

추징금징수의 실효성 확보방안에 대한 비판적 고찰

주 승 희*

국문요약

종래 추징금 집행 실적이 매우 저조하다는 사실은 몇 차례 언론 보도를 통해서도 널리 알려져 있다. 지난 10년간 평균 5%의 실적에도 못 미쳤는데, 최근 고액 추징금미납자가 늘어나면서 더욱 그 상황이 심각하다. 예컨대 2006년에는 전체 추징액수 중 약 2%만을 추징하였다. 따라서 추징금을 집행율을 높이기 위한 대책의 마련이 시급하다는 인식이 학계와 실무계 모두 널리 퍼져 있는 가운데, 여러 가지 개선방안들이 제시되고 있다. 그 중에서 추징금미납자를 일정 기간 구금(detention)하거나 환형처분(imprisonment), 벌금형으로 부과하자는 방안들을 도입하자는 견해들은 다음과 같은 이유에서 매우 위험한 발상으로 판단된다.

우선 이들 제도들은 헌법상 이중처벌금지원칙과 과잉금지원칙에 위배된다. 찬성론이 이러한 비판을 피하기 위해 내세우는 근거들은 추징이 갖고 있는 벌금과 보안처분이라는 양자의 성격을 법집행기관에게 유리한 쪽으로만 해석한다는 점에서 설득력이 없다. 오히려 은닉재산 조사권 및 금융거래내역 조회권의 신설 등 집행기관 스스로의 집행력을 높이는 방안들을 연구해야 할 것이며, 보다 근본적으로는 책임원칙에 벗어나는 고액의 추징금부과, 특별법의 일반법화 등 여러 문제를 갖고 있는 현행 몰수·추징제도를 대대적으로 개혁해야 할 것이다.

* 덕성여자대학교 법학과 전임강사, 법학박사(Dr. jur.)

I. 들어가며

종래 추징금 징수율이 5%에도 미치지 못할 정도로 매우 낮아 그 제도적 개선에 대한 요청이 적지 않았다. 특히 최근에는 고액 추징금 미납자가 증가함으로써 그 미제율이 더욱 높아지고 있고 따라서 시급한 대책 마련이 요구된다. 2006년도를 예로 들면 1조 6,019억원의 추징금 중 425억원이 집행되었는데, 건수 대비로는 18%의 집행실적이지만, 금액 대비로는 2.6%에 불과하다.¹⁾

이와 같은 집행의 큰 흠결은 일차적으로 집행기관인 검찰에게 부담이 되겠지만, 전두환 · 노태우 전대통령이나 유명 기업인들의 추징금미납에 대한 언론 보도를 접할 때 국민이 느꼈을 허탈함과 분노 또한 적지 않았을 것이다.²⁾ 더 나아가 추징금의 저조한 미납율이 단기간의 일회적 현상에 그치는 것이 아니라 장기간 지속되어 온 것이며, 특히 한때 사회지도층인사로 불리던 고액 납부의무자의 미납율이 높다는 현실을 접할 때, 국민들은 단순한 분노나 실망감을 넘어 형벌의 철저한 집행에 대한 신뢰를 잃게 될 것이고, 더불어 추징금을 납부하지 않아도 된다는 법경시 풍조가 확산될 우려가 있다. 이로 인한 집행 인력과 물자, 시간의 낭비는 달리 언급할 필요도 없이 자명하다.

이러한 현실을 극복하기 위해 최근 추징금징수의 실효성 확보 방안에 대한 논의가 활발하다. 본고는 그 필요성에 적극 공감하지만, 구체적으로 논의되고 있는 방안들 중 일부가 헌법상 이중처벌금지원칙과 과잉금지원칙을 심각하게 훼손할 우려가 있어 이 제도들의 타당성 여부에 대해 비판적 시각에서 검토해 보고자 한다. 논의의 필요상 우선 현행 몰수 · 추징제도의 현황과 그 문제점을 살펴 볼 것이다.

-
- 1) 허환, 추징금집행의 효율성 제고방안(2007년 6월 21일 법무부 주최 추징금징수 실효성 확보방안 공청회 자료집), 141쪽.
 - 2) 최근 언론보도에 따르면 김우중 전 대우회장의 미납 추징금은 23조 356억원으로서 전체 추징금 23조 6652억원 가운데 93.4%에 해당하는 액수로서 미납액의 대부분을 차지하고 있으며, 전두환 전 대통령은 2205억원의 추징금 가운데 532억원만 납부하여 미납액 1672억원으로 거액 미납자 3위에 올랐다. 특가법상 관세위반 혐의로 추징금을 선고 받고 1280억원을 미납중인 정태철 씨가 4위를, 노태우 전 대통령이 추징금 2628억원 가운데 80%가량을 납부하고 515억원을 미납한 상태로 고액 체납액 순위 8위를 기록했다(서울신문 2007.10.20.자 9쪽).

II. 몰수·추징제도의 현황 및 그 문제점

1. 몰수·추징 관련 현행 법령

가. 일반형법전

현행 형법 제41조는 몰수를 형벌의 한 종류로서 규정하고 있으며, 제48조에서 몰수의 대상을 규정하고 있다. 즉 범죄행위에 제공하였거나 제공하려고 한 물건(供用物件)이나 범죄행위로 인하여 생하였거나 이로 인하여 취득한 물건(生成物件, 取得物件, 報酬物件), 그리고 이들의 대가로 취득한 물건(對價物件)의 경우에는 그 전부 또는 일부를 몰수할 수 있다(임의적 몰수). 범인과 범죄 후 정을 알면서 취득한 제3자도 몰수대상자이다(제48조 제1항). 몰수대상물건에 대한 몰수가 불가능한 경우에는 그 가액을 추징한다(제48조 제2항). 몰수와 추징의 시효는 3년이며(형법 제78조 제6호), 강제처분 개시시에 그 시효가 중단된다(제80조). 이와 같은 형법 총칙상의 몰수·추징규정은 임의규정이기 때문에 몰수·추징 여부는 법관의 자유재량에 맡겨져 있다.

반면 뇌물에 관한 죄(제134조)와 아편에 관한 죄(제206조), 그리고 배임수증죄(제357조) 등 형법각칙상의 제 규정의 경우에는 몰수대상물건에 대해 국가가 필요적으로 몰수·추징토록 하고 있다(필요적 몰수).

또한 현행 형법상 몰수·추징은 기본적으로 부가형이다(제49조 본문). 따라서 몰수·추징은 타형에 부가하여서만 과할 수 있고, 몰수·추징만을 선고할 수 있는 독립적 절차는 불가능하다(몰수의 부가성). 즉 검사가 압수된 물건의 몰수만을 위하여 공소제기 할 수 없고, 기소유예 등 불기소처분을 하는 경우에도 압수된 물건을 몰수할 수 없다. 예외적으로 행위자의 책임무능력으로 인한 무죄선고의 경우와 같이 행위자에게 유죄의 재판을 하지 않지만 몰수의 요건이 있는 경우에는 몰수만을 선고할 수 있도록 하고 있다(제49조 단서).³⁾

3) 이에 대해서는 주된 범죄에 대하여 기소가 없더라도 몰수의 요건이 있는 경우에는 제 범방지 또는 범죄수익의 박탈을 위해 독립적으로 몰수를 청구할 수 있는 제도가 필요

나. 특별형법전

형법에서의 ‘특별법의 일반법화 현상’은 몰수·추징에서도 예외가 아니다. 이를 실감할 수 있도록 각종 특별법상의 몰수·추징 규정의 대부분을 소개하자면, 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제42조, 「게임산업진흥에 관한 법률」 제44조 제2항, 「경륜·경정법」 제29조, 「관세법」 제282조, 「공공차관의 도입 및 관리에 관한 법률」 제22조, 「공무원범죄에 관한 몰수특례법」 제3조-제6조, 「공직선거법」 제236조, 「국가보안법」 제15조, 「국민체육진흥법」 제35조, 「국민투표법」 제236조, 「국제물류기지육성을 위한 관세자유지역의 지정 및 운영에 관한 법률」 제46조, 「국제상거래에 있어서의 외국공무원에 대한 뇌물방지법」 제5조, 「내수면어업법」 제26조, 「농약관리법」 제39조, 「마약류불법거래방지에 관한 특례법」 제13조-제16조, 「문화재보호법」 제80조-제82조, 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」 제8조, 「배타적 경제수역에서의 외국인어업 등에 대한 주권적 권리의 행사에 관한 법률」 제21조, 「변호사법」 제116조, 「불법정치자금 등의 몰수에 관한 특례법」 제3조-제6조, 「산림법」 제93조, 「산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률」 제75조, 「산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률」 제36조, 「상법」 제633조, 「상표법」 제97조의2, 「선주상호보험조합법」 제62조, 「소년법」 제34조, 「수산업법」 제99조, 「실용신안법」 제51조, 「양곡관리법」 제31조, 「어장관리법」 제29조, 「외국인투자촉진법」 제32조, 「외국환거래법」 제30조, 「외국환관리법」 제33조, 「성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률」 제25조, 「자유무역의 지정 및 운영에 관한 법률」 제67조, 「장기 등 이식에 관한 법률」 제40조, 「저작권법」 제101조, 「전통소싸움경기에 관한 법률」 제31조, 「정당법」 제51조, 「정치자금법」 제45조, 「주민소환에 관한 법률」 제34조, 「증권관련 집단소송법」 제62조, 「지방교육자치에

하다는 견해가 제시되고 있다(박승진 외 2인 공저, 각국의 몰수제도, 한국형사정책연구원, 1999, 241쪽; 서보학, 형법상 범죄수익 몰수의 필요성과 법치국가적 한계, 안암법학 제5호, 1999, 95쪽; 신영호, 몰수의 법적 성격에 관하여, 부산대학교 법학연구 제41권 제1호, 2000, 228쪽; 이병기, 조직범죄수익몰수제도, 형사정책연구, 제25권 제2호(1994/여름), 107쪽). 1992년 형법개정안은 “몰수·추징 또는 폐기는 행위자에게 유죄의 재판을 하지 않거나 공소를 제기하지 않는 경우에도 그 요건이 있을 때에는 이를 선고할 수 있다”고 규정하여 명시적으로 몰수의 독립성을 인정한 바 있다.

관한 법률」 제145조, 「총포·도검·화약류단속법」 제46조, 「특수범죄처벌에 관한 특례법」 제3조-제4조, 「특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률」 제10조, 「특정범죄가중처벌 등에 관한 법률」 제13조, 「한국마사회법」 제56조 등 총 50여개에 달하고, 대부분 필요적 몰수·추징을 규정하고 있다.⁴⁾

이들 법률 중에서 「공무원범죄에 관한 몰수특례법」은 ‘공직사회의 부정부패요인을 근원적으로 제거하고 깨끗한 공직풍토를 조성함을 목적으로’(동법 제1조) 제정되었다. 동 법률에서는 특정 공무원범죄⁵⁾에 대하여 범죄로부터 직접 얻은 수익(불법수익) 및 그로부터 변형·증식된 재산(불법수익에서 유래한 재산)을 ‘불법재산’으로 규정하여(동법 제2조) 몰수·추징토록 함으로써(동법 제3조), 몰수·추징대상을 일반형법전에 비해 확대하고 있다. 뿐만 아니라 동 법률은 입증책임의 완화규정을 둠으로써, 범인이 취득한 재산에 대하여 불법수익으로 형성되었다고 볼 만한 ‘상당한 개연성’이 있는 경우, 엄격한 증거가 없더라도 이를 불법재산으로 인정하도록 하고 있다. 물론 입증책임이 여전히 검사에게 인정되지만, 피고인측이 자기 자신의 재산이 박탈당하는 것을 피하기 위해서 재산의 출처나 형성과정의 합법성을 증명해야 한다는 점에서 실질적으로는 입증책임의 전환이 일어나는 것으로 볼 수 있다.⁶⁾

동 법률의 몰수·추징이 일반형법전의 그것과 구별되는 또 다른 특이사항은 바로 제3자에 대한 보호책을 마련한 것이다. 일반형법전은 몰수시 정을 아는 제3자의 재산을 몰수할 수 있다고 선언하고 있을 뿐, 제3자가 재판절차에 참여하여 변론·방어할 수 있는 권한을 부여하지 않아, 헌법 제12조 제1항의 적법절차원칙위배라는 비판이 종래 있어 왔다. 이와 같은 문제점을 수용하여 동 법에서는 제3자가 자신의 재산이 몰수의 대상이 되는 경우, 당해 소송절차에 참가하여 자신의 권리를 주장할 수 있도록 하고 있다(동법

4) 판례는 특별법의 각 규정에 따른 몰수·추징의 요건이 충족되지 않는 경우에도 형법 제48조의 요건이 충족되는 경우에는 형법의 일반규정에 따른 임의적 몰수·추징이 가능하다고 본다(대판 1974.6.11, 74도352판결).

5) 형법 제129조 내지 제132조의 죄, 회계관계직원등의책임에관한법률 제2조 제1호·제2호 또는 제4호(제1호 또는 제2호에 규정된 자의 보조자로서 그 회계사무의 일부를 처리하는 자에 한한다)에 규정된 자가 국고 또는 지방자치단체에 손실을 미칠 것을 인식하고 그 직무에 관하여 범한 형법 제355조의 죄, 특정범죄가중처벌등에관한법률 제2조 및 제5조의 죄를 말한다(동법 제2조 제1호).

6) 서보학, 앞의 논문(각주 3), 92쪽, 각주 10.

제4장). 불법재산이 몰수·추징 이전에 은닉·도피되는 것을 막기 위해 몰수·추징보전제도를 도입한 것이 동법의 또 다른 특징이다(동법 제5장).

이와 같은 확대몰수, 입증책임의 완화, 제3자 보호절차, 몰수·추징보전제도 등의 특례 규정들은 「마약류불법거래방지에 관한 특례법」과 「불법정치자금 등의 몰수에 관한 특례법」에도 동일하게 존재한다.

한편 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」 제8조 역시 특정범죄⁷⁾에 대하여 당해 범죄의 수익 및 그 수익에서 유래한 재산을 몰수·추징하도록 규정함으로써, 앞의 특례법들과 마찬가지로 몰수·추징의 대상을 일반형법전에서의 그것에 비해 크게 확대하고 있다. 범죄를 조장하는 경제적 요인을 근원적으로 제거하여 건전한 사회질서의 유지에 이바지한다는 목적에서이다(동법 제1조). 동 법률은 「마약류불법거래방지에 관한 특례법」 내의 제3자 보호절차와 몰수·추징보전제도 관련 규정들을 준용토록 함으로써, 입증책임의 완화 규정 외에는 앞서 소개한 특례법들과 동일한 제도를 마련하고 있다. 다만 동법이 범죄수익등의은닉·가장죄(동법 제3조)와 범죄수익등의수수죄(동법 제4조)를 처벌하도록 규정하고, 관련 범죄의 수익 등에 대해서도 몰수·추징토록 하고 있는데, 이는 범죄수익의 은닉이나 수수 등을 방지함으로써 몰수·추징집행의 효율화를 도모하기 위한 것으로 판단된다.

흥미로운 점은 본법이 대상으로 하고 있는 특정범죄 중 동법의 별표에 정의되어 있는 ‘중대범죄’에, 일부 경미범죄를 제외한 대부분의 일반형법전 및 특별형법전에 규정된 범죄들이 속한다는 것이다.⁸⁾ 즉 형법전 및 특

7) 이른바 ‘중대범죄’ 및 성매매알선등행위의처벌에관한법률 제19조 제2항 제1호(성매매알선등행위중 성매매에 제공되는 사실을 알면서 자금·토지 또는 건물을 제공하는 행위에 한함), 폭력행위등처벌에관한법률 제5조제2항·제6조(제5조제2항의 미수범에 한함), 국제상거래에있어서외국공무원에대한뇌물방지법 제3조 제1항, 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제4조의 죄를 말한다(동법 제2조).

8) 범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률 별표에서 규정한 중대범죄를 모두 열거하면 다음과 같다.

1. 형법중 다음 각목의 죄

가. 제2편제5장 공안을 해하는 죄 중 제114조제1항의 죄

나. 제2편제7장 공무원의 직무에 관한 죄 중 제129조 내지 제133조의 죄

다. 제2편제18장 통화에 관한 죄 중 제207조·제208조·제212조(제207조 및 제208조의 미수범에 한한다) 및 제213조의 죄

라. 제2편제19장 유가증권, 우표와 인지에 관한 죄 중 제214조 내지 제217조의 죄·

-
- 제223조(제214조 내지 제217조의 미수범에 한한다) 및 제224조(제214조 및 제215조의 예비·음모에 한한다)의 죄
- 마. 제2편제20장 문서에 관한 죄 중 제225조 내지 제227조의2·제228조제1항·제229조(제228조제2항을 제외한다)·제231조 내지 제234조 및 제235조[제225조 내지 제227조의2·제228조제1항·제229조(제228조제2항을 제외한다)·제231조 내지 제234조의 미수범에 한한다]의 죄
- 바. 제2편제23장 도박과 복표에 관한 죄 중 제246조제2항 및 제247조의 죄
- 사. 제2편제24장 살인의 죄 중 제250조·제254조(제250조의 미수범에 한한다) 및 제255조(제250조의 예비·음모에 한한다)의 죄
- 아. 제2편제34장 신용, 업무와 경매에 관한 죄 중 제314조 및 제315조의 죄
- 자. 제2편제37장 권리행사를 방해하는 죄 중 제323조 내지 제324조의5·제325조 및 제326조의 죄
- 차. 제2편제38장 절도와 강도의 죄 중 제329조 내지 제331조·제333조 내지 제340조·제342조(제331조의2·제332조 및 제341조의 미수범을 제외한다) 및 제343조의 죄
- 카. 제2편제39장 사기와 공갈의 죄 중 제350조 및 제352조(제350조의 미수범에 한한다)의 죄
- 타. 제2편제39장 사기와 공갈의 죄 및 동편제40장 횡령과 배임의 죄 중 제347조, 제351조(제347조의 상습범에 한한다), 제355조 또는 제356조의 죄(각 그 범죄행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재물 또는 재산상 이익의 가액이 3억원 이상 5억원 미만인 경우에 한한다)
- 파. 제2편제40장 횡령과 배임의 죄 중 제355조의 죄[회계관계직원등의책임에관한법률 제2조제1호·제2호 또는 제4호(제1호 또는 제2호에 규정된 자의 보조자로서 그 회계사무의 일부를 처리하는 자에 한한다)에 규정된 자가 국고 또는 지방자치단체에 손실을 미칠 것을 인식하고 그 직무에 관하여 동조의 죄를 범한 경우에 한한다]
- 하. 제2편제41장 장물에 관한 죄 중 제362조의 죄
2. 경륜·경정법 제23조·제24조·제26조 및 제27조의 죄
 3. 관세법 제269조 및 제271조제2항(제269조의 미수범에 한한다)의 죄
 4. 대외무역법 제54조제3호의 죄5. 변호사법 제111조의 죄
 6. 부정수표단속법 제5조의 죄
 7. 사행행위등규제및처벌특례법 제30조제1항의 죄
 8. 상법 제622조 및 제624조(제622조의 미수범에 한한다)의 죄
 9. 상표법 제93조의 죄
 10. 선물거래법 제95조의8의 죄
 11. 아동복지법 제40조제1호 및 제42조의 죄
 12. 여신전문금융업법 제70조제1항·제2항제3호 및 제5항의 죄
 13. 성매매알선등행위의처벌에관한법률 제18조·제19조제2항(성매매알선등행위 중 성매매에 제공되는 사실을 알면서 자금·토지 또는 건물을 제공하는 행위를 제외한다)·제22조 및 제23조(제18조·제19조의 미수범에 한한다)의 죄
 14. 「게임산업진흥에 관한 법률」 제44조제1항의 죄
 15. 정치자금에관한법률 제30조제1항 및 제2항의 죄
 16. 증권거래법 제207조의2의 죄

별형법상의 대다수의 범죄에 대하여 동 법률이 적용됨으로써, 동 법률이 정한 필요적 · 확대적 몰수가 일반적인 몰수 · 추징에 해당하게 되고, 일반 형법전에 규정된 임의적 · 제한적 몰수 · 추징은 오히려 특별한 예가 되었다는 것이다. 이러한 현실은 오늘날 일반형법과 특별형법간의 주객전도현상을 그대로 반영한 것으로서, 특별형법의 난무에 대한 비판이 여기에도 그대로 적용될 수 있을 것으로 보인다.⁹⁾

2. 몰수 · 추징의 집행현황 및 문제점

상술한 바와 같이 우리나라에서는 일반형법전상의 임의적 · 제한적 몰수 · 추징 외에도 각종 특별법에 의해 몰수 · 추징의 대상을 대폭 확대시켰으며, 필요적 몰수 규정을 통해 몰수의 중요성을 확인하고 있다. 뿐만 아니라 몰수 · 추징을 피하기 위한 재산도피행위를 사전에 차단하기 위해 기소 전 또는 기소 후 검사의 청구에 의해 법원이 몰수 · 추징보전명령을 발하여 재산에 관한 처분을 금지시킴으로써 몰수 · 추징의 철저를 기하고 있다.

그러나 이와 같은 몰수 · 추징의 중요성에 관한 인식 및 그에 따른 입법적 노력에도 불구하고, 몰수 · 추징의 실적은 실제로 매우 부진한 것이

-
17. 직업안정법 제46조 및 제47조제1호의 죄
 18. 총포·도검·화약류등단속법 제70조의 죄
 19. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조·제5조 및 제7조의 죄
 20. 특정범죄가중처벌등에관한법률 제2조·제3조·제5조·제5조의2·제5조의4·제6조·제8조 (조세범처벌법 제9조제1항에 규정된 죄 중 조세를 환급받는 경우에 한한다) 및 제10조의 죄
 21. 파산법 제366조·제368조 및 제370조의 죄
 22. 폭력행위등처벌에관한법률 제2조 내지 제4조·제5조제1항 및 제6조[제2조·제3조·제4조제2항(형법 제136조·제255조·제314조·제315조·제335조·제337조 후단·제340조제2항 후단 및 제343조의 죄를 제외한다) 및 제5조제1항의 미수범에 한한다]의 죄
 23. 한국마사회법 제50조·제51조·제53조·제54조·제58조 및 제60조의 죄
 24. 「식품위생법」 제74조의2[제8조(제69조에서 준용한 경우를 포함한다) 및 제22조제1항의 규정을 위반한 부분을 제외한다], 「건강기능식품에 관한 법률」 제43조(제23조 위반의 경우에 한한다) 및 「보건범죄단속에 관한 특별조치법」 제2조제1항(「식품위생법」 제6조 위반의 경우에 한한다)의 죄
- 9) 특별형법양산으로 인한 '비만'형법을 통렬히 비판하는 문헌으로는 배종대, '특별'형법을 '보통'형법으로 만들기, 2005.6.18.개최 한국형사정책학회 하계학술대회(주요 형사특별법의 정비방안), 기초발제문.

사실이다. 특히 추징금은 물수가 불가능한 경우 대신 그 가액을 납부하는 것인데, 추징대상자가 추징금을 해외 등으로 도피·은닉·처분하기가 수월하여 집행의 어려움이 더욱 크다. 예컨대 2003년 이후 3년간 선고된 추징금 액수 23조 7천억원 중에서 2006년 5월 현재 징수된 금액은 1천200억 여원으로 그 징수율이 5%에 불과하고,¹⁰⁾ 2004년 선고된 추징금 중에서 2006년 3월 현재 징수된 비율 또한 0.14%에 불과하다.¹¹⁾ 그나마 1997년 추징금을 선고받은 전두환 전대통령과 노태우 전대통령에 대해서는 검찰이 집중적인 자금원추적 노력을 기울인 결과 2006년 5월 현재 각각 80.3%와 75.7%의 징수율을 보이고 있다.¹²⁾ 그러나 앞의 예에서와 같이 대부분의 거액추징금 대상자들에 대한 추징금징수는 제대로 이루어지고 있지 않은 실정이다.

그렇다면 법률개정 등 계속된 노력에도 불구하고 물수·추징의 집행을 이 그토록 낮은 이유는 무엇일까? 우선은 범죄이득액에 비해 추징금 액수가 과도하게 책정되는 경우가 많다는 점에서 그 원인을 찾을 수 있다.¹³⁾ 「관세법」이나 「특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률」, 「외국환거래법」 등 다수의 특별법에 의해 필요적 추징이 선고되는데, 그 금액이 고액이어서 사실상 집행이 불가능한 경우가 대부분이다. 관세법 위반의 경우에는 범칙물품의 국내도매가격을 기준으로 추징이 선고되기 때문에, 그 선고액이 포탈세액의 약 20~40배에 이르게 되어 이득액을 훨씬 초과하게 된다. 「특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률」 위반과 관련해서는 대우사건을 구체적 예로 들 수 있는데, 2005년 김우중 전회장 및 임직원 7명에 대해 23조 358억원의 추징금이 선고되어 조정·집행 중에 있으나 사실상 집행이 불가능하다는 것이다.¹⁴⁾

그러나 추징금 미납의 더욱 근본적인 원인으로 거론되는 것은 바로 고

10) 2006.5.10.자 chosun.com 기사(<http://chosun.com/national/news/200605/200605100175.html>) 참고.

11) 2006.3.6.자 여의도통신 제639호, 13쪽.

12) 2006.5.10.자 chosun.com 기사(<http://chosun.com/national/news/200605/200605100175.html>) 참고.

13) 관례는 관세법과 향정신성의약품관리법, 대마관리법, 마약법, 외국환관리법 등에 대한 추징에 대하여 징벌적 성격을 인정하여, 공범 상호간에 공동연대의 추징의무를 부과하고 있다(대판 1976.6.22, 73도2625; 1982.11.23, 81도1737; 1982.11.9, 82도2055).

14) 허환, 앞의 글(각주 1), 150쪽.

의로 재산을 은닉·도피시키고 집행시효 3년이 경과하기를 기다리는 추징금납부의무자들에 대하여 민사상강제집행방법 외에 별다른 조치방안이 없다는 점이다. 이러한 문제점에 대한 해결책으로 최근 미납자소유재산에 대한 자력집행권과 재산형집행에 필요한 금융거래내역조회권의 신설, 그리고 시효의 연장이 검토되고 있다.¹⁵⁾ 한걸음 더 나아가 추징을 벌금형으로 전환하거나 추징금미납자를 노역장에 유치, 그리고 추징의 강제를 위한 구금 등을 제도적으로 도입하자는 견해도 대두되고 있다.¹⁶⁾

미납자소유재산에 대한 자력집행권이나 금융거래내역조회권 등의 신설은 대상자의 재산권이나 예금비밀보호(넓게는 사생활보호) 등을 침해할 우려가 있다는 점에서 그 도입을 위해서 많은 연구 및 신중한 검토가 필요하겠지만, 조직범죄나 마약범죄 등 일부 중대범죄에 한정하고, 비례성원칙에 입각하여 필요최소한의 경우에 한정시켜 허용한다면 논란의 여지가 그리 크지 않으리라 보인다.

그러나 후자인 벌금형전환안이나 환형유치안, 구금안은 집행력을 높이는 데에는 일견 매우 효율적으로 보일 수 있지만, 헌법상 과잉금지원칙 등을 위반할 소지가 있어 더욱 신중한 검토가 요구된다. 따라서 이하의 논의에서는 이들 방안의 도입 타당성 여부에 대해 집중적으로 검토할 것이다. 다만 그 판단은 무엇보다 현행법상 몰수·추징의 취지 및 법적 성격을 바라보는 관점에 따라 달라질 것으로 보이므로, 관련 논의를 간단히 정리한 후에 이를 바탕으로 타당성 여부를 살펴보기로 한다.

15) 2006.3.6.자 여의도통신 제639호, 13쪽; 2006.5.10.자 chosun.com 기사(<http://chosun.com/national/news/200605/200605100175.html>); 2007년 법무부의 중점 추진 과제이기도 하다(2007년 2월 22일 법무부 보도자료 참조).

16) 강옥구, 추징금집행의 절차와 방법에 관한 소고 -집행불능 방지책을 중심으로-, 검찰 106호(1995/6), 240쪽 이하; 김성호, 공직부패방지를 위한 제도개선에 관한 연구(건국대학교 대학원 박사학위논문), 2003, 363쪽 이하; 이병기, 조직범죄수익몰수제도, 형사정책연구, 제25권 제2호(1994/여름), 109쪽; 정웅석, 추징금징수의 실효성을 확보하기 위한 방안(2007년 6월 21일 법무부 주최 추징금징수 실효성 확보방안 공청회 자료집, 7쪽 이하).

Ⅲ. 몰수·추징의 법적 성격 및 추징금징수의 실효성 확보방안 도입의 타당성 검토

1. 몰수·추징의 법적 성격

우선 몰수의 법적 성격에 관해서는 의견이 분분하다. 형법 제41조 범문에서 몰수를 형벌인 재산형의 일종으로 명확히 규정하고 있지만, 학설 가운데는 몰수가 형식적으로는 형벌의 일종이나 실질적으로는 대물적 보안처분에 속한다는 견해가 있다. 과거에는 몰수가 자유형·벌금과 같이 범인에 대한 응보적 성격을 가졌으나, 오늘날은 몰수형을 벌금형과 분리시킨 부가형으로 부과하기 때문이라고 한다. 구체적으로 범인으로부터 사회적으로 위험한 물건을 제거하여 범죄반복의 위험성을 예방하고 범죄로 인한 부당이득을 박탈한다는 점에서 보안처분적 성격을 갖고 있으며, 제한적으로라도 제3자 소유물에 대한 몰수가 가능하고(제48조 제1항), 행위자에게 유죄의 재판을 하지 않는 경우에도 몰수만을 선고할 수 있다는 점에서(제49조 제2문), 몰수의 보안처분적 성질이 더욱 명백하다는 것이다.¹⁷⁾

그러나 양자의 성격을 동시에 인정하는 것이 다수 견해이다. 행위자 또는 공범의 소유에 속하는 몰수는 범죄에 대한 효과로서 형벌적 성격을 띠는 반면, 제3자 소유에 속하는 물건의 몰수는 보안처분이라는 것이다.¹⁸⁾ 더 나아가 양자의 성격을 인정하면서도 현행법상 몰수제도가 형벌과 보안처분의 중간영역에 위치한 독립된 형사제재수단이라고 보는 견해도 있는데,¹⁹⁾ 본질적으로 다수견해와 입장을 같이 하는 것으로 보인다.

판례의 경우 기본적으로 몰수·추징의 형벌적 성격을 인정한다. 따라서 검사의 의견진술 없이 법원이 직권으로 선고할 수 있고,²⁰⁾ 불이익변경금지의 원칙에 저촉될 수 있으며,²¹⁾ 본형과 같이해서만 선고유예가 가능

17) 정성근/박광민, 형법총론, 2006, 659쪽.

18) 김성천/김형준, 형법총론, 2002, 658쪽; 손동권, 형법총칙론, 2001, 45쪽; 신동운, 형법총론, 2001, 727쪽; 이재상, 형법총론, 2004, 561쪽; 이형국, 형법총론, 2003, 392쪽; 임웅, 형법총론, 2004, 594쪽.

19) 김대휘, 징벌적 추징에 관하여, 형사판례연구(8), 2000, 162쪽; 김일수/서보하, 형법총론, 741쪽.

20) 대판 1989.2.14, 88도2211.

하다고 본다.²²⁾ 한편 대법원은 몰수·추징에 대해서 이원적 분류를 사용하여, 단순한 불법이익의 박탈을 목적으로 하는 일반적 몰수·추징과 특별법상의 특수한 입법목적과 취지에 따른 징벌적 몰수·추징을 구별하고 있다. 법원이 특별법상의 입법 목적을 고려해 볼 때 징벌적 몰수·추징에 해당한다고 보는 경우에는 몰수가 불가능한 사례에서 공범 전원에게 그 가액 전부의 추징을 명하고, 그 중 한 사람이 추징금전액을 납부하였을 때는 다른 사람이 추징의 집행을 면하나, 그 일부라도 납부되지 않았을 때에는 그 범위내에서 공범 전원에게 추징금납부의무를 부담시키고 있다 (이른바 ‘공동연대추징’).²³⁾

한편 추징은 몰수가 불가능한 경우에 대신하여 가액을 추징하는 것이므로, 그 법적 성격이 몰수와 동일한 것으로 볼 여지가 있으나, 실질적으로 몰수보다 형벌적 성격이 더욱 강한 것으로 판단된다.²⁴⁾ 형법상 뇌물죄의 경우 실제로 뇌물의 수수가 없는 경우에도 약속한 뇌물액수 만큼을 추징할 수 있고, 밀항의 알선의 경우에도 약정한 알선의 대가를 추징할 수 있는 등 실제 행위자에게 이득이 없는 경우에도 추징할 수 있기 때문이다.²⁵⁾ 이처럼 현행 몰수·추징제도의 법적 성격에 대하여 다수의 학자들은 형벌적 성격과 보안처분적 성격을 동시에 인정하고 있다.

판단컨대 현행법상 몰수·추징의 법적 성격에 대해서는 다수 견해와 마찬가지로 형벌적 성격과 보안처분적 성격을 동시에 인정해야 할 것으로 보인다. 왜냐하면 현행 형법전에서 몰수를 형벌의 일종으로 규정하고 있어 그 형벌적 성격을 부정하기 어렵고, 범죄수단물건에 대한 몰수의 예에서와 같이 장래 범죄를 방지한다는 예방적 보안처분 기능과 동시에 대상자에 대해 재산적 위해(형벌)를 가하는 특별예방적 성격을 갖는 경우도 있기 때문이다. 제3자에 대한 몰수의 경우에도 불법가담자로서 특별예방적 성격 및 일반예방적 성격을 인정하는 것이 가능하다고 본다. 그렇다고 해서 몰수·추징이 일반 주형과 같이 책임원칙을 전면적으로 적용받아야 한다는 의미는 아니다. 보안처분적 성격을 동시에 지닌 것이므로 범죄성격 및 범

21) 대판 1980.12.9, 80도584.

22) 대판 1979.4.10, 78도3098.

23) 대판 1993.12.28, 93도1569; 1998.5.21, 95도2002.

24) 김대휘, 징벌적 추징에 관하여, 형사판례연구(8), 2000, 163쪽.

25) 대판 1967.7.18, 66도1182.

죄효과, 몰수로 인한 범인에 대한 위해효과 등을 적절히 고려하여 법관이 선고해야 할 것이다. 즉 몰수 또는 그 가액의 추징의 산정에 있어 법관은 비례성원칙을 고려해야 하며, 몰수·추징의 형벌로서의 성격을 긍정하는 한 공범이 있는 경우 그 집행에 있어 책임원칙을 고려하여야 한다.²⁶⁾

2. 추징금징수의 실효성 확보방안 도입의 타당성 검토

가. 추징금징수의 실효성 확보방안²⁷⁾

1) 추징금 미납자에 대한 환형유치제도 도입안(이하 ‘환형유치안’)

추징금미납자에 대하여 벌금미납자와 마찬가지로 동일한 내용의 환형유치제도를 도입하자는 방안을 말한다. 추징의 법적성격을 어떻게 이해하느냐와 상관없이 추징금 미납시 형사처벌의 철저를 기하기 위해 노역장유치제도의 도입을 적극적으로 검토할 수 있다는 것이다.²⁸⁾ 노역장유치는 그 불이행을 상정할 수 없지만, 추징은 다시 그 불이행이 있을 수 있음에도 현행법이 이에 대해 아무런 조치도 규정하고 있지 않기 때문에 그 도입이 필요하다는 주장이다. 다만 추징액은 상한이 없고 고액인 경우가 많으므로 벌금형에서 논의되고 있는 일수벌금형제도와 같이 개개인의 재산상태를 고려하는 제도를 도입하는 것이 바람직하다는 의견도 있다.²⁹⁾ 추

26) 그런 점에서 대법원의 추징에 대한 이원적 분류 및 징벌적 추징에 대한 공동연대추징은 타당하지 않다. 몰수(추징)의 형벌로서의 성격을 인정할 수 있으나, 그렇다고 해서 공동연대추징을 하는 것은 책임원칙에 벗어나기 때문이다. 같은 견해로는 원혜옥, 비교형사법연구 제7권 제2호, 173쪽 이하; 이상원, 몰수의 법적 성격, 비교형사법연구 제6권 제2호, 256쪽. 기타 공동연대추징의 문제점에 대한 상세한 지적은 우영기, 법조(2001/6), 179쪽 이하.

27) 이들 방안의 내용 및 도입 타당성 여부에 대한 논의는 정웅석, 앞의 발표문(각주 16)과 김성호, 앞의 논문(각주 16)이 거의 유일한 탓에 본 발표문의 내용을 주로 참고했으며, 정교수는 세 가지 방안의 도입에 대해 긍정적인 입장에 서있다. 참고로 정교수의 본 발표문은 ‘추징금징수의 실효성 확보방안’이라는 제목하에 법조, 2007/9, 242쪽 이하에 정리·소개되어 있으나, 본 발표문의 내용이 더욱 상세하다는 판단하에 이를 참고했음을 밝힌다.

28) 강옥구, 앞의 논문(각주 16), 240쪽; 김성호, 앞의 논문(각주 16), 366쪽; 정웅석, 앞의 발표문(각주 16), 52쪽.

징금미납자에 대한 환형처분제도를 도입하게 된다면, 인적강제를 전제로 하는 형집행정지, 소재수사 및 지명수배, 출국금지 등의 조치를 충분히 활용할 수 있으므로 더욱 효과적이라는 주장이다.³⁰⁾

외국의 입법례로서 영국의 2002년 「범죄수익법」과 싱가포르의 「범죄수익몰수에 관한 부패·마약 등 중범죄방지법」을 들 수 있다. 먼저 영국의 「범죄수익법」은 일부범죄로 인한 범죄수익에 대한 몰수명령(confiscation order)에 있어 그 미납시 벌금미납의 경우와 유사하게 감금(imprisonment) 내지 구금(detention)을 부여하도록 하고 있다. 추후 지급이 이루어지면 미납에 의한 구금은 면제(remit)되지만, 미납기간동안의 구금형이 몰수선고의 효력에 영향을 미치지 않는다는³¹⁾

싱가포르의 「범죄수익몰수에 관한 부패·마약 등 중범죄방지법」에서도 동법에 따라 부과된 몰수금액이 벌금으로 취급되어, 그 미납시 금액에 따라 2년에서 10년까지 구금이 가능하다.³²⁾

2) 추징금납부강제를 위한 구금제도 도입안(이하 ‘구금안’)

추징금납부를 강제하기 위해 추징금 미납자에 대한 일정 기간의 구금을 인정하되, 다만 아래 소개할 외국의 입법례와는 달리 구금기간에 상응하는 추징금의 일부를 면제해주자는 견해이다. 검사의 청구에 기초하여 법원이 발부한 영장에 의해 구금을 하고, 그 기간 및 추징금의 면제범위를 영장에 미리 명시하도록 규정하며, 이를 위해서 구금기간동안 검찰에게 범죄수익의 추적을 위한 조사권을 부여하고, 별도의 영장 없이 금융거래내역을 조회할 수 있도록 관련 법률을 개정하자는 것이다.³³⁾

미국 뉴욕주의 경우, 추징금 납부를 강제하기 위해서 추징금 미납자가 이를 납부할 때까지 최장 15일의 기간내에서 수감할 수 있도록 규정하고

29) 정웅석, 앞의 발표문(각주 16), 52쪽.

30) 김성호, 앞의 논문(각주 16), 366쪽.

31) 김한균, 영국의 몰수·추징 법제도개혁과 형사정책, 형사정책연구소식(2006/9·10, 통권 97호), 한국형사정책연구원, 50쪽; 정웅석, 앞의 발표문(각주 16), 39쪽 이하; Archbold, Criminal Pleading, Evidence and Practice, 2006, pp.747; Edward Rees QC and Richard Fischer, 2 Ed., The Proceeds of Crime Act 2002, Oxford, 2005, pp. 202.

32) 김성호, 앞의 논문(각주 16), 369쪽; 정웅석, 앞의 발표문(각주 16), 48쪽 이하.

33) 정웅석, 앞의 발표문(각주 16), 53쪽 이하.

있다. 노역이 강제되지 않는다는 점에서 우리나라 벌금형 미납자에 대한 환형유치제도와는 차이가 있다. 추징금과 함께 집행유예, 보호관찰 등이 선고되는 경우 추징금의 완납을 집행유예 등의 조건으로 할 수 있고, 벌금과 함께 선고할 경우에는 추징금을 벌금보다 먼저 납부하도록 하고 있다.³⁴⁾

프랑스의 경우에도 추징금 미납자에 대해 일정기간 교도소에 구금할 수 있는 '사법적 강제(Contrainte Judiciaire)' 제도가 시행 중이다. 추징금액에 따라 최단 20일에서 최장 3개월간 구금이 가능한데, 자신의 납부무능력상태를 입증한 피고인에 대해서는 행해질 수 없고, 미국 뉴욕주에서와 마찬가지로 노역이 강제되거나 구금을 이유로 추징금이 면제되지는 않는다.³⁵⁾

3) 추징의 벌금형 전환안(이하 '벌금형 전환안')

추징의 대상이 되는 범죄수익의 상당액을 벌금형으로 병과시키고, 본형기가 종료되는 동안 벌금의 시효를 중단하되, 추징금을 납부할 경우 위 벌금형의 집행이 완료된 것으로 간주하는 제도이다. 현행법상 이와 유사한 입법형식은 「특정범죄가중처벌 등에 관한 법률」이나 「관세법」, 「조세법」 등에서도 찾을 수 있으며, 추징금 미납시 부과된 벌금형에 대한 환형유치를 할 수 있어 인권침해에 대한 논란을 불식시킬 수 있고, 추징금 집행의 효율성 제고에 매우 효과적인 방안으로 내다보고 있다.³⁶⁾

지난 8월 31일 법무부의 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」(이하 '범죄수익법')의 일부개정과 관련된 입법예고³⁷⁾를 보면, 벌금형 전환안은 단순한 의견제시에 그치는 것이 아니라 이미 입법화의 길에 서 있음을 알 수 있다. 동 입법예고의 주요 개정 내용 중 하나는 범죄수익을 철저히 박탈하고 법집행의 실효성을 제고하기 위해 범죄수익법 제6조의2를 신설하여 특정범죄를 범한 자에게는 범죄수익에 상당하는 벌금을 병과하도록 하고 있다.

34) 정웅석, 앞의 발표문(각주 16), 43쪽.

35) 정웅석, 앞의 발표문(각주 16), 45쪽 이하.

36) 정웅석, 앞의 발표문(각주 16), 55쪽.

37) 2007.8.31. 법무부, 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」 일부개정법률(안) 입법예고, 공고번호 2007-98.

나. 도입 타당성 검토

앞서 소개한 세 가지 방안은 그동안 우리나라에 거의 소개된 바가 없어 매우 생소할 수 있지만, 앞으로 추정금집행의 실효성 확보를 위한 연구에 있어 참고할만한 좋은 자료가 될 수 있다는 점에서 큰 의미를 갖는 것으로 보인다. 다만 이론적 연구에의 기여를 넘어, 앞서 소개한 법무부의 입법예고처럼 구체적으로 입법화되어 시행되는 것은 다음과 같은 이유에서 심한 우려감을 갖게 한다.

첫째, 이들 세 가지 방안 모두 우리 헌법상 이중처벌금지원칙나 과잉금지원칙에 위배될 여지가 있다. 찬성론은 추정의 법적 성격을 근거로 아래와 같은 추론을 통해 추정금미납자에 대한 환형유치안과 구금안, 벌금형 전환안 모두를 긍정적으로 평가하고 있다.

우선 추정은 ‘독자적인 종류의 형사법적 제재수단(Penalty)’으로서, 구체적으로 ‘벌금형에 가까운 부가형벌’이라는 것이다.³⁸⁾ 따라서 “추징도 형벌인 이상 이에 대한 집행력을 제고하기 위한 다양한 조치들이 필요”하다는 전제 아래,³⁹⁾ “그것이 형벌로서의 의미를 분명히 갖는 것이라면 여기에 노역장유치를 도입하는 것은 집행의 철저를 위한 입법의 영역”이며,⁴⁰⁾ “형벌로서의 추징과 보안처분으로서의 추징 중 전자에 한정하여 이러한 제도를 도입한다면 인권침해의 우려는 상당히 불식될 것이며, (...) 벌금에 대해서 환형유치가 인정된다면, 동일한 성질을 지니고 있는 추징에 대하여 구금제도를 인정한다고 하여 무조건 헌법상의 과잉금지원칙에 위배된다고 볼 수는 없을 것”이고,⁴¹⁾ “벌금은 과거의 범죄에 대한 제재인 반면, 추징은 장래의 위험성에 대한 보안처분적 성격도 지니고 있으므로 양자는 서로 성격이 다르다”⁴²⁾는 논거이다.

상술한 논거들은 추징의 형벌로서의 성격과 보안처분으로서의 성격을 모두 고려했다는 점에서 일견 타당해 보일 수 있다. 그러나 추징이 가지는 양면적 성격을 법집행기관에게 유리한 쪽으로만 해석하는 ‘아전인수(我田引

38) 정웅석, 앞의 발표문(각주 16), 29쪽 이하.

39) 정웅석, 앞의 발표문(각주 16), 33쪽.

40) 정웅석, 앞의 발표문(각주 16), 56쪽.

41) 정웅석, 앞의 발표문(각주 16), 57쪽.

42) 정웅석, 앞의 발표문(각주 16), 57쪽.

水)’의 인상을 갖게 한다. 왜냐하면 찬성론이 위 제도들의 도입을 정당화하기 위해서 추징의 성격 중 벌금형과 유사한 형벌로서의 성격을 강조하고자 한다면, 그 형벌로서의 성격이 ‘집행의 철저’라는 요구뿐만 아니라 동시에 (헌법상 이중처벌금지원칙 및 과잉금지원칙이 형법원칙으로 구현된 것으로 볼 수 있는) ‘책임원칙의 엄격한 적용’이라는 제한도 수반할 것으로 보이는데, 헌법상 이중위험금지나 과잉금지원칙의 위배라는 비판 앞에서는 추징의 보안처분적 성격을 내세우며⁴³⁾ 빠져나가하고자 하기 때문이다.

둘째, 같은 재산형이라도 벌금형의 취지는 추징과 다르다고 본다. 벌금형은 행위자로 하여금 사회경제생활에 계속 참여하여 기존의 사회경제생활을 유지토록 하면서, 다만 그의 경제력의 일부를 박탈함으로써 생활수준 또는 소비욕구를 제한하는 데에 있고,⁴⁴⁾ 따라서 자유형과 마찬가지로의 주형으로서 책임원칙의 엄격한 적용을 받아야 한다. 그런데 찬성론처럼 추징의 벌금형과의 유사점을 강조하여 환형처분이나 벌금형에의 산입을 긍정하고자 하는 경우에는 책임원칙의 엄격한 적용을 받게 되어, 오히려 고액의 몰수·추징 대상자들에게 유리할 수 있고, 추징의 보안처분적 성격을 달성하기 어렵다는 문제가 발생할 수 있는 것이다.

셋째, 기존의 자유형과 벌금형의 병과에서 나타나는 문제점들, 예컨대 총액벌금제를 채택하고 있는 우리나라에서 벌금형과 자유형의 환산기준이 모호할 뿐 아니라, 재력 있는 행위자의 경우에는 ‘벌금형의 납부+자유형의 삭감’이라는 혜택을 보게 되지만, 재력 없는 행위자는 자유형 전부를 선고받거나 벌금형이 병과되더라도 선고된 벌금형에 대해서마저 대체형으로 살아야하는 문제가 발생하며, 이로써 형벌적용의 불평등을 초래할 우려가 있는데, 이들 문제가 미처 해결되지도 않은 현실에서 주형도 아닌 부가형인 추징을 벌금형처럼 취급한다면, 이는 추징금미집행이라는 문제를 실질적으로 해결하는 것이라기보다는 단지 기존 벌금형집행의 문제로 이름만 바꾸는 격이 될 수 있다.

이에 대한 해결책으로 찬성론은 일수벌금형의 도입을 주장하고 있다.⁴⁵⁾ 그러나 주형인 벌금형에 대해서도 피고인의 재산상태와 지불능력을 조사하여 일수벌금액을 정하기가 어려운 우리나라 현실에서 추징금에 대

43) 정웅석, 앞의 발표문(각주 16), 57쪽.

44) 서보학, 앞의 논문(각주 3), 102쪽.

45) 정웅석, 앞의 발표문(각주 16), 57쪽.

한 일수벌금형의 도입이 과연 가능할지 의문이다. 만약 일수벌금형의 도입이 가능할 정도로 소득원이 투명한 상황으로 변화할 경우에는 추징금집행율도 동시에 높아질 것이므로, 추징금집행율을 높이기 위해 환형유치하는 등의 새로운 제도의 도입 필요성도 사라지지 않을까 싶다.

넷째, 추징금 강제를 위한 구금제도의 도입에 있어 형벌로서의 추징대상과 보안처분으로서의 추징대상을 구분하고 전자에 한정하여 동 제도를 도입할 경우 인권침해 우려가 불식될 것이며 과잉금지원칙에도 위배되지 않는다는 것이 찬성론의 견해인데,⁴⁶⁾ 그 구분의 옳고 그름이나 그 가능성 유무는 차치하고서라도, 그런 경우 새로운 제도 도입의 실익이 매우 줄어들 것으로 보인다. 찬성론의 입장에서 형벌로 보기 어렵다는 형법 제48조 제2호(범죄행위로 인하여 생하였거나 이로 인하여 취득한 물건)와 제3호(전2호의 대가로 취득한 물건)의 가액⁴⁷⁾이 실질적으로 고액추징금의 대부분에 해당될 것이기 때문이다.

다섯째, 그렇다면 찬성론의 주장과 같이 “국민적 공감대의 형성이 용이한 부정·부패 및 마약류사범에 한정”하는 경우⁴⁸⁾에는 과연 그 정당성을 획득할 수 있을 것인가. 역시 긍정하기 어렵다. 부정·부패 및 마약사범을 다른 범죄와 차별하고자 하는 그 불법성(또는 비윤리성)은 이미 법

46) 정웅석, 앞의 발표문(각주 16), 57쪽. 참고로 정교수는 발표문의 결론에서 다음과 같이 실시하고 있다. “따라서 먼저 추징금미납자에 대한 사면·복권은 원초적으로 인정해서는 안 될 것이며, 둘째 추징금미납자에 대해서는 추징금 강제를 위하여 일정한 기간 동안 구금할 수 있는 구금제도를 도입하고, 셋째, 재산이 있다는 명백한 심증이 있는데도 불구하고 추징금을 미납할 때에는 최후수단으로 환형처분(penalty)을 부과하는 단계적 접근을 하는 것이 타당하다고 본다. 다만 이 경우 구금처분이나 환형처분은 ‘범죄를 촉진한 재산’(형법 제48조 제1항 제1호)이 아니라 ‘범죄수입’(동법 제48조 제1항 제2호 내지 제3호)의 추징에 한정하는 것이 이중처벌의 시비를 차단할 것으로 보이며, 이 경우도 국민들의 여론 등을 감안하여 이를 일반형법에 규정하는 방식보다는 조직범죄·뇌물범죄·마약범죄 등 특정범죄에 한정하여 특별법의 규정을 개정하는 방식으로 추진하는 것이 좀더 쉽게 입법화될 수 있을 것으로 보인다.”(71쪽). 동 결론만을 보면 정교수의 본 의도가 (본문에서 실시한 바와는 달리) 형법 제48조 제2호와 제3호, 즉 형벌이 아닌 보안처분적 성격의 추징금 미납자에 대해서도 구금이나 환형처분을 하고자 하는 것으로 보이는데, 이 경우 범죄수익 등 고액추징금의 대부분을 포함시키게 되어 새로운 제도 도입의 실익을 달성할 수는 있겠지만, 본문에서 추징을 벌금형과 같은 형벌로서 취급하여 새로운 제도 도입의 정당성을 피력하고자 했던 정교수의 주된 논지와는 논리적으로 모순이 아닌지 의문이다.

47) 정웅석, 앞의 발표문(각주 16), 56쪽.

48) 정웅석, 앞의 발표문(각주 16), 71쪽.

정형에 반영되어 있고, 그 범죄수익은 찬성론이 그 비판을 예상하는 바와 같이 “이미 본형(자유형 또는 벌금형)의 양형시 고려되는 점을 감안할 때, 추징금미납시 환형유치를 시키는 것은 이중처벌이 될 수 있기”⁴⁹⁾ 때문이다. 더불어 현행 「공무원범죄에 관한 몰수특례법」, 「마약류불법거래방지에 관한 특례법」, 「불법정치자금 등의 몰수에 관한 특례법」의 입증책임완화 규정이 사법기관의 업무경감을 위해 헌법상의 무죄추정원칙 및 재산권을 침해한다는 비판이 있는 가운데,⁵⁰⁾ 여기서 한걸음 더 나아가 추징금미납자에 대한 구금, 환형유치나 벌금형전환을 가능하도록 입법화한다면 국민의 기본권은 도외시한 채 행정편의적인 입법만을 추구한다는 비난을 면하기 어려울 것으로 보인다.

다. 법무부의 범죄수익법 개정안의 타당성 검토

위의 비판 논거들은 법무부가 입법예고한 범죄수익법 일부개정법률(안)에도 그대로 적용될 수 있다. 동 법안은 제6조의2를 신설하여 특정범죄에 대해서는 범죄수익에 상당하는 벌금을 병과시키겠다는 것인데, 입법자가 범죄수익에 대한 몰수·추징의 법적 성격을 보안처분으로 보든지 형벌로 보든지 그 타당성을 얻기 힘들다.

우선 보안처분으로 보는 경우, 범죄수익을 형벌인 벌금형으로 부과시키는 것은 형벌과 보안처분의 취지를 근원적으로 무시하는 것으로 그 정당성을 얻기 어렵다. 이는 추징의 형벌적 성격만을 인정하는 경우에도 마찬가지이다. 그 불법성은 이미 본형인 자유형이나 벌금형에 반영되어 있으므로, 범죄수익상당액을 벌금형으로 부과한다면 책임원칙 또는 이중처벌금지원칙에 반하게 되기 때문이다. 또한 동법의 적용을 받는 경우 죄형법정주의원칙 및 책임원칙에 따라 각 범죄별로 벌금형의 상한이 정해진 현행법체계를 고려하면 고액의 범죄수익의 경우 전부가 아닌 일부에 대해서만 벌금형을 병과할 수 있게 되므로 오히려 고액의 범죄수익자에게 유리할 수 있다.

그럼에도 불구하고 범죄수익에 대해 몰수·추징을 선고하지 않고 벌금형을 부과하겠다는 취지는 무엇인가? 바로 벌금형미납자의 경우 환형처분

49) 정웅석, 앞의 발표문(각주 16), 52쪽.

50) 서보학, 앞의 논문(각주 3), 108쪽 이하.

을 할 수 있기 때문인 것으로 보인다. 이 경우에는 일견 입법예고에서 실시한 바와 같이 법집행의 실효성이 달성된다고 볼 수도 있을 것이다. 그러나 여기서의 법집행의 실효성은 미납자에 대한 환형처분을 통해 완성되는 형식적 측면에서의 법집행의 완수이지, 범죄수익 자체를 철저히 환수한다는 실질적 측면에서의 법집행의 완수가 아니라고 본다. 벌금으로 전환된 추징금을 미납한 경우 환형유치시킨다면, 일정 기간이 지나 형집행이 완료되는 것이므로 추징금집행율이 현저히 올라가 집행기관의 심적 부담을 덜어 줄 수 있겠지만, 범죄수익의 박탈이라는 본래적 목표를 달성하기에는 어려움이 있다. 더구나 벌금액수에도 상한이 정해져있을 뿐만 아니라 현행법상 환형유치기간이 최장 3년이라는 것을 고려한다면 고액의 범죄수익자의 경우 차라리 이를 반길 수도 있다. 3년의 환형유치 이후에는 동 범죄수익에 대한 납부의무가 사라질 것이기 때문이다.

법무부 범죄수익법 개정안의 문제점은 여기서 그치지 않는다. 만약 동 법안 제6조의2에서의 ‘특정범죄’가 동법 제2조에서 정의내리고 있는 ‘특정범죄’라면,⁵¹⁾ 이는 앞서 각주 7)과 각주 8)에 소개한 바와 같이 일부 경미범죄를 제외한 대부분의 일반형법전 및 특별형법전에 규정된 범죄들이기에, 예외적으로 과잉금지원칙이나 책임원칙의 준수를 무시해도 될 특별히 중대한 범죄라고 볼 여지가 없어 더욱 그 정당성을 얻기 어려워 보인다.

IV. 나오며

앞서 소개한 바와 같이 현재 우리나라의 추징금 집행실적은 매우 저조하다. 찬성론이 강조하는 바와 같이 범죄수익 등 추징금을 빠짐없이 징수하는 것은 사법적 정의를 실현하는 것이므로⁵²⁾ 추징금징수의 실효성을 확보하기 위한 방안이 속히 마련되어야 할 것이다. 그러나 사법적 정의는 오로지 결과적 측면에서 국가형벌권이 행사된 경우에 달성되는 것이 아니라, 그 수단에 있어서도 국가(집행기관)가 편법을 쓰는 것이 아니라 정도(正道)를 걸을 때에 비로소 달성된다고 본다. 즉 추징금납부의무자가 재산

51) 법무부의 개정안에는 이에 대한 아무런 언급이 없다.

52) 정웅석, 앞의 발표문(각주 16), 72쪽.

을 은닉하여 그 자력에 관한 조사 및 집행이 어려운 현 상황에서, 추징금 미납자를 바로 구금 또는 환형유치하거나 추징금을 벌금형에 포함시키는 수단을 통해, 말하자면 심리적 압박을 가해 스스로 토해내도록 하는 편법을 쓰거나 미납자에 대해 환형처분을 하여 집행률을 높이기보다는, 실질적으로 집행기관 스스로의 집행력을 높일 수 있는 방안들⁵³⁾을 면밀히 검토·연구함으로써 법 이론적으로 정당할 뿐만 아니라 법 정책적으로도 실효성 있는 제도를 도입해야 할 것이다.

보다 근본적으로는 특별법이 일반법이 된 현행 이원적 몰수·추징체계에 대한 대대적 개혁이 시급하다고 보인다. 오래전부터 비판되어 왔듯이, 엄벌주의로 인해 행정편의적으로 양산된 다수의 특별형법은 일반형법전의 의미를 감소시키고, 합리적인 형사정책의 수립을 방해하며, 결론적으로 우리 형사사법체계 기능의 부조화를 초래하고 있다.⁵⁴⁾ 몰수·추징체계 역시 마찬가지여서 현재 여러 성격의 몰수·추징이 혼재함에 따라 그 효력, 기준 등을 일괄하여 규정하고 있는 형법조문을 합리적으로 해석·적용하기가 어렵다.⁵⁵⁾ 따라서 특별법상 몰수·추징조문을 대대적으로 정비하여야 하고, 필요한 경우 일반 형법전으로의 수용도 고려할만하다. 더불어 엄벌주의가 아닌 책임원칙과 비례성원칙에 부합하는 추징금이 선고되도록 관련 법령을 개정해야 할 것이다.

참고문헌

- 강옥구, 추징금집행의 절차와 방법에 관한 소고 -집행불능 방지책을 중심으로-, 김찰 106호(1995/6), 233쪽 이하
 김성천/김형준, 형법총론, 2002
 김성호, 공직부패방지를 위한 제도개선에 관한 연구(건국대학교 대학원 박사학위논문), 2003

53) 예컨대 추정보전명령의 적극 활용, 추징금 구형시 가납판결의 청구, 은닉재산 조사권 및 금융거래내역 조회권의 신설 등이 있을 수 있다.

54) 서보학, 앞의 논문(각주 3), 94쪽.

55) 같은 견해로는 한상곤, 몰수, 추징에 있어서의 부가성의 의미와 그 대상자, 재판자료 제50집, 법원도서관, 각주 10).

- 김한균, 영국의 몰수·추징 법제도개혁과 형사정책, 형사정책연구소식 (2006/9·10, 통권 97호), 한국형사정책연구원, 44쪽 이하.
- 박승진 외 2인 공저, 각국의 몰수제도, 한국형사정책연구원, 1999
- 배종대, '특별'형법을 '보통'형법으로 만들기, 2005.6.18.개최 한국형사정책 학회 하계학술대회(주요 형사특별법의 정비방안), 기초발제문
- 서보학, 형법상 범죄수익 몰수의 필요성과 법치국가적 한계, 안암법학, 84 쪽 이하
- 손동권, 형법총칙론, 2001
- 신동운, 형법총론, 2001
- 신영호, 몰수의 법적 성격에 관하여, 부산대학교 법학연구 제41권 제1호, 2000, 225쪽 이하
- 우영기, 법조(2001/6), 179쪽 이하.
- 원혜옥, 비교형사법연구 제7권 제2호, 161쪽 이하
- 이병기, 조직범죄수익몰수제도, 형사정책연구, 제25권 제2호(1994/여름), 73쪽 이하
- 이상원, 몰수의 법적 성격, 비교형사법연구 제6권 제2호, 247쪽 이하
- 이재상, 형법총론, 2004
- 이형국, 형법총론, 2003
- 임웅, 형법총론, 2004.
- 정성근/박광민, 형법총론, 2006
- 정웅석, 추징금징수의 실효성을 확보하기 위한 방안(2007년 6월 21일 법무부 주최 추징금징수 실효성 확보방안 공청회 자료집, 7쪽 이하)
- 정웅석, 추징금징수의 실효성 확보방안, 법조, 2007/9, 242쪽 이하
- 한상곤, 몰수, 추징에 있어서의 부가성의 의미와 그 대상자, 재판자료 제 50집, 법원도서관
- 허환, 추징금집행의 효율성 제고방안(2007년 6월 21일 법무부 주최 추징금징수 실효성 확보방안 공청회 자료집, 141쪽 이하)
- Archbold, Criminal Pleading, Evidence and Practice, 2006
- Edward Rees QC and Richard Fischer, 2 Ed., The Proceeds of Crime Act 2002, Oxford, 2005, pp. 202.

Critical Approach to recent Proposals for Efficient Enforcement of
Criminal Confiscation

Ju, Seung-Hee

(Dr. jur., Assistant Professor, Department of Law, Duksung Women's
University)

It had widely become known to the public, notably through news of the former presidents Jeon and Roh, that the percentage of execution proceeding in the case of confiscation is remarkably low. Hence, it is generally acknowledged, both in theory and practice, that efficient and drastic means to realize the execution of criminal confiscation order enforcement are in urgent need.

However, various legal devices which have recently been proposed, -one of them already in the process of legislation,- namely defaulting imprisonment or imposing fines instead, seem rather problematic for the reason I've listed below.

Since the legal characteristics of confiscation are that of both criminal punishment and protective measure, these proposals run counter to the constitutional principles like prohibition of double jeopardy(punishment) and prohibition of excessive punishment. It is because these attempts eventually end up imposing additional punishment like imprisonment or fines to the offender, who had already been purged to sin with primary punishment according to the account of unlawfulness.

In addition, these seem not very efficient because the maximum of imprisonment period and fines are limited while the amount of confiscation run into astronomical figures. It may be all the more probable that they come up with self-reflective devices to enlighten their operative efficiency, such as reinforcement of the right to

108 형사정책연구 제18권 제4호(통권 제72호, 2007 · 겨울호)

investigate of concealment property.

주제어 : 몰수, 추징, 몰수 · 추징의 법적성격, 구금, 환형처분

Keywords : enforcement of confiscation order, in personam forfeiture,
default imprisonment