

## [집중분석]

### 이른바 황제노역 사건의 형사재판 실무상 문제점 - 노역장유치 양형적정성 및 벌금형 집행실효성의 문제의식에서 -

김상훈 회원<sup>1)</sup>

#### I. 들어가며

##### 1. 이른바 황제노역 사건

이 글은 대주그룹 허모 회장이 특수관계인으로서 경영한 대주건설(주) 및 대주주택(주)의 각 가공(假空) 원가 계상에 의한 합계 500억 원대 법인세 포탈, 대주건설(주)에 대한 100억 원대 횡령 사건(이하 검토사안)에 관한 검찰 기소, 형사 판결, 벌금형 집행 과정을 텍스트 삼아 그 과정에서 노정된 형사실무적 문제점을 비판적으로 조망한다. 검찰의 1,000억 원대 벌금 선고 유예 구형에 황제구형, 법원의 환형유치 1일 대가 금 5억 원 판결에 황제노역, 노역장유치 집행정지(출소)에 피고인 가족차량이 교도소 내 출입을 허가 받은 편의제공에 황제출소라는 신조어가 회자된 언론보도야말로, 검토사안에서 배태된 문제 상황과 문제의식을 적확히 대변한다.

검토사안에 관한 법조계 및 언론계의 관심이 2014. 2.~4.경에 집중되었고, 그 문제점을 개선하기 위한 형법 개정 등 제도개선의 움직임 역시 최근<sup>2)</sup>의 일이지만, 검토사안은 ① 2006. 2. 경 범행시점에서 보면 8년여, ② 2007. 11.경 구속영장 청구 및 기소시점에서 보면 6년여, ③ 2008. 12.경 검찰의 1심 구형시점에서 보면 5년여, ④ 2010. 1.경 문제의 항소심 판결선고시점 및 그 무렵 피고인 출국시점에서 보면 4년여, ⑤ 2011. 12.경 상고심 판결로 형 확정시점에서 보면 2년여로까지 각 소급된다. 이른바 황제구형, 황제노역이란 피고인에 대한 배려는 이미 4, 5년 전에 베풀어진 셈이고, 그에 관한 최근의 뒤늦은 주목은 새삼스러운 면이 있다.

위 검토사안의 진행에 있어서, 우리 민변 광주전남지부가 사태의 추이와 법적 쟁점을 놓치지 아니하고, 각 시점마다 형사사법의 소추재량 및 양형재량의 한계를 고민하며, 세계무대에서

1) 광주전남지부

2) 국회는 2014. 4. 29. 형법일부개정안을 의결하였는데, 그 골자는 노역장유치 기간에 관한 법원의 양형재량을 제한하고, 확정판결을 면할 목적으로 출국한 자에 대하여 출국기간 동안 형의 시효를 정지하는 내용이다. 이 점은 아래에서 상술한다.

대한민국 형벌권이 무력화되고 조롱되는 사태를 우려하는 등 사법감시자로서 태만하지 않았음을 다행으로 생각한다. 검토사안의 진행경과와 그에 관한 우리 민변 광주전남지부의 대응을 정리해 보면 아래 [표 1]과 같다.

[표 1] 검토사안의 진행경과 및 그에 대한 의견표명

| 순번 | 일자              | 진행경과       | 의견표명   | 내용                              |
|----|-----------------|------------|--------|---------------------------------|
| 1  | 2006. 2/2007. 2 | 범행         |        | 법인세 500억 원 탈루, 회사돈 100억 원 횡령    |
| 2  | 2007. 11. 16    | 검찰 구속영장    |        |                                 |
| 3  | 2007. 11. 23    | 검찰 기소      |        |                                 |
| 4  | 2008. 9. 25     | 검찰 구형      |        | 벌금 1천억 원 선고유예 구형                |
| 5  | 2008. 9. 27     |            | 1차 성명서 | 《검찰의 대주그룹 관련 구형을 우려한다》          |
| 6  | 2008. 12. 30    | 1심 판결      |        | 벌금 508억 원, 환형유치 1일 대가 2.5억 원 판결 |
| 7  | 2010. 1. 21     | 항소심 판결(출국) |        | 벌금 254억, 환형유치 1일 대가 5억 원 판결     |
| 8  | 2010. 1. 25     |            | 2차 성명서 | 《허○○ 회장 판결에 대한 논평》              |
| 9  | 2011. 12. 22    | 상고심 판결     |        |                                 |
| 10 | 2014. 2. 14     | 신문보도       |        | 도피성 출국, 벌금 및 세금 체납, 뉴질랜드 호화생활   |
| 11 | 2014. 2. 19     |            | 3차 성명서 | 《허○○ 회장 벌금미납, 세금체납에 관한 논평》      |
| 12 | 2014. 3. 22     | 귀국, 노역장유치  |        |                                 |
| 13 | 2014. 3. 25     |            | 4차 성명서 | 《허○○ 회장 노역장유치 집행에 즈음한 고언(苦言)》   |
| 14 | 2014. 3. 26     | 노역장유치 중단   |        |                                 |

## 2. 검토의 범위와 수준

검토사안은 검찰의 소추권 및 공소유지권 행사의 독점성과 그 부작용<sup>3)</sup>, 법원의 노역장유치기

3) 조세포탈의 점은 벌금의 필요적 병과이고, 경합범 가중시 단순합산이 강제되어 있으므로, 벌금 1천억 원은 법정형 규정상 최하한(포탈세액의 2배)이다. 따라서 검찰이 구형함에 있어서 벌금형을 생략할 수 없고, 구형수액 1천억 원 역시 최하한 구형이 된다. 피고인은 검찰 구형 당시 가산세를 포함한 포탈세액 전부를 추징금으로 납부한 것으로 보인다. 검찰은 아마도 ‘추징으로 인하여 조세포탈로 인한 불법적 이득액 이상이 완전히 박탈되었다는 점’을 중시한 나머지 이례적인 벌금 1천억 원 선고유예 구형에 이른 것으로 사료된다. 그러나 현재 2009. 3. 26. 2008헌바52 등에서 확인된 바와 같이, [조세포탈범에 대한 벌금형의 필요적 병과 여부는 원칙적으로 입법정책의 문제로서 이 사건 법률조항의 벌금형의 필요적 병과는 조세포탈행위의 반사회성, 반윤리성에 터 잡아 거액의 조세포탈자에게 경제적인 불이익을 가하고, 아울러 그가 부정하게 취한 이득을 박탈함으로써 국민의 납세윤리를 확립하여 건전한 사회질서의 유지와 국민경제의 발전에 기여하고자 하는 입법목적에서 비롯된 것인 바, 법관은 정상에 따라 벌금형을 감액할 수도 있고, 벌금형만을 선고유예 할 수도 있으므로 이 사건 법률조항이 벌금형을 반드시 병과 하도록 하였다 하더라도 형벌체계상의 균형

간을 포함한 벌금형 등 양형재량의 한계 등 형사정책적 물음을 제공하고 그 반대작용으로 형법개정을 서두르게 하였으며 더 나아가 근본적인 입법대안 등을 검토하게 하였다는 점에서 의미 있는 사건이다. 또 확정 형사판결에 따른 벌금형 집행을 담보할 수 있는 기존 제도(예컨대 출국 통제, 범죄인인도 등)를 점검해 보고, 새로운 제도(예컨대 피고인 외 제3자에 대한 집행 확장 등)의 가능성을 모색해 볼 기회를 제공한다는 점에서도 유익한 사건이다. 이 글은 검토사안의 위 의미와 가치에 맞춰 ① 노역장유치 양형의 적정성 제고방안, ② (확정)벌금형 집행의 실효성 제고방안의 순으로 기술하되, 그 대상을 분명히 한다는 점에서 ③ 검토사안의 실체를 먼저 정리할 것이다.

이 글은 실무가로서 우리 민변 광주전남지부가 발언하고 행동한 현장대응 활동의 기록인 점에서 비망록적 성격을 갖는다. 기술의 기본 방향은 검토사안에서 대두된 문제점을 지적하고, 문제 상황의 원인과 그에 대한 대안을 간략히 소개하거나 논평하는 수준에 그칠 수밖에 없다. 따라서 치밀한 제도와고찰, 고절한 이론연구로부터 연역된 비판과 대안제시가 아닌 점에서 이론적 저급성과 학술적 초급성을 고백하지 않을 수 없다. 혹 내세울 것이 있다면, 필요한 문제의식을 실기(失機)하지 않았다는 점에서 시기의 적절성, 검찰이 노역장유치를 정지하고 압류 재산 등을 수색하고 있는 현재 형벌권 집행수단을 모색해 보아야한다는 점에서 상황의 현재성, 배운 점과 의문점을 쉽게 포기하지 않고 행동에 옮긴 지행합일의 실천성 정도라 할 것이고, 학술 성과로서의 함량미달은 이 같은 우리 실무가들의 진정성을 깊이 참작하여 너그러이 용서될 수 있길 바란다.

## II. 검토사안의 실체(범죄사실, 적용법조 및 양형요소)

### 1. 검토사안의 범죄사실

먼저 관련자<sup>4)</sup>를 보면, 피고인 허회장은 1998. ~ 2008. 1.경까지 대주건설(주) 및 대주주택(주)를 포함한 대주그룹 회장으로 재직하면서 위 회사들의 경영 총괄책임을 맡고 있는 자, 피

---

을 잃은 것이라거나 범행자를 귀책 이상으로 과잉처벌하는 것으로 보기는 어렵고, 법관의 양형재량권을 침해한 것이라고 볼 수도 없으며, 조세포탈액 등의 다과는 조세포탈죄의 경중을 가늠하는 가장 중요한 기준이므로 이를 기준으로 벌금형의 필요적 병과 여부를 달리하는 것은 합리성이 인정되며, 부정취득액의 납부는 조세범처벌법상의 즉시징수제도나 국세기본법, 국세징수법상 가산금, 가산세제도의 위하력에 따라 이루어지는 것으로, 이러한 사정은 법관의 양형절차에서 반영될 수 있는 것이므로 **부정취득액의 납부 여부를 고려하지 않고 벌금형의 필요적 병과를 하더라도** 평등원칙에 위배된다고 볼 수 없다]는 것이 확립된 판례이다. 요컨대, 과잉처벌로 볼 수도, 법관의 양형재량권을 침해한 것도 아니며, 부정취득액의 납부 여부를 고려하지 않아도 된다고 본 현재의 결정을 여기면서까지, 검찰이 검토사안에서 선고유예를 구형한 근거와 타당성을 인정하기 어려웠던 것이다. 더 나아가 검찰은 사회적 이목이 집중된 검토사안의 항소를 하지 않음으로써, 항소심 및 상고심에서 피고인이 불이익변경금지원칙을 인용할 수 있는 기초를 닦아 주었다.

4) 피고인 을, 병은 1심에서 각 징역 2년 6월에 집행유예 4년, 160시간 사회봉사, 508억 원 벌금에 관한 선고유예 판결을 받고 항소하지 않아 확정되었다.

고인 을은 2002. 1. ~ 2007. 7.경까지 대주건설 대표이사 사장으로 근무하면서 대주건설과 대주주택을 포함한 건설 계열의 제반 업무를 총괄한 자, 피고인 병은 1997.경부터 대주건설의 회계팀장으로 재직하면서 대주그룹 건설 계열의 회계 및 세무업무를 총괄하다가 2006. 1. 상무이사를 거쳐 2007. 3. 대외직 전무이사 관리본부장으로 근무하면서 대주그룹 건설 계열의 자금조달.집행.관리, 회계 및 세무 등의 업무를 총괄한 자이다.

조세포탈의 점을 보면, 피고인 허회장, 을, 병은 대주건설 및 대주주택의 2005귀속년도, 2006 귀속년도에 대한 각 결산 시 수입금액의 증가로 당기순이익이 급증하여 납부하여야 할 법인세액이 급증하게 되자, 위 법인들에 대한 법인세 부담을 회피하기 위하여 공사원가 관련 전표를 허위로 전산회계장부에 입력하는 고의적인 조작을 통하여 가공원가를 계상하기로 공모한 후,

① 2006. 2.경 2005년도 사업분으로서 대주건설(주)에 대하여 가공원가 합계 1,030억 원, 대주주택에 대하여 가공원가 합계 60억 원을 계상하는 방법으로, 대주건설의 2005귀속년도 법인세 249억 원, 대주주택의 2005귀속년도 법인세 17억 원을 각 포탈하고,

② 2007. 2.경 2006년도 사업분으로서 대주건설(주)에 대하여 가공원가 합계 911억 원, 대주주택에 대하여 가공원가 합계 79억 원을 계상하는 방법으로, 대주건설의 2006귀속년도 법인세 221억 원, 대주주택의 2006귀속년도 법인세 20억 원을 각 포탈하였다.

③ 횡령의 점을 보면, 피고인 허 회장은 2006. 2.경 오륙도 SK VIEW 개발사업과 관련하여 대주건설(주)를 위하여 공소 외 무 명의로 보관 중이던 금100억 원을 출금하여 피고인 허회장 명의 계좌로 입금 받고, 그 즈음 피고인 허 회장 명의 다른 수 개의 계좌에 분산 입금시키는 과정을 거쳐 개인용도에 사용하여 이를 횡령하였다.

## 2. (법원 양형 제한요소로서) 적용법조

조세포탈 범죄사실에 대한 해당 법조로는 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제8조 제1항 제1호, 제2항5), 조세범처벌법 제9조 제1항 제3호6) 의율이 문제되었다. 따라서 조세포탈의 점에

5) 법률 제7767호, 2006. 3. 30. 시행의 특정범죄가중처벌등에관한법률 제8조(조세포탈의 가중처벌) ① 조세범처벌법 제9조제1항에 규정된 죄를 범한 자는 다음의 구분에 따라 가중처벌한다.

1. 포탈하거나 환급받은 세액 또는 징수하지 아니하거나 납부하지 아니한 세액(이하 "포탈세액등"이라 한다)이 연간 10억 원 이상인 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.
2. 포탈세액등이 연간 5억 원 이상 10억 원 미만인 때에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

② 제1항의 경우에는 그 포탈세액 등의 2배 이상 5배 이하에 상당하는 **벌금을 병과한다.**

6) 법률 제7321호, 2005. 1. 1. 시행 조세범처벌법 제9조 ① 사기 기타 부정한 행위로써 조세를 포탈하거나 조세의 환급·공제를 받은 자는 다음 각호에 의하여 처벌한다. 단, 주세포탈의 미수범은 처벌한다.

1. 생략

관한 한 벌금의 필요적 병과가 불가피하였다. 검토사안의 담당법원은 조세포탈의 점에 관하여 징역형과 함께 벌금형을 병과하고, 경합범가중을 함에 있어서 형법 제38조 제1항 제2호에 따라 징역형에 관하여는 2005귀속년도 법인세 포탈 범행에 정한 형에 경합범 가중을 하였지만, 벌금형에 관하여는 조세범처벌법 제4조 제1항에 따라 2005귀속년도 및 2006귀속년도 범행의 각 포탈세액의 2배에 상당한 금액을 정한 다음 단순 합산하였다.

횡령 범죄사실에 대한 해당 법조로는 특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제1호7), 형법 제356조, 제355조 제1항이 의율이 문제되었다. 따라서 횡령의 점에 관하여는 벌금의 병과는 임의적이었다. 실제로 검토사안 담당법원은 횡령의 점에 관하여는 유기징역형만을 선택하고, 벌금은 병과하지 않았다. 결국 검토사안에서 문제된 벌금형 1천억 원은 모두 조세포탈의 점에 관한 것이고, 따라서 노역장유치의 원천을 소급해 보면 조세포탈죄에서 기인될 뿐, 횡령의 점과는 무관하다.

### 3. 검토사안에 현출된 양형 요소

약 2개월간 진행된 검토사안에 관한 비난 여론을 보면, [5억 원 황제 노역 v. 5만원 몸뚱 노역]과 같은 선정적이고 감정적인 구호 속에 재판 중에 내재된 양형심리 등 사법 본연의 절차와 과정 등은 전혀 주목되지 못하는 부작용이 우려스럽다. 물론 민주주의, 법치주의 현대 사법재판에서 ‘누군가의 환형유치 1일 대가가 대부분의 다른 누군가의 5,000배’까지 허용할 수 있겠는가(이를 좀 더 감각적으로 표현하면 누군가가 1일 노역으로 탕감 받을 벌금 5억 원은, 대부분의 다른 누군가는 5,000일, 즉 13년 이상의 노역기간을 뜻한다. 물론 법적 제한으로 3년 노역을 넘을 수는 없다.)에 관한 비판과 개선을 논의할 수 있고 모색되어 마땅하겠지만, 그 과정에서 사법 자체가 폄하되거나 왜곡되어 그 결과 사법불신 혹은 사법혐오가 증폭되는 것 또한 경계되어야 할 것이다. 여론몰이식, 샌드백 두드리기식 비판에 앞서, 재판 내재적 양형심리의 과정을 냉정하게 되짚어 볼 필요가 여기에 있다. 정당한 진단에서 올바른 대안이 가능하겠기 때문이다.

---

#### 2. 생략

3. 제1호 및 제2호에 규정한 이외의 국세의 경우에는 3년 이하의 징역 또는 포탈세액이나 환급·공제받은 세액의 3배이하에 상당하는 벌금에 처한다.

② 전항의 경우에 있어서 포탈하거나 포탈하고자 한 세액 또는 환급·공제를 받은 세액은 즉시징수한다.

7) 법률 제7311호, 시행 2005. 7. 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조(특정재산범죄의 가중처벌) ① 형법 제347조(사기)·제350조(공갈)·제351조(제347조 및 제350조의 상습범에 한한다)·제355조(횡령, 배임) 또는 제356조(업무상의 횡령과 배임)의 죄를 범한 자는 그 범죄행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재물 또는 재산상 이익의 가액(이하 이 조에서 "이득액"이라 한다)이 5억 원 이상인 때에는 다음의 구분에 따라 가중처벌한다.

1. 이득액이 50억 원 이상인 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

2. 이득액이 5억 원 이상 50억 원 미만인 때에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

②제1항의 경우 이득액 이하에 상당하는 벌금을 병과할 수 있다.

검토사안에서 피고인에게 불리한 양형요소로는, 포탈액수가 508억 원에 이르러 거액이라는 점, 피고인은 2005. 10.경 국세청의 통합세무조사를 받아(대상기간 2004. 12. 31.까지) 통상 향후 5년간 세무조사를 받게 되지 않는다는 점을 이용하여 가공원가 계상 규모를 종전보다 현저하게 늘린 점, 조세포탈 수사가 진행되자 대주건설 위임전결규정을 변경하고 컴퓨터 하드디스크를 교체하며 조세포탈 공범을 회유하려 한 점, 대주건설(주) 및 대주주택(주)의 1인 주주로서 최고 의사결정권자 및 지휘감독자로서 죄책이 중한 점, 횡령 범행을 수사기관부터 1심 공판 대부분까지 극구 부인하다가 제9회 공판기일에서야 이를 인정한 점, 횡령의 점에 관한 핵심 관련자의 진술을 조작하려 하거나 법정 증언을 유리하게 유도하려 한 점 등이 1심 및 항소심에서 공히 지적되어 있다.

반면 검토사안에서 피고인의 유리한 양형인자로 1심이 들고 있는 사유는, 조세포탈 범행을 통해 개인적 이득을 취한 것으로 보이지 않는 점, 2008. 2.경까지 가산세를 포함한 탈루 법인세 합계 818억 원을 추징금으로 납부한 점, 각 회사 1인 주주인 피고인 허회장의 횡령 가벌성이 크지 않은 점, 횡령 범행의 피해금액도 공탁한 점, 깊이 반성하고 대주그룹의 구조조정을 통해 건실한 운영을 다짐하는 점 등이 제시되어 있다.

항소심이 이에 추가하여 들고 있는 유리한 양형요소를 보면, 조세포탈 범행 수단이 치밀하지 않아 그 죄질이 비교적 가벼운 점, 조세포탈 범행에 대한 고발 전에 검찰에 자수서를 제출한 후 그 범행을 순순히 시인한 점<sup>8)</sup>, 대주그룹에 대한 금융권의 지원이 끊긴 부도 위기에서도 개인재산인 대한화재(주), 대한기초소재(주), (주)호순 등의 주식 매각대금 630억 원 상당을 대주그룹 계열사의 운영 및 채무변제 자금으로 조건 없이 투입하는 등 방법으로 대주그룹의 회생과 채권자 보호를 도모함과 동시에 관련 업체의 부실 및 그로 인해 지역경제가 입을 피해를 최소화하기 위해 노력하고 있는 점 등을 적시해 두고 있다.

### Ⅲ. 노역장유치 양형의 적정성 제고방안

#### 1. 노역장유치 기간 결정에 관한 규범구조

우리 형법은 벌금의 하한을 5만원으로 정하고 있을 뿐, 상한에 제한을 두고 있지 않다(형법 제45조). 벌금의 상한은 검토사안에서 포탈세액의 2배~5배와 같이 형법 각칙에 위임되어 있다

---

8) 검토사안의 항소심은 법령의 적용에서 위 자수서 제출을 중시하여 자수감경을 한 후(형법 제52조 제1항, 제55조 제1항 제3호, 제6호), 이 점을 유리한 양형인자로까지 거둬 실시하고 있다. 그러나 이와 같은 실시는 같은 양형이유에 불리한 양형요소로 실시된 '피고인이 이 사건 조세포탈 범행에 대한 수사가 진행되자 대주건설의 위임전결규정을 변경하고 관련자에게 허위진술을 유도하는 등으로 자신이 관여한 사실을 은폐하거나 축소하려고 한 점'과 조화될 수 있는지 의문스럽다. 더욱 근본적으로는 위와 같이 조세포탈에 관한 배치되는 실시(자수서 제출 v. 은폐 축소 시도)에도 불구하고 '자수감경'이 가능한지부터가 의문스럽다.

(특정범죄가중처벌등에관한법률 제8조 제2항).

노역장유치는 벌금의 미납사태를 대비하여 유치기간을 정하여 판결과 동시에 선고되어야 한다(형법 제70조). 형소법 제321조 제2항도, 노역장 유치기간<sup>9)</sup>은 형의 선고와 동시에 판결로써 선고되어야 한다는 점을 분명히 하고 있다. 벌금을 받은 자가 그 일부를 납입한 때에는 벌금과 유치기간의 일수에 비례하여 납입금액에 상당한 일수를 제한다(형법 제71조).

검토사안에서 문제된 유치기간은 1일 이상 3년 이하의 범위로 제한되어 있을 뿐, 유치기간을 어떻게 정할 것인가에 관한 특별한 규정은 없다(형법 제69조 제2항). 요컨대 벌금 미납의 경우, 자유형과 같은 다를 바 없는 환형유치 기간은 다음과 같은 산식으로 선언되고 운용된다고 할 수 있다. 매우 우회적이고 간접적이다.

○ 환형유치 기간(y) = 선고 벌금액(a) ÷ 1일 환산금액(x)

## 2. 검토대상 판결의 옹호 논거 및 그에 대한 비판

검토사안 선고 벌금액(a)은 1심에서 작량감경 결과 선택형(법정형의 최하한)의 1/2로 감액 선고되었고, 항소심에서는 자수감경<sup>10)</sup>과 작량감경으로 선택형의 1/4로 감액 선고되었다. 아무튼 검토사안에서 선고 벌금액(a)는 주어진 상수(常數)가 된 셈이다. 노역장 유치기간을 산정하는 요소로 1일 환산금액(x)만이 남게 되었다. 1심은 1일 환산금액을 2억5천만 원으로, 항소심은 5억 원으로 재량한 것이다. 이를 좀 더 솔직하게 말하면, 1심은 벌금 미납의 경우 200일의 노역장유치가 적정하다고 본 것이고, 항소심은 벌금 미납의 경우 50일의 노역장 유치가 적정하다고 본 것이다. 항소심의 핵심은, 조세포탈로 선고된 벌금 254억 원을 납입하지 않을 경우, 50일의 노역장 유치기간(y)이 설득력이 있는(분명 50일은 형법 제69조 제2항의 범위 내이므로

---

9) 그럼에도 우리 실무에서 판결이 노역장 유치기간을 주문에서 정면으로 선언하는 것은 아니다. 유치기간 산출을 위한 나눗셈(선고 벌금액 ÷ 1일 환산금액)의 분모와 분자와 같은 단서만을 선고할 뿐이다.

[검토사안 1심 판결]

피고인 허○○를 징역 3년 및 벌금 508억에 처한다.

피고인 허○○가 위 벌금을 납입하지 않을 경우 금250,000,000원을 1일로 환산한 기간 피고인을 노역장에 유치한다. 다만, 단수금액은 버린다.

다만, 이 판결확정일로부터 피고인 ○○에 대하여는 5년간 위 형의 집행을 유예한다.

[검토사안 항소심 판결]

원심판결을 파기한다.

피고인을 징역 2년 6개월 및 벌금 254억원에 처한다.

피고인이 위 벌금을 납입하지 아니하는 경우, 5억원을 1일로 환산한 기간 피고인을 노역장에 유치한다. 다만, 단수금액은 버린다.

다만, 이 판결 확정일로부터 4년간 위 징역형의 집행을 유예한다.

10) 항소심의 자수감경의 가능성과 타당성에 관한 의문은 앞서 지적한 바와 같다.

위법한 것은 아니다) 양형인가에 있다.

항소심의 선고유예 배척 실시<sup>11)12)</sup>를 보면, 항소심은 주위적으로 피고인이 처단 벌금형 254억 원을 납부할 것으로 믿었고, 예비적으로 (조세포탈로 인한 벌금 254억 원을 납입하지 않을 경우) 노역장 유치기간 50일로 정한 것은 매우 깊은 고민을 한 결과이고, 따라서 50일 노역장 유치기간의 타당성을 확신하고 있는 듯하다. 조세포탈로 인한 254억 벌금형에 대한 선고유예를 선택할 수 있는가 없는가를 본격적으로 검토하였음을 내비쳤고, 이 점에서 선고유예를 배척하면서 노역장 유치기간을 어느 정도 설정한 것인가에 관한 고민까지 상당히 깊게 한 점을 당연히 엿볼 수 있기 때문이다. 항소심의 노역장 유치기간 50일(y), 1일 환산금액 5억 원(x)은, 그 선악과 찬반은 별론으로 하더라도 항소심의 깊은 고심의 결과인 점만큼은 인정해야 할 것으로 본다.

항소심이 판결문에 실시하였든 실시하지 않았든 간에 깊게 참작하였을 것으로 예상되는 바로는, 포탈세액이 허 회장 사익에 제공된 것이 아니고, 포탈세액이 판결 전에 모두 추징됨으로써 불법수익은 박탈되었으며, 피고인 및 대주그룹이 전남의 조선(造船)산업 활성화에 기여하거나 부응한 면이 있고, 재판 당시(물론 포탈시점은 아니다.)는 리만사태 이후 건설 및 조선 경제의 어려움이 닥친 상태로, 대주그룹 및 피고인 역시 전 세계적 체계적 경제위험에 노출된 점, 그럼에도 피고인이 사재를 털어 그룹에 투자함으로써 대주그룹의 구조조정과 사업재기를 다짐하는 점 등을 들 수 있을 것이다.

2014. 2. 이후 뉴질랜드 현지 보도 및 국내 기획 보도를 종합하면, 피고인은 2010. 초에 출국한 이래 최고급 팬트하우스에 거주하면서, 카지노 VIP룸에 자주 출입하며, 초호화 요트를 즐기고, 대주그룹의 후신 또는 현지법인을 자처하는 KNC건설 등 복수의 법인체를 운영하면서 부동산 시행 및 개발 사업으로 시세차익과 개발이익을 누리고 있다는 것이다. 우리의 법적 관심을 집중케 하고, 시민의 폭발적 공분과 호응을 불러일으킨 바가 바로 이 지점이다. 일찍이 피고인에게 벌금납부 능력이 있었고, 현재 납부능력이 있다는 의혹이다. 사정이 이와 같다면

- 
- 11) 『... 피고인은 벌금액이 지나치게 고액인 점과 위의 유리한 정상 등을 들어 벌금형의 선고유예를 구하나, 특가법 제8조 제2항이 같은 조 제1항에 해당하는 범죄에 대하여 포탈세액의 2배 내지 5배를 필요적으로 병과하도록 규정하고 있는 것은 조세포탈 행위의 반사회성, 반윤리성에 터 잡아 거액의 조세포탈자에게 경제적인 불이익을 가하여 국민의 납세윤리를 확립하고자 하는데 그 입법 목적이 있고, 벌금액이 지나치게 고액이라는 사정을 선고유예의 주요참작 사유로 삼는다면 조세포탈의 규모가 크면 클수록 선고유예형의 선고가능성이 커지는 불합리한 결과가 초래되므로, 피고인에게 유리한 정상이 다수 있음에도 벌금형의 선고유예를 하지 않는다』
- 12) 위 항소심의 적절한 판시(밑줄)와 같이, 포탈세액이 크고 따라서 벌금액이 고액이라는 이유로 선고유예를 납탈할 수 없다는 것이 이번 집중 비난을 받았던 항소심 법원의 입장인데, 검찰이 위와 같은 법원의 입장을 앞질러 선고유예 구형을 한 처사의 부당성은 자명하다. 검토사안에서 황제노역에 대한 비난이 거의 법원에 집중되어 왔는데, 균형 있게 보자면 검찰의 황제구형(1천억 원 벌금 선고유예 구형)의 부당성에 더욱 집중될 필요가 있다. 검토사안을 두고 쏟아지고 있는 법원에 대한 비난은, 사실 검찰에 대하여 더욱 무겁고 집중적으로 제기되었어야 했다.



피고인으로서의 벌금형 확정 이후(2012. 1.경)에는 출국 전후에 밀반출한 재산이든<sup>13)</sup>, 출국 이후 뉴질랜드 현지 사업으로 재기에 성공한 사업소득이든<sup>14)</sup> 각 경우의 재산으로 형법 제69조 제1항 본문의 기간 내<sup>15)</sup>에 확정된 벌금을 납부하든지, 그것이 아니라면 (사법부의 깊은 고심과 넓은 배려로 확정된) 50일의 노역장유치를 구하든지 신속히 양자택일했어야 한다. 벌금 확정일로부터 2년여를 끌었고, 피고인에게 현재는 물론 재판시에도 벌금 납부 여력이 있었던 것은 물론이려니와 더 나아가 외국에서 호화생활을 하고 있다는 의혹과 심증이 더해지자, 막혔던 댐이 터져 강물이 분출하듯 비판이 증폭되고 있는 양상이다.

아무튼 검토사안이 던진 문제점은, 피고인 입장에서 보면 벌금 납부능력이 있는 허회장이 일반인에 비해 상상할 수 없을 만큼 짧은 노역장 유치기간(1/5,000, 0.02%)을 감수함으로써 벌금을 탕감 받을 기회(벌금납부 회피의 기회)를 부여받게 되었고, 항소심 입장에서 보면 노역장 유치기간에 관한 양형재량이란 이름으로 벌금 납부능력 있는 피고인에게 벌금 납부 회피의 유인을 제공한 결과가 되었다. 위와 같은 고액 벌금자에 대한 벌금 탕감 기회, 그리고 양형의 이름으로 베푸는 그에 대한 유혹의 제공이 형사정책적으로 수긍될 수 없음은 당연하고, 이는 노역장유치의 기능과 작용에 관한 선행연구에서도 확인될 수 있다.

### 3. 노역장유치의 차별적 작용에 관한 선행연구에 비추어 검토사안의 정당성 검토

#### 가. 벌금형 및 노역장유치에 관한 일반적 선행연구<sup>16)</sup>

벌금형의 장점으로는 범죄자로부터 범죄수익을 박탈하기 때문에 이욕에 의한 도범죄(도박죄, 장물죄, 경제사범 등)를 억압할 수 있다는 점, 범죄자를 교정시설에 감금하지 않아 범죄적 악성감염 기회가 없다는 점, 교정시설의 과밀화와 이로 인한 수용환경의 열악화를 방지할 수 있다는 점, 수용비용 및 교정업무를 감소시켜 국민의 세부담을 줄일 수 있다는 점 등이 열거되고 있다. 반면 벌금형의 단점 및 부작용으로는, 저조한 집행율, 빈부의 차이와 무관하게 부과되는 것에서 비롯된 형벌효과의 의문(형평성의 문제), 벌금액의 비현실성에서 오는 범죄예방력의 의문, 환형처분으로 단기자유형의 폐해가 되살아나는 악순환 등이 지적되고 있다.

13) 만약 사정이 이와 같다면, 또 다른 형사적 문제를 야기하고 수사기관의 신속한 인지와 철저한 수사를 촉구해야 할 것이다.

14) 만약 사정이 이와 같다면, 기업인으로서의 피고인의 경영능력과 사업수완이 연구되고 칭송되어야 할 것이다.

15) 형법 제69조(벌금과 과료) ① 벌금과 과료는 판결확정일로부터 30일 내에 납입하여야 한다.

16) 아래 기술은 강영철, 「재산형(벌금)의 문제점과 노역장유치의 개선방안」, 『교정연구』 제40호, 한국교정학회, 2008. : 이경렬, 「미납벌금의 대체형으로서 사회봉사명령의 도입문제」, 『외법논집』 제33권 제1호, 2009. : 고민숙, 「자유형 집행상의 문제점과 개선방안」, 『숙대 석사학위논문』, 2009. : 남수현, 「벌금형제도의 문제점과 개선방안」, 『경북대학교 석사학위논문』, 2013. 등을 종합하여 압축·요약한 것이다.

벌금형의 장점을 살리고, 벌금형의 부작용을 개선하기 위한 방안으로, 일수벌금제도의 도입, 벌금의 연납과 분납 제도의 입법화<sup>17)</sup>, 벌금형에 대한 집행유예 도입, 벌금형의 과태료 전환 등이 제시되고 있다. 이상 벌금형에 대한 개선방안의 기본 방향은, 벌금납부 능력이 없는 자에 대한 배려를 통해 노역장유치에 의한 단기자유형의 폐해를 막아 보려는 사전적, 사후적 대책이라 정리할 수 있다.

이상 형사정책적 연구의 기본 전제는 벌금미납자의 노역장유치를 가급적 피해 보려는 노력으로 평가할 수 있다. 자유형의 단점을 보완한 형벌이 벌금이었고, 벌금형의 집행력을 담보하기 위한 노역장유치는 환형처분이란 이름에서 알 수 있듯이 그 실질과 본질이 단기자유형에 다름 아니므로, 노역장유치는 벌금형의 장점과 대책관계에 있기 때문이다. 노역장유치의 문제점으로 들고 있는, 경제적 불평등이 형벌의 불평등을 초래하게 되는 문제, 단기 수용으로 인한 범죄적 악성감염 및 낙인효과, 과밀수용의 폐해, 수용비용 증가 및 교정업무의 가중 등이 애초 벌금형으로 제거하려던 부작용이었음을 보아도 이를 알 수 있다.

노역장유치의 개선방안으로는, 노역장유치를 사회봉사명령으로 대체<sup>18)</sup>, 노역장유치를 대체자유형으로 보고 노역장유치에 관한 집행유예 도입, 노역수형자에 대한 가석방제도 도입<sup>19)</sup>, 독립된 노역장(Work House)의 설치 등이 제시되고 있다. 이상 노역장유치에 대한 개선방안의 기본 골자 역시 벌금미납자가 가급적 단기자유형과 진배없는 노역장유치 집행단계에 실제 이르지 않거나(사회봉사, 집행유예), 가급적 그 집행 기간을 단축시키거나(가석방), 범죄감염 또는 낙인효과를 막을 수 있는 실질적 노역장(Work House)을 운영하려는 노력이라고 평가할 수 있다.

#### 나. 노역장유치의 벌금대체기능 및 벌금강제기능에 관한 선행연구<sup>20)</sup>

- 
- 17) 현재는 재산형등에 관한 검찰집행사무규칙(법무부령 제807호, 시행 2013. 12. 17.) 제12조에 규정되어 있다. 벌금확정자에 대한 분할, 납부연기의 신청권의 근거를 행정규칙이 아닌 법률에 확고히 하자는 것이다.
  - 18) 현재 벌금미납자의 사회봉사 집행에 관한 특례법(법률 제9523호, 2009. 9. 26. 시행)이 제정되어 시행되고 있다. 법률의 기본 골격은, 벌금미납자의 신청(제4조) → 검사의 청구(제5조) → 법원의 허가결정(제6조) → 보호관찰관 집행(제10조)의 순으로 진행된다. 사회봉사를 전부 또는 일부 이행한 경우에는 집행한 사회봉사 시간에 상응하는 벌금액을 낸 것으로 본다(제13조).
  - 19) 노역장유치에 관하여 집행유예 및 가석방이 도입되려면, 형법 제62조, 제72조의 개정이 필요할 뿐 아니라 그 전제로써 노역장유치의 법적 성격을 단기자유형으로 선언하는 등의 입법적인 근거까지 마련되어야 할 것으로 사료된다. 독일은 일수벌금제를 전제로 벌금의 대체자유형 근거(독일 형법 제43조)가 마련되어 있다고 한다. 노역장유치의 법적 성격의 규명은 벌금미납자에 대한 범죄인인도 가능성의 선결쟁점이 될 수 있는데, 이는 후술한다.
  - 20) 이 부분 기술은, 최병각, 「노역장유치의 실제와 벌금양형」, 『형사정책』 제12권 제2호, 한국형사정책학회, 2000 : 강영철, 「재산형(벌금)의 문제점과 노역장유치의 개선방안」, 『교정연구』 제40호, 한국교정학회, 2008.의 해당 부분을 참고한 것이다.

이상 벌금형 및 노역장유치에 관한 선행연구를 보면, 대부분 벌금납부 능력이 없는 자가 노역장유치를 당하지 않게 하거나, (노역장유치를 당하더라도) 노역장유치를 통해 단기자유형의 폐해를 방지하려는 것에 집중되어 왔다. 요컨대 벌금납부 능력이 없는 자를 위한 '빈자(貧者)를 위한 형사정책학'이라 할만하다. 유전경(무)죄(有錢輕(無)罪), 무전중죄(無錢重罪)에서 무전(無錢)의 빈자(貧者)를 위한 모색이라고 볼 수 있다. 이와 같은 무전의 빈자와 유전(有錢)의 부자(富者)의 조건에 내려진 '일정액의 벌금'이 주는 형벌효과의 극명한 차이를 극복하려는 일수벌금제 역시 같은 맥락이라고 할 수 있다. 그 점에서 검토사안의 문제와는 정반대 측면의 논의라고 할 수 있다.

노역장유치가 벌금납입의 압박수단인가 벌금납입의 대체수단인가에 따라, 전자라면 구금 중심의 운영을, 후자라면 노역 중심의 운영에 친하다고 한다. 노역장유치자가 아무 작업을 하지 않아도 집행된 유치일수만큼 벌금액이 공제되는 점을 들어 벌금대체기능이 노역장유치의 본질적 기능이라고 하지만, 노역장에 유치되는 것을 사전에 피하거나 사후에 면하기 위해 벌금을 납입하게끔 강제하는 부수적 벌금강제기능이 경시되는 것도 아니다. 다소 과거 연구이긴 하지만, 노역장유치의 기능과 작용에 관한 실증 분석과 함께 시사점을 제기한 선구적 성과가 [최병각, 노역장유치의 실제와 벌금양형, 형사정책 제12권 제2호, 한국형사정책학회, 2000]인데, 위 논문이 이번 검토사안의 문제점을 예견하고 그에 대한 실무가의 유의점을 대비해 놓은 점은 실로 놀랍다.

벌금대체효과는 [노역장유치에 의해 공제된 벌금액]을 [선고된 벌금액]으로 나눈 비율로, 반면 벌금강제효과는 [노역장에 유치된 자가 사후에 납입한 벌금액]을 [선고된 벌금액]의 비율로 측정할 수 있는데<sup>21)</sup>, 한국형사정책연구원에서 법무부 협조를 얻어 실시한 실증분석 결과에 따르면 유치에 따른 공제율이 57.3%, 유치 이후 납입율이 42.7%로 나타나 벌금납입을 대체하는 본질적 기능이 벌금납입을 강제하는 부수적 기능보다 더욱 우세한 것으로 나타났다고 한다<sup>22)</sup>. 또 복역형(服役型)<sup>23)</sup> 유치자 집단 중 작업을 하지 않은 비율이 72.8%, 작업에 종사하지 않은 자가 27.2%라고 하며<sup>24)</sup>, 노역에 종사한 유치자에 대한 작업상여금 지급비율은 18.5%에 불과하고 그나마 통일된 기준이 없어 교도소 사정에 따라 지급하기도 하지 않기도 하였으며<sup>25)</sup>, 위 실증연구와 별개로 전국 교정시설의 교도작업에 대한 상여금 지급현황에 따르면, 1995년의 경우 총41,048명에 대하여 1명당 125,265원이 지급되었고, 1일 평균상여금은 외부통근자가 4,655원이고 일반작업자가 667원이라고 한다<sup>26)</sup>.

21) 최병각, 앞의 글, 제198쪽.

22) 위의 글 제202쪽.

23) 위의 글 제212쪽. 실증분석을 위한 노역장유치자 집단 중 선고된 유치일수의 90% 이상을 복역하고 출소한 자들을 복역형으로, 선고된 유치일수의 10% 이하를 복역하고 출소한 자들을 납입형으로 구분한 후, 실제 노역을 실시하였는가는 복역형만을 대상으로 하였다. 유치된 후 곧 벌금을 납입하고 출소한 납입형에게 작업을 시킬 가능성은 거의 없기 때문이라고 한다.

24) 위의 글, 제212쪽.

25) 위의 글, 제213쪽.

26) 위의 글, 제213쪽.

따라서 벌금형 양형(벌금액 및 노역장유치일수)의 합리성을 확보하려면, 앞서 본 노역장유치제도의 현실적 기능과 차별적 작용을 고려하여야 할 것이라면서 적시한 다음 문제 의식과 그에 관한 대안 진술이야말로, 마치 이 사건을 위해 대비해 둔 것처럼 적절하다.

『노역장유치자가 복역을 선택하는 것은 벌금을 납입할 능력이 없는 경우가 일반적이겠지만, 벌금납입의 능력이 있음에도 벌금을 납입할 의사가 없어서나 납입할 기회가 주어지지 않아서 복역하는 경우도 적지 않을 것이다. 특히 고액의 벌금납입을 회피할 목적으로 복역하는 자에게는 노역장유치제도가 납입강제의 기능은 전혀 수행하지 못한다.』<sup>27)</sup>

『무엇보다도 동일한 벌금액을 미납한 경우에도 1일 벌금액이 다르면 유치일수의 차이로 이어져 집행률에 영향을 미치는 것이 문제이다. 어차피 총액벌금제도를 유지한다면 양형과정에서 범죄의 경중에 따라 벌금액을 먼저 정하게 될 것이다. 이 경우 양형의 적정성은 물론 노역장유치제도의 효율성을 달성하기 위하여는 벌금을 납입할 경제적 능력이 없는 자에게는 1일 벌금액을 높여 유치일수를 줄이고, 벌금납입능력이 있으면 1일 벌금액을 내려 유치일수를 늘리는 것이 타당할 것이다(이에 대해 일수벌금제도의 경우 범죄의 경중에 따라 일수를 먼저 정한 다음 경제능력을 고려하여 1일 벌금액을 산정하는데, 1일 벌금액은 부유한 자에게 높은 액수로 책정된다.는 점이 각주로 처리되어 있다). 왜냐하면 노역장유치제도가 전자에게는 벌금대체효과를, 후자에게는 벌금강제효과를 예정하고 있기 때문이다.』<sup>28)</sup>

#### 다. 노역장유치의 차별적 작용에 관한 경시

고액 벌금납입 회피 목적 노역장유치자에게 있어 벌금납입 강제기능을 전혀 수행하지 못한다는 함의(含意)는 결국 벌금납입 대체기능과 작용만 남았다는 뜻이다. 이는 노역장유치가 고액 벌금 미납자를 위한 벌금탕감 통로가 된다는 것에 다름 아니게 된다. 검토사안은 고액벌금자의 벌금탕감 통로를 위하여 노역장 유치일수(y) 및 이를 위한 1일 환산금액(x)의 양형재량이 이용되었다는 비난에서 자유롭지 못하다.

노역장유치의 이원적 기능과 그 기능의 차별적 작용을 고려할 때, 양형재량의 기본 방향으로서 벌금납입 대체기능이 예정된 무전자(無錢者)에게는 유치일수(y)를 줄여주고<sup>29)</sup>, 벌금납입 강제기능이 예정된 유전자(有錢者)에게는 유치일수(y)를 늘리는 것<sup>30)</sup>이 타당하다는 지침은 매우 적절하다. 검토사안은 위와 같이 노역장유치의 차별적 작용을 전도·도치시킴으로써, 제도기능

27) 위의 글, 제217쪽.

28) 위의 글, 제219쪽.

29) 그래야만 노역장유치를 선택할 수밖에 없는 무전자를 앞서 본 단기자유형의 폐해에 물들지 않게 할 것이다.

30) 그래야만 벌금능력 있는 유전자가 벌금 탕감을 위해 노역장유치를 선택할 유혹의 싹을 자를 수 있을 것이다.

을 수행하지 못하고 오히려 제도의 기본 방향에 역행했다는 점에서 아래와 같은 양형재량에 관한 입법통제를 불러일으킨 사건이 되었다.

#### 4. 노역장유치 양형재량권에 관한 입법 통제

##### 가. 문제 상황

검토사안의 발단은 노역장 유치기간(y)을 1일-3년(1,095일) 사이에서 자유롭게 정할 수 있도록 한 넓은 재량에서 비롯되었다는 인식이 깊다. 그리고 이 같은 인식은 정당한 것으로 보인다. 여기서 노역장유치에 관한 다른 입법례를 살펴보고, 약 1달 만에 전광석화처럼 이루어진 형법 개정 과정과 그 결과 및 전망을 살펴 볼 필요가 여기 있다.

##### 나. 각국 입법례<sup>31)</sup>

(1) 독일은 일수벌금형제도를 시행하고, 벌금형의 일수는 최저 5일 이상 최고 360일(병합 벌금의 경우 720일) 이하로 선고하도록 정하고 있다(독일 형법 제40조).<sup>32)</sup> 법관은 벌금의 일수를 산정할 때 불법과 책임의 정도 등 관련 사정을 고려하여야 하고, 벌금액의 1일정액은 행위자의 수입, 재산 등 개인의 경제 사정을 고려하여 최저 1유로에서부터 최고 3만유로<sup>33)</sup>의 범위 내에서 금액을 정한다. 벌금의 납입이 불가능한 경우 이를 자유형으로 대체할 수 있는데, 자유형 1일은 벌금형 1일의 일수벌금에 해당하는 것으로 본다(독일 형법 제43조).<sup>34)</sup> 일수벌금제도를 시행하고 있는 독일은 벌금 총액을 정하기 전에 벌금형의 일수를 정하는 것이 우선적으로 벌금을 납입하지 않을 경우 자유형 대체와의 연동이 명확하다고 한다.

(2) 영국의 벌금형제도는 범죄에 대해 일정 벌금액의 총액을 선고하는 것을 기본으로 하므로

31) 각국 입법례는 이혜미, 「벌금형에 대한 환형유치제도의 문제점과 개선방안」, 국회입법조사처, 2014. 4.를 거의 그대로 옮겨 놓은 수준이고, 다만 일수벌금제를 제안한 박완주 대표발의 형법개정안(의안번호 1905935), 김영록 대표발의 형법개정안(의안번호 1906404)의 각 검토보고서 중 입법례 부분을 보충하였다.

32) 독일형법 제40조(일수벌금형) ① 벌금형은 일수로 산정하여 선고한다. 벌금형은 최소 5일로 하고, 법률에 다른 규정이 없는 경우에는 최고 360일로 한다.

② 벌금형의 일수정액은 행위자의 개인적·경제적 사정을 고려하여 법원이 정한다. 이 경우 특별한 사정이 없는 한 행위자가 일일 평균적으로 벌거나 벌 수 있는 순수입을 기준으로 한다. 일일 벌금정액은 최소 1유로, 최고 5,000유로로 결정된다.

③ 일수정액을 산정하기 위하여 행위자의 수입, 재산·기타 기초사실 등이 사정될 수 있다.

④ 벌금형의 일수와 일수정액은 판결로 선고된다.

33) 이혜미의 앞의 글 입법조사처 자료의 1일 최고액은, 앞서 각주 31에 적은 박완주, 김영록 각 대표발의 검토보고서에 소개된 독일형법 제40조 제2항의 최고 5천유로와 상이하게 소개되어 있다.

34) 독일 형법 제43조(대체자유형) 벌금의 납입이 불가능할 경우에는 자유형으로 대체한다. 자유형 1일은 벌금형 1일수에 해당한다. 대체자유형의 하한은 1일이다.

우리나라와 같이 총액벌금형제도를 취하고 있다고 평가된다. 영국의 특이점은 벌금을 미납하는 경우 미납금액에 따라 세부적인 차등을 두어 구금할 수 있는 최대 기간을 정하고 있고, 형사법원은 벌금형 선고 시 법에서 정하고 있는 최대 기간의 범위 내에서 구금이 이루어질 수 있다는 내용을 담아 판결을 선고한다는 것이다.

(3) 미국은 연방법상 벌금 미납에 대해 우리나라와 같은 환형유치 규정은 없지만, 다양한 방법으로 벌금집행을 위한 제도를 마련하고 있다. 예를 들어 고의적으로 벌금을 미납한 자에 대해서는 기존 위법행위에 대한 판결을 다시 선고(resentencing)할 수 있도록 하여, 개인의 경우 1년 이하의 자유형과 1만 달러 이하의 벌금형 또는 미납액 2배의 벌금형에 처할 수 있도록 정하고 있다.<sup>35)</sup> 각 주에서도 별도의 주법을 통하여 벌금 미납자를 제재하고 있는데, 대표적으로 뉴욕주의 경우 벌금형을 선고받은 후 이를 미납하는 경우 그 금액을 완납할 때까지 일정 기간 구금할 수 있도록 정하고 있으며,<sup>36)</sup> 캘리포니아 주의 경우도 벌금형 선고 시 그 금액을 완납할 때까지 구금할 수 있다는 사실과 최대 구금 기간을 명시하도록 정하고 있다<sup>37)</sup>고 한다.

(4) 일본의 벌금형제도는 우리와 거의 유사하다. 일본 형법 제9조는 형벌 종류의 하나로 벌금형을 정하고, 동법 제15조에서 벌금은 1만엔 이상으로 한다고 정할 뿐 상한에는 별도의 제한이 없는 총액벌금제도를 채택하는 점에서 우리와 동일하다. 판결 확정 후 30일 이내에 벌금을 완납하지 않은 경우 노역장유치 집행이 이루어지는데, 법원은 판결 선고 시 1일 이상 2년 이하의 범위 내<sup>38)</sup>에서 노역장유치처분을 선고한다(일본 형법 제18조). 우리와 같이 노역장유치에 있어 1일 환산금액에 대한 별도의 제한을 두지 않고 판사의 재량에 따라 금액이 정해지도록 한 점도 정확히 일치한다.

#### 다. 형법개정 과정

검토사안의 심각성이 알려진 후 대법원은 2014. 3. 28. 전국수석부장판사회의를 열고 환형유치제도를 전면 개선하는 권고 기준안을 마련하였다. 권고안의 골자는 ① 벌금이 1억 원 미만일 경우 환형유치 1일 환산금액을 10만원을 하고, ② 벌금이 1억 원을 초과하면 1일 환산금액을 벌금액의 1/1,000로 정하되, ③ 다만 벌금 1억 원 이상의 사건이라도 조세, 관세, 뇌물, 수재 사건과 같은 이른바 경제사범의 경우, 다음과 같이 노역유치기간의 하한선을 정한 것<sup>39)</sup>이다. 위 권고안의 유치기간 하한선 설정 부분은 앞서 본 입법례에서 영국의 제한 방식과 유사한 면이 있어 보인다. 대법원의 유치기간 하한 설정을 도표하면 아래와 같다.

35) 18 U.S. Code § 3612, § 3613, § 3615.

36) New York Criminal Procedure Law, § 420.10.

37) California Penal Code, § 1205.

38) 일본국과 우리의 규범구조는 완벽히 동일하고, 다만 일본국은 유치일수의 최대한이 2년으로 우리보다 유치기간의 최장기가 1년 더 짧은 점만이 다를 뿐이다.

39) 1억 원 이상의 경제사범에 관하여 1/1,000이라는 기계적 정율 방식 노역장유치 기간이 아닌 하한선을 설정한 이유는, 경제사범의 경우 이익 환수가 목적이므로 노역장 유치기간을 줄여줘야 피고인이 벌금을 적극적으로 납부할 수 있다는 것이다.

[표 2] 대법원 권고 유치기간 하한

| 벌금형                  | 유치기간 하한 |
|----------------------|---------|
| 1억 원 이상 ~ 5억 원 미만    | 300일    |
| 5억 원 이상 ~ 50억 원 미만   | 500일    |
| 50억 원 이상 ~ 100억 원 미만 | 700일    |
| 100억 원 이상            | 900일    |

한편 국회에서도 총 6건<sup>40)</sup>의 형법 일부개정안이 발의되었는데, 각 제323회 국회(임시회) 제5차 법제사법위원회(2014. 4. 15.)에 상정한 후 제안 설명, 검토보고 및 대체토론을 거쳐 법안심사 제1소위원회에 회부되었고, 제323회 국회(임시회) 제1차 법안심사 제1소위원회(2014. 4. 17)에서는 위 6건의 법률안을 각 본회의에 부의하지 아니하기로 하고 각 법률안의 내용을 통합·조정하여 대안<sup>41)</sup>을 위원회안으로 제안하기로 하였다. 그리고 제324회 국회(임시회) 제1차 법제사법위원회(2014. 4. 28)는 법안심사소위원회에서 심사 보고한 대로 위 6건의 법률안을 본회의에 부의하지 아니하고 법안심사소위원회에서 마련한 대안을 위원회안으로 제안하기로 의결하였으며, 위 대안은 제324회 국회 본회의(2014. 4. 29.)에서 가결되었다.

국회를 통과한 개정 형법은 노역장 유치기간에 관한 기준 설정,<sup>42)</sup> 확정판결의 집행을 면할 목적으로 출국한 자에 대한 형의 시효 정지 규정<sup>43)</sup>의 각 신설이므로, 사실상 검토사안에서 노출된 문제점을 개선하기 위한 원포인트 개정이라 할 만하다. 대법원 권고안과의 대비를 위하여 노역장 유치기간 하한을 도표하면 아래와 같다.

[표 3] 개정 형법 유치기간 하한

- 40) 김도읍 대표발의안(의안번호 1908278), 이상규 대표발의안(의안번호 1909862), 박민식 대표발의안(의안번호 1909879), 권성동 대표발의안(의안번호 1909906), 김재원 대표발의안(의안번호 1909907), 서기호 대표발의안(의안번호 1909992)의 기본 발상은 노역장유치기간 기준을 마련함으로써 그에 관한 법원의 재량을 통제하겠다는 것이고, 그 수단은 대체로 1일 환산액의 기준(上限)을 설정하거나(이상규안 50만원, 박민식안 벌금의 1/1,000, 김재원안 300만원, 서기호 안 100만원), 유치기간의 범위를 정면으로 설정해 버리는 방식(권성동안)이었다.
- 41) 개정안 중에는 ① 유치기간 3년 상한마저 아예 삭제하는 다소 과격한 발상(이상규 안)도 있었고, ② 유치기간 3년을 채우고 나서도 남은 벌금에 관한 잔액의무까지 전제하는 발상(유치기간 3년인 경우에 한해 잔액납부의무 면제의 김재원안, 잔액납부의무를 선언한 후 완납이 되지 않으면 유치일수 공제마저 배제하는 서기호 안) 등이 있었지만 모두 채택되지 못하였다. 6건의 개정안을 종합·검토해 보면, 대안으로 채택되어 본회의를 통과한 개정안은 대체로 권성동안의 발상과 박민식안의 골격을 따른 것으로 평가할 수 있겠다. 이는 앞서 본 대법원 권고안과 유사한 면이 있다.
- 42) 제70조 ②항 신설  
 ② 벌금이 1억원 이상 5억원 미만인 경우에는 300일 이상, 5억원 이상 50억원 미만인 경우에는 500일 이상, 50억원 이상인 경우에는 1,000일 이상의 유치기간을 정하여야 한다.
- 43) 제79조 ②항 신설  
 ② 시효는 형이 확정된 후 그 형의 집행을 받지 아니한 자가 형의 집행을 면할 목적으로 국외에 있는 기간 동안은 진행되지 아니한다.

| 벌금형                | 유치기간 하한 |
|--------------------|---------|
| 1억 원 이상 ~ 5억 원 미만  | 300일    |
| 5억 원 이상 ~ 50억 원 미만 | 500일    |
| 50억 원 이상           | 1,000일  |

라. 평가와 전망

형사법의 기본인 형법을 체계적이고 본질적인 토론과 탐구를 생략한 채 전격적이고 즉흥적으로 개정하는 바가 우려되는 면도 있지만, 주어지고 제기된 문제점을 외면하지 않고 개선하려는 입법부의 자세는 우리가 대의민주주의를 유지하는 근간이라 할 만하다. 이번 검토사안의 부각과 형법 개정과정을 보면, 다이나믹 코리아(Dynamic Korea)의 진수를 보는 것 같다.

대법원 권고안, 6건의 개정안, 개정 형법을 구체적으로 평가하자면, 유치기간 상한(3년)을 삭제하는 이상규안은 단기자유형의 폐해를 방지해 보려는 노역장유치제도에 관한 제도설계와 심히 동떨어져 취하기 어렵다. 노역장유치 이후에도 남는 벌금 잔액에 관한 납부의무를 고민한 김재원안, 서기호안에 대해서는 벌금 납부의 충실을 기하려는 고민은 이해할 수 있으나, 벌금 납부 대체기능이 본질적 기능으로 채용된 노역장유치 제도를 원칙적으로 부정하고 벌금납부 강제기능에 지나치게 기운 것이라는 비난이 가능하겠다.

개정 법률과 대법원 권고안의 기본 골격은 동일하지만, 개정 법률은 3단계의 벌금형에 따른 유치일수 선고를 의무화함으로써 법원의 양형재량의 여지를 좁혔다는 점에서 대법원 권고안에 비해 더욱 경직된 것으로 보인다. 개정 법률에 따르면, 1억 원 이상의 벌금 처단형은 각 구간에 따라, 300일~500일(5억 원 미만), 500일~1,000일(50억 원 미만), 1,000일~1,095일(50억 원 이상)의 기계적 적용이 불가피할 것으로 보인다. 실무를 보자면, 구성요건을 피할 수는 없더라도 공범관계에 따른 가담 정도, 범죄수익의 분배 여부, 불법수익의 반환 출현 등 여러 양형요소가 제각각일 수 있을 것인데, 개정 법률은 법원의 위와 같은 구체적 형평을 찾아가는 고민을 제약하는 것은 아닌지 우려스러운 면도 지적될 수 있을 것이다. 차라리 대법원 권고안이 원칙적인 1/1,000를 위에서 사안별로 감경의 가능성을 남겨 두었다는 점에서 탄력적 운영이 가능하지 않을까 생각하게 된다.

개정 법률이든 대법원 권고안이든 법원의 노역장유치에 관한 한 법원의 양형재량은 매우 제한적이 되었다. 개정 법률에 따를 때, 처단 벌금형이 정해지면 이미 노역장 유치기간의 구간이 정해지게 되고, 법원은 그 구간 내에서 발휘할 수 있는 매우 협소한 재량만이 가능하게 되었다. 3년의 범위 내에서 사안의 구체적 타당성에 맞춘 재량을 발휘할 수 있었던 개정 전 형법 하에서의 양형재량과는 본질적으로 차원이 다른 제약을 받게 되었다. 사실 이와 같은 양형재량의 박탈은 검토사안을 비롯한 법원 스스로의 자업자득이라 할 것이다. 구체적 정의와 탄력



적 형평을 위해 부여된 재량권을 편파적·자의적으로 사용하였을 때, 더 이상 재량권의 수권(授權)은 거두어들일 수밖에 없다는 교훈과 경계를 우리는 새겨야 할 것이다.

## 5. 일수벌금제 도입론

### 가. 논의의 위치

일정액을 총액으로 선고하는 총액벌금제는 벌금총액의 산정에 있어서 범죄인의 빈부차를 고려할 수 없어 가난한 자에게는 대체자유형의 집행을 통해 단기자유형으로의 전환을 강제하고, 부자에게는 형벌의 목적을 달성할 수 없다는 비판에 관하여 앞서 적은 바와 같다. 일수벌금제는 벌금형을 일수와 일수정액으로 분리하여 일수는 일반적인 양형의 원칙에 따라 결정하지만, 일수정액은 피고인의 경제사정을 고려하여 결정하는 제도<sup>44)</sup>로 독일, 프랑스, 스페인, 스위스, 오스트리아에서 시행되고 있다고 한다.

최근 검토사안과 같이 노역장 유치기간에 관한 재량통제 필요성이 대두되면서, 일수벌금제의 도입 필요성이 부각되고 있다. 일수벌금제의 양형과정은, 먼저 불법 정도에 따라 일수(우리의 유치기간,  $y$ )를 정하고, 그 다음으로 행위자의 벌금 부담능력을 고려하여 일수정액(우리의 1일 환산금액,  $x$ )을 정하는데, 양형과정에서 정면으로 고려하도록 한 후자의 벌금 부담능력에 주목하는 것 같다.

### 나. 도입 찬반론<sup>45)</sup> 및 입법안

도입을 찬성하는 입장의 논거는, 경제적 능력에 적합한 벌금형이야말로 역설적으로 동등한 형벌효과의 목적을 달성할 수 있다는 형벌의 개별화 원칙(이른바 희생평등 원칙), 벌금미납시 벌금형과 대체자유형의 일대일 대응에 의한 명확한 환산 원칙, 경제사정에 대응할 수 있는 실효적 벌금액의 산정 등이 제시되고 있다. 도입찬성론의 주요한 이론적 근거는 [벌금 수액(數額)의 평등]이 아닌 [벌금 효과의 평등]이라고 생각된다. 이에 대해 도입을 유보하는 입장의 논거는, 재산 및 경제력에 대한 조사의 불가능, 경제력을 우월한 양형요소로 삼는 양형 역차별, 형벌의 본질인 책임주의에 대한 본질적 침해 가능성 등을 들고 있다. 도입유보론의 가장 설득력 있는 실무적 근거는 [경제력에 관한 조사의 곤란]이라고 사료된다.

일수벌금제는 1985년 형법개정작업 중 형사법개정특별심의위원회에서 도입 여부가 토론되다

44) 일수벌금제 하의 벌금형 주문은, ‘피고인을 50일의 일수벌금에 처하고, 각 일수 벌금액은 20만원으로 하여 1천만원의 벌금에 처한다’와 같다.

45) 일수벌금제 도입에 관한 학설 정리는, 송하은, 「벌금일수형제도의 도입에 관하여」, 『연세 공공거버넌스와 법』 제2권 제2호, 2011 : 오경식, 「일수벌금형제도의 도입방안에 대한 제언」, 『법학논총』 제20집 제2호, 2013. 을 참고하였다.

경제력 조사 여건이 확립되지 않아 시기상조로 결론 내려졌고, 2009년 한국형사정책학회 형사법개정연구회에서 형법 개정안으로 제안<sup>46)</sup>되었다고 한다. 현재 일수벌금제 입법안으로, 1건의 일수벌금형도입에관한특별법안(의안번호 1904978 유성엽 대표발의)과 2건의 형법 일부개정법률안(의안번호 1905935 박완주 대표발의, 의안번호 1906404 김영록 대표발의)이 제출되어 있는데, 대체로 위 연구회 개정안의 골자와 크게 벗어난 것으로는 보이지 않는다. 유성엽안(일수벌금형도입에관한특별법안)은 위 연구회 개정안을 거의 그대로 답습한 것이라 할 수 있고<sup>47)</sup>, 박완주안 및 김영록안은 위 특별법안 제2조, 제5조가 정한 ‘이 법은 다른 법률에 일수벌금형을 규정한 경우에 한하여 적용한다’의 적용근거를 마련한다는 의미로 이해된다.

적용 대상에 관하여, 박완주안은 ‘3년 이하의 징역형이 규정되어 있는 경우’를, 김영록안은 ‘6개월 이하의 징역형이 규정되어 있는 경우’를 규정하고 있다. 벌금일수의 상한에 관하여, 박완

46) 한국형사정책학회 형사법개정연구회가 제안한 개정안은 다음과 같다.

제00조(벌금) ① 벌금형은 일수로 산정하여 선고한다. 벌금형의 일수는 법률에 특별한 규정이 없는 경우 1일 이상 360일 이하로 한다.

② 벌금형의 일수정액은 행위자의 경제적 사정을 고려하되, 특별한 사정이 없는 한 행위자의 1일 평균수입을 그 기준으로 한다. 일수 벌금 정액은 1만 원 이상 1천만 원 이하로 한다.

③ 벌금형에 관하여 법률이 달리 저하는 경우에는 제1항 내지 제2항을 적용하지 아니한다.

제00조(대체자유형) 벌금을 납입하지 아니하는 경우에는 이를 자유형 또는 사회봉사명령으로 대체한다. 자유형 1일은 벌금형 1일에 해당한다.

제00조(구금일수의 공제) 일수벌금형의 선고를 받은 자가 그 일부를 납입한 때에는 벌금 일수에 상응하는 구금일수를 뺀다.

47) 일수벌금형 도입에 관한 특별법안(의안번호 4978)

제1조(목적) 이 법은 종전의 벌금형 이외에 피고인의 불법과 책임의 정도를 고려하여 벌금형의 일수(日數)를 정하고 피고인의 경제적 능력을 고려하여 일수에 따른 정액(定額)을 정하는 일수벌금형(日數罰金刑)을 도입함으로써 재산형으로서의 벌금형의 효과를 실질적으로 확보함을 목적으로 한다.

제2조(일수벌금형) 일수벌금형은 형법 제41조의 벌금형의 하나로 본다. 이 경우 형법 제45조는 적용하지 아니한다. 일수벌금형은 각 법률에 직접 규정된 경우에 한하여 선고할 수 있다.

제3조(일수벌금형의 선고) 법원은 피고인의 불법과 책임을 고려하여 일수벌금형의 일수를 선고한다. 이 경우 일수는 1일 이상 365일 이하로 한다. 법원은 피고인의 경제적 사정을 고려하여 일수정액을 정한다. 이 경우 피고인의 종합적 수입을 일당으로 계산하여 정하되, 1만원 이상 1,000만원 이하로 한다. 법원은 일수정액을 정함에 있어 피고인의 수입, 재산 상태 등 피고인의 상태 및 유사 직종 종사자의 평균 소득 등도 고려할 수 있다. 법원은 일수와 일수정액을 판결에 기재한다.

제4조(집행) 벌금은 판결확정일부터 30일 이내에 납입하여야 한다. 단, 벌금을 선고할 때에는 동시에 그 금액을 완납할 때까지 노역장에 유치할 것을 명할 수 있다. 일수벌금형을 선고받은 자가 벌금을 납입하지 아니하면 일수에 해당하는 기간 동안 노역장에 유치하여 작업에 복무하게 한다. 이 경우 일수벌금형을 선고받은 자가 그 일부를 납입한 때에는 납입금액에 비례하여 해당 일수를 공제한다.

제5조(다른 법률과의 관계) 이 법은 다른 법률에 일수벌금형을 규정한 경우에 한하여 적용한다. 다른 법률이 일수벌금형이 아닌 벌금형을 정하고 있는 경우에는 해당 벌금형을 적용한다.

#### 부 칙

제1조(시행일) 이 법은 2014년 1월 1일부터 시행한다.

주안은 3년, 김영록안은 180일로 제한하고 있다. 일수정액에 관하여는, 두 안 모두 평균수입을 기초로 산정하되 박완주안이 상한을 설정하지 않은 것과 달리 김영록안은 상한 100만원의 제한을 두고 있다. 법원의 재산조사권은 두 안 모두 규정하고 있다.

#### 다. 평가

총액벌금제의 부작용, 동일 벌금형이 부자에게는 형벌효과를 달성할 수 없고, 빈자에게는 노역장유치라는 단기자유형의 폐해에 이른 통로에 불과하다는 비판은 매우 적절하고, 그에 대한 대안으로서 일수벌금제의 검토는 시의적절하다고 본다. 일수벌금제가 채택되어 실효를 거두기 위해서는, 정확한 재산상태의 파악이 선행되어야 할 것인데, 이를 담보할 수 있는 법률적, 법률외적 시스템이 갖추어진다는 조건이 성숙<sup>48)</sup>된다면, 도입을 검토할 수 있다고 본다.

그러나 일수벌금제가 노역장유치에 관한 양형 통제의 대안이 될 수 있는가는 별개의 문제로 보인다. 일수벌금제라 하더라도, 입법례와 개정안 등을 보면 벌금일수에 관한 상한을 설정하고(입법례에서 대부분은 1년이고 박완주안 3년은 오히려 이례적이다), 일수정액에 관하여도 상한을 설정하는 것이 추세로 보인다. 만약 이와 같은 제한을 두지 않는 입법은 위헌심사의 규범통제를 우려해야 할 것으로 사료된다. 요컨대, 일수벌금제 아래 양형이라 하더라도 벌금일수 및 일수정액의 범위 및 상한에 관한 법적 제한을 피할 수 없는 이상, 피고인의 벌금능력에 관한 참작과 고려는 역시 제한적일 수밖에 없어 보인다. 결국 문제는 총액벌금제인가 일수벌금제인가의 벌금 법제에 있는 것이 아니고, 주어진 법률환경{벌금수액(a), 유치기간 = 벌금일수(y), 1일 환산금액 = 일수정액(x)}에서 실무가의 합리적이고 납득가능한 양형의 지혜에 환원되고 귀착된다고 본다. 재량의 생명력은 결국 사리적 타당성과 법적 설득력에 있다고 본다면, 검토사안은 재량의 생명력을 다치게 한 것이지, 총액벌금제의 한계를 시현.경험한 것이 아니다.

### IV. 벌금형 집행 실효성 제고방안

#### 1. 벌금집행 과정 중 쟁점들

검토사안의 피고인은 2010. 1. 말경 또는 2. 초순경(항소심 선고, 상고장 제출 후 기록송부 전) 출국해서 2014. 3. 22. 여론에 떠밀려 전격 귀국 후 노역장유치를 당할 때까지 뉴질랜드에 체류하며 호화생활을 하였다. 상고심은 2011. 12. 22. 선고되었으므로 피고인의 254억 원 벌금형은 선고 시에 확정되었고, 그렇다면 피고인은 그 즈음부터 벌금미납자이고 벌금수배자로 분류되었을 것이다. 관점을 달리해서 말하면, 그 즈음부터 피고인은 재판형등에관한검찰집행사무규칙이 정한 벌금조정(제6조), 납부명령(제10조), 납부독촉(제11조), 강제집행(제17조 이

48) 그러나 위와 같은 조건의 성숙은 간단한 문제로 보이지 않는다.

하) 등 절차 대상이 되었다. 위와 같은 검찰의 벌금형 집행절차는 전혀 생략되다가 피고인은 2014. 3. 22. 귀국과 함께 노역장유치 집행지휘를 받았고(제20조 이하), 유치 5일 만인 2014. 3. 26. 갑자기 검찰의 노역장유치 집행정지 지휘를 받고 석방되었다(제24조의 2). 검찰의 집행정지의 이유는 피고인의 재산을 파악해서 벌금형을 집행하겠다는 것이었다.

검토사안의 벌금집행 절차 진행에 맞춰, 벌금형 집행확보라는 목적론적 관점과 함께 법치교정이란 규범론적 관점을 종합하여, 각 단계별로 다음과 같은 법적 수단과 그 정당성 여하를 검토할 수 있고 검토해야 할 것이다. ① 2010. 1. 말경 피고인 출국 시에, 피고인의 출국을 통제할 수 없었는가? ② 2011. 12. 22.경 벌금형 확정 후부터, 뉴질랜드에 체류하고 있는 피고인을 범죄인인도 요청할 수 없었는가? ③ 2014. 3. 26. 검찰의 노역장유치 집행정지는 근거가 있고 정당한 것인가? ④ 피고인의 가족 명의 재산에까지 벌금 집행의 확장이 가능한가? 이하 차례로 본다.

## 2. 출입국관리법상 출국 통제의 가능성

검토사안의 이 부분 쟁점은, 출입국관리법상 벌금이 확정되지 아니한 자에 대한 출국통제가 가능한가에 있다. 출입국관리법상 출국의 요건은 유효한 여권(제3조)과 출금사유의 부존재(제4조 제1항 각호, 제2항)로 요약된다. 법무부장관이 출국금지 시킬 수 있는 출금사유는, 형사재판 계속(제1항 제1호), 자유형의 미집행(제2호), 벌금·추징금 미납(제3호), 세금체납(제4호), 기타(제5호), 사건수사(제2항)이다. 검토사안의 문제 상황은, 재판 계속 중이라는 점에서 재판확정을 전제로 한 제2, 3호 사유로 볼 수 없고, 제1호 사유가 되기는 하나 피고인의 출국을 법무부장관이 알지 못해(알 수 있는 일반적 통제장치가 없어) 출금 여부를 검토할 기회를 갖지 못한다는 것이다.

실무를 보면, 제1호 형사재판 계속 중 유효한 여권을 갖지 못한 자가 출국을 위해 여권을 신청하였을 때, 계속법원과 검찰의 여권발급에 관한 의견제출 등 형태로 여권발부 여부가 심사되고 있을 뿐, 이미 유효한 여권을 발급받은 자가 형사재판 계속 중 출국을 기도함에 있어서 '제1호 형사재판 계속 중'임을 이유로 심사할 기회가 없다는 것이다. 이 경우 출국을 기도하는 피고인의 확정 대기 벌금형이 아무리 고액이더라도(검토사안처럼 254억 원), 그 벌금형이 상소 등에서 번복될 가능성이 거의 없더라도(검토사안 항소이유는 양형부당 뿐이었으므로, 상고심의 상고이유에 제약이 있었다.), 사실상 출국심사의 일반적 통제 기회를 갖지 못한다.

검토사안과 같이 형사재판에 계속 중인 자로서, 중벌 자유형(예컨대 불구속 실형을 받고 항소한 자) 또는 고액 벌금형 개연성이 현저하거나 출국 후 귀국하지 않을 가능성이 농후한 경우를 대비한 통제장치가 필요하다고 본다. 출국을 금지한다는 것과 출국을 금지할지 말지를 심사할 기회를 갖는다는 것은 차원을 달리하므로, 이와 같은 통제의 절차를 방지하는 것은 국가

형벌권의 방기 또는 사전포기라 할 말하다. 검토사안이야말로 위와 같은 국가형벌권의 공백을 여실히 보여준 것이다. 물론 피고인의 무죄추정의 원칙, 직업 및 이전의 자유와 같은 기본권 친화적 고려를 포기하자는 것은 아니다. 생각해 볼 수 있는 방법으로, 중대 범죄(장기, 다액 처단형 범죄), 확정을 위해 남은 시간 등 일정 기준을 넘은 사건만큼은 법무부장관(출입국관리국)에게 통보되고, 이 같은 형사재판 계속 중 피고인에게는 출국의 필요성을 다짐받고, 귀국 가능성 등을 점검한 후, 필요하다면 합리적인 범위의 담보를 징구하는 장치 등을 모색해 볼 수 있지 않을까 생각해 본다.

### 3. 뉴질랜드 정부에 대한 범죄인 인도 청구가능성

피고인에 대한 벌금형이 확정되었고(2011. 12. 22. 무렵), 거의 2년 넘게 벌금수배 상태로서 벌금 징수절차가 불가능한 상황에서, 뉴질랜드 정부에 피고인에 대한 노역장유치를 위하여 범죄인인도를 요구할 수 있지 않은가? 대한민국은 뉴질랜드와 2001. 5. 15. 범죄인인도조약을 체결하고, 양국이 절차를 밟아 2002. 4. 17.부터 발효되어 있다. 2011년 국정감사 자료에 의하면, 2011. 6. 기준 대한민국의 범죄인 인도조약 서명 국가는 30개국에 달하고, 그 체결현황은 아래 [표 4]와 같다. 2002. 4. 17.부터 발효된 대한민국과 뉴질랜드간 범죄인인도조약의 인도대상범죄를 요약하면, 1년 이상의 자유형 및 그보다 더 중한 형으로 처벌할 수 있는 범죄(제2조 제1항) 중 인도청구 시 최소 4월 이상의 형기가 남아 있을 것이다(제2조 제2항). 그리고 위와 같은 인도대상범죄의 요건은, 2002. 6. 21.부터 발효된 대한민국과 일본국간 범죄인인도조약의 인도대상범죄와 동일하다.

전 국민일보 사장 조○○은 180억 원 횡령 및 25억 원 조세포탈죄로 2005. 1.경 징역 3년에 집행유예 5년과 벌금 50억 원, 사회봉사 240시간의 확정판결을 받았다. 조○○ 사장은 2005. 3.경 검찰이 벌금 징수 업무를 시작하기 전 홍콩으로 출국한 후 귀국하지 않고 일본 등지에 체류하였다. 법무부는 2007. 5.경 일본국에 벌금미납자 조○○에 대한 범죄인인도를 요청했고, 일본국 수사기관은 2007. 12. 11. 조○○을 체포하여 구금하였다. 조○○은 2008. 2. 3. 확정벌금을 모두 납부하고 검찰의 석방절차에 따라 석방되었다. 비교사안은 검토사안과 죄명부터 피고인의 국외출국 등 진행경과가 매우 유사한 면이 있다. 비교사안은 노역장유치 집행을 위하여 국외 피고인에 대한 범죄인인도를 요청하자 국외에 구금되어 있던 피고인이 확정벌금을 자진 납부한 반면, 검토사안은 피고인이 자진귀국하자 검찰이 피고인을 실제로 노역장에 유치시킨 점이 다르다.

비교사안의 노역장유치(일단 징역형이 아니다.)를 위한 범죄인인도 가능성 및 정당성에 관하여, 부정적인 연구논문(조균석, 「한·일 범죄인인도조약에서의 판결의 집행을 위한 범죄인인도-노역장유치의 집행을 위한 인도의 허용 여부-」, 형사정책연구 제20권 제1호, 한국형사정책학회, 2009. 2.)이 있어서 주목된다. 그 논거를 보면, ① 노역장유치는 형법 제41조 형벌의 종류

로 규정되어 있지 않아 자유형으로 볼 실정법적 근거가 없는 점, ② 노역장유치의 이론적 성질을 보더라도 이는 벌금형 집행의 편의를 위한 것일 뿐, 벌금 미납 시 자유형 대체의 명문규정도 없는 법제 하에서 이를 자유형으로 볼 수 없는 점, ③ 국제조약에서 일반적으로 통용되는 자유형을 뜻하는 'deprivation of liberty'와 기타 자유박탈 처분을 뜻하는 'other deprivation of liberty' 혹은 'any order involving deprivation of liberty'은 구별되어야 하는 점, ④ 조약의 규범구조상 형(sentence)는 자유형에 한정되어야 하는 점 때문이라는 것이다<sup>49)</sup>. 결론적으로 독일과 같이 노역장유치를 대체자유형으로 규정하거나 노역장유치의 집행을 위한 범죄인인도가 가능하도록 하는 입법·조약을 보충하지 않는 한, 현행 한국과 일본국간 범죄인인도조약 하에서는 노역장유치를 위한 범죄인도는 가능하지 않다는 것이다.

비교사안의 실제 벌금 집행 및 비판적 논문을 염두하고, 검토사안의 피고인이 자진 귀국하지 않고 계속 뉴질랜드에 거주하였을 경우를 가정할 경우, 우리 정부가 비교사안에서처럼 뉴질랜드에 범죄인인도를 요구할 수 있을까? 아마 다음과 같은 두 가지 점에서 불가능하였을 것으로 보인다. 첫째는, 위 논문의 취지대로 '노역장유치'를 '자유형'으로 비약 해석하는 것이 무리인 이상, 범죄인인도의 요건 충족에는 의문이 없지 않다. 둘째는 (실사 노역장유치를 위한 인도청구가 가능하다는 입론을 펴더라도) 검토사안의 유치기간이 기껏 50일이라는 점에서 1년 이상의 자유형 요건도(제2조 제1항), 인도청구 시 잔형이 4월이라는 요건(제2조 제2항)도 충족하지 못함이 분명하므로 인도청구의 요건 불비가 명백하다. 이와 같은 뉴질랜드 정부에 대한 범죄인인도청구의 관점에서 보아도, (비교사안의 포탈수액은 25억 원이었음에도, 벌금은 50억 원이었고, 유치일수는 1년은 넘었을 것으로 보이는 점을 고려하면) 검토사안의 유치기간 50일 양형은 심히 과한 면이 있다. 이 같이 노역장유치를 위한 범죄인인도의 어려움이 이론적으로 타당한 바에야, 앞서 본 출국 통제의 필요성은 더욱 커진다고 하겠다.

#### 4. 검찰의 노역장유치 집행정지의 법적 정당성 검토

피고인이 2014. 3. 22.(土) 자진 귀국하자 검찰은 재산형 등에 관한 검찰 집행사무규칙(이하 검찰규칙)에 따라 노역장유치집행지휘서(제20조), 형집행장(제21조)을 발부하여 피고인에 대한 노역장유치를 집행하였다. 그러자 1일마다 5억 원의 벌금이 탕감되는 (사실은 당연한) 벌금납입 대체효과에 대한 비판이 쏟아졌다. 특히 3. 22. 18:00경 인천국제공항에서 체포, 광주교도소에 23:00경 구금 과정에서, 실제 유치 유치시간 불과 1시간 만에 벌금 5억 원이 탕감되고, 3. 23.(日)은 휴일로서 아무 노역 없이 벌금 5억 원이 탕감되었으며, 3. 24.(月)은 건강검진 등 일반 수속 절차 등을 밟느라 시간을 때우면서 벌금 5억 원이 탕감되는 등의 비난이 이어졌던 것이다. 검찰은 급기야 3. 26. 노역장유치 5일만(벌금 25억 원의 탕감만)에 피고인에 대한 노역장유치를 중지시키기 위하여 집행정지를 단행했다.

49) 조균석, 앞의 글, 제944쪽 내지 951쪽.

검찰이 든 노역장유치 집행정지의 근거는, 노역장유치에 관한 집행은 형의 집행에 관한 규정을 준용한다는 준용규정(형소법 제492조)이다. 준용되는 정지규정은 필요적 정지를 규정한 형소법 제470조, 임의적 정지를 규정한 제471조인데, 문언해석상 검토사안에 형소법 제470조 및 제471조 제1항 제1호~제6호의 해당성 없음은 자명하다. 검토사안에서 검찰의 집행정지가 의지할 수 있는 법적 근거라면, 제7호(기타 중대한 사유가 있는 때) 뿐이다. 피고인의 재산을 수색해서 벌금형을 집행하겠다는 점을 공공연히 밝힌 검찰<sup>50)</sup>이 피고인에 관한 노역장 집행정지의 근거로 들고 있는 위 법적 근거는 타당한가?

형집행정지 사유는 형의 본질에 배치되는 사정변경, 수용자(유치자)의 수형능력에 대한 의문, 수형이 인륜적 고려에 배치되는 사유들이다. 유치자에게 의사능력이 없다면 수형능력이 없어 형벌이 아닌 감호가 불가피하므로 필요적으로 정지한다(형소법 제470조). 유치자 본인이 유치로 인하여 건강, 생명 보전의 우려가 있을 때 및 그 전형적 사유(70세 이상, 임태후 6월 이상, 출산 후 60일 이내), 유치자 외에 부양가족이 없을 때(직계존속이 70세 이상 등, 직계비속에 게 부양가족이 없을 때) 등인 것이다(형소법 제470조 제1항 제1호 내지 제6호). 위와 같은 형집행정지 사유와 궤와 본질을 같이 해야 할 포괄규정인 ‘기타 중대한 사유’에, [유치자의 은닉 재산을 수색해서 벌금형 집행을 실현할 목적]을 포섭시키려는 것은 억지라고 본다. 이는 전혀 다른 이질적 사유를 동질적 요건이라고 주장하면서, 그 근거를 일반조항.백지조항이라고 강변하는 것이다.

검찰규칙의 규정순서를 보면, 제2장 내지 제4장에서 벌과금의 조정(제6조) → 납부명령(제10조) → 납부독촉(제11조) → 수납(제14조) → 강제집행(제17조) 및 체납처분(제17조의 2) 등 다음에, 제5장 노역장유치의 집행(제20조 이하)을, 제6장에서 재산형 등 집행절차 정지(제24조의 2)<sup>51)</sup> 및 집행 불능(제25조)을 규정하고 있다. 검찰의 벌금형 집행 과정이 사실상 종료되었을 때, 노역장유치 절차를 밟고, 일종의 상각(償却) 처분으로 종료하는 구조에 있는 것이다. 또 제22조(노역장유치의 집행지휘 후 납부)를 보면, 노역장유치 이후 유치자의 자진 납부를 상정할 뿐, 유치된 자에 대한 검찰의 벌금 집행에 관한 규정은 없다. 검찰규칙의 규정 순서와 구조를 종합하면, 벌금형 집행의 실효성이 소진되었을 때, 노역장유치의 집행이 개시되는 것이라고 요약할 수 있다.

형소법의 집행정지 근거 규정의 구성요건, 검찰규칙의 벌금형 집행의 규범구조, 노역장유치 이후의 규정 등을 종합할 때, 검토사안에서 이미 노역장유치를 집행한 검찰이 (새삼 벌금형 집행절차를 다시 밟겠다는 목적으로) 집행되었던 노역장유치를 정지하는 것은 (그 상식적 법감정은 이해하더라도) 제도적, 법적 관점에서 근거는 박약해 보인다. 피고인의 은닉재산이 발

50) 검찰의 액면적 석방이유와는 달리, 매일 벌금 5억 원이 탕감되는 점을 수수방관할 수 없었을 검찰 내심의 고민을 이해 못하는 바는 아니다.

51) 재산형 등 집행절차의 정지처분의 구성요건(검찰규칙 제24조의 2 제2항)은 형소법 제470조, 제471조를 다시 원용하고 있다.

견되었다는 사정변경이 현저한 것도 아니고, 아래에서 볼 가족 등 제3자 재산에 대한 벌금형 집행제도가 갖추어진 것도 아닌 법적 환경에서는 더욱 그렇다. 검토사안에서 검찰이 집행된 노역장유치를 정지시킨 조치는, 특별한 법적 근거도 없이 벌금 탕감만을 밀쳐놓으려는 고육책에 불과하다. 그러나 벌금대체를 부정하는 것은 노역장유치제도 자체를 부정하는 것이고, 벌금대체를 위해 인천공항에서 노역장유치를 스스로 집행한 선행행위와도 모순되는 점만은 분명하다.

## 5. 벌금집행 수범자 및 벌금집행 대상의 확장

공무원범죄에 관한 몰수 특례법(법률 제11883호, 이하 특례법)은 이른바 ‘전두환 법’이다. 그 개정이유와 주요내용을 보면,『최근 전직 대통령이 거액의 추징금을 미납하고 있고 이들이 그 친족에게 이전한 불법재산, 혼합재산에 대하여는 몰수·추징도 곤란한 실정으므로 대한민국의 최고위층의 도덕성을 제고하고 불법재산 형성을 방지하기 위하여 공무원범죄의 몰수·추징제도를 개선할 필요가 있다』는 것이다.『특정공무원범죄와 관련한 불법재산을 환수하고 그 세습을 방지하며 추징제도를 강화하기 위하여, 범인 외의 자가 그 정황을 알면서 취득한 재산 및 그로부터 유래한 재산에 대하여도 추징할 수 있도록 하고, 몰수·추징의 집행을 강화하기 위하여 검사에게 관계인의 출석요구, 과세정보의 제공 요청, 금융거래 정보 제공 요청 및 압수수색 영장의 청구 등을 할 수 있는 권한을 부여하며, 몰수·추징의 시효를 연장』하는 것이다. 이는 그대로 본회의를 통과하여 시행 중이다. 특례법개정의 핵심 규정은 제9조의2(불법재산 등에 대한 추징)<sup>52)</sup>이다. 범인 외의 자를 상대로 한 추징의 확장이다.

위 특례법의 대상인 ‘특정공무원범죄’는 특가법상 뇌물(제2조), 회계직원의 횡령(제5조)를 포함하고(특례법 제2조 제1호의 다), 몰수 및 추징의 대상은 위와 같이 특정공무원범죄로 얻은 재산(불법수익, 특례법 제2조 제2호) 뿐 아니라 불법수익의 과실로서 얻은 재산, 불법수익의 대가로서 얻은 재산, 이들 재산의 대가로서 얻은 재산 등 불법수익이 변형되거나 증식되어 형성된 재산(불법수익에서 유래한 재산, 특례법 제2조 제3호)를 합하여 불법재산으로 통일하고 있다(특례법 제2조 제4호).

여기서 특정공무원범죄인 뇌물 및 횡령죄로 취득될 불법수익(몰수·추징의 대상)과 검토사안과 같이 조세포탈의 포탈세액(벌금의 대상) 사이에 논리적·관념적 차이는 있을지 몰라도, 그 경제적·사실적 차이는 사실상 크지 않다고 본다. 더구나 불법수익으로부터 유래한 재산(특히 혼합재산일 경우라도 불법수익과 관련된 범위라면, 불법수익으로부터 유래한 재산으로 관념하여<sup>53)</sup>)을 몰수·추징 대상화하겠다는 것이므로, 위와 같은 몰수의 대상과 벌금의 대상의 차이는

52) 공무원범죄에 관한 몰수 특례법 제9조의2(불법재산 등에 대한 추징) 제6조의 추징은 범인 외의 자가 그 정황을 알면서 취득한 불법재산 및 그로부터 유래한 재산에 대하여 그 범인 외의 자를 상대로 집행할 수 있다.

53) 재물 자체 또는 재산상 이익이 혼장임치되었을 경우, 그 뇌물성 및 횡령의 목적물만 도려내어 구



매우 상대적이고 기능적인 것이라 할 것이다. 따라서 검토사안과 같은 조세포탈의 경우에도, 개정 특례법과 같이 조세포탈의 정황을 알면서 취득한 [불법재산 및 그로부터 유래한 재산]에 대하여 [피고인 외의 자]를 상대로 한 벌금을 집행하는 것은 불가능할까? 법리적으로 쉽지 않지만, 법감정상 필요하다고 보이는 이 점은 함께 고민해 볼 숙제로 남겨 둔다.

## V. 요약과 결론

검토사안은 피고인이 특수관계인으로 2개 회사, 각 귀속년도 2년의 법인세 합계 508억 원을 포탈한 사안이다. 적용법조상 처단벌금형은 필요적으로 병과하도록 한 입법적 결단 사안이다. 이에 대해 검찰이 적용법조상 최하한 1,000억대 벌금을 선고유예로 구형하고, 항소도 하지 않은 점은 매우 이례적이었다. 검찰의 위 조치는 소추권과 공소유지권을 독점한 국가기관의 책무를 방기하였다는 점에서, 법원 양형재량의 남용 못지않은 비판 요소이다. 한편 법원은 수사가 한참 진행 중일 때 제출한 자수서를 원용하며 자수감경, 포탈세액이 사익추구에 사용되지 않고, 추징세액이 모두 납부된 점 등 유리한 양형인자를 깊이 참작하여 작량감경을 한 후, 산정한 벌금 254억 원과 함께 노역장유치 1일 환산액을 5억 원을 정하여 선고하였다. 이는 254억 원의 벌금을 불과 50일 노역으로 탕감.대체받을 수 있음을 허용한 것으로, 판결에 실시된 양형요소를 탐구해 보아도, 일반 형사범들과의 형평성을 고려해 보아도, 다른 재벌 회장과의 선례를 비교해 보아도, 도저히 납득될 수 없는 양형재량 행사이다.

이번 판결은 고액벌금미납자가 벌금납입을 회피할 목적으로 환형유치를 선택하는 경우, 노역장유치의 납입장제 기능이 전혀 무력하게 된다는 제도 본질적 기능연구를 도외시하고, 벌금납입능력 없는 자에게는 유치일수를 줄여주고, 벌금납입능력 충분한 자에게는 유치일수를 늘려주어야 한다는 형사정책적 지침에도 반하였다는 실무적.이론적 비판에서 자유롭지 못하다. 이 같은 노역장유치에 관한 자의적 판결이 가능하게 된 이유는, 노역장유치에 관한 유치기간 및 1일 환산액에 관한 기준을 제시하지 않은 법률에 터 잡은 것이므로, 벌금액의 수액에 비례하여 유치일수의 하한을 정한 형법 개정의 방향은 타당하다. 다만 1억 원 이상 고액 벌금형에 대한 3단계 기준은, 지나치게 경직된 기준으로 재판 실무의 구체적 타당성과 사안별 탄력성을 해치지 않을까 하는 부작용도 예상된다. 벌금형에 관하여, 불법정도에 따라 일수벌금을 정하고, 벌금 부담능력에 따라 일수정액을 정하는 일수벌금제는 벌금형의 범죄효과의 실질화를 위해 가치 있는 입법론이나, 벌금 부담능력에 관한 실효적인 조사가 전제되어야 한다는 점에서 신중하여야 할 것으로 보인다. 한편 일수벌금제 하에서도 벌금일수, 일수정액의 상한 제한이 있는 이상, 일수벌금제가 노역장유치 등에 관한 양형 통제의 유일한 법제라거나 수단이 된다는 것은 지나친 진단이다. 어느 법제이든지 결국은 법원의 합리적이고 설득력 있는 양형재량이 문제이고, 이번 검토사안은 그 양형재량 실패 사례였다.

---

별한다는 것은 법리적, 사실적으로 쉽지 않다.

검토사안을 계기로 벌금형 집행 제고 수단의 가능성과 정당성을 검토할 필요가 있다. 글로벌 시대에 벌금미납자가 출국 후 장기 입국하지 않는 사례, 범죄수익을 가족 등 제3자에게 분산·은닉하는 것은 현실적인 형벌권 무력화 사태가 되었기에, 이는 매우 구체적인 수준의 고민이 될 것이다. 확정 대기 벌금형의 사전 확보를 위하여 출입국관리법의 출국금지 사유 중 형사재판 계속(제4조 제1항 제1호)의 심리 수준과 범위를 높일 필요가 있다. 범죄의 중대성 및 확정 여유시간 등을 기준으로 필요최소한의 범위에서 출국심사 처분청이 실질적인 심사를 할 수 있는 기회를 보장할 필요가 있다. 한국과 뉴질랜드간 범죄인인도 조약의 규정상, 검토사안에서 피고인의 노역장유치를 위한 범죄인 인도청구는 가능하지 않은 것으로 보인다.

검토사안에서 검찰이 자진 귀국한 피고인에 대하여 즉시 노역장유치를 집행하였다가, 불과 5일 만에 ‘피고인 재산을 수색하여 벌금형을 실제 징수’하겠다고면서 집행정지한 조치는 노역장유치의 본질적 기능이나 형소법 및 검찰규칙의 체계적 해석상 논란의 여지가 크다고 본다. 이른바 ‘전두환 법’으로 불리는 공무원범죄에 관한 몰수 특례법은, 뇌물 범인(피고인) 외 제3자라도 불법재산(불법수익 + 불법수익에서 유래한 재산)의 정황을 알고 취득하였다면, 그 명목에 상관없이 추징할 수 있도록 함으로써 추징의 실효성을 높인 바 있다. 조세포탈의 경우에도 위 특례법이 상정하고 있는 입법수요 상황이 오히려 일반적이고, 위 특례법의 입법정신이 매우 긴급하므로 그에 관한 심도 깊은 논의가 필요한 시점이 되었다.

## 참 고 문 헌

- 최병각, 노역장유치의 실제와 벌금양형, 형사정책 제12권 제2호, 한국형사정책학회, 2000.
- 강영철, 재산형(벌금)의 문제점과 노역장유치의 개선방안, 교정연구 제40호, 한국교정학회, 2008. 9.
- 조균석, 한·일 범죄인인도조약에서의 판결의 집행을 위한 범죄인인도-노역장유치의 집행을 위한 인도의 허용 여부-, 형사정책연구 제20권 제1호, 한국형사정책학회, 2009. 2.
- 이경렬, 미납벌금의 대체형으로서 사회봉사명령의 도입문제, 외법논집 제33권 제1호, 2009. 2.
- 고민숙, 자유형 집행상의 문제점과 개선방안, 숙대 석사학위논문, 2009. 2.,
- 송하은, 벌금일수형제도의 도입에 관하여, 연세 공공거버넌스와 법 제2권 제2호, 2011. 8.
- 남수현, 벌금형제도의 문제점과 개선방안, 경북대학교 석사학위논문, 2013. 6.
- 오경식, 일수벌금형제도의 도입방안에 대한 제언, 법학논총 제20집 제2호, 2013. 7.
- 이혜미, 벌금형에 대한 환형유치제도의 문제점과 개선방안, 국회입법조사처, 2014. 4.