제상 자유와 창의성을 실현할 수 있게 하는 조항이다.

3. 합헌결정의 근거

가. 판단을 위한 전제

1) 수표의 법률상 특성

(1) 수표의 경제적 기능

현재는 동 사안에 대한 판단을 내리기에 앞서 수표의 법률상 특성을 다음과 같이 파악하였다. 현재에 의하면 수표는 발행인이 지급인(은행)에 대하여 수취인 그 밖의 수표의 적당한 소지인에게 일정한 금액의 지급을 위탁하는 유가증권이다. 즉 수표는 현금의 지급에 갈음하여 발행하는 지급증권으로서 발행인이 스스로 금전을 지급하는 번잡과 위험을 피할 목적으로 금융기관인 은행으로 하여금 현금 수수를 하도록 하기 위하여 발행하는 것이다.¹³³⁾ 위와 같이 수표는 “그 본질적인 경제적 기능이 지급기능인 점에서 신용기능을 그 제1차적 기능으로 하

133) 화폐로서 수표의 법적·경제적 기능에 대한 설명으로는 David Fox, *Property Rights in Money*, Oxford University Press, 2008, 168~169쪽 참조

고 있는 어음과 근본적으로 차이가 있으며 수표법에는 수표의 신용증권화를 방지하기 위한 여러 규정, 이자 기재의 부인, 수표의 일람출급성¹³⁴⁾, 단기의 지급 제시기간, 지급인의 배서 및 보증의 금지, 단기의 시효기간을 두고 있다.

2) 수표의 기능 보호와 법규정

위와 같은 수표의 경제적 기능으로 말미암아 수표는 어음에 비하여 경제사회의 거래질서에 미치는 영향이 훨씬 크고 또한 그만큼 남용될 가능성도 크다고 할 수 있다.”고 판단하고 있다. 따라서 부정수표가 남발되면 수표거래의 유통과 경제질서를 현저하게 교란시키게 되어 국가경제에 미치는 영향이 지대할 것이므로 위와 같은 수표의 남용가능성과 부도를 방지하고 수표의 지급성 확보를 위하여 수표법은 제3조에서 ‘수표는 제시한 때에 발행인이 처분할 수 있는 자금이 있는 은행을 지급인으로 하고 발행인이 그 자금을 수표에 의하여 처분할 수 있는 명시 또는 묵시의 계약에 따라서만 이를 발행할 수 있다’라고 규정하여 수표 발행을 위한 수표계약과 수표자금의 확보를 강제하고 있는 것이다. 동시에 수표법 제67조에서 이에 위반한 때에는 과태료의 제재를 가하도록 규정함으로써 수표가 확실히 지급되도록 하여 수표의 신용을 높이고자 꾀하고 있는 것이다.

그러나 수표법에 수표의 발행 자체를 제한하는 규정과 함께 수표의 신용증권화를 방지하기 위한 규정들이 있지만 그러한 규정에 위반된 수표라 하더라도 수표 요건을 모두 갖추고 있는 이상 수표로서의 효력에는 영향이 없다고 한다. 즉 “수표법은 수표가 본래의 경제적 기능인 지급수단으로서 사용되는 것을 전제로 하여 여러 규정들을 두고 있지만, 그렇다고 하여 수표가 예외적으로 신용증권으로 사용된다 하더라도 수표의 법률적 성질(무인증권성, 지시증권성)을 고려하여 그 유효성을 인정하고 있다”는 것이다.

134) 일람출급이란 지급인에게 제시되는 날이 만기가 되는 것을 말한다. 예컨대 수출입거래에서 수입자에게 일람출급어음이 내도하면 “일람 즉시” 대금을 지급하여야 한다. 다시 말해 수표의 ‘일람출급성’이란 수표는 현재 지급자금을 가지고 있는 자가 발행하는 것이므로 지급준비를 위하여 일정한 이익의 도래를 기다릴 필요가 없다는 성질이다. 따라서 수표는 항상 일람출급이므로 환어음과 약속어음에 있어서 절대적 기재사항인 만기를 기재할 필요가 없다. 이에 대해서는 안동섭, 부도 어음수표 해결의 법률지식, 청림출판, 1997, 268쪽 참조

3) 부정수표단속법의 입법경위와 연혁

이어 현재는 부정수표단속법의 입법경위와 연혁을 실시한다. “앞서 본 바와 같이 수표의 경제적 기능과 그 남용가능성을 고려하여 수표법은 수표발행의 제한규정과 그에 위반한 경우에 과태료의 제재규정을 두고 있고 그밖에 부정수표 발행인에 대한 금융상의 제재로서 수표발행인이 자금부족 등으로 수표를 지급되지 아니하게 한 때에는 어음교환소규약에 의한 거래정지처분과 거래계약의 해지 등의 제재가 있다. 그러나 위 방법들은 모두 실효성이 없어 보다 강력하고 실효성 있는 단속처벌법의 제정이 사회적으로 요청되었다. 그리하여 1961년 5.16 군사혁명 이후 국가재건최고회의에서는 수표거래의 무질서를 근절하고 부정수표 등의 발행을 강력히 단속, 처벌함으로써 국민의 경제생활의 안정과 유통증권인 수표의 기능 및 그 피지급성을 보장할 목적으로 형법과 형사소송법에 형사특별법으로 1961. 7.3 법률 제645호로 부정수표단속법을 제정하여 1961. 7.3.부터 시행하게 되었다. 그 후 위 법은 1966. 2.26. 법률 제1747호로 과실범의 처벌조항과 허위신고자를 처벌하는 규정을 신설하는 내용의 개정이 이루어지고 1993. 12.10. 법률 제4587호로 수표 발행인이 부정수표를 회수하거나 소지인이 처벌을 희망하지 아니하는 의사를 표시하는 경우에는 공소를 제기할 수 없도록 하는 내용의 개정이 이루어져 현재에 이르고 있다.”고 설명한다.

3) 외국의 입법례

현재는 위헌심사를 위해 외국의 입법례를 검토하고 있다. 우선 독일에는 일반적으로 수표발행인이 수표를 부도 낸 경우 이를 처벌하는 규정은 없으나 형법의 사기죄에 관한 규정 중 은행으로부터 수표카드를 발급받은 자가 은행과의 약정한도를 초과하는 금액의 수표를 발행하여 은행에게 손해를 가한 경우 처벌하는 규정(독일형법 제266조의 b)를 두고 있음을 지적하였다. 한편 프랑스에서는 수표 발행인이 제3자의 이익을 해할 의도로 지급을 불가능하게 한 때에는 5년 이하의 징역 또는 3600프랑 이상 250만 프랑 이하의 벌금의 처벌을 받는다는 점 및 일본 수표법에는 우리나라 수표법과 같이 수표자금과 수표계약이 있는 경우에만 발행할 수 있다는 규정과 함께 그에 위반한 경우 제재하는 규정이 있음을

지적하였다. 그 이외에 수표가 지급거절된 경우 발행인을 처벌하는 별도의 규정은 없다는 점, 그리고 미국 대부분의 주에서는 사기의 의사로 결제할 자금 없이 수표를 발행하는 경우 경죄로 처벌하는 규정을 두고 있다는 점을 적시하고 있다.

나. 판단과 근거제시

현재는 앞서 언급한 전제들을 토대로 하여 다음과 같이 동 사안에 대해 판단하고 있다.

1) 국제법존중주의 위반여부

헌법 제6조 제1항의 국제법존중주의는 우리나라가 가입한 조약과 일반적으로 승인된 국제법규가 국내법과 같은 효력을 가진다는 것으로서 조약이나 국제법규가 국내법에 우선한다는 것은 아니다.

아울러 이 사건 법률조항에서 규정하고 있는 부정수표 발행행위는 지급제시될 때에 지급거절될 것을 예견하면서도 수표를 발행하여 지급거절에 이르게 하는 것이다. 따라서 이 사건 법률조항은 수표의 지급증권성에 대한 일반공중의 신뢰를 배반하는 행위를 처벌하는 것으로 그 보호법익은 수표거래의 공정성인 것이고 나아가 소지인 내지 일반 공중의 신뢰를 이용하여 수표를 발행한다는 점에서 그 죄질에 있어 사기의 요소도 있다 하여 처벌하는 것이다. 결코 '계약상 의무의 이행불능만을 이유로 구금' 되는 것이 아니므로, 국제법존중주의에 입각한다 하더라도 위 규약 제11조의 명문에 정면으로 배치되는 것이 아니다.

또한 기본적으로 사법적인 채무이행의 강제를 형사적인 수단으로 보장한다는 한 측면만을 강조하여 이 사건 법률규정을 단순한 민사상의 채무불이행에 대한 처벌조항으로 가볍게 단정할 것은 아니다. 왜냐하면 재산범죄라는 것은 형법상의 것이든, 특별법상의 것이든 궁극적으로 채무불이행 또는 그와 유사한 성질의 한 측면은 어느 것이나 다 가지고 있기 때문이다.

2) 평등의 원칙 위반여부

제청법원의 제청이유 중 본래의 신용증권인 어음은 부도가 나도 처벌받지 않는데 비해 신용증권으로 변칙 발행된 수표는 실질적으로 신용증권인데도 단지 그것이 수표라는 이유로 수표발행인을 처벌하므로 평등의 원칙에 반한다거나 또는 수표발행인을 처벌함으로써 결과적으로 수표소지인이 어음소지인이나 다른 채권자들에 비하여 우선변제받는 결과가 되어 수표소지인을 지나치게 보호하여 평등의 원칙에 반한다는 주장에 관하여 본다.

살피건대 어음과 수표는 다같이 유통증권이기는 하지만 수표는 현금의 대용물로서 금전지급증권이라는 수표 고유의 특성 때문에 수표의 피지급성의 보장이 어음의 경우보다 더욱 강력하게 요청되는 점에서 어음과는 성질을 달리 한다. 따라서 지급거절될 것을 예견하고 수표를 발행하는 행위를 처벌한다고 하여 평등의 원칙에 반한다고 할 수는 없다. 그리고 신용증권으로 변칙 발행된 수표는 실질적으로 어음과 차이가 없다고 하나 수표의 추상성 내지는 무인성과 유통성이라는 법률적 특징에 비추어 보면 그 수표가 신용증권으로 발행되었는지 여부를 일반 공중으로서는 알 길이 없어 수표 자체로 그 구별이 어려울 뿐만 아니라 신용증권으로 변칙 발행된 수표라 하더라도 수표법상의 요건을 갖춘 수표라면 수표로서의 효력에 영향이 없고 언제든지 유통가능성이 있으므로 그러한 수표에 대하여 부정수표단속법의 적용을 제외시킨다면 수표의 피지급성을 확보하고자 하는 법의 입법목적을 달성할 수 없게 된다. 또한 법이 예정하고 있는 본래 의미의 신용증권인 어음을 선택하지 않고 지급증권인 수표를 신용증권으로 변칙 발행하기로 선택한 사람들로서는 수표제도에 따르는 위험을 누구보다 잘 인식하고 있음은 물론, 바로 그 점을 오히려 활용하고자 하는 자들이므로 이들을 보호하고자 하는 차원에 불과한 위 과잉입법 주장은 받아들이기 어렵다.

3) 적법절차 등의 원칙 위반여부

제청법원은 이 사건 법률조항으로 말미암아 수표소지인의 의사와 관계없이 금융기관의 고발조치에 따라 필연적으로 수표발행인이 형사입건이 되고 나아가 채무불이행 자체만으로 인신구속에까지 이른다는 점에서 헌법 제10조 소정의 행복

추구권의 일반적인 행동자유권 내지는 헌법 제12조 제1항의 실질적 죄형법정주의를 침해하고 적법절차의 원칙에 위반될 소지가 있다는 주장을 한다.

그러나 1993년의 개정으로 부정수표단속법 제2조 제4항에 소지인의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없도록 하는 규정이 신설되었으므로 소지인이 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시를 하면 금융기관의 고발이 있더라도 처벌을 받지 않게 된다. 그리고 금융기관의 고발이라는 것도 금융기관 종사원이 이 사건 법률조항 해당 수표를 발견하게 되면 30일 이내에 수사기관에 고발하도록 한 것으로 이러한 고발은 단지 수사의 단서에 불과할 뿐이다. 나아가 인신구속에 관하여는 형사소송법의 구속절차에 따르는 것으로서 이 사건 법률조항과는 무관하며 이 사건 법률조항이 채무불이행 자체만으로 처벌하는 것이 아님은 위에서 누누이 지적한 바와 같다.

4) 시장경제질서의 원칙 위반여부

제정법원은 사업을 하는 수표발행자의 경우 부도를 막아 형사처벌을 면하기 위하여 고금리의 사채를 동원, 회사를 극한적인 상황에 놓이게 하고, 자금의 동원과정에서 또다시 사기죄의 구성요건에 저촉되거나, 우선적으로 보호되어야 할 근로자의 임금 내지는 퇴직금 등을 제때에 지급하지 못함으로써 근로기준법 위반의 문제를 발생시키며 결국 부도처리사태를 막기 위하여 전전공공하는 과정에서 기업의 경제적 갱생에 필요한 기회가 박탈될 가능성이 큰 점 등 경제상의 자유와 창의를 존중하고 있는 우리 헌법상의 경제질서에 반한다고 주장한다.

어느 제도든 순기능과 역기능이 있기 마련이다. 더구나 제도를 변칙적으로 이용하는 경우 그 역기능은 증폭된다. 그러나 이 사건 법률규정이 다소의 역기능이 있다해서 - 그것도 대부분 이용자의 변칙이용의 결과이지만 - 우리 헌법이 추구하는 시장경제질서가 이로 인해 왜곡되어 헌법에 위반된다고 보는 것은 그야말로 침소봉대다. 수표를 쓰는 사업자의 자질, 능력 및 경제시장의 여건 등에 관한 복합적인 요인은 보지 않은 채 단순히 이 사건 법률규정의 탓으로 돌리는 우를 범하는 것이기 때문이다.

5) 방론

제청법원은 이른바 글로벌 경제시대에 있어 대한민국에 진출한 외국기업들도 수표를 이용하게 될 것으로 예견되는데 부정수표단속법의 적용으로 인한 형사처벌 등으로 외국기업들과의 통상마찰을 회피하기 위하여는 국제인권규약 수준의 법률정비가 필요하고 기타 이 사건 법률조항과 관련하여 형사처벌을 면하기 위하여 또는 인신구속을 빌미로 여러 제도가 변칙적으로 운영될 소지가 있는 등 부작용이 있으므로 중국적으로는 신용기능을 하는 어음과 지급기능을 하는 수표의 정상적인 역할분담을 회복시키고, 수표의 공신력은 기본적으로 수표를 거래하는 당사자간의 신용을 바탕으로 하도록 하여 국가형벌권은 이에 관여하지 않도록 하는 대신에 다른 적절한 제도로서 수표거래의 신용성을 제고하도록 함이 마땅하다고 주장한다.

이 사건 법률조항이 있다 하여 외국기업들과 통상마찰을 빚을 우려가 있다는 주장에는 동조할 수 없으나 충분히 경청할 만한 가치가 있는 견해임은 분명하다. 그러나 근 40년간 시행되어 나름대로 긍정적인 제도로서 정착된 이 사건 법률조항을 폐지할 경우 금융거래의 신용질서가 아직 미흡한 우리 사회에서는 선의의 피해자가 급증하는 등 커다란 혼란을 초래하여 오히려 신용거래 질서를 파괴하고 중소기업의 자금조달을 어렵게 하여 기업활동을 위축케 하는 등 부작용 또한 만만치 않을 것임에 틀림없다. 시간을 두고 전적으로 검토할 여지는 있으나 아직은 그 때가 아니라는 것이 헌법재판소의 판단이다.

6) 재판관 권성의 반대의견

부정수표단속법 제2조 제2항은 헌법에 위반된다고 생각한다. 이 조항의 문제점 중 우선 쉽게 지적할 수 있는 것 몇 가지를 들어본다. 첫째 민사상의 채무불이행에 대하여 형사처벌을 가하는 것이 우리의 근대법체계에 맞지 아니하고 둘째, 사람의 몸을 채무이행의 담보로 삼는 결과를 빚는 것이 역시 우리의 근대법체계에 맞지 아니하며 셋째, 약속어음¹³⁵⁾의 부도를 처벌하지 않는 것과 균형이

135) 약속어음은 발행인이 어음소지인에게 일정한 때와 일정한 곳에서 일정한 금액을 지급할 것을 약

맞지 아니하며 넷째, 부도를 낸 기업가의 재기의 기회를 박탈하여 부당하고 다섯째, 부도에 따른 형사처벌에 대한 두려움이 기업가의 활동에 대한 족쇄가 되어 경제상의 자유와 창의를 저해하며 여섯째, 사실상 신용증권화한 전질수표 같은 것의 부도까지 처벌하는 것은 이 법의 원래의 취지를 벗어난 것이고 일곱째, 연쇄부도와 같이 자기에게 책임이 없는 경제여건의 변화로 부도가 된 경우에도 형사처벌하는 것은 형사책임에 있어서의 자기책임의 원리에 어긋난다는 것 등을 들 수 있다.

앞에서 지적한 문제들이 내포하는 위헌적 요소들을 하나하나 분석하여 논증하여 낼 필요도 없이 이 법률조항은, 국가권력에 대하여 사람을 사람답게 대접할 것을 명하고, 법을 법답게 만들 것을 명하는 헌법의 기본정신에 어긋나므로 위헌이라고 생각한다.

수표의 부도를 내는 사람들 가운데에는 정말 열심히 그리고 정말 성실하게 기업을 경영하였으나 경제여건이 뜻밖으로 변화하여 눈물을 흘리면서 부도를 내는 사람이 있는가 하면 반면에 회사의 돈을 빼돌리고 고의로 부도를 내거나 상대를 속여 돈을 융통하고는 부도를 내버리는 불성실한 사람도 있다는 것은 세상이 다 아는 일이다. 이러한 두 가지 종류의 사람을 구별하지 않고 똑같이 취급하는 것이, 상징적으로 단순화하여 쉽게 말한다면, 선한 사람을 선하지 못한 사람과 구별하지 않고 똑같이 매도하는 것이, 바로 이 법률조항인데 이것은 사람을 사람답게 대접하는 처사가 아니다. 사람들은 부당한 처사를 당하였을 때 흔히 “세상에 그런 법이 어디 있어”라고 말한다. 성실한 기업가가 부도를 내고 구속될 때 그 내심에서 부르짖는 외침이 바로 이 말일 것이다. 나타난 사실의 이면과 경위를 살피지 아니한 채 사실의 외면만을 기준으로 하여 획일적으로 일을 처단하는 것은 국가의 입장으로서는 매우 편리하다. 그러나 국가의 편의만을 생각하여 외면만을 보고 사람을 다루는 것은 문명한 사회의 법이라는 평가를 받기 어렵다.

숙한 증권을 말한다(지급약속증권). 이에 비해 환어음은 발행인이 지급인에 대하여 어음소지인에게 일정한 때와 일정한 곳에서 일정한 금액을 지급할 것을 위탁한 증권을 말한다(위탁증권). 그리고 수표는 발행인이 지급인에 대하여 수표소지인에게 일정한 장소에서 일정한 금액을 지급할 것을 위탁한 증권(위탁증권)이라 할 것이므로, 재판관 권성의 반대의견은 이처럼 어음과 수표의 구조상 유사성에 비추어 볼 때 양자를 달리 취급할 하등의 이유가 없다는 취지로 보인다.

드러난 외면의 같음만 보는데서 그치지 않고 그 이면의 다름까지 살펴주는 세심함이, 바꾸어 말하면 다른 것을 다르게 분별해내기 위하여 번거로움과 수고로움을 참아내는 인내심이 문명사회의 법이 갖추어야 할 기본요소라고 할 때 이 법률조항은 법이 법답기 위하여 갖추어야 할 기본요소를 결하고 있다. 이것은 이 법 탄생 당시의 권력실태를 생각하여 보면 쉽게 이해되는 일이다.

국가권력에 대하여 사람을 사람답게 대접할 것을 명하는 문명사회 헌법의 기본정신은 인간의 존엄성을 선언하고 있는 우리 헌법 제10조에 잘 드러나 있고, 국가의 법이 법답게 만들어질 것을 요구하는 헌법정신은 적법절차를 규정한 우리 헌법 제12조의 기초가 되고 있다.

그렇다면 일단 부도가 나기만 하면 옥석(玉石)을 구분(俱焚)함으로써, 성실하지만 그러나 불운한 사람을, 사람답게 대접하지 않는 이 법률조항은 헌법 제10조와 제12조에 위반되어 위헌임이 분명하다.

제2절 부정수표단속법 제2조 제2항 위헌소원(헌재결 2011. 7. 28. 2009헌바267) 검토

1. 헌재결 2011. 7. 28. 2009헌바267의 개요

가. 사건의 개요

당해사건의 청구인은 1999년경부터 농업협동조합중앙회 광장지점과 당좌수표계약을 체결하고 수표거래를 하여 왔는데, 2004. 4. 19. 청구인 명의의 위 농협 당좌수표 3장을 발행하여, 각 수표의 소지인이 지급제시기간 내에 위 농협에 지급제시하였으나 거래정지처분으로 지급되지 아니하게 하였다는 이유로 부정수표단속법 위반 혐의로 기소되었고, 1심에서 징역 8월의 유죄판결을 선고받았다(제주지방법원 2009고단384). 이에 청구인은 항소하고(제주지방법원 2009노414), 위 소송계속중 ‘수표를 발행하거나 작성한 자가 수표를 발행한 후에 예금부족·거래정지처분이나 수표계약의 해제 또는 해지로 인하여 제시기일에 지급되지 아니하게 한 때’에 형사처벌을 하도록 한 부정수표단속법 제2조 제2항은 인간의 존엄

성을 침해한다고 주장하며 법원에 위헌법률심판제청신청을 하였으나(제주지방법원 2009초기355), 법원이 2009. 10. 5. 위 신청을 기각하자, 2009. 10. 9. 위 법률조항의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 결정의 요지

1) 쟁점

동 결정에서는 첫째, 부도수표 발행인을 형사처벌하는 부정수표단속법(1966. 2. 26. 법률 제1747호로 개정되고, 2010. 3. 24. 법률 제10185호로 개정되기 전의 것) 제2조 제2항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 과잉금지원칙에 위배되는지 여부와 둘째, 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위배되는지 여부 등이 검토되었다.

2) 다수 의견

결정요지를 보면 우선 이 사건 법률조항은 수표의 지급 확실성을 위하여 수표의 지급증권성에 대한 일반 공중의 신뢰를 배반하는 행위를 규제하는 것으로서 수표의 본질적 기능을 보장하여 국민의 경제생활의 안전을 보호하기 위한 것이므로 정당한 목적달성을 위한 적합한 수단에 해당하며, 과태료나 금융상 제재 등의 경미한 수단만으로 입법목적이 달성하고자 하는 바를 충분히 달성하기 어렵다고 본 입법자의 판단이 자의적이라고 보기는 어렵다.

나아가 이 사건 법률조항은 수표의 지급증권성을 온전히 유지시킴으로써 수표의 기능을 보장하고 국민경제의 안전을 보호하고자 하는바, 이러한 공익은 매우 중요한 반면, 제한되는 사익은 앞서의 공익에 비하여 크다고 할 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반되지 않는다고 보았다.

다음으로 어음 발행인과 달리 수표 발행인에 대하여만 이 사건 법률조항과 같은 규제를 두었다고 하더라도, 수표는 현금의 대용물로서 금전지급증권이라는 수표 고유의 특성 때문에 어음과는 본래적 성질을 달리 하므로, 수표 발행인과 어음 발행인 사이에는 본질적으로 동일한 집단에 대한 차별 취급이 인정되지 않

거나, 또는 이들에 대한 차별취급에 합리적 이유가 있다고 할 것이다.

한편 이 사건 법률조항은 일반적인 수표 이외에 신용목적으로 발행된 수표의 경우에도 적용되는데, 이는 신용목적으로 발행된 수표라 하더라도 일반적인 수표와 외관상 구별이 되지 않으므로 수표가 신용증권으로 발행되었는지 여부를 일반 공중으로서는 알 길이 없고, 언제든지 유통가능성이 있다는 점에 근거한 것으로 신용목적으로 발행된 수표를 일반적인 수표와 동일하게 취급하는 데에는 여전히 합리적 이유가 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 평등원칙에 위배되지 아니한다고 설시하였다.

3) 반대 의견

이에 대해 재판관 김종대와 목영준의 반대의견이 있었는데, 반대의견에 의하면 이 사건 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 모호하여 수범자로서는 이 사건 법률조항에 의하여 처벌되는 행위가 무엇인지 예측하기 어렵다.

나아가 이 사건 법률조항은 수표발행인의 고의가 개입될 수 없는 거래정지처분을 구성요건으로 규정함으로써 고의범을 처벌하는 이 사건 법률조항의 해석에 불명확성을 가중하고 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 명확성 원칙에 반하여 헌법에 위반된다고 한다.

다. 청구인의 주장요지

동 사건 청구인의 주장요지는 다음과 같다. 첫째, 자유경제질서 하에서 개인이 수표를 발행하여 교부하고, 수취하는 민사적인 거래행위에 대하여, 국가가 그 수표금이 지급되지 아니하였다는 이유로 인신구속이라고 하는 공권력을 동원하는 것은, 수표발행인으로 하여금 자신의 신체 내지 신체의 자유를 담보로 제공하고 수표를 발행하도록 하는 것이다. 이는 헌법 제10조, 제12조가 각각 규정하는 인간의 존엄성, 적법절차의 원칙에 정면으로 배치되며, 계약상 의무의 이행불

능을 이유로 한 구금을 금지하는 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’ 제11조를 침해하여 국제법존중주의에 위반된다는 것이고 둘째, 이 사건 법률조항을 ‘금전소비대차의 견질담보용으로 발행한 수표’에까지 적용하는 것은 목적달성에 필요한 범위를 넘은 것이며, 평등원칙에 위반되며, 끝으로 이 사건 법률조항은 어음을 발행한 자와 수표를 발행한 자를 합리적 이유 없이 차별하여 평등원칙에 위반된다고 한다.

2. 합헌결정의 근거

가. 이 사건 법률조항의 과잉금지원칙 위반 여부

1) 입법자의 재량의 한계

현재는 과잉금지원칙 위반여부와 관련해 다음과 같이 실시하였다. 어떤 위반행위를 범죄로 규정하고 그에 대하여 어떤 형벌을 과할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 입법자가 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황과 국민일반의 가치관 내지 법감정, 범죄의 실태와 죄질 및 보호법익 그리고 범죄예방효과 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 국가의 입법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야라고(헌재 1992. 4. 28. 90헌바24, 판례집 4, 225; 헌재 2001. 4. 26. 99헌가13, 판례집 13-1, 761, 775-776) 전제한 뒤, 우선 오늘날 기업과 가게에서 수표는 어음과 함께 화폐에 버금가는 지급수단으로 쓰이고 있으며, 특히 규모가 큰 거래에 있어 수표와 같은 지급증권의 사용은 신용카드의 사용, 자금 이체와 더불어 매우 활성화되어 있다.

2) 수표의 특성과 기능

그런데 수표는 미지의 다수인간에 전전유통될 것을 예상하고 발행되는 것으로서 일람출급성 내지 지급증권성을 본질로 하는 것이다. 수표가 현금을 대용하는

지급수단으로서의 본래적 구실을 하기 위해서는 수표의 소지인이 지급인에게 수표를 제시하는 즉시 수표금이 지급되어야 한다. 이를 보장하기 위하여 수표법은 발행인이 사전에 수표계약을 체결하고 또 지급인에게 수표자금을 공급한 상태에서만 수표를 발행하게 하고 있으며, 또한 은행에 한하여 지급인이 될 수 있도록 하여 지급인의 신용을 담보(수표법 제3조)하는 등 여러 규정을 두고 있다. 그러나 이러한 계약에도 불구하고 수표자금 없이 수표를 발행하는 예가 만연한다면 수표에 대한 신뢰를 확보할 수 없고, 수표가 지급수단으로서의 기능을 수행할 수 없게 될 것이며, 나아가 수표 거래 자체가 위축되고, 수표제도가 유명무실화하여 국민들의 경제생활의 안정을 저해하고 불편을 초래할 우려가 매우 크다고 판단하였다.

3) 소결

이어 이 사건 법률조항은 “수표를 발행하거나 작성한 자가 수표를 발행한 후에 예금부족·거래정지처분이나 수표계약의 해제 또는 해지로 인하여 제시기일에 지급되지 아니하게 한” 행위, 즉 ‘예금부족 등으로 수표가 부도날 것을 적어도 미필적으로 인식, 예견하면서 수표를 발행하여 소지인의 적법한 지급제시에도 불구하고 지급거절이 되게 한 행위’를 금지하고 처벌한다. 이는 수표의 지급확실성을 위하여 수표의 지급증권성에 대한 일반 공중의 신뢰를 배반하는 행위를 규제하는 것으로서 수표의 본질적 기능을 보장하여 국민의 경제생활의 안전을 보호하기 위한 것이므로 정당한 목적달성을 위한 적합한 수단에 해당하며, 연간 부정수표단속법 위반 범죄가 1만 건 이상 발생하고 있는 현실에서 과태료나 금융상 제재 등의 경미한 수단만으로 입법목적이 달성하고자 하는 바를 충분히 달성하기 어렵다고 본 입법자의 판단이 자의적이라고 보기는 어렵다(헌재 2001. 4. 26. 99헌가13, 판례집 13-1, 761, 776 참조)고 보았다. 나아가 이 사건 법률조항은 수표의 지급증권성을 온전히 유지시킴으로써 수표의 기능을 보장하고 국민경제의 안전을 보호하고자 하는바, 이러한 공익은 매우 중요하다고 할 것인 반면, 제한되는 사익은 수표자금이 부족한 경우 등에 있어서 소지인이나 일반 공중의 신뢰를 이용하여 하는 수표발행의 제한 등으로 앞서의 공익에 비하

여 크다고 할 수 없으므로 법익균형성도 충족된다고 현재는 판단하였다.

4) 청구인 주장에 대한 판단

한편 청구인은 이 사건 법률조항을 ‘금전소비대차의 전질담보용으로 발행한 수표’에까지 적용하는 것은 목적달성에 필요한 범위를 넘은 것이라 주장한다. 그러나 본래의 지급 기능을 목적으로 발행된 수표가 아닌 손해배상이나 차용금의 담보 등 신용 목적으로 변칙 발행된 수표라 하더라도, 문면상 일반적인 수표와 구별이 되지 않고, 여전히 유통성·일람출급성을 가지며, 백지인 발행일을 보충하지 않기로 하거나 발행일을 실제 발행일보다 후의 날짜로 기재하고 그 이전에는 지급제시하지 않기로 하는 등의 특약은 대외적으로 아무런 효력이 없다는 점에서 일반적인 수표와 수표거래 및 국민경제의 안전성에 미치는 영향이 다르다고 볼 수 없다(헌재 2001. 4. 26. 99헌가13, 판례집 13-1, 761, 776-777 참조)고 한다.

결국 위와 같이 신용 목적의 수표 발행행위를 규제하는 것이 입법목적 달성에 필요한 범위를 넘는 것이라 보기 어려우므로 청구인의 주장은 이유없다. 나아가 지급증권인 수표를 신용증권으로 변칙 발행하기로 선택한 사람들로서는 수표의 본질적 특성에 따르는 위험도 아울러 받아들이는 것(헌재 2001. 4. 26. 99헌가13, 판례집 13-1, 761, 775 참조)이고, 신용증권으로 변칙 발행된 수표라 하더라도 언제든지 유통가능성이 있으므로 신용증권으로 발행된 수표의 발행인에 대한 이 사건 법률조항의 적용에 따른 불이익이 일반적인 수표의 발행인에 비하여 중대하다고 볼 수도 없는바, 그렇다면 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반되지 않는다고 결론을 내리고 있다.

나. 이 사건 법률조항의 평등원칙 위반 여부

1) 어음과 수표의 차이

평등원칙 위반여부와 관련해 현재는 청구인은 이 사건 법률조항이 어음을 발행한 자와 수표를 발행한 자를 합리적 이유 없이 차별취급하는 것으로서 평등원

칙에 반한다고 주장한다. 그러나 어음과 수표는 모두 유통증권이기는 하지만 수표는 현금의 대용물로서 금전지급증권이라는 수표 고유의 특성 때문에 수표의 피지급성 보장이 어음의 경우보다 더욱 강력하게 요청되는 점에서 어음과는 본래적 성질을 달리 하므로, 수표 발행인과 어음 발행인 사이에는 본질적으로 동일한 집단에 대한 차별 취급이 인정되지 않거나, 또는 차별취급에 합리적 이유가 있다고 볼 것이라고(헌재 2001. 4. 26. 99헌가13, 판례집 13-1, 761, 774 참조) 판단한 뒤, 한편 청구인은 신용목적으로 발행된 수표의 경우 어음과 동일한 기능을 한다고 주장하고 있으나, 그와 같은 수표라 하더라도 일반적인 수표와 외관상 구별이 되지 않으므로 수표가 신용증권으로 발행되었는지 여부를 일반 공중으로서는 알 길이 없고, 언제든지 유통가능성이 있다는 점에 비추어 이를 일반적인 수표와 동일하게 취급하는 데에는 여전히 합리적 이유가 있다고 할 것이다(헌재 2001. 4. 26. 99헌가13, 판례집 13-1, 761, 775 참조). 나아가 법이 예정하고 있는 본래 의미의 신용증권인 어음을 선택하지 않고 지급증권인 수표를 신용증권으로 변칙 발행하기로 선택한 사람들로서는 수표제도에 따르는 위험도 아울러 받아들여야 할 것임은 앞서 살핀 바와 같다. 따라서 이 사건 법률조항은 평등원칙에 반하지 아니한다고 보았다.

2) 인간의 존엄성, 적법절차 원칙, 국제법존중주의 위배 여부

청구인의 그 밖의 주장에 관하여 현재는 청구인은 이 사건 법률조항이 사인간의 단순한 채무불이행을 처벌함으로써 인신을 담보로 제공하도록 하여 인간의 존엄성을 침해하고, 적법절차 원칙에 반하며, ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’ 제11조에 위배되는 것으로서 국제법존중주의에 위반된다고 주장한다. 그러나 앞서 살핀 바와 같이 이 사건 법률조항은 수표의 지급증권성에 대한 일반 공중의 신뢰를 배반하는 행위를 처벌함으로써 수표의 본질적 기능을 보장하여 국민의 경제생활의 안전을 보호하기 위한 것이며, 수표의 소지인 등의 구체적인 재산상 손해를 방지·전보하기 위한 것이 아니다. 또한 이 사건 법률조항 위반으로 인하여 구속이 되는지 여부는 형사소송법의 절차에 의한 것이지, 이 사건 법률조항의 문제라고 할 수 없다. 나아가 이 사건 법률조항이 규정하는 범죄는

반의사불벌죄이나, 입법연혁에 비추어 보면 이는 발행인의 구제를 위한 규정으로 볼 것이지, 채무의 이행을 강제하기 위한 것으로 보기 어려우며, 수표 발행자가 이 사건 법률조항에 의한 형사처벌을 받게 될 것을 두려워하여 수표소지인이 어음소지인이나 다른 채권자들보다 우선하여 변제받는 일이 발생한다고 하더라도, 이는 사실상의 반사적인 이익에 불과하다고 판단하며, 결국 이 사건 법률조항은 고의로 수표거래의 안전성을 훼손하는 행위를 처벌하는 것일 뿐 인신을 담보로 채무이행을 강제하려는 것이 아니므로, 이를 전제로 인간의 존엄성이 침해된다거나 적법절차 원칙, 국제법존중주의에 위반된다고 하는 청구인의 주장은 이유없다고 설시하였다.

3) 자기책임 원칙 위배 여부

아울러 청구인은 이 사건 법률조항이 연쇄부도 등으로 인하여 수표금을 지급할 수 없게 된 경우 등 발행인에게 책임을 물을 수 없는 경우까지 형벌을 부과하는 것이어서 자기책임의 원칙에 반한다고 주장한다. 그러나 이 사건 법률조항은 수표의 발행인이 그 수표가 예금부족·거래정지처분이나 수표계약의 해제 또는 해지로 인하여 제시기일에 지급되지 않을 것이라는 결과발생을 확정적 또는 미필적으로 인식 또는 예견한 경우에 적용되고, 수표 발행인의 이러한 고의는 수표 발행 당시에 존재하여야 하는 것이라는 점에 비추어 보면, 이 사건 법률조항이 수표발행인의 결정과 선택에 관계없이 수표발행인에게 책임을 지우는 것이라 볼 수 없으므로, 청구인의 위와 같은 주장도 이유없다고 한다.

다. 재판관 김종대, 재판관 목영준의 반대의견

한편 재판관 김종대와 목영준은 사건 법률조항이 죄형법정주의의 명확성원칙에 반하여 헌법에 위반된다고 판단하며 다음과 같이 근거를 제시하였다.

1) 범죄구성요건의 불명확성

반대의견은 우선 헌법 제12조 및 제13조를 통하여 보장되고 있는 죄형법정주

의의 원칙은 범죄와 형벌이 법률로 정하여져야 함을 의미하며, 이러한 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구하고 있다(헌재 2002. 4. 25. 2001헌가27, 판례집 14-1, 251, 260; 헌재 2000. 6. 29. 98헌가10, 판례집 12-1, 741, 748)고 전제한 뒤, 이 사건 법률조항이 범죄구성요건이 불명확하다는 점을 지적한다. 반대의견에 따르면 이 사건 법률조항은, “수표를 발행하거나 작성한 자가 수표를 발행한 후에 예금부족·거래정지처분이나 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 모호하다고 한다. 이에 대하여 대법원은, 범죄구성요건적 행위는 ‘수표를 작성하거나 발행하는 행위’이고, 고의의 내용은 ‘예금부족·거래정지처분이나 수표계약의 해제·해지 등으로 제시기일에 지급되지 않을 것이라는 결과발생을 확정적 또는 미필적으로 인식 또는 예견하는 것’이며, 이러한 고의는 ‘지급거절이 된 때’가 아닌 ‘수표를 발행한 때’에 존재하여야 하고, 그 결과 위 범죄의 기수시기는 ‘지급거절된 때’가 아닌 ‘발행인이 수표를 발행한 때’라고 해석하고 있으나(대법원 2002. 2. 26. 선고 2002도167 판결; 대법원 1997. 4. 11. 선고 97도249 판결; 대법원 2003. 9. 26. 선고 2003도3394 판결 등 참조), 이 사건 법률조항의 문언과 입법목적에 비추어 대법원의 위와 같은 해석이 가능한지 의문일 뿐 아니라, 이러한 해석은 수범자로 하여금 위 법률조항에 의하여 처벌되는 행위가 무엇인지 예측하기 어렵게 하고 있다고 지적한다.

2) 법해석의 문제점

우선 부정수표단속법 제2조 제1항이 “... 부정수표를 발행하거나 작성한 자는 ... 처한다.”라고 규정하고 있는데 반하여, 위 법률조항은 “... 제시기일에 지급되지 아니하게 된 때에도 전항(제2조 제1항)과 같다.”라고 규정하고 있는 이상, 범

죄구성요건적 행위와 범죄의 성립시기를 위 대법원 판례와 같이 해석하는 것이 죄형법정주의의 엄격성에 비추어 타당한지 의문이고, 만일 위 대법원 판례에 의한다면, 수표발행인이 수표 발행 당시에는 예금부족 등으로 제시기일에 지급되지 아니할 것이라는 결과 발생을 예견하거나 인식한 바가 전혀 없었는데 수표 발행 이후에 고의로 예금부족상태를 야기하거나 당좌계약을 해지한 사실이 입증된 경우에는 이 사건 법률조항에 의한 처벌을 받지 않아야 하지만, 실제로는 대부분 이 사건 법률조항 위반죄로 처벌받고 있는 실정이다. 특히 다른 담보가 충실한 상태에서 견질수표를 발행할 때 발행인은 지급제시일에 수표가 지급되지 않으리라는 인식조차 하지 않는 경우가 많은데, 현행 실무상으로는 이러한 경우에도 대부분 처벌되고 있다고 지적한다. 또한 발행일 백지의 수표의 경우 수표발행인은 수표소지인이 언제 발행일을 보충하여 지급제시할지 알 수 없으므로, 수표발행인이 발행 당시 ‘제시기일에 지급되지 않을 것이라는 결과발생을 확정적 또는 미필적으로 인식 또는 예견’하기 어렵고, 따라서 이러한 경우 고의의 존재시기를 ‘수표발행 당시’로 보면 수범자의 의사와 일치하지 않을 가능성이 높다고 판단한다.

이처럼 이 사건 법률조항은 범죄행위의 태양, 범죄의 성립시기 및 고의의 존재시기 등에 관하여 여러 해석이 가능하도록 불명확하게 규정함으로써 수범자의 예측가능성을 해함과 동시에 재판기관으로 하여금 자의적인 법해석을 가능하게 하고 있다는 것이다.

3) 고의의 범위 확대의 문제점

다음으로 동 조항 소정의 ‘거래정지처분’에 대한 고의가능성이 과연 있는지 여부에 대해 다음과 같이 판단하고 있다. 부정수표단속법 제2조 제3항에서 과실범 처벌규정을 별도로 두고 있는 점에 비추어 이 사건 법률조항은 고의범을 규정한 것이라고 봄이 상당한바, 따라서 수표의 발행인이 ‘수표를 발행한 후에 예금부족·거래정지처분이나 수표계약의 해제 또는 해지로 인하여 제시기일에 지급되지 아니할 것’이라는 결과발생을 확정적 또는 미필적으로 인식 또는 예견한 경우에만 이 사건 법률조항 위반죄가 성립하게 된다. 그런데 이 사건 법률조항에 규정

된 수표미지급 사유 중 ‘거래정지처분’에 대하여는 ‘수표발행인의 고의’를 상정할 수 있는지에 관하여 의문이 있다. 거래정지처분은 어음교환규약 소정의 거래정지처분사유가 있는 경우 금융결제원 산하의 어음교환소가 참가은행에 대하여 그 어음·수표의 발행인과의 당좌계정거래를 해지하고 향후 2년간 당좌예금 및 가계당좌예금거래를 허용하지 못하도록 하는 사적인 제재조치로서(어음교환업무규약 제18조, 동 규약 시행세칙 제93조), 거래정지처분의 결정권자 및 행위주체는 어디까지나 ‘어음교환소’이며, 수표발행인은 어음교환소에 거래정지처분의 동기 내지 사유를 제공하는 데 그칠 뿐이라고 한다. 결국 거래정지처분에 관한 고의의 내용은 ‘발행인이 거래정지처분사유를 초래하여 어음교환소에 의하여 거래정지처분을 받아 수표가 제시기일에 지급되지 않을 것이라는 결과발생을 확정적 또는 미필적으로 인식 또는 예견하는 것’이라고 볼 수 밖에 없는데, 죄형법정주의 원칙상 고의의 범위를 이처럼 확대할 수 있을지 의문이다. 더구나 거래정지처분사유에는 ‘예금부족으로 인한 부도’ 등 발행인이 초래할 사유뿐만 아니라 ‘지급정지가처분명령의 송달로 인한 부도’ 또는 ‘은행거래에 관하여 신용을 훼손하는 행위’ 등 수표발행인이 발행 당시 인식 또는 예견하기 어려운 사유도 포함되어 있으므로(위 시행세칙 제89조, 제90조), ‘거래정지처분’이 초래되었다는 이유로 수표발행인을 형사처벌하는 것은 타당하지 못하다(다만 수표발행인은 ‘주의의무를 태만히 함으로써 어음교환소에 거래정지처분사유를 제공한 데 따른 과실범’으로서 책임을 부담할 수는 있다)는 것이다.

그렇다면 이 사건 법률조항은 수표의 부도를 예견 또는 인식하고도 고의로 수표를 발행한 수표발행인을 처벌하는 규정임에도 수표발행인의 직접적 고의가 개입될 수 없는 거래정지처분을 구성요건으로 삼음으로써, 문언상 수표발행인이 자신의 행위가 아닌 어음교환소의 행위로 인하여 형사처벌을 받는 것처럼 해석되는 결과를 초래하였다고 한다.

4) 비교법적 고찰

끝으로 반대의견은 외국 입법례를 검토하며, 수표가 부도났다는 이유만으로 발행인을 형사처벌하는 외국 입법례는 많지 않고, 그 경우에도 범죄구성요건을

매우 엄격하고 명확하게 규정하고 있다. 예컨대, 일본 수표법은 수표자금과 수표계약이 있는 경우에만 발행할 수 있다는 규정과 그에 위반한 경우 제재규정이 있을 뿐이고(일본 수표법 제3조, 제71조), 프랑스는 “수표를 발행한 후, 타인의 권리를 해칠 의도로 명의변경이나 어음교환 등과 같은 방법 여하에 관계없이 예금잔고의 전부 또는 일부를 인출하거나 동일한 조건으로 지급 은행에 지급을 못하도록 하는 자”를 형사처벌하도록 규정하고 있으나(통화와 금융에 관한 법률 제L163-2조), “타인의 권리를 해칠 의도”라는 엄격한 주관적 요건을 도입하는 한편, 1991년 법개정으로 ‘예금잔고 없이 수표를 발행하는 경우’는 구성요건에서 삭제하여 형법상 사기죄에 해당하지 않는 한 처벌하지 않게 한 입법례를 제시하고 있다.

5) 소결

결론적으로 반대의견은, 그렇다면 이 사건 법률조항은 수범자로 하여금 범죄행위의 태양, 범죄의 성립시기 및 고의의 존재시기를 예측할 수 없게 할 뿐만 아니라, 수표발행인의 고의를 상정하기 어려운 거래정치처분을 구성요건으로 규정함으로써 고의범을 처벌하는 이 사건 법률조항의 해석에 불명확성을 가중하였으므로, 죄형법정주의의 명확성 원칙에 반하여 헌법에 위반된다고 한다.

제3절 부도수표 처벌조항(부정수표단속법 제2조 제2항)의 위헌논거 검토

1. 위헌론의 주된 논거

가. 쟁점의 정리

위 두 결정례에서 확인할 수 있듯이 부정수표단속법 제2조 제2항의 위헌성을 주장하는 측에서 지적하는 바는 다음과 같이 요약될 수 있다. 첫째, 민사상의 채무불이행에 대해서 형사처벌을 가하는 것이 과연 타당한 것인가? 둘째, 수표의 부도사실만으로 인신구속에까지 이르게 하는 것은 신체를 채무불이행의 담보

로 하는 결과를 가져 오는 것은 아닌가? 셋째, 어음의 부도는 처벌하지 않으면서 수표의 부도만 처벌하는 것은 현저한 불균형이 아닌가? 넷째, 연쇄부도와 같이 경제여건의 변화에 의한 부도책임을 무조건 수표발행자에게 지우게 되면, 형법상 자기책임의 원칙에 반할 뿐만 아니라 그것을 피하기 위해 또 다시 위법한 방법을 쓰게 되는 등 경제질서를 왜곡시킬 수 있다. 다섯째, 부도수표발행인을 인신구속하는 것은 부도기업인에게 있어서 재기의 기회를 박탈하는 것으로서 이로 인해 가정과 사회의 붕괴까지 초래할 수 있다.¹³⁶⁾

나. 논의의 확대

1) 국제법존중주의 위반 여부

위헌론의 논거를 좀 더 부연하자면 다음과 같다. 첫째, 선일자수표 및 백지수표는 사실상 신용증권임에도 불구하고, 자금압박을 받고 있는 중소기업이나 한계기업이 자금유통의 필요에서 이러한 수표를 담보용으로 사용한 경우 수표소지인은 형벌권에 의하여 수표금의 지급을 채무자에게 강요하게 되는 등 인신구속 등의 위험이 담보로 사용되는 실정을 감안하면,¹³⁷⁾ 부정수표단속법 제2조 제2항은 제1항과 달리 사법적인 채무이행의 강제를 형사적인 수단으로 보호하는 특이성을 갖게 된다. 그러나 이는 국제연합의 시민적및정치적권리에관한국제규약 제11조의 규정인 “어느 누구도 계약상의 의무의 이행불능만으로 구금되지 아니한다”에 정면으로 반하는 것으로서 헌법 제6조 제1항에서 규정하고 있는 헌법에 의하여 체결 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 동일한 효력을 가진다는 조항에 반하여 국제법존중주의에 배치된다.

2) 과잉금지원칙 위반 여부

둘째, 실질적으로 어음과 같은 신용증권으로 운용되는 선일자수표나 견질수표

136) 이와 유사한 방식으로 문제를 정식화한 논문으로는 박혜진, 경제형법으로서의 부정수표단속법에 관한 연구, 고려대학교 석사학위논문, 2002, 1-2쪽 참조.

137) 이 점은 “헌재 2001.4.26. 99헌가13”에서 재판권 권성의 반대의견 참조.

에 대해서 형사처벌을 하는 것은, 어음발행자는 그 어음이 부도났을 경우에도 형사처벌을 받지 않음에도 불구하고 같은 용도인 신용증권으로서 수표를 발행한 자는 부정수표단속법 제2조 제2항의 처벌조항에 의해 형사처벌을 받게 되므로, 이는 합리적인 이유 없이 수표소지인을 지나치게 보호한다는 점에서 헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙에 반하는 위헌규정이고 수표본래의 지급증권성 확보와는 무관하게 신용증권을 발행된 수표의 부도까지 그 발행인을 처벌하는 것은 부정수표단속법 본래의 입법목적 달성에 필요한 정도를 넘는 과잉제재 내지 과잉입법이다.

3) 평등원칙 위반 여부

셋째, 부도처리사태를 막기 위하여 전전공공하는 과정에서 기업의 경제적 경쟁에 필요한 기회가 박탈될 가능성이 크고, 또한 부정수표단속법 제2조 제2항의 형사처벌규정 때문에 그것이 강력한 담보규정으로 작용하여 수표소지인에게 청산재산의 우선적인 분배가 이루어짐으로써 합리적인 절차를 통하여 모든 채권자에게 평등하게 청산재산이 분배되는 것을 막는 결과를 초래하기도 하므로, 헌법 제119조 제1항이 보장하고 있는 경제상의 자유와 창의를 존중하고 있는 경제질서에 반한다. 뿐만 아니라 일반 채권자보다 수표채권자에게 부당하게 우월적 지위를 부여하게 되어 헌법상 제1조 제1항의 평등원칙에 반할 우려가 있다.

4) 기본권 제한의 한계 일탈 여부

끝으로 채무자가 파산한 경우에는 사기파산죄 등 일정한 요건을 갖춘 예외적인 경우에만 형사처벌을 하고 파산에 이르렀다는 사실 자체만으로는 처벌을 하지 않고 있음에 반하여, 수표를 발행한 자가 부도에 이르면 채무불이행 자체만으로 인신구속 등 형사처벌에까지 이른다는 점에서 헌법 제10조의 행복추구권의 일반적인 행동자유권 내지는 헌법 제12조 제1항의 실질적 죄형법정주의를 침해하는 것이다. 또한 헌법 제37조 제2항의 국민의 기본권을 제한함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙에 반하는 것이어서 부정수표단속법 제2조 제2항은 기본권제한의 입법적 한계를 벗어난 것이라는 점 등을 지적하고 있는 것이다.

5) 소결

이러한 근거에서 수표의 공신력은 기본적으로 수표를 거래하는 당사자 간의 신용을 바탕으로 하여야 하며 국가형벌권은 이에 관여하지 않도록 하는 대신에 다른 적절한 제도로써 수표거래의 신용성을 제고하도록 하는 것이 마땅하므로, 국제인권규약에 배치되고 헌법상 기본권조항들에 반할 우려가 있는 부정수표단속법의 소정조항을 폐지하는 것이 마땅하다고 위헌론자들은 주장한다.¹³⁸⁾

2. 위헌논거에 대한 반박

가. 국제법존중주의와 과잉금지원칙에 대한 판단

위 위헌논거에 대한 반론은 헌법재판소의 결정 이유에 대체로 잘 나타나 있다. 우선 첫째와 둘째 논거에 대한 반론으로는 헌법 제6조 제1항의 국제법존중주의는 조약과 국제법규가 국내법과 같은 효력을 지닌다는 것이지, 국내법에 우선한다는 것이 아니며, 부정수표단속법 제2조 제2항의 부정수표발행행위는 수표의 지급증권성에 대한 일반공중의 신뢰를 배반하는 행위를 처벌하는 것으로서 소지인 내지 일반 공중의 신뢰를 이용하여 수표를 발행한다는 점에서 그 죄질에 있어서 사기의 요소도 있다 하여 처벌하는 것이지 결코 단순히 '계약상 의무의 이행불능만을 이유로 구금'되는 것이 아니고,¹³⁹⁾ 더구나 부정수표단속법 제2조 제4항에 소지인의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없도록 하는 규정이 신설되었으므로, 소지인이 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시를 하면 금융기관

138) 이상의 자세한 논거에 대해서는 윤성승, 부도수표에 대한 법적 규제 검토 - 부정수표단속법을 중심으로 -, 경찰법연구 제6권 제2호, 2008, 299-300쪽 참조.

139) 흥미롭게도 미국에서도 부정수표관련법이 바로 계약상의 빚으로 인한 구금(imprisonment for debt founded upon contract)을 금지하는 헌법조항을 침해한다는 이유로 위헌소송이 제기되어 위헌결정이 내려진 바 있다. 하지만 여기서 문제된 조문은 수표발행시 수표부도에 대한 고의를 구비하고 있지 않은 주의 관련법에 대한 것이었다는 점에서 우리와는 차이가 있음에 유의할 필요가 있다. 동 위헌결정에 대한 평석으로는 Note, Constitutionality of Bad Check Statutes, 41 Yale. L.J. 638 (1932), 638쪽 이하 참조.

의 고발이 있더라도 처벌을 받지 않게 되며, 금융기관의 고발이라는 것도 금융기관 종사원이 이 사건 법률조항 해당 수표를 발견하게 되면 30일 이내에 수사기관에 고발하도록 한 것으로 이러한 고발은 수사의 단서에 불과할 뿐, 인신구속에 관하여는 형사소송법의 구속절차에 따르는 것으로서 동 법률조항과는 무관하며, 따라서 동 법률조항이 채무불이행 자체만으로 처벌하는 것이 아님은 명백하다. 아울러 재산범죄라는 것은 형법상의 것이든, 특별법상의 것이든 궁극적으로 채무불이행 또는 그와 유사한 성질의 측면은 어느 것이나 다 갖고 있기 때문에 국제법존중주의에 입각한다 하더라도 국제연합의시민적및정치적권리에관한국제규약 제11조에 정면으로 배치되지는 않는다(헌재 2001.4.26. 99헌가13).

나. 평등원칙에 대한 판단

1) 차별의 정당성

다음으로 셋째 논거에 대한 반론으로는, 어음과 수표는 다같이 유통증권이기는 하지만 수표는 현금의 대용물로서 금전수표의 피지급성의 보장이 어음의 경우보다 더욱 강력히 요청되는 점에서 어음과 성질을 달리하므로, 지급거절될 것을 예견하고 수표를 발행하는 행위를 처벌한다고 하여 평등의 원칙에 반한다고 할 수 없고, 더욱이 법이 예정하고 있는 본래 의미의 신용증권인 어음을 택하지 않고 지급증권인 수표를 신용증권으로 변칙 발행하기로 선택한 사람들은 수표제도에 따르는 위험도 받아들여야 하는바, 수표소지인이 어음소지인이나 다른 채권자들보다 우선변제 받게 된다는 것은 처벌을 면하기 위하여 사실상 수표소지인에게 수표금을 지급하는 것 때문에 반사적으로 우선변제받는 것으로 보일 뿐이므로 평등의 원칙에 반하는 것은 아니다.

참고로 어음과 수표의 공통점과 차이점을 일별해 보자면, 우선 공통점으로는 첫째, 어음과 수표는 단기간의 유통을 목적으로 하므로 지급제시 기간이 단기인 신용증권으로서 경제거래에서 현금대용 증권으로 활용되고 있고 둘째, 약속날짜에 은행 또는 어음교환소에서 직접 교환을 지시함으로써 대금추심이 용이하다는 장점이 있다. 차이점으로는 첫째, 양자 모두 고도의 유통성을 가진 유가증권이라는 점은 같으나 어음은 금전지급을 약속하는 신용증권이나 수표는 제시와 동

시에 현금화할 수 있어 금전지급증권이라 할 수 있다는 점 둘째, 발행요건상의 차이로 어음은 어음요건을 갖추기 위해 기본적으로 지급일의 표시가 전제되어야 함에 비해 수표는 만기일의 기재는 불필요하고 발행일만 기재하면 되는바, 수표 소지인은 발행일자 도래 전에 지급제시할 경우 수표금액을 현금화할 수 있다는 일람출급성이 있다는 차이가 있으며 셋째, 부도시 어음은 민사사송 이해관계인의 고소 및 고발에 의한 민사처벌이 가능한 반면, 수표는 부정수표단속법에 의해 이해관계인의 고소 및 고발이 없이도 금융기관의 고발의무에 의해 형사처벌이 가능하며, 발행자는 형사처벌 후에도 민사상 채무의무가 존속된다는 차이점이 있다.

2) 입법재량

아울러 어떤 행위를 범죄로 규정하고 그에 대하여 어떤 형벌을 과할 것인가 하는 문제는 국가의 입법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이므로 과태료의 행정벌이나 금융상의 제재와 같은 수단만으로는 입법목적의 궁극적으로 달성하기에 부족했다는 그동안의 경험적 자각이 위와 같은 정책수단을 선택하게 한 것으로 이러한 결단은 원칙적으로 존중되어야 한다. 또한 법이 예정하고 있는 본래의 의미인 신용증권인 어음을 선택하지 않고 수표를 신용증권으로 변칙 발행하기로 선택한 사람들로서는 수표제도에 따른 위험을 잘 인식하고 있었음은 물론 그 점을 활용하고자 한 자들이므로 이들을 보호하고자 하는 차원에 불과한 위헌론의 논거는 받아들이기 어렵다(헌재 2001.4.26. 99헌가13).

다. 경제질서와 신용질서라는 체계보호의 필요성

마지막으로 넷째와 다섯째 논거에 대한 반론으로는 이 사건 법률규정이 다소의 역기능이 있다고 해서 우리 헌법이 추구하는 시장경제질서가 이로 인해 왜곡되어 헌법에 위반된다고 보는 것은 침소봉대이며, 수표를 쓰는 사업자의 자질, 능력 및 경제시장의 여건 등에 관한 복합적인 요인은 보지 않은 채, 단순히 이 사건 법률규정의 탓으로 돌리는 우를 범하는 것이기 때문이다. 주목할 것은 헌

법재판소는 이 사건에 대한 방론에서 이러한 법률조항이 외국기업과 통상마찰을 빚을 우려가 있다는 주장은 충분히 경청할 만한 가치 있는 견해임이 분명하지만, 근 40년간 시행되어 나름대로 긍정적인 제도로 정착된 법률조항을 폐지할 경우 금융거래의 신용질서가 아직 미흡한 우리사회에서는 선의의 피해자가 급증하는 등 커다란 혼란을 초래하여 오히려 신용거래 질서를 파괴하고 중소기업의 자금조달을 어렵게 하여 기업활동을 위축케 하는 등 부작용 또한 만만치 않을 것이므로 시간을 두고 점진적으로 검토할 여지는 있으나 시기상조라는 입장을 밝히고 있다. 즉, 헌법재판소도 부도수표에 대한 처벌제도로 인한 문제점이 있다는 점을 전면적으로 부정하는 것은 아니며, 제도개선의 필요성도 수긍하지만 아직은 그 때가 아니라 시기상조라는 것이다(헌재 2001.4.26. 99헌가13).

3. 헌법재판소의 합헌논거(헌재 2001.4.26. 99헌가13)의 평가

가. 헌재 2001.4.26. 99헌가13의 의의

2001년의 헌법재판소의 설시는 각 위헌론의 근거에 대하여 논리적으로 적실하게 반박하고 있는 듯 보인다. 다만 부도수표에 대하여 부정수표단속법이 적용될 때 나타나는 문제점, 즉 성실한 사업가가 연쇄부도 등 경제여건의 변화로 부도를 내는 경우와 처음부터 부도를 예견하고 수표를 발행하는 불성실한 사업가를 구분하지 않음으로써 나타날 수 있는 문제점에 대해서는 충분히 검토되고 있지 않은 듯 보인다. 위헌논거의 주장처럼 연쇄부도와 같이 경제여건의 변화에 의한 부도책임을 무조건 수표발행자에게 지우게 되면, 형법상 자기책임의 원칙에 반하게 된다는 점에 대해서는 별다른 해명을 하고 있지 못한 것이다. 물론 2001년의 헌재 결정에서는 이 문제가 특별히 쟁점이 아니었기 때문이기는 하지만, 그로 인해 부정수표단속법 제2조 제2항에 대한 위헌논란은 여전히 불씨를 남기게 되었다.

나. 새로운 문제제기의 쟁점화

하지만 2011년 헌법재판소 결정에서는 이 점에 대한 명확한 입장표명이 제시되었다. 현재는 “청구인은 이 사건 법률조항이 연쇄부도 등으로 인하여 수표금을 지급할 수 없게 된 경우 등 발행인에게 책임을 물을 수 없는 경우까지 형벌을 부과하는 것이어서 자기책임의 원칙에 반한다고 주장한다. 그러나 이 사건 법률조항은 수표의 발행인이 그 수표가 예금부족·거래정지처분이나 수표계약의 해제 또는 해지로 인하여 제시기일에 지급되지 않을 것이라는 결과발생을 확정적 또는 미필적으로 인식 또는 예견한 경우에 적용되고, 수표 발행인의 이러한 고의는 수표 발행 당시에 존재하여야 하는 것이라는 점에 비추어 보면, 이 사건 법률조항이 수표발행인의 결정과 선택에 관계없이 수표발행인에게 책임을 지우는 것이라 볼 수 없으므로, 청구인의 위와 같은 주장도 이유없다”고 실시한 것이다. 한 마디로 말해 동 조문은 결과발생에 대한 확정적 또는 미필적 고의를 요구하고 있으므로 형법상 자기책임의 원칙에 반하지 않는다는 것이다.

4. 새로운 문제제기(2011. 7. 28. 2009헌바267의 반대의견)에 대한 검토

가. 2011. 7. 28. 2009헌바267의 반대의견 검토

그러나 2011년의 현재결정에서는 부정수표단속법 제2조 제2항의 또 다른 문제점이 지적된다. 동 결정의 반대의견은 “수표를 발행하거나 작성한 자가 수표를 발행한 후에 예금부족·거래정지처분이나 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.”며 죄형법정주의상 명확성원칙의 위반을 문제삼고 있다. 이어 반대의견은 “대법원은, 범죄구성요건적 행위는 ‘수표를 작성하거나 발행하는 행위’이고, 고의의 내용은 ‘예금부족·거래정지처분이나 수표계약의 해제·해지 등으로 제시기일에 지

급되지 않을 것이라는 결과발생을 확정적 또는 미필적으로 인식 또는 예견하는 것'이며, 이러한 고의는 '지급거절이 된 때'가 아닌 '수표를 발행한 때'에 존재하여야 하고, 그 결과 위 범죄의 기수시기는 '지급거절된 때'가 아닌 '발행인이 수표를 발행한 때'라고 해석하고 있다(대법원 2002. 2. 26. 선고 2002도167 판결; 대법원 1997. 4. 11. 선고 97도249 판결; 대법원 2003. 9. 26. 선고 2003도3394 판결 등 참조)면서 "그러나 이 사건 법률조항의 문언과 입법목적에 비추어 대법원의 위와 같은 해석이 가능한지 의문일 뿐 아니라, 이러한 해석은 수범자로 하여금 위 법률조항에 의하여 처벌되는 행위가 무엇인지 예측하기 어렵게 하고 있다...(중략)... 만일 위 대법원 판례에 의한다면, 수표발행인이 수표 발행 당시에는 예금부족 등으로 제시기일에 지급되지 아니할 것이라는 결과 발생을 예견하거나 인식한 바가 전혀 없었는데 수표 발행 이후에 고의로 예금부족상태를 야기하거나 당좌계약을 해지한 사실이 입증된 경우에는 이 사건 법률조항에 의한 처벌을 받지 않아야 하지만, 실제로는 대부분 이 사건 법률조항 위반죄로 처벌받고 있는 실정이다. 특히 다른 담보가 충실한 상태에서 견질수표를 발행할 때 발행인은 지급제시일에 수표가 지급되지 않으리라는 인식조차 하지 않는 경우가 많은데, 현행 실무상으로는 이러한 경우에도 대부분 처벌되고 있다. 또한 발행일 백지의 수표의 경우 수표발행인은 수표소지인이 언제 발행일을 보충하여 지급제시할지 알 수 없으므로, 수표발행인이 발행 당시 '제시기일에 지급되지 않을 것이라는 결과발생을 확정적 또는 미필적으로 인식 또는 예견'하기 어렵고, 따라서 이러한 경우 고의의 존재시기를 '수표발행 당시'로 보면 수범자의 의사와 일치하지 않을 가능성이 높다."고 실시하면서 결론적으로 "이처럼 이 사건 법률조항은 범죄행위의 태양, 범죄의 성립시기 및 고의의 존재시기 등에 관하여 여러 해석이 가능하도록 불명확하게 규정함으로써 수범자의 예측가능성을 해함과 동시에 재판기관으로 하여금 자의적인 법해석을 가능하게 하고 있다."고 비판한다.

나. 반대의견에 대한 분석적 비판

1) 대법원 판례에 대한 오해

비판논거에 대해 살펴보면, 반대의견은 "수표발행인이 수표 발행 당시에는

예금부족 등으로 제시기일에 지급되지 아니할 것이라는 결과 발생을 예견하거나 인식한 바가 전혀 없었는데 수표 발행 이후에 고의로 예금부족상태를 야기하거나 당좌계약을 해지한 사실이 입증된 경우에는 이 사건 법률조항에 의한 처벌을 받지 않아야 하지만, 실제로는 대부분 이 사건 법률조항 위반죄로 처벌받고 있는 실정이다.”고 지적하고 있다.

그러나 대법원의 확고한 입장에 의하면 위 범죄의 기수시기는 ‘지급거절된 때’가 아닌 ‘발행인이 수표를 발행한 때’임이 명백한 이상, 수표 발행 당시 결과발생에 대한 확정적 또는 미필적 인식과 의사가 없다면 고의범으로 처벌할 수 없음은 분명하고, 따라서 과실범 성립여부만 검토할 여지가 있을 뿐이므로¹⁴⁰⁾ 실무에서 이를 고의범으로 처벌하였다면 이는 명백히 부정수표단속법에 대한 법리 오해에 불과한 것으로 보아야 할 것이므로 동 지적은 적절하지 않다고 본다.

2) 견질수표나 발행일 백지수표의 경우

또한 반대의견은 견질수표나 발행일 백지수표의 경우에 수표발행인이 “발행일 당시 지급제시일에 지급되지 않을 것이라는 결과발생을 확정적 또는 미필적으로 인식 또는 예견하기 어렵다”고 지적하고 있는바, 먼저 견질수표의 경우 대법원 판례에 따르면 “수표의 발행인이 지급거절이라는 결과발생을 예견하지 아니하였거나, 특별한 사정이 있어 수표가 지급제시되지 않으리라고 믿고 있었고 그와 같은 믿음이 정당한 것으로 수긍되는 것이라면, 본죄의 죄책이 인정되지 않는다.”고 보고 있는바,¹⁴¹⁾ 고의가 없다면 당연히 동법 규정상의 범죄가 성립하지 않으므로 문제될 것이 없다고 판단된다.

다음으로 발행일 백지수표의 경우 반대의견은 “수표소지인이 언제 발행일을 보충하여 지급제시할지 알 수 없기 때문에 수표발행인은 발행 당시 ‘제시기일에 지급되지 않을 것이라는 결과발생을 확정적 또는 미필적으로 인식 또는 예견’하기 어렵다는 점을 지적하고 있지만, 백지보충권의 소멸시효가 완성된 다음에는 수표상의 백지부분을 보충하였다고 하더라도, 이는 적법한 보충이라고 할 수 없

140) 동지에 대해서는 이주원, 특별형법, 홍문사, 2011, 390쪽 참조.

141) 대판 1992.9.22. 92도1207.

고¹⁴²⁾ 소멸시효기간이 완성된 후 백지수표의 백지부분이 보충되어 지급제시되었다면, 그 수표가 예금부족 또는 거래정지처분 등의 사유로 지급거절되었다고 하더라도, 부정수표단속법위반의 책임을 물을 수 없다는 대법원 판례¹⁴³⁾와 발행일 백지로 하여 발행된 수표의 백지보충권의 소멸시효기간은 백지보충권을 행사할 수 있는 때로부터 6개월이라는 점¹⁴⁴⁾ 등에 비추어 보면 수표발행인이 수표소지인의 보충권행사 시점을 전혀 예측할 수 없다고 보기는 어려우므로 이 역시 크게 문제될 바 아니라고 보이므로 반대의견의 위 반론은 설득력이 부족하다고 생각된다.

3) 거래정지처분의 경우

한편 반대의견은 “이 사건 법률조항에 규정된 수표미지급 사유 중 ‘거래정지처분’에 대하여는 ‘수표발행인의 고의’를 상정할 수 있는지에 관하여 의문이 있다. 거래정지처분은 어음교환규약 소정의 거래정지처분사유가 있는 경우 금융결제원 산하의 어음교환소가 참가은행에 대하여 그 어음·수표의 발행인과의 당좌계정 거래를 해지하고 향후 2년간 당좌예금 및 가계당좌예금거래를 허용하지 못하도록 하는 사적인 제재조치로서(어음교환업무규약 제18조, 동 규약 시행세칙 제93조), 거래정지처분의 결정권자 및 행위주체는 어디까지나 ‘어음교환소’이며, 수표발행인은 어음교환소에 거래정지처분의 동기 내지 사유를 제공하는 데 그칠 뿐이다. 결국 거래정지처분에 관한 고의의 내용은 ‘발행인이 거래정지처분사유를 초래하여 어음교환소에 의하여 거래정지처분을 받아 수표가 제시기일에 지급되지 않을 것이라는 결과발생을 확정적 또는 미필적으로 인식 또는 예견하는 것’이라고 볼 수밖에 없는데, 죄형법정주의 원칙상 고의의 범위를 이처럼 확대할 수 있을지 의문이다. 더구나 거래정지처분사유에는 ‘예금부족으로 인한 부도’ 등 발행인이 초래할 사유뿐만 아니라 ‘지급정지가처분명령의 송달로 인한 부도’ 또는 ‘은행거래에 관하여 신용을 훼손하는 행위’ 등 수표발행인이 발행 당시 인식

142) 이주원 앞의 책, 383-384쪽.

143) 대판 1981.9.8. 81도1495.

144) 대판 2002.1.11. 2001도206.

또는 예견하기 어려운 사유도 포함되어 있으므로(위 시행세칙 제89조, 제90조), ‘거래정지처분’이 초래되었다는 이유로 수표발행인을 형사처벌하는 것은 타당하지 못하다. 다만 수표발행인은 ‘주의의무를 태만히 함으로써 어음교환소에 거래정지처분사유를 제공한 데 따른 과실범’으로서 책임을 부담할 수는 있을 것이다. 그렇다면 이 사건 법률조항은 수표의 부도를 예견 또는 인식하고도 고의로 수표를 발행한 수표발행인을 처벌하는 규정임에도 수표발행인의 직접적 고의가 개입될 수 없는 거래정지처분을 구성요건으로 삼음으로써, 문언상 수표발행인이 자신의 행위가 아닌 어음교환소의 행위로 인하여 형사처벌을 받는 것처럼 해석되는 결과를 초래하였다.”고 또 다른 문제점을 지적하고 있다.

이 점에 대해 검토해 보건대, 우선 “거래정지처분의 결정권자 및 행위주체는 어디까지나 ‘어음교환소’이며, 수표발행인은 어음교환소에 거래정지처분의 동기 내지 사유를 제공하는 데 그칠 뿐이며 결국 거래정지처분에 관한 고의의 내용은 ‘발행인이 거래정지처분사유를 초래하여 어음교환소에 의하여 거래정지처분을 받아 수표가 제시기일에 지급되지 않을 것이라는 결과발생을 확정적 또는 미필적으로 인식 또는 예견하는 것’이라고 볼 수밖에 없다”는 지적은 옳다. 다만 “거래정지처분사유에는 ‘예금부족으로 인한 부도’ 등 발행인이 초래할 사유뿐만 아니라 ‘지급정지가처분명령의 송달로 인한 부도’ 또는 ‘은행거래에 관하여 신용을 훼손하는 행위’ 등 수표발행인이 발행 당시 인식 또는 예견하기 어려운 사유도 포함되어 있으므로 ‘거래정지처분’이 초래되었다는 이유로 수표발행인을 [고의범으로] 형사처벌하는 것은 타당하지 못하다.”는 지적은 타당하지 않다고 본다. 왜냐하면 반대의견도 지적하고 있듯이 거래정지처분사유중 수표발행인이 인식 또는 예견하기 어려운 경우 “수표발행인은 ‘주의의무를 태만히 함으로써 어음교환소에 거래정지처분사유를 제공한 데 따른 과실범’으로서 책임을 부담할 수는 있다(부정수표단속법 제2조 제3항)”고 본다면, 반대로 위 사유중 ‘예금부족으로 인한 부도’처럼 발행인이 초래할 사유의 경우에는 비록 거래정지처분의 결정권자 및 행위주체는 어디까지나 ‘어음교환소’이기는 하지만, 어음업무규약 제18조에 의하면 이 경우 어음교환소는 거래정지처분을 “하여야 한다”고 규정되어 있으므로¹⁴⁵⁾ 수표발행인의 입장에서도 인식 또는 예견이 불가능했다고 보기는 어려운바, 이러한 경우에는 고의범으로서의 죄책을 물을 수 있다고 본다. 그렇

다면 부정수표단속법 제2조 제2항은 이처럼 거래정지처분을 인식 또는 예견할 수 있는 경우를 상정한 것으로 볼 수 있고, 반대의견이 지적인 것처럼 거래정지 처분사유중 수표발행인이 인식 또는 예견하기 어려운 경우에는 동법 제2조 제3항에 의해 처벌될 수 있도록 규정되어 있는 것으로 해석할 수 있는 한, 명확성의 원칙에 반한다는 반대의견의 지적은 적실성이 없다고 본다.

5. 소결

이상 살펴본 바와 같이 헌법재판소는 2001년과 2011년에 두 차례에 걸친 합헌결정을 통해 부정수표단속법 제2조 제2항의 합헌성을 긍정하며, 그동안 동 조항에 제기되어 왔던 여러 법리적 문제점에 대해 적실한 해명을 해 주고 있다고 보인다. 본고에서는 여기서 더 나아가 2011년의 현재결정의 반대의견이 지적인 명확성원칙의 침해여부를 검토해 보았는바, 이 역시 법리적으로 크게 문제될 바 없음은 앞에서 살펴본 바와 같다. 다만 향후 더 논의되어야 할 점은, 법리적으로는 문제될 바 없다고 하여도 법정책적으로 과연 동법을 현행대로 존치시키는 것이 바람직할 것인지의 문제인바, 이하에서는 이에 대한 논의를 전개해 보기로 한다.

145) 제18조 【거래정지처분】 ①교환소는 참가은행으로부터 신고받은 부도어음내역 중 세척에서 정하는 거래정지처분사유에 해당하는 부도어음의 발행인에 대하여 거래정지처분을 하여야 한다.

제5장

부정수표단속법 폐지에 관한 검토의견 고찰

안 성 조

제1절 서설

부정수표단속법 폐지에 관한 의견은 그동안 법무부에서 수차례 검토된 바 있는바 그 내용은 거의 대동소이하다. 이하의 내용은 법무부(1997.6, 1997.12), 대검찰청 형사과(1998.1.13)에서 검토된 내용을 집대성한 것으로 대통령직 인수위에 보고된 자료이다. 그 내용을 검토해 보기로 한다.

제2절 부정수표단속법 폐지에 관한 의견(1998.1.14. 대통령직 인수위 보고자료)

1. 부정수표단속법 폐지론의 근거

동 보고자료에 의하면 부정수표단속법 폐지론의 근거는 다음과 같다. 첫째, 부도기업에 대한 회생기회를 제공할 필요가 있는바, 부정수표 발행인에게 인신 구속 등을 면하게 함으로써 기업갱생의 기회를 부여하여 중소기업의 도산 예방할 필요가 있으며 둘째, 부도어음 발행인과의 형평성의 문제로서 같은 유가증권

의 발행인임에도 부도어음 발행인은 민사상 채무불이행자로 취급하고, 부도수표 발행을 범죄자로 처벌하는 것은 법익형평의 원칙에 위배된다는 것이다. 셋째, 수표부도사범에 대한 형사처벌의 입법례가 없는 바, 영미법의 경우 수표를 어음과 동일시, 어음법에 규정하고 있고, 일본 소절수법은 우리 수표법과 동일하게 수표계약 없이 수표발행한 경우 과태료 처분을 하고 있으며, 수표부도사범을 형사처벌하는 외국의 입법례 전무하다고 한다. 넷째, 인신구속등으로 기업도산을 촉진하는 결과가 초래될 수 있다는 것인데, 부정수표 발행인에게 인신구속 등을 면하게 함으로써 기업갱생의 기회를 부여하여 중소기업의 도산을 예방해야 한다는 것이다.

2. 전격적 폐지의 문제점

다만, 동 보고자료는 전격적 폐지의 문제점도 다음과 같이 지적하고 있다.

가. 어음과 수표의 기능적 차이 고려

첫째, 어음과 수표제도의 기능상 차이를 무시함으로써 발생하는 문제이다. 어음과 수표는 법적 성격과 기능이 상이, 형사처벌 유무의 차이점은 양제도의 형평성 문제가 아니라 독립적 특성의 문제이고, 우리나라는 수표를 어음의 일종으로 규제하고 있는 영미법과는 달리 어음/수표를 각각 별개의 법률로 규제하고 있어서 출발점 상이한데, 이처럼 법과 제도는 각 나라의 고유한 실정에 따라 차이가 있을 수 있는데도 역사적 배경, 사회적 여건 등을 무시한 채 무조건적인 비교는 현실성이 없다는 것이다. 아울러 어음은 신용거래의 수단으로서 후일을 기하여 일정한 금전이 지급될 경우에 발행되는 신용증권이고, 수표는 지급의 수단으로서 현금대신 일시 대용적으로 발행되는 지급증권인바 발행인의 입장에서 지급증권인 수표를 발행할 때 현금을 지급한 것과 같은 의사로 수표를 교부하는 것이고 상대방도 이러한 기대하에 수표를 소지함으로써, 수표부도의 형사처벌은 이러한 거래당사자의 기대와 신뢰를 확실히 보장하는 수단이므로, 부도

수표에 대한 형사처벌은 수표의 신용거래 질서를 확보하기 위한 수표제도의 특성으로서 민사책임만 지는 어음과의 구별을 명확히 해 주는 것이지 형평성의 차원에서 논의할 문제가 아니다. 따라서 거래당사자는 어음과 수표의 위와 같은 법적 성격, 기능상 차이점을 고려하여 양자에 대한 선택권을 가짐으로써 상대방에 대한 신뢰의 정도에 따라 얼마든지 어음 또는 수표를 택일적으로 이용할 수 있다는 점을 지적한다. 더구나 부정수표 발행인에 대한 형사처벌은 지난 37년간 일반적인 제도로 정착되었는바, 이를 폐지할 경우 선의의 피해자 급증 등 커다란 혼란을 초래하여 오히려 신용거래 질서의 파괴 및 기업활동 위축 등 부작용을 초래할 수 있다고 문제점을 지적한다.

나. 수표거래질서의 확립의 필요성

다음으로 건전한 신용질서 확립시까지의 존속이 필요하다고 한다. 왜냐하면 수표 신용질서가 아직까지 완전히 정착되지 못한 여건이므로 건전한 수표거래질서가 확립될 때까지 존속함이 상당하고, 93년 기준으로 97년의 동법위반사범은 60.9% 증가, 어음/수표 부도금액은 239% 증가하는 등 최근 5년간의 동법 위반 사범 및 부도금액이 계속 증가하고 있으며, 일반국민들 사이에 수표와 어음의 가장 커다란 차이점은 부도에 대한 형사처벌 유무라고 인식, 이러한 인식 때문에 수표부도율은 어음부도율에 비해 극히 낮으며, 형사처벌 폐지시 수표의 어음화가 예상되는바, “자신의 신용을 지키지 못하는 기업인은 금융거래에서 영원히 추방당한다”는 기준이 엄격히 확립될 때까지는 존속이 필요하다고 한다.

다. 중소기업의 자금조달의 문제

셋째, 중소기업의 자금조달 기회를 박탈할 수 있다고 한다. 다시 말해 중소기업의 수표를 이용한 자금조달 수단이 박탈되어 오히려 자금난이 가중될 수 있다는 것인데, 대기업에서 어음과 수표의 사용비율은 9:1 정도이나, 물적 담보가 없는 중소기업의 경우 형사처벌로서 지급의 확실성이 보장되는 수표를 발행하여 자금조달 및 거래상의 편의를 도모하고 있는 실정이고, 형사처벌규정 폐지시 수

표의 신용도 및 담보기능 약화로 선일자수표, 견질수표 등을 통한 수표의 사실상의 신용기능을 차단함으로써 서민의 가계수표 할인을 통한 급전 조달은 물론 중소기업의 금융수단을 경색화시킬 것이 예상되고, 아울러 수표납발 등의 악용 사례가 발생하여 금융시장의 혼란을 초래할 가능성 존재하며, 그러므로 부동산 담보가 주축이 되어있는 현행 여신제도에 근본적인 개혁이 이루어져 기업이 신용만으로 필요한 자금을 공급받을 수 있을 때까지는 존속할 필요가 있다는 것이다.

라. 선의의 수표소지인 보호

넷째, 선의의 수표 소지인을 보호할 필요가 있다고 지적한다. 부정수표를 발행한 기업인의 보호보다는 수표의 지급성을 신뢰하는 수많은 선의의 수표발행상대 기업인의 보호에 중점을 두어야 한다는 것인데, 부정수표단속법위반사범중 구속자는 전체사범중 0.2%(97년 기준)에 불과하고 동 구속자중에는 가계수표 부도사범까지 포함되어 있으므로 실제 구속되는 기업인은 극소수이므로 이를 중소기업 도산의 유발원인으로 보기는 어렵다. 오히려 수표부도에 대한 형사처벌은 부도를 내어서는 안된다는 심리적 견제수단으로 작용하여 수표거래의 신뢰성을 확보하여 줌으로써 거래 상대방인 중소기업인을 보호할 수 있고, 거래 상대방인 수많은 중소기업인의 보호를 위하여는 수표 발행후 고의부도 뿐 아니라 과실에 의한 부도의 경우도 처벌하여야 할 필요성이 있다는 것이다. 또한 실제 중소기업계에서는 형사처벌을 받지 않는 어음의 경우 딱지어음 유통, 고의부도, 발행납발 등의 부작용이 있으므로 이를 차단할 수 있도록 어음의 형사처벌을 입법화까지 요구하고 있는 점을 지적한다.

※ 1991년 중소기업육성정책 지방설명회 시 중소기업을 보호하기 위한 어음부도의형사처벌화 제도개선 건의, 1991.12.5. 상공부로부터 법무부에 동 건의에 대한 검토요청이 있었고, 1992.6.부터 1년 동안 내무부가 “중소기업지원 특별기간”을 설정함에 따라 각 시, 도에 설치, 운영하고 있는 “중소기업애로 타개위원회”에 수렴된 애로, 건의사항 중 “부도처리된 약속어음 발행인의 형사책임 입법화”를 우선적으로 요망,

1993.4.6. 내부부로부터 법무부에 동 애로사항 적극해결 요청이 있었음. 따라서 부정수표단속법 폐지는 위와같은 중소기업계의 요망에 역행하는 것으로서 수표부도 급증 등 부작용 발생시 대정부 불만 고조 우려가 있었다고 한다.

마. 금융질서의 혼란 방지

다섯째, 전격 폐지에 따른 금융질서의 혼란 가능성이 있다고 한다. 부정수표단속법 폐지시(일정기간 경과 후 폐지시도 포함) 모든 수표소지인이 한꺼번에 지급제시할 것이 예상되어 금융질서의 혼란 우려가 있다는 것인데, 형사처벌이라는 사실상의 가장 큰 지급담보수단이 없어짐에 따라 심지어 선일자수표, 견질수표까지 한꺼번에 은행에 지급제시되어 천문학적 규모(1996년 어음/수표 유통추산액 7,436조원중 수표가 약 48% - 3,596조원 - 차지)의 현금인출로 금융질서가 마비될 우려가 있다는 것이다.

바. 처리관행의 정착과 합리화

여섯째, 이미 범위반사범에 대한 합리적 처리관행이 정착돼 있어서 폐지가 불필요하다는 지적도 있다. 즉, 부정수표단속법의 그동안 운영실태도 합리적 사건처리를 위하여 시대 여건에 맞추어 계속 변화해 왔고, 현재는 불구속 수사가 원칙인데다가, 동범위반사범의 발생율은 지난 27년간 약 20배 증가(1970년: 4,019명, 1997년:78,887명)한 반면 기소율은 약 3배 감소(1970년: 82.6%, 1997년: 26.4%)하였고, 약식기소율이 구공판율보다 높다고 한다. 그리고 1993.12.10. 부정수표단속법 개정으로 수표회수 또는 수표소지인 처벌불원시 공소제기 불가 등 처벌이 완화돼, 법개정 이후 기소율이 1993년 38.2%에서 1997년 26.4%로 11.8% 감소하였다고 한다.

검찰도 1993.7.2 부정수표단속법위반사범 처리에 대한 특별지시, 1993.12.6. 부정수표단속법개정법률시행에 따른 운용지침 시달, 1996.1.5. 인신구속에 관한 특별지시, 1997.4.1. 정부의 경제살리기정책 지원을 위한 특별지시등을 통하여 악의적 부도사범을 제외하고 동범위반사범에 대하여 탄력적인 신병처리를 제시함으로써 경제상황의 변화에 따라 불구속 수사를 확대해 가고 있는데, 특히,

1997.12.24, “경제난국 극복을 위한 특별조치”의 하나로서, 수습의지와 회생가능성이 있는 수표부도사범에 대하여는 충분한 수습기간(고발기간 30일, 경찰 수사기간 2개월, 검찰 수사기간 3개월 및 필요시 연장)을 부여하고, 부도금액, 회수율을 불문하고 불구속수사를 원칙으로 하되, 상습적, 지능적 부도, 부정수표납발자, 재산은닉혐의자 등 죄질불량자는 예외적으로 구속수사하는 등 기업인으로 하여금 기업의를 고취하고 기업활동에 전념할 수 있는 환경을 조성하려 노력하고 있는 점 등을 거시한다.

사. 처벌의 흠결발생에 대한 우려

일곱째, 폐지시 수표부도사범에 대한 처벌법규가 흠결될 우려가 있다는 문제점을 지적한다. 부정수표단속법 폐지시 수표부도사범에 대한 형사처벌은 불가능한바, 형법상 유가증권등에 관한 죄는 수표부도가 아닌, 위조 및 변조를 처벌하는 조항이고, 사기죄에 의한 처벌은 범의에 대한 입증상의 어려움이 있기 때문에 채무불이행죄를 인정하지 않고 있는 우리의 법제상 수표부도사범에 대한 형사처벌이 사실상 불가능하다는 것이다.

제3절 검토의견의 결론

이상의 판단을 전제로 한 후 동 보고자료는 다음과 같이 검토의견을 제시하고 있다. 첫째, 경제질서 관련 법규범들이 세계적으로 통일되어 가는 추세를 고려할 때 선진외국 경제규범과 일치를 이루고 합리성에 근거한 신용사회 질서 구축을 위하여 장기적으로는 부정수표단속법을 폐지하는 것이 바람직하다고 할 것이나, 법폐지에 따른 부작용등에 관한 심도깊은 연구 및 사전 준비조치 없이 바로 법을 폐지할 경우에는 큰 혼란이 초래될 것으로 판단된다.

둘째, 법의 폐지 여부를 결정하기 이전에 공청회 등을 통하여 각계각층의 의견을 수렴하고(예컨대 중소기업협동조합중앙회 소속 회원 조합 등 상대로 설문조사 실시한다든지, 대한상공회의소, 전국경제인연합회, 중소기업협동조합중앙회,

재경원, 통산부, 법무부 등 민/관합동공청회 개최) 법의 폐지에 앞서 기간을 정하여 사전에 이를 예고함으로써 선의의 피해자가 없도록 하여야 하며, 끝으로 불신용자에 대하여는 형사처벌에 갈음하여 엄격하게 제재조치를 취함으로써 신용사회를 구축할 수 있는 대안정책을 강구한 후 법의 폐지 작업에 임하여야 할 것으로 판단된다고 동 보고자료는 결론을 내리고 있다.

제4절 검토의견에 대한 비판적 고찰

1. 폐지론 검토의견

위 검토의견은 부정수표단속법 폐지론의 각각의 논거를 제시해 주고 있으나 이에 대한 적실한 반론은 앞서 살펴본 2001년과 2011년의 현재결정에서 제기된 바 있기 때문에 과거의 폐지논거를 열거한 것일 뿐 특별히 유의미한 내용은 없는 것으로 보인다. 다만, 비교법적으로 외국의 입법례 문제를 언급하며 외국에는 유사 입법례가 없다고 단정짓고 있으나, 이는 앞서 살펴본 바와 같이 프랑스와 미국의 입법례가 현존하므로 명백히 잘못된 내용이라고 생각된다.

2. 전격적 폐지의 문제점

검토의견 중 전격적 폐지의 문제점에 대한 견해로서 “부도수표에 대한 형사처벌은 수표의 신용거래 질서를 확보하기 위한 수표제도의 특성으로서 민사책임만 지는 어음과의 구별을 명확히 해 주는 것이지 형평성의 차원에서 논의할 문제가 아님” 그리고 “거래당사자는 어음과 수표의 위와 같은 법적 성격, 기능상 차이점을 고려하여 양자에 대한 선택권을 가짐으로써 상대방에 대한 신뢰의 정도에 따라 어음 또는 수표를 택일적으로 이용가능” 아울러 “부정수표 발행인에 대한 형사처벌은 지난 37년간 일반적인 제도로 정착되었는바, 이를 폐지할 경우 선의의 피해자 급증 등 커다란 혼란을 초래하여 오히려 신용거래 질서의 파괴 및 기업

활동 위축 등 부작용 초래"할 수 있다는 지적은 타당해 보인다. 또한 “건전한 신용질서 확립시까지 존속 필요”하다든지 “동법 폐지가 오히려 중소기업의 자금조달 기회를 박탈”할 수 있다는 지적 등도 분명 경청할 만한 의견이라 하겠다.

특히 주목할 만한 검토의견으로는 “선의의 수표 소지인 보호가 필요”하다는 것인데, 검토의견을 보면 (1) 부정수표를 발행한 기업인의 보호보다는 수표의 지급성을 신뢰하는 수많은 선의의 수표발행 상대 기업인의 보호에 중점을 두어야 하고, (2) 부정수표단속법위반사범 중 구속자는 전체사범 중 0.2%(97년 기준)에 불과하고 동 구속자 중에는 가계수표 부도사범까지 포함되어 있으므로 실제 구속되는 기업인은 극소수에 불과하고 따라서 이를 중소기업 도산의 유발원인으로 보기는 어려우며, (3) 오히려 수표부도에 대한 형사처벌은 부도를 내어서는 안된다는 심리적 견제수단으로 작용하여 수표거래의 신뢰성을 확보하여 줌으로써 거래 상대방인 중소기업인을 보호하는 기능을 하므로, (4) 거래 상대방인 수많은 중소기업인의 보호를 위하여는 수표 발행후 고의부도 뿐 아니라 과실에 의한 부도의 경우도 처벌하여야 할 필요성 있고, (5) 실제 중소기업계에서는 형사처벌을 받지 않는 어음의 경우 딱지어음 유통, 고의부도, 발행 남발 등의 부작용이 있으므로 이를 차단할 수 있도록 어음의 형사처벌 입법화까지 요구하고 있다는 점을 잘 지적하고 있는바, 이는 흔히 위헌론의 논거에서 간과하기 쉬운 사실을 검토 의견에서 적확히 일깨워 주고 있다는 점에서 대단히 중요한 의견이라 하겠다.

요컨대, 부정수표를 발행한 기업인보다는 그 거래상대 기업인을 더 보호해야 한다는 논리로서, 실제 중소기업계에서는 위헌론의 논지와는 반대로 오히려 부도어음의 형사처벌까지도 입법화를 요구하고 있다는 사실은 분명히 다시 한 번 깊이 재고해 보아야 할 문제라고 본다. 다만 “전격 폐지에 따른 금융질서 혼란 가능성”이라든지 “법위반사범에 대한 합리적 처리로 폐지 불필요” 및 “폐지시 수표부도사범에 대한 처벌법규 흠결” 등의 검토의견은 부정수표단속법을 폐지하지 말아야 할 근거로서 상대적으로 객관성과 설득력이 떨어진다고 보이는바, “전격 폐지에 따른 금융질서 혼란 가능성”은 동법을 존치시킴으로써 오히려 금융질서가 어지러워질 수 있다는 위헌론의 논거가 ‘침소봉대’에 불과한 것처럼, 역으로 단지 동법을 폐지시킴으로써 금융질서에 혼란을 가져올 있다는 것도 같은 이유에서 ‘침소봉대’라 말할 수 있고, “법위반사범에 대한 합리적 처리관행”이 동법의

존치를 정당화하는 적극적 근거가 될 수 없으며, “폐지시 수표부도사범에 대한 처벌법규 흠결”이라는 의견은 어떠한 이유로 반드시 수표부도를 형벌로 의율해야 하는가에 대한 당위성이 결여되어 있다는 점에서 역시 쉽게 납득할 수 없는 견해로 보이기 때문이다.

제6장

결론: 부도수표에 대한 형사처벌의 개선방향 검토

김 대 근

■
■

제1절 주체와 법정형의 문제

1. 주체의 확장 문제

부정수표단속법 제2조 제1항의 주체는 부정수표를 발행한 자 또는 작성한 자를 말한다. 부정수표를 발행한 자는 가설인의 명의로 수표를 발행한 자, 금융기관(우체국 포함)과의 수표계약 없이 또는 금융기관으로부터 거래정지처분을 받은 후에 수표를 발행한 자 및 금융기관에 등록된 것과 상위한 서명 또는 기명날인으로 수표를 발행한 자를 말한다.¹⁴⁶⁾ 부정수표를 작성한 자란 수표법상의 수표요건을 대리기입하는 것과 같은 기계적인 행위를 한 자를 지칭하는 것이 아니고 발행인과 공모하거나 그의 포괄적 위임하에서 부정수표를 만든 자를 말하며 이때의 작성행위는 발행과 동일시할 정도의 외관을 요한다.¹⁴⁷⁾ 부정수표단속법 제2조 제2항의 주체는 수표를 정당하게 발행하거나 작성한 자를 말한다. 수표를 정당하게 발행한 자라 함은 은행과 체결한 수표계약에 기하여 적법하게 수표를

146) 부정수표단속법의 주체에 대해서는 윤천희, 앞의 책, 28-38쪽 참조.

147) 대판 1975.12.9, 74도2650

발행한 자를 말한다. 그러므로 앞에서 검토해 본 바와 같이 부정수표단속법상의 발행 및 작성인의 범위를 법문의 가능한 범위 내에서 확장한다 하더라도 배서인을 포함시킬 수 없음은 명백하다고 본다. 그러므로 배서인은 어디까지나 본죄의 사후종범(auxilium post factum)이 될 여지가 있을 뿐,¹⁴⁸⁾ 본죄의 주체가 될 수는 없다. 다만 입법론적 측면에서 부정수표단속법상 처벌될 수 있는 자의 범위를 배서인까지 확장하는 것은 별도의 논의를 요하는 문제라고 본다.

2. 법정형의 문제

현행 부정수표단속법은 부도수표의 경우 고의범은 5년 이하의 징역 또는 수표금액의 10배 이하의 벌금에 처하고, 과실범은 3년 이하의 금고 또는 수표금액의 5배 이하의 벌금에 처한다. 이러한 부정수표단속법의 법정형에 대해 지나치게 높다는 지적이 있다. 하지만 본죄의 법정형이 적절한지 여부에 대한 판단은 단순히 비교법적인 입법례 거시만 가지고 할 수는 없고, 본죄의 보호법익과 밀접한 연관이 있다고 본다. 일반적으로 본죄의 보호법익은 기본적으로 수표의 유통성과 피지급성에 대한 사회일반의 신뢰라고 여겨진다.¹⁴⁹⁾ 나아가 부정수표단속법의 목적을 수표의 피지급성만 보호하는데 있는 것이 아니라 수표의 피지급성에 문제가 있음을 인식하고 이를 기망의 의도로 이용한 자를 처벌하려는 것이라고 본다면,¹⁵⁰⁾ 사기죄로서의 성격도 관념할 수 있을 것이다.¹⁵¹⁾ 그런데 사기죄의 법정형 상한이 10년임을 고려할 때, 본죄의 고의범의 법정형 상한이 5년인

148) 다시 말해 고의 또는 과실에 의한 부정(부도)수표의 발행 및 작성죄가 성립한 후에 이를 방조하는 유형으로 볼 수 있다는 것이다. 그러나 판례가 본죄의 성립시점에 공소시효가 시작된다고 판시한 점(대판 1986.3.11, 85도2640)에 비추어 보면, 본죄의 성립시기는 범행의 기수시점이자 동시에 종료시점이므로 배서인의 행위는 범행이 이미 종료된 후의 방조에 해당하여(사후방조) 방조범으로 인정될 여지는 없고, 다만 독립된 범죄비호유형으로서의 사후종범이 될 가능성만 본다. 범행종료 후의 방조와 사후종범에 대해서는 이재상, 형법총론, 박영사, 2011, 359쪽 및 김일수서보하, 형법총론, 박영사, 2003, 646쪽 참조.

149) 이주원 앞의 책, 375쪽; 윤천희 앞의 책, 21쪽.

150) 윤성승 앞의 논문, 310쪽.

151) 이주원 앞의 책, 376쪽.

것은 과도하다고 생각되지 않는다. 기타 배신행위로서의 성격이 강한 배임죄나 횡령죄의 법정형 상한도 5년이라는 점에 비추어 보더라도 오히려 부정수표단속법의 법정형은 상당히 적절한 것으로 사료된다.

제2절 과실범 처벌의 타당성 문제

부정수표단속법은 부도수표 발행인이나 작성자의 고의가 없더라도, 과실이 있는 경우 처벌한다. 그러나 과실범을 처벌하는 입법례는 전무하다는 점을 들어 과실범 처벌을 폐지해야 한다는 견해가 있다.¹⁵²⁾ 이 견해는 우선 앞서 언급한 바 있는 미국의 경우 부정수표 발행자에 대한 처벌은 수표관련자에 대한 사기행위 내지 기망행위에 대한 처벌의 일종이므로, 수표자금의 부족에 대한 악의 또는 기망의 의사가 필요한 고의범으로 규정하고 있다는 점을 든다. 미국의 경우 부도발행 자체는 약속어음의 지급약속을 위반한 경우와 같이 그 자체로는 가벌성이 없으며, 과실에 의한 부도는 수표제도를 이용한 적극적인 기망이 아니므로 이를 처벌할 필요성이 없다고 입법적 결단을 내린 것이라는 것이다. 또한 부도발생을 과실로 유발한 경우에 이를 처벌한다면, 자금관리를 소홀히 하거나 경기가 좋지 않은 상황 속에서 기업활동을 하던 사업자가 연쇄부도 등으로 부도가 나는 경우에도 처벌의 가능성이 있게 된다고 한다. 왜냐하면 경기가 좋지 않은 상황 속에서는 연쇄부도로 인한 자금악화는 조금만 주의를 하면 예견가능한 문제로도 볼 수 있기 때문이라는 것이다.

이와 비슷한 맥락의 비판은 부정수표단속법 제2조 제2항에 대한 헌법재판소의 합헌결정에서도 제기된 바 있다.¹⁵³⁾ 동 합헌결정에서 청구인은 “이 사건 법률조항이 연쇄부도 등으로 인하여 수표금을 지급할 수 없게 된 경우 등 발행인에게 책임을 물을 수 없는 경우까지 형벌을 부과하는 것이어서 자기책임의 원칙에 반한다.”고 주장했던 바, 이에 대해 헌법재판소는 “청구인은 이 사건 법률조항

152) 윤성승, 앞의 논문

153) 헌재결 2011. 7. 28. 2009헌바267 참조

이 연쇄부도 등으로 인하여 수표금을 지급할 수 없게 된 경우 등 발행인에게 책임을 물을 수 없는 경우까지 형벌을 부과하는 것이어서 자기책임의 원칙에 반한다고 주장한다. 그러나 이 사건 법률조항은 수표의 발행인이 그 수표가 예금부족·거래정지처분이나 수표계약의 해제 또는 해지로 인하여 제시기일에 지급되지 않을 것이라는 결과발생을 확정적 또는 미필적으로 인식 또는 예견한 경우에 적용되고, 수표 발행인의 이러한 고의는 수표 발행 당시에 존재하여야 하는 것이라는 점에 비추어 보면, 이 사건 법률조항이 수표발행인의 결정과 선택에 관계없이 수표발행인에게 책임을 지우는 것이라 볼 수 없으므로, 청구인의 위와 같은 주장도 이유없다.”고 설시한 것이다. 한 마디로 말해 동 조문은 결과발생에 대한 확정적 또는 미필적 고의를 요구하고 있으므로 형법상 자기책임의 원칙에 반하지 않는다는 것이다.

그렇다면 이러한 현재의 논리는 과실범에 대해서도 그대로 적용될 수 있다고 본다. 본죄의 존립근거가 단지 수표관련자에 대한 사기행위를 예방하려는 데 있는 것이 아니라, 수표의 유통성과 피지급성에 대한 사회일반의 신뢰보호에도 있다는 점을 고려하면, 반드시 고의범의 형태로 기망의 의사가 있는 경우뿐만 아니라, 그 수표가 예금부족·거래정지처분이나 수표계약의 해제 또는 해지로 인하여 제시기일에 지급되지 않을 것이라는 결과발생을 수표 발행인이 응당 예견 가능함에도 이를 회피하지 못한 부주의가 있다면 충분히 그 주의의무 위반을 관념할 수 있다 할 것이고, 자금관리를 소홀히 하거나 경기가 좋지 않은 상황 속에서 기업활동을 하던 사업자가 연쇄부도 등으로 부도가 나는 경우라 하더라도 결과발생에 대한 주의의무 위반이 인정된다면 당연히 과실범으로서 처벌될 수 있기 때문이다. 그런 점에서 “경기가 좋지 않은 상황 속에서는 연쇄부도로 인한 자금악화는 조금만 주의를 기울이면 예견가능한 문제로도 볼 수 있다”는 논거는 부정수표단속법의 과실범 처벌을 폐지해야 한다는 논거라기보다는 오히려 “조금만 주의를 기울이면 예견가능하기 때문에” 과실범으로 처벌될 수 있다는 논거로 보아야 할 것이다. 그렇다면 부정수표단속법의 과실범 규정은 정당성이 있다고 본다. 하지만 어떤 범죄의 고의범 이외에 과실범도 처벌할 것인지 말 것인지의 문제는 행위의 구조상 과실범의 성립이 가능한 것인지 여부의 문제와는 다른 형법정책의 문제이기 때문에 추후 별도의 논의가 필요할 것으로 보인다.¹⁵⁴⁾

제3절 처벌대상의 문제

부정수표단속법은 부도수표에 대해서만 형사처벌을 하고 있고, 부도어음에 대해서는 형사처벌을 하고 있지 않다. 이 점은 동 조항의 위헌성을 주장하는 측에서 누차 지적해 왔던 문제이다. 그러나 헌법재판소는 수표의 피지급성의 보장이 어음의 경우보다 강력히 요청된다는 점에서 수표는 어음과는 성질을 달리하므로, 지급거절될 것을 예견하고 수표를 발행하는 행위를 처벌한다고 하여도 평등의 원칙에 반하지 않는다고 보면서 부도시 어음과 수표의 처벌을 달리하는 것을 정당화하고 있다. 이러한 입법의 태도나 헌법재판소의 판례의 입장에 대해 수표의 피지급성 보호만을 지나치게 강조하여 유통증권으로서 수표가 갖는 경제적 기능이나 사용목적은 적절히 고려되지 않은 것으로 볼 수 있다는 지적이 있다.¹⁵⁵⁾ “부도수표를 처벌하는 근거는 수표의 피지급성을 보호하기 위한 것에만 있는 것이 아니라 부도가 예견되는 수표를 발행하거나 유통시킴으로써 부도를 야기한 행위는 수표의 피지급성이라는 수단을 이용한 수표관계자들에 대한 일종의 기망행위이기 때문에 처벌하는 것으로 보는 것이 타당해고 따라서 일람출금환어음의 경우에도 부도가 예견되는 어음을 발행하여 부도를 야기한 경우, 일람출금환어음은 지급제시기간 내에 언제든지 지급제시가 가능하다는 점에서 어음관계자에 대한 기망행위로 어음의 유통과 피지급성을 저해하는 행위이므로, 형사처벌을 할 수 있다.”는 것이다.

이처럼 본죄의 입법목적은 피지급성을 이용한 기망행위의 방지라는 측면에서 보면 일람출금환어음¹⁵⁶⁾과 수표의 규제를 달리할 합리적 이유는 없다고 본다.

154) 이러한 형법정책을 수립함에 있어서 참조할 만한 문헌으로는 Hassemer(배종대·윤재왕 역), *Warum Strafe sein muss: ein Plädoyer*(범죄와 형벌), 나남, 2011, 61-126쪽 참조. 이 부분은 동 문헌의 제2장 “형법이 의도하는 것은 무엇인가 또는 형벌이란 어떠한가”에 해당하는 부분으로 저자는 형벌의 한계를 설정함에 있어서 (인간으로서의) 존엄과 (형벌의) 효과, 그리고 절제라는 세 가지 기준을 모두 고려해야 한다고 강조하고 있다.

155) 윤성승, 앞의 논문, 309-310쪽.

156) 일람출금환어음이란 어음소지인이 지급인에 대하여 어음을 제시할 때 지급되는 어음을 말한다. 어음상의 기재로는 일람즉시 또는 제시 즉시 등으로 표시하면 되며 만기의 기재가 없는 것은 일람출금인 것으로 보게 된다. 일람출금어음은 원칙적으로 발행일부터 1년 이내에 제시해 지급받지 않으면 어음상의 권리를 상실하게 되어 있다.

다만 “어음과 수표는 다같이 유통증권이기는 하지만 수표는 현금의 대용물로서 금전수표의 피지급성의 보장이 어음의 경우보다 더욱 강력히 요청되는 점에서 어음과 성질을 달리하므로, 지급거절 될것을 예견하고 수표를 발행하는 행위를 처벌한다고 하여 평등의 원칙에 반한다고 할 수 없고, 더욱이 법이 예정하고 있는 본래 의미의 신용증권인 어음을 택하지 않고 지급증권인 수표를 신용증권으로 변칙 발행하기로 선택한 사람들은 수표제도에 따르는 위험도 받아들여야 하는바, 수표소지인이 어음소지인이나 다른 채권자들보다 우선변제 받게 된다는 것은 처벌을 면하기 위하여 사실상 수표소지인에게 수표금을 지급하는 것 때문에 반사적으로 우선변제 받는 것으로 보일 뿐이므로 평등의 원칙에 반하는 것은 아니다.”라고 설시한 헌법재판소의 입장도 분명 타당하다 할 것이므로 앞의 결론을 일반적으로 모든 어음에 대해 적용하기는 어려울 것이다.

하지만 앞서 검토의견에서 살펴본 바와 같이 실제 중소기업계에서는 형사처벌을 받지 않는 어음의 경우 딱지어음 유통, 고의부도, 발행 남발 등의 부작용이 있으므로 이를 차단할 수 있도록 어음의 형사처벌 입법화까지 요구하고 있다는 점에서 부도어음 일반에 대한 형사처벌도 정책적 차원에서는 재고해 보아야 할 문제라고 본다.¹⁵⁷⁾

제4절 종합결론

이상의 논의를 간추리자면, 현행 부정수표단속법상 부도수표에 관한 동법의 의율태도나 판례의 입장은 적어도 법리적으로는 큰 문제점을 찾아보기 어렵다고 할 수 있을 것이다. 부정수표단속법 제2조 제2항의 수표발행 및 작성의 주체의 제한이나 법정형의 문제, 그리고 과실범 처벌의 타당성 등의 문제는 앞에서 검토해 본 바와 같이 충분히 정당화 될 수 있다고 본다. 다만 정책적 차원에서 수표발행 및 작성의 주체를 확장하거나 과실범 처벌규정을 삭제한다든지 부도어음에 대한 형사처벌도 가능케 할 것인지 등의 문제는 향후 충분한 논의가 필요할

157) 이를 위해서도 Hassemer(배종대·윤재왕 역), 앞의 책, 같은 쪽 참조

것으로 보인다. 아울러 현재도 지적하고 있는 바와 같이 부정수표단속법으로 인해 외국기업들과 통상마찰을 빚을 우려가 있다는 주장도 충분히 경청할 만한 가치가 있는 견해임은 분명하다고 본다. 즉, 글로벌 스탠다드에 맞게 부도수표에 대한 규제를 비범죄화할 필요가 있다는 것이다. 시간을 두고 전면적으로 재검토할 여지는 분명 있지만, 부도수표와 관련된 우리나라 고유의 법문화 형성과정에 비추어 볼 때, 다만 아직 시기상조라는 것이 현재의 판단이었다.

본 연구의 결론을 내리자면, 현재 부도수표에 대한 규제를 형사처벌 대신 민사제재로 대체하는 것이 세계적인 흐름이라는 점에 비추어 볼 때,¹⁵⁸⁾ 부도수표에 대한 형사처벌의 개선방향은 전면폐지론과 현재와 같은 신중론의 접점에서 찾는 것이 바람직할 것이라고 생각한다.

158) 이와 관련해 비교법적으로 참조할 만한 문헌으로는 Neil Kibble & Andreww Campbell, Dishonoured Cheques: A Comparative Analysis, 16 *Journal of International Banking Law* 77 (2001) 참조.

참고문헌

- 김대근, 형법적 규제에 대한 법경제학적 접근 - 형법경제학, 고려대학교 대학원 석사학위논문, 2003
- 김대웅, 부정수표단속법 제2조 제항 및 제4조 범죄에 관하여, 정연논총, 사법연수원, 2010
- 김일수·서보학, 형법총론, 박영사, 2003
- 박혜진, 경제형법으로서의 부정수표단속법에 관한 연구, 고려대학교 석사학위논문, 2002
- 안동섭, 부도 어음·수표 해결의 법률지식, 청림출판, 1997
- 윤보성, 부정수표단속법 해설, 경영법무 통권 제1호, 1994
- 윤성승, 부도수표에 대한 법적 규제 검토 - 부정수표단속법을 중심으로 -, 경찰법 연구 제6권 제2호, 2008
- 윤천희, 부정수표단속법, 법률문화원, 2001
- 이기수·최병규, 어음·수표법(제7판), 박영사, 2009
- 이재상, 형법총론, 박영사, 2011
- 이주원, 특별형법, 홍문사, 2011
- 정찬형, 어음·수표법 강의(제7판), 박영사, 2009
- 조용호, 부정수표단속법 제2조 제2항의 문제점, 재판자료 제31집, 법원도서관, 1986
- 하상제, 부정수표발행인의 형사책임, 형사법실무연구 제123집, 법원도서관, 2011
- 법무원수원, 범죄백서 제24호, 2007
- 대검찰청, 범죄분석, 2008
- 대검찰청, 범죄분석, 2009

대검찰청, 범죄분석, 2010

법원행정처, 양형사례집, 2001

KOTRA, 동향자료, 2004

Fox, David, Property Rights in Money, Oxford University Press,
2008

Hassemer, Winfried,(배종대·윤재왕 역), Warum Strafe sein muss: ein
Pladoyer(범죄와 형벌), 나남, 2011

M. Vasseur, Le cheque sans provision en France 1865-1992, La Semaine
Juridique Edition G No.9 (1992),

Neil Kibble & Andreww Campbell, Dishonoured Cheques: A Comparative
Analysis, 16 Journal of International Banking Law 77 (2001)

Note, Constitutionality of Bad Check Statutes, 41 Yale. L.J. 638 (1932)

Renner, Karl(정동호 · 신영호 역), Die Rechtsinstitute des Privatrechts
und Ihre Soziale Funktion(사법제도의 사회적 기능), 세창출판사,
2011

Abstract

Reforms and the Current States of Criminal Sanction against Dishonored Check

Kim, Dae Keun · Ahn, Seong Jo

Today, check plays very important role in current economy and economy system. Because check as an alternative of money not only is circulated in large, but also has much influence on distributive order as a vein activating and flourishing society and economy.

Allegedly, circulation of the check is largely depend on the trust in capital society. For example, when the originator issues his or her payment instruction by check, it is common practice for the bank of beneficiary, that is the payee, to enter a provisional credit in the beneficiary's account as soon as he or she pays in the check to his or her bank. Thus it is necessary for modern society to protect the function of check in many way, especially as law and institution does.

A debtor's delivery of a check to the creditor can itself be a payment of the debt but it is presumed that parties intend the payment only to be conditional. If the check is not honored then the originator's liability to pay the debt remains. But even where the presumption is displaced and the creditor intend to accept the instrument as an unconditional discharge of the debt, his or her possession of it cannot create, let alone complete,

any title to the proceeds of the check which should eventually be credited to his or her account. To assume otherwise would confuse the status of the check and its monet proceeds in his or her account.

The problem here in “The Regulation of Illegal Check Act” is that it imposes punishment on those who draw a illegal check not only with purpose but also with negligence, which is against modern criminal legal principle that he who commits a crime on purpose should be penalized in general and with negligence not be punished exceptionally.

That’s why “The Regulation of Illegal Check Act” has been dealt with whether it is violation of the constitution or not by the Constitutional Court. Though the Constitutional Court has decided on the constitutionality of the act in both 2000 and 2011, the Court ruled the same decision that the act is constitutional.

As we can find from the decision, there are some conflicts between the necessity to protect transaction and economy system through keeping its circulation and trust secure and the principle of legality such as the principle of self-responsibility and autonomy.

This study tries to show the law ought to be in position which can make dialectical development of both sides. Therefore economy system desperately needs demonstration of regulations and deregulations, derived from of its own nature. In one hand, it needs deregulation for self-responsibility and autonomy because of its nature of legal principle. In the other hand, however, it needs appropriate regulations to protect society and economy.