

변화하는 범죄트렌드에 따른 새로운 형사정책의 방향



일정

시 간	내 용	
10:00~10:30 (30분)	☐ 등록	
[전체사회]	사회: 박성훈 성과확산팀장(한국형사정책연구원)	
10:30~10:40 (10분)	☐ 개회사 및 축사 ▶ 한인섭 한국형사정책연구원장 ▶ 박균택 법무연수원장 ☐ 기념촬영	
10:50~11:50 (60분)	1주제	▶ 사회: 이승현 연구위원(한국형사정책연구원) ▶ 발표: 이천현 선임연구위원(한국형사정책연구원) ▶ 주제: 클라우드 펀딩(Crowdfunding) 이용 범죄 실태와 형사정책적 대응 ▶ 토론: 김 건 검사(광주지방검찰청) - 최호진 교수(단국대학교)
11:50~13:00 (70분)	☐ 오찬 [10주년 기념 식전행사]	
13:00~14:00 (60분)	2주제	▶ 사회: 박은정 부장검사(한국형사정책연구원 파견) ▶ 발표: 안성훈 연구위원(한국형사정책연구원) ▶ 주제: 정신질환자 범죄의 예방 및 감소를 위한 지역사회 내 관리방안 ▶ 토론: 김 진 검사(서울남부지방검찰청) - 이영준 교수(연세대 세브란스병원)
14:00~15:00 (60분)	3주제	▶ 사회: 김한균 연구위원(한국형사정책연구원) ▶ 발표: 안광현 검사(대검찰청) ▶ 주제: 재산국외도피죄 구성요건과 개정 필요성 ▶ 토론: 윤해성 연구위원(한국형사정책연구원) - 이성대 교수(한세대학교)
15:00~	☐ 폐회	



Contents

■ 개회사	7
◆ 한인섭 한국형사정책연구원장	
◆ 박균택 법무연수원장	
■ 제1주제 : 클라우드 펀딩(Crowdfunding) 이용 범죄실태와 형사정책적 대응	11
◆ 발표자	
이천현 한국형사정책연구원 선임연구위원	
■ 제2주제 : 정신질환자 범죄의 예방 및 감소를 위한 지역사회 내 관리방안	39
◆ 발표자	
안성훈 한국형사정책연구원 연구위원	
■ 제3주제 : 재산국외도피죄 구성요건과 개정 필요성	67
◆ 발표자	
안광현 대검찰청 해외불법재산환수 합동조사단 제2팀장	

한국형사정책연구원장 개회사

안녕하십니까.

법무연수원과 한국형사정책연구원이 공동으로 개최하는 형사사법포럼이 올해로 10번째를 맞습니다. 지금으로부터 10년 전인 2010년 1월 28일 처음 개최한 제1회 형사사법포럼의 주제는 「범죄피해자의 피해실태와 보호·지원정책」이었습니다. 이후 증거·증언, 공판질차, 여성·아동대상 범죄, 경제범죄, 재난·안전, 양형기준, 소년사법, 4차산업혁명 등 실로 다양한 주제로 9번에 걸친 형사사법포럼을 잘 마쳤습니다. 지난 10년 동안 형사사법포럼은 25개의 주제 발표를 통해 명실공히 학계와 실무의 인적·학문적 교류의 장으로 그 역할을 충실히 해 왔습니다. 오늘처럼 뜻깊은 자리에 함께 해 주신 박균택 법무연수원장님을 비롯한 여러 내외귀빈 분들께 진심으로 감사의 말씀을 올립니다.

제10회 형사사법포럼 주제는 「변화하는 범죄트렌드에 따른 새로운 형사정책의 방향」입니다. 과거에는 살인, 강도, 폭행 등 개인의 보호법익 침해에 관한 범죄가 주를 이루었으나, 산업화·정보화·개인화 사회가 도래한 이후로 새로운 범죄유형이 속속 등장함으로써 새로운 범죄트렌드에 부합하는 형사정책 대응방안에 대한 요구가 점점 높아지고 있습니다. 이러한 새로운 범죄트렌드에 발맞추어 학계와 실무도 범죄구성요건, 보호법익, 범죄예방효과 등 형사정책의 새로운 의미에 대해 진지한 고민과 성찰이 필요한 시점이라고 생각합니다.

이러한 고민과 성찰의 일환으로 10주년 형사사법포럼에서는 ‘클라우드편당을 이용한 범죄실태 및 대응방안’, ‘정신질환자범죄의 예방 및 감소를 위한 지역사회 내 관리방안’, ‘재산국외도피죄의 구성요건과 개정 필요성’ 등 3개의 주제발표를 준비하였습니다. 모쪼록 이번 발표와 토론을 통해 학계와 실무가 변화하는 범죄트렌드에 대응하는 새로운 형사정책의 방향을 함께 모색하는 유익한 시간이 되기를 바라마지 않습니다.

끝으로 이번 제10회 형사사법포럼의 발제, 토론, 사회를 맡아주신 각계 전문가 분들은 물론, 형사사법포럼의 알찬 준비와 진행을 위해 함께 애써주신 법무연수원 측에도 감사의 말씀을 드립니다.

2019년 11월 25일

한국형사정책연구원 원장 **한 인 섭**

법무연수원장 개회사

안녕하십니까? 법무연수원장 박균택입니다.

한국형사정책연구원과 법무연수원이 학술교류와 연구협력을 강화하기 위하여 2010년부터 매년 공동으로 주최해 온 형사사법포럼이 올 해로 10주년을 맞이하였습니다.

우선 그 동안 형사사법포럼을 성공적으로 이끌어 오신 한국형사정책연구원 여러분들과 법무연수원 구성원들 모두에게 10주년 축하 인사를 전합니다.

아울러, 바쁘신 중에도 이자리에 참석하여 행사를 빛내주신 한인섭 한국형사정책연구원장님과 발표자이신 이천현 연구위원님, 안성훈 연구위원님, 안광현 검사님, 그 밖에 토론자 분들과 각계 참석자 여러분들께도 감사의 말씀을 드립니다.

이번 형사사법포럼의 주제는 '변화하는 범죄 트렌드에 따른 새로운 형사정책의 방향'입니다.

사회 환경의 변화에 따라 새로운 범죄가 빈발하고 있고, 이에 따른 피해 방지를 위해서는 수사기관 뿐 아니라 국가와 사회 공동체가 유기적으로 대응할 필요성이 대두되고 있습니다.

오늘 토론주제인 클라우드 편당을 이용한 범죄 실태와 대응방안, 정신질환자 범죄의 예방 및 감소를 위한 지역사회 내 관리방안, 재산국외도피죄 개정 필요성은 각각 별개의 분야로 보이지만, 러시아 보물선 돈스코이호 사기 사건, 진주 방화 살인 사건, 해외비자금 조성 등 최근 여러 사건들을 통해 사회적으로 주목받는 주제라는 공통점이 있습니다.

아무쪼록 이번 포럼이 전문적 식견과 역량을 겸비한 여러분의 활발한 토론을 통해 '변화하는 범죄 트렌드에 따른 새로운 형사정책의 방향'을 제시하는 초석이 될 수 있기를 희망합니다.

다시 한 번 이번 포럼 준비에 노고와 성원을 아끼지 않으신 한국형사정책연구원장님을 비롯한 관계자 여러분, 그리고 발표자와 토론자 및 이 자리에 참석해 주신 여러분들께 감사드리며, 여러분과 여러분의 가정에 건강과 행복을 기원합니다.

감사합니다.

2019년 11월 25일
법무연수원 원장 **박 균 택**



제10회 형사사법포럼

변화하는 범죄트렌드에 따른 새로운 형사정책의 방향

제1주제

크라우드 펀딩(Crowdfunding) 이용 범죄실태와 형사정책적 대응

이 천 현

(한국형사정책연구원 선임연구위원)

크라우드 펀딩(Crowdfunding) 이용 범죄실태와 형사정책적 대응

이 천 현

(한국형사정책연구원 선임연구위원)

I. 서론

크라우드 펀딩(Crowdfunding)이란 일반적으로 창업·벤처기업 등이 중개업자인 온라인 플랫폼을 통해 불특정 다수의 소액투자자로부터 자금을 조달하는 제도를 말한다. 혁신적인 사업계획을 토대로 사업을 시작하고자 하는 창업기업과 같은 자금수요자 측면에서는 은행대출이나 직접금융시장에서 자금조달의 어려움을 해소할 수 있는 수단이 되는 한편, 자금공급자 측면에서는 크라우드 펀딩 플랫폼에서 제공되는 정보와 집단지성을 바탕으로 소액의 비상장 주식 등에 투자할 수 있는 수단이 되기 때문에 국내·외에서 가파르게 성장하고 있다. 크라우드 펀딩의 급속한 발전의 배경에는 IT 기술의 발전이 있다. 인터넷·SNS가 보편화됨에 따라 온라인상에서 자금수요자와 자금공급자(투자자) 간 능동적인 양방향 의사소통이 가능한 환경이 조성되었기 때문이다.

세계 금융 선진국들은 크라우드 펀딩을 활성화하고 상대적으로 미흡한 투자자보호를 강화하기 위하여 크라우드 펀딩의 규제를 위한 입법을 도입·시행하고 있다. 우리나라에도 특히 “청년 일자리 창출”이라는 차원에서 ‘증권형’ 크라우드 펀딩 제도를 활성화하기 위해 입법이 추진되었고, 그 결과 2015년 7월 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(이하 “자본시장법”이라 약함)이 개정되어 2016년 1월 25일부터 시행에 들어갔다.¹⁾ 또한, 2019년 10월 31일에는 P2P대출업에 대한 규제체계를 법률로 규정한 「온라인투자연계금융업 및 이용자 보호에 관한 법률안(대안)(정무위원장)」이 국회 본회의를 통과하여 현재 정부이송(2019.11.12.)된 상태이다.

그러나 크라우드 펀딩을 통해 자금을 모집할 수 있는 주체가 폭넓게 인정되고 있고, 온라인을 통한 단순한 중개업무 수행이라는 크라우드 펀딩 중개업의 특성상 일반적으로 금융투자업에 인정되는 여러 원칙들이 배제되고 있으며, 크라우드 펀딩은 이른바 비대면 계약으로서 투자자가 누구에게 투자하는지

* 이 발표문은 2018년 한국형사정책연구원에서 수행한(연구책임자 이천현) 「크라우드 펀딩(Crowdfunding)을 이용한 범죄의 실태와 형사정책적 대응방안」(2018.12) 연구 내용을 요약·정리한 것임을 밝힘(이에 발표문에서는 - 지면 관계상 - 각주(참고문헌)를 생략함).

1) 크라우드 펀딩은 미국이 투자형 크라우드 펀딩을 통한 자금조달을 활성화하고 이를 통해 일자리를 창출하는 것을 장려하기 위해 2012년 4월에 「JOBS법」(Jump Start Our Business Startup Act)을 제정하면서 시작되었다. 일본에서도 신규·성장 기업에 대한 리스크 머니 공급촉진을 위해서 2014년 11월에 「금융상품거래법」(金融商品取引法)을 개정하여 “투자형 크라우드 펀딩” 제도를 도입하였다(2015.05.29. 시행).

모른다는 점 등의 특성에 기인하여 투자자들이 사기범죄 등에 노출될 가능성이 높다. 특히, 우리나라에서는 등록되지 않은 불법업체 또는 크라우드 펀딩을 가장한 유사 업체들이 각종 포털에서 유사수신행위나 불법다단계와 같은 불법적인 자금모집행위를 저지르는 경우가 다수 발생하고 있다.

이에 이 발표에서는 크라우드 펀딩 제도에 관한 내용을 살펴보고, 이를 이용하여 발생하고 있는 또는 발생 가능한 범죄사례를 파악하여, 이에 대한 형사정책적 대응방안에 관하여 논의하고자 한다.

II. 크라우드 펀딩(Crowdfunding)에 관한 일반적 고찰

1. 크라우드 펀딩

크라우드 펀딩은 - 세계 공통의 분류기준은 없지만 - 자금의 모집 및 보상방식에 따라 일반적으로 4가지 형태로 분류되고 있다. 즉, (투자)증권형, 대출형, 보상형 및 기부형의 네 가지 형태로 구분이 가능하다.

[표 1] 크라우드펀딩 유형

유 형	자금모집방식	보상방식	주요사례
증권형(투자형) (Equity-based crowdfunding)	증권 투자	금전적 보상 (지분, 배당 등)	창업초기 기업 등
대출형 (Lending-based crowdfunding)	대출계약 참가	이자	긴급자금이 필요한 개인, 사업자 등
보상형 (Reward-based crowdfunding)	후원금 또는 투자금 납입	상품 또는 서비스	공익분야
기부형 (Donation-based crowdfunding)	기부금, 후원금 납입	없음 (나눔, 기쁨)	문화, 예술, 복지분야

증권형 크라우드 펀딩(Equity-based crowdfunding)은 기업이 증권을 발행하고 온라인 플랫폼업체를 통해 자금을 조달하는 형태를 말한다. 자본시장법 따르면 크라우드 펀딩을 통해서는 지분증권, 채무증권 또는 투자계약증권을 모집할 수 있다(제9조 제27항). 증권형 크라우드 펀딩은 신생 기업이 겪는 자금 조달의 어려움을 극복하는데 도움을 줄 수 있고, 해당 사업에 우호적인 엔젤투자자를 많이 확보할 수 있다는 장점이 있다.

대출형 크라우드 펀딩(Lending-based crowdfunding)은 자금공급에 대한 반대급부로 이자를 제공받는 경우로서, 주로 은행과 같은 제도권 금융회사 이용이 쉽지 않은 개인 또는 사업자 등이 자금을 조달하는 경우에 활용된다. P2P 대출(peer-to-peer lending)이라고 지칭되기도 한다. 현재 이에 관한 규제 법률이 없는 상황이고, 대부업자들이 동 사업을 진행하고 있다.

보상형 크라우드 펀딩(Reward-based crowdfunding)은 자금을 모금 받고자 하는 자가 제시한 프로젝트에 투자한 자금 제공자가 해당 프로젝트의 성과로서 어떤 제품을 받거나 이벤트참여 등의 대가를

받는 형태를 말한다. 이 유형에서는 금전 이외의 재화 또는 서비스가 제공되기 때문에 자금 제공자의 행위는 일종의 구입이라고 볼 수도 있다. 자금 모금자는 크라우드 펀딩에 의하여 조달된 자금을 사용하여 제조, 제작 등을 행하기 때문에 대금선불의 예약주문(pre-purchase)이라고도 할 수 있다

기부형 크라우드 펀딩(Donation-based crowdfunding)은 자금 제공자가 자금 조달자에게 금전을 단순히 기부하는 것이며, 자금 제공자에 대한 금전 등의 대가가 없다. 일반적인 기부와 다른 특성은 자금 조달의 통로가 주로 인터넷을 통한 기부 요청이라는 점이며 불특정 다수의 소액 기부로 이루어진다는 점이다. 기부의 대상이 되는 프로젝트, 활동 등에 대한 공감, 참여 의식에 기해 자금이 제공되는 만큼, 기부 프로젝트는 종교·자선·교육단체에의 기부처럼 공공적이거나 사회적인 경우가 대부분이다.

2. 크라우드 펀딩에 대한 규제

가. 증권형 크라우드 펀딩

2015년 7월 자본시장법 개정(법률 제13448호(2015.7.24. 일부개정, 2016.1.25. 시행))으로 온라인 플랫폼을 통해 다수의 투자자를 대상으로 공모 증권을 발행하는 ‘온라인소액투자중개업자’가 신설되면서 증권형 크라우드 펀딩제도가 전면 허용되었다.

자본시장법상에 규정되어 있는 증권형 크라우드 펀딩의 규제내용은 시장의 주요 참여자를 기준으로 온라인소액 투자중개업자(크라우드 펀딩 플랫폼), 온라인소액 증권발행인(자금수요자) 및 온라인소액 투자자(자금공여자)로 분류하여 살펴볼 수 있다. 주요내용 중심으로 소개하면 다음과 같다.

21. 자본시장과 금융투자업에 관한 법률

(1) 온라인소액투자중개업자

1) 특정행위 규제

온라인소액투자중개업자에게는 - 그 특성에 기인하여 - 다음과 같은 특정행위에 대한 규제가 있다.

[표 2] 온라인소액투자중개업자에 대한 규제

구분	규제내용	세부내용
1	허위등록행위 및 미등록영업행위 금지	온라인소액투자중개업자는 일정한 요건을 갖추어 금융위원회에 등록하여야 한다(법 제117의4 제1항, 제2항, 제8항). ²⁾³⁾
2	유사명칭사용금지	온라인소액투자중개업자로 등록하지 아니한 자는 “온라인소액투자중개” 또는 이와 유사한 명칭을 사용하는 것은 금지된다(법 제9조 제27항, 제117의5 제2항). ⁴⁾
3	대주주 변경 보고의무	온라인소액투자중개업자는 대주주가 변경된 경우에는 이를 2주 이내에 금융위원회에 보고하여야 한다(법 제117조의6 제1항). ⁵⁾
4	청약증거금 관리의무	온라인소액투자중개업자는 투자자로부터 일체의 금전·증권, 그 밖의 재산의 보관·예탁은 금지되고(법 제117의8 제1항), 온라인소액투자중개업자는 투자자의 청약증거금이 은행 또는 증권금융회사에 예치 또는 신탁되도록 하여야 한다(법 제117의8 제2항). ⁶⁾
5	투자광고 제한	투자광고는 온라인소액투자중개업자의 인터넷 홈페이지에서만 허용된다(법 제117조의

구분	규제내용	세부내용
		9 제1항 본문). 투자광고는 온라인소액투자중개업자 또는 온라인소액증권발행인만이 할 수 있고 그 밖의 제3자에 의한 투자광고는 금지되며(법 제117조의9 제2항), 투자광고를 하는 경우 자본시장법상 일반적으로 투자중개업자에게 적용되는 광고규제(법 제57조)가 적용된다(법 제117조의9 제3항). ⁷⁾
6	게재내용 사실확인 의무	온라인소액투자중개업자는 온라인소액투자중개 전에 해당 온라인소액증권발행인에 관한 재무상황, 발행인의 사업의 목적 및 내용 등 사업계획 등에 관한 사실을 확인하여야 한다(법 제117조의11, 법시행령 제118조의18). ⁸⁾
7	위탁금지	온라인소액투자중개업인 경우에는 온라인소액투자중개업 관련 계약의 체결·해지 업무(실명확인 업무는 제외)는 제삼자에게 위탁하는 것은 금지된다(법 제42조 제1항 단서, 법시행령 제45조 제2호 나목 단서).

2) 영업행위 규제

온라인소액투자중개업자의 경우에는 온라인을 통한 단순한 중개업무 수행이라는 업무의 특성에 따라 법 제2편 제4장의 금융투자업의 “영업행위 규칙” 가운데 불필요한 규제는 적용이 배제된다(법 제117조의7 제1항). 그리고 이러한 일반 영업행위 규칙이 배제되는 대신에, 업무의 특성을 반영한 별도의 영업행위 규제가 적용된다(법 제117조의7 제2항~제10항). 별도의 규제가 되는 영업행위 내용은 다음과 같다(법 제117조의7 제2항~제10항).

[표 3] 온라인소액투자중개업자의 영업행위에 대한 규제

구분	내용	근거
자기계산 중개증권 취득 금지 및 주선·대리 금지	증권을 자기의 계산으로 취득하거나, 증권의 발행 또는 그 청약을 주선 또는 대리하는 행위 금지(법 제117의7 제2항).	온라인소액투자중개업자가 투자매매업에 해당하는 딜러매매를 영위하거나 미공개정보 이용 등 불공정거래 소지가 있고 고유재산 매매를 실시할 우려가 있기 때문(온라인소액투자중개업자는 단순 중개행위로 그 업무가 한정되어 있음)
투자자·발행인에 대한 자문금지	온라인소액증권발행인의 신용이나 투자자가 투자 여부를 판단하는데 영향을 미	발행인에 대한 객관적인 정보를 제공해야 할 중개업자가 발행인에 대한 자문으로 금전적 이익을 취하는

- 이것은 자격이 없는 업체가 난립하게 되는 경우 투자자의 피해를 유발하는 등 시장 질서를 교란할 수 있기 때문에 이를 방지하기 위함이다.
- 온라인소액투자중개업자는 일반적인 투자중개업자에 비해 영업범위가 넓지 않고 투자자의 재산을 직접 관리하지 않는 점 등을 고려하여 등록만으로 영업을 할 수 있도록 진입규제 수준을 완화한 것이다. 예를 들어, 일반 투자중개업자는 ‘인가’가 필요하고 자본금이 20억 원 이상이어야 하지만, 온라인소액투자중개업자는 등록만으로 영업 가능하고 자본금이 5억 원 이상이면 된다(법 제12조 참조).
- 이것은 투자자 오인방지 등을 위한 것이다.
- 대주주의 “충분한 출자능력, 건전한 재무상태 및 사회적 신용”이 온라인소액투자중개업의 등록요건 가운데 하나이기 때문에 대주주 변경 보고의무를 부과하고 있다(법 제117조의4 제2항 제6호).
- 이것은 투자금 유용이나 중개업자의 파산 등으로부터 투자자를 보호하기 위함이다.
- 이것은 온라인소액투자중개 광고와 관련한 피싱(phishing)과 같은 금융사기 및 부분별한 광고행위 등을 방지하기 위한 것이다.
- 온라인소액투자중개업자는 투자자 요구되는 기업을 발굴하여 이를 투자자에게 중개하고, 투자자는 온라인소액투자중개업자의 인터넷 홈페이지에 사업계획, 재무상황 등 발행인에 관한 정보를 취득하게 된다. 따라서 온라인소액투자중개업자는 발행인 정보에 대한 접근성이 높기 때문에, 투자자 보호를 위하여 온라인소액중개업자에 앞서 발행인 및 그 중개하려는 증권에 관한 주요 정보의 사실 여부를 적극적으로 확인하여야 할 의무가 부여된 것이다.

구분	내용	근거
	칠 수 있는 자문 금지(법 제117의7 제3항).	경우에는 자금모집에 영향을 주거나 투자자의 이익과 상충될 가능성이 있기 때문
청약 전 사업계획서의 확인의무	투자자로부터 사업계획서의 내용 등을 충분히 확인하였는지의 여부를 확인한 이후에 그 청약의 의사 표시를 받아야 함(법 제117조의7 제4항).	투자의 위험성 고려하여 투자자 보호
투자자 의사확인 전 임의청약금지	투자자가 아직 청약의 의사를 표시하지 않았다면 온라인소액투자중개업자는 투자자의 재산으로 증권 청약금지(법 제117조의7 제6항)	금융투자업자의 임의매매 금지(법 제70조)와 같은 맥락
특정한 발행인·투자자 부당차별금지	특정 온라인소액증권발행인 또는 투자자를 부당하게 우대하거나 차별하기 위한 방법으로 정보제공이나 주문 처리 등의 업무에 있어 차등을 두는 행위 금지(법 제117조의7 제7항 본문)	특정 발행인을 우대하거나 투자자를 합리적 기준이나 이유 없이 차별하는 것은 건전한 거래질서를 해할 우려가 있기 때문
투자자에 대한 결과 통지의무	증권의 청약기간이 만료된 경우 온라인소액투자중개업자는 지체 없이 증권 청약 및 발행에 관한 내역을 투자자에게 통지하여야 함(법 제117조의7 제8항).	온라인소액투자중개의 청약기간은 일반적인 증권의 공모기간 보다 길고, 조건성취형 방식으로 운영되는 특성이 있기 때문(이를 통해 투자자는 펀딩 성공여부에 대한 결과를 확인할 수 있고, 중개업자에 의한 임의 청약 등 위법행위를 방지할 수 있음)
발행 및 투자한도 관리 위반행위	- 투자자의 연간 발행금액과 투자금액의 한도를 설정(법 제117조의10 제1항, 법시행령 제118조의15 제1항).⁹⁾ - 투자자의 동일 발행인별·연간 총 투자한도를 설정(법 제117조의10 제6항, 법시행령 제118조의17)¹⁰⁾	- 크라우드 펀딩의 주요 투자대상은 신생·창업기업 이므로, 투자자의 위험을 최소화하기 위한 장치 마련 - 사업 성공 여부의 불확실성이 크고, 증권 유동성 제약으로 투자금 회수에 상당한 기간이 소요될 수 있으므로, 투자자들이 과도한 액수를 투자하여 큰 손실을 입는 경우를 사전에 방지하기 위함
청약권유 수단 제한 위반행위	청약의 권유를 일정한 정해진 방법으로만 한정(법 제117의7 제10항).	크라우드 펀딩에서는 - 증권신고서 제출 면제에 대신하여 - 투자자 보호를 위하여 무분별한 청약의 권유를 방지하기 위함

9) [표 4] 발행인의 연간 발행한도

	발행인의 연간 발행한도	한도금액
합산	증권의 목표 모집가액과 해당 모집일 부터 과거 1년 동안 이루어진 증권 모집가액 각각의 합계액	15억원 이하
제외	투자한도 제한이 없는 전문투자자 등이 해당 크라우드 펀딩을 통해 발행되는 증권을 취득하면서 1년간 전매제한 조치를 취하는 가액은 모집가액 산정 시 제외	

※ 법 제117조의10 제1항, 법시행령 제118조의15 제1항 및 제2항

10) [표 5] 투자자별 투자한도

투자자 구분	동일발행인 투자한도	연간 총 투자한도
일반투자자	500만원	1,000만원
소득요건 구비 투자자(금융소득종합과세대상자 등)	1,000만원	2,000만원
전문투자자 등	없음	없음

※ 법 제117조의10 제6항, 법시행령 제118조의17

(2) 온라인소액증권발행인

온라인소액증권발행인, 즉 크라우드 펀딩을 통하여 증권을 발행할 수 있는 자에 대하여는 다음과 같은 제한이 있다.

[표 6] 온라인소액투자중개업자에 대한 규제

구분	규제내용	세부내용									
1	온라인소액증권발행인 및 발행증권의 범위	온라인소액증권발행인, 즉 크라우드 펀딩을 통하여 증권을 발행할 수 있는 자의 범위는 다음의 두 가지로 제한되어 있다(법 제9조 제27항). 그리고 크라우드 펀딩으로 발행할 수 있는 증권은 채무증권, 지분증권, 투자계약증권으로 한정된다(법 제9조 제27항). [표 7] 발행인의 범위 <table> <tr> <th>구분</th><th>포함</th><th>제외</th></tr> <tr> <td>업력 7년 이내</td><td>- 창업자 (창업지원법 §2 Nr.2)</td><td>- 주권상장법인 - 금융·보험업, 부동산업, 유흥중범, 무도장, 기타 서비스업</td></tr> <tr> <td>업력 무관 (7년 초과)</td><td>- 벤처기업 - 기술혁신중소기업 - 프로젝트사업 - 사회적 기업</td><td>- 주권상장법인</td></tr> </table>	구분	포함	제외	업력 7년 이내	- 창업자 (창업지원법 §2 Nr.2)	- 주권상장법인 - 금융·보험업, 부동산업, 유흥중범, 무도장, 기타 서비스업	업력 무관 (7년 초과)	- 벤처기업 - 기술혁신중소기업 - 프로젝트사업 - 사회적 기업	- 주권상장법인
구분	포함	제외									
업력 7년 이내	- 창업자 (창업지원법 §2 Nr.2)	- 주권상장법인 - 금융·보험업, 부동산업, 유흥중범, 무도장, 기타 서비스업									
업력 무관 (7년 초과)	- 벤처기업 - 기술혁신중소기업 - 프로젝트사업 - 사회적 기업	- 주권상장법인									
2	발행한도 제한	크라우드 펀딩에 대하여는 증권발생 공시 등의 규제가 완화되어 있기 때문에 증권발행인의 발행한도가 - 상술한 바와 같이 - 연간 7억 원 이하로 제한되고 있다(법 제117조의10 제1항, 법시행령 제118조의15). ¹¹⁾ ¹²⁾									
3	정보게재의무	온라인소액증권발행인은 증권을 모집하는 경우에는 - 증권신고서 제출을 면제하는 대신에 - 그 모집 개시 전까지 투자자보호를 위해 증권의 발행조건, 재무상태, 사업계획서 등 다음과 같은 사항을 중개업자의 홈페이지에 게재하여야 한다(법 제117조의10 제2항 전단, 법시행령 제118조의16 제1항). 그리고 - 증권의 모집이 끝난 후에 지체 없이 - 투자자를 보호하기 위하여 그 증권의 모집 실적에 관한 결과를 온라인소액투자중개업자의 인터넷 홈페이지에 게재하여야 하고, 또한 매 사업연도 경과 후 90일 이내에 재무제표 등 결산 관련 서류도 온라인소액투자중개업자의 인터넷 홈페이지에 게재하여야 한다(법 제117조의10 제2항 후단, 법시행령 제118조의16 제2항). ¹³⁾									
4	모집예정금액 미달 시 증권발행 취소의무	온라인소액증권발행인이 증권을 모집하는 경우에 그 청약 금액이 모집예정금액의 80%에 미치지 못하는 경우에는 그 발행을 취소하여야 한다(법 제117조의10 제3항, 법시행령 제118조의16 제5항). ¹⁴⁾ ¹⁵⁾									
5	게재정보 최신성 유지의무	온라인소액증권발행인은 투자자의 판단에 도움을 주는 정보를 제공하기 위하여 증권의 청약기간의 종료일 7일 전까지 온라인소액투자중개업자가 관리하는 인터넷 홈페이지에 이를 게재할 수 있다(법 제117조의10 제4항 본문). 그러나 투자자의 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 중요한 사항을 포함하고 있는 정보가 게재의 내용과 상이한 경우에는, 그 내용을 정정하여야 하며, 해당 정정 사실 역시 그 인터넷 홈페이지에 게재하여야 한다(법 제117조의10 제4항 단서, 법시행령 제118조의16 제6항).									
6	보유지분 매도 제한	온라인소액증권발행인 및 그 대주주는 그 증권을 발행한 후 1년간 보유한 온라인소액증권발행인의 지분을 누구에게도 매도해서는 아니 된다(법 제117조의10 제5항, 법시행령 제118조의17 제1항). ¹⁶⁾									
7	청약증거금 반환의무	투자자는 온라인소액투자중개를 통하여 발행되는 증권의 청약기간의 종료일까지 청약의 의사를 철회할 수 있도록 하고 있다(법 제117조의10 제8항 1문). ¹⁷⁾ 청약을 철회한 경우 온라인소액투자중개업자는 청약증거금을 철회의 의사표시를 한 자에게 지체 없이 반환하여야 한다(법 제117조의10 제8항 2문).									

11) 즉 연간 7억 원 이하의 증권을 모집하는 경우에는 증권 모집·매출 신고서 제출의무(법 제119조)가 면제되고, 고서를

(3) 투자자: 발행증권 예탁 및 1년간 유통제한 위반행위

투자자는 발행증권을 예탁결제원에 지체 없이 예탁하거나 보호 예수하여야 하며, 그 예탁일 또는 보호 예수일 부터 6개월간 해당 증권을 매도 또는 양도할 수 없다(법 제117조의10 제7항).¹⁸⁾

반면에 전문성을 가진 전문투자자나 해당 증권의 투자 손실가능성 및 낮은 유통 가능성 등을 인지하고 있는 자에 대한 매도는 - 예외적으로 - 허용된다(법 제117조의10 제7항 단서, 법시행령 제118조의17 제5항).

(4) 기타: 전자게시판서비스 제공자의 책임

정보통신망을 통한 게시판을 운영하는 같은 정보통신서비스 제공자(전자게시판서비스 제공자)에게는 해당 게시판을 통하여 투자광고가 게시된 인터넷 홈페이지 주소 등을 제공하는 경우, 이로 인해 투자자 피해가 발생하지 않도록, ① 온라인소액증권발행인·온라인소액투자중개업자에 대하여 제117조의9에 따른 의무를 준수하도록 안내·권고, ② 온라인소액증권발행인·온라인소액투자중개업자가 이 법을 위반하는 경우에 접속 제한, 위법 게재 정보의 삭제 등 투자자 피해 방지 조치 등의 의무가 부과된다(법 제117조의15, 법시행령 제118조의23).

(5) 정리

우리나라 자본시장법은 - 이상에서 살펴 본 바와 같이 - 비록 소액이지만 투자자 보호 및 증권시장의 공정성 확보를 위하여 증권형 크라우드 펀딩과 관련한 규제를 도입하고 이의 실효성을 담보하기 위하여 매우 촘촘하게 제재규정을 마련하고 있다. 특히 형사규제의 중점은 발행인과 투자자를 매개하는 중개업자(온라인소액중개업자)에게 집중되어 있다. 이들이 크라우드 펀딩의 중심적 역할을 수행하고 있기 때문이다.

한편 자금수요자(온라인소액투자발행인)에 대하여 투자자 보호를 위하여 발행한도 제한, 정보공개의무, 게재정보 최신성 유지, 보유지분 매도 제한 등 각종 의무를 부과하고 있다. 그러나 제재 내용은

제출하지 아니하는 모집·매출시의 투자자 보호조치의무(법 제130조)가 면제된다(법 제117의10 제1항).

- 12) 자본시장법 제119조에 따른 증권 모집·매출 신고서 제출의무는 연간 발행금액(합계액)이 10억 원인 경우이다(법시행령 제120조 제1항). 따라서 온라인소액증권발행인이 연간 10억 원 이상의 증권을 모집하는 경우에는 법 제119조가 적용되어 권 모집·매출 신고서를 금융위원회에 제출하여야 한다.
- 13) 이러한 정보게재의무는 기존 발행시장의 공시제도와 비교해 볼 때 규제의 공백을 해소하는 한편, 신생기업의 투자에 따라 발생하는 정보비대칭성을 해소함으로써 투자자를 보호하기 위한 것이다.
- 14) 이 경우 청약증거금 관리기관은 지체 없이 그 금액을 투자자에게 반환하여야 한다(법시행령 제118조의14 제3항).
- 15) 목표금액(모집예정금액의 80%)에 미달하는 경우 이를 취소하도록 하는 것은 ① 투자자들이 해당 기업의 사업전망 등을 신뢰하지 않은 것으로 볼 여지가 있고, ② 목표금액에 도달한 경우에만 발행함으로써 발행인이 진중하고 투명하게 정보를 제공하거나 계획을 세우도록 유도하며, ③ 발행인의 입장에서 목표로 하는 자금이 미달하는 경우에는 사업 수행이 곤란하다는 현실을 고려한 것이다.
- 16) 이것은 사업계획의 이행 및 투자자들의 신뢰보장을 담보하기 위한 것이다.
- 17) 이 경우에는 투자자가 온라인소액투자중개업자의 인터넷 홈페이지를 통하여 전자문서의 방법으로 온라인소액투자중개업자에게 그 철회의 의사를 표시하여야 한다. 이 경우 온라인소액투자중개업자는 그 인터넷 홈페이지에 해당 투자자가 청약의 의사를 철회할 수 있는 조치를 마련하여야 한다(법시행령 제118조의17 제7항).
- 18) 이것은 창업기업에 대한 장기적인 투자를 장려하는 한편, 투자자를 보호하기 위한 것이다. 1차 투자자에 비해 2차 투자자는 발행 기업에 대한 정보가 부족하고 비상장 신생기업이 발행한 증권의 가치평가도 어렵기 때문이다.

발행한도 제한위반행위 이외에는 모두 과태료 부과대상으로 하고 있다.

[표 8] 증권형 크라우드 펀딩 관련 위반행위와 제재

구분			제재 내용
온라인 소액투자 중개업자	허위등록 및 미등록 영업행위		3년 이하의 징역 또는 1억 원 이하 벌금
	유사명칭 사용		1년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하 벌금
	내부통제기준 미설정		1억 원 이하의 과태료
	대주주 변경 미보고		3천만 원 이하의 과태료
	영업행위 규제 위반	자기계산 중개증권 취득 및 주선·대리 금지 위반	1년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하 벌금
		투자자·발행인에 대한 자문 금지 위반	
		청약 전 사업계획서 확인의무 위반	
		투자자 의사확인 전 임의청약금지 위반	5년 이하의 징역 또는 2억 원 이하 벌금
		특정한 투자자·발행인 부당차별금지 위반	1년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하 벌금
		투자자에 대한 결과 통지의무 위반	1천만 원 이하의 과태료
		발행 및 투자한도 관리 위반	1억 원 이하의 과태료
		청약권유 수단 제한 위반	3년 이하의 징역 또는 1억 원 이하 벌금
	청약증거금 관리 위반		5년 이하의 징역 또는 2억 원 이하 벌금
투자광고 제한 위반		- 인터넷 이외 방법으로 투자광고: 5천만 원 이하의 과태료 - 제3자의 투자광고: 1년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하 벌금	
게재내용 사실확인 의무 위반		5천만 원 이하의 과태료	
위탁금지위반		1년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하 벌금	
온라인 소액투자 발행인	발행한도 제한위반		5년 이하의 징역 또는 2억 원 이하 벌금
	증권 모집 개시 전 정보개시의무 위반		5천만 원 이하의 과태료
	증권 모집 종료 후 정보개시의무 위반		
	모집예정 최소금액 미달 시 증권발행 취소 위반		
	게재정보 최신성 유지의무 위반		
	보유지분 매도 제한 위반		
	청약증거금 반환의무 위반		
투자자	발행증권 예약 및 1년간 유통제한 위반		3천만 원 이하의 과태료
전자게시판 서비스 제공자	투자피해발생 방지의무 위반		3천만 원 이하의 과태료

※ 형벌의 경우 징역형과 벌금형 병과 가능(법 제447조 제2항)

나. 대출형 크라우드 펀딩

(1) P2P대출 가이드라인

금융위원회는 P2P 대출시장이 급속한 성장추세를 보임에 따라 투자자와 차입자를 보호하고 P2P 대출시장의 건전한 발전을 도모하기 위해 2017.2.27.부터 「P2P대출 가이드라인」을 시행하고 있다. 이후에 국회에 P2P대출시장의 건전한 발전 등을 위한 P2P대출 규제 법률 제정이 논의되고 있는데, 이 법률이 제정될 때까지는 가이드라인을 통한 시장규율을 유지할 필요가 있어 가이드라인 개정(2018년, 2019년)하여 현재까지 시행하고 있다.

그러나 동 가이드라인은 그 성격이 “행정지도”로서 강제성이 전혀 없다는 점에 한계가 있다. 다시 말해 가이드라인 위반행위에 대하여 어떠한 불이익조치나 제재를 가할 수가 없다는 점에 한계가 있다.

(2) 금융위원회 등록의무 신설과 대부업법 적용

정부는 대부업법시행령을 개정(2017.8.29.) 하여 P2P대출과 연계된 대부업자(이하 “P2P연계대부업자”)에 대해 금융위원회에 등록할 의무를 부여하고(신설), P2P연계대부업자에 대한 감독을 통해서 P2P 대출을 감독하고 있다.

1) 등록의무

2018년 3월 2일부터 P2P대출과 연계된 대부업을 영위하려는 경우에는 금융위에 P2P연계대부업을 등록하여야 한다. 금융감독당국은 2016년부터 P2P대출이 활성화되고 P2P대출시장 규모가 크게 증가 되면서 이용자 피해가 우려됨에 따라 대부업법시행령을 개정(대통령령 제28257호(2017.8.29. 개정·시행)) 하여 P2P대출과 연계된 대부업자(이하 “P2P연계대부업자”)에 대해 금융위원회에 등록할 의무규정을 신설하였다(법시행령 제2조의4).

따라서 대출형 크라우드 펀딩을 영위하려는 중개업자, 즉 P2P연계대부업자는 대부업법에 따른 등록 또는 등록갱신을 하여야 한다(법 제3조, 제3조의2). 이를 위반하여 등록 또는 등록갱신을 하지 아니하고 대부업 등을 한 경우 또는 속임수나 그 밖의 부정한 방법으로 등록 또는 등록갱신을 한 경우에는 “5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금”에 처해진다(법 제19조 제1항 제1호 및 제2호).

2) 겸업금지

P2P연계대부업자에 대한 등록의무 신설로 인하여, P2P연계대부업자와 기존 대부업자간 겸업은 금지된다(대부업법 제3조 제2항 및 제3조의5 제2항, 법시행령 제3조의5 제2항 제5호, 대부업등 감독규정 제10조 제2항). 그러나 이에 대한 제재규정은 없는 상태이다.

3) 기타 대부업법상의 규제

P2P연계대부업자는 - 등록의무에 따라 - 대부업법상의 모든 규제의 대상이 된다. 대표적으로 언급할 수 있는 규제가 이자율 제한(법 제8조), 광고 규제(법 제9조, 제9조의3), 대부중개 제한(법 제9조의4), 중개수수료 제한(법 제11조의2) 등이다.

이에 따라, 이자율을 초과(제8조 또는 제11조 제1항 위반)하여 이자를 받은 경우 또는 대부중개

제한(제9조의4 제1항 또는 제2항) 행위를 한 경우에는 “3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금”에 처해지고(법 제19조 제2항 제3호, 제4호), 광고규제(제9조의2 제1항 또는 제2항)를 위반하여 대부업 또는 대부중개업 광고를 한 경우에는 “5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금”에 처해진다(법 제19조 제1항 제3호).

(3) 「온라인투자연계금융업 및 이용자 보호에 관한 법률」

「온라인투자연계금융업 및 이용자 보호에 관한 법률(안)」이 2019.10.31.일에 국회 본회의에서 의결되어 정부이송(2019.11.12.)된 상태이다(의안번호 제23244호, 2019.10.30. 제안). 동 법률안에서는 공포 후 9개월이 경과한 날부터 시행하는 것으로 규정하고 있다(부칙 제1조).

동 법률안의 제정이유를 보면 “우리나라의 P2P대출시장 누적대출액 규모는 2015년 말 373억원에서 2019년 6월 말 6조 2,521억원으로 크게 증가하였(지만), 현재 P2P대출업에 대해서는 별도의 법적 규제근거가 미비하고 행정지도인 가이드라인만 존재하여 규제의 강제성 부족, 규제 사각지대 발생 우려 등의 문제가 지적되고 있는바, P2P대출업에 대한 규제체계를 법률에 마련함으로써 규제 공백을 보완하고 이용자 보호 강화 및 혁신금융 산업의 발전을 도모”하려는 데 있다고 하고 있다.

[주요내용]

- (1) 온라인투자연계금융을 온라인플랫폼을 통하여 특정 차입자에게 자금을 제공할 목적으로 투자(이하 “연계투자”라 한다)한 투자자의 자금을 투자자가 지정한 해당 차입자에게 연계대출하고 그 연계대출에 따른 원리금수취권을 투자자에게 제공하는 것으로 정의함(안 제2조).
- (2) 온라인투자연계금융업자의 최소 자기자본을 5억원 이상으로서 연계대출 규모 등을 감안하여 대통령령으로 정하는 금액으로 하고, 인적·물적 설비, 사업계획 타당성, 임원·대주주, 사회적 신용 등 등록 요건을 규정함(안 제5조).
- (3) 온라인투자연계금융업자는 「대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률」 제15조제1항에서 정하는 율을 초과하여 차입자로부터 연계대출에 대한 이자(차입자로부터 수취하는 수수료 포함)를 받을 수 없도록 함(안 제11조).
- (4) 온라인투자연계금융업자는 자신 또는 자신의 대주주 및 임직원에게 연계대출을 하여서는 아니 되며, 자기 자금 대출은 모집금액의 80% 이하의 범위에서 대통령령으로 정하는 비율 이상 모집 시 자기자본 범위내에서 제한적으로 허용함(안 제12조).
- (5) 온라인투자연계금융업자는 동일한 차입자에 대해 자신이 보유하고 있는 총 연계대출채권 잔액의 100분의 10 이내에서 대출할 수 있으며, 투자자별 투자한도는 투자자의 투자목적, 재산상황, 투자경험, 연계투자 상품의 종류 및 차입자의 특성 등을 고려하여 대통령령으로 구분하여 규정함(안 제32조).
- (6) 여신금융기관등은 연계대출 모집 금액의 100분의 40 이내에서 대통령령으로 정하는 한도를 초과하지 않는 범위 내에서 연계투자를 할 수 있도록 함(안 제35조).
- (7) 한도초과 대출에 대하여 초과금액의 100분의 30을 초과하지 아니하는 범위에서 과징금을 부과할 수 있도록 함(안 제50조).

다. 기부형 크라우드 펀딩

(1) 기부형 크라우드 펀딩 구조와 민법

기부형 크라우드 펀딩은 - 상술한 바와 같이 - 그 법적 성질이 민법상 ‘증여’에 해당한다(민법 제554조). 따라서 이에 관하여는 민법상의 증여에 관한 규정(민법 제554조 ~ 제562조)이 적용된다.

한편, 예를 들어 모금단체가 기부금을 받아서 장애인이나 불우 이웃을 위해 사용하는 경우와 같이

기부를 받는 자와 수익자가 다른 경우에는 기부를 받는 자가 기부자와 수익자 사이를 중개하는 역할을 한다. 이 경우에는 - 기부를 받는 자에 대한 증거가 아닌 - 기부재산에 대한 신탁적 양도에 해당하여 “제3자를 위한 계약(민법 제539조)”이 적용될 수 있다.

(2) 기부형 크라우드 펀딩과 기부금품법

“기부금품”이란 환영금품, 축하금품, 찬조금품 등 명칭이 어떠하든 반대급부 없이 취득하는 금전이나 물품을 말하기 때문에(기부금품법 제2조 제1호), 기부형 크라우드 펀딩을 통한 기부행위는 기본적으로 기부금품법이 적용된다.

1) 등록의무

“1천만 원 이상의 금액”의 기부금품을 모집하려는 자는 모집자의 정보, 모집목적, 모집금품의 종류, 모집목표액 등을 적은 모집·사용계획서를 작성하여 행정안전부장관 또는 특별시장·광역시장·도지사·특별자치도지사(이하 “등록청”이라 함)에게 등록하여야 하고, 모집·사용계획서의 내용을 변경하려는 경우에도 마찬가지이다(법 제4조 제1항, 법시행령 제2조 참조).

기부금품 모집의 목적은 국제적 구제사업, 재난 구제사업, 자선사업, 영리사업 또는 정치나 종교 활동 등이 아닌 경우에 한하여 허용된다(법 제4조 제2항). 따라서 “1천만 원 이상의 금액”을 목표로 하는 기부형 크라우드 펀딩은 등록이 허용되는 사업에 한하여 모집이 이루어져야 하고, 등록청에 등록을 하여야 한다.

이에 따른 등록을 하지 아니하였거나, 속임수나 그 밖의 부정한 방법으로 등록을 하고 기부금품을 모집하는 경우에는 “3년 이하의 징역이나 3천만 원 이하의 벌금”에 처해진다(법 제16조 제1항 제1호).

2) 모집장소

기부금품은 국가기관, 지방자치단체, 언론기관, 금융기관, 그 밖의 공개된 장소에서 접수하여야 하고(법 제7조 제1항), 이에 위반하여 공개된 장소가 아닌 장소에서 기부금품을 접수한 경우에는 “500만 원 이하의 과태료”가 부과된다(법 제18조 제1항 제2호). 기부형 크라우드 펀딩은 온라인을 통한 자금모집의 특성을 가지고 있기 때문에 온라인 환경이 ‘공개된 장소’라 할 수 있는지 문제될 수 있다. 모집관련 정보가 특정한 가입절차 등 절차 없이 누구나 인터넷을 통하여 접근 가능한 환경이라면 공개된 장소라 할 수 있을 것이다.

3) 모집목적 외 용도로 사용 등

모집된 기부금품은 - 모집된 기부금품의 규모에 따라 100분의 15 이내의 범위에서 모집비용에 충당하는 경우 외에는 - 모집목적 외의 용도로 사용할 수 없다(법 제12조 제1항). 그리고 모집자와 모집중사자는 기부금품의 모집상황과 사용명세를 나타내는 장부·서류 등을 작성·비치, 모집된 기부금품을 사용결과 공개, 감사보고서 제출 등의 의무를 부담한다(법 제14조 제1항~제3항).

기부형 크라우드 펀딩의 경우 모집자나 무집중개자가 기부금품을 모집목적 외의 용도로 사용하거나 등록청의 승인을 받지 아니하고 기부금품을 등록한 모집목적과 유사한 용도로 사용한 경우, 기부금품

사용결과 공개의무를 이행하지 아니하거나 거짓으로 공개한 경우 또는 감사보고서 등에 대한 보고서를 제출하지 아니한 경우에는 “3년 이하의 징역이나 3천만 원 이하의 벌금”에 처한다(법 제16조 제1항 제5호, 제6호의2, 제7호). 장부·서류 등 작성·비치의무 위반의 경우에는 “1년 이하의 징역이나 1천만 원 이하의 벌금”에 처한다(법 제16조 제2항 제3호).

라. 보상형(후원형) 클라우드 펀딩

(1) 보상형 클라우드 펀딩 구조와 민법

보상형 클라우드 펀딩의 자금공급자가 자금을 제공한 대가로 공급된 자금과 증가성이 있는 보상을 받기로 한 경우에는 매매계약(민법 제563조 이하)으로, 증가성이 없는 일정한 출연가치의 제한이나 보상을 받기로 목적하였다면 부담부증여(민법 제561조)로 볼 수 있기 때문에 민법상의 관련 규정이 적용된다.

(2) 보상형 클라우드 펀딩과 전자상거래법

「전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률」(이하 “전자상거래법”이라 약함)상의 “통신판매”란, 우편이나 전기통신, 그 밖의 방법으로 재화 또는 용역(일정한 시설을 이용하거나 용역을 제공받을 수 있는 권리를 포함)의 판매에 관한 정보를 제공하고 소비자의 청약을 받아 재화 또는 용역을 판매하는 것을 말한다(전자상거래법 제2조 제2호). 이에 따르면 보상형 클라우드 펀딩은 온라인 환경에서 자금수요자(통신판매업자)와 - 중개인을 매개로(통신판매중개업자) - 자금공급자(소비자)간 계약이 체결되고, 반대급부로 물품 등이 제공되기 때문에 전자상거래법상 통신판매에 해당할 수 있다.

이를 적용하게 되면, 보상형 클라우드 펀딩 경우, 자금수요자는 상호, 주소, 전자우편주소, 인터넷도메인 이름, 호스트서버의 소재지 등의 사항을 관할 관청에 신고하여야 하고(법 제12조 제1항), 자금모집을 목적으로 표시·광고를 할 때에는 그 표시 또는 광고에 상호, 대표자의 성명, 주소, 전화번호, 전자우편주소 등을 표시하여야 하며(법 제13조 제1항), 자금공급자가 계약 체결 전에 재화 등에 대한 거래조건을 정확하게 이해하고 실수나 착오 없이 거래할 수 있도록 재화 등의 공급자 및 판매자의 상호, 대표자의 성명·주소 및 전화번호 등, 재화 등의 명칭·종류 및 내용 등의 사항을 적절한 방법으로 표시·광고하거나 고지하여야 하는 한편, 계약이 체결되면 계약자에게 이들 내용이 기재된 계약내용에 관한 서면을 재화 등을 공급할 때까지 교부하여야 한다(법 제13조 제2항).

자금수요자가 신고를 하지 아니하거나 거짓으로 신고한 경우에는 “3천만 원 이하의 벌금”에 처하고(법 제42조 제1호), 자금수요자의 신원정보에 관하여 거짓 정보를 제공한 경우 또는 거래조건에 관하여 거짓 정보를 제공한 경우에는 “1천만 원 이하의 벌금”에 처해진다(법 제43조 제1호 및 제2호).

Ⅲ. 크라우드 펀딩 관련 범죄 현상

1. 개관

자본시장법상 투자형(증권형) 크라우드 펀딩 관련 위반행위에 대한 공식적인 통계는 아직 존재하지 않는다. 자본시장법에서 증권형 크라우드 펀딩 관련 불법행위 유형을 상세히 규정하고 있지만 동 제도의 시행역사가 얼마 되지 않은 상황이라 자본시장법상의 규제에 대한 직접적인 위반행위 유형도 찾아보기 어려운 상황이다. 이에 언론 보도 내용을 중심으로 크라우드 펀딩 관련 범죄 실태를 파악해 보았다.

2. 투자형(증권형) 크라우드 펀딩 관련 범죄

이와 관련한 자본시장법상의 직접적인 불법행위 찾아보기는 어렵지만, 자본시장법을 통해 합법적으로 인정되고 있는 동 제도를 사칭하여 불법적인 자금모집을 하는 사례가 빈번하게 발생하고 있는 것으로 나타나고 있다.

가. 크라우드 펀딩 사칭 자금모집 중개행위

자본시장법상 투자형(증권형) 크라우드 펀딩이 합법화되면서, 크라우드 펀딩을 사칭하여 투자자를 유인하는 방식으로 범죄에 이용된다. 즉 마치 적법한 업체인 것처럼 ‘○○펀딩’, ‘△△크라우드 펀딩’ 등의 명칭을 사용하여 새로운 금융상품을 판매하는 수법이다.

〈사례〉 크라우드 펀딩 사칭 불법적 자금모집

“○○○크라우드 펀딩”은 “25만원으로 35억 원 만들기 프로젝트”를 시작, 투자자 1명당 하위 투자자 2명을 추천하여 7단계까지 진행되면 2개월 내에 최대 35억 원까지 혜택을 받을 수 있어 손쉽게 돈을 벌 수 있다고 소개함. 또한 자신들은 이미 전 세계 수십 개 국에서 기부를 행하고 있는 국제적 통합시스템이라 광고하면서, 본인 이외의 회원을 가입시키도록 권유함.

온라인 플랫폼을 통한 중개를 위해서는 ‘온라인소액투자중개업자’로 금융위에 등록하여야 하고, 연간 최대 7억 원까지만 자금모집이 가능하다. 따라서 위 사례에서 등록을 하지 않은 크라우드 펀딩업체는 ‘3년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금’에 처해질 수 있고(법 제445조 제118조의2호 및 제18조의3), 또한 유사명칭 사용에 해당하여 ‘1년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금’에 처해질 수 있다(법 제446조 제19조의).

나. 일명 ‘건조밥’ 사건: 클라우드 펀딩을 사칭한 유사수신행위

(1) 사건 개요¹⁹⁾

“주식회사 상산팜”은 충북 진천에 위치한 농수산물 및 식품가공 제조업 등을 목적으로 설립된 법인으로, 주로 ‘건조밥’을 생산하는 업체이다. 약 35억 가량의 부채로 인해 공장 가동이 중지되고 납품이 어려워지면서 수익이 줄고, 기존 투자자에 대한 투자금 상환이 어렵게 되자 2015년 8월부터 인터넷 사이트, 소셜 네트워크 서비스(SNS)에서 불특정 다수를 대상으로 투자를 권유하거나 또는 진천의 공장으로 투자자들을 유인하여 사업설명회를 빙자하여 투자 권유를 하였다.²⁰⁾

이러한 기망행위로 인하여 2015년 8월부터 2016년 2월경까지의 시기에 2,241명으로부터 약 147억 원을 교부받았다.

그러나 수사 결과 해당 업체는 이미 부채가 35억에 이르러 공장 가동조차 중단된 상태여서 마트에 납품을 하고 있지 않은 상태였다. 더구나 정부로부터의 지원 계획도 없었으며, 해외로의 수출 계획도 전무했던 것으로 밝혀졌다. 또한 신규 투자자들의 투자금으로 기존 투자자들에 대한 수익금 지급을 이어가는 이른바 ‘돌려막기’가 계속되고 있었기 때문에, 투자를 받더라도 이를 상환할 능력이 부족했던 사실 역시 밝혀졌다.

이러한 행태를 의심한 투자자들이 민원이 이어져 금융감독원이 검찰에 수사를 의뢰하였으며, 이에 검찰은 2016년 1월 해외에서 투자자 모집 행위를 하다 귀국한 대표이사 등을 체포하였고, 「특정경제범죄가중처벌등에관한법률(사기)」 및 「유사수신행위의규제에관한법률(이하 “유사수신행위법”)」 위반 혐의로 기소하였다.

(2) 법원의 판단

① 유사수신행위법 위반 관련

이 사건의 피고인들은 인터넷 사이트나 SNS 등에 글을 게시하는 방법으로 서로 공모하여 인가나 허가를 받지 않은 상태에서 불특정 다수의 투자자들로부터 5,250회에 걸쳐 투자금을 모집한 것이므로 이는 전형적인 유사수신행위에 해당한다고 판단하였다.²¹⁾²²⁾

19) 청주지방법원 2016.8.17. 선고 2016고합26; 청주지방법검찰청 보도자료(2016.2.25.) 참조.

20) 이 과정에서 피고인들은 다음과 같은 취지의 말을 하여 투자자들을 기망하였다.

- “당사는 건조밥 시장을 석권한 회사로서, 곧 대규모 정부지원이 있을 예정”
- “균용으로도 대규모 납품을 할 것이며, 향후 미국과 중국에도 수출할 예정”
- “지금 투자를 하면 3개월 내에 투자금 대비 250%의 수익금을 지급”
- “후속 투자자를 모집하여 130만원을 유치하는 경우에는 추가로 추천수당을 지급”

21) 유사수신행위법 제2조에 의하면 “유사수신행위”란 “법령에 따른 인가·허가를 받지 아니하거나 등록·신고 등을 하지 아니하고 불특정 다수인으로부터 자금을 조달하는 것을 업으로 하는 행위”를 말한다. 동법 제3조에 따라 누구든 유사수신행위를 하여서는 아니 되며, 이를 위반할 경우 제6조 제1항에 의해 “5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금”에 처해진다.

22) 청주지방법원 2016.8.17. 선고 2016고합26, 5-6면.

② 특경가법상 사기죄 해당 여부

피고인들은 해당 업체에 실제 수입이 거의 발생하고 있지 않았다는 점, 정부지원 계획이 없다는 점을 알고 있었다고 진술하였다. 그럼에도 불구하고 해당 유사수신행위를 통해 경제적 이익을 도모하기로 한 점에 비추어 법원은 피고인들이 투자금을 수령할 당시 편취의 범의가 있었다고 판단하였다.²³⁾

또한 “투자금 대비 250%의 수익 보장”과 같은 과도한 수익률을 내세운 점에 있어서도 이러한 것이 실현 불가능하다는 점을 알고 있었으리라 판단하였다. 이를 알면서도 투자금을 실제 사업이 아닌 채무변제금이나 기존 투자자에 대한 수익금, 운영진들에 대한 수당 등으로 사용한 것이 분명하므로, 이는 사기죄에 해당한다.

③ 시사점

이 사건은 기업의 창업단계에서 필요한 자금을 조달받는 ‘크라우드 펀딩’과 관련된 사기사건의 예로서 언급되고 있는 사례이다.²⁴⁾

그러나 이 사건은 피고인들이 “크라우드 펀딩 모금 계획”이란 용어를 사용하여 투자금을 유치한 것이기는 하지만, 자본시장법상의 “크라우드 펀딩 범죄”에는 해당하지는 않는다. 자금조달을 위한 중개인의 역할을 하지 않았기 때문이다. 엄격하게 말하면 이 사건은 법령에 따른 인가·허가를 받지 아니하거나 등록·신고 등을 하지 아니하고 불특정 다수인으로부터 자금을 조달하는 유사수신행위에 해당하는 행위이다.

최근 유사수신행위는 - 종래와 같이 단순히 고금리를 제시하며 금전을 모집하는 형태에서 진화하여 - 일반인이 쉽게 이해할 수 없는 “P2P금융”이나 “핀테크” 등과 같은 전문적인 금융용어를 사용하며 서울 등의 인구밀집 지역을 중심으로 빈번하게 발생하는 것으로 보고되고 있다.

3. 대출형 크라우드 펀딩 관련 범죄

가. 무등록영업행위

P2P연계대부업자가 금융위에 등록을 하지 않고(지자체 등록 포함) P2P대출 등 영업을 하는 경우에는 “5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금”에 처해진다(법 제19조 제1항 제1호 및 제2호).

그러나 이러한 등록의무는 2018년 3월 2일부터 시행된 관계로 아직까지 크라우드 펀딩 관련 무등록 영업행위 사례는 찾아보기 어렵다. 다만, 대출형 크라우드 펀딩이 활성화되면서 향후 무등록영업행위가 빈번하게 발생할 것으로 추측된다.

나. 대출형 P2P금융업체 사칭행위

온라인 플랫폼에 “○○펀딩”을 개설하여 불법적으로 투자자를 유치하여 자금을 모집하는 행위이다. 이러한 사례 역시 일반인이 어렵게 여기는 P2P금융, 핀테크 등의 용어를 사용하여 전문적인 금융상품인

23) 청주지방법원 2016.8.17. 선고 2016고합26, 10면 이하.

24) 청주지방검찰청 보도자료(2016.2.25.), 2면 참조.

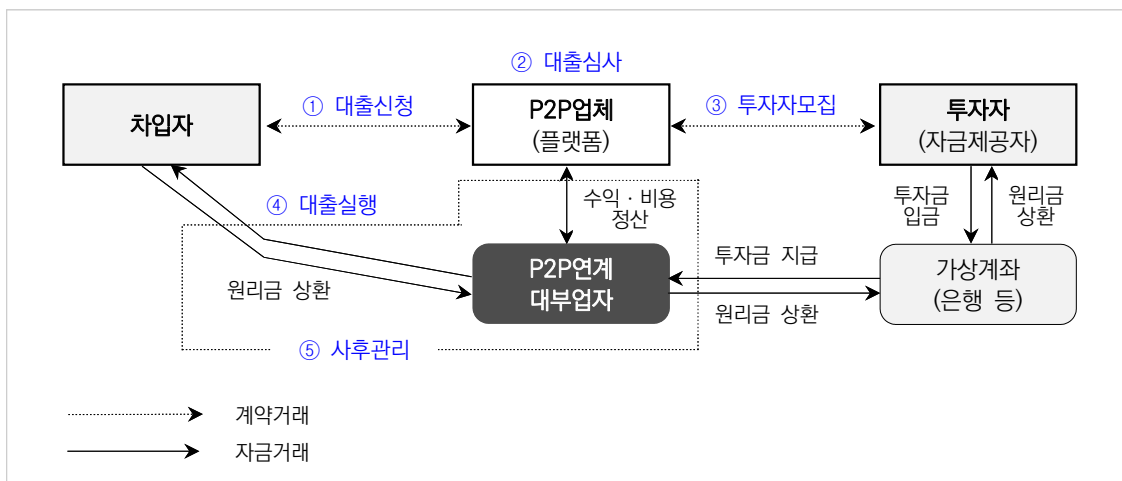
것처럼 가장하여 금전을 편취하는 행위이다.

〈사례〉 “○○펀딩” 사칭 플랫폼 제공
서울 거주 A는 “인터넷에 원금이 보호되는 ‘○○펀딩’을 개설하여, 돈이 필요한 사람은 자신이 소유하고 있는 동산(기계, 귀금속, 가방, 시계 등)을 담보로 자금을 지원받을 수 있고, 투자를 원하는 사람은 상기 동산담보에 투자를 할 수 있는 플랫폼을 제공한다.”고 하면서 원금보장 및 연평균 12%의 수익을 약속함. 또한 담보로 보관하고 있는 자신 소유 동산에 담보권을 설정해 준다고 하면서 인터넷 상에서 불특정 다수인을 대상으로 불법적으로 자금을 모집함. 이 사건 피해자는 인터넷을 통하여 “○○펀딩” 광고를 보고 8천만 원의 투자계약을 체결하였으나, 현재까지 원금도 회수하지 못하고 있음.

이 사건 역시 - 클라우드 펀딩 이용을 사칭한 것으로서 실질적인 중개행위가 개입되지 않았기 때문에 - 법령에 따른 인가·허가를 받지 아니하거나 등록·신고 등을 하지 아니하고 불특정 다수인으로부터 자금을 조달하는 유사수신행위에 해당한다(법 제2조, 제3조, 제6조).

다. 대출형 클라우드 펀딩의 체계와 범죄 실태

대출형클라우드 펀딩은 통상적으로 「대출신청 → 대출심사 → 투자자모집 → 대출실행 → 사후관리 → 청산관리」 체계로 대출이 이루어진다.



[그림 1] 대출형 클라우드 펀딩과 P2P연계대부업 도식

먼저, 차입자가 P2P업체의 온라인 플랫폼에서 대출신청을 하게 되면(대출신청 단계), P2P 업체는 대출심사를 통해 대출가능 여부를 결정하고, 차주의 대출목적이나 신용도 등의 정보를 분석하여 홈페이지 내에 게시한다(대출심사 단계). 그러면 투자자(자금제공자)는 이러한 정보를 기초로 하여 투자여부를 결정하고, P2P 업체가 안내하는 가상계좌인 소위 에스크로(Escrow)에 자금을 입금하게 된다(투자자모집 단계). 입금이 이루어지고 나면 P2P대출 연계대부업자는 P2P 업체 지시에 따라 대출계약 체결 및 송금을 한다(대출실행 단계). 이후 P2P업체는 수수료 등의 비용을 제한 “상환 원리금”을 투자자에게 지급한다. 만약 이를 연체 시 대부업자가 자체 추심하도록 하되 연체가 장기화될 경우에는 외부업체에

추심을 위임하거나 이를 매각을 할 수 있다(사후관리 단계). 만약 P2P업체가 도산하게 되는 경우에는 대출채권 매각 등으로 투자자에게 잔여자산을 배분하고, 대부업체는 대출채권의 원금 또는 이자에 관한 권리를 자금의 제공자에게 매도하게 된다(청산관리 단계).

이 같은 대출형 크라우드 펀딩 구조에 따라 나타날 수 있는 범죄 실태를 다음과 같이 정리할 수 있다.

(1) 대출신청 단계에서의 범죄행위

대출신청 단계에서는 - 투자자는 부당 대출신청여부를 확인하기 어렵기 때문에 - P2P업체(또는 소속직원)와 차입자 사이에 공모하여 차입자가 허위 또는 사기대출을 신청하는 경우가 있다.

금융감독원의 조사결과(2018.3.~4.)에 따르면, “허위 건설사업 등을 내세워 대주주 등 이해관계자에게 특혜대출하거나 투자금을 유용”한 사례가 발견되었다.²⁵⁾ 점검대상이 된 75개 연계대부업자 중 5개 사는 관계사 및 대주주 등에게 특혜성 대출을 하였고, P2P 업체 직원이 허위 사업장이나 허위차주를 내세워 대출신청 후 투자자 자금을 모집까지 하였으나 실제 대출을 실행하지는 않고 이를 유용한 사기사건이 발생하였다.

〈사례 1〉 폴라리스펀딩 사건

가짜금괴(허위 투자상품) 120여개를 담보로 P2P대출 투자자를 모집, 1,200여 명으로부터 135억 원 상당을 편취한 일당 총 9명을 검거한 사건(2018년 8월).

「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」상 사기 혐의로 “폴라리스펀딩” 전 대표 등 4명을 구속, 범행을 공모한 허위 차주 등 3명을 불구속 입건하고 베트남으로 달아난 주범 등 2명을 추적 중.

이들은 2017년 11월 말부터 2018년 6월 말까지 P2P 대출업체를 운영하며 225개의 허위 투자상품을 만든 후, “차주로부터 40억 원의 대출을 의뢰받았다. 1kg 골드바(금괴) 123개를 담보로 받아 금고에 보관 중”이라고 대대적으로 홍보하면서, 2개월 운용 뒤 투자금의 20%를 수익으로 보장하고, 투자 즉시 5~9%의 보상금을 지급한다고 하여 고수익을 미끼로 투자자를 유인함. 그러나 담보로 보관 중인 금괴는 가짜였고, 허위 차주를 내세워 자금을 모집했을 뿐이고 실제 대출은 없었음.

이 사건은 P2P대출업체와 허위차주가 공모하여 허위투자상품을 내세워 투자금을 편취한 전형적 사기사건이라 할 수 있음.

〈사례 2〉 아나리츠 사건

P2P대출업체인 “아나리츠” 운영자와 대표이사, 사내이사 및 임원 3명이 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」상 횡령, 사기 등 혐의로 구속 기소됨(2018년 7월).

P2P대출업체 운영자 등은 2016년 9월부터 2018년 6월까지 부동산 대출 등에 쓰겠다고 속여 투자자 1만여 명에게서 3만7천222차례에 걸쳐 1천138억 원을 받아 횡령 혐의를 받음.

이들은 투자금을 모집하기 위해 내세운 138건의 대출상품 가운데 10건에 대해서만 약정대로 차주에게 돈을 전달한

25) 조사개요는 다음과 같다(금융감독원, 보도자료 2018-5-28.(P2P 연계대부업자 실태조사 결과 및 투자자 유의사항). 이하 동일)

- 점검 대상: 75개 P2P 연계대부업자 (등록된 연계대부업자 중 거래실적, 민원 및 제보 등 감안, 대형 10개사 중형 34개사, 소형 31개사 선정)
- 점검 기간: 2018.3.19. ~ 3.26, 2018.4.12. ~ 4.25.
- 점검 방식: 업체당 1~2일, 현장 방문하여 임직원 면담
- 점검 내용: P2P 대출 영업구조 및 투자자보호 실태 조사 등

것으로 드러나 애초부터 투자금을 약정된 용도로 사용할 뜻이 없었던 것으로 조사되었음. 이들은 이렇게 받은 투자금의 대부분인 966억 원을 선순위 투자자에게 원금과 이자로 주는 일명 돌려막기와 주식을 사는 데 임의로 사용하여 횡령 혐의가 추가됨.

이 사건은 허위 차주에 대한 대출을 명목으로 그리고 홈페이지에 허위 투자상품을 공시하여 자금을 모집하였으면서도 실제 대출을 행하지 않고 이를 유용한 사안이다.

〈사례 3〉 루프펀딩 사건

P2P대출 업계 3위인 “루프펀딩” 대표가 투자금을 용도 외 목적으로 사용하여 사기 혐의로 구속.

2017년 말부터 2018년 6월까지 부동산 대출 등 투자상품에 쓰겠다며 투자자 7,000여명으로부터 100억여 원을 받아 다른 곳에 사용한 혐의가 있음. 검찰 조사 결과 받은 투자금을 선순위 투자자에게 원리금을 주는 일명 돌려막기에 사용하고 일부는 루프펀딩의 채무를 갚는 데 쓴 것으로 드러남. 루프펀딩은 P2P 업계 3위이자 부동산PF 주요 업체로 알려졌지만, 최근 높은 연체율을 보이다 결국 한국P2P금융협회에서 탈퇴함.

이 사건은 차주에 대한 대출을 명목으로 자금을 모집하여 실제 대출을 실행하지 않고 대출금을 유용한 사안이다.

(2) 대출심사 단계에서의 범죄행위

P2P 연계대부업자는 사실상 페이퍼컴퍼니로서 대출심사를 포함한 영위 업무의 대부분을 P2P 업체가 직접 수행하고 있는 것으로 나타나고 있다.

금융감독원의 조사결과(2018.3.~4.)에 따르면, “연계대부업자와 P2P 업체의 임직원이 대부분 겸직(점검대상 75개사 중 68개사(90.7%))하고 사업장을 공유(점검대상 75개사 중 66개사(88.0%))”하고 있는 것으로 나타나 P2P 연계대부업자는 사실상 페이퍼컴퍼니로 존재하는 것으로 나타나고 있다. 이 경우 대출심사인력의 부족 내지는 해당 인력의 경험부족에 따라 차주에 대한 심사나 담보에 대한 평가가 부실해져 투자자의 손해를 유발할 수 있다.

〈사례 1〉 불완전 판매사례

P2P대출업체 A사는 2017년 5월 인천의 한 건물 시공 연장에 필요한 자금 24억 원을 모집하면서 차주가 제공한 상가 2개를 담보물로 제시하였으나 해당 상가는 실제 존재조차 하지 않음. 담보물에 대한 분양계획서만 확인했어도 이를 알 수 있는 정보를 파악하지 않고 허위 담보물을 투자자들에게 제시함.

2017년 5월 출시한 B주유소 대출의 경우에는 기름 구매자금 명목으로 3,000만원을 펀딩했지만 연체 중임. 그 이유는 대출이 이뤄진 이후 주유소 한 곳은 매각되었고, 또 다른 곳은 인테리어 작업을 핑계로 영업을 중단하였기 때문. 또한 주유소 측이 소유한 부동산 역시 선순위자인 가압류가 다수 걸려 있어 투자자들은 원금 회수 자체가 불가능한 상황.

P2P대출업체에서 대출심사 업무를 하는 사람들은 별도의 전문 자격증을 보유한 자들이 아니기 때문에 차주로부터 제출받은 투자설명서를 보고 실질적으로 투자에 따른 성과가 나올지 여부, 대출액이 적정인지 여부, 담보물 등이 제대로 갖춰졌는지 여부 등을 판단할 능력이 떨어질 수 있다는 점을 보여주는 사례들임.

〈사례 2〉 직장인 A는 부동산PF 상품에 투자하면 연 20%의 고수익을 달성할 수 있다는 P2P업체의 홍보내용에 따라 투자하였으나, 해당 투자상품인 건축물이 착공되지 않음.

〈사례 3〉 자영업자 A씨는 부동산과 관련된 상품에는 근저당권이 설정되므로 가장 안전한 상품이라는 P2P업체의 말만 믿고 투자하였으나, 해당 P2P업체가 해당 부동산에 대한 근저당권을 설정하지 못함으로써 원금회수가 불확실함.

(3) 투자자모집 단계

투자자모집 단계에서는 고위험 상품에 대해서 투자자를 유치하기 위해 경쟁이 심해지게 되고 그 결과 과도한 경품을 제공하거나, 예컨대 부동산에 대한 담보권이 없으면서도 PF담보대출이라 칭하는 등의 허위공시, 담보로 설정한 토지의 가치를 실제보다 과대평가하여 공시하는 과장 공시, 투자위험을 알리지 않는 경우나 사업이 악화되었는데도 투자자에게 알리지 않고 대출을 갹신하는 불성실 공시와 같은 불법적 영업행위가 다수 발생하고 있다고 한다. 여기에 실제 대출이 이루어지는 금액보다 많은 금액을 모집한 후에 차액을 유용하는 사례도 발생하고 있다고 한다.

금융감독원의 조사결과(2018.3.~4.)에 따르면, PF 장기대출을 단기투자자로 돌려막기하는 사례가 다수 확인되었고, 투자금을 분리보관하지 않는 업체도 있는 것으로 나타났다.

(4) 대출실행 단계

금융감독원의 조사결과에 따르면, 이들 업체의 명목상 대출 금리는 중금리의 수준(12~16%)에 불과하지만, 플랫폼 이용료 등을 감안할 경우 차주의 실질 금융부담은 대부업자와 유사한 고금리 수준인 것으로 나타나고 있으며, 일부 중소형사는 대출계약서 상의 필수기재사항을 누락한 경우(대부업법 위반)로 적발되었다고 한다.

(5) 대출 사후관리 단계

금융감독원의 조사결과에 따르면, 투자금은 에스스로 등을 이용하여 별도로 관리하는 반면, 대출 상환원리금을 P2P 업체가 임의 관리하고 있기 때문에 지급 연체나 원리금 횡령과 같은 불법행위가 발생할 확률이 높다고 한다.

또한, 상술한 바와 같이, P2P업체는 주로 소수의 임직원만 등재한 페이퍼컴퍼니인 경우가 많은데, P2P업체 소속직원이 채권추심 업무를 수행할 소지가 있다. 이처럼 연계대부업자 소속직원이 아닌 P2P 업체 직원이 직접 대출채권을 추심하는 경우는 신용정보법 위반이 문제될 수 있다.

(6) 청산관리 단계

대출채권이 남아있는 상태에서 P2P 업체가 부실화 등을 이유로 도산하고 폐업을 신청해 버리는 경우에는 투자자에게 피해가 발생할 수 있다. 금융감독원의 조사결과(2018.3.~4.)에 따르면, “대부분의 P2P 업체는 도산 등 영업 중단 시 잔여 채권의 추심, 상환금의 배분 등에 대한 대책이 없는 것”으로 조사되었다고 한다. 따라서 고의적으로 파산이나 폐업을 하여 채무에서 벗어나는 등 범죄로 악용될 가능성이 있다.

〈사례 1〉 펀딩 사건
“펀딩”라는 이름의 업체는 70호 상품까지는 원금 및 16% 정도의 높은 이자수익을 모두 지급하였으나, 2017년 3월 모집한 71호 상품부터 부실운영에 따른 연체가 시작됨. 그럼에도 펀딩은 계속 신규상품을 개발, 투자자를 모집하였고, 연체에 이어 부실상품까지 나오면서 투자자들을 중심으로 이들 대표를 고소하려는 움직임이 시작됨. 이에 또 다른 공동대표 A는 투자 피해자들을 모아 “우리 회사에 투자하겠다는 외국계 회사가 있으니 직접 나가서 외자유치를 해 미상환금액을 상환하겠다.”고 하면서 출국함. A는 실제로 투자자 2명과 함께 홍콩으로 출국해 투자자들에게 자금이 송금된 내역을 확인시켜줌. 그러나 송금 내역서는 허위의 문서였고, A가 외자를 유치하겠다고 한 외국계 회사는 펀딩을 통해 지속적으로 돈을 대출해갔던 업체로 밝혀짐. 결국 투자자들만 귀국하고 A는 해외로 도주함. 경찰 관계자는 “아프리카 등지에 있는 것으로 알려져 있지만 정확한 위치는 알 수 없는 상황”이라며 수배를 내리는 한편, A의 여권을 무효화함.

〈사례 2〉 채무를 가진 개인이 P2P업체를 이용해 투자를 받아 해당 채무를 변제하고, 그 후 법원에 회생신청을 함으로써 P2P업체에 대한 대출금에 대한 채무에서 벗어나는 수법이 최근 많이 발생하고 있다고 함.
--

4. 보상형 및 기부형(후원형) 크라우드 펀딩 관련 범죄

현재까지는 보상형 크라우드 펀딩 및 기부형 크라우드 펀딩을 직접적으로 명확하게 규율하는 법령은 찾아볼 수 없다. 전술한 바와 같이 보상형 크라우드 펀딩은 자금수요자(통신판매업자)와 - 중개인을 매개로(통신판매중개업자) - 자금공급자(소비자) 간에 체결된 계약에 따라 물품 등을 반대급부로 제공하는 것이 주요 내용이기 때문에 전자상거래법상 통신판매에 해당될 여지가 있고, 이 경우 전자상거래법이 적용될 수 있다. 그리고 기부형 크라우드 펀딩을 통한 기부행위는 기부금품법이 문제되고 있을 뿐이다. 따라서 보상형 및 기부형(후원형) 크라우드 펀딩과 관련한 범죄도 유형도 아직까지는 정형화되지 않고 있다.

[표 9] 보상형 및 기부형(후원형) 크라우드 펀딩 관련 범죄

사건	행위 태양
USB 사기사건	“Way쇼핑”이 크라우드 펀딩 플랫폼 “와디즈”를 통해 “2테라바이트(TB)용량의 USB를 3만원에 공급”하기 위한 프로젝트 진행 - 서포터의 의심 신고로 인하여 해당 프로젝트 중단 - 초기 의심신고 및 중단으로 피해는 발생하지 않았으나 프로젝트의 진위확인 및 사기성 검증에 문제점 노출
새희망씨앗 사건	2012년 결손아동 후원 명목으로 기부단체 “새희망씨앗” 설립 2016년 플랫폼 ‘펀딩포유’에 후원형 프로젝트 개설 4만9천여 명의 기부자로부터 128억여 원의 후원금 모집 - 후원금 중 2억여 원만 기부 목적에 따라 사용하고 127억여 원을 사적으로 유용 - 업무상횡령, 상습사기, 기부금품법 위반, 정보통신망법 위반 등으로 기소 2018년 7월 31일 1심에서 회장에게 징역 8년, 대표에 징역 2년 선고
소송비용 모금 관련 문제	- 경제적 약자 및 소외계층 등이 법률적 분쟁을 겪는 경우, 변호사 선임비 등 각종 소송비용 지원을 위한 모금프로젝트가 다수 개설된 적 있음. - 해당 모금액이 정상적인 방법으로 대상자에게 전달되었는지, 또는 모금액 전액이 전달되었는지 확인하기 어려운 문제 발생 - 기부금품 모집 범위 내에 포함될 수 있는 것인지 논란이 있을 수 있음

IV. 클라우드 펀딩과 형사정책적 대응방안

1. 합법과 불법의 구별

클라우드 펀딩은 IT 기술의 발전에 따른 인터넷·SNS의 보편화에 기반을 두고, 혁신적인 사업계획을 토대로 사업을 시작하고자 하는 창업기업과 같은 자금수요자 측면에서는 은행대출이나 직접금융시장에서 자금조달의 어려움을 해소할 수 있는 수단이 되고, 자금공급자 측면에서는 클라우드 펀딩 플랫폼에서 제공되는 정보와 집단지성을 바탕으로 소액의 비상장 주식 등에 투자할 수 있는 수단이 되고 있다.

클라우드 펀딩은 기본적으로 ‘소액’ 투자라는 점과 ‘온라인’을 통해 단순 투자업무가 영위된다는 특성을 가지고 있다. 이러한 특성에 기인하여 클라우드 펀딩에 대해서는 다양한 관점에서 금융시장에의 진입규제를 완화해 주고 있다. 등록만으로 업무수행이 가능하고, 자기자본금 수준도 낮으며, 다양한 형태의 영업행위 규제들이 배제된다. 한편, 이러한 진입규제 완화는 클라우드 펀딩 제도의 남용가능성을 높게 만들고, 온라인이라는 특성이 가지는 비대면적 투자구조는 사기범죄 등이 기승할 수 있는 토양이 될 수 있다.

클라우드 펀딩은 매우 전문적이고 복잡한 여러 금융시스템과 결부되어 있기 때문에 일반인들은 전문투자자에 비해 범죄에 더욱 노출되는 상황에 처하게 된다. 어떠한 형태의 클라우드 펀딩이 합법인지 여부의 문제뿐만 아니라, 어떠한 형태의 자금모집행위가 어떠한 법률에 저촉되는지 판단하기도 어려운 실정이다. 요컨대 투자자들이 자본시장법 위반행위, 유사수신행위, 불법대부업, 불법다단계, 불법방문판매, 사기범죄 등 다양한 형태의 범죄에 노출될 수 있게 되면서, 새로운 금융기법인 클라우드 펀딩의 불법과 합법의 경계가 문제가 된다.

이러한 맹점을 이용하여 투자자를 유인하는 범죄수법이 증가하고 있다. 예컨대, ‘××펀딩’이나 ‘☆☆클라우드 펀딩’과 같은 명칭을 사용하여 적법한 단체로 위장하고 금융관련범죄나 사기범죄를 저지르는 것이 대표적인 유형으로 보고되고 있다.

이러한 범죄피해 방지를 위해서는 특히, 적법한 클라우드 펀딩과 불법인 유사수신행위가 구별되어야 한다.

불법인 “유사수신행위”란 다른 법령에 따른 인가·허가를 받지 아니하거나 등록·신고 등을 하지 아니하고 불특정 다수인으로부터 자금을 조달하는 것을 업으로 하는 행위를 말한다(유사수신행위법 제2조).²⁶⁾

이러한 행위는 그 행위의 특성상 은행업, 집합투자업, 투자매매업 등 금융위원회의 인가가 필요한 금융업에 해당하는 것으로서, 인가를 받지 않거나 인가제도 예외에 해당하지 않은 경우에는 불법 자금 융인 유사수신행위가 된다.

예를 들어, 온라인소액투자중개업자로 등록하지 않고 위의 “유사수신행위법 제2조”에 해당하는 행위

26) 유사수신행위: 장래에 출자금의 전액 또는 이를 초과하는 금액을 지급할 것을 약정하고 출자금을 받는 행위, 장래에 원금의 전액 또는 이를 초과하는 금액을 지급할 것을 약정하고 예금·적금·부금·예탁금 등의 명목으로 금전을 받는 행위, 장래에 발행가액 또는 매출가액 이상으로 재매입할 것을 약정하고 사채를 발행하거나 매출하는 행위, 장래의 경제적 손실을 금전 또는 유가증권 등으로 보전해 줄 것을 약정하고 회비 등의 명목으로 금전을 받는 행위

를 하는 경우는 물론이고, 합법적으로 등록을 마친 경우에도 - 클라우드 펀딩중개업이 아닌 - 유수신행위법 제2조에 해당하는 행위를 하는 경우에는 불법적인 유사수신행위가 된다. 한편 온라인소액투자중개업자로 등록하지 않고 “온라인소액투자중개업무”를 수행하는 경우에는 클라우드 펀딩 중개업을 규정한 자본시장법 위반이 된다. 다시 말해 온라인소액투자중개업자로 등록한 자가 온라인소액투자중개업무를 수행하여야 적법한 클라우드 펀딩이다. 이것은 대부업법이 적용되는 대출형 클라우드 펀딩(P2P 연계대부업자)에도 그대로 적용된다.

2. 증권형 클라우드 펀딩 관련

자본시장법상 투자형(증권형) 클라우드펀딩 제도는 2016년 1월부터 시행되었다. 따라서 관련 위반행위에 대한 공식적인 통계는 아직 존재하지 않는다. 또한 증권형 클라우드펀딩 관련 불법행위 유형(자본시장법상의 규제에 대한 직접적인 위반행위 유형)의 사례도 찾아보기 어려운 상황이다. 다만 - 위에서 보는 바와 같이 - 자본시장법을 통해 합법적으로 인정되고 있는 동 제도를 사칭하여 불법적인 자금모집을 하는 사례가 빈번하게 발생하고 있는 것으로 나타나고 있다.

가. 발행인의 범죄이력과 증권발행 규제 필요

클라우드 펀딩의 투자자를 보호하기 위해서 자본시장법은 온라인소액투자중개업자 및 온라인소액증권발행인의 범죄이력을 일정한 규제 요건으로 설정하고 있다. 그러나 자본시장법은 증권 모집단계 전에 온라인소액증권발행인·대주주·임원의 형사처벌에 관한 사항과 소송의 당사자에 관한 사항에 대하여 온라인소액투자중개업자가 개설한 홈페이지에 게재하도록 하고, 그에 대한 판단은 투자자에게 일임하고 있다. 클라우드 펀딩은 - 증권발행에 대한 재무제표의 검증이 미흡한 체계 하에서는 - 사기범죄에 매우 취약한 온라인전용의 증권발행이라는 특성을 가지고 있다는 점을 고려해 볼 때, 온라인소액증권발행인과 그 대주주·임원의 범죄이력을 증권발행 금지 요건으로 할 필요가 있다고 생각된다.

나. 제재규정의 정비

각종 제재 규정이 보다 세밀하게 정비되어야 할 필요가 있다. 우선 온라인소액투자중개업자의 미등록 영업행위를 처벌하고는 있으나 이는 대출형 클라우드 펀딩의 연계대출업자의 미등록 영업행위 처벌규정과 비교해 보면 동일한 불법성을 가지고 있음에도 차이가 있어 그 법정형을 보다 강화할 필요가 있다. 반면 불법성에 차이가 있는 ‘등록’ 위반과 ‘변경등록’ 위반 행위는 법정형에 차이를 두는 것이 타당하다.

그리고 유사한 명칭을 사용한 행위는 사기범죄의 수법으로 많이 이용되고 있기 때문에 유사한 명칭을 사용행위가 무엇인지에 대하여 보다 자세히 규정하는 한편, 그 법정형을 상향할 필요가 있다고 판단된다.

한편, 온라인소액투자중개업자가 자신이 게재한 내용이 사실인지 확인하는 업무는 클라우드 펀딩의 성공을 위한 핵심 업무이다. 따라서 이러한 의무를 위반한 것을 과태료 부과대상으로 한 것은 불합리하

며, 의무이행을 확보한다는 차원에서 형벌로 처벌하는 것이 타당하다고 여겨진다.

또한, 중앙기록관리기관과 예탁결제원의 타인에 대한 자료제공 금지의무 위반에 대한 제재규정이 신설되어야 한다.

그리고 통상적으로 내부자의 공익신고는 범죄의 적발 및 처벌에 있어서 매우 중요하다. 따라서 이러한 공익신고자에 대한 인센티브제도, 즉 자수감면제도가 도입되어야 한다.

3. 대출형 크라우드 펀딩 관련

대출형 크라우드 펀딩은 - 제2장에 살펴 본 바와 같이 - 「대출신청 → 대출심사 → 투자자모집 → 대출실행 → 사후관리 → 청산관리」 순서로 이루어지는 구조이다. 이러한 구조 속에서 '무등록영업행위'를 비롯하여 각 단계에서 다음과 같은 형태의 불법행위가 발생하는 것으로 조사되었다.

가. 자율규제 강화

현재 대출형 크라우드 펀딩은 대부업법 및 그 시행령을 통하여 간접적으로 규제하고 있는 실정이다. 즉 P2P연계대부업자를 반드시 등록하도록 하고, 이들을 통해서만 대출이 이루어지도록 함으로써 규제를 하고 있다. 한편 비록 강제력이 없는 자율적 규제방안이기는 하지만, 「P2P대출 가이드라인」을 도입하여 이를 통해 투자자 보호를 실현하고자 노력 중이다. 향후 사기범죄 등 피해로부터 투자자를 보호하기 위하여 허위 사업장이나 허위 차주에 대한 대출 방지, 무분별한 “대출 돌려막기”로 인한 투자자피해 방지, 상환금에 대한 횡령 방지 등을 위한 지속적인 가이드라인 개정 작업이 필요하다(2019.10.31. 국회 본회의를 통과한 「온라인투자연계금융업 및 이용자 보호에 관한 법률안」이 시행되기 이전까지).

나. P2P연계대부업자 규제 개선

P2P연계대부업자에 대한 제재규정이 정비되어야 할 필요가 있다. 앞서 설명한 바와 같이 연계대부업자의 미등록 영업행위는 처벌을 받게 된다. 그런데 자본시장법에서 규율하고 있는 온라인소액투자중개업자의 미등록 영업행위 처벌규정과 비교하여 법정형이 지나친 측면이 있다. 두 행위는 유사한 불법성을 갖고 있기에 처벌의 균형성을 고려하는 차원에서 법정형을 다소 완화시킬 필요가 있다.

또한 전술한 것과 같이 ‘등록’ 의무위반과 ‘변경등록’ 의무위반행위는 그 행위의 불법성의 차이가 있으므로 법정형도 차등을 두어야 할 것이다.

한편 연계대부업자는 일반적인 대부영업을 영위하지 못하도록 금지하고 있음에도 그 위반에 대한 처벌규정이 없는 실정이다. 따라서 겸업금지 등의 제한을 법률에 명확히 규정하고 위반행위를 처벌하도록 규정하여야 할 것이다.

다. 투자자 보호를 위한 관련 규정 마련

대부업법은 차입자에 대한 보호 장치 중심으로 규율하고 있기 때문에 투자자 보호를 위한 관련

규정이 존재하지 않는다. 따라서 투자자 보호를 위하여 추가적인 규정이 마련되어야 할 것이다.

라. 독립적 규율체계 검토

장기적인 관점에서 볼 때, P2P연계대부업자에 대한 간접적 규제 수준에서 탈피하여 대부업법 내의 분리된 조항을 통해서 또는 독립적인 법률의 제정을 통해서 P2P대출업을 규율할 필요가 있다.

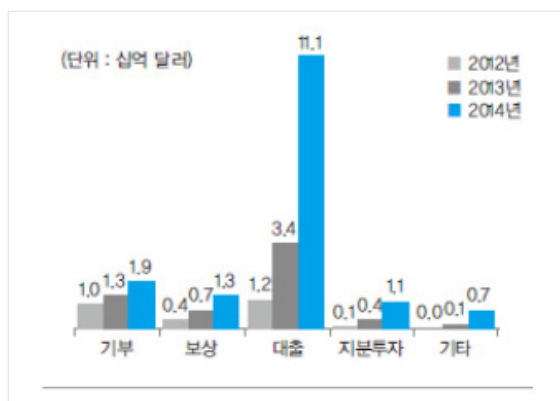
P2P대출업체가 단순 중개 이상의 업무를 수행하는 점을 감안하여 단순 중개만을 수행하는 대부업자나 증권형 크라우드 펀딩업자보다 강화된 요건이 필요하다. 따라서 별도의 법률 제정이 이루어져야 할 것으로 생각된다. 이를 위해 실제로 많은 입법안들이 제시되고 있는데, 타 법령과 균형이 맞지 않는 내용이 있는 경우도 있고, 반드시 필요한 제재를 규정하지 않은 경우가 있으므로 이를 검토하여 개선하여야 할 것이다.

「온라인투자연계금융업 및 이용자 보호에 관한 법률안(대안)(정무위원장)」

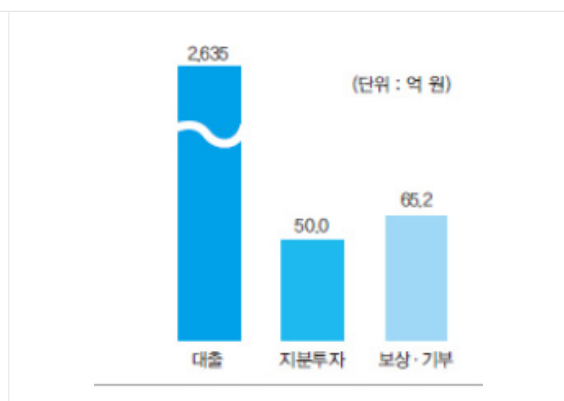
- 2019.08.22. 정무위 의결
- 2019.10.24. 법사위 의결
- 2019.10.31. 국회 본회의 의결
- 2019.11.12. 정부이송

4. 보상형 크라우드 펀딩 관련

2013년 이전까지는 보상형 및 기부형이 상대적으로 많은 부분을 차지했으나, 2013년 이후 P2P대출을 중심으로 한 대출형 크라우드 펀딩 시장이 급격히 성장하면서 2014년 기준으로 대출형 크라우드 펀딩이 전체의 약 70%를 차지하고 있는 것으로 나타나고 있다. 그 다음으로 기부형, 보상형, 지분투자형의 순서이다.



[그림 2] 크라우드 펀딩 추이



[그림 3] 크라우드 펀딩 규모(2015.6월 기준)

국내 크라우드 펀딩 유형별·분야별 규모를 보면, 2015년 6월 기준으로 대출형 크라우드 펀딩 규모가 약 2,635억 원으로 가장 크며 지분투자형과 보상·기부형은 각각 50억 원과 65억 원 정도의 규모인

것으로 나타났다.

보상형 크라우드 펀딩은 자금수요자(통신판매업자)와 자금공급자(소비자)간 계약이 중개인(통신판매 중개업자)을 매개로 온라인 환경에서 체결되고, 반대급부로 물품 등이 제공되기 때문에 전자상거래법상 통신판매에 해당할 수 있어 전자상거래법의 적용대상이 될 가능성이 있다.

그러나 통신판매와 보상형 크라우드 펀딩은 각각의 특성에 따라 거래구조, 계약관계, 청약철회권, 상품정보제공 등에서 본질적인 차이가 있어 직접 적용이 어려우며 특히 형벌조항의 적용은 유추적용 금지 원칙에 따라 불가능하다. 따라서 전자상거래법을 개정하여 보상형 크라우드 펀딩을 이용한 범죄에 대응할 필요가 있다.

5. 기부형 크라우드 펀딩 관련

현재 기부형 크라우드 펀딩에 대해서는 기부금품법이 적용될 수 있다. 따라서 모금액이 1천만 원 이상인 경우에는 등록할 것, 공개적 모집장소에서 모금할 것, 모집종료의 요건을 준수할 것 등의 규제를 준수할 필요가 있다.

그러나 기부금품법은 크라우드 펀딩을 염두고 두고 제정된 것이 아니기 때문에 그 특성을 반영하기 어려운 점이 있다. 따라서 기부형 크라우드 펀딩을 활성화하고 사기 등 범죄에 악용되는 것을 예방하도록 모집목적의 명확화, 환급방식이나 모집장소 개념 재정립, 중개플랫폼의 책임 강화 및 감독권 부여 등을 기부금품법에 추가할 필요가 있다.



제10회 형사사법포럼

변화하는 범죄트렌드에 따른 새로운 형사정책의 방향

제2주제

정신질환자 범죄의 예방 및 감소를 위한 지역사회 내 관리방안

안 성 훈

(한국형사정책연구원 연구위원)

정신질환자 범죄의 예방 및 감소를 위한 지역사회 내 관리방안

안 성 훈

(한국형사정책연구원 연구위원)

1. 들어가며

정신건강의 문제는 개인의 문제일 뿐만 아니라 그와 관련된 가정·학교·직장·지역사회 등의 전반에 걸쳐 다양한 문제를 초래한다는 점에서 국가적 차원에서 많은 사회경제적 부담으로 작용하고 있다.¹⁾ 특히 정신건강 문제에 기인하여 중대한 범죄가 발생하였을 경우 이러한 정신건강 문제의 심각성이 극단적으로 나타나 우리 사회를 충격에 빠뜨리기도 한다. 실제로 2016년 강남역에서 발생한 ‘묻지마 살인사건’은 정신분열증이 있는 환자의 피해망상에 의한 살인사건이라는 점에서, 사제총기로 경찰을 살해한 ‘오패산 터널 총격사건’ 역시 다수의 범죄전과 경력이 있는 정신장애자에 의해 발생했다는 점에서, 또한 2019년 4월 17일 경남 진주시 가좌동에서 발생한 ‘진주 방화·살인사건’은 가해자가 과거 5년간 68차례 조현병 진료를 받은 적이 있고, 다수의 정신병력적 폭력성향으로 형사사법기관에 체포된 경력이 있는 정신질환자에 의한 살인사건이라는 점에서 우리 사회를 충격에 빠뜨렸다. 이와 같이 일반인이 이해할 수 없는 심리상태에서 잔인하고 충격적인 범죄를 저지르는 사례가 연이어 발생함에 따라 우리 사회가 정신질환자 범죄에 대한 대응을 적절히 하고 있는지에 대한 근본적인 의문을 제기하고 있다.

‘2018년 범죄백서’에 따르면 정신질환범죄자는 초범(14.8%)보다 9범 이상(17.4%)의 비율이 더 큰 것으로 나타나고 있고, 최근 5년간 이러한 증가현상이 계속 나타나고 있어 정신질환범죄자의 재범률이 높다는 점을 문제점으로 지적²⁾하고 있으며, 재범요인으로는 정신질환범죄자가 퇴원한 이후에 직면하는 사회적·경제적 요인과 함께 지속적으로 치료되지 못하여 재발하는 정신질환요인이 지적되고 있다.

그동안 정부는 정신질환자에 의한 범죄가 발생하였을 경우 치료감호소나 교도소내의 의료적 처우 등을 통한 구금치료에 중점을 두어 왔다. 그러나 최근에 발생한 일련의 정신질환자에 의한 범죄는 지역사회 내에 거주하고 있는 사람들에게 의해서 발생하였고, 전과경력과 치료경력이 있는 자에 의해서

1) 이에 따라 정신건강 문제를 가지고 있는 개인에 대한 예방과 치료 및 재활의 중요성은 점차 강조되고 있으며, 국가적으로도 정신건강 증진을 위한 인프라 확충이 시급히 요구되고 있다.

2) 약물사범을 포함한 치료감호 가중료 보호관찰 대상자의 42%가 3년의 보호관찰기간 동안에 재범을 저지르고, 정신질환 범죄자의 재범률도 30% 수준에 이르고 있다는 연구결과가 보고되고 있다. 손외철(2011), “치료감호 가중료자의 재범요인에 관한 연구”, 동국대학교 박사학위논문, 3쪽.

발생하는 경우가 많다는 특징을 보이고 있다는 점에서 종래의 사후처벌 위주의 대책에서 벗어나 지역사회 내에서의 사전관리와 재발방지에 중점을 두는 정신질환범죄자의 재범방지 대책 수립이 시급한 실정이다.³⁾ 이와 같이 정신질환자 범죄로부터의 사회안전망 확보를 위한 지역사회 내에서의 치료와 관리·감독이 더욱 중요해짐에 따라 이들에 대한 범죄예방활동과 치료 및 지도·감독·지원의 강화는 물론이고 이러한 활동이 실질적이고 효율적으로 작동할 수 있도록 하기 위해 형사사법과 정신의료의 연계성을 통한 관련 기관의 유기적이고 효과적인 연계 및 협조체제 구축의 필요성이 강조되고 있다.

이하에서는 정신질환자범죄를 방지하기 위한 현행 관련 대책을 살펴본 후, 현행 제도의 문제점을 지적하고 이에 대한 개선방안을 모색해보고자 한다.

2. 정신장애의 유형과 범죄

정신질환과 범죄의 상관관계에 대해서는 범죄학과 정신의학 분야에서의 많은 선행연구 결과들이 있으나, 명확한 기준을 제시하는 연구결과는 찾아보기 어렵다. 일반적으로 정신장애와 범죄와의 관련성은 약한 것으로 평가되고 있으며, 다만 몇몇 한정된 정신질환과 집단에서만 강한 상관관계가 인정되는 것으로 평가되고 있다.⁴⁾ 현행 정신건강복지법에서 규정하고 있는 정신질환 중 범죄와의 상관관계가 있는 것으로 평가되는 유형에는 정신분열장애(조현병), 망상장애, 기분장애 등이 범죄와 상관관계가 있는 것으로 보고되고 있다.⁵⁾

가. 정신분열장애(Schizophrenia, 조현병)

정신분열병은 주요 정신병의 하나로서, 뇌의 기질적 장애로 인한 의식혼탁의 징조 없이 사고, 정동,⁶⁾ 감각, 의욕, 운동성 행동 등 인격의 각 측면에서의 특이한 와해를 일으키는 병을 말한다.⁷⁾ 정신분열병은 병의 유병률이 비교적 높고(인구의 약 1%), 젊은 나이에 발병하며, 경과가 만성적이고 파괴적인 경우가 많고, 이 병으로 인한 사회의 직·간접적 비용이 매우 크기 때문에 정신분열병의 진단과 치료는 매우 중요하다.⁸⁾

3) 2016년 강남역에서 발생한 '묻지마 살인사건'과 사제총기로 경찰을 살해한 '오패산 터널 총격사건' 등을 계기로 정부는 2016년 12월부터 범죄를 저지른 주취·정신질환자 가운데 치료의 필요성과 재범의 위험성이 있는 심신장애인, 알코올 중독자 등에 대해 형의 선고 또는 집행을 유예하고 보호관찰관 감독 하에 전문병원에서 먼저 치료를 받도록 명할 수 있는 '치료명령제도'를 도입하여 실시하였고, 또한 치료감호 기간이 만료된 출소자에 대해서도 보호관찰제도를 도입하는 등 범법정신질환자에 대한 사회 내 치료와 관리를 강화하였음에도 불구하고 정신질환자에 의한 범죄가 계속해서 발생하고 있어서 관련 대책마련에 있어 접근 관점의 근본적인 변화가 필요하다.

4) 독일의 Häfner와 Böker(1973)의 연구에서는 전체적으로 정신장애자들의 범죄율은 일반인보다 높지 않으나, 정신분열증 환자의 경우 일반인보다 다소 범죄율이 높은 것으로 나타나고 있으며, 우울증과 정신지체, 그리고 뇌손상을 입은 정신장애자들은 일반인보다 범죄율이 낮은 것으로 보고되고 있다. 손외철(2011), 앞의 논문, 21쪽.

5) 위의 논문, 21쪽.

6) 희로애락과 같이 일시적으로 급격히 일어나는 감정 또는 진행 중인 사고 과정이 몇게 되거나 신체 변화가 뒤따르는 강렬한 감정 상태를 말한다(표준국어대사전).

7) 이정균/김용식 편저(2003), 정신의학 제4판, 일조각, 252쪽.

8) 민성길 외 다수(2006), 최신정신의학 제5판, 일조각, 242쪽.

정신분열병의 특징적인 증상은 크게 정신병적 증상과 와해증상, 음성증상으로 구분된다. 이중 정신병적 특징을 살펴보면, 전형적인 정신병적 증상으로 환각과 망상을 들 수 있다.

1) 환각(hallucination)

환각은 정신분열병의 가장 특징적인 증상 중의 하나로, 감각기관에 대한 외부 자극이 없는데도 마치 있는 것처럼 지각하는 것으로, 질적으로 실제 지각과 비슷하다.⁹⁾ 정신분열병 환자들이 경험할 수 있는 환각으로는 환청(auditory), 환시(visual), 환촉(tactile), 환미(gustatory), 환후(olfactory hallucination)가 있으며 여러 환각이 함께 나타나기도 한다. 정신분열병에서는 환청이 가장 흔히 나타나는데 사람 목소리가 가장 많고 그 밖의 소리나 음악으로도 경험한다. 사람 목소리일 경우에는 중얼거리는 식으로 잘 안 들리는 경우도 있고 반대로 분명하게 들릴 수도 있다. 또 단어, 구절, 문장의 형태로도 들린다. 환청에 대하여 환자는 다양한 태도를 보이는데 어떤 환자는 아무런 관심을 갖지 않고, 어떤 환자는 매우 괴로워하며 환청의 내용과 투쟁하려 하기도 하며, 또한 어떤 환자는 환청이 지시하는 대로 행동하거나 환청에 대답하기도 한다.¹⁰⁾

2) 망상(delusion)

망상은 사고에 장애가 생긴 것으로, 그 사람의 교육적, 문화적 배경을 고려하더라도 사실이 아닌 것을 사실이라고 확신하는 것을 말한다.¹¹⁾ 정신분열병에서 보이는 망상은 그 내용에 따라 관계망상(reference), 피해망상(persecutory), 과대망상(grandiose), 신체망상(somatic), 종교망상(religious), 허무망상(nihilistic), 성적망상(sexual delusion) 등 다양하게 나타난다.¹²⁾ 망상의 증상은 정신분열병 환자에게 주로 발생하지만, 기분장애나 뇌장애, 그리고 물질사용으로 인해 정신병을 보이는 환자에게도 나타난다.¹³⁾ 망상은 주로 관계망상이나 피해망상이 가장 흔하게 나타나는데, 과대망상도 드물지 않게 나타나고 있다.¹⁴⁾ 망상은 환각, 특히 공격적인 내용의 환청을 동반하는 경우가 많다.¹⁵⁾ 그 증례는 아래의 사례와 같다.

9) 대한신경정신의학회(2005), 신경정신의학 제2판, 중앙문화사, 421쪽.

10) 위의 책, 421-422쪽.

11) 위의 책, 422쪽.

12) 위의 책, 422쪽.

13) 위의 책, 422쪽.

14) 이정균/김용식 편저(2003), 앞의 책, 273쪽.

15) 위의 책, 273쪽.

망상 증례1

29세의 남자환자는 다른 사람들이 기침을 하여 자기를 괴롭히고 있다는 피해망상을 가지고 있었다. 그는 가상적 혹은 실제적인 기침소리에 괴로워하고 있었고, 이것을 병적인 증상으로 보는 사람들에게 심한 적개심을 품었다. 그는 정신감정을 한 정신과의사와 망상에 입각한 기물파괴로 일시 수감되었던 교도소의 직원을 상대로 다음과 같은 탄원서를 썼다.

존경하옵는 검찰총장님,

저로서는 도저히 해결할 수 없는 너무나 괴로운 일로 탄원하옵니다. 저는 4년 전부터 어디건 제가 있는 곳에서 제 주위에 있는 여러 사람으로부터 가래침 뱉는 소리, 기침소리들 이외의 여러 종류의 소리로 자극을 받아 왔습니다. 저는 그러한 자극으로 살 의욕마저 잃을 정도의 심한 피해를 입고 있지만 제게 자극을 주려는 의도가 무엇인지, 이러한 일을 주도하는 사람이 누구인지 알지 못하며 그들은 자기들의 고의적 행위를 부정하고만 있습니다. 4년에 걸친 이러한 자극은 제게 너무나 괴롭고 고통스러워 정상적인 생활을 영위하지 못하고 있으며 생명을 가진 인간으로 살아 있을 수도 없을 것 같습니다. (중략)

부디 저의 탄원을 들어주시어 악랄하고 잔인하고 조직적이고 계획적이라는 점 외엔 인간으로 느껴지지 않는 이들의 행위를 밝혀주시고 고소장도 처리하여 주시기 바랍니다.

년 월 일

주소

탄원인 ○○○ 올림

※ 이정균/김용식 편저(2003), 정신의학 제4판, 일조각, 268쪽 사례 인용.

나. 망상장애(Delusional Disorder, 편집장애)

망상장애는 주된 증상이 망상인 장애를 말한다. 망상은 대부분 단순하지만 괴이하지 않으며, 인격기능은 유지된 채 망상내용에 적절한 감정을 동반한다.¹⁶⁾ 이에 비해 망상형 정신분열병에서는 망상이 괴이하고 단편적이며 체계화되어 있지 않다는 점에서 차이가 있다. 망상장애에서 망상은 정교하게 체계화된 지속적인 망상으로 피해적, 질투적, 과대적, 색정적, 신체적 망상 등의 내용으로 나타나며, 이러한 망상증상은 일시적이거나 간헐적일 수도 있고 일생 동안 지속될 수도 있다.¹⁷⁾

망상장애자는 일반 사회적 활동에는 지장이 없어 보이고 인격도 건전해 보이지만, 의심이 많고 편파적이며 적대적이고, 또한 시비가 많고 잘 따지려 드는 경향을 보인다.¹⁸⁾ 감정상태는 망상과 일치하여 과대망상일 때는 감정이 고양되고, 피해망상적일 때는 경계적으로 의심스러워한다. 또한 망상의 내용에 따라 충동조절장애가 있을 수 있는데, 이에 따라 자살, 살인, 강간, 기타 폭력을 행사할 의도나 계획을 가질 수 있고 또 수행할 위험도 있다. 따라서 이를 자제할 능력이 없거나 그런 병력이 이미 있을 때에는 입원시키는 것이 좋다.¹⁹⁾

16) 민성길 외 다수(2006), 앞의 책, 300쪽.

17) 위의 책, 305쪽.

18) 위의 책, 302쪽.

19) 위의 책, 302쪽.

DSM-IV에서는 망상장애의 유형을 색정형(erotomaniac type), 과대형(grandiose type), 질투형(jealous type), 피해형(persecutory type), 신체형(somatic type), 복합형(mixed type), 비정형형(unspecified type)으로 분류하고 있다.²⁰⁾

다. 기분장애(Mood Disorder)

기분이란 외적 자극과 관계없이 자신의 내적인 용인에 의해서 결정되는 정동상태(affective state)를 의미하는데, 기분장애란 우울하거나 들뜨는 기분의 장애가 중심이 되는 일련의 장신장애를 말한다.²¹⁾ 기분장애에는 기분이 저조한 상태와 기분이 들뜨고 몹시 좋은 양 극단이 있는데, 기분이 저조한 상태를 우울증(depression), 기분이 들뜬 상태를 조증(mania)이라고 한다.²²⁾ 정신의학에서 말하는 우울증과 조증의 상태는 단순히 기분의 일시적인 저하 또는 고양만을 의미하는 것이 아니다. 즉 우울증의 상태는 객관적 상황과는 관계없이 일어나는 정서의 병리현상으로, 일시적으로 기분만 저하된 상태를 의미하는 것이 아니라 생각의 내용, 사고과정, 동기, 의욕, 관심, 행동, 수면, 신체활동 등 전반적인 정신기능이 저하된 상태를 말한다.²³⁾ 이에 따라 우울증 환자는 자기의 모든 생활이 우울한 기분으로 덮여 있고 정신운동의 저하, 자살의욕, 염세감, 자책감 그리고 절망에 사로잡혀 있다.²⁴⁾ 조증은 기분이 좋은 외적 여건이 있어서 마음이 들뜨고 유쾌해지는 정상적인 경우와는 달리, 현실적 여건과는 맞지 않게 자기 스스로 기분이 들뜨고 자신감과 자존심에 차 있는 병리현상을 말한다.²⁵⁾

주요 우울장애는 가장 흔한 정신장애 중의 하나로 미국 등 서양에서는 여자의 경우 10~25%, 남자의 경우 5~10% 정도가 평생에 한 번 이상 주요우울장애에 걸릴 위험이 있다고 보고되고 있다.²⁶⁾ 우리나라에서는 평생 유병률이 이보다 적은 3~5% 정도로 조사된 바 있는데, 일반적으로 인구의 5~10%가 주요우울장애를 앓고 있으며, 3~5%가 치료를 요하는 중증 주요우울장애로 추정되고 있다.²⁷⁾ 주요우울장애는 남자보다 여자에게 2배 정도 많이 발생하고 있는데, 그 이유는 분명하지 않지만, 산후우울증, 갱년기 우울증, 생리전 증후군 등에서 나타나는 호르몬이 영향을 미치는 것으로 추정되고 있으며, 이와 함께 사회문화적 스트레스의 해소방법이 제한적이라는 점, 또한 남성들이 우울증상을 상대적으로 덜 표현하거나 병원을 잘 방문하지 않기 때문이라는 점 등이 이유로 추정되고 있다.²⁸⁾ 한편 주요우울장애는 자살과 밀접한 관계가 있는 것으로 보고되고 있는데, 일반적으로 자살기도자의 70%는 정신장애를 가지고 있으며, 그 중 70%는 주요우울장애 환자인 것으로 추정하고 있다.²⁹⁾

20) 위의 책, 300-301쪽.

21) 이정균/김용식 편저(2003), 앞의 책, 304쪽.

22) 위의 책, 304쪽.

23) 대한신경정신의학회(2005), 앞의 책, 165쪽.

24) 이러한 점에서 어떤 대상을 상실했을 때 어느 기간 동안 서러움과 연민을 느끼는 상태인 슬픔과는 구별된다. 이정균/김용식 편저(2003), 앞의 책, 304쪽.

25) 위의 책, 304쪽.

26) 위의 책, 169쪽.

27) 위의 책, 169쪽.

28) 위의 책, 169쪽.

29) 위의 책, 169쪽.

조증의 경우는 심한 조증상태를 조증삽화(manic episode)라고 하고, 정상 혹은 보통 상태와는 뚜렷이 구분되지만 정도가 조증삽화보다 경미한 경우를 경조증삽화라고 하며, 조증삽화와 주요우울삽화가 동일 기간 내에 동시에 나타나는 경우는 혼재성 삽화라고 한다.³⁰⁾ 조증삽화 때 나타나는 특징적인 기분상태는 고양되고 과대하거나 과민한 기분의 상태로, 자신만만하고 야심찬 계획이 좌절될 경우 쉽게 과민하게 변하기도 한다.³¹⁾ 조증환자들은 술을 과도하게 마시거나 이른 아침에 잘 모르는 사람에게 전화를 하는 등 무절제한 모습을 보이기도 하고, 병적인 도박을 하거나, 공공의 장소에서 지나치게 밝은 옷을 입고, 어울리지 않는 장신구를 하는 등 일탈된 행동을 하는 경향이 있으며, 또한 전화를 끊는 것을 잊어버리는 등 세세한 부분에 주의를 기울이지 못한 양상을 보인다.³²⁾ 종종 종교적, 정치적, 경제적, 성적 및 피해적 사고에 과도하게 집착하기도 하고 이는 복잡한 망상체계로 발전할 수도 있다.³³⁾

3. 정신질환자의 범죄 현황

정신질환자의 대부분은 범죄와 무관하게 생활하고 있으나, 일반인이 어떠한 원인에 기인하여 범죄를 저지르는 것과 같이 정신장애를 가지고 있는 자 중에는 정신질환이 원인이 되어 범죄를 저지르는 자가 있다는 것도 사실이다. 그러나 그 수는 매우 적은 수로 전체범죄자(200만명)의 0.1~0.3%내의 범위이다(발생비율로 보더라도 15분의 1 수준).

가. 정신질환자 범죄 발생 추이

〈표 1〉 정신질환자 범죄 발생 추이

단위: 명(%)

구 분		2013	2014	2015	2016	2017
계	전체 검거인원	1,996,629 (100)	1,879,548 (100)	1,948,966 (100)	2,020,196 (100)	1,861,796 (100)
	정신질환자	6,001 (0.3)	6,301 (0.3)	7,016 (0.4)	8,343 (0.4)	9,089 (0.5)
형법범	전체 검거인원	1,027,127 (100)	949,859 (100)	993,932 (100)	1,007,048 (100)	962,775 (100)
	정신질환자	4,949 (0.5)	5,426 (0.6)	5,952 (0.7)	7,072 (0.7)	7,840 (0.8)
특별법범	전체 검거인원	969,502 (100)	929,689 (100)	955,034 (100)	1,013,148 (100)	899,021 (100)
	정신질환자	1,052 (0.1)	875 (0.1)	1,064 (0.1)	1,271 (0.1)	1,249 (0.1)

※ 대검찰청, 범죄분석, 각 연도.

30) 위의 책, 167쪽.

31) 이러한 기분상태에 있는 환자를 모르는 사람은 환자의 평소와 다른 기분상태를 인지하지 못할 수도 있지만, 가족이나 주변 사람들과 같이 환자를 잘 아는 사람들은 환자의 기분상태가 비정상적이라는 것을 알 수 있다. 위의 책, 187쪽.

32) 위의 책, 187쪽.

33) 위의 책, 187쪽.

지난 5년 동안 정신질환자에 의한 범죄 발생 추이를 살펴보면 2013년 6,001명, 2014년 6,301명, 2015 7,016명, 2016년 8,343명, 2017년 9,089명으로 꾸준히 증가 추세를 보이고 있으며 비율로는 2013년 대비 2017년에는 51.4% 증가하였다. 이는 전체 검거인원이 2013년 대비 2017년에 6.8% 감소한 것과 비교해 본다면 정신질환자에 의한 범죄는 매우 큰 증가율을 보여주고 있음을 알 수 있다. 이러한 증가폭은 전체 검거인원에서 정신질환자가 차지하는 비율에서도 확인할 수 있다. 특별법범의 경우에는 지난 5년 동안 전체 검거인원에서 정신질환자가 차지하는 비율이 0.1%를 유지하고 있으나, 형법범의 경우에는 그 비율이 2013년 0.5%에서 2018년에는 0.8%로 증가하였다. 이는 곧 전체 검거인원에서 정신질환자가 차지하는 비율이 2013년에는 0.3%에서 2016년에 0.5%로 증가하는 원인이 되었음을 알 수 있다. 정신질환범죄자의 검거인원을 법률별로 살펴보면, 형법범죄는 2013년 4,949명, 2014년 5,426명, 2015년 5,952명, 2016년 7,072명, 2017년 7,840명으로 꾸준히 증가 추세를 보이고 있으며, 특별범죄의 경우에는 2013년 1,052명에서 2014년 875명으로 일시적으로 감소하였다가, 2015년 1,064명, 2016년 1,271명, 2017년 1,249명으로 다시 증가추세를 보이고 있다.

나. 주요 죄명별 정신질환자 범죄 발생 현황

〈표 2〉 주요 죄명별 정신질환자 범죄 발생 현황

단위: 명(%)

구분	계	형 법 범									특별법범
		소계	재산범죄	강력범죄 (흉악)	강력범죄 (폭력)	위조범죄	공무원 범죄	풍속범죄	과실범죄	기타	
2013	6,001 (100)	4,949 (83.9)	2,327 (38.8)	632 (10.5)	1,411 (23.5)	32 (0.5)	- (0.0)	66 (1.1)	35 (0.6)	480 (8.0)	1,052 (17.5)
2014	6,301 (100)	5,426 (86.1)	2,401 (38.1)	731 (11.6)	1,544 (24.5)	15 (0.2)	- (0.0)	82 (1.3)	32 (0.5)	621 (9.9)	875 (13.9)
2015	7,016 (100)	5,952 (84.8)	2,624 (37.4)	781 (11.1)	1,705 (24.3)	20 (0.3)	- (0.0)	110 (1.6)	30 (0.4)	682 (9.7)	1,064 (15.2)
2016	8,343 (100)	7,072 (84.8)	3,263 (39.1)	847 (10.2)	1,959 (23.5)	15 (0.2)	- (0.0)	129 (1.5)	43 (0.5)	816 (9.8)	1,271 (15.2)
2017	9,089 (100)	7,840 (86.3)	3,654 (40.2)	937 (10.2)	2,128 (23.4)	7 (0.1)	1 (0.0)	225 (2.5)	214 (2.4)	859 (9.5)	1,249 (13.7)

※ 대검찰청, 범죄분석, 각 연도.

범죄구분	해당 범죄 목록
재산범죄	절도/장물/사기/횡령/배임/손괴
강력범죄 (흉악)	살인/강도/방화/성폭력
강력범죄 (폭력)	폭행/상해/협박/공갈/약취와 유인/체포와 감금/폭력행위 등(손괴 · 강요 · 주거침입 등)/폭력행위 등(단체 등의 구성 · 활동)
위조범죄	통화/유가증권 · 인지우표/문서/인장
공무원범죄	직무유기/직권남용/수뢰/증뢰
풍속범죄	도박과 복표/신앙/기타 음란행위
과실범죄	과실치사상/업무상 과실치사상/실화
기타 형법범죄	명예/권리행사방해/신용업무경매/주거침입/비밀침해/유기/교통방해/공무방해/도주와 범인은닉/위증과 증거인멸/무고/공안을 해하는 죄/내란의 죄/음용수에 관한 죄/일수와 수리에 관한 죄/기타

정신질환자에 의한 범죄는 형법범죄의 경우 재산범죄와 강력범죄(폭력)가 가장 높은 비율을 차지하고 있는 것으로 나타났다. 죄명별로 살펴보면 절도가 2,413명으로 전체 인원의 26.5%를 차지하여 가장 많은 점유율을 나타내고 있고, 그 다음이 폭행 1,189명 13.1%, 성폭력 677명 7.4% 등의 순으로 나타나고 있다. 최근 5년간의 추이를 살펴보면 2013년 4,949명에서 2016년 9,089명으로 58.4% 증가하였으며, 순위에 있어 다소 변동은 있지만 절도, 폭행이 전체 형법범죄에서 가장 많은 비율을 차지하고 있고, 위조범죄와 공무원범죄, 그리고 특별범죄를 제외한 모든 범죄가 증가 추세에 있음을 확인할 수 있다. 이와 같이 정신질환자의 범죄 중에서 절도와 폭행 등이 높은 비율을 차지하고 있는 것은 정신질환자들의 사회경제적인 여건이 악화되고 있는 데 따른 결과로 판단된다.³⁴⁾

다. 정신질환범죄자 전과

〈표 3〉 정신질환범죄자 전과 현황

단위 : 명(%)

구 분	2013	2014	2015	2016	2017
계	5,937(100)	6,301(100)	7,016(100)	8,343(100.0)	9,089(100.0)
전과 없음	2,004(33.8)	2,202(34.9)	2,504(35.7)	2,964(35.5)	3,048(33.5)
1범	921(15.5)	898(14.3)	1,033(14.7)	1,220(14.6)	1,342(14.8)
2범	543(9.1)	627(10.0)	638(9.1)	810(9.7)	871(9.6)
3범	413(7.0)	456(7.2)	520(7.4)	554(6.6)	663(7.3)
4범	292(4.9)	316(5.0)	333(4.7)	434(5.2)	454(5.0)
5범	260(4.4)	271(4.3)	305(4.3)	325(3.9)	377(4.1)
6범	178(3.0)	204(3.2)	222(3.2)	267(3.2)	321(3.5)
7범	162(2.7)	169(2.7)	189(2.7)	190(2.3)	221(2.4)
8범	124(2.1)	145(2.3)	164(2.3)	145(1.7)	181(2.0)
9범 이상	1,002(16.9)	989(15.7)	1,096(15.6)	1,420(17.0)	1,584(17.4)
미상	38(0.6)	24(0.4)	12(0.2)	14(0.2)	27(0.3)

※ 대검찰청, 「범죄분석」, 각 연도.

최근 5년 동안 정신질환범죄자 중에서 가장 높은 비율을 차지하는 것은 전과가 없는 초범이며, 그 다음으로 높은 비율을 차지하는 것은 9범 이상의 전과자, 1범 전과자 순이다. 범죄 전과가 없는 정신질환범죄자는 2013년 2,004명, 2014년 2,202명, 2015년 2,504명, 2016년 2,964, 2017년 3,048명으로 꾸준히 증가 추세를 보이고 있으며, 2013년 대비 2017년에는 52.1% 증가하였다. 초범과 정반대의 지점에 놓여 있는 9범 이상의 전과자의 경우에는 2013년 1,002명, 2014년 898명, 2015년 1,096명, 2016년 1,420명, 2017년 1,584명으로 증가하였고, 2013년 대비 2017년에는 58.1% 증가하여 초범의 경우보다 높은 증가율을 보이고 있다.³⁵⁾

34) 법무연수원(2019), 2018 범죄백서, 153쪽.

35) 최근 5년간 전과 있는 정신질환범죄자의 인원이 가파르게 증가한 것으로 나타나고 있어 전과 있는 정신질환범죄자에 대한 재범방지 대책 수립이 시급한 상황이다. 법무연수원(2019), 2018 범죄백서, 155쪽.

정신질환범죄자 중에서 전과가 없는 초범과 특히 9범 이상의 전과자의 수가 동시에 증가하고 있다는 사실은 정신질환범죄자의 재범률이 감소하지 않고 있을 뿐만 아니라 처음으로 범죄를 저지르는 정신질환자들이 증가하고 있음을 의미한다. 따라서 정신질환자범죄의 대책 마련을 위해서는 전과는 없지만 자·타해 위험성이 높은 정신질환자와 전과가 있는 정신질환범죄자 모두를 상정하여 대책을 마련할 필요성이 있다.

1) 제1심 치료감호사건 처리 내역

〈표 4〉 제1심 치료감호사건 처리 내역

단위 : 명(%)

구 분	2013	2014	2015	2016	2017
합 계	358(100)	269(100)	245(100)	268(100.0)	204(100.0)
감호 판결	294(82.1)	223(82.9)	193(78.8)	222(82.8)	147(72.1)
청구기각 판결	50(14.0)	35(13.0)	41(16.7)	29(10.8)	35(17.2)
청구기각 결정	2(0.6)	1(0.4)	-	2(0.8)	2(1.0)
공판절차 이행	-	-	-	-	-
기타	12(3.4)	10(3.7)	11(4.5)	15(5.6)	20(9.8)

※ 법원행정처, 「사법연감」, 각 연도.

제1심 법원에서 치료감호사건을 처리하는 인원수는 2013년 358명에서 2017년 204명으로 최근 5년 동안 급격하게 감소하는 추세를 보이고 있는데 2013년 대비 2017년에는 43.0% 감소하였다. 법원의 치료감호사건 처리 내역을 살펴보면 치료감호판결이 2013년 82.1%, 2014년 82.9%, 2015년 78.8%, 2016년 82.8%, 2017년 72.1%로, 최근 5년 동안 평균적으로 79.7%를 차지하고 있다. 최근 5년 동안 치료감호사건에 대하여 공판절차이행을 한 경우는 전혀 없었으며, 청구기각(판결·결정)은 2013년 52명(14.6%), 2014년 36명(13.4%), 2015년 41명(16.7%), 2016년 31명(11.6%), 2017년 37명(18.2%)으로, 2017년을 기점으로 다시 증가하는 추세를 보이고 있다.

2) 치료감호소 수용자 현황

〈표 5〉 치료감호소 수용자 현황

단위 : 명(%)

구 분	2013	2014	2015	2016	2017
합 계	1,080(100)	1,138(100)	1,158(100)	1,118(100)	1,101(100)
약 물	107(9.9)	84(7.4)	66(5.7)	52(4.7)	49(4.5)
성적장애	73(6.8)	91(8.0)	92(7.9)	96(8.6)	98(8.9)
심신장애자	900(83.3)	963(84.6)	1,000(86.4)	970(86.8)	954(86.6)

※ 출처: 법무부, 「범죄예방정책 통계연보」, 치료감호 수용 현황.

최근 5년 동안 치료감호소 수용자는 2013년 1,080명, 2014년 1,138명, 2015년 1,158명, 2016년 1,118명, 2017년 1,101명으로, 증감을 반복하다가 2015년부터는 감소하는 추세를 보이고 있다. 2013년부터 5년 동안 치료감호소 수용자의 대부분은 심신장애자가 가장 큰 비율을 차지하고 있으며, 정신성적장애자의 경우에는 2013년에는 제일 낮은 비율을 차지하였으나, 2014년을 기점으로 약물중독자의 비율을 초과하였으며, 최근까지 그 격차가 점점 더 벌어지고 있음을 확인할 수 있다.

3) 출소자인원 대비 피치료감호자 재입소 현황

〈표 6〉 출소자인원 대비 피치료감호자 재입소 현황

단위 : 명(%)

연 도	출소자 (출소연도)	재입소자
2013	269 (2010년)	44 (16.4%)
2014	287 (2011년)	30 (10.5%)
2015	246 (2012년)	36 (14.6%)
2016	263 (2013년)	22 (8.4%)
2017	281 (2014년)	26 (9.3%)

주: 1. 법무부 범죄예방정책국 통계, 각 연도.
 주: 2. 재입소자는 당해 연도 신수용인원 중 출소 후 3년 이내 재입소자.
 ※ 출처: 법무연수원(2018), 2017 범죄백서, 564쪽 표인용.

최근 5년 동안 출소자는 2013년 269명, 2014년 287명, 2015년 246명, 2016년 263명, 2017년 281명으로 증감을 반복하고 있다. 이에 비하여 재입소자의 경우에는 2013년 44명, 2014년 30명, 2015년 36명, 2016년 22명, 2017년 26명으로, 2017년 재입소자수가 증가하였으나 대체적으로 감소추세를 보이고 있다. 재입소율은 2013년 16.4%, 2014년 10.5%, 2015년 14.6%, 2016년 8.4%, 2017년 9.3%로 재입소율도 2016년까지 감소 추세를 보이고 있다.

〈표 7〉 피치료감호자 재입소 현황(1987년 11월 ~ 2017년 12월)

단위 : 명(%)

구 분	총출소인원	재입소인원	비 율
인 원	7,004	1,271	18.2%

주: 1. 법무부 범죄예방정책국 통계
 주: 2. 재입소 현황은 1987년 11월 개청 이후 치료감호소에서 출소한 피치료감호자 중 재입소한 자의 비율임.
 ※ 출처: 법무연수원(2018), 2017 범죄백서, 564쪽 표인용.

한편 치료감호소가 개청한 1987년 11월부터 2017년 12월까지의 치료감호소 총 출소자의 재입소율은 18.2%로 여전히 높은 수준을 유지하고 있다.

이상의 정신질환범죄자 관련 통계에서 알 수 있듯이 최근 5년 동안 정신질환자에 의한 범죄는 매우 큰 증가율을 보여주고 있을 뿐만 아니라 정신질환자의 범죄 중에서 절도와 폭행 등이 높은 비율을 차지하고 있고, 또한 정신질환범죄자는 초범(14.8%)보다 9범 이상(17.4%)의 비율이 더 크고 최근 5년간

이러한 증가현상이 계속 나타나고 있어 정신질환범죄자의 재범률이 매우 높은 것으로 나타나고 있다. 또한 치료감호소 총 출소자의 재입소율이 약 20%에 이르고 있다. 한편 이와 대조적으로 치료감호 판결과 치료감호소 입소율은 급격하게 감소 추세를 보이고 있는데 이러한 점을 종합적으로 고려해 보면 정신질환범죄자에 대해서는 종래의 사후처벌 위주의 대책에서 벗어나 시설퇴소 후 대상자에 대한 지역사회 내에서의 지속적인 치료와 보호관리 및 재범방지에 중점을 두는 대책 마련이 시급하다는 점을 알 수 있다. 이와 관련하여 2018년 범죄백서에서는 재범요인으로서 정신질환범죄자가 퇴원한 이후에 직면하는 사회적·경제적 요인과 함께 지속적으로 치료되지 못하여 재발하는 정신질환요인이 지적되고 있다.³⁶⁾

4. 정신질환범죄자의 지역사회 내 관리를 위한 현행 법제도

정신질환범죄자를 지역사회 내에서 관리할 수 있는 현행 법제도는 크게 형사법상의 제도와 정신건강 복지법상의 제도로 나누어 볼 수 있다.

가. 형사법상의 제도

현행 형사사법제도상 정신질환범죄자에 대해서는 범행 당시의 책임능력의 유무와 정도에 따라 형벌과 보안처분이라는 형사제재로 법적 대응을 하고 있다. 치료감호로 대표되는 정신질환범죄자에 대한 보안처분은 대체로 중대 범죄를 저지를 경우에 적용되고 경미한 범죄를 저지른 정신질환자에 대해서는 치료명령이 적용된다.

우리나라의 정신질환범죄자에 대한 형사법적 대응은 주로 시설수용을 원칙으로 하는 시설 내 처우를 위주로 운용되고 있는데, 지역사회 내에서의 치료와 관리·감독할 수 있는 대상으로 한정하면 치료감호소 퇴소자(만기, 가종료 등)와 경미한 범죄를 저지른 정신질환범죄자가 대상이 된다. 이들에 대한 지역사회 내에서의 사회 내 처우를 바탕으로 하는 형사법적 대응은 다음과 같다.

1) 치료감호법상 치료명령제도

치료명령제도는 2015년 개정 「치료감호 등에 관한 법률(이하 치료감호법)」에서 도입되어 2016년 12월 2일부터 시행되어 오고 있다. 제도 도입 당시 주취자에 의해 계속해서 발생하고 있는 범죄 현상과, ‘강남역 살인사건’ 등과 같이 정신질환으로 인해 발생한 범죄가 여론의 주목을 끌면서 주취자 및 정신질환자에 대한 처우의 필요성이 증가함에 따라 관련 대책마련이 강하게 제기되었는데, 특히 주취자·정신질환자의 범죄의 경우 범죄발생 원인에 대한 근본적인 치료라는 접근 없이는 재범을 방지하는 것이 어렵기 때문에 주취·정신질환자가 치료감호 대상에 해당하지 아니하는 경미한 범죄를 저지르더라도 형사절차를 통해서 치료를 받도록 할 필요가 있었고 이러한 취지하에 도입된 제도이다.

36) 법무연수원(2019), 2018 범죄백서, 153쪽.

치료명령의 대상자는 ① 「형법」 제10조 제2항에 따라 형이 감경되는 심신장애인(심신미약자)으로서 금고 이상의 형에 해당하는 죄를 지은 자, ② 알코올을 식음하는 습벽이 있거나 그에 중독된 자로서 금고 이상의 형에 해당하는 죄를 지은 자, ③ 마약·향정신성의약품·대마, 그밖에 대통령령으로 정하는 남용되거나 해독을 끼칠 우려가 있는 물질을 식음·섭취·흡입·흡연 또는 주입받는 습벽이 있거나 그에 중독된 자로서 금고 이상의 형에 해당하는 죄를 지은 자(2017년 개정으로 추가됨)의 어느 하나에 해당하는 자로서, 통원치료를 받을 필요가 있으며 재범위험성이 있는 자이다(치료감호법 제2조의3).

치료명령 대상자에 ‘심신장애인’이 포함된다는 점에서 치료감호제도와 동일하다. 그러나 치료명령제도는 ‘주취자’를 대상자에 포함시키고 있을 뿐만 아니라 사회 내 처우라는 점에서, 일부 마약사범 및 제한적으로 알코올 중독이나 소아기호증 등의 성적 습벽이 있는 자를 대상자에 포함시켜 시설 내 처우로 운용되는 치료감호제도와는 차이가 있다. 또한, 집행비용에 있어서 국가부담을 원칙으로 하는 치료감호제도·성충동약물치료제도와 달리, 치료명령제도의 경우에는 자비부담을 원칙으로 하며 예외적으로 국가부담을 하고 있다는 점에서 차이가 있다.

치료명령제도와 관련 유사제도와와의 차이점을 비교하면 아래의 표와 같다.

〈표 8〉 치료명령제도 및 유사제도 비교

	치료명령제도	치료감호제도	성충동약물치료제도
대상자	주취자, 심신장애인	심신장애인이나 일부 마약사범, 제한적으로 알코올 중독이나 소아기호증 등의 성적 습벽이 있는 자	성폭력범죄를 저지른 성도착증 환자로서 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 인정되는 자
방법	사회 내 처우 (「의료법」에 따른 의사의 진단과 처방에 의한 약물투여, 「정신보건법」에 따른 정신보건전문요원 등 전문가에 의한 인지행동치료 등 심리치료)	시설 내 처우	사회 내 처우 (「의료법」에 따른 의사의 진단과 처방에 의한 약물투여, 「정신보건법」에 따른 정신보건전문요원 등 전문가에 의한 인지행동치료 등 심리치료)
비용 부담	자비부담 (예외적으로 국가부담)	국가부담	국가부담 (성폭력 수형자는 자비부담)

2) 치료감호법상 치료위탁제도

현행 치료감호법은 치료감호심의위원회로 하여금 치료감호를 선고받은 피치료감호자에 대하여 집행 후 1년이 지난 경우에는 상당한 기간을 정하여 당사자의 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매에게 치료감호시설 이외의 시설에서 치료를 위탁할 수 있도록 하는(동법 제23조 제1항) ‘치료위탁제도’를 두고 있다.

3) 치료감호소 종료(가종료)자 사후관리제도 : ① 보호관찰제도

현행 치료감호법은 치료감호가 가종료된 자에 대해서는 보호관찰을 받도록 규정하고 있다. 치료감호가 가종료된 자의 경우 시설 내에서의 적절한 처우를 통해 재범위험성이 낮아져 이에 따라 사회 내

처우가 적절하다고 판단된 자에 대해서 3년간의 보호관찰을 조건으로 처분의 집행을 가종료하는 형식으로 퇴소를 시키고 있다.

4) 치료감호소 종료(가종료)자 사후관리제도 : ② 정신건강서비스 및 외래진료

현행 치료감호법은 치료감호시설을 출소한 자가 치료감호시설에서의 외래진료를 신청한 경우에는 일정한 기간의 범위 내에서 무료로 통원치료를 받을 수 있도록 하는 ‘외래진료제’를 시행하고 있다(동법 제36조의3). 또한 2016년 개정치료감호법에서는 치료감호시설 출소자가 지역 정신건강복지센터에 등록하여 상담, 진료, 사회복귀훈련 등 정신건강복지센터의 정신보건서비스를 받을 수 있도록 하는 규정을 신설하여 출소자의 치료 및 관리를 도모하고 있다(동법 제36조의2).

나. 정신건강복지법상의 제도

특정 범죄를 저질러 일정한 요건을 갖춘 정신질환범죄자는 치료감호나 치료명령의 대상자가 되어 형사사법체계 내에서 대응을 하지만, 이러한 요건을 충족하지 못하여 치료감호·치료명령의 대상에서 제외된 정신질환범죄자, 또는 자상타해의 위험성이 있는 정신질환자의 경우에는 정신보건의료체계 내에서 대응을 하고 있다. 현행 우리나라의 정신보건의료체계는 정신건강복지법에 의거하여 정신질환자가 자상타해의 위험이 있거나 가족이나 이웃 등 주위사람들이 수인하기 어려운 행동을 하는 경우에 있어 이에 대해 치료적 조치를 할 수 있도록 규정하고 있으며, 대표적인 치료적 조치로는 강제입원을 포함한 입원제도와 외래치료명령제도가 있다.

1) 입원제도

정신건강복지법에서는 5가지의 입원제도를 두고 있다. 입원의 자발성 유무에 따라 대상자가 자발적으로 입원하는 자의입원과 동의입원이 있고, 대상자의 의사와 무관하게 강제로 입원시킬 수 있는 보호의무자에 의한 입원³⁷⁾, 특별자치시장 등에 의한 입원, 응급입원이 있다.

가) 자의입원(제41조)

자의입원	정신건강복지법(제41조)
입원대상자	1.정신질환자 2.정신건강상 문제가 있는 사람
퇴원의사 확인	2개월마다
퇴원	퇴원신청이 있는 경우 지체 없이 퇴원

37) 보호자 동의에 의한 입원 비자의 입원의 90%를 차지하고 있다.

나) 동의입원(제42조)

동의입원	정신건강복지법(제42조)
입원대상자	정신질환자 또는 정신건강상의 문제가 있는 사람
입원요건	환자 본인의 신청 + 보호의무자 1인 동의
퇴원의사 확인	2개월마다
퇴원	1. 퇴원신청이 있는 경우 지체 없이(48시간 이내) 퇴원이 원칙 2. 예외적으로 동의입원자가 보호의무자 동의 없이 퇴원 신청하는 경우에 치료와 보호 필요성이 있는 경우 72시간 동안 정신의료기관의 장이 퇴원 제한 가능 3. 퇴원 제한 시간 동안 보호입원이나 행정입원 절차를 시작하는 것이 가능

다) 보호의무자에 의한 입원(제43조)

보호입원	정신건강복지법(제43조)
보호의무자	1. 보호의무자 2명 이상 신청 2. 후견인 우선 3. 보호의무자가 될 수 없는 사람을 추가로 규정
입원요건	정신질환자 1. 입원치료 또는 요양을 받을 만한 정도 또는 성질의 정신질환을 앓고 있는 경우(이하 '입원필요성') 2. 자신의 건강 또는 안전이나 다른 사람에게 해를 끼칠 위험(이하 '자·타해위험') ※ 위 두 가지 요건을 충족한다는 전문의의 입원필요성 진단과 보호의무자 2인 이상의 신청필요
입원기간	1. 정신보건법에서는 정신과 전문의 1인의 입원 권고로 입원이 신청되고 유지되었지만, 정신건강복지법에서는 첫 2주 이내의 진단입원 기간 이후에는 서로 다른 기관의 전문의 2인의 일치된 소견이 있어야만 치료입원이 유지될 수 있음 2. 최초 심사기간은 3개월로 단축되었고, 이후의 연장은 6개월까지임(최초입원 후 3개월→3개월→이후 6개월 주기)
정신과 전문의 진단	입원 연장 심사 청구시마다 2명의 전문의 진단 필요(그 중 1인은 국립·공립정신의료기관 또는 보건복지부장관이 지정한 정신의료기관 소속 전문의여야 함)
입원연장 동의	보호의무자 2명 이상 동의 최초 입원 후 3일 이내에 입원적합심사위원회에 입원신고를 해야 함
퇴원절차	1. 정신의료기관(정신요양시설)의 장은 퇴원신청이 있는 경우 지체 없이 퇴원시키는 것이 원칙임 2. 보호입원의 요건(입원 필요성 + 자·타해 위험성)이 지속되고 있는 경우 퇴원거부 가능. 이 경우 환자 또는 보호의무자는 퇴원 등 심사청구 가능 3. 입원적합성심사위원회가 입원부적합으로 판정하여 정신의료기관에 통보 시 지체 없이 퇴원시켜야 함

라) 특별자치시장 등에 의한 입원(행정입원)(제44조)

행정입원	정신건강복지법(제44조, 제62조)
대상자	정신질환으로 자신의 건강 또는 안전이나 다른 사람에게 해를 끼칠 위험이 있다고 의심되는 자
입원의뢰 절차와 기간	- 정신건강전문요원 또는 전문의의 신청 - 지자체장의 진단의뢰 - 전문의 진단 - 지자체장의 입원의뢰(2주, 지정정신의료기관) - 2명 이상 전문의 입원 필요성 진단 - 지자체의 치료를 위한 계속입원 의뢰(지정정신의료기관) - 행정입원(3개월)
입원연장	- 전문의 2명 이상의 진단 - 정신건강심의위원회의 입원 연장 심의(최초입원 시에는 3개월, 최초 입원 연장 이후 3개월, 그 후 매 6개월마다)
입원기관	정신보건법에서는 국가나 지방자치단체가 설치 또는 운영하는 정신의료기관 또는 종합병원에 행정입원을 의뢰할 수 있었으나, 정신건강복지법에서는 보건복지부장관이나 지방자치단체의 장이 지정한 정신의료기관(이하 지정정신의료기관)에 행정입원을 의뢰할 수 있음

마) 응급입원(제50조)

응급입원	정신건강복지법(제50조)
대상자	정신질환자로 추정되는 사람으로서 자신의 건강 또는 안전이나 다른 사람에게 해를 끼칠 위험이 큰 사람
입원신청 절차와 기간	1. 상황이 매우 급박하여 다른 입원을 시킬 시간적 여유가 없을 때 누구든지 발견한 사람이 의사(정신건강의학과 전문의일 필요 없음)와 경찰관의 동의를 받아 정신의료기관에 응급입원 의뢰 2. 경찰관 또는 구급대원의 정신의료기관 호송 3. 정신의료기관의 장이 응급입원 환자에 대해 3일(공휴일 제외) 내 입원가능 4. 전문의 진단 후 계속 입원할 필요가 없으면 즉시 퇴원 5. 다른 입원으로 전환하지 않으면 3일(공휴일 제외)의 입원기간 만료로 퇴원
다른 입원	자·타해 위험 및 입원 필요성이 있는 경우 72시간의 입원기간 내에 보호입원이나 행정입원으로 입원 절차 진행 시작

2) 외래치료명령제도(제64조)

정신의료기관의 장은 정신병적 증상으로 인하여 입원을 하기 전 자상타해의 행위를 한 자 대해서 보호의무자의 동의를 받아 특별자치시장 등에게 1년의 범위에서 외래치료명령을 청구할 수 있고, 특별자치시장 등은 외래치료 명령의 청구를 받았을 때에는 소관 정신건강심의위원회³⁸⁾의 심의를 거쳐 1년의 범위에서 기간을 정하여 외래치료를 받도록 정신질환자에게 명령할 수 있다. 외래치료명령에 따라 발생하는 비용은 국가와 지방자치단체가 전부 또는 일부를 부담할 수 있도록 하고 있다(정신건강복지법 제64조).

38) 정신건강심의위원회는 정신질환자의 조기 사회복귀 유도, 정신질환자의 인권보호 및 효율적 입·퇴원 관리를 통해 정신질환자의 권익 증진을 목적으로 마련되었다. 위원은 8명으로 구성되며, 주요 직무는 정신의료기관의 입원기간연장 및 환자의 퇴원 및 처우개선 심사이다.

5. 정신질환범죄자에 대한 현행 치료·처우제도의 문제점과 개선방안

가. 문제 상황

1) 형사사법체계와 정신보건의료체계의 협력관계 부재

형사사법에 있어서 치료처분에 대한 기대는 형사처분을 면제하지만 치료감호를 원용하여 사회로부터 격리함으로써 재범을 예방하고자 하는 대책이 주된 목적으로 정신의료에 있어서의 격리기능, 즉 형벌의 대체역할이 기대되고 있다. 그러나 이러한 기대는 장기입원이 당연시 되었던 입원 중심의 과거의 정신의료체계에 있어서는 환자의 장기수용에 강한 거부감 없이 형사사법과 정신의료와의 관계에서 암묵의 협조관계가 이루어질 수 있겠지만, 탈시설화를 중심으로 하는 현 정신의료체계에서는 이러한 협조관계는 기대할 수 없다. 이로써 인해 정신질환범죄자들은 정신보건체계와 사법체계 그 어느 쪽에도 적용되지 못한 채 서로 떠남겨지며 양쪽에서 배척당하고 있는 상황이다.

정신질환범죄자에 대한 처우는 형사사법체계와 정신보건의료체계가 서로 협력함으로써 가장 효과적으로 관리될 수 있음은 분명해 보인다. 현재와 같이 형사사법체계가 정신보건의료체계를 통한 치료처우를 대신할 수 없기 때문에 정신보건의료체계상의 치료처우를 이용할 수 없다는 이유만으로 정신질환범죄자에 대한 격리와 수용 위주의 대책이 지향되어서는 안 될 것이다. 정신질환범죄자의 경우에도 본질은 범죄행위의 원인이 정신질환에 근거하고 있다는 점에서 정신질환자의 처우와 근본적으로 다르지 않다는 점을 고려할 때, 정신질환범죄자에 대한 대책은 정신의료 제도상의 처우를 중심으로 형사사법체계가 보완하는 형태로 협력관계를 강화해 나갈 필요가 있다.

2) 시설퇴소자에 대한 치료와 관리방안 부재

현행 치료감호제도는 피치료감호자에 대한 적절한 치료와 다양한 처우프로그램 등을 통해 재범방지와 그들의 원활한 사회복귀를 위해 노력하고 있으나, 퇴소자에 대한 대책이 미흡한 점을 들 수 있다. 특히 가중료 또는 만기 종료로 퇴원한 피치료감호자의 경우 정신질환 관련 치료와 사회복귀처우를 받았다고는 하지만, 여전히 일반인에 비해 사리분별력과 자기통제력이 약하기 때문에 이들에 대한 지속적인 치료와 보호·관리가 이루어지지 않으면 다시 범죄를 저지를 가능성이 매우 크다. 따라서 지역사회 내에 치료감호소 출소자에 대한 필요한 의료체계와 보호·관리 인프라를 확보하여 사회내에서의 지속적이고 효율적인 치료 및 보호·관리를 실시하고, 이를 통해 재범을 방지하고 원활한 사회복귀를 위한 방안을 강구하는 것은 형사정책뿐만 아니라 정신의료정책 있어서도 매우 중요한 과제라고 할 수 있다.

현행 치료감호법은 피치료감호자의 치료감호시설 수용기간을 명문으로 규정하고 있다. 즉 1호 처분 대상자인 심신장애인과 3호 처분 대상자인 소아성기호증, 성적가학증 등 성적 성벽 있는 정신성적장애인의 치료감호 기간은 15년으로 제한하고 있고, 또한 2호 처분 대상자인 마약 알코올 등 중독자에 대해서는 2년으로 제한하고 있다. 다만, 「특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률」 제2조제3호의2에 따른 살인범죄(이하 "살인범죄"라 한다)를 저질러 치료감호를 선고받은 피치료

감호자가 살인범죄를 다시 범할 위험성이 있고 계속 치료가 필요하다고 인정되는 경우에는 법원은 치료감호시설의 장의 신청에 따른 검사의 청구로 3회까지 매회 2년의 범위에서 기간을 연장하는 결정을 할 수 있도록 하고 있어 법률적으로는 피치료감호자를 최장 21년간 수용할 수 있다.

문제는 치료의 필요성과 재범위험성에 근거하여 부과되는 치료감호제도의 특성상 처분의 근거가 되는 위험요인이 제거되지 않는 한 피치료감호자의 보호와 사회방위를 위해서 해당 처분이 계속 유지되어야 함에도 불구하고, 일반인 수형자의 형집행과 같이 수용기간이 만료되면 시설에서 퇴소를 시켜야 하는 모순된 상황에 직면하게 된다는 점이다. 이와 같은 제도적 모순을 보완하고자, 2017년 개정치료감호법은 치료감호 만기종료자에 대해서 보호관찰의 필요성이 인정될 경우 3년간 보호관찰을 받을 수 있도록 하여 만기종료자에 대한 사회내에서의 처우와 관리가 가능하도록 하는 길을 열어주긴 하였지만, 이 역시 3년 후가 문제이다. 따라서 치료적 처우의 필요성이 인정되는 대상자의 경우 해당 처분이 계속 유지될 수 있도록 그 제한기간을 연장할 수 있거나 폐지하는 방안을 강구할 필요가 있다.

3) 경미한 범죄를 저지른 정신질환자에 대한 관리와 치료 체계 미비

기존 정신질환범죄자의 처벌 수준은 범죄의 경중에 따라 이루어지는 경향이 있었는데, 치료를 위한 처분의 형태 및 내용은 범죄의 경중보다 정신질환의 경중, 즉 정신질환 증상의 유형 및 그에 따른 발병가능성과 위험성을 기준으로 하는 것이 바람직하다. 실제로 경미한 사건을 저지른 정신질환자는 치료의 필요성이나 재범위험성이 적다고 보는 경향이 있는데 이는 전혀 과학적 근거가 없는 사실로서 경미한 범죄를 저지른 정신질환자라고 하더라도 치료의 필요성과 재범 위험성이 매우 높을 수 있고, 반대로 중대한 범죄를 저지른 정신질환자임에도 반대의 경우가 있을 수 있다. 따라서 경미한 범죄를 저지른 정신질환자의 경우에도 정신감정을 실시하여 치료의 필요성과 재범 위험성을 파악할 필요가 있으나, 형사실무에서는 정신감정에 소요되는 시간과 비용의 문제 때문에 피의자의 정신장애가 의심되는 경우에도 경미한 사건이나 치료감호의 대상자가 아닌 경우 정신감정을 적극적으로 실시하지 않는 경우가 많다. 즉 실무에서는 심각한 범행을 다루는 중대 사건에서는 심신장애 인정 여부가 판결에 결정적인 영향을 미칠 수 있으므로 정신감정에 소요되는 시간과 비용을 충분히 감수하고서라도 정신감정을 적극적으로 실시하고 있지만, 경미한 사건의 경우에 대해서까지 정신감정을 위한 감정유치를 실시하는 것은 소송절차의 지연과 비용의 증가, 또한 구금상태를 수반하는 감정유치로 인한 소송 당사자들의 부담이 증대된다는 점 등의 이유에서 중대 사건을 저지를 대상자를 중심으로 선별하여 정신감정을 실시하고 있다. 이에 따라 경미한 범죄를 저지른 정신질환자의 경우에는 정신질환의 경중에 상관없이 대부분 약식절차로 처리되거나 기소유예 등의 불기소 처분으로 처리되고 있다.³⁹⁾ 사실 현재 형사사법절차에서 실시되고 있는 정신감정이 범죄피의자의 책임능력의 유무와 정도, 그리고 치료감호 여부를 판단하기 위해서 실시되고 있다는 점을 고려하면 실무의 이러한 입장도 납득하지 못할 바는 아니다. 그러나 최근 진주에서 발생한 다수의 정신병력적 폭력성향으로 형사사법기관에 체포된 경력이 있는 정신질환자에 의한 방화살인 사건에서도 나타나듯이 정신장애가 의심되는 형사피의자로 형사사법기관

39) 경찰단계에서 훈방으로 처리되는 경우도 많은 것으로 보고되고 있다. “낮 들고 돌아다닌 정신질환자…불안에 떠는 주민들”, 2019.5.17. TV조선 인터넷뉴스, http://news.tvchosun.com/site/data/html_dir/2019/05/17/2019051790144.html (2019.10.23. 검색) 참조

에 포착된 자가 경미한 사안이라는 이유로 계속해서 형사절차에서 벗어나게 되었고, 그 과정에서 형사 사법기관이 아무런 조치를 취하지 않음으로서 결과적으로 중대한 범죄에 이르게 되었다는 사실은 기소 전 단계에서의 정신감정의 필요성과 경미한 범죄를 저지른 정신질환자에 대한 관리의 중요성을 강조하고 있다.

나. 개선방안

1) 입법정책 - 피치료감호대상자에 특화된 보안처분제도의 마련

피치료감호자는 앞서 말한 바와 같이, 대부분은 정신장애의 잔류증상을 가지고 있어 사회 내에서 적절한 치료가 이루어지지 못하여 증상이 악화될 경우 곧바로 재범과 연결될 가능성이 매우 높다. 더욱이 피치료감호자의 수용인원이 계속 증가추세를 보이고 있고, 이로 인해 과밀수용 현상이 나타나고 있다는 점을 고려할 때, 증상의 호전이 상당하지 않거나 또는 기대되지 않는 상황인 경우에도 가퇴원이거나 치료위탁 등으로 불가피하게 퇴원을 시켜야만 하는 상황에 직면하고 있어 퇴원 후 피치료감호자에 대한 보호관찰의 중요성은 점점 더 강조되고 있다. 그러나 이러한 보호관찰의 역할에도 불구하고 보호관찰제도는 그 태생적 한계로 인해 사회방위의 관점에서 요청되는 범죄자의 사후 통제수단의 역할 수행에 있어 한계를 가질 수밖에 없는 상황이다. 즉 보호관찰제도는 본래 재범위험성이 낮은 범죄자의 재사회화를 목적으로 도입된 사회내 처우제도이다. 그러나 치료감호소 만기 퇴소자에게 부과되는 보호관찰 대상자는 최장 21년간의 수용기간 중 정신질환 상태의 호전이 인정되지 않아 사회복귀가 가능하지 않다고 판단된 피치료감호자이다. 따라서 이러한 대상자에 대해 상기 취지의 보호관찰제도를 변용·적용하여 이들에 대한 재범위험성의 관리와 치료, 그리고 사회안전의 확보라고 하는 제도의 역할과 효과를 기대하기에는 한계가 있을 수밖에 없다. 이와 같이 현행 치료감호법에서는 부과의 근거와 본질이 상이한 두 가지 처분 대상자에 대해서 보호관찰이라는 이름하에 하나의 제도로 운용함으로써 제도 운영의 문제와 한계를 스스로 노정하고 있으며,⁴⁰⁾ 이는 곧 우리나라 보호관찰제도 운영에 부담으로 작용하고 있다.⁴¹⁾

주지하다시피, 보안처분은 행위자의 특별한 위험성에도 불구하고 형벌만으로 그 목적을 달성할 수 없거나(예컨대 상습범 또는 알코올·마약류 중독자 등), 형벌의 부과가 불가능한 경우(예컨대 정신질환자), 형벌을 보완하거나 대체하는 형사제재를 말한다.⁴²⁾ 이러한 보안처분은 전통적인 형벌만으로는 달성할 수 없는 법익보호과제의 실행이라는 현실적 이유에서 형벌에 의하여 해결될 수 없는 위험성이 존재하는 경우 사회보호 내지 사회방위를 위해 추가적인 제재가 필요하다는 근대학파의 예방적 형법사고의 입장에서 그 필요성이 인정받게 되었다.⁴³⁾ 보안처분이란 이처럼 형벌로는 행위자의 사회복귀와 범죄의 예방이 불가능하거나 행위자의 특수한 위험성으로 인하여 형벌의 목적을 달성할 수 없는 경우에

40) 현재 우리나라 보호관찰제도는 형법상으로는 미국의 Probation과 Parole에서 유래한 보호관찰과 같이 형의 집행유예와 가석방시 조건부로 선고되고 있고, 특별법에서는 독일의 보안감독과 같이 형 또는 처분집행 종료 후 독자적인 형태로 부과되는 보안처분의 형태로 운용되고 있다.

41) 박학모(2014), “보안처분제도의 재구성을 위한 성찰과 제언”, 보호관찰 제14권 제1호, 한국보호관찰학회, 22-23쪽.

42) 김혜정(2008), “독일의 최근 동향을 통해 바라본 우리 보안처분제도의 재조명”, 법조 제57권 제10호, 법조협회, 93쪽.

43) 위의 논문, 93-94쪽.

재범위험성이 있는 범죄자의 재범을 방지하고 이를 통해 사회 일반인의 안전을 확보하기 위한 형사제재라고 할 수 있다.⁴⁴⁾ 그러나 문제는 우리나라의 경우 자유제한적 보안처분과 같은 강성제재와 미국의 Probation과 Parole에서 유래한 보호관찰과 같은 연성제재⁴⁵⁾는 명확히 구별할 필요가 있음에도 불구하고 이를 구분하지 않고 보호관찰이라는 명칭으로 통일적으로 사용하고 있다는 점이다.⁴⁶⁾ 즉 범죄자의 위험성에 대한 긍정적 예측을 바탕으로 형벌을 대체하면서 개선에 중점을 둔 보호관찰과 범죄자의 위험성에 대한 부정적 예측을 바탕으로 사회방위를 위한 추가적인 제재로서의 의미를 가지는 보안감독과 구별하여 사용하지 못하고 있는 것이다.⁴⁷⁾

보호관찰은 형의 집행을 전부 유예하는 집행유예나 일부를 유예하는 가석방의 경우에 형벌을 대체하여 부과하는 완화적 관점에서의 연성제재인 반면에 보안감독은 형 또는 보안처분의 집행을 유예와 관계없이 즉 징역형이나 보안처분의 집행을 종료한 경우에도 추가적으로 부과하는 강화적 관점에서의 강성제재라는 점에서 분명한 차이가 있다(〈표 5〉 참조).⁴⁸⁾ 적용 대상범죄와 대상자에 있어서도 보안감독은 강력범죄와 재범위험성이 높은 처우 곤란자를 대상으로 하고 있는 반면, 보호관찰은 일반범죄와 재범위험성이 낮은 사회 내 처우 가능자를 대상으로 하고 있다.

〈표 9〉 보안감독과 보호관찰의 차이

구분	보안감독	보호관찰
제재의 성격	강성제재	연성제재
처분의 성격	보안처분	보호처분
형벌과의 관계	형벌에 대한 추가(보완) 제재	형벌의 대체 제재
위험성 예측의 판단	부정적 예측의 요구	긍정적 예측의 요구
대상범죄의 범위	축소 필요	확대 가능

※ 김혜정(2013), “보안처분의 체계적 입법화를 위한 소고”, 형사법연구, 제25권 제4호, 한국형사법학회, 141쪽 표를 인용하여 편집.

따라서 이러한 모순된 제도 운영을 바로잡을 필요가 있으며, 이러한 두 제도의 차이점을 고려하여 형사제재 방안을 각각 구축할 필요가 있다. 이러한 제도적 보안이 이루어진다면, 지금까지 격리와

44) 형벌은 과거의 범죄행위에 대한 책임에 근거하여 부과되는 제재이고, 보안처분은 행위자의 장래 재범위험성을 근거로 하여 부과되는 제재라는 점에서 형벌과 보안처분의 차이점을 인정할 수 있다.

45) 보호관찰은 범죄자나 비행소년에 대하여 사회생활을 하면서 준수사항을 지키도록 지도감독을 하는 동시에 필요한 원조를 실시하여 이들의 개선갱생을 도모하고자 하는 사회 내 처우제도로써, 보호관찰이라고 하는 명칭은 영미에서 발달한 ‘보호관찰부 형의 집행유예’를 지칭하는 Probation과 ‘보호관찰부 가석방’에 해당하는 Parole을 총칭한 것으로 일반적으로 사용되고 있다. 藤本哲也, 앞의 책, 302쪽; 박상기/손동권/이순래(2012), 『형사정책』(제11판), 한국형사정책연구원, 348쪽.

46) 현재 우리나라 보호관찰제도는 형법상으로는 미국의 Probation과 Parole에서 유래한 보호관찰과 같이 형의 집행유예와 가석방시 조건부로 선고되고 있고, 특별법에서는 독일의 보안감독과 같이 형 또는 처분집행 종료 후 독자적인 형태로 부과되는 보안처분의 형태로 운용되고 있다.

47) 보안처분에서 개선이 보안과 함께 중요한 특별예방적 목표인 것은 사실이지만, 그러나 개선이 형사제재부과의 일차적 근거가 될 수는 없다. 왜냐하면, 국가는 국민을 개선하는 과제를 수행할 수 없으며, 따라서 개선을 명목으로 자유를 박탈할 권리도 갖지 않기 때문이다. 단지 보안을 위해 정당화된 자유박탈의 범주 내에서 개선을 지향하는 노력을 하거나 개선처분을 부과하는 것만이 정당화된다. 이는 자유박탈 보안처분이나, 자유제한 보안처분이나를 막론하고 모든 보안처분에 해당되는 사항이다. 박학모(2014), 앞의 논문, 20쪽.

48) 김혜정(2013), “보안처분의 체계적 입법화를 위한 소고”, 142쪽.

수용 위주로 운영되어 ‘명칭·상표사기’(Etikettenschwindel)라는 오명 속에 운영되어온 현행 치료감호 제도의 개선에도 크게 기여할 것으로 생각된다. 즉 제한적 격리처분 중심으로 운영되어 온 현행 보안처분제도에 제한적 개선처분을 도입함으로써 정신장애범죄자에 대해서 다양한 사회 내 처우가 가능하게 될 것으로 기대 된다. 예컨대, 현행 치료명령제도와 같은 별도의 제도를 마련하지 않더라도, 보안감독의 준수사항으로서 독일과 같이 정신·심리·사회치료와 같은 치료준수사항을 부과함으로써 정신장애범죄자에 대한 사회 내에서의 지속적인 치료와 보호·관리를 도모할 수 있게 될 것으로 기대된다.

따라서 구체적인 입법정책으로서는 처분집행시설로부터 석방된 사람에 대하여 지속적인 치료와 보호의 필요성, 그리고 다시 범죄를 저지를 가능성이 있다는 재범위험성을 인정하여 법원의 결정에 의하여 사회 내에서 출소자의 행장을 지도·감독할 수 있는 제도, 즉 독일의 행장(行狀)감독과 같은 자유제한적 보안처분의 도입을 모색할 필요가 있다. 이를 위해 현행 치료감호법상의 보호관찰제도를 재범위험성이 낮은 범죄자의 재사회화를 목적으로 하는 보호관찰제도와 구별하는 차원에서 보안감독 등으로 명칭을 변경하고 그 제도의 내용 또한 재범위험성이 높은 정신질환범죄자 등을 대상으로 한정하여 지속적인 치료처우와 관리·감독을 할 수 있는 것으로 재구성하여야 할 것이다.⁴⁹⁾

독일의 행장감독의 경우 특징적인 점은 형집행 또는 보안처분 집행 중에 성공적인 치료를 받았다고 하더라도 그 효과를 유지하기 위해서 계속적인 치료가 요구될 경우 사후에도 치료와 보호·관리를 계속 유지함으로써 출소 후에도 치료효과의 계속성을 유지하고자 하는 데에 목적이 있다는 점이다.⁵⁰⁾ 이에 따라 독일 형법 제68조b에서는 대상자의 보안감독 기간 동안 치료처우를 하도록 준수사항에 규정하고 있다. 또한 준수사항을 위반하는 경우 3년 이하의 자유형 또는 벌금형을 부과할 수 있도록 규정하고 있으며(독일형법 제145조a), 계속해서 현저한 범죄를 범하여 일반인을 위험하게 할 것으로 보이는 경우 무기한의 보안감독을 할 수 있도록 규정하고 있다(독일형법 제68조c 제2항).

이상과 같이 독일의 경우 시설 내 처우에서 뿐만 아니라 형집행이나 치료감호를 마치고 출소하는 경우 보호관찰과는 별도로 대상자의 치료와 보호·관리의 필요성 유무에 따라 제한적 개선처분인 보안감독을 통해서 사후적인 관리·감독이 철저하게 이루어지고 있다는 점에서 시사하는 바가 크다.

2) 제도개선

가) 잔여형기처우의 개선

최근 강남역 묻지마 살인사건의 가해자에 대해서 대법원은 징역 30년을 선고한 원심판결을 확정하고, 치료감호와 20년의 위치추적 전자장치(전자발찌) 부착 명령도 그대로 유지하였다.

현행 치료감호법은 형과 치료감호가 병과되는 경우에 처분 선집행주의와 대체주의가 적용되어 형의 집행에 앞서 치료감호를 먼저 집행하도록 규정하고 있다(제18조). 그러나 상기의 사례에서 나타나듯이 치료감호 종료 후 잔여형기의 처리문제가 발생하게 된다. 현행 치료감호법은 앞서 언급한바와 같이

49) 보안감독은 보호관찰과 유사한 점이 많지만, 보호관찰의 경우에는 긍정적인 예측을 보이는 행위자에 대해서만 가능한 반면 보안감독은 재범위험성이 있는 행위자에 대한 관리와 보호를 주된 임무로 하는 부정적인 예측에 기반을 두고 있다는 점에서 차이가 있다.

50) 김혜정(2008), “성폭력범죄자 출소 후 감독제도 효율화 방안”, 형사정책연구 제19권 제2호, 한국형사정책연구원, 155-156쪽.

법률적으로는 피치료감호자를 최장 21년간 수용할 수 있다. 이러한 상황을 고려할 때 상기의 사례의 경우 최대 21년간 치료감호소에 수용될 수 있고, 나머지 9년은 교도소에서 형의 집행을 받게 된다. 주지하다시피, 치료감호소와 교도소는 대상자에 대한 처우의 목적과 내용에 있어서 차이가 있다. 위 사례의 경우 대상자가 치료감호기간 동안 치료가 되지 않았음에도 불구하고 교도소에서 형을 집행하는 것에 따른 문제의 심각성은 두말할 나위가 없고, 치료가 어느 정도 이루어졌다고 하더라도 치료시설이 아닌 형집행 시설에 다시 수용된다면 치료감호소에서 달성된 치료의 효과성을 담보할 수 없는 상황에 처하게 된다. 따라서 독일과 같이 형벌 또는 형벌의 일부가 보안처분에 앞서 집행되는 것을 통해 보안처분의 목적이 쉽게 달성되는 경우에는 형벌 또는 형벌의 일부를 보안처분에 앞서 집행될 수 있도록 하여(독일형법 제67조 제2항), 사회복귀가 치료처분 단계 즉 치료감호시설에서 이루어질 수 있도록 제도 개선을 할 필요가 있다. 이와 같이 제도가 개선이 된다면 치료의 필요성과 재범위험성이 잔존하고 있는 대상자가 치료감호 만기 종료·가종료로 퇴소하게 되더라도 치료와 관리·감독에 필요한 정보가 그대로 지역사회로의 정신의료시스템으로 이어져 사회 내 치료처우로서의 보안감독이나 지역정신의료시스템에 의한 대상자의 치료와 관리·감독이 연속성을 가지고 실시될 수 있을 것으로 기대된다.

나) 시설 퇴소 후 치료처우의 강화 - 지역정신보건의료와의 연계 강화

앞서 언급하였듯이 피치료감호자들은 범죄자이기 이전에 치료를 받아야 하는 환자라는 점에서 형사 사법체계의 처우대상이자 정신의료체계의 처우대상이다. 따라서 이 이질적이 두 분야의 처우가 유기적이고 체계적으로 결합되어 실시될 때 이들에 대한 효율적인 치료 및 보호·관리가 이루어지고 원활한 사회복귀를 기대할 수 있다. 실제로 선행연구에 의하면 범법 정신질환자의 경우 퇴원 후 정기적인 투약이 재범방지에 미치는 영향이 매우 큰 것으로 보고되고 있는데, 피치료감호자는 만성적인 정신질환이나 약물 등의 심각한 중독증상 등으로 인해 치료의 효과가 더디게 나타나고, 이로 인해 이들 대부분은 퇴원 후에도 잔류증상이 있어 퇴원 후에도 치료약물의 복용을 계속하지 않을 경우 증상이 재발할 가능성이 매우 높고, 이로 인해 이러한 증상에 기인한 재범 발생의 가능성도 함께 높아지게 된다.⁵¹⁾ 이와 같이 자살타해의 위험성이 있는 정신질환자에 대한 지속적인 치료 관리가 매우 중요하기 때문에 지역사회 내에서의 정신보건의료와의 연계는 필요불가결하다.

현행법상 치료감호소를 퇴소 한 정신질환자에 대해서 사후관리로 실시되는 치료처우는 크게 세 가지 방법으로 이루어지고 있다. 첫째, 치료감호소 만기종료⁵²⁾·가종료·치료위탁의 경우 의무적으로 3년간 보호관찰을 받게 되어 있어 적절한 치료가 계속해서 필요한 대상자에 대해서는 특별준수사항⁵³⁾으로 정기적인 투약의무를 부과할 수 있다(동법 제32조 내지 제33조). 둘째, 치료감호소 출소자는

51) 손외철(2011), 앞의 논문, 96쪽.

52) 치료감호기간의 만기로 퇴소하는 자에 대해서는 치료감호심의위원회가 심사하여 보호관찰이 필요하다고 결정한 경우에 한하여 보호관찰이 이루어진다(치료감호법 제32조 제1항)

53) 보호관찰 대상자는 ‘보호관찰 등에 관한 법률’ 상의 다음의 준수사항을 성실히 이행하여야 한다. ① 주거지에 상주하고 생업에 종사할 것, ② 범죄로 이어지기 쉬운 나쁜 습관을 버리고 선행을 하며 범죄를 저지를 염려가 있는 사람들과 교제하거나 어울리지 말 것, ③ 보호관찰관의 지도·감독에 따르고 방문하면 응대할 것, ④ 주거를 이전하거나 1개월 이상의 국내외 여행을 할 때에 미리 보호관찰관에게 신고할 것 등이다(치료감호법 제33조 제1항, 보호관찰 등에 관한 법률 제32조 제2항). 또한 이 외에도 치료나 그 밖에 특별히 지켜야 할 사항을 부과할 수 있다(치료감호법 제33조 제2항, 치료감호법 시행령 제9조 제1항).

지역사회의 정신보건센터에 등록하여 정신보건서비스를 받을 수 있다(동법 제36조의2).⁵⁴⁾ 셋째, 치료감호소 퇴소자는 본인이 원할 경우 5년간 무료로 치료감호소에서 외래진료를 받을 수 있고, 1차에 한하여 5년간 연장할 수 있어 최장 10년간 외래진료를 받을 수 있다(동법 제36조의3, 동시행규칙 제26조의2).

이와 같이 사회 내에서의 치료처우제도가 법률상 근거를 가지고 치료감호소 퇴소자에 대하여 실시되고 있지만 문제는 현행 보호관찰제도가 이러한 대상자의 특수성을 충분히 고려하지 못한 채 대상자의 자발성에 의존하는 보호관찰이 주로 이루어지고 있어 대상자에 대한 사회 내에서의 치료와 관리·감독이 충분히 이루어지지 않고 있다는 점이다. 앞서 언급한 바와 같이 피치료감호자의 경우 치료감호의 종료 또는 가 종료 결정을 받고 퇴소하더라도 이들 대부분은 정신장애의 잔류증상이 있고, 또한 보호자의 보호 없이 자립적 생활이 곤란한 자이다.⁵⁵⁾ 따라서 이러한 대상자의 특수성을 고려할 때 자발성에만 의존하는 현재의 소극적인 보호관찰제도는 개선될 필요성이 있다.

54) 치료감호법 제36조의4(보호관찰소와 정신보건센터의 공조)

① 보호관찰소의 장과 정신보건센터의 장은 피보호관찰자의 치료 및 재범방지, 사회복귀를 위하여 상호 협조하여야 한다.

② 보호관찰소의 장은 피보호관찰자에 대한 등록, 상담, 진료, 사회복귀훈련 및 이에 관한 사례 관리 등 정신보건 관련 정보를 정신보건센터의 장에게 요청할 수 있다.

③ 정신보건센터의 장은 피보호관찰자의 공동 면담 등 피보호관찰자의 치료 및 재범방지, 사회복귀를 위하여 필요한 경우 보호관찰소의 장에게 협조를 요청할 수 있다.

요청 가능한 내용으로는,

동시행령 제13조의2(보호관찰소와 정신보건센터의 공조 범위) ① 법 제36조의4제2항에 따라 보호관찰소의 장이 정신보건센터의 장에게 요청할 수 있는 정신보건 관련 정보는 다음 각 호와 같다.

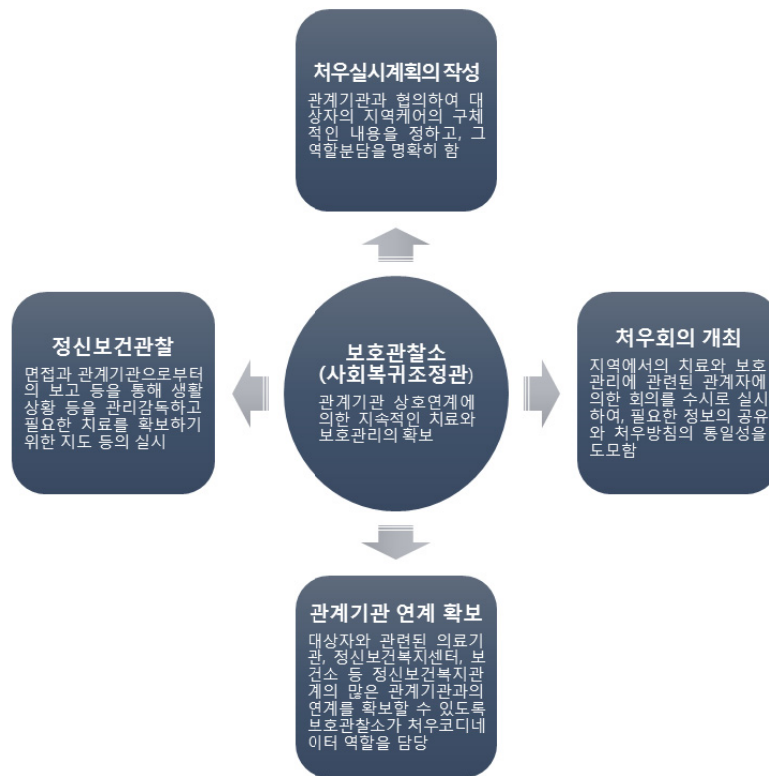
1. 정신보건센터 등록일·상담일·진료일 등 등록·상담 및 진료 관련 사항
2. 정신보건센터의 사회복귀훈련 프로그램 등 사회복귀훈련 및 이에 관한 사례 관리 관련 사항
3. 피보호관찰자의 치료 정도 및 정신보건 상태

② 법 제36조의4제3항에 따라 정신보건센터의 장이 보호관찰소의 장에게 협조를 요청할 수 있는 사항은 다음 각 호와 같다.

1. 피보호관찰자의 정신보건센터 방문·면담 시 보호관찰관의 동행·참여
2. 피보호관찰자의 생활상태 및 특이사항 등에 대한 정보 제공
3. 피보호관찰자의 치료, 재범방지 및 사회복귀를 위한 계획 수립·집행 시 보호관찰관의 의견 제출

55) 안성훈(2011), 앞의 보고서, 142쪽.

〈그림 1〉 정신질환범죄자에 대한 일본 보호관찰소의 역할 개요



※ 박학모/안성훈(2016), “치료감호제도의 재정비 방안 연구”, 110쪽 그림 인용.

이러한 상황을 고려할 때 현 제도에 대한 개선방안으로는, 우선 정신질환범죄자에 대한 처우는 형사 사법체계와 정신보건의료체계가 서로 협력함으로써 가장 효과적으로 관리될 수 있다는 점에서 정신질환범죄자의 관리와 치료처우를 위한 지역사회 정신보건의료와의 연계시스템을 구축할 필요가 있다. 즉 대상자의 지역사회에서의 보호·관리와 치료처우의 효과적인 실시를 위해서는 사법기관, 정신보건의료기관, 사회복지센터 등 관련된 많은 기관이 관계하기 때문에 대상자와 이들 관련 유관기관과의 통합된 연계시스템을 구축함으로써 현행 보호관찰제도의 한정된 예산과 인력, 조직을 극복하고 각각의 전문성과 자원을 최대한 활용할 수 있는 방안을 모색할 필요가 있다.

이러한 통합 연계시스템과 관련하여서는 일본의 사례를 참고할 만하다(위의 〈그림 1〉 참조). 일본에서는 정신질환범죄자의 관리와 치료처우를 위한 지역사회 정신보건의료와의 통합 연계시스템을 구축하고, 이러한 시스템을 구체적으로 실현하기 위해 대상자와 대상자 처우의 코디네이터 역할을 보호관찰소가 전담하는 조직체계를 구성하고 또한 이를 담당하는 정신보건복지과 관련된 지식과 경험 등을 갖춘 전문 보호관찰관을 확보하여 운영하고 있다.

다음으로 지역사회의 정신보건의료기관(정신건강복지센터)과의 긴밀한 연계방안과 효율적 활용방안을 모색할 필요가 있다. 이와 관련하여 현행 치료감호법은 치료감호시설 출소자의 경우 정신건강복지센터에 등록하여 상담, 진료, 사회복지훈련 등 정신건강복지센터의 정신보건서비스를 받을 수 있도록 하고 있으나(동법 제36조의2), 이러한 서비스를 받기 위한 신고 및 등록이 피보호관찰자의 자발성에 의존하고 있는 점은 개선의 필요성이 있다. 즉 치료감호소 출소자의 경우 퇴소시 치료감호소에서 의무

적으로 복귀하는 지역사회의 보호관찰소와 정신건강복지센터에 관련 사실의 통보와 출소자의 정보를 통보하여 대상자에 대한 치료와 관리·감독이 누락되지 않도록 할 필요가 있다.

한편 최근 보건복지부는 2018년 7월 23일자 보도자료를 통해 정신질환자의 시설 퇴소 후에도 지속적인 치료의 필요시 환자의 동의 없이도 사례관리를 추진하는 방안을 모색하겠다는 의지를 피력하였다. 따라서 정신건강복지법 상의 정신질환자에 대한 치료처우 등에 관한 규정이 보호관찰 중인 치료감호소 퇴소자에게도 적용되게 함으로써 보건복지부에서 시행하는 정책과의 연계성을 도모하는 방안을 모색할 필요가 있다. 예컨대 보호관찰 중인 대상자가 치료와 관련된 준수사항을 위반하여 적절한 치료를 받지 않고 이로 인해 증상이 악화되어 자상타해의 위험성이 높아 졌을 때에는 가중료 취소뿐만 아니라 정신건강복지법 상의 정신질환자에 대한 치료적 개입 규정을 적극적으로 활용하는 방법도 고려해 볼 수 있다.

다. 경미한 범죄를 저지른 정신질환자에 대한 관리와 치료 방안 모색

앞서 지적한 바와 같이 정신질환이 의심되는 자가 책임무능력자 또는 한정책임능력자로 판단되면 치료감호법의 요건이 충족되는 경우에는 치료감호 청구를 하도록 하고 있지만, 경미한 범죄로 형사사법기관에 포착되었을 경우, 대부분의 피의자는 약식절차로 처리되거나 불기소처분으로 형사절차에서 벗어나고 있다. 문제는 경미한 범죄를 저지른 정신질환자의 경우 소송절차의 지연과 비용의 증가 등의 이유로 정신감정이 제대로 이루어지지 않은 채 약식절차나 불기소 처분 결정을 받고, 이후 형사사법기관의 관리를 완전히 벗어나 지역사회로 복귀한다는 점이다. 즉 경미한 사안으로 입건된 정신질환범죄자에 대해서 정신감정 등을 통해서 형사사법기간이 위험요인을 합법적으로 파악할 수 있는 기회가 있음에도 불구하고 이러한 기회를 적극 활용하지 않고, 또한 이들에 대한 관리와 치료 대책을 마련하지 않은 채 기계적으로 지역사회로 복귀시키고 있다는 점이 현행 기소 전 단계에서의 정신질환범죄자의 처우상의 가장 큰 문제점으로 지적할 수 있다. 따라서 이러한 현실을 개선하기 위해서는 경미한 범죄를 저지른 정신질환자라고 하더라도 정신감정을 필요적으로 실시할 필요가 있고, 또한 형사사법과 정신의료기관이 협력하는 제도를 마련하여 기소유예제도와 기소중지제도를 적극 활용하는 방안을 모색할 필요가 있다. 구체적으로 살펴보면, 우선 경미한 범죄를 저지른 정신질환자라고 하더라도 치료의 필요성과 재범위험성이 매우 높을 수 있기 때문에 형사사법기관에 포착된 정신질환이 의심되는 형사피의자의 경우 필요적으로 정신감정을 실시하는 것이 바람직하다. 형사사법기관에 의해 치료의 필요성과 재범위험성이 파악이 된 사실과 정보는 형사사법기관 및 정신의료기관 등 관련 유관기관 간에 적극 공유될 수 있는 단초가 되기 때문에 대상자가 형사사법절차에서 벗어나더라도 이러한 정보 공유를 통해 지속적이고 일관된 대상자에 대한 치료/관리/보호 정책을 추진할 수 있다는 점에서 정신질환이 의심되는 형사피의자의 경우 필요적으로 정신감정을 실시할 필요가 있는 것이다.

다음으로 불기소 처분 결정 이후 대상자는 완전히 형사사법기관의 관리를 벗어나 바로 지역사회로 복귀하게 되고 이후의 대상자에 대한 처우는 정신의료시스템 상의 절차로 전환되게 되는데 이 전환 과정에서 형사사법기관과 정신의료기관 간의 협조관계 부재로 인해 지역정신의료기관이 형사사법기관으로부터 대상자에 대한 아무런 정보를 받지 못하고 있기 때문에 대상자가 자발적으로 지역정신의료기

관을 방문하지 않는 이상 대상자에 대한 처우는 실질적으로 기대할 수 없는 상황이라는 점이다. 이러한 상황을 방지하기 위하여 형사사법과 정신의료가 서로 협력하는 제도를 마련하여 치료조건부 기소유예 제도와 기소중지제도를 적극 활용하는 방안을 모색할 필요가 있다. 구체적으로 실제 일어날 수 있는 사례를 예로 들어 제도의 활용을 설명하면, 우선 경미한 사안으로 입건된 정신질환범죄자가 범행 시에는 정신질환으로 책임무능력 또는 한정책임능력이었으나 현재에는 책임능력이 있는 상태이고 장래적으로도 자상타해의 위험성이 적을 경우 치료조건부 기소유예를 적극 적용하는 방안을 모색할 수 있다. 현재 실무상 검찰에서는 성매수자 남성에 대한 교육이수, 저작권 침해 사범에 대한 교육, 소년법에 대한 위탁교육, 아동학대사범에 대한 상담·치료·교육, 마약사범에 대한 치료보호·교육이수 등 다양한 조건부 기소유예가 마련되어 시행되고 있다. 따라서 경미한 범죄를 저지른 정신질환범죄자 중 현재 책임능력이 있는 상태이고 장래적으로도 자상타해의 위험성이 적은 자에 대해서 정상을 감안하여 기소를 유예할 사정이 인정될 경우 전문기관의 치료프로그램 등의 이수를 조건으로 기소를 유예할 수 있는 방안을 고려할 필요가 있다.

이에 비해 범행시 뿐만 아니라 현재에도 정신질환으로 책임무능력 또는 한정책임능력 상태이고 장래적으로도 자상타해의 위험성이 높은 사례의 경우 기소중지제도를 적극 활용할 필요가 있다. 즉 수사종결이 아닌 수사중지처분인 기소중지제도(검찰사건사무규칙 제73조)를 활용함으로써 책임무능력 또는 한정책임능력 상태가 인정되지만 사안이 경미하여 치료감호를 청구할 수 없거나 청구의 실효성이 없는 대상자에 대해서 소송능력이 회복될 때까지 정신건강복지법상의 강제입원제도 등을 활용하여 대상자에 대한 정신질환 증상 완화를 위한 치료와 관리를 실시하고 이를 통해 소송능력이 회복되었을 경우 다시 기소여부를 고려하는 방안을 고려해 볼 수 있다. 검사는 형사절차의 일방당사자이기도 하지만 공익의 대표자로서의 지위와 역할이 요구된다. 책임무능력 또는 한정책임능력 상태가 인정되지만 사안이 경미하여 치료감호를 청구할 수 없거나 청구의 실효성이 없는 대상자에 대해서 아무런 관리와 의료적 지원을 보장 받지 못한 채로 지역사회로 방출하는 것은 공익의 대표자로서의 검사의 역할에 부합하지 않는다. 따라서 요건의 불충족과 형사절차진행 실효성 미비라는 이유로 형사사법절차에 포착된 정신질환범죄자를 아무런 조치 없이 지역사회로 복귀시키는 것이 아니라 형사사법과 정신의료의 협력 하에 시한부 기소정지제도를 적극 활용함으로써 자상타해의 위험성 높은 정신질환범죄자의 지속적 치료와 관리가 가능한 방안을 모색할 필요가 있다.⁵⁶⁾

기소유예제도와 기소중지제도는 기판력이 인정되지 않기 때문에 정신질환 치료의 이행 여부와 대상자 상태의 추이를 지켜보면서 추후 형사절차가 필요한 경우 다시 절차를 진행시킬 수 있다는 점, 양제도는 상대적으로 침익성이 적은 처분으로서 법원이 직접 개입하지 않더라도 인권침해의 우려가 크지 않다는 점, 부당한 처분에 대해서는 피고인의 항고 등이 인정되어 시정조치가 존재한다는 점, 재판단계에 비해 사법비용 및 경비가 매우 적게 든다는 점 등에서 매우 현실적이고 효율적인 방안이라고 생각된다.

56) 검찰사건사무규칙 제73조는 검사가 피의자의 소재불명 또는 제74조에 규정된 사유 외의 사유로 수사를 종결할 수 없는 경우에는 그 사유가 해소될 때까지 불기소·기소중지·참고인증지 사건기록에 의하여 기소중지의 결정을 할 수 있다고 규정하고 있다. 이에 따라 범인의 불명, 피의자의 소재불명, 피의자의 심신상실이나 질병 등일 경우에 기소중지를 할 수 있고, 또한 현재 형사조정이 이루어지는 경우에도 시한부 기소중지가 이루어지고 있다.

6. 결론

“이미 안전을 누리며 사는 시민들의 집단이기주의는 정신적·육체적으로 병들거나 낙오한 사람들의 불행을 대가로 하여 자신들의 안전을 확고히 하려는 경향이 있다. 그러나 이들은 사회적으로 위협해 보일지 모르나, 실상은 대부분 사회적 약자들이다.” - 헬무트 마이어 -

정신질환범죄자의 경우에도 본질은 범죄행위의 원인이 정신질환에 근거하고 있다는 점에서 정신질환자의 처우와 근본적으로 다르지 않다. 즉 정신질환범죄자들은 범죄자이기 이전에 치료를 받아야 하는 환자라는 점에서 형사사법의 처우대상이자 정신의료의 처우대상이다. 따라서 이 이질적인 두 분야의 처우가 유기적이고 체계적으로 결합되어 실시될 때 이들에 대한 효과적인 치료 및 보호·관리가 이루어지고 원활한 사회복귀를 기대할 수 있다.⁵⁷⁾

그러나 작금의 현실에서 지역사회 내에 있는 정신질환범죄자들은 정신의료체계와 형사사법체계가 그 어느 쪽에도 적용되지 못한 채 서로 떠넘겨지며 양쪽에서 배척당하고 있는 것처럼 보인다. 앞서 살펴보았듯이 정신질환범죄자에 대한 처우는 형사사법체계와 정신의료체계가 서로 협력함으로써 가장 효과적으로 관리될 수 있음은 분명해 보인다. 이러한 관점에서 현재 양쪽 체계를 통합하는 접근방식이 모색되고 있지만 현실에서는 새로운 업무에 대한 부담과 양보할 수 없는 기득권 등으로 인해 협력 관계 구축에는 많은 어려움이 있어 보인다. 그러나 이러한 현실적 어려움을 극복하고 협력 관계를 구축할 수만 있다면 양쪽 모두에게 많은 도움이 될 것이다. 즉 양쪽 체계에서 일하는 사람들이 서로 협력할 경우 자신들이 이용당한다는 느낌대신 오히려 각자의 역할을 더 잘 할 수 있고, 제한된 자원의 이용을 극대화 할 수 있으며, 양쪽 체계에서 환자를 떠넘기는 현상을 최소화할 수 있을 것이다. 또한 무엇보다 중요한 점은 그러한 협력적 접근방식을 통해 정신질환범죄자에게 필요한 치료처우와 사회복귀처우를 제공할 수 있고, 또한 환자가 자신의 행동에 책임을 지도록 만들 수 있을 것이다.

현재와 같이 형사사법체계가 정신의료체계를 통한 치료처우를 대신할 수 없기 때문에, 또한 정신의료체계상의 치료처우를 이용하는데 한계가 있다는 이유만으로 지역사회 내에서의 정신질환범죄자에 대한 관리와 감독이 소극적으로 이루어진다면 유사한 범죄는 앞으로도 계속해서 발생하게 될 것이며 그로 인해 발생하는 엄청난 피해와 사회적 비용은 모두 국민과 우리 사회의 몫으로 되돌아 올 것이다.

57) 박학모/안성훈(2016), 앞의 보고서, 107쪽.



제10회 형사사법포럼

변화하는 범죄트렌드에 따른 새로운 형사정책의 방향

제3주제

재산국외도피죄 구성요건과 개정 필요성

안 광 현

(해외불법재산환수 합동조사단 제2팀장)

재산국외도피죄 구성요건과 개정 필요성

안 광 현

(해외불법재산환수 합동조사단 제2팀장)

1. 도입

○ 재산국외도피죄 처벌 필요성

- 조세회피처 등을 이용하여 해외 재산소득을 은닉하는 역외탈세나 국내 재산을 해외로 빼돌리는 재산국외도피 사례가 다수 확인되고 있어 심각한 국부유출 문제로 대두되고 있음
- 해외 비자금 조성으로 인한 국부유출은 국가경제에 부정적 영향을 가져오며, 오너 일가의 횡령·배임 등 모럴 해저드 수반

○ 재산국외도피죄 수사상 어려움

- 재산국외도피 분야는 외국환, 대외무역 등의 전문성이 요구되고, 수사 및 판결례도 많지 않으며 法理상 정리가 부족함
- 현재의 화폐가치, 국제거래 규모 등에 비추어 재산국외도피죄의 가중처벌 규정¹⁾이 지나치게 무거워 불합리한 부분이 있고, 법원의 유죄선고에 오히려 부담이 되는 측면 존재²⁾

○ 외국환거래법 개정에 따른 처벌 공백 발생

- 2017. 1. 17. 법률 14525호로 개정(2017. 7. 18. 시행)된 외국환거래법은 채권회수의무

1) (특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제4조 제2항) 도피액이 5억원 이상일 때에는 다음과 같이 가중처벌

- 도피액이 50억원 이상일 때: 무기 또는 10년 이상의 징역
- 도피액이 5억원 이상 50억원 미만일 때: 5년 이상의 유기징역

2) 대법원도 『재산국외도피죄는 그 법정형이 1년 이상의 유기징역 또는 당해 범죄행위의 목적물의 가액의 2배 이상 10배 이하에 상당하는 벌금으로 중하게 설정되어 있을 뿐만 아니라 범행 대상인 재산을 필요적으로 몰수하고 그 몰수가 불능인 때에는 그 가액을 추징하도록 규정하고 있는 등 재산국외도피사범에 대한 징벌의 정도를 강화하고 있는 점이나 국가경제의 발전과 세계화 추세 등에 따라 외환 거래에 관한 규제가 크게 완화된 점 등에 비추어 볼 때, 어떠한 행위가 특별법 제4조 제1항 소정의 재산국외도피에 해당하는지를 판단함에 있어서는 당시 행위자가 처하였던 경제적 사정 내지 그 행위를 통하여 추구하고자 한 경제적 이익의 내용 등 그러한 행위에 이르게 된 동기, 행위의 방법 내지 수단이 은밀하고 탈법적인 것인지 여부, 행위 이후 행위자가 취한 조치 등 여러 사정을 두루 참작하여 **엄격하고 신중하게 판단하여야 할 것이다.**』고 판시(대법원 2010. 9. 9. 선고 2007도3681 판결)

를 규정한 외국환거래법 제7조를 삭제하여 거주자가 비거주자에 대한 채권을 회수할 의무를 부담하지 않게 되었고, 「외국환거래법」 제7조 소정의 국내회수대상 채권을 전제로 하는 재산국외도피죄 성립 불가

- 일반적인 재산국외도피죄 구성요건을 살펴보고, 대검찰청 산하 「재산국외도피 법령개정 TF」이 수립했었던 법령 개정(안)³⁾을 소개하고 이번 포럼에서 이에 대한 의견을 적극 수렴하여 향후 개정 내용과 방향에 대해 반영하고자 함

2. 재산국외도피죄 구성요건

【특정경제범죄가중처벌등에 관한 법률 제4조 (재산국외도피의 죄)】

- ① ㉠ '법령'을 위반하여 / ㉡ 대한민국 또는 대한민국 국민의 재산을 국외로 이동하거나 / ㉢ 국내로 '반입하여야 할 재산'을 국외에서 '은닉' 또는 처분하여 / ㉣ '도피'시켰을 때에는 / 1년 이상의 유기징역 또는 해당 범죄행위의 목적물 가액(이하 이 조에서 "도피액"이라 한다)의 2배 이상 10배 이하에 상당하는 벌금에 처한다.
- ② 제1항의 경우 도피액이 5억원 이상일 때에는 다음 각 호의 구분에 따라 가중처벌한다.
 1. 도피액이 50억원 이상일 때: 무기 또는 10년 이상의 징역
 2. 도피액이 5억원 이상 50억원 미만일 때: 5년 이상의 유기징역

【도피재산 환수(필요적 몰수·추징) 규정】

㉡ 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제10조(몰수·추징)

- ① 제4조 제1항부터 제3항까지의 경우 범인이 도피시키거나 도피시키려고 한 재산은 몰수한다.
- ③ 제1항 또는 제2항의 경우 몰수할 수 없을 때에는 그 가액을 추징한다.

㉣ 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률

- 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

2. "범죄수익"이란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 것을 말한다.

나. 다음의 어느 하나의 죄에 관계된 자금 또는 재산

4) 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제4조의 죄

- 제8조(범죄수익등의 몰수) ① 다음 각 호의 재산은 몰수할 수 있다.

1. 범죄수익

2. 범죄수익에서 유래한 재산

- 제10조(추징) ① 제8조제1항에 따라 몰수할 재산을 몰수할 수 없거나 그 재산의 성질, 사용 상황, 그 재산에 관한 범인 외의 자의 권리 유무, 그 밖의 사정으로 인하여 그 재산을 몰수하는 것이 적절하지 아니하다고 인정될 때에는 그 가액(價額)을 범인으로부터 추징할 수 있다.

- 제12조(「마약류 불법거래 방지에 관한 특별법」의 준용) 이 법에 따른 몰수 및 추징과 국제 공조에 관하

3) 단, 이는 대검찰청의 공식적인 개정(안)은 아니고 계속 논의 중에 있음

여는 「마약류 불법거래 방지에 관한 특례법」 제19조부터 제63조까지, 제64조제2항 및 제65조부터 제78조까지의 규정을 준용한다.

㉑ 마약류 불법거래 방지에 관한 특례법

- 제33조(몰수보전명령) ① 법원은 마약류범죄 등에 관련된 피고인에 대한 형사사건에 관하여 이 법, 「마약류관리에 관한 법률」, 그 밖의 법령에 따라 몰수할 수 있는 재산(이하 "몰수대상재산"이라 한다)에 해당한다고 판단할 만한 상당한 이유가 있고 그 재산을 몰수하기 위하여 필요하다고 인정하면 검사의 청구를 받아 또는 법원의 직권으로 몰수보전명령을 함으로써 그 재산에 관한 처분을 금지할 수 있다.
- 제34조(기소 전 몰수보전명령) ① 검사는 제33조제1항 또는 제2항에 따른 이유와 필요가 있다고 인정하는 경우에는 공소가 제기되기 전이라도 지방법원판사에게 청구하여 같은 조 제1항 또는 제2항에 따른 처분을 받을 수 있으며, 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 처분을 받을 수 있다.
- 제52조(추정보전명령) ① 법원은 마약류범죄 등에 관련된 피고인에 대한 형사사건에 관하여 제16조에 따라 추정하여야 할 경우에 해당한다고 판단할 만한 상당한 이유가 있는 경우로서 추정재판을 집행할 수 없게 될 염려가 있거나 집행이 현저히 곤란하게 될 염려가 있다고 인정할 때에는 검사의 청구에 의하여 또는 법원의 직권으로 추정보전명령을 하여 피고인에 대하여 재산의 처분을 금지할 수 있다.
- 제53조(기소 전 추정보전명령) ① 검사는 제52조제1항에 따른 추정보전의 이유와 필요가 있다고 인정하는 경우에는 공소가 제기되기 전이라도 지방법원판사에게 청구하여 같은 항에 규정된 처분을 받을 수 있다.

㉒ '법령' 위반

● '법령'의 의미

- 통상 외국환거래법령(외국환거래법, 시행령, 외국환거래규정) 의미
 - ※ 대법원은 '법령의 형식적 명칭과 목적이 어떠한지를 가리지 않고 국내 재산의 국외로의 이동을 규율·관리하는 법령을 모두 포함'하므로 '대외무역법'도 위 법령에 포함된다고 판시, 법령의 범위 확대(대법원 2013도3295)
- '법령'위반은 형사처벌 대상뿐만 아니라 '과태료' 사안도 포함

● '법령' 위반의 대표적 유형

- ① 외화 미신고반출(외국환거래법 제17조, 시행령 제31조, 거래규정 제6조의2 등)
- ② 수출대금 등을未회수한 뒤未신고 해외계좌에 예치(외국환거래법 제18조, 시행령 제32조, 거래규정 제7조의11 등)
 - ※ 채권회수의무 규정을 삭제한 개정 외국환거래법 적용 전 유형
- ③ 허위서류작성에 기한 외화송금
 - ▶ 통상 허위의 수입서류를 만들어 수입대금 명목으로 송금하거나, 허위의 임가공비 채무서류를 만들어 송금하는 사례 등이 문제(외국환거래법 제15조, 시행령 제29조, 거래규정 제4조의1 등)
 - ▶ 미신고·허위 신고 자본거래·해외직접투자와 연관 사례도 존재(외국환거래법 제18조, 시행령 제32조, 거래규정 제7조의46, 제9조의1 등)

- ④ ‘환지기’에 의한 송금(외국환거래법 제16조 제3호, 제4호, 거래규정 제5조의10, 제5조의11 등)
- ⑤ 수출입가격 조작을 금하는 대외무역법 제43조 위반
 - ▶ 수입가격을 高價로 조작하여 해외 송금, 또는 수출가격을 低價신고하여 차액을 해외에서 은닉하는 경우 등이 주로 문제⁴⁾

㉑ 대한민국 또는 대한민국 국민의 재산을 국외로 이동

- 해당 내용은 그 자체로 구성요건이 단순하고 명확함⁵⁾.
- 다만, 최근 대법원은 전원합의체 판결에서 『재산국외도피죄는 자신의 행위가 법령을 위반하여 국내 재산을 해외로 이동한다는 인식과 그 행위가 재산을 대한민국의 법률과 제도에 의한 규율과 관리를 받지 않고 자신이 해외에서 임의로 소비, 축적, 은닉 등 지배·관리할 수 있는 상태에 두는 행위라는 인식을 가지고 국내 재산을 해외로 이동하여 대한민국 또는 대한민국 국민의 재산이 유출될 위험이 있는 상태를 발생하게 한 때에 성립한다. 대한민국 또는 대한민국 국민의 국내재산을 국외로 이동한 행위가 도피에 해당하려면 재산에 대한 지배·관리 상태를 국내에서 국외로 옮기는 경우여야 하고 이동으로 인하여 재산에 대한 지배·관리 상태를 상실하는 경우는 여기에 해당하지 않는다.』고 판시⁶⁾하여, 그 구성요건을 구체화하였음(대법원 2019. 8. 29 선고 2018도2738 전원합의체 판결).

㉒ 국내로 ‘반입하여야 할 재산’을 국외에서 ‘은닉 또는 처분’

- 국내로 ‘반입하여야 할 재산’의 의미 관련 상반되는 판례 존재
 - 개정 前 「외국환거래법」 제7조 제1항, 시행령 제12조, 거래규정 제1-3조 제1항은 건당 미화 50만불을 초과하는 채권을 회수대상채권으로 규정

4) 다만, 수입가격 조작이 존재하더라도 무역거래실적을 만들어 낼 의도를 가지고 반출한 자금을 다시 국내로 반입하는 등 외화도피목적이 부정되는 경우 대외무역법 제43조 위반이 부정됨(서울고등법원 2002노1334, 대법원 2002도4831)

5) 재산국외도피의 행위 태양은 국내 재산을 국외로 이동하는 ‘국내 재산 반출’(법령위반 유형①③④⑤ 참조)과 국내로 반입할 재산을 국외에서 은닉, 처분하는 ‘해외재산 은닉, 처분’(법령위반 유형② 참조) 2가지임. 행위 태양이 비교적 명확한 반출과 달리 ‘해외재산 은닉, 처분’이 해석상 주로 문제됨

6) 법원은 피고인들이 A회사의 국내 자금을 용역대금 명목으로 가장하여 독일 ☆☆☆☆☆은행 B 회사 명의의 계좌에 송금하였으나, 뇌물수수자인 ㉑가 위 용역대금을 해외에서 자신의 필요에 따라 임의로 지배·관리하였고 뇌물공여자인 피고인들이 용역대금에 대하여 임의로 소비, 축적, 은닉 등 지배·관리하였던 것으로 볼 수 없다는 이유로, 피고인들에 대한 재산국외도피의 점에 대해 무죄로 판단함.

非한정설	한정설
외국환거래법 제7조 등 법령상 의무가 있는 경우뿐만 아니라 계약관계에 의한 의무가 있는 경우에도 반입하여야 할 재산으로 판단(대법원 2004도7354, 2003도3516, 88도551)	특경법 제4조 제1항 후단의 재산국외도피죄를 구성하려면 문제된 채권이 『외국환거래법 제7조 소정의 국내회수 의무가 부과된 채권』이어야 한다고 판시(대법원 2007도3681 ⁷⁾ , 2008도5743 등)

- 非한정설은 구체적 타당성 있으나 죄형법정주의상 엄격해석의 원칙에 反하고, 한정설은 엄격해석의 원칙에는 충실하나 피의자가 외국환거래법상 회수대상채권 미만으로 금액을 분할하여 잠탈 우려 있음

▶ 대외채권 회수의무위반 주요 사례는 별지 참조

- (개정 외국환거래법 부칙 경과규정 적용) 2014. 7. 18. 이전에 발생한 회수 대상 대외채권 → 재산국외도피죄 성립

※ 2017. 1. 17. 법률 14525호로 개정(2017. 7. 18. 시행)된 외국환거래법은 채권회수의무를 규정한 외국환거래법 제7조를 삭제하여 거주자가 비거주자에 대한 채권을 회수할 의무를 부담하지 않게 되었고, 경과규정(부칙 제2조)에 의하면 2017. 7. 18. 개정법 시행 전에 발생한 채권에 대하여도 개정된 법령이 적용되도록 하여 2017. 7. 18. 이후에는 회수의무가 없으며, 다만 회수의무 기간 3년이 경과한 2014. 7. 18. 이전에 발생한 회수 대상 채권에 한하여 종전 규정에 따라 처벌이 가능함(부칙 제7조)

● ‘은닉’의 의미

- 은닉은 재산의 발견을 불가능 또는 곤란하게 하거나 재산의 소재, 소유관계 등을 불명하게 하는 경우도 포함(대법원 2004도7354)
- ▶ 실무상 국내로 반입할 수출대금 등을 未신고 해외계좌에 예치하면 재산국외도피에 해당한다고 판단(대법원 88도2211 등)
- ▶ 허위 회계처리로서 未회수 재산의 존재를 불명하게 하는 것도 은닉에 해당(서울고법 2003노434)

㉠ ‘도피’시켰을 때

● 도피 ‘목적’ 不要

- 재산을 국외로 도피시킨다는 인식이 있으면 성립, 재산 도피 목적불요(부산고법 2005노144)

● 자금순환(국내 → 해외 → 국내)의 경우 ‘도피’ 의사 인정 여부

- 판례는 ‘재산을 국외 도피시켰다면 이미 그 범죄는 성립이 되고 그 후 일부가 국내에 다시 반입되거나, 애초부터 그 은닉된 재산을 다시 반입하여 소비할 의사가 있었는지

7) 별지 주요 판례 중 II. 반입의무 부정례 ①번 사례 참조

여부는 정상참작의 사유는 될지언정 그 범죄의 성립에는 영향을 미치지 아니한다'고 판시(대법원 88도551 등)

- 다만, '처음부터 해외에서의 사용을 예정하지 않고, 즉시 반입할 목적으로 송금하였다면, 해외로 이동하여 지배·관리한다는 재산 도피의 범의가 있었다고 볼 수 없다'고 판시(대법원 2002도7262)⁸⁾

3. 재산국외도피죄 개정 검토

① 문제점

○ 특경법 제4조 제1항 후단 재산국외도피죄

- 법령을 위반하여 국내로 반입하여야 할 재산을 국외에서 은닉 또는 처분하여 도피시킨 경우 성립

〈특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률〉

제4조(재산국외도피의 죄) ① 법령을 위반하여 대한민국 또는 대한민국국민의 재산을 국외로 이동하거나 국내로 반입하여야 할 재산을 국외에서 은닉 또는 처분하여 도피시켰을 때에는 1년 이상의 유기징역 또는 해당 범죄행위의 목적물 가액의 2배 이상 10배 이하에 상당하는 벌금에 처한다.

○ '국내로 반입하여야 할 재산'의 의미

- 대법원은 '국내로 반입하여야 할 재산'에 대하여 '법령에 의하여 국내에 반입하여야 할 의무를 부담하는 재산을 의미하는 것'이고, 특경법 제4조 제1항 후단 재산국외도피를 구성하기 위해서는 '문제가 된 채권이 외국환거래법 제7조 소정의 국내회수 의무가 부과된 채권'이어야 한다고 판시(대법원 2010.9.9. 선고 2007도3681)

8) 해외에 송금하면서 즉시 다시 송금하여 달라고 요청하고 2~3일 이내에 국내로 다시 송금된 부분은 재산도피 범의가 없었다고 판시함. 다만 당사자들이 즉시 반입 목적을 주장하나, 실제로 다시 반입하지 못하였으며 제반 사정상 도피의사가 인정되는 부분은 유죄로 판단

〈대법원 2010.9.9. 선고 2007도3681 등〉

제4조 제1항 후단의 ‘국내에 반입하여야 할 재산’이라 함은 법령에 의하여 국내에 반입하여야 할 의무를 부담하는 대한민국 또는 대한민국 국민의 재산을 의미하는 것으로 보아야 한다.

외국환거래법은 제7조에서 “기획재정부장은 비거주자에 대한 채권을 보유하고 있는 거주자로 하여금 그 채권을 추심하여 국내로 회수하게 할 수 있고, 회수대상채권의 범위·회수기한과 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다”고 함으로써 거주자에 대하여 제한적인 채권회수 의무를 부과하고 있다. 따라서 거주자가 비거주자와의 거래에 기하여 취득한 채권을 국내로 반입하지 아니한 행위가 특별법 제4조 제1항 후단의 재산국외도피죄를 구성하기 위해서는 문제된 채권이 외국환거래법 제7조 소정의 국내회수 의무가 부과된 채권이어야 한다.

○ 「외국환거래법」 개정에 따른 대외채권 회수 의무 규정 삭제

- 개정 前 「외국환거래법」은 기획재정부장관이 대외채권 회수 의무를 부여할 수 있도록 규정하고, 미회수 잔액이 50만달러 초과하는 채권은 회수 대상으로 규정(개정 前 「외국환거래법」 제7조, 외국환거래법 시행령 제12조, 외국환거래규정 제1-3조 제1항)

〈개정 前 「외국환거래법」 등〉

제7조(채권의 회수명령) ① 기획재정부장관은 외환시장의 안정과 외국환거래의 건전화를 위하여 비거주자에 대한 채권을 보유하고 있는 거주자로 하여금 그 채권을 추심하여 국내로 회수하게 할 수 있다. (‘17.1. 삭제)

외국환거래법 시행령 제12조(채권의 회수명령) : ① 법 제7조제1항에 따른 회수대상채권의 범위는 1건당 미화 5만달러에 상당하는 금액을 초과하는 채권 중 기획재정부장관이 정하여 고시하는 채권으로 한다. (‘17.6. 삭제)

② 제1항에 따른 회수대상채권을 보유하고 있는 거주자는 해당 채권의 만기일 또는 조건성취일부터 3년 이내에 이를 국내로 회수하여야 한다. (‘17.6. 삭제)

※ 회수 의무기간 변천과정

- 1999. 4. 1. ~ 2005. 6. 28. : 6개월 / 2005. 6. 29. ~ 2013. 6. 30. : 1년 6개월
- 2013. 7. 1. ~ 2014. 7. 17. : 3년 / 2014. 7. 18. ~ : 상시 회수 의무 없음

외국환거래규정(기획재정부고시) 제1-3조(채권의 회수) 영 제12조제1항의 규정에 의한 채권은 다음 각 호의 1에 해당하는 채권을 제외한 건당 미회수 잔액이 미화 50만불을 초과하는 채권으로 한다. (‘17.6. 삭제)

※ 회수대상채권 범위 변천과정

- 1996. 6. 1. ~ 1999. 3. 31. : 전부 / 1999. 4. 1. ~ 2002. 7. 1. : 5만불
- 2002. 7. 2. ~ 2006. 8. 2. : 10만불 / 2006. 8. 3. ~ 2017. 6. : 50만불

- ’16.9. 기획재정부(「외국환거래법」 소관)는 「외환제도 개혁방안」의 일환으로 정부 개정(안) 발의, ’17.1. 법 개정, ’17.7. 시행

〈2015.6.29.자 기획재정부 「외환제도 개혁방안」 중 대외채권 회수의무 부분〉

(대내외 여건 변화) '99년 이후 대외거래증(무역규모 4.2배, 외환거래 6.6배 증가, 14년 기준 내국인 해외송금도 1천만 건 상회), 금융업 성장, 핀테크 산업 등 신규업종 등장 등

(외환제도 개혁방향) ①국민·기업의 불필요한 부담을 해소하여 자율성 제고, ②금융산업의 글로벌 경쟁력 강화, ③자율성 제고에 상응한 대응수단 마련

대외채권 회수의무는 외환관리법 이래 외화유출 억제 목적을 목적으로 유지되어 왔으나 이로 인해 기업·금융사들의 자산관리 자율성이 제약

(기대효과) 기업활동의 자율성 및 최근의 양호한 외화자금 여건을 고려하여 대외채권 회수의무를 사실상 폐지함으로써 자산관리의 자율성 제고 효과 기대

○ 「외국환거래법」 제7조 소정의 국내회수대상 채권을 전제로 하는 특경법 제4조 제1항 후단의 재산국외도피죄 성립 불가

- 해외수출 후 해외 거래업체로부터 받은 수출대금을 국내로 들여오지 않고 해외 은닉한 사례 등을 재산국외도피죄로 처벌 곤란

※ 단, 개정 외국환거래법은 평상시 대외채권 회수명령 제도를 폐지하는 대신, 유사시 대외채권 회수의무 부과제도(제6조 제1항 제3호⁹⁾)를 신설하였고, 그 의무를 위반하여 국내로 반입하여야 할 재산을 국외 도피한 경우 재산국외도피죄 처벌 대상임. 그러나 대외채권 회수의무를 부여할 수 있는 비상적 상황을 극단적으로 한정하고 있다는 비판 존재¹⁰⁾

〈특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률〉

제4조(재산국외도피의 죄) ② 제1항의 경우 도피액이 5억원 이상일 때에는 다음 각 호의 구분에 따라 가중 처벌한다. ('83. 12. 31. 제정)

1. 도피액이 50억원 이상일 때: 무기 또는 10년 이상의 징역
2. 도피액이 5억원 이상 50억원 미만일 때: 5년 이상의 유기징역

② 논의 경과

○ '18. 6. 22. 「해외불법재산환수 합동조사단」 설립

○ '18. 11. 대검에 「재산국외도피 법령개정 TF」 구성, 활동개시

- 대검 범죄수익환수과장을 팀장으로 하여 대검, 해외불법재산환수 합동조사단, 일선청 소속 검사들로 TF 구성

9) 제6조(외국환거래의 정지 등) ① 기획재정부장관은 천재지변, 전시·사변, 국내외 경제사정의 중대하고도 급격한 변동, 그 밖에 이에 준하는 사태가 발생하여 부득이 하다고 인정되는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 조치를 할 수 있다. <개정 2011. 4. 30., 2017. 1. 17.>

3. 비거주자에 대한 채권을 보유하고 있는 거주자로 하여금 그 채권을 추심하여 국내로 회수하도록 하는 의무의 부과

10) 강석구·손진, 2019년도 대검찰청 연구용역보고서 『재산 국외도피 처벌공백 관련 법령개정 연구』, 한국형사정책연구원, 2019. 7., 59, 60면

- '19. 3. 한국형사정책연구원에 「재산국외도피 처벌 공백 관련 법령개정 연구」 연구용역 의뢰 및 법령 개정 협의
- '19. 4. 관세청·국세청과 해외재산 신고제도 및 법령 개정 등 협의
- '18. 11. ~ '19. 6. 제1~5회 「재산국외도피 법령개정 TF」 회의 개최
- '19. 7. 형사정책연구원, 「재산 국외도피 처벌 공백 관련 법령개정 연구」 용역보고서 제출
- 추후 추가 회의 및 검토를 통해 법령개정(안) 재검토 예정

③ 외국 입법례

- 중국 : 중국 「형법」에 외환도피죄 규정하여 처벌
 - 회사 등 단체 및 그 직원이 국가의 규정을 위반하여 외국에서 취득한 외환을 적시에 국내로 반입하지 않고 임의로 외국에 보관하거나 국내의 외환을 불법적으로 외국으로 이동하는 경우 처벌
- 영국 : 재산국외도피를 별도로 처벌하는 규정은 없으나, 조세포탈죄의 부가죄 성격으로 처벌
 - 영국 「금융법(Finance Act 2015)」은 기본적으로 조세포탈 행위(부실 세무신고, 고지의 무 위반, 미회신)를 처벌
 - 한편 조세포탈을 목적으로 재산을 국외로 보내는 행위 등을 포함하여 아래의 요건을 충족할 경우 조세포탈 행위와 별도로 처벌

1. 납세자가 소득세, 양도소득세, 상속세 관련한 조세포탈 행위에 대한 책임이 있고, 그 행위가 고의에 의한 것일 것
※ 조세포탈 행위는 고의 뿐 아니라 과실에 의한 것도 처벌대상임
 2. 과세연도 시작 이후 관련 **해외재산 이동**이 있을 것
※ 해외재산 이동 : 납세자가 실질적으로 소유한 재산을 지정 국가(재무부령으로 정한 국가, 우리나라, 미국 등 포함 일반적인 국가들)에서 비지정 국가로 이동하거나 형식적 소유권을 변경하는 행위 등 포함
 3. 해외재산이동의 목적이 국세청의 수익원 발견을 방해하거나 지연시키려는 것이고, 원 조세포탈 행위도 위 수익원에 관련된 것일 것

- 미국 : 재산을 국외에 보관하는 행위 자체는 문제 삼지 않으나, 이를 통해 세금을 납부하지 않는 경우 조세포탈의 일환으로 처벌
 - 미국 「연방법(United States Code)」은 고의로 국세 관련 법률에 따른 세금 부과 또는 부과된 세금의 납부를 면탈하는 경우 처벌
 - 미국은 역외금융계좌 신고제도(Foreign Account Tax Compliance Act)를 통해 미국

거주자가 해외에 보유한 금융계좌 잔고가 1만달러를 초과할 경우 이를 신고하지 않으면 처벌

- 독일 : 재산국외도피 행위를 직접 처벌하는 규정은 없고, 그 행위가 자금세탁, 조세포탈 등에 해당하는 경우 「형법」 등에 따라 처벌
- 일본 : 범죄수익이 아닌 일반재산의 국외도피 또는 은닉행위를 직접 처벌하는 규정은 없으나, 2014년부터 「국외재산조서 제출제도」를 시행하여 일정 금액 이상의 국외재산에 대하여 ‘국외재산조서’를 제출하지 않는 경우 처벌
- 프랑스 : 범죄수익이 아닌 일반재산의 국외은닉 또는 처분행위를 직접 처벌하는 규정은 없으나, 범죄수익을 은닉 또는 처분하는 행위는 「형법」에서 규정한 자금세탁죄로 처벌

4 대검찰청 연구용역보고서의 법령개정방안¹¹⁾ 소개

- 재산국외도피죄 현행대로 유지 필요성
 - 외화자금 운용이나 외환관리 필요성이 현재는 사라졌고 외환자유화의 확대에 따라 외국환거래법상 대외채권 회수명령 제도까지 폐지해야 할 상황에 이르렀다면 대외무역법상 외환관리 목적 신고의무 제도들도 유사한 운명에 처할 가능성이 적지 않은 점, 이중처벌이라는 비판이 있는 점 등에 비추어 장기적이고 원칙적인 견지에서는 재산국외도피죄를 폐지하는 것이 바람직
 - 다만, 최근 중국과 일본의 경제보복, 미국의 보호주의 경향 등을 감안할 때 여전히 외환개입의 현실적 필요성이 남아 있고, 비상적 외환개입의 실효성을 보강할 수 있다는 측면에서 (유사시에 실질적으로 개입할 수 있는 방어적 외환개입 제도가 입법되기 전까지는) 재산국외도피죄를 현행대로 유지하는 것이 바람직
- 재산국외도피죄 구성요건 제고 방안
 - 재산국외도피죄의 규정형식에 있어 ‘국내의 재산을 국외로 이동하는 행위’에 대한 요건은 명확하지만, ‘국외의 재산을 국외에서 은닉·도피하는 행위’에 대한 요건은 “법령을 위반하여 ... 국내로 반입하여야 할 재산”과 같이 규정함으로써 대상재산의 범위가 불명확하므로 “국외에서 취득한 재산”에 대한 은닉·도피행위를 처벌하는 점을 명확히 해 줄 필요성 있고,
 - 국외에서 취득한 재산을 단순히 보유·처분·사용하는 것이 아니라 적극적으로 ‘가장 또는 은닉’함으로써 적법한 재산으로 보이게 하거나 관계기관의 추적을 회피하는 경우

11) 강석구·손진, 2019년도 대검찰청 연구용역보고서 『재산 국외도피 처벌공백 관련 법령개정 연구』, 한국형사정책연구원, 2019. 7., 57~60면

에 한하여 재산국외도피죄로 처벌함으로써 처벌의 대상을 명확히 하거나, 범죄수익은
닉규제법상의 개념을 참고하여 가장·은닉행위의 유형을 구체화함으로써 명확성 제고
하는 방안 검토 필요

○ 실질적 외환개입 상황을 대비한 외국환거래법 개정방안

- 2017. 1. 개정 외국환거래법에서는 평상시 대외채권 회수명령 제도(제7조)를 폐지하는 대신, 유사시 대외채권 회수의무 부과제도(제6조 제1항 제3호)를 신설하였음
- 그러나 개정 법령에서는 대외채권 회수의무를 부여할 수 있는 비상적 상황을 “천재지변, 전시·사변, 국내외 경제사정의 중대하고도 급격한 변동, 그 밖에 이에 준하는 사태가 발생하여 부득이 하다고 인정되는 경우”로 극단적으로 한정하고 있음
- 대외채권 회수명령 제도 폐지는 외환 부분에 대한 평상시의 정부개입을 최소화해야 한다는 의미이고, 1997년 유동성 위기와 같은 비상적 상황에서의 정부개입을 최소화해야 한다는 의미가 아닌 점, 대외채권 회수와 같은 보다 탄력적이면서 신속한 대응이 필요한 사안까지 위와 같이 협소하게 요건을 정해 둔다면, 우리 경제의 위기 발생 시에는 정부가 대응할 수 있는 방도가 마땅치 않은 점 등에 비추어 문제가 있음

⑤ 재산국외도피 법령개정 TF(안)

○ 「외국환거래법」 개정취지 고려

- 자유무역 및 해외거주 확대로 해외재산보유 증가 추세 속에 해외재산의 국내 반입을 강제하는 것은 당위성 부족, 기업 반발 초래 등의 우려가 있으므로 삭제된 대외채권 회수명령 부활은 곤란
- 대외채권 회수명령 제도를 갖고 있는 해외 입법례는 찾아보기 어려우므로 자유 무역·거래가 강조되고 있는 국제기준 고려 필요

○ 해외재산을 이용한 재산국외도피 사범의 처벌 필요성

- 국제거래 증가에 따라 해외재산을 통한 자금세탁, 재산은닉, 역외탈세 등이 증가하고, 해외은닉재산 환수에 대한 사회적 관심 고조
- 국내에서 직접 해외로 재산을 이동하는 것보다 해외에서 발생한 재산을 국내로 들여오지 않고 은닉하는 경우가 대부분이므로 해외재산을 통한 재산국외도피 사범에 대한 처벌공백 개선 필요

○ 대상재산 : 국외에서 취득한 재산

- 현재 ‘국내로 반입하여야 할 재산’이 대상재산이나 그 전제가 되는 대외채권 회수의무가 삭제되어 대상재산의 범위가 불분명하므로 국내 회수 여부를 불문하고 국외에서 취득한 모든 재산을 대상으로 하여 대상재산 범위에 대한 논란 해소 필요

- 국외에서 취득한 모든 재산을 대상으로 함에 따라 형사처벌이 지나치게 확대되는 것을 방지하기 위하여 행위태양인 '도피' 및 '은닉'의 개념 엄격히 규정하는 것이 필요
- ※ 「외국환거래법」 개정으로 대외채권 회수의무 규정이 삭제됨에 따라 「외국환거래법」 등 법령위반을 전제로 할 경우 처벌공백 발생

○ 행위태양 : 대상재산을 국외에서 '가장 또는 은닉'하는 행위

- 해외에서 취득한 재산을 단순히 보유·처분·사용하는 것이 아니라 적극적으로 '가장 또는 은닉'함으로써 적법한 재산으로 보이게 하거나 관계기관의 추적을 회피하는 경우 재산국외도피죄로 처벌
- 「범죄수익은닉규제법」에 규정된 개념을 차용하여 ① 재산의 취득 또는 처분에 관한 사실을 가장하는 행위, ② 재산의 발생 원인에 관한 사실을 가장하는 행위, ③ 범죄수익 은닉규제법 상 특정범죄를 조장하거나 적법하게 취득한 재산으로 가장할 목적으로 재산을 은닉하는 행위로 명시

〈범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률〉

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

○ 가중처벌의 기준이 되는 도피금액 상향

- 현행 도피금액이 '83년 제정 당시와 동일하므로 물가상승률, 국제거래 증가 등을 반영하여 상향함으로써 경제현실에 부합하는 형사처벌이 가능하고, 법원의 유죄선고에 대한 부담 감소 가능
- 동법 제정 후 물가상승률 3.5배(한국은행 게시)와 '99년 이후 대외거래급증(무역규모 4.2배, 외환거래 6.6배 증가) 등을 반영하여 도피금액 기준을 4배 상향
- ※ 5억원 → 20억원, 50억원 → 200억원으로 각각 상향

○ 「국내재산도피 행위」와 「국외재산도피 행위」를 구분

- 현행법은 국내재산을 국외로 도피한 행위와 국외재산을 국내로 반입하지 않고 도피한 행위를 하나의 문장으로 규정하고 있어 구성요건이 명확하지 않고 해석상 많은 논란 야기
- 특히, 대외채권 회수의무 위반을 전제로 할 수 없는 상황에서 두 행위태양을 같이 규정할 경우 국외재산에 관한 도피행위를 처벌할 수 없는 모순 발생
- 국내재산을 국외로 도피한 경우는 현행법의 법문을 그대로 유지하고 국외재산을 가장·

은닉하여 도피한 경우는 분리하여 별도 규정

☞ 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 개정(안)

현 행	개 정 안
제4조(재산국외도피의 죄) ① 법령을 위반하여 대한민국 또는 대한민국국민의 재산을 국외로 이동하거나 국내로 반입하여야 할 재산을 국외에서 은닉 또는 처분하여 도피시켰을 때에는 1년 이상의 유기징역 또는 해당 범죄행위의 목적물 가액(이하 이 조에서 "도피액"이라 한다)의 2배 이상 10배 이하에 상당하는 벌금에 처한다.	제4조(재산국외도피의 죄) ① <u>다음 각 호의 행위로서 재산을 국외로 도피시켰을 때에는 1년 이상의 유기징역 또는 해당 범죄행위의 목적물 가액(이하 이 조에서 "도피액"이라 한다)의 2배 이상 10배 이하에 상당하는 벌금에 처한다.</u> 1. 법령에 위반하여 대한민국 또는 대한민국국민의 재산을 국외로 이동하는 행위 2. 국외에서 취득한 재산에 관하여 가장 또는 은닉하는 행위
② 제1항의 경우 도피액이 5억원 이상일 때에는 다음 각 호의 구분에 따라 가중처벌한다. 1. 도피액이 50억원 이상일 때: 무기 또는 10년 이상의 징역 2. 도피액이 5억원 이상 50억원 미만일 때: 5년 이상의 유기징역	② 제1항의 경우 도피액이 20억원 이상일 때에는 다음 각 호의 구분에 따라 가중처벌한다. 1. 도피액이 200억원 이상일 때: 무기 또는 10년 이상의 징역 2. 도피액이 20억원 이상 200억원 미만일 때: 5년 이상의 유기징역
〈신 설〉	⑤ 제1항에서 "가장 또는 은닉"이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다. 1. 재산의 취득 또는 처분에 관한 사실을 가장하는 행위 2. 재산의 발생 원인에 관한 사실을 가장하는 행위 3. 범죄수익의 규제 및 처벌 등에 관한 법률 제2조 제1호에서 정하는 특정범죄(같은 법 제2조 제2호 나목의 4)의 죄는 제외한다를 조장하거나 적법하게 취득한 재산으로 가장할 목적으로 재산을 은닉하는 행위

○ 기대 효과

- 「외국환거래법」의 개정취지를 고려하여 국제거래를 통한 선의(善意)의 해외재산 보유를 보장하고 국제거래의 자율성 보장 가능
- 개정(안)은 해외에서 취득한 재산을 대상재산으로 하고 있기 때문에 그 범위를 명확히 하여 불필요한 논란 방지
- 개정(안)은 일정한 사실을 가장하여 적극적으로 해외재산을 '은닉'하는 경우 처벌하도록 하여 과도한 형사처벌을 억제하는 한편 재산국외도피 사범에 대한 처벌의 당위성 확보
- 가중처벌의 기준이 되는 도피금액을 상향함으로써 경제현실을 반영하여 형사처벌의 합리성 제고

4. 맺음말

- 본건 포럼을 통해 재산국외도피죄 구성요건에 대한 법령개정 논의가 더욱 활발하게 이루어지길 기대함

I. 반입의무 인정례

- ① 국내 카지노 도박자금의 대여와 관련하여 일본인으로부터 일본에서 수령한 금원을 국내로 반입하지 아니하고 케냐 등 해외사업 자금으로 송금한 사례 (서울지법 96고합1228, 서울고법 97노554, 확정)

가. 공소사실

1986.~1990.경 피고인이 대주주로 있는 국내 법인의 케냐국 소재 현지법인 운영 호텔이 화재로 소실되어 재건축중, 건축비 조달이 어렵게 되자, 위 국내법인 운영 카지노의 외국인 고객이 도박차 입국하며 도박자금을 직접 휴대하지 아니하고 국내법인 일본사무소에 입금시킨 경우 등 외화와 외국인 고객에게 국내에서 도박자금을 대여하였다가 국내법인 일본사무소에서 변제받은 경우 등 외화 등을 국내로 반입하지 아니하고, 각 외화[미화 합계 1,455만 달러(한화 합계 105억 8,568만 3,000원)]를 홍콩을 거쳐 케냐로 송금하여 호텔 재건축비로 사용함으로써 국내에 반입하여야 할 재산을 국외에서 처분

나. 피고인 주장

피고인은 케냐국 소재 현지법인 운영 호텔의 재건축비용을 조달하고자 법령에 위반하여 일본에 있는 외화를 케냐로 송금한 사실은 있으나, 피고인이 그와 같이 외화를 송금하여 재건축한 위 호텔은 1977. 12. 피고인이 케냐국 정부로부터 경영권을 완전히 인수하여 경영하는 회사로서 1992. 8. 6. 한국은행에 투자신고를 마친 현지법인이고, 국내법인의 해외자산으로 등재된 것이므로, 위 호텔이 1985년 화재로 소실하자 그 재건축비용에 충당하기 위하여 국내로 반입하여야 할 재산을 송금하였다고 한들 이는 외국환관리법에 위반되어 처벌받는 것은 별론으로 하더라도, 적어도 피고인이 재산을 국외로 도피한 것은 아니라고 주장

다. 법원의 판단

법원은 『피고인이 국내법인의 일본사무소에 입금된 외화를 케냐 소재 현지법인으로 송금한 것이 당시의 외국환관리 법령에 위반되는 것은 분명하고, 피고인이 당국의 허가나 당국에 대한 신고 없이 국외에 있는 외화를 다른 나라에 있는 별개의 법인에게 송금하였다면 우리 당국으로서는 그와 같은 외화자산의 이동을 전혀 감지할 수 없는 것이므로 피고인의 그와 같은 행위는 그 자체로서 국내에 반입하여야 할 재산을 국외에서 처분하여 도피시킨 것으로 평가될 수밖에 없는 것이며, 이와 같다면 적어도 피고인으로서의 그와 같은 행위를 할 당시 재산을 국외에서 처분한다는 인식을 가지고 있었다고 할 것이다.』고 판시

- ② ○○상선 사건¹²⁾-국내본사가 외국인, 외국회사로부터 수령해야 할 수입금을 국내로 반입하지 아니

12) ○○상선 사건의 경우 서울형사지법 87고합621이 서울고법 87노3573로 항소되어, 대법원 88도551로 상고된 뒤에 파기 환송되어 서울고법 88노1930으로 심리된 뒤 다시 상고되어 대법원 88도2211에서 상고 기각되어 사건이 종결됨.

하고, 위 회사 명의의 별도의 부외계좌에 예금한 사례 (대법원 88도551)

가. 공소사실

피고인들은 국내에 있는 ○○상선 본사가 외국인 또는 외국회사로부터 받게 되어 있는 이자차액수입, 운송관련수입, 보험구상금수입, 선용품대 정산차액수입 등을 ○○상선 본사에서 송금받지 아니하고 그 해외지사(뉴욕지사)로 송금시켜 해외지사가 개설한 ○○상선 명의의 별도 예금구좌(이는 위 해외지사의 다른 구좌와는 달리 ○○상선 본사나 지사의 회계장부에 계상되지 아니하고 과세자료에도 반영되지 아니하는 은밀한 구좌임)에 입금토록 하여 이른바 비자금을 조성하고, 위와 같이 조성된 외화자금은 그 일부는 현지에서 ○○상선 회장이 개인의 사비로 임의 소비하거나 또는 해외지사의 비자금 등으로 소비하고, 나머지는 ○○상선 본사의 지시에 따라 국내로 송금하여 ○○상선의 국내비자금으로 소비함으로써 국내에 반입하여야 할 외화재산을 위 해외지사가 개설하고 있는 외국은행의 비밀예금구좌에 입금시켜 은닉

나. 법원의 판단

법원은 『피고인들이 선박소유자인 일본금융(리스)회사들 사이에 선박을 연불 조건으로 도입하기로 하는 계약을 체결하면서 그 연불에 따르는 국내조세부담문제를 해소할 목적으로 위 일본 금융회사와 사이에 국제 변동금리(리보금리)에 의한 것과 고정금리에 의한 것 두 가지 종류의 나용선계약을 체결해 놓고, ○○상선이 연불기간동안 고정금리에 의한 용선대금을 위 일본회사에 송금하면 일본회사는 그 당시의 변동금리와 차액을 정산 반환하도록 약정되었다는 것인바, 그렇다면 피고인들이 일본 금융회사에게 고정금리에 의한 용선대금(실질적으로는 선박대금)을 송금한 것은 위와 같은 상호정산의 약정에 기하여 송금한 것이므로 위 일본금융회사가 정산하여 반환하는 이자차액은 ○○상선이 국내에 반입하여야 할 재산인 것이고 따라서 피고인들이 위 이자차액을 국내로 반입하지 아니하고 해외지사 비밀 예금구좌에 입금시켰다면 이로써 재산은닉에 의한 특경법 제4조 소정 재산국외도피죄를 구성한다.』고 판시

- ③ 수출대금 채권을 국내로 회수하지 않고, 해외에서 현지법인의 대출금 상환, 공장증설 자금 등에 사용한 사례 (대구지법 2000고합774, 확정)

가. 공소사실

피고인 박○○은 A회사 대표이사 겸 B회사의 실제 경영자이고, 피고인 유○○은 이 두 회사의 자금 및 무역 업무를 담당하는 상무인 자인바, 법령에 위반하여 대한민국 또는 대한민국 국민의 재산을 국외에 이동하거나 국내에 반입하여야 할 재산을 국외에서 은닉 또는 처분하여 도피시켜서는 아니되

고, 건당 미화 5만불을 초과하는 수출대금채권을 보유하고 있는 경우에는 채권회수 만기일로부터 6개월 이내에 국내에 회수하여야 함에도 1997.말 외환위기인 아이엠에프(IMF)사태가 발생하여 중국 현지법인인 C회사와 미국 현지법인인 D회사가 조흥은행의 중국 천진지점과 미국 샌프란시스코지점 으로부터 대출받은 미화 각 7,000,000달러와 위 C회사가 본사인 국내의 ○○A회사로부터 차용한 미화 3,600,000달러에 대한 이자가 급등하여 경영상태가 악화되자 중국 및 미국 현지법인이 송금해야 할 국내의 위 A, B회사의 수출대금을 국내로 송금하지 말고 현지 대출금 및 차용금 상환에 사용하기로 공모하여,

1. 1997. 6. 25.경 위 A회사에서 위 C회사에 원사 159,600kg 미화 288,220.80불(한화 254,844,831원) 상당을 수출한 것을 비롯하여 위 A, B회사에서 위 C, D회사에 {생략} 모두 92회에 걸쳐 원사 및 직기 등 미화 13,651,035달러(17,275,144,865원)상당을 수출한 후 피고인 박○○은 동 유○○을 통하여 현지법인 책임자인 신○○, 최○○에게 지시하여 그 수출대금을 국내로 송금하지 아니하고 현지법인의 대출금상환 및 중국공장 증설자금으로 사용하여 국내에 반입하여야 할 재산을 국외에서 처분하여 도피시키고,

2. 1997. 6. 25.경 A회사에서 위 C회사에 원사 159,600kg을 수출하고 위 C회사로부터 그 수출대금 미화 288,220.80불(한화 254,844,831원)상당을 회수만기일인 1997. 12. 20.로부터 6개월 이내에 회수하지 아니한 것을 비롯하여 모두 122회에 걸쳐 원사를 수출하고 그 수출대금 합계 미화 20,615,982.75달러(19,968,592,086원) 상당을 각 그 회수만기일로부터 6개월 이내에 회수하지 아니하였다.

나. 피고인 주장

피고인들은 국가적인 외환위기 상황 하에서 해외에 투자하였던 미화 30,000,000달러 상당의 투자금을 상실하게 되는 외화손실을 막고 아울러 3,200여명이나 되는 종업원의 실직을 방지하기 위하여 부득이 이 사건 범행에 이르게 되었던 만큼 이는 긴급한 위난을 방지하기 위하여 한 행위로서 긴급피난에 해당한다고 주장

다. 법원의 판단

법원은 『피고인들은 소요되는 외화를 은행대출에 지나치게 의존하여 공사에 착수하였고, 나아가 투자규모를 축소하여 외환수요를 억제하거나 법령에 정해진 절차를 통하여 관계기관의 허가를 얻어 공사대금을 지급함으로써 회사의 손실을 최소화할 기회가 남아 있었던 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실과 그 밖에 이 사건 범행의 동기, 경위 및 결과 등에 비추어 볼 때 피고인들의 행위가 긴급피난에 해당한다고 볼 수 없다.』고 판시

II. 반입의무 부정례

- ① (한정설 대표판례)범죄대상인 증개수수료 미반입·해외은닉 사건에서 재산국외도피죄가 인정되려면 해당 수수료가 외국환거래법 제7조 등 법령상 반입의무가 인정되어야만 한다고 한 사례

가. 공소사실

거주자와 비거주자간의 외화예금거래를 하고자 하는 자는 지정거래외국환은행의 장에게 신고하여야 하고, 전자제품 등의 수출을 중개하고 관련 외국회사로부터 교부받은 수수료는 국내에 반입하여야 할 재산임에도 불구하고 국외에서 개설한 피고인 명의의 계좌를 비밀 관리함을 기화로 재산을 은닉하기로 마음먹고,

2000.경 타이완 소재 홍콩상하이은행에서 피고인 명의의 계좌를 개설한 다음 전자제품 등의 수출을 중개하여 주고 2000. 12. 6. 타이완의 A회사로부터 수수료 명목으로 미화 금 9,980달러를 교부받게 되었으면 이를 국내에 반입하여야 함에도 불구하고 이를 회계처리하지 않고 누락시켜 수익사실을 숨긴 뒤 지정거래외국환은행의 장에게 신고하지 아니한 채 피고인 명의의 위 계좌로 입금받은 것을 비롯하여 그 시경부터 2004. 10. 19.까지 사이에 별지 범죄일람표 1 기재와 같이 총 49회에 걸쳐 합계 미화 금 1,227,625.46달러(한화 금 1,468,830,907원 상당)를 피고인 명의의 위 계좌로 입금받아 신고 없이 비거주자와 외화예금거래를 하고, 국내에 반입하여야 할 재산을 국외에서 은닉하여 도피시켰다.(서울남부지방법원 2006. 4. 13. 선고 2005고합303 판결)

나. 환송전 서울고등법원 판결

법원은 ① 별지 범죄일람표 1 기재 각 금원은 거주자인 피고인이 전자제품 등의 수출을 중개하고 비거주자인 외국회사로부터 받은 중개수수료인 사실을 인정할 수 있고, 이는 거주자와 비거주자 사이의 계약관계 등에 기한 채권 추심 및 회수에 의하여 국내에 반입되어야 할 재산에 해당되는 점, ② 피고인이 외국회사로부터 받은 중개수수료 중 상당액을 해외영업을 위한 비용으로 지출하였다고 하더라도 이는 사후적인 것에 불과하여 이미 성립한 재산국외도피죄에는 영향이 없는 점, ③ 피고인의 범의에 관하여, ㉠ 피고인이 타이완 소재 홍콩상하이은행에 개설한 예금계좌는 회계장부에 계상되지 아니하고 과세자료에도 반영되지 않은 이른바 ‘부외계좌’로서 이를 통하여 중개수수료를 입금받은 점, ㉡ 피고인이 위 예금계좌에 입금된 중개수수료 중 일부를 국내에 반입함에 있어 증빙자료의 제출이 면제되는 미화 2만 달러 이하의 금원으로 분산하여 피고인과 아무런 거래관계가 없는 타인 명의의 계좌로 송금한 다음, 이를 다시 피고인 명의의 국내계좌로 입금받은 점, ㉢ 피고인은 검찰 조사 당시 ‘외국에 계좌를 개설한 후 거액의 외화를 관계기관에 신고하지 않고 입금하여 보관하면 어떤 식으로든 문제가 될 수가 있다는 정도는 알고 있었다’는 취지로 진술한 점 등에 비추어 보면, 피고인에게 국내에 반입하여야 할 재산을 국외에서 은닉하여 도피시킨다는 범의가 있었다는 점 등을 이유로 공소사실을 유죄로 인정하였다.(서울고등법원 2007. 4. 19. 선고 2006노804 판결)

다. 대법원의 환송 판결

형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고 명문규정의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장 해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 아니한다(대법원 2009.12.10. 선고 2009도3053 판결 등 참조). 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률(이하 ‘특경법’이라고만 한다)제4조 제1항은 “법령에 위반하여 대한민국 또는 대한민국 국민의 재산을 국외에 이동하거나 국내에 반입하여야 할 재산을 국외에서 은닉 또는 처분하여 도피시킨 때”를 재산국외도피죄의

구성요건으로 규정하고 있는바, 위 규정의 문언상 ‘법령에 위반하여’는 재산국외도피의 행위태양인 ‘국외 이동 또는 국외에서의 은닉·처분’과 함께 ‘국내에 반입하여야 할 재산’도 수식하는 것으로 해석하여야 하고, 따라서 제4조 제1항 후단의 국외에서의 은닉 또는 처분에 의한 재산국외도피죄는 법령에 의하여 국내로 반입하여야 할 재산을 이에 위반하여 은닉 또는 처분시킨 때에 성립한다고 할 것이다. 그러므로 ‘국내에 반입하여야 할 재산’이라 함은 법령에 의하여 국내에 반입하여야 할 의무를 부담하는 대한민국 또는 대한민국 국민의 재산을 의미하는 것으로 보아야 한다(대법원 2003.10.10. 선고 2003도3516 판결 참조). 이와 달리 ‘국내에 반입하여야 할 재산’을 법령상 국내로의 반입의무 유무와 상관없이 국내로의 반입이 예정된 재산을 의미하는 것으로 확장하여 해석하는 것은 형벌법규를 지나치게 유추 또는 확장해석하여 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용될 수 없다.

한편, 외국환거래법 제7조에서 “기획재정부장은 비거주자에 대한 채권을 보유하고 있는 거주자로부터 그 채권을 추심하여 국내로 회수하게 할 수 있고, 회수대상채권의 범위·회수기한과 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다”고 함으로써 거주자에 대하여 제한적인 채권회수의무를 부과하고 있다. 따라서 거주자가 비거주자와의 거래에 기하여 취득한 채권을 국내로 반입하지 아니한 행위가 특경법 제4조 제1항 후단의 재산국외도피죄를 구성하기 위해서는 문제된 채권이 외국환거래법 제7조 소정의 국내회수의무가 부과된 채권이어야 한다.

이 사건에 관하여 보건대, 이 사건 특경법위반(재산국외도피)의 공소사실의 요지는 피고인이 비거주자인 외국회사와의 중개거래에 의하여 원심판결의 [범죄일람표 1] 기재와 같이 취득한 이 사건 중개수수료를 지정거래 외국환은행의 장에게 신고하지 아니한 외국은행의 예금계좌로 입금받음으로써 이를 국내로 반입하지 않고 국외에서 은닉하여 도피시켰다는 것이다. 앞서 본 법리에 의하면 이 부분 공소사실이 유죄로 인정되기 위해서는 먼저 이 사건 중개수수료가 외국환거래법 제7조 소정의 회수대상채권에 해당한다는 사실이 인정되어야 한다. 그런데 이 사건 당시 적용되던 구 외국환거래법 시행령(2005.12.28.대통령령 제19192호로 개정되기 전의 것) 제12조는, 외국환거래법 제7조 제2항 소정의 회수대상채권의 범위를 1건당 미화 5만 달러에 상당하는 금액을 초과하는 채권 중 기획재정부장이 정하여 고시하는 채권으로 하고, 위 회수대상채권을 보유하고 있는 거주자는 당해 채권의 만기일 또는 조건 성취일부터 6월 이내에 이를 국내로 회수하여야 한다고 규정하고 있으며, 한편 2000.12.29.재정경제부고시 제2000-22호로 전부 개정된 외국환거래규정은 제1-3조에서 회수대상 채권을 건당 미화 5만 달러를 초과하는 채권으로 규정하였다가 이후 2002.7.2.재정경제부고시 제2002-12호로 개정되면서 건당 외화 10만 달러를 초과하는 채권으로 회수대상채권의 범위를 변경하였는바, 이 부분 공소사실이나 위 [범죄일람표]의 기재 내용만으로는 위 [범죄일람표]상의 각 중개수수료가 당시 적용되던 외국환거래법령 소정의 회수대상채권에 해당하는지 여부가 불분명하고, 원심에 이르기까지 이에 관한 심리가 이루어지지 아니하였다. (중략)

그럼에도 원심은 특경법 제4조 제1항의 ‘국내에 반입하여야 할 재산’에는 외국환거래법 제7조 등에

의하여 거주자의 비거주자에 대한 채권 추심 및 국내회수의무가 있는 경우뿐만 아니라, 거주자와 비거주자 사이의 계약관계 등에 기한 채권 추심 및 회수에 의하여 국내에 반입되어야 할 재산도 포함된다고 보아, ‘국내에 반입하여야 할 재산’을 법령에 의하여 국내로의 반입의무가 부과된 재산으로 한정하지 아니함으로써 이 사건 중개수수료가 법령상 반입하여야 할 의무가 있는 재산에 해당하는지 여부를 심리하지 아니한 채 이 사건 특경법 위반(재산국외도피)의 점을 유죄로 인정하였다. 이와 같은 원심판결에는 특경법 제4조 제1항의 ‘국내에 반입하여야 할 재산’의 해석에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니하였거나 재산국외도피의 범의 등에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다.(대법원 2010. 9. 9. 선고 2007도3681 판결)

라. 환송후 서울고등법원 판결

법원은 위 대법원의 법리와 판시 내용을 원용하면서, 다음과 같이 재산국외도피의 점에 대해 무죄를 선고하였다.

『(상략) 이 부분 공소사실이나 원심 별지 범죄일람표 1의 기재 내용만으로는 위 범죄일람표상의 각 중개수수료가 당시 적용되던 외국환거래법령 소정의 회수대상채권에 해당하는지 여부가 불분명하고, 당시에 이르기까지 검사가 제출한 모든 증거를 모아 보더라도, 위 각 중개수수료가 외국환거래법령 소정의 회수대상채권에 해당한다고 단정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 또한 특경법 제4조 제1항의 재산국외도피죄의 입법취지가 국내의 재산을 해외에 도피시킴으로써 국부에 손실을 가져오는 행위를 처벌함으로써 국가재산을 보호하려는 데에 있다는 점을 고려하더라도, 그 법정형이 1년 이상의 유기징역 또는 당해 범죄행위의 목적물의 가액의 2배 이상 10배 이하에 상당하는 벌금으로 중하게 설정되어 있을 뿐만 아니라 특경법 제10조에서 범행 대상인 재산을 필요적으로 몰수하고 그 몰수가 불능인 때에는 그 가액을 추징하도록 규정하고 있는 등 재산국외도피사범에 대한 징벌의 정도를 강화하고 있는 점이나 국가 경제의 발전과 세계화 추세 등에 따라 외환거래에 관한 규제가 크게 완화된 점 등에 비추어 볼 때, 어떠한 행위가 특경법 제4조 제1항 소정의 재산국외도피에 해당하는지를 판단함에 있어서는 당시 행위자가 처하였던 경제적 사정 내지 그 행위를 통하여 추구하고자 한 경제적 이익의 내용 등 그러한 행위에 이르게 된 동기, 행위의 방법 내지 수단이 은밀하고 탈법적인 것인지 여부, 행위 이후 행위자가 취한 조치 등 여러 사정을 두루 참작하여 엄격하고 신중하게 판단하여야 할 것이다.

이 사건의 경우 기록에 의하면, 피고인은 현지 영업비용을 원활하게 조달할 의사로 이 사건 중개수수료를 외국은행 계좌로 입금받은 것이고, 위 은행 계좌가 회계장부에 계상되지 아니하여 과세자료에는 반영되지 않았으나, 그 명의를 피고인의 실명으로 되어 있을 뿐 아니라 송장 등 무역관계서류에 기재되어 있어 위 계좌의 존재를 쉽게 확인할 수 있음을 알 수 있는바, 이러한 사정에 비추어 볼 때 피고인의 이 부분 공소사실 기재의 행위가 외국환거래법위반죄나 조세범처벌법위반죄를 구성함은 별론으로 하고, 원심이 유죄의 근거로 들고 있는 사정이나 검사가 제출한 증거만으로는 특경법 제4조 제1항 후단의 재산국외도피죄를 구성한다거나 피고인에게 국내에 반입하여야 할 재산을 국외에서 은닉하여 도피시킨다는 범의가 있었다고 단정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 그럼에도 원심은 특경법 제4조 제1항의 ‘국내에 반입하여야 할 재산’에는 외국환거래법 제7조 등에

의하여 거주자의 비거주자에 대한 채권 추심 및 국내회수의무가 있는 경우뿐만 아니라, 거주자와 비거주자 사이의 계약관계 등에 기한 채권 추심 및 회수에 의하여 국내에 반입되어야 할 재산도 포함된다고 보아, ‘국내에 반입하여야 할 재산’을 법령에 의하여 국내로의 반입의무가 부과된 재산으로 한정하지 아니함으로써 이 사건 중개수수료가 법령상 반입하여야 할 의무가 있는 재산에 해당한다고 보아 그 판시와 같은 이유로 이 사건 특경범위반(재산국외도피)의 점을 유죄로 인정하였는바, 이와 같은 원심판결에는 사실을 오인하였거나 특경법 제4조 제1항의 ‘국내에 반입하여야 할 재산’의 해석, 재산국외도피의 범의 등에 관한 법리를 오해하여 판결결과에 영향을 미친 잘못이 있다고 할 것이다.(서울고등법원 2011. 1. 20. 선고 2010노2471호 판결, 확정)

② 범죄의 대상이 법령에 의하여 반입하여야 할 재산 그 자체가 아닌 변환·증식물인 경우 반입의무를 부정한 사례

가. 공소사실

피고인은 무역거래를 가장하여 국내법인에서 홍콩 현지법인인 □□인터내셔널 홍콩에 미화 200만 달러를 수입 선급금 명목으로 송금한 적이 있어 이를 국내로 다시 반입하여야 하는바, 2000. 5. 초순경 위 미화 200만 달러로 매입한 인도네시아 주식의 매각대금 미화 195만 5,866달러 중 미화 30만 달러를 홍콩에서 미국으로 송금하기로 마음먹고, 재정경제부 장관의 허가를 받지 아니하고, 2000. 5. 초순경 □□인터내셔널 홍콩 명의로 개설된 외환은행 홍콩지점 계좌에 예치하고 있던 □□인터내셔널과 △△인터내셔널 소유의 수입 선급금 중 미화 30만 달러(원화 3억 3,288만 원 상당)를 미국 소재 피고인의 개인투자업체로 송금함으로써 그 회수를 곤란하게 하여 법령에 위반하여 국내에 반입되어야 할 대한민국 국민의 재산을 국외에서 처분하여 도피시켰다.

나. 피고인 주장

① 이 사건 30만 달러는 피고인이 개인적으로 미국에서 설립한 개인투자업체의 운영자금으로 사용하기 위하여 송금한 것으로, 실제 그 미국 회사의 운영자금으로 사용되었는바, 이 사건 30만 달러는 □□인터내셔널 홍콩의 재산으로서 국내로 반입되어야 할 대한민국 국민의 재산이 아닐 뿐만 아니라, ② 그것이 미국 법인의 운영자금으로 사용되었다는 사실만으로도, 국내에 반입되어야 할 대한민국 국민의 재산이 국외에서 처분되어 도피된 것이라고 할 수도 없으며, ③ 피고인이 이 사건 금 30만 달러의 사용처에 대하여는 예금보험공사 조사 시 스스로 밝힌 점, 이 사건 30만 달러가 화체된 기술이 국내로 환입되었고, 그 기술의 가치가 30만 달러 이상으로 추측되는 점 등에 비추어 피고인에게 재산의 국외도피의사가 없었다.

다. 환송전 서울고등법원 및 1심 판결 (유죄 판단)

피고인이 위 200만달러 중 일부인 30만달러를 피고인 개인이 투자한 미국 회사로 송금한 점, 위 30만달러가 위 미국 회사의 운영자금으로 사용된 점, 위와 같이 30만달러를 송금한 2000. 5.경에는 이미 피고인이 회장으로 있는 국내 그룹이 부도가 난 상태로서 그 이전과 이후로도 수 십회에 걸쳐 미국을 왕래한 점 등에 비추어 보면, 피고인의 위 행위는 국내의 재산을 국외로 도피하거나 국내로

반입하여야 할 재산을 국외에서 은닉 또는 처분하여 도피시킨 것으로 평가될 수밖에 없는 것이며, 피고인으로서 이러한 행위를 할 당시 재산을 국외에서 처분한다는 인식을 가지고 있었다고 할 것이다. 또한 위 재산국외도피죄는, 도피한 외화를 영득할 의사가 있었는지 여부, 위 외화를 중국적으로 도피시킬 목적이 있었는지 여부도 그 성립 여부에 영향이 없고, 그 행위로 말미암아 국내 재산이 실질적으로 감소됨을 요건으로 하지 아니하므로, 위 은닉 또는 도피시킨 외화자금에 무엇이 사용되었는지는 본 범죄의 성립에 영향을 미치지 아니한다.

또한, 위 30만달러를 송금한 당사자가 □□인터내셔널 홍콩이라는 현지 법인인 것은 사실이나, 위 30만달러는 피고인이 재경부장관의 허가를 받지 아니하고 선급금 명목으로 송금하여 주식투자인 200만달러의 일부로서 그에 대한 대응수입이 없는 한 국내에 반입되어야 할 대한민국 국민의 재산이라 할 것이다.(서울고등법원 2003. 6. 9. 선고 2003노367 판결, 서울지방법원 2003. 1. 17. 선고 2002고합665, 961(병합) 판결)

라. 대법원의 환송 판결 (무죄 판단)

특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제4조 제1항에 의하면 “법령에 위반하여 대한민국 또는 대한민국국민의 재산을 국외에 이동하거나 국내에 반입하여야 할 재산을 국외에서 은닉 또는 처분하여 도피시킨 때” 처벌하도록 규정하고 있는바, 위 규정의 ‘국내에 반입하여야 할 대한민국 또는 대한민국국민의 재산’이라 함은 법령에 의하여 거주자가 국내에 반입하여야 할 의무를 부담하는 대한민국 또는 대한민국국민의 재산만을 의미한다고 보아야 할 것인바, 위 공소사실 기재와 같이 위 피고인이 미국으로 송금한 미화 30만 달러가 위 피고인이 해외로 반출한 미화 200만 달러를 주식에 투자하여 조성한 재산 중 일부라면 위 주식 매각대금 또는 그 중 일부인 위 미화 30만 달러를 위 피고인이 법령에 의하여 국내에 반입하여야 할 의무를 부담하는 재산이라고 볼 수는 없다.

그럼에도, 원심이 위 미화 30만 달러를 위 피고인이 법령에 의하여 국내에 반입하여야 할 의무를 부담하는 재산이라고 보아 이 부분 공소사실에 관하여 유죄를 선고한 것은 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제4조 제1항에 규정된 국내에 반입하여야 할 재산에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법을 저지른 경우에 해당한다 할 것이므로, 이 점에 관한 위 피고인의 상고이유의 주장은 그 이유 있다.(대법원 2003. 10. 10. 선고2003도3516 판결, 그 이후 파기 환송심에서 무죄선고(서울고등법원 2004. 1. 15. 선고 2003노2728 판결), 대법원 상고기각(대법원 2004. 6. 10. 선고 2004도924 판결로 확정됨))

③ 해외직접투자에 따른 해외법인의 운영수익금의 회수의무가 인정되기 어렵다는 사유로 재산국외도피를 부정한 사례

가. 공소사실

피고인 박○○은 지정외국환은행에 해외직접투자신고서를 제출하고 홍콩법인인 □□인터 HK을 설립하고, 최초 신고서 취지대로 매년 인형을 생산하여 미국에 수출하는 해외직접투자사업을 영위하였는바, 위 사업상 매출에 따른 원금과 과실을 회수할 의무가 발생하였음에도, 매출액 중 과실에 해당하는 이익금인 약 947억원을 회수하지 아니한 채 BVI 법인 명의의 계좌로 송금하고 이후 2차적으로

처분·이동하여 재산을 은닉하였다.(서울중앙지방법원 2012. 2. 9. 선고 2011고합119 판결)

나. 법원의 판단(서울고등법원 2014. 6. 27. 선고 2012노594 판결, 대법원 2018. 11. 9. 선고 2014도 9026 판결)

- 서울고등법원은 한정설의 입장에서 외국환관리규정상 원금과 과실회수 의무에 대한 법령상 위임근거가 없고, 신고서 이면에 기재된 회수의무 부관과 관련하여 이면이 사본되어 있지 아니하므로 신고만으로 원금과 과실 회수의무를 부여하는 부관이 부가되었다고 볼 증거가 없다는 이유로 무죄를 선고한 원심을 지지하면서,
- 『조세법의 관점에서는 홍콩법인으로부터 사외유출 된 돈이 실질주주인 박○○에게 확정적으로 귀속되었을 때, 이를 피고인 박○○의 배당소득으로 보아 과세하는 것이 허용된다. 그러나 위와 같은 법리가 조세법의 영역이 아닌 외국환거래법(구 외국환관리법)의 영역에도 그대로 적용된다고 보기는 어렵고, 오히려 이 경우에는 원칙으로 돌아가 배당의 의미나 실질에 관하여 민법이나 상법의 규정이 적용된다고 보아야 한다. 특히 이 사건 공소사실에 적용되는 특경법 제4조 제2항 제1호는 법정형이 ‘무기 또는 10년 이상의 징역’으로 매우 중하게 정하여져 있고, 특경법 제10조는 범행 대상인 재산을 필요적으로 몰수하고, 그 몰수가 불능인 때에는 그 가액을 추징하도록 규정하고 있어 위 구성요건 해당성을 따질 때에는 특히 엄격하고 신중한 판단이 요구된다고 할 것이다(대법원 2007도3681 등 참조). 이 사건에 있어 피고인 박○○에게 귀속된 돈은 피고인들의 변호인들도 변론과정에서 일부 인정하듯이 홍콩법인이 그 법인 자체의 설립 목적에 따라 정당하게 ‘배분’한 돈이 아니라, 그 법인 자체의 이익에 반하여 사외로 유출된 재산이어서 피고인들에 대하여는 횡령죄가 성립할 가능성이 높다. 즉 피고인 박○○에게 귀속된 돈은 ‘국내로 반입되어야 할 재산’이 아니라 ‘홍콩법인으로 복귀되어야 할 재산’일 가능성에 대한 합리적 의심이 존재한다. 구 외국환관리규정 제12-13조, 제12-14조의 근거법령은 구 외국환관리법 제21조, 같은 법 시행령 제30조 제5항, 제6항이 아니라 구 외국환관리법 제6조의2, 같은 법 시행령 제9조의2라고 보아야 하는데, 위 규정에 의하여 국내로 반입되어야 하는 재산은 적법한 재산에 한정되지 위법한 재산까지 포함되는 것은 아니다. 이는 조세법적 관점에서 위법소득에 대하여도 과세처분이 가능한 것과 명백히 구별된다. 경제적 실질의 측면에서 보더라도, 피고인 박○○에게 귀속된 위 돈은 홍콩법인에 반환되어 해당 법인세 등을 지급한 나머지 잔액이 홍콩법인에 유보되거나 적법한 배당결의를 거쳐 배분되어야지 그러한 절차 없이 당연히 국내로 반입되어야 하는 것은 아니다.』 판시하였고, 대법원도 서울고등법원의 무죄 판단을 유지하였다.