

형법상 몰수규정의 개정방안에 대한 연구

신 상 현*

< 목 차 >

- I. 문제의 제기
- II. 기존의 개정안 검토
- III. 새로운 개정안 제시
- IV. 결론

I. 문제의 제기

몰수는 범죄가 실행되거나 반복되어 나타나는 것을 방지하기 위하여 범죄로 인한 수익 자체를 국고로 환수하는 제도이다. 우리나라 형법 제41조는 제9호에서 몰수를 형의 종류 중 하나로 열거하면서, 이를 전제로 하여 제48조¹⁾ 및 제49조²⁾에 몰수에 관한 규정을 두고 있다. 형법상 몰수는 물건을 대상으로 하고 있는데, 범인 외의 자에 속하지 않는³⁾ 일정한 물건 및 범인 외의 제3자가 그

* 헌법재판소 헌법연구원, 법학박사(Dr. jur.).

- 1) 제48조(몰수의 대상과 추정) ① 범인 외의 자의 소유에 속하지 아니하거나 범죄 후 범인 외의 자가 사정을 알면서 취득한 다음 각 호의 물건은 전부 또는 일부를 몰수할 수 있다.
 1. 범죄행위에 제공하였거나 제공하려고 한 물건
 2. 범죄행위로 인하여 생겼거나 취득한 물건
 3. 제1호 또는 제2호의 대가로 취득한 물건② 제1항 각 호의 물건을 몰수할 수 없을 때에는 그 가액을 추정한다.
③ 문서, 도화, 전자기록 등 특수매체기록 또는 유가증권의 일부가 몰수의 대상이 된 경우에는 그 부분을 폐기한다.
- 2) 제49조(몰수의 부가성) 몰수는 타형에 부가하여 과한다. 단, 행위자에게 유죄의 재판을 아니할 때에도 몰수의 요건이 있는 때에는 몰수만을 선고할 수 있다.
- 3) 범인, 공범, 소유자 불명, 누구도 소유할 수 없는 금제품 등을 모두 포함한다(김성돈, 「형법총론」 제8판, SKKUP, 2022, 833면; 신동운, 「형법총론」 제14판, 법문사, 2022, 851면).

사정을 알면서 취득한 그러한 물건만을 그 대상으로 포함시키고 있다.

그런데 형법상 규정만으로 각종 범죄에 대응하기 어렵다는 고려하에, 그동안 중대범죄와 관련해서 여러 특별법이 창설되었고, 그곳에서 형법과 독자적으로 몰수의 요건, 범위, 방법, 절차 등을 자세히 규율하고 있다. 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」(이하 ‘범죄수익은닉규제법’), 「공무원범죄에 관한 몰수 특례법」(이하 ‘공무원범죄몰수법’), 「마약류 불법거래 방지에 관한 특례법」(이하 ‘마약거래방지법’), 「불법정치자금 등의 몰수에 관한 특례법」(이하 ‘불법정치자금법’), 「부패재산의 몰수 및 회복에 관한 특례법」(이하 ‘부패재산몰수법’) 등이 그 대표적 예이다. 이 특별법들의 주된 목표는 몰수의 성립범위를 현실에 맞게 확장시키는 데 있기 때문에, 몰수의 대상을 규정하면서 형법상 조항보다 더 자세한 규정을 두고 있다.⁴⁾ 그에 따라 오늘날 우리나라에서는 사실상 물건 등 유체물을 대상으로 하는 형법상 몰수와 무형의 재산권이나 이익 등에 대한 환수까지 포함하는 특별법상 몰수의 이원적 체제가 운영되고 있다고 평가된다.⁵⁾ 그 부정적인 결과로서 형법상 몰수규정이 일차적으로 의미 있게 적용될 수 있는 영역이 줄어들고 있는 것이 현실이고, 특별법상 몰수규정들 역시 체계적이지 않아서 하나의 사건에서 중복적으로 적용될 수 있는 등 실효적인 법 적용이 어려운 상황이다.⁶⁾

더군다나 근본적으로 몰수의 법적 성격을 어떻게 바라볼 것인지에 대한 견해가 통일되어 있지 않은 것도 문제이다. 학계에서는 몰수를 (부가적) 형벌(재산형)로 보는 견해, 몰수의 성격이 범죄의 위험성을 예방하고 범인의 부당한 이익 취득을 막는 것이므로 실질적으로 대물적 보안처분이라는 견해, 대상을 구별하여 행위자나 공범 소유의 물건에 대한 몰수는 형벌적 성격을 갖지만 제3자 소유의 물건에 대한 몰수나 재범의 위험성을 예방하기 위한 몰수는 대물적 보안처분의 성격을 갖는다는 견해, 몰수가 형벌과 대물적 보안처분의 성격을 모두 가지고 있다는 견해, 몰수가 형벌과 보안처분 중간에 위치한 독립된(특별한) 형사제재라는 견해 등이 대립한다.⁷⁾ 그러므로 몰수를 형벌로만 보는 견해를 제

4) 최준혁, “형벌제도를 재검토할 필요성: 몰수를 중심으로”, 『형사법연구』 제35권 제4호, 한국형사법학회, 2023, 86면.

5) 최호진, 『형법총론』 제2판, 박영사, 2024, 845면.

6) 정현미, “몰수·추징제도의 비교법적 고찰 및 개선방안”, 『형사법 개정 연구 자료집 I』, 법무부, 2009.12., 3면.

7) 자세히는 이상원, 박상욱/김대휘 편, 『주석 형법』 제3판, 총칙 2, §25~§86, 한국사법행정학

외하고는 형법 제41조에서 몰수를 형의 일종으로 포함시킨 것을 비판적으로 바라볼 수밖에 없다.

몰수의 법적 성격과 관련되는 또 다른 문제도 있다. 형법 제49조는 몰수를 형의 하나로 규정하면서 다른 주형에 부가해서만 과할 수 있는 부가형으로 구성을 하면서도, 유죄의 재판을 하지 않을 때에도 몰수의 요건을 갖추면 몰수만을 선고할 수 있다고 한다. 이와 같이 몰수는 부가형이므로, 행위자에게 범죄성립을 인정하는 재판을 하지 않는 경우에는 형의 선고도 할 수 없다.⁸⁾ 그에 따라 공소제기 없이 별도로 몰수만을 선고하는 것(이하 ‘독립몰수’)은 현행법상 불가능하다.⁹⁾ 하지만 학계나 실무에서는 범죄수익의 예외 없는 박탈이라는 몰수 본연의 목적을 실현하기 위해서라도 독립몰수를 도입해야 한다는 견해가 대부분이고,¹⁰⁾ UN부패방지협약(UNCAC)이나 자금세탁방지기구(FATF)에서도 범죄인이 사망, 도주 또는 부채를 이유로 소추될 수 없는 경우 유죄판결 없이도 몰수하는 제도를 채택할 것을 권고하고 있다.¹¹⁾ 그런데 독립몰수는 이론적으로 보안처분의 일종이라고 볼 수밖에 없는데,¹²⁾ 몰수를 부가형으로 취급하는 현행법의 구조하에서는 독립몰수를 받아들이는 것이 현실적으로 불가능하다. 결국 몰수가 형벌의 성격만 지닌 것이 아니라고 보아야만¹³⁾ 독립몰수가 체계적으로 우리법상 몰수제도에 편입될 수 있는 것이다.

따라서 형법상 몰수규정이 제 기능을 발휘할 수 있으려면, 몰수의 법적 성격에 대한 재고찰을 함으로써 형법상 조문의 위치를 조정하고 그 대상과 요건에 관한 규정을 보다 현실적이고 명료하게 가다듬어야 한다는 결론에 이르게 된

회, 2020, 441-442면; 정현미, 앞의 논문, 8-11면; 형법개정연구회, 「형사법개정연구(IV)」, 한국형사정책연구원, 2009.12., 185면.

8) 신동운, 앞의 책, 847면.

9) 대법원 1992. 7. 28. 선고 92도700 판결; 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006도4885 판결.

10) 김정환, “공무원범죄몰수법의 운영현황과 개선방향”, 「비교형사법연구」 제20권 제3호, 한국비교형사법학회, 2018, 45-46면; 박성진, “독립몰수제도 도입에 관한 최근 입법동향 및 개선방안”, 「법조」 제71권 제1호, 법조협회, 2022, 316-317면; 송주용, “독립몰수 도입에 관한 연구”, 「사법」 제55호, 사법발전재단, 2021, 475면; 정현미, 앞의 논문, 166, 210면; 조근석, “범죄수익몰수제도의 문제점과 개선방안”, 「인권과 정의」 제420호, 대한변호사협회, 2011, 124면; 최준혁, 앞의 논문, 114면.

11) 박성진, 앞의 논문, 317-318면.

12) 신동운, 앞의 책, 847면.

13) 이것이 몰수에 형벌적 성격이 전혀 포함되어 있지 않다는 의미는 아니다. 일부 형벌적 성격을 가지고 있다고 보는 견해뿐만 아니라 제3의 형태의 형사제재로 보는 견해 모두 몰수를 형벌의 일종에서 제외해야 한다고 볼 것이다.

다. - 일반법과 특별법의 본말이 전도된 바도 없지 않지만 - 이미 여러 특별법에 형법규정보다 더 자세한 형태의 규정이 존재하므로, 그 형태를 참조하여 중요한 부분은 형법에 편입시킴으로써 기본법으로서의 형법이 제 기능을 발휘할 수 있도록 해야 할 것이다. 특히 일부 특별법은 몰수대상에 해당하는 것으로 추정하게 하여 입증책임을 완화하는 규정이나 몰수재산을 국고가 아니라 피해자에 직접 환부하는 규정을 마련하고 있는데, 몰수의 실효성을 높이기 위하여 이러한 제도를 형법에서도 활용해도 될 것인지 고민해 볼 필요가 있다. 같은 맥락에서, 위와 같은 제도 이외에도 특별법에는 몰수와 관련된 절차·집행규정을 자세히 마련하고 있는데, 이를 어느 정도까지 형법에 편입할 것인지도 논의해 보아야 한다.

이러한 취지에서 이 글은 형법상 몰수규정의 구체적인 개정안을 제시하는 것을 주된 목적으로 삼는다. 이미 법무부나 학계 차원에서 몰수규정의 개정안이 여러 번 제시된 바 있는데, 이하에서는 이에 대한 비교·평가를 한 후 특별법상 규정의 내용까지 참고하여 새로운 형태의 개정안을 제시하도록 한다.¹⁴⁾

II. 기존의 개정안 검토

지금까지 제시된 대표적인 개정 제안으로는 법무부 주도의 1992년 형법개정법률안(이하 ‘1992년 안’), 한국형사법학회 주도의 2009년 형법개정시안(이하 ‘2009년 안’), 법무부 주도의 2011년 형법(총칙) 일부개정법률안(이하 ‘2011년 안’)이 있다. 학계와 실무의 전문가들이 모여 몰수의 법적 성격, 대상의 범위 등을 자세히 논하면서 이러한 개정안들이 완성된 것이므로, 그 결과물을 살펴보는 것만으로도 새로운 개정안을 제시하는 데 훌륭한 밑거름이 될 수 있다. 논의의 편의상 현행법과 개정안들의 대응되는 규정을 각각 분류하여 그 내용을 비교·분석하도록 한다.¹⁵⁾

14) 개별 영역마다 학설이 대립하는 부분이 있을 수 있는데, 이에 대해서는 이미 많은 문헌에서 자세한 논증이 이루어졌기 때문에 이 글에서 그 학설을 재차 논하는 것은 불필요할 것으로 보인다. 또한 해외 입법례에 대한 분석도 필요할 수 있으나, 미국이나 독일 등의 몰수제도에 대한 선행연구도 이미 충분하고 각 나라마다 제도의 형태가 다르다는 점에서 이를 간략히만 언급하는 것은 불필요할 것이다. 따라서 이 점에 대해서는 개정안을 도출해 내는 과정에 필요한 부분에서만 간략히 언급하도록 한다.

1. 몰수의 법적 성격 및 몰수규정의 위치

현행 형법	1992년 안	2009년 안	2011년 안
제41조(형의 종류) 형의 종류는 다음과 같다. 1. - 8. (생략) 9. 몰수	제41조(형의 종류) 형의 종류는 다음과 같다. 1. - 8. (생략) 9. <삭제>	제41조(형의 종류) 형의 종류는 다음과 같다. 1. - 8. (생략) 9. <삭제>	제41조(형의 종류) 형의 종류는 다음과 같다. 1. - 8. (생략) 9. <삭제>

1992년 안은 몰수가 형벌로서의 성질만 가지는 것은 아니라고 보면서, 형의 종류에서 몰수를 제외하고 형의 소멸 다음인 제11절에 몰수규정을 두었다.¹⁶⁾

2009년 안은 특별법에 규정되어 있는 몰수·추징 관련 규정의 내용을 형법에 편입시키는 시도를 하면서, 마찬가지로 몰수를 형벌에서 제외하여 독립된 처분으로 규정하였다.

2011년 안은 특별법상 여러 몰수규정을 형법으로 일원화하지 않고, 형법과 특별법의 이원적 체계를 유지하기로 하였다. 동시에 형법상 몰수는 형벌적 성격을 가질 뿐만 아니라 보안처분적 성격을 가진 몰수까지 모두 포함하고 있으므로, 몰수를 형의 종류에서 제외하고 제9절에 독립된 규정을 두었다.¹⁷⁾

2. 몰수의 대상(인적·물적 요건)

현행 형법	1992년 안	2009년 안	2011년 안
제48조(몰수의 대상과 추징) ① 범인 외의 자의 소유에 속하지 아니하거나 범죄 후 범인 외의 자가 사정을 알면서 취득한 다음 각 호의 물건은 전부 또는 일부	제11절 몰수 제86조(몰수) ① 범인이 소유하는 다음 물건은 전부 또는 일부를 몰수할 수 있다. 1. 범죄행위에 제공하였거나 제공하고자 한 물건 2. 범죄행위로 생겼거	제11절 몰수, 추징 제48조(몰수) 범인 이외의 자의 소유에 속하지 않는 다음 기재의 물건 또는 재산상의 이익은 전부 또는 일부를 몰수할 수 있다. 1. 범죄행위에 제공하였거나 제공하려고	제9절 몰수 제79조(몰수의 대상) ① 범인이 소유하는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 물건, 금전, 그 밖의 재산은 전부 또는 일부를 몰수할 수 있다. 1. 범죄행위에 제공하였거나 제공하려고

15) 검색 등을 통해서 각 개정안을 찾아보는 것은 어렵지 않으나, 이들을 동일한 주제에 따라 분류하여 일목요연하게 비교·분석한 자료는 찾아볼 수 없으므로, 이하에서는 다소 분량이 늘어날 수 있음을 감안하고서라도 각 개정안의 내용을 그대로 기재하기로 한다.

16) 법무부, 「형법개정법률안 제안이유서」, 법무부, 1992.10., 94면.

17) 법무부, 「형법(중칙) 일부개정법률안 제안이유서」, 법무부, 2011.4., 79면.

<p>를 몰수할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 범죄행위에 제공하였거나 제공하려고 한 물건 2. 범죄행위로 인하여 생겼거나 취득한 물건 3. 제1호 또는 제2호의 대가로 취득한 물건 	<ol style="list-style-type: none"> 3. 제1호 또는 제2호의 대가로 취득한 물건 	<ol style="list-style-type: none"> 1. 한 물건 또는 재산상의 이익 2. 범죄행위로 생긴 물건 또는 재산상의 이익 3. 범죄행위로 인하여 취득한 물건 또는 재산상의 이익 4. 범죄행위의 보수로 받은 물건 또는 재산상의 이익 5. 제1호 내지 제4호의 대가로 취득한 물건 또는 재산상의 이익 6. 제2호 내지 제5호의 물건 또는 재산상의 이익(범죄수익이라 한다)의 과실로서 얻은 재산, 대가로서 얻은 재산, 이들 재산의 대가로서 얻은 재산 기타 범죄수익의 보유, 처분, 변형, 증식에 의하여 얻은 재산(범죄수익에서 유래한 재산이라 한다) <p>제49조(혼합재산의 몰수) 불법재산(범죄수익 및 범죄수익에서 유래한 재산을 말한다)이 불법재산 외의 재산과 혼합된 경우에 그 불법재산을 몰수할 때에는 그 혼합에 의하여 생긴 재산(혼합재산) 중 그 불법재산(당해 혼합에 관련된 부분에 한한다)의 금액 또는 수량에 상당하는 부분을 몰수할 수 있다.</p>	<p>한 것</p> <ol style="list-style-type: none"> 2. 범죄행위로 생겼거나 이로 인하여 취득한 것 3. 제2호의 대가로 취득한 것 4. 범죄행위의 보수로 취득한 것
<p>제48조</p> <ol style="list-style-type: none"> ① ... 범죄 후 범인 외의 자가 사정을 알면서 취득한 ... 	<p>제86조</p> <ol style="list-style-type: none"> ② 범인이 소유하지 아니하는 제1항에 기재한 물건은 공공에 해가 되거나 범죄행위에 제공될 	<p>제50조(제3자 소유 재산의 몰수)</p> <ol style="list-style-type: none"> ① 범인 이외의 자가 소유하는 다음 기재의 물건 또는 재산상의 이익은 전 	<p>제79조</p> <ol style="list-style-type: none"> ② 범죄 후 범인 외의 자가 그 정황을 알면서 취득한 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 물건,

	<p>영려가 있는 때에 한하여 몰수할 수 있다. 다만, 범인외의 자가 범죄 후 그 정을 알면서 취득한 물건은 이 규정에 불구하고 몰수할 수 있다.</p> <p>제90조(보상) 범인 이외의 자가 소유하거나 물권을 취득한 물건을 몰수한 때에는 그 손실을 보상하여야 한다. 다만, 그 물건이 범죄행위에 제공됨에 있어서 범인 외의 자에게 책임이 있거나 그 정을 알고서 그 물건, 물권 또는 이익을 취득한 때에는 그러하지 아니하다.</p>	<p>부 또는 일부를 몰수할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 범죄 후 범인 외의 자가 그 정을 알면서 취득한 제48조 각 호의 물건 또는 재산상의 이익 2. 범죄행위로 인하여 범인 이외의 자에게 직접 귀속한 물건 또는 재산상의 이익 3. 제1호 이외에 공공에 해가 되거나 범죄행위에 제공될 영려가 있는 제48조 제1호 또는 제2호의 물건 또는 재산상의 이익. 이 경우 범인 외의 자의 귀책사유를 고려하여 범인 외의 자가 몰수로 인하여 받는 손실의 전부 또는 일부를 보상한다. <p>② 불법재산 또는 혼합재산이 범인 이외의 자에게 상속, 증여되거나 현저하게 저가로 귀속된 경우에는 그 재산의 전부 또는 일부를 몰수할 수 있다.</p>	<p>금전, 그 밖의 재산은 전부 또는 일부를 몰수할 수 있다.</p>
--	--	--	---

1992년 안은 처음으로 몰수를 형 이외의 특별처분으로 보면서 ‘형벌로서의 몰수’와 ‘보안처분으로서의 몰수’를 구별하였다.¹⁸⁾ 그 결과 ‘범인’의 소유에 속하는 물건에 대한 몰수(제86조 제1항)는 ‘형벌’의 성격을 가진 것으로, 범인 이외의 ‘제3자’ 소유의 물건에 대한 몰수(제86조 제2항)는 ‘보안처분’의 성격을 가진 것으로 보면서, 양자의 요건에 차등을 두었다. 즉 ‘형벌로서의 몰수’의 목적은 범인에게 범죄수익을 보유하지 못하게 하는 것이므로 몰수대상을 나열하는 데 그쳤으나, ‘보안처분으로서의 몰수’는 위험성을 전제로 하므로 그 물건이 공공의 해가 되거나 다른 범죄행위에 제공될 영려가 있어야 한다는 요건을 추가하였다.¹⁹⁾ 후자의 경우 현행법과 달리 제3자 소유의 물건에 대한 몰수를 인정하

18) 법무부, 앞의 “형법개정법률안 제안이유서”, 94면.

는 범위가 넓어졌고 - 후술하는 바와 같이 - 물수의 효과를 국고귀속으로 규정하였기 때문에, 이에 따라 발생할 수 있는 제3자의 재산권 침해를 방지하기 위하여 손해보상에 관한 규정을 마련하였다.²⁰⁾

2009년 안의 특징은 범죄수익은닉규제법, 공무원범죄몰수법, 마약거래방지법, 부패재산몰수법상 관련 규정을 형법에 반영한 것으로 평가할 수 있다. 범인 소유의 물건 등에 대한 몰수(제48조)와 제3자 소유의 물건 등에 대한 몰수(제50조)를 다른 조항으로 분류하였다. 후자와 관련하여 1992년 안에서처럼 공공에 해가 되거나 범죄행위에 제공될 염려가 있는 경우에도 몰수가 가능하도록 하였고, 보상규정도 함께 규정하였다. 몰수대상도 확대하였는데, 현행 형법 제48조 제1항에 의해서도 범죄행위에 제공한 물건(범행도구 등), 범죄행위로 생성한 물건(위조지폐, 마약 등), 취득한 물건(도품, 뇌물 등), 대가물건(마약 등의 매각대금)은 몰수할 수 있지만, 범죄행위의 보수로 받은 물건(예를 들어 청부범죄의 사례금)은 규정되어 있지 않으므로, 이것도 물수의 대상으로 포함시켰다. 또한 현행 형법에 따르면 재산상 이익도 압수의 대상에 포함될 수 있는지 견해가 대립할 수 있으므로, 재산상 이익까지 명문으로 포함시키는 형태로 규정하였다. 더 나아가 몰수 대상 물건이나 재산상 이익의 대가로 취득한 물건 또는 재산상 이익뿐만 아니라 그 대가(범죄수익)로부터 추가적으로 발생한 재산까지 물수의 대상으로 포함시켰다(제49조).²¹⁾

반면, 2011년 안은 형법과 특별법의 이원적 체계를 유지하는 전제로 2009년 안과 같은 일원화를 시도하지 않았다. 모든 법률을 통일적으로 정비하기 어려운 현실적인 문제점, 특수한 재산상 이익에 관한 몰수는 별도로 규정해야 한다는 점 등을 고려한 것이다.²²⁾ 그렇지만 몰수대상과 관련해서는 다른 안들과 마찬가지로 범인이 소유하는 대상에 대한 몰수(제79조 제1항)와 범인의 소유에 속하지 않는 대상에 대한 몰수(제79조 제2항)를 구별하였다. 또한 물수의 대상으로 물건뿐만 아니라 금전, 재산도 포함시켰다. 2009년 안에서 사용한 ‘재산상 이익’이라는 용어는 재물과 짝을 이루고 있어서 해석상 논란을 야기할 수 있고, 특별법에도 ‘물건, 금전, 그 밖의 재산’이라고 표현하고 있으므로 통일성을 꾀하기 위

19) 형법개정연구회, 앞의 책, 157면; 최준혁, 앞의 논문, 93-94면.

20) 법무부, 앞의 “형법개정법률안 제안이유서”, 96면.

21) 형법개정연구회, 앞의 책, 186-188면.

22) 법무부, 앞의 “형법(총칙) 일부개정법률안 제안이유서”, 79면.

해서 그렇게 규정한 것이다.²³⁾ 현행 형법은 제48조 제1항 제3호에서 제1호와 제2호의 대가로 취득한 물건을 모두 몰수대상으로 삼고 있으나, 제1호의 대가(예를 들어 음주운전에 제공된 차량을 판매한 금원)까지 몰수하는 것은 부적절하다고 보아서, 2011년 안은 제2호의 대가만을 몰수의 대상으로 포함시켰다.²⁴⁾ 제3자 소유 대상에 대한 몰수의 경우 현행 형법상 내용과 유사하게 정황을 알면서 취득한 때에만 몰수가 가능하도록 하였고, 별도로 보상규정을 두지 않았다. 이를 도입하면 제3자에 대한 몰수의 절대적 효력이 있음을 전제하게 되어 판결이 없이도 제3자에 대한 물건을 몰수할 수 있게 된다는 점을 고려한 것이다.²⁵⁾

3. 추정 및 폐기

현행 형법	1992년 안	2009년 안	2011년 안
제48조 ② 제1항 각 호의 물건을 몰수할 수 없을 때에는 그 가액을 추정한다. ③ 문서, 도화, 전자기록 등 특수매체기록 또는 유가증권의 일부가 몰수의 대상이 된 경우에는 그 부분을 폐기한다.	제87조(추징과 폐기) ① 제86조에 기재한 물건의 전부 또는 일부를 몰수할 수 없을 때에는 그 가액을 추정한다. ② 문서, 도화, 전자기록 등 특수매체기록 또는 유가증권의 일부가 몰수에 해당하는 때에는 그 부분을 폐기한다.	제51조(추징 및 폐기) ① 제48조 내지 제50조에 기재한 물건 또는 재산상의 이익(제50조 제1항 제3호를 제외한다)을 몰수할 수 없거나 그 재산의 성질, 사용상황, 그 재산에 관한 범인 외의 자의 권리 유무, 그 밖의 사정으로 인하여 이를 몰수함이 상당하지 아니하다고 인정될 때에는 그 가액을 추정한다. ② 문서, 도화, 전자기록 등 특수매체기록 또는 유가증권의 전부 또는 일부가 몰수에 해당하는 때에는 이를 폐기할 수 있다.	제80조(추징과 폐기) ① 제79조에 따라 물건, 금전, 그 밖의 재산을 몰수하는 것이 불가능한 경우에는 그 가액을 추정한다. ② 문서, 도화, 전자기록 등 특수매체기록 또는 유가증권의 일부를 몰수하는 경우에는 그 부분을 폐기한다.

23) 법무부, 앞의 “형법(총칙) 일부개정법률안 제안이유서”, 80면.

24) 법무부, 앞의 “형법(총칙) 일부개정법률안 제안이유서”, 81면.

25) 법무부, 앞의 “형법(총칙) 일부개정법률안 제안이유서”, 83면.

1992년 안은 추징과 폐기에 관한 별도의 규정을 마련하면서, 시대상을 반영하여 몰수의 대상으로 - 그 당시 형법 제48조에는 규정되어 있지 않았던 - 특수매채기록을 추가하였다.²⁶⁾

2009년 안은 부패재산몰수법 제5조를 참고하여 현행 형법과 달리 몰수가 불가능한 경우뿐만 아니라 몰수함이 상당하지 않은 경우에도 추징할 수 있도록 하였다(제51조 제1항). 폐기와 관련해서는, 몰수하여 국고로 귀속시키는 조항에 대한 특례조항을 두어 재산적 가치가 없는 불필요한 물건은 폐기처분함으로써 보관비용을 줄이고자 하였다(제51조 제2항).²⁷⁾

2011년 안은 표현만 일부 가다듬는 방식으로 추징·폐기에 관한 규정을 별도로 두었다.

4. 독립몰수

현행 형법	1992년 안	2009년 안	2011년 안
제49조(몰수의 부가성) 몰수는 타형에 부가하여 과한다. 단, 행위자에게 유죄의 재판을 아니할 때에도 몰수의 요건이 있는 때에는 몰수만을 선고할 수 있다.	제88조(몰수 등의 특례) 몰수·추징 또는 폐기는 행위자에게 유죄의 재판을 하지 아니하거나 공소를 제기하지 아니하는 경우에도 그 요건이 있는 때에는 이를 선고할 수 있다.	제52조(몰수 등의 특례) 몰수, 추징 또는 폐기는 다음 각 호 중 어느 하나에 해당하는 때에 이를 선고할 수 있다. 1. 형의 면제, 선고유예 등 유죄의 재판을 하는 경우 2. 금고 이상의 형에 해당하는 죄를 지은 자로서 제9조, 제10조 제1항, 제12조 또는 제16조에 따라 벌할 수 없는 경우 3. 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 지은 자로서 사망, 공소시효의 완성 등을 이유로 면소 또는	제81조(몰수 등의 특례) 제79조에 따른 몰수(제80조 제2항에 따른 일부 몰수를 포함한다) 및 제80조 제1항에 따른 추징은 행위자에게 유죄의 재판을 하지 아니하거나 공소를 제기하지 아니하는 경우에도 그 요건을 갖추었을 때에는 선고할 수 있다.

26) 최준혁, 앞의 논문, 94면.

27) 형법개정연구회, 앞의 책, 189면.

		공소기각의 재판을 하는 경우. 다만 친고죄 또는 반의사불벌죄로서 피해자의 고소가 없거나 처벌을 희망하지 않는 때에는 그러하지 아니하다.	
--	--	---	--

1992년 안은 몰수가 형의 일종이 아님을 전제로 하였으므로, ‘몰수의 부가성’ 대신 ‘몰수 등의 특례’라는 제목을 붙였다. 유죄 이외의 재판이 선고되는 경우에도 범죄예방 및 범죄로 얻은 이익의 박탈이라는 관점에서 몰수가 필요한 영역이 있기 때문에 이러한 규정이 필요하다고 보았다.²⁸⁾ 더 나아가 공소가 제기되지 않은 경우에도 몰수가 가능하도록 하여 처음으로 독립몰수를 인정하였다. ‘공소를 제기하지 아니하는 경우’란 정신장애자로 치료감호만 청구된 경우나 형사미성년자인 경우뿐만 아니라 범인을 기소유예하거나 범인의 사망 기타 소재 불명으로 공소제기를 할 수 없는 경우도 포함한다. 다만, 후자의 경우에 몰수만을 선고하기 위해서는 별도의 절차법 규정이 필요하다고 보았다.²⁹⁾

2009년 안은 기존 판례상 ‘유죄의 재판을 아니할 때’의 의미가 불분명한 측면이 있어서 이를 구체화하여 각 호의 규정을 마련하였다. 특히 판례가 부정하고 있던 면소나 공소기각 재판의 경우에도 일정한 경우 몰수 등을 선고할 수 있게 하여 독립몰수가 가능하도록 하였다. 몰수·추징 등을 독자적 처분으로 보더라도 별도의 청구 없이 공소제기만으로도 그 청구가 있는 것으로 보았다.³⁰⁾

2011년 안도 유죄의 재판을 하지 않을 경우뿐만 아니라 범인이 사망하거나 소재불명 등을 이유로 기소할 수 없거나 범인을 기소유예하거나 정신장애를 이유로 치료감호만 청구하는 경우(=공소를 제기하지 않는 경우)에도 범죄예방이나 범죄로 인한 이익 박탈이라는 관점에서 몰수가 필요할 수 있음을 고려하여, 독립몰수에 관한 규정을 두었다.³¹⁾

28) 법무부, 앞의 “형법개정법률안 제안이유서”, 95면.

29) 법무부, 앞의 “형법개정법률안 제안이유서”, 95-96면.

30) 형법개정연구회, 앞의 책, 190-191면.

31) 법무부, 앞의 “형법(총칙) 일부개정법률안 제안이유서”, 81-82면.

5. 몰수의 효과

현행 형법	1992년 안	2009년 안	2011년 안
	제89조(몰수의 효과) 몰수의 재판이 확정된 물건은 국고에 귀속한다.	제53조(몰수, 추징의 효과) 몰수 또는 추징의 재 판이 확정된 물건 또 는 재산상의 이익은 국고에 귀속한다.	

1992년 안은 몰수의 선고가 확정된 경우 그 물건이 국고에 귀속된다는 점을 명백히 하기 위한 규정을 두었다.³²⁾ 이에 따르면 그 물건에 대한 범인 기타 제 3자의 소유권 등의 권리는 당연히 소멸하게 된다.³³⁾

2009년 안은 몰수의 대상에 관한 규정처럼 ‘재산상 이익’을 포함시켜서 국고 귀속이라는 효과규정을 두었다.³⁴⁾

2011년 안을 제시할 때에도 몰수가 확정된 경우 그 대상이 국고에 귀속됨을 명문으로 규정할 것인지에 대해서도 논의를 하였다. 하지만 몰수재산으로 등기나 등록을 요하는 재산의 경우 등기부에 기재되어 있는 물건을 어떻게 국고에 귀속시킬 것인지, 소유권의 이전 시기는 언제인지, 또 각종 금품의 경우에 있어서 그러한 이익에 대해 어떻게 몰수를 집행할 것인지, 또한 그런 경우에 국가에 그것이 귀속되고 소유권이 박탈되는 시점은 어떻게 할 것인지가 구체적인 사안마다 다를 수 있다는 점을 이유로, 일률적으로 몰수의 국고귀속을 선언하는 규정을 두는 것은 바람직하지 않다고 보아 관련 규정을 신설하지 않는 것으로 결론을 내렸다.³⁵⁾

32) 법무부, 앞의 “형법개정법률안 제안이유서”, 96면.

33) 최준혁, 앞의 논문, 94면.

34) 형법개정연구회, 앞의 책, 191면.

35) 법무부, 앞의 “형법(총칙) 일부개정법률안 제안이유서”, 83면.

6. 몰수재산 피해자 환부

현행 형법	1992년 안	2009년 안	2011년 안
		제54조(범죄피해재산의 특례) ① 제48조 내지 제51조에 기재된 물건 또는 재산이 범죄피해재산으로서 범죄피해자가 그 재산에 관하여 범인 또는 범인 외의 자에 대한 재산반환청구권 또는 손해배상청구권 등을 행사할 수 없는 등 피해회복이 심히 곤란하다고 인정되는 경우에는 몰수·추징할 수 있다. ② 제1항에 따라 몰수·추징된 범죄피해재산은 범죄의 성질, 타 범죄와의 관계 등을 고려하여 전부 또는 일부를 피해자에게 환부한다.	

2009년 안만 유일하게 부패재산몰수법 제6조를 참고하여 몰수재산 피해자 환부에 관한 특례규정을 두었다.³⁶⁾ 이에 대한 추가적 설명은 찾아볼 수 없으나, 범죄피해자산을 피해자에게 돌려주어야 할 필요성을 강조한 것으로 보인다.

7. 몰수의 시효

현행 형법	1992년 안	2009년 안	2011년 안
제78조(형의 시효의 기간) 시효는 형을 선고하는 재판이 확정된 후 그 집행을 받지 아니하고 다음 각 호의 구분에	제91조(추징의 시효) ① 추징을 선고한 재판이 확정된 후 집행을 받지 아니하고 3년이 경과하면 시	제55조(몰수 및 추징의 시효) ① 몰수 또는 추징을 선고한 재판이 확정된 후 집행을 받지	제82조(몰수·추징의 시효) ① 몰수 또는 추징을 선고한 재판이 확정된 후 그 집행을

36) 형법개정연구회, 앞의 책, 191면.

<p>따른 기간이 지나면 완성된다. 1. - 5. (생략) 6. ... 몰수 또는 추징: 5년 7. (생략)</p> <p>제80조(형의 시효의 중단) 시효는 ... 몰수 및 추징의 경우에는 강제처분을 개시한 때에 중단된다.</p>	<p>효가 완성되어 그 집행이 면제된다. ② 제83조 제2항의 규정은 제1항의 경우에 준용한다.</p>	<p>아니하고 다음의 기간이 경과하면 시효가 완성되어 그 집행이 면제된다. 1. 사형, 무기 또는 장기 10년 이상의 징역·금고에 해당하는 범죄에 관련된 때는 그 범죄의 공소시효기간 2. 기타 범죄에 관련된 때에는 7년 ② 몰수와 추징에 있어서 시효는 강제처분을 개시함으로써 인하여 중단된다.</p>	<p>받지 아니하고 5년이 경과하면 시효가 완성되어 그 집행이 면제된다. ② 몰수 또는 추징의 시효는 강제처분을 개시함으로써 중단된다.</p>
--	---	---	---

1992년 안은 현행 형법상의 몰수의 시효규정을 삭제하는 대신 추징의 시효에 대한 특별규정을 신설하였다. 제1항에서 시효의 기간을 3년으로 한 것은 다액의 추징이 선고된 경우를 고려한 결과이고, 시효의 효과는 집행면제로 정하였다. 벌금과 과료의 시효중단에 관한 규정은 시효에도 준용되도록 하였다.³⁷⁾

2009년 안은 1992년 안보다 시효의 기간을 세분화하였다. 즉 범죄의 경중에 따라 그 기간을 달리 정하였다.

2011년 안은 제2항에서 시효중단 사유를 준용하고 있고 보안처분적 성격을 가지고 있는 추징의 시효기간을 지나치게 장기로 정하면 법적 안정성을 저해할 수도 있음을 감안하여, 제1항에서 그 기간을 5년으로 정하였다.³⁸⁾

8. 절차규정

2009년 안은 - 비록 구체적인 입법안을 제시하지는 않았지만 - 특별법상 규정된 집행절차에 대한 규정도 형사소송법에 편입시킬 것을 요구하였다. 우선 제3자에 대한 몰수·추징이 강화된 관계로 제3자의 재산권 보호가 필요하므로, 마약거래방지법 제5장 등에 규정된 제3자 참가신청 등의 특례규정을 마련해야 한다고 보았다. 또한 몰수·추징의 보전절차가 확실히 마련되어야 집행이 확보될 수 있으므로, 마약거래방지법 제6장 등에 규정된 보전절차에 관한 규정을

37) 법무부, 앞의 “형법개정법률안 제안이유서”, 97면.

38) 법무부, 앞의 “형법(총칙) 일부개정법률안 제안이유서”, 82면.

마련해야 한다고 보았다.³⁹⁾

9. 개정안들의 비교·정리

1) 몰수의 법적 성격 및 몰수규정의 위치

현행 형법은 몰수를 부가형으로 규정하고 있으나, 모든 개정안들은 몰수의 성격이 형벌에만 해당하는 것은 아니라고 하면서, 몰수를 형의 종류에서 제외하고 별도의 절에서 몰수의 대상·내용 등을 규정하는 입장을 취하고 있다.

2) 몰수의 대상(인적·물적 요건)

몰수의 인적 요건을 보면, 모든 개정안들은 범인 소유의 재산에 대한 몰수와 범인 아닌 제3자 소유의 재산에 대한 몰수를 구별하면서, 제3자 소유의 재산에 대한 몰수에 관한 별도의 항이나 별도의 조를 신설하고자 하였다. 특히 1992년 안과 2009년 안은 제3자 소유의 재산에 대한 몰수를 보안처분적 성격이 있는 것으로 보면서, 제3자가 단순히 사정을 알면서 그 대상을 취득한 경우뿐만 아니라 그 대상이 공공의 해가 되거나 다른 범죄행위에 제공될 염려가 있는 경우도 몰수의 대상으로 삼고 있는 특징이 있다. 또한 제3자에 대한 몰수의 경우 보상규정을 두고 있다. 반면, 2011년 안은 현행 형법과 마찬가지로 제3자가 정황을 알고 그 대상을 취득한 경우만을 규정하고 있고, 제3자에 대한 몰수의 절 대적 효력이 생길 수 있는 문제점을 고려하여 제3자에 대한 보상규정을 별도로 마련하지 않았다.

몰수의 물적 요건, 즉 구체적인 대상의 형태는 개정안들마다 일부 차이가 있다. 1992년 안과 2009년 안은 재산이나 재산상 이익도 명문으로 몰수의 대상에 포함시켰고, 현행 형법보다 몰수의 대상을 확대하였다. 특히 2009년 안의 경우 특별법상 규정의 내용도 참고하여 혼합재산도 포함하는 등 몰수의 대상을 더욱 세분화하였다. 2011년 안도 몰수의 대상을 일부 확대하였다. 그 형태상 차이가 있기는 하지만, 모든 개정안들은 현행 형법보다 몰수의 대상을 확대하고자 하

39) 형법개정연구회, 앞의 책, 191-192면.

였다.

3) 추정 및 폐기

1992년 안과 2011년 안은 몰수의 대상을 변경한 것을 제외하고는 현행 형법과 크게 다르지 않다. 반면, 2009년 안은 특별법상 규정을 참고하여 몰수가 불가능한 경우뿐만 아니라 몰수하는 것이 상당하지 않는 경우에도 추정이 가능하도록 규정하였다.

4) 독립몰수

모든 개정안들은 독립몰수의 도입을 찬성하고 있다. 2009년 안은 현행법상 ‘유죄의 재판을 아니할 때’를 더욱 구체화하여 각 호의 사유로 구분하였다.

5) 몰수의 효과

1992년 안과 2009년 안은 몰수·추징 재산의 국고귀속을 명확히 규정하고 있으나, 2011년 안은 국고귀속의 방법이나 절차를 일률적으로 규율하기 어려운 사정을 고려하여 이에 대한 명문의 규정을 두고 있지 않다.

6) 몰수재산 피해자 환부

1992년 안과 2011년 안은 이에 대한 언급이 없으나, 2009년 안은 다른 영역에서와 마찬가지로 특별법상 규정을 참고하면서 몰수재산을 범죄피해자에게 환부할 수 있도록 하는 범죄피해재산 특례 규정까지 도입하였다.

7) 몰수의 시효

모든 개정안에서 몰수에 관한 독자적인 시효규정을 마련하고 있다. 다만, 각 개정안마다 그 구체적인 시효기간은 다르다.

8) 절차규정

2009년 안은 제3자에 대한 몰수와 관련한 제3자 절차 참여규정 및 보전절차에 관한 규정을 형사소송법에 직접 마련해야 한다고 보고 있다. 즉 특별법상 절차(집행)에 관한 규정을 형사소송법에도 편입하자는 것이다. 물론, 구체적으로 이러한 내용을 입법 형태로 구체화하지는 않았다.

Ⅲ. 새로운 개정안 제시

앞서 살펴본 세 개정안들을 보면, 공통적으로 개정이 필요하다고 보는 부분도 있고 그 구체적인 형태를 구상함에 있어서 일부 차이점도 발견된다. 각 개정안마다 장·단점이 있을 수 있으므로, 그 중 바람직한 것으로 보이는 측면만을 추출한다면 더욱 개선된 개정안을 제시할 수 있을 것이다. 물론, 기존의 개정안들처럼 형법상 몰수규정의 개정안은 하나의 조항이 아니라 여러 조항들로 구성될 수밖에 없고, 그 구체적인 용어를 선택하는 데 있어서 사람마다 다른 의견이 나올 수밖에 없다는 점에서, 단일의 개정안을 도출해 내는 것은 사실상 어렵다는 한계가 있다. 그렇지만 기존의 개정안들과 특별법상 규정들의 장점만을 모아 가장 이상적인 형태를 구상하는 것이 완전히 불가능한 것은 아니다. 이러한 사정을 고려하면서, 이하에서는 기존의 개정안들 및 특별법의 내용을 모두 반영한 새로운 형태의 개정안을 제시해 보도록 한다.

1. 형법과 몰수 관련 특별법의 관계

이론적으로는 특별법상의 몰수규정을 형법으로 일원화하는 것이 가장 바람직하겠지만, 현실적으로 특별법상 규정들을 모두 형법에 편입하는 것은 사실상 불가능하다. 형법은 기본법으로서 모든 범죄를 대상으로 하는 데 반해 특별법은 특정의 범죄에 대한 몰수를 강화하기 위한 법률이므로, 특별법상 개념이나 요건·효과가 형법상 그것과 성격이 다르다는 점에서 그 내용을 그대로 차용하면 체계적 오류를 낳을 위험성이 발생하기 때문이다.

그러므로 지금과 같이 형법과 특별법의 이원적 체계는 유지하면서, 특별법상

새롭게 규정된 것 중 필요한 내용은 형법에 반영해야 한다. 특별법의 목적이나 특수한 개념 때문에 받아들이기 어려운 부분을 제외하고, 몰수의 대상과 요건 등을 형법보다 더 상세하고 구체적으로 규정하고 있는 특별법상 규정들의 형태나 용어를 형법상 몰수규정에도 차용한다면, 형법과 특별법이 병존하는 구조를 유지하더라도 그 구체적인 내용에 있어서는 통일성 및 체계성을 갖출 수 있게 될 것이다.

2. 몰수의 법적 성격, 몰수규정의 위치

서론에서 살펴본 바와 같이, 몰수의 법적 성격을 형벌(재산형)로만 이해하는 견해는 많지 않고, 대부분 형벌 및 보안처분의 성격을 동시에 갖는다거나 인적 대상에 따라 구분된다거나 어느 한 쪽의 성격만 갖지 않는 제3의 제재라고 보는 견해가 대부분이다. 기존의 개정안들도 이 점을 고려하여 모두 몰수를 형의 종류에서 제외하고 별도의 절에서 몰수규정을 두고 있다.

몰수가 범죄자가 취득한 이익을 환수함에 그치지 않고 반복적 범죄발생을 예방하는 목적도 지니고 있는 점, 적어도 제3자 소유의 물건에 대한 몰수나 재범의 위험성을 예방하기 위한 몰수는 보안처분적 성격을 갖는 점을 감안하면, 최소한 몰수가 형벌에만 해당한다고 결론을 내릴 수는 없을 것이다. 그렇다면 몰수를 형의 종류에서 제외하는 것 자체는 당연한 결과이고, 몰수의 법적 성격을 형벌로 보는 견해 이외의 학설 중 어떤 하나를 확정적으로 선택해야 할 필요는 없다. 형벌로 보는 견해를 제외하고는 모두 몰수를 형의 종류에서 제외해야 한다고 보기 때문이다. 따라서 기존의 개정안들처럼 몰수를 형의 종류에서 삭제하고 별도의 절에 관련 규정을 두어야 할 것이다.

제41조(형의 종류)
형의 종류는 다음과 같다.
1. - 8. (생략)
9. <삭제>

3. 몰수의 대상(인적·물적 요건)

먼저 몰수의 인적 요건에 대해서 보면, 기존의 개정안들처럼 범인 외의 자의 소유에 속하지 않는 대상과 범인 외의 자가 소유하는 대상을 구분해야 한다. 다만, 현행 형법처럼 같은 항에 둘 것이 아니라 별개의 조문으로 완전히 분리하는 것이 더 바람직하다. 왜냐하면 후자의 경우에는 전자의 물적 대상 이외에도 공공에 해가 되거나 범죄행위에 제공될 염려가 있는 때에도 몰수가 가능하도록 해야 하므로, 그 물적 대상이 다르기 때문이다.

다음으로 몰수의 물적 요건에 대해서 보면, 현행 형법상 몰수의 대상은 ‘물건’으로 한정되어 있으므로, 비트코인(Bitcoin) 등 재산적 가치가 있는 새로운 형태의 무형재산이 몰수의 대상에 포함될 수 있을 것인지 명확하지 않은 측면이 있다.⁴⁰⁾ 하지만 비트코인을 ‘물건’으로 보기는 어렵다는 점에서 형법상 몰수규정을 적용하는 것에 부정적인 견해가 대부분이다.⁴¹⁾ 대법원은 비트코인과 같은 가상화폐가 재산적 가치가 인정되는 무형재산에 해당하므로 범죄수익은닉규제법을 적용하여 몰수하는 것은 가능하다고 본 적은 있지만,⁴²⁾ 이 경우에도 범죄수익은닉법상 중대범죄에 해당해야만 하는 전제가 뒤따른다.⁴³⁾ 결국 형법만을 적용해서는 이러한 무형재산을 전혀 몰수할 수 없고, 특별법을 적용하더라도 법적 공백의 상황이 발생할 수 있는 것이다.

물론, 형법상 뇌물죄와 관련해서 몰수의 대상에 재산상 이익도 포함된다고 한 판시도 있지만,⁴⁴⁾ 이렇게 해석하더라도 더 나아가 범죄행위로터 얻은 재산을 증식·변형한 경우 또는 범죄행위로터 얻은 재산과 범인의 다른 재산을 합하여 취득한 새로운 물건 등의 경우까지 형법상 몰수의 대상에 포함된다고 해석할 수는 없을 것이다.⁴⁵⁾ 하지만 오늘날 단순히 금전 이외에도 여러 형태의

40) 최호진, 앞의 책, 845면.

41) 선중수, “가상화폐의 몰수·추징에 관한 형사법적 검토”, 『IT와 법연구』 제18집, 경북대학교 IT와 법 연구소, 2019, 237-238면; 이경렬/배초희, “암호화폐에 관한 형법상의 최근 쟁점”, 『동북아법연구』 제16권 제4호, 전북대학교 동북아법연구소, 2023, 199면; 최호진, “비트코인에 대한 몰수 가능성”, 『비교형사법연구』 제20권 제3호, 한국비교형사법학회, 2018, 66-67면.

42) 대법원 2018. 5. 30. 선고 2018도3619 판결.

43) 이경렬/배초희, 앞의 논문, 199면.

44) 대법원 1976. 9. 28. 선고 75도3607 판결; 대법원 2004. 5. 28. 선고 2004도1442 판결.

45) 같은 취지로 김성돈, 앞의 책, 834면.

무형재산이 통용되고 있는 점, 처음에 범죄로 취득한 재산과 직접 관련되어 증식·변형된 재산까지 몰수하지 않으면 범죄자의 범행의지 자체를 억제하기 어렵다는 점 등을 고려하면, 개별 특별법이 아니라 형법에서 직접 재산이나 재산상 이익까지 몰수의 대상으로 규정하여 법적 공백을 메울 필요가 있다. 학계에서도 이와 같이 몰수의 대상을 확대해야 한다는 견해가 대부분이다.⁴⁶⁾

이 경우 어떤 용어를 선택할 것인가가 문제되는데, 2011년 안에서 언급된 것처럼 모든 특별법에서 ‘재산’⁴⁷⁾이라는 용어를 사용하고 있음을 고려하여 통일성의 차원에서 ‘재산상 이익’보다는 ‘재산’이라는 용어를 사용하는 것이 더 바람직하다. 또한 해석에 따라 ‘물건’에 포함될 수도 있지만 화폐가치를 지닌 물건으로서의 ‘금전’의 특성을 반영하여, 2011년 안처럼 ‘물건’과 별도로 ‘금전’도 명문으로 추가할 필요가 있다. 이러한 방식을 취하면 불필요한 해석상 다툼을 피할 수 있을 것이다. 결과적으로 ‘금전, 그 밖의 재산’이라고 규정하면 될 것이다.

몰수의 대상에 관한 개정안 제48조⁴⁸⁾와 제49조는 다음과 같다.

<p>제OO절 몰수 제48조(몰수)</p> <p>① 범인 외의 자의 소유에 속하지 않는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 물건, 금전, 그 밖의 재산은 전부 또는 일부를 몰수할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 범죄행위에 제공하였거나 제공하려고 한 것 2. 범죄행위로 인하여 생겼거나 얻은 것 3. 범죄행위의 보수로 얻은 것 4. 제2호 또는 제3호의 대가로 얻은 것 5. 제2호부터 제4호까지의 물건, 금전, 그 밖의 재산(이하 “범죄수익”이라 한다)의 과실로 얻은 재산, 대가로 얻은 재산 및 이들 재산의 대가로 얻은 재산, 그 밖에 범죄수익의 보유, 처분, 변형 또는 증식에 의하여 얻은 재산(이하 “범죄수익에서 유래한 재산”이라 한다) <p>② 범죄수익 및 범죄수익에서 유래한 재산(이하 “범죄수익재산”이라 한다)이 범죄수익재산 외의 재산과 합쳐진 경우 그 범죄수익재산을 몰수하여야 하는 때에는 그것이 합쳐짐으로써 생긴 재산(이하 “혼합재산”이라 한다) 중 그 범죄수익재산(합쳐지는 데에 관련된 부분만 해당</p>
--

46) 강지현, “몰수제도에 관한 비교연구”, 『법학논총』 제38권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2018, 99면; 김혜경, “형법개정안상 공소제기 없는 몰수의 해석과 집행절차에 관한 연구”, 『형사정책연구』 제26권 제2호, 한국형사법무정책연구원, 2015, 72-73면; 정현미, 앞의 논문, 209면; 조현욱, “가상화폐의 개념과 몰수대상성에 대한 비교법적 연구”, 『안전문화연구』 제10호, 안전문화포럼, 2020, 72면; 최호진, 앞의 논문, 66-67면.

47) ‘재산’이란 사회통념상 경제적 가치가 있는 전체의 이익을 말하는 것으로서, 물건(동산·부동산)뿐만 아니라 금전채권, 무체재산권도 포함한다(최호진, 앞의 논문, 68면).

48) 앞서 제시한 것처럼 몰수에 관한 규정들을 별도의 절로 배치해야 하므로, 이를 몇 조로 정할 것인지에 대해서는 변동이 있을 수 있다. 여기에서는 논의의 편의상 현행법과 마찬가지로 제48조부터 시작하는 것으로 한다.

한다)의 금액 또는 수량에 상당하는 부분을 몰수할 수 있다.

제49조(제3차 소유 물건 등의 몰수)

범인 외의 자가 소유하는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 물건, 금전, 그 밖의 재산은 전부 또는 일부를 몰수할 수 있다.

1. 범죄 후 범인 외의 자가 사정을 알면서 얻은 제48조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 것
2. 제1호 이외에 공공에 해가 되거나 범죄행위에 제공될 염려가 있는 제48조 제1호 또는 제2호의 것

우선 인적 대상을 구분하여, 개정안 제48조는 범인 등이 소유하는 물건, 금전, 그 밖의 재산을 대상으로, 개정안 제49조는 범인 외의 자가 소유하는 물건 등을 대상으로 삼는다. 개정안 제48조 제1항 제2호와 관련하여 현행 형법은 ‘취득한’이라는 용어를 사용하고 있는데, 특별법에 ‘얻은’이라는 한글 표현을 사용하고 있음을 고려하여 용어를 변경한다. 개정안 제48조 제1항 제4호와 관련하여 현행 형법은 제1호의 제공 물건의 대가로 얻은 것도 포함하고 있는데, 2011년 안에서 논의된 것처럼 그러한 대가(예를 들어 음주운전에 제공된 차량을 판매한 금원)까지 몰수하는 것은 적절하지 않으므로 이를 제외한다. 그 이외에도 2009년 안, 범죄수익은닉규제법 제2조 및 제8조 등의 내용을 반영하여 보수로 얻은 것(개정안 제48조 제1항 제3호), 과실로 얻은 것, 보유·처분·변형·증식으로 얻은 것 등(개정안 제48조 제1항 제5호), 혼합재산(개정안 제48조 제2항)까지 포함시켜서 몰수가 제 기능을 발휘할 수 있도록 그 물적 대상을 확대시킨다. 대법원 역시 몰수 시 비례원칙의 제한을 받는다고 하면서 “... 범죄로 얻은 수익, 물건 중 범죄 실행과 관련된 부분의 별도 분리 가능성, 물건의 실질적 가치와 범죄와의 상관성 및 균형성, 물건이 행위자에게 필요불가결한 것인지 여부, 물건이 몰수되지 아니할 경우 행위자가 그 물건을 이용하여 다시 동종 범죄를 실행할 위험성 유무 및 그 정도 등 제반 사정”을 고려해야 한다고 하고 있으므로,⁴⁹⁾ 이미 위와 같이 물적 대상을 확대할 수 있음을 전제하고 있는 것으로 보이고, 그렇게 확대하더라도 비례성 원칙을 통해 충분히 제한이 가능할 것이다. 다만, 2009년 안에서는 범죄수익은닉규제법상 용어를 거의 그대로 형법에 받아들이고 있는데, 경우에 따라서는 형법상 개념과 일치하지 않는 경우가 발생할 여지가 있다. 따라서 ‘범죄수익’이나 ‘범죄수익에서 유래한 재산’이라는 용어(약어)는 사용하되 ‘불법재산’이라는 용어 대신에 ‘범죄수익재산’이라는 새

49) 대법원 2013. 5. 23. 선고 2012도11586 판결.

로운 약어를 사용한다.

개정안 제49조의 제3자 소유의 물건 등에 대한 몰수의 경우에는, 1992년 안과 2009년 안과 같이 그 사정을 알면서 얻은 경우 이외에도 공공에 해가 되거나 범죄행위에 제공될 염려가 있는 경우에도 몰수를 할 수 있도록 해야 한다. 다만, 후자의 경우 제3자의 권리침해를 방지하기 위해서 범죄행위에 제공하였거나 제공하려고 한 물건 등(개정안 제48조 제1항 제1호) 및 범죄행위로 인하여 생겼거나 얻은 물건 등(개정안 제48조 제1항 제2호)만을 몰수의 대상으로 삼고, 같은 취지에서 혼합재산(개정안 제48조 제2항)은 몰수의 대상에서 제외한다. 제3자에 대한 보상 규정이 있으면 제3자에 대한 몰수의 절대적 효력이 있음을 전제하게 되어 판결이 없이도 제3자에 대한 물건을 몰수할 수 있게 되는 문제점이 발생할 수 있다는 2011년 안의 우려를 고려하여, 제3자에 대한 보상 규정은 별도로 두지 않는다.

4. 추정 및 폐기

특별법 규정을 반영한 2009년 안을 참고하여 추정의 요건으로 몰수가 불가능한 경우뿐만 아니라 몰수하는 것이 적절하지 않은 경우도 포함시킨다. 몰수가 불가능한 경우로만 한정을 하면 가능인지 불가능인지 여부가 불확실한 사정이 있는 경우에 해석상 논란이 될 수 있고, 그에 따라 개별 상황에 따른 적절한 대응이 어려워질 수 있기 때문이다. 그 밖의 폐기에 관한 부분 등은 그대로 둔다.

제50조(추정 및 폐기)
① 제48조 및 제49조의 물건, 금전, 그 밖의 재산을 몰수할 수 없거나 그 물건 등의 성질, 사용 상황, 그 물건 등에 관한 법인 외의 자의 권리 유무, 그 밖의 사정으로 인하여 이를 몰수하는 것이 적절하지 아니하다고 인정될 때에는 그 가액을 추정한다.
② 문서, 도화, 전자기록 등 특수매체기록 또는 유가증권의 일부가 몰수의 대상이 된 경우에는 그 부분을 폐기한다.

5. 독립몰수

개정안에 따르면 몰수는 더 이상 형의 한 종류가 아니므로 “몰수는 타형에 부가하여 과한다.”는 현행 형법 제49조 본문은 삭제되어야 한다. 이처럼 몰수를

형의 종류에서 제외한 이상 기소 여부와 무관한 독립몰수 규정을 둘 토대가 마련되었다고 볼 수 있다. 기존의 개정안들처럼 현행 형법 제49조 단서를 바탕으로 하여 독립몰수 규정을 마련하면 된다. 서론에서 살펴본 것처럼, 이에 대한 학계·실무 차원의 반대의견이 거의 없다는 점을 고려할 수 있다.

무엇보다 조직적·계속적 범죄행위에 적절히 대응하고 범죄를 효과적으로 예방하고자 하는 몰수 본연의 목적을 달성하기 위해서라도 기소 여부에 얽매이지 않고 독자적인 몰수가 가능하도록 해야 한다. 기소 전 독립몰수의 경우에도 마찬가지로 몰수의 기본요건들을 모두 갖춰야 하므로, 기소 전에 이루어지는 몰수가 피의자의 이익에 반한다거나 남용될 위험성이 큰 것도 아니다. 결국 개정안의 기본 방향처럼 몰수를 형벌로 취급하지 않는 한 책임주의 등 엄격한 형사법상 원칙으로부터 어느 정도 자유로워질 수 있으므로, 몰수의 적용범위 확대로 달성할 수 있는 이익이 기소되지 않은 사인의 기본권 보호의 이익보다 더 우위에 있다고 볼 수 있는 것이다.

제51조(몰수 등의 특례)

몰수, 추징 또는 폐기는 행위자에게 유죄의 재판을 하지 아니하거나 공소를 제기하지 아니하는 경우에도 그 요건을 갖추었을 때에는 선고할 수 있다.

2009년 안은 각 호의 사유를 구체화하는 형태를 취하고 있다. 그런데 ‘유죄의 재판을 하지 아니하는 경우’에 대해서는 일정 부분 판례나 학설에 의하여 그 범위를 확정할 수 있으므로, 개별 사례를 나열하지 않고 위와 같이 ‘공소를 제기하지 아니하는 경우’만을 추가하더라도 무방할 것이다. 따라서 1992년 안과 2011년 안처럼 후자만을 추가하는 형태를 취한다.

6. 몰수의 효과

몰수의 효과는 인적 대상에 따라 다르게 규율된다. 범인 등 소유의 물건 등에 대한 몰수의 경우에는 몰수된 대상의 소유권은 강제로 국고로 귀속하고 범인의 소유권은 소멸한다. 반면, 제3자 소유의 물건 등에 대한 몰수의 경우에는 몰수를 선고한 판결의 효력은 원칙적으로 몰수의 원인이 된 사실에 관해 판결을 받은 피고인에 대한 관계에서 그 대상을 소지하지 못하도록 하는 데 그치고

당해 사건에서 재판을 받지 않은 제3자의 소유권에는 아무런 영향을 미치지 못한다.⁵⁰⁾

이처럼 제3자 소유의 물건 등에 대한 몰수 사례에서는 국고귀속이 의미가 없다는 점, 2011년 안에서 지적된 바와 같이 범인 소유의 물건 등에 대한 몰수의 경우에도 소유권이 이전 시기나 몰수의 집행 방법 등을 일률적으로 정할 수 없다는 점을 고려하면, 몰수·추징의 재판이 확정된 경우 그 물건, 금전, 그 밖의 재산이 국고에 귀속된다는 효과에 관한 규정은 별도로 두지 않는 것이 타당하다.

7. 몰수재산 피해자 환부

국가가 몰수한 재산을 범죄예방이나 법집행을 위한 교육·치료시설 등에 사용하더라도 범죄피해자가 직접 손해를 보상받는 것은 아니다. 최근 전세사기가 문제되었듯이, 피해자의 재산상 침해가 극심한 경우에는 단지 범죄자를 높은 형으로 처벌하고 그 불법수익을 국고로 귀속시키는 것만으로는 피해자의 재산상 피해가 제대로 회복된다고 볼 수 없다. 따라서 형법에 직접 피해자 환부규정을 마련하고 그 집행절차를 규율하는 특별법을 정비하여, 몰수재산의 피해자 환부제도가 단지 특별법상 인정되는 부차적 제도가 아니라 형법상 기본이 되는 제도임을 선언해야 한다.

이렇게 형법에 피해자 환부규정을 도입한다면, 부패재산몰수법이 적용되는 범죄뿐만 아니라 몰수를 규정하고 있는 모든 특별법이 적용되는 범죄 사례에서 피해자 환부가 가능해진다. 따라서 문제되는 사례가 발생할 때마다 부패재산몰수법에 대상 범죄를 추가해야 하는 수고를 기울이지 않아도 되는 장점이 있다. 예를 들어 「산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률」 제36조 제5항에는 범인이 범죄행위로 얻은 재산을 필요적으로 몰수하도록 규정하고 있는데, 국가핵심기술이 유출되면 해당 기업 등 피해자에게 막대한 재산상 손해가 발생함에도 불구하고, 몰수가 이루어지더라도 피해자가 - 피해사실이나 규모 등을 스스로 입증해야 하는 - 민사적 구제수단을 취하지 않는 한 그 손해를 회복할 수 있는 방법이 없다.⁵¹⁾ 그러므로 위와 같이 형법에 몰수재산 피해자 환부규정이 기

50) 신동운, 앞의 책, 853-854면.

51) 신상현/신상민, “산업기술 및 영업비밀 유출범죄 피해자의 실질적 피해회복을 위한 대응 방안”, 「사법」 제63호, 사법발전재단, 2023, 348면.

본적인 제도로서 도입된다면, 이러한 사례에서도 피해자가 몰수재산 피해자 환부제도를 이용하여 상대적으로 쉽게 피해회복을 피할 수 있게 될 것이다.⁵²⁾

물론, 현재에도 부패재산몰수법상 피해자 환부가 가능한 재산의 범위가 점점 확대되고 있는 관계로 상당히 많은 범죄의 경우 몰수재산의 피해자 환부가 가능한 상황이기는 하다. 하지만 형사재판에서 구체적인 피해액에 대한 심리를 하는 것이 어려운 점, 그 때문에 실제로 범죄자가 취득한 재산을 입증하는 것이 어려운 점 등의 사정으로 실제로 환부로 이어진 사례가 많지는 않다는 문제는 여전히 남는다.⁵³⁾ 이러한 문제점은 형법에 몰수재산 피해자 환부규정을 두더라도 동일하게 나타날 수 있다. 하지만 이와 같은 절차·집행상의 문제는 별도의 특별법이나 법원 내부의 규칙을 정비함으로써 보완하면 될 것이고, 그 사유 때문에 특별법상 몰수재산 피해자 환부규정을 형법에 편입해야 할 필요성이 사라지는 것은 아니다. 재산범죄의 경우 국가가 몰수한 물건, 재산 등이 피해자에게 직접 돌아갈 수 있다는 인식을 주는 것만으로도 위 제도를 형법에 편입한 목적은 달성되었다고 볼 수 있다.

제52조(범죄피해자에 대한 환부)

제48조부터 제50조까지에 따라 몰수 또는 추정할 수 있는 물건, 금전, 그 밖의 재산에 대하여 범죄피해자가 있는 경우에 그 범죄피해자가 그 물건 등에 관하여 범인에 대한 재산반환청구권 또는 손해배상청구권 등을 행사할 수 없는 등 피해회복이 심히 곤란하다고 인정되는 때에는 그 몰수 또는 추정된 물건, 금전, 그 밖의 재산이나 가액의 전부 또는 일부를 피해자에게 환부한다.

기본적인 형태는 부패재산몰수법 제6조를 참고한다. 다만, 2009년 안은 ‘범죄 피해재산’이라는 용어를 직접 사용하여 다소 형법에 맞지 않는 형태를 띠고 있기 때문에, 재산상 범죄피해자가 있는 모든 사례를 상정하고 있는 형법에 몰수재산 환부규정을 도입할 때에는 일부 문구의 수정이 필요한 것으로 보인다. 부패재산몰수법 제6조 제3항에서도 구체적인 절차는 대통령령으로 정하도록 하고 있는데, - 아래에서 설명하겠지만 - 절차에 대한 규정은 별도의 특별법을 제정

52) 다만, 형법과 특별법 중 어느 법률을 적용할 것인지의 문제가 발생할 여지는 있으므로, 몰수가 가능하도록 규율하고 있는 개별 특별법상 조항의 정비도 함께 이루어져야 할 것이다.

53) “다중 사기범죄에 ‘부패재산몰수법’ 유명무실”, 법률신문 2021년 8월 19일, <<https://www.lawtimes.co.kr/news/172097>>.

하여 그곳에서 규율해야 할 것이다.

8. 몰수의 시효

개정안은 몰수를 형의 종류에서 제외했으므로, 현행 형법 제78조 및 제80조에서 몰수·추징의 시효에 관한 내용을 독립시켜야 한다.

제53조(몰수 및 추징의 시효)

- ① 몰수 또는 추징을 선고한 재판이 확정된 후 그 집행을 받지 아니하고 5년이 경과하면 시효가 완성되어 그 집행이 면제된다.
- ② 몰수 또는 추징의 시효는 강제처분을 개시한 때에 중단된다.

시효의 기간에 대해서는 여러 대안이 있을 수 있는데, 2011년 안을 참고하여 현행 형법과 마찬가지로 5년으로 한다. 2009년 안처럼 범죄의 경중에 따라 그 기간을 구분해야 할 실익은 크지 않은 것으로 보인다.

9. 절차규정

형법에 몰수의 절차에 대해서까지 자세히 규정을 두는 것은 어렵고 체계적으로도 타당하지 않으므로, 기본적으로는 몰수의 절차·집행에 관한 별도의 절차법을 제정해야 할 것이다. 학계에서도 절차·집행에 대해서는 몰수절차에 관한 통일된 특별법을 제정하여 일원적으로 규율하자는 견해가 제기된다.⁵⁴⁾ 물론, 현재 특별법에도 이에 대한 규정이 존재하므로 또 다시 절차법을 제정하면 중복 적용될 우려도 생길 수 있다. 하지만 기본법인 형법에 대응하는 절차법을 만드는 것이 우선이고, 그 후 이 ‘몰수에 관한 절차법’으로 특별법상 절차규정들을 통합하여 개별적인 부분을 삭제 또는 정비해 나가는 것이 바람직하다.

이렇게 창설되어야 할 절차법에 담겨야 할 사항으로는 대표적으로 제3자의 참가절차, 보전절차 등이 있다. 이에 대한 내용은 그 자체로 절차(집행)적 성격이 강하므로, 형법에 직접 편입하는 것보다는 별도의 절차법에 규정을 두어야 하는 것이다. 이미 특별법에 관련 규정들이 존재하고 그 내용도 거의 대동소이

54) 김혜경, 앞의 논문, 90면; 정현미, 앞의 논문, 195-196, 213면.

하므로, 단일한 절차법으로 통합·정리하더라도 실무상 큰 변화가 발생하지는 않을 것이다. 또한 독립몰수가 전면적으로 도입된다면, 특별법에 규정되어 있는 기소 전 몰수·추정보전명령⁵⁵⁾에 관한 규정이 더욱 의미 있게 활용될 수 있을 것이다.

한편, 특별법에는 몰수의 실효성을 높이기 위해서 입증책임을 완화·경감하는 특수한 규정이 있다.⁵⁶⁾ 입증책임 완화·경감 규정의 경우 절차적 측면도 있지만 그 효과 면에 있어서 ‘특정한 요건을 갖춘 경우 몰수의 물적 대상에 포함된다’는 측면도 있으므로, 몰수의 물적 대상에 관한 조항에 그러한 규정을 마련하는 것도 가능하다. 다만, 입증책임 완화·경감 규정은 민사법에서는 의미가 있을 수 있으나 형사법의 영역에서는 무죄추정원칙에 반하는 등 문제가 있다는 지적도 있다.⁵⁷⁾ 따라서 민사상 손해배상이 아니라 형법과 관련된 영역에 있어서는 입증책임을 완화·경감규정을 쉽게 도입하는 데 주의를 기울여야 한다. 실제로도 특별법이 적용되는 사례에서 이 특별규정이 활용된 경우가 거의 없다는 점을 고려하면,⁵⁸⁾ 형법에 논란이 될 수 있는 이러한 명문의 규정을 두는 것보다는 실무에서 범죄행위로 얻은 재산을 철저히 밝혀낼 수 있도록 하는 수사 기법이나 시스템을 갖추는 것이 더 우선시되어야 할 것으로 보인다.

IV. 결론

우리나라의 경우 형사법의 영역에서 특별법이 만연되어 있는 것이 현실이다. 그 원인으로 여러 가지를 들 수 있지만, 형법이 제정된 후 한참이 지났음에도 불구하고 지금까지 그 때의 형태를 그대로 갖추고 있는 규정들이 대부분이어서 법현실에 맞지 않는 규정이 많다는 점도 중요한 원인일 것이다. 그러므로 형사실체법 중 기본이 되는 형법이 1차적으로 제 역할을 할 수 있기 위해서는, 형법상 개별 규정을 오늘의 현실에 맞게 수정하여 ‘실제로 적용될 수 있는’ 규정

55) 공무원범죄몰수법 제24조 및 제43조, 마약거래방지법 제34조 및 제53조, 불법정치자금법 제23조 및 제42조.

56) 범죄수익은닉규제법 제10조의4, 공무원범죄몰수법 제7조, 마약거래방지법 제17조, 불법정치자금법 제7조.

57) 정현미, 앞의 논문, 176-177면.

58) 정현미, 앞의 논문, 178면.

으로 만들려는 노력이 뒤따라야 한다.

이 글은 그 중에서도 몰수규정의 개선방안에 집중하여 새로운 형태의 개정안을 제시하였다. 이 과정에서 지금까지 법무부와 학계 차원에서 제시된 굵직한 개정이유서와 중대범죄에 대한 몰수의 내용과 절차를 구체화한 특별법상 규정들을 참고하였다. 어떤 제도의 바람직한 지향점에 대한 학계의 논의도 중요하겠지만, 그 논의의 결과물로서 구체적인 개정안을 제시하는 것이야말로 - 매우 어려운 작업임과 동시에 - ‘실제로 적용될 수 있는 법’을 만들기 위한 시발점이 된다는 점에서 그 중요성을 간과하면 안 될 것이다. 여기에서 제시된 개정안을 바탕으로 또 다른 학계의 논의가 이어지는 선순환이 이루어지기를 기대한다.

투고일 : 2024.6.3. / 심사완료일 : 2024.6.17. / 게재확정일 : 2024.6.19.

[참고문헌]

- 김성돈, 「형법총론」 제8판, SKKUP, 2022.
- 박상옥/김대휘 편, 「주석 형법」 제3판, 총칙 2, §25~§86, 한국사법행정학회, 2020.
- 법무부, 「형법개정법률안 제안이유서」, 법무부, 1992.
- _____, 「형법(총칙) 일부개정법률안 제안이유서」, 법무부, 2011.
- 신동운, 「형법총론」 제14판, 법문사, 2022.
- 최호진, 「형법총론」 제2판, 박영사, 2024.
- 형법개정연구회, 「형사법개정연구(IV)」, 한국형사정책연구원, 2009.
- 강지현, “몰수제도에 관한 비교연구 - 개정 독일형법의 몰수규정에 관한 분석 -”, 「법학논총」 제38권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2018.
- 김정환, “공무원범죄몰수법의 운영현황과 개선방향”, 「비교형사법연구」 제20권 제3호, 한국비교형사법학회, 2018.
- 김혜경, “형법개정안상 공소제기 없는 몰수의 해석과 집행절차에 관한 연구 - 법적 성격과 적용범위를 중심으로 -”, 「형사정책연구」 제26권 제2호, 한국형사법무정책연구원, 2015.
- 박성진, “독립몰수제도 도입에 관한 최근 입법동향 및 개선방안”, 「법조」 제71권 제1호, 법조협회, 2022.
- 송주용, “독립몰수 도입에 관한 연구”, 「사법」 제55호, 사법발전재단, 2021.
- 선종수, “가상화폐의 몰수·추징에 관한 형사법적 검토 - 대법원 2018.5.30. 선고 2018도3619 판결 -”, 「IT와 법연구」 제18집, 경북대학교 IT와 법연구소, 2019.
- 신상현/신상민, “산업기술 및 영업비밀 유출범죄 피해자의 실효적 피해회복을 위한 대응방안”, 「사법」 제63호, 사법발전재단, 2023.
- 이경렬/배초희, “암호화폐에 관한 형법상의 최근 쟁점”, 「동북아법연구」 제16권 제4호, 전북대학교 동북아법연구소, 2023.
- 정현미, “몰수·추징제도의 비교법적 고찰 및 개선방안”, 「형사법 개정 연구 자료집 I」, 법무부, 2009.
- 조균석, “범죄수익몰수제도의 문제점과 개선방안 - 2011년 형법일부개정법률안에 대한 검토를 중심으로 -”, 「인권과 정의」 제420호, 대한변호사협회, 2011.
- 조현욱, “가상화폐의 개념과 몰수대상성에 대한 비교법적 연구”, 「안전문화연구」 제10호, 안전문화포럼, 2020.

최준혁, “형벌제도를 재검토할 필요성: 몰수를 중심으로”, 『형사법연구』 제35권 제4호, 한국형사법학회, 2023.

최호진, “비트코인에 대한 몰수 가능성”, 『비교형사법연구』 제20권 제3호, 한국비교형사법학회, 2018.

[국문초록]

형법상 몰수규정의 개정방안에 대한 연구

신 상 현*

우리나라에서는 형사법의 영역에서 특별법이 만연되어 있다. 형법이 제정된 후 한참이 지났음에도 불구하고 지금까지 대대적인 개정이 이루어지지 않아서 법현실에 맞지 않는 규정들이 많다는 점이 중요한 원인일 것이다. 그러므로 형사실체법 중 기본이 되는 형법이 1차적으로 제 역할을 할 수 있기 위해서는, 형법상 개별 규정을 오늘의 현실에 맞게 수정하여 ‘실제로 적용될 수 있는’ 규정으로 만들어야 한다. 이 글은 그 중에서도 형법상 몰수규정을 새로운 형태로 개정하는 방안을 제시한다. 그 과정에서 지금까지 법무부와 학계 차원에서 제시된 굵직한 개정이유서와 중대범죄에 대한 몰수의 내용과 절차를 구체화한 특별법상 규정들을 참고하였다.

구체적인 내용은 다음과 같다. 형법과 특별법의 이원적 체계는 유지하면서 특별법상 규정 중 필요한 내용은 형법에 편입시키는 것을 기본전제로 삼는다. 몰수를 형의 종류에서 제외하고 별도의 절에서 규정한다. 몰수의 인적·물적 요건을 구체화하여 적용범위를 확대한다. 몰수가 불가능한 경우뿐만 아니라 몰수하는 것이 적절하지 않은 경우도 추징이 가능하도록 한다. 공소제기를 전제하지 않는 독립몰수를 도입한다. 재산상 피해자가 있는 범죄의 경우 피해자의 실질적 피해회복을 위해서 몰수재산 피해자 환부제도를 형법에 도입한다. 독자적인 몰수의 시효규정을 둔다.

여기에서 제시된 개정안을 바탕으로 학계의 논의가 지속되어 형법상 몰수규정이 현실에서 의미 있게 적용될 수 있는 규정이 될 수 있기를 기대한다.

주제어 : 몰수, 추징, 독립몰수, 몰수재산 피해자 환부, 형법개정

* 헌법재판소 헌법연구원, 법학박사(Dr. jur.).

[Abstract]

A Proposal for the Revision of the Confiscation Provisions of the Criminal Code

Shin, Sang-Hyun*

In Korea, special laws are prevalent in the field of criminal law. An important reason for this is that the Criminal Code has not been significantly revised since its enactment, so there are many provisions that do not fit the current reality. Therefore, in order for the Criminal Code, which is the basic substantive law of criminal law, to play its primary role, individual provisions of the Criminal Code need to be modified to fit today's reality so that they can be applied in practice. This article proposes to revise the confiscation provisions of the Criminal Code in a new form.

The specifics are as follows: Maintain the dual system of criminal law and special laws, while incorporating the necessary provisions of special laws into the criminal law. Exclude confiscation as a type of punishment and provide for it in a separate section. Expand the scope of application of confiscation by specifying its requirements. Make it possible to collect in addition not only in cases where confiscation is not possible, but also in cases where it is not appropriate to confiscate. Introduce non-conviction-based confiscation. Introduce a system of return of confiscated property to the victim in the Criminal Code in order to recover actual damages for victims of property-related crimes. Establish a separate provision of the period of prescription for confiscation.

Key words : Confiscation, Additional Collection, Non-Conviction-Based Confiscation, Return of Confiscated Property to the Victim, Reform of Criminal Law

* Dr. jur., Research Fellow, Constitutional Court of Korea.