

犯罪收益沒收制度에 관한 고찰

金昌君*

— 목 차 —

- I. 문제의 제기
- II. 개념 정리
- III. 필요성과 중요성
- IV. 문제점 및 개선방안
- V. 결 론

I. 문제의 제기

'범죄로 이익을 향유하지 못한다'(Crime does not pay). 이 法諺은 정의사회를 구현하고 형사사법체계에 대한 일반인들의 신뢰를 제고하고자 하는 내용을 담고 있다. 이러한 인식은 결국 違法意識의 強化 내지 內面化를 통하여 積極的一般豫防에 기여할 수 있다.¹⁾ 범죄인이 범죄로 인해 생겨난 果實을 향유할 수 없도록 해야 하는데도 최근 조직범죄, 마약범죄, 환경범죄, 경제범죄가 급증하면서 음성적으로 막대한 범죄수익을 취득하고 있다. 특히 조직범죄는 거의 모든 영역에서 범죄행위를 자행하면서 막대한 不法利得을 거둬들이고 있으며, 그 수익은 수사당국의 추적을 피하기 위해서 은닉되거나 금융기관을 통한 '돈세탁'(money laundering) 과정을 거쳐 다시 합법 또는 비합법적인 사업에 재투자하여 정상적인 경제질서와 富의 분배체계를 왜곡시키고 있다. 뿐만 아니라 범죄자와 그 패밀리들은 범죄수익을 바탕으로 호사스런 생활을 영위하고 수사당국의 단속을 피하여 일시적으로 은둔하거나 도피하기 위한 자금으로 활용하며

* 법정대학 법학부 부교수

1) Albrecht(이경재 역), "약물범죄수익에 대한 몰수 : 상이한 몰수유형의 비교 및 관련쟁점들", 형사정책연구 제15호(1993), 199면

출소 이후에도 조직을 재건하고 사업영역을 확대하는데 사용되고 있다.²⁾

조직범죄와 마약범죄의 폐해가 점점하면서 이러한 범죄들로부터 사회와 시민의 안전을 보호하기 위해 효과적인 방안들이 모색되고 있다. 종전처럼 범죄자를 체포하여 懲役刑에 처하거나 罰金刑과 沒收를 부과하는 방식만으로는 이러한 범죄유형의 억지와 예방에 실효성 있는 기능을 다하지 못하고 있는 실정이다. 이러한 문제의식을 바탕으로 세계 각국은 막대한 利權을 둘러싸고 벌어지고 있는 범죄의 기승을 원천적으로 차단하기 위해서 일반인들의 경각심을 지속적으로 일깨우고³⁾ 동시에 종전과는 다른 제도적인 방안을 마련하려고 부심하고 있다. 조직범죄나 마약범죄는 대부분 '막대한 財産의 利益'이 범죄 실행의 주요 동기를 이루고 있으므로, 범죄활동의 운영자금이나 판매수익을 박탈하는 것이 사후적으로 범죄조직의 존립기반을 무너뜨릴 뿐만 아니라 애당초 범죄동기도 약화시키는 데 중요한 역할을 할 수 있다는 형사정책적 고려에 착안하였다. 그 결과, 조직범죄와 마약범죄의 발호를 근본적으로 막기 위해서 범죄의 밑천이 되는 경제적인 기반을 박탈해서 범죄자들에게 경제적인 타격을 가하는 것이 가장 효과적이라고 판단하여 '범죄수익몰수제도'가 등장하게 되었다. 이 제도는 형사정책의 초점이 '犯罪人의 再社會化나 正當한 處罰'에서 '犯罪의 無力化'에로 이행되는 경향을 드러내고 있다.

이러한 맥락에서 세계 각국은 1970년대부터 범죄수익을 몰수할 목적으로 관련법규를 제정하여 시행해 오고 있으며, 1980년대 들어 이러한 입법 경향은 전 세계적으로 확산되고 있다. '범죄에 대한 효율적 대응을 강구하는 형사정책의 효율성 지향'⁴⁾은 앞으로 더욱 가속화될 것으로 전망되며 우리나라도 여기에서 크게 벗어나 있지 않은 듯싶다. 우리나라는 형법에 기본적인 몰수제도를 두고 있을 뿐만 아니라 특별형법에 개별적인 몰수규정들을 두고 있다. 그러나 우리 형법상의 몰수제도는 아직까지 범죄수익의 철저한 박탈에 미흡한 점을 노정하고 있다. 본논문은 이 점을 감안하여 범죄수익몰수제도를 비판적으로 분석하고 개선방안을 제시하고자 한다.

2) 정성근, "조직폭력범죄와 수익몰수제도", 형사정책연구소식 통권 제52호(1999년 3·4월호), 3면 : 박승진 외, 각국의 몰수제도, 한국형사정책연구원, 1999.7, 15-16면.

3) Denny F. Pace, *Organized Crime, Concepts and Controls*, Second Edition, 1983, pp. 4-5.

4) 배종대, *형사정책*, 제6전정판, 홍문사, 2005, 433면.

II. 개념 정리

1. 사용례

범죄수익몰수제도라는 표현은 '收益과 沒收'라는 중요한 개념표지를 담고 있다. 하지만 이 개념의 內包와 外延은 각국의 입법례나 학설에 따라 약간씩 차이를 보이고 있다. 먼저 수익은 비단 '범죄행위로 얻은 수익(불법수익)'에 국한하지 않고 '그로부터 변형 또는 증식된 財産(불법수익에서 유래한 재산적 이익)'까지를 포함하고 있다. 한편 몰수와 관련된 용어로는 confiscation과 forfeiture가 혼용되고 있다. 사용례를 보면 兩者를 구별하지 않고 어느 하나의 용어만을 사용하는 경우도 있고, 도구 등 물건의 몰수와 수익몰수를 구별하여 양자를 다르게 사용하기도 한다. 먼저 영국은 수익몰수에 해당하는 용어로 confiscation을, 도구 등 물건의 몰수에 해당하는 용어로는 forfeiture를 사용하고 있다. 독일도 前者에 해당하는 Vermögensvorteil에 대해서는 Verfall을, 後者에 해당하는 Gegenstände에 대해서는 Einziehung이라고 표현하고 있다(형법 제73조, 제74조). 반면에 미국은 兩者를 구별하지 않고 모두 forfeiture라는 용어를 사용하는가 하면, 유엔의 1988년 비엔나협약과 유럽이사회의 1990년 유럽이사회협약에서는 수익몰수와 도구 등 물건의 몰수를 모두 confiscation이라고 표현하고 있다. 같은 내용을 표현하면서 forfeiture와 confiscation이 혼용되고 있다. 일본은 도구 등의 몰수와 불법수익의 몰수를 모두 '몰수'라고 표현하고 있다. 우리나라의 경우도 형법과 특별법에서 모두 '몰수'라는 용어를 사용하고 있다. 따라서 본 논문에서도 특별한 구별 없이 '몰수'라고 표현한다. 그렇게 본다면, 수익몰수는 현행 형법 제48조에서 규정한 '물건의 몰수'에 대비되는 개념으로 '범죄행위로 얻은 수익 혹은 이러한 불법수익에서 유래한 재산적 이익을 박탈하는 것'으로 정의할 수 있다.

2. 현행 형법의 몰수제도와와의 차별성

현행 법률에 규정된 몰수의 대상은 형법 제48조의 몰수규정을 기본으로 하면서 형법의 여타 條文들과 특별형법에서 그 대상을 확대하고 있다. 현행 형법 제48조는 '범죄행위로 인하여 생겼거나 이로 인하여 취득한 물건 또는 그 대가

로 취득한 물건'을 몰수할 수 있도록 규정하고 있다. 이처럼 형법 제48조는 몰수의 대상을 '物件'에 한정하고 있다. 그러나, 공무원범죄에 관한 몰수특례법(제2조, 제3조, 제4조), 마약류불법거래방지에 관한 특례법(제2조의 제3항 내지 제5항, 제13조), 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률(제2조의 제2호 및 제3호, 제8조) 등은 몰수의 대상을 '不法(犯罪)收益' 및 不法(犯罪)收益에서 유래한 財産'으로 확대하고 있다.

문제는 형법 제48조에서 규정하고 있는 몰수의 대상인 '물건'에 犯罪收益이 포함되느냐 여부이다. 현행 형법은 몰수의 대상을 '物件'으로 규정하고 있지만, 구체적으로 물건이 무엇을 의미하는지에 관해서는 명문의 규정이 없다. 때문에 학설과 판례⁵⁾는 법문상 몰수의 대상이 '물건'으로 표시되어 있지만 이에 는 단지 有體物뿐만 아니라 權利 또는 利益도 포함된다고 한다. 학설과 판례는 몰수의 대상인 물건에 이익을 포함시키고 있지만, 이익의 범위에 대해서는 별다른 언급이 없고 다만 개별사례를 무리 없이 포섭시킬 수 있도록 개념의 폭을 넓게 정의하는 데에만 신경을 쓰고 있을 뿐이다.

형법 제48조는 몰수의 대상을 '물건'이라고 규정하고 있고, 반면에 독일의 경우는 수익박탈(Verfall)의 대상을 '재산상의 이익'(Vermögensvorteil)으로(제73조), 몰수(Einziehung)의 대상을 '물건'(Gegenstände)으로(제74조) 규정하고 있다. 1990년 유럽이사회협약은 도구(instrument)와 수익(proceeds)의 몰수를 구분하고 있다(동협약 제1조 내지 제2조). 우리 형법체계는 이러한 구별을 하고 있지 않기 때문에 판례와 학설은 제48조의 물건 개념을 양개념을 포괄하는 내용으로 파악하고자 하는 듯하다. 이러한 해석태도는 형법에 명문으로 규정되어 있는 개념을 擴張解釋함으로써 몰수의 대상범위를 확대하고자 하는 취지로 이해된다. 그러나 이러한 해석태도가 현행법체계에서 보았을 때 올바른 것인지는 의문이 간다.

흔히 이익이란 유형, 무형의 이익을 말하며, '有形·無形'의 利益이란 물질적 또는 비물질적인 이익을 의미한다. 물질적 이익이란 經濟的 利益으로서 현금 등 금품의 수수 뿐만 아니라 채무이행시기의 연장, 대출의 보장, 렌트카의 제공, 골프장 또는 헬스클럽회원권 내지 이용기회의 제공 등을 생각할 수 있다. 비물질적인 이익으로는, 이성과의 성관계 제공, '투기적 사업에 참여할 기회를

5) 大判 1976.9.28. 76도2607.

제공하는 것, '승진기회의 제공' 등을 들 수 있다. 이처럼, '비물질적인 이익'이라는 개념은 매우 광범위한 의미의 外延을 갖고 있기 때문에, 가령 욕망충족에 있어도 명예욕·허영심·호기심을 만족시키는 무형적 이익도 비물질적인 이익에 해당한다. 이로 인해 利益(Vorteil)이라는 표현은 너무 윤곽없는(uferlos) 개념이기 때문에 그 적용대상을 분명히 설정해야 할 필요성이 있다.⁶⁾

전통적인 법학방법론에 따르면, 法創造와 法形成을 구별하고 전자는 자유로운 법발견을 의미하고, 후자는 법문의 가능한 의미안에서 법획득을 의미한다. 형법에서 보면, 법창조는 유추에 해당하고 법형성은 확장해석에 해당한다.⁷⁾ 결국 형법의 해석과 관련하여 허용되는 확장해석과 허용되지 않는 유추를 구별하는 기준은 '法文의 가능한 意味'(Der mögliche Wortsinn)⁸⁾이다. 法文의 가능한 意味를 벗어난 형법의 적용은 국가형벌권발동에서 요구되는 국가의 自己拘束의 原則을 침해하는 것이며, 민주적 정당성을 결하는 것이다.⁹⁾ 그렇다면 문제는 확장해석으로서 허용이 되는 물건의 가능한 의미는 어디까지 인가하는 점이다.

모든 해석의 출발점은 法律의 文言(Gesetzeswortlaut)이다. 文理解釋은 이러한 법문의 의미를 일반적인 言語慣行에 따라 탐구하고자 한다. 마찬가지로 판례도 형벌법규의 해석은 文言解釋으로부터 출발하여야 하고, 문언상 해석가능한 의미의 범위를 넘어서는 것은 유추로 허용되지 아니한다고 판시하고 있다.¹⁰⁾ 이러한 맥락에서 판례는 "법규의 의미내용인 문리가 명확하여 논리적으로 모순되지 아니할 때에는 그 문리대로의 적용이 실제로 불가능한 경우 등 예외적인 경우 이외에는 여기에서 자의로 벗어나는 해석을 하여서는 아니되는 것이며 더욱이 법률에의 구속의 정도가 다른 법률에서보다 더 엄격해야 할 형법의 해석에 있어서는 그 명문규정이 어느 일면 불합리한 결과를 초래할 가능성이 있다 하더라도 입법작용에 의한 개정을 기다려야 할 일이지 그 불합리한 결과를 막는대거나 피고인에게 유리하다 하여 명문규정을 억지로 고쳐서 적용하여

6) 뇌물죄의 성립범위와 관련해서는 Schmidt, Die Bestechungstatbestände im Entwurf 1960, in : ZStW 73(1961), S.419.

7) 이에 관하여 자세히는 이상돈, "刑法解釋의 限界", 저스티스 제29권 제2호(1996/9), 7면 이하 참조.

8) 판례는 이를 '법규정의 가능한 의미'라고 표현하고 있다(大判 1994.12.20, 94모32).

9) 김일수·서보학, 새로 쓴 형법총론, 제9판, 박영사, 2002, 39면.

10) 大判 1994.12.20, 94모32.

서는 아니된다”¹¹⁾고 판시하고 있다.

그렇다면 물건에 대한 언어학적인 의미내용부터 추적해야 할 것이다. 먼저 물건이란 “일정한 형체를 갖춘 모든 물질적 대상”¹²⁾으로 정의내리고 있다. 사전적인 의미만을 놓고 보면, 물건의 의미내용은 ‘有體物’에 국한한다. 그러나, 문리해석만으로 끝나는 것이 아니라, 이를 출발점으로 삼으면서 여타 해석방법을 함께 고려해야 한다. 법률은 서로 독립되어 있는 것이 아니라 하나의 통일체를 구성하고 있기 때문이다. 이러한 인식을 바탕으로 體系的 解釋은 법률의 전체적인 맥락속에서 법문언의 논리적 의미를 밝힘으로서 당해 규범의 내용에 가장 접근된 해석을 시도하고자 한다.¹³⁾ 체계적 해석과 관련해서 본다면, 물건의 개념폭을 이익과 권리까지도 포섭시킨 해석태도는 물건의 外延을 지나치게 넓게 설정하는 것으로 현행 형법 제48조의 물수제도와 범죄수익물수제도와 차별성이 없애 버린다. 이와 관련하여 Heck는 ‘개념의 핵심’(Begriffskern)과 ‘개념의 틀’(Begriffshof)로 구분하고 있다. 이러한 이분법에 따르면, 법문언의 적용이 개념의 핵심 안에서 이루어지면 (제한)해석이며, 개념의 핵심을 넘어서지만 여전의 개념의 틀안에 머무르는 경우에는 법형성 또는 확장해석이 된다. 이에 반해 개념의 틀 밖에서 이루어지면 법창조가 된다. 이는 형법상으로는 금지된 유추에 해당한다. 또한 만약 개념의 핵심안에 놓이는 대상에까지 그 문언을 적용하지 않는다면, 그것은 ‘目的論的 縮小’(teleologische Reduktion)가 된다. 형법에서는 이것도 類推의 한 유형이 된다.¹⁴⁾

현행형법의 ‘물건’의 개념은 ‘유체물’에 국한되어야 한다. Heck의 이분법을 적용해보면, 물건과 관련하여 개념의 핵심은 ‘유체물’이고, 개념의 틀은 ‘유체물에 화체된 권리나 이익’으로 제한되며, 무형적인 이익까지 포섭하기는 어렵다. 결론적으로 현행형법의 ‘물건’의 개념은 어느 정도의 有形性을 요구하고 있기 때문에 무형적인 이익과 권리까지를 포섭하여 물건으로 본다면, 이러한 해석태도는 ‘물건’이라는 법문의 가능한 의미를 넘어선 것으로 類推에 해당된다고 보여진다.

뿐만 아니라 현행 형법의 물수제도는 물수의 대상을 범죄제공물건, 취득물건,

11) 大判 1989.9.12. 87도2365.

12) 신기철/신용철 편저, 새우리말 큰사전(상), 삼성출판사 1988, 1250면.

13) 김일수·서보학, 앞의 책, 36면.

14) 이상돈, 앞의 논문, 19면 이하.

대가물건에 한정하고 있기 때문에 범죄행위에 제공된 물건과 이 물건을 판매하여 얻은 이익금은 몰수할 수 있지만,¹⁵⁾ 이를 판매하여 얻은 이익금으로 다른 사업에 투자하여 얻은 이익금은 몰수할 수 없다.¹⁶⁾ 또한 범죄인이 가진 재산이 몰수의 요건을 충족시키는지 여부가 의심스러운 경우, 즉 범죄인의 재산과 범죄 사이에 인과관계가 합리적인 의심을 넘어설 만큼 증명되지 못한 경우에는 효과적인 범죄수익몰수가 곤란하다. 특히 돈세탁이 빈번히 이루어지고 있는 현실에서 因果關係의 立證은 더욱 어렵다. 이러한 점을 고려하여 범죄와 연루된 재산 일반에 대한 몰수를 인정하기 위해 안출된 제도가 범죄수익몰수제도이다.

3. 유형

세계 각국은 범죄수익몰수제도를 두고 있지만, 立法形式은 국가마다 다소 차이를 보이고 있다. 그렇기는 하지만 세계 각국의 입법례는 유형별로 구분해 볼 수 있다.

첫째, 조직범죄, 약물범죄, 테러범죄, 음란물죄 등 特定犯罪에 국한하여 收益沒收를 적용한 입법례가 있다. 미국에는 조직범죄의 수익몰수를 규정한 RICO 법(the Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act of 1970), 약물범죄의 수익몰수에 관한 1970년 규제약물법(the Controlled Substances Act of 1970) 등이 있다. RICO법과 규제약물법은 범죄행위로 취득한 이익(interest), 청구권(claim), 각종 재산 또는 계약상의 권리(property or contractual right) 등 불법수익의 광범위한 몰수를 인정하고 있다.¹⁷⁾ 영국에서는 기존의 몰수제도와 더불어 수익몰수에 관한 제도가 도입·운용되고 있다. 약물범죄수익몰수를 규정한 1986년 약물거래범죄법(Drug Trafficking Offences Act 1986)이 대표적이다. 약물거래범죄법은 약물거래수익을 몰수하도록 규정하고, '재산의 출처'(source of property)와 '지출'(expenditure)에 관한 추정조항을 두어 은닉된 수익이나 재산을 용이하게 몰수할 수 있도록 하고 있다(동법 제2조 (3)).¹⁸⁾ 일본형법은 주로

15) 헌법재판소 결정 1999.5.27. 96헌바16.

16) 박미숙, "몰수의 범위와 몰수에 관한 법령의 단일화", 형사법연구 제22호(2004 겨울), 459-460면.

17) 박승진 외, 앞의 논문, 21-75면.

범죄와 관련된 물건에 대해 몰수할 수 있도록 규정하고 있어 범죄로부터 얻은 무형적인 이익을 몰수할 수 없었다. 그러나 '국제적인 협력하에서 규제약물에 관한 부정행위를 조장하는 행위 등의 방지를 꾀하기 위한 마약 및 향정신성약물단속법 등의 특례 등에 관한 법률'을 마련하여 제14조 이하의 몰수규정에서 약물범죄와 관련한 불법수익뿐만 아니라 불법수익에서 유래한 재산도 몰수할 수 있는 길을 열어 놓았다.¹⁹⁾ 한편 유엔은 '1988년 마약 및 향정신성약물의 불법거래방지에 관한 유엔협약(United Nations Convention against Illicit Traffics in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances 1988, 이하 1988년 비엔나협약이라 한다)을 체결하여 세계 각국의 수익몰수 법률에 큰 영향을 미쳤다. 1988년 비엔나협약은 약물범죄로부터 직접 생긴 재산뿐만 아니라 다른 재산으로 전환된 경우도 몰수할 수 있도록 규정하고 있으며, 더 나아가 수익의 추정, 입증책임의 전환 등도 인정하고 있다. 그리고 우리나라의 경우 마약류 불법거래방지에 관한 특례법, 공무원범죄에 관한 몰수특례법이 이러한 유형에 속한다. 특히 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률은 특정범죄와 관련된 범죄수익의 취득 등에 관한 사실을 가장하거나 특정범죄를 조장할 목적 또는 적법하게 취득한 재산으로 가장할 목적으로 범죄수익을 은닉하는 행위를 규제하고 있다.

둘째, 특정한 범죄유형을 두지 않고 犯罪一般(그러나 대부분 重罪)의 수익몰수를 인정한 입법례가 있다. 이에 해당하는 입법례로는 독일형법 제73조, 호주의 1987년 범죄수익에 관한 법률(Proceeds of Crime Act 1987), 영국의 1988년 형사재판법(Criminal Justice Act 1988)이 대표적이다. 특히 독일형법은 범죄수익몰수는 필요적 몰수로 규정하고(동법 제73조), 다만 범죄수익몰수가 처분대상자에게 부당하게 가혹한 때에는 이를 명하지 아니한다고 규정하여 예외규정을 두고 있다(동법 제73조의c). 그리고 물건의 몰수(동법 제74조)와 확대몰수제도(동법 제74조의a)를 규정하고 있다.²⁰⁾ 유럽이사회는 '범죄수익의 세탁, 수색, 압수 및 몰수에 관한 1990년 유엔이사회협약'(1990 Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime)을 체결하여 체약국들이 범죄수익을 몰수할 수 있고, 몰수명령을 목적으로 한 조치를

18) 이병기, "조직범죄수익몰수제도", 형사정책연구 1994·여름, 86-90면.

19) 박승진 외, 앞의 논문, 135-177면.

20) 박승진 외, 앞의 논문, 77-134면.

취할 수 있는 법률적인 조치를 취하도록 의무지우고 있다(제2조 및 제3조).

Ⅲ. 필요성과 중요성

1. 組織犯罪의 無力化

경제적 이익을 노리는 범죄의 屬性은 적은 노력과 비용으로 막대한 이익을 올릴 수 있다는 데에 있다. 조직범죄자는 각종 범죄에 관여하여 거기서 얻은 막대한 이익으로 호사스런 생활을 영위할 뿐만 아니라 그 이익의 일부를 새로운 불법 또는 합법적인 사업에 투자하여 이익의 재창출을 노린다. 막대한 경제적 수익을 목적으로 하는 범죄에 대해 종전처럼 범죄자를 체포하여 징역형에 처하거나 벌금형과 몰수를 부과하는 방식만으로는 이러한 범죄유형을 억제하고 예방하는데 實效性을 거두지 못하고 있다. 조직의 책임자를 검거하여 重刑으로 다스려도 후계인물이 끊임없이 부상하여 조직을 재건하고 사업영역을 확대시킬 뿐만 아니라 조직원들은 석방하면 거의 전원이 다시 범죄조직으로 복귀하는 경향을 보이고 있다. 현행 형법상의 몰수제도로는 범죄조직의 운영자금이나 판매수익을 철저히 박탈하여 범죄동기를 약화시키고 범죄조직의 존립기반을 박탈할 수 없는 탓이다. 형법상 몰수에 의하면 權利 또는 利益이 有體物로 화체되어 있지 않는 한 무형적 이익은 몰수하기 어렵다. 형법상의 몰수규정이 수익몰수에 대하여 거의 기능하지 못할 뿐만 아니라 현대사회에서 경제적 가치가 무형적 이익의 형태로 더 많이 나타나고 있는 점을 고려한다면, 조직범죄의 무력화를 위하여는 조직범죄의 경제적인 기반이 되는 범죄수익을 박탈할 수 있는 제도의 도입이 필요하다.²¹⁾

2. 地下經濟의 차단과 正義社會의 구현

범죄수익에 대한 통제의 필요성은 건전한 경제질서의 유지와 正義社會의 구

21) 이병기, 앞의 논문, 77면 ; 박미숙, 앞의 논문, 461-462면 ; 조병인, 캐나다의 불법수익물 수체제연구, 한국형사정책연구원, 2003, 24-25면.

현과 관련되어 있다. 먼저, 범죄조직들이 불법수익을 돈세탁과정을 거쳐 정상적인 경제순환에 편입시킬 경우 '지하경제'를 팽창시켜 정상적인 경제질서와富力의 분배체계를 왜곡시킬 위험성을 안고 있다. 따라서 불법수익의 박탈은 범죄행위로 초래된 왜곡된 경제질서를 회복시켜 주는 역할을 수행하게 된다. 또한 범죄수익은 경제 분야 이외에도 우리 사회에 여러 가지로 직·간접적인 해악을 끼친다. 그 중에서도 '검은 돈'을 이용한 공직매수 및 정치적 부패와의 결합을 통한 비호세력의 형성이 가장 심각한 폐해라고 할 수 있다. 공직매수가 만연하게 되면 수사기관이나 법원, 나아가 정치에 대한 불신이 증폭될 뿐만 아니라 타성과 비효율이 조장되어 사회의 발전을 저해하는 결과를 낳는다. 따라서 정치 사회적인 정의를 추구하기 위하여도 범죄수익을 몰수해야 할 것이다.²²⁾

3. 기존 형벌제도의 보완

징역형이나 벌금형 등 지금까지의 형법적 규제는 범죄인의 再社會化와 정당한 처벌에 초점을 맞추고 있기 때문에 조직범죄에 적절히 대응하기 어렵다. 먼저 조직범죄의 경우에는 收益을 올리는 것을 주요목적으로 삼고 있으므로 징역형을 과하더라도 '출소 후 범죄수익의 향유'라는 便益과 '복역'이라는 費用을 놓고 이해득실을 따져 보아 편익이 비용보다 크다면 복역을 선택할 것이므로 징역형의 부과가 범죄억지효과를 가져올 수 없게 된다.

벌금형도 효과적인 대처방안이라고 말할 수 없다. 왜냐하면 범죄자가 범죄로부터 취득하고 은닉한 재산이나 합법적인 사업을 가장하여 취득한 재산을 벌금으로 납부한다면 형사제재로서의 의미는 상실되고 일종의 税金으로 변질될 염려가 있다.²³⁾ 또한 벌금형을 통해 범죄수익 몰수를 피하는 것이 형사정책적으로 타당한 것인가 하는 의문이 생긴다. 우리 형법은 범죄수익의 환수를 위해 몰수제도를 따로 두고 있다. 벌금형과 몰수는 그 기본이념이 다르다. 벌금형의 기본이념은 행위자로 하여금 사회경제생활에 계속 참여토록 함으로써 기존의 사회경제생활을 계속 유지토록 하고, 다만 그의 경제력의 일부를 박탈함으로써

22) 임웅 외 5인, 조직범죄와 형사법, 법문사, 2004, 152-154면 ; 이병기, 앞의 논문, 77-78면.

23) 이병기, 앞의 논문, 77면 ; 임웅 외 5인, 앞의 책, 154면

생활수준 또는 소비욕구를 제한하는 데 있는 것이다.²⁴⁾ 반면에 몰수의 기본이념은 “범죄행위로 인한 이득의 박탈”²⁵⁾과 “징벌적 성격”²⁶⁾을 가지고 있다. 따라서 범죄로부터 생긴 불법수익을 박탈하는 것은 몰수제도의 고유한 기능인 것이며 벌금형이 이 기능을 떠맡는 것은 몰수제도의 취지를 무색케 하는 월권행위라 하지 않을 수 없다. 우리 형법상의 몰수제도가 아직까지 범죄수익의 철저한 박탈을 위해 미비한 점이 있다면 이는 몰수제도의 보완을 통해 해결할 문제이지 벌금형을 통해 해결할 문제가 아니다.²⁷⁾

IV. 문제점 및 개선방안

조직범죄의 무력화 방안으로서 불법수익몰수제도의 필요성과 중요성이 인정되고 있지만, 그 방법과 절차가 法治國家原理와 상충할 소지가 있다는 측면에서 논란을 빚고 있다. 이러한 관점에서 법익수익몰수제도가 내포할 수 있는 문제점들을 진단하고 그 개선방안을 제시해 나가야 할 것이다.

1. 立法方式

불법수익몰수에 관한 입법방식은 각국의 실정에 맞춰 고유 모델을 개발해 왔으며, 그 입법방식에서 다소 차이가 나지만 크게 세가지 방식으로 구분해 볼 수 있다. 첫째, 독립된 법률을 제정하는 방법이다. 현행의 여러 특별법처럼 ‘조직범죄’를 대상으로 하는 단행법규를 제정하는 방법이다. 가령 공무원범죄를 대상으로 하는 공무원범죄에 관한 몰수특례법, 마약류범죄를 대상으로 하는 마약류불법거래방지에 관한 몰수특례법’ 등처럼 조직범죄를 대상으로 하는 沒收特例法을 제정하는 방법이다. 이러한 방식을 취한다면 장차 범죄수익몰수가 요

24) Tröndle, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Zehnte.völlig neu bearbeitete Auflage, Vor § 40 Rdnr.49.

25) 大判 2002.6.14. 2002도1283.

26) 大判 2001.12.28. 2001도5158.

27) 서보학, “형법상 범죄수익 몰수의 필요성과 법치국가적 한계”, 안암법학 제5호(1997), 102면.

청되는 다른 범죄, 예컨대 컴퓨터범죄, 경제범죄, 환경범죄, 재산범죄 등에 대하여서도 별도의 독립된 법률을 제정해야 되고, 그 결과 收益沒收에 관한 法律은 그 규율대상이 되는 범죄의 증가에 맞추어 계속 증가하게 되어 '법률의 홍수'²⁸⁾를 초래하게 될 우려가 있다.²⁹⁾

둘째, 일반법인 형법과 형사소송법에서 범죄수익몰수에 관한 전반적인 내용을 규정하는 방식이다. 중형·엄벌주의와 행정편의성의 산물인 特別刑法의 量産은 일반형법전의 의미를 감소시키고 합리적인 형사정책의 수립을 방해하여 전체적으로 우리 형사사법체계의 기능 저하를 초래하고 있는 실정이다. 따라서 특별형법을 정리하여 일반형법전 속에 편입시켜야 한다. 이러한 맥락에서 몰수제도도 일원적으로 확립하여야 한다는 것이다. 즉 형법전상의 몰수제도는 沒收對象의 限定性과 沒收制度의 實效性을 확보할 수 있는 보전절차의 불비 등으로 인해 사실상 매우 한정된 역할만을 수행하고 있는 데 반해, 다른 특별(형)법상의 몰수제도는 당해 법률이 규율대상으로 하는 범죄의 특성에 맞도록 몰수제도를 정비하여 몰수대상의 확대, 보전절차와 제3자 보호규정 등을 마련해 놓고 있는 것이다. 따라서 형사법의 기본법인 형법에는 몰수의 가장 기본적인 것만을 규정해 놓고 다른 특별(형)법에서는 필요에 맞게 몰수제도를 확대 운영하는 주객전도 현상이 나타나고 있다. 그러나 법체계 및 법해석과 법집행의 통일성을 고려하고 기본형사법으로서의 형법전의 기능 회복을 위해서는 우리나라도 독일처럼 형법전 속에 몰수제도를 일원적으로 규정하여 모든 형사범죄에 일률적·통일적으로 적용할 필요가 있다. 다만 몰수·추징의 보전절차와 제3자 보호규정 등을 실체법인 형법 전에 포함시키기가 어렵다면 형사소송법에 규정하는 방식을 생각해 볼 수 있다.³⁰⁾

셋째, (적용대상이 되는 범죄를 특정하지 않고) 범죄수익몰수 일반에 관한 단일한 법률을 제정하는 방식이다. 이러한 입법방식을 취하게 되면 수익몰수를 필요로 하는 범죄유형의 확정에 따라 당해 범죄유형을 그 법률에 추가할 수 있게 된다. 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률은 형식적으로는 그 적용대상이 되는 범죄를 특정범죄로서 한정하고 있지만, 그와 같은 특정범죄의

28) Hans-Jochen Vogel, Zur Diskussion um die Normenflut, in : JZ 1979, S.321ff.

29) 임용 외5인, 앞의 책, 170면.

30) 서보학, 앞의 논문, 94면 이하.

범위는 상당히 넓게 인정되고 있어서 실질적으로는 이와 같은 입법방식을 취하고 있다고 볼 수 있다.

수익몰수에 관한 규정을 두는 경우에 그 입법방식을 어떻게 취할 것인가의 문제는 각국의 제도적 여건 내지는 입법정책에 따라 결정될 문제이다. 무엇보다도 특별법의 남발로 인한 법률의 홍수를 막고, 형법의 기본적인 골격을 크게 변화시키지 않으면서, 조직범죄를 비롯하여 수익몰수가 필요한 대상범죄를 탄력적으로 고려할 수 있다는 점에서 보면, 收益沒收에 관한 立法方式으로서는 세 번째의 경우가 가장 타당하다고 생각한다. 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률을 이와 같은 입법방식에 따르는, 수익몰수에 관한 '基本法律' 내지는 '一般法律'로서 이해한다면, 수익몰수에 관한 기존의 특별법들도 가능한 동법률에 흡수하여 단일화할 필요가 있다고 생각된다.³¹⁾

2. 獨立 沒收制度의 채택

현행 형법상 몰수는 원칙적으로 他刑에 부가하여 과하는 附加刑이며, 예외적으로 행위자에게 有罪의 재판을 아니할 때에도 몰수의 요건이 있을 경우에는 몰수만을 선고할 수 있다(제49조). 따라서 무죄 선고, 공소기각, 면소 판결, 선고유예³²⁾ 등의 경우에는 몰수만을 선고할 수 있다. 이처럼 예외적으로 몰수요건이 있는 때에는 몰수만을 선고할 수 있도록 규정하여 몰수의 부분적인 독립성을 인정하고 있다. 그 취지는 형사소송 절차가 일단 진행된 때에는 몰수의 요건이 있을 때에는 몰수 기타 對物的 保安處分을 함으로써 범죄자에게 범죄로 인한 부당한 이익을 향유하게 할 수 없도록 할 뿐만 아니라, 犯罪豫防과 社會防衛를 위한 것이다.³³⁾ 그러나, 현행 형법의 체계에서는 범인의 사망 기타 소재불명 등으로 인하여 公訴提起를 할 수 없는 경우에는 몰수요건을 구비하고 있더라도 독립적으로 몰수청구를 할 수 없다. 반면에 독일형법 제76조의a는 공소제기나 刑의 宣告 여부에 관계없이 몰수의 요건이 존재할 때에는 몰수만을 독립적으로 선고할 수 있도록 규정하고 있다. 이러한 입법례를 원용하여 주

31) 배종대, 형법총론 2001, 647면 : 임용 외 5인, 앞의 책, 171면

32) 大判 1973.12.11. 73도1133.

33) 박상기 외, 형사정책(5판), 2001, 311면 : 박미숙, 앞의 논문, 454면.

된 범죄에 대한 공소 제기 여부와 상관 없이 그 수익이 범죄수익에 해당할 때에는 범죄방지 또는 범죄행위에서 유래한 이익의 박탈이라는 관점에서 獨立沒收를 선고할 수 있도록 해야 한다. 몰수의 독립성을 규정해야만 범인의 사망 기타 소재불명으로 인하여 공소의 제기를 할 수 없는 경우뿐만 아니라, 특히 조직범죄의 국제성에 비추어 국외에서 행해진 범죄의 불법수익에 대해서도 효과적으로 대처해나갈 수 있을 것이다.³⁴⁾

3. 임의적 몰수 또는 필요적 몰수 여부

몰수에는 任意的 沒收와 必要的 沒收가 있다. 형법 총칙상의 몰수규정인 제48조는 임의적 몰수를 규정하고 있으므로 몰수는 원칙적으로 임의적 몰수이다. 따라서 몰수 여부는 法官의 裁量에 달려 있다. 그러나 형법 각칙과 특별법상의 몰수규정들은 대개 필요적 몰수로 규정되어 있어 법관의 재량적 판단이 허용되지 않고 반드시 몰수하여야 한다. 문제는 형법상 몰수를 임의적 몰수로 할 것인지 아니면 필요적 몰수로 할 것인지를 정해야 한다. 헌법재판소는 기본적으로 몰수를 임의적 몰수로 할 것인지 아니면 필요적 몰수로 할 것인지는 立法政策에 속하는 사항으로 보고 있다. 다만 필요적 몰수로 인해서 행위자에게 지나치게 가혹할 우려가 있는 경우에는 필요적 몰수규정은 헌법 제37조 제2항의 過剩立法禁止原則에 반하는 규정으로서 立法裁量權의 恣意的 行使로서 헌법에 반한다고 판시하고 있다.³⁵⁾ 이처럼 몰수를 임의적 몰수로 할 것인지 아니면 필요적 몰수로 할 것인지의 문제가 정책적으로 결정해야 한다면, 수익박탈을 인정하려는 형사정책적인 취지에 비추어볼 때 임의적 몰수와 필요적 몰수 중에서 어느 것이 더 합리적인 방안이나 하는 점을 검토해 보아야 할 것이다.

임의적 몰수로 할 것인지 아니면 필요적 몰수로 할 것인지를 놓고 견해의 대립이 있다. 먼저 필요적 몰수가 경우에 따라서는 당사자에게 매우 가혹한 처사가 될 수도 있다는 사실을 염두에 둔다면 몰수규정은 원칙적으로 任意規定으로 하여 沒收와 追徵 여부를 구체적인 사례가 갖는 특수성을 고려한 법관의

34) 서보학, 앞의 논문, 95면 ; 임웅 외 5인, 앞의 책, 172면 ; 박미숙, 앞의 논문, 454-455면.

35) 헌법재판소 결정 1995.11.30. 94헌가3.

합리적인 판단에 맡기는 것이 바람직하다는 견해가 있다.³⁶⁾ 그러나 형사실무상으로 보면 임의적 몰수로 규정된 경우라 할지라도 몰수의 요건이 충족되는 경우에는 통상 몰수를 선고하는 경향을 보이고 있다. 이러한 실무의 경향은 임의적 몰수라 할지라도 실제로는 필요적 몰수와 큰 차이를 보이고 있지 않으며, 오히려 몰수의 여부에 대한 법관의 合理的 判斷의 基準이 결여될 소지를 안고 있다. 이처럼 임의적 몰수는 몰수 여부가 법관의 재량에 따라 일관성 없이 흔들릴 수도 있기 때문에 특별히 조직범죄에 대하여 수익박탈을 인정하려는 형사정책적인 취지가 퇴색될 우려가 있을 뿐만 아니라 공직매수 등을 통하여 상당한 비호세력을 형성하여 법집행기관 등에 대한 압력의 행사를 서슴지 않는 범죄조직의 특성상 수익몰수제도의 실효성을 확보하려면 몰수규정은 원칙적으로 필요적 규정으로 하고, 다만 필요적 몰수대상 자체를 違法性 여부를 묻지 않고 모두 몰수하도록 하는 경우에는 지나치게 가혹하여 재산권의 침해와 입법재량의 일탈을 야기할 수 있으므로 예외조항을 두어 몰수를 면제해 주어야 할 것이다.³⁷⁾ 이와 관련하여 독일형법 제73조는 범죄수익박탈에 대해 필요적 몰수로 규정하고, 다만 수익박탈이 당사자에게 부당하게 가혹한 경우에는 박탈하지 않을 수 있도록 例外條項(제73조의c)을 두고 있다. 입법론적으로 보면, 독일처럼 범죄수익 박탈을 필요적 사항으로 규정하고 거기에 예외규정을 두는 방안을 고려해 볼 수 있다.

4. 不法財産의 推定

‘공무원 범죄에 관한 몰수특례법’ 제7조와 ‘마약류불법거래방지에 관한 특례법’ 제17조는 범인이 취득한 재산의 가격, 범인의 재산운용상황, 불법수익금액 및 재산취득시기 등 제반요소를 고려하여 범인이 취득한 재산이 불법수익으로 형성되었다고 볼 만한 ‘상당한 蓋然性’이 있는 경우에는 엄격한 증거가 없더라도 이를 인정하여 몰수할 수 있도록 규정하고 있다. 이처럼 당해 특례법들은 비단 범죄와 직접 연관된 불법수익뿐만 아니라 그 불법수익으로 형성되었다고 볼 만한

36) 서보학, 앞의 논문, 100면 이하.

37) 임용 외 5인, 앞의 책, 172면.

'상당한 개연성'이 있는 간접적인 재산도 불법수익으로 추정하고, 이 불법수익을 모두 몰수할 수 있도록 규정하고 있다. 범죄혐의가 있는 재산을 몰수하기 위해 그 出處의 不法性和 범죄행위와의 구체적인 相關關係 등을 엄격하게 증명하기란 매우 어렵다. 따라서 특례법상의 推定規定은 범죄에 대한 고도의 은폐방법 및 위장기술을 발휘하는 조직범죄의 특수성을 고려한 것으로서, 조직범죄의 搜查 및 재산적 가치의 범죄관련성에 대한 입증의 부담을 덜어주어 혐의가 가는 재산의 몰수를 용이하게 하는 한편 수익몰수제도의 실효성을 제고시키려는 입법자의 의도를 담고 있다.³⁸⁾ 사실 범죄자는 범행으로 취득한 수익을 은닉·가장하고자 하며, 그 수법도 매우 다양하다. 이로 인해 犯罪와의 關聯性은 입증하기가 매우 어렵다. 결국 불법재산의 몰수가 제대로 이루어지지 않는다면 특별법의 입법취지는 유명무실해질 것이다. 이러한 문제의식을 바탕으로 마련된 불법재산의 추정규정은 조직범죄의 유지 및 범죄재창출의 기반을 제공하는 범죄수익을 효과적으로 박탈할 수 있는 장치를 마련해 줌으로써 조직범죄를 무력화시킬 수 있다.

그러나 不法財産의 推定과 立證責任의 緩和는 범죄대책의 실효성을 높여주지만, 법치국가 원리와 상충할 소지도 안고 있다. 이로 인해 推定規定의 合憲性을 놓고 견해의 대립을 보이고 있다. 먼저 불법수익몰수제도가 제대로 실효성을 거두기 위해서는 입증책임의 완화는 필요하며, 다만 합리적인 근거와 명문규정이 있어야 한다는 견해가 있다.³⁹⁾ 반면에 추정규정은 법리상 문제가 있다는 지적도 있다. 헌법상 無罪推定の 原則은 형벌을 비롯한 국가의 제재수단이 아무런 책임의 증명 없이 선고되는 것을 금한다. 따라서 우리 특례법상 행위자 재산의 불법성을 엄격하게 증명하지 않고 단순히 제반사정을 기초로 한 推定(蓋然性)만으로 박탈할 수 있게 하는 것은 무죄추정의 원칙에 반하는 것이다. 또한 현재 법원의 심판을 받고 있는 위법행위와 몰수의 대상이 된 행위자의 재산 간에 구체적이고 뚜렷한 상관관계가 없음에도 불구하고 단순히 그 출처가 불법적이라는 추정(개연성)만을 근거로 모두 박탈할 수 있게 하는 것은 헌법상 보장된 財產權을 침해하는 것이다. 게다가 국가는 피고인의 재산을 박탈하기 위해 그 재산의 출처 또는 형성과정의 불법성을 추정할 수 있는 정도의 제반사정만 증명하면 되고 피고인 측에게는 재산을 박탈당하지 않기 위

38) 임용 외 5인, 앞의 책, 174면 : 서보학, 앞의 논문, 106면.

39) 장영민 외, 현행 약물규제법규에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 132-133면.

해 자기 재산의 출처 또는 형성과정의 합법성을 증명하라고 요구하는 것은 부당한 立證責任의 轉換인 것이다. 나아가 형사소송법상의 대원칙은 '의심스러울 때에는 피고인의 이익으로'(in dubio pro reo)원칙도 단순히 추정(개연성)을 근거로 피고인의 재산을 박탈하는 것을 금지한다.⁴⁰⁾ 이러한 논거를 제시하는 견해에 따르면, 蓋然性만으로 몰수하는 추정몰수는 '嫌疑刑罰'로서 무죄추정의 원칙, 사유재산보장원리, 책임원칙에 반하는 것으로 삭제되어야 한다는 것이다.

범죄방지의 효율성 추구하고 법치국가 원리는 서로 상충할 소지를 안고 있다.⁴¹⁾ 이로 인해 합헌성을 둘러싼 논란이 일고 있으며, 그 연장선상에서 추정조항의 삭제 여부를 주장하고 있다. 그러나 이 문제는 양자택일로 다를 것이 아니라, 양 측면의 조화를 도모하도록 노력해야 할 것이다. 무엇보다도 추정조항이 안고 있는 재산권의 침해 소지는 조직범죄가 유발하는 심각한 법익침해의 위협성과 사회적·국가적 유해성의 측면을 고려해 본다면 불가피한 측면이 없지 않다. 즉 조직범죄에 대하여서는 형법상의 원리에 입각한 종래의 범죄양태들과는 차별적인 취급을 할 필요가 있다. 다시 말하면 조직범죄의 현상을, 헌법 제37조 제2항이 규정하는 국가안정, 질서유지 또는 공공복리에 대한 중대한 위협으로서 인식하는 경우에 있어서는 기본권보장에 관한 법률조항과 형법의 기본원칙들은 어느 정도 탄력적으로 운용될 수 있다고 본다.⁴²⁾ 이러한 논란을 최소화시키기 위해서 더욱 중요한 것은 과학적 수사기법과 계좌추적 등의 권한 부여를 통하여 몰수대상물의 범죄출처를 효과적으로 입증할 수 있는 수단도 마련해 나가는 것이다.

V. 결 론

불법수익의 몰수는 범죄행위로 얻은 이익과 이러한 不法收益에서 유래한 재

40) 서보학, 앞의 논문, 108면 이하 : 배종대, 형사정책, 433면 : 이재상, 형법상 약물범죄의 불법수익몰수규정과 돈세탁행위의 처벌규정의 법적 문제점, 79면 : 박미숙, 독립재로서의 범죄수익몰수제도의 정비, 한국형사정책연구원, 2003.12, 136-141면.

41) Winfried Hassemer, Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze, in Ö Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, 1982, S.516ff.

42) 임용 외 5인, 앞의 책, 174면 이하.

산적 이익을 박탈함으로써 사회정의를 확립하고 형사사법기능에 대한 국민의 신뢰를 함양할 수 있다는 점에서 형사정책에서 점점 그 중요성이 부각되고 있다. 대범죄투쟁을 수행하는 국가의 입장에서는 범죄자 처벌일변도의 형사정책 운영만이 능사는 아닌 것이며 다양한 제재수단의 개발과 투입이 요구되고 있다. 이러한 관점에서 몰수제도는 기존의 처벌위주의 형벌체계를 보완해 줄 수 있는 형사정책적 제재수단으로 추천받고 있다. 우리나라도 형법과 다수의 특별법에서 몰수에 관한 다양한 규정을 두고 있다. 또한 1995년에는 특별히 공무원 부정부패와 마약범죄를 방지하기 위한 일환으로 공무원범죄와 마약범죄에서 발생하는 범주수익을 효과적으로 박탈하기 위한 몰수특례법을 제정하기도 하였다. 그러나 이미 살펴본 바와 같이 우리 법상의 몰수제도는 규정의 난립으로 인해 체계와 내용에서 몇가지 문제점을 안고 있다. 향후 관련법규들을 손질하여 몰수제도를 정비해 나가야 할 것이다.

첫째, 형법과 다수의 특별법에 흩어져 있는沒收에 관한 規定들을 통일적으로 정비해 나가야 한다. 무엇보다도 특별법의 남발로 인한 법률의 홍수를 막고, 형법의 기본적인 골격을 크게 변화시키지 않으면서, 조직범죄를 비롯하여 수익몰수가 필요한 대상범죄를 탄력적으로 고려할 수 있다는 점에서 보면, 수익몰수에 관한 입법방식으로는 적용대상이 되는 범죄를 특정하지 않고 범죄수익몰수 일반에 관한 단일한 법률을 제정하는 방식이 가장 타당하다고 보여진다. 현행법상 '범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률'을 수익몰수에 관한 기본법률로 설정하고 수익몰수와 관련된 기존의 특별법들을 가급적 동법률에 흡수하여 단일화할 필요가 있다.

둘째, 주된 범죄에 대해 공소제기나 刑의 선고 여부에 관계없이 몰수의 요건이 존재할 때에는 몰수만을 독립적으로 선고할 수 있도록 몰수의 독립성을 명문으로 규정해야 한다.

셋째, 任意的 沒收는 몰수 여부가 법관의 재량에 따라 일관성 없이 흔들릴 수도 있다. 특히 공직매수 등을 통하여 상당한 비호세력을 형성하여 법집행기관 등에 대한 압력의 행사를 서슴지 않는 범죄조직의 특성상 임의적 몰수는 자칫 조직범죄에 대하여 수익박탈을 인정하려는 형사정책적인 취지를 퇴색시킬 우려를 낳는다. 이로 인해 수익몰수제도의 실효성을 확보하려면 몰수규정은 원칙적으로 必要的 規定으로 하고, 다만 당사자에게 특히 가혹한 경우에는 예

외조항을 두어 몰수를 면제해 주는 것이 바람직하다.

넷째, 不法財産의 立證責任을 緩和하고 財産의 不法性을 推定할 수 있도록 한 규정들은 범죄방지 및 수사에서의 효율성 지향과 법치국가 원리의 준수가 서로 상충할 소지를 안고 있다. 그러나, 양 측면의 조화는 단순히 수익몰수에 있어서의 推定條項을 둘 것인지 말 것인지의 문제로 다루어져서는 안된다. 무엇보다도 추정조항은 재산권의 침해 소지를 다분히 내포하고 있기는 하지만 불법수익박탈전략의 효과가 극대화되도록 基本權保障에 관한 법률조항들과 형법의 기본원칙들은 불가피하게 탄력적으로 적용되어야 할 것이다. 이와 병행하여 과학적 수사기법과 계좌추적 등의 권한 부여를 통하여 몰수대상물의 범죄 출처를 효과적으로 입증할 수 있는 수단도 마련해 나가야할 것이다.