

형법개정안상 공소제기 없는 몰수의 해석과 집행절차에 관한 연구*

- 법적 성격과 적용범위를 중심으로 -

김 혜 경**

국 | 문 | 요 | 약

2011년 법무부가 제안한 형법총칙 일부 개정 법률안에서는, 몰수를 형벌의 일종으로 규정한 현행법과는 달리 몰수를 형의 종류에서 삭제하고 독립된 절로 위치시키면서 몰수의 대상과 범위를 현행법보다 대폭 확대하였다. 동 개정안은 몇 가지 주목할 만한 법안을 제시하였는데, 우선 몰수의 대상을 물건에서 물건, 금전, 그 밖의 재산으로 확대하였는 바, 이는 이미 특별법상으로는 범죄수익을 몰수하고 있다는 점 및 불법수익의 몰수가 국제적인 추세라는 점을 반영한 것으로 보인다. 또한 몰수의 특례규정을 둬으로써 행위자에게 유죄의 재판을 하지 않는 경우뿐만 아니라 범죄예방 및 이득박탈이 형사정책적으로 필요할 경우에는 공소제기를 하지 아니하는 경우에도 그 요건을 갖추었을 때에는 몰수선고가 가능하도록 하였다.

형법개정안이 이와 같은 내용을 담고자 함은 몰수가 가지는 형사정책적 의미를 충분히 법규에 반영하고자 하는 의지로 보인다. 특히 몰수는 범죄자로부터 범죄유인동기가 되고 있는 경제적인 기반을 박탈하고 범죄수단 또는 그 이익을 근본적으로 고갈시키는 효과를 수반한다는 점에서 범죄대응을 위한 가장 효과적인 대책이 될 수 있다. 이는 특별예방적 목적뿐만 아니라, 그 어떠한 경우에도 범죄로 인한 수익을 행위자가 보유할 수 없음을 수범자들에게 인식시킴으로써 일반예방적 목적달성의 효과도 기대된다.

다만, 형법개정안이 통과된다면 그 법적 성격을 어떻게 파악할 것인지에 따라서 법문의 해석과 적용범위에서 차이가 발생하게 될 것이다. 또한 공소제기 없는 몰수가 구체적으로 어느 범위까지 인지에 대하여는 여전히 해석상의 문제로 남아있게 된다. 뿐만 아니라 현행법상에도 규정되어 있는 유죄의 재판을 하지 않는 경우 중에서 일부의 경우는 공소제기 없이도 몰수가 가능한 영역으로 전환될 수 있는지 여부 역시 확인해야 할 것이다. 소송의 경제적 원리에 따르면 유죄의 재판을 하지 않는 때보다는 공소제기 자체를 하지 않으면서 몰수만을 선고할 수 있다면 보다 유리하기 때문이다.

따라서 본 논문에서는 우선 개정법안상의 몰수의 법적 성격을 규명함을 전제로 하여, 개정법안에서 확대된 몰수의 요건들을 해석하고 이를 바탕으로 하여, 개정법안의 태도가 미국법상 민사몰수제도의 도입인지 여부 및 공소제기 없는 몰수의 적용범위를 구체적으로 살펴보고자 한다.

❖ 주제어: 몰수, 추징, 공소제기 없는 몰수, 사법몰수, 민사몰수, 행정몰수, 독립몰수, 징벌적 몰수, 범죄수익박탈

* 이 논문은 2014년 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임
(NRF-2014S1A5A2A01016164)

** 계명대학교 사회과학대학·부교수

I. 들어가며

몰수는 범죄의 반복을 방지하고 범죄자에게 범죄로부터 이득을 얻지 못하게 할 목적으로 범죄행위와 관련된 재산을 박탈하여 국고에 귀속시키는 것을 내용으로 하는 제재로서, 범죄행위 자체의 수단이 된 재산의 박탈을 통한 재범의 예방뿐만 아니라 범죄행위로 인한 이익 취득을 원천봉쇄함으로써 범죄에 대한 효과적인 대응 수단으로 인식되어 왔다. 국제적으로도 이미 1988년 비엔나에서 작성되어 1990년부터 발효된 ‘마약 및 향정신성물질의 불법거래방지에 관한 국제연합협약’¹⁾을 통하여 불법수익의 몰수와 돈세탁행위의 처벌을 주목하여 왔다. 동 협약에서는 몰수 대상을 범죄에 사용된 도구 이외에 범죄로부터 파생된 이익 및 그 이익에 상당하는 가치의 재산으로 규정함으로써 유·무형의 범죄수익 및 가치몰수의 지표를 제시하였다. 또한 1990년 유럽이사회의 ‘범죄수익의 세정·수색·압수 및 몰수에 관한 협약’에 의하여 범죄로부터 취득한 불법수익을 몰수하는 등의 조치를 통하여 범죄로 인한 경제적 이득을 박탈함으로써 범죄에의 유인요인을 제거하는데 국가적 협력을 요구하였다.

이러한 범죄수익몰수의 세계적 추세는 우리 법제에도 시사하는 바가 크다. 특히 경제적, 사회적 발전 속도는 범죄로 인한 수익 규모의 확대를 더욱 가속화하고 있고, 이에 상승하여 범죄 행위로 인한 피해규모 역시 가중되어가고 있다. 이에 따라 기존의 몰수의 대상인 범죄행위에 제공하였거나 제공하려고 한 물건, 범죄행위로 인하여 생하였거나 이로 인하여 취득한 물건 및 그 대가로 취득한 물건의 몰수만으로는 형사정책적 목적을 달성할 수 없는 정도에 이르게 되었음을 부인할 수 없다.

1) 동 협약(United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances)은 ‘1961년의 마약에 관한 단일협약’, ‘1972년의 마약에 관한 단일협약의 개정의정서’ 및 ‘1971년의 향정신성물질에 관한 협약’을 강화·보완하여 마약 및 향정신성물질의 불법거래의 위법성을 국제적으로 정하고, 그 실효적인 방지·처벌을 하는 것을 목적으로 한다. 또한 각 계약국은 상기의 종전 두 협약의 규정에 위반하는 불법거래의 행위유형(생산, 제조, 제공, 분배, 판매, 수송, 수출입, 소지 등) 중 인식·고의·목적(객관적인 사실의 상황에 의해 확인)이 있는 것에 대해서 국내법상의 범죄로 하고, 그 중대성을 고려한 형벌을 가하기 위해 필요한 국내조치를 취할 의무를 진다(1조 m, 3조 1~4항). 우리나라의 경우 1999년 3월 28일 발효함으로써, 각종 몰수특례법 규정 추진의 원동력이 되었다.

더욱이 많은 경우 범죄행위에 제공하였거나 제공하려고 한 물건의 위험성 보다는 범죄행위로 인하여 생하거나 취득하려는 대가 또는 보수를 목적으로 하는 범죄가 더욱 규모화 되고 있다는 문제점이 보다 심각하다는 점에서도 현행법의 개정은 불가피한 입법적 과제이며 현안일 것이다.

그런데 그간 우리 법제의 경과를 살펴보면, 현행 형법상의 몰수대상이나 몰수방법만으로는 특정 영역의 범죄규제에 미흡할 뿐만 아니라 현대적 형사정책적 수단으로 기능하기 어렵다는 고민 하에, 1990년대 중반 이후로는 마약류 불법거래 방지에 관한 특례법, 공무원범죄에 관한 몰수 특례법, 범죄수익 은닉의 규제 및 처벌에 관한 법률, 부패재산의 몰수 및 회복에 관한 특례법 등 각종 몰수관련 절차특별법들이 난립하기에 이르렀다.

이러한 현실을 반영하듯 2011년 법무부가 제안한 형법총칙 일부 개정 법률안(이하 ‘개정법안’이라고 칭함)에서는, 몰수를 형벌의 일종으로 규정한 현행법과는 달리 몰수를 형의 종류에서 삭제하고 독립된 절로 위치시키면서 몰수의 대상과 범위를 현행법보다 대폭 확대하였다. 동 개정안은 몇 가지 주목할 만한 법안을 제시하였는데, 우선 몰수의 대상을 물건에서 물건, 금전, 그 밖의 재산으로 확대하였는바, 이는 이미 특별법상으로는 범죄수익을 몰수하고 있다는 점 및 불법수익의 몰수가 국제적인 추세라는 점을 반영한 것으로 보인다. 또한 몰수의 특례규정을 둬으로써 행위자에게 유죄의 재판을 하지 않는 경우뿐만 아니라 범죄예방 및 이득박탈이 형사정책적으로 필요할 경우에는 공소제기를 하지 아니하는 경우에도 그 요건을 갖추었을 때에는 몰수선고가 가능하도록 하였다.

형법개정안이 이와 같은 내용을 담고자 함은 몰수가 가지는 형사정책적 의미를 충분히 법규에 반영하고자 하는 의지로 보인다. 특히 몰수는 범죄자로부터 범죄유인동기가 되고 있는 경제적인 기반을 박탈하고 범죄수단 또는 그 이익을 근본적으로 고갈시키는 효과를 수반한다는 점에서 범죄대응을 위한 가장 효과적인 대책이 될 수 있다. 이는 특별예방적 목적뿐만 아니라, 그 어떠한 경우에도 범죄로 인한 수익을 행위자가 보유할 수 없음을 수범자들에게 인식시킴으로써 일반예방적 목적달성의 효과도 기대된다.

다만, 형법개정안이 통과된다면 그 법적 성격을 어떻게 파악할 것인지에 따라서

법문의 해석과 적용범위에서 차이가 발생하게 될 것이다. 또한 공소제기 없는 몰수가 구체적으로 어느 범위까지인지에 대하여는 여전히 해석상의 문제로 남아있게 된다. 뿐만 아니라 현행법상에도 규정되어 있는 유죄의 재판을 하지 않는 경우 중에서 일부의 경우는 공소제기 없이도 몰수가 가능한 영역으로 전환될 수 있는지 여부 역시 확인해야 할 것이다. 소송의 경제적 원리에 따르면 유죄의 재판을 하지 않는 때 보다는 공소제기 자체를 하지 않으면서 몰수만을 선고할 수 있다면 보다 유리하기 때문이다.

따라서 본 논문에서는 우선 개정법안상의 몰수의 법적 성격을 규명함을 전제로 하여(Ⅱ), 개정법안에서 확대된 몰수의 요건들을 해석하고(Ⅲ) 이를 바탕으로 하여, 개정법안의 태도가 미국법상 민사몰수제도의 도입인지 여부(Ⅳ) 및 공소제기 없는 몰수의 적용범위를 구체적으로 살펴보고자 한다(Ⅴ).

Ⅱ. 개정법안상 몰수의 법적 성격

1. 몰수제도의 편재와 함의

개정법안은 제1편 제3장 형의 편재에 관하여 제7절 형의 시효까지는 절의 제목을 동일하게 하면서도 제8절 형의 실효, 제9절 몰수를 신설하고 제4장 보안처분을 추가하면서 대폭 그 내용을 수정·보완하였다. 그리고 현행 제41조상 형종으로 분류되었던 몰수를 형종에서 삭제하고, 동시에 제48조 및 제49조에 해당하는 조문을 제9절로 편재하면서 현행 제49조의 몰수의 부가성, 즉 몰수는 타형에 부가하여 과한다는 규정을 삭제하고 몰수의 부가성 규정대신 몰수특례규정을 신설하였다.

개정안 제79조 몰수의 대상에서는 범인이 소유하는 범죄행위에 제공하였거나 제공하려고 한 것, 범죄행위로 생겼거나 이로 인하여 취득한 것, 그 대가로 취득한 것 이외에 범죄행위의 보수로 취득한 것을 추가하였다. 이는 특별법상으로만 인정되었던 범죄수익의 몰수를 일반 범죄에 전면적으로 확대하는 효과를 기대할 수 있다. 또한 그 대상을 물건에서 ‘것’, 즉 물건, 금전, 그 밖의 재산으로 확대하여, 기존의

몰수의 대상으로는 이익몰수가 불가능하다는 지속적인 비판을 입법적으로 해결하였다.

또한 제80조 추징과 폐기규정은 몰수와 추징을 동일 조문 내에 묶으로 인하여, 몰수는 형종이고 추징은 사법처분임에도 불구하고 양자가 동일하게 취급된다는 현행법에 대한 비판을 해결하면서도, 추징의 법적 지위를 보다 확실히 한 것으로 보인다.

가장 주목해야 할 조문은 제81조 몰수특례규정으로, 몰수와 추징은 행위자에게 유죄의 재판을 하지 아니하거나 공소를 제기하지 아니하는 경우에도 그 요건을 갖추었을 때에는 이를 선고할 수 있음을 명문으로 규정하고 있다. 현행법이 유죄의 재판을 하지 아니하는 때에도 몰수의 요건이 갖추어지면 몰수만을 선고할 수 있다고 한 것에서 더 나아가 공소제기 없는 몰수도 가능하게 된 것이다. 이는 마치 영미법상 민사몰수제도와 그 성격이 유사하면서도 전면적으로 민사몰수제도를 도입하였다고 평가하기는 어렵다.

제82조는 몰수와 추징의 시효를 선고한 재판이 확정된 후로부터 5년으로 하고 있는 바, 이는 기존에 부가형으로서의 몰수에서 드러난, 주형의 시효와 몰수형의 시효가 다를 경우의 문제점을 자연스럽게 시정한 것으로 보인다. 즉, 몰수의 부가성을 부정함으로써 몰수를 주형으로부터 분리하였다는 점에서 주형의 시효와 관계없이 몰수의 시효를 독자적으로 인정할 수 있게 된 것이다.

이러한 일련의 개정방향은 두 가지 면에서 의미가 있다고 보여 진다. 하나는 몰수를 형종에서 배제하였기 때문에 책임주의 원칙으로부터 자유로울 수 있다는 점이다. 몰수를 형종에서 삭제함으로써 행위자의 범죄행위에 귀속되는 책임원칙으로부터 분리한 결과 책임범위 내에서의 몰수산정의 부담을 덜어주는 반면, 몰수의 대상 및 범위를 전면적으로 확대하여 몰수제도를 통한 범죄예방 효과를 극대화하고자 하는 취지로 이해된다. 즉, 기존의 형종으로서의 성격을 여전히 가지게 된다면 주형과 부가형의 합이 행위자의 행위에 비례하는 책임범위 내에서 총체적으로 평가된 후에 다시 주형과 부가형을 구체적으로 나누어야 하는 부담이 있었다. 그러나 이를 형종으로부터 분리함으로 인하여 책임원칙의 지배를 받는 범위는 형벌에 한정이 되고, 몰수는 책임비례원칙이라는 한계로부터 벗어나게 되는 것이다. 또한 유죄판결 없는 몰수뿐만 아니라 공소제기 없는 몰수까지 인정함으로 인하여 이제는 불고불리의 원

칙을 어떻게 이해하여야 할 것인가의 문제까지도 제기되었다. 이와 같은 문제들에 대한 접근은 개정법상 몰수의 법적 성격에 대한 선결을 전제로 한다.

2. 개정법안상 몰수의 법적 성격

가. 보안처분으로서의 성격

개정법안은 공소제기 없는 몰수의 선고를 인정하고자 하므로, 몰수의 법적 성격을 어떻게 규정할 것인가는 보다 의미 있는 논의가 된다. 개정법안은 이를 위하여 몰수를 형종에서 삭제하고 독립된 장으로 편제하고자 한다. 즉, 불고불리의 원칙에 따라 공소장에 기재된 범위 내에서만 판결을 해야 함에도 불구하고 공소의 제기가 없는 독립된 법원의 선고에 의한 몰수를 인정하고자 한다면, 이제는 몰수의 성격을 형벌의 일종으로만 제한하여 파악할 수는 없기 때문이다.²⁾

보안처분은 형벌만으로는 행위자의 장래의 재범에 대한 위험성을 제거하기에 충분하지 못한 경우에 사회방위와 행위자의 사회복귀의 목적을 달성하기 위하여 고안된 특별예방적 목적처분으로, 어떠한 형태의 보안처분제도를 마련하느냐의 문제는 헌법에 위반되지 아니하는 한 오로지 입법권자의 형성의 자유에 속한다.³⁾ 따라서 몰수를 형벌로 편제를 하였다가 다시 독립제재 또는 보안처분으로 규정하여도 이 역시 입법형성권의 범위 내에 속하는 입법재량으로 보아야 한다.

물론 보안처분의 대상자들에게는 범죄에 대한 형벌과 다른 자유의 박탈 또는 제한으로 인식되고, 형벌 역시 행위자에 대한 교육개선의 효과를 위한 예방적 성격도 가지고 있는 것이어서 보안처분과 형벌은 그 목적에 있어서도 명확한 구분이 될 수 없다는 등의 이유로 논란이 끊이지 않고 있다. 그러나 1972년 개정헌법 이래 보

2) 법무부, 형법(총칙) 일부개정법률안 제안이유서, 2011/4, 79면에 따르면, 개정과정에서 형법상 몰수가 형벌로서의 성격을 거의 가지지 않고 보안처분적 성격을 강하게 가진다는 이유로 형의 종류에서 몰수를 삭제하자는 의견과 몰수가 범죄에 대한 제재로서 형벌과 보안처분의 성격을 모두 보유하고 있기 때문에 몰수를 형의 종류로 그대로 존치시킴이 상당하는 견해가 대립되었다고 한다. 그러나 개정법안에서 보안처분을 형법총칙에 도입하는 방안이 채택됨으로써, 몰수가 형벌인지 보안처분인지에 관한 대립의 실익이 사실상 없어지게 되었으므로 몰수를 형의 종류에서 삭제하고 독립된 절에서 규정하고 되었다고 그 이유를 설명하고 있다.

3) 憲裁決 1997. 11. 27, 92헌바28; 憲裁決 1989. 7. 14, 88헌가5·8, 89헌가44(병합).

안처분제도를 헌법상의 제도로 수용하여 왔다는 점에서, 헌법의 규정에 따라 어떠한 형태의 보안처분제도를 마련하느냐의 문제는 헌법의 보호영역 내의 문제로 입법권자의 결단에 귀속시켜야 한다.⁴⁾ 그 결과 독립된 절로 규정된 몰수가 기존에 형벌이었다고 하더라도, 형법의 편재정비를 통하여 독립제재 또는 대물적 보안처분으로 그 성격을 달리 하였다고 하더라도 이는 헌법이 보호하는 입법형성권의 범위 내의 개정이라고 보아야 한다.

그러나 독립된 절에서 규정한다고 하더라도, 공소제기 없는 몰수의 선고는 몰수의 법적 성격과 직접적으로 결부될 수밖에 없을 것이다. 현행법상 몰수가 형식적으로는 형벌에 해당하지만 실질적으로는 보안처분이라고 보는 견해⁵⁾에 의하면, 책임주의의 적용을 받는 형종에서 배제되었다는 점에서 오히려 몰수를 순수하게 보안처분으로만 보아야 한다. 양자의 성격을 모두 인정하는 견해⁶⁾에 의하더라도, 몰수가 형종에서 삭제된 이상 형벌로서의 성격은 포기되어야 할 것으로 보인다. 형벌이라는 보는 근거가 재산적 손실을 입는 고통을 주는 의미라는데 근거하지만, 보안처분으로 볼 때에는 당해 행위로 인한 순수한 이익을 넘어서는 예방을 위한 박탈도 가능하므로 형벌이 가지는 응보적 의미보다 큰 손실을 부과함으로 인하여, 실질적으로

- 4) 憲裁決 1989. 7. 14. 88헌가5 등 헌법재판소는 보안처분과 관련되는 한 “입법권자의 형성의 자유”라는 표현을 통하여 이러한 태도를 견지한다.
- 5) 박미숙, “몰수의 범위와 몰수에 관한 법령의 단일화”, 형사법연구 제22호 특집호, 한국형사법학회, 2004, 449면; 오영근, 형법총론, 764면은 일종의 재산형이라고 파악한다. 또한 이상원, “몰수의 법적 성격”, 비교형사법연구 제6권 제2호, 한국비교형사법학회, 2004, 258면은 극단적인 응보형주의를 채택하지 않는 한 범죄의 예방은 형벌의 목적이기도 하므로 몰수가 범죄예방을 목적으로 한다는 점을 보안처분의 근거로 삼을 수 없다고 보기도 한다. 뿐만 아니라 신영호, “몰수의 법적 성격에 관하여-징벌적 몰수·추징의 개념사용을 보며”, 법학연구 제41권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2000/12, 5면은 형사정책적으로도 보안처분의 남용가능성을 현실적으로 감안해 볼 때 가능하면 몰수의 법적 성격은 책임원칙의 적용을 받는 형벌로 구성할 필요가 있다고 한다.
- 6) 박상기, 형법총론, 513면; 신동운, 형법총론, 727면; 이정재, “한국과 일본의 몰수제도에 관한 비교법적 연구”, 형사정책 제10호, 한국형사정책학회, 1998, 136면; 이정원, 형법총론, 507면. 한편 김대희, “징벌적 추징에 관하여”, 형사판례연구 제8권, 한국형사판례연구회, 2000, 162면은 이원적 성격을 인정하면서 위험성에 따라 그 법적 성격을 구분한다. 즉, 범인의 소유에 속하는 물건으로서 그 자체 위험성이 없는 경우에는 대상이 특정된 재산형적 성격이 강하고, 위험성이 있는 물건으로 특히 제3자의 소유에 속하거나 범인이 책임능력이 없는 경우에는 대물적 보안처분의 성격이 강하다고 보면서, 구체적인 사정 하에서 비중을 가지는 목적에 따라 개별적인 몰수의 법적 성격이 정해진다고 본다.

는 보안처분이 형벌보다 큰 고통을 부과할 수 있기 때문이다. 이는 책임주의와 관련하여 보안처분은 현행법상 몰수범위의 제약으로 작용하는 책임주의 완화의 근거가 될 수 있다는 점으로부터 비롯된다. 따라서 개정법안 상의 몰수는 전적으로 보안처분으로 봄이 타당할 것이다.

물론 형벌도 보안처분도 아닌 제3의 독립된 제재라고 할 수도 있다.⁷⁾ 그러나 제3의 제재영역을 신설한다면 그러한 영역이 어떠한 성격을 가지는지 또는 보안처분이나 형벌과 구분되는 독자적 영역으로서의 실익이 있는지, 그리고 독립제재의 부가가 헌법의 보호영역 내에 존재하기 위하여는 책임이나 위험성이 아닌 제3의 독립된 새로운 기준을 어떻게 찾아야 하는지, 그 부과에 있어서 요구되는 한계 또는 예외영역을 어떻게 설정할 것인지 등에 관한 새로운 논의를 추가하여야 한다. 그러나 실질적으로는 보안처분과 차별되는 제3의 독립된 제재영역을 신설하는 것이 그다지 실익이 있어 보이지는 않는다. 왜냐하면 독립적 제재로 보고자 하는 이유가 책임원칙의 한계를 넘어서는 부과를 위해서지만, 형벌의 성격을 포기하고 보안처분적 성격만 인정한다면 책임원칙으로부터 자유로울 수 있기 때문이다.

나. 재범의 위험성과 개연성

형벌이 과거의 행위에 대한 응보와 예방 개념을 전제로 한다면, 몰수를 보안처분으로 이해할 때에는 위험성을 중심으로 이해하여야 할 것이다. 보안처분의 전제조건으로서의 행위자의 위험성 판단은 과거의 행위에 대한 책임의 판단과는 달리 미래에 대한 가정적 판단, 즉 예측이다. 그리고 위험성이란 행위자가 장래 형벌로서 처벌되는 행위를 범할 위험으로서의 재범의 위험성이다. 특히 위험성에 기인한 보안처분은 “합리적인 의심이 없는 정도”의 확실성이 아닌, 개연성만으로도 족하다. 소송절차에 있어서 이러한 개연성에 대한 법관의 심증형성은 확신의 정도여야 하는데, 법관이 재범의 개연성에 대하여 확신의 심증을 얻지 못한다면 *in dubio pro reo*

7) 서보학, “형법상 범죄수익몰수의 필요설과 범죄국가의 한계”, 안암법학 제5호, 고려대학교 법학연구소, 1997, 97면 이하의 현행 형법상 몰수를 형벌과 보안처분의 중간영역에 위치한 독립적 제재라고 구성한다. 이에 따르면 우선 우리 법제 하에서의 몰수가 형벌적 성격과 보안처분적 성격을 모두 가지고 있음을 전제로 하면서도, 책임원칙을 고려할 때에는 몰수에 형벌적 성격을 부여하는 것이 적절하지 않다는 점에서 입법론적으로는 독립된 사법처분으로 규정하여야 한다고 본다.

원칙에 따라 피고인의 이익으로 해석하여야 한다고 보는 견해가 있다.⁸⁾

개연성은 사건이 현실화될 수 있는 확실성의 정도 또는 가능성의 정도 허구적인 작품의 어떤 내용이 실제로 있다는 충분한 근거는 없지만, 현실화될 수 있거나 참이 될 수 있는 가능성이 있는 것을 가리킨다.⁹⁾ 어떠한 사실관계의 존재여부에 대한 개연성은 가능성의 정도는 훨씬 넘지만, 확실성의 정도에 이르지 아니할 것을 의미한다는 점에서 합리적 의심이 없는 정도의 사실판단을 의미하는 것은 아니다. 이는 확률상의 의미를 강하게 가지는 바, 개연성에 대한 법관의 심증형성은 사실관계가 발생할 확률적 가능성의 높은 단계에 대한 법관의 합리적 의심이 없을 정도의 확신을 의미하지는 않는다고 보여 진다. 다만, 행위자관련적 요소, 행위관련적 요소 및 정황적 요소의 충분한 검토, 예컨대 행위자관련적 요소로서 행위자의 범행동기 및 목적, 범행을 통하여 표출된 성향, 범행의지 행위관련적 요소로서 실행행위의 성격 및 범죄의 결과, 행위자의 전력, 정황적 요소로서 개인적·경제적 사정, 범행 후 행위자의 태도 등을 고려하여 어느 정도 객관적 예측가능성을 제시할 수 있어야만 할 것이다.¹⁰⁾

8) 손동권, “현행 보안처분제도의 정당성에 관한 연구”, 일감법학 제7권, 건국대학교 법학연구소, 2002, 89면.

9) 일반적으로 어떤 사태가 생길 확실함의 정도를 이르는 말. 개연성에 대한 논리적 연구는 수학적인 확률론 등을 중심으로 추진되어 왔다. 그런 의미에서 말하자면 개연성의 논리는 확률론에 집약되어 있다고 해도 과언이 아니다. 확률론은 우연한 사태를 다루는 이론이지만, 이론으로서의 진가를 발휘하는 것은 예를 들어 소립자의 원자붕괴나 다양한 사회현상 등의 수적으로 대규모의 우연한 현상 속에서 법칙성을 구할 때이다. 그런데 확률의 의미는 단순하지 않다. 프랑스어의 *probable*이라는 말은 원래 “같은 뜻에 해당된다”는 의미였지만, 내기에 관한 파스칼의 고찰에서는 가능성의 수치적인 비율을 나타내는 의미에서 *probabilité*라는 말이 사용되고 있다. 개연성 또는 확률에 대한 주된 파악방식으로는 다음의 것들이 거론될 수 있을 것이다. (1) 신념의 정도로서 파악하는 방식. (2) 고전적 확률론에서 채용된 가능성의 정도로서 파악하는 방식. 이 때 확률로서 파악된다는 것은 일어날 수 있을 모든 경우 중에서 주목되는 사상이 일어나는 비율이다. (3) 상대빈도, 또는 그 극한으로서 파악하는 방식. 예를 들어 주사위를 던져 나오는 눈의 계열을 받아들였을 때 주목된 성질(예를 들어 3의 눈)이 그 계열 속에서 가지는 비율이 그것이다. 이 때 그 계열이 무한이고, 그 비율이 그 속에서 수렴하는 값을 가지는 경우에는 그 값이 상대빈도의 극한이다. (4) 증거의 지지 정도로서 파악하는 방식. 어떤 증거가 있고 예측이나 추정 혹은 법칙 등의 어떤 명제가 그 증거에 의해 지지되는 정도로서 이해될 때의 파악방식이 이것이다. 칸트사전, 2009.10.1, 도서출판 b 참고.

10) 몰수관련 특별법상으로도 개연성을 몰수의 전제조건으로 하고 있다. 예컨대 공무원범죄에 관한 몰수특별법은 불법재산의 입증책임 완화를 위하여, 입증의 불가능 또는 어려움을 제거할 목적으로 범인이 취득한 재산이 불법수익으로 형성되었다고 불만한 상당한 개연성이 있을 경우 엄격한 증명

3. ‘징벌적’ 몰수를 포함하는지 여부

가. 판례의 태도 분석

대법원 판례는 특별법상의 몰수에 대하여 ‘일반 형사법의 경우와 달리 범죄사실에 대한 징벌적 제재의 성격을 띠고 있다’고 표현하고 있다.¹¹⁾ 또한 추징의 성격에 대하여 ‘징벌적인가 아니면 이익박탈적인가 여부’는 규정의 문리해석을 통하여 판단하여야 한다고 함으로써, 마치 징벌적 몰수와 이익박탈적 몰수는 반대의 의미인 것으로 사용하고 있다. 그러나 징벌적 몰수의 개념에 관하여는 명확한 정의를 내리고 있지 않는다. 분명한 것은 형벌과 징벌은 동일 개념이 아니라는 점이다.

다만, 범죄행위에 공하거나 범죄행위로부터 생긴 물건이 이익이라고 본다면 이를 넘어서는 범위, 즉 형법상의 범위를 넘어서는 몰수를 ‘징벌적’이라고 이해하는 것으로 보인다. 특히 외국환관리법위반 여부에 관한 전원합의체 판결¹²⁾의 반대의견으로부터 추론되는 징벌적의 개념은 다음과 같다. 동 반대의견은 “외국환관리법상의 추징의 성격이 징벌적인가 아니면 이익박탈적인가의 여부는 먼저 외국환관리법상의 추징에 관한 규정을 문리해석하여 그 결과에 따라 판단해야 할 것이다. 다수의견이 외국환관리법의 입법목적까지를 고려하여 그 추징에 징벌적 제재의 성격을 강조하는 이유는, 외국환관리법위반 사범의 단속과 일반 예방의 철저를 기하기 위한 것으로 보여 타당한 면이 없지 아니하다. 그러나 외국환관리법위반 사범의 단속과 일반 예방의 철저를 기할 필요가 있다면 그것은 주형을 엄하게 하여 그 목적을 달성해야

이 없더라도 이를 인정할 수 있도록 입증책임을 완화하되 개연성의 판단자료로 취득재산의 가액, 범인의 재산운용상황, 불법수익금액 및 재산취득시기 등 제반요소를 고려하도록 그 요건을 엄격히 하고 있다.

- 11) 예컨대 전원합의체 판결인 大判 1998. 5. 21. 95도2002는 ‘외국환관리법상의 몰수와 추징은 일반 형사법의 경우와 달리 범죄사실에 대한 징벌적 제재의 성격을 띠고 있다고 할 것이므로, 여러 사람이 공모하여 범죄행위를 한 경우 몰수대상인 외국환 등을 몰수할 수 없을 때에는 각 범칙자 전원에 대하여 그 취득한 외국환 등의 가액 전부의 추징을 명하여야 하고, 그 중 한 사람이 추징금 전액을 납부하였을 때에는 다른 사람은 추징의 집행을 면할 것이나, 그 일부라도 납부되지 아니하였을 때에는 그 범위 내에서 각 범칙자는 추징의 집행을 면할 수 없다’고 한다.
- 12) 大判 1998. 5. 21, 95도2002 전원합의체 판결. 반대의견은, 그렇다고 하여 관련 규정의 문언과 공동연대 추징의 문제점 등에도 불구하고 굳이 외국환관리법위반의 경우에게까지 공동연대 추징의 유추해석을 도출하는 것은 죄형법정주의 원칙에 위배된다고 하지 않을 수 없다고 본다.

할 것이지, 부가형인 몰수에 대한 환형처분에 불과한 추징으로 이를 달성하려고 할 것은 아니라고 생각될 뿐만 아니라, 이는 추징의 본질이나 보충성에 비추어 보더라도 그 한계를 벗어나는 것이라고 하지 않을 수 없다”고 본다. 이러한 문맥은 ‘주형을 엄하게’ 함으로써 달성하는 것이 책임범위이고, 주형, 즉 책임을 벗어나 부가적으로 추가하는 것이 징벌적 몰수라는 취지로 이해되며, 따라서 징벌적이란 형벌로서의 책임원칙을 일탈하는 범위의 박탈을 의미하는 것으로 보인다. 더욱이 예방 목적을 달성하기 위하여 부과하는 재산적 불이익을 “징벌적”이라고 이해한다면, 이는 보안처분으로 부과되는 성질의 무엇이라고 할 수 있다. 즉, 외국환관리법상의 추징이 외국환 등의 취득에 소요된 비용 내지 대가의 유무·다과를 고려함이 없이 그 가액 전부를 추징한다는 점에서 그 성격이 징벌적이라고 한 바에 따라, 형벌의 한계인 책임범위를 벗어나는 재산적 불이익이 가능하다는 점에서 이는 형벌이 아니다.

나. 징벌적 몰수의 개념과 형법상 몰수예외의 투영

징벌적 몰수개념의 인정여부에 관하여는, 판례의 태도에 근거하여 이를 인정하는 견해¹³⁾와 부정하는 견해¹⁴⁾가 있다. 후자에 따르면 몰수의 보안처분적 성격을 강조 하더라도 몰수의 대상은 형법상 범죄행위에 관련된 해당 물건에 한하며, 몰수할 수 없는 경우에 추징할 수 있는 것이므로 징벌적 몰수의 개념은 현행법상 불가능하다고 본다. 그러나 양자 모두 징벌적 몰수의 정의는 내리지 않고 있다.

생각건대, 징벌적이란 책임에 비례하는 정도의 형벌부과를 넘어서는 일종의 고통이지만, 책임범위를 넘어서기 때문에 형벌이라고 할 수 없는 영역을 지칭하는 듯하다. 일반적으로 ‘징벌적’이라는 용어는 민사법에서 더욱 친근한 개념이다. 소위 징벌적 손해배상이라 함은 가해자가 피해자에게 악의를 품고 비난 받아 마땅한 무분별한 불법행위를 한 경우, 민사재판에서 가해자에게 벌을 가할 목적으로 부과하는 손해배상이다. 이는 실제 손해액을 훨씬 넘어서 많은 액수를 부과하는 형태로 이루어지면서, 금전적 손해와 정신적 손해를 합한 손해액을 넘어서는 초과부분을 ‘형벌적’ 의미로 이해한다. 이와 유사하게 형사법상 책임을 초과하는 부분에 가해지는 기

13) 오영근, 형법총론, 761면.

14) 신영호, 앞의 논문, 233면.

본권으로서의 재산권 침해는 형벌의 형태로는 부과될 수 없고, 몰수나 추징의 명목으로 부과되는 박탈이 범죄로 인하여 생한 부분을 초과한다면, 이를 징벌적 영역이라고 볼 수 있을 것이다. 따라서 징벌적 영역은 현존하는 이익박탈보다 크게 된다. 예컨대 범죄로 인하여 생한 물건까지는 이익박탈이 되겠지만, 이를 이용하여 개인적 능력을 더해 얻게 된 과실 부분은 징벌적 영역이라고 할 수 있을 것이다. 그리고 만일 그 ‘과실’이 장래 범죄행위에 공할 우려가 있다면 범죄예방을 위하여 징벌적으로 몰수할 수 있다는 견지에서 징벌적 몰수를 이해하여야 할 것이다.

그리고 개정법은 몰수를 형종으로부터 완전히 분리함으로 인하여, 몰수를 형벌의 일종이라고 볼 필요도 여지도 없고 전적으로 보안처분이라고 해야 하므로, 징벌적 몰수는 특별법상 뿐만 아니라 일반 형법상으로도 인정할 수 있을 것으로 보인다. 그리고 징벌적 몰수의 범위는 예방 목적을 달성하기 위하여 필요한 모든 범위로서 책임범위에 제한되지 않으며, 재범의 위험성을 제거하기 위한 모든 영역에서 원칙적으로 가능하다고 보아야 한다. 따라서 범죄행위에 제공되거나 그로부터 생한 물건에 한정되지 아니하며, 이로부터 파생된 2차적 수익과 같이 범죄행위 또는 재범 위험성과의 관련성이 인정되면 재범예방을 위한 모든 범위에서 가능할 것으로 판단된다.

뿐만 아니라, 몰수의 징벌적 성격을 강조하는 판례들은 ‘여러 사람이 공모하여 죄를 범하고도 몰수대상인 수수 또는 약속한 보수를 몰수할 수 없을 때에는 공범자 전원에 대하여 그 보수액 전부의 추징을 명하여야 할 것’¹⁵⁾이라거나, ‘수인이 공동으로 사행행위 영업을 하여 이익을 얻은 경우에는 그 분배받은 금원, 즉 실질적으로 귀속된 이익금만을 개별적으로 몰수·추징하도록 하여야 하고, 그 분배받은 금원을 확정할 수 없을 때에는 이를 평등하게 분할한 금원을 몰수·추징’¹⁶⁾하여야 한다고 보는 바, 이는 형벌로서는 설명할 수 없다. 수인에게 공동으로 전부의 가액몰수 또는 추징을 한다는 점은 개인책임원칙으로는 해결할 수 없고, 오로지 재범예방을 위한 범죄원인의 제거로서 이해하여야 하기 때문이다. 대법원은 징벌적 추징에 의한 공동연대추징을 인정하는 이유를, 그 위반의 범죄가 사회나 국가에 미치는 영향이

15) 大判 2008. 10. 9, 2008도7034.

16) 大判 2001. 3. 9, 2000도794.

심대하고 그 범죄가 빈발하여 그것을 막기 위한 일반예방적인 조치가 필요하기 때문이라고 한다.¹⁷⁾ 이는 특히 특별법 위반행위의 특성상 적발이 어려워 숨겨진 범죄가 많고, 또 그에 대한 조사가 쉽지 아니하여 공범자간의 역할분담의 정도나 이득의 분배내역을 밝히는 것도 쉬운 일이 아니므로 집행확보를 위한 방편이기도 하다.¹⁸⁾

그러나 집행을 확보를 위한다고 하더라도 이를 형벌로 본다면 개인책임원칙에 반하는 연대책임을 인정하는 결과를 초래하게 된다.¹⁹⁾ 즉, 몰수 또는 추징의 공동연대책임을 인정하는 것은 형벌로서는 법치주의 원칙에 반하므로, 이를 인정할 수 없고 다만 보안처분으로만 설명할 수 있다.

더욱이 보안처분이라고 하더라도 공동연대책임을 인정할 수 있는가는 다시 검토의 대상이 되어야 한다. 이에 대하여는 만일 범죄의 단속과 일반예방의 철저를 기할 필요가 있다면 이는 주형을 엄하게 하여 목적을 달성하여야 할 것이지 부가형인 몰수에 대한 환형처분에 불과한 추징으로 이를 달성하려는 것은 추징의 징벌적 성격을 인정한다고 하더라도 받아들일 수 없다고 비판하는 견해가 있다.²⁰⁾ 또한 징벌적 몰수의 개념은 개별책임의 원칙과 책임주의에 반하고 비례원칙에도 위반되며, 이러한 문제는 단계적 몰수에서 강하게 드러난다고 비판하기도 한다.²¹⁾

생각건대 몰수로부터 형벌적 성격을 완전히 배제하고 나면, 몰수의 목적은 오로지 예방목적만 고려될 수 있다. 그리고 예방목적은 행위자의 행위책임의 한계를 벗어나 그러한 법위반행위의 반복을 예방하기 위한 목적범위 내에서는 다양한 처분이 가능해 질 것이라는 점에서 반드시 공동연대몰수 또는 추징을 부인할 필요는 없는

17) 大判 1976. 6. 22, 73도2625 전원합의체 판결.

18) 김대휘, 앞의 논문, 172면.

19) 서보학, 앞의 논문, 135면은 법원이 공동연대추징이라고 하여, 사법상 연대책임과 비슷한 성격을 부여하는 것은 실제 추징 집행에 있어서의 편의를 증대시킬지는 모르지만, 개인책임에 상응하는 형벌부과라는 법치주의 형법원리에 반할 우려가 있다는 점을 지적하고 있다.

20) 서보학, 앞의 논문, 135면; 정현미, 몰수·추징제도의 비교법적 고찰 및 개선방안, 법무부, 2009, 12면은 이러한 이유로 공동연대추징을 일반적으로 채용하는 것은 받아들일 수 없다고 본다.

21) 이상원, 앞의 논문, 329면. 본 논문에서는 단계별 몰수 또는 부진정연대의 몰수를 비판하고 있는 바, 단계별 몰수는 비례의 원칙에 반하지만 부진정연대 몰수는 그렇지 않다고 결론을 내린다. 다만 부진정연대의 몰수는 공범상호간의 결합관계에서 나오는 귀결일 뿐, 징벌적 몰수의 개념을 만들 실익이 없다고 본다. 다만 대법원의 입장처럼 공범으로부터 언제나 가액 전부의 연대추징을 명하는 것은 비례의 원칙에 반한다고 본다(동 논문, 333면 참조).

것으로 보인다. 특히 형법상의 몰수가 “대물적” 보안처분이라면, 행위자의 행위에 비례하는 정도의 몰수를 의미하는 것이 아니라, “범죄대상물” 자체의 몰수를 목적으로 하기 때문이다. 따라서 대법원이 언급하는 몰수의 징벌적 성격이란 ‘형벌적’ 성격이 아닌 보안처분으로서의 성격을 강조한 것으로 판단해야 할 것이다. 물론 여기에서도 비례의 원칙은 반드시 요구되는 바, 범죄행위와의 관련성이 인정되어야 하며, 재범예방목적과 비례하는 정도에 한정되어야 할 것이다.

Ⅲ. 개정법안상 몰수 대상의 확대

1. 대물적 요건

가. 금전, 그 밖의 재산 추가

개정법안은 몰수의 대상을 물건 이외에 금전과 그 밖의 재산으로 확대하였다. 현행 형법이 몰수대상을 물건으로 한정하고 있는 바, 동 규정의 해석상 몰수 대상으로서 추상적 권리인 재산상의 이익이나 재산 자체가 몰수의 대상이 되는지 여부에 대하여는 지금까지 논란이 있었으나, 특별법상으로는 이미 범죄수익의 몰수까지를 포함하고 있다.

이에 관하여 개정이유서에서는 ‘몰수 대상으로 물건 이외에 불법수익까지 확대하는 방향이 이미 국제적으로도 공감대가 형성되어 있는 상황이기 때문에 특별법에 의한 범죄수익 몰수는 별론으로 하더라도 형법전에도 재산상 수익까지도 몰수가 가능하도록 하기 위해 물건 이외에 재산도 몰수의 대상이 될 수 있도록’²²⁾ 하였다고 설명하고 있다. 개정법안은 제79조 제1항 제4호를 신설하면서 범죄행위의 보수로 취득한 것을 몰수대상으로 하기 때문에 현행법과 같이 물건에 한정한다면, 현실적으로 동 조항을 적용할 수 없게 된다는 점에서 금전과 그 밖의 재산을 몰수대상으로 한 점은 타당하다.

22) 법무부, 앞의 책, 80면.

특히 형법상 몰수의 범위가 협소함으로 인하여 충분히 보안처분적 역할을 다할 수 없었다는 점에서 특별법을 통한 몰수가 이루어져 왔다는 점에서도 형법과 특별법간의 간극을 좁힐 수 있거나 또는 양자를 통합할 수 있는 기반으로서의 역할을 할 것으로 기대된다.²³⁾ 따라서 금전과 그 밖의 재산으로 몰수대상을 확대함으로써, 특별법상의 몰수대상과 그 대상을 일치시키는 효과를 기대할 수 있다.

나. 범죄행위의 보수로 취득한 것

개정법안은 제4호를 신설하여 범죄행위의 보수로 취득한 것도 몰수의 대상으로 한다.²⁴⁾ 특별법상으로는 불법수익이라는 용어를 사용하고 있는 바, 수익이란 범죄행위로 취득하거나 범죄에서 유래한 재산적 가치가 있는 모든 이익²⁵⁾이라고 정의할 수 있고, 수익몰수란 범행에 사용된 도구 또는 범죄행위로 취득한 물건에 대한 몰수와는 대비되는 개념으로서 범죄행위로 취득하거나 범죄로부터 유래한 일체의 재산적 이익을 영구적으로 박탈하는 것을 의미한다.²⁶⁾

범죄행위의 보수로 취득한 것은, 범죄로 인한 수익을 포함할 뿐만 아니라 보다 넓은 의미로 이해해야 할 것이다. 범죄로 인한 수익이 불법행위로 인한 수익 및 이로 인한 과실과 대가의 총체라면, 범죄행위의 보수로 취득한 것은 범죄행위와 인과

23) 예컨대 공무원범죄에 관한 몰수 특례법상의 몰수범위는 불법재산으로서, 불법재산은 불법수익 및 불법수익으로부터 유래한 재산을 말하며, 불법수익으로는 공무원이 수뢰한 금품, 동산, 부동산, 무체재산권 등을 의미한다. 즉, 물건뿐만 아니라 무체재산권을 포함한 전체 재산상의 이익을 대상으로 하고 있다. 또한 마약류 불법거래방지에 관한 특례법 역시 불법수익 또는 불법수익에서 유래한 ‘재산’이라고 표현하는 바, 재산이란 재물 및 재산상의 이익의 총체를 지칭한다. 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률과 불법정치자금 등의 몰수에 관한 특례법 역시 불법‘재산’의 몰수를, 부패재산의 몰수 및 회복에 관한 특례법도 부패‘재산’을 몰수하도록 하고 있다.

24) 법무부, 앞의 책, 81면에 따르면, 제4호는 형사법개정특위에서 “범죄행위의 대가 또는 보수로 취득한 것”으로 성안하였으나, 법제처 심의과정에서 제4호의 “대가”가 제3호의 “대가”와 의미를 달리 하면서도 같은 용어를 사용하는 표현이라는 지적에 따라 “대가 또는”을 삭제하였다고 한다.

25) 이동명/송태중, “불법수익몰수제도의 형사법적 연구”, 법학연구 제23집, 이송기획인쇄, 2006/8, 353면.

26) 예컨대 공무원범죄에 관한 몰수특례법상의 불법수익은 공무원이 수뢰한 금품, 동산, 부동산 무체재산권 등을 의미하며, 불법수익에서 유래한 재산이란 불법수익의 과실로서 얻은 재산, 불법수익의 대가로서 얻은 재산, 이들 재산의 대가로서 얻은 재산 등 불법수익의 변형 또는 증식으로 얻은 이자, 뇌물인 보석을 매각하고 받은 대금, 뇌물매각의 대가인 부동산을 매각하고 받은 대금 등을 들 수 있다.

관계가 인정되는 모든 수익의 총체로서 범죄행위로 인한 대가뿐만 아니라, 그러한 대가로부터 얻어진 과실로서의 재산, 범죄행위로 인하여 얻어진 과실로 인한 수익까지 포함하는 것으로 이해할 때에는 형법과 특별법상의 대물적 요건의 간극은 해소될 수 있을 것이다.

범죄행위의 보수로 취득한 것을 몰수하는 바는, 범죄로서 이익을 향유하지 못한다 (Crime does not pay)²⁷⁾는 법언과 같이 범죄를 통한 경제적 수익의 극대화가 범죄유발의 동기가 됨을 원천적으로 봉쇄하고자 하는 예방목적의 차원이다. 범죄로부터 예상되는 보수 또는 수익이 클수록 범죄에의 유인이 크다는 것은 당연하기 때문이다.²⁸⁾

2. 대인적 요건

몰수의 대인적 요건으로서는 ‘범인 이외의 자의 소유에 속하지 않거나, 범죄 후 범인 이외의 자가 사정을 알면서 취득한’ 물건이어야 한다. 범인 이외의 자의 소유에 속하지 아니하여야 하므로 범인 이외에 자의 소유에 속하는 물건은 몰수할 수 없다. ‘범인 이외의 자의 소유에 속하지 않는 물건’이란 범인에게 소유권이 귀속되는 물건과 무주물, 소유자불명 물건 또는 금제품도 포함한다.²⁹⁾ 범인에는 공범도 포함되므로 공범의 소유에 속하는 물건은 몰수할 수 있다.³⁰⁾ 기소중지된 공범의 소유물도 몰수할 수 있으며³¹⁾ 범인 이외의 자의 소유에 속하는 물건에 대한 몰수의 선고가 있는 때는 피고인에 대한 관계에서 그 소지를 몰수하는데 그치고 제3자의 소유권에는 영향을 미치지 않는다.³²⁾

‘범죄 후 범인 이외의 자가 정을 알면서 취득한 물건’이란 범인 이외의 자의 소유에 속하는 물건을 몰수할 수 없으나, 범죄 후 그 물건이 형법 제48조 1항 각호에 해당하는 사실을 알면서 취득한 물건은 몰수할 수 있다는 취지이다. 이는 선의의

27) David Feldman, Criminal Confiscation Orders, Butterworths, 1988, p. 1.

28) 서보학, 앞의 논문, 85면도 동일한 취지이다.

29) 이재상, 형법총론, 573면; 안동준, 형법총론, 337면; 배종대, 형법총론, 672면.

30) 대법원 2000. 5. 12. 선고 2000도745 판결.

31) 대법원 1984. 5. 29. 선고 83도2680 판결.

32) 대법원 1999. 5. 11. 선고 99다12161 판결.

제3자만이 법적 보호의 대상이라는 일반법리에 부합하며, ‘정을 알면서’라는 점은 범죄에의 사후가담 의사가 반영된 취득임을 의미한다는 점에서 타당한 입법태도이다.

Ⅳ. 미국법상 민사몰수제도와와의 관계

1. 개정법안 상의 공소제기 없는 몰수의 의미

이제까지 대법원은 기소되지 않은 범죄를 몰수원인으로 하여서는 안 된다는 입장을 취하고 있는 바, 이는 몰수의 부가성을 고수하기 때문이다. 학계 역시 민사몰수 제도를 도입하지 않는 한 공소제기 없이 몰수만을 집행할 수 없다고 본다.

그렇다면 개정법안상 공소제기 없는 몰수란 유죄판결 없는 몰수에 준하여 판단하여야 한다. 외형상 몰수의 요건에 해당된다는 것은 법치주의 원칙과 기본권보호의 측면을 충분히 고려하여, 비록 공소제기의 요건을 갖추지 못하였다고 하더라도 행위 고유의 불법성이 인정되므로 인하여 절차상의 요건이 가상적으로 인정되었더라면 충분히 공소제기를 할 수 있었던 때로 한정하여야 한다. 즉, 구성요건해당성과 위법성이 외적으로 인정되지만 공소제기의 실질적 또는 형식적 요건이 결여되는 경우로 한정하여야 하며, 외형상 불법성이 인정되지 않는 경우까지도 확대하여 몰수할 수는 없다고 보아야 한다.

예컨대 최소한 외형상 객관적으로 행위의 불법성은 인정되나, 범인이 사망하거나 소재불명 등을 이유로 기소할 수 없거나, 범인을 기소유예하거나 정신장애자임을 이유로 치료감호만을 청구하는 경우 장래의 위험성에 대한 예방 또는 범죄수익박탈이 필요한 경우, 범죄에 공여한 것은 분명하나 범죄행위자를 특정하기 어려운 경우 등에 몰수가 요구된다고 보아야 한다.³³⁾ 따라서 공소제기 없는 몰수라고 하여도 행위자의 불법성에 기초하여야 한다.

33) 법무부, 앞의 책, 82면은 개정안이 몰수를 형의 종류에서 삭제하고 이를 독립된 절에서 규정하고 있을 뿐 아니라 개정안 제81조의 내용 역시 독립몰수에 관한 규정이므로 그 표제도 “몰수 등의 특례”로 바꾸었다고 설명하고 있다.

2. 민사몰수(Civil Forfeiture)제도와 문제점

가. 미국의 민사몰수제도 개관

미국의 민사몰수제도³⁴⁾는 18 U.S. Code § 981에 규정되어 있는 바, 8개의 영역으로 대분한 후 이를 적용할 세부 규정들을 매우 상세하게 열거하고 있다. 민사몰수란 범죄에 대한 유죄판결이나 벌금부과 없이 불법 또는 범죄로 인하였다는 개연성이 있는 재산을 박탈하는 제도이다.³⁵⁾ 그러나 대부분의 국가들이 사법적 몰수의 형태로서 법원의 몰수선고를 전제로 하는 반면, 미국은 민사몰수제도의 광범한 적용 방식으로서 행정몰수와 사법몰수를 모두 인정함에 따라 법원의 개입 없이도 행정기관에 의한 재산권박탈이 가능하다는 점에서 차이가 있다. 일반적으로 사법몰수란 유죄의 선고가 없다 하더라도 법원의 선고에 의하여 집행하는 몰수를 의미하며, 행정몰수란 범죄와 관련한 재산을 발견한 행정기관이 직권으로 집행하는 몰수를 의미한다. 양자의 차이는 법원의 사법판단여부에서 가장 두드러진다. 다만 사법몰수가 법원의 개입이 있다는 점에서는 형사몰수와 동일하지만, 유죄의 판결 없는 몰수가 가능하다는 점에서 차이가 있다. 형사몰수란 범죄 행위자에게 유죄판결을 전제로 하는 대인적 처벌에의 부가성이 요구되지만, 민사몰수는 물건 그 자체에 대하여 행하는 소송이라는 점에서 민사소송의 형식을 띠게 된다. 형사몰수의 경우에는 기소와 병합하여 심리하며, 유죄를 전제로 하기 때문에 무죄판결이 내려지면 당연 기각

34) 미국의 민사몰수제도를 소개하고 있는 국내 문헌들은 단행본으로는 박미숙, 독립제재로서 범죄수익몰수제도의 정비, 한국형사정책연구원, 2003; 이상원, 몰수의 제한범위에 관한 연구-비례원칙을 중심으로, 서울대 박사학위논문, 2004; 장준오/유병규/도종진, 자금세탁 범죄수익 몰수기금의 설립과 활용방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2003; 정현미, 몰수·추징제도의 비교법적 고찰 및 개선방안, 법무부, 2009 등이 있으며, 논문으로는 강철하, “범죄수익발탈제도의 문제점 및 개선방향”, 법조 제661호, 법조협회, 2011/10, 324면 이하; 김희균, “민사몰수제도의 도입에 관한 연구”, 피해자학연구 제19권 제1호, 2011/4, 57면 이하; 도종진, “몰수형의 문제점과 개선방안”, 형사법연구 제20권 제1호, 한국형사법학회, 2008/3, 29면 이하; 박미숙, “몰수특례법상 불법재산의 추징과 범죄국가적 한계”, 형사정책연구 제15권 제1호, 2004/봄, 171면 이하; 이경재, “미국에서의 약물거래수익의 몰수”, 형사정책연구 제4권 제3호, 1993/가을, 164면 이하; 이기현, “미국의 몰수제도”, 사회과학논문집 제14권 제1호, 명지대학교 사회과학연구소, 1998/12, 207면 이하; 황일호, “징벌적 몰수추징의 법적 문제”, 중앙법학 제10집 제2호, 중앙법학회, 2008, 104면 이하 등이 있다.

35) 현재 미국 이외에도 캐나다, 호주, 오스트리아, 독일, 그리스, 룩셈부르크, 노르웨이, 스위스, 영국, 아일랜드 등이 민사몰수제도를 도입하고 있는 국가에 속한다.

된다. 반면 민사몰수는 물건의 압수가 우선되기 때문에 대물집행과 법원의 절차에 있어서 그 순서가 형사몰수와 다르다.³⁶⁾

한편 행정몰수는 수사기관이 직접 몰수대상재산을 발견하고 이를 압수 또는 압류한 후 그 취지를 이해관계인에게 통지함으로써 이루어지기 때문에, 법적 근거만 있으면 법원의 심리 없이 행정기관이 직권으로 대상재산을 몰수한다는 점에서 보다 효율적이라고 본다. 물론 행정몰수의 경우에도 당사자가 이의신청을 할 때에는 사법몰수의 절차를 따르게 된다. 그러나 이의신청의 요건 면에서, 신청기간이 관보공고일로부터 20일 이내라는 점, 몰수대상물 가액의 10%에 해당하는 보증금을 납입해야 한다는 점 등에서 대부분의 민사몰수는 이의신청 없이 행정몰수 단계에서 끝나고 있는 실정이어서 실효성 면에서 비판을 받는다.

몰수와 관련한 구체적인 사항들은 개별적인 법률들에 산재되어 있지만, 일반적으로는 당해 범죄행위를 위하여 거래하거나 또는 거래를 시도, 조장하기 위하여 사용되거나 사용을 시도한 재산이면서, 당해 범죄로부터 얻은 이익 또는 그로부터 유래하는 재산이라는 점을 공통으로 한다. 이 경우 재산이란 동산은 물론 부동산, 채권을 비롯한 유·무형의 모든 재산이 포함된다.

형사몰수와 민사몰수는 그 입증정도에 있어서도 현저한 차이가 있다. 형사몰수는 유죄판결을 전제로 하기 때문에 ‘합리적 의심이 없는 정도의 증명’을 필요로 하지만, 민사몰수는 상당한 이유만 있더라도 바로 몰수할 수 있다. 그러나 이에 관한 그간의 비판을 고려하여 2000년의 민사몰수개혁법(Civil Asset Forfeiture Reform Act, CAFRA)은 당해 재산과 범죄 간에 실질적인 관련성(substantial connection)이 있음을 정부가 입증하여야 한다고 명문으로 규정하고 있다.³⁷⁾

36) 미국 몰수제도에 관한 자세한 내용은 2013년 5월 13일 Charles Doyle에 의하여 제출된 미 의회 CRS보고서 참조. <https://www.fas.org/sgp/crs/misc/97-139.pdf>

37) 18 USC § 983 General rules for civil forfeiture proceedings

(c) Burden of Proof. If the Government's theory of forfeiture is that the property was used to commit or facilitate the commission of a criminal offense, or was involved in the commission of a criminal offense, the Government shall establish that there was a substantial connection between the property and the offense.

나. 민사몰수에 대하여 지속되는 비판점들

민사몰수에 대한 가장 큰 비판점은 적법절차의 원칙에 반한다는 점이다. 민사몰수의 경우 형사절차에서 피고인에게 인정되는 인권보장의 절차적 측면들이 적용되지 않는다. 예컨대 국선변호인선임요구권이나 공소장열람권, 반대신문권, 진술거부권 등의 보장이 이루어지지 않는다. 민사몰수는 절차 자체가 민사소송에 의하게 되므로, 형사절차에서 피고인의 지위가 아니며, 대인처분이 아닌 대물처분이라는 점에서 이와 같은 완화된 방식이 적용된다. 특히 증명기준에 있어서도 합리적 의심의 정도를 넘는(beyond reasonable doubt) 정도 보다 훨씬 완화된 단순히 증거의 우월(preponderance of evidence)로 충분하다고 보거나 또는 상당한 이유(probable cause)만 입증되면 족하다고 본다.

둘째, 무죄추정의 원칙에 반한다는 점이다. 모든 국민은 유죄로 확정되기 전에는 무죄가 추정되어야 한다. 그러나 민사몰수는 스스로 무죄임을 입증하기 전까지는 유죄로 추정되는 바, 민사몰수의 경우 법원이나 행정기관은 완화된 정도의 입증으로 족하고, 오히려 물건의 관리자가 범죄와 연관성이 없음을 입증하여야 하기 때문이다. 이는 무고한 소유자에게 국가를 상대로 막대한 비용의 소송을 제기하여 기몰수된 재산을 반환받아야 하는 부담을 가하기도 한다.³⁸⁾ 그러나 현재 미국의 경우 여섯 개의 주 만이 민사몰수에 있어서 소유자가 무죄로 추정되고, 주가 유죄를 입증해야만 하며,³⁹⁾ 그 외의 주들은 소유자에게 무죄추정의 원칙을 적용하지 않는다.

셋째, 민사몰수는 주 또는 연방의 강한 이윤동기부여로 인하여 형사몰수보다 쉽게 이용되기도 한다. 이에 따라 민사몰수의 규모와 급격히 증가하는 가액으로 인하여 몰수가 형사사법 정의실현을 위해서가 아니라, 국가의 이윤보장의 측면으로 기울고 있다는 강한 비판이 제기되고 있다.

법집행자, 검사를 포함한 민사몰수 지지자들은, 민사몰수가 범죄의 수익성을 감소시키고 특정범죄활동에 요구되는 자산을 원천 제거함으로써 범죄와의 투쟁에 본질적인 수단이라고 본다.⁴⁰⁾ 특히 마약밀매나 판매, 도박과 조직범죄 등과 같이 재정

38) <http://www.ij.org/miforf>

39) Williams, Holcomb and Kovandzic, Asset Forfeiture Report: Part I, <http://www.ij.org/part-i-policing-for-profit-2>

적으로 동기화된 범죄에 있어서 그 보상을 축소시킴으로 인하여 매우 효과적이라고 본다.⁴¹⁾ 또한 민사몰수가 공공의 이익보호와 범죄피해자보상기금 마련이라는 의미에서 선이며, 관련 법률이 학교자금조달, 약물치료 및 교육프로그램에의 전환을 허용할 경우에는 보다 효과적이며,⁴²⁾ 그 밖에도 주요한 법집행활동의 자원으로서 유용하다고 본다.⁴³⁾

반면, 이를 반대하는 입장에서는 법집행활동에 있어서 잠재적인 재정적 이익의 유흥과 몰수절차중 최우선 이용도의 점에서 비판한다. 민사몰수의 막대한 재정적 인센티브와 부동산 소유자에 대한 보호제한이 남용의 결과를 초래한다는 것이다. 법집행기관은 “이익을 위한 치안”(police for profit)⁴⁴⁾이라고 불리우는 거대한 재정적 인센티브를 현실적으로 대면하기 때문이다. 실제로 미국의 경우 50개 주에서 민사몰수된 재정이 법집행목적에 위하여 광범위하게 유용될 수 있다. 현재 단지 8개 주에서만 법집행기관에 의한 몰수자산 이용이 제한되고 있을 뿐, 나머지 42개주에

40) 미 법무부에 따르면 민사몰수 프로그램의 기본적인 목적은 “민사몰수의 허용을 통한 범죄조직의 교란, 손상 그리고 해체에 의한 범죄예방 및 축소이다. 이는 마약밀매자들, 폭력단, 그리고 기타 교역을 통하여 암적으로 흘러들어간 자금과 수단의 범죄적 통합을 허용하지 않음으로서 성취된다”고 한다. United States Department of Justice. Asset forfeiture fund and seized asset deposit fund annual financial statement: Fiscal Year 2007. Washington, DC, p. 3.

41) Benson, B., Rasmussen, D., & Sollars, D. (1995). Police bureaucracies, their incentives, and the war on drugs. *Public Choice*, 83, pp. 21-45; Blumenson, E. & Nilsen, E. (1998). Policing for profit: The drug war's hidden economic agenda. *University of Chicago Law Review*, 65, pp. 35-114; Edgeworth, 2008; Hadaway, B. (2000). Executive privateers: A discussion on why the Civil Asset Forfeiture Reform Act will not significantly reform the practice of forfeiture. *University of Miami Law Review*, 55, pp. 81-121.

42) Williams, M. (2002). Civil asset forfeiture: Where does the money go? *Criminal Justice Review*, 27, pp. 321-329.

43) Edgeworth, D. (2008). Asset forfeiture: Practice and procedure in state and federal courts. Chicago: American Bar Association에 따르면 법집행기금은 다음과 같은 6개의 일반영역에 전용될 수 있다고 본다: 지역사회 경찰활동과 마약단속활동과 관련한 초과근무를 위한 개인적 용도, 장비구입, 대책위원회 활동에 임명된 공무원들에게 지급되는 연방기금에의 투입, 정보제공자 보상금, 마약작전을 위한 자금매수, 그리고 훈련이나 교육적 비용과 마약교육프로그램과 같은 기타 활동이 그것이다.

44) Duffy, M. (2001). Note: A drug war funded with drug money: The federal civil forfeiture statute and federalism. *Suffolk University Law Review*, 34, pp. 511-540; Worrall, J. (2004). The Civil Asset Forfeiture Reform Act of 2000: A sheep in wolf's clothing? *Policing: An International Journal of Police Strategies and Management*, 27, pp. 220-240.

서는 최소한 50퍼센트 이상이 법집행기관으로 몰수된 자산이 이동되며, 그 중 26개 주는 그 비율이 100퍼센트라는 점이 이를 반증한다.⁴⁵⁾

3. 개정법안과 민사몰수제도의 차이

우선 민사몰수가 행정몰수와 사법몰수를 구분하고 있는 바, 개정법안은 공소제기가 없더라도 법원의 선고를 절차로 한다는 점에서 행정몰수와는 다른 형태이다. 사법몰수인지 여부는 미국의 사법몰수가 선 압수 후 판결의 형태를 띠고 있는 반면, 개정법안의 몰수는 법원의 선고를 통해서 몰수여부를 선 판단한다는 점에서 그 절차를 달리한다.

또한 공소제기 없는 몰수라 하더라도, 범죄성립에 있어 최소한의 요건으로 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 의한 불법행위의 존재가 전제되어야 한다. 반면 사법몰수는 증거의 우월(preponderance of evidence) 또는 상당한 이유(probable cause)의 증명으로 족하다는 점에서 차이가 있다. 또한 입증책임과 관련하여 비록 민사몰수개혁법(Civil Asset Forfeiture Reform Act, CAFRA)이 몰수 집행기관이 당해 재산과 범죄 간에 실질적인 관련성에 관한 입증책임이 있음을 명시하고 있더라도 기관은 관련성까지만 입증하면 족하며, 반대당사자인 소유권자가 범죄와 관련성이 없음을 입증하지 못하면 반환받을 수 없다는 점에서 차이가 있다. 즉, 입증책임의 귀속원리 역시 다르다.

특히 민사몰수에 대한 미국사회의 강력한 반대의 목소리는 민사몰수가 형사사법상의 본질적인 근간인 무죄추정의 원칙과 적법절차의 원칙에 심각한 침해를 양산한

45) Sorens, J., Muedini, F., & Ruger, W. (2008). State and local public policies in 2006: A new database. *State Politics and Policy Quarterly*, 8, pp. 309-326. 민사몰수된 자산에 대한 법집행기관의 이용이 제한되는 주는 인디애나, 마이애미, 메릴랜드, 미주리, 노스 캐롤리나, 노스 다코타, 오하이오, 버몬트 8개 주이며, 50%가 법집행기관으로 이동하는 주는 콜로라도, 위스콘신주이다. 60%를 사용하는 주는 코네티컷, 뉴욕이며, 오레곤주는 63%, 캘리포니아는 65%, 네브라스카는 75%, 루이지애나주와 미시시피주는 80%, 플로리다는 85%, 일리노이, 미네소타, 뉴햄프셔, 로드 아일랜드, 텍사스 주는 90%를 유용한다. 또한 알래스카, 앨라배마, 아칸사스, 애리조나, 델러웨어, 조지아, 하와이, 아이다호, 아이오와, 캔자스, 켄터키, 매사추세츠, 미시건, 몬타나, 네바다, 뉴저지, 뉴 멕시코, 오클라호마, 펜실베이니아, 사우스 다코타, 네테시, 유타, 버지니아, 워싱턴, 웨스트 버지니아, 야오밍 주는 몰수된 자산 100% 전부를 법집행기관이 사용한다.

다는 점을 전제로 한다. 그런데 우리 형사사법의 역사가, 국가형벌권 발동에 의한 인권침해로부터의 보호가 주된 개혁의 흐름이었다는 점을 감안한다면, 이와 같이 형사사법상의 본질적 원리에 대한 침해의 우려가 있는 제도를 무비판적으로 수용할 수는 없다. 이러한 점에서는 개정법안이 민사몰수제도 특히 사범몰수제도를 원형 그대로 도입하지 않고, 형사절차 내에 몰수제도를 여전히 유지하면서 그 적용에 있어서도 행위의 불법성을 전제로 한 것은 사범징의상 의미 있는 방안이라고 판단된다.

V. 개정법안상 공소제기 없는 몰수의 적용범위

1. 유죄의 재판을 하지 않는 경우

가. 불법성은 인정되나 책임조각사유에 해당하는 경우

개정이유에서는 형선고 없이 몰수할 수 있는 경우를 책임무능력자나 형사미성년자 등에 대하여 무죄판결을 할 경우라고 설명하고 있다.⁴⁶⁾ 객관적으로 불법성이 인정되는 행위는 공범의 종속성의 시작점이 될 뿐만 아니라 몰수의 시작점이기도 하다. 즉, 유죄판결을 하지 아니하는 때의 몰수에서, 구성요건에 해당하지 아니하거나 위법성이 조각되지 아니하는 경우는 배제된다고 보아야 한다. 이는 몰수의 법적 성격과도 관련되는 바, 몰수가 오로지 형벌로서의 성격만을 가지고 있다면 책임이 부정되는 경우에도 예외 없이 몰수를 할 수 없다고 해석하여야 한다. 따라서 책임 없는 자의 몰수는 보안처분적 성격으로부터 도출된다고 보아야 한다.

그 결과 우리 형법상 유죄판결 없는 몰수란 최소한 불법성이 인정되지만 책임 없는 자에 대한 몰수라고 하여야 한다. 그러나 후술하는 바와 같이, 소송경제상 책임조각사유에 해당하는 자는 이미 무죄가 명백한 자로서, 공소제기의 실효성이 없다는 점에서 공소제기 없는 몰수를 인정하는 이상 책임조각사유에 해당하는 자에 대

46) 법무부, 앞의 책, 82면.

한 공소제기는 불필요한 절차이다. 따라서 개정법을 적용할 때에는, 유죄의 재판을 하지 않는 경우에서 이와 같은 사유를 배제하여야 할 것이다.⁴⁷⁾

나. 공소기각 판결 또는 면소판결 사유에 해당하는 경우

앞서 살펴본 결과 ‘유죄의 재판을 하지 아니하거나’는 책임조각사유에 해당하는 자를 제외한 경우로 한정해야 하는 바, 공소기각판결이나 면소판결을 함으로써 유죄의 판결을 하지 않는 경우로 제한 해석할 필요가 있다.

우선 형사소송법 제327조 및 328조의 공소기각사유 중에서도 인적 사유에만 한정된다. 공소제기 후 당사자 능력이 상실된 경우로, 예컨대 피고인이 사망한 경우이다. 동조 제2호는 피고인인 법인이 존속하지 아니하게 되었을 때를 규정하고 있는 바, 형법상으로는 법인을 처벌하는 양벌규정이 존재하지 않는다는 점에서, 형법상의 범죄에는 적용할 수 없고, 몰수특례규정을 두지 않는 특별법상 양벌규정에 적용될 수 있다.

친고죄나 반의사불벌죄의 경우, 공소제기 이전에 고소가 없거나 처벌불원의사표시가 있는 경우에는 공소제기 없는 몰수에 해당할 것이나, 이미 공소제기 후에 고소 취소가 있거나 처벌불원의 의사표시가 철회되는 경우에는 공소기각판결을 하여야 하나, 몰수는 선고할 수 있다고 보아야 한다.

면소판결의 경우에는 형사소송법 제326조의 사유 중 형의 언도를 받지 않은 자에 대한 일반사면의 경우⁴⁸⁾, 이미 공소시효가 완성된 범죄에 대하여 공소제기 된 경우 등이 해당된다. 다만 동조 제4호의 범죄 후 법령의 개폐로 형이 폐지되었을 때에 관하여 판례⁴⁹⁾는 동기설의 입장에 따라, 법률이념의 변경에 따라 종래의 처벌 자체가 부당하였거나 또는 과중하였다는 반성적 고려에서 법령을 개폐하였을 때에만 면소판결을 하고 있다. 한시법이든 아니든 법률의 폐지는 추급효를 부정함이 타당⁵⁰⁾

47) 다만, 치료감호 등 유죄판결 없이 보안처분만 선고하는 경우에는 예외적으로 이에 해당할 수 있다.

48) 大判 2000. 2. 11, 99도2983.

49) 大判 1978. 2. 28, 77도1280. 형법 제1조 제2항이나 형사소송법 제326조 제4호의 규정은 법률이념의 변경에 따라 종래의 처벌자체가 부당하였거나 또는 과형이 과중하였다는 반성적 고려에서 법령을 개폐하였을 경우에 신법이 적용된다고 하는 것이므로 단순히 경제사정에 따라 법령을 개폐한 것과 같은 경우에는 행위시법령이 적용된다.

하다는 점에서 언제든지 면소판결을 하여야 한다. 다만, 몰수가 ‘대인적’ 처분이 아닌 ‘대물적’ 처분이라는 성격을 고려한다면, 이와 같은 사유로 면소판결을 하더라도 대상물을 범죄에 공여하였었다는 사실관계가 변하지 않는다는 점 및 유사 범죄에의 제공위험성이 존재한다면 몰수만을 선고할 수 있다고 보아야 할 것이다.

2. 공소제기 없는 몰수의 한계

1992년 형법개정안 제안이유서 제88조에서 공소제기 없는 몰수가 처음 제안되었다. 동 제안서에서는 공소를 제기하지 아니할 경우란, 정신장애자로 치료감호만이 청구된 경우 이외에도 범인을 기소유예하거나 범인의 사망 기타 소재불명으로 공소제기를 할 수 없는 경우를 포함한다고 설명하고 있다.⁵¹⁾

이는 미국의 민사몰수제도 또는 독일의 독립몰수제도와 비교하여 그 범위를 고려하여야 할 것이다. 미국의 민사몰수제도는 행정몰수를 포함하는 바, 비록 불법재산이라고 하더라도 사법기관이 심사 없이 수사기관이 행정절차만으로 개인의 사유재산을 박탈할 수 있을 뿐만 아니라, 그 범위 역시 범죄와의 관련성 또는 개연성만으로도 충분히 몰수의 요건을 갖추게 된다. 즉, 행정몰수는 개인의 재산권이나 권리보장을 지나치게 축소하는 경향을 가진다. 사법몰수 역시 법원의 심사를 거친다는 점에서는 행정몰수보다 그 요건이 엄격하다고 볼 수 있지만, 본질적으로는 범죄통제라는 명목 하에 개인의 재산권에 대한 광범위한 침해를 인정하게 된다는 점에서 비판을 면할 수는 없다.⁵²⁾

독일의 독립몰수제도는 박탈의 독립명령을 명문화함으로써, 사후 가액의 박탈 또는 몰수 명령을 통해서 사후에도 박탈 또는 몰수를 명할 수 있다. 즉, 규정상 법문의

50) 추급효 부정의 자세한 근거는 김성돈, 형법총론, 84-85면 및 이승호, “형법의 시간적 적용범위에 관한 동기설의 문제점”, 형사판례연구(6), 한국형사판례연구회, 1998, 23면 이하 참조.

51) 법무부, 형법개정법률안 제안이유서, 1992/10, 95-96면.

52) Mary M Cheh, Constitutional Limits on Using Civil Remedies to Achieve Criminal Law Objectives : Understanding and Transcending the Criminal-Civil Law Distinction, 42 Hastings L. J., 1991, p. 1325; Russell Squire/Susannah Ostlund (2012). RACKETEER INFLUENCED AND CORRUPT ORGANIZATIONS, American Criminal Law Review 49 Am. Crim. L. Rev. 1157, p. 1168.

조건중의 하나가 충족되거나 알려지게 되었으나 그 전부를 집행 할 수 없으면 또는 그 일부만을 집행할 수 있게 된 경우에, 법원은 사후라도 그 가액의 박탈 또는 몰수를 명할 수 있다.

박탈의 독립명령은 박탈 및 몰수의 요건이 독립적으로 존재하는 경우에 예외적으로 범인의 기소여부에 상관없이 독립적인 처분이 가능하도록 하는 것이다. 사실상의 이유로 특정행위자에 대한 형사소추나 그에 대한 형의 선고가 불가능한 경우(제76a조 제1항) 및 범죄행위에 대한 공소시효가 완성된 경우 기타 법률상의 이유에 의하여 특정인에 대한 형사소추가 불가능하고 법률에 특별한 규정이 없는 경우(동조 제2항)에는 독립몰수가 가능하다. 제76a조 제1항의 독립몰수절차는 특정 피고인에 대한 절차가 아니라 물건에 대한 효과로서 독자적인 몰수명령이지만, 최소한 실체법상의 소추가능성은 존재해야만 한다. 제76a조 제1항의 독립몰수는 우월적 예방 혹은 원상회복에 그 의의가 있으므로, 오로지 징벌을 이유로 한 독립몰수는 할 수 없다.⁵³⁾ 독일형법 제76a조 제2항의 독립몰수는 실체법상의 형사소추가능성과 판결장애가 있는 경우에도 허용되지만 범행의 위법성 여부와의 관련성, 물건의 위험성이 결여되는 경우에는 독립몰수가 허용될 수 없다. 제76a조 제2항의 독립몰수는 기본적으로 보안처분적인 성질을 가진 것이므로 행위자관련요건을 특별히 요구하지 않으며, 대상물건에 대한 보안의 이익이 있으면 된다. 독립몰수명령을 발할 것인가는 법원의 재량에 있다. 즉, 특정인에 대한 불기소가능성은 절차요건으로서 그 존부에 대하여 법원이 심사한다. 이 경우에 법원은 직권으로 자유심증주의에 따라 심사한다.⁵⁴⁾

이러한 점을 고려할 때 공소제기 없는 몰수는 범죄행위에 대한 실체법상 불법성은 합리적인 의심이 없는 정도로 존재하나, 형사절차상 공소에 필요한 절차적 요건을 실질적 또는 형식적으로 구비하지 못한 경우로 한정된다.

53) Schönke/Schröder/Eser, StGB § 76a, Rn 12.

54) 이에 관한 보다 자세한 내용은 정현미, 앞의 책, 68면 이하 독일의 박탈제도에 관한 설명 참조.

3. 공소제기 없는 몰수의 구체적 적용범위

가. 공소제기의 요건을 모두 갖춘 경우

1) 기소유예 처분의 경우

범죄의 성립요건을 모두 갖추었고 공소제기의 실질적, 형식적 요건도 구비하였으나, 기소유예처분을 하는 경우이다. 기소편의주의를 취하는 우리 형사소송법상 검사는 범죄의 요건을 갖추었다고 하더라도, 행위자 관련적 속성과 행위 관련적 속성 및 피해자 관련적 속성을 종합적으로 고려하여 기소여부를 결정할 수 있다. 따라서 행위자의 재범위험성이 영에 가깝거나, 피해가 극히 경미하여 사법절차로의 이행이 불필요한 경우 등에는 기소유예처분을 하더라도, 몰수의 요건을 갖춘 재산에 대하여는 독립적으로 몰수할 수 있다.

2) 가정법원 소년부 송치의 경우

범죄의 성립요건을 모두 갖추었고 공소제기의 요건도 구비하였으나 행위자가 소년법의 적용을 받는 자로서 가정법원 소년부 송치를 하는 경우이다. 소년법 제50조에 따르면 만 19세 미만자의 경우 범죄를 범하였더라도 보호처분에 해당할 사유가 있을 때에는 소년부 송치를 결정할 수 있다. 소년부에서는 단독판사가 제32조의 각 보호처분을 할 수 있는 바, 이는 보안처분에 해당하지만 당해 소년의 신변에 관한 인적 처분이다. 이 경우에도 독립적으로 몰수를 선고할 수 있는지 판단하여야 하는 바, 소년법 제34조⁵⁵⁾ 몰수규정과 관계문제로 귀결된다. 소년법 제34조는 현행 형법 제48조 몰수규정의 복사본이다. 범죄에 해당하지만, 보호처분의 필요성으로 소

55) 제34조(몰수의 대상) ① 소년부 판사는 제4조제1항제1호·제2호에 해당하는 소년에 대하여 제32조의 처분을 하는 경우에는 결정으로써 다음의 물건을 몰수할 수 있다.

1. 범죄 또는 형벌 법령에 저촉되는 행위에 제공하거나 제공하려 한 물건
 2. 범죄 또는 형벌 법령에 저촉되는 행위로 인하여 생기거나 이로 인하여 취득한 물건
 3. 제1호와 제2호의 대가로 취득한 물건
- ② 제1항의 몰수는 그 물건이 사건 본인 이외의 자의 소유에 속하지 아니하는 경우에만 할 수 있다. 다만, 사건 본인의 행위가 있을 후 그 정을 알고도 취득한 자가 소유한 경우에는 그러하지 아니하다.

년부송치가 결정된 사건이라도, 범죄에 공여한 물건에 대한 몰수의 필요성은 여전히 남아있게 되므로, 대물적 처분으로서 몰수규정이 소년법에도 존재한다. 다만, 개정법안상의 몰수와 비교하여 볼 때, 그 범위가 매우 협소하므로 개정법안의 통과와 동시에 소년법상의 몰수규정을 개정하지 않는 한은 인적 처분과 대물적 처분을 분리하여, 몰수는 형사법원에서 행함이 불가피할 것이다. 가장 바람직한 방법은 개정법안과 소년법상의 몰수규정의 일치화이다.

3) 포괄일죄 및 유사 범죄의 경우

포괄일죄와 같이 다수의 독립된 행위가 포괄하여 단일의 범죄로 취급될 때 개별행위에 대한 범죄행위 요건을 특정하기 어려운 경우이다. 예컨대 집합범이나 영업범의 경우 등과 같이 개별사실들이 포괄일죄의 관계에 있지만, 개별행위들을 특정하여 그 범죄에의 제공 또는 취득 여부를 분리하여 증거수집 등을 하기 어려운 경우에, 특정 행위만을 포착하여 이를 공소사실로 구성하고 기소하면서 현실적으로는 공소제기 되지 않은 잠재적 심판범위에 해당하는 모든 범위에서 몰수가 가능해 질 것이다.⁵⁶⁾

나. 공소제기 요건이 결여된 경우

1) 위법성은 인정되나 책임조각사유에 해당하는 경우

행위의 불법성은 인정되지만 책임요건의 결여로 인하여 공소제기를 하여도 무죄의 재판이 확정될 것이 명백한 경우이다. 지금까지는 이 때에도 몰수선고를 받기 위하여 공소제기를 하였으나, 이러한 절차는 오로지 몰수재판을 위한 소송경제상 불필요한 형식적 절차에 불과하였으므로 공소제기 없는 몰수를 인정하게 된다면 책임 없는 자에 대하여는 이러한 절차를 생략하여 공소제기 없이 몰수만을 선고할 수 있게 될 것이다.

56) 박미숙/김성규, 추징금징수의 실효성 확보를 위한 법제도 정비방안, 한국형사정책연구원, 2008. 172면은 약물범죄 등에 있어서 기소된 사실의 범위 내에서 증거로 인정된 범죄될 사실로부터 취득한 물건에 대해서만 몰수할 수밖에 없는 현행법상으로는 조직적이고 계속적인 범죄행위에 적절히 대처할 수 없는 문제점을 제기하면서 독립몰수제도의 도입에 의한 보안방안을 제시하고 있다.

반면 실체법상 책임능력 이외의 요건 예컨대 중지미수나 불능미수에 있어서 책임 면제사유가 존재하는 경우, 기대불가능성 등의 책임조각사유가 존재할 경우에는, 그러한 실체법적 형벌부과의 결여요건이 존재하는가 여부는 반드시 법원에 의한 판단을 거쳐야 하므로 이러한 이유로 선불리 공소제기 없이 몰수의 선고만을 하여서는 아니될 것이다. 공소제기 없는 몰수란 행위에 대한 공소권의 박탈을 의미하는 것은 아니므로 무죄의 재판을 받음으로 인하여 장래 사법절차로부터 완전히 배제되어 법적 안정성을 확보할 수 있는 가능성, 즉 범죄행위자의 재판을 받을 권리를 침해할 우려가 있기 때문이다. 한편 불가벌적 미수, 불가벌적 중지 등의 경우에는 애초부터 가벌적 행위를 인정할 수 없으므로 비보안처분적 독립몰수는 허용되지 않는다고 보는 견해가 있다.⁵⁷⁾ 외적으로 범죄행위의 실행의 착수가 있었지만, 형식적으로 미수 처벌규정이 없다면 처음부터 공소제기의 가능성이 없는 경우일 뿐만 아니라 행위의 가벌성이 처음부터 배제되는 경우이므로 외적인 행위의 불법성을 인정할 수 없는 경우로 보아, 구성요건해당성과 불법성을 갖추지 못하였다는 점에서 몰수의 대상이 아니라고 보아야 할 것이다.

2) 기소중지 또는 참고인증지 등의 경우

실체법상 범죄의 성립요건은 모두 갖추었으나 수사과정의 사실상의 이유로 인하여 공소제기가 불가능한 경우이다. 예컨대 범죄행위자의 소재불명 등으로 인하여 기소중지의 결정이 내려졌거나 피해자 등 중요한 참고인의 파악이 불가능하여 참고인증지 결정이 내려진 경우이다. 이런 경우의 몰수는 보안처분적 성격을 갖는다고 볼 수 없다는 견해⁵⁸⁾도 있으나 개정법안상의 몰수는 보안처분으로서 대상물 자체의 고유의 위험성을 인정하는 것으로 보아야 한다. 따라서 개정법안 상의 몰수가 그 진정한 의미를 가지기 위하여는 기소중지나 참고인증지와 같이 형사소추의 가능성이 있지만, 사실상 형사소추를 할 수 없는 경우에도 몰수만을 선고할 수 있다고 보아야 할 것이다. 이는 몰수하지 않는 경우 당해 물건의 범죄에의 재 제공위험성을 기초로 하기 때문이다.

57) 정현미, 앞의 책, 147면.

58) 정현미, 앞의 책, 147면.

3) 범죄행위자의 사망

공소제기의 실질적 요건을 구비하지 못한 경우로서, 예컨대 범인의 사망이 여기에 해당한다. 공소제기 중에 행위자가 사망하였다면 법원은 공소기각 결정(형사소송법 제328조 제1항 제2호)을 해야 하므로 실체재판이 불가능하다는 점에서 몰수가 형벌의 일종이라면 몰수선고도 불가능하다. 또한 공소제기 전에 행위자가 사망하였다면 공소제기가 불가능하다. 그럼에도 불구하고 대상물이 범죄에 제공됨으로 인하여 재범위험성이 있다면 대상물이 가지는 고유의 속성을 근거로 몰수할 수 있다고 보아야 한다. 그 결과 행위자 사망의 경우에는 형사절차 진행 중이든 공소제기 전이든 대상물을 몰수할 수 있다고 보아야 한다.⁵⁹⁾

4) 범죄행위자의 불명확 또는 불특정

범죄에 공여한 것임에 분명하나 범죄행위자를 특정하기 어려운 경우이다. 전형적인 대물적 보안처분으로서, 그 사례는 국제연합마약범죄사무소(UNODC)가 행하는 “유죄판결을 기초로 하지 않은 비형벌자산회수(Non-Conviction Based Asset Forfeiture; NCB)”로부터 찾을 수 있다. NCB 회수가 가능한 요건은 범죄행위자의 도주, 사망 또는 확정판결전 사망가능성이 있는 경우, 형사처벌 면제, 범법자를 모르는 상태에서 자산만 발견되었을 경우 및 범죄수익인지 알면서 이를 수수보관하고 있는 자에게서 몰수하는 경우와 유죄판결을 받을 만한 증거를 확보하지 못한 경우 등이라고 한다.⁶⁰⁾ 특히 범법자를 모르는 상태에서 자산만 발견되었을 때 NCB 회수가 가능하다는 이점으로 인하여 국제연합마약범죄사무소는 NCB 회수를 각국에 적극적으로 도입 권고하였다. 이와 유사하게 개정법안에 철저히 대물적 보안처분으로서의 역할을 기대한다면, 범죄행위자를 특정하지 못하는 상태에서 범죄에 공여한 대상물만 발견되었을 때에도 공소제기 없는 몰수가 가능하다고 보아야 한다.

59) 반면 정현미, 앞의 책, 147면은 사망으로 인하여 실체법상 소추가능성 자체가 없어지기 때문에 독립적으로 몰수를 인정할 수 없다고 본다.

60) 이하의 내용은 김희균, 앞의 논문, 62-64면으로, 당해 논문에서는 NCB에 관하여 자세히 소개하고 있는 바, Theodore S. Greenberg et. al., Stolen Asset Recovery, The World Bank, 2009, available at http://www.unodc.org/documents/southerncone/Topics_corruption/Publicacoes/2009_Stolen_Asset_Recovery.pdf 에 기초하고 있다.

5) 소추조건의 결여

공소제기의 형식적 요건을 갖추지 못한 경우이다. 친고죄에서 고소가 없거나 반의사불벌죄에 있어서 공소제기 전에 피해자의 명시적 불처벌의사가 존재하는 경우이다. 이때에도 범죄의 실체법적 요건을 모두 구비하였다는 점에서는, 공소제기가 불가능하다고 하더라도 독립적으로 몰수만을 선고할 수 있다고 보아야 한다. 인적 처벌조각사유가 존재하는 경우 또는 객관적 처벌조건이 결여된 경우도 마찬가지이다.

6) 공소시효의 완성

공소시효가 완성되어 소추가 불가능한 경우이다. 이때에도 행위는 실체법적 요건을 모두 갖추었으므로 독립하여 몰수만을 선고할 수 있다고 보아야 한다. 사면의 경우에도 또한 같다. 이처럼 공소제기 없는 몰수란 대상물 자체가 가지는 고유의 위험성을 몰수의 원인으로 파악한다는 점에서 행위가 최소한 실체법상 구성요건해당성과 위법성이 인정된다면, 그 밖의 실체법적 요건 또는 절차법적 요건의 결여로 인하여 유죄판결이 사실상 불가능한 경우에 그 실질적 효과를 가질 것으로 기대된다.

Ⅵ. 나가며

몰수는 범죄자로부터 범죄유인동기가 되고 있는 경제적인 기반을 박탈하고 범죄수단 또는 그 이익을 근본적으로 고갈시키는 효과를 수반한다는 점에서 범죄대응을 위한 가장 효과적인 대책이 될 수 있다. 이는 특별예방적 목적뿐만 아니라, 그 어떠한 경우에도 범죄로 인한 수익을 행위자가 보유할 수 없음을 수범자들에게 인식시킴으로써 일반예방적 목적달성의 효과도 기대할 수 있다는 점에서, 주형에 해당하는 형벌만큼이나 형사정책적으로 중요한 의미를 가진다. 그리고 개정법안은 이러한 형사정책적 목적을 효과적으로 달성하기 위하여 몰수의 형벌적 성격을 배제하였다.

몰수의 형벌적 성격의 배제는 특히 책임원칙과 관련하여 몰수부과를 보다 관대하게 실행할 수 있는 단초가 된다. 만일 몰수가 형종의 성격을 여전히 가지게 된다면

행위로 인한 책임의 총체를 주형과 몰수로 어떻게 나눌 것인가의 문제와 정면으로 부딪히기 때문이다. 이러한 의미에서 개정법안은 몰수를 대물적 보안처분의 성격으로 한정하였을 뿐만 아니라 여기에 징벌적 성격까지도 추가하여 그 대상범위를 확대한 것으로 평가된다. 또한 각종 몰수특별법상의 적용범위와 일치시키고자 노력함으로써 향후 산재되어 있는 몰수특별법과의 통합의 발단이 될 것으로 기대된다.

그리고 형법개정안이 통과되더라도 몰수를 어느 범위까지 적용할 것인가는 여전히 해석의 문제로 남아있다는 점에서, 본 논문은 몰수의 법적 성격과 그 적용범위를 설정 또는 한정하고자 하였다. 우선 그간 도입여부에 있어서 활발히 논의되었던 미국법상의 민사몰수와 개정법안상의 몰수는 그 원리나 적용 면에서 상당한 차이가 있다. 따라서 개정법안은 민사몰수 특히 사법몰수의 도입이라고 평가하기에는 매우 무리가 있어 보인다. 다음으로 몰수의 적용범위로서 유죄의 재판을 하지 않는 경우와 공소제기 없는 몰수에 대하여 구체적으로 그 범위를 설정하고자 하였다.

여기에서는 언급하지 않았지만, 다음으로 해결해야 하는 문제는 어떠한 법적 절차를 통하여 공소제기 없는 몰수를 선고하고 집행할 것인가이다. 개인적으로는 현재 각종 몰수특별법이 규정하고 있는 몰수절차의 유추적용이 해결방법이라고 판단된다. 몰수의 선고와 집행은 절차법의 영역이므로 유추적용이 허용될 뿐만 아니라, 몰수특별법들은 그러한 절차에 대하여 일관되고 공통적인 절차규정을 두고 있기 때문이다. 이는 본 논문에서는 별론의 문제이지만, 개정법안상의 몰수의 적용범위를 설정하였다면 다음의 과제는 일반형법과 각종 몰수특별법과의 통일을 통한 단일의 몰수절차법을 구성할 것인가의 문제라고 보여 진다.

참고문헌

〈국내문헌〉

- 강철하, “범죄수익발탈제도의 문제점 및 개선방향”, 법조 제661호, 법조협회, 2011/10
- 김대휘, “징벌적 추징에 관하여”, 형사판례연구 제8권, 한국형사판례연구회, 2000
- 김성돈, 형법총론, 성균관대학교출판부, 2009
- 김일수/서보학, 형법총론, 박영사, 2014
- 김희균, “민사몰수제도의 도입에 관한 연구”, 피해자학연구 제19권 제1호, 2011/4
- 도중진, “몰수형의 문제점과 개선방안”, 형사법연구 제20권 제1호, 한국형사법학회, 2008/3
- 박미숙, “몰수의 범위와 몰수에 관한 법령의 단일화”, 형사법연구 제22호 특집호, 한국형사법학회, 2004
- 박미숙, “몰수특례법상 불법재산의 추정과 법치국가적 한계”, 형사정책연구 제15권 제1호, 2004/봄
- 박미숙, 독립제재로서 범죄수익몰수제도의 정비, 한국형사정책연구원, 2003
- 박미숙/김성규, 추징금징수의 실효성 확보를 위한 법제도 정비방안, 한국형사정책연구원, 2008
- 박상기, 형법총론, 박영사, 2012
- 배종대, 형법총론, 홍문사, 2013
- 법무부, 형법(총칙) 일부개정법률안 제안이유서, 2011/4,
- 서보학, “형법상 범죄수익몰수의 필요설과 법치국가의 한계”, 안암법학 제5호, 고려대학교 법학연구소, 1997
- 손동권, “현행 보안처분제도의 정당성에 관한 연구”, 일감법학 제7권, 건국대학교 법학연구소, 2002
- 신동운, 형법총론, 법문사, 2012
- 신영호, “몰수의 법적 성격에 관하여-징벌적 몰수·추징의 개념사용을 보며”, 법학연구 제41권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2000/12

오영근, 형법총론, 박영사, 2014

이경재, “미국에서의 약물거래수익의 몰수”, 형사정책연구 제4권 제3호, 1993/가을
이경재, “한국과 일본의 몰수제도에 관한 비교법적 연구”, 형사정책 제10호, 한국형
사정책학회

이기현, “미국의 몰수제도”, 사회과학논문집 제14권 제1호, 명지대학교 사회과학연
구소, 1998/12

이동명/송태종, “불법수익몰수제도의 형사법적 연구”, 법학연구 제23집, 이송기획인쇄,
2006/8

이상원, “몰수의 법적 성격”, 비교형사법연구 제6권 제2호, 한국비교형사법학회,
2004

이상원, 몰수의 제한법리에 관한 연구-비례원칙을 중심으로, 서울대 박사학위논문,
2004

이승호, “형법의 시간적 적용범위에 관한 동기설의 문제점”, 형사판례연구(6), 한국
형사판례연구회, 1998

장준오/유병규/도중진, 자금세탁 범죄수익 몰수기금의 설립과 활용방안에 관한 연구,
한국형사정책연구원, 2003

정현미, 몰수·추징제도의 비교법적 고찰 및 개선방안, 법무부, 2009

칸트사전, 도서출판 b, 2009

황일호, “징벌적 몰수추징의 법적 문제”, 중앙법학 제10집 제2호, 중앙법학회, 2008

〈외국문헌〉

Asset forfeiture fund and seized asset deposit fund annual financial statement:
Fiscal Year 2007. Washington, D.C.

Benson, B., Rasmussen, D., & Sollars, D., Police bureaucracies, their incentives,
and the war on drugs. Public Choice, 83, 1995

Blumenson, E. & Nilsen, E., Policing for profit: The drug war's hidden economic
agenda. University of Chicago Law Review, 65, 1998

- Charles Doyle, CRS Reports, 2013/5 <https://www.fas.org/sgp/crs/misc/97-139.pdf>
- David Feldman, Criminal Confiscation Orders, London: Butterworths, 1988
- Duffy, M., Note: A drug war funded with drug money: The federal civil forfeiture statute and federalism. Suffolk University Law Review, 34, 2001
- Edgeworth, D., Asset forfeiture: Practice and procedure in state and federal courts. Chicago: American Bar Association, 2008
- Hadaway, B., Executive privateers: A discussion on why the Civil Asset Forfeiture Reform Act will not significantly reform the practice of forfeiture. University of Miami Law Review, 55, 2000
- Mary M Cheh, Constitutional Limits on Using Civil Remedies to Achieve Criminal Law Objectives : Understanding and Transcending the Criminal-Civil Law Distinction, 42 Hastings L. J., 1991
- Russell Squire/Susannah Ostlund, RACKETEER INFLUENCED AND CORRUPT ORGANIZATIONS, American Criminal Law Review 49 Am. Crim. L. Rev. 1157, 2012
- Sorens, J., Muedini, F., & Ruger, W., State and local public policies in 2006: A new database. State Politics and Policy Quarterly, 8, 2008
- Theodore S. Greenberg et. al., Stolen Asset Recovery, The World Bank, 2009
- Williams, Holcomb and Kovandzic, Asset Forfeiture Report: Part I , <http://www.ij.org/part-i-policing-for-profit-2>
- Williams, M., Civil asset forfeiture: Where does the money go? Criminal Justice Review, 27, 2002
- Worrall, J., The Civil Asset Forfeiture Reform Act of 2000: A sheep in wolf's clothing? Policing: An International Journal of Police Strategies and Management, 27, 2004

The interpretation and execution procedure of forfeit without prosecution in a new criminal law amendment *

Kim Hye-kyung**

In the draft criminal law amendment in 2011 was revised about forfeiture without prosecution innovatively. It means that Korea just came to recognize the necessity of controls on these issues and made specific statutes related on forfeiture. Non-conviction based asset forfeiture is irreconcilable with current law because forfeiture is a kind of punishment now. So, existing criminal law system shouldn't forfeit of one's assets who has one's indictment suspended or is sent to a Juvenile Court, or was dead, or is statute-barred and so forth. But in the draft criminal law amendment in 2011, by bringing on forfeiture without prosecution, it will be realistic and effective for crime deterrence.

In spite of such that effect, forfeiture without prosecution includes some legal problems. For example, is the legal nature of that system penalty or handling of public security? Secondly, Is which area possible to the application of that system. And if forfeiture without prosecution is imposed, how is that realized through special procedure.

Therefore, the focus of this study is to analyze the forfeiture systems regarding the criminal justice and to reflect on the limit under current legal systems and to consider necessity of the forfeiture without prosecution at the same time.

❖ Keyword: forfeiture, civil forfeiture, additional collection, judicature forfeiture, deprivation of criminal proceeds

투고일 : 5월 27일 / 심사일 : 6월 19일 / 게재확정일: 6월 19일

* This work was supported by the National Research Foundation of Korea Grant funded by the Korean Government(NRF-2014S1A5A2A01016164)

** associate professor, College of Social Science, Keimyung University, Ph.D. in Law

