

전기통신금융사기 관련 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반방조죄를

통하여 살펴보는 형사법상의 탈법행위와 목적범의 방조의 고의

(대상판결 : 대법원 2022. 10. 27. 선고 2020도12563 판결)¹⁾

부산지방법원 판사 김승현

논문 요지

전기통신금융사기 정범에게 편취금 수령용 계좌를 제공한 사람에 대해서는 사기죄의 공동정범 내지 방조범으로 의율하여 처벌하는 것이 일반적이다. 설령 그가 조직체의 말단에 위치하거나 일회성으로 가담하였거나 미필적 고의로 가담하였다 하더라도 그 범죄가 완성되는 데에 그 계좌가 중대한 기여를 한 점에 주목하여 계좌제공자에게 필벌(必罰)을 부과한다는 것이 우리 형사정책의 기본방침이다.

대상판결에서는 전기통신금융사기 정범에게 편취금 수령용 계좌를 제공하였으나 전기통신금융사기 범죄 가담에 대한 미필적 고의를 인정하기 어려워 계좌제공자를 사기죄의 공범으로 의율할 수 없는 특수한 사례가 문제되었다. 계좌제공자는 무등록환전영업에 사용할 것이라는 정범의 말을 완전히 믿고 정범에게 자기 명의 계좌를 제공하였으나, 실제 정범은 그 계좌를 전기통신금융사기 범행의 편취금 수령 용도로 사용하였다. 그리고 계좌제공자가 그러한 정범의 본래의 계좌사용 목적을 전혀 예상하지 못했을 것으로 보이는 여러 정황들이 기록상 분명하게 드러났다.

이와 같은 사례가 반복되자 검찰은 계좌제공자들을 사기죄의 공범으로 기소하는 대신 ‘불법재산의 은닉, 자금세탁행위, 공중협박자금조달행위 및 강제집행의 면탈, 그 밖에 탈법행위를 목적으로 타인의 실명으로 금융거래하는 행위’를 처벌하는 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 제6조 제1항, 제3조 제3항을 적용하여 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반방조죄로 기소하였고, 하급심에서 유·무죄의 판단이 치열하게 엇갈렸다. 대법원은 2022. 10. 27. 계좌제공자들의 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반방조죄의 죄책을 유죄로 인정하는 취지의 다수의 판결을 일제히 선고하였다.

대상판결은 계좌제공자가 인식한 정범의 목적, 즉 ‘무등록환전영업행위’와 정범의 실제 목적, 즉 ‘전기통신금융사기 범행’ 모두 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 제3조 제3항의 ‘탈법행위’의 목적에 해당한다고 판시하였다.

그러나 이는 ‘탈법행위’의 개념을 무리하게 확장하여 해석한 것으로 부당하다. ‘탈법행위’의 개념에 관하여 확립된 일반적 이론에 비추어 보면 ‘탈법행위’가 성립하기 위해서는, ① 적법한 형식·외관 내지 표면의 법률행위가 존재할 것, ② 이면의 실질적인 결과가 존재할 것, ③ 이면의 실질적인 결과가 강행규정에 의하여 궁극적으로 금지되는 실질 내지 결과를 달성·실현하는 것일 것, ④ 적법한 형식·외관 내지 표면의 법률행위가 이면의 실질적인 결과를 회피·은닉·은폐하는 주요한 수단이 될 것, ⑤ 이면의 실질적인 결과가 불법재산의 은닉, 자금세탁행위, 공중협박자금조달행

1) 공2022하, 2346.

위, 강제집행의 면탈에 준할 정도로 불법한 행위일 것 등의 요건이 충족되어야 한다. 더구나 ‘탈법행위’는 가장행위나 단순한 신원은폐, 재산은닉, 추적회피 등의 행위와 분명히 다른 개념이다. 정범이 목적인 ‘전기통신금융사기 범행의 편취금 수령 행위’와 계좌제공자가 인식한 정범의 목적인 ‘무등록환전영업 행위’는 모두 신원은폐, 재산은닉, 추적회피 등의 행위 혹은 가장행위에 해당될 수 있겠으나, ‘탈법행위’에 해당된다고 보는 것은 무리한 해석이다.

한편 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄는 탈법행위 등의 ‘목적’을 초과주관적구성요건요소로 하는 목적범이다. 계좌제공자가 인식한 정범의 목적(무등록환전영업)과 실제 정범의 목적(전기통신금융사기) 사이에 분명한 차이가 있음에도, 대상판결은 방조범이 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용을 인식할 것을 요하는 것은 아니고 미필적으로 인식·예견하는 것으로 족하므로, 위와 같은 인식의 불일치가 계좌제공자의 방조범의 성립 여부에 영향을 미치지 않는다고 판시하였다.

그러나 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄의 ‘탈법행위 등의 목적’은 단순히 방조범의 성립 여부에 별다른 영향을 주지 않는 부차적 요소들(예컨대, 범행의 일시, 장소, 객체, 구체적으로 이루어지는 사실적 상황)과 동일선상에 놓을 수 없다. 이는 오히려 방조의 고의 인정 여부를 결정하는 데에 고려되어야 할 범죄의 본질적 요소, 구성요건의 중요부분 내지 범죄의 불법성을 좌우하는 핵심 요소에 해당한다고 보아야 한다. 즉, 그 ‘목적’에 대한 인식의 불일치는 방조의 고의를 조각시키는 사유에 해당된다. 따라서 대상판결이 ‘무등록환전영업 목적의 타인 실명 금융거래 범행’을 방조한다는 고의’만을 보유하고 있던 피고인에 대해 충분한 논증이나 합리적인 근거 없이 ‘전기통신금융사기 목적의 타인 실명 금융거래 범행’에 관한 방조의 고의’를 인정한 것은 부당하다.

결국 대상판결은 ‘탈법행위’와 ‘목적범에 대한 방조범의 고의’에 관한 일반 이론에 맞지 않으므로 이에 대한 비판적 검토가 이루어져야 한다. 전기통신금융사기 정범에게 편취금 수령용 계좌를 제공한 사람에게 대해서는 필벌(必罰)에 상응하는 제재를 가할 필요가 있다는 형사정책적 요청에는 공감하나, 그에 대한 형사처벌은 죄형법정주의와 책임주의의 틀 안에서 이루어져야 할 것이다.

[검색어] 전기통신금융사기, 보이스피싱, 탈법행위, 가장행위, 금융실명법, 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반, 목적범, 방조의 고의, 정범의 고의, 방조의 착오

목 차

I. 소송의 경과

1. 사안의 개요
2. 검사의 공소제기
3. 제1심판결과 항소심판결
4. 대상판결

II. 연구

1. 논의의 배경과 쟁점
 - 가. 전기통신금융사기 범죄 개관
 - 나. 전기통신금융사기 범죄에 금융계좌를 제공한 사람의 죄책
 - 다. 하급심 판결
 - 라. 대법원 판결
 - 마. 문제의 제기
2. 금융실명법 제3조 제3항이 규정하는 ‘탈법행위’의 의미
 - 가. ‘탈법행위’의 개념에 관한 국내·외 학계의 논의
 - 나. ‘탈법행위’ 내지 그와 유사한 행위에 대한 실무의 규제 사례
 - 다. 금융실명법 제3조 제3항의 ‘탈법행위’의 요건
 - 라. 대상판결 검토
 - 마. 소결
3. 목적범의 정범의 목적에 대한 방조범의 고의와 착오
 - 가. 논의의 전제와 쟁점
 - 나. 목적범의 방조범의 고의
 - 다. 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄의 ‘목적’에 대한 방조범의 착오의 처리
4. 결론
 - 가. 대상판결에 대한 비판적 검토
 - 나. 입법론

I. 소송의 경과

1. 사안의 개요

- ① 피고인 A는 2019. 1. 22.경 전기통신금융사기 조직원으로부터 '마카오 ○○ 한인 민박'에서 직원을 구한다는 내용의 광고 문자를 받고, 해당 번호로 전화하였다.
- ② 피고인 A는 성명불상자(조직원)와의 전화통화에서 "마카오에 본사가 있고 한국에 체인점이 있는데, 한국에 있는 고객들을 상대로 환전해 주는 업무를 한다. 고객이 입금한 돈을 인출하여 환전소 직원에게 전달해 주면 된다. 월 400~600만 원을 지급하겠다."라는 취지의 제안을 받았다. 피고인 A는 이를 승낙하여 자기 명의의 신탁 계좌(이하 '이 사건 계좌'라고 한다)의 계좌번호를 알려주었다.
- ③ 전기통신금융사기 조직원은 2019. 1. 29.경 전기통신금융사기 범행으로 피해자 B로부터 940만 원을 편취하였는데, 그 편취금을 피고인 A 명의의 이 사건 계좌로 송금받았다.
- ④ 피고인 A는 전기통신금융사기 조직원의 지시에 따라 2019. 1. 29.경 이 사건 계좌에 입금된 940만 원을 현금으로 인출하여 수수료 15만 원을 제외한 나머지 925만 원을 성명불상자가 보낸 사람에게 건네주었다.
- ⑤ 이후 피고인 A는 수사기관에 검거되었다. 피고인 A는 사법경찰관의 피의자신문 과정에서 "환전하는 방식에 대해서 이상한 생각이 들지 않았냐?"는 취지의 질문에 대하여 "은행을 이용하면 수수료가 비싸서 개인 환전소를 이용한다고 생각했다."라고 답변하였다.

2. 검사의 공소제기

검사는 피고인 A에 대하여, 죄명을 '금융실명거래및비밀보장에관한법률위반방조'로, 적용법조를 「금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률」(이하 '금융실명법'이라고 한다) 제6조 제1항, 제3조 제3항, 형법 제32조로 하여 아래와 같은 공소사실(이하 '이 사건 공소사실'이라고 한다)로 기소하였다.

누구든지 탈법행위를 목적으로 타인의 실명으로 금융거래를 하여서는 아니 된다.

피고인 A는 2019. 1. 22.경 성명불상자로부터 보이스톡으로 '마카오에 본사가 있고, 한국에 체인점이 있는데 한국에 있는 고객들을 상대로 환전해주는 업무를 한다. 10:00부터 16:00까지 일하고, 월 400 ~ 600만 원을 지급하겠다. 고객이 입금한 돈 940만 원을 인출하여 우리가 보내는 환전소 직원에게 건네줘라.'는 취지의 말을 듣고 이를 승낙하여 피고인 A 명의의 계좌를 위 성명불상자의 탈법행위에 제공하기로 마음먹었다.

이에 피고인 A는 2019. 1. 22.경 보이스톡으로 성명불상자에게 피고인 A 명의의 신탁 계좌(계좌번호: *****)를 알려주고, 위 성명불상자는 2019. 1. 29.경 전화금융사기 범행을 통해 B로부터 940만원을 피고인 A 명의의 위 신탁 계좌로 송금 받고, 피고인 A는 이를 인출하여 청주시 서원구에 있는 우편취급국에서 수수료로 15만 원을 제하고 나머지 925만 원을 성명불상자에게 건네주었다.

이로써 피고인 A는 성명불상자가 탈법행위를 목적으로 타인인 피고인 A의 실명으로 금융거래를 하는 것을 용이하게 하여 이를 방조하였다.

이 사건 적용된 금융실명법 제3조 3항 등의 내용은 다음과 같다(보다 구체적인 내용은 별지 참조).

구 금융실명법(2020. 3. 24. 법률 제17113호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)

제3조(금융실명거래)

- ③ 누구든지 「특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률」 제2조 제3호에 따른 불법재산의 은닉, 같은 조 제4호에 따른 자금세탁행위 또는 같은 조 제5호에 따른 공중협박자금조달행위 및 강제집행의 면탈, 그 밖에 탈법행위를 목적으로 타인의 실명으로 금융거래를 하여서는 아니 된다.

구 특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률(2020. 3. 24. 법률 제17113호로 개정되기 전의 것)

제2조(정의)

이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

3. "불법재산"이란 다음 각 목의 것을 말한다.

가. 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」 제2조 제4호에 따른 범죄 수익등

나. 「마약류 불법거래 방지에 관한 특별법」 제2조 제5항에 따른 불법수익등

다. 「공중 등 협박목적 및 대량살상무기확산을 위한 자금조달행위의 금지에 관한 법률」 제2조 제1호에 따른 공중협박자금

4. "자금세탁행위"란 다음 각 목의 행위를 말한다.

가. 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」 제3조에 따른 범죄행위

나. 「마약류 불법거래 방지에 관한 특별법」 제7조에 따른 범죄행위

다. 「조세범 처벌법」 제3조, 「관세법」 제270조 또는 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제8조의 죄를 범할 목적 또는 세법에 따라 납부하여야 하는 조세를 탈루할 목적으로 재산의 취득·처분 또는 발생 원인에 관한 사실을 가장하거나 그 재산을 은닉하는 행위

5. "공중협박자금조달행위"란 「공중 등 협박목적 및 대량살상무기확산을 위한 자금조달행위의 금지에 관한 법률」 제6조 제1항의 죄에 해당하는 행위를 말한다.

3. 제1심판결과 항소심판결

가. 제1심법원은 피고인 A에 대하여 무죄를 선고하였는데, 그 판결이유의 주된 내용은 아래와 같다.

[청주지방법원 2019. 10. 17. 선고 2019고정452 판결](제1심판결)

방조는 정범이 범행을 한다는 것을 알면서 그 실행행위를 용이하게 하는 종범의 행위이므로 종범은 정범의 실행을 방조한다는 방조의 고의와 정범의 행위가 구성요건에 해당한다는 점에 대한 정범의 고의가 있어야 한다(대법원 1986. 12. 9. 선고 86도198 판결, 대법원 2003. 4. 8. 선고 2003도382 판결 등 참조). 이 사건 적용법조인 금융실명법 제6조 제1항, 제3조 제3항은 '특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률 제2조 제3호에 따른 불법재산의 은닉, 같은 조 제4호에

따른 자금세탁행위 또는 같은 조 제5호에 따른 공중협박자금조달행위 및 강제집행의 면탈, 그 밖에 탈법행위를 목적으로 타인의 실명으로 금융거래'를 한 자를 처벌하도록 규정하고 있다. 따라서 피고인 A에게 정범이 탈법행위 목적으로 타인(이 사건에서는 피고인 A)의 실명으로 금융거래를 한다는 점에 관한 고의가 있는 경우에만, 피고인 A가 금융실명법위반방조의 죄책을 부담한다.

살피건대, 먼저 '고객이 입금한 돈을 인출하여 환전소 직원에게 전달하여 주는 업무'가 구체적으로 어떤 법률에 의한 규제를 회피하기 위한 탈법행위인지에 대하여 특정된 바가 없을 뿐만 아니라, 검사가 제출한 증거들만으로는 성명불상자가 피고인 A에게 '고객이 입금한 돈'을 인출하여 달라고 요구하였다는 점을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다(피고인 A에게 정범인 성명불상자가 탈법행위를 목적으로 피고인 A의 실명으로 금융거래를 한다는 점에 관한 고의가 있었음이 인정되지 않는다).

나. 제1심판결에 대하여 검사가 사실오인으로 항소하였으나, 항소심법원은 검사의 항소를 기각하면서 법률적 판단을 부가하였다. 판결이유의 주된 내용은 아래와 같다.

[청주지방법원 2020. 8. 21. 선고 2019노1608 판결](항소심판결)

원심이 설시한 사정들을 기록과 대조하여 살펴보면, 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 사실오인의 위법이 없다. (공소장을 살펴봐도 정범인 성명불상자가 어떤 탈법행위를 실행하였다는 것인지 알기 어렵다. 검사의 주장대로 피고인 A가 '환치기'라 불리는 외국환거래법위반행위를 방조하였다고 하려면 먼저 정범인 성명불상자가 어떤 외국환거래법위반행위를 하였다는 점을 특정하고 이를 입증하여야 할 것이다. 기록을 살펴보면 성명불상자는 피고인 A에게 말한 환전영업을 할 것이 아니라 전화금융사기 범행을 한 것이고 검사는 피고인 A를 전화금융사기 범행의 방조범으로 기소하지 않았다.)

4. 대상판결²⁾

대법원은 다음과 같은 유죄의 취지로 원심판결을 파기·환송하였다.

[1] 구 금융실명법 제3조 제3항, 제6조 제1항에서 불법·탈법적 목적에 의한 타인 실명의 금융거래를 처벌하는 취지

「구 금융실명법의 입법 목적과 그 내용을 종합해 보면, 구 금융실명법 제3조 제3항, 제6조 제1항이 불법·탈법적 목적에 의한 타인 실명의 금융거래를 처벌하는 것은 이러한 금융거래를 범죄수익의 은닉이나 비자금 조성, 조세포탈, 자금세탁 등 불법·탈법행위나 범죄의 수단으로 악용하는 것을 방지하는 데에 목적이 있다.」

[2] 위 규정에서 말하는 ‘그 밖의 탈법행위’의 의미 및 이에 해당하는지 판단하는 기준

「구 금융실명법 제3조 제3항, 제6조 제1항에서 말하는 ‘그 밖의 탈법행위’란, 단순히 우회적인 방법으로 금지규정의 제한을 피하려는 행위 전반을 의미하는 것이 아니라, 구 금융실명법 제3조 제3항, 제6조 제1항에 구체적으로 열거된 불법재산의 은닉, 자금세탁, 공중협박자금조달 및 강제집행의 면탈과 같이 형사처벌의 대상이 되는 행위에 준하는 정도에 이르러야 하고, 여기에 해당하는지 여부는 구 금융실명법 제3조 제3항, 제6조 제1항의 입법 목적 등을 충분히 고려하여 판단해야 한다.

전기통신금융사기의 범인이 사기 범행을 통한 편취금을 자신이 아닌 타인 명의 금융계좌로 송금받는 이유는 범죄수익을 은닉하고 범인의 신원을 은폐하기 위한 것으로, 타인 실명의 금융거래를 범죄의 수단으로 악용하는 전형적인 경우이므로 이 사건 규정이 말하는 ‘탈법행위’를 목적으로 한 타인 실명 금융거래에 해당한다.

한편 외국환거래법은 외국환업무에 해당하는 환전 영업을 하기 위해서는 일정한 요건을 갖추어 등록을 하도록 하고(제8조), 등록을 하지 않고 외국환업무를 한 자를 처벌하도록 규정하고 있는바(제27조의2 제1항 제1호), 무등록 환전 영업은 그 자체로 범죄행위일 뿐 아니라 불법적인 자금의 세탁, 조세포탈, 횡령 등 다른 범죄의 수단이 되기도 하는 행위이므로, 무등록 환전 영업을 위하여 타인의 금융계좌를 이용하여 금융거래를 하는 것은 이 사건 규정이 말하는 ‘탈법행위’를 목적으로 한 타

인 실명 금융거래에 해당한다.」

[3] 방조범의 성립에 필요한 고의의 내용

「형법상 방조행위는 정범이 범행을 한다는 정을 알면서 그 실행행위를 용이하게 하는 직접·간접의 행위를 말하므로, 방조범은 정범의 실행을 방조한다는 이른바 방조의 고의와 정범의 행위가 구성요건에 해당하는 행위인 점에 대한 정범의 고의가 있어야 하나, 방조범에서 정범의 고의는 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용을 인식할 것을 요하는 것은 아니고 미필적 인식 또는 예견으로 족하다(대법원 2005. 4. 29. 선고 2003도6056 판결 등 참조).」

[4] 목적범인 구 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 제6조 제1항 위반죄의 방조범 성립에 필요한 고의의 내용

「구 금융실명법 제6조 제1항 위반죄는 이른바 초과주관적 위법요소로서 ‘탈법행위의 목적’을 범죄성립요건으로 하는 목적범이므로, 방조범에게도 정범이 위와 같은 탈법행위를 목적으로 타인 실명 금융거래를 한다는 점에 관한 고의가 있어야 하나, 그 목적의 구체적인 내용까지 인식할 것을 요하는 것은 아니다.

피고인 A는 정범인 성명불상자가 이 사건 규정에서 말하는 ‘탈법행위’에 해당하는 무등록 환전 영업을 하기 위하여 타인 명의로 금융거래를 하려고 한다고 인식하였음에도 이러한 범행을 돕기 위하여 자신 명의의 금융계좌 정보를 제공하였고, 정범인 성명불상자는 이를 이용하여 전기통신금융사기 범행을 통한 편취금을 송금받아 탈법행위를 목적으로 타인 실명의 금융거래를 하였다. 그렇다면 피고인 A에게는 구 금융실명법 제6조 제1항 위반죄의 방조범이 성립하고, 피고인 A가 정범인 성명불상자가 목적으로 삼은 탈법행위의 구체적인 내용이 어떤 것인지를 정확히 인식하지 못하였다고 하더라도 범죄 성립에는 영향을 미치지 않는다.」

2) 대법원 2022. 10. 27. 선고 2020도12563 판결[공2022하, 2346]]

II. 연구

1. 논의의 배경과 쟁점

가. 전기통신금융사기 범죄 개관

전기통신금융사기(이른바 보이스피싱) 범죄는 단기간 급속도로 우리 사회에 광범위하게 퍼진 신종범죄로, 그 사회적 해악성이 매우 크다. 전기통신금융사기 범죄로 인한 피해는 남녀노소를 가리지 않고 사회 전반에 걸쳐 매우 빈번하게 발생하고 있으며, 그 피해의 정도와 규모가 상당하여 심각한 사회문제로 대두되고 있다. 그럼에도 불구하고 수사기관과 금융당국, 그리고 사법기관 등은 이를 쉽게 근절하지 못하고 있는데, 이는 전기통신금융사기 범죄의 특수성에 기인한다.

전기통신금융사기 범죄는 통상 조직화된 다수인의 역할 분담에 의하여 실행된다. 전기통신금융사기 범죄조직은 거의 대부분 국내 수사기관의 추적이 어려운 해외에 본거지를 두고, 다수인이 총책, 관리책, 유인책, 현금인출·수거책, 모집책 등의 역할을 분담하되, 최상층부의 총책이나 관리책 등을 제외한 나머지 공범들은 자신과 직접 접촉하는 공범 외에 다른 공범들의 인적사항 등을 제대로 알지 못하는 소위 점조직의 형태로 구성된다. 따라서 총책을 검거하거나 조직의 본거지를 일망타진하거나 조직의 물적·인적기반을 일거에 회수하는 등으로 그 뿌리를 완전히 끊어버리지 않는 한, 마치 잡초가 새로 자라듯 다른 일시·장소에서 다른 공범에 의하여 새로운 범죄가 재현되는 특징을 보인다. 아울러 일반적인 전기통신금융기술의 변화·발전에 따라 시시각각 각종 신종·변종수법이 등장하는 점, 피해 대상이 주로 불특정·다수의 일반 시민들이라는 점 역시 전기통신금융사기 범죄의 특수성이라 할 수 있다.

현재 우리 사회에서는 전기통신금융사기 범죄에 관여된 공범에 대하여 ‘필벌(必罰)’로 대응해야 한다는 사회적 목소리가 주류이다. 말단의 조직원이나 일부 실행행위만을 관여한 공범에 대해서도 강력한 형벌을 가함으로써 마치 손·발을 자르듯 그 조직의 기능을 와해시켜야 한다는 것이다.

실제 일선에서는 수사기관이 전기통신금융사기 범죄의 표면에 드러난 모집책, 현금인출책, 현금수거책 등을 적극적으로 검거하고 법원은 그들에게 중형(重刑)을 가한다

는 기초가 장기간 유지되어 오고 있다. 수원지방법원 양형실무연구회가 2022. 11. 발표한 「보이스피싱 범죄 양형 연구」³⁾에 따르면, 2021. 1. 1.부터 2021. 12. 31.까지 전국 형사단독재판부에서 선고한 전기통신금융사기 사건 중 300건을 선정하여 연구한 결과 유죄판결이 선고된 289건 중 실형이 선고된 사건은 213건, 집행유예가 선고된 사건은 76건으로, 그 실행률(약 73.7%, 213건 / 289건)이 일반 형사단독사건의 실행률(약 43.3%, 56,028건 / 129,289건)에 비하여 현저히 높고, 피해액, 역할, 전과, 합의 여부 등 주요 양형 요소별 양형도 상당히 높은 것으로 조사되었다[예컨대, 피해액이 5,000만 원 이상 1억 원 미만인 실행사건 중 90% 이상 징역 1년 이상의 형이 선고된 것으로 확인되었다(징역 1년 이상 2년 미만 약 61.8%(34건 / 55건), 징역 2년 이상 3년 미만 약 27.2%(15건 / 55건)]. 조사된 사건 중 피고인이 현금인출책 또는 현금수거책인 사건의 비율은 92.3%였다].

나. 전기통신금융사기 범죄에 금융계좌를 제공한 사람의 죄책

통상 전기통신금융사기 범죄의 주범은 형법상 사기죄 혹은 특정경제범죄처벌등에 관한법률위반(사기)죄로 의율하고, 주범에게 자기 명의의 금융계좌를 제공함으로써 편취금의 수령·전달 등에 기여한 계좌제공자(주로 현금전달책, 현금인출책, 현금수거책 등)도 그 가담 경위, 가담 형태, 범죄 기여 정도, 고의·인식의 내용 등에 따라 사기죄의 공동정범 혹은 방조범으로 의율하여 처벌하는 것이 일반적이다.

계좌제공자가 공동정범 혹은 방조범의 고의를 부인하는 경우도 종종 있는데, 이 경우 재판부는 사기죄의 고의와 미필적 고의 등에 관하여 확립된 일반적 법리⁴⁾에 따라 그 고의의 유무 등을 판단한다. 통상 ① 학력, 나이, 경제활동의 내역, 전기통신금융사기 범죄 관련 수사와 처벌 경험, ② 조직이나 범행에 가담하게 된 경위(예컨대, 처

3) 현정현, “보이스피싱 범죄 양형 연구”, 수원지방법원 양형실무연구회(2022. 11.)

4) 사기죄의 주관적 구성요건인 편취의 범의는 피고인이 자백하지 않는 이상 범행 전후의 피고인의 재력, 환경, 범행의 내용, 거래의 이행과정 등과 같은 객관적인 사정 등을 종합하여 판단할 수밖에 없으며, 미필적 고의에 의하여도 사기죄는 성립되는 것이다(대법원 2008. 2. 28. 선고 2007도10416 판결, 대법원 2008. 3. 27. 선고 2008도443 판결 등).

범죄구성요건의 주관적 요소로서 미필적 고의라 함은 범죄사실의 발생 가능성을 불확실한 것으로 표상하면서 이를 용인하고 있는 경우를 말하고, 미필적 고의가 있었다고 하려면 범죄사실의 발생 가능성에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 범죄사실이 발생할 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 하며, 그 행위자가 범죄사실이 발생할 가능성을 용인하고 있었는지의 여부는 행위자의 진술에 의존하지 아니하고 외부에 나타난 행위의 형태와 행위의 상황 등 구체적인 사정을 기초로 하여 일반인이라면 당해 범죄사실이 발생할 가능성을 어떻게 평가할 것인가를 고려하면서 행위자의 입장에서 그 심리상태를 추인하여야 한다(대법원 2008. 8. 21. 선고 2007도8726 판결 등).

음 조직원과 접촉한 경로, 조직원을 대면하였는지, 조직원의 신원을 확인하였는지, 조직원의 연락처 등을 역추적해 봤는지 등), ③ 주범으로부터 지시받아 실행한 행위의 구체적인 내용(예컨대, 가명을 사용하였는지, 소속 금융기관명을 변경하거나 감추도록 지시하였는지, 위조·허위작성된 대출서류 등을 이용하였는지, 이례적으로 고액을 수거하였는지, 수거한 현금을 확인하였는지, 여러 장소를 돌아다니면서 수거하였는지, 피해자에게 신원을 노출하는 것을 허락하였는지, 피해자에게 구체적으로 어떤 발언을 하였는지 등), ④ 지급받은 대가(예컨대, 특별히 고액인지, 비정상적인 방식으로 지급 받았는지) 등의 요소를 개별적·종합적으로 검토한다.

그런데 일부에서는 전기통신금융사기 조직에 자신의 금융계좌를 제공하여 전기통신금융사기 범행을 완성시키는 데에 중요한 기여를 하였음에도 불구하고 그 전기통신금융사기 범행에 관한 계좌제공자의 미필적 고의를 인정하기 어려운 경우가 종종 발생한다. 예컨대, 계좌제공자가 조직원으로부터

“우리는 합법적인 일을 하는 회사를 운영하고 있다. 다만, 회사의 외화 환전 업무의 비용을 절감하기 위하여(혹은 절세를 위하여) 회사의 돈을 수령할 개인 명의의 계좌를 구하고 있다. 회사의 지시에 따라 계좌를 제공하고 계좌에 입금된 회사의 돈을 인출하여 별도로 회사에 전달하는 일을 하는 대가로 수당을 지급하겠다. 보이스피싱 범행은 절대 아니니 안심해라.”

라는 제안을 받고, 나름대로의 조사를 거쳐 자신이 제공하는 계좌가 전기통신금융사기 범행에 이용되지 않으리라고 확신한 상태에서 계좌를 제공하였다는 점이 기록상 명확하게 드러나는 경우가 종종 있다. 이 경우 계좌제공자의 사기죄의 고의를 인정하는 것이 곤란하므로 계좌제공자를 전기통신금융사기 범죄의 공동정범 내지 방조범으로 의율하여 처벌할 수 없게 되는데, 이는 전기통신금융사기 범죄에 대한 기본적인 형사정책 즉, 전기통신금융사기 범죄에 관여된 사람이라면 말단 조직원이라도 필벌(必罰)로 대응한다는 수사당국의 기본 방침과 상충되어 그 정책에 큰 구멍을 발생시키는 결과로 이어질 우려가 있다.

실제로 이와 동일하거나 유사한 사례가 반복·점증되자 검찰은, 계좌제공자들을 사기죄의 공동정범·방조범으로 의율하는 대신 “불법재산의 은닉, 자금세탁행위, 공중협박자금조달행위, 강제집행 면탈, 그 밖의 탈법행위 등을 목적으로 타인의 실명으로 금

용거래하는 행위”를 처벌하는 금융실명법을 적용하여 ‘금융실명거래및비밀보장에 관한 법률위반죄의 방조범’으로 기소하기 시작하였다. 전기통신금융사기 범행에 공모·가담·방조한다는 고의로 계좌를 제공하였다고 보기는 어렵지만, 적어도 ‘자신의 계좌가 탈법행위를 목적으로 타인 실명의 금융거래에 이용된다는 점’에 대해서는 그 고의를 충분히 인정할 수 있다는 것이다. 여기서 계좌제공자가 인식·의도한 타인 실명 금융거래의 목적(절세, 탈세, 무등록환전, 환전 비용 절감, 작업대출, 가상화폐 거래 대행, 가상화폐 펌핑, 외화송금한도 회피)과 정범의 본래 목적(전기통신금융사기 편취금 수령) 사이에 차이가 있지만, 큰 틀에서 ‘탈법행위를 목적으로’ 계좌를 제공하여 거래하게 하였다는 점에서는 차이가 없으므로 충분히 금융실명거래및비밀보장에 관한 법률위반방조죄의 죄책을 인정할 수 있다는 논리였다.

이러한 검찰의 공소제기에 대하여 하급심판결은 대법판결이 등장하기 전까지 아래와 같이 유·무죄로 그 판단이 엇갈렸다.

다. 하급심 판결

1) 계좌제공자가 인식한 정범의 목적은 ‘불법도박자금 수령’ 혹은 ‘카지노 수익금 수령’이었으나, 실제 정범의 목적은 ‘전기통신금융사기 범행의 편취금 수령’인 것으로 기소된 사안

가) 이 사안에서는 거의 대부분의 하급심판결이 계좌제공자에 대한 금융실명거래및비밀보장에 관한 법률위반방조의 공소사실을 유죄로 판단하였다⁵⁾. 그 주된 논거는 계좌제공자가 인식·의도한 계좌 제공의 목적(불법도박자금 내지 그에 따른 수익금 수령) 자체가 불법·탈법행위에 해당된다는 점이 비교적 명확하다는 점이었다.

피고인(계좌제공자)이 정범의 실제 목적과 범행에 대해서는 알지 못하여 방조범의 고의가 없었다는 피고인의 주장에 대해서는, 대부분 “방조범에서 요구되는 정범의 고의는 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용을 인식할 것을 요하는 것은 아니고 미필적 인식이나 예견으로 족하므로(대법원 2018. 9. 13. 선고 2018도7658 등 판결 참조), 이 사건에서 방조범인 피고인은 정범인 성명불상자의 ‘불법재산의 은닉, 자금

5) 대구지방법원 2020. 8. 12. 선고 2020고정188 판결, 의정부지방법원 2020. 10. 16. 선고 2020고단1568 판결, 대전지방법원 2021. 4. 28. 선고 2020노549 판결, 서울서부지방법원 2021. 5. 31. 선고 2020노1552 판결, 의정부지방법원 2021. 7. 20. 선고 2020노2665 판결 등 다수

세탁 행위, 공중협박자금 조달행위, 강제집행의 면탈 및 이에 준하는 탈법행위를 할 목적'을 인식하면 되고 개개의 탈법행위의 구체적인 내용이나 행위 태양까지 모두 인식하여야 한다고 볼 수 없다.”는 법리를 바탕으로 그 주장을 배척하였다.

나) 다만, 계좌제공자가 정범으로부터 “필리핀에서 합법적으로 카지노를 운영하는데, 차명 계좌로 환전 업무를 맡긴다. 국내에선 불법이지만 필리핀에서는 합법이다. 혹시 적발될 경우 벌금이 부과되고 벌금은 회사에서 지원된다. 당신이 회사 자금을 가로채면 안 되니까 테스트 겸 우선 당신 계좌로 돈을 입금할 테니까, 돈을 인출하여 우리 회사 직원한테 주면 된다. 인출금의 2%를 주겠다.”라는 제안을 받고, 테스트용으로 계좌를 제공한 사안에서 무죄를 선고한 사례가 있었는데, 그 주요 논거는 다음과 같았다.

[서울중앙지방법원 2020. 8. 11. 선고 2020고정581 판결, 서울중앙지방법원 2021. 6. 11. 선고 2020노2637 판결]

- ① 피고인은 성명불상자 측(정범)으로부터 ‘성명불상자 측에서 이 사건 계좌에 돈을 입금할 것이고 이 사건 금융거래는 피고인을 테스트하기 위한 목적이다’라는 말을 듣고 실제로 보이스피싱 피해자 김○○를 성명불상자 측 회사의 사람으로 인식하였으므로, 피고인은 이 사건 금융거래를 자기 자신과 성명불상자 측의 거래로 인식하였을 뿐 성명불상자 측과 제3자 사이의 거래로 인식하지 못하였다.
- ② 피고인은 이 사건 당시 이 사건 금융거래를 불법 환전 업무의 일환으로 인식한 것이 아니라 피고인의 신뢰도 심사를 위한 테스트 목적, 즉 불법 환전 업무의 준비단계 또는 예비단계로 인식하였을 뿐이다. 모든 범죄행위, 또는 위법성이 중하고 사회적 비난가능성이 높은 탈법행위라 하더라도 그 행위 자체가 아니라 그러한 행위에 관한 준비행위 또는 그 예비행위까지 위 ‘탈법행위’에 포함된다고 볼 수 없다.
- ③ 피고인이 정범인 성명불상자 측으로부터 제안받은 역할은, ‘차명계좌에 입금된 불법도박으로 인한 범죄수익금을 환전’하는 것으로서, 여기에서 말하는 차명계좌는 피고인 명의의 계좌가 아니고, 피고인이 자신의 계좌를 이용한 ‘테스트’를 통과하고 나면 회사로부터 제공받게 될 별도의 계좌인 것으로 보인다.

④ 정범인 성명불상자는 피고인에게, 이 사건 금융거래가 정범인 성명불상자 측과 피고인 사이의 허위가공거래(물품거래대금 혹은 차용금)라고 설명한 것으로 보일 뿐이다(위와 같은 증거확보용 허위가공거래는 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 제6조 제1항에 의하여 처벌되는 같은 법 제3조 제3항의 ‘그 밖의 탈법행위’에 해당한다고 보기 어렵다). 피고인과 성명불상자 사이의 카카오톡 대화 내용 중에서 피고인의 계좌를 불법 환전업무에 이용하게 될 것이라거나, 피고인 계좌에 송금하는 돈이 불법도박 환전자금이라는 취지의 이야기는 찾을 수 없고, 달리 이 사건 금융거래가 피고인 계좌를 이용한 ‘정범인 성명불상자 측과 제3자(환전의뢰인 또는 보이스피싱 피해자) 간의 금융거래’라는 사실을 피고인이 미필적으로라도 인식하였거나, 이 사건 금융거래자금이 ‘보이스피싱에 의한 피해금’ 또는 ‘불법 환전자금’이라는 사실을 피고인이 미필적으로나마 인식할 수 있었다고 인정할 만한 증거가 없다.

2) 계좌제공자가 인식한 목적은 ‘대출을 위한 허위의 금융거래 실적 쌓기(소위 작업대출)’이었으나, 실제 정범의 목적은 ‘전기통신금융사기 범행의 편취금 수령’인 것으로 기소된 사안

이 사안에서는 소수의 하급심이 계좌제공자의 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반방조의 공소사실을 유죄로 판단하였으나⁶⁾, 다수의 하급심은 선행 대법원판결(대법원 2019. 12. 27. 선고 2019도15080 판결, 대법원 2019. 12. 13. 선고 2019도14155 판결, 2019. 12. 24. 선고 2019도12796 판결 등)에 따라 무죄로 판단하였다⁷⁾. 무죄의 하급심판결이 들고 있는 주요 논거는 다음과 같다.

① 대출을 위한 거래실적을 만들기 위하여 입출금을 하는 행위가 구체적으로 어떤 법률에 의한 규제를 회피하기 위한 탈법행위인지에 대해서는 특정된 바도 없

6) 창원지방법원 2019. 3. 13. 선고 2018고단3133, 대전지방법원 2019. 12. 5. 선고 2019고단3711, 대전지방법원 2019. 12. 12. 선고 2019고정1072 판결

7) 인천지방법원 2020. 7. 23. 선고 2019노2010 판결, 인천지방법원 부천지원 2019. 8. 13. 선고 2019고단1345 판결, 대전지방법원 2020. 8. 19. 선고 2019노2496, 서울서부지방법원 2019. 10. 30. 선고 2019고단2831 판결, 대구지방법원 경주지원 2019. 10. 30. 선고 2019고단300 판결, 대구지방법원 2020. 6. 10. 선고 2019노3663 판결, 수원지방법원 2020. 5. 14. 선고 2019노6398 판결 등 다수

고, 금융실명법에서 규정하는 불법재산의 은닉, 자금세탁행위, 공중협박자금조달행위 및 강제집행의 면탈에 준하는 탈법행위라고 인정하기 어렵다.

- ② 피고인이 인식한 대상행위는 금융거래실적이 있는 것처럼 예금거래 외형을 만들기 위하여 성명불상자 측의 자금을 일단 피고인 명의의 계좌로 입금 받고 이를 다시 피고인이 인출하여 성명불상자 측에 전달하기로 하는 것이므로, 피고인이 인식한 위 금융거래행위는 타인이 아닌 자기명의로 인한 금융거래행위에 해당될 뿐이다.
- ③ 정범에 해당하는 보이스피싱 조직원인 성명불상자가 피고인에게 말한 대로 '허위의 거래실적을 쌓아 대출을 받기 위해 피고인 명의의 예금계좌로 입출금하는 행위'를 하였다고 인정할 증거가 없다(성명불상자는 피고인에게 말한 것과 달리, 보이스피싱 범행을 하여 편취금을 피고인 계좌로 입금하게 한 것이다).

3) 계좌제공자가 인식한 목적은 '절세, 탈세' 혹은 '무등록환전업무, 환전 비용 경감'이었으나, 실제 정범의 목적은 '전기통신금융사기 범행의 편취금 수령'인 것으로 기소된 사안

이 사안에서는 여러 하급심판결이 첨예하게 대립하였다. 비교적 다수의 하급심⁸⁾이 계좌제공자의 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반방조의 공소사실을 유죄로 판단한 반면, 상당수의 하급심⁹⁾은 무죄로 판단하였는데, 무죄 판결의 주요 내용은 다음과 같다.

8) 대전지방법원 천안지원 2019. 8. 23. 선고 2019고단801 판결, 수원지방법원 안양지원 2020. 4. 1. 선고 2019고단2523 판결, 대구지방법원 서부지원 2020. 5. 6. 선고 2019고단2965 판결, 춘천지방법원 강릉지원 2020. 5. 15. 선고 2019고단1458 판결, 부산지방법원 2020. 8. 12. 선고 2020고단2078 판결, 창원지방법원 진주지원 2019. 11. 7. 선고 2019고단1090 판결, 서울중앙지방법원 2020. 3. 10. 선고 2019고단5178 판결, 수원지방법원 안양지원 2020. 4. 1. 선고 2019고단2523 판결, 서울중앙지방법원 2020. 4. 20. 선고 2019고단7970 판결, 의정부지방법원 2020. 5. 14. 선고 2020고정496 판결, 수원지방법원 안산지원 2020. 2. 13. 선고 2019고정1012 판결 등 다수

9) 대구지방법원 2022. 1. 21. 선고 2021노744 판결(대법원 2022. 4. 28. 선고 2022도2146 무변론 상고기각판결로 확정), 의정부지방법원 고양지원 2020. 6. 25. 선고 2020고정227 판결, 부산지방법원 2021. 2. 3. 선고 2020고단1537, 2219(병합), 2867(병합) 판결, 부산지방법원 2021. 6. 10. 선고 2021노674 판결, 서울중앙지방법원 2020. 8. 11. 선고 2020고정581 판결, 대구지방법원 서부지원 2021. 2. 16. 선고 2020고정368 판결, 서울서부지방법원 2021. 4. 15. 선고 2020노1516 판결(대법원 2021. 7. 8. 2021도5459 무변론 상고기각판결로 확정), 의정부지방법원 2021. 10. 1. 선고 2020노3164 판결 등 다수

- ① 금융실명법 제3조 제3항이 규정한 '탈법행위'는 '강행법규의 적용을 회피·잠탈하여 법의 명령·금지를 위반하는 일'을 의미하므로, 탈법행위인지 여부가 판명되려면 그 행위가 어떠한 강행법규의 적용을 회피·잠탈하려는 것인지가 특정되어야 하는데, 검사는 정범인 성명불상자의 행위가 구체적으로 어떤 강행법규의 적용을 회피·잠탈하려는 것인지 특정하지 않았다.
- ② 피고인이 인식한 사실 자체가 금융실명법 제3조 제3항이 정하는 '탈법행위'라고 볼 수 없으며, 설령 피고인이 인식한 사실이 위 조항에서 정하는 '탈법행위'에 해당한다고 하더라도, 이는 정범인 성명불상자의 보이스피싱 사기 범행과는 행위의 성격이나 태양이 전혀 다르므로, 피고인에게 정범의 고의가 있었다고 볼 수 없다.
- ③ 피고인이 인식한 범죄행위의 구성요건은 '세금 또는 환전 수수료를 줄일 목적으로' 피고인이 알려진 계좌를 이용하여 금융거래를 하는 것이나, 정범인 성명불상자가 실제로 실행한 범죄행위의 구성요건은 '보이스피싱 범행 수익금을 취득, 은닉하기 위한 목적으로' 피고인의 계좌를 이용하여 금융거래를 하는 것이다. 즉, 양자는 범행의 목적이나 경위, 수단, 방법, 정도, 수익금의 규모 등 본질적인 불법내용에 큰 차이가 있고, 구성요건이 중첩된다고 보기도 어렵다.
- ④ 피고인은 본범인 성명불상자로부터 환전을 의뢰받고 돈을 입금받은 것으로 인식하였으므로, 이 사건에서 문제되는 금융거래(보이스피싱 범행 피해자가 피고인의 계좌로 돈을 송금한 금융거래)를 자신과 성명불상자 사이의 거래로 인식하였다고 봄이 상당하고, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 보이스피싱 범행 피해자를 성명불상자와 무관한 제3의 환전 의뢰인으로 인식하였다거나 이 사건 금융거래를 성명불상자와 제3자 사이의 거래로 인식하였다는 점이 합리적인 의심을 배제할 정도로 증명되었다고 보기는 어렵다.
- ⑤ 설령 피고인이 인식한 사실이 위 조항에서 정하는 '탈법행위'에 해당한다고 하더라도, 이는 정범인 성명불상자의 보이스피싱 사기 범행과는 행위의 성격이나 태양이 전혀 달라, 역시 피고인에게 정범의 고의가 있었다고 볼 수 없다.

4) 계좌제공자가 인식한 목적은 ‘타인의 가상화폐 거래 대행’ 또는 ‘가상화폐의 거래를 부풀리는 펌핑 작업’이었으나, 실제 정범의 목적은 ‘전기통신금융사기 범행의 편취금 수령’인 것으로 기소된 사안

이 사안에서는 계좌제공자의 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반방조의 공소사실을 유죄로 판단한 하급심판결도 일부 있으나¹⁰⁾, 다수의 하급심은 이를 무죄로 판단하였다¹¹⁾. 특히 일부 사건에서는 검사가 계좌제공자가 인식한 목적인 ‘가상화폐 펌핑 작업’이 자본시장과 금융투자업에 관한 법률이 금지하는 불건전영업행위(주가조작, 시세조정)로서 탈법행위에 해당한다는 취지의 주장을 하였으나, 하급심은 “현행법상 타인 실명을 이용한 가상화폐 거래를 금지하거나 코인 펌핑을 금지하는 강행법규가 존재하지 않고, 검사가 구체적으로 어떠한 법령에 위반되는지 특정하지 못하고 있으므로 피고인이 인식한 행위가 불법재산의 은닉, 자금세탁행위, 공중협박자금조달행위 및 강제집행의 면탈에 준하는 탈법행위라고 단정하기 어렵다.”는 것을 주요 논거로 하여 검사의 주장을 배척하였다.

라. 대법원 판결

대법원은 대상판결과 함께 2022. 10. 27. 선고 2020도7940 판결, 같은 날 선고 2021도10534 판결, 같은 날 선고 2021도12279 판결, 같은 날 선고 2021도1965, 같은 날 선고 2022도2720 판결, 2023. 10. 12. 선고 2023도10221 판결을 통하여 해당 쟁점에 대한 대법원의 입장을 명확하게 정리하였다. 이를 요약하면 다음과 같다.

① 전기통신금융사기의 범인(정범)이 사기 범행을 통한 편취금을 자신이 아닌 타인 명의의 금융계좌로 송금받는 것은 ‘탈법행위’를 목적으로 한 타인 실명 금융거래에 해당한다.

10) 인천지방법원 2020. 1. 16. 선고 2019고단6707 판결
11) 춘천지방법원 강릉지원 2020. 1. 17. 선고 2019고단847 판결, 춘천지방법원 강릉지원 2020. 12. 10. 선고 2020노57 판결, 청주지방법원 2020. 2. 26. 선고 2019고단1009 판결, 청주지방법원 2020. 10. 22. 선고 2020노262, 수원지방법원 성남지원 2020. 2. 4. 선고 2019고정881 판결, 수원지방법원 2020. 8. 24. 선고 2020노847 판결
12) 대법원 2019. 12. 27. 선고 2019도15080 판결, 대법원 2019. 12. 13. 선고 2019도14155 판결,

- ② 피고인(계좌제공자)이 인식한 행위가 ‘사기나 그 밖의 부정한 행위로써 조세를 포탈하기 위하여 타인 명의 금융계좌를 이용하는 것’인 경우(2022도2720), ‘부정한 방법으로 관세를 감면받거나 관세의 징수를 면탈하기 위하여 타인 명의 금융계좌를 이용하는 것’인 경우(2021도12279), ‘도박 범행을 위한 금융거래에 사용하는 것’인 경우(2021도10534), ‘무등록 환전 영업을 위하여 타인의 금융계좌를 이용하여 금융거래를 하는 것’인 경우(대상판결)는 모두 ‘탈법행위’를 목적으로 한 타인 실명 금융거래에 해당한다.
- ③ 피고인(계좌제공자)이 정범인 성명불상자가 목적으로 삼은 탈법행위의 구체적인 내용이 어떤 것인지를 정확히 인식하지 못하였다고 하더라도 범죄 성립에는 영향을 미치지 않으므로 피고인은 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄의 방조범에 해당한다.
- ④ 반면, 피고인(계좌제공자)이 인식한 행위가 ‘거래실적을 늘려 대출받는 행위’인 경우(2020도7940)에는 기존 대법원 판결¹²⁾을 인용하면서 ‘탈법행위’를 목적으로 한 타인 실명 금융거래에 해당한다고 볼 수 없어 무죄라고 판단한 원심판결의 결론이 정당하다. 다만 원심판결의 이유 설시에 일부 적절해 보이지 않는 부분이 있다.
- ⑤ 또한 피고인(계좌제공자)이 인식한 행위가 ‘가상화폐의 펌핑작업’인 경우(2023도10221)에도 ‘탈법행위’를 목적으로 한 타인 실명 금융거래에 해당한다고 볼 수 없어 무죄라고 판단한 원심판결의 결론이 정당하다.

이해의 편의를 위하여 대법원의 입장을 간단히 도식화한다면 다음과 같이 정리할 수 있을 것이다.

(표를 위한 여백)

2019. 12. 24. 선고 2019도12796 판결 등

[표 1 - 대법원 입장의 쟁점별 정리]

계좌제공자가 인식한 정범의 목적	계좌제공자가 인식한 목적이 탈법행위인가?	정범의 실제 목적인 전기통신금융사기 편취금 수령행위가 탈법행위인가?	계좌제공자가 인식한 목적과 정범의 목적 사이의 차이에도 불구하고 계좌제공자의 방조범의 죄책을 인정할 수 있는가?	계좌제공자의 죄책
대출작업	×	-	-	무죄
도박자금 수령	○	○	○	유죄
세금 감면	○	○	○	유죄
무등록환전	○	○	○	유죄
환전비용 경감	○	○	○	유죄
가상화폐 펌핑	×	-	-	무죄

마. 문제의 제기

1) 우선 위와 같은 대법원의 판단 중 ‘탈법행위’ 관련 부분에 의문이 든다.

계좌제공자가 인식한 정범의 목적(무등록환전 및 그에 따른 환전비용 경감, 세금 감면, 도박자금 수령 등)이 외국환거래법, 각종 세법, 형법, 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 등에 위반되는 ‘불법행위’나 ‘범죄행위’에 해당될 여지가 크다는 점은 충분히 수긍할 수 있다. 또한 정범의 실제 목적(전기통신금융사기 범행의 편취금 수령)이 ‘불법행위’이자 ‘범죄행위’에 해당된다는 점에 대해서도 큰 이견은 없을 것이다.

그런데 금융실명법 제3조 제3항은 ‘범죄행위’나 ‘불법행위’를 목적으로 한 타인 실명 금융거래행위를 처벌하는 것이 아니라, ‘불법재산의 은닉, 자금세탁행위, 공중협박 자금조달행위, 강제집행의 면탈, 그 밖에 탈법행위’를 목적으로 한 타인 실명 금융거

래행위를 처벌하고 있다. 여기서 ‘탈법행위’란 무엇인가? 혹시 ‘불법행위’, ‘범죄행위’ 혹은 그와 관련된 ‘신원은폐, 수익은닉, 수사기관 등 추적회피 행위’ 등과 다른 개념이 아닐까?

대상판결은 “전기통신금융사기의 범인이 사기 범행을 통한 편취금을 자신이 아닌 타인 명의 금융계좌로 송금받는 이유는 범죄수익을 은닉하고 범인의 신원을 은폐하기 위한 것으로, 타인 실명의 금융거래를 범죄의 수단으로 악용하는 전형적인 경우이므로 이 사건 규정이 말하는 ‘탈법행위’를 목적으로 한 타인 실명 금융거래에 해당한다.”, “무등록환전영업은 그 자체로 범죄행위일 뿐 아니라 불법적인 자금의 세탁, 조세포탈, 횡령 등 다른 범죄의 수단이 되기도 하는 행위이므로, 무등록 환전 영업을 위하여 타인의 금융계좌를 이용하여 금융거래를 하는 것은 이 사건 규정이 말하는 ‘탈법행위’를 목적으로 한 타인 실명 금융거래에 해당한다.”라고 판시하는데, 과연 대상판결이 드는 ‘범죄의 수단으로 악용되는 전형적인 경우’, ‘그 자체로 범죄행위’, ‘다른 범죄의 수단이 되기도 하는 행위’라는 점만으로 그 행위를 「탈법행위」의 개념에 포섭시킬 수 있을까? 이들을 ‘탈법행위’의 개념 요소로 보는 것이 적절한가?

이와 같은 의문들을 해소해 보기 위하여 아래 2.항에서 「금융실명법 제3조 제3항」이 규정하는 ‘탈법행위’의 의미」에 관하여 검토해 보고자 한다.

2) 대상판결 판시와 같이 계좌제공자가 인식한 정범의 목적(무등록환전영업)과 정범의 실제 목적(전기통신금융사기 범행)이 모두 탈법행위에 해당한다고 보더라도, 그 계좌제공자의 목적과 정범의 목적 사이에는 탈법행위성만으로는 설명하기 어려운 무언가 큰 차이가 있어 보인다. 무등록환전영업 범죄와 전기통신금융사기 범죄를 동일한 것으로 평가한다는 것은 쉽게 수긍하기 어렵다. 이에 관하여 대상판결은 “방조범에게도 정범이 탈법행위를 목적으로 타인 실명 금융거래를 한다는 점에 관한 고의가 있어야 하나, 그 목적의 구체적인 내용까지 인식할 것을 요하는 것은 아니므로, 피고인 A가 정범이 목적으로 삼은 탈법행위의 구체적인 내용이 어떤 것인지를 정확히 인식하지 못하였다고 하더라도 범죄 성립에는 영향을 미치지 않는다.”라는 근거를 들어 계좌제공자의 방조범의 고의를 인정하였다.

하지만 피고인 A가 정범이 목적으로 삼은 탈법행위의 구체적인 내용이 어떤 것인지를 정확히 인식할 필요는 없다 하더라도, 정범이 목적으로 삼은 탈법행위가 대략적

으로나마 혹은 막연히라도 전기통신금융사기 범행이라는 점 정도는 인식했어야 하는 것 아닌가 하는 의문이 든다. 피고인 A가 인식한 정범의 목적은 무등록환전영업으로, 정범의 실제 목적인 전기통신금융사기 범행과는 전혀 다른 것이었는데, 단지 양자 모두 탈법행위성을 띤다는 공통점이 존재한다는 이유만으로 정범의 실제 범행, 즉 전기통신금융사기 범행을 목적으로 하는 타인 실명 금융거래 범행에 대한 방조의 고의를 인정하는 것이 합당한가? ‘무등록환전영업에 도움을 주기 위하여 계좌를 제공한다는 목적 내지 고의’와 ‘전기통신금융사기 범행에 도움을 주기 위하여 계좌를 제공한다는 목적 내지 고의’ 사이에는 본질적인 차이가 있는 것이 아닌가?

이와 관련하여 아래 3.항에서 「목적범에서 정범의 목적에 대한 방조범의 고의와 착오」라는 쟁점에 관하여 검토해 보고자 한다.

2. 금융실명법 제3조 제3항이 규정하는 ‘탈법행위’의 의미

가. ‘탈법행위’의 개념에 관한 국내·외 학계의 논의

1) 학계의 주류는 ‘탈법행위’ 내지 그와 유사한 ‘법률회피행위’의 개념이 로마법의 법을 기만하는 행위(in fraudem legis agere) 또는 법을 기만하는 사실(fraudem legi facere)에서 연원하며, 그에 관한 실질적인 논의는 1840년대 독일의 법학자 사비니(Savigny)에 의하여 본격적으로 시작된 것으로 본다. 사비니(Savigny)는 ‘법률회피행위’의 문제가 법률해석의 문제로 귀결된다는 기본적인 전제 하에 ‘법률회피행위’를 가장행위(Scheingeschäft, 假裝行爲)의 개념으로 접근하였다. 예를 들어, 실질적으로는 증여(贈與)에 해당하지만 매매(買賣)로 꾸미는 것과 같은 가장행위의 맥락에서 ‘법률회피행위’를 이해한 것이다.

이후 사비니(Savigny)의 연구를 바탕으로 이를 발전시킨 새로운 견해들이 다수 등장하였는데, 그 대표적인 법학자가 뢰(Thöl)이었다. 뢰(Thöl)는 사비니(Savigny)와 동일하게 ‘법률회피행위’의 문제가 법률해석의 문제로 귀결된다고 보았으나, 가장행위와 ‘법률회피행위’는 서로 다른 층위의 개념이라고 주장하였다. 가장행위는 법률 적용을 회피하기 위하여 실제의 진정한 사실을 다른 법률이 적용되는 사실로 은폐하거나 왜

곡하는 것을 말하는 반면, ‘법률회피행위’는 범법제 적용을 부당하게 배제하고자 시도하는 경우로서, 법률을 문자 그대로 해석하여 문언에 내재된 의미를 호도함으로써 법이 진정으로 의도하는 내용과 다른 결과를 도출하려고 시도하는 것을 의미하며, 가장행위의 경우 일종의 통정허위표시와 같이 표시에 대응하는 효과의사가 존재하지 않는 반면, ‘법률회피행위’에서는 당사자가 결과의 발생을 진정으로 의도하기 때문에 그 표시에 대응하는 효과의사가 분명하게 존재한다는 점에서 가장행위와 ‘법률회피행위’ 사이에 큰 차이가 있다고 하였다. 뢰(Thöl)의 설명에 따르면 가장행위에 대응하기 위해서는 진정한 사실이 무엇인지 밝히는 것이 중요하지만, ‘법률회피행위’에 대응하기 위해서는 법의 올바른 해석이 무엇인지를 밝히는 것이 중요하다고 한다¹³⁾.

오늘날 독일의 지배적인 견해는 뢰(Thöl)의 위와 같은 연구에 따라 ‘법률회피행위’를 가장행위와 전혀 다른 개념인 것으로 보고 있다.

2) 한편 ‘법률회피’의 문제를 법해석의 문제로 이해하는 독일의 주류적 입장과 달리, ‘법률회피행위’를 독자적인 법학 개념으로 접근해야 한다는 견해도 등장하였다. 독일의 법학자 파프(Pfaff)는 ① 법률남용으로 볼 수 있는 회피행위의 존재, ② 위법한 회피의도, ③ 회피행위에 의해서 법률이 허용하지 않는 경제적 결과의 달성을 ‘법률회피행위’의 특징으로 제시하면서, 특히 회피의도라는 주관적 요소를 ‘법률회피행위’의 본질적 특징으로 보아야 한다고 주장하였다.

3) 사비니(Savigny), 뢰(Thöl), 파프(Pfaff) 등의 법학적 연구를 바탕으로, 독일제국법원은 1890년 이래 법을 기만하는 행위(agree in fraudem legis)라는 로마법 개념어와 법률회피(Gesetzesumgehung)라는 독일어 개념어를 모두 사용하였고, 19세기 독일의 법학자 베어(Bähr)는 독일 민법(BGB)에 법률회피를 금지하는 일반규정을 두어야 한다고 주장하기도 하였다. 그러나 일반적인 법률회피 또는 탈법행위 개념이 독일 민법전 등에 명문으로 실리지는 아니하였고, 다만 “법률의 금지에 위반하는 법률행위는 그 법률로부터 달리 해석되지 아니하는 한 무효”라는 독일 민법 제134조 규정에 반영되는 한편, 개별적으로 회피현상을 규율하는 규정들¹⁴⁾이 마련되었다. 한편 우리나라

13) 조승현, “법률회피”, 재산법연구 28권 1호, 법문사(2011), 홍보람, “‘혁신’과 ‘탈법’의 관점에서, 신산업 관련 행정형법 해석기준 연구”, 사법정책연구원(2023)

14) BGB §306a(전에는 약관규제법 AGBG §7), §312(전에는 방문판매법 HaustuerWG §5와 원격판매법: FernAbsG §5), §475, §487(전에는 일시적 주거이용법: TzWrG §9), §506(전에는 소비자신용법: VerbrKrG §18), §655e(전에는 VerbrKrG §18) 조항들이 있다.

라의 「국세기본법」과 유사한 위상을 가진 독일의 「조세기본법(Abgabenordnung)」 제 42조 제1항에는 “세법 적용을 회피하기 위하여 제도를 남용하는 조세회피행위는 허용되지 않는다.”는 조세회피 금지 규정이 명문화되기도 하였다¹⁵⁾.

4) 20세기 들어 법률회피 문제를 집중적으로 검토한 독일의 법학자 타이히만(A. Teichmann)은 법률회피를 독자적인 법제도로 인정하는 것을 거부하여 법률회피의 문제가 결국 법률흥결의 문제이자 유추해석의 문제로 귀결된다는 전제 하에¹⁶⁾, 법률의 해석으로 회피행위에 대응할 수 있으나 법문의 의미를 넘어 해석할 수 없기 때문에 모든 회피행위를 법률의 해석으로 대처할 수 없는바, 법문의 의미를 넘는 회피행위에 대하여 ‘유추(類推, 법률이 예정한 사태와 문제가 된 구체적인 사태가 완전히 부합하지 않으나 유사한 경우에 그 법률을 적용하는 것으로, 그 유사성의 정도에 관해서는 확일적·통일적 기준으로 평가할 수 없고, 유추가 가능한지 여부는 개별 사례가 법률이 예정하는 사태와 유사하여 다른 법률로 규율을 하는 것보다는 그 법률에 포섭하는 것이 적합하다고 평가할 수 있는지 여부를 개별적으로 할 수밖에 없음)’로 대응해야 한다는 입장을 제시하였는데, 이러한 타이히만의 견해가 현재 독일 법학계의 통설로 자리 잡고 있다¹⁷⁾.

5) 한편 일본 민법학에서 탈법행위 논의는 강행법규 이론에 대한 검토를 토대로 전개되었다. 일본에서는 ‘탈법행위’의 정의에 관하여 ① 탈법행위란 강행규정 A에 직접 위반하는 법률행위는 아니고, A의 유추에 의해서 찾아지는 숨어있는 강행규정 B에 위반하는 행위라는 이른바 유추설, ② 탈법행위는 A의 적용을 회피하기 위해서 다른 규정 C의 적용을 받으려고 하는 행위이며, 유추가 문제되는 법규의 흥결의 경우와는 문제를 달리한다는 이른바 독자성설, ③ 탈법행위란 강행규정 A에 직접 위반하는 법률행위에 다르지 않고, 단지 외관상 A의 문리에 직접 저촉하는 것이 없는 것뿐이어서 강행규정 A의 해석 혹은 해석방법에 귀착한다는 이른바 직접적용설 등의 다양한 견해가 있었으나¹⁸⁾, 대체로 ‘탈법행위’를 “직접적으로 강행규정에 위반하지 않지만, 간접적으로는 해당 강행규정에 저촉하는 내용을 실현하는 행위” 내지 “강행법규를 정면

으로 위반하지는 않지만, 법의 정신에 반하고 법이 인정하지 않는 결과의 발생을 목적으로 하는 행위”로 정의하는 데에 동의하는 추세이다.

특히 일본 학계의 연구 중에서는 일본의 법학자 오오무라 아츠시(大村敦志)의 탈법행위 유형 분석에 관한 연구를 특히 주목할 만하다. 오오무라 아츠시(大村敦志)는 탈법행위를 크게 적극적 법률회피 행위(眞性回避行爲, 강행규정 A가 아닌 다른 법 규정 C가 적용되어야 하는 행위로서, 형식상으로는 적법한 행위)와 소극적 법률회피 행위로 구분하고, 다시 소극적 법률회피 행위를 변성행위(變性行爲, 본래 강행규정 A가 적용되어야 하는 행위와 다소 차이가 존재하기 때문에 A를 직접 적용하는 것에 저항이 있을 수도 있으나 A를 유연하게 확장해석하거나 유추하여 사안에 적용할 수 있는 행위)와 표층행위(表層行爲, 일견 강행규정 A가 적용되지 않는 것처럼 보이지만 실질적으로는 강행규정 A가 적용되는 행위)로 구분하면서, 기본적으로 탈법행위 개념 구성의 핵심은 ‘당사자가 행하는 사실평가 및 그 법률행위의 성격에 관한 판단과, 법원이 행하는 사실평가 및 그 법률행위의 성격에 관한 법해석의 차이’라고 설명한다¹⁹⁾.

6) ‘탈법행위’에 관한 국내의 논의는 주로 민법학계를 중심으로 이루어져 왔다. 국내 학설은 ‘탈법행위’를 “직접 강행규정에 반하지는 아니하나 법 회피수단에 의하여 강행규정이 금지하는 것을 실질적으로 실현하는 것”²⁰⁾, “강행규정에 직접 위반하지는 않지만 강행규정이 금지하고 있는 실질적인 내용을 다른 수단으로 달성하려는 행위”²¹⁾, “직접 효력규정(강행규정)에 위반하지는 않으나 강행법규가 금지하고 있는 것을 회피수단에 의하여 실질적으로 달성하는 행위”²²⁾ 등으로 정의한다.

다만 민법학계에서는 탈법행위 문제가 강행규정에 관한 법해석의 문제이므로 별도 개념으로 인정하는 것은 불필요하다는 입장이 큰 지지를 얻고 있다²³⁾. 탈법행위의 문제는 강행규정과 그 적용대상인 법률행위의 해석에 관한 문제로 귀착되므로 법률해석 이론의 범주에서 논의하면 충분하며, 이를 별도의 개념으로 논의하는 것은 민법의 체계에도 반하고 실제적 의미가 없어 불필요하다는 것이다²⁴⁾. 이에 따라 다수의 학설들

15) 홍보람(주 13)

16) 조승현(주 13)

17) 홍보람(주 13)

18) 이춘원, “탈법행위에 관한 소고”, 비교사법 제20권 제1호, 한국비교사법학회(2013)

19) 홍보람(주 13)

20) 곽윤직/김재형, 『민법총칙』(제9판), 박영사(2013), 지원림, 『민법강의』(제20판), 홍문사(2023)

21) 고상룡, 『민법총칙』(제3판), 법문사(2003)

22) 김상용/박수근, 『민법개론』, 화산미디어(2015), 김용한, 『민법총칙』, 박영사(1997), 김증한/김학동, 『민법총칙』, 박영사(2013), 백태승, 『민법총칙』, 집현제(2016), 송덕수, 『민법총칙』(제6판), 박영사(2021)

23) 홍보람(주 13)

24) 이영준, 『민법총칙』(개정증보판), 박영사(2007)

은 탈법행위의 개념 자체를 보다 정밀하게 정의하는 것보다는 탈법행위 문제에 대한 적절한 대응책을 마련하여 그 행위에 대한 법적인 평가를 어떻게 할 것인지에 관하여 논의를 집중하는 추세이다.

그러나 이러한 민법학계의 일반적인 추세에 대하여, 조세법과 같은 특별법을 포함하여 탈법행위 내지 법률회피금지규정이 입법화된 경우 탈법행위 내지 법률회피를 불 필요하고 무의미한 개념으로 단정하기에는 해결해야 할 문제들이 여전히 적지 않고, 법률과 법률행위의 해석에 관한 방법론이 모든 법 영역에서 동일하거나 일관되게 관찰되기 어렵다는 점 등을 지적하면서, 법률회피의 입법화 경향에 대한 심층적인 연구의 필요성을 강조하는 견해²⁵⁾도 주목할 만하다.

7) 이상에서 살펴 본 ‘탈법행위’에 관한 국내·외 학계의 논의는 다음과 같이 요약할 수 있다.

① 학계의 주류는 ‘탈법행위’의 개념 자체를 일반적·일의적으로 정의하는 것보다는 개별적인 ‘탈법행위’에 대하여 어떻게 대응할 것인지, 이를 어떻게 법적으로 평가할 것인지, 그 효력을 어떻게 볼 것인지 등에 관한 이론 내지 방법론을 제시하는 데에 중점을 둔다.

② ‘탈법행위’의 일반적 개념에 관해서는 ‘적법한 형식·외관’, ‘위법한 실질’로 비교적 간명하게 정의하는 데 대체로 동의한다.

③ 다만 ‘탈법행위’의 개념을 가장행위(假裝行爲)와 엄격하게 구분한다. 표시에 대응하는 효과의사가 부존재하는 통정허위표시, 명의신탁 등 가장행위(假裝行爲)와 달리, ‘탈법행위’에서는 당사자의 표시에 대응하는 효과의사가 분명히 존재하여 그에 따라 형성된 ‘적법한 형식·외관 또는 표면의 법률행위’가 성립됨을 전제로 그것이 은닉·은폐·회피하는 ‘실질적 결과의 위법’에 어떻게 대응해야 할 것인가 하는 문제가 ‘탈법행위’의 핵심인 것으로 본다.

④ ‘탈법행위’가 성립하기 위해서는 행위자의 ‘회피의도’라는 주관적 요소가 필수적인지 여부에 관하여 일부 견해는 이를 긍정하기도 하나 주류적인 학설은 이를 부정한다.

25) 조승현(주 13)

나. ‘탈법행위’ 내지 그와 유사한 행위에 대한 실무의 규제 사례

1) 법인격부인 법리

회사가 외형상으로는 법인의 형식을 갖추고 있으나 법인의 형태를 빌리고 있는 것에 지나지 않고, 실질적으로는 완전히 그 법인격의 배후에 있는 사인의 개인기업에 불과하거나, 회사가 개인에 대한 법적 책임을 회피하기 위한 수단으로 함부로 이용되고 있는 경우, 그 회사의 법인격을 부인하여 그 배후에 있는 개인에게 책임을 묻는 법인격부인의 법리²⁶⁾는 ‘탈법행위’의 논의와 궤를 같이 한다. 법인격부인의 법리는 법률 적용을 회피하기 위한 수단으로 법인 제도가 사용되는 경우 그 형식에 따른 법적 효과를 인정하지 않고 실질을 선택하겠다는 것으로, ‘형식’과 ‘실질’ 사이의 긴장관계에 관한 문제라는 점에서 ‘탈법행위’에 관한 쟁점과 그 구조가 유사하다.

2) 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 제20조의 탈법행위의 금지

「하도급거래 공정화에 관한 법률」은 1984년 제정 당시부터 제20조 ‘탈법행위의 금지’라는 조목 하에 “원사업자는 하도급거래와 관련하여 우회적인 방법에 의하여 실질적으로 이 법의 적용을 피하려는 행위를 하여서는 아니 된다.”라는 규정을 두어 왔다²⁷⁾.

이와 관련하여 「하도급거래공정화지침」(공정거래위원회예규 제421호)은 원사업자의 탈법행위의 예시로 ① 공정거래위원회의 시정조치에 따라 하도급대금 등을 수급사업자에게 지급한 후 이를 회수하거나 납품대금에서 공제하는 등의 방법으로 환수하는 행위, ② 어음할인으로·지연이자 등을 수급사업자에게 지급한 후 이에 상응하는 금액만큼 일률적으로 단가를 인하하는 행위, ③ 수급사업자에게 선금금 포기각서 제출을 강요한 후 선금금을 지급하지 않는 행위를 규정하고 있다.

26) 대법원 2023. 2. 2. 선고 2022다276703 판결, 대법원 2021. 4. 15. 선고 2019다293449 판결, 대법원 2013. 2. 15. 선고 2011다103984 판결 등

27) 다만 2023년 하도급대금 연동 제도가 시행되면서 2023. 7. 18. 법률 제19562호로 “원사업자가 하도급대금 연동과 관련하여 거래상 지위를 남용하거나 거짓 또는 그 밖의 부정한 방법으로 제3조(하도급거래 관련 서면의 발급 및 서류의 보존)의 적용을 피하려는 행위에 대해서는 제1항에도 불구하고 제3조 제5항을 우선 적용한다.”(제2항)라는 규정이 신설·추가되었다.

3) 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제36조의 탈법행위의 금지

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제36조는 탈법행위의 금지라는 조목 하에 “누구든지 제18조 제2항부터 제5항까지 및 제19조부터 제25조까지의 규정²⁸⁾을 회피하려는 행위를 하여서는 아니 된다.”(제1항), “제1항에 따른 탈법행위의 유형 및 기준은 대통령령으로 정한다.”(제2항)라는 규정을 두고 있다.

그 위임에 따른 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령」 제42조는 위 탈법행위의 유형 및 기준에 관하여 다음과 같이 규정한다.

독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령 제42조(탈법행위의 유형 및 기준)

법 제36조 제1항에 따라 금지되는 탈법행위는 상호출자제한기업집단에 속하는 회사가 하는 다음 각 호의 행위로 한다.

1. 법 제2조 제18호 각 목의 어느 하나에 해당하는 국내 금융기관에 대한 자기 계열회사의 기존 채무를 면하게 하지 않고 동일한 내용의 채무를 부담하는 행위
2. 다른 회사로 하여금 자기의 계열회사에 대해 채무보증을 하게 하는 대신 그 다른 회사 또는 그 다른 회사의 계열회사에 대해 채무보증을 하는 행위
3. 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률 시행령」 제103조 제1호에 따른 특정금전신탁을 이용하여 신탁업자로 하여금 자기의 주식을 취득·소유하고 있는 계열회사의 주식을 취득·소유하도록 하고, 그 신탁업자와의 계약 등을 통해 해당 주식에 대한 의결권을 사실상 행사하는 행위
4. 자기의 주식을 취득·소유하고 있는 계열회사의 주식을 타인의 명의를 이용하여 자기의 계산으로 취득하거나 소유하는 행위
5. 자기가 취득·소유하면 법 제22조 제1항에 따라 금지되는 순환출자를 형성하는 계열출자에 해당하게 되거나 순환출자회사집단에 속하는 계열회사의 계열출자대상회사에 대한 추가적인 계열출자에 해당하게 되는 주식을 「자본시장

28) 지주회사 등의 행위제한 등, 상호출자제한기업집단의 지주회사 설립제한, 일반지주회사의 금융회사 주식 소유 제한, 상호출자의 금지 등, 순환출자의 금지, 순환출자에 대한 의결권 제한, 계열회사에 대한 채무보증의 금지, 금융회사·보험회사 및 공익법인의 의결권 제한 등

과 금융투자업에 관한 법률 시행령」 제103조 제1호에 따른 특정금전신탁을 이용하여 신탁업자로 하여금 취득·소유하도록 하고, 그 신탁업자와의 계약 등을 통해 해당 주식에 대한 의결권을 사실상 행사하는 행위

6. 자기가 취득·소유하면 법 제22조 제1항에 따라 금지되는 순환출자를 형성하는 계열출자에 해당하게 되거나 순환출자회사집단에 속하는 계열회사의 계열출자대상회사에 대한 추가적인 계열출자에 해당하게 되는 주식을 타인의 명의를 이용하여 자기의 계산으로 취득하거나 소유하는 행위
7. 그 밖에 제1호부터 제6호까지의 행위에 준하는 것으로서 탈법행위 방지를 위해 필요하다고 공정거래위원회가 정하여 고시하는 행위

4) 조세법의 실질과세원칙

가) 조세회피행위 및 실질과세의 원칙과 관련하여 「국세기본법」에는 1974. 12. 제정 당시부터 실질과세에 관한 제14조 제1항, 제2항이 규정되어 있었고, 2007. 12. 31. 법률 제8830호로 제3항이 추가된 이후 그 틀이 아래와 같은 현행 「국세기본법」 제14조로 이어져 내려오고 있다.

국세기본법 제14조(실질과세)

- ① 과세의 대상이 되는 소득, 수익, 재산, 행위 또는 거래의 귀속이 명의일 뿐이고 사실상 귀속되는 자가 따로 있을 때에는 사실상 귀속되는 자를 납세의무자로 하여 세법을 적용한다.
- ② 세법 중 과세표준의 계산에 관한 규정은 소득, 수익, 재산, 행위 또는 거래의 명칭이나 형식과 관계없이 그 실질 내용에 따라 적용한다.
- ③ 제3자를 통한 간접적인 방법이나 둘 이상의 행위 또는 거래를 거치는 방법으로 이 법 또는 세법의 혜택을 부당하게 받기 위한 것으로 인정되는 경우에는 그 경제적 실질 내용에 따라 당사자가 직접 거래를 한 것으로 보거나 연속된 하나의 행위 또는 거래를 한 것으로 보아 이 법 또는 세법을 적용한다.

나) 조세법학계에서도 ‘조세회피행위’에 대한 오랜 논의가 있었는데, 통설적인 견해는 대체로 “납세자가 경제인의 합리적인 거래형식에 의하지 않고 우회행위, 다단 계적 행위 그 밖의 비정상적인 거래형식을 취함으로써 통상적인 행위형식에 의한 것과 같은 경제적 목적을 달성하면서도 조세의 부담을 부당히 감소시키는 행위”²⁹⁾ 혹은 “절세와 같이 법 문언이 정한 테두리 내에서 조세부담의 경감을 도모하나 그것이 조세법규가 예정하지 않은 우회적이거나 비정상적 행위에 해당하는 경우로서, 법의 흠결을 이용하여 조세부담을 부당하게 감소시키는 행위”³⁰⁾라고 정의하였다.

특히 조세법학계 학설의 주류 역시 ‘조세회피행위’를 민법상의 가장행위와 엄격하게 구분하여, 사법적 효과와 법적실질·효과 의사 등이 결여된 가장행위의 경우 실질과세의 원칙의 법리를 적용할 필요 없이 당사자확정, 의사표시의 해석 등 가장행위론에 관한 일반 법리를 적용하여 과세법률관계의 성립을 부인할 수 있는 반면, ‘조세회피행위’에 대해서는 실질과세의 원칙 법리로 대응하여야 한다는 입장을 취해왔다³¹⁾.

다) 한편 대법원은 납세의무자의 행위가 ‘가장행위’에 해당하는 경우에는 개별적이고 구체적인 부인규정 없이도 ‘조세회피행위’의 효력을 부인할 수 있다는 취지의 판시를 하거나, 민법이론에 따라 당사자의 효과의사를 고려할 때 통정허위표시로 평가할 수 없는 것으로 보이는 경우에도 ‘가장행위’에 해당한다고 하는 등 마치 실질과세의 원칙의 법리가 적용되는 ‘조세회피행위’ 영역이 ‘가장행위’ 영역과 중첩되는 개념인 것처럼 표현하기도 하였으나, 이에 대해 학계는 대법원이 세법영역에서의 가장행위의 의미를 민사법상 가장행위의 의미보다 확대함으로써 조세법률주의의 한계를 극복하고 사안에 따라서 개별적이고 구체적인 부인규정 없이도 조세회피행위를 부인하기 위한 수단으로서 사용한 것으로 평가하였다³²⁾.

‘조세회피행위’와 ‘가장행위’의 개념과 관계 등에 관한 대법원의 입장은 아래와 같은 대법원 2012. 1. 19. 선고 2008두8499 전원합의체 판결의 다수의견, 반대의견, 다수의견에 대한 보충의견을 통하여 짐작해 볼 수 있다.

29) 임승순, 『조세법』(제23판), 박영사(2023)

30) 이태로/한만수, 『조세법강의』(신정14판), 박영사(2020)

31) 임승순(주 29), 장석조, “조세법상 실질과세원칙의 적용한계”, 사법논집 제33집(2001), 윤지현, “실질과세의 원칙과 가장행위에 관한 고찰”, 중앙법학 9집 2호(하)(2007), 이동식, “미국 세법상 실질과세원칙의 의미와 역할”, 공법연구 39집 4호, 한국공법학회

32) 강석규, “간주취득세와 실질과세의 원칙”, 대법원판례해설 92호, 법원도서관(2012), 최선재, “조세회피행위의 규제에 대한 판례의 동향 연구”, (2016년도)법관연수 어드밴스(Advance) 과정 연구논문집, 사법연수원(2017), 윤지현(주 31)

[대법원 2012. 1. 19. 선고 2008두8499 전원합의체 판결]

[다수의견] 실질과세의 원칙은 헌법상의 기본이념인 평등의 원칙을 조세법률관계에 구현하기 위한 실질적 원리로서, 조세의 부담을 회피할 목적으로 과세요건사실에 관하여 실질과 괴리되는 비합리적인 형식이나 외관을 취하는 경우에 그 형식이나 외관에 불구하고 실질에 따라 담세력이 있는 곳에 과세함으로써 부당한 조세회피행위를 규제하고 과세의 형평을 제고하여 조세정의를 실현하고자 하는 데 주된 목적이 있다. 이는 조세법의 기본원리인 조세법률주의와 대립관계에 있는 것이 아니라 조세법규를 다양하게 변화하는 경제생활관계에 적용함에 있어 예측가능성과 법적 안정성이 훼손되지 않는 범위 내에서 합목적적이고 탄력적으로 해석함으로써 조세법률주의의 형해화를 막고 실효성을 확보한다는 점에서 조세법률주의와 상호보완적이고 불가분적인 관계에 있다고 할 것이다. 이러한 실질과세의 원칙 중 국세기본법 제14조 제1항이 규정하고 있는 실질귀속자 과세의 원칙은 소득이나 수익, 재산, 거래 등의 과세대상에 관하여 그 귀속 명목과 달리 실질적으로 귀속되는 자가 따로 있는 경우에는 형식이나 외관을 이유로 그 귀속 명의자를 납세의무자로 삼을 것이 아니라 실질적으로 귀속되는 자를 납세의무자로 삼겠다는 것이다.

[반대의견] 실질과세의 원칙은 조세공평의 원칙을 실현하기 위한 조세법의 기본원리로서 과세권의 행사가 실질적인 사실관계에 반하여 이루어지는 경우 이를 배제함으로써 납세자의 권리를 보호하는 긍정적인 측면이 있지만, 반대로 과세권의 남용을 정당화하는 도구가 되어 납세자의 재산권을 침해함으로써 과세요건 법정주의와 명확주의를 핵심으로 하는 조세법률주의와 충돌할 염려가 있다. 납세의무자로서는 조세법률주의의 토대 위에서 조세의 부담을 제거하거나 완화하는 거래방법을 선택할 수 있으며, 그것이 ‘가장행위’나 위법한 거래로 평가되지 않는 한 납세의무자의 권리로서 존중되어야 한다. 그럼에도 본질적으로 불확정개념인 실질과세의 원칙을 내세워 납세의무자가 선택한 거래형식을 함부로 부인하고 법 문언에 표현된 과세요건의 일반적 의미를 일탈하여 그 적용범위를 넓히게 되면 조세법률주의가 형해화되어 이를 통해 실현하고자 하는 법적 안정성과 예측가능성이 무너지게 된다. 나아가 조세포탈죄 등의 구성요건해당성이 과세관청의 자의에 의하여 좌우될 수 있어 죄형법정주의의 근간이 흔들릴 수도 있다.

[다수의견에 대한 보충의견] 조세법에서 실질과세의 원칙은 ‘조세회피행위’를 규제하여 과세의 형평을 실현하는 것을 목적으로 한다. 거래의 내용이나 그에 따른 재산과 소득의 귀속이 실질적인 면에서 동일하다면 납세의무의 부담 여부도 그 형식이나 외관과 무관하게 같아야 한다. 그래야만 조세정의와 조세공평의 이념이 실현될 수 있다. 조세회피를 목적으로 비합리적이고 비정상적인 형식을 취하였음에도 외관이 그렇다는 이유만으로 납세의무를 면할 수 있고 그 반면 실질에 부합하는 정상적인 거래형식을 취하는 경우에는 납세의무를 부담할 수밖에 없다고 하는 것은 매우 부당하다. 실질과세의 원칙은 바로 그러한 불합리를 제거하는 수단이 되는 조세법의 기본원리이고, 국세기본법의 관련 규정은 실정법적으로 이를 확인한 규정이라고 할 수 있다.

실질과세원칙의 적용과 그 원인된 행위의 민사법적 구성을 반드시 연계하여 인식할 필요는 없다. 당사자가 선택한 거래형식이나 거래주체 등 민사법적인 행위의 내용을 굳이 부정하여 재구성하지 않더라도 조세법적 관점에서 과세요건의 해당 여부를 판단하기 위한 목적 범위 내에서 실질적인 내용과 귀속관계를 파악하는 것으로 족하다. 실질과세의 원칙에 그 법리적 근거가 있는 것으로 이해되고 있는 법인세법상 부당행위계산부인의 경우, 당해 거래가 부당행위계산으로 부인된다고 하더라도 당사자들 사이에 약정한 사법상 법률행위의 효과 그 자체를 부인하거나 새로운 법률행위를 창설하는 것은 아니다. 과세소득계산을 위한 범위 내에서 사법상 법률행위의 내용과 달리 조세법적 인식을 할 뿐이다. 따라서 다수의견이 실질과세의 원칙에 의하여 원고에게 구 지방세법 제105조 제6항에 의한 취득세 납세의무가 있다고 하는 것은, 그 규정을 적용하는 조세법률관계의 범위 내에서 이 사건 주식 등이 실질적으로 원고에게 귀속된 것으로 본다는 취지일 뿐이고, 거기에서 더 나아가 원고를 회사법상 ○○산업의 사원이나 ●●●●의 주주로까지 인정한다는 취지는 결코 아니다. 다시 말해 다수의견이 이 사건 주식 등 취득에 대하여 원고에게 간주취득세 납세의무를 인정한다고 하여 상법상 그 주주나 지분보유자가 이 사건 자회사들이 아닌 원고라고 하는 것은 아니고, 나아가 이 사건 자회사들의 법인격을 부인하는 것도 물론 아니다. 민사적 법률관계에서 주주권의 귀속이나 법인격 부인론이 적용될 수 있느냐의 문제는 이 사건 과세처분의 국면에서는 관건이 되는 관심의 대상이 아니다. 단지 조세법적 관점에서 그 권리 귀속의 실질적 주체

가 원고라고 인정할 수 있는 분명한 사실적 토대가 존재한다면 그 실질에 따라 납세의무를 인정할 수 있다는 것을 말하고 있는 것뿐이다. 존재하는 것은 존재하는 그대로 보면 된다. 세법에 존재하는 실질과세원칙을 적용하는 데 상법 등 사법관계의 권리귀속을 반드시 묶어서 인식할 필요는 없다.

한편 대법원은 그동안 당사자가 선택한 법률관계에 대하여 그것이 가장행위에 해당하지 않는 한 개별적이고 구체적인 부인 규정 없이 실질과세의 원칙에 의하여 조세회피행위에 해당한다는 이유로 그 효력을 부인할 수 없다는 입장을 여러 사건에서 밝힌 바가 있다. 그러나 거기에서 언급하고 있는 가장행위를 민법 제108조 등에서 그 효력을 인정하지 않는 가장행위와 동일한 개념으로 이해할 필요는 없다. 당사자들 사이에 내심의 의사가 결여된 민법상의 통정허위표시는 그 사법상의 효력도 없으므로 굳이 실질과세의 원칙을 적용할 필요도 없이 그 과세요건 해당성은 가장행위의 배후에 은닉된 실제거래행위를 기준으로 판단하면 된다. 정작 실질과세의 원칙을 적용할 필요가 있는 영역은 그와 같은 민법상 가장행위의 정도에는 이르지 못하지만 외관과 실질이 괴리되어 있고 그 실질을 외면하는 것이 심히 부당하다고 볼 수 있는 경우이다.

다. 금융실명법 제3조 제3항의 ‘탈법행위’의 개념과 요건

‘탈법행위’ 자체의 개념과 정의를 ‘적법한 형식·외관’, ‘위법한 실질’로 비교적 간명하게 정의하더라도 ‘탈법행위’의 문제에 대응하는 데에는 큰 무리가 없다. 대부분의 영역에서는 ‘탈법행위’의 효력을 어떻게 볼 것인가 하는 문제가 더 핵심적인 쟁점인데, 이와 관련해서는 ‘탈법행위’가 문제되는 강행법규의 해석과 포섭에 관한 방대한 법이론이 훌륭하게 제시되어 있기 때문이다.

그러나 금융실명법 제3조 제3항과 같이 ‘탈법행위’가 자체가 범죄의 구성요건요소로 규정되어 형사처벌이라는 중한 제재의 직접적인 법적근거가 될 경우, 그 ‘탈법행위’ 자체의 개념을 보다 정확하게 정의하고 그 요건에 해당하는지 여부를 보다 정밀하게 따질 필요가 있다. 이에 앞서 살펴 본 ‘탈법행위’에 관한 국내·외 학계의 일반적인 논의와 ‘탈법행위’에 대한 다른 실무의 규제 사례 등을 바탕으로, 금융실명법 제

3조 제3항이 정하는 ‘탈법행위’의 개념 요소 내지 그 요건을 다음과 같이 추출해 보았다.

① ‘탈법행위’가 성립하기 위해서는 먼저 ‘적법한 형식·외관 내지 표면의 법률행위’가 존재하여야 한다. 여기서 중요한 것은 행위자가 형성한 ‘적법한 형식·외관 내지 표면의 법률행위’가 ‘가장행위(假裝行爲)’에 의한 것이 아니어야 한다는 것이다. 왜냐하면 ‘탈법행위’는 표시와 의사가 불일치하는 가장행위와 분명히 구분되는 개념이기 때문이다. 따라서 ‘적법한 형식·외관 내지 표면의 법률행위’는 표시와 일치하거나 표시에 대응하는 효과의사가 존재하는 완결된 의사표시에 의하여 형성된 것이어야 하고, 표시와 의사가 일치하지 않는 통정허위표시에 기하여 형성된 가공의 외관(예컨대, 명의신탁, 증여를 매개로 가장)은 ‘탈법행위’의 개념 요소인 ‘적법한 형식·외관 내지 표면의 법률행위’에 해당한다고 볼 수 없다.

② ‘이면의 실질적인 결과’가 존재하여야 한다. ‘이면의 실질적인 결과’는 반드시 법률행위에 한정되는 것이 아니고 그야말로 당사자가 진정으로 원하는 법적·사실적 효과를 총칭하는 것으로 볼 수 있다.

③ ‘이면의 실질적인 결과’가 강행규정이 궁극적으로 금지하는 실질 내지 결과를 달성·실현하는 것이어야 한다. 구체적으로 강행규정이 궁극적으로 금지하는 실질·결과가 무엇인지는 각 강행법규의 입법목적과 내용, 그 해석과 이해 등에 달려 있으므로, 그 구체적인 의미나 형태, 태양 등을 일의적으로 단정하기는 어렵다. 예컨대, 조세법에서는 조세회피행위를 규율하는 실질과세원칙에서의 ‘실질’이 무엇이나에 관하여 해당 조세를 규율하는 조세법의 이념, 내용, 입법목적 등을 바탕으로 경제적 실질설³³⁾, 법적 실질설³⁴⁾ 등의 논의가 치열하게 전개되어 오고 있다.

④ ‘적법한 형식·외관 또는 표면의 법률행위’는 ‘이면의 실질적인 결과’를 회피·은닉·은폐하는 주요한 수단이 되어야 한다. 즉, ‘적법한 표면의 법률행위’가 외부에 드러나는

33) 조세부담의 공평을 실현하기 위하여 거래 등을 경제적 관점에서 파악하여 그 경제적 효과에 기초한 과세가 이루어져야 한다는 견해

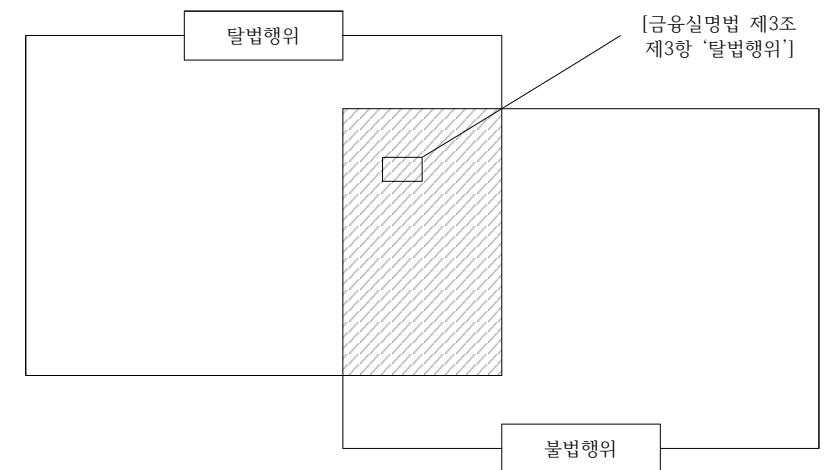
34) 세법의 해석 및 적용에 있어서 과세물건의 귀속이나 과세물건의 판정 등은 법 형식·명의 또는 외관에 의하여 숨겨진 대내적인 법률관계 또는 허위표시에 의하여 감추어진 은닉행위 등을 탐구하고 그 대내적 관계에 있어서의 법률관계 또는 숨겨진 진실한 법률관계를 기준으로 하여야 한다는 견해

러나는 한편, 그와 동시에 혹은 그로 인하여 ‘이면의 실질’이 수면 아래로 잠기듯이 외부에 드러나지 않는, 그러한 관계가 성립되어야 한다.

⑤ 본래 ‘탈법행위’는 ‘이면의 실질적인 결과’가 반드시 불법하거나 범죄행위에 해당될 것까지 요구하지는 않는다. ‘탈법행위’ 논의의 핵심은 ‘이면의 실질적인 결과’가 강행규정이 궁극적으로 금지하는 실질 내지 결과를 달성·실현하는 정도에 비추어 ‘표면에 드러난 법률행위’를 유효로 볼 것인가 무효로 볼 것인가 하는 것이라고도 할 수 있다.

그러나 금융실명법 제3조 제3항과 같이 ‘탈법행위’의 목적을 범죄의 구성요건요소의 하나로 포함시키기 위해서는 ‘불법성’ 내지 ‘형사처벌의 대상이 되는 행위에 해당할 것’이라는 요건도 그 개념요소에 포함시켜야 할 것으로 보인다. 즉, ‘이면의 실질적인 결과’를 표출시킬 경우 그것이 “금융실명법 제3조 제3항에 구체적으로 열거된 불법재산의 은닉, 자금세탁, 공중협박자금조달 및 강제집행의 면탈과 같이 형사처벌의 대상이 되는 행위에 준하는 정도”에 이르는 경우(대상판결 판시와 동일)에 한하여 금융실명법 제3조 제3항의 ‘탈법행위’에 해당되는 것으로 보아야, 그에 대한 형사처벌의 정당성을 확보할 수 있을 것이다. 이를 간단히 시각화한다면 아래 [그림 1]과 같이 이해할 수 있을 것이다.

[그림 1]



라. 대상판결 검토

1) 대상판결은 “금융실명법의 입법 목적과 내용을 종합하여 보면, 불법·탈법적 목적에 의한 타인 실명의 금융거래를 처벌하는 것은 이러한 금융거래를 범죄수익의 은닉이나 비자금 조성, 조세포탈, 자금세탁 등 불법·탈법행위나 범죄의 수단으로 악용하는 것을 방지하는 데에 목적이 있다.”라고 한 뒤, 구체적으로 “이 사건 규정에서 말하는 ‘그 밖의 탈법행위’라 함은, 단순히 우회적인 방법으로 금지규정의 제한을 피하려는 행위 전반을 의미하는 것이 아니라, 이 사건 규정에 구체적으로 열거된 불법재산의 은닉, 자금세탁, 공중협박자금조달 및 강제집행의 면탈과 같이 형사처벌의 대상이 되는 행위에 준하는 정도에 이르러야 하고, 여기에 해당하는지 여부는 앞서 본 이 사건 규정의 입법 목적 등을 충분히 고려하여 판단해야 한다.”라는 일반론을 제시하고 있다. 우회적인 방법으로 금지규정의 제한을 피하려는 행위가 ‘탈법행위’라는 판시는 앞서 본 ‘적법한 형식·외관’, ‘위법한 실질’이라는 전통적인 ‘탈법행위’의 개념에 대체로 부합한다고 볼 수 있으므로, 이를 부당하다고 단정하기는 어렵다.

또한 위 판시 중 그 구성요건의 범위를 ‘탈법행위’ 전반으로 넓힐 것이 아니고, 금융실명법 제3조 제3항에 열거된 불법재산의 은닉, 자금세탁, 공중협박자금조달 및 강제집행의 면탈과 같이 형사처벌의 대상이 되는 행위에 준하는 정도에 이르러야만 ‘그 밖의 탈법행위’에 해당하는 것으로 보아야 한다는 부분 역시 적극 찬성한다.

2) 그러나 대상판결이 “‘전기통신금융사기의 범인이 사기 범행을 통한 편취금을 자신이 아닌 타인 명의 금융계좌로 송금받는 행위’는 범죄수익을 은닉하고 범인의 신원을 은폐하기 위한 것으로, 타인 실명의 금융거래를 범죄의 수단으로 악용하는 전형적인 경우이므로 금융실명법 제3조 제3항이 말하는 ‘탈법행위’를 목적으로 한 타인 실명 금융거래’에 해당한다.”라고 판시한 부분에는 동의할 수 없다. 왜냐하면 ‘전기통신금융사기의 범인이 사기 범행을 통한 편취금을 타인 명의 금융계좌로 송금받는 행위’에서는 ‘탈법행위’의 개념 요건인 ① ‘적법한 형식·외관 내지 표면의 법률행위’ 존재의 요건과 ④ ‘적법한 형식·외관 또는 표면의 법률행위’가 ‘이면의 실질적인 결과’를 회피·은닉·은폐하는 주요한 수단이 되어야 한다는 요건을 인정할 수 없기 때문이다.

3) 우선 ‘전기통신금융사기의 범인이 사기 범행을 통한 편취금을 타인 명의 금융계좌로 송금받는 행위’에서는 ‘적법한 형식·외관 내지 표면의 법률행위’라고 볼만한 것이 쉽사리 떠올라지지 않는다. 전기통신금융사기의 본범이 피해자로부터 편취금을

교부받는 데에 있어 계좌명의인이 누구인지는 적법·위법 여부에 아무런 영향이 없다. 즉, 전기통신금융사기 정범이 편취금을 자기 명의의 계좌로 송금받든 타인 명의(피고인 A)의 계좌로 송금받든 그 자체로 형사처벌의 대상이 되는 위법한 행위임에는 변함이 없다. 따라서 정범이 그 편취금을 자기 명의의 계좌로 송금받지 않고 피고인 A 명의 계좌로 송금받았다고 하여 그로써 ‘적법한 형식·외관 내지 표면의 법률행위’를 형성하였다고 볼 수 없다.

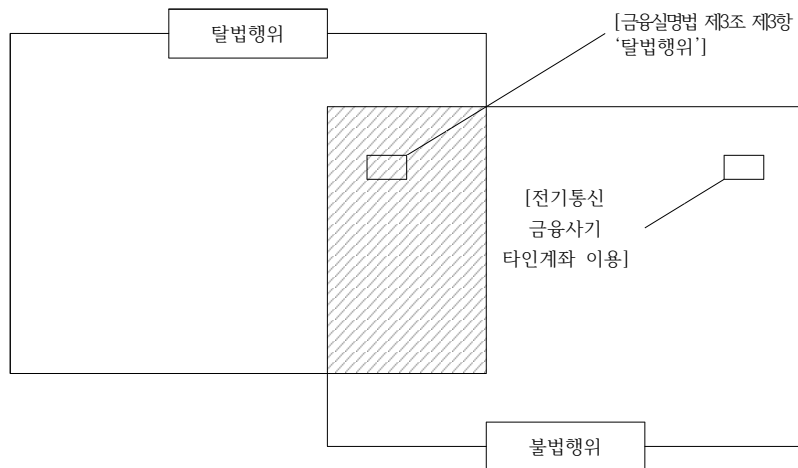
전기통신금융사기 정범이 편취금을 자기 명의가 아니라 타인 명의(피고인 A) 계좌로 송금받는 이유는, 정범의 소재와 인적사항 등 정보를 은폐하고 범죄수익인 편취금을 은닉하는 등으로 수사기관, 금융당국, 사기 피해자 등의 추적을 회피하기 위함이다. 즉, 정범의 주된 목적은 사실적인 측면에서 신원을 은폐하고 범죄수익을 은닉하며 수사기관 등의 추적을 회피하는 것이라 할 수 있는데, 이는 외적으로 적법하고 완벽해 보이는 형식·외관·표면의 법률행위를 형성함으로써 이면의 실질을 교묘하게 은닉·은폐·회피하는 ‘탈법행위’의 개념과는 본질적으로 다르다. ‘탈법행위’에서의 ‘적법한 형식·외관 내지 표면의 법률행위’는 표시와 일치하거나 표시에 대응하는 효과의사가 존재하는 완결된 의사표시에 의하여 형성된 것으로, 이는 가장행위에서 나타나는 가공의 외관 내지 표시와 의사가 불일치하는 통정허위표시 등과 엄격하게 구분된다. 이 사건에서 전기통신금융사기 정범의 목적은 신원은폐, 범죄수익은닉, 수사기관 등의 추적 회피 등을 위하여 그 피고인 A 명의의 계좌를 이용한다는 것인데, 거기에는 ‘탈법행위’의 ‘적법한 형식·외관 내지 표면의 법률행위’ 요건에 필요한 효과의사는 물론 가장행위에서 말하는 표시라는 것조차 존재하지 않는다. 정범의 행위가 무엇을 ‘은닉·은폐·회피’하는 것이라는 점에서는 탈법행위와 유사한 면이 있다고 말할 수도 있겠지만, ‘무엇을 어떻게’ 은닉·은폐·회피하는 것인지 그 내용이 완전히 다르므로, 이를 법적으로 동일한 것으로 평가할 경우 ‘탈법행위’라는 문언 고유의 개념이나 언어용법에 벗어나 ‘탈법행위’의 목적에 관한 구성요건해당성의 범위를 부당하게 확장시키는 오류에 빠지게 되는 것이다.

보다 직관적으로 간단하게 보자면, 탈법행위에서는 구조적으로 결합된 ‘적법해 보이는 A라는 법률행위’와 ‘실제로는 위법한 B라는 실질’이 존재하여야 한다. 그런데 ‘전기통신금융사기의 범인이 사기 범행을 통한 편취금을 타인 명의 금융계좌로 송금받는 행위’에서는 ‘정범이 드러낸 A라는 현상(피고인 명의 계좌로 편취금 수령)’과 ‘정범이 드러내지 않으려고 했던, 즉 은닉·은폐·회피하려 했던 B라는 실질(실제로는 정범이

편취금을 수령)'이 모두 위법할 뿐이다. 그럼에도 이를 동일한 개념으로 보는 것이 과연 타당한 것인가?

4) 이와 관련하여 대상판결은 “범죄수익을 은닉하고 범인의 신원을 은폐하기 위한 것으로, 타인 실명의 금융거래를 범죄의 수단으로 악용하는 전형적인 경우이므로 ‘탈법행위’를 목적으로 한 타인 실명 금융거래에 해당한다.”라고 설시하고 있다. 그러나 대상판결이 근거로 드는 ‘범죄수익을 은닉하고 범인의 신원을 은폐하기 위한 것’, ‘타인 실명의 금융거래를 범죄의 수단으로 악용하는 전형적인 경우’ 등은 금융실명법 제3조 제3항 ‘탈법행위’의 요건 중 ‘불법성’ 요건(⑤ 요건)에 관한 지표가 될 수 있을 뿐 ‘탈법행위’ 본래의 개념 요소가 아니다. 즉, 정범이 전기통신금융사기 범행에 피고인 A 명의 계좌를 이용하는 행위가 불법하다거나 형사처벌의 대상이 되는 범죄 행위의 일부 분이라고 할 수는 있겠으나 그것만으로 ‘탈법행위’에도 해당된다고 바로 단정하여서는 아니 된다. 불법행위와 ‘탈법행위’는 완전히 다른 개념이기 때문이다. 대상판결에서는 전기통신금융사기의 범인이 사기 범행을 통한 편취금을 자신이 아닌 타인 명의 금융계좌로 송금받는 행위가 불법재산 은닉 등에 준하는 불법성을 띠고 있다는 점에 대해서만 논증이 있을 뿐 왜 그것이 ‘우회적인 방법으로 금지규정의 제한을 피하려는 행위’에 해당하는지에 관해서는 아무런 논증이 없다.

[그림 2]



5) 또한 대상판결이 “‘무등록 환전 영업’은 그 자체로 범죄행위일 뿐 아니라 불법적인 자금의 세탁, 조세포탈, 횡령 등 다른 범죄의 수단이 되기도 하는 행위이므로, 무등록 환전营业을 위하여 타인의 금융계좌를 이용하여 금융거래를 하는 것은 이 사건 규정이 말하는 ‘탈법행위’를 목적으로 한 타인 실명 금융거래에 해당한다.”라고 판시한 부분도 쉽게 찬성하기 어렵다.

앞서 여러 차례 밝힌 바와 같이 ‘탈법행위’는 가장행위는 물론 불법행위, 범죄행위와 분명히 다른 개념이고 신원은폐, 범죄수익은닉, 수사기관 등의 추적 회피 등을 위한 사실행위와도 완전히 다르다. ‘그 자체로 범죄행위일 뿐만 아니라 불법적인 자금의 세탁, 조세포탈, 횡령 등 다른 범죄의 수단이 되는 행위’라는 점은 금융실명법 제3조 제3항 ‘탈법행위’의 요건 중 ‘불법성’ 요건(⑤ 요건)에 관한 근거가 될 수 있을 뿐 ‘탈법행위’의 충분조건이라고 보기 어렵다.

다만, 기소한 검사 측에 매우 유리하게 해석할 경우 피고인 A가 자신의 계좌를 제공하면서 인식·의도한 ‘무등록 환전 영업’에 관한 목적이 ‘탈법행위’의 목적에 해당한다고 볼 여지가 아예 없는 것은 아니다. 외국환거래법 제18조 제1항³⁵⁾, 외국환거래법 시행령 제32조 제1항³⁶⁾에 따라 외국환거래규정(기획재정부고시) 제7장은 신고를 요하는 자본거래와 신고를 요하지 않는 자본거래를 상세히 규정하고 있는데, 이와 관련하여 피고인 A가 인식한 계좌 제공의 목적이 “실제로는 무등록자인 본범이 환전營業을 하는 것임에도, 외국환거래규정 제7장에 따라 신고를 요하지 않는 개인간 자본거래(예: 제7-20조 제6호의 거주자간 매매차익을 목적으로 하지 않는 거래로서 동일자에 미화 5천불 이내에서 대외지급수단을 매매하는 거래)인 것처럼 외관을 형성함으로써 거래의 실질을 은닉·은폐·회피하는 것”인 경우 이는 ‘탈법행위’에 해당될 여지가 있다(사실이 경우도 거의 명의만 빌려주는 가장행위의 형태가 일반적일 것으로 보이나, 정범과 계좌를 제공한 공범 모두 계좌 거래에 따른 법적인 효력과 책임까지 계좌제공자에게 귀속시키고 그 경제적 효과만을 정범에게 귀속시키는 것으로 의도하는 경우도 충분히

35) 외국환거래법 제18조(자본거래의 신고 등)

① 자본거래를 하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 기획재정부장관에게 신고하여야 한다. 다만, 외국환수급 안정과 대외거래 원활화를 위하여 대통령령으로 정하는 자본거래는 사후에 보고하거나 신고하지 아니할 수 있다.

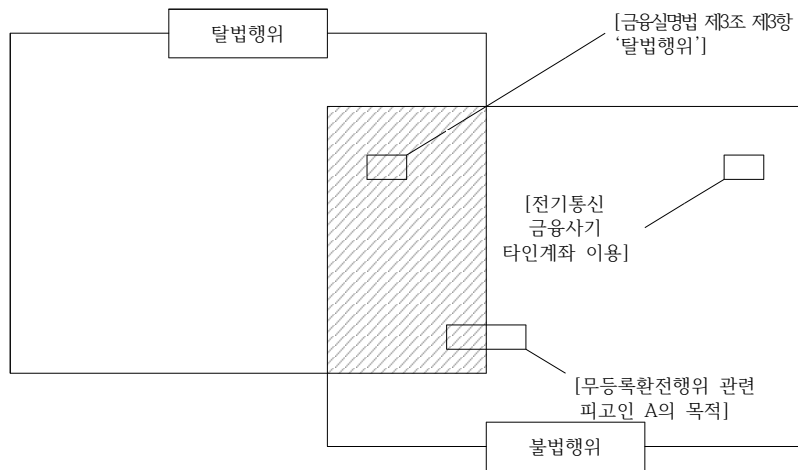
36) 외국환거래법 시행령 제32조(자본거래의 신고 등)

① 외국환거래법 제18조 제1항에 따라 자본거래의 신고를 하려는 자는 기획재정부장관이 정하여 고시하는 신고 서류를 기획재정부장관에게 제출하여야 한다. 이 경우 신고의 절차 및 방법 등에 관한 세부 사항은 기획재정부장관이 정하여 고시한다.

상정해 볼 수 있으므로, ‘탈법행위’의 목적이 전혀 없었다고 평가할 수는 없을 것이다).

결국 피고인 A가 자신의 계좌를 제공하면서 인식한 ‘무등록 환전 영업’에 관한 목적에 ‘탈법행위’의 요소가 있는지 여부는 구체적인 사실관계의 심리 결과에 의하여 개별적으로 달라지게 될 것이다. 따라서 대상판결이 “무등록 환전 영업을 위하여 타인의 금융계좌를 이용하여 금융거래를 하는 것은 이 사건 규정이 말하는 ‘탈법행위’를 목적으로 한 타인 실명 금융거래에 해당한다.”라고 쉽게 단언한 것에 대해서는 찬성할 수 없다. 더구나 대상판결이 들고 있는 “무등록 환전 영업은 그 자체로 범죄행위일 뿐 아니라 불법적인 자금의 세탁, 조세포탈, 횡령 등 다른 범죄의 수단이 되기도 하는 행위이므로”라는 근거는 ‘탈법행위’로 포섭하는 충분한 근거가 될 수 없다.

[그림 3]



마. 소결

결국 대상판결은 ‘탈법행위’에 관한 일반적인 정의와 요건을 어느 정도 적정하게 명시하였음에도 불구하고, 정작 사실관계를 ‘탈법행위’로 포섭함에 있어 ‘탈법행위’의 문언과 그 일반적 개념·정의·요건 등에 맞지 않게 ‘탈법행위’의 범위를 부당하게

확장하여 적용하는 오류를 범하였다. 그로 인하여 피고인 A가 인식하였던 정범의 목적과 정범의 실제 목적(무등록환전영업과 전기통신금융사기 범행의 편취금 수령) 모두 ‘탈법행위의 목적’으로 보기 어려움에도 불구하고 피고인 A는 ‘탈법행위를 목적으로 한 타인 실명의 금융거래를 하는 범죄’의 방조범으로 의율·처벌받게 되는 불합리한 결과가 발생하게 되었다. 이러한 대상판결의 결론이 형사법의 죄형법정주의의 대원칙에 부합한다고 평가할 수 있을지 강한 의문이 든다.

3. 목적범의 정범의 목적에 대한 방조범의 고의와 착오

가. 논의의 전제와 쟁점

대상판결과 같이 피고인 A가 인식하였던 정범의 목적(무등록환전영업)과 정범의 실제 목적(전기통신금융사기 범행의 편취금 수령) 모두 금융실명법 제3조 제3항의 탈법행위의 목적에 해당한다고 보더라도, 피고인 A의 죄책을 인정하기 위해서는 피고인 A가 인식하였던 정범의 목적(무등록환전영업)과 정범의 실제 목적(전기통신금융사기 범행의 편취금 수령) 사이의 불일치라는 문제가 해결되어야 한다. 피고인 A로서는 “나는 무등록환전영업에 사용되는 줄 알고 계좌를 제공했을 뿐인데, 왜 내가 전기통신금융사기범행에 계좌를 제공한 범죄로 처벌받아야 하는가?”하는 항변을 충분히 할 수 있다.

이하에서는 무등록환전영업의 목적과 전기통신금융사기 범행의 목적이 모두 탈법행위의 목적에 해당함을 전제로 그 상호 불일치에 대한 대응 방안을 모색해 보고자 한다. 이를 위해 우선 목적범의 일반론과 방조범의 고의에 관한 일반 이론을 순차로 살펴 본 뒤 목적범의 목적에 관한 방조범의 착오를 어떻게 해결할 것인지 고민해 보는 방식으로 연구를 진행해 보고자 한다.

나. 목적범의 방조범의 고의

1) 목적범의 ‘목적’의 의미, 인식과 의욕의 정도, 판단기준 및 증명의 정도

가) 학계의 일반론

목적범의 ‘목적’이 무엇이고 그 범죄론 체계상의 위치가 어떻게 되는지에 관하여 오랜 논의가 있어 왔고, 지금도 다양한 견해가 제시되고 있다. 학계의 통설은 목적범이란 구성요건상 고의 이외에 일정한 행위의 목적을 필요로 하는 범죄로서 기존의 위험성이 증대되거나 특수한 위험성이 발현되는 범죄유형³⁷⁾ 혹은 객관적 구성요건관련적으로 당해 구성요건 이상의 결과를 열망하는 범죄³⁸⁾를 말하고, 그 목적이라는 것은 초과하는 내적 경향을 말하며, 목적은 고의와 구별되는 특수한 초과주관적구성요건요소 내지 불법요소에 위치하는 것으로 본다.

학설이 가장 크게 대립하는 지점은, 목적범에서 ‘목적’의 요건을 인정하기 위한 ‘목적’의 인식과 의욕의 정도를 어떻게 구성할 것인가 하는 점이다. 세부적인 차이가 있으나 주요 학설을 개괄해 보면, ① 목적범의 ‘목적’은 그에 대한 불확정적 또는 미필적 인식만으로는 성립될 수 없고, 적극적 의사를 인정할 수 있는 경우에만 성립이 가능하다는 견해³⁹⁾, ② 구성요건적 고의에서 미필적 고의가 인정되는 것과 마찬가지로 초과주관적구성요건인 ‘목적’에 대한 인식과 의욕도 미필적 인식이나 의욕으로 족하다는 견해⁴⁰⁾, ③ 단절된 결과범의 경우에는 확정적 인식을 요하지만, 단축된 이행위범의 경우에는 미필적 인식으로 족하다는 견해⁴¹⁾(단절된 결과범: 목적이 행위자의 행위 자체에 의하여 직접 실현되고, 목적실현을 위하여 다른 별도의 행위를 할 필요가 없는 범죄, 단축된 이행위범: 목적이 행위자의 구성요건적 행위만으로는 실현될 수 없고, 행위자나 제3자의 별개의 행위가 있어야만 목적이 실현될 수 있는 범죄), ④ 가벌성의 주된 근거가 ‘실행행위’에 있는 목적범과 ‘목적’에 있는 목적범을 개별적으로 분류하여 전자의 경우 결과가 확실히 발생할 것임을 인식하는 수준이면 충분하지만, 후자의 경우 결과가 확실히 발생하리라는 인식을 가지고 있었다는 정도로는 부족하고 그에 덧붙여 반드시 결과를 적극적으로 희망하였을 것이 요구된다는 견해⁴²⁾, ⑤ ‘목

적’의 인식과 의욕의 정도를 어떻게 구성하느냐 하는 문제보다는 ‘목적’의 위험성이 결과발생에 직접적인 정도의 확정적 의욕인가의 인정 여부를 책임주의 실현을 위한 엄격한 잣대로서 고려해야 한다는 견해⁴³⁾등 다양한 견해가 대립하고 있다.

나) 대법원의 이론

‘목적’ 자체의 일반적인 개념을 직접 정의하는 대법원 판결은 좀처럼 보이지 않으나 대법원은 대체로 ‘목적’이 고의와 구별되는 특수한 초과주관적구성요건요소 내지 불법요소에 위치한다는 학계의 통설적 견해를 받아들이고 있는 것으로 보인다.

목적범의 ‘목적’을 인정하기 위한 인식·의욕의 내용과 정도 등에 관하여 대법원은 일관되게 “목적행위에 대한 적극적 의욕이나 확정적 인식까지는 필요 없고 미필적 인식으로 족하다.”는 판시를 해 오고 있다. 그리고 그 ‘목적’ 유무를 판단하는 방법에 대해서는 “피고인의 직업, 경력, 행위의 동기 및 경위와 수단, 방법, 그리고 범행에 관여되거나 범행으로 실질적인 이득을 취한 제3자와의 관계 등 여러 사정을 종합하여 사회 통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다.”는 법리를 제시하며, 그 증명의 정도에 대해서는 “엄격한 증명사항에 속하고 직접적임을 요한다.”는 입장을 일관되게 유지해 오고 있다. 그 주요 내용은 아래와 같다.

무고죄: [대법원 2005. 9. 30. 선고 2005도2712 판결]

무고죄에 있어서 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적은 허위신고를 함에 있어서 다른 사람이 그로 인하여 형사 또는 징계처분을 받게 될 것이라는 인식이 있으면 족한 것이고 그 결과발생을 희망하는 것까지를 요하는 것은 아니므로, 고소인이 고소장을 수사기관에 제출한 이상 그러한 인식은 있었다고 보아야 한다.

사문서변조죄: [대법원 2006. 1. 26. 선고 2004도788 판결]

문서변조죄에 있어서 행사할 목적이란 변조된 문서를 진정한 문서인 것처럼 사용할 목적을 말하는 것으로 적극적 의욕이나 확정적 인식을 요하지 아니하고 미필적 인식이 있으면 족하다.

37) 정영일, “목적범에 관한 판례연구”, 형사판례연구 9호, 박영사(2001. 6.)

38) 손지선, “불완전한 이행위범과 단축된 결과범 분류기준의 재고”, 한국형사법학회(2018)

39) 김선복, 『신형법각론』, 세종출판사(2016), 오영근, 『형법총론』(제6판), 박영사(2021), 이재상, 『형법총론』(제11판), 박영사(2022) 정성근/박광민, 『형법총론』(전정3판), 성균관대학교출판부(2020), 이경렬, “목적범에서 행사·할 목적’의 인정에 관한 의문 - 대법원 2004도788 판결과 2012도2468 및 88도1105 판결의 비교 -”, 한국형사법학회(2017), 정영일(주 37)

40) 김성돈, 『형법총론』(제8판), 성균관대학교출판부(2022), 김신규, 『형법각론』, 청록출판사(2015), 박상기, 『형법총론』(제9판), 박영사(2012), 신동은, 『형법총론』(제14판), 법문사(2022)

41) 김일수/서보학, 『(새로운) 형법총론』(제13판), 박영사(2018), 임웅, 『형법총론』(제13판), 법문사(2022)

42) 박지현, “‘목적’만 불법한 목적범의 목적 요건의 엄격해석론 및 ‘불법 없는 예방’ 경계론: 광노현 교

육감에 대한 대법원 2012도4637 사건 평석 1”, 법학연구 제23권 제2호, 충남대학 법학연구소(2012)
43) 손지선(주 38)

내란죄: [대법원 1980. 5. 20. 선고 80도306 판결]

내란죄에 있어서의 국헌문란의 목적은 현행의 헌법 또는 법률이 정한 정치적 기본 조직을 불법으로 파괴하는 것을 말하고 구체적인 국가기관인 자연인만을 살해하거나, 그 계승을 기대하는 것은 이에 해당되지 않으나 반드시 초법규적인 의미는 아니라고 할 것이며, 공산, 군주 또는 독재제도로 변경하여야 하는 것은 더욱 아니고, 그 목적은 엄격한 증명사항에 속하고 직접적임을 요하나 결과발생의 희망, 의욕임을 필요로 한다고 할 수는 없고, 또 확정적 인식임을 요하지 아니하며, 다만 미필적인식이 있으면 족하다 할 것이다(다수의견).

부정경쟁방지및영업비밀보호법위반죄⁴⁴⁾: [대법원 2018. 7. 12. 선고 2015도464 판결, 대법원 2017. 11. 14. 선고 2014도8710 판결]

부정경쟁방지법 제18조 제1항 위반의 죄는 고의 외에 '부정한 이익을 얻거나 기업에 손해를 가할 목적'을 범죄성립요건으로 하는 목적범이다. 그와 같은 목적은 반드시 적극적 의욕이나 확정적 인식이 아니더라도 미필적 인식으로도 되며, 그 목적이 있었는지 여부는 피고인의 직업, 경력, 행위의 동기 및 경위와 수단, 방법, 그리고 영업비밀 보유기업과 영업비밀을 취득한 제3자와의 관계 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다.

산업기술의유출방지및보호에관한법률위반죄⁴⁵⁾: [대법원 2018. 7. 12. 선고 2015도464 판결]

산업기술보호법 제36조 제1항 위반의 죄는 고의 외에 '외국에서 사용하거나 사용되게 할 목적'을, 위 조항이 인용하는 제14조 제2호는 '부정한 이익을 얻거나 그 대상기관에 손해를 가할 목적'을 추가적인 범죄성립요건으로 하는 목적범이다. 그리고 형사재판에서 공소가 제기된 범죄의 구성요건을 이루는 사실에 대한 증명책임은 검사에게 있으므로 행위자에게 '부정한 이익을 얻거나 그 대상기관에 손해를 가할 목적'과 '외국에서 사용하거나 사용되게 할 목적'이 있었다는 점은 검사가 증명하여야 한다. 따라서 행위자가 산업기술임을 인식하고 제14조 각호의 행위를 하거나, 외국에 있는 사람에게 산업기술을 보냈다는 사실만으로 그에게 위와 같은 목적이 있었다고 추정해서는 아니 된다. 행위자에게 위와 같은 목적이 있음을 증

명할 직접증거가 없는 때에는 산업기술 및 비밀유지의무를 인정할 여러 사정들에 더하여 피고인의 직업, 경력, 행위의 동기 및 경위와 수단, 방법, 그리고 산업기술 보유기업과 산업기술을 취득한 제3자와의 관계, 외국에 보내게 된 경위 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다.

개인정보보호법위반죄⁴⁶⁾: [대법원 2022. 6. 16. 선고 2022도1676 판결]

개인정보를 제공받은 자의 개인정보 보호법 제71조 제2호 위반죄는 정보제공자가 법령위반으로 개인정보를 제공한다는 사정에 대한 인식 외에 '영리 또는 부정한 목적'을 범죄성립요건으로 하는 목적범이다. 여기서 '부정한 목적'이란 개인정보를 제공받아 실현하려는 의도가 사회통념상 부정한 것으로서, 이에 해당하는지 여부는 개인정보를 제공받아 실현하려는 목적의 구체적인 내용을 확정하고 당해 개인정보의 내용과 성격, 개인정보가 수집된 원래의 목적과 취지, 개인정보를 제공받게 된 경위와 방법 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 따라 판단하여야 한다.

44) 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제18조(벌칙)

- ① 영업비밀을 외국에서 사용하거나 외국에서 사용될 것임을 알면서도 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 15년 이하의 징역 또는 15억원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 벌금형에 처하는 경우 위반행위로 인한 재산상 이득액의 10배에 해당하는 금액이 15억원을 초과하면 그 재산상 이득액의 2배 이상 10배 이하의 벌금에 처한다.
 - 1. 부정한 이익을 얻거나 영업비밀 보유자에 손해를 입힐 목적으로 한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위
 - 가. 영업비밀을 취득·사용하거나 제3자에게 누설하는 행위
 - 나. 영업비밀을 지정된 장소 밖으로 무단으로 유출하는 행위
 - 다. 영업비밀 보유자로부터 영업비밀을 삭제하거나 반환할 것을 요구받고도 이를 계속 보유하는 행위

45) 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률 제36조(벌칙)

- ① 국가핵심기술을 외국에서 사용하거나 사용되게 할 목적으로 제14조 제1호부터 제3호까지의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다. 이 경우 15억원 이하의 벌금에 병과한다.
- ② 산업기술을 외국에서 사용하거나 사용되게 할 목적으로 제14조 각 호(제4호를 제외한다)의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자(제1항에 해당하는 행위를 한 자는 제외한다)는 15년 이하의 징역 또는 15억원 이하의 벌금에 처한다.

산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률 제14조(산업기술의 유출 및 침해행위 금지)

누구든지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

- 1. 절취·기망·협박 그 밖의 부정한 방법으로 대상기관의 산업기술을 취득하는 행위 또는 그 취득한 산업기술을 사용하거나 공개(비밀을 유지하면서 특정인에게 알리는 것을 포함한다. 이하 같다)하는 행위
- 2. 제34조의 규정 또는 대상기관과의 계약 등에 따라 산업기술에 대한 비밀유지의무가 있는 자가 부정한 이익을 얻거나 그 대상기관에게 손해가 발생하는 것을 알면서도 유출하거나 그 유출한 산업기술을 사용 또는 공개하거나 제3자가 사용하게 하는 행위
- 3. 제1호 또는 제2호의 규정에 해당하는 행위가 개입된 사실을 알고 그 산업기술을 취득·사용 및 공개하거나 산업기술을 취득한 후에 그 산업기술에 대하여 제1호 또는 제2호의 규정에 해당하는 행위가 개입된 사실을 알고 그 산업기술을 사용하거나 공개하는 행위

2) 방조범의 고의

가) 학계의 일반론

형법 제32조 방조범의 성립을 인정하기 위한 주관적 구성요건요소 내지 주관적 불법요소로서 ‘방조범의 고의’의 내용을 어떻게 구성할 것인가에 대해서도 학계에서는 오래 전부터 정범·공범의 일반이론, 공범의 종속성과 처벌근거론, 교사범과 종범의 구별론 등을 바탕으로 한 다양한 논의가 전개되어 왔다. 통설적인 견해는 정범의 실행행위를 방조한다는 ‘방조의 고의’와 정범의 실행행위가 구성요건적 결과를 실현한다는 사실에 대한 ‘정범의 고의’, 즉 이중의 고의가 있어야 방조범이 성립될 수 있고, 그중 ‘정범의 고의’는 정범의 범행계획, 실행방법, 범행의 일시·장소 등에 관한 구체적인 내용까지 인식할 필요는 없지만 적어도 정범이 실현할 “범죄의 본질적 요소” 혹은 “구성요건의 중요부분”에 관한 인식이 있어야 성립된다고 설명한다⁴⁷⁾.

나) 대법원의 이론

4. 제1호 또는 제2호의 규정에 해당하는 행위가 개입된 사실을 중대한 과실로 알지 못하고 그 산업기술을 취득·사용 및 공개하거나 산업기술을 취득한 후에 그 산업기술에 대하여 제1호 또는 제2호의 규정에 해당하는 행위가 개입된 사실을 중대한 과실로 알지 못하고 그 산업기술을 사용하거나 공개하는 행위
 5. 제11조제1항의 규정에 따른 승인을 얻지 아니하거나 부정한 방법으로 승인을 얻어 국가핵심기술을 수출하는 행위
 6. 국가핵심기술을 외국에서 사용하거나 외국에서 사용될 것임을 알면서도 제11조의2제1항에 따른 승인을 받지 아니하거나 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 승인을 받아 해외인수·합병등을 하는 행위
 - 6의 2. 국가핵심기술을 외국에서 사용하거나 외국에서 사용될 것임을 알면서도 제11조의2제5항 및 제6항에 따른 신고를 하지 아니하거나 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 신고를 하고서 해외인수·합병등을 하는 행위
 - 6의 3. 제34조 또는 대상기관과의 계약 등에 따라 산업기술에 대한 비밀유지의무가 있는 자가 산업기술에 대한 보유 또는 사용 권한이 소멸됨에 따라 대상기관으로부터 산업기술에 관한 문서, 도화(도화), 전자기록 등 특수매체기록의 반환이나 산업기술의 삭제를 요구받고도 부정한 이익을 얻거나 그 대상기관에 손해를 가할 목적으로 이를 거부 또는 기피하거나 그 사본을 보유하는 행위
 7. 제11조제5항·제7항 및 제11조의2제7항·제9항에 따른 산업통상자원부장관의 명령을 이행하지 아니하는 행위
 8. 산업기술 관련 소송 등 대통령령으로 정하는 적법한 경로를 통하여 산업기술이 포함된 정보를 제공받은 자가 정보를 제공받은 목적 외의 다른 용도로 그 정보를 사용하거나 공개하는 행위
- 46) **개인정보보호법 제71조(벌칙)**
다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.
2. 제18조 제1항·제2항, 제27조 제3항 또는 제28조의2(제26조제8항에 따라 준용되는 경우를 포함한다), 제19조 또는 제26조 제5항을 위반하여 개인정보를 이용하거나 제3자에게 제공한 자 및 그 사정을 알면서도 영리 또는 부정한 목적으로 개인정보를 제공받은 자
- 47) 배종대, 『형법총론』(제16판), 홍문사(2022), 김일수/서보학(주 41), 박상기(주 40), 신동운(주 40), 이재상(주 39), 정성근/박광민(주 39)

(1) 방조범의 고의에 관한 대법원의 기본입장은 2005. 4. 29. 선고 2003도6056 판결을 통하여 정립된 것으로 통상적으로 이해된다. 구체적인 내용은 다음과 같다.

[대법원 2005. 4. 29. 선고 2003도6056 판결]

- [1] 형법상 방조행위는 정범이 범행을 한다는 정을 알면서 그 실행행위를 용이하게 하는 직접·간접의 행위를 말하므로, 방조범은 정범의 실행을 방조한다는 이른바 방조의 고의와 정범의 행위가 구성요건에 해당하는 행위인 점에 대한 정범의 고의가 있어야 한다.
- [2] 이와 같은 고의는 내심적 사실이므로 피고인이 이를 부정하는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 이 때 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 외에 다른 방법이 없다.
- [3] 방조범에 있어서 정범의 고의는 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용을 인식할 것을 요하는 것은 아니고 미필적 인식 또는 예견으로 족하다.

(2) 이에 따라 대법원은 방조자가 범죄의 일시·장소·객체 또는 구체적 범죄 상황까지 모두 인식할 필요가 없고, 심지어 정범이 누구이며 실존하는지 여부에 대해서도 확정적으로 인식할 필요가 없다는 태도를 취해 왔다.

[대법원 2007. 12. 14. 2005도872 판결, 대법원 2013. 9. 26. 선고 2011도1435 판결]

저작권법이 보호하는 복제권·전송권의 침해를 방조하는 행위란 정범의 복제권 침해를 용이하게 해주는 직접·간접의 모든 행위로서, 정범의 복제권 침해행위 중에 이를 방조하는 경우는 물론, 복제권 침해행위에 착수하기 전에 장래의 복제권 침해행위를 예상하고 이를 용이하게 해주는 경우도 포함하며, 정범에 의하여 실행되는 복제권 침해행위에 대한 미필적 고의가 있는 것으로 충분하고, 정범의 복제권 침해행위가 실행되는 일시, 장소, 객체 등을 구체적으로 인식할 필요가 없으며, 나아가 정범이 누구인지 확정적으로 인식할 필요도 없다.

학설은 이와 같은 대법원의 입장이 통설과 크게 다르지 않은 것으로 평가한다. 통설적 견해는 ‘정범의 고의’가 성립되기 위하여 방조범이 정범이 실현할 “범죄의 본질적 요소” 혹은 “구성요건의 중요부분”을 인식할 필요가 있으나, 그 외의 사항들, 예컨대 정범의 범행계획, 실행방법, 범행의 일시·장소 등의 구체적인 사항까지 인식할 필요는 없다고 보는데, 대법원이 판시한 범죄의 일시·장소·객체, 구체적 범죄 상황, 정범이 누구이며 실존하는지 여부 등은 후자에 속하기 때문이다.

(3) 다만, 최근 들어 대법원은 저작권법상 저작권자의 저작물에 대한 공중송신권을 침해하는 게시물이나 그 게시물이 위치한 웹페이지에 ‘다시보기’ 등의 링크를 제공한 링크사이트 운영자의 저작권법위반방조죄가 성립하는지 여부가 문제된 사안(대법원 2021. 9. 9. 선고 2017도19025 전원합의체 판결)과 마약류불법거래방지에관한특례법위반방조죄⁴⁸⁾ 사안(대법원 2022. 6. 30. 선고 2020도7866 판결)에서, 방조범의 성립에 요구되는 방조의 고의와 정범의 고의가 인정되기 위해서는 “방조범의 불법성에 대한 인식”이 필요하다는 판시를 하였다.

[대법원 2021. 9. 9. 선고 2017도19025 전원합의체 판결]

(다수의견) 방조범 성립에 요구되는 방조의 고의와 정범의 고의를 침해 게시물 등에 대한 링크에 관하여 보면, 링크 대상이 침해 게시물 등으로서 불법성이 있다는 것을 링크를 한 사람이 인식하여야 한다는 것을 뜻한다. 물론 방조범에서 요구되는 정범 등의 고의는 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용을 인식할 것을 요하는 것은 아니고 미필적 인식이나 예견으로 충분하지만(대법원 2005. 4. 29. 선고 2003도6056 판결 등 참조), 이는 정범의 범행 대상인 침해 게시물 등의 불법성에 대한 인식이 필요하다는 점과 모순되지 않는다.

링크의 자유에 대한 제한은 엄격하게 인정할 필요가 있고, 링크 대상인 게시물이 저작재산권자로부터 이용허락을 받은 것이거나 저작물의 공정한 이용의 대상이 될 여지가 있으며, 빠른 속도로 다양한 정보의 연결과 공유가 이루어지는 인터넷 공간의 특성상 링크 대상이 공중송신권 침해 등으로 위법한 게시물인 경우와 그렇지 않은 경우의 구별이 언제나 명확한 것도 아니다. 불법성에 대한 피고인의 인식

은 적어도 공중송신권 침해 게시물임을 명확하게 인식할 수 있는 정도가 되어야 한다. 검사는 링크를 한 행위자가 링크 대상인 게시물이 공중송신권을 침해하는 게시물 등으로서 불법성이 있다는 것을 명확하게 인식할 수 있는 정도에 이르렀다는 점을 엄격하게 증명하여야 한다.

[대법원 2022. 6. 30. 선고 2020도7866 판결]

정범의 마약류 불법거래 방지에 관한 특례법상 ‘불법수익 등의 은닉 및 가장’ 범행의 방조범 성립에 요구되는 방조의 고의와 정범의 고의에 관하여 보면, 예컨대 마약매수인이 정범인 마약매도인으로부터 마약을 매수하면서 마약매도인의 요구로 차명계좌에 제3자 명의로 마약 매매대금을 입금하면서 그 행위가 정범의 범행 실행을 방조하는 것으로 불법성이 있다는 것을 인식해야 한다는 것을 뜻한다. 물론 방조범에서 요구되는 정범 등의 고의는 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용을 인식해야 하는 것은 아니고 미필적 인식이나 예견으로 충분하지만(대법원 2005. 4. 29. 선고 2003도6056 판결 등 참조), 이는 정범의 범행 등의 불법성에 대한 인식이 필요하다는 점과 모순되지 않는다.

대법원이 제시한 “불법성에 대한 인식”이 무엇인지 대하여 설βολ리 단정할 수는 없으나, 이는 앞서 본 학계의 통설적인 견해가 제시하는 “정범이 실현할 범죄의 본질적 요소 내지 구성요건의 중요부분에 대한 인식”과 궤를 같이한다고 평가할 수 있을 것으로 보인다.

3) 위 일반론을 바탕으로 한 대상판결 검토

가) 대상판결은 방조범의 고의에 관한 대법원 2005. 4. 29. 선고 2003도6056 판결의 법리를 직접 인용하면서, 방조범이 성립되기 위해서는 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용을 인식할 것을 요하는 것은 아니고 미필적 인식 또는 예견으로 족하므로, 이 사건에서 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄의 방조범인 피고인 A가 정범이 목적으로 삼은 탈법행위(전기통신금융사기범행)의 구체적인 내용이 어떤 것인지를 정확히 인식하지 못하였다고 하더라도 그 방조범의 성립에는 영향을 미

48) 마약류 불법거래 방지에 관한 특례법 제7조(불법수익등의 은닉 및 가장)

① 마약류범죄의 발견 또는 불법수익등의 출처에 관한 수사를 방해하거나 불법수익등의 몰수를 회피할 목적으로 불법수익등의 성질, 소재, 출처 또는 귀속 관계를 숨기거나 가장(가장)한 자는 7년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다.

치지 않는다고 판단하였다.

이와 같은 대상판결의 판시는, 언뜻 보면 그간 대법원이 방조범의 고의 쟁점과 목적범의 ‘목적’을 인정하기 위한 인식·의욕의 내용과 정도 쟁점에 관하여 일관되게 취해 온 입장 및 학계의 통설적인 견해에 크게 어긋남이 없어 보인다.

그러나 피고인 A의 입장에서 할 법한 항변, 즉 “피고인 A가 인식한 궁극적 목적(무등록환전영업)과 정범이 실제 의도했던 목적(전기통신금융사기범행)은 본질적으로 다르다.”, “나도 정범한테 속은 거다.”라는 점에 보다 집중하여 살펴보면 대법원의 판단에 상당한 의문이 든다.

나) 대상판결은 ‘불법재산의 은닉, 자금세탁행위 또는 공중협박자금조달행위, 강제집행의 면탈, 그 밖의 탈법행위의 목적’이라는 금융실명거래및비밀보장에관한법률 위반죄의 구성요건요소를, 방조범 죄책에 영향을 미치지 않는 다른 요소들(범행계획, 범행의 일시·장소·객체, 범죄가 구체적으로 이루어지는 사실적 상황 등)과 동일하게 평가하였다. 즉, A가 자신의 계좌를 제공함으로써 정범이 A 명의 계좌로 금융거래하는 것을 방조하는 과정에서, 정범이 언제 어디에서 금융거래를 하는지, 구체적으로 누구와 어떤 거래를 하는지, 그 거래의 규모가 얼마나 되는지, 정범이 실제 누구인지, 정범이 한 사람인지 조직인지 등을 구체적·세부적으로 일일이 인식하지 않더라도 A의 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄 방조범의 죄책을 인정할 수 있다는 것과 동일한 논리로, A가 무수히 다양한 ‘탈법행위’ 중 어떤 ‘탈법행위’에 계좌가 제공되는지 모르더라도 어찌됐든 A 명의 계좌 금융거래를 통하여 무엇인가 ‘탈법행위’가 실현될 수 있다는 점을 인식한 이상 방조범의 죄책을 인정할 수 있다는 것이다.

다) 하지만, 목적범의 ‘목적’이 목적범의 성립에 있어 항상 범행의 일시·장소·객체, 범죄가 구체적으로 이루어지는 사실적 상황 등과 같은 부차적인 요소에 그친다고 단정할 수 없다. 방조범에서의 정범의 고의에 관하여 통설은 적어도 정범이 실현할 범죄의 본질적 요소 혹은 구성요건의 중요부분에 대한 인식이 있어야 한다고 설명하고 대법원도 최근 들어 불법성에 대한 인식이 필요하다는 판시를 하고 있는데, 목적범의 ‘목적’은 때로는 그 “범죄의 본질적 요소, 구성요건의 중요부분 혹은 불법성을 좌우하는 요소”에 충분히 해당될 수 있다.

예컨대, 형법상 무고죄는 국가의 심판기능의 적정한 행사를 주된 보호법익으로 하는 범죄이므로 그 구성요건요소 중 ‘형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적’ 보다는 ‘공무소 또는 공무원에 대하여 허위의 사실을 신고하는 행위’에 불법성의 본질이 있

고, 사문서위조죄는 문서의 진정에 대한 공공의 신용을 주된 보호법익으로 하는 범죄이므로 그 구성요건요소 중 ‘행사할 목적’ 보다는 ‘타인의 문서 또는 도화를 위조하는 행위’에 불법성의 본질이 있다고 할 수 있다. 그러나 내란목적살인죄는 국가존립과 헌법적 질서를 포함한 국가의 내적 안전을 주된 보호법익으로 하는 범죄이므로 일반 살인죄와 내란목적살인죄의 범죄의 성질과 종류를 구분시키는 ‘국토를 참절하거나 국헌을 문란할 목적’은 내란목적살인죄의 불법성을 규정하는 본질적인 요소에 해당한다고 평가해야 한다. 또한 형법에 규정된 거의 대부분의 예비·음모죄는 예비·음모행위 그 자체 보다는 예비·음모의 목적이 되는 행위(살인, 방화 등)에 그 불법성이 집중되어 있다.

이와 같은 구조는 비단 ‘목적’에만 한정되는 것은 아니다. 절도죄의 경우 고의와 함께 초과 주관적구성요건요소로서 ‘불법영득의사’까지 존재하여야만 그 죄가 성립하고, ‘타인 소유의 재물을 취거하여 타인의 점유 배제한다는 점’과 ‘자신이 그 점유를 취득함으로써 마치 소유자인 것처럼 지배권을 행사한다는 점’(불법영득의사) 양자 모두 절도죄 불법성을 이루는 핵심 요소에 해당한다. 이에 따라 ‘불법영득의사’가 결여될 경우 사용절도로서 불가벌이 된다.

라) 결국 ‘불법재산의 은닉, 자금세탁행위 또는 공중협박자금조달행위, 강제집행의 면탈, 그 밖의 탈법행위의 목적’이라는 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄의 초과 주관적구성요건요소에 관하여 정범의 실제 범행과 큰 인식의 차이가 있었던 피고인 A에 대하여 그 실제 범행의 방조범의 죄책을 인정하기 위해서는, 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄의 성립에 필요한 ‘불법재산의 은닉, 자금세탁행위 또는 공중협박자금조달행위, 강제집행의 면탈, 그 밖의 탈법행위의 목적’이라는 구성요건요소가 그 범죄의 “본질적 요소 내지 구성요건의 중요부분”에 해당하지 않는다면 그 “불법성을 좌우하는 핵심 요소”가 아니라는 점에 관하여 합리적인 설득이 있어야 한다. 그러나 대상판결은 금융실명법의 입법 목적과 그 내용을 간략하게 제시한 것 외에 이에 관한 충분한 논증을 하지 않고 있다.

생각건대, ① 금융실명법 제1조에 규정된 “실지명익에 의한 금융거래를 실시하고 그 비밀을 보장하여 금융거래의 정상화를 꾀함으로써 경제정의를 실현하고 국민경제의 건전한 발전을 도모함”이라는 입법목적, ② 금융실명법이 1997. 12. 31. 제정된 이후의 연혁과 구체적인 변천 내역, ③ 특히 금융실명법은 장기간 실지명의 거래에 기한 금융거래의 정상화라는 입법목적의 달성을 위한 수단으로써 “금융기관을 상대로

한 제재”와 “금융거래에 기한 사법적 효력의 규율” 정도만을 채택해 오다가 그 제정·시행일부터 36년 이상이 지난 2014. 5. 28.에 이르러서야 비로소 금융실명법 제3조 제3항 등의 신설을 통하여 “사인에 대한 형사처벌”이라는 제재 수단을 추가로 도입하게 된 것인 점, ④ 그 처벌의 대상이 되는 ‘타인 실명의 금융거래’에 대해서도 그 범위를 광범위하게 설정하거나 일의적으로 정하지 않고 “「특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률」 제2조 제4호에 따른 불법재산의 은닉, 같은 조 제5호에 따른 자금세탁행위 또는 같은 조 제6호에 따른 공중협박자금조달행위 및 강제집행의 면탈, 그 밖에 탈법행위”라고 열거함으로써 그 범위를 엄밀하게 한정하였으며, 그 「특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률」 제2조 제4, 5, 6호에 따른 불법재산의 은닉, 자금세탁행위, 공중협박자금조달행위 역시 다시 개별 법령의 엄밀한 정의 규정에 의하여 그 범위가 한정되는 점⁴⁹⁾, ⑤ ‘탈법행위’는 그 자체로 상당히 광의적인 개념일 뿐만 아니라, 그 ‘탈법행위’에 포함되는 여러 행위들을 적법한 형식, 위법한 실질이라는 ‘탈법행위성’을 띠고 있다는 점만으로 하나의 혹은 한 종류의 불법행위 내지 범죄행위로 무리하게 포섭해 버릴 경우 오히려 각 행위의 다양한 유형과 형태, 관계되는 법익, 실질적인 불법 요소 등을 제대로 반영하지 못하는 결과가 초래될 가능성이 있는 점 등을 종합적으로 고려하면, 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄의 구성요건요소인 ‘불법재산의 은닉, 자금세탁행위 또는 공중협박자금조달행위, 강제집행의 면탈, 그 밖의 탈법행위의 목적’은 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄의 “본질적 요소이자 구성요건의 중요부분으로서 그 불법성을 좌우하는 핵심”에 해당한다고 봄이 타당하다.

즉, 절도죄에서 타인의 재물을 절취하는 행위라는 객관적 구성요건요소, 그에 대한 고의라는 일반 주관적구성요건요소, 불법영득의사라는 초과 주관적구성요건요소가 모두 절도죄의 불법성을 규정하는 핵심 요소에 해당하는 것과 마찬가지로, 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄에서도 타인 명의로 금융거래를 하는 구성요건적 행위, 그에 대한 일반 고의 뿐만 아니라 ‘불법재산의 은닉, 자금세탁행위 또는 공중협박자금조달행위, 강제집행의 면탈, 그 밖의 탈법행위의 목적’도 그 불법성을 규정하는 핵심적인 요소에 해당한다고 보아야 한다. 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄에서는 ‘타인 명의로 금융거래를 한다는 점’과 ‘그 타인 명의 금융거래의 목적이 불법재산의 은닉, 자금세탁행위 또는 공중협박자금조달행위, 강제집행의 면탈, 그 밖의 탈법행

49) 별지 관계 법령 참조

위라는 점’ 모두 불법성을 규정하는 핵심 요소에 해당한다 할 것이다.

마) 따라서 마치 범행의 일시·장소·객체, 범죄가 이루어지는 사실적 상황과 같은 상대적으로 부차적인 요소를 착오한 방조자에 대하여 발생된 범행 그대로에 대한 방조범의 죄책을 인정하는 것과 같은 논리로, 이 사건 피고인 A에 대한 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄 방조범의 죄책을 간단하게 인정하는 것은 부당하다. 피고인 A는 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄의 본질적·핵심적 요소를 착오하였으므로 그 피고인 A의 착오를 어떻게 처리할 것인가 하는 문제가 반드시 해결되어야 한다. 오히려 일부 하급심판결이 인용한 “방조자의 인식과 피방조자의 실행간에 착오가 있고 양자의 구성요건을 달리한 경우에는 원칙적으로 방조자의 고의는 조각된다.”는 대법원 판결(대법원 1985. 2. 26. 선고 84도2987 판결)의 법리에 더욱 주목할 필요가 있다 할 것이다.

다. 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄의 ‘목적’에 대한 방조범의 착오의 처리

그렇다면 목적범의 ‘목적’에 관하여 방조범이 착오한 경우, 즉 방조범이 미필적으로나마 인식한 정범의 ‘목적’과 실제 정범의 ‘목적’이 다른 경우 이를 법적으로 어떻게 취급해야 하는가?

통상 공범의 착오(교사범의 교사의 착오, 방조범의 방조의 착오) 사안에서 학계의 주류는 주로 일반 고의론의 사실의 착오 이론에 바탕을 둔 해결책을 제시한다. 이에 따라 이 사건에서도 방조의 착오와 사실의 착오에 관한 학계의 일반적인 논의 내용을 토대로 대법판결 사안을 분석해 보고자 한다.

[방조의 착오 문제가 발생하는 지점은 ‘정범의 고의’ 부분인데, 일반적인 범죄에서 ‘정범의 고의’의 대상은 거의 해당 범죄의 객관적 구성요건요소이고 이는 대부분 ‘사실’에 관한 문제이므로(예컨대, 절도방조범의 성립에 필요한 정범의 고의는 ‘정범이 타인의 재물을 절취하는 행위에 관한 사실’을 인식하는 것), 통상적인 방조의 착오 사안에서 일반 고의론의 사실의 착오 이론을 가져오는 것은 큰 무리가 없다.

반면, 목적범의 방조범의 ‘정범의 고의’의 대상에는 해당 범죄의 객관적 구성요건요소뿐만 아니라 초과주관적구성요건요소인 ‘목적’도 포함되는데(예컨대, 무고방조죄의 성립에 필요한 정범의 고의는 ‘정범이 공무소 또는 공무원에 대하여 허위의 사실을

신고하는 행위에 관한 사실'과 함께 '그 행위의 목적이 피무고자로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 하는 것'을 미필적으로나마 인식하는 것), 그 '목적'에 관한 착오가 순수하게 '사실'에 관한 문제라고 볼 수 없으므로, 일반 고의론에서 논의되는 사실의 착오 이론을 그대로 가져와도 되는 것인지 의구심이 들 수 있다.

그러나 ① 통설과 판례 모두 방조의 고의의 대상이 해당 범죄의 객관적 구성요건요소인지 아니면 주관적 구성요건요소인지 여부를 특별히 구분하지 않고 앞서 본 "정범의 고의는 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용을 인식할 것을 요하는 것은 아니고 미필적 인식 또는 예견으로 족하다."라는 일반적 법리로 일관하고 있는 점, ② 착오론은 착오인식한 대상의 성질이 범죄의 객관적 요소인가 주관적 요소인가 하는 것보다는 착오인식한 범죄와 실제 실현된 범죄의 불일치를 어떤 방법론을 통하여 해결할 것인가 하는 것에 보다 주안점이 있는 점, ③ 목적범은 특수한 형태의 범죄이고 특히 여러 '목적'을 구성요건요소로 규정한 범죄를 쉽게 찾기 어려워 '목적'의 착오를 어떻게 해결할 것인지의 문제에 대해서는 사실의 착오론과 같은 정밀한 이론이 별도로 제시되거나 그 쟁점이 치열하게 논의된 흔적이 특별히 보이지 않는 점, ④ 착오의 대상이 범죄의 객관적 요소인지 주관적 요소인지의 차이는 있겠으나 '목적'의 착오 문제를 해결함에 있어 객관적 요소, 즉 사실에 관한 착오 이론을 차용·적용해 보는 작업이 전혀 학문적 의의가 없다고 단정 짓기 어려운 점 등을 고려하여, 이 사건에서도 사실의 착오 이론을 차용한 쟁점의 해결을 모색해보고자 한다.]

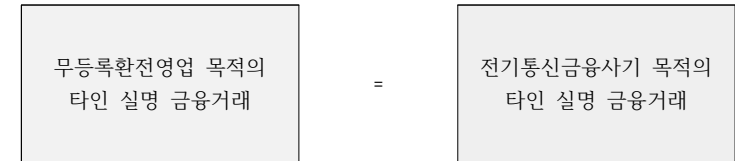
1) 추상적 부합설

추상적 부합설은 범죄의사로서 범죄의 결과를 발생시킨 사람에게는 인식사실과 발생사실이 모두 범죄라는 점에서 일치하므로(즉 추상적으로 부합하므로) 어떤 형태이든 고의기수죄를 인정하겠다는 입장이다⁵⁰⁾.

추상적 부합설은 구체적 사실의 착오(행위자가 인식한 사실과 실제 발생한 사실이 동일한 구성요건이나 동종의 구성요건에 해당하는 경우)이든 추상적 사실의 착오(행위자가 인식한 사실과 실제 발생한 사실이 서로 다른 구성요건에 해당하는 경우)이든 관계없이 발생한 범죄의 고의기수범을 인정한다. 따라서 대상판결 사안의 경우 피고인 A에 대하여 정범의 목적(전기통신금융사기)에 의한 금융실명거래및비밀보장에 관한

50) 주석 형법[총칙 1](제3판), 한국사법행정학회(2020), 276(마용주).

법률위반죄의 방조범의 죄책을 인정하게 될 것이다.



2) 법적 부합설(구성요건부합설과 죄질부합설)

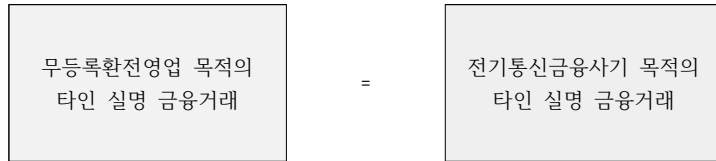
법정적 부합설은 행위자가 인식·의욕한 사실과 발생한 사실이 법률에 규정되어 있는 만큼 일치하는 경우(즉 법정적으로 부합하는 경우)에는 발생사실의 고의기수죄를 인정할 수 있다고 한다. 여기서 법률에 규정되어 있는 만큼, 즉 법정적이란 의미는 입법자가 정해 놓은 행위정형, 즉 구성요건(혹은 죄질)을 기준으로 한다는 의미로서, 결국 실현된 구성요건(혹은 죄질)과 인식한 구성요건(혹은 죄질)을 대비시켜 양자의 일치 여부를 결정한다⁵¹⁾.

법정적 부합설은 구체적 사실의 착오 사안의 경우 인식사실과 발생사실이 법률에 규정되어 있는 만큼 즉 법정적으로 부합하는 경우에 해당한다고 보기 때문에 객체의 착오이든 방법의 착오이든 관계없이 발생한 범죄 고의기수죄를 인정한다. 따라서 대상판결 사안의 경우 피고인 A에 대하여 정범의 목적(전기통신금융사기)에 의한 금융실명거래및비밀보장에 관한 법률위반죄의 방조범의 죄책을 인정하게 될 것이다.

다만 법정적 부합설은 추상적 사실의 착오 사안에 대해서는 인식사실과 발생사실이 법률에 규정되어 있는 만큼(법정적으로) 부합하지 않는 경우에 해당한다고 보고 그에 따라 고의기수범의 성립을 부정하므로, 대상판결 사안의 피고인 A가 인식한 범죄와 실제 발생한 범죄가 동일한 구성요건이나 동종의 구성요건에 해당하지 않는 추상적 사실의 착오에 해당한다고 평가할 경우(즉, 무등록환전영업을 목적으로 타인 명의의 금융거래를 함으로써 성립하는 금융실명거래및비밀보장에 관한 법률위반죄와 전기통신금융사기를 목적으로 타인 명의의 금융거래를 함으로써 성립하는 금융실명거래및비밀보장에 관한 법률위반죄가 동일한 구성요건이나 동종의 구성요건에 해당하지 않는다고 평가할 경우) 법정적 부합설에 따르더라도 피고인 A에 대한 정범의 목적(전기통신금융사

51) 주석 형법[총칙 1](주 50), 273(마용주)

기)에 의한 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄에 대한 방조의 고의는 조각되게 될 것이다.



[같은 구성요건 혹은 죄질로 평가]



[다른 구성요건 혹은 죄질로 평가]

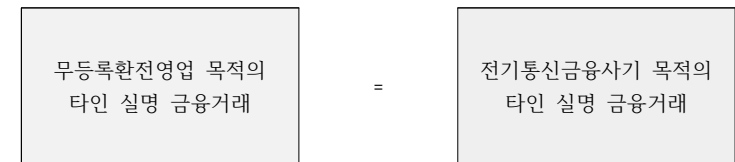
3) 특수 법정적 부합설

행위자가 인식·의욕한 사실과 발생한 사실이 법률에 규정되어 있는 만큼 일치하는 경우(즉 법정적으로 부합하는 경우)에는 발생사실의 고의기수죄를 인정해야 한다는 법정적 부합설의 기본적인 입장에는 찬성하나, 법정적으로 부합하는지 여부를 결정함에 있어서 인식한 구성요건과 실현된 구성요건(구성요건부합설) 혹은 인식한 죄질과 실현된 죄질(죄질부합설)을 대비하는 방법에 의할 것이 아니라 입법자가 법률에 명시적으로 정해놓은 행위 정형의 일치 여부를 따져서 결정하여야 한다는 견해이다.

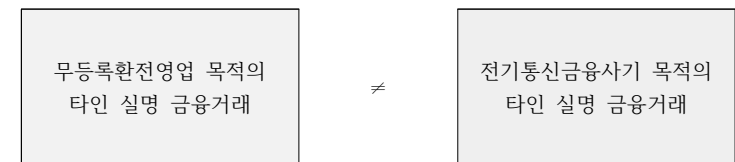
예컨대, 대상판결에서 쟁점이 되는 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄의 경우 금융실명법 제3조 제3항의 범문에 구분된 바에 따라 불법재산의 은닉을 목적으로 하는 범죄, 자금세탁행위를 목적으로 하는 범죄, 공중협박자금조달행위를 목적으로 하는 범죄, 강제집행의 면탈을 목적으로 하는 범죄, 탈법행위를 목적으로 하는 범죄 상호 간의 착오는 법정적으로 부합한다고 볼 수 없고, 다만 각 목적 범위 내에서 착오가 있는 경우에는 법정적으로 부합하는 것으로 보아야 한다는 것이다. 이와 같은 금

융실명법 제3조 제3항에 의한 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄와 유사한 구조의 범죄로는 형법 제288조의 추행, 간음, 결혼, 영리, 노동력 착취, 성매매와 성적 착취, 장기적출, 국외 이송 목적의 약취·유인죄를 생각해 볼 수 있다(다만 형법 제288조의 추행 등 목적 약취·유인죄는 목적으로 인하여 형이 가중되는 부진정목적범이라는 차이가 있다).

대상판결 사안의 경우 피고인 A가 인식한 범죄(무등록환전영업 행위 목적의 타인 명의 금융거래에 따른 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄)와 실제 발생한 범죄(전기통신금융사기 목적의 타인 명의 금융거래에 따른 금융실명거래및비밀보장에관한 법률위반죄)는 모두 '탈법행위를 목적으로 하는 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄'라는 점에서 법정적으로 부합하지만, 피고인 A가 인식한 범죄(무등록환전영업 행위 목적의 타인 명의 금융거래에 따른 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄)를 '탈법행위를 목적으로 하는 범죄'로 포섭하고, 실제 발생한 범죄(전기통신금융사기 목적의 타인 명의 금융거래에 따른 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄)를 '불법재산의 은닉을 목적으로 하는 범죄'로 포섭할 경우 양자의 착오가 법정적으로 부합하지 않으므로 피고인 A의 방조의 고의를 부정하게 될 것이다.



[탈법행위 목적]



[탈법행위 목적]

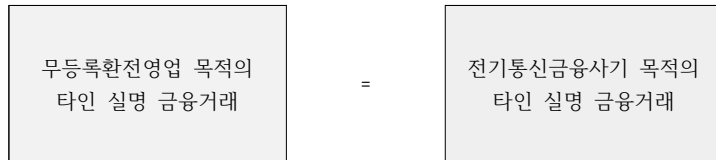
[불법재산 은닉 목적]

4) 구체적 부합설

구체적 부합설은 행위자가 인식·의욕한 사실과 발생한 사실이 구체적인 부분까지 일치·부합할 때에만 발생한 사실에 대하여 고의기수범의 죄책을 인정하자는 입장이다. 양자가 구체적으로 일치하지 않는 경우에는 인식·의욕한 사실의 미수범과 발생한 사실의 과실범의 상상적 경합을 인정한다⁵²⁾.

이를 대상판결 사안에 적용하면 이론적으로 피고인 A가 인식한 범죄(무등록환전영업 행위 목적의 타인 명의 금융거래에 따른 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄)의 방조범의 미수와 실제 발생한 범죄(전기통신금융사기 목적의 타인 명의 금융거래에 따른 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄)의 과실에 의한 방조범이 성립하겠으나, 양자 모두 처벌 규정이 없어 불가벌이라는 결론에 이르게 된다.

다만 구체적 부합설도 구성요건적 착오의 범위가 지나치게 넓어지는 것을 막기 위하여 구체적 사실의 착오 중 객체의 착오(행위 객체의 동일성에 대해 착오를 일으킴으로써 인식·의욕한 결과와 다른 결과가 발생한 경우)에 대해서는 발생사실의 고의기수범을 인정한다. 따라서 대상판결 사안의 피고인 A의 착오를 객체의 착오와 유사한 착오라고 볼 경우 피고인 A의 고의기수범 성립을 인정할 수 있을 것이다.



[구체적 사실의 착오 중 객체의 착오와 유사한 착오로 볼 경우]



[그 이외의 경우]

52) 주석 형법(총칙 1)(주 50), 271(마용주)

5) 고의 인정 여부의 문제로 해결하면 족하다는 견해

기본적으로 구체적 부합설을 지지하지만, 사실의 착오에 관한 이론은 미리 자신의 개념을 설정하여 놓고 그 개념에 사례를 억지로 끼워 맞추려고 하는 점에서 부당하므로, 이 부분 쟁점은 인식한 사실에 대한 고의를 인정할 수 있는지 여부의 문제로 해결하면 족하다는 입장이다⁵³⁾.

대상판결 사안을 예로 들면, 피고인 A가 무등록환전영업행위에 자신의 계좌가 사용될 수 있도록 계좌를 제공하였으나, 정범은 애초에 피고인 A의 계좌를 전기통신금융사기범행의 편취금 수령 용도로 사용할 계획이었고 그 계획 그대로 전기통신사기범행의 편취금 수령 용도로 사용된 경우, 그 착오가 추상적 사실의 착오인지 구체적 사실의 착오인지 그 중 객체의 착오인지 방법의 착오인지 인과관계의 착오인지 그에 따른 형법적 효과가 무엇인지 등등을 굳이 따질 필요 없이, 방조의 고의 인정 여부에 관한 일반원칙에 따라 피고인 A에게 전기통신사기범행의 편취금 수령 목적의 A 명의 계좌를 이용한 금융거래행위에 대한 방조의 고의를 인정할 수 있는지 없는지(미필적 인식의 범주에 들어가는지)만을 따져서, 그 고의를 인정할 수 없다면 전기통신사기범행 목적의 타인 명의 금융거래행위에 대한 과실범과 무등록환전영업행위 목적의 타인 명의 금융거래행위에 대한 미수범의 성립 여부를, 그 고의를 인정할 수 있다면 전기통신사기범행 목적의 타인 명의 금융거래행위에 대한 고의기수범과 무등록환전영업행위 목적의 타인 명의 금융거래행위에 대한 미수범의 성립 여부를 논하여야 한다는 것이다.

6) 검토

가) 대상판결은 피고인 A의 방조의 고의를 인정하였는데, 이는 법정적 부합설, 추상적 부합설의 결론과 일치한다. 통상 사실의 착오 사안에서 판례는 법정적 부합설의 태도를 취해 온 것으로 평가되어 왔으므로, 대상판결 역시 그 근처에 법정적 부합설에 그 이론적 바탕이 있다고 평가해도 큰 무리는 없을 듯하다.

나) 피고인 A가 인식한 정범의 목적과 실제 정범의 목적 사이의 불일치를 해결해 보기 위하여 사실의 착오에 관한 이론을 검토해 보았으나, 결국 여기서 피고인의

53) 오영근(주 39)

A의 착오 문제를 해결하는 핵심은 “A가 자기 명의 계좌를 제공하면서 인식·의욕한 무등록환전영업을 위한 A 명의 계좌의 금융거래 범죄와 정범이 실제로 인식·의욕한 전기통신금융사기 편취금 수령을 위한 A 명의 계좌의 금융거래 범죄를 본질적으로 동일한 범죄로 볼 것인가?” 내지 “A가 인식한 정범의 목적과 정범의 실제 목적 사이의 불일치를 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄라는 범죄의 성립 여부를 좌우하는 문제로 볼 것인가 아니면 단지 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄의 양형을 통하여 조절하면 족한 문제로 볼 것인가?”의 문제로 귀결된다.

그리고 여기서 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄의 구성요건요소인 ‘탈법행위’의 문제가 다시금 부각된다.

다) 목적범이라 하더라도 그 ‘목적’의 개념이 비교적 명확한 범죄, 예컨대 무고죄나 문서위조죄의 경우 그 ‘형사처분 또는 징계처분의 목적’이나 ‘행사할 목적’ 등에 관한 구체적 사실관계를 방조범이 정범과 다르게 인식·의욕하였다 하더라도 굳이 그 착오 내지 불일치를 문제 삼아야 필요성이 크게 느껴지지 않는다.

그러나 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄의 ‘탈법행위의 목적’은 너무나도 넓은 다양한 행위를 포괄하고 있을 뿐만 아니라 그 개념 자체도 상당히 불명확하고 난해하다. 무엇보다 ‘탈법행위’로 포섭할 수 있는 무수히 많은 행위들은 ‘적법한 외관’, ‘위법한 실질’이라는 ‘탈법행위성’을 가지고 있다는 점에서 유사성이 있다고 평가할 수 있겠지만, 그 범죄행위의 핵심이 되는 내용, 예컨대, 왜 불법한지, 왜 형사처벌로서 제재하여야 하는지, 어떤 보호법익을 침해하는지 등 불법성을 규정하는 본질적인 내용이 저마다 제각각이다. 당장 대상판결 사안만 하더라도 피고인 A의 목적인 무등록환전영업 범죄와 정범의 목적인 전기통신금융사기 범죄는 그 범죄의 종류, 관계 법령, 보호법익, 개별적인 구성요건의 내용, 구체적인 피해의 내용, 사회 일반에 미치는 해악 등이 전혀 다른 완전히 별개의 범죄이자 불법행위이다. 따라서 이들 행위들이 ‘탈법행위성’을 띄고 있다는 점만으로 단일한 행위로 엮어서 같은 범죄로 포섭한다면 오히려 각 행위들이 보유하는 불법성의 본질적 내용의 차이를 간과한 채로 일률적인 형사처벌만을 가하게 되는 불합리한 결과가 초래된다.

‘탈법행위’는 매우 광의적이고 일반적인 개념이면서도, ‘탈법행위성’ 그 자체는 어떠한 행위의 불법성을 규정하는 본질적·핵심적인 요소가 아니라는 점에 주목하여야 한다. ‘탈법행위’는 행위자가 ‘불법한 실질’에 이르는 과정에서 직접 ‘불법’에 이를지, 가장행위를 동원하여 ‘불법’에 이를지, 적법한 외관을 실제로 형성하는 탈법행위를 동원

하여 ‘불법’에 이를지 등등 ‘불법한 실질’에 도달하는 경로나 방법, 과정에 관한 문제의 일환일 뿐 ‘그 실질적인 결과가 왜 불법한 것인지’를 직접 규명해 주지 않는다. ‘어떠한 행위가 왜 불법한 것인지’의 문제는 행위자가 실현시킨 ‘실질적인 결과’와 관계되는 개별 강행법규의 해석과 포섭 등의 작용을 통하여 해결될 수 있을 뿐이다. 따라서 어떠한 행위들에 대하여 불법성의 본질을 제대로 규명하지 아니한 채 단지 대상판결과 같이 ‘탈법행위성’을 띄고 있거나 ‘탈법행위’를 목적으로 한다는 사유만으로 이들을 단일한 범죄행위로 평가하여 동일한 형사처벌을 가한다면 형사법상의 책임주의의 대원칙에 부합하지 않게 된다.

다) 그러므로 피고인 A가 인식한 범죄(무등록환전영업 행위 목적의 타인 명의 금융거래에 따른 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄)와 실제 발생된 범죄(전기통신금융사기 목적의 타인 명의 금융거래에 따른 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄)가 ‘탈법행위를 목적으로 하는 범죄’라는 큰 틀에서 동일한 범죄라는 대상판결의 논리는 찬성하기 어렵다. 피고인 A가 인식한 범죄와 실제 발생된 범죄는 그 “범죄의 본질적 요소, 구성요건의 중요부분 혹은 불법성을 좌우하는 요소”에 큰 차이가 있으므로 본질적으로 다른 범죄라고 봄이 타당하다. A가 인식한 정범의 목적과 정범의 실제 목적 사이의 불일치는 단지 양형을 통하여 조절될 수 있는 문제가 아니라 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반방조죄의 성립 여부를 좌우하는 중요한 범죄구성요소에 대한 불일치의 문제라고 보아야 할 것이다.

5. 결론

가. 대상판결에 대한 비판적 검토

지금까지 피고인 A에 대하여 금융실명법 제3조 제3항에 규정된 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄의 방조범의 죄책을 인정할 수 있는지 여부와 관련하여 ‘탈법행위’에 관한 개념론과 목적범의 방조범의 고의에 관한 논의를 검토하였다.

‘탈법행위’는 통상 ‘적법한 외관 내지 형식’과 ‘위법한 실질’로 간명하게 정의하는데, 금융실명법 제3조 제3항에 규정된 ‘탈법행위’ 역시 이와 달리 볼 것은 아니다. 구체적으로 금융실명법 제3조 제3항에 규정된 ‘탈법행위’가 성립하기 위해서는, ① 적법

한 형식·외관 내지 표면의 법률행위가 존재할 것, ② 이면의 실질적인 결과가 존재할 것, ③ 이면의 실질적인 결과가 강행규정이 궁극적으로 금지하는 실질 내지 결과를 달성·실현하는 것일 것, ④ 적법한 형식·외관 내지 표면의 법률행위가 이면의 실질적인 결과를 회피·은닉·은폐하는 주요한 수단이 될 것, ⑤ 이면의 실질적인 결과가 불법재산의 은닉, 자금세탁행위, 공중협박자금조달행위, 강제집행의 면탈에 준할 정도로 불법하여 형사처벌의 대상이 되는 행위일 것의 요건이 충족되어야 한다. 그리고 금융실명법 제3조 제3항에 규정된 ‘탈법행위’는 가장행위나 단순한 신원은폐, 재산은닉, 추적회피 등의 행위와 분명히 다른 개념이다. 대상판결 사안에서 정범이 목적인 ‘전기통신금융사기 범행의 편취금 수령 행위’는 신원은폐, 재산은닉, 추적회피 등의 행위 혹은 가장행위에 해당될 수는 있겠으나 ‘탈법행위’에 해당된다고 볼 수는 없다. 또한 방조자인 피고인 A가 인식했던 정범의 목적인 ‘무등록환전영업 행위’ 역시 ‘탈법행위’에 해당된다고 보기 어려워 보인다. 그럼에도 불구하고 대상판결은 구체적인 논증이나 설득 없이 그 목적행위들이 범죄행위라거나 범죄수익을 은닉하고 범인의 신원을 은폐하기 위한 것이라거나 범죄의 수단이 되는 행위라는 점만으로 ‘탈법행위’에 해당한다고 판시하였다. 이는 ‘탈법행위’의 개념을 무리하게 확장하여 해석한 것으로 부당하다.

한편 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄는 탈법행위 등의 목적을 초과 주관적구성요건요소로 하는 목적범인데, 대상판결 사안에서 방조자인 피고인 A가 인식한 정범의 목적과 실제 정범의 목적 사이에는 분명한 차이가 있었다. 피고인 A는 자신의 계좌를 이용한 타인 실명 금융거래행위의 목적이 무등록환전영업 행위라고 인식한 반면, 정범은 전기통신금융사기 범행의 편취금 수령을 목적으로 A명의 계좌를 이용하여 타인 실명 금융거래행위를 하였다. 그런데 타인 실명 금융거래행위에 따른 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄의 구성요건요소 중 초과 주관적구성요건요소인 ‘불법재산의 은닉, 같은 조 제5호에 따른 자금세탁행위 또는 같은 조 제6호에 따른 공중협박자금조달행위 및 강제집행의 면탈, 그 밖에 탈법행위의 목적’은 단순히 범행의 일시, 장소, 객체, 구체적으로 이루어지는 사실적 상황 등과 같이 방조범의 성립 여부에 별다른 영향을 주지 않는 부차적인 요소들과 그 성질이 다르다. 목적범의 ‘목적’은 때로는 그 목적범의 “본질적 요소 내지 구성요건의 중요부분에 해당되거나 그 범죄의 불법성을 좌우하는 핵심 요소”에 해당될 수 있는데, 타인 실명 금융거래행위에 따른 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄의 ‘탈법행위 등의 목적’은 그와 같은 경우에

해당한다. 따라서 그 ‘목적’의 불일치에도 불구하고 대상판결과 같이 간명하게 피고인 A의 방조의 고의를 인정하는 것은 부당하다. 그 ‘목적’의 불일치를 어떻게 처리할 것인지, ‘목적’의 불일치에도 불구하고 발생된 범죄에 대한 피고인 A의 방조의 고의를 인정하기 위해서는 어떠한 근거가 제시되어야 하는지 등에 대한 추가적인 논증이 있어야 한다.

그 ‘목적’의 불일치를 어떻게 처리해야 하는지에 대한 문제를 해결하기 위하여 방조의 고의와 착오 쟁점에서 주로 차용되는 사실의 착오에 관한 이론을 살펴보았다. 결국 이 문제는 “A가 인식·의욕한 무등록환전영업을 위한 A 명의의 계좌금융거래 범행과 정범이 실제로 인식·의욕한 전기통신금융사기 편취금 수령을 위한 A 명의의 계좌금융거래 범행의 불법성이 본질적으로 동일한가?” 내지 “A의 탈법행위의 목적과 정범의 탈법행위의 목적 사이의 불일치를 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄의 성립 여부를 좌우하는 문제로 볼 것인가 아니면 단지 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄의 양형을 통하여 조절하면 족한 문제로 볼 것인가?”의 문제로 귀결되는데, ‘탈법행위’의 개념, 범위, 성질, 그것이 불법성의 본질적 요소가 되는 것인지 등 제반 사항들에 비추어 볼 때 피고인 A가 인식한 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반 범행과 정범이 실제 실행한 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반 범행 사이에는 본질적인 차이가 있다고 봄이 타당하다. 따라서 이 부분에 대한 합당한 설득 없이 정범이 저지른 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반 범행에 대한 피고인 A의 방조의 고의를 쉽게 인정해 버린 대상판결의 결론에는 찬성하기 어렵다.

마지막으로 금융실명법 제3조 제3항의 ‘탈법행위’ 부분을 대상판결과 같이 해석할 경우, 사실상 타인의 금융계좌가 이용된 모든 범죄에서 그 금융계좌 이용행위를 별도의 추가 범죄로 처벌하게 되어 형사처벌의 범위가 지나치게 확대될 우려가 있다는 점을 지적하고자 한다. 대상판결과 같이 해석할 경우 본범 명의의 계좌가 아니라 본범 이외의 제3자(가족, 지인, 직원 등 포함) 명의의 계좌가 이용된 모든 범죄에서 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄의 경합범이 성립하는 것으로 보게 될 것인데, 이 경우 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄의 규율 대상이 지나치게 넓어지게 된다. 이는 금융실명법의 일반적인 목적과 입법취지, 적용범위에 부합하지 않는다.

따라서 대상판결에 대해서는 다방면으로 보다 심도 있는 비판적 검토가 필요하다.

나. 입법론

전기통신금융사기 범죄에 관여된 공범 등에 대해서는 말단의 직원이나 사소한 실행행위만을 담당한 사람이라도 ‘필벌(必罰)’로 대응해야 한다는 사회적 요청은 매우 중요하다. 특히 전기통신금융사기 직원에게 자신의 금융계좌를 제공하여 전기통신 금융사기 범행이 완성되는 데에 큰 영향을 미친 계좌제공자에 대해서도 강력한 제재를 가할 필요가 있다. 그와 같은 강력한 제재의 필요성은 계좌제공자에 대하여 전기통신금융사기범죄의 가담 등의 고의를 인정하기는 어려워 사기죄의 공범으로 의율할 수 없는 경우에도 마찬가지이다. 이런 측면에서 타인 명의 금융거래행위를 범죄로 규율하는 금융실명법 제6조 제1항, 제3조 제3항을 넓게 활용하여 계좌제공자에게 형사 처벌을 가하겠다는 시도는 형사정책적인 측면에서 충분히 수용할 수 있다.

금융실명법 제3조 제3항의 문제점은 ‘탈법행위’라는 법률용어를 사용한 것에서 기인한다. 대상판결이 실시한 바와 같이 금융실명법 제6조 제1항, 제3조 제3항이 타인 실명의 금융거래를 처벌하는 목적은 이러한 금융거래를 범죄수익의 은닉이나 비자금 조성, 조세포탈, 자금세탁 등 불법행위나 범죄의 수단으로 악용하는 것을 방지하는 데에 있다. 그렇다면 그 입법목적 그대로 범죄수익의 은닉이나 비자금 조성, 조세포탈, 자금세탁 등 불법행위나 범죄를 목적으로 타인 실명의 금융거래를 하는 행위를 처벌하는 것으로 규율하면 충분하다.

금융실명법 제6조 제1항, 제3조 제3항 등의 규정이 2014. 5. 28. 최초로 신설된 과정을 살펴보면, 당초 타인 실명 금융거래 행위를 제재할 필요가 있다는 사회 각계각층의 지적이 계속되어 오던 중 2012. 11.경부터 이와 관련된 6건의 법률안이 순차로 국회에 발의되었고, 국회 법안심사소위원회가 2014. 5.경 각 법률안을 통합·조정하여 마련한 대안법률안(제안자: 정무위원장, 의안번호 10450)을 국회 정무위원회에 제출하였으며, 그 대안법률안이 2014. 5. 2. 제324회 국회 정기회에서 가결됨으로써, 금융실명법 제6조 제1항, 제3조 제3항 등의 규정이 신설되었다. 그런데 그 과정에서 최초 발의된 6건의 법률안의 내용을 최대한 포괄하여 대안법률안에 반영하는 것에만 초점을 둔 나머지 상대적으로 법률용어의 정의나 체계정합성 등에 대한 일반적인 검토가 미흡한 상태로 대안법률안이 마련되었던 것으로 보인다. 예컨대, 해당 규정은 범죄의 구성요건요소인 불법재산의 은닉, 자금세탁행위, 공중협박자금조달행위 등을 직접 규율하지 않고 「특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률」을 통해 규율

하도록 하였는데, 막상 「특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률」이 이들 용어를 직접 규율하지 않고 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」, 「마약류 불법거래 방지에 관한 특례법」, 「공중 등 협박목적 및 대량살상무기확산을 위한 자금 조달행위의 금지에 관한 법률」, 「조세범 처벌법」, 「관세법」, 「지방세기본법」 등 개별 법령을 통하여 그 개념을 규율함으로 인하여, 결국 개별 법령을 이중으로 살펴야만 겨우 그 구성요건요소의 의미를 파악할 수 있는 특이한 형태·구조의 처벌규정이 등장하게 되게 되었다.

그러면서도 위 규정들은 불법재산의 은닉, 자금세탁, 공중협박자금조달행위, 강제집행의 면탈, 조세포탈, 횡령, 비자금조성 등 차명 금융거래를 이용한 은닉·회피 요소가 수반되는 범죄행위나 불법행위를 아우르는 구성요건요소로서 ‘그 밖에 탈법행위’라는, 굉장히 불분명하고 지나치게 광의적인 용어를 사용하였는데, 그로 인하여 타인 명의 금융거래에 따른 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄의 전체적인 구성요건 해당 여부의 판단에 여러 혼란과 모순 등을 불러일으키게 되었다. 예컨대, 전기통신금융사기 범행의 정범이 그 범행을 통하여 취득하여 은닉한 범죄수익금의 금액이 3억원 미만일 경우, 그에 관한 사기죄가 구 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」(2022. 1. 4. 법률 제18672호로 개정되기 전의 것) [별표] 1. 거.의 중대범죄의 범위에서 제외됨으로 인하여 그 범죄수익금이 「특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률」 제2조 제4호 가목의 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」 제2조 제4호에 따른 범죄수익등에 해당하지 않게 되고 이에 따라 그 은닉행위를 금융실명법 제3조 제3항의 ‘불법재산의 은닉’으로 포섭할 수 없게 됨에도 불구하고, 대상판결의 태도에 따르면 이를 다시 ‘탈법행위’로 포섭하여 최종적으로는 금융실명거래및비밀보장에관한법률위반죄에 해당되는 것으로 보는 모순적인 상황이 발생하게 된다⁵⁴⁾.

사건으로는 형사법 영역에서 아직 충분히 연구되지 않은 ‘탈법행위’라는 용어를 삭제하고, 국회 법제사법위원회의 체계자구검토보고서에 기재된 바와 같이 “불법재산의 은닉, 자금세탁행위, 공중협박자금조달행위 및 강제집행의 면탈 등의 행위를 목적으로 하는”이라고 규정하거나 “불법재산의 은닉, 자금세탁행위, 공중협박자금조달행위 및 강제집행의 면탈을 목적으로 하는”이라고 규정하는 것이 보다 바람직하다. 이러한 입법론적인 측면에서의 재검토가 필요하다는 점을 마지막으로 주장하면서 본 연구를 마무리한다.

54) 다만 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」이 2022. 1. 4. 법률 제18672호로 개정되어 중대범죄의 범위가 사형, 무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄와 별표에 규정된 죄로 확대됨에 따라, 2022. 1. 4. 이후에 발생한 범행부터는 이러한 문제가 해소되었다.

참고 문헌

[단행본]

고상룡, 『민법총칙』(제3판), 법문사(2003)

곽윤직/김재형, 『민법총칙』(제9판), 박영사(2013)

김선복, 『신형법각론』, 세종출판사(2016)

김상용/박수근, 『민법개론』, 화산미디어(2015)

김성돈, 『형법총론』(제8판), 성균관대학교출판부(2022)

김신규, 『형법각론』, 청록출판사(2015)

김일수/서보학, 『(새로쓴) 형법총론』(제13판), 박영사(2018)

김용한, 『민법총칙』, 박영사(1997)

김증한/김학동, 『민법총칙』, 박영사(2013)

박상기, 『형법총론』(제9판), 박영사(2012)

배종대, 『형법총론』(제16판), 홍문사(2022)

백태승, 『민법총칙』, 집현제(2016)

송덕수, 『민법총칙』(제6판), 박영사(2021)

신동운, 『형법총론』(제14판), 법문사(2022)

오영근, 『형법총론』(제6판), 박영사(2021)

이영준, 『민법총칙』(개정증보판), 박영사(2007)

이재상, 『형법총론』(제11판), 박영사(2022)

이태로/한만수, 『조세법강의』(신정 14판), 박영사(2020)

임승순, 『조세법』(제23판), 박영사(2023)

임웅, 『형법총론』(제13판), 법문사(2022)

정성근/박광민, 『형법총론』(전정3판), 성균관대학교출판부(2020)

지원림, 『민법강의』(제20판), 홍문사(2023)

주석 형법[총칙 1](제3판), 한국사법행정학회(2020)

주석 형법[총칙 2](제3판), 한국사법행정학회(2020)

주석 민법[총칙 2](제5판), 한국사법행정학회(2019)

[논문 등]

강석규, “간주취득세와 실질과세의 원칙”, 대법원판례해설 92호, 법원도서관(2012)

박지현, “‘목적만 불법한 목적범’의 목적 요건의 엄격해석론 및 ‘불법 없는 예방’ 경계론: 곽노현 교육감에 대한 대법원 2012도4637 사건 평석 1”, 법학연구 제23권 제2호, 충남대학 법학연구소(2012)

손지선, “불완전한 이행위범과 단축된 결과범 분류기준의 재고”, 한국형사법학회(2018)

윤지현, “실질과세의 원칙과 가장행위에 관한 고찰”, 중앙법학 9집 2호(하)(2007)

이경렬, “목적범에서 행사‘할 목적’의 인정에 관한 의문 - 대법원 2004도788 판결과 2012도2468 및 88도1105 판결의 비교 -”, 한국형사법학회(2017)

이동식, “미국 세법상 실질과세원칙의 의미와 역할”, 공법연구 39집 4호, 한국공법학회(2011)

이춘원, “탈법행위에 관한 소고”, 비교사법 제20권 제1호, 한국비교사법학회(2013)

장석조, “조세법상 실질과세원칙의 적용한계”, 사법논집 제33집(2001)

정영일, “목적범에 관한 판례연구”, 형사판례연구 9호, 박영사(2001. 6.)

조승현, “법률회피”, 재산법연구 28권 1호, 법문사(2011)

최선재, “조세회피행위의 규제에 대한 판례의 동향 연구”, (2016년도)법관연수 어드밴스(Advance) 과정 연구논문집, 사법연수원(2017)

현정현, “보이스피싱 범죄 양형 연구”, 수원지방법원 양형실무연구회(2022. 11.)

홍보람, “‘혁신’과 ‘탈법’의 관점에서, 신산업 관련 행정형법 해석기준 연구”, 사법정책연구원(2023)

별지

관계 법령⁵⁵⁾

■ 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률

제3조(금융실명거래)

- ① 금융회사등은 거래자의 실지명의(이하 "실명"이라 한다)로 금융거래를 하여야 한다.
- ③ 누구든지 「특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률」 제2조 제4호에 따른 불법재산의 은닉, 같은 조 제5호에 따른 자금세탁행위 또는 같은 조 제6호에 따른 공중협박자금조달행위 및 강제집행의 면탈, 그 밖에 탈법행위를 목적으로 타인의 실명으로 금융거래를 하여서는 아니 된다.

제6조(벌칙)

- ① 제3조 제3항 또는 제4항, 제4조 제1항 또는 제3항부터 제5항까지의 규정을 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

■ 특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률

제2조(정의)

이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

4. "불법재산"이란 다음 각 목의 것을 말한다.
- 가. 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」 제2조 제4호에 따른 범죄수익등
- 나. 「마약류 불법거래 방지에 관한 특별법」 제2조 제5항에 따른 불법수익등
- 다. 「공중 등 협박목적 및 대량살상무기확산을 위한 자금조달행위의 금지에 관한 법률」 제2조 제1호에 따른 공중협박자금
5. "자금세탁행위"란 다음 각 목의 행위를 말한다.
- 가. 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」 제3조에 따른 범죄행위
- 나. 「마약류 불법거래 방지에 관한 특별법」 제7조에 따른 범죄행위
- 다. 「조세범 처벌법」 제3조, 「관세법」 제270조, 「지방세기본법」 제102조 또는 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제8조의 죄를 범할 목적 또는 세법에 따라 납부하여야 하는 조세(「지방세기본법」에 따른 지방세를 포함한다. 이하 같다)를

⁵⁵⁾ 특별히 필요한 부분 외에는 현행 법령을 기재함.

탈루할 목적으로 재산의 취득·처분 또는 발생 원인에 관한 사실을 가장(가장)

하거나 그 재산을 은닉하는 행위

6. "공중협박자금조달행위"란 「공중 등 협박목적 및 대량살상무기확산을 위한 자금조달행위의 금지에 관한 법률」 제6조제1항의 죄에 해당하는 행위를 말한다.

■ 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률

제2조(정의)

이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "특정범죄"란 재산상의 부정한 이익을 취득할 목적으로 범한 죄로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 것을 말한다.
- 가. 사형, 무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄(제2호 나목에 규정된 죄는 제외한다)
- 나. 벌표에 규정된 죄
- 다. 제2호 나목에 규정된 죄
- 라. 가목과 나목에 규정된 죄(이하 "중대범죄"라 한다) 및 제2호 나목에 규정된 죄와 다른 죄가 「형법」 제40조에 따른 상상적 경 관계에 있는 경우에는 그 다른 죄
- 마. 외국인이 대한민국 영역 밖에서 한 행위가 대한민국 영역 안에서 행하여졌다면 중대범죄 또는 제2호 나목에 규정된 죄에 해당하고 행위지의 법령에 따라 죄에 해당하는 경우 그 죄
2. "범죄수익"이란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 것을 말한다.
- 가. 중대범죄에 해당하는 범죄행위에 의하여 생긴 재산 또는 그 범죄행위의 보수로 얻은 재산
- 나. 다음의 어느 하나의 죄에 관계된 자금 또는 재산
- 1) 「성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률」 제19조 제2항 제1호(성매매알선등 행위 중 성매매에 제공되는 사실을 알면서 자금·토지 또는 건물을 제공하는 행위만 해당한다)의 죄
- 2) 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 제5조 제2항 및 제6조(제5조 제2항의 미수범만 해당한다)의 죄
- 3) 「국제상거래에 있어서 외국공무원에 대한 뇌물방지법」 제3조제1항의 죄
- 4) 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제4조의 죄

- 5) 「국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률」 제8조부터 제16조까지의 죄
- 6) 「공중 등 협박목적 및 대량살상무기확산을 위한 자금조달행위의 금지에 관한 법률」 제6조제1항·제4항(제6조제1항제1호의 미수범에 한정한다)의 죄
3. "범죄수익에서 유래한 재산"이란 범죄수익의 과실로 얻은 재산, 범죄수익의 대가로 얻은 재산 및 이들 재산의 대가로 얻은 재산, 그 밖에 범죄수익의 보유 또는 처분에 의하여 얻은 재산을 말한다.
4. "범죄수익등"이란 범죄수익, 범죄수익에서 유래한 재산 및 이들 재산과 그 외의 재산이 합쳐진 재산을 말한다.

제3조(범죄수익등의 은닉 및 가장)

- ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.
 1. 범죄수익등의 취득 또는 처분에 관한 사실을 가장한 자
 2. 범죄수익의 발생 원인에 관한 사실을 가장한 자
 3. 특정범죄를 조장하거나 적법하게 취득한 재산으로 가장할 목적으로 범죄수익등을 은닉한 자
- ② 제1항의 미수범은 처벌한다.
- ③ 제1항의 죄를 범할 목적으로 예비하거나 음모한 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

■ 구 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률(2022. 1. 4. 법률 제18672호로 개정되기 전의 것)

제2조(정의)

이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "특정범죄"란 재산상의 부정한 이익을 취득할 목적으로 범한 죄로서 별표에 규정된 죄(이하 "중대범죄"라 한다)와 제2호 나목에 규정된 죄를 말한다. 이 경우 중대범죄 및 제2호 나목에 규정된 죄와 다른 죄가 「형법」 제40조에 따른 상상적 경합 관계에 있는 경우에는 그 다른 죄를 포함하며, 외국인이 대한민국 영역 밖에서 한 행위가 대한민국 영역 안에서 행하여졌다면 중대범죄 또는 제2호 나목에 규정된 죄에 해당하고 행위지의 법령에 따라 죄에 해당하는 경우 그 죄를 포함한다.
2. "범죄수익"이란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 것을 말한다.

가. 중대범죄에 해당하는 범죄행위에 의하여 생긴 재산 또는 그 범죄행위의 보수로 얻은 재산

나. 다음의 어느 하나의 죄에 관계된 자금 또는 재산

- 1) 「성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률」 제19조 제2항 제1호(성매매알선등 행위 중 성매매에 제공되는 사실을 알면서 자금·토지 또는 건물을 제공하는 행위만 해당한다)의 죄
- 2) 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 제5조제2항 및 제6조(제5조제2항의 미수범만 해당한다)의 죄
- 3) 「국제상거래에 있어서 외국공무원에 대한 뇌물방지법」 제3조제1항의 죄
- 4) 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제4조의 죄
- 5) 「국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률」 제8조부터 제16조까지의 죄
- 6) 「공중 등 협박목적 및 대량살상무기확산을 위한 자금조달행위의 금지에 관한 법률」 제6조제1항·제4항(제6조제1항제1호의 미수범에 한정한다)의 죄
3. "범죄수익에서 유래한 재산"이란 범죄수익의 과실로 얻은 재산, 범죄수익의 대가로 얻은 재산 및 이들 재산의 대가로 얻은 재산, 그 밖에 범죄수익의 보유 또는 처분에 의하여 얻은 재산을 말한다.
4. "범죄수익등"이란 범죄수익, 범죄수익에서 유래한 재산 및 이들 재산과 그 외의 재산이 합쳐진 재산을 말한다.

[별표]

중대범죄(제2조 제1호 관련)

1. 「형법」 중 다음 각 목의 죄
 - 가. 제2편 제39장 사기와 공갈의 죄 및 같은 편 제40장 횡령과 배임의 죄 중 제347조, 제347조의2, 제348조, 제351조(제347조, 제347조의2 및 제348조의 상습범만 해당한다), 제355조 또는 제356조의 죄(각 범죄행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재물 또는 재산상 이익의 가액이 3억원 이상 5억원 미만인 경우만 해당한다)

■ 마약류 불법거래 방지에 관한 특례법

제2조(정의)

- ① 이 법에서 "마약류"란 「마약류 관리에 관한 법률」 제2조 제2호에 따른 마약, 같은 조 제3호에 따른 향정신성의약품 및 같은 조 제4호에 따른 대마를 말한다.
- ② 이 법에서 "마약류범죄"란 다음 각 호의 죄[그 죄와 다른 죄가 「형법」 제40조에 따른 상상적 경합 관계에 있는 경우에는 그 다른 죄를 포함한다]를 말한다.
1. 제6조·제9조 또는 제10조의 죄
 2. 「마약류관리에 관한 법률」 제58조부터 제61조까지의 죄
- ③ 이 법에서 "불법수익"이란 마약류범죄의 범죄행위로 얻은 재산, 그 범죄행위의 보조로 얻은 재산이나 「마약류 관리에 관한 법률」 제60조 제1항 제1호 또는 제61조 제1항 제1호(미수범을 포함한다)의 죄에 관계된 자금을 말한다.
- ④ 이 법에서 "불법수익에서 유래한 재산"이란 불법수익의 과실로서 얻은 재산, 불법수익의 대가로서 얻은 재산, 이들 재산의 대가로서 얻은 재산, 그 밖에 불법수익의 보유 또는 처분으로 얻은 재산을 말한다.
- ⑤ 이 법에서 "불법수익등"이란 불법수익, 불법수익에서 유래한 재산 및 그 재산과 그 재산 외의 재산이 합하여진 재산을 말한다.

제7조(불법수익등의 은닉 및 가장)

- ① 마약류범죄의 발견 또는 불법수익등의 출처에 관한 수사를 방해하거나 불법수익등의 물수를 회피할 목적으로 불법수익등의 성질, 소재, 출처 또는 귀속 관계를 숨기거나 가장한 자는 7년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다.
- ② 제1항의 미수범은 처벌한다.
- ③ 제1항의 죄를 범할 목적으로 예비하거나 음모한 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

■ 공중 등 협박목적 및 대량살상무기확산을 위한 자금조달행위의 금지에 관한 법률

제2조(정의)

1. "공중 등 협박목적 을 위한 자금(이하 "공중협박자금"이라 한다)"이란 국가·지방자치단체 또는 외국정부(외국지방자치단체와 조약 또는 그 밖의 국제적인 협약에 따라 설립된 국제기구를 포함한다)의 권한행사를 방해하거나 의무없는 일을 하게 할 목적으로 또는 공중에게 위해를 가하고자 하는 등 공중을 협박할 목적으로 행하는 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위에 사용 하기 위하여 모집·제공되거나 운

반·보관된 자금이나 재산을 말한다.

- 가. 사람을 살해하거나 사람의 신체를 상해하여 생명에 대한 위험을 발생하게 하는 행위 또는 사람을 체포·감금·약취·유인하거나 인질로 삼는 행위
- 나. 항공기(「항공안전법」 제2조제1호의 항공기를 말한다. 이하 이 목에서 같다)와 관련된 다음 각각의 어느 하나에 해당하는 행위
- (1) 운항중(「항공보안법」 제2조제1호의 운항중을 말한다. 이하 이 목에서 같다)인 항공기를 추락시키거나 전복·파괴하는 행위, 그 밖에 운항중인 항공기의 안전을 해칠 만한 손괴를 가하는 행위
 - (2) 폭행이나 협박, 그 밖의 방법으로 운항중인 항공기를 강탈하거나 항공기의 운항을 강제하는 행위
 - (3) 항공기의 운항과 관련된 항공시설을 손괴하거나 조작을 방해하여 항공기의 안전운항에 위해를 가하는 행위
- 다. 선박(「선박 및 해상구조물에 대한 위해행위의 처벌 등에 관한 법률」 제2조제1호 본문의 선박을 말한다. 이하 이 목에서 같다) 또는 해상구조물(같은 법 제2조제5호의 해상구조물을 말한다. 이하 이 목에서 같다)과 관련된 다음 각각의 어느 하나에 해당하는 행위
- (1) 운항(같은 법 제2조제2호의 운항을 말한다. 이하 이 목에서 같다) 중인 선박 또는 해상구조물을 파괴하거나, 그 안전을 위태롭게 할 만한 손상을 운항 중인 선박이나 해상구조물 또는 그에 실려 있는 화물에 가하는 행위
 - (2) 폭행이나 협박, 그 밖의 방법으로 운항 중인 선박 또는 해상구조물을 강탈하거나 선박의 운항을 강제하는 행위
 - (3) 운항 중인 선박의 안전을 위태롭게 하기 위하여 그 선박 운항과 관련된 기기·시설을 파괴 또는 중대한 손상을 가하거나 기능장애 상태를 야기하는 행위
- 라. 사망·중상해 또는 중대한 물적 손상을 유발하도록 제작되거나 그러한 위력을 가진 폭발성·소이성 무기나 장치를 다음 각각의 어느 하나에 해당하는 차량 또는 시설에 배치 또는 폭발시키거나 그 밖의 방법으로 이를 사용하는 행위
- (1) 기차·전차·자동차 등 사람 또는 물건의 운송에 이용되는 차량으로서 공중이 이용하는 차량
 - (2) (1)에 해당하는 차량의 운행을 위하여 이용되는 시설 또는 도로, 공원, 역, 그 밖에 공중이 이용하는 시설

- (3) 전기나 가스를 공급하기 위한 시설, 공중의 음용수를 공급하는 수도, 그 밖의 시설 및 전기통신을 이용하기 위한 시설로서 공용으로 제공되거나 공중이 이용하는 시설
- (4) 석유, 가연성 가스, 석탄, 그 밖의 연료 등의 원료가 되는 물질을 제조 또는 정제하거나 연료로 만들기 위하여 처리·수송 또는 저장하는 시설
- (5) 공중이 출입할 수 있는 건조물·항공기·선박으로서 (1)부터 (4)까지에 해당하는 것을 제외한 시설

마. 핵물질(「원자력시설 등의 방호 및 방사능방재대책법」 제2조제1호의 핵물질을 말한다. 이하 이 목에서 같다), 방사성물질(「원자력안전법」 제2조제5호의 방사성물질을 말한다. 이하 이 목에서 같다) 또는 원자력시설(「원자력시설 등의 방호 및 방사능방재대책법」 제2조 제2호의 원자력시설을 말한다. 이하 이 목에서 같다)과 관련된 다음 각각의 어느 하나에 해당하는 행위

- (1) 원자로를 파괴하여 사람의 생명·신체 또는 재산을 해하거나 그 밖에 공공의 안전을 위태롭게 하는 행위
- (2) 방사성물질, 원자로 및 관계 시설, 핵연료주기시설 또는 방사선발생장치 등을 부당하게 조작하여 사람의 생명이나 신체에 위험을 가하는 행위
- (3) 핵물질을 수수·소지·소유·보관·사용·운반·개조·처분 또는 분산하는 행위
- (4) 핵물질이나 원자력시설을 파괴·손상하거나 그 원인을 제공하거나 원자력시설의 정상적인 운전을 방해하여 방사성물질을 배출하거나 방사선을 노출하는 행위

제5조의2(금지행위)

- ① 누구든지 제2조제1호 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 하거나 하려고 하는 개인, 법인 또는 단체라는 정을 알면서 그를 이롭게 할 목적으로 그 개인, 법인 또는 단체에 직접 또는 제3자를 통하여 자금 또는 재산을 제공해서는 아니 된다.
- ② 누구든지 제1항에 따른 개인, 법인 또는 단체라는 정을 알면서 그를 이롭게 할 목적으로 자금 또는 재산을 모집하거나 운반·보관해서는 아니 된다.
- ③ 누구든지 제1항에 따른 개인, 법인 또는 단체라는 정을 알면서 그를 이롭게 할 목적으로 같은 항 또는 제2항에 따른 행위를 강요하거나 권유해서는 아니 된다.

제6조(벌칙)

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.

- 1. 제5조의2 제1항 또는 제2항을 위반하여 자금 또는 재산을 제공·모집하거나 운반·보관한 자
- 2. 제5조의2 제3항을 위반하여 같은 조 제1항 또는 제2항에 따른 행위를 강요하거나 권유한 자

■ 조세범 처벌법

제3조(조세 포탈 등)

① 사기나 그 밖의 부정한 행위로써 조세를 포탈하거나 조세의 환급·공제를 받은 자는 2년 이하의 징역 또는 포탈세액, 환급·공제받은 세액(이하 "포탈세액등"이라 한다)의 2배 이하에 상당하는 벌금에 처한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 3년 이하의 징역 또는 포탈세액등의 3배 이하에 상당하는 벌금에 처한다.

- 1. 포탈세액등이 3억원 이상이고, 그 포탈세액등이 신고·납부하여야 할 세액(납세의무자의 신고에 따라 정부가 부과·징수하는 조세의 경우에는 결정·고지하여야 할 세액을 말한다)의 100분의 30 이상인 경우
- 2. 포탈세액등이 5억원 이상인 경우

② 제1항의 죄를 범한 자에 대해서는 정상에 따라 징역형과 벌금형을 병과할 수 있다.

⑥ 제1항에서 "사기나 그 밖의 부정한 행위"란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 조세의 부과 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 적극적인 행위를 말한다.

- 1. 이중장부의 작성 등 장부의 거짓 기장
- 2. 거짓 증빙 또는 거짓 문서의 작성 및 수취
- 3. 장부와 기록의 파기
- 4. 재산의 은닉, 소득·수익·행위·거래의 조작 또는 은폐
- 5. 고의적으로 장부를 작성하지 아니하거나 비치하지 아니하는 행위 또는 계산서, 세금계산서 또는 계산서합계표, 세금계산서합계표의 조작
- 6. 「조세특례제한법」 제5조의2제1호에 따른 전자적 기업자원 관리설비의 조작 또는

전자세금계산서의 조작

7. 그 밖에 위계에 의한 행위 또는 부정한 행위

■ 관세법

제270조(관세포탈죄 등)

- ① 제241조 제1항·제2항 또는 제244조 제1항에 따른 수입신고를 한 자(제19조 제5항 제1호 다목에 따른 구매대행업자를 포함한다) 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 포탈한 관세액의 5배와 물품원가 중 높은 금액 이하에 상당하는 벌금에 처한다. 이 경우 제1호의 물품원가는 전체 물품 중 포탈한 세액의 전체 세액에 대한 비율에 해당하는 물품만의 원가로 한다.
 1. 세액결정에 영향을 미치기 위하여 과세가격 또는 관세를 등을 거짓으로 신고하거나 신고하지 아니하고 수입한 자(제19조 제5항 제1호 다목에 따른 구매대행업자를 포함한다)
 2. 세액결정에 영향을 미치기 위하여 거짓으로 서류를 갖추어 제86조 제1항·제3항에 따른 사전심사·재심사 및 제87조제3항에 따른 재심사를 신청한 자
 3. 법령에 따라 수입이 제한된 사항을 회피할 목적으로 부분품으로 수입하거나 주요 특성을 갖춘 미완성·불완전한 물품이나 완제품을 부분품으로 분할하여 수입한 자
- ② 제241조 제1항·제2항 또는 제244조 제1항에 따른 수입신고를 한 자 중 법령에 따라 수입에 필요한 허가·승인·추천·증명 또는 그 밖의 조건을 갖추지 아니하거나 부정한 방법으로 갖추어 수입한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.
- ③ 제241조 제1항 및 제2항에 따른 수출신고를 한 자 중 법령에 따라 수출에 필요한 허가·승인·추천·증명 또는 그 밖의 조건을 갖추지 아니하거나 부정한 방법으로 갖추어 수출한 자는 1년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.
- ④ 부정한 방법으로 관세를 감면받거나 관세를 감면받은 물품에 대한 관세의 징수를 면탈한 자는 3년 이하의 징역에 처하거나, 감면받거나 면탈한 관세액의 5배 이하에 상당하는 벌금에 처한다.
- ⑤ 부정한 방법으로 관세를 환급받은 자는 3년 이하의 징역 또는 환급받은 세액의 5배 이하에 상당하는 벌금에 처한다. 이 경우 세관장은 부정한 방법으로 환급받은

세액을 즉시 징수한다.

■ 지방세기본법

제102조(지방세의 포탈)

- ① 사거나 그 밖의 부정한 행위로써 지방세를 포탈하거나 지방세를 환급·공제받은 자는 2년 이하의 징역 또는 탈세액이나 환급·공제받은 세액(이하 "포탈세액등"이라 한다)의 2배 이하에 상당하는 벌금에 처한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 3년 이하의 징역 또는 포탈세액등의 3배 이하에 상당하는 벌금에 처한다.
 1. 포탈세액등이 3억원 이상이고, 그 포탈세액등이 신고납부하여야 할 세액의 100분의 30 이상인 경우
 2. 포탈세액등이 5억원 이상인 경우

■ 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률

제8조(조세 포탈의 가중처벌)

- ① 「조세범 처벌법」 제3조제1항, 제4조 및 제5조, 「지방세기본법」 제102조 제1항에 규정된 죄를 범한 사람은 다음 각 호의 구분에 따라 가중처벌한다.
 1. 포탈하거나 환급받은 세액 또는 징수하지 아니하거나 납부하지 아니한 세액(이하 "포탈세액등"이라 한다)이 연간 10억원 이상인 경우에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.
 2. 포탈세액등이 연간 5억원 이상 10억원 미만인 경우에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.
- ② 제1항의 경우에는 그 포탈세액등의 2배 이상 5배 이하에 상당하는 벌금을 병과한다.

[끝]