



제417회국회(임시회)
제2차 법제사법위원회

형법 일부개정법률안

검 토 보 고

〈독립몰수제도 도입 등〉

■ 윤종오 의원 대표발의(의안번호 제2200417호)

2024. 8.

법 제 사 법 위 원 회

전문위원 박 동 찬

목 차

I . 제안경위	1
II . 제안이유 및 주요내용	1
III . 검토의견	3
1. 독립 몰수제의 도입	3
2. 몰수의 대상 확대	10

I. 제안경위

1. 제 안 자 : 윤종오의원 등 22인
2. 제 안 일 : 2024. 6. 12.
3. 회 부 일 : 2024. 6. 13.

II. 제안이유 및 주요내용

최태원 SK그룹 회장과 노소영 아트센터 나비 관장의 이혼 소송에서 노태우 전 대통령의 비자금 300억원이 드러남. 이 300억원은 1995년 전두환 노태우 비자금 수사 당시에 드러나지 않았던 돈으로, 노 전 대통령이 추징당한 2,628억원과도 별개임. 또 다른 불법 비자금일 가능성이 높으므로, 해당 자금의 추적과 은닉 경위 등에 대한 추가적인 조사가 필요함.

하지만 뇌물수수 등으로 인한 불법 비자금으로 드러난다 하더라도, 이를 효과적으로 몰수하는 데는 한계가 있음. 현행법상 몰수는 원칙적으로 다른 형에 부가하여 과하는 부가형이므로 공소 제기를 전제로 함. 이에 따라 범인이 사망해 공소를 제기할 수 없는 상황에서 공소시효가 만료되면 범인의 재산을 몰수할 수 없게 되는 문제가 지속적으로 지적돼 왔음.

이와 같은 현재의 몰수 제도는 범죄수익의 박탈과 재범방지라는 본래의 목적을 충분히 달성하지 못할 뿐 아니라, 사회적 정의 관념도 어

긋나는 결과를 초래하게 되므로 개선이 필요함.

이에 범인이 사망 등으로 공소를 제기할 수 없는 경우에도 그 요건을 갖추었을 때는 몰수만을 선고할 수 있도록 하는 ‘독립 몰수제’를 도입하고, 몰수 대상을 “물건, 금전, 범죄수익” 등으로 확대해 몰수제도의 실효성을 확보하고자 함(안 제41조제9호, 제48조 및 제49조).

Ⅲ. 검토의견

1. 독립몰수제의 도입

- 개정안은 몰수를 형의 종류에서 삭제하고, 행위자의 사망, 소재불명, 공시시효의 완성 등으로 공소를 제기할 수 없는 경우에도 몰수의 선고를 할 수 있도록 하는 이른바 “독립몰수제도”를 도입하려는 취지로 이해됨(제49조).

현행	개정안
第41條(刑의 種類) 刑의 種類는 다음과 같다. 1. ~ 8. (생략) 9. 沒收	第41條(刑의 種類) ----- -----. 1. ~ 8. (현행과 같음) <삭제>
第49條(沒收의 附加性) 沒收는 他刑에 附加하여 科한다. 但, 行爲者에게 有罪의 裁判을 아니할 때에도 沒收의 要件이 있는 때에는 沒收만을 宣告할 수 있다.	제49조(몰수 등의 특례) 제48조에 따른 몰수 및 추징은 행위자에게 유죄의 재판을 하지 아니하거나 행위자의 사망, 공소시효의 만료로 공소를 제기하지 아니한 경우에도 그 요건을 갖추었을 때에는 선고할 수 있다.

- 현행법상 몰수는 형법상 규정된 재산형으로서, 반복적인 범죄 발생을 방지하거나 범죄로 인하여 발생하는 수익 등의 취득을

금지하는 것을 목적으로 하여 범죄행위와 관련된 재산을 박탈하고자 하는 것임.

- 몰수의 법적 성질에 관하여는, 형법이 이를 재산형으로 규정하고 있으므로 형식적으로는 형벌이지만 실질적으로는 대물적 보안처분¹⁾에 속한다는 견해가 학계의 다수설인 것으로 보임.²⁾
- 보안처분은 형벌만으로는 장래의 재범에 대한 위험성을 제거하기에 충분치 못한 경우에 사회방위와 행위자의 사회복귀의 목적을 달성하기 위하여 고안된 특별예방적 목적처분으로, 어떠한 형태의 보안처분제도를 마련하느냐의 문제는 헌법에 위반되지 아니하는 입법권자의 형성의 자유에 속함³⁾.
- 따라서 몰수를 형벌로 편제하였다가 다시 독립제재 또는 보안처분으로 규정하는 것도 입법재량 사항으로 볼 수 있음⁴⁾.

□ 현행법 제49조는 몰수를 다른 형벌에 부가하여 가함을 원칙으로 규정하면서 공소 제기를 전제하지 않는 독립몰수제도는 인정하지 아니하되, 선고유예 등 행위자에게 유죄의 재판을 하지 아니할 때 몰수의 요건을 갖춘 경우 예외적으로 몰수만을 선고할 수 있도록

1) 형벌이 과거의 행위에 대한 제재라면, 보안처분은 장래의 범죄를 예방하기 위한 예방적 제재임.

2) 이재상·장영민·강동범, 『형법총론』, 박영사, 2016, p.571.

3) 김혜경, 「형법개정안상 공소제기 없는 몰수의 해석과 집행절차에 관한 연구: 법적 성격과 적용 범위를 중심으로」, 『형사정책연구』 제26권 제2호, 한국형사정책연구원, 2015, p.64.

4) 스위스 형법(제69조)이나 이탈리아 형법(제240조)과 같이 몰수를 대물적 보안처분으로 규정하고 있는 입법례도 있음.

규정하고 있음.

○ 이러한 몰수의 부가성으로 인하여 범인의 사망 등으로 공소를 제기할 수 없는 경우, 범죄수익이 몰수되지 못하고 상속인이나 다른 공범자들에게 귀속되게 하는 것은 국민의 법감정에 어긋나는 측면이 있고, 범죄수익의 박탈과 재범방지라는 몰수제도의 목적을 충실히 달성하지 못한다는 형사정책적 문제가 발생해 왔다는 지적이 있음.

□ 이러한 문제점에 착안하여 개정안은 ‘행위자의 사망, 소재불명, 공소시효의 완성 등으로 공소를 제기할 수 없는 경우’에도 몰수의 요건을 갖추었을 때에는 몰수를 선고할 수 있도록 하는 독립몰수제도를 도입하고 있음.

○ 이는 범죄행위에 대한 실체법상 불법성은 합리적인 의심이 없는 정도로 존재하나 형사절차상 공소에 필요한 절차적 요건을 실질적 또는 형식적으로 구비하지 못한 경우에도 장래에 대한 범죄예방이나 범죄로 취득한 이익의 박탈이라는 관점에서 몰수가 필요하다는 형사정책적인 고려가 반영된 것으로 보임.

□ 독립몰수제의 도입 논의와 관련하여 제21대 국회에서의 입법 경과를 살펴보면, 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」(이하 “범죄수익은닉규제법”)상의 중대범죄에 대하여 독립몰수제를 도입하는 내용의 「범죄수익은닉규제법 일부개정법률안」(의안번호 제2100490호 한정애의원안, 의안번호 제2109209호 백혜련의원안)

및 형벌의 종류에서 몰수를 삭제하고 행위자의 사망 등으로 인해 공소를 제기하지 아니하는 경우 독립하여 몰수를 선고할 수 있도록 하는 내용의 「형법 일부개정법률안」(의안번호 제2100937호 유기홍의원안, 의안번호 제2109221호 백혜련의원안, 의안번호 제2116644호 이종배의원안)이 각각 발의되었으나 모두 임기만료로 인하여 폐기되었음.

□ 몰수는 대물적 보안처분의 성격을 갖는 형사제재이므로, 공소 제기와 처벌을 반드시 전제할 이유가 없다는 점에서 개정안의 독립몰수제도 도입은 긍정적인 측면이 있는 것으로 평가됨.

○ 자금세탁방지기구(FATF)에서도 각국으로 하여금 자금세탁된 재산, 자금세탁을 통하여 취득한 수익, 자금세탁에 사용되거나 사용될 예정인 도구 또는 이들 재산의 가치에 상당하는 재산을 몰수하도록 권고하면서 “회원국들은 그러한 범죄수익 또는 수단을 형사 유죄 판결 없이(독립몰수) 몰수할 수 있도록 제도적 장치를 채택하는 것을 고려하여야 한다”고 권고하고 있음⁵⁾.

□ 다만, 개정안에 따른 독립몰수제도의 도입과 관련하여 다음 사항에 대한 추가적인 논의가 필요할 것으로 보임.

○ 첫째, 개정안에서는 독립몰수제도의 근거와 사유를 예시하고 있을 뿐,

5) 박성진, “독립몰수제도 도입에 관한 최근 입법동향 및 개선방안”, 「법조」 제71권 제1호, 2022, 310~355p

어떠한 절차에 따라 독립몰수를 청구하고 재판하는지에 대한 절차적 규정이 없으므로 이에 관한 특례법의 제·개정이 필요할 것으로 보이며⁶⁾, 개정안은 부칙에서 공포 후 3개월이 경과한 날부터 시행하도록 규정하고 있는바, 독립몰수 관련 절차법의 제·개정에 소요되는 시간을 고려하여 법 시행일을 일정기간 유예할 필요가 있어 보임.

○ 둘째, 「공무원범죄에 관한 몰수 특례법」⁷⁾ 등의 몰수 특례법은

6) 이러한 절차규정에는 제3자의 정당한 권리가 침해되지 않도록 독일의 형사소송법을 참고하여 제3자에 대한 보호규정을 신설할 수 있을 것으로 보임.

참고로, 독일 형사소송법은 몰수에 관한 재판 시 일정 사실이 소명된 때 몰수의 영향을 받는 제3자로 하여금 몰수와 관계된 절차에 참여할 것을 명하도록 하고(제431조), 소송준비절차에서 몰수관계인의 의견을 청취하도록 하며(제432조), 그 밖에 공판절차에서의 몰수관계인의 지위(제433조), 몰수관계인의 대리인 선임(제434조), 공판기일 통지(제435조), 공판절차(제436조) 등에 관하여 상세히 규정하고 있음.

7) 「공무원몰수 등에 관한 특례법」

제13조(고지) ① 검사는 공소를 제기할 때 이 법에 따라 피고인 외의 자(국가 또는 지방자치단체는 제외한다)의 재산이나 지상권·저당권 또는 그 밖의 권리가 그 위에 존재하는 재산을 몰수할 필요가 있다고 인정하는 경우에는 즉시 해당 재산을 가진 자나 그 재산상에 지상권·저당권 또는 그 밖의 권리를 가진 자로서 피고인 외의 자(이하 “제3자”라 한다)에게 서면으로 다음 각 호의 사항을 고지하여야 한다.

1. 피고인에 대한 형사사건이 계속(係屬) 중인 법원
 2. 피고인에 대한 형사사건명 및 피고인의 성명
- (이하 생략)

「마약류 불법거래 방지에 관한 특례법」

제23조(고지) ① 검사가 공소를 제기할 때에는 이 법에 따라 피고인 외의 자의 재산이나 지상권·저당권 또는 그 밖의 권리가 그 위에 존재하는 재산에 대하여 몰수가 필요하다고 인정하는 경우에는 즉시 그 재산을 가진 자나 그 재산상에 지상권·저당권 또는 그 밖의 권리를 가진 자로서 피고인 외의 자(이하 “제3자”라 한다)에게 서면으로 다음 사항을 고지하여야 한다.

1. 피고인에 대한 형사사건이 계속(係屬) 중인 법원
 2. 피고인에 대한 형사사건명 및 피고인의 성명
- (이하 생략)

「불법정치자금 등의 몰수에 관한 특례법」

제12조(고지) ① 검사는 공소를 제기함에 있어서 이 법의 규정에 의하여 피고인 외의 자(「정치자금법」 제50조의 규정에 의하여 공동피고인이 된 정당·후원회 또는 법인·단체를 포함한다)의 재산 또는 지상권·저당권 그 밖의 권리가 그 위에 존재하는 재산의 몰수가 필요하다고 인정하는 때에는 즉시 위 재산을 가진 자 또는 그 재산 위에 지상권·저당권 그 밖의 권리를 가진 자로서 피고인 외의 자(이하 “제3자”라 한다)에게 서면으로 다음 사항을 고지하여야 한다. 다만, 「정치자금법」 제50조의 규정에 의하여 공동피고인이 된 정당·후원회 또는 법인·단체의 경우 제1호·제2호 또는 제7호의 사항에 대한 고지를 생략할 수 있다.

“검사가 공소를 제기할 때에는”, “피고인에 대한 형사사건” 등의 표현을 사용하여 몰수가 공소 제기를 필요로 함을 전제로 조문이 규정되어 있으므로, 개별법상 몰수 규정과의 관계를 고려하여 독립 몰수제도를 도입할 경우 관련 조문들도 함께 정비할 필요가 있음.

□ 참고로 외국 입법례⁸⁾를 살펴보면, 영미법계의 민사몰수나 독일법의 독립몰수⁹⁾는 실체법적 근거 등 제도의 차이는 있으나 개정안과 같이 “유죄판결에 기초하지 않은 몰수”의 형태를 인정하고 있음.

○ 미국에서는 몰수를 민사적 몰수(civil forfeiture)와 형사적 몰수(criminal forfeiture)로 나누고, 민사적 몰수는 범죄에 대한 유죄 판결이나 벌금부과 없이 불법 또는 범죄로 발생하였다는 개연성이 있는 재산을 박탈하는 제도임.¹⁰⁾

○ 독일은 형법에서 독립몰수를 규정하고 있고, 그 절차에 관해서는 형사소송법에서 “검사와 사인소추인이 특정인에 대한 형사소추의 관할권을 가진 법원 또는 몰수대상 목적물 보관소재지 법원에

1. 피고인에 대한 형사사건이 계속 중인 법원
2. 피고인에 대한 형사사건명 및 피고인의 성명
(이하 생략)

8) 조서연, “범죄수익 몰수·추징제도의 현황 및 입법과제”, 현안보고서, 국회입법조사처, 2017, p.21~33, 참조하여 재구성.

9) 독일 형법에서 독립몰수는 범죄행위에 대한 공소시효가 완성된 경우, 기타 법률상의 이유에 의하여 특정인에 대한 형사소추가 불가능하고 법률에 특별한 규정이 없는 경우에도 가능한 것을 말하는데, “법률상의 이유”란 사면, 행위무능력, 기타 절차적 장애사유 등으로 해석하고 있음(조서연, 앞의 논문, p.35 참조)

10) 현재, 미국 이외에도 캐나다, 호주, 오스트리아, 그리스, 룩셈부르크, 노르웨이, 스위스, 영국, 아일랜드 등이 민사몰수제도를 도입하고 있음(김혜경, 전제 논문, p.76 참조)

목적물을 적시하고 몰수 근거 사실을 명시하여 신청할 수 있다”고 규정하고 있음.¹¹⁾

- 법원행정처는 독립몰수를 도입하는 경우에도 몰수를 형의 종류에서 삭제하여 형사재판을 전제로 하는 몰수절차를 없앨 필요는 없고, 범죄수익의 박탈 및 범죄예방을 위한 독립몰수제도 도입의 필요성에 공감하나 독립몰수 절차에 대한 세부규정 마련 등에 대하여는 추가적으로 검토되어야 한다는 입장임.

11) 독일의 독립몰수 제도는 ‘물건’에 대한 효과를 미친다는 점에서 유죄판결에 기초하지 않은 몰수의 일종이기는 하나, 소추 가능한 최소한의 실체법적 근거는 존재하여야 하므로 영미법의 민사몰수제도와는 본질적으로 다름(조서연, 전제 논문, p.36)

2. 몰수의 대상 확대

- 개정안은 몰수 대상을 “금전, 범죄행위에 의하여 생긴 재산 또는 그 범죄행위의 보수로 얻은 재산”까지 확대하려는 것임.

현행	개정안
제48조(몰수의 대상과 추정) ① 범인 외의 자의 소유에 속하지 아니하거나 범죄 후 범인 외의 자가 사정을 알면서 취득한 다음 각 호의 <u>물건</u> 은 전부 또는 일부를 몰수할 수 있다.	제48조(몰수의 대상과 추정) ① ----- ----- ----- ----- <u>물건, 금전, 범죄행위에 의하여 생긴 재산 또는 그 범죄행위의 보수로 얻은 재산(이하 “물건 등”이라 한다)</u> ----- -----.
1. 범죄행위에 제공하였거나 제공하려고 한 <u>물건</u>	1. ----- ----- <u>물건 등</u>
2. 범죄행위로 인하여 생겼거나 취득한 <u>물건</u>	2. ----- ----- <u>물건 등</u>
3. 제1호 또는 제2호의 대가로 취득한 <u>물건</u>	3. ----- ----- <u>물건 등</u>
② 제1항 각 호의 <u>물건</u> 을 몰수할 수 없을 때에는 그 가액(價額)을 추정한다.	② ----- <u>물건 등</u> ----- ----- -----.
③ (생략)	③ (현행과 같음)

- 현행법상 몰수의 대상은 “물건”의 전부 또는 일부인바, 몰수 대상으로서 추상적 권리인 재산상의 이익이나 재산 자체가 몰수의 대상이 될 수 있는지에 대하여 학설상 견해가 대립되고 있음.
- 형법상 뇌물죄와 관련해서 몰수의 대상에 재산상 이익도 포함된다고 한 판례도 있으나¹²⁾, 이렇게 해석하더라도 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 것이고¹³⁾, 처음에 범죄로 취득한 재산과 직접 관련되어 증식·변형된 재산까지 몰수하지 않으면 범죄자의 범행 의지를 억제하기 어려운바 형법 개정 등을 통하여 몰수의 대상을 확대해야 한다는 견해가 다수인 것으로 보임¹⁴⁾.
- 개정안 제48조는 몰수의 대상을 “물건, 금전, 범죄행위에 의하여 생긴 재산 또는 그 범죄행위의 보수로 얻은 재산”으로 확대하고 있는바, 몰수 대상으로 물건 이외에 불법수익까지 확대하는 방향이 국제적으로 공감대가 형성되어 있는 점¹⁵⁾ 등을 고려할 때, 몰수 대상을 확대함으로써 몰수 처분의 실효성을 제고하고자 하는 입법 취지는 타당한 것으로 보임.

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

13) 김성돈, 『형법총론』 제8판, SKKUP, 2022, p. 834

14) 신상현, 「형법상 몰수규정의 개정방안에 대한 연구」, 『영남법학』 제58호, 2024, p.209 ~ 210.

15) 법무부, 『형법(총칙) 일부개정법률안 제안이유서』, 2011, p.80.

- 또한, 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 있어 형법만을 적용해서는 이러한 무형재산을 전혀 몰수할 수 없고, 특별법을 적용하더라도 법적 공백의 상황이 발생할 수 있으므로 개별 특별법이 아니라 형법에서 직접 재산이나 재산상 이익까지 몰수의 대상으로 규정하여 법적 공백을 메울 필요가 있다는 주장이 있음.¹⁶⁾
- 참고로, 몰수 관련 특별법에서도 “물건” 외에 “재산”이나 “이익”의 몰수를 명시하고 있어 재물몰수 외에 이익몰수도 몰수의 유형임을 보여주고 있음¹⁷⁾.
- 법원행정처는 현행 규정으로는 몰수가 어려운 재산상 이익 등과 같이 대상들을 포함하려는 개정안의 입법 취지에 공감하나, 다음과 같은 이유로 개정안의 체계적 정합성 등에 대한 재검토가 필요하다는 입장임.
- “범죄행위에 의하여 생긴 재산 또는 그 범죄행위의 보수로 얻은 재산”은 현행 제48조 각호의 요건과 병렬적으로 규정되어야 하는

16) 신상현, 전계 논문, p.209 ~ 210.

17) 가령, 「부패재산의 몰수 및 회복에 관한 특별법」 제3조는 “부패재산은 몰수할 수 있다”고 규정하고 있으며, 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」 제8조는 “범죄수익”과 “범죄수익에서 유래한 재산”을 몰수대상으로 규정하고 있음.

물수의 요건일 뿐 “물건 등”으로 약칭될 성격의 것이 아님.

- “범죄행위에 의하여 생긴 재산”, “범죄행위의 보수로 얻은 재산”은 형법 제48조 제1항 제2호에 포섭될 수 있을 것¹⁸⁾이어서 굳이 ‘범죄행위에 의하여 생긴’ 이나 ‘범죄행위의 보수로 얻은’이라는 요건을 추가적으로 규정할 실익이 없는바, 현행법이 몰수할 수 없는 ‘재산상 이익’ 등을 포함하기 위해서는 단순히 ‘재산’과 같은 단어만 추가하면 될 것임.

문 의 처
02)6788-5073

18) 형법 제48조 제1항 제2호 후단은 범죄행위로 인하여 취득한 물건을 몰수대상물로 하고 있다. 이를 ‘취득물건’이라고 부를 수 있다. 취득물건은 범죄행위 당시에 이미 존재하고 있던 것을 범인이 범죄행위로 얻게 된 물건을 말하는 것으로서, 범죄행위로부터 얻은 물건이라는 점에서 범죄관련성이 인정된다. 예컨대, 도박으로 얻은 금품이나 범행의 보수로 받은 금품 등이 이에 해당한다[김상옥·김대휘, 주식 형법: 총칙 [I]-2: §25~§86, 한국사법행정학회(2020), 450, 재인용].