

# 소비자법과 형사처벌

## 방문판매법을 중심으로

- **주최** : 국회의원 강민국/한국소비자법학회  
고려대학교 법학연구원 민사법센터
- **일시** : 2023. 10. 27(금) 13:30~15:20
- **장소** : 국회 의원회관 제2소회의실



# 소비자법과 형사처벌

- 방문판매법을 중심으로 -

- 주최 : 국회의원 강민국/한국소비자법학회/고려대학교 법학연구원 민사법센터
- 일시 : 2023. 10. 27(금) 13:30~15:20
- 장소 : 국회 의원회관 제2소회의실

## 프로그램

13:30~13:40 개회식

개회사 : 강민국 국회의원

축사: 어원경 상근부회장(직접판매산업협회)

사회자: 이병준 교수(고려대학교 법학전문대학원)

13:40~14:05 제1주제 “민사상 계약에 대한 형법적 통제 비판”

발표 : 홍영기 교수(고려대학교 법학전문대학원)

14:05~14:30 제2주제 “방문판매법의 분법화를 위한 기초로서 적법 판매와 불법 판매의 구별 기준”

발표 : 정신동 교수(한국의외국어대학교 법학전문대학원)

14:30~15:20 토론 : 이승직 부연구위원(한국소비자원), 김세준 교수(성신여대 법과대학)  
김태오 사무국장(한국직접판매산업협회), 이주현 사무관(공정위  
특수거래정책과)

15:20 폐회

## 제 1 주제

### “민사상 계약에 대한 형법적 통제 비판”

발표 : 홍영기 교수(고려대학교 법학전문대학원)

# 형법의 역할과 비범죄화

- 방문판매법상 다단계판매를 예로 하여 -

홍영기 (고려대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사)

민사상 계약 및 그 이행과 관련된 여러 행위들 가운데, 법질서에 따라 허용되지 않는 것이 있다고 하더라도 이를 형법적으로 처벌하지는 않으려는 것이 최근 형사법분야 판례를 비롯한 학계 및 실무의 뚜렷한 경향이다. 방문판매법상 다단계판매행위의 예 또한 이러한 이른바 ‘비범죄화’<sup>1)</sup>의 대상이라는 사실을 강조하려는 의도로 이 글을 작성하였다. 이 분야의 관련논문을 일별해보면 대부분 방문판매법상 다단계판매 방법에 대한 법적 규제가 지나치게 다양한 방식으로 과잉되어 있다는 것이고, 그것이 현대사회의 거래자유의 맥락에서 벗어나고 있다는 것을 내용으로 하고 있다.<sup>2)</sup> 그런데 이러한 결론에 이르기 위한 방문판매법상 다단계판매방식의 특징, 그것의 개념표지, 연혁, 비교법적 고찰이나 여러 통제 전반에 대한 비판은 이미 반복되고 있으므로 다시 언급할 필요는 없을 것이다. 여기서는 오로지 형사법적 처벌의 정당성, 가능성 및 그 한계에 대해 논하고자 하며, 같은 이유에서 정책적이거나 입법론적인 대안을 제시하는 데에도 소극적으로 머물 수밖에 없다.

## I. 문제제기

### 1. 방문판매법상 규제와 형법

방문판매 등에 관한 법률[‘방문판매법’으로 약칭하며, 이하 법조문 표시가 없는 경우에도 이 법을 뜻함]에 따르면 다단계판매 방식은 불허되는 피라미드 판매방식과 구별되어 있으며 원칙적으로 금지되지는 않고,<sup>3)</sup> 그 적법성을 위한 정당화요건이 방문판

1) 개념에 대해서는 배종대/홍영기, 형사정책, 14/1.

2) 광관훈, 다단계판매산업 규제의 합리적 개선방안, 37면 이하; 이병준, 다단계판매에서 후원수당 지급기준 변경과 프로모션 지급절차에 관한 연구, 98면 이하; 장윤순, 다단계판매 규제 및 개선 방안에 관한 연구, 515면 이하; 최연석/예영란, 후원수당 지급총액 산정과 가격합계액의 해석, 138면 이하 등.

3) 피라미드판매란 여러 가지로 규정될 수 있지만 일반적으로 진정한 상품의 판매로 이익을 얻는

매법상에 구체화되어 있다.<sup>4)</sup> 예컨대 자격요건으로서 다단계판매업자는 자본금 5억원 이상, 소비자피해보상보험 체결 등의 요건을 갖추어 관할 시·도지사에게 등록하여야 한다(제13조). 사업자 또는 판매원은 계약을 체결하기 전 방문판매업자 등의 성명, 상호, 주소 등과, 재화의 명칭, 종류 등, 가격, 지급방법, 청약의 철회방법, 환불조건과 절차 등을 소비자에게 설명하고, 그와 같은 사항을 적은 계약서를 발급할 정보제공의 의무가 있다(제16조). 또한 소비자는 방문판매와 유사하게 14일 이내에 청약의 철회가 가능하지만, 다단계판매원 및 후원방문판매원은 3개월 이내에 청약철회를 할 수 있도록 한다. 사업자 또는 판매원은 판매원 또는 소비자로부터 상품을 반환받은 날부터 3영업일 이내에 대금을 환급하여야 한다(제17조). 다단계판매원 및 후원방문판매원에 대한 후원수당의 산정 및 지급기준을 변경하려 하는 경우 원칙적으로 그 변경 기준 적용일로부터 3개월 이전에 통지하여야 한다(제20조 제2항). 또한 판매원들에게 지급하는 후원수당을 판매원들에게 공급한 상품의 가격의 합계액의 35%(후원방문판매는 38%)를 초과하여 지급하는 행위를 하지 못하도록 하는 등의 규제가 있다.

그러나 이와 같은 여러 요건에 이어 행위자에게 일정한 형벌을 부과할 수 있는 요건들이 아울러 확정되어 있다. 방문판매법은 제58조 이하에 광범위한 요건을 정하고 이에 위배하는 경우에 벌금형은 물론 여러 단계의 징역형을 부과할 수 있도록 해두었다. 대표적인 예를 들면 다단계판매업자가 다단계판매원이 되려는 사람 또는 다단계판매원에게 등록, 자격 유지 또는 유리한 후원수당 지급기준의 적용을 조건으로 과도한 재화 등의 구입 등 연간 5만원을 초과한 부담을 지게 한 경우(제22조 제1항, 시행령 제29조) 3년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처하게 되어 있다(제60조 제1항 제6호). 그리고 다단계 판매조직 또는 이와 비슷하게 단계적으로 가입한 자로 구성된 조직을 이용하여 판매원 또는 판매원이 되려는 자에게 가입비, 판매 보조 물품, 개인 할당 판매액, 교육비 등 그 명칭이나 형태와 상관없이 연간 총합계 5만원 수준을 초과한 비용 또는 그 밖의 금품을 징수하는 등 의무를 부과하는 행위를 하면(제24조 제1항 제4호, 시행령 제33조) 7년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금에 처하도록 한 규정도 있다(제58조 제1항 제4호).<sup>5)</sup>

이 법처럼 징역형을 비롯한 형벌을 수단으로 한 법효과를 규정하고 있는 것은 모두 ‘넓은 의미의 형법’에 해당한다.<sup>6)</sup> 이 법은 보편적으로는 소비자보호법 또는 더 넓게

---

것이 아니라 조직에 다른 사람을 가입시키는 행위에 의해 이익을 얻는 판매형태를 말한다. Howie, Clinton D., "Investing in Louisiana: Is it a pyramid scheme?: Multilevel marketing and Louisiana's new anti-pyramid statute", 49 LA Bar Journal. 288, 2002, at 288-289, 백대용, 115면에서 인용. 이종구, 다단계판매의 새로운 유형과 피해구제에 관한 연구, 250면 이하 참조. 물론 방문판매법은 ‘피라미드판매’라는 용어를 쓰고 있지 않으나, 이에 해당하는 유형을 동법 제24조(사행적 판매원 확장행위 등의 금지)에서 규정하여 금지하고 있으며, 동 규정 위반시 시정조치 등(법 제49조) 행정 제재 이외에 형사 처벌하도록 규정하고 있다(법 제58조).

4) 이와 같은 통제방식의 자세한 내용과 연혁에 대해서는 특히 이승진, 방문판매법상 다단계판매 도입과 소비자 보호, 56면 이하 참조.

5) 이러한 행위유형에 대해 기타 다른 법에 산재해 있는 처벌규정을 정리한 것으로는 문상일, 신종 피라미드영업 규제를 위한 법제 개선방안에 관한 소고, 51면.

경제법에 속하지만, 형사법적인 시각에서 보면 이 법의 실질적인 기능은 이른바 ‘특별 형법’인 것이다. 규범수범자의 관점에서 보더라도 일정한 행위에 대해 형벌이라는 동일한 해악이 자신에게 주어지는 것이며, 그 경우에 사법기관이 형벌권과 형벌의무를 갖게 된다는 점에서 좁은 의미의 형법에 의해 처벌받는 것과 차이가 없다.<sup>7)</sup> 그렇기에 이와 같은 광의의 형법 해석·적용에서도 마찬가지로 형법원리의 관철이 필요한 것은 물론이다. 오히려 형법 상 어떠한 재산죄 못지않은 무거운 형벌이 이 법에 예정되어 있기에 법원리에 따른 검토가 더욱 중요하다고 말할 수 있다.

## 2. 제기된 문제

형법적으로도 방문판매법 특히 다단계판매 방식은 많은 논쟁의 소재가 되어왔다. 다음과 같은 점들이 이 법을 향한 주요한 문제제기이다. 우선 통제대상인 주체 및 그 행위방식에 대한 요건이 명확하지 않다는 비판이 있다. 어떠한 주체의 행위가 이 법의 위반인지, 또는 어떠한 판매방식이 위법한 것으로서 처벌되어야 하는지가 법률 자체로부터 뚜렷하게 드러나지 않고, 법규가 모호한 개념으로 이루어져 있기에 죄형법정주의, 특히 명확성원칙이나 유추금지원칙을 위배한다는 비판이 반복되었다.<sup>8)</sup> 방문판매법 자체 뿐만 아니라, 이 법이 구체화를 유보하고 있는 경우에 위임을 받은 하위 법령도 역시 그 해석을 통해 성립요건을 명확히 해석하는 데에 도움이 되지 않는다는 비판도 있다.

방문판매법에 규정된 여러 불법행위에 대한 법정형이 지나치게 무겁다는 지적도 의미가 있다. 행위 속성에 드러나는 법질서위배에 비할 때 그에 상응하는 법효과가 과잉처벌에 해당한다거나 비례에 어긋난다는 것이다. 예컨대 위에서 언급한 제58조는 7년 이하의 징역이나 2억원 이하의 벌금을 규정하고 있는데, 징역 기간이 형법상 일반 절도보다 높은 것도 문제되지만 2억원 이하의 벌금은 비록 상한을 규정한 것이라고 하더라도 형사정책적인 목적만을 따르는 것으로서 책임원칙에 상응한 것으로 생각되기 어려운 것으로 여겨진다. 나아가 각 불법행위유형 사이에 정하고 있는 형벌 정도가 서로 균형이 맞지 않는다는 점도 지적되고 있다.<sup>9)</sup> 대표적인 예로는 동일한 법률의 위반임에도 다단계판매업자, 후원방문판매업자, 방문판매업자 사이에 처벌수준이 지나치게 다르다는 비판이 있다. 판매원이 되려는 사람으로부터 일정 수준 이상의 가입비를 받는 경우에 방문판매업자의 경우는 1년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 되어 있지만(제62조 제2호, 제11조 제1항 제3호), 다단계판매업자나 후원방문판매업자는 위에서 설명한 대로 7년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금<sup>10)</sup>에 처

6) 배종대, 형법총론, 1/2.

7) 일정한 사례에서 방문판매법과 형법이 경합하는 때라면 상위법우선원칙이 문제되지 않는다. 방문판매법은 특별형법적 지위가 있는 것일 뿐, 양자는 모두 같은 지위인 ‘법률’에 해당하기 때문에 특별법우선원칙에 따라 같은 행위유형에서는 방문판매법이 우선 적용된다.

8) 백대용, 다단계판매 개념과 합리적 규제방안, 125면 이하; 이병준, 소비자법상 위법행위와 탈법 행위, 177면; 이승진, 방문판매법상 다단계판매 도입과 소비자 보호, 77면.

9) 장운순, 다단계판매 규제 및 개선방안에 관한 연구, 529면 이하.

10) 법위반 행위와 관련하여 판매하거나, 거래한 대금 총액의 3배에 해당하는 금액이 2억원을 초과

해지도록 규정되어 있는 데에서(제58조 제1항 제4호, 제24조 제1항 제4호) 이러한 문제가 드러난다.<sup>11)</sup>

다른 한편에서는 방문판매법에 규정된 형벌 정도가 지나치게 약하여 형사정책적으로 그 위반행위 및 새로운 유형의 행위들을 예방하는 데에 효과를 거두기 어렵다는 반론도 있다. 예를 들어 이득액에 비해 벌금액이 낮기 때문에 법률을 위배하여 충분한 이득을 얻은 이후에 벌금을 감수하고자 한다면 일반예방 효과가 없다는 것이다.<sup>12)</sup>

## II. 처벌의 정당성

### 1. 형법적 범죄와 처벌

불법행위 유형들이 (특별)형법에 규정되어 있다고 하여 개별행위자에 대한 처벌이 정당화되는 것은 아님은 물론, 그에 앞서 법이론적으로 그 규정 자체가 정당한 것도 아니다. 현행법에 처벌대상으로 규정되어 있으나, 형법원리에 비추어 그 근거가 불분명한 경우 ‘비범죄화’(Entkriminalisierung)의 논의대상이 된다. 여기에 작용하는 형법원리로 자유주의적 법치국가원칙이라 할 수 있는 죄형법정주의, 형법의 보충성, 비례성원칙, 책임원칙, 적법절차원칙, 법익보호사고 등이 있으며, 이는 모두 우리 헌법재판소가 형법규정의 위헌성을 논할 때에 근거로 삼는 것들이다. 그런데 개별 법률은 그 법이 비롯된 법이념으로부터 연역된 결과이므로 그에 대한 정당성 검토를 위해서는 해당 법의 목적을 분명히 하는 것이 무엇보다도 우선되어야 한다.

형법규정이 정당성을 확보하려면 그것이 형법 고유의 법목적에 향하고 있어야 한다. 형법은 범죄를 법요건으로, 형벌을 법효과로 하는 법체계이다. 즉 형법은 형벌을

---

할 경우 거래대금 총액의 3배에 해당하는 금액 이하의 벌금.

- 11) 이로 인하여 방문판매로 신고한 후에 다단계판매로 영업하는 경우도 있을 수 있을 것이라는 문제제기는 김치걸, 방문판매 등에 관한 법률 개정안 제언, 75면. 사행적 판매원 확장행위 금지 규정(제24조)는 방문판매법(법률 제11324호) 전부개정시 법률상 규제를 회피하기 위한 다양한 변종 영업형태를 금지하기 위하여 제정되었다. 그러나 제24조 제1항 제4호는 이전의 방문판매법에서는 다단계판매자에 한하여 이러한 금지유형을 규율하였다가(방문판매법 제23조 제1항 제3호) 그 행위자를 확대하면서 법정형을 5년 이하의 징역 또는 1억 5천만원 이하의 벌금에서 7년 이상의 징역 또는 2억원 이하의 벌금으로 상향하였다. 다단계판매업자의 ‘가입비 등의 금품징수 등 의무부과행위’의 경우 방문판매업자의 경우보다 상향으로 규정하여 3년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금을 규정하는 것이 적정하다고 하면서 방문판매법 제22조 제1항에 ‘재화구매 등 일정 수준 이상의 부담부과행위’와 ‘가입비 등의 금품징수 등 의무부과행위’의 요건을 구별하여 명확히 규정하고 함께 규정함으로써 처벌수위를 동일하게 하는 것이 적절하다는 견해로는 장운순, 다단계판매 규제 및 개선방안에 관한 연구, 529면 이하.
- 12) 문상일, 신종 피라미드영업 규제를 위한 법제 개선방안에 관한 소고, 57면; 이동임, 다단계 금융사기 피해방지 및 회복방안, 164면. 수사기관 강화, 포상금제도(예방), 공제조합의 홍보확대 등의 대안은 문상일, 앞의 글, 71면 이하. 은행거래 감시감독 프로그램, 신고 포상금제, 피해자 교육 및 치료, 소개자 수당 및 이익금 반환규정 신설 등에 대해서는 이동임, 앞의 논문, 165면 이하.

부과하기 위한 형식이기에, 형법의 목적은 형벌이념으로부터 연역된다. 다르게 말하면 형법적 통제는 곧 형벌투입의 과제로부터만 정당화될 수 있다는 뜻이다. 물론 형벌의 역할 그 자체부터 명확한 것은 아니다. 그 발생사에서부터 현재 사회 안에서의 기능에 이르기까지 요약하기 어려울 정도로 많은 이론들이 ‘형벌이론’(Straftheorie)이라는 주제로 오랜 세월을 거쳐 이야기되어왔다. 이를 간단히 정리하는 것은 가능한 일이 아니나, 대별하자면, 1) 과거에 저질러진 범죄행위에 대하여 마땅한 조치를 함으로써 정의를 회복하고자 한다는 절대적 이론으로서 ‘응보’와, 2) 장래에 유사한 행위가 발생하는 것을 억제하고자 한다는 ‘예방’으로 나뉜다.<sup>13)</sup> 즉 형벌에 대한 일반적인 이해에 의하면 형법의 각 규정 및 그를 토대로 한 형벌조치는 행위자에 대한 응보의 의미와 행위에 대한 예방의 목적에 따를 때에 정당화될 수 있다고 보는 것이다.

형법을 통한 조치가 이와 같은 형벌의 목적에 부합해야 한다고 할 때, 나쁜 결과가 있다고 해서 곧바로 처벌될 수 있는 것이 아님을 알 수 있다. 그 결과를 놓고 행위자를 비난할 수 있을 때에[응보], 그리고 그와 같은 행위가 반복되는 것을 막기 위하여 의미가 있는 경우에 한하여[예방] 처벌한다. 그리고 그렇기에 형법적 처리는 일어난 결과나 상황, 현상 그 자체가 아니라 행위자의 행위에 주목할 수밖에 없다. 전통적으로 형법의 방법이 형법요건의 여러 표지 가운데 행위자의 주관적 내심 요소인 ‘고의’(및 과실) 그리고 그 토대에 놓인 행위자의 ‘책임’에 주목하는 까닭이다.

## 2. 다른 법과의 차이

### (1) 민사법과의 차이

전기 로마법 시대까지도 형사사법과 민사사법이 정확히 나뉘어 실현되지 않았다. 예를 들어 절도 피해자가 관헌에 구하는 고소는 행위자를 밝혀내어 처벌을 구하는 것이기도 하고, 잃어버린 물건을 돌려받게끔 해달라는 것이기도 했다. 재산의 바른 귀속을 목적으로 하는 민사법은 이 경우에 후자에 대한 대응이며, 형법은 전자에 대한 반응으로서 분화된 것이다. 그리고 여기서 형벌을 통한 처리로서 형벌의 의미는 곧 위에서 언급한 바와 같이 응보와 예방으로 여겨진다. 고소가 실현되는 경우에 행위자는 자신이 저지른 잘못을 근거로 하여 응보로써 비난받아야 하는 것이며, 그와 같은 행위가 더 이상 일어나지 않게 하고자 하는 예방을 통해 억제되어야 한다.

민사법과 구별되는 이러한 형사법의 독자적인 특징은 국가가 범죄로부터 시민을 보호하고, 범죄자의 권리를 보장하는 기능을 적극적으로 담당해야만 하는 형벌의무와 권리를 독점하고 있다는 데에서 드러난다. 사적자치, 계약자유가 지배하는 민사법영역에서와 달리, 형벌을 담당하는 국가기관은 예외 없이 일반시민의 권리침해의 결과에 맞서 그 침해를 야기한 행위자의 내심에 주목하고 그에 상응하는 형벌을 부과해야만 하는 것이다. 재산범죄를 취급할 때에도 마찬가지이다. 형사사법은 타인에게 손해를 끼칠 의도를 갖고 행위한 자의 행위내용과 그로부터 침해된 피해자의 법익에만 주목

13) 이에 대해 자세히는 홍영기, 형벌을 통한 규범신뢰의 강화, 301면 이하.

한다. 피해자가 이를 용인할 수 있는 경우인지, 행위자와 피해자가 어떤 사람이며 둘의 관계는 어떠한지, 그 행위가 경제시스템에 참여하는 자들의 관행인지, 또는 선의의 제3자 등에 대한 간접적인 피해는 없는지 등의 질문에 (양형사유를 넘어서는 정도의) 관심을 갖지 않으며 가져서도 안 된다.

이러한 형법의 법이념에 따라 때 형법적 판단은 원칙적으로 행위 자체가 지니는 반가치, 즉 행위불법을 기초로 이루어진다. 그러므로 행위자에게 행위에 대한 비난가능성이 없으면 처벌되지 않으며[책임 없으면 형벌 없다], 그 처벌의 정도 또한 비난의 크기에 비례할 수밖에 없다. 나아가 그에 대한 기초로서, 그가 행위 당시 형법전에 쓰여진 법적 요건을 실현한다는 인식과 실현하려는 의도를 가졌을 때에만 처벌될 수 있다[고의 없으면 범죄 없다]. 반면에 결과면에서 피해자와 사회에 미치게 된 반가치성인 결과불법, 즉 결과면에서 이득이나 손해가 귀결된 것을 교정하거나 보전하는 기능은 형벌의 역할이 아니며, 그것은 예나 지금이나 민법 등 다른 법의 영역의 과제에 놓여 있다. 따라서 예를 들어 단지 피해자에게 손해가 발생하였거나 그와 같은 위험이 증대되었다는 이유에서 행위자를 곧바로 처벌하는 것은 형법이념과 무관한 방식이다. 반대로 행위자의 고의를 토대로 한 반가치성의 표출이 충분한데도 우연히 그것이 결과로 이어지지 않았다고 해서 처벌하지 않아서도 안 된다. 형법의 고유한 ‘미수범’이 기수범의 법정형에서 임의적으로 감경하는 사유가 되는 것에 불과하다는 사실(형법 제25조)이 이를 잘 보여준다. 물론 결과측면에서의 피해와 손해는 행위자의 불법적인 의도에 대비할 때 뚜렷이 가시적이기 때문에 절차에서 처음부터 그에 주목하는 것이 자연스러울 수 있지만, 그 결과만에 주목하거나 결과로부터 시선을 출발시켜 행위자의 행위평가를 역추론하는 것은 형사법의 바른 방법이 아니다.

## (2) 소비자보호법과의 차이

경제법으로서 방문판매법은 계약자유나 사적자치원리를 그대로 관철하는 대신, 국가가 적극적으로 나서 경제적 약자라 볼 수 있는 소비자 또는 투자자를 보호하기 위하여 제정된 것이다.<sup>14)</sup> 이러한 뜻은 처음 방문판매법을 제정한 한국소비자원의 입법 취지에도 잘 드러나 있다. 즉 이 법은 구매자가 상품의 필요성보다는 영업활동에 참가해 경제적 이익을 얻으려고 상품을 구입하기 때문에 상품값 외에 내게 되는 가입비 등을 보상받을 목적으로 무리하게 다단계거래가 전개되어 기존 거래 관행을 파괴하고, 다단계판매로 거래되는 상품은 통상적으로 가격이 높으며 단계가 커질수록 판로가 막히게 되어 결국은 상품을 구입한 소비자만 피해를 보게 되며, 연고자 중심으로 상품을 팔기 때문에 연고자들에게 경제적 피해를 입히는 등 우리 고유의 선량한 풍속을 해치게 되므로 이를 규제하기 위해서 제정되었다.<sup>15)</sup>

경제법은 흔히 공법과 사법의 영역과 겹치지 않는 데에 놓여, 기존 민법이나 형법에서 추구되지 못했던 법적 소여를 바라본다고 한다. 그런데 이 또한 형사사법이 담당하는 국가과제와 전적으로 구별되는 방향성에 놓여 있는 이념이다. 형법은 ‘법치국

14) 문상일, 신종 피라미드영업 규제를 위한 법제 개선방안에 관한 소고, 68면.

15) 이승진, 방문판매법상 다단계판매 도입과 소비자 보호, 62면에서 인용.

가적 정형화과제'를 감당하기 위한 것으로서, 자유주의적 소극성과 겸양성을 바탕으로 하고 있다. 형법의 정당화는 그것이 시민의 삶에 대한 가장 강력한 침해를 수반하고 시민 개개인에 대한 과도한 위험을 부과할 수 있는 수단이기 때문에 형사입법자는 임의로 통제내용을 결정해서는 안 되며, 사법은 다른 법이 규율할 수 있는 내용을 형법이라는 도구로 제어하려 해서도 안 된다.<sup>16)</sup> 반면에 경제법인 소비자법은 경제적 약자를 국가가 적극적으로 보호하기 위한 것으로서 이른바 '사회국가적 과제'를 감당하기 위한 것이다. 사회법에서는 개인들의 차이를 분명히 전제하고 법을 통해 이러한 차이를 명시적으로 고려하며 사회적으로 무기력한 사람에 대한 지원과 사회적 과잉된 권력에 대한 제한을 최우선으로 가능하게 하여 평균적 정의 대신 배분적 정의가 관철되도록 하는 것이다.<sup>17)</sup> 방문판매법이 그 이념의 실천을 위해 교육과 지도 등을 적극적으로 규정하고 있다는 데에서도, 매수인 또는 매수인이 될 수 있는 사람들의 정보에 대한 취약한 지위를 감안하고 이렇게 노정된 불평등 상황에서 일방적으로 권리를 침해당하거나 위태로워지지 않도록 하고자 하는 사회국가적 과제가 잘 드러난다.<sup>18)</sup>

법치국가원칙에 종속되어야 하는 형벌조치가 사회국가적 과제를 담당한 법률에 개입하는 것은 형법의 본질을 간과하여 과잉된 과제를 형법에 부여하는 셈이다. 두 가지 국가 과제 모두에 관여되는 분야라고 하더라도 이 점은 크게 다르지 않다. 일련의 법정책에서 법치국가적 요청과 사회국가적 요청이 경합하거나 충돌하는 때라면 법치국가적인 명령이 우선시되어야 하는 것이기 때문이다.<sup>19)</sup>

### 3. 법질서의 통일성

형법의 독자적인 통제영역에 대한 위와 같은 생각에 맞서, 법질서가 통일되어 있기에 또는 통일되어 있어야 하므로 다른 법에 의해서 규제되어 할 행위유형 가운데 사회적인 폐해가 큰 것은 형법적인 조치가 주어져야 한다는 반론이 있을 수 있다. 이러한 논쟁적인 대화는 형법각칙상 범죄요건에서 보편적인 것이기도 하다. 예를 들어 형법상 재산죄에서 재산개념 자체를 둘러싸고도 이를 '경제적'인 개념으로 보는 입장과 '법률적'인 개념으로 보는 시각의 대립이 있는데, 이때 이야기하는 법률은 형법 이외의 법률, 특히 재산권과 관련되는 민법, 상법 등의 사법을 뜻한다. 이른바 '법률적 재산개념' 내지 '법률적-경제적 재산개념'을 취하는 견해는, 법률로써 보호받을 만한 경제적 가치를 재산으로 여기며, 전체 법질서의 요청을 형법적 판단에서 수용하고자 한다. 즉 민법 등 다른 사법이 보호하는 대상을 형법이 보호하는 것이 법질서 간의 통일성에 부합할 뿐만 아니라, 형법 고유의 보충성원칙에도 상응한다는 것이다.<sup>20)</sup> 반면

16) 이에 대해서는 Hassemer, 법철학, 법학, 법정책, 배종대/이상돈 편역, 형법정책, 149면 이하.

17) Radbruch, 법철학, 209면.

18) 이러한 차이를 감안한다면, 형법적 조치를 가리켜 흔히 형법적 '구제'로 부를 수는 없다. 형법은 피해자를 구제하는 법이 아니기 때문이다. 더 나아가 가장 흔한 표현이기는 하나, 형법적 '구제' 또한 바람직한 표현은 아니라고 생각한다. 형법체계는 사회의 규제제도가 아니며, 개별 행위자를 처벌하여 응보와 예방을 실현하는 데에만 관심이 있는 것이기 때문에 형법적 처벌로 표현하는 것이 더 적절하다.

19) 이 점에 대해서는 배종대/홍영기, 형사정책, 26/11 이하.

에 ‘경제적 재산개념’을 취하는 예는 형법의 독자적인 특징을 강조하여, 다른 법에 의한 보호여부를 묻지 않고 경제적으로 환원할 수 있는 것을 형법의 보호대상으로 본다.<sup>21)</sup> 판례는 경제적 재산개념을 취하는 입장으로 분류되고 있다.<sup>22)</sup>

민법 등 다른 법과 형법에서의 규범영역이 구별될 수 있으며, 구별되어야 한다는 시각을 일관한다면 ‘법질서 통일성’이 훼손될 것이라는 우려가 생길 수 있다. 형법 이외의 법이 보호하지 않는 것에 대해 형법의 적극적인 임무를 강조하는 것으로서, ‘형법의 보충성원칙’에 반한다고 말하기도 한다.<sup>23)</sup> 그러나 이른바 법질서 통일성이라는 관념은 특정한 어느 법률이 명령 또는 금지하는 구체적인 규범내용이 다른 법률에서도 그대로 타당해야 한다는 의미가 아니다. 이는 원래 상위법과 하위법이 분화된 전체 법체계의 피라미드형태의 구조에서 상위법의 원리를 침해하는 하위법이 있어서는 안 된다는 명령과, 같은 서열에 놓인 법률들 가운데 어느 한 법률의 적용으로 인해 다른 법규정의 존재가치가 무의미해지는 것을 금지하는 것을 내용으로 하는 것으로서, 완결성을 갖춘 전체 법체계가 그 효력에 따라 주어진 과제를 감당하기 위한 최소한의 조건에 해당한다.<sup>24)</sup> 이미 역사 안에서 여러 법률의 고유 영역이 꾸준히 분화되어 왔다는 사실로부터 이미 각 법률들의 규율대상과 규제하는 방식이 서로 구별된다는 것을 알 수 있다. 법질서 통일성은 ‘법체계 무질서’는 억제하면서 ‘각 법률의 독자적 역할’이 그대로 구현된 상황을 뜻하기에, 위에서 본 것처럼 응보와 예방을 기초로 한 행위에 대한 불법판단 그리고 행위자에 대한 비난가능성의 확인이 형법의 독자적인 통제 대상이라고 한다면, 서로 전혀 다른 토대를 지닌 법률 간 해석원리가 통일되어야 한다는 것은 합리적인 요구일 수 없다.

또한 이와 같이 형법의 독자성을 강조한다고 해서 형법의 보충성이 훼손되는 것도 아니다. 형법의 보충성 또는 최후수단성의 뜻은 다른 법의 독자적인 원리를 존중하여 그 법을 통한 해결에 우선 기대하되, 다른 법으로서 제어할 수 없는 곳이 있을 때에는 형법이 독자적인 역할을 담당해야 한다는 요청이다.<sup>25)</sup> 민사법이 규제하지 않는 것

20) 김성천/김형준, 365면; 김일수, 일인회사의 주주겸 대표이사의 업무상 배임, 59면; 김일수/서보학, 259면 이하; 배종대, 64/4 이하; 안경옥, 형법상 재산상 이익의 개념과 ‘이익을 얻을 가능성’의 범위, 84면. 이러한 입장에서 서 있는 예로는 Wagner, Die Untreue des Gesellschafters, S. 112 ff.

21) 김성돈, 353면; 손동권, 316면; 이상돈, 형법강론, 830면; 이재상/장영민/강동범, 17/11; 임웅, 288면; 정성근/박광민, 286면; 정영일, 160면; 허일태, 배임죄 해석의 나아갈 방향, 17면; 대판 1992. 5. 26. 91도2963; 2002. 7. 22. 2002도1696; 1999. 8. 22. 99도1095. BGH NJW 2003, 3717; Bittmann, Dogmatik der Untreue, S. 57; Perron, SSK, 263/78.

22) 대판 2012. 2. 23. 2011도15857; 2002. 7. 22. 2002도1696; 1999. 8. 22. 99도1095; 1995. 11. 21. 94도1375; 1992. 5. 26. 91도2963. 대법원은 “재산상 손해의 유무에 대한 판단은 본인의 전 재산 상태와의 관계에서 법률적 판단에 의하지 아니하고 경제적 관점에서 파악하여야 한다”는 표현을 쓰고 있다. “법률적 판단에 의하여 당해 배임행위가 무효라 하더라도 경제적 관점에서 파악하여 배임행위로 인하여 본인에게 현실적인 손해를 가하였거나 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우에는 재산상의 손해를 가한 때에 해당되어 배임죄를 구성한다”고 하고 있다(대판 2013. 4. 11. 2012도15890).

23) Kraatz, Zur limitierten Akzessorietät der strafbaren Untreue, S. 449 ff.

24) 문채규, 재산범죄에서 구성요건의 해석원리로서의 법질서의 통일성, 265면 이하; Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, S. 13 ff.

을 형법이 금지할 수 없다는 당위를 소극적(negativ) 보충성이라고 한다면, 거래관계 사안해석에서 중요한 이와 같은 이해는 영역의 차이를 감안하는(asymmetrisch) 보충성이라고 부를 수 있다.<sup>26)</sup> 만약 타인에게 아무런 재산침해가 발생하지 아니하였는데도 단지 의무불이행이라는 측면에서만 처벌하려 한다면 그것은 두 가지 의미의 보충성을 모두 훼손하게 된다.<sup>27)</sup>

#### 4. 타인의 법익침해

이처럼 형법을 통해서 행위자에게 형벌을 부과하는 것이 곧 응보와 예방을 실현하기 위한 것이며, 그에 따라 행위자의 행위불법에 처벌의 근거가 놓이게 되는 이상, 처벌작용이 이루어지기 위해서는 행위자는 타인의 법익침해에 대한 인식과 의도를 가져야 하고 이를 하지 않을 수 있는 자유가 있음에도 이를 회피하지 않았음이 확인되어야만, 그리고 이러한 행위로부터 타인의 법익침해가 인과관계로 연결되어야만 한다.

다단계판매를 통해서 야기되는 분명한 법익침해가 있다고 이야기한다. 다단계판매에서 특별히 문제되는 것은 행위자가 소비자를 기망하여 계약을 맺거나, 소비자가 원하지 않는 상품을 강매당하게끔 몰아가는 방식, 또는 판매자가 물건 등의 판매를 목적으로 하는 것이 아니라 단지 신규판매원을 유치하는 데에 관심을 갖고 그로부터 투자금을 편취하는 경우가 주로 문제되어왔다. 그리고 이와 같은 법익침해 또는 법익의 위태화라는 결과반가치는 최근 소셜미디어, 인터넷 광고, 전자금융업, 가상화폐, 원격회의, 유튜브 등 수단을 이용한 다단계 마케팅 수단의 개발과 더불어 피해액수나 피해자의 범위도 다변화하고 있다고 분석되기도 한다.<sup>28)</sup>

그러나 형법은 거래관계상의 신뢰나 건전성을 보호하는 법이 아님은 물론, 현대의 복잡하고 분화된, 급변하는 경제적 상황에서 계약자간 신뢰나 내부관계 거래관계에서의 성실성과 같은 대상을 보호하려 할 수 없다. 형법은 오로지 피해자에 대한 행위자의 법익침해만을 대상으로 하고 있기에 형법으로 보호할 성격의 가치가 아니거나 또는 단지 간접적으로만 관련되는 법적 소여에 대해 형벌투입이 정당화될 수 없는 것이다. 즉 이와 같은 거래관계에서 형법은 ‘결과’로서 소비자가 입은 재산상 손해에만 주목할 뿐이기에, 형법을 통해 소비자의 건전한 재산처분권이나 판매자와 소비자 사이의 내부적 신뢰를 우선 보호하고자 해서는 안 된다. 방문판매법이 간접적으로 이와 같은 계약당사자간 내부적인 신뢰, 더 나아가 건전한 거래질서를 보호하는 데에 기여한다고 하더라도, 이는 다단계판매행위로부터 침해되는 대상일 뿐(행위결과), 보호법익(규범의 목적)으로 추가되는 것은 아니다.<sup>29)</sup> 해당 법인에 소속된 다른 구성원이나,

25) 유사한 논증은 Seier, ARR, 5/382. Perron, SSK, § 263 Rn. 83 참조. 독일판례가 형법이 개입해야만 하는 정도 면에서 본인에게 손해가 크게 미친 때에 형법이 개입한다는 점을 말하고 있기에 이 원리에 놓인 것이라는 논평은 Kraatz, Zur limitierten Akzessorietät der strafbaren Untreue, S. 458 f.

26) 유사한 표현은 Kudlich/Oğlakcioğlu, Wirtschaftsstrafrecht, Rn. 339.

27) Rönnau, Untreue als Wirtschaftsdelikt, S. 912.

28) 이에 대해서는 이종구, 후원방문판매와 새로운 유형의 다단계판매의 소비자보호에 관한 연구, 224면 이하.

그 판매업체를 신뢰한 선의자 역시 간접적으로만 보호받는다. 이와 같은 내부적 신뢰 관계를 법이 보호하려 나설 수 없으며 설사 법을 통해 보호된다고 하더라도 이는 비본질적인 것이다.<sup>30)</sup> 또한 피해자의 피해, 즉 손해가 아닌 행위자의 이득 때문에 형벌이 부과되는 것도 아니어야 한다. 만약 이에 그치지 않고 건전한 거래관계 그 자체를 형벌이 보호하려 한다면 간편하게 추상적 위험범이나 전단계범죄화(Vorfeld-Kriminalisierung)의 대상이 되도록 만든다.<sup>31)</sup>

## 5. 최근 형사사법의 경향

### (1) 학계

위와 같은 논증은 전적으로 그 대상이 형법이며, 그 처벌의 중심이 행위자의 행위 불법에 놓여 있기에 설득력이 있는 것일 뿐, 형법 이외에 방문판매법의 다른 수단을 염두에 둔 것은 아니다. 즉 방문판매법이나 다른 경제법, 민사법 등 형법 이외의 수단으로 법의 목적을 달성할 수 있는 한, 형법적 조치를 투입해서는 안 된다는 의미이다. 이를 가리켜 형법의 보충성이라고 하였다. 형법은 법치국가적 정형화를 그 과제로 하기에 반드시 형법의 목적으로서 응보와 예방목적이 뚜렷한 경우에 한하여, 그것도 매우 단정하면서도 겸양적인 모습으로 사회에 더디게 투입되어야 하는 마지막 수단이다.

최근 형사법학계는 특별형법의 범람 또는 형법이 예정하고 있는 법정형의 무리한 상향 문제를 지적하고 있다. 그에 대한 오랜 노력 끝에 옥상옥에 해당하던 여러 특별형법을 정비하는 데에 이르고 있으며, 헌법재판소 또한 타인의 법익침해가 분명하지 아니한 행위유형에 대해서 비범죄화하는 데에 전향적인 태도를 유지하고 있다.<sup>32)</sup>

### (2) 판례

대법원도 또한 최근들어 민사상 거래관계 안에서 당사자의 계약이행을 강제하거나 그 내부적인 신뢰관계를 보호하는 것은 형법의 의무가 아니라는 판례를 연이어 내어 놓고 있다. 대표적으로 이와 같은 경향성은 타인에게 재산관리를 맡기는 현실에서 자주 발생하는 횡령죄와 배임죄에서 두드러진다.

이와 같은 경향을 뚜렷이 보여주는 판례에서 대법원 다수의견은 다음과 같이 명확하게 논증하고 있다. “배임죄에서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’라고 하려면, 타인의 재산관리에 관한 사무의 전부 또는 일부를 타인을 위하여 대행하는 경우와 같이 당사자 관계의 전형적·본질적 내용이 통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘어서 그들 사

29) 양자에 대해서 Nelles, Untreue zum Nachteil von Gesellschaften, S. 359 f.

30) Kindhäuser, NK, 266/1; Lackner/Kühl, LKK, 266/1; Saliger, SSW, 266/1.

31) Cappel, Grenzen auf dem Weg, S. 164 ff.; Rönnau, Untreue als Wirtschaftsdelikt, S. 888, 특히 S. 896 ff.

32) 김일수/배종대/이상돈, 정보화사회에 대비한 형사법적 대응, 32면 이하; 배종대, 형사실체법 개정의 기본방향, 22면 이하; 배종대/홍영기, 형사정책, 35/1 이하; 정승환, 현행 형법에서 법정형의 정비방안, 5면 이하; 하태훈, 법치국가에서의 형법과 형사소송법의 과제, 23면 이하.

이의 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 또는 관리하는 데에 있어야 한다. 이익대립관계에 있는 통상의 계약관계에서 채무자의 성실한 급부이행에 의해 상대방이 계약상 권리의 만족 내지 채권의 실현이라는 이익을 얻게 되는 관계에 있다거나, 계약을 이행함에 있어 상대방을 보호하거나 배려할 부수적인 의무가 있다는 것만으로는 채무자를 타인의 사무를 처리하는 자라고 할 수 없고, 위임 등과 같이 계약의 전형적·본질적인 급부의 내용이 상대방의 재산상 사무를 일정한 권한을 가지고 맡아 처리하는 경우에 해당하여야 한다. 채무자가 금전채무를 담보하기 위하여 그 소유의 동산을 채권자에게 동산·채권 등의 담보에 관한 법률에 따른 동산담보로 제공함으로써 채권자인 동산담보권자에 대하여 담보물의 담보가치를 유지·보전할 의무 또는 담보물을 타에 처분하거나 멸실, 훼손하는 등으로 담보권실행에 지장을 초래하는 행위를 하지 않을 의무를 부담하게 되었다라도, 이를 들어 채무자가 통상의 계약에서의 이익대립관계를 넘어서 채권자와의 신임관계에 기초하여 채권자의 사무를 맡아 처리하는 것으로 볼 수 없다. 따라서 이러한 경우 채무자를 배임죄의 주체인 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당한다고 할 수 없고, 그가 담보물을 제3자에게 처분하는 등으로 담보가치를 감소 또는 상실시켜 채권자의 담보권 실행이나 이를 통한 채권실행에 위험을 초래하더라도 배임죄가 성립하지 아니한다.”<sup>33)</sup>

다른 판례의 판시이유도 이와 유사하다. “형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고 문언의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 않는다. 나아가 사적 자치의 원칙이 지배하는 경제활동의 영역에서 민사적 방법으로 분쟁을 해결하기보다 형벌법규으로써 규율하는 것은 형벌권의 과도한 개입을 가져와 개인의 자유를 침해할 위험이 있을 뿐만 아니라 합리적이고 자율적인 이해관계 조정을 왜곡하는 부정적 효과를 낳을 수 있으므로 자제되어야 한다... 종래 대법원이 부동산 이중매매와 관련하여 등기협력 의무를 근거로 배임죄의 성립을 인정해 온 데에는 그 나름대로 이유가 있다. 부동산은 다른 재산과 달리 그 재산적 가치가 커서 거래당사자를 보호할 필요 역시 상대적으로 크고, 의용 민법에서 현행 민법으로 변천하는 과정에서 의사주의의 잔재가 남아 있었던 법관념을 외면할 수 없는 측면도 있었다. 그렇지만 이제는 민법이 시행된 지 반 세기가 넘어 등기를 갖추어야만 권리를 취득한다는 관념이 국민들 사이에서 확고하게 자리 잡았고, 민사적으로도 권리를 구제할 수 있는 다양한 형태의 제도가 구축되었으며, 부동산보다 중요한 가치를 가진 재산도 많아졌다. 또한 사법의 영역에 대한 국가형벌권의 과도한 개입은 한정된 자원의 적정하고 효율적인 배분에도 방해가 된다... 계약은 지켜져야 한다는 법언이 있다. 계약을 지키지 아니하려는 당사자에 맞서 계약이 계약대로 지켜져야 한다고 주장하는 당사자를 보호하는 것이 법원의 역할임은 물론이다. 저당권설정계약에서 채무자는 계약을 이행하지 않으려고 하고 채권자는 계약을 이행하여야 한다고 주장하는 경우라면, 법원은 계약을 이행하여야 한다는 채권자를 보호하여 채무자에게 그 이행을 명하거나 불이행에 대한 손해배상을 명할 수 있

33) 대법원 2020. 8. 27. 선고 2019도14770 전원합의체 판결.

다. 법원의 역할은 거기까지이다.”<sup>34)</sup>

### (3) 형법은 형사정책이 뛰어넘을 수 없는 한계

앞서 밝힌 것처럼 다단계판매 행위를 통제하는 방문판매법이 제정된 데에는 그와 같은 행위로부터 행위자를 적극적으로 보호하려는 입법목적이 있었다. 당시 몇몇 행위유형을 통해 소비자들의 피해가 심각한 사회문제가 되었기 때문인데, 이러한 법의 보호목적이 지금까지도 그대로 이어지고 있을 뿐만 아니라, 특별히 새로운 신종 다단계판매수법이 더욱 광범위한 피해를 낳는다는 또다른 우려가 확산되어가기도 한다.<sup>35)</sup> 다른 한편 이와 같은 판매 주체 자체의 적법성요건을 법에 규정함에 따라 다단계판매 산업을 법의 테두리 안에서 보호하려는 목적도 있는 것으로 보인다. 다단계판매업자로서는 점포유지비, 광고비를 절감하고 유통마진을 축소하여 보다 저렴한 가격에 상품을 공급하는 장점이 있다고 하면서, 유통망을 충분히 갖추지 못한 중소기업으로서는 상대적으로 쉽게 시장에 진입할 수 있도록 하는 것도 이같은 방식의 효용이라는 것이다.<sup>36)</sup> 이와 같은 정책적인 뚜렷한 목적이 곧 특별형법의 규정내용으로 법제화되었으며, 그에 따라 처벌작용이 실현되고 있는 현실이다.

그렇지만 정책적인 목적이 뚜렷하다고 하여 곧바로 그로부터의 형법적 조치가 정당한 것은 아니다. 형사정책적인 목적을 달성하려는 의도가 곧바로 형법적 조치의 투입으로 이어지는 것을 경계한 저명한 형법학자 프란츠 폰 리스트(v. Liszt)는 형사정책적인 목적과 형법(원칙)의 관계를 설명하면서, ‘형법은 형사정책이 뛰어넘을 수 없는 한계’라고 말한다. 형법전은 법질서를 보호하거나 사회 전체를 보호하는 것이 아니라 형법을 어긴 사람을 보호하는 것이자, 전체 사회의 이익에 맞서 개인의 자유를 방어하는 도구라는 것이다.<sup>37)</sup> 사회 안에서 불법행위를 방지하거나 피해자를 보호하기 위한 정책적인 목적이 분명하고 그에 대한 강조가 아무리 두드러진다고 하더라도 결코 형법원칙 및 형법규정을 간과해서는 안 된다는 지혜를 그의 생각으로부터 읽을 수 있다.

후자인 형법원칙 가운데 가장 중요한 것이 곧 응보, 예방으로 요약되는 형벌의 과제이며 형법은 이러한 과제를 달성함으로써 법익보호목적에 봉사해야 한다는 것이라고 하였다. 이러한 목적을 뛰어넘어 정책적 목적을 우선시할 때에 형법은 지극히 폭넓은 사회구성원들의 요청에 의존하여 방대한 사적 영역까지 침투해감으로써 결국 시민의 자유를 크게 위축시킬 것이다.

34) 대법원 2020. 6. 18. 선고 2019도14340 전원합의체 판결.

35) 이에 대해 자세히는 문상일, 신종 피라미드영업 규제를 위한 법제 개선방안에 관한 소고, 40면 이하; 이동임, 다단계 금융사기 피해방지 및 회복방안, 155면 이하.

36) 헌법재판소 2012. 4. 24. 자 2009헌바329 결정. 특히 현대거래상황에서 장점에 대해 자세히는 광관훈, 다단계판매산업 규제의 합리적 개선방안, 42면 이하. 현실에서 중소기업을 진흥하는 데에 도움이 된다는 분석은 조혜정/김경희, 다단계판매 기업과 중소기업과의 상생실태 현황 및 동반성장 방안 제언, 143면 이하.

37) Liszt, 사회학적, 인류학적 연구가 형법의 기초개념에 미치는 영향, 110면.

## 6. 형법 이외 법에 의한 통제의 필요성

방문판매법의 구조를 살펴보면 제58조 이하의 벌칙규정에서 벌금형은 물론 징역형을 부과할 수 있는 행위유형을 열거한 이후에 제66조 이하에서 과태료 처분에 놓일 수 있는 유형들이 규정되어 있다. 그 정도 차이도 뚜렷하여, 예컨대 제58조 위반의 법효과로서 7년 이하의 징역 또는 무려 2억원 이하의 벌금에 처하도록 되어 있는 것을 비롯하여, 제59조에서 5년 이하의 징역 또는 1억 5천만원 이하의 벌금, 제60조에 2년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하는 것으로 규정되어 있다. 이와는 달리, 과태료처분 가운데 가장 무거운 법효과를 예정하고 있는 제66조 제1항의 경우가 5천만원 이하의 과태료, 제2항의 유형은 1천만원 이하의 과태료를 규정하고 있는 것이 대조된다. 이는 더 불법성이 커서 형벌을 부과해야 하는 경우를 앞에 규정한 뒤, 상대적으로 불법성이 낮은 때에 과태료를 부과할 수 있도록 입법한 것으로 볼 수 있다. 물론 이와 같은 입법의 형식은 보편적인 것이라고 여겨지나, 그것이 법일반원리에 부합하는지는 의문이다.

양벌규정(제65조)을 두고 있는 이 법은 거의 대부분 개별행위자 뿐만 아니라 법인도 함께 처벌하도록 하고 있으며 과실책임원칙을 전제로 하고 있다. 과실행위를 포함한 거래방식 상의 반사회적인 행위에 대한 형벌부과가 타당한 경우가 있다고 하더라도 그 정도가 지나치게 과잉되어 있다는 비판이 가능하다. 그런데 이처럼 형벌, 특히 벌금형의 액수가 상향되어 있는 것이 이해되지 않는 바는 아니다. 이 법은 행위자가 불법적인 방식을 이용하여 재산상 이득을 얻는 행위에 대한 것이라고 말할 수 있다. 여기서 벌금의 액수가 예상가능한 재산상 이득을 상회하지 못하면 형벌의 예방효과를 기대할 수 없을 것이므로 이와 같은 법에서의 반작용으로 높은 법정형이 규정되는 것은 불가피해 보이기도 한다. 행위자의 이득액에 비해 벌금액이 낮기 때문에 위법행위를 통해 이득을 얻은 이후에 벌금을 감수하고자 한다면 일반예방 효과가 없다는 비판<sup>38)</sup>은 이 면에서 설득력이 있어 보인다.

이에 더하여 이 법이 규정하고 있는 행위들의 특징 상 적발되어 처벌되지 않는 행위들, 즉 암수[= 숨은 범죄]의 비율이 높다는 점도 고려해야 한다. 이를 감안하면 유죄판결받을 확률을 계산해서 형량을 결정해야만 일반예방효과를 거둘 수가 있다. 예컨대 한 법인이 이 법에 규정되어 있는 불법한 수단으로 10억 원의 수익을 올릴 가능성이 있다고 가정하면, 기대처벌비용(expected punishment cost)은 10억 원 × 고발 · 고소될 확률 × 유죄판결 받을 확률(= 10억 원 × 처벌확률)이 된다. - 물론 이보다 훨씬 더 낮지만 - 처벌확률이 약 20% 정도 된다고 보면, 이 행위로 기업이 부담하는 기대비용은 약 2억 원이다. 이러한 불법적 소득이 아닌 합법적인 경제활동을 강제하기 위해서는 불법행위의 기대처벌비용이 기대이익인 8억 원을 넘어야 하므로 최소한 40억 원이 넘는 벌금형을 집행해야 한다.<sup>39)</sup> 이와 같은 법경제학적인 분석을 볼 때 벌

38) 문상일, 신종 피라미드영업 규제를 위한 법제 개선방안에 관한 소고, 57면; 이동임, 다단계 금융사기 피해방지 및 회복방안, 164면.

금에 대한 법정형이 극히 높아지는 것이 정책적으로 합리적인 것으로 비친다.

그러나 여기서 형벌은 ‘책임원칙의 한계’에 놓여야 한다는 사실을 간과할 수 없다. 그렇기에 1) 이와 같은 사례군에서 형법상 벌금형을 통해 일반예방효과를 담보할 수 있는 수준의 액수를 부과하는 것은 불가능하다. 2) 또한 법인의 형사처벌에 대한 논의에서 볼 수 있듯이, 법인 전체에 대한 처벌로서 이처럼 막대한 벌금을 내도록 하는 것은 해당 행위에 대해 죄책이 없는 다른 법인구성원에게까지 불이익이 돌아가도록 만드는 것이기도 하다.<sup>40)</sup> 3) 그렇다고 해서 해당 행위를 직접 저지른 자연인인 개별 행위자에게 결과에 대한 전부의 책임을 묻는 것도 책임원칙에 위배되는 것은 마찬가지이다. 그 행위자는 자신만의 이익을 위해 행위한 것이 아니라 법인 전체에 이득을 취하기 위하여 그와 같은 행위를 한 것이기 때문이다.

책임원칙의 지배를 받는 형벌적인 조치를 통해서도 법이론적인 정당성을 확보하기 매우 어렵다는 사실을 여기서 알 수 있다. 과태료처분이나 과징금 등의 행정벌, (징벌적) 손해배상과 같은 민사법적인 대응은 이와 같은 책임원칙의 제한을 피할 수 있기에 이와 대조를 이룬다. 즉 현대사회에서 법인이 개입된 경제상황에서 일어나는 불법 행위에 대해서는 형법적인 조치보다 다른 법에 의한 통제가 더 효율성 면에서도 더 유리하다고 볼 수 있다.

### III. 다단계판매방식에 대한 형법적 평가

그러나 이로부터 곧 다단계판매 방식의 전면적인 비범죄화가 불가피하다는 내용으로 이어질 수는 없다. 위와 같은 거래 현실에서 행위자의 행위가 분명히 형법규범의 침해인 경우가 있으며, 바로 그러한 유형을 뚜렷히 함으로써 처벌가능한 경우와 그렇지 않고 다른 법에 의해 통제되어야 하는 경우를 준별하는 것이 더욱 중요하다.

#### 1. 법익보호원칙

앞서 형법은 피해자의 법익침해가 분명한 경우에만 정당화된다고 하였다. 국가가 부과할 수 있는 가장 강력한 침해인 형벌부과가 정당화되기 위해서 행위자가 타인의 법익 실체를 뚜렷하게 침해하거나 최소한 그에 상응하는 위험을 끼쳐야 하는 것이다. 독일의 저명한 형법학자이자 연방헌법재판소 부소장을 역임한 빈프리트 하쎄머(W. Hassemer) 교수는 이와 같은 자신의 생각을 소위 ‘인격적 법익론’으로 일컬었다. 즉 행위자에게 형벌을 부과하여 그의 권리를 명백하게 침해하기 위해서는 그가 침해한 법익 또한 그만큼 명확해야 하는 것이기에, 형법은 오로지 개별 인간의 생명, 신체, 재산, 건강 등을 침해하는 행위에만 부과할 수 있다는 뜻이다. 만약 추상적이고 모호한 가치 그 자체를 보호하려는 목적으로 행위자에게 형벌을 부과한다면, 분명하지 아

39) 배종대/홍영기, 형사정책, 15/20.

40) 홍영기, 형법, 9/6.

니한 것을 얻기 위해 구체적이며 개별적인 개인의 권리를 확실히 침해한다는 뜻으로  
서 합리적인 법정책이 되기 어렵다고 하였다.<sup>41)</sup>

방문판매법은 다단계거래의 상대방인 소비자의 재산권만을 보호법적으로 하지 않는다.  
물론 개별피해자로서 소비자는 다단계판매행위자의 행위를 통해 재산손해 또는  
그에 대한 위험을 겪을 수 있다. 거래관계에서 반드시 필요한 자유로운 의사결정의  
자유를 침해당할 수도 있는 상황에 놓여 있다. 그러나 형법은 그와 같은 행위의 유형  
을 포섭하기 위해서 사기죄 규정을 두고 있으며, 그에 따라 행위자의 판매방식이 사  
기죄에 해당할 수 있는지를 검토하여 그에 맞는 형벌을 부과하는 것은 아무런 문제가  
되지 않는다. 그러나 지금의 방문판매법이 보호하고자 하는 가치 또는 그 법을 통해  
형벌을 부과하면서 보호하려는 가치는 이러한 인격적 법익의 보호에서 거리가 멀어지  
고 있는 것으로 보인다. 다단계판매를 비롯하여 해당 행위를 통해 사행심을 조장한다  
고 하며, 인간관계를 파괴한다거나 전체 사회의 공서양속과 기본질서를 파괴할 위험  
이 이야기되고 있다.<sup>42)</sup> 금융거래주체 상호간의 신용 및 신뢰와 금융거래의 건전성 그  
리고 궁극적으로 국민경제질서를 보호해야 한다는 생각도 보편적이다.<sup>43)</sup> 이러한 일련  
의 추상적·보편적 법익들은 그 자체를 보호한다는 명목으로 큰 비판 없이 형벌을 부  
과하기에 부적절해보인다. 그에 대한 침해의 반작용이 개별행위자의 권리를 직접 침  
해하는 형벌이라면, 그 보호법익은 더욱 구체화·개별화되어야만 한다. 인간관계, 사  
행심, 신용과 신뢰가 인격적 법익을 이루는 개별 인간의 재산권으로 미분되지 못하는  
한, 이를 보호하기 위한 형법적 조치는 정당화될 수 없다.

## 2. 형법상 사기죄

형사사법 실무에서 유사수신행위의 규제에 관한 법률 위반, 방문판매 등에 관한 법  
률 위반과 더불어 형법상 사기죄를 함께 검토하는 경우도 적지 않다.<sup>44)</sup> 좁은 의미의  
형법에 따라 다단계판매행위가 사기죄 구성요건에 해당하는지가 중요하다. 만약 이를  
형법으로 포섭할 수 있다면 굳이 정책적 효과가 크지 않은 특별형법으로 통제하려 할  
필요도 없을 것이다.

사기죄는 사람을 기망하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득함으로써 또  
는 제3자로 하여금 교부를 받게 하거나 취득하게 함으로써 성립하며 법정형은 10년  
이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금이다(형법 제347조). 형법상 사기죄는 타인의  
재산권 이외에도 거래상 의사결정의 자유와 신의성실원칙도 추가적으로 보호한다.<sup>45)</sup>  
그리고 이 점에서 절도죄 등 다른 재산죄규정에 비할 때 높은 법정형을 법효과로 하  
고 있다. 논점과 관련하여 의미 있는 몇 가지 요건을 살펴보면 아래와 같다.

41) Hassemer, 인격적 법익론의 개요, 배종대/이상돈 편역, 형법정책, 343면 이하.

42) 문상일, 신종 피라미드영업 규제를 위한 법제 개선방안에 관한 소고, 50면.

43) 문상일, 앞의 글, 67면.

44) 대법원 2017. 4. 27. 선고 2017도2407 판결.

45) 홍영기, 형법, 80/1.

## (1) 기망행위

사기죄가 성립하기 위해서는 행위자가 피해자를 기망해야 하는데, 그와 같은 행위를 ‘기망’으로 일컬을 수 있기 위해서는 행위자에게 사기죄의 객관적 구성요건요소에 대한 인식·의욕으로서 ‘고의’와 재산권의 주체로부터 재산을 침탈하여 자신이 이를 누리하고자 한다는 불법영득 또는 불법이득의 의사가 갖추어져 있어야 한다. 소비자의 재산이나 그의 자유로운 의사결정의 자유가 침해된 경우 또는 침해될 위험이 뚜렷한 경우라고 해서 언제나 이를 야기한 행위자가 처벌될 수 있는 것은 아니다. 그 행위를 범한 행위자를 비난할 수 있는지, 즉 그가 그 행위를 통해 반사회적인 행위를 감행한 것인지를 확인하는 행위반가치 평가가 무엇보다 중요하다. 위에서 이를 책임과 고의 개념이 지탱한다고 하였다.

만약 이와 같은 반사회적인 권리침해가 뚜렷하며, 이것이 곧 행위자의 분명한 고의와 불법영득의 의사를 통해서 이루어진 경우라면 그에 대해서는 사기죄 규정을 통해 형벌이 정당화될 수 있다. 예컨대 희대의 사기행위로 알려진 “의료기 역렌탈 계약 사기 사건”[조희팔사건]에서 보듯이, 판매를 통해서 기존 투자자들에게 더 이상 수익금을 지급할 수 없는 상황임을 알았음에도 신규투자자와 계속하여 계약을 하고 그들로부터 받은 투자금을 기존 투자자들에게 지급하는 방식을 이용한 것은 이와 같은 주관적 표지가 충분히 갖추어진 것으로 판단된다. 그리고 이러한 상황을 배경으로 각자가 고수익을 거둘 수 있을 것으로 속이고 새롭게 투자자를 유치하는 방법이 바로 전형적인 사기죄에서의 기망에 해당한다[이른바 ‘폰지사기’].<sup>46)</sup> 즉 행위자의 기망행위는 제품 판매보다 하위조직의 확산을 통해 조직원으로부터 일정한 금전을 취득하려는 목적임에도 제품판매업을 하는 것처럼 하는 거래방식에서 드러나는데, 설사 그의 행위가 제품판매업 대신 판매자의 조직을 구하는 것으로 밝히고 있다고 하더라도 이는 달라지지 않는다. 이미 판매업을 하는 것으로 법인을 설립하고 인적 구성을 하고 있다는 사실을 내비치는 것부터 일종의 묵시적 기망이 전제되어 있는 것이기 때문이다.

이러한 점에서 개념적으로 다단계판매업과 소위 피라미드판매 방식은 구별되어야 하는 것으로 여겨진다. 후자는 제품판매보다 조직을 확대하는 사행적인 판매조직을 합법화하기 위한 수단에 불과한 것이기 때문이다. 그러나 실제로 상품판매를 목적으로 하는지 판매를 위하여 복수의 판매자단계를 형성한 것인지를 명확히 구별하기 어렵다. 다단계판매조직을 이용하더라도 사행적인 수단으로 판매원을 확장하는 행위를 금지한다고 하지만, 사행적인 수단이라는 의미도 불분명하다. 객관적으로 분명한 표지를 통해 구별하는 것이 쉬운 작업은 아니나, 적어도 행위자가 위와 같은 의도를 표출하였다면 사기죄의 주관적 구성요건으로서 고의와 불법영득의 의사를 확인하기 위한 형사사법과정에서의 노력이 필요한 것은 분명하다.<sup>47)</sup>

46) 이동임, 다단계 금융사기 피해방지 및 회복방안, 160면 이하.

47) 이러한 검토에 앞서 우리나라가 미국 등과 달리 판매방식이 가지고 있는 위법성, 즉 판매자의 주관적·객관적 구성요건 충족보다 판매자의 특징으로부터 곧바로 불법여부를 결정하려는 것은 논란의 여지가 있다. 방문판매법상 불허되는 다단계판매의 개념정의를 합치하는 다단계판매를

## (2) 피해자의 처분행위

사기죄는 행위자의 기망행위를 통해 재산의 처분권자가 의사결정의 자유를 침해당하고 이로부터 그가 재산을 처분하여 손해 또는 그에 상응하는 위험이 발생하게 된 때에 성립한다. 사기죄가 성립하기 위해서 필요한 피해자의 재산처분행위는 위의 기망으로부터 이어진 피해자 스스로의 착오에 의한 것이어야 한다. 만약 다단계판매행위자가 마치 물건판매가 목적인 것처럼 기망하고 그 기망 상대방이 그로 인해 착오에 빠져 투자를 하기로 결정한 후 처분의사로 판매자에게 재물 또는 재산상 이익을 건넨 것이라면 이와 같은 처분행위의 요건이 충족된다. 반면에 물건을 판매하는 것으로 계약한 이후 해당 물건을 실제로 이전하고 그에 대한 대금을 건넨 때라면 사기죄에 해당하지 않음은 물론이다.

문제는 1단계 판매원이 후속 2단계 판매원을 모집하면서 일정 금액을 이전받은 경우에 2단계 판매원도 자신이 1단계 판매원으로부터 물건을 구입하는 것이 아니라 스스로 중간판매자로서 그 이하 후속 판매원을 영입하는 것을 자신의 업무로 알았던 경우이다. 이러한 경우는 형법상 사기죄의 기망, 착오, 처분행위가 갖추어진 것은 아니다. 후술하는 것과 같이 이러한 상황에서 양자는 행위자와 피해자의 관계에 놓인다기 보다는 일종의 공동정범의 법리를 적용할 수 있다.

또다른 경우로서 사기의 고의 또는 불법영득의 의사를 가지지 않은 1단계 판매원이 판매수익이 아닌 일정한 이득(커미션)을 약속하면서 2단계 판매원을 모집한 경우에, 실제로 그와 같은 이득의 실현가능성이 명확한 경우이거나 이득이 실제로 실현된 경우라면 사기죄의 구성요건에 해당할 수 없다.

위와 같은 구성요건해당성 여부는 개별 사안에서 합리적 의심의 여지 없이 증명되어야 하며, 의심스러울 때는 피고인의 이익으로 법리에 따라 사기죄 성립이 부정되어야 한다. 특히 행위자가 그와 같은 주관적 요소 없이 행위한 경우에 피해자가 그렇게 인식한 사정만을 갖고 위법성을 긍정하거나 결과측면만을 평가하여 사기죄 성립을 긍정한다면 이는 발생한 결과로부터 행위자의 행위불법을 역추론하는 방식으로 형법적 판단의 일반원리에 어긋난다.

## (3) 손해 또는 위험

사기죄에 해당하기 위해서는 현실적으로 피해자에게 손해 또는 손해에 상응하는 위험이 발생해야만 한다. 그 정도에 이르지 아니한 막연한, 추상적인 위험으로는 이에 미치지 못하며 단순히 행위자인 1단계 판매원에게 일정한 이득이 발생했다는 사실만

---

금지하고 있기 때문에 행위 주체 스스로 이러한 성격을 갖고 있는지에 유의해야 하며, 사법판단 또한 허용되는 다단계판매자인가를 우선적으로 검토하게 된다. 물론 행위자가 어떠한 지위에서 활동하는지가 곧 행위방식을 추론케 하는 것이기도 하고, 피해발생 위험을 확장시키는 측면도 있지만, 이는 곧 행위자가 노정한 행위불법 즉 행위반가치를 명확히 하는 대신에 그 행위자가 어떠한 지위나 조건에 놓여 있는지를 통해 범죄구성요건을 확인하려는 것이다. 그리고 이러한 방식에 따른 처벌은 통제의 흠결을 메우기 위해 다단계판매 개념을 계속 수정하게 하는데, 이로부터 금지되는 다단계판매 개념정의의 논의에 집중할 뿐, 행위불법 및 결과불법 판단에서 멀어질 우려가 있다.

으로도 구성요건을 충족할 수 없다. 또한 당사자에게 발생한 손해 및 위험이 사기의 구성요건으로서 결과에 해당하는지 여부는 직접성 기준(Unmittelbarkeitskriterium)에 의해 객관적으로 입증되어야 한다.<sup>48)</sup> 이는 피해자의 손해가 기망행위로부터 직접 비롯된 것이어야 하며, 위험은 직접 최종적인 손해로 이어질 수 있어야 한다는 것이며, 구성요건적 결과가 제3자의 행위 등에 의하여 좌우될 수 있는 것이라면 이는 규범적으로 보아 자동적으로 결과가 발생했을 것이라고 볼 수 있는지, 아니면 제3자의 개입에 의해 발생한 것인지를 가려야 한다.<sup>49)</sup>

#### (4) 범죄참여형태

위에서 판매책을 모집하기 위해서 일정한 이득이 있을 것을 매개로 기망한 경우에 이러한 기망의 대상들이 단순한 피해자가 아닐 수 있는 경우를 언급하였다. 이 경우에는 각 행위자 간 범죄참여의 형태가 중요해진다.

1단계 판매원인 A에 대해서 후속 판매원인 피고인들이 A가 각종 사업에 관하여 홍보한 내용들이 허위라는 점을 미필적으로나마 인식하고 이를 용인한 것은 아닌지 의심스러울 뿐, 위 피고인들이 위 각 홍보 내용이 허위임을 인식하면서 A와 공모하여 공소사실 기재와 같은 범행에 가담하였다는 점이 합리적 의심의 여지 없이 증명되었다고 단정하기 어려워 공모관계를 부정하 하급심에 대해 판단한 대법원판례가 있다. 여기서의 피고인들이 S사 최상위 고위급 임원들로서 사업진행상황에 대해 누구보다 깊숙하게 관여하고 있는 자들인 점, 피고인들이 홍보한 사업 내용은 S사의 인력구조 및 설비 등에 비추어 볼 때 그 자체로 처음부터 실현이 불가능한 것이었을 뿐만 아니라 홍보 내용의 미실현이 지속적으로 반복되었던 점, 경찰 조사 및 언론 기사 등으로 인하여 홍보 내용의 허위성을 충분히 인식할 수 있는 상황에서도 위 피고인들은 그 진위 여부에 대하여 확인해 보지 않은 채 기존의 홍보 내용이 마치 사실인 것처럼 계속하여 언론사, 인터넷 네이버밴드 사이트를 통한 홍보 자료 배포 등의 방법으로 허위홍보를 반복하였던 점, 피고인들이 매주 S사의 회의에 참석하고, 해외 출장에 동행하였으므로 그 운영 및 사업 내용에 대하여 당연히 구체적으로 알고 있었던 점, 위

48) 이외 다른 기준들에 대해서는 Saliger, SSW, § 266 Rn. 68 ff.

49) Saliger, SSW, § 266 Rn. 71. 피고인이 주도적으로 관여한 사업설명회에서 피해자인 판매원들에게 '투자 원금의 170% 내지 220%의 수익금을 지급한다'는 설명을 한 점, 나중에 가입한 판매원들이 납부한 금원으로 먼저 가입한 판매원들에게 장려금을 지급하는 구조가 될 수밖에 없어 판매원들이 지속적으로 늘어나지 않는 한 이러한 방식으로는 판매원들에게 당초 약정한 장려금을 지급할 수 없게 되어 있는 점 등의 사정들에 비추어 보면, 공소사실과 같은 피고인의 기망행위 및 편취의 범의를 넉넉히 인정할 수 있다고 판단하면서 재물편취를 내용으로 하는 사기죄에 있어서는 기망으로 인한 재물교부가 있으면 그 자체로써 피해자의 재산침해가 되어 이로써 곧 사기죄가 성립하는 것이고 상당한 대가가 지급되었다 하더라도 사기죄의 성립에는 그 영향이 없으므로, 사기죄에 있어 그 대가가 일부 지급된 경우에도 그 편취액은 피해자로부터 교부된 재물의 가치로부터 그 대가를 공제한 차액이 아니라 교부받은 재물 전부라 할 것이라고 한다. 편취금액으로 조성된 공유자금이 먼저 판매원이 된 사람들에게 장려금으로 지급되어 소진되는 바람에 나중에 판매원이 된 사람들에게 지급되지 못한 것일 뿐 피고인이 이를 개인적으로 취득하여 소비한 것이 아니어서 사기죄가 성립할 수 없다는 상고이유를 받아들일 수 없다고 한 예는 대법원 2007. 10. 25. 선고 2007도6241 판결. 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도5774 판결 참조.

피고인들은 S사 사업이 성과가 없음에도 오로지 주식판매로 고수익을 지급받았던 점, 위 피고인들은 이 사건 수사 과정에서 조직적으로 증거를 인멸하기도 하였던 점, 특히 피고인 H는 S사의 감사이자 공장장으로, 임원명단 3순위인 명예회장으로 고위직이고, 매주 본사 8층에서 회의에 참석하였으며, 수사 단계에서도 증거인멸 및 수사대비에 깊숙하게 관여하였던 점 등의 사정들에 비추어 볼 때, 위 피고인들의 공모관계를 넉넉하게 인정할 수 있다고 하였다.<sup>50)</sup>

## (5) 죄수

사기죄는 타인의 재산권뿐만 아니라 거래관계의 성실성을 아울러 보호법익으로 하고 있다. 이 가운데 재산과 달리 거래의 신뢰는 일신전속적 법익이기 때문에 사기죄의 죄수는 기망당한 사람의 수에 따라 셈한다.<sup>51)</sup> 판례도 “단일한 범의를 가지고 상대방을 기망하여 착오에 빠뜨리고 그로부터 동일한 방법에 의하여 여러 차례에 걸쳐 재물을 편취하면 그 전체가 포괄하여 일죄로 되지만, 여러 사람의 피해자에 대하여 따로 기망행위를 하여 각각 재물을 편취한 경우에는 비록 범의가 단일하고 범행방법이 동일하더라도 각 피해자의 피해법익은 독립한 것이므로 그 전체가 포괄일죄로 되지 아니하고 피해자별로 독립한 여러 개의 사기죄가 성립된다”고 한다.<sup>52)</sup> 하나의 행위로 여러 사람을 기망하는 경우에는 사람 수에 따라 사기죄의 상상적 경합에 해당한다.<sup>53)</sup>

방문판매법 위반 등과 사기죄의 죄수관계에 대해서는 논할 내용이 남아 있다. 판례는 “방문판매 등에 관한 법률 제58조 제1항 제1호는 제13조 제1항에서 금지하는 무등록 다단계판매조직 등의 개설·관리·운영 행위를 처벌하고 있고, 제59조 제1항 제2호는 제23조 제1항 제2호에서 규정한 허위 또는 과장된 사실을 알리거나 기만적 방법을 사용하여 상대방과의 거래를 유도하거나 청약철회 등 또는 계약의 해지를 방해하는 행위 또는 재화등의 가격·품질 등에 대하여 허위사실을 알리거나 실제의 것보다도 현저히 우량하거나 유리한 것으로 오인시킬 수 있는 행위를 한 자를 처벌하고 있다. 위 각 위반행위 자체가 사기행위라고 볼 수는 없고, 위 각 범죄와 사기죄는 그 구성요건을 달리하고 서로 행위의 태양이나 보호법익을 달리하는 별개의 범죄로서 실체적 경합관계에 있다”고 판시하고 있다.<sup>54)</sup> 그러나 하나의 행위가 복수의 구성요건에 해당하는 경우에 이를 상상적 경합으로 보는 것은 죄수론의 기초에 해당한다. 우리 대법원이 이처럼 형법과 다른 특별형법의 관계에서 종종 이를 실체적 경합으로 판단하고 있는 것은 이러한 원리에서 벗어나 있는 것이다. 상상적 경합으로 평가하는 경우에는 과형상 일죄이기 때문에 가장 중요한 죄 하나만으로 처벌하게 됨에 따라 처벌의 정도가 낮아질 것을 우려하기 때문인 것으로 보이지만, 양형 상의 문제를 감안하

50) 대법원 2021. 1. 14. 선고 2020도13467 판결; 대전고등법원 2020. 9. 4. 선고 2020노98 판결

51) 홍영기, 형법, 81/40.

52) 대법원 2003. 4. 8. 선고 2003도382 판결 참조.

53) 대법원 2015. 4. 23. 선고 2014도16980 판결.

54) 대법원 2017. 4. 27. 선고 2017도2407 판결; 대법원 2007. 5. 31. 선고 2007도2371 판결, 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도12627 판결 참조. 이에 대해서는 김성균, 다단계판매에 있어 부담부과행위, 의무부과행위 및 사실상 금전거래행위의 판단기준 검토, 246면 이하.

여 형법의 원리에 위배되는 판단을 하는 것은 정당화될 수 없다.

#### IV. 요약과 맺음말

형벌조치를 규정하여 특별형법으로 분류되는 방문판매법은 각종 행위유형에 대해 높은 법정형을 두고 있지만, 그 모든 내용이 법이론적으로 정당화될 수 있는 것은 아니다. 법률의 대상으로 선언한 법익이 형법적인 처벌로 보호될 수 있는 것이 아니며, 일부는 행위자 특성적 요소 자체를 가벌성의 요건으로 하고 있고, 행위불법의 판단보다는 결과면에서의 반가치만을 평가의 대상으로 하는 것도 관찰된다. 거래관계에서 발생할 수 있는 문제들을 광범위하게 비범죄화하고 있는 현재 실무 경향과, 민법 등 다른 법률에 의한 규제가 가능할 때는 형벌 투입을 최소화하려 하는 학계의 흐름에 비추어보아도 방문판매법상 광범위한 처벌조항은 다시 검토되어야 할 것이다. 이러한 방식은 법률이 의도한 형사정책적인 목적을 달성하기도 어렵는데, 왜냐하면 형벌은 형법원리로서 책임원칙에 종속되어야 하기 때문에 유책성 정도를 넘어설 수 없어 예방목적 달성에 적절한 수단이 아니기 때문이다.

방문판매법이 제정된 30여 년 전에 비해 상황이 많이 달라졌다. 과거에 비해 헤아릴 수 없이 다양한 기업형태와 기존에 없던 판매방법이 하루가 다르게 생겨나고 또 사정에 따라 신속하게 사라져가기도 한다. 현대사회의 거래형태들을 유형화하여 불법을 가려내 통제하기에 형법체계는 지나치게 경직된 도구이다. 그렇다고 해서 형법이 지금의 생활세계의 변화에 따라 그 복잡성을 현저히 증폭해낼 수도 없는데, 이는 그 이념 상 죄형법정주의에 따라 정확히 고정된, 몇몇 인격적 법익에 대한 침해만을 제어할 수 있는 최후수단이기 때문이다. 형법상 사기죄의 구성요건을 매우 엄격하게 적용하는 데에 형법학과 형사실무가 집중적으로 노력하는 데에 비할 때, 우회적으로 각종 특별형법을 거쳐 매우 손쉽게 처벌작용이 이루어지는 것은 합리적인 형사사법이라고 보기 어렵다. 급변하는 상황에 늦지 않게 적응해야 한다는 시대의 요청이 큰 때에, 예방수단으로 적합하지도, 유용하지도 않은 형벌조항 규정이 이제 기업활동의 유연성과 창의성을 애써 가로막으려 하는 ‘몽니’로 여겨지고 있지는 않은지 우려된다.

## 참고문헌

- 곽관훈, 다단계판매산업 규제에 합리적 개선방안, 유통법연구 4-1, 2017
- 김성균, 다단계판매에 있어 부담부과행위, 의무부과행위 및 사실상 금전거래행위의 판단기준 검토, 경쟁법연구 38, 2018
- 김일수/배종대/이상돈, 정보화사회에 대비한 형사법적 대응, 비교형사법연구 3-2, 2001
- 김치걸, 방문판매 등에 관한 법률 개정안 제언 - 다단계 분야 규정을 중심으로 -, 경쟁저널 207, 2021. 5.
- 문상일, 신종 불법피라미드영업 규제를 위한 법제 개선방안에 관한 소고, 유통법연구 3-1, 2016
- 문채규, 재산범죄에서 구성요건의 해석원리로서의 법질서의 통일성, 법학논총(국민대학교 법학연구소), 33-3, 2021
- 박광현, 형사법의 독자성과 민사법과의 법질서 통일성 관점에서 바라 본 학제 간 고찰, 서울 법학(서울시립대 법학연구소), 20-1, 2012
- 배종대, 형법총론, 제17판, 2023
- 배종대, 형법각론, 제14판, 2023
- 배종대, 형사실체법 개정의 기본방향: 인간상을 중심으로, 형사법개정연구자료집, 법무부, 2008
- 배종대/홍영기, 형사정책 - 범죄 없는 사회는 없다 -, 2022
- 백대용, 다단계판매 개념과 합리적 규제방안 - 공정거래위원회 의결 제2020-023호, 024호, 025호, 028호를 소재로 -, 연세법학 35, 2020
- 서혜숙/정경환, 방문판매 법상 다단계판매의 규제체계와 비교법적 고찰, 경쟁저널 153, 2010
- 이동임, 다단계 금융사기 피해방지 및 회복방안, 피해자학연구 22-2, 2014
- 이병준, 소비자법상 위법행위와 탈법행위 - 후원방문판매업을 중심으로 -, 경제법연구 22-1, 2023
- 이병준, 다단계판매에서 후원수당 지급기준 변경과 프로모션 지급절차에 관한 연구, 유통법연구 3-2, 2016
- 이승진, 방문판매법상 다단계판매 도입과 소비자 보호, 소비자법연구 9-2, 2023
- 이종구, 후원방문판매와 새로운 유형의 다단계판매의 소비자보호에 관한 연구, 법학연구 32-2, 2021
- 이종구, 다단계판매의 새로운 유형과 피해구제에 관한 연구, 법학연구 25-3, 2017
- 임석순, 재산죄 기수시점: 불법영득·이득인가, 손해발생인가?, 형사법연구 27-1, 2015
- 장윤순, 다단계판매 규제 및 개선방안에 관한 연구, 법학논총(전남대 법학연구소) 38-1, 2018
- 정승환, 현행 형법에서 법정형의 정비방안, 형사법연구 23-4, 2011
- 조혜정/김경희, 다단계판매 기업과 중소기업과의 상생실태 현황 및 동반성장 방안 제언, 유통 연구 21-4
- 최연석/예영란, 후원수당 지급총액 산정과 가격합계액의 해석 - 서울고등법 2018. 2. 7선고 2017누35549 판결을 중심으로 - 유통법연구 5-1, 2018
- 최제환, 형법과 민법의 관계에 대한 소고 - 개념, 규범 면에서의 비교를 중심으로 -, 강원법

학, 2022  
 하태훈, 법치국가에서의 형법과 형사소송법의 과제 - 최근 형사 관련법 개정경향을 중심으로 -, 고려법학 62, 2011  
 홍영기, 형법 - 총론과 각론 -, 2022  
 홍영기, 형벌을 통한 규범신뢰의 강화 - 미완의 구상, 하쎄머의 적극적 일반예방 -, 고려법학 77, 2015  
 홍영기, 기업집단에서 배임죄의 주체 및 임무에 대한 독일의 논의, 저스티스 158, 2017

Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch. Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl., 2015 [저자이름, ARR]  
 Bittmann, F., Strafrechtliche Folgen des MoMiG, NStZ 2009, S. 113 ff.  
 Cappel, A., Grenzen auf dem Weg zu einem europäischen Untreuestrafrecht. Das Mannesmann-Verfahren und § 266 StGB als Beispiel eines expansiven Wirtschaftsstrafrechts, 2009  
 Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Kommentar, 8. Auflage 2016 [책 이름 생략]  
 Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935  
 Fischer, T., Strafgesetzbuch mit Nebengesetz. Kommentar, 62. Aufl., 2015 [책 이름 생략]  
 Foffani, L., Die Untreue im rechtsvergleichenden Überblick, in: Festschrift für K. Tiedemann zum 70. GT, 2008, S. 767 ff.  
 Hassemer, W., Strafrechtspolitik (배종대, 이상돈 편역, 형법정책, 1998)  
 Jakobs, G. Theorie der Beteiligung, 2014  
 Joeck, W., StGB. Studienkommentar, 11. Aufl., 2014 [책 이름 생략]  
 Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 2016 [저자이름, MK]  
 Kargl, W., Die Mißbrauchskonzeption der Untreue (§ 266 StGB), ZStW 2001, S. 565 ff.  
 Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar, 3. Aufl., 2010 [저자이름, NK]  
 Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch. Kommentar, 28. Aufl., 2014 [저자이름, LKK]  
 Liszt, F. v., Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts (1893). Hinrich Rüping이 편찬한 Franz von Liszt, Aufsätze und kleinere Monographien, Bd. 2. Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge II, Hildesheim; Zürich; New York 1999 (홍영기 역, 사회학적, 인류학적

연구가 형법의 기초개념에 미치는 영향, 심재우/윤재왕/홍영기 역, 프란츠 폰 리스트의 형법사상, 2023)

- Mansdörfer, M., Die Vermögensgefährdung als Nachteil im Sinne des Untreuetatbestandes, JuS 2009, S. 114 ff.211)
- Nelles, U., Untreue zum Nachteil von Gesellschaften: zugleich ein Beitrag zur Struktur des Vermögensbegriffs als Beziehungsbegriff, 1991
- Perron, W., Keine Unmittelbarkeit des Vermögensschadens, ausbleibender Gewinn als Nachteil - liegt der Untreue ein anderer Begriff des Vermögensschadens zugrunde als dem Betrug?, in: Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 857 ff.
- Radbruch, G., Rechtsphilosophie (윤재왕 역, 법철학, 2021)
- Rengier, R., Strafrecht. Besonderer Teil I. Vermögensdelikte, 18. Aufl., 2016 [BT]
- Rönnau, T., Untreue als Wirtschaftsdelikt, ZStW 2006, S. 887 ff.
- Rönnau, T., (Rechts-)Vergleichende Überlegungen zum Tatbestand der Untreue, ZStW 2010, S. 299 ff.
- Rotsch, T., Neues zur Organisationsherrschaft, NStZ 2005, S. 13 ff.
- Roxin, C., Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl., 2015
- Rudolphi, u. a., Systematischer Kommentar, 2005 [저자이름, SK]
- Saenger, I., Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., 2015
- Saliger, F., Rechtsprobleme des Untreuetatbestandes, JA 2007, S. 326 ff.
- Satzger/Schluckebier/Widmaier, Kommentar Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2005 [저자이름, SSW]
- Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., 2014 [저자이름, SSK]
- Wagner, T., Die Untreue des Gesellschafters in der einfachen und konzernierten Einmann-GmbH: Zugleich eine strafrechtliche Bestimmung des existenzvernichtenden Eingriffs, 2010



## 제 2 주제

# “방문판매법의 분법화를 위한 기초로서 적법 판매와 불법 판매의 구별 기준”

발표 : 정신동 교수(한국외국어대학교 법학전문대학원)

2023  
10.27

# 방문판매법의 분법화를 위한 기초로서 적법 판매와 불법 판매의 구별 기준

정신동(한국외국어대 법학전문대학원)

([jungrecht@hufs.ac.kr](mailto:jungrecht@hufs.ac.kr))

## 목차

- I. 현행 방문판매법상 규율대상의 문제
- II. 적법 다단계판매를 전제로 한 방판매 개정방향
- III. 불법 피라미드 조직을 금지하는 특별법 제정  
방향
- IV. 결론

## 제1장 현행 방문판매법상 규율대상의 문제

- 방문판매법상 규율대상의 혼재: 적법 다단계판매와 불법피라미드의 구별
  - 1991년 방문판매법 제정을 촉발시킨 것이 당시 사회를 떠들썩하게 했던 불법 피라미드 판매이어서, 피라미드판매와 다단계판매를 명확하게 구분하지 않고 다단계판매도 원칙적으로 금지하였음
  - 이후 방문판매 제정법이 업계 현실에 맞지 않는다는 비판을 받으면서 지금까지 총 4차례에 걸쳐 전부 개정되었고, 다단계판매는 불법 피라미드판매와는 전혀 다르다는 전제 하에 방문판매법이 시행되고 있음
  - 특히 1995년 첫 번째 전부 개정 시에 방문판매법상 다단계판매가 합법화되면서, 사전 등록제 및 후원수당 상한제, 거래상품 금액 제한, 소비자보호를 위한 환불보증금 공탁제도 등의 소비자 보호 장치가 도입되었음

3

## 제1장 현행 방문판매법상 규율대상의 문제

- 공제조합 설립 이후의 다단계판매업계 상황
  - 한국특수판매공제조합은 2002년에 공정거래위원회의 설립 인가를 받은 후 다단계 판매·후원방문판매의 소비자피해에 대한 보상금 지급을 보증하는 역할을 수행
    - \* 또한 공제사고 조사를 하는 역할과 매출 신고 및 공제번호통지서 발행을 위한 공제조합과 판매업자 사이에 연계된 전산 시스템을 구축 및 운영하고 있음
  - 직접판매공제조합도 2002년에 공정거래위원회의 설립인가를 받은 후 다단계판매 회사와 소비자피해보상보험계약을 맺고 보상 시스템을 구축·운영하고 있음
  - 현재까지 공제조합은 일종의 자율규제기구와 규제중개자로서 업계의 이미지 개선 및 산업 안정화에 기여를 하고 있고, 다단계판매업 분야도 경쟁력 있는 유통채널의 하나로서 역할을 담당하고 있음

4

## 제1장 현행 방문판매법상 규율대상의 문제

- 방문판매법의 분법화 필요성
  - 다만, 적법 다단계 판매 시장의 안정화와 경쟁력 도모와 별개로 소위 ‘불법 피라미드 조직을 이용한 사기행위’가 지속되고 있고, 양자를 명확히 구별하지 못하는 일반 시민들 사이에서 적법 유통채널로서 다단계판매에 대한 부정적 인식이 계속 누적되고 있음
  - 최근 사례: 1,000\$ 상당의 생활용품 패키지를 구매한 뒤 2명을 추천하면 수당이 나오고 아바타를 통해 수익을 극대화 할 수 있다며 사업자 모집
  - 이러한 사례는 불법 피라미드 또는 불법 유사수신에 해당하게 되고, 사회초년생, 고령층 등의 취약계층에 상당한 피해를 발생시키고 있음

5

## 제1장 현행 방문판매법상 규율대상의 문제

- 방문판매법의 분법화 필요성
  - 적법 다단계 판매 시장과 불법 피라미드 조직을 일반 시민들도 쉽게 구별하도록 하기 위한 방법으로 이미 부정적 이미지가 어느 정도 쌓여 있는 “다단계판매”라는 용어를 “직접판매” 등으로 변경하는 방안이 있음
  - 그 외에 건전한 적법 다단계판매 시장이 타 유통체계와 선의의 경쟁을 하면서도 적절한 소비자 보호를 도모할 수 있도록 방문판매법을 분법화하는 방안이 있음
  - 분법화라 함은 방문판매법을 본래의 모습인 소비자보호법으로서 손질하고, 불법피라미드 조직을 엄격히 금지하는 형사특별법을 제정하는 방안을 말함
  - 이를 통해서 불법 피라미드에 대한 경각심을 제고하고, 다단계판매 시장은 적법한 유통채널로서 소비자를 보호하기 위한 제도 운영이 주된 보호목적으로 기능하게 됨

6

## 제2장 적법 다단계판매를 전제로 한 방판법 개정방향

### ▪ 방문판매법의 분법화 필요성

- 불법 피라미드 조직을 엄격히 금지하기 위한 가칭 “불법 피라미드에 관한 특별법”을 제정한다면, 방문판매법은 적법 다단계 판매에 있어서도 발생할 수 있는 소비자 피해문제만 규율 대상으로 삼게 됨
- 이 경우 소비자보호법으로서의 방문판매법은 공정거래위원회 법 집행을 위한 행정처분 외에 가급적 형사처벌 규정은 필요한 한도로 최소화할 필요가 있음
- ‘소비자주권’의 행사에 어려움을 갖게 되는 특수한 상황(판매자에 의하여 제공되는 제한된 정보를 근거로 기습적 상황에서 충동구매를 하게 된다는 상화)을 고려하여 정보의 불균형을 상쇄하기 위해 적용되는 방문판매법으로서 손질해 나갈 필요가 있음(소위 ‘상황관련적 소비자보호모델’)

7

## 제2장 적법 다단계판매를 전제로 한 방판법 개정방향

### ▪ 방문판매법의 분법화 필요성

- 다만, ‘상황관련적 소비자보호모델’을 전제로 형사처벌 규정을 최소화 하고, 민사적 제도를 활성화 한다고 하여도, 대부분의 현행 방문판매법 규정은 유지되어야 함
- 사업자의 정보제공의무, 청약철회권, 손해배상청구금액의 제한에 관한 규정, 권유규제, 광고규제, 서면교부의무, 판매원의 등록 등은 소비자 보호와 직접적인 관련이 있음
- 나아가 후원수당 지급 비율 기준이나 다단계판매 상품 금액 제한 기준은 그 구체적인 수치는 별론으로 하더라도 제도 자체는 유지되는 것이 적절함
- 다만, 사적 거래에 소비자보호를 위한 특별법으로 방향을 정하는 이상, 적법 다단계판매업자에 대한 형사처벌을 부과하는 규정은 최소화 되어야 함

8

### 제3장 불법 피라미드 조직을 금지하는 특별법 제정방향

- **불법 피라미드에 관한 특별법 제정 필요성**
  - 불법 피라미드 판매에 관한 처벌을 목적으로 하는 내용은 별도의 입법을 통하여 규율하여, 방문판매법상 혼재되어 있는 규율대상을 명확히 구분하게 됨
  - 이 경우 방문판매법 제24조(사행적 판매원 확장행위 등의 금지)가 사실상 별도의 단행법률에 의해 규율되는 계기가 될 수 있음
  - 또한 방문판매법에 의해 준수되어야 하는 후원수당 지급 비율을 초과한다고 하여 그것이 곧바로 불법 피라미드로 조직이 변질되었다는 것이 아니라는 점을 일반 시민들이 쉽게 인식할 수 있음
  - 다만, 불법 피라미드 조직에 관한 특별법을 제정하는 경우 법률의 적용 대상이 되는 불법 피라미드에 대한 개념 정의가 필요함

9

### 제3장 불법 피라미드 조직을 금지하는 특별법 제정방향

- **일본의 예**
  - 널리 알려진 바와 같이 일본의 경우 '특정상거래에 관한 법률'에서는 상품의 판매를 전제로 하는 연쇄판매거래를 원칙적으로 허용하면서, 일정한 사항에 대해서는 제재를 가하고 있음
  - 그러나 상품이 매개되지 않는 금융다단계조직은 '무한연쇄강의 방지에 관한 법률'에서 전면적으로 이를 금지하고 있음
  - 무한연쇄강은 가입자가 무한히 반복되는 것으로 가입한 회원들 간에 순차적으로 후순위 가입자가 지급하는 금품(재산권을 표창하는 증권 또는 증서를 포함)으로부터 자신이 출연한 금품의 가액 또는 수량을 상회하는 가액 또는 수량을 수령하는 것을 내용으로 하는 금품배당조직을 말함(동법 제2조).

10

## 제3장 불법 피라미드 조직을 금지하는 특별법 제정방향

### ▪ 독일의 예

- 한국이 소비자보호법과 관련하여 불법피라미드를 규율하는 것과 달리, 독일의 경우 다단계 형태의 판매방식을 경쟁법적 관점에서 다루고 있다.
- 독일 부정경쟁방지법(UWG)에 따라서 아래에 해당하는 피라미드 시스템은 부정경쟁행위로 간주되고, 엄격히 금지되며, 형사 처벌의 대상이 된다.

#### 독일 부정경쟁방지법(UWG) 부록(Anhang)

##### 14. Schneeball- oder Pyramidensystem

die Einführung, der Betrieb oder die Förderung eines Systems zur Verkaufsförderung, bei dem vom Verbraucher ein finanzieller Beitrag für die Möglichkeit verlangt wird, eine Vergütung allein oder zumindest hauptsächlich durch die Einführung weiterer Teilnehmer in das System zu erlangen;

##### 14. 눈덩이 또는 피라미드 시스템의 이용

소비자가 오로지 다른 참여자의 시스템 가입으로서만, 또는 다른 참여자의 시스템 가입을 주된 사유로 보수를 취득할 수 있는 가능성에 대해서 소비자의 재정적 지출을 요구하는 판매촉진시스템을 도입, 운영 또는 촉진하는 행위

11

## 제3장 불법 피라미드 조직을 금지하는 특별법 제정방향

### ▪ 독일의 예

- 즉, 독일법에서는 다단계로 볼 수 있는 판매시스템의 규제와 관련하여 강한 불법적인 유형(눈덩이 시스템 또는 피라미드 시스템)에 대해서 강력한 형사처벌을 가하고, 그 외의 유형에 대해서는 소위 네트워크 마케팅의 한 유형으로서 직접적인 규제를 가하고 있지 않음

#### 독일 부정경쟁방지법(UWG) 부록(Anhang)

##### 14. Schneeball- oder Pyramidensystem

die Einführung, der Betrieb oder die Förderung eines Systems zur Verkaufsförderung, bei dem vom Verbraucher ein finanzieller Beitrag für die Möglichkeit verlangt wird, eine Vergütung allein oder zumindest hauptsächlich durch die Einführung weiterer Teilnehmer in das System zu erlangen;

##### 14. 눈덩이 또는 피라미드 시스템의 이용

소비자가 오로지 다른 참여자의 시스템 가입으로서만, 또는 다른 참여자의 시스템 가입을 주된 사유로 보수를 취득할 수 있는 가능성에 대해서 소비자의 재정적 지출을 요구하는 판매촉진시스템을 도입, 운영 또는 촉진하는 행위

12

### 제3장 불법 피라미드 조직을 금지하는 특별법 제정방향

#### ▪ 독일의 예

- 즉, 네트워크 마케팅 (Netzwerk-Marketing), 다단계마케팅 (Multi-Level-Marketing), 추천 마케팅(Empfehlungsmarketing) 또는 구조유통(Strukturvertrieb) 방식은 그것이 불법 피라미드에 해당하지 않는 한, 형사처벌 대상이 되지 않음
- 다만 그 판매 방식에 있어 사업장 밖의 거래, 즉 방문판매 상황이 발생하므로 기습적 상황 하에서의 소비자 청약철회권은 별도의 소비자 보호 규정으로 보장되고 있음

#### 독일 부정경쟁방지법(UWG) 부록(Anhang)

##### 14. Schneeball- oder Pyramidensystem

die Einführung, der Betrieb oder die Förderung eines Systems zur Verkaufsförderung, bei dem vom Verbraucher ein finanzieller Beitrag für die Möglichkeit verlangt wird, eine Vergütung allein oder zumindest hauptsächlich durch die Einführung weiterer Teilnehmer in das System zu erlangen;

##### 14. 눈덩이 또는 피라미드 시스템의 이용

소비자가 오로지 다른 참여자의 시스템 가입으로서만, 또는 다른 참여자의 시스템 가입을 주된 사유로 보수를 취득할 수 있는 가능성에 대해서 소비자의 재정적 지출을 요구하는 판매촉진시스템을 도입, 운영 또는 촉진하는 행위

13

### 제3장 불법 피라미드 조직을 금지하는 특별법 제정방향

#### ▪ 불법 피라미드의 개념 정의

- 앞선 해외 사례들을 참조해 보았을 때 금지 대상이 되는 불법 피라미드 개념은 일반적이고 추상적인 요건표지를 통해 정의될 수 밖에 없음.
- 예컨대 아래 같은 규정을 고려해 볼 수 있음

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “불법 피라미드 조직”이란 다단계 조직이 재화등의 유통에 주된 목적이 있지 않고, 부당한 권유 등을 통한 판매조직의 확장에 주된 목적이 있는 조직을 말한다.

- 어느 순간부터, 또는 어떤 경계선을 넘어설 때부터 적법 다단계판매 조직이 불법 피라미드로 변질되는지는 법원 또는 수사기관에서 개별 사안에 따라 판단해야 하는 문제임

14

### 제3장 불법 피라미드 조직을 금지하는 특별법 제정방향

#### ▪ 불법 피라미드의 개념 정의

- 다만 수범자의 예측가능성 등을 보장과 법적 안정성을 도모하는 차원에서 불법 피라미드로 판단함에 고려되어야 할 기준들(또는 불법 피라미드 판단을 가능케 하는 징표들)을 나열하는 것은 필요해 보임
- 이 경우 가장 최우선적으로 고려되어야 할 사항은 자율규제기구 내지 규제중개자로서 역할을 담당하고 있는 공제조합에 가입이 되어있는지 유무가 될 것임
- 그 외에 후원수당 지급 비율도, 그 구체적인 수치를 확정적으로 규정할 수는 없겠지만, 과도한 지급으로 인한 불법 피라미드 판단을 가능케 하기 위해 고려되어야 함
- 다만, 현행 방문판매법이 요구하고 있는 ‘다단계판매 상품 금액 제한’은 불법 피라미드 여부를 판단함에 있어 소극적으로 고려될 필요가 있음

15

### 제3장 불법 피라미드 조직을 금지하는 특별법 제정방향

#### ▪ 불법 피라미드의 개념 정의

- 최종적으로 아래와 같은 예시를 생각해 볼 수 있음
- 다만, 이 예시가 죄형법정주의 등 형법 기본 원칙에 부합하는 입법 인지 다시 검토되어야 함

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “불법 피라미드 조직”이란 다단계 조직이 재화등의 유통에 주된 목적이 있지 않고, 부당한 권유 등을 통한 판매조직의 확장에 주된 목적이 있는 조직을 말한다. 이를 판단함에 있어서는 특히 아래 각목의 사항이 고려되어야 한다.

가. 소비자피해보상보험계약 또는 공제조합 가입 여부

나. 후원수당 지급 비율 기준

16

## 제4장 결론

- 적법 다단계 판매 시장과 불법 피라미드 조직을 일반 시민들도 쉽게 구별하도록 하기 위한 방법으로 “다단계판매”라는 법률상 개념을 다른 표현으로 대체하거나, 방문판매법을 분법화하는 방안이 있음
- 방문판매법을 본래의 모습인 소비자보호법으로서 손질하고, 불법피라미드 조직을 엄격히 금지하는 형사특별법을 제정하게 되면, 불법 피라미드에 대한 경각심도 제고하고, 다단계판매 시장은 적법한 유통채널로서 소비자를 보호하기 위한 제도 운영에 집중할 수 있음
- 불법 피라미드 조직에 관한 특별법을 제정하는 경우 법률의 적용 대상이 되는 불법 피라미드를 어떻게 개념 정의할지가 가장 중요함(형사처벌 대상이 됨)
- 성문법의 특성상 일반적 요건표지를 개념정의 활용할 수 밖에 없겠지만, 공제조합에 가입이 되어있는지 유무 등을 불법 피라미드 조직 판별에 있어 고려 기준으로 활용하면 어느 정도 예측가능성이 부여될 것으로 판단됨

17

# 감사합니다

2023

18