

부동산 재산범죄에서 이득액에 따른 법정형 가중의 문제성

손 동 권*

목 차

- | | |
|--------------------------------|---|
| I. 머리말 | Ⅲ. 이득액에 따른 법정형 가중제도에
대한 개선방안 |
| Ⅱ. 이득액에 따른 법정형 가중의 문제성 | 1. 비교 입법례 |
| 1. 위헌성의 문제 | 2. 이득액에 따른 가중법정형규정의
존치여부와 형법편입의 개선방안 |
| 2. 입법론적 문제성 | Ⅳ. 맺는 말 |
| 3. 이득액(손해액)산정의 어려움 문제 | |
| 4. 죄수에 의해 법 적용이 결정되는
것의 문제성 | |
| 5. 친족특례조항의 적용문제 | |

I. 머리말

주지하는 바와 같이, 우리나라는 특별형법을 통해 행위자가 범행을 통해 얻은 취득가액(내지 피해를 입힌 손실금액)에 따라 법정형을 가중하고 있다. 예컨대, 현행 「특정범죄가중처벌등에관한법률」 제2조(뇌물죄의 가중처벌)는 뇌물의 가액(수뢰액)에 따라 수뢰액이 1억 원 이상인 때에는 무기 또는 10년 이상의 징역(제1항 제1호), 수뢰액이 5천만 원 이상 1억 원 미만인 때에는 7년 이상의 유기징역, 수뢰액이 3천만 원 이상 5천만 원 미만인 때에는 5년 이상의 유기징역(제3호)으로 각각 가

* 건국대학교 법학전문대학원 교수

중처벌된다.¹⁾ 그런데 본고가 다루고자 하는 형법상 재산범죄에서 이득액수에 따른 법정형 가중을 규정하고 있는 것이 바로 「특정경제범죄가중처벌등에관한특례법」이다.²⁾ 즉, 동법 제3조 제1항은 형법 제347조(사기)·제350조(공갈)·제351조(제347조 및 제350조의 상습범에 한한다)·제355조(횡령, 배임) 또는 제356조(업무상의 횡령과 배임)의 죄를 범한 자는 그 범죄행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재물 또는 재산상 이익의 가액이 5억 원 이상인 때에는 이득액이 50억 원 이상인 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역, 이득액이 5억 원 이상 50억 원미만인 때에는 3년 이상의 유기징역에 처하는 것으로 규정하고 있다. 그리고 해당 이득액 이하에 상당하는 벌금을 병과 할 수 있다(제2항). 본고에서 구체적으로 다루고자 하는 부동산 재산범죄의 경우 대개 해당 부동산 가액이 크기 때문에 행위자는 이러한 특경법의 적용을 받아 가중 처벌될 개연성이 크다. 그런데 이득액에 따라 법정형을 가중하는 것에 대해서는 다음과 같은 비판이 제기되고 있다.³⁾ 즉, 가중처벌의 한계와 관련하여 피해액의 사소한 차이가 커다란 선고형의 차이를 만들 수 있어 불합리하고, 수많은 양형인자 가운데 범죄의 액수만으로 법정형의 범위를 한정하기 때문에 구체적 사정에 대응한 법관의 양형재량권을 지나치게 제약하여 책임주의 반하며, 물가상승에 따른 화폐가치의 변동에 따라 부당한 결과가 발생하며, 경합범과 포괄일죄의 기준이 모호한 경우 특별법 적용에 전제되는 죄수결정에 문제가 있고,

-
- 1) 그리고 동법 제5조(국고등 손실), 제6조(관세범위반행위의 가중처벌)에서도 범행액수에 따라 가중처벌을 정하고 있다.
 - 2) 그리고 금융기관임직원의 배임수재 등에서도 이득액이 일정한 범위에 도달할 경우 동법은 가중처벌하고 있다.
 - 3) 안경옥, “특정경제범죄가중처벌등에관한법률의 정비방안”, 「형사정책」 제17권 제2호, 한국형사정책학회, 2005, 15면 이하; 윤승은, “‘특정범죄가중처벌 등에 관한 법률’ 적용상의 몇 가지 문제점과 대안”, 「형사법연구」 제26호, 한국형사법학회, 2006 겨울, 117면 이하; 황종국, “범죄의 액수에 따라 가중처벌 하는 특별법의 해석에 관한 문제”, 「재판자료」 제50집, 1990, 378면 이하.

피해액이 많아 법정형이 너무 가혹한 경우 이를 피하기 위해 부당하게 작량감경을 하거나 가해자와 수사기관의 결탁 위험이 증대한다는 것이다. 특히 시간이 경과하면서 사회 경제적 변화에 따른 화폐가치를 반영하지 못함으로써 가중처벌의 근거가 합리성을 상실하는 경우가 많고, 물가변동과 화폐가치의 등락에 따른 가액조정이 지속적으로 이루어지지 않는 이상 가중처벌의 형평성과 정당성은 언제나 문제될 수밖에 없는 구조라는 비판도 제기된다.⁴⁾ 이러한 비판을 직시하고서 본고는 아래에서 이득액에 따른 법정형 가중에 한정된 구체적 문제성을 분석하여 해당 입법정책으로서의 개선방안을 찾아보고자 한다.

Ⅱ. 이득액에 따른 법정형 가중의 문제성

1. 위헌성의 문제

재산범죄의 이득액의 가액에 따라 법정형을 가중하고 있는 특정경제범죄가중처벌등에관한법률에 대해서는 위헌성의 문제부터 제기된다. 우선 법정형 가중은 공소시효기간을 늘이는 효과가 있는 것 이외에 집행유예의 선고(3년 이하의 자유형에 해당하는 경우에만 선고 가능)가 거의 불가능하게 만드는 효과도 있기 때문에 과잉처벌금지 등에 반하는 위헌이 아닌지가 문제된다. 이에 대해서 판례는 이득액에 따른 법정형 가중 그 자체에 대해서는 대체로 위헌성을 부정하고 있다. 즉, 대법원 판례에 따르면 이득액이 큰 경우 그 불법과 비난가능성이 높다고 보아 위 법률조항이 입법재량의 한계를 벗어난 자의적인 것이라거나 법관의 양형결정권을 침해하여 법관독립의 원칙에 위배된다고 할 수 없고, 헌법 제11

4) 한영수, “특가법상 비재산범죄 가중처벌 규정의 문제점과 개선방안”, 『형사법연구』 제26호, 한국형사법학회, 2006 겨울, 180면 이하.

조의 평등의 원칙이나 헌법 제37조 제2항에서 유래하는 비례의 원칙 내지 과잉금지의 원칙에 위배된다고 보기도 어려우며, 헌법 제10조의 인간존중의 이념에도 위배된다고 할 수 없다는 것이다.⁵⁾ 그리고 헌법재판소도 일반적으로 수수액이 증가하면 범죄에 대한 비난가능성도 높아진다고 보는 것이 합리적인 점에서 법정형 가중이 지나치게 가혹하여 형벌체계상 현저히 균형을 잃고 있다거나 입법목적 달성에 필요한 정도를 넘는 과잉형벌이라고 할 수 없다고 판시하였다.⁶⁾ 그러나 재산범죄의 이득액에 따라 집행유예의 선고가 거의 불가능하게 한 법정형 가중에 대해서는 과잉처벌의 위헌성이 있음을 지적하는 판례도 있다. 즉, 법관으로 하여금 작량감경을 하더라도 별도의 법률상 감경사유가 없는 한 집행유예를 선고할 수 없도록 함으로써 법관의 양형선택과 판단권을 극도로 제한하고 있는 바, 이는 살인죄(사형, 무기 또는 5년 이상의 징역)의 경우에도 작량감경의 사유가 있는 경우에는 집행유예가 가능한 것과 비교할 때 매우 부당하다는 것이다.⁷⁾

2. 입법론적 문제성

범죄로 인한 이득액을 기준으로 법정형을 가중하는 것은 합리적인 입법방식으로 평가되기는 어렵다는 다음과 같은 입법론적 문제성이 제기된다.⁸⁾ 우선 동일한 범죄행위임에도 불구하고 이득액의 사소한 차이에 따라 선고형에서 현저한 차이가 있을 수 있다. 사기의 경우 5억 이상이면 최고 무기형이, 그 미만이면 3년 이상(즉 최장 15년)에 처한다. 4억 9천만 원인 경우 이득액에 별반 차이가 없음에도 법정형이 현격하

5) 이러한 취지로 판시한 대법원 2005. 4. 29. 선고 2002도7262 판결.

6) 헌법재판소 2005. 6. 30. 2004헌바4, 2005헌바44(병합) 전원재판부 결정.

7) 헌법재판소 2006. 4. 27. 2006헌가5 전원재판부 결정.

8) 이기현, “동종의 범죄를 가액에 따라 차등처벌 하는 특별형법규정”, 『형사판례연구』

(3), 형사판례연구회, 1995. 112면 이하; 안경옥, 앞의 논문, 18면 이하.

게 차이가 나는 것은 합리적으로 설명하기 어렵다. 그리고 법정형의 범위를 범죄의 이득액수만으로 정하고 있기 때문에 구체적인 사정을 토대로 한 법관의 양형재량권을 지나치게 제약할 수 있고, 책임에 상응한 형벌을 정할 수 없다. 그리고 물가상승으로 화폐가치가 하락하는 경우에는 가중 처벌하는 것 자체가 부당한 결과를 야기할 수 있다. 인플레이션이 성행하는 오늘날 법제정 당시, 범죄행위 시 그리고 재판하는 법 적용 시 사이의 화폐가치에 현저한 차이가 날 수 있기 때문이다. 책임 원칙에 상응한 형벌효과를 유지하기 위해서는 수시로 법률을 개정하여 가중처벌의 기준가액을 수시로 상향조정하여야 한다.

3. 이득액(손해액)산정의 어려움 문제

일반 형법의 재산범죄에서는 재물 또는 재산상 이득의 발생 그 자체만이 재산범죄의 구성요건요소일 뿐이다. 따라서 이득액 산정의 문제는 특별히 발생될 여지가 없다. 그러나 전술한 바와 같이 특정경제범죄 가중처벌등에관한법률 위반죄에 있어서는 재산범죄의 객체인 재물이나 재산상 이익의 가액이 5억 원 이상 또는 50억 원 이상이라는 것이 범죄 구성요건의 일부로 되어 있고 그 가액에 따라 그 죄에 대한 형벌도 가중되어 있으므로, 이를 적용함에 있어서는 재물이나 재산상 이익의 가액을 엄격하고 신중하게 산정함으로써, 범죄와 형벌 사이에 적절한 균형이 이루어져야 한다는 죄형균형 원칙이나 형벌은 책임에 기초하고 그 책임에 비례하여야 한다는 책임주의 원칙이 훼손되지 않도록 하여야 한다. 그런데 정확한 이득액 산정에는 많은 장애사유 내지 어려움이 있다. 예컨대, 지분권, 즉 사원권의 양도의 경우 그 이득액은 감정 등을 통하여 객관적으로 확정할 것인지 거래약정 당사자 사이의 양도가액인지의 문제, 편취범행으로 교부받은 투자금의 합계액에서 반환한 원금 및 수익금을 공제하고 이득액을 산정해야 하는지의 문제, 다른 공범들

과 순차 공모하여 상승으로 편취한 경우의 이득액 산정의 문제, 실질적인 이득액을 말하는 것인가의 문제, 경합범으로 처벌될 수죄의 경우에도 이득액을 합한 금액을 의미하는지의 문제 등 이득액 산정과 관련하여 여러 가지 복잡한 문제가 발생한다. 우리나라 판례에서도 이러한 점이 적지 않게 다루어졌다. 이와 관련하여 우선적으로 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조 제1항 소정의 이득액이란 거기에 열거된 범죄행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 불법영득의 대상이 된 재물이나 재산상 이익의 가액을 말하는 것이고 궁극적으로 그와 같은 이득이 실현되었는지 여부는 영향이 없다. 따라서 건설업자가 건설산업기본법에 의한 건설공제조합을 기망하여 선급금보증계약을 체결하고 선급금보증서를 발급받아 건설공사 발주자에게 제출한 경우 그로 인하여 건설업자가 취득하는 재산상 이익은 건설공제조합이 선급금보증계약에 의하여 부담한 선급금 반환 보증채무를 자신의 건설공사 계약을 위한 담보로 이용할 수 있는 이익이고 그 가액(이득액)은 원칙적으로 선급금 반환채무 보증한도액 상당이다.⁹⁾ 또한 합자회사에서의 지분의 양도는 사원으로서의 지위의 양도를 가리키는 것으로, 합자회사의 지분의 양도로 인하여 취득하는 것은 지분권, 즉 사원권이므로 그 이득액은 지분권이 표창하는 객관적인 재산적 가치라 할 것이다. 그리고 그러한 객관적인 재산적 가치는 감정 등을 통하여 객관적으로 확정할 것이지만 거래약정 당사자 사이에 양도가액이 정해져 있으면 그것이 객관적인 재산적 가치를 평가하였다고 볼 수 없는 특별한 사정이 없는 한 그 양도가액을 지분권이 갖는 객관적인 재산적 가치로 봄이 상당하다. 따라서 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조 제1항 소정의 ‘이득액’은 그 양도가액을 기준으로 삼아야 한다.¹⁰⁾ 더 나아가 피고인이 원금 및 수익금을 제대로 지불하여 줄 의사나 능력 없이 피해자들로부터 투자금을

9) 동일한 취지로 판시한 대법원 2006. 11. 24. 선고 2005도5567 판결.

10) 동일한 취지로 판시한 대법원 2000. 2. 25. 선고 99도4305 판결.

교부받아 이를 편취하였다면 그 투자금을 교부받을 때마다 각별로 사기죄가 성립하는 것이므로, 교부받은 투자금을 피해자들에게 반환하였다가 다시 그 돈을 재투자 받는 방식으로 계속적으로 투자금을 수수하였다면 그 각 편취범행으로 교부받은 투자금의 합계액이 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조 제1항 소정의 이득액이 되는 것이지, 반환한 원금 및 수익금을 공제하여 이득액을 산정해야 하는 것은 아니다.¹¹⁾ 다음으로 사람을 기망하여 부동산의 소유권을 이전받거나 제3자로 하여금 이전받게 함으로써 이를 편취한 경우 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조의 적용을 위한 부동산 가액의 산정이 문제된다. 이 경우 그 부동산에 아무런 부담이 없는 때에는 그 부동산의 시가 상당액이 곧 그 가액이라고 볼 것이다. 그러나 그 부동산에 근저당권설정등기가 경료되어 있거나 압류 또는 가압류 등이 이루어져 있는 때에는 특별한 사정이 없는 한 아무런 부담이 없는 상태에서의 그 부동산의 시가 상당액에서 근저당권의 채권최고액 범위 내에서의 피담보채권액, 압류에 걸린 집행채권액, 가압류에 걸린 청구금액 범위 내에서의 피보전채권액 등을 뺀 실제의 교환가치를 그 부동산의 가액으로 보아야 한다.¹²⁾ 그리고 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조 제1항에서 말하는 이득액은 그 입법취지에 비추어 실질적인 이득액을 말한다.¹³⁾ 따라서 피고인이 피해자로부터 피해자가 발행하여 공증을 받은 액면금 6억 원의 약속어음을 갈취한 후, 그 공정증서를 채무명으로 하여 피해자 소유 부동산에 대한 강제경매신청을 하였다가 그 강제경매를 취하하는 조건으로 그 부동산에 관하여 근저당권자를 피고인으로 하는 채권최고액 금 3억 원의 근저당권을 설정 받은 경우, 그 근저당권은 피고인이 갈취한 기준의 약속어음채권 금 6억 원을 확보 강화하는 것에 불과하여 피고인의

11) 동일한 취지로 판시한 대법원 2006. 5. 26. 선고 2006도1614 판결.

12) 동일한 취지로 판시한 대법원 2007. 4. 19. 선고 2005도7288 전원합의체 판결.

13) 대법원 2000. 11. 10. 선고 2000도3483 판결; 대법원 2000. 3. 24. 선고 2000도28 판결.

실질적 이득액은 금 6억 원을 넘어설 수 없는 것으로 보아야 한다.¹⁴⁾ 다음으로 수인에 의한 공동정범의 경우 이득액 산정도 문제될 수 있다. 이 경우에는 연대책임의 원리에 따라 공범 전체의 이득액이 기준이 되어야 한다. 예컨대 다른 공범들과 순차 공모하여 상습으로 당좌수표와 어음 등을 유통시키고 이를 결제하지 아니하여 재산상 이익을 편취한 경우의 이득액은 공범 중 1인이 실제로 취한 이익만을 합산하여 산정할 것이 아니라 순차 공모의 최종 공범이 피해자로부터 편취한 재물 또는 재산상 이익의 가액을 합산하여 산정하여야 한다.¹⁵⁾

그리고 배임죄는 현실적인 재산상 손해액이 확정될 필요까지는 없고 단지 재산상 권리의 실행을 불가능하게 할 염려 있는 상태 또는 손해 발생의 위험이 있는 경우에 바로 성립되는 위태범이므로 이득액산정이 더욱 어렵다. 예컨대 피고인이 그 업무상 임무에 위배하여 부당한 외상 거래행위를 함으로써 업무상 배임죄가 성립하는 경우, 담보물의 가치를 초과하여 외상 거래한 금액이나 실제로 회수가 불가능하게 된 외상거래 금액만이 아니라 재산상 권리의 실행이 불가능하게 될 염려가 있거나 손해 발생의 위험이 있는 외상 거래대금 전액을 그 손해액으로 보아야 하고, 그것을 제3자가 취득한 경우에는 그 전액을 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조에 규정된 제3자로 하여금 취득하게 한 재산상 이익의 가액에 해당하는 것으로 보아야 할 것이다.¹⁶⁾ 그리고 첨단기술 유출사건(예컨대, 군사장비 제조기술의 유출, 우리나라가 세계 최초로

14) 동일한 취지로 판시한 대법원 1995. 6. 30. 선고 95도825 판결.

15) 대법원 1993. 7. 13. 선고 93도1341 판결; 공동으로 사기죄를 범한 경우에 공범자는 자기가 받은 이득액 뿐만 아니라 다른 공범자가 받은 이득액에 대하여도 그 죄책을 면할 수 없는 것이므로, 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조 제1항의 적용 여부를 가리는 이득액을 정함에 있어서는 그 범행의 모든 공범자가 받은 이득액을 합한 금액을 기준으로 하여야 한다는 대법원 1991. 10. 8. 선고 91도1911 판결.

16) 대법원 2000. 4. 11. 선고 99도334 판결; 부당대출행위에 의한 업무상배임죄에 대해 동일하게 판시한 대법원 2000. 3. 24. 선고 2000도28 판결; 대법원 1996. 7. 12. 선고 95도1043 판결.

개발한 휴대인터넷 ‘와이브로’ 원천기술의 유출, 초대형 원유 운반선, 액화천연가스(LNG)선 등에 대한 완성도 파일의 유출 등의 사건)에서 이득액과 손해액 산정 내지 입증의 어려움도 실무에서 제기되고 있다. 즉, 검찰은 해당업체가 제시한 기술개발투여 비용 등을 바탕으로 이득액과 피해액을 산정해 제시하고 있지만, 법원은 이에 대한 엄격한 증명을 요구하면서 대부분 검찰의 주장을 받아들이지 않고 있다는 것이다.¹⁷⁾

4. 죄수에 의해 법적용이 결정되는 것의 문제성

우리나라 판례의 태도에 따르면 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조 제1항에서 말하는 이득액은 단순일죄의 이득액이나 혹은 포괄일죄가 성립하는 경우의 이득액의 합산액을 의미하고, 경합범으로 처벌될 수죄의 각 이득액을 합한 금액을 의미하는 것은 아니다.¹⁸⁾ 그런데 특정경제범죄가중처벌등에관한법률의 적용대상이 되는 사기죄 등은 원칙적으로 피해자별로 성립하므로, 피해자가 수인인 경우 비록 범의가 단일 하더라도 수죄가 된다. 예컨대, 수인의 피해자에 대하여 별도로 기망행

17) 이에 대한 보도로는 법률타운 2008. 8. 14. 일자 기사. 그리고 관련 판례(대법원 1999. 3. 12. 선고 98도4704 판결)에 따르면, 영업 비밀에 대해 공소사실과 같은 액수의 기술개발비가 투입됐다고 하더라도 영업 비밀을 취득함으로써 얻는 이익은 그 영업비밀이 가지는 재산가치 상당이고, 그 재산 가치는 그 영업 비밀을 가지고 경쟁사 등 다른 업체에서 제품을 만들 경우, 그 영업비밀로 인하여 기술개발에 소요되는 비용이 감소되는 경우의 그 감소분 상당과 나아가 그 영업 비밀을 이용하여 제품생산에까지 발전시킬 경우 제품판매이익 중 그 영업비밀이 제공되지 않았을 경우의 차액 상당으로서 그러한 가치를 감안하여 시장경제원리에 의하여 형성될 시장교환가격이고, 영업비밀유출로 인한 손해는 이를 이용하는 경쟁사의 제품개발 및 상용화 시기단축으로 인한 경쟁력 강화와 그로 인해 생길 관련제품의 공급과잉 등으로 인한 이익감소분 상당이라고 할 것인바, 그 정확한 액수에 대한 입증 없을 뿐만 아니라 그 기술개발비를 곧바로 그 이익감소분이라고 볼 수도 없으므로 피해자가 입은 손해는 이 사건 영업비밀의 기술개발비 상당이 아니라 경쟁사의 경쟁력 강화로 생길 액수미상의 이익감소분이라고 할 수밖에 없다.

18) 대법원 1993. 6. 22. 선고 93도743 판결.

위를 하여 각각 재물을 편취한 경우에는 비록 범의가 단일하고 범행방법이 동일하더라도 각 피해자의 피해법익은 독립한 것이므로 이를 포괄일죄로 파악할 수는 없고 피해자 별로 독립한 수 개의 사기죄가 성립된다.¹⁹⁾ 따라서 이 경우에는 피해자 1인에 대한 편취액이 5억 원 이상이 되어야 특정경제범죄가중처벌등에관한특례법의 적용대상이 될 수 있다. 그러나 특정경제범죄가중처벌등에관한특례법 제3조 제1항의 규정이 상습사기의 죄를 포함하고 있으므로, 피고인이 상습범으로 기소되어 그에게 상습성이 인정되는 경우에는 비록 피해자가 수인이더라도 피고인의 각 행위는 상습범으로써 포괄일죄에 해당하므로 피해자별 이득액의 합산액을 기준으로 하여 특정경제범죄가중처벌등에관한특례법 적용 여부를 결정하여야 한다. 그런데 피해자가 수인인 경우 실제적 경합 또는 포괄일죄의 여부에 대하여 우리나라 판례는 구체적 사례에 따라 실제적 경합 또는 상습범 포괄일죄를 인정함으로써 법적용의 명확성 면에서 다소 문제성을 노출하고 있다.²⁰⁾ 예컨대 실제적 경합을 인정하는 전자의 판례로는 은행원이 1년여 사이에 피해자 20여명에게 실체는 만기에 원금과 이자를 지급할 의사가 없음에도 ‘재형저축 중도해약자가 있는데 그 해약금을 납부하면 많은 이자소득을 볼 수 있으니 그 해약금 및 월불입금을 대납하면 만기에 원금과 이자를 수령하여 대납하여 주겠다’고 거짓말을 하여 이에 속은 피해자들로부터 합계 10여억 원을 편취한 사건에 대하여 범의가 단일하고 범행방법이 동일하다 할 것이지만 포괄일죄가 아니라 각 피해자별로 독립한 수개의 사기죄(실체적 경합)가 성립한다고 판시한 것이 있다.²¹⁾ 더 나아가 아파트 분양권한이 없는

19) 대법원 2000. 7. 7. 선고 2000도1899 판결.

20) 이러한 판례 문제성을 개선한 것으로는 양은상, “특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률과 죄수”, 『재판실무연구』 3권, 수원지방법원, 2006, 350면 이하.

21) 대법원 1989. 6. 13. 선고 89도582 판결; 이 판결에 대해서는 현실적으로 대규모 아파트분양사기사건, 대리점사기사건 등과 같이 일련의 범죄계획 아래 집단적인 피해자를 야기하는 사기범죄 등의 경우 전체 피해액이 수십억 원에 달하더라도 피해자

자가 분양희망자들에게 마치 분양할 정당한 권한이 있는 것처럼 기망하여 아파트를 분양하고 100여명으로부터 함께 40여억 원을 편취한 사건,²²⁾ 백화점 점원이 상품에 부착되어 있는 바코드 등을 재부착하는 방법으로 가공일자에 관하여 고객들을 기망함으로써 거액의 이득을 취득한 사건에²³⁾ 대하여 각각 그 범의가 단일하고 범행방법이 동일하다고 하더라도 포괄1죄가 되는 것이 아니라 피해자별로 수개의 죄가 성립하는 것으로 보아야 한다는 판례도 있다. 그러나 유사한 사건임에도 불구하고 상습범의 포괄일죄로 판시한 후자의 판례도 있다. 예컨대 실제 자본금은 물론이고 별다른 수익사업도 없는 회사의 대표이사가 후행투자자의 투자금을 받아 선행 투자자의 배당금을 지불하는 방법으로 경영하면서 1,000여명의 피해자들에게 돈을 투자하면 많은 수익금을 내어 배당금을 틀림없이 지급하겠다고 거짓말하여 함께 200여억 원을 편취한 사건,²⁴⁾ 실제로는 피고인이 고용한 콜센터 내지 재택근무의 여성상담원들에게만 통화를 연결해 주고 있음에도 불구하고, 정보이용료가 부가되는 060 전화정보서비스에 전화를 걸면 불특정의 일반여성들과 통화를 할 수 있을 뿐만 아니라 교제 내지 성관계에까지 이를 수 있다는 허위광고를 하여 이를 믿은 피해자 수만 명으로부터 함께 10여억 원의 정보이용료 납부채무를 부담하게 한 사건,²⁵⁾ 굿모닝시티 대규모 상가 분양 사기사건²⁶⁾ 등에서 대법원은 각각 상습범으로써 포괄일죄에 해당하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 위반죄가 성립한다고 각각 판

별 피해액이 5억 원 미만이면 피해자별로 단순사기죄만 성립한다고 하는 것은 특경법의 입법취지에도 반하고, 형벌의 균형을 상실케 할 우려가 있을 뿐만 아니라 일반인의 법 감정에도 반하는 점 등의 논거를 들어 이 사건의 경우 특정경제범죄가중처벌등에 관한법률이 적용되어야 한다는 비판이 제기된다(김수남, “사기죄에 있어서의 죄수”

「형사판례연구」 1호, 형사판례연구회, 1999, 176면).

22) 이에 대해 판시한 대법원 1993. 6. 22. 선고 93도743 판결.

23) 대법원 1996. 2. 13. 선고 95도2121 판결.

24) 이에 대해 판시한 대법원 2001. 7. 13. 선고 2001도1707 판결.

25) 이에 대해 판시한 대법원 2004. 10. 28. 선고 2004도5314 판결.

26) 이에 대해 판시한 대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도741 판결.

시하였다. 다음으로 피해자가 1인인 경우도 동일한 문제가 발생될 수 있다. 예컨대 1인의 피해자에 대하여 수회에 걸쳐 재물을 편취한 경우의 죄수는 범의나 범행방법에 따라 결정되는데, 범의의 단일성과 계속성이 인정되고, 범행방법이 동일한 경우는 포괄일죄이지만 그렇지 않으면 각 범행의 실제적 경합범에 해당한다. 판례도 구체적으로 나누어 판시하고 있다. 예컨대 어떤 판례에서는 동일한 피해자에 대하여 여러 달에 걸쳐 유사한 방법으로 수회의 기망행위를 하여 금원을 편취한 행위에 대해 단일한 범의에서 이루어진 동종의 범행이라고 볼 것이므로 구성하는 모든 행위는 포괄일죄에 해당하고, 따라서 각 이득의 합산액이 5억 원 이상이라면 특정경제범죄가중처벌등에관한특례법 위반죄가 성립한다고 판시한 반면에,²⁷⁾ 다른 판례에서는 동일인으로부터 2개월 사이에 경매보증금을 마련하여 시간을 벌어주면 경매목적물을 처분하여 갚겠다는 1차 기망행위, 곧 부동산이 처분될 수 있다는 제2차 기망행위, 돈을 빌려주지 않으면 두 차례 빌린 돈을 갚을 수가 없다는 제3차 기망행위를 한 사건과²⁸⁾ 사이비 신도교주가 동일 피해자로부터 현금 명목의 제1차 편취행위, 돈을 차용하여 모자라는 건축비를 내면 추후에 다 갚아 주겠다는 제2차 편취행위를 한 사건에서²⁹⁾ 범행의 시간적 간격과 범행수단에 미루어 범의의 단일성과 계속성을 인정할 수 없다는 이유로 실제적 경합범으로 판시하였다. 이러한 문제는 횡령죄에서도 발생한다. 즉 횡령죄도 피해자별로 별개의 죄를 이루는 것이어서 그 피해자가 수인인 경우에는 각 피해자 별로 횡령금액이 정하여 져야 한다.³⁰⁾ 그런데 횡령

27) 대법원 2002. 9. 24. 선고 2002도4091 판결.

28) 대법원 1989. 11. 28. 선고 89도1309 판결.

29) 대법원 1997. 6. 27. 선고 97도508 판결.

30) 대법원 1997. 12. 26. 선고 97도2609 판결: 구세와 직할시세를 함께 수납하는 구청의 세금 수납 담당공무원이 수납한 세금을 횡령한 경우 그 세금의 귀속주체별로 수죄가 되고, 같은 직할시세 또는 같은 구세 중에서 구체적인 세목을 달리하거나 수개의 행위 도중에 공범자에 변동이 있고 때로는 단독범인 경우도 있다 하더라도 그것이 단일하고 계속된 범의 하에 행하여진 것이라면 별개의 죄가 되는 것이 아니라 포괄일

죄의 경우는 사기죄의 경우와는 달리 상습범의 규정이 없으므로, 수인의 피해자가 있는 경우 피고인의 각 행위가 포괄일죄가 되어 그 이득액의 합산액이 특정경제범죄가중처벌등에관한특례법 적용의 기준이 되는 경우는 없다. 따라서 단일의 횡령행위의 가액이 5억 원 이상일 때에만 특정경제범죄가중처벌등에관한특례법 적용이 가능하다. 그러나 동일한 피해자에게 수개 행위를 한 경우에는 범의의 단일성과 계속성이 인정되고 범행방법이 동일한 경우는 그 수개 행위를 포괄하는 포괄일죄가 인정될 수 있겠지만,³¹⁾ 그렇지 않으면 각 범행의 실제적 경합범에 해당한다. 더 나아가 배임죄의 경우에도 피해자가 수인인 경우에는 단일한 범의 하에 시간적으로 근접하여 행하여졌다 하더라도 포괄일죄로 볼 수 없고 피해자별로 독립한 수개의 업무상 배임죄(실체적 경합범)가 인정되어야 한다.³²⁾ 이에 반하여 수 개의 업무상 배임행위가 있더라도 피해법익이 단일하고 범죄의 태양이 동일할 뿐만 아니라, 그 수 개의 배임행위가 단일한 범의에 기한 일련의 행위라고 볼 수 있는 경우에는 그 수 개의 배임행위는 포괄하여 일죄를 구성한다.³³⁾ 그리고 피해자들

죄가 된다고 판시한 대법원 1995. 9. 5. 선고 95도1269 판결.

- 31) 피고인이 주식회사의 1인 주주 겸 대표이사 자격으로 상가 분양사업을 진행하면서, 위 회사에 입금된 수분양자들로부터 편취한 분양대금이나 차용금 등을, 적법한 이사회 결의 등을 거치지 않고 임의로 피고인의 개인 채무 변제, 개인 투자금 등 사적인 용도로 사용한 경우 회사에 입금된 금원은 회사의 소유에 귀속하는 것이므로, 피고인의 횡령행위는 회사에 대한 포괄일죄가 된다고 판시한 대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도741 판결.
- 32) 수많은 분양자들로부터 분양금을 받았음에도 불구하고 분양아파트를 임의처분한 경우 행위자는 수분양자들에게 별도로 소유권이전의무가 있고, 각 피해자의 보호법익은 독립한 것이므로, 범의가 단일하고 제3자 앞으로의 임의처분의 시기가 근접하여 있었더라도 위 범행을 포괄일죄라고 볼 수 없고 피해자별로 독립한 수개의 배임죄(혹은 업무상 배임죄)가 된다고 판시한 대법원 1993. 6. 22. 선고 93도743 판결.
- 33) 상호신용금고의 대표이사가 별다른 담보를 취득함이 없이 변제자력이 불충분한 제3자에게 장기간에 걸쳐 계속적으로 불성실한 대출을 한 사건(대법원 1987. 7. 21. 선고 87도546 판결), 신탁회사를 사실상 지배하며 경영하는 자가 신탁회사로 하여금 신탁재산으로 부실회사의 회사채 등을 할인하여 매입하게 한 사건(대법원 2004.

에 대한 1개의 임무위배행위가 있는 경우에는 상상적 경합이나 단순일죄로 처리되어야 할 것이다.³⁴⁾ 그런데 이러한 판례의 입장을 따르면 현실적으로 대규모 아파트분양사기사건, 대리점사기사건 등과 같이 일련의 범죄계획 아래 집단적인 피해자를 야기하는 사기범죄 등의 경우 원칙적으로(즉 피해자가 수인이면 원칙적으로 수죄) 전체 피해액이 수십억 원에 달하더라도 피해자별 피해액이 5억 원 미만이면 피해자별로 단순사기죄만을 인정하여야 하는데, 이러한 결론은 특정경제범죄가중처벌등에관한특례법의 입법취지에도 반하고, 형벌의 균형을 상실케 할 우려가 있을 뿐만 아니라 일반인의 법 감정에도 반한다. 오히려 피해자가 수인인 경우에도 피해액의 합계가 5억 원 이상이면 특정경제범죄가중처벌등에관한법률을 적용하는 것이 일반인의 법 감정에 합당할 것이다. 그리고 예외적으로 포괄일죄의 이론에 따르더라도 사기범의 경우는 상습사기의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 위반죄로 처벌할 수 있으므로 별 문제가 없으나, 상습범 구성요건이 없는 횡령죄와 배임죄의 경우에는 집단적 피해자가 있더라도 피해자 1인에 대한 이득액이 5억 원 이상인 경우와 동일피해자에 대해 범의의 단일성에서 수개의 행위를 한 경우에만 특정경제범죄가중처벌등에관한법률을 적용할 수 있게 되는데, 이러한 판례의 태도가 동 법률을 적용하여 특정경제사범을 엄벌하고자 하는 입법취지에 반하는 것이 아닌가 하는 의문이 들 수 있다.³⁵⁾

7. 9. 선고 2004도810 판결) 등에서 판례는 배임행위로 인한 피해자가 동일하고, 그 범의도 단일하다고 보아, 각개 배임행위를 포괄일죄로 보아 특정경제범죄가중처벌등에관한법률을 적용하여야 한다고 판시하였다.

34) 주택조합 아파트 건립 예정 부지에 관한 등기명의자인 건설회사의 대표이사가 그 부지를 임의 처분한 경우 실질적 피해자는 주택조합원들이지만 법률상 피해자는 등기명의자인 위 회사이므로, 업무상배임의 단순1죄가 성립하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률이 적용된다고 판시한 대법원 1995. 2. 17. 선고 94도3297 판결; 대지와 그 위에 지을 사무실을 분양하고 피해자들로부터 계약금과 중도금을 받았음에도 불구하고 위 대지를 임의처분한 경우 특정경제범죄가중처벌등에관한법률이 적용된다고 판시한 대법원 1989. 10. 24. 선고 89도641 판결.

35) 이러한 문제가 있음에도 불구하고 회사의 대표이사가 실질적 피해자들과의 관계에서

5. 친족특례조항의 적용문제

특정경제범죄가중처벌등에관한법률이 적용되는 재산범죄는 사기죄, 공갈죄, (업무상)횡령죄, (업무상)배임죄인데, 일반형법에서는 이 죄에 대해서 친족특례가 적용된다(제328조). 문제는 특정경제범죄가중처벌등에관한법률에 의해 가중처벌 되는 경우에도 친족특례조항이 적용될 수 있는지에 있다. 생각건대, 최대한 형사피고인에게 유리한 해석을 하여야 하는 죄형법정주의의 취지와 형법 제354조, 제328조의 규정을 종합하여 판단하면 친족특례조항이 그대로 적용되어야 할 것이다. 즉, 형법의 친족특례조항에 따르면 직계혈족, 배우자, 동거친족, 호주(폐지됨), 가족 또는 그 배우자 간의 사기 및 사기 미수의 각 죄는 그 형을 면제하여야 하고, 그 외의 친족 간에는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있으며, 또한 형법상 사기죄의 성질은 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조 제1항에 의해 가중처벌 되는 경우에도 그대로 유지되고, 특별법인 특정경제범죄가중처벌등에관한법률에 친족상도례에 관한 형법 제354조, 제328조의 적용을 배제한다는 명시적인 규정이 없으므로, 형법 제354조는 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조 제1항 위반죄에도 그대로 적용되어야 할 것이다.³⁶⁾

뿐만 아니라 회사와의 관계에서도 배임죄가 성립하는 사안의 경우에는 형식적인 피해자인 회사를 피해자로 하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률을 적용할 수 있고(대법원 1995. 2. 17. 선고 94도3297 판결의 예), 특정경제범죄가중처벌등에관한법률을 적용하지 않더라도 피해자들의 피해액수의 합계를 실제 재판에서의 양형의 자료로 충분히 고려하면 특정경제범죄가중처벌등에관한법률을 적용하는 경우와 비교하여 크게 다르지 않은 결론을 도출할 수 있기 때문에 그 문제성은 그다지 중요하지 않다고 평가한 양은상, 앞의 논문, 358면.

36) 대법원 2000. 10. 13. 선고 99오1 판결의 태도이기도 함.

Ⅲ. 이득액에 따른 법정형 가중제도에 대한 개선방안

1. 비교 입법례

우리나라에 도움을 줄 수 있는 개선방안을 찾기 위해 우선 이득액을 기준으로 가중 처벌하는 외국 입법례를 먼저 살펴보기로 한다. 오스트리아 형법 제128조는 절도의 피해액이 2,000유로인 경우 가중절도로 3년 이하 자유형으로 처벌하고, 피해액이 40,000유로 이상이면 재가중하여 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.³⁷⁾ 사기죄의 경우에도 피해액이 3,000 Euro 이상인 경우에는 3년 이하 자유형으로 가중되고, 50,000 Euro 이상인 경우에는 10년 이하 자유형으로 재 가중된다. 미국 뉴욕 주형법의 경우 제155.30조 이하에서 피해액이 1,000달러 이하, 1,000달러 이상, 3,000달러 이상, 5,000달러 이상, 1,000,000달러 이상과 같이 피해액에 따라 5단계로 세분하여 규정하고 있다. 캐나다 형사법 제334조도 피해액 5,000(캐나다)달러를 기준으로 3단계로 구별한다. 그리고 독일 형법의 경우는 피해액을 고려하되 피해액을 특정하지 않는 방식을 취하고 있다. 예컨대 독일 형법 제263조 제3항에 따르면 가중사기를 규정하고 있다. 가중효과는 일반사기죄에 있는 자유형(5년 미만) 이외의 선택형으로서의 벌금형을 삭제하고 자유형 하한을 6개월로 하면서 특별히 중한 사례의 경우는 자유형 장기까지 2배(즉 10년)로 가중하였다. 그 가중사유로는 피해자에게 “막대한 재산상의 손해(einen Vermögensverlust grossen Ausmasses)를 야기하거나 또는 계속적인 범행으로 다수의 피해자(eine grosse Zahl von Menschen)를 재산상의 위협에 빠뜨릴 목적 하에 범행한 경우, 타인을 경제적 궁박상태(in wirtschaftliche Not)에 빠지게 하는 경우를 예시하면서 선택형으로서의

37) 참고로, 오스트리아 형법 제127조는 일반절도의 경우는 6개월 이하의 자유형에 처함.

벌금형이 없는 6개월 이상 10년 미만의 자유형으로 가중하고 있다. 프랑스 형법 제311-4조는 가중절도의 가중요소를 9가지 열거하고 있으면서도 피해액에 따른 가중규정은 없다. 일본의 경우에도 「도범등의방지및 처분에관한법률」에서 절도의 가중사유를 열거하고 있지만 절도의 피해액에 따른 법정형 가중규정은 없다.

2. 이득액에 따른 가중법정형규정의 존치여부와 형법편입의 개선방안

이득액에 따라 가중법정형규정을 존치하는 것에 대해서는 부정적인 견해가 우세하다.³⁸⁾ 그 이유는 전술한 바와 같이 가중하는 피해액기준을 중심으로 사소한 차이가 커다란 선고형의 차이를 만들 수 있어 불합리하고, 수많은 양형인자 가운데 범죄의 액수만으로 법정형의 범위를 한정하기 때문에 구체적 사정에 대응한 법관의 양형재량권을 지나치게 제약하여 책임주의 반하며, 물가상승에 따른 화폐가치의 변동에 따라 부당한 결과가 발생하며, 경합범과 포괄일죄의 기준이 모호한 경우 특별법 적용에 전제되는 죄수결정에 문제가 있고, 피해액이 많아 법정형이 너무 가혹한 경우 이를 피하기 위해 부당하게 작량감경을 하거나 가해자와 수사기관의 결탁 위험이 증대한다는 것에 있다. 그러나 이득액의 특징에 따라 법정형을 가중하는 입법방식에 대해 긍정적인 시각도 있다. 재산범죄에서 피해액은 법익침해라는 결과불법의 핵심적 요소이므로 행위불법적 요소와 함께 이를 가중처벌의 근거로 삼는 것은 책임주의에 반하지 않고, 피해액에 따른 가중처벌을 단계적 합리적으로 조정함으로써 양형상의 불합리를 조정하며, 피해액에 따른 단계적 가중처벌

38) 안경옥, 앞의 논문, 15면 이하; 오영근, “특정범죄가중처벌등에관한법률폐지의 당위성”, 「형사정책」 17권 제2호, 한국형사정책학회, 2005, 43면 이하; 윤승은, 앞의 논문, 117면 이하; 황종국, 앞의 논문, 378면 이하.

을 법률에 명시하는 것은 일반예방 및 법적 안정성의 측면에서도 바람직할 수도 있고, 법원의 양형편차를 최소화하여 사법에 대한 신뢰를 제고할 수 있으며, 법관의 양형재량권을 합리적 범위내로 제한하는 것은 권력분립의 입장에서 허용되며, 죄수론 피해액 산정의 문제는 해석론으로 충분히 해결할 수 있다는 것이다.³⁹⁾

생각건대, 재산범죄의 경우 범죄액에 따라 가중처벌 하는 그 자체는 이론적으로 타당하다. 재산범죄의 피해액은 결과반가치의 핵심을 이루기 때문이다. 문제는 일반형법에서 이를 고려하여 규정하고 있는 상기한 외국 입법례와는 달리 특별형법의 형식을 취하는 우리나라 현행법체계가 과연 바람직한 것인지에 있다. 이에 대해서는 특별법이 규율하는 범위가 확대됨에 따라 특별법이 일반법을 밀어내는 결과, 즉 일반형법이 점차 사문화되어 가고 ‘원칙과 예외’의 관계가 역전되는 현상을 낳는다는 비판이 제기된다.⁴⁰⁾ 그리고 이러한 법체계의 혼란을 야기하는 특별형법의 과잉은 법적용의 어려움은 물론이고 일반국민에 대한 일반예방효과도 기대할 수 없게 된다.⁴¹⁾ 이러한 문제점을 지닌 가중형사특별법에 대해서는 ‘어느 한 규정이라도 다른 법률로 위치를 옮기는 일 없이 전면 폐지하여야 한다’는 극단적 입법론이 제기되기도 한다.⁴²⁾

39) 한상훈, “형법 및 형사특별법상 재산범죄 가중처벌규정의 문제점과 개선방안”, 「형사법연구」 제26호, 한국형사법학회, 2006년 겨울, 154면.

40) 이러한 현상을 ‘객반위주(客反爲主)’라는 용어로 표현한 배종대, “특별형법을 보통형법으로 만들기”, 「형사정책」 제18권 제1호, 한국형사정책학회, 2006, 10면.

41) 우리나라에서 일반화 되어 있는 (가중)형사특별법의 대량화 현상에 대해서는 ‘일반형법의 사문화 초래’, ‘형법구성요건의 형해화’, (중래에는 사형도 포함하여) 무기 등의 장기 자유형이 남용되는 것에 대해서는 ‘관존민비와 독재적 사고에 입각한 과잉입법화와 전근대적 위하형 사고에 입각한 과잉형벌화로서의 졸속입법’, 형벌로서 처벌하여야 할 범죄 실질이 약함에도 불구하고 형사 처벌하는 특별형법에 대해서는 ‘형법기능의 왜곡(즉 보충성원칙 대신에 형법의 최초 수단화 및 위협예방화)’, 가중내용이 이론적으로 타당하지 않거나 상호간에 통일성이 결여된 것에 대해서는 ‘형법체계의 혼란’ 등의 문언으로서 비판되고 있다.

42) 특가법에 대해 이렇게 주장한 오영근, 앞의 논문, 51면.

그러나 일반형법이 제정된 1953년과 비교하여 현저한 시대적 변화가 있는 현금의 범죄환경을 고려한다면, 개별규정에 따라서는 이론적으로 합리성을 지닌 조항도 없지 않을 것이다. 만약 현금의 시대 상황을 반영 하면서 이론적으로도 합리성을 지닌 가중형사특별법의 규정이 있다면 이를 무조건 폐기할 것이 아니라 합리적 연구를 통해 일반 형법에 편입 시키는 방법이 오히려 입법론적으로 타당할 것이다.⁴³⁾ 그리고 현행 특경법과 같이 피해액의 특징에 따라 법정형(즉 선고하여야 할 형벌범주), 특히 자유형을 가중하는 방식도 바람직하지 않은 것으로 판단된다. 자유형은 도의적 비난을 하는 면이 강한데 도의적 비난대상은 주로 행위반 가치에 근거하여야 한다. 반면에 결과반가치는 피해자 수에 기초하는 것이 타당하고, 이는 경합범 가중으로 족하다. 또한 다양한 가중구성요건을 신설한다면(특히 단순구성요건에 선택형으로 되어 있는 벌금형을 삭제한 가중구성요건이 있는 경우), 피해액은 양형에서 고려되어도 무방할 것이다. 특히 재산피해의 액수에 따라 자유형의 등급을 법에서 일률적으로 나누는 것도 합리성이 없다. 따라서 자유형의 가중형식은 경합범 가중으로만 처리하면서 폐지하고 벌금형을 병과 하는 제도만 존치하면 될 것으로 판단된다. 그렇게 하더라도 자유형의 법정형을 가중하는 것과 동일한 효과를 누릴 수 있기 때문이다. 그리고 벌금불납의 경우에는 노역장유치로 환형되기 때문에 이것만으로 자유형 가중의 의미도 없지 않을 것이다. 결국, 일정한 피해액을 제시하면서 그 이상인 경우에는 자유형 이외에 벌금형을 병과 할 수 있다는 가중처벌규정만 일반형법에 규정하는 방식이 가장 바람직할 것으로 판단된다.⁴⁴⁾ 이러한 형식은 특정경제범죄가중처벌등에관한특례법과 같이 이득액 ---

43) 이러한 취지의 글로는 한영수, 앞의 논문, 184면 이하.

44) 유사한 견해를 취한 것으로는 이기현, 앞의 논문, 129면 이하; “가액에 따른 가중처벌 규정의 대상이 되는 범죄는 대부분이 엄청난 재산적 이익을 노린 이윤범이므로 발각 되어 처벌될 경우 입게 될 재산적 피해만이 그들의 범죄동기를 좌절시키는 가장 효과적인 수단이 될 것이기 때문이다”.

원 이상이면 자유형 --년, 이득액 ---원 이상이면 자유형 --년과 같이 이득액의 종류를 여러 단계로 나누어 그에 맞추어 자유형을 가중할 필요가 없기 때문에 입법기술상으로도 장점이 있을 것으로 판단된다.

IV. 맺는 말

우리나라가 특별형법을 통해 법정형을 가중하는 것에 비하여 위에서 본 바와 같이 외국 입법례는 일반형법에서 이를 규율하고 있다. 우리나라도 특별형법의 법정형 가중규정을 일반형법에 편입하는 것이 바람직한 입법방향이 될 것으로 판단된다. 일반형법이 점차 사문화되어 가고 ‘원칙과 예외’의 관계가 역전되는 현상은 법적용의 어려움은 물론이고 일반국민에 대한 일반예방효과도 기대할 수 없을 것이기 때문이다. 그리고 본문에서 기술한 바와 같이 이득액 피해액의 특징을 전제로 자유형을 가중하는 현행제도는 굳이 존치할 필요성이 없을 것으로 판단된다. 자유형 법정형벌의 범주를 가중하지 않더라도 자유형에 벌금형을 병과하는 가중의 방식, 법정형의 범위 내에서 양형상 가중인자로 평가하는 방식으로도 충분히 형벌가중의 효과를 가져 올 수 있기 때문이다. 그리고 본고에서 많이 다루어진 특경법과 같은 가중형사특별법, 특히 일반형사법에 유사조항이 있는 것을 특별히 변형하여 규정하려는 형사특별법은 그 자체로서 규범력과 존속력을 가지고 적용되는 내용으로서는 더 이상 탄생되지 말아야 할 것이다. 그러나 형식은 특별법으로 제정하였지만 그 내용은 독자적인 법률을 제정하는 것이 아니라 기존의 형법, 형사소송법, 형사조직법을 개정하여 그 일반 법률에 편입시키는 방식, 소위 총체적 입법과 상징입법의 효과를 거두는 형사특별법의 제정은 앞으로도 유용할 것으로 판단된다. 왜냐하면 이러한 형식의 특별형법은 일반국민에게 경각심을 주려는 상징효과도 거두면서 해당조문을 일반

형사법에 편입시키기 때문에 형사법의 체계성, 용이성, 가독성, 접근성도 유지할 수 있기 때문이다. 따라서 상징형법 및 총체적 개정입법의 기능을 가지는 형사특별법의 제정은 앞으로도 장려되어야 할 것이다.

주제어 : 이득액, 특정경제범죄가중처벌등에관한특례법, 형벌가중, 사기죄, 특별형법

[Abstract]

**Problem of the Aggravated Punishment
in accordance with Amount of Profit
by Property Crimes**

Dong-Kwun Son*

There are a lot of special criminal acts besides the Criminal Code in Korea. The Act of Aggravated Punishment for Specific Economic Crimes, an Act of the Aggravated Punishment in accordance with Amount of Profit by Property Crimes, belong there. The special criminal acts have their own value, which is easy to legislate and revise. Even though have their own value, sharp critics on them still exist. Special criminal acts usually provide harsher punishments than the Criminal Code, and the degree of the criminal penalties is extremely high compared to that of the criminals. Special criminal acts about aggravated punishments especially came from the concept that the strongest punishment is the most efficient way to prevent crimes. It, however, brought serious side effects to criminal practice affairs by regulating unnecessarily strong punishments. To keep out from those side effects, special criminal acts of aggravated punishment should be enacted through the due process, and contain appropriate contents. Maybe it's time to review the current law system whether it should be changed or not. In my opinion, preferentially special criminal acts should be incorporated into the Criminal Code within

* Professor of Law school, Konkuk University.

theoretical rationalities. Especially similar regulations already mentioned in general criminal code should be absorbed in the Criminal Code. The Act of Aggravated Punishment for Specific Economic Crimes should be amended in the same way.

Key Words : Special criminal acts, criminal penalties, criminal practice, Economic Crimes